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

PDF issue: 2025-07-04

法政大學講義録

泉二，新熊 / 下村，宏 / 豐島，直通 / 板倉，松太郎 / 富井，政章 / 横田，秀雄 / 片山，義勝

(出版者 / Publisher)
法政大學
(巻 / Volume)
20
(号 / Number)
2学年の7
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
105
(発行年 / Year)
1908-04-20

明治四十一年四月二十日發行

（第貳學年ノ七）

四十一年度

法政大學講義錄

第二十號

法政大學發行

0006

四十一年度第二十號目次

民法物權 第七章以下（自一〇五至一〇八）（完） 表紙及ヒ目次 六頁 法學博士 富井政章

民法債權 契約總則及ヒ事務管理以下（自一四九至一五八）（完） 表紙及ヒ目次 八頁 法學博士 横田秀雄

民法債權 第二章第二節乃至第十四節（自三〇三至三二三）（完） 表紙及ヒ目次 一〇頁 法學博士 横田秀雄

商法 商行爲（自一至三二） 法學士 片山義勝

刑法 各論（自五七至七六） 法學士 泉二新熊

民事訴訟法第一編（自一〇九至一四八） 法學士 板倉松太郎

刑事訴訟法（自三一七至三二九）（完） 表紙及ヒ目次 一二頁 法學士 豐島直通

財政學（自四五至六八） 法學士 下村宏

雜錄 ○大審院判例要旨

090
1908
2-1-7

旨ヲ規定シタノデアリマス（三九〇條）

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

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

終ニ一言說明スベキコトハ抵當權者ト抵當不動產ノ賃借人トノ關係デアル、賃借權ハ其性質債權デハアルガ不動產ヲ目的トスル場合ニ於テ之ヲ登記シタルトキハ爾後其不動產ニ付テ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其效力ヲ生ズルコトト爲ッテ居ル（六〇五條）然レドモ抵當權ノ登記後ニ抵當不動產上ニ賃借權ヲ取得シテ之ヲ登記スルモ抵當權者ニ對シテ其效力ナキコトハ言フヲ俟タザル所デアル、是ハ一般物權ノ優先的效力トシテ當然ノ事デアル、然ルニ短期ノ賃貸

0007

借ハ不動產ノ最モ有益ナル利殖ノ方法デアル、故ニ縱令抵當權ノ登記後ニ登記シタルモノト雖モ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトスルハ抵當權者ノ爲メニモ最モ利益ナル場合ガ多イ、故ニ民法ハ第六〇二條ニ定メタル期間ヲ超エザル賃貸借ハ抵當權ノ登記後ニ登記シタルモノト雖モ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトシタノデアル（三九五條）

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

第三節　抵當權ノ消滅

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

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

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

其拋棄ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得ザルモノト規定セラレタ譯デアリマス（三九八條）

民法物權（自第七章至第十章）終

法學博士　富井政章講述

民法物權

自第七章
至第十章

法政大學發行

0009

民法物權（自第七章至第十章）目次

緒論……一
第一章　留置權……七
第一節　留置權ノ定義及ヒ性質……八
第二節　留置權ノ效力……一六
第三節　留置權ノ消滅……二四
第二章　先取特權……二六
第一節　總則……二六
第二節　先取特權ノ種類……三〇
第一款　一般ノ先取特權……三〇
第二款　動產ノ先取特權……三二
第三款　不動產ノ先取特權……三三
第三節　先取特權ノ順位……三四
第四節　先取特權ノ效力……四〇
第三章　質權……四七

第一節　總則……四九
第一款　質權ノ性質……五〇
第二款　質權ノ設定……五三
第三款　質權ニ依テ擔保セラルヘキ債權……五四
第四款　質權ノ效力……六二
第五款　質權ノ消滅……六七
第二節　動產質……六八
第三節　不動產質……七二
第四節　權利質……七五
第四章　抵當權……八四
第一節　總則……八四
第二節　抵當權ノ效力……八八
第一款　抵當權ノ順位……八九
第二款　抵當權ニ依テ擔保セラルヘキ債權……八九
第三款　抵當權ノ處分……九〇
第四款　第三取得者ニ關スル效力……九五
第三節　抵當權ノ消滅……一〇六

民法物權（自第七章至第十章）目次　終

各人ハ自己ノ故意過失ニ基因スル加害行爲ニ對シテノミ責任ヲ負フヘキモノニシテ他人ノ爲シタル加害行爲ニ對シテ責任ヲ負ハサルヲ原則トスルモ數人カ同シク不法行爲ヲ爲シタル場合ニ於テハ共同者ハ各自ニ他ノ共同者ノ爲シタル損害ニ對シテモ其責ニ任セサルヘカラス是レ第七〇九條ニ規定スル所ニシテ同條ノ規定ヨリ左ノ結果ヲ生ス

第一　數人カ共同ノ不法行爲ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ各自連帶シテ其賠償ノ責ニ任ス

茲ニ所謂共同ノ不法行爲トハ加害者數名アリテ共同ノ意思ニ基キ不法行爲ヲ爲シタル場合ヲ意味スルヲ以テ共同ノ不法行爲アリトスルニハ必スシモ加害者相互間ニ通謀ノ關係アルコトヲ要セサルモ少クモ行爲ノ當時ニ於テ同一ノ不法行爲ヲ實行セントスル意思ノ共通アルコト加害者カ各自ニ不法行爲ヲ爲シタルコトヲ必要トシ不法行爲ヲ爲シタル者ノ間ニ意思ノ共通ヲ缺クトキ又ハ現ニ不法行爲ニ干與セサル者アルトキハ其間ニ於テ共同ノ關係ヲ生セサルヤ明カナリ又不法行爲者間ニ意思ノ共通アリトスルニハ不法行爲者カ各自ニ他ノ不法行爲ヲ爲スコトヲ知リ其行爲ニ加功スルノ意思アルコトヲ必要トシ此意思ナキトキハ意思ノ共通ナク隨テ各自ノ行爲ハ別個獨立ノ不法行爲即チ所謂同時行爲ヲ構成スルニ過キサルモノトス而シテ共同ノ不法行爲ヨリ生シタル損害ハ共同行爲者ニ於テ連帶シテ賠償ノ責ニ任スヘキモノトスルハ各國法制ノ一致スル所ニシテ理ノ當サニ然ルヘキ所ナリ何トナレハ共同ノ不法行

爲者ハ共同ノ目的ノ爲メニ動作シタルモノニシテ對手人ノ被リタル損害ハ其協力ノ結果ニ外ナラサルヲ以テ共同者全員ニ於テ共同全部賠償ノ責ニ任スヘキハ勿論ナルヲ以テナリ是レ我民法カ各國法制ト同一ノ主義ヲ採用シ第七二〇條ニ於テ特ニ之ヲ規定シタル所以ナリ

數人カ連帶シテ一ノ不法行爲ヨリ生スル賠償ノ責ヲ負フニハ共同ノ意思ヲ以テ其行爲ニ干與シタルコトヲ必要トスルコト隨テ現ニ其行爲ニ干與セサル者ハ連帶ノ責任ヲ負フコトナカルヘキハ第七二〇條ノ解釋ヨリ生スル結果ナリ玆ヲ以テ甲乙二人一ノ不法行爲ヲ爲スコトヲ共謀シ共謀者中ノ甲ニ於テ之カ實行ノ任ニ當リ乙ハ現ニ手ヲ下ササリシトキハ不法行爲ノ責任ハ甲一人ニテ之ヲ負擔シ乙ハ何等ノ責任ヲ負ハサルコトトナルヘシ故ニ此點ハ共犯關係ヨリ生スル刑事上ノ責任ト其歸著スル所ヲ同シウスルコトトナルヘシ

第二　共同行爲者中ノ何レカ損害ヲ加ヘタルヤヲ知ルコト能ハサル場合ニ於テモ亦各自連帶シテ賠償ノ責ニ任ス

是レ第七一九條後段ニ規定スル所ニシテ同條ニ所謂「共同行爲者」ナル語ノ意義ニ付テハ學者間議論ノ一致セサル所ニシテ或者ハ之ヲ以テ意思ノ共通アル行爲者ノ意義ニ解シ或者ハ意思ノ共通ナク獨立シテ不法行爲ヲ爲シタル所謂同時行爲者ノ意ニ解シ或者ハ此二者ヲ包含スルモノト爲セリ而シテ文理解釋上ヨリスルトキハ第一說ハ正當ナルニ似タリ何トナレハ第七一九條ハ其前段ニ於テ「數人カ共同ノ不法行爲ニ因リテ云云」ト前提シ其後段ニ於テ「共同

行爲者中云云」ト規定シタルモノナレハ後ノ共同行爲者ナル語ハ前キノ共同ノ不法行爲ナル語ヲ受ケテ之ヲ使用シタルモノナルコトヲ知リ得ヘク既ニ前段ノ「共同ノ不法行爲」ナル語ヲ意思共通ノ行爲ニ解スル以上ハ後段ノ「共同行爲者」モ亦意思共通ノ行爲者ノ意ニ解スルヲ正當トシ別個獨立ナル同時行爲ノ意ニ解スルハ穩當ヲ失スルノ嫌アルヲ以テナリ然レトモ予ハ同條ノ理論解釋上其所謂共同行爲者ハ同時行爲者ノ意義ニ解スルヲ勝レリト信ス蓋シ意思ノ共通アル場合ニハ共同行爲者ハ苟モ不法行爲ニ干與シタル以上ハ連帶ノ責任ヲ辭スルコトヲ得サルモノニシテ共同行爲者中ノ何人カ損害ヲ加ヘタルヤハ共同行爲者ノ責任ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ例ヘハ甲乙共謀ノ上各自手ヲ下シテ丙ヲ毆打シタル場合ニ丙ハ甲ノ爲メニ創傷ヲ被ムリ乙ハ丙ニ對シテ何等ノ創傷ヲ與ヘサリシモノト假定スルモ乙ハ甲ト連帶シテ其創傷ヨリ生シタル損害ヲ賠償スルノ義務アリ是レ第七一九條前段ノ規定上毫モ疑ナキモノトス左スレハ數名カ共同シテ不法行爲ヲ爲シタル以上ハ損害ヲ加ヘタル者ノ何人タルヤヲ問ハス共同者全員ニ於テ其責ニ任スヘキハ第七一九條前段ノ規定中ニ自カラ包含セラルルモノニシテ此場合ニ付キ特ニ後段ノ規定ヲ設クルノ必要ナク隨テ該規定ハ主トシテ同時行爲ノ場合ノ爲メニ設ケラレタルモノト解釋スルヲ相當トス何トナレハ同時行爲ノ場合ニ於テハ各行爲者ハ現ニ自己ノ爲シタル行爲ノ結果ニ對シテノミ責任ヲ負フヘキモノナレハ行爲者中ノ何人カ損害ヲ加ヘタルカヲ知ルコト能ハサルトキハ不法行爲ノ責任者ヲ缺クニ至リ現ニ權利ノ

侵害アルニ拘ハラス之ニ對スル救濟ナキ不當ノ結果ヲ生スルヲ以テ共同行爲者ヲシテ連帶ノ責任ヲ負ハシメ被害者ノ權利ヲ保護スルノ必要アルヲ以テナリ

第三　教唆者及ヒ幫助者ノ責任ハ行爲者ニ同シ

是レ第七一九條第二項ニ於テ教唆者及ヒ幫助者ヲ共同行爲者ナリト看做スヨリ生スル結果ニシテ教唆者ハ行爲者ヲシテ不法行爲ヲ爲スノ決意ヲ爲サシメテ損害ノ因ヲ爲シタル者又幫助者ハ不法行爲ヲ容易ナラシメテ損害ノ發生ニ干與シタルモノナレハ共同行爲者トシテ連帶責任ヲ負ハシムルハ正當ナリトス刑法ニ於テハ教唆者ハ原則トシテ正犯ト同一ノ責任ヲ負フモ時アリテ其責任ニ差等アルノミナラス幫助者ハ所謂從犯トシテ正犯ヨリモ輕キ責任ヲ負フモノナリ是レ刑事上ノ責任ハ罪惡ニ對シテ懲罰ヲ加フルヲ目的トスルヨリ生スル結果ナリ之ニ反シテ民事上ノ責任ハ各人ヲシテ其故意過失ヨリ生シタル結果ニ對シテ賠償ノ任ヲ負ハシムルヲ以テ目的トスルモノナレハ苟モ或人ノ故意過失ト他人ノ被リタル損害トノ間ニ因果ノ連絡アルニ於テハ損害賠償ノ責任從テ生スルモノニシテ加害者ノ罪惡ノ程度如何ヲ問フノ必要ナシ是レ教唆者及ヒ幫助者モ亦共同行爲者トシテ同一ノ責任ニ服從スル所以ナリ

第四節　防禦行爲

防禦行爲トハ自己ノ權利ヲ防禦スルカ爲メニ爲シタル行爲ヲ謂フ蓋シ法制完備セス權利ノ保護充分ナラサル往時ニ在テハ人民ハ各自ニ自己ノ權利ヲ防禦スルノ任ニ當リ自衛權ノ範圍極メテ廣大ナリシモ世運ノ進歩ト共ニ權利ノ保護ニ關スル設備モ亦漸ク發達スルニ至リ自衛權ノ範圍ハ大ニ縮少セラレ現今法治國ニ於テハ權利ノ侵害ニ對スル救濟ハ常ニ必ス法律ニ定ムル手段方法ニ依ルヘキモノトシ各人ニ於テ自カラ救濟ヲ爲スコトヲ許サス唯萬止ムヲ得サル極メテ例外ノ場合ニ限リ自衛權ヲ認ムルコトハ各國法制ノ一致スル所ナリ我民法モ亦第七一二條ニ於テ此場合ヲ規定セリ即チ左ノ如シ

第一　他人ノ不法行爲ニ對シ自己又ハ第三者ノ權利ヲ防衛スル爲メ止ムコトヲ得スシテ加害行爲ヲ爲シタル者ハ損害賠償ノ責ニ任セス

是レ第七二〇條第一項前段ニ規定スル所ニシテ所謂正當防衛ノ場合ニ該當ス而シテ加害行爲カ正當防衛トシテ適法行爲タルカ爲メニハ左ノ二個ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス

一　其行爲カ自己又ハ第三者ノ權利ヲ防衛スル爲メナルコト　茲ニ所謂權利中ニハ身分權財產權等一切ノ私權ヲ包含シ加害者ノ行爲カ正當ナル權利ノ行使トナルニハ他人ノ不法行爲ニ對シ自己又ハ第三者ノ權利ヲ防衛スルカ爲メニ爲サレタルコトヲ必要トス例ヘハ强盜ノ侵入ニ際シ自己又ハ家人ノ身體ヲ防衛スルカ爲メ强盜ヲ殺傷シタル場合ノ如シ蓋シ法治國ニ在テハ權利ノ侵害ニ對スル救濟ハ常ニ必ス法律ニ定ムル手段方法ニ依ルコトヲ要スルハ前述ノ如シト雖モ此原則ヲ絶對的ニ適用スルニ於テハ頗ル苛酷ナル結果ヲ生スヘシ何トナ

レハ權利ノ侵害ニ對スル法律ノ保護其常ニ遲キカ故ニ現ニ自己又ハ他人ノ權利ヲ不法ニ侵害スルモ之ヲ防止スルコトヲ得ス袖手傍觀シテ其侵害行爲ヲ遂ケシムルノ止ムヲ得サル ニ至ルヘケレハナリ是レ法律カ或程度ニ於テ各人ニ自衛自助ヲ許ス所以ナリ故ニ各人カ自己又ハ第三者ノ權利防衛ノ爲メニ爲ス行爲ハ法律ノ認許スル正當ノ權利行爲ナルヲ以テ之ヨリ生スル損害ニ對シテ責任ヲ負フヘキ理由ナク其損害ヲ被リタル者ノ不法行爲者其人タルト其以外ノ人タルトトヽ之ヲ問フノ必要ナシトス唯被害者カ第三者ナルトキハ不法行爲者ニ對シテ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘン是レ第七二〇條第一項後段ニ規定スル所ナリ蓋シ正當防衛ノ爲メニ生シタル損害ハ不法行爲者ニ基因シタルモノナレハナリ

二　已ムコトヲ得スシテ爲シタルモノナルコト　所謂已ムコトヲ得サルトハ自己又ハ第三者ノ權利ニ對スル急迫ナル侵害行爲アリテ之ヲ防止スルカ爲メ法律ノ保護ヲ仰クノ遑ナカリシコトト他ニ損害ヲ發生セシムルコトナクシテ權利保護ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘキ適當ノ手段方法ナカリシコトヲ必要トス故ニ第三者ノ侵害行爲カ急迫ナラサリシトキ又ハ之ヲ防衛スルカ爲メニ加害者ノ用ヰタル手段カ其當ヲ得サリシトキハ行爲ハ不法行爲タルヲ失ハサル者トス例ヘハ警察官吏ニ申告シテ强盜ヲ逮捕シ危害ヲ未然ニ豫防スルコトヲ得ル場合又ハ財物ノ奪取ヲ防ク爲メニ必スシモ腕力ヲ用ユルコトヲ要セサル場合ニ强盜ヲ殺傷シタルトキハ加害者ノ行爲ハ不法行爲ニシテ權利行爲トナラサルカ如シ蓋シ法律ハ一般ニ自

助自衛ヲ禁スルモ私權保護ノ必要上已ムコトヲ得サル場合ニ限リ之ヲ許スモノニ外ナラサルヲ以テ自衛權ノ行使ハ常ニ法律ノ制限內ニ於テ之ヲ爲ササルヘカラス隨テ此制限ヲ超ヘテ爲シタル自衛ノ行爲ハ一般ノ原則ニ從ヒ不法行爲トナルモノナリ

第二　他人ノ物ヨリ生シタル急迫ノ危難ヲ避クル爲メ其物ヲ毀損シタル場合ニ於テモ亦前項ノ規定ヲ準用ス

是レ所謂緊急狀態ニシテ此場合ニ於テモ加害者ノ行爲ハ自己又ハ第三者ノ權利ヲ防衛スルノ必要ニ出テタルモノナルコトハ正當防衛ノ場合ニ同シト雖モ其相異ナルノ點ハ被害者ノ防衛セントスル權利ヲ迫害スル所ノ原因カ前者ニアリテハ人ノ不法行爲ナルニ後者ニ在リテハ他人ノ所有物ナルニ在リ然レトモ權利保護ノ爲メニ自衛ヲ許スノ必要ハ彼此全ク同一ナルヲ以テ同一ノ制限條件ノ下ニ他人ノ所有物ヲ破壞シ其物ヨリ生スル危險ヲ除クノ行爲ハ民法上ニ於テ無責任ナリトセリ蓋シ此場合ニ於テモ法律ハ他人ノ所有物破毀ノ行爲ヲ以テ不法行爲ナリト看做サルルモノナレハ加害者ハ民事上ニ於テ責任ナキノミナラス刑事上ニ於テモ亦責任ナシトス何トナレハ犯罪ハ有責違法ノ行爲ナル加害者ノ行爲ハ此性質ヲ缺クヲ以テナリ民法第七二〇條ノ所謂物ノ中ニハ無生物ハ勿論動物ヲモ包含スルモノトス何トナレハ我民法上動物モ亦有體物トシテ物タルコトヲ失ハサルヲ以テナリ又民法第七二〇條第一項ノ規定ハ全部第二項ノ場合ニ之ヲ準用スルコトヲ要スルヲ以テ物ノ所有者又ハ占有者ニ故意又ハ過失

ノ責ムルヘキモノナルトキハ被害者ハ之ニ對シテ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ妨ケサルモノトス

第五節　損害賠償ノ範圍及ヒ方法

第一款　損害賠償ノ方法

不法行爲ヨリ生スル損害賠償ノ方法ニ付テハ民法第七二二條ハ民法第四一七條ノ規定ヲ準用セルヲ以テ金錢ヲ以テ之ヲ定ムルヲ原則トス故ニ被害者ノ失ヒタル利益カ取引上ニ於テ金錢ニ見積ルコトヲ得ルト否トニ拘ハラス裁判所ハ加害者ニ對シテ被害者ニ一定ノ金額ヲ給付スヘキコトヲ命スルコトヲ要ス

然レトモ此原則ニハ例外アリ第七二三條ノ規定即チ是ナリ同條ノ規定ニ依ルトキハ他人ノ名譽ヲ毀損シタルモノニ對シテハ裁判所ハ被害者ノ請求ニ依リ損害賠償ニ代ヘ又ハ損害賠償ト共ニ名譽ヲ回復スルニ適當ナル處分ヲ命スルコトヲ得ヘシ蓋シ名譽ノ毀損ニ對シテ金錢ノ賠償ヲ爲スハ要スルニ一ノ慰藉方法タルニ過キスシテ事實上毀損セラレタル名譽ヲ原狀ニ復スルノ效力アルモノニアラス故ニ他ニ名譽ヲ回復スルニ適スル手段方法アルニ於テハ其方法ニ依ルハ名譽ノ毀損ニ對スル救濟處分トシテ最モ宜シキヲ得タルモノト謂ハサルヲ得ス是レ民法第七二三條ノ規定アル所以ナリ例ヘハ加害者ノ費用ヲ以テ被害者ニ對スル謝罪狀ヲ新聞紙ニ廣告スルカ如シ此方法ハ民法實施以前ヨリ今日ニ至ルマテ慣用セラレ來リタル所ナリ

第二款　損害賠償ノ範圍

不法行爲ヨリ生スル損害賠償ノ範圍ニ付テハ民法中ニ何等制限的ノ規定ナキヲ以テ債務不履行ノ場合ノ如ク賠償ノ範圍ヲ通常生スヘキ損害ト當事者ノ豫見シ又ハ豫見シ得ヘキ特別ノ事情ヨリ生シタル損害ニ制限スヘキ理由ナク不法行爲ニ基因スル損害ハ通常生スヘキ特別ノ事情ヨリ生シタルモノタルトニ論ナク總テ加害者ニ於テ之ヲ賠償スルノ義務アリ約言スレハ此場合ニ於テハ不法行爲ト損害トノ間ニ因果ノ連絡アルヤ否ヤヲ以テ一ノ標準トシテ賠償ノ範圍ヲ確定スルコトヲ要ス

損害ノ發生ニ付キ被害者ニ過失アリタルトキ即チ所謂共同懈怠ノ場合ニ付テハ民法第七二三條第二項ニ特別規定アリ裁判所ハ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スルコトヲ得ルヲ以テ裁判所ハ雙方ノ過失カ如何ナル程度ニ於テ損害ノ因ヲ爲シタルヤヲ審究シ雙方ノ過失ノ輕重大小ニ從ヒ被害者ノ賠償ノ任ヲ輕減シ賠償額ヲ減少スルコトヲ得ヘシ

夫レ自體ニ於テ金錢價格ナキ損害ニ付テハ賠償額ハ裁判所ノ自由裁量ニ依ルヘキモノトス獨逸民法ニハ特別ノ明文アリ我民法ニハ斯ル明文ナキモ理論上同一ノ結果ニ歸著ス何トナレハ利益ノ喪失カ本來金錢ニ見積リ得ヘカラサルモノナルトキハ鑑定其他ノ證據方法ヲ以テ其範圍ヲ證

明スルニ由ナキモノナレハ各個ノ場合ニ於テ事實裁判所ノ自由ナル判斷ニ委スルノ外他ニ途ナキヲ以テナリ

第六節　時效

不法行爲ニ因ル損害賠償ノ請求權ハ被害者又ハ其法定代理人カ損害及ヒ加害者ヲ知リタル時ヨリ三年間之ヲ行サルトキハ時效ニ因リテ消滅ス是レ全ク當事者間ノ權利關係ヲ永ク不確定ノ地位ニ置クハ公益上害アルヲ以テ不法行爲ヲ認知シタル被害者ヲシテ成ルヘク速カニ救濟ヲ求メシメ當事者ノ權利關係ヲ確定セシメントノ法律ノ希望ニ出テタルモノニシテ不法行爲竝ニ加害者ヲ認識スルニ拘ハラス救濟ヲ求メサルハ被害者ノ怠慢ナリトシ三ケ年ノ經過ト共ニ被害者ノ請求權ヲ消滅セシムルモノナリ然レトモ被害者カ加害行爲又ハ加害者ヲ知ラサルトキハ救濟ヲ求ムルニ由ナキヲ以テ被害者ニ怠慢ノ責ナク之ヲシテ速カニ其權利ヲ喪失セシムルハ苛酷ニ失スルヲ以テ此場合ニ於テハ被害者ノ賠償請求權ハ普通消滅時效ノ最長期即チ二十年ノ經過ニ因リテ時效ニ繫ルモノトス是レ第七二〇條ニ規定スル所ナリ

民法債權（契約總則及ヒ事務管理以下）終

法學博士　横田秀雄講述

民法債權

契約總則及ヒ事務管理以下

法政大學發行

民法債權（契約總則及ヒ事務管理以下）目次

第一章　契約……一
第一節　契約總論……一
第一款　契約ノ性質……一
第二款　契約ノ種類……五
第三款　契約ノ成立……一一
第一項　契約ノ要素……一一
第二節　申込……一五
第一款　申込ノ性質……一五
第二款　申込ノ效力……一八
第一項　申込ノ效力發生ノ要件……一八
第二項　申込ノ效力……一九
第三款　申込ノ效力消滅……二六
第四款　承諾……二九
第一項　承諾ノ性質……二九

第二項　承諾ノ效力……三三
第五款　契約成立ノ時期……三三
第一項　對話者間ニ於ケル契約ノ成立……三三
第二項　隔地者間ニ於ケル契約ノ成立……三四
第一目　契約ノ成立時期ニ關スル主義……三四
第二目　契約成立ノ時期……四〇
第三節　懸賞廣告……四四
第一款　懸賞廣告ノ性質……四四
第二款　廣告……四九
第一項　取消ノ方法……四九
第二項　取消ノ效力……五〇
第三項　取消權ノ喪失……五一
第三款　懸賞廣告ノ效力……五四
第四款　優等懸賞廣告……五七
第四節　契約ノ效力……六〇
第一款　總論……六〇

第二款　雙務契約ノ效力……六一
第三款　第三者ノ爲メニスル契約ノ效力……七一
第一項　第三者ノ爲メニスル契約ノ當事者間ノ效力……七二
第二項　第三者ノ爲メニスル契約ノ第三者ニ對スル效力……七三
第四款　契約ノ解除……七八
第一項　解除ノ性質……七八
第二項　解除權發生ノ原因……八一
第一目　當事者間ノ契約……八一
第二目　法律ノ規定……八三
第三項　解除權行使ノ方法……八九
第四項　解除權行使ノ效果……九二
第五項　解除權ノ消滅……九六
第二章　事務管理……九八
第一節　事務管理ノ性質……九八
第二節　事務管理ノ效力……一〇一
第一款　事務管理者ノ義務……一〇六

第二款　本人ノ義務……一〇八
第三章　不當利得……一一〇
第一節　不當利得ノ性質……一一〇
第二節　不當利得ノ種類……一一二
第三節　不當利得ノ效力……一一五
第一款　不當利得返還義務ノ內容……一一五
第二款　不當利得返還義務ノ範圍……一一六
第四章　不法行爲……一二六
第一節　不法行爲ノ性質……一二六
第二節　不法行爲ノ權利者……一三四
第三節　不法行爲ノ義務者……一三七
第一款　未成年者心神喪失者カ他人ニ加ヘタル損害……一三八
第二款　被用者請負人ノ他人ニ加ヘタル損害……一四二
第三款　土地ノ工作物、竹木ヨリ生スル損害……一四五
第四款　動物ニ加ヘタル損害……一四八
第五款　共同ノ不法行爲ヨリ生シタル損害……一四八
第四節　防禦行爲……一五二
第五節　損害賠償ノ範圍及ヒ方法……一五六
第一款　損害賠償ノ方法……一五六
第二款　損害賠償ノ範圍……一五七
第六節　時效……一五八

民法債權（契約總則及ヒ事務管理以下）目次終

此通知ナキ限ハ之ニ對シテ其效ヲ生セサルモノトス何トナレハ組合員ノ除名ハ他ノ組合員ノ同意ニ依リ直チニ其效ヲ生スヘキモノトスルニ於テハ其除名ヲ知ラサル被除名者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルノ虞アルヲ以テナリ但除名ヲ爲シタル組合員相互ノ關係ニ於テハ總員ノ承諾ト共ニ除名ノ效ヲ生スルモノトスルハ毫モ妨ケナク各組合員カ被除名者ノ除名ヲ主張スルノ權利ハ被除名者ニ對スル通知ノ有無ニ依リテ影響ヲ受クルコトナシトス

第二項　組合員脫退ノ效力

脫退シタル組合員ハ將來ニ向テ組合關係ヲ離脫シ組合ノ事業ニ何等ノ關係ヲ有セサルヲ以テ脫退以後ニ於テ組合員ノ爲シタル行爲竝ニ組合ニ付キ生シタル事項ハ其利害ニ於テ效ヲ生セサルヤ明カナリ然レトモ脫退以前ニ生シタル權利義務ノ關係ハ其後ニ生シタル脫退ノ爲メニ毫モ影響ヲ受クルコトナキヲ以テ脫退シタル組合員ト他ノ組合員トノ間ニ於テ清算ヲ爲スノ必要アリ而シテ民法第六八一條ニ依ルトキハ脫退シタル組合員ト他ノ組合員トノ間ノ清算ハ左ノ方法ニ從ヒ之ヲ爲スコトヲ要ス

(一)　脫退シタル組合員ト他ノ組合員トノ間ノ清算ハ脫退ノ當時ニ於ケル組合財產ノ狀況ニ從ヒ之ヲ爲スコトヲ要ス

組合ノ清算ハ組合ノ終了ヲ待テ之ヲ爲スコトヲ要シ其以前ニ之ヲ爲スコトヲ得サルヲ組合ノ

性質ト爲スモ法律カ組合員ノ脱退ヲ認許シ之ヲシテ組合事業ノ半途ニ於テ組合ヲ脱退スルコトヲ得セシムル以上ハ組合ノ終了ヲ待タスシテ脱退者ト他ノ組合員トノ間ニ於テ損益ノ計算ヲ爲シ其相互ノ地位ヲ明確ナラシムルノ必要アリ是レ民法カ脱退ト共ニ相互間ニ於テ損益ノ計算ヲ爲サシムル所以ニシテ此場合ニ於テハ脱退當時ニ於ケル組合財産ノ狀況ニ從ヒ其計算ヲ爲スヘキモノトス是レ他ナシ脱退シタル組合員トノ關係ニ於テハ組合ハ脱退ト共ニ終了シタニルモノニシテ當事者相互ノ權利義務ノ關係ハ此時ニ於テ確定シタルモノナルヲ以テ此時於ケル財産ノ狀體ヲ標準トシテ損益ノ計算ヲ爲スヘキハ事理ノ當然ナルヲ以テナリ

(二) 脱退シタル組合員ノ持分ハ其出資ノ種類如何ヲ問ハス金錢ヲ以テ之ヲ拂戻スコトヲ得」

組合ハ組合員ノ脱退ニ拘ハラス依然トシテ存續シ殘存セル組合員ニ於テ共同事業ヲ經營スルコトヲ要スルヲ以テ脱退者ハ此等組合員トノ間ニ於テ組合終了ノ場合ニ於テ爲ス眞正ノ清算ヲ遂クルコトヲ得ス何トナレハ斯クスルニ於テハ組合事業ノ進捗ヲ害スルノ虞アルノミナラス組合ヲ解散シタル上更ニ他ノ組合員ニ於テ新タニ組合ヲ組織シタルト毫モ擇フコトナク法律カ組合ヲ存續セシメテ組合員ノ脱退ヲ許ス所以ノ目的ニ反スルノ結果ヲ生スルヲ以テナリ故ニ其組合員ノ出資ノ金錢ナルト土地建物又ハ其他ノ財産ナルトヲ問ハス其持分ハ之ヲ金額ニ見積リ金錢ヲ以テ之カ拂戻ヲ爲スコトヲ得ヘク原物ヲ以テ之カ拂戻ヲ爲スコトヲ要セス是レ他ナシ現物ヲ以テ持分ノ拂戻ヲ爲スニ於テハ往往ニシテ組合事業ノ經營ヲ阻害スルノ結果ヲ生スヘケレハナリ然レトモ金錢ヲ以テ持分ノ拂戻ヲ爲スコトハ組合ノ權利ニシテ其義務ニアラサルヲ以テ脱退シタル組合員ニ對シ現物ニテ出資ノ拂戻ヲ爲スハ毫モ不可ナシトス

(三) 脱退ノ當時ニ於テ未タ結了セサル事項ニ付テハ其結了後ニ計算ヲ爲スコトヲ得

法律ハ脱退者ノ利益ノ爲メ脱退ト同時ニ損益ノ計算ヲ爲スノ義務ヲ組合ニ負ハシムルモ脱退ノ當時未タ結了セサル事項ニ付テハ損益ノ計算ヲ爲スニ由ナキヲ以テ其事項カ結了シ損益ノ計算確定シタル後ニ於テ始メテ之カ計算ヲ遂クヘキモノトス其結果脱退者ニ於テ或ハ利益ノ分配ヲ受ケ或ハ損失ヲ分擔スルコトナルヘシ

脱退者ハ組合トノ間ノ損益計算ニ依リ組合ニ對スル一切ノ權利關係ヲ離脱スルモ脱退前ニ生シタル組合ト第三者トノ關係ニ付キ第三者ニ對シテ其責ニ任セサルヘカラス故ニ脱退前ニ組合ニ對シテ債權ヲ取得シタル第三者ハ脱退者ニ對シ其持分ノ割合ニ應シテ其債權ノ履行ヲ求ムルコトヲ得

第二款　組合ノ解散

組合ノ解散ハ總組合員ノ間ニ行ハルル組合契約ノ解除ニシテ絶對的ニ組合ヲ終了セシム予ハ以下組合解散ノ原因ト其效力トニ區別シテ說明スヘシ

第一項　組合解散ノ原因

組合解散ノ原因ハ左ノ如シ

(甲)　目的タル事業ノ成效又ハ成效ノ不能

組合ノ目的タル事業カ成效シタルトキハ組合ヲ組織シタル所以ノ目的ヲ達シタルモノナレハ最早ヤ之ヲ存續セシムルノ理由ナク又事業ノ成效カ不能トナリタルトキ例ヘハ組合ノ資本カ缺乏シ又ハ或組合員カ組合事業ノ遂行ニ缺クヘカラサル勞務ヲ供スルコト能ハサルニ至リタルカ爲ノ事業ノ成效ヲ期待シ得ヘカラサルニ至リタルトキハ之ヲ繼續スルハ無益ニシテ當事者カ組合ヲ組織シタル所以ノ目的ニ反スルヲ以テ孰レノ場合ニ於テモ組合ハ解散スヘキモノナルハ多辯ヲ要セスシテ明カナリ

(乙)　止ムコトヲ得サル事由即チ組合ノ解散ヲ必要トスヘキ重大ノ理由アルトキ

此場合ニ於テハ各組合員ハ組合ノ解散ヲ請求スルコトヲ得ヘク請求ヲ受ケタル他ノ組合員ハ其請求ヲ拒ムコトヲ得ス而シテ組合員ノ一人カ他ノ組合員ニ對シテ解散ヲ求ムル旨ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ其意思表示ハ契約ノ解除ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ組合關係ヲ終了セシムルノ效ヲ生スルモノナリ但止ムコトヲ得サル事由ノ何タルヤハ各場合ニ於ケル實際ノ狀況ニ從ヒテ決スヘキ事實上ノ問題ニ屬シ爭ノ生シタル場合ニハ裁判所ノ判斷ヲ受クヘキモノト

第二項　組合解散ノ效果

解散ハ要スルニ組合總員間ニ於ケル組合契約ノ解除ニ外ナラサルヲ以テ一般ノ原則ニ依レハ組合員ハ各自相手方ヲ原狀ニ復スルノ義務ヲ負フコトトナルヘシト雖モ斯クスルニ於テハ當事者間ニ頗ル複雜ナル權利關係ヲ生シ容易ニ解散シ難キ事實上及ヒ法律上ノ問題ヲ生スルヲ以テ民法第六二〇條ノ規定ヲ準用シ解散ハ將來ニ向テノミ其效力ヲ生シ既往ニ於テ生シタル當事者間ノ權利關係ハ解散ノ爲メ毫モ影響ヲ被ルコトナキモノト爲セリ但此場合ニ於テモ組合ノ解散カ組合員ノ過失ニ基因スルトキハ其組合員ニ於テ賠償ノ責ニ任スヘキハ論ヲ俟タス

組合カ解散シタルトキハ組合員間ニ於テ清算ヲ爲スノ必要ヲ生ス所謂清算トハ解散ノ當時既ニ著手シタル事務ヲ終了シ組合ノ債權ヲ取立テ其債權ヲ辨濟シ殘餘財產ヲ各組合員ニ分配スルカ爲メニ必要ナル事務ノ總稱ニシテ我民法ニ依ルトキハ組合ノ清算ハ左ノ方法ニ依リテ之ヲ爲スモノトス

(一)　組合解散ノ場合ニ於ケル清算ノ方法ニ付キ當事者間ニ特約アルトキハ其特約ニ從フ蓋シ清算ノ方法如何ハ專ラ當事者ノ利害ニ關スル問題ナルヲ以テ其意思ニ從フハ毫モ妨ケナキヲ以テナリ

(二)　當事者間ニ特約ナキトキハ清算ハ組合員共同ニテ又ハ其選任シタル清算人ニ於テ之ヲ爲シ清算人ヲ選任スル場合ニハ總組合員ノ過半數ヲ以テ之ヲ決スヘキモノトス蓋シ清算人ノ選任ニ付テハ立法例區區ニシテ或ハ組合總員ノ合意ヲ必要トシ或ハ其多數決ニ依ルヘキモノトスルモノアレトモ一ハ嚴ニ失シ一ハ寛ニ流レ何レモ中庸ヲ得サルヲ以テ我民法ハ過半數ノ同意ヲ以テ之ヲ選任スヘキモノト爲シテ寛嚴其宜シキヲ得セシメタルモノナリ

(三)　清算人數人アルトキ即チ組合總員ニ於テ清算ニ從事シ又ハ數名ノ清算人ヲ選任シテ清算ヲ爲サシムル場合ニハ第六七〇條ノ規定ヲ準用シ清算事務ノ執行ハ其過半數ヲ以テ之ヲ決ス蓋シ清算ハ要スルニ組合事業ノ殘務ニ過キサルヲ以テ組合事業ノ執行ニ關スル規定ヲ之ニ準用スルヲ相當ナリト認メタルモノナリ是レ同條準用ノ結果トシテ各清算人ハ他ノ清算人ノ異議ナキ限ハ清算ニ關シテ日常必要ナル事務ヲ取扱フコトヲ得ヘキヤ明カナリ

(四)　清算人ノ職務權限ニ付テハ法人ノ清算ニ關スル第七八條ノ規定ヲ準用ス故ニ清算人ハ(一)現務ノ終了(二)債權ノ取立及ヒ債務ノ弊濟(三)殘餘財產ノ引渡ヲ爲スノ職務ヲ行フカ爲メニ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲スコトヲ得蓋シ清算ノ目的ハ法人ニ關スルト組合ニ關スルトニ論ナク此以外ニ出テサルヲ以テナリ此關係上殘餘財產アルトキハ出資ノ割合ニ應シテ之ヲ組合員ニ分割スヘク組合ノ損失カ其財產ニ超過シタルトキハ其超過部分ハ出資ノ割合ニ應シ總組合員ニ於テ分擔スルコトヲ要ス何トナレハ組合員カ其出資ノ割合ニ應シテ損益ヲ分配スル

一組合ノ通則ナルヲ以テナリ

第十三章　終身定期金

第一節　終身定期金ノ性質

民法第六八九條ニ曰ク「終身定期金契約ハ當事者ノ一方カ自己相手方又ハ第三者ノ死亡ニ至ルマテ定期ニ金錢其他ノ物ヲ相手方又ハ第三者ニ給付スルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス」ト故ニ我民法ニ依ルトキハ終身定期金契約ハ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得ヘシ

終身定期金契約ハ當事者ノ一方カ自己相手方又ハ第三者ノ死亡ニ至ルマテ定期ニ金錢其他ノ物ヲ相手方又ハ第三者ニ給付スルコトヲ約スル契約ナリ

今此定義中ニ包含スル終身定期金契約ノ概念ヲ分析的ニ說明スルトキハ左ノ如シ

第一　終身定期金契約ハ契約ナリ

民法ハ終身定期金ニ付テハ特ニ契約ナル語ヲ用ヒタル所ニシテ此契約ハ當事者ノ一方カ自己相手方又ハ第三者ノ畢生間定期ニ金錢其他ノ物ヲ相手方又ハ第三者ニ給付スヘキ旨ノ意思ヲ表示シ相手方カ之ヲ受諾スルニ因リテ成立ス而シテ(一)終身定期金契約ノ成立ニハ當事者間ニ於テ意思表示アルノミヲ以テ足リ契約成立ノ前提要件トシテ物ノ引渡其他ノ給付ヲ爲スコトヲ要セサルヲ以テ諾成契約ノ一種ニ屬ス(二)終身定期金契約ニハ當事者間ニ於テ意思表

示アルノミヲ以テ足リ其意思表示ニ付キ別段形式ノ定メナキヲ以テ不要式契約ナリ(三)終身定期金契約ハ時トシテハ定期金債務者ヲシテ定期金ノ給付ヲ爲スノ義務ヲ負ハシメ相手方ヲシテ何等ノ債務ヲモ負擔セシメサル片務的ノモノナルコトアリ或ハ定期金債務者カ定期金ノ給付ヲ爲スノ債務ヲ負擔スルト同時ニ相手方ヲシテ之ニ對シテ或給付ヲ爲スノ債務ヲ負擔セシムル雙務的ノモノタルコトアリ(四)終身定期金契約ハ其雙務ナル場合ハ有償ニシテ其片務ナル場合ハ無償ナリ

第二　終身定期金契約ハ當事者ノ一方カ金錢其他ノ物ヲ相手方又ハ第三者ニ給付スルコトヲ約スル契約ナリ

終身定期金契約ノ成立ニハ當事者ノ一方即チ定期金債務者カ相手方ニ對シテ相手方又ハ第三者即チ定期金債權者ニ金錢其他ノ物ヲ給付スルコトヲ約スルコトヲ要シ契約ノ目的物カ金錢其他ノ物ナルコトハ契約成立ノ一要件タリ隨テ當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ相手方又ハ第三者ノ爲メニ金錢物品以外ノ給付ヲ爲スコトヲ約シタルトキハ其契約ハ定期金ノ契約ニアラスシテ一種ノ無名契約トス然レトモ定期金契約ノ目的ハ必スシモ金錢ノミニ限定セラルルモノニアラス唯金錢ナル場合最大多數ヲ占ムルヲ以テ之ニ定期金ノ名稱ヲ付シタルニ過キス又獨逸民法ニハ定期金ノ目的タルヘキ給付ヲ限定セサルヲ以テ債務ノ目的タル給付カ代替的ノ性質ヲ有シ定期ニ之ヲ爲スニ於テハ定期金契約ハ有效ニ成立スルコトヲ得ヘシト雖モ我民法ニハ定期金ノ目的物ヲ物ニ限定シタルヲ以テ物以外ノ給付ハ定期金契約ノ目的タルコトヲ得ス

給付ノ利益ヲ受クヘキ者即チ所謂定期金債權者ハ契約ノ相手方タルコトアリ當事者以外ノ第三者タルコトアリ第三者カ給付ノ利益ヲ受クヘキトキハ定期金契約ハ第三者ノ爲メニスル契約ナルヲ以テ民法第五三七條ノ規定ニ從ヒ其效力ヲ定ムルコトヲ要ス隨テ第三者ノ權利ハ其第三者カ債務者ニ對シテ契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタル時ニ發生スルコトトナルヘシ蓋シ終身定期金ハ各人カ自己又ハ其親族知友ノ爲メニ生活ノ資ヲ作爲シ將來ニ於ケル一身ノ安全ヲ計畫スルノ必要ヨリ生スルモノニシテ保險契約ト其根本ノ觀念ヲ同シウスルモノナリ

第三　終身定期金契約ハ當事者ノ一方カ定期ニ金錢其他ノ物ヲ相手方又ハ第三者ニ給付スルコトヲ約スル契約ナリ

終身定期金ノ特質トシテ債務者ノ爲スヘキ給付ハ定期ナルコトヲ要ス換言スレハ定期金ハ時ノ經過ニ從テ生シ一定ノ時期ニ支拂フヘキモノタルコトヲ要ス是レ定期金ノ名稱アル所以ニシテ此性質ヲ有セサル金錢其他ノ物ノ給付ハ定期金契約ノ目的タルコトヲ得ス此點ニ關シテハ定期金ハ賃貸借ニ於ケル賃金、地上權ニ於ケル地代、永小作權ニ於ケル永小作料及ヒ利息ト其性質ヲ同シウスルモノナリ但定期金支拂ノ時期ハ當事者ニ於テ任意ニ之ヲ定ムルコトヲ得ヘク或ハ一ケ月ヲ期限トシ或ハ半月ヲ期限トシ或ハ一年若クハ二年ヲ以テ期限トスルハ固

ヨリ妨ケナシト雖モ何レノ場合ニ於テモ債務者ノ支拂フ定期金ハ一定ノ時期ニ對シ比例的ニ計算セラレタルモノナルコトヲ要シ時ノ經過ト無關係ナル金錢物品ノ給付ハ之ヲ一定ノ時期ニ分割シテ辨濟ヲ爲スモ之カ爲メ定期金ノ債務ニ變スルコトナシトス

第四　終身定期金契約ハ當事者ノ一方カ自己相手方又ハ第三者ノ死亡ニ至ルマテ定期ニ金錢其他ノ物ヲ相手方又ハ第三者ニ給付スルコトヲ約スル契約ナリ

契約關係カ人ノ死亡ニ至ルマテ存續スヘキコトモ亦終身定期金契約ノ要件ニシテ終身定期金ノ名稱アルハ之カ爲メナリ故ニ此性質ヲ有セサル契約ハ縱令定期ニ相手方又ハ第三者ニ金錢其他ノ物ノ給付ヲ爲スコトヲ目的トスルモ終身定期金契約タルコトヲ得ス例ヘハ甲、乙ニ對シテ婚姻ヲ爲スマテ年年金一萬圓ヲ支拂フヘキコトヲ約シタル場合ニ其契約ハ一種ノ定期金契約ナルモ終身定期金契約ニアラス

第二節　終身定期金契約ノ效力

終身定期金契約ノ效力ヲ論スルニ當リ予ハ定期金ノ性質、定期金ノ數額、定期金ノ支拂ノ時期、定期金ノ債務不履行ニ對スル制裁ニ區別シテ說明スヘシ

第一　定期金ノ性質

定期金ハ金錢其他ノ物タルコトヲ要スルハ既ニ說明セル所ナリ故ニ米穀其他種類數量ヲ以テ取引ノ目的トナル物即チ所謂代替物ノ給付ハ何レモ皆定期金債務ノ內容ヲ組成スルコトヲ得ヘシト雖モ無體物ハ定期金債務ノ目的タルコトヲ得サルヲ以テ有價證券中無記名證券ハ定期金ノ目的タルコトヲ得ルモ記名證券又ハ指圖證券ハ物ニアラサルカ故ニ其給付ヲ以テ終身定期金ノ目的ト爲スコトヲ得サルモノトス

定期金ハ又時ノ經過ト共ニ生スヘキモノニシテ定期ニ支拂フヘキモノタルコトヲ要スルコトハ曾テ說明スル所ノ如シ故ニ時ノ經過ニ拘ハラス一時ニ一定ノ金額ヲ支拂ヒ又ハ一定ノ金額ヲ分割シテ數度ニ支拂フノ契約ハ定期金ノ性質ヲ有セサルコトハ既ニ說明セル所ナリ

第二　定期金ノ數額

定期金ノ數額ハ契約自由ノ原則ニ從ヒ當事者ノ定ムル所ニ任ス故ニ當事者ハ毎月毎半年又ハ毎年ニ若干ノ金額ヲ支拂フコトヲ約スルコトヲ得又其支拂ハ毎月、毎半年又ハ毎年ノ初メニ於テ前拂ヲ爲スト其終了ヲ待テ之カ仕拂ヲ爲ストハ全ク當事者ノ隨意ナリ但當事者カ一期ニ支拂フヘキ金額ヲ定メ其期限ハ一月ナルヤ半年ナルヤ一年ナルヤヲ指定セサリシ場合ニ付テハ獨逸民法ハ之ヲ以テ一年ニ給付スヘキ額ト看做シ又定期金支拂ノ期限ニ付キ定期金ハ一般ニ前拂スヘキモノニシテ金錢ノ定期金ハ三ケ月宛前拂スヘク其他ノ定期金ハ目的物ノ性質並ニ目的ニ從ヒ相當ノ時期ニ前拂スヘキ旨ノ規定ヲ設ケ瑞西債務法ハ別段ノ意思表示ナキトキハ半ケ年分ヲ前拂スヘキモノト規定セルモ我民法ハ別ニ此點ニ付キ何等ノ規定ヲ設ケス各場

合ニ於ケル當事者ノ意思ノ解釋ニ一任スルコトトセリ然レトモ定期金ハ時ノ經過ニ從ヒ生スルモノニシテ定期金債權者ハ時ノ經過ニ依リ其時期ニ對スル定期金ノ上ニ既得ノ權利ヲ有スルコトトナルヲ以テ特約ナキ限ハ定期金ハ期限經過ノ後ニ支拂フヘキモノト解釋スルヲ正當ナリト信ス

定期金ハ時ノ經過ト共ニ生スルモノナレハ其支拂ノ時期如何ニ拘ハラス常ニ日割ヲ以テ計算スヘキモノトス（六九〇條）故ニ定期金ヲ前拂シタル場合ニ債務關係カ其相當期間ノ中途ニ終了シタルトキハ定期金ハ日割ヲ以テ計算シ未經過ノ日子ニ對當スル部分ヲ債務者ニ返還シ又定期金ノ後拂ヲ爲ス場合ニ其期限ノ半途ニ於テ契約ノ終了ヲ見ルニ至リタルトキハ債務者ハ既ニ經過シタル日子ニ對當スル金額ノミヲ支拂ヒ其他ノ部分ヲ支拂フノ義務ナキモノトス但日未滿ハ一日トシテ計算スルヤ又ハ之ヲ控除スルヤニ付テハ學者間ノ議論アルモ一日ニ算入セルヲ可ナリト信ス

第三　終身定期金ノ債務不履行ニ對スル制裁

終身定期金債務者カ其債務ヲ履行セサルトキハ債權者ハ民法第六九一條ノ規定ニ從ヒ其不履行ニ對スル救濟ヲ求ムルコトヲ得即チ左ノ如シ

一　定期金債務者カ終身定期金ノ全部又ハ一部ノ支拂ヲ遲滯シ又ハ其他ノ義務ヲ履行セサルトキ（例ヘハ債務者カ擔保ヲ供スルノ義務ヲ負ヒテ其義務ヲ履行セサルカ如キ場合）ハ債權者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得民法第六九一條ノ規定ハ即チ此場合ニ該當スルモノナリ

二　定期金債務者カ定期金ノ元本ヲ受ケタルトキハ債權者ハ契約解除ノ結果其元本ノ返還ヲ請求スルコトヲ得是レ一般ノ原則ノ適用ニシテ法律ハ不履行ノ責アル債務者ヲシテ其受取リタル元本ヲ債權者ニ返還セシメ因テ以テ債權者ノ地位ヲ契約以前ノ原狀ニ復セシムルモノナリ

三　債權者ハ既ニ受取リタル定期金ノ中ヨリ其元本ノ利息ヲ控除シタル殘額ヲ債務者ニ返還スルノ義務アリ

是レ亦一般ノ原則ノ適用ニ外ナラス何トナレハ契約解除ノ結果債權者ハ一方ニ於テハ相手方タル債務者ノ地位ヲ原狀ニ復スルノ義務ヲ負フヲ以テ其受取リタル定期金ヲ債務者ニ返還スルノ義務アリ他方ニ於テ債權者ハ債務者ヲシテ其元本ノ外ニ其元本ニ對スル利息ヲ支拂ハシムルノ權利ヲ有スルカ故ニ既ニ受取リタル定期金ノ中ヨリ其利息ヲ控除シタル殘額ヲ債務者ニ返還スルコトトナルヘキヲ以テナリ

四　債權者ハ債務ノ不履行ヨリ生スル損害ノ賠償ヲ債務者ニ求ムルコトヲ得

是レ第六九一條第二項ニ規定スル所ニシテ契約ノ解除ニ關スル一般ノ原則ノ適用ナリ蓋シ民法ハ定期金債務ノ不履行ヨリ生スル效果トシテ債務者ニ許スニ定期金ノ返還ニ因リテ事

物ヲ契約以前ノ原狀ニ復スルノ權利ヲ以テシ第六九一條ニ於テ特ニ之ヲ規定セルヲ以テ債權者ハ單ニ原狀回復ノ權利ヲ有スルニ止マル損害賠償ノ請求權ヲ有セサルヤノ疑ヲ生スヘキヲ以テ此點ヲ明確ナラシムル爲メニ特ニ第二項ノ規定ヲ設ケタルモノナリ

五　債務ノ不履行ヨリ生スル當事者ノ權利義務ニ關シテハ第五三三條ノ規定ヲ準用ス

即チ一方ニ於テ債權者カ債務者ニ對シテ要求スルコトヲ得ヘキ元本利息損害賠償ト債權者ヨリ債務者ニ支拂フヘキ定期金トハ互ニ相牽連シ同時ニ其受授ヲ了スヘキモノナレハ當事者ノ一方カ自己ノ義務ニ屬スル給付ヲ爲ササルトキハ他ノ一方モ亦其義務ニ屬スル給付ヲ拒絶スルノ權利ヲ有スルモノナリ

第三節　終身定期金契約ノ終了

終身定期金契約ハ終了唯一ノ原因ハ其契約ニ於テ終身ヲ期セラレタル債務者債權者又ハ第三者ノ死亡ニシテ終身定期金契約ハ此等ノ人ノ死亡ニ因リテ當然消滅ス然レトモ此原則ニハ例外アリ終身ヲ期セラレタル人ノ死亡カ定期金債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生シタル場合即チ是ナリ例ヘハ債務者ノ終身ヲ期限トシタル場合ニ債務者カ自殺シ又ハ死刑ニ處セラレ債權者又ハ第三者ノ終身ヲ期限トシタル場合ニ債務者カ之ヲ死ニ致シタルカ如シ此等ノ場合ニ於テ定期金契約カ終身ヲ期セラレタル人ノ死亡ニ因リテ消滅スルモノト爲ストキハ債權者ハ債務者ノ所爲ニ因リテ其權利ヲ縮少セラルルコトナリ不公平ナル結果ヲ生スルヲ以テ裁判所ハ債權者又ハ其相續人ノ請求ニ因リ相當ノ期間債權ノ存續スルコトヲ宣告スルコトヲ得ヘシ是レ第六九三條ニ規定スル所ナリ而シテ裁判所ハ其期間ヲ定ムルニ當リ終身ヲ期セラレタル人カ幾何ノ期間尚ホ生存スヘカリシヤヲ以テ其標準トナスヘキハ勿論ナルモ之ヲ確認スルコトハ極メテ困難ナルヲ以テ法律ハ單ニ「相當ノ期間」トシ其確定ヲ裁判所ノ判斷ニ一任セルヲ以テ事實裁判所ハ自由ナル心證ヲ以テ其期間ノ相當ナルヤ否ヤヲ判斷スルコトヲ得ヘク其判斷ノ當否ハ上告裁判所ニ於ケル審査ノ目的トナルコトヲ得サルモノトス

民法第六九三條ハ終身ヲ期セラレタル人ノ死亡カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生シタル場合ニ付キ債權者ノ權利ヲ保護スル爲メ特別ナル權利ヲ之ニ附與シタルモノニシテ毫モ其權利ヲ制限スルノ意義ヲ有セス故ニ債權者カ債務者ノ行爲ニ對シ一般ノ原則ニ從ヒ救濟ヲ求ムルハ毫モ妨ケナク債權者ハ此場合ニ付キ第六九一條ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ヘシ何トナレハ其故意過失ニ因リテ死亡ヲ期セラレタル者ノ死亡ヲ惹起シタル債務者ハ其所爲ニ因リ債務ノ履行ヲ不能ナラシメタルモノニ外ナラサルヲ以テ債權者ニ對シテ其債務ヲ履行セサルモノトシテ第六九一條ニ規定スル元本返還ノ責ニ任スヘキハ勿論ナルヲ以テナリ但元本ノ給付ヲ爲サスシテ無償ニテ定期金債權ヲ取得シタル者ハ第六九三條ノ規定ニ從ヒ期間ノ延長ヲ請求スルノ外他ニ救濟ノ途ナキヤ明カナリ

第四節　終身定期金ノ遺贈

終身定期金ハ遺贈ニ因リテ之ヲ設定スルコトヲ得ヘク此場合ニ於テモ亦當事者間ノ契約ニ基ク終身定期金ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノトス蓋シ此二個ノ場合ニ於テ終身定期金ハ其發生原因ヲ異ニスルモ其實質ニ於テ異ナルモノニアラサルヲ以テ同一ノ規定ヲ以テ支配スルヲ相當ナリトス但其發生原因ノ異ナルニヨリ其間ニ多少ノ差異ヲ生スヘキハ勿論ナリ是レ法律カ「準用」ナル語ヲ用ヒ此點ヲ明カニシタル所ナリ

第十四章　和解

第一節　和解ノ性質

民法第六九五條ニ曰ク「和解ハ當事者カ互ニ讓歩ヲ爲シテ其同ニ存スル爭ヲ止ムルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス」ト故ニ我民法ニ依ルトキハ和解ニ付テハ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得ヘシ

和解トハ當事者カ互ニ讓歩ヲ爲シテ其間ニ存スル爭ヲ止ムル契約ナリ

今此定義中ニ存スル和解ノ觀念ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

第一　和解ハ契約ナリ

和解ノ成立ニハ當事者間ニ於テ互ニ讓歩ヲ爲シテ其間ニ存スル爭ヲ止ムルノ點ニ付キ意思ノ合致即チ契約アルコトヲ必要トス而シテ(一)此契約ハ當事者ノ意思表示アルノミヲ以テ足レリトシ其意思表示ノ形式如何ハ契約ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ホササルヲ以テ不要式契約ナリ(二)此契約ノ成立ニハ當事者間ニ於テ意思表示ノ合致アルノミヲ以テ足レリトシ契約成立ノ前提要件トシテ物ノ引渡其他現實ノ給付ヲ爲スコトヲ要セサルヲ以テ諾成契約ナリ(三)此契約ハ當事者互ニ讓歩出捐ヲ爲シテ爭ヲ止ムルモノナレハ有償契約ナリ(四)此契約ハ或ハ當事者雙方ヲシテ債務ヲ負擔セシムルモノナレハ雙務契約ナルコトアリ或ハ單ニ其一方ヲシテ債務ヲ負擔セシムル片務契約ナルコトアリ

第二　和解ハ當事者カ其間ニ存スル爭ヲ止ムルコトヲ約スル契約ナリ

和解契約ノ成立ニハ當事者間ニ於テ爭アリテ之ヲ止ムルコトニ付テ意思表示ノ合致アルコトヲ必要トス所謂爭トハ當事者間ニ於ケル權利義務ノ存否其範圍體樣ニ關シテ當事者雙方カ反對ノ主張ヲ爲スヲ謂ヒ和解ハ雙方間ノ互ニ相反對セル主張ヲ一致セシメ因テ以テ爭ヲ終局スルヲ目的トス而シテ爭ニ係ル權利關係ノ物權ナルト債權ナルト財產權ナルト親族法上ノ權利ナルト又其爭ノ裁判外ニ於テ生シタルト訴訟トナリテ裁判所ニ繫屬シタルトヲ問フコトナク其爭ニシテ苟モ私法上ノ權利關係ニ付キ既ニ生シタルモノニシテ且其權利關係カ當事者ノ意思ヲ以テ之ヲ左右シ得ヘキモノナルニ於テハ有效ニ和解ノ目的タルコトヲ得ヘシ

0029

第三　和解ハ當事者カ互ニ讓歩ヲ爲シテ其間ニ存スル爭ヲ止ムルコトヲ約スル契約ナリ

和解ニ在テハ當事者雙方カ爭ヲ止ムルコトヲ約スルノミヲ以テ足レリトセス其爭ヲ止ムルノ方法トシテ互ニ讓歩ヲ爲スコトヲ要ス所謂讓歩トハ各自ニ自己ノ利益ヲ犧牲ニ供スルヲ云ヒ各自ニ幾分ノ利益ヲ抛チ因テ以テ其相互ノ間ニ存スル主張ノ不一致ヲ除去シ之ヲ同一ノ點ニ歸著セシムルハ即チ和解契約ノ實質ヲ組成スルモノナリ故ニ當事者ノ一方ノミカ其利益ヲ抛ツノ契約ハ和解契約ニアラスシテ或ハ權利ノ抛棄トナリ或ハ權利ノ認諾トナルモノナリ而シテ前ニ所謂自己ノ利益ヲ犧牲ニ供スルトハ或ハ相手方ノ主張ノ全部又ハ一部ヲ認メ自己ノ主張ヲ撤回シ或ハ相手方ノ爲メニ物權ヲ設定移轉シ或ハ相手方ニ對スル債務ヲ負擔シ若クハ相手方ニ對スル權利ヲ抛棄シ又ハ相手方ノ爲メニ各種ノ給付ヲ爲スノ類ナリ故ニ和解ノ內容ヲ形成スル雙方ノ讓歩ハ種種ノ方法ニ依リテ行ハルルコトヲ得ヘシ例ヘハ甲、乙ニ對シテ貸金三百圓ノ債務アリト主張シ乙ハ既ニ其全部ヲ辨濟シタリト主張シ其間ニ爭ヲ生シタル場合ニ相方協議ノ上乙ヨリ百圓ヲ辨濟スヘキモノト爲シタルトキハ甲ハ其主張ノ金額二百圓ニ付キ自己ノ主張ヲ撤回シテ乙ノ主張ヲ認メ乙モ亦一百圓ニ付キ自己ノ主張ヲ撤回シテ甲ノ主張ヲ認メ雙方互ニ讓歩ヲ爲シタルモノナレハ其間ニ和解契約ノ成立ヲ見ルニ至ルヤ明カナリ又甲カ乙ニ對スル全部ノ請求權ヲ抛棄シ或物品ヲ給付セシメ若クハ之ヲシテ或種類ノ勞役ニ從事セシムルコトトシ若クハ乙ニ於テ全部甲ノ請求ヲ認メ更ニ甲ヲシテ或給付ヲ爲サシムルコトト爲スモ和解契約ハ完全ニ成立スルモノトス

當事者ノ一方ノミカ讓歩ヲ爲シテ爭ヲ止ムルハ和解ニアラサルコト隨テ和解ノ成立ニハ常ニ當事者雙方ニ於テ讓歩ヲ爲スコトヲ必要トスルコトハ既ニ說明スル所ナルモ其讓歩ノ程度如何ハ之ヲ問フノ必要ナシトス

和解ハ當事者互ニ讓歩ヲ爲スニ因リテ成立スルモノニシテ時トシテハ權利ノ抛棄トナリ又時トシテハ權利ノ認諾トナルヲ以テ爭ノ目的タル權利ヲ處分スルノ權限能力ヲ有スル者ニアラサレハ和解ヲ承諾スルコトヲ得サルヤ明カナリ從テ無權限者又ハ無能力者ノ爲シタル和解ハ或ハ不成立トナリ或ハ取消シ得ヘキモノトナル

第二節　和解ノ效力

和解契約ノ成立ニハ契約ノ成立ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スヘク又和解契約ハ雙務契約ナルヲ以テ其效力ニ關シテ雙務契約ニ關スル原則ヲ適用スヘキモノトス然レトモ和解ハ當事者間ニ於テ實體上ノ權利關係如何ニ拘ハラス契約ヲ以テ其權利關係ヲ確定スルモノナレハ其權利關係ハ認定的ノモノナルヤ創設的ノモノナルヤヲ確定スル必要アリ依テ予ハ此點ニ付キ簡單ニ說明スヘシ

第一　和解契約ハ一般契約ト等シテ契約當事者ヲ羈束スルヲ以テ爾後當事者間ノ權利關係ハ和

解契約ニ從ヒ之ヲ定ムルコトヲ要シ當事者ハ最早ヤ契約以前ノ權利關係ヲ主張スルコトヲ得ス

和解ハ當事者間ニ於ケル從前ノ權利關係如何ニ拘ハラス將來ニ向テ其關係ヲ定メ雙方間ノ爭ヲ終局スルヲ以テ唯一ノ目的ト爲スモノナレハ和解契約カ有效ニ成立シタル以上ハ其契約ニ從ヒ當事者間ノ關係ヲ定ムヘキハ理ノ當然ナルヲ以テナリ

第二　和解ノ效力ハ認定的ナルヲ原則トス

和解ニ依リ當事者ノ一方カ爭ノ目的タル權利ヲ有スルモノト認メラレ又ハ相手方カ之ヲ有セサルモノト認メラレタルトキハ當事者ノ一方ハ和解契約ニ因リテ其權利ヲ取得スルニアラスシテ初メヨリ之ヲ有セルモノナリ相手方モ亦和解契約ニ因リ其權利ヲ喪失シタルニアラスシテ初メヨリ其權利ヲ有セサリシモノトナルヘシ之ヲ換言スレハ和解ハ認定的ニシテ創設的ノモノニアラサルモノト推定セラルルモノトス

第三　前項ノ場合ニ於テ當事者ノ一方カ從來此權利ヲ有セサリシ確證又ハ相手方カ之ヲ有セシ確證出テタルトキハ其權利ハ和解ニ因リテ其者ニ移轉シ又ハ消滅シタルモノトス

是レ第六九六條ニ規定スル所ニシテ此場合ニ於ケル和解ノ效力ハ創設的トナルモノナリ即チ當事者ノ一方カ和解ニ因リテ爭ノ目的タル權利ヲ有スルモノト認メラレタル後其當事者カ之ヲ有セサリシコトノ確證出テタルトキハ其權利ハ和解契約ニ因リ其當事者ニ移轉シタルモノトシテ和解契約ノ效力ヲ維持シ當事者ノ一方ヲシテ其權利ヲ享有スルコトヲ得セシム又相手方カ權利ヲ有セサルモノト認メラレタル場合ニ其權利ヲ有シタルコトノ確證出テタルトキハ其權利ハ和解契約ニ因リ消滅シタルモノトシ相手方ヲシテ契約以前ノ狀態ニ溯リテ其權利ヲ主張スルコトヲ得サラシム蓋シ和解契約ヲ以テ認定的ノモノト爲スニ於テハ其效力ヲ薄弱ナラシメ當事者間ノ權利關係ヲ不確定ノモノト爲スヲ以テ和解ニ因リテ定マリタル當事者ノ權利關係カ實體的ノ權利關係ト合致セサルトキハ其契約ニ創設的ノ效力ヲ付シ因テ以テ當事者間ノ權利關係ヲ確定不可動ノモノトシ和解契約ヲシテ其效力ヲ發揮セシムルコトニ留意シタルモノナリ

民法債權（第二章第二節乃至第一四節）終

法學博士 横田秀雄講述

民法債權

第二章第二節
乃至第十四節

法政大學發行

0032

民法債權（第二章第二節乃至第一四節）目次

緒言……一
第一章　贈與……二
第一節　贈與ノ性質……二
第二節　贈與ノ種類……六
第三節　贈與ノ成立……八
第四節　贈與ノ效力……一〇
第一款　贈與者ノ義務……一〇
第二款　贈與ノ取消……一四
第五節　特種ノ贈與……一六
第一款　負擔附贈與……一六
第二款　定期贈與……一八
第三款　死因贈與……一九
第二章　賣買……二〇
第一節　賣買ノ性質……二〇

0033

第二節　賣買ノ種類……二八
第三節　賣買契約ノ締結……三〇
第一款　賣買ノ豫約……三一
第一項　賣買雙方ノ豫約……三一
第二項　當事者一方ノ豫約……三三
第二款　手附……三七
第三款　賣買ノ費用……四二
第四節　賣買ノ效力……四三
第一款　賣主ノ義務（即チ買主ノ權利）……四三
第一項　財產權移轉ノ義務……四三
第二項　追奪擔保ノ義務……四八
第三項　瑕疵擔保……六九
第四項　擔保義務ノ履行……七八
第五項　無擔保ノ特約……七九
第六項　引渡ノ義務……八一
第七項　登記義務……八六

第二款　買主ノ義務（即チ賣主ノ權利）……八七
第五節　賣買ニ關スル規定……九四
第三章　買戻……九五
第一節　買戻ノ性質……九五
第二節　買戻ノ特約……一〇一
第三節　買戻ノ特約ノ效力……一〇四
第四節　買戻權實行ノ方法……一一〇
第一款　買戻ノ當事者……一一〇
第二款　買戻ノ方法……一一一
第五節　共有者持分ノ買戻……一一三
第四章　交換……一二〇
第一節　交換ノ性質……一二〇
第二節　補足金……一二三
第五章　消費貸借……一二四
第一節　消費貸借ノ性質……一二四
第二節　消費貸借ノ豫約……一二四

第三節　消費貸借ノ效力……一三六
第一款　返還ノ目的物……一三九
第二款　返還ノ時期……一四四
第六章　使用貸借……一四七
第一節　使用貸借ノ性質……一四七
第二節　使用貸借ノ效力……一五三
第一款　使用貸主ノ權利義務……一五二
第二款　使用借主ノ權利義務……一五三
第一項　物ノ使用收益ニ關スル借主ノ權利義務……一五三
第二項　借用物返還ノ義務……一五七
第三節　使用貸借ノ終了……一六〇
第七章　賃貸借……一六一
第一節　賃貸借ノ性質……一六一
第二節　賃貸借契約ノ締結……一六四
第一款　賃貸借ニ關スル一般ノ制限……一六四
第二款　處分ノ能力權限ナキ者ノ爲シタル賃貸借ニ關スル

制限……一六七
第三節　賃貸借ノ效力……一七〇
第一款　當事者ニ於ケル效力……一七〇
第一項　賃貸人ノ義務（賃借人ノ權利）……一七〇
第二項　賃借人ノ義務（賃貸人ノ權利）……一七三
第二款　第三者ニ對スル賃貸借ノ效力……一八五
第四節　賃貸借ノ終了……一八五
第八章　雇傭……一九五
第一節　雇傭ノ性質……一九五
第二節　雇傭契約ノ締結……一九八
第三節　雇傭契約ノ效力……一九八
第一款　使用者ノ義務……一九八
第二款　勞務者ノ義務……二〇一
第四節　雇傭ノ終了……二〇二
第九章　請負……二〇九
第一節　請負ノ性質……二一〇

第二節　請負ノ效力……二一四
第一款　注文者ノ義務（請負人ノ權利）……二一四
第二款　請負人ノ義務（注文者ノ權利）……二一六
第三節　請負ノ終了……二二五
第十章　委任……二二七
第一節　委任ノ性質……二二七
第二節　委任ノ效力……二三二
第一款　受任者ノ義務（委任者ノ權利）……二三二
第二款　委任者ノ義務（受任者ノ權利）……二三九
第三節　委任ノ終了……二四五
第四節　委任終了ノ場合ニ於ケル特別ノ規定……二四九
第五節　準委任……二五一
第十一章　寄託……二五二
第一節　寄託ノ性質……二五二
第二節　寄託ノ效力……二五六
第一款　受寄者ノ義務（寄託者ノ權利）……二五六
第二款　寄託者ノ義務（受託者ノ權利）……二六五
第三節　寄託ノ終了……二六八
第四節　消費寄託……二六九
第十二章　組合……二六九
第一節　組合ノ性質……二七二
第二節　組合契約ノ效力……二七二
第一款　組合員ノ出資……二七五
第二款　組合ノ業務ノ執行……二七五
第一項　業務執行ノ權限……二七五
第二項　業務ノ執行ヨリ生スル權利關係……二八〇
第三款　組合事業ノ檢査……二九〇
第四款　損益ノ分配……二九一
第五款　組合財產……二九三
第三節　組合ノ終了……二九七
第一款　組合員ノ脫退……二九七
第一項　組合員脫退ノ原因……二九八

第二項　組合員脫退ノ效力……三〇三
第二款　組合ノ解散……三〇五
第一項　組合解散ノ原因……三〇五
第二項　組合解散ノ效果……三〇七
第十三章　終身定期金……三〇九
第一節　終身定期金ノ性質……三〇九
第二節　終身定期金契約ノ效力……三一二
第三節　終身定期金契約ノ終了……三一六
第四節　終身定期金ノ遺贈……三一八
第十四章　和解……三一八
第一節　和解ノ性質……三一八
第二節　和解ノ效力……三二一

民法債權（第二章第二節乃至第一四節）目次　終

商法商行爲

法學士　片山義勝講述

商人ノ行爲ハ總テ之ヲ商行爲ナリト看做シタルハ中古商人團體ノ存在セシ時代トス此時代ニ於テハ商人ノ行爲カ即チ商行爲タルカ故ニ商人ハ商行爲ニアラサル法律行爲ヲ爲スコトナク又非商人ハ商行爲ヲ爲スコトナシ要言スレハ此時代ニ於テハ商行爲ト其他ノ法律行爲トノ差別ハ寧ロ行爲其モノノ區別ニアラサリシナリ然レトモ此ノ如キ法律思想ハ商人團體ノ消滅ト共ニ消滅シ今日ノ立法例ニハ此類例ヲ見ルヘカラス獨國ノ如ク先ツ商人ノ意義ヲ定メ其商人ノ行爲ヲ商行爲トナスモノニ在リテモ亦其行爲カ營業ノ範圍ニ屬スルコトヲ條件トス（獨商三四三條一項）故ニ外觀ハ中古ノ思想ニ似テ眞想ハ即チ全然相異ナル要言スレハ今日ノ商行爲ト其他ノ法律行爲トノ區別ハ寧ロ行爲自體ノ區別ナリ故ニ商人ノ行爲中ニハ商行爲タルモノト商行爲タラサルモノトアリ非商人ノ行爲中ニモ商行爲タルモノト商行爲タラサルモノトアリ本編ニ論スル所ハ此商行爲ニ關スル規定ナリ（但保險ヲ除ク）

第一章　總則

第一節　商行爲

第一款　商行爲ノ範圍

何ヲ商行爲ト爲スカニ付テハ最近ノ立法例ハ法律ヲ以テ明定スルヲ主義トス其主義ニ凡ソ二アリ

一　概括主義　概括的ノ定義ヲ以テ商行爲ノ範圍ヲ定ムル主義是ナリ併ナカラ此主義ハ實際ニ必要ナル行爲ヲ脫スル虞アリ又解釋ノ不明ヲ來スノ憂多シ

二　列擧主義　是ニ於テカ近世ノ立法例ハ商行爲ヲ列擧スルニ至レリ而シテ列擧スルニ付テモ之ヲ例示的ニスルアリ制限的ニスルアリ又列擧スル標準ニ付テモ或ハ先ツ商人ノ意義ヲ定メテ標準トスルアリ或ハ行爲自體ノ性質ヲ以テ其標準トスルアリ又二者ヲ併用スルアリ我商法ハ列擧主義ニシテ制限主義ナリ而シテ其標準ニ付テハ折衷主義ヲ採レリ詳言スレハ第二六三條ハ行爲ノ性質ニ依リ客觀的ニ商行爲ヲ定メ第二六四條ハ商人ノ營業ト云フ觀念ニ依リテ商行爲ヲ定メ更ニ第二六五條ハ商人ト云フ基礎ニ依リテ商行爲ノ範圍ヲ定ム

第二款　商行爲ノ分類

第一　基本的商行爲、附屬的商行爲

基本的商行爲（Grundhandelsgeschäfte）トハ本來商行爲タルヘキ行爲ニシテ商人タル資格ヲ定ムルノ標準トナルモノヲ謂ヒ附屬的商行爲（accessorische H.g.）トハ商人タル資格アルヲ俟テ後ニ生スル行爲ヲ謂フ

甲　基本的商行爲

之ヲ分チテ二トス

（A）　絕對的商行爲

絕對的商行爲（absolute Handelsgeschäfte）トハ行爲自體ノ性質上當然ニ商行爲ト看做サルル行爲ナリ行爲者ノ何人タルヲ問ハス行爲カ營業トシテ爲サルルト否トヲ區別セス商法第二六三條ニ規定スル所即チ是ナリ

一　利得ヲ得テ讓渡ス意思ヲ以テスル動產不動產若クハ有價證券ノ有償取得又ハ其取得シタルモノノ讓渡ヲ目的トスル行爲（二六三條一項）

此行爲ハ取得行爲ト讓渡行爲トニ分ツコトヲ得而シテ此二者ヲ分說スルニ先チ其共通ノ目的ニ付キ說明スルノ必要アリ

目的ノ一ハ動產ナリ固ヨリ民法ノ意義ニ從フ

目的ノ二ハ不動產ナリ亦民法ノ意義ニ從フ學者動モスレハ不動產ハ商ノ目的タルコトヲ

得サルカ如クニ論スレトモ其不可ナル論ナシ（總則講義錄參照）目的ノ三ハ有價證券ナリ有價證券（Wertpapier）ノ意義、性質ニ付テハ學說未タ一途ニ出ラス「ハーン」一派ハ有價證券ノ文字ハ經濟上ノ意義ヲ有スルノミニシテ法律上ノ意義ヲ有セストナシ「テール」一派ハ財產權ヲ內容トスル證券ハ皆有價證券ナリト論ス加之實際社會ノ慣習ニ於テハ或ハ又立法例ニ於テモ區區ニ岐ルルモノノ如シ例ヘハ獨逸商法第三七六條ハ有價證券ト手形トヲ對立セシメ獨リ商人間ノ實際ニ於テモ此二者ヲ區別スルモ多數ノ法律ニ於テハ手形ヲ以テ有價證券ノ主要ノモノト看做スカ如シ要スルニ有價證券ノ意義範圍ニ關スル學說未タ一ニ歸セスト雖モ今日ニ於テ最モ廣ク行ハルルモノハ之ヲ「ブルンナー」ノ說トス此說ニ依レハ有價證券トハ其券面ノ權利ヲ利用スル爲メニ其證券ノ占有ヲ必要條件トスルモノヲ謂フ抑〻私權ニ關スル證券ハ之ヲ證明的證券（Beweisurkunde）ト設權的證券（Dispositivurkunde）トニ分ツコトヲ得前者ニ在リテハ證券ハ單ニ證明ノ效力ヲ有スルノミ故ニ法律行爲ハ證券ヲ離レテ成立ス之ニ反シテ後者ニ在リテハ法律行爲ハ必ス證券ノ作成行爲（Urkundungsakt）ニ依リテ完成ス證券ノ作成ナクンハ權利ナシ此區別ハ既ニ獨逸普通法ニ於テ之ヲ認メ前者ヲ notitia ト云ヒ後者ヲ carta ト稱シタリ而シテ有價證券ハ自ラ右ノ二種ト其範圍ヲ同シウセス設權的證券必スシモ有價證券ニアラス證明的證券ハ有價證券ニアラスト速斷スヘカラス蓋シ設權的、證明的ノ二種別ハ證券ト權利ノ成立トノ關係ヲ標準トスル區別ニシテ有價證券ト非有價證券トノ區別ハ權利ノ利用ト證券トノ關係ヲ標準トスル區別ナルカ故ナリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ有價證券ノ本質ハ其成立ノ形式ニ存スルニアラス其移轉ノ方式及ヒ行使ノ方法ニ存ス故ニ單ニ證明ノ用ニ供セラルルモノハ有價證券ニアラス又紙幣、印紙ノ如ク權利ヲ表示スト云ハンヨリハ其紙自身カ價格アルモノノ如ク觀察セラルルモノハ有價證券ニアラス有價證券ノ意義、性質大略此ノ如シ今更ニ轉シテ其分類ヲ略說スルノ要アリ

（イ）絕對的ト關係的　絕對的有價證券（absolute Wertpapier）トハ權利ノ利用ノ種類ノ如何ヲ問ハス苟モ利用スルニハ必ス證券ノ占有ヲ條件トスルモノヲ謂フ關係的有價證券（relative Wertpapier）トハ權利ノ或種類ノ利用ニノミ證券ノ占有ヲ必要トスルモノヲ謂フ手形ノ如キハ其前者ニ屬シ記名式株券ノ如キハ其後者ニ屬ス

（ロ）主タル有價證券、從タル有價證券　主タル有價證券（Hauptwertpapier）ト從タル有價證券（Nebenwertpapier）トノ區別ハ主物、從物ノ區別ト同シ例ヘハ利子ニ關スル證券（Zinsschein）ハ從タルモノナリ其元本ニ關スル證券ハ主タルモノナリ

（ハ）記名式、指圖式及ヒ無記名式　記名式ノ有價證券トハ證券發行ノ當時既ニ特定人ヲ以テ權利者ト定メタルモノヲ謂ヒ指圖式ノ有價證券トハ特定人又ハ其人ノ指圖シタル者ニ對シ權利ノ執行ヲ認ムヘキコトヲ記載シタル證券ヲ謂ヒ又無記名式ノ有價證券トハ單

0039

ニ證券ノ所持人ニ對シテ權利ノ行使ヲ認ムヘキコトヲ記載シタル證券ヲ謂フ或ハ記名式ノ證券ハ決シテ有價證券タルコトナシト論スル者アリ（「ベセーレル」一派）ト雖モ中ラス此說ハ記名式手形ヲ有價證券ノ範圍ニ屬セストスルモノニシテ又記名式株券カ有價證券タルコトヲ忘レタルモノニ外ナラス

（二）物權的、債權的及ヒ團體的物權的有價證券（sachenrechtliche Werrpapier）トハ其證券ノ處分ニ因リ單ニ債權的效力ヲ生スルニ止マラス同時ニ物權上ノ效力ヲ生スル證券ヲ謂フ例ヘハ貨物引換證、預證券及ヒ船荷證券ノ如キハ即チ之ニ屬ス（三〇〇條三五八條六二〇條以下參照）債權的有價證券（Forderungspapier）トハ債權ヲ內容トスルモノニシテ手形ノ如キハ其最モ著シキモノトス次ニ團體的有價證券（Korporationspapier）トハ所謂社員權ヲ內容トスルモノニシテ株券ノ如キ是ナリ學者カ團體的證券ヲ以テ他ノ二者ト區別スル所以ハ他ナシ所謂社員權ハ權利ト義務トヲ包含スルモノニシテ從テ之ヲ當然ニ債權ヲ內容トスル證券ノ中ニ算フヘカラサルヲ以テナリ

目的ハ上述ノ如ク動產、不動產及ヒ有價證券ナリ此目的ニ付キ二種ノ商行爲ヲ想像スルコトヲ得取得行爲ト讓渡行爲ト即チ是ナリ

（a）取得行爲　總テノ取得行爲必スシモ商行爲ニアラス取得行爲カ商行爲タルニハ二條件ヲ要ス（第一）有償ノ取得ナルコトヲ要ス故ニ相續、贈與ニ依リテ取得スルハ勿論原始的取得例ヘハ先占、埋藏物發見等ニ依リテ取得スルハ商行爲ニアラス而シテ其有償ハ法律上有效ナル有償ナラサルヘカラス故ニ例ヘハ博奕ニ依ル取得ノ如キハ固ヨリ商行爲ノ基礎トナラス（第二）其取得ノ動機ハ利益ヲ得テ讓渡スルニ在ルコトヲ要ス行爲ノ時此意思アレハ足ル其讓渡ヲ實行シタルト否トヲ問ハス又果シテ利益ヲ得タリヤ否ヤヲ問ハス況シテ其利益ノ大小ヲ問ハス又此意思ハ取得行爲ノ時ニ存在スルヲ要ス行爲ノ當時ニナクシテ後ニ生シタルトキハ其行爲ハ之カ爲メニ商行爲トナラス若シ夫レ此動機タル意思ノ存在ニ付キ相手方ニ於テ之ヲ知ルト否トヲ問フヤ否ヤノ問題ニ至リテハ學說一途ニ出テスト雖モ我商法ノ解釋トシテハ消極ニ對ヘサルヘカラス

（b）讓渡行爲　其目的ハ必ス利益ヲ得テ讓渡スル意思ヲ以テ有償ニ取得シタルモノタルコトヲ要ス但些少ノ加工ハ商行爲タルコトヲ妨ケス（而シテ此讓渡行爲カ有償的ナルコトヲ要スルヤ否ヤハ一個ノ問題ナリ）必スシモ利益アルコトヲ要セス但有償タルコトヲ要スト云フハ無償ナルトキハ絕對ニ商行爲タルコトナシト斷スル意味ニアラス何トナレハ所謂附屬的商行爲タルコトアリ得ヘケレハナリ

二　他人ヨリ取得スヘキ動產又ハ有價證券ノ供給契約及ヒ其履行ノ爲メニスル有償取得ヲ目的トスル行爲（二六三條二號）

之ヲ供給契約ト取得行爲トニ分ツコトヲ得而シテ二者俱ニ動產又ハ有價證券ヲ目的トス

0040

此目的ノ意義ニ付テハ再說ノ必要ヲ見ス

(a) 供給契約　他日他人ヨリ取得スルノ意思ヲ以テ豫メ供給スルヲ目的トスル契約ヲ謂フ學者ノ投機賣却(Spculationsverkauf)ト稱スルモノ是ナリ故ニ其目的タル動產又ハ有價證券ハ契約ノ當時ニ於テハ契約者ノ所有ニアラス而モ他日之ヲ取得シテ供給スルヲ本質トス之ヲ投機購買ト比スルニ投機購買ニ在リテハ價格ノ騰貴ハ利益ヲ來シ投機賣却ニ在リテハ價格ノ下落ニ因リテ利益ヲ來ス

(b) 取得ノ行爲　供給契約ハ前述ノ如ク未タ自己ノ權利ノ範圍ニアラサルモノヲ目的トス故ニ之カ履行ヲ爲スニハ必ヤ其目的タル動產又ハ有價證券ヲ取得セサルヘカラス此取得ヲ爲スカ爲メニスル行爲ニシテ有價ナルトキハ之ヲ商行爲トス

三　取引所ニ於テスル取引

取引所法(明治二十六年法律五號)ニ定メタル直取引、延取引及ヒ定期取引ノ謂ニシテ其目的ヨリ見レハ商品取引、米穀取引及ヒ株式取引ニ分ツコトヲ得

四　手形其他商業證券ニ關スル行爲

我商法上ノ手形トハ爲替手形、約束手形及ヒ小切手ヲ謂フ(四三四條)之ニ關スル行爲ハ總テ之ヲ商行爲トス商業證券(Handelspapier)ノ意義、性質ハ明白ナラスト雖モ商業交通ニ適スル證券ヲ謂フト解スルノ外ナシ若シ夫レ商業證券ト非商業證券トノ區別ニ至リテハ事實認定ノ問題ト云ハサルヲ得ス

(B) 關係的商行爲(relative Handelsgeschäfte)トハ其行爲ヲ營業的ニ爲ス場合ニ限リ商行爲ルモノヲ謂フ故ニ營業的ニ爲ササルトキハ行爲ノ實質ヲ同シウスルモ商行爲ニアラス併ナカラ營業的ニ爲シタレハトテ必スシモ商行爲ニアラス專ラ賃錢ヲ得ル目的ヲ以テ物ヲ製造シ又ハ勞務ニ服スル者ノ行爲ハ商行爲ニアラス例ヘハ運送ニ關スル行爲ハ之ヲ營業的ニスルトキハ商行爲タリト雖モ人力車夫ノ行爲ハ專ラ賃錢ヲ得ルコトヲ目的トスルカ故ニ商行爲ニアラサルカ如シ而シテ關係的商行爲ハ第二六四條ノ列擧スル所ニシテ之ヲ十二トス

一　賃貸スル意思ヲ以テスル動產若クハ不動產ノ有償取得若クハ賃借或ハ又其取得若クハ賃借シタルモノノ賃貸ヲ目的トスル行爲(二六四條一號)

動產、不動產ノ意義、有償取得、賃貸借皆茲ニ說明ノ要ナシ

二　他人ノ爲メニスル製造又ハ加工ニ關スル行爲(二六四條二號)

製造ト加工トノ理論的限界ハ頗ル不明ナリト雖モ俱ニ勞力ヲ加フルヲ本質トス故ニ發明、著作其他精神的作用ハ固ヨリ此ニ入ラス且其製造又ハ加工ノ目的ハ動產ニ限ルヤ將タ不動產ヲモ包含スルヤハ學說ノ一途ニ出テサル所ニシテ多數ノ學者ハ動產ニ限定スル

0041

カ如シ

三　電氣又ハ瓦斯ノ供給ニ關スル行爲（二六四條三號）

說明ヲ要セス唯此供給契約ハ法律上如何ナル性質ヲ有スルカ例ヘハ請負ナリヤ賣買ナリヤハ一個ノ問題タルヘシ（法學協會雜誌ニ穗積老博士ノ論文アリ參照セラレタシ）

四　運送ニ關スル行爲（二六四條四號）

運送トハ一定ノ場所ヨリ他ノ一定ノ場所ニ物品又ハ旅客ヲ輸送スルノ謂ナリ陸上又ハ湖川港灣ニ於テスルト海上ニ於テスルトヲ問ハス之カ爲メ使用スル動力ノ何タルカヲ區別セス而シテ運送ニ關シテハ我商法ハ陸上ニ關スル運送ト海上ニ關スル運送トニ分チ各別ニ規定ヲ設ク是レ沿革上將タ便宜上自ラ己ムヲ得サルナリ

五　作業又ハ勞務ノ請負（二六四條四號）

茲ニ所謂請負ノ意義ハ民法ノ規定ニ從フ作業トハ例ヘハ築港其他土木工事ノ如キヲ意味シ勞務ノ請負トハ人夫ノ供給契約ト解スルノ外ナシ

六　出版印刷又ハ撮影ニ關スル行爲（二六四條六號）

出版トハ機械舍密其他何等ノ方法ヲ以テスルヲ問ハス文書圖書ヲ印刷シテ之ヲ發賣シ又ハ頒布スルヲ謂フ（明治二十六年法律一四號出版法一條參照）印刷トハ其複製ヲ爲スヲ目的トスルモノニシテ撮影トハ寫眞術ニ依リテ景色、人物又ハ物品ノ形態ヲ寫シ又ハ複製スルヲ謂フ

七　客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引（二六四條七號）

條文ハ場屋ノ取引ト云ヒ恰モ場屋其物ヲ目的トスルカ如キ外觀アリト雖モ解釋上特定ノ場所ヲ設備シテ客ノ來集ヲ目的トスル營業的行爲ト解セサルヘカラス例ヘハ旅人宿業、「ビーヤホール」「ミルクホール」其他飲食店ニ於ケル取引ノ如キ是ナリ家屋又ハ場所ノ取引ヲ謂フニハアラス唯注意スヘキハ其取引カ違法タルコトヲ得ス故ニ賭場ヲ開帳スルコトハ茲ニ入ラス

八　兩替其他ノ銀行取引（二六四條八號）

兩替トハ種類ヲ異ニシタル通貨ト通貨トノ交換ヲ謂フハ明カナリ獨リ銀行取引ノ意義ニ至リテハ頗ル明白ナラス我銀行條例ハ公ニ開キタル店舗ニ於テ營業トシテ證券ノ割引ヲ爲シ又ハ爲替事業ヲ爲シ又ハ諸預リ及ヒ貸付ヲ併セ爲ス者ハ何等ノ名義ヲ用ヰルニ拘ハラス總テ銀行トスト規定ス（明治二十六年法律七二號一條）ト雖モ之ヲ以テ銀行取引ノ意義ヲ明カニシタリト云フコトヲ得ス何トナレハ是レ銀行ト看做スヘキモノヲ限定スルニ止マリ銀行取引ト云フノ行爲ヲ限定スルモノニアラサルカ故ナリ而シテ學者ハ貨幣ノ流通、信用ノ媒介ヲ業トスルモノヲ銀行業者ト爲スヲ常トシ或ハ信用狀ノ引受又ハ支拂、貨幣、有價證券ノ保護預、手形ノ割引等ノ事項ヲ列擧スル者アルモ之ヲ以テ盡セリト云

フヘカラス要スルニ銀行取引ノ意義甚タ漠然タリ併ナカラ日本ノ法律上ノ解釋トシテハ矢張リ銀行カ爲スヲ常トスル行爲ヲ謂フト解シ根本トシテ銀行條例ノ規定ニ基礎ヲ求ムルノ外ナシト信ス

九　保險（二六四條九號）

保險ニ付テハ我商法ハ之ヲ二種ニ分ツ（其一）損害保險トハ當事者ノ一方カ偶然ナル一定ノ事故ニ因リテ將來生スルコトアルヘキ損害ヲ塡補スルコトヲ約シ相手方カ之ニ對シテ報酬ヲ與フルコトヲ目的トスル一種ノ諾成契約ナリ（三八四條）（其二）生命保險トハ當事者ノ一方カ相手方又ハ第三者ノ生死ニ關シテ一定ノ金額ヲ支拂フヘキコトヲ約シ相手方カ之ニ對シテ報酬ヲ與フルコトヲ目的トスル一種ノ諾成契約ナリ（四二七條）生命保險カ純理上保險ニ屬スヘキヤ否ヤハ學者間論議ノ岐ルル所ナリト雖モ商法ノ解釋トシテ之ヲ保險ニアラスト云フコトヲ得ス此保險ナルモノハ之ヲ營業トシテ爲ス場合ニ於テ始テ商行爲タリ從テ普通ノ營利會社ノ爲ス所ノ保險カ商行爲タルハ明カナリト雖モ所謂相互會社ノ爲ス保險ニ至リテハ必スシモ明白ナラス其問題ノ歸スル所ハ相互會社ノ保險ハ營業トシテ爲セルモノナリヤ否ヤニ存ス而シテ相互保險ノ問題ニ付テハ或ハ保險者ト被保險者トヲ同一ト爲シ或ハ相互保險ハ被保險者ノ利益ノ爲メニスト爲ス等諸說紛紛タリト雖モ要スルニ多數ノ學者ハ相互保險ニ在リテハ利害關係ノ相反スル人格者カ相對立セサルヲ理由トシテ相互會社ノ保險ハ其會社ノ營業行爲ニアラストシ以テ相互會社ヲ營利會社ニアラスト斷セントスル傾向アルハ比比殆ト然リ今是等ノ諸說ヲ批判論評スルノ遑ヲ有セト雖モ予ハ私ニ是等一般學說ニ對シテ多大ノ疑議ヲ懷ク者ナリ抑〻所謂營利保險會社モ相互保險會社モ俱ニ法律上ノ人格者ナリ保險行爲ニ依リテ利益アリタル場合ニ於テ其利益ノ歸著スル所ハ會社ナル人格者ナリ營利會社ニ在リテハ其利益ハ或ハ株主ニ分配セラルヘシ相互會社ニ在リテハ其利益ハ社員タル保險契約者ニ分配セラルヘシ其分配ヲ受クル者ハ異ナレリ然レトモ其利益ヲ得ルノ主體ハ俱ニ會社タル法人ナリ會社カ利益ヲ得ルノ點ニ於テ二者一ノ徑庭ナシ而シテ所謂營利會社ノ保險ハ營業ニシテ相互會社ノ保險ハ營業ニアラストスル理由果シテ那邊ニカ在ル且夫レ相互會社ヲ以テ營利法人ニアラストセハ果シテ公益法人ナリヤ若シ公益法人ニモアラストセハ如何ナル法人ナリヤ私法上ノ地位極テ曖昧ナリト云ハサルヘカラス或ハ保險業法ノ認メタル一種特別ノ法人ナリト云ハン果シテ然ラハ其保險ハ商行爲ニアラス然ルニ世ノ實際ハ商法中保險ニ關スル規定ニ依ルヲ當然トスルモノノ如シ寧ロ奇怪ナリト云フヘシ故ニ曰ク利害ヲ異ニスル者カ對立セサルヲ名トシテ相互保險ヲ營業行爲ニアラストスルカ如キハ法律ノ理論ニ於テ甚タ盡ササル所アリ一方ニ營業稅ヲ脫シナカラ尙ホ且商行爲トシテ之ヲ觀察セントスルモノナリ予ハ其矛盾ヲ信ス

一〇、寄託ハ引受(二六四條一〇項)

寄託ト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效力ヲ生スル契約ナリ(民六五七條)而シテ寄託ノ引受トハ受託者トナルノ謂ニシテ之ヲ營業トスルトキニ於テ商行爲トス玆ニ所謂物トハ動産ヲ謂フ無記名證券亦固ヨリ其目的タルコトヲ得而シテ寄託ノ引受ヲ營業トスト云フニハ保管ヲ以テ獨立ノ目的トセサルヘカラス例ヘハ運送人ハ運送ノ目的物ヲ保管スルノ責任ヲ負擔スト雖モ寄託ノ引受ヲ業トスルモノニアラス

一一、仲立又ハ取次ニ關スル行爲(二六四條一一項)

仲立トハ他人ノ爲メニ商行爲タル行爲ノ媒介ヲ爲スノ謂ナリ故ニ仲立ノ實質ハ事實上ノ行爲ニシテ法律行爲ニアラス之ニ反シテ取次トハ他人ノ委任ヲ受ケテ自己ノ名ヲ以テ第三者ト法律行爲ヲ爲スノ謂ニシテ其行爲ノ實質ハ法律行爲ナリ問屋、運送取扱人(三一三條三二〇條等)ハ即チ取次ヲ業トスル者ニ屬ス故ニ仲立ニ在リテハ法律行爲ハ他人間ニ成立ス仲立人ハ法律上ノ關係者ニアラス取次ニ在リテハ取次人ハ法律行爲ノ一方ノ當事者タリ

一二、商行爲ノ代理ノ引受(二六四條一二項)

商行爲ノ受任者タル法律關係ニ立ツノ謂ナリトスルヲ一般ノ說トス

乙　附屬的商行爲(accessorische Handelsgeschäfte)

附屬的商行爲トハ商人カ其營業ノ爲メニスル行爲ヲ謂フ商人ト云フ主觀的基礎及ヒ營業ト云フ客觀的基礎ナケレハ附屬的商行爲ナルモノナシ附屬的商行爲ハ此二箇ノ基礎アリテ始テ商行爲タルモノナルヲ以テ其行爲ハ始ヨリ商行爲タルコトヲ要セス而シテ商人ハ其營業ノ爲メニ所謂絕對的商行爲ヲ爲スコトハ是アルヘシト雖モ其行爲カ商行爲タルハ附屬的タルカ故ニハアラス故ニ絕對的商行爲ハ附屬的商行爲タルコトナシ營業的商行爲及ヒ商行爲ニアラサル行爲カ附屬的商行爲タルコトヲ得ルナリ而シテ附屬的商行爲タルニハ單ニ營業ノ爲メニスルヲ以テ足ル必スシモ有償タルヲ要セス而シテ商法ハ商人ノ行爲ハ總テ營業ノ爲メニスルモノト推定ス(二六五條)併ナカラ文字ノ示ス如ク推定スルニ止マル從テ此規定ニ依リテ商人ノ行爲ハ總テ商行爲ナリト速斷スヘカラス又商人相互間ノ行爲ハ總テ雙方的商行爲ナリト速斷スヘカラス

第二　一方的商行爲、雙方的商行爲

一、方的商行爲(einseitige Handelsgeschäfte)トハ當事者ノ一方ニ對シテノミ商行爲タル行爲ヲ謂フ雙方的商行爲(zweiseitige Handelsgeschäfte)トハ當事者ノ雙方ノ爲メニ商行爲タル行爲ヲ謂フ手形ノ裏書ハ常ニ雙方的商行爲ナリ銀行ニ預金ヲ爲スノ行爲ハ一方的商行爲タルコトヲ多シトス夫レ此ノ如ク當事者ノ一方ノ爲メ又ハ雙方ノ爲メニ商行爲タルヤ否ヤニ依リテ此

區別ヲ生ス故ニ多數當事者中ノ一人又ハ數人ノ爲メニノミ商行爲タル場合ハ之ヲ一方ノ爲メニ商行爲タル行爲ト云フコトヲ得ス從テ商法第三條ノ原則ハ此場合ニ適用ナシト解スルヲ正當ト信ス

第二節　通則

商行爲ニ關スル法律關係亦固ヨリ民法ノ原則ニ從フ（一條）唯商法ハ商業ノ敏活ト安全ト信用トヲ計ルカ爲メニ僅僅二十條ノ特別規定ヲ設ク（此特別規定カ民法ニ對シテ如何ナル關係アリヤハ總論第一章第二節第三款ヲ參照スヘシ）此點ニ於テ商法ハ我舊商法ト其主義ヲ異ニス舊商法ハ商事契約ノ名ノ下ニ百十三箇條ノ規定ヲ置キタリ（舊商一編七章）シモ是レ民法實施以前ニ實施セラルヘキコトヲ前提トシ毫モ民法ノ規定ヲ豫想セサリシ結果ナリ獨國舊商法ノ規定ノ如キ亦同一轍ニ出ツ今日ニ於テハ舊商法ヲ襲蹈スヘキ謂レナシ

此通則亦當事者ノ一方ノ爲メニノミ商行爲タル行爲ニモ適用セラルルヲ原則トス（三條）併ナカラ雙方的商行爲ニアラサレハ適用ナキモノアリ雙方商人ナルコトヲ要スルモノアリ（二八六條二八四條二八八條等）各規定ニ付キ其適用ノ場合ヲ考ヘサルヘカラス

是等ノ商法ノ特別規定ハ商業ノ安全ト敏活ト信用トヲ圖ルヲ目的トス故ニ原則トシテ形式ヲ必要トセス此不要式ノ原則ハ其始メ商法上ニ發達シ商法ノ民法ニ對スル一特色タリシカ今ヤ既ニ民法上ノ原則ニ化了シタルヲ以テ今日之ヲ商法ノ特色トスルハ中ラス然リト雖モ不要式ハ總テノ場合ヲ通シテ敏活及ヒ信用ト相容ルルモノニアラス時トシテハ信用ヲ圖リ敏活ヲ助クルカ爲メニ却テ法律上一定ノ形式ヲ定ムルヲ必要トスル場合アリ爲替手形、約束手形、小切手、會社ノ定款、株式申込證、貨物引換證、預證券、質入證券、船荷證券ノ如キ其著シキモノトス而シテ其形式ノ嚴格ナル民法ノ到底及フ能ハサルモノアリ然レトモ是等ハ特種ノ理由アリテ然ルノミ商行爲一般ノ原則トシテハ不要式ノ原則ヲ採レルモノナリ（我舊法ノ如キハ五十圓以上ノ契約ハ書面ニ依ルコトヲ要ストナシタリ此ノ如キハ今日全然必要ナシ）

商行爲ノ解釋亦民法ノ解釋ノ原則ニ從フ二者俱ニ同シク私法ナレハナリ我舊商法（二七五條）獨舊商法（二九八條）ノ如キハ特ニ當事者ノ字句言語ニ拘泥スルコトナク當事者ノ眞實ノ意思ニ從フヘキ旨ヲ規定シ學者或ハ又特ニ商行爲ノ解釋ニ付テハ慣習ヲ重スヘキコトヲ唱フト雖モ今日ニ於テ特ニ之ヲ規定シ特ニ之ヲ唱導スル要ヲ見ス其規定及ヒ其說明ノ誤レルニアラス必要ナキナリ何トナレハ當事者ノ意思又ハ慣習ヲ顧慮スルノ必要ハ一般私法上ノ原則ニシテ商法ト民法トノ間敢テ輕重ノ差別アラサレハナリ

第一款　代理

代理人カ其權限內ニ於テ本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル意思表示ハ直接ニ本人ニ對シ

0045

テ其效力ヲ生ス是レ民法上ノ直接代理ノ原則ナリ（民九九條）商法ハ之ニ對シテ例外規定ヲ設ケ本人ノ爲メニスルコトヲ示サザルトキ雖モ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生スト爲ス（二六六條）是レ舊商法ト同一ノ主義ニシテ（舊三四二條）商業取引ノ敏活ヲ計ル爲メニハ極メテ至當ノコトニ屬ス然レトモ民法ハ又本人ノ爲メニスルコトヲ示サザリシトキニ於テモ相手方カ本人ノ爲メニスルコトヲ知リ又ハ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ直接ニ本人ニ對シテ效力ヲ生ストナセリ（民一〇〇條）故ニ事ノ實際ニ於テハ民法商法ノ間ニ大差ナカルヘシ

然リト雖モ此原則ヲ以テ相手方ノ意思ヲ無ニスルハ決シテ妥當ニアラス故ニ相手方ノ本人ノ爲メニスルコトヲ知ラサリシトキハ代理人ニ對シテモ亦履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得セシム（二六六條但書）此規定ハ其本人ニ對スル請求權ヲ排斥スルモノニアラス其相手方ヲシテ本人又ハ代理人ノ何レニモ請求スルコトヲ得セシムルノミ然レトモ凡ソ物例外ナキハアラス即チ代理人カ本人ノ爲メニスルコトヲ記載セスシテ手形ニ署名シタルトキハ其手形ノ受者カ本人ノ爲メニスルコトヲ知リタルト否トノ區別ナク獨リ其署名者カ手形上ノ責任ヲ負擔シ本人ハ毫モ手形上ノ責任ヲ負擔セス是レ手形ノ形式的原則ノ當然ノ結果ニシテ寧ロ民法ノ原則ニ近シ併ナカラ之ヲ以テ直チニ民法ノ原則ニ同シト速斷スヘカラス民法ニ在リテハ本人ノ爲メニスルコトヲ示サザルトキト雖モ相手方カ本人ノ爲メニスルコトヲ知リ又ハ知リ得ヘカリシトキハ本人ニ對シテ效力ヲ生ス（民一〇〇條）ト雖モ此規定ハ手形ニ適用スルコトヲ得ス要言スレハ商法第四三六條ハ規定ハ其本體ニ於テハ民法ノ原則ト一致シテ商法第二六六條ノ規定ニ對スル例外タリ然レトモ民法第一〇〇條ノ原則ヲ認メサル點ニ於テ民法ト異ナレリ

終ニ一言スヘキハ民法ハ本人ノ爲メニスルコトヲ示サザルトキト雖モ相手方カ本人ノ爲メニスルコトヲ知リ得ヘカリシ場合ニハ本人ニ對シテ效力ヲ生スト爲ス（民一〇〇條）商法ハ本人ノ爲メニスルコトヲ示スノ要ナキヲ定メ唯相手方カ其情ヲ知ラサリシトキハ代理人ニ對シテモ請求スルコトヲ得セシム果シテ然ラハ相手方カ事實其情ヲ知ラサリシトキニ於テ其不知カ相手方ノ過失ニ基クトキト雖モ尙ホ商法ハ代理人ニ對スル請求權ヲ相手方ニ認ムルモノナリヤ是レ一箇ノ問題ナリ

商法カ代理人ニ對スル請求權ヲ相手方ニ認ムル場合ハ多數債務者ノ一場合タルコトハ論亡シ果シテ然ラハ如何ナル性質ノ多數債務者ナリヤ先ツ保證的性質ヲ有セサルハ規定ノ精神ニ照シテ明カナリ故ニ本人モ代理人モ俱ニ檢索ノ利益、分別ノ利益若クハ後訴ノ利益ヲ有セス又此場合ニ於テ平等分割ノ原則（民四二七條）ニ從フヘカラサル亦說明ヲ須キス是ヲ以テ相手方ニ對シテハ本人ト代理人トハ連帶債務者ト同一ノ地位ニ立ツト云ハサルヘカラス之ヲ民法第一〇〇條ノ規定ニ比スルニ前者ニ在テハ相手方ハ本人ト代理人トノ何レカニ向テ請求スルコトヲ得後者ニ在テハ代理人ノミ又ハ本人ノミニ向テ請求スルコトヲ得ルノ差アリ

代理權ノ效力、範圍、消滅、復代理等皆民法ノ原則ニ從フ唯消滅ト權限トニ付キ二箇ノ特別規

定アリ夫レ委任ニ因ル代理權ハ委任ノ終了ニ依リテ消滅ス（民一一一條三項）而シテ委任者ノ死亡ハ委任終了ノ一事由タリ然ルニ支配人、番頭、手代等ノ代理權カ主人ノ死亡ニ因リテ消滅セストスルハ頗ル實際ノ便宜ニ反ス故ニ商法ハ此民法ノ原則ヲ排斥シ本人ノ死亡ニ因リテ消滅セストセリ（二六八條）併ナカラ民法ニ對スル此例外ハ商行爲ノ委任ニ因ル代理權ニ關ス本人カ商人タルト否トヲ問ハス茲ニ一言スヘキハ此例外規定ハ比較法學的ニ言ヘハ必スシモ商法特有ノ規定ニアラス現ニ獨民法ハ本人ノ死亡ヲ以テ代理權消滅ノ原因トナサス匈（二八九條）瑞西債務法（四〇三條）伊（三六五條）等亦同一ノ原則ヲ採ル次ニ商行爲ノ受任者ハ委任ノ本旨ニ反セサル範圍ニ於テ委任ヲ受ケサル行爲ヲ爲スコトヲ得（二六七條）ルノ規定ハ民法第六四四條ニ對スル例外規定ナリ是レ亦實際ノ便宜ニ適應スル所以ナリ

第二款　債權

第一項　申込及ヒ承諾

第一　承諾ノ期間ヲ定メテ爲シタル契約ノ申込ハ申込者ヲ拘束シ申込者ハ其期間內之ヲ取消スコトヲ得サルヲ民法ノ原則トス（民五二一條一項）併シ承諾ノ期間ヲ定メスシテ爲シタル申込ハ相手方ニ於テ承諾ヲ爲ササル間ハ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得（ク之ヲ取消ササルトキハ申込ハ申込トシテ其效力ヲ持續シ當然ニ無效ト爲ルコトナシ又隔地者間ノ契約ニ於テハ申込者カ承諾ノ期間ヲ定メスシテ申込ヲ爲シタルトキト雖モ承諾ヲ受クルニ相當ナル期間之ヲ取消スコトヲ得ス（民五二四條）期間經過後ニ於テハ之ヲ取消スコトヲ得ト雖モ之ヲ取消ササルトキハ申込ハ其效力ヲ持續シ當然ニ無效トナルコトナシ商法ハ之ニ對シテ特別ノ規定ヲ設ケ對話者間ニ在リテハ申込ヲ受ケタル者カ直チニ承諾ヲ爲ササルトキハ申込ハ當然ニ其效力ヲ失フトシ（二六九條）又隔地者間ニ在リテハ相當ノ期間內ニ承諾ノ通知ヲ發セサルトキハ申込ハ其效力ヲ失フモノトセリ（二七〇條）蓋シ取消ヲ待テ始テ其效力ヲ失フトスルハ商業取引ノ實際上ニ不便ナルヲ以テナリ而シテ對話者、隔地者ノ意義如何ハ或ハ民法ノ問題ナルヘシト雖モ二者ノ區別ニ地理的ノ距離ノ觀念ヲ容ルルハ斷シテ不可ナリ要ハ當事者カ直接且即時ニ意思表示ヲ交換シ得ル狀態ニ於テスルカ否カニ依リテ決スヘキナリ

第二　沈默ヲ以テ承諾ト看做スヘカラサルハ一般私法ノ原則ナリ民法ニ於テ申込者ノ意思表示又ハ取引上ノ慣習ニ依リテ承諾ノ通知ヲ必要トセサル場合ニ契約ハ承諾ノ意思表示ト認ムヘキ事實アリタルトキニ成立スト定ムルハ寧ロ一種ノ便法ニシテ右ノ原則ノ例外ト云フヘカラス何トナレハ承諾ノ意思表示ト認ムヘキ事實アリタルコトヲ必要トスルヲ以テナリ而シテ學者之ヲ以テ默示ノ意思表示ト說明スルヲ寧ロ通說トス（予ハ之ニ付テハ疑問ヲ懷クノミナラス之ニ關シテハ幾多問題ヲ生スト雖モ民法上ノ問題ニ屬スヘシ）此ノ如ク沈默ヲ以テ承諾ト看做スヘカラサル原則アルヲ以テ例ヘハ申込者カ「御返事無之時ハ御承諾被下候事ト存シ可

然取計可申候」ト稱シテ申込ヲ爲シタル場合ニ於テモ尙ホ且沈默ヲ以テ承諾ト看做スコトヲ得サルナリ何トナレハ何等ノ根據ナクシテ申込者ノ單獨行爲ヲ以テ相手方ニ返答ヲ爲サシムル義務ヲ負ハスコトヲ得サルヲ以テナリ之ヲ要スルニ沈默ヲ承諾ト看做スヘカラサルハ私法ノ大原則ナリ併ナカラ沈默ヲ以テ承諾ト看做スノ却テ實際ノ便宜ニ適スル場合ナキニアラス故ニ商法ハ左ノ條件ノ下ニ沈默ヲ以テ承諾ト看做セリ（二七一條）

一　申込ヲ受ケタル者ハ商人ナルコト

二　申込ヲ爲シタル者ハ其商人ト平常取引ヲ爲ス者タルコト平常ノ取引關係アレハ足ル必ス シモ其者カ商人タルコトヲ必要トセス獨逸商法ノ如キハ申込ノ誘引ヲ爲シタルトキハ必ス シモ平常取引ヲ爲ス關係アルヲ要セストナセトモ我商法ノ解釋トシテ採ルコト能ハス

三　其申込ノ內容カ申込ヲ受ケタル者ノ營業ノ部類ニ屬スルコト何カ營業ノ部類ニ屬スルヤハ事實ノ問題ナリ

以上ノ條件ヲ具備スル場合ニ於テハ沈默ハ即チ承諾ナリ故ニ申込ヲ拒絕セントスルニハ遲滯ナク其通知ヲ發スルコトヲ要ス然リト雖モ

一　此規定ハ申込者ニ於テ其申込ノ際相手方カ諾否ノ通知ヲ發スヘキ期間ヲ定ムルコトヲ妨ケス然ラハ此期間ノ定アルトキハ此規定ノ適用アリヤ換言スレハ此期間內ニ諾否ノ通知ヲ發セサルトキハ承諾ト看做スヤ否ヤ此點ニ關シテ予ハ消極ニ答ヘント欲ス蓋シ商法第二七一條ハ承諾ノ通知ヲ發スヘキ期間ノ定ナキ普通ノ場合ヲ規定スルモノニシテ（此點ハ二六九條ト同シ）且沈默ヲ以テ承諾ト看做ササル私法上ノ原則ニ對スル例外タリ從テ之ヲ狹義ニ解スヘキハ當然ナリ

二　此規定ハ相手方カ通知ヲ發スルコトヲ怠リタル場合ニ限ル故ニ相手方ニ於テ之ヲ怠リタルノ事實ナケレハ沈默ヲ以テ承諾ト看做スコトヲ得ス是レ法文上明白ナルノミナラス又此規定ノ基礎ニ考ヘテモ明白ナリ蓋シ前述ノ條件ヲ具備スル場合ニハ商業取引ノ敏活ヲ圖ル爲メ相手方タル商人ニ遲滯ナク通知スルノ義務ヲ負ハシムヘク其義務違反ノ場合ニ損害賠償ノ救濟ヲ採ラシムルヨリハ寧ロ沈默ヲ以テ承諾ト看做スノ便宜ナルニ如カス從テ相手方ニ通知ヲ怠ルノ事實ナケレハ此規定ノ支配ヲ受ケサルハ蓋シ事理ノ當然タリ

第二項　物品保管ノ義務

申込ト共ニ物品ヲ受取リタル者ハ固ヨリ之ヲ保管スル義務ヲ有セサルヲ一般ノ理論トス何トナレハ何等ノ義務ナケレハナリ之ヲ保管スルハ即チ事務管理ニ外ナラス然レトモ商業取引ノ實際ハ申込ト共ニ物品ヲ送付スルコト多キヲ以テ之カ保管ノ義務ヲ負擔セシムルノ必要アリ是ヲ以テ商法ハ左ノ條件ノ下ニ商人ニ保管ノ義務ヲ負擔セシム（二七二條）是レ亦一般私法ノ原則ニ對スル例外タリ且物品ノ

一　申込ヲ受ケ且物品ヲ受取リタル者カ商人ナルコト

二　其商人ノ營業ノ部類ニ屬スル申込ナルコト

三　保管ノ目的ハ申込ト共ニ受領シタル物品タルコト　茲ニ申込ト共ニト云フハ時間ノ關係ニ於テ同時ト云フノ義ニ解スルハ狹キニ失ス例ヘハ郵便ヲ以テ申込ヲ爲シ通運ニ託シテ物品ノ送付ヲ爲シタル場合ニ於テ郵便カ今日到達シ物品カ明日到達シタリトスルモ是レ尙ホ申込ト共ニ受領シタル物品ト云ハサルヘカラス要スルニ申込ノ到達ト物品ノ到達トカ時ノ關係ニ於テ相先後スルヲ妨ケス唯申込ト物品トカ相關連セルトキハ矢張リ此保管ノ義務ヲ認ムルモノト解スルヲ正當ト信ス然レトモ申込ノ內容ト物品トカ申込者ノ故意又ハ過失ニ因リテ相關連セサルトキハ此ノ如キ義務ヲ生セス

四　物品ノ價格カ保管ノ費用ヲ償フニ足ルコト　本來物品ノ保管ハ申込者ヲ保護スルニ外ナラス然ルニ物品ノ價格カ保管ノ費用ヲ償フニ足ラサルニ拘ハラス之カ保管ヲ爲サシムルハ費多クシテ利少ナシ是レ此條件アル所以ナリ

イ　物品ノ價格ハ固ヨリ一般社會ノ物價ノ程度ヲ標準トシテ考察スヘシト雖モ申込ヲ受ケタル商人カ申込者カ特ニ其物品ニ付キ特種ノ關係ヲ有シ申込者ニ取リテハ特ニ重要ノ物品ナルコトヲ知ルトキハ矢張リ商人ニ保管ノ義務アリト解スルヲ妥當トス例ヘハ申込者ノ家ニ於ケル歷代傳來ノ古道具ヲ古道具屋ニ送付シタル如キ是ナリ

ロ　保管ハ一ニ申込者ノ利益ヲ保護スルモノナルヲ以テ其費用ハ申込者之ヲ負擔スヘキハ當然トス

ハ　保管ノ費用額ハ必スシモ現實ニ之ヲ支出シタルコトヲ必要トセス

五　保管ニ因リテ商人ニ損害ヲ及ホスコトナキコト　法ハ不公平ヲ命セス法ハ保管ノ義務ニ因リテ申込者ヲ保護スト雖モ申込ヲ受ケタル商人ノ利害ヲ無視スルコト克ハス此條件アル所以ナリ然レトモ法律ハ決シテ商人ニ損害アル場合ニ於テ其保管ヲ禁スルモノニアラス故ニ商人カ之ヲ保管シタルトキハ即チ事務管理ニ關スル民法ノ原則ニ從フ

第三項　多數當事者

多數當事者ノ場合ニ在リテ別段ノ意思表示ナキトキハ各債權者各債務者ハ平等ノ割合ヲ以テ義務ヲ負フヲ民法ノ原則トス（民四二七條）商法ハ商事債務ヲ確實ニスル目的ヲ以テ當然ニ連帶トスル主義ヲ採レリ（二七三條一項）詳言スレハ數人カ其一人又ハ全員ノ爲メニ商行爲タル行爲ニ依リテ債務ヲ負擔シタルトキハ當然ニ連帶債務トナルモノナリ故ヲ以テ債權者ノ爲メニノミ商行爲タル場合ニハ此規定ノ適用ナシ然ラハ例ヘハ債務者ノ中ノ一人ノ爲メニノミ商行爲ニシテ債權者ノ爲メニハ商行爲ナラサル場合ニ於テ多數債務者ハ連帶スルヤ否ヤ商法ハ多數債務者ノ一人ノ爲メニ商行爲タル行爲ニ因リテ云云ト規定スルカ故ニ當然連帶スト解シ去ルハ少ナ

タトモ充分ニ問題ヲ解決シタルモノト云フコトヲ得ス何トナレハ右ノ問題ニ向テハ先ツ商法第三條ニ關シ商法ノ規定ノ適用アリヤ否ヤ（總論講義錄一章第三節參照）カ先決問題ナルヲ以テナリ

第四項　保證人ノ連帶

多數人カ一箇ノ行爲ヲ爲シ因テ債務ヲ負擔シタル場合ニハ特別ノ意思表示アルニアラサレハ連帶スルコトナシ（民四二七條）況ヤ各別ニ行爲ヲ爲シタル場合ニ於テオヤ然ルニ商法ハ民法上ノ此原則ニ對シ商取引ノ安全ト信用トヲ圖ルノ目的ヲ以テ一例外ヲ認ム即チ商法第二七三條第二項ニ依レハ主タル債務カ主タル債務者ト保證人トハ左ノ二種ノ場合ニハ當然ニ連帶ス

一　主タル債務カ主タル債務者ノ商行爲ニ因リテ生シタルトキ　主タル債務者ノ商行爲トハ主タル債務者ノ爲メニ商行爲タル行爲ト解スルノ外ナシ

二　保證カ商行爲ナルトキ　保證カ商行爲ナルトキトハ單ニ保證人ノ爲メニ商行爲タル場合ヲ謂フカ將タ債權者ノ爲メニノミ商行爲タル場合ヲモ包含スルカハ法文上明白ナラス單ニ商行爲ト明言シテ其何人ノ爲メニ商行爲タルヤ否ヤヲ謂ハサルヲ以テ廣ク解スルヲ正當ト信ス獨法ノ如キハ保證人ノ爲メニ商行爲タル場合ニ限定セリト雖モ解釋上之ヲ我商法ニ援用スルヲ得ス

以上二場合ニハ其行爲カ各別ノ行爲タルト否トノ區別ナク主タル債務者ト保證人トハ當然ニ連帶ス故ニ此場合ノ保證人ハ後訴ノ利益、檢索ノ利益、分別ノ利益（民四五二條四五三條四五六條）ヲ有セス而シテ此連帶ノ原則ハ一ニ主タル債務者ト保證人トノ連帶ニ關ス故ニ保證人數人アル場合ニ於テ其保證人相互間ニハ特別ノ意思表示ナケレハ商法第二七三條第一項ニ依リテ連帶スル外ニハ連帶ノ結果ヲ來スコトナシ

第五項　債權ノ效力

第一　有償ノ原則

商人カ其營業ノ範圍內ニ於テ他人ノ爲メニ或行爲ヲ爲シタルトキハ當然ニ相當ノ報酬ヲ請求スル權利ヲ有ス（二七四條）民法ニ於テハ他人ノ爲メニスル行爲ニ付テハ特約アルニアラサレハ報酬ナキヲ原則トス（民四六八條一項六五六條六六五條）故ニ右ノ規定ハ民法ニ對スル例外タリ而シテ左ノ條件ヲ必要トス

一　行爲者カ商人ナルコト　相手方カ商人タルト否トヲ問ハス

二　行爲カ營業ノ範圍ニ屬スルコト　其範圍ノ問題ハ事實ノ問題ナリ

三　一定ノ他人ノ爲メニスルコト　單ニ他人ノ爲メナレハ可ナリ商人カ法律上又ハ契約上其行爲ヲ爲スノ義務ヲ負擔シタリヤ否ヤヲ問ハス

以上ノ要件ヲ具備スルトキハ特約ナシト雖モ當然ニ相當ノ報酬ヲ請求スルコトヲ得而シテ何ヲ「相當」トスルカハ事實認定ノ問題ナレトモ必スシモ勞力ノ多少ヲノミ標準トスヘキニアラス必スシモ成果ノ如何ノミヲ標準トスヘキニアラス

第二　利息

（甲）民法上ノ消費貸借ニ付テハ利息ナキヲ原則トス商法ハ之ニ對シテ變例ヲ認メ特約アルニアラサレハ法定利息ヲ請求スルコトヲ得セシム（二七五條二項）唯之カ爲メニハ(1)商人間ノ消費貸借ナルヲ要ス其商人カ如何ナル商人ナリヤヲ問ハス又其消費貸借カ商行爲タルヤ否ヤ万至營業ノ範圍内ナリヤ否ヤヲ問ハス(2)金錢ノ消費貸借ニ限ル元來消費貸借ノ目的ハ必スシモ金錢ニ限ラス玆ニ金錢ニ限定シタルハ商人ニ付テハ金錢ノ運用及ヒ利用ハ重大ナル利害關係アルカ故ナラン

（乙）商人カ其營業ノ範圍内ニ於テ他人ノ爲メニ金錢ノ立替ヲ爲シタルトキハ其立替ノ日以後ノ法定利息ヲ請求スルコトヲ得（二七五條二項）

（丙）商法上ノ法定利率ハ之ヲ年六分トス（二七六條）民法ノ法定利率ヨリ高クシタルハ商事ニ於テハ金錢ノ運用カ頻繁ナルヲ常トスルカ故ニシテ多數ノ立法例ノ採用スル所ナリ唯之ヲ佛、獨ニ比シテ我利率カ彼等ヨリ高キハ經濟上ノ狀態ノ然ラシムル所ナリ而シテ本條ニ所謂法定利率ハ商行爲ニ因リテ生シタル債務ニ關ス其商行爲カ基本的ナルト附屬的ナルト將タ一方的ナルト雙方的ナルトヲ問ハス當事者ノ商人ナルト否トヲ區別セス

第三　履行

（甲）履行ノ場所　行爲ノ性質又ハ特約ニ依リ履行ノ場所ノ明白ナル場合ハ論ヲ俟タス其然ラサル場合ニ付キ商法ハ民法ニ對スル特別ノ規定ヲ設ク

一　特定物ノ引渡ハ債權發生當時其物カ存在シタリシ場所ニ於テスルヲ民法上ノ原則トス（民四八四條）商法ハ商行爲ニ因リテ生シタル債務ナルトキハ行爲ノ當時其物ノ存在セシ場所ニ於テスルモノト定ム（二七八條一項）行爲ノ當時ト債權發生當時トハ多クノ場合ニ於テ其時ヲ同シウスヘシト雖モ二者時トシテ異ナルコトナキニアラス例ヘハ條件付法律行爲ノ如キ是ナリ而シテ此ニ商行爲ニ因リテ生シタル債務ト云フノ意義必スシモ明白ナラス先ツ雙方的商行爲ニ基因スルモノニ付テハ疑ナキモ一方的商行爲ニ付テハ明カナラス債權者ノ爲メニノミ商行爲タル場合ヲ謂フカ債務者ノ爲メニノミ商行爲タル場合ヲ謂フカ將タ其何レヲモ包含スルカ予ハ本規定（及ヒ二七六條ノ規定）カ債務ノ方面ヨリ明文ヲ置クヲ以テ債權者ノ爲ノニノミ商行爲タル場合ヲ包含セサルモノト解スルヲ妥當ト信ス故ニ債權ノ讓渡ハ本規定ノ適用ヲ妨ケスト雖モ更改アリタルトキハ（更改自身カ商行爲ナル場合ノ外ハ）本規定ノ適用ナキニ至ル（次ニ説明スル此他ノ履行ニ付キ亦同シ）

二　特定物ノ引渡ニアラサル履行ニ付テハ民法ハ債權者ノ住所ヲ以テ履行ノ場所ト定ム（民四八四條）商法ハ實際ノ便宜ヲ計リ債權者ノ現時ノ營業所ヲ第一位ニ置キ之ナキトキハ其現時ノ住所ニ於テスルモノトス（二七八條一項）此營業所又ハ住所トスルハ畢竟持參債務ニ付テノミ適用スルコトヲ得ヘク催告債務ニハ適用スルコトヲ得ス（本項第四ノ部參照）

終ニ一言スヘキハ住所ハ一人一箇タルヲ民法上ノ原則トスレトモ營業所ハ一人ニテ數箇ヲ有スルコトアルヲ以テ何レノ營業所ヲ以テ履行ノ場所トスヘキカ不明ナル場合ヲ生ス故ニ商法ハ支店ニ於テ爲シタル取引ニ付テハ其支店ヲ以テ履行ノ場所タル營業所ト看做ス（二七八條三項）此規定ハ決シテ支店カ營業所ナリト云フコトヲ明言セルニアラス履行ヲ爲スヘキ營業所タルコトヲ明言スルナリ

（乙）履行ノ時期　法令又ハ慣習ニ依リ取引時間ノ定アル場合ニハ其取引時間內ニ限リ履行ノ請求ヲ爲シ又ハ履行ヲ爲スコトヲ得（二八三條）元來日ヲ以テ定メタルトキハ其日ニ於テスルヲ本則トスルモ商法ハ實際上ノ便宜ヲ計リ此規定ヲ設ケ而シテ取引時間外ニ於テスルコトヲ得ルヤ否ヤハ一概ニ論斷シ得ヘキ問題ニアラス

第四　指圖債權、無記名債權及ヒ持參人拂指名債權

指圖債權ハ指圖證券ニ依リテ轉帳スルヲ特色トシ有價證券トシテノ信用ト流通トヲ有スルヲ以テ苟モ善意且重大ナル過失ナクシテ其證券ヲ取得シタル者ニ對シテハ如何ナル理由ヲ以テスルモ其證券ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス（二八二條四四一條）又其轉帳ハ裏書ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得ヘク特ニ無記名式ノ裏書アリタル後ハ引渡ニ依リテ移轉ス（二八二條四五七條）且無記名式ノ裏書アリタル場合ニ在リテハ所持人自ラ被裏書人タルコトヲ得ルノ原則ヲ認メ其他裏書ノ連續ヲ以テ權利ノ必要條件トスルコト手形ニ均シ（二八二條、四六一條、四六四條）次ニ無記名式債權ハ之ヲ動產ト看做ス（民八六三條三項）ヲ以テ證券ノ引渡ニ依リテ轉帳ス固ヨリ債權讓渡ニ關スル民法ノ規定ノ適用ナシ持參人拂指名債權ハ之ヲ指圖債權ト稱スルコトヲ得スト雖モ民法ハ之ヲ指圖債權ト同一ニ待遇セリ（民四七一條）

以上ノ三種ノ債權ハ此ノ如ク自由ニ轉帳スルヲ本質トシ以上ノ條件ノ外更ニ別ニ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルニ必要ナル條件ナシ此結果トシテ債務者ハ其債權者ノ何人タルヤ將タ何處ニ在リヤヲ知ルコト能ハス債務者之ヲ知ラサルヲ以テ債務者ハ期日ニ於テ債權者ノ營業所又ハ住所ニ就キ履行ヲ爲スコト克ハス故ニ商法ハ期限ノ定アルトキト雖モ所持人カ其證券ヲ呈示シテ履行請求ヲ爲シタルトキニ履行スヘキモノトシ之ヲ履行セサルトキニ茲ニ始テ遲滯ノ問題ヲ生スト爲セリ（二七九條）要言スレハ是等ノ債務ニ付テハ催告債務（Holschuld）ノ原則ヲ採リ持參債務（Bringschuld）ノ原則ヲ排斥シタル理由ハ此ニ在リ故ニ學者此種ノ證券ヲ稱シテ呈示證券ト云フ而シテ指圖證券ハ呈示證券タルヲ多シトスレトモ必スシモ呈示證券

ニアラサルナリ(日本手形法四四頁)

呈示證券ノ所持人カ履行ノ請求ヲ爲スニハ證券ノ呈示ヲ必要トス然レトモ證券ノ喪失ヲ以テ所持人ノ權利喪失ノ原因トナスハ不當ナリ故ニ證券ヲ喪失シタル場合ニ於テハ所持人ハ公示催告ノ申立ヲ爲シ由テ債務者ヲシテ其債務ノ目的物ヲ供託セシメ又ハ相當ノ擔保ヲ供シテ其證券上ノ債務ノ履行ヲ爲サシムルコトヲ得(二八一條)然レトモ此救濟方法ハ物ノ給付ヲ以テ其目的トセル指圖證券又ハ無記名證券ニ關ス純然タル行爲若クハ不行爲ヲ目的トスルモノニ付テハ適用ナシ

第三款　物權

第一項　質權

質權設定者ハ設定行爲又ハ辨濟期前ノ契約ヲ以テ質權者ニ辨濟トシテ質物ノ所有權ヲ取得セシメ其他法律ニ定メタル方法ニ依ラシテ質物ヲ處分セシムルコトヲ得サルヲ民法ノ原則トス(民三四九條)所謂流質ノ禁示是ナリ商法ハ之ニ對シテ例外ヲ設ケ商行爲ニ因リテ生シタル債權ヲ擔保スル爲メニ設定シタル質權ニハ此規定ヲ適用セスト定ム(二七七條)元來流質ノ禁示タル羅馬法上ノ lex commissoria ニ胚胎シ外國ノ立法例ニモ亦之ナキアラス其理由トスル所ハ質物ヲ供シテ債務ヲ負フモノハ貧窮ニ迫レルヲ常トスルヲ以テ契約ノ自由ニ放任スルトキハ債

ニ判斷ヲ下スヘキ義務ヲ有ス虛僞ノ鑑定トハ此義務ノ本旨ニ反シテ不公平不正實ナル判斷ヲ爲スノ義ナリ鑑定ハ通常書面ニ依ルト雖モ口頭ヲ以テ鑑定ヲ爲シ得ヘキ場合アリ何レノ場合ニモ本罪ヲ構成スルコトヲ得ルモノトス書面ニ依ル場合ニハ其書面ヲ當該官廳ニ提出シタル時口頭ヲ以テスル場合ハ意見陳述終結シタル時ニ其罪成立ス元來鑑定人ハ一定ノ事項ニ關シテ其現在ノ意見判斷ヲ下スヲ以テ本旨トシ過去ノ實驗ヲ其儘ニ陳述スルハ證人タル者ノ本務ナルカ故ニ過去ニ鑑定ヲ爲シタルモノカ鑑定ヲ爲シタルコトノ有無、鑑定當時ニ於テ實驗シタル事實ノ狀況、如何ナル理由ニ依リ如何ナル鑑定ヲ爲シタルカ等ノ點ヲ實驗其儘ニ陳述スヘキトキハ證人ニシテ鑑定人ニアラサルカ故ニ(民訴三三三條)其陳述カ虛僞ナルトキハ第一六九條ノ罪ヲ構成スルコトアルヘシト雖モ虛僞ノ鑑定罪ニ非ス

通譯トハ被告人又ハ對質人等カ聾者又ハ啞者ナル場合若クハ日本國語ニ通セサル場合ニ當該官廳ト是等ノ者トノ間ニ介在シテ正實ニ一方ノ表示スル思想ヲ他ノ一方ニ交通セシムヘキ者ヲ謂フ虛僞ノ通譯トハ一方ノ表示シタルト異ナレル思想ヲ他ノ一方ニ通達スルノ義ナリ通譯ハ人格相互ノ思想ヲ自己ノ理解ニ依リテ媒介シ鑑定人カ客觀事物ニ關スル判斷ヲ下スト稍、其趣ヲ異ニセリト雖モ聾者又ハ啞者ノ思想ヲ表示スヘキ擧動若クハ外國語ヲ理解スルノ智識アルニアラサレハ通譯タルコト能ハサル點ニ於テ鑑定人ト類似シ而モ其通譯虛僞ニ出ツルノ危險ハ虛僞ノ鑑定ノ危險ト程度ヲ均ウスルカ故ニ法律ハ虛僞ノ通譯ヲ虛僞ノ鑑定ト共ニ同一

0053

法條ニ規定シタリ

第五　僞證ノ罪ハ何レモ故意ヲ以テ成立條件トス外國立法例中ニハ過失ニ因ル僞證罪ヲ認ムルモノアリト雖モ我刑法ハ此ノ如キ規定ヲ採用セス故意ハ係爭事實ニ關スル虛僞ノ陳述、鑑定事項ニ關スル虛僞ノ判斷又ハ一方ノ表示シタルト異ナレル思想ノ通達ヲ爲スノ觀念アルヲ以テ足ル現行刑法ハ刑事ニ關スル虛僞ノ陳述、鑑定又ハ通譯ニ付テハ被告人ヲ陷害シ又ハ曲庇スル特別ノ目的ヲ必要ト爲シタルモ新刑法ハ此例ニ倣ハス

第六　以上說明シタル要件ニシテ具備スル以上ハ（他ノ一般構成要件具備スヘキハ勿論ナリ）僞證ノ罪ハ直チニ成立スルモノニシテ當該事件ノ有罪タルト無罪タルトニ關係ナク又當該事件ノ訴追カ不法ノ點アリトスルモ本罪ノ成立ニ影響ナキモノト解セサルヘカラス

註　同主旨判決明治三十三年判決錄第八卷一頁、同三十六年判決錄九二頁反對主旨判決（起訴ノ無效ニ屬スル以上ハ之ニ基キタル豫審處分モ亦無效ナリ從テ證人ニシテ豫審判事ノ訊問ニ對シ虛僞ノ陳述ヲ爲シタリトスルモ僞證罪ヲ構成セス）同三十四年第一卷一八頁

第七　僞證ノ罪ニ關スル敎唆又ハ從犯ノ性質及ヒ處分モ一般ニ總則ノ規定ニ從フ現行刑法ニ於テ囑託ニ依リ他人ヲシテ虛僞ノ證言、鑑定又ハ通譯ヲ爲サシメタル場合ニ付テ特別ノ規定ヲ存シ其規定ノ性質如何ニ關スル判決例及ヒ學說何レモ區區ニ亘レリト雖モ新刑法ハ此ノ如キ特別ノ規定ヲ除キタリ

第八　僞證ノ罪ヲ犯シタル者ニ對スル法定刑ハ何レノ場合ニ付テモ三月以上十年以下ノ懲役ナリ現行刑法ハ刑事ニ關スル場合ト民事又ハ行政裁判ニ關スル場合トヲ分チ刑事ニ付テモ陷害ノ場合ト曲庇ノ場合トヲ區別シ又僞證（狹意）等ノ爲メ被告人正當ノ刑ヲ免レ若クハ不當ニ處刑セラレタルトキハ是等ノ結果ノ生セサル場合ヨリモ其刑ヲ加重シ殊ニ最後ノ場合ニ付テハ僞證ノ罪ヲ犯シタル者ヲ被告人ノ刑ニ反座セシムル主義ヲ採リタルモ此ノ如キハ新刑法ノ大主義ト相容レサルヲ以テ其採用スル所トナラス

僞證ノ罪ヲ犯シタル者當該事件ノ裁判確定前又ハ懲戒處分前自白シタルトキハ其刑ヲ減輕又ハ免除スルト否トハ裁判所ノ職權ニ屬ス（一七〇條）蓋シ自白ヲ奬勵シ事實ヲ未前ニ防カントスル政策上ノ特例タリ裁判確定シ又ハ懲戒ノ處分アリタル後ハ縱令其執行前ニ自白スルモ本條ノ適用ナシ自白ハ自首ヲ包含スルモノニシテ自首ヨリモ廣シ現行刑法ハ自首ヲ必要トセルモ自首ノ條件ヲ具備セサル自白ニテモ政策トシテハ之ヲ奬勵スルヲ可トス

會計檢査官懲戒法第三四條又ハ行政裁判所長官評定官懲戒令第三〇條ト新刑法第一六九條乃至第一七一條ノ規定トノ適用關係如何

外國立法例中ニハ證人カ眞實ノ陳述ヲ爲ストキハ自カ訴追セラルヘキ事項ニ關シ僞證シタル場合ニ法律上ノ減輕ヲ認メタルモノアリト雖モ我現行法及ヒ新刑法ニ於テハ此ノ如キ規定ナ

0054

キカ故ニ酌量減輕ノ一事由タルコトヲ得ヘシト雖モ其他ニ影響ナシ（明治三十五年判決錄第一〇卷四六頁所載同趣旨判決）

第九章　誣告罪

第一　誣告罪ハ人ヲシテ刑事又ハ懲戒ノ處分ヲ受ケシムル目的ヲ以テ虛僞ノ申告ヲ爲ス罪ナリ」本罪ノ性質ニ付キ二種ノ見解アリ第一說ニ依レハ本罪ノ法典中ニ於ケル地位ニ由リテ之ヲ觀ルモ國家ノ司法權及ヒ懲戒權ノ行使ヲ誤ラシムルノ虞アル行爲ナリトシ第二說ニ依レハ誣告セラレタル個人ニ對スル犯罪ナリトナス然レトモ其一方ニ偏スルハ非ナリ即チ誣告ハ一面ニ於テハ刑事又ハ懲戒處分ノ權限ヲ有スル官廳ヲシテ其處分ヲ誤ラシメ他ノ一面ニ於テハ被誣告者ヲシテ不當ノ處分ヲ受ケシムルノ虞アルヲ以テ處罰ノ理由トス故ニ本罪ハ二箇ノ法益ヲ侵害スル行爲ナリト云フヘシ然レトモ爰ニ便宜上國家ノ處罰權ニ對スル方面ヲ標準トシテ本章中ニ說明スヘシ

誣告ノ罪ハ被告人ヲ陷害スル目的ニ出テタル僞證罪ト類似ス其異ナル所ハ一ハ法律ニ依リテ宣誓シタル者カ既ニ當該官廳ニ繫屬セル事件ニ付キ虛僞ノ事實ヲ陳述スルニ因リテ成立シ一ハ未タ權限アル官廳ニ事件ノ繫屬セサル前ニ於テ他人ヲシテ刑事若クハ懲戒ノ處分ヲ受ケシムルカ爲メ自ラ進ンテ虛僞ノ申告ヲ爲スニ因リテ成立スル點ニ在リ

第二　誣告罪ノ客體ハ刑事又ハ懲戒處分ノ客體トナリ得ヘキ他人タルコトヲ要ス故ニ自己カ犯罪ヲ犯シタリトノ虛僞ノ申告ハ誣告罪ヲ構成セス但他人ヲ處罰セシメント欲シ自己ト共犯ナリトノ虛僞ノ申告ヲ爲シタルカ如キ場合ニハ固ヨリ其他人ニ對スル誣告罪ノ成立ヲ妨ケス（明治三十三年判決錄三卷四一頁同趣旨判決）又死者カ其生前ニ於テ犯罪又ハ職務違反ノ行爲ヲ爲シタリト云フ誣告ノ如キ又ハ狂者某カ他人ヲ殺シタリト云フ誣告ノ如キハ罪ヲ構成セス而シテ誣告ハ特定シ得ヘキ人ニ對スルコトヲ要ス故ニ例ヘハ世界人類ハ皆竊盜犯人ナリト云フカ如キ虛僞ノ申告ハ本罪ヲ構成セス然レトモ被誣告者ハ唯特定シ得ヘキ人格者タルヲ以テ足ル其氏名ヲ表示スルノ必要ナシ

法人ハ原則トシテ誣告罪ノ客體タルコトヲ得ス然レトモ處罰ノ客體トナルコトヲ得ル範圍內ニ於テハ又誣告罪ノ客體タルコトヲ得ヘシ

註　法文ニハ如何ナル人カ本罪ノ客體タルカヲ明カニセス而シテ自己モ人ナリ死者モ過去ニ於ケル人ナルカ故ニ是等モ亦誣告罪ノ客體タルコトヲ得ルカ如シト雖モ刑法上「人」トハ他人即チ自己以外ノモノヲ指スヲ以テ例トスルカ故ニ自己及ヒ死者ヲ包含セサルモノト解スヘシ但死者ノ名譽ヲ毀損スルトキハ誹毀罪ノ成立スルコトアリ

第三　誣告ハ第一段ニ說明シタル如キ性質ヲ有スル犯罪ナルカ故ニ其成立上權限アル官廳ニ對シ刑事又ハ懲戒處分ノ理由トナリ得ヘキ事實ニ關シテ虛僞ノ申告ヲ爲スコトヲ要ス

0055

一　申告トハ自カラ進ンテ事實ヲ告知スルヲ謂フ告知ノ方法ハ文書又ハ口頭ヲ以テスルモ告訴、告發其他ノ方式ニ依ルモ自己ノ名義ヲ以テスルモ又ハ他人ノ名義ヲ詐稱シ又ハ匿名ヲ以テスルモ妨ケナシ然レトモ訊問ニ答フルハ進ンテ告知スルノ意思ナキヲ以テ申告ニアラス而シテ申告サレタル事實ハ虚僞ニ係ルコトヲ要ス他人ノ所爲ニ付キ處罰ヲ除却スヘキ事情ヲ默秘シ又ハ重要ナル點ヲ省略シテ申告スルモ亦虚僞ノ申告タルヲ免レス（明治三十年判決錄七卷三一頁、同三十二年同上五卷一頁同趣旨判決）

二　刑事處分ノ理由トナリ得ヘキ事實ハ犯罪ニシテ懲戒處分ノ理由トナリ得ヘキ事實ハ職務ノ懈怠、職務上ノ義務ノ違背又ハ職務上ノ威嚴若クハ信用ヲ失フヘキ行爲ナリ故ニ刑事又ハ懲戒處分ヲ受ケシムル目的ヲ有スル場合ト雖モ其商人カ某處女ト私通シタリト云ヒ某官吏ハ精神病中上官ヲ侮辱シタリト云フ如キ虚僞ノ申告ヲ爲スハ他ノ犯罪ヲ構成スルコトアリ得ヘキモ誣告罪ヲ構成セス本夫ヨリ告訴ナキ場合ニ於テ其者（本夫）ノ妻カ他人ト姦通シタリトノ誣告又ハ或者カ數十年前罪ヲ犯シタリト云フ誣告ノ如キ亦同シ（是等ノ場合ニ於テハ所謂不能犯ノ觀念ヲ存ス）

三　誣告ハ當該官廳（公署亦同シ）ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要ス而シテ刑事ノ處分ヲ受ケシムル目的ニ出テタル誣告ハ之ヲ犯罪ノ搜査權アル者即チ檢事又ハ司法警察官ニ爲スヲ以テ通例トスルモ檢事カ犯罪ナキコトヲ知リツツ犯罪アリトシテ或者ヲ起訴シタルトキハ尙ホ本罪ヲ構成ス巡査ニ爲シタル虚僞ノ犯罪事實ノ申告ハ司法警察官ニ到達シタル場合ニ限リ本罪ヲ構成ス懲戒ノ處分ヲ受ケシムル目的ニ出テタル誣告ハ被誣告者ニ對シテ抽象的ニ懲戒權ヲ有スル長官ニ向テ爲シタルコトヲ要ス然レトモ權限ナキ官署ニ爲シタル誣告カ長官ニ送致セラレタルトキハ本罪ヲ構成スヘシ親權者ニ對シ其子カ惡事ヲ爲シタリト云フ虚僞ノ通知ヲ爲シ懲戒セシメントスルカ如キハ本罪ヲ構成スルコトナシ官廳ニ對スル申告ニアラサレハナリ

第四　本罪ノ成立ニ付テモ故意ノ存在ヲ以テ必要トス即チ先ツ申告スル事項カ不實ナルコト及ヒ不實ナル申告ヲ當該官廳ニ對シテ爲スコトヲ認識スルヲ要ス故ニ其認識ノ一ヲ缺クトキハ本罪ヲ構成セス例ヘハ或者ニ對シテ竊盜ノ嫌疑ヲ懷キ未タ其確證ヲ得スト雖モ或ハ其者ノ所爲ナルヘシトノ告訴ヲ爲シタルニ事實相違シタル場合又ハ當該官吏タルコトヲ知ラスシテ之ニ告訴（誣告ナルコトヲ告ケス）ヲ依賴シタル場合ノ如キハ何レモ本罪ヲ構成セス

本罪ノ成立ニハ上叙ノ認識ノ外他人ヲシテ刑事又ハ懲戒ノ處分ヲ受ケシムル目的アルコトヲ要ス換言スレハ自己ノ誣告ニ因リ其被誣告者カ刑事又ハ懲戒ノ處分ヲ受クルコトヲ希望スルコトヲ要ス然レトモ其目的カ主タルモノ又ハ唯一ノモノタルコトヲ要セス例ヘハ自ラ犯罪ヲ犯シタル者カ其罪跡ヲ隱蔽スル目的ヲ以テ他人ニ其罪ヲ嫁セント欲シ誣告ヲ爲シタルカ如キ場合ニ於テモ本罪ヲ構成スヘシ然レトモ犯罪ノ嫌疑ニ因リ準現行犯人トシテ逮捕引致セラレ

0056

タル者カ他人ヲシテ處罰ヲ受ケシムルノ意思アルニアラスシテ一時司法警察官ヲ欺キ逃遁センカ爲メ嫌疑ニ係ル犯罪ヲ犯シタル者ハ自己ニアラスシテ何某ナリト申立タル場合ノ如キハ本罪ニ必要ナル目的アリト云フヲ得ス玆ニ所謂懲戒ノ處分トハ一定ノ業務ニ從事スル者ヲシテ規律ヲ格守セシムル爲メ其規律違反ニ對スル制裁ヲ科スル處分ヲ謂フモノナルカ故ニ法令上特ニ懲戒處分ト稱スルモノノミナラス又懲戒裁判若クハ懲罰處分ト稱スルモノヲ包含ス

註　懲戒制裁トシテ法令ニ採用セラレタル手段ハ被懲戒者ノ身分ニ依リテ異ナル而シテ辯護士又ハ公證人ニ對シテハ過料モ亦懲戒罰ノ一種タリ然レトモ總テノ過料ヲ懲戒罰ナリト解スル勿レ例ヘハ身分又ハ戸籍ニ關スル屆出ノ期間ヲ怠リタル者ニ科スヘキ過料ノ如キ是ナリ故ニ他人カ期間經過後ニ出生屆ヲ爲シタリト誣告シテ過料罰ヲ受ケシメントスルカ如キハ本罪ヲ構成セサルヘシ（反對說アリ）

第五　誣告罪ハ虛僞ノ申告カ當該官廳ノ認識ニ達スルト同時ニ既遂トナル（明治三十年判決錄二卷一五五頁同趣旨）誣告ニ因リテ刑事又ハ懲戒ノ手續ノ開始セラルルコトヲ要セス告訴狀又ハ告訴調書カ形式ヲ缺クニ因リ效力ヲ有セサルトキト雖モ苟モ誣告ノ事實アル以上ハ本罪ヲ構成ス（明治三十二年判決錄一〇卷四頁同趣旨）誣告タルコトヲ自白シテ告訴ノ取下ヲ爲シタル場合ニ於テモ犯罪ノ成立ニハ影響ナシ（明治二十九年判決錄八卷七六頁同趣旨）

第六　誣告罪ニモ亦教唆者從犯者ハ勿論共同正犯ヲ存スルコトヲ得數人共同シテ當該官廳ニ對シテ虛僞ノ申告ヲ爲シ得ルコトハ疑ヲ容レス從來ノ判決例ニ於テ（明治三十年判決錄七卷一頁參照）誣告罪ハ告訴人ノ外他ニ實行正犯アルコトナシ而シテ告訴人ト共謀シテ其代人トナリ告訴狀ヲ作成シ之ヲ檢事ニ提出シタル所爲ハ從犯ナリト認メタルモ若シ其代人ニモ本罪ニ必要ナル目的アリタル以上ハ之ヲ以テ誣告ノ正犯ト爲スヘク所謂告訴人ト認メラレタルハ誣告ノ敎唆犯ト認ムルヲ可トス之ニ反シ其後（明治三十五年中）同院カ數人共謀者中ノ一人ノ犯罪行爲ノ實行ハ共謀者全體ノ行爲ト見做スヘキコトヲ認メタルは是レ亦疑フヘシ實行其モノヲ分擔セサル者ハ寧ロ從犯ヲ以テ問フヘキナラン

第七　本罪ニ對スル刑ハ第一六九條僞證罪ノ例ニ同シク三月以上十年以下ノ懲役トス蓋シ前述ノ如ク其間ニ於テ類似ノ點アルヲ以テナリ現行法ハ誣告罪ニ付テモ僞證罪ノ例ニ照ラシテ之ヲ處斷スルカ故ニ反坐ノ刑ヲ科スヘキ場合ヲ生スト雖モ新刑法ハ全然此例ヲ排斥シタリ本罪ニ付テモ亦裁判所ハ一定ノ條件ノ下ニ於ケル自白ヲ以テ刑ノ減刑又ハ免除ノ理由トナスコトヲ得ルモノトス（一七三條）其趣意ハ第一七〇條ニ付キ說明シタル所ニ同シ

第二編　靜謐ヲ害スル罪

予輩ハ第一編ニ於テ皇室ニ對スル罪國家ノ構成ヲ害スル罪（即チ內亂ニ關スル罪及ヒ外患ニ關スル罪）國交ニ關スル罪及ヒ公權ニ對スル罪（即チ公務ノ執行ヲ妨害スル罪、逃走ノ罪、犯人

藏匿及ヒ證憑湮滅ノ罪、僞證ノ罪及ヒ僞證ノ罪ヲ包含スヽヲ一括シ廣意ニ於テ國家ニ對スル罪ナル標題ヲ揭ケテ之ヲ說明シタリ本編ニ於テハ一、騷擾ノ罪二、放火及ヒ失火ノ罪三、溢水及ヒ水利ニ關スル罪四、往來ヲ妨害スル罪ヲ說明セントス蓋シ此四種ノ犯罪ハ何レモ靜謐即チ公共ノ安寧ヲ害スル點ニ於テ共通ノ性質ヲ有スルモノト信スレハナリ

第十章　騷擾ノ罪

第一　騷擾ノ罪ハ法典第八章第一〇六條及ヒ第一〇七條ノ規定スル所ニシテ現行刑法第二編第三章第一節兇徒聚衆ノ罪ニ該當スルモノナリ兇徒聚衆ノ罪ト云フトキハ特ニ兇徒ト稱スヘキ種類ノ惡漢ヲ嘯聚スル行爲ナルカ如ク認メラレ名實相伴ハスシテ不穩當ナルカ故ニ新刑法ハ其稱呼ヲ改メタルニ過キス趣意ニ於テモ全然同一ナリ

現行刑法ニ於ケル兇徒聚衆罪カ靜謐ヲ害スル罪ノ一種ニ屬スルコトハ其法典上ノ地位ニ由リテ自ラ明瞭ナルカ故ニ之ト同趣旨ニ於テ成立シタル騷擾ノ罪ハ同一ノ見地ヨリ其本質ヲ攻究スルコトヲ得ルノミナラス法律カ暴行又ハ脅迫ヲ罰スル規定ト總則共犯規定ノ存スルニ拘ハラス更ニ本罪ノ規定ヲ設ケタル點ヨリ之ヲ觀察スルモ本罪ハ其影響特定個人間ニ止ルヘキ暴行脅迫ニアラスシテ公共ノ騷擾ヲ惹起スル行爲ナリト認ムルコトヲ得ルナリ

第二　騷擾罪ハ多衆聚合シテ暴行脅迫ヲ爲スニ因リテ成立ス故ニ多數人ノ聚合スルコトヲ要シ且暴行脅迫ヲ爲スコトヲ要ス

多衆トハ多數ノ人ヲ意味ス單ニ數人若クハ二人以上ト云ハス故ニ僅ニ四五名ヲ以テ足レリトセス然レトモ法律ハ特ニ人數ヲ規定セサルカ故ニ公共ノ騷擾ヲ惹起スヘキ程度ノ暴行脅迫ヲ爲スニ適當ナル人數ヲ以テ足ル要スルニ各場合ノ狀況ヨリ認定スヘキ問題ナリ

暴行ニハ幾多ノ程度アリ本罪ノ要素タルヘキ暴行ハ人ノ身體及ヒ物ニ對スル傷害、毀壞及ヒ其以下ノ不法ナル腕力行使ヲ包含ス殺人ノ罪及ヒ放火ノ罪ト爲ルヘキ行爲ヲ爲シタル者ハ第五四條ノ規定ニ依リ重キニ從テ處斷セラルヘシ內亂罪ノ要素タル暴動ヲ構成スル暴行中ニハ殺人及ヒ放火ヲモ包含スルモノト解スヘク從テ第一〇六條ノ暴行ハ之ニ比シテ其程度輕シ脅迫ノ意義ハ他ノ場合ニ於ケルト異ナラス而シテ暴行脅迫ノ客體ニハ制限ナキカ故ニ或ハ官廳ニ喧鬧シ或ハ官吏ニ强逼スルモ可ナリ或ハ又一私人ニ對スルモ可ナリ要ハ公共ノ騷擾ヲ釀スヘキ程度ノモノナルヤ否ヤニ在リ

多衆聚合シテ暴行脅迫ヲ爲スト云フハ聚合者ノ各自カ孰レモ暴行又ハ脅迫ノ直接ノ下手者タルコトヲ必要トスルノ意味ニアラス聚合者間ニ共ニ暴行又ハ脅迫ヲ爲スノ意思アル以上ハ直接下手者ハ其一部ナルモ尙ホ其全體ニ對シテ本罪ノ成立ヲ認ムルニ足ル

第三　主觀的要素トシテハ多衆ノ間ニ共ニ暴行又ハ脅迫ヲ爲スノ意思アルヲ必要トス從テ例ヘハ村祠祭禮又ハ戰捷祝賀其他多衆聚合スル機會ニ於テ進退容易ナラス互ニ相壓迫シテ雜踏ヲ

極メ所謂珍事ヲ惹起ス場合ノ如ク多衆カ其聚合力ヲ恃ミテ暴行又ハ脅迫ヲ爲スノ意思ナキトキハ本罪ヲ構成セス然レトモ多衆カ暴行脅迫ヲ爲スノ目的ヲ以テ聚合シタルコトヲ必要トセサルカ故ニ最初祭禮又ハ運動會等ノ爲メニ聚合シタル多衆カ興ニ乘シテ暴行又ハ脅迫ヲ爲スカ如キ場合ト雖モ公共ヲ騷擾スル程度ノモノタル以上ハ本罪ヲ構成スルモノト認メサルヘカラス若シ夫レ多衆聚合シテ暴行又ハ脅迫ヲ爲スノ目的カ朝憲ヲ紊亂セントスルニ在ルトキハ即チ内亂罪ヲ構成スルカ故ニ騷擾ノ罪ニハ此目的ノ存在セサルコトヲ必要トスルハ勿論ナリ」

註　現行刑法ニ於ケル兇徒聚衆罪ニ關スル左ノ判例ハ新刑法ノ解釋ニ付テモ參考ニ資スヘキモノナリ

一　兇徒嘯聚罪ハ多衆カ現ニ官廳ニ喧鬧シ官吏ニ强逼シ又ハ村市ヲ騷擾シ其他暴動ヲ爲スコトト其暴動カ多衆共同ノ意思ニ基クコトトニ依リテ成立ス從テ多數ノ人カ是等ノ暴動行爲ヲ爲スモ暴動者間ニ意思ノ合同ナキトキハ本罪ヲ構成セス（明治三十五年大審院判決錄五卷一〇五頁參照）

二　兇徒嘯聚罪ハ多衆カ其共同ノ意思ヲ以テ暴動行爲ヲ爲スニ依リテ成立ス從テ多衆聚合ノ始メニ於テ暴動ヲ爲スノ意思ナキモ其後ニ至リ暴動ノ意思ヲ生シ共同シテ暴動ヲ爲シタルトキハ本罪ヲ構成ス（同上參照）

三　當初平穩ナル多衆ノ集合ト雖モ多衆ノ意思如何ニ依リ何時ニテモ兇徒嘯聚ニ變シ得ヘキモノトス而シテ其聚合ノ全部之ニ變セサルモ一部ノ人ニシテ暴動ノ意思ヲ生シ現ニ暴動ヲ爲シタルトキハ其之ニ干與シタル者ニ對シテハ本罪ヲ構成ス（同上參照）

第四　法律ハ第一〇七條ニ於テ暴行又ハ脅迫ヲ爲ス爲メ多衆聚合シ當該公務員ヨリ解散ノ命令ヲ受クルコト三回以上ニ及フモ尙ホ解散セサル者ヲ處罰スルコトヲ規定ス

一　暴行又ハ脅迫ヲ爲ス爲メ多衆聚合シタルコトヲ要スルカ故ニ最初平穩ナル目的ヲ以テ多衆聚合シタル場合ニ於テハ或ハ中途ニシテ暴行脅迫ノ實行ニ因リ第一〇六條ノ罪ヲ構成スルコトアルヘシト雖モ本條ノ罪ヲ構成スルコトナシ

二　當該公務員ヨリ解散ノ命令ヲ受クルコト三回以上ニ及フコトヲ要ス茲ニ所謂當該公務員ハ治安警察ノ事務ニ從事スル公務員ニシテ當該事實ノ發生シタル場所ヲ管轄スル權限アルモノヲ指稱ス解散ノ命令ハ如何ナル形式ニ依ルモ妨クル所ナシト雖モ發命主義ニアラスシテ受命主義ナリ即チ命令カ被命者ニ覺知セラルルヲ必要トス命令ヲ受クルコト三回以上ニ及ハサルヘカラサルヲ以テ一回又ハ二回ノ命令ヲ受ケタルノミニテハ本罪ヲ構成セス而シテ少ナクトモ三回ノ解散命令カ被命者ニ覺知セラレタルコトヲ證明スルハ首魁ニ付テハ敢テ困難ナラサルヘキモ其餘ノ者ニ付テハ容易ニアラサルヘシ三回以上ト云フハ少ナクトモ三回タルコトヲ要スルト共ニ三回ニテモ足ルコトヲ意味スルモノト解スヘシ故ニ三回ニシテ且最終ノ解散命令ヲ受クルモ尙ホ解散セサルトキハ直チニ本條ノ罪ヲ構成スヘキナ

0059

リ然リト雖モ三回ノ命令ニテ解散セサル多衆カ四回ノ命令ヲ受ケテ解散シタルトキハ本罪ヲ構成セサルヘシ果シテ然ラハ本罪ノ成否ハ當該公務員ノ方寸ニ依リテ左右セラルルモノト云フヘキカ予輩ハ三回以上ト云フ條件ヲ不當ナリト信スルモノナリ（此點ニ關シテ外國ノ立法例ヲ案スルニ第一、多衆聚合ノ動機カ暴行脅迫ノ目的ニ出ツルコトヲ必要トセサル立法例ニ在リテハ三回解散命令ヲ要件トスルモノ（例ヘハ獨、蘭、丁）ト一回ノ解散命令ヲ要件トスルモノ（例ヘハ墺、伊、諾、佛、葡刑一七七條）トヲ分ツヘク第二我新刑法ノ如ク暴行脅迫ノ目的ヲ要件トスル立法例ニ在リテハ一回ノ解散命令ヲモ必要トセサルモノアリ（例ヘハ葡刑一八八條墨士哥刑九一九條英）或一回ノ解散命令ヲ必要トスルモノアリ（例ヘハ紐育）獨リ芬蘭刑法ハ暴行脅迫ノ目的ト三回ノ解散命令トヲ要件トセリ此目的ト三回以上ノ解散命令トヲ要件トセル現行立法例ノ存スルヲ知ラス抑ゝ解散命令ハ說諭ニアラスシテ强制ナリ我現行刑法ハ說諭ヲ必要トス說諭ハ愚昧ナル群衆ニ其行動ノ非ナルヲ說明シ自ラ悟リテ解散セシムルヲ本旨トスルカ故ニ單ニ「解散スヘシ」ト命スルノミニテハ說諭アリト認ムルヲ得サルモ命令ハ「解散スヘシ」ト云フノミニテ足ルヘク此ノ如キ命令ハ之ヲ幾回スルモ說諭ノ效ヲ奏セサルヘシ果シテ然ラハ三回以上ト云フカ如キ條件アルモ亦何カアラン否證明ヲ困難ナラシムルモノニシテ寧ロ失當ナル條件ナリ一回ノ解散命令ヲ受ケタルノミニテ解散セサル者ハ處罰スルノ必要ナキ程輕微ナルモノナリトセハ寧ロ本罪ヲ刑法中ヨリ省除スルモ亦可ナリ）

三　解散セサルコトヲ要ス暴行又ハ脅迫ヲ爲ス爲メ多衆聚合スルモ當然ニ犯罪ヲ構成スルモノニアラスシテ聚合後ニ於テ當該公務員ヨリ解散ノ命令ヲ受クルコト三回以上ニ及フモ尙ホ解散セサルニ因リテ本罪ヲ構成スルモノナルカ故ニ命令ヲ受クルコト三回以上（苟モ命令カ繰返サレツツアル間ハ數十回ニテモ可ナリ）ニシテ解散シタルトキハ罪ト爲ラス然レトモ解散ノ命令ヲ受クルコト三回若クハ其以上ニ及ヒ既ニ命令ノ繰返サルルコトナキニ至リテ尙ホ解散シ得ヘキ時期ニ解散セサルトキハ直チニ本罪ヲ構成スヘシ而シテ更ニ進ミテ暴行又ハ脅迫ヲ實行シタルトキハ第一〇六條ノ罪ヲ構成スルニ至ルモノニシテ本條ノ適用ナカルヘシ（或ハ本條ト第一〇六條トノ罪ヲ構成シ第五四條ノ適用アリト主張スル者モアラン予輩ハ第一〇六條ト本條トノ關係ニ於テハ第五四條ノ適用ナシト解ス）

解散ノ命令ハ聚合者各自ニ於テ之ヲ遵守スヘキモノニシテ獨リ首魁ノミニ對スル命令ニアラス故ニ更ニ首魁カ其聚合ヲ解散セサルモ各自カ其多衆聚合ノ場所ヨリ脫退スルトキハ其脫退者ニ限リ本條ノ罪責ヲ負擔セサルヘシ或ハ曰ク群衆ノ一部分カ頑トシテ解散セサルトキハ多衆聚合ノ當初ニ於ケル首魁ハ解散ノ命令ニ因リテ脫退シタルトキト雖モ尙ホ本條ノ處罰ヲ免レスト予輩ハ此見解ヲ採用セス若シ夫レ解散セサルコトニ付テノ首謀者アルトキハ之ヲ首魁トシテ處罰スルヲ得ヘク又聚合ニ付テノ首謀者ハ解散命令ニ因リ直チニ脫退シ

タルトキト雖モ一定ノ條件ノ下ニ於テ教唆ノ責任ヲ免レサルヘシ主觀的ノ要素トシテハ聚合者各自カ暴行又ハ脅迫ヲ爲スノ目的アルコト及ヒ當該公務員ヨリ少ナクトモ三回ノ解散命令アリタルコトヲ直接又ハ間接ニ知リタルコトヲ條件トス此條件ノ一ヲ缺ク者ニ付テハ本罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス

第五　法律ハ第一〇六條ノ罪ニ付テ首魁以下三段ニ分チテ其處分ヲ異ニセリ其趣旨ハ內亂罪ノ場合ニ於ケルト同一ナルヲ以テ茲ニ再說セス第一〇七條ニ於テ首魁ト其他ノ者トヲ二段ニ分チタルニ止マレルハ暴行脅迫ノ實行前ニハ未タ指揮助勢ト附和隨行トヲ區別スルコト能ハサルニ因ル

第一〇六條ノ未遂罪ハ第一〇七條ニ依リテ處罰セラルルコトアリト雖モ其他ノ場合ハ明文ナキカ故ニ罰スルヲ得ス

第十一章　放火及ヒ失火ノ罪

第一　放火及ヒ失火ノ罪ハ法典第二編第九章第一〇八條乃至第一一八條ニ規定スル所ニシテ其法典ニ於ケル配列上ノ位置及ヒ各條規定ノ性質上ヨリ觀察スレハ靜謐ヲ害スル行爲殊ニ公共ノ生命、身體及ヒ財產ニ危險ヲ及ホス行爲ノ一種タルコトハ疑ナシ現行刑法ニ於テハ之ヲ第三編第二章財產ニ對スル罪ノ一種トシテ配置セリト雖モ毀壞罪ニ比シテ之ヲ重ク處罰シ又自己ノ家屋ヲ燒燬スル場合ニ於テモ尙ホ科刑スル等ノ點ヨリ之ヲ觀察スレハ單純ニ財產ニ對スル罪タルノ性質ノミヲ有スルモノニアラサルヤ明カナリ若シ夫レ新刑法ニ於テ放火ノ目的物カ他人ノ所有ナルト自己ノ所有ナルトニ因リ科刑ヲ區別シタルカ如キハ一面ニ於テ財產上ノ關係ヲ斟酌シタルモノナルヘシト雖モ之カ爲メニ本罪ヲシテ公共危險罪タルノ本質ヲ失ハシムルモノニアラサルヤ炳然タリ然レトモ法律ハ各箇ノ場合ニ於テ公共危險ノ事實上發生シタルコトヲ要求セス其性質上公共危險ヲ生スルヲ以テ通例トスル放火、失火等ノ行爲ハ其一般的性質ヨリ觀察シテ具體的ニ公共危險ノ存シタルト否トヲ問ハス之ヲ本章中ニ規定シタルモノアルコトヲ注意スヘシ

法律ハ第九章放火及ヒ失火ノ罪ト題スルモ其內容ニ從ヒテ同章ノ行爲ヲ分類スルトキハ放火、準放火、失火、準失火及ヒ瓦斯電氣等ノ放出ノ五種ト爲スコトヲ得

第二　放火、準放火、失火及ヒ準失火ノ場合ニ於ケル目的物ハ第一、人ノ住居ニ使用シ又ハ人ノ現在スル建造物、艦船、鑛坑、汽車若クハ電車、第二、人ノ住居ニ使用セス又ハ人ノ現在セサル建造物、艦船若クハ鑛坑及ヒ第三、其以外ノ物ニ三分セラレタリ人ノ住居ニ使用スル物トハ犯人以外ノ人類（即チ他人……親族ヲ包含ス）ノ常住ノ用ニ供セラレツツアル物ヲ謂フ住居者ノ外出時中ニ於ケルカ如ク一時的不在ノ場合ト雖モ之ヲ包含スヘク所謂貸空家ノ如ク常住者ナキ物ハ人ノ住居ニ使用セサル物ニシテ犯人一人ノミノ住居ニ使用スル物モ亦之ニ

0061

包含セラル人ノ現在スル物トハ住居ニ使用セラルルト否トニ拘ハラス當該瞬間ニ於テ人ノ身體ノ存在シツツアル物ヲ謂フ貸空家ト雖モ借家希望者ノ入覽シツツアル間ハ人ノ現在スル家屋ナリ平素人ノ住居ニ使用セサル汽車電車ト雖モ他人ノ乘込ツツアル間ハ人ノ現在スル物ナリ第三種ノ物ハ第一種及ヒ第二種ニ屬セサル一切ノ物ヲ包括ス人ノ現在セサル汽車及ヒ電車モ亦之ニ屬ス然レトモ其燒燬ニ因リテ公共ノ危險ヲ生シ得ルモノタルコトヲ要ス故ニ例ヘハ細小ナル紙片糸屑ノ如キハ本章ノ罪ノ目的物タルヲ得サルヲ通例トス

瓦斯電氣等放出ノ罪ニ於ケル目的物ハ他人ノ生命、身體及ヒ財產ナリ傷害若クハ損壞ノ實害ヲ被リ得ヘキ物タルコトヲ要スルハ本章ノ罪ノ性質上明白ナルヲ以テ財產中ニハ無形ノモノ（權利）ヲ包含セサルモノト解ス

第三　放火罪及ヒ失火罪ハ物ヲ燒燬スル行爲ニ由リテ成立ス燒燬トハ火力ヲ以テ物質ヲ毀損スルヲ謂フ毀損カ如何ナル程度ニ達シタルトキハ燒燬ノ既遂トナルカニ付テハ學說一致セス一說ニ依レハ放火罪ハ故意ヲ以テ火災ヲ惹起シ因テ以テ公共ノ身體財產ニ重大ナル危害ヲ加フル最モ危險ナル犯罪ナルカ故ニ其既遂未遂ヲ區別スル標準モ亦犯人ノ行爲カ此危害ヲ生セシムル程度ニ達シタルヤ否ヤノ點ニ在リ（明治三十五年大審院判決錄一一卷九七頁參照）換言スレハ目的物ニ燃移リタル火カ犯人ノ使用シタル燃料ノ火力ヲ藉ラス獨立シテ燃燒作用ヲ繼續シ得ヘキ狀態ニ達シタルトキハ實際ニ燃燒シタル部分ノ大小廣狹ヲ問ハスシテ既遂罪ヲ構成ス（明治三十七年同上判決錄二一六頁參照）ルモノトシ他ノ一說ニ依レハ目的物カ其用法上ノ效能ヲ失フノ程度ニ於テ燃損シタル場合ニ於テ既遂トナルヘキモノニシテ其程度ニ達セサルトキハ燒燬ノ未遂ナリトス（岡田博士刑法講義參照）予輩ハ現行刑法及ヒ新刑法ノ解釋トシテハ後說ヲ正當ナリト信ス

註　前說ハ獨逸刑法學者カ獨逸刑法ノ解釋上ニ於テ主張スル所ナリ我法律ト其規定ヲ異ニスル獨逸刑法ノ解釋トシテハ予輩モ亦之ヲ是認スト雖モ我法律ノ解釋ニ移シ用ユヘキモノニアラサルナリ獨逸刑法第三〇六條ニハ禮拜所等ヲ故意ニ燃燒ニ置キタル（In Brandlegen）者ハ放火ノ罪ト爲シ云云ト規定ス目的物ヲ燃燒ニ置クト云フハ即チ目的物ニ放火スルノ意味ナリ佛國刑法學者中ニモ亦前說ヲ採ル者少ナカラス而シテ佛國刑法ノ規定亦獨逸刑法ノ規定ト大差ナシ即チ第四三四條ニ於テハ任意ニ建造物等ニ放火スル者（Quiconque aura……mis le feu à des édifices……）ヲ處罰スルコトヲ定ム此ノ如ク放火行爲ノミカ構成要件タル場合ニ於テハ前說ニ依リテ之ヲ解釋スヘキコト疑ナシト雖モ我法律ニ於ケル如ク放火行爲ニ因リ目的物ノ燒燬ト云フ結果ヲ生スルコトヲ構成要素トスルモノニ付テハ後說ヲ採用セサルヘカラス若シ夫レ墺國刑法學者中ニ犯人カ一定ノ目的物ニ火ヲ燃移ラシムルニ必要且十分ナル行爲ヲ終了シタルトキハ直チニ放火罪ノ既遂ト爲ルヘキコトヲ主張スル者アルカ如キ其國法ノ解釋トシテハ强テ怪ムニ足ラスト雖モ是レ亦移シテ以テ我法律ノ解

釋ト爲スヘカラス以上ノ外或ハ目的物ノ一部カ燃燒シタルトキハ既遂ナリトシ或ハ火力カ消防ノ爲メ他人ノ共助ヲ必要トスル程度ニ達シタルトキハ既遂ナリトスルカ如キ種種ノ學說アリ雖モ等シク我法律ノ解釋ニ適セス

準放火罪、準失火罪及ヒ瓦斯電氣等放出罪ニ於ケル行爲ハ當該規定ニ付テ之ヲ說明スヘシ

第四　放火罪ハ第一〇八條乃至第一一三條及ヒ第一一五條ニ規定セラル火ヲ放ツト云フハ一定ノ目的物ニ故意ニ火ヲ燃移ラシムル行爲ナリ

一　火ヲ放ツ現ニ人ノ住居ニ使用シ又ハ人ノ現在スル建造物、汽車、電車、艦船若クハ鑛坑ヲ燒燬シタル者ハ死刑又ハ無期若クハ五年以上ノ懲役ニ處ス（一〇八條）

建造物トハ土地ニ定著シ且掩蓋及ヒ周壁ヲ有スル工作物ニシテ人ノ起居出入ニ適スルモノナリ汽車又ハ電車トハ人若クハ物ヲ運搬スル車輛ニシテ蒸汽力又ハ電氣力ヲ以テ軌道上ニ運轉スルモノナリ（故ニ自動車、馬車、自轉車人力車等ヲ包含ス）艦船ハ軍艦及ヒ船舶ナリ其國籍ノ如何ヲ問ハス噸數ノ大小ヲ分タス但舟筏ヲ包含セス鑛坑ハ礦鑛ヲ掘取スル爲メニ開鑿セラレタル地中ノ空孔ナリ是等ノ物カ他人ノ住居ニ使用セラレ若クハ是等ノ物ニ他人ノ現在スルトキハ一般的ニ人ノ生命身體ニ對スル危險アルカ故ニ其所有權カ犯人自身ニ屬スルト他人ニ屬スルトヲ問ハス本條ノ罪ノ目的物タリ然レトモ犯人カ其目的物カ現ニ人ノ住居ニ使用セラレ又ハ人ノ現在スル事實ヲ知ラサルトキハ第一〇九條ヲ適用スヘキナリ」

ニアラスンハ知ルコト能ハサルコト多シ若シ理由ニ確定力ナシト云ハンカ主文其者ノ確定力ノ範圍ヲ知ルコトヲ得ス即チ主文ト理由トハ分離スヘカラサル關係ヲ有スルモノナリ之ヲ物體ニ例フレハ主文ハ物ノ外包ニシテ理由ハ其內容ナリ而シテ物ヲ判斷スルニ當テハ內容ト外形トヲ合セテ觀察セサレハ物ノ眞相ヲ知ル能ハサルカ如ク主文ト理由トヲ合スルニアラサレハ判決ノ全效力ヲ定ムルヲ得ス故ニ判決ノ確定力ハ主文ノミニ存スルニアラスシテ主文ニ包含セラレタル理由ニモ亦存スルモノト謂ハサルヘカラス例ヘハ茲ニ金百圓ヲ辨濟スヘシトノ判決主文アリ其金百圓ハ如何ナル性質ノ金ナルヤ即チ貸金ナルヤ賣買代金ナルヤ贈與金ナルヤ將タ遺贈金ナルヤヲ知ラシムルハ即チ理由ナリ主文其者ノ性質範圍ヲ限定スルニ付テハ主文ト分離スヘカラサル理由モ亦主文ト共ニ確定力ヲ有スト解釋スルヲ正當ト信ス然レトモ判決ノ理由ニ於テ表示セラルル總テノ事項カ確定力ヲ有スト云フニ非スシテ主文ノ直接ノ基本トナリタル理由ニ付テノミ確定力ヲ生スルモノナリ

以上述ヘタル如ク判決ノ確定力ノ範圍ハ理由ニ依テ定ムヘキモノナリ從テ判決ノ確定力ヲ定ムヘキ理由ノ範圍如何ノ問題ヲ生ス此問題ニ對シテハ左ノ如ク決定スヘキモノナリト信ス

曰ク判決ノ範圍ヲ定ムヘキ理由トハ當事者ノ請求ヲ主張スルニ付テ法律上ノ資格及ヒ其請求ノ直接ナル事實上幷ニ法律上ノ原因ニ關シテ判文ニ顯ハレタル積極的若クハ消極的說明ヲ云フ換言セハ判決カ請求ノ事物ヲ認定シ若クハ否定シタル點ニ於ケル直接ナル說明是ナリ

0063

請求ノ當否ヲ斷定スルニ當リ其先決問題トナル點ヲ決セサルヘカラサル場合アリ此場合ニ其先決問題タル點ニ關スル判決ノ理由ハ確定力ヲ有スルヤ否ヤ例ヘハ利息請求ノ訴ヲ提起シタル場合ニ於テ被告カ全然債權ノ存セサリシコトヲ以テ抗辯スル時ハ原告ハ先ツ其元本債權ノ存在セシコトヲ證立セサルヘカラス此點ヲ證立セサレハ訴ノ正當ナルコトヲ明カニスル能ハサレハナリ原告カ此點ニ付キ十分ノ證明ヲ爲シタル結果裁判所ハ其判決理由中ニ元本債權ノ存スル所以ヲ說明シ延テ被告ハ利息ヲ辨濟スヘキ義務アリト說明シタリトセンニ右判決ハ元本債權ノ存在ニ付キ確定力ヲ有スルヤ否ヤ「サフイニー」氏等ノ唱フル如ク普通法ノ理論ニ據レハ此問題ニ對シテハ積極的斷案ヲ與フヘキコトハ疑ナキモノト云ハサルヘカラス然レトモ訴訟法ニ從ヒテ論究スルトキハ消極的斷案ヲ與ヘサルヘカラス利息ヲ支拂フヘシトノ判決主文ニハ利息ノ債權ノ存在ヲ確定スル理由ヲ包含スレトモ元本債權ノ存在ヲ確定シタル理由ヲ包含スル能ハサレハナリ即チ本問ニ對スル消極的斷定ノ理由ノ第一トナルヘキモノハ訴訟法第二四四條ノ規定是ナリ曰ク判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限リ確定力ヲ有スト又理由ノ第二トナルヘキモノハ訴訟法第二一一條ノ規定ナリ同條ニ曰ク訴訟ノ進行中ニ爭トナリタル權利關係ノ成立又ハ不成立カ訴訟ノ裁判ノ全部又ハ一部ニ影響ヲ及ホストキハ判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ原告ハ訴ノ申立ノ擴張ニ依リ又被告ハ反訴ノ提起ニ依リ判決ヲ以テ其權利關係ヲ確定センコトヲ申立ツルコトヲ得（獨訴二八〇條舊獨訴二五三條）ト若シ本問ノ如キ場合ニ於テ普通法ノ理論ニ依リテ判定スヘキモノトセハ即チ確定力カ原本債權ニモ及フモノトセハ特ニ本條ノ如キ規定ヲ設クルノ必要ナキヤ明カナリ然ルニ本條ノ存スルニ依リテ之ヲ觀レハ訴訟法ハ利息ノ請求ニ關スル判決理由中ニ元本債權ノ有無ニ關スル說明ヲ存スルモ其理由ハ利息ノ請求ニ直接ナルモノニアラサルヲ以テ確定力ヲ生セサルコト更ニ包括的ニ之ヲ云ヘハ一ノ請求ノ當否ヲ決スル先決問題ニ關スル判斷ニハ確定力ヲ生セシメサル法意ナルコトヲ知ルヲ得ヘシ然レトモ右ノ裁判ハ如何ナル場合ニモ確定力ヲ生スルコトナシト云フニアラス當事者ハ民事訴訟法第二一一條ニ依リ申立ノ擴張若クハ反訴ヲ以テ右ノ裁判ニ確定力ヲ生セシムルコトヲ得ルモノナリ而シテ訴訟法カ普通法ノ理論ニ從ハスシテ右ノ如ク判決ノ確定力ヲ制限シタルハ實際上恕スヘキ訴訟當事者ノ不注意ヨリシテ失權ヲ生スルナカラシメントノ趣旨ニ出テタルナリ換言セハ既判力ノ範圍ヲ餘リニ廣カラシムルトキハ往往訴訟當事者ヲシテ意外ノ奇禍ニ罹ラシムルノ弊ヲ生スルヲ以テ右ノ如ク既判力ノ範圍ヲ制限シタルナリ

獨逸訴訟法ニ依レハ判決確定力ノ範圍ニ關シテ明文ヲ以テ一ノ制限ヲ規定セリ舊獨逸訴訟法第二九三條第二項ニ曰ク抗辯ヲ以テ主張シタル反對請求ノ成立若ハ不成立ニ付テノ裁判ハ相殺ヲ爲スヘキ額マテニ限リ確定力ヲ有スト又現行獨逸訴訟法第三二二條第二項ニハ被告カ反對債權ノ相殺ヲ主張シタルトキハ反對債權カ存在セストノ裁判ハ相殺ヲ主張シタル額マテニ限リ確定力ヲ有スト云ヘリ此意義ハ例ヘハ原告カ金百圓ノ請求ヲ爲シ被告ハ之ニ對シテ抗辯ヲ提出シテ

0064

此請求金額ニ對シテハ自己ハ原告ニ金三百圓ノ債權ヲ有スルヲ以テ此債權ニ基キ相殺ヲ申立ツト主張シタル場合ニ於テ被告ノ抗辯ヲ裁判所カ採用セサリシトキハ其判決ノ確定力ニ依リ被告ノ債權全部カ否認セラルルモノニアラスシテ即チ相殺スヘキ額ニ至ルマテ否認セラルルニ止マルモノナリ又被告ノ抗辯ヲ採用シタル場合ニ於テハ被告ノ有スル債權ハ相殺ヲ爲スヘキ額ニ於テ判決ノ確定力ニ依リ保護セラレ其以上ノ額ニ於テハ保護セラレスト云フニ在リ我訴訟法ニハ此ノ如キ條文存セサレトモ學理上同一ノ論決ヲ爲スヘキモノナリト信ス

判決確定力ナルモノハ又訴訟上既判力ノ抗辯ヲ呈出スルノ原因トナルモノナリ既判力ト確定力ノ文字ハ異語同義ナリ

既判力ノ抗辯ノ成立スルニハ（一）請求シタル事物ノ同一ナルコトヲ要ス（二）請求ノ原因ノ同一ナルコトヲ要ス（三）當事者及ヒ其資格ノ同一ナルコトヲ要ス故ニ例ヘハ原告カ所有權ヲ原因トシテ家屋ノ引渡ヲ請求シ而シテ敗訴シ其後ニ至リ前訴ノ原告ト爲リシ者カ他人ノ法定代理人ト爲リテ同一家屋ニ付キ所有權ヲ原因トシテ引渡ヲ請求シタル場合ニハ前ノ訴ト後ノ訴トハ同一人ノ提起シタル訴ナレトモ其法律上ノ資格異ナルカ故ニ既判力ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ス之ニ反シテ甲カ乙ニ對シテ貸金請求ノ訴訟ヲ提起シテ敗訴シタルハ被告ノ由出テタル證人ノ證言ヲ裁判所カ採用シタルニ由レリトセン原告ハ敗訴シタル其判決ノ確定シタル後同一被告ニ對シテ同一ノ貸金ヲ原因トシテ其辨濟ヲ請求シ而シテ先ノ訴訟ニ於テ使用セサリシ新ナル證據即チ貸金證書ヲ提出シテ右ノ如キ請求ヲ爲シタル場合ニ於テハ被告ヨリ既判力ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得何トナレハ證據ハ異ナレリト雖モ請求ノ目的、請求ノ原因、當事者ノ法律上ノ資格等前後ノ訴訟ニ於テ全ク同一ナルヲ以テナリ前ノ訴ニ於テ原告カ證明ノ不十分ノ爲メ敗訴シタルモノナルモ此場合ニハ既判力ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ルコトハ刑事訴訟ニ於テ一ノ公訴ニ付キ證憑不充分ナリトノ判決ヲ受ケタル被告ニ對シテ後日有力ナル證據ヲ發見スト雖モ檢事ハ同一ノ公訴ニ付テ再ヒ刑ノ適用ヲ求ムルコトヲ得サルト同一ナリ唯此點ニ付キ刑事訴訟法ニハ豫審ノ場合ニ特別規定アリ即チ免訴ノ決定確定後檢事ハ同一ノ事件ニ付キ新ニ發見シタル證據ニ基キ再起訴ノ許可ヲ得テ公訴ヲ提起スルコトヲ得レトモ民事訴訟法ニ於テハ此ノ如キ再起訴ノ場合ヲ絶對ニ認メス

確定力ニ付キ猶ホ一言スヘキハ確定力即チ既判力ハ裁判所カ職權上之ヲ採用スルコトヲ得ルヤ或ハ相手方ノ抗辯ニ基キ始メテ援用スヘキモノナリヤ否ヤノ問題是ナリ

元來確定力ヲ認メタル理由ハ一ニハ當事者間ノ權利關係ヲシテ永久動搖不定ノ狀態ニ在ラシムルトキハ各人カ其堵ニ安スルコト能ハスシテ延ヒテ公安ニ害アリト云フニアリ又一ニ確定力ヲ認メサルトキハ同一ノ訴訟物ニ付テ幾多ノ抵觸シタル判決ヲ生シ當事者ヲシテ其據ル所ヲ失ハシメ又之カ爲メ訴訟ノ數ヲ著シク增加スルノ結果ヲ生スヘシ即チ訴訟當事者ニハ歸嚮スル所ヲ知ラスシテ五里霧中ニ彷徨スルノ難アリ且當事者ニ訴訟費用ヲ多額ニ要セシムルコトヲ免レサ

0065

ルノミナラス國家モ亦事件ノ增加ニ伴ヒ國費ノ增加ヲ免レス經濟上甚タシキ弊害ヲ生スヘシト云フニ在リ此ノ如キ理由ヨリシテ確定力ヲ認ムルニ至リタルモノナレハ此理由ヨリセハ此問題ニ對シテハ積極的斷定ヲ與フヘキモノノ如クナレトモ多數ノ訴訟法學者ハ當事者ノ抗辯ナクンハ裁判所ハ職權ヲ以テ其訴訟事件ニ付キ既判力ノ存否ヲ調査スヘキモノニ非スト論定セリ其理由ハ訴ヲ受ケタル事件ニ付キ既判力ヲ生シタルコトヲ裁判所カ職權ヲ以テ調査スルコトハ實際不可能ニシテ當事者ノ申立ナクンハ同一事件ニ於テ既ニ確定判決ヲ生シタルコトヲ知ルコトヲ得サルカ故ニ當事者ノ申立ニ依リ始メテ之ヲ援用スヘキモノナリト謂フニ在リ

次ニ判決ノ確定力ハ創設的訴訟ヲ除ク外既存ノ法律關係若クハ請求權ノ存否ヲ確定スルニ止マルモノナリ（三十三年六月大審院判決ニ曰ク判決ハ權ヲ附與スル效力アルモノニアラスシテ唯之ヲ確定スル效力アルニ過キス）創設的訴訟ノ判決ハ之ニ反シテ新ニ法律關係ヲ設定シ又ハ既存ノ法律關係ヲ消滅セシムルモノナリ例ヘハ共有物ヲ分割スル判決ハ前者ニ屬シ離婚、離緣等ヲ言渡ス判決ハ後者ニ屬ス

而シテ判決ノ實質的確定力ハ必スシモ如何ナル場合ニ於テモ生スルモノニ非ス例ヘハ訴訟條件ニ關スル判決ノ如キ即チ妨訴抗辯ヲ理由アリトスル判決ノ如キハ實質的確定力ヲ生スルモノニ非ス又控訴裁判所カ原判決ヲ廢棄シテ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ノ如キ或ハ上告裁判所カ原判決ヲ破毀シテ之ヲ二審裁判所ニ差戻スカ又ハ他ノ同等ナル裁判所ニ移送スル判決ノ如キハ皆形式的確定力ヲ生スレトモ實質的確定力ヲ生セス是レ實體的ニ訴訟物ニ付キ判斷ヲ下シタルモノニ非サルカ故ナリ民事訴訟法第四二六條、第四九一條ニ規定スル留保ヲ掲ケタル判決ノ如キ亦然リ

以上述ヘタル判決ノ效力ハ原則トシテ第三者ニ及フモノニアラス換言セハ判決ノ效力ハ當事者間ニ止マリ第三者ニ及ハス然レトモ例外トシテ第六二條第四號ニ規定スルカ如ク第三者ノ名ヲ以テ物ヲ占有スル者カ占有者トシテ被告ト爲リタル場合ニハ其第三者ヲ指名シテ陳述セシムルノ手續ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ又此場合ニ第三者ハ被告ノ承諾ヲ得テ訴訟ヲ引受クルコトヲ得ルモノニシテ最初ノ被告ハ其訴訟ヨリ脫退シタル後脫退前ノ第三者即チ新被告ニ對シテ下シタル判決ハ舊被告ニ對シテモ亦效力ヲ生シ執行力ヲモ有スルモノナリ人事訴訟手續法ニモ亦原則ニ對スル例外規定アリ婚姻ノ無效、取消或ハ離婚ノ訴ニ於テ言渡シタル判決ハ第三者ニ對シテモ亦效力アリ（人訴一八條）

判決ノ效力ハ當事者ノ一般承繼人ニ及フヘキコトハ原則ノ適用タルニ外ナラサルモノトス

以上述ヘタル外判決ニハ補充更正等ノ規定存スルモ詳細ハ第二編以下ノ講義ニ讓リ以下決定命令ニ付キ簡單ニ說述セン

我訴訟法中命令ニ關スル規定ノ重要ナルモノヲ擧クレハ第四六條、第四七條ニ規定スル特別代理人ヲ選任スル裁判長ノ命令第一〇九條ニ規定スル口頭辯論ノ開始及ヒ指揮ノ命令第一二八條

ニ規定スル裁判所公廷内ノ秩序維持ノ命令（裁構一〇九條）第一五九條ノ期日指定ノ命令其他第一六四條、第一九二條、第一九四條ノ命令等數多アリ之等ハ命令ノ主要ナルモノニシテ且訴訟手續ニ關スルモノナリ

決定ニ付テハ種種ノ種類アリ而シテ決定ハ命令ト異ナリ訴訟物ノ實質ニ關スル場合アリ故ニ今重要ナル決定ノ區別ヲ擧クレハ

（一）權利ノ實質ニ關スル決定、訴訟手續ニ關スル決定

權利ノ實質ニ關スル決定トハ例ヘハ破産決定、禁治産決定、準禁治産ノ決定ノ如キ是ナリ訴訟手續ニ關スル決定ハ訴訟法中ニ數多存スルモノニシテ枚擧ニ遑アラス茲ニ疑問トナルハ證書檢査ノ決定即チ證書ノ眞否ニ付テノ裁判ハ權利ノ實質ニ關スル決定ナルヤ手續ニ關スル決定ナルヤノ點ニアリ予ハ證據其モノノ性質ハ請求權其モノノ存否ヲ定ムル根據トナルニ止マリ決シテ請求權其モノニ非ス故ニ訴訟手續ニ關スル裁判ナリト云フヲ正當ナリト信ス而シテ證書ノ眞否ニ付テノ決定ト證據調ノ決定トハ混同スヘカラス證據調ノ決定ハ證據ヲ取調フルノ要アルヤ否ヤヲ裁判スルモノナリ之ニ反シテ證書ノ眞否ヲ決定スル場合ニ於テハ即チ證書其者ハ證據力ヲ有スヘキモノナルヤ否ヤヲ判斷スルモノナリ

（二）抗告ヲ許ス決定及ヒ許ササル決定

抗告ヲ許ス決定ニ付テハ訴訟法中一般的ニ規定シタルモノト特別ニ規定シタルモノトノ別アリ第四五五條ニ依レハ訴訟手續ニ關スル申請ヲ口頭辯論ヲ經スシテ却下シタル決定ニ對シテハ常ニ抗告ヲ爲スコトヲ得

法律ニ特定シタル場合ハ單リ民事訴訟法ノミナラス他ノ法律ニモ規定スル所ナリ其抗告ヲ許ス決定ヲ例示セハ忌避ノ申請ヲ不當ナリト宣言スル決定（三八條）證人ニ對シテ罰金ヲ言渡ス決定（二九四條）强制執行ニ關シテハ競賣開始決定（六四四條、五五八條）競落許可或ハ不許可ノ決定（六八〇條）等ノ如シ又非訟事件手續法第二〇條、第六〇條、第七七條、第九一條等ノ如シ

抗告ヲ許ササル決定ヲ例示セハ民事訴訟法第三八條前段ノ忌避ノ申請ヲ正當トスル決定第二八條末項ノ管轄裁判所ヲ指定スル決定第四七條ノ特別代理人選任ノ決定ノ如キ是ナリ民事訴訟法以外ノ法律ニ規定セル抗告ヲ許ササル決定ヲ例示セハ非訟事件手續法第四〇條、第八九條、第九〇條、第一三二條等ニ規定スルモノ是ナリ

抗告ヲ許ス決定中即時抗告ヲ許スモノト通常抗告ヲ許スモノトノ別アリ即時抗告ノ規定ハ民事訴訟法第三八條、第四一條、第五二條、第五七條、第八三條、第八五條、第一八九條、第一九二條、第二四一條、第二五三條、第二五七條、第三〇五條、第三〇七條、第三一二條、第三九三條、第四〇二條、第四七六條、第五五八條、第六八〇條、第七五四條、第七六九條、非訟事件手續法第六〇條、第七七條、第一〇二條、第一〇八條、第一一〇條、第一二九條ノ

追加等是ナリ即時抗告ト通常抗告トヲ區別スル實益ハ即時抗告ハ七日間内ニ爲スコトヲ要スレトモ通常抗告ニハ此ノ如キ期間存セサル點ニ在リ

(三) 裁判ノ理由ヲ付スルコトヲ要スル決定及ヒ之ヲ要セサル決定

我民事訴訟法ノ主義トシテ判決ニハ理由ヲ付スルコトヲ必要トスレトモ決定ニハ原則トシテ理由ヲ付スルコトヲ要セス民事訴訟法ニ依レハ決定ノ方式トシテ之ニ掲クヘキ要件ヲ規定セル場合アリ第二七六條ノ證據決定第六七九條ノ競落許可決定ノ如シ理由ヲ要スル場合ハ特ニ明文ヲ以テ之ヲ規定セリ例ヘハ非訟事件手續法第二三條、第一三二條、第一六五條、第二〇七條ノ裁判ノ如キ是ナリ

(四) 言渡ヲ要スル決定及ヒ之ヲ要セサル決定

決定ハ言渡ヲ爲ササルヲ原則トシ言渡ヲ爲スヘキ決定ハ例外ニ屬ス例ヘハ第二七八條ニ規定スル證據決定、第六七七條ニ規定スル不動產競落許可決定ノ如キ是ナリ

(五) 職權ヲ以テ送達スル決定及ヒ申立ニ基キ送達スル決定

言渡ヲ爲ササル決定ハ職權ヲ以テ之ヲ送達セサルヘカラス（二四五條三項）其他ハ申立ニ基キ送達スヘキモノナリ但現行ノ法文ニ依レハ第二三八條ヲ決定ニ準用スルコトナキヲ以テ申立ニ基キ決定ヲ送達スヘキモノナリトスル條文上ノ根據ナシト雖モ即時抗告ノ起算點ヲ定ムルニハ送達ヲ必要トスル點ヨリ推究スレハ職權送達ヲ爲ササル決定ハ申立ニ基キ送達セシム

ルノ法意ナルコト明カナリト云フヘシ

終リニ決定ハ任意的口頭辯論ニ基テ爲スヲ原則トス而シテ決定ニ付テ口頭辯論ヲ必要トスルモノアリ例ヘハ證書ノ檢眞ノ決定ノ如シ但其裁判ノ基本ト爲ル辯論ハ本案ノ辯論ノ一部ニ外ナラサルナリ

第三　認證行爲

認證トハ訴訟行爲ニ關スル公ノ信憑力アル文書即チ公正ノ證書ヲ作成スルヲ云フ例ヘハ口頭辯論調書ノ作成ノ如キハ裁判所書記及ヒ裁判長ノ爲ス認證行爲ナリ判決ノ正本謄本ノ作成、判決確定ノ證明書作成ノ如キハ裁判所書記ノ爲ス認證行爲ナリ送達證書ノ作成ハ送達機關タル執達吏ノ爲ス認證行爲第五四〇條ニ規定スル執行調書ノ作成ノ如キハ執行機關タル執達吏ノ爲ス認證行爲ニシテ判決原本ノ作成ハ一面ニ於テハ裁判機關ノ爲ス訴訟行爲ノ方式ナレトモ他ノ一面ニ於テハ是レ亦認證行爲ト云フコトヲ得殊ニ第二三七條ニ規定スルカ如ク陪席判事カ署名捺印スルハ差支アリシ場合ニ於テ裁判長カ理由ヲ開示シテ其旨ヲ附記スルカ如キ又ハ判決原本ニ裁判所書記カ言渡ノ日及ヒ原本領收ノ日ヲ記入シ或ハ執行力アル正本ヲ下付シタル場合ニ原本ニ其旨ヲ付記スルカ如キハ是レ皆認證行爲ナリ

以上述タル例ニ徵シテ明カナル如ク認證ニハ二種アリ訴訟行爲其者ノ認證及ヒ訴訟行爲ニ關スル文書ノ認證是ナリ口頭辯論調書ノ作成ノ如キハ前者ニ屬シ判決ノ正本謄本ノ作成ノ如キハ後

0068

者ニ屬ス

第三款　第三者ノ訴訟行爲

裁判所ニ於ケル訴訟行爲ハ必スシモ當事者ト裁判機關トノ行爲ヨリ成ルモノニアラスシテ其間ニ第三者ノ行爲ノ介在スルコトアリ即チ第三者ハ自己ノ利益ヲ保護センカ爲メ他人ノ訴訟ニ關シテ或行爲ヲ爲ス場合アリ或ハ又當事者若クハ裁判所ノ求ニ依リ他人間ノ訴訟ニ付キ或行爲ヲ爲ス場合アリ

（一）自己ノ利益ヲ保護スル爲メ他人ノ訴訟ニ關シ訴訟行爲ヲ爲ス場合ハ第五三條ニ規定スル從參加ノ場合是ナリ從參加トハ他人間ニ權利拘束トナレル訴訟ニ於テ其一方ノ勝訴ニ依リ自己ニ權利上利害ノ影響ヲ受クヘキ者カ當事者ノ一方ヲ保護スル爲メ訴訟ノ如何ナル程度ニアルヲ問ハス其訴訟ニ附隨スルヲ謂フ從參加人ヲ名ケテ從タル當事者ト云ヘリ然トモ從參加人ハ訴訟ノ純然タル主體ニアラスシテ原告被告ニ對シテハ第三者ノ地位ニ在ルモノナリ（純然タル訴訟主體ナリトセハ第五五條第一項、第五六條、第五七條、第五八條等ノ規定ヲ置クヘキノ理ナク或ハ其必要ナキモノアリ）

（二）自己ノ利益ヲ保護スル爲メニアラスシテ他人ノ訴訟ニ於テ或行爲ヲ爲ス者ハ法律ニ依リ義務トシテ之ヲ爲ス者ト然ラサル者トノ二種アリ

（甲）他人ノ訴訟ニ關シ或行爲ヲ爲スノ義務ヲ負フ者ハ證人鑑定人是ナリ

第二八九條ニハ何人ト雖モ原則トシテ裁判所ニ於テ證言スヘキ義務アリト規定セリ即チ證人ナル者ハ他人ノ訴訟ニ於テ裁判所ニ於テ陳述スル義務アルモノトス此義務ハ公法上ノ義務ニシテ證人ニ此ノ如キ義務ヲ負ハシメタル立法上ノ理由ハ裁判ヲ正確ナラシメントスルニ出タルモノニシテ此公義務ハ法律ニ特定セル原因ナクンハ之ヲ免除セラルルコトナシ（二九七條、二九八條參照）證人ノ行爲ニハ權利ノ性質ヲ有スルモノナシ然ルニ我刑法ハ公權剝奪ノ效力トシテ重罪ノ刑ニ處セラレタル者ヲシテ裁判所ニ於テ證人タルコトヲ得セシメス（刑法三一條、三二條）是レ附加刑トシテ公義務ヲ免除スルモノト云フヘシ證人ノ義務ノ內容ハ出頭ノ義務宣誓ノ義務陳述ノ義務ノ三種ヨリ成ル之ニ違背セル場合ニ於ケル制裁ハ民事訴訟法第二九四條、第三〇二條刑事訴訟法第一一八條、第一二六條ニ規定セリ

鑑定人ハ特別ノ技倆ニ基キ一定ノ事物ニ關シ自己ノ判斷的意見ヲ陳述スル者ナリ鑑定人ト爲ルハ亦公法上ノ義務ナルコトハ第三二二條ニ規定スル處ニシテ此義務ニ違背セハ證人ト均シク公法上ノ制裁ヲ受ルモノトス

證人鑑定人ノ區別ニ付テハ從來學者間ニ議論アリ或說ニ依レハ證人ハ事實ヲ述ヘ鑑定人ハ意見或ハ判斷ヲ述フルモノナリトシテ此兩者ヲ區別セリ然レトモ心理學上ヨリ云フトキハ此說ヲ以テ精確ナリトスルコト能ハス何トナレハ證人カ或事實ヲ認識スルニハ智力上ノ判斷ヲ必

0069

要トスルカ故ニ證人ナル者モ亦常ニ判斷或ハ意見ヲ述フルモノナリト云フヘケレハナリ

予ハ兩者ノ區別ヲ左ノ點ニ在リト信ス

證人トハ其記憶ニ存スル過去ノ事實ヲ供述スルモノナリ鑑定人トハ現ニ裁判所ヨリ與ヘラレタル材料ニ對シテ特別ノ智識ニ依リ自己ノ判斷ヲ述フルモノナリ之ヲ約言セハ證人ハ過去ノ事實鑑定人ハ現在ノ判斷ノ結果タル事實ヲ述フルモノナリ

(乙)　法律上ノ義務ナクシテ訴訟ニ干與スル第三者ハ訴訟代理人補佐人及ヒ特別代理人是ナリ」

是等ノ者ハ當事者ニ代リ或ハ當事者ヲ補佐シテ訴訟上ノ行爲ヲ爲スモノニシテ訴訟ニ係ル法律關係ニ付キ自己ハ何等ノ利害關係ヲ有スルモノニ非ス此點ニ於テ前述シタル從參加人ト其性質ヲ異ニス從參加人ハ訴訟其者ニ利害關係ヲ有ス故ニ從參加人ニハ訴訟ヲ引受ルコトヲ許セトモ訴訟代理人補佐人等ハ之ヲ引受ルコトヲ得ス又從參加人ハ第五五條ニ規定スル如ク脫退後ト雖モ原告被告トノ關係ニ於テハ確定シタル裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス之ニ反シテ代理人補佐人等ニ付テハ此ノ如キ場合ヲ生スルコトナシ

第七章　訴訟行爲ノ方式、用語、場所及ヒ時間

後ニ說明スル如ク我訴訟法ハ口頭辯論主義ヲ訴訟行爲ノ原則トシテ採用セルカ故ニ訴訟行爲ノ方式モ亦口頭演述ニ基クコトヲ原則トス然レトモ例外トシテ訴訟行爲ノ方式ハ必ス書面ヲ用ユルコトヲ必要トスル場合ト單ニ書面ヲ用ユルコトヲ許シ之ヲ必要トセサル場合ト又此兩者ヲ併存スルコトヲ必要トスル場合アリ

(一)　訴訟行爲ノ方式

(甲)　訴訟當事者ノ行爲ノ方式

當事者ノ行爲中訴ハ地方裁判所以上ニ於テハ之ヲ提起スルニ當リ文書ヲ以テスルコトヲ要件トス訴狀ノ提出是ナリ　其他文書ヲ要スル場合ハ數多アリ例ヘハ欠席判決ニ對スル故障申立(二五六條)上訴(四〇一條、四三八條、四五七條)等是ナリ訴ノ取下、故障ノ取下上訴ノ取下等ハ口頭辯論ニ於テハ口頭ヲ以テ爲スコトヲ得レトモ書面ヲ以テモ亦之ヲ爲スコトヲ得區裁判所ニ於ケル訴ノ提起(三七四條)第四五七條第二項ノ抗告和解ノ申請(三八一條)支拂命令ノ申請(三八四條)假差押假處分ノ申請(七四〇條、七五六條)公示催告ノ申請等ハ口頭ヲ以テモ亦爲スコトヲ得準備書面ノ交換ハ訴訟行爲ノ權能的方式ニシテ必要的方式ニアラス之ヲ爲ササルトキハ相手方ハ時トシテ口頭辯論ノ延期ヲ求ムルコトヲ得ヘシ書面ト口頭演述ト相竢ツコトヲ要スル場合ハ地方裁判所ニ於ケル判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ノ如シ此場合ニハ文書ニ基キ之ヲ陳述スルニ因テ始テ效力アリ其他執行行爲ノ方式ニ付テハ第六編ニ規定スル所ニシテ債權ノ差押ヲ申請スルニハ書面又ハ口頭ヲ以テスルコトヲ得レトモ其申請ニハ差押フヘキ債權ノ種類數額ヲ開示スルヲ方式トシ不動產ノ强制競賣ヲ求ムルニ當リテハ書面

ヲ以テ之ヲ爲シ且其申立ニ一定ノ要件ヲ具備スルヲ方式トス（五九六條、六四二條）ルカ如シ

(乙) 裁判所其他ノ訴訟機關ノ行爲ノ方式

(一)呼出即チ當事者、訴訟代理人、證人、鑑定人ノ呼出ハ法律ニ一定ノ方式ヲ定メタル呼出狀ニ依リ之ヲ爲ササルヘカラス（二）口頭辯論ニ於ケル審問行爲ハ口頭ノ演述ヲ以テセサルヘカラス（三）裁判ハ文書ニ表示スルコトヲ方式トス（二三六條以下）（四）送達行爲ニ付テハ第一三六條以下ニ（五）調書ニ付テハ第一三〇條以下ニ（六）執行行爲ニ付テハ第五四〇條以下ニ各其方式ヲ規定ス

(二) 用語

用語ハ口頭演述ニ於ケルト文書ニ於ケルトヲ問ハス總テ日本語ナルコトヲ要ス（裁構一一五條）然レトモ外國人カ當事者タル場合（外國人カ證人鑑定人タルトキ亦同シ）ニ於テハ之ニ對スル審問ハ裁判所カ適當ト認ムルトキハ外國語ヲ用ユルコトヲ得然レトモ此場合ニ於テハ其結果ハ飜譯ヲ爲シタル上日本語ヲ以テ調書ヲ作ルコトヲ要ス而シテ刑事訴訟法ニハ證人鑑定人ニ關シテハ通事ヲ立會ハシムル規定アリ是レ獨リ外國人ノミナラス聾啞者等ノ如キモ亦通事ニ因リ審問ヲ爲スヘキモノトス（刑訴一〇〇條、一〇一條、一二九條、一三六條）

(三) 場所

訴訟行爲ハ司法行政上裁判所ノ公廷ト定タル場所ニ於テ爲スヲ原則トシ正當ノ理由ナクシテ此場所以外ニ於テ之ヲ爲ストキハ上告ノ理由トナルモノトス然レトモ檢證ノ如キ或ハ證人鑑定人當事者本人ノ訊問ヲ爲スニ當リ之等ノ者カ疾病ノ爲メ出頭スルコト能ハサル場合ニ於テ其所在ニ就キ訊問スルハ正當ノ理由ニ出ツルモノニシテ又特ニ法律ニ規定スル所ナリ（三一八條、三二二條）皇族ニ付テハ常ニ其所在ニ就キ訊問ヲ爲スヘキモノナリ（二一九六條）

玆ニ疑問ト爲ルハ證人鑑定人ヲ裁判所ニ於テ訊問ヲ爲シ得ルニ拘ハラス臨檢ノ場所ニ於テ訊問スルコトヲ得ルヤ否ヤノ點ナリ此點ニ關シ刑事訴訟法ニハ明文アリ（刑訴一一〇條）民事訴訟法ニハ何等明文ナシ予ハ此問題ニ關シテハ積極說ヲ正當ナリト信ス何トナレハ法律カ訴訟行爲ノ場所ヲ裁判所ノ公廷ト爲シタル所以ハ即チ裁判所ノ秩序ト裁判官ノ威嚴ヲ保タシメンカ爲メ及ヒ審理上ノ便宜ヲ得セシメンカ爲メタルニ外ナラサレハ公廷以外ノ場所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ必要トスル場合ニ於テハ之ヲ禁スル謂レナケレハナリ

(四) 時期

訴訟行爲ハ時期ニ制限ナクシテ爲シ得ルモノト一定ノ時期ニアラサレハ爲スコトヲ得サルモノトアリ訴狀ノ提出ノ如キハ何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得準備書面ノ如キハ訴訟繫屬中何時ニテモ之ヲ提出スルコトヲ得又裁判官ハ如何ナル時期ニ於テモ審理ヲ開始スルコトヲ得レトモ或種類ノ訴訟行爲ノ時期ニ關シテハ訴訟法ニ制限的規定アリ其積極的制限ハ期日期間ノ規

定是ナリ其詳細ハ後ニ讓リ玆ニ其要點ヲ述フレハ期間トハ訴訟關係者カ單獨ニテ訴訟行爲ヲ爲シ得ヘキ時間ヲ謂ヒ期日トハ訴訟關係者カ會合シテ訴訟行爲ヲ爲シ得ヘキ時間ヲ謂フ例ヘハ控訴上告ノ申立ハ一定ノ期間內ニ爲シ辯論行爲ハ口頭辯論期日ニ於テ爲シ判決ノ言渡ハ言渡期日ニ於テ爲スヲ要スルカ如キ是ナリ殊ニ控訴上告ノ如キハ控訴期間若クハ上告期間ノ開始前ニ之ヲ爲ストキハ無效ナリ（四〇〇條、四三七條）訴訟行爲ノ時期ニ關シテハ又消極的制限アリ換言セハ一定ノ時間ニハ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ許ササル場合アリ即チ逐達ノ如キハ日曜日一般ノ祝祭日夜間ニハ之ヲ爲スコトヲ得ス（一五〇條）亦强制執行モ夜間日曜日一般ノ祝祭日ニハ之ヲ爲スヲ許サス（五三九條）但以上ノ場合ニ於テ裁判長又ハ執行裁判所ノ許可アルトキハ此限ニ在ス訴訟法ニハ夜間ニ期日ヲ開始スルコトヲ禁スル明文ナシ然レトモ執務時間ニ關シテ司法行政上ノ法規アリテ特別ノ事情アラサル限リハ夜間ニ期日ヲ開クヲ許サス

第八章　訴及ヒ訴ノ原因

曾テ訴訟行爲ノ說明ニ於テ述ヘタル如ク訴ナルモノハ私權ノ救濟ヲ求ムル意思表示ニシテ之ヲ形式的ニ言ヘハ訴訟手續ノ開始ヲ促ス事實ナリ而シテ其訴ノ適法ナリシ場合ニ於テハ裁判所ヲシテ事件ヲ審判スルノ義務ヲ負フニ至ラシムルモノナリ訴ノ形式上成立スルニハ其訴ノ原因ノ如何ナルモノタルコトヲ必要トセスト雖モ私權保護ノ請求ヲシテ實體上效力アラシムルニハ訴ノ原因ノ適法ニシテ且其存在ヲ證明シ得ルコトヲ必要トス訴ノ內容ハ形式上ニ於テハ請求ノ申立即チ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立及ヒ請求ノ原因ノ二者ニ分ツヘキモノニシテ實質的觀察ニ於テ訴ノ內容ハ訴ノ原因ナリト云フモ誤ニアラス而シテ訴ノ原因若クハ請求ノ原因ナルモノハ常ニ訴狀ニ之ヲ明示スルコトヲ必要トス故ニ第一九〇條ニハ訴狀ノ要件換言セハ訴ノ成立スル要件トシテ（一）當事者及ヒ裁判所ノ表示（二）請求ノ目的及ヒ請求ノ原因ノ表示（三）一定ノ申立等ヲ記載スヘキコトヲ要求セリ而シテ請求ノ原因トハ何ソヤトノ問題ニ付テハ學者間ニ議論アル處ナルカ予ハ訴ノ原因トハ「請求ノ因テ生スル法律關係ヲ組成スル直接ノ具體的事實ナリ」トノ定義ヲ正確ナルモノト信ス或ハ曰ク訴ノ原因トハ「請求ノ基礎トスル法律關係ナリ」ト前者ヲ事實說ト云ヒ後者ヲ法律關係說ト云フ此兩說ハ各其極端ニ走ルカ爲メ第一九〇條ノ適用ニ關シテ互ニ常識ニ反スル論決ヲ爲スニ至レリ即チ訴狀ニ表示スル請求ノ一定ノ原因トハ如何ナル程度ニ於テ記載スヘキモノナルヤノ問題ニ對シテ法律關係說ノ論者ハ曰ク訴狀ニ表示スル訴ノ原因ハ原告ノ請求權ノ如何ナルモノナルヤヲ知ラシムル程度ニ於テ記載スルヲ以テ足レリ故ニ例ヘハ賣買代金請求ノ訴ニ於テハ何年何月何日當事者間ニ成立シタル米或ハ麥ノ賣買ナル旨ヲ表示スレハ足レリ即チ訴ノ原因ハ法律關係ナルカ故ニ其性質種類ヲ識別スル程度ニ於テ記載スルヲ以テ足リ法律關係ノ成立ニ必要ナル實體上ノ事實ハ口頭辯論ノ際演述スヘキモノニシ

テ訴狀ニハ記載スルコトヲ要セス此ノ如ク具體的事實ハ第一〇五條ニ規定スル如タ訴狀以外ノ準備書面ニ記載スヘキモノナレハ訴狀ニハ詳細ノ事實ヲ記載スルコトヲ要セスト而シテ極端ナル論者ハ訴狀ニハ賣買若クハ贈與ナル文詞ヲ掲クルヲ以テ足ルト云フニ至レリ之ニ反シテ事實說ノ論者ハ曰ク訴ノ原因トハ原告カ被告ニ對シテ提起スル請求ヲ直接ニ正當ノモノト認メシムヘキ事實ヲ謂フ詳言セハ原告カ其請求權ノ主體タルコトヲ明カニスル事實又原告カ右ノ如キ請求ヲ起スノ必要ヲ生シタリトノ事實即チ被告ヨリ侵犯セラレタルコトヲ認メシムヘキ事實等ヲ掲クヘキモノナリ故ニ賣買代金請求ノ訴ニ於テハ何年何月何日如何ナル場所ニ於テ原告ハ被告ニ米麥幾干ヲ賣買シ其米麥ヲ引渡シタリ被告ハ何月何日其代金ヲ支拂フコトヲ約シ原告ハ代金支拂期日ニ至リ督促シタルニ被告ハ辯濟ヲ拒ミ或ハ履行ノ延期ヲ求メタリ等ノ事實ヲ總テ記載スヘキモノナリト云ヘリ而シテ此論者中猶ホ極端ニ論スル者ハ自己ノ請求權ヲ說明スヘキ他ノ事實ヲモ具體的ニ記載セサルヘカラスト論セリ此兩說ハ各各極端ニ走ルカ爲メ常識ニ反スル議論ヲ爲スニ至ルナリ即チ法律關係說ノ論者ハ法律關係ヲ表示スルヲ以テ足レリト論スルカ故ニ訴狀ニ訴ノ原因ヲ記載スルニハ貸金或ハ消費貸借ト記載スルヲ以テ足レリト云ヒ之ニ反シテ事實論者ハ請求權ニ關スル一切ノ事實ヲ網羅セント欲スルノ極何年何月何日某所ニ於テ金千圓ヲ被告ニ貸渡シタリ其際被告ハ期日ニハ返金ヲ爲スヘキコトヲ誓ヘリ證人ハ云云ト云ヘリ返濟ヲ求タルニ被告ハ猶豫ヲ哀願セリ等枝葉ノ事實ヲモ記載セサルヘカラスト云フニ至レリ然レトモ此兩說ヲ適正ノ範圍ニ於テ比較スルトキハ兩說ハ請求ノ原因其者ヲ觀察スル方面ヲ異ニスルノ結果說明ヲ異ニスルニ止マリ其實同一說ニ歸着スルモノニシテ承眉スルモノニアラスト信ス法律關係ナル者ハ法律ノ保護ヲ受クヘキ一ノ事實タルニ外ナラス法律ハ社界現象タル如何ナル事實ニ對シテモ保護ヲ與フルモノニアラス即チ法律關係タル事實ニ對シテ保護ヲ與フルモノナリ故ニ法律ノ保護ヲ受クルノ點ヨリ觀察セハ訴ノ原因ハ法律關係ナリト云フヲ得ヘシ然レトモ飯存ノ法律關係ニアラスンハ法律ノ保護ヲ受クルコトヲ得ス法律保護ヲ受クルモノハ具體的事實ナリ此點ヨリ觀察セハ事實ナリト云フヲ得ヘシ是レ予カ訴ノ原因トハ法律關係ヲ組成スル具體的事實ナリト云フ所以ナリ而シテ訴狀ニ之ヲ記載スルニ當テハ特定ノ事實ナルコトヲ窺知セシムル程度ニ於テ之ヲ記載スルヲ以テ足レリト云ハサルヘカラス

訴ノ原因ハ之ヲ明確ニセサルヘカラス即チ裁判所カ訴ノ原因ヲ明確ニセスシテ判決セハ上告審ニ於テ破毀ノ原因トナルコトアラン又當事者カ其主張スル請求ノ原因ヲ明確ニ爲ササラン歟其請求權ノ根據ノ不明ナルカ爲メ眞ニ權利ヲ有スルニ拘ハラス敗訴ノ不幸ヲ受ルコトアルヘシ訴ノ原因ハ第一審ニ於テハ口頭辯論ノ始リタル後ハ相手方ノ承諾ヲ得テ之ヲ變更スルコトヲ得レトモ第二審ニ於テハ絶對ニ之ヲ許サス（一九五條、四一三條）

又訴ノ原因ニ屬スル事實ト他ノ事實ト區別スルカ爲メニモ訴ノ原因ヲ明確ニスルノ必要アリ例ヘハ原告カ貸金請求ヲ爲ス場合ニハ訴ノ原因ハ即チ貸借關係ノ成立シタル事實是ナリ而シテ其

事實ヲ證明スル他ノ事實即チ被告カ期限ニ至リテ辯濟ノ猶豫ヲ請ヒタリトノ事實或ハ代物辨濟ヲ以テ貸金ノ債權ヲ消滅セシムルコトヲ約シタリトノ事實等ハ訴ノ原因タル事實ニアラサルカ故ニ之等ノ事實上ノ主張ヲ變更スルハ原告ノ自由タリ（一九六條參照）

第九章　訴訟主義

訴訟主義トハ訴訟ノ審理裁判ニ關シ當事者若クハ裁判所カ訴訟行爲ヲ爲スニ當リテ遵守スヘキ原則ヲ謂フ學說上左ノ如ク分類スルコトヲ得

（一）本人訴訟主義代理訴訟主義（强制代理主義トモ謂フ）

本人訴訟主義トハ訴訟能力ヲ有スル當事者カ自ラ訴訟行爲ヲ爲シ得ル原則ヲ謂フ

代理訴訟主義トハ當事者自ラ訴訟行爲ヲ爲サスシテ法律ニ定タル資格ヲ有スル者ヲシテ代テ訴訟上ノ行爲ヲ爲サシムル主義ヲ謂フ

此兩主義ハ各有力ナル論據アリ本人訴訟主義ハ訴訟當事者ノ自由ヲ尊重スル主義ニシテ此點ニ於テハ代理主義ニ優ルモノナリ即チ權利主體カ其權利ノ保護ヲ求ムルニ必要ナル行爲ヲ躬ラ爲スヲ得ヘキハ當然ニシテ之ヲ禁スルカ如キハ人ノ自由ヲ束縛スルモノニシテ又普通ノ事理ニ反スルモノト云ハサルヘカラス强制代理主義ハ即チ吾人ノ自由ヲ束縛スルモノナルカ故ニ不可ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ强制代理主義ハ文明ノ程度ノ最モ進ミタル社會ニハ必要ナルモノナリ世ノ進歩ニ伴ヒ社會ノ現象複雜ヲ極ムルニ從ヒ專門的智識ノ數滋〻多キニ至リ各獨立シテ發達スルカ爲メニ甲ノ專門的智識乙事項ノ智識ヲ以テハ之ヲ補フコト能ハサルモノナリ而シテ訴訟ノ如キハ單ニ法律學上ノ智識ヲ有スルノミヲ以テハ未タ之ヲ處理スルコト能ハサルモノニシテ訴訟手續ヲ實際ニ運用スルニハ亦一ノ專門的智識ヲ要スルモノナリ而シテ通常人ハ法律ノ智識ニ乏キヲ普通トシ一歩進テ普通ノ法律智識ヲ有スル者ト雖モ詳密ナル訴訟手續上ノ智識ヲ有スル者ハ稀有ナリト云フヘシ然ルニ通常人カ自ラ訴訟行爲ヲ爲ストキハ訴訟手續ニ熟セサルヨリシテ勝訴トナルヘキ訴訟ニモ遂ニ敗訴スルノ不幸ヲ見ルニ至ルカ如キハ實際幾多ノ例ヲ見ル所ナリ又之ヲ裁判所ノ方面ヨリ觀察スルモ訴訟上ノ智識經驗ナキ者ヲシテ訴訟行爲ヲ爲サシムルトキハ無益ノ時間ト手數トヲ要スルコトヲ免レス故ニ强制代理主義ヲ採用シテ訴訟手續ノ專門者ヲシテ代リテ訴訟行爲ヲ爲サシムルハ當事者ノ爲メ大ナル利益アリ國家ノ經濟上ニ於テモ亦費用ト手數ヲ省キ訴訟ノ遲延ヲ防キ敏活ニ訴訟ヲ完結スルヲ得ル等多大ノ利益アルカ故ニ進歩シタル多數ノ立法例ハ强制代理主義ヲ採用セリ例ヘハ佛國民事訴訟法ニハ代訟人ノ制度ヲ設ケ獨、墺ノ民事訴訟法モ亦辯護士訴訟主義ヲ採レルカ如シ然レトモ訴訟ハ多數ノ場合ニ於テ利益ノ計算上爲スモノニシテ爭ニ係ル訴訟物ノ價額カ輕微ナルニ拘ハラス辯護士又ハ代訟人ニ依リ訴訟ヲ爲ストキハ假令勝訴スルモ得失相償ハサルカ如キ結果ヲ生スルコトアリ故ニ强制代理主義ヲ採用シタル立法例ニ依ルモ合議裁判

所以上ノ訴訟ニ於テ此主義ヲ採用シ區裁判所ノ訴訟ニ於テハ本人ヲシテ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ

我訴訟法ハ純然タル本人訴訟主義ヲ採用セリ所謂本人訴訟主義ハ當事者自ラ訴訟行爲ヲ爲スノ自由ヲ有ストノ趣旨ニシテ代人ヲ用ユルコトヲ得ストノ趣旨ニアラス即チ代人ヲ用ユルハ訴訟當事者ノ自由ニシテ唯法律ハ强制シテ訴訟代理人ニ依ラシムルコトナシト云フニ外ナラス此原則ハ民事訴訟法第六三條ニ明示スル處ナリ刑事訴訟法ハ其訴訟ノ事物ヨリ觀察スルモ本人訴訟主義ヲ採ルヲ當然トスルモノナレトモ唯上告審ニ於ケル辯論行爲ニ付テハ檢事以外ノ當事者ハ辯護士ニ依ラスンハ之ヲ爲スコトヲ許サス故ニ此點ニ於テ刑事訴訟法ハ本人訴訟主義ト强制代理主義ヲ折衷シテ採用セリト云フヘキ歟民事訴訟法ニ依レハ上告審ニ於テモ當事者本人躬ラ辯論行爲ヲ爲スヲ得ルナリ

此兩主義ハ實際ニ於テ何レカ適スルヤト云ハハ予ハ獨、佛等ノ如ク地方裁判所以上ノ訴訟ニ於テハ辯護士訴訟主義ヲ採用スルヲ以テ我國ノ民情ニ適スルモノナリト信ス

(二) 雙方審理主義　一方審理主義

雙方審理主義トハ當事者雙方ヲ審訊シテ裁判ヲ爲スノ主義ヲ謂フ

一方審理主義トハ當事者一方ノ主張ヲ聽キ裁判ヲ爲スノ主義ヲ謂フ

片言ヲ聽テ訟ヲ斷スルノ不當ナルコトハ明白ナリ然レトモ如何ナル訴訟ノ部分ニ付テモ雙方審理主義ヲ採ルニ於テハ鷄ヲ割クニ牛刀ヲ用ユルノ觀アル場合ヲ生スルコトアリ又當事者一方ノ懈怠ノ爲メニ訴訟ノ完結ヲ甚シク遲延セシムルコトアルカ故ニ我訴訟法ハ兩主義ヲ折衷シ原則トシテハ雙方審理主義ヲ採用シ例外トシテ一方審理主義ヲ採用セリ

例外ニ屬スルハ欠席判決手續及ヒ決定命令ノ手續是ナリ欠席判決手續トハ訴訟當事者ノ一方カ口頭辯論期日ニ欠席シタルトキハ裁判所ハ出頭シタル他ノ一方ノ陳述ヲ聽テ裁判ヲ爲スノ手續ナリ是レ一ニハ欠席シタル當事者ノ懈怠ニ對スル制裁トシテ又一ニハ其懈怠ニ因リテ生スヘキ訴訟ノ遲延ヲ妨ク爲メ此例外ヲ認メタルナリ又訴訟手續ニ關スル決定命令ヲ爲ス場合ニハ雙方ニ對シテ嚴格ナル審理ヲ爲ス必要ナシ一方ノ陳述ヲ聽テ裁判スルモ其當事者ニ及ホス影響ハ輕微ナルト訴訟全般ニ渉リテ其完結ヲ速カナラシメントスルノ趣旨ニ依リ決定命令ハ雙方審理ヲ必要トセスシテ之ヲ下スコトヲ得ルモノトセリ然レトモ決定カ實體的且終局的裁判ノ性質ヲ有スル場合ニハ雙方審理主義ヲ採レリ但實體的審理ヲナス場合ニモ特ニ迅速ノ結果ヲ得ントスル必要アル場合ニハ一方審理主義ヲ採レリ例ヘハ破產決定ノ如シ

(三) 當事者同等主義及ヒ不同等主義

同等主義トハ訴訟手續上原告被告ノ地位ニ高低ノ差ナク訴訟手續上ノ權利ノ同等ナルコトヲ謂フ

不同等主義トハ當事者ノ一方カ他ノ一方ノ有セサル權利ヲ有シ或ハ又他ノ一方ノ負ハサル義

務ヲ負フノ主義ナリ換言セハ訴訟上ノ地位ニ高低アルヲ謂フ故ニ此主義ニ於テハ口頭公平ナル裁判ヲ與ヘントセハ同等主義ヲ採用セサルヘカラス刑事訴訟法ニ在リテハ訴訟ノ性質上不同等主義ヲ採ルモ民事訴訟法ハ原則トシテ同等主義ヲ採レリ唯例外トモ云フヘキハ內國人ト外國人トノ訴訟ニ於テ原告タル外國人從參加人ハ被告ノ求ニ依リ訴訟費用ノ保證ヲ立ツルノ規定即チ民事訴訟法第八八條第一項ノ規定是ナリ然レトモ同條第二項ノ規定アルヲ以テ實際ノ適用上此例外ノ實現ヲ見ルハ稀有ナルモノナラン

學者ニ依リテハ雙方審理主義ト同等主義トヲ同一物トシテ說明スル者アレトモ此二者ハ明カニ區別スルコトヲ要ス同等主義トハ訴訟上裁判所ノ當事者ニ對スル待遇カ同等ナリト云フニアリ雙方審理主義トハ即チ雙方ノ辯論ヲ聽キテ事實ノ眞相ヲ得ルコトヲ目的トスルモノナリ一ハ當事者ノ權利義務ニ關スル者ナリ一ハ裁判ノ本旨ニ關スルモノナレハ雙方審理主義ト同等主義トハ相異ノモノトシテ說明スヘキモノナリ

(四)　口頭審理主義書面審理主義

書面審理主義トハ訴訟行爲ノ形式ハ總テ文書ヲ以テスルコトヲ謂フ故ニ此主義ニ於テハ口頭ヲ以テ陳述シタル事項ハ直チニ判決ノ材料トナスコトヲ得ス文書ニ依リテ提出シタル事項ニ限リ裁判ノ材料ト爲スヲ得ルモノナリ

口頭審理主義トハ裁判官カ直接ニ當事者ノ演述ヲ聽テ之ニ基キ裁判ヲ爲スヲ謂フ故ニ此主義

ノ下ニ於テハ證人鑑定人ノ陳述モ裁判官自身ニ聽クコトヲ要ス

何レノ國ノ法制ヲ見ルモ此兩主義ハ相加味シテ採用セラレ純然タル書面審理主義又ハ口頭審理主義ヲ採ル國ナシ我訴訟法ハ原則トシテ口頭審理主義ヲ採リ書面審理主義ヲ之ニ加味セリ例ヘハ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ハ書面ニ基キテ之ヲ爲ササルヘカラス口頭ノ申立ノミヲ以テハ適法ニアラサルカ故（民訴二二二條）此兩主義ハ共ニ一得一失アレトモ口頭審理主義ヲ以テ其利益多キモノトス其二三ヲ揭クレハ（一）當事者ノ意思表示ヲ尤モ明確ニスルコトヲ得ルモノニシテ誤謬ヲ裁判所ニ傳フルコト少シ殊ニ我國ノ如ク文章法ト言語法トヲ異ニスル國ニ於テハ口頭審理主義ハ一層其必要ヲ見ルモノナリ（二）口頭審理主義ハ事實ノ眞想ヲ發見スルニ最モ適スルモノナリ即チ當事者自ラ或ハ其代理人カ裁判官ノ面前ニ於テ演述シ裁判官ハ自由ニ訊問スルヲ得ルカ故ニ不明ノ點アルトキハ直チニ問ヲ發シテ之ヲ明了ナラシムルコトヲ得ヘク又巧妙ナル推問法ニ依リテ當事者カ默セントシ或ハ詐ハラントスルモ知ラス知ラス眞實ヲ吐露セシムルノ利便アレトモ書面審理主義ニハ右ノ如キ利便少シ（三）口頭審理主義ハ書面審理主義ニ比シ訴訟手續ノ進行ヲ速カニシ且ツ訴訟手續ノ錯雜ヲ防クノ利益アリ例ヘハ書面審理主義ヲ原則通リニ行ハントセハ先ツ原告ハ書面ヲ以テ其主張ヲ提出シ之ニ對シ被告ハ答辯書ヲ提出シ原告ハ又之ニ對スル辯駁書ヲ提出シ被告ハ更ニ駁擊書ヲ提出スル等攻擊防禦ハ總テ文書ニ依ラサルヘカラサルカ故ニ右ノ如キ多數ノ文書ノ提出送達ニ多クノ時

間ヲ要シ訴訟ノ進行ヲ遲延スルノミナラス右ノ如ク原告被告ヨリ提出スル多數ノ文書ノ交叉錯綜スルトキハ事件ノ關係ヲ却テ不明ナラシムルノ弊ヲ生スルモノナリ口頭審理主義ニ於テハ直チニ答辯或ハ攻擊ヲ爲シ得ルカ故ニ訴訟ノ進行ヲ迅速ナラシムルノミナラス當事者ト裁判官トハ相對シテ問答ヲ爲スモノナルヲ以テ事件ノ關係ヲシテ常ニ明瞭ナラシムルヲ得ルノ利益アリ

然レトモ口頭審理主義ノ欠點ハ當事者カ誤テ陳述ヲ爲スモ其儘ニ記錄ニ載セ後日之カ爲メ不利益ヲ受クルコトアリ又裁判所モ當事者ノ陳述ヲ誤リ聽クコトアリ數字ニ關スル場合ニ於テ殊ニ然リ口頭演述ヨリハ書面ヲ用ユルヲ可ナリトスル場合アルカ故ニ我訴訟法ハ原則トシテ口頭審理主義ヲ採用シ必要ノ場合ニ於テ書面審理主義ヲ參酌セリ(民訴一二〇條末項參照)

口頭審理主義ノ適用ヲ示セハ(一)判決ノ材料トナルヘキ當事者ノ申立、陳述ハ假令書面ニ明記シアルモ公廷ニ於テ口頭ノ演述ヲ爲ササルヘカラス證據方法モ亦裁判官自ラ實見シテ之ヲ採用セサルヘカラス(二)裁判所ハ書面ニ記載セサル事實ト雖モ法律ニ特ニ反對ノ規定ナキ限ハ當事者ノ主張シタル事實ヲ根據トシテ裁判スルコトヲ得故ニ此點ニ於テ佛蘭西ノ往古ニ於テ行ハレタル格言ニ正反對ノ格言ヲ生セリ佛蘭西ノ格言ニハ「書面ニ記載セサルモノハ口頭ヲ以テ陳述スルモ其效力ナシ」ト云ヘリ訴訟法ノ主義ノ下ニ於ケル格言ハ「口頭ヲ以テ演述セサルモノハ書面ニ依ルモ其效力ナシ」ト云フニ在リ

以上口頭審理主義(又ハ口頭辯論主義)ハ判決裁判所ニ於テ適用セラルルモノナルコトハ民事訴訟法第一〇三條ノ明文上疑ナキ所ナリ判決以外ノ形式ヲ以テ裁判スル場合ニハ此主義ハ絕對ニ適用セラルルモノニアラス例ヘハ第二八條、第三七條、第八三條、第八五條、第一〇一條、第一七一條、第一八五條及ヒ假差押假處分ノ場合ノ如シ

口頭辯論主義ヲ採用シタル立法例ニ依レハ口頭辯論ニ於ケル當事者ノ行爲ノ順序ニ關シテ嚴格ノ規定ヲ設ケス僅カニ第二一〇條、第二一四條ノ規定ノ存スルノミ同條ニ抵觸セサル場合ニハ如何ナル時期ニ於テモ攻擊防禦ノ方法及ヒ證據方法ヲ提出スルヲ許セリ學說上之ヲ辯論一貫主義ト稱ス之ニ反シ書面審理主義ニ於テハ動モスレハ訴訟材料ノ提出ノ時ニ關シテ疑ヲ生シ原告ノ攻擊方法若クハ被告ノ防禦方法ハ如何ナル場合ニ將タ如何ナル時ニ提出セラレタルヤヲ知ルニアラサレハ其攻擊方法若クハ防禦方法ノ趣旨ヲ了解スル能ハサルコト多キヲ以テ書面ノ提出ニ關シテハ其順序ヲ嚴格ニ定ムルノ必要アリ玆ニ於テカ法定順序主義ナルモノヲ生セリ即チ當事者ノ爲スヘキ訴訟行爲ノ順序ヲ定メ此順序ニ違背シタル訴訟行爲ヲ無效ナリトスルノ主義是ナリ此主義ハ書面審理主義ニ伴フモノナリト雖モ口頭審理主義ニ背馳スルモノニアラス唯ニ口頭審理主義ヲ採用スルモ法定順序主義ヲ採用スルノ必要ナシト云フニ止マルノミ民事訴訟法第二〇九條ノ規定ハ我訴訟法カ辯論一貫主義ヲ採用シタルコトノ明證ナリ第二一〇條、第二一四條ハ訴訟完結ノ遲延ヲ豫防センカ爲メニ設ケタルモノナリ

（五）直接審理主義間接審理主義

直接審理主義トハ裁判官カ直接ニ訴訟材料ヲ蒐集シ之ニ基キ裁判スルヲ謂フ間接審理主義トハ他人ノ蒐集シタル訴訟材料ニ基キ裁判スルヲ謂フ學者ニ依リテハ口頭審理主義ヲ直接審理主義トシ書面審理主義ヲ間接審理主義トシテ說明スレトモ書面審理主義口頭辯論主義ノ區別ハ主トシテ訴訟材料ヲ現出セシムル方法ニ關スルモノナリ直接審理主義間接審理主義ノ區別ハ主トシテ訴訟材料ニ對スル裁判ノ調査ニ關スルモノニシテ書面審理ノ或者（例ヘハ上級審ニ於テ下級審ニ呼出サレタル證人ノ調書ニ付テ審理スル場合ノ如シ）ハ間接審理ナリト云フヲ得ルモ間接審理トハ常ニ書面審理ナリト云フヲ得サルヲ以テ予ハ口頭審理主義書面審理主義ノ區別ト直接審理主義間接審理主義ノ區別トヲ別箇ノモノトシテ論セント欲ス

直接審理主義間接審理主義ノ如何ナルモノナルヤハ刑事訴訟法ニ依レハ之ヲ說明スルニ容易ナリ刑事訴訟法ニ於テハ豫審判事カ蒐集シタル證據ハ公判裁判所ノ有力ナル訴訟材料ニシテ公判判事ハ自ラ證據ヲ蒐集スル職權ヲ有スレトモ豫審判事ノ蒐集シタル證據（豫審調書等）ヲ根據トシテ裁判スルコトハ今日ノ實況ナリ此場合ニ於ケル證人參考人ノ訊問ハ訴訟材料ヲ現出セシムル方法タルニ過キス而シテ其訊問ノ結果ヲ錄取シタル豫審調書ニ依リテ罪ノ有無ヲ判斷スルハ即チ訴訟材料ノ調査ニ外ナラス故ニ刑事ノ公判裁判所カ豫審判事ノ蒐集シタル證據ニ基キ裁判ヲ爲スハ即チ間接審理ナリ又書面ニ依ラサル受命判事ノ報告ヲ聽キテ裁判ヲ爲スモ一ノ間接審理ナリト云フヲ得ヘシ直接審理間接審理ノ區別ハ主トシテ證據調ノ上ニ存スルモノナルモ民事訴訟法ニアリテモ證據ニ關セサル特別ノ手續アリ準備手續是ナリ準備手續ハ計算事件、財產分別事件等事實關係ノ最モ錯雜ヲ極メタル事件ニ付キ當事者相方ノ主張ヲ明カナラシメ之ヲ調書ニ記載セシムル手續ニシテ調書ニ記載シタル結果ヲ當事者カ口頭辯論ニ於テ演述スルニ依リ裁判所カ之ヲ訴訟材料ニ供スルモノナリ約言セハ受命判事ノ指揮ノ下ニ成立シタル調書ヲ基礎トシテ裁判ヲ爲ス手續ナリ（民訴二六六條以下）是レ民事訴訟法ニ於ケル間接審理ノ主要ノ一例ナリ然レトモ是レ例外ニ屬スル手續ニシテ我民事訴訟法ハ原則トシテ直接審理主義ヲ採用セルカ故ニ判事自ラ證據ヲ取調ヘ當事者ノ主張ヲ聽キ裁判ヲ爲スヘキコトハ一審二審トモ異ナラサルコトハ第一〇三條以下並ニ第四〇八條ノ規定ニ依リ明瞭ニシテ上告審ニ至リテハ證據調ヲ爲スノ必要ナキカ故ニ例外ナキ直接審理主義ヲ採用シタルモノナリ

之ヲ要スルニ我民事訴訟法ハ原則トシテ直接審理主義ヲ採リ例外トシテ間接審理主義ヲ採リタルモノトス

（六）公開審理主義秘密審理主義

公開審理主義トハ訴訟當事者以外ノ者ヲシテ自由ニ訴訟ノ審理裁判ヲ傍聽セシムルヲ謂フ秘

密審理主義トハ之ニ反シ訴訟當事者以外ノ者ニ對シテハ審理裁判ヲ祕密ニシ傍聽セシムルコトヲ許サザルヲ謂フ

祕密審理主義ト書面審理主義トハ尤モ類似スル處アリ或ハ不正確ノ言ヲ以テ云ヘハ書面審理主義ハ祕密審理主義ト云フモ可ナリ何トナレハ書面審理ノ場合ニ於テハ第三者ハ事件ノ傍聽ヲ爲スカ如キハ事實上不能ナルカ故ニ此兩主義ハ同一物ノ如キ觀アルモ法律上明カニ區別アルモノナリ

書面審理主義ハ審理ノ手段ニ關スル主義ニシテ祕密審理主義トハ審理ヲ當事者以外ノ者ニ知ラシメスト云フノ意ナリ故ニ書面審理主義ノ下ニ於テハ裁判所ハ調査スル書面ヲ當事者以外ノ者ニ示スモ其主義ニ違背セリト云フコトヲ得ス之ニ反シ祕密審理主義ノ下ニ於テハ其審理ノ狀態ヲ當事者以外ノ者ニ知ラシムルトキハ此主義ニ違背セルモノト云ハサルヘカラス

今日歐米各國ノ立法例ハ公開主義ヲ採用セリ此主義ノ利益ハ第一裁判ノ公正ニ對シテ世人ヲシテ疑惑ヲ抱カシメサルノ點ニアリ若シ審理ヲ祕密ニスルトキハ往往世人ニ裁判官カ專私横暴ノ所爲ヲ爲スコトアラントノ疑惑ヲ生セシムルニ反シ審理ヲ公開セハ何人モ裁判所ニ於ケル審理狀態ヲ監査スルコトヲ得ルカ故ニ裁判官ノ行爲ノ公正ナルコトヲ直接ニ知得シ右ノ如キ疑惑ヲ生スルコトナシ第二ノ利益トスル處ハ或程度ニ至ルマテ當事者及ヒ證人ヲシテ眞實ニ反スル供述ヲ爲ス能ハサラシムルコト是ナリ即チ審理ヲ公開シタル場合ニ於テハ廣ク世人ハ傍聽スルコトヲ得ルカ故ニ當事者及ヒ證人等ハ不實ノ陳述ヲ爲サハ其事實ヲ熟知スル人ノ輕蔑ヲ受ケンコトヲ恐ルル等ノ事情ヨリシテ或程度マテハ眞ノ事實ヲ陳述スルニ至ルモノナリ第三ノ利益ハ辯護士若クハ代訟人ヲシテ其擔任事務ニ熱心ナラシムルコト是ナリ各國皆此主義ヲ採レリ然レトモ事件ノ性質ニ依リテハ其事件ノ眞相ヲ世人ニ知ラシムルトキハ人心ノ動搖ヲ來タシ或ハ善良ノ風俗ニ影響ヲ及ホスコトアリ此ノ如キ場合ニ於テハ公安ヲ維持シ風俗ヲ害セサランカ爲メ公開ヲ禁スル必要ヲ生スルコトアリ是レ我カ憲法第五九條ニハ原則トシテ公開主義ヲ標榜シ例外トシテ安寧秩序又ハ風俗ヲ害スルノ虞アルトキハ對審裁判ノ公開ヲ止ムルコトヲ得ト規定シタル所以ニシテ此例外モ亦各國立法例ノ認ムル所ナリ唯公開禁止ノ權ヲ裁判所カ濫用スルコトヲ防ク方法ニ關シテ多少其規定ヲ異スル處アリ

事件ノ性質上裁判ヲ公開セサルモノアリ禁治産ノ如キ是ナリ（人訴法四四條）

裁判所ノ評議議決ハ公開スルコトナシ

（七）自由心證主義

法定證據主義トハ證據ノ取捨ハ裁判官ノ心證判斷ニ委ネ法律ニ裁判官ヲ羈束スル證據ノ效力ヲ定メサルモノヲ云フ

法定證據主義トハ法律カ特定ノ證據ニハ特別ノ效力ヲ有セシメ若クハ或方式ノ下ニ特定ノ效力ヲ有セシメ裁判所ヲシテ其證據ノ證明スルモノニ反スル事實ヲ認定スルヲ許サス又ハ其證

據ノ證明スル事實ヲ認定スルヲ拒否スル能ハサラシムル主義ヲ謂フ

我訴訟法ハ自由心證主義ヲ採用セルコトハ第二一七條ニ明示スル處ナリ

此兩主義ハ各各利害アリ何レモ完全ノ主義ト云フコトヲ得ス

自由心證主義ノ利益ハ裁判所ヲシテ事實ノ眞相ヲ得テ以テ適切ナル裁判ヲ下スコトヲ得セシムルニアリ然レトモ裁判官ニ適當ノ人物ヲ得ルニ依リテ此ノ如キ結果ヲ生スルヲ得ヘシト雖モ裁判官其人ニ適當ノ人物ヲ得サラン歟却テ權利ノ保護ニ於テ宜シキヲ失スルノ結果ヲ生スルコトヲ免レス即チ裁判官ニアラサレハ事實ノ認定ヲ誤ルコトアリ甚タシキハ私情ニ拘ハリテ偏頗ナル裁判ヲ爲スコトアルヘク否ラサルモ上官ノ威壓ノ爲メニ裁判ヲ曲クルノ虞アリテ此主義モ亦幣害ヲ伴フモノトス

法定證據主義ニ於テハ一定ノ證據ニハ裁判官ハ羈束セラルルカ故ニ此主義ノ下ニ於テハ裁判官カ專横ナル處置ヲ爲スヲ防キ而シテ正確ナル證據ヲモ殆ント效力ナキモノト爲サシムルカ如キ虞ナク又知識經驗ノ點ニ於テ幼稚ナル裁判官ニ事件ヲ委スルモ此主義ノ下ニ於テハ自由心證主義ノ下ニ於ケルカ如キ大ナル誤判ヲ生スルコト少クシテ此點ニ於テハ利益アレトモ此主義ハ奸佞ノ徒カ裁判所ヲシテ自己ノ不正行爲ノ目的ヲ達スルノ器械タラシムルノ弊アリ即チ實際ノ經驗深カラス法律ノ知識ナキ人ヲ欺キ豫メ法定證據ヲ作成セシメ之ニ基キ訴ヲ起シ裁判官ヲシテ自己ノ確信ニ反シ其證據ヲ採用スルノ己ムヲ得サルニ至ラシメ裁判所ノ威嚴ヲ損スルコト甚シキ結果ヲ生スルヲ免レサルナリ

此兩主義ノ何レカ優レルヤ裁判官其人ニ適當ノ人物ヲ得ヘキコトヲ前提トシテ論スレハ自由心證主義ヲ優レリト爲ササルヘカラス法定證據主義ノ下ニ於テハ證據カ裁判官ヲ機械ニ使用スルニ等シキモ自由心證主義ノ下ニ於テハ證據ノ取捨ハ裁判官ノ自由ニ在ルカ故ニ人カ證據ノ機械トナルコトナキヲ以テ觀ルモ自由心證主義ノ優レルモノナルヲ知ルヲ得ヘシ

然レトモ自由心證主義ト次ニ說明セントスル不干涉主義トハ或點ニ於テ相牴觸スルコトヲ免レス即チ自由心證主義ハ裁判官ヲシテ事實ノ眞相ヲ得セシメントスルニ在ルカ爲メ總テノ證據ハ其取捨裁判官ノ專權ニ委ネタルニ不干涉主義ニ於テハ裁判官ノ行動ヲ大ニ制限スルカ故ニ自由心證主義ハ裁判官ヲシテ事實ノ眞想ヲ得セシムルコトヲ目的トスルニ拘ハラス不干涉主義ノ存スルカ爲メニ自由心證主義本來ノ目的ヲ達スルコト能ハサルノ弊ヲ生スルナリ此兩主義ヲ調和セシメンカ爲メ我訴訟法ハ第一一二條、第一一七條、第三六〇條等ノ規定ヲ設ケタリト雖モ根本ニ於テハ理論ノ牴觸ヲ免レサルモノナリ

（八）干涉主義不干涉主義

干涉主義トハ裁判官ノ探知證據調其他裁判ヲ爲スニ必要ナル處分ハ裁判所カ自ラ進ンテ之ヲ爲スコトヲ得ヘク裁判ヲ爲スニ當リ當事者ノ辯論ノミニ基カサル主義ヲ謂フ

此主義ノ極端ナル論者ハ當事者カ求メサル事物ニ付テモ裁判ヲ爲スコトヲ得ルモノナリト云

フニ至レリ此主義ハ裁判事務ニ關スル國家ノ利益ヲ基礎トシタルモノナレハ當事者ノ申立如何ニ拘ハラス權利アレハ充分ノ保護ヲ與フヘク權利者ノ申立如何ヲ省ミルヘキモノニアラストノ理想ヲ根據トスルモノナリ此主義ハ又職權主義トモ稱ス

不干涉主義トハ攻擊妨禦ノ方法證據方法等ハ總テ當事者ノ意思ニ一任シ即チ當事者ノ主張シタルモノノミヲ以テ裁判ノ基本ト爲ス主義ヲ謂フ此主義ハ即チ當事者ノ利益ヲ基礎トシタル主義ナリ之ヲ約言セハ干涉主義ハ公法的關係ノ利益ヲ主トシ不干涉主義ハ私法的關係ノ利益ヲ主トスルモノナリ故ニ訴訟關係ニ付テ當事者カ不干涉主義ノ下ニ於テハ當事者ハ自由ニ訴訟ヲ處分スルコトヲ得ルカ故ニ此主義ハ又處分權主義トモ稱シ當事者ノ辯論ヲ以テ裁判ノ基礎ト爲スノ觀念ヨリシテ尙ホ此主義ヲ辯論主義ト稱セリ

此兩主義ヲ他ノ言ヲ以テ說明セハ干涉主義ハ一私人ノ權利侵害アレハ權利者ノ意思如何ヲ問ハス裁判所ハ職權ヲ以テ私法ヲ適用スルモノ換言セハ裁判所カ一私人ニ代リ其權利保護ノ途ヲ盡スモノニシテ當事者ノ意思如何ヲ問ハサル主義ヲ謂ヒ不干涉主義ハ請求ノ主張其他攻擊妨禦ノ方法等ハ當事者ノ自由ニ一任シ裁判所カ進テ當事者ノ主張ヲ補足スルコトナキモノヲ謂フ

此兩主義ノ優劣ニ付テ評論セハ不干涉主義ヲ以テ優レリト云ハサルヘカラス私法關係ヨリ生スル事物ハ當事者ニ於テ之ヲ處分スルコトヲ得ルハ私法上ノ觀念ヨリセハ疑ヲ生スル餘地ナキモノニシテ私法上ノ權利者ニ代リ國家カ其權利ヲ實行シ義務者ニ義務ノ履行ヲ强制スルカ如キハ法理上根據ナキモノト云ハサルヘカラス殊ニ權利思想ノ發達セル社會ノ狀態ニ於テ之ヲ觀察セハ何人モ權利ノ貴重ナルコトヲ自覺セルモノニシテ之ヲ行使スル意思ナキ場合ニ於テハ相當ノ理由アリト云ハサルヘカラサルモノナレハ裁判所ハ權利者ニ代リテ權利行使ノ結果ヲ得セシメントシテ私益關係ニ干涉スルノ必要ナシ又裁判ヲ爲ス點ヨリ觀察スルモ干涉主義ナルモノハ偏頗ノ裁判ヲ爲スノ傾向ヲ生シ易シ即チ裁判所ハ或訴訟ノ審判ヲ爲スニ當リ干涉主義ヲ採ルトキハ當事者一方ノ爲メニ先入爲主ノ偏見ニ陷リ知ラス識ラス偏頗ノ處置ヲ採ルニ至ルコトヲ免レス又干涉主義ニ於テモ時トシテハ裁判ノ目的トスルモノ即チ事實ノ眞相ヲ得タル裁判ヲ下スコトノ困難ナル場合ヲ生スルコトアリ唯干涉主義ノ利益トスル處ハ當事者カ訴訟手續ニ熟セサル爲メ其手續ヲ怠リタル場合ニ於テ裁判所カ其足ラサル點ヲ補足シ以テ其當事者ニ滿足ヲ與フルコトヲ得ルニアルノミ

不干涉主義ノ基礎ニ付キ一派ノ學者ハ說ヲ爲シテ曰ク訴訟當事者ナルモノハ民事訴訟ノ目的物タル權利ヲ處分スルコトヲ得ルカ故ニ其權利ノ基礎トスル事實モ亦當事者ニ於テ處分權ヲ有スヘキモノナリ是レ不干涉主義ノ正當ナルコトヲ論明スルモノナリト然レトモ此說明ノミヲ以テハ未タ足レリトスヘカラス何トナレハ凡ソ裁判ヲ爲ス目的ハ事實ノ眞相ニ適スル判斷ヲ爲シ權利義務ノ眞正ノ所在ヲ明カニスルニアリ故ニ眞實ヲ發見スルコトノ容易ナルニ拘ハ

ラス又其事實ヲ發見スルニハ干渉主義カ最モ適當ニシテ何等ノ弊害ナキニ拘ハラス不干渉主義ヲ採ラサルヘカラスト云ハハ裁判ノ本旨ヲ沒却スルモノナレハ當事者ニ處分權アルカ故ニ不干渉主義ハ正當ナリトストノ說明ノミニテハ此主義ノ完全ナル理由トスルヲ得ス故ニ干渉主義ハ不干渉主義ニ比スレハ一般ノ民事訴訟ノ狀態ニ適セス而シテ不干渉主義ハ民事訴訟ノ事物ニ付テハ當事者ニ處分權アリトノ原則ト協和スルモノナリト云フヲ以テ不干渉主義ヲ採用スルノ完全ナル理由ノ說明ト爲スヲ得ヘキ歟我民事訴訟法ハ獨、墺等ノ訴訟法ニ同シク原則トシテ不干渉主義ヲ採用シタルコトハ第二三一條、第一一〇條、第一一一條等ノ規定ニ徵シテ明カナリ

左ニ不干渉主義ノ適用ノ二三ヲ示サン

(一) 訴訟ノ開始進行ハ當事者ノ要求ニ依ラサルヘカラス訴ノ提起ナクンハ裁判所ハ訴訟手續ヲ開始スルコトヲ得ス訴ノ提起アルモ當事者カ其審理ヲ休止セントスル意思明カナルトキハ裁判所ヨリ進テ之ヲ呼出シ事件ヲ審判スルコトヲ得ス

(二) 當事者ノ申立サル事項ハ以テ裁判所ノ判斷ノ材料ニ供スルコトヲ得ス假令裁判官カ一箇人タル資格ニ於ケル經驗上明カニ知レル事實ト雖モ當事者ノ提出セサルモノハ之ヲ斟酌シテ判斷ノ材料ニ供スルコトヲ得ス唯裁判所ハ不明瞭ナル申立ニ付テハ釋明權ヲ行使スルコトヲ得ルノミ釋明權トハ當事者ノ陳述カ二樣ノ意義ニ渉リ何レノ意義ナルヤ不明ナルトキ或ハ又全ク了解スルコト能ハサルトキ問ヲ發シテ其意義ヲ明カナラシムルノ權ヲ云フ又職權調査ニ屬スル事項ニ付テハ進ンテ調査ヲ爲シ相手方ヨリ起ササル疑ノ存スルトキ其疑ニ付キ相手方ニ注意ヲ與フルコトヲ得(一一二條)レトモ職權調査ニ屬スル事項ノ範圍內ニ在ラサルトキハ訴訟材料トシテハ當事者ノ提出スルモノ以外ノ事項ヲ斟酌スルコトヲ得ス

(三) 裁判所ハ申立サル事物ヲ原告若クハ被告ニ歸セシムルコトヲ得ス

不干渉主義ニハ亦數多ノ例外アリ(一)公益ニ關スル訴訟即チ婚姻、養子緣組、親子關係事件等ニ於テハ事實ノ眞相ヲ無視シテ親族關係ヲ斷チ若クハ親族關係ヲ定ムルカ如キハ大ニ公益ニ害アリ故ニ人事訴訟ニ付テハ當事者カ申立サル以外ノ事項ト雖モ職權ヲ以テ取調ヲ爲シ事實ノ眞相ニ適スル裁判ヲ下ササルヘカラス(二)裁判所カ容易ニ證據方法ノ存在ヲ知リ得ヘキ場合ニ於テハ當事者ノ申立ナキモ進ンテ其證據方法ヲ取調ルコトヲ得ヘシ例ヘハ檢證鑑定ノ如シ(一一七條)不干渉主義ヲ採用セル理由ノ一ハ此主義ハ一般ノ訴訟狀態ニ適スルモノナリト云フニ在リ具體的ニ云ヘハ裁判所ヲシテ困難ナル探究ニ從事スルノ要ナカラシムルモノナリト云フニ在リ證據ノ所在明カナルトキハ困難ナル探究ヲ要スルコトナキヲ以テ裁判所カ職權ヲ以テ其證據ヲ調査スルモ此主義ノ精神ニ反スルコトナケレハナリ(三)裁判所ニ於テ顯著ナル事實ハ當事者ノ援用ヲ俟タス裁判所ハ之ヲ採用スルコトヲ得ルモノナリ然レトモ此點ニ付テハ反對ナル大審院判例(三十五年八月判例)及ヒ學說アリ(四)訴訟費用ノ負

0082

擔ニ付テハ當事者ノ申立ナキモ裁判所ハ其裁判ヲ下サザルヘカラス（二三一條二項）訴訟費用ノ負擔ハ一種ノ公法上ノ義務ナルト同時ニ他ハ一面ニ於テハ勝訴者ノ權利ナリ故ニ勝訴者ノ權利ノ方面ヨリ觀察セハ第二三一條第二項ノ規定ヲ以テ不干涉主義ノ例外ナリト爲スヘシ

（五）第五〇一條ニ規定スル假執行ノ宣言ハ職權ヲ以テ付スヘキモノニシテ右ノ如キ不干涉主義ノ例外ヲ設クタルハ公益上ノ理由ヨリ出ツルモノナリ此他數多ノ例外アルモ茲ニハ其說明ヲ省略ス

（九）實體的眞實發見主義形式的事實定立主義

此兩主義ハ干涉主義不干涉主義ト表裏ノ關係ヲ有スルモノト云フモ可ナリ

實體的眞實發見主義トハ當事者ノ主張如何ニ拘泥セス訴訟ニ係ル眞正ノ事實ヲ發見スル主義ヲ謂フ

形式的事實定立主義トハ當事者ノ主張ニ基テ事實ノ確定ヲ爲ス主義ヲ謂フ

約言セハ實體的眞實發見主義ハ裁判所カ實際ニ發生シタル事實ヲ認識セントスルノ主義ニシテ形式的事實定立主義ハ限定セラレタル訴訟材料ニ照應スル事實ヲ確定スルノ主義ナリ我民事訴訟法ハ此兩主義中形式的事實定立主義ヲ採用セリ

（一〇）當事者專行主義職權專行主義

當事者專行主義トハ訴訟ノ開始進行ヲ促ス總テノ行爲ハ當事者自ラ爲ス主義ヲ謂フ

非常上告ノ申立アルトキハ受刑人ハ當事者タルノ地位ヲ復活スルモノニシテ其訴訟ノ相手方タルモノナリ而シテ此相手方ニ對シ非常上告ノ判決カ言渡サルルモノナリ非常上告ノ申立アルモ確定判決ハ其效力ヲ失ハス爲メニ其執行ヲ停止スルコトナシト雖モ之カ爲メニ受刑人ハ當事者タル地位ヲ復セスト云フコト能ハス非常上告モ亦一ノ訴訟ナリトセハ訴訟ニ必要ナル二箇ノ當事者アルコトヲ要スルハ論ヲ俟タサルナリ

非常上告ハ書面ヲ以テ審理スルヤ又ハ口頭審理ニ依ルヘキヤ法律ニ明文ナシト雖モ蓋シ書面審理ニ依ルヘキモノナラン唯判決ハ裁判所構成法第一〇五條ニ依リ公開シテ言渡スヘキナリ而シテ上告裁判所ハ非常上告ヲ理由アリトスルトキハ原判決ヲ破毀シ直チニ其事件ニ付テ判決ヲ爲スヘキモノトス（民訴二九二條二項）又非常上告ヲ理由ナシトスルトキハ之ヲ棄却スル判決ヲ爲スヘキモノトス

第二章　再審

第一節　再審ノ意義及ヒ其條件

再審ノ訴ハ事實ノ誤認アルモ確定判決ヲ覆シ新ナル審理裁判ヲ求ムル訴ナリ凡ソ確定判決ハ之ヲ動カスヘカラサルヲ以テ原則トス然レトモ確定ノ後其判決ノ不審ナルコトヲ發見シタル場合ニ此原則ヲ貫カントスルハ事理人情ニ反スルヤ明カナリ人達ノ爲メニ無辜ヲ罰シ又ハ僞證ノ爲

メニ罪ニ陷ルコトアランカ之ヲ救濟スルノ途ナカルヘカラス是レ再審制度ノ存スル所以ナリ之ヲ以テ再審ノ訴ハ新事實又ハ新證據ニ依リ變更ヲ來シタル判決ノ實體上ノ基礎ト裁判ニ因リテ生スル形式上ノ正義トノ衝突ヲ調和スルノ制度ナリト謂フヘシ

再審ノ訴ノ一般ノ條件左ノ如シ

第一　通常裁判所ノ確定判決ナルヲ要ス

軍法會議又ハ外國裁判所ノ裁判ニ對スル再審ハ刑事訴訟法ノ規定セサル所ナルモ刑事訴訟法頒布以前ニ於ケル通常裁判所ノ確定判決ニ對シテモ亦再審ノ訴ヲ爲スコトヲ妨ケス蓋シ再審ハ全ク新ナル基礎ニ基キ審理裁判ヲ求ムルモノナレハナリ

判決確定前ニ爲シタル再審ノ訴ハ無效ナリ或ハ第二審ノ判決後上告アリ上告審ニ於テ再審ノ原因アルコトヲ認メタルトキハ直チニ再審ヲ爲スヲ便ナリトスルモ我刑事訴訟法ニ於テハ之ヲ許サス即チ判決ノ確定ヲ待テ再審ノ訴ヲ爲スノ外ナシ墺地利治罪法ニ於テ非常上告ナル名ヲ以テ大審院ノ職權ヲ以テスル再審ノ制ヲ設ケタルハ主トシテ此便宜ニ基クモノナリ

第二　重罪輕罪ノ刑ヲ言渡シタル判決ナルヲ要ス

凡ソ重罪輕罪ノ刑ヲ言渡シタルトキハ縱令附加刑ノミニ對スルモ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ訴訟費用ノ負擔又ハ差押物件還付ノ言渡ノ如キ附從ノ裁判ノミニ對シテハ單獨ニ再審ヲ求ムルコトヲ得ス

原判決ニ於テ無罪ヲ有罪ト誤認シタル場合ノミナラス輕キ犯罪ニ對シテ重キ刑ヲ言渡シタル場合ナルヲ要ス再犯加重、宥恕減輕、自首減輕等ノ事實ヲ誤認シタル場合ニ於テモ亦再審ノ訴ヲ爲スヲ得是レ第三〇一條第一號ノ原因ハ未遂犯ヲ既遂犯ト誤リタルトキ又ハ持兇器强盜罪ヲ强盜殺人ノ事實ト誤認シタルトキニモ存スヘク又其第五號ハ自首狀ヲ僞造シタルトキニモ適用セラルルヲ見レハ自明ノ理ナリ換言スレハ全ク無罪トナル希望アルトキニモ又輕キ刑ヲ言渡サルル希望アルトキニテモ再審ノ訴ヲ爲スヲ妨ケス然レトモ刑期ハ輕減セラルル希望アルモ同一ノ正條ヲ適用スヘキ場合ニハ之ヲ許サス從テ酌量減輕ヲ爲スヘキ事實ナルニ拘ハラス原判決ニ於テ之ヲ爲ササルモ再審ヲ求ムルコトヲ得ス

茲ニ一ノ例外ト見ルヘキモノアリ即チ被告人死去シタル後ニ親族ヨリ再審ノ訴ヲ爲スニハ前述スル所ト異ナリ無罪ヲ有罪ト裁判シタル場合ニ限レリ此場合ニハ無罪ナルコト明白ナルニアラサレハ再審ノ訴ハ理由ナシトス即チ此場合ニ於テハ上告裁判所ハ再審ノ訴ヲ受クルノミナラス再審ヲモ爲スモノナリ蓋シ第三〇八條ニ於テ此場合ニ再審ノ理由アリトスルモ原判決ヲ破毀スルニ止メ如何ナル犯罪ヲ實際犯シタルヤノ審理ヲ爲ササルコト及ヒ第三〇九條ニ再審ノ判決ニ因リ無罪ノ言渡アリタルトキト此場合ニ破毀ノ言渡アリタルトキトニ於テ再審ヲ同一ニ取扱フヨリ見ルモ斯ク論決セサルヘカラス然ラハ上告人カ輕キ刑ヲ求メンカ爲メニ自ラ再審ノ訴ヲ爲シ未タ上告裁判所ノ判決ヲ受ケサル間ニ死去シタルトキハ如何ニスヘキヤ此

場合ニハ上告人カ爲シタル再審ノ訴ヲ其親族ニ於テ承繼スルモノナルカ故ニ上告人ノ親族ヨリ再審ノ訴ヲ爲シタルトキト同シク無罪ト爲ス能ハサルトキハ再審ノ訴ヲ棄却スヘク無罪トスヘキモノナランカ原判決ヲ破毀スルニ止ムヘキナリ

再審ノ訴ハ重罪輕罪ノ刑ヲ言渡シタル判決ナリトセハ審級ノ如何ヲ問ハス之ヲ爲スヲ得即チ第一審又ハ第二審ニテ判決確定シタルト上告裁判所自ラ刑ノ言渡ヲ爲シタルトヲ區別セス後ノ場合ニ於テハ上告裁判所ハ他ノ場合ト同シク原裁判所ト同等ナル裁判所ニ移シ再審ノ取調ヲ爲サシム蓋シ前ニ上告裁判所カ刑ヲ言渡シタルハ第二審ニ於テ認メタル事實ノ確定ヲ基礎トス擬律ノ錯誤ヲ更正セシニ止ムル此基礎タル事實ノ確定ニ誤アリトシテ再審ノ訴ヲ爲シタルモノナルヲ以テ此場合ニハ第二審ノ確定判決ニ對シ再審ヲ求メタルト均シク事件ヲ他ノ裁判所ニ移スヘシ又大審院ノ特別權限ニ屬スル事件ニ付キ大審院カ第一審及ヒ終審トシテ刑ヲ言渡シタルトキニハ此判決ニ對シ再審ノ訴ヲ爲スヲ得ヘシ若シ特別事件ニ付キ再審ノ訴ヲ許ササレハ不當ニ皇族及ヒ其共犯者ニ對シ再審ノ訴ヲ爲ス權利ヲ奪フモノナリ特別權限ニ屬スル事件ニ付キ再審ノ訴アルトキハ大審院自ラ新ナル基礎ニ據リ再審ノ裁判ヲ爲スヘキナリ蓋シ特別權限ニ屬スル事件ハ大審院ニ於テノミ事實ノ審理ヲ爲スカ故ニ他ノ裁判所ニ移スコトナケレハナリ(三〇七條)

第三　第三〇一條ノ再審ノ原因アルヲ要ス

再審ノ原因ニ付テノ詳說ハ本章第二節ニ讓ル

第四　再審ノ原因カ原判決ニ影響アルコトヲ要ス

再審ノ原因アルモ之カ判決ニ影響ナキトキハ再審ノ訴ヲ爲スヲ得ス即チ主張セラルル原因事實ト判決ノ事實上ノ內容トノ間ニ原因結果ノ關係アルコトヲ必要條件トス例ヘハ判事收賄ノ事實ヲ主張スルモ其判事カ判決ニ干與セサレハ再審ノ理由ナシ又僞造ノ調書ナリト主張スルモ判決ニ於テ之ヲ證據ト爲ササルトキハ再審ノ理由トナラス

第二節　再審ノ原因

現行刑事訴訟法ニ於テ再審ノ原因ヲ規定シタルモノハ第三〇一條ナリ同條ニ列記セル再審ノ原因左ノ如シ

第一　人ヲ殺シタル罪ニ付キ刑ノ言渡アリタルモ其殺サレタリト認メラレタル者犯罪後生存シ又ハ犯罪前既ニ死去シタル確證アリタルトキ

此再審ノ原因タルニハ次ノ條件ノ具備スルコトヲ要ス

一　人ヲ殺シタル罪ニ關スルヲ要ス

謀故殺、毆打致死、過失殺、自殺補助等所爲ノ單一ナル犯罪ニ止マラス强盜、殺人、强姦、致死、監禁死致、墮胎致死等ノ如キ人ヲ死ニ致シタル所爲ト他ノ所爲ト結合シテ一罪ヲ構

0085

成スル犯罪ヲ包含ス

二　被害者犯罪後生存シ又ハ犯罪前既ニ死去シタル確證アルヲ要ス

確證アルヤ否ヤハ一ニ上告裁判所ノ認定ニ依ラサルヘカラス而シテ證據方法ニ制限ナキヲ以テ如何ナル證據方法ヲモ用フルコトヲ得ヘシト雖モ人證ノ如キハ之ヲ取調フルノ手續ナキヲ以テ實際之ヲ用フルヲ得サルヘシ是レ法律ノ缺點ニシテ此場合ニ於テモ裁判所ハ直接ニ證據調ヲ爲シ以テ再審ノ訴ノ濫用ヲ防カサルヘカラス蓋シ直接審理ニ依ラサレハ確證ナキヤ否ヤ又原判決ニ認ムル證據ヲ破フルニ足ルヘキモノナリヤ否ヤハ確實ニ判定シ得サルカ故ニ現行刑事訴訟法ハ自然再審ノ訴ノ濫用ナキヲ保スヘカラス

三　前項ノ確證ハ新ナル證據ナルヲ要ス

確定裁判ヲ爲ス際ニ於テ未タ現ハレサリシ證據ナラサルヘカラス判決ノ當時既ニ裁判所ニ現ハレタル證據ハ再審ノ理由トナラス豫審免訴ノ場合ニ再起訴ヲ爲スニモ新ナル證據アルコトヲ要ス況ヤ再審ノ訴ヲ爲ス場合ニ於テオヤ

第二　同一ノ事件ニ付キ共犯ニアラスシテ別ニ刑ノ言渡ヲ受ケタル者アルトキ此原因ニハ次ノ條件ヲ具備スルヲ要ス

一　同一ノ犯罪所爲ニ付キ別ニ刑ノ言渡ヲ受ケタル者一人又ハ數人アルヲ要ス

同一ノ判決ニ於テ數人カ同一ノ犯罪行爲ニ付キ刑ノ言渡ヲ受ケタルトキハ共犯タルコトヲ明言セサルトキト雖モ共犯トシテ數人ヲ罰シタルモノト推定シ得ヘク其判決ハ理由不備ナルニ止マルモノナレハ再審ノ原因タラス別個ノ判決ニ於テ數人カ刑ヲ言渡サレタルコトヲ必要ナリトス

二　別ニ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ハ共犯ニアラサルコトヲ要ス

共犯ナルトキハ數箇ノ判決抵觸スルコトナキヲ以テ其中ノ一人ハ全ク人違ナリト云フコト能ハス

三　各判決ハ同一ノ犯罪行爲ヲ一人ニテ犯シタルモノト認メタルヲ要ス

若シ數人ニテ犯シタル犯罪ナリト認メタルトキハ各判決ニ比較スルモ刑ヲ受ケタル者ノ中ニ於テ人違アリテ其者ノ無罪タルコトヲ推測シ得ヘカラス從テ此數箇ノ判決ハ兩立スルヲ得ヘキモノナリ

以上ノ條件ヲ具備スルトキハ何レノ受刑者ヨリモ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルモノトス或ハ法文ニ別ニ刑ノ言渡ヲ受ケタル者アリタルトキトアルヲ根據トシ前ニ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ハ再審ノ訴ヲ爲スヲ得ルモ後ニ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ハ前者カ再審ノ後ニ有罪ト認メラレタルトキニアラサレハ再審ノ訴ヲ爲スヲ得スト論スル者アレトモ別ニ刑ノ言渡ヲ受クルトハ別個ノ判決ヲ以テシタルノ意義ニシテ判決ノ前者ニ係リ再審ノ訴ヲ爲ス權アルト否トノ區別ヲ設ケタル法意ヲ含マス且此說ノ如クセハ同時ニ異ナリタル裁判所ニ於テ同一ノ事件ニ付キ抵觸

0086

スル判決ヲ異ナリタル被告人ニ言渡シタル場合ニハ如何ニスヘキヤ甚タ不明ナリト謂ハサルヘカラス

次ニ受刑者ノ一人ヨリ此原因ニ基キ再審ノ訴アリタルトキハ其訴ヲ爲シタル者ニ對スル判決ノミヲ破毀シ再審ヲ爲スヘキナリ然ルニ或ハ抵觸スル判決ハ皆之ヲ破毀シ數人ノ受刑者ニ對シ再審ヲ開キ其孰レカ眞ノ犯人ナリヤヲ定ムヘシト言フ者アリ是レ明文ノ外ニ法律ノ精神ヲ求ムルモノナリ蓋シ除却スルヲ得サル抵觸アリテ互ニ兩立セサル判決アルモ其ノ二箇ノ判決ハ當然無效ナルモノニアラス唯再審ノ訴ヲ求ムルノ原因ヲ生スルニ止マルモノナリ若シ此兩立セサル判決ニ依リ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ノ中一人ハ再審ヲ求メ他ノ一人ハ自己ニ犯罪責任アルコトヲ知ルカ故ニ之ヲ求メサル場合ニ刑罰ヲ甘ンスル者ニ對シ再度ノ審理ヲ行フハ訴ナキニ審理ニ服從セシムルモノニシテ當然無效ナリト論斷スルニアラサレハ生セサルコトナリ

第三　犯罪アル以前ニ作リタル公正證書ヲ以テ當時其場所ニ在ラサルコトヲ證明シタルトキ

此原因ニハ次ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス

一　一定ノ日時及ヒ一定ノ場所ニ於テ犯サルヘキ犯罪ナルコトヲ要ス

殺人、放火等ノ犯罪ハ必ス一定ノ場所、一定ノ日時ニ於テ犯サルヘキ性質ノモノニシテ犯罪ノ當時其場所ニ在ラサルコトヲ證明シタルトキハ受刑者ニ罪責ナシ之ニ反シテ委託金費消罪、文書僞造行使罪ノ如キハ此性質ヲ有スルモノニアラサレハ判決ニ認メラレタル日時ニ其場所ニ在ラサルコトヲ證明スルモ唯原判決カ日時、場所ヲ誤認シタルコトヲ認ムルニ足ルノミニシテ罪責ナキヲ推定スルヲ得ス

二　犯罪以前ニ作リタル公正證書ヲ以テ證明スルヲ要ス

證據方法ヲ制限シタル證明ノ確實ヲ得ンカ爲メナリ

第四　被告人ヲ陷害シタル罪ニ因リ刑ノ言渡ヲ受ケタル者アルトキ

被告人ヲ陷害シタル罪ニハ僞證、虛僞ノ鑑定通譯、僞證囑託、裁判官、檢事、警察官、賄賂收受又ハ怨ヲ挾ミ被告人ヲ陷害シタル罪ヲ包含ス而シテ此等以外ノ第三者ニ對シテ刑ノ言渡確定シタルヲ要ス是ヲ以テ第三者カ死去シ又ハ公訴ノ時效ニ罹リタル爲メ刑ノ言渡ヲ爲ス能ハサルトキハ其原因存セス斯ク刑ノ言渡アリタルトキニ限リタルハ再審ヲ確定力ノ原則ノ例外ト爲シタル趣旨ニ適スルモノナリ然レトモ刑ノ言渡ヲ爲シタル判決ハ必スシモ通常裁判所ノ判決ニ限ラス軍法會議ノ判決ニ付テモ同一ナリ

右ノ判決アリテ被告人ヲ陷害シタル第三者アルコトヲ認メ得ヘキ以上ハ其陷害カ有罪ノ判決ニ對シ如何ナル影響ヲ及ホシタルヤヲ證明スルヲ要セス蓋シ陷害罪ヲ犯シタル者アルニ拘ハラス被告人ノ犯罪ニ付テ正確ナル心證ヲ以テ被告人ニ對シ刑ノ言渡ヲ爲シタリト謂フコト能ハサレハナリ

0087

第五　公正證書ヲ以テ訴訟記錄ニ僞造又ハ錯誤アルコトヲ證明シタルトキ

例ヘハ親告罪ニ付キ被害者ノ告訴狀カ僞造ナルトキ又ハ戸籍簿ノ謄本、前科調書ニ錯誤アリテ宥恕減輕ヲ爲サス或ハ再犯加重ヲ爲シタルトキノ如シ僞造ト謂ヒ錯誤ト謂フ共ニ訴訟記錄カ眞實ニ反スルノ意ナリ故ニ變造ハ當然之ニ包含スルモノト解セサルヘカラス而シテ其訴訟記錄ハ判決ノ基礎トナリタルモノタルト公正證書ヲ以テ僞造又ハ錯誤アルコトヲ證明スルヲ必要トス

第六　判決ノ憑據ト爲リタル民事上ノ判決他ノ確定ト爲リタル判決ヲ以テ廢棄又ハ破毀セラレタルトキ

民事裁判カ刑事ノ裁判ニ羈束セラルルコトアルハ前ニ述ヘタル所ナリ本項ハ此民事ノ判決カ再審ニ依リ廢棄又ハ破毀セラレタル場合ナリ民事判決ニ限ルカ故ニ特許審判ノ如キモノヲ包含セス

第三節　再審ノ訴ノ手續

再審ノ訴ノ手續ハ第三〇四條以下ニ規定スル所ナリ即チ受刑人及ヒ其親族ヨリ再審ノ訴ヲ起サントスルトキハ趣意書ニ原判決ノ謄本及ヒ證憑書類ヲ添ヘ之ヲ原裁判所ニ差出スヘシ此手續ニ依リテ受刑人ハ再ヒ被告人タルノ地位ヲ復活シ再審ノ訴ハ成立スルモノトス玆ニ原裁判所トハ刑ノ言渡ヲ爲シタル裁判所ヲ謂フ原裁判所ノ檢事ハ其書類ニ意見書ヲ添ヘ上告裁判所ノ檢事ニ差出スヘキモノトス又第一審裁判所ノ檢事若クハ控訴裁判所ノ檢事ヨリ其訴ヲ爲ス場合ニ於テモ受刑人及ヒ其親族ヨリ訴ヲ起スト同一ノ手續ニ依リ之ヲ上告裁判所ノ檢事ニ差出スヘキモノトス而シテ上告裁判所ノ檢事ハ右何レノ場合ニ於テモ其書類ヲ上告裁判所ニ差出シ審理ヲ求メサルヘカラス又上告裁判所ノ檢事自ラ再審ノ訴ヲ爲シタル場合ニ於テモ亦同一ナリ(三〇四條)」上告裁判所ニ於テハ再審ノ訴アリタルトキハ受命判事一名ヲシテ書類ニ依リ其取調ヲ爲シ報告ヲ爲サシム(三〇五條)受命判事ノ取調終リタル後上告裁判所ハ受命判事ノ報告及ヒ檢事ノ意見ヲ聽キ書類ニ基キ判決ヲ爲ス(三〇六條)

再審ノ訴ノ手續ハ上告ノ再審ニ於ケルカ如ク書面審理ナリ唯口頭辯論ノ行ハルル範圍ハ僅ニ檢事ノ意見ヲ聽クノ點ニ限ラルルモノニシテ被告人ハ辯護士ヲ差出シテ辯論ヲ爲サシムルコトヲ得サルモノトス

再審ノ訴ニ關スル上告裁判所ノ裁判ハ左ノ如シ

第一　棄却決定

再審ノ訴カ條件ヲ具備セス又ハ再審ノ原因ナキトキ若クハ再審ノ訴ヲ提起スルコトヲ得サル者ヨリ起シタル訴ハ之ヲ棄却セサルヘカラス其他受刑人ノ親族ヨリ輕キ刑ニ該ルヘキモノトシテ再審ノ訴ヲ爲シタルトキモ亦同一ナリ而シテ再審ノ訴ヲ理由ナシトシテ棄却セラレタル

0088

トキハ更ニ他ノ原因ニ基キ又ハ他ノ證據ヲ以テ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ又不適法ナリトシテ棄却セラレタルトキ更ニ權利者ヨリ條件ヲ備ヘテ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ

第二　破毀ノ判決

再審ノ訴カ適法ニシテ原因アリト認メタルトキハ原判決ヲ破毀シ公訴、私訴ニ付キ再審ヲ爲スコトヲ言渡シ其事件ヲ原裁判所ト同等ナル他ノ裁判所ニ移送スヘシ(三〇七條)刑ヲ言渡シタル判決ヲ破毀スルハ其確定力ヲ消滅セシムルノ必要ニ因ル又私訴ニ對シテハ單獨ニ再審ヲ許サザルモ公訴ニ付キ再審ノ訴アリタルトキハ私訴ニ付テモ再審ノ訴ヲ爲スヲ得ヘク其訴カ理由アルトキハ同時ニ公訴私訴ノ判決ヲ破毀シ再審ヲ爲スヘキモノトス但同一審級ニ於テ公訴、私訴ノ判決其ニ確定シタル場合ナルコトヲ要ス

次ニ移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テハ通常ノ規定ニ從ヒ再審ノ裁判ヲ爲ス而シテ再審ノ裁判ニ於テハ更ニ他ノ證據ニ基キ被告人ヲ有罪ト認定スルコトヲ得ルモ確定判決ニ認メタル刑ヨリ重ク罰スルコトヲ得ストハ今日一般ノ通說ナルノミナラス判例ノ認ムル所ナリ此說ハ第三〇一條ニ於テ「再審ノ訴ハ……被告人ノ利益ノ爲メ之ヲ爲ス云云」トアルハ刑ヲ言渡シタル判決ニ限リ再審ノ訴ヲ許スノ趣旨ニシテ獨逸墺地利ニ於ケルカ如ク無罪ノ判決ニ對シ被告人ノ不利益ノ爲メニ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ禁スルノ意ニ外ナラス第三〇七條ニ於テハ「通常ノ規定ニ從ヒ裁判ヲ爲ス可シ」トアリテ且控訴上告ニ於ケルカ如ク不利益變更ノ制限ナキ以上ハ再審ノ裁判ニ於テ確定判決ヨリ重キ刑ヲ言渡スモ妨ケナシト信ス

死者ノ親族ヨリ再審ノ訴ヲ爲シタル場合ニ再審ノ原因アリト認メタルトキハ其事件ヲ他ノ裁判所ニ移スコトナク原判決ヲ破毀ス(三〇八條)此場合ニ判決ヲ破毀スルニ止ムル所以ハ死者ニ對シ通常ノ規定ニ從ヒテ審理裁判ヲ爲ス能ハサルカ故ナリ而シテ破毀ニ止ムルハ被告人ノ無罪タルコトヲ表示スルモノナレハ無罪タルノ事實確定スルニアラサレハ此判決ヲ爲スヲ得サルナリ又受刑人ヨリ再審ノ訴ヲ爲シ其判決前ニ死去シタル場合ニモ死者ノ親族ハ其訴ヲ承繼スヘク從テ第三〇八條ノ適用ヲ受クヘキモノトス若シ死者ニ親族ナキトキハ受刑人ノ爲シタル再審ノ訴ハ當然消滅スルモノトス

移送ヲ受ケタル裁判所ニ於ケル再審ノ判決ニ因リ無罪ノ言渡アリタルトキ又ハ第三〇八條ノ場合ニ於テ上告裁判所ニ於テ破毀ヲ言渡シタルトキハ其者ノ名譽回復ノ爲メ其判決ヲ揭示スヘシ(三〇九條)

尙ホ裁判ノ執行ニ付テハ條文明瞭別ニ說明スルノ必要ヲ見ス

刑事訴訟法　終

法學士 豐島直通講述

刑事訴訟法

法政大學發行

0090

刑事訴訟法目次

緒論……一
第一章　刑事訴訟ノ意義……一
第二章　刑事訴訟ノ法律上ノ性質……六
第三章　刑事訴訟法ノ地位及ヒ效力……九
第一節　刑事訴訟法ノ地位……九
第二節　刑事訴訟法ノ效力……一〇
第一款　事物ニ關スル效力……一〇
第二款　土地ニ關スル效力……一六
第三款　人ニ關スル效力……一七
第四款　時ニ關スル效力……二〇
第一編　訴訟主體……二二
第一章　糺問及ヒ彈劾……二二
第二章　裁判所……二六
第三章　裁判權……三〇

第四章　裁判所ノ管轄……三三
第一節　事物管轄……三五
第二節　土地管轄……四〇
第三節　管轄ノ規定ノ效力……四七
第四節　管轄ノ指定及ヒ移轉……四九
第五章　裁判所ノ作用及ヒ職員……五三
第六章　裁判所職員ノ除斥、忌避及ヒ回避……五六
第一節　除斥ノ原因……五七
第二節　忌避ノ原因……六〇
第三節　除斥及ヒ忌避ノ效力……六一
第四節　裁判所書記ノ除斥、忌避、回避……六四
第五節　忌避、回避ノ手續……六六
第七章　裁判所ノ共助……六八
第八章　當事者……七一
第九章　檢事……七四
第一節　檢事ノ官職……七四

第二節　檢事局內部ノ構成……七五
第三節　檢事ノ職務……七七
第十章　司法警察官……七九
第十一章　被告人……八三
第十二章　辯護人……八五
第十三章　法律上代理人及ヒ訴訟代理人……九二
第十四章　訴訟主體相互ノ關係……九四
第二編　訴訟ノ目的物……九六
第一章　公訴……九六
第二章　職權訴追主義及ヒ勵行主義……九八
第三章　不變更主義……一〇〇
第四章　實體的眞實發見主義……一〇二
第五章　公訴ノ消滅……一〇五
第六章　公訴ト民事事件トノ關係……一二三
第七章　私訴……一二五
第一節　私訴ノ目的及ヒ其一般ノ性質……一二五

第二節　私訴ヲ公訴ニ附帶セシムル結果……一三一
第三節　私訴ノ消滅……一三三
第三編　訴訟行爲……一三八
第一章　被告人ノ呼出……一三八
第二章　被告人ニ對スル强制處分……一四〇
第一節　勾留……一四〇
第二節　逮捕狀……一四五
第三節　保釋及ヒ責付……一四六
第四節　勾引……一四八
第三章　物件ニ對スル强制處分……一五〇
第一節　物件提出ノ義務……一五〇
第二節　差押ノ意義及ヒ效力……一五一
第三節　差押ノ目的……一五三
第四節　搜索ノ意義……一五四
第四章　證據……一五五
第一節　證據ノ意義……一五五

第二節　證明ノ責任……一六一
第三節　自由心證主義……一六二
第四節　證據ノ種類……一六四
第五節　證人……一六六
第一款　證人ノ意義……一六六
第二款　出頭ノ義務……一六八
第三款　供述ノ義務……一七〇
第四款　宣誓ノ義務……一七二
第五款　證人ノ訊問……一七二
第六節　鑑定人……一七三
第一款　鑑定人ノ意義……一七三
第二款　鑑定人ノ義務……一七五
第七節　被告人……一七六
第八節　檢證……一七八
第九節　書證……一八〇
第五章　裁判……一八一

第六章　口頭辯論主義及ヒ直接審理主義……一八四
第七章　訴訟條件……一八七
第一節　意義……一八七
第二節　種類……一八九
第三節　一般ノ訴訟成立條件……一九一
第四節　效果……一九二
第四編　第一審ノ手續……一九三
第一章　搜査……一九三
第一節　告訴及ヒ告發……一九六
第二節　現行犯……二〇〇
第二章　豫審……二一四
第一節　豫審ノ性質……二一四
第二節　豫審ノ目的……二一六
第三節　豫審判事ノ地位……二一六
第四節　豫審ノ終結……二一七
第五編　公判……二二六

第一章　總論……二二六
第二章　公判準備……二二九
第三章　公判開廷……二三四
第四章　證據調……二四一
第五章　判決……二四二
第一節　判決ノ言渡及ヒ條件……二四二
第二節　判決ノ種類……二四五
第六章　闕席判決……二五四
第一節　闕席判決ノ條件……二五六
第二節　故障……二五九
第一款　故障申立ノ條件……二五九
第二款　故障申立ノ受理……二六二
第三款　故障申立ノ效力……二六五
第六編　上訴……二六七
第一章　總論……二六七
第一節　上訴ノ權利者……二七二

0094

第二節　檢事及ヒ被告人ノ上訴ノ效力……二七八
第三節　上訴ノ取下……二八〇
第二章　控訴……二八一
第一節　控訴ノ申立……二八一
第二節　一分控訴……二八三
第三節　附帶控訴……二八六
第四節　控訴裁判所ノ審理……二八八
第五節　控訴ノ判決……二八九
第三章　上告……二九三
第一節　上告ノ理由……二九三
第二節　上告理由ノ擴張及ヒ制限……三〇〇
第三節　上告ノ判決……三〇四
第四章　抗告……三一二
第七編　非常上告及ヒ再審……三一四
第一章　非常上告……三一四
第二章　再審……三一七
第一節　再審ノ意義及ヒ其條件……三一七
第二節　再審ノ原因……三二一
第三節　再審ノ訴ノ手續……三二六

刑事訴訟法目次終

0095

ス其行動ニ至リテハ關係者カ直接ニ利益ヲ受ケ得ラルヘキモノアリ各種ノ免許料ノ如キ其例ナリ又關係者ノ間接ニ利益ヲ受ケ得ヘキモノアリ登記料ノ如キ此例ナリ又何等ノ利益ヲ受ケ得サルモノアリ刑事訴訟ノ手數料ノ場合ノ如キ是ナリ其人民ノ任意ニ出ツルト强制ニ因ルトヲ論セス其特別關係者ノ爲メニ生シタル行動ニ要スル經費ヲ特ニ負擔セシムルモノナリ

手數料ハ其源ヲ訴訟事務ニ起セリ古代ニ在リテハ裁判事務ハ國家ノ事務タルモ之カ執行ノ衝ニ當ル者ハ各自直接ニ訴訟當事者ヨリ之カ報償ヲ受クルヲ例トナシタリ

手數料ノ性質ハ古來學說實際ヲ通シ尤モ議論ノ分岐セラレタルモノナルモ近來稍〻其本質闡明セラレ必スシモ人民ノ貴賤貧富ニヨリテ等差ヲ立ツルコトナク費用ト利益トヲ標準ト爲シ之ニ行政上ノ趣旨ニ依リ其金額ヲ定ムルモ大體ニ於テハ實費ヲ超過セサルヲ原則トナスニ至レリ素ヨリ其事實ニ於テハ猶ホ租稅ト多少ノ差異ヲ認メ得ヘキモ其形式ニ至リテハ時ト所トニヨリ常ニ相混用セラル所謂君主ノ特權ノ收入ハ多ク此種ニ屬シタルモノニシテ現時猶ホ同一ノ實質カ或ハ登記手數料トナリ或ハ登錄稅トナリ或ハ狩獵ノ免許料、工業ノ免許料カ狩獵稅、工業稅トナル等其例少ナシトナサザルナリ

手數料ニハ國庫手數料、吏員手數料、定額手數料、不定額手數料、單一手數料、包括手數料、一般手數料、特別手數料等其標準ノ異ナルニ隨ヒ各種ノ分類ヲ爲スコトアレトモ其主要ナル分類ハ現金手數料ト印紙手數料ノ別ナリ現金手數料トハ手數料額ヲ現金ニ依テ徵收スルモノニシ

テ又直接徴收手數料ト謂ヒ印紙其他ノ方法ニ依テ徴收スル場合ヲ間接徴收手數料ト謂フ證券印紙ノ制ハ千六百二十六年和蘭ニ於テ行ハレシヲ始トシ爾後直チニ各國ニ於テ採用セラレ率ヒテ通信事業其他ノ場合ニ至ルマテ汎ク利用セラルルニ至レリ此方法ハ手數料額ノ計算簡單ニシテ且其料額少額ナル場合ニ適シ公衆ニ於テハ爲メニ不便ヲ感スルコトナク一面政府ハ巨額ノ製造ヲ爲スカ故ニ印紙ノ費用甚タ少ク而モ現金ノ分納上會計ノ整理上非常ナル手數ヲ省略シ得ルモノナリ

政務ノ種類ニ依テ分類スルトキハ大別シテ司法手數料及ヒ行政手數料ノ二トス司法手數料トハ再分シテ訴訟手數料及ヒ非訟事件手數料ノ二ト爲リ訴訟手數料ハ又司法裁判ト行政裁判トニ分タレ司法裁判ハ民事刑事ノ二者ニ再分スルコトヲ得ヘシ司法手數料ハ多クノ場合ヲ通シテ管ニ當事者ノ利害問題ニ止マラス司法其モノカ治安上必要ナルカ故ニ其手數料ハ實費ニ對シテ遙ニ低キヲ例トス又其標準ハ一面ニハ訴訟ノ途ヲ杜絶セス一面ニハ健訟ノ弊ヲ助長セサル範圍内ニ於テ適當ノ斟酌ヲ要スヘキモノナリトス手數料ハ其利益ヲ受ケタル者ヨリ報酬ヲ徴收スルヲ例ト爲スモ唯リ刑事訴訟手數料ニ至リテハ爲メニ不利益ヲ被ル者ヨリ徴收スルモノナリ但事實トシテハ被告人ノ無資力ノ場合多ク國家カ棄權スルコト少シトセス非訟事件手數料ハ費用以上ノ額ヲ徴收スルコト多ク又自ラ負擔ノ能力ニ伴フコト多キカ故ニ最モ租税ニ近ク又事實租税ニ變更スルコト多シ現時登錄税トシテ徴收セラルル租税ハ同税法發布以前ニ在テハ手數料トシテ徴收セラレタルモノナリトス行政手數料ニハ一般行政トシテ任職、試驗、檢定、免許等ニ就キ認メラルル場合多シ又特別行政トシテハ外務行政中在外領事館其他本省ニ於テ多少ノ例ナキニ非サルモ其大部ハ擧テ内務行政ニ屬セリ即チ衛生、教育、宗教等ノ事務特ニ經濟行政ニ關シテハ其種類最モ多シトス

第二章　租税

第一節　租税ノ觀念

租税トハ國家又ハ公共團體カ其經費ニ充ツルカ爲メニ私人ヨリ無償ニテ徴收スル經濟的貨財ノ一般收入ナリ故ニ其主體ハ國家又ハ公共團體ニシテ其徴收セラルルモノハ私人ナリ内國人タルト外國人タルトヲ問フ所ナシ又經濟的貨財ニ就テハ有形ノ貨財ハ固ヨリ之ヲ認ムルモ無形ノ貨財ニ至テハ學說各異ナル所アリ無形ノ經濟貨財中金錢ヲ以テ價格ヲ秤量シ得ヘキモノ例ヘハ夫役ノ如キハ地方團體カ負擔者ノ利益ヲ圖リ之カ金錢ノ負擔ニ換ヘテ勞力ヲ提供セシムルモノニシテ金錢ノ代納ヲ許スヲ原則トスルカ故ニ之ヲ租税ト見ルモ不可ナキカ如キモ（府縣制一一二條、郡制九二條、市制一〇一條、町村制一〇一條）兵役ノ如キ忠實服從ノ義務ヲ有スル勤勞ハ金錢ヲ以テ之カ價格ヲ秤量スル能ハサルカ故ニ租税ト認メサルヲ例ト爲セリ又租税ハ一般ノ收納ナルカ故ニ手數料、官業、官有財産ノ收入ノ如ク各個特別ニ報酬ノ意味ヲ以テ收納セラルル

モノニ非ス必ス一般ヲ通シテ無償ニ徴收セラルルモノナリ一般トハ必ス總テノ人ヨリ徴收ストノ意味ニ非ス租稅ノ法規ニ依リテ定メラレタル條件ニ適合スル總テノ人ヨリ徴收セラルルヲ謂フ其同一條件ノ下ニ在ル者ハ等シク徴收セラルルト共ニ其間ニ負擔力ノ均一ヲ圖ルハ租稅ノ根本主義ニシテ所謂平等ノ原則ト稱セラルルモノ即チ是ナリ

租稅ハ何カ故ニ認メラルルカ換言スレハ課稅權ノ根據ハ何レニ存スルヤ古來國家ノ觀念ノ變遷スルニ伴ヒ學說最モ多岐ニ分ルル所タリ所謂無機的國家說ノ行ハレタル時代ニ在リテハ當時民權說ノ旺盛ナルニ伴ヒ課稅權ノ根據ヲ或ハ對價說ニ採リ或ハ交換說ニ採ル等各種ノ學說輩出シタリ就中「モンテスキユー」氏ノ租稅トハ人民カ各自其財產ヲ安全ニ享有スルカ爲メ國家ノ用ニ供スル財產ノ一部ナリト云ヒ其他國家カ勤勞ヲ供シテ國民ハ之ニ換ヘテ貨幣ヲ支拂フ一種ノ交換ナリト云ヒ或ハ「ミラボー」氏ノ租稅トハ人民ノ國家ニ對シテ支拂フ保險料ナリト云ヘルカ如キ孰レモ所謂契約課稅說ニ屬スルモノニシテ利益ノ交換ヲ根底ト爲セルモノナリ近時有機的國家說盛ナルニ至リ租稅ニ關スル課稅ノ根據ハ漸次變遷シ所謂國民義務說ヲ認メ或ハ共同負擔ノ理論ヨリ主張シ或ハ單純ナル犧牲ノ觀念ヨリ主張スル等其論點ニハ幾多ノ別アルモ要スルニ國家其他ノ公共團體ハ其國ノ爲メ換言スレハ納稅者全體ノ利益ヲ圖ルカ爲メ生存スル以上ハ之ニ必要ナル費用ハ納稅者全體ヨリ納付セスンハアラス其納付ハ受クル所ノ利益ニ伴ヒ各自交換的ニ納付セラルルモノニ非スシテ其國民トシテ又其土地ニ住スルモノトシテ各自ノ負擔力ニ

比例シ其費用ヲ支拂フヘキコト學說ニ於テ大體ヲ通シ認メラルルノミナラス殊ニ立憲政體ノ發達ニ伴ヒ又事實トシテ一般國民カ承認スル所ト爲ルニ至レリ

租稅ニ就テ附言スヘキハ其用語ナリ

第一　租稅ノ主體（納稅者及ヒ負稅者）

租稅ノ主體ニハ納稅者ト負稅者トノ別アリ納稅者トハ直接租稅ヲ支拂フ者ニシテ課稅物件ノ所有者ナリ負稅者トハ其租稅ヲ負擔スル者ニシテ稅源ノ所有者ナリ所謂直接稅トハ納稅者ト負稅者ト同一ナルヘキコトヲ豫期セル租稅ニシテ間接稅トハ其相異ナルヘキヲ豫期セル租稅ナリ

第二　租稅ノ客體（課稅物件）

租稅ノ客體トハ租稅賦課ノ標準ト爲ル人、物又ハ事實ヲ謂フ普通課稅物件ト稱セラレ其課稅物件ト稅源トノ關係ヲ表示スル形式ヲ課稅ノ標準ト稱ス

第三　稅源

稅源トハ租稅ノ流出スル源ニシテ換言スレハ個人ノ收入ナリ個人ハ必ス稅本ヲ有スルヲ原則トシ稅本即チ勞力、資產、營業等ニ因リ收入ヲ得其收入カ納稅ノ源タルヘキモノナリ稅源ノ課稅物件ニ對スル關係ハ猶ホ負稅者ノ納稅者ニ對スル關係ノ如ク又相一致スルコトアリ然ラサルコトアリ

第四　租稅ノ單位（稅額及ヒ稅率）

租稅ノ單位トハ課稅物件ノ一定ノ數量ニシテ租稅ノ賦課算定ノ基礎ト爲ルモノナリ其單位ニ對スル賦課金額ヲ稅額ト謂ヒ其單位ニ對スル賦課ノ比率ヲ稅率ト謂フ從テ從價稅ノトキハ稅率ニ依ルヲ例トシテ重量稅ノトキハ稅額ニ依ルヲ例トス

第五　租稅ノ臺帳（租稅名簿、稅表）

租稅名簿トハ租稅ノ臺帳ニ依リ納稅者及ヒ其納稅額ヲ記入セル名簿ニシテ稅表トハ租稅ノ單位ニ對スル稅額、稅率ヲ記錄セル表ナリ租稅臺帳ハ租稅ノ主體客體及ヒ其負擔額ヲ算出スヘキ材料ヲ蒐錄セル帳簿ニシテ直接稅ノ多クハ臺帳ニ依ルヲ例ト爲セリ

第二節　租稅ノ原則

第一款　財政上ノ原則

財政上ノ原則トハ租稅カ國庫ニ必要ニシテ且充分ナル收入ヲ成ルヘク徵收費ヲ少タシテ確實ニ供給スヘキヲ謂フ租稅ノ收入ハ歲入ノ大部ヲ占ムルカ故ニ其收入ハ確實ニシテ且多額ナルヲ要シ而モ一面國家ノ經費ハ年ヲ逐フテ增加スルカ故ニ又歲ヲ追フテ增加セラルヘキ屈伸力ヲ有スルモノヲ可ナリトス現時租稅行政トシテハ租稅ノ種類少キヲ便ナリトスルモ到底少數ノ租稅ニ依リテ充分ナル收入ヲ期シ難キカ故ニ租稅ノ種類甚タ多ク各種ノ課稅物件ニ通シテ各人ノ納稅力ニ應シテ租稅ヲ賦課徵收スルハ租稅問題ノ第一要義タリ又成ルヘク徵收費ヲ少カラシムルハ純收入ヲ大ニスル所以ナルカ故ニ第一租稅徵收ノ優先權及ヒ之カ强制方法ヲ確保シ之カ徵收ヲ確實ニシ且其手續ハ簡易正確ヲ旨トシテ一面ニハ徵收ニ成ルヘク煩累ヲ及ホサス一方ニハ徵收法ノ省略ヲ期スヘキナリ

租稅ノ徵收法ニハ間接徵收法及ヒ直接徵收法ノ別アリ間接徵收法ハ又請負徵收法、委託徵收法ニ細別セラル請負徵收法ハ一定ノ時期ニ定額ノ收入ヲ得ルノ便アリ又殆ト徵收費ヲ要セサルヲ得ヘシ然レトモ租稅ノ徵收ニ就キ私人カ國家ト納稅者トノ間ニ立ツハ財務行政上巨額ノ請負料ヲ納メサルヘカラサルノミナラス政治問題トシテ絕對ニ拒絕セラルル所ナリ委託徵收法ハ又配付徵收法ト謂ヒ國家カ下級ノ政治團體ヲシテ定額ノ租稅ヲ納付セシメ其政團カ如何ニ配付額ニ分配セラルルヤハ之ヲ團體ニ一任セルモノナリ此方法ハ特殊ノ租稅ニ於テ其例ナキニ非サルモ現時各國ノ實狀ハ國家カ直接ニ徵收シ下級團體ヲシテ之カ補助ヲ爲サシムルヲ原則トセリ

第二款　公正ノ原則

公正ノ原則トハ租稅ノ負擔カ一般ニ且平等ニ分配セラルヘキヲ謂フ公正ナル意義ハ道德ノ觀念政治思想社會ノ現象其モノカ變遷スルニ伴ヒ又一定セサルモノナリト雖モ現時ニ於ケル公正ノ原則トハ國家ノ領土內ニ於ケル人民ハ一般ニ租稅負擔ノ義務ヲ有シ且其負擔ハ各自ノ納稅力ニ比例シテ分配セラルヘキヲ謂フ租稅ノ負擔カ一般ナルヘシトノ原則ハ其自然人タルト法人タ

ルト將タ內國人タルト外國人タルトヲ別タス其負擔ノ普及セラルヘキヲ謂フ古代ニ在リテハ貴族、僧侶等納稅力ノ大ナル階級カ租稅ノ負擔ヲ逋レタルカ爲メ延テ幾多政治上ノ擾亂ヲ來シタリ次ニ一般ノ原則ハ稅源ニ對シテ行ハレ結局各自ノ納稅力ニ比例スヘキコトヲ要ス即チ平等ノ原則ト稱セラルルモノニシテ所謂稅率ト負擔力トノ問題即チ累進稅ト比例稅トノ問題、稅源ノ種別、負擔力ニ對スル制限、課稅ノ重複及ヒ減免其他幾多ノ事項ハ皆本原則ニ伴フ問題ニシテ要ハ各納稅者ヲシテ同一ノ苦痛ノ程度ニ於テ負擔ヲ分配セントスルニ外ナラサルナリ

第三款　經濟上ノ原則

經濟上ノ原則トハ租稅ノ賦課徵收ニ因リ經濟上ノ損害ヲ生セシメサルヲ謂フ第一ニ賦課徵收手續ノ正確簡易ナルト否トハ延テ國民ノ經濟上其影響少シトセス次ニ或租稅ノ設定、廢止又ハ之カ稅率ノ高低ハ之ニ關聯スヘキ事業ニ重大ナル變化ヲ來スコトアリ各種ノ消費稅、輸出入稅、營業稅等ニ在リテハ當ニ其租稅收入ニ異大ノ變化ヲ來スヘキノミナラス其事業ヲ根底ヨリ破壞スルコトアリ此等ハ政府ノ經濟政策上平等ノ原則ヲ離レテ特ニ租稅ヲ輕クシ場合ニ由リテハ戻稅其他特殊ノ補助ヲ與ヘ其事業ノ奬勵ヲ圖ルコトアリ次ニ經濟上ノ原則トシテハ租稅ハ所得ヨリ徵收シ財產ニ及ホササルコトニ注意セスンハアラス所得ハ廣義ニ解釋スルトキハ純所得ト生產費ヲ包含スルモノナリ其純所得ノ一部ヲ以テ生計ヲ維持シ其殘餘ハ自由所得トシテ或ハ貯蓄セラレ或ハ消費セラル故ニ租稅ノ賦課重キニ失シ其自由所得ノ全部ヲ犯スニ至レハ租稅ハ既ニ忌ムヘキ狀態ニ在ルモノニシテ必ス自由所得中多少ノ貯蓄ノ途ヲ與ヘ財產增進ノ希望ヲ認メスンハアラス產業ノ發達ハ之ヲ期スルコト能ハサルヘシ

第三節　租稅ノ分類

第一　國內稅及ヒ國境稅

課稅物件ノ徵收セラルヘキ地位及ヒ其移轉セラルル地域ヲ標準トスルトキハ國內稅及ヒ國境稅ノ二種ニ分類スルコトヲ得ヘシ國內稅トハ課稅物件カ內外國間ニ移轉スルコトヲ條件トセサルモノニシテ又別レテ國稅及ヒ地方稅ノ二種トス二者區別ノ標準ハ賦課徵收ノ地域ヲ標準ト爲スト其徵收シタル收入ノ支出セラルル地域ヲ標準ト爲スト又二者ノ標準ヲ併セ標準ト爲ストノ別アリ國境稅トハ內外國間ニ課稅物件ノ移轉スルヲ條件トシ又關稅ト謂フ此租稅ノ特徵ハ租稅公正ノ原則ニ依ルノ外經濟政策上ノ方針ト財政上ノ收入政策トヲ參酌シ課稅ノ種目及ヒ稅率ニ多大ノ斟酌ヲ加フルニ在リ其課稅物件カ單ニ內外國間ニ移轉スル場合ニハ輸出入稅ト謂ヒ單ニ自國ヲ通過シテ第三國ニ輸入セラルル場合ハ通過稅ト謂フ現時一般ニ關稅トシテハ粗製品又ハ原料品ノ輸入ニハ輕稅ヲ課シ精製品ノ輸入ニハ重稅ヲ課シ輸出稅ハ之ヲ賦課セサルヲ例ト爲スモノノ如シ

第二　直接稅間接稅

租稅負擔ノ所在ヲ標準トスルトキハ直接稅及ヒ間接稅ノ二種ニ分類スルコトヲ得ヘシ此ノ分類ハ租稅問題中理論實際ヲ通シテ最モ議論多キモノニシテ時ト處トニ依リ其間ニ幾多ノ變遷ヲ來セリ所謂地租單一稅ノ時代ニ在リテハ單稅論者ハ地租ノミヲ直接稅ト爲シ其他ハ擧テ間接稅ト看做セリ其他財產ノ取得ニ基キテ徵收スルモノヲ直接稅トナシ財產ノ消費ニ基キテ徵收スルヲ間接稅ト論シタルカ如キ或ハ財產ノ減少カ直接ナルト間接ナルトニ依リテ其消費及ヒ移轉ニ出ツルモノヲ間接稅ナリト論シ或ハ租稅ノ負擔力カ納稅力ニ比率ヲ保ツヤ否ヤヲ標準トナス等幾多ノ學說ナキニアラサルモ要スルニ直接稅トハ租稅ノ性質カ負擔ノ轉嫁ヲナササルモノニシテ間接稅トハ其性質上轉嫁スヘキモノナリ二者其性質上轉嫁又ハ不轉嫁ヲ立法者ニ依テ豫期セラレ租稅立法上租稅公平ノ原則ヲ適用スル上ニ於テ重要ナル問題タリ固ヨリ事實ニ於テハ必スシモ其本來ノ性質ハ立法者ノ豫期スル所ニ一致セサルコト少シトセサレトモ此ノ如キハ單ニ結果カ豫期ニ反セリト云フニ止マリ二者ノ性質ヲ輕重スルモノニアラス尙ホ又二者ノ區別ハ租稅行政ノ側ヨリ觀レハ直接稅ハ法規ノ定ムル所ニ從ヒ其負擔者カ一定ノ時期、一定ノ場所ニ於テ指定ノ額ヲ納付シ間接稅ハ仲介者ニ依リテ國庫ニ納付セラレ實際ノ負擔者ハ各自便宜ナリト信スル時ト處トニ於テ任意ノ額ヲ支拂フヲ原則トナスモノナルカ故ニ租稅行政上ノ分類タル臺帳稅ト定率稅トハ大體ニ於テ直接稅ト間接稅ト相類似スルモノナリトス

第四節　租稅ノ負擔

第一款　課稅ノ重複

租稅ハ一般ノ原則ニ依リ納稅力ヲ有スル人民ニ對シテハ之ヲ漏スコトナキヲ力ムルト同時ニ一面同一人ニ對シテ課稅ノ重複ヲ生スルコトアリ但國稅トシテ賦課徵收セラルル租稅ニ對シテ地方團體カ或ハ附加稅トシテ或ハ特別稅トシテ再ヒ之ニ賦課徵收ヲナストキノ如キハ單ニ形式ニ於テ重複スルモノニシテ其重複セラルルコトカ立法看ニ於テ豫期セラルルモノナリ實質上ノ重複ハ一國內ニ於テヨリモ國際關係ニ於テ發生スルコト多シ國內ニ於ケル課稅ノ重複ハ稅法ノ改正ニ依テ直チニ之ヲ匡救スルコトヲ得ヘキモ國際上ノ課稅ノ重複ハ國際稅法未タ一定セサルカ爲メ同一ノ財源カ其本國及ヒ現住國ニ於テ或ハ同時ニ課稅ノ重複ヲ受ケ又時ニ何レヨリモ賦課ヲ免ルルナキヲ保セス「スタイン」氏カ國際稅法ノ必要ヲ主張シテヨリ現時學說上ニ於テハ其多クハ土地家屋資本營業等ヨリ生スル利益ハ其財源ノ存在スル國ニ於テ課稅セラレ分頭稅、所得稅、消費稅、移轉稅ノ如キハ其居住スル國又ハ消費移轉ノ行ハレタル國ニ於テ課稅スヘシト云フニ一致セリ勿論我國ヲ標準トシテ論スルトキハ外國人ト雖モ本邦內ニ稅本ヲ有スルトキハ之ニ對スル賦課ヲナスヘク之ト反對ニ內國人カ外國內ニ稅本ヲ有スルトキハ之ヲ賦課スルコトナキモ後者ハ其稅率ノ多少ニ依リ其差額ハ資本ノ移轉ヲ惹起スヘキヲ以テ各國之ニ對シテ多

少ノ規定ヲ設クルアリ普漏西ノ如キハ外國ニ於テ課稅セラルルトキハ自國ニ於テ之ヲ免除スルコトヲ規定シ伊太利ノ如キハ尙ホ進テ外國ニ於ケル課稅ノ率低キトキハ本邦ニ於テ之カ租稅ヲ賦課スヘキ旨ヲ規定セリ

第二款　課稅ノ免減

國際間ニ於テ消極的ニ課稅ヲ免ルルコトアレハ國內ニ於テモ亦負擔力アル者ニ對シ事實賦課ヲナササル場合少シトセス而シテ次ノ如キ場合ニアリテハ法律ハ既ニ認メタル條件ニ適合セルニ拘ハラス特ニ之カ課稅ヲ免除スルコトアリ

第一、政治上ノ理由ニ基クモノニシテ皇族、外國公使等ノ所得及ヒ財產ニ對シテハ各國ノ歷史上ノ沿革ニ依リ其租稅ノ種類及ヒ其免除者ノ範圍ニ就テ多少ノ別アルモ一般ニ賦課セサルヲ例トセリ

第二　公益上ノ理由ニ基クモノニシテ其事業ノ保護奬勵其他公益上ノ理由ニ依リ特ニ負擔ノ免除ヲ認ムルコトアリ例ヘハ恩給公益法人ノ所得扶養料ニ對スル所得稅ノ免除、公共用土地家屋、學校、病院、寺院等ニ對スル地租、家屋稅、登錄稅ノ免除ノ如キ皆此類ナリ

第三　經濟政策上ノ理由ニ基クモノニシテ農商工業ノ保護奬勵上之カ負擔ヲ免除スルモノニシテ例ヘハ開墾地ニ地租ヲ免除シ或種類ノ所得又ハ營業ニ對シ所得稅、營業稅ヲ免除シ其他關稅、消費稅等ニ於テ其物件ノ性質ト目的ノ如何トニ依リ之カ免稅ヲナスカ如キ皆此例ナリ

以上事實上ノ免除ニ對シテ名義上ノ免除ト認ムヘキモノアリ例ヘハ課稅會社ノ配當金、課稅製品ノ原料ニ對スル消費稅等ヲ免除スル類ニシテ事實課稅ノ重複ヲ避クルカ爲メニ外ナラス又小所得小營業ニ對シ所得稅、營業稅ノ免除ヲ爲スハ或程度マテハ前述第三ノ趣旨ニ出ツルモ亦或程度マテハ免除ニアラスシテ事實負擔力ナキニ出ツルモノナリ又別ニ想像上ノ免除アリ官有財產、官業其他行政事務ニ伴フ地租、營業稅、家屋稅、登錄稅、印紙稅、關稅等ノ免除ノ如キ之等ハ納稅者カ同時ニ徵稅者ニシテ共ニ同一ノ國庫タルカ故ニ國庫ノ計算上課稅ノ手續ヲ省略セルモノニシテ想像上ノ免除ニ屬セリ

第三款　比例稅及ヒ累進稅

累進稅トハ所得ノ增加率ニ對シ納稅力ノ增加率ヲ大ニシテ收入ノ增加率ハ支出ノ增加率ニ比シテ小ナルカ故ニ租稅中等ノ原則ト一般社會政策主義トヲ加味シテ納稅力ノ大ナルニ伴ヒ之カ稅率ヲ累進セシムル租稅ナリ貨財ノ效用ハ其分量ノ增加スルニ從ヒ之カ減少ヲ來スモノニシテ所得額モ亦其增加ニ從ヒ效用ノ程度ヲ減スルモノナリ故ニ所得ノ分量ヲ增加スルニ從ヒ其所得ノ一部ヲ納稅スル苦痛ハ益益減少スヘキヲ以テ之ニ同一ノ苦痛ヲ與ヘンニハ其遞加スル所ノ自由所得ニ對シ又遞加スル所ノ稅率ヲ以テセスンハアラス

累進稅ニ對シテハ幾多ノ非難アルモ累進稅ハ必スシモ無限ニ稅率ヲ增スモノニアラス其稅法ノ規定如何ニ依テ其非難ヲ免レ得ヘク今日ニ在リテハ累進稅ノ適用シ得ヘキモノ即チ所得稅、相續稅等ニ至リテハ殆ト學說實際ヲ通シテ非難ノ聲ヲ聞カス稅率ノ步合ハ固ヨリ一定ノ比率ヲ以テ進ミ難キノミナラス恰モ或所得以下ニ就テ之カ免除ヲナスト同シク又或所得以上ニ至テハ稅率ノ累進ヲ停止スヘキモノナリトス故ニ又其最高率ヨリ見テ累進稅ト稱スルコトアリ累進稅トシテハ課稅物件ニ累進セル例アルモ其稅率ニ依ルヲ原則トシ又其稅率ハ課稅物件ノ增加ニ伴ヒ其總額ニ賦課スル場合ト其增加セル部分ニ對シテノミ各相當累進稅率ヲ課スルノ別アリ後者ハ理論ニ於テ前者ニ勝ルモ租稅行政ノ手續ヲ避クルカ爲メ我國ノ所得稅法ノ如キ前者ニ依レリ

第四款　負擔ノ歸著

納稅者カ租稅ノ納付ニ因リテ受ケタル負擔ハ或ハ納稅者自身ニ歸著スルコトアリ或ハ之ヲ他人ニ轉嫁シテ他人ノ手ニ歸著スルコトアリ或ハ其一部ヲ轉嫁シテ納稅者及ヒ第三者カ之ヲ分擔シ各自ノ下ニ歸著スルコトアリ歸著シタル負擔カ其負擔ノ苦痛ヲ除却シタルトキハ之ヲ負擔ノ消滅ト謂フ故ニ其歸著及ヒ消滅ニハ全部ノ場合ト一部ノ場合トアリ今實例ヲ擧クレハ納稅者カ十圓ノ納稅ヲ爲シタルニヨリ自己ノ利益ヨリ十圓ヲ減セラレタル場合ニハ納稅者ニ歸著セルモノニシテ若シ其商品ノ價格ヲ高メ結局自己ノ利益ニ消長ナキトキハ其十圓ハ其商品ノ購買者ニ轉嫁セラレタルモノナリ又納稅者カ一面ニハ在來ノ價格ニ變更ヲ來スコトナク其生產費ノ節約ニ因リテ負擔ヲ免レタルトキハ負擔ハ消滅セラレタルモノナリ又假令價格ニ變更ナキモ其商品ノ品質又ハ分量ヲ下スコトニ因リテ負擔ヲ逃レタルトキハ購買者ニ品質又ハ分量ノ低下ニヨリ負擔カ轉嫁セラレタルニ外ナラサルナリ

負擔ノ歸著ニハ豫期ノ歸著ト豫期セサル歸著トアリ負擔ノ轉嫁ニハ亦前轉及ヒ後轉ノ別アリ租稅カ供給者ヨリ需用者、販賣者ヨリ消費者、生產者ヨリ販賣者ニ轉嫁スルカ如キハ前轉ニシテ又順轉ト稱セラルヽ之ニ反スル場合ハ後轉ニシテ又迴轉ト稱セラル二者又各豫期セル場合ト豫期セサル場合トアリ

負擔ノ轉嫁ニハ事實絕對ノ轉嫁ハ稀ナリトス轉嫁ハ時期ノ經過スルト轉嫁ノ複雜ナルトニ伴ヒ漸次廣ク分擔セラルルニ至ルモノニシテ之ヲ負擔ノ波及ト謂フ尙ホ負擔ノ轉嫁ニシテ其複雜トナル主タル原因ハ納稅ノ時期ト轉嫁ノ時期トノ期間ナリ今納稅者カ一時ニ千圓ヲ納付セルトキハ其千圓カ轉嫁セラルルモ其前拂シタル千圓ニ對シテハ常ニ其一部ノ轉嫁ニ付テ轉嫁セラレタル時期マテノ期間ニ於ケル利息ノ損失ヲ問題ノ中ニ入ルルコトヲ要スルモノナリトス

負擔轉嫁ノ理論ニ付テハ學說比較的少ク特ニ紹介スヘキモノナシ然レトモ經濟現象ハ要スルニ負擔ノ苦痛ヲ免ルルニアルカ故ニ負擔轉嫁ノ問題ハ第一負擔ヲ免レントスル動念第二負擔ヲ除

去セントスル實力ニ歸著セスンハアラス負擔除却ノ動念ハ又(甲)負擔ノ輕重及ヒ不公平ニ對スル主觀的感覺(乙)負擔ノ伴ヘル欲望ヲ滿足セントスル願望ノ二者ニヨリテ消長セラルルモノナリ(甲)ハ常ニ稅率ノ輕重賦課徵收ノ方法等ニヨリ變化セラルルモノニシテ(乙)ハ習慣カ其欲望ニヨリテ受クル利益ノ多少及ヒ之ヲ廢止スル難易其欲望ニ代ハルヘキ他ノ欲望ノ有無及ヒ之カ滿足ノ難易ニヨリテ增減セラルルモノナリ負擔ヲ免レントスル實力ニ付テハ富者カ貧者ニ勝チ强者カ弱者ヲ制スルハ一般ノ通則ニシテ近時各國ハ一般行政ニ社會政策主義ヲ加味シ其間ノ不公平ヲ除却セントスルモ事實其目的ヲ達スルニ難シトセルハ一般ノ認ムル所ナリ

第五節　租稅制度

第一款　單稅及ヒ複稅

古代ニ在リテハ租稅ト看做スヘキモノ甚タ尠カリシカ中世ニ至リテ租稅ノ種類著シク增加シ雜多ナル各種ノ租稅ハ煩雜ナル手續ニ依リテ賦課徵收セラレ特ニ不公平ヲ極メタルカ故ニ「ボーダン」ヲ初メ幾多政治家學者ノ批難ヲ來シタルコトハ前ニ財政學史ノ下ニ述ヘタル所ノ如シ所謂單稅論者ナルモノハ當時ノ租稅制度ニ對スル改良手段トシテ主張セラレタルモノニシテ「ボーダン」氏ノ十分ノ一稅論「ロック」氏ノ土地生產物單稅論等相繼テ出テ遂ニ重農學派ノ地租單一稅論ヲ見ルニ至レリ其後或ハ動產單稅論固定資本單稅論所得單稅論財產單稅論等各種ノ學說ヲ生セリ若シ事實實行シ得ヘキモノナランニハ單稅論ハ理論トシテ最モ可ナルヘキモ所得又ハ財產單一稅ノ外ハ皆一部ノ階級ニ止マルカ故ニ之カ一般平等ヲ缺キ又所得財產等ノ單一稅ニ依レハ一般ノ負擔力アル者ヲ網羅シ得ルモ而カモ各人ニ付テ其所得又ハ財產ヲ正確ニ且簡易ニ調査スルハ殆ト不能ニ屬シ結局ハ所得單一稅モ其內容ハ幾多ノ特別所得稅ヲ含ミ財產單一稅モ亦其實幾多特別ノ財產稅ヲ含ムノ外ナキモノナリトス租稅ノ種類カ少クシテ而カモ十分ナル收入ヲ一般平等ニ確保シ得ヘシトスレハ理想ニ於テ可ナリト雖モ現時ニ在リテハ租稅制度ハ複雜ナルヘカラサルト同時ニ秩序アリ組織アル複稅ニ依ルヲ第一義ト爲スヘキナリ現時多數ノ財政學者ハ租稅制度トシテ幾多ノ理想ニヨル租稅系統ヲ示セルモ皆其間ニ多少ノ缺點ナキ能ハス茲ニ最モ多數ノ學者カ比較的良好ナリト認ムル「ワグネル」氏ノ分類ヲ擧ケテ參考ニ供スヘシ

アドルフ、ワグネル(Adolph, wagner)氏ノ分類

(1) 收得課稅
- 收益課稅
  - 對物課稅
  - 對人課稅
- 行爲課稅

一般所得課稅

(2) 所有課稅（財產稅）

(3)

消費課稅
- 國內消費課稅
  - 使用課稅
    - 飲料課稅
  - 享樂課稅
  - 住居課稅
  - 奢侈課稅
- 關稅
  - 通過課稅
  - 輸出課稅
  - 輸入課稅

第二款　國稅及ヒ地方稅

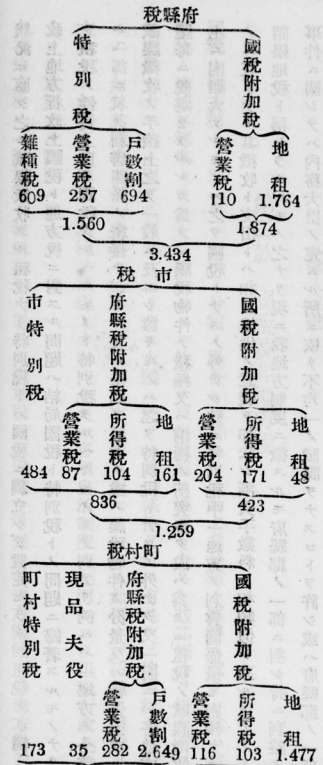
國稅ト地方稅トノ別ハ先ニ租稅ノ分類ノ場合ニ一言セルカ如ク其分類ノ標準ニ就テハ或ハ賦課徵收ノ地域ヲ標準トナスト其徵收シタル收入ノ支出地域ヲ標準トナスト其二條件ヲ併セ有スルヲ標準トナストノ別アリ我邦ニ在リテモ大體ニ於テハ其二條件ヲ併セ有スルヲ地方稅ト見做スモノノ如シ其標準トスル分界ハ必スシモ重要ナル問題ニ屬セサレトモ如何ナル種類ノ租稅ヲ地方稅トシ如何ナル種類ノ租稅ヲ國稅トナスヘキヤハ各國自治制度ノ如何ニヨリ租稅行政ノ必要上ヨリ重要ナル問題ニ屬セリ

由來地方稅ニハ附加稅ト特別稅トノ別アリ附加稅ハト國稅ニ準據シ各地方團體カ各地方財政ノ

狀況ニ應シ之ニ賦課徵收スル租稅ナリ特別稅トハ國稅ニ獨立シテ設定セラルル租稅ナリ隨テ財政上地方行政上國稅ト地方稅ニ對スル問題ハ結局國稅ト特別稅トノ問題ニ歸著スルモノナリ隨テ租稅ノ性質上自ラ國稅タルヘキモノト特別稅タルヘキモノトノ別アリ例ヘハ一地方ノ全部又ハ一部ニ就テ利害關係ノ密接ナルモノ又ハ全國ヲ通シテ或ハ課稅物件ノ分量又ハ性質上或ハ其賦課徵收ノ手續上之ヲ一般ニ及ホシ難キモノハ之ヲ特別稅トナスノ外ナク又一面ニハ各地方團體每ニ設定セラルルカ爲メニ課稅物件ノ積極又ハ消極ノ衝突多ク或ハ爲メニ租稅ノ賦課徵收ノ上ニ困難大ナルモノハ之ヲ國稅トナスノ外ナシ殊ニ特別稅中一地方ノ利害關係最モ密接ナルモノニ在リテハ其徵收ト支出トハ相互提供ノ意義ヲ加味シ漸次手數料ト相類似シ來ルモノアリ所謂限地稅ト稱セラルルモノ之ナリ現ニ我地方制度ニ徵スルモ府縣郡ノ一部ニ對シ特ニ利益アル事件ニ關シテハ內務大臣ノ定ムル所ニ依リ不均一ノ賦課ヲナスコトヲ許シ或ハ府縣郡ノ一部ノ地一部ノ公共團體一部ノ納稅者ニ對シ夫役及ヒ現品ノ賦課ヲナスコトヲ許シ又國稅縣稅ノ附加稅ハ府縣郡參事會ノ許可ヲ條件トシテ不均一ノ稅率ヲ以テ徵取スルコトヲ許シ殊ニ市町村ニ於テ數個人ノ專ラ使用スル營造物アルトキハ其修築及ヒ保存ノ費用ハ之ヲ其關係者ニ賦課シ又市町村ノ一部ニ於テ專ラ使用スル營造物アルトキハ其部內ニ住居シ若クハ滯在シ又ハ土地家屋ヲ所有シ或ハ行商或ハ營業ヲナス者ニ於テ其修築及ヒ保存ノ費用ヲ分擔スルコトヲ認ムル等所謂負擔租稅ト稱セラルルモノハ特別稅ノ最モ極端ナルモノトス

現時地方財政ハ人口ノ增加ト地方經濟ノ發達ニ加フルニ漸次分權主義ニ依リテ地方行政ノ事務增加セラルルニ由リ各國皆地方財政ノ急激ナル增進ヲ見ルモノノ如シ我國ニ在リテモ明治二十四年度ト明治三十七年度トヲ比較スルトキハ府縣ノ支出ハ二千百二十餘萬圓ヨリ四千六百八十萬圓ニ市費ハ二百四十餘萬圓ヨリ二千六百五十二萬圓ニ町村費ハ二千百五十九萬圓ヨリ七千百三萬圓ニ增加セリ內附加稅ト特別稅ノ內譯ヲ示セハ次ノ如シ

明治三十七年度（單位ヲ萬圓トス）



附加稅ニハ國稅ノ種類ノミニ就テ制限ヲ加フルモノアリ尙ホ別ニ賦課スヘキ稅率ノ步合ノ最高限度ヲ制限スルモノアリ又特別稅ニ於テモ其稅目ノ選定及ヒ稅額ノ決定ニ對シ制限ヲ加ヘサルモノアリ又其全部或ハ一部ニ就キ許可其他ノ條件ヲ附加スルモノアリ我國ノ實例ハ附加稅ニ於テ其種類ヲ地租、營業稅、所得稅ノ三種ニ制限シ且其賦課セラルヘキ稅率ノ最高限度ヲ定メ制限外ノ賦課ヲ特別ノ規定ニ依ルモノノ外監督官廳ノ許可ヲ條件トセリ特別稅ハ府縣稅ニ在リテハ戶數割、營業稅及ヒ雜種稅ノ三種トス營業稅ニハ商工業ノ二種雜種稅ニハ十四ノ種目ヲ列擧シ其以外ノ種目ニ課稅セントスルトキハ政府ノ許可ヲ條件トセリ市町村稅ハ賦課スヘキ租稅ハ國稅及ヒ府縣稅トシ特別稅ニ關スル規定ハ市又ハ町村條例ニ規定スルコトヲ要シ此等條例ノ設定改正特別稅ノ新設變更等ハ中央官廳ノ許可ヲ條件トセリ

第六節　租稅各論

第一款　總論

租稅ヲ組織アリ秩序アル系統ノ下ニ分類スルトキハ學者各其說ク所ニヨリ歸一スル所ヲ知ラス然レトモ大體ニ於テハ「ワグナー」氏ノ說ニ依レルコト單稅及ヒ複稅ノ下ニ於テ述ヘタル所ノ如シ即チ所得及ヒ財產カ收得セラレタル場合、所得及ヒ財產カ所有セラレタル場合及ヒ所得財產カ使用セラルル場合ニ賦課スルモノナリ

所謂收得課稅ハ其間ニ自働ト他動ノ別アリ其自働的ニ所得セラルル場合ニ其收得カ繼續セラルルト否トノ區別アリ繼續的ノ收得稅ニハ又對人ト對物ノ別アリ租稅中直接稅ノ大部ハ收得稅ニ屬スルモノニシテ所謂所有稅ニ至リテハ其實質ハ收得稅ト同一ナル場合多ク其見地ノ如何ニヨリテハ特ニ之カ必要ヲ認ムルコトナシ使用稅ハ又一般ノ場合ト特別ノ場合トアリ特別消費稅ハ主トシテ商品ノ消費ニシテ民業ノ場合ニハ或ハ製造者ヨリ或ハ中介ノ商人ヨリ或ハ直接消費者ヨリ徵收スルコトアリ其生產稅ト云ヒ或ハ運送稅ト稱セラルルハ其徵收スル時カ生產ノ場合ナルカ移轉ノ場合ナルカニ由ルニ外ナラス此ニハ大體上述ノ分類ニ基キ特ニ我邦ニ於ケル重ナル各種ノ租稅ニ就キ述フル所アルヘシ今參考トシテ明治四十年度ノ豫算ニ於ケル租稅及ヒ實質上租稅ト認ムヘキモノノ經常收入ノ全部ニ對スル步合及ヒ各豫算額ヲ示セハ次ノ如シ

租稅	二六、九八八萬圓
印紙收入	一、七九二萬圓
專賣收入	五、九〇四萬圓
經常收入總額	四二、三九九萬圓

即チ租稅印紙收入及ヒ專賣收入ヲ合計スルトキハ三億四千六百八十四萬圓ニ上リ經常收入總額ニ對シ正ニ八割强ノ多キヲ占ムルヲ見ルヘシ

- 收得稅
  - 繼續的收得
    - 對人稅　所得稅　二、三二二萬圓
    - 對物稅
      - 地租　八、五六三萬圓
      - 營業稅　一、九六二萬圓
      - 賣藥稅　一九萬圓
      - 鑛業稅　一七一萬圓
  - 偶生的相續稅　一二四萬圓
  - 個別的收得
    - 取引所稅　一九七萬圓
    - 兌換銀行券發行稅　一〇五萬圓
    - 通行稅　二二一萬圓
    - 印紙收入　一、七九二萬圓
- 專賣收入
  - 使用稅
    - 生產稅
      - 酒稅　六、五四五萬圓
      - 醬油稅　三九三萬圓
      - 砂糖稅　一、一一二萬圓
      - 織物稅　一、五八二萬圓
    - 移轉稅
      - 關稅　三、六一七萬圓
      - 噸稅　四七萬圓
  - 煙草　三、〇六九萬圓
  - 鹽　二、七三六萬圓
  - 樟腦　九六萬圓

第二款　所得稅

所得稅トハ收入ノ總額ニ對シ其收入ヲ得ル者全般ニ通シテ賦課スル所ノ租稅ヲ云フ直接稅ハ地租營業稅家屋稅其他孰レモ地主家主又ハ營業者等一部ノ階級ニ限リテ賦課セラルルニ反シ所得稅ハ其純收入ヲ得ル總テノ階級ニ通シテ賦課セラルルモノナリ稅租ノ沿革上所得稅ノ前身ト見ルヘキモノハ財產稅ナリ財產稅ハ羅馬時代ヨリ各國ニ行ハレタルモノナリト雖モ單ニ財產ヨリ得ル所ノ收入ノミニ賦課シ勤勞ヨリ得ル所ノ收入ハ之ヲ包含セサルノ缺點アリタリ所得稅ハ千七百九十八年英國ニ於テ新設セラレテヨリ近時各國ヲ通シテ租稅ノ重ナルモノトシテ廣ク認メラルルニ至レル所得稅ハ其特長トシテ所謂地主家主營業者等以外ノ階級ヲ網羅スルカ故ニ所謂「スタイン」ノ補充稅ト稱セラルル長所アリ又其負擔力一般ニ且平等ニ行ハレ得ルノミナラス國民經濟ノ膨脹ニ伴ヒ巨大ノ伸縮力ヲ有スルモノナリ但其課稅ハ所得稅ノ制度如何ニヨリ地主其他ノ階級ニ對シテハ課稅ノ重複ヲ來スノ嫌アリ固ヨリ被稅者ノ範圍ト稅率ノ如何ニヨルモノナレハ或ハ特ニ此等ノ重複ヲ避クル爲メ孰レカ一方ニ於テノミ此カ賦課ヲナスコトアリ或ハ國ニ依リテ勤勞ノ收入ニ對シテハ財產ノ收入ニ比シ其稅率ヲ輕減スルモノアリ又財產收入ハ繼續シテ且確實ナルノミナラス財產ノ所有者ハ一面勤勞ヲナシ得ルカ故假令租稅ノ重複ヲ來スモ之ヲ永續シ難ク且不確實ナル勤勞ノ收入ニ對シテハ權衡ヲ失スルモノニ非ストナセルモノアリ

雜錄

○來ル本月二十六日午前九時ヨリ本大學ニ於テ清國留學生法政速政科法律部、政治部第五回卒業證書授與式擧行ノ筈又同日午後二時本大學校友會大會及ヒ東京支部春期總會ヲ府下目黑大日本麥酒株式會社内ニ於テ開催ノ筈

○大審院判例要旨

○不動產所有者ニ對スル人權ノ訴　民事訴訟法第二十三條第二項ニハ不動產上ノ裁判籍ニ於テハ不動產ノ所有者若クハ占有者ニ對スル人權ノ訴ヲ起スコトヲ得トアリ所謂不動產ノ所有者ニ對スル人權ノ訴トハ不動產ノ所有者ヲ其資格ニ於テ被告ト爲シ之ニ對スル債權ノ訴ノ意ナルコトハ右法文ノ解釋上毫モ疑ヲ容レス故ニ土地ノ所有者ニ對スル雨水疏通妨害排除ノ訴等ノ如キハ右規定ニ依リ不動產タル土地ノ裁判籍ニ提起スルコトヲ得ルモ本件ハ收用審査會ノ補償額決定ニ不服ヲ唱ヘ土地收用法ノ規定ニ從ヒ起業者ノ承繼人タル被上告人ニ對シ起業者タル資格ニ於テ上告人主張ノ補償額ヲ承認セシメ且之ニ對シ其辨濟ヲ求メントスル訴ニシテ被上告人ヲ土地ノ所有者ナリトシ其資格ニ於テ之ヲ被告トスル者ニアラス故ニ本件ノ訴ハ

前顯民事訴訟法第二十三條第二項ノ規定ニ該當セサルモノトス（明治四十一年(オ)第三六號同三月二日第二民事部判決）

梅法學博士主筆

法學志林

第十卷　第三號　三月二十日發行

毎月一回廿日發行
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

（第百三號）

◎志林

代位ノ性質　法學博士　岡松參太郎
永久無限ナル地上權ノ設定　法學博士　横田秀雄
法人ノ刑事責任ト其代表者ノ刑事責任　法學士　牧野英一
最近判例批評　法學博士　梅謙次郎
民法三題（梅法學博士、岡松法學博士、横田法學博士）
商法三題（和仁法學士、加藤法學博士）
刑法二題（牧野法學士、泉二法學士）
民訴二題（板倉法學士）
行政一題（島村法學士）

◎法疑錄典

獨逸國ノ司法官採用試驗　法學士　吾孫子勝

◎散判錄

大審院判決例　二十五件

◎雜例報

〇補闕選擧ニ關スル一問題〇未成年者飲酒禁止法案〇商科大學設置ノ建議〇徵兵事務條例中改正ノ請願〇藤中佐ノ問題〇新法學博士〇法官送迎會〇在監囚徒及刑事被告人〇韓國司法官及法典調査局職員〇校友會滿洲支部春季總會〇校友會滿洲支部役員〇討論會〇民法擔任講師ノ交替〇鈴木講師ノ歸朝〇校友東京ノ渡米〇法政大學校友茶話會〇十日會〇十日會遠足會〇校友異動〇寄贈書目〇校友住所異動

◎記事

發行所　東京市麴町區富士見町六丁目十六番地　法政大學

校外生規則摘要

一　十个月以上本大學ノ校外生タル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス

一　講義錄ノ講習ヲ終リタル者ハ校外生修業證書ヲ請求スルコトヲ得但手數料金貳拾錢ヲ納ムヘシ

校外生月謝ハ左ノ如シ

一个月分	各學年　金四拾錢	全學年　金壹圓
六个月分	各學年　金貳圓三拾錢	全學年　金五圓五拾錢
一个年分	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錄ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領收證ヲ交付セス若シ相當ノ日時ヲ過キテ講義錄ノ到達セサルトキハ其旨本大學ニ通知スヘシ

一　校外生ハ講義錄中ニ疑義アルトキハ講義錄ノ番號、科目、頁數及ヒ疑問ノ要點ヲ記載シ本大學編輯局ヘ宛テ郵送スヘシ

一　質疑通信ノ文意解シ難キモノ主旨明瞭ニシテ解答ヲ要セストシムルモノハ解答ヲ付セス

一　質疑中有益ト認ムルモノハ之ニ解答ヲ付シ法學志林又ハ講義錄ニ登載スヘシ

◎注意

振替貯金ヲ以テ月謝ヲ納付セラル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』

明治四十一年四月十九日印刷
明治四十一年四月二十日發行
（定價金五十錢）

東京市牛込區牛込北町十番地
編輯兼發行者　萩原敬之

東京市四谷區四谷左門町五十八番地
印刷者　重利俊夫

東京市赤坂區新町五丁目四十二番地
印刷所　金子活版所

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地
發行所　私立法政大學
（電話番町一七四番）