

Title	民法法ノート (昭和二四年九月-昭和二五年二月分)
Sub Title	Notes of civil law 民法法ノート (昭和二四年九月-昭和二五年二月分) : 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	慶應義塾大学法学会
Publication year	1950
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.23, No.5 (1950. 5) ,p.23- 41
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19500525-0023

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.

民法ノ一ト

昭和二十四年九月—昭和二十五年二月分

【おことわり】

出版事情その他の都合により、本誌の刊行が約半年おくれのために、このノートもすつかり古くなつてしまつた。そこで、今回はとくに半年分をまとめてノートし、次回からあらためてものとおり一月毎の展望をつづけることとする。読者諸賢の御諒解を乞うしだいである。(執筆者一同)

民法

一 記事

昨年十一月五日・六日の両日、私法学会の学術大会が神戸大学で開催された。

第一日午後、舟橋諱一教授の「民法の原理とその変遷」と題する講演があり、第二日午前、加藤一郎助教授の「農業資産相続特例法案」についての研究報告を中心として民法部会の討論がおこなわれた。その詳細は、やがて学会機関誌「私法」に掲載されるであろうから、ここでは省くが、若干の感想を記しておく。

まず舟橋教授の講演は、行論きわめて平明、まことに解りよく拜聴したが、学生相手を主とされた故か、やや調子を下げすぎられたように感じた。つぎに、加藤助教授の報告およびその後の討論は、

ほとんど法律論に終始し、この法案の基礎たるべき農地分割の防止の必要という経済的問題にまで及ばなかつたのは、法律学者の集りである以上当然なのかも知れないけれど、私にとっては大いに物足りなかつた。

相続人の選定、相続分の率、農業資産の評価方法、補償の程度などの問題も、もとより重要にはちがいないが、それらはしばしば技術上の問題とからむことが多く、細かいデーターをもたぬ机上の論議には、むしろ不適ではあるまいか。もつとも、経済学上の論議は、法律学者にとつては、いわば問題外でもあり、また無理といえ、たしかにそうかもしれないけれど、すでに、農政学者の間でも、また農林省部内でも、かかる法案の必要性そのものについてかなりはげしい見解の対立の存在することが一應の常識である以上、この点についても相当の力点がおかれるべきであらうと思うのである。ほんらい、特定の一人だけを相続人として優遇することは、憲法違反であること、いうまでもないところなのだから、問題の中心は、憲法違反を敢てしてまで農業資産の分割を防ぐ必要が、どこに、どの程度にあるのか、ということでなければならぬからである。かかる法案の必要なしと主張される最も有力な学者は、近藤康男博士であり（「農林」一七九頁参照）、この法案が第一國會で審議未了となつて以後、第五國會にいたるまで放置されてしまつたのは、農林省部内における近藤博士の反対が與つて力あつたからだ、とさえ私は聞いている。しかも、当日の討論の席上、青山道夫教授が近藤博士の反対論を指摘し発言されたが、加藤助教授はこれを取りあげられなかつた。この問題の報告者として、経済学者の間における主張の対立

についても相当の考慮を拂つておくのが望ましいのではなかつたらうか。そうすれば、加藤助教の報告は、錦上さらに花をそえることともなつたであらう。

なお、この機会に、この法案の必要性そのものに對する私の否定的見解を、一言つけ加えておこう。——いつたい、相続による農地の分割を防止するというような消極的な手段が、何を意味しているのであらうか。おそらく、それは資本から農民を防衛するのに、いふぶんかは役立つであらう。しかし、それが、果して農業における生産方法の改革を推進せしめるのに役立つであらうか。むしろ反対だ。それは、要するに、資本のもとに零細農民を維持することにすぎず、したがつてまた農業そのものの停滞を導き、資本に對するその隷屬形態を存続せしめずにはおかぬであらう。われわれは、零細「自営農民」というごときプチブル的な幻想に迷わされてはならない。そして、エンゲルスとともに「農民を没落に驅りやるものは、まさしく、個別所有によつて條件づけられた個別経営なのである。かれ等が個別経営に執着するならば、かれ等は不可避免的に家と耕地とから追われ、かれ等の旧弊化した生産形態は資本主義的大経営によつて驅逐される。事情はかくのごとくである」(エンゲルス及びドイッにおける農民問題「マル」)といわなければならないであらう。

二 法・令

1 各種戸籍届出記載事項の整理——出生・婚姻・離婚・死亡などの各種の戸籍上の届出記載事項が改められた(法務府令二〇八號)。これらの届書の様式は一定され、しかも、それぞれ多くの事項が定められているが(戸籍法施行規程、則五五條以下)、それらの事項のうち、さして重要でな

いもの若干が除かれたのである。もつとも、反対にあらたに記載事項として加えられたものもある。例えば、婚姻届について、準式の醫士師の診断書を交換したかどうかの別、死亡届について、職業に従事した期間などの事項である。二五年一月一日から施行。

2 國外居住の外國人等に對する債務弁済のための供託の特例——外國人、外國法人または團體で、本邦内に住所・居所ないしは支店・事務所を有しないものなどに對する債務弁済のための供託について特例がもうけられた。「國外居住外國人等に對する債務の弁済のためにする供託に關する政令」(政令三二八)がそれで、いわゆるボ政令の一として制定された。その供託手続は、まず主務大臣の勅定をうけ(三條)、一定の書式による和英両様の明細書を添附してなされる(四條)。債務の履行地はすべて「東京都千代田区」とされるから(三條)、供託所は東京供託所となるわけである。供託物は、日本銀行において、特別勘定として保管整理される(八條)。還付手続として、還付権利者の還付請求は、供託者から交付される供託書またはそれに代る承諾書の添附によつてなされる(九條)。なお、この還付請求権については、民法一六七條一項の消滅時効の規定は適用されず(七條)、また供託者には民法四九五條三項所定の通知義務もない(六條)。さらに、以上の供託および供託書または承諾書の交付については、主務大臣の命令による強制の加えられることもあり(二〇條)、これに違反すれば過料の制裁がある(三條)。即日施行。

三 判 例

1 特定物の賣買において、その目的物が引渡前空襲により滅失してしまつた場合、代金債務支拂のために振りだされた手形債権は

効力を失うか——いわゆる双務契約における危険負担の問題であるが、昭和二四年五月三一日最高判(最高裁判所第三三六頁)の前段は、特定物の賣買である以上、空襲によつてその目的物が滅失したとしても、「賣主の代金債権が消滅する理由はない。」したがつて、「本件手形の振出が原因を欠くに至つたものといひ得ない」とする。民法五三四條の解釈として、おそらくやむをえないことであろう。

元來五三四條の合理性については、古くから争いがあり、近時の通説は、むしろ否定的に解し、不公平たるを免れぬとなしてきている(末川「契約論」一一六頁、小池「債權法各論」二六頁、山田「契約論」二六頁、山田「契約論」二六頁、山田「契約論」二六頁)。これに対し、一部の學説は、商事の賣買についてだけはその合理性をみとめうる旨を力説している(後井「民法に於けるローマ法とゲルマン法」四三〇頁以下、山田「契約論」二六頁、山田「契約論」二六頁)。が、しかし、今日のごとき經濟機構の高度のメカニズムのもとにおいては、たとえ商事取引であるにせよ、しだいにその投機性は失われるものである、この意味で五三四條の合理性はやはりみとめがたいと思われる。したがつて本件は同條の不合理性を示す一例証といえよう。

なお、判旨が、「その物が引渡前空襲により滅失したとしても、賣主の代金債権が消滅する理由がなく……」となし、あたかも兩者の債権の獨立性を根拠にしているかのごとき口吻で片付けているのは、危険負担の本質を看過するものであり、あまりに形式的な理由づけといわねばなるまい。

2 手形の裏書人が、振出人の手形債務を保証するために裏書をした場合、手形債権者が、振出人に対しては單に手形債務の確認判決を求め、裏書人に対しては手形債務につき給付の判決を求めることは可能か——前掲最高判後段は、これを肯定し、裏書人の債務と振

出人の債務とは別個の債務であるから、それは可能である、とする。保証債務は附從性をもつとはいへ、なお独自の債務として觀念せられるものであるし、また「確認」と「給付」とは債務自体の範圍ない制限ではないのだから、判旨は正当である。

3 会社の役員たる資格を與えるためになされた、いわゆる資格株の譲渡は、虚偽表示であるか——取締役のごとき会社役員となるためには、とくに定款において一定数の株式の所有が要件とされることがあり、これを資格株と称するのがふつうであるが、これを、後日返還することを約して譲渡しておくのは、虚偽表示となるであらうか。昭和二四年六月四日最高判(最高裁判所第三三五頁)第一段は、これを否定的に解している。資格株の譲渡は、具体的には微妙な問題をふくむけれど、原審認定の事実から考えれば、それは假裝的に資格を偽造するためではなく、或人を役員とする必要上、眞実資格をつくるためであり、これによつて法律的には株式を取得せしめる効果の発生を目的としているのであるから、たとえ後日その返還が約されていても、應その意思と表示とは一致しているとみられるのであつて、虚偽表示とはなしえないであらう。判旨正当。

四 文 獻

1. モノグラフィ——山中康雄教授「民法と哲学」(書店)、石本雅男博士「不法行為論」(日本評論社)の二力作のほか、旧稿を編まれた末川博士「私法の基胎」(有恒社)、中川善之助教授「相続法の諸問題」(有恒社)の二著、また旧著を増補された浅井清信博士「私法學原理」(有恒社)などが刊行された。なかんずく、山中教授・石本博士の両著は最も注目すべきものであらう。

まず、山中教授の新著は、「民法と哲學」と題されているが、内容は、同教授がこれまで多くの機会に究明せられてきた民法解釈論上の個々の問題を視角として試みられた「民法學方法論」ともいふべきものである。それだけに、既刊の諸著にくらべて格別体系的な新しい主張もみられないけれども、教授の立場は一層鮮明にされており、また教授のこれまでの研究の成果が要約して示され、興味深い。

選読してみると、マルキシズムの立場から法の本質をバクロするといふ点は、かなり力強くなされているが、自己の主張に急なるのあまりか、理論構成の精密さにおいて、やや欠けるところがありはすまいか。ことに、全般を方法論的にみて、唯物論と觀念論とが混在しているような感じをうけるのは、たんに私ひとりのみであろうか。例えば、制限物権について、かんたんに「所有の機能の發展とともに、あらわれてくるであろう」(四九)というようにいきつてしまわれるのは、おそらく誤りではないにしても、いささか論理の飛躍ではあるまいか。私の考えるところでは、生産力の發展から自分ですべてを利用できぬほど多くの物を人が集積し所有しうる程度に私有財産制が高度化するにいたつて、初めて物の所有と利用との分離する契機がつくれ、剰余物を他人に利用させるといふような制度が可能になつたのではないか、と思われる。

また、事実婚主義を主張せられるについても(五七)、その根拠づけは、あまりに形式的すぎはしないだろうか。問題の解決には、「何が婚姻の要件か」といふ民衆の規範意識の分析と、およびその意識を制約している社会的基盤の究明とが必要であろう。なお、私自身

は、婚姻も本来一つの社会的制度であり、夫婦としての法律効果をあたえるべき一つの標識にほかならぬのだから、それを明確ならしめる意味で、やはり法律婚主義をとるべきではないかと考えている。ことに、民法改正によつて婚姻届出に対する家族制度的制約が拂拭せられた今日において、事実婚主義の社会的意義にはあらためて疑いをおいてみるべきではあるまいか。

さらに、慾をいえば、「民法と哲學」を論ずるときには、民法典のもつイデオロギー性について、すくなくとも一應の分析は不可欠であろう。この点から、いわゆる「公共の福祉」のごとき理念についても、教授の徹底的な批判を期待したかつたと思う。

つぎに、石本博士「不行為論」は、前者「民事責任の研究」「法人格の理論と歴史」とともに、民事責任論の体系をなすものである。内容は、第一部「不行為責任の本質」第二部「民法における違法概念の構造」の二部に分け、民事責任の基礎理論が究明されている。

まず第一部においては、不行為責任の本質について、ローマ法とゲルマン法とを比較しつつ、その歴史的發展の跡を辿られ、けつきよく「不行為責任の本質は、損害の填補の責任である」(八九)と論結される。ついで第二部においては、不行為と債務不履行との比較考察から、私法上の「違法」概念を統一的に究明しておられる。またことに精緻な理論構成であつて、ほとんど間然するところがない。

ことに、民事責任の根拠として「違法性」をみいだすことによつて、いわゆる適法行為による不行為の概念的矛盾の鮮やかな解決を試みられるあたり、きわめて價值高き論証である。ただ一つ私の感じたまふを述べれば、ローマ法およびゲルマン法の探求からなされる

不法行為責任の本質の把握は、たしかに核心をついてはいるが、さらにそれと近代法との架橋がやや鮮明を欠くのではないかと思われる。もつとも、不法行為責任の本質が損害の填補であることの論証にとつては、そのようなことは、あるいは余計なこととも考えられるかもしれないけれど、例えばわが民法七〇九條にみられるとき典型的な過失主義の原則への淳化がいかにして生じたか、というような問題の考察は、民事責任の歴史的究明にとつて必ずしも蛇足ではないであらう。とまれ、本書によつて、前著「民事責任の研究」における著者の立場も、はじめて明らかにされたということができよう。

② 教科書——宮崎孝治郎教授の興味深い「新婚姻法」(有斐)が出たほか、勝本正晃博士の定評ある債權法の「概説」は、大改訂された「債權法概論」(総論・各論(有斐)の二冊となつてあらわれ、我妻榮・宗宮信次両教授もそれぞれ旧著「民法大意」上(岩波)、「民法総論」(有斐)の改訂版を出された。また、かつて近代思想社から刊行された川島武宜教授の「債權法講義」(一)は、装をあらため内容も増補されて再び世におくられた。「債權法総則講義」第一(岩波)がそれである。その他、永田菊四郎博士「新民法要義」第五卷相續法(帝國堂)法、高梨公之教授「債權法各論」(有斐)などがある。

つぎに、簡明平易な小教科書として、柚木馨教授「親族法」(有斐)が出たほか、評論社企劃の新法律学全書は、あらたに林信雄教授「民法学原理」、小池隆一博士「財産法学」、小出康二教授「民法総則」、末川博博士「債權法」の四冊を加えることとなつた。

なお、諸外國の私法解説書も多数あらわれた。田中和夫博士「英

米私法概論」(有斐)、守屋善輝教授「英國契約法概説」(有斐)、山田晟教授「ドイツ物權法概説」(弘文)、同「ドイツ法概論」上・下(有斐)、胡麻本高一教授「ソヴェト民法および労働法」(法律文)など。

③ その他——特殊なものとして、民法(財産法)および商法の演習問題を数多く集められた中村武氏「私法演習入門」(有斐)、法律タイムズに連載された短編その他を集められた我妻榮教授「改正民法余話」(有斐)、かつて家族制度全集に掲げられた旧稿を増補のうえ編まれた中川善之助教授「婚姻と離婚」(有斐)などが刊行された。さらに、水本信夫氏「借地法借家法と調停法」(有斐)は実務上便利である。

④ 雜誌論文——多数あるからつぎに列挙しよう。

- (1) 我妻榮教授「改正相續法雜題」(法律六七)
- (2) 「改正民法余話」(法律三)
- (3) 川島武宜教授「民法典の「親族」概念について」二・三完(法律六七)
- (4) 末川博博士「身分行為における意思」(法と經濟一〇)
- (5) 「親族的身分の変質」二(七號)
- (6) 坂義彦教授「祖先祭祀の相續と承継」(同府社法)
- (7) 青山道夫教授「養子制度研究序説」(松山商大)
- (8) 「マルキシズムと家族法」(法律文化四卷)
- (9) 山中康雄教授「所有と契約」(同)
- (10) 市川秀雄教授「全法律と民法新第一條」(法律新報五六)
- (11) 永田菊四郎博士「祭祀及び祭祀財産の承継」(日本法學六〇)
- (12) 松坂佐一教授「古い家から新しい家庭へ」(法律文化四卷)

これらのうち、最も注目すべきものは、川島教授の「民法典の「親族」概念について」と、末川博士の「身分行爲における意思」の二論稿であろう。

川島教授は、わが民法第四編の標題が「親族」となっていることの意義を論じておられる。すなわち、民法において「親族」というごとき概念がいかにして成立したか、又それが進歩派と保守派との対立と妥協のうちに、いかにして今日にまでいたつてゐるか、さいとに、今次の民法改正後もいぜんとして「親族」なる概念が残存しているのはいかなる意義をもつものであるか、の諸点を克明に資料に即しつつ究明しておられる。「親族」概念が実は封建的な「家」概念との癒着をふくんでいることの論証は、まことに正しいものである。われわれの教えられるところは少なくない。

つぎに、末川博士は、いわゆる身分行爲における意思の意味を論じておられる。すなわち、婚姻や養子縁組のごとき身分行爲における意思について、從來の通説判例は、實質的に婚姻や縁組の共同生活へむけられた意思であると解し、最近もこれと同旨の判例の出たことは前回の本欄でも記しておいたことだが、これに対し末川博士は疑を挟まれるのである。そして、婚姻や縁組は社会的制度であり、それゆえにこそ法律上一つの公示的手段として届出が要求されているのだから、これらの身分行爲における意思は、むしろ届出自体にむけられた意思と解すべきで、それ以上当事者の内心的効果意思にまで遡つてかわらしめるべきではない、とされる。

まことに合理的な考え方ではあるけれど、身分行爲というものの特殊性からみて、にわかに肯定できぬように思われる。財産上の行

爲ならば、すべて経済的な價值の問題に帰着することなのだから、意思を、表示の方から形式的に把握することも正しいし、また経済取引の流通性からみて必要でもあるけれど、婚姻や縁組のごとき、経済的價值に還元できぬ——しかも民衆の規範意識において、ほとんどつねに實質的な生活上の見地から考えられている——身分行爲においては、末川博士のように形式合理的に考えてしまわれるのは、いささか無理なのではあるまいか。もつとも、実際上は身分上の變動に経済的な打算がからみ利害關係の生ずることもしばしばあるのだから、その意味では全然財産上の観点から切りはなして考えることはできないのであつて、末川博士の説かれるところも大いに理由があるともいえよう。だが、それにしても、なお十分納得がゆかぬように思われる。いまはこれ以上立入つた論評をさしひかえたいが、身分行爲の本質からも究明さるべき重要問題であらう。

また、雑誌でなく、論集に收められたもので、つぎの三編が目につく。すなわち、石本雅男博士「私法における公共の福祉」(近藤博士集)、谷口知平教授「親子法における基本的問題」(前同)、加藤正男氏「社会生活と所有権制度」(松本博士編「人間生活と法及び政治」)である。それぞれ重要な問題をふくんでいるが、比較的短編である故か、いずれも多少とも物足りなく感ぜられるのは、やむをえないといふべきか。

なお、法制史の分野にわたるが、星野通教授が筆硯を新にして「再説現行民法制定史」——法典調査会の成立とその構成——(大崎松山商會)を書かれはじめたのが注目される。

5 資料——学会機関誌「私法」第一巻が刊行されたほか、法務府から英訳日本民法「The Civil Code」が出たのが注目される。なお、

「判例研究」には、第三号に、民法関係の高裁判例研究四件がみえ
ているにすぎない。

(一九五〇・三・一五) 田 中 実

商 法

外國爲替及び外國貿易管理法の制定

占領下四年を経て我國の經濟は安定し、幾多の通商及び支拂協
定が總司令部によって締結され、貿易は次第に活潑となつて、昨年
三月には外國爲替管理委員會が設置されるに至つた。又懸案の外國
爲替相場も四月二十五日〇時を期して対米ドル三百六十円に公定さ
れ、大いely優先外貨制度による邦人の海外渡航も認められ、又外國爲
替銀行の新しい認可が行われ、特に十一月からは總司令部商業勘定

の記帳事務の一部が外國爲替管理委員會に移管された。このように
して占領下になりながら、我國の國際經濟への参加体制は逐次整備
され、總司令部の專管していた外國爲替及び外國貿易の管理も、次
第に日本側に引渡されてきた。昨年の秋には、アメリカ本國から政
府並びに連邦準備銀行の代表者からなるフリール貿易使節團、西ド
イツからローガン氏等の金融及び貿易の權威者の訪日を見るに至
り、又爲替管理については國際通貨基金代表のムラディック博士が
來訪し、總司令部及び日本側当局者と活潑な意見の交換を行い有益
な勸告を残して行つた。これらの助言と勸告とによって、我國の外
國爲替及び外國貿易政策に劃期的な進展が齎され、總司令部のラ
イダー中佐の提案に基づく法律案が第六國會に上程され、短時日のう

ちに「外國爲替及び外國貿易管理法」(二四・二八)として制定公布を
見るに至つた。この法律は我國が外國爲替及び外國貿易に對して、
いかなる目的でどの程度の管理を行うかを世界に向つて明らかにす
るもので、講和會議に伴う対日援助方式の切替え、國際通貨基金へ
の参加、或は最も現実的な問題としては日本側外國爲替銀行の對外
コルレス取引再開等、極めて重要な問題の山積する折から、對外的
にも大きな意義をもつものであらう。なお、この法律を補充するも
のとして、「外國爲替特別會計法」(二四・二七)、「外國爲替管理委員
會設置法」(二四・二九)が同時に制定されたが、前者は外國爲替の
國家集中に伴う經理を明らかにするために特別會計を置き、後者は
この特別會計の運営及びその他の管理事務を担当する機關としての
外國爲替管理委員會の設置を規定したものである。

「外國爲替及び外國貿易管理法」は九章七十三條及び付則からな
るものであるが、その目的は外國貿易の正常な發展を図り、國際收
支の均衡、通貨の安定及び外貨資金の最も有効な利用を確保するた
めに必要な外國爲替及び外國貿易の管理を行つて、國民經濟の復興
と安定に寄與することである(一條)。けれどもこれらの管理は、我
國及び國際經濟の現状からして必要であるとしても、終局において
は貿易の管理は爲替の管理に吸収され、爲替の管理も國際通貨基金
協定、國際貿易憲章等の原則に従ひ、やがては廃止されなければな
らないものであるから、この法律及びこれに基づく命令の規定による
各種の制限は、逐次緩和又は廃止するように再検討すべきことが定
められている(二條)。次に内閣に外國爲替予算を作成する責任を負
う閣僚會議を新設し、外國爲替及び外國貿易管理の政策部面にお

ける中樞機關としてゐる(三條)。今回採用された外國爲替予算は、對外收支の予想とにらみ合せて對外取引を最も有効に、しかも十分な予備金を保持できるように作成することが要求され、その作成の巧拙は單に對外信用に關するのみでなく、我國の産業構造をも決定する重要な意義をもつ点に注意しなければならない。更にポツダム政令で設置されていた外國爲替管理委員會の存在を對外的に明瞭にするため、別に「外國爲替管理委員會設置法」を設けて、その根拠を法律で定めることとしてゐる(四條)。この外國爲替管理委員會は管理政策の実施面における中樞機關であり、委員長は關係審議會に諮問委員として出席できることとなっている。前述したようにこの法律は、我國經濟の國際的信用と國際經濟への参加体制の確立に細心の注意を拂っているが、適用範圍について我國における居住者、非居住者によつて區別し、原則として屬地主義を採用して内外人を平等に取扱っていること(五・六條)、外國爲替についての基準相場は、すべての取引を通じて單一であること、各外國通貨について正しい裁定相場を維持すること、又直物取引の相場の開きを一%以内に限定したこと(七條)などは、いずれも國際通貨基金協定を参照して設けた規定であつて、その一例といふことができるであらう。

(1) 外國爲替銀行及び両替商 外國爲替業務は高度の専門的知識を必要とし、同時に國際的信用に關するところが大きいので、外國爲替業務を営もうとする銀行は大蔵大臣の認可を要するものと(一〇條)、その認可を得た外國爲替銀行が外國の銀行等と業務上の取極を結ぶときは、外國爲替管理委員會の承認を受けなければなら

らないと規定してゐる(一一條)。又今後、外來客の來訪が盛んになるにつれて、その携帯する外貨の交換の便宜を図るため、両替商についても特に規定を設けてゐる(一四條)。

(2) 外國爲替予算 前述したように外國爲替予算の作成については、新設された關係審議會が責任を負うわけであるが、その作成は對外收支の慎重な予測に基いてなされなければならないことが定められ(一六條)、その他通貨の交換性又は振替性を考慮し、並びに十分な通常予備費を設ける外、非常予備費を設置することによつて、資金の彈力のある運営と國際的信用の保持に手落ちのない予算の作成が要求されている(一七・一八條)。このように慎重に作成された予算については、爲替使用の許可官廳が勝手にその予算によつて與えられた枠を越えて許可することを禁止してゐる(二〇條)。

(3) 外國爲替等の集中 我國においては現在外貨資金の不足を多額の對外援助によつて埋めてゐるわけであるから、輸出その他によつて獲得した外貨資金は嚴重に政府に集中されなければならない。そこで政府は必要に應じて外國爲替、貴金屬等の保有者に、これらの財産を外國爲替特別會計、日本銀行、外國爲替銀行等に賣却させることができるものとしてゐる(二一條)。更に居住者又は非居住者にそれぞれ異つた義務を加重してゐる外、本邦人以外の居住者について例外規定を設けその保護を図つてゐる(二二・二三・二五條)。次に外國爲替銀行、両替商等業務上海外で資金を保有する必要のあるものに対して、集中の例外を定めると同時に(二四條)、集中の実効をあげるため、非居住者に対して債権を取得したものは必ず取立てなければならないし、又債権の減免や弁済の遅延を認めて減損して

はならないと規定している(二六條)。

(4) 制限及び禁止 次にこの法律は外貨資金の不当な流出を抑止するため、その原因となる行爲について、種々の制限及び禁止に関する規定を設けている。即ち原則として外國に向けた支拂、外貨債権、外貨証券等の取得処分(二七・三〇・三四條)、通貨、貴金屬、証券等の輸出入は制限され(四五條)、その細部は政令に委ねられている。

(5) 外國貿易 貨物の輸出は原則として自由とし、その制限は最少限度に止められ、特定の物資を輸出しようとするもの又は特定の取引方法、支拂方法で輸出しようとするもののみが、政令の定めるところによって通商産業大臣の承認を受けなければならないと規定された(四七・四八條)。又輸取引の公正に関する規定も注目に値するであろう(五〇條)。貨物の輸入についても、政令によって一定の承認を受ける義務を課せられる場合があること(五二條)、又一定の担保の提供義務を課せられることがある旨を規定している(五五條)。その他貿易業者に対する制裁の規定、通商産業大臣の税関長に対する指揮監督等に関する規定(五三・五四條)もあるが、外國貿易についても具体的事項を政令に委任しているところが非常に多い。

(6) その他不服の申立及び訴訟についても規定を設け(五六―六四條)、外國爲替及び外國貿易の管理が國民の利益に重大な關係をもつために、行政機關の処分に対して不服の申立をなし又は訴訟を提起できることを明らかにして、國民の權利の保護を図っている。

この法律の施行期日は各規定について政令によって定めるが、選

くも昭和二十五年三月三十一日までには、全部の規定を施行しなければならぬことになっており(付則一)、總司令部から外國爲替及び外國貿易の管理の全面的移管を受ける時期の遠くないことを察知できる。前述したように、この法律は對外取引に関する諸法規を整理統合したものであって、從來雜然と併在していた「外國爲替管理法」(法八三)、「金、銀又は白金の地金又は合金の輸入の制限又は禁止等に関する件」(勅令五七八)、「貿易等臨時措置令」(勅令二二八)、「財産及び貨物の輸出入の取締に関する政令」(政令一九九)、「外國爲替銀行の臨時措置等に関する政令」(政令三三三)等はいずれも廃止されることになった(付則二)。次にこの法律の運用については政令、省令等に委任してある点の極めて多いことは前述したが、この法律の制定以來一カ月間に、早くも二十を越える政令、省令等が制定されている。このことは管理の機動的運営を図るためであることはいうまでもないが、外國爲替及び外國貿易の管理は最少限度に止めるという原則に照して、相次いで制定される政令、省令等の内容は十分検討されなければならないことを指摘しよう。

日本專賣公社法・日本國有鐵道法の改正

我國の專賣事業、鐵道事業は諸外國にも例の少い純粹な國營形態をとっていたが、戦後における經濟民主化の一環として、その在り方が新しい角度から検討されてきていた。けれども種々の理由から、短期間にこれに代る企業形態を発見することがかなり困難とされていたとき、偶々昭和二十三年七月二十二日にマックファーサー元帥から吉田首相に送られた書簡によって、いいかえれば總司令部の

対日管理政策との関連から、問題の急速な解決を見るに至ったことは、既に本ノードで述べてきたところである(法律研究二二卷二號。民事法ノ一四三條)。

このようにして制定された「日本專賣公社法」及び「日本國有鐵道法」は、この書簡の主眼である官廳現業分離の線に沿って、これらの事業に使用される職員の労働關係の處理の面にのみ着目し、その限りに必要とする公共企業体化を実現するに止った嫌疑があった。例えはこの新しい企業形態に独立採算制を認め、そこに生れる經營の伸縮性を期待しようとするにも拘らず、公共企業体の財政的獨立に関する法律の制定は將來に残され、それまでは従前通り財政法、會計法等の規定によるものとされたため、從來の機構と事實上殆んど差異のないものであった。今回の「日本專賣公社法」の改正(二四二・二八)及び「日本國有鐵道法」の改正(二四二・二四)は、不十分であつたこれらの点について反省を加え、これらの法律の會計及び財務に関する規定を全面的に改正し、ともかくも獨立採算制へと一歩を進めようとしていることは注目に値しよう。

「日本專賣公社法」改正の内容

(1) 公共企業体の會計を規律する法律を定めるといふ方針(旧二九條)を止めて、專賣公社の會計に関しては、すべて本法中に規定することにした(二九條)。

(2) 予算外の債務の負担については國会の議決を経なければならぬこととし(三五條)、又予算に予備費を設けることのできることを明らかにした(三六條)。その他、暫定予算(一四一條)、予算の実施(四二―四三條の四)、資金計画(四三條の五)等の規定を設け、財政法、會計法等の適用を排除し、專賣公社の自主性を認めようとする。

している。

(3) 利益金の納付については、專賣公社の収益は財政收入の重要なものであるため、國庫に全面的に帰属させていたが(旧三六條)、今回の改正によって、毎事業年度の總收入から總損失及び一定の積立金を控除することを認め、從來の全面的帰属を脱却させた(四三條の一三)。そして專賣公社の資本増加の場合には、この積立金をもつて資本金の増加に充てる途を開いた(四條の二)。

(4) 借入金についても、專賣公社は市中銀行その他民間から借入金をしてはならないとの規定(旧三七條)を削除している(四三條の一四)。

(5) 業務に係る現金の取扱については、日本銀行の外、郵便局又は市中銀行に預け入れる途を開いている(四三條の一八)。

(6) 重要な財産の処分については、大藏大臣の認可を受けることとなつていたが(旧四二條)、これを國会の議決を経なければならぬこととした(四三條の一九)。

(7) 會計については、本法及びこれに基く政令で定める外、專賣公社が會計規程を定め、大藏大臣の認可を受けなければならないこととし(四三條の二〇)、財政法、會計法等の制約の緩和を図ると共に一般的監督を定めた。又役員及び職員の給与についても、給与準則を定めなければならないこととし、かつ、その額は予算中の給与額に制約されるものとした(四三條の二一)。

(8) たばこ、塩及びしょう油の三つの專賣事業について損益計算勘定を区分し、それぞれの損益を明らかにすることが要求された(四三條の二二)。

(9) 改正されたこの法律の規定の大部分は、昭和二十五年四月一日から施行されることになっている(付則1)。

「日本國有鐵道法」改正の内容

(1) 「日本國有鐵道法」の改正も「日本專賣公社法」の改正と軌を同じくする点が多く、公共企業体の會計を規律する法律を定めるといふ方針(旧三六條)を止めて、會計及び財務に關しては、すべて本法中に規定することにした(三六條)。

(2) 予算外の債務の負担について國會の議決を経なければならぬこと(三九條の二)、予算に予備費を設けることのできること(三九條の三)、その他、暫定予算(三九條の八)、予算の実施(三九條の九—三九條の一二)、資金計画(三九條の一四)等の規定を設け、國有鐵道の自主性を認めようとしている点も全く同様である。

(3) 利益の処分についても、國庫に全面的に帰属させること(旧四三條)を止め、先ず繰越損失の補てんに充て、残額のある場合にのみ國庫に納付させるようにした(四一條)。

(4) 借入金についても、國有鐵道は市中銀行その他民間から借入金をすることができないとの規定(旧四四條)を削除し、新しく鐵道債券の發行を認めて民間資金の調達を可能とし、企業經營の合理化と鐵道事業の高効率に役立つようにしたこと(四二條の二)は、專賣公社の場合よりも一歩進んだ改正といえよう。

(5) 業務に係る現金の取扱についても、郵便局又は市中銀行に預け入れる途を開いたこと(四二條)は同様である。

(6) 重要な財産の処分については、運輸大臣の認可を受けることとなっていたが(旧四九條)、これを法律に定める場合の外は処分で

きないこととした(四六條)。

(7) 會計規定、給與準則等についても、專賣公社の場合と殆んど同様な改正が行われた(四三、四四條)。

(8) 改正されたこの法律が昭和二十五年四月一日から施行されることも同様である(付則1)。

(二五・三・八) 高島正夫

民事訴訟法

一、法 令

イ、裁判官の報酬等に関する法律の一部を改正する法律(一九四九年一月二日・法二五三・即日施行)

ロ、刑事補償法(一九五〇年一月一日・法一・即日施行)

ハ、副検事選考審査会令の一部を改正する等の政令(一九四九年

一〇月二日・政三五二・即日施行)

ニ、外國弁護士資格者承認等規則(一九四九年九月一日・最高規

二二・即日施行)

ホ、外國弁護士資格者選考委員会規則(同日・最高規二三・即日施行)

ヘ、農業協同組合等解散命令手続規則(九月一〇日・最高規二四・

即日施行)

ト、職務執行命令等訴訟規則の一部を改正する規則(同日・最高

規二五・即日施行)

チ、一般職たる裁判所職員の勤務時間に関する規則の一部を改正

する規則(一〇月一日・最高規二六・一〇月二日施行)

リ、地方裁判所及び家庭裁判所支部設置規則の一部を改正する規則(一〇月七日・最高規二七・一〇月一日施行)

ヌ、外國弁護士資格者承認試験選考規則(一〇月十四日・最高規二八・即日施行)

ル、最高裁判所事務総局規則の一部を改正する規則(一九五〇年一月一七日・最高規二・即日施行通及適用)

ヲ、司法行政上の職務に関する規則を改正する規則(同日・最高規三・即日施行通及適用)

カ、人事官彈劾裁判手続規則(一月二八日・最高規五・即日施行)

ヨ、裁判所公文方式規則の一部を改正する規則(二月二四日・最高規六・即日施行)

此等はみな末節に關し、重要な立法は見られない。刑事補償法は劃期的な全面改正であるが、民事訴訟に直接は關わりがない。ニ・ホ・ヌの三規則は弁護士法を補充するものであり、ハの政令の第三條は弁護士審査会令を廢止してゐる。

二、判 例

一、人身保護の請求が第一審で理由がないとせられたが、その後、被拘束者が身体を回復したときは、上告裁判所はどうしたらよいか。

最高民集三卷六三頁(三三頁一頁)。

一九四九・三・一、小法廷判決、棄却。

長谷川(長)・井上・島・河村、全員一致。

判旨は、(イ)人身保護の手続では普通の民事訴訟と違つて上告裁判所も事實審の口頭弁論終結のときの事實關係に拘束せられないと解すべきことと、(ロ)人身保護規則二二條が自由の回復を請求棄却の原由の一つとして掲げてゐることを理由として、がやうな場合には「上告を棄却」するべきであると判断した。

——人身の保護は最高裁判所の仕事とするのがふさはしい事件であつて、人身保護法の二〇條や二二條からみて現行法もその趣旨で作られてゐると言へるから、右のイ点は妥當な解釈である。否、むしろ、上訴を

上告に限定した規則の建て方が疑問であつて、規則四一條は違憲の立法であらう。ロの点は表面的には相當で、人身保護規則の用語に適合してゐるが、權利保護の利益の欠けるときは形式的判決をするべきものであつて、判旨をすぐには支持できない。一たい人身保護

の手続については、むづかしい問題が沢山ある。本件も当否はこれを断定せず、一つの問題として受取つて置く。

二、當選訴訟において、選挙の無効を原因として當選を争ふことは、許されるか。

最高民集三卷七四頁(三三頁二頁)。

一九四九・三・一九、小法廷判決、棄却。

霜山(長)・栗山・小谷・藤田、全員一致。

選挙の無効を争ふには選挙訴訟によるべきで、當選訴訟ではこの点を争ひえない。選挙そのものの効力は早く且つ一律に確定せしめる必要がある、そのために選挙訴訟と當選訴訟とを別個に構成してゐるのであるから、當選訴訟で選挙の無効を争ひえないのは當然

であるから、當選訴訟で選挙の無効を争ひえないのは當然

であるから、當選訴訟で選挙の無効を争ひえないのは當然

であるから、當選訴訟で選挙の無効を争ひえないのは當然

で、この結論には弁護人のいふやうな論理の飛躍がありはしない。判旨は正しい。

三、訴訟代理人が判決のあったことを通知しなかったため控訴の機会を逸した本人については、控訴の追完が許されるか。

最高民集三卷九七頁(四号一三頁)。

一九四九・四・一二、小法廷判決、棄却。

長谷川(長)・井上・島・河村、全員一致。

許されないと解するべきである。本人と代理人との間の内部関係が相手方の地位を左右するのは不当であるから、判例・通説の説くやうに、民訴一五九の「当事者」とは当事者側の意味に解しなければならぬ。判決があつたことを通知しなかつたのは、委任事務の処理についての訴訟代理人の過失にすぎぬ。追完事由として控訴人が明瞭に相手方の妨害を指示したとすれば話は別になるが、代理人が相手方と親密な者であつたと言ふだけでは相手方の妨害を認めえぬし、控訴の時にはその程度の理由づけさへもしなかつたやうに見える。判旨は正当である。

四、口頭弁論調書と題する書面には証人出頭の記載しかないが、これに續いて調書と題する書面が綴られ、両書面が契印によつて連結せられてゐる場合、後者に裁判長が右証人を訊問した旨とその陳述内容とが記載せられてゐるときは、証人訊問の事実が口頭弁論調書上明かにせられてゐると見てよい。

最高民集三卷一〇四頁(四号二〇頁)。

一九四九・四・一二、小法廷判決、棄却。

長谷川(長)・井上・島・河村・穂積、全員一致。

見てよいとする判旨が正当。上告理由は事をこのむ些末の論。五、選挙の効力について異議の決定をした市町村の選挙管理委員会とは都道府県選挙管理委員会の訴訟判決を不服として高等裁判所に訴えるか。

最高民集三卷一八八頁(六号一四頁)。

一九四九・五・一七、小法廷判決、棄却。

長谷川(長)・井上・島・河村、全員一致。

判旨は、地方自治法六六の文理と審級制度の性質とを挙げて、これを否定してゐる。下級審が上級審の批判を不当として更に上級の裁判所に出訴するといふやうなことがあつては審級制度はみだれてしまふし、何よりも、本件のやうな場合、具体的な利益抗争、従つて争訟が存在してゐないと言はなければならぬから、出訴の許されないことは当然である。

六、補助参加人に当事者適格があれば、主たる当事者の不適格は治癒せられるか。

最高民集三卷一八八頁——右と同一事件。

補助参加人は当事者ではなく、参加人の地位は主たる当事者のそれに依存するものであるから、前者の実施権をもつて後者のそれに代へることはできない。問題を否定する判旨は当然である。

七、自作農創設特別措置法中改正法附則七條がその施行期日前の行政処分についてまで出訴期間を短縮したのは、憲法違反であるか。

最高民集三卷一九九頁(六号二五頁)。

一九四九・五・一八、大法廷判決、棄却。

塚崎(長)ほか一三裁判官、全員一致。

上告人(原告) Xは一九四七年二月三日に廣島縣農地委員會の裁決の通知をうけた。かやうな裁決の取消を求める訴について、當時はなほ民訴應急措置法八條(A法)の制限があるばかりで、Xは六ヶ月の間出訴しうる筈であつた。ところが二〇日ばかり後の同月二六日に自作農創設特別措置法の一部を改正する法律(B法)が公布施行せられ、以後みぎのやうな訴について出訴期間が短縮せられるべきことを定める(四七條の二)と共に、既に行政処分であつた分についてもA法の規定に拘はらず、処分を知つた日がB法施行の前である限り、B法施行の日から一ヶ月内に訴しなければならぬものとした(附則七條)。XはA法にしたがつて翌四八年五月七日に廣島地方裁判所に訴したがB法によつて却下せられ、廣島高等裁判所に対する控訴も同じ理由で棄却せられたので、更に最高裁判所に上告した。XはA法によりB法施行當時六ヶ月以内に訴を提起しうる具体的な權利をもつてゐたもので、憲法三二條は裁判を受ける權利を保障してゐるから、B法がかやうな憲法の保護する既得權を侵害する部分は違憲立法として無効である、といふのが上告の理由である。——判旨はこの上告を棄却した。法律の不遑及が立法上の原則ではないことを説いたのち、「新法を以て遑及して出訴期間を短縮することができる以上は、その期間が著しく不合理で實質上裁判の拒否と認められるやうな場合でない限り憲法三二條に違反するといふことはできない」と言つてゐる。不合理な短縮でないことを要する点が重要であるが、本件の場合にさうした疑はないから、判旨はまことに正当である。ただ既得權の論理として考へるとなると、判旨の考へてゐるやうに簡單には済まないものであつて、XがA

法によつて取得したと主張する利益が正しい意味で權利であるかどうかは疑はしいことに注意することが必要である。

八、農地買収計画に農地所有者と記載せられてゐない眞正の所有者は、自作農創設特別措置法の救済手段によらず、一般の救済方法によるべきものか。

最高民集三卷一九九頁——右と同一事件。

自作農創設特別措置法の救済手段によるものとする、前項で問題となつたやうに短い出訴期間の定があるため、この制限を免れようとして上告人が同法七條の「農地につき所有權を有する者」の意義を限定しようとするものであるが、これは詭弁といふはかなく、限定の理論的な根據はどこにもない。問題を否定する判旨が正しい。九、控訴狀に貼るべき印紙が不足してゐたが後に不足額が増貼せられた場合、補正前にせられた弁論期日の指定その他の訴訟行為は有効であるか。

最高民集三卷二〇九頁(六号三五頁)。

一九四九・五・二一、小法廷判決、棄却。

霜山(長)・栗山・小谷・藤田、全員一致。

判旨は、有効なことに勿論である、一句で簡単に片づけてゐる。審理の實質に影響のないことであるから、この取扱を是認してよい。

一〇、手形の裏書人が振出人の手形債務を保証する目的で裏書をしたものである場合、手形債權者が、振出人との關係では手形債權權認の判決を求めるに止まりながら、裏書人との關係では手形債務給付の判決を求めることは許されないか。

最高民集三卷二二六頁(六号五二頁)。

一九四九・五・三一、小法廷判決、棄却。

長谷川(長)・井上・島・河村・穂積、全員一致。

裏書人の債務が従たるものであることを理由として、上告人はこれを否定しようとするのであるが、この場合、裏書人との関係で給付の判決が與へられなくても、それによつては少しも裏書人に振出人の債務以上のものが生まれることにはならぬから、否定の理由はないと言はなければならない。判旨は問題を肯定するもので正当。

一一、行政行為禁止の仮処分事件が上告審に係属中であるとき、行政廳の処分については仮処分を許さないとする新法が施行せられたら、上告裁判所はどうするか。

最高民集三卷二六五頁(七号三一頁)。

一九四九・六・一五、大法廷判決、破毀自判。

塚崎(長)ほか一裁判官、全員一致。

新憲法の施行にともなつて行政訴訟も司法裁判所の処理すべきところとなつたが、その手續については別段の立法はせられず、民事訴訟の手續によるべきものと解せられ、この解釈を前提として出訴期間についての特例のみが民訴應急措置法のうちに掲げられた。従つて、少くとも形式的には、行政処分についても仮処分が許される結果になるわけで、実務上はそのやうに扱はれてゐた。この時期に又は行政行為禁止の仮処分を申請し、第一審では理由なしとせられたので控訴し、第二審で一部が認容せられたのに不服で更に上告した。ところが上告審に本件の係属中、行政事件訴訟特例法が施行せ

られ、行政廳の処分については仮処分は許されないことになつた。

同法附則二項には、同法が遡及効を有することを明言すると共に、「民事訴訟法及び昭和二十二年法律第七十五号によつて生じた効力を妨げない」との但書が附せられてゐる。――訴訟上の地位は判断時の新法によつて決められるべきである。特例法附則の二項本文はこの原則を明言したものに過ぎない。ただこの建前を貫くと徒に裁判所や当事者の負担を重くするため但書によつてその弊を除かうとするもので、これによつて生きるものは既に旧法によつて確定的に効力を生じた訴訟行為だけであると言はなければならぬ。本件に就いては、仮処分が許されるべきかどうかが正に争はれてゐるのであるから、但書の適用せられる場合とは言ひえない。判旨は同様の理論を辿り、原判決および第一審判決を破毀して仮処分申請を不適法として却下した。正当。

一二、公職を追放せられた者は弁護士として公職にある者のために訴訟代理人となることが出来ないか。

最高民集三卷二七〇頁(七号三六頁)。

一九四九・六・二九、大法廷判決、棄却。

塚崎(長)ほか一裁判官、全員一致。

追放者が弁護士になれないという規定はどこにもない。問題は、公職者の訴訟代理人になつてよいかどうかの点にのみあるのであつて、上告理由が力説してゐるのもこの点である。しかし公職者の訴訟代理人になつて訴訟行為をしても、それが「必然的にその公職に在る委任者に対しその公職の執行又は政治上の活動に關する指示若しくは勸奨をしその他右公職に在る者と意思を通じ又はこれに利益

を供與して右公職に在る者をして自己に代つてその支配の繼續を實現するような行爲をさせるに至るものと断ずることはできない。又訴訟の代理人は必ずしも常に追放令第一三條第一五條第五項所定の場所に入出入しなければ訴訟代理人としての職責を果すことができない筋合のものではない。公職者の訴訟代理人として訴訟行爲をするといふだけのことは、まだ追放令に違反するものではない。判旨正当。

一三、旧制度のもとで大審院が言渡した判決に対しては、こんにちどの裁判所に再審の訴を提起するべきか。

最高民集三卷二七九頁(八号一頁)。

一九四九・七・六、小法廷判決、移送。

霜山(長)・栗山・小谷・藤田、全員一致。

大審院の確定判決に対する再審は民訴四二二條一項により大審院自身のみが管轄権をもつところであるが、新制度下で大審院はないから、裁判所法施行法・同施行令の経過規定によつてどの裁判所の管轄に属するかを決めなければならない。施行令一條は「大審院においてした事件の受理その他の手続」は東京高裁でしたものとみなす旨を規定してゐるのであつて、表現の上からはしっくりしないが、最高裁判所になるべく通常事件を背負はせないやうにしようとする規定の精神から、その他の手続のなかに判決をも含めて考へるべきであらう。再審は旧手続を復活せしめるから、この解釈は必ずしも施行令の文字に適合しないわけでもない。東京高裁の專屬管轄に属するといふ判旨は正当。

一四、右の再審の訴が最高裁判所に対してせられたら、どう処置す

るか。

最高民集三卷二七九頁——右と同一事件。

裁判所は東京高裁へ移送してゐるが、再審期間遵守の關係もあり、その他の点では適法な訴であるわけでもあるから、却下は不当で、裁判所の処置が正しい。

一五、民訴四一九〇二第二項は違憲か。

最高民集三卷二八一頁(八号三頁)。

一九四九・七・二三、大法廷決定、却下。

塚崎(長)ほか一三裁判官、全員一致。

抗告期間五日といふのは、短かすぎて、國民に不能を強いるものだ、といふのが上告人の主張である。判旨はこれを否定。

一六、家屋の全部の明渡を求める訴に対して裁判所が一部明渡の判決をするのは、当事者の申立てない事項について裁判をしたことになるか。

最高民集三卷二九一頁(九号一頁)。

一九四九・八・二、小法廷判決、棄却。

長谷川(長)・井上・島・河村・穂積、全員一致。

問題は明渡の請求が可分の請求であるかといふところにある。可分の請求といふのは、訴訟上の請求としての分割の可否であつて、实体法上の個数を考へるのでは足りないと共に、専らそれは当事者の意思によつて決まるべきものである。本件では、どうやら、一部の明渡でもよいから実現したいという趣旨の請求と認めうるので、民訴一八六條・三八五條にそむかないとする判旨は、結果において正当である。しかし、「訴を提起する原告としては、請求の全部が

認容されないで、その一部が認容される場合には、認容される部分について一部勝訴の判決を求める意思があるのが通常である。それ故、原告の請求が可分である場合に……」といふやうな論法は、請求の可分不可分を訴訟外に抽象的に予定してゐるものであらう。さうであるとするれば、何によつてそれが決まるかの説明がつかないことになりはしないか疑はれるじ、家屋明渡といふやうな特殊性のある請求をも含めて、一律に可分性を推定する結果は危険である。むしろ家屋の明渡のごときについては、不可分性を推定するべきで、それによつて原告敗訴の事件が多くなる實際上の不都合は、変態的な社会事情のもとで司法権の手に負へなくなつてゐるものを猶ここに放置してゐる政治の貧困と立法の不備とによるもので、裁判所が悪あがきしても始まらぬものであることを、知るべきである。

一七、金銭債務臨時調停法または戦時民事特別法による調停の申立があつたときは、既に係属中の訴訟の手続は中止しなければならぬか。

最高民集三卷三〇五頁(九号一五頁)。

一九四九・八・二、小法廷判決、棄却。

長谷川(長)・島・井上・河村・穂積、全員一致。

裁判所の自由裁量に属する。前者の六條、後者の一八條。

一八、疏明方法の提出もなく單に期日變更の申請がせられた場合に、立証の機会を與へて事由の存否を判断するべきか。

最高民集三卷三一二頁(九号二二頁)。

一九四九・八・二、小法廷判決、棄却。

長谷川(長)・井上・島・河村・穂積、全員一致。

電報で当事者本人から「病氣のため行けぬ」として期日變更の申請がせられたが、本当に出頭不能の程度の病氣であつたかどうかは、何らの疏明方法の提出もないため、明かでなかつた。原告が「控訴人主張の抗弁はその立証がないからこれを認めることが出来ない」といって期日の變更をしなかつたのに対し、上告人は立証の機会を與へられなかつたと争ふのである。訴訟の進行は裁判所の権能かつ責任であり、引延ばし戦術を可能にして相手方を害せしめるのは不当であるから、申請自体から理由があると見えるのではない限り、いちいち立証の機会を與へる必要はないとする判官が正当である。一九、選挙に関する訴訟を不適法として縣選挙管理委員会がこれを却下した場合に裁判所が選挙又は当選の効力について判決をするとは違法であるか。

最高民集三卷三二九頁(九号三九頁)。

一九四九・八・九、小法廷判決、棄却。

長谷川(長)・井上・島・河村・穂積、全員一致。

違法でないとする判官が正当。訴訟が不適法として却下せられたときもそれで訴訟の判決を経たことになるかといふ点と、形式的判決に対する不服に應じて本案の判決を與へてもよいのかといふ点とが、問題になるわけであるが、訴訟前置は行政機関に再省の機会を得させればその目的を達するし、訴訟に対する訴は控訴でなく實際に差戻も適當ではないから、判官の取扱が妥當である。——なほ本件については他にも三つの關係事項が判示せられてゐるが、長くなるから省略する。

二〇、第一審判決の言渡前にせられた控訴の申立は不適法である

か。

最高民集三卷三七六頁(九号八六頁)。

一九四九・八・一八、小法廷判決、棄却。

青藤(長)・澤田・眞野・岩松。少数意見、眞野綴。

控訴は第一審の判決に対する不服の申立であるから、原判決の言渡までこれを爲しえないことは当然で、言渡前の控訴申立が不適法であることについては全裁判官の意見が一致してゐる。見解が岐れるのは、その後第一審判決の言渡があつてもその違法は治癒せられないかといふ点で、多数意見が治癒を否定するのに対して、眞野裁判官のみ、これに反対して治癒を主張、上告棄却の処置を不当と論ずるのである。少数意見は理論と實際との両面から情理を盡した卓論で、手続法的方法論とか実体法的目的の究明とかいふ言葉からうかがはれるその訴訟観には多少たよりないものを感じるが、趣旨として多数説にまさること教段である。眞野裁判官の少数意見を支持する。

三、文 献

イ、野間繁『民事訴訟法学概説』巖松堂

ロ、菊井維大『民事訴訟法(二)』有斐閣

ハ、吉川大工郎『強制執行法』法律文化社

ニ、團藤重光『訴訟状態と訴訟行為』弘文堂

ホ、小林一郎『人身保護法概論』有斐閣

ヘ、市川四郎『家庭事件の審判と調停』東洋書館

紙面がないから雑誌論文・資料・書式集・実務総攬などはすべて割愛する。右の六点についても名前を挙げるにとどめるが、前掲ニ

が直接には刑事訴訟を扱ひまた旧稿の集録に過ぎないものでありながら重要かつ優秀の文献であることを附言して置く。(敬称略・順不同)。

四、事件と消息

(一) 上訴制度の改善 法制審議会は民事訴訟における上訴制度の改善について、かねて法務総裁からの諮問に應じ、民事訴訟法部会を設けて審議を續けてゐたが、昨一九四九年十二月二三日つぎのやうに答申したと傳へられる(裁判所時)。

一、最高裁判所の取扱ふ上訴の範圍を①憲法違反②判例抵牾③法令の解釈に關する重要な事項に限ることとし、1および2については義務管轄、3については裁量管轄とすること。

二、最高裁判所で取扱はない法令違反についての上訴を取扱ふ特別の法律審を設けること。

三、事実審の審級は現行法通り二審級とすること。

(二) 最高裁判所の誤判事件 一九四九年七月一六日、最高裁判所第二小法廷(霜山(長)・栗山・小谷・藤田)が被告人片桐光晴にかかる強盜致死傷人等の事件の上告審判決として下した破棄・差戻の裁判は、刑事訴訟規則施行規則の適用を忘れた誤つた裁判であつた。差戻をうけた東京高裁が九月三〇日にいたりこの誤謬を指摘して最高裁判所に問合はせを發したことからこの事件が表面化し、最高裁判所ともあらうものが自分で作つた規則の適用を忘れるとは何事であるかといふところから、事件に關與した四裁判官の責任を問ふ声が朝野に強くなつてきた。最高裁判所では一〇月一七日の午後、裁判官全員の會議を開き、關係四裁判官の意見をきいたのちそ

の退席を求め、最高裁判所としてとるべき措置を協議した結果、関係裁判官の自発的善処を求めることに決定して、その旨三淵長官から一般に公表した。堀崎・沢田の両裁判官は懲戒手続で処理すべしとの意見であったと発表せられてゐる。同二九日、当の四裁判官が勧告によって辞職することはできないとの声明書を出してから問題は暗礁に乗上げ、今日まで引かかった儘になつてゐる。なほ最高裁判所では去る一月二三日に重ねて一〇月一七日の決議を確認する決議をした(朝日新聞東京一〇月三日、一九九日、三)。——一般の評論はこの事件に関し概して酸醜であつた。しかし、この程度の過失が辞職に値するかどうかは頗る疑問である。結果において被告人の利益を害してはゐないし、一度や二度の小さな過失で裁判官としての適格を判定することは出来ない。出る釘をたたくことにはかり熱心で、ものを育てることを知らない國民性を、ここでも反省して置かなければならぬ。何よりも不当なのは、辞職勧告という手段をとつたことで、裁判官の身分保障を最高裁判所が率先してみづから動搖せしめようとする最も忌むべき方法である。裁判所としては政治的な穩かな処置をとつたつもりなのであらうが、実は不明朗以外の何物をも生みはしない。四裁判官の拒否によって、強制的自発が、どこかの世界のやうに先例とならずに済んだことは、洵に幸せなことであつた。最高裁判所は正式に懲戒の手続をとり、もし必要ならば國民に對し陳謝の声明を發し、事後に一点の濁りをも残さずして、今後の職責遂行に努める、といふ態度をとるべきであつた。

(三)学会 一月二四日中央大学において民事訴訟法学会の創立総会が行はれ、同日これに先立って催された公開講演会では、

民事法ノート

加藤正治会長の挨拶に始まつて田中和夫・中村宗雄兩教授がこの順で講演せられた。また、これより前、一月五・六兩日神戸大学で開かれた日本私法学会第四回大会では、民訴法部会は三ヶ月助教授の報告を中心として破産法の改正が論議せられた。

(一九五〇・三・八) 伊東 乾

執筆者紹介

内山 正熊 法學部助教授・國際政治

田 中 實 / / 民 法

高鳥 正夫 法學部助手・商 法

伊東 乾 法學部助教授・訴訟法

(執筆順)