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	1940
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.19, No.1 (1940. 7) ,p.249- 263
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	季報
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19400715-0249

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

(1) 談合金と民九〇條

（昭、一四(オ)五三四號、同、一四、一一、六、大、民、一、判決、棄却、一八卷一九號一二二四頁）

上告人が原審に於て其の請求原因として陳述したる所に依れば、上告人が川深重吉に對する貸金債權の辨濟を受くる爲め、債務者所有の不動産に對し爲したる强制競賣申立事件に於て、上告人は被上告人との間に被上告人が最低競賣價額百十圓を以て競買申出を爲すに對し上告人は更に高價の競買申出を爲さず因て以て競賣價額の騰上を爲さざることとし、被上告人をして最高價競買人として最低競賣價額にて不動産を競落することを得せしめ、其の代りに被上告人から上告人に談合の示談金として金六十五圓を支拂はしむべきことを約定し、右談合金に付本件消費貸借を締結したりと云ふに在ることは明確である。然らば上告人と被上告人との間に取結ばれた敍上の契約は一面、多數の競買申込人をして自由に高價の申込を爲さしめ、競賣物件に付可及的高價の換價を得せしめんとする競賣手續に於て、最低競賣價額よりも高價の申込を爲さゞることを以て其の義務たらしめんとするものであつて、競賣法の精神に悖反し、民九〇條に所謂公の秩序善良の風俗に反する事項を目的とするものとなつて無效のものであると云ふべく、他面、斯る競買申込を爲さゞる代價として一定の金員の支拂を約することも亦、民九〇條に抵觸し無效であるから、其の金員支拂を目的として爲されたる消費貸借の成立するに由なきや自明である。（大六(オ)二〇六號同四・二七・大民一判決參照）

(2) 相手方代理人と通じて爲した心理留保の意思表示と其の效力

（昭、一四(オ)五〇二號、同、一四、一二、六、大、民、四、判決、破毀差戻、一八卷二二號一四九〇頁）

甲乙丙丁は某百貨店の一部を同店經營者より貸借し敷金を入れて各營業をなし、殊に甲は敷金を入れ呉服類を販賣し甲の子戊をして經營せしめてゐた。然るに同百貨店は營業不振に陷り敷金の返還を受けること能はざる狀態となつたので、經營者協議の上他のデパートの跡が貸家となつてゐたのに目を付けて、これに敷金を醵出して借受け營業すべきことを申合せた。戊に對してもこれを奬めたところ、甲の差入れた敷金と家賃を控除した殘額の返還を受けるべき債權に付て、乙丙丁等の形式上の借用證書の作成を

依頼し、甲に於て右債權の保全を誤信せしめたる後、これを同人等に返還する約束にて、右借用證書を作成して甲に交付した。右の如き場合に於ては、乙丙丁等は自己の意思表示が眞意に非ざることを知りながら、相手方代理人と通謀してこれを善意無過失の相手方本人たる甲に傳達せしめたときは、代理人或が眞意であつても、これが爲めにその意思表示は無效となるものではない。(民九三)

(3) 消滅時效の援用と時效期間の明示

(昭、一四(オ)九七〇號、同、一四、一二、一二、大、民、二、判決、棄却、一八卷二二號一五〇五頁)

甲が百合種子を他より買入れて、これを乙丙等に轉賣する行爲は、收益の目的を以つて買入及び轉賣を爲すものと認められるから、これは商法第二百六十三條第一號の投機購買の實行行爲たる。商行爲である。從つてこれより生ずる甲と乙丙間の賣掛代金債權は、商法第二百八十五條所定の五年の時效に因り消滅すべきもので、且つ甲に於て時效援用の意思ありたることを知り得る旨原審に於て認定した。斯の如き場合に於て、時效の援用といふのは、援用者が時效完成に因る利益を享受せんことを欲する表示に外ならないから、消滅時效を援用するには、時效に因り消滅に爲すべき權利の性質發生原因權利を行使し得べき時效等援用の基準となる事實を主張することを要し、且つこれを以て足り必ずしも時效期間等は明示するを要しない。即ち時效期間に關する主張は單に援用者の法律上の見解に過ぎないから、裁判所に於てはこれに拘束されるべきものではない。故に本件債務が商品賣掛代金債務なりとして、民法第百七十三條所定の二年の時效の完成に因り消滅した旨の主張をなしても、裁判所は右の主張に拘らず、五年の商事時效の完成により消滅した旨の認定をなすことは差支へないものである。(商二八五・二六三、民一四五・一七三　民訴一八六)

(4) 抵當權の實行と不動產の果實

(昭、一二(オ)一四六〇號、同、一四、一二、二六、大、民、五、判決、一部棄却、一部破毀差戻、一八卷二四號一六四六頁)

抵當權が、抵當不動產の差押のあつた後は之と一體を成してゐる果實にも其の効力を及ぼすことは民法第三百七十一條第一項但書の規定に依り明白である、右但書前段に「抵當不動產ノ差押アリタル後」と規定したのは抵當權者が競賣法に依り抵當權の實行に著手したる場合をも包含せしむる趣旨であること當院の夙に判例とする所であるから(大正三年(オ)第八百四號同四年三月三日言渡判決)抵當權者が競賣法に依り抵當權の實行に著手し該抵當不動產の競賣開始決定があつた後は、右不動產の所有者に於てはその收益を繼續することを得ないのであつて、法律は所有者の果實收取に關する權利を剝奪し、抵當權者をして該不動產の果實に付ても其の後分離したと否とを問はず之に依り優先して辨濟を受けしむるものと謂はなければならない。(民三七一)

(5) 滌除權者の提供金額と相殺

(昭、一三(オ)一六五五號、同、一四、一二、二一、大、民、一、判決、一部破毀差戻、一八卷二三號一五九六頁)

抵當權の滌除を爲さんとする抵當不動產の第三取得者が抵當權者に對し金錢債權を有し、他に抵當債權者存せざるときは、該金錢債權を以て提供金額と相殺を爲すことを得る。民法第三百七十八條が提供金額を拂渡し又は供託すべき旨を規定したのは多數の抵當權者存し、而も其の抵當權者に對し第三取得者が債權を有せざる普通の場合を豫想したもので抵當權者一人で其の抵當權者に對し第三取得者が債權を有するが如き特殊の場合に於ける相殺を禁じたものではない。(民三七八)

(6) 建物所有者と法定地上權の地代支拂義務

(昭、一四(オ)八六七號、同、一四、一一、二五、大、民、四、判決、棄却、一八卷二二號一四六一頁)

甲は本件宅地及び其の地上の木造二階建同じく平家を所有し、右宅地建物に付て乙の爲めに抵當權を設定した右建物に付上告人(被告)たる丙に對する債務を擔保する爲賣買の豫約し所有權移轉請求保全の假登記を爲した。然るに乙は右宅地に付抵當權の實行として競賣の申立を爲し、その結果被上告人(原告)たる丁は右宅地の所有權を取得右の登記を完了した。甲は丙に對する債務を辨濟しなかつた爲めに右土地の競落前建物の所有權は丙に歸屬したが甲はその本登記を承諾しなかつた。其の後丙の甲に對する所有權移轉登記請求の訴により右建物に付き本登記を完了した。然るに右移轉登記完了前に、甲の滯納處分に因り公賣に附せられ、丁の實父たる戊が落札しその所有權取得登記を爲したが、丙は戊に對し右登記抹消を請求し勝訴の判決を受けて右登記抹消を爲し戊の落札による所有權取得は無效に歸した。右の場合に於て丁が土地を競落すると同時に丙に對し法定地上權が成立し、その時より民法第三八八條による地代支拂の義務を負擔する。(民三八八)。

(7) 法定地上權と地上建物の所有權保存登記

(昭、一四(オ)九八五號、同、一四、一二、一九、大、民、二、判決、棄却、一八卷二三號一五八三頁)

土地及其の上に存する建物の所有者が土地のみに付抵當權を設定したときは、建物に付保有登記なしとするも競賣の場合に其の競落人は民法第三百八十八條に依る地上權の設定を否定することを得ない。(民三八八)

(8) 清算未終了と殺起人の賠償義務

(昭、一三(オ)一二七八號、同、一四、一二、二三、大、民、三、判決、破毀差戻、一八卷二四號一六三頁)

(前略)果して殺起人である被上告人等が重過失に因り强ひて訴外會社を成立させ、その結果該會社設立無效の判決を受くるに至つたとすれば、他に別段の事由なき限り其の株式引受人であつた訴外佐古、河野等は遂に返還を受けることを得ざるに至つた拂込株金額に相當する損害を被つたものと推認し得るのであつて、此

の場合必ずしも清算手續の終了を俟たなければ發起人に對し右の損害賠償の請求を爲し得ないものと斷じ得べきものではない。

假りに若し後日清算の結果前示佐古、河野等が會社から殘餘財產の分配を受け得べき關係に立つたとすれば民法第四百二十二條の規定に準じて、其の賠償をしたる被上告人等から會社に對し右の分配を請求し得べきものと解するのが相當であらう。（民四二三・商一四二ノ三・一四二ノ二）

（9）土地の賃借人が地上建物を他人名義に假裝したる場合と善意の土地賃貸人

（昭、一四（オ）八四二號、同、一四、一二、九、大、民、四、判決、棄却、一八卷二三號一五五一頁）

土地の賃借人甲が其の地上に所有する建物を乙との間に何等の意思表示なくして、乙に贈與した旨所轄區役所に虛僞の屆出を爲し、且甲自ら控に乙の所有名義に保存登記を爲した場合に、之に因り賃貸人丙が眞實讓渡あつたものと誤信するも甲は丙の承諾なくして土地を乙に使用せしめたものと云ふを得ないから丙は民法第六百十二條に依る賃貸借解除の權利を有しない。（民六一二）

（10）町村吏員の町村稅滯納處分と不法行爲

（昭、一四（オ）七八〇號、同、一五、一、一六、大、民、二、判決、破毀差戻、一九卷一號二〇頁）

町村吏員が町村制第百十一條第四項に依り國稅徵收法の規定に從ひ町村稅の滯納處分を爲すには同法に定めた手續を嚴に遵守すべきであつて、滯納者の財產と雖も合法な手續に依らずして濫に之を公賣し得ないのは勿論であり、縱令合法な手續に依つた場合でも差押並に公賣は滯納稅金の徵收に必要な限度に於て實施すべきである。特別の理由がないのに其の必要以上に出て著しく多額の財產を差押並に公賣するやうなことは、徒に滯納者に苦痛を與へんが爲めの行爲と見る外なく、滯納處分として之を許容すべき理由がない。故に町村吏員が滯納處分の際之等の行爲に出たならば、名は滯納處分であるが實は職權の濫用であつて寧ろ職權行爲ではないと謂ふべきであり從つて不法行爲上の責任を免れない。（民七〇九・町村制一一一皿・國稅徵收法二二・同法施行規則一六）。

（11）銀行員の保管する有價證券の不法處分と民法第七百十五條の適用

（昭、一四（オ）七九二號、同、一四、一二、六、大、民、四、判決、棄却、一八卷二一號一八頁）

銀行の業務として有價證券の保護預りの事務を擔當する銀行員（被用者）が、其の保管に係る記名株券に僞造の名義書換の白紙委任狀を添付して之を自己の株式取引の證據金代用として流用處分する行爲は、該銀行員行人の不法行爲にして固より其の職務權限に基くものではないけれども、有價證券を保管する銀行業務の執行を懈怠し之が保管の目的に反する行爲を敢て爲したるものであつて、畢竟該銀行業務の執行に付爲されたるものと謂ふを妨げない。蓋し民法第七百十五條は或る事業の爲めに他人を使用する者をして其の事業を遂行する爲めに該使用者に屬する施設機構の缺

間に於て被用者が故意又は過失に因り事業を不當に執行し又は之が執行を懈怠したるが爲に第三者に加へたる損害を賠償する責任を負はしめ以て第三者を保護せんとする趣旨に外ならないからである(民七一五)。

(12) 他家の法定推定家督相續人を相續人に選定したる親族會決議の效力

(昭、一四(オ)四六二號、同、一四、一〇、二五、大、民、四、判決、破毀自判、一八卷一九號一二〇一頁)

凡そ甲家の家督相續人選定の爲の親族會が例へば分家に非ざる乙家に法定の推定家督相續人たる長男丙と二男丁とあるにより、丁を選定しても、丁は民七四三條に依り戸主乙の同意を得るに非ざれば甲家を相續するを得ない。又乙の同意あるも其の時既に例へば丙の死亡に因り丁が乙の法定の推定家督相續人となつた場合には、更に此の地位を失はざる限り乙の同意があつても丁は甲家を相續することは出來ないから、右選定の決議は其の目的を達しないに反し、縱令長男丙を選定したる場合と雖、乙が丙をして之に廻ぜしめんがため、法定の手續を經て丙を廢除し、丙の甲家相續のことに同意し、丙が其の相續を承認するときは右選定の決議は其の目的を達すべきものであるからして、該決議は其の當時丙が乙の法定の推定家督相續人であるからとて、當然無效のものではないこと海に明白である。そして丙が乙の法定の推定家督相續人たる地位を失はないで死亡し、右選定の決議が其の目的を達せざることの確定したる場合であつても、之がため其の決議は當然無效なるものと云ふを得ない。唯其の目的を達せずして終りたるものと云ふべきのみである。されば第一審判決が其の無效の確認を求むる被上告人の本訴請求を排斥したのは正當である。(民七四三5七四四・九七五・九八五)

(13) 內緣關係と嫡出子

(昭、一三(オ)二〇六九號、同、一五、一、一三、大、民、聯合、判決、棄却、一九卷一號五四頁)

內緣關係の繼續中に內緣の妻が內緣の夫に因つて懷胎し、而もこの內緣の夫妻が適式に法律上の婚姻を爲した後に出生した子は、假令婚姻の屆出と其の出生との間に民法第八百二十條所定の二百日の期間が存しない場合にも、之を民法上私生兒と見るべきではない。かくの如き子は父母の認知の手續を要せず出生と同時に當然父母の嫡出子たる身分を有するものと解するのが、民法親子法に關する規定全般の精神より推して當を得たものである。(民八二〇・八三六)

(14) 父母の代諾に因る養子緣組豫約の效力

(昭、一三(オ)一八四九號、同、一四、一二、二六、大、民、五、判決、棄却、一八卷二四號一六六三頁)

民法第八百四十三條第一項同第八百四十四條の各規定に依れば、養子と爲るべき者が滿十五歲未滿であるときは緣組の承諾は其の家に在る父母は之に代つて爲す事を要すると同時に、滿十五

歳以上であるときは必ず本人自ら之を爲すことを要し、父母の代諾は許されないものと解すべきものであるから、今若し十五歳未滿の子の爲に父母が代つて縁組の豫約を爲しても夫れは唯子の滿十五歳に達する迄の間豫約の代諾を爲した父母を拘束し子に代つて縁組承諾の意思を表示する義務を負ふに止り、子に於て其の滿十五歳以上に達したる後曩に父母の爲した縁組の豫約に付何等拘束せられないものと見るのが相當であらう。若し反對に解すると滿十五歳以上の子は必ず自ら其の自由の意思を以て養子縁組の諾否を決定すべきものとする律意と背馳するに至るからである。(民八四三・八四四)

(15)　未成年者が父の親權に服するに至りたる場合と從來の親族會

(昭、一四、ク)二七一號、同、一四、一〇、二六、大、民、一、決定、取消差戻、一八卷一九號一二一六頁)

未成年者に對し父が親權を行ふ場合は民八八八條定むる所の如き必要に基き時に親族會の招集せらるること無きに非ざるも、是は其の事項限りのものであつて、繼續的常置機關としての親族會の存せざることを前提とするものと謂はねばならぬ。從て未成年者が後見に付せられ常置機關としての親族會を有したる場合にも、後日父たる親權者を有するに至りたるときは從來の親族會は此所に當然解散すべきものと謂はねばならぬ。(民九四九)

(16)　遺言管理人の爲したる管理財産處分行爲の效力

(昭、一四(オ)八一七號、同、一四、一一、一八、大、民、四、判決、棄却、一八卷二〇號一二六九頁)

民法第九百七十八條に依り選任せられた遺産管理人は、將來特定せらるべき家督相續人の法定代理人にして、其の行爲に付ては同條第二項に依り同法第二十八條が準用される結果、同法第百三條に定めた權限を超ゆる行爲即も本件の如く管理不動産の處分を爲すが如き行爲は、裁判所の許可を得たる場合に於ては之を爲し得る權限あるものにして、其の許可無き場合に於ては代理權超越の行爲なりと解するを相當なりとすべく、斯る處分行爲は裁判所の許可を得ると否とに拘らず絶體無效なりとする所論は該らない。(民、九七八・二八・一〇三)

(17)　相續の拋棄と財産目録の調製

(昭、一四(オ)四一六號、同、一五、一、一三、大、民、三、判決、棄却、一九卷一號一頁)

民法第千二十四條第三號は「相續人カ限定承認又ハ拋棄ヲ爲シタル後ト雖モ相續財産ノ全部若クハ一部ヲ……財産目録中ニ記載セサリシトキ……」と規定してゐるため、相續の拋棄を爲した者も亦財産目録調製の義務を負擔してゐるのではないかといふ疑があるが、限定承認に關する第千二十六條が財産目録を調製することを要求してゐるのに對して、拋棄に關する第千四十條が財産目録について何等規定してゐないのは、拋棄の場合には財産目録の調整を必要としない趣旨である。從つて第千二十四條第三號が財

産目錄云々と規定してゐるのは單に限定承認の場合についてのみ適用せられるに過ぎないものと解するのが正當である。(民一〇二四・一〇二六・一〇四〇)

(18) 被相續人の設定したる抵當權と其の限定相續人に對する登記請求

(1)相續に空適法な限定承認があつたときは、相續債權者及受遺者は相續當時に於ける相續財産に付てのみ辨濟を受け得るに止まるから、相續財産中の或るものに付いて相續開始前既に生して居た權利の得喪と雖も、それが相續開始當時未だ其の對抗要件を具備しないものである場合には、縱令後日に至り對抗要件を具備するを得たとしても、此の故を以ては相續債權者及受遺者に其の權利の得喪を對抗するに由なきものである(昭和八年(オ)第二五九号同九年一月三十日言渡判決參照)。今本件に付之を觀るに、原審の確定した事。實に依れば、被上告人は上告人の被相續人嘉納治五郎に對し本件抵當權附債權を有してゐたが未だ右抵當權設定登記の爲されない、從相續が開始して上告人が適法に限定承認をしたものであるから冒頭說示の理由に依り該抵當權は他の相續債權者及受遺者に之を對抗し得ない結果、

右所權に付ては優先權は之を認め難く、他の一般債權と共に債權額の割合に應じて相續財産に依り辨濟を受ける外なきものと謂はなければならない。

(昭一三(オ)二三八五號同一四、一二、二一、大、民一、判決、一部破毀差戻一八卷二四號一六二一頁)

さうして相續財産が被相續人の債務及遺贈を辨濟するのに不足しても、限定承認者に對しては其の殘債權の辨濟を請求し得ざるものであるから、右の抵當權は限定承認者に對して之を行使し得ないのは勿論である。又假に相續財産が被相續人の債務及遺贈を完濟し得て餘りあつたとしても此の場合に於ては右抵當權附債權は完濟に因つて消滅すべく、從つて債權の存在を前提とする抵當權も同時に消滅に歸することは自明の理である。それ故被相續人に對する債權の爲に設定せられた抵當權は限定承認の當時未登記である場合には限定承認者に對し之が設定登記を請求する利益は通常存しないものと斷ぜざるを得ない。さうして此の理は特別の事由ない限り相續財産の多少抵當物價格の增減等に因つて毫も消長を來すことはないのである。(民一〇三一・一〇三七)

(19) 商法第二百七十三條第二項の保證が商行爲なるときの意義

(昭一四(オ)二九一號、同一四、一二、一七、大、民三、判決、一部破毀差戻、一八卷二四號、一六八一頁)

商法第二百七十三條第二項に所謂保證が商行爲とは保證が保證人に取つて商行爲であるのみならず債權者に取つても商行爲性を有しゐる場合も包含するものと解するのが相當である。原審の確定する處に依れば上告會社は生魚の卸賣業を營む合資會社であり、昭和十一年五月一日訴外若林虎之助を肩入れ同年六月上旬に至つて被上告人兩名をして若林の身元保證人たらしめたのである

が　同年十月二十一日若林虎之助は上告會社代表者今井比羅之助より取引銀行への預金を命ぜられ現金九千七百三十二圓四十錢交付せられたのを奇貨とし其の儘之を拐帶逃走し、上告會社に對し右金額に相當する損害を蒙らしめたと謂ふのであるから若林虎之助は上告會社に對し之が辯償の義務があるのは勿論である。さうして被上告人等が右若林の爲上告會社と身元保證契約を爲したることも右判示の如くなる以上、該保證行爲は之を商行爲と見るべく、從つて各被上告人は別段の意思表示なき限り主債務者若林虎之助と連帶して前揭若林の上告會社に加へた損害の賠償の責に任すべきものと斷ぜざるを得ない。然るに原審は被上告人兩名の上告會社に對し負擔せる右保證債務が敍上の如き連帶責任なることを看過し、其の範圍は全部責任でないと解したのは前記法條の解釋を誤つたものである。(商二七三Ⅱ・改商五一・一Ⅲ)

(20)　手形引受人と所持人間の支拂場所變更に關する合意の效力

(昭、一三(オ)二〇〇五號、同、一五、一、二九、大、民、一、判決、棄却、一九卷一號六九頁)

手形の滿期前、引受人と所持人との間に於て手形の支拂場所を變更する合意が成立した以上、手形面の記載を變更しなくとも、右の合意に依つて手形の支拂場所は有效に變更せられたものと解するのが相當である。何故ならば支拂場所の指定は所持人の外振出人若は引受人の爲に其の便益を顧慮して爲さるるものであるから、この當事者間に於て其の指定を變更することを合意したときは、之に依つて手形の支拂場所は有效に變更せられたと稱して差支なく、又之が爲裏書人其の他の手形義務者に損害を及ぼすことがないからである。從つてかかる手形の所持人が變更した支拂場所に於て手形の滿期に爲した呈示は適法であるから、裏書人は支拂拒絕に因る償還請求に應じなければならぬ。(手形法一、商商四四二Ⅱ、手形法三八)

(21)　訴の取下を爲さざる旨の契約の效力

(昭、一四(オ)九五五號、同、一四、一一、一七、大、民、二、判決、棄却、一八卷一九號一二五〇頁)

凡そ訴を提起したる者は判決の確定に至るまで訴の取下又は和解を爲すことを得べき訴訟法上の權能を有し、其の取下又は和解を爲すと否とは其の自由に決定し得べきものであるから、豫め其の權能を拋棄又は制限することを得ざるものと解すべく、從て將來原告と爲るべき者が豫め第三者との間に當該訴訟に於ては其の第三者の承諾なき限り訴の取下又は和解を爲さざるべく、之に違背したるときは違約金を支拂ふべき旨の契約を爲したとしても、該契約は訴訟法上に於ては勿論、私法上に於ても亦無效であると云はねばならぬ。蓋し斯る契約を許容すべきものとせば、第三者をして訴訟當事者の訴訟法上の權能には干渉することを得せしめ、且人の自由を拘束するの結果を生ずるに至るからである。(民九〇)

(22) 妻の訴訟行爲能力

(昭、一四(オ)九二〇號、同、一四、一一、二四、大、民、二、判決、棄却、一八卷二〇號一三一二頁)

妻は要たる身分を取得する前に提起した訴又は上訴に付ては、爾後も當該審後に關する限り夫の許可を受くることなくして民事訴訟法第五十條第二項に定むる行爲以外の一切の訴訟行爲を爲すことを得るものと解するを相當とする。何となれば、若し斯る場合に夫の許可を受くることを要するものとすれば、夫の許可を受くることの出來ない限り、妻は永久に訴訟追行を爲すに由なく、從つて又相手方たる者も永く訴訟關係から離脱することが出來ぬ如き不當なる結果を生ずるからである。(民訴五〇)

(23) 訴訟承繼に關する爭を裁判——讓行命令權の行使と中斷中の訴訟行爲の瑕疵

(昭、一四(オ)二〇九號、同、一四、一二、一八、大、民、一、判決、破毀差戻、一八卷二二號一五三四頁)

甲が隱居を爲し其の長男乙に於て家督相續をしたが、甲は某不動產に付ては留保をなした。然るに甲は丙に對してこれを賣買または贈與したことがないのに拘らず、丙名義に移轉登記を爲したので、甲は丙に對して甲の印章を不正に使用したのであるから、登記原因無效を理由として、右の移轉登記の抹消登記手續を請求した。其の後甲は死亡し訴訟代理人に依つて訴訟を爲して居つたので、第一審判決送達と同時に訴訟手續は中斷された。そこで丙は第一審裁判所に甲の遺產相續人たる乙等を被申立人として受繼の申立を爲し、同日第二審裁判所に控訴をなした。第一審裁判所は右の遺產相續人は甲の承繼人ではないからその訴訟受繼を許さない旨を決定した。その理由は、右不動產は甲が特有財產として所有し來り遺言公正證書に依つて訴外丁に遺贈したものであり、しからずとするもまた民事訴訟法第二百八條第二項の規定に依つて受繼申立はなり得ずといふのである。從つて丙は丁に對する遺贈の遺言執行者を以つて承繼人として第一審裁判所に受繼の申立をなし。同裁判所はその受繼を許した。然るに控訴審に於ては受遺者なる丁を以て訴訟を受繼すべきものとなした。

斯の如き場合に於ては、大審院は原判決を破毀した。その理由は右の通りである。

(一) 當事者の一方が相手方の訴訟承繼を爭つた場合に於て、裁判所が相手方(遺言執行者)を訴訟の承繼人でないと認めたときは、先づ終局判決を以つて訴訟當事者たる地位に非ざるものとして、これを訴訟手續より排斥しなければならない。(民訴一三二・二〇八)

(二) 訴訟手續の中斷中訴訟承繼人に非ざる者を、被控訴人として控訴の提起があつた場合に於ても、職權を以て、眞正の訴訟承繼人即ち受遺者丁に對して適法に受繼が爲されたときは、これに因つて控訴は適法となるものである。(民訴、二一六・二一九)

(24)　判決の抵觸と再審の許否

(昭、一四(オ)六八二號、同、一四、一二、二、大、民、四、判決、破毀差戻、一八卷二二號一四七九頁)

訴外甲は主債務者訴外乙連帶保證人丙及び訴外丁に對する講金債權に基き、丙及び丁に對し講金殘額の支拂を求める爲め支拂命令の申立を爲し敗訴の判決を受けて確定した。其の後甲は右債權を戊に讓渡し、戊は、丙及び訴外丁等を相手方として右と全然同一內容の請求原因に基いて講金債權の殘額の支拂を求め同一裁判所に支拂命令の申立を爲し勝訴の判決を受けて確定した。丙は前判決と抵觸するといふ理由で同裁判所へ再審の訴を提起した。右の如き場合に於ては、丙は前訴訟に於ては被告として勝訴の判決を受け其の確定後更に後の訴訟に於て被告として同一請求に付敗訴の第一審判決を受けた者は特別の事情のない限り、其の當時既に判決の抵觸を知つてゐたものと認められる。從つて後の判決に對する上訴に依つてこれを主張しないで、右の判決が確定した上は、これを事由として再審の訴を爲すことは許されない。(民訴四二〇Ⅰ)

(25)　訴提起後第三者の作成したる文書の證據力

(昭、一四(オ)六四三號、同、一四、一一、二一、大、民、五、判決、棄却、一八卷二三號一五四五頁)

訴訟提起後に其の訴訟の係爭事實に關して、第三者たる一私人の作成した文書と雖も書證としての證據能力を有せざるものではない。(民訴一八五條)

(26)　請求の基礎の變更

(昭、一四(オ)九二五號、同、一四、一一、二八、大、民、二、判決、棄却、一八卷二一號一三六九頁)

引渡命令を得た債權者が該命令に基き差押債權の目的物を執達吏に引渡すべきことを訴求した場合に、其の後、請求を維持する爲該債權に付き取立命令を得たる上此の事實を主するのは、請求の趣旨を變更したことは明らかなるも、之は誤れる請求を是正したるに止まり、之を以て請求の基礎に變更ありと謂ふことが出來ない(民訴二三二)。

(27)　控訴審に於ける請求の減縮と其の部分の訴訟の終了

(昭、一四(オ)六五六號、同、一四、一二、二、大、民、三、判決、棄却、一八卷二一號一四〇七頁)

給付の訴を提起した原告が控訴審に於て其の請求を減縮したときは、其の減縮せられたる部分の請求に付ては訴の初より繫屬なかりしものと看做され、從て此の部分に對する第一審判決の部分は自ら其の效力を失ふものと解すべきは多言を要しない。右の如く請求の減縮ありたる後に於ては控訴は第一審判決中其の減縮ありたる以外の部分に對する控訴となり、其の部分に付第一審判決を變更する理由がないときは控訴を棄却すべきである(民訴二三二・二三七)。

(28) 小作調停法に基く強制執行に對する異議の訴と管轄裁判所

（昭、一四(オ)七二五號、同、一四、一一、二一、大、民、二、判決、破毀移送、一八卷二〇號一三〇一頁）

民事訴訟法第五百六十條に依れば、裁判上の和解に因る強制執行に付ては、同法第五百四十五條の準用あるを以て、裁判上の和解に對する債務者の異議訴は第一審の受訴裁判所の管轄に屬し其の管轄は專屬管轄なることは疑ない。（同法第五百六十三條）而して小作調停法の二十七條に依れば、小作調停は裁判上の和解と同一の效力を有するを以て小作調停に對する債務者の異議の訴も亦之と軌を一にするものと云ふべく、本件小作調停事件は、福島地方裁判所に申立てられ同裁判所の調停委員會に於て調停が成立したるものであるから、此の調停に對する債務者の異議に付ては、福島地方裁判所が第一審として專屬管轄權を有するものと謂はねばならぬ。（民訴、五四五・五六〇・五六三、小作調停法二七）

(29) 債權の假處分に對する民事訴訟法第七百五十六條第七百四十七條の取消申立權者

（昭、一四(オ)八七三號、同、一四、一二、一五、大、民、五、判決、棄却、一八卷二三號一五七五頁）

債務者に對し取立其の他の處分を禁じ、第三債務者に對し辯濟を禁ずる假處分に付ては、民事訴訟法第七百五十六條第七百四十七條に因る取消申立は債務者のみ爲し得るのであつて第三債務者は之を爲し得ない。

(30) 競賣法第二條に所謂質權者に對し優先權を有する債權者の意義

（昭、一四(オ)八八五號、同、一四、一一、二八、大、民、二、判決、棄却、一八卷二一號一三四七頁）

競賣法第二條第三項は競買人は競賣に對して優先權を有する質權者及其の質權者に對し優先權を有する債權者に辯濟するに非ざれば競賣の目的物を受取ることを得ずと規定するから、競賣申立人の抵當權の先順位に在る不動產質權及此の不動產質權に對し優先權を有する債權は競落に因り消滅しないことは疑なく、而して同條に所謂「其の質權者に對し優先權を有する債權者」とは、質權者の先順位に在る先取特權者又は抵當權者を意味するものと解釋すべきものであるから、同條第二項の規定は之に依つて自ら制限を受けるものと謂はねばならない（競一、民訴六四九）。

刑事法

(1) 綿糸配給統制規則違反並ステープルファイバー及ステープルファイバー糸販賣價格取締規則違反の各行爲と連續犯

（昭、一四(れ)七四三號、同、一四、一一、一七、大、刑、三、判決、棄却、一九號五三三頁）

綿絲配給統制規則は綿絲を原料又は材料とする製品の製造又は加工に關する制限違反所爲の取締規則であつて、其の直接の目的とするところは同規則指摘製品の消費を調節し、之が濫費を防止するに在り、又ステープルファイバー及ステープルファイバー絲

販賣價格取締規則はステープルファイバー及ステープルファイバー絲の販賣價格に關する命令違反所爲の取締規定であつて、其の直接の目的とするところは同規則指摘品の販賣價格の昂騰を抑壓するに在ることは、當該各規則を通讀して直に之を看取し得らるべく、即ち前者は物資消費行爲に關する制限法規であつて、後者は物價暴騰を抑止し其の配給の調節を計る法規であると云ふべく、從て右各取締法規違反の行爲は全く其の罪質を異にするものと解すべきである。果して然らば原審が右兩取締規則違反行爲に付連續犯の成立を認めなかつたのは極めて正當である。(刑五五)

(2) 違法なる累犯加重と非常上告

(昭、一四(そ)三號、同、一四、一一、七、大、刑三、判決、破毀自判、一八卷二四號五九九頁)

原判決には所論の如く、少年たる被告人に對し少年法第八條第一項の適用をしないで懲役一年なる定期刑を言渡した違法があるばかりでなく、昭和十三年八月二十四日山口區裁判所に於て竊盜罪に因り被告人に言渡したる懲役一年執行猶豫三年間の判決を前科と誤認して刑法第五十六條第五十七條を適用して累犯加重を爲したる違法のあることは記錄上明白である。從つて右法令違反の部分は到底破毀を免れぬのみならず、後の法令違反は被告人の不利益となつたのであるから、更に被告事件に付判決を爲なければならない。(刑五六・五七、刑訴五二〇)

(3) 日本刀の貸與行爲と之を携帶した罪との從犯關係

(昭、一四(れ)一〇八七號、同、一五、二、八、大、刑、四、判決、棄却、一九卷一號二五頁)

他人が携帶することを知りながら之に日本刀を貸與するときは、大正十四年大阪府令第百十八號刀劍匕首其の他の戎器携帶禁止に關する件違反の幫助罪が成立し、其の貸與が之を携帶せしむる目的に出たと否とを問ふ必要はない。(大阪府令一一八號刀劍匕首其ノ他ノ戎器携帶禁止ニ關スル件、刑六二)

(4) 自動車の後退と運轉者の注意義務

(昭、一四(れ)八七九號、同、一四、一一、二七、大、刑、二、判決、棄却、一八卷一九號五四四頁)

交通取締規則は交通を整理し事故の發生を防止することを目的とする行政上の必要に出づるものであつて、右の目的を達する最も普通の事項を規定したるに止まり、自動車運轉者は此れ等規定の命ずる以外に於ても尙各場合に適應する運轉上の注意義務を負ふべきものなること勿論であつて、單に取締規則なきの故を以て其の注意義務なしと謂ふを得ない。(刑二一一)

(5) 誇大廣告と詐欺罪との同一性

(昭、一四(れ)九七四號、同、一四、一二、二二、大、刑、二、決定、事實審理、一八卷二三號五七九頁)

普通眞綿チョッキに加工せず何等效力試驗を受けずして防彈チョッキと誇稱し他人をして之を措信せしめ、不正の利益を圖らん

が爲之を濫用すれば銃彈を例ね飛ばす旨の廣告を作成し營業の目的を以て之を頒布せりとの公訴事實と、右廣告を他人に頒布して其の廣告の記載を眞實なりと誤信せしめ他人より代金名下に金員の送付を受けて之を騙取したとの事實とは事實の同一性を失はない。警察犯處罰令二條(刑二四六條、刑訴四一〇條)

(6) 法律違反の慣行に依りたる行爲と法の不知

(昭、一四(れ)九九四號、同、一四、一二、二二、大、刑、二、判決、棄却、一八卷二三號五八八頁)

北海道固有未開地處分法第二條の土地賣拂を受くるの適格なき者が他人名義を借用して國有未開地の賣拂を受くるは多年の慣行に依り認容されたる行爲の如く思惟して犯行を爲した場合は、刑法第三十八條の法律を知らざるに該當し單に法律を誤解して自己の行爲を罪とならざるものと思惟したるに止まり、法律上犯罪の成立を阻却すべき客觀的事實の存在を誤認したものと言ふことを得ない。(刑三八)

(7) 贓物の授受と贓物故物罪

(昭、一四(れ)九三〇號、同、一四、一二、二二、大、刑、三、判決、棄却、一八卷二二號、五七二頁)

贓物故買罪の成立には、情を知つて賣買交換其の他有償行爲に依り、贓物を受領することを要し、贓物の賣買を約するだけでは十分ではない。(刑二五六)

(8) 住居の侵入に對する許諾權者——行爲の違法性の判斷と主觀的要素

(昭、一四(れ)七九三號、同、一四、一二、二二、大、刑、三、判決、棄却、一八卷二二號五六五頁)

(一) 家族的生活を營む場に於ける住居に對する侵入に付ての許諾の權は家長が之を有する。

(二) 行爲の違法性の判斷は純客觀的に爲すべきではなく、主觀的違法要素を考慮に入れることを要するものである。(憲二五)

(9) 忌避原因の判斷

(昭、一〇(特)一號、同一四、一一、二二、大、刑、第一特別、決定、却下、一八卷二一號五五七頁)

刑事事件に於ける證據調の限度は裁判所の權能として其の任意の裁量に依り之を決定し得るところであるから、證人喚問の請求を却下したる一事を以て直に當該事件に付係判事一同に偏頗の裁判を爲す處あるものと爲すことが出來ない。蓋し忌避は判事の職務執行を阻し審理の延滯を來し司法の威信を傷するに至るものであるから、偏頗の裁判を爲す處ありや否やは獨り忌避申立人の所信に從て之を決すべきではなく須らく一般の通念に照らし理智的に是認し得べき場合に於てのみ其の處あるものと爲すべきである(刑訴二二五)。

(10) 鑑定書の證據調と鑑定人訊問調書

（昭、一、一四（れ）九八六號、同、一四、一二、二〇、大、刑、一、判決、棄却、一八卷二一號五六一頁）

判事又は檢事が其の權限に基き鑑定人に對し鑑定を命じ鑑定人は之に基き鑑定を爲し其の經過及結果を記載せる鑑定書を提出せるときは、其の鑑定書は獨立して證據力を有するものであるから、之を證據に供する場合には其の鑑定書に付證據調を爲すを以て足り鑑定命令手續を記載せる鑑定人訊問調書に付證據調を爲す必要がない（刑訴二二一、三四〇）。

（11）瀆職犯の證據說示

（昭、一四（れ）一〇二二號、同、一五、一、三、〇、大、刑、三、判決、棄却、一九卷一號六頁）

短期間內に同種の犯行を反覆累行した事迹が判示事實自體に徵し明白な場合、同事實が證據に依り證明せられた以上、其の連續犯なることの說示に付更に他の證據を擧示する必要はない。（刑訴三六〇、刑五五）

特別法

（1）物品販賣價格取締規則第一條に所謂當該物品の販賣——指定販賣價格とプレミアム名義の金額とを對價とする指定物品の販賣

（昭、一四（れ）九六四號、同、一五、一、三一、大、刑、判決、棄却、一九卷一號一三頁）

一、物品販賣價格取締規則第一條に所謂當該物品の販賣とは、商工大臣の指定した物品の販賣を約し之に基いて目的物を引渡したけれども未だ其の對價を受領したいやうな場合をも包含する。（物品販賣價格取締規則一）

二、商工大臣指定の販賣價格とプレミアム名義の一定金額とを加算した金額を對價として同大臣指定の物品を販賣するときは、上彼取締規則第一條に違反するものである。（物品販賣價格取締規則一）

（2）商業組合員に對する除名決議の效力

（昭、一四（オ）五九五號、同、一四、一一、九、大、民、一、判決、棄却、一八卷一九號一二三三頁）

原審の認定に依れば、昭和十二年八月十八日の上告人組合臨時總會に於ては被上告人谷口德七の先代定次郎及其の他の被上告人合計七名のみが其の使用の精米機等の買收及使用休止を承諾せず、組合の統制に從はないので、上告人組合定款一三條一項三號に所謂組合の事業を妨げ又は妨げんとする行爲ありたるときなる除名原因ある場合に該當するものとし、同人等を共同精米事業實施に際し除名する旨決議したものであつて、之に依れば除名せらるる組合員は特定し居り、且定款所定の除名事由は既に確定せられ、唯除名決議の效力發生を一定期限を劃し、翻意に依り統制に服從すべき被上告人等の擧措に繫らしめたるに過ぎないから、之を目して組合員の除名を定款所定の除名事由に基き總會の決議に

依り行はしめんとする商業組合法の精神に悖るものと雖ずるは當らない。

（3）無盡業法第十二條違反の行爲と其の私法上の效力

（昭・一三(オ)一九七九號・同・一四、一一、二八・大・民、五・判決・破毀差戻・一八卷二〇號一三二八頁）

無盡業法第十二條には、無盡會社並に其の受締役監査役使用人及代理店主は何人の名義を以てするを問はず自己の計算に於て其の會社と無盡契約を爲すことを得ずとの規定ありて、同條は無盡會社又は會社關係者に於て其の地位を利用し自己又は會社の利益を圖り一般加入者に損害を被らしむることあるべきを慮り、右規定に違反する行爲は其の動機の如何と實害の生ずると否とを問はず絶て法律上の效力を否定する趣旨に外ならない。（無盡業法一二）

（4）換地處分認可告示前の使用區域指定處分と組合長の權限

（昭、一四(オ)五〇七號・同・一四、一二、二、大・民、四・判決・棄却・一八卷二一號一三八六頁）

耕地整理組合長が組合規約に從ひ、換地處分認可告示前使用區域指定の處分を爲したる場合に於ては、其の處分に多少不當の點があつても、苟くも法定手續履踐の上形式上適法に爲されたる以上は、耕地整理の監督に關する規定に從ひ取消又は變更せられない限り、當然無效のものではない（耕地整理法三〇・五〇・八〇、同施行令九）。

（5）醫師法第七條に所謂廣告の意義

（昭・一四(れ)八五九號・同・一四、一一、一一、大・刑、一・判決・棄却・一八卷二〇號五五一頁）

醫師法第七條に所謂廣告とは、不定若くは多數の人に對し、同條所定の技能、療法又は經歷に關する事項を告知することを指示するものにして、該事項を記載せる印刷物を封緘して之を多數の宛名人に郵送し、同人等に其の事項を告知するが如きも亦右廣告に該當する。（醫師法七）

（6）新聞紙法第四十五條に所謂私行

（三、一四(れ)一〇〇五號・同・一五、一、二・五・大・刑・二・判決・棄却・一九卷一號一頁）

新聞紙法第四十五條に所謂私行に當るか否かは行爲の實質を究めて決すべきものであつて、市會議員の地位に在る者が個人の經營に係る魚肉燻製工場を設置するに際して產業奬勵金の下附を受けるが如き行爲は、其れ自體市會議員たる資格に於ける行爲と關係のない個人の私的行爲であるから、假令公衆の利害に影響を及ぼすべき場合があつても、之が爲に其の私行たる性質を變更するものではない。（新聞紙法四五、刑二三〇）