慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	判例
Sub Title	判例 (民事法・刑事法・特別法)
Author	
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1937
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.16, No.2 (1937. 6) ,p.183- 203
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	季報
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19370630-0183

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

判例

注意　特に明記せざるものは大審院判例集に依る。從つて單に卷數及び頁數のみを記したるものは右判例集の卷數及び頁數なり

民事法

(33) 强迫に因る意思表示

(昭、一一、(オ)一二五〇號、同、一一、二、二一、大、民、四、判決、破毀差戻、一五卷二三號、二〇七二頁)

强迫に因る意思表示は、强迫者が相手方をして或る意思表示を爲さしめる爲、不法に害惡を通知し相手方が之に畏怖した結果、爲した意思表示であることを要する。例へば甲が丙等の面前に於て乙が實在せざる土地を擔保として金借したと難詰し乙を告訴すると迫つた結果丙は先に乙振出しの手形に裏書してあつた爲め恐れて、告訴を爲さしめざる代償として前記債務を擔保する意味で自己宛手形を振出し丙をして甲に裏書讓渡せしめた。此の場合の手形行爲は從つて强迫に因る意思表示ではない。(民九六)

(34) 建物移轉補償料給與通知と留置權

(昭、一一、(オ)一三四二號、同、一一、一一、二六、大、民、一判決、棄却、一五卷二三號二〇九一頁)

公共團體の道路改修工事の用地と決定せられた土地の上に建物を有する者が、右公共團體から一定額の建物移轉補償料を給與せられるべき旨の通知を受けたときは、右の通知は契約の申込の性質を有するから、之に對する承諾があつて且右家屋移轉が完了しなければ移轉補償料を支拂ふべき義務が發生しないのは勿論であるが、之が應諾の意思表示をなす前と雖も實驗則上右通知當時に於て家屋移轉完了の上は補償金の拂渡を受ける權利を有すべき所謂期待權を有するものであつて、此の權利は自由に處分し得るから差押の目的たるに妨げないものである。(民一二九、民訴六一三)

(35) 法定地上權の對抗力

(昭、一一、(オ)一一〇六號、同、一一、一二、一五、大、民、五、判決、棄却、一五卷二四號二二一二頁)

土地の所有者が其の土地の上に抵當權を設定した後建物を建設し、更に建物のみを抵當としたときは其の建物の競落人は抵當權設定者たる土地所有者に對する關係に於ては法定地上權を取得するけれども、之を以て土地の抵當權者に對抗することは出來ない。從つて其の抵當權の實行として爲す競賣に因り所有權を取得せる競落人にも對抗し得ない。本件は訴外人甲が本件土地の上に第一順位の抵當權を設定した後訴外人乙に該土地を賣渡し、乙は其の上に建物を建設し、更に乙は訴外人丙の爲に右土地の上に二番抵當權を設定し、其の後建物に付保存登記を爲し、更に上告人の爲建物のみを抵當と爲し、上告人は其の抵當權實行の爲競賣の

申立を爲し上告人自ら競落して建物の所有權を取得したところ、被上告人は右訴外人丙の抵當權を債權と共に其の譲受人より譲渡を受け、抵當權實行の爲め競賣の申立を爲し、被上告人之を競落して、該土地の所有權を取得したと言ふのであつて、上告人が第一順位の抵當權を譲受けたことは前示理論に影響なく、又該土地の競賣が其の地上の建物建設後に抵當權を取得した第二順位の抵當權者の申立に基いて爲され且該抵當權者が競落人となつた場合でも其の競賣は第一順位の抵當權者の爲にも效力を生ずるものであるから、競落人に對し法定地上權を以て對抗し得ない。(民三八八條)

(36)　**復利契約の效力**

(昭、一一、(オ)一〇五七號、同一一、一〇、一、大、民、一、判決、一部破毀差戻、一五卷二二號一八八頁)

復利契約は其利率が利息制限法第二條に定むる制限を超過せざる限り有效なりと解するを相當とす。尤も復利契約自體が利息制限法の規定を潜脱せんとする目的に出たものと認むべき場合例へば利息組入の時期を短期とし年數回の組入を爲すことを約した場合の如きは之を無效と解すべきこと論を俟たぬ。而して右有效な復利契約に基き元本に組入れられた利息及之に對する利息を加へた合算額が本來の元本自體に對する關係に於て利息制限法の制限利率の範圍を超ゆる結果となつても、これは有效な復利契約の當然の結果であるから之を容認するの外はない。(民四〇五、利息制限法二)

(37)　**損害賠償義務の履行地**

(昭、一一、(オ)一五八三號、同一一、一一、八、大、民、二、判決、棄却、一五卷二三號二一四九頁)

債務の本旨に從ふ履行の地と該債務が金錢的賠償義務に代つた以後に於ける履行地とは必ずしも同一ではないから特定物引渡義務が損害賠償義務に代はりたるときとは、別段の意思表示なき限り、引渡義務の履行地如何に關せず賠償義務は債權者の現時の住所に於て其の履行を爲すべきものである。(民四一五・四八四、民訴五)

(38)　**假登記原因たる代物辨濟豫約の取消撤回と本登記の順位保全**

(昭、一一、(オ)六五五號、同一一、一一、二一大、民、四、判決、破毀差戻、一五卷二三號二〇五二頁)

甲は昭和七年八月六日乙に對する辯論期同年十月三日の約定による貸金に對し、乙所有の建物に抵當權の設定を受け且若し同期日に返濟なきときは、甲は代物辨濟として右抵當建物の所有權を取得し得べき旨の特約をなし、即日抵當權設定登記及代物辨濟契約に基いて、停止條件附所有權取得請求權保全の假登記を爲した。乙は右債務の辨濟を爲さなかつた爲め、甲は右特約に基き同年十月十四日右抵當建物の所有權取得の意思表示に因り其所有權を取得し、同年十二月中乙に對し右建物の所有權移轉の本登記手續を請求した。右事件の昭和八年三月十六日の準備手續期日に於て乙

は右代物辨濟契約は相手方甲の詐欺によるものであるとして取消の意思表示を爲したが、後同年十二月二十三日の準備手續期日に於て乙は甲が前記の如く建物の所有權を取得したことを承認し、昭和八年十二月二十八日其の所有權移轉の本登記手續を爲すべき旨裁判上の和解が成立し、甲は之に因り、假登記に基く本登記を爲した。然るに、丙は同年七月二十八日甲より賣買に因つて右建物の所有權を取得し、同年八月四日其の旨の登記を爲した。又前記和解契約前昭和七年十二月十二日丁は乙に對する貸金債權擔保の爲め右建物に抵當權の設定を受け翌十三日に其の登記を爲した。斯くの如き事情に於て假登記に依り其の請求權を保全した代物辨濟契約に因り甲が所有權を取得したものであるとして本登記を請求する訴訟に於ては、一旦乙が詐欺に因るものとして其の代物辨濟契約を取消す旨の意思表示を爲したとすれば右代物辨濟契約は無效に歸し、一旦無效に期した爲契約は取消の撤回又は和解によつて有效となるものではないから其の後當事者間に裁判上の和解が成立し乙が右本登記の請求に應じ且前記詐欺及取消の事實がなかつたものとする旨の合意をなしたとしても斯かる合意は右和解契約前既に其の假登記の目的物に對し抵當權設定登記を經た丙に對し其の效力がないから、右抵當權者丙に對する關係に於ては前記假登記は本登記の順位保全の效力を有しない。(民四八二、九六・一二一・一一九、不動產登記二)

(39) 抵當權と代位

(昭、一一、(オ)一五九〇號、同一二、一二、九、大、民、四、判決、集却、一五卷二四號二一七二頁)

甲の乙に對する債權に付、丙は其の所有のイ號土地に、丁は其の所有のロ號土地に夫々一番抵當權を設定した後、丁は戊に對する債務に付ロ號土地に二番抵當權を設定した場合、甲が先づロ號土地の競賣代金から全部の辨濟を受けたときは、丁は民法第五百一條、第四號第三號の規定に依り、イ號土地に對する甲の右抵當權に付、イ號土地とロ號土地の價格に應じて甲に代位し、甲がイ號土地に對して有したる一番抵當權に付、乙に對する求償權の限度に於て擔保權を取得する。從つて甲の右一番抵當權は丁に移轉し、戊に移轉するものではない。然れども右の如き場合は民法第三百九十二條第二項後段の規定に依つて次順位抵當權者を保護する立法の趣旨から甲より丁に移轉した一番抵當權は戊の債權を擔保するに至るもので、恰も戊は該抵當權の上に同法第三百七十二條第三百四條第一項前段の規定に依る物上代位を爲すと同樣の結果となり、戊は該抵當權を自己の債權の爲に行使し得る。(民五〇〇・五〇一・三九二・三七二・三〇四I)

(40) 雙務的供給契約と同時履行の抗辯

(昭、一一、(オ)二〇四四號、同一二、二、九、大、民、二、判決、集却、一六卷一號三三頁)

双務契約に於て一定又は不定の期間當事者の一方が一定の種類

の物品其の他のものを定期又は隨時に給付し、相手方が之に對して反對給付を爲すことを約するは、もとより單一の契約であつて之を以て數個の獨立な契約の偶々結合せられたものと見るべきではない。それ故其の一回の給付の不履行は、全部の契約に對する一部の不履行となるものといふべきであつて、各當事者は相手方の前期の給付に對する債務の不履行を理由として、後の時期に於ける自己の給付に付き同時履行の抗辯權を有するものである。(民五三三)

(41)　手數料の控除と消費貸借

(昭、一一、(オ)六九八號、同、一一、一〇、二三、大、民、二、判決、破毀差戻、一五卷二二號一八四三頁)

貸主が消費貸借の成立に際して制規の利息以外に借主の承諾を得て手數料又は延期手數料を貸付金より控除した場合に於ては、右控訴貸主に於て借主の資產狀態其の他諸般の事情を調査し、若くは契約を締結するには、時間と煩勞とを費消した補償として取引觀念上、異常の高額に上らない限り有效であるが、然らざるときは、即制規の利息以外に貸主に於て金錢上の利益を搾取する手段に過ぎないときは、右控除額に付いて消費貸借は成立するものではなく、即利息制限法第四條に違背し其の範圍に於て裁判上無效である。(民五八七、利息制限法四)

(42)　不法行爲の損害賠償と治療費

(昭、一一、(オ)一四六八號、同、一二、二、一二、大、民、二、判決、破毀差戻、一六卷一號四六頁)

甲が故意又は過失に因つて乙を負傷せしめた場合に、乙の戶主であり而も子である丙がその治療費を支拂つたときは、丙は甲に對して不法行爲に因る損害として、其の賠償を請求することが出來る。(民七〇九)

(43)　夫の本籍地又は所在地以外の地に於ける婚姻の屆出

(昭、一一、(オ)一八三三號、同、一一、一二、四、大、民、二、判決、棄却、一五卷二三號二一三八頁)

婚姻の屆出(戶籍法第百一條)は民法第七百七十五條第二項に規定する處なるも苟も其屆出にして當事者の眞意に基き且戶籍吏に受理せられたる以上、右屆出が此等の條件を缺くも婚姻の效力に妨がない(同七百七十八條第二項)から、夫の本籍地又は所在地ならざる地の戶籍吏が右屆出を受理したる以上屆出の效力を生じ婚姻は有效である。(民七七五I、戶籍法一〇一)

(44)　民法第七百十五條に所謂被用者

(昭、一一、(オ)一四四三號、同、一一、一一、一三、大、民、二、判決、棄却、一五卷二二號二〇一一頁)

民法第七百十五條に所謂或事業の爲他人を使用すと云ふのは、當該人に若干の信任を置き或範圍まで自己の指揮の下に於て或事務を之に委ね爲さしむることを云ひ其の內部關係の何たるやは問ふところでなく固より雇傭の場合に限るものではない。原審の確定したところに從へば、控訴人(上告人)は一定區間の乘合自動車

營業及大分縣下一圓の貸切自動車營業者となるところ「佐藤清一は昭和五年十月十一日自動車乙種運轉手の免許を下附せられたるを以て昭和六年四月二十三日他より本件自動車を買入るゝと共に控訴人(上告人)の承諾を得て控訴人名義を以て右縣下一圓の貸切旅客運輸業を爲し爾來控訴人方に起居し該自動車も控訴人方車庫に格納し來りたるものにして(中略)名義料として毎月十圓及諸稅の納付に充つる爲毎月金五圓を佐藤清一より支拂ひを受くること」と爲したりと云ふに在るを以て冒頭判示に照すときは上告人は其の自動車營業の爲佐藤清一を使用したる關係に在るや疑を容れない。蓋し營業の主體が上告人にして其名義の下に佐藤が自動車の運轉に從事する以上其自動車が佐藤の所有に係ればとて又自動車の運轉は佐藤が自己の計算に於て爲したればとて同人が或範圍まで上告人の指揮の下に立たざるを得ざるは自明であり上告人對佐藤の關係は使用者對被用者のそれなること多言を要しないからである。(民七一五)

(45) 養親の屆出名義の出生屆と養子緣組

(昭、一一、(オ)一一七〇號、同、一一、一一、四、大、民、四、判決、一部破毀差戻、一五卷二二號一九四六頁)

甲の實子乙を丙の嫡出子として出生屆を爲す意思にて甲丙間に事實上乙を養子と爲すことを合意し丙が右の出生屆を爲しても法律上乙を養子と爲す意思ありたるものと云ふことを得ない。(民八四三・八四七・七七五)

(46) 父母の代諾による戸主の養子緣組

(昭、一一、(オ)五二一號、同、一一、一〇、三〇、決、民、五、判決、破毀差戻、一五卷二二號一九二六頁)

戸主が養子として他家に入るべき緣組を爲した場合に於ては民法第七百五十四條第二項の規定を準用して隱居したるものと看做すべきものなりとの判例あるも此の判例は戸主自身が緣組の意思表示を爲した通常の場合を判示したものであつて、代諾による養子緣組の場合は同一に論ずることを得ない。蓋し若しこの場合に於ても隱居を爲したるものと看做さるゝに於ては戸主は全然自己の意思に基かざるは勿論自己の意思を以て阻止すること能はざる他人の行爲によりて戸主たる地位を追はれしかも全財產を奪ひ去らるゝに至るのみならず、吾民法上隱居は如何なる場合に於ても必ず隱居者自身の決意に基かざるべからず絕對に代理を許さゞる行爲なるに拘らず此の場合に於ては事實上代理による隱居を認めたると同一の結果となり、不都合であるからである。(民八四三・八五一)

(47) 緣組無效確認訴訟と原告—戸主廢絕確認訴訟と原告

(昭、一一、(オ)一五一三號、同、一一、一〇、二三、大、民、二、判決、棄却、一五卷二一號一八六五頁)

(一)民法第八百五十二條以下の規定により之を考へるときは養親子若くは其の執れかの親類又は緣組無效を確認するに因り直ちに權利を得義務を免れるが如き地位に在る者は、緣組の無效確認

の訴を提起することを得るものである。(昭和十年(オ)一四八七號同年十二月二四日判決)

(二)家族又は本家分家同家の戸主其の他家に緣故ある者は、一の家の外郭として其利害を擁護する地位に在るから戸主缺缺確認の訴を提起し得るものである。(民八五一・七三一、民訴二三五)

(48)　遺言に依る家督相續人の指定と親族會の選定

(昭、一一、(オ)一六一七號、同、一一、一二、三、大、民、一、判決、破棄差戻、一五卷、二四號、二一五九頁)

被相續人が遺言に依つて家督相續人を指定したときは、遺言は被相續人の死亡に因て效力を生じ、遺言執行者は家督相續人指定の屆出を爲すことを要し屆出を爲すと否との自由を有するものでないから、其の屆出なき以前と雖相續の拋棄其の他特別の事由の發生せざる限り、被指定者が家督相續人と爲るべきことが既に確定せるものである。從つて遺言が效力を生じた後は特殊の事由發生せざる限り、親族會は相續人選定の決議を爲すことを得ず、之に反して爲した決議は當然に無效である。原審が遺言に依る家督相續の指定あつた場合と雖も未だ其の屆出なき間は指定の效力を生ずるものに非ずとの理由に因つて親族會の決議を有效と爲したのは違法である。(民九八〇・九八一・九八二)

(49)　代物辨濟と相續財產の處分

(昭、一一、(オ)一五三五號、同、一二、一、三、〇、大、民、四、判決、棄却、一六卷一號一頁)

相續人たる上告人は家督相續開始後限定承認申述前に、相續財產である不動產を手形債務の代物辨濟として、實買名義を以て被上告會社に讓渡し之が所有權移轉登記を了し、以て相續財產の一部を處分した。右は上告人が本件限定承認申述前被上告會社に對し相續財產の一部に付處分行爲を爲したものといふを妨げない。たとひ被相續人が本件代物辨濟の豫約を爲した事實があつたにせよ、それは豫め債權者から本件代物辨濟を爲すに付承諾を得て置いたといふまでに過ぎず代物辨濟契約そのものではない。この豫約に因つて本件代物辨濟の目的である不動產の所有權が債權者である被上告會社に移轉する道理なく、上告人も亦原審に於てこの點の主張をしてゐない。從つて相續人である上告人が限定承認申述前爲した前記代物辨濟はその目的たる不動產の所有權移轉行爲として被相續人の爲した代物辨濟豫約に基くものであると否とに拘らず、相續財產の一部の處分に外ならない。かくて限定承認は效力を生ずるに由ないものである。(民法四八二、一〇二四)

(50)　株式の讓渡と讓受人の義務

(昭、一一、(オ)二八號、同、一一、一〇、九、大、民、二、判決、破棄差戻、一五卷二一號一七九六頁)

讓渡人が有價證券現物株式讓渡の場合に於て名義書換未了の間は會社に對する關係に於て株金拂込の義務を負擔する者は讓渡人であり其の拂込は債務者の爲す辨濟に外ならないけれども、已に株式の讓渡があつた以上當事者間の關係としては讓渡人が他日會

社に對して爲すべき拂込は讓受人の計算に於て爲さるべきで反對の事情のない限り讓受人に於て之れが履行を引受ける合意が當事者間に成立したものと認むべきである。而して讓受人が單に株式の現物賣買業者であるといふことのみによつては、當然に此の義務を免かれる理由はない。(商一五〇)

(51) 失權株の競賣不能と從前株主の責任

(昭、一一、(オ)一六五五號、同、一一、一一、二一、大、民、四、判決、棄却、一五卷二三號二〇八三頁)

商法第百五十三條の規定するところに依れば、失權株主も尙從前の株主として失權株の競賣不足額辨濟の義務があるのであるから、失權株の競賣に於て、競買人なく、競賣不能の場合にも、會社は失權株主に對して即從前の株主に對し競賣不足額として滯納株金金額の辨濟を請求することを得るものである。(商一五三)

(52) 株主權の主張と株式申込證の無效主張

(昭、一一、(オ)一三七八號、同、一一、一一、一三、大、民、二、判決、破毀差戻、一五卷二二號一九九一頁)

商法第二百十二條ノ三の規定は資本增加に關する會社の實狀を株式引受申込人に知らしめ其利益を保護せんとする規定なること多言を要せざるを以て同條所定の要件を缺如する株式申込證に依り引受を爲した株主と雖も其の後株主總會に出席し、引受の無效を主張することなく株主たる權利を行使した場合には同條に依る保護を拋棄したものと云ふべく、當該株式申込證の瑕疵は之に因りて治癒せられ該株主は爾後之が無效を主張し得ないと解すべきものとす。(商二一二ノ三)

(53) 保險金受取人の指定及變更

(昭、一一、(オ)五五四號、同、一一、一〇、二八、大、民、三、判決、破毀差戻、一五卷二二號一九一三頁)

保險契約者が保險金受取人を指定又は變更する權利を留保し之に基き保險金受取人を變更し其旨保險者に通知したときは、保險約款に別段の定めなき限り商法第四百二十八條ノ四の規定に依り之を保險者に對抗し得べし。(商四二八ノ四)

(54) 賴母子講及其講元と當事者適格

(昭、一一、(オ)一三三八號、同、一一、一二、一、大、民、二、判決、破毀差戻、一五卷二三號二一二六頁)

講元たる賴母子講の總代にして講務處理の權限を有するものは當事者たり得る(昭和十年(オ)一四六七號同十一年一月十四日大審院判決)。假令賴母子講其のものが民事訴訟法第四十六條に依り、訴訟に於て當事者たることを得る場合と雖も、一の權利關係に付當事者たる適格を有するものは決して一人と限らないから其の講元も亦當事者たる適格を有することを妨げざるものとす。(民訴四六)

(55) 訴訟救助の決定と相手方

(昭、一一、(ク)五七五號、同、一一、一二、一五、大、民、五、判決、取消差戻、一五卷二四號二二〇七頁)

被救助者の相手方は訴訟上の救助付與の決定に對し、利害關係人として即時抗告を爲すことを得る。原審が訴訟上の救助付與の決定により相手方は其の訴訟に於ける攻擊防禦の方法に不利益を受けたと謂ふべからざるは勿論其の他直接不利益を受けたと謂ふべきものがないから其の抗告は不適法なりとしたのは違法である(民訴一二四)

(56) 裁判長の捺印なき口頭辯論調書の效力

(昭、一一、(オ)六五(號、同、一一、一〇、一〇、大、民、四、判決、破毀差戻、一五卷二一號一八一六頁)

裁判長の署名があつても、其の捺印のない口頭辯論調書は、口頭辯論の方式に關する規定の遵守を證明する效力がない。(民訴一四三・一四七)

(57) 法定代理人の供述と證據力

(昭、一一、(オ)一〇四八號、同、一一、一〇、六、大、民、二、判決、破毀差戻、一五卷二一號一七八九頁)

訴訟當事者でない第三者が訴訟資料を裁判所に供給するのは證人として訊問せられる場合に限る。之に反して、當事者は當事者訊問の外自身出頭を命ぜられた場合に訴訟供給の機會がある。從つて當事者を證人として訊問するのは違法ではあるがその供述は當事者の供述として採らねばならない。このことは訴訟能力者である當事者の法定代理人にも適用がある。即當事者の法定代理人が證人として訊問せられた場合と雖も、其の供述は當事者の法定代理人の供述として訴訟資料たることを得るものである。(民訴一八五)

(58) 被告人の抗辯事由と原告敗訴の理由

(昭、一一、(オ)九二三號、同、一一、一〇、六、大、民、二、判決、棄却、一五卷二一號一七七一頁)

原告が家督相續に因り取得したと主張する不動產所有權確認の訴に於て、被告が該不動產は自分の買受けたものに係り未だ嘗て被相續人の所有に屬しないと抗爭した場合に、被告にして原告の請求を認諾しない限り原告は所有權を取得するに至りし事由を主張しなければならない。從つてこの主張を肯定するに足る訴訟資料なく或はこの主張を否定するに足る訴訟資料ある以上原告は敗訴しなければならない。裁判所の認めた事實が原告の主張を否定するに足らないときは被告の主張と一致しなくても差支へない。被告の主張は自白ではなく、單に否認の理由を具陳したのに外ならない。從つて裁判所が證據に基き右不動產が相續開始前被相續人から被告に讓渡せられた事實を認定し、原告敗訴の判決を爲すのは違法ではない。(民訴一八六)

(59) 判決手續の法律違背

(昭、一一、(オ)一三〇八號、同、一一、一一、二七、大、民、二、判決、破毀差戻、一五卷二三號二一〇二頁)

轉勤に署名捺印すること能はざる旨の裁判長の附記がある場合でも、判決を爲した判事の署名捺印を具備しない判決原本に基き

なされたる言渡は、判決の手續が法律に違背したる場合（民事訴訟法第三百八十七條）に該當するものである（民訴一八九I・三八七）

(60) 書訴に於ける訴訟行爲の效力

（昭、一〇、(オ)二四一八號、同、一一、一〇、八、大、民、三、判決、破棄差戻、一五卷二二號一八九四頁）

訴の變更ありたる場合に於て、書訴に於ける裁判上の自白其他當事者の態度は新訴に於ける同一事實の審査に當り尙裁判上の自白其他當事者の態度として效力を有し裁判に斟酌すべきものなることは、恰も舊訴に於ける證人訊問の結果が尙新訴に於て書證としてに非ずして證人訊問の結果として斟酌し得ると同樣である。何となれば新訴と舊訴とは別異のものなるも而も舊訴に於ける辯論も同一訴訟手續に於ける現象に外ならずと解すべきであるからである。（民訴二三二・一八五）

(61) 民事訴訟法第二百三十七條第二項に所謂同一の訴

（昭、一一、(オ)二一八六號、同、一一、一二、二二、大、民、五、判決、棄却、一五卷二四號二二七八頁）

二個の訴が民事訴訟法第二百三十七條第二項に所謂同一の訴たるには請求の基礎たる事實關係を同じくするのみならず、請求原因をも同一にすることを要する。本件は被上告人控訴が上告人に對し本件不動產を賃貸した處、上告人は賃料の支拂を怠つたので、被上告人は民法第五百四十一條により賃貸借を解除し、右賃貸借解除を原因とし本訴提起前曩に上告人に對し所有權に基き本件土地の明渡並不法行爲に因る損害賠償請求の訴を提起し、第一審に於て勝訴したるも第二審に繫屬中右損害賠償請求の部分に付訴の取下を爲し、更に本訴に於て、同一の賃貸借解除を原因とし、上告人の該不動產の明渡遲延に因る債務不履行を原因として損害賠償請求の訴を提起せりと言ふにあるが、不法行爲に因る損害賠償請求權と債務不履行に因るそれとは各其の成立要件を異にし、別個の請求權なるが故に、民事訴訟法第二百三十七條第二項の適用なきものである。（民訴二三七II・二三二）

(62) 地方裁判所の手續と民事訴訟法第二百四十七條の適用

（昭、一一、(オ)一二五二號、同、一一、一一、二、大、民、一、判決、破棄差戻、一五卷二二號一九三九頁）

民事訴訟法第二百四十七條の規定に依れば準備書面に記載せざる事實は相手方が在廷せざるときは口頭辯論に於て主張することを得ざるものとす。然るに原審に於て被上告人（控訴人、被告）が初めて時效の抗辯を記載したる口頭辯論期日に上告人が在廷せざりしこと並被上告人は之より先き右時效の抗辯を記載したる準備書面を提出したる事實なきことは記錄上明なり。然らば被上告人は右期日に於て主張すべからざる事實を主張したるものと云ふの外なく從つて右抗辯の主張は其效力を生ずるに由なきものとす。（民訴二四七・三五七）

(63)　豫備的請求と第二審の裁判

(昭、一一、(オ)一五八一號、同、一一、一二、一八、大、民、五、判決、棄却、一五卷二四號二二六六頁)

第一審に於て主たる請求を是認し、豫備的請求に對する判斷を爲さなかつた場合でも第二審に於て豫備的請求に付辯論及判決を爲すことを妨げない。(民訴三六〇I)

(64)　偽造の委任狀に基く公正證書の效力

(昭、一一、(オ)三五四號、同、一一、一〇、三、大、民、三、判決、破毀差戻、一五卷二三號二〇三五頁)

偽造の委任狀に基き作成せられた公正證書は、假令右作成に際して當事者たる相手方に於て、右委任狀に依る代理人に代理權限ありと信ずべき正當の理由を有してゐた場合でも、尙債務名義たり得ない。即

右公正證書記載の直ちに强制執行を受くべき旨の合意に關する部分は、强制執行に依る權利保護の要件を形成し、訴訟上の法律行爲たる性質を有してゐるから、之に對して私法上の原則たる表見代理に關する民法第百十條の規定を適用すべからざるものである。從つて公正證書に表示せられた契約の私法上の效果としては同條の適用があるけれども、公正證書自體の債務名義たる效力とは之を認め得ない。(民訴五五九3・五六〇・五四五)

(65)　民事訴訟法第五百七十條第一項第三號の適用範圍

(昭、一一、(オ)一四三二號、同、一一、一二、二四、大、民、一、判決、破毀差戻、一五卷二四號二二八八頁)

民事訴訟法第五百七十條第一項第三號の規定の精神は主として自己の勞力に依り營業に從事し生計を立つる者の營業上缺くべからざる物件を差押ふるときは其の者は營業を繼續すること能はず爲に生計の途を杜絕せらるゝ虞れあるが故に、斯かる物件の差押を禁止せんとするにある。從つて勞力を主とする性質の營業に從事する者に在りては、其の營業に若干の機械器具其の他の物件を要する場合と雖も、右條項に所謂技術者職工若くは勞務者たるを妨げざれども、反之營業用の物件の利用が主にして之に要する營業者の勞力は從たる關係に在るが如き性質の營業に從事する者は前記の技術者職工勞務者の何れにも該當せず、從つて右營業用の物件は差押を爲し得る。本件差押に於ける債務者は電力に依り運轉する活版印刷機一式を自ら所有し注文に應じて印刷を請負ひ右機械を使用して印刷業に從事し一個の印刷所の主人として之が經營に當りつゝありと言ふにあれども、之に依つては未だ同人が勞力を主とする營業の經營者なりや將又物件を主とする營業の經營者なりやを知るに由なく、原審が輙く右法條の適用なき場合なりと判定したのは違法である。(民訴五七〇I)

(66)　競落人の代金支拂義務

(昭、一一、(オ)一八一三號、同、一一、一二、二九、大、民、二、判決、破毀自判、一六卷一號二三頁)

不動產强制競賣は勿論競賣法に依ると雖も、これまた當該擔保物權の內容を實現する爲め、其の目的である不動產を國家機關に

よつて換價する手續であつて、所謂私權保護の一方法に外ならないそれ故これらの競賣は、一般私法上の賣買を以て律する限りではない。從つて競落人の代金支拂義務の如きも競賣裁判所の爲す競落許可決定の效力として發生し、競買人の價格申立は單に競落許可決定の前提を爲す當事者の訴訟行爲たるに止まり、固よりこれを以て競落代金支拂義務發生の原因たらざることは、恰も當事者の口頭辯論が判決確定力の成因でないのに等しい。然るに裁判は國家の命令であつて、或特定の當事者を目指して爲され、其當事者の意思如何は之を問ふことなく偏に國家の命令として其の效力を生ずる。それ故當該當事者の代理人と稱する者が實は無權代理人であつた場合に於ても、裁判は直ちに當該當事者自身に對して其の效力を生ずることは、完全な代理權ある場合と毫も異ならない。これ對等の個人間に於ける私法上の取引に較べて著しく其の趣を異にするところである。けれども實質上不利益な裁判を受けた當該當事者は、その救濟を受け得ることは勿論である(民訴、四二〇、四二五、四二九)。(民訴六八八、競賣法三二)

(67) **民事訴訟法第七百五十九條の保證を立てしむる裁判**

(昭、一一、(ク)九二四號、同、一一、一一、一七、大、民、二、決定、却下、一五卷二三號二〇四九頁)

「假處分には假差押に關する規定が準用せらるゝを原則とするも(民事訴訟法第七百五十六條本文)、訴に在りては執行保全の目的たる請求權の性質上又は臨機の處置に因りて危害を防止せんとする係爭權利關係の性質上夫の金錢債務保全の方法たる、此に於ける如く保證供託を以て當該命令若くは其の執行に代ふることは(同法第七百四十三條第七百四十七條第一項收段)自ら準用の外に在り。唯保證供託に因るも亦假處分の目的は之を達せざるを患ひざると共に、假處分に因り債務者の蒙る損害の異常に大なる場合に於ては、例外として、假差押に關する當該規定を準用し或は命令(從つて其の執行)を取消し或は其の執行のみを停止若くは取消すを得しむと云ふもの之を同法第七百五十九條の法意とする。即同法第七百五十六條の但書により兩者の差異あることを示すと同時に又其の本文に立戻る場合のあることを示してゐる。從つて債務者が保證を立てんとの提供を爲して假處分の取消を申立てた場合には、裁判所は民事訴訟法第七百五十九條に所謂特別の事情ありと認めたるときは云々の保證の供託を條件として、假處分命令を取消す旨の裁判(終局判決)を爲すべきで、先づ裁判所に於て期間を定めて保證を供託すべきことを命ずる決定を爲すべきものではない。(民訴七五九)

(68) **占有の訴を本案とする假處分の當否**

(昭、一一、(オ)一四九七號、同、一一、一一、九、大、民、一、判決、棄却、一五卷二二號一九五九頁)

假處分の本案訴訟が占有の訴なる場合に於て本案裁判所が假處分の當否を判斷するには、專ら占有關係に依るべきものにして本權の理由に依り判斷すべきものではない。原審は本件假處分の本

案訴訟が占有回收の訴なるに拘らず上告人(假處分申請人)が係爭購帳を侵奪せられたりや否やに關せず上告人が右通帳を占有する權限なかりしことを理由として假處分の許容すべきものにあらざる旨判定したもので違法たるを免れぬ。(民訴七五五・七六一、民、二〇二)

(69) 假處分を取消すべき特別の事情

(昭、一一、(オ)一二〇三號、同、一一、一一、一三、大、民、二、判決、棄却、一五卷二二號一九六七頁)

債務者をして保證を立てしむることに因りても假處分の目的を達することを得べく且假處分に因り債務者の被るべき損害の異常に大なる場合には民事訴訟法第七百五十九條に所謂特別の事情あるときに該當する。(民訴七五九)

(70) 假處分取消の申立と代位

(昭、一一、(オ)一三八號、同、一一、一一、二〇、大、民、二、判決、破毀差戻、一五卷二二號二〇二四頁)

民法第四百二十三條は一定の要件と範圍の下に債務者所屬の當該權利に對する管理權を債權者に賦與したに外ならぬ。之に基き債權者の爲し得る行爲は裁判上の行爲たると裁判外の行爲たるとを問はない。民事訴訟法第七百五十六條第七百四十七條に依る假處分取消の申立權は又從つて所謂間接訴權の對象たることを得るやは勿論である。(民訴七五六・七四七、民四二三)

(71) 競落と競賣手續開始決定の取消

競落許可決定確定の上、競落人が競落代金を完納して競賣物件の所有權を取得した以上、縱令其の後競賣手續開始決定に對する異議の結果該決定が取消され競賣申立が却下せられても、之が爲競落の效果には消長を及ぼさない。(競賣法二Ⅰ・三三、民訴五四四・六八六條)

(72) 再競賣を命ずる決定に對する不服申立

(昭、一一、(ク)六號、同、一二、二、二、大、民、二、決定、取消自判、一六卷一號一九頁)

競賣法による競賣に關しては、競賣法に別段の規定のないときは、其の性質の許す限り民事訴訟法の規定を準用すべきものであることは當院の判例とするところであるから、競賣法第三十二條第二項民事訴訟法第六百八十八條第一項に依つて不動產の再競賣を命じた裁判に對する不服の申立に付ては、民事訴訟法第五百四十四條に依つて先づ異議の申立を爲し、其の申立に關する裁判に對し同法第五百五十八條に從つて抗告を爲すべきものであつて、直ちに抗告を爲し得べきものではない。(競賣法三二Ⅱ、民訴六八八Ⅰ・五四四Ⅰ)

(73) 破產債權の屆出と其の原因

(昭、一一、(オ)九四三號、同、一一、一〇、一六、大、民、二、判決、破毀差戻、一五卷二一號一八二五頁)

破產法第二百二十八條に破產債權の屆出に其の債權の原因を表

示することを要する旨規定したのは、これに依り其の債權を特定する爲めである。破産債權の屆出に於ては、其の原因として債權の同一を認識するに足る範圍に於て、其の發生事實を表示すれば足りるので、其の餘の事實は債權發生に關聯してゐても之を表示する必要はない。（破二二八一）

(74) 不法なる商號登記と抗告

（昭、一一、（ク）一二四六號、同、一二、二、一、大、民、一、決定、棄却、一六卷一號一五頁）

商業登記が爲された後其の登記が商法又は非訟事件手續法の規定に依つて許すべからざるものであることを理由として管轄登記所に對して其の抹消を求むる申請は、纔に非訟事件手續法第百四十八條ノ二の規定に依つて當該登記の申請人に對して許容せられたものはあるが、申請人以外の利害關係人に之を許容した規定はない。唯他人の爲した商業登記に因つて自己の權利を害せられたと爲す利害關係人は、同法第二十條の規定に依つて抗告を爲し得るかといふ疑問はあるが、同條に依つて爲し得る抗告の目的は裁判なるを要することは、同條第一項の文理上明白であるから既に爲された登記の不當を主張し、之が抹消を求むる申立は同條に依つても許されざるものといはねばならない。（非訟二〇）

刑事法

(29) 刑法第三十六條ニ防衛意思

（昭、一一、（れ）二四八二號、同、一一、一二、七、大、刑、一、判決、棄却、一五卷二二號一五六一頁）

刑法第三十六條は加害行爲に付防衛意思の存在を必要とするものにして、縱令急迫不正の侵害ある場合に於ても之に對する行爲が防衛を爲す意思に出でたるものに非ざる限り之を以て正當防衛又は其の程度超過を以て目すべきものではない。（刑三六）

(30) 衆議院議員選擧法の不知ニ刑の減輕—同法不知の主張と刑事訴訟法第三百六十條第二項

（昭、一一、（れ）二一九〇號、同、一一、一一、二六、大、刑、一、判決、棄却、一五卷二一號一五二四頁）

（一）衆議院議員選擧法違反行爲を爲すに付いて其の規定を知らなかつたとしても、犯罪の成否に影響なく必ずしも刑の減輕を爲さねばならないものではない。

（二）同法違反罪に於ける法律の不知に基く減輕の主張は、刑事訴訟法第三百六十條第二項の主張に該當しない。（刑三八、刑訴三六〇）

(31) 意思の繼續なき治安維持法第一條の實行爲と非包括性

（昭、一一、（れ）二一一二號、同、一一、一二、一、大、刑、四、判決、棄却、一五卷二一號一五二八頁）

治安維持法第一條に規定する結社に加入し且其の目的遂行の爲に爲した數個の行爲連續犯を構成せずして包括一罪を構成するものであるが、繼續意思に出でざるものは包括一罪を爲すものではない。(治安維持法一)

(32) 連續犯の一部と牽連性を有する行爲

(昭、一一、(れ)二二五七號、同、一一、一二、一一、大、刑、四、判決、棄却、一五卷二三號一五九七頁)

一定の行爲が連續犯を構成する一部の行爲と牽連關係を有するときは、右連續犯を構成する全部に對し同關係を有するものとして擬律すべきものである。(刑五四I・五五)

(33) 他官の司法警察官に對する申告と誣告罪の成立

(昭、一一、(れ)二〇七八號、同、一一、一一、二四、大、刑、四、判決、棄却、一五卷二一號一五一一頁)

長崎縣藏原警察署長をして刑事處分を受けしめる目的を以て、福岡縣警察部長に對し不實の申告を爲すも誣告罪の成立を妨げるものではない。即他人をして刑事處分を受けしめる目的で捜査權を有する官吏に不實の申告を爲し、刑事處分に關する職權の發動を促したときは、誣告罪となるのであつて、右の申告を受けた官吏が捜査に著手したかどうかは犯罪の成立に影響はない。(刑一七二・一六九)

(34) 刑法第百七十五條と營利の目的

(昭、一一、(れ)二四〇二號、同、一二、二、一、〇、大、刑、三、判決、棄却、一六卷一號六七頁)

春畫を描いて販賣若くは頒布するときは、更に營利の目的あると否とを問はず、刑法第百七十五條の罪を構成するものと解すべきである。蓋し同條は性慾に關する道義觀念に背く行爲を禁壓する規定であつて、犯人に於て利益を得る目的を有せしや否やを問はない法意である。(刑一七五)

(35) 株式現物賣買の仲介業者と業務上機會罪

(昭、一一、(れ)二三二三號、同、一二、二、六、大、刑、三、判決、棄却、一六卷一號四七頁)

株式現物賣買の仲介等の業務に從事する者は、商法に所謂問屋に該當するから、委託の本旨に反する行爲を爲し得ざることは、商法中問屋に關する第三百十四條及委任に關する第二百六十七條に徴して疑ない。從つて特別の事情の見るべきものゝない限り、敍上の如く證據金は委託の本旨に遵つて、その用途にのみ使用し得べき約旨と解するのが取引上の通念に適するものといふべきである。(刑二五三、商二六七・三一三・三一四)

(36) 放牧せる畜類と竊盜罪の成否

(昭、一一、(れ)一七一四號、同、一一、一二、一一、大、刑、三、判決、棄却、一五卷二一號一五三四頁)

全島一圓に亘つて放牧せる畜類と雖も、所有權の客體たり得べきものであるから、農林省所管の下に得撫島一圓を飼養地域として、養狐事業をなし、繁殖保護、優良種の購入、淘汰改良を圖り、全島を禁獵區とし、各所に監視者を配備する等管理方法を講ずる

も右飼養區域には特に情狂の設備を施さゞるも放收せる狐は國家の所有で同省養狐場管理者の占有に屬するから之に付いて竊盜罪の成立を妨げるものではない。(刑二三五)

(37) 業務横領罪の成立—裁判所書記の契印なき聯番訊問調書の效力—刑法第二百四十七條に所謂背任の目的

(昭、一一、(れ)一四九八號、同、一一、一二、二四、大、刑、一、判決、棄却、一五卷二四號一六五八頁)

一、銀行取締役が業務上保管に係る行金を擅に取出し以て自ら不正に領得したる事實あるときは其の行爲は業務上横領罪を構成し、後日之を補塡すべき意思を有したると、又其の爾後の用途如何は犯罪の成否に影響しない。(刑法二五三條)

二、豫審訊問調書は裁判所書記の契印を缺くも一個の訊問調書と認め得べき場合は有效である。(刑訴五六・七一)

三、他人の爲事務を處理する者が本人の損害に歸すべきことを認識しながら、自己若くは第三者の利益を圖り其の任務に背きたる行爲を爲した以上は刑法第二百四十七條に所謂背任の目的あるものに該當する。

(38) 僞造公選投票の授收

(昭、一一、(れ)二六九四號、同、一一、一二、二三、大、刑、五、判決、破棄自判、一五卷二四號一六五五頁)

書刑法第二百三十三條に所謂公選の投票を僞造すとは公選に際し不實の投票を爲すの義であつて、先づ投票を僞造し然る後其の僞造投票を行使するの謂に非ずと解すべきであるから、僞造投票は公選投票僞造罪の組成物件であつて公選投票僞造行爲より生じたものではない。然るに之を沒收するに刑法第十九條第一項第一號を適用せずに同條項第三號を適用した原判決は違法である。(書刑二三〇、刑一九)

(39) 犯罪謀議の場所と犯罪地

(昭、一一、(れ)二六五二號、同、一一、一二、九、大、刑、五、判決、棄却、一五卷二三號一五九三頁)

被告人兩名が甲地に於て金錢供與の謀議を爲し、乙地に於て他の被告人が右金錢の供與を受けた場合に於ては、右金錢供與者と之を受けた者とは相互に協力を要する必要的共犯の關係にあるから該被告人に對し甲地も亦犯罪地である。(刑訴八I)

(40) 原審に偏頗の裁判を爲すべき虞ありたりとする上告理由

(昭、一一、(れ)二三五四號、同、一二、二、六、大、刑、三、判決、棄却、一六卷一號五二頁)

判事若しや偏頗の裁判を爲すべき虞あるとするも、これに對して忌避の申立を爲さず又其の申立理由ありと認められたにも拘らず、審判に關與した場合でない限り、更に之を以て上告の理由と爲し得ないものである。蓋し偏頗の裁判を爲すべき虞ある場合の如く不服申立の途あるにも拘らず、原審に於て之を爲すことなく徒過したときは、其の爲した本案の裁判は有效となすべきである。(刑訴二五・四一〇)

(41) 公判調書に辯護人の氏名を記載すべき場合

（昭、一一、（れ）二二〇〇號、同、一二、一、二三、大、刑、三、判決、棄却、一六卷一號一頁）

刑事訴訟法第六十條第二項第二號に於て公判調書に辯護人の氏名を記載すべきことを命じたるは、辯護人が公判廷に出頭したる場合に關するものであつて、出頭不出頭を問はず常に辯護人の氏名を記載すべき趣旨ではないことは、次號の規定と對照して稽ふるときは寔に明かである。（刑訴六〇）

（42）　他人の事件に付與したる證書の自己の事件に對する證據力

（昭、一一、（れ）二二七六號、同、一一、一二、八、大、刑、四、判決、棄却、一五卷二二號一五六六頁）

豫審判事は片岡豐太郎等の豫審事件に付取調の必要上福原祥を證人として訊問し所論の豫審訊問調書を作成したもので、此の場合縱令右福原が右片岡等と共犯の嫌疑あるものであつても之を證人として訊問するは法律上毫も妨げない故右訊問調書は無效ではない。從つて右訊問調書に記載せられた福原の證言は被告人片岡等の犯罪事實に關する證據として採用し得べきは勿論其後福原が起訴せられたる場合福原自身の犯罪に付ても亦證證に供し得るものである。（刑訴三三七）

（43）　謄本の證明力と謄出に對する訴訟關係人の異議

（昭、一一、（れ）二七〇三號、同、一二、一、二三、大、刑、五、判決、棄却、一六卷一號五頁）

聽取書の謄本は當然其の原本と同樣の證明力を有し、訴訟關係人が之を謄本として認容すると否とに依つて其の證明力に何等消長を來すものではない。それ故右謄本に付適法な證據調の手續を履踐するならば、之を採つて斷罪の資料と爲すを妨げない。（刑訴三三七）

（44）　刑務所長に爲したる送達と上訴權回復

（昭、一二（う）一號、同、一二、一、二三、大、刑、三、決定、棄却、一六卷一號八頁）

再抗告を爲し得べき者は、既決囚にして原決定に對する送達が刑務所長に於て受けた場合であつても、刑務所に於て再抗辯を爲すべき權利を妨害した事跡のない限り、刑事訴訟法第三百八十七條に依つて上訴權回復の請求は許さるべきではない。蓋し右の如き場合に於て、原決定の送達が適法なる以上反證のない限り、抗告人が一應右決定書を了知したものと謂ふべきであるから、所謂自己又は代人の責に歸すべからざる事由に因つて、上訴を爲すことを得なかつたものと謂ふことはできないからである。（刑訴三八七・八〇、民訴一六八）

特別法

（20）　衆議院議員選擧法施行令第五十七條ノ三第一號及衆議院議員選擧運動等取締規則第五條第一號の適用

（昭、一一、（れ）二三六〇號、同、一一、一二、一七、大、刑、一、判決、破毀自判、一五卷二三號一六三一頁）

共同推薦者中の一人が他の共同者をして、其の推薦狀の若干部

を選擧人に發送せしむる爲、情を知らざる使者を介して共同者中の數人に對し強り固けしめたる行爲は、合法的推薦運動の範圍に屬するものであつて、衆議院議員選擧法施行令第五十七條ノ三第一號にも亦衆議院議員選擧運動等取締規則第五條第一號の孰れにも反しないものである。(衆選施令、五七ノ三、衆選運動等取締規則五、衆選法九六)

(21) 投票取纏方の依頼と金錢供與行爲の一行爲性

(昭、一一、(れ)一八三四號、同、一一、一二、九、大、刑、五、判決、棄却、一五卷二二號一五七二頁)

被告人が法定の選擧運動者に非ざるに拘らず清水丈夫に對し候補者畑桃作の爲投票並其の取纏方を依頼し投票報酬並投票買收費として金錢を供與したる事實は包括的に觀察して一行爲を形成するものと解するを相當とし、右依頼と金錢の供與とが場所、日時を異にして行はれたればとて其の包括的一行爲性等何等消長を來すべきものではない。(衆議院議員選擧法九六・一一二)

(22) 違法なる選擧運動費用の取次

(昭、一一、(れ)一五八三號、同、一一、一二、五、大、刑、五、判決、破棄自判、一五卷二二號一五五七頁)

議員候補者が選擧事務長に適法なる選擧運動の費用を交付するのは選擧運動の準備行爲であつて選擧運動自體となすべきではない。從つて法定の選擧運動者に非ざる被告人が前示の如く候補者の意を受け選擧運動の費用を選擧事務長に取次交付したればとて何等違法ではない。(衆議院議員選擧法九六)

(23) 選擧事務長の選擧費用支出承諾書と其の記載要件

(昭、一一、(れ)二五一九號、同、一二、二、一、大、刑、一、判決棄却、一六卷一號二六頁)

選擧委員の一人に對して支出を承諾する旨の選擧事務長の文書は、他の選擧委員に於て支出する選擧費用に對する承諾文書と解することを得ざるは勿論であつて、金額を定めず用途をも特定せざる概括的支出委任狀に基いて選擧費用を支出する如きは、不正の費用を未然に防止せんとする立法の目的に背馳し、衆議院議員選擧法第百一條に所謂選擧費用の支出に對し選擧事務長の文書に依る承諾を得たるものと解することを得ない。(衆選法一〇一I同施令六二I)

(24) 立候補屆出前の行爲と衆議院議員選擧法第百十二條の適用

(昭、一一、(れ)二四六一號、同、一二、一、二、九、大、刑、四、判決棄却、一六卷一號一二頁)

凡そ選擧制度の實施せられる限り、選擧の公正を害し又は害する虞ある行爲は、其の行爲の時期如何に拘らず到底許すべからざるものと謂はねばならない。のみならず衆議院議員選擧法第百十二條が其の行はれた犯罪行爲の時期に關して何等の制限を設けてゐないことよりみれば、選擧の公正を害し又は害する虞ある同條所定の行爲は、議員候補者の立候補屆出前に行はれたものと雖も右の規定に依つて處罰する法意であると解すべきである。衆議院

議員選擧法一一二)

(25) **第三者に對する推薦狀運動費の前渡と利益供與**

(昭、一一、(れ)一九八七號、同、一一、一二、九、大、刑、五、判決、棄却、一五卷二二號一五七六頁)

選擧委員が選擧事務長の文書に依る承諾を得ざるに拘らず第三者に對し推薦狀に依る選擧運動を依賴し其の費用の前渡を爲す行爲は衆議院議員選擧法第百一條第一項に該當するも同法第百十二條第一項第一號所定の利益供與に該當しない。(衆選法一一二・九七・一〇一)

(26) **衆議院議員選擧法第百十二條第一項第五號に所謂選擧運動者**

(昭、一一、(れ)二二五二號、同、一二、一、三〇、大、刑、三、判決、棄却、一六卷一號一七頁)

衆議院議員選擧法第百十二條第一項第一號に所謂選擧運動者には、法定の選擧運動者及無屆選擧運動者のみならず金錢を供與せんとする者の意を承け、其の目的を知り乍ら被供與者に傳達する爲め、金錢の交付を受ける者をも包含するものである。蓋し被供與者に金錢供與の傳達を爲す爲め、其の交付を受けるが如きは、自主的に作爲すべきことを承諾したものであつて、所謂選擧運動者に外ならないからである。(衆選法一一二)

(27) **衆議院議員選擧法第百十二條第一項第六號の規定と刑法共犯規定との關係——同法に所謂周旋の意義**

(昭、一一、(れ)二三五八號、同、一二、二、六、大、刑、三、判決、棄却、一六卷一號六一頁)

衆議院議員選擧法第百十二條第六號は、同條第一項第一號乃至第五號に掲ぐる行爲に關する周旋行爲を一個獨立の犯罪として規定したものであるから、その限りに於て共犯規定の適用を排除する。(要旨第一)。

衆議院議員選擧法第百十二條第一項第六號に所謂周旋行爲とは、必ずしも當事者の間に介在し其の双方又は一方と意思を通じ兩者の間に違反行爲を爲すべき意思の合致を成さしむる場合に限らず、金錢供與申込の傳達を爲すが如き場合をも包含する(要旨第二)。(衆選法一一二、刑法六〇・六一・六二・六三)

(28) **受託供與者に返還せられたる金員と其の追徵——利害關係利用誘導罪に於ける選擧人の複數と其の擬律**

(昭、一一、(れ)二五二五號、同、一一、一二、二三、大、刑、五、判決、棄却、一五卷二四號一六四三頁)

一、議員候補者の選擧委員より同候補者に當選を得しむる目的を以て他の選擧運動者に供與すべき選擧運動の報酬並投票買收資金として金員の寄託を受けた甲が、同一の目的の下に非法定運動者たる乙に對し、投票取纏の選擧運動を爲すことの報酬並投票買收資金として右金員を供與し、同時に無資格選擧運動を爲し、其の後乙より該金員中一部を返還せられ、而も自己の金員と混和して沒收すること能はざるに至つたときは衆議院議員選擧法第百十四條に依り其の返還を受けた者より其の價額を追徵すべきである。

二、縣會議員の選擧に立候補の意思を有する者が其の選擧區內の特定部落の代表者で選擧人たる者三名に對し、自己の當選を得る目的を以て其の者の關係ある該部落の特殊の直接利害關係を利用して誘導したときは、府縣制第四十條衆議院議員選擧法第百十二條第一項第二號所定の單純一罪を成すもので相手方たる選擧人の數に應じた一行爲數罪と爲るものではない。(衆選法一一四、府縣制四〇)

(29) 選擧事務長內定と衆議院議員選擧法第百十五條第三號の選擧運動者—町長就任希望さ同條に所謂特殊の利害關係—前科調書と刑事訴訟法第三百四十二條

(昭、一一、(れ)二六二七號、同、一一、一二、二、大、刑、五、判決、集却、一五卷二一號一五四一頁)

(一)選擧事務長に就任することを承諾內定した以上、は未だ選擧運動に着手するに至らない場合でも、衆議院議員選擧法第百十五條第三號に所謂選擧運動者に該當する。

(二)町長に就任し度い希望を有して居る選擧事務長に對して、町會議員であつて而も其の支持者の立場に在る者が、選擧事務長たることを止めない場合には、町長問題に付いて支援しないと云ふことを申向けるのは、選擧運動者の特殊の利害關係を利用して其の選擧運動者を威壓したことになるので、衆議院議員選擧法第百十五條第三號に該當するものである。

(三)衆議院議員選擧法第百十五條所定の被告事件に在つては、前科調書は裁判所が公判期は前檢事局に照合して、得たものであつても之に付いて證據調を爲すことを要しない。(衆選法一一五、刑訴三二八、三四二)

(30) 衆議院議員選擧法施行令第五十七條の三第一號に所謂同時に通話

(昭、一一、(れ)二三二五號、同、一一、一二、二四、大、刑、一、判決、集却、一五卷二四號一六八二頁)

衆議院議員選擧法施行令第五十七條ノ三第一號に所謂面接と通話とは其の價値全く同一で連續して一回の面接及一回の電話通話を行ふと面接又は通話の一方のみを連續して行ふとに因り、同條の適用を異にすべき理由はない。本件に於て、被告人は衆議院議員立候補者の爲法定の選擧運動者に非ざるに、推薦狀に依る選擧運動を爲さんとして、選擧人に對し推薦狀に加名方勸誘の書面を郵便に依り發送した後、偶然其の一選擧人に出會した際右同書を促し、又他の一選擧人より懇て承諾し居りたる推薦狀加名を取消し來つた際電話を以て推薦狀に依る選擧運動を爲す場合に個々の選擧人に面接し電話にて通話を爲したるに該當する。(衆選法施行令五七、三)

(31) 貯銀行法第十八條の解釋

(昭、一一、(れ)一七四八號、同、一一、一一、二五、大、刑、五、判決、集却、一五卷二一號一五一七頁)

主務大臣の免許を受けずして事實上貯蓄銀行法第一條所定の業務を營んだ者に付ては、同法第十八條の適用がある。(貯銀法一)

(32) 家屋所有權の移轉と敷金の引繼

(昭一一、(オ)一五九三號、同一一、一一、二七、大、民、二、判決破毀差戻、一五卷二三號二一一〇頁)

家屋所有權を讓受け賃貸人となりたるものに於て、借家法一條により新所有者と賃貸借が繼續する場合に賃貸借に附隨して敷金が新舊所有者間に引繼がれるのが適當であるが從來差入れてある敷金を引繼がざるものとするには、新舊所有者及び賃借人の間に於て其の旨の合意を爲す可きものとする。(借家法一I、民三一六、六一九I)

(33) 自動車交通事業法第五十五條に所謂破壞

(昭一一、(れ)二五五一號、同一一、一二、一六、大、刑、五、判決、棄却、一五卷二三號一六二六頁)

人の現在する自動車運轉事業の自動車の他の自動車に追越され且つ其の停車により放熱器を損傷し因て之に屢々水を補給するに非ざれば安全なる運轉を繼續する能はざるに至らしめたる以上右損傷は自動車交通事業法第五十五條に所謂自動車の破壞に該當する。(自動車交通事業法五五、五六、五七)

(34) 關稅法第七十五條但書に所謂原價の意義

(昭一一、(れ)二二二〇號、同一一、一二、一四、大、刑、一、判決、棄却、一五卷二三號一六〇四頁)

一改正關稅定率法が貴石の輸入稅率を激減したのは、其の合法的輸入を奬勵することを目的としたものであつて、關稅逋脫の犯則行爲に對する取締を寬にする意味ではない。從つて關稅法第七十五條但書も亦從前の制裁を輕減したものではないのである。即關稅法第七十五條に於て但書を設けたものである。從つて關稅法第七十五條但書に所謂原價とは輸入港に於ける到著價格を指稱するものである。(關稅法七五但)

(35) 町村金庫の設置と收入役の權限

(昭一一(オ)二八九七號、同一一、一二、一七、大、民、一、判決、一部破毀差戻、一五卷二四號二二四八頁)

町村に金庫の設置を許した市制町村制施行規則第五十七條の規定は町村制第八十條第一項但書に所謂法令中別段の定めあるものに該當するものであるから、金庫の設置せられある町村にあつては、別に特例を設けない限り、其の現金の出納及保管に關する收入役の權限は制限せられ、收入役は該權限を失ふ。(町村制八〇・一二三、市制町村制施行規則五七・五九・六三)

(36) 工業的效果に大差ある構造上の微差と特許

(昭一一(オ)一三五〇號、同一一、一二、一六、大、民、四、判決、破毀差戻、一五卷二四號二二三九頁)

甲乙兩機械の構造上の差異が一見微差たるが如き觀ある場合でも之が其の工業的效果を著しく增大せしむるものであるときは右構造上の差異は通常當業者に於て特考を要せずして容易に變更し得べき構造上の微差に過ぎずと云ふことを得ない。(特許法一・四

(37) 商標の類似と發音の轉訛

(昭、一一、(オ)一六〇五號、同、一一、一二、一五、大、民、二、判決、破棄差戻、一五卷二四號二二六頁)

片假名又は平假名を以て識された商標は其の發音の轉訛する場合をも斟酌して其の類似の有無を審査することを要する。本件に於けるスミナール若くはシミナールなる商標はルミナールと類似性を有する。(商標法三條)

(38) 賣淫容止罪の成立

(昭、一一、(れ)一九四九號、同、一一、一二、三、大、刑、二、判決、棄却、一五卷二二號一五五三頁)

警察犯處罰令第一條第二號に所謂容止とは現實に密賣淫行爲を認識しながら之を制止せざる場合に限らず豫じめ房屋を準備し密賣淫婦を抱へ置き苟も來客あるときは隨時に賣淫を爲すべきことを慫慂し居りたる場合に於ては偶々個々の賣淫行爲のありたる時に不在なりとするも固より容止罪の成立を妨ぐるものではない。(警察犯處罰令一)