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 (昭和二五年三月-六月分) |
| Sub Title | Notes of civil law<br>民事法ノート (昭和二五年三月-六月分) : 民法、民事訴訟法 |
| Author | 田中, 實(Tanaka, Minoru)<br>伊東, 乾( Itō, Susumu) |
| Publisher | 慶應義塾大学法学研究会 |
| Publication year | 1950 |
| Jtitle | 法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.23, No.9 (1950. 9) ,p.53- 64 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | |
| Genre | Journal Article |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19500925-0053 |

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

昭和二五年三月——六月分

## 民　法

### 一、法　令

1　民法の一部改正——精神衞生法（二五・五・一法律一二三號）附則により、民法第八五八條二項中「、又は私宅に監置す」が削られた。この法律は「精神障害者の治療及び保護を行い、且つ、その發生の豫防に努めること」（第一條）を主眼として制定されたもので、精神衞生鑑定醫の診察によつて醫療および保護のため入院の必要があるとみとめられたものは、原則として、すべて都道府縣設置の精神病院（第四條）またはこれに準ずる施設に收容し、私宅監置をみとめないこととしている（第四八條）。そこで禁治產後見人の職務から、私宅監置が除かれたのである。即日施行。

2　罹災都市借地借家臨時處理法の準用の擴大——本年四月三日および一三日におこつた熱海市の火災についても、同法が準用されることとなつた。「罹災都市借地借家臨時處理法第二十五條の二の災害及び同條の規定を適用する地區を定める法律」（二五・五・四法律一四六號）がその地區を定めている。即日施行。

3　戸籍法の一部改正——新國籍法制定に應じて、戸籍法の一部が改められた。「國籍法の施行に伴う戸籍法の一部を改正する等の法律」（二五・五・四法律一四八號）がそれで、戸籍法第一〇二條ないし第一〇六條が全面的に改められ、四カ條に整理されることとなつた。もつとも、內容的にみると、舊規定第一〇四條一項・二項および第一〇五條一項は、ほとんどそのまま、それぞれ新規定第一〇二條および第一〇三條となり、別に新第一〇四條は、新國籍法第九條の國籍留保の場合について、また新第一〇五條は、官廳または公署が國籍喪失者を發見した場合の、本籍市町村長に對する報告義務について、定めている。新第一〇六條は「削除」とされている。施行は七月一日。

4　戸籍法施行規則の一部改正——戸籍簿や除籍簿の記載順序は、戸籍法施行規則第六條一項によると、「(い)(ろ)(は)順」とされているが、これが「(あ)(い)(う)(え)(お)順」でもよいこととされたほか、附錄第七號の戸籍記載例が、主として國籍關係の點で若干あらためられた。六月二二日法務府令七〇號、七月一日施行。

### 二、判　例

1　實質的には地上權を有せず、單に登記簿上表見的に地上權者として表示されているにすぎない者は、時効により右土地について地上權を取得した者に對しその登記の欠缺をもつて對抗しうるか——昭和二四年九月二七日最高判（最高民集三卷四二四頁）は、これを否定し、「上告人は架空の權利を有するものに過ぎないのであるから、實體上の權利を取得した被上告人に對しては、その登記の欠缺を主張し得ないものである」と判示している。民法第一七七條にいわゆる「第三者」を、「登記の欠缺を主張するにつき正當の利益を有する第三者」として制限的に解してきた判例の傳統的立場を、そのまま受けつぐものである。わが民法上、登記には公信力があたえられておらず、單な

る物權變動の對抗要件とせられ、それに取引保護の機能が負わされているのだから、判例の立場は正當ということができる。

2　賣買契約書に「買主本契約ヲ不履行ノ時ハ手附金ハ賣主ニ於テ沒收シ、返却ノ義務ナキモノトス。賣主不履行ノ時ハ買主ヘ既收手附金ヲ返還スルト同時ニ手附金ト同額ヲ違約金トシテ別に賠償シ以テ各損害補償ニ供スルモノトス。」という條項があつた場合、民法第五五七條の適用は排除せられるか――いわゆる手附契約の解釋に關する問題であるが、昭和二四年一〇月四日最高判（最高民集三巻四三七頁）は、これを消極的に解し、「右（契約書の）第九條の趣旨と民法の規定とは相容れないものではなく十分兩立し得るものだから同條はたとえ其文字通りの合意が眞實あつたものとしてもこれを以て民法の規定に對する反對の意思表示と見ることは出來ない」と判示した。すなわち、手附について、契約書に右のような條項があつたとしても、なお民法第五五七條の適用があり、したがつて解除權の留保があるのだから、賣主は、いわゆる「手附倍返し」によつて解除をなしうる、というわけである。がんらい手附は、證約手附・違約手附・解約手附などに區別されているが、實はそれらは理論上一應の區別にすぎないのであつて、事實上ある手附が何れの種類の手附にぞくするかは、識別するに困難な場合が多い。というよりも、むしろそこには多くの共通性がふくまれ、したがつて如上の區別は單に觀念的なものにすぎない、ともいえよう。してみれば、手附をもつて一應解約手附なりとしている第五五七條の適用を排除するためには、解除權の留保をしない旨のとくに明らかな意思表示または取引慣習の存在を必要とするであろう。

ところで、上告理由の指摘するところによれば、右條項の記載ある契約書は、一般民間に販賣されている賣買證書を利用したものであり、そこには、右手附をとくに違約手附とし、解約手附たらしめぬとする積極的な合意があることはみられないばかりでなく、さらに被上告人の訊問の結果では、當事者自身右條項をもつて必ずしもハッキリした違約手附の特約とは理解していなかつたように推測される。この點について吉川氏の上告理由は綿密であり、判旨が「要するに原審の擧示した資料では前記民法規定の適用排除の意思表示があつたものとすることは出來ないのであつて……」として原判決を破毀したのは、全く當然の態度であろう。

3　罹災都市借地借家臨時處理法第一四條の賃借の申出によつて賃借權が設定された場合、その建物が第三者に引渡されているときでも、賃借權者は貸主に對し、賃借權にもとづく建物の引渡を請求することができるか――昭和二五年一月一七日最高判（最高民集四巻一頁）は、これを肯定し、かかる賃借權は「優先的のものであるから、右賃借權に基く被上告人の上告人に對する本件家屋引渡の請求を妨げ得ない」と述べている。この第一四條による舊借家人の先借權は「他の者に優先して、相當な借家條件で、その建物を賃借することができる」というふうに、つよい優先効があたえられているので、事實上しばしば土地所有者または借地人にとつて迷惑となることも少なくないのであるが、借家人の保護のためには、やむをえないというべきであろう。判旨正當。

4　借家法第一條の二にいわゆる「正當ノ事由」の有無は、貸家人・借家人双方の事情の比較考量によるべきか、また、その際、借

家人が他に家を捜す努力をしなかつたという事實は、右正當事由判斷の資料たりうるか――昭和二五年二月一四日最高判（最高民集四卷二九頁）の前段は、これらをいずれも肯定し、いわゆる正當事由は、當事者双方の必要の程度を比較して決すべきである、となし、また、その際、借家人の方は「いくら住宅難だからといつてそれだけで捜しもしないでがんばつているのはいけない」。したがつて「既に二カ年の日時を經過して居るのに其間に家を捜す等の協力をした形跡は少しも認められない」ような場合は、借家人側の誠意（判例のいわゆる互讓の精神）が疑われる、旨を判示している。

借家法の解釋運用について、貸家人・借家人双方の事情を比較判斷すべきだとすることは今日の通說であり、本判旨第二段の趣旨は正當といえるであろう。しかしながら、第一段の趣旨は、抽象的・一般的には、もとより當然のことであるにしても、原審判決・上告理由に示された具體的事情から考えてみるときは、その結果の當否は大いに疑わしいといわなければならない。問題は、原被告双方が擧示した具體的事情を綜合的に比較考量した場合、原告の側に「正當事由」をみとめうるかということ――すなわち個別的な判斷――なのであつて、一般的・抽象的に判斷をいかになすべきかという見方や取扱いの方法の問題ではないからである。この點において、本判決は、全く綿密さを缺いており、不親切であるとさえいわれざるを得ないであろう。

ところで、原審判決をみるに、本件家屋使用の目的たる「多數の在日インド人のため宿泊並びに集會の場所を提供することは」（彼等の多くは貿易業者で、日本再建に關係の深い人々だから）、借家人等が「何等責むべき事情もないのに、永年すみなれたその住居を失い……業務上多大の支障を來すこと」よりも重要である。何故なら「これによつて被る個人の損害は多衆の利益のため容認しなければならないであろう」から……という理由が最も基本的なものとされ、これに、借家人側で移轉先を捜さなかつたという不誠意などが附加されて、「正當事由」が認定されているのである。

ここで注意しなければならないのは、「個人の損害は多衆の利益のため容認」すべきだという漠然たる論理である。まことにそれは抽象的にはもつともなことであるだけに、かえつて危險な論理でもある。――問題は、「個人」か「多衆」かという單なる量の比較ではない。兩者の利害の質こそ問題なのではあるまいか。そうしてみた場合、時折上京するインド人が宿泊・集會しうるという便宜の方が、生活の根據地をうばわれ業務上支障を來すという損害よりも、果して重いといいうるものであろうか。

この意味において、ただ漠然と「多衆の利益」というごとき形式的な理由づけを用いた原審の態度は、不當であり、少くとも審理不盡という非難を免かれえないであろう。したがつて、上告を棄却した本判決は正當といいえない。むしろ、「原判決は漫然多衆の利益の爲めには上告人は個人の損失を忍んで本件家屋を明渡すべきであると斷じたことは未だ充分其審理をつくさず……」という長谷川裁判官の少數意見を支持すべきものと考えたい。

5　借家法第三條の解約申入には、必ず、豫め六カ月の猶豫期間を附さなければならないか――前掲最高判の後段は、これを否定し、豫め六カ月の猶豫期間を附さないからといつて、その解約申人

は無効なのではなく、申入後六カ月を經過すれば解約の効力を生ずると解すべきだ、とする。かかる猶豫期間を定めた趣旨は、解約申入という意思表示そのものの要件とする意味ではなく、單に借家人保護のための一手段にすぎないと考えられ、したがつて、解約申入には必ずしも豫め法定の猶豫期間を附することは必要でない、と解してよいであろう。判旨正當。

## 三、文献・資料

### 1　單行著書

特殊なものとして、谷口知平教授「ソヴィエト民法の理論」（東大協同組合出版）、古山宏判事「借家法」（東洋書館）が出たほか、珍らしくも二つの註釋書、中川善之助教授編「註釋親族法（上）」（有斐閣）、我妻榮・有泉享兩教授「民法總則・物權法」（日本評論社）が刊行された。

谷口教授の新著は、ストウチュカの「民法教程」第一卷民法理論序說の部分の要約的紹介を試みられたもので、これに附錄として、かつて法學論叢に載せられた舊稿「ソヴィエト連邦民法第一條の意義」がそえられている。われわれにとつて、まことに貴重な文献であるが、慾をいえば、ストウチュカの理論に對する綜合的な解說と批判とをつけ加えていただきたかつたと思われる。何故なら、福島氏もいわれているように（法律タイムズ四卷五號）、ソヴィエトのように學說の發展ないし變動のめまぐるしい所では、學說の內容的紹介と同時に、その學說がいかにして生まれ、また現在どうなつているかという法學史上の地位づけをあたえておかないと、正しい意味で學說の把握もできないし、また讀者をして不測の誤りに陷らしめるおそれも多いからである。

古山判事の「借家法」および二つのコンメンタールは、判例その他の資料を克明に參照しつつ、法規の意味內容の確定を試みているという意味で、解釋法學の一つの極點を示す力作といつてよい。

つぎに教科書として、中川善之助教授「民法大要—親族法・相續法—」（勁草書房）、中村宗雄博士「民法」（敬文堂）、今泉孝太郎教授「新物權法論」（帝國判例法規出版社）が刊行されたほか、川島武宜・來栖三郎・磯田進諸教授共著の「家族法講話」（日本評論社）が世におくられた。ことに「家族法講話」は、內容がよくこなれており、この種の通俗啓蒙書としては、たしかに成功したものの一つであろう。

### 2　雜誌論文

多數あるので、簡單に內容を要約するに止める。

(1)尾高朝雄博士「私法の私法性」（法協六八卷二號）——私法ないし私法學の沒政治性を强調せられる。

(2)中川善之助教授「ミクロネシア身分相續法」（法學一四卷二號）——ミクロネシアの身分相續は母系型であり、しかもそれが綻びを生じ、父系型に轉化しはじめていることを論證される。

(3)谷田貝三郎教授「相續法上の行爲の性質」（民商二五卷三號）——相續法上の行爲は、一般的にいえば「身分と財產との二元性」をもつており、したがつて民法總則の規定の適用は、個々の行爲について個別的に判斷すべきである。

(4)鈴木祿彌氏「抵當權に基く物上代位制度について（一）」（民商二五卷四號）——抵當權にもとづく物上代位は、わが國では一般に、民法第三〇四條その他の法文の解釋上、いわば法定債權者として構成されているが、これに對して、不動產金融の圓滑という實際上の

考慮から、ドイツ民法やスイス民法におけるごとく法定債權質としての理論づけを示しておられる。法文に拘泥されないで、あえて統一的な理論構成を試みられる努力は、注目すべきであろう。

(5)宮崎孝治郎教授「新民法の實施性に關する研究(一)」(民商二五巻五號)——改正民法の實施についての實態調査(標題はまぎらわしいが、世論調査のごときものであるらしい)の報告である。事實婚主義よりも法律婚主義を可とする意見の多いことが示されている。

(6)舟橋諄一教授「物的擔保の機能的考察」(法政研究一七巻合併號)——從來、轉質や敷金の法律的性質については、いろいろと論爭があり、まだ必ずしも十分な理論構成はなされていない。それは、轉質や敷金が擔保の作用を擔っていることを看過しているからだ、として、物的擔保の機能的考察の必要を指摘される。この見地において、ほんらい擔保物權の設定は、「債務の辨濟があったならば當然に原權利者たる擔保權設定者に復歸するという意味で、解除條件的に、交換價値についての支配權能が移轉されるということなのである」(二八頁)。そこで、この理をあてはめて考え、轉質や敷金は債權擔保という機能的性質をもつものであり、その法律的構成は、それぞれ客體の解除條件附移轉・あるいは停止條件附返還債務を伴う客體の移轉として把握すべきである、と說かれる。

(7)靑山道夫教授「改正民法と子の監護」(法政研究同前)——家族內における親子關係の制度的永續性という人間性にもとづいて、改正民法における子の監護の諸問題を論ぜられる。

(8)同教授「一夫一婦制家族の社會的基礎」(私法二號)——マリノウスキー一派のいわゆる機能學派の見地によりつつ、一夫一婦制婚姻形態は、むしろ普遍的なものであり、それは窮極的には人間理性の自然性にもとづくものである、と指摘される。

(9)川島武宜教授「契約の封建性」(私法同前)——標題は逆說的であるが、要するに、日本市民社會における契約は、觀念的には近代的なものとしての形態をもつてあらわれてはいるものの、實質的には封建的な構造をもつものである、と論證される。

(10)外岡茂十郎教授「氏の性格」(早法二五巻二冊)——改正民法における氏が、まだ個人的呼稱としての性格を貫きえていない、と指摘される(前回のノートに入れるべきであったが、おくれて入手したので、ここに記する)。

(11)同教授「改正民法と親權者—特に子の氏との關連について—」(早法二五巻三・四冊)——改正民法において、親權者はいかにして定められているかということを概觀されつつ、子の氏の定め方について、なお舊「家」思想にとらわれたところがある、といわれる。

(12)高野竹三郎氏「均分相續制と農業資產相續特例法案」(同前)—同法案の內容概略と、それに對する戒能教授・杉田氏等の批判を檢討し、「農地を所有させること、維持することだけによつて、從來以上の成果をあげることは大して期待が持てない」ことを明らかにされ、けつきよく「本法案は、農地の細分化防止という點について、憲法違反という攻擊を免れず、農業經營の安定を圖る、という點については、農業政策的觀點から妥當を缺くとの批難を甘受しなければならないであろう」(一三〇頁)と結論される。

(13)高梨公之教授「婚姻自由の社會的基礎について—婚姻の實態とその法規的展開—」(日法一六巻一號)——婚姻自由の實現を阻むもの

は、今日においては、封建的なものの殘存であるよりも、むしろ資本制社會自體の矛盾の激化による經濟的要因である。

(14)今泉孝太郎教授「婚姻の範疇論」（法研一三巻六號）――民法上婚姻關係を設定する行爲は、一般にいわれているごとく一種の契約と解すべきではなく、單なる合意とみるべきである。

(15)柳川眞佐夫判事「戰後の借家問題と法解釋（一）」（法時二二巻五號）――戰後いちじるしく深刻さをましてきた借家問題を重點的に摘錄されつつ――とくに明渡期限・いわゆるケース貸契約・解約と正當事由――、分配の衡平の達せられるために、法解釋の一層進展すべきことを論ぜられる。衡平の精神を基調とする借家法運用理論の展開は、ひろく今後の法原理の動向にも一つの示唆をあたえるものとして注目されよう。

(16)渡邊洋三氏「家主の解約申入權について――借家法第一條ノ二との關連――」（法時同前）――わが國の借家關係が、表見に近代的契約として粉飾せられてはいるが、實は封建的構造の上に立つものであることを分析され、借家法上みとめられている家主の解約申入權こそ、封建的なものと近代市民法原理との妥協を示すものである、とされ、だから問題の窮極的解決のためには、市民法原理の貫徹を期すべきであり、「立法論としては、第一條の二の規定の前段「自ラ使用スルコトヲ必要トスル場合」は削除すべきであつた」、また「解釋論としては」賃貸人の家族や親族が使用を必要とする場合までを「正當ナ事由」のうちに含ましめるべきではない（三〇頁參照）と論結される。裁判官その他の實務家のごとく現實の表面的事態にとらわれていない點で、論斷はきわめて直截・鮮明であり、解釋法學の超脱をめざす野心的な借家法論といえよう。

(17)古山宏判事「家屋賃借權の相續について」（判例タイムズ一號）――家屋の賃貸借は、その實際の使用關係上、賃貸人と、賃借人を代表者とするその家團との間に成立するものである、という理論構成を立てられ、これによつて、賃借人死亡後、その同居家族（ことに相續人が別にある場合）の居住の安定を圖られる。

## 3　資　料

「借地借家關係資料（二）」（最高裁民事局）が、高島良一氏「家屋の轉貸借についての試論」の一論稿と、「最近における住宅及び宅地の實狀」・「借地借家關係事件統計表」の二資料をおさめているほか、中川教授「改正民法に對する世論調査」（法學一四巻一號）――「新民法に對する世論の支持は相當強い」と結論づけられる――、有泉・藤田・幾代三氏共同執筆の「住宅實態調査報告――臺東區竹町の場合――」（法時二二巻五號）があり、また、判例タイムズ一號・二號には、それぞれ最高裁および下級審の新判例の紹介・研究が多數みえている。とくに、その二號に紹介されている東京地裁判決（昭和二四年六月四日）が、借家法第一條の二の「正當事由」のみとめられる場合、その認定の標準時期を、一應、解約申入後六カ月の法定期間經過時點におき――したがつてその當時に正當事由が具備されれば、解約は効力を生ずることとなる――、しかも更に、口頭辯論終結時までにおける事情の變動を考慮すべきだ――但し、家主・借家人の利害と事情の比較考量においては、借家人側に明渡義務不履行の責任があるのだから、その事情は家主側のそれよりも嚴格に考えねばならぬ――となしていることは、借家法運用の動向を示するものとして、注目してよい。

なお、民商法雜誌二五巻三、四、五號には、「大阪家庭裁判所家事審判部決議集」（一四）、（一五）、（一六）が連載せられている。

（五〇・七・二四）　田　中　實

# 民事訴訟法

## 一、法　令

イ、下級裁判所の設立及び管轄區域に關する法律の一部を改正する法律（三月三一日・法三八）四月一日施行

ロ、裁判所法等の一部を改正する法律（四月一四日・法九六）一部即日一部五月四日施行

ハ、裁判所職員の定員に關する法律の一部を改正する法律（四月一四日・法九七）施行全前

ニ、最高裁判所における民事上告事件の審判の特例に關する法律（五月四日・法一三八）六月一日施行（施行期間滿二年）

ホ、弁護士法第五條第三號に規定する大學を定める法律（五月一八日・法一八八）即日施行

ヘ、判事補の職權の特例等に關する法律の一部を改正する法律（五月二二日・法一九五）即日施行

ト、裁判官彈劾法の一部を改正する法律（五月二二日・法一九六）即日施行一部遡及適用

チ、司法書士法（五月二二日・法一九七）七月一日施行

リ、執行吏國庫補助基準額令の一部を改正する政令（三月九日・政二八）即日施行遡及適用

ヌ、最高裁判所裁判官國民審査法施行令の一部を改正する政令（四月三〇日・政一〇五）五月一日施行

ル、一般職たる裁判所職員の勤務時間に關する規則の一部を改正する規則（三月一一日・規七）即日施行遡及適用

ヲ、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（三月三一日・規八）四月一日施行

ワ、最高裁判所事務總局規則等の一部を改正する規則（五月一日・規一三）即日施行

カ、家事審判規則の一部を改正する規則（五月八日・規一四）即日施行

ヨ、特別家事審判規則の一部を改正する規則（五月八日・規一五）即日施行

タ、靜岡地方裁判所熱海出張所設置規則（五月一一日・規一六）即日施行

レ、外國弁護士資格者承認等規則等の一部を改正する規則（五月一六日・規一七）即日施行

ソ、裁判官以外の裁判所職員の任免等に關する規則の一部を改正する規則（六月一日・規一八）即日施行

ツ、外國弁護士資格者承認等規則等の一部を改正する規則の一部を改正する規則（六月一四日・規二〇）即日施行

ネ、裁判所書記制度調査委員會規則の一部を改正する規則（六月二二日・規二一）即日施行

（一）上告の制限　最高裁判所の上告事件については、裁判所は、憲法違反もしくは判例牴觸の主張、あるひは自ら法令の解釋に

關する重要な主張を含むと認める上告理由に基づいて、調査をすれば足りることになつた。最高裁判所の負擔輕減のため已むことをえない當座の應急措置（前掲ニ）。短期の施行期間を豫定した單行立法としたのはそのためで、提起せられた多くの問題がある。中村宗雄博士「最高裁判所の負擔輕減と民事訴訟制度の改革」早法二五卷三・四合併號、參照。

（二）書記官研修所の設置・警察官吏の出動・等　前掲ロは、裁判所書記官所修所を設けるため、裁判所法に一四の二・五六の二・五六の三を加へ、同四一Ⅱ・四二Ⅰ5・等々および檢察廳法一九Ⅰ3・弁護士法五2・等に所要の改正を施す。また、裁七一の二を加へて、法廷の秩序の維持のため合議制の場合の裁判長または一人制の場合の裁判官が警察官吏の派出を要求しうる旨を明示し、同六一の三の新設その他により、少年保護司を廢して少年調査官を置き同調査官補を設ける等の改正を規定した。

（三）その他の法律　イは管轄區域の小改訂。ホは、弁護士法五3が五年以上大學の學部・專攻科・大學院において法學の教授・助教授の職にあつた者に弁護士たるの資格を認めてゐるのを受けて、同號にいはゆる大學を、學校教育法による大學で法學を研究する大學院の置かれてゐるもの又は舊大學令による大學と指定する。ヘは國會の構成の變更に伴ふ規定の整理。トは裁判官彈劾裁判所を裁判官彈劾裁判所と改稱する等の小改正。チは司法書士法の全部改正。

（四）政令と規則　ヌは公職選擧法の成立に伴ふ規定の整理。ヲは管轄區域の小改訂。カは、五六の二を加へて財產分與に關する審判の申立について臨時の必要な處分ができるものとし、八八Ⅰの監置といふ文字を削る。ヨは第二章削除の跡仕末的整理のほか、第四章の二として生活保護法に規定する事件（二〇の二ないし六）を加へ、第五章を精神衞生法に規定する事件と改稱する。ソはロに應じる小改正。

## 二、判　例

〔一〕控訴人X申請の證人がXからばかりでなく被控訴人Yからも聞いたとし、あるひはXYの對話に同席して聞いたとして供述した證言を、Xからの傳聞證言であつて採用に値しないと言つて排斥した判決理由は、採證の法則に違反するか。

最高民集三卷三八三頁（一〇號一頁）。

一九四九・九・六、小法廷判決、破棄差戻。

長谷川（長）・井上・島・河村・穗積、全員一致。

控訴審はX申請の證人A・B・Cの證言を「これらはいずれも控訴人からの傳聞證言であつて採用に値しない」といつて排斥した。ところが、AとBとはYからも聞いたところだと言つて證言してゐるのであり、CはXYの取引に同席關與したと稱してゐるのである。この點をとらへXから上告。最高裁は上告を容れた。――原審の說示が不親切であつたことは認めなければならない。しかし、Xからの傳聞證言にすぎぬという表現が、この場合、形式的にABCのYとの不接觸を表示しようとしたものかどうか、些か疑はしい。證明の對象はXY間の贈與契約の存否であるが、原判決の理由欄の全文を通讀し、上告理由に摘示せられたA・B・Cの證言を併せ考へると、むしろ此處では原判決は、實質的に、Yの意思が贈與にあつたか否かにつき、A・B・CはXの說明によるほか諒解しえない

關係にあつたものと認め、その證言に措信しえない旨を表現した趣旨と、理解せられるのではあるまいか。

〔二〕統制法規に違反する契約の當事者であつても、假處分取消の特別事情を主張できるか。

最高民集三卷四〇九頁（一〇號二七頁）。

一九四九・九・一〇、小法廷判決、棄却。

霜山（長）・栗山・小谷・藤田、全員一致。

原審において上告人は、被上告人の主張する契約が統制法規に違反し犯罪にあたる行爲であることを理由として、その假處分取消のための特別事情存在の主張に對抗したが、原審はこの點を審理することなく、金錢的補償の適性と被上告人の異常の損害とのみを認定して、假處分取消の第一審判決を維持した。上告人は犯罪にあたる場合のごときは特別事情存在の主張を許すべきではないといつて爭ふ。判旨は、實體上の權利について審理するべきではないことを理由として、この上告を斥けるものである。——特別事情による假處分の取消について被保全權利の存否を判斷するべきものでないといふことは先頃の判決が判示したばかりである（最高民集二卷四〇五頁、本誌二二卷六・七合併號本欄第一〇民判例イ）。同じ理由から假處分債務者の實體上の權利についても審理するべきでない。統制法規違反の有無を審理するがごときは實體上の權利の問題である。上告を斥ける判旨は正當。

〔三〕行政處分の執行停止を求める假處分申請事件の第二審係屬中に行政事件訴訟特例法が施行せられたときは、これを同法一〇Ⅱの執行停止の申請として裁判するべきか。

最高民集三卷四五四頁（一〇號七二頁）。

一九四九・一〇・四、小法廷判決、破毀自判。

長谷川（長）・井上・河村・穗積、全員一致。

原審はこれを肯定する見解をとり、理由の當否を判斷した上、控訴を棄却して、假處分申請却下の原判決を維持した。上告人は同法附則Ⅱを根據として、本件については一〇Ⅱの適用なく、民訴法による假處分が許されるべきであると主張する。判旨はいづれの見解にも與せず、原判決と第一審判決とを、ともども破毀すると共に、假處分の申請を却下する。——假處分事件係屬中に行訴法の施行があつたとき同法附則の適用がないことは、最近に先例が明かにした所である（最高民集三卷二六五頁、本誌二三卷五號本欄判例一一）。假處分の制度と行訴一〇Ⅱの執行停止の制度とは、要件も手續も效果も異る全く別の制度であるから、前者を後者と看做して裁判することも無謀である。判旨が正當。

〔四〕宅地および家屋六件を一括して四萬圓で賣買したにつき、一方の當事者がそのうちの某件は時價八八〇〇圓で四萬圓の百分の二二に當ると陳述し、相手方がこれを爭はなかつたとき、右件は八八〇〇圓で賣買せられたものと認定できるか。

最高民集三卷四八五頁（一一號一頁）。

一九四九・一一・八、小法廷判決、一部破毀差戻。

長谷川（長）・井上・島・河村・穗積、全員一致。

右の陳述から分ることは某件の時價だけである、それが四萬圓の百分の二二に當るといふことは算數上當然のことを言つたにすぎない、時價と賣買代金とは一致するとは限らない、殊にそのものについて統制價格があるときは簡單に統制價格を超える賣買を推斷する

べきでない、從つて右の陳述のみから賣價八八〇〇圓と認定した原判決には、理由不備の違法がある、判旨はかやうに言つている。―原審はこれに反し四萬圓の百分の二二に當るといふ陳述を賣買代價としての比率を言つたものと見たのである。問題は、時價から賣價を推斷したといふことにではなく、右の陳述を賣價の表白と認めたことの當否にあらう。そこに上告を許すべき底の經驗法則違背があるかどうか疑問である。

〔五〕請求の一部について控訴審で請求の減縮があつた場合に、殘餘の部分につき第一審の判決を變更する理由がないときは、控訴棄却ができるか。

最高民集三卷四九五頁（一一號一一頁）。

一九四九・一一・八、小法廷判決、棄却。

長谷川（長）・井上・島・河村・穗積、全員一致。

控訴を棄却すると原判決主文の全部が維持せられることになるから、當事者が申立てない事項について裁判したに歸する、原判決の變更をするべきだ、といふのが上告人の主張である。判旨は原審の控訴棄却を支持して上告を棄却。――訴の取下にあたれば訴訟繫屬の遡及消滅により、請求の拋棄にあたれば確定判決に代はる調書の效力により、請求の減縮はその部分について當然に原判決を失效せしめ、控訴は殘餘の部分に對するものとなるから、控訴棄却が第一審判決の全部を維持する結果になることはない。判旨正當。以前からの判例の踏襲。

〔六〕原告の有する日本の國籍が出生によるものであつて國籍の回復によるものでないことの確認を求める訴は適法か。

最高民集三卷五〇七頁（一二號一頁）。

一九四九・一二・二〇、小法廷判決、破棄自判。

長谷川（長）・島・河村・穗積、全員一致。

原審（飛躍上告であるから第一審）は如上の確認によつて原告がアメリカの國籍を保有しうる關係から色々の特權を享けることができるに至る結果を指摘して確認の利益を肯定したが、上告人（國）はそれが過去の事實の確認を求めるに歸することを主張して原判決の當否を爭ふ。判旨は被上告人の請求がアメリカの國籍を有することの確認を求めるものに外ならぬことを論じ、かやうな訴について日本の裁判所は裁判權をもたぬと斷じて、原判決を破棄、訴を不適法として却下する。――法律關係の過去における存否の確認請求を許すべきでないとする我國の通說・判例の見解は、本件のごときに適用するについても、別に除外例を認めるべき必要を見ない。いはんや出生によるか國籍回復によるかといふことは單なる事實に過ぎない。かやうな過去の事實の確認を求める眞意は、アメリカ國籍保有の確認を得ようとするにあること疑ない。さうしてさやうな請求は我國の裁判所の裁判に服するべきでないこと判旨のいふとほりである。判旨正當。

〔七〕上告審へ送付する訴訟記錄には控訴審判決の原本を添附するべきか、正本で足りるか。

最高民集四卷一一頁（一號一一頁）。

一九五〇・一・二六、小法廷判決、棄却。

齋藤（長）・澤田・眞野・岩松、全員一致。

民訴三九二は判決原本の終局的保管の問題に關し上訴の際の送付の問題に關しないこと、本條にくらべ三六九は正本で足る旨を規定

してゐないこと、等を理由として、上告人は、上告審へ送付せられる訴訟記錄には控訴審判決の原本を添附するべきものと主張する。判旨は確定の先例に從つてこれを否定するものである。――條文の形式的な解釋としては原本添附說が相當であらう。しかし正本を用いても原本閲覽の途がある以上、當事者の利益を侵害することはない。眦を欲てて論じる程のことではなく、實務の便宜に從ふがよい。

〔八〕特定の松材の引渡を命じる判決の主文に松材を特定するに足る表示がないときは、判決理由に徵し主文表示の松材が特定の松材を指すものであることが明白であつても、判決は違法であるか。

最高民集四卷六〇頁（二號三八頁）。

一九五〇・二・一四、小法廷判決、棄却。

長谷川（長）・井上・島・河村・穗積、全員一致。

判旨はこれを否定する。主文掲記の判斷の意味內容が理由の記載に照らして決定せられるべきこと當然。（判決は全一）。

〔九〕刑事判決において存在の認められた債權について、不存在の認定をすることは、違法か。

最高民集四卷七五頁（二號五三頁）。

一九五〇・二・二八、小法廷判決、棄却。

長谷川（長）・井上・島・河村・穗積、全員一致。

目的と構造したがつて資料との相違から認定の喰違ひは不可避であり、また憂慮に及ばぬ。差支へがないとする判旨は正當であるが、「刑事判決で存在するものと認められたということはただその判決をした裁判官がそう思つたというだけのことで、果して眞實に存在したかどうかは別問題である」（傍點筆者）といふのは、いかがなものであらう。

〔一〇〕法律事務取扱取締法第二條にあたらぬ一例。

最高民集四卷九三頁（二號七一頁）。

一九五〇・二・二八、小法廷判決、棄却。

長谷川（長）・井上・島・河村・穗積、全員一致。

紛爭のある土地であることを知りながら、最初から訴訟手段によつて權利を實行する考でこれを買受け、買受と同時に訴訟の準備をし、早くも十一日目には假處分の申請をしたといふ事情にあり、しかも右の買受にはいはゆる事件屋が關與してゐたからといつて、必ずしも同法同條にあたる買受とは言ひえない（判旨）。この法律は辯護士法九二によつて廢止せられ、右條はその七三に引繼がれてゐることに注意。

## 三、その他

（一）文獻　兼子一教授の『判例民事訴訟法』弘文堂は民事法判例研究會で擔當せられた判例研究を集めたもの、『民事法研究・第一卷』弘文堂の再刊とともに、教授の理論を知るのに便利である。雜誌論文では、同じ人の「上級審の裁判の拘束力」法協六八卷五號と、中村宗雄博士の前出早法二五卷の論文とが目立つ。併せて、宮崎澄夫教授の『刑事訴訟法』評論社法律學全書は訴訟法の基礎理論として重要なものを含み、今泉孝太郎教授『新物權法論』帝國判例法規出版社は訴訟法との交錯に留意した優れた民法書である。

（二）學會　民事訴訟法學會は三月三〇日中央大學で研究会を開き、中村宗雄博士の報告を中心として上告制限の問題を討議したほか、五月六日・六月二四日兩日にも研究會を催した。この間、五月

二〇・二一兩日に慶應義塾大學で日本私法學會、二一日夕には中央大學で民事訴訟法學會の總會が開かれた。

（三）誤判事件懲戒決定　六月二七日の官報によると、最高裁判所大法廷は六月二四日、誤判事件につき、昭和二五(分)第一號事件として決定を下し、問題の四人の裁判官は最高裁判所判事としての職務の遂行に必要な注意を缺いたもので、裁四九にいはゆる職務上の義務に違反したものにあたるとし、裁分限法二により、それぞれを過料一萬圓に處した。前回にも力說したやうに、本件のごときに政治的解決を企圖するのは嚴戒するべき邪道である。遲ればせながら、ここに正道を踏んだ處置がつけられたことを、大きな慶びとしなければならぬ。右の決定については少數意見があり、田中・塚崎・澤田の三裁判官は戒告を相當と論じ、眞野裁判官は分限法を違憲と斷じて申立を却下するべしと述べた。戒告を相當とする意見には理由が附せられてゐないから、司法部の威信を損じた點むしろ過料がふさはしい、と反論して置くほかない。眞野裁判官が裁判所規則に法律をもつてしても侵しえない固有の分野を認めるべしと論じる點は、本欄が早くから主張してゐることで、双手を擧げて贊成するが、懲戒が全部的に規則の分野にはいるといふ所論は疑問である。ともあれ、前回本欄（本誌二三卷五號）に自發的善處を求めた處置を非難して懲戒を主張したところ、そのご長官の交替を機緣として最高裁判所の態度が改められるに至り、今回あたかも本欄主張のとほりに結末のつけられたことを、深く滿足に思はざるを得ない。

（一九五〇・七・二六稿）　伊東　乾