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.3 (1939. 12) ,p.177- 189
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	季報
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19391215-0177

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

(83) 株式會社と民法第五十七條——商法第百三十六條に基く發起人の拂込義務と會社の清算

（昭、一三、(オ)一八九四號、同、一四、六、六、大、民、五、判決、棄却、一八卷一〇號、六四〇頁）

(一) 株式會社に於て取締役と會社間の取引に付き其の利害の衝突を防止するが爲めには商法第百七十六條の規定があるが、會社と取締役間の訴訟に付て會社を代表すべき者に關しては、同法第百八十五條の規定があつて民法上の法人に關する民法第五十七條は株式會社に適用するの餘地なきものと解するを相當とする。從て、取締役と監査役が同一の利害關係に立つが爲めに監査役が取締役に對する訴の提起を躊躇するが如き場合に於ても、商法第百八十五條第一項後段若くは同第二項に從つて會社を代表して取締役に對して訴を提起すべき者を定め得るから、特に右の如き場合を顧慮して民法第五十七條の適用ありと解すべき必要はない。

(二) 株式會社が其の目的たる事業に著手したる後其の設立無效の判決が確定した時は、解散の場合に準じ清算手續が開始せらるべく、當時未拂込の株金に付ては株主は清算に必要なる限度に於て之が拂込の義務あることは勿論であるが、會社清算の場合に於て解散前拂込の決議並に催告の手續を了し從て既に具體的に確定してゐる株金拂込請求權に付ては、清算人は清算に必要なりや否やに拘らず其の職責として債權の全額を取立つべきであり、清算人の裁量に依り自由に其の數額を減殺するを許さないことは、既に判例の存する所である（昭和六年(オ)第五四一號事件同年十月十二日第一民事部判決）。而して株式會社が其の發起人に對して商法第百三十六條の規定に依り拂込濟なる第一回拂込株金、若くは株金の全額を一時に拂込むべき會社に在つては、該株金の全額に付き其の拂込を請求する權利は會社の創立總會の終結と同時に具體的に確定する債權なりと解するのを相當とすべく、從て、會社清算の場合に於て清算人は清算に必要なる限度に拘束せらるることなく、發起人に對し其の全額の拂込を請求する職責を有するものと謂はなければならない。このことは會社清算の場合に於て然るのみならず、判決を以て會社の設立無效を宣言すると同時に、發起人に對して右株金の拂込を命ずる場合に於ても何等扱ひを異にすべき理由なきは勿論である。（商一三六）

(84) 未登記不動産の競賣に因る所有權移轉の對抗力

(昭、一三、(オ)二〇四七號、同一四、五、二四、大、三、民、判決、棄却、一八卷一〇號、六二三頁)

債務者所有の未登記建物が第三者に讓渡せられたる後に、債權者が競賣の申立を爲し、裁判所の囑託に因り債務者名義の所有權保存登記を爲したるが、如き場合に於て、當該競賣に於て競落し其の所有權移轉登記を受けた競落人は、右の建物所有權を前記讓受人たる第三者に對抗し得る。(民一七七)

(85) 債權者の代位權行使と債務者の訴

(昭、一三、(オ)第一九〇一號、同、一四、五、一六、大、民、二、判決、破毀差戻、一八卷九號、一五五七頁)

債權者が民法第四百二十三條第一項に依り、代位權の行使に着手したときは債務者は其の權利を處分することを得ざるに至るものであるから、債權者が訴を以て代位權を行使したときは、債務者は第三債務者に對し自ら訴を提起することを得ない。而して債務者が其の權利を處分することを得ざるに至るは訴訟事件手續法第七十六條第一項の注意に準據し、債權者が債務者に對し其の事實を通知するか又は債務者が之を了知することを要するものとす。(民四二三)

(86) 連帶債務者の支出したる登記費用と求償範圍

(昭、一三、(オ)二二一〇號、同、一四、五、一八、大、民、一、判決、棄却、一八卷九號、一三頁)

連帶債務者の一人が自己所有の不動産を抵當として、辨濟資金を銀行より借入れたる場合に於ては、右抵當權設定登記に要した費用は、民法第四百四十二條第二項に所謂避くることを得ざりし費用といふに該當すること明白である(民四四二)。

(87) 不動産賣買契約の解除と民法第百七十七條

(昭、一三、(オ)二一一七九號、同、一四、七、七、大、民、五、判決、棄却、一八卷一一號、七四八頁)

不動産を目的とする賣買契約に基き買主に對して所有權移轉の登記を爲した後に於て、該賣買契約が解除せられて、不動産の所有權が賣主に復歸した場合に於ても、賣主が其の所有權取得の登記をしなければ、右の解除の後に買主から不動産所有權を取得した第三者に對し、賣主は其の所有權の取得を以て對抗することを得ないものと解するのが相當である。蓋し賣買契約の解除に因つて所有權が賣主に復歸する場合に於ても所有權の移轉が存するから、民法第百七十七條を適用すべきだからである(民一七七・五四五)。

(88) 代金供託と代金支拂拒絶權の行使

(昭、一三、(オ)一七五八號、同、一四、四、一五、大、民、四、判決、破毀差戻、一八卷七號四二九頁)

民法第五百七十八條に依り賣主が買主に對して代金の供託を請求したるに拘らず、買主に於て之が供託を爲さゞるときは、自ら代金の支拂拒絶請求權を行使し得ざるものと解するを相當とする。

盜し買主に於て代金供託の請求に應ぜざるに拘らず尚且代金の支拂を拒絶し得べく賣主に於ては此の場合單に買主に對して供託請求權のみを有するものと爲すときは、買主の利益は完全に保護せらるゝに反して賣主に於ては、買主が代金の支拂拒絶權を行使するの結果將來不測の損害を蒙るやも保すべからずして其の利益の保護全しと云ふべからず。從つて斯る場合に於ては、買主に於て代金の供託を爲さざる間代金支拂拒絶權を行使し得ざるものと爲すこと賣買當事者雙方の利益を公平に保護する所以なればなり。（民五七六、五七八）

(89) 學校經營者と校長との關係

（昭、一三、(オ)一八一三號、同、一四、四、一二、大、民、四、判決、棄却、一八卷六號三九七頁）

原審の確定した事實關係に依れば、遠江商業學校の經營者たる被上告人は、上告人に對し、其校長たる職務を委託し且之に付一定の報酬を支給することを合意したものに外ならぬことを看取し得るが故に、當事者間の法律關係は畢竟法律行爲に非ざる事務の委託であり、所謂準委任關係なりと認むるを相當とすべく、上告人主張の如く無名契約を以て目すべきものではない。（民六四三六五六）

(90) 明渡を求める家屋の所有者と必要費又は有益費を支出した賃借人の留置權

（昭、一三、(オ)一七三九號、同、一四、四、二八、大、民、五、判決、破毀差戻、一八卷七號四八四頁）

賃借人が賃貸家屋に付て必要費又は有益費を支出したときは、民法第六百八條第一項に「賃借人カ賃借物ニ付賃貸人ノ負擔ニ屬スル必要費ヲ出シタルトキハ賃貸人ニ對シテ直チニ其ノ償還ヲ請求スルコトヲ得」に該當し、賃借人は支出當時の賃借人に對してのみ其の償還を請求し得べきものと解するは（原審）狹きに過ぎ、同條に「直チニ」とは必要費支出者の利益を慮り賃貸借終了の時を待たずして賃貸人に請求し得るの意味であつて、其の後に到つて所有權を取得したものが占有の回復を求める場合に於ては其の回復請求者に對して償還を請求してはならない旨を定めたのではない。尤も其の後の取得は家屋の明渡の請求に際しては家屋の取得前の必要費の償還を受けることとなり不利益を生することは免れないが、斯る事情は常に豫期しなければならないところである。必要費のみならず、有益費に付ては更に同樣である。更に留置權の被擔保債權となることに於ても同樣である。從つて右の如き場合に於ては、右家屋を賃貸人に非ざる現時の所有者に返還する場合に於ても、この費用の償還を請求し得るし又之が償還を受ける迄は賃借人は留置權を行使することを得るものである（昭和九年十月二十三日及び同十二年四月十九日大審判決參照）（民六〇八・一九六・二九五）

(91) 組合の性質を有する無盡講と契約解除

（昭、一三、(オ)二三六一號、同、一四、六、二〇、大、民、二、判決、破毀差戻、一八卷一〇號六六六頁）

本件無盡講は組合の性質を有するものであるから、民法上の組合の規定は性質の許す限り之を準用すべきである。而して民法上の組合の規定中組合員の除名、脱退、解散請求等の規定は契約解除に關する特別規定に外ならないから組合(從て本件無盡講)には其の解除に關して當事者が特別な意思表示をした場合の外は、契約解除に關する民法第五百四十一條以下の規定を適用すべからざるものと解するのが相當である。何故ならば一組合員のみに付き存する事由に因つて右の規定の適用があるものとすれば、一組合員の債務不履行に因つて組合契約全部が解除せられるといふ結果を生ずることになり、組合の團體性に反するのみならず、民法が脱退、除名、解散請求等を認めた法意を沒却するに至るからである。(民六七八・六八〇・六八三・五四一)

(92)　**契約に依る隱居財産の留保と其の對抗力**

(三二、一三、(オ)二二五七號、同、一四、五、二四、大、民、三、判決、破毀差戻、一八卷九號四一頁)

隱居者は確定日付ある證書によつてのみその財産を留保することを得、假令相續人との契約を以て留保をしても、該留保が相續人に對して效力を有するや否やは暫く之を措くとするも、少くとも第三者に對する關係に於ては無效といはねばならぬ(民九八八)。

(93)　**倉荷證券に表示した受寄物の相違と免責文句の記載の效力**

(昭、一三、(オ)一六六六號、同、一四、六、三〇、大、民、二、判決、破毀差戻、一八卷一一號七二九頁)

倉庫營業者が倉荷證券を發行したときは、寄託に關する事項は、倉庫營業者と所持人との間に於ては其證券の定むるところに依るべきことは、商法第三百八十三條ノ二、第三百六十二條の規定上明白であるから、倉庫營業者が倉荷證券の善意の所持人に對して證券上に記載せられた物件を引渡し得ないときは、之に依つて被つた所持人の損害を賠償する責任があるものと謂はねばならぬ。

尤も、倉庫營業者は、荷造の性質上受寄物の內容を檢査し得ない場合に於ては、證券上に受寄物の內容に付き責任を負はないといふ趣旨の免責文句を記載し得る。けれども凡そ倉庫營業者が受寄物に付き倉荷證券を作るには、一應受寄物を點檢して上に關して證券に眞實の記載をせねばならぬものと謂ふべきであり、此の事は倉荷證券が引渡證券として其の交付に依つて受寄物の引渡と同一の效力を生ずることよりして當然の事である。故に若し倉庫營業者が受寄物を容易に點檢し得たにも拘らず之を點檢せず、又受寄物が嚴重に包裝せられてゐたとしても其の包裝上の表示に依つて受寄物の內容を知り得たに拘らず包裝すら之を點檢せず、寄託者の申出のみに依據して受寄物に關し證券に虛僞の記載を爲し之が爲證券所持人に對し證券記載の物件を引渡すことが出來ないで其の者に損害を生ぜしめた場合に於ては、假令證券に前述のやうな免責文句の記入を爲したとしても、之に依つて責任を免れることを得ないものと解するのが相當である。之れは證券の善意の取得者を保護し、其の者に不測の損害を被らしむることをなから

しめ因て證券の信用を維持し其の流通の圓滑を期してゐる商法の精神に照しても明である。(商三八三ノ二、I・三五九(三六二))

(94) **產業組合の解散と辨濟期未到來の債務の辨濟**

(昭、一三、(れ)一八〇七號、同、一四、四、一五、大、民、三、判決、一部破毀差戻、一八卷七號四四〇頁)

產業組合解散の當時辨濟期未到來の債務に付ては、其の期限の利益を主張すべきか或は又其の利益を拋棄し直ちに辨濟を爲すべきかは、清算進捗の狀態に從ひ適宜組合に於て其の措置を選擇し得べきものと爲すを以て足り、必ずしも常に組合又は組合債權者をして辨濟期未到來の債務に付期限の利益を喪失せしむべしと爲す要なく、產業組合清算の場合に準用せらるる民法第七十八條も亦右の趣旨を出でざる法意なりと解するを妥當とする。

故に產業組合解散して清算開始したるときは、辯濟期に至らない債務と雖之を辨濟することを要するものである(商九一ノ二、產業組合法五)。

(95) **發起人が會社設立に關し爲したる行爲の範圍**

(昭、一三、(オ)一四一三號、同、一四、四、一九、大、民、四、判決、一部破毀差戻、一八卷七號四七二頁)

商法第百四十二條ノ三第一項に所謂發起人が會社設立に關して爲したる行爲とは、株式の募集株金の拂込受領等の如き會社設立行爲自體に屬するもの及設立に必要なる行爲例へば設立事務所の賃借事務員の雇傭株式募集廣告委託の如きを謂ふものであつて、發起人が設立に關し必要なる行爲に要する費用を他より借受くる行爲の如きは右會社設立に關し爲したる行爲と謂ふことが出來ない。而も右借受行爲が發起人團體として爲されたるか又は發起人個人として爲されたるかに依り毫も其の性質を異にすべきではない(商一四二ノ三)。

(96) **固有の必要的共同訴訟と民事訴訟法第二百三十六條第二項の適用——固有の必要的共同訴訟に於ける訴の取下に對する同意と期日を懈怠したる共同訴訟人**

(昭、一三、(オ)一九六九號、同、一四、四、一八、大、民、五、判例、破毀差戻、一八卷七號四六〇頁)

(一)固有の必要的共同訴訟に於て共同被告の一人が本案に付き辯論を爲したときは、共同被告の全員に付き民事訴訟法第二百三十六條第二項の適用があるものである。

(二)固有の必要的共同訴訟に於て口頭辯論期日に出頭した共同被告が、原告の爲した訴の取下に同意を爲しても、其の效力は期日を懈怠した他の共同被告に及ばないものである。(民訴六二、二同二三六、二)

(97) **第二審裁判所に於ける訴の取下と訴訟費用の裁判**

(昭、一四、(ク)第一五三號、同、五、三、大、民、三、決定、取消差戻、一八卷八號五四二頁)

訴訟が第二審に於て訴の取下に因り完結した場合は第二審裁判所が申立に依り決定を以て訴訟費用の額を定め且其の負擔を命ず

る裁判を爲すことを要する。蓋し民事訴訟法第百四條か同法第百條第一項の準用を除外したるに徴するも第一審の受訴裁判所に於て決定を爲すべきでない。(民訴一〇四)

(98)　認知請求の訴の第二審に於ける取下と再訴

(昭、一三、(オ)第二二三七號、同、一四、五、二〇、大、民、三、判決、棄却、一八卷八號五四八頁)

訴の取下に關する民事訴訟法第二百三十七條第二項の規定は人事訴訟手續にも準用あるべきであるから、私生子認知請求の訴を提起したる者が、第一審に於ける本案の終局判決後第二審に於て訴を取下げ、更に同一訴訟を第一審裁判所に提起したるは同項に依り不適法である。(民訴二三七)

(69)　確定判決と口頭辯論終結前に於ける時效の援用

(昭、一一、(オ)一五八九、同、一四、三、二九、大、民、三、判決、破毀差戻、一八卷六號三七〇頁)

給付請求權を目的とする訴に於ては、敗訴の確定判決を受けたる債務者は、其の後に至り該債權の讓受人との間の訴訟に於ても其の債權が前訴の口頭辯論終結以前に時效に因り消滅したことを主張することが出來ないものである(民訴一九九・二〇一・五四五)。

(100)　賃貸借の解約申入を爲したる賃貸人と假處分の申請

(昭、一四、(ク)九二號、同、三、三一、大、民、二、決定、取消差戻、一八卷六號三八九頁)

期間の定なき家賃の賃貸借に付解約申入を爲した賃貸人は、賃借人をして告知期間經過と同時に賃貸家屋の返還即ち明渡を請求することを得るものであり、此の請求權は右期間經過前に於ては所謂未だ期限に至らざる請求と解するを相當とする。故に賃借人が告知期間を經過するも明渡の義務を履行せざるの虞ある場合に於ては、賃貸人は民事訴訟法第二百二十六條に則り將來の給付の訴を提起し得べきは勿論、現狀の變更に因り告知期間經過後其の權利の實行を爲すこと能はず又は之を爲すに著しき困難を生ずる虞あるとき竝著しき損害を避け若くは急迫なる强暴を防ぐ等の必要あるときは、假處分に依り、前述の如き請求權の保全を爲すことを得べきことは、民事訴訟法第七百五十六條第七百三十七條第二項第七百五十五條第七百六十條の解釋上是認し得るところである。(民訴二二六・七三七・七五五・七六〇)

(101)　唯一の證據方法たる當事者訊問と不出頭

(昭、一四、(オ)九七號、同、一四、七、五、大、民、四、判決、棄却、一八卷一一號七四〇頁)

上告人は第一、二審口頭辯論期日に適式の呼出を受けながら一回も出頭せず、更に原審に於て控訴本人訊問の決定を爲し適式の呼出をしたに拘らず、單に不參屆を提出しただけで其の不參事由をも疎明せず、右の證據調期日にも出頭しなかつた。其の爲原審は上告人が正當の事由なくして呼出に應じなかつたものと認めて證據調をせずに審理を終結したのであつて、右の如き場合には上告人の爲唯一の證據方法であるとしても、其の取調をしなかつた

ことは違法ではない。(民訴二五九)

(102) **區裁判所を第一審とする控訴審の訴訟手續と辯論の準備**

(昭、一三、(オ)二三〇二號、同、一四、六、二四、大、民、三、判決、棄却、一八卷一一號七二一頁)

區裁判所を第一審とする控訴審の訴訟手續に付ても、口頭辯論は書面を以て準備することを要するものでないことは民事訴訟法第三百五十七條第一項の定むる所であり、民事訴訟法第二百四十二條乃至第二百四十四條は、右の如き事件には適用を見ない。(民訴三五七)

(103) **口頭辯論開始後の裁判長の補正命令**

(昭、一一、(ク)一一九三號、同、一四、三、二九、大、民、三、決定、取消差戻、一八卷六號一頁)

控訴裁判所の裁判長は、控訴事件の口頭辯論開始前に、控訴狀に民事訴訟用印紙法所定の印紙の貼用がないときは、控訴人に對して相當の期間を定め追貼して、その欠缺を補正すべきことを命じ、若し之に從はないときは控訴狀を却下し得べきであるが、一旦口頭辯論開始せられた以上は、爾後この點の欠缺を發見しても控訴裁判所に於て事件を處理すべきであり、若し控訴人がこの欠缺を補正しないときは、判決を以て控訴を不適法として却下すべきものであることは、民事訴訟法第三百七十條・第二百二十八條の規定の解釋上疑のないところである(民訴三七〇、二二八)。

(1.4) **競賣申立取下の契約と競賣開始決定に對する異議の理由**

(昭、一四、(ク)二四四號、同、一四、六、一〇、大、民、四、決定、破毀差戻、一八卷九號六一七頁)

抵當權者が其の抵當權實行の爲め抵當不動產競賣の申立を爲し其の競賣開始決定があつた後抵、當不動產の所有者との間に、延滯利息及び競賣手續費用の支拂を受くるときは其の競賣の申立を取下ぐべき旨の契約を爲した以上は、競賣申立人たる抵當權者は、右金額の支拂を條件として競賣の申立を取下ぐべきのみならず、縱令抵當權を拋棄するが如きことはなしとしても、少くとも若干の期間其の抵當權の實行を猶豫すべきことを契約したものと認むるのが相當である。從て右の延滯利息及び競賣費用の支拂があり、今尙右の猶豫期間內なる限り、其の抵當權は實行すべからざるものであり、抵當不動產の所有者は異議の申立に因り右競賣開始決定の取消及び競賣の申立却下の裁判を求め得るものと解すべきである。即ち所有者は特に訴を提起して競賣申立の取下を命ずる確定判決を求むるが如き迂遠なる方法に依らずとも、異議の申立に因りて其の目的を達し得べきである。(民訴五四〇)

(105) **競賣申立取下の契約と競賣開始決定に對する異議の理由**

(昭、一四、(ク)二四四號、同、一四、六、一〇、大、民、四、決定、破毀差戻、一八卷九號六一七頁)

抵當權實行の爲め抵當不動產競賣の申立を爲し競賣開始決定のあつた場合後延滯利息及び競賣手續費用の支拂を受けるときは抵當權者が其の競賣の申立を取下げるべき旨を所有者と契約したときは、少くとも若干の期間抵當權の實行を猶豫すべきことをも約したものと解すべきで支拂があつてなほ右の猶豫期間內なる限り

抵當權の實行はすべからざるもので、未だ右の期間を經過しない限り所有者は右開始決定に對しその取消及び競賣の申立の却下申立て得べきものである(民訴五四四)。

(106) **民事訴訟法第七百八十九條に依る仲裁人選定の訴**

(昭、一四、(ク)一〇五號、同、四、一八、大、民、五、決定、棄却、一八卷六號四二五頁)

民事訴訟法第七百八十九條所定の仲裁人選定手續は判決手續に依るべく、決定手續に依るを得ざること同條及同法第八百五條の規定に照し疑を容れない。(民訴二八九・八〇五)

(107) **家督相續人選定許可申請却下の決定と抗告**

(昭、一四、(ク)二四〇號、同、一四、七、七、大、民、五、決定、取消差戻、一八卷一〇號六七九頁)

非訟事件手續法第二十條第二項に依れば、申立に依つてのみ裁判を爲すべき場合に於て申立を却下した裁判に對しては、申立人が抗告し得るのであるから、親族會が民法第九百八十五條第三項に依つて家督相續人を選定するために裁判所に許可を申請し、裁判所が之を却下したときは、該裁判に對して右の申請をした親族會員は抗告を爲し得るものと做すべきものである。非訟事件手續法第九十五條は、其の家督相續人の選定を許可した裁判に對して親族又は檢事に於て抗告を爲し得べきことを規定したに止り、同條に依つて前示の第二十條第二項の適用を排除するものと解すべきではない。(非訟法二〇・九五・民九八五)

(108) **會社不成立確認の訴と破產管財人**

(昭、一二、(オ)一七三一號、同、一四、四、二〇、大、民、一、判決、棄却、一八卷八號四九五頁)

破產管財人は破產財團の管理及び處分に付權限を有するに過ぎない。從つて破產財團に關しないものは訴訟でも破產管財人の管掌に屬しない。故に會社の不成立確認を求むるが如き人格に關する訴は、假令會社が破產を宣告された後でも、法定代理人たる取締役に依つて代表せられた會社を相手方とすべきで、破產管財人を相手方とすべきではない。(破七・一六二・一七〇)。

(109) **破產法第七十五條の意義**

(昭、一三、(オ)二〇七八號、同、一四、六、三、大、民、四、判決、破毀差戻、一八卷九號五〇頁)

破產法第七十五條に所謂强制執行に基き同法第七十二條第一號に當る辨濟を爲したものと認めて之を否認するには、(一)破產者が第七十二條第一號所定の如き惡意を以て、故意に第七十五條の强制執行を招致した場合のみに止らず、(二)若し破產者が自ら其の辨濟を爲したものと假定すれば、前記の如き惡意を以て之を爲したものと認めらるべき狀況に在る場合にも均しく否認權を行使し得べきものと解するを相當とする(破七二條・七五)

(110) **揚棄の合意と破產法第百四條第三號**

(昭、一三、(オ)一六七一號、同、一四、六、二〇、大、民、二、判決、一部棄却、一部破毀差戻、一八卷一一號六八五頁)

民法の所謂相殺は、當事者双方が互に同種の債權を其の對當額に於て消滅せしむる爲其の一方が相手方に對する意思表示を以て之を爲すものであることは勿論であるが、かゝる效果は當事者双方の合意を以ても之を生ぜしむることを得べく、民法の規定は斯る合意の效力を否定するものではない、而して、此の合意は債權消滅の原因たる點に於て一方的意思表示に依る相殺と其の效果に差異がないから、破產法第百四條の規定は合意に依る相殺にも亦其の準用あるうのと謂ふべく、從て此の合意にして右の破產法第百四條の規定に該當する限り法律上無效なりと爲さざるを得ない。(和五・破一〇四)

刑事法

(46) 公判手續の更新と判決書に記載すべき檢事の官氏名

(昭、一四、(れ)一〇〇號、同、五、五、大、刑、三、判決、棄却、一八卷七號二六九頁)

引續き十五日以上開廷せざりしこと又は開廷後判事の更迭ありたることに因つて、公判手續の更新ありたるが如き場合に於ては、更新後の審判に立會ひたる檢事の官氏名を記載すべく、更新前の審判に立會ひたる檢事の官氏名を記載すべからざるや言を俟たず。(刑訴六九・三五三・三五四)

(7) 接續せる二棟の建物と刑法第百八條

(昭、一四、(れ)三四三號、同、六、六、大、刑、三、判決、棄却、一八卷一〇號三三七頁)

接續せる二棟の建物中其一には人が現在し、一には人が現在せずとするも之等建物が連接一體を成し居れるときは、一體として刑法第百八條に所謂人の現在する建造物に該當する。(刑一〇八)

(48) 刑法第百五十九條第一項の事實證明に關する文書

(昭、一四、(れ)四〇〇號、同、六、二六、大、刑、二、判決、棄却、一八卷一〇號八〇頁)

甲名義の名刺に同人が乙を丙に紹介し、乙の關係せる事業の後援を依賴する趣旨を記載したる名刺は、刑法第百五十九條第一項の事實證明に關する文書である(刑一五九I)。

(49) 刑法第百七十五條の猥褻の圖畫

(昭、一四、(れ)三六〇號、同、六、二四、大、刑、一、判決、棄却、一八卷一〇號三四八頁)

常態に於て一見淫卑な感情を生ぜしむることなき圖畫と雖其の或る部分と他の部分とを接續することに依て猥褻の圖畫を形成し、而も當初から斯る目的で作成せられたものなるときは刑法第百七十五條猥褻の圖畫に該當する。(刑一七五)

(50) 自動車運轉手と同乘者の死傷

(昭、一四、(れ)二三三號、同、五、二三、大、刑、三、判決、棄却、一八卷七號二八三頁)

自動車の運轉免許を受け居る醫師が、自家用自動車を操縱運轉するに當り必要なる注意を怠り、過つて人を死傷に致したるとき

は其被害者が路上の者なると同乘者なるとを論ぜず、右醫者は業務上過失致死傷の責任を負ふべきものとす。(刑二一一)

(51) **重油運送船長の横領罪と竊盜罪**

(昭、一四、(れ)三一〇號、同、五、二五、大、刑、二、判決、棄却、一八卷八號二九四頁)

海運業者たる回漕店に雇はれ重油船の船長として重油運送の業務に從事する者が重油運送の途中擅に之を汲取つた行爲は、其の在中せる船艙の蓋に封印なきときは業務上横領罪を構成すべく其封印あるときは竊盜罪を構成するものである、蓋し海運業者に雇はれたる船長は運送契約に因る受託物の占有に付ては右業者の代理人たる地位に在ると同時に船長は右受託物たる重油に封印あるときは其の物を所持せるに拘らず在中物を支配することが出來ないから重油の占有は全部的に依然として委託者に存するに反し、其の封印なきときは船長に於て在中物を支配し得べく所謂占有ありと謂ふことが出來るからである(刑二三五・二五三)。

(2) **陸軍刑法第九十九條に所謂軍事の意義**

(昭、一四、(れ)二三八號、同、一四、五、四、大、刑、二、判決、棄却、一八卷六號二五六頁)

陸軍刑法第九十九條に所謂軍事に關しては軍令事項であると軍政事項であるとを問ふものではない。(陸刑九九、海刑一〇〇)

(53) **重機保護法に所謂軍事上秘密の事項**

(昭、一四、(れ)二八七號、同、五、二六、大、刑、三、判決、棄却、一八卷八號三〇〇頁)

帝國陸軍部隊の戰時編制殊に其の裝備並人馬數等に關する事項の如きは新舊孰れの軍機保護法に於ても所謂軍事上秘密の事項に屬するものである。蓋し軍機保護法の法意に照し明かなるものであるが、尤も戰時編制等に關する事項と雖も既に公表されたものに付ては軍事上秘密の事項と稱し得ざること勿論である(軍機保護法一・二、同施規一)。

(54) **法律事務取扱の取締に關する法律第一條第四條第一項の罪と連續犯——同法第一條の訴訟事件の意義**

(昭、一四、(れ)四一九號、同、一四、六、三〇、大、刑、三、判決、棄却、一八卷一一號七七頁)

(一)法律事務取扱の取締に關する法律第一條所定の行爲は、數回繰返すも之を包括して同法第四條第一項に該當する一個の犯罪として處斷すべく、連續犯として處斷すべきものに非ず(要旨第一)。(二)同法第一條に所謂訴訟事件とは、未だ繫屬せざるも將來繫屬することあるべき事件をも包含するものとす(要旨第二)。(法律事務取扱規則一條、四條一、刑法五五條)。

(55) **刑事訴訟法第百三十四條に依る發問と事實の審理**

(昭、一四、(れ)二四一號、同、一四、五、二四、大、刑、一、判決、破毀差戻、一八卷九號三一四頁)

刑事訴訟法第百三十四條に依る問を發したからといつて事實の審理を爲したものとはいひ得ない。(刑訴一三四・三四五)

(56) **自首調書と刑事訴訟法第三百四十三條**

（昭、一四、(れ)三〇七號、同、五、二五、大、民、二、判決、棄却、一八卷八號二八九頁）

自首調書は刑事訴訟法第二百七十六條第二百七十三條に基き作成する書類であるから、所謂聽取書と同視すべきものではない。從て刑事訴訟法第三百四十三條の制限に依る限りでない。法が自首調書の作成を命じたのは、單に自首ありたるや否を認定する資料となすに限りたるものではなくて、其の內容にして苟も證據として採るべきものがあるときは、其の採否は一に原審の專權に屬するものである（刑訴三四三・二七三・二七六）。

（57）**訴訟費用負擔の判示表示方**

（昭、一四、(れ)一八三號、同、一四、四、二一、大、刑、三、判決、棄却、一八卷六號二五三頁）

被告人をして訴訟費用の負擔を命ずるには、判決主文に金額を表示しなくても、判決主文と記錄と相俟て之を確定し得れば充分である。（刑訴二三七I・二四五）

（58）**刑事訴訟法第四百八十五條第六號に所謂原判決に於て認めたる罪より輕き罪の意義**

（昭、一四、(つ)一〇號、同、五、一八、大、刑、二、決定、棄却、一八卷七號二七四頁）

刑事訴訟法第四百八十五條第六號に所謂原判決に於て認めたる罪より輕き罪を認むべきときとは原判決が認定したる罪より其の法定刑の輕き他の罪を認むべきときの意義にして、同一の罪に付原判決の科したる刑より輕き刑を以て處斷し又は原判決の與へざりし刑の執行猶豫を言渡し得べき情狀あるが如き場合を指示するものにあらず。（刑訴四八五）

（59）**供與者と被供與者との罪責に付相異れる裁判と再審原因**

（昭、一四、(つ)五號、同、一四、五、一六、大、刑、三、判決、棄却、一八卷九號三一七頁）

供與者と被供與者に對する罪責が異つてゐる裁判があつた場合に於て、有罪事件の證據材料中自己の有罪事件の證據材料でなかつたもので且自己が無罪の言渡しを受けるに足る明確な證據を發した後に於ては、之に基いて再審の申立を爲し得るものである。（刑訴四八五6）

（60）**略式命令謄本の送達前に爲されたる正式裁判の請求**

（昭、一四、(れ)三六九號、同、六、一七、大、刑、一、判決棄却、一八卷一〇號三四一頁）

略、式命令謄本の送達前に爲された正式裁判の請求は不適法である。縱令請求者が自己と共犯の關係ある者に對し送達せられた謄本により自己に對する略式命令の內容を窺知し得たる場合も不適法なることに差異はない。（刑訴五二八・五二三・五二六・五三一）

（61）**刑事訴訟法第五百六十二條の異議の申立と代理**

（昭、一四、(つ)一五號、同、一四、七、五、大、一、刑、決定、却下、一八卷一一號三八二頁）

刑事訴訟法第五百六十二條に基く異議の申立は、裁判の執行を

受くべき者又は其の法定代理人保佐人若くは夫に限り之を爲し得べきものであり、委任に基く代理人を以て爲し得べき性質のものではない。蓋し刑事訴訟法は、所謂代理に因つて生ずべき弊害を顧慮し、訴訟行爲は代理を許さざるを原則とし只其の必要を認めた場合に於てのみ特に明文を設けて之を認許するといふ法制を採用したることは、法文の全體を通じて看取し得るのみならず、前記異議の申立に對し單に同法第五百六十三條末項第三百九十一條第二項の代書以外特に代理を許したる條規は一つも存在しないのである。而して異議の申立は裁判所の決定を求むべき事項に屬し一の訴訟行爲に外ならぬから、其の代理は之を許容せざる法意なりと解せざるを得ないのである。(刑訴五六二)

特別法

(29) 特許說明の要旨の追加變更

(昭、一三、(オ)一二七八號、同、一四、四、二六、大、民、四、判決、棄却、一八卷八號五二六頁)

特許の要旨は其の特許出願後の追加に因つて之を變更することを得ない。(特許法二、七・八・九、同施行規則一一)

(30) 皮革使用制限規則(昭和十三年商工省令第四十三條)第一條の牛革と「舶來ボックス」

(昭、一四、(れ)二九七號、同、一四、六、三大、刑、一、判決、棄却、一八卷九號三三〇頁)

昭和十三年商工省令第四十三號皮革使用制限規則第一條所定の牛革中には所謂「舶來ボックス」を包含するものである。(輸出入品等ニ關スル臨時措置ニ關スル法律(昭和十二—法律九二)三・六、皮革使用制限規則(昭和一三—商工省令四三)一、同規則附則三項)

(31) 數回の販賣行爲と連續犯——刑事訴訟法第四百三條と刑の輕重

(昭、一四、(れ)一〇六號、同、一四、四、一四、大、刑、三、判決、棄却、一八卷六號二四五頁)

(一) 犯意繼續して數回に亘つて綿絲配給統制規則第四條輸出入品等に關する臨時措置に關する法律第二條に違反し、同法第五條に該當する綿絲の販賣行爲を反覆したときは連續犯を構成する(輸出入品等ニ關スル臨時措置ニ關スル法律(昭和十二年—法律九二)二・五、綿絲配給統制規則四)

(二) 第一審が懲役二月の言渡を爲した被告事件の第二審に於て罰金に處した以上は、縱令勞役場留置の期間を右二月の二倍を超過する期間に定めたとしても、原判決の刑より重い刑の言渡を爲したものではない。(刑五五・一〇、刑訴四〇三)

(32) 輸出向用綿糸購入票の性質

(昭、一四、(れ)四二一號、同、一四、七、三、大、刑、二、判決、棄却、一八卷一一號八七頁)

日本綿織物工業組合聯合會の發行する輸出向用綿絲購入票は、刑法に所謂財物なりとす(刑二四六)。

(33) 鑛業登錄令第六十三條の假處分と異議

（昭一三、(オ)二二九四號、同一四、六、六、大民五、判決、棄却、一八卷一〇號六五七頁）

鑛業登錄令第六十三條の規定に基く假處分命令は不動產登記法第三十二條の假處分命令と同樣に、假登記又は假登錄の一方法として裁判所が爲すべき命令であつて、本案訴訟の執行保全の使命を有する民事訴訟法上の假處分とは本來の性質が異つてゐるから、民事訴訟法の假處分に關する規定は、鑛業登錄令所定の假處分に對しては、適用も準用もせられず、從て右の假處分命令に對しては民事訴訟法第七百五十六條、第七百四十四條に基く異議を許すべきものではない。（鑛業登錄令六三、民訴七五六・七四四）