

て爲したる處分と雖、絶對無効に非ずして唯その處分は之を以て右債權者に對抗するを得ざるに過ぎず、而してその處分中には法律行為に因る場合のみならず強制執行若は假差押假處分に基く場合をも包含するが故に、同一の係争物に付別異の債權者の爲にする一種の處分禁止の假處分命令が競合して互にその效力を生ずること固より妨なく、唯この場合に第二次の假處分に依り第一次の假處分の效力を左右し得ざるは勿論にして、第二

八一〇 債權假差押の時期並求償權の時効

問 一、甲は乙に對し金二百圓也求償金債權を有し、乙は丙に對し金三百圓也貸付債權を有し該債權に對し土地抵當權を設定しなり之が實行を爲し來り十一月十一日競賣せらるゝことと相成り居るものなり、故に甲は乙が丙に對し有する右抵當權實行中の債權三百圓也に對し債權假差押へ申請を致し度、就ては第三債務者として丙を相手取るものなりや、又競賣事件の賣得金配當期日(競賣代金納入期日)なれば金庫か供託局相手なりや御鑑定相願ひ度候

二、右の求償債權とあるは甲、乙、丙、丁四名がAより金三百圓也月一分の利息にて連帶借用し、甲は百圓乙は二百圓

次の假處分は唯第一次の假處分に因り保全せられたる請求權の實行を妨げざる範圍において、その效力を有するに過ぎず、從て第一次の假處分債權利者は第二次の假處分者に對し異議を主張して之が取消を求むるの要なく、その假處分あるに拘らず自己の保全したる請求權を實行することを得べく、第二次の假處分債權利者はその假處分を以て對抗し之が實行を妨ぐるを得ざるものとす

也を消費したり、丙、丁は借入金一文も使用せず、甲は自己の使用せし金一百圓也と乙が使用したる金二百圓に利息を加へ乙のために辨濟返金したるため、右の如く乙に對して辨濟せる元利息に對し求償金の請求を致し候、甲が乙のためにAに支拂ひたる日より求償金辨濟日まで年五分の損害金を請求致し候が、適法にて右求償金訴訟は勝訴の見込みありや、求償權の時効發生時期は何れより起算するものなりや時効十年なりや
答 一、假差押へは強制執行保全の爲債務者に屬する動産(有體動産債權その他の財産權)不動産船舶の類を、假に差押へ以て債權者の財産の散逸滅失を防止するを目的とする物なるに、

本件は既に債權者の債權はその擔保權を實行して賣得金を供託しありとせば、これを假に差押ふる時期を逸したるものと思料するも大急ぎにて別紙の書式(略)債權假差押申請をなし、假差押へをなし、然る後
二、債務者たる乙に對し訴へを起して債務名義を得て後、差

八一 假處分債權者の敗訴と事情變更

昭和四年(オ)第千百七號

假處分債權者が本案訴訟の第一審において敗訴したる時はその判決確定前といへども裁判所の自由なる意見に依りその判決が上級審にて取消さるゝの虞なしと認めたる場合においては民事訴訟法第七百五十六條第七百四十七條に依り假處分命令を取消すことを得べき事情の變更ありたるものと認むることを得べきものとす(大正十五年(オ)第六七四號昭和二年一月二十五日大審院判決)故にある裁判所が甲の申請に依り乙に對し假差押に

押へ轉付を受くるを可とす、然るときは右賣得金に對する乙の受くべき配當は甲これを受くるを得べきの理なり
三、甲が乙に對し求償權あるや勿論なり、利息も年五分結構なり、また時効も甲が乙の爲に支拂たるときより十年にて時効にかゝるものとす(民法第四四二條第一六六條參照)

對する競賣手續を停止する旨の假處分命令をなしたるも、甲の提起したる債權不存在確認抵當抹消手續請求の本案訴訟において、第一審裁判所に於て敗訴の判決ありたる場合にありては裁判所はその自由なる意見に依り該判決は上級審においても取消さるゝの虞なきものと認め、民事訴訟法第七百五十六條第七百四十七條に依り右假處分命令を取消すことを得べき事情の變更ありたるものと認め乙の取消申請を認容するは不法に非ず

八二 假處分の目的物と強制執行

問 一、甲は乙に對する執行力ある正本に基き乙所有の不動産に對し強制競賣の申立を爲さんとしたるに該不動産には丙より

賣買讓渡抵當權質權その他一切處分行爲を禁止することの假處分を登記しあり、この場合假處分登記ある不動産に對し、強制

競賣の申立を爲し得るものなるや

二、若し申請出来得る場合登記所は競賣開始ありたることの記入は出来るや

三、假處分を爲したる丙は右開始決定に對し異議の申立を爲すことが出来るものと考へるが如何、この場合競賣は進行すべきや

答 一、假處分の目的たる不動産に對しては競賣開始決定を爲すを得ず、ただしこれを爲すにおいては賣買譲渡等を禁じあるにかゝらば、これを破壊するの結果を生じ、假處分権利者を害するを以てなり、民訴法が假差押への命令ありたる不動産に

八一三 電話の假處分と換價

昭和二年(オ)第五百二十四號

原判決の確定したる事實は上告人は大正十四年五月訴外村上隆祐に對し、本件電話加入権名義變更の訴へを提起し、次で同訴外人に對し右電話加入権の賣買譲り渡其の他一切の處分を爲す事を禁止する旨の假處分決定を得たる處、其の後訴外金子勝之助外一名より本件電話加入権差押への命令を申請し、換價命令

付ては本條の規定を適用せずと規定して假處分の命令を掲げざるはこれが爲なり(民訴第六四五、五八六、七〇八條參照)(同說板倉博士)
二、若し競賣開始決定ありたるときは強制執行の方法に關する異議を申立つることによりてこれを排斥することを得るものとす(民訴法第五四四條判例同說)
判例要旨を左に示さん
不動産競賣開始決定に對し不服の點あるときは民訴第五四四條の規定により執行裁判所に異議の申立をなすべく同法第五五八條の抗告を爲すを得ず(四三年(ク)第二〇號)

假處分中の電話を他の債權者が差押へ換價すること違法也但し競落者に對しては取返し不能也

を得たる結果同年七月二十日訴外金子勝之助に於て之を競落し次で被告上告人が、訴外金子勝之助より右加入権の譲り渡を受け現に之が加入名義人なりと云ふに在り、而して前記の如き假處分ありたる場合に於ては被告申請人たる訴外村上隆祐が其の禁止に反して爲したる任意處分は、固より之を以て申請人たる上告人に對抗し得ざることを論を俟たざるところなりと雖も、斯かる

假處分の存する間は其の目的たる本件電話加入権に付いては、被告申請人に對する他の債權者が其の債權に基き強制執行の方法に依り之が處分を爲すことも亦之を許さざるものと解するを相當とす、従つて斯かる假處分の目的に付被告申請人に對する他の債權者が、其の債權に基き強制執行を爲したる場合に於ては、假處分権利者は民事訴訟法第五百四十四條の規定に依り、強制

八一四 電話加入名義の差押

昭和二年(オ)第五百七十四號

上告論旨は原判決は大正十年八月十一日電話規則第十一條第五號に依り、開通したる福岡郵便局第二千八百三十七番上尾友吉名義電話加入権に對し、上告人(被控訴人)の申請により、福岡區裁判所が大正十三年八月二十七日右電話加入権差押へ命令を發し、次で大正十五年九月二十五日前記差押へ命令に基き該電話加入権讓渡命令を發し、右兩個の命令が何れも上尾友吉及第三債務者たる被告上告人(控訴人)に送達せられたる事實を認定し、右電話加入権は電話規則第十二條及電話至急開通規則第十六條に依り之が開通後滿五年以内は所轄通信局長の許可なき限

未だ適法に差押ふるを得ざる目的物に對する差押も當然無効とならず其效力を持続するもの也

り其の加入名義又は電話機設置場所の變更を禁ぜられたるものなるが故に、之が差押へを許すときは、差押債權者に於て執行の満足を得んと欲せば、右名義變更禁止期間の満了に至る迄一時手續の進行を中止し、其の満了を待ち始めて權利移轉の執行行為を完結するの外なきものと云ふべく、斯の如きは民事訴訟法規に則らずして、執行手續の停止と同一の結果を招來し、其の手續の開始終了を一に債權者の意思に係はらしめ、一度其の履行を開始したるときは法規に従ひて着々手續を進進せしむべく、之が中止を爲さざることを原則とする強制執行制度本來の趣旨に反すとの理由により、名義書替禁止期間中の電話

加入権は竟畢権利の譲渡性を缺如し、強制執行の目的物たるものと斷じ、以て福岡區裁判所が大正十三年八月二十日本件電話加入権に對して爲したる、前記差押へ命令は無効なる旨判示したり、然れども(一)強制執行法規本來の趣旨として、一旦執行手續開始したるときは法規に従ひて其の手續を進行せしむべく、擅に之が中止を爲すべからざることは固より其の所なりと雖も、當事者處分權主義に則る現行民事訴訟法に於て殊に債權者の意思により手續の進行を緩和することを認めたる強制執行法規の制度なると、且本件の場合の如きは法規の結果一時執行爲の進行を中止するに過ぎずして、債權者が任意に中止するものに非ざるに拘はらず、強制執行法規の原則云々を理由として直に電話至急開通規則第十六條による譲渡禁止期間中の電話加入権が差押可能性なきものと斷ずるは失當にして、若此前提による推理を妥當なりとせんか、辨濟期限到來前の債權に付ては其の取立命令の無効なるは勿論、取立命令を以てのみ執行の満足を得べき債權に付ては期限到來前の差押へは全部無効なりと云ふが如き極端なる曲解をも之を肯定せざるべからざるに至るべし(二)抑々電話至急開通規則第十六條電話規則第十二條に依り電話加入権の譲渡を制限したるは如斯電話加入権に付

權利者の隨時處分を許すに於ては、一定の條件の下に一般の需要を排して特に其の爲に電話の開通を許容する立法の精神に悖るのみならず、之が爲に一般需要者を犠牲に供して加入権が利益を壟斷するが如き不當の結果を防止せんとする法意にして、即ち任意譲渡の契約を爲す事を禁じたるに過ぎざるものと解すべく、民事訴訟法に於て差押ふべからざる權利を規定したるとは全然根本の精神を異にするものなり、果して然らば強制執行の結果、其の加入権の處分せらるるは加入権者の任意處分と同視すべきに非ずして、固より前記法令の精神に背反することなきなり、加之右法令の絶對的に加入権の譲り渡を禁止する趣旨に非ざること其の但書の規定に徴し明白なる所なり、又大正十二年六月四日省令第六十號電話至急開通規則第十八條は其の施行以前の開通に係る本件の如き電話加入権に適用なきことと同規則の附則に明定しあるを以て、其の加入権に付ては譲り渡禁止期間内に於ても當事者は譲り渡禁止期間満了の後該電話加入権を譲り渡し、其の加入名義を變更する旨の豫約或は譲り渡禁止期間満了を期限とする電話加入権譲り渡契約を有効に締結し得るものなりと云はざるべからず、由是觀之名義變更禁止期間中の電話加入権は該期間中は其の譲渡性に付多少の制限

を受くるも、其の差押へ可能性をも奪はれたるものに非ずして法律上有效に之を爲し得るものと解するを正當なりと思料す、(三)次に譲渡禁止期間中に於ける電話加入権者の利益保護の爲に之を差押ふべからざるものとする實際上の必要毫も存せざるのみならず、之を債權者の方面より看るときは加入権の禁止期間中の譲渡豫約若くは期限附譲渡契約或は禁止期間經過後、即時に爲さるべき譲渡契約による名義變更を未然に防遏し、以て該期間經過後に於ける強制執行を保全する爲禁止期間中より差押を爲すの必要無しと云ふべからず、蓋し是等債權者の處分を許容することは實社會の要望する所にして、且之を許容するも何等實害の發生を豫想すること能はざる所なり、之に反するに債權者が電話加入権なる一種の財産權を擁し居るも債權者は拱手傍觀して債務者の處分行爲に任ずるの外なきが如きは、甚だ數く當事者保護の權衡を失し、債權者救済を無視して、債務者の不當背徳行爲を助成するの結果と爲り、其の實害の看るべき者大なりと云はざるべからず、叙上の理由により本件電話加入権の差押へは有效にして、譲渡禁止期間經過後に發せられたる譲渡命令も亦有效なるものと解すべく、冒頭所掲の理由を以て之等を無効として上告人(被控訴人)の請求を棄却したる原判決

は、法則を不當に適用したる違法ありと信ず上告人は第一點に於て原判決には左の如き違法あることを主張するものなり(一)權利の譲渡性と差押へ可能性とは之を區別すべく、電話規則第十一條第三號により開通したる電話加入権は開通後五ヶ年内は譲渡性に制限を受くるあ差押へ可能性をも奪はれたるものと云ふべからず、答辯理由は斯くの如き權利は絶對に譲渡性なきことと前提とせるものにして失當なり、(二)原審が係争電話加入権の差押へ命令が譲渡禁止期間中に爲され、而も斯くの如き權利は差押ふべからざるものなりとの理由を以て、該差押へ命令を當然無効なりと爲したるは違法なり、裁判の形式的效力を無視したればなり(貴院從來の判例參照)、(三)前項の理由を以て譲渡禁止期間經過後に發せられる本件譲渡命令をも無効なりと斷じたるは違法なりと云ふに在り、仍て按ずるに凡そ差押は未だ適法に差押ふる事を得ざる目的物に對して爲されたる場合と雖、之が爲當然無効となることあり其の取消なき限り依然として差押の效力を持續し、唯其の目的物を適法に譲渡し得る時期の到來するまで爾後の強制執行手續を續行することを得ざるに過ぎざるものとす、然るに今本件に付原院の確定せる事實を見れば、訴外上尾友吉名義の本件電話加入権は大正十年八月十

一日電話規則第十一條第五號に依り開通したるものにして、上告人の申請に依り福岡區裁判所が大正十三年八月二十七日其差押へ命令を發し、大正十五年九月二十五日該命令に基きて右加入權の讓渡命令を發し、右兩個の命令は何れも其の當時上尾友吉及第三債務者たる被告人に送達せられたるものなり、故に右電話は電話規則第十二條及電話至急開通規則第十六條に依り其の開通後五年内は所轄通信局長の許可なき限り、其の加入名義又は電話機設置場所を變更し得ざるものにして、前記差押へ命令は右禁止期間中發せられたるも、其の後取消さることなく

八一五 公證債權で假差押

財產隱匿の虞れある故謄本送達せず假差押を爲し後本差押に移れば起訴命令は關係なきなり

一、甲は自己所有の製材工場を乙に貸貸し、貸貸借契約公正證書を公證役場に於て作成したり然るに其賃賃料及電力代立替金八百餘圓遲滞し、屢々請求を爲したるも支拂ひを爲さず、又家屋を抵當に入れよと請求したるも之に應ぜず、且賃借人は財産の隱匿を爲さんとする虞れ之有候に付、甲は乙の所有に係る家屋の假差押へを爲したり註、公正證書の債權故假差押へを爲さずとも直に本差押へを

爲せば可ならんとの御疑ひ之有らんも、不動産の本差押へ（強制競賣の申立）を爲さんとすれば先づ公正證書の謄本を債務者に送達し其送達證書を得たる上ならでは裁判所に於て受理せざる故、左すれば送達後二三日を要する故、其間財產隱匿を爲す虞れあるに付先づ假差押へを爲し、然る後送達證書を得て不動産強制競賣の申立を爲したり前記の如く不動産の假差押へを爲したる後四日目に債務者は其

假差押へ不動産を抵當に入れて、他より金二千圓を借受登記したり、而して裁判所に起訴命令の申立を爲し裁判所は民訴第七四六條により本命令送達の日より七日以内に起訴すべしと債權者に命令ありたり債權者は右起訴命令送達の日より六日目に右公正證書により假差押へは同一債權にて前記假差押へ家屋に對し強制競賣の申立を爲し、裁判所は之を受理し強制競賣開始決定を各當事者に送達したり

右の通り公正契約證書に執行文の附與を受けて強制競賣に移りたるが故に別に起訴命令に對し其指定期間内に本訴を提起致さず候處、債務者は辯護士を訴訟代理人として假差押へ命令取消の申立を爲したり、而して其の末段に曰く或は本件不動産に付いては強制競賣の申立ありて、其旨登記あるを以て、差押への效力を有するを以て不必要との論なきにあらざるも本件不動産に付假差押へ命令後直に抵當權設定せる事實あるを以て、假差押へ決定の取消さるゝと否とは抵當權の效力に消長を來すのみならず、申立人は假差押への基本債權に争ひあるを以て起訴命令に反したる故を以て取消を求むるは債務者の權利に屬するを以て、特に之が申立を爲す次第なり

右の如き事實關係にて假差押へ取消申立事件に付、口頭辯論を本月二十六日午前九時と定められ、裁判所より期日呼出通知來り候、債權者は起訴命令の期間内に假差押へより強制競賣の申立を爲し、強制執行に移りたるが故に假差押へ命令は當然其效力を失ひ本差押の效力を發生致し居る故債務者の主張は理由なしと信ず、右本案判決により本差押へに移りたるものならば、何等議論の餘地無きも公正證書による強制執行に移りたるもの故、其點の議論如何になるべきものなるや、御研究下され度候即ち假差押へ債權と假差押への抵當權者との優劣を争ふ問題に付成るべく細密に御研究御教示下され度し 假差押債權者に對する起訴命令は假差押へを爲したる儘にて長く放任し置く事を防ぐ爲に設けられたる規定也、本件の如く本案訴訟の必要なものに適用なし、裁判所より起訴命令ありし時は直に執行に着手すべき事を上申せば、取消を受くる事なし、殊に本差押へに移りたる後は最早假差押への取消を命ぜらるゝ事なし、尙假差押債權者は其後の抵當權設定の爲め害せらるゝ事なき故此點の損害なし、各債權者は按分比例となるべき也

八一六 執達吏の三重取は不法行爲か

問 第一朝鮮内における執達吏の旅費及び宿泊料その他手数料の金額如何程なるや

第二 執達吏が一日に同所で三件の有體動産強制執行なしたる際執達吏に支拂ふべき旅費及び宿泊料は一件につきその三分の一を支拂ひてよきや、また各件共に全部の旅費及び宿泊料を支拂ふべきものなりや

第三 第二の場合において三件共差押へ債権者が同人なる否とば手数料及び立替金の支拂金額に相違あるものなるや

第四 民事訴訟法五四條の「強制執行の費用は必要なりし部分に限り債務者の負擔に歸す」とあるが右必要なりし部分とは如何なる程度なるや、有體動産強制執行等の場合は執達吏に支拂ふべき費用は全部債務者が負擔すべきものと解釋してよきや

第五 執達吏が有體動産強制執行の手数料及立替金を執行終了後直に委任者に請求せず、二ヶ月以上も経過した後請求せし際に差押へ債権者と債務者は示談にて和解成立後なれば、債務者に請求せよとの理由にて委任者が支拂拒絶しても差支なき

や

第六 差押へ債権者及債務者との間において示談和解成立し有體動産強制執行解除申請するに當り、執達吏が解除手数料一金六十錢の外に差押へ物件の所在地まで出張して解除すべきもの故、その旅費及び宿泊料をも支拂ふべしと請求せし場合右は不法行爲にあらざるや、また此の如き場合何かの制裁方法なきものなるや

○國民法律昭和五年一月號七頁の高利貸信用貸金證書の作り方の回答中、左の第五第六は債権者の勝訴の場合のみ有効にして第五は敗訴の場合は無効となるや

第五、本件の訴訟費用は全部拙者共において連帶負擔いたし且貴殿御委任の辯護士に對する報酬等貴殿の支拂ふべき分は拙者共においてこれを辨濟すべきものとす

第六 拙者共は第一審の判決に服し控訴を爲さざること

○金銭借用證の連帶保證人が辨濟期限経過後において一定の期間を設け期間経過後は保證の責任を解除する旨の内容證明にて通知ありたる場合一方的で有效なりや

答 一、朝鮮執達吏旅費は一里毎に二十二錢、五厘以下（一里未滿は一里とみなす）
宿泊は一泊一圓八十錢以下とす、手数料は

- (1)書類の送達一通毎に十錢
- (2)有體動産證券差押へ
 - 二〇圓まで 六〇錢
 - 五〇圓まで 九〇錢
 - 一〇〇圓まで 一、三五錢
 - 二五〇圓まで 一、八〇錢
 - 五〇〇圓まで 二、二五錢
 - 一〇〇〇圓まで 二、七〇錢
 - 一〇〇〇圓以上 三、六〇錢
- 二時間執務のときは一時間毎に三割増し
- (3)假差押へ物を更に本差押へをなす場合は半額増し
- (4)特定動産の取上引渡し一圓五十錢
- 二時間以上執務のときは一時間毎に二割増し
- (5)不動産船舶引渡し明渡し一圓五十錢
- 三時間以上一時間毎に二割増し
- (6)競賣一動、不動産、船舶、任意競賣

第三章 民訴 第二節 差押の部

二〇圓迄 一、〇六錢

五〇圓 一、八〇

一〇〇圓 二、七〇

二五〇圓 三、六〇

五〇〇圓 四、五〇

一〇〇〇圓 六、七五

一〇〇〇圓以上 一、五〇

一〇〇〇圓毎に 一、五〇

(7)書記料、半紙一枚四錢

(8)告知、催告、二十錢

(9)拒絶證書作製七十五錢

(10)記録閲覧 十五錢……等なほ手数料の定なき事項は類似事項と同一の手数料とす

二、執達吏が同所にて三件執行の旅費は右旅費が自己の役場より一里以上一里毎に定むべきものなり、件數により定むべきことは何等規定なきを以て取扱ひは區々なり、即一件毎に右の規定に従ひ解釋をとれる處あり、又一日毎に右の適用あるものと解する處あり、法の精神は後者正しきものとす、從て他數の件數を同時に同所において取扱ふときは、各平分するを正當と

す、この場合はその内の一件に付全旅費を徴収し、他は對内的に平等分擔すべきものとす、一人三件にても同じ理なり

三、民訴第五五四條の（必要な費用の範圍とは強制執行實施に要する費用のみに限らず、その準備に要する費用、例へば執行文附與強制執行申請送達擔保を立つる手續、執達吏の手数料立替金旅費日當等の費用にして、要するに強制執行の實施並びにその準備手續きの裁判上裁判外の一切の費用をいふものとす

四、右執達吏の手数料は民法第一七二條による二年の時效に

八一七 執達吏の差押動産占有保管の性質

昭和二年（ハ）第一〇一六六號

執達吏に依りて有體動産を占有したる後、競賣まで繼續して之を占有し保管することは國家の機關として、その競賣を爲す準備の爲め職務上當然自ら爲すべき官憲的物件保管處分にして債權者の代理人として爲すものに非ず、民事訴訟法第五百六十六條第五百七十一條その他同法強制執行に付ての規定に依り、明白なるところにして從てその方法の如きも民事訴訟法執達吏職務細則等の法令の規定に依るものにして、敢て債權者の指圖に

かゝるまでは之を支拂ふ義務あるものとす

五、前に述べしごとく一里以上の場所に出張して執行事務をとりたるときは旅費を請求するは當然の請求にて、不法行爲となる事なし

六、債權者の勝敗に關係なきの趣旨なり、反訴にても同様なり

七、連帶保證は期限後と雖も存續し一方的に解除することを得ざるものとす

從ふことなし、彼の債權者の承諾あるときは差押物件の保管を債務者に任じ得る旨の民事訴訟法の規定の如きもその保管方法に付債權者の指圖を認めたる趣旨には非ずして、差押物件を債務者の保管に任ずることあるひは債權者に危害を生ずるの惧あるべきを以て、執達吏が斯る保管方法を採らんとする場合は債權者保護の爲め斯る危害有無の判断を爲すに適當なる債權者の判断を徴すべきものと爲したるに過ぎず（東區判決）

八一八 執達吏の管轄外に於ける競賣も有效也

昭和四年（オ）第千八百三十號

競賣法第三條第一項は動産の競賣を爲すべき執達吏は、競賣を爲すべき地の區裁判所々屬の執達吏たるべき旨を規定し、又同法第五條は競賣を爲すべき地は原則として競賣に付すべき物の所在地たるも、其の地に於て相當の代價を得る見込なきときは他所に於て競賣を爲し得べき旨を規定す、故に競賣を爲すべき

地は競賣を爲すべき執達吏を定むるの標準と爲るべきものにして其の地如何は一に同法五條に依り、之を定むべく、從て物の所在地に於て相當なる代價を得る見込なき場合には同條但書に依り所在地の區裁判所々屬執達吏の職務を執行し得べき地域以外に於ても亦之が競賣を爲すを妨ぐるものに非ず

八一九 差押取消の保證と優先

問 (一)甲が或債權により乙の動産を差押へたる所乙は其後假差押へ命令に記載せる金額を供託したる爲め、裁判所は該假差押へ執行を取消したり

然るに丙は間もなくして右供託金を差押へて轉付命令を得たり而して甲は其後本案判決確定により右供託金に對し強制執行（差押へ並轉付命令により）を爲さんとしたる處前記丙の轉付命令を競合せる理由により裁判所に甲丙間に配當すべきものなりと云ふ

差押取消の爲め債務者より供託せる保證金は物件に代る性質に過ぎざる故差押者に優先權なし

此問題に付いては、大審院に於て大正三年十月廿七日判決を下したる以來各地の控訴院地方裁判所に於ても右供託金は保證の性質を有せざるものにして、假差押へ物に代る性質のもの故甲は優先權なしと云ふが如き判決をなし居れり

然れども余は果して右の解釋を正當なりとせば、假差押へを受けたる債務者は他より金錢を借入れ來りて之を供託し以て假差押へ執行を取消し、此借入金の期限短くして置きて債權を確定し之れによりて轉付命令を發せんか、何時も假差押へ債權者は

半額しか配當を受くる事が出来ざる結果を生じ、結局假差押へは常に半額の價値なきに終らしむることと安きこととなるべし如何

二、甲より何とかして前記供託金を全部受取る良法なきや
答 假差押へ取消の爲の保證金は假差押へ物の身代り物件也、假差押へ物に對し差押債權者に優先權なし、唯差押へ後に爲したる債務者の處分行爲例へば其物件を買受けたりと、擔保に

八二〇 登記不能の立木差押

問 一、集團と爲り居るも、植栽せざる立木即ち北海道に於ける處女林の立木として土地の所有主甲より立木のみを乙に於て買受けたるところ、丙は乙に對して債權(執行文あり)あるを以て此乙の買受けたる立木を立木採取權と見做し、財産權として民訴六二五條により強制執行せり然るに乙は之を違法とし斯の如き立木も不動産と見做し不動産の強制執行に依るべしとの(手續法は明示せざれども)異議の申立を爲せり、併し乍ら此の如き立木法に含まれざる立木も不動産として強制執行するの法なきが如きもの、乙は單に不動産として其所在地區裁判所の

取りたりとかの如き行爲を以て、第三者に對し假差押へ權者に對抗力を持たしめざる效力を有するのみ也故に假差押債權者が強制執行に移り此身代り金を差押へても優先權なく一般配當債權者と同様に按分配當を受くるに過ぎざる也、強制執行停止等の爲め損害ありたる時は之等の保證金に對し訴訟上の擔保たる性質より優先權あるべきも右假差押へ取消の保證金には何等優先權なきものとす

不動産として差押の手續規定なくさればと
不採目的の取引物にせよ動産扱ひも困難
窮策なれど財産權扱可然動産扱は常議的也

管轄たるべしと主張す、乙の所在地は該立木所在地にあらざりしを以て民訴六二五の手續を爲すに乙の所在地にして立木の所在地にあらざる區裁判所に強制執行の申立を無したるを管轄違ひの違法なりと主張する物の如し、加ふるに明示せざれども大正十二年大審院判例に植栽せざる立木も不動産として取扱ふべき旨の判例ありと申立つ、當方は却て屢次の判決例及民判局長回答に採取權として民訴六二五に據るべき事の根據ありと思へども、擔任辯護士は充分なる確信なきもの如し
依つて植栽せざる自然林即ち立木法の適用を受けざる立木にし

て賣買の目的と爲れるもの(伐採搬出を條件として)に對する強制執行の方法に就き適確なる判例法律の根據を承はり度し、

二、執行力ある債權を有する乙は、債務者甲の有體動産に對し強制執行を爲したり、然るに甲は丙に依頼して該有體動産は丙に於て買受けたるものなりとして執行停止の申請と其訴訟とを提起したり(丙即ち第三者より)其訴訟繫續中該動産は減價の恐れあるを以て甲、乙丙合意の上換價處分の許可を得換價し、其代金を當該執達吏に於て保管せり、其後債權者乙は世上の風聞により甲、乙、丙に於て異議訴訟敗訴の曉は多額の配當要求を爲し乙の所得なきに至らしむべしとの説、其他不利の噂を耳にせしかば頗る不安の念に驅られ居りし所執達吏より根本の差押へを解除せば當然該換價金を甲即ち債務者に交付さるべき位置にあるを以て其際乙の執行文により甲の受取るべき執達吏保管の換價金に對し、轉付命令を申請せば直に乙の所得と爲るべきを聞き、直に擔任辯護士に相談せしに其は可能なるも辯護士としては從來上行ひ難き旨を答ひたるに付、刑罰に觸るゝ事なきかた諒りしに、さる事なしとの言明に付き乙に於て人を依頼し其手續を爲し、轉付命令により該換價金を受領せり、然るに丙は之を以て詐欺取財なりとして告發せんと乙を脅かし、取得

金を返還せよと言ふ、此の如き事果して詐欺罪を構成するや、即ち丙は之を豫防すべき方法なきにあらざるに拘はらず其手段を遺漏し、爲めに乙に乗せられしものにして、未だ訴訟上自己の有に歸せざる金員を自己に還せと告訴を以て脅かす如きは、却て犯罪にならずや、要するに乙の行爲は詐欺罪なるべきや、果して然らば何れの點が詐欺罪なりや
答 一、立木法の適用なき、立木のみに對する強制執行の方法に付いては未だ大審院の判例見るべきものなし、賣買其他權利取得の場合之を動産扱ひとして引渡のみにて對抗力を持たしむ可きや否やに付いては屢々判例あり、結局立木は土地の定着物として不動産たる可きもの故、例令伐採目的にて賣買せられたりとも其權利移轉の對抗方法として引渡、(即ち物を動かさざる引渡故結局意思表示にして足るものとす)のみを以て充分とするを得ず、即ち動産扱ひは不可也、さればとて不動産として立木のみ登記方法なきを以て第三者をして誰に權利移轉せしかを明認せしむるに足るべき方法(例へば繩張りして公示する如し)を採らざる可からず、然らずんばその對抗力なしとの判決を下されあり(大正九年二月十九日大正十二年七月二十六日明治四十年二月八日、明治三十九年一月二十八日明治三十八

年二月十三日其他多數の大審院判例あり、蓋し動産扱ひとして對抗力を持たしむる事第三者に對し危險の虞れあれば也と信ぜらる、然れども之が差押へに付いては植木庭石等と同じく動産扱ひにするを可と信ぜらる、青田稻作等に付いては收穫期切迫の際矢張り動産としての差押へを認めらる、が如く（民訴五六八條）伐採を目的とせらるゝ立木も同一扱ひを可と信するもの也、強制執行法の學者板倉博士の如きは立木法外の立木は不動産としての差押へ方法もなく、又動産として差押ふる事を得ずと結論するのみにて如何ともするを得ざるものゝ如く説述しあり、其他の學説にも見るべきものなし、唯明治三十二年十二月十九日司法省回答に如此場合民訴六二五條により立木を收得し得べき財産權として差押へ可なりとの實例と明治三十七年法曹會決議（法曹一五二條）に森林に對しては民訴六二五條により強制執行を爲すべきものとすとの實例を見るのみ也、之れ已むを得ずして差押へ方法不能の不條理を救済すべく、案出せられたる手段と信ぜらる、若し此法理を正當とせんか立木賣買の方式も右財産權讓渡の形式にて可なるべく判例の如く登記に代る公示方法云々と説論するの必要な事となるべし、要するに本件に對する確乎たる判例並に學説なし、質問の如く右先例に則り

財産權として差押ふる事先づ無難と信ぜらる、裁判所も又之を許せる也、相手方の主張は成立せず即ち不動産取扱ひの判例は右差押への場合に非ずして賣買の權利取得の場合に關するもの也、之を以ての異議は成立せざるべし、唯常識論條理論として財産權等と云ふ觀念よりは動産と同一視し其差押へを認むるを可と信するものなれど、先例と見るべきものでなく、却て右財産權云々の實例二三ある以上は實際の手續としては右によるの外致し方なかるべし、而して財産權としての議論は固より不成立に非ず、唯常識と一致せざる窮論と感ぜらるゝのみのものとす、思ふに今後大審院の問題となれば必ずや動産扱ひとなるものと察せらる、蓋し近代の同院判例は常識に合致する様努めて法理を案出する事に傾き居れば也、尙念の爲附記すべきは民法商法にて動産不動産又は財産權と區別確定のものにても、民訴上に於ては之と同一扱ひのものに非ず、例へば株式の如きも商法上から論ずれば、社員權と云ふ一種の財産權なれど、之が差押へは株券なる動産に對する手續也、財産權の手續によるべきなりとの學説並に判例ありしも最近の判例にては右の如く決せられあるが如し、されば立木が假りに動産と見做し得ずとするも差押へ上の手續にての動産と見る事何等不條理に非ず、否却

て斯かる分離し得べき性質又は運命の物は動産と見るを正當とするものとす、例へば彼の屋根の瓦を賣買の目的とせる場合、又は何番地畑の表面幾坪の土を賣買の目的とせる場合の如き現實に分離し來らざる以前に於ても之を動産扱ひにするを適切とするが如き也、要するに本件は債權者の採りたる手段現在處のにては可也と信ぜらる、債權者の異議成立せず、而して將來は動産扱ひを許すべき性質のものとして解せらるゝ也

二、乙に於て轉付命令を受け受領せる事詐欺などの問題なし

八二一 差押の無視と債權者

大正十五年（れ）第四七九號

假差押は債權者をして其債權の満足を得せしむるが爲に其申請に基きて爲すものにして、法律が目的物の處分を債權者に禁ずるは債權者の利益を保護するを唯一の目的とするものなれば、債權者が債務者に對し假差押への解除を爲すべきを約し、且債務者が目的物の處分を爲すことに同意したるときは債務者が假差押への解除手續を俟たずして、其處分行爲を爲したる場合と雖も、債務者に不法領得の意思ありと云ふを得ず、從つて其行

差押は債權者の利益保護手段故正式の解除なくも權利者の承諾にて處分は犯罪とならずと判例

又之を詐欺なりと告發をなして脅かしても之亦法律上の手續を言明するに過ぎず、何等刑事問題なし、丙は甲並に乙に對し（他人の財産を以て債務を免れ又は他人の財産を以て辨済に充當したる點に付）不當利得金返還の請求權あるのみ、尙斯かる係争中の換價金を單純なる甲の權利と見做し、轉付命令にて直に還付する事は裁判所の手落と信ず、制限なき故差支なしとの如き法律の不備を云々すべきものに非ずと解せらるゝ也

爲の窃盜罪を構成することなきや勿論なり、而して原判示事實は債權者たる被告人は假差押への未だ解除せられざるに拘はらず、債務者たる石井忠三郎に於て其目的物たる立稻を收穫するも差支なき旨を當時忠三郎の妻たりし近藤こゝに申入れ、同人は之に依り忠三郎と相談の上立稻を刈取りたりと云ふに在るを以て被告人は石井忠三郎に對し、假差押への解除及收穫を承諾したるものと謂ふべく、隨つて第一審相被告人近藤こゝが忠三郎と共同して本件立稻を收穫したりとて、特別の事情なき限り

は不法領得の意思を以て爲したるものと認むるを得ず

八三二 信用組合の債権と訴

法曹會決議

問 一、有限責任信用組合に債権を有する債権者はその組合に支拂ふべき財産なき場合其各組合員が組合に對し拂込むべき出資未拂金ある場合、これを差押ふることを得るや

二、若し得ずとせば債権者は産業組合法第二條の責任を負擔せしむるには、組合に對する判決を原因とし、更に各組合員に

信用組合に支拂財産なき場合債権者は拂込請求ありたる組合員の未拂出資金に限り差押出来る

對し訴へを起さざるべからざるや

決 一、未拂出資金は組合より組合員に對し、既に拂込の請求ありたる分に限り差押へをなし得るものと解するを相當とす

二、組合に對し判決を得る事を要せず、組合員において請求に應ぜざる場合組合員に對し訴へを提起するの外なるべし

八三三 戸主は無産妻は有産

問 甲戸主に貸金せし處無資産にて返済の能力なし、然るに其乙妻は相當の財産を有し居れる故、之を差押へんとす法律上差支なきものに候や

答 甲戸主が無資産なるに乙妻が財産を有するといふ事は變態の事情である、斯かる場合にはよく其真相を調査して戸主の物を妻の名義に假装しておるのでないかを確かめ、假装とせば

夫たる戸主が債務を負ひて無資産なる場合に其の妻の財産に對して當然差押を爲す事は出来ぬ

之が無効の裁判をすべきである、之に反し眞實妻の物であればたとへ夫婦家族の間柄であつても他人間と同様強制執行は出来ないのである、然し民法は戸主又は家族(妻も含む)の孰れに屬するか分明でない財産は戸主の財産と推定すると規定してある

八三四 放蕩未成年の遊興費

問 未成年戸主なる放蕩兒は料理屋より遊興費の不拂のため未成年者所有の動産に對し假差押を受けたり、この場合において親權を行ふ母より民法第四條の取消しを申立て、該差押への解除を裁判所に申請することを得るや

右の場合に債権者は未成年の債務者に對し民法第十九條の手續きを履まずして直に差押へをなすことを得るものなるや

答 未成年者が料理屋に押上り遊興をなしたる行爲は、一の法律行爲に付料理屋が未成年者であることを知ると知らざるとに關せず、未成年者自身または親權者においてその法律行爲を取消すことを得るのである(民法第一二〇條)

一旦取消されたる法律行爲は、始めより無効であつてもとゞく遊興せざると同一の法律上の效力があるから、未成年者は假差押へを受くべき理由なきものとなる

従つて假差押へ原因はこの取消しに依つて消滅する、故に内容證明便にて右取消しをなし、その郵便を證據に假差押へ命令を下したる裁判所に假差押へ取消しの言ひ渡しを求め、而して取

未成年者の遊興費不拂で動産の假差押を爲すも親權者が行爲を取消すと假差押原因消滅する

消しの判決には裁判所は職權を以て假執行の宣言をなすべきものである(民訴七四七、五〇一條)

未成年者側はこれに基き執行正本を得て假差押への解除を請求することが出来る

民法第十九條は債権者側はいつまでも不確定の状態に置く不利益より免れしむるために規定したのでから、勝手にこの手續を履まずに假差押へをしてもそれは一向差支はない、法律の規定によれば右の通り料理屋は結局まけである、併し二十一歳といへばほとんど成年に間がない人物故、料理屋で成年者と思ふも無理がないし、また實際にその料理屋が善意であるならば唯取消しのまゝに打すてゝは氣の毒の様に思はれる、殊に數萬の資産を擁する裕福者である以上、相當の支拂をしてやつて料理屋に反感をもたれぬ様にすが社會正義に照らし、また本人の將來を考へてもお勧めしたい、併し若し料理屋がその未成年者を誘惑して遊興せしめたのであるなら、それは打すてゝおく方が却てよいと思ふ

八二五 三者の物差押と責任

債務者の手中に在る第三者の物を差押へ一審敗訴したる場合其後は必ず過失行爲と断定は否也

法曹會決議

一、債権者が債務者に對する強制執行として第三者の所有物件を差押へ、第三者強制執行の異議の訴に於いて債権者敗訴判決を受けたるにも拘はらず、差押へを解放せず控訴を爲し後控訴を取下げて後差押へを解放したるときは、債権者は第三者に對し不當差押へに依る損害賠償責任ありや

二、賠償責任ありとすれば差押への爲に生ずる物質上の損害賠償と差押へに由る精神上の苦痛に對する慰藉料と、雙方の請求權發生するや

一、第三者異議の第一審判決に於て、債権者が敗訴の言渡を受けたるときは、債権者は其差押へ物件が第三者の所有に屬するものなるや否やに付相當の注意を爲して、解放の手續を爲さざるべからず、然るに該判決に對し控訴を爲して差押へを繼續し、後控訴の成功せざるを測りて控訴を取下げ、始めて差押へを解放したるは少くも過失に依る不當差押へたるを免れざるなり

二、第三者の所有物件を差押へたるときは、差押へ物件に付て物質上の損害の生ずる外に、所有者たる第三者は所有權の侵害を蒙りたるものなれば、精神上の苦痛をも受けたるものなり以上の次第にて前記問題は積極に思料するも、反對の見解を有するものもあり

決 故意又は過失により他人の所有權を侵害したる者、所有者に對し財産上のものたるを否とを問はず、之が爲に生じたる損害全部の賠償を爲すべき義務あるものなれば（民法第七百九條七百十條）本件差押へが債権者の故意又は過失に基くものなるときは第三者に對し不當差押へによる財産上の損害に付、之が賠償を求め得るのみならず、精神上の苦痛に對する慰藉料の支拂をも求め得ること勿論なり、然れども第三者が強制執行異議の訴の第一審に於て勝訴の判決を受けたる一事により、其以後に於ける差押への繼續を必ずしも債権者の過失に基くものなりと斷するを得ず

八二六 訴へ方で負かすは非

請求權のあること明白なる以上は其法律上の原因主張が異つても敗訴せしめぬ方針が肝要である

（大正一三（オ）九二三號、一四・七・三、民二、集四卷一二號六一三頁）

原告（被控訴人、上告人）の請求原因は被告（控訴人、被上告人）が振出し且つ引受けたる爲替手形二通を被告に呈示して、支拂を求めたるも支拂を拒絶せられ、且つ被告の近江銀行に對する預金債權を差押へ、其の轉付命令を得たる該債權の上には、同銀行自身の爲めにする質權が設定せられありて、辨濟を得なかつたから、轉付命令あるも辨濟の效力を生じない、依つて本手形債權の請求をするといふのである、被告の答辯は原告が被告の右銀行に對する預金を差押へて轉付命令を得たから、原告の債權は消滅したといふにある

控訴審は被告の抗辯を容れ、原告の請求を棄却した上告審も亦同一の見解の下に上告を棄却した

（判旨） 支拂へに換へ券面額にて債權を轉付する命令ある場合に於ては其の債權の存する限りは民法五九八條二項の手續を爲すに依り、債務者は債權の辨濟を爲したるものと看做すこと

は、同法第六〇一條の規定するところにして、質權の目的たる債權と雖も之を轉付することを妨げず、而して轉付の當時其の債權の存したる以上は債務者は債權の辨濟を爲したるものと看做さるるも、之が爲質權者は質權を失ふことなく、又轉付債權者は質權者に優先して辨濟を受くることなく、質權者が其の權利を實行したるが爲轉付債權者に於て轉付債權の辨濟を受くることなくとも、差押へ債權者の辨濟の效力に影響なきものとす債權轉付の爲差押へ債務者は辨濟を爲したるものと看做さるるに拘はらず、轉付債權に付質權を有する者が其の權利を實行し差押へ債權者に於て轉付債權の辨濟を得ること能はざるときは差押へ債務者に於て不當利得を爲すものなるを以て、差押へ債權者は之が返還請求を爲すことを得べし

（釋） 假令轉付債權が質權の目的であつても其債權の存する限り、差押へ債權者の債權は辨濟せられたこととなり、其の債權は消滅する、依つて手形債權としての本請求は棄却せられた是は已むを得ない、然し質權者が轉付債權の上に質權を實行す

るときは、差押へ債務者は他人の財産たる債権に依りて、自己の債務の辨済を得たることとなり、不當利得をしたこととなる。依つて判旨に云へる如く差押へ債務者に對し不當利得の返還を請求し得るのである、然し之が爲めには本判決の結果として新訴を起さればならぬことになる。

予輩は判旨の法律上の見解には異論は無い、然し本件訴訟の取扱振りに賛成が出来ない、元來原告は何月何日出捐をなし、被告に對し其の求償請求権を得たのである、是が請求の基礎たる事實があつて其の請求が手形債権として辨済を得やうが、不當利得として返還を得やうが其の區別は之を問はないのが原告の眞意である、原告は質権の目的たる債権は轉付し得ないといふ見解を取つて居たから、手形債権は消滅せずと主張したのである、然し原告主張の法律上の見解が誤りなりとせば、原告は被告の不當利得を主張したであらう、本件の如き事實問題の存する場合に於て手形債権が未だ消滅せずと見るのも、又不當利

得が成立すると見るのも共に法律上の見解の相違に外ならぬ、依つて原告の請求が其の基礎たる事實に基き結局理由あるものなりとせば、裁判官は宜しく釋明権を行使して原告の眞意を窺むべきである、大審院としても不當利得に基き請求として原告の請求が理由ありとするならば、其の論點に對する事實問題の審理及び辯論の爲め事件を原審へ差戻すのが當を得て居る、何となれば原告の主張は單に法律上の見解を述べたに過ぎぬと見られ得るからである、又斯く見るのが原告の眞意であるからである、新民事訴訟法第二三二條に依れば請求の基礎たる事實に變更なき限りは、訴への變更は自由に許して居る、故に原告は當初手形債権として主張し、後に之を不當利得として主張するも差支ないのである、現行法としては稍疑ひあれども、釋明権に依りて原告の眞意を問ひ、以て二重訴訟の弊を防ぐことを努むるは訴訟經濟より見て必要のことと思ふ（大正十四年稿）

八二七 差押の保證金が高い

（辯護士奥秋高義氏司法雜感）

假差押や假處分の保證金に四割も五割も積ませること不要不當の慣例也競賣の鑑定料なども高い

假差押處分に對する保證金の高きに失すること

從來假差押へ假處分に對する保證金は普通訴訟價額の三割、疎明の不充分なるものは五割乃至七割を供託せしめ、甚だしきに至つては十割も供託せしむることがある、然し保證金から損害金を取つた例は之れまでに殆んど絶無であると云つて宜い、恐らくは將來と雖も亦然うだと云つて宜からうと思ふ、一體普通三割と云ふ保證金を供託せしめて居るが、ソレすら何が標準であるか判断が出来ぬ程である、我々としては只先例に従つてやつて居るものより外考へられぬ、ソレから疎明が不充分なものには三割以上になるが、疎明が充分であれば保證金が要らぬ譯である、又疎明の充分不充分と云ふけれども元來疎明が何うして出来るかと云ふことに付いては裁判所は餘り御存じがないやうである、疎明などは當事者が如何様にも出来るものである、極端に云へば疎明の不充分なのは寧ろ正物である、勿論ソレは權利關係の成否及び存否の問題とは別個の問題である、現在見たり聞いたりする事情から云へば簡便に裁判官に許可の決定を得るには只管平身低頭して裁判官の同情を求めなければ、決定が得られぬと云ふやうな有様であると云ふことに考へられるし又左様に見受けられし、又斯んなことは丁度刑事々々に於ける保釋並に其の保釋金の決定なぞに付ても、矢張同一狀態に

あると云ふことを聞き及んで居るが、果して然うであるとすれば速かに改善するの必要があると思ふ、要するに自分の考では從來の保證金の數額決定の標準は餘りに根據薄弱であつて、必要以外に餘計な保證金を取り過ぎるやうであるから、適當の範圍に減額することが必要だと思ふ

鑑定料の減額を要する

執行事件の競賣鑑定料は之れも概して高過ぎると云ふ説が多いソレで之れは鑑定人の選定範圍を從來裁判所へ出入の鑑定人許りに局限せず、鑑定人を諸種の方面より選定するやうにしたら宜しいと思ふ、一説には事件擔任の關係書記と内通して私曲を計るものもあるなどと云ふ人もあるが、其眞偽は素より斷定の限りではないが、自分は左様のことはないと信ずる、然し執行事件の不動産の鑑定などに付て見ても餘りに明瞭なることにすら、細密なる圖面や又建築物の仕様書を作り土地や建物の關係を色々説明して居るが、之れなどは全く不必要のことだと思ふ

不動産を買ふ程のものが、裁判所の選定した鑑定人の作つた書類のみを見て直に買ふと云ふやうなことは絶無である、眞面目な競買人は現物又は現狀を見た上でなければ競買するやうなことは斷じてない、従つて大體の説明と共に凡そ何程の價額と云

ふ鑑定さへあれば、ソレで充分である、何にも管々しい説明書や圖面や仕様書などを必要としない、而も之れが爲に訴訟物に比して不相當なる鑑定費用を要すると云ふことは實に不都合であると云はねばならぬ、又民事裁判でも餘りに鑑定料が高き故折角訴訟法が認めて居る大切な證據申請に付き、折々考へさせられる事がある、之れも亦前同様成可く鑑定費用を減額するやうにして貰ひたい

非訟事件の相續人選定の裁判管轄

現行法に於ては區裁判所の單獨判事が他の非訟事件と同一に十把一トからげに取扱つて居るが如何なるものか、大いに疑問を抱いて居た、裁判所の財産事件に關する事務の管轄は千圓以上は地方裁判所と云ふことになつて居る、然るに相續人選定事件の

如きは身分事件に關聯して間接に財産の取得移轉に關する事件であつて、千圓は幾か數十萬數百萬にも上る事件もあるのみならず區裁判所の事務の管轄たる千圓以内の財産相續に付いての相續人選定事件は頻繁にある、一方に財産事件に關する事務の管轄が法律に於て定められてある以上は、苟くも財産に關する事件は強ち夫れが形式上訴訟物たらずと雖も、財産事件の事務の管轄に準據するのが相當であると思ふ、且又相續事件の如き身分事件は最も重大なる事件であるのみならず、家族制度を維持する民法の根本趣旨よりするも尙鄭重に取扱ふ意味に於て地方裁判所の管轄事件とするやう制度の改善をしたいものだと思ふ

八二八官吏の給料と轉付命令

官吏の給料に對し差押をなしたる後更に轉付命令を發せられたるに因り、第三債務者は本件給料は他の債權者よりも差押を受けたるに因り其差押金額は之を供託したりとの理由にて、債權者の請求に應ぜず、但し供託をなしたる時期は轉付命令を受けたる前なるや後なるや明言せず

一、右の場合に於て轉付命令を發せられたる債權者は如何なる手續に依り第三債務者より轉付を受くべきや
二、若し轉付命令が無効なりとせば、更に前記供託金に對し差押轉付の手續を要するや
三、官吏の退職手當金に對し差押並に轉付命令を申請するに

は其手當金額の證明書を要するや
右御數示願上候

答 一、轉付命令により債務者(乙)の第三債務者(丙)に對する債權は差押債權者甲に移轉するもの故、該命令以降は甲は丙に對して直接債權を有することとなるものとす
二、されば甲は丙を相手取り給料支拂請求の訴を起し相手方をして供託の事實を自白せしめ、之により、供託の可否を知る

八二九給料の差押額計算法

問 恩給年金は年額三百圓以上なる時はその三百圓を越ゆる部分の半分丈に對し差押へ轉付申請出來るとの御鑑定に候が一説には、恩給年金に對しては差押へ及び轉付不許と云へり、(死亡保險金をも含む)而して朝鮮巡查の如き月俸六十圓加俸月四十圓年功加俸五圓精勤加俸二圓特別手當八圓通譯手當一圓特別手當八圓被服費五圓月額旅費四圓合計金百二十五圓也一ヶ月の收入有之候が右御鑑定に依る三百圓を越ゆる部分丈、右合計額より控除し残りの半分丈に對し差押可能なりや御鑑定願ひ上候
答 一、民訴第六一八條には「文武官吏……の職務上の收入、恩給、遺族の扶助料は一ヶ月三百圓を超過するときは、その超

ことを得べきものとす
三、右の手續をなさずして又供託金に對し轉付を受けんとするも、其の證明困難ならん、即供託の可否不明なる以上裁判所は之に對して轉付命令を發することなかるべし
四、官吏退職手當に對する差押轉付も給料の手續と同一なり、即債務者(乙)の債權を證する證書を添付提出すべし(但し退職手當の差押不許の判例注意本書七九〇頁參照)

過額の半額を差押ふることを得とあり
二、恩給の差押へは不可能なりとの説は右の規定を知らざるためか又は恩給法第十一條を過大に觀たる説にして、時代を解せざる説なりと信す
三、以上の收入の二以上を有する者に對しては各別に計算して一ヶ月三百圓以上の半額とすべきや全收入を推算して半額とすべきやは疑ひあり、議論の餘地あるも各別に計算するを正當と解す、蓋し各別に計算してもなほ餘りある程度の者に對して差押ふるを得るものと解するを穩當と信すればなり
四、民訴には「職務上の收入」と恩給とその他の收入が云々

とありて全部を通算するが如き句調なきに非ず

五、年金に付ては一身專屬權なるが故に、民訴に規定なきは當然にしてその性質上差押ふるを得ざるものなりとの説と差押へ可能なりとの説とありて、その何れによるやば裁判所の意見

次第のものなり

六、本件朝鮮逡巡の總給與は合計して「職務上の収入」と見るべきが故に、これを一括して三百圓超過部分の半額差押へ可能なりと信ず

八三〇 擔保財産以外を差押

擔保物以外の財産でも抵當債權以外は差押を爲すことができる但し質置主は物的有限責任なり

問 甲は乙より金員を借り之が擔保に甲所有の土地及株券を差入れ、其の契約中に返済期日を怠りたるときは乙は甲より差入れある擔保物を處分するは勿論、乙の都合により擔保物を處分せずして債務者の擔保物以外の財産を處分するも債務者に於て異議なきものとす

と云ふ一項を設けた、處が甲は期限に返済を怠つたので乙は直に甲の擔保物以外の財産の差押へをした、思ふに債務に就き擔保物を差入れた以上は第一に擔保物を處分し、尙不足を生じたときに初めて擔保物以外の財産に及ぶべきではないか
尙右の場合に保證人丙が甲と連帯して責任を負ふことになつて居たので丙の財産も甲の擔保物以外の財産と同時に差押へられたのである、保證人丙は先づ甲の擔保物に付て差押へよとの抗

辯を爲すことができませぬか

答 一、甲は擔保物以外の財産を先に差押へられても抗辯することはできない、それは債權者乙は債權者として普通に有する權利の外に、特に擔保權を有する者であつて、この擔保權を持つて居るがために債權者として普通に有する權利を制限されるいはれないからである、但し質屋營業者は流質物を以て債權に充當するを本則とする故債務者の他の財産に關しては絶対に強制執行は出來ないのである、これは質置主と一種の物的有限責任を特約したものと看做さるるからである(尙民法第三九四條參照)

二、次に保證人丙は乙の差押へに對し抗辯することは出來ない、なぜならば丙は甲と連帯して責任を負ふべき旨を特約して

居るからである、連帯といふのは、普通の保證人とちがひ先きに甲に催告せよといふ催告の抗辯及び先きに甲を強制執行せよといふ檢索の抗辯をすることが出來ないのであつて、斯様な保證人を連帯保證人といふて居る、丙が連帯保證人でなく普通の

保證人ならば勿論前述乙の差押へに對して抗辯することが出來これによつて乙の差押へを駁れ得るのである(民四五二、四五三條)

八三一 郵便貯金差押の可否

郵便貯金は貯金規則に規定せる理由以外讓渡を許さぬが。差押や轉付命令は預金と同様出する

問 郵便貯金規則第三十五條第一項第一、二、三各號に貯金讓渡を爲し得ず云々の規定有之候が右各號以外の理由に於て絶対に讓渡不可能なるや、不可能とすれば之に差押又は轉付命令も發し得ざる様思考さるるが如何、之は契約と違ひ斯く法規で定めてある以上、第三者の善意惡意を問はざるものと思はるゝが如何に候や御教授願上候
答 郵便貯金法は同第三十五條に規定しある以外絶対に讓渡を

許さざるものと解せらる、然し事實は讓渡と同じく貯金者の通帳と預金の時の印鑑を渡して置けば、郵便局は本人か否かを別に首實驗する譯でもないから、この方法で往々他人でも讓受のに拂出したを受けて債務の辨濟に充てゝ居るものがある、郵便貯金の差押や轉付命令は恩給と異り禁じてないから、普通の銀行預金と同様なし得るものである、また貯金の事實さへあれば別に善意惡意に依つて差異のあるものでもない

八三二 株金の差押は自由

會社の株主に對する拂込請求權は會社專屬とし
て差押を許さざりしも今後許さるゝ様判例變更

大正十三年(オ)第六百六十五號
株式會社が其の株主に對し株金の拂込を催告したる場合に於て

其の催告を受けたる株主に對して有する特定株金拂込請求權が讓渡性を有するや否やに付ては疑義の存する所にして、或は該

權利は會社と之が組織分子たる株主との特別關係に基因するものなることを理由とし或は株式會社の所謂資本充實の原則を論據として其の讓渡性を否定する説なきに非ずと雖も、拂込催告後に於て特定株金額の拂込を請求する權利は、會社が社員權關係に基き株主に對して有する用資請求の原權より流出するものにして其の基本たる原權とは全く別異なる權利に外ならざるを以て、會社と株主との特別關係に基因することは未だ以て之が讓渡性を否定するの理由と爲すに足らず、又株式會社は物的會社にして資本額を公示し之を以て信用の基礎と爲すものなるを以て、株金拂込の現實に行はるゝことを要する原則の適用上、拂込催告後に於ける株金拂込請求權も亦之が讓渡其の他の處分に付種々の制限に服すること論は俟たざる所にして、例へば拂込義務の全部又は一部の免除を許さざるは勿論、資本充實に缺陷を來すが如き一切の處分は亦同じく之を許さざるものと解せざるべからず、然れども右の制限に服するの一事は未だ以て該權利の讓渡性を否定するに足らず、叙上の制限は讓渡性の制限にして、讓渡性を禁止するものに非ざるを以て、之が制限の下に會社が拂込請求權の讓渡其の他處分を爲すも毫も妨ぐる所あるなし、従つて會社が對價として其の拂込をせしめむとする金額

以上の現實金錢給付を受くるが如き場合に於ては、株金拂込請求權を讓渡するも何等叙上の制限に抵触する所なし、或は會社が株金拂込請求權を讓渡するに於ては商法第百五十二條以下に規定する株金拂込に關する特別方法を講ずるに由なく、商法が右規定を設けたる趣旨を没却する虞れありとの論なきに非ざるも、右の特別方法は株主が株金の拂込を爲さざる場合の救済方法にして、該規定は會社が他の方法に依りて株金の拂込を充實せしむることを妨ぐるものに非ず、例へば會社は株金の拂込を遲滞したる株主に對し失權處分に出づることなく、其の株主の會社に對して有する債權と株金拂込請求權とを相殺し、以て其の拂込義務を消滅せしむることを得べきを以て、右特別方法の存することは亦以て株金拂込請求權の讓渡性を否定するに足らざるなり、然らば拂込催告後の株金拂込請求權は他に其の讓渡性を否定すべき理據なきを以て、其の讓渡性を肯定するも相當とすべく、従つて會社の他の一般的金錢債權と同様會社債權者の差押への目的たる適性を有するものと解するを妥當とす、本件に於て原院の確定したる事實は、上告人は訴外加茂製酒株式會社の新株二百株の株主なる所、大正十一年十月十一日同會社より第四回拂込株金二千圓の拂込催告を受け、其の拂込を爲

さず、又同會社定款所定の百圓に付一日五錢の割合の延滞利息金二百三十二圓五十錢の支拂を爲さざるものなり、而して同會社は大正十二年四月二十日限り納付すべき大正十二年度酒造税金十一萬三千四百二十六圓八十錢及大正十二年五月二十日限り納付すべき酒精含有飲料税金二千四百三十圓十錢を滞納し居りたる爲、被上告人は滞納處分の執行として國稅徵收法第二十三條の一の規定に依り、同會社が上告人に對する前記未拂込株金其の延滞利息の債權を差押へ、同年七月七日上告人に對して其の旨の通知を爲したるものなりと云ふに在りて、原判決は論旨第一點摘録の如く判示し被上告人の差押へに係る部分の請求を容認したるものなり、原判決が催告期間を経過したる株金拂込請求權は讓渡性を有せざるも、其の給付は單純なる金錢の支拂に過ぎざるを以て、他人と雖も會社の該債權を行使することを

妨げざる旨判示したるは其の理由に於て前段所説に照して失當なりと雖も、原判決は被上告人の差押へたる前記會社の株金拂込請求權及其の延滞利息の請求權の支拂を上告人に命じたるものにして、其の結果に於て株金拂込請求權の讓渡性及其の差押への目的たる適性を肯定したると同一に歸着するものなるを以て原判決は結局正當にして、上告論旨は總て株金拂込請求權及其の延滞利息の請求權は會社に專屬し、性質上讓渡を許さざるものなることを前提として原判決を非難するものなるを以て、孰れも理由なし、依つて民事訴訟法第四百五十三條第七十七條に則り主文の如く判決すべく、叙上説明の理由は當院が大正六年(オ)第一二一號に付大正六年五月二日爲したる判決に反するを以て裁判所構成法第四十九條の規定に従ひ民事の總部聯合の上判決を爲すものとす

八三三 敷金を押へても無益

問 甲が乙に對する貸金債權を執行する爲め、乙が丙に預けある借家賃の敷金差押へ轉付命令又け取立命令を得て此敷金を取戻すことを得るや

家賃滞りなく且つ無事明渡す場合にしか返還なきもの故豫じめ押へても敷金無きに終る事あり

敷金の返還時期は何時なるや不明なるも、想像するに多分借家を返還する時ならん、但し借家人は借家を永久に賃借する目的を以て現に借家中なり

警 敷金の返還債権を差押へ、之を借家人に返還せざる様爲す事出来るも、結局右債権は故障なく家屋を明渡すに非ざれば、返還請求権なく即ち條件付の権利故、之を今直に取立命令又は

轉付命令を得て回収する事は不能也、竟畢斯る権利は借家人の今後の意思次第にて、(例へば滞りて差引を爲さしめる如し)全然無権利となるもの故、何等利益を奏する事無かるべし

八三四 退職金の差押不許

特に禁止の明文なくも一身の生活保護上下賜せらるゝもの故他へ讓渡は違法從て差押も不許也

大正十五年(オ)第四百五十二號

大正十一年勅令第四百七十九號に依る退職賜金は一般行政整理に當り退職せしめられたる官吏又は官吏待遇者に限り、從來の勤勞に報ひ退職に依り直に脅威を受く可き一時の生活資料に充つる爲、特に下賜せらるゝものなれば其の賜金を受くる権利は他に之を讓渡することを許さざる性質のものなりと解するを妥當とす(當院大正四年(オ)第二百一十一號同年十二月二日第二民事部判決參照)而して請求権が他に讓渡せられ得るものにあらずれば、強制執行の目的たることを得ざる筋合なれば、前記勅令に依り退職賜金を受く可き権利に對し強制執行は之を許さざるものと云はざるべからず、然るに原審は前記勅令に依り訴外木原久米吉が有する退職賜金請求権を一般債権と同様に讓渡性に缺くる處なきものなりと解釋し、此の前提の下に被上告人の

本訴請求の一部を認容したるは法規の解釋を誤りたる不法あるものにして、原判決中此の部分は破毀を免れず

(誠實なる債務者は賢なり・國民法律社)

第三節 民訴雜の部

八三五 判決の確定は主文包含だけ

昭和六年(オ)第二千三百五十號

依つて按ずるに判決は其の主文を包含する物に限り確定力を有するものにして、其の主文に包含せざる判決の理由に確定力の存するものに非ざること民事訴訟法第九十九條の規定に徴し明なりとす、然り、而して本件に於て原審の確定したる事實に依れば上告人は曩に被上告人を被告として福島地方裁判所平支部に對し競賣申立取消請求の訴を提起し、該訴訟に本訴不動産に對する競賣不許の判決を求めたるころ、同裁判所は右上

故に同じ様な事實理由で訴へるも請求目的が異なる以上再訴不妨

告人の請求を棄却する旨の判決を爲し、該判決は確定したるものとす、然らば該訴訟に於ては其の競賣の基本たる債権並抵當權の存否の確定が訴訟の目的と爲りたるに非ずして、競賣の不許を以て其の目的となし判決は右競賣不許の請求を棄却したるものなれば、其の之を棄却するに至りたる理由は競賣の基本たる債権並抵當權の有効存立の爲なりとするも該判決の確定力は競賣不許の請求を棄却したる部分に止まり、其の理由たる債権並抵當權の有効存在の事實に及ぶことなしと爲さざるべからず

八三六 支拂命令の申請方法

支拂命令は申請書自體を裁判所を通じて相手方に送付するものに非ず貼用印紙は訴狀の半額也

問 支拂命令申請は一口に付同文二通を提出するものなりや、又宛名は區裁判所御中なるや或は判事名を書くべきや、相續人の場合の書方戸籍謄本並に證書の寫し等を要するや印紙は金高

に依り割合あるや、送達料は何程要し又申請書は出頭して提出すべきや、郵送提出でも差なきものなるか詳細御教示被下度候

するものでなく、申請者の書類に依つて裁判所が別に命令書を作り相手方に送達するもの故一通で良い、宛名は區裁判所名又監督判事名何にてもよし、戸籍謄本を一通添付し申請書には某相續人申請者某とすべきもの、債權證書の寫を添付するを要す元金と利子費用を別々に表示すべし支拂命令の印紙は凡て普通訴訟の半額にて宜し、左の如し

- 十圓迄 二十錢
- 二十圓迄 四十錢
- 五十圓迄 九十錢
- 七十五圓迄 一圓二十五錢

- 百圓迄 七九二
 - 二百五十圓迄 一圓七十五錢
 - 五百圓迄 三圓五十錢
 - 七百五十圓迄 六圓
 - 千圓迄 七圓五十錢
 - 二千五百圓迄 九圓
 - 五千圓迄 十二圓五十錢
 - 七千五百圓迄 十五圓
- 送達料は相手方の遠近に依り相違する、申請書は裁判所に郵送するも可なれどハカキや切手の十五枚位も要するもの故裁判所の受付に出頭窓出に提出するが得策である

八三七 便利となれる支拂命令 (新民訴にて改正)

支拂命令に對して異議の申立ありたるときは一ヶ月内に提訴するにあらざれば、時効中斷の效力を生ぜずとの規定は、新民事訴訟法にも存續し居候哉

一、支拂命令に對する適法なる異議の申立ありたるときは異議ある請求に付て支拂命令の申立ありたる日において、その命令を發したる區裁判所に訴への提起ありたるものと看做さるその請求の價格が千圓を越ゆるときはその區裁判所の所在地を

管轄する地方裁判所に訴への提起ありたるものと看做さるものとす(第四四二條)
二、舊法においては區裁判所に付て當然提訴となり、地方裁判所管轄の事件に付ては特に一ヶ月内の提訴を要したるものとす、新法は之を改めて大に便利となりたり

八三八 支拂命令は條件付不許

法曹會決議(昭和七年四月二十日)

債務者は債權者に對し米十石を引渡すべし若引渡を爲すこと能はざるときは其の代價として金二百圓を支拂ふべし、と云ふ趣旨の支拂命令を申請するを得るや
決 米十石を引渡す可しと云ふ部分に付きてのみ、支拂命令を發し金二百圓の部分に申立を却下すべきものとす(民事訴訟法

何々すべしだけを發し能はざれば云々の命令は發するを許さず

第四百三十三條第一項)
蓋支拂命令は條件に係り若くは履行期の到らざる請求に付きて之を發するを得ざると共に新法の下に於ては請求の一部に付きても之を發するを得るを以てなり(舊法第三百八十五條第二項前段參照)

八三九 破産者と保險掛金

一、破産の宣告を受けし際生命保險契約期間中の掛金は如何になるものなり哉

答 一、破産を受けたる保險契約者は保險契約を解約するを得ず、又當然破産に因りて右契約が無効となるものにあらず
二、保險會社の破産は右と異り契約者に於て契約解除権あるものとす(商法第四〇五條)又右解除をなさざるときは破産宣告後三ヶ月の後當然契約は效力を失ふものとす(同條)
三、本件はどちらが破産宣告を受けし場合なりや、不判明な

るも保險會社の場合ならん、然らば掛金返還の義務は保險會社に存し保險契約者は破産債權者として債權届出をなし配當を受けることを得るものとす
四、保險契約者が破産せるときは如何、本問はどちらを聞き居るにや判明せざるも、この點をも一言し置くべし
前述の如く破産したりとて、保險契約は當然無効とならず、又解除権も發生せざる故依然として保險料支拂の義務あるものとす、從來掛けし保險料に付ても返還する權利を生ずることなし

五、この法理は生命保険と損害保険との間に徑庭なし(商法

第四三三條四〇五條四〇六條參照)

八四〇 破産宣告を免れる場合

四、即ち第一に申立適否の調査を爲すものとす、例へば(一)管轄(二)申立権(三)債権(四)期間(五)費用(六)豫納印紙等(一三九條)右適法なるときは第二に破産原因たる事實を疏明せる場合職権を以てこれが存否を調査せざるべからず、しかして支拂不能なるものは期限にある債権支拂をなさざる行爲が一時的にあらずして継続的に資金欠乏に基く場合に存するものにして信用の力を借るもなほ支拂をなす能はざる程度なることを要するなり(一一〇條第二項)調査の結果原因ありと認むるときは決定を以て破産を宣告し、これなしと認むるときは破産宣告の申立を理由なしとして棄却すべきものとす

三、既に右の申立ありとせば裁判所は更に破産の決定を宣言すべきや又は破産の申立を棄却すべきやを決する爲準備手續きをなすものとす

二、従つて第一三二條により債権者が破産の申立をなすときはその債権の存在及破産原因たる事實即ち支拂不能を疏明する事を要す

一、破産宣告には破産原因なる一定の事實の存在を前提要件となすものにして、その破産原因を大別して支拂停止、支拂不能、債務超過の三となすことを得、而して商人破産主義をとりし舊法は支拂停止(舊法九七八條)新法は一般破産主義を採用し、原則として支拂不能例外として債務超過を破産原因とせり(第一二六、一二七、一二九條)

及之が疏明書を添付して裁判所に職権調査資料として提出せら

るべし、破産宣告を免れることあるべし

八四一 破産手續開始と取消權

昭和四年(オ)第七百七十四號

債務者がその債権者を害することを知りて爲したる法律行爲に付ては、債権者は民法第四百二十四條に依る取消權を有し訴に依りこれを行使し得べく、又その債務者が破産の宣告を受けたる場合には右の行爲に付、破産法第七十二條第一號に依る否認權を生じ、同法第七十六條に依り破産管財人に依りてこれを行使し得べきものとす、しかしてこの破産法上の否認權と民法第四百二十四條の取消權とは破産宣告の有無の點を除く外その成立要件を同じくし、且その權利行使の目的及效果を同じくするが故に、右の行爲に付ては債務者が既に破産の宣告を受け、

破産管財人が行使の権能を有する破産法上の否認權の存する以上、破産債権者各自は民法第四百二十四條の取消權を行使する権能を有せざるものと解せざるべからず、破産法第八十六條は債権者が民法第四百二十四條の取消權行使の爲、提起したる訴が破産宣告當時既に繫屬せる場合に爾後破産手續繼續中は破産債権者自ら右訴訟を進行するの権能を有せざる旨を明にしたるものにして、この規定に由りて觀るも破産手續開始後破産手續繼續中は破産債権者が新に訴を提起して、民法第四百二十四條の取消權を行使するの権能を有せざること勿論なりとす

八四二 破産法四七條八號の財團債権の範圍

昭和三年(オ)第一千三百六十七號

破産法第四十七條第八號の財團債権の範圍に關しては、その始期に付明示するところなきにより一見解約申入後契約終了に至るまでの請求權に限定したるが如き觀なきに非ず、然れども解

約申入後契約終了に至るまでの請求權を財團債権となす所以はこの期間における相手方の給付により破産財團が利益を受くる爲なること勿論にして、この利益を受くる關係は破産宣告後解約申入までの間におけると毫も異なるところなきのみならず、

同條第七號に於て他の種類の雙務契約に付破産管財人がその債權の履行を選擇したる場合には相手方の有する請求權を財團債權とする旨規定しあるは、是全く相手方の給付が破産財團の利益に歸するものと認めらるるが故なるに鑑みれば、同條第八號に付破産宣告後解約申入までの間に於ける請求權のみを特に財團債權より除外すべき理由あることなし、而して解約申入後一定の期間の経過に因りて而めて契約の終了を來すべき貸借借雇備等の契約に在りては、その貸金若は報酬は或期間内における

八四三 商事調停申立あるも破産手續中止と限らず

商事調停法第二條に於て借地借家調停法第五條を準用せる立法の趣旨は、本案訴訟手續の結果と商事調停事件の結果との軋觸を避けしめんとするに在るが、或は調停事件に於ける、調停の目的たる係争權利關係と本案訴訟手續に於ける判定の目的たる係争權利關係とが同一の場合に限り、右規定により訴訟手續を中止すべきなり、然るに破産申立事件に於て破産申立人が債務者に對し預金債權に基く請求訴訟を提起せしめ、債務者より商事調停申立を爲したる場合に於ては、調停事件の目的たる係争權利關係は右預金債權の存否に關するに過ぎざれば、右の調停

繼續的の使用収益、若は勞務の反對給付にしてこれ等の給付はその期間における賃借人若は使用人の利益に歸すべきものなれば、縱令此等契約が破産宣告前に成立したりとするも該契約の存続する限り破産宣告後破産財團の利益に歸したるものと認むべきは多言を要せざるところとす、左れば破産法第四十七條第八號の財團債權の範圍に關しては、破産宣告の時を始期とし解約申入の結果現に契約の終了を來したる時に至るまでの請求權と解するを妥當とす

申立受理せられたりして、破産申立手續の如き單に其の申立人のみならず、凡そ總債權者の爲被申立人の資産全部に對し強制管理處分を爲すことを目的とする手續迄中止すべきものに非ず尤も破産手續進行中調停成立し、その結果或は破産申立人の債權消滅することなしとせざれども斯る場合には破産の申立を却下すれば足り、之あるが爲前記法條に據り破産手續を中止するものと解するを得ず

八四四 除斥又は忌避の申立と判決の效力

昭和五年(ク)第五百五十七號
除斥又は忌避の申立あるときは其の申立に付ての裁判の確定に至るまで裁判所は訴訟手續を停止せざるべからざるも、事急速を要する行爲は此の限りにあらずるが故に、例へば證據調若くは假差押假處分の如きは或場合には右の申立あるに拘らず尙且適法に之を爲すを得べし、唯如何なる場合に於ても判決(殊に終局判決)は之を爲すを得蓋除斥と云ひ忌避と云ひ畢竟裁判の公平を危まるる如き事情ある場合に當該、判事の裁判に關

與する事を止め以て裁判に對する疑義を杜絶せむとする制度に外ならざることを見るべきは、此事殆んど言を俟たざればなり然らば則ち除斥又は忌避の申立あるに拘らず裁判所(即ち當該判事を以て構成員とせる裁判所)が此の法意に反し判決を敢てしたるときは如何と云ふに、判決に當然無効てふことの有ること有るべき管無きが故に、此判決は判決として固より有效なるを失はざるのみならず除斥又は忌避の申立は之が爲め當然其の理由を失ひ申立は棄却を免れざるに至るものとす

八四五 組合員の訴訟

問 甲乙兩名は互に出資して石炭の買入れ及賣却をなし(組合也)甲は業務執行をなし八百圓の利益ありたるに其後清算をなさず、民事訴訟上如何にせば乙は其利益の分前を請求し得るや(乙は甲を背任、横領として告訴したるも何れも不起訴となりたり)

答 甲乙組合を組織せる以上は、甲乙の間に組合契約なる合意あるべく其合意の趣旨によれば業務執行をなし八百圓の利益金

を所持する甲は乙に對し如何なる義務あることとなるや、其約旨を知るにあらざれば適切なる鑑定は出來ざるも、乙は通常利益の半額又は出資額の割合に應じて該利益金の分配を受くべき筋合のものと思す

二、依て乙は甲を相手取り組合契約履行請求の訴を起し、其の内部の收支を清算し利益の案分率による乙の取得すべき利益金を甲に對して支拂ふべき旨を請求すれば可なり

三、尙組合契約の寫にても送らるれば更に鑑定すべし
四、尙民法第六七一條六四四條及、六四五條、により乙は甲

八四六 参加は法律的利害關係

昭和七年(ク)第百二十五號

按ずるに民事訴訟法第六十四條に所謂利害關係とは専ら法律上の利害關係を謂ふものにして、事實上の利害關係は之を包含せざるものと解すべきものとす、本件に於て相手方が被控訴人内方文藏を補助する爲参加せんとする本訴訟は抗告人(控訴人異議申立人)が右内方文藏に對し提起したるものにして、其の請求原因は抗告人は豫て福井縣大飯郡本郷村父子地籍所在の二筆の山林に付右内方文藏外數名及同村萬願寺區民全部と共に其の主副産物を採取する入會權を有したる所、大正十四年中抗告人を除く他の入會權者全部其權利を拋棄したるに因り、抗告人のみ産物採取權を有するに至りたるに拘らず、前記内方文藏は右山林に立入り流りに産物を採取するに因り、同人に對し右權利侵害の排除を求むと云ふに在りて、之に参加せんとする相手方の主張する参加理由は右本訴訟は表面上單に前記二筆の山林に

に委任事務處理の狀況又は願末報告請求の訴を起すも一法也

事實上の利害關係ありといふのみにては訴訟上の参加許されぬ

關する權利の保護を目的とするものなるも、其の實は遠大なる計畫の前提たるものにして、即ち若本訴訟に於て控訴人たる抗告人が勝訴するときは相手方は其所有に屬する他の山林にして本訴訟の目的たる山林と接續し、之と同一の關係に立つものに付きても前記同様の單獨採取權を有することを主張し、相手方に對し別に訴を提起し其の權利を喪失せしむることを究極の目的とするものなるを以て、相手方は本訴訟に付利害關係を有すと云ふに在り、而して原院は其の舉示する説明方法に依り右相手方の主張事實を認め之を以て補助参加を爲すに足る利害關係なりとして其の参加を許容したるものなることを原決定文の全旨に徴し明なり然れども右認定の事實に基き相手方の有するものと認め得べき利害關係は單純なる事實上の利害關係にして、到底前説示の如き法律上の利害關係ありと爲すに足らず、果して然らば原決定の理由とするところを以ては未だ相手方の補助

参加を理由ありと爲すことを得ざるものと謂ふべく、從て原決定には理由不備の違法ありて取消を免れず、仍て本件抗告を理由ありとし民事訴訟法第四百十四條第四百七條に従ひ主文の如

く決定す

昭和七年二月十二日

大審院第五民事部

八四七 當事者一方と第三者間の法律關係の確認が利益あれば該確認訴訟は適法也

昭和五年(オ)第百四十三號

(判旨第一)

確認の訴は訴訟當事者間に存する法律關係のみならず、訴訟當事者の一方と訴外人との間に存する法律關係に付ても訴訟當事者間に其の存在不存を確認せしむる法律上の利益あるときは之を提起することを得べきものとす、而して債權は特定の人に對して行爲を請求する權利なれば、一般に第三者に對し其の行爲を請求することを得ず、債權は第三者に對抗することを得ずと云ふは此の意義に外ならず、然れども債權は第三者に依りて侵害せられ得べきものにして、第三者が之を侵害したるときは債權者は之を侵害したる第三者に對し不法行爲に基き請求權を

行使することを得べし、又債權者は自己の債權を保全する爲債務者が自己に屬する權利を行使せざるときは之に代りて行使することを得べし、而して債權者が第三者に對し不法行爲に基き請求權又は民法第四百二十三條に依る代位權を行使せんとするに當り、其の第三者が右債權の存在を争ひ債權者たる地位に危險を生ぜしめたるが如き場合に於ては、右債權者は先づ以て其の第三者に對し自己の債務者に對する債權關係、即債務者との間の法律關係の確認訴訟を提起すべき法律上の利益を有するものとす

轉借人は賃借人の代位權を代位するを得

(判旨第二)

債權者が自己の債權を保全する爲債務者に屬する權利を行ふこ

とを得るは民法第四百二十三條の規定に依り明にして、同條は債權者の保全せんとする債權に付制限を設けず又債權者の行使すべき債權者の權利に付ても、其の一身に專屬するものの外何等の制限を爲さざるを以て、同條の適用を受くべき債權及債務者の權利は必ずしも金錢債權たるに限らざるものとす、而して其の保全せんとする債權の目的が債務者の資力の有無に關係を有する場合に於ては債務者の無資力なるときに非ざれば其の權

利を行使することを得ずと雖、本件の如く墓地使用權を保全せんとする場合に於ては債務者の資力の有無に拘らず、其の有する妨害排除の請求權を代位して行使することを得べきものとす又代位權を行使する債權者の範圍に付ても何等の制限なきを以て代位權を行使することを得べき債權者の債權者も亦之に代りて第三債務者の有する權利を行使することを得べきものと解するを相當とす

八四八 否認權行使の方法及轉得者に對する追及權

昭和四年(オ)第八十二號

破産宣告前のある時期において破産者のある行爲に因り財團の減少を來し、所謂債權者の共同擔保を害するに至りたるときは破産手續開始後債權者全員の利益の爲この減少を回復するの途無からざる可からず、然り而してその回復の方法といふも固より以て多様あるに非ず、現物を以て之を爲し得る限りは則ち之に依りて之を就しその爾らざる場合は金錢を以て之を濟すその金錢といふは他無し、否認の對象たる行爲無く財團の減少又從ひて生ぜざりしならば、現在における財團の状態如何といふことを斟酌して算出せられたるもの、則ちこれのみ簡單にいば

當該財産の現時の價額に外ならず、若し夫れ減少回復の責任とするもの必ずしも獨り所謂受益者のみならず、所謂轉得者も亦爾ることあり(例へば破産法第八十三條)その爾る場合において受益者に在りては已に現物を以て回復に由無くたゞ金錢を以てするの外無きに反し、轉得者に在りては現物を以て回復することなほ可能なることは固より有り得可く、斯かる場合管財人として執れに就きて執れを獲得するも開は一にその自由なり、要はたゞ回復せざるに在ること、その連帶債務者に對する場合と毫も違ふところ無し、故に例へば破産者がある債權者の爲抵當權の設定を爲したることが否認の對象たる場合において、若

しこの債權者則ち受益者がなほ抵當權を有するときは否認の結果は抵當權を消滅せしめ、その債權を無擔保と爲すに過ぎざるに反し抵當權者にして已にその實行を了せるときは受益者は抵當物の現時の價額に相當する金額を財團に對して辨濟せざる可

からず、若しそれ轉得者たる競落人に對しても亦否認の要件が具備せるときはこの者はその不動産自體を財團に返還せざる可からず

八四九 判決送達の職權化と上訴期間二週間

問 一、現行民法にては判決の言渡は各審とも當事者の申請を待たずして當然裁判所より送達を爲すものに有之候哉

答 一、舊民法法においては判決は總て當事者の申立によつて送達すべきものと定めたるも、かくては訴訟遲滞の弊を免れざるを以て新法は第一九三條を以て判決は裁判所書記が交付を受

けたる日より二週間に職權を以て之を當事者に送達すべきものとす、當事者の申立を要せざる制度に改めたり

問 二、控訴、上告ともその期間は送達の日より二週間に有之候哉

答 一、舊民法法においては判決は總て當事者の申立によつて送達すべきものと定めたるも、かくては訴訟遲滞の弊を免れざるを以て新法は第一九三條を以て判決は裁判所書記が交付を受

二、右送達ありたる後上訴(控訴及び上告)の不變期間は進行を始め(各)二週間に終了するものとす(第三六六條第三九六條)因に舊法時代にも申立なくして職權を以て判決を送達したる場合あり即ち婚姻及養子縁組の無効取消し離婚離縁の判決に限り、今も同じ(八八、一五、二六條)

八五〇 新民訴も上告理由は舊法と同じ

問 審理不盡、理由不備なる上告理由は現行新民訴法に於ても矢張適法同理由として認容せられ居り候や

答 一、審理不盡、理由不備なる上告理由は新民訴と雖も舊法時代と何等變ることなく、これを理由として上告をなすを得べ

きや明なり

二、そも上告の理由なるものは法令に違背する前審判決を攻撃する唯一の武器にして、從來普通通用ひらるゝ上告の理由なるものは右述の如き審理不盡、理由不備を理由とする場合も

つとも多きに居るものなり

一三、新民訴第三九五條第六號を見るに法律命令に違背するものと見らるゝ一要素の内に「判決に理由を付せず、又は理由に齟齬あるとき」を掲げ以て前述の理由が常に法令に違背するものなることを明にせり

四、「法令に違背したること」を理由とするは便宜上二様に分ちて説明するを可とす

(一)第一は前審判決(第一審又は第二審)が法令それ自身に違背したる事 (二)第二は右法令違背の内法令に違背して事實を認定したる事に留意するを必要とす、何となれば、法令違背なるものは事實認定そのものを批難して、之に對し不服を申立つることは全く別異なる觀念なるに、その「事實の認定と雖もいやしくも法令に違背してなされたる以上」はひとしくその判決は法令違背として攻撃せらるゝ性質のものなればなり、審理不盡、理由不備共に右の(一)(二)の孰れにも包含するものと考ふ

五、而して「判決に理由を付せず」とは「判決主文のよつて生ずるに至れる論據」を欠くことにしてその一部を欠くも理由不備となる

六、例へば或事實を認めながら、何故にその事實を認むるや

の理由を欠如するか、またはその理由は付したるもその趣旨不明なるときの如きこれなり

七、審理不盡の例は當事者の提出したる攻撃防禦の方法、又は適法なる證據調べの結果を斟酌したること、又は之を顧みざりしことに付その理由を示さざる如きは理由不備にもあり、審理を盡さざりし結果ともなる

八、理由の齟齬の如きは最も審理空想、不盡の一理由なりとす

九、新民訴は「スピード」時代の寵兒にしてその適用運用上の手續は判決に何等の理由付せざるもの續々として現はるゝの觀あり、最も之は續審主義を採れる新民訴の主義を實現したるものとも見ることを得べし、從つて控訴の増加が著しきものありと聞けり、されば控訴は辯論の再開化したるの觀あり「スピード」は大歓迎するも尻抜けの「スピード」は賛するを得ず、新民訴の暗黒面なりと見らるゝ所なり、右の裁判に理由を付せざる區裁判所の裁判の是非は大に研究の價値あり(民訴第三五九條參照)

八五一 請求減縮と控訴判決方式

昭和四年(オ)千五百十九號

第一審に於て勝訴の判決を受けたる原告が被告の控訴に因り、事件が控訴審に繫屬中其の請求の一部を減縮したるときは、控訴審が原告の請求を正當となす場合に於ては、第一審判決を取消し若は變更し其の減縮したる請求の限度に於て、判決を爲すを相當とすべきも、被告の爲したる控訴を棄却し、一面原告に於て其の請求の一部を減縮したる爲第一審判決を變更し、更に其の減縮したる限度に於ける給付を被告に命ずる判決を爲すこ

八五二 取消と當然無効とは訴の原因として效力同一

取消したる法律行為は始めより無効なるものと看做さるるが故に、既に取消し権の行使せられたる以上この法律行為が當然無効なりし場合とその無効たるにおいて毫も違ふところ無し、夫既に無効たるに於て一なり、或債權契約が當然無効なるが故にこの債權契約の履行として給付したるものは、不當利得としてその返還を請求すといふもはた取消しの結果無効となりたるが故に不當利得として云々の返還を請求すといふも、その不當利

とを妨げざるものとす、蓋此の場合に於ける控訴棄却なるものは畢竟第一審判決を變更し、更に被告に給付を命じたる部分に對する被告の控訴は理由なしとの趣旨にして、其の實質に於て第一審判決を取消し、若は變更して更に被告に給付を命じたる判決と異なることなければなり、而して民事訴訟法第三百八十四條第一項に於ける控訴棄却なる文字の中には右の場合をも包含するものと解するを相當とす

得返還請求権そのものとして一ありて二無し、蓋し當然の無効と取消しに因る無効と兩様の無効あるに非ざればなり、然らば即ち當然の無効を請求原因とする不當利得返還請求権の訴へと取消しに因る無効をそれとする不當利得返還請求権の訴へとの請求即ち訴訟物は正しく同一なるが故に、既に第一の訴へにおいて當該請求権を否定せられたる以上この判決は當然に第二の訴へにその確定力を及ぼすことまた多言を俟たず、これな

甲なる事由によりて取得したりと主張する所有権の確認の訴へにおいて、一旦請求棄却の判決ありたるときはこの判決は乙なる事由（但しその前訴の事實審における口頭辯論終結前に生じたる事由）を取消し原因とする同一確認の訴へを羈束すると毫も異るところなし、故に若し原告にして此事を慮るならばその起訴の始めより若しくは口頭辯論中において所謂假定的に事實上の主張をなせば即ち可なり、蓋しこれを嚴格に観る時は事實そのものに假定すといふこと有るべからずと雖も、抑々事實上の主張なるものは事實に對する一の判断即ち意見に外ならず、しかもまたこの事實關係なるもの委曲に涉り寸毫も不明の點無きまでにこれを探求精査すること原告として必ずしも常に可能なりといふべからず、その若干不明の點を残留せるにおいて若しこの點が後なりせば、しかん／＼なり、これなりせば斯々なりと主張するの範圍はある程度にまでこれを原告に賦與せざるべからず、これを賦與せざれば寧ろ難きを原告に責め、徒らにこれを窮地におくものに外ならず、蓋し請求原因の一定とは一個の謂にあらずして具體的事實の主張を意味するに止まり、しかしていはゆる假定抗辯の被告に許さるることの何人もこれを怪しまざるにおいて、獨り原告のみ然らざるべきの道理

はこれを認むるを得ざればなり、しかして前叙假定的主張の場合に在りては主張せらるる請求即ち訴訟物は素より一個なり、たゞこれを支持する理由が數回存するに過ぎずいはゆる數個の獨立なる攻撃方法が提出せらるる場合なるを以てその孰れか一にして肯定せらるる以上、請求もまた從つてこれを肯定するに十分なるは民事訴訟法第二百三十條の明言するところなり、若しそれ口頭辯論中に假定的主張をなすも、これを以て訴への變更と目するを得ざるは論を俟たず、蓋し請求自體の同一性は、これがため何等動かさるる所無ければなり、しかして甲は曩に乙を被告として債務引受け契約の取消されたることを理由として、不當利得返還請求の訴へを提起したるも本案敗訴の判決を受けその確定したるものなる場合においては引受契約の當然無効なることを理由として不當利得返還請求を主張する訴へに對し、前記判決の確定力の及ぶことはこれ以上の判旨に徴しまた多言を要せず、甲の請求はこれを棄却するの外あるべからず

昭和三年八月一日

大審院第四民事部

八五三 公示送達に關する疑義

昭和六年三月十四日民事局長回答

問 民事訴訟法第六十條に送達は別段の規定ある場合を除く外職權を以て之を爲すべき旨規定しあるも、同第七十八條に至り公示送達は申立に依り裁判長の許可を得て之を爲すことを得と定めあるを以て、公示送達は職權送達を許さざる趣旨と解すべきものならむも、若夫れ絕對に申立あるにあらざれば公示送達を爲し得ざるものとせば、左記の場合に於て事件は永久に完結出來ざる不都合あるに依り、公示送達の申立は唯單に送達に關する裁判所の職權行動を促すに過ぎざる趣旨と解し、申立なき場合に於ても尙且職權を以て公示送達を爲し得るものとし事件を處理し可なるべし、尤も左記第二第三の場合に民事訴訟法第二百二十四條、第二百二十八條、第二百二十九條第三百七十條等の法意を汲み前者の場合に原告に後者の場合は控訴人に何れも欠缺補正を命じ、之に應ぜざる時は訴狀又は控訴狀を却下して事件を處理し可なりとの説あり、然れども以上何れの見解を採るも前示關係法上の正面に抵觸する疑ひあるを以て、左記事件の處理方法に付御指示相仰ぎ度候

第三章 民事訴訟 第三節 民事訴訟の部

左記

第一 原告に對し期日の呼出狀送達不能となりたる場合に於て被告より公示送達の申立を爲さざる時
 第二 被告に對し訴狀は適法に送達せられたるも、其の後期日（變更又は續行期日）呼出狀が送達不能となりたる場合に於て原告より公示送達の申立を爲さざる事
 第三 被控訴人（原告）に對し控訴狀は適法に送達せられたるも其後期日（變更又は續行期日）呼出狀が送達不能となりたる場合に於て控訴人より公示送達の申立を爲さざる時
 答 問合せの場合に於ては、其の儘となし置くの外なかるべくと思考致候
 追て斯る場合に於ては事件の整理上成るべく公示送達の申立を爲さしむるか又は取下を爲さしむる様に御配慮相煩度候

八五四 公正證書不完全にても請求の個性を認め得れば有効也

昭和五年(オ)第四百十八號(五、十二、二十四、四民)
民事訴訟法第五百五十九條第三號に依れば、或種の請求に付作成せられたる公正證書は右の請求に對する執行名義となるを得可し、此場合公正證書には當該請求が具體的に表示せらるることを要し、又之を以て足れりとするが故に、請求の發生原因として記載せられたる事實なるものが多少實際のそれと吻合せざるところあるも、苟も右の記載に依り問題たる請求が具體的に(換言すれば他と區別して)認識し得らるるに妨無き以上、當該公正證書は尙當該請求に對する有效なる執行名義たるを失は

ず、蓋此種の公正證書は單なる事實上の認識を記述するを以て其職能とせず、或具體的の請求を表示するを以て其本質と爲すものなればなり、夫れ此種公正證書に於ける記載の内容が一毫だも事實と吻合せざるものあるや、動もすれば則ち之を援て以て其執行を爲さむとするが如きは等しく公正證書と云ふと雖、其本然の功用とするところに於て相同じからざるものあるに従ひ、之に對する取扱上にも又其間自から差異無きを得ざるを辨ぜざるの致すところに外ならず

八五五 裁判上の保證と還付

(博士加藤正治民判例詳釋)(大正一四(ク)八七三號、一・五・三三、民集五卷二號一〇九頁)
(事實) 東京控訴院大正十二年(ネ)第一五八號事件の控訴人たる原告人の申立により同控訴院は金七萬圓の保證を條件とし、假執行の宣言ある第一審判決の執行は控訴審の判決ある迄之を

相手方の同意なき爲め還付延引の時は裁判所の臨機取計により還付を許可決定して支障なき也

停止する旨の裁判を爲した、其の後控訴審の判決があつたから原告人は之に依り執行停止の效力は終了したりとの理由に基き曩に供與したる保證の還付を申請した、之に對し同控訴院は單に理由なきものと認め之を却下すとの裁判をした、之に對し大審院へ抗告したるが大審院は抗告を理由ありと認め、原決定を

廢棄し更に裁判を爲すべき旨の決定があつた

(判旨) 執行停止の爲債務者をして保證を立てしむるは、此の停止の爲相手方たる債務者に生ずることあるべき損害の賠償を確保せる趣旨に外ならず、故に今保證を條件として或る時期まで執行を停止する場合に、此の時期の到來後保證供與者が相手方の同意を得て其の返還を求めたるときは之を許すべきこと云ふを俟たず、若夫れ其の同意なきに於ては返還は竟に受くるに由なしとせむか、相手方は其の自由意思を逞ふし、保證供與者をして、長く擔保の目的物を利用するを得ざらしめ、一般經濟上に及ぼす結果又尠しと爲さず、故に斯かる場合相手方は保證に依り擔保せらるる權利を相當期間内に行使し、以て其の同意を與へ難き理由あることを宣明すべきは、信義の常道よりするも亦正に爾らざるべからざることと屬す、従つて斯かる權利行

八五六 保證金の還付と決定

大正十四年(ク)第八百七十三號
執行停止の爲債務者をして保證を立てしむるは、此の停止の爲相手方たる債權者に生ずることあるべき損害賠償を確保する趣

相手方が損害の請求もせず又保證の還付の同意の調印も爲さざるは不合理故裁判所決定で還付

旨に外ならず、故に保證を條件として或る時期まで執行を停止する場合に、此の時期の到來後保證供與者が相手方の同意を得て其の返還を求めたる時は、之を許すべきこと云ふを俟た

す、若夫れ其の同意なきに於ては返還は竟に之を受くるに由なしとせむか相手方は其の自由意思を逞ふし、保證供與者をして長く擔保の目的物を利用するを得ざらしめ、一般經濟上に及ぼす結果又尠しと爲さず、故に斯かる場合相手方は保證に依り擔保せらるる權利を相當期間内に行使し、以て其の同意を與へ難き理由あることを宣明すべきは信義の常道よりするも亦當に爾

八五七 自白の取消と辯論の全趣旨の意義

昭和三年(オ)第七百八號

自白の取消は自白が錯誤に出でたることのみならず、その眞正の事實に適合せざることを證明するに非ざれば之を許さず、或手形の満期日が始め大正十年五月二十五日とありしを、所持人において恣に之を同年十二月十二日と改めたる形跡歴然たる場合には自白が錯誤に出でたる事實は、必ずしもその證明なしといふ可からず、蓋一般に證明といふは民事訴訟法に所謂證據方法(同法第二百三條第二項参照)のみならず同法第二百十七條に所謂辯論の全趣旨を包含するものにして、而して辯論の全趣旨といふは辯論の局部局部に拘ることなく、その全體を通觀して自ら了知し得らるる趣旨といふが如き狭き意味に非ず

らざるべからざることに屬す、従つて斯かる權利行使の舉に出でたることの認むべきもの無き以上、其の同意無しと雖も保證は之を供與者に返還すべきことは亦自明の理と云はざるを得ず現行法には此の點に關し何等明文の徴すべきもの無しと雖も、其の本旨の茲に存すべきは之を窺ひ得て餘りあり、事の茲に出でざりし原決定は失當なるを以て主文の如く裁判したり

同條所謂「或證據調」(詳言すれば或はなざるることあるべき證據調)の結果といふことに對しこの外口頭辯論に現はれたる總ての訴訟資料といふ意味に外ならず、即ち當事者の主張そのもの内容並その主張の態度等は勿論、その他の場合における訴訟の情勢よりすれば當に或主張をなし、若は或證據を申出づべき筈なるに拘らず、全く之を爲さず、若は時期に後れて之をなしたること、始めには明に争はざりしを後に至りて争ひたることと裁判所若は相手方の間に對し釋明を避くること等凡そ口頭辯論における一切の積極消極の事柄を指すものとす

八五八 借主不利の裁判上和解の效力

問 借地法第二條に適合せざる賃貸借契約(即ち石造なるに二十年なる)を爲したる賃借人が土地所有者の承認を経ずして、其家屋を他へ賣却したるがために其間に紛争を生じ、其後其家屋の買受人と土地所有者との間に和解に據りて右二十年の期間を以て借地権の消滅日なりと定めたる場合に於て、右は借地法第十一條に據り無効となるべく候哉、又民法第六百九十六條に據り有効となるべく候哉

答 一、裁判上の和解の效力は私法上及公法上の效力なり、私法上の效力は私法に支配せらるる私法上無効なる和解は公法上有効なると否とに係らず、私法上無効なるものとす
二、從て裁判上の和解が借地法第十一條に該當し、借地法が無効とすべき意思表示に關するときは、當該裁判上の和解は無効なり、即借地法上無効なる點は裁判上の和解と區別あること

八五九 強制執行準備手續と新民訴

問 拜啓從來は判決正本は送達の申請を爲したる上に當事者へ送達せられたるも改正法によれば申請を爲さざるも、職權を以

第三章 民訴 第三節 民訴雜の部

三、先年本社が即決和解の原告の相手方となり、和解法廷に於て和解條項中「借家人其の附屬せしめたる造作は明渡しの際引取るべく家主に買取請求するを得ず」とあるを裁判官は不可とし、之を削除せしめたる事例あり、假りにこの和解に於て裁判官が此條項に氣附かずしてこの和解條項により和解を成立せしめたりとせんか、裁判所の過失の爲借主は故なく不利益を受くべき謂れなく、借地法はこの判官の過失によりて左右せらるるの奇觀を呈するに至らん
四、故に本件は債務者借主に不利なる部分即二十年は無効にして、第二條第一項の期間に依ることとなる、但し第二項を以て當事者の意思に適し、且つ法の精神に反せざるものとしてこの規定を類推適用すべきなり

て送達せらるるもの、由、その判決に執行文附與の申請をなすに從來は判決正本送達年月日の證明を申請し、之れを添付し上

訴有無の申請を爲し、この證明を添付して執行文附與の申請を爲したるものなるも、改正法による正當なる順序手続きを承り度候、次手に判決確定の證明は何れの場合に必要とするものなりや

右御示教下され度候也
答 一、執行の準備手續き即ち判決送達證明書上訴なきことの證明書を得て之を執行文付與申請に添付提出し、執行力ある正本を受書をもつて受取るまでの順序は新舊別段に變りあること

八六〇 民訴法第二九九條の證人と忌避

昭和四年(ク)第四百八十八號

民事訴訟法第三三三條は證人が第二百九十七條の規定に依り、證言を拒むことを得べき場合にのみ適用すべきものにして、同第二百九十九條に依りその證言を拒むことを得ざる場合にこれを適用すべからざるものにして、同條が證人をしてその列擧したる事項に付證言を拒絶するを得ざらしめたる所以は、證人が往々唯一の證據方法たるべく、證人をしてその供述を爲さしむるにあらざれば當事者をして證據提出の途を失はしむる虞あるを慮りたるに在りて、その必要は證人が原告若は被告その者の

なし(新法は申立なくとも職權を以て判決を送達するだけ舊法より便利となるに過ぎず)
二、次に判決確定の證明は前記「上訴なきこと」の證明「上訴ありたるも却下され、上訴期間経過したることの證明」大審院は唯判決の送達ありたることの證明に該當するものなるが故に判決が債務名義たるには常にこの判決の確定事實の證明を要するものなり

代理人として係争の權利關係に干與したる場合なると、原告若は被告の被相続人たる前主の代理人として干與したる場合なるとに依り毫末の區別なく、しかもその他何等後の場合に付同條の適用を妨ぐべき理由なきが故に右法條に所謂代理人中には原告先代の代理人として權利關係に干與したる證人の如きもまたこれを包含するものと解するを以て相當とす、故に同證人は當事者の親族なるの故を以て證言を拒絶し得ざるものとす、從つて相手方は同證人を忌避するを得ず

八六一 廢罷訴訟は債權者より

民法四二四條の廢罷訴訟は債權者から起すべきもので保證人としては損害の虞あるも起し得ず

問 甲は乙を連帶債務者とし丙を更に保證人に立て、數人の人から借金し居れり、然るに甲家の家産傾きかけ居るを、右乙丙等は憂慮しつゝありし處、今回甲は突然無證書なるA債權者に千三百圓の負債ありとて時價四千圓の不動産を登記の上提供したりと聞く、他に數人の債權者もあり保證人や連帶借用人もあるに而も千三百圓の債務に四千圓の不動産を無證書の債權者Aに提供したる所爲は、Aなる假裝の債權者を作りて他の債權者や保證人連帶借用人を害する考でやつた所謂民法の四二四條に該當するものでありませぬか、惟ふに甲は債務辨濟を免がれた後取戻す計畫ならんと思料す

右法條に該當するものとせば、保證人及連帶者は甲に對し甲の爲したる行爲の取消訴訟出來ると考へますが如何、之を提起するには甲A間に虚構の事實ある事を擧げねばならぬや、或は唯斯く信ぜらるゝ故提訴したとして差支なきや、右取消訴訟は強ち債權者でなくも、單に利害關係人でさへあれば常議上訴へ出來ると思ふが如何、甲の行爲は刑法上何等責任なきものなるや

詳細御教示願度候

答 無證書のAなる者に多數の債權者がありながら、而も債權額以上の不動産を提供したる甲の行爲は、所謂民法四百二十四條の詐害行爲に該當するものと信ぜらる

然し同條の廢罷訴訟は明かに債權者と規定してある以上、如何に利害關係人たる、保證人や連帶債務者と雖この訴權はないのである故に、他の證書の在る債權者から起訴して取戻すべきであるが、これは訴權者から債權者を害する事の證據を擧げなければならぬ、唯推斷のみではいけない、連帶債務者や保證人は他の債權者に辨濟すればそれを甲に返還請求が出来るのである尙保證人だけは催告の抗辨を主張し得るものである、最初より他の債權者を害する目的で借用し、Aなる假裝債權者を虚構せば勿論刑法上詐欺の責任あるも如何に無證書でも事實千三百圓の債務が存して居つたならば何等刑事上の責任はない

八六二 訴訟中に権利譲渡

訴訟中に権利譲渡は差支えなきも訴訟の承継は
出来ぬ別に訴えを要す判決後の譲渡は承継さる

問 茲に甲なる者より乙なる者に損害賠償請求の訴へを爲し、口頭辯論前に於て甲なる者の債権を丙なる者へ譲り渡を爲したり、就ては丙なる者は甲なる債権者の承継者なるを以て、口頭辯論に於て譲り渡證書に確定日附ある證書を以て證明を爲せば可なるや

又譲り渡行為ある以上は更に訴訟手續を爲す可きものなるや
磯谷學士の債權法論によれば訴訟中なるも債權譲り渡し得らる可き事は説明しあるも、前陳せし訴訟手續を改めて爲す可きものなるや、又は承継手續にて恰も戸主死亡後の相続人に於て相続人たる立證を以て訴訟手續承継する如くせらる可きや否やは不明に付差當り御指導を受くる必要あり、茲に質問に及び候
(備考) 田山卓爾氏の民事訴訟要覽を閱するに、大阪控訴院判決明治三十六年分あり、曰く

債權譲り渡の場合に訴訟手續の中斷又は中止を成すものにあらざれば債權譲り受人が其訴訟を受継せむとするは不適法なりとあり然るに大正十四年一月貴社發刊の國民法律四頁に、共有と

分割の訴訟と題する判例の理由の一節に

我民事訴訟法中には權利拘束の發生後爲されたる權利の譲り渡は訴訟に影響を及ぼさざる旨の規定存せず、又權利拘束の發生後權利の譲り渡を禁じたる法規存せざるを以て(中略)又權利の譲り受けに因りて共有權者と爲りたる者が、共同訴訟人として其の訴訟に加はらざる場合に於ては云々とあるを以て、觀れば其反面に於ては

債權譲り受人に於て共同訴訟に加はる事を得べきは判例の明示する所なるにより、單獨の訴訟に於ても債權譲り受人にて承継する事を得らる可し」と解して差支なきや否やの點にあり

答 債權の譲り渡の場合に我民事訴訟法は訴訟の承継を認めざる也、故に訴へ直すの外なし、確定判決を得たる後は、譲渡すれば承継人に執行文を下附さるべし(民訴五一九條)立法論としては判決前に譲り渡の場合にも訴訟の承継を許す可と信ぜらる、共有分割の判例理由反面の解釋は一應尤もの如くなれど右は理由の文章が不充分なので、乃ち訴訟中にも譲り渡は自由

也、無効に非ず譲り渡が訴訟に影響せずと云ふ事なし、故に先の被告等に對する判決としては失當なり、新譲り受人を被告と

八六三 他件の爲め訴訟中止

判決主文に包含せらる可き權利關係が他件で先
決さるゝ場合に於てのみ一方の進行中止する也

昭和二年(ク)第五百七十六號

一の事件に於て判断せらる可き或權利關係の成立若くは不成立が本訴訟に於ける裁判の前提を爲す以上、右の權利關係なるものは當該事件に於ける訴訟物たる否とを問はず、所謂先決的權利關係に依る中止の場合民事訴訟法第二百一一條に該當するものとせむか、中止を爲し得る場合は甚だしく頻繁且容易と爲り、乙事件に依りて甲事件を中止し更に丙事件に依りて乙事件を中止するが如きことも之を爲すに難からず、其の極或は殊更に問題を紛起せしめて以て他事件の進行を阻止するの弊も亦生ぜざる無きを保せず、事務の滯滞を來すは勿論裁判所も亦頻りに先決問題に對する他人の判断を參酌、商量せざる可からざるに至り妙からざる煩累を免れず、夫れ裁判は矛盾無きに如かざること言を俟たざると共に、又各裁判所が夫れ／＼獨自の意見に基きて判断を爲すことも、亦一面に於て司法權行使の要諦な

せざる可からず、乃ち訴へ直さざる可からずとの義也、斯る場合生ずるが故に假處分の方法なるもの存するものとす

らすんばならず、矛盾を避くと云ふも亦竟に程度の論なり、先決的權利關係に依る中止なるものは、此の權利關係が或る事件の訴訟物を成す場合を云ふと解す可きこと殆んど疑ひを容るべからず、何者斯かる權利關係に關する判断は所謂主文に包含せらるるものなるを以て、假令其の確定力の及ばざる他事件に在りても、亦之と矛盾する裁判は可成之を避くるを以て得策とすればなり、夫れ爾り、斯の如くにして後始めて數訴訟の内其の内何れを進行し何れを中止するやの不動なる標準も亦從ひて見出さるるなり、若所論の如く所謂權利關係なるものは其の如何なるものたるを問はずとせむか、例へば或る土地の所有者が甲なる不法行為者に對しては損害賠償を訴求し、乙なる無權原占有者に對しては明渡を訴求せりとせむに、各事件に於て原告の所有權が争はれたる場合には之を以て彼を中止するを得ると共に又彼を以て之を中止するを得ざる可からず、何れを進め何を止

めむ殆んど手を措くに處無からむとす、所論の誤れるや知るべ

きなり、採用するに勝えず

八六四 訴訟中被告死と判決亡

訴訟中に相手が死亡しても裁判所が之を知らず
に判決を言渡した場合其の裁判は無効とならぬ

問 一、債権者甲が債務者乙に對し支拂命令を申請したる所、乙はこれに對し異議申立をなしたる後辯論期日前死亡した、然るに甲は乙の死亡を知らずして開席判決を受け確定判決を以て執行するに當り乙の既に死亡し居る事を知つた、この場合甲より乙の相続人に對する手續き詳細に御教示下さい
答 一、甲は乙に對し乙の死亡を知らずして開席判決を求め、裁判所も又乙の死亡を知らずして甲の申請に依り開席判決を言ひ渡し、その判決が適法に送達せられ、乙側より故障を期日内に申し立てざるためその判決が確定したならば、甲は制規の手續きを經債務名義に基いて執行力ある正本の下附を受け、乙の相続人に對して強制執行をなす事が出来るのである

二、この場合甲は裁判所に對して訴訟手續き受繼及び本案辯論のため承繼人呼び出し申立をなすの要はないのである、蓋し訴訟手續き中斷なるものは中止休止といふが如き手續きを要せず、當然生ずる訴訟法上の効果であるからである、而して本問の如く裁判所も當事者も不知の間に生じた中斷事由が當然直にその效力を生じ、その後の訴訟手續きは全部無効であると解するのは正當なる訴訟法の解釋ではない
要するに中斷事由が生じた事を裁判所が知らぬ間は、その效力發生せず、また訴訟效力にも影響なしと解するを訴訟法の精神に最も適せるものと言はなければならぬ

八六五 擔保に對しては訴を以て權利を行使せよ

昭和六年(ケ)第六十九號(六、一、二十三、五民)
擔保として金錢を供託せしめて命じたる假差押の執行後、本案

訴訟に於て債権者敗訴の判決確定し、債権者右執行を取消したる場合に債務者は債権者に對し有すべき假差押の執行に因る損

害の賠償請求權に付供託金の上に質權者と同一の權利を有すること、民事訴訟法第五百十三條第三項、第五百十三條に依り又裁判所は債権者の申立に因り、債務者に對し一定の期間内に右の權利を行使すべき旨を催告し、債務者が其の期間内に權利の行使を爲さざるときは擔保取消に合意したるものとして、債権者の申立に因り擔保取消の決定を爲すべきことは同法第五百十三條第三項、第一百五條第一、二、三項に依り孰れも明なり、而して債権者に於て右の如き催告及擔保取消の申立を爲すは之れ即債務者が假差押の執行に因る損害の賠償請求權を有すること従て之に付供託金の上に擔保權を有することを争ふものに外ならざるが故に、此等の申立ある場合に債務者に於て此争ある權利を行使して、供託金を受取るには債権者に對して右の損害賠償請求權を主張する訴を提起し、判決に因りて之を確定せしめ該判決に依り自己の權利を説明して供託金還付請求の手續を爲すの外なきものと謂はざるべからず、然れば裁判所が債権者の申立に因り債務者に對し一定の期間内に權利を行使すべき旨を催告したる場合に債務者が其期間内に權利の行使を爲したりと爲すには、少く共其期間内に權利行使に必要な行爲として債権者に對し右の損害賠償請求權を主張する訴を提起する事を必

要とすべく、之を爲さずして單に裁判外に於て損害賠償の請求を爲し又は供託金に對する權利の實行を豫言せるが如き場合には、期間内に權利の行使なかりしものとして裁判所は債権者の申立に因り擔保取消の決定を爲すべきものと解せざるべからず蓋若し然らずとせば、債務者は催告期間内に右の如き裁判外の請求又は權利實行の豫告を爲したるのみにて、擔保取消決定を免れ任意に其權利行使を遅延せしむることを得るに至り、同法第一百五條第三項の立法の趣旨を没却すべければなり

第三章 民訴 第三節 民訴雜の部

第四章 刑事

第一節 刑法の部

八六六 無錢宿泊と詐欺罪

當初は支拂ふ意思にて宿泊遊興しても不能を知りて欺いて同家を脱出したる場合亦詐欺罪たり

大正十五年(れ)第一四五三號

上告趣意書第一點第二點原判決は事實理由第二事實(イ)に於て被告人は大家探動代方に於て宿泊遊興費等金七十六圓二十五錢の内金三十圓を支拂ひ、殘金は支拂の意思なきに拘はらず之れ有るもの如く装ひ、家人に對し夕方歸來すべしと申偽り、其旨欺罔し同家を立去り、因りて殘金四十六圓二十六錢の支拂を免ると説明し、同上(ロ)に於て被告人は國光マキ方に於て宿泊し、宿泊料支拂の意思なきに拘はらず之れ有るもの如く装ひ家人に對し役場附近に行き直ぐ歸ると申偽り、其旨欺罔し、同家を立去り宿泊料八圓五十錢の支拂を免れ云々と認定判示し、刑法第二百四十六條を適用處斷したり、然れども詐欺罪は他人を欺罔する行爲を爲し相手方が錯誤に陥り、其結果財物の交付

又は利益の供與を爲すに依り成立するものにして、欺罔行爲と財物交付又は利益供與の間に因果の關係あることを要す、故に無錢飲食又は無錢宿泊の如き場合に於ては其利益を受くる以前即ち飲食宿泊前に於て欺罔行爲が行はれ、其飲食宿泊は錯誤の結果たる場合にあらざれば詐欺罪の成立を見ることなし、原判決は前示(イ)事實を殘金詐欺と認定し(イ)(ロ)事實に付孰れも被告人が遊興若くは宿泊を爲したる後之が代金支拂義務に對し欺罔手段を講じて其義務を免れたるものと説明したり、然れども欺罔手段を以て宿屋を立去りたりとするも、之が爲其代金支拂義務を免るゝものにあらずして、宿屋は被告人に對して之が代金支拂を求むるに私法上の權利を有するや言を俟たず、故に原判示の如くせんか、被告人が宿泊前若くは宿泊中に於ては何

等の欺罔行爲なく、且代金支拂の意思を有したるも其旅費を支拂するに際して、始めて欺罔行爲を施したりと云ふに在りて欺罔行爲の結果利益の供與を受けたるものにあらずと云はざるべからず、何となれば被告人の利益たる宿泊又は飲食は欺罔行爲前の行爲に屬すればなり原判決が(イ)(ロ)の事實と(ハ)の事實とに付同種の事實を認定しながら欺罔行爲の點に付、別異の説明を爲したるより見れば(イ)(ロ)の事實は欺罔行爲と利益との間何等の因果關係を有せざるものとす、然るに原判決が之に對し詐欺罪の法條を問擬したるは理由不備の不法あるものと信ずと云ふに在り、按ずるに宿泊若くは遊興に關する詐欺は所論の如く、通常當初より宿泊料若くは遊興費支拂の意思なきに拘はらず、之を支拂ふもの如く装ひ宿泊若くは遊興する事例多しと雖も、必ずしも斯かる場合にのみ限るものに非ず、即ち宿泊若くは遊興當初は宿泊料若くは遊興費を支拂ふ意思なかりしものに非ざるも、宿泊若くは遊興に依りて一定の債務を負担したる後詐欺の手段に依りて其の支拂を免ることも亦刑法第二百

四十六條第二項の詐欺たること、毫も疑ひを容れず、而して其の所謂支拂を免るるとは債權者をして詐欺に依り錯誤に陥り宿泊料若くは遊興費の支拂の免除又は支拂延期承諾の意思を表示せしむる等法律上或は無効なるか或は取消し得べきものにせよ外見的法律上の利益を獲得したる場合は勿論、詐欺の手段を施し依つて法律上より觀察すれば依然として其債務を負担せりと雖も、事實上債權者を錯誤に陥れたる結果當然受くべき即時の支拂請求を一時にもせよ免れたる場合をも包含すと解せざるべからず、而して原判決第二事實(イ)(ロ)は孰れも右宿泊料及遊興費又は單に宿泊料のみに關する後段の詐欺即ち一旦此等の債務を負担したる後、詐欺の手段を施し債權者を錯誤に陥れたる結果當然受くべき支拂請求を一時免れたる趣旨に於て、被告人の詐欺行爲を認定したるものと解し得べきを以て、之を刑法第二百四十六條第二項に問擬したるは相當にして原判決は所論の如き理由不備の不法あるものに非ず、論旨理由なし

八六七 保險金詐取目的の放火と詐欺は併合罪也

昭和五年(れ)第一七二九號(五)、十二、十二、四刑)

被告人が自己所有の家屋及其家屋内に存在する動産に付、火災

保険契約を締結したるを奇貨とし該保険金騙取の目的を以て家屋に放火し之を全焼せしめたる後右放火の事實を秘し、原因不明の出火に因り焼失したるもの如く装ひ其旨を保険会社に通知して、同会社をして誤信せしめ同会社より保険金の交付を受けて之を騙取したる場合に在りては、其の放火行為は縱令保険金騙取の目的に出でたりとするも、詐欺の豫備行為たるに止ま

八六八 民法の効果は詐欺罪成立に關係なし

昭和五年(レ)第二〇四二號(六、四、九、二判)

金錢は一定の數額を以て受引の目的と爲したる場合と雖、之を可分的に取扱ふを常とするを以て、詐欺の手段に因りて單一に金圓の授與せられたる場合に於ても必ずしも之を不可分的に觀察するを要するものに非ず、從つて其全部に付てのみ詐欺罪の成否を決すべきものと爲さざるべからざるの理由なく、事情の如何に因り其の一部に付詐欺罪の成立を認むることを得べし、

り、未だ以て欺罔行為に着手したるものと云ふを得ずして、其の放火の事實を秘し原因不明の出火なるが如く装ひ其旨を保險会社に通知するに及んで始めて欺罔の着手ありと云ふべく、又放火又は詐欺の行為は性質上一方の手段として普通に用ゐられ、若し其一方より生ずる當然の結果なりと云ふを得ざるを以て、被告人の行為は放火及詐欺の併合罪を構成するものとす

然れども借用證書を徴して金圓を貸與するが如き場合に於ては借用證書の眞正なることに重きを置き、其の證書に不正の廉あるに於ては、金圓の授受を拒否するを普通の狀態とするを以て變造の證書を差入れ金圓の交付を受けたるが如き場合は、特別の事情あるに非らざれば其全部に付詐欺罪の成立を認むべく該金圓の交付に伴ふ民法上の效果如何の如きは、詐欺罪の成否に關係なきものとす

八六九 内縁の妻を酌婦に入れて恐喝

問 甲主人、乙婦女を酌婦として雇入れたり、その後甲乙情交

内縁の夫婦は夫婦にあらずこの夫婦が共謀して前借を踏まんとするもその手段が恐喝等の行動に出でざれば罪とならず

しつゝあり、乙に内縁の夫ありて乙と相談をなし前借金を踏ま

んと計る、これは前借金の共謀詐欺とか、または内縁の夫が乙を教唆して、情を通ぜしめたるものとせば教唆罪になるものなりや

答 一、内縁の妻なるものは法律上これを認めず、從つて甲乙の情交は兩者罪とならず

八七〇 絶交の解除で恐喝罪

昭和二年(レ)第九八六號

一定の地域に於ける住民團體が其住民の一員に對し絶交すべき旨を通告し、之を畏怖せしめて財物を交付せしめたる場合に於て、恐喝罪の成立すること論なし、而して右絶交の通告を受けたる住民が該絶交の解除を得んと焦慮するに乘じ、其の者に對して若干の金員を提供するに非ざれば決して絶交を解除せず、依然之を繼續すべしと告知するは害悪を通告するに外ならざれば、之に依りて不法に財物を交付せしめたる時は假令其の財物は絶交解除に依る利益に相當するものとするも、之が爲に恐喝罪の成立を妨ぐべきに非ず、原判示第二の事實に據れば被告人は同一部落の住民の一員たる黒澤伍助が其非行に對し部落民

部落民からの絶交を解除する條件にて金圓を領收するは同じく絶交繼續の畏怖による恐喝犯也

より絶交せられたる爲、多大の苦痛を感じ其の實兄黒澤由松を介し、部落民一同に對し謝罪し、絶交の解除を懇請するや、同人を恐喝して金圓を交付せしめんと欲し、由松に對し此際伍助に於て二三百圓を出金するに非ざれば絶交を繼續し、其の解除の懇請に應ぜざるべく、若し同部落民中に於て之に反對する者あらば、伍助同様絶交すべき旨揚言し、由松を経て其の旨を伍助に傳へ、之を畏怖せしめて不法に金百圓を交付せしめたる者にして、被告人の行為は伍助の懇請を排斥し絶交を繼續すべき旨の害悪を通告し之に依りて伍助を畏怖せしめ不法に金圓を交付するに至らしめたる事實なれば原判決に於て判示事實に付恐喝罪の成立を認め刑法第二百四十九條に問擬したるは相當なり

八七一 恐喝で権利の回収は不問

問 請求する権利がある以上、多少の詐欺手段又は恐喝を施して回収しても差支なしとは、曾て判例で承知しましたが右は絶對的に然るものなりや、又は其場合と程度により矢張り刑事問題となることあるものなりや、確たる處御説明を願ひたき也

答 然り、権利の實行を圖る上に於て詐欺手段や恐喝手段を施しても不法の利益獲得に非ざる故、犯罪を構成せずとは學說判例の等しく認むる處也(四、五、一三、大刑五判決其他)然れどもオドカシにも程度あり、今日借金を返さざれば俺達に命知らずだ今夜にもドンなことを仕出すかも知れず、など、脅迫的に出づる時は、財産取得目的の有無に關せず刑法二二二條の脅迫罪成立するもの故、斯る肉迫的脅かしは債權取立の目的あると否とに拘らず別箇獨立の犯罪を構成するものとす、恐喝と脅

八七二 立退料請求で恐喝罪成立

昭和七年(れ)第二六九號

被取消乃至は契約解除の理由を有したりと假定するも、其の理由に基きて借家人に其の家屋の明渡を現實に請求するには、執行力ある債務名義を有せざるべからず、即ち訴訟を経ざるべからず、訴訟を経るの手續を省きて裁判外に於て権利を實行せんとするは、即ち示談なり、示談とは法律上權利ある者も讓歩する事を必要とするが普通にして、家屋明渡問題の如きに於ては家主は法律上其の義務なきに拘らず滞納家賃を免除し或は移轉料等を提供するを普通とす、即ち示談の場合借家人が法律上の權利なきに拘らず移轉料等を請求するが如きは社會の實情に照して決して不法の行爲に非ず、現に各裁判所に於て家屋問題につき和解を勧告せらるゝ場合には、移轉料を家主に於て提供すべきことを提案せらるゝ例少しとせず、又本件の長野地方に於て警察の人事相談係に於ても同様の取扱を爲したる事多々あり、斯く見來るときは本件被告の行爲は各借家人の權利に屬する金圓請求少くとも不法に非ざる金圓の請求を家主に對して代行したるものにして、その所爲は決して不法に非ず、罪無きものと謂はざるべからず、原判決が此の點の検討を爲さずして漫然有罪と判決したるは理由齟齬判断遺脱の不法ありと謂はざるべからず、原判決の引用する第一審判決は被告が被害者等に對

不利益の獲得に非ざる故詐欺恐喝不罰か脅迫獨立に別犯罪也

追とは自ら限界區別存するものとす、權利の回収に多少不穩の詐術や恐喝手段ありとても可なりと云ふは、右の如き手段だけでは獨立的に犯罪たる脅迫の如きを包含するものに非ず、乃ち單なる詐言や恐喝文句は罪とならざると同様、之を財産取得の目的に應用しても其取得が不法の獲得に非ずして、權利の實行に係るものなる時は一般詐欺取財罪や恐喝取財罪の如く不利益取得に非ざる故罪とならずと云ふ所以に過ぎず、乃ち其取財と分離して其手段のみにて暴行又は脅迫に該當する時は此犯罪成立すとの謂れ也、故に若し此暴行又は脅迫が不利益獲得に應用され居る時は強盜罪となるべき筋合のものとして、之にて大體を諒解されたし

示談金を出さなければ訴訟で多額の損失を與へる杯の言は恐喝

辯護人細迫兼光上告趣意書本件事實に於て家主は夫々契約の無

し種々不穩にして、もし被告人等の請求を容れずんば巨額の損失を招來するもの、如く思惟せしめて恐喝したりと爲せども、判決の認定せるが如き程度を行爲は示談に於ては掛引上の當然の手段なり、蓋し示談に於て有利なる結果を得んとせば相手方をして當方の請求を容れずして示談不調に終らばより以上の損失を相手方に於て蒙るべき事を説明することが普通にして、此の掛引を以て恐喝と見るは當らず、然るに原判決が右の如き所爲を以て恐喝と認定し刑法第二百四十九條を適用したるは重大なる事實の誤認を敢てし、從て法の適用に於て錯誤に陥れるものと云はざるべからずと云ふに在れども、借家人が家屋賃貸借契約の締結に際し家主に對し其身分職業等を詐りて其の申込を爲し、家主は其欺罔に依り承諾を爲したる後に至り、詐欺に依る契約なることに氣付き之を理由として暗黙に其取消の意思表示を爲す手段として借家人に對し家屋の明渡を求めたる事實を認めたる趣旨にして、從て家主の該家屋明渡の請求は素より正當なるが故に、明渡請求の不當なることを前提として借家人に移轉料等の金圓請求の權利あるものと爲し、因て被告人の行爲が恐喝罪に該當せざることを主張する所論は當らず、且借家人が何等法律上の權利なきに拘らず家主に對し移轉料を請求する

ときと雖其の借家人又は第三者が、家主に對し平穩なる態度を以て交渉を爲し家主をして自發的に利害の打算較量の上金員を提出するに至らしむるが如きは格別なるも、其の然らずして原判決認定の如く不穩なる言辭を弄し又は威嚇的態度を用ひ若し請求に應ぜざれば或は巨額の損失を蒙るべく、或は又身體生命

八七三 差配人の忤が家賃を横領

昭和六年(れ)第一二一六號

刑法第二百五十二條第一項の横領罪は自己の占有する他人の所有物に對し領得行爲を爲すに依りて成立す、而して刑法第二百五十五條に於て同法第二百四十四條の規定を準用せるを以て犯人が親族又は家族の委託により占有せる親族又は家族の所有物を擅に領得したるときは同條に依り其刑を免除し、又は告訴を待て其の罪を論ぜらるべきものなりと雖、其の領得したる物にして犯人の親族又は家族にあらざる者の所有物なるときは、縱令其の占有が犯人の親族又は家族の委託に基きたる場合と雖之に對し該法條を適用すべきものに非ざること勿論なりとす
本件に於て原判決の認定したる事實は被告人の父尾花徳太郎は

に對する危害を受くるに至るやも計られざるべきことを暗示して家主を畏怖せしめ、其の畏怖に乗じて移轉料等の名義を以て金員を交付するに至らしめたる場合に於ては、同罪の成立すること疑なき所とす

昭和七年五月二十三日

大審院第一刑事部

父の命で取立て、も父のものではないから其の消費は免刑とならない

豫て堀江文次郎の爲に同人の所有に係る東京市豊島區巢鴨町二丁目十七番地所在家屋五棟十八戸の差配を爲し、家賃取立等に從事し居りたるが差支あるときは屢々被告人をして右家賃の取立を爲さしめ居りたるころ、被告人は斯くして昭和三年一月以降同四年八月迄の間前記家屋の借家人村松圓之助外數名より取立て、保管中の家賃中合計約千九百二十一圓が前記文次郎に屬することを知り乍ら其の頃犯意繼續して數回に之を東京市巢鴨町其の他に於て飲食遊興等自己の用途に費消して横領したりと云ふに在るを以て、此の認定事實に依れば被告人が領得したる金員は被告人の父徳太郎が被告をして取立てしめたる家賃中の一部なりと雖、該家賃は被告人の父徳太郎の所有に非ずして

堀江文次郎の所有に屬し而も被告人は該事實を知り乍ら、之を領得したるものなれば前項説明の如く被告人の右行爲は普通横領罪を構成すること明なりとす然れば原判決が本件被告人の行爲に對し刑法第二百五十二條第一項第五十五條を適用し同第二

百五十五條同第二百四十四條を適用せざりしは正當にして、原判決には所論の如き違法あることなく論旨は其の理由なし
昭和六年十一月十七日
大審院第四刑事部

八七四 小作米の賣却と横領

地主に納むべき小作米は特約なき限り納むる迄は小作人の物也之を融通しても横領に非ざる也

問 土地賃借料たる小作米を小作人が占有中勝手に賣買したるときは横領罪となるや否や又自己の利益を圖る爲め地主を欺罔して實際買價を偽りしときは詐欺取財罪となるや否や
答 右差掛り事件發生候に付御鑑定相仰ぎ候也
答 小作料たる小作米は地主に納付する迄は小作人の所有物也之を他に賣却しても横領罪とならず、同種の米又は相當金額を納むれば小作人の義務を果したる事となるものとす、故に其賣

買價格を偽りても地主に被害なし、詐欺罪とならず、收穫中何分の一は地主の所有たる如き契約ある時は、共有物故持分を越へた處分は横領罪となるべく、尙其價格を賠償するに當り之だけにし賣れざりしとして時價を欺き決済したる時は欺詐罪となる也、要するに特約なき限り小作米は前段の如き性質を有するものと解せらるゝを以て横領罪等の制裁なきものと斷定せらる可き也

八七五 強盜罪の成立要件

暴行又は脅迫の手段により被害者を畏怖せしめ又は其の反抗を抑壓し、因つて財物を領得したるに於ては被害者より財物を提供せしめ收受したると其の提供を待たず、進で之を奪取したる

とを問はず、共に刑法第二百三十六條第一項の強盜罪を構成する同條第二項の罪は財物の奪取と不法利得とを異にする外、同條第一項の罪と其構成要素に差異あるべき理由なき故、現に價

務の支拂を免るる目的を以て暴行又は脅迫の手段に因り、被害者をして債務の支拂を請求せざる旨を表示せしめ、支拂を免れたる右手段を用ひ被害者をして精神上又は肉體上支拂の請求を爲すこと能はざる状態に陥らしめ、支拂を免れたるとを問はず共に暴行脅迫を以つて財産上不法の利益を得たるもので強盜

八七六 強盜の傷害は重き一罪

昭和六年(れ)第一〇三三號

刑法第二百四十條前段の強盜傷人の罪は強盜を爲す者強盜を爲す機會に於て他人に傷害を加へたるにより成立し、苟も傷害が強盜の機會に於て爲されたる限り右財物強取の手段として行はれざりし場合と雖右犯罪を構成するものにして、此の場合に於て同法第二百三十六條の強盜の罪と同法第二百四條の傷害の罪との成立を認むべきものにあらず、蓋し強盜の機會に於ては致傷致死等の如き慘虐なる行爲の伴ふこと少からず、其の害悪たる洵に怖るべきものがあるが故に、刑法が特に斯る行爲を以て強盜罪の加重情状と認めたるものにして、従つて苟も斯る行爲に出でたる以上其の如何なる目的に依り爲されたるやを問はず

罪を構成する、換言すれば同條第一項二項共強盜罪の成立するには暴行脅迫と財物奪取又は不法利得との間に因果關係あれば足り、常に必ずしも被害者の意思表示あるを要するものではない(昭和六年(れ)第二四八號六、五、八、四刑、強盜被告事件)。

傷害は強盜の手段のみでなく廣く含めて強盜傷人の重き一罪を成立

等しく嚴罰を以て臨む法意なること明なればなり、本件に於て原告が證據に依り認定したる事實は被告人は金員強取の目的を以て、昭和六年三月五日面部を覆ひ刃渡約四寸の小刀一挺及約三尺の棒一本を携へ、高橋宇吉方に至り同人を呼起したる上同家土間に於て同人に對し右小刀を突付け金を出せと脅迫したるも、同人に於て出刃庖丁を取出し抵抗したる爲之と格闘を爲し右小刀を以て同人に斬付け其の左手腕關節部に切創等を負はしめたるも遂に金員強取の目的を遂げざりしと謂ふにありて、被告人は當時強盜の實行に著手し其の實行の意圖は右傷害の當時まで繼續存在し居たるものなること明なるを以て、被告人は財物強取の手段として右傷害に及びたるものと認むべく、此の點

に於て論旨は既に理由なきのみならず假に所論の如く被告人が財物強取の手段として右傷害を加へたるものにあらずとするも苟も右傷害が強盜の機會に於て爲されたるものなる以上、強盜

傷人の罪の成立すべきこと前叙の如くなるを以て、原判決には擬律錯誤を論すべき餘地なく論旨は理由なし
昭和六年十月二十九日
大審院第一刑事部

八七七 屋内殺人と罪數

昭和四年(れ)第一三九七號

住居侵入は屋内における殺人の手段として普通用ひらるゝ行爲なるを以て、當初より殺人のための手段となすの意思ありたると否とは問はず、苟も住居侵入の行爲ありて然る後殺人の行は

れたる以上は該住居侵入を目して殺人の手段たりといふを妨げず、何となれば刑法第五十四條後段の牽連罪は同條前段の想像上の競合犯と均しく、客觀的に犯罪行爲の性質を基準とし法律上これを一個の犯罪となしたるものなればなり

八七八 適法訪問者も他室に不承諾侵入は犯罪也

昭和五年(れ)第一〇二六號

何人も其の住居の如何なる部分と雖、濫りに之を侵害せられざる保障を有するを以て、縱令當初適法に人の住居の一室に入り

たる者も爾後家人の承諾なきに拘らず、故なく他の室に入りたるときは直に住居侵入罪を構成すべきものとす

八七九 傷害意思なき暴行と結果責任

昭和三年(れ)第一八四二號

苟も暴行を加ふる意思ありて暴行を加へ傷害又は致死の事實を生じたる以上は、假令傷害を加ふる意思なかりしとするも、愛

に傷害罪は成立し所謂結果犯として罪責を負担するものにしてその故を以て直ちに意思なき行爲を罰するものと謂ふべきにあらず、故に若し暴行を加へたる人を傷害するに至らざるときは

刑法第二百四條を傷害に因り死に致したるときは刑法第二百五條を適用すべきものとして、その結果の輕重に因り刑に差等あるに過ぎず、たゞ刑法第二百八條の文體と刑法第二百四條の用例と稍差異あるが如きも是れたゞ文章に精粗の別あるに止まりその是れあるが故に彼是立法の趣旨において相違あるにあらずるを以て、解釋を異にすべきものにあらず

傷害罪は暴行々爲の意思あれば足り、行爲者においてその暴行は傷害の結果を生ずることあるべき性質を有するものなることを認識するを要せず、蓋し暴行なるものは動もすれば傷害の結果を伴ふこと多きを以て、法は結果犯として行爲者はその罪責を負担せしむるものなるが故に行爲者においてその暴行に付て認識あれば可なり、その暴行が延びて如何なる傷害を生ずべき性質のものなるやを知らざりしとするも傷害罪を以て間擬するを妨げざるなり、若し夫れ傷害罪の結果發生に付あるひは過失を必要とし、あるひは豫見し得べきことを條件とする立法の下において傷害を生ずべき性質の認識を要すべしといへども、我國刑法はこの主義を採用せず

八八〇 暴力行爲と共同の意義

昭和六年(れ)第一一〇一號
被告人武男辯護人松浦松次郎上告趣意書、上告人が被告人滝幸吉をして齋藤利義方前道路より同人方玄關硝子戸及二階硝子窓に各玉石二個宛を投付けしめ之を破壊したる點に關しては、第二審判決は暴行行爲等處罰に關する法律第一條第一項を以て間擬せられたり然れども同條「數人共同して」とは同條前段「多數の威力を示し又は兇器を示し」の言辭並に成法の趣旨より解釋

被害者に於て數人共同なりとの認識を要せず加害者又明示不要

すれば尠く共加害者に於て數人たることを相手方に認識せしむべき手段又は方法を講ずるか、又は被害者に於て多數たることを認識したることを要件と爲さざるべからざるものと信ず、而して被告人滝幸吉第一審公判廷の供述によれば同人は相手方より發見を恐れ暗夜に乗じて投石して逃走したるものにして、證人たる被害者齋藤利義も亦多數人員たることの認識を缺如し居るを以て、上告人等の行爲は同條を以て間擬せらるべきものに

あらずして、却て刑法第二百六十一條に該當し同法第二百六十四條により告訴を俟つて之を論ずべきものにして、未だ被害者より告訴なき本件は刑事訴訟法第三百六十二條により無罪の言渡をなすべきものなるに不拘、事故に出でざる第二審判決は擬律錯誤の裁判にして破毀を免がれざるものなりと信ずと云ふに在れども、暴力行爲等處罰に關する法律第一條第一項に所謂數人共同に依る犯罪の成立するには犯人が數人共同して犯罪を實行したる事實あるを以て足り、被害者に於て犯人の數人あることを認識するの要なきものとす、原判示事實に依れば被告人幸吉及村山運太郎は被告人武男の教唆に因り共同して刑法第

二百六十一條の罪を犯したるものなるを以て、被害者齋藤利義に於て被告人等の數人なることを認識せざりしとするも被告人幸吉等の行爲は暴力行爲等處罰に關する法律第一條第一項の犯罪を構成するものとす、而して本罪は親告罪に非ざること明白なるが故に被告人幸吉等の本件犯罪に付被害者の告訴なしとするも該犯罪を教唆したる被告人武男を該犯罪の教唆者として處斷したる原判決は相當にして、所論の如き違法あるものに非ず論旨は理由なし

昭和六年十二月二十一日

大審院第一刑事部

八八一 俺達に手向て商賣が立行くか

昭和七年(れ)第六六七號
刑法第二百二十三條第一項の罪は同條所定の脅迫又は暴行を手段として人をして義務なきことを行はしめ、又は行ふべき權利を妨害したる場合にして、其の對象となるべきものは人の自由に對する侵害を保護するに在りて同法第二百三十六條の對象が財産權に對する侵害を保護すると其の趣を異にすること更に論

と新聞記者が脅迫し料理店營業者が恐れをなして告訴中止之は刑法第二百二三條に該當罪

を俟たざる所なり、而して新聞記者が料理店營業者に對し俺達に手向ひして此の商賣が遣つて行けるかと申聞け、若し料理店營業者が其の意思に逆ふに於ては同人若し其の經營する料理店に關し不利益なる自己の新聞に掲載すべきことを告ぐるは、即ち名譽及財産に對し害を加ふべきことを以て脅迫したるものにして因て同人をして告訴を爲すことを中止せしめたるは則ち其

の行ふべき権利を妨害したるものに外ならず

八八二 程度を超へたる辨済の要求は脅迫罪也

昭和五年(れ)第四九二號

恐喝罪は不法に利益を得る目的を以て人を恐喝し因て被害者をして其の財産に對し不利益なる處分を爲さしむるに因りて成立するものなれば、法律上他人より財物又は財産上の利益を受くべき権利を有する者が其の権利實行の爲恐喝手段を施行するも恐喝罪と成らざるは該罪の構成要件の一たる財産に關する不法利益の要件を欠缺するが爲に外ならず、之が爲に恐喝手段たる行爲に付ては他の罪名に觸るゝも之を不問に付する趣旨に非ずして、其の觸れたる罰條に問擬すべきや論を俟たず、蓋し權利の行使は法律の認むる範圍に於てのみ爲すべきものなること勿

昭和七年七月二十日

大審院第三刑事部

論なれば、其の範圍を超越して爲したる行爲にして罰條に觸るゝ場合に其の觸れたる限度に於て權利の行使に屬せず、犯罪行爲を組成すればなり、故に債權取立に際しても法律上限度あり吾々は命知らずだ同類が二十人や三十人迎へに行けば直にやつて來る今直ぐ金を寄越されれば家でも何でも叩きこぼす旨の言を弄し且執れも腕捲りを爲し以て其の債務を辨済せざるに於ては身體に危害を加ふべき態度を示して脅迫するが如きは債權行使の範圍に屬せずして、刑法第二百二十二條の脅迫罪を構成するものとす

八八三 團體の背景と脅迫

團體を背景とする脅迫は其團體の性質や善惡を問はざるもの故假令正當團體を表明しても成立

大正十五年(れ)第一五六九號

上告趣意書第一點原判決の採用したる第一審判決は、其事實理由に於て「被告人は農民組合員なる處賀兄梅吉より同人の數年

來小作し居りたる敷内竹次郎所有の京都府久世郡寺田村宇寺田小字北川畑の田地を久乘新太郎が買取りたるより、同人との間に爾後引續き該田地を小作するや否やに付交渉中なる旨周知し

居りたる折柄、大正十五年五月十日北尾喜造が右新太郎の依頼に基き前記田地を耕作せんとするを發見し憤慨の餘り同人に對し荒き言語を以て此の田地は未だ話付き居らざるに小作すれば自分は農民組合に加入せる故、後日大事に至るも知れぬぞ、又は斯かる者故如何なることを爲すやも計られず、自分も汝が他村の者ならば殴り倒すべしと申聞け、以て農民組合なる團體の威力を示し同人を脅迫したるものなり」と判示し、被告人を暴力行爲等處罰に關する法律第一條に問擬したり、然れども同條に所謂團體とは常に暴力行爲を用ゆる團體若くは妙くとも無賴漢を組成分子と爲す團體を指稱する謂ひにして、農民組合の如き小作人と地主との間に在りて穩便なる手段に依り、兩者の利益を増進せんとするが如き、而も眞面目なる農民労働者を組成分子とする團體を謂ふものに外ならざるなり従つて被告人は自分は農民組合に加入し居るが故に云々と判示喜造に申入れたリとするも、之れが爲め同法の所謂團體の威力を示して相手方

を脅迫したるものと謂ふことを得ざるなり、況んや右判示に依れば、被告人は右喜造に對し判示田地は未だ話付き居らざるに、小作すれば自分は農民組合に加入せる故、後日大事に至るも知れぬぞと注意を與へたるに過ぎざるに於てをや、然るに原判決は此點を看過し、被告人を前示法條に問擬したるは擬律錯誤の違法あるものにして、破毀すべきものと信ずと云ふに在れども、暴力行爲處罰に關する法律は團體を標榜し、之を背景として其の威力を利用し暴力又は脅迫の罪を敢行する者を取締る爲に制定せられたる法規にして、團體運動其のもの取締る目的とするものに非ざるが故に、假令團體其のものは正當の目的を有し常に暴力行爲を爲さず、又團體員に不逞の徒なしとするも之を背景として其の威力を利用し、暴行又は脅迫の罪を敢行するときは其の行爲は該法第一條に該當するものと解せざるべからず

八八四 非團體の暴行も嚴罰

新法の暴力取締法は團體背景と無關係の場合でも數人共同暴行の時適用され告訴なくも嚴罰也

大正十五年(れ)第二〇〇五號

第四章 刑事 第一節 刑法の部

辯護人波多野隆助上告趣意上第一點原審判決は、被告重勝は岡

山市上通區所在岡山銀行新築工事に付下請負を爲し、其の徒弟として被告一男新助等を使役し、被告一男以下を其の被備者として共に工事に従事中(一)大正十五年七月十四日加地政一が屋上より放尿したる飛沫が、被告重勝にかゝりたるを憤慨し、犯意を共通して右政一に共同毆打を加へ(二)被告重勝一男新助は犯意を共通し四月二十四日電機職工世話役谷田久美に對し電氣職工等が石段用石材を損壞したるを詰責し、共同毆打し、暴行を加へたりと認定し、之に擬するに大正十五年法律第六十號第一條第一項を以てしたり、依つて考究するに同法條は其立法の由來に徴するに、前述の如き單に複數の者が暴行を爲したる一事を以て直に之を問擬するの法意にあらざるなり、同法は其名の示すが如く、暴力行爲に關する取締を以て主眼とし、近時動もすれば暴力を以て或種の目的を強行せんとする團體行動を爲す者頗出するに當り、之が取締を嚴密にするが爲制定せられたる法規なるを以て、其第一條は叙上の目的を以て組織せられたる團體員又は多衆の一員が、其威力を示し又一個人と雖も團體又は多數を假裝して其威力を示し、暴行脅迫等を爲したる場合換言すれば團體又は多衆を背景として暴行其他を爲したる場合に對し適用すべき法規なる事洵に明かなり、然るに被告等は何

等特段なる目的を以て團體を組織し又は多衆集合したるにあらず、平素石工なる自己の職業上使役被備の關係に於て複數人が同一の場所にて業務に従事中、偶々其内の一人が他より凌辱又は損害を蒙りたる爲め、之が理非を糾さんとし期せずして同一場所に於て不法行爲者を詰り、之に暴行を加へたるに過ぎず其間通謀又は共同して暴行を爲したるものと認むべき事實なく、團體若くは多衆を背景として行はれたるものにあらず、何等同條に違反ありと認むべき事實存在する事なし、若し原審判決の如くんば會議宴會學校停留場浴場寄席其他苟しくも多數人の集合したる場所に於て、同職又は同行の數人が期せずして暴行を爲したる場合、即ち單純なる複數人の偶發犯行も悉く之に問擬せざるべからざるに至るべし、斯くの如きは斷じて本法の眞意にあらざるなり、而して原審の事實鑑定によれば被告の所爲は刑法第二百八條に該當する單純なる暴行罪たるに過ぎず、然るに被害者は何れも告訴を爲さざるを以て、處罰條件を欠缺し結局被告等に對し無罪を言ひ渡すべきものなるに拘はらず、原審が暴力行爲取締法規を適用し、有罪の判決を爲したるは法令を不當に適用したる違法あるものなりと云ふに在れども、大正十五年法律第六十號第一條第一項には(前略)「若くは數人共同し

て刑法第二百八條第一項第二百二十二條又は第二百六十一條の罪を犯したる者は、三年以下の懲役又は五百圓以下の罰金に處す」と規定しあるを以て、苟しくも數人共同して、前示法條所定の罪を犯すに於ては、假令所論の如き或種の目的を以て組織せられたる團體又は多衆を背景として暴行其他の行爲を爲したる場合に非ずとも、右法條所定の制裁を免るゝことを得ざるものと解すべく、之れ同法制定の趣旨に徴するも疑ひを容れざる處なり、蓋し近時種々なる社會的原因よりして、暴行脅迫器物毀棄面會強制強談脅迫等の行爲を敢てする者逐次其數を増加し、特に團體又は多數の威力を藉り又は數人共同して其

八八五 公務執行の妨害罪範圍

昭和六年(れ)第一四八一號

公務執行妨害罪の成立するには、其の妨害が公務員の適法なる職務の執行に當り爲されたることを要し、而して特定の行爲が職務の執行たる爲には該行爲が其の公務員の抽象的職務權限に屬する事項に該ることを要するや勿論なりと雖、公務員は苟も其の抽象的職務權限に屬する事項なる限り、個々の場合に於て

執行者が多少法規を誤解し居る場合でも其の妨害は公務妨害也

強力を利用し之等の犯行を爲す者續出跋扈するに至れるも、從來の刑罰法規によれば之等の犯行中或は親告罪たるものあり、或は其制裁輕きに失するものあり、又或は之等不良の徒を援助し利用する者に對する取締規定を缺如せる關係あり、而して十分に叙上の如き犯行を防遏し以て社會の安寧秩序を維持するに足らざるが爲、本法の制定を見るに至れるものなるが故に、其の適用を以て獨り團體又は多衆を背景とする暴力の場合に限るとするが如きは固より狭きに失し、時弊を救済するの目的を達すること能はざればなり

其の職務執行に必要な條件たる具體的事實の存否並法規の解釋適用を決定する權能を有するが故に、個々其の職務を行ふに當り職務執行の原因たるべき具體的事實を誤認し又は當該事實に關する法規の解釋を誤り適用すべからざる法規を適用したりとするも、該行爲が其の公務員の抽象的職務權限に屬する事項に該り、該公務員として眞實其の職務の執行と信じて之を爲し

たるに於ては其の行爲は一應其の公務員の適法なる職務執行行爲と認めらるべきものにして、従て其の執行に當り爲されたる

妨害行爲は仍ほ公務執行妨害罪たることを失はざるものとす
昭和七年三月二十四日
大審院第一刑事部

八八六 公務員の職務に關するときは中元歳暮の贈り物も收賄罪

昭和四年(れ)第一〇六三號

苟も公務員にしてその職務に關し不法の利益を收受要求若は約束するときは、刑法第九十七條第一項前段の罪成立すべく、又その不法利益の交付提供若は約束を爲す者に付ては、同第九十八條第一項の罪成立するは論を須ざる所にして、右各法條はその所定の犯罪の成立に付何等他の條件の存在を必要とせざるを以て、公務員に對し叙上利益の交付提供若は約束を爲す者の公私の資格又はその利益を出捐する者若は反對給付の利益を受けんとする者の何人たるやを問ふこと無く、又その利益の多寡若は交付提供約束の時期如何は毫も贈賄罪の成否に消長の關係無く、又公務員に付てもその不法利益の數額の多少若はその收受要求約束の時期如何は、收賄罪の成否に影響を及ぼすものからず、従つて會社の役員その他の使用人が會社の爲に計る目的を以て會社の計算に依る出捐を爲し、以て公務員に對しその職務に關し利益を交付提供若は約束したる場合に在りてもその

當該行爲者自ら贈賄者たる責任を負擔すべきは當然にして、明治二十三年法律第五十二號の如き特殊の法文の存せざる限りは單に自己の爲にするにあらずして、専ら會社の關係に出でたるを根據として之が責任を免るゝを許すべきものにあらず、又若し公務員の職務に關係なかりせば、中元歳暮における社交上の慣習禮儀と認めらるべき程度の贈物と雖も、苟も公務員の職務に關し授受せらるゝ以上は贈賄罪の成立すること勿論にして、其の額の多少公務員の社交上の地位若は時期の如何を理由として公務員の私的生活に關する社交上の儀禮に依る贈答たるに止まるものと認めざるべからざる理由あることなし

（其の罪を惡み、其の人を憎まず・古語）

八八七 公務員の限界は難問

（博士美濃部達吉氏意見摘要）

（評釋） 刑法に所謂公務員が如何なる範圍に於ての職員を包含するものと解すべきかは可なり疑はしい問題である、それが公務に従事する一切の職員を包含するものでなく、適當の限界を限ることを要するは疑ひを容れぬ所であるが、其の限界を定むべき標準を何に求むべきかは容易に之を斷定し難い、大審院の判例に於ては、刑法第七條に「本法に於て公務員と稱するは官吏、公吏、法令に依り公務に従事する議員委員其他を謂ふ」とあるを根據として、形式的に法令に依つて職名を規定せられて居るや否やを以て其の限界を定むべき標準と爲し、法令に職名の規定の無い者は總て公務員にあらずと解釋して居るけれども、かくの如く單なる形式に立脚して公務員と非公務員とを區別するのがたして妥當なりや、刑法が公務員瀆職の罪を定め居るのは公務の威信を保護し、その公正を維持することを目的として居ること争ひを容れぬ所であつて、隨つて其所謂公務員は刑罰を以て威信を保護し、公正を維持することの必要あり

法令に根據を有せざる被用者は公務に關し收賄しても罪とならずと云ふ現在の判決例は不服也

るだけの重要さを有する公務に従事する者でなければならぬと共に、又それだけの重要さを有する公務に従事する職員であれば、必然に刑法の所謂公務員に該する者と解せればならぬ自分の見る所に依れば、刑法に所謂「法令ニ依り公務ニ従事スル職員」とある「法令」の文字は敢て成文の法律命令といふ意味に解すべきではない、それは法規に依りといふ意味であつて假令成文の法令の規定は無いにしても、慣習法及び條理法は此の點に於て法令と同一の效力を有するものである、加之「法令ニ依り」の語は公務に従事することに繋るのであつて、職員に繋るのではない「法令ニ依り公務ニ従事スル」とは法規の拘束を受けて公務に従事することを意味する、言ひ換ふれば「法令ニ依り公務ニ従事スル職員」とは、決して法令に規定せられて居る職員といふ意味ではなく、法規の拘束の下に公務を擔任して居る職員といふ意味に解すべきものである

唯問題は其の所謂公務とは如何なる事務を意味するかに在る、「公務」といふ語は、若し廣く之を解するならば、苟くも國家又

は公共團體の事務である以上は、公立病院の看護婦の職務も、官營「ホテル」の給仕の職務も等しく公務の中に含まるべきものであるが、此等の者までも公務員瀆職罪の主體たり得べき者と解すべからざることと言ふ迄も無い、其の所謂公務は國家的高權の行使に關する職務を意味するものと解すべきであらう、何となれば國家的高權の行使に關係なく、單純なる私經濟的性質を有する事務であれば、敢て其の威信を保護し公正を維持する爲に一人の業務と異つた特別の刑法上の保護を必要とすべき理由が無いからである、要するに法律が公務員瀆職罪を定めて居るのは一に公務の威信と公正とを保持することを目的とするものであるから、法律の所謂「公務員」は唯此の如き保護を必要とする公務に従事する者に限るものと解すべきは當然であり、而して此の如き保護を必要とする事務は唯國家的高權、即ち普通に所謂「公の權力」の行使に關する職務に限るものと解すべきであらう

慰むる爲に要應したとしても、贈賄罪を以て論すべきでもない何となれば此等は何れも、其の職務が私經濟的の性質を有し、國家的高權の行使に關するものと看るべきではないからである一方に於ては、苟くも國家的高權の行使に關係する職務であれば、其の職務の威信を保護し、其の職名が形式上法令の文字の上に示されて居るや否やに依つて異なるべき理由が無い、故に例へば自動車運轉手の試験看護婦の試験などに於て、其の試験委員又は其補助員に民間の營業者を囑託し、而して偶々其の職名が法令の上に規定せられて居なかつたとしても、其の職務が國家的の公の試験の審査に關するものであつてそれに依つて營業免許の許否が決められるとすれば、其の試験委員又は補助員の職務に關し賄賂を收受すればそれは當然刑法上の公務員收賄罪に問はれねばならぬことは疑を容れぬ所であらう

之を要するに刑法上收賄罪として處罪せらるべきや否やは、専ら職務の性質に依つて判斷せらるべき事柄で其の職員が法令の文面に記載せられて居るや否やに依つて判斷せらるべき事柄ではない

八八八 雇と公務員の標準

事實上官公衙の公務に従事する者でも其が規定上明かならざる以上は公務員でない贈賄罪不問

大正十四年(れ)第一〇九七號
 刑法第七條は本法に於て公務員とは官吏公吏法令に依り公務に従事する議員委員其の他の職員を謂ふと規定するを以て、官吏以外の公務員は法令に依り公務に従事する職員に限らるゝこと明かなり、故に法令に依り國家又は公共團體の機關として公務

に従事する者なる以上は、任命囑託選舉其他執れの方法に依るを問はず、公務員たるに妨げなしと雖も、之に反し假令事實上國家又は公共團體の公務に従事するも何等法令上の根據あらざるに於ては、其の従事員は刑法に所謂公務員に非ず

八八九 公務員收賄か恐喝か

公務員が職務執行に當り人を恐喝し財物を交付せしめたる場合は收賄罪ではなく恐喝罪を構成

昭和二年(れ)第一四五〇號
 苟くも人を恐喝して財物を交付せしむるにおいては、恐喝罪が成立するものにして、本件の如く公務員がその職務を執行するの意思なく、名をその執行に藉り、以て人を恐喝し財物を交付せしめたる場合において假令被害者において公務員の職務に對し財物を交付するの意思に出でたるときと雖も、犯人の所爲は收賄罪を構成せずして恐喝罪を構成するものとす、何となれば收賄罪にありては公務員においてその公務執行の對價として財

物の交付を受くる意思あることを要すると同時に、贈賄者において任意に賄賂を提供することを要するものなるに反し、本件の場合においては犯人の意思は賄賂としてこれを受くるに非ずして、被害者を恐喝して財物の提供は被害者の畏怖の結果にして、その任意に出でざるを以てなり、而して原判示事實に依れば被告人は菅清雄と共謀の上巡査たる職權を濫用し、他人を恐喝して不法に金圓を領得せんと企て、相樂幾五郎等の賭博現場に臨み犯人檢舉の意思なくして幾五郎等に對し賭博の現行犯を

目撃したるに付、之を檢舉すべき旨申し聞け同人等を畏怖せしめ、清雄はこの間に處して幾五郎等をして被告人に金圓を提供して宥恕の處置を乞ふに如かずと決意せしめたる上、同人等よ

り金圓を交付せしめたりと言ふに在るを以て、被告人の所爲は恐喝罪を構成するに止まるものにして論旨は理由なし

八九〇 賄賂の目的と授職

人の需要若くは慾望を満すに足るものは總て賄賂の目的たるべき也確定的未必的を問はざる也

大正十四年(れ)第五五七號

上告趣意書第三點原判決は罪とならざる事實を罪としたるの失當あり、原判決認定の第一事實は現在美馬郡役所吏員なる豊太郎の息雅行が郡役所廢止に因り失職せば、被告は現職を辭し、雅行を其の後任者たらしむべく盡力すべき旨申入れ以て利益を提供したりと言ふに在れども、賄賂罪の内容たる利益は結局確的に之を供與し、確的に之を收受し得べきものならざるべからず、郡役所廢止の事實既に確的ならず、被告現職を辭し雅行を推舉したればとて果して後任者たり得るや否や明かならず、郡役所廢止の事實發生せざれば、利益收受の事實起らず、職を讓

して利益を受くるは不能に終るべし、斯くの如き利益は未だ以て之を賄賂と爲すことを得ず、即ち本件第一事實は犯罪を構成せざるものと思料すと謂ふに在れども、凡そ人の需要若くは慾望を満たすに足るべき有形無形一切の利益は經濟上の價格を有するものと問はず、賄賂たるの適性を有するものとす、此の故に其の利益が確定的なるときは勿論假令其の發生が條件に繋がるるときと雖も絕對不能に非ざる限り苟くも人の需要若くは慾望を満たすに足るものなる以上は、之を不法の報酬として公務員に提供するに於ては其の行爲は刑法第九十八條第一項の賄賂提供罪を構成するものと謂はざるべからず

八九一 追徴不能と賄賂物價額算定の時期

昭和四年(れ)第八二四號

授受せられたる賄賂の目的物を沒收すること能はざるときは、

その價格を追徴するは收賄者又は贈賄者をして犯罪に關する利益を保持し、又は回收せしめざるを目的となすものなるが故に賄賂の授受に依り收賄者は利益を享受するを以て賄賂の價格を

追徴すべき場合には、その價格は賄賂の授受ありたる當時の價格に依るものと解するを相當とす

八九二 收賄罪と各職務行爲の判示

(判旨第一)

收賄罪の成立には一定の職務に關して不法の利益の收受要求約東あることを要するに過ぎずして、その職務上個々の職務行爲に對する對價的利益たることを要せざるを以て、苟も一定の職

務行爲に對する謝禮なることを判示する以上は、縱令その職務中個々の職務行爲に對する對價なることを判示せずと雖も、收賄罪の判示として缺くる所なきものとす

正當の職務行爲と收賄罪

(判旨第二)

刑法第九十七條第一項前段の收賄罪は公務員又は仲裁人がその職務に關し賄賂を收受し、又は之を要求し、若ば約束するに因て成立するものにして、同條後段の如く公務員若ば仲裁員が賄賂に因り不正の行爲を爲し又は相當の行爲を爲さざること、即ち不法の所爲あることは同條前段收賄罪成否の判定上必要な

る事項に非ず、蓋し同條第一項前段の收賄罪はその後段と異り賄賂に因て不正の行爲を爲し、又は相當の行爲を爲さざることと要件とせざるのみならず縱令職務行爲は適法なりと雖も之に對する利益にして不法あるにおいて、瀆職たるを免れざればなり

八九三 收賄者に對する無罪と贈賄者に對する有罪

昭和三年(れ)第一一五七號

賄賂收受罪及賄賂交付罪は必要的共犯なりといへども、所謂必

要的共犯なるものは法律上犯罪の實行が多數人の協力を必要とする犯罪を指稱し、斯る犯罪の成立には單に行爲の共同を必要

とするに過ぎずして、必ずしも協力者全部において有責なることを要するものにあらず、現に刑法において賄賂の提供のみにて賄賂罪の成立を認め、相手方において之を收受せる場合をも有罪とし、或は又賄賂の要求のみにて犯罪を構成するものとして、一方的行為のみによりて賄賂罪の成立を認むるに依り之を考察するも賄賂罪のみを認めて收賄罪を認めざるも、敢て不當にあらず

賄賂提供罪は收賄者に於ける賄賂要求罪の如く、賄賂者の一方的行為に依りて成立する犯罪に必要的共犯における行為共同の要件を必要とせざるものなれば被告人より賄賂を收受したりとして、起訴せられたる他の者が犯罪の證明なしとして無罪の言渡を受けたりとすも、之が爲めに被告人において夫等の人々に對し賄賂を提供したりとの犯罪の成立を妨ぐるものにあらず

八九四 醫師の療病不應の罪

昭和二年(れ)第一八八九號

原判決の認定したる事實は被告人は開業醫にして、内科を専門とせる者なる處、尾原荒次郎が水に溺れたる同人の四男光公を被告人方に抱行き、被告人に對し應急手當を需めたるに、被告人は溺者に對する經驗を有せず、治療に關し自信なく附近一丁を出でざるに良好なる設備を有する小林病院あり、之に就き治療を求むるを最善の方法と史料し、其の旨忠言したるに荒次郎は直に小林病院に赴きて其の治療を受け患者の回復するに至りたりと云ふに在りて、右事實に依れば被告人が醫療の需に應じ

開業醫が無經驗の爲めと施療の危惧及附近に良好の病院あるの故で療需不應するも罪とならず

ざりし事由は所論の如く被告人の其の業務の範圍に屬する醫療に付、經驗を有せざること並に醫療に因りて生ずべき結果に對する危惧の念に因るものにして、之を良好なる設備を有する病院の其の附近に存在し、且其の病院に於ける醫療の其の效を奏したる等、當時の事情を綜合して考慮するときは被告人が其の醫療に應じざりしは、患者をして自己の醫療を行ふことに因り生ずべき危険を免れしめ、且最善の醫療を得しむるの目的に出たるものと認め得べきを以て、他に事情の存せざる限り被告人正當の事由なくして醫療を拒みたりと云ふを得ず

八九五 子宮病に狼の頭の粉賣付

問 私妻丙昨年來子宮病に罹り色々手當を爲せしも其效なき處偶々甲なる者乙謹製の猿子散は、該病に妙藥なりと云ふに一應之が買入を申込みたるに、甲再び來りて曰く、實は乙製藥の猿子散は他の物混ぜたので效能なし、自分作製の猿の子と狼の頭を粉にした二品を一ヶ月服用すれば全治請合なり、全國よりの證狀も斯くくなりとて、其確實なるを思はしめたるにより、一ヶ月分八圓にて買入れ五日許り服用したる處却て日に増し病氣悪るくなるにつき、驚きて服用を中止し、其旨乙に宛て嚴重交渉したるに旅行不在云々として責任ある返事せず、賣藥の故如何とし能はざるものなるや
答 賣藥の效能書を以て直ちに詐欺の告訴を爲すこと時代常識上困難なれど、本件の如く禮狀斯くくなりとて直接詐言を構

禮狀斯くくなりと眞實に非ざるを話し賣付は詐欺罪也賣藥の效能書と直接詐言とは程度異なる

へ、然かも果して狼の頭の粉なるや否やも疑はしく假りに然りとも禮狀等が實際のものに非ざる手製のものなる時は、明かに詐偽の手段によりて買入を實行せしめたるものなれば、刑事の告訴を爲し得るは勿論、詐欺による取引として買入を取消し代金を返還せしむること出来る、一應乙の住所地の警察に願ひ救濟方を講ずるも可なる可し、豫じめ其旨警告して解決を圖るも可也、單に效能書により買入れたものは一々取消を求むること時代常識上困難なれど、本件の如く直接念入りの詐術手段による賣渡は其の買入の取消は勿論刑事の制裁をも求むるを得るものと信ぜらる也、右の手續したからとて決して恐喝とか誣告など云ふ懸念は毫もなきものとす、強硬談判差支なし

八九六 治療必ずしも醫療に非ず

昭和六年(れ)第三一二五號

第四章 刑事 第一節 刑法の部

投藥又は外科手術に非ざる治療は醫療に非ざる故取締外は無罪

凡そ疾病の治療に付ては常に醫術上の専門知識を要するのみな

らず又諸般基礎科學上一般知識を待つに非ざれば其の目的を完うすること能はざるや勿論なり、従つて苟も療病術を業とする者に付ては、醫師法を適用するを以て理想とすべきが如し、然れども療病術取締法規の系統に屬する現行法令を按ずるに、疾病を診断し藥劑の處方を爲し、又は外科的手術を行ふことを内容とせざる治療方法に付ては醫師法の適用なきことを前提として、制定せらるるもの尠からず、鍼灸術按摩術及柔道整復術等に關する取締規則(明治四十四年内務省令第十號及第十一號)並療病行爲に關する取締規則(昭和五年十一月二十九日警視廳令)の如き是なり、蓋此種の業務にして醫業に屬するものとせば醫師法に依り認許せらるる醫師に非ざれば、斯かる業務に従事することを得ざるは明白なるが故に、省令又は廳令等に依り其取締規定を設けて、醫師法の適用を除外すべきものに非ざること勿論なりとす、然れども科學知識の未だ完全に普及せざる現下の狀況に在りては一切の療病術を舉げて醫師のみの業務に屬

八九七 自彊術に無罪の判決

大正十五年(レ)第一二六五號

せしむること能はざるべきが故に、取締法規の統一を缺くこと亦已むを得ざる所なるのみならず、醫師法に於て醫師の何ものたるかを限定する所なきが故に、上叙の命令規定を以て違法と爲すべきに非ず、以是疾病を診断し藥劑の處方を爲し又は外科的手術を行ふことを實質とせる療病行爲を業とすることあるも之を以て醫業なりと解するは現行療病法規全般の精神に適せざるものと認めざるべからず、而して斯の如き療病行爲就中所謂掌療法其の他に類するもの如きは、往々にして迷信者流をして適當なる醫療を受くべき機会を逸せしむる虞あるが故に素より之を奨励すべきものに非ずと雖、上叙内務省令又は警視廳令の如き特別取締規程の適用を受くべき範圍に屬するものに非ざる限り、官廳の許可なくして之を業とすることあるも、之が處罰の途なきに歸するものとす

昭和六年十一月三十日

大審院第一刑事部

自彊術に對しては未だ取締法令なし然るに之を按摩術と同一なりとし免許違反とせるは誤判也

按摩術は三千有餘年の歴史を有し印度よりチベット支那を経て

我國に傳來し遍れく醫療又は衛生の目的に用ひられたるも、我國に於て行はるるものは漢法醫學又は其の系統に屬する學理に出でたるものなること疑ひを容れず、而して其の方法は各手技の組合せ又は各手技の力度の強弱範圍長短迅速等按摩術者の患者に對する診断に依り、常に一定せず、千變萬化すと雖も、要するに筋肉及神經の上に經路に基きて主に手指に依り力を施すものにして古來振盪屈伸屈伸内轉外轉内翻廻旋引叩打押壓等の名目を附したり、而して按摩術に付ては明治四十四年八月按摩術營業取締規則を發布し、按摩術の取締をなし來りたり、然るに自彊術は中井房五郎の新たな考案に成り、大正五年中公表したるものなることは當審に於ける受命判事の證人中井房五郎に對する訊問調書中の供述記載に徴して明かなり、而して其の術は身體各部の生理作用を圓滿に行はしめて自然的健康を保全し得べしとの見地に立脚して、創制したるものに係り病的障の排除又は疾病其のものの治療の如きは本來の目的となす所に非ずして、健康保全の結果自然に達成するに過ぎず是れ鑑定人中井房五郎の鑑定書中に説明する所なり、而して此の術には自働的のものとは他働的のものとは二種あり、自働的自彊術が全然按摩術と異なることは敢て贅言を要せず、他働的自彊術に至りて

も其の施術の方法が多少按摩に類似するものあるを以て、直に按摩術に屬すと斷すべきに非ず、鑑定人引地與五郎及中井房五郎の鑑定に依れば自彊術の特徴は人體の各部關節を六方面に歸着せしめ、該六方面の運動を人體諸關節に統括案配して三十一動の形式に分ち人をして其の動作を遂行せしむるに在り、此の形式をなさしむるに付他より便宜的幫助行爲を施すことありと雖も、按摩術の如き經路に基きたるものに非ず、是れ他働的自彊術の異なる主なる點なりとす、而して兩者施術上に於ける差異は、(一)自彊術にありては患者施術者の姿勢は共に各運動の形式に従ふものなるに反し、按摩術にありては此の形式なく、(二)自彊術にありては一定の形式に従ひ施術者が全身の重量を利用し、手技に依らざるに反し按摩術にありては經路系統を追ひ、主として指端の技巧を用ふ、(三)自彊術にありては施術者は一定せる三十一動の形式に依るに反し、按摩術に在りては施術者の診断又は患者の訴ふる所に依り、其の方法を千變萬化すべく、(四)自彊術は按摩術の如く經路に對して身體の中心部より其の末端に向け採むことなく、又マツサーシの如く手足の末端より身體の中心に向け、手技を行ふことなき等此等の諸點より察すれば兩者の差異自ら明瞭なるのみならず、按摩術營業取締

規則は我國從來の按摩術及其の系統に屬する施術の取締を目的として設けたるものにして、新に按摩術を業とせんとするものは、同規則に定むる所に従ひ、其の試験に合格したることを必要とするも同規則發布後に於て考案せられ、而も按摩術の系統に屬せざる自強術の如きは右規則の豫想せざる所なるを以て、同規則第十條に所謂按摩術中に自強術を包含せすと解するを以て妥當なりとす、故に新なる考案に成りたる自強術に對して取

締を要するや否やは自ら別個の問題に屬し、其の必要ありとせば更に新に之を取締規則を設けざるべからず、然るに現行の按摩術營業取締規則を以て之に臨み自強術が我國從來の按摩術と全然其の系統を異にするに拘はらず、其の方法が一二按摩術に類似するものあるを以て按摩術に屬すと爲し、同規則を適用して其の施術を取締らんとするが如き不當に解釋を擴張して、法の不備を補はんとするものにして當を得ず

八九八 鍼灸術に専門は法禁

昭和二年(れ)第四九四號

鍼灸術營業取締規則第六條には其の營業者は何等の方法を以てするを問はず、流派名又は卒業したる學校講習所の名若くは修業の證明を與へたる教師の氏名を除く外、業務上其の技能施術方法又は經歷に關する廣告を爲すことを得ずと規定せるを以て苟くも右列舉以外の事項を以て其の技能施術方法又は經歷に關する廣告を爲すときは即ち同條に違反するものと謂はざるべからず、蓋し鍼灸術營業取締規則が其の營業者に對し其の技能施術方法又は經歷に關する業務上の廣告に付、斯かる制限を設く

醫師には何々専門の廣告差支なきも鍼灸術業者には其廣告計されず違反せば取締法で制裁さる

る所以のものば、此等の廣告は患者を吸引せんが爲め動もすれば誇大虚構に涉り、世人を惑はすの弊を生ずる虞るるが爲に外ならず、然り而うして鍼灸術營業取締規則按摩術營業取締規則等に於て醫師法に於けるが如く専門科醫の廣告を許さざるは畢竟するに此種の營業に於ては、醫師業に於けるが如く専門科の存するなく、専門科なきに拘らず、之あるが如き廣告を許すに於ては、却て技能に關する誇稱を懲罰するの結果を招來するに至るべければなり

八九九 摩擦術と醫療の限界

昭和二年(れ)第一八五號

按ずるにマツサーシ術は輕擦法強按法揉捏法叩打法振顫法壓迫法等の方式より成り此等の技術は本來汎く人體に對し専らその外表より其作用を透達せしむるを趣旨とするものに係り、此技術が漸く各種の疾病に應用せらるゝに至り疾病治療の爲にする所謂治病的マツサーシ術に於ては外科内科産科婦人科眼科耳科にも施用せられ場合に依り、當該疾患の原因症狀經過及豫後を識別して各施術の人體に與ふべき生理的作用を参照して、作成する處方と其處方に對する手術の分量とを調節することを要することと爲り、此の場合に於けるマツサーシ術は實に治病を本分とする醫療の領域に歸するに至りたるものとす、然るに現時我國に於けるマツサーシ術の免許なるものは、明治四十四年八月内務省令第十號按摩術營業取締規則の支配する所に屬し、同規則に於てはマツサーシ術を按摩術の觀念中に包含せしめ、按摩術の試験は之を甲種乙種の二とし一定期間修業の履歴あることを要し、其の試験科目の如きも一、人體の構造及主要器官

外表作用以外に種々の治病的行爲を試むるは醫療の範圍に屬するものとして處罰さるべきなり

の機能二、按摩方式及身體各部の按摩術三、消毒法の大意四、按摩術の實地に過ぎず、其の試験方法の如きも各地方長官の定むる所に一任し、其の程度は極めて卑近にして、マツサーシ術に關しても地方長官の指定したる學校若くは講習所に於て、其の術を修業し、若くは其の術の試験に合格し免許鑑札を受くるを以て足れりとし、敢て高等なる學術試験及實地試験を科するものに非ずして、我國從來の按摩術と同一程度に置かるゝものに外ならず、之を醫師法及醫師試験規則に於けるが如く受験資格に嚴格なる規定存し、高等なる學術及實地の試験を施行するもの同一に論ずることを得ざるものとす、此の如く受験者の資格よりするも試験の方法程度よりするも、將又法令上マツサーシ術を以て我國從來の按摩術と同一視するよりして、之を觀るも上述の如き醫療の範圍に屬する所謂治病的マツサーシ術の如きは、現行按摩術營業取締規則の律する所に非ず、従つて單なるマツサーシ術の免許を得たる者ば之に依り如上の専門的醫療行爲を爲すことを得ざるものと斷せざるべからず、原判決

の判示する所に依れば被告人は單にマツサージ術營業免許を受け醫師に付いては何等の免許を有せざるに拘はらず、所謂婦人病の治療を營む目的を以て、婦人科理學的療院なるものを設け大正十三年四月頃より同十四年九月頃迄の間に數百名の婦人患者に對し醫師の指揮を受くることなく、自ら體內に二指を挿入し、子宮の位置形狀及疾患の部位程度に付内診を爲し以て子宮の轉屈炎症及喇叭管卵巢管の炎症を診斷し、且二指を體內に挿入し、患部の整正治療又は整復の爲他手を以て按摩採捏其の他

所謂婦人科マツサージ術を施し、尙ほ屈曲の甚だしきものに對しては腰腹製ハツチリユームを子宮頸に飲用し、又炎症豫防の爲患部にイヒチオールを塗布する等各種の治療を行ひ、右患者より一定の料金を申受けたりと云ふに在り、被告人が醫療の領域に屬する治療行爲を爲したること明かなるを以て、醫師の免許を有せずして單に按摩術營業取締規則に依るマツサージ術の免許のみを有する被告人が此等の行爲を業として爲したる行爲を醫師法違反として處斷したる原判決は相當なりと云ふべし

九〇〇 偽證教唆者と刑法第一七〇條

昭和四年(れ)第一三四號

教唆犯と實行正犯とは共犯の關係に在りては教唆者は被教唆者の實行したる或一定の犯罪に加擔したるものなれば、教唆者の犯罪は右犯罪を措て他に有すべきの謂れなし、然るに甲は乙及丙を教唆し兩人は刑法第六十九條の偽證罪を犯したる場合は甲は即教唆者として同條の罪を犯したるものと爲さざるべからず、然り而して同法第七十條は前條の罪を犯したる者證言したる事件の裁判確定前又は懲役處分前自白したるときは云々と規定し、虚偽の陳述を爲したる者が自白したる場合のみに局限

せず、法がこの規定を設けたる所以は蓋犯人に自白を奨励し裁判の公正が偽證に因り阻害せらるゝを未然に防止せんが爲に他ならず、而してこの理由は虚偽の陳述を爲したる者と之を教唆したる者により、その撰を異にすべきに非ざるを以て、同條は偽證教唆者にも亦之が適用あるものと解するを相當とす

九〇一 教唆された者が更に教唆

昭和六年(れ)第一〇九二號

刑法第六十一條第二項に所謂教唆者を教唆したる者とは、他人に對し第三者をして其の犯罪を實行するに至らしめたる者のみならず、他人を教唆して犯罪の實行を決意せしめたるも被教唆者自ら實行せず、更に第三者を教唆して實行せしめたる場合に於ける第一の教唆者をも指稱すと解すべきものとす、蓋し右後段の場合に於ても犯罪は第一の教唆行爲に胚胎するものにして此の教唆なかりせば犯罪は實行せられざりしものなれば第一の教唆行爲と犯罪實行との間には因果的連絡あり且其の實行は固より第一教唆者の豫期の結果を生じたるものに外ならざるを以て、其の間第二の教唆行爲の介在するありと雖、之が爲に因果關係は中斷せらるるものと謂ふべからず、尙第三者を教唆して犯罪を實行せしめたる者(第一の被教唆者)が教唆者なることを俟たず従つて第一の教唆者け之を教唆者を教唆したる者と稱するに何等の支障あることなし、加之之を前段の場合に於ける第一の教唆者に比するに其の刑事責任に逕庭あるべきの理

被教唆者が實行をやめて更に他人を教唆して犯行の時第一者も同罪

由なければなり、而して本件に付原判決の認定したる事實に依れば被告人は原審相被告人早名與次郎に對し、三原重太郎を殴打すべきことを教唆し、與次郎は之が實行を決意したるも自ら實行せず更に原審相被告人松井榮及安田政一に對し各別に三原重太郎を殴打すべきことを教唆し、同人等に於て之を實行し、因て重太郎に對し治療約二週間を要する創傷を負はしたるものにして、即前示後段の場合に該當するものとす、尙又傷害罪は故意に他人の身體に暴行を加へ傷害の結果を生ぜしむるに依りて成立し、其の結果たる傷害の認識を必要とせず、従つて他人の身體に暴行を加ふべきことを教唆したる者は、縱令傷害の結果を認識せざりしとするも實行正犯の爲したる暴行の結果たる傷害に付、其の責に任すべきものなれば被告人が原判決の如く早名與次郎に對し三原重太郎を殴打すべきことを教唆したる以上、之に基因する傷害に付其の責に任せざるべからざること勿論なるを以て所論の如く被告人の與次郎に對し爲したる教唆は單純暴行に過ぎざることと云爲して、與次郎が榮及政一に對し

爲したる傷害の教唆は、被告人の與次郎に對する教唆の範圍を逸脱せるものなりと論ずるを得ざるのみならず、原判決に依れば被告人の教唆と與次郎の教唆とは全然同一なれば、此の點の

九〇二 衝に當らざるも共同正犯

昭和六年(れ)第一一七八號

辯護人東本紀方上告趣意書第一點抑々共同正犯は二人以上が互に同一體となりて犯罪を遂行し、其の間主従の關係を認め得ざる場合たらざるべからず、而して若し主従の關係を認め得る場合其の從屬的關係に在るものに對しては別に從犯として其の刑責は常に正犯に照して輕減せらるること、我が刑法第六十二條及第六十三條の明定する所なり、而して此の主従の關係を分つ標準は、學說判例區々に岐れたりと雖、吾人は共犯者の行爲が實行行爲の一部に屬するや否やの點に之が標準を求め、二人以上が實行行爲を分擔せるときは共同正犯にして、其の一人が實行行爲ならざる行爲に依りて犯罪に加功したる場合は、從犯なりと思惟す、今此の觀點に立ちて本件被告人の所爲を觀るに(一)、上告人と佐々木國一郎とが共謀して空家に放火し、火災

論旨は當を得ず、然れば原判決が被告人に對し刑法第六十一條第二項第二百四條を適用したるは相當にして、擬律の錯誤なく論旨理由なし

共謀なる以上一人が實行に加擔せざるも矢張共同正犯たる可きなり

保險の目的物たる家屋に延焼せしめて、夫々保險金を獲得せんと企圖し、且其の獲得したる保險金の分配を豫め約したる事實(二)、放火の實行者佐々木國一郎擔任し、以て國一郎單獨にて放火し建物を燒燬したる事實(三)、上告人が嘗て放火材料として石油を右國一郎に提供したることある事實(四)、放火當夜放火を執行せんとするに先ち、右國一郎が上告人方に至り其の放火せんとする旨を告げ、上告人に於て之を諾したる事實、以上の判示行爲は之を其の儘とし觀るも上告人の所爲を以て佐々木國一郎との共同正犯として問擬するの許されざるを窺知するに足る、然るに原審は事茲に出でずして上告人の所爲を右國一郎と共同正犯を以て問擬したるは不法にして擬律措誤の違法あるものにして當然破綻を免れざるものなりと信ずと云ふに在れども、數人が共同して犯罪を遂行するの意思を以て、相謀りて實

行爲の擔當者を定め、因て犯罪を遂行したるときは自ら實行の衝に當らざる者も尙擔當者の行爲に依りて犯罪を實行したるものと謂ふべき物とす、而して本件に付原判決の認定したる事實に依れば、被告人仁兵衛及第一審相被告人佐々木國一郎は各火災保險金を獲得せんが爲に放火行爲を遂行せんと相謀りて、佐々木國一郎に於て放火の實行行爲を擔當することとし、若し被告人等の一人のみ保險金を獲得したるときは、其の一部を他の一人に與ふべきことを約し、被告人仁兵衛は放火材料とし

九〇三 侮辱罪成立の相手方

昭和二年(れ)第一一三二號

侮辱とは相手方に對し侮辱の意思を表示するの義にして、刑法第二百三十一條所定の侮辱罪は具體的事實を摘示することなく公然相手方に對し罵詈訾弄をなしたまはこれに惡評を加ふる等犯人自己の抽象的判評を發表し、人の社會的地位を輕蔑するに因りて成立する犯罪にして、苟くも犯人の行爲が如上侮辱罪構成の要件を具備するものなる以上、偶々その相手方が公人たるの資格を併有し、犯人はその公人に對して侮辱的言辭を弄して

第四章 刑事 第一節 刑法の部

侮辱罪の要件を具備する以上公人に對し侮辱的言辭を弄し其性行經歷を論議するも本罪となる

てビール瓶入の石油を供給し(但此の石油は使用せず)國一郎に於て遂に放火を實行したるものなるを以て、被告人仁兵衛も本件放火罪に共同正犯たるべく、所論の如く從犯を以て論ずべきものに非ず、然れば原判決が叙上事實を認定し、共同正犯として處斷したるは正當にして擬律を誤りたるの違法あるものに非ず、論旨理由なし(檢事平井彦三郎關與)

昭和六年十一月九日

大審院第二刑事部

その性行經歷等を論評したる物なりとするも、侮辱罪の成立を妨ぐるものに非ず、蓋し人はその公人たる資格を有するるときと雖も、一面社會の一員としてその地位を損傷せられざる法益を有し、何人と雖もその法益を侵害する權利を有するものに非ざればなり、原判決の確定したる所論新聞記事を觀るに、その内容は原判決判示の如くにして、即ち縣會議員とならんとする野崎滿藏に對し若松美三と對照してその人物性行經歷に關し各侮辱的言辭を弄してこれを惡評し、就中その經歷に關しては嘲弄

的辭句を用ひ宛これが性行を惡評し、結局縣會議員たるの適格者に非ざる旨抽象的判斷を與へて論評したるものと解すべく、從つて該記事は野崎滿藏の名譽を毀損すべき具體的事實をも摘示したるものに非ずして、その社會的地位を輕蔑する抽象的判

斷事實を掲載したるものなるが故に、冒頭説明の理由に照らし野崎滿藏を侮辱したるものに該當し、原判決が被告人の行爲を刑法第二百三十一條所定の侮辱罪に圖擬したるは不法に非ず

九〇四 養母を虐待で遺棄罪

大正十四年(れ)第一四九三號

判示事實は被告まさば幼少の頃原田太吉の養女となり、其の妻やすに鞠育せられ……被告小平は前記太吉の養子となり、被告まさばと婚姻し……爾來相當の農業を營み居るものなる處、前記やす(當七十三年)が右足脱臼したるも相當の治療を爲さざりし爲、全く起居不能となり、從つて臥床の儘糞尿をなすの止むなきに至りしが、被告等は其始末を厭ひ、茲に兩名共謀して前記肩書地なる居宅北側に三方は藁を以て圍ひ、トタン板を屋根とせる幅三尺奥行約五尺の張出小屋を作り、床板を張り其の中央に方約八寸の穴を穿ち、其穴にやすの臀部を宛がひ、自然に糞尿が床下に落下する装置をなしたる上、大正十四年四月十四日嫌忌するやすを強て該張出内に押入れ、爾來屢々同人が外出方

病母の糞尿の世話が嫌やさに床下に穴を穿ちて數ヶ月抛置し爲に蛆迄這ひ上らした件罪免れず

を依頼するも之を肯かず、且やすが粥食を供せられんことを求むるも之を與へざる等、適宜の養餌を供與せず、剩へ同年五月二十日頃よりやすのみには蚊帳を使用せしめず、一回も掃除をなさず、同年六月三十日迄之れを放置し居たる爲、やすは甚だしく瘠瘦し、糞尿堆積浸淫し、寢具は爲に腐蝕し、着衣も亦蛆其の他の蟲類生じ、異臭鼻を衝き到底人の其内に佇立するだに堪えざる程度に至らしめたりと云ふに在りて斯の如きは人の生命に危害を及ぼすべきものにして、刑法第二百十八條に所謂生存に必要な保護を缺きたるものに該當す

九〇五 姦通と誘拐の併發

問 甲男は乙女を十年前妻に迎へて既に夫婦間二男一女ある間柄なるにも拘はらず、乙女は情夫某と共に突然二歳の幼兒を引連れたる儘家出し、行衛不明なり、之れ全く情夫某が誘拐し何處にか藏匿し居るものと確められ候、此場合に於て刑法第二二五條により情夫某に對し誘拐の告訴手續を爲せば、當然犯罪は成立すべきものと思考するが如何、或一説によれば、乙女が若し情夫某と結婚を承諾せるときは犯罪は成立せず、告訴は無效に歸するとの説あり、如何

結婚未屆の時は誘拐罪のみ成立但し相當年齢者では起訴困難姦通の時は離婚手續と同時に告訴

答 乙女甲方に妻として入籍しある者なる時は、甲の告訴により、乙女及情夫共に姦通罪を以て罰せらるべし、此告訴をする

には甲より乙に對して離婚の訴訟を提起せざるべからず、從前如く離婚もせずして制裁だけ與へると云ふ事は今日許されぬ是非離婚を合意上手續するか又は離婚の人事訴訟を提起したる後ならざれば告訴受理せられざるものとす(刑訴二六四條)乙女甲方に未入籍のものなる時は擧式の上夫婦となるものでも法律上は妻たる資格なき故、姦通罪成立せず、誘拐罪は時により成立すれど相當年齢者では事實上誘拐罪を起訴さるゝことなる可し、尙誘拐罪の場合誘拐者被誘拐者が法律上正式の結婚届を爲せる時は最早告訴する事を得ざることとなるべし(刑法二二九條)

九〇六 狸と猪は俗では別

大正十四年(れ)第三〇六號

本件公訴事實は被告人は狩獵免許を受け居りたるも、狸の狩獵期間外なる大正十三年三月三日栃木縣上都賀郡東大芦村大字深

學問上は同一でも習俗上別扱ひなる故捕獲禁止違反として罰するは違法也との大審院判決

岩山林内に於て、村田銃を使用して狸二頭を捕獲したりと謂ふに在り、依つて按ずるに被告人は大正十三年一月二十八日狩獵の免許を受けたるものにして、同年二月二十九日狩獵の目的を

以て前記深岩の山林に赴き、同所に於て狸二頭を發見し所持の村田銃を以て之を射撃し、其の奔竄して附近の岩窟中に潜匿するや之を追跡し石塊を以て該岩窟の入口を閉塞し、狸が他に逸走すること能はざる如く、施設を爲して歸宅したること及被告人は其の後同年三月三日再び前同所に到り、曩に窟口を塞きたる石塊を除去し、獵犬を驅使し且村田銃を發射し遂に獵犬をして狸二頭を咬殺せしめたることは第一審第一回公判調書中捕獲したる獸は狸にあらず、俗に十文字猪と稱する獸類なりと辯解したる外、右判示と同趣旨に解すべき被告人の供述記載及原審第一回公判調書中第五號及第六號は被告人の捕獲したる獸類の毛皮なる旨の被告人の供述記載と鑑定人川瀬善太郎の鑑定書中、第五號及第六號は狸の皮なる旨並に猪若くは十文字猪の名稱は狸の異名にして、二者同一物を指稱する旨の記載とを綜合して之を認め得べく、前記岩窟は被告人が匍匐して僅に出入し得る程度の廣さにして、二間位奥に延長し更に一間位上方に向へる自然の洞窟なることは被告人に對する檢事の聽取書中、其の旨の供述記載あるに依り明白なり、而して被告が狩獵の目的を以て野生の狸を發見して射撃し之を追跡して右説示の如く狹隘なる岩窟中に竄入せしめ、石塊を以て其の入口を閉塞し、逸

走すること能はざる施設を爲したる以上は、被告人の執りたる手段方法は狸の占有に必要な管理可能性と排他性とを具備するものと謂ふ可く、被告人は自然の岩窟を利用し、狸に對して事實上の支配力を獲得し、確實に狸を先占したるものにして、此の事實は狩獵法に所謂捕獲に外ならずと解すべく、而して右捕獲は前段説明の如く大正十三年二月二十九日に完了したるものなるを以て、狩獵法施行規則第二條第二項に定むる狸の狩獵期間中の行爲にして、毫も違法にあらず、從つて狩獵禁止期間中なる大正十三年三月三日に至り、被告人が銃器及獵犬を使用し、遂に獵犬をして狸を咬殺せしめたる所爲は其の時に於て狸の捕獲行爲を完了したるものにあらずして、寧ろ適法なる捕獲行爲完了後に於ける狸の處分行爲の事實に係るものと斷定するを妥當なりとするが故に、被告が狸の狩獵禁止期間中狸を捕獲したりとの公訴事實については、結局其の證明なきに歸着するものと謂はざるべからず、次に姑く前段説明の如く岩窟中に竄入したる狸に對して、逸走すること能はざる施設を爲したる事實のみを以てしては、未だ狸を捕獲したるものと謂ふべからず同年三月三日に至り銃器及獵犬を使用し獵犬をして狸を咬殺せしめたる事實を俟つて、始めて捕獲行爲ありたりと假定するも

被告人は狸と猪とは全然種類を異にし、狸に該當する獸を以て猪なりと誤信し、延いて本件の獸類は十文字の斑點を有し、被告人の地方に於て通俗十文字猪と稱するものにして、狩獵禁止の目的たる狸に非ずと確信し、之を捕獲したるものなることは原審第一回公判調書中被告人の其の旨の供述記載と前記鑑定人川瀬善太郎の鑑定書中狸及猪に關する説明とに依り、疑ひを容るるの餘地なし、然らば被告人は狩獵法に於て捕獲を禁ずる狸中に狸俗に所謂猪をも包含することを意識せず、從つて十文字猪は禁止獸たる狸と別物なりとの信念の下に、之を捕獲したるものなれば、狩獵法の禁止せる狸を捕獲するの認識を缺如したるや明かなり、蓋し學問上の見地よりするときは狸と猪と同一物なりとするも斯の如きは動物學上の知識を有するものにして始めて之を知ることを得べく、却て狸猪の名稱は古來並存し、

我國の習俗亦此の二者を區別し、毫も怪しまざる所なるを以て狩獵法中に於て狸なる名稱中には猪をも包含することを明かにし、國民をして適歸する所を知らしむるの注意を取るを當然とすべく、單に狸なる名稱を掲げて其の内に當然猪を包含せしめ我國古來の習俗上の觀念に従ひ、狸を以て猪と別物なりと思惟し之を捕獲したる者に對し刑罰の制裁を以て之に臨むが如きは決して其の當を得たるものと謂ふを得ず、故に本件の場合に於ては法律に捕獲を禁ずる狸なるの認識を欠缺したる被告に對しては、犯意を阻却するものとして其の行爲を不問に付するは固より當然なりと謂はざるべからず、此の點に於ても亦犯罪の證明なきものなり、以上孰れの點より論ずるも被告人に對しては刑事訴訟法第三百六十二條に依り無罪の言渡を爲すべきものとす

九〇七 娼妓を逃がせば犯罪

貸座敷業者が貸金回収の爲め營業中假令娼妓に逃走決意あるも之を逃がせば業務妨害罪構成す

昭和二年(れ)第一五〇五號(昭和三年二月六日)
辯護人鶴澤聰明上告趣意書第四點、本件において原判決が被告の行爲を以て刑法第二百三十三條偽計を用ひ、他人の業務を妨

害したる法條に關擬したるは違法なり、原判決の認むる所によれば被告市は右逃走の時刻頃熊市に對し逃走費用として金三十圓を交付し、爾後年及び熊市の兩名にて兩娼妓に附添ひ諸所

を轉々し、これがため兩娼妓をして約二十日間日ノ出樓における稼業を休廢せしめ、同樓の貸座敷營業の遂行を妨げ以て偽計に依る所期の目的を達したるものなり」とあり、然れば娼妓は貸座敷において人身の自由を拘束せられ、契約期間必ず貸座敷において營業せざるべからざるものと認むることは國法の許さざる處にして、民法に關する大審院の判例もまた娼妓が貸座敷營業者に對し、一定の年期勞務に服する契約を無効となせり然るに原判決の判示の如しとせば、娼妓は人身賣買のため拘束せられたると同一の結果に歸着するものにして、二十日間の出樓に營業することを以て必然的に娼妓を拘束するに非ざれば、同樓の貸座敷營業の遂行を妨げたりといふことを得ざるものとす、即ち日ノ出樓の營業は、娼妓が自己の意思を以て同貸座敷において稼業をなす場合において、始めて營業の遂行を認め得べきに止まり、娼妓が假りに他人の誘惑に基き他人の行爲の介在に依るとするも稼業をなすことを欲せず、またなざる場合においては樓主はこれを強制せしめ得べきものに非ず、唯契約上或るひは損害の要求をなし得べきや否やが問題として殘さるゝのみ、故に原判決においては須らく娼妓と日ノ出樓との間における契約の内容を審査し、また娼妓等が稼業をなさんと欲し

たるも被告人の行爲に由り自由を奪はれたるものなりや否やを判示せざるのみならず、寧ろ原判決の説明する處に依れば娼妓等においても同樓逃走の決意ありたることを知り得べきに拘らず、契約問題と稼業問題を混同し、現在猶人身賣買の如き酷法の存するが如き論理に導かしむる原判決は理由不備且擬律錯誤の違法あり、破毀を免れざるものと思料すといふに在れども、娼妓稼業は公認せられ居るを以て娼妓が貸座敷營業者より金錢を借受くるに當り、その債務の辨濟方法として一定の期間債權者經營の貸座敷において娼妓稼業をなし、その收益金を以て辨濟に供することを約するも公序良俗に反するものといふを得ざるなり、その契約は有效なれば（明治三十五年（オ）第三百九十八號同三十五年二月六日當院第一民事部判決參照）娼妓はこれを履行する義務あると同時に、第三者は右契約に基き貸座敷營業者の債權を侵害せざる義務あるものとす
左れば貸座敷營業者が叙上契約に基き、娼妓をして契約期間内自己經營の貸座敷に於て娼妓稼業を爲さしめ、其の收益金を以て自己の貸金債權の辨濟に供せしめ、貸座敷營業を爲し居る場合に於て、第三者が偽計を用ひ娼妓をして逃走せしめ、右貸座敷に於ける娼妓稼業を休廢せしめたるときは、是れ不法に貸座敷

業の債權を侵害し、其の業務を妨害したるものに外ならざれば縱令娼妓に於て逃走の決意ありたるに乘じ、之と通謀して逃走せしめたる場合と雖、業務妨害を構成すること等を俟たず、蓋し娼妓に於て稼業を爲すことを欲せざる時は、貸座敷營業者に於て之を強制して稼業行爲を爲さしむることを得ざること勿論なりと雖、娼妓が其貸借上の債務を完済せざるに拘らず契約期間中逃走して休業するは、契約違反に外ならずして正當なる權利の行使と云ふことを得ざるにより、逃走休業が娼妓の發意に出でたることは之と通謀して逃走せしめたる第三者の行爲の違法を阻却するものに非ざればなり

原判決が證據に依り認めたる事實の趣旨に依れば、岡山縣都窪郡倉敷町遊廓貸座敷業日ノ出樓抱娼妓壽江事中山喜代は、大正十五年二月金千五百圓を同樓抱娼妓笑玉事鎌田政枝は、大正十二年四月金千六百圓を各同樓主より借受け、その辨濟方として何れも向ふ四年六ヶ月間同樓において娼妓稼業をなし、その收益金を以て債務の辨濟に供することを約し、出稼中なる被告人は同樓主の夫難波鶴吉と不和なる所より、右喜代及び政枝の兩名が同樓逃走の決意をなし居れるを聞知するや、第一審相被告桑田熊市原田年と語り、被告人において逃走に要する費用の

第四章 刑事 第一節 刑法の部

一部を支辨する等物に右兩娼妓に援助を與へて逃走を遂げしめ因つて以て右鶴吉の妻たる日ノ出樓主が、兩娼妓に關する特約に基き從來同人等をして樓内において娼妓稼業をなさしめ、利益を獲得しつゝある同樓主の貸座敷營業を妨害せんことを共謀し、大正十五年七月二十七日午後十一時頃年は陽に客を裝ひて日ノ出樓に登樓し、右兩娼妓と逃走の打合せをなしたる上同月二十八日午前三時頃喜代をして客の歸還に必要なりと稱して、同樓主より鍵を借出さしめ、出入口の戸を開きその場所より尙に三名樓外に脱出し、豫め熊市の手にて備ひ入れ置きたる自動車に乗込み、同日午前六時頃岡山縣吉敷郡園村日の出旅館に落延び、被告人は右逃走の時刻頃熊市に對し逃走費用として金三十圓を交付し、爾後年及び熊市の兩名にて兩娼妓に附き添ひて諸所を轉々し、これがため兩娼妓をして約二十日間日の出樓における稼業を休廢せしめ、同樓の貸座敷營業の遂行を妨げ以て偽計に依る所期の目的を達したりといふに在りて、これに依れば娼妓喜代及政枝は貸座敷業日ノ出樓主より金錢を借受くるに當り、その債務の辨濟法として一定の期間同樓において娼妓稼業をなし、その收益金を以て辨濟に供することを約したるに過ぎずして、該契約は所論の如く不當に人身自由を拘束するもの

にあらざる故有效なること勿論なれば、喜代及び政枝の逃走休業は同人等の發意に出づるも被告人等が兩娼妓の出稼ぎ契約期間中なるに拘らずこれと通謀して偽計を用ひ、同人等を逃走休業せしめ、日ノ出樓主の貸座敷業務の經營に障害を與へたるこ

九〇八 乳兒の窒息死は犯罪

昭和二年(れ)第一二三四號

上告趣意書第一點記録を精査するに、被告人が過失致死の犯行なりと認定せられたる事實は、被告人の生理的變化より來る睡眠不規則の生理状態より惹起したるものにして、斷じて被告の不注意より來りたるものにあらざること極めて明白なり、被告が今日まで數回に亘り自己の女子を死に致したるは、何れも此の病的睡眠状態たる生理的原因によるものにして、被告の如何なる精神力乃至注意力を以てするも到底防止得しべきものにあらず、また被告にあらざる通常人と雖も斯の如き生理的原因の存するにおいては到底斯の如き運命に陥るべきは免るべからざることに屬す、被告素より自己の子を傷害するの意思なきこと明白なるのみならず、被告の行爲即ち睡眠に至ること自體に付

と原判決の如くなる以上、被告人等の行爲は業務妨害罪を構成すること論なきを以て、原判決が被告人を同罪に問擬したるは正當にして、所論の如き違法あるものにあらず、論旨は理由なし

授乳者は乳兒の授乳に危険防止の義務あり之を怠り乳房で鼻口を塞ぎ致死せしめば犯罪構成す

意思活動(行爲意思)なきことも記録上明白なるものと確信す然らば即ち被告の行爲睡眠は意思に基かざる行爲にして、不注意の問題を生ずべき理由なきこと明白なりとす、その結果に付刑法上の責任を負ふべきものに非ず、原判決がこの點を看過して被告の行爲の形式及び結果のみ見て過失致死罪に問擬するは、記録上顯著なる事實の誤認あるものにして、破毀すべきものと確信すと云ふに在れども、生後間もなき乳兒に對し添養しつゝ乳房を哺乳せしめて、授乳する者は其授乳に伴ひ通常生ずることあるべき一切の危険を未然に防止すべき義務ある者にして、若し授乳者に於て其の義務を怠り、授乳中睡眠したる爲乳房を以て乳兒の鼻口を壓し、之を窒息死に致したる場合においては、授乳者は乳兒死亡に付不作爲に因る過失致死の罪責を免

れざる者とす、原判決の確定したる事實は被告人は昭和二年一月十七日未明居宅六疊の間において長男政次(大正十五年十二月二十三日生)を抱きて横臥し左乳房を哺乳せしめ授乳したるまゝ睡眠したるため、同日午前六時三十分頃遂に政次を左乳房を以て窒息死に致したりといふに在りて、所論の如く被告人が睡眠に陥りしはその病氣または生理的の強制に基くものと認定したるものに非ず、然れば右乳兒の死亡は被告人が乳房を哺乳せし

九〇九 文書偽造罪の要件

昭和三年(れ)第七七八號

文書の偽造とは特定せる他人の作成名義をいつはりて、文書を作成するを謂ふものにして、その文書が何人の作成に係るや該文書自體においてこれを判斷し得るを要するものなりとす、而して他人の代表資格を詐はりて作成したる文書といへども、その被代表者たる他人が何人なるや文書自體において判別し能はざるときは、文書偽造罪を構成せざるものとす、原判決の確定したる事實に従へば被告人清水廣介と不和の間柄となり居たる結果、その筋に對し廣助の營業に關する批難を申告して、そ

文書偽造は特定せる他人名義を詐りて之を作成する事で作成人を文書自體で判斷し得るを要す

の信用並びに營業を妨害せん事を企て、行使の目的を以て昭和二年十二月中旬頃福岡縣鞍手郡木屋瀬町において、郵便葉書(證第九號)に擅に小屋瀬町會議員代表と肩書し、門司鐵道局下ノ關運輸事務所旅客課長に宛て厚狹膠構内立賣券當は不潔にして、非衛生的なる蠅卵附着せる旨虚偽の事實を記載したる文書一通を偽造し、その頃これを投函して前記旅客課長に到達せしめ、これを行使し以て偽計を用ひ、その他をして右廣助の營業に疑念を抱かしめ、同人の信用を毀損しかつその業務を妨害したるものなりといふに在りて、その郵便葉書に表示せられた該

文書の作成名義を認るに、小屋瀬町會議員代表とあるのみにしてその小屋瀬とは木屋瀬と解し得られざるにあらざるも、被代表名義と認むべき木屋瀬町會議員とあるは、その町會議員全部の意なりや、一部の意たるや、單に集合名詞の記載あるに過ぎずしてその名義人を特定するに由なきを以て、かゝる文書を作成したりとするも文書を偽造したるものと謂ふを得ざるものと

九一〇 郵便物引受日附印押捺と刑法一五五條一項

昭和三年(れ)第一二二九號
郵便取扱規程第三十二條第一項は、「郵便物を引受けたる時はその餘白に引受の證として日附印を明瞭に押捺すべし」と規定し、同第三十三條には郵便に關する料金を納付に用ひたる郵便切手類及郵便物に貼付したる郵便切手は、日附印を以てその料額印面を明瞭に消印すべしとあり、同第三十四條には前條に依り引受局において郵便切手類に消印したるときは第三十二條に依る日附印の押捺を省略することを得とあり、又通信日附形式と題する通信省告示(明治四十二年十二月二十八日通信省告示第一三八六號)は日附印の形式としては局名と年月日時を示すべき數字等を表示すべきことを定むるを以て、日附印に於ける局

名は其郵便局を表示し又配列せられたる數字等は年月日時を表示するものと謂ふべく、郵便局が郵便物を引受けたるとき日附印を郵便物に押捺するは、即ちその日附印に表示しある郵便局が之に表示する年月日時にその郵便物を引受けたることを證する趣旨にして、之に依れば該日附印の押捺は郵便物の引受を證する該郵便物の署名ある文書と解するを相當と認むべきが故に之を以て公務所たる郵便局の印章若くは記號を押捺したるものと爲すべきにあらず、故に該日附印を使用したる場合は前掲郵便取扱規程第三十三條により押捺せられたるものと謂ふべく之に依り郵便切手の消印の效力を生ずると共に、郵便物を引受けたる事實を證明するものなること前示郵便物取扱規程第三十

四條に照らして明なり、然らば該行爲を刑法第五十五條第一

項第六十一條第一項に問擬したるは正當なり

九一一 所有證明虚偽は無罪

昭和二年(れ)第一〇八六號
未登記土地の所有権者が不動産登記法第五條第二號に依る所有権證明の判決を得るため、所有権確認の訴を提起しその訴訟の虚偽の利益に付、法律上の事實を請求原因たる事實中に附加し當事者の通謀により勝訴の調席判決を受けたりとすも、該調席判決は固より所有権の存在に付誤判なきを以て該判決に基き未登記土地に付所有権保存の登記を申請し、土地登記原簿にその旨の記載をなさしむるも、該登記事項の内容たる土地所有権の所屬に付何等虚偽の申立あるものに非ず、また登記申請資格に付虚偽の申立をなしたるものと解すべきに非ざるのみならず、自己の所有権を確信し従つて判決は自己の所有権を證明するものと信じ、該判決に依り所有権保存の登記を申請するも刑法第五十七條一項の犯罪に關する犯意を阻却することとなり孰れの點よりするもその所爲は刑法第五十七條第一項の犯罪を構成せざるものとす、原判決の判示事實に依れば本件未登記

所有権證明の判決を得るため訴狀に虚偽の事實申立を爲すも刑法第五十七條の犯罪構成せず

山林に所有権を有すと認め得べき事情ある被告人吉平は、自己に所有権ありと確信し、他の被告人貞次及び定市もまた被告人吉平に所有権あるものと信じ、三人共謀の上被告人吉平は被告人貞次を被告として所有権確認の訴訟を提起し、被告貞次が眞實所有権を争ひ勝手に立木を伐採し、または松茸を採取する旨全然虚偽の事をも請求原因たる事實において主張し、勝訴の調席判決を受け該判決に依り不動産登記法の要求する所有権の證明ありたるものとして、右山林の所有権保存登記の申請をなし、登記官吏をして土地登記原簿にその旨記載をなさしめたりといふに在るを以て、原判決にいふが如く果して被告人吉平に本件未登記山林の所有権ありとせば虚偽事實の主張は單に訴訟の法律上の利益にのみ關し、その訴訟の請求原因たる事實に關係なく、所有権確認の調席判決もまた固より所有権に付誤判あるものにあらずが故に、該判決に依り所有権の證明ありたるものとして所有権保存の登記を申請するも、その登記事項の内

容に付虚偽の申立ありたるものと稱するを得ざるのみならず、登記申請資格に關してもまた虚偽の申立をなしたるものと解すべきものに非ず、從て被告人吉平の行爲は勿論これと共謀した

九一二 鐵道出札係の乗車券の不正發行と擬律

昭和四年(れ)第一二一八號

されども鐵道營業法及之に附屬せる法規に従へば、鐵道の乗車券は旅客運送に關し旅客の乗車に必要な通用區間期限客車の等級、運賃額及發行の日附を記載し、所定の様式に従ひ發行驛名を表示して作成發行せらるべき證券にして、旅客はその運送契約上の権利の行使に付き該證券の占有を必要とするものにして刑法上の有價證券なりといふべく、また鐵道營業法第十九條に基き規定されたる鐵道係員の職制に従へば、出札係は驛長又は營業所の主任の指揮監督を受け、乗車券の發賣及之に附帶する一切の事務を取扱ふの権限を有する者なりといへども、旅

る被告人貞次及び定市の行爲もまた刑法第五十七條第一項の犯罪を構成せざるものとす

客の運賃を不正に免れしむるの目的を以て出札係が他人と共謀してその管掌に係る驛備付の補充乗車券用紙に不正の記載をなし、共謀者において之を行使し、他の鐵道係員を欺瞞して乗車し、その支拂ふべき運賃を免れたるときは刑法第六十二條第一項第六十三條第二百四十六條第二項の、有價證券偽造行使詐欺の罪を構成すべきものとす、蓋し出札係は前述の如く驛長または營業所主任の指揮監督を受け、乗車券の發賣を爲し又は補充乗車券に必要な事項を記入して之を發賣するの権限を有すれども、旅客に運賃を免れしむる爲不正の目的を以て乗車券を作成するの権限を有するものにあざればなり

九一三 踏切外でも警笛義務

大正十四年(れ)第一八二九號

關し事故を惹起せしめざる様努むべしと規定するを以て機關手も亦國有鐵道の職員として一般に同條所定の業務上注意義務を有すること明かなれば、運轉取扱心得第九十四條の規定あるが爲めに所論の如く踏切道に對し汽笛吹鳴警標の設けなき箇所在つては列車通過の際絶対に汽笛吹鳴の義務なきものと解するは當らず、何となれば同條は唯列車は踏切道に對し汽笛吹鳴警標の設けある箇所を通過する際は長緩汽笛一聲の合圖を爲すべしと規定するに過ぎざれば、汽笛を吹鳴するは單に汽笛吹鳴警標の設けある箇所のみ限定したる趣旨に非ざること文理上自ら瞭然たるのみならず、假りに論旨主張の如く解せんか列車が叙上警標の設けなき踏切道を通過する際、現に事故を惹起すべき虞れある場合に、若し汽笛を吹鳴し危険を警告するに於ては轉く事故の發生を未然に防止することを得べきに拘はらず、列車は汽笛を吹鳴せず、何等危険の警告を與ふる要なく漫然進行し事故の發生を顧みずして可なるが如き極めて不當の結果を來すは勿論、前掲國有鐵道職員服務規程第十五條に定むる一般業務上の注意義務に背反することとなり、到底正當の解釋と謂ふを得ざればなり、惟ふに踏切道中通行頻繁なるか若くは其他の事由に因り、列車通過の際當時汽笛を吹鳴するの必要ある

鐵道踏切外でも臨機警笛吹鳴を必要とする事あるべし之を爲さずして轢殺は矢張過失殺たる也

國有鐵道職員服務規定第十五條は職員は擔當若くは管掌事務に

箇所と否らざる箇所とが存在すべきを以て法は特に運轉取扱心得第九十四條の規定を設け踏切道に對し汽笛吹鳴警標の設けある箇所在つては列車は其の箇所を通過する際に、必ず汽笛を吹鳴して合圖を爲すべきことを明かにし、其の汽笛吹鳴警標の設けなき箇所在つては事故を惹起すべき虞れある場合の如き一般業務上の注意を以て緩急に應じ機宜の處置を執り、事故を惹起せざる様努むる所に任せたるに外ならざれば、機關手に機關車に乗務して列車運轉に従事するに方り、踏切道に對し假令汽笛吹鳴警標の設けなき箇所なりとも、事宜に依り汽笛を吹鳴して列車の通過を合圖し、以て危険を未然に防止するの業務上注意義務を負担するものと論定するを法意に適したる正當の解釋と爲さざるを得ず

九一四 電車運轉の注意義務

昭和二年(れ)第一五二五號

過失致死罪においては假りに被害者に多少の過失ありとするも被告人において注意義務を怠りたるときはその責任の程度においてこれを斟酌するに止まり、そのこれあるが故に被告人に過失の責無しといふを得ざるなり、本件被害者は電路工夫として電路工事監督の職務遂行中なりとするも、これがために被告人の運轉手としての注意義務を軽減するの理由なく常に最善の注意を要すべきは普通人に對すると異なる所なく、その注意義務を勵行したるがため交通に多少の障害ありとするも人體生命の貴重なるはこれに換ふべからざるは勿論なりとす、原審認定の事實に依れば被告人は電車を運轉し進行中反對軌道内前方約五十間位の地點に電路工夫大岡太吉が電路工事監督のため、右側電柱上を眺めつゝ被告人運轉手の電車の同方面に向ひつゝ歩行し居れるを認めたるより、警笛を鳴らし注意を與へたるのみにて依然同速力を以て進行を續けたるが、被告人はこの際被害者が一回も後方を振り返ることなきを目撃しつつありしに苟く

電車運轉手は電路工夫と雖も電車に氣付かざる事ある故非常警笛及急停車等業務上の義務あり

も被害者は電路工夫なれば、電車の後方より進行しつゝあることは承知せるものなるべし、従つて自己の電車軌道内に立入ること無かるべしと輕信して、單に警笛を二三回鳴らしたるのみにて他に何等の處置を採らず進行せるが、凡そ電車運轉の業務に従事する者はかくの如き場合において、例ひ反對軌道内歩行者が電路工夫なりと雖も、あるひは電車の進行に氣付かざることあるべく、従つて進行電車軌道内に立入ることもあるべくし、かして被告人においては、被害者が一回も後方に注意せる態度を取りたることなきを知り居る際なれば、豫め危害の發生を顧慮し非常警笛を連續吹鳴するは勿論、豫め何時にても急停車をなし得べき程度の除行をなし、または一時停車その他危険を豫防すべき臨機的手段を講ずる等、之が操車方法に付き周到の注意をなすは電車運轉手として業務上當然の義務なるにも拘らず不注意にも被告人は右太吉が電車進行に氣付居るものなれば、被告人の電車軌道内に入ることなかるべしと輕信し、特に何時にても停車し得べき程度の最徐行をなす等に付き豫めその操車

方法に出でず、且つこれに留意せずして單に一應警笛を吹鳴らしたるに止まり、依然十二三マイル位の速力を持続運行したるため、同人との間隔僅に五間位に至り同人が斜に自己運轉中の軌道内に入らんとするを認めて、俄に急停車を試みたるも已に及ばず、該電車の前方救助網を以て右太吉に衝突せしめて、同

九一五 病者と自動車の事故

昭和六年(れ)第一〇七八號

被害者の死亡は被害者の既に罹り居りたる腦梅毒症と自動車衝突による打撲と相俟つて其の原因を爲したるものなり然らば畢竟被害者にして腦梅毒症に罹り居らざりしならば本件死と云ふ結果は生ぜざるべく従て單に自動車を衝突せしめ因て被害者に傷害を與へたるのみに於ては死と云ふ結果は客觀的に之を豫見し得べき限りに非ず本件事故發生當日醫師岩田保太郎が二週間にて全治すと診斷した(記録九六丁)るに徴するも其の傷害が如何に輕微にして到底死と云ふ結果の如きは客觀的に豫見し得ざりしものなること明なり、況んや事故發生當日に於ては警察官に於ても傷害輕微にして被告人に對して何等檢察措置を施さ

普通では輕傷で済む場合でも病人なりし爲め死亡せば矢張り致死犯

人に創傷を負はしめ、遂に死亡するに至りたるものと云ふに在るを以て、被告に過失あるは明白にして、原判決には何等理由不備の點なく又刑の量定に關して被害者の注意義務違反を酌量すべきに付いては必ずしも判文上説明を要せざるを以て、論旨は理由なし

す翌日被害者死亡したる爲め始めて實地見分書(記録五乃至十丁)及圖面(記録十一丁)を作成したる程なりしに於てをや、以上の如くなるを以て本件は被告人に於て過失の責むべきものある限度即ち傷害に付てのみ責任を負ふべきに止まり死の結果に對しては全く責任なきものなり、原判決は破毀を免れざるものなりと云ふに在れども、原判決は被告人が業務上の注意義務を怠りたる爲本件事故を惹起し因て被害者を以て腦振盪の爲死亡するに至らしめたる事實を認定したるものなれば被告人の過失が致死の原因たることを俟たず、假に所論の如く被害者は當時腦梅毒症に罹り居りて此の疾病が死の結果を齎すの共同原因となりたりとするも斯かる事由は本件犯罪の成立には何等の

影響を與へず單に犯罪の情狀に關するものたるに過ぎず蓋し街路の行人中に病弱者の存することは常在の事實にして必ずしも異常の事態に非ざるを以て被害者の罹病の事實が致死の結果を誘致するに與て力ありたりとするも之に因りて因果關係を遮斷

するものに非ざればなり、然れば原判決が判示事實を認め業務上過失致死罪に間接したるは正當なり

昭和六年十月二十六日

大審院第二刑事部

九一六 預れば扶養責任

酌婦を住替の爲め預り居る間に病氣となり桂庵が之を保護せずして放擲は刑法遺棄罪を構成す

大正十五年(れ)第一二二號

凡そ法令契約若くは慣例に依り老者幼者又は病者に對し保護すべき責任ある者が其義務に違背して其の生存に必要な保護を爲さざるに於ては刑法第二百十八條第一項後段の罪を構成するものとす、然り而して病者を引取り自宅に同居せしめたる場合の如き其引取主は之を引取る義務なかりしときと雖も一旦之を引取り自宅に同居せしめたる以上は、引取主は病者が其保護を受けるの要なきに至り又は其の保護を爲す者あるに至る迄は法律上繼續して保護すべき義務あるものと論定すること民法事務管理の法理に照し正當なりと認む原判決事實に依れば被告人は眞方伍之助より判示酌婦限ミノルの住替方を依頼せられ同人を被告入方の隣家中村勘次郎方に預け其住替方に付盡力し居たり

しところ、右ミノルは腎臓炎に罹り居れるのみならず梅毒症の爲大小便を漏らすに至りしより、被告人は中村方より之を引取り自宅に同居せしめたるものなれば、被告人は右ミノル本人が保護を受ける要なきに至り又は其の保護を爲す者あるに至るまでは之に對し其の生存に必要な保護を爲すべき法律上の義務あること勿論にして論旨は其の理由なし

(刑事の處斷は犯人の教育を理想とせよ・國民法律社)

九一七 融通物の預りは借り也

問 甲より乙に公債證書を別紙通りの預かり書を取りて貸付けたり乙は直に銀行へ擔保として差入れたり、甲は其事情を知り居り尙今までに數回引續き債券を貸付け少し許りの損料を貰ひたり

(一)乙支拂はざる時は委託物横領として告訴出来るや(二)乙今までの分に損料を支拂ひ居れば乃ち今までの慣例を陳述すれば普通の貸貸借になるや、右御教示の程御願申上候

預り證

一、〇〇〇公債證書〇〇圓券壹枚〇〇〇號、〇〇〇番

右預り候處實證也然る上は何年何月何日限り御返却可申候爲

後日預り證如件

年月日

預り人 乙

連帶責任者 丙

甲 殿

答 公債證書の如き有價證券を貸すは特約なき限り其を擔保に

第四章 刑事 第一節 刑法の部

公債の如き預りは借りと同一也乃ち融通を認めたる消費寄託也融通禁止の特約なき限り非横領

入れたり又は其他融通すべき事を承諾したるものと解せざる可からず、乃ち相手は現金を借りたと同様也、賣拂つた後期日に同種同質の同價格物を返還すれば足る也、委託物預かり物費消と云ふ如き横領罪を構成するものにあらず、證書に預かりとありても右の借りたと同一也消費又は融通を許されたる預かり乃ち消費寄託也、故に消費貸借と同一に扱はるるものとす預かりでも借用でも其物を處分する事を許されざるもの、例へば封金の保管又は使用のため貸借せる機械の如きを擔保に入れたり、其他處分的行爲を爲せば横領罪ともなるものとす、預かりとか借用とか云ふ言葉の區別によらず、其預かり又は借りが擔保とか處分的行爲を認められたるものなる時は横領罪とならざる也質問件の如き物件が融通を許さざる預りなりとすれば特別の事情必要也、然らざる限り無意味の預かりとなれば也、但し豫め返還不能を確信しつゝ、借金又は預かり金を爲すは詐欺罪となる事勿論とす

九一八 復興局取毀命令と材料

請負人に請負金を全部支拂済の未成家屋取毀方
復興局より命せられたる場合材料主は注文者也

問 一復興局より取毀命令を受けたためまだ建前のまゝの未成家屋を解體してしまひました、處がその費用全體金千二百圓でその中材料代金七百七十圓であります

二右の代金千二百圓は注文者たる私が全部請負者に支拂済みでありますのに請負人は右七百七十圓の材料を勝手に外へ運んでしまひました

三右請負人の行爲は横領になりませんか、もつとも請負人は該品の借用證書に金百五十圓とかき入れて置いてゆきましたが、その期日の本年五月末日より言を左右にして一文も支拂ひませぬ

民事より外ありますまいか伺ひます

答 請負人が仕事の完成を目的として着手し途中官の命令で建築の目的が達せられないことになつてしまつても注文者がその

九一九 名譽毀損罪の被害者の特定性

問 一、某町在住の辯護士には悪三百と提携する者ありと云ふ

新聞記事あり被害者は何の誰と主觀的にも客觀的にも特定せざ

るを以て名譽毀損罪は成立せずとの主張が理由ある様に存候へども檢事は諸方の人々を取調べ居る由、特別詳細に御示教願上候

- 答 一、本件名譽毀損罪は成立するものと斷定す
- 二、被害者は個々に特定することを要せず周囲の事情より推斷して其の何人なるかを認知し得れば足る
- 三、本件は「甲乙丙の何れかが悪三百と供託して某名士を中傷したるものなり」と云ふ記事が新聞記事として發表せられたると同一なり、被害者は個々に特定せざるも特定すべき可能性あり又少くとも其の「グループ」が二、三名の爲一般人に知悉せられ其、の中に被害者あること明かなるに於ては本罪は構成するものとなる
- 四、本件甲乙丙の内誰れかが被害者なること明なれば甲乙丙は少くとも被害性を有する者なり名譽毀損罪に於ける被害性ある者は被害者として告訴権あるものと信ず
- 五、蓋し被害者は何某と指摘するを要せず苟も摘示せられたる事實關係自體に因りて一般推論上何某又何某等に關する者なるやを認識し得らるるに於ては被害者は特定せられ得るものと謂ふべければなり

六、檢事の調べもこの特定被害者の何人なりやを推定し得らるるものとして檢舉の手を延べ居るものなるべし

- 七、右の論斷を確保する爲左に設例せん
- (1) 某町に一人のみの辯護士あり之に對し某辯護士と云ふときは絶對的特定性あり
- (2) 二人あるときは相對的特定性あるものとす、蓋し二人の中何れかに特定すべければなり名譽毀損罪はこの相對的特定性ある場合をも被害者と見るべきなり蓋し不名譽感はこの相對的特定性被害者に付ても存するを以てなり
- (3) 三人四人ある場合も右と同斷
- (4) 數十數百數千人あるときは一般人が其の凡てを知悉し得ざる故被害者は不特定性となる、この程度のものには名譽毀損罪の對象となることなし、蓋し何人が名譽毀損せらるるや不判明にして何人も痛痒を感じざるが故なり
- (5) 本件は右(3)に該當し甲乙丙丁は大に痛痒不名譽感を感じるが故彼等は本罪の被害者なりと云ふべきなり

九二〇 抵當家屋を前家賃で貸すは犯罪か

問 甲、抵當権者 丙、賃借人 戊、地主 乙、債務者 丁、家屋買受人

一、乙は戊より土地を借り、家を建て該家屋を甲に疊建具付で抵當に入れました、その後該家屋を一ヶ年賃料前拂にて丙に賃貸しました

二、また乙は借地権留保で右の家屋を丁に賣つたとすると後日甲が抵當權實行の場合乙は刑法に問はれないでしやうか

答 本問題は文面の上では別に刑法に問はれる様なこととはありませんが、この問題で刑法に問はれるとするならばそれは該家屋の賣買の場合において買主に對して欺罔行為を爲し、その財産を騙取(欺して取る)した場合又は右の手段を以て自己(乙)が不正な利益を得たる場合または他人(買主、賣主、以外の人)

九二一 信書開披罪と告訴權者

問 甲が乙の財産を差押へたるため乙が執行異議の申立てをなし目下訴訟中の場合

甲が乙の相続人なるものに對し郵便を以て信書を送り(乙丙

に不正の利益を與へたる場合であります、そしてこの罪は詐欺罪となり、例へば賣買の目的となつてある家屋に抵當權が設定してあるにも拘らず買主はその家に抵當權が設定してあるといふことを買主に話したならば買主はその家屋の賣買を取消すかも知れない、又買取るにしても非常に安い値段となるであらうと考へて買主に對してこの家屋は抵當などに進入つて居ないと欺してその家屋を賣却したる場合又は抵當權設定の登記のしてあるにも拘らず故意に登記簿の閲覧をさまたぐる場合又は登記簿の謄本又は抄本を見せなかつた場合等の賣買で、そしてその賣買に依つて財産を騙取し又は正しくない利益を取得した場合であります以上の様な場合でなければ決して罪にはなりません但し民法上の損害賠償や不當利得等の問題は別です

親子關係大猿の間柄但同居し居る)然るに乙が丙あての甲よりの信書を開封し丙の妻(嫁)に對し甲より丙に對し信書が來たから丙が開封して見たと告げた場合

乙は刑法第三百三十三條に該當すべきものなるや否や

刑法上の責任なきものとすれば甲が乙に對し信書を開披し秘密を侵害せられたるに付き損害の請求出來得るや否や

答 一、乙が故なく丙の所に來た信書を開披したものとすれば一年以下の懲役または二百圓以下の罰金に處せられる、假令乙が丙の親であつても同じことである

二、しかし乙が自己の子たる丙の信書を開披する習慣になつてゐて丙は常にこれを承諾してゐたとか丙にはそんな承諾の意思は毛頭ないとしても丙が他行不在でその行先に届けてやつたのでは丙に一大不利益が起るからとかいふ相當理由があれば「故なく」といふ要件が缺けることになるから右の罪は成立しない丙の意思に反しないといふ乙の確信があれば犯意を缺くからこの點だけで犯罪は成立しない

九二二 連續一罪を決める標準

同一の罪名に觸るゝ二以上の犯罪行為が中止せられない初發の犯意に起因したならば刑法第五十五條に依り之を一罪として處斷すべく、甲乙の犯罪が一罪たる關係あると同時に乙丙も同一の關係にあるならば甲丙も一罪である、從て初發の犯意の一部

三、しかし故なく開披して後に丙の妻にその開披の事實を告げたからとて違法阻却の事由とはならない
四、但し右の罪が成立しても公訴權はなほ成立しない、即ち第一三五條の「告訴」がなければ訴追機關は活動しないことを注意せられよ
五、右刑事上の責任の有無如何に係らず甲が乙に對して信書開披に關し難題を掛ける權利はない甲は民事上の問題は勿論刑事上の被害者でもないからである(少數反對説はあるが賛成できない)損害なるものは甲に付いて發生して居ない、損害がなければ民事上の不法行為は成立しない、刑事問題としても甲は信書が丙方に到達すれば最早甲に何の權利も殘存しない即ち告訴權は甲については消滅して居て、丙だけが告訴權あるのみである

のみ實行せられて尙繼續中之に添加せられて不可分の關係となる犯意に起因せる行為の全體が當初の犯罪行為と共に連續一罪を組成すべきであつて既に然る以上は初發の犯意の一部が依然として繼續中新に同一の罪名に觸れる犯罪に付いての犯意を

發し叙上既存の犯意に繼續せしめ之に起因して犯罪の實行があつた場合には初發の犯罪の殘部の未實行の場合と否とを分たす其の全體を包括して連續一罪である具體的條件が連續一罪かどうかを決するに漫りに肯定せず時長短被害者の異同等にも着眼し之のみに拘はらずして事案に關係ある各般の狀況を看て

果して初發犯意繼續如何を判斷すべきである前後の犯罪行爲の時間が遠いし被害者が別異だから犯意繼續の關係がないとのみ限らない(昭和六年(レ)第六六三號六、七、四、三刑、業務上横領被告事件)

九二三 鶏を取る狐を捕獲

之を無免許の狩獵違反だとか皮や肉の販賣も罰金だなど云ふは誤れり財産防衛上適法行爲

問 太郎の居宅に野狐が鶏を取りに再三來り(鶏三羽とられたり)太郎は怒つてわなを使用し(鶏小屋内にて)之を殺したり而して肉は食ひ皮はばき取りたり、然るに次郎は之を開き無免許にて狐を取り皮をばき取りたるは狩獵法違反なりと言へり三郎曰く、狐を取る目的にてワナを使用したるは事實なるも、太郎は鶏を取りたるをにくみ且又其ま捨て置く時は太郎の鶏は全部取られるは勿論隣家の鶏をも取らるべし、殊にそれも屋外にあらずして屋内にてワナを使用したるものなれば、假令皮をばき取り使用するも斷じて違反にあらずとせり、四郎曰く、前述の如き場合は狐を殺したる迄は何等違反にあらず、されど其皮をばき取り他人に賣るか或は使用するに於て罪を發生すべ

し、隨つて反對に皮を投げ捨てるに於ては罪なし(利を目的とせざるに依る)といふ、五郎曰く或日數を経過すれば使用するも何等罪なしと右何れが法律上より見て正當なるや御教示願上候、若し五郎説が至當なる場合は或日數とは何日なるや 答 質問件は狩獵法違反とならず、即ち自己の邸宅敷地内に於て銃器外の方法にて捕獲するも差支なきものとす(同法第三條)假に敷地若くは邸宅内に非ずとするも自己の財産を保護する爲め已むを得ず爲せる行爲は罪とならざる也人を殺しても然り況んや狐を捕獲する如きは問題とならざる也、捕獲したるものを賣買讓渡差支なし禁止されあるは狩獵法違反にて捕へたる物に

付いて也、違反と爲らざる捕獲物は自由に處分差支なきものとす(第二十條)尙違反罪は罰金刑故時效消滅は三年とす

九二四 罰金は遺産に及ばず

刑法の罰金刑は犯人一身に限る故相続人に責任なし租税罰や沒收追徴金等は相続財産にも及ぶ

法曹會決議(大正十五年十二月十一日)

問 賭博罪に依り罰金刑に處せられたる者判決確定後死亡したる場合に於て其の相続人及相続財産に就き執行することを得るや

甲説 罰金刑は犯人死亡の場合に於ても尙ほ消滅することなく其の相続人に對して執行し得べきものなり(明治四五、五月一日判例)乙説 刑は一身に止まるの原則の例外規定なる刑事訴訟法第五百五十四條以外の場合に於ては執行することを得ず

九二五 往來妨害罪の性質

具體的危険犯と抽象的危険犯

昭和三年(レ)第六一七號

刑法第二百二十四條第一項の罪は所謂具體的危険犯と稱せらるゝものにして特にその行爲の結果往來の妨害なる危険状態を發生せしむることを要するに拘はらず警察犯處罰令第二條第十二號の罪は所謂抽象的危険犯と稱せらるゝものにしてその行爲の一

第四章 刑事 第一節 刑法の部

般的性質において交通妨害の危険性を有することを以て足り特に具體的に往來の妨害なる危険状態を發生せしむることを要せずして兩者は全然その性質を異にするものなればこの兩者の罪は全然その構成要素及罪質を異にするものなれば刑法第五十五條に所謂同一の罪名に觸るゝものとなすことを得ざるなり

九二六 違法性の不知と無罪

法律の不知は免罪たらざるも錯誤の爲め犯罪の構成要素に認識を缺く場合は矢張り犯罪なき也

大正十四年(れ)第一八三一號

刑法第三十八條第三項に於て法律を知らざるを以て罪を犯す意なしと爲すことを得ずと規定したるは、犯罪の違法性の錯誤は犯意を阻却せざるの趣旨を明かにしたるものにして、現行刑法は犯罪行爲の一般違法性の錯誤と犯罪行爲自體の構成要素たる事實の錯誤とを區別し、獨り後者の存する場合に於てのみ犯意なしと爲すものなること洵に明瞭なりとす、蓋し犯罪行爲に對する一般の違法性と犯罪行爲自體に屬する構成要素とは嚴かに之を區別すべく、之に關する錯誤も亦其の効果を異にするを至當と爲せばなり、然れども法律の規定を知らず又け之が適用を誤りたる結果犯罪行爲自體の構成要素たる事實の錯誤を生じ、即ち或は犯罪構成要素の存在せざることを誤信し或は構成要素たる事實を實行するの權利を有すと誤信する場合の存することあり、此の如き場合に於ては其の錯誤は固より犯罪行爲の一般違法性とは何等の關係なきものにして却て犯罪行爲自體の構成要素に對する認識を缺くに至るべきを以て犯意の存在を否定せ

ざるべからず、蓋し刑法は或種の犯罪に付其の構成要素を定むるに當り其の内容を民法又は公法の規定に委付し民法又は公法の規定に於て其の行爲を目して權利の實行なりと爲し、又は刑法正條に定むる法律上の行爲が其の效力を失ふものと爲す場合に於ては刑法に於ても亦犯罪行爲は其の外觀のみを具備して其の實質に於ては犯罪構成要素を充たさざるものと爲すべく此の如き場合に於ては刑法第三十八條第三項を適用すべきものに非ざればなり、而して刑法第九十六條の罪は實に上述の場合に該當し同條の規定は封印又は差押への標示が效力を失はざる前に於て權利なくして之を損壞し又は其他の方法を以て封印又は標示を無効たらしめたる行爲を其の構成要素と爲したるの趣旨にして、民事訴訟法其の他公法の規定に依り差押への效力なきに至りたるものと解すべき場合又は封印の形式存するも之を損壞するの權利ありと認めたる場合に於ては本罪の構成要素を缺くものなりと解するに至當とす、從つて民事訴訟法其の他公法の解釋を誤り被告人が差押への效力なきに至りたる爲差押へ存

せずと錯誤し又は封印等を損壞するの權利ありと誤信したる場合に於ては本罪の犯意を阻却するものなりと謂はざるべからず本件に付原判決の説明する所に依れば、被告人は原審公判に於て本件差押へ事件に付仲裁の勞を探りたる者より同人が債權者へ本件債務を辨済したるに因り差押物件の封印を剝離して可なりと云はれたる故封印及標示を剝離したることを主張したるを以て、原裁判所は須らく右被告人の辯解に對し被告人は仲裁人の辨済に因りて差押への效力なきに至り差押へなしと誤信したるか又は封印及標示を剝離するの權利ありと錯誤したるや否や

九二七 防衛の準備と無罪

危害を加へらるべきを慮り刃物を準備し果然其實現を見たる場合は正當防衛とし無罪たるなり

大正十四年(れ)第三六二號

凡そ人は法益に對する未來の侵害に付豫め防衛行爲を行ふは違法たるを免れずと雖も、其の未來の侵害を慮かりて防衛の準備を爲すことは固より正當にして毫も非議すべきものに非ず、本件被告人が六郎の性行並に仲裁當時の心情を察し其の將來に於て喧嘩の爲押寄せ來るべきを憂慮し護身用に匕首を買求め自宅に持歸り箆筒の抽出内に藏置したるは正に是れ自己の生命身

體に對する未來の侵害を慮かり防衛の準備を爲したるものに外ならずして、其の行爲自體何等違法性を帶ぶるものに非ざるが故に、本件被告人が匕首を買求めて之を藏置したる事實を目して直に喧嘩の準備又は殺人の豫備を爲したるものと解するは正當ならず、從つて此の點に關し檢事の被告人が匕首を買求めたるは防衛の準備を爲したるものに非ずして争闘の用意準備を爲したるものと認むべく被告人が六郎と共に外出したるは寧ろ殺

人の豫備に外ならざる旨の主張は之を採用せず

九二八 貯金通帳の没収は無意義

司法省通牒

(昭和七年一月二十二日)

賭博事件の證據物として没収したる郵便貯金通帳に對し没収の裁判確定したる場合、該言渡の効力は單に貯金通帳其のもののみ没収に止まるや、又は其の内容たる貯金拂戻請求權をも沒收剝奪すべきものなるや又之が没収の執行としては如何なる手續を爲すべきものなりや、

(参照) 事案は甲乙の兩名が賭博を爲し貯金通帳の名義人たる甲が金二十圓を負けたるところ所持金なかりし爲賭金代用として右貯金通帳(一冊現在高十一圓)五十錢及認印一箇を乙に交付したるものなり右は差蒐りたる實際問題にして其の解釋及執行の手續に付疑義あり先例省議學說等一應取調べたるも未だ依據すべきものを發見せず當廳に於ては左の兩説あり記して參考に供す

(甲説) 附加刑の本旨に鑑み本件没収言渡の効力は通帳其のもののみならず其の内容即ち貯金拂戻請求權に及ぶべきものとす(權利は没収し得ずとの學說あるも積極を通説と信ず)蓋し甲乙間に於ける右通帳の授受は其の内容たる權利を目的として行はれたるのみならず犯罪行為に因り得たる利益を剝奪する没收刑の趣旨に従ひ沒收裁判の主旨も亦通帳其のもののみならず其の内容たる權利を目標として下されたるものと解すべしなり、而して之が沒收執行の手續としては檢事局より所管貯金局に裁判の趣旨を通知し且執行機關たる檢事の手にて貯金請求の手續を爲し拂戻を受けたる金員を國庫に收納する方法に出づるを相當と信ず

(乙説) 沒收の言渡の効力は單に貯金通帳其のものを沒收す

るのみにて其の内容たる權利を剝奪するものに非ず、蓋し刑法第十九條に所謂物とは有體物を意味するものなるが故民法等の規定により動産と看做さるる無記名債權又之に準すべき有價證券の如きは證書其のものと共に權利を沒收する效果を生ずべきも、斯くの如き性質を有せずして單に權利證明の具たるに過ぎざる證書通帳の如きものに對する沒收は物其のもののみを沒收するの效力を有するに止まるものと解せざるべからず、從て

本件郵便貯金通帳の如きも其の内容たる貯金拂戻請求權を剝奪するものに非ず、故に之が執行方法としては通帳名義人に於て郵便貯金通帳の再下附を受け貯金拂戻を受くるが如き結果を生ずるも亦止むを得ざるものと謂はざるべからず、普通の債權證書を沒收したる場合の如き亦同一なりとす
答 乙説を可とす

九二九 正當防衛から除外

危険を防止する爲め止むを得ずとするも其危険並に暴行が自ら招きたる豫期的の場合に罪成立

大正十四年(れ)第五七三號

原判決の認定する事實に依れば、被告辰巳は第一審共同被告村上秋法と共に被害者甲斐信行と同村なる一婦人の許に數度夜遊びに赴きたるにより、惹いて信行との間に感情上の杆格を來し被告辰巳は信行に暴行を加へ又信行は秋法に暴行を加ふるに至り信行が秋法に對して争闘を挑みたるより、秋法は被告辰巳に事情を告げ争闘の場合には兩者互に共同して信行に暴行を加へんことを通謀し、被告辰巳は木刀及匕首を携へ秋法は櫻杖を携へ遂に途上行と遭遇したるより、豫期の如く相互の間に争闘

を開始し争闘中信行は秋法を傷害し又辰巳は信行を傷害して死に致したるものに係り、被告辰巳は秋法と共に當初より争闘を爲して相手方に暴行を加ふる意思に出で之を實行して終に相手方を死に致したるものに外ならず、其の争闘の行為は總て防衛上の必要に出でたるものに非ずして相手方に暴行を加へんが爲各自己を危険に曝したるものなるが故に、共同暴行者の一人が危険に瀕したりとするも之れが爲他の一人の相手方に對する暴行が直に正當防衛と爲るべきものに非ず、故に原判決が被告辰巳の判示行為を傷害致死罪に問擬したるは正當なり

第二節 刑訴法の部

九三〇 不起訴件を更に起訴

一旦不起訴處分済とせるものを検事が更に起訴しても違法と云ふことなし公訴の取消とは違ふ

昭和二年(れ)第三七七號

辯護人岡部實顯上告趣意書第五點原判決は公訴權の消滅したる案件に對し有罪の宣告を爲したるは違法なり、本件告訴人等は被告に對し名譽毀損の事實に付大正十四年七月十三日告訴を提起し山田區裁判所檢察より被告を呼出し本人は勿論關係人總てを訊問の結果被告に對し「本件は被告の商賣熱心より起りたる事實なれば不起訴に爲したるを以て將來眞面目に自分の業務に勉めよ」との諭旨を受け、同年八月四日付を以て當該事件に對し不起訴處分を爲したる旨の通知書を當該檢察より前記告訴人兩名に宛て發したるものなること控訴審被告の供述並に同審告訴人寺田吉松證人調書末尾記載の通りなり、然るに其の十二日後たる同年八月十六日前記告訴人等は更に同一事實に付同一の被告人を被告訴人としたる告訴狀(記録添付)を山田區裁判所檢察局に差出し告訴を爲したりと雖も、現行刑事訴訟法の下に

於て檢察は公訴權を一定の時期に於て適法に拋棄し得る職權を有する者にして案件に關する主任檢察に於ても此職權に基き公訴權拋棄の處分を爲したる者に外ならず、告訴人等は裁判所構成法第四十條に基き當該主任檢察の上級官廳たる檢察に抗告の手續を爲す事により監督權の發動を促し之によりて曩に爲したる檢察の公訴權拋棄處分を取消さしむべきは格別更に同一案件に付無意味なる二重の告訴を爲す事により檢察之に基きて公判を請求したるものにして之に對し有罪の判決を爲したる原判決は違法なりと云ふに在れども檢察が特定の事件に付爲したる不起訴の處分は之に依り公訴權を消滅せしむるものに非ざるを以て一旦不起訴處分を爲したる事件に付更に公訴を提起することとは法律上何等の妨げなきものとす、従つて本件名譽毀損事件に付所論の如く檢察が一旦不起訴處分を爲したることありとするも更に同一事件に付公判を請求するに何等の支障あるものに

非ざれば原審に於て本件の本案に付審判を爲し有罪の判決を爲すも違法に非ず諭旨は理由なし

九三一 正式裁判と勾留狀

違警罪犯と雖も正式裁判の際刑事訴訟法の規定により勾留狀を發すること妨げなきものとすべし

法曹會決議(大正十四年六月二十日)

問 違警罪即決官署たる警察署長が警察犯處罰令第一條第三號違犯者とし被告に對し拘留(五日)の言渡を爲し被告は之を不服として管轄區裁判所へ適法なる正式裁判の請求を爲たり、此の場合に於て管轄區裁判所は該事實を審理するに當り被告人を訊問したる後刑事訴訟法第九十條第一項により勾留狀を發し其判決確定迄被告を勾留することを得るや否や

一、積極說 警察犯處罰令は元來法益侵害の程度輕微なる故に便宜上裁判機關の關與することなく是が即決言渡を行政官廳たる警察署長等に兼掌せしめたるものにして其の實質司法處分にして元より刑罰たるや明かなり、然ればこの即決言渡に對し正式裁判の請求ありたる時は司法裁判所の審判に移り即決言渡は當然效力を失ふ、此の場合裁判所は審判するに此が運用を違警罪即決例に則るに非ずして刑事訴訟法を適用すべきは勿論なり、されば同令第一條第三號の如き一定の住所なき事を構成要

第四章 刑事 第二節 刑訴法の部

件として成立する犯罪者たる被告を審判するに先づ公訴準備として刑事訴訟法第八十七條及び第九十條に依り勾留狀を發し被告の身柄を拘束するは司法權の實行者たる裁判所の權限なりとす、而して裁判所は其の判決に於て勾留の言渡を爲すも確定判決迄勾留狀の消滅せざるは刑事訴訟法第三百七十一條に依り明かなり(但し二ヶ月以上なる時は更新決定を爲さざるべからざるは勿論なり)

二、消極說 警察犯處罰令違反者に對し其科刑の即決言渡を裁判の形式に依らず行政官廳たる警察署長をして兼掌せしめたる所以のものは、警察犯處罰令も廣義に於ける刑法なりと雖も、其の事犯輕微にして之を重きに措き刑事犯として處斷する程度に達せざる犯罪なると共に一方警察行政の目的を達成せんが爲に規定したるものなればなり、然れども此の言渡に對し必然的に服従せざるべからざるものに非ず、唯不服なきものは之をして甘んじて服従せしむるのみ、而して此言ひ渡に對し正式裁

判の請求を爲すを得るは被告に於て其科刑が適當ならずとして與へられたる権利に基き裁判機關の關與を受け最も公平最も正當なる判斷を求めんとするにあるや勿論なり、故に此の言ひ渡しに對し正式裁判の申立を爲したるときは假令司法裁判所の審理する所となり刑事訴訟法を適用するものなりとするも之が罪實法意をも省みず法規にのみ拘泥し刑事訴訟法第九十條を適用し被告に對し勾留狀を發すべきものに非ず、此の事たるや違警罪即決例第十二條等を散見するも之を類推するに難からず、假りに此の場合に管轄裁判所が勾留狀を發し該判決確定迄勾留せしか、被告は此の判決に對し不服なき場合は兎に角若し不服ありとて控訴上告したる場合且つ上告審に於て上告棄却の場合の如き被告が其受くる實刑より未決勾留の多數に上り或は又之を

九三二 代理の正式裁判は非

大正十五年(れ)第五七一號

按ずるに我現行刑事訴訟法は、所論の如く時代の推移と社會の趨勢とに鑑み、被告人の防禦權を完からしむる爲上訴權に付ては、原則として被告本人に之を認めたるの外、除外例として明

刑事事件に於ては特別の規定ある場合の外代理は許されず正式裁判の申立も代理人では無効也

恐れて完全の上訴權の行使を不能ならしむるの弊害を生ぜしめ被告の不利益此上もなく並に其の苛酷なること甚大なり、斯かる矛盾の甚だしき法規の存せざるは現行刑事訴訟法中被告の利益に重きを置く規定を網羅する法意に鑑みて明かなり
 決 積極に解すべきものとす
 理由 警察犯處罰令の定むる所は民事罰に非ず又行政罰に非ず全く刑事罰たること違反行為に科する制裁の刑法第九條の定むる刑なるに依り明かなり、通常裁判所に於ては之が違反事件の檢事の起訴に依り繫屬したると、即決言ひ渡しに對し正式裁判の請求ありたるに依り繫屬したるとを問はず一律に刑事訴訟法の定むる所に依り其の手續を遂行して審判を爲すべきものとす故に刑事訴訟法第九十條に依り被告人を勾留する事を妨げず

文を以て其の法定代理人保佐人並に原審辯護人にも之を認めたりと雖、被告の委任したる代理人に依りて上訴を爲すことを得る旨の規定存せざるを以て、斯の如き代理人に依る上訴は刑事訴訟法に於ても之を許さざるものと解すべきものなるのみならず

す、正式裁判の申立は必ずしも之を上訴と同視することを得ざるは勿論刑事訴訟法の規定は當然明治十八年第三十一號布告違警罪即決例に適用若くは準用を見るものに非ざるを以て他人が違警罪即決を受けたる者の委任を受け之に代りて正式裁判の請求を爲し得るや否やは一に同即決例の規定に依りて決するの外なきものと謂ふべく、而して同即決例の規定を通覽するに代理人を以て正式裁判を請求することを得る旨の規定毫も存することなし、之れ蓋し正式裁判の請求が上訴と同じく刑事處分の確定を阻止するものにして被告人に對し最も重要な關係を及ぼす訴訟行為なるが故に此等の行為を代理人に一任することを得るものとせば往々本人の自由意思に副はざる如き弊害の弊害を

九三三 集合罪と時効の關係

法曹會決議(大正十五年七月十七日)

問 集合的犯罪(連續犯、牽連犯)の公訴時効は、各個の事實に付獨立して起算せらるべきものなるや

甲説、集合的犯罪の公訴時効は繼續犯の場合と同様犯罪行為の終りたる時より同時に進行し各行爲の終りたる毎に時効の進行

第四章 刑事 第二節 訴訟法の部

前犯が時効に罹らぬ間に後犯が行はれたる時は全部に付き後犯より時効を起算すべきものとす

を異にするものにあらず
 乙説、集合的犯罪は獨立して犯罪となるべき行為を處罰上同一視するものなるが故に犯罪事實に對する公訴時効は各個の事實に付獨立して起算すべきものとす
 決 一個の犯罪は一個の實體的公訴權を發生し其の公訴權に付

ての時効は犯罪行為の終りたる時より進行すべきものとす（刑事訴訟法第二百八十四條）一個の犯罪は數個の行為より成立することあり此の場合に在りては、勿論公訴の時効は各行爲の終りたる都度進行すべきものにあらずして最後の行為の終りたる時より進行すべきものとす、實に一個の犯罪は公訴時効の制度上分割して觀察し得べき性質のものにあざるなり、一個の犯罪に單純一罪あり集合的犯罪として準一罪あり各本條定むる所の犯罪は單純一罪にして單純一罪が集合して特別なる一罪を爲すものを準一罪と稱せられ連續犯（刑法第五十五條）牽連犯（同第五十四條第一項後段）の如きは準一罪に屬す而して準一罪を組成する單純一罪に付ての時効は各別に進行すべきものなりや然らずして單に準一罪の時効として進行すべきものなりや刑法と刑訴とに跨る問題にして講究するを要する所のものなりとす連續犯牽連犯に就き考ふるに前犯たる單純一罪の公訴権が既に時効に依り消滅したる後刑法上それと連續又は牽連の關係に在

る單純一罪の後犯が實行せらるることあり、又未だ前犯が時効に依り消滅せざるに先だち後犯の實行せらるることあるべし、前の場合に於ては後犯實行の故を以て既に消滅したる前犯の公訴権を回復せしむるの謂はれなく又其の規定之れなきを以て刑法上準一罪たりと雖も前犯後犯に付いての時効は各別に進行するものと論決の外途なかるべし、之に反し後の場合に於ては前犯の爲め發生したら公訴権は後犯の爲め發生すべき公訴権とは共に化體して一個の公訴権と爲り、換言すれば準一罪に付ての一個の實體的公訴権と爲り而して後犯に付ての行為の終了換言すれば準一罪に付ての行為の終りたる時より時効は進行すべきものと論斷せざるべからず、即ち前犯後犯に付時効は各別に進行するものにあらずして前犯後犯を通じ準一罪の時効として其の進行を始むるものと爲すべきものなり、準一罪の性質及公訴に付時効制度を認めたる精神に鑑み斯くの如く解決するを相當なりとす

九三四 兄を毒殺の嫌疑と精神異状

問 一、兄を毒殺した嫌疑で檢舉された男が、精神に異状を呈

して狂者となれり
公訴の時効は毒殺の時より進行す精神異状の爲豫審又は公判を中止したる期間は進行せず

二、右は精神が正常に復したるときはまた起訴せらるるや
三、毒殺の嫌疑者は何年を経過すれば時効に罹るや
答 一、被疑者が狂者となつた場合、調査は中止します、そして完全になほつた後にしらべをして不良者即ち犯罪者であると分れば起訴されます
二、しかし完全になほるものではありませんから、おそらく

起訴されるようなことはないでせう

三、また公訴の時効といふものがありましてこの時効にかゝるともはや無罪同様になります、それは毒殺行為の時より十五年たてばもはや罪に問はれることはありません、但し本件が豫審か公判にまはつて居るものとすれば精神異状のため豫審または公判手続きを中止する間は時効は進行しません

九三五 刑訴法二〇一第三號と宣誓の當否

現に供述を爲すべき事件の被告人と共犯の關係ありとして有罪の確定判決を受けたる者は刑事訴訟法第二百一第一條第二號に所謂現に供述を爲すべき事件の被告人と共犯の關係ある者に該當すること勿論なればこれを證人として訊問するには同條第一項本文の規定に依り宣誓を爲さしめずして訊問すべきものなること疑を容れず蓋し裁判所が證人を訊問するに當りこれに宣誓を爲さしむるは依てその證言の眞正を確保する爲に外ならずして同條第一項及第二項に掲ぐる者に宣誓を爲さしめずして訊問すべきことを命じたる法律の趣旨はこれ等の者に宣誓を爲さしむるもその證言の眞正を確保するに足らずと認めたるに由るものなりと解すべきと同時に同條第一項第三號は汎く現に供述

を爲すべき事件の被告人と共犯の關係ある者と規定し現に供述を爲すべき事件の被告人と共犯の關係ありとして有罪の確定判決を受けたる者を除外したる趣旨の見べきものなきのみならず叙上共犯の關係ありとして有罪の確定判決を受けたる者の如きはこれに宣誓を命ずるもその證言の眞正を確保し難きこと多言を要せざればなり

九三六 連續犯一部の告訴取消と判決の形式

昭和三年(れ)第六三三號

刑法第二百五十一條を以て準用せらるゝ同法第二百四十四條第一項後段に依ればその前段掲記以外の親族間における詐欺は親告罪なるを以て告訴の取消しありたる時はその公訴を棄却すべきものなること刑事訴訟法第三百六十四條第五號の規定する所なれば第一第二の詐欺に付告訴の取消しありたるに拘らず第三の詐欺の事實と共にこれを受理して刑法第二百四十六條の詐欺罪に間接し有罪の判決をなしたるは違法なり、しかして右第一及第二の詐欺の所爲は第三の詐欺の所爲と連續の關係あるもの

九三七 上訴して前審通り重刑

問 選舉違反の控訴の言渡は第一審に比し重刑を科することを得候哉上告の場合も亦同様に候哉並に檢事控訴の場合に此制は無視せられ候哉

答 一、選舉違反事件の控訴及上告の言渡は前審に比し重刑を科するを得ざる場合と得る場合とあり
二、被告人上訴をなしたる場合及被告人の爲に上訴をなしたる場合に於ては原判決の刑より重き刑を以て處斷するを得ず(刑訴第四〇三、四五二條)

三、被告人の爲に上訴をなし得るものは檢事辯護人被告人の法定代理人、保佐人、夫原審の代理人にして何れも被告人の利益の爲に不服を申立つる上訴なるに於ては上訴審は被告人に重き刑を科することを得ざるものとす

四、舊法には重き刑に限らず苟も不利益に変更することば之を許さざりしが新法は之を改めて唯刑を重からしむることのみを制限し其の他の不利益變更を認むることとせり

九三八 告訴は自由處分を許さず

昭和四年(れ)第一二九二號

犯罪に對する被害者の告訴權は刑事訴訟法上附與せられたる權利にして告訴を待て其の罪を論ずべき所謂親告罪に付ては告訴の存在は公訴の提起をして有效ならしむるの效果を生ずるものなれば其法律關係は全然國家と被害者との間に存する公法上の關係にして其の權利の消長は被害者と犯人との間に何等影響を及ぼすべきものに非ずと解すべく其の權利の性質上法が特に之を認むる場合の外は之が自由處分を許さざるものと解するを相

九三九 姦通の縱容と宥恕

大正十四年(れ)第一〇六九號

妻が姦通を爲したるとき夫が其の行爲を宥恕したる場合に於て本夫は尙其の姦通の罪に付告訴を爲すことを得るや否やの點に

第四章 刑事 第二節 刑法の部

縱容は事前の承認也刑法此場合不罰を規定す宥恕は事後の勘辨也不罰の規定なしされど同様也

關しては法律上別段の規定なきを以て須らく法意の在る所を探究して之を決せざるべからず、抑々有夫の婦姦通したるときは本夫の告訴を待て其の罪を論ずべきこと刑法第八十三條の

規定する所にして、其の姦通の罪に付ては婚姻解消し又は離婚の訴へを提起したる後に非ざれば、告訴を爲すことを得ず、再び婚姻を爲し又は離婚の訴へを取下げたるときは告訴を取消したるものと見做すべきこと刑事訴訟法第二百六十四條の明定する所なれば姦通罪に於ける本夫の告訴は婚姻關係の不存續又は其の存續を失はしむべきことを以て之が有效條件と爲したることとは自ら明白なり、又民法第八百十四條第一項の規定に依れば夫が妻の姦通宥恕したるときは離婚の訴へを提起することを得ざること明らかなると同時に、刑法第八十三條は本夫が妻の姦通を縱容したるときは告訴の効なき旨を規定するを以て、兩者の規定相相應して克く其効果を全くするものと謂ふべし然り而して民法第八百十四條第二項は夫が妻の姦通を宥恕したるときは離婚の訴へを提起することを得ざる旨規定するに拘はらず刑法及刑事訴訟法に於ては此の場合に關し何等特別規定の存することなきを以て、一見姦通の宥恕は姦通罪に於ける夫の告訴權に消長なきが如しと雖も、執々案するに民法第八百十四條第二項に於て前記の如く夫が妻の姦通を宥恕したるときは離婚の訴へを提起することを得ざる旨規定したる所以のものは他なし同條項に所謂宥恕とは蓋し妻に一旦姦通の非行ありたるも夫に

於て感情自ら融和し嘗て其の非行なりしもの如く做すべき旨を表明するの義に外ならざれば、夫が既に妻の姦通を宥恕したる以上は離婚の請求權を消滅せしむるを相當と爲すが故なり夫れ此の如く夫は一旦妻の姦通を宥恕したる以上は其の非行を原因として離婚の訴へを提起することを得ざるに拘はらず、若し姦通を宥恕したる後尙且姦通罪の告訴を爲し、更に其の非行を糺彈することを得るものとせんか、法制の統一を破り不當の結果を來すのみならず叙上民法第八百十四條第二項に於ける立法の精神と夫が妻の姦通を縱容したるときは告訴の効なきものと爲したる刑法第八十三條及姦通罪に於ける告訴は婚姻關係の不存續又は其の存續を失はしむべき事を以て之が有效條件と爲したる刑事訴訟法第二百六十四條の法意とを對照して審究すれば夫が妻の姦通を縱容したるときは刑法第八十三條の罪に於ての本夫の告訴權は其の縱容と同時に當然消滅に歸すべく、隨つて夫が妻の姦通を縱容したる後其の姦通の罪に付爲したる告訴は其の効なきものと論定すること最も事理に適し立法の精神に合したる正當の解釋と爲さざるを得ず

原判決の確定したる事實に依れば被告ヤスは久滿德次の妻にして被告寅次は被告ヤスの有夫の婦たることを知悉し被告兩名は

犯意繼續して大正十三年八月頃より大正十四年四月十日頃迄の間約二十四回に亘り、又同年五月一日一回情交を通し姦通を爲したるものにして被告ヤスの本夫の久滿德次は大正十四年四月中旬頃と五月二日頃との二回被告ヤス等に對する明示の意思表示を以て各其の當時迄の本件姦通を宥恕したるに拘はらず久滿德次は其の後大正十四年五月七日右姦通罪に付告訴を爲し之に基き本件公訴の提起せられたること明かなり、然らば被告ヤス

の本夫久滿德次の爲したる本件姦通の告訴は其の効なきものにして其の告訴に基きて提起したる本件公訴は結局起訴條件を缺如せし無効のものに歸し刑事訴訟法第三百六十四條第六號の規定に依り判決を以て之を棄却すべきものに該當す、然るに原審が本件姦通の告訴は有效なる旨判示したるは法律の解釋を誤り延いて擬律の錯誤を來したる不法あるものにして本論旨は執れも其の理由あり、原判決は之が爲めに破毀を免れず

九四〇 勾留更新理由は勾留繼續必要で足る

昭和五年(れ)第八五七號(五、十二、四、五刑)

勾留更新の濫に之を爲すべからざることは敢て論ずるを俟たずと雖も勾留を繼續するの要ありと認めたるときは固より之を更新するを得べきことは刑事訴訟法第十三條の明定する所なり而して其の決定には理由を附するを要すること勿論なれども所謂理由を附すとは勾留を更新する所以を示すの謂なるを以て當該決定書に勾留を繼續するの必要ある旨の記載あるに於ては即

ち所謂理由を附したるものとするに間然する所なしと謂ふべし蓋勾留を更新する所以は之に依りて明かなるを以てなり、勾留を繼續するの必要を生じたる原因たる事情の如きは勾留を更新する所以即ち勾留更新の理由そのものに非ずして其の理由の由て來りたる緣由換言すれば理由の理由たるに過ぎざるを以て必ずしも之を當該決定書に記載するを要するものに非ず

九四一 住居制限の被告人に他の裁判所の勾留狀執行は適法也

昭和五年(れ)第一一五一號(第五、十二、十六、一刑)

第四章 刑事 第二節 刑訴法の部

被告事件を受理したる裁判所は法定の條件を具備し且事件の審

理に必要と認めたる場合には當該被告人に對し勾留狀を發し得べき職權を有するものにして此の職權は假令法域を異にする裁判所が既に他事件に付勾留狀を發し特殊の事由の下に其の勾留を停止せる場合に於ても其の行使を妨げらるるものに非ざれば被告人が別事件に付京城地方法院に於て勾留狀を執行せられ病

九四二 相姦者の一人の告訴取消時期

昭和三年(れ)第一一八四號

刑事訴訟法第二百六十八條はその第三項において刑法第八十條の罪に付相姦者の一人に對して告訴の取消しありるときは他の者に對しても亦その效力を生ずべき旨を定めまた同法第二百六十七條第一項を以て告訴は第二審の判決あるまでこれを取消すことを得と規定するが故に姦通罪における告訴の取消しは相姦者の一人に付第二審の判決ありるときは他の者に對し未だその宣告なしとするもこれをなすことを得ざるものと解せざるべからず、蓋し前記規定中その前者は相姦者に對する訴訟關係を合一に確定せんことを目的としまたはその後者は上訴審における告訴の取消しを否定すると共に告訴取消しの時期を第二審の判決あるまでと限定したるものに外ならざるを以て相姦者

氣の爲住居を京城に制限する條件の下に其の勾留を停止せられ居たりとするも廣島控訴院が之を顧慮することなく本件が審理の必要上法定條件の下に勾留狀を發して其の執行を京城地方法院に囑託し因て以て勾留狀を執行したるは違法に非ず

の一人に付事件が第二審に繫屬中なしたる告訴の取消しが上告をなしたる他の一人にその效力を及ぼすべきものとせんか倫も上告審における告訴の取消しを認容したると同一の結果に歸し刑事訴訟法が上告審における告訴の取消しを否定したる趣旨と抵觸するのみならず同法第四百十五條を以て原判決後に於て生じたる事項にして上告の理由となり得べき場合を刑の廢止若しくは變更または大赦ありたるときと特定しかくの如き場合に於ける告訴取消しを以て上告の理由となし得べきことに付いてはその規定を設けざりしに徴するときは第二審の判決前相姦者の一人に對しなしたる告訴取消しの效力が他の者に及ぶべき場合は獨りその者に對する事件に付第二審の判決あるまでの間に限るべきものにしてこれを外にしては告訴の取消しに因り相姦

者に對する訴訟關係を同一に確定する場合あることなく從つて告訴の取消しもまたこれをなし得ざるものと解すべければな

九四三 第二審は略式命令の上訴審に非ず

昭和五年(れ)第二〇〇七號(六、二、一九、二刑)

刑事訴訟法第二十四條第八號には判事事件に付前審の裁判に關與したるときは職務の執行より除外せらるる旨の規定存するも所謂前審の裁判に關與したるときは上訴に依り不服を申立てられたる裁判に關與したる場合を指稱するものにして略式命令に對する正式裁判の請求は上訴に非ざると同時に正式裁判たる第一審判決に對する控訴は略式命令に對する不服の申立に非ざ

九四四 被告人の供述は直に罪證に供するを得

昭和五年(れ)第八七三號

被告人の訊問と證據調とは訴訟手續上各別の觀念なること刑事訴訟法第三百四十五條第二項其他の規定に依り洵に明瞭なると同時に被告人の公判に於ける自由其の他の供述が證據の一種に外ならざること亦同法第三百四十六條の規定の趣旨に照し論を俟たざる所なり、而して證據書類及證據物に付ては同法第

ること勿論なるは略式命令を發したる判事は前審の裁判に關與したる判事として第二審の審判手續より除外せらるべきものに非ず其他判事が第二審の判事として其の職務を執行するに付同判事が同一事件に付兼に略式命令を發したることを除外の原由と爲したる趣旨の見るべき法律の規定存せざるを以て略式命令を發したる判事と雖其の職務の執行上第二審判決に關與することを得るものと謂はざるべからず

三百四十條及第三百四十一條に於ては公判に於ける之が取調の方法を規定せざるが故に其の形式を履踐したるものにあざれば公判の辯論に現出したるものとして之を罪證に供するを許すべきに非ず、然れども被告人の供述は右二條所定の證據の執れにも屬せざるは言を俟ざる所なるを以て其の供述を罪證に供する前提として右二條所定の何れかの形式を履むことを要す

るものと論断すべき何等の理由なきのみならず公判手續に關する同法の規定を通覽するときは被告人は訊問に對して十分に辯護權行使の餘地を附與せられありて其の公判に於ける供述は自

白なると否とを分たす何等特別の證據調手續を経由するを須たすして直に之を罪證に供するを許せる法意なることは疑を挿むの餘地なしと認む

九四五 被告人並共同被告人供述の證據力

昭和三年(レ)第一七七六號

往昔糾問主義の下に在りては被告人は専ら證據方法としてのみ利用せられ訴訟當事者即訴訟の主體としての地位は全然認めざりし所なりと雖彈劾訴訟主義の今日に至りては訴訟當事者としての地位を認めらるること却て厚く夙に泰西の學者中には被告人訴訟當事者たるの地位のみを認めて證據方法たることを認めざる者あり近時我國においてもこの説に倣ふ者之なきに非ずと雖被告人の供述自體が證據たり得ることに付ては異論なきが如し然らば既に被告人の供述が證據たり得ることを認むる以上被

告人自體を以て證據方法と認むるも毫も不當と謂ふべからず而して被告人の供述が證據たり得る點は單に當該被告人に對してのみならず他の共同被告人に對しても同一なりと解すべく從て共同被告人の一人の爲したる供述は常に他の者の爲に證據たり得るに適するものと解せざるべからず然るに宣誓に因る制裁の伴はざるの一事を捉へて之が證據たり得ることを否認するが如きは自由心證主義に背馳するものにして到底之を認容するに由なし

九四六 審理更新前の被告人の供述と罪證

昭和五年(レ)第七九〇號

公判裁判所に於て一度其の審理手續を更新したるときは其の以前の公判期日に於ける被告人の供述其のものは最早探て以て證

據と爲すを得ず唯其の供述を記載したる公判調書は之を證據に供し得べしと雖之を證據に供せむには須らく刑事訴訟法第三百四十條第一項所定の證據調手續を履踐することを要す、是れ此

の場合右に説明するが如く供述其のものを證據と爲すにあらすして之を記載したる公判調書を證據と爲すものなると共に公判調書なるものは即ち右法條に所謂證據書類に外ならざるが故なり、同法第六十一條第一項は公判調書に付ては同法第五十六條第三項乃至第五項の規定に依る手續を爲すことを要せざる旨

規定し即ち公判調書を作成するに當りては公判外に於ける被告人其の他の訊問調書作成の場合に見るが如き讀聞け等の手續を履むの要なきは明なりと雖道は是れ公判調書の作成の場合に關することに屬し前叙の場合(刑訴法第三四〇條第一項所定の證據調手續)とは固より同視すべきに非ず

九四七 姦婦の上訴權拋棄は獨斷

法曹會決議(昭和七年五月二十七日)

問 離婚の訴を提起したる後告訴ありし、姦通被告事件に付有罪判決あり、其控訴期間満了前被告人たる女より上訴し上訴權拋棄の申立を爲したるも離婚訴訟の裁判確定に至らず從つて婚姻未だ解消し居らざる場合、尙刑事訴訟法第三百八十二條但書の規定により夫たる告訴人の同意を得ざる以上該上訴權拋棄は無効なりや

上訴權拋棄は服罪する旨又告訴は處刑を求むる旨の意思表示にして被告の服罪は告訴の目的に添ふのみならず且被告人とは利害相反するものなり故に本問に於ては夫たる告訴人の同意を要せざるが如きも刑事訴訟法其他には民法第十七條第六條の如

斯る行爲に對し夫の同意云々の如き立法上からして無要當然也

き利害相反する場合の同意免除の規定存せず、故に理論上げ兎に角形式上告訴人たる夫の同意を要するが如く思料せらる果して如何に解すべきや

決 刑事訴訟には民法第十七條第六號の如き利害相反するの同意免除の規定の存せざること憲に所論の如しと雖、所問の如き場合に於ては立法の精神に鑑み姦婦たる被告人は本夫の同意を得ることなくして克く上訴の拋棄を爲し得るものと解するを相當とす

九四八 刑の減免の理由と判断省略

昭和七年(レ)第五〇五號

刑事訴訟法第三百六十條第二項が法律上刑の減免の理由たる事實上の主張に對し判決に判断を示すべきことを規定したるは法律上特定の事實あれば必刑の減免を爲さざるべからざる場合其の事實の主張のありたるに對し之が判断を示すべきことを命じたるものにして法律上刑の減免を爲すことを得る旨を定め之が減免を爲すを裁判所の裁量に委ねたる場合尙且其の主張に對する判断を掲ぐべきことを命じたるものにあらず蓋し斯る場合裁判所が假令右主張に係る事實を認めたりとするも之が爲め必然的に刑の減免の結果を生ずるものにあらざるが故に斯る判断は必しも之を判決に示すべき必要ありと謂ふべからざればなり而して刑法第二十四條は罪を犯し未だ官に發覺せざる前自

法律上刑の減免をなさざるべからざる場合は省略不可減免を裁判所に委ねたる場合は省略也

首したる者に對し刑を減輕することを得る旨規定するものにして其の之が減輕を爲すを裁判所情狀を考察して裁量し得べき事項なるを以て被告人が自首を爲したりとの事實上の主張は刑事訴訟法第三百六十條第二項に所謂法律上刑の減免の理由たる事實上の主張に該當せず從て原判決が被告人の自首の點に付判文上明示せざりしとするも所論の如き判断遺脱の違法ありと謂ふべからざるのみならず原審が被告人の自首の事實を看過したりと論斷すべからざるを以て論旨は採用するを得ず

昭和七年六月二十日

檢事松井和義關與
大審院第一刑事部

九四九 正式裁判の取下能力

法曹會決議(大正十五年十二月十一日)

十條に第一審の判決ある迄之を取下さることを得る旨の規定あるも、上訴取下の場合に於ける同第三百八十二條の如き規定なきにより從つて被告人は法定代理人、保佐人又は夫の同意を得ずして右請求を取下さることを得るや

無能力者の上訴取下に付ては後見人親権者等の同意を要すれど正式裁判の取下には不要と解釋

問 略式命令に對する正式裁判の請求に付刑事訴訟法第五百三

右貴會の御決議を煩し度候
決 本問の場合に於ては法定代理人の同意を得ることなく單獨にて其の請求の取下を爲すことを得

九五〇 刑事記録の閲覧權

法曹會決議(大正十五年十二月十一日)

問 辯護人に非ずして刑事公判事件に關する證據物に付利害の關係を有する者は該證據物の閲覧又は謄寫を爲し得るや
(理由) 刑事訴訟法第四十四條によれば被告事件公判に付せられたる後訴訟に關する書類及證據物を閲覧し且其書類の謄寫を爲すことを得る者は辯護人に限られ居るが故、既に事件にして公判に繫屬中なるに於ては右辯護の外假令何等の利害關係を有する者と雖も其の申請は何人にも之を許すべからざるは同法中他に明文なきに徴し瞭なり、然れども本問に於ける利害の關係たるや單純のものに非ず、其證據物の一部なる文書たる債權證書は所謂其債權者の權利證書にして而も、本件被告事件は私文書偽造行使詐欺に係り、而して被告人は他人の署名印章を妄用

辯護人及私訴當事者に非ざる限り閲覧並に謄寫權なし特に利害關係あることを疏明しても不許也

し以て債權者より金員を騙取したるものなるに因り、債權者に於ては該公判繫屬中附帶私訴を提起するの必要を生じ且つ其の提起前に於て事件の押收品たる債權者自己名義の債權證書を豫め之を閲覧又は謄寫して以て債權者は被告に對する訴否を決せんとする準備上其の證據品たる文章等の閲覧又は謄寫の必要に迫り以て之が申請を爲したるときは假令前叙の如く法律上何等の明文存せずと雖も之を拒否し得ざるべし、如何
右仰決議候也

決 被告事件に關する證據物の閲覧謄寫は當該被告事件の辯護人並に私訴當事者及其の訴訟代理人にのみ許容せられたる特權なりとす(刑事訴訟法第四十四條第五百七十五條)故に其の以外の者は私權の實行上重大なる利害關係を有すと雖も之が閲覧

寫を爲し得ざるものとす

九五一 不利の刑名變更不許

昭和二年(れ)第二五號

被告人の上告趣意書の理由あることは昭和二年十一月十四日當院のなしたる決定に於て説明したる如くなるを以て該決定に基き被告事件に付審理をなすに

被告人は無産者新聞の發行には何等の關係を有せざる者なる處昭和二年一月六、七日頃沼津市域内宇西ノ條勞働農民黨東支部に於て(一)同新聞第六十二號附録の名稱を用ひ「無産者新聞を讀め、沼津警察署の不法行爲は第六十二號にあげられたり」との題下に去る十二月十九日の沼津居住權擁護同盟主催の罹災市民大會はドゥして中止になつたか、その裏面には果然怪事實がひそんでゐたものである即ち、大會の前日突如沼津警察署は同盟準備委員全部を不法拘禁してしまつた罹災市民の死活問題たる居住權の擁護運動の歸するところばかりの暴利取締の如きと何の異るところあるか、居住權擁護運動者をフンじばらうとするならば宜しく先づ暴利取締をなす警官を悉くフンじばるべき

刑訴法四五二條に依り假令刑期や金額が同一又は短小でも被告人に不利の場合重き刑名許さず

である、斯の如き沼津警察署の暴歴は遂に全國的問題と化せり云々罹災市民のために生活權を擁護せんとしたるに却て官憲のために迫害せられつゝあるわが農民黨東支部を應援せよ正義に與する市民諸君街路から應援せよ演說會場で應援せよ市民大會で應援せよ云々」右罹災市民大會に對する沼津警察署の措置を非難し市民に對し勞働農民黨東支部を應援すべきことを宣傳したる文書を自ら謄寫版に付して約四百部を印刷しながらこれを發行者並びに印刷者たる自己の氏名を掲載せずして同月五日沼津市内において一般人に頒布し且(二)右出版に付所轄官廳たる内務省に所定期間内に納本届出をなさざりしものなり以上の事實に付被告人は當公廷において右印刷物は引札またはこれと同一視すべきものなれば出版法第九條に依り罪とならずと辯解する外判旨同旨の供述をなすところあり然れども右の所論引札とは商品の賣擴のための營業上の廣告の如く頒布の目的を以て單に購賣その他、需供の誘引とすべき事項を記載したる文書を意味

するものにして判示の文書は單に無産者新聞の購讀を勧誘するものに非ずして前記の如く罹災市民大會に對する沼津警察署の措置を非難し市民の勞働農民黨東支部を應援すべきことを宣傳せる著作物なることは記事自體に徴し明白なるが故に前掲被告人の自供及び押收無産者新聞附録中の判示同旨の記事の存在を綜合し右被告人の辯解を排斥して判示の如く認定す

法律に照すに被告人の判示(一)の所爲は發行者たる點において出版法第二十四條刑法施行法第十九條第二十條に印刷者たる點において出版法第二十五條第一項第二十四條刑法第十九條第二十條に該當し(二)の行爲は出版法第二十二條第三條刑法施行法第十九條第二十條に該當するを以て出版法第三十二條に依り

(一)の各所爲に付各罰金二圓に(二)の所爲に付罰金五圓に處すべきところ本件は被告人の上告に係り原判決の刑より重き刑を言ひ渡すことを得ざるに依り主文の如く科料刑に處すべきものとす、蓋し刑事訴訟法第四百五十二條に規定する原判決の刑より重き刑を言ひ渡すことを得ざるの制限は刑に關して被告人の不利にこれを變更するを許さざるの趣旨なるを以て假令刑期金額は同一若しくは短小なるも刑名を變じて重き刑名となすことを得ざることを包含するの趣旨なりと解すべきを以

てなり。しかして右科料を完納する能はざるときは刑法第十八條第二項第四項に則り金一圓を一日に換算したる期間被告人を勞役場に留置すべきものとす

第五章 選舉の部

九五二 普選法の要旨に就て 山岡萬之助氏述

衆議院議員選舉法の改正は選舉資格に付納稅條件を撤廢し、參政權附與に關し財産關係を全く除外したる所謂普通選舉の制を基礎とし、帝國臣民たる二十五歳以上の男子に總て選舉權を與へたるものでありまして、法律の全部に涉り改正を施したものであります、従つて之を現行衆議院議員選舉法と對比致しますると改廢の點頗る多いのであります、普通選舉なるが故選舉人の數は非常に増加し、選舉運動は餘程從前と異なることにならざるであらうと思はれます、よつて其取締を爲すに付きましては大に心を用ゐなければならぬと思ひます、罰則の改正も亦右の事情に基いて居ります、今選舉取締乃至選舉罰則を説明するに當りまして、司法の見地より新法に於ける改正の要綱を述べまします、其主なる點は第一選舉區に付きまして現行法の小選舉區制を改め議員定數を三名乃至五名とする中選舉區制を採用したること、第二中選舉區制を採用したる結果投票所の外に開票所を設けたること、第三盲人の爲點字

投票を認めたることに並に不在者の投票を爲すに付相當の方法を設けること、爲したること、第四立候補の届出を爲さしめ二千圓の保證金を供託せしめて、泡沫候補の出現を防止し、且つ届出たる候補者の數が其の選舉區に於ける議員の定數を越えざるるときは投票を行はずして、議員候補者を當選者と爲すべき規定を爲したること、第五選舉に關する訴訟に付き選舉訴訟若くは當選訴訟の名稱を廢し、一審とし終審として大審院に管轄せしめたること、第六選舉運動及選舉運動の費用に關し新に二章を設けたること等であり、選舉運動に付きましては一名の選舉事務長を置き、選舉事務を主宰せしむるのでありまして、選舉事務長に非ざれば選舉事務所を設置し又は選舉委員若くは選舉事務員を選任することを得ないのであります、又選舉運動の費用の支出も原則として選舉事務長に於て之を爲すのであります、選舉事務所は議員候補者一名に付七箇所に制限してあります、休憩所其の他之れに類似する設備は選舉運動の爲に設くる

ことを許さず、又選舉の當日は投票所の附近に選舉事務所を設くることを得ないのであります、此事より選舉當日投票所附近の混雜を防ぐことが出来るのであります、選舉委員及選舉事務員の數も亦之を制限しまして議員候補者一人に付五十人を超ゆることを得ないのであります、而して選舉權を有せざる者は選舉委員又は選舉事務員と爲ることを得ないことになつて居ります、選舉委員と選舉事務員との區別は事實上報酬を受くること否とあるのであります、茲に特に述べたいことは是迄の選舉に於て非常なる弊害を貽しました所謂戸別訪問を新法に於て絶對に禁止したことであり、従つて新法の下に於て行はるゝ選舉の運動は、専ら言論と文章とに依る次第であります、新法に於きましては前述の如く一面に於て選舉運動を制限し議員候補者選舉事務長選舉委員又は選舉事務員に非ざれば一般の選舉運動を爲すことを得ざるものと爲すと同時に、右以外の他人には演説又は推薦狀に依る選舉運動のみを認めてあります、而して此他人の爲す選舉運動に付きましては事務所を設け、又は事務員を使用する等組織的に行ふことを許さないのであります、選舉區内の議員の定數を以て選舉人の總數を除して得たる數を四十錢に乘じたる額を議員候補者一人の費用額とするのであります

して、其の定額は地方長官又は警視總監に於て選舉期日の公布又は告示ありたる後直に公示するのであります、此の定額を超えて選舉運動の費用を支出したならば、原則として當選は無効となるのであります、以上の如く選舉の運動及費用に付制限の規定を致しまして選舉運動の廓清と、其の費用の節約を期し財産上の利益を以てする不當の競争を爲すことを避けしめたのであります

次に罰則規定の一二を指摘すれば、現行法に於ては當選人が選舉事犯に因り刑に處せられたる場合に於て、其の當選は無効と爲すに止まりたるも、新法に於ては選舉事務長が買收行為即ち第百十二條又は第百十三條の事犯に因り刑に處せられたる場合に於ては、其の選舉事務長に依り行はれたる選舉の効果である當選を無効とすることにしたのであります併し當選人が他人の行為に因りて常に當選を失ふことは酷に失するものがありますからして、法律は選舉事務長の選任及監督に付相當の注意を爲したるときは之を除外する旨の但書を附して緩和して居ります現行法第百二條は選舉事犯に因り刑に處せられたる場合に於ては、單に衆議院議員の選舉權被選舉權を禁止するに止まりましたのであります、新法は第百三十七條に於て之を擴張し本法の

罰則を準用する總ての議員の選舉權及被選舉權を禁止することに致したのであります従つて衆議院議員の選舉に關して處罰せられたる者は道府縣會議員、市町村會議員等の選舉に付ても亦選舉權及被選舉權を有しないことになるのであります、一の選舉に於て刑罰に觸れ選舉權被選舉權を禁止せらるゝ以上は他の選舉に關する選舉權被選舉權の行使をも禁ずることが事

九五三 號外報道と推薦狀

昭和三年(れ)第一七九號

府縣制第四十條に依り準用せらるべき衆議院議員選舉法第九十六條に、所謂推薦狀とは特定または不特定の選舉人に對し、特定人を議員候補者として推薦する趣旨を記載したる文書にして特定または不特定の選舉人に對し個別的に到達せしめその受けたるものに於て、推薦者の何人たるやを知ることを得べきものを指稱するものとす所論判示新聞號外に掲載する所は日山君途に起つとの題下において政友會候補者蟹江壽一郎に對抗し更新會及び正和會が一致して日山淺吉を推薦することとなり、淺吉も亦その勸請に餘儀なくせられて遂に立候補するに至りたる旨

新聞の號外で立候補經過其他の事項を掲載し之を頒布するも所謂推薦狀に該當せざるものとす

及び更新會員某氏の談との題下において、日山が立候補するに至る經過を叙し、その立候補に就ても保證金の供託並びに立候補の届出等、總て推薦者の代表者西牧留次郎名義においてなされ、選舉事務長も亦西牧自らこれに當ることとなり、此の如きは實に理想的のものなりとなし、而して蟹江の去就及びその態度は不鮮明なるを免れざる趣旨を記述したるに止まり、毫も被告等が特定または不特定の選舉人に對し判示日山淺吉を兵庫縣會議員候補者として推薦する趣旨の認むべきものなきを以て同號外は前示法條に所謂推薦狀に該當すべきものに非ず、然らば右號外を以て推薦狀と認むべきものとなす見解に基く本論旨

はその理由なし

九五四 選舉と食券の換價

大正十四年(れ)第一三三三號

選舉に關し選舉運動者が現に運動に従事する他の運動者に對し必要なる程度の辨當料又は同一程度の料金を表示したる食券を交付し、之に依り食事を辨せしむる如きは毫も選舉罰則に觸るゝ行為にあらざるが故に、叙上の目的を以て交付したる未使用の食券を運動者の請求に依り、券面表示の金額に相當する金銭と引換ふることあるも、之れ食券に代へ辨當料を供與したるも

食券は辨當代の交付也故に之が未使用分を一括換價して現金交付するも報酬となるものに非ず

のに外ならずと解すべく、直に之を報酬の意義を以てする金銭の供與と爲すべきにあらず、然れば食券を券面表示の金額に引換ふることを以て、議員候補者の爲め投票を爲さしむる目的の下に運動報酬を供與するの行為なりと認め、之を判示するには須らく該食券の引換に依り運動者が辨當料以外に於て特別の利益を受くべき關係に在ることを説示するに非ざれば、其の理由に不備あるものと謂はざるべからず

九五五 概括費と事務長承諾

昭和二年(れ)第一八六四號

衆議院議員選舉法第一條第一項但し書は選舉事務員は選舉事務長の文書による承諾を得て、選舉運動の費用を支出することを得と規定せるを以て選舉事務長が個々の支拂をなすに際し、縱令選舉事務員をしてその支出に要する單純なる勞務を供せしむることありとするも、その支出たるや選舉事務長の直接支出

選舉事務員の支出なる以上概括費用と立替支拂とを問はず等しく選舉事務長の文書承諾を要す

と認め得べきが故に、選舉事務員が上示の如き單純なる勞務を供するに過ぎざる場合には選舉事務長の文書による承諾を要せざるや論なしと雖も、苟くも選舉運動の費用の支出にして選舉事務員の支出と認め得べき限りは、選舉事務員が選舉事務長より概括的に選舉運動に關する費途を定め、その費用を支拂ふために豫め交付を受けたる金額の支出たるや選舉事務員が選舉運

助費の立替支拂をなすとを問はず、等しく選挙事務長の文書に

よる承諾を要すといはざるべからず

九五六 反対派監視も亦運動

候補者を當選せしむる目的で反対派の地盤侵蝕を監視する様他人に依頼する事も亦選挙運動也

昭和二年(レ)第一七九六號

按ずるに議員候補者をして當選を得せしむる目的を以て、その地盤に對する反対派の侵蝕を監視せんことを他人に依頼するは當選を斡旋する行為に外ならざるを以て選挙運動に屬す、原判示事實は被告が長野縣會議員選挙に際し議員候補者伊藤傳兵衛の立候補届出前なるに拘らず、同人をして當選を得せしむるの目的を以て有権者武田權一郎に對し、伊藤傳兵衛の爲に上田市表鎌原町及紺屋町方面の有権者に對する投票の運動方を依頼し其の報酬として金三十圓を供與し、以て一面選挙運動を爲した

りといふに在りては、その投票の運動方の依頼とは所論の如く反対派の地盤侵蝕の監視を依頼したる事實を指すものとするも前示の理由に依り選挙運動たるのみならず、原判決の引用せる證據によれば獨り地盤侵蝕の監視に止まらず、戸別訪問に依る投票勧誘をも依頼したる事實を指したる趣旨なりと解し得べきか以て、原判決が被告の行為を府縣制第三十九條第四十條、衆議院議員選挙法第十二條第一號第九十九條第九十六條に問擬したるは正當にして、記録に徴するも重大なる事實の誤認ある事を疑ふに足るべき顯著なる事由なければ、論旨は理由なし

九五七 選挙の違反と追徴

實費受領は違反に非ざれど報酬も共に受け且つ其實費との區別判然せぬ時は全部没収又は追徴

衆議院議員選挙法第八十七條第二項に規定する所の没収、又は追徴の處分は選挙に關し不正に收受したる利益に付いて、之を爲すものなれば選挙運動者が其の運動に必要な爲め供與を

受けたる實費の如きは固より不法の利益に屬せざるを以て、之を没収又は追徴すべきものに非ず、然れ共選挙運動者が選挙に關し其運動費及報酬として一定の金額供與を受けたる場合に於

て、兩者の區別判然指示せられ其割合明瞭なるときは格別、然らずして運動の實費と報酬とを不可分的に包括して、不可分的に違法性を帯ぶるものと斷定すべきを以て、之を没収又は追徴

を爲すに當り所謂選挙運動費を控除することなく、報酬に屬する部分と共に不可分的に之が處分を爲すべきものとす

九五八 選挙法の請負は狹義

府縣金庫の事務を扱ふ銀行又は公文を掲載する新聞の持主等は所謂請負者に非ずと解釋が可也

(イ)縣金庫事務を取扱ふ銀行(大正十四年六月九日行政裁判所第一部判決)

縣金庫事務を取扱ふ銀行にして其の營業の目的、業務の範圍、取扱ひ金額及利息金額等より觀て縣金庫事務取扱ひが同銀行業務の主要なる部分を占むるものと認め難きときは該銀行は府縣制第六條第十一項に規定する主として府縣に對し請負を爲す法人と斷ふを得ず

栃木縣會議員に當選した何某は株式会社宇都宮銀行の監査役で同銀行は縣金庫事務の取扱ひを爲すものであつた、因つて同人は府縣制に所謂「主として府縣に對し請負を爲す法人の役員」に該當する者であるとし、其の當選を無効なりとする訴へが起つた

是は二點に生じ得る、一は縣金庫事務の取扱ひが法律の所謂

第五章 選挙の部

府縣金庫の事務を扱ふ銀行又は公文を掲載する新聞の持主等は所謂請負者に非ずと解釋が可也
請負に該當するや否やの問題で、一は若し之を請負なりとするも、それが法人の業務の主たる部分を占むるや否やの問題である
第一の問題に付いては判決は之を明言して居らぬが、趣意に於て之を肯定したものと解せられる、唯判決は第二の問題に關して金庫事務の取扱ひは唯銀行業務の僅少の一部を爲すに止まり隨つて銀行は法律に所謂主として請負を爲す法人ではなく其の監査役は被選挙権を妨げられないものと判定した
(評論) 本判決が結果に於て正當なることは疑ひない
唯縣金庫事務取扱ひを委任せられて居ることが、果して法律に所謂「請負」に該當するや否やの問題に付いては、判決は之を「請負」なりとすることを前提として居るけれども、それは當否甚だ疑はしい、本件の場合には其の銀行が法人であつて、而して

法人に付いては法律は主として請負を爲す者であることを缺格原因の要件として居るのであるから、假令それが請負であるとしても、銀行の主たる業務に非ざる限り、缺格原因とならぬことは明瞭であるが、若し其の銀行が個人經營のものであるとすれば判決の見解に従へば、銀行營業者は缺格者とならねばならぬ、自分は寧ろ判決の見解に反對して縣金庫事務を取扱つて居る銀行は、法律に所謂「請負」を爲す者に非すと解するの正當なるを信する者である

被選舉權の缺格原因としての請負を爲す者とは、普通に所謂御用商人の意であつて、國又は公共團體との間に營業上の取引關係を有し、それに依つて或る程度の収益を得て居る者を意味するものと解すべきである、其の國又は公共團體との關係は營業的の取引關係、即ち純然たる私經濟的關係でなければならぬ、國又は公共團體から、公の行政を委任せられて居る者であれば其の委任が單獨行爲に依つて行はれたと契約に依つて行はれたとを問はず、又之に對して報酬を受くると否とを問はず、法律に所謂請負を爲す者に該當する者ではない、縣金庫事務の取扱ひは言ふ迄もなく公の行政事務であつて、其の性質に於て市町村の收入役の事務と同様の性質を有つて居る、之を以て縣と町

との間に請負を爲す者と見るのは恐らくは不當である（拙著行政法判例四四六頁以下参照）

（ロ）縣公文を掲載する新聞紙の持主
（大正十四年七月十七日行裁第二部判決、大慈彌幸二郎大分縣參事會、縣會議員當選の效力に關する訴）
某新聞紙の持主にして縣との間に報酬を得て、縣公文を新聞紙上に掲載すべきことを約したる者は、府縣制第六條第十一項に所謂府縣に對し請負を爲す者に該當し、其の府縣に於て被選舉權を有せず

（評論） 判旨賛成し難い

本件と類似の事件に付いて、大審院は最近に該新聞紙の持主を以て請負を爲す者に非すと判決した例がある、此の判決は前に掲げた所で自分は其の判決の結論に賛成する者であることも同所に於て之を述べた、行政裁判所の判決は之と全く反對の見解を取つて居るもので、それは事務の委任を以て商業上の取引關係と同一視するの誤りあるものである

（法學博士美濃部達吉判例批評摘示）

九五九 前科者の選舉權有無

前大審院檢事
公證人 高野兵太郎

前科があつても選舉權があるものとなしものがある

第一にその刑が罰金、拘留、科料なれば選舉權は失はない

第二にその刑が六年未満の禁錮なれば刑の執行を終りまたはその刑の執行を受くることなきに至りたるもの（例へば時效または特赦に依り執行を免除せられたるもの）は選舉權がある

第三 その刑が六年未満の懲役なるも左に列記する罪なれば刑の執行を終りまたは執行を受くることなきに至りたるものは選舉權がある

内亂、國交、業務執行妨害、逃走、犯人贓匿及び證憑湮滅、騷擾、溢水及び水利、往來妨害、住居侵入、秘密侵害罪、阿片煙飲料水、猥褻、姦淫及び重婚、賭博及び富籤、禮拜所及び墳墓殺人、傷害、過失傷害、墮胎、遺棄、逮捕及び監禁、脅迫、略取及び誘拐、名譽、信用及び業務、毀棄及び隱匿その他刑法外の諸罰則違反

第四 六年未満の懲役なるも左に列記する罪なるときはその刑

第五章 選舉の部

の執行を終りまたは執行を受くることなきに至りたる後刑期の二倍に相當する期間（即ち三年の懲役なれば六年を経過することとを要す）又は刑期の二倍が五年に滿たざるときは處刑または免刑後五年間は選舉權がないのである

皇室に對する罪、外患、放火及び失火、通貨偽造、文書偽造、有價證券偽造、印章偽造、偽證誣告、瀆職、窃盜及び強盜、詐欺及び恐喝、横領、贓物に關する罪

第五、その刑が六年以上の懲役または禁錮に處せられたるものは受刑または免刑後何年経過するも選舉權がないのである

以上第四の受刑五年以内の場合と第五の場合に選舉權がないのであるが復権になれば選舉をなす權利を回復するのである昨年二月七日大正天皇御大喪の御儀を行はせらるゝに當りまして詔書を發せられ畏くも大赦特赦と共に復権の恩赦を行はせられまして十年以上の復権令の第一條には昭和元年十二月廿五日の前日まで十二月廿四日まで執行を終りたるものは如何なる罪に依り處分を受けたるものにも全部復権になつたのであります、

開令第二條に依れば十八歳未満の時犯したる罪に依り處分せられたるものにして昭和元年十二月廿五日の前日までに其刑の執行を終りたるものも復権になつて居ります、右第一條は無慮數十萬人に上ることであり、然るに該復権は復権令に復権すと明示せられあるのみにて本人には復権狀が下附せられなため多くの人の内には復権になつたことを知らぬものがある(右復権狀が下らなくとも復権になつたことの證明を貰ふことが出来るのであるそれは本年二月六日までその旨の言ひ渡しをなしたる裁判所の檢事局に申出れば直に下付になるのである)

以上の如くに前科ありと雖選舉權があるから選舉人名簿には登録せられ居る筈なる都市、區、役所または町村役場に就て開合せになれば選舉權のあることが分るのである若し過つて登録洩れになつて居れば今後の選舉には投票することが出来ない一體

九六〇 妹の入夫と共に議員

(學士山田準次郎氏意見摘載)
町村制第十五條第三項の解釋

妹の入夫と兄は姻族關係あるのみ何等兄弟縁者とならざる故同時に町村會議員たるを妨げず

甲者妹乙を分家せしめ妹乙に丙を入夫として婚姻せしめたり甲と丙とは同時に町村會議員たり得るや否や

選舉人名簿は市町村長において毎年十月三十一日までに調製し十一月六日より十五日まで一般の縦覧に供し萬一脱漏あれば縦覧期間に修正の申立をなさしめ登録をしなければ選舉權がないのである

終りに一言す總ての受刑者大正二年の恩赦令に依りその執行を終りたる後(一)素行善良にして(二)相當の生活を營み而して(三)受刑後三年以上経過すれば復権になる様本人より出願することが出来る規定になつて居るから前に述べた昨年二月の復権令發付當時未だ受刑後十年に滿たざるため復権にならなかつたものは勿論その他總ての受刑者は右(一)(二)(三)の要件を具へれば復権の出願をなすことが出来るのであります

(高野先生は東京市東橋區岡崎町一ノ一一で公證事務を執つて居られます)

町村制第十五條第三項に所謂父子兄弟たる縁故ある者とは其の自然の關係たる法定の關係たるを問はず民法上の血族關係即ち養實の父子兄弟たるの關係を必要とするものにして姻族關係の如きは之を包含せざるものと解すべく従つて所謂兄弟とは嫡出子、庶子、私生子間の如く自然血族關係あるもの及び養子實子間の如き法定の血族關係に於て兄弟たるもの略言すれば養實の兄弟たる縁故あるものを指稱し妻の兄弟又は姉妹の夫の如きものは茲に所謂兄弟なりとなすべからず

本事案は甲者其の妹乙に入夫したる場合の甲と其の入夫との關係なり、思ふに本人と其の妹の夫との間には姻族關係は成立するも血族又は準血族上の關係を生ぜざるは勿論なれば兩者の間に所謂兄弟の縁故ありとなすを得ず、然らば妹に入夫をなしたるときも本人と其の妹の入夫との間には民法上の兄弟たる關係は生ぜざるなり、蓋し入夫婚姻は一方當事者が女戸主なること及婚姻に依り戸主權の移轉を生ずることあるの二點に於て通常の婚姻と異なるのみにして身分關係の發生に於ては毫も入夫婚姻と通常婚姻と差異なければなり

(參照) 法曹記、四、八三號、一四六頁
「入夫の妻の父母は入夫の養親に非ずして妻の父母たるのみ、

即ち本人と其の妹の入夫とは所謂兄弟の縁故なきものなるを以て町村制第十五條第三項に該當せずして同時に町村會議員たり得べきものと解す

(參照) 行政裁判所判決も本解答と同一趣旨なり、即ち明治二十五年十二月三日判決

「父子兄弟の縁故あるものとは養實の父子兄弟たるの關係ある者を謂ふものにして妻の兄弟又は姉妹の夫の如きは該縁故ある者とは云ふ可からず」

大正七年四月二十六日判決

「町村制第十五條第三項に所謂兄弟たる縁故ある者とは養實の關係あるものを云ひ配偶者の兄弟たる關係ある者を包含せず」行政實例は明治二十五年二月三日縣治局長回答

「入夫の家女たる配偶者に對する兄弟は兄弟の縁故あるものとする」

によれば本解答及び行政裁判所判決と反對するもの、如かりしが最近大正十四年五月六日本事案と同一事案に對し内務省地方局長の回答は

「戸主の妹分家し之に入夫婚姻したる入夫は其の妻の兄とは町村制第十五條に所謂兄弟たる縁故あらすと存す」

となし行政裁判所及び本解答と同一趣旨の見解を探れり

九六一 嬰兒背負の投票有效

法曹會決議

問 議員選舉にありては選舉人及び法定人以外の者は投票所に入所を許さざる處に選舉人が嬰兒を負ふて入所選舉を執行したりとせば法律上效力如何

嬰兒を負ふて投票所に入るも衆議院議員選舉法四一條の精神に背反せざるを以て投票は有效也

答 衆議院議員選舉法第四十一條の規定は選舉の自由公正眞摯を害せざるために設けられたるものにして所問の如く嬰兒を伴ひ投票所に入り投票をなしたりとするもこの法律の精神に反せざるものなるを以て該投票は有效なり

九六二 代議士選舉違反者と失權の範圍

問 衆議院議員選舉法第三十七條中の

一、「本章の規定を準用する議會」とは如何なる議會に候哉
二、その「議員の選舉權及被選舉權を有せず」とは單にその議會議員の選舉の被選舉の權利を失ふのみにとゞまるかまたは本章の規定を準用する議會（假令は市町村會）の議員の現職を失ふとの意味にこれ無く候哉

の罰則が準用せらるゝ點よりして府縣會がこの議會に該當する

が如し、其他市制第四十條の市會、市參事會等市制又は市制に基きて發する勅令によりて設置する諸種の議會、又町村制第三十七條の町村制又は町村制に基きて發する勅令に依り設置する議會の如きこの適例たるを失はず

二、同條中の「議員の選舉權及被選舉權を有せず」とは貴見の通りいやくも衆議院議員は選舉罰則中罰金以上の刑に處せられたる者は皆一定の期間「この罰則の準用ある議會の議員の選舉權及被選舉權をも失ふものなることを規定したるものなり

答 一、衆議院議員選舉法第一三七條中の「本章の規定を準用する議會」とはその規定の正文通り「この罰則を準用する諸種の議會」を指す例へば府縣制第四十條の府縣會議員の選舉にこ

（但し同法第六條第五號該當者は別）これに付き予が會て衆議院議員選舉法の罰則に觸れたる際東京市會議員の選舉權なしとの見解の下に當該の選舉取締役員は予を失格者なりとして投票を拒みたることあり、予は右の裁判には同法第三十七條第二項により「第一項の規定を適用せず」との裁判所の宣言を主文に付加しあるはずなれば至急取調べられたしと請求し電話にて區役所の留守居の役員に調査せしめ漸く投票場に入るを得たる經驗あり（御參考までに）
三、從つて所得稅調査委員、又は昨昭和四年十二月二十八日付

二十九日公布勅令第四〇三號「家屋賃貸價格調査令」による家屋稅調査委員選舉の如きは右罰則の適用なきを以て右等の委員選舉に關する權利を失ふことなきものとす
因に「右の家屋賃貸價格調査令」による家屋稅調査委員の選舉に付ては戸別訪問を許され居るものと一般に解せらるゝ、唯舊刑法第二三三、二三四、二三五、二三六條の適用あるものとして買収を許さざるものなることは注意を要す（本令はいまだ知らざる向多きが如し）

九六三 議員候補者本人は投票立會人たるを得

昭和五年（フ）第十五號

衆議院議員選舉法第二十四條第一項に於て議員候補者は各投票區に於ける選舉人名簿に記載せられたる者の中より本人の承諾を得て投票立會人一名を定め得べしと爲す所以は常に一般に選舉の自由公正を期するに止らず一面投票に關し最も利害關係を有する議員候補者をして投票立會人に依り投票事務を監視せしめ以て其の利益を保護せしむるの趣旨に出するものなることは同條第一項但書に於て議員候補者死亡し又は議員候補者たるこ

とを辭したるときは其の届出でたる投票立會人は其の職を失ふ旨規定せるに徴し之を認むるに難からざる所にして既に然る以上同條は議員候補者本人に於て自身投票立會人たることを許さざるものと云ふべからず、且議員候補者本人に於て投票に立會することに依り當然選舉の自由公正を阻害するに至るべきことば之を認め難きのみならず衆議院議員選舉法中の他の規定又は關係法規中議員候補者の立會に關し禁止規定と認むべきもの存在せず

九六四 選舉人名簿の違式記載と選舉の效力

昭和三年(れ)第二十一號

衆議院議員選舉法第十二條第三項において選舉人の住居及生年月日を選舉人名簿に記載せしむるは之を以て各選舉人を容易に識別せしむるの一資料と爲し因て無資格者が投票をなすが如きことなからしめんが爲なるが故に其住居には最小行政区劃たる市町村の外町名又は字名及番地を表示して之を記載すべきものと解すべく従て選舉人名簿に選舉人の住居する町名又は大字の

みを記載してその番地を記載せず又はその生年月日の記載を脱漏せるは違法の登録なりといはざるを得ず、然れども違式の登録は必ずしも其全部を無効ならしむるものに非ずしてその登録の全體に涉り選舉人の同一を識別するに足る程度の記載ありと認め得る場合においては之を以て尙選舉人名簿の登録として有效なるものと解すべきものとす

九六五 利害關係誘導罪の成立要件

昭和四年(れ)第一〇四七號

衆議院議員選舉法第十二條第二號所定の利害關係の誘導罪は利害關係を利用して誘導の申込を爲したるときは相手方に於て之に應じたる否とを問はずその申込と同時に成立し偶相手方

に於て之に應じたるときはその相手方に付き誘導に應じたるの罪は成立するに過ぎずしてその之に應じざるときも誘導罪の成立に影響なく従て亦相手方に於て豫め誘導に應ずるの決意ありたるものと否とを問ふを要せざるものとす

九六六 衆選法の處罰と市議失格有無

市會議員の現職にあるものが衆議院議員選舉法第三十七條に觸れたる場合に

一、處罰されたれど執行猶豫が付きたる場合には現職を失ひ候哉否哉

二、處罰されたれど同條第二項により「何何議員の選舉權及被選舉權は停止せず」との言渡ありたる場合には如何に候や
答 一、市議が代議士選舉違反にて處罰せられたるときは執行猶豫の宣言が付きたりとするもなほ公權停止せらるるものなれば現職を失ふものと解す

二、公權停止は有罪判決言渡の確定したる日時において始まるものなること刑法施行法第三十六條により禁錮以上の場合は一般の公權を停止せらるべく、また罰金刑なるときは衆選法第一三七條の被選舉權等の公權のみを停止せらるるものと解するを正當と信するを以てなり
三、右の有罪の宣告の外に「被選舉權等停止せず」といふ同

九六七 選舉事務長は選舉事務員を兼ねるを得ず

昭和四年(れ)第一六〇五號

市制第三十九條の三に依り準用せらるる衆議院議員選舉法の規定には選舉事務長が選舉事務員を兼ねることを得べきことを定めたるものなきを以て選舉事務長は選舉事務員を兼ねることが能はざるものと解釋せざべからず、蓋選舉事務員は選舉委員と共に選舉事務長に依り選任せらるるものにして其の選舉委員との

條第二項の宣告あるときは右刑法施行法等の適用をも阻却して一般の公權を停止せざる效力は之なしといへども唯選舉權被選舉權のみの公權は停止せられざる效力のみを保有するものと解すべし
因に私に付ての判決に「被選舉權を停止せず」との附帶宣告ありし爲私はその後の市會議員選舉權を行使するを得たり
然れど私は禁錮の刑確定したるを以て二ヶ年の執行猶豫付きなるにかかはらず瞬間的に一般公權停止せられ一旦辯護士及辯理士の登録を取消し、引續き再登録を爲さればならぬこととなりたる經驗あり、これは刑法施行法第三十六條の適用を受けたる結果なりしなり
差別は單に報酬を受くることを得ると否とに存し法律上其の執るべき事務の實質に於て兩者の間に何等の差別を設くることなしと雖法が特に選舉事務員の制度を認めたる所以のものは元來選舉運動に従事する者は其の運動に付報酬を受けざるを本則とするも總て無報酬とするときは計算簿記の如き特殊の技能を要する事務又は諸般の雜務に従事する者を得難き虞あるが故に此

等の實際上の利便を顧慮し特に報酬を受け得る運動者として選挙事務員を選任し得べきことを認めたるものに外ならざるを以て選挙事務長の如き議員候補者の爲に選挙運動の樞軸を握り萬般の組織的選挙運動を統制する任に在る者が選挙事務員を兼ねるが如きは法の豫想せざる處なりと謂ふべく又之を選挙事務長の選任に關する衆議院議員選挙法第八十八條の規定と比較するも選挙事務長の選任にありては特に其の選任者たる議員候補者

九六八 法定の選挙運動者に非ざる者の演説に依る運動

昭和五年(レ)第五一五號

衆議院選挙法第九十六條但書に所謂演説に依る選挙運動とは特定の議員選挙に付特定の議員候補者をして當選を得しむるの目的を以て多衆集會の場所に於て其の多衆に對し直接同時に口頭を以て一定の事項を講談論議し其の候補者の當選を斡旋する一切の行爲を汎稱するものにして此の方法に依る選挙運動は議員候補者選挙事務長、選挙委員又は選挙事務員たる法定の資格を有せざる者即ち所謂第三者と雖一般に適法に之を爲し得べきものなること同法第九十六條但書の明記する所にして演説に依る選挙運動なるものは選挙法の廣く何人にも許容する所に係り其

又は推薦届出者が自ら選挙事務長たることを得べき規定を設くるに反し之と同様の法律關係を規定せる選挙委員選挙事務員の選任に付ては選任者たる選挙事務長自ら選挙委員選挙事務員と爲り得べき旨を規定せず又議員候補者又は推薦届出者自ら選挙事務長と爲る場合法が特に之を選任と謂はざるに徴するときは選挙事務長は自己を選挙委員又は選挙事務員として選任することを得ざるものと論斷せざるべからざればなり

の選挙運動を目して不法性を有するものと論ずるを許さざるなり蓋し選挙法は選挙運動を爲すべき者に一定の制限を加へ選挙運動に隨伴して生ずべき弊害の防止に努むと雖元來選挙運動は言論文章を以て其の主義政見を發表し特定候補者に對する當選を斡旋せしむべきものなること選挙法の精神とする所にして斯る手段方法に依る選挙運動の自由公正を害せずして克く選挙の目的を達し得べきが故に法定の選挙運動者に非ざる一般の者に對しても之が選挙運動を許容したるものと解するを相當とすればなり

九六九 選挙運動者に非ざる者と推薦狀の配付

昭和四年(レ)第一五〇八號

府縣制第四十條により準用せらるべき衆議院議員選挙法第九十六條に依れば議員候補者選挙委員又は選挙事務員に非ざれば選挙運動を爲すことを得ず演説又は推薦狀に依る選挙運動は此の限に在らずと在り然るに同法は他方に於て戸別訪問を禁止し其

の他特種の運動方法を禁止若は制限しあるに反し推薦狀に依りて爲す選挙運動の形式方法に付て何等制限の規定を設けざるにより之を覽れば推薦の意思に基きたる以上推薦狀の起草は勿論之が配布に付ても其の推薦者たるは否とを問はず之を自由ならしめたるものと解するを妥當とす

九七〇 恩赦に依る刑の言渡の效力と衆選法第一三六條

昭和三年(フ)第五一號

衆議院議員選挙法第三十六條において議員候補者自らその選挙に關し同法所掲の罪を犯し若くは選挙事務長が所謂投票買収を犯し刑に處せられたるときは當選するともその當選を無効となす所以は選挙に關し斯る罪の犯されたる以上その選挙が公正に行はれたるものと認むべからざるが故にして該條に所謂罪を犯し刑に處せられたるときは、畢竟有罪判決の確定せるときといふ義に外ならず、然るに有罪判決確定以後特赦の恩典に浴し刑の言渡の效力消滅せる者は主刑附加刑を科せらるることなく又公権を剥奪せらるゝ等のことなきも元來刑事裁判は犯罪行爲の

認定とこれに基く刑の言渡との二者より成立するものなれば一旦刑事裁判が爲され犯罪行爲の認定と同時に刑の言渡ある以上假令特赦の結果刑の言渡が效力を失ふとも刑事裁判により刑事行爲の認定を受けたる事實は決して消滅すべきに非ざるが故に斯の如く犯罪行爲の認定存する以上候補者の選挙事務長が投票買収の罪を行ひ偶刑の言渡の效力消滅せりとてこれを以て直に衆議院議員選挙法第三十六條に所謂罪犯を刑に處せられたるときとあるに該當せざるものと解し有罪判決の確定せるに拘らず當選に影響する所なしとなすが如きは立法の精神を没却するものと謂はざるべからず

九七一 町村助役は選舉事務に關係ある吏員なり

昭和四年(れ)第一三六〇號

町村制第七十九條に依れば助役は町村長の事務を補助し町村長故障あるとき之を代理する権限を有するものにして右の権限は町村長と助役との間に事務の分掌を定めたる否とに依りて消長を來すものにあらす而して町村制第三十六條の二に依り準用せらるる衆議院議員選舉法第九十九條第二項に所謂町村會議員の選舉事務に關係ある官吏員とは必ずしも現實にその事務に

従事するものに限ることなく本來の事務に従事し得る権限を有し必要に應じてその事務に従事し得る官吏をも指稱するものなるを以て既に町村長が町村會議員選舉に付各般の選舉事務に従事するものなる以上法律上その事務を補助し町村長故障ある場合之を代理する権限を有する町村助役は同選舉事務に關係ある吏員と謂ふべく町村長と町村助役との間に於いて選舉事務を町村長の分掌事務と定めたることは右判斷に影響を及ぼさず

九七二 無効且偽造投票は存し得べし

昭和四年(れ)第六二號

凡そ衆議院議員選舉法第二百七條第三項及第四項の罪は選舉人の投票の適正を保護すると共にその投票の結果の眞正を確保するを目的とし現實行はれたる投票に符合せざる事態の發生を防止せんとするに在るが故にこの種の罪は上記の事態を發生せしめ得る間之を行ふことを得るものにして投票偽造罪に付ては投票終了前に之を偽造して投票函に之を投入したる場合なると投票函閉鎖後において之を偽造したる場合なるとを區別せず

その罪の成立を見るものとす、而して苟も投票を偽造したる以上は無効の投票なるときといへども投票偽造罪構成すること疑を容れず何となれば投票の眞正及不正と投票の有効及無効とは全然別個の觀念にして相容れざるものに非ざるが故に無効且偽造の投票存し得べく是れ選舉人の意思を現實に表現せしめざるときは偽造たることを免れざるを以てなり故に有効投票を増加し又は減少するのみを以て偽造なりと爲すことを得ず

九七三 衆選法第六條四號の住居とは繼續的に居住の場所を有すること

昭和四年(オ)第七百六十六號

衆議院議員選舉法第六條第四號は一定の選舉區内に生活の本據を有し且該地域内において多少繼續的に換言すれば偶爾ならずして居住する者に限り選舉權を有すべく之に該當せざる者は選舉權を有することを得ずとする趣旨なると共に同法第十二條も亦その所定の期間引續き當該市町村を以て生活の本據地とし且地域内に如上居住の場所を有する者にして始めて選舉人名簿に登録せらるべく之に該當せざる者はその登録を受けることを得ずとする趣旨なりと解するを相當とす、蓋し舊衆議院議員選舉法第八條第十八條に依れば一定の期間引續き當該選舉區内に生活の本據を有する者は總て選舉權を有し選舉人名簿に登録せらるべきことを得べくその該地域内に如上居住の場所を有すると否

とは敢て問ふところに非ざりしと雖單に當該地域内に生活の本據を有するに止まり如上居住の場所を有せざるが如き者に對してもなほかつ與ふるに選舉權を以てし之を選舉人名簿に登録するが如きは決して當を得たるものと謂ふを得ず、選舉權享有の要件として全然納税の事實を必要とせざる制度を探るにおいて殊に爾るものあり、須らく當該選區たる市町村を以て生活の本據とすると同時に該地域内において前叙の如き居住の場所を有する者に限り選舉權を附與し之を選舉人名簿に登録すべしとするもの即現行法の趣旨にして同法に「住所」とありたるを改めて「住居」と爲したるは職としてこゝに出でたるものなりと解すべきを以てなり

九七四 官吏の選舉運動と身分なき者の共犯

昭和五年(れ)第一七四一號(五、十二、廿三、一刑)

第五章 選舉の部

衆議院議員選舉法第九十六條に於ける法定資格なく選舉事務に

關係ある官吏又は吏員が其の關係区域内に於ける金錢供與に依る選舉運動を爲したるときは同法第百十二條第一號と第九十六條第百二十九條及第九十九條第二項第百三十一條の三罪が所謂想像的競合罪を構成し刑法第五十四條第一項に則り處斷すべきものなるを以て右法定資格を有せず且選舉事務に關係ある官吏

又は吏員にも非ざる者が選舉事務に關係ある官吏又は吏員の關係区域内に於ける金錢供與に依る選舉運動に加功したるときは刑法第六十五條第一項に依り其の身分なき加功者と雖仍共犯とせらるる關係上右と同一の想像的競合罪を構成するは勿論なりとす

九七五 選舉費用請求の相手方は選舉事務長也候補者に非ず

衆議院議員選舉法第百一條第一項に立候補準備の爲に要する費用を除くの外選舉運動の費用は選舉事務長に非ざれば之を支出することを得ずと規定しあるは主として選舉運動の費用支出の方法を統一し選舉事務長をして其の支出を節制せしめ以て法定の金額に超過せざらしめんことを目的としたるものなりと雖其の規定の趣旨に由りて之を觀れば又選舉運動費用の負擔者を定めたるものと解するに難からず何となれば選舉運動の費用は選舉事務長に非ざれば之を支出することを得ざるを以て選舉運動に付必要なる取引は選舉事務長又は其の委任を受けたる代理人に於て之を爲すか又は議員候補者選舉委員若し選舉事務員等に於て選舉事務長の承諾を得て之を爲すことを要するものと謂はざるべからず故に取引の相手方は議員候補者より寧ろ選舉事務

長に着眼し之を信頼して取引を爲すべく相手方が取引に因り物品を供給すべきときは議員候補者の私宅に於てせずして選舉事務長の統轄する選舉事務所に之を納入することを通常と爲すべく從て其の取引に基く金錢支拂は選舉事務長に於て之を爲さざるを得ざればなり、而して選舉事務長が取引の相手方に對する責任者なる以上は議員候補者の委任に因りて其の取引を爲したると否とによりて其の責任に軒輊する所あるべからず故に取引の相手方は議員候補者に對し取引より生ずる債務の履行を請求すべきものに非ずして選舉事務長に對し其の履行を請求すべきものとす

九七六 被冒用者を利益する場合も文書偽造罪也 (判旨第一)

昭和五年(れ)第六二一號
署名者が作成して外部に發表頒布したる既存文書ある場合と雖署名者の承諾なくして氏名を冒用し新に他の文書を作成するときは假令其の文書の内容が既存文書と全然同一なる場合と雖文書偽造罪を構成すべく又苟も文書の偽造行使ありたる以上は公

の信用を害し若し若は害する危険を生ぜしめたるものなれば假令作成名義を冒用せられたる他人の方面に於て損害を生ぜず寧ろ其の利益に歸すべき場合に於ても之が爲に文書偽造罪の成立を妨ぐるものに非ず

新聞紙に候補者の挨拶状又は推薦状掲載は新聞記者の選舉運動也 (判旨第二)

議員候補者の政見を新聞紙に掲載して購讀者に紹介するが如き事實の報道を爲すことは新聞記者の正當なる業務上の行爲にして固より選舉法違反行爲に非ずと雖右の如き報道を爲すに止まらず議員候補者をして當選を得しむる目的を以て候補者の挨拶

状又は推薦状を新聞紙に廣告として掲載頒布し之に因て該議員候補者に投票すべく選舉人を誘導するが如きは固より選舉運動に外ならざるを以て假令新聞記者と雖法定の選舉運動者に非ざる以上選舉違反の罪責を免るることを得ざるものとす

九七七 請託者の饗應を受る受託者

昭和四年(れ)第一五六九號
選舉運動に従事せんことの請託ありたる以上其の請託を受くる

者は之を請託者の方面より觀察すれば選舉運動者に外ならざるが故に或被告人等の饗應行爲を市制第四十條衆議院議員選舉法

第百十二號第一號に同擬するは正當なりと云ふべく又受託者の方面より觀察するも叙上請託を受けたる者が請託に因る要應なることの情を知りて之を受くるが如きは即其の請託に對し承諾を爲したるものと解すべきが故に之を選舉運動者と云ふを妨げ

す將來議員選舉あるべきことを豫期し特定人に當選を得しむる目的を以て演説又は推薦狀に依ることなく選舉運動を爲す行爲は其の特定人の立候補確定前と雖亦選舉の公正を害するものにして法に觸ること勿論なり

九七八 他の町村に寄留したる町村會議員の資格

問 町村會議員が他に寄留したるときは失格するや

答 若し失格するとすれば町村會の決議により留保することを得るや

答 一、寄留を届出で形式上の手續きをなしたりとて事實生活の本據を移轉せざる以上は依然として公民權を有し町會議員たる資格に影響なし(大審院判例同説)

二、これに反して寄留地を實際上の住所とし他の行政區畫の地域内に從來の住所を移したりとせば當然失格するものといふべく、これは町村會の決議にて留保するを得ざるものとす

(政治の明月は、選舉公正の美風に研がる。國民法律社)

第六章 公法の部

九七九 恩給の擔保と諸問題

擔保が無効のみ債權に關係なし恩給證の取戻し執行不能なる時は受領不能ならしめ置きて示談

却下すと

右の各説の適否を批判し御高見御指導下され度願上候

問 甲は乙より金三千圓を借入れ其擔保として金鶏勳章及年金證書を交付し且つ年金を受領せしむる委任狀を乙債權者に交付して受取らしめ其金を借入金の利子及内入と爲し居れり聞か所によれば金鶏勳章擔保の貸金契約は無効にして辨濟するを要せず、而して擔保に入れたる勳章及年金證書は執行正本を要せずして執達吏に委任して取戻すことを得ると、果して眞實なりや眞實なれば其法理御説明願度條又一説に曰く執行正本無くしては執達吏は之を強制取戻すことを得ず、然れども金鶏勳章並に年金證書を擔保とする契約は法律上無効なるが故に此無効を理由として勳章及年金證書返還の訴へを提起し此確定判決を以て強制執行すれば取戻すことを得と

又一説に曰く、斯かる問題は民法第七百八條の規定により法律は之を保護せず、従つて返還の訴へを提起するも原告の請求を

也、民法第七〇八條不法の原因の爲め給付したるもの故返還請求權なしとの議論は本件に當てはまらず本證書は受給者以外何人にも占有を認めざるためにて之が受授を公序良俗違反の不法行爲とせるに非ず(大正二、五、七、東地判決)假りに不法原因の給付なりとするも給付無効による返還権によらず、自己以

九八〇 恩給の先取方法

問 甲は昭和三年十二月乙に五百圓を無保證人無抵當にて貸しました返済期日は向ふ一ヶ年なるに令以て返しません乙は他にも相當負債あるが財産はありません、

乙は恩給一ヶ年二百圓ありますが今より三年前向ふ五ヶ年分(昭和八年)迄の恩給前借りをして居ます、甲が昭和八年後の分を他の債權者に對し先取する方法あらば御教示願います

答 一、恩給は擔保に供することはできないものです、ですから前借りと云ふても恩給の受取方をたのんで受取つたら其の金でとつてくれと云ふ約束で金を借りることに外ならぬのです
二、されば甲は昭和八年後の恩給の受取方を乙が甲に委任すると云ふ一札即委任契約書を入れさせることとす
又今一つ——甲と現在の貸主(昭和七年迄の分の委任を受けた

外何人も所持し得ざる固有の權利にて引渡を要求し得るものと解せらるゝ也、實例も皆返還を判決され居れり但し事實上所在不明にて執行不能の場合多し、斯る時は勢ひ受取委任解除を届出で又は改印届を爲し受領を不能ならしめ、一定年限睨み合ひの揚句示談解決の外なかるべし但し債務は誠意辨済を希望す

者)と協議して右貸主が恩給證書を乙に返すときは「今かへすからしらせる」と云ふ知らせ方を依頼し其の者の承諾を得て置くことである、之れは其の知らせがあつたならばすぐ甲は其の返すときに一所に乙方に行つて乙にすぐ前の約束を履行せよとせまることが良策であります乙はしぶしぶでも必ず履行せぬわけにはいかないので履行するに相違ありません 以上

九八一 恩給と在職年の計算

待遇官と文官と併職し文官轉任の時其後の勤績は待遇職に繼續のものとして云ふを得ざる故通算外

大正十四年第七三號

原告が待遇職員たる山口縣阿武郡農業技手(後産業技手と改稱)に在職中同郡技手に併任し後大正九年十二月二十六日郡技手より同郡書記に轉任し同時に産業技手を辭任し更に大正十二年十月十二日に翌り郡書記を辭任したるものなることは當事者間に争ひなき所なり、而して斯の如く文官たる郡技手と待遇職員たる産業技手と二個の官職を併有したる者が右文官たる郡技手より更に文官たる郡書記に轉任したる場合に於ては郡技手としての在職と共に同じく文官の在職として前後一體を爲し従つて之を以て恩給法第九十條第一項但書に所謂本法施行の際の在職(即ち本件にありては郡書記として在職)に繼續する在職と認め得べきこと蓋し疑ひなき所とす、然るに前記待遇職員たる産業

九八二 恩給は差押へ得ざるか

技手の職は原告が右郡技手より郡書記に轉任すると同時に之を退職したるものなるも其の退職は後職たる郡書記の就職に對し偶時間的に相接すと謂ふに過ぎずして之と連續の關係を爲すものと認め難きを以て、右産業技手の職は上掲恩給法第九十條第一項但書の規定する同法施行當時の在職たる郡書記の在職に繼續する在職と謂ふを得ざるものと解するを相當とす、然らば原告の産業技手としての在職は之を郡書記としての在職に通算することを得ざるものなること明白にして、しかも産業技手としての在職を除外したる原告の文官在職年軍人服役年並に従軍加算年を通算するも滿十五年に達せざること當事者間に争ひなき事實なるにより、被告が原告の普通恩給の請求を排斥する旨の裁決を爲したるは正當にして本訴は其の理由なし

問 歩兵中尉にて恩給年額金五百三十七圓、増加恩給年額金五百圓合計千三十七圓也の支給を受けつゝある債務者に對する強

制執行に就き貴社御鑑定(五年四月十三日)により候へば前記金額の内三百圓を引きたる殘額七百三十七圓也の半額たる三百

六十八圓五十錢也に對し差押へ命令の申請を爲し得る旨に候へ共大正三年判例により候へば軍人恩給法は民事訴訟法より後に公布せるものなるにより民事訴訟法六一八條二項とは異り軍人恩給法に差押へを爲すを得ずとあり、また大正十二年改正恩給法十一條には恩給法に差押へを爲すを得ずと記載之れ有り何れを正當とすべきか再質問に及び候

一、法の解釋に關し「後法は前法に勝る」といふ格言あり判例はこれを橋として軍人恩給法を保護せんとしたるなり
 二、然れども今日は時代の推移著しきものあり恩給法は大正二年に改正せられて數十種の恩給類を打て一丸とし恩給は軍人恩給を特殊扱ひにせず皆平等となし唯公傷者を區分したる外はその取扱ひに甲乙なきに至れを見る、更に近時に至りては恩給法に一大斧鉞を加へて國家の歳出の大宗となります、増加の傾向にある恩給を大に改善すべく爲政者の苦心の種となりつゝあるものなり
 三、恩給の性質は以上の如く時代により差押へを許さるゝことあり又軍人全盛の時代には軍人恩給は特殊の取扱ひを受けたることあり、又一般恩給と雖も多少の例外の外差押へを禁じたる時代ありしかして今日舊民訴復活せりと見るを正當と信するなり

四、その理由は二あり左に分説すべし

(一)、「恩給を受くるの權利は之を差押ふるを得ず(恩給法第十一條第二項前段)左に掲ぐる債權は之を差押さふることを得ず、第五……恩給及其の遺族の扶助料(民訴第六一八條第一項)」などいふ規定ありて之を原則となしたるものなり、然るに恩給法にては同條但書を以て國稅徵收法の適用を受くる場合を除外し、國稅徵收法の場合の外は一般に差押へを禁ずる旨を明にせり、民訴の方は第二項において「恩給金額の内三百圓及其の超過分の半額を留保しその他の半額の差押へを許したり」惟ふに恩給法が絶対に差押へを禁ぜざる以上はこれを一身專屬權なりとせずして唯不可押の範圍を定めたるものなりといふことを得べし、而してその不可押の範圍は又絕對的にこれを不可押となす旨を規定せず、他の法律を以てこれを許したる部分をそのまゝとしその法律の效力を是認したりと見るを得るものとす、換言すれば恩給の差押へは第一國稅徵收法による場合を認め第二民訴の差押へに付てはその額の三百圓までは絕對に之を禁じその超過部分の半額に付てもまたこれを禁じ殘りの半額に付いてのみこれを許すの精神なることは民訴、恩給兩法が共に現行

の國家の意思たる法律なる以上これを右の如く解するを正當とし、兩法は聊矛盾なしといふを得るものとなる

(2)假に兩者一部矛盾せりとすも恩給法は大正十二年の制定に係り、新民訴は昭和四年の制定(改正)に係る以上は右大審院の判例の筆法を藉りて却て新民訴が恩給法を改めたりと見るも不當にあらず、蓋し強制執行編は主として第一編乃至第五編の改正に伴ふて影響する處を改正したるものなるもなほ他法の改正の結果影響すべき點をも改正し得べきものなり而して第六一

九八三 恩給、年金の差押

問 (一)甲債權者 (二)乙債務者

一、甲は乙に對し支拂命令及假執行の申立をなし、假執行宣言書が當事者双方に送達されたり、依つて甲は乙に對し強制執行をなさんとす、その手續き如何

- (一) 乙は某産業組合理事にして月俸五十圓を給せらる
 - (二) 金鷄勳章功五級年金額三百五十圓、軍人普通恩給年金五百三十七圓、増加恩給五百圓を併せて年額千三十七圓の支給を受く
- 右債權を差押へせんとす民訴五九四條に依り執行裁判所の差押

八條は全然これを改めざりしは右(一)の精神を汲めるものと見るを得べければなり

五、要するに時代は逆轉して新民訴の改正と同時に恩給法に順應せず却て恩給に對するの態度は舊民訴制定當時と同様なるに至れるものと見るを正當とす、従つて舊判例は正に改めらるべき時代に入れるものといはざるべからず予も亦恩給を受くる者而も敢て我田引水の論を立てざるは時代を正視するが故に外ならず

以上

へ命令を要す

前記命令は五九六條により債權者より申請せざるべからず(申請書の第三債務者は恩給局長なりや選信大臣又は貯金局長なりや)

恩給、勳章年金額は明かなれども證書番號並びに支給郵便局は不明なり

前記差押へ命令申請書書式並びに之に添付すべき書類(即ち組合長の給料證明)恩給勳章年金に關する書類之を受くる爲に申請すべき官署等御示教賜はり度候

二、民訴六百十八條の規定による一ヶ年金三百圓とは各所得別に計算すべきものなるやまた一ヶ年収入の總計額より三百圓を超過せる超過額の半額を差押ふべきものに候や従つて本件の場合の超過額の半額として差押ふべき金額は何程に相成候や(一ヶ年間の差押へ額)

附 當地裁判所書記は各所得別に三百圓を控除せる超過額の半額と解せり

警 一、政府を第三債務者として發する差押へ命令は仕拂命令官(現行會計法會計規則の支出官)にあてて發することを要す(明治二十六年勅令第二六一號)

九八四 恩給證書擔保と公序良俗

昭和四年(オ)第八百四十九號

民法第七百八條に所謂不法の原因とは公序良俗に反する場合を指すものにして法律の禁制に違反したる行爲に因りてなせる給付といへどもその行爲自體が公序良俗を害するものといふを得ざる場合には不當利得の原則に基き給付したるもの返還を求むることを妨げず而して恩給を受くるの權利を擔保に供することとは恩給法の規定に依り禁止せらるるも凡そ債權辨濟のため擔

二、勳章年金は一身專屬權なるが故に差押ふるを得ず(恩給に付ても議論あり、本社は差押可能なりと信ず)

三、六百圓の給料に付ては第三債務者たる組合に對する乙の給料債權を證する書面恩給については右支出官を第三債務者とし乙の恩給額を證する書面を添付し、前者は年額一五〇圓、後者は三六八圓五〇錢(千三十七圓の内三百圓を引きたる七百一十七圓の二分の一)を各第三債務者毎に差押への物體を定むるものとす

四、支出官の何人なりやはその所屬毎に異なるものとす

保を供することそれ自體は何等公序良俗に反せざるが故に右禁止の故を以て直に右擔保の契約を目して直に公序良俗に反すと做すべきに非ず従て恩給法の規定の結果右擔保契約の無効たる以上該契約に基きさきに交付せる恩給證書の返還を求むる請求はこれを認容すべきものとす

九八五 恩給で貸金は御用心

恩給で金を貸しても安心できぬ證書を紛失したからと新證書の下附で又金を他借する者あり

問 債權者を甲とし、債務者を乙とし連帶保證人を丙として、左記問題を研究する

二、乙は恩給受給者にして、その恩給證書を擔保として、甲より金一千圓を借受け、その連帶保證人として、丙は借用證書に捺印せり

三、然る處、乙は都合に依り他の債權者へ交渉をなし、新恩給證書の下附願ひをなし、甲に擔保に提供したる恩給證書を無効とする様なる行意を發見したるため、甲は使者を以て、その新恩給證書下附手續き方をなし居る仲介人に對し、中止の申込みをなし、交渉の結果右甲の貸金殘額に對して四割當り(即ち金一千圓に對する四百圓也)にて、新債權者へ該恩給證書を讓る事に決定して取引済みなり

四、就ては右殘額六割當り(即ち六百圓)を債務者乙並びに連帶保證人丙に對して請求し得るや

五、乙は無資力者なれ共連帶保證人丙は相當なる資産を有するものなり

六、借用證書は普通の「金圓借用」證書なり

七、該恩給證書四割當りにて、第三者へ譲り渡したる原因は乙の行爲にて第三者と共謀して新恩給證書下附願ひをなしたるが原因なり

警 一、恩給を受くるの權利はこれを讓渡しまた擔保に供することを得ず、然れども、恩給者が恩給の受領を自己の債權者に委任すると同時に債權者受領したる金員を以て債權の辨濟に充つべきことを約するは有效なり、蓋しこの場合は恩給を以て債權の目的に供するにあらすして恩給權行使の結果得た金員を以て辨濟に充當するものたるにあればなり

二、然れども若し右の委任契約を債務完済まで解除し得ざる特約をなしたりとし、債權者が自己の權利として恩給受領をなすが如き契約は無効なり(同趣旨の判例あり)

三、本件は第一項の契約なるが如し、然らば有效に成立するを以て丙の連帶債務もまた疑ひなく有效なり

四、然るに乙が他人と共謀して新恩給證書を請求したる行爲は

乙が最初より計畫して甲に對する債務を免れんとしたるものとせば詐欺罪を構成するものと信す

五、甲は新債權者に對し恩給證書を譲ることに決定し四百圓の辨済に充當せる由、殘六百圓に付いては乙及び丙を共同被告として訴追し、または丙のみを訴へてその支拂を求むることを得べし、先づ内容證明郵便にて丙に辨済を請求せらるべし

六、なほ詐欺罪成立には犯意を要するを以て一應警察の人事相

關係に説諭方を願ひ出で犯意あるにおいては告訴することを得るも未だ利得をなまざる間は詐欺は未遂也、六百圓不拂の利益となるや否やは疑問なり、蓋し債務は消滅せざればなり、若し六百圓の支拂を得ざるに至るときは犯罪は明かに既遂となるも、丙が資産家なるにおいては甲として先づ以て丙に付いて辨済を求むるを得策とす

九八六 出版法の痛い新判例

出版物末尾の住所氏名等の記載除外例が今度大審院判決で狭義に解され出版業者の痛棒である

從來出版法で取締らるべき「文書の意義は明確でなく唯漠然と出版法に

文書、圖畫の發行者、印刷者は住所、氏名、年月日を其末尾に記載すべし、但し第九條に例示する書簡、通信報告、社則等は此適用なし

と規定されて居るが、この末段の書簡、通信報告なるものが頗る不明瞭なので、近來巧に法を潜つて發行、印刷者氏名の記載なき無責任なる文書類出し所謂、怪文書の發行さへ見て居るが取締の除外を受ける文書の意義を狭義に解釋し限定した時節柄

注目すべき判決が、大審院刑事三部磯谷裁判長宮崎檢事係で下され審査の結果、三月廿四日新判例と決定した

事件は佐賀市松原町馬賣馬場二六、印刷業岸川岩次郎が昨年五月、當時破綻した古賀銀行の預金者、勝田龍吉郎等から同行整理に關し、常務委員を攻撃し縣當局の處置を批判したる聲明書二千部の印刷依頼を受けて、印刷したが、其末尾に自分の氏名、住所、年月日を記載しなかつた際に依り二審で罰金五圓に處せられ上告したものである

上告の理由は「同文書は特定少數の預金者に送付したる報告文

書であつて不特定多量に配布する一般的出版物でなく印刷營業者は通信報告文書なりやまた一般出版物なりやは注文主の話し依り決するの外なく、本件は違反に問はるべきものではない」とするにあつてこれに對し上告棄却となつたのである、それに依れば

第九條の取締除外を受ける文書とは通常の取引又は交際其他平常の生活に用ひられるものに限られ、本件の如く同地方の經濟狀態に密接の關係ある問題に付論議宣傳して地方人心を

動かさんとするものは第九條の通信報告に該當せず、從つて出版法違反である

とするものである、この結果は平素頻繁に用ひられ直接公安に影響しない普通の通信または單純な事業報告の類のみは同法手續き規定の除外を受けるが、その他の時事に關する報道、思想の發表、宣傳等の文書は責任ある氏名の記載及び内務省への届出等一切の手續きをしないと處罰される事になつた譯である

九八七 繼續の名詞と商標

普通名詞且普通書體より成る文字商標でも永年繼續使用の場合登録商標たる適格を有すと解す

昭和二年(オ)第千九十三號

(理由) 按ずるに普通名詞より成りかつ普通使用する書體にて表示したる文字商標と雖も長年間の間繼續して一定商品に使用せられ來りたる結果その商品との關係において取引上右商標における普通名詞は固有名詞化せられ該商品にその商標を添付するときはこれに依り一般取引上直に商品の出處を認識せらるゝに足るときは特別顯著性を有するに至りたるものとして登録商標たる適格を有するものと解せざるべからず蓋し或商標が自他

の商品を甄別する標識として特別顯著性を有するや否は商標自体の構造のみに依るにあらずして一定の商品に對する關係において該商標が一般取引上如何なる印象を與ふるやに依りこれを定むべきものなればなりしかして本件に付これを觀るに上告人の原審において主張したる所は本件商標は藥劑の一種なる「マスタ」の普通稱呼の文字よりなるとするも上告人の先祖代々より藥劑の商標として長年月に亘り使用せられ來りたるものにして本件登録出願當時は勿論その以前においても既に一般取引者

及び需要間に廣く上告人の製造販賣に係る薬劑の商標として認識せられたるものなれば實際上特別顯著性を有すといふにありて本願商標は第一類薬劑を指定商品とする事原審決上明瞭にしてその指定商品中には「バスマー」劑存するが故に「バスマー」なる文字を普通使用する書體にて表示する本件商標にありては固より該商品との關係において特別顯著性を有せざること自ら明かなりと雖もその他の種類の指定商品に對する部分に付いては若し上告人主張の如き事實關係存するときは普通名詞を以てする商標と雖も必ずしも特別顯著性なしといひ得ざる筋合なるに拘らず原審は上告人の前記主張事實の存否を確定せずして漫然上告人の本願全部を排斥したり然りしかして登録に依り

商標の専用權を保護する目的は商標と一定の商品との關係を保持し商標の誤認に依る商品の混同を來し不正の競争を生ぜんことを防止するに存するが故にその商標の使用せらるる商品の指定は必ずしも商標法施行規則所定の同一類の全部の商品に對してこれをなすことを要せずその内の或種類を制限して商標の登録を請求し得べきこと論なき所なれば登録請求人の指定商品中或種類の商品に對する關係において商標たるの適格存せざるものあるときはこの種の商品に付いてのみその登録を拒絶すれば足りこれがためその他の指定商品に付き商標の登録を拒絶すべき理由毫も存せざるが故に原審決は違法にして破毀を免れず論旨はその理由あり

九八八 著作權侵害とならざる實例

圖 歴史小説、法律解釋書、繪畫を手本として揮毫したるもの他人の著作學說等を自己の著書中に引用すること及び判例、判決等は許可を要せずして發表し得るや
答 一、歴史小説は一の文藝に外ならず、然れども史實を狂ぐるを許さず、唯細微の點において事實を潤色するを得るのみ、他の歴史小説とその文句異なる以上は著作權を生ず、但し修正増

減の程度のものば著作權を生ぜず(著作權法第十九條)
二、法律の解釋書も同様なり
三、繪畫を手本として揮毫したるだけにては著作權侵害とならず(著作權法第三十條)
四、他人の著作權ある書中の學說等を自己の著書中に節録引用するは著作權の侵害とならず但し相當程度においてなざるべし

とを要すこれば程度を越すときは問題なり
五、判例、判決等は許可を要せずして發表するを得るものとす

所謂さるることなし

六、要するに以上(一)(二)(三)(四)(五)皆侵害とならず

九八九 著作權侵害告訴の時効等

圖 大分縣大野郡川登村風連嶺乳洞は内務省より天然記念物と指定されこれが保護管理即ち溜水の汲出し點燈修繕、案内等土地の青年團において滋光團なるものを組織してこれが任に當つてゐますが仲々費用を要するので寫眞及寫眞用の印刷物等を販賣しその費用を補填してゐます所が近來は外部より侵入してこれ等の利益を横取りするので青年團に於ては管理費用に不足を生じ困難して居るのでその筋に願ひを出し前記寫眞及寫眞應用の印刷物等販賣權の特許を得たいと思ひますがその權利を取る方法がありますでせうか若し得らるゝとせば如何なる手續をどこに提出すればよろしきやその手續等御教示を願います

答 著作權を犯したる者ならば著作者として侵入者を告訴するも一法ならん、しかし全く別異の寫眞入印刷物にて著作權に觸れぬものならば如何ともしがたいが、法律を離れて大量生産か何か侵入者の模倣し得ざる手段を講ずるより外はない
二、寫眞偽作は二年間たてば時効にかゝり告訴の效なくなる故に注意せられよ(著作權法第四五條)
三、菓子などに寫眞入りの商標を特許局に出願して袋の表にこれを印する事も一法なり、これならば商標法の保護を受け得るものにて、これにより賣場付近のセンベイ、菓子等を販賣する權利を得て仲々資産を作り居る例相當にこれあると聞けり

九九〇 商標の外觀を變更し他の類別の商品に使用の效力

昭和四年(オ)第九百九號
商標法第十五條第一項に商標權者故意にその登録商標に商品の誤認又は混同を生ぜしむる虞ある附記又は變更を爲して之を使

用したるときは審判に依り商標の登録を取消すべしと規定したるは蓋し商標權者が故意に登録商標に附記變更を爲すことによりその外觀に變更を加へ之を使用し以て商品の誤認又は混同を

生ぜしめんとする不正手段を防止し斯る不正手段に對する制裁としてその商標登録の取消を許容したる趣旨なること明なるを以て同條に所謂附記又は變更を爲し登録商標を使用したるときとあるは登録商標をその指定商品又は指定商品と類似する商品に使用したる場合を指すのみならず登録商標その指定商品と類別を異にする商品に使用したる場合をも包含するものと解せざ

九九一 町村會と議決方

議員の地所買収に付其議員議決權なし、決議は總て過半数主義最多數を以て採決する方法は否

法會會決議

一、町村會議員が其所有地所を町村に買収せらるるに當りては一身上に關する事件として其議事に參與することを得ざる

二、町村會に於て數個の物件に對し其一を取るため投票を以て採決を行ふ場合に於て制第五十一條を準用することを得るや
三、前號差支なしとせば左の議決は其の效力如何(會議規則上別に定めなし)

議會が過半数を得ざるも最多數を得たるものを採ることと定めたる上投票の結果決選投票を行はずして直に最多數を得た

るべからず、何となれば商標權者が故意にその商標の外觀を變更し之を類別を異にする商品に使用し商品の出所に付誤認又は混同を生ぜしむる虞ある場合において之に對する制裁として前記の規定を適用しその登録商標の取消を認むるはその立法の趣旨に適合するものなるを以てなり

るものを採りて決定したるもの

右御教示相願度候也

(一) 町村會議員が其所有地を買収せらるるや價格の多寡は該議員其人に直接に利害の影響を及ぼし爲に私情に驅られ利己に傾き延いて公平なる判断を誤り公正に議事に參與し難きを以て、此の如き場合は町村制第五十條に所謂議員其人の一身上に關する事件に該當するものと認め該議員をして當該議事に參與せしむることを得ざるものと解すべし

(二) 町村制第四十九條に於ては舊法に於ける多數決の制を改め特に町村會の議事は過半数に依り之を決する旨を定めたるが

故に議事を決する方法に付ては之と異なりたる同法第五十一條の規定を準用するを得ず、所問二に掲げたる事項は町村會に於ける議事に外ならざるを以て須らく右規定に準據し過半数に依

り之を決すべく、隨つて所問三に掲ぐる議決の方法は該法條に背反するが故に其の効なきものとす

九九二 町村會の開會

通知と會日との間に三日間必要違反會議は無効

町村制第四十七條第三項に所謂開會の日より少くとも三日前に之を告知すべしとは、村會の招集及會議事件の告知の日と開會の日との間に少くとも三日の期間を要する注意なり、本件に於て三和村長が大正十二年六月二十九日栃木縣々稅戶數割賦課額議定の爲に村會を招集するに當り、開會の日を七月二日と定めて告知したることは當事者間争ひなき事實なるに依り、右村會

の招集は町村制第四十七條第三項の規定に違反す、村長が七月一日に至り開會の日を七月三日に變更したるも、七月一日と同日三日との間に三日間存せざるを以て尙違法たるを免れず、從つて該村會の議決に基き賦課したる本件係争の縣稅戶數割は違法にして取消すべきものとす(大正十四年五月七日行政裁判所第一部公延に於て宣旨)

九九三 水流の利用と特約

水流は公用にして何人も之を利用すること自由なれど特定者間に或種の契約を爲すこと亦有效

大正十五年(オ)第千五十五號
水流は其の性質上一の公用物なり、此の使用たる一般公衆其の人の公法上若くは私法上の權利(即ち所謂主觀的權利)には非ず、唯警察上の保護あるに止まる、從つて使用者より水流の數

地所有者其人に對し或私法上の權利の如き決して當然に其の間存在するものに非ざると共に、又法律の禁止無き限り特定の使用者と前記所有者の間に於ける契約に依りて以て一の私法上の權利を生ぜしむることは固より妨げらるるところに非ず、

今本件に於て被告人間の契約に依り後者は本件水路を悪水放流の爲使用して、而して之に對し後者は前者に一定の報酬を支拂ふと云ふは、即ち當事者間に一の私法上の権利關係を生ぜしめたるものに外ならず、此の權利關係を目して貸借と云ふ可きや否そは用語の論にして拘はる可きに非ず而して河川法の適用又は準用は之に依りて以て當該河川若くは水流を始めて公用物と爲すには非ずして、主として治水の目的上寧ろ却て其の固有の公用に諸般の制限を課せむとするものに外ならず、而も本件の場合に在りて水路の敷地は依然として私權の目益たるを失

はざるに於て本件當事者間に存する當該私權關係は一面河川法の制限に服せざる可からざるは勿論なると共に、又此の私權關係が河川法の準用に依り當然消滅に歸す可き何等の理由無きことも亦言ふを須ひず、所論は河川法の適用若くは準用に依りて始めて一般公衆に於て無償使用所謂公用を爲すを得るに至るものなりと云ふ誤れる前提に出發し、更に此の使用を以て當然に一般公衆の一の權利なりとするの誤解を重ね、已に斯かる權利ある以上何處にか又有償使用の如き餘地を止めむやと云ふ誤れる結論に到達せるもの採用するに由無し

九九四 兩神社氏子の離着

氏子擧つて一の神社を離れ他神社の氏子たるには兩社の神職及氏子總代の同意を得るを要す

法曹會決議昭和三年五月四日

一、村または一大字住民にして二の神社（一は郷社一は無格社）の氏子たるものあり該氏子等擧つて一の神社の氏子たることを脱退し他の神社の氏子に專屬せんとす右はその氏子の意思の自由なるやまたは被脱退神社神職及び氏子總代の同意を得ざるべからざるや神社に關する法規の條文を御示しの上御解答を請ふ

氏子脱退の理由 一神社の氏子として神社崇敬信仰の統一を圖り社殿を完備し維持基本金の造成を計らんとするには二神社の氏子として神社經費の二重負擔にたへざるにあり
答 信教の自由は憲法の保障する國民の權利にしてある神社の氏子たるや否やを決するはこの自由の一作用に外ならずしかして一たびある神社の氏子とならば永久これを去ることを許さざる法規なくんば本問の如き場合において何等他人の同意を得る

の要なく氏子たるの地位を脱退するを得るや勿論なり然るに明治十五年五月内務省達乙第廿八號に依れば、甲社の氏子一部落擧つて乙社の氏子となる場合には兩社神職氏子協議の上速書届かなすべく、協議整はざれば處理すべからざる儀と心得べしと

九九五 他村へ寄留と公民權

本籍村に財産を有し其によりて生活資料を得るも寄寓が他村なる時は本籍町村地で公民權なし

法曹會決議

同 本村に於て土地家屋を有する者官吏奉職のため他縣に居住寄留をなし退職後引續き寄留地に現住せる者に對し本件に於ける公民權の有無に就き甲乙二説あり何れを可とするや（公民權の要件中住所以外の件は具備す）
甲 土地家屋を有し祖先の祭祀等に歸省し土地より生ずる収入により生計を營むを以て生活の本據は本村にあり
乙 家族全部寄留地に現住し官吏退職後金銭貸付業を營み生

活の本據は寄留地にあり

決 乙説を可とす

所問の如く家族全員と共に寄留地に現住し且其地に於て金銭貸付業を營む者假令本籍村に於て土地家屋を有し該土地より生ずる収入を以て生計の資に宛且祭祀を奉ずる場合其他時々本籍地に至ることありとするも此場合に於ては生活の本據は寄留地に在りと解すべきが故に所問の人は本籍村に於て公民權を有せず

九九六 部落の人格と制限

從來有せし財産の管理處分上新たに財産を所有すること差支なし其他の事項では人格認められず

大正十五年（オ）第五百五十一號

第六章 公法の部

上告論旨第一點は原判決は其の理由に於て被控訴大字は川東村

内の一部にして別に一區を爲し且つ本件山林拂下前より多少の部落特有の財産を保有し居りたる事實を窺知し得ざるに非ざるを以て法人格を有するものと謂ふべく、既に法人格を有する以上は新に本件山林を縁故特賣として拂下を受け以て其の所有権を取得し得べき権利能力を有すること敢て言を俟たざるところにして而も之を禁止したる法規あることなしと判示せられたり、然れども被上告人が長野大林区署より本件山林の拂下を受けたる明治四十三年七月十五日當時施行中の舊町村制（第二條第百十四條、並に現行町村制第二條第百二十四條）に依れば、町村は法人なることを一般的に規定すれども大字の如き町村内の一部たる區は原則として法人格を認めず、只例外的に從來財産を有せし場合に限り法人とする趣旨の規定あるに過ぎず、斯く例外的に法人格を認めたる法の精神は是等の者が從來より有せし特有財産に關する獨立の權利を存續せしめ之を保護せんとする趣旨に外ならずして、從來財産に特有し居らば法人格を認めて其の有せし財産権の保存管理等に何等の關係なき事項に付いてまでも法人として權利能力を認めんとする趣旨にあらざることは右町村制の規定の趣旨に見て明瞭なる處なりとす、従つて新に所有権を取得することを禁止したる法條のなきが如き

は寧ろ當然なりと云はざるべからず、是を以て從來財産を有せし爲法人格を認められたる町村内の一部たる區と雖新に不動産の所有権を取得するが如きことは其の法人として存在する目的の範圍外に屬するを以て之を爲し得ざるは勿論なりと信ず然らば原判決は法律の解釋を誤り法則を不當に適用したるものにして破棄を免れざるものと信ずと云ふに在り

然れども町村の一部たる區は從來より所有したる財産の管理處分に付いてのみ人格を認められたるものなれば新に財産を獲得するの能力を有せざるは論を俟たずと雖、從來より有したる財産の管理處分の方法として其の財産を賣却して之を金貨に代へ又は其の財産たる金貨を以て動産又は不動産を買入れ之を所有するが如きは其の有する財産の管理處分の範圍内に屬すべきが故に、斯かる行爲に因り財産を取得することに付いては町村の一部たる區は其の能力を有するものと解せざるべからず

九九七 祠は法人なりや

問 私等四人の祖先は敷地を定め共同支費いたし明治以前（天保の頃と聞く）一の祠を建立し稻荷を祭神とし家庭の守護神と敬ひ年々二月祭典を行ひ來りたりと示ふ

其の後明治初年の頃地券制度布かれし當時其の敷地雜木林凡そ八畝歩は都合上稻荷社名義にて共有し地租其の他一切の公課は四人等分して支辨し來れり

最近林を開墾し畑となし作物を分作し初穂は神前に奉り専ら信仰に餘念なく一意神恩を仰ぎ來れり

近時敷地の一部を賃借し花畑とし附近風致等にも心懸け又祠の修繕改修等管理し來り一方信徒總代として現今に及べり

イ、社名義土地は有租地なり

ロ、當地鎮守氏神の神社末社境内神社にあらず

ハ、社神明細帳等なし行政廳への届出なし

一、此の神社は民法に云ふ法人と見るべきか

二、祠又は敷地等は如何

三、吾等四人の共有又は専有物と見て正しきか

四、近時附近に居住する人々は此の神社は（敷地祠等を含む）

法人と見るべく従つて此部落居住民の共有なれば管理權等一切町内自治會に引渡すべきなりと主張するが如何

五、私等四人は祠を建立し敷地は自分等の物なれば管理權は自分等のものなりと信ず

六、一般居住民は如何になせば信徒たるの證を得又神社の管理權を生ずるか

七、社神明細帳に之なきため將來財産諸共國庫に取り上げらるゝと云ふが如何若し其の説眞なりとせば如何なる法律によるものか若取上らるゝ虞ありとせば右自分等の土地の所有權確保の方策如何

要するに附近居住民は東京府へ社神明細帳を作り獨立した神社として届出で町内會に於て社の會計其の他一切の管理をなす合理的の方法なりと信するが故に同意せよ神社の管理權を譲渡せよと云ふにあるが如し自分等の對策御教示を請ふ

答 一、民法施行法第二十八條の祠字が法人格を有するものなる事は内務省達（明治十五年一月戊第一號、明治十七年十月第二號）に於て寺院と相並べて對等に取扱ひたる趣旨に徴しても

明なる處にして論議の餘地なし

二、然れども「通俗の祠宇」とは少しく之とは異り廣狹二義あるものと見るを正當とす個人が其の庭内に安置したる私的祠宇一般信徒を有する公的祠宇に大別するを得、又本件の如く公的分子と私的成分とを有するものあるを以て本件の祠宇は少しく其の取扱上混雜を生ぜざるを得ずと雖本件祠宇は私的祠宇に屬し公的祠宇に非ずと斷するを相當とす

三、其の理由は公的祠宇として民法第二十八條の法人格者たるには少くとも地方長官に祠宇として届出あること神社明細帳に登載せられあることを要するものと解す然らざれば祠宇たる權能なきものと言はざるべからず

而して本件祠宇は届出を撤回し神社明細帳にも登載せられず四人の特定人が共同して祭祠の目的の爲に設けたるものなるの點より見て明かに私的のものなることを認め得べし故に法人格なしと斷定す

四、從て四人の特定人は此祠宇の建物敷地の共有者にして祠宇は法人に非らずと解す

五、納税者は「稻荷社」として四人の者が交互に其の私財より納付し來れる事實は以て該祠宇の人格者なる事を證するの資料

とならず納税の便宜上「稻荷社」としたるに過ぎずと見るを正當とす例へば民法上の某組合員各自が共有不動産に付納税者な「何某組合」の名義を以て納付したりとて其組合が爲に法人格を取得すべき理由とならざるが如し(尙地租條例第四條第三號參照)

六、本件「稻荷社」が法人に非ざること前述の如し然れども之を新に地方長官に届出神社明細帳に登載せらるるときは茲に民法施行法謂ふ處の祠宇として法人格を有するに至るものなりと斷言す四人の特定人はこの届出をなすや否やに付外部の部落人の強制に應ぜざるべからざる理由なし然らばこの祠宇を取毀ち四人の共有地たる敷地の分割を請求することを得るや

本件祠宇は一般信徒を有し四人は其の總代なりと云ふ然らば之を取毀つには刑法第一八八條の神祠に對し公然不敬の行爲とならざる様注意を要するものと解す神體は他社に併合して此の罪を免るゝことを得べきかこの點は其の筋の指揮諒解を受くるを得策と信す 以上

九九八 德川時代よりの寺院墓地所有權

德川時代より明治五年太政官布告第五十號を以て土地の永代賣買の禁を解くに至るまで土地は一般に私法上永代賣買を禁止せられ處分の制限を受けたりと雖も德川幕府の土地が永代賣買を禁止したるは當時の法制史料に徴すれば主として土地兼併の弊を防止し若しくは農民が土地を離れ町人となることを防止する等政治的若しくは社會政策的の理由に出でたるものにして凡て土地を國家の所有なりとなしたる趣旨に非ずと解するを相當とするが故に人民は土地に付ての制限的所有權を取得することを得たるものと謂ふべく從つて右布告に依り土地の永代賣買の禁を解きたるは所有權に對する從來の制限を撤廢したるに過ぎずしてこれに依り新に所有權を附與したる趣旨にあらずと解するを相當とすべし寺院は德川時代においても私法上の權利義務の主體たる能力を有し獨立の人格者たりしものにして寺院の拜領地は德川將軍より寺院に對し所有權を下賜されたるものに外ならず

明治三年太政官布告第四號中には「諸國社寺領現在の境内を除く外一般土地仰付云々」と規定しあるのみならずまた明治四年

五月廿四日太政官布告第二百五十八號に依り右太政官布告に基く境内の區別を定め墓地を除く外收納石高を取調べ差出すべき旨を命じ更に右地租改正事務局乙第四號を以て地租改正の必要上土地の名稱を區別し其所有を定むるに付境内外の區別を判然取調べ差出すべき旨を命じ其第一條には「社寺境内の儀は祭典法要に必要な場所を區別し更に新境内と定め其餘悉皆土地の地積取調ふべき事」と規定し其第六條において地種の雜形を規定し舊境内の内新境内並に共有地なる種目を定めたる點より推考すれば右地租改正事務局達當時までは墓地は寺院の境内の一部を構成し居りたるものにして從つて前示太政官布告第四號による土地處分の外にありたるものと謂ふべくまた明治七年十一月七日太政官布告第二百十號に依れば官有にあらざる墳墓地には地租を賦せざるを法とする旨規定あり

しかも墓地を含む寺院境内外の區別未だ明瞭ならざるものありて地租の客體を特定するに付困難を生ずるため地租改正事務局開設せらるゝに及びこゝに前記同局達を以て寺院境内外の地租目を細定し地租改正の實を擧げんとしたるものにして右達に前

顯布告による土地處分の範圍を擴張し墓地をこれに入るの趣旨と認むるを得ざるものと解するを相當とすべし明治二十四年二月十六日附東京市に對する東京府知事の指令の文詞は「その市内共有墓地別紙記載の箇所自今その市において管理すべし」と謂ふに在るを以て該指令はその文詞自體に依り墓地の所有權を東京市に移轉する趣旨の行政處分なりと解する能はざるのみならず他に墓地の所有權を東京市に移轉するの趣旨なりと解すべき特種の事情の認むべきものなきを以て右文詞の示すが如く墓地の管理に關する東京府の行政事務を被告に移轉する行政處分に過ぎざるものと解せざるべからず

明治七年十一月七日布告第百二十號に依れば官有地第三種中に

九九九 人格ある庵と人格なき庵

法曹會議（昭和三年六月二十九日）

闕 寺院は行政官廳へ届出あり、また判例により法人格を有せりここに資格の低き庵の如きは届出なきもの多し但し宗法により本山の承認しあるものとす
右の如き庵は財産を所有することを得るや
庵は部落同行衆信徒により維持しあるものにして住職を置く、

民有地にあらざる墳墓地を掲げこれに付いては地券を發行せずまた民有地第三種中に官有地にあらざる墳墓地を掲げこれに付ては地券を發行する旨を規定するが故に或墓地に付地券の發行ありたるや否やは當該墓地が官有なりや民有なりやを定むる一標準を示すものなること疑ひを容れずといへども地租改正事務局達乙第四號第六條等に現れたる共有墓地が官有なりや民有なりやを示すものと認むること能はざるが故に東京府が共有墓地に付き地券を發行すべからざるものなりとの取扱ひをなしたりとするもこの一事に依りて該墓地が民有地にあらざるものと斷定すること能はざるものとす（東地大正十四年（マ）第三〇一五號判決）

しかしてその庵は建物その他の財産を有するも名義は住職個人なり、されば同行衆信徒と住職とは物議を生じ弊害多々あり故にその財産主體に基く名義を取得し、不動産登記を申請するは可能なりや

決 庵とは草を以て圓屋となし天然の僧修行者の居る所なりとは釋氏要覽に記述せる庵の起源にして發達して寺院となれるも

のあり之を以て古來寺院の名稱として何々庵と稱するもの少からず之を例へば西京の櫻元庵または東都の全性庵の如し又僧尼の隱遁所たるものあり例へば宇治の吸江庵江州の興善庵の如し又寺院境内における附屬建物な指稱することあり以上寺院たる庵または寺院の附屬建物たる庵または僧尼の單純の隱遁所に付いては問題を生ぜざるも寺院と略同様の設備を有し形式上寺院たらざるものありて行政上その取扱ひに困難を感じしより寛政年間牧野備前守の示達を以て「由緒等を相糺し一寺に取立つべし」との命令を發せし事あり、維新後今日に至るも庵は寺院と見るべきや否やに付實質上の標準を立つるに困難なるを以てわが宗教局においては宗教法の制定を見るまで一時的處理方法と

1000 土地の收用と補償の標準

昭和五年（オ）第三千二百二十一號

上告人の所有に係る名古屋市中區岩井町六番地宅地二百三十三坪一合九勺の中二百十四坪九合四勺の土地が被上告人名古屋市の企畫に係る道路開設の爲收用せられたることば當事者間争なき事實にして、原院は其の收用時期たる大正十二年八月二十日

して地方廳をして庵と稱するものに付一定の調査をなさしめ適當と認むるものを寺院明細帳（あるひは佛堂明細帳）に登録せしめその登録を経たるものを法人として取扱ふの慣例を作れりしかして寺院は民法施行以前より法人たりしことは大審院判例において認むる所（明治四十年の大審院判例に曰く寺院はその事實上の法人なるが故に適法の代表機關を以てすれば特に法令の禁止せざる限り通常法人のなすべき法律行為は總てこれをなすべき能力あるものとす）なれば本質疑における庵にして既に寺院明細帳（あるひは佛堂明細帳）に登録せられかつ適法の代表機關を有するならば財産を所有しかつ不動産登記を申請するの主體たるを得るものと斷じて誤りなしと思料す

收用の運命を考慮して決すべきに非ず收用なきものとしての利用價值を補償せざる可らざる也

當時に於ける同收用地の價格に付鑑定人佐藤小彈次、井上篤治郎、益水清太郎等の各鑑定の結果を援用して一坪の價格金七十五圓なりと判定したり、依て今此等鑑定人の鑑定書を査するに其の用語措辭必ずしも同じからずと雖、本件土地は大正八年中市區改正に因る道路開修事業として發表せられたる道路網内に

在りて、其の當時より既に宅地としての利用力を永久に喪失するに至りたるものなりとの見地に出發して右收用時期に於ける價格の鑑定を爲したるものなることを窺知し得て餘あり、惟ふに土地の價格は其の地勢位置廣狹交通の便否其他諸般の事情を斟酌して之を定むべきは勿論なるも、宅地たる當該土地が道路敷地に收用することに確定し收用時期以後の宅地としては永久に使用不能に陥りたる事情の如きは之を考慮外に措くべきものと爲すを相當とす蓋し起業者が宅地を收用するときは收用時期に於ける宅地としての取引價格を補償すべきものにして、若し其の時期以後永久に宅地としての利用力を喪失すべきものなりとの見地に於て評價すべきものとせば、或は收用時期に於ける取引を想定し得ざるが爲に收用地が宅地たるに拘らず自然宅地

に非ざる土地としての價格を評價するの止むを得ざるに至り正鵠を失するの虞あるが故なり、然らば前陳各鑑定人の各鑑定の結果が叙上の見地に立脚して爲されたるものなるに拘らず尙且つ正鵠を得たるものなりとせば、其の事由を明にするに非ずんば輒く之を採りて本件宅地の價格判定に資することを得ざる筋合なり然るに原審は何等斯る事由の有無を、適量することなく漫然此等の鑑定の結果を採りて前示の如く一坪七十五圓なりと認定したるは結局理由不備の違法あるに歸し原判決は此の點に於て破毀を免れざるものとす

昭和六年十二月二十二日

大審院第五民事部

1001 小學校教育事務の歸屬 (判旨第一)

昭和三年(オ)第千三百一號

小學校令第六十條には市町村長又は町村學校組合長は市町村又は町村學校組合に屬する國の教育事務を管掌し云々と規定しあり同第六十一條には府縣知事は市町村又は町村學校組合の區長又はその代理者をして云々區に屬する國の教育事務を補助執

行せしむることを得と規定しあるに依りて觀れば小學校教育は國の事務にして該小學校教育事務を市町村長又は町村學校組合長をして管掌せしむるの趣旨にして小學校教育を市町村の事務と爲したるものに非ず、又同第六十條末段には市町村立小學校を管理すとあり同第六條第七條には市町村又は町村學校組合はその區

域内の學齡兒童を就學せしむるに足るべき尋常小學校を設置すべき旨を定め同第五十一條には市町村又は町村學校組合又はその區は市町村立小學校の設備維持等の費用を負担すべき旨規定しありと雖是營造物たる小學校の設備維持管理をその市町村又

は學校組合等の任務と爲し之に要する費用を負担すべきことを定めたるに過ぎずしてこれ等の規定に依りて小學校教育そのものを市町村の事務と爲したるものにして國の事務と爲したるに非ずと論ずることを得ざるものとす

小學校代用教員と民法第七一五條 (判旨第二)

(判旨第二)

小學校代用教員は市町村等において之を任用監督するものには非ず、代用教員が俸給その他の諸給與を市町村より受くるものなりとするも任用監督を爲す者と費用を負担する者とは必ずしも同一なることを要せざるものなれば右の事實に依りては未だ市

町村等が代用教員の任用及監督を爲すものと謂ふことを得ず故に民法第七百十五條に依り代用教員を以て市町村の被用者なりと論斷することを得ざるものとす

1002 村路を寺院境内に編入と使用權

或る村路ありその村路をある理由の下にもし某寺院の境内に編入出来る場合がありとすれば、その村路がたとへ寺院の境内に表面編入せらるゝとするも村路は寺の參拜道路とし事實上これまで通り一般人の通行を現状のまま許容し寺よりは何等の故障は申さず只表面境内に編入するのみなりとせば村側よりは寺院へ對して(村路が寺院境内に入り居るとも)永久無限にその道路の交通を差止めざるは勿論その他現狀のままにて承認す

るとの契約證を要求する(村側より)とせばかゝる契約證はその寺院の住職が更迭しても永久無限に歴代の住職に對し效力あるものに御座候哉、かゝる無限永久の契約證は何ヶ年目とかに更新致すことば無之候哉、かゝる場合において何かの文言を入れるか何かの方法により永久無限に將來歴代の住職に對して效力ある而して契約をなしたる住職は元よりかばりたる住職よりも契約の變更解除が出来ざる即ち最初村側に對して寺院より入

れたる契約證の條件が永久變らざる契約の方法は無之候哉同上候

第一、村路敷地の所有權を某寺院に移轉して之れを村民の通行權たる通行地役權を設定するときは永久に該地役權は存續しまた何人に對しても永久にこれを主張し得るを原則とす、いはんや寺院の住職なる者は寺有地の管理者たるに過ぎざるを以て村がこれに對抗し得るは勿論にして先住たると後住たるとの區別なきものとす

二、また右道路を村と寺との共有とするも一方法にしてその持分を平等とすると不平等とすると當事者たる寺と村との協議にまつべくその結果使用限度に差異あることあり得べく同等なることあり得べしといへども具體的の場合に適する如く協定すれば可なり

一〇〇三 水利組合は公法人同議員は公務員也

昭和四年(れ)第一四八七號

水利組合法第一條第二條に依れば水利組合は水利土功に關する事業にして特別の事情に依り府縣其の他の地方公共團體の事業と爲すことを得ざるものある場合に設置せらるる法人にして其の目的とする所は本來府縣其の他の地方公共團體の事業たるべき事務を遂行するに在りて尙同第十條第一項第十二條乃至第十四條に依り水利組合の設置に付ては府縣知事に於て組合區域を指定し關係市町村長の一人又は數人に創立委員を命じ組合規約を許可し必要ある場合には之を再議せしめ組合成立すると共に其の設置を告示し同第十五條第十六條に依り組合の廢止分合又

は區域の變更に付ても府縣知事の許可及告示を必要とし同第十八條第五項に依り組合會議員の選舉に付衆議院議員選舉に關する罰則を準用し同第三十一條に依り組合會の職務權限及處分規定に關し同法に規定するもの外市町村制の規定を準用し同第三十二條第一項第二項第三十四條第一項に依り組合事務の管理者は府縣知事に於て關係市町村長又は官吏中より之を指定告示し會計事務は府縣知事の指定したる官吏又は府縣吏員場合に依りては市町村收入役をして管掌せしめ同第三十八條に依り管理者は組合吏員に對し懲戒を行ひ同第四十八條第一項第四十九條第一項第五十條第三項に依り組合に組合費又は夫役現品を賦課

し必要なる土石竹木其の他の現品を使用又は收用するを得しめ同第五十六條に依り組合費其の他組合收入の督促滯納處分に關しては市町村税の例に依らしめ其の他組合の監督に關する同法第七十二條第七十六條第七十八條第八十二條及明治四十一年内務省令第十四號水利組合吏員服務規律等の諸規定を參酌考案すれば水利組合は國家が其行政組織中に加ふる趣旨に基き目的を

附與して其の存立を認めたるものにして此の目的たる事業を國家の監督の下に遂行する公法人なること明白なり而して組合會議員は水利組合法第十八條に依り選舉せられ同第二十三條第二十四條等所定の事務を行ふものなれば刑法第七條に所謂法令に依り公務に従事する議員と謂ふべし

一〇〇四 名譽職の任期起算點

法曹會決議(昭和二年十月十四日)

町村吏員(名譽職)町村會議員の當選は、本人に告知しその承諾を得完全にその關係を生ずるものと思料す、然して町村會議員の如きは任期起算日は法に明文あれば格別なるも、その他の名譽職の如きは法の明文なきを以て、承諾の日より任期を起算するを正解と信す、學說實例兩岐に涉り疑義を生ず御教示を乞ふ

町村名譽職吏員の任期は選舉又は選定の通告を受けたる日より就職關係成立するものと解さる

て、その就職關係の成立には積極的に當該者の承諾の意思表示あるを必要とせず、町村會における選舉の結果町村長に選舉または助役に選定せられたる旨の通知を受けたるときは即ち其の通告を受けたる日より就職關係成立するものと解するを相當とす但し辭退の意思を表示したる時はこの限りに非ず

決 所同、名譽職、町村吏員中町村長または助役の如き任期の定めあるものは、就職の日よりその任期を起算すべきものとす、しかして町村公民は當然名譽職を擔任すべき義務あるを以

一〇〇五 退隱料の資格と復活

法曹會決議(大正十五年五月二十二日)

閣 巡査を奉職せし者退隱料を受くる資格を得たる後巡査看守懲罰令第一條に因り免職となり右資格を失ひたり、然る後大正元年勅令第二三號及同年勅令第三〇號に因り右退隱料を受くべき資格は復活したるものなりと思考す如何

決 大正元年勅令第二十三號恩赦令第十一條には刑の言渡に基く既成の效果は大赦、特赦、減刑又は復権に因り變更せらるることなしとあり、又同年勅令第三十號懲戒又は懲罰の免除に關

懲戒免職により退隱料の資格を喪失したる時は爾後其免除を得るも一旦喪失の資格は復活せず

する件第三項には懲戒又は懲罰に基く既成の效果は免除に因り變更せらるることなしとあり、即ち刑の言渡に基き又は懲戒若くは懲罰を原因として退隱料を受けざるに至りたるときは爾後大赦、特赦、減刑若くは復権又は懲戒若くは懲罰の免除を受けたりとするも退隱料を受けざるに至りたる状態は依然として繼續し之に變更を生ずることなく一度失ひたる資格は永久に回復するものにあらざるなり

一〇〇六 産業組合の出資金

昭和二年(オ)第九百八十三號

原判決は訴外有限責任日向村信用購買組合が産業組合法に依り設立せられたる組合なること、上告人がその組合員として出資一口に加入し大正十一年九月三十日までに拂込むべき出資金九圓の拂込みをなさざること、及び同組合が大正十三年十二月二

産業組合は組合員の出資額と同額又は其れ以上の額を現實に受けて出資請求權讓渡は差支なし

十六日右の債權を被上告人に讓渡したる事實を確定し單に該債權が拂込みの確定したる出資金請求の債權にして讓渡性ありとの故を以て右の讓渡を有效なるものと列示したるものとす然れども産業組合法が第十八條において組合員は組合に拂込むべき出資額に付相殺を以て組合に對抗することを得ずと規定せるは

組合の資力の充實を保護せんがためにして組合がその出資請求の債權を無償にてまたは額而未滿の對價を得て讓渡するが如きは明かに同法の精神に反し許すべきものに非ずその他同法第十六條の二十六條の四第十六條の五第二號第二十九條第一項第二十九條の二三號の各規定に徴するも亦同様に解釋すべきものとす唯出資請求の債權を例へばその額と同額またはそれ以上の代金の支拂を現實に受けて讓渡するが如き場合に在りては恰も全額の拂込みありたると同視することを得べく敢て組合資力の充實を保護せんとする法律の精神に反することなく有効にこれをなし得べきものなるも凡そ債權の讓渡を受くるに當り額面

と同額またはそれ以上の對價を現實に支拂ふが如きことは寧ろ稀有の事例に屬するものとすされば原審が本件出資金請求の債權は上告人より組合に對しその全額の拂込みありたると同視することを得べき方法にて讓渡せられたるものなりや否やを審求することなく單にその債權に讓渡性あるの故を以て本件讓渡を有效のものなりと斷じこれを前提として被上告人の請求を認容したるは違法にして本論旨は結局理由あり原判決はこの點において破綻を免れざるものとす

一〇〇七 金錢貸付と營業稅

大正一四年第一七二號

裁判宣告書(行政裁判所)

本件の争點は原告は營業稅法第三條の所謂金錢貸付業を營む者なりや否に在り、按ずるに同條の所謂營業稅を課すべき金錢貸付業とは一定の場所に於て營利の目的を以て繼續的に金錢貸付の業を營む者を指稱し、親族故舊小作人等特殊の關係を有する

特殊關係者等へ貸付する位は未だ以て營業稅法の金錢貸付業とするに足らず之に課稅違法也と

者に對し偶金錢を貸付くるも直に營業稅を課すべきものに非ざることは當裁判所が屢々判示したる所の如し本件に於て原告は大正十三年中福島友太郎外三名に對し合計五口其の最も多き月に於ける清算金二千十圓の登記貸金を有したることは當事者間争ひなき所なるも、右以外に貸金あることを認むべき證據なく且貸金の債務者は何れも原告と小作人其の他の關係を有する者

なることは被告も争はざる所なり此の如く原告は小作人其の他の關係ある少數の者に對し僅に五口の貸金を有するに止まるのみならず、大正十三年中に於ては小倉カネより金千圓の辨濟を受け吉田市郎に對し金千五百圓を新に貸出したるに過ぎず、且其の利息が比較的低廉なる事實より觀るも之を以て繼續的に金貸付業を營むものと認め難く、従つて營業税法第三條の所謂營業税を課すべき金貸付業と云ふことを得ざるものとす、然れば被告が原告を金貸付業を營む者と認め營業税課税標準額

を決定したるは違法なり、被告は原告が前示登記貸金の外多數口の信用貸金を有することは居住町内の定評なりと主張し證人三木元藏及佐藤庄吉の證言を採用して之を立證せんとするも、該證言中被告主張の事實を立證するに足るものなきに依り右主張は之を採用するに由なし
以上の理由に依り主文の如く判決す
大正十五年七月八日行政裁判所第一公庭に於て宣告す

一〇〇八 村長が他の村會議員

法曹會決議（大正十四年七月十一日）

問 甲村の有給村長が乙村の村會議員候補者に立つ事が出来ま
すか且つ當選有效でありますか甲村より異議申立てる権ありま
すか

決 甲村の有給村長たる者が乙村に於て住所を有し且町村制第
七條の公民たる要件を具備する以上は乙村の村會議員選舉に關
し選舉權を有すると同時に又被選舉權を有するを以て乙村の村
會議員として立候補することは法律上何等の支障なきものと謂

甲村の有給村長が乙村に於て被選舉權を有する
時は其村會議員となることを妨げざるものとす

ふべく、従つて其の當選は法律上有效なること疑ひを容れず、
之に對し甲村は異議を申立つる權を有せず、但甲村の有給村長
は乙村の村會議員に當選するは有效なるも之れが爲甲村の村長
たる職務を廢除することを得ざるは勿論なり

一〇〇九 戸數割と資産斟酌

法曹會決議（大正十三年十二月二十日）

問 府縣稅戶數割賦課の方法中納稅義務者の狀況を斟酌して賦
課を定めたる場合其方法に就き下記の如く甲乙兩説あり貴會の
御教示を仰ぐ

甲説 町村に配當せられたる戸數割額五千圓と假定し、町村會
が其賦課の方法として其十分の一（五百圓）を住家坪數に、其十
分の五（二千五百圓）を所得額に、十分の四（二千圓）を資産狀況
斟酌の旨を決議したる場合に於て、其金額二千圓は町村會に於
て負擔の不適當と認むる納稅義務者に限り賦課することを得る
ものなり

乙説 前記二千圓は町村會に於て各納稅義務者の資産の狀況を
斟酌し課税の標準を設け納稅義務者全般に課すべきものにして
甲説の如く差別の賦課は違法なりと認む

決 府縣稅戶數割規則に依れば其第二條に於て戸數割は納稅義
務者の資力に對して之を賦課することを定め、而して其第三條
本文に於ては更に其資力を算定する標準として（一）納稅義務者

資産を斟酌して特に賦課するは不適當者と認め
たる者に對してのみ爲すべき也全般の義に非ず

の所得と（二）住家坪數との二つを定めたり、此故に普通右二つ
の標準により各納稅義務者の資力を算定して以て一般納稅義務
者に對する課税額を定むべきものとす、然れども二つの標準の
みに依りて其課税額を定むるときは往々實際の實情に適合せざ
る場合あるべきを以て、法は此缺陷を補ふが爲に更に同條但書
を設け以て右二つの標準のみに依るを適當ならずと認むる場合
に於ては納稅義務者の資産の情況を斟酌して其資力を算定し之
が課税額を算定し得ることとせり、隨つて本問の如く町村會に
於て右但書に基き町村の負擔すべき戸數割總額中其の十分の四
に當る額に付納稅義務者の資産の狀況を斟酌すべきことを決議
したる場合に於ては、右二つの標準により算定したる課税額を
以て適當なりと認むべき納稅義務者を除き、其他の義務者即ち
課税額が資産に比し適當ならずと認むべき者に就き更に資産の
種類多寡等其狀況を斟酌し其擔稅資力を算定したる上之に右十
分の四に相當する税額を配分賦課し得るものと解するを相當と
す

參照

府縣稅戶數割規則(大正十年十月勅令第四百二十二號)

第二條 戶數割は納稅義務者の資力に對して之を賦課す

第三條 資力は戶數割納稅義務者の所得額及住家坪數に依り之を算定す但し所得額及住家坪數のみに依るを適當ならずと認むる場合に於ては納稅義務者の資産の狀況を斟酌して之を算定

一〇一〇 貸金業と借入の課稅

問 甲なる者貸金營業課稅の決定通知を受けたるとき、其運轉資本として借入れに係る(稅務吏帳簿検査發見に係る)乙者借入先の人へも稅務署は課稅をなしたるときは、稅務署は人の異なるに二重の課稅をなしたることになるが、此取消し申請をなし得るや、得るとせば甲乙何れより又申請書の方式御示しを乞ふ答 課稅は二重とならず

甲貸金業者は、自己の所有金たると、他より借入れ金たるとを問はず前年中各月月末に於ける貸付け金の月割平均にて計算したるものを運轉資本と見做さるゝもの故(營業稅法施行規則)此課稅に對して不服主張出來ぬ

することを得

第五條 前條の規定により云々住家坪數に依り資力を算定して課すべきものは其總額の十分の一を、納稅義務者の資産の狀況を斟酌し資力を算定して課すべきものは其の總額十分の二を越ゆることを得ず

右十分の二は當分十分の四以内と爲すことを許容せり

貸金業の借入資本に對する課稅と貸方に對する課稅とは二重と云ふものに非ず別箇の課稅なり

甲へ貸したる乙者の貸付金として又稅法の適用を受くるものとす、要するに幾人轉々しても其貸金行爲により各自利益を得るもの故此の利益に課稅する筋合たるものとす、されば二重といふ事なし甲より乙に賣却し丙丁に轉賣しても賣買業として課稅免れざる同一也

一〇一一 家族に書替と相續稅

問 甲、父(未だ生存)

乙、甲の長男

甲父の所有に係る家屋價格三千圓の物件を乙長男に對し名義變更を爲したり、處が稅務署は之に對し、相續稅を納めよとの事なり、相續稅法第六條に課稅價格が家督相續に在りては五千圓遺產相續に在りては千圓に滿たざるときは相續稅を課せずとあるが、此第六條の規定は前記甲乙間の場合に適用する法規にはあらずや、若し之が適用す可き法規とせば價格三千圓の物件を甲より乙に對し名義變更しても相續稅を稅務署が取立てる可きものにあらずと思考致候が此邊如何のものに御座候哉 答 甲の不動産を何の原因により乙に名義變更を爲せるや、若

一〇一二 學校設置と町會權限

問 一、某町に第一學區と第二學區とありまして從來第一學區に高等小學校を設置してあります、そして第二學區在住者は見

家族へ不動産を賣買登記せるに相續稅を課するとのことは其代金を贈與と見做しての變則遺產稅也

し隱居又は死亡による家督相續の爲めなりとせば、總財產五千圓以上なるとき課稅さるべし、單純の贈與とせば課稅なし、其代り登録稅高額なり、賣買によるとせば課稅なきこと當然なれど、稅務署は其代金を贈與したるものとして變則的の遺產相續稅(法二十三條)を課せんとするものなるべし、乃ち同條は家族に對し不動産以外の千圓以上の財產贈與に對し遺產相續と同率の課稅を爲すもの也、不動産の贈與は一方に多額の登録稅を徴せらるゝ故相續稅法の課稅を免れる也、賣買は贈與より登録稅少し、而して眞の賣買なりとせば何等課稅なし、贈與と同様なる代金免除の賣買と認め代金の贈與として課稅せんとする趣旨なるべし、是蓋し當然の措置と云ふべき也

同町内に二個の財産區ありて各高等小學校を設置せんとするに當り町會は其一を制限し得る也

童を第一學區の右小學校に通學せしめて居ります、今度第二學區の方にも其區民が別に高等小學校を設けると云ふて居ります

二、某町會は右第一學區と第二學區とを統一して公平に教育したいと申して居ります、ですから第二學區民が右小學校を併置すると町の平和を害し第二學區の財政を疲弊させますし延ては町全體の盛衰に影響を及ぼします右の理由で某町會では第二學區の高等小學校併置を否決せんといたして居ります

三、右の場合某町會は法律上正當に否決が出来まじやうか、又町會としては學區の獨立に容喙することはできぬものでせうか

答 一、町會は財産區乃至學區が區會または區總會を有する場合にはその獨立に容喙することを得ざるものである、併し學區に區會または總會がない場合は町會は正當に當該學區の事務に關與することが出来るものである

二、従つて第二學區がその主張を維持し町會の容喙を斥けたい

ならば區民は多數有志を糾合して監督官廳たる府縣知事に陳情運動し依つて以て條例を新設または改正し區會または區總會なる機關を設け然る上でなければならぬ、かくすれば町の反對を斥けることが出来るしまたはその主張を貫徹して目的を達することを得るのである

三、第二學區が右の手續をもせず唯事實上反對して居る丈けなら町會は第二學區の高等小學校併置に對し否決の手を以てこれを押へることが出来る、そしてその否決の理由としては「某町が第一及び第二學區を統一し公平に教育を施行する方針を實施し居るに際し第二學區が高等科を併置するはその統一を害しかつ財政を疲弊せしむるのみならず延いて町全體の平和を害する」云々にて十分である

一〇一三 退職手當と一身專屬

官廳の従業員が工場の都合で解職せられ其の際退職手當として若干金の辭令が出たので早速之を他に書入れて金員を借入れたり、之は一身專屬權にて書入れは出来ぬものに非ずや

答 退職手當債權は官に雇傭せられたる者が官より受くる普通

退職手當は其辭令と共に他に讓渡の出来る債權であつて恩給の如く一身に專屬するものに非ず

の債權であるから何人にも譲り渡しが出来る本人が死亡せば相続人が當然相續し得る性質の債權であつて恩給の如く本人死亡と同時に消滅し相続人と雖も相續出来ぬものとはその性質が全然違ひ一身に專屬する性質のものではない

併し差押へや擔保に供することを禁ずる官廳の規約があれば、唯それだけは規約の效力として出来ぬことになる、けれ共

れが出来ぬからとてその性質が一變して一身專屬權となるものではない(民法第四六六條参照)

一〇一四 不當徵稅と損害請求

税務署が營業收益稅額を過當に決定して來たので之に對して審査の請求はせざりしも單に不當なりとの意見書を出したる處税務署から誤謬なりとて減額通知をして來たのである、處が既に第一回分は納稅済の爲め減額部分の割戻しを呉れる事となりたるも税務署迄數里ある故、却て費用を要するなり、此場合に損害金の請求が出来ざるものに候や

答 税務署が誤つて租稅を徵收し之を返戻するには過誤納金返還手續を爲さればならぬ、其手續は支金庫に命じて拂戻しをさ

税務署が不當に稅金を徵收し後に之を返す時旅費等の費用を要する場合も損害の請求は出来ぬ

せる、原則として支金庫では本人の捺印を要する故必ず本人自身又は委任狀に依る代理人の出頭を求めるのである、されば右返還金を受領する爲め數里も出掛けるのは迷惑至極である然し其損害金を税務署に辨償せしめる事は今の法律では遺憾ながら出来ないのである、強ひて訴訟しても僅な金の事で多額の費用を要する故訴訟倒となるのである、便宜手段としては結局税務署に委任狀を書いて送り吏員を個人たる代理人として金を受取つて貰ひ其れを郵送して貰ふが良いと思ふ

一〇一五 供託の證券と利息

法會會決議(大正十四年十一月四日)

一、製造煙草買受人が其の代金延納擔保として特定の無記名有價證券を供託し其の供託受領證を煙草專賣局の占有に歸せ

保證の爲めに有價證券供託の時擔保權は果實に及ばざること供託法の原則故其都度拂渡を受くる也

しめたる場合(煙草賣捌規則第十二條)には專賣局、供託者、供託局間に如何なる法律關係を生ずるや民法第三百六十三條は右の場合に全く關係なきものなりや

二、供託法第四條但書供託物取扱規則第十二條に所謂保證金に代へて供託したる有價證券とは如何なるものを指すや供託の目的物が有價證券に限られる場合をも包含するや包含するとせば其の根據

決 (一)所同の場合に於ては供託者は供託局に對し供託原因消滅したるときは之が取戻しを爲し得べき條件付權利を保有し、煙草專賣局は煙草代金に付該證券上に擔保權を取得すべし而して此の如き法律關係の發生するは供託法と煙草專賣規則第十二條第一項第四項に依るものにして民法第三百六十三條の規定に基くものに非ず

(二)供託法第四條は有價證券を以て供託の目的と爲したる場

一〇一六 扶助料の請求方法

問 平野傳藏は海軍機關兵曹にて恩給三百四十八圓、金鷄勳章功七級百五十圓とを下賜せられ居り候處、今回死亡したり同籍内に實母「リセ」あれ共奉養子として今は祖母となり居れり、扶助料下賜せらるゝものとすれば手續き御教示願ひ上候
答 祖母リセは傳藏の現恩給額三百四十八圓の十分の五、即ち

孫が恩給を受給中死亡すれば其祖母は恩給法七條に依り該恩給額の半額を支給されるもの也

半額だけの扶助料支給方を請求する事が出来る(恩給法七五條第三號)その方法恩給給與規則第八條第十條に依り扶助料請求書に傳藏の恩給證書と戸籍謄本一通を添付して提出するのである、請求書の書式は

○扶助料請求書

本籍 何 番 地
住所 何 番 地

元恩給受給者平野傳藏祖母

平野リセ

生年月日

右私孫元恩給受給者平野傳藏死亡致候に付扶助料支給相成度同

人恩給書並に戸籍謄本相添へ此段及請求候也

昭和 年 月 日

右 平野リセ

内閣恩給局長

何 某 殿

なほ本年四月以降未給額をも受取る事が出来る(恩給法第十條)

一〇一七 鐵道省は果して横暴か

問 御承知の通り上野大宮間鐵道線路増設となり當浦和町驛附近にある小生所有の家屋四戸のもの鐵道省の移轉に對する補償金額は小生が四五年前に新築せし額の約六割強の査定額書類を示され捺印を要求せられたるも鐵道省の隨意の決定額に應ずる事を拒絶その後その儘となり居り候處によると鐵道省自身が査定した額以上増額は絶対せぬとの由なれど増額を要求する餘地あるものなるやなきものなるや收用法は如何なる事情によつて適用を受けるものなるや鐵道省は果して横暴なるや

答 一、公用徴収は被徴収者の財産を増減せざることを以てその理想とする、従つて企業主は公用徴収により生ずべき總ての

土地收容法の眞精神は十分の補償を企業者に命ずるにある不服者は司直に仰げ

損失に對し、十分の補償義務を有する

二、十分の補償たるには

(1)土地の價格、(2)一部取用の場合には殘地の價格減額、(3)地上物件移轉料、(4)新築増築等の費用、(5)通例生ずべき經營上の損失

の數項の要素を充たさるべきものである

三、然るに企業者が補償をなす決定金額が不當に低額なるときは被徴収者は民事裁判所に出訴することを得るものとす

四、故に本件は鐵道省が絶対増額せぬと主張れば貴下は通常裁判所に出訴してその公明正大公平無私なる裁判を要求するを

得策とする、鐵道省の申出に屈服する必要は少しもないのである。

五、收用法は公益上の企業（例へば鐵道）のために必要なる土地物件を買収する場合等を規定したる法律にて、本件の如き好例に屬する、なほ出訴しても收用はどしどし實行し、停止せず。

一〇一八 共同出願と不可分債權

一、三人共同にて甲所有地内の土石を期限付有償探掘の契約をなしたり然るに探掘者は地主（甲）捺印の書面を以て毎年地方長官より許可を受け居り初年には三人合意にて出願許可を得、探掘施設したり第二年の初め三人の中の一人より自己を施業主としたる探掘願書を甲に提示して捺印を求めたるに地主は三人共同出願がまなば一人の出願ならんには他二人の承諾なければ勝手に一人よりのみの出願には捺印出来ずと拒絶せり。

二、共同者全員の出願書面なるか若しくは一人の出願ならんには他二人の承諾なければ地主に捺印の要求不能なりや（民法二四九條含味）三人中の二人の出願書面なるか又は一人名義なるも他一人の承諾あらばその他の一人は關知せざるも地主に捺

六、以上は理論の説明にて實際は出訴しても費用が如何程かかるか同じ運命の被徵收者が何人歩調を一にするか決定金額が時價とどの程度に開きがあるか等により出訴の必要價值も定まることとなるもの故その邊を十分調査せられよ。

印の義務ありや（民法二五二條に準じ）民法四二八條に基き三人中の一人より出願の書面（他二人の關與なき）に捺印を求むる權利あり従つてこれに應ぜざる地主は不履行の責ありや。

答 一、本件三人の甲に對する「捺印を請求すべき權利」は不可分債權（債權の準共有）である、従つて三人は各自が地主の甲に對して捺印を請求することを得べく地主はこれに對して全員即ち三人が一致して請求するにあらざれば捺印するを得ずと抗辯する權なきものである。

二、これは民法四二八條の明示する所で、唯これだけなら何も問題はないが三人の中の一人が出願して他の二人を出しぬこゝうといふ計策の爲めにその一人のみの出願書に對して捺印せよ

といふものであるならば地主はこれを拒む權利がある、なぜならば不可分債權の行使は三人全部の權利者の爲に地主に加印を求めらねばならぬ、不可分債權は一人の債權ではないからである（大正十年神戸地方同説）若し本件の一人のみが出願するを正當とするものならば不可分債權が單獨の債權に変更されて居なければならぬ筈である、本件は未だ不可分債權が

單獨債權に分割されて居ないのであるから、右一人のみの出願に對しては地主は加印の義務がない、宜しく「三人仲よく出願して來い然らば太鼓判を押してやる」とはれつて地主の權威を保つべきである（その他の點は右の鑑定にて自然氷解するであらう）。

一〇一九 墓地冒認と他人名義登記對策

一、二月廿七日付御鑑定に對し再度未登記墓地の件左に伺ひ上候

二、土地賣主を甲とし買主當方を乙とし第三者を丙とす

三、役場の臺帳を取調べたるに山林となり居り、税金は甲支拂居り

四、前質問の如く甲乙先々代の賣買契約にて證書類なし故に甲の子孫はこれが未登記なるに乘じ丙に譲渡せるなり

五、丙はこれを（山林と畑）合併して大正十二年に登記を済まし居り

但しこの地は墓地としては登記を許されず、然し乙と同立場の墓地所有者數十名あり道を隔てたる隣地は一帶に公然墓地にな

り居り丙は乙に對し右山林（墓地）地代を請求し應ぜざれば立退きを請求すると申し居り

右に對し乙は如何にすればよろしきや御教示下され度願ひ上候（なほ昨年墓地參詣通行道修繕費として甲が乙に寄附をなさしめ居る事實あり）

答 一、乙所有の墓地を甲が勝手に丙に賣却したる行爲は無効なり、他人の所有地を譲渡し得ざればなり故にその移轉登記も無効なるを以て乙はその所有權を立證して右賣買無効登記抹消の手續きをなすことを得べし

二、唯右立證は乙において證書の如き物的證據なきため困難ならんも誰か右賣買の事實を知れる人物を證人として立てるこ

とを工夫すべし

三、なほ辯護士を依頼し、乙自身の當事者訊問等の方法により證據方法をなるべく澤山集むることに工夫を運らすこと肝要なり

四、現に墓地なるも「墓地として許さず」とは如何なる意味なるや何人が許さざるや不明なり

五、丙が地代を要求せりとせば丙を相手取り所有權確認並に所有權移轉登記抹消の訴を起すも可又丙より訴を受くるまで地

料支拂ふの要なきものとす何となれば乙は自己の地所を墓地として使用するものなればなり、之に對して地料を拂ふ謂はれなし

六、甲が乙に寄附せしめたる事實といふは何の意味なるやこれのみにては不判明なり

七、終りに注意すべきは甲が税金を支拂ひ居ることなり、若し甲乙の先々に賣買し居りしとせば當然乙が支拂ふべきものにあらすや、如何

一〇一〇 信教の自由も府縣令内也

憲法第二十八條に依れば信教の自由は安寧秩序を妨げず及臣民たる義務に背かざる限に於て存するものなれば、信教行爲も安寧秩序を保存する法令に遵はざるべからざるや論を俟たず、蓋し斯る法令に違反するは安寧秩序を妨ぐるものに外ならざればなり、而して憲法第九條には 天皇は公共の安寧秩序を保持する爲に必要な命令を發し又は發せしむる旨の規定あり、地方官制に依れば知事は其の管内の警察に關する事項即ち安寧秩序保持を目的とする事項に付權限を有し之に關する府縣令を發す

憲法に宗教の自由保障されたり
として府縣會で制限又支障なき也

る職權を有するを以て知事は安寧秩序を保持する必要ありと認めたるときは信教行爲に制限を加ふるの府縣令を發することを得るや明なり又憲法第二十三條に於て法律に依るに非ずして處罰を受くることなき旨を規定せるは法律なければ處罰なしとの原則を定めたるものにして法律に依り命令に委任する事を禁ずるの趣旨を包含するものに非ざるを以て、明治二十三年法律第八十四號を違憲なりとするの論旨は當らず、從て鹿兒島縣知事が其の權限を有する事項に付命令を發し右法律の委任に依り同

年勅令第二百八號に従ひ罰則を定むるは其の職權を行使したるものにして該命令たるや固より適法有效なりとす(六、十、十

二、大審院刑事第二部)

一〇一一 學士號得業士號の詐稱となるか

聞 最近東京及び大阪地方においては何々學校何々研究所と稱し講義録を發行し通信教授その他の方法により優秀なる者に對し何々學士何々得業士と云ふ學士號證書を發行してあるがこの稱號を肩書として使用しても法律上においては何等差支ないものでしやうか御手数にては御鑑定の上御一報下される様に願ひます

答 一、何々學士、何々得業士なる稱號を授與するの可否は二條に見るを得

二、大學令、専門學校令によりて許されたる學士、得業士等は正當なる名譽權と見るを得べく、これを侵すことは名譽毀損罪として處罰せらる、故にこの名譽權を侵すべからずとの規範あるものと解すべし

三、今法令に基かざる通信學術講義録の修了者に對し右の學士號等と同一、または類似の稱號の使用を許すことが若し右の名譽權を侵害すと見るを得べき程度に達したるときは「學位詐

稱罪」またはその教唆罪として處罰せらるべし(警察犯處罰令第二十五條第二十號)

蓋し右罰條の精神とするところ、先づ學位なるもの、社會的地位を保護し、これを侵害するものとして處罰するものと解せざるべからず、刑法の名譽毀損罪とその質を同じくしその量輕きものを罰するの精神に外ならず

四、次に學士、得業士と稱するも特に右の學位を侵害するに足らざる輕微のものにして一見右と區別し得ざるものなる以上は可罰行爲として目すべきにあらず、即ち放任行爲乃至正當の行爲に屬するものとす、從つてこれを使用するも差支なし

一〇三二 司法代書人の義務超越行爲

司法代書人法第一條に司法代書人と稱するは他人の囑託を受け裁判所検事局へ提出すべき書類の作製を爲すを業とするものを謂ふとあれば裁判所検事局へ提出目的以外の事柄にして民法商法の章條により権利義務に關する私書々類を作製するときは右第一條に違反の行爲となるものなりや御教説下され度候也

一、司法代書人の業務は「他人の囑託を受け裁判所及検事局に提出すべき書類の作製をなすにあるもその他の行爲の總てを禁するものにあらず

二、その禁ぜらるゝものは左の如し

(一)當事者一方の囑託に依りて取扱ひたる事件に付相手方の

一〇三三 司法代書人の特許代辨業

一、辨理士にあらずる者(代書人)が「特許新案意匠商標出願書類作製」の看板を掲げ料金を徴收して之等書類の代書をなし代理人名を記載せず本人名義にて特許局に書類を進達するも特許法第三十五條實用新案法第三十三條等の法規に違反せざるや

爲に書類の作製をなすこと

(2)右の業務の範圍を越えて他人間の訴訟その他の事件に關與すること

三、右の外は何をなすも自由なり、故に右業務外の行爲中他人間の民刑商事案件の保争、紛争の類の事件に關與するを得ざるも、ある人が私法上の権利の創設、設定その他の法律行爲書類、ある人より他の人に對する信書等を認むるが如きは何等義務違反となることなし、但し料金をとつて業としてこれを行ふときは「その他の事件」といふ事に入るものと認めらるゝおそれある故料金を請求することは避くべきものとす

一、特許法第二十條(實用新案法第二十六條を以て準用)第三百三十五條實用新案法第三十三條に所謂代理とは何ぞやに關し學說岐る、第一説に曰く民法第九十九條の「意思表示」に限るが故に代理人が其の權限内に於て本人の爲にすることを示して特許局に對して「意思表示」をなすことに限る

第二説に曰く

代理人の名を出さず唯事實上願書、圖面、説明書、明細書等を作成するが如き事實上の代辨をも指すものとす

二、第二説者は曰く斯く廣義に解せざれば辨理士の制を設けて辨理士を保護する趣旨徹底せずと、然れども代理と代辨とは同一にあらず、法律上代理とは代辨を含まず從て自己の名を表せず唯願書又は圖等面を本人又は辨理士の依頼を受けて作製するも代理とならずと解するを正當とす、予は辨理士の業務をも行ふ者なれども元特許局に居りし關係上圖面は殆んど特許局製圖家に作成方を依頼しつゝあり該圖面作成者は辨理士たる予の手足に外ならず、又右作圖家が發明者、考案者本人より直接作圖依頼を受くるとせば之れ本人の手足たるに過ぎず

三、從て本問代書人が發明新案意匠商標に關し書類圖面の作成を本人又は辨理士等の依頼を受けて調製するは所謂代理とならず

四、特許法實用新案法等の右の法文は代理の總てをも禁するものにあらずして代理を業とすることを禁するなり、辨理士業務代理を大別して二となす其一は個々の代理にして其の二は業とする代理なり前者は法の禁する所にあらず後者のみ之を禁

す、業とすることは報酬を得ると否とを問はざることを注意すべし唯反復連續して行はるれば足る

五、代書業中司法代書人法の支配を受くる司法代書人は他人の囑託を受け裁判所及検事局に提出すべき書類の作成をなすを業とする者なり

されば特許局に提出すべき書類圖面の作成を他人の囑託によりて作成するは司法代書人の業務範圍にあらず

六、今司法代書人が特許關係書類を囑託調成することを業とするときは違法なりやを考ふるに斷じて違法にあらず、蓋し特許代辨業は何人が之を業となすも適法なれば司法代書人が之を業とするも亦適法ならざるべからざるの理なればなり

司法代書人の業務範圍は同法第一條により規定せらる、然れども司法代書人は兼業又は副業を禁止せらるる明文なし而して特許代辨業は又法の許容する一の業務なるが故に司法代書人が特許代辨業を兼ゐるとも之を違法とすべき謂はれなきものと云ふべし

一〇二四 家畜市場閉鎖と補償

市町村が常設家畜市場を開設するときは市町村は其申請に因る廢止私設市場に對し補償義務有

問 一、私等十餘名で〇〇常設家畜市場株式會社を經營して居りし處期間満了が近づきし故期間更新を願したるに地方長官は何故か許可せざる模様です

二、右不許可の場合は會社の権利は消滅しますか

三、家畜市場法には市町村などにて經營する場合は相當價格を以て買収すること若し價格折合せざる時は地方長官の決裁を仰ぎなほ不服のときは通常裁判所の判斷を求むることが出来るとありますがこれは期限中の事ですか、伺ひます

答 一、家畜市場株式會社は家畜市場法第四條の私設家畜市場に當りますから若しその市場の地區を包含する市町村が自身で常設家畜市場を開設する時は該市町村より地方長官に右市場の廢止を申請し地方長官は主務大臣(農相)の認可を経て廢止をするといふ手順になります

二、右廢止命令を頂戴した會社は市町村に對し相當の損失補償を請求することが出来る補償金は兩者が膝付き合せて定むればよい若しうまくゆかぬ時は地方長官にきめて貰ふ、その決定

に不服の者は裁判所(司法)に出訴が出来る

三、併しこれは本件質問の場合の期限満了の場合ではなくその満了前に市町村から市場廢止の申請が出た場合に限るのだから誤解せぬ様に願ひたい

四、期間満了になつてしまふと當然會社は解散せざるを得ないから會社は消滅するより外はなくして損失補償を求むる途もない、依つて期間更新の手續きをして何とか延期方を地方長官に陳情すること、一方において、市町村より右の申請をして貰ふのが得策です

第五章 雜の部

一〇二五 法人の責任と範圍

法人が理事者の損害行為に付き責任ありとの規定は單に不法行為の損害責任に就てのみならず

(中大教授 片山金章氏意見)

民法第四十四條の規定を以て法人の不法行為上の損害賠償責任のみを定めたるものと解すべきや、或は廣く機關組織者が事實上爲したる賠償義務の原因たる一切の行為に付き、法人に賠償責任あることを規定せるものと解すべきやに付いては解釋上疑ひなきに非ず、而して從來寧ろ多數説は本條の規定を以て單に法人の不法行為の賠償責任のみを規定せるものと爲すに在るが如し、之に反し他の一部の學者は本條の規定を以て不法行為以外の原因に基く法人の損害賠償責任をも規定せるものと爲す、然れども其の理由に關しては多く詳論せるものあるを見ざるが如し、吾人の知る範圍に於て唯菅原博士は本條の規定中「他人に損害を加へたる」とは其の法意は賠償義務の原因たる行為に依り他人に損害を加へたる」との意味なるは明かなりと爲し、從つて不法行為のみならず、債務不履行其の他の賠償義務

の原因たる行為は總て之を包含するものと爲さる、故に故意又は過失を要件とするか否と、又其の作爲なると不作爲なるとを問はざるは勿論、適法行為に依る損害(例民二〇九條二一二條の場合)に付いても亦本條の規定に依りて法人に其の責任ありとす、然れども博士の説かるるが如く「本條の規定中に他人に損害を加へたる」となる文詞を以て必然的に「賠償義務の原因たる行為に依り他人に損害を加へたる」との意に解することとを要する絶対的根據と爲すことを得べきや否やに付いては疑ひなきに非ず、思ふに上述の見解は獨民法上の通説なりと雖も

是同國民法第三十一條が「社團法人は理事理事員又は組織上の代理人が其の職務執行中賠償義務の原因たる行為に依りて第三者に加へたる損害に付て其の責に任ず」べき旨を明示せるが爲なり、然れども我民法は獨民法第三十一條の如く、其の加害行為が賠償義務の原因たる一切の行為を包含すべきことに關し、

法文中何等積極的に明示する所なきを以て、此點に關し獨法に於ける通説と全然同一に解することを得ず、況んや本條の規定を以て法人の不法行為上の責任のみに關するものと狹解する論旨にも亦相當の理由なきに非ざるに於ておや、即ち從來の法律觀念上不法行為に付いては獨り事實上の行為者のみ其の責任を負ふことを要するものと解せられたる傾向あり、從つて法人に不法行為の責任を負はしめんと欲せば、特に本條の如き規定を必要とす、之に反し機關組織者が行ひたる債務不履行其の他の法律行為的取引に於ける違反行為に付き、法人が其の責任を負ふべきことに付いては既に本條の規定が機關組織者の不法行為に付き法人に其の責任あるものと爲せる以上、當然の事理とし勿論解釋上明かなるを以て特に此の點に關し規定を設くるの必要なし、又反對派の學者は適法行為に依る損害（例へば前掲民法二〇九條第二項、二一二條の場合）に付いても亦本條の規定を適用し法人に其の責任を認めんとするも此の場合適法行為に依る損害付に付き法人に其の責任を生ずるは機關組織者の行為に付き本條の規定の適用あるが爲めに非ずして、即ち別個の理由に基く、例へば前掲民法第二百九條第二項の場合に於て法人が隣人の墾りたる損害に付き其責任に任することを要するは、法人が

隣地の所有者たる地位に在るが爲めなりとす、又同様の理に依り民法第二百十二條の場合に於て、法人が通行地の損害に對して賠償を爲すことを要するは法人が通行權を有する土地所有者たる地位に在るが爲めにして、機關組織者が行ひたる加害行為に付き本條の規定の適用ある結果法人に其の責任あるものと解釋することを要せざるが如し

上來述ぶる所を以て正當なりと爲さんか、本條の規定は要するに法人の不法行為上の損害賠償責任のみを對象と爲すものと説ける上述第一の見解を以て、解釋上正當と爲すべきが如し、然れども余は叙上の見解に賛すること能はず、其の理由概ね左の如し（適法行為に因る賠償責任の場合は何れの見解に依りても説明し得べきを以て之を省略す）

（一）本條の規定を以て法人の不法行為上の責任のみに關するものと狹解すべき何等法文上の根據を發見すること能はざるは其の一なり

（二）反對派の見解に依れば、機關組織者が事實上行ひたる債務不履行其の他の一切の加害行為に付いては、本條の規定が機關組織者の不法行為に付き法人に賠償責任ありと爲す以上、勿論解釋に依りて法人に之が賠償の責任を認め得べきを以て、本條

の規定を以て單に不法行為上の賠償責任のみに關するものと狹解するも何等不都合を生ぜずと爲すに在るが如しと雖も、凡そ本條の規定に付き他の解釋方法を採用することに依りて理論上正當なる結論に到達し得べき場合に於て、勿論解釋の方法に依ることを必要とすべき何等の理由なきは其の二なり

（三）本條第一項の規定は商法第七十條の規定に依り、取締役の行為に準用せらるるを以て、取締役が商法第七十七條第二項の規定に従ひ等三者に對して賠償義務を負ふ場合にも亦本條第一項の準用を見ること言を俟たず、而して單純に本條第一項の規定の準用を定むる上掲の商法規定及び取締役の第三者に對する責任を定むる商法第七十七條第二項の二の規定を合一して考察するときは本條の規定を以て獨り法人の不法行為上の責任のみならず、廣く賠償義務の原因たる行為に因る損害に付いての法人の責任をも定めたるものと廣解するの見解を以て正當と爲すべき法典上の根據を發見し得べきこと其の三なり

商法第七十條の規定に依りて、取締役の行為に付き本條第一項の規定が準用を見ること及び此の準用が、商法第七十七條第二項の場合を豫見せること上述の如し、然るに商法第七十七條第二項の規定に依れば、取締役が法令又は定款に反する行

爲を爲したるときは其の取締役は第三者に對し連帶して損害賠償の責任に任するものとす、而して此の場合取締役の第三者に對する賠償義務の原因たる行為は必ずしも民法所謂不法行為の要件たる権利侵害の事實存することを要せず、又故意又は過失を必要とせず、即ち上述の諸點に於て商法第七十七條第二項に定むる取締役の責任は不法行為上の賠償責任の一變體には非ずして、全然同條の特別規定に基く特殊の責任なること多く異論を見ざる所なり、尤も此の場合責任原因たる加害行為は取締役が其の職務を行ふに付き爲したるもののみを意味するや否やは一見必ずしも明瞭に非ざるも此の點は今本問題の解決に關し重大なる意義を有するものに非ず、唯少くとも同條の規定中には取締役が其の職務を行ふに付き法令又は定款に反する加害行為を爲したる場合を包含すべきことを認むるを以て足る

上述の如く商法第七十條の規定が豫見せる、商法第七十七條第二項の場合に於ける加害行為は、必ずしも民法所謂不法行為のみに限るに非ざること明白なり、然るに商法第七十七條の規定は此の場合に付いても單純に本條第一項の規定を準用せり故に若し反對派の見解に従ひ、本條第一項の規定を以て單に法

人の不法行為のみの賠償責任を規定せるものと爲さんか、商法第七十七條第二項の場合に於て取締役の其の職務執行に付き行ひたる加害行為が民法所謂不法行為の要件を具備する場合には、本條第一項の規定の準用(商法第一七〇條六二條)に依り、當然法人たる会社に其の責任ありと爲すべきことを俟たざるも之に反し民法所謂不法行為の要件を具備せざる場合に於ては、本條第一項の規定を單純に準用するに因りて其の加害行為に對する会社の責任を認むることを得ず、是反對派の見解が本條の規定を以て民法所謂不法行為上の賠償責任のみと狭解するより生ずる當然の結果なり、然るに實際上に於ては此の場合に在りても尙会社の賠償責任を認めざるを得ざることを論を俟たず、故に假りに反對派の見解を採用し、然も取締役の不法行為以外の加害行為(債務不履行に付ては商法第一七〇條の豫見せる商法第一七七條第二項の適用を生ずること殆ど稀なる故茲に問題とならず唯不法行為以外の非法律行為的取引に於ける加害行為に付き問題となる)に就き会社に賠償責任あることを認めんと欲せば、商法第七十條の規定が本條第一項の規定の準用を定めたるは單純に本條の規定の準用を定めたるのみならず(即不法行為に就き)更に本條に關する勿論解釋上の結果(前掲理由の二

参照)をも準用即ち不法行為以外の加害行為に就き準用する趣旨なりと解するか、或は又商法が取締役の不法行為に就き本條第一項の規定を準用し会社に其の責任ありと爲せる以上其の他の違法行為に就て会社に賠償責任を認むべきことは商法第七十條に依る準用を俟つことなく、勿論解釋上明白なりと爲すか二者其の一ならざるべからず、然れども前者の見解は法規準用の意義を超越せるものと謂ふべく、又後者の見解は商法第七十條が當然豫見せる商法第七十七條第二項に依る取締役の第三者に對する加害行為に付き單純に民法第四十四條第一項の規定を準用して会社の責任を定むるを以て足れるものと爲せる精神に適合せざる見解なりと稱せざるを得ず、之を要するに商法第七十條が當然商法第七十七條第二項の場合を豫見し、然も單純に民法第四十四條第一項の規定を準用すべき旨定めたるは、取締役の第三者に對する加害行為に付き其の不法行為たる及其他の違法行為たるを問はず、一括して單純に民法第四十四條第一項の規定を準用し、会社の賠償責任を定むるを以て足れりと爲したるものと解することを得べく、此の場合當該の加害行為が不法行為なるか又は其の他の違法行為なるかに因り一は民法第四十四條第一項の準用に依り、他は即勿論解釋に依

りて会社の賠償責任を定めしめんと欲せるの旨趣に非ずと解釋するを妥當とす
上述せる反對派の見解に反し民法第四十四條の規定を以て廣く機關組織者の賠償義務の原因たる行為に因る損害に付き会社に

一〇二六 不履行と不法の賠償

(中大教授 中村武氏意見摘要)

不法行為による損害賠償の範圍は債務不履行の場合の損害賠償の範圍と同一なりや

債務不履行を原因とする損害賠償の範圍に付ては、民法第四一六條は通常生ずべき損害の賠償を爲さしむるを目的とし、特別の事情によつて生じたる損害は當事者が其事情を豫見することを得べかりしときに限つて賠償すべきものと規定してある、ところが不法行為による損害賠償の場合についてはこの制限的規定がおかれてゐない、そこで問題が起る譯である

この問題について我國の主な學者は、或は不法行為による損害賠償の場合にも民法四一六條が準用されるものと説き、或は當然その範圍は同一なるを原則とすと説いてゐる、然し乍らこ

賠償責任ある旨を定めたるものと解するときは、前述の如き不都合を避くることを得べきを以て、解釋上此の見解を採るを以て正當なりと爲さざるべからず

債務不履行による賠償の範圍よりは不法行為による賠償の範圍を重きものとする解釋が正當也

れば當を得ないと思ふ、私に此場合には民法四一六條の制限はないものと解する元來損害賠償は侵害行為によつて人の權利又は生活利益に對し生じた總ての利益を回復せしむるのその目的である、従つて或事實から生じた利益との間に適當の因果が存在する以上、總ての損害を賠償すべきものである、ところが債務不履行の場合には民法第四一六條の制限があるため、どうしてもこの明文に従はざるを得ない一體こうして制限的規定をもつた立法は日本民法と佛民法とだけである、佛民法に於てはその一一五〇條に於て債務不履行の場合には債務者の惡意なき限り契約の當時に債務者が豫見し又は豫見し得べかりし損害に對してのみ賠償の責あるものとしてあるが、不法行為の場合に關してはその一三二條一三三條に於て何等こうした制限

的規定はおかれてゐない、で民法の解説の下にでもその一一五〇條のやうな制限は不法行為の場合には存在しないものと説かれてゐる、スキツル舊債務法に於ては、その第一一六條に亦債務不履行に付いて同様な制限の規定があつたが、一九一一年の現行法は第九九條に於て債務不履行による損害賠償に付いてこうした特別の差別的規定を設けないものとした、獨逸民法に於てもその審議第二讀會に於て第二一五條に於て義務不履行による損害はその發生が、債務者の知らねばならぬ蓋然性以外の事由に基くときは賠償の義務がない」と規定したが、此制限の規定は聯邦議會によつて削除されてしまつた、依つて獨法及びスキツル法の下に於て損害賠償の範圍は原則として同一に取扱はれるに至つて、相當因果關係の範圍内に於ける有責なる行為によつて惹起された損害である以上、行為者が行為の結果を豫見し又豫見し得べきものであることを要しないし、その間接なる結果であると直接の結果であると問はない

因果關係と行為者の豫見し、又豫見し得べかりしといふ事情とは全く別個の觀念であつて、結局損害賠償の範圍と因果關係の範圍と同一であるべき筈であるが、然し我民法上は債務不履行の場合に對しては第四一六條の規定ある以上この規定に拘束さ

ればならないが、その制限の規定がおかれてゐない不法行為の場合に於ては理論上から考へても又新立法の傾向から論じても、こうした制限を付して不法行為者を保護し、被害者を待つに薄き結果を來す解釋には賛成されない、そして又こう解した所で前に述べた通り結局賠償の範圍は因果關係の範圍と同一である故、決して行為者に過大な負擔を與へるものではないと信する、損害賠償の範圍に付いて尤も問題となるは所謂得べかりし利益も亦賠償すべきであるか否かの問題であるが、この場合に於て被害者に不法な侵害なかりせば事物の通常の進行に於て獲得し得べかりしこと、被害者が確に獲得を欲したらんこのことに蓋然性ある以上因果關係は存在するものである、又特別なる事物の進行であつても、爲したる計畫及び準備によるとき乃ち利益の獲得が蓋然的に期待され得べき時亦同様である、(獨逸民法第二二五條參照)蓋然性の有無の判断は裁判所に於て客觀的に判断すべきものであつてこの際裁判所は不法行為の時及びその以後に存した總ての事情を綜合して考慮すべきである、一般的な物價騰貴の可能性の如きも蓋然的に認められる以上、期待された利益と謂ふべきである、利益期待の蓋然性は不法行為の時にあることを要せず、判決の時迄の期間に存すれば足る

但し蓋然性が單にあつたと謂ふのみでは不十分であつて、被害者が利益獲得を欲しその爲の準備方法を講じ、或は講ぜんとし

たことが客觀的に可能であつたといふ事實の存在を要するは會を待たない

一〇二七 申込と承諾の關係

承諾通知の發送前に申込の取消通知が到着しても其取消が承諾を受くるに相當なる期間前なる時は效力なし

(學士 岡村玄治氏質疑説述)

〔民法第五二四條と第五二七條との關係〕

民法第五二四條には承諾の期間を定めずして隔地者に爲したる申込は申込者が承諾の通知を受くるに相當なる期間之を取消することを得ずと規定す

右は所謂申込の拘束力を認めたるものにして、申込は其到達に依りて效力を生ずるものと信す、果して然らば申込の取消の通知は假令承諾の通知發送前に到達するも無効たるべき筈なり、然るに第五二七條は申込の取消の通知が承諾の通知の發送前に到達するときは其取消の通知を有効なりとするものゝ如し、右兩規定は矛盾するものに非ざる乎との法學新報誌上の質疑に對し、法學士岡村玄治氏答へて曰く、民法第五二七條は申込の取消の通知が承諾の通知を發したる後に到達したるも通常の場合に於ては其前に到達すべかりし時に發送したるものなることを知

り得べきときは、「承諾者は遲滞なく申込者に對して其承諾の通知を發することを要す」「承諾者が前項の通知を怠りたる時は契約は成立せざりしものと看做す」と規定して居るから、同條が隔地者に對する申込の取消し得ることを認めたものであることとは其規定自體に依りて明瞭である、然るに第五二一條は「承諾の期間を定めて爲したる契約の申込は、之を取消すことを得ず」「申込者が前項の期間内に承諾の通知を受けざる時は申込は其效力を失ふ」と規定し又第五二四條は前示の質疑冒頭に記載の如く規定して居るから、質疑者が同條の規定と第五二七條の規定とは互に矛盾するものゝやうに思はれるのも一應尤もであるが、第五二七條は第五二一條及び第五二四條との關係上、承諾の期間を定めずして隔地者に爲したる申込を申込者が承諾の通知を受くるに相當なる期間經過後に於て取消す場合に付き規定したるものと解すべきであるから、右兩條の規定と少しも