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	1939
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.18, No.2 (1939. 8) ,p.167- 182
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	季報
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19390831-0167

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

(61) 火葬の場合に於ける所謂金歯屑の所有
——骨揚後骨灰中に殘留せる金歯屑の所有

（昭、一三(オ)一六四八號、同、一四、三、七、大、）
（刑、三、判決、事實審理、一八卷三號、九三頁）

(一) 火葬に際し遺骨と共に殊存する所謂金歯屑は骨揚を終らざる間は相續人の所有に屬する。

(二) 一般市町村經營の火葬場に於ては骨揚後の骨灰中に殘留する金歯屑は死者の相續人か所有權留保の意思表示を爲さない限り、慣例上骨揚を終ると同時に市町村の所有に歸屬するものと解すべきである。（民八五）

(62) 消滅時效完成後既存債務減額の申出と時效利益の放棄

（昭、一三(オ)一六一六號、同、一四、二、二一、大、）
（民、二、判決、破毀差戻、一八卷二號一二二頁）

時效に困つて消滅した既有債務に付て、其の債務者が債權者に對して減額の申出を爲した場合には、他に特殊の事情がない限りは、既存債務全額の存在を承認し、其の時效の利益を拋棄したものとは云ひ得ない。（民一四四・一四六）

(63) 債權不存在確認訴訟と時效中斷

（昭、一二、(オ)一五五三號、同一四、三、二二、）
（大、民、聯合、中間判決、一八卷四號二三八頁）

凡そ消滅時效の中斷原因となるべき裁判上の請求は、給付訴訟のみに限定せられることはなく確認訴訟をも含むものであることは當院の夙に採用する見解であつて、これを是認する以上は相手方が自己の權利の存在を爭ひ、消極的債務不存在の確認訴訟を提起した場合に於て、之に對し被告として自己の權利の存在を主張することは、裁判上の權利行使の一態樣と看すのに何等の妨なく敢て自己から相手方に對し積極的に權利存在確認の訴訟を提起した場合でなければ、裁判上の權利行使に該當しないものと做して兩者の間に區別を設けて一は中斷事由となし他は中斷事由と做し得ないものと論斷すべき根據はない。（民法一四七）

(64) 抵當權實行の通知と增價競賣

(昭、一三、(ク)六四二號、同一四、一、一四、大、民、四、決定、棄却、一八卷一號一頁)

民三八七條には抵當權者が民三八二條に定めたる期間內に第三取得者より債務の辨濟又は滌除の通知を受けざるときは抵當不動產の競賣を請求し得る旨規定するのみであつて、增價競賣の請求を爲し得る場合の條件を定めたものではないのみならず、競四〇條には民三八四條の規定に依りて抵當不動產の增價競賣を請求する債權者は第三取得者に競賣の請求を送達したる日より三日內に抵當不動產所在地の區裁判所に競賣の申立を爲し且擔保の認許を求むることを要する旨規定し、民三八四條には債權者が民三八三條の送達を受けたる後一箇月內に增價競賣を請求し得べき旨を定めたことから觀れば、抵當權者は抵當權の滌除を爲さんとしたる第三取得者に對し民三八四條に從ひ增價競賣の請求を爲すを以て足り、夫れ以外何等の條件を履踐することなくして直ちに其の競賣手續に著手し得るものと謂はねばならぬ。民三八一條に依る抵當權實行の通知なるものは第三取得者をして抵當權の滌除を爲すや否を確定せしむる必要上認めたものであることは民三八二條の規定に照し疑なきところであつて、是れ卽ち抵當權者が其の抵當權の實行として爲す抵當不動產の競賣請求の前提條件たるには相違ないが、第三取得者が抵當權の滌除を爲さんとした場合に於て始めて請求し得べき增價競賣の前提條件を爲すものではないと解するを相當とする。若し債權者にして一面增價競賣の請求を爲し他面他の第三取得者に抵當權實行の通知を爲した後一箇月の期間經過後に至らなければ、競賣の申立を爲すを得ないと云ふが如きは增價競賣を認めた前揭規定の趣旨に反するものと謂はねばならない。而して右は第三取得者中の何れの者が抵當權の滌除の申立を爲したるやに付其の理を異にするものではない。(民三八七)

(65) 賃借人の賃料不拂と保證契約

(昭、一三、(オ)一六三八號、同、一四、四、一二、大、民、四、判決、破棄差戻、一八卷五號三五〇頁)

期間の定めない賃貸借に付、賃借人の債務の履行を保證した場合に、爾後相當の期間を經過し且賃借人が繼續して賃料の支拂を遲滯し將來に於ても誠實に其の債務を履行する見込のないやうな事態を生じたか、或は保證後に至り賃人の資產狀態が著く惡化して夫れ以上保證を繼續するときは爾後の分に對し將來求償權を實行することが覺束ないと云ふ虞があるか、若は賃借人が繼續して債務の履行を怠つて居るに拘らず賃貸人より保證人に對して其の事實を告知し又は其の遲滯の生ずる每に保證債務の履行を求むる等の行爲を爲すことなく、突如として一時に多額の延滯賃料支拂を求め保證人をして豫期せざる困惑に陷らしめ且依然賃借人をして賃借物の使用收益を爲さしめ延滯賃料の異常な增加從て保證

人の賃借を過當に加重せしむるやうな事情がある場合には、保證人は引續き保證責任の存續することを欲しないのが通常であるから、斯る場合に於ても賃貸借契約の存續する限り賃借人の債務不履行に付保證人の責任を免れ得ないとすることは信義の原則に反するのであつて、右の如き場合には保證人は其の一方的意思表示によつて保證契約を解除することが出來る。(民四四六)

(66) **履行場所外に於ける少額の金員の辨濟提供**

(昭、一三、(オ)第一八三〇號、同、一四、三、二三、大、民、一、判決、棄却、一八卷四號二五〇頁)

金錢債務を負擔する者は、別段の意思表示がない限り債權者の現時の住所で辨濟を爲すべきであることは民法第四百八四條の規定上明白である。だからその他の場所で爲した辨濟の提供は特別の事情のない限り、債務の本旨に從はないものとして債權者がその受領を拒むことの出來るのは當然である。だが若し債權者の住所以外の場所でなす辨濟がその住所でなす辨濟に比較して、債權者に取つて別段不利益とならないやうな特別な場合には債權者は濫りにその受領を拒むことはできない。(民法四八四・同四九三・四九四)

(67) **年金受給權の消滅と年金受給代理權の消滅**

(昭、一三、(オ)二九四號、同、一四、二、七、大、民、五、判決、破毀差戻、一八卷一號三五頁)

金鵄勳章年金受領權者が債務辨濟の方法として其の債務權者に對し、年金を受領し之を以て直ちに其の債務の辨濟に充當すべきことを委任する契約時、年金受領權の存續を前提とし從つて債務者が年金受給權を失ふに至るときは右委任は將來に向つて消滅する趣旨と解するを相當とし、右年金受領のために與へられたる代理權及第三者を代理人として選任するの權は委任消滅と同時に消滅すると解すべきこと事理の當然なり。(民六四三・六五三)

(68) **私生子認知の遡及效と民法第八百五十四條の取消權**

(昭、一三、(オ)一七五七號、同、一四、一、二八、大、民、三、判決、棄却、一八卷二號六三頁)

一旦適法な養子緣組の屆出が受理せられた以上該屆出に因り有效なる養親子關係が發生し養子は緣組の日より養親の摘出子たる身分を取得し、且其の身分に伴ふ權利を取得するものなるが故に該養子緣組の後に爲された養親の私生子認知に因り、養子が既に取得した前記權利を害することを得ないのは勿論なるが故に、右認知の結果前示養子緣組が民法第八百三十九條に反するに至つた爲之を理由として同法第八百五十四條に依り其の取消を請求し得ざるものと解しなければならない。(民八三二・八三九・八五四・八六〇)

(69) **親權者の子女に對する單純贈與と特別代理人の選任**

―相手方の代理禁止の原則の適用範圍

（昭、一三、（オ）一五三三號、同、一四、三、一八、大、民、四、判決、一部棄却、一部却下、一八卷三號一八三頁）

(一) 親權を行ふ父が專ら其の子女の利益に歸し、亳も不利益を伴はぬる贈與を爲す場合は、民法第八百八十八條に所謂利益相反する行爲に該當しないから、受贈者たる子女が意思能力を有するや否に關せず、子女の爲特別代理人を選任することを必要としない。

(二) 親權を行ふ父が專ら其の子女の利益に歸する贈與を爲す場合には、贈與者たる父が自ら受贈者たる子女の法定代理人として受諾を爲すも民法第百八條の相手方代理禁止の原則に抵觸しない。（民八八八・一〇八）

(70) 會資會社の退社員の責任

（昭、一三、（オ）一五七三號、同、一四、二、八、大、民、四、判決、棄却、一八卷一號五四頁）

合名會社の社員が退社するも退社の登記なき以上取引の相手方が退社の事實を知ると否とに關せず該登記前に生した會社の債務に付責任を負ふこと商法第七十三條第一項の解釋上明白にして、此の場合には同法第十二條の適用なし。（商七三・一二）

(71) 自動車回數乘車權の發行と運送契約の成否

（昭、一三、（オ）九二號、同、一四、二、一、大、民、三、判決、一部破毀差戻、一八卷二號七七頁）

自動車による旅客運送營業者の發行したる回數乘車券は、運送業者と公衆との間に他日成立すべき運送契約を豫想し其の乘車賃の前拂ありたることを證し、即ち乘車賃に代用せらるゝ一種の票券にして、この發行により其の所持人との間に旅客運送契約又は其の豫約が成立するものではない。右運送契約は唯公衆が乘車の都度乘客と運送業者との間に成立するものと解すべきである。從て、運送會社が回數乘車券を發行した後任意解散し營業を繼續せざることと爲りたる以上は、特殊の事情がない限り券面に表示せる前拂の賃金は所持人に之を返還することを要すべきであるが、豫約の履行不能に因る損害賠償の責任がある譯でない。（商三三一）

(72) 生命保險會社の支店長が締結したる保險契約と商法第三百九十九條ノ二第二項

（昭、一三、（オ）一三一六號、同、一四、三、一七、大、民、二、判決、破棄差戻、一八卷三號一五六頁）

商法第三百九十九條ノ二第二項に所謂保險者が解除の原因を知りたる時とは、保險會社の支店の締結した契約に付ては當該支店長が其の原因を知つた時をも包含する趣旨なりと解すべきである。（商三九九ノ二）

(73) 破產終結登記後に發生したる合資會社の手形利得債權義務と無限責任社員の責任

（昭、一三、（オ）一五五四號、同、一四、二、一四、大、民、五、判決、棄却、一八卷二號一〇七頁）

合資會社が破產開始の登記前に振出したる約束手形に對する所持人の手形債權が會社の破產終結の登記後時效に因り消滅した場合に於て、破產開始の登記後五年內に係るときは、無限責員に於て利得債權の支拂に付其の責に任すべきものである。蓋し右の場合に於て會社の無限責任社員の償還義務なるものはその者の無限責任たりし當時合資會社が右手形の振出に因り利益を受けたるに原因して發生した債務に外ならないからである。

（商四四三・四四四・六三・一〇五・一〇三）

(74) 法律事務取扱の取締に關する法律第一條に所謂代理の解釋

（昭、一三、（れ）一六七二號、同、一四、三、六、大、刑、二、判決、棄却、一八卷三號、八七頁）

辨護士に非ざる者が報酬を得る目的を以て債權者の依頼に基き債權者の氏名を用ひ司法書士をして支拂命令の申請又は訴訟提起に關する書面を作成せしめ債權取立の行爲を反覆累行するは法律事務取扱の取締に關する法律第一條の所謂訴訟事件に關し代理を爲すを業としたる者に該當する。

(75) 法律の事務取扱の取締に關する法律第一條の代理と抵當權實行の爲にする競賣申立の代理

（昭、一三、（れ）一六六三號、同、一四、三、一七、大、刑、三、判決、棄却、一八卷四號一四五頁）

抵當權を實行する爲めの競賣申立の代理行爲は法律事務取扱の取締に關する法律第一條に所謂他人間の非訟事件の紛議に關して代理を爲した場合に該當する。（法律事務取扱ニ關スル法律第一條）

(76) 控訴審に於ける請求擴張の效力

（昭、一三、（オ）二〇一四號、同一四、四、七大、民、五、判決、棄却、一八卷五號三一九頁）

第一審判決が認容したる被上告人の本訴請求中、原判決の認容したる請求以外の分は、原審の口頭辯論に於て被上告人が之を擴張したる事は調書の記載に照し明かであり、該擴張の限度に於て第一審判決は當然に其の效力を失つたものと解すべきである。從つて原審の爲すべき判決は第一審判決の失效せざる部分と合致するに歸するから、原審が第一審判決を相當として上告人の控訴を棄却する旨の判決を爲したのは洵に正當である。（民訴二〇三）

(77) 株券の差押と民事訴訟法第五百七十一條所定の特別處分

（昭、一三、（オ）一三七二號、同一四、二、八、大、民、三、判決、破棄差戻、一八卷二號八九頁）

執達吏が強制執行の爲債務者所有の株券を差押へ之を占有中、株券を發行せる會社が資本減少の手續として株主に對し商法第二百二十條ノ二所定の通知を爲したる場合に於ては、執達吏又は此の事實を知りたる以上、民事訴訟法第五百七十一條所定の特別の處分として差押に係る株券に付商法第二百二十條ノ三に規定せる株主失權の結果を防止する爲相當なる處置を講ずべきものである。（民訴五六六・五七一・五三二・商二二〇ノ二・同條ノ三）

(78) 市稅滯納處分に因る差押登記の適否と原審の第三取得者

（昭、一三、（オ）一六〇〇號、同、一四、一、三〇、大、民、一、判決、棄却、一八卷一號一一頁）

權利取得の第三者が其の取得の當時差押ありたることを知りたるときは差押の效力を否認し得ざるべきことは民訴六五〇條一項の規定に徴し之を領し得べきにより、本件に於て上告人が其の主張の停止條件附賣買に因り昭和九年十一月一日條件成就の故を以て本件建物の所有權を取得したるものとし、且其の同時に於ては東京市が昭和八年五月十五日市稅滯納を理由として該建物に對し爲したる差押に付、適式なる差押登記がなかつたとしても、該差押の事實を知つてゐた上告人は差押の效力を否認し得ないものと解すると相當とすべく、從て東京市は仍ほ差押を以て上告人に對抗し得べきにより、昭和九年九月十一日に至つて爲されたる差押登記の效力如何は之を究明するを須ひず、右差押に基く公賣處分は有效であると云はねばならぬ。（民訴六五〇）

(79) 不動產所有者と强制競賣手續に於ける利害關係人——競落不許の確定決定と競賣手續

（昭、一三、（ク）七四七號、同、一四、二、一、大、民、四、決定、棄却、一八卷一號二四頁）

(一) 民訴六八〇條一項に規定する競落の許否の決定に對し卽時抗告を爲し得る利害關係人は同六四八條に競賣手續に於ける利害關係人として列記する者たることを要するものと解すべきものであつて、右列記には利害關係人として債務者を掲ぐるも、競賣物件の所有者は之を擧示しないから右所有者は右の利害關係人と謂ふを得ない樣であるが、不動產强制競賣は常に債務者の不動產に對し行はるるものであつて、債務者は同時に當該競賣不動產の所有者たるを通例とするから、特に所有者を利害關係人として擧示せざりしに止まり、所有者を利害關係人から除外する法意であると解すべきではない。惟ふに競賣法に依る競賣手續に於ては、同法二七條が債務者の外に所有者をも利害關係人として擧示するのは該競賣手續に於ては債務者が同時に所有者にあらざることが尠くないから所有者を利害關係人として明記したが、强制競賣手續に於ては債務者は同時に所有者たるを常とするから特に所有者を利

害關係人として擧行せざりしものと解すべきであるから、强制競賣手續に於て事實上最も利害關係深き所有者を利害關係人から除外せんとする法意に非ざることを窺知するに難くないからである。されば强制競賣手續に於ても競賣法に依る競賣手續に於けると同樣（昭一三(ク)四七七號、同、七、三〇大審院決定參照）競賣物件所有者を利害關係人として之に對し競落許可決定に對する抗告を許容すべきは事理の當然と謂はねばならぬ。只登記簿上競賣物件の所有名義となつてゐない所有者は競賣裁判所に於て其の所有者たることを知るに由ないから、之に對し、競賣手續上の各種の通知を必要とせざるのみ。之を以て所有者が利害關係人にあらずと即斷すべきではない。又所有者は民訴四五九條に依り强制競賣の目的物件には其の所有權を主張して執行異議の訴を提起し得る途があるの故を以て、競落許可決定に對する利害關係人として即時告抗を爲すを得ないものと解すべきではない。本件に於ける競賣の目的不動產の所有者は宮田簡易水道組合であつて、相手方六方は其の組合員であるから、相手方等は右不動產の所有者と見るべきものであるが故に、單獨所有者と同樣右不動產の競落許可決定に因り損害を被るべきは當然なるを以て、民訴六九一條二項、六七二條一號に依り本件强制執行は許すべからざる理由として競落許可決定に對し即時抗告を爲し得るものと謂はねばならぬ。

(二) 競賣手續に於て强制執行を許す可からざることを理由として爲されたる競落不許の決定が確定するに於ては、之に依り當該競賣手續は終結し、最早之を續行するに由なきものであるから、原審が競賣裁判所の爲したる競落許可決定を爲した以上、最早本件强制競賣の申立を却下するの必要なきものである。（民訴六八〇）

(80) 假處分の續行と執行開始期間の制限

（昭、一三、(オ)二〇九六號、同、一四、四、一一、大、民、二、判決、棄却、一八卷五號三三一頁）

裁判所が假處分を命ずると共に、假處分債務者の申立に基いて民事訴訟法第七百五十九條に依り假處分の判決中に保證を條件として假處分の執行の停止又は取消を許容し之に假執行の宣言を附した場合に、假處分債權者が一旦假處分命令の執行を了し假處分債權者が假執行の宣言に基き其の執行の停止又は取消を爲し、更に假處分債權者が右停止又は取消の不法不當を主張して假處分の判決中其の停止又は取消を許す部分及其假執行宣言の廢棄を求め之を認容する判決があり、假處分債權者が之を執行機關に提出したならば、それは新に執行に着手するものではなくして結局從前の執行を續行するものに外ならないから、第七百四十九條第二項の準用なく假處分の判決の言渡後十四日を經過するも執行を求め得るのであり、從つて控訴を申立て若くは控訴を維持することの利益が無いものと言ふことは出來ない。

(81) **民事訴訟法第七百九十一條に依る仲裁人選定の訴と選定の催告**

（昭、一三、(オ)一五八〇號、同、一四、三、二〇、大、民、一、判決、棄却、一八卷四號二一九頁）

（民訴七五六・七四三・七四九II）

民事訴訟法第七百八十九條の規定に從ひ、管轄裁判所の選定した仲裁人か其の職務の引受を拒絶した場合は仲裁契約の當事者は既に仲裁人選定權を喪失した相手方に對しては同法七百九十一條所定の催告を爲さすして直に管轄裁判所に對し仲裁人選定の申立を爲すことを得る。（民訴七八九・七九一）

(82) **否認權行使に依る給付の一部返還に對する債權の復活範圍**

（昭、一三、(オ)一三八八號、同、一四、三、二九、大、民、四、決判、破毀差戻、一八卷五號二八七頁）

破産者の行爲が否認せられたる場合に於て、相手方が其の受けたる給付の全部を返還するか、或はその返還不能の爲め其の價格の全部を償還するか、又は相手方が其の受けたる給付の一部を返還し他の一部が返還不能となつた爲に其の價格を償還したときは孰れの場合に於ても相手方の債權は全部原狀に回復することは、破産法第七十九條の解釋上些かの疑も入れざる所であると共に、本件に於けるが如く相手方が其の受けたる給付の一部を返還したが殘部の返還不能にて其の價格を償還するに至らない場合を考ふるに、斯る場合に於ても亦相手方の債權は一定の限度に於て原狀に回復すべきものであつて、所論の如く相手方が其の受けたる給付の全部を返還しない限り相手方の債權は毫も原狀に回復せずと解すべきものではないことは、破産法の右法條中に「又ハ其ノ價格ヲ償還シ」なる文詞があり、相手方の受けた給付中一部返還不能のあるべきことを豫想したと同時に、一部返還の範圍に於ては相手方の債權の復活を否定するものでないことを窺知し得るのみならず、一部返還不能のものがある爲に一部返還の事實を看過し相手方の債權が全然回復せずと爲すが如きは、著しく正義公平の觀念に悖戻するに鑑みても疑を入れない所である。

而して、此の場合に、相手方の債權が復活する範圍は相手方の給付中、返還部分の價格と返還不能部分の價格とに依つて相手方の債權を按分し、其の返還部分に對應する債權額なりと解するを妥當とするを妥當とすべく、其の價格を定むる時期は相手方の受けた給付が、破産財團に返還せられた時である。凡そ破産者の行爲にして否認せらるる以上、相手方の受けた特定物の給付は相手方に現存する限り、物權的に常然破産財團に復歸するものであるから（昭和二年(オ)第四七八號同三年三月九日言渡本院判決參照）右の時期は本件に於ては、否認權行使の判決確定の時と謂はなければならない。（破産七九）

刑事法

(31) 緊急防衛不成立の一場合

（昭、一三、（れ）一四八五號、同、一四、三、六、大、刑二、判決、棄却、一八卷三號八一頁）

被害者が深夜酒氣に乘して、被告人方の戸外に至つて、大聲で泥棒と連呼するのを詰責しやうとして、戸外に立出て爭鬪を爲し同人がビール壜を以て打蒐るや直ちにこれを奪つて之を以て同人を毆打し、死に致した行爲は舊刑法三〇九條の如く斯る場合に其の罪を宥恕する規定を缺いてゐる現行刑法では、緊急防衛とはならない。（刑三六・二〇五、舊刑九三〇）

(32) 辯論再開申請書の性質

（昭、一三（れ）一五二五號、同、一四、二、九、大、刑、二、判決、棄却、一八卷二號三三頁）

訴訟當事者は其の攻擊防禦の方法としてあらゆる訴訟上の行動を許されて居り、辯論の再開の如きは訴訟當事者として重大なる影響があるから、再開と否とは裁判所の專權に屬すれども、其の職權の發動を促すことが出來る。從て是れが申請は當事者の訴訟上の權利の一作用であると謂ふべきであるから、辯論再開申請書は刑法第百五十九條の權利義務に關する文書である。（刑一五九）

(33) 競馬法第三十三條と刑法第八十五條

（昭、一四、（れ）四二號、同一四、三、二二、大、刑、一、判決、棄却、一八卷四號一五一頁）

競馬法第三十三條第三號に依れば、「本法ニ依ル競馬ノ競走ニ關シ業トシテ多數ノ者ニ對シ財物ヲ以テ賭事ヲ爲シタル者」と規定し之を處罰してゐるが、是れは固より、競馬の競走に關する賭財を以て業となすのでない限りは賭博罪を構成せざるものと解した爲ではなく、寧ろ斯る行爲は、本來は刑法に於ける賭博罪の規定に該當するのは勿論であるが、競馬公認の制度に隨判して輙く誘發する虞があると同時に、通常の賭博行爲に比して、其の弊害も甚大なるものがあるといふ點を考慮して、特に右法條を掲げて嚴重に之を處罰せんとしたのに外ならない。從て同法條の適用を受くべき賭事は、業として、卽ち其の行爲を反覆繼續するの意思の下に、多數人を相手として行つた場合に限定せられ、等しく競馬の競走に關し、多數の者に對し財物を以て賭事を爲しても、業として爲したのではない場合、卽ち斯る意思の存せざる場合に於ては、其の行爲の場所が競馬場内外如何を問はず、刑法所定の賭博行爲として、同法の罰則に照して、處斷せらるべきは當然である。（刑一八五、競馬法一・三三）

(34) **常習賭博罪の構成**（同上）

賭博の常習とは、要するに習癖の發現として賭博行爲を爲すを謂ふに外ならないから、苟くも賭博の習癖あるものが其の發現として、財物を以て偶然の輸贏を爭つた以上は、其の方法性質の如何は敢て問ふの必要もなく、等しく常習賭博と斷し得べく、從つて或る一種の博戯の常習ある者が、他の博戯又は賭事を爲した場合でも同樣に常習として博戯又は賭事を爲したと謂つて毫も差支はないのである。（刑一八六）

(35) **刑法第百八十六條第二次に所謂利を圖りの意義**

（昭、一三、（れ）第一五七七號、同、一四、二、一三、大、刑、二、判決、棄却、一八卷一號二七頁）

徴收したる寺錢の一部が次回に行ふべき賭博場の借入料賭博者の車馬賃其他諸般の雜費を支拂ふべきにありとするも畢竟賭博開帳の繼續費にして該寺錢は賭博開帳者の利益に歸したるものに外ならないから賭博開帳圖利罪の罪責を免れない。（刑一八六II）

(36) **第三者の處分圖内に在る利益と賄賂約束罪**

（昭、一三、（れ）第一六五二號、同、一四、三、一七、大、刑、三、判決、棄却、一八卷四號一三七頁）

第三者の處分圖内に在る利益と雖も之を供與することを約す者が第三者に對して影響を及ぼし得る地位に在つて、人をして賄賂實現の可能が期待せられ得る場合には賄賂約束罪の目的物たり得るのである。（刑法一九八I）

(37) **抵當權及地上權を設立しある自己所有地を損壞したる罪と告訴の要否——告訴權者の資格喪失と告訴の效力**

（昭、一三、（れ）第一四七五號、同、一四、二、七、大、刑、三、判決、棄却、一八卷一號二〇頁）

一　抵當權及地上權を設立しある自己所有地を損壞したる行爲に依り成立する罪は刑法第二百六十一條の罪にして親告罪である。

二、告訴は其の提起後告訴權者が告訴權の基礎となりたる資格を喪失するも其の效力を失ふものではない。

刑・二六一・二六二・二六四）

(38) **省令の施行力と官報の刊載**

（昭、一三、（れ）一六二七號、同、一四、二、二八、大、刑、三判決、棄却、一八卷二號、六三頁）

公布の日から施行する旨の規定がある省令は、縱令これを掲載した官報が被告人の住所地に到達しないときでも、其の當日から施行力を生する（公式令一二）

(39) **告訴取消書の作成と其の效果の不發生**

（昭、一三、（れ）一五五〇號、同一四、二、二五、大、刑、一、判決、棄却、一八卷二號四九頁）

告訴の取消は告訴人より書面又は口頭を以て當該官署に之を申告することに因り、其の效力を生ずべきものなることは刑事訴訟法第二百七十五條第二百七十二條に照し明白であるけれども、此の訴訟行爲は一定の犯罪に對し訴追を要求する告訴權利者の意思表示であるから申告其れ自體が表意者の眞意に適合するを要することは勿論である。故に縱しや告訴に關し私和示談等行はれ告訴人に於て告訴取消書を作成し當該官署へ提出の目的を以て之を他人に交付したる事實が存しても其の提出に先立ち、告訴人が當該官署に對し告訴を取消す意思の不存在乃至如上書面の撤回又は廢棄の意思あることを表白した場合に於ては、爾後に於ける同書面の提出は告訴權者の眞意に副はざる無效の行爲にして之に因り告訴取消の效果を生ぜしないと解すべきである。

（刑訴二七五、二七二）

（昭、三、（れ）一六四七號、同、一四、三、二、）
大、刑、二、判決、棄却、一八卷二號七四頁）

公判調書の供述記載を證據とするに非ずして、審理更新後の公判に於ける供述を證據とするには、更新前の公判調書に付て證據調を爲す必要はない。（刑訴三四〇）

(40) 證據に依りて認めたる事實の證據力

（昭、一三、（れ）一六三九號、同、一四、二、二七、）
大、刑、二、判決、棄却、一八卷二號五七頁）

證據に依つて認定した事實を他の事實の證據となすことは證據によつて事實を認定するものであり事實認定に付て必要な證據調かなされたこととなるから違法ではない。（刑預三三六）

(41) 更新後の供述と其の以前の公判調書に對する證據調の要否

（昭、一三、（れ）一四九七號、同、一四、二、二、）
大、刑、二、判決、棄却、一八卷一號五頁）

被告人と被害者たる小林晉との契約關係は原判示に依れば被告人は金融の周旋業を營み來りたる處、小林晉の委託に因り同人所有の金員を預り之が貸付周旋を開始したが、同人との契約に依り憑給又は年金證書を擔保として爲す小林晉所有の金員の貸付、其の貸金の取立、辨濟金の受領及其の貸付慰給金又は年金の受領並に右の爲になさるる小林晉所有の金員の保管等の事務の委託を受け該業務に從事したと云ふのであるから、之を消費寄託なるが如く主張する所論は畢竟事實の否認に過ぎないのであつて、該主張に對しては之が判斷をなすの要はない。（刑三六〇）

(43) 墮胎罪の判示

（昭、一三、（れ）一五一〇號、同、一四、二、六、）
大、刑、二、判決、棄却、一八卷一號一六頁）

刑法第二百十四條の墮胎罪を判示するに當つては、同條列擧の身分を有する者が婦女の囑託を受け又は其の承諾を得て墮胎すべき原因を與へ其の結果胎兒を排出せしめたる事實を摘示すれば足り、其の與へたる前因が生理上如何なる經過を辿つたかの理由は罪となるべき事實に非ざるを以て之を說示するの要なし。

（刑二一四、刑訴三六〇I）

(44)　引用證據の矛盾と理由齟齬

（昭、一三、（れ）一五三三號、同、一四、三、九、大、刑、二、判決、棄却、一八卷、三號、一〇二頁）

引用證據中前後相容れざるか如きは所謂綜合形斷の結果捨らるべきものであるから、判決に理由齟齬ありと謂ふことを得ない。

（刑訴四一〇）

(45)　刑事訴訟法第五百五十六條第一項第一號の適用——刑事訴訟法、第五百五十六條第一項第一號の適用ある場合と刑法第二十一條

（昭、一四、（れ）四九號、同、一四、四、一四大、刑、三、判決、破棄自判、一八卷五號二一五頁）

(一)　苟くも檢事の上訴があつたときは、被告人其の他檢事以外の者の上訴が有らうと無からうと、又其の上訴の理由が有らうと無からうと、常に刑事訴訟法第五百五十五條第一項第一號の適用がある。（刑訴五五六I）

(二)　刑事訴訟法第五百五十六條第一項第一號に依つて、上訴申立後の拘留日數全部が、當然本刑に算入せらるべき場合に於ては、刑法第二十一條を適用して其の拘留日數一部算入の言渡を爲すべきものではない。（刑訴五五六I、刑二一）

特別法

(16)　第三者の演說に依る選擧運動費用の支出と其の違反——當選無效訴訟の準據學說法

（昭、一三、（れ）一五五九號、同、一四、四、一〇、六、大、刑、二、判決、一部破棄差戻、一部棄却、一八卷五號一九七頁）

(一)　第三者の爲した演說に依る選擧運動に付議員候補者が、其の費用を支出することは、衆議院議員選擧法第九十七條に依つて、其の運動が豫め議員候補者又は選擧事務長の文書に依る承諾のあつた場合に限り爲し得るのであつて、此の場合にも更に事前に選擧事務長の文書に依る承諾を得ることを要するのであるが、右の演說に依る選擧運動について豫め其の承　がないにも拘らず、其の費用を支出した時には、同法第百十二條の犯罪を構成するのであつて、同法第百一條第一項を適用すべきものではない。

（衆選法九七・一〇一・一一二）

(二)　當選無效訴訟に於ては、刑事訴訟法中特例の場合を除く外、

私訴に關する規定を準用すべきであつて、證據調及判決に付ても民事訴訟法の例に依るものではない。（衆選法一四一ノ二、刑訴五七七）

(17) 衆議院議員選擧法第百十三條第二項と刑法第六十五條との關係右選擧法第一項第四號勸誘罪の成立

（昭、一四、（れ）七五號、同、一四、四、六、大、刑、二、判決、棄却、一八卷五號一八七頁）

(一) 衆議院議員選擧法第百十三條第二項は、同條第一項各號の規定との關係上犯人の身分に因つて特に刑を加重した規定であつて、その身分なき者が犯罪に加功した場合には、刑法第六十五條第二項を適用すべく、同條第一項を適用すべきではない。（衆選法一一三、刑六五）

(二) 同法第百十三條第一項第四號の勸誘罪は、單に議員候補者若は議員候補者たらんとする者又は當選人に對して、同法第百十二條第一項第一號又は第二號に掲げてある行爲を爲ずやう決意を促すことに依つて成立し、更に之に對する應諾を得る必要はない。（衆選法一一二・一一三）

(18) 取引所法第三十二條ノ五の犯罪の成立

（昭、一三、（れ）一六四三號、同、一四、三、三一、大、刑、三、判決棄却、一八卷四號一七九頁）

取引所法第三十二條ノ五所定の「取引所ニ依ラスシテ取引所ノ相場ニ依リ差金」を授受することを目的とする行爲は畢竟、偶然の輸贏に因り財物を賭する行爲の一種であつて、其の性質は賭博に外ならない。而して、賭博罪の成立には、當事者雙方が互に偶然の輸贏に關して財物の得喪を爭ふこと、從て當事者雙方が孰れも、我勝たば相手方の損失に於て利得を獲べく、又反對に彼勝たば我の損失に於て彼に利得を爲さしめんとの意思を以て偶然の勝負を決すべきことを約し、又は之を決すべき行爲を爲すことを要するのは多言を俟たない所である。從つて、右取引所法第三十二條ノ五所定の犯罪が成立するには、當事者雙方が各取引所に依らずして取引所の相場に依り、相手方との間に差金を授受するといふ意思を以て、其の授受を爲さんことを約する事を要するのは明かである。（取引所法三二ノ五）

(19) 營業關係者に於ける商標權の讓渡

（昭、一三、（オ）第一八〇三號、同、一四、三、二九、大、民、四、判決、棄却、一八卷四號二六一頁）

商標法第十二條第一項に依れば、商標權はその營業と一緒でなければ移轉できないものである。だがその營業の準備をしたが未だ開始しない場合には、開始前だからといつて商標權の移轉を禁ずべき理由はない。だから右の條項に所謂營業とは廣義に於けるものであつて、既に準備は爲したが未だ營業を開始しない商標權者がその商標權を他人に讓渡する際に、將來自ら營業を開始せず

只讓受人をして開始せしめんとの趣旨を合意して商標權を讓渡すれば、その讓渡もまた右の條項に所謂營業と一緒に商標權を移轉するものと解すべきである。（商標法一二II・同一四I）

(20)　電信法三三條の罪の成立

（昭、一三、（れ）一三三五號、同、一四、一、三一、大、刑、四、判決棄却、一八卷一號一頁）

苟くも自己又は他人に利益を與へ、若は他人に損害を加へる目的を以て、電信官署を利用し虛僞の通信を電報送達紙に記載せしめて之を送達せしめたるときは、發信局に於て着信局に對し通信を電送したると將右電送を爲さず直に通信文を電報送達紙に記載して宛名人に送達したるとを問はず、電信法三三條の犯罪を構成するものと解するを相當とす。蓋右法條に於て電信に依る虛僞の通信を爲すことを處罰する所以のものは結局電報送達紙の記載の眞正に對する公信力を保護するが爲であつて、而して其の眞正に對する公信力を害することは通信文が電送されたると否とに依り差異はないからである。（電信法三三）

(21)　外國爲替管理法に所謂命令と大藏省令

（昭、一三、（れ）一五〇二號、同一四、二、二、大、刑、二、判決、棄却、一八卷一號一〇頁）

外國爲替管理法一條には政府は命令の定むる所に依り左の取引又は行爲を禁止又は制限することを得とあり、同五條には第一條の規定に基きて發する命令を以て規定する取引又は行爲の禁止又は制限に違反したる者は三年以下の徵役若は禁錮又は一萬圓以下の罰金に處すべき旨規定してあつて、同法は處罰條件の全部を自ら規定しないで、之を命令に委任したことは明白である。此の如く法律が命令に委任ずる場合に於ては各省大臣は當該所管事務に關じ、右委任の範圍內に於て眞に該法律に基く命令を發布することを得ること勿論であるから、右外國爲替管理法に基いて發せられた本件大藏省令は即大藏大臣の正當なる權限に據る命令なること勿論である。

(22)　船舶安全法第十八條違反の處罰

（昭、一四、（れ）一六六、同、一四、六、一七、大、刑、二、判決、破棄自判、一八卷五號二三三頁）

船舶所有者であつて船長を兼ねる者が、船舶安全法第十八條の違反行爲を爲したときは、船舶所有者及船長たる資格に於て各別に處罰せらるべきものである。（船舶安全法一八）

(23)　同業組合加入の時期

（昭、一三、（オ）一七〇八號、同、一四、三、八、大、民、四、判決、棄却、一八卷三號一三七頁）

重要物產同業組合法第四條に依る同業組合設置の地區內に於て

組合員と同一營業を爲す者は其の組合に加入すべき刑法上の義務があり、組合は其の者が任意に組合に加入しない場合には、組合其の者に對して組合に加入すべきことを請求する權利を有し、其の訴訟に於て爲された組合勝訴の判決の確定に依つて其の者は組合員と爲るものである。(重要物産同業組合法第四條)

(24) 綿絲配給統制規則第三條第四條と其の施行前の契約に基く綿絲の引渡

(昭、一四、(れ)三一號、同、一四、三、二九、大、刑、一、言渡棄却、一八卷四號、一五八頁)

昭和十三年三月一日商工省令第六號綿絲給配統制規則は其の第三條に於て、「工業者ハ割當票ト引換フルニ非サレハ其ノ使用スル綿絲(輸出品又は輸出品ノ原料若クハ材料ノ製造又ハ加工ノ爲使用スルモノヲ除ク)ヲ買受クルコトヲ得ス」と規定し、其の第四條に於て、「工業者ニ對シ前條ノ綿絲ヲ販賣スル者ハ割當票ト引換フルニ非サレハ之ヲ販賣スルコトヲ得ス」と規定し、其の罰則に於ては、「本法ハ公布ノ日ヨリ之ヲ施行ス」と規定してゐる。故に第四條の規定は、昭和十三年三月三十一日以前に成立した賣買契約に基き、同日以降に其の履行として綿絲を引渡す場合にも、其の適用があるものと解するのが相當である。蓋し(一)賣買は民法の規定に依り明かなる如く當事者の意思表表の合致により成立するものであるから、若し前記第三條の買受、第四條の販賣を以て單に賣買契約を指ずものなりと解すると、割當票と引換に非ざれば買受又は販賣することを得ずといふ文旨は、意味を爲さざることとなるであらう。故に、割當票と引換ふるに非ざれば買受又は販賣を爲すことを得ずと謂ふのは、割當票と引換でなければ所謂現實に賣買するのは勿論、既成の賣買契約に因る綿絲の引渡を爲すこと得ないとの意味と解するのが相當であらうし、(二)又斯く解することは、「輸入品ニ關スル臨時措置ニ關スル法律」第二條及び綿絲配給統制規則の精神に適合し、所謂國策に合するものと謂へるであらう。從て、同日以前に成立した賣買契約に基き、同日以降に其の履行として綿絲の引渡を爲すには、割當票と引換の下に之を爲すことを要し、然らざる限り處罰を免れ得ないのである。(輸出入品ニ關スル臨時措置ニ關スル法律二・五・七・綿絲配給統制規則一、二、三、四、同罰則)

(25) 鹽專賣法違反罪と所轄當廳の告發

(昭、一四、(そ)一號、同、一、一五、大、刑、一、判決、破毀自判、一八卷二號四六頁)

鹽專賣法第三十八條に依れば同法違反者に對し間接國稅犯則者に對し處分法を準用する旨の規定がある。而して間接國稅犯則者に對しては收稅官吏又は稅務署長に對て告發を爲すに非ざれば檢事は之に對し公訴提起を爲すことが出來ないから、鹽專賣法違反者に對しても收稅官吏又は稅務署長に屬する職務を行ふべき指定官吏に

於て告發を爲さなければ檢事より公訴を提起することが出來ないのは勿論裁判所も亦之を處罰することが出來ない。

（專賣法三八、間接國稅犯則者處分法一七）

(26) **清涼飲料水營業取締規則に所謂清涼飲料水と商標を使用すべき指定商品の類別**

（昭、一三、(オ)一八六〇號、同一四、四、六、大、民、一、判決、棄却、一八卷五號、三〇二頁）

清涼飲料水營業取締規則第一條第四號に依れば、牛乳又は乳製品を原料とする酸性飲料を以て清涼飲料水と爲したことは明かであるから、所論上告人の取扱商品（註、乳酸性飲料）も亦同規則の適用上は所謂清涼飲料水に該當すべきものの樣であるが、該規則は衞生上の見地より之が營業取締を目的として制定せられたる警察法規に過ぎないから、之と全然別個の律意を有する商標法の適用に於て清涼飲料類を觀念するに當り、必ずしも前示取締規則と一絡に出でざるべからざるものと爲すを得ない。（清涼飲料水營業取締規則一、商標法施行規則一五ノ四〇類四六類）

(27) **燒酎と蜂蜜の混和と酒精含有飲料の製造**

（昭、一三、(れ)第一六六二號、同、一四、三、九、大、民、二、判決、棄却、一八卷三號一〇八頁）

燒酎　蜂蜜を混和して特殊の飲料と爲すことは酒精含有飲料の製造に外ならぬ。（酒精及酒精含有料稅法一五）

(28) **市道の認定と其の敷地の賃貸借**

（昭、一一、二、(オ)一六四四號、同、一四、三、一〇、大、民、五、判決、棄却、一八卷三號、一四八頁）

賃貸借の目的たる土地（道路敷地）が市長の將來認定に依り、市道となつたときは爾後其の賃貸借は履行不能となつたものである。（道路法一三）