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

Title	民事法ノート (一)
Sub Title	民事法ノート (一) : 民法、商法、民事訴訟法
Author	田中, 實(Tanaka, Minoru) 高鳥, 正夫(Takatori, Masao) 伊東, 乾(Itō, Susumu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1948
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.21, No.8 (1948. 8) ,p.50- 60
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19480801-0050

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.

民事法ノート（一）

はしがき

民法・商法・民事訴訟法・勞働法の四分野について、毎月資料の展望を試みることになつた。題して民事法ノートと言ふ。勞働法を民事法のうちに總括するのは疑問であるかも知れないが、便宜の名稱と承知して戴きたい。

試みるところは、法令・判令・文獻の三者に關する期間分の展望である。嚴密な約束は、併し、設けないでやつて見たい。重點・態度・形式、すべて擔當者の自由として、期間に徒に拘泥もせず、研究ノートを摘記するやうにやつて行く。たゞ、一年を通じては、三種の資料の重要なものは、洩れなく觸れてあるやうに、心掛けて行くこととする。

紙面が少いから、細かいものまで網羅することは出來ない。範圍を餘り擴げず（例へば判例は最高判集所收のものに限ると言ふやうに）、特に重要なものは獨立の論稿として別欄に出し、限られたスペースを出來るだけ活用して行きたい。

擔當者は次の如くであるが、勞働法は次號から掲載する。毎號登載の順序は原則として左記配列の順に從ふが、分野にも擔當者にも上下をつけるものではなく、通例に倣ふに過ぎないこと、御諒承を願つて置く。

民　法……田中　實
商　法……高島　正夫
民事訴訟法……伊東　乾
勞働法……須藤　次郎

單なる名稱の羅列でなく、紹介あり批評あり感想ありと言ふやうな、自由な資料展望にして、一の種目に限られぬものは、ここに試みるのが始めてのものであらう。幸に同學諸賢の支援に賴り、獨特のスタイルに育成し得んことを念願する。（伊東記）

民　法

一　終戰後滿三年を經過して、我民法學界もようやく虚脱狀態をぬけだしたようである。それは何よりも最近の著書や雜誌論文にあらわれているが、更に立法および判例の動向をもふくめて、廣く民事法學界の展望についてのメモをとつてゆくことを計畫してみた。月々の文獻や資料を整理して、今月はこれだけの收獲があつたという、いわばマイル・ストーンをつくつてゆくつもりで、このノートを書きつづつてゆきたいと思つている。

二　民法改正という大正期以來の大事業は、今次の憲法改正に伴つて急速に具體化され、多くの割りきれない問題を殘しなが

らも、ともかく一段落を告げた。

それと同時に、主として「家族制度」の存廢をめぐつて烈しく行われてきた論爭もしだいに下火になり、かわつて地味な研究がポツ〳〵みえるようになつた。また、學生のための教科書も、民法各部について一通り出そろつたようだ。更に昨秋の日本法社會學會につづいて、今春日本私法學會が創立されたことは特筆されてよいであろう。

三 さて、下火になつた民法改正についての文献の中で、最近のものとしては、次の二種のものが注目に價する。

その第一種は、民法の新第一條に關する末川、牧野兩博士の論稿である。末川博士は、まず法と經濟（九九號）に「民法の改正をつらぬく理念」を書かれ（後に立命館土曜講座「新民法と家事審判法」に所收）、ついで季刊法律學（四號）に「民法の改正をつらぬく二つの理念」を、更に民商法雜誌（二三卷二號）に「權利の濫用に關する新しい規定」を書いておられる。他方牧野博士は、警察研究（一九卷）一月號以下に「民法新第一條（民法五十年の回顧）」を連載しておられる。老大家のこのような精進ぶりには敬服のほかない。

四 その第二種は、直接に民法改正案の起草にあたられた我妻中川兩教授の論稿である。中川教授は民法改正の經過について詳細な「民法改正覺え帳」を東北學生新聞（四二號以下）に連載され、又我妻教授は「改正民法餘話」を法律タイムズにほとんど毎號書きつづけておられる。立法者の手記として、いずれも貴重な參考というべきであろう。

なお、谷口教授が講座として「新親族法講義ノート」を民商法雜誌（二三卷一號以下）に連載されはじめたことをあげておかねばならない。新法について一應の解說書しかない今日、かなり充實した論述のみられることはありがたい話である。かつて大著「日本親族法」をものされた谷口教授であつてみれば、その內容は十分期待されえよう。

五 次に、廣く最近のモノグラフィーをひろつてみると、宮崎教授の「民法學の對象」（有斐閣）と石本博士の「民事責任の研究」（日本評論社）とが目につく。又專問はやや異なるが、故加古教授の「理論法學の諸問題」（日本科學社）も、私法理論の點からかえりみらるべきであろう。更に雜誌論文ではあるが、勝本博士の綿密な「終戰と涉外的債權關係」（法律タイムズ二卷五號以下）が注目される。

ここでは民法プロパーの領域で我々におくられたものとしてとくに宮崎教授および石本博士の二勞作をとりあげて、その紹介・短評を試みることとする。

六 まず、宮崎教授の「民法學の對象」からみよう。

本書は、教授の「東大法學部英法科を卒業以來今日に至るまでの民法學研究の總括で」（跋一頁）あつて、そのかつての指導教授であられた我妻教授に dedicate されたものである。

七 內容的にみると、本書は、自我の擴大と法、民法の意義と其對象、所有權、契約、家族の五章に分たれている。

教授はまず人間存在の意義から文化現象の本質を考えられ、法の生成・發展を文化現象の一部門として理解される。そしてこの立場から法の意義を究明され、更に民法の意義を「一般私生活に於ける生活關係の規律を目的とする裁判規範」（三一頁）として定められる。

かくて民法學の對象は「一言にして盡せば、社會を構成する個人と個人との關係であり、更に之を具體的に分析すれば、家族關係と財産關係とに分ち得るのであるが、比較法學的見地に立つて、現在世界諸邦に行われている民法典を基礎として考察すれば、民法學の對象は、「所有權」と「契約」と「家族」の三者であるというのが最も妥當であろうと思う」（四三頁）といわれ、この觀點から所有權・契約・家族の三範疇について、それ〴〵詳論されているのである。それはまことに雄大な構想といえよう。しかもその流暢な筆致と多方面な引照とは、讀む者を魅了せずにはおかないであろう。

八　教授が民法學の對象を所有權・契約・家族の三範疇に分けられたことは、全く正しいと思われる。ここで、この區別が、かつて山中教授が「市民社會と民法」（日本評論社）において示された人・物・行爲の三範疇と實質的に一致することは注意せらるべきである。

九　ところで、近代市民法としての民法の體系において、その重點がいわゆる身分法より財産法に、しかも財産法の中でも債權法にあることはいうまでもない。從つて本書においても、その論述の重點は「契約」におかれるべきではなかつたろうか。頁數というような單なる分量的比較は正確ではあるまいが、ともかく「契約」についての敍述に最も少い頁數があてられているのは問題であろう。近代法における契約理論に關する說明を讀んで、物足りない感じを受けるのは、單に私のみではないのではあるまいか。

一〇　だが他面において、家族制度に關する論議の盛んな今日において、「家族」の論述に最も多くの頁數が費されているのはあるいは適當であつたのかもしれない。とはいえ、我家族制度の史的敍述に多くの力がさかれ、その實體の分析・批判が必ずしも明確ではないのは如何なものであろうか。ことに、外國の文獻で「日本および日本人の美點として擧ぐることに一致している所のものは、日本の風光の美と日本の家族制度に基く人情の美しさであつた」（二五〇頁）などということをもつて、我家族制度肯定の一根據とされているごときは、相當に問題であろう。それらの外國の人々が、果してどれだけ我家族制度の本質・特色を理解しているかが、第一に吟味されねばならないからである。

また我舊法の中に集中的に固定せしめられていた「家族制度」という概念を――多くの學者により「我國古來の」という形容句を冠せられているものを――夫婦・親子を中心として營まれる生活協同體としての「家族生活」と混用しておられる點は、不用意といわれざるをえないであろう。（この點については、川

島教授「日本社會の家族的構成」一四五頁以下が參照に價する。なお本誌五・六號所載の拙稿「民法改正の意義」參照)

一一　次に、石本博士の「民事責任の研究」をとりあげよう。本書は、博士の學位論文「民事責任論」を約三分の一程度に壓縮されたものであるといわれているが(序一頁)、「特に不法行爲責任を中心として」というサヴ・タイトルがつけられているように、不法行爲理論の中核をなす損害賠償責任の問題を詳論されるものである。

一二　內容は、市民法的民事責任論、市民法的民事責任論の轉回、團體主義的民事責任論の三章に分れ、しかも十分な方法論的基礎の用意の上に(博士はすでに昨秋「私法解釋の論理」の一書を世におくられている)、嚴密な理論構成が展開せられている。

博士は、その立場について「近代的大企業の發達に伴う損害發生の形態の變化とその損害の實質の變化によつて、無過失責任をみとめることが妥當であると考えられる場合が增大したことによつて、問題は一般に不法行爲責任として過失責任と無過失責任の何れが妥當なりやという問題よりも、むしろ近代市民法における過失責任主義の原則のもとにおいて、如何なる解釋技術によつて無過失責任を根據づけることが可能であるかということに重點がおかれざるを得ないようになつた」(三頁)といわれ、この觀點において、まず民事責任論の本質から說き起され、ついで廣く過失主義と無過失主義との兩責任理論を吟味されつつ市民法的民事責任論の轉回を說かれ、最後に團體的民事責任論を構成されるのである。

一三　かくて團體主義的民事責任論は「市民原理としての過失責任主義とその對立概念としての無過失責任主義」との兩者の「對立と矛盾の克服のうちに再び綜合的に把握されるところのものであり、それ故に市民法における過失責任論と無過失責任論の綜合であり且止揚である」(二五九頁)と結論される。

まことにその所說の綿密にしてかつ用意周到なことは、終戰後不振の我民法學界において、とくに高く評價せられてよいであろう。

一四　だが、過失責任論と無過失責任論との綜合が巧みになされていればいるほど、なお私には一つの疑問の浮ぶのを禁じえない。というのは、何故不法行爲理論は一元的でなければならないのか、ということである。

我民法典は七〇九條において過失主義を原則としながら、しかも七一七條等においては無過失主義をも受容している。だからこの民法典の純解釋論からゆけば、兩主義の統一が問題とされざるをえないであろう。

しかし、理論として近代市民社會における民事責任論を考える場合には、必ずしもそれにとらわれないでもよいのではあるまいか。いいかえれば、大陸法系の民法典において原則的に過失主義がとられているのに對して、英法系の不法行爲法 Law of Torts においては、その沿革上、過失主義と無過失主義と

がかなりはつきりと分れていることを指摘したいのである。

一五　かつて戒能氏は、そのような英法についての顧慮から、不法行爲理論を損害賠償と損失塡補との二面に分け、二元的な構成を試みられたことがあつたが（同氏「債權各論」舊版四四三頁以下、新版四二五頁以下參照）、私はそこにも未解決の大きな問題が殘されているのではあるまいかと考える。この意味において、たとえ法系がちがうとはいえ、石本博士が英法系の不法行爲理論をかえりみられなかつたことを、私は殘念に思わざるをえないのである。

一六　以上、兩先學の勞作に對して不遜な妄評をのべたが、あるいは私の理解がいたらなかつたのではないかとおそれている。ともあれ、我民法學界最近の收穫として、この二勞作の出現を特記し、同學諸士と共にそれを喜びたいと思う。

一七　このノートは書評にかたよりすぎたようだ。だが、民法・戸籍法等の改正や家事審判法等に論及するのは、すでに時を失しているし、また最近の最高裁判所判例は手續關係のものが多く、それらについては同僚伊東君が書くはずであるから、一まずこれで私の責を果すことにしたい。

（一〇月一二日）（田　中　實）

商　法

商法は本年七月は株金全額拂込制度の採用に伴つてその一部が改正せられたが、最近再び株式發行制度についての改正が問題となつてきてゐる。今日各企業はその再建整備のため巨大な資本の調達を必要としてゐるにも拘らず、終戰以來の事業界の不振を反映して株式市場は低迷してゐるため、會社は普通の增資で新しく資本を集めることが極めて困難な事情となつてゐる。そこでこれらの障碍を克服して企業の再建を促進するため、株式發行制度の改正を行はうとするものであり、その最も重要な點は米國で盛んに行はれてゐる授權資本制度と無額面株制度を採用しようとするものである。これらの制度によれば會社は自己の收益狀態及びその時の經濟情勢に應じて自由に資金の調達ができるようになり、又無額面株は普通株の發行では到底資金を集め得ないときにも發行することができるため、この目的に沿ひ得るであらうと期待されてゐるわけなのである。

授權資本制度（authorized capital）とは會社の資本金額は定款に一應掲げながら、實際の株式の發行はその時の情勢に應じて取締役が適當に分割して行うもので、資本構成の健全化と資本調達の便宜を調整することを狙いとしている制度である。英米法においては會社を設立するときには發起人が一株づつひきうけるか、又は一定數の株式の引受があれば會社は人格を取得するのであつて、大陸法におけるよう資本全額についての株式の引受を必要としない。そして設立後は隨時株式を發行し得る權限を有する取締役が定款に定められた最高限度に達するま

で、證券市場の狀況などを考慮して必要なときに必要な量だけの株式を發行するのであつて、ここにこの名稱の生じた理由がある。この制度を未拂込資本金制度と比較すると(1)未拂込資本金は會社にとつては債權、株主にとつては債務となるが、授權資本制度においては取締役によつて發行された株式の株金總額が會社の計算の基礎となり、未發行分の資本金についてはかゝる關係が生じない。(2)この制度においては發行株式は全額拂込としてゐるので、未拂込資本金制度における全額拂込濟の株主と一部拂込濟の株主との複雜な問題は起らない。(3)資金調達の必要が生じたとき未拂込株金は全株主から徵收するので種々面倒が起き易いが、分割發行の場合には應募力と睨み合せて適當な金額で押えることができるためその心配は比較的少ない。このように授權資本制度は株式會社の設立を容易ならしめ、又爾後の資本調達に關して極めて彈力性を有することが長所であるが、その反面會社債權者の保護が充分でないこと、取締役の權限が惡用せられた場合の弊害の大きいことも否定できない。

無額面株（no-par stock, shares without par value）とは株券面に額面價格が記載されず、單に出資額を資本金の何分の一という比率で表示するところの所謂比例株である。株式の額面價格は會社の資本金の構成單位としての意義をもつものであるが、それは必ずしもその株式の實質的價格を表現するものではない。否むしろその評價額は企業の盛衰、金融市場の變轉等種々の事情によつて絶えず變動し兩者は一致しない場合が多い。株式投資家にとつても問題となるのは配當率（額面價格と配當金額との比率）ではなく、應募價格又は買入價格と配當金額との比率換言すれば所謂投資利廻りであり、又株主の責任はその引受け又は讓受けたる株式の金額、及び額面以上の價格を以て株式を發行したる場合の引受價格を限度とするから（商法二〇〇條一項）それは必ずしも額面價格と一致しない。

それ故株式の額面價格は最初の額面での應募者以外には殆んど大した意味はないことになるが、更にこの額面價格があるために却つて資本調達の目的が妨げられる場合もある。即ち株式の割引發行（額面以下の發行）を禁止してゐる各國の會社法（商法一七一條一項）の下においては、舊株の相場が額面を割つてゐる會社は新株の募集即ち增資の方法によつては必要なる資本を調達することが困難である。この場合優先株を利用すればその發行の障碍をある程度克服し得るが、市場價格の下落が餘りに甚しいときには假令優先的特權を附與しても、額面價格において出資者を吸引するだけの魅力はないであらう。又金庫株、持株會社等を利用し或は特別の立法があればこの問題を解決し得るけれども、同樣の經濟的效果を實現するために無額面株を認めれば、このような迂回手段を全く必要としないわけである。即ち無額面株は如何なる事情にも適應する價格で自由に賣出すことが可能である。例へば會社の新設又は事業不振のため或は金融市場の狀況が株式發行に不利のため五〇圓の額面ではこれを買う人がないが、二五圓で賣出せば賣れる見込のある

場合に發行されるもので、この場合には一種の割引發行の役割を果すものである。反對に會社繁榮途上にあり金融市場も好轉したときには、額面株のプレミアム附發行と同樣に高い價格で賣出し有利に資金を融通し得ることもいうまでもない。かゝる資本調達上の融通性の點に無額面株發生の根據が求められる。又無額面株には配當率算定の基礎となるべき一定の額面價格はないから、配當は一株何圓というように貨幣の絶對額で示されそこには何等の不便もなく又より實際的である。

その他發行價格を低く定め且つ多數の株式を發行して株式の所有を分散させ、會社支配者の地位を永く保持しながら資本を蒐集し得ること、又會社の財務整理及び合併を容易ならしめること等をその利點としてあげることができる。けれども無額面株制度の下においてはより寛大な條件で株式の發行價格及び表示資本額を決定し得るため、發起人及び取締役の詐欺又は不正行爲を伴ひ易く、又無額面普通株は通常その發行價格が小なる上、利潤のうち優先株に對する一定の配當を差引いた殘額の配當を受けるため投機的性質の顯著なることも否定できない。米國の各州の立法に見られる共通的傾向をあげると、(1)適用範圍については凡ての會社に適用するもの、金融機關、公益事業會社を除外するものがあり、(2)株式の種類については二三の州を除いて普通株のみならず優先株にも無額面株の發行を認めてゐる。(3)發行價格についてはどんな價格にでも完全に自由に發行できる純粹無額面株と、最低發行價格が規定されてゐる規定價格無額面株との別があり、(4)表示資本額についても何等の制限を設けないものと最低表示資本額を規定するものとがある。

このように米國で行はれてゐる授權資本制度と無額面株制度を、今まで大陸法特に獨法色の強かつた我が國の商法に採用することは眞に劃期的な變革といへよう。そこで何故現在こうした制度を採用しなければならないのか、果してその必要があるのであらうかという問題が提出される。この點については最初に述べたように各企業が再建整備を通じて要する多額の資本調達を容易ならしめ、同時に資本構成の健全化を圖ることが一應その理由として與へられる。これでは從來の未拂込資本金制度ではこの要求に應ずることができなくなつたのであらうか。確かにこの疑問の半は事實であらう。けれども理論上これらの要求に全く應じ切れなくなつたとは考へられない。株主權を圖る諸問題、資本調達に關する不便、資本構成上の不健全性等の弱點も、それぞれの平均方法を構じて解決することができるであらう。又現在の法規のまゝでは授權資本制度と無額面株制度においても、取締役の權限强化によつて生ずる弊害、發起利得に伴う不正、表示資本額と準備金との境界の不明確に基く株主・債權者の壓迫等の缺點を有してゐることは否定できない。それ故株式制度それ自體の批判からこの問題を簡單に說明することは困難であるが、これらの出發點を異にする二つの制度もその運用の實際と立法の變遷を詳細に觀察すれば、自己の短所を他の制度の長所を導入することによつて、補正しながら進んでき

てゐることが理解できるであらう。

從來大陸法と英米法とは劃然と對立するものとされてゐたが商法特に株式會社の如き企業形態に關する法規においては普遍的人類的なる利己的本能に基く諸現象を對象とするため、その內容も單にある國のみに特有なものではなく次第に普遍的なものに統一される傾向があること、特に株式制度においては國際的投資のため先づ統一されようとする氣運にあることも見逃してはならない。例へば一般に英米の文物に對して反感を懷き自國の文化に自負心を有したナチス獨逸においても、株式會社法の改正に當つては授權資本、無額面株、株式の額面以下の發行無議決權株、轉換社債等の英米法上の諸制度が參照され、結局その大部分は採用されてゐるのであるが、その最も大きな原因は國內における資本調達の便宜を圖ると共に、米國特にニューヨークにおいて外資を募集する現實の必要に基くものであつたことを想起しなければならない。要するに株式制度の中心課題は如何にして合理的に資本を調達するかゝという點にかつてゐるわけであるが、大戰後の獨逸において生じたと同樣の事情は今日我國においても見られるのであつて、ここに今回の商法改正の最大の根據が存するものといへよう。本年七月に株金全額拂込制度が採用されたのも來るべきこの改革に備へたものであつて、若しも授權資本制度を採用しないで拂込制度のみを改正したとすれば、それは却つて資金調達の機能を阻害するものであることはいうまでもない。それ故七月の改正は今回の株式制度の改革と結びついて初めてその實效をあげ得るものであつて、これらは我が商法特に株式會社法に根本的な變革を齎す極めて重要な改正であることを忘れてはならない。

なほ最近の報道によれば總司令部の金融制度改革の指針に應じて、銀行信託部門においても授權資本制度が採用されようとしてゐることを附記したい。

（二三・一〇・一一）（高島　正夫）

民事訴訟法

一、民訴法典の改正

公布後すでに二箇月に近いが、民訴法典の一部改正が、依然關心の中心にある。重要な改正點はこれを五種に分類する事ができる。

第一は――當事者の地位の向上である。三方面からその方策が講ぜられてゐる。民事訴訟の官權的色彩を拂拭しようとする意圖を持つ。（a）移送申立を却定下する裁判に對しても即時抗告をする途を開き（三三變更）、證人・鑑定人・當事者の訊問について裁判所の行ふ訊問を補充的なものに後退せしめ（新二九四、三〇一變更、三三四二變更）、また之に關聯して必要となる裁判長の統制を當事者の異議に服せしめてゐる（新二九五、三〇二變更、三四二變更）ことは、職權進行主義を制限して當事者の發言權を強化するものであり、（b）擔保不提

供（四一）欠缺補正の不能（二〇二三）を理由として口頭辯論を經ないで訴若くは控訴を却下する場合、必ず能動的當事者を審訊すべきものとしたこと（前掲各第二項新設）は、口頭主義の例外を壓縮して當事者を保護するものであり、（c）二六一條を削除して職權證據調を否定したことは、辯論主義の强化である。職權證據調が禁止せられたから、釈明權の活用によつてもなほ心證に達せぬ限り、裁判所は擧證責任を負擔する當事者の不利益に事實を認定することを以て滿足するほかはない。但し、釈明處分や檢證に際してなす鑑定の規定（一三三四）が保存せられたため、職權證據調の廢止は完全ではない。

第二は――當事者間の公平に關する障害の除去である。（a）訴訟記錄の一般開放（一五一新Ⅰ Ⅱ）は取扱の公平を、（b）終局判決前の不控訴合意の禁止（三六〇變更）と公示被送達者の不利益の緩和（一四〇新Ⅵ、一八〇新Ⅱ）とは、機會の公平を、圖るものと言つてよい。後二者は、從來、相手方の不意を衝き若くは經濟的優越を利用して策略的に勝訴しようとする者によつて濫用せられる弊が見えたのを、改めるものである。

第三は――裁判の適正の一層の確保である。多少の遲延を覺悟しても適正な判斷に到達しようとする要求が、個人の利益の保護のため此の際無視し得なくなつたと考へるのであらうが、民事訴訟の本質に牽連する重要な規定を含んでゐる。（a）その一は、直接主義强化の規定である。單獨裁判官若くは合議體の過半數の裁判官が更迭した場合、當事者の申出あるときは、從前訊問をなした證人を更めてもう一度訊問しなければ、その證言を判決の基礎とすることが出來ない、と言ふのがそれである（一八七新Ⅲ）。證據保全手續で訊問した證人の證言を口頭辯論に顯出するについても、當事者の要求があれば更めて訊問を行ふ必要がある（三三五一ノ二新設）。（b）その二は　裁判權への不協力を犯罪とする規定である。證人・鑑定人は出頭・申述・宣誓の義務に正當の理由なくして違反するとき、夫々犯罪として處罰せられることになつた（二七七ノ二新設、二八四變更、二九三變更、三〇一變）。裁判所侮辱の思想に學ぶものであるが、當該裁判所が直接處分するのでなく、一般の犯罪と同樣の規律に從ふのである。その意味で實質的民訴法には屬しないとは言へ、國民の裁判協力義務を明示するものとして、重要な意義を有する。（c）その三は、上告審判決に對しても不服申立の途を開いた規定である。現行法に於いては上告審の判決は、再審と特別上告とに服するのみであつて、一般的不服申立の途なく、特別上告も判決の確定を遮斷しない（應急六Ⅱ）が、改正法は、上告裁判所の判決に對しても法令違背を理由とする異議の申立を認め、當該裁判所自身をして變更判決をなさしめると共に（四〇九ノ四、同五、同六、新設）、異議の申立期間滿了前は上告審判決も確定しないこととした（四九八變更）、屋上屋を架するの觀がある。それ自體として惡い制度ではないが、上訴を原則として二審とし乍らかやうな制度を重ねることが問題である。

第四は――訴訟の迅速化、上訴裁判所の負擔輕減である。（a）訴訟の迅速化を目指すものは、準備手續の任意化。必要

的手續とせられてゐるのを改めて、裁判所相當と認めるときに施行すればよいものとする(二四九變更)。實施の成績が思はしくなかつたに省みて强制をやめ、訴訟資料の集中を訴訟迅速の要求に適合せしめようとするのである。(b)上訴裁判所の負擔輕減は、最高裁判所の責務の重大化を機緣として考へられてゐるのであるが、取りあへず案出せられた方策二つ。一は、變更判決の制度であつて、法令違反の判決は一週間内に限りその裁判所自らこれを變更し得るものとする(一九三ノ二新設)。他は、上訴濫用に對する制裁であつて、訴訟完結の遲延のみを目的として上訴を提起した者は、一定の場合に、制裁的な金額の負擔を命ぜられることになつた(三八四ノ二新設)。以て多少の上訴の減少を見るであらう。口頭辨論を經ない訴の却下に當事者の審訊を要求する規定(前出)が上告の場合に準用せられてゐないのも、上告裁判所の過重を慮つたものである。

第五は——簡易裁判所の特殊な性格に應ずる訴訟手續の特則である。(a)先づ三五二條を變更して、簡易裁判所の使命が闡明せられることになつた。「簡易ナル手續ニ依リ迅速ニ紛議ヲ解決スル」と言ふだけでは、併し、餘りにも平面的であらう。常識を離れぬ圓滿な解決と言ふことが謳はるべきであつた。(b)事物管轄を緩和し(三〇新二、三)、司法委員の補助立會を認める(三五八ノ四、同五、同六、新設)のは、常識から離れぬ解決を望みつゝ法的嚴正を保ち得るやうにしようとするのである。さうして(c)呼出方法を簡易化し(三五六ノ二新設)、擬制陳述による訴訟進行を續行期日へ擴張し(新三五八)、調書記載事項の省略を認め(三五八ノ二新設)、證人、鑑定人につき訊問に代はる書面の提出を許す(三五八ノ三新設)のは、手續の簡略を期するものである。

右五種の諸規定を除いては、他は悉く整理的改正に過ぎない。通貨の膨脹に對處して制裁若くは差押制限の金額を引上げ、憲法・裁判所法・同施行令・民法その他・民訴變更適用令・民訴應急措置法によつて既に明文上若くは解釈上讀みかへられ若くは空文とせられてゐた條文を字句の上で修訂し、或は、修辭的立法技術的考慮から表現を變更する、と言ふのが、殘餘の内容の總てである。

二三の新しい制度を考案してゐるとは言へ、本法はまだ一の過渡的な應急法に過ぎない。最高裁判所規則との調整を考慮しつゝ、根本的な改正はこれを他日に期してゐる、と言ふのが、國會に對する政府の説明であつた(裁判所時報八號四頁)。併し、挿入せられた新制度には、よい意味でも悪い意味でも、注意を要するものが少くない。運用の宜きを得るを願ふ。

施行は明二四年一月一日(附一)。應急措置法は之と交替に失効することになつてゐるが(附八)、變更適用令も、その内容は悉く本法に吸收せられたから、本法施行と共にその効力を失はなければならぬ。

二、公布法令

人身保護法が九月二八日から施行せられたが、その手續を定

めるものとして人身保護規則（昭二三・九・二最高規二二）が公布（二八日施行）せられた。犯罪に關聯して問題となることが多いであらうが、刑事法の獨占物ではない。

三、判　例

最高裁判所判例集が創刊せられて以來今日まで、不幸にしてまだ四册（二卷三號まで）しか接し得てゐない。民訴法關係の判決は五件であるが、興味の多いのは第一卷に登載せられた訴願棄却裁決に對する上告事件である。

農地事件に關し山梨縣農地委員會に訴願して棄却せられた上告人が、該裁決の取消を求めて最高裁判所に上告をした。裁判所はこれを、第一審の管轄裁判所に訴を提起すべき場合であるとして、却下したのである。眞野毅裁判官はひとり之に反對して、民訴三〇條による移送をなすべしと主張した。

問題は、第一審裁判所へ訴を提起すべき場合に誤つて上告裁判所へ上告の形式で救濟が求められたとき、これを如何に扱ふかに在る（農地委員會の訴願棄却に對する不服方法が第一審司法裁判所への訴であることに關しては一應問題がない）。上告人の意思が上告審判に限つてこれを求める趣旨であれば別論であるが、誤つて上告に賴つたに過ぎない場合は如何にすべきか。

裁判所は、形式が上告であることを理由として、對象缺除のため却下のほかなしと考へる。裁判所を誤つたばかりでなく方法をも誤つてゐることを認識してゐる點は正しい。けれども、だからと言つて、却下のほかなしとは言ひ得ない。手續は、制度全體の能率と劃一性とを害せぬ限り、彈力性を持たなければならぬ。此の場合上告を却下すれば、應急八條（現在では行訴特例法五）の出訴期限の關係から上告人の利益を不當に奪ふ虞があり、訴訟經濟の原則にも反する。移送と主張する少數意見を正當としよう。

此の判決に對しては既に兼子一教授の評釋（判例タイムズ一輯二〇頁）がある。教授も少數意見を支持せられるが、事案を必竟第一審裁判所の事物管轄を誤つたことに歸すると考へられるのは、單純化が過ぎはしないか。當事者が上告によるべき場合と信じた所に一の問題がある。

四、文　献

期間内には、民訴法改正に關する解說書の類を除いては、固有の分野に屬する目ぼしい文献は見當らぬ。間接の資料として高柳賢三氏の二新著が、時宜を得て有難い參考書をなす。『英國公法の理論』英米法講義第二卷と『司法權の優位』同第三卷とである。淺井清博士が『國會概說』法學選書所收を著はされた。好著であるが、彈劾裁判所の性格（一六三頁以下）が曖昧なのは遺憾である。期間前の公刊にかゝるが、中村宗雄博士の『民事訴訟法』上下二卷が、裁判所法・應急措置法等を含んだ最新の、優れた教科書として行はれてゐることを、附記したい。

（二三・一〇・一〇稿）（伊東　乾）

二一巻八號正誤表

	誤	正
三三頁二行、七行	封建領主の裁判と	封建領主の裁判所と
五〇頁標題	民事法ノート(一)	民事法ノート(一) 昭和二三年九月
五〇頁はしがき五行	判令	判例
五三頁下段三行	市民原理	市民法原理
五六頁下段一三行	囘る	周る
五六頁下段一五行	平均方法	手段方法
五七頁下段一、六行	却窓下する	却下する
五八頁上段二四行細字	一四〇新Ⅳ	一四〇新Ⅲ
五九頁上段一行	裁判所相當と	裁判所が相當と
六〇頁下段四行	移轉と主張	移送を主張
六〇頁下段四、六行	彈劾裁判所	彈劾裁判所