大審院判決

引用シタルヲ以テ不法ナリト云フヘカラサルニヨリ論旨ハ理由ナシ（大審院大正五年（れ）第一七五四號同年九月二十五日刑二部鶴裁判長鶴見平野藤波高瀬各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審和歌山地方裁判所○詐欺被告事件○被告人和佐安次郎辯護人高木益太郎

（七五）

二〇三第一項　刑ノ言渡ヲ爲スニハ罪トナルヘキ事實及ヒ證據ニ依リテ之ヲ認メタル理由ヲ明示シ且法律ヲ適用シ其理由ヲ付スヘシ

刑法一八五　偶然ノ輸贏ニ關シ財物ヲ以テ博戯又ハ賭事ヲ爲シタル者ハ千圓以上ノ罰金又ハ科料ニ處ス但一時ノ娯樂ニ供スル物ヲ賭シタル者ハ此限ニ在ラス

骨牌ノ使用ニ依ル賭博ハ其性質上偶然ノ事情ニ因リ輸贏ヲ決スルモノナルコト自ラ明カナレハ骨牌ヲ使用シテ「イレタ」ト稱スル賭博ヲ爲シタル說示ハ賭博罪構成ノ事實ノ說示トシテ欠クル所ナク「イレタ」ナル賭博方法ヲ詳述セサルモ不法ニアラス

【上告趣意】賭博罪ハ偶然ノ事實ニ因ッテ輸贏ヲ決シ贏金ノ授受ヲ爲ス行爲ニ外ナラサルヲ以テ同犯罪ノ認定トシテハ輸贏ノ結果カ偶然ノ事實ニ繫ルモノナルコトヲ判示スルニアラサレハ事實理由ヲ具備セルモノト謂フヘカラス原判決ヲ閲スルニ其事實理由トシテ上告人ハ他數名ノ者ト共ニ金錢ヲ賭シ骨牌ヲ使用シテ「イレタ」ト稱スル賭博ヲ爲シタル旨判示スルニ過キス而シテ右事實理由ニ依リテハ「イレタ」ナル賭博ハ金錢賭ノモノナルコトヲ知リ得ルニ止リ其金錢ノ授受カ偶然ノ事實ニ繫ル勝負ノ結果ナルヤ否ヤヲ知ルコトヲ得サルノミナラス「イレタ」ナル賭博ハ公知ノモノニアラサ

（一三六）

レハ其如何ナル方法ニ依リ輸贏ヲ決スルモノナリヤ更ニ具體的ニ該賭博ノ方法ヲ示スニアラサレハ果シテ刑法ニ所謂賭博罪ヲ構成スルヤ否ヤ全ク之ヲ知ルニ由ナシ然ラハ則チ原判決ハ事實理由不備ノ違法ナリ

【判決理由】原判決ヲ査スルニ被告ハ金錢ヲ賭シ骨牌ヲ使用シ以テ賭博ヲ爲シタル旨說示セリ骨牌ノ使用ニ依ル賭博ハ其性質上偶然ノ事情ニ因リ輸贏ヲ決スルモノナルコト自ラ明カナレハ右事實ノ說示ハ賭博罪構成事實ノ說示トシテ別ニ缺クル所ナキヲ以テ「イレタ」ナル賭博ノ方法ヲ詳述セサルモ所論ノ如キ不法アリト云フヲ得ス（大審院大正五年れ）第一三九二號同年八月四日刑一部末弘裁判長遠藤谷野堀田中尾各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審和歌山地方裁判所○常習賭博被告事件○被告人松本萬太郎辯護人袴田京平

【參照判例】

本卷刑訴一六五頁

（七六）

二〇三　刑ノ言渡ヲ爲スニハ罪トナルヘキ事實及ヒ證據ニ依リテ之ヲ認メタル理由ヲ明示シ且法律ヲ適用シ其理由ヲ付スヘシ

無罪又ハ免訴ノ言渡ヲ爲スニ付テモ亦理由ヲ明示スヘシ

刑法一〇八　火ヲ放テ現ニ人ノ住居ニ使用シ又ハ人ノ現在スル建造物汽車電車艦船若クハ鑛坑ヲ燒燬シタル者ハ死刑又ハ無期若クハ五年以上ノ懲役ニ處ス

同一五九　行使ノ目的ヲ以テ他人ノ印章若クハ署名ヲ使用シテ權利義務又ハ事實證明ニ關スル文書若クハ圖畫ヲ僞造シ又ハ僞造シタル他人ノ印章若クハ署名ヲ使用シテ權利義務又ハ事實證明ニ關スル文書若クハ圖畫ヲ僞造シタル

（一三七）

者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス

放火罪ニ問擬スルニハ被告カ故意ニ目的ノ物件ニ對シテ火力ヲ施用シ因リテ其燒燬作用ヲ遂ケシメタル事實ヲ判示スルヲ以テ足リ必スシモ其用ヒタル點火ノ手段方法ヲ明確ニ認定シ能ハサル場合ニ於テハ單ニ被告自ラ若クハ他人ノ手ヲ藉リ火ヲ放チテ目的ノ物件ヲ燒燬シタリト判示スルモ之ヲ以テ事實理由ノ不備アリト謂フヘカラス』

【上告趣意】 原判決ハ其事實理由ニ被告ハ竹松居住ノ前示家屋ニ何等カノ方法ヲ用ヒテ放火シ云云ト判示シタリ然レトモ被告ヲ放火犯ニ問擬處斷スルニハ被告ハ如何ナル方法手段ニ依リ放火シタルモノナルヤヲ事實理由ニ具體的ニ明示セサルヘカラサルモノトス然ルニ原判決ハ此點ニ付キ何等ノ明示ヲ爲ササルハ事實理由不備ノ違法アルモノトス

【判決理由】 放火罪ニ問擬スルニハ被告カ故意ニ目的ノ物件ニ對シテ火力ヲ施用シ因リテ其燒燬作用ヲ遂ケシメタル事實ヲ判示スルヲ以テ足リ必スシモ其用キタル點火ノ材料其他方法ヲ具體的ニ詳說スル事ヲ要セスサレハ放火ノ手段方法ヲ明確ニ認定シ能ハサル場合ニ於テハ單ニ被告自ラ若クハ他人ノ手ヲ藉リ火ヲ放チテ目的ノ物件ヲ燒燬シタリト判示スルモ之ヲ以テ事實理由ノ不備アリト謂フヘカラス原判決ニ「方法ハ不明ナルモ何等カノ方法ヲ用ヒ」トアルハ單ニ點火ノ材料其他放火ノ方法不明ナリト謂フニ過キス被告ノ故意ニ自ラ判示家屋ニ放火シテ之ヲ燒燬セシメタル事實ノ說示シアル以上ハ放火罪ヲ認定スル事實理由ニ缺クル所アルコトナケレハ論旨ハ理

由ナシ（大審院大正五年（レ）第一七二九號同年九月二十五日刑二部鶴裁判長鶴見平野藤波高瀨各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審名古屋控訴院○放火被告事件○被告人深尾安吉辯護人安達元之助

證書ノ僞造カ行使ノ目的ニ出テタル以上ハ常ニ犯罪ヲ構成スルモノニシテ其使途ノ如何ハ犯罪ノ成否ニ影響ヲ及ホスコトナキヲ以テ證書僞造ヲ斷スルニ判決ニ於テ必スシモ犯人カ僞造證書ヲ如何ナル用ニ供セントスルヤヲ判示スルノ要ナシ』

苟モ證書ノ僞造カ行使ノ目的ニ出テタル以上ハ常ニ犯罪ヲ構成スル事勿論ニシテ其使途ノ如何ハ犯罪ノ成否ニ影響ヲ及ホスヘキ事ナキヲ以テ證書僞造罪ヲ斷スル判決ニ於テ必スシモ犯人カ僞造證書ヲ如何ナル用ニ供セントシタルヤヲ詳示スルノ要ナシ（大審院大正五年（レ）第一六二六號同年九月二十二日刑一部末弘裁判長遠藤谷野堀田中尾各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審秋田地方裁判所○文書僞造被告事件○被告人藤丸善三郎辯護人小林龜郎同鈴木安孝

【參照學說判例】

本卷刑訴八〇——八一頁參照

至當ノ判決ナリ

第一回公判ト第三回公判トニ於テ審問ニ干與シタル判事カ同一ナルトキハ第二

回公判ニ於テ第一回公判ノ時ト干與判事ヲ異ニスルモ第三回公判ニ在リテハ既ニ行ハレタル手續ヲ重復スルコトナク直チニ第一回公判ニ繼續シテ審理ヲ進行スルコトヲ得ヘシ』

第三回公判カ第一回公判ニ繼續スル場合ニ於テ若シ第一回公判ノ際證人訊問ノ決定ヲ爲シ第二回公判ノトキ既ニ其決定ヲ執行シ了リタルニ於テハ其決定ノ執行カ適法ニシテ有效ナルコト勿論ニシテ且其證人訊問ノ結果ヲ錄載シタル公判始末書ノ存スルニヨリ第三回公判ニ於テハ更ニ證人ヲ訊問スルノ要ナク右公判始末書ヲ公判ニ顯出セシメ以テ證據決定ノ執行ヲ完了スルコトヲ得ヘシ』

【上告趣意】 原審裁判所大正五年四月二十一日第三回公判ニ於ケル係判事併藤浩藏ハ前回ノ公判ニ裁判長タリシ判事高橋丑治ト變更シタルモノナルニ係ハラス其公判ニ於テ前回ノ公判始末書ニ付事實並證據ノ再調ヲナササルハ違法ナリト云ハサルヘカラス果シテ然ラハ斯ル違法ノ公判ニ依リテ成立セシ原判決ハ當然破毀ヲ免カレス

【判決理由】 第一回公判ト第三回公判トニ於テ其審問ニ干與シタル判事ニシテ同一ナル以上ハ縱令第二回公判ニ於テ第一回公判ノ時ト干與判事ヲ異ニスルニ拘ハラス第三回公判ニ在リテハ第一回公判ニ於テ既ニ行ハレタル手續ヲ重複スルコトナク直チニ第一回公判ニ繼續シテ審理ヲ進行スルコトヲ得ヘキコト當院ノ判例トスル所ナリ如斯第三回公判カ第一回公判ニ繼續スル場合ニ於テ若シ第一回公判ノ際證人訊問ノ決定ヲ爲シ第二回公判ノトキ既ニ其決定ヲ執行シ了リタルニ於テハ其決定ノ執行カ

適法ニシテ有效ナルコトハ勿論ニシテ且其證人訊問ノ結果ヲ錄載シタル公判始末書ノ存スルニヨリ第三回公判ニ在リテハ更ラニ證人ヲ訊問スルノ要ナク右公判始末書ヲ公廷ニ顯出セシメ以テ證據決定ノ執行ヲ完了スルコトヲ得ヘシ而シテ本件ニ於テ第三回公判ノ干與判事ハ第二回公判ノ時ニ異ナルト雖モ第一回公判ノトキト同一ナルコト第二回公判ニ於テ第一回公判ノ際爲シタル證人訊問ノ決定ヲ執行シタルコト第三回公判ニ於テ第二回公判始末書ヲ被告人ニ讀聞ケタルコトノ執レモ明カナルヲ以テ上告人所論ノ如キ違法ノ點アルコトナシ（大審院大正五年レ第一五二二號同年九月二十一日刑二部鶴裁判長鶴見平野藤波高瀨各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審盛岡地方裁判所○詐偽證被告事件○被告人櫻井義兵衛

本卷刑訴六七頁——一二九頁

【同一判事ト審理ノ繼續ニ關スル參照學說判例】

——（七八）——

二〇三第一項　刑ノ言渡ヲ爲スニハ罪トナルヘキ事實及ヒ證據ニ依リテ之ヲ認メタル理由ヲ明示シ且法律ヲ適用シ其理由ヲ付ス可シ

刑法二四四　直系血族配偶者及ヒ同居ノ親族又ハ家族ノ間ニ於テ第二三五條ノ罪及ヒ其未遂罪ヲ犯シタル者ハ其刑ヲ免除シ其他ノ親族及ヒ家族ニ係ルトキハ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス

同二五二第一項　自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

同二五五　本章ノ罪ニハ第二四四條ノ規定ヲ準用ス

横領罪ノ判決ニ被害者ト被告トノ身分關係ニ付特ニ明示スル所ナキニ於テハ

族又ハ家族等ノ特別關係ナキモノト認メタル趣旨ナリト解スルヲ相當トスルヲ以テ理由不備ノ違法アルモノニアラス』

【上告理由】原判決ハ其理由ノ部ニ於テ「被告勘五郎ト共ニ大正五年二月三日ヨリ同年五月三十一日迄ノ間ニ幸村支店外十名ヨリ金員取立方ノ依頼ヲ受ケ云云」ト判示セルモ幸村支店以外十名カ果シテ何人ナリヤヲ明示セサルニヨリ犯罪ノ被害者ヲ認知スルヲ得ス惟フニ横領罪ハ他人ノ財産權ヲ侵害スルノ犯罪ナルカ故ニ被害者ノ何人ナルヲ明示セサルハ犯罪事實ヲ明示セサルニ歸ス殊ニ刑法第二四四號ノ規定ヲ横領罪ニ準用セラルルノ結果被害者カ犯人ノ親族又ハ家族ニ該ルトキハ或ハ告訴ヲ待ツテ其罪ヲ論セラレ或ハ其刑ヲ免除セラルヘキモノアルヲ以テ被害者ノ何人ナルヤヲ認定シ依テ被害者ト犯人トノ間ニ親族家族ノ關係アリヤ否ヤヲ知リ之ニ基キテ審理裁判セサルヘカラサルカ故ニ被害者ヲ判文上明示スヘキモノタリ果シテ然ラハ原判決ハ理由不備ノ違法アルモノト信ス

【判決理由】原判決ニ幸村支店外十名トアルハ即チ特定ノ他人十一名ヲ指示シタルモノナルコト明カニシテ一々其氏名ヲ舉示セサルモ横領罪構成事實ノ明示タルニ於テ缺クル所アリト謂フヲ得ス又其被害者トノ身分關係ニ付特ニ明示スル所ナキニ於テハ親族又ハ家族等ノ特別關係ナキモノト認メタル趣旨ナリト解スルヲ相當トスルヲ以テ論旨ハ理由ナシ(大審院大正五年(れ)第一九六八號同年十月二十四日刑一部末弘裁判長遠藤谷野堀田中尾各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審廣島地方裁判所○横領被告事件○被告人仁井本勘五郎辯護人永屋茂

大審院判決

(七九)

一九二 検事被告人及ヒ民事原告人ノ請求ニ因リ呼出ス證人ノ氏名目錄ハ開廷ヨリ一日前之ヲ各相手方ニ送達ス可シ

二六一 控訴裁判所ニ於テハ控訴ヲ理由ナシトスルトキハ判決ヲ以テ控訴ヲ棄却ス可シ

控訴ヲ理由アリトスルトキハ原判決ヲ取消シ更ニ判決ヲ爲ス可シ

刑法二五二 自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

自己ノ物ト雖モ公務所ヨリ保管ヲ命セラレタル場合ニ於テ之ヲ横領シタル者亦同シ

民法六六八 各組合員ノ出資其他ノ組合財産ハ總組合員ノ共有ニ屬ス

(一)控訴審及ヒ第一審間ニ於ケル横領金額ニ關スル認定ノ相違ノ如キハ控訴審ニ於テ爲ニ被告人ニ對スル科刑ニ影響ヲ及ホスモノト認メサル限ハ第一審判決取消ノ理由ト爲ス可キモノニ非ス』

(二)裁判所ニ於テ訴訟關係人ノ申請ニ基キ證人ヲ喚問シテ訊問スル場合ニ在リテモ其訊問事項ハ申請ニ係ル訊問事項ニ羈束セラル可キモノニ非ス』

(三)一部ノ組合員ニ於テ擅ニ組合財産ヲ横領シタルトキハ該共有物ノ全部ニ付キ横領罪ノ成立ヲ認メ得ヘキモノトス』

(一)控訴審及ヒ第一審間ニ於ケル横領金額ニ關スル認定ノ相違ノ如キハ控訴審ニ於テ爲ニ被告人ニ對スル科刑ニ影響ヲ及ホスモノト認メサル限ハ第一審判決取消ノ理由ト爲ス可キモノニ非ス

(二)【上告論旨】原院公判始末書ヲ閲スルニ「辯護人ハ左ノ證據調ヲ申請シタリ被告人ノ財産狀態素行及本件ハ被告ニ惡意ナカリシコトヲ證スル爲メ高橋龜次郎ノ訊問ヲ求

メ裁判長ハ之ヲ許可シタル旨」ノ記載アリ之ニ依レハ原院ハ被告ノ財産狀態及其素行及惡意ノ有無ニ付訊問スヘキ旨ノ決定ヲ與ヘタルモノナルヤ明カナリトス然ルニ其後ノ公判始末書中右高橋龜次郎訊問ノ部ヲ觀ルニ「被告ノ財産狀態及素行」ニ付テハ何等訊問ヲ爲シタル事迹アルナシ然ラハ原院ハ自ラ決定シタル證據調ヲ適法ニ施行セサルノ違法アルモノナリ

【判決理由】原審公判始末書ヲ査閲スルニ原審ニ於テハ所揭證人ニ對シ被告人ノ財産狀態及素行ニ關スル訊問ヲ爲シ居ルノミナラス裁判所ニ於テ訴訟關係人ノ申請ニ基キ證人ヲ喚問シテ訊問スル場合ニ在リテモ其訊問事項ハ申請ニ係ル訊問事項ニ羈束セラル可キモノニ非サルハ論ヲ俟タサルヲ以テ論旨ハ理由ナシ

(三) 原判決ヲ査閲スルニ原審ニ於テハ判示合資會社ハ商法第一〇五條第四九條ノ規定ヲ遵守セサル爲メ商事會社タルニ至ラス從テ同會社ノ各出捐者ハ民法上組合員タルニ外ナラサルモノト判示シタルモノト解ス而シテ組合財産ハ民法第六六八條ノ規定ニ依リ總組合員ノ共有ニ屬スルコト所論ノ如シト雖モ共有物ナリトスルモ一部ノ組合員ニ於テ擅ニ横領シタリトスレハ該共有物ノ全部ニ付キ横領罪ノ成立ヲ認メ得ヘキハ明白ナリ(大審院大正五年(れ)第一六八三號同年九月二十六日刑一部末弘裁判長遠藤谷野堀田中尾各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審廣島控訴院○業務横領被告事件○被告人大村謙三辯護人永屋茂同後藤德太郎同中村虎次郎

【(一)參照判例】

大審院

第一審カ寄藏トシタル行爲ヲ第二審ニ於テ故買ト認ムルモ之カ爲メニ第一審判決ヲ取消スノ要ナシ又第二審判決カ賍物ノ數額ニ付キ第一審判決ト認定ヲ異ニスルモ犯情ニ影響ナキ限リハ第一審判決取消ノ理由ト爲スニ足ラス(大審院大正三年れ第八三九號同年六月三日判決本書第三卷刑法一三七頁)

【(二)參照判例】

大審院

裁判所カ訴訟關係人ノ請求ニ因リ證人又ハ鑑定人ヲ喚問シタル場合ト雖モ訊問事項ノ如キハ裁判所必要ト認ムル所ニ從ヒ適宜ニ其範圍ヲ決定シ得ヘク敢テ請求ノ趣旨ニ拘束セラルヘキモノニ非ス(大審院大正四年(れ)第七〇五號同年五月五日判決本書第四卷刑訴四八頁)

【(三)參照判例】

大審院

共有物ノ分割前ニ在リテハ共有者ハ各自其物全部ニ付キ唯タ持分ヲ有スルニ過キサルヲ以テ若シ之ヲ占有セル共有者ノ一人カ自己ノ爲メニ之ヲ費消シタルトキハ其費消セル全額ニ付キ横領罪ヲ構成スルモノトス(大審院大正三年れ第二八九九號同年十二月二十二日判決本書第三卷刑訴二七三頁)

大審院判決

(八〇)

上告審ニ於テハ全然證據調ヲ爲ス職權ヲ有セス從テ新證據ノ提出アリタル場合ニ於テモ之ヲ顧ミルコトナク專ラ第一審及ヒ第二審ニ於テ集取セラレタル證據ニ依リ各般ノ訴訟行爲ノ當否ヲ判斷セサルヲ得サルヲ以テ宣誓シタル證人カ其訊問當時刑ノ執行猶豫中ナリシコト上告審ニ於テ明白ナルニ至リタルモノトスルモ前叙證據ニ依リテ之ヲ確認スルコトヲ得サル以上ハ證言トシテ其效力ヲ保有セシメサルヲ得ス』

【上告理由】刑事訴訟法第一二三條同第一二四條ノ證人資格審査ハ裁判所ノ職權事項ニシテ同條規定該當者ノ證人資格ヲ有セサルコトハ甚タ明白ナリ故ニ證人トシテ訊

問ヲ受クル者ニ於テ裁判所ノ資格審査ヲ誤ラシムル供述ヲ爲スコトアリトセンカ其點ニ關スル虚僞供述者ノ制裁ハ自ラ別個ノ問題ヲ惹起スヘシト雖モ實際上ニ於ケル同條該當者ノ證人無資格ハ依然トシテ無資格者ナルコトヲ疑ハサルナリ然ルニ原判決中本件斷罪ノ資料ニ援用セラレタル證人大谷忠次郎ノ訊問調書ハ同調書ノ證人資格審査ニ於テコソ右大谷忠次郎ハ刑事訴訟法第一二三條同第一二四條該當ノ缺格者ナラストシテ宣誓ヲ命セラレタルモ當辯護人ノ調査ニ依レハ東京地方裁判所（）第號詐欺取財事件ニ付同四年七月九日東京地方裁判所ニ於テ懲役一年執行猶豫四年ノ言渡ヲ受ケ同判決ハ同四年七月十五日確定シタルニヨリ大正八年七月十四日迄ハ刑事訴訟法第一二四條缺格者ニ該當スヘキ公權ノ停止者ナリ（東京地方裁判所檢事局證明書ヲ提出スヘキモ尚ホ一件記錄取寄御參照ヲ求ム）然ラハ原判決ハ證人ノ缺格者タル大谷忠次郎ノ資格審査ヲ過リテ有資格ト爲シタル無效ノ證人訊問調書ヲ有罪ノ資ニ供シタル不法アリ

【判決理由】刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ受ケ其猶豫中ニ在ル者ハ刑法施行法第二八條第三六條刑事訴訟法第一二四條第四號ニ依リ證人ト爲ルコトヲ許サス單ニ宣誓ヲ爲サシメスシテ事實參考ノ爲メ其供述ヲ聽クコトヲ得ルニ止マルコト明白ナリト雖モ一件記錄ヲ査閲スルニ當審ニ於テ本辯護人ノ提出シタル執行猶豫證明書以外宣誓シタル證人大谷忠次郎カ其訊問當時刑ノ執行猶豫中ノ者ナリシ事實ヲ認ムヘキ資料アルコトナシ而シテ上告審ニ於テハ全然證據調ヲ爲ス職權ヲ有セス從テ新證據ノ提出アリタル場合ニ於テモ之ヲ顧ミルコトナク專ラ第一審及ヒ第二審ニ於テ集取セラレタル證據ニ依リ各般ノ訴訟行爲ノ當否ヲ判斷セサルヲ得サルヲ以テ宣誓シタル證人カ訊

問當時刑ノ執行猶豫中ナリシコト上告審ニ於テ明白ナルニ至リタルモノトスルモ前敍證據ニ依リテ之ヲ確認スルコトヲ得サル以上ハ證言トシテ其效力ヲ保有セシメサルヲ得ス本論旨ハ其理由ナシ（大審院大正五年（れ）第一九三八號同年十月二十七日刑一部末弘裁判長遠藤谷野堀田中尾各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○詐欺被告事件○被告人松田莊次郎辯護人布施辰治

【上告審ニ於ケル事實審理ニ關スル學說判例】

豐島博士　牧野博士

一　上告裁判所ハ法律ノ適用ニ付テ審査スルモノニシテ事實ニ付テハ審査セストハ實體法ニ付テノミ云フニアラス訴訟法ノ原則ニ付テモ亦然リ然レトモ上告裁判所ハ訴訟上ノ事實ヲ自ラ判斷セサルヘカラサルコトアリ卽チ上告裁判所カ審査スヘキ事實ハ例ヘハ現行犯ナリヤ否ヤ又親告罪ニ付テハ適法ノ告訴アリシヤ否ヤノ如キ類ナリ又實體上ノ違背ヲ主張サレタル場合ニ於テモ上告裁判所ハ訴訟上ノ事實ノ審査ヲ爲スコトアリ例ヘハ前審ニ於テ不法ニ時效ノ中斷アリト認メタルコトヲ主張スルトキハ中斷ノ原因タル起訴豫審又ハ公判アリシヤ否ヤヲ審査セサルヘカラス而シテ此等ノ事實ヲ審査スル材料ハ前審ニ於ケルト異ナルコトナシ訴訟上ノ事實ニ付テハ前審ニ於テハ反對ニ其事實ヲ認ムルモ上告裁判所ハ自己ノ認ムル所ニ依リテ裁判スルコトヲ得ルモノトス之ニ反シテ前審ニ於テ證據調ノ結果ニ基キテ認メタル事實ハ上告裁判所之ヲ審査スルコトヲ得スト例ヘハ證人カ第二審ニ於テ宣誓ノ上訊問ヲ爲シ判決ニ其證言ヲ證據トナシタル場合ニ於テ其證人ハ精神病ニ罹リ居ルモノナレハ宣誓セシメシハ不法ナリト主張セシトキハ上告裁判所ハ證人カ精神病者ナリヤ否ヤヲ審究スルコトヲ得ス卽チ第二審ニ於テ精神病者タルコトヲ認メサルコトハ上告裁判所ヲ羈束スルモノトス又本案事件ニ關スル證據方法ノ內容ノ解釋ニ付テモ上告裁判所之ヲ審査スルコトヲ得ス要スルニ訴訟上ノ事實ニ付テハ上告裁判所ハ概シテ之ヲ審査スルコトヲ得レトモ第二審ニ於テ證據調ヲ爲シテ認メタル訴訟上ノ事實ニ付テハ之ニ從ハサルヘカラサルモノナリ（法學博士豐島直通氏刑事訴訟法新論七五二、七五三頁）

二　上告審ハ實體的事實ノ認定ノ當否ヲ審査スルコトナシ訴訟上ノ事實ハ上告裁判所ニ於テ任意ニ審査ス、此ノ點ニ付テハ下級審ノ認定シタル所ニ拘束セラルルコトナシ（管轄ノ審査ニ付キ大正三年五月十六日判決）學者或ハ此點ニ付テモ下級審ノ認定セルニ拘束セラルトシ或ハ下級審ノ認定セサル範圍ニ於テ任意認定ヲ爲ストス上告審ニ於テ事實ヲ認定スルニハ如何ナル方法ニ依ルヘキカ判例ハ訴訟ニ依リテノミ之ヲ爲スヘキモノトシ新ナル證據調ハ之ヲ許ササルモノト爲セリ（明治三十四年五月七日判決）學者或ハ書面審理ノ範圍ヲ超エサル以上ハ他ノ方法ニ依ルコトヲ妨ケストシ或ハ一般ノ手續ニ依リ之ヲ審査スルコトヲ得ト爲ス（法學博士牧野英一氏刑事訴訟法二八六、二八七頁）

三　上告裁判所ハ實體的事實ノ當否ヲ審査スルコトナシ、詳言スレハ上告裁判所ハ下級裁判所カ認定シタル實體刑法上ノ事實カ當ヲ得タルモノナルヤ否ヤニ付キ自ラ證據調ノ手續ヲ爲ムコトナシ實體刑法上ノ事實ハ專ラ下級裁判所ノ判決書ニ揭ケタル事實ヲ事實トシ此範圍ヲ離レテ直接ニ其事實ノ如何ヲ審査スルコトナキモノナリ換言スレバ上告裁判所自ラ之ヲ認定スルコトナク專ラ下級裁判所ノ認定殊ニ其判決書ニ揭ケラレタル認定　依ルヘキモノナリト雖モ其事實ノ如何ハ上告裁判所自ラ之ヲ認定スルコトナク專ラ下級裁判所ノ認定殊ニ其判決書ニ揭ケラレタル認定　依ルヘキモノナリ然レトモ以上ハ只實體法上ノ事實ニ付テ然ルヘキノミ訴訟上ノ事實ハ上告裁判所之ヲ任意ニ審査スル所ナカル可カラス或ハ此　實ニ對シテモ亦上告裁判所ノ自由審査ヲ否認シ又下級裁判所ニ於テ證據調ノ結果認メタル訴訟上ノ事實（例之證人カ精神病ナルヤ否ヤノ事實）ニ付キ上告裁判所ノ自由審査ヲ否認スル者アレトモ共ニ非ナリ何トナレハ訴訟上ノ事實・凡テ之ヲ審査スルニ非サレハ訴訟法カ適法ニ行ハレタルヤ否ヤヲ判斷スルコトヲ得ス而シテ此點ハ下級裁判所カ同一ノ點ニ付キ證據調ヲ爲シタルト否トニ因リテ毫モ差異ヲ生スルコトナケレハナリ（法學博士富田山壽氏刑事訴訟法要論一二二五、一二二六頁）

四　上告審ニ於ケル本案ノ審理ハ法律上ノ論點ニ止マリ事實上ノ點ニ及ハスト雖モ法律ノ適用ハ一定ノ事實ニ對シテ爲スモノナルヲ以テ實體法適用ノ當否ヲ判斷スルニ必要ナル事實カ如何ニ原審ニ於テ認定セラレタルヤヲ調査セサルヘカラサルハ勿論ナリ但其認定ニ拘束セラレ之ヲ根據トシテ法律適用ノ當否ヲ判斷スルモノトス又訴訟手續カ法律ニ違背セリヤ否ヤヲ審判スルニハ訴訟手續ノ如何ニ行ハレタリヤノ訴訟法上ノ事實ヲ調査セサルヘカラス而シテ訴訟手續ニ關スル事實ハ原判決中ニ認定ナキヲ常トシ又認定アル場合ト雖モ之ニ拘束セラルルコトナク上告裁判所之ヲ調査シテ明ニセサルヘカラス此調査ハ如何ナル方法材料ニ依リ爲スヘキモノナリヤ即チ訴訟記錄ノミニ依リテ之ヲ判斷スヘキモノナリヤ又ハ新ナル證據調ヲ爲スコトヲ得ヘキカ若シ之ニ爲シ得ヘキモノナリヤ又ハ證人訊問ノ如キ一般ノ證據調ヲ許スヘキモノナリヤ又ハ單ニ書證ニ止マルモノナリヤハ一箇ノ問題ナリ（林頼三郎氏刑事訴訟法論六九五、六九六頁）

五　上告裁判所ハ記錄以外ノ書類ニ付キ取調ヲ爲スヘキモノニ非ス從テ新ニ上告裁判所ニ提出シタル書類ニ付キ審査スルヲ得ス（大審院刑事判決錄三十四年五卷九頁）

六　受訴裁判所ノ管轄權ノ有無及其前提タル事實關係ハ上告裁判所自ラ起訴狀其他ノ一件記錄ニ基キ職權ヲ以テ之ヲ確定スヘク其確定ニ付キ特ニ事實裁判所ノ判斷ヲ待ツノ必要ナク又其判斷ニ羈束セラルルコトナシ（大審院大正三年五月十六日刑三判決本書第三卷刑訴六一頁）

（八一）

刑事訴訟法第四〇條第四號後段ノ規定ハ裁判所書記トシテ前審ノ公判手續ニ干

與シ又ハ前審ニ署名シタル者ニ對シテハ其適用ナキモノト斷セサルヘカラス」

（一三七）

刑事訴訟法第四〇條第四號後段ノ規定ハ前審ノ裁判ヲ爲シタル判事カ同一事件ニ付更ニ裁判ヲ爲スコトヲ禁止シタルニ過キサルカ故ニ單ニ事件ノ審理ニ干與シタルノミニシテ其裁判ヲ爲ササリシ判事ノ如キハ上訴審ニ至リ同一事件ノ裁判ニ干與スルモ違法ニアラサルコトハ曩キニ明治三十九年二月十三日宣告明治三十八年(れ)第一五〇七號事件判決ニ於テ當院カ刑事總部聯合ノ上判示シタルカ如クニシテ則チ右法條ニ所謂不服ヲ申立テラレタル裁判ノ前審トハ第一審若クハ第二審ノ判決自體ヲ指稱セルニ止マルト解スヘキモノトス而シテ裁判所書記ハ如何ナル場合ニ於テモ事件ノ裁判ニ干與スルモノニアラサルヲ以テ右第四〇條第四號後段ノ規定ハ裁判所書記トシテ前審ノ公判手續ニ干與シ又ハ前審ノ判決ニ署名シタル者ニ對シテハ其適用ナキモノト斷セサルヘカラス故ニ第一審公判ニ干與シ且同判決ニ署名シタル裁判所書記菅田清明カ原審公判ニ干與シ且原判決ニ署名シタルコト所論ノ如クナルモ原判決ノ毫モ違法ニアラス（大審院大正五年(れ)第一八二〇號同年十一月一日刑三部棚橋裁判長水本堀中西泉二各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審京都地方裁判所○詐欺被告事件○被告人前川弊三郎辯護人池田繁太郎同晉羽耕逸

至當ノ判決ナリ蓋シ所謂前審ニ干與スルトハ前審ノ裁判ニ干與スルコトニシテ裁判所書記ハ假令公判ニ立會ヒ又ハ判決ニ署名スルモ之ヲ裁判ニ干與シタリトイフコトヲ得サレハナリ

（八二）

大審院判決

刑事略式手續法三　裁判所ハ前條ノ請求(略式命令ノ請求)アリタル場合ニ於テ其ノ事件略式命令ヲ爲スコトヲ得スト認メタルトキハ通常ノ規定ニ從ヒ裁判ヲ爲スヘシ

又ハ之ヲ爲スコトヲ相當ナラサルモノト思料スルトキハ通常ノ規定ニ從ヒ裁判ヲ爲スヘシ

同六　裁判所ハ異議ノ申出アリタルトキハ通常ノ規定ニ從ヒ裁判ヲ爲スヘシ

裁判所豫告ヲ爲シタル後第三條ノ事由アリト思料スルトキ亦前項ニ同シ

同一三　法律上ノ方式ニ違ヒ又ハ期間ヲ經過シタル正式裁判ノ申立ハ決定ヲ以テ之ヲ却下スヘシ此ノ決定ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得

前項ノ抗告ニハ刑事訴訟法ノ規定ヲ準用ス

正式裁判ノ申立ヲ適法ナリトスルトキハ通常ノ規定ニ從ヒ裁判ヲ爲スヘシ裁判所ハ此ノ場合ニ於テ略式命令ニ拘束セラルルコトナシ

同一五　正式裁判ノ申立ニ因リ判決アリタルトキハ略式命令ハ其ノ效力ヲ失フ

同一六　略式命令ハ正式裁判ノ申立期間ノ經過又ハ其ノ申立ノ拋棄若ハ取下ニ因リ確定判決ト同一ノ效力ヲ生ス正式裁判ノ申立ヲ却下スル裁判確定シタルトキ亦同シ

(一)略式命令ニ對スル正式裁判ノ申立ハ略式命令カ被告人ニ對シ其正本ノ送達若クハ交付ノ方法ニ依リ效力ヲ生シタル後ニ於テ爲スヘク是ヨリ以前ニ於テ爲シタル同申立ハ何等ノ效力ヲ生セサルモノト解セサルヘカラス』

(二)略式命令ノ送達若クハ交付前ニ於テ爲シタル正式裁判ノ申立ハ刑事略式手續法第一三條第一項ニ所謂法律上ノ方式ニ違ヒタルモノト認メサルヘカラス』

(三)刑事略式手續法第六條第二項ハ裁判所カ略式命令ノ豫告ヲ發シタル後同命令ヲ爲スニ至ル迄ノ間ニ於テ同法第三條ノ事由アリト思料シタル場合ニ適用セラルヘキモノト解スルヲ相當トス』

(四)略式命令ニ對スル正式裁判ノ申立ヲ適法ナリトシ一旦通常ノ規定ニ從ヒ裁判ヲ爲スヘキモノト爲シタルトキハ爾後裁判所ハ刑事訴訟法ノ規定ニ則リ事件

ヲ審理スヘク隨テ訴訟條件ノ存否ノ如キハ通常判決ノ形式ニ依リ判斷スヘキモノトス(此場合刑事略式手續法第一三條ニヨリ決定ヲ以テ却下スヘキモノニアラス)

(五)裁判所カ略式命令ヲ爲シタル後通常ノ規定ニ從ヒ裁判ヲ爲スニハ適法ナル正式裁判ノ申立ヲ前提トス爲スヘキモノニシテ此前提ノ存在ハ訴訟條件ナルヲ以テ獨リ略式命令ヲ爲シタル裁判所ノミナラス爾後事件ノ繫屬スル各審級ニ於テ職權上之カ調査ヲ爲スヘキモノトス』

刑事略式手續法第一五條ニ云云判決アリタルトキハ云云トアルハ確定判決アリタルトキノ意義ニ解釋スヘキモノトス』

(一)　刑事略式手續法第一條第三項ニ依レハ略式命令ハ被告人ニ其正本ヲ送達シ若ハ裁判所書記カ本人ニ正本ヲ交付シテ之ヲ爲スモノナレハ略式命令ハ被告人ニ其正本ヲ送達シ若クハ交付スルニ依リテ效力ヲ生シ言渡ニ依リテ其效力ヲ生スルモノニ非サルコト明カナリ而シテ正式裁判ノ申立ハ略式命令ニ對スル不服申立ノ方法ニシテ其期間ハ同命令送達ノ日ヨリ起算スヘキモノ(同第一〇條)ナルヲ以テ同申立ハ略式命令カ被告人ニ對シ其正本ノ送達若クハ交付ノ方法ニ依リ效力ヲ生シタル後ニ於テ爲スヘク是ヨリ以前ニ於テ爲シタル同申立ハ何等ノ效力ヲ生セサルモノト解セサルヘカラス記錄ヲ査スルニ本件正式裁判ノ申立ハ略式命令ノ送達ニ先チテ之ヲ爲シタルモノニシテ其無效ナルコトハ前段說示ノ理由ニ依リ明瞭ナレハ縱令被告人カ論旨ニ叙述セル如ク本件略式命令ノ言渡ヲ受ケ其後ニ該申立ヲ爲シタリトスルモ其申立ハ

略式命令カ效力ヲ生セサル以前ニ於テ爲シタルモノニ係ルヲ以テ無效ナルヤ論ヲ俟タス隨テ原判決カ前記申立ヲ却下シタルハ正當ナリ

(二) 正式裁判ノ申立ハ略式命令正本ノ送達若クハ交付後ニ於テ之ヲ爲スヘキモノナルコトハ前說明ニ依リ明カナレハ其送達若クハ交付前ニ於テ爲シタル本件ノ申立ハ刑事略式手續法第一三條第一項ニ所謂法律上ノ方式ニ違ヒタルモノト謂ハサルヘカラス

(三)【上告理由】 原判決ハ「案スルニ起訴ト同時ニ略式命令ノ請求アリタル場合ニ於テモ裁判所カ通常ノ公判手續ニ從ヒ云云一旦略式手續ニヨリ命令ヲ發シタル以上ハ之ニ對シ被告人ヨリ適法ナル正式裁判ノ申立アルニアラサレハ再ヒ本案ニ付審理裁判ヲ爲シ得ヘキモノニアラス」トセラレタリ然レトモ刑事略式手續法第六條第二項ニハ裁判所豫告ヲ爲シタル後第三條ノ事由アリト思料スルトキハ通常ノ規定ニ從ヒ裁判ヲ爲スヘキ旨ノ規定アリ而シテ此豫告ヲ爲シタル後」トハ豫告後略式命令ヲ發スル迄ノ間ト解スヘキ理由ナク又略式命令ヲ發シタル時ハ正式裁判ノ申立アルニアラサレハ通常ノ規定ニ從ヒ裁判スルコトヲ得ストノ規定モ存セサルニヨリ少クモ略式命令ノ確定スルマテノ間ト解スヘキモノト信ス果シテ然ラハ本件ニ付キ第一審裁判所カ豫告後通常ノ手續ニヨリ本件判決ヲ爲シタルハ正當ナルニ之ヲ失當トシテ取消シタル原判決ハ右規定ヲ不當ニ適用シタル不法アリト信ス

【判決理由】 略式命令ヲ受ケタル者ハ法定ノ期間內正式裁判ノ申立ヲ爲スヲ得ヘク(刑事略式手續法第一〇條第一項)其申立適法ナルトキハ通常ノ規定ニ從ヒ裁判ヲ爲シ(同法第一三條第三項)略式命令ハ此裁判ニ依リテ效力ヲ失ヒ(同法第一五條)然ラサルトキ

ハ確定判決ト同一ノ效力ヲ生スル(同法第一六條)モノナレハ裁判所カ略式命令ヲ爲シタルトキハ正式裁判ノ申立アルニ非サレハ通常ノ規定ニ從ヒ審理ヲ爲スヲ得サル事明カナリ隨テ所論同法第六條第二項ハ裁判所カ略式命令ノ豫告ヲ發シタル後同命令ヲ爲スニ至ル迄ノ間ニ於テ同法第三條ノ事由アリト思料シタル場合ニ適用セラルヘキモノト解スルヲ相當トス論旨ハ理由ナシ

(四)【上告理由】 正式裁判ノ申立ハ決定ヲ以テ却下スヘキモノナルコト同法第一三條ノ規定スル所ナリ然ルニ判決ヲ以テ之ヲ却下シタル原判決ハ是又訴訟手續ニ違背シタル不法アリト信ス

【判決理由】 刑事略式手續法第一三條ハ略式命令ヲ爲シタル裁判所カ其受理シタル正式裁判ノ申立ニ付キ之カ處理ノ手續ヲ規定シタルモノニシテ即チ其申立ヲ不適法ナリト爲シタルトキハ決定ヲ以テ之ヲ却下スヘク之ヲ適法ナリトスルトキハ通常ノ規定ニ從ヒ裁判ヲ爲スヘキモノトス而シテ一旦通常ノ規定ニ從ヒ裁判ヲ爲スヘキモノト爲シタルトキハ爾後裁判所ハ刑事訴訟法ノ規定ニ則リ事件ヲ審理スヘク隨テ訴訟條件ノ存否ノ如キハ通常判決ノ形式ニ依リ判斷スヘキモノナレハ原審カ正式裁判ノ申立ヲ不適法ナリトシ判決ヲ以テ之ヲ却下シタルハ正當ナリ

(五) 裁判所カ略式命令ヲ爲シタル後通常ノ規定ニ從ヒ裁判ヲ爲スニハ適法ナル正式裁判ノ申立ヲ前提ト爲スヘキコトハ刑事略式手續法第一三條第三項ニ依リ明カニシテ此前提ノ存在ハ訴訟條件ナルヲ以テ獨リ略式命令ヲ爲シタル裁判所ノミナラス爾後事件ノ繫屬スル各審級ニ於テ職權上之カ調査ヲ爲スヘキコト恰モ刑事訴訟法上欠席判決ニ對スル故障ノ適否ヲ以テ獨リ當該裁判所ノ調査事項ト爲サス各審級ニ於ケ

大審院判決

ル職權調査事項ト爲スカ如シ而シテ論旨ニ援用セル同法第一五條ニ云云判決アリタルトキ云云トアルハ確定判決アリタルトキノ意義ニ解釋スヘキモノニシテ第一審判決アルモ其確定前ニ於テハ略式命令ハ其效力ヲ失フモノニ非ス隨テ第一審裁判所ニ於テ本件正式裁判ノ申立ヲ適法ナリトシ通常ニ從ヒ審理シタルニ拘ハラス原審カ同申立ヲ無效ナリト判斷シ之ヲ却下シタルハ正當ナリ(大審院大正五年(れ)第一四一三號同年九月十九日刑一部末弘裁判長遠藤谷野堀田中尾各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審甲府地方裁判所○縣會議員選擧違反被告事件○被告人渡邊欣造辯護人赤尾藤吉郎同坂本小金吾

(八三)

二〇三第一項　刑ノ言渡ヲ爲スニハ罪トナルヘキ事實及ヒ證據ニ依リテ之ヲ認メタル理由ヲ明示シ且法律ヲ適用シ其理由ヲ付ス可シ

刑法七一　本法ニ於テ公務員ト稱スルハ官吏公吏法令ニ依リ公務ニ從事スル議員委員其他ノ職員ヲ謂フ

同一九七　公務員又ハ仲裁人其職ニ關シ賄賂ヲ收受シ又ハ之ヲ要求若クハ約束シタルトキハ三年以下ノ懲役ニ處ス因テ不正ノ行爲ヲ爲シ又ハ相當ノ行爲ヲ爲ササルトキハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス

前項ノ場合ニ於テ收受シタル賄賂ハ之ヲ沒收ス若シ其全部又ハ一部ヲ沒收スルコト能ハサルトキハ其價額ヲ追徵ス

(一)刑法第一九七條ニ於テ處罰スル公務員收賄罪ヲ論セントスルニハ止タ其職務ニ關シテ他人ヨリ財物其他ノ利益ヲ收受シタリト法文ノ字句ヲ襲用シテ事實ヲ判示スルヲ以テ足レリトセス右ハ果シテ公務員ノ職務ニ對スル報酬若クハ謝禮ノ趣意ヲ以テ他人ノ供與セル財物其他ノ利益ヲ收受シタルモノナリヤ否ヤヲ審査シ得ヘキ程度ニ於テ具體的ニ事實ヲ說示セサルヘカラス』

(二)鐵道院保線助手若クハ建築助手タルモノハ固ヨリ官吏ニ非スト雖モ公務ニ從

事スル以上ハ其資格カ一介ノ雇員タルニ拘ハラス之ヲ刑法第七條ニ所謂公務員ナリト謂フニ妨ケナシ』

(一)　刑法第一九七條前段ノ收賄罪ハ公務員又ハ仲裁人ニ於テ其職務ニ關シテ他人カ報酬若クハ謝禮ノ趣意ヲ以テ供與シタル財物其他人ノ慾望ヲ滿足セシムヘキ利益ヲ收受スルニ因リテ成立スルヲ以テ同條ニ於テ處罰スル公務員ノ收賄罪ヲ論セントスルニハ止タ其職務ニ關シテ他人ヨリ財物其他ノ利益ヲ收受シタリト法文ノ字句ヲ襲用シテ事實ヲ判示スルヲ以テ足レリトセス右ハ果シテ公務員ノ職務ニ對スル報酬若クハ謝禮ノ趣意ヲ以テ他人ノ供與セル財物其他ノ利益ヲ收受シタルモノナリヤ否ヤヲ審査シ得ヘキ程度ニ於テ具體的ニ事實ヲ說示セサルヘカラス而シテ原判決ニハ單タ被告等カ各自其職務ニ關シテ他人ヨリ金圓ヲ收受シタル旨ヲ判示スルノミニシテ果シテ各被告カ其職務ニ對スル報酬若クハ謝禮トシテ供與セル金圓ヲ收受シタルモノナルヤ否ヤヲ判斷シ得ヘキ程度ニ於テ具體的事實ヲ說示セス輙ク被告等ノ判示行爲ヲ刑法第一九七條第一項前段ノ收賄罪ニ問擬シタルハ理由不備ノ違法アルモノナリ

(二)　刑法第七條ニ所謂公務員トハ官制職制ニ依リテ其職務權限ノ定マレル者ニ限ラス汎ク法令ニ依リテ公務ニ從事スル職員ヲ稱スルコト法文上洵ニ明白ナリ而シテ所論鐵道院保線助手若クハ建築助手ナルモノハ固ヨリ官吏ニ非スト雖モ各鐵道院管理局長ハ其職務權限(大正二年六月一日鐵道院達第四四〇號第二條第三號ニ依リ俸給月額六十圓以下ノ雇員等ヲ採用罷免スルノ權限ヲ有スルヲ以テ元東京鐵道管理局ニ於

テハ同局雇員採用規則(大正二年七月五日東達五九一號)ニ依リテ採用シタル雇員ヲ以テ鐵道係員タル保線手若クハ建築手ノ補助トシテ使用シ得ヘシ而シテ右保線助手若クハ建築助手ノ職務權限ハ保線從事員服務規程(明治四十二年六月鐵道院達第四七八號)中四、保線助手服務規程第一條乃至第二七條並ニ五、建築助手服務規程第一條乃至第一六條ニ各規定シアリ上叙ノ如キ特殊ノ法令ニ依リ規定セラレタル公務員ナリト謂フ以上ハ其資格カ一介ノ雇員タルニ拘ハラス之ヲ刑法第七條ニ所謂公務員ナリト謂フニ妨ケナシ果シテ然ラハ保線助手タル被告金七及ヒ建築助手タル被告寛次郎カ各服務規程ニ定ムル職務ニ關シテ他人カ報酬若クハ謝禮ノ趣意ヲ以テ供與セル財物ヲ收受スルニ於テハ刑法第一九七條第一項ニ規定スル公務員ノ收賄罪ヲ構成スルヤ論ヲ俟タス原判決カ被告等ヲ以テ公務員トシテ其所爲ヲ論シタルハ正當ニシテ此點ニ關スル論旨ハ理由ナシ(大審院大正五年(れ)第二一七九號同年十一月六日刑二部鶴裁判長鶴見平野藤波高瀨各判事判決)

【關係事項】

破毀移送○原審東京控訴院○收賄文書僞造行使詐欺被告事件○被告人野川宗馬外二名辯護人竹内平吉同卜部喜太郎

(二)參照學說判例

一 雇員ニ至テハ頗ル惑フヘキモノアリ反對論トシテハ亦小使給仕ト同シク私法上自己ニ屬スル雇傭契約ノ義務ヲ履行スルモノニ過キスト云フヲ得ヘシト雖モ法律カ其公務ニ關與スルモノタルノ地位ヲ認ムルコトト當該委員ノ之ヲ任命シタルハ法令ノ認メタル權限內ニ屬スルモノ(此點甚タ疑フヘキモ)ナルカ故ニ自ラ法令ニ依ルモノト云フコトヲ得サルニ非サルト之ヲ公務員トセスンハ刑政ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルトニ依リテ之ヲ觀レハ玆ニ入ルト解決スル方蓋シ穩當ナルヘシ(法學博士勝本勘三郎氏刑法要論七一四頁)

二 所謂「法令ニ依リ公務ニ從事スル職員」トハ公法上ノ關係ニ於テ公務ニ從事スル者ヲ謂フ單ニ民法上ノ契約ニ基キ雇傭ノ

關係ニ於テ職務ヲ執ルモノ即チ所謂雇員ハ之ヲ除外ス(法學博士牧野英一氏刑法通義三八頁)

三 各官公所ニ於ケル雇員ヲ以テ皆公務員ト爲スヘキヤ否ヤハ殊ニ著シキ疑問タルヘシ各行政法規ヲ通覽スルニ雇員ニ關スル規定少カラス(例文官任用令第六條「滿五年以上雇員トシテ同一官所ニ勤續シタル者ハ云々其官所ノ判任文官ニ任用スルコトヲ得雇員傭人等ノ手當金給與其他ノ事項ニ關スル數多ノ勅令省令等)ト雖モ諸種ノ行政法規中雇員ヲ以テ職員吏員等ニ列シタルモノハ極メテ少ナシ裁判所構成法カ其第二編ヲ裁判所及ヒ檢事局ノ官吏ト題シ其第六章ニ廷丁ノ雇入解雇及ヒ事務取扱ニ關スル事項ヲ規定シタルカ如キハ例外ナリ玆ニ於テカ說ヲ爲スモノアリ曰ク雇員ハ民法上ノ雇傭關係ニ於テ公務ニ從事スルモノニシテ斯ノ如キ者ハ公務員タルコトヲ得スト然レトモ法律ハ法令ニ依リ公務ニ從事スル職員タルコトヲ以テ公務員ノ概念ヲ決スルモノニシテ雇傭關係タルト權力關係タルトヲ區別セサルノミナラス雇員ヲ命スルコトモ公務所又ハ公務員カ職務上爲ス所ニシテ純然タル私法的雇傭關係ナリト認ムヘキヤ否ヤハ疑問タルヲ免レサルナリ【註】要之官所ノ雇員モ法令ニ依リ官公吏ノ行フヘキ公務ニ從事スル者ハ之ヲ公務員ト認ムルヲ得ヘク又斯ノ如ク解釋スルニ非サレハ公務執行ニ關スル刑罰保護ノ主旨ヲ全ウスルコトヲ得サルナリ(法學博士泉二新熊氏日本刑法第二十一版二三七、二三八頁)

四 法令ニ基キ國家ノ事務ニ從事スル以上ハ其名稱ノ如何ハ問フ處ニアラサルカ故ニ例ヘハ雇員傭人ノ如キモ苟クモ法令ニ依リ公務ニ從事スル以上ハ本條ニ所謂公務員ト云ハサルヘカラス(例ヘハ明治三十四年勅令第七號ニ於テ遞信省部內判任官ノ補闕トシテ雇員ヲ使用スルコトヲ許スカ如キ明治三十一年勅令第百二十七號ニ於テ鐵道書記補遞信書記補ノ補缺トシテ雇員ヲ使用スルコトヲ許スカ如シ其他裁判所構成法百一條ニ依リ雇用セラレタル廷丁又ハ市制第五十九條町村制第六十三條ニ認メラレタル附屬員並ニ使丁ノ如キハ公務員ナリ要之公務ニ從事スル者カ法令ニ基クヤ否ヤハ之ニ關スル各種ノ法規ニ付キ之ヲ定ムルノ外ナシ(法學博士小疇傳氏新刑法論一四二、一四三頁)

五 法令ニ依リ公務ニ從事スルモノタル以上ハ雇員ト雖モ仍ホ公務員タルヲ缺カス故ニ執達吏代理ノ如キモ刑法上公務員ナリ(ドクトルユリス山岡萬之助氏刑法原理五四五頁)

六 各省官衙ノ雇カ公務員ナリヤ否ヤハ非常ニ問題ナルモ概シテ之ヲ否定セサルヘカラス若シ夫レ各省ノ命令ニ於テ雇採用規則又ハ雇ノ採ルヘキ事務章程ノ如キ任用又ハ職務權限ノ法規アリトセハ此場合ニ於テハ始メテ雇モ公務員ノ範圍內ニ入ルヘキモノトス(ドクトルユリス岡田庄作氏刑法原論四九頁)

七 司法省工手ナル者ハ法令ニ依リ公務ニ從事スル職員ナリト云フヲ得ス從テ收賄ヲナスモ背任罪ニシテ收賄罪ニアラス(大審院四十五年五月六日刑二判決本書第一卷刑法七四頁)

一三五 豫審判事ハ犯罪ノ性質方法及ヒ結果ヲ分明ナラシムル爲メ鑑定ヲ必要ナリトスルトキハ學術職業ニ因リ鑑定スルコトヲ得ヘキ者一名又ハ數名ナシテ鑑定ヲ爲サシム可シ

鑑定ノ爲メ必要ナリトスルトキハ死體ノ解剖ヲ命シ又既ニ埋葬シタル死體ヲ解剖シ若クハ檢視スル爲メ墳墓ノ發掘

ヲ命スルコトヲ得

(一)鑑定人ヲシテ鑑定ノ目的タル被告人本人及ヒ其平素ヲ熟知セル父兄等ニ質問シ以テ其結果ヲ鑑定ノ資料ニ供セシムルハ違法ニアラス』

(二)辯論再開ノ決定ハ必スシモ書面ヲ作成シ之ヲ當事者ニ送達スルコトヲ要スルモノニ非ス開廷ノ期日ヲ通知シ當事者ノ出頭ヲ促カスヲ以テ足ル』

(一)　豫審判事ノ鑑定命令書中鑑定ノ方法ニ關スル事項ハ鑑定資料ヲ供シタルモノニ外ナラス鑑定人ハ之ニ基キ記錄中存在スル被告人其他ノ者ノ訊問調書及既成ノ鑑定書ヲ調査シテ參考ニ供スルニ止ラス鑑定ノ目的タル被告本人及ヒ其平素ヲ熟知セル父兄等ニ質問シ以テ其結果ヲ鑑定ノ資料ニ供セシメタルハ適當ノ方法ナリ蓋シ右ハ醫師カ患者又ハ其親族ニ付キ病狀又ハ平素ノ健康狀態等ヲ質問シ診斷ノ資料ニ供スルト一般毫モ違法ニ非サルハ勿論裁判上ノ鑑定ハ必スシモ其資料ヲ當該判事ノ提供セル記錄物件等ノミニ制限スヘキ理由存セス鑑定ニ必要ナル程度ニ於テ鑑定人ヲシテ其資料ヲ採取セシムルニ妨ナケレハナリ而シテ右鑑定ノ目的タル被告本人其他ノ者ニ質問スルハ其任意ノ供述ヲ聽取スルモノニシテ豫審判事ニ代リテ其訊問權ヲ行使スルモノニ非サレハ所論鑑定命令ハ違法ニ非ス從テ該命令ニ依ル鑑定ハ適法ニシテ之ヲ採用セル原判決ハ違法ニ非ス

(二)【上告理由】　裁判所ハ一旦辯論終結ヲ宣告シタル時ハ再開ノ判決ヲナスニ非サル限リハ更ニ審理スルコト能ハサル筋合ナルニ原院ハ再開ノ手續ニ出テス大正五年七月十日辯論ノ更新ヲ命シタルハ違法ナリ

【判決理由】辯論ヲ終結シタル場合ト雖モ審理盡ササル所アリ裁判所カ未タ判決ヲ爲スニ熟セスト認メタルトキ若クハ其他相當ノ理由アリタルトキハ一旦終結セル辯論ヲ再開スルコトヲ妨ケス而シテ再開ノ決定ハ必スシモ書面ヲ作成シ之ヲ當事者ニ送達スルコトヲ要スルモノニ非ス開廷ノ期日ヲ通知シ當事者ノ出頭ヲ促カスヲ以テ足ル公判ニ於テモ更ニ審理ヲ開始スル旨ノ告知アリタル以上ハ其理由カ新ナル事實ノ審理ヲ要スルニ因ルト其他ノ事故ニ因ルトヲ問ハス現實ニ辯論ノ再開アリタルモノニ外ナラサレハ特ニ再開ノ旨ヲ告知スルノ要ナシ原審ノ爲セル審理更新ノ告知ハ一面ニ於テ辯論再開ノ告知ニ外ナラス論旨ハ理由ナシ（大審院大正五年れ第二二四五號同年十一月六日刑二部鶴裁判長鶴見平野藤波高瀨各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審名古屋控訴院○殺人及業務上横領被告事件○被告人種村見道辯護人駒澤辰明同淺野松次郎

(一)參照判例】

醫師カ被害者ノ創傷ニ付キ鑑定ヲ命セラレタル場合ニ自ラ被害者又ハ主治醫ヨリ受傷當時ニ於ケル創傷ノ模樣及ヒ其後ノ經過ヲ聽取シ之ヲ鑑定ノ資料ニ供スルハ違法ニ非ス（大審院明治四十三年刑事判決錄一二六三頁）

(二)參照判例】

裁判所カ一旦審理ヲ終結シタル後其再開ノ必要ヲ認ムルトキハ職權ヲ以テ何時ニテモ之ヲ再開シ得ルモノトス而シテ其再開ヲ爲スニ付テハ別ニ形式上決定ヲ言渡スヘキ旨ノ法規アルコトナシ（大審院刑事判決錄四十年一一六〇頁）

二六九　第十　擬律ノ錯誤アルトキ　（八五）

裁判ハ左ノ場合ニ於テ常ニ法律ニ違背シタルモノトス

刑法第五　連續シタル數個ノ行爲ニシテ同一ノ罪名ニ觸ルルトキハ一罪トシテ之ヲ處斷ス

連續犯ト單純一罪トノ擬律ノ相違ハ原判決ヲ破毀スヘキモノニ非ス

連續犯モ亦一罪ニシテ判示事實カ單純一罪ナルト連續一罪ナルトニ因リ何等ノ結果ヲ異ニスルモノニ非サルヲ以テ此點ニ關スル擬律ノ相違ニ因リ原判決ヲ破毀スヘキモノニ非ス(大審院大正五年(れ)第一七一五號同年十月七日刑三部棚橋裁判長遠藤水本堀泉二各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審東京地方裁判所○度量衡法違反被告事件(C被告人市川森藏辯護人二宮鶴作同北村勝

【參照學說判例】

本卷刑法二六〇頁

(八六)

二〇第一項　官吏公吏ノ作ル可キ書類ハ其所屬官公署ノ印ヲ用ヒ年月日及ヒ場所ヲ記載シテ署名捺印シ每葉ニ契印ス可シ若シ官署公署ノ印ヲ用ユルコト能ハサル場合ニ於テハ其事由ヲ記載ス可シ此規定ニ背キタルトキハ其書類ノ效ナカル可シ

二〇八　裁判所書記ハ公判始末書ヲ作リ左ノ事項其他一切ノ訴訟手續ヲ記載ス可シ

第一　公ニ辯論ヲ爲シタルコト又ハ公開ヲ禁シタルコト及ヒ其理由(第二以下略)

牧野博士

契印ヲ缺如スル公判始末書ヲ刑事訴訟法第二〇條第一項末段ニ照シテ全然無效ナリトセハ其ノ記載ハ他ノ公判始末書ニ於テ有效ニ之レカ援用ヲナシ得サルモノトス」

大審院判決ニ曰ク「第一審第一回公判始末書ヲ査問スルニ論旨所揚ノ部分ニ契印ヲ缺

如スルヲ以テ刑事訴訟法第二〇條第一項ノ規定ニ依リ其ノ書類ノ效ナキハ論ヲ俟タス然レトモ法律上無效ノ書類ナリトスルモ事實上記載ノ存續スル限リハ他ノ書類ニ於ケル新ナル記載ニ代ヘ其記載ヲ援用スルハ臨時權宜ノ方法トシテ之ヲ違法ナリト云フコトヲ得サルヲ以テ前第一回公判始末書ノ記載ヲ審理更新後ノ第二回公判始末書ニ援用シテ第二回公判始末書記載ト同一ノ審理手續ヲ履行シタル事迹ヲ表明スルコトヲ妨ケス(本卷刑訴三六頁揭載)元來余輩ハ刑事訴訟法第二〇條第一項末段カ「此規定ニ背キタルトキハ其書類ノ效ナカル可シ」トアルノハ書面ヲ以テ訴訟上ノ法律行爲ヲ爲ス場合ニ限ルト解釋ス可キ餘地カアルカラ法律行爲以外ノ行爲ヲ爲ス場合例ヘハ公判始末書ノ作成トイフカ如キ場合ニハ第二〇條ノ規定ハ單ニ訓示的ノモノト見タイノテアルカ判例ハ公判始末書ニ契印ヲ缺如スル場合ニ於テハ其ノ始末書ノ作成カ全然無イモノト同一視スルノテアル若シ果シテ然リトスレハ右ノ判例ハ當ヲ得タルモノナリヤ否ヤ甚タ疑ナキヲ得ヌ刑事訴訟法上作成スヘキ書類ハ必ス契印ヲ必要トスル假令事實上紙葉ノ連續ヲ認メ得ル場合ニ於テモ契印ノ形式ナキ場合ニ於テハ法律上其ノ連續ヲ認メナイノテアルサウスルハ第二回公判始末書カ第一回公判始末書ヲ援用シテモ其ノ第一回公判始末書ハ法律上無效ノモノテアルカラ其ノ援用ハ無ヲ拉シ來リテ有ヲ證セントスルモノト謂ハネハナラヌコトニナルノテアル或ハ謂フ者アラン公判始末書ハ訴訟法ニ依ラサル書類ニシテ契印ナキモノヲ援用スルヲ妨ケナイ然ラハ他ノ公判始末書ヲ一ノ事實ト觀念スルコト尙訴訟法ニ依ラサル書類ノ如クセハ不可ナルコトナケント惟フニ然ラス訴訟法上ノ書類ニ付テハ法律ハ特ニ契印トイフ一定ノ要件ヲ必要トスル要件トナル以上ハ其ノ要件ヲ缺キタル書類ハ直接ニ

モ間接ニモ書類トシテノ效ヲ發スヘキモノテナイ訴訟法ニ依ラサル書類ニ付テハ法律ハ只其ノ存立ノ事實ノミヲ以テ足レリトシテ居ルカラ又之ヲ援用スルコトガ出來ルノテアル訴訟法ニ依ル書類ハ本來單純ナル事實トシテノミハ存立ヲ許サレサルモノテアルノテ從テ要件ヲ缺キタル書類ニ付キ單ニ其ノ事實タルノ點ニ於テ其ノ存立ヲ主張セントスルコトハ不當テアル（法學博士牧野英一氏法學協會雜誌第三四卷第十條九五頁以下判例批評要領）

【參照判例】

本卷刑訴法三六頁

吾人ハ不幸ニシテ博士ト異見ヲ有スルコト三七頁ニ評論シタル所ナリ敢テ再論セスト雖只博士ニ反問シタキハ訴訟法ニ依ル書類カ何故ニ單純ナル事實トシテノ存在ノ方面ヲ否定セラルルカノ點ニシテ吾人ヲ以テスレハ訴訟法ニ依ル書類ハ訴訟法上ノ特殊ノ效力カ認メラルルト同時ニ事實上ノ存在ニ就テハ何等訴訟法外ノ書類ト區別セラルル理由ヲ知ラサルナリ

（八七）

一〇六　豫審判事ハ臨檢捜索ニ因リ發見シタル物件其事實ヲ證明スルニ足ル可シト思料シタルトキハ之ヲ差押ヘテ認印ヲ爲シ目錄ヲ作ル可シ但其物件ヲ監護シ又ハ遞送スルハ裁判所書記之ヲ擔任ス可シ

差押物件目錄ハ物件差押ノ日ニ作成スヘキ旨ノ規定ナキヲ以テ差押ノ翌日之ヲ作成スルモ違法ニ非ス

（上告理由）原判決ハ豫審判事ノ大正四年十二月二十八日附差押物件目錄中ノ「金二

圓ノ預金證書外七通ノ證書等ヲ差押ヘタル旨ノ記載アリト說明シ之ヲ本件斷罪ノ資料ニ供シタリ然ルニ右差押物件目錄ト物件差押調書ヲ對照スルニ右物件ハ大正四年十二月二十八日差押ヘタルモノニアラスシテ實ニ其前日タル大正四年十二月二十七日差押ヘタルモノナルコトハ右物件差押調書ニ翌二十七日午前十一時大分監獄ヘ勾留中ノ被告人ヲ招致シ被告人ヲ立會ハシメ右海濱ニ於テ被告ノ指示スル箇所ニ就キ人夫數名ヲ使役シ砂濱ヲ掘リ捜索ニ着手中尙ホ他ニモ埋藏個所アル旨ノ被告ノ申立ニ基キ其ノ場所ト稱スル同町大字濱崎字寺山ナル被告宅ノ裏ナル畑ニ於テ被告ヲ立會ハシメ其想示スル個所ヨリ別紙目錄ノ物件ヲ發掘シタルニ付之ヲ押收シタリト」記載アルニ徵シ寔ニ明白ナルトコロナリトス依テ右差押物件目錄ハ大正四年十二月二十七日作成スヘキモノナルニ事茲ニ出テス其翌大正四年十二月二十八日作成セラレタルモノナルヲ以テ右差押物件目錄ハ無效ナリトス然ラハ原判決ハ斯ル無效ノ差押物件目錄ヲ罪證ニ供シタルハ違法ナリ

【判決理由】差押物件目錄ハ物件差押ノ日ニ作成スヘキ旨ノ規定ナキヲ以テ差押ノ翌日之ヲ作成シタルハ違法ニ非ス（大審院大正五年（レ）第二一四八號同年十一月十日刑一部末弘裁判長遠藤谷野堀田中尾各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審長崎控訴院○殺人强盜致死被告事件○被告人照山梅治辯護人泉田吉次郎

（八八）

適法ニ構成シタル判決裁判所ニ於ケル口頭辯論ノ際檢事カ口頭ニテ起訴事實ヲ

陳述スルニ依リテ爲シタル口頭起訴ノ效力ハ裁判所ノ構成ニ變更アルニヨリテ消滅スルモノニ非サルヲ以テ假令爾後裁判所ノ構成ニ變更ヲ生シ辯論ヲ更新スルコトアルモ檢事ハ更ニ口頭ニテ同一事實ヲ起訴スルノ要ナシ』

口頭起訴ハ適法ニ構成シタル判決裁判所ニ於ケル口頭辯論ノ際檢事カ口頭ニテ起訴事實ヲ陳述スルニ依リテ成立シ公訴ハ之ニ依リ裁判所ニ繫屬スルモノニシテ其效力ハ書面ニ基ク公訴提起ト何等異ナル所ナシ而シテ此效力ハ裁判所ノ構成ニ變更アルニヨリテ消滅スルモノニ非サルヲ以テ假令爾後裁判所ノ構成ニ變更ヲ生シ辯論ヲ更新スルコトアルモ檢事ハ更ニ口頭ニテ同一事實ヲ起訴スルノ要ナク若シ斯ル手續ヲ採レハ同一事實ニ對スル二重ノ起訴アルコトトナルニ至ルヘシ記錄ヲ査スルニ本件口頭起訴ハ適法ニ構成シタル第一審裁判所ニ於テ口頭辯論ノ際提起セラレタルモノナレハ原審カ此起訴事實ニ付キ審理ヲ遂ケタルハ正當ニシテ之ヲ以テ起訴ナキ事實ニ付キ審理ヲ遂ケタル違法アリト謂フヲ得ス（大審院大正五年（れ）第二三四〇號同年十一月二十一日刑一部末弘裁判長遠藤谷野堀田中尾各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○文書變造行使詐欺未遂僞證教唆被告事件○被告人小野鐵之助辯護人平松市藏

至當ノ判決ナリ

四〇 判事ハ左ノ場合ニ於テ法律ニ依リ其職務ノ執行ヨリ除斥セラル可シ

第四 判事其事件ノ豫審終結ニ干與シ又ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ前審ニ干與シタルトキ

四五 本章ノ規程ハ裁判所書記ニモ之ヲ準用ス但其裁判ハ書記所屬ノ裁判所之ヲ爲ス可シ

刑法一九七第一項 公務員又ハ仲裁人其職務ニ關シ賄賂ヲ收受シ又ハ之ヲ要求若クハ約束シタルトキハ三年以下ノ懲役ニ處ス因テ不正ノ行爲ヲ爲シ又ハ相當ノ行爲ヲ爲ササルトキハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス

（一）書記カ前審ニ判事トシテ審理判決ニ干與シタルニ非スシテ書記トシテ立會シタルノミニテハ刑事訴訟法第四五條ニ依リ第四〇條第四號ニ所謂前審ニ干與シタルモノト謂フヘカラス』

（二）苟モ公務員又ハ仲裁人ノ職務ニ關シ賄賂ヲ交付若クハ提供シタル以上ハ刑法第一九八條ノ贈賄罪ハ完全ニ成立スルモノニシテ必ズシモ公務員又ハ仲裁人ノ職務執行ノ目的タル事項カ特定シ若クハ特定シ得ヘキモノナルコトヲ要スルモノニアラス』

（一）刑事訴訟法第四〇條第四號ニ所謂不服ヲ申立テラレタル裁判ノ前審ニ干與シタルトキトハ判事トシテ事件ノ審理判決ニ干與シタルトキノ謂ニシテ單ニ審理ニ干與シタルヲ以テ足レリトセス故ニ書記カ前審ニ判事トシテ審理判決ニ干與シタルニ非スシテ書記トシテ立會シタルノミニテハ同法第四五條ニ依リ第四〇條第四號ニ所謂前審ニ干與シタルモノト謂フヘカラス故ニ第一審ニ於テ本件ノ審理ニ干與シタル裁判所書記佐伯謙一カ原審公判始末書記載ノ如ク原審公判手續ニ干與シタルハ違法ニアラス

（二）苟モ公務員又ハ仲裁人ノ職務ニ關シ賄賂ヲ交付若クハ提供シタル以上ハ刑法第

一九八條ノ贈賄罪ハ完全ニ成立スルモノニシテ必スシモ公務員又ハ仲裁人ノ職務執行ノ目的タル事項カ特定シ若クハ特定シ得ヘキモノナルコトヲ要スルモノニアラス原判決ニ依レハ被告ハ向後自己ノ營業上（古物營業）帳簿ノ記載其他ニ付嚴重ナル取締ヲ設ケ種々不便多キヲ慮リ其意ヲ迎ヘント欲シ菓子箱一個ヲ白紙巡査ニ提供シタルモノニシテ警察署長ノ命ニ依リ古着商ノ營業ニ關シ取締ヲ爲スヘキ職ヲ奉スル巡査ニ對シ將來ニ於テ取締ノ寛大ナランコトヲ期待シ之ニ關シテ賄賂ヲ提供シタルモノナレハ其贈賄罪ヲ構成スルヤ論ヲ俟タス（大審院大正五年れ第一九七二號同年十二月四日刑二部鶴裁判長鶴見平野藤波高瀬各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審松山地方裁判所○商標法違反贈賄被告事件○被告人脇長金五郎辯護人高野金重同福本謙治郎

【一）參照學說判例】

一 刑事訴訟法第四五條ニ依レハ判事ノ除斥忌避及ヒ回避ノ規定ハ之ヲ書記ニ準用スヘキモノトセリ是レ卽チ訓書始末書ノ適法ナルコトヲ保證スルノ職務アレハナリ是故ニ書記ノ偏頗ノ有無ヲ問フヘキ必要ナキ性質ノ行爲ニ對シテハ第四五條ノ規定ハ訓示的規定タルニ過キス例ヘハ除斥ノ原因アル書記カ前章ニ揭ケタル職務ヲ行フモ其行爲ノ效力ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ又第四〇條第四ノ規定ハ書記ニ之ヲ適用スルコトヲ得サルヘシ蓋シ書記ハ裁判官ノ行爲ニ立會フモノナリト雖モ其裁判行爲ニ干與スルモノニアラサルヲ以テ前ノ意見ヲ固執スルカ爲メニ除斥ノ原因ノ一ニ加ヘタル第四十條第四ヲ適用スルノ理由ナケレハナリ（法學博士豐島直通氏刑事訴訟法新論一四四頁）

二 準用ト謂フカ故ニ只裁判所書記ノ職務關係ニ適合スル範圍內ニ於テ判事ノ除斥及忌避ニ關スル規程カ裁判所書記ニ適用セラル可キノミ故ニ判事ノ除斥ニ關スル刑訴四〇條一號乃至三號ノ規程ハ裁判所書記ニモ亦適用セラル可キモノナリト雖モ同條四號ノ規程ハ裁判所書記ニ適用セラルルコトナシ蓋シ裁判所書記ハ其職務上豫審終結又ハ前審ノ裁判ニ干與シ得可キモノニ非サレハナリ故ニ或事件ノ豫審ニ立會ヒタル書記カ更ニ其公判ニ立會ヒ又ハ或事件ノ前審ニ立會ヒタル書記カ更ニ其事件ノ上級審ニ立會フモ除斥ノ原因ト爲ラス（法學博士富田山壽氏刑事訴訟法要論二四七頁）

三 書記ハ訴訟行爲ヲ爲スモノニ非サルカ故ニ縱令豫審若クハ下級審ニ於テ審理ニ干與シ判決原本ニ署名捺印シタルノ實アル

モ豫斷或ハ先入爲主ノ意見ヨリシテ生スル弊害ハ書記ニ付キテハ絕無ナルモノナリ況ンヤ法律ノ命セサル豫審終結決定ニ署名捺印シタル事實ノ如キニ於テヤ之ヲ以テ除斥ノ理由ト爲スヘキ謂レナシ故ニ刑事訴訟法玄義九二一頁）

四 所謂準用トハ適用ト異ナリ性質ニ適當スル限度ニ於テ應用スルノ趣意ナルヲ以テ第四〇條第四號ノ如キハ書記ニ付テハ除斥ノ原因ト爲ルコトナシ何トナレハ書記ハ事案ノ判斷ニ干與スルニ非サレハ先入豫斷等ニ關スル危惧ノ存スヘキナシ故ニ同一事件ノ手續ニ干與スルコトヲ拒否スルノ理由ナケレハナリ（大審院檢事林頼三郎氏刑事訴訟法論一九一頁）

五 以上ハ判事ノ場合ナルカ裁判所書記ニ付テモ本法第四五條ヲ以テ之ヲ準用シタリ尤モ書記ハ豫審公判等ニ立會フモ其裁判ニ干與スルモノニアラサルヲ以テ前述（四）ノ事項（第四〇條第四號）ハ實際上書記ニ適用ヲ見サルヘシ（法學士清水孝藏氏刑事訴訟法論綱一二六頁）

六 第一審ニ干與セシ書記ノ出廷シタル第二審公判ハ刑事訴訟法第四〇條第四號ニ違背シタル不法アルモノトス（大審院刑事判決錄三十三年三卷三五頁）

七 裁判所書記ハ豫審終結決定其モノニ干與スルモノニ非サレハ刑事訴訟法第四十條第四號及ヒ第四十五條ハ書記ニ對シテハ之ヲ適用スヘキモノニ非ス（同上五卷二九頁）

八 本卷刑訴法一九八頁

【二）參照學說判例】

一 收賄罪（贈賄罪ニモ理論共通）公務員カ其職務ニ屬スル所爲ニ對シ贈物其他ノ利益ヲ收受スルニ依リ成立スルモノニシテ贈物若クハ其他ノ利益ヲ收受スル行爲ト公務員カ爲ス職務上ノ行爲又ハ不行爲トハ給付ト反對給付トノ關係ヲ必要トスルカ故ニ給付セラルヽ利益ノ對價タル可キ職務ニ屬スル所爲ハ特定シ得可キモノタルコトヲ要ス卽チ如何ナル職務ニ屬スル所屬ニ對シ利益カ給付セラルルカ到底之ヲ特定スル能ハサル場合ノ如キハ職務ニ屬スル所爲ト給付セラレタル利益トハ給付ト反對給付トノ關係アリト謂フ能ハス……然レトモ玆ニ注意ヲ要スルハ給付セラル可キ利益カ特定シ得可キ所爲ニ關スル以上ハ給付セラル可キ利益ノ約束ノ當時不特定ノ職務上ノ所爲トノ間ニハ給付ト反對給付トノ關係アリト謂フ可シ又其職務上ノ所爲ハ單ニタルヲ要セス多數ノ所爲タルコトヲ得（法學博士大場茂馬氏刑法各論下卷六三八頁）

二 收賄罪ハ職務ニ關スルノ行爲ナルコトヲ必要トス此點ニ就キ注意ス可キ要點次ノ如シ（一）一定ノ行爲ニ關スル場合ナラサル可カラス漠然只「宜シク賴ム」ト謂フカ如キ場合ハ收賄罪ヲ構成スルニ足ラス但其用談カ漠然タル場合ト雖モ其趣旨ニ於テ一定ノ行爲ニ關スルコト明ナル以上ハ固ヨリ收賄罪ヲ構成スルコト疑ナシ（二）具體的ニ公務員又ハ仲裁人ノ處分シ得可キ事項ニ關スルコトヲ要ス蓋官吏ノ權限ハ抽象的ニ法令ニ依リテ定マルト雖モ一定ノ事項ヲ處分シ得ルヤ否ヤハ其抽象的權限ノ範圍內ニ於テ事件ノ配布ニ依リ定マル所トス故ニ抽象的ニ權限ヲ有スルノ事項ト雖モ具體的ニ處分ノ權限ナキ事項ニ關シテハ收賄罪

ナシ但具體的ニ處分シ得ルノ狀態カ必スシモ收賄ノ當時ニ於テ確定スルコトヲ要セス後日ニ至リテ定ムルモ亦妨ナシ……（法學博士牧野一英氏刑法通義三三三頁）

三　贈賄者カ將來ノ利益ヲ期待シタルニ過キサル場合ト雖モ苟モ公務員カ其職務ニ關シ賄賂ヲ收受シタル以上ハ收賄罪ノ成立ヲ妨ケサルモノトス（大審院大正三年れ第三一八號同年三月三十一日判決本書第三卷刑法二九頁）

（一）刑事訴訟法第四五條ニ於テ第四〇條以下カ準用セラルヽトキ第四〇條第四號ハ性質上除斥セラルヘシトハ多數學者ノ主張セラルル所ニシテ大體論トシテ承認スヘキカ如キモ本判旨ノ反面カ示スカ如ク書記カ前審ニ於テ判事トシテ裁判ニ干與シタル場合ハ之ヲ右規定ニ基キ除斥原因ト解スルヲ穩當トスヘキカ如シ蓋シ前審干與ヲ以テ除斥原因トナスハ豫斷ニ基ク不公平ナカラシメントスルニ外ナラスシテ此場合亦此疑ヲ挾マシムルノ餘地アルモノナレハナリ

（二）贈賄罪（收賄罪モ同シ）ノ成立ニハ贈賄カ公務員又ハ仲裁人ノ具體的（特定的）ノ職務執行ノ對價トシテ行ハルルコトヲ要スルハ學者ノ唱道スル所ニシテ當ヲ得タルモノナリト信ス蓋シ只單ニ抽象的ノ職務權限ニ對スル不正ノ代價ナルモノハ想像シ能ハサルヲ以テナリ故ニ吾人ハ本判旨ニ反對スルモ而カモ事案其モノハ決シテ抽象的ノ職務ニ關スルモノニ非スシテ將來特定シ得ル職務ニ關スルモノニシテ即チ贈賄罪ノ成立要件ニ缺クル所ナシト解スルナリ

（九〇）

一八六　檢事及ヒ被告人ハ第一審第二審ヲ問ハス本案ノ判決アルマテ何時ニテモ管轄違又ハ公訴受理ス可ラサル申立ヲ爲スコトヲ得

二二四　犯罪ノ證憑十分ナラス又ハ被告事件罪ト爲ラサルトキハ判決ヲ以テ無罪ノ言渡ヲ爲シ又第一六五條第三號以下ノ場合ニ於テハ判決ヲ以テ免訴ノ言渡ヲ爲ス可シ

警察署長及ヒ分署長又ハ其代理タル官吏ハ其管轄地內ニ於ヲ犯シタル違警罪ヲ即決スヘシ但私訴ハ此限ニ在ラス

同三　即決ノ言渡ニ對シテハ違警罪裁判所ニ正式ノ裁判ヲ請求スルコトヲ得但正式ノ裁判ヲ經スシテ直チニ上訴ヲ爲スコトヲ得ス

（一四三）

違警罪即決處分ニ對スル正式裁判ノ請求申立カ檢事ノ公訴提起ト同一ノ效力アリトスル見解ニ從フモ事件カ刑法ノ親告罪ニ該ル場合ニ於テハ請求申立後ノ被害者ノ告訴アルモ公訴不受理ノ判決ヲ爲スヘキモノニシテ有罪判決ヲ爲スヘカラス」

違警罪處分ニ對シ正式裁判ノ請求アリタル事件カ警察犯處罰令ニ該ラスシテ刑法ノ親告罪ニ該ル場合ニ於テ裁判所ハ正式裁判請求申立後ノ被害者ノ告訴ニ基キ有罪判決ヲ爲シ得ルカ――正式裁判請求申立ノ效力ニ付キテハ學者ノ間ニ異論ナキニアラサルモ檢事ノ公訴提起ト同一ニ解スル見解ニ從ハンカ本問事案ハ常ニ檢事カ親告罪ヲ非親告罪ト思料シテ被害者ノ告訴ヲ俟タスシテ起訴シタル場合ト何等擇ム所ナク而シテ親告罪ニ於ケル告訴カ訴追條件ニシテ公訴提起後ニ之カ追完ヲ絕對ニ許ササルハ學說判例ノ一般ニ認ムル所ナルヲ以テ後ニ告訴ノ提起アルモ裁判所ハ公訴不受理ノ判決ヲ爲シ有罪判決ヲ爲スヘカラス（法學士草野豹一郎氏法學新報第二六卷第九號一〇三頁以下「正式裁判請求ノ申立ト親告罪ニ於ケル告訴ニ就而」要領）

至當ノ見解ナリ蓋シ訴訟條件ノ具備セリヤ否ヤハ起訴ノ當時ニ於テ決定スルヲ

大審院判決

本則トスサレハ正式裁判ノ申立ニ起訴ト同一效力ヲ認ムルコトトセハ訴訟條件ノ一タル親告罪ノ告訴ノ有無モ該申立當時ヲ標準トシテ定ムヘク爾後ノ追完ハ其效力ヲ認ム可ラサルヲ純理トスヘケレハナリ

（九一）

二四五
二七八 拘留ヲ受ケタル被告人上訴ヲ爲スニハ其申立書ヲ監獄署長ニ差出シ署長ハ之ヲ其裁判所ニ送致ス可シ
上告申立人ハ遲クトモ最初ニ定メタル公判期日ノ十五日前ニ趣意書ヲ上告裁判所ニ差出ス可シ

上告申立人カ適法ノ期間內ニ（刑事訴訟法第二七八條上告趣意書ヲ差出シタルヤ否ヤハ其勾留ヲ受ケタルト否トニ區別ナク總テ上告裁判所ニ上告趣意書ノ到達シタル時ヲ以テ標準トシテ之ヲ決セサルヘカラス（拘留ヲ受ケタル上告申立人カ趣旨書ヲ監獄署ニ差出シタル時カ）『

第二七八條ノ期間內ナリト雖モ其趣意書ノ上告裁判所到達カ右期間後ニ屬スルトキハ適法ノ期間內ノ提出ト云フヘカラス

刑事訴訟法第二七八條ノ規定ニ於テ上告趣意書ヲ上告裁判所ニ提出スル事ニ關シテ遲クトモ最初ニ定メタル公判期日ノ十五日前タルコトヲ要スルハ之ニ依リテ裁判ノ準備ヲ爲ス期間ヲ存スルノ趣旨ニ外ナラス故ニ上告申立人カ適法ノ期間內ニ上告趣意書ヲ提出シタルヤ否ヤハ其拘留ヲ受ケタルト否トニ區別ナク總テ上告裁判所ニ上告趣意書ノ到達シタル時ヲ以テ標準トシテ之ヲ決セサルヘカラス然ルニ本件ニ於テハ申立人カ趣意書ヲ監獄署ニ提出シタル時ハ其期間內ナリシコト明ナリト雖モ其趣意書カ當院ニ到達シタルハ右期間後ニ屬スルニ依リ上告申立人ハ適法ノ期間內ニ上告趣意書ヲ提出シタルモノト云フヘカラス（大審院大正五年（れ）第二四〇七號同年十一月二十日刑二部鶴裁判長鶴見平野藤波高瀨各判事判決）

（一四四）

豐島博士
富田博士
板倉博士
林檢事
大審院

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○業務橫領被告事件○被告人渡邊樾治

【參照學說判例】

一 第二四五條ハ上訴ノ申立ニ付テノミ被告人ヲ保護シタル例外規定ナレハ上訴ノ取下上告趣意書ニ付キテハ此規定ヲ適用スルコトヲ得ス（法學博士豐島直通氏刑事訴訟法新論七〇四頁）

二 此ノ規定ハ（二四五）ハ上訴ノ申立ニ付テノミ設ケラレタル例外的ノ規定ナルヲ以テ特別ノ明文ナキ限リハ之ヲ上訴取下又ハ上告趣意書等ニ準用スルコトヲ得ス（法學博士富田山壽氏刑事訴訟法要論一一六〇頁）

三 在監者ノ被告人カ上告趣意書ヲ提出スルニ當リテハ監獄署長ニ之ヲ爲スヲ以テ足ル故ニ期間內ニ監獄署長カ之ヲ受付ケタルナラハ期間經過後ニ裁判所ニ到達スルモ趣意書ノ效力ヲ失フコトナシ（法學博士板倉松太郎氏刑事訴訟法玄義二三七九頁）

四 此規定（二四五）ハ單ニ上訴ノ申立ヲ爲ス場合ノミニ適用アルモノナリヤ上告ノ場合ニ於ケル上告趣意書ノ提出ニ付キテモ適用アルモノナルヤハ多少ノ疑問ナレトモ判例ハ趣意書ノ提出ニ付テモ其ノ適用アルモノト解セリ是レ聊文理ニ反スルカ如キモ法ノ精神上妥當ノ解釋ナリトス（大審院檢事林頼三郎氏刑事訴訟法論六五三頁）

五 拘留ヲ受ケタル被告人上訴ヲ爲スニハ其申立書ヲ監獄署長ニ提出スヘキ旨ノ規定（二四五）アルモ忌避ノ申請ニ付テハ其規定アルコトナシ從テ忌避申請提起ノ效力ハ申請書カ裁判所ニ到達シタル時ニ生スルモノトス（大審院刑事判決錄三十五年二卷四三頁）

六 拘留ヲ受ケタル被告人上訴ヲ爲ス場合ニ於ケル申立書提出ニ關スル法則（二四五）ハ上告趣意書提出ノ場合ニ在リテモ仍ホ適用セラルヘキモノナリトス從テ拘留ヲ受ケタル被告人ニシテ上告申立ヲ爲シタルヨリ五日ノ期間內ニ上告趣意書ヲ監獄署長ニ提出シタル以上ハ該趣意書ノ裁判所ニ到達シタルト否トニ拘ハラス提出ノ效力アルモノトス（同上五卷七一頁）

刑事訴訟法第二四五條ハ上告趣意書ノ差出ニモ準用セラルヘキヤ否ヤハ一個ノ疑問ナリ之ヲ積極ニ解シタル古キ判例モアリ之ニ贊スルニ有力ナル學說モアレトカカル例外規定ハ嚴格ニ解釋スヘキ解釋法ノ原則ニ從ヒ本判決ノ如ク消極ニ解スルヲ穩當トセンカ

（九二）

（一四五）

一三　被告人免訴又ハ無罪ノ言渡ヲ受ケタル場合ニ於テ其訴訟ノ原由告訴人又ハ民事原告人ノ惡意若クハ重過失ニ出テタルトキハ是等ノ者ニ對シ損害ノ償ヲ要ムルコトヲ得

被告人刑ノ言渡ヲ受ケタリト雖モ告訴人告發人又ハ民事原告人ヨリ惡意若クハ重過失ニ因リ其犯罪ニ付キ過實ノ申立ヲ爲シタルトキ亦同シ

民事原告人上訴ヲ爲シ敗訴シタルトキハ被告人其上訴ニ因リ生シタル損害ノ償ヲ要ムルコトヲ得

要償ノ訴ハ本案ノ判決アルマテ何時ニテモ其裁判所ニ之ヲ爲スコトヲ得

甲ノ爲シタル乙ニ對スル告訴ニシテ丙カ乙ト共犯者トシテ起訴セラルヘキコトヲ豫期シ又ハ豫期セサルコトニ重大ナル過失アリテ爲シタル者ニアラサル以上ハ右ノ告訴ハ丙ニ對スル起訴ノ原因トナスニ足ラサルヲ以テ會々丙カ乙ノ共犯者トシテ起訴セラルルモ其責ニ任スヘキ限ニ在ラス』

被控訴人カ訴外西山豐八ヨリ金圓ヲ騙取セラレタリトシテ告訴狀ヲ横濱地方裁判所ニ提出シテ西山豐八ヲ告訴シタル事實竝ニ控訴人カ西山豐八ノ共犯者トシテ起訴セラレタル事實ハ當事者間ニ爭ナシ控訴人ハ被控訴人カ西山豐八ヲ告訴シタル爲メ控訴人カ其共犯者トシテ起訴セラルヘキコトハ被控訴人ノ豫期シタルトコロナリト主張セリ而シテ甲第一號證(告訴狀)中ニハ數個所ニ控訴人ノ氏名表示セラルレトモ其全趣旨ニヨレハ被控訴人ハ控訴人カ西山豐八ノ犯行ニ干與セス控訴人ハ西山豐八ノ共犯者ニアラサルコトヲ信シテ西山豐八ノミヲ指名シテ告訴シタル事明ナルヲ以テ控訴人ノ右ノ主張ハ失當ナリ次ニ控訴人ハ被控訴人ニ於テ右ノ告訴ニヨリ控訴人カ西山豐八ノ共犯者トシテ起訴セラルヘキコトヲ豫期セサリシトセハ夫ハ被控訴人ノ重大ナル過失ニ因ルモノナリト主張スレトモ甲各號證ニヨリテハ之ヲ認ムルニ足ラサ

大審院

ルノミナラス前記認定ノ如ク被控訴人ノ爲シタル西山豐八ニ對スル告訴ニシテ控訴人カ西山豐八ト共犯者トシテ起訴セラルヘキコトヲ豫期シテ爲サシメタル者ニアラサル以上ハ右ノ告訴ハ控訴人ニ對スル起訴ノ原因トナスニ足ラサルヲ以テ右ノ起訴ニ付キ被控訴人ハ其責ニ任スヘキ限ニ在ラス(東京控訴大正五年(ネ)第四一九號同年十二月二十二日民一部岩本裁判長矢部水口各判事判決)

【關係事項】

損害賠償請求控訴事件○控訴人西山貞造訴訟代理人辯護士莊田要二郎被控訴人鈴木愛三郎訴訟代理人辯護士猪股淇清長谷川正光芳賀喬

【參照判例】

檢事カ不起訴處分ヲ爲シタル場合ニ於テモ無罪又ハ免訴ノ言渡アリタル場合ト同シク告訴人又ハ告發人カ被告人ニ對シテ損害賠償ノ責ニ任スルニハ惡意又ハ重大ナル過失アルヲ要スルモノトス(大審院民事判決錄四十五年三一三頁)

至當ノ判決ナリ

二六五　被告人辯護人又ハ法律上代理人ノミ控訴ヲ爲シタルトキハ原判決ヲ變更シテ被告人ノ不利益ト爲スコトヲ許サス

二六七　被告人ノ利益ノ爲メ檢事ヨリ控訴ヲ爲シタルトキ亦同シ

上告ハ地方裁判所又ハ控訴院ノ第二審ニ於テ爲シタル本案ノ判決及ヒ第一八七條ニ規定シタル本案外ノ判決ニ對シ之ヲ爲スコトヲ得

二九一　第二六五條ノ規定ハ上告ニモ亦之ヲ準用ス

刑事訴訟法第二六五條ニ所謂原判決ヲ變更シテ被告人ノ不利益ト爲ストハ原判決ノ主文ヲ變更シテ其科刑又ハ訴訟費用ノ負擔等ヲ重カラシメ現實ニ被告人ニ

不利益ヲ被ラシムル判決ヲ爲スノ謂ニシテ單ニ判決理由中ニ被告人ニ不利益ナリト稱スヘキ說明ヲ爲スカ如キ場合ヲ包含セス』

大審院判例ニ於テ『第二審ノ適用シタル法條ヨリ法定刑ノ重カルヘキ法條ヲ適用スヘキモノナリトノ趣旨ノ上告論旨ハ被告ノ不利益ヲ主張スルモノナルヲ以テ被告ノ上告論旨トシテハ理由ナシ』トスル所謂不利益ナル論旨トハ其趣旨之ヲ採用スルニ於テハ本來原判決ヲ被告人ノ不利益ニ變更スルニ至ラシムルコトアルヘキモノニシテ而カモ刑事訴訟法ノ規定上被告人ノミノ上訴ニ因リ斯カル結果ヲ生セシムルコト能ハサルニ止マリ被告人ヲシテ何等ノ實益ヲ得セシメサルモノヲ指稱シタルニ外ナラス（該判例ノ趣旨ハ要スルニ何等ノ利益ナキ上訴ハ法律上之ト解スルニ在リテ上訴寄カ被告ノミノ上訴ニ基サルモノト解ナキ單ニ判決理ヲ爲シ得ルコトニ關係ナシ）』

刑事訴訟法第二六五條ニ所謂原判決ヲ變更シテ被告人ノ不利益ト爲ストハ原判決ノ主文ヲ變更シテ其科刑又ハ訴訟費用ノ負擔等ヲ重カラシメ現實ニ被告人ニ不利益ヲ被ラシムル判決ヲ爲スノ謂ニシテ單ニ判決理由中ニ被告人ニ不利ナリト稱スヘキ說明ヲ爲スカ如キ場合ヲ包含セサルコトハ本院判例ノ從來說示シタル所ノ如クニシテ今仍ホ此解釋ヲ飜スニ足ルヘキ正當ノ理由アルヲ見ス而シテ本院判例ニ所謂被告人ニ不利益ナル論旨トハ其趣旨之ヲ採用スルニ於テハ本來原判決ヲ被告人ノ不利益ニ變更スルニ至ラシムルコトアルヘキモノニシテ而カモ刑事訴訟法ノ規定上被告人ノミノ上訴ニ因リ斯カル結果ヲ生セシムルコト能ハサルニ止マリ被告人ヲシテ何等ノ

實益ヲ得セシメサルモノヲ指稱シタルニ外ナラス該判例ノ趣旨ハ要スルニ何等ノ利益ナキ上訴ハ法律上之ヲ許スヘカラサルモノト解スルニ在リ（大審院大正五年（レ）第二三〇四號同年十二月一日刑一部末弘裁判長遠藤谷野堀田中尾各判事判決）

豐島博士
富田博士
板倉博士
林檢事

【關係事項】

上告棄却○原審長崎控訴院○文書僞造行使詐欺被告事件○被告人五藤義幹辯護人高木益太郎

【一項參照學說判例】

一 裁判ヲ攻擊スルニハ其裁判ニ依リテ自己ノ有スル法律上ノ利益ヲ侵害セラレ裁判ヲ取消スニ付キ利益ヲ有スルコトヲ以テ其條件トス故ニ被告人ニハ不利益ナル裁判ヲ自己ノ爲メニ破毀變更スルカ爲メニ上訴權ヲ付與シタルモノニシテ利益ナル裁判ヲ不利益ニ破毀變更スルカ爲メニ上訴權ヲ與ヘタルモノニアラス被告人ハ啻ニ重刑ヲ受クルカ爲メ又ハ無罪免訴ノ判決ニ對シテ有罪トナル爲メ上訴スルコトヲ得サルノミナラス免訴公訴不受理管轄違ノ判決ニ對シテモ全然無罪ノ判決ヲ受ンカ爲メ上訴スルコトヲ得ス又判決ノ理由ニ於テ被告人ニ不利益ナルコトヲ認メタル場合ニ此點ヲ削除セシムルカ爲メニモ上訴スルコトヲ得ス何トナレハ上訴ナルモノハ判決ノ主文ニ對スル攻擊方法ニシテ理由ヲ攻擊スルモノニアラス又主文カ被告ニ不利益ヲ與フルモノナレハナリ（法學博士豐島直通氏修正刑事訴訟法新論七〇七頁）

二 被告人ハ自己ノ利益ノ爲メニノミ上訴ヲ爲スコトヲ得被告人カ自己ニ利益ナル裁判ニ對シ自己ニ不利益ナル上訴ヲ爲スカ如キハ法律ノ許容セサル所ナリ而シテ玆ニ利益ト謂ヒ不利益ト謂フハ客觀的ニ之ヲ決セサル可ラス換言スレハ被告人ノ主觀的評價ヲ以テ其利益存否ノ標準ト爲スコトヲ得ス（法學博士富田山壽氏最近刑事訴訟法要論下卷一一五一頁）

三 被告人ノ上訴權ヲ有スルハ自己ノ利益ノ爲メナルヲ以テ原裁判ヲ不當ナリトスル公益上ノ理由ニ因リテハ被告人ハ上訴權ヲ有スルコトナシ故ニ自己ニ不利益ナル上訴ハ之ヲ爲スノ權利ナシ所謂利益不利益ハ被告人ニ存スル特殊ノ事情ニ因リテ定マルモノニ非スシテ一般的ナル法律上ノ觀察ニ因リテ定マルモノナリ（學者或ハ之ヲ說明シテ被告人ノ利益不利益ハ主觀的ニ定ムヘキモノニ非スシテ客觀的ニ決スヘキモノナリト謂ヘリ）故ニ例ヘハ刑法第一三〇條ヲ適用シ罰金刑ニ處セラレタル被告人ハ自己ノ所持スル金圓ヲ罰金ニ充ツルトキハ現ニ企圖シツツアル甚タ有利ナル事業ニ投スヘキ資本ヲ失フノ不利アリ且獄中生活ハ心理學的研究ヲ爲スニ便利ナリトシ懲役刑ヲ相當トスルモノナルニ原判決カ罰金刑ヲ科シタルハ不當ナリトノ理由ヲ以テ上訴ヲ爲スヲ得ス又所謂利益不利益ハ判決主文ヨリシテ生スル現實ノ結果ニ因リテ定マルモノニシテ判決ノ理由ヲ以テ之ヲ決スルノ標準ト爲スヲ得ス故ニ被告人ノ主張ノ如クスルモ判決主文ノ變更ヲ來ササルモノナルトキハ上訴權ヲ有スルコトナシ（法學博士板倉松太郎氏刑事訴訟法玄義二一三九頁）

四 被告人ハ自己ノ不利益ニ原判決ノ變更ヲ求ムルカ爲メ上訴ヲ爲スコトヲ得ス蓋被告人ハ檢事ト異リ自己ノ權利利益ヲ保護

センカ爲メ訴訟行爲ヲ爲スモノナレバナリ(大審院檢事林賴三郎氏刑事訴訟法論六四七頁)

五 第二審判決ニ於テ第一審判決ヨリ輕キ刑ヲ言渡シタルトキハ假令刑ノ執行猶豫期間ヲ第一審判決ヨリ延長シタレハトテ是ヲ以テ原判決ヲ被告ノ不利益ニ變更シタリト云フコトヲ得サルモノトス(大審院大正四年(レ)第一八八三號同年九月十三日判決本書第四卷刑法一一八頁)

六 刑事訴訟法第二六五條ニ所謂「原判決ヲ變更シテ被告人ノ不利益ト爲スコトヲ許サス」トハ判決主文ニ於ケル科刑裁判費用ノ言渡等ヲ被告人ノ不利益ニ變更スルコトヲ得ストノ趣旨ニ外ナラサルモノトス(同上大正二年一月二十四日判決第一卷刑訴一〇八頁)

七 主文ノ全體ヨリ觀察シテ主刑カ被告ノ利益ニ歸シタル以上ハ第一審判決ヨリ重キ訴訟費用ノ負擔ヲ命スルモ刑事訴訟法第二六五條ニ所謂判決ヲ被告人ノ不利益ニ變更シタルモノニ非ス(同上大正三年二月十七日判決本書第二卷刑訴二〇八頁)

【二項參照判例】

一 認定ノ異同カ包括的一罪ヲ構成スヘキ行爲ノ個數ノ增減ニ止マリ犯罪ノ成立及ヒ刑罰ノ量定ニ影響ヲ及ホササル場合ニ在テモ原判決ノ當然認定スヘキ犯罪行爲ヲ認定セサリシヲ論難スルハ被告ノ不利益ニ歸スヘキ主張ナルヲ以テ被告ノ爲メニスル上告論旨トシテハ適法ナラサルモノトス(大審院大正四年十月十二日判決本書第四卷刑法三一三頁)

二 刑法第一五九條第一項ノ私文書僞造罪トシテ所斷シタル判決ニ對シ同第一五五條第一項ノ公文書僞造罪トシ擬律ノ錯誤ナリトシテ上告スルハ被告不利益ナルヲ以テ適法ナル理由トナラサルモノトス(同上大正四年四月二十二日判決本書第四卷刑法一二九頁)

三 第一五九條第一項ヲ適用スヘキモノト主張シテ右第一六七條第一項ヲ適用セル原判決ヲ非難スルハ被告ノ不利益ニ歸スル論旨ナル故ニ被告ノ上告理由ト爲スヲ得ス(同上大正二年十二月十九日刑一部判決本書第二卷刑法二八四頁)

大審院

大審院判決

一二五 左ニ記載シタル場合ニ於テハ證言ヲ拒ムコトヲ得

第一 官吏公吏又ハ官吏公吏タリシ者其職務上默秘ス可キ義務アル事情ニ關スルトキ

第二 醫師藥劑師藥種商產婆辯護士辯護人公證人又ハ此等ノ職ニ在リシ者及ヒ宗敎若クハ禱祀ノ職ニ在ル者又ハ此等ノ職ニ在リシ者其業務上取扱ヒタルコトニ付キ知得タル事實ニシテ默秘ス可キモノニ關スルトキ

證言ヲ拒ム者ハ拒絕ノ原因タル事實ヲ開示シ且之ヲ疏明ス可シ

刑法一六九 法律ニ依リ宣誓シタル證人虛僞ノ陳述ヲ爲シタルトキハ三月以上十年以下ノ懲役ニ處ス

苟モ他人ノ被告事件ニ付證人トシテ訊問ヲ受クル場合ニ於テハ其訊問事項カ自己ノ犯罪ニ關係スルトキト雖モ尙ホ證言ヲ拒絕スルコトヲ得サルモノトス(從テ虛僞ノ陳述ヲ爲シタル以上ハ僞證ノ罪責ヲ免カルルコトヲ得ス)

【上告理由】原判決ハ第一事實理由ニ於テ「被告盛政ハ第一審ノ相被告北田市次郎カ東與三郎ヨリ買受ノ上同人ニ預ケ置キタル唐箕稻扱ヲ東長松カ與三郎ト交換ノ約束ヲ爲シテ持去リタルヲ聞キ長松ニ對シ無斷ニテ右物品ヲ持去リタルハ不都合ニ付告訴スヘキ旨談判シタル處長松ハ驚キテ崎村仁右衞門等ニ賴ミ同人等ヲシテ市次郎ニ對シ穩便ニ濟マシ呉度樣懇請セシメタル際被告盛政ハ市次郎ト謀リ市次郎宅ニ於テ同人ト共ニ仁右衞門等ニ對シ前示唐箕等ノ事件ニ付或ル苦情買ニ話シタル上長松ノ財產調ヲ爲シタル處長松ハ中等以上ノ財產家ニテ二百圓ヤ五百圓出金シテモ名譽ニ替ヘラレヌ男故出金セサレハ告訴スル旨申聞ケ云々」ト判示シ第二事實理由ニ於テ被告盛政カ右市次郎ニ對スル恐喝被告事件ニ付大正五年六月三十日金澤區裁判所ニ於テ宣誓ノ上證言ヲ爲スニ當リ大年四年十二月下旬市次郎宅ニ於テ崎村仁右衞門等ニ對シ前段判示ノ如ク申聞ケタル事實アルニ拘ハラス該事實ナキ旨虛僞ノ陳述ヲ爲シタリ」ト判示シ被告ヲ僞證罪ニ問擬セルハ不法ノ裁判ナリ何トナレハ判示ノ事實ニヨレハ被告ハ金澤區裁判所ニ於テ證言ヲ爲スヘキ事實ハ相被告市次郎ノ犯罪事實ニアラスシテ寧ロ自己ノ犯罪事實ナリ自己ノ犯罪事實ノ陳述ヲ求メラルルニ於テ犯罪事實アリト陳述スレハ訴追セラルルハ當然ナルヲ以テ之レナシト隱蔽スルハ人情ノ自然人事當然ノ事ナリ然シテ刑事被告人ハ法廷ニ於テ自白ヲ强ヒラルルコトナク犯罪事實ヲ自白スルト否トノ自由ヲ有スルモ證人トシテハ自己ノ犯罪ヲ陳述セサルヘカラ

サル義務アリトスルハ事理上首肯シ得ヘカラサルコトナリ刑事訴訟法ニ於テ被告人ニ自白ノ義務ナシトスル精神ヨリ推究スレハ證人トシテモ自己ノ犯罪ヲ陳述スル義務ナシト論斷スルヲ以テ被告盛政ノ僞證行爲ハ法律上處罰スヘカラサルヤ明カナリ然ラハ被告ヲ僞證罪ニ問擬シタル原判決ハ破毀スヘキモノナリト信ス

【判決理由】苟モ他人ノ被告事件ニ付證人トシテ訊問ヲ受クル場合ニ於テハ其訊事項カ自己ノ犯罪ニ關係スルトキト雖モ尙ホ證言ヲ拒絕スルコトヲ得サルハ刑事訴訟法規定ノ解釋上疑ヲ容レサレハ所論事項ニ關シテモ虛僞ノ陳述ヲ爲シタル以上ハ僞證ノ罪責ヲ免カルルコトヲ得サルモノト解スルノ外ナク本論旨ハ理由ナシ(大審院大正五年(レ)第二一二四號同年十一月七日刑一部末弘裁判長遠藤谷野堀田中尾各判事判決)

【關係事項】

公私訴上告棄却○原審金澤地方裁判所○恐喝及僞證被告事件並附帶私訴事件○公私訴上告人東盛政辯護人久田濟衆同澤邊浩同山崎今朝彌私訴被上告人東長松

至當ノ判決ナリ

諸

法

雄木博士

諸法

（一）

工場法一五　職工自己ノ重大ナル過失ニ依ラスシテ業務上負傷シ疾病ニ罹リ又ハ死亡シタルトキハ工場主ハ勅令ノ定ムル所ニ依リ本人又ハ其遺族ヲ扶助スヘシ

一六　職工徒弟若クハ職工徒弟タラントスル者又ハ工業主若クハ其法定代理人若クハ工場管理人ハ職工徒弟又ハ職工徒弟タラントスル者ノ戸籍ニ關シ戸籍吏ニ對シテ無償ニテ證明ヲ求ムルコトヲ得

一七　職工ノ雇入解雇周旋ノ取締及ヒ徒弟ニ關スル事項ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム

鑛業法八〇　鑛夫自己ノ重大ナル過失ニ依ラスシテ業務上負傷シ疾病ニ罹リ又ハ死亡シタルトキハ鑛業權者ハ命令ノ定ムル所ニ依リ鑛夫又ハ其遺族ヲ扶助スヘシ

民法七〇九　故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ浸害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス

工場法第一五條ノ認ムル工場主ノ扶助義務ノ性質ハ扶養義務ニ類スル法律上ノ扶助義務ナリ』

工場法ニ所謂職工ノ意義ハ社會觀念ニ依リテ之ヲ決スヘク社會觀念ニ於テ工場職工ト稱スルハ工業者トノ契約ニ基キ性質又ハ約定ニ依リ永カルヘキ期間其身體上ノ勞働力ヲ當該工場ノ生産過程ニ提供シ之ニ對シテ賃銀其他ノ對價ヲ受クル者ヲ謂フ而シテ徒弟又ハ幼年職工ハ玆ニ所謂職工ニ非ス』

職工ニ重大ナル過失ナカリシコトハ職工ノ扶助請求權ノ發生要件ニシテ工場主カ扶助義務ヲ免ルヘキ抗辯ニ非ス而シテ重大ナル過失ノ意義ニ付テハ民法ノ解釋ニヨリ之ヲ決スヘキモノトス』

業務上負傷云々シタリト謂フニコハ(イ)一定ノ事情ト負傷疾病若クハ死亡トノ間ニ因果干係アルコトヲ要シ更ニ(ロ)其事情カ業務ノ範圍ニ入ルコトヲ要ス」

工場主ニ過失又ハ故意アリタル場合ニ於テ職工カ自己ノ重大ナル過失ニ依ラスシテ業務上負傷シ疾病ニ罹リ又ハ死亡シタルトキハ職工又ハ遺族ハ工場主ニ對シテ工場法第一五條ニ依ル扶助請求權ト民法第七〇九條以下規定ノ不法行爲ニ因ル損害賠償請求權トヲ併有スルモノトス」

不法行爲者其者(工場主)カ工場主タル資格ニ於テ被害者ニ爲シタル給付ニヨリ被害者ノ損害カ減少シタル場合ニハ其範圍ニ於テ不法行爲者(工場主)カ爲スヘキ賠償ノ範圍モ亦減少セラルヘキモノトス」

工場主ノ扶助義務

工場法第十五條ニハ「職工自己ノ重大ナル過失ニ依ラスシテ業務上負傷シ疾病ニ罹リ又ハ死亡シタルトキハ工場主ハ勅令ノ定ムル所ニ依リ本人又ハ其遺族ヲ扶助スヘシト規定ス此規定ハ工場主ノ扶助義務ニ關スル原則ヲ規定シ施行細則ヲ勅令ニ讓ルモノタリ　左ニ細論スヘシ

第一項　扶助義務ノ性質

一　工場法第十五條ハ工場主ニ法律上ノ扶養義務ニ類スル法律上ノ扶助義務ヲ負ハシムルモノナリヤ又ハ不法行爲ニ基ク賠償責任ニ類スル損害賠償ノ責任ヲ負ハシメ

タルモノナルヤ(イ)本條制定ノ由來ヨリ見ルニ本條ハ鑛業法第八十條ヲ套襲シタルモノニシテ我鑛業法第八十條ノ認ムル鑛業權者ノ扶助制度ハ獨乙ニ於ケル鑛夫組合ノ扶助制度ニ倣ヒタルコトヲ認ムヘク而シテ後者カ扶養義務ニ類スル法律上ノ扶助義務ヲ認ムルモノナルヤ論ナキカ故ニ我鑛業權者ノ扶助義務モ亦扶養義務ニ類スル法律上ノ扶助義務ナリト解セサルヘカラス從ツテ工場法第十五條ノ認ムル工場主ノ扶助義務モ亦扶養義務ニ類スル法律上ノ扶助義務ナリト爲スハ本條成立ノ由來ニ顧ミ至當ナル如シ更ニ(ロ)本條ノ規定自體ニ徵スルモ工業主ハ勅令ノ定ムル所ニ依リ本人又ハ其遺族ヲ扶助スヘシト謂ヒ損害ヲ賠償スヘシト云ハス又工場主扶助義務ノ發生ニハ工場主ノ故意又ハ過失ヲ要件トスルコトナシ由是觀之扶助義務ノ性質ハ扶養義務ニ類スル法律上ノ扶助義務ニ外ナラスト爲ササルヘカラス

第二項　扶助義務ノ發生要件

工場主扶助義務ハ「職工自己ノ重大ナル過失ニ依ラスシテ業務上負傷シ疾病ニ罹リ又ハ死亡シタルトキ」ニ發生スルモノタリ(工場法一五)左ニ右發生要件ヲ分說ス

(一)職工ノ意義　工場法ハ職工ノ定義ヲ示スヘキ何等ノ規定ヲ設ケス從テ職工ノ意義ハ社會觀念ニ依リテ決スルノ外ナシ社會觀念ニ於テ工場職工ト稱スルハ工業者トノ契約ニ基キ性質又ハ約定ニ依リ永カルヘキ期間其身體上ノ勞働力ヲ當該工場ノ生產過程ニ提供シ之ニ對シテ賃銀其他ノ對價ヲ受クル者ヲ謂フ即チ

(イ)契約ニ因ルコトヲ要ス

(ロ)永カルヘキ期間勞働力ヲ提供スルトシテ暫時勞働スルモノハ職ニ非ス

(ハ)身體上ノ勞働力ヲ生産過程ニ供スルモノナル事ヲ要ス故ニ精神的ノ勤勞ヲ供スルモノ卽チ工場ノ事務ヲ管理スル者及技術的ノ技能ヲ供スル者ハ職工ニ非ス又工場ニ於ケル所謂雇員雜役夫ノ如キハ當該工業ノ生産過程ニ身體ノ勞働力ヲ供スルモノニ非ルヲ以テ職工ニ非ス

(ニ)賃銀其他ノ對價ニ對シテ身體ノ勞働力ヲ供スルモノナルコトヲ要ス故ニ此要素ヲ具ヘサル徒弟幼年職工ハ所謂職工ニ非ス　論者或ハ工場法第十六條第十七條ノ規定ヲ根基トシテ第十五條ニ於テ職工ト稱スルハ類推解釋ニ依リ等シク徒弟ヲ含ムトノ見解ヲ把持スルモノアラン然レトモ非ナリ(A)兩者ハ社會觀念ニ於テ異ルノミナラス(B)工場法第十六條第十七條ニ於テ職工及ヒ徒弟ヲ列擧セルハ恰カモ所謂職工カ弟ヲ包含セサルコトヲ示スモノト云ハサルヘカラス

(二)職工自己ノ重大ナル過失ニ依ラスシテ負傷シ疾病ニ罹リ又ハ死亡シタルコトヲ要スル職工ニ重大ナル過失ナカリシコトハ工場主ノ扶助義務從テ職工ノ扶助請求權ノ發生要件ニシテ工場主カ扶助義務ヲ免カルヘキ抗辯ニ非ルコトハ本條規定ノ文體ニ照シ明ナリ故ニ職工又ハ其遺族カ工場主ニ對シ扶助ヲ請求スル場合ニハ該職工ニ重大ナル過失ナキコトヲ示スヘキ事實ヲ主張シ之ヲ立證セサルヘカラス而シテ問題ノ場合ニ於ケル重大ナル過失ハ善良ナル職工カ用フヘキ注意ヲ著シク加ヘサリシコトヲ謂フモノナルカ故ニ當該ノ工業ニ於テ善良ナル職工カ用フヘキ注意(抽象的)ノ程度ヲ先ツ定メサルヘカラス、

(三)業務上負傷シタルコト疾病ニ罹リタルコト又ハ死亡シタルコトヲ要ス而シテ業務上負傷シタリト云フニハ

(イ)一定ノ事情(行爲又ハ事故)ト負傷疾病若クハ死亡トノ間ニ因果關係アルコト　卽チ職工カ負傷シタル場合ニハ該特定ノ場合ニ於テ職工カ負傷シタルハ抑モ如何ナル事情ニ因ルカヲ其負傷ノ當時ニ於テ注意深キ人カ知リ得ヘキ事情ニ依リテ決定シ更ニ其事情カ存スル場合ニハ一般ニ同樣ノ負傷ヲ生スルヤ否ヤヲ見テ因果ノ存否ヲ決定セサルヘカラス疾病ノ場合又同シ

(ロ)其事情カ業務ノ範圍ニ入ルモノタルヲ要ス　業務ノ範圍ニ入ルヤ否ヤヲ判斷スルニハ當該職工ノ業務タル行爲及ヒ其業務ノ執行ニ密接ナル關係ヲ有シ從テ社會觀念上其業務ノ範圍ニ入ルト解スヘキヤ否ヤニ依リテ決セサルヘカラス

(四)職工カ右述フル所ニ依リテ負傷シタルコト疾病ニ罹リタルコト又ハ死亡シタルコトヲ要ス　注意スヘキハ本條ハ職工ノ負傷疾病並ニ死亡ヲ以テ各獨立ナル法律要件トナセルコト從テ負傷ト疾病ト死亡トハ互ニ相排斥スルコト之レナリ

第三項　不法行爲ニ基ク賠償責任トノ關係

工場主ニ過失又ハ故意アリタル場合ニ於テ職工カ自己ノ過失ニ依ラスシテ業務上負傷シ疾病ニ罹リ又ハ死亡シタルトキハ工場主カ其職工又ハ其遺族ニ對シテ負フ義務如何

(一)問題ノ場合ニ於テハ(イ)工場法第十五條ノ規定ニ依リ工場主ノ扶助義務ヲ生スヘキ法律要件カ具備スルト同時ニ民法不法行爲ニ基ク賠償責任ヲ生スヘキ法律要件モ亦競合シテ存在シ且(ロ)工場法第十五條ハ不法行爲ニ基ク賠償責任ニテスル特別ノ規則ヲ定メタルモノニ非ルヲ以テ職工又ハ其遺族ハ工場主ニ對シテ工場法第十五條ニ依ル扶助請求權ト民法第七〇九條以下規定ノ不法行爲ニ因ル損害賠償請求權ト併セ有

セサルヘカラス且工場主タル資格ニ於テ職工タル資格ニ於ケル者又ハ其遺族ニ爲ス扶助ト工場主カ不法行爲者タル資格ニ於テ被害者タル資格ニ於ケル職工又ハ其遺族ニ爲ス損害賠償トハ法律上ハ勿論經濟上ノ目的ニ於テモ亦互ニ異ナレルカ故ニ請求權ノ選擇的競合ノ法理ニ依ルコトヲ得サルモノト解セサルヘカラス

(二)問題ノ場合ニ於テ工場主カ職工又ハ其遺族ニ爲シタル扶助ヲ酌酌シテ工場主カ職工又ハ其遺族ニ爲スヘキ損害賠償額ヲ輕減スルコトヲ得ルヤニ付テハ積極ニ解ス之レ蓋シ不法行爲者ハ不法行爲ニ因リテ生シタル一切ノ損害ヲ賠償スヘキモノナレトモ苟クモ不法行爲者其者カ他ノ資格ニ於テ被害者ニ爲シタル給付ニヨリ被害者ノ損害カ減少シタル場合ニハ其範圍ニ於テ不法行爲者カ爲スヘキ賠償ノ範圍モ亦減少セラルヘキモノト爲スハ至當ナレバナリ從テ不法行爲者トシテノ工場主ノ賠償責任ハ損害ノ減少シタル範圍ニ於テ減少セラルヘキナリ(法學博士雉本朗造氏京都法學協會雜誌第十一卷第三號第二頁以下要領)

岡學士

【扶助義務ノ性質ノ點ニ關スル參照學說】

職工ノ扶助義務ニ付テハ法律制定ノ際其ノ限度ニ關シテ多少當業者ノ疑惑ヲ惹起シタルモノノ如シ然レトモ鑛業者カ鑛業法ニ依リ鑛夫ニ對シテ現ニ行ヒツヽアル扶助ノ程度ヲ參酌スヘシトノコトニテ大體ニ於テ別段ノ異議ナカリキ（法學士岡實氏著工場法論三七六頁）

岡學士

【扶助義務ノ發生要件ノ點ニ關スル參照學說】

一　工場主ト雇傭契約ノ有無ニ關ラス勞役ニ對スル報酬ノ種類ト其支拂方法ノ如何ヲ問ハス又定傭ナルト臨時雇ナルトヲ論セス工場ノ目的トスル作業及ヒ其ノ附屬作業ニ從事セシムルノ目的ヲ以テ工場ニ使用スル者ヲ職工トスルハ勿論工場ノ掃除注油工場内又ハ工場間ニ於テ目的作業ニ關係ヲ有スル物品ノ運搬ニ用フル者ノ如キヲ職工トス但シ事務所ニ於ケル給仕守衛ノ如キ者建物ノ修繕ニ從事スル大工、臨時雇入ルル煙突煙道溝渠ノ掃除夫ノ如キモノハ例外ナリ要之職工トハ工場内ニ於テ工場主ノ

指揮監督ヲ受ケ主トシテ身體的勞役ニ從事スル者ニシテ勞役ノ目的ハ工場ノ主要目的タル製造加工仕上及ヒ之ニ附屬スル作業例ヘハ荷造リ材料製品等ノ運搬(工場内)並ニ工場設備ノ掃除修繕其ノ他ノ手入レヲ爲スニ在リ故ニ飯炊キ洗濯又ハ風呂炊キノ如キ雜役勞働ニ服スル者ヲ包含セス家族ハ通常之ヲ職工ト看做スヘキモノト思料ス(同上二二二五頁以下)

石阪博士

二　重大ナル過失ノ意義ニ付テハ民法ノ解釋ニ依リ之ヲ決スヘキモノトス(同上三七五頁)

岡學士

重過失トハ著シク注意ヲ用ヒサルヲ謂フ如何ナル場合ニ重過失存スルヤハ各場合ニ之ヲ決定スル外ナク一般的標準ヲ定ムルヲ得ス(法學博士石阪音四郎氏日本民法債權第二卷四四九頁)

三　負傷疾病死亡ハ事實上ノ認定問題ナリ　然ラハ業務上ノ疾病トハ大凡如何ナルモノナルヤ試ミニ左ニ之ヲ例示セン

石阪博士

(一)業務ニ因ル中毒諸病

(二)業務上使用スル酸、アルカリ又ハクローム、フルオール、硝酸銀等ニ因ル皮膚ノ腐蝕潰瘍

(三)業務ニ因ル晶又ハ關節ノ强直關節炎、腱鞘炎、骨折、脫臼、脫腸等、

(四)業務ニ因ル皮膚病(ヒチン疹、テーレ疹、セメント疹、又ハ磨工ノ水疹、生糸工ノ手指蜂窩織炎等)

(五)業務ニ因ル傳染病(製絲工又ハ皮革襤褸其ノ他古物ヲ取扱フ職工ノ疥癬痘瘡、炭疽熱、ペスト、丹毒等)(上揭工場法論三七六頁)

中島博士

【不法行爲ニ基ク賠償責任トノ關係ノ點ニ關スル參照學說】

一　請求權ノ競合問題ハ同時ニ存スル兩請求權カ互ニ其効力ニ影響ヲ及ホスヤ否ヤニヨリテ定ムヘキモノナリ此前提ニ從ヒ考フルトキハ請求權ノ競合ハ同一ノ當事者間ニ於テ(乙)同一ノ目的ヲ有スル多數ノ請求權カ(丙)同時ニ存在スル場合ニ起ル其中ニテ殊ニ研究ヲ要スルハ「同一ノ目的」ニ在リ目的ノ同一トハ之ヲ經濟上ノ意義ニ解スヘシ苟クモ經濟上ノ意義ニ於ケル目的カ同一ナル場合ニハ請求ノ客體自身ハ同一ナラサレトモ經濟上ノ利益ハ同一ナルカ故ニ競合ヲ認メサルヲ得サルナリ然レトモ競合スル兩請求權ノ目的カ同分量ナルコトハ決シテ必要ナラス唯經濟上ノ價値少ナキ一方ノ請求權ノ限度ニ於テ競合ヲ生スルコトニ注意スヘシ而シテ請求權ヲ一定スルノ標準ハ其原因ニシテ原因カ一ナル場合ニハ決シテ二個ノ請求權ヲ生スルコトナク請求權ノ競合スル場合ニハ原因ハ必ス二個又ハ二個以上存在スルモノナリ(法學博士中島玉吉氏民法論文集一一二頁以下京都法學協會雜誌第四卷三四六頁以下要領)

二　賠償範圍ハ因果關係ニ依リテ定マルト雖モ我法典ハ債務不履行ニ基ク損害賠償ニアリテハ制限ヲ設ケ債務不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ノミヲ賠償スヘキモノトシ特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ハ當事者カ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシ場合ニノミ賠償スルヲ要スルモノトス之ニ反シテ不法行爲上ノ損害賠償ニアリテハ何等制限ヲ設クル所ナシ(石阪博士上揭三一一頁)

倘債務不履行不法行爲以外ノ原因ニ基ク損害賠償ノ場合ニハ法典ハ何等制限スル所ナキカ故ニ不法行爲ノ場合ト同シク適當條

件ニ基キテ生スル凡テノ損害ヲ賠償スルコトヲ要スルモノトス（同上三一四頁）

穩健ナル所說大體ニ於テ賛同ノ意ヲ表ス

惟フニ近キ將來ニ於テ實施セラルヘキ工場法中最モ重要ニシテ且ツ群疑百出スルモノヲ第十五條トナス之レ蓋シ工場主ヲシテ災厄ニ關スル豫防及ヒ救濟ノ責任ヲ負擔セシムルハ我工場法中最モ異彩ヲ放テルモノニシテ歐米諸國ノ社會立法ニ於テハ工場法ト勞働保險トヲ以テ各特別ノ法律トナシ災厄救濟ニ關シテハ勞働保險ニ讓ルヲ例トセリ然ルニ我工場法ニ於テ此規定ノ存セルハ外國ニ比類ナキ立法ノ長所ナリト謂ハサル可カラス宜ナル哉法案カ議會ニ於テ審議セラルルニ當リ政府當局ハ災厄ノ豫防ニ關シ最モ意ヲ用ヰ充分ノ監督ヲ施スヘキコトヲ反覆言明シタルヲ。之レ吾人カ同條ヲ指シテ重要ナル法條ト爲スノ所以ナリ。

加之同條ハ種々煩錯ナル法理問題ヲ包含ス例之職工ノ範圍ノ如キ扶助義務ノ本質ノ如キ扶助義務ト賠償責任トノ關係如何ノ問題ノ如キ比々皆然リ、其見解如何ハ延イテ同條立法ノ精神ヲ滅却スルノ虞ナシトセス是レ同條ヲ指シテ群疑百出ノ法條ト爲ス所以ナリ世ノ學究タル者宜シク同條ノ眞義ヲ研鑽考覈シ以テ同法實施ノ任ニ當ル者ヲシテ依準スル所ヲ知ラシムヘク如斯ニシテ庶幾社會政策卽チ勞働者保護缺陷補塡ノ爲メ設ケラレタル同法條ノ精神ヲ發揚シ遺憾ナカラシムルヲ得ンカ。

（二）

不動産登記法一三　登記官吏カ其職務ノ執行ニ付キ申請人其他ノ者ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其損害カ登記官吏ノ故意又ハ重大ナル過失ニ依リテ生シタル場合ニ限リ之ヲ賠償スル責ニ任ス

登記官吏カ不動産登記法第一三條ノ規定ニ依リ損害賠償ノ責任アリトセラルルカ爲メニハ登記官吏ノ故意又ハ重大ナル過失ニ因リ申請人ニ損害ヲ加ヘタル場合ナルコトヲ要スルモノトス」

登記ノ申請ヲ爲スニハ當事者双方又ハ其代理人登記所ニ出頭スルコトヲ要シ（第二六條）若シ當事者出頭セサルトキハ登記官吏ハ其申請ヲ却下セサルヘカラス（第四九條第三號）故ニ登記官吏カ申請ヲ受理スルニ付テハ當事者カ出頭シ居ルヤ否ヤヲ調査スルコトヲ要シ此調査ヲ怠リタルトキハ職務上ノ懈怠アルモノト認メサルヘカラス卽チ職務ノ執行ニ付キ過失アルモノト云フコトヲ得然レトモ登記官吏カ不動産登記法第十三條ノ賠償責任ヲ負擔スルニハ登記官吏ノ故意又ハ重大ナル過失ニ因リ申請人ニ損害ヲ加ヘタル場合ナルコトヲ必要トス換言スレハ登記官吏ノ職務執行ノ行爲ト損害トノ間ニ直接ノ因果關係存スルコトヲ要ス從ツテ此ニ土地所有者ノ名義ヲ冒用シテ金圓借用並其抵當權設定ノ契約證書ヲ僞造シ同權利ノ設定登記ヲ爲ス者カ登記義務者トシテ登記所ニ出頭セサルニ拘ハラス登記官吏ハ粗漏ニモ其出頭ノ有無ヲ調査スルニ及ハス寛ニ該登記ヲ完了シ玆ニ初メテ貸金ヲ詐取シタルニ付土地所有者カ登記原因ノ無效ニ因ル右登記ノ抹消手續ヲ爲シタル場合登記官吏ハ貸金ノ償還ヲ得ル能ハサル債權者ニ對シ損害賠償ノ責ニ任スヘキヤ否ヤヲ按スルニ債權者ノ蒙リタル

損害ハ直接ニ登記官吏ノ職務上ノ懈怠ニ基因スルニ非スシテ土地所有者ノ名義ヲ冒用シタル者カ債權者ニ對シ契約證書僞造行使等ノ欺罔行爲ヲ爲シタルニ因ルモノナリトス前示登記官吏ノ懈怠ハ偶々右ノ欺罔行爲ニ利用セラレタルニ過キス特ニ債權者カ登記義務者ノ不出頭ニ拘ハラス登記ノ申請ヲ爲シタルモノナルニ於テハ債權者モ亦過失ノ責ヲ免ルヽコトヲ得ス要スルニ如上說明ノ理由ニ因リ登記官吏ハ賠償ノ責ヲ有セサルコト明ナリトス、（法曹會決議法曹記事第二十六卷第二號五九頁以下要領）

大審院判決

至當ノ見解ナリト信ス

（三）

度量衡法一三　左ノ各號ノ一ニ該當スル者ハ一年以下ノ懲役又ハ五百圓以下ノ罰金ニ處ス

一　第八條ニ違反シタル者

同　八　左ノ各號ノ一ニ該當スル度量衡器ハ命令ヲ以テ定ムル場合ヲ除ク外販賣シ若ハ販賣ノ爲メ所持シ又ハ取引上若クハ證明上ニ於ケル度量衡ノ計量ニ使用シ又ハ使用ニ供スル爲メ所持スルコトヲ得ス

イ　勅令ノ定ムル公差以上ノ差狂ヲ生シタルモノ

度量衡器法施行令一〇　檢定ヲ行ヒタル度量衡器ハ第一表又ハ第二表ノ種類ニ屬シ農商務大臣ノ定ムル構造ニ關スル規定ニ適合シ且其器差第三表又ハ第四表ノ公差ヲ超ヘサルモノニ限リ之ヲ合格トス（第一表第二表第三表第四表ハ之ヲ省略ス）

刑法五五　連續シタル數個ノ行爲ニシテ同一ノ罪名ニ觸ルルトキハ一罪トシテ之ヲ處斷ス

犯人カ單一意思ノ發動ニ依リ勅令ニ定ムル公差以上ノ差狂アル枡ヲ數回反覆シテ取引上ノ計量ニ使用スルモ其行爲ハ之ヲ包括シテ單純ナル一罪トシテ處斷スヘキモノトス」

【上告趣意】原判決ノ認定スル本件犯罪事實ハ何レモ白米商カ數箇月間勅令所定ノ公

差以上ノ差狂アル一升枡ヲ取引上ノ計量ニ使用セリト云フニ在ルヲ以テ其使用ハ數回反覆續行セラレタルコト洵ニ明カナリ然リ而シテ度量衡法第一三條ニ該當スル犯罪ハ勅令所定以上ノ差狂アル枡ヲ一回取引上ノ計量ニ使用スルコトニヨリテ完全ニ成立スヘキヲ以テ一回ノ使用ヲ以テ一回ノ行爲ト見サルヘカラス然ラハ則チ本件ハ疑モナク刑法第五五條ニ所謂連續犯ニシテ同條ノ適用ヲ俟ツテ始メテ一罪トシテ處斷セラルヘキモノトス然ルニ原判決カ前示法條ヲ適用セス漫然一罪トシテ處斷シタルハ理由不備若クハ法則ヲ適用セサル違法アルモノトス

【判決理由】：勅令ニ定ムル公差以上ノ差狂アル枡ヲ取引上ノ計量ニ使用スル罪ニ在リテハ一回ノミノ使用ニ依リテ該罪ヲ構成スヘキハ所論ノ如クナルモ法律カ其使用行爲ノ反覆セラルヘキコトヲ豫想シタルモノト解釋スヘキヲ以テ犯人カ單一意思ノ發動ニ依リ叙上ノ枡ヲ數回反覆シテ取引上ノ計量ニ使用スルモ其行爲ハ之ヲ包括シテ單純ナル一罪トシテ處斷スヘク連續犯トシテ論スヘキモノニアラス原判決カ此趣旨ニ於テ被告等ノ犯罪行爲ヲ判示シタルコト原判文上明カナルヲ以テ右ノ行爲ニ對シ刑法第五五條ヲ適用セサルハ正當ナリ論旨ハ理由ナシ（大審院大正四年（れ）第二七八七號同年十二月二十五日刑三部棚橋裁判長磯谷堀田柳川中尾各判事判決）

【關係事項】

（四）

上告棄却○原審東京地方裁判所○度量衡法違犯被告事件○被告人白井捨吉外十一名辯護人添田增男同横山勝太郎

肥料取締法一三　肥料營業者ハ其ノ代理人　戸主　同居者雇人其他ノ從業者ニシテ其ノ業務ニ關シ本法又ハ本法ニ基キテ發スル命令ノ規定ニ違反シタルトキハ自己ノ指揮ニ出テサルノ故ヲ以テ處罰ヲ免ルヽコトヲ得ス

同一四　明治三十三年法律第五十二號ハ本法又ハ本法ニ基キテ發スル命令ニ依ル犯罪ニ之ヲ準用ス
明治三十三年法律第五十二號一　法人ノ代表者又ハ其ノ雇人其ノ他ノ從業者法人ノ業務ニ關シ租稅及ヒ葉烟草ニ關スル法規ヲ犯シタル場合ニ於テハ各法規ニ規定シタル罰則ヲ法人ニ適用ス但シ其罰則ニ於テ罰金科料以外ノ形ニ處スヘキコトヲ規定シタルトキハ法人ヲ三百圓以下ノ罰金ニ處ス

(一)肥料分析法ナルモノハ農商務省農事試驗場ニ於テ發行シタル一著作物ニ過キサレハ法令タルノ效力ヲ有セス』

眞實發見ヲ目的トスル裁判上ノ鑑定ニ於テハ學理ノ許容スル範圍ニ於テ自由ナル分析方法ヲ執ルコトヲ得ヘキヲ以テ法定ノ方法ニ依ラサル鑑定ヲ以テ違法ナリト謂フヲ得サルモノトス』

(二)肥料取締法第一三條ハ肥料營業者カ法人ニ非スシテ自然人タル場合ニ於テ適用アル規定ナリ

(一)　肥料分析法ナルモノハ農商務省農事試驗場ニ於テ當事者ノ參考ニ資スルカ爲メニ發行シタル一著作物ニ過キサレハ法令ノ效力ヲ有セサルハ勿論假令法令ニ於テ一定ノ目的ヲ以テ肥料分析法ヲ定メタリトスルモ眞實發見ヲ目的トスル裁判上ノ鑑定ニ於テハ必スシモ之ニ依ルコトヲ要セス學理ノ許容スル範圍ニ於テ自由ナル分析方法ヲ執ルコトヲ得ヘキヲ以テ法定ノ方法ニ依ラサル鑑定ヲ以テ違法ナリト論スヘカラス而シテ其方法カ果シテ眞實ノ發見ニ適當ナリヤ否ヤ又其鑑定ノ結果カ信ヲ措クニ足ルヘキカ否ヤハ一ニ繫リテ事實裁判所ノ自由判斷ニ存スルモノト謂ハサルヘカラス

(二)　法人ノ代表者又ハ其雇人其他ノ從業者カ法人ノ業務ニ關シ肥料取締法及ヒ同法

ニ基キテ發スル命令ニ違背セル罪ヲ犯シタル場合ニ於テハ肥料取締法第一四條ニ依リテ明治三十三年法律第五二號ノ準用アルヲ以テ肥料營業者ハ其代理人戸主家族同居者雇人其他ノ從業者カ其業務ニ關シ肥料取締法又ハ同法ニ基キ發スル命令ニ違反シタル場合ニ於テ罪責ヲ負フヘキ旨ノ規定ヲ爲セル肥料取締法第一三條ハ肥料營業者カ法人ニ非スシテ自然人タル場合ニ於テ適用アル規定ナリト解スヘキモノトス故ニ本件ノ如キ法人タル株式會社ノ肥料取締法違犯事件ニ付キ同條ヲ適用セサリシ原判決ハ相當ナリ（大審院大正四年（れ）第三〇四九號同年十二月二十四日刑一部末弘裁判長遠藤平野谷野中尾各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審東京地方裁判所○肥料取締法違反被告事件被告人鈴木儀左衞門辯護人水野豐

（五）

明治二十八年三月警視廳令第二號宿屋營業取締規則第一條第二號所定ノ下宿營業トハ少クモ食料座敷料ノ兩者ヲ併セ受ケテ人ヲ寄宿セシムルヲ謂フモノトス』

明治二十八年三月警視廳令第二號宿屋營業取締規則第一條第二號所定ノ下宿營業トハ少クモ食料座敷料ノ兩者ヲ併セ受ケテ人ヲ寄宿セシムルヲ謂フモノニシテ食料ヲ受ケス單ニ座敷料ノミヲ受クルモノハ右ニ該當セサルコト該規定ノ解釋上疑ヲ容レス而シテ原判決ノ確定セル事實ニ依レバ本件被告ハ單ニ毎月金三圓若クハ五圓位宛ノ座敷料ヲ受ケテ人ヲ宿泊セシメタルニ過キサルコト明白ナレハ之ヲ以テ右宿屋營業取締規則ニ違反スル行爲ナリト爲スヲ得ス（大審院大正四年（れ）第二九九五號同年十

大阪區裁判所判決

二月二十一日刑一部末弘裁判長遠藤平野谷野堀田各判事判決）

【關係事項】

破毀自判○原審東京地方裁判所○宿屋營業取締規則違反被告事件○被告人田中健次郎辯護人石川豐之助

【參照同旨趣學說】

明治二十八年三月警視廳令第二號宿屋營業取締規則第一條第二號ニ所謂下宿トハ一月定ノ食料座敷料等ヲ受ケテ人ヲ寄宿セシムルモノヲ謂フ（法學士小濱松次郎氏警察行政要義七六七頁）

至當ノ判決ナリト信ス

（六）

不動產登記法二七　判決又ハ相續ニ因ル登記ハ登記權利者ノミニテ之ヲ申請スルコトヲ得

不動產登記法第二七條ノ判決中ニハ轉付命令ヲ包含セサルモノトス

被告ハ抵當權ト共ニ債權ヲ移轉スル傳付命令ヲ以テ不動產登記法第二十七條ノ判決ニ該當スルモノナリト爲シ之ニ基キ登記權利者タル原告ハ登記義務者タル被告ト共ニ爲スコトナク單獨ニテ抵當權移轉登記ノ申請ヲ爲スコトヲ妨ケスト抗爭スルトモ本來債務者カ登記申請ニ關スル意思表示ヲ爲スヘキ場合ニアリテハ債務ノ性質カ行ヲ爲スヲ許サヽルカ故ニ若シ債務者ニシテ登記申請ニ應セサルコトアランカ法律ハ債務者ニ對シ右意思表示ヲ爲スヘキコトヲ言渡ス判決ヲ受ケシメ其判決ノ確定ヲ以テ該表意ヲ爲シタルモノト看做シ債權者ハ此判決ヲ以テ債務者ノ意思表示ニ代フルコトヲ得ルモノト爲シタルナリ從テ本件ノ場合ニ於テ登記權利者タル原告カ單獨ニテ抵當權移轉登記ノ申請ヲ爲サントスルニハ必スヤ登記義務者タル被告カ係爭ノ

（一二八）

大審院判決

抵當權ヲ原告ニ移轉スル登記手續ヲ爲ス旨ノ判決ヲ得其確定スルヲ待テ此判決ニ基キ登記ノ申請ヲ爲スニアラスンハ到底抵當權ノ移轉效果ヲ發生セシムルコトヲ得ス果シテ然ラハ債務者タル被告カ第三債務者ニ對シ有スル債權ヲ之カ擔保タル本件ノ抵當權ト共ニ債權者タル原告ニ轉付スル旨ヲ命シタルニ止マリ何等債務者タル被告ノ抵當權移轉登記申請ニ關スル意思表示ノ存スルコトヲ記載セサル本件轉付命令ノ如キ畢竟是レ抵當權付債權ノ移轉ノ效力アルニ過キスシテ之ニ基キ原告ハ到底單獨ニテ登記申請ヲ爲シ得ヘカラス換言スレハ不動產登記法第二十七條ノ規定中ニハ轉付命令ヲ包含セサルモノナリト解スルヲ妥當トス（大阪區大正五年（ハ）二三九號同年二月一日松山精一判決法律新聞第一〇八三號）

（一二九）

【關係事項】

抵當權移轉登記手續請求事件○原告加藤松藏訴訟代理人辯護士奥戸善之助被告植野留吉訴訟代理人辯護士河村訓

（七）

新聞紙法四一　安寧秩序ヲ紊シ又ハ風俗ヲ害スル事項ヲ新聞紙ニ掲載シタルトキハ發行人編輯人ヲ六月以下ノ禁錮又ハ二百圓以下ノ罰金ニ處ス

苟クモ客觀的ニ安寧秩序ヲ紊亂スル記事ヲ新聞紙ニ掲載シタル以上ハ掲載者自ラ其記事ヲ以テ安寧秩序ヲ紊亂スルモノニ非スト思惟セル場合ト雖モ尚ホ犯罪ノ成立ヲ妨ケサルモノトス

〔上告趣意〕原判決カ本件被告ニ安寧秩序紊亂ノ意思アリシ事實ヲ認定セスシテ有罪トナシタルハ不法ナリ

〔判決理由〕本件犯罪ノ構成ニハ必スシモ安寧秩序ヲ紊亂スルノ意思アルヲ要セス苟クモ客觀的ニ安寧秩序ヲ紊亂スル記事ヲ新聞紙ニ掲載シタル以上ハ掲載者自ラ其記事ヲ以テ安寧秩序ヲ紊亂スルモノニ非スト思惟セル場合ト雖モ尙ホ犯罪ノ成立ヲ妨ケサルヲ以テ論旨ハ理由ナシ（大審院大正四年（れ）第二三三五號同年十月二十二日刑一部末弘裁判長遠藤平二野谷野中西各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審高知地方裁判所○新聞紙法違反被告事件○被告人渡邊元曉外一名辯護人末繁彌次郎同眞下五郎

（參照スヘキ判例）

本書第二卷諸法第一四〇頁以下

至當ノ判決トス

（八）

衆議院議員選擧法八七第一項第三號　選擧ノ前後ヲ問ハス左ノ各號ニ該當スル所爲アル者ハ一月以上一年以下ノ輕禁錮ニ處シ又ハ十圓以上百圓以下ノ罰金ニ處ス

三　選擧ニ關シ選擧人又ハ其ノ關係アル社寺學校會社組合市町村等ニ對スル用水小作債權寄附其ノ他利害ノ關係ヲ利用シ選擧人ヲ誘導シタル者及其ノ誘導ニ應シタル者

刑法五四　一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸レ又ハ犯罪ノ手段若ハ結果タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ルトキハ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス

裁判所構成法九一　書記ハ其ノ上官ノ命ニ從フ

裁判所ノ開廷ニ於テハ裁判長ノ命令ニ從ヒ又判事一人ナルトキハ其ノ判事ノ命令ニ從フ

書記ハ檢事局ニ勤務スルトキ又ハ特別ノ事務ニ付判事若ハ檢事ニ附屬シタルトキモ亦其ノ檢事局又ハ判事若ハ檢事ノ命令ニ從フ

明治十五年三月二十七日司法省達　勅奏任官華族勳六等以上ノ者從六位以上ノ者カ現行犯ニアラサル禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ罪ヲ犯シタルトキハ當該檢事ヨリ司法大臣ニ具狀シ司法大臣ヨリ其事由ヲ奏聞シテ後起訴ノ處分ヲ爲スヘキモノトス

（一）債務者カ任意ノ履行ヲ爲スト否トハ債權者ノ利害ニ關スルコト尠カラサルカ故ニ斯カル關係ヲ利用シ以テ選擧人ヲ誘導スル所爲ハ衆議院議員選擧法第八七條第一項第三號ニ該當スルモノトス』

（二）單一ノ行爲ヲ以テ數人ノ有選擧權者ヲ誘導シタル場合ハ單一罪ヲ爲スモノニ非スシテ一行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルルモノトス』

（三）豫審判事ハ必要ニ應シ又ハ便宜ニ從ヒ其管轄內ノ何レノ場所ニ於テモ被告人又ハ證人ノ訊問ヲ爲シ得ヘキモノトス』

（四）裁判所書記カ上官ノ命令ニ依リ他ノ裁判所書記ヲ臨時代理スルコトハ法律ノ禁スル所ニ非ス』

（五）帶勳位者ニ對スル起訴ニ付テノ奏聞ノ手續ノ如キハ檢事ノ職務執行ニ關スル訓令ノ定ムル所ニ過キサレハ訴訟記錄ニ依リテ之ヲ證明スルコトヲ要セサルノミナラス假令其手續ニ欠缺アリトスルモ訴追ヲ無效ナラシムヘキモノニ非ス』

（一）原判決ノ事實及ヒ證據理由ニ依レハ被告角五郎カ其實兄兩人ノ債務ノ爲メ被告孫次郎外五銀行ニ對シ保證ヲ爲シタルニ因リテ同債權者ヨリ履行ノ請求ヲ受ケタル債務額ハ第一回年賦金ニ過キサルコト並ニ該年賦金ノ最低額ハ元本ノ二割卽チ二千四百圓ニシテ之ヲ超過スル部分ニ付テハ之ヲ支拂フト否トハ角五郎ノ自由ニ屬シ債

權者ニ於テ其支拂ヲ强要スルコトヲ得スシテ而カモ之ヲ懇請シタル事實明カナリ而シテ原院カ判示ノ證據ニ依リテ右約旨ヲ認定シタルハ其職權ヲ通法ニ行使シタルニ外ナラサルノミナラス邦語二割以上トハ二割若クハ之ヲ超過スル額ト解スルヲ通常トスルヲ以テ右解釋ハ毫モ條理ニ悖反スル所アリト謂フヘカラス然ラハ則チ被告角五郎カ單ニ右年賦金最低額二千四百圓ノミノ支拂ヲ爲シテ止ムト過テ債權者ノ請求ニ從ヒ之ヲ超過スル三千圓ヲ支拂フトハ債權者ノ利害ニ關スルヤ固ヨリ論ナク被告角五郎カ此關係ヲ利用シ右三千圓ノ支拂ヲ承諾スルニ代ヘ債權者タル被告孫次郎外二名ノ有選擧權者ヲシテ被告角五郎ニ投票セシムル樣誘導セシコトヲ企テ被告一郎要太郎ニ其情ヲ告ケ相共謀シテ被告一郎ハ右誘導ノ趣旨ヲ被告孫次郎等ニ通告シ被告孫次郎ハ其誘導ニ應シタルモノナルコト原判旨ニ依リ明白ニシテ其事實亦原判決ニ擧示セル證據ニ依リ之ヲ確認スルニ餘アリ又原判文末段ニ「其代リ今回ノ選擧ハ宜シク賴ム云云」トアル其代リトハ其代價若クハ報酬トシテトノ意ニ解スヘク交換ノ意チ含メルコト自ラ瞭然タレハ卽チ相手方ニ利益ナル年賦金二割五分ノ支拂承諾ヲ以テ投票ヲ得ルノ餌ニ供シタル趣旨ニ外ナラスシテ其所爲衆議院議員選擧法第八七條第一項第三號ニ所謂利害關係ヲ利用シタルモノニ該當スルヤ疑ヲ容ルヘカラサルノミナラス假リニ右年賦金ノ支拂ハ被告角五郎ノ負擔セル當然ノ債務ヲ履行シタルニ過キサルモノトスルモ其任意ノ履行ヲ爲スト之ヲ拒絕スルトハ債權者ノ利害ニ關スルコト尠シト謂フヘカラス蓋シ債權者カ債務者ノ任意履行ヲ受クルノ簡便ニシテ有利ナル到底强制執行手續ノ煩雜遲緩ニシテ往々極メテ不利ノ結果ヲ生スルニ比スヘカラサレハナリ故ニ苟モ斯カル利害關係ヲ利用シ以テ選擧人ヲ誘導スル所爲ハ同シ

ク前示法條ニ該當スルモノト謂ハサルヲ得ス債務ノ履行自體カ適法ナルハ毫モ其之ヲ利用スル目的ノ有害不法ナルカ爲メ兩者相俟テ犯罪ヲ構成スルコトヲ妨クルノ理アルヘカラサルナリ

（二）單一ノ行爲ヲ以テ數人ノ有選擧權者ヲ誘導シタル場合ハ誘導行爲ハ一ナルモ數人ノ選擧權ニ關スル法益ハ之カ爲メ各別ニ侵害セラレタルモノナルヲ以テ單一罪ヲ成スモノニ非ス一行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルヽモノト謂ハサルヲ得ス

（三）【上告趣意】豫審判事ノ被告人ノ取調ハ裁判所內ニ於テ爲スヲ原則トス唯被告人及證人カ疾病其他正當ノ事由ニヨリテ召喚ニ應スルコト能ハサル等法定ノ原因アル場合ニ限リ裁判所外ニ於テ取調ヲ爲スコトヲ得ルニ過キス本件ニ於テ豫審判事ハ被告人鳥山一郎被告人要太郎及ヒ證人福岡松五郎ノ第一回訊問ヲ爲スニ當リ豫審判事ノ所屬廳タル廣島地方裁判所尾道支部豫審廷ニ於テ取調ヲ爲サス福山警察署ニ於テ取調ヲ爲シタル事ハ以上各豫審調書ニ依リ明白ナリ而シテ右福山警察署ニ於ケル取調ハ何等法定ノ原因アル場合ニ該當セス從テ右訊問ハ違法ニシテ其調書モ亦無效ナルモノナルニ原判決カ之ヲ採テ以テ斷罪ノ資料ニ供シタルハ不法ナリ

【判決理由】豫審判事ハ必要ニ應シ又ハ便宜ニ從ヒ其管轄內ノ何レノ場所ニ於テモ被告人又ハ證人ノ訊問ヲ爲スコトヲ得ヘキヲ以テ論旨ハ理由ナシ

（四）【上告趣意】原判決ハ證人福岡松五郎第二回豫審調書ヲ證據ニ採用シタリ依テ同調書ヲ見ルニ廣島地方裁判所尾道支部裁判所書記代理福山區裁判所書記赤城幸之助ト記載シアリ而シテ判事ニ付テハ裁判所構成法ニ代理ノ規定アルモ書記ニ付テハ代理ノ規定ナキヲ以テ福山區裁判所書記カ尾道支部裁判所書記ノ代理トシテ豫審調書ヲ

作成シタルハ違法ナリ從テ之ヲ採用シタル原判決ハ採證法ニ違反セリ

【判決理由】裁判所書記カ上官ノ命令ニ依リ他ノ裁判所書記ヲ臨時代理スルコトハ法律ノ禁スル所ニ非サルヲ以テ論旨ハ理由ナシ

（五）【上告趣意】被告角五郎ハ勳三等瑞寶章ヲ拜受シ居ル身分ナルヲ以テ之ニ對シ選擧法違反ノ公訴ヲ提起スルニ當リテハ御裁可アルコトヲ要ス然ルニ此手續ヲ踐行セスシテ輙スク公訴ヲ提起シタルハ違法ナルヲ以テ本件公訴ハ之ヲ受理セストノ御判決アランコトヲ求ム

【判決理由】所論被告ニ對スル起訴ニ付テノ奏聞ノ手續ノ如キハ檢事ノ職務執行ニ關スル訓令ノ定ムル所ニ過キスシテ素トヨリ訴訟記錄ニ依リテ之ヲ證明スルコトヲ要セサルノミナラス假令其手續ニ欠缺アリトスルモ訴追ヲ無效ナラシムヘキモノニ非サルヲ以テ論旨ハ上告ノ理由トナラス（大審院大正四年（れ）第一九九三號同年十二月三日刑一部末弘裁判長遠藤平野谷野中西各判事判決）

大審院

【關係事項】

上告棄却○原審廣島控訴院○衆議院議員選擧法違反被告事件○被告人井上角五郎外三名辯護人磯部四郎同岡田泰藏同岡崎正也同江橋治郎同小出五郎同鵜澤總明同高木益太郎同花井卓藏同渡邊澄也同後藤德太郎同小川平吉同澤田薫同廣岡宇一郎同翠川鐵三同岩崎勳同戸水寛人同赤尾藤吉郎

【一點參照判例】

一　衆議院議員選擧法第八十七條第一項第三號末文ニハ單ニ其他利害ノ關係トノミ規定シアリテ其利害關係ニ付キ何等ノ制限ヲ設ケサルヲ以テ苟モ選擧ニ關シ選擧人ノ利害ニ關スルモノハ其何タルヲ問ハス總テ之ヲ包含スルモノト解スルヲ相當トス（大審院刑事判決錄大正元年一三二一頁）

二　衆議院選擧法第八十七條第一項第二號ニ所謂饗應トハ選擧ニ關シテ飲食物ノ供與ニ因リ他人ヲ歎待スル謂ナレハ選擧運動者ニ對シ其選擧運動ニ付キ必要ナル飲食物ヲ供與スルコトハ同號ノ所謂饗應ナル觀念中ニ包含セサルモノトス（大審院刑事部判決大正元年一一九一頁）

大審院

【二點參照判例】

衆議院議員選擧法第八十七條第一項第三號ノ規定ニ違背シ單一ノ行爲ナリトスルモ同時同所ニ於テ二名ノ選擧權ヲ有スル者ヲ誘導シタル場合ハ單一ノ犯罪ヲ構成スルモノニ非ス一行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルヽモノナリトス（大審院刑事判決錄大正元年一三二一頁）

大審院

【三點參照判例】

一　豫審判事ハ所屬裁判所ノ管轄區域內ニ限リ必要若クハ便宜ナリト認ムルトキハ裁判所外ニ於テ證人ヲ訊問スルモ違法ニ非ス（大審院刑事判決錄四三年一三六四頁）

二　豫審判事カ必要若クハ便宜ナリト認メタルトキハ裁判所外ニ於テ證人ヲ訊問スルモ不法ニ非ス（大審院刑事判決錄四〇年六二二頁）

本判決ハ一時世間ノ耳目ヲ聳動セシメタル井上角五郎氏選擧法違反ニ對スルモノタリ第二點以下ノ判旨各點ハ至當ナルモ第一點ハ徹頭徹尾吾人ノ推服シ得サル所ナリ仍チ吾人ノ所見ニ據レハ債務ノ履行ハ選擧法第八十七條第一項第三號ニ所謂利害關係ノ範圍ニ包含セサルモノト信スルナリ（一）勿論判旨ノ如ク法文上利害關係ヲ制限シタル文字ナシト雖モ選擧ノ報償的意味ヲ有セサル正當債務ノ支拂ノ如キハ利害關係ナル法文ヨリ除外セラルヘキハ債務ノ履行カ法律ノ要求スル所ノ適法且必要ナル行爲ナルノミナラス之ヲ同條第四號ニ對照スルモ明ナリ（二）之ヲ同條文理ニ照スモ用水小作……債權其他ノ利害關係云々トアリ皆權力ノ方面ヨリ之ヲ立言シ毫モ勞働的關係ヲ規定セサルニ徵スルモ明ナルノミナラ

ス（三）更ニ最近大審院刑事部ニ於テ夫ノ選擧運動者ニ實費ヲ給シ又食事ヲ供スル事カ社交ノ通義ナルヲ以テ選擧ノ公正ヲ害スルモノニ非スト判旨シタルニ對比勘案スルモ右債務ノ履行ヲ法文ノ利害關係中ニ包容セシムルハ不當ナリト論定セサルヘカラス只同條立法ノ精神ノ貫徹ヲ見ル上ニ於テ上掲純理ヲ主張スルノ當否如何ニ至リテハ猝ニ判シ難キモ吾人ハ此點ノミヲ以テハ純理ヲ覆スニ足ラスト信スルモノナリ

大審院判決

（九）

衆議院議員選擧法八〇　選擧ノ效力ニ異議アル選擧人ハ選擧長ヲ被告トシ選擧ノ日ヨリ三十日以内ニ控訴院ニ出訴スルコトヲ得

前項控訴院ノ判決ニ不服アル者ハ大審院ニ上告スルコトヲ得

民事訴訟法二三一第一項　裁判所ハ申立テサル事物ヲ原告若クハ被告ニ歸セシムル權ナシ

同　一〇三　判決裁判所ニ於ケル訴訟ニ付テノ當事者ノ辯論ハ口頭ナリトス但此法律ニ於テ口頭辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲スコトヲ定メタルトキハ此限ニ在ラス

衆議院議員選擧ノ效力ニ關スル異議ノ訴ハ選擧人ニ非レハ之ヲ提起スルコトヲ得サルヲ以テ當該選擧ニ於ケル選擧人タルコトハ原告ノ應ニ主張シ證明スヘキ事實ナリトス」

原告カ其選擧人タル事實ヲ主張シ立證シタルコトナキニ拘ハラス市町村長ノ證明書ニヨリ其事實ヲ認定シタルハ口頭辯論ヲ經サル書證ヲ裁判ノ資料ニ供シタル違法アルノミナラス原告ノ申立テサル事物ヲ原告ノ利益ニ歸セシメタル違法

アルモノトス」

【上告論旨】凡ソ選擧無效ノ訴訟ハ選擧人ニ非サレハ之ヲ提起スル能ハサルコトハ衆議院・議員選擧法第八〇條ノ規定スルトコロナリ故ニ被上告人等（原告等）カ本件ノ如キ訴ヲ提起セント欲セハ先ツ係爭選擧ニ於テ選擧權ヲ行使シタル選擧人タル事實ヲ主張シ之ヲ證明セサル可カラス換言スレハ被上告人（原告）ニシテ選擧人タルコトヲ理由トシテ選擧無效ノ訴ヲ提起セント欲セハ第一ニ自己ハ其選擧ニ於テ選擧權ヲ行使シタルモノ即チ選擧人タルコトヲ證明シ第二ニ其選擧ノ無效ナル所以ノ事實ヲ證明セサル可カラス原判決及口頭辯論調書ヲ一覽スルニ選擧カ無效ナリトスル所以ノ事實ニ付テハ當事者ノ口頭辯論ニ於テ審理セラレタルモ被上告人（原告）等カ選擧人タルノ事實ニ付テハ口頭辯論ヲ經タル形跡無シ又此ノ點ニ關シ被上告人（原告等）ハ何等事實上ノ主張及ヒ之ニ對スル證明方法ヲ爲シタル形跡無キコトハ本件口頭辯論調書及ヒ原判決中被上告人（原告）ノ主張セル事實ノ掲示トシテ記載セルトコロニ依ルモ此ノ點ニ關シ何等記載スルトコロ無キニ依リ明白ナリ而シテ原判決ノ末段ニ於テ「原告等カ云云選擧人タルコトハ各々其所轄市町村長ノ證明ニ依リ明カニシテ云云ト說明シタリ然レトモ原判決ハ被上告人（原告）等カ衆議院議員選擧法第八〇條ノ所謂選擧人ナルヤ否ヤノ點ニ付キ何等口頭辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲シタル失當アルモノニシテ原判決ハ破毀ヲ免カレス又原判決ハ其末段ニ於テ而シテ原告等カ前記ノ選擧ニ於テ選擧權ヲ行使シタル選擧人ナルコトハ各々其所轄市町村長ノ證明ニ依リ明カニシテ云云ト說明セラレタリ右說明ノ如ク各々其所轄市町村長ノ證明ナクンハ被上告人（原告）等

カ係爭選擧ニ於テ選擧權ヲ行使シタル選擧人ナルコトハ之ヲ認ムルニ由ナシ然ルニ之ヲ認ムルコトヲ得ル所以ハ原判決說明ノ如ク其各々所轄市町村長ノ證明アルカ爲メナリ然レトモ其所轄市町村長ノ證明ナルモノハ口頭辯論ニ現ハレタリト認ムヘキモノナシ又口頭辯論ノ際訟廷ニ現ハレ審理ノ目的ト爲リタルコトヲ認ムル能ハス何トナレハ右所轄市町村長ノ證明ナルモノハ口頭辯論調書ニ依ルモ又原判決中原告ノ事實上ノ主張トシテ摘示シタルトコロニ依ルモ被上告人（原告）カ之ヲ口頭辯論ノ際訟廷ニ提出シタリト認ムヘキ何等ノ記載無キノミナラス上告人モ之ニ對シ何等ノ陳述ヲ爲シタルコト無ク又裁判所モ之ニ付キ何等ノ取調ヲ爲シタルコトヲ認ムヘキモノ毫モ存セサレハナリ之ヲ要スルニ原判決ハ口頭辯論ヲ經サル書證ナ裁判ノ資料ニ供シタル違法アルノミナラス民事訴訟法第二三一條ノ所謂裁判所ハ當事者卽チ被上告人（原告）ノ申立テサル事物ヲ被上告人（原告）ノ利益ニ歸セシメ以テ第一ノ爭點ヲ決シタル違法アルモノト思考ス故ニ原判決ハ此點ニ於テモ亦破毀ヲ免カレス

【判決理由】衆議院議員選擧ノ效力ニ關スル異議ノ訴ハ選擧人ニ非サレハ之ヲ提起スルコトヲ得サルハ衆議院議員選擧法第八〇條ノ法文上明ナル所ナリ本訴カ石川縣金澤市及同縣郡部ニ於ケル衆議院議員選擧ノ效力ニ關スル異議ノ訴ナルコトハ其訴旨ニ徵シテ明白ナレハ本書ノ原告タル被上告人ハ當該選擧ニ於ケル選擧人タルコトヲ要シ此事實ハ實ニ本訴ヲ理由アラシムルニ缺ク可ラサルモノニシテ原告タル被上告人ノ應ニ主張シ證明スヘキノ事實タリ而モ之ヲ原判決ニ於ケル事實ノ摘示及原審口頭辯論調書ニ徵スルニ被上告人カ其事實ヲ主張シ立證シタルコト若クハ上告人カ之ヲ認メタルノ事蹟ハ一モ之ヲ見ルヘキモノナシ然レハ原院カ市町村長ノ證明書ニ依

リ被上告人ノ選擧人タルコトヲ認定シタルハ當事者ノ主張セサル事實ヲ自ラ確定シタルモノト謂フ可シ當事者ノ口頭辯論ニ於テ主張セサル事實ヲ確定シ又ハ當事者ノ口頭辯論ニ於テ申出テサル證據方法ニ依リ事實ヲ確定スルコトヲ得サルハ辯論主義ヲ採レル民事訴訟法ノ原則上許ササル所ナレハ原院カ被上告人ノ主張セサル選擧人タル事實ヲ確定シ剩サヘ口頭辯論ニ於テ證據方法トシテ申出テサル市町村長ノ證明書ヲ其資料ト爲シタルハ明ニ法律ニ違背シテ事實ヲ確定シタルモノナリ原判決ハ破毀ヲ免カレス（大審院大正四年（オ）第一〇二〇號同五年三月十七日民一部田部裁判長榊原尾古岩田嘉山各判事判決）

【關係事項】破毀移送○原審名古屋控訴院○選擧無效請求事件○上告人石川縣知事太田政弘訴訟代理人辯護士江木衷同岩田宙造同横井伊佐美上告從參加人櫻井兵五郎訴訟代理人辯護士大場茂馬同大井靜雄同中村泰治同從參加人田中喜太郎訴訟代理人辯護士岸清一同佐伯彙次郎被上告人堀俊明外四名訴訟代理人辯護士原嘉道同今井嘉幸同川崎齋一郎

純理上秋毫モ批難ヲ挾ム可キ餘地ナシ之レ蓋シ辯論主義ヲ採用セル我民事訴訟法上口頭辯論ヲ經サル書證ヲ裁判ノ資料ニ供シタルカ如キハ顯著ナル違法タルヲ以テナリ唯大審院ノ從來ノ方針ニ鑑ミ望蜀的ニ之ヲ評セハ膠桂鼓瑟ノ憾ナキカ或ハ窮餘ノ判決ニハ非ルカ。

（一〇）

明治二十六年三月法律第五號取引所法舊規定二五　取引所外ニ於テ取引所ノ定期取引ト同一又ハ類似ノ方法ヲ以テ賣買取引ヲ爲スコトヲ得ス

高田米穀取引場ハ會員組織ノ取引所ナルヲ以テ轉賣買戻ノ方法ニ依ル定期取引ヲ爲スコトヲ得サルモノトス」

明治二十六年三月四日法律第五號取引所法舊規定第二五條ニハ取引所外ニ於テ取引所ノ定期取引ト同一又ハ類似ノ方法ヲ以テ賣買取引ヲ爲スコトヲ得ストアリ而シテ右取引所ニハ株式會社組織ノ取引所アリ又會員組織ノ取引所アリテ各其定期取引ノ方法ヲ異ニス本件高田米穀取引場ハ會員組織ノ取引所ナルヲ以テ株式會社組織ノ取引所ニ於ケルカ如ク轉賣買戻ノ方法ニ依ル定期取引ヲ爲スヲ得ス則チ高田米穀取引所ハ轉賣買戻ノ方法ヲ用ヰテ定期取引ヲ爲スヘキ取引所ニアラサルナリ故ニ高田米穀取引所ニ於テ轉賣買戻ノ方法ニ依リ定期取引ヲ爲スハ則チ株式會社組織ノ取引所外ニ於テ其取引所ノ定期取引ト同一又ハ類似ノ方法ヲ以テ賣買取引ヲ爲シタルモノトシテ該法條ノ制裁ヲ免カルルコト能ハサルモノト謂ハサルヘカラス左レハ原判決カ會員組織ノ取引所タル高田米穀取引所ニ於テ株式會社組織ノ取引所ニ對シテノミ特ニ認許セラルル轉賣買戻ノ方法ニ依リ日計ナル取引ヲ爲シタル行爲ヲ目シテ取引所外ニ於テ爲シタル取引所ノ定期取引ト同一若クハ類似ノ方法ヲ以テセル賣買取引ト做シ前揭取引所法第二五條ヲ適用シタルハ相當ナリ（大審院大正四年（れ）第三一四六號同五年一月二十七日刑二部鶴裁判長鶴見磯谷平野藤波各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○取引所法違反等被告事件○被告人新井末吉外一名辯護人米田實同大塚守穆同阪本彌一郎

（一一）

非訟事件ニ於テハ裁判所ハ職權ヲ以テ事實ノ探知及ヒ必要ト認ムル證據調ヲ爲スモノナルヲ以テ裁判所カ證據ニ依リ或事實ノ認定ヲ爲シ得ヘキトキハ當事者ノ申立テタル唯一ノ證據方法ト雖モ必スシモ其證據調ヲ爲スコトヲ要セサルモノトス」

非訟事件手續法一一　裁判所ハ職權ヲ以テ事實ノ探知及ヒ必要ト認ムル證據調ヲ爲スヘシ

非訟事件ニ於テハ裁判所ハ職權ヲ以テ事實ノ探知及ヒ必要ト認ムル證據調ヲ爲スヘキモノナルコト非訟事件手續法第一一條ニ規定スル所ナレハ裁判所カ證據ニ依リ或事實ノ認定ヲ爲シ得ヘキトキハ當事者ノ申立テタル唯一ノ證據方法ト雖モ必スシモ其證據調ヲ爲スコトヲ要セサルモノトス本件ニ於テ親族會員佐村佐藏ハ金枝家ノ緣故者ナルコトハ原裁判所カ證人ノ證言ニ依リ確定セル所ナレハ抗告人ノ申出テタル證據申請ヲ却下シテ判斷ヲ爲シタルハ違法ニ非ス（大審院大正四年（ク）第六五一號同年十二月十四日民一部田部裁判長大倉榊原尾古岩田各判事決定）

【關係事項】

抗告棄却○原審熊本地方裁判所○親族會員選定決定ニ對スル抗告事件○抗告人岡本又五郎代理人辯護士山隈康同大野愼作同小山令之

（一二）

人事訴訟法二六　第一條第二項第三項第二條第三條及ヒ第五條乃至第十八條ノ規定ハ養子緣組事件ニ之ヲ準用ス

同上一一　婚姻事件ノ被告カ第一審ニ於ケル最初ノ辯論ノ期日ニ出頭セサルトキハ更ニ其期日ヲ定ムルコトヲ要ス

但被告カ公示送達ニ依リテ呼出ヲ受ケタル場合ハ此限ニ在ラス

前項ノ場合ヲ除ク外被告カ期日ニ出頭セサルトキト雖モ辯論ヲ命シ且判決ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ民事訴訟

法第二百四十八條及ヒ第四百二十九條ノ規定ヲ適用セス

前二項ノ規定ハ反訴ノ被告ニ之ヲ適用ス

民事訴訟法**四二九**　被控訴人口頭辯論ノ期日ニ出頭セサル場合ニ於テ出頭シタル控訴人ヨリ闕席判決ノ申立ヲ爲ストキハ第一審ノ憑據ト爲リタルモノニ牴觸セサル控訴人ノ事實上ノ供述ハ被控訴人之ヲ自白シタルモノト看做シ且第一審裁判所ノ事實上ノ確定ヲ補充シ若クハ辯駁スル爲メ控訴人ノ申立テタル證據調ハ既ニ之ヲ爲シ及ヒ其結果ヲ得タルモノト看做シ闕席判決ヲ爲ス

養子緣組事件ノ控訴審ノ口頭辯論期日ニ第一審ノ原告タル被控訴人カ出頭セサルトキハ民事訴訟法第四二九條ノ規定ニ從ヒ控訴人ノ申立ニ因リ缺席判決ヲ爲スヘキモノトス」

【上告論旨】原判決ハ上告人カ原審大正三年十一月三日ノ口頭辯論期日ニ缺席セルニ拘ラス缺席判決ヲ爲サス對席判決ヲ以テ上告人ニ敗訴ノ言渡ヲ爲シタルコト記錄ニ徵シ洵ニ明カナル所ナリ或ハ原判決ハ人事訴訟手續法第一一條第二項ニ則リタル可シト雖モ該條項ハ專ラ第一審ノ被告ニ對スル規定ニシテ之ヲ控訴審ノ被控訴人ニ準用スヘキ規定ニ非ス即チ原判決ハ訴訟手續ニ違背シ因テ以テ不當ニ判決シタル不法アルモノト思料ス

【判決理由】人事訴訟手續法第二四條以下ニ依レハ養子ノ離緣ヲ目的トスル訴ハ養子緣組事件ナリ而シテ同法第二六條ニ依リ養子緣組事件ニ準用セラルル第一一條第二項ニ「前項ノ場合ヲ除ク外被告カ期日ニ出頭セサルトキト雖モ辯論ヲ命シ且ツ判決ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ民事訴訟法第二四八條及ヒ第四二九條ノ規定ヲ適用セス」トアルハ人事訴訟ニ付テハ被告ニ對シ缺席判決ヲ許ササルノ趣旨タルニ止マルコトハ「被告カ期日ニ出頭セサルトキト雖モ云云」ノ明規ニ徵シ疑ヲ挾ム餘地ナキヲ以テ

養子緣組事件ノ控訴審ノ口頭辯論期日ニ第一審ノ原告タル被控訴人カ出頭セサルトキハ民事訴訟ノ一般法タル民事訴訟法第四二九條ノ規定ニ從ヒ控訴人ノ申立ニ因リ缺席判決ヲ爲スヘキモノトス然レハ本件ニ於テ被控訴人トシテ原裁判所ニ出頭セサリシ上告人ハ第一審ノ原告ナレハ民事訴訟法第四二九條ヲ適用セスシテ判決ヲ爲スコトヲ得サルモノナルニ拘ラス原判決カ同條ヲ適用セス證據ニ基キ非缺席判決ヲ爲シタルハ失當ニシテ上告ハ理由アリ（大審院大正三年（オ）第九三三號同年十二月十一日民三部横田裁判長大倉岩田嘉山三宅各判事判決）

【關係事項】

破毀差戻○原審長崎控訴院○養子離緣請求事件○上告人立石たか訴訟代理人辯護士添田培男被上告人立石賢太訴訟代理人辯護士長峰安三郎

至當ノ判決ナリト信ス

（一三）

不動産登記法六四　第五十六條及ヒ第五十七條ノ規定ハ登記ノ更正ヲ爲ス場合ニ之ヲ準用ス

不動産登記法ニ所謂登記ノ更正トハ既存ノ登記ニ錯誤又ハ遺漏アル爲メ其一部ノ附加又ハ抹消ニ依リテ之ヲ訂正スル場合ヲ謂フモノトス」

不動産登記法ニ所謂登記ノ更正ト稱スルハ既存ノ登記ニ錯誤又ハ遺漏アル爲メ其一部ノ附加又ハ抹消ニ依リテ之ヲ訂正スル場合ヲ謂フモノトス從テ登記更正ノ方法ニ依リ不動産保存ノ先取特權ノ登記ヲ之ト全ク異ナリタル不動産工事ノ先取特權ノ登記ニ變更スルコトヲ得ルモノニアラス（大審院大正四年（オ）第四五一號同年十二月二十

三日民二部馬場裁判長田上入江鈴木三宅各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○修繕工事請負契約無效確認登記抹消請求事件○上告人長尾松太郎訴訟代理人辯護士後藤德太郎被上告人若林市郎右衛門訴訟代理人辯護士伊藤正親

（一四）

不動產登記法七第二項　假登記ヲ爲シタル場合ニ於テ本登記ノ順位ハ假登記ノ順位ニ依ル

（參照）民法一七七　不動產ニ關スル物權ノ得喪變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲナスニ非レハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

東京控訴院判決

假登記ハ後ニ爲サルヘキ本登記ノ順位ヲ保全スル效力アルニ止マリ本登記アリテ後初メテ假登記ノトキニ遡リ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトス

控訴人ハ被控訴人ト田中昂トノ間ニ明治四十五年七月一日地代ヲ一ケ月金三十一圓十二錢ニ協定シタリトスルモ其登記ナク却テ地代ハ一ケ月金十圓九十五錢九厘ナル旨ノ假登記存在スルヲ以テ控訴人ハ右假登記ノ趣旨ニ從ヒ地主タル被控訴人ニ對抗シ得ルモノナル旨抗辯スルモ假登記ハ後ニ爲サルヘキ本登記ノ順位ヲ保全スル效力アルニ止マリ本登記アリテ後初メテ假登記ノ時ニ遡リ第三者ニ對抗スルヲ得ルモノナルカ故ニ本件ノ如キ未タ本登記ナキ場合ニ於テハ假登記ニヨル地上權ノ移轉ヲ受ケタル控訴人ハ假登記ノ趣旨ニ從ヒ地上權ノ效力ヲ地主タル被控訴人ニ對抗シ得サルモノナルコト勿論ナリ（大正四年（ネ）第二一六號同年十二月廿一日民二部須賀裁判長渡邊三橋各判事判決）

係事項】

（一二八）

大審院判決
宮城控訴院

貸借料請求事件○控訴人田島淺治郎訴訟代理人辯護士矢部廉外二名被控訴人戸塚文雄訴訟代理人辯護士熊谷直太外一名

【同趣旨學說判例】

一　假登記ハ本登記ヲ爲スコトヲ得サル爲メニ一時的ノ登記ナリ之ニ因リテ後ニ爲シタル本登記ノ效力ヲ確保スルノ效力アリ（法學博士川名兼四郎氏物權法要論一七頁）

二　本登記前ニ於テハ假登記ハ只警告的效力アルニ過キス即チ第三者ニ對シテ將來本登記ノ爲サルヽコトアルヘキコトヲ警告スルヲ以テ其目的トナシ其效力トナス

假登記ハ本登記ヲ爲サレタルトキハ本登記ノ順位ハ假登記ノ順位ニ遡ル既存物權ノ假登記後從來ノ權利者カ更ニ其物權ヲ第三者ノ爲メニ處分シ本登記ヲ爲シタルトキハ第三者ハ假登記名義人ノ權利ヲ否認スルコトヲ得ヘシ然レトモ一旦本登記カ爲サルトキハ其順位ハ假登記ノ時ニ遡ルカ故ニ假登記權利者ハ第三者ノ權利ヲ否認スルコトヲ得ヘシ要之假登記ハ其目的タル權利ノ性質ニ變更ヲ加フルコトナク單ニ將來ノ本登記ノ爲メニ其順位ヲ保全スルヲ目的トスル權利ナリト謂フヘシ（中島博士京都法學會雜誌七卷六號四〇頁以下）

三　假登記ハ後日本登記ヲ爲ス場合ニ於テ既往ニ遡リ其本登記ノ順位ヲ保ツヘキ效力アルモノトス故ニ其本登記ヲ爲スヘキ權利ノ存在セサルコトヲ確定スルニ非レハ假登記ハ輙ク之ヲ取消スコトヲ得ス（大審院民事判決錄三七年一四八三頁

四　不動產登記法第七條第二項ハ登記權利者カ假登記ヲ爲シタル後登記義務者ナシテ本登記ヲ爲サシメントスル場合ニ於テモ兩者間ノ法律關係確定シテ正當ノ登記原因存在スルモノト認メタルトキハ第三者ニ對シテ假登記ノ順位ニ於テ登記ノ效力ヲ發現セシムルノ法意ナリ（大審院判決錄四二年二九二頁）

五　假登記ハ後日爲サルヘキ本登記ノ順位ヲ保持スルノミノ效力ヲ有スルニ止マリ其自體ニ於テ實體法上ノ權利ヲ第三者ニ對抗セシムヘキ效力ヲ有スルモノニ非ス（東京地方裁判所判決法律新聞二〇五號）

六　假登記ハ本登記順位保持ノ目的ノ範圍內ニ於テノミ其權利ヲ他人ニ對抗シ得ルニ過キス故ニ登記義務者ハ假登記ニ基キ自己ノ權利ノ喪失ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス（大阪地方裁判所判決法律新聞五二三號）

【反對ノ學說判例】

一　登記ナルモノハ本登記ト假登記トヲ問ハス總テ第三者ニ對抗スルノ效力ヲ有ス（大審院判決錄三三年九七頁）

二　民法第一七七條ニ不動產ニ關スル物權ノ得喪變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非レハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ストアリテ而シテ不動產登記法ニ依レハ不動產ニ關スル權利ノ得喪變更ニ付キ登記義務者カ登記ヲ爲スコトヲ承諾セサル場合ニ登記權利者ハ單純ノ申請ニヨリ裁判所ノ假處分ヲ以テ登記ヲ爲シ得ヘキ旨ヲ規定シアルニ因リ假登記ハ民法第一七七條ニ所謂登記ニ外ナラス故ニ別段ノ制限ナキ以上ハ假登記ト雖モ本登記ト均シク第三者ニ對抗スルノ效力アリ（宮城控

（一二九）

訴院判決法律新聞第八一一號二五頁）

三　假登記ト雖モ民法第一七七條ニ所謂登記ニ外ナラス從テ第三者ニ對抗スルノ效力アルコトハ毫モ疑ヲ存セサル所ナリトス（法學博士富井政章氏民法原論第二卷七四頁）

四　登記權利者カ假登記ヲ爲シテ自己ノ權利ヲ保全シタル以上ハ何人ニ對シテモ其權利ヲ主張スルコトヲ得ヘク敢テ本登記ヲ爲スコトヲ必要トセス只本登記トノ差異ハ本登記ヲ爲シタル權利者ハ登記簿上其權利ノ主體トシテ之ニ關スル登記行爲ヲ爲スコトヲ得ルモ假登記ヲ爲シタルニ過キサル者ハ未タ確定的ニ登記名義人トナリタルモノニ非ルヲ以テ登記行爲ヲ爲スコトヲ得サルコト即チ是ナリ（法學博士横田秀雄氏法學大家論文集民法上六四二頁以下）

判旨ハ正當ナリト信ス蓋シ假登記ノ效力ノ如何ニ付テハ學者ノ所說一致セサル所ナリト思フニ假登記ハ確定的ノ登記ニ非スシテ本登記ヲ爲ス前一時豫備的ニ之ヲ爲スニ過キサレハ假登記權利者ハ須ラク確定的登記ヲ爲シ以テ其權利ヲ確保セサル可カラサル性質ノモノタリ然ルニ(一)假登記ノミニ因リ直チニ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトセンカ假登記ト本登記トハ其效力ニ於テ何等擇フ所ナキニ至リ兩者ヲ區別シタル立法ノ精神ヲ沒却スルニ至ルノミナラス(二)假登記ノ效力ニ關シテハ不動產登記法ノ規定ニ從ツテ解決スルヲ相當トスヘク而シテ同法第七條第二項ニハ「假登記ヲ爲シタル場合ニ於テハ本登記ノ順位ハ假登記ノ順位ニ依ル」ト規定スルヲ以テ假登記ハ本登記ノ順位ヲ保全スル效力ヲ有スルニ止マリ實體的權利ノ得表變更ニ付キ對抗力ヲ有スルモノニアラスト論結スヘキナリ(三)殊ニ反對說ノ如ク解センカ假登記ノミニテ全然權利ヲ確保スルコトヲ得ヘキ結果トナリ本登記ノ必要ヲ見サルニ至ルニ於テオヤ

大審院判決

國稅徵收法一五　滯納處分ヲ執行スルニ當リ滯納者財產ノ差押ヲ免ル、爲故意ニ其ノ財產ヲ讓渡シ讓受人其ノ情ヲ知リ讓受ケタル場合ニ於テ政府ハ其ノ行爲ノ取消ヲ求ムルコトヲ得

同　一七　左ニ揭クル物件ハ他ニ督促手數料延滯金滯納處分費及稅金ヲ償フニ足ルヘキ物件ヲ提供スルトキハ滯納者ノ選擇ニ依リ差押ヲ爲サヽルモノトス

一　農業ニ必要ナル器具種子肥料及牛馬竝其ノ飼料

二　職業ニ必要ナル器具及材料

國稅徵收法第一五條ニ認メタル滯納者ノ讓渡行爲ノ取消請求權ノ基礎ハ國稅徵收權ノ確保ニアルヲ以テ其取消請求權行爲ノ範圍ハ之ヲ其徵稅權ヲ保全スルニ必要ナル限度ニ限ルヘキモノトス』

國稅徵收法第一五條ハ滯納者カ財產ノ差押ヲ免ルル爲メ故意ニ其財產ヲ他人ニ讓渡シテ滯納處分ノ執行ヲ妨ケ因テ國庫ニ損害ヲ加ヘ又ハ加ヘントスル行爲ヲ廢罷セシメンコトノ請求權ヲ國家ニ附與シタルモノニシテ讓渡行爲ノ取消請求權ノ基礎ハ國稅徵收權ヲ確保シ國庫ノ損害ヲ防止セントスルニ在ルヲ以テ取消請求權行使ノ範圍モ亦自カラ其目的ニ隨伴スヘキコト勿論ナレハ國家ハ其徵稅權ヲ保全スルニ必要ナル限度ヲ超ヘテ讓渡行爲ノ取消ヲ請求スルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス是レ同法第一七條ニ滯納者ノ差押物件提供ノ數額ヲ督促手數料滯納處分費及ヒ稅金ヲ償フニ足ルヘキ限度ニ止メタル規定ノ精神ニ鑑ムルモ疑ヲ容レサル所ナリ從テ取消請求權行使ノ限度ニ付キ當事者間ニ爭ノ存スルトキハ司法裁判所ハ須ラク徵稅權ヲ保全スルニ必要ナル限度ノ如何ヲ判斷セサルヘカラス然ルニ原審ハ國庫ニ對スル損

大審院判決

害ノ有無並ニ其程度ノ如何ヲ問ハス滯納者ノ讓渡行爲ハ常ニ其全部ノ取消ヲ爲スヘキ趣旨ナリト判示シ輙ク此點ニ關スル上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ法規ノ解釋ヲ誤ルノ不法アルヲ以テ原判決ハ破毀ヲ免カレス（大審院大正四年（オ）第四四九號同年十二月八日民三部横田裁判長大倉入江嘉山三宅各判事判決）

【關係事項】

破毀差戻○原審長崎控訴院○國稅徵收法ニ依ル詐害行爲取消請求事件○上告人首藤精訴訟代理人辯護士鵜澤總明同海野警吉被上告人國代表者稅務署長原一敬

一六

衆議院議員選擧法一〇二　選擧ニ關スル犯罪ニ依リ刑ニ處セラレタル者ハ裁判所ノ宣告ヲ以テ刑期從仍二年以上八年以下選擧人及被選擧人タルコトヲ禁ス

刑法一〇　主刑ノ輕重ハ前條記載ノ順序ニ依ル但無期禁錮ト有期懲役トハ禁錮ヲ以テ重シトシ有期禁錮ノ長期有期懲役ノ長期ノ二倍ヲ越ユルトキハ禁錮ヲ以テ重シトス

同種ノ刑ハ長期ノ長キモノ又ハ多額ノ多キモノヲ以テ重シトシ長期又ハ多額ノ同シキモノハ其短期ノ長キモノ又ハ寡額ノ多キモノヲ以テ重シトス

二個以上ノ死刑又ハ長期若クハ多額及ヒ短期若クハ寡額ノ同シキ同種ノ刑ハ犯情ニ依リ其輕重ヲ定ム

同　四七　併合罪中二個以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮ニ處スヘキ罪アルトキハ其最モ重キ罪ニ付キ定メタル刑ノ長期ニ其半數ヲ加エタルモノヲ以テ長期トス但各罪ニ付キ定メタル刑ノ長期ヲ合算シタルモノニ超ユルコトヲ得ス

（一）選擧法違反罪ト刑法犯トニ付キ刑法第四七條第一〇條ヲ適用シ刑法犯ニ對スル刑ヲ重シトシテ併合罪ノ刑ヲ定ムル場合ニ於テハ其刑ヲ以テ選擧法違反罪ヲモ處斷スルモノニ外ナラサルカ故ニ其言渡ヲ受クル者ハ選擧法第一〇二條ニ所謂選擧ニ關スル犯罪ニ依リ刑ニ處セラレタル者ニ該當スルモノトス』

（二）懲役ニ處スヘキ罪ト禁錮ニ處スヘキ罪トニ付キ刑法第四七條第一〇條ヲ適用

シ前者ヲ以テ重シト爲ス場合ニ於テハ懲役刑ノ長期ニ其半數ヲ加ヘタルモノヲ超越セサル限度ニ於テ懲役刑ノ長期ト禁錮刑ノ長期トヲ合算シタルモノヲ長期トスル懲役刑ノ範圍內ニテ處分スヘキモノトス』

（一）選擧法違反罪ト刑法犯トニ付キ刑法第四七條第一〇條ヲ適用シ刑法犯ニ對スル刑ヲ重シトシテ併合罪ノ刑ヲ定ムル場合ニ於テハ其刑ヲ以テ選擧法違反罪ヲモ處斷スルモノニ外ナラサルカ故ニ其言渡ヲ受クル者ハ選擧法第一〇二條ニ所謂選擧ニ關スル犯罪ニ依リ刑ニ處セラレタル者ニ該當スルコト明カニシテ同條ニ依リ選擧人被選擧人タルコトヲ禁セラルヘキハ當然ナリトス而シテ刑法第四九條第二項ノ規定ハ毫モ右ノ解釋ニ影響ヲ及ホスモノニアラス

（二）【上告趣意】　原判決ハ「被告人ノ第一ノ行爲ハ刑法第二四九條第一項第二五〇條ニ該リ第二ノ行爲ハ衆議院議員選擧法第九七條第九六條刑法施行法第五條第一九條第二〇條ニ該當シ併合罪ニ付キ刑法第四七條第一〇條ニ依リ重キ第一ノ罪ニ對シ刑期ヲ加重シ懲役十年六月ノ範圍內ニ於テ被告ヲ懲役十月ニ處スヘキモノナリト宣言シタリ然レトモ本件ノ如ク懲役十年以下ニ處スヘキ罪ト輕禁錮六月以下ニ處スヘキ罪ニ付キ併合罪トシテ科刑スルニ當リテハ懲役十年三月ノ範圍內ニ於テ處斷スヘク十年六月ノ範圍內ニ於テ處斷スヘキモノニアラサルコトハ刑法第四七條但書第一〇條第一項後段ノ規定ニ照シテ明ナル所ナリトス然ルニ原判決カ前示ノ如ク懲役十年六月ノ範圍內ニ於テ處斷シタルハ違法ニシテ此點ニ於テ破毀セラルヘキモノナリ

【判決理由】　本件ノ如ク懲役ニ處スヘキ罪ト禁錮ニ處スヘキ罪トニ付キ刑法第四七條

大審院判決

第一〇條ヲ適用シ前者ヲ以テ重シト爲ス場合ニ於テハ懲役刑ノ長期ニ其半數ヲ加ヘタルモノヲ超越セサル限度ニ於テ懲役刑ノ長期ト禁錮刑ノ長期トヲ合算シタルモノヲ長期トスル懲役刑ノ範圍内ニテ處分スヘキモノニシテ所論ノ如ク第一〇條第一項後段ニ依リ禁錮ノ長期ヲ其半數トシ之ヲ懲役刑ノ長期ニ合算シテ併合罪ノ刑ノ長期ヲ定ムヘキモノニアラス原判決ハ上叙ノ趣旨ニ依リ判示ノ如ク擬律シ處斷シタルモノナレハ何等違法ノ點アルモノニアラス(大審院大正四年(れ)第三二一九號同五年一月二十九日刑三部棚橋款判長水本柳川中西泉二各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審函館控訴院○恐喝未遂及衆議院議員選擧法違反被告事件○被告人和田藤吉辯護人高木益太郎同赤井幸夫

(一七)

著作權法一　文書演述圖畫建築彫刻模型寫眞其他文藝學術若ハ美術ノ範圍ニ屬スル著作物ノ著作者ハ其ノ著作物ヲ複製スルノ權利ヲ專有ス

文藝學術ノ著作物ノ著作權ハ翻譯權ヲ包含シ各種ノ脚本及樂譜ノ著作權ハ興業權ヲ包含ス

同　二九　著作權ヲ侵害シタル者ハ僞作者トシテ本法ニ規定シタルモノノ外民法第三編第五章ノ規定ニ從ヒ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スルノ責ニ任ス

著作權法第一條ニ所謂樂譜ノ著作權ハ著作者カ其樂譜ニ依リテ表彰セラルル樂曲即チ新旋律ヲ創作シタル場合ニ於ケル創作者ノ權利ヲ指稱スルヲ以テ他人ノ創作シタル樂曲ニ付キ單ニ其音階曲節ヲ表示スヘキ記號ヲ案出シテ作譜ヲ爲シタルニ過キサル者又ハ他人ノ創作ニ係ル樂譜ノ編纂ヲ爲シタルニ止マル者ハ他

人カ其ノ樂曲ヲ演奏シテ之カ興業ヲ爲スコトヲ妨クルノ權利ヲ有セサルモノトス」

音樂的著作物ノ音階曲節ヲ表示スルノ目的ヲ以テ或種ノ記號ヲ案出スルモ其記號カ精確ニ音階曲節ヲ表示セサルカ爲メ演奏者カ其記號ニ依リテハ音律ノ高低拍子ノ長短ヲ調節スルコトヲ得スシテ僅カニ言語上又ハ文章上ノ說明ト相俟チテ其音階曲節ヲ想起スルコトヲ得ルニ過キサルトキハ其記號ハ著作權法ニ所謂樂譜タル性質ヲ有セサルヲ以テ假令此種ノ記號ヲ案出スルモ其者ハ樂譜ノ著作權ヲ云云シテ他人ノ興業的演奏ヲ妨クルノ權利ナキモノトス」

音樂的著作物ノ著作權ハ樂曲ノ創作者換言スレハ音階曲節ノ調整ニ因リ歌樂又ハ器樂ノ內容タル新旋律ヲ創作シタル者ニ屬シ此種ノ創作者ハ其樂曲ノ興行權ヲ有スルヲ以テ他人カ其承諾ヲ得スシテ爲ス樂曲ノ興業的演奏ハ明カニ創作者ノ著作權ヲ侵害スルモノタルヤ論ヲ俟タス著作權法第一條ニ所謂樂譜ノ著作權ハ著作者カ其樂譜ニ依リテ表彰セラルル樂曲即チ新旋律ヲ創作シタル場合ニ於ケル創作者ノ權利ヲ指稱ス故ニ他人ノ創作シタル樂曲ニ付キ單ニ其音階曲節ヲ表示スヘキ記號ヲ案出シテ作譜ヲ爲シタルニ過キサル者又ハ他人ノ創作ニ係ル樂譜ノ編纂ヲ爲シタルニ止マル者ハ其樂曲ノ著作權ヲ有セサルヲ以テ他人カ其樂曲ヲ演奏シテ之カ興行ヲ爲スコトヲ妨クルノ權利ヲ有セサルモノトス又音樂的著作物ノ音階曲節ヲ表示スルノ目的ヲ以テ或種ノ記號ヲ案出スルモ其記號カ精確ニ音階曲節ヲ表示セサルカ爲メ演奏者カ

其記號ニ依リテハ音律ノ高低拍子ノ長短ヲ調節スルコトヲ得スシテ僅カニ言語上又ハ文章上ノ說明ト相俟チテ其音階曲節ヲ想起スルコトヲ得ルニ過キサルトキハ其記號ハ著作權法ニ所謂樂譜タルノ性質ヲ有セサルヲ以テ假令此種ノ記號ヲ案出スルモ其者ハ樂譜ノ著作權ヲ云云シテ他人ノ興業的演奏ヲ妨クルノ權利ナキモノトス本件ニ於テ原院ノ判示セル所ニ依レハ上告人主張ノ甲第五號證ナル內務省著作權登錄第一六六號ノ樂譜ト稱スルモノハ淨瑠璃竝ニ芝居樂譜脚本ト題スレトモ其內容ハ音調曲節ヲ示スニ用フル記號ヲ列記シ各解說ヲ加ヘ及ヒ淨瑠璃ノ外題ヲ列擧セルニ過キス又甲第六號證ナル同第一六五號ノ樂譜ト稱スルモノハ音曲軍談うかれぶし興行樂譜脚本ト題スレトモ其內容ハ音調曲節ヲ示スニ用フル記號ヲ定メテ之ヲ列記シ各解說ヲ加ヘ次ニ例ト題シ右記號ノ使用方法ヲ示ス一篇ノ文章ヲ掲ケ最後ニ外題ヲ掲ケタルモノニ過キスシテ自己ノ創作ニ係ル歌曲又ハ樂曲ニ對スル新旋律ヲ一定ノ記號ヲ以テ表示シタル樂譜ト稱スヘキモノニ非ス殊ニ上告人ノ主張ニ依ルモ淨瑠璃ノ曲節ナルモノハ我國現在ノ邦樂トシテ最モ規律正シキ一定ノ旋律ニ從フモノニシテ甲第五、六號證ノ內容ハ其音調曲節ヲ示スニ用フル記號ヲ掲ケタル趣旨ナルヲ以テ從來世ニ存セシ淨瑠璃ノ旋律ノ或者ヲ記號ヲ以テ表示シタルニ過キスシテ樂譜タル性質ヲ有セサルモノナレハ原院カ甲第五、六號證ニ付キ前示ノ如ク判示シ上告人ハ其主張ノ如キ樂譜ノ著作權ヲ有セス隨テ之ニ基キ興行權ヲ有セサル旨ヲ判定シタルハ結局適當ニシテ原判決ニハ理由ノ矛盾又ハ理由ノ不備ナク其甲第七號證第九號證ヲ採用セス又ハ上告人ノ爲シタル證人及ヒ鑑定ノ申立ヲ排斥シタルハ原院ノ職權ヲ行使シタルニ外ナラス（大審院大正四年(オ)第九二〇號同五年一月十九日民三部橫田裁判長大

倉入江嘉山三宅各判事判決）

福岡地方裁判所
東京地方裁判所
荒木斥太郎氏

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○興行權確認並損害賠償請求事件○上告人長谷井文吉外三名訴訟代理人辯護士中村了詮被上告人加藤たつ外三名

【參照判例】

一　樂譜トハ聽覺ニ訴フヘキ歌曲又ハ樂曲ヲ視覺ニ依リ認識セシムル爲メ一定ノ記號ヲ用ヒテ記載シ其效力ノ記號ニ意義アル連續ヲ與ヘテ一個ノ音樂的意思ヲ表示シタルモノヲ言フ（福岡地方裁判所判決本書第三卷諸法九八頁）

二　樂譜カ著作權ノ目的トシテ法律ノ保護ヲ受クルニハ其樂譜ノ內容ヲ爲スヘキ音樂的思想ノ存在スルコトヲ必要トシ此思想ヲ表現スル形態タル個々ノ文字又ハ符合ノ間ニ一定ノ脈絡率研ヲ有シ彼思想ト此文字又ハ符合ト相卽相關シテ完全ナル統一的一體ヲ形成シ他ノ音樂著作物トノ間ニ截然タル區別ヲ爲スニ足ルモノナルコトヲ要スルモノトス（東京地方裁判所判決本書第三卷諸法一五五頁）

【參照學說】

音樂上ノ著作物卽チ作曲トハ記號又ハ演奏ニ由テ思想界ニ發表スルマテニ到達シタル音樂上ノ發音方法ヲ以テ獨立シタル形式トナシタル思想ノ內容ヲ云フ音樂トハ多數音ノ規則立チタル結合ヲ云ヒ決シテ個々ノ音ヲ云フニ非ス此結合及規則ヨリ樂曲ハ成立ス音ノ結合ハ音階音律及音調ノ法則ニ從テ成立ス而シテ音階トハ音ノ種々ノ間隔ヲ時間ノ進行スル上ニ配合スルヲ云ヒ音律トハ各種ノ音ノ關係卽チ時間ノ長サヲ來シ音調トハ一定ノ法則ニ從ヒタル關係ニ於テ諸種ノ音ノ轉換的合或發音ヲ云フ（ドムマー氏音樂字書及アルフレット氏ノ說參照）音樂的著作物ノ思想內容ハ作曲ニ依リテ表示サルルモノニシテ發音方法及其應用ニ必要ナル音種卽チ音色其ノ他曲ノ進行中ニ變化スル音ノ强弱緩急等ニ依リテ音曲成立ノ條件ヲ構成ス卽チ音曲トシテ各分子ノ結合ニヨリ成形シタル思想內容ヲ表示シタルモノニシテ始テ著作權ノ目的物トナル可シ思想ノ內容ハ音樂ノ發音方法ヲ以テ表示サレ一定ノ結合シタル形式ニ依ラサル可ラス形式ヲ有セサル發音上ノ音樂的思想ハ著作權ノ目的物トナラス而シテ此形式ハ一種固有ノモノトシテ他ノ在來存スル所ノモノト異リ獨立シタルモノナラサル可ラス既ニ存在スルモノヲ複製シ又ハ之レニ多少ノ修正ヲ加フルカ如キハ創作ト云フ可ラス其實質的構成ノ本體カ在來ノ他ノモノト區別サレ異リタルモノナラサル可ラス我司法官中ニハ浪花節ノ如キ之ヲ語ル人ノ異ルニ從ヒ音聲ノ異ルヨリ何レモ獨創的音樂ノ著作ヲナセシカ如ク解スルモ甚タ粗漏無識ノ見解ナリト云ハサル可ラス之レヲ獨創ト認定スルニハ委細ニ音曲ヲ調査シテ其音律音調音階ノ如何ナルヤヲ明カニシテ他ノ在來ノ浪花節トハ如何ナル點ニ於テ相違スルヤヲ明示シタル後ニ非ラサレハ音樂ノ創作トハ斷ス可カラス尙ホ又在來

ノ浪花節自體カ音樂的作物ナルヤ否ヤモ究メサル可ラス我法官ハ浪花節カ眞正ノ音樂ナルヤ否ヤスラ知ラスシテ之ヲ語ル者ニ獨創的音樂ノ著作アリト判定スルカ如キ常識ヲ失シタルモノナリ音樂ノ著作物ハ原則トシテ記號即チ音譜ニ依リテ外界ニ顯ハレ例外トシテ演奏又ハ興業ニ依リテ顯ハル而シテ此演奏及興業ハ音學學術ナ口演スルモノカ直チニ筆記シ得ラレテ文書トナルト同シク專門家カ之ヲ聞ヒテ直チニ記號即チ音譜トナシ得ルモノナラサル可ラス音譜トハ音ノ長短高低緩急ヲ指示スル記號ナリ而シテ著作權法上ノ音譜ハ個々ノ音ノ記號ヲ言フニ非ラス各音カ一定ノ結合ヲナシテ樂曲トナリタル一體ヲ記號ニテ表示シタルモノナラサル可ラス即チ音樂タル法則ニ合致シタルモノヲ表示シタル記號ニシテ單ニ吾人ノ發聲シ歌フ所ノ無法則非音樂ノ記號ハ音譜トハ云ヒ難ハサルナリ（ドルトルユリス荒木虎太郎氏日本著作權法要論六〇頁）

至當ノ見解贊同ヲ表ス

（一八）

衆議院議員選擧法九七　當選ヲ妨クル目的ヲ以テ演說又ハ新聞紙雜誌引札張札其ノ他何等ノ方法ヲ以テスルニ拘ハラス議員候補者ニ關シ虛僞ノ事項ヲ公ニシタル者ハ六月以下ノ輕禁錮ニ處シ五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス新聞雜誌ニ在リテハ前條項書ノ例ニ依ル

衆議院議員選擧法第九七條ノ犯罪ハ其手段方法ノ如何ヲ問ハス當選ヲ妨害スル目的ヲ以テ議員候補者ニ關シ虛僞ノ事項ヲ公ニスルニ因テ成立スルモノニシテ同條ニ所謂「公ニシ」トハ虛僞ノ事項ヲ不定若ハ多數ノ人ニ對シ告白スルノ謂ナリトス

「衆議院議員選擧法第九七條ノ犯罪ハ其手段方法ノ如何ヲ問ハス當選ヲ妨害スル目的ヲ以テ議員候補者ニ關シ虛僞ノ事項ヲ公ニスルニ因テ成立スルモノニシテ同條ニ所謂「公ニシ」トハ虛僞ノ事項ヲ不定若クハ多數ノ人ニ對シ告白スルノ謂ナリトス」而シテ原判決認定事實ハ要スルニ被告ハ郡會議員候補者圓谷平造ノ當選ヲ妨クル目的ヲ以テ大正四年九月二十七日城南村役場ニ於ケル候補選定交渉委員會席上ニ於テ村長及

交渉委員等ニ對シ右平造カ候補ヲ辭退セス從テ同人ヨリ候補辭退發表ノ權限ヲ委任セラレタルコトナキニ拘ラス之ヲ委任セラレタル旨詐リ擅ニ平造ノ候補辭退ヲ公言シ尋テ村長酒井坦三郎ニ託シ交渉員五名ノ名義ヲ以テ圓谷候補カ候補ヲ辭退セシ旨ノ事項ヲ記載セル謄寫摺三十餘枚ヲ作成シ同村有志ニ配付セシメ以テ虛僞ノ事項ヲ公ニシタルモノナリト云フニ在リテ被告ハ當選妨害ノ目的ヲ以テ先ツ候補選定交渉委員會ノ席上ニ於テ村長及交渉委員等ニ言語ヲ以テ虛僞ノ事項ヲ告ケ尋テ村內有志ノ者ニハ謄寫摺三十餘枚ヲ配付シ之ヲ通告シタルモノ即チ虛僞事項ヲ多數ノ人ニ告白シタルモノナレハ被告ニ於テ前記第九條ノ罪責ヲ免ルルヲ得サルモノトス從テ原判決ニハ違法ノ廉ナキヲ以テ上告論旨ハ理由ナシ（大審院大正四年（れ）第三二三〇號同五年一月三十一日刑二部鶴裁判長鶴見磯谷平野藤波各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審神戸地方裁判所○郡會議員選擧法違犯被告事件○被告人田中松藏辯護人四方田保同高木益太郎

【參照判例】

新聞發行兼編輯人ニシテ其新聞ヲ利用シ衆議院議員候補者ノ當選ヲ妨クル目的ヲ以テ虛僞ノ事項ヲ記載シテ世ニ公ニシタル所僞ハ衆議院議員選擧法第九七條前段ニ該當ス（大審院刑事判決錄三十六年五六七頁）

（一九）

新聞紙法九　編輯人ノ責任ニ關スル本法ノ規定ハ左ニ揭クル者ニ之ヲ準用ス

一　編輯人以外ニ於テ實際編輯ヲ擔當シタル者

二　揭載ノ事項ニ署名シタル者

三　正誤書辨駁書ノ事項ニ付テハ其ノ揭載ヲ請求シタル者

四一　安寧秩序ヲ紊シ又ハ風俗ヲ害スル事項ヲ新聞紙ニ揭載シタルトキハ發行人編輯人ヲ六月以下ノ禁錮又ハ二百

圓以下ノ罰金ニ處ス

四四　本法ニ定メタル犯罪ニハ刑法併合罪ノ規定ヲ適用セス

(一)新聞紙ノ發行人編輯人ノ新聞紙法ニ於ケル責任ハ絶對的ノモノニシテ同法第九條ノ規定ニ依リ別ニ責任ヲ負擔スル者アル場合ト雖モ發行人編輯人ノ責任ニ影響ヲ及ホスコトナキモノトス」

(二)新聞紙法第四一條ノ規定ハ發行人タル資格ヲ有スル者ト編輯人タル資格ヲ有スル者トニ對シ各別ニ制裁ヲ負擔セシメ取締ヲ嚴重ニスルヲ主旨トスル者ナルカ故ニ同一人ニ於テ此二個ノ資格ヲ兼有スルトキハ其兩資格ニ關シ各別ニ右ノ制裁ヲ科スヘキモノトス」

(一)【上告趣意】新聞紙法第九條ト第四一條トヲ對照スルトキハ新聞紙ニ掲載シタル記事ニ付キ署名シタル者アル場合ニ於テハ之レニ關スル責任ハ獨リ其署名者ニ負擔セシムヘク編輯人ヲモ亦之ヲ責任者ト爲スノ法意ニアラスト解スルヲ正當トス然ルニ原判決カ本件新聞紙ノ記事ニ付キテハ上告人春之助ニ於テ執筆者トシテ署名シタルモノナリトシテ之レニ對シ新聞紙法第九條第二號第四一條ヲ適用シタルニ拘ハラス更ニ編輯人タル上告人政次郎ニ對シテモ同法第四一條ヲ適用處斷シタルハ違法ナリ

【判決理由】新聞紙ノ發行人編輯人ノ新聞紙法ニ於ケル責任ハ絶對的ノモノニシテ同法第九條ノ規定ニ依リ別ニ責任ヲ負擔スル者アル場合ト雖モ發行人編輯人ノ責任ニ影響ヲ及ホスコトナキモノト解スヘキモノナルヲ以テ原判決カ此趣旨ニ於テ被告春之助ノミナラス發行人編輯人タル被告政次郎ニ對シテモ同法第四一條ヲ適用シテ處

斷シタルハ正當ナリ

(二)【上告趣意】原判決ハ本件所爲ニ付キ上告人政次郎ヲ發行人及編輯人タル兩資格ニ於テ各罰金二十圓ニ處シ右罰金ヲ完納スルコト能ハサルトキハ右兩資格ニ於テ各二十日間勞役場ニ留置スヘキ旨ノ言渡ヲ爲シタリ然レトモ縱令二個ノ資格ヲ有スレハトテ一人ニ對シ一所爲ニ付二個ノ責任ヲ負擔セシムルカ如キハ許スヘカラサル所ナリ何トナレハ刑罰ハ一定ノ所爲ニ付キ之ヲ爲シタル人ニ對シテ科セラルルモノニシテ其人ノ有スル資格ニ對シテ科セラルヘキモノニアラサレハナリ彼ノ新聞紙法第四一條ノ如キモ新聞紙ノ發行人ト編輯人トヲ異ニスル場合ニ於テ其兩者ヲ處罰スルノ趣旨ニシテ決シテ一人ニ於テ其兩資格ヲ兼ネル場合ニ於テ其一人ニ對シテ二個ノ刑罰ヲ科スルノ法意ニアラサルナリ然ラハ果シテ原判決カ前示ノ如ク上告人ニ對シ發行人及編輯人タル資格ニ於テ二個ノ刑罰ヲ科シタルハ違法ニシテ此點ニ於テ破毀セラルヘキモノトス

【判決理由】同條ノ規定ハ發行人タル資格ヲ有スルモノト編輯人タル資格ヲ有スル者トニ對シ各別ニ制裁ヲ負擔セシメ以テ取締ヲ嚴重ニスルヲ主旨トスルモノナルカ故ニ同一人ニ於テ此二個ノ資格ヲ兼有ストキハ其兩資格ニ關シ各別ニ右制裁ヲ科シテ右ノ趣旨ヲ貫徹スルヲ正當ナリトス原判決亦此趣旨ニ依リ被告政次郎ニ對シ判示ノ如ク處分シタルモノナレハ何等ノ違法アルモノニアラス論旨ハ理由ナシ（大審院大正四年（れ）第三〇八七號同五年一月二十二日刑三部棚橋裁判長水本柳川中西泉二各判事判決）

大審院

【關係事項】

上告棄却○原審福岡地方裁判所○新聞紙法違反被告事件○被告人野見山政次郎外一名辯護人高木益太郎同赤井幸夫

【第二點同趣旨判例】

一　編輯人トシテ新聞紙法違犯ノ行爲ヲ爲スト發行人トシテ同行爲ヲ爲ストハ各別箇ノ犯罪ニシテ同一人カ右兩資格ニ於テ該犯罪ヲ犯シタルトキハ同法第四四條ノ規定ニ依リ刑法併合罪ノ規定ヲ適用セス右兩罪ノ刑ヲ併科スヘキモノナルコト同法ノ解釋上疑ナシ（大正三年(レ)二八六七號同年九月二十九日大審院刑事部判決法律新聞九六七號）

二　同一人ニシテ發行人及編輯人トシテ新聞紙法第四一條ニ違犯シ又ハ發行人編輯人印刷人トシテ同法第四二條ニ違犯シタル場合ニ於テハ恰モ別人カ發行人編輯人トシテ各第四一條ニ違犯シ又別人カ發行人編輯人印刷人トシテ各第四二條ニ違犯タル場合ト等シク各別ノ犯罪成立スルモノトス（大審院刑事部判決本書第三卷諸法二五三頁）

（二〇）

大審院判決

衆議院議員選擧法八七　選擧ノ前後ヲ問ハス左ノ各號ニ該當スル所爲アル者ハ一月以上一年以下ノ輕禁錮ニ處シ又ハ十圓以上百圓以下ノ罰金ニ處ス

三　選擧ニ關シ選擧人又ハ其ノ關係アル社寺學校會社混合市町村等ニ對スル用水小作債權寄附其他利害ノ關係ヲ利用シ選擧人ヲ誘導シタル者及其ノ誘導ニ應シタル者

同　八八　左ノ各號ニ該當スル者ハ二月以上二年以下ノ輕禁錮ニ處シ五圓以上百圓以下ノ罰金ヲ附加ス

三　選擧ニ關シ選擧人又ハ其ノ關係アル社寺學校會社混合市町村等ニ對スル用水小作債權其ノ他利害ノ關係ヲ利用シ選擧人ヲ威迫シタル者

府縣制四〇　府縣會議員ノ選擧ニ付テハ衆議院議員選擧ニ關スル罰則ヲ準用ス

衆議院議員選擧法第八七條第三號及第八八條第三號ニ所謂利害關係トハ一般的ニ非スシテ特殊ノ利害關係ヲ指稱スルモノト解スヘキモノトス而シテ利害關係カ特殊的ナル以上ハ現ニ存在スルモノニ限ラス確實ニ其發生ヲ豫見シ得ヘキ將來ノ利害關係ヲモ包含スルモノト解スヘキモノトス』

前示法條ニ所謂市町村ニ對スル利害關係トハ直接ニ選擧人ノ關係アル市町村タ

ル公共團體ノ上ニ存スルモノヲ指稱シ公共團體ノ一員タル各個市町村住民ニ及ホス利害關係ヲ謂フモノニアラサルモノトス』

（一四七）

【上告趣意】原判決ハ被告カ大正四年九月二十五日施行ノ縣會議員選擧ニ付キ候補者高橋彌三郎ノ選擧運動ニ從事中同月二十日頃有權者タル居村續宗善吉方ニ立越シ同人妻はるニ對シ右彌三郎カ當選セハ柴車ノ減稅ニ盡力シ呉ルルモノノ如ク申聞ケ置キ同月二十二日頃再ヒ同家ニ立越シはるニ對シ前日話シ置キタル彌三郎ニ投票シ呉レ度キ旨申込ミ以テはるヲ介シ續宗善吉ヲ誘導シ次ニ同日頃有權者タル同村大西勝三郎方ニ立越シ同人ニ對シ前同樣高橋彌三郎カ當選セハ柴車ノ減稅ニ盡力シ呉ルルモノノ如ク申聞ケ同人ニ投票方ヲ依頼シ以テ大西勝三郎ヲ誘導シタル事實ヲ認メナカラ續宗善吉並ニ大西勝三郎ハ稅金ノ高低ニ拘ハラス柴車ヲ使用スルノ必要ナキモノナルヲ以テ柴車ノ減稅ハ右兩選擧人ニ對シテハ何等ノ利益ヲ爲サス又柴車ノ如キハ少クトモ愛媛縣下何レノ山間ニ於テモ一般ニ之ヲ使用スルモノニシテ特ニ或地方ニ限リ使用スル如キモノニ非ルコトハ顯著ナル事實ナレハ之カ稅額減少ノ利益ハ同縣下一般ノ使用者ニ及フモノニシテ特ニ右兩選擧人居住村落ヲ包含シタル或地方ノ使用者ノミカ其利益ヲ受クヘキモノニ非サレハ被告ノ所爲ハ衆議院議員選擧法第八七條第一項第三號ニ所謂選擧ニ關シ選擧人ノ關係アル市町村ニ對スル利害關係ヲ利用シテ選擧人ヲ誘導シタルモノトアル場合ニ該當セスト謂フニ在ルモ前示法第一項第三號ハ汎ク選擧ニ關シ選擧人ニ關スル利害問題又ハ選擧人ノ關係アル市町村等ニ對スル利害ヲ利用シ選擧人ヲ誘惑シ以テ選擧ノ公正ヲ害スル所爲ヲ罰スル法意ニシ

テ其利害問題カ現在ニ存スルト將來ニ屬スルトナ問フヘキモノニアラス而シテ又利害問題カ一面選擧人ノ居村部落ニノミ關スル問題以外ノ市町村ニ同一ノ利害關係アレハトテ苟クモ選擧人ノ居村部落ニ關係アル問題ナル以上ハ其問題ヲ提ヘテ選擧人ヲ誘導スルコトハ選擧ノ公正ヲ紊ル恐レアルモノニシテ右法條ニ依リ之ヲ處罰スルノ法意ナルコトハ洵ニ明白ナリト信ス從テ判文説示ノ如ク利害問題カ選擧人ノ現在ノ利害ニ係ルモノナルコト及選擧人ノ居村部落ノ利害ニ限定セラレタルモノナリト解釋スヘキ確的ノ理由ヲ發見スルヲ得ス而シテ本件ニ所謂柴車ハ豐岡村ノ如キ愛媛縣下中山間地方ニノミ專用ノ小車ニシテ柴車稅ハ他ノ車稅ニ比シテ高率ナル爲メ村民一般ニ其低減ヲ希望シ居レル事實ハ公知ノ事實ナリトス從テ當審判決ハ法律ノ解釋ヲ誤リタル失當ノ判決ナリ

【判決理由】衆議院議員選擧法第八七條第三號及ヒ第八八條第三號ニ所謂利害關係トハ一般的ニアラスシテ特殊ノ利害關係ヲ指稱スルモノト稱スヘキハ法文ニ「選擧人又ハ其關係アル社寺學校會社組合市町村等ニ對スル用水小作債權寄附其他利益ノ關係ヲ利用シ」トアリテ自ラ特殊的利害關係ニ限局シタル趣旨ナルニ徵シテ之ヲ推斷スルニ難カラス而シテ利害關係カ特殊的ナル以上ハ現ニ存在スルモノニ限ラス確實ニ其發生ヲ豫見シ得ヘキ將來ノ利害關係ヲモ包含スト解スヘキモノトス蓋シ將來ノ利害關係ト雖モ其發生ノ豫見カ確實ナルニ於テハ之ヲ利用シテ選擧人ヲ誘導若クハ威迫スルニ足レハナリ又前示法條ニ所謂市町村ニ對スル利害關係トハ直接ニ選擧人ノ關係アル市町村タル公共團體ノ上ニ存在スルモノヲ指稱シ公共團體ノ一員タル各個市町村住民ニ及ホス利害關係ヲ謂フモノニアラス何トナレハ選擧人タル各個住民ニ對

スル利害關係ノ利用ニ依ル誘導若クハ威迫ニ關シテハ別ニ規定存スルモノアリ又選擧人ニ非サル各個住民ニ對スル利害關係ハ未タ之ヲ利用シテ選擧人ヲ誘導若クハ威迫スルニ足ラサレハナリ原判決所揭公訴事實ハ被告ハ愛媛縣會議員選擧ノ施行ニ際シ議員候補者高橋彌三郎ノ爲メニ選擧運動中選擧人兩名ニ對シテ右彌三郎ノ當選スルニ於テハ縣稅タル柴車稅ノ減額ニ盡力スヘキニ付キ同人ニ投票シ呉度ト申込ミ以テ選擧人ヲ誘導シタリト云フニ在リ因テ按スルニ縣稅ノ增減問題ノ如キハ其利害關係ハ當該縣下ノ特殊地域ニ於ケル特殊住民ニ止ラス縣民一般ニ對スル利害關係ニ屬シ衆議院議員選擧法ニ所謂利害關係ニアラス若シ夫レ議員候補者カ自ラ若クハ選擧運動者カ議員候補者ノ爲メニ其主義政見ヲ發表シ又ハ其抱負主張ヲ披瀝スルハ選擧界ニ於ケル通常ノ事態ニシテ其言論カ利害問題ニ接觸セサルモノ蓋シ稀ナルヘシ而カモ其利害問題カ一般的關係ニ涉リ特殊的關係ヲ生セサル以上ハ之ヲ利用シテ選擧人ヲ誘導スルモ其所爲ハ處罰スヘキニ非ス加之原判示柴車稅ノ減額ノ如キハ市町村ノ各個住民ニ利害關係ヲ及ホスヘキモ市町村自體ノ上ニ何等利害關係ヲ有スル事項ニアラサレハ之ヲ指シテ選擧人ニ關係アル市町村ニ對スル利對關係ナリト謂フヘカラサルヲ以テ上叙利害關係ヲ利用シテ選擧人ヲ誘導スルモ選擧人ニ關係アル市町村ニ對スル利害關係ヲ利用シタルモノト論スヘカラス故ニ前揭公訴事實ハ到底衆議院議員選擧法第八七條第三號ノ罪ヲ構成セサルモノト判斷スルヲ相當トス兩シテ原判決カ本件被告ノ行爲ニ付キ無罪ヲ言渡シタル理由ハ論旨所揭ノ如クニシテ其前段ニ於テハ所論ノ如ク衆議院議員選擧法ニ所謂利害關係ハ現在ノモノニ限リ將來ノ利害關係ヲ包含セストノ趣旨ヲ判示シタルモノト解スルヲ得サルヲ以テ論旨ハ理由ナレ

（大審院大正四年（れ）第三二一二號同五年一月三十一日刑二部判決　長鶴見磯谷平野藤波各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審松山地方裁判所○縣會議員選擧違反被告事件○被告人八塚克己

原審檢事正上告

（二一）

町村制三九　町村會ハ町村ニ關スル事件及法律勅令ニ依リ其ノ權限ニ屬スル事件ヲ議決ス

同　四〇　第二號町村會ノ議決スヘキ事件ノ概目左ノ如シ

町村費ヲ以テ支辨スヘキ事業ニ關スル事但シ第七七條ノ事務及法律勅令ニ規定アルモノハ此ノ限ニ在ラス

同　七二　町村長ハ町長ヲ統轄シ町村ヲ代表ス

一　町村會ノ議決ヲ經ヘキ事件ニ付其ノ議案ヲ發シ及其ノ議決ヲ執行スルコト

小學校令七　郡長ハ一町村ノ實力等常小學校設置ニ關スル費用ノ負擔ニ堪ヘスト認メタルトキハ其ノ町村ヲシテ尋常小學校設置ノ爲他ノ町村ト學校組合ヲ設ケシムヘシ

刑法一九七　公務員又ハ仲裁人其職務ニ關シ賂賄ヲ收受シ又ハ之ヲ要求若クハ約束シタルトキハ三年以下ノ懲役ニ處ス因テ不正ノ行爲ヲ爲シ又ハ相當ノ行爲ヲ爲ササルトキハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス（以下略ス）

小學校常設分教場設置ニ關スル議決カ村會ノ適正ナル職務權限ニ屬セサルハ勿論ナルモ苟モ村長ニ於テ町村制第三九條第四〇條及ヒ第七二條第二項第一號ニ依リ分教場設置ニ關スル議案ヲ發シタル以上ハ村會ハ可決否決其他內容ノ如何ニ關セス結局議決ニ依リテ之ヲ結了スヘキ職務權限ヲ有スルモノトス」

村會議員又ハ之ト共同スル者ニ於テ村會ニ於ケル議案ノ通過ニ關シ盡力セラレタキ旨ノ請託ヲ受ケテ金錢其ノ他ノ利益ヲ收受シタル場合ニ於テハ該議案カ村

會ノ適正ナル職務權限ニ屬スルト否トヲ區別セス其行爲ヲ公務員其職務ニ關シ賄賂ヲ收受シタル罪ニ問擬シ得ヘキモノトス』

【上告趣意】原院カ本件事案ヲ瀆職罪ニ問擬セラレタルハ擬律ノ錯誤アルモノト信ス瀆職ノ罪ハ公務員其職務ニ關シ賄賂ヲ收受シタルモノナラサルヘカラス而シテ原院カ本件ニ付確定セラレタル事實ハ被告善七瀧次郎ハ村會議員ニシテ小學校常設分教場ヲ設置スルノ議案ヲ村會ニ於テ可決通過ニ盡力スヘキ請託ヲ受ケ之ニ對シ賄賂ヲ收受シ被告安次郎ハ村助役ニシテ之ニ加功シタルモノナリト云フニ在リ果シテ右事實ハ被告ノ職務ニ關スルモノナリヤ否ヤヲ考フルニ村立尋常小學校ノ設置ハ郡長ノ職務權限ニ屬シ村會之カ職務權限ヲ有セサルコトハ小學校令第九條町村制第四〇條ニ鑑ミ明白ナリ此ニ於テカ大正三年七月二十九日村會ニ於テ常設分教場設置案ヲ可決シタルモ村會ノ權限ニ屬セサルノ故ヲ以テ郡長ノ命ニ依リ該決議ヲ取消シタリ而シテ其取消ハ實ニ大正四年二月二十六日ナリキ夫レ瀆職罪ハ其職務ニ關スルモノナルコトヲ唯一ノ要件トス之ヲ以テ本件事案ノ如キ職務ニ關セサルコトニ付テハ他ノ犯罪ノ成立スルコトアルハ別トシ瀆職罪ヲ成立セシムルモノニアラスト論斷スルヲ妥當トス別言スレハ本件事案ハ職務ニ關スルモノニアラスシテ始メヨリ職務權限ヲ有セサル行爲ナリ（案ト職務權限ヲ有スルモ權限外ノ行爲ヲナシタル場合トハ之ヲ嚴格ニ區別スヘキモノト信ス）然ラハ次テ村會ニ於テ郡長ニ對スル分教場設置ノ請願ヲ決議セシコトハ職務ニ關スルモノト云フコトヲ得ヘキヤヲ考フルニ是又職務ニ關スルモノニアラサルノミナラス元來該決議ハ本件被告ノ請託ノ範圍ニ屬セサルモノナリ現ニ原院カ請託事項トシテ認定セラレタル事實ハ小學校常設分教場設置案ノ可決

通過ニ在リ即チ該決議カ請託ノ範圍ニ屬セサルコトハ各證憑上明白ナリ若シ之ヲシテ請託ノ範圍ニ屬スル旨ノ認定ナリトセハ原院判決ハ證據ナクシテ事實ヲ認定シタル採證上ノ違法アルモノトス尙其理由ノ一二ヲ申述スレハ第一審相被告山岸水口ノ陳述ニ依レハ村會カ小學校設置ノ決議ヲ爲ス職務權限アリヤ否ヤニ付キ富山ノ辯護士ニ鑑定ヲ乞ヒシニ權限アリト鑑定セリ云云第二山岸水口ハ常設分教場設置案ノ可決通過ヲ依賴セリ云云第三村會ニ於テ設置案ノ可決ヲ爲シタルハ大正三年七月二十九日ニシテ原院ノ認定ニ依レハ賄賂ノ收受ヲ完了シタルハ同年八月四日ナリ然ルニ請願ノ決議ヲ爲シタルハ大正四年三月十二日ナリ之レ村會ハ其必要ヲ認メ村長ノ發案ヲ可決シタルモノニシテ其間因果ノ關係アルコトナシ偶々設置決議ノ取消ハ大正四年二月二十六日ニシテ其翌月十二日之カ決議ヲ爲セシヲ以テ其間恰モ連絡アルカ如ク推測ナシ得サルニアラサルモ若シ之ヲ以テ連絡アルモノトセハ被告カ村會議員タル資格ヲ維持スル限リハ今日更ニ小學校設置ニ關スル事項カ其何タルヲ問ハス村會ニ附議セラレタル以上ハ等シク請託ノ範圍ニ屬スルモノト論セサルヘカラサルニ至ルヘシ惟フニ刑事上ノ事此ノ如キ漠然タル推測ヲ許スヘキニアラサルヘシ假リニ之ヲ以テ請託ノ範圍ニ屬スルモノトスルモ尙職務ニ關スルモノト云フコトヲ得サルヘシ而シテ町村制第四三條ニ依レハ町村會ハ町村ノ公益ニ關スル事件ニ付意見書ヲ町村長又ハ監督官廳ニ提出スルコトヲ得ル旨ヲ規定セリ或ハ該規定ニ依リ其職務ニ關スルモノト云フコトヲ得ルヤヲ考フルニ全然其否ラサルヲ知ル何トナレハ該請願ハ村長ヨリ發案シ村會ニ於テ議決セシモノナルモ町村制第四三條ノ發案權ハ村會ニアルモノナルコトハ行政實例ノ示ス所ナリ殊ニ請願ト意見ト同一視スヘキモノニア

ラサルヤ明白ナリ更ニ町村制第四四條ニモ該當スルモノニアラサルコトモ分明ナルヘシ故ニ畢竟職務外ノ行爲ナリト云ハサルヘカラス

【判決理由】原判決ヲ査閲スルニ原審ニ於テハ被告人善七及ヒ瀧次郎ハ被告人安次郎ト共ニ「小學校ノ常設分教場設置ノ議案カ村會ニ提出セラレタル際其通過ニ盡力セラレタキ旨ノ請託ヲ受ケタルモノ」ト判示シタル趣意ナルコト明白ニシテ「村會ニ於テ分教場設置ノ請願ノ決議」ニ關シ云爲スル部分ノ論旨ハ其前提ニ誤謬アルヲ以テ之ニ對シ其當否ノ說明ヲ爲ス必要ナシ而シテ前叙請託ノ目的タル小學校常設分教場設置ニ關スル議決カ村會ノ適正ナル職務權限ニ屬セサルコトハ所論ノ如ク小學校令第九條第二項ノ規定ニ依リ明白ナリト雖モ苟モ村長ニ於テ町村制第三九條第四〇條及ヒ第七二條第二項（第一號）ニ依リ前示分教場設置ニ關スル議案ヲ發シタル以上ハ村會卽村會議員ノ集團ハ可決否決其他內容ノ如何ニ關セス結局議決ニ依リテ之ヲ結了スヘキ職務權限ヲ有スルモノト云ハサルヲ得ス果シテ然ラハ原判決ノ判示シタル如ク村會議員又ハ之ト共同スル者ニ於テ村會ニ於ケル前示議案ノ通過ニ關シ盡力セラレタキ旨ノ請託ヲ受ケテ金錢其他ノ利益ヲ收受シタル場合ニ於テハ該議案カ村會ノ適正ナル職務權限ニ屬スルト否トヲ區別セス其行爲ヲ公務員其職務ニ關シ賄賂ヲ收受シタル罪ニ問擬シ得ヘキハ明白ナルヲ以ヲ論旨ハ理由ナシ（大審院大正四年れ第三二三五號同五年一月二十八日刑一部遠藤水本谷野堀田中尾各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審名古屋控訴院○瀆職被告事件○被告人宮尾安次郎外二名辯護人淸水治三郎

大審院判決

（二二）

度量衡法八　左ノ各號ノ一ニ該當スル度量衡器ハ命令ヲ以テ定ムル場合ヲ除ク外販賣若ハ販賣ノ爲所持シ又ハ取引若ハ證明上ニ於ケル度量衡ノ計量ニ使用シ又ハ使用ニ供スル爲所持スルコトヲ得ス

四　勅令ノ定ムル公差以上ノ差狂ヲ生シタルモノ

同　一三　左ノ各號ノ一ニ該當スル者ハ一年以下ノ懲役又ハ五百圓以下ノ罰金ニ處ス

一　第八條ニ違反シタル者

刑法五五　連續シタル數箇ノ行爲ニシテ同一ノ罪名ニ觸ルルトキハ一罪トシテ之ヲ處斷ス

(一)度量衡法第八條第四號ニ所謂差狂トハ惟リ自然ニ生シタルモノノミナラス人爲ニヨリ生シタルモノヲモ包含スルモノトス』

(二)法定ノ公差以上ノ差狂アル一定ノ量器ヲ取引上ノ計量ニ使用スル罪ニ付テハ法第五五條ノ適用ナキモノトス」

(一)　度量衡法第八條第四號ニ所謂差狂トハ惟リ自然ニ生シタルモノノミナラス人爲ニ因リ生シタルモノヲモ包含スト解スヘキヲ以テ原審カ被告人等ニ於テ他人カ爲計ヲ用ヰ法定ノ公差以上ノ差狂ヲ生セシムヘク變造シタル桝ヲ取引上ノ計量ニ使用シタル事實ヲ認ムヘキ證憑ヲ他ノ證憑ニ綜合シテ被告人等カ法定ノ公差以上ノ差狂アル桝ヲ取引上ノ計量ニ使用シタル事實ヲ判定シ之ヲ度量衡法第八條第四號ノ違犯ト爲シ同法第一三條ヲ以テ處罰シタルハ相當ニシテ原判決ハ擬律錯誤若クハ理由不備ノ違法アルコトナシ

(二)【上告趣意】　原判決事實認定ヲ閲スルニ何レモ右被告人カ勅令ニ定ムル公差以上ノ差狂アル桝ヲ一定期間取引上ノ計量ニ使用シタル事實ヲ確定セラレタリ然シ此事實ニ對シテハ度量衡法第八條第一三條ヲ適用セラレタルノミニシテ刑法第五五條ノ適

大審院

用ナシ蓋シ第八條第一三條ノ違反ハ一個ノ行爲ニヨリテ直チニ成立スル犯罪ニシテ其行爲カ一定ノ期間ノ反覆セラルルニ於テハ所謂連續犯タルヲ以テ此事實カ確定スル以上ハ必スヤ刑法第五五條ヲ適用セサル可ラス然ラハ之ヲ缺ク原判決ハ擬律ノ錯誤アル不法ノ裁判ナリ

【判決理由】法ハ禁止ニ反シテ法定ノ公差以上ノ差狂アル一定ノ量器ヲ取引上ノ計量ニ使用スル罪ニ付テハ當然其行爲ノ單一ナル場合ノミナラス繼續的ニ反覆セラルル場合ヲモ豫見シテ包括處罰スルモノナレハ右等ノ行爲カ一定ノ期間ニ於テ連續實行セラルルモ刑法第五五條ヲ適用スヘキニ非ス論旨ハ理由ナシ（大審院大正四年（れ）第三三二號同五年二月十日刑二部鶴裁判長鶴見磯谷平野藤波各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審東京地方裁判所○度量衡法違反被告事件○被告人鰐淵菊松外七名辯護人横山勝太郎同白砂直人

【二項同趣旨判例】

犯人カ單一意思ノ發動ニ依リ勅令ニ定ムル公差以上ノ差狂アル桝ヲ數回反覆シテ取引上ノ計量ニ使用スルモ其行爲ハ之ヲ包括シテ單純ナル一罪トシテ處斷スヘキモノトス（大審院判決本書第五卷諸法一〇頁）

（二三）

小學校令六〇　市町村長又ハ町村學校組合長ハ市町村又ハ町村學校組合ニ屬スル國ノ教育事務ヲ管掌シ市町村立小學校ヲ管理ス

同二　小學校ハ之ヲ分チ尋常小學校及高等小學校トス

尋常小學校ノ教科ト高等小學校ノ教科トヲ一校ニ併置スルモノヲ尋常高等小學校トス

市町村町村學校組合又ハ其ノ區ノ負擔ヲ以テ設置スルモノヲ市町村立小學校トシ私人ノ費用ヲ以テ設置スルモノヲ私立小學校トス

市立小學校カ市ノ營造物ナリヤ否ヤハ營造物ナル語ノ意義如何ニヨリテ決セラルヘキモノニシテ若シ小學校ヲ以テ小學教育ノ事業ノ意ニ解スルトキハ小學校ハ國ノ營造物ナルヘク若シ校舍其他ノ物質的設備ノ意ニ解スルトキハ市立小學校ハ市ノ營造物ナリ』

大正四年五月二十四日大阪控訴院判決

小學校令第六〇條ニハ市長ハ市ニ屬スル國ノ教育事務ヲ管掌スル旨規定シアルヲ以テ小學校教育事務ハ性質上國ニ屬スレトモ其事務ノ幾部ハ同條ニ依リ市ニ委任セラレタルモノト解ス可ク其委任事務ノ執行ニ必要ナル營造物トシテ建設シタル市立小學校ハ當然建　者タル市ノ營造物ナリト謂フ可シ

市立小學校カ國ノ營造物ナリヤ又ハ市ノ營造物ナリヤノ問題ハ營造物トイフ語ヲ如何ニ解スルカニ依リテ解答ヲ異ニス我カ法令ニ於ケル營造物トイフ語ハ其ノ用例必スシモ一定セサルカ如ク學術上ノ用語トシテモ其ノ意義曖昧ナルヲ免レス小學校ニ付テモ或ハ小學校ニ於テ施行セラルル教育事業ヲ指シテ營造物トイフコトアリ或ハ小學校ノ校舍其他ノ物的設備ヲ指シテ營造物トイフコトアリ小學校カ國又ハ市ノ何レノ營造物ト認ムヘキカハ其ノ何レニ解スルカニ依リテ異ナリ我カ國法ニ於テハ小學教育ノ事業ハ原則トシテ國家ノ事業トシ國家カ自己ノ機關ヲ以テ之ヲ行フモノニシテ隨テ其教育ノ任ニ當ル小學校校長及教員ハ國ノ機關ニシテ公共團體ノ機關ニ非スト雖モ唯教育ヲ行フ爲ノ物的設備及費金關係ニ付テハ之ヲ公共團體ノ負擔タラシメタリ即チ此ノ場合ニ於テハ子弟ヲ教育スル事業ト其教育ノ爲ニ必要ナル校舍其他

ノ設備ヲ設立維持スル事業トハ相分離セラレ前者ハ之ヲ國家ニ留保スルト共ニ後者ハ之ヲ公共團體ノ事業ト爲セルモノナリサレハ若シ小學校ヲ以テ小學教育ノ事業ノ意ニ解スルトキハ國家カ其ノ事業ノ主體ナルヲ以テ國ノ營造物ナリトイフヲ當レリト爲スヘク若シ　舍其ノ他ノ物質的設備ノ意ニ解スルトキハ公共團體カ其ノ主體タルモノニシテ市立小學校ニ付テハ市ノ營造物ナリトイフヲ正當ト爲スヘシ（法學博士美濃部達吉氏法學協會雜誌第三四卷第五號一〇二頁以下要領）

市村博士

【同趣旨學說】

一　市町村立小學校ハ果シテ國家ノ營造物ナリヤ又ハ市町村ノ營造物ナリヤニ付テ疑問ヲ生ス小學校令全體ノ精神特ニ其第六條ニ依レハ市町村ハ其區域內ノ學齡兒童ヲ就學セシムルニ足ルヘキ尋常小學校ヲ設置スヘキモノトシ又小學校教員ハ府縣知事又ハ郡長ノ監督ノ下ニ於テ一般官吏ト類似ノ取扱ヲ受ク是ヲ以テ見レハ小學教育ハ國ノ事務ニシテ小學校ハ國ノ營造物教員ハ國家ノ官吏ナルカ如シ然レトモ小學校其モノハ市町村カ之ヲ設置經營スルモノナリ而シテ營造物ヲ設置維持スル公共團體ハ常ニ其營造物ノ主體ト看做スヘキモノナルカ故ニ苟クモ市町村團體カ小學校ヲ設置經營スル以上ハ市町村ノ營造物ト云ハサル可カラス（法學博士市村光惠氏行政法原理一〇九九頁）

二　營造物ハ其目的物ヲ限定シ之ヲ造設シタル者ノ異ナルニ依リ之ヲ區別スルコトヲ得……（三）公共團體ニ屬スル營造物例ヘハ神社學校ノ如シ（法學博士副島義一氏法律大辭書第一冊一八九頁）

副島博士

【反對學說】

一　市町村立小學校ハ市町村ノ營造物ナルヤ否若シ教育事業ニシテ市町村ノ公共事務ニ屬スルモノナルトキハ市町村カ設立維持スル處ノ小學校ハ市町村ノ營造物ナルコト疑ナシト雖モ市町村制理由書ヲ見ルトキハ教育事業ハ之ヲ地方公共事務ノ中ニ含マシメサル精神ナルカ如シ……已ニ市町村立法律ノ精神此ノ如クナルニヨリ小學校ニ關スル法規ニ於テモ小學校ハ市町村ノ營造物ニアラサルコトヲ前提トシテ種々ノ規定ヲ爲セリ（小學校令施行規則一七四條乃至一七六條小學校令四四條）……故ニ我制度上小學校ハ市町村ノ營造物ニアラス（法學博士清水澄氏行政篇上卷六下九七一頁）

二　法學博士上杉慎吉氏行政法原論八一六頁

三　法學士岡實氏行政法論綱五七四頁

四　小學校ハ市町村ニ於テ之ヲ設置シ且費用ヲ負擔スルヲ以テ果シテ國ノ營造物ナリヤ市町村ナル自治體ノ營造物ナリヤニ付

清水博士

上杉博士

岡博士

阿部學士

テハ議論一致スルニ至ラス抑々營造物ノ所屬ヲ定ムルニハ其營造物ノ目的トスル所カ果シテ國家ノ事務ナルヤ自治體ノ事務ナルヤニ依リテ之ヲ決スヘク經費ノ負擔ニ依リテ之ヲ決スヘカラサルハ曩ニ述ヘタル所ノ如シ今小學校ニ付テ之ヲ見ルニ其物質的ノ設備ヲ爲シ且其費用ヲ支辨スルハ市町村ノ事務ナレトモ其他就學ノ督勵小學校ノ管理小學校教員ノ任免等ノ如キハ國ノ事務ト看做セルコトハ之ヲ法規ニ照シテ明ナル所ナルカ故ニ小學校ハ之ヲ國ノ營造物ナリト斷セサルヘカラス（法學士阿部壽準氏中央大學講義行政法三二三頁）

營造物所屬甄別ニ關スル學者ノ所說ハ混沌タルモ吾人ハ當該營造物ヲ設立經營スル主體ノ如何ニ據リ之ヲ決定スヘキモノナリト信ス從テ之ヲ營造物ノ費用負擔ノ點ノミニ覓メ或ハ之ヲ營造物ノ物的要素ノ所有權ノ所在ノ點ノミニ覓ムルハ絕對ニ不可ナリト信ス（小學校令二第三項參照）今營造物カ國法ニ依リ設置セラルヘキ運命ニ在リトスルモ其國法ノ發布ノミニテハ未タ營造物ハ設置セラレタルモノニ非ス營造物成立ニ關スル形體的要素（公用供用ノ意思）トヲ具備スルニ臻ツテ始メテ完成ス從テ假令營造物ニ關スル法令ハ國家ノ發スル所ナリトスルモ其法令ニ基キ現實ニ營造物ヲ設立經營スル者カ他ノ公法人ナルトキハ其公法人ヲ以テ其主體ナリト謂フヘク彼ノ營造物ノ設立者ト其附屬者トヲ別異ニ爲サントスルニハ明示的ニ之カ例外規定ヲ設ケサルヘカラス事案卽チ小學校ハ小學校令ニ基キ市町村カ之ヲ設立經營スルモノナルカ故ニ市町村ノ營造物ナルコト一點ノ疑ナシ（小學校令六〇條參照）若シ夫レ一派ノ學者カ小學敎育ハ國家事務ナリトノ命題ヲ根柢トシ一擧直ニ小學校ハ國ノ營造物ナリト斷シタルハ博士所說ノ如ク二分說ヲ採ルニ於テハ何等ノ痛痒ヲ感セサルノミナラス

大審院判決

理論ノ分析ノ點ニ於テ孟浪杜撰ノ譏無キ能ハサルナリ

（二四）

印紙稅法四　左ニ揭クル證書帳簿ニ關シテハ證書ハ一通每ニ帳簿ハ一冊一年以內ノ附込ニ對シ下ニ定ムル所ノ印紙稅ヲ納ムヘシ

一　受取書

一　通帳

一　判取帳

同五　左ニ揭クル證書帳簿ニ關シテハ印紙稅ヲ納ムルコトヲ要セス

一　手形及ヒ證券ノ複本謄本

判取帳及ヒ通帳ニ受取ノ記入ヲ爲シタル事實アルモノトスルモ其以外ニ苟クモ金圓ヲ受取リタル旨ノ意思ヲ表示シタル證書（郵便葉書）ヲ作成シタル以上ハ之ニ印紙稅法所定ノ印紙ヲ貼付スヘキ義務アルモノトス」

【上告趣意】（一）上告人ハ大崎眞二ナルモノヲ代理人トシ須田六右衞門ヨリ酒代金ヲ受領セシメ代理人タル眞二ハ須田六右衞門ノ印紙貼用ノ判取帳ニ受取ノ記入ヲ爲シ尙ホ上告人ヨリ六右衞門ニ交付ノ印紙貼用ノ通帳ニ受取ノ記入ヲ爲シ以テ其受領ノ證明ハ完備シ終了セリ而テ本件上告人ヨリ差出シタル郵便鑄書ハ眞二ニ御渡シ下サレ正ニ消帳云云ノ通知ヲ發シタルモノニシテ印紙貼用ヲ爲スノ要ナキ旨陳述シ亦其事實ハ一件記錄ニテ確定セリ然ルニ右ノ點ニ對シ何等說明ヲ與ヘス判決セラレタルハ理由不備ノ違法アリ（二）元來證券ノ複本謄本ニ對シテハ印紙貼用ヲ要セサルコトハ同法第五條末項ニ規定スル所ナリサレハ本件ノ如キ既ニ立法者ノ要求スル敎稅ハ既ニ完了シタルモノト云ハサル可カラス何トナレハ前陳ノ如ク代理人タル眞二ハ六右衞

門ノ判取帳ニ記入シ且ツ上告人ヨリ交付ノ通帳ニ記入シタルニ於テハ既ニ收稅ノ受取證ニ要求スル收稅ノ目的ヲ達シタルモノニシテ隨テ本件ノ郵便端書ハ其證書ノ複本謄本ニ印紙ヲ要セサルト同律意ニ依リ印紙貼用ヲ爲スノ要ナキモノトス若シ然カラストセハ設令ハ玆ニ代理人タル眞二ヲシテ印紙貼用シタル受領證ヲ持參セシメ而テ上告人ヨリ六右衞門ニ對シ尙ホ本件ノ如ク眞二ヨリ慥ニ受取リ候云云ノ印紙ナキ文書ヲ發シタリトセンカ尙ホ處罰セサル可カラス天下豈ニ如此理アランヤ然ルニ原裁判所ハ有罪ノ判ヲ爲サレタルハ違法ノ裁判ナリ（三）本件郵便端書ハ單ニ眞二ヨリ受領シタリトノ通知書ニシテ受領證ニアラサルコトハ其文意自體并ニ上告人ノ意思ニ於テモ明ナリ然ルニ原裁判所ハ漫然之ヲ受取書ト判示セラレタルハ理由不備且ツ擬律錯誤ノ判決ナリ

【判決理由】所揭判取帳及通帳ニ受取ノ記入ヲ爲シタル事實ハ原判決ノ認メサルトコロニ屬スルノミナラス假令前揭事實アリタルモノトスルモ苟クモ金圓ヲ受取リタル旨ノ意思ヲ表示シタル證書ヲ作成シタル以上ハ之ニ印紙稅法所定ノ印紙ヲ貼用ス可キモノナルコト明白ナリ而シテ原判決ハ本件ノ郵便端書ヲ受取證ト認メタルモノニシテ所論ノ如ク之ヲ證券ノ複本謄本ト同視シ又ハ之ヲ單純ナル通知書ナリト解ス可キ理由毫末モ存在スルコトナキヲ以テ上告ハ何レモ理由ナシ（大審院大正四年（れ）第三一二四號同五年一月十八日刑一部遠藤平野谷野堀田中尾各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審名古屋地方裁判所○印紙稅法違反被告事件○被告人澤由富次郎外一名

横濱地方裁判所判決

（二一五）

煙草專賣法三五　何人ト雖モ營業ノ目的ヲ以テ煙草ニ代用スヘキ物品ヲ製造シ又ハ販賣スルコトヲ得ス

同五九　第三五條ニ違反シタル者ハ十圓以上百圓以下ノ罰金ニ處シ其ノ犯罪ニ係ル物品竝其ノ原料製造器械及卷紙ハ之ヲ沒收ス

煙草專賣法第三五條ニ所謂煙草ニ代用スヘキ物品トハ國民ノ嗜好ニ於テ煙草ト同一若クハ類似ノ關係ニアル物品即チ煙草ニ非スシテ煙草ノ特有成分タルニコチン素ヲ含有スル物品ヲ指稱スルモノトス』

本件公訴事實ハ被告三千則ハ其實父常次郎ト共ニ口中香煙スメルヲ製造販賣センコトヲ企テ大正三年五月二十九日賣藥部外品トシテ營業免許ヲ受ケ發賣中同年九月中淺草專賣支局ヨリスメルハ煙草代用品トシテ認メラルルニヨリ之ヲ販賣スルハ犯則ナル旨ノ警告ニ接シ遂ニ同年十二月二十九日警視廳ニ對シ廢業屆ヲ提出シタルニ拘ラス尙小石川區上富坂町三十一番地ニ於テ女工ヲ使役シテ煙草代用品ト認ムヘキスメル二十本入約二萬個位ヲ造リ之ヲ被告三千則若クハ常次郎方ニ於テ溝口九輔外數名ノ者ニ一個四錢內外ニテ同四年三月迄販賣シタル者ナリト云フニアリテ其口中香煙スメルナル者カ果シテ煙草專賣法ニ所謂煙草ニ代用スヘキ物品ナリヤ否ヤハ本件ニ於テ先決スヘキ重要ナル法律點ナリトス仍テ案スルニ煙草專賣法第三十五條ニハ營業ノ目的ヲ於テ煙草ニ代用スヘキ物品ヲ製造シ又ハ販賣スルコトヲ禁シ同法第五十九條ニ於テ之ニ違反シタル者ヲ所罰スル旨ノ規定アリテ其所謂煙草ニ代用スヘキ物品ナルモノカ煙草其ノモノト別異ノモノナルコトハ明カナリト雖モ如何ナル物カ

煙草ニ代用スヘキ物品ナリヤハ同法ニ於テ何等指示スル所ナク同法ノ規定ヨリハ直接之ヲ知ルコトヲ得ス從ツテ此問題ハ專ラ煙草專賣法ノ立法ノ趣旨ヨリ之ヲ研究シ以テ適當ナル標準ヲ確定シ之ニヨリテ制定スヘキモノトス抑モ煙草專賣法立法ノ目的カ主トシテ國家財政ノ收入ヲ圖ルニアリテ其立法ノ基礎カ國民ノ煙草ヲ嗜好スル事實ニ存スルコトハ敢テ言ヲ要セサル所ナルヲ以テ苟クモ國民ノ嗜好ニ於テ煙草ト同一若クハ類似ノ關係ニアル物品ハ結局前掲煙草專賣法ノ目的ヲ阻害スヘキヲ以テ煙草ノ代用品トシテ之カ製造販賣ヲ禁スルヲ相當トナスヘキモ之ニ反シ國民ノ嗜好ニ於テ此ノ關係ナキトキハ結局前掲煙草專賣法ノ目的ヲ阻害セサルコト明白ナルヲ以テ斯カル物品ハ煙草ノ代用品ト看做スヘキモノニアラス而シテ其ノ嗜好ハ專ラ物品ノ成分ニヨリテ異ルヘク煙草ノ嗜好ハ其特有成分タルニコチン素ニ基クモノナルヲ以テ假令煙草ニ非サルモニコチン素ヲ含有スルモノハ其嗜好ハ煙草ト同一若クハ類似ノ關係ニアルモノト認ムヘキモニコチン素ヲ含有セサルモノハ其嗜好ハ煙草トハ全ク別異ノモノト認ムヘク要ハ煙草ト其嗜好ニ於テ同一若クハ類似ノ關係ヲ有スルヤ否ヤハ專ラ煙草ノ特有成分タルニコチン素ヲ有スルヤ否ヤニヨリテ決スヘキモノトス之ヲ以テ煙草專賣法第三十五條ニ所謂煙草ニ代用スヘキ物品トハ煙草ニ非スシテ煙草ノ特有成分タルニコチン素ヲ含有スル物品ナリト解釋スヘキナリ本件ノ口中香煙スメルハ鑑定人鈴木梅太郎ノ鑑定ニヨリ明カナルカ如ク其成分ニハ何等ニコチン素ヲ含有スルモノニ非サレハ煙草專賣法第三十五條ニ所謂煙草ノ代用品ナリト云フコトヲ得サルヤ言ヲ俟タス其他物品ノ形狀用法ノ如キハ未タ以テ之カ區別ノ標準ト爲スニ足ラス何トナレハ煙草ト稱スヘキモノノ內ニ於テモ葉卷煙草粉煙草等ア

リテ其形狀ヲ異ニスルノミナラス嚙煙草嗅煙草等アリテ其用法ヲ異ニスルモノアレハナリ以テ說明ノ如ク本件口中香煙スメルカ煙草專賣法ニ所謂煙草ニ代用スヘキ物品ニ屬セサルコト明ニシテ之ヲ製造販賣シタリト稱スル本件公訴事實ハ煙草專賣法ニ違反スルモノニアラス（橫濱地方新保裁判長盡水島津各判事判決法律新聞第一一一三號二八頁）

【關係事項】

煙草專賣法違犯被告事件○被告瀨戸三千則同瀨戸常七郎

穩健ナル見解贊同ス蓋シ煙草專賣法第三五條ニ所謂煙草代用品ノ意義及ヒ其範圍ヲ闡明スルニ當リ純然タル文理ニ依準シテ之ヲ廣汎ニ解センカ坊間流布スル雜菓（ミルクキャラメル等ノ如シ）諸藥品等之ニ該當スヘキモノ夥多存スヘク斯クテハ同法立法ノ趣旨目的ヲ超越シテ不當ナルノミナラス延イテハ一般產業ノ發達ヲモ阻害停滯セシムルノ虞ナキニシモ非ス之レ吾人ノ單ナル杞憂ノミニハ非サルナリ本判決カ同法立法ノ精神ニ其根抵ヲ求メ（說明ニ幾分不妥當ノ個所アリトスルモ）ニコチン素ヲ含有セルモノナルヤ否ノ點ヲ以テ肯否甄別ノ基準ト爲シタルハ最モ吾人ノ意ヲ得タルモノニシテ好個ノ判決ト稱スヘキナリ

（一六三）

耕地整理法一　本法ニ於テ耕地整理ト稱スルハ土地ノ農業上ノ利用ヲ增進スル目的ヲ以テ左ノ各號ノ一ニ該當スル事項ヲ行フヲ謂フ（以下略）

同四一　耕地整理ヲ施行スル爲必要アルトキハ耕地整理組合ヲ設立スルコトヲ得
耕地整理組合ハ法人トス

法人タル組合カ公法人ナルヤ否ヤハ單ニ組合ノ强制加入組合費ノ强制徵收及ヒ國家ノ監督等ノミヲ標準トシテ之ヲ決スヘキモノニ非スシテ當該組合ヲ規定スル法律ニ就キ其本旨ノ有スル所及ヒ組合ノ目的トスル事業ノ性質ヲ査覈シテ之ヲ決スルコトヲ要スルモノトス』

耕地整理法ニヨル耕地整理組合ハ私法人ナリ』

法人タル組合カ公法人ナルヤ否ヤハ單ニ組合ノ强制加入組合費ノ强制徵收及國家ノ監督等ノミヲ標準トシテ之ヲ決スヘキモノニ非ス必スヤ當該組合ヲ規定スル法律ニ就キ其本旨ノ存スル處及ヒ組合ノ目的トスル事業ノ性質ヲ査覈シテ之ヲ決スルヲ要ス因テ明治四十二年法律第三〇號耕地整理法ヲ案スルニ第一條ニ所論ノ如ク規定シテ土地整理ノ意義ヲ明カニシ第三條ニハ「耕地整理ヲ施行セムトスルトキハ設計書ヲ作リ云云數人共同シテ施行セムトスルモノニアリテハ尙規約ヲ作リ地方長官ノ認可ヲ受クヘシ云云」ト規定シ以テ私人カ單獨ニ若クハ共同シテ耕地整理ヲ施行シ得ヘキコトヲ明カニシタルニ因リ該整理ノ事業ハ本來國家事務ニ屬セサルコトヲ認ムルヲ得ヘシ而シテ第四一條ニハ「耕地整理ヲ施行スル爲メ必要ナルトキハ耕地整理組合ヲ設立スルヲ得」ト規定シタルニ依リ該組合ハ私人事務ニ屬スル耕地整理施行ノ必要上設立セラレタルモノニシテ其設立ハ私人カ單獨ニ若クハ共同シテ耕地整理ヲ施行スルニ比シ組合組織ニ依リ之ヲ施行スルノ便宜多キコトアルカ爲メニ外ナラサレハ耕

地整理ノ事業ハ組合ノ設立ニ依リ國家事務ニ變ズスヘキ謂ハレナシ然モ前示法律ノ規定ノ趣旨ヨリスルモ水利組合ノ如キト異ナリ國家カ其機關トシテ該組合ノ存在ヲ認メタルモノト解シ難キニ依リ當院ニ於テ判示シタル農會及產牛馬組合等ト均シク之ヲ私法人トナスヲ妥當トス所論北海道土功組合ノ如キハ共目的物タル事業カ本來公共事務ニ屬スルヲ以テ耕地整理組合ト同一ニ論斷スルヲ得ス然レハ原判決ニ於テ前示耕地整理法ニ依リ成立シタル本件成家耕地整理組合若クハ同組合長名義ノ各文書僞造及行使ノ所爲ニ付キ刑法第一五九條第一項第一六一條第一項ヲ適用シタルハ違法ニ非ス（大審院大正四年（れ）第三三一六號同五年三月三日刑一部遠藤裁判長谷野堀田泉二中尾各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審廣島控訴院○文書僞造行使詐欺未遂被告事件○被告人金山惣八外八名
原院檢事長上告

【第一點參照學說】

清水博士

一　何ヲ標準トシテ公法人ト私法人トヲ區別スヘキヤト云フニ法人ト團體員トノ間ニ權力關係存スルモノ公法人ニシテ法人ト團體員トノ間ニ權力關係即命令服從ノ關係存セサルモノ私法人ナリ或ハ生存目的ヲ以テ此兩者ヲ區別セントスルモノアリテ公法人トハ行政事務ヲ行フヲ以テ生存目的ト爲スモノニシテ私法人トハ私ノ事務ヲ行フヲ生存目的ト爲スモノナリト說ク人アリト雖モ第一行政事務ト私務トハ性質上之ヲ區別スルコト能ハサルノミナラス公法人カ行政事務ヲ行フヲ以テ其生存目的ト爲スハ寧ロ公共團體ヲ設立シ若クハ其設立ヲ許可スル原因ニシテ公法人ノ特徵ト認ムヘキモノニアラサルナリ（法學博士清水澄氏國法學第二編行政編七三八頁）

二　唯一特定ノ標準ヲ以テ明白ニ公法人ト私法人トヲ區別センコトハ此ノ如ク望ムヘカラサル所ナリト雖モ公法人ハ國家的事業ヲ以テ其ノ存立ノ目的トナスモノナルヲ以テ隨テ亦其ノ團體ノ成立團體ノ團體員ニ對スル關係及其ノ國家ニ對スル關係ニ於テ自ラ私法人ト異ナル種々ノ特色ヲ有ス其ノ成立ニ付テ曰ヘハ公法人ノ設定變更及解散ハ私法人ノ如ク決シテ團體員自身ノ自

由ニ放任セラルルコトナク或ル程度ニ於テ國家カ必ス之ニ干與ス……其ノ團體員タルヘキ者ノ範圍ニ付テモ法ハ自ラ之ヲ一定シテ一定ノ資格アル者ハ法律上當然ニ其ノ團體員タラシムルコトアリ團體ト團體員トノ關係ニ付テ曰ヘハ公法人ハ普通ニ私法人ノ有セサル特ニ强キ權力ヲ附與セラレ殊ニ其ノ經費ノ徵收ニ關シ又ハ規約違反者ニ對スル制裁ニ關シテ特別ノ國家的權能ヲ與ヘラルルコト通常ナリ最後ニ團體ノ國家ニ對スル關係ニ付テハ公法人ハ私法人ヨリモ特ニ强キ國家ノ監督ニ服シ其ノ目的タル事業ニ付テモ其ノ遂行ヲ强制セラレ時トシテハ國家ハ行政ノ機關トシテ國家ノ事務ヲ委任セラルルコトアリ凡テ此等ノ特色ハ其ノ何レノ一ヲ以テモ公法人ト私法人トノ正確ナル區別ノ標準ト爲シ得ヘキモノニ非ス……此等種々ノ標準ヲ綜合シテ其ノ全體ニ付テ觀察スルトキハ或ル團體カ公法人ナルカ私法人ナルカハ略正確ニ之ヲ區別スルニ難カラサルヘク就中左ノ三ノ點ハ其ノ區別ノ通常ノ標準ト爲シ得ヘキモノナリ……(一)團體員ニ對スル加入强制……(二)團體內部ノ爭ニ關シ民事訴訟ニ依ラス行政上ノ手段ニ依リテ之ヲ決定シ强制シ得ルコト……(三)團體ノ機關ノ地位ニ當ル者カ官吏又ハ公吏トシテ認メラルルコト……私法人ノ法人ニ付テハ民法ハ之ヲ社團法人ト財團法人トノ二種ノ別アリ一ハ領土團體ノ性質ヲ有スル要ス其ノ社團法人ニ該當スルモノニハ更ニ二種ノ別アリ一ハ領土團體ノ性質ヲ有スルモノナリ前者ハ通常之ヲ地方團體ト謂ヒ後者ハ之ヲ公共組合ト謂フ（法學博士美濃部達吉氏日本行政法五八四頁以下要領）

三　公法人トハ國家行政組織ノ一部ヲナス法人ニシテ國家ニ對シ其目的ヲ遂行スル法律上ノ義務ヲ負擔シ且ツ人ノ團體ヨリ成ルモノニアリテハ加入ヲ强制スルモノヲ謂フ……右ノ定義ニ依リ公法人ト私法人トノ區別ヲナセハ左ノ如シ(イ)事務ノ種類ヲ異ニス……(ロ)公法人ハ土地的範圍ヲ有スルコト多シ……(ハ)監督ノ方法ヲ異ニス……(ニ)成立ノ方法ヲ異ニス……(ホ)消滅ノ方法ヲ異ニス……(ヘ)兩者ハ其適用ノ法ヲ異ニス……(ト)公法人ハ自己ノ名ニ於テ其內部ノ行政ヲ行フ……私法人トテモ亦タ國家ノ行政ヲ委任セラルル事ナキニアラス……然レトモ是レ特別ナル公法上ノ委任ニシテ國家ハ何時ニテモ會社ノ存在ヲ害スルコトナクシテ之ヲ取リ上クルコトヲ得ヘシ（法學博士市村光惠氏訂正增補行政法原理五四二頁）

市村博士

清水博士

美濃部博士

【第二點反對學說】

一　之ハ公共團體ノ構成要素上ノ區別ニシテ地方團體ハ土地及人民ヲ其構成要素ト爲スモノナリ（法學博士清水澄氏國法學第二編行政編七四三頁）

現今制度上公共組合ニ屬スルモノヲ例示スレハ左ノ如シ第九耕地整理組合耕地整理組合ヲ設立スルコトヲ得而シテ其組合ノ公共組合タルコトハ「法人トス」トノ明文加入强制ノ規定及組合費用並ニ夫役現品ニ代ルヘキ金額滯納ノ場合ニ市町村ヲシテ市町村稅ノ例ニ依リ處分セシメ得ルコト等ニ依リ之ヲ推定シ得ルナリ（同上一二〇八頁）

二　私法上ノ法人ニ付テハ民法ハ之ヲ社團法人ト財團法人トノ二種ニ大別セリ公法人ニ付テモ亦之ト同樣ノ區別ヲ認ムルコトヲ要ス其ノ社團法人ニ該當スルモノニハ更ニ二種ノ別アリ一ハ領土團體ノ性質ヲ有スルモノニシテ一ハ組合團體ノ性質ヲ有スルモノナリ前者ハ通常之ヲ地方團體ト謂ヒ後者ハ之ヲ公共組合ト謂フ（法學博士美濃部達吉氏日本行政法五八七頁）

現行法ニ於テ認メラルル所ノ公共組合ハ其ノ種類少シトセス其ノ大部分ハ或ル共同ノ經濟上ノ目的ヲ達スルカ爲ニ存スルモノ

トス（同上六一四頁）

三　公共組合ハ公法人ナリ公法人ノ特徵ノ一ハ其强制加入ノ點ニ存ス然ルニ我現行ノ組合法ヲ見レハ强制加入ナラサルモノアルカ如シ（法學博士市村光惠氏訂正增補行政法原理六八九頁）

尙ホ牛又ハ馬ノ生產ニ從事スル者ヲ以テ成ル產牛馬組合ナルモノアリ大體ニ於テ重要物產同業組合ト類似スルヲ以テ之ヲ遂ヘス（同上六九三頁）

市村博士

【第二點參照學說】

商業會議所ノ經費取立權ハ會議所カ議員選擧權者ニ對シテ法律ノ規定ニ依リ當然有スル權利ニシテ其內容ハ賦課ニ依ツテ定マルモノナリ然シ其會議所ハ公私法人ノ中間ニ位シ雜種的性質ヲ有スルモノト爲スヘキカ故ニ會議所タル資格ニ於テ有スル權利ナルコトニ依リ直チニ經費取立權ハ公權ナリト解スルヲ得ス（法學博士雄本朗造氏本書第一卷民訴一七頁）

雄本博士

【第二點同趣旨判例】

一　產牛馬組合ハ同組合法及ヒ重要物產同業組合法ノ規定ニヨル一種ノ私法人ニシテ公法人ニ非ス（大審院民事判決錄四十一年一一九〇頁）

二　國家以外ノ法人カ公法人ナルヤ否ヤハ國家カ之ヲ其機關ノ一部ト爲シタルヤ否ヤニ存シ主トシテ其成立及ヒ組織ヲ定メタル法律ノ規定ニ基キ之ヲ決スヘキモノトス……重要物產同業組合ハ私法人ナルカ故ニ組合員ニ對スル組合經費及ヒ過怠金ノ徵收ニ付テハ司法裁判所ニ其救濟ヲ求メ得ヘキモノトス（大審院判決本書第三卷諸法九四頁）

三　重要物產同業組合法ノ規定ヲ通覽スルニ亦一面ニ於テ重要物產同業組合ハ主トシテ其ノ設立ノ任意ニシテ之ヲ設立スルト否トハ關係地方同業者ノ自由ニシテ且設立後ニ於テモ組合多數ノ同意アルトキハ假令認可ヲ要スルニモセヨ解散スヘキモノナルコト明ナルカ故ニ此點ニ於テ著シク公共團體ト其性質ヲ異ニシ到底公共團體ノ骨子タル國家行政ノ補助機關タル行政組織ノ一部タル觀念トハ相容レサルモノナレハ右同業組合ハ此等同業者ノ利益ヲ代表スヘキ一國體タルニ過キサルコトヲ示スモノト謂ハサル可カラス果シテ然ラハ偶々其事務カ一面ニ於テ國家ノ助長行政ニ屬スル性質ヲ帶フルノ故ヲ以テ直チニ公法人タルノ資格ヲ具有スルモノナリト論斷スルコトヲ得ス重要物產同業組合ノ性質既ニ公法人ニ非ストセハ同組合ト組合員間ノ關係又公法關係ニアラサルコト明白ナリ（大阪地方大正二年レ二七六號法律新聞九三五號五四一頁）

【第二點反對判例】

重要物產同業組合ハ公法人ナリ（東京地方大正二年レ二八號同年六月十三日判決本書第二卷民訴二四八頁）

耕地整理組合ハ私法人ナリトノ判旨ハ之ヲ首肯スルヲ得ヌ蓋シ(イ)耕地整理法第一條ニハ耕地整理ト稱スルハ土地ノ農業上ノ利用ヲ增進スル目的ヲ以テ』云々ト規定シ其第四一條第二項ニハ耕地整理組合ハ之ヲ法人トスト規定セリ由是觀之耕地整理組合ハ本來國家ノ助長行政ノ一部ニ屬スル事務ヲ以テ自己存立ノ事務ト爲スコト炳トシテ明ナリ(ロ)亦同法第五〇條ニ於テハ其設立ハ主務官廳ノ認可ヲ要シ第七九條ニ於テ違約者ニ過怠金强制徵收ノ規定ヲ爲シ第八二條ニ於テ監督ノ階梯ヲ規定スルニ徵スルモ私法人ニ非サルコト明ナリ(ハ)其他第八條第九條第七三條第八〇條第九〇條第九一條等ニ對比勘案スルモ耕地整理組合カ公法人ナルコト疑ヲ挾ムヘキ餘地ナク上揭各法條ハ總テ公益法人ニ關スル民法々人ノ規定ニ虧クル處ナレハナリ宜ナル哉本點ニ關スル學者ノ所說符節ヲ合スルカ如ク皆公法人ナリト解スルヲ吾人ハ一日モ早ク大審院カ其判例ヲ變更センコトヲ希望シテ止マサルナリ

(二七)

明治三十三年三月法律第五四號郵便法二〇　書狀ハ小包郵便ト爲シ又ハ小包郵便物ニ合裝スルコトヲ得ス但シ無封ノ添狀又ハ送狀ハ此ノ限ニ在ラス

明治三十三年九月郵便規則一〇　第三種乃至第五種郵便物及小包郵便物ハ其ノ外部ニ左記ノ事項ニ限リ之ヲ記入シ又ハ別ニ記載シテ添付スルコトヲ得一差出人及受取人ノ宿所氏名二差出人及受取人ノ身分職業商標其ノ他ノ稱號等三日附及費用至急關聯等ノ慣用語四贈早納本注文品等四字以內ノ送達上ノ慣用語五定期刊行物ニ前金切レ又ハ何月何日限リ前金滿了等ノ慣用語六送達上郵便官署ニ必要ナル注意ヲ示ス語辭前項郵便物ニハ其ノ內部ニ前項各號ノ外

倘左ノ事項ニ限リ之ヲ記入シ又ハ別ニ記載シテ添付スルコトヲ得一名稱番號數量金額寸尺重量二定期刊行物書籍印刷物書畫圖案務用書類ニ正誤注意點線批評類三圖畫及寫眞ニ說明又ハ着色四商品見本及雛形農產物種子及博物學上ノ標本ニ生產地及種類ヲ確知スル爲必要ノ事項五農產物種子ニ播種ノ時期及說明六名刺ニ四字以內ノ慣用語前二項以外ノ事項ヲ記入シ又ハ別ニ記載シテ添付シタル小包郵便ハ之ヲ差出人ニ還付ス

郵便法第二〇條ニ所謂書狀トハ特定ノ人ニ對スル通信文書ニシテ郵便葉書ニ記載セサヲモノヲ稱シ所謂添狀トハ小包郵便物ノ內部ニ添付セル書面ニシテ郵便規則第一〇條ニ於テ認許セル事項ノ記載シアルモノニ該當スト爲スヘキヲ以テ小包郵便物ニ合裝シアル書面カ郵便法ニ所謂書狀ナリヤ將タ同法ニ所謂添狀ナリヤハ一ニ其內容ニ照ラシテ判斷スヘキ法律問題ニ屬シ固ヨリ證據理由ノ說示ヲ要スルモノニ非サルモノトス』

【上告趣意】被告所管ノ事務トシテ株式會社東京石川島造船所ヨリ顧客ニ對シ同所製造品ノ型錄ヲ發送スル際小包郵便ニ合裝シタル書面記載ノ文詞ハ左ノ如シ「拜啓時下御淸榮奉賀候陳者今般弊社製品ノ內天井移動電燈起重機ウードタン水管式汽罐型錄調製仕候ニ付玆ニ送呈御高覽ニ供シ候間多少ニ不拘御用命被成下度拜願仕候右得貴意度如此御座候敬具」郵便法第二〇條ニハ「書狀ハ小包郵便物ト爲シ又ハ小包郵便物ニ合裝スルコトヲ得ス但シ無封ノ添狀又ハ送狀ハ此限ニ在ラス」ト規定セルヲ以テ本案ノ書面カ書狀ナルヤ或ハ無封ノ添狀ナリヤハ書面自體ヲ審案シテ判定スヘキモノナリ然ルニ原審之ヲ書狀ナリト判定スルニ當リ告發狀中ニ「普通小包郵便中ヘ書狀合裝發送シタルモノナル」旨ト「押收ニ係ル書面五通中書狀ノ內容トシテ判示シタルト同趣旨ノ記載」トヲ擧示シ以テ書狀ト認定シタルモ前者ハ告發者ノ意見ニ過キス後者ハ押

收ノ書面即書狀ナリト斷定シタルニ外ナラス毫モ書面自體カ書狀ナルヤ添狀ナルヤヲ判定スルノ理由ヲ附セサル不法アリ且「押收ニ係ル五通中書狀ノ內容トシテ判示シタルト同趣旨ノ記載ト云フモ其五通中何レノ書面ニ書狀ト認定スヘキ文詞ノ記載アリ他ハ否ラサルヤヲ明示セサルトキハ五通ノ小包郵便物カ悉ク違反ナリヤ否ヤヲ定ムルヲ得ス是亦理由不備ノ判決ナリ

【判決理由】郵便法第二〇條ニ所謂書狀トハ特定ノ人ニ對スル通信文書ニシテ郵便葉書ニ記載セサルモノヲ稱シ（郵便規則第一四條ノ一參照）而シテ同條ニ所謂添狀トハ小包郵便物ノ內部ニ添付セル書面ニシテ郵便規則第一〇條ニ於テ認許セル事項ノ記載シアルモノニ該當スト解スヘキヲ以テ小包郵便物ニ合裝シアル書面カ郵便法ニ所謂書狀ナリヤ將タ同法ニ所謂添狀ナリヤハ一ニ其內容ニ照ラシテ判斷スヘキ法律問題ニ屬シ固ヨリ證據理由ノ說示ヲ要スルモノニアラス原審ハ法律上ノ見解ニ基キ原判決ニ於テ說示セル被告カ小包郵便物中ニ合裝シタル書面ハ其性質內容ヨリ判斷シテ書狀ナリト說示シタルモノト解スヘク所揭證據說明ニ依リテ所論書面カ書狀ニ該當スルモノト說示シタル趣旨ニ非サルヤ勿論ナリ前段論旨ハ理由ナシ次ニ所揭判示ハ押收ニ係ル五通ニ孰レモ原判決ニ於テ書狀ノ內容トシテ判示シタル趣旨ノ記載アリト說示シタルモノニシテ五通中ニ判示書狀ノ內容ヲ記載シタルモノト否ラサルモノトアリト說示シタルニ非サルヲ以テ後段論旨亦理由ナシ（大審院大正五年（れ）第二八號同年二月二十四日刑二部鶴裁判長鶴見磯谷平野藤波各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審東京地方裁判所○郵便法違反被告事件　被告人大倉龜造辯護人三宅碩夫

醫業トハ反覆繼續ノ意思ヲ以テ醫行爲ニ從事スルノ謂ニシテ生活上ノ資料ヲ得ル目的ノ有無ハ其意義ヲ定ムルノ標準トナルモノニ非レハ判決ニ於テ被告カ醫業ヲ行ヒタルハ生活上ノ資料ヲ得ル目的ニ出テタル事情ヲ判旨セサルモ理由不備ノ違法アルモノト爲スヲ得ス

醫師法一一　免許ヲ受ケスシテ醫業ヲ爲シタルモノ又ハ第五條第六條第七條若ハ第十三條第三項但書ニ違背シタル者ハ五百圓以下ノ罰金ニ處ス

（二八）

【上告趣意】原判文ニ依レハ「大正四年三月以降同年七月中ニ至ルマテノ間該醫院ニ於テ福地友吉外數名ノ疾病ヲ診療シテ私ニ醫業ヲ爲シタリ」ト說示シ醫師法第一一條ヲ適用セラレタルモ(一)原判文ノ說明ノミニテハ所謂診療ナル事實ノ內容ヲ知悉スルコト能ハス即チ如何ナル方法ヲ以テ疾病者ノ診察治療ヲ爲シタルカ事實不明ナリト謂ハサル可ラス(二)又原審ハ被告カ醫業ヲ爲シタリト說示セリト雖モ所謂醫業ト云フ生活上ノ資料ヲ得ヘク引續キ常業トスルノ謂ナルニ其事情ヲ認定セス結局原判決ハ此二點ニ於テ理由不備ナル違法ノ裁判ナリ

【判決理由】診療トハ疾病ノ診察治療ヲ謂ヒ診察治療ハ醫行爲ニ外ナラサルヲ以テ診療ノ語ヲ以テ被告ノ行爲ヲ判示スル以上ハ醫師法第一一條ノ適用トシテ其理由ヲ備フルモノト謂フヘク特ニ其診察治療ノ具體的方法ヲ判示スルヲ要セス然ラハ本論旨ノ一ハ其理由ナク又醫業トハ反覆繼續ノ意思ヲ以テ醫行爲ニ從事スルノ謂ニシテ生活上ノ資料ヲ得ル目的ノ有無ハ其意義ヲ定ムル標準ト爲ルモノニ非ス然ラハ原判決

大審院判決

ニ於テ被告カ醫業ヲ行ヒタルハ生活上ノ資料ヲ得ル目的ニ出テタル事情ヲ判示セサリシトテ理由不備ノ違法アリト爲スヲ得サルヲ以テ論旨ノ二モ亦理由ナシ（大審院大正四年(れ)第三三〇九號同五年二月五日刑三部棚橋裁判長柳川中西泉二中尾各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審青森地方裁判所○醫師法違反被告事件○被告人一戸守義辯護人横山勝太郎

（二九）

北海道廳警察罰令第一條第二號ハ法令ノ規定上訴訟其他ノ紛議ニ關シ報酬ヲ受ケ若クハ之ヲ受クル目的ヲ以テ紹介鑑定代理和解仲裁又ハ之ニ類スル行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノノ外何人ト雖モ報酬ヲ受ケ若クハ之ヲ受クル目的ヲ以テ此等ノ行爲ヲ爲スコトヲ禁止セル趣旨ト解スヘキモノトス』

北海道廳警察罰令第一條第二號ハ法令ノ規定上訴訟其他ノ紛議ニ關シ報酬ヲ受ケ若シクハ之ヲ受クル目的ヲ以テ紹介鑑定代理和解仲裁又ハ之ニ類スル行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノノ外何人ト雖モ報酬ヲ受ケ若シクハ之ヲ受クル目的ヲ以テ此等ノ行爲ヲ爲スコトヲ禁止セル趣旨ト解スヘク民事訴訟法第六三條第二項ハ單ニ辯護士ノ在ラサル場合ニ於テ訴訟能力者タル親族若クハ雇人ナキトキ他ノ訴訟能力者ヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ許セルノミニシテ他ノ訴訟能力者カ報酬ヲ受ケ若クハ之ヲ受クル目的ヲ以テ訴訟代理人トナリ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ許セルモノニアラサレハ原判示ノ如ク被告ハ自ラ裁判所ノ認可ヲ受ケ申谷はまノ訴訟代理人ト爲リタルモノナリ

大審院判決

ト雖モ原判決ニ依レハ被告ハ元來訴訟ニ關シ代理和解等ノ行爲ヲ爲シ之カ報酬ヲ受クルニ付法令ノ規定ニ依リ特別ノ資格ヲ有スルモノナラサルニ拘ハラス報酬ヲ受クルノ目的ヲ以テ右はまノ訴訟代理人トナリ同人ヨリ二十日岩仁佐吉ニ對スル民事訴訟ニ關與シ岩仁佐吉ト裁判上ノ和解ヲ爲シタルモノナルヲ以テ被告ハ到底前示罰令第一條ノ制裁ヲ免カルルヲ得サルモノトス故ニ原判決カ同條ニ依リ被告ヲ處罰シタルハ正當ニシテ違法ニアラス（大審院大正四年(れ)第三三五〇號同五年二月十四日刑二部鶴裁判長鶴見磯谷平野藤波各判事判決）

【關項事項】

上告棄却○原審札幌地方裁判所○北海道警察罰令違反被告事件○被告人田中末次郎

（三〇）

警察犯處罰令一　左ノ各號ノ一ニ該當スル者ハ三十日以下ノ拘留ニ處ス

二　密賣淫ヲ爲シ又ハ其媒合若ハ容止ヲ爲シタル者

警察犯處罰令第一條第二號ニ所謂密賣淫ノ媒合ヲ爲ストハ周旋勸誘其他總テノ方法ヲ以テ密賣淫ノ實行ニ付キ機會ヲ與フルコトヲ意味シ其容止ヲ爲ストハ密賣淫ノ場所ヲ供給スルコトヲ意味スルモノトス』

密賣淫媒合若クハ容止ノ罪ハ密賣淫ノ實行行爲ニ隨伴シテ成立スルモノナレハ密賣淫ヲ爲スノ情ヲ知テ房室ヲ給與シ又ハ其周旋勸誘ヲ爲シタリトスルモ密賣淫ナル犯罪行爲ノ實行セラレサル以上ハ該犯罪ハ成立セサルモノトス』

警察犯處罰令第一條第二號ヲ以テ密賣淫ヲ處罰スルハ對價ニ依リ淫行ヲ爲スヲ處罰

スル趣旨ニシテ其媒合ヲ爲ストハ周旋勸誘其他總テノ方法ヲ以テ密賣淫ノ實行ニ付機會ヲ與フルコトヲ意味シ其容止ヲ爲ストハ密賣淫ノ場所ヲ供給スルコトヲ意味スルモノトス而シテ密賣淫媒合若クハ容止ノ罪ハ密賣淫ノ實行行爲ニ隨伴シテ成立スルモノナレハ密賣淫ヲ爲スノ情ヲ知テ房室ヲ給與シ又ハ其周旋勸誘ヲ爲シタリトスルモ密賣淫ナル犯罪行爲ノ實行セラレサル以上ハ該犯罪ハ成立スヘキ筋合ノモノニアラス（大正四年(れ)第七二二號警察犯處罰令違犯上告事件判例參照）原判決ニハ被告カ足野正五郎ニ對シ賣淫婦ヲ周旋スヘク同人ヲ誘ヒテ高野とし方ニ來リ正五郎とし間ニ金一圓ノ報酬ヲ以テ賣淫スルコトヲ約束セシメ以テ密賣淫ノ媒合ヲ爲シタル旨判示セルノミニシテ右兩人間ニ果シテ密賣淫ノ犯罪行爲カ實行セラレタルヤ否ヤ之ヲ認識スルニ由ナケレハ原判決ハ結局理由不備ノ不法アルモノナリ（大審院大正四年(れ)第三一四三號同五年一月二十日刑二部鶴裁判長鶴見磯谷平野藤波各判事判決）

【關係事項】

破毀移送○原審函館地方裁判所○警察犯處罰令違犯被告事件○被告人小松とめ

【前項參照學說】

谷田勝之助氏

密賣淫トハ公許ヲ得スシテ對價即チ報酬ヲ得テ他人ト交接スル行爲ヲ謂フ而シテ其主體ハ必スシモ女子タルコトヲ要セス男子ニテモ可ナリト信ス媒合トハ仲立ナリ取持ツコトナリ容止トハ密賣淫ノ場所ヲ供給スルヲ謂フ（谷田勝之助氏警察犯處罰令講義五三頁）

至當ノ判決ナリ

（三一）

取引所法一二　取引所ノ會員ハ自己ノ計算ヲ以テスルノ外取引所ニ於テ賣買取引ヲ爲スコトヲ得ス

（一三四）

仲買人ハ自己ノ計算ヲ以テスルト他人ノ計算ヲ以テスルトヲ問ハス取引所ニ對シ其ノ賣買取引上一切ノ責任ヲ負フヘシ

取引所法一九　取引所ノ賣買取引ノ方法ニ關スル規程ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム

同　二〇　取引所ハ其ノ定款ニ依リ賣買取引ニ付證據金ヲ納メシムルコトヲ得

同　二一　取引所ハ賣買取引ノ責任ヲ履行セサル者アルトキハ證據金及身元保證金ヲ以テ損害賠償ノ用ニ供スルコトヲ得

同　二三　取引所ハ賣買取引高ニ應シ賣買双方ヨリ手數料ヲ徵收スルコトヲ得其ノ率ハ政府ノ認可ヲ受クヘシ

同　二五　仲買人ハ委託ヲ受ケタル取引所ノ定期取引ニ付取引所ニ於テ其ノ賣付買付又ハ受渡ヲ爲サスシテ之ヲ爲シタルト同一又ハ類似ノ計算ヲ以テ委託者ニ對シ其ノ決濟ヲ爲スコトヲ得ス

前項ノ規定ニ違反シタル仲買人ハ取引所之ニ三箇月以上ノ營業停止ヲ命シ又ハ之ヲ除名スヘシ

同　二六　取引所ハ命令ノ定ムル所ニ依リ公定相場ヲ決定シ之ヲ公示スヘシ

取引所ハ命令ノ定ムル所ニ依リ仲買人ノ賣買高ヲ公示スヘシ

同　三二ノ五　取引所ニ據ラスシテ取引所ノ相場ニ依リ差金ノ授受ヲ目的トスル行爲ヲ爲シタル者ハ一年以下ノ懲役又ハ二千圓以下ノ罰金ニ處ス但シ刑法第一八六條ノ適用ヲ妨ケス

大正三年六月勅令第一三七號取引所令一一　轉賣買戻ハ買賣ノ方法ニ依ル定期取引ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得

商法三二三　問屋トハ自己ノ名ヲ以テ他人ノ爲メニ物品ノ販賣又ハ買入ヲ爲スヲ業トスル者ヲ謂フ

同　三一七　問屋カ取引所ノ相場アル物品ノ販賣又ハ買入ノ委託ヲ受ケタルトキハ自ラ買主又ハ賣主ト爲ルコトヲ得此場合ニ於テハ賣買ノ代價ハ問屋カ買主又ハ賣主ト爲リタルコトノ通知ヲ發シタルトキニ於ケル取引所ノ相場ニ依リテ之ヲ定ム

前項ノ場合ニ於テモ問屋ハ委託者ニ對シテ報酬ヲ請求ルコトヲ得

「バイカイ」附出トハ取引所ノ市場ニ提出シ取引ヲ爲スニ際シ同一仲買人ニ於テ同限月同一株式ノ同數ノ賣ト買トヲ有スル場合ニ於テ値段競合ノ進行中相手方ヲ求メテ附合ヲ爲スコトナク右競合ノ進行前又ハ進行後取引所ノ庭帳ニ右賣ト買トヲ記入スルニヨリ自ラ賣主トナルト同時ニ買主トナリ他人間ノ競合ニヨリ確定セラレタル値段ニヨリ右取引ヲ成立セシムル方法ニシテ多クハ即時落ノ方法

（一三五）

ニヨリ一方ノ賣又ハ買即チ賣付又ハ買付ハ他ノ買又ハ賣ニヨリ買戻又ハ轉賣セラレ即時ニ繫屬セサルニ至ルモノトス』

仲買人ハ一人ニテ數多ノ客ヨリ賣又ハ買ノ委託ヲ受クルコトアルカ故ニ取引所ニ於テ同一仲買人カ同一物件ニ付キ賣主買主双方ノ行爲ヲ攝行スルコトヲ妨ケサルハ勿論仲買人ハ客ノ委託ニヨルノ外自己ノ計算ヲ以テ賣買取引ヲナスヲ得ルモノナレハ客ノ委託ニ基キ取引所ノ市場ニ於テ賣又ハ買ノ取引ヲ實行スルニ當リ自己ノ計算ヲ以テ之ニ對スル買主又ハ賣主ト爲ルヲ妨ケサルモノトス』

東京株式取引所ニ於テハ値段ノ競合中同一仲買人ニ於テ賣ト買トノ附合ヲナストキハ其相手方カ同一人ナルト否トニ拘ハラス仲買人ヨリ特ニ申出ナキ限リ取引所ハ一旦其庭帳ニ記入シタル右賣ト買トヲ其對當額ニ於テ抹消シ右對當額ハ始ヨリ附合ナカリシモノト認ムル慣習アルモノトス』

取引所法規ニ所謂競賣買中ニハ「バイカイ」附出ノ方法ヲモ包含スルモノトス』

仲買人ト委託者間ト仲買人ト取引所間トハ二者全ク別箇獨立ノ關係ニシテ仲買人ハ當該取引カ自己ノ計算ニ基クト客ノ依託ニヨルトヲ問ハス取引所ニ對シテハ自ラ其責ニ任スヘキ義務アルト同時ニ仲買人ニシテ當該取引ヲ取引市場ニ提出シ實行ナシタル以上右取引カ取引所ニ繫屬スルト否トハ委託者ニ對シ何等影響スル所ナク委託者ハ仲買人ニ對シ委託ノ本旨ニ違ヒタル義務ノ履行ヲ求メ正

當ナル計算ニヨル決濟ヲ求ムルコトヲ得ヘキヲ以テ所謂「バイカイ」附出ノ方法ハ取引所法規ニ違反スルコトナキハ勿論公序良俗ニモ違背スルコトナキモノトス』

被告カ株式會社東京株式取引所仲買人ナル事實並ニ原告カ被告ニ對シ原告主張ノ如ク寶田株二百株及ヒ東新株二百株ノ各四回ノ買付及ヒ賣埋ヲ委託シタル事實ハ當事者間ニ爭ナキトコロニシテ被告カ右ノ委託ニ基キ被告主張ノ如ク何レモ株式會社東京株式取引所ノ市場ニ提出シ之カ取引ヲ爲シ寶田株ニ付キテハ金四千六百五十七圓五十錢東新株ニ付キテハ金二千七百六圓合計金七千三百六十三圓五十錢ノ損失ニ歸シタル事實ハ證人中澤定治郎大串三夫ノ各證言並ニ右大串三夫ノ證言ニヨリ眞正ニ成立シタリト認ムヘキ乙各號證ニヨリ之ヲ認ムルニ足レリ而シテ被告ハ以上ノ取引ハ何レモ「バイカイ附出」ノ方法ニヨリシモノニアラスト主張スルト雖モ證人大串三夫ノ證言ニヨレハ大正三年六月二十七日本場第二節ノ八月限東新株五十株ノ買付(第四(一)ノ(2)ノ(二)並ニ同年八月二十一日後場第一節ノ同限月同株式五十株ノ賣埋(第四(二)ノ(2)ノ(イ)ヲ除キ他ハ何レモ「バイカイ」附出ノ方法ニヨリシモノナルノ事實ヲ認メ得ヘシ抑所謂「バイカイ」附出トハ取引所ノ市場ニ提出シ取引ヲ爲スニ際シ同一仲買人ニ於テ同限月同一株式ノ同數ノ賣ト買トヲ有スル場合ニ於テ値段競合ノ進行中相手方ヲ求メテ附合ヲ爲スコトナク右競合ノ進行前又ハ進行後取引所ノ庭帳ニ右賣ト買トヲ記入スルニヨリ自ラ賣主トナルト同時ニ買主トナリ他人間ノ競合ニヨリ確定セラレタル値段ニヨリ右取引ヲ成立セシムル方法ニシテ其多クハ即時落ノ方法ニヨリ一方ノ賣又ハ買乃チ賣付又ハ買付ハ他ノ買又ハ賣ニヨリ買戻又ハ轉賣セラレ即時ニ繫屬セ

サルニ至ルモノナリ右ノ方法タルヤ取引所ニ於ケル値段ノ競合中之ニ加ハリ相手方ヲ求メテ附合ヲナシ賣買ヲ成立セシムルモノニアラサルカ故ニ明治二十六年法律第五號取引所法第一九條ニ基ク同年勅令第七四號第一二條第二號ニ所謂競賣買ト稱スルヲ得ルヤ否ヤハ固ヨリ一個ノ問題タルヲ失ハスト雖モ右取引所法規ニ取引所ノ取引方法トシテ競賣買ヲ認メタル所以ノモノハ需用者ト供給者トヲシテ相互ニ値段ヲ競合セシムルニヨリ需用供給ノ相一致スル公正ナル値段ヲ確定セシメン爲メニ外ナラス然ルニ賣ト買トカ同數ニシテ殊ニ成行賣買ノ如キ場合ニ於テハ敢テ値段ノ競合ニ加ハルモ之カ爲メニ確定セラルヘキ値段ニ何等ノ差異ヲ生スルコトナキニヨリ「パイカイ」附出ノ方法ニヨルモ敢テ右取引所法規ノ趣旨ニ背反セルトコロナク又仲買人ハ一人ニテ數多ノ客ヨリ賣及ヒ買ノ委託ヲ受クルコトアルカ故ニ取引所ニ於テ同一仲買人カ同一物件ニ付キ賣主買主双方ノ行爲ヲ攝行スルコトヲ妨ケサルハ勿論仲買人ハ客ノ委託ニ基キ取引所ノ市場ニ於テ賣又ハ買ノ取引ヲ實行スルニ當リ自己ノ計算ヲ以テ賣買取引ヲナスヲ得ルモノナレハ客ノ委託ニ基キ取引所ノ市場ニ於テ賣又ハ買ノ取引ヲ實行スルニ當リ自己ノ計算ヲ以テ之ニ對スル買主又ハ賣主ト爲ルヲ妨ケサルモノナリト云ハサルヘカラサルノミナラス鑑定人江口駒之助ノ鑑定ニヨレハ株式會社東京株式取引所ニ於テ値段ノ競合中同一仲買人ニ於テ賣ト買トノ附合ヲナストキハ其相手方カ同一人ナルト否トニ拘ラス仲買人ヨリ特ニ申入ナキ限リ取引所ハ一旦其庭帳ニ記入シタル右賣ト買トヲ其對當額ニ於テ抹消シ右對當額ハ始ヨリ附合ナカリシモノト認ムル慣習アリ從テ甲仲買人カ同一物件ニ付キ同數ノ賣ト買トヲ取引所ノ市場ニ提出シ取引スル場合ニ於テハ値段ノ競合中相手方乙丙ヲ求メテ附合ヲ爲シ一應賣買ヲ成立セシムルモ賣ト買トヲ抹消

セサラント欲セハ競合ノ終了後直ニ取引所ニ對シ特ニ抹消セサルコトヲ求ムル必要アルノミナラス若シ右乙丙ニシテ他ノ相手方丁戊ヲ求メ同數ノ賣買ノ附合ヲナサンカ乙ノ甲ニ對スル買ト丁ニ對スル賣及ヒ丙ノ甲ニ對スル賣ト戊ニ對スル買トハ一旦庭帳ニ記入セラルルニ止リ右乙丙ニシテ特ニ申入ヲ爲ササル限リ直ニ抹消セラレ始メヨリ附合ヲ爲ササリシモノトセラルル結果甲ノ賣及ヒ買ハ共ニ其相手方ヲ失ヒ始メヨリ相手方ヲ失ヒ始メヨリ相手方ナキ取引ヲ爲シタルト同一ノ結果ニ歸着スヘク從テカカル場合ニ於テハ値段ノ競合中賣買ノ相手方ヲ求メテ附合ヲナスモ又バイカイ附出ノ方法ニヨルモ其結果ニ於テ何等相異ルトコロナク却テ後者ニヨルトキハ取引ノ喧騒ヲ避ケ無用ノ煩累ヲ免ルルコトヲ得ルニヨリ前示取引所法規ニ所謂競賣買トハ之ヲ廣義ニ解シ右ノ如キ方法ヲモ之ヲ包含スルモノナリト解スルヲ相當トスヘシ而シテ即時落ノ方法ニヨルトキハ右取引ハ即時ニ取引所ニ繫屬セサルニ至リ取引所ハ右取引ニ付キ擔保ノ責ニ任セサルニ至ルヘシト雖モ取引所ノ擔保責任ハ取引所ト仲買人間ノ關係ニ付キ存在スルモノニシテ取引所ト委託者トノ關係ニ付キ存在スルモノニアラサルノミナラス一仲買人ノ同一物件ノ賣ト買トハ取引所ニ繫屬スルモ其對當額ニ付キテハ取引所カ仲買人ニ對シ履行スヘキ債務ト仲買人カ取引所ニ對シ履行スヘキ債務トハ常ニ同種同額ナルヲ以テ取引所ハ仲買人ニ對シ常ニ相殺ヲ以テ對抗シ得ヘキカ故ニカカル場合ニ於テハソノ何レノ方法ニヨルモ取引所ノ擔保責任ヨリ生スル恩典ニ浴スルコトヲ得ヘキモノニアラス又即時落ノ場合ニ於テハ仲買人ハ取引所ニ對シ證據金納入ノ必要ナキニヨリ若シ此方法ヲ認ムルトキハ仲買人ハ取引所ニ對シ納入スルノ要ナキニ拘ラス委託者ヨリハ尙ホ證據金ヲ徵シ仲買人ナシテ

獨リ不法ニ利得セシムルノ結果ヲ生スルカ如シト雖モ鑑定人江口駒之助ノ鑑定ニヨレハ取引所ハ即時落ノ場合ノミナラス兩建ノ場合ニ於テモ同一物件ノ賣ト買トノ對當額ニ付キテハ仲買人ヨリ證據金ヲ徵セサル慣習アルコト明カナルノミナラス仲買人カ客ヨリ證據金ヲ徵スルハ取引所ニ對スル證據金ノ取次ヲ爲スニアラス二者各其目的トスルトコロヲ異ニシ後者ハ取引所カ仲買人ノ取引ニヨリ仲買人ニ對シ生スルコトアルヘキ債權擔保ノ爲メナルニ前者ハ仲買人客ノ委託取引ニヨリ客ニ對シ生スルコトアルヘキ債權ヲ擔保センカ爲メナリ從テ取引所ハ仲買人ノ取引カ取引所ニ繫屬スルト否トヲ問ハス同一物件ノ賣ト買トノ對當額ニ付キテハ該取引ニヨリ生スル仲買人ノ利益及ヒ損失乃チ取引所ニ對スル債權及ヒ債務ハ常ニ相一致スルヲ以テ仲買人ヨリ證據金ヲ徵スル必要ナシト雖仲買人ト委託者トノ關係ニ於テハ右賣ト買トカ同一人ノ委託ニ基クモノニアラサル限リ之ニヨリ損失ヲ生スルコトアルヘキハ勿論ナレハ仲買人ハ客ノ信用如何ニヨリ取引所ニ對スル證據金ノ必要如何ニ拘ラス證據金ヲ徵スルヲ得ルニアラサレハ到底客ノ委託ニ應スルヲ得サルヤ當然ナリト云ハサルヘカラス之ヲ要スルニ仲買人ト委託者間ト仲買人ト取引所間トハ二者全ク別個獨立ノ關係ニシテ仲買人ハ當該取引カ自己ノ計算ニ基クト客ノ委託ニヨルトヲ問ハス取引所ニ對シテハ自ラ其責ニ任スヘキ義務アルト同時ニ仲買人ニシテ當該取引ヲ取引市場ニ提出シ實行シタル以上右取引カ取引所ニ繫屬スルト否トハ委託者ニ對シ何等影響スルトコロナク委託者ハ仲買人ニ對シ委託ノ本旨ニ遵ヒタル義務ノ履行ヲ求メ正當ナル計算ニヨル決濟ヲ求ムルコトヲ得ヘキヲ以テ所謂「バイカイ附出」ノ方法ハ取引所法規ニ違反スル所ナキハ勿論公序良俗ニモ亦背反スルトコロナシ而シテカ

カル方法カ東京株式取引所ノ取引ニ於テ慣習トシテ存スルコトハ鑑定人江口駒之助ノ鑑定ニヨリ之ヲ認メ得ヘキニヨリ原告ハ被告ニ對シ被告カ該慣習ニヨルコトヲ得ヘキ意思ヲ以テ本件取引ノ委託ヲ爲シタルモノト認ムヘク被告カ該慣習ニヨリタレハトテ原告ノ委託ノ本旨ニ反スルトコロナシ然リ而シテ原告カ被告ニ對シ原告主張ノ如ク證據金千八百圓並ニ證據金代用トシテ株式會社東京株式取引所株式三十株及ヒ千代田護謨株式會社株式百株ヲ交付シ更ニ損失内入金トシテ金千六百四十七圓五十錢ヲ支拂ヒタル事實ハ被告ノ認ムル所ナルモ前示認定ノ損失金七千三百六十三圓五十錢及ヒ原告ノ認ムル前示取引ノ仲買人口錢金六百七十圓合計金八千三十三圓五十錢ハ原告ノ被告ニ對スル支拂分ニ屬シ右證據金並ニ内入金ヲ以テ之ニ充當スルモ金四千五百八十六圓ノ殘金ヲ生スヘキニヨリ被告カ原告ヨリ前示内入金ヲ受領シタレハトテ何等不當ニ利得シタルモノニアラサルハ勿論原告ニシテ前示損失金並ニ仲買人口錢ヲ支拂フニアラサレハ被告カ原告ニ對シ證據金代用株券ノ返還義務ナキヤ勿論ナリ(東京地方大正三年(ワ)第一五五四號同四年十月十八日民三部三淵裁判長大森近藤各判事判決)

【關係事項】

證據金並ニ不當利得返還請求事件○原告木村豐次郎訴訟代理人辨護士原田敬吾被告井手復次郎訴訟代理人辨護士松岡辨外一名

【第一點參照學說判例】

一 小口落ト云ヘルハ東京株式取引所ノ行ヒ始メタル利益落ト大阪株式取引所ノ行ヒ始メタル順次落ト京都取引所ノ行ヒ始メタル便宜落ト又明治四十一二年頃ヨリ各取引所及仲買人ノ行ヒ始メタル「バイカイ」又ハ「ウチ〳〵」ノ附出ニヨリ即時落即チ

現落トノ總稱デアリマス（川上定次郎氏法曹記事第二五卷第六號三三頁）

「バイカイ」又ハ「ウチ〳〵」ノ附出ナル方法ハ元ト賣買成立ノ便宜ヲ計リ取引所ノ定期取引ノ賣買方法タル競賣方法ニヨルモノニアラサルモ競賣買ニヨリタルト同様取扱ハレタルモノニシテ其方法ハ競賣買ニヨリ決定サレタル一定直段又ハ各仲買人ノ異議ナキトキハ其直段ニテ自己ノ手ニ存スル同種同數固限月同値段ノ賣注文ト買注文トヲ組合セ之ヲ屆出テ取引所ノ帳簿ニ登載ヲ求メ出デ其登載後ハ建トナルモノハ建ニ又落トナルモノハ落トシ指定ヲナシタルモノナレハ登載結果ハ競賣ニヨリシモノト何等異ナル所ナカリシモノナルニヨリ其方法タル競賣買方法ニ從ハサリシモノトスルモ賣買成立ノ一方法ト認ムルコトハ必スシモ不當ニアラスト思フ（同上三四頁）

二　「バイカイ」ノ方式即チ同一仲買人カ同一帳内期間内ニ同月限同數量ノ米ニ付キ當日ノ公定相場ニヨリ自ラ賣ト買トヲ右取引所ノ帳場（同取引所定期市場ニ於テ作成スルモノニシテ各仲買人ノ定期取引ヲ記入スルモノ）ニ記入セシメテ即日相殺スル方式ナリ（大阪地方裁判所判決法律新聞第一、一二〇號二四頁）

大阪地方裁判所

【第二點參照學說判例】

松本博士

一　仲買人ハ即チ問屋ノ範疇ニ屬スル一種ノ商人ナリ……問屋ニ關スル商法ノ規定ハ當事者ノ意思表示又ハ取引所ニ關スル特別法令ノ規定ニ抵觸セサル範圍内ニ於テノミ其效力ヲ有スルモノニシテ其他商法中ノ規定ニシテ當然仲買人ニ適用ナキモノヲ生ス其顯著ナルモノハ即チ商法第三百十七條ナリ……取引所ノ仲買人ニ賣買取引ノ委託ヲ爲ス者ハ單純ナル賣買ノ委託ヲ爲スニ非スシテ其取引ノ取引所ニ登ルヘキコトヲ希望シテ之ヲ委託スルモノナルヲ以テ假令明示ノ意思表示ナキトキト雖モ當然默示ノ意思表示ヲ爲シタル場合ハ如何ト謂フニ取引所外ニ於テ取引所ノ定期取引ト同一又ハ類似ノ方法ヲ以テ賣買取引ヲナスコトノ禁止アリタルモノト見テ仲買人ニ介入權ナキモノト爲ササルヘカラス然ラハ委託者カ特ニ仲買人ノ介入ヲ認ムヘキ旨ハ取引所法カ刑罰ノ制裁ヲ附シテ之ヲ禁止セル所ナルカ故ニ苟クモ委託セラレタル取引カ定期取引ニ屬スルモノタル以上ハ委託者ノ承認又ハ依頼アル場合ト雖モ仲買人ノ介入ヲ認ムルコトヲ得ヘカラサルナリ（法學博士松本烝治氏法曹記事第二十三卷第八號同博士私法論文集一七五頁）

大審院

二　取引所ノ仲買人ハ一人ニテ數多ノ客ヨリ賣又ハ買ノ委託ヲ受クルコトアリ又客ノ委託ニ依ルノ外自己ノ計算ニ於テ取引ヲ爲シ得ルモノナレハ取引所ニ於テ同一仲買人カ同時ニ同一物件ニ付キ自己又ハ委託者ノ爲メニ賣主又ハ買主ト爲リテ双方ノ行爲ヲ有效ニ爲シ得ルモノトス（大審院民事判決錄大正四年一、一八二頁）

大阪地方裁判所

【第四點參照判例】

「バイカイ」ハ現今右取引所ニ於テハ適法ナル競賣買ノ一種ト看做シ嚴格ナル意義ニ於ケル競賣買ト同一視スル慣習ノ現在ス……尙大阪取引所又ハ大阪堂島米穀取引所ノ營業細則ニ於テモ亦之ヲ適法ナル競賣買ナリト是認セル事蹟存在ス（大阪地方裁判所判決法律新聞第一、一二〇號二四頁）

【第五點參照學說】

松本博士

一　小口落ハ不法ナリ……委託者カ仲買人ニ取引ヲ委託スルハ勿論其取引ノ取引所ニ於テ爲サレ且之ニ繫屬スルコトヲ欲スルモノナリ其取引所ニ納付スヘキ手數料及ヒ證據金ヲ仲買人ニ提供スルハ其趣旨ニ外ナラス然ルニ仲買人ニ其取引ヲ取消ストキハ委託者ノ意思ニ背反スルヤ言ヲ俟タス其結果トシテ委託者ノ取引所ノ擔保責任ヨリ生スル利益ヲ享有スルコト能ハサルハ仲買人カ呑ニ因リ始メヨリ取引ヲ爲ササリシ場合ト雖毫モ異ナル所ナキモノナリ故ニ呑ニシテ既ニ認ムヘカラサレハ小口落モ亦認ムヘカラサルヤ明白ノ理ナリ然ラハ委託者カ始ヨリ小口落ノ行ハルヘキコトヲ承認シタルトキハ如何ト謂フニ其結果ハ取引所ノ取引存續セサルニ拘ハラス之アリトシテ後ノ取引ヲ爲シ計算ヲ了スルモノナルヲ以テ呑ノ場合ト等シク取引所法第二十五條ノ規定ニ反スルモノタリ假シ一歩ヲ讓リ同條ハ刑罰ノ制裁アル刑法的規定ニシテ之ヲ嚴格ニ爲スヘキ結果小口落ノ或場合ニハ直接適用ナシトスルモ小口落ノ承認ハ法律カ取引所ニ擔保責任ヲ認メタル精神ニ背反スルモノトシテ當然無效ノ約束ナリト謂ハサルヘカラス……委託者ハ小口落アリタル場合ニ於テハ仲買人カ其責ヲ盡ササルモノトシテ其之ヨリ生スル結果ヲ否認シ且損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘキナリ（法學博士松本烝治氏法曹記事第二三卷第八號同博士私法論文集第一卷一八一頁）

二　小口落ノ無效ハ取引所法令ノ規定ヨリ論スルモ仲買人ノ性質權限ヨリ論スルモ取引所ノ定期取引ノ性質ヨリ論スルモ將タ轉賣買戻ノ性質ヨリ論スルモ明ナル所ニシテ別ニ議論ノ餘地ナク思ハル（川上定次郎氏法曹記事第二五卷第六號三二頁）

元來小口落ナルモノハ仲買人カ委任者ノ意思ニ反シ委託者ニ於テ實約又ハ買約整ヒタリトノ報告ヲ信シ市場ニ其取引ノ建トシ存續サルルモノト思ヒ居レル間ニ在リテ勝手ニ轉賣買戻相殺ノ規定ヲ利用シ其取引ヲ消滅セシムルモノナレハ仲買人ノ手ニ存スルモノハ元ノ委託註文換言スレハ何等賣買取引關係ナキ賣又ハ買ノ註文カ其儘殘リ居レルモノニテ是等註文ハ小口落ニ依ラシムルト同時ニ賣註文ハ呑ニ係ル賣ノ一團ニ買註文ハ呑ニ係ル買ノ一段ニ加工委託者ヨリノ轉賣買戻又ハ受渡ノ申出ヲ待ツモノナレハ假令其委託註文ハ一旦市場ニ上サレタリトスルモ即日又ハ二三回後ニ市場ニ上シタルコトナキ委託註文ト同一狀態ニアリテ他ノ呑ニ係ル委託註文ト何等異ル所ナキモノナレハ毫モ呑ト相違スル所ハ存シテ居ラヌノテアリマス（同上三九頁以下）

賣買取引ノ目的タル損益カ取引所ニ於テ生スルニアラスシテ存在セサル取引ニ對シ取引所外ニ於テ市場直段ノ最低ノミヲ標準ニ其差金ヲ算出スルニアラサレハ差金額ヲ定ムルコト出來サルモノナルヲ以上ハ小口落ノ損益ナルモノハ決シテ賣買取引ニ基因シ生シタルモノト云ヒ得ヘキニアラサルヨリ小口落ハ畢竟委託賣買ノ趣旨ニ反シ賣買取引タル性質ナキモノトナシ仲買人ヲシテ市場値段ノ昂低ヲ標準ニ委託者ヲ相手方トシ輸贏ヲ決セシムル丈ノ結果ヲ惹越スニ過キサルモノトナスノ外ナク從テ小口落ハ縱シ仲買人カ賣買ノ存續ヲ假裝シ損益ニ藉口スルコトアリトスルモ其所謂損益ナルモノハ何等賣買取引ニ基因シ生シタルモノニアラサルニヨリ其損益金ノ授受アリタリトスルモ爲メニ其行爲ヲ正當ナリトナシ得ヘキモノテハナイノテアリマス況ンヤ其方法タル委託者ノ知ラサルニ乘シ之ヲ行ヒ其事ハ委託者ニ秘シ行フモノタルニ過キサレハ尙更委託賣買ナルモノハ之ヲ爲サシタリト爲スニ由ナク取引所法第十二條第二項ニヨル他人ノ計算ニヨル賣買取引ヲ爲シタルモノトハ云ヒ得ナイノテアリマ

ス（同上四二頁）
小口落チ呑ナリト云フハ小口落其モノカ呑ナリト云フニアラスシテ小口落ハ直ニ其委託註文チ呑トナスモノナリト云フニアリテ換言セハ小口落ナルモノハ呑ノ目的ニ於テナサルモノナレハ小口落其モノチ呑ト同視スコトナルニ外ナランノテアリマス（同上四六頁）

【第五點參照判例】

大審院

一　取引所仲買人カ爲シタル轉賣若クハ買戻チ委任者カ承諾セサル場合ニ於テ仲買人カ更ニ委任者ノ爲メニ賣建若クハ買建チ爲シ之チシテ初ヨリ轉賣若クハ買戻セサリシ地位ニアラシムル商慣習ハ法令ニ違背スル所ナリ又委任ノ本旨ニ背反スル所ナシ（大審院民事判決錄明治三十四年第五卷九頁）

二　仲買人カ取引所ニ於テ定期取引チ爲スハ自己ノ名義自己ノ責任チ以テスルモノナレハ縱令他人ノ註文チ受ケテ賣付又ハ買付ケタルトキト雖モ取引所ニ對シ賣買チ計算スルニ當リ日仕舞若クハ買戻ノ方法ニ依テ帳簿上其賣米買米チ相殺スルモ違法ニ非ス（大審院民事判決錄明治三十七年七七三頁）

三　取引所仲買人カ代人ノ註文ニ因リ取引チ爲ストキハ其註文者トノ間ニ一種ノ委任關係チ有スト雖モ取引所ニ於テハ自己ノ名義及ヒ責任チ以テ取引チ行フモノナレハ取引所竝ニ取引ノ相手方ニ對シテハ獨立シテ別箇ノ關係チ保ツモノトス（大審院民事判決錄明治三十八年七三九頁）

東京控訴院

四　東京株式取引所ニ於ケル取引ニ關シ帳簿落ト爲スモ仲買人ト註文者トノ間ニ於テハ其註文株チ維持シ追證據金ノ請求其他ノ處分チ爲スコトチ得ル慣習アリテ其慣習ハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルモノニ非ス（東京控訴院明治四十二年十二月七日判決）

名古屋控訴院

五　取引所施行規則第二十條ノ六ニ賣買者ノ屆出ニ依リ帳簿ニ記載シ之カ相殺チ爲シテ其契約チ結了スルノ手續チ定メ之チ獄中ニ規定スヘシトアル文詞ハ賣買者ノ賣買ノ屆出ニヨリ帳簿ニ記載シテ之カ相殺チ爲シ其契約チ結了スルノ手續チ定メ之チ定獄中ニ規定スヘシトノ法意ニ非ス……仲買人カ委託ニ因ル買附株式チ取引所ニ於テ相殺ニヨリ賣買チ結了スルモ該賣買ノ結了ハ取引所ト仲買人トノ間ニ於ケル賣買關係チ結了シタルニ止マリ之カ當メニ仲買人ト委託者トノ委託關係ニ何等ノ影響チモ生セサルモノトス（名古屋控訴院明治三十九年一月二十九日判決法律新聞第三五二號）

——（三一二）——

明治三二年六月勅令第二七〇號船舶登記規則一〇　登記證書カ滅失シタルトキハ船舶カ船籍港ニ碇泊スル場合ニ限リ所有權ノ登記名義人ハ其登記チ爲シタル登記所ノ所在地チ管轄スル區裁判所ノ許可サ得テ更ニ登記證書ノ交付チ申請スルコトチ得

前項ノ場合ニ於テハ區裁判所ハ裁判チ爲ス前船長チ訊問スルコトチ要ス

東京地方裁判所決定

船舶登記規則第一〇條ニ所謂船舶登記證書ノ滅失トハ物質的毀滅即チ當該船舶登記名義人ニ於テ船舶登記證書ヲ取得シタル後之ヲ喪失滅失シ又ハ毀損ニ因リ證書トシテ其用ヲ爲ササルカ如キ場合ノミヲ指稱スルニ止マラス汎ク船舶登記證書カ前登記名義人ノ手裡ニ存在スル間ニ其所在不明トナリ從ツテ當該登記名義人ニ於テ能ハサルカ如キ場合ヲモ包含スルモノトナク又其所在不明ニ至リタル原因ヲモ知ル競落ニ依ル船舶所有權移轉ノ場合ニ於テモ競落人ハ前所有者ニ對シ其船舶登記證書ノ引渡ヲ請求スル權利ヲ有スルモノトス」

（一四五）

案スルニ船舶登記規則第一〇條所定ノ船舶登記證書ノ滅失トハ其文理解釋上ヨリスレハ物質的毀滅即チ當該船舶登記名義人ニ於テ船舶登記證書チ取得シタル後之チ喪失滅失シ又ハ毀損ニ因リ證書トシテ其用チ爲ササルカ如キ場合ノミチ指稱スルノ觀ナキニ非ラスト雖ヽテ同規則ノ船舶登記證書及之カ再度交付チ認メタル律意チ考察スレハ敢テ叙上ノ如キ場合ノミニ之チ限局シテ解釋スルノ要ナク汎ク船舶登記證書チ前登記名義人ノ手裡ニ存在スル間ニ其所在不明トナリ從テ當該登記名義人ニ於テ嘗テ之チ取得シタルコトナク又其所在不明ニ至リタル原因チモ知ル能ハサルカ如キ場合チモ亦之チ包含スルモノト解スルチ至當トス蓋シ船舶登記證書ハ一船舶ニ付キ一個ノ存在チ認メ之ニ船舶ノ權利ニ關スル登記チ申請スル場合ニ於テハ船舶所有者ハ之チ登記所ニ提出スルコトチ要シ登記官吏ハ其登記手續完了後之ニ其登記事項チ

記入シテ船舶所有者ニ還付シ以テ一面船舶ニ關スル權利ノ轉輾流通ノ狀態ヲ明白ナラシムルト同時ニ他面當該登記名義人ノ船舶ニ關スル權利ノ讓渡其他ノ手續ニ支障ナカラシムルコトヲ目的トセルコトハ同規則全般ノ精神ニ徴シ疑ヲ容レサルカ故ニ叙上ノ必要アルハ前記ノ如ク船舶登記證書ノ物質的滅失ノ場合タルト前登記名義人ノ手裡ニ存スル間ニ其所在不明ト爲リタル場合トノ間ニ何等差別ヲ設クヘキ理由寸毫モ存在セサレハナリ或ハ競落ニ因リ船舶所有權ヲ取得シタル場合ニ於テハ前登記名義人ハ競落登記ノ囑託ヲ受ケタル登記所ヨリ其申請ニ依リ船舶登記證書ノ交付ヲ受ク可キカ故ニ前掲第一〇條ニ則リ再度交付ノ許可申請ヲ爲スヲ要セスト論スル者ナキヲ保セスト雖モ競落ニ因ル船舶所有權移轉ノ場合ニ於テ競落登記ノ囑託ヲ受ケタル登記官吏カ其登記名義人ノ申請ニ依リ船舶登記證書ヲ下付シ得ヘキ何等ノ規定ナキノミナラス假リニ之カ下付ヲ爲シ得ヘキモノトスレハ一船舶ニ付キ數個ノ登記證書ノ併存ヲ認ムルノ結果ヲ生シ前記ノ如キ船舶登記證書ノ唯一性及之カ再度交付ヲ認許シタル律意ニ背反スルニ至ルヲ以テ競賣ニ因ル移轉ノ場合ニ於テモ競落人ハ前所有者ニ對シ其船舶登記證書ノ引渡ヲ請求スルノ權利ヲ有スルモノト謂フヘク從テ該論旨ハ到底之ヲ是認シ難シ然リ而シテ今抗告人ノ本件申請ノ要旨ハ帆船尾州丸ハ元宮崎現治ノ所有ニ係リシトコロ抗告人ハ該船舶ノ抵當權者トシテ競賣申立ノ結果大正二年九月二十日千葉區裁判所ノ競賣許可決定ニヨリ其所有權ヲ取得シタルモ該船舶登記證書ハ前所有者ヨリ其交付ヲ受ケタルコトナク且前所有者ハ死亡シ本件船舶登記證書ハ其所在不明ナルヲ以テ船舶登記規則第一〇條ニ依リ之カ再度交付ノ許可ヲ申請スト謂フニアルコトハ本件申請書及抗告代理人ノ主張自體ニ徴シテ明白

ニシテ該事實ハ其提出ニ係ル疏明方法及當裁判所カ審訊シタル本件船長清水林之助ノ陳述ニ依リ之ヲ認メ得ヘキカ故ニ前段說示ノ如ク本件ハ前記第一〇條ノ所謂船舶登記證書ノ滅失シタル場合ニ該當スルヲ以テ本件申請ヲ許容スヘキモノトス然ラハ本件申請ニ付船長ヲ審訊スルコトナク漫然之ヲ却下シタル原決定ハ失當ナリ（東京地方大正五年四月二十四日田山裁判長竹田波野平各判事決定）

【關係事項】

船舶登記證書再度交付許可申請事件○抗告人辰澤延次郎訴訟代理人辨護士山田善之助

（一四七）

鹿兒島縣代書人取締規則九、一四

（三三）

鹿兒島縣代書人取締規則カ其第九條第四號及第一四條ヲ以テ代書人カ他人ノ印章ノ委託ヲ受ケタル行爲ヲ處罰スルハ委任事務處理等ノ爲メ代書人カ他人ノ印章ヲ自己ノ保管ニ移スコトヲ禁シタルノ主旨ニ外ナラサレハ其犯罪ノ成立スルニハ代書人カ單ニ其業務ニ關シ他人ノ印章ヲ受取リタル事實即チ之ヲ自己ノ手ニセル事實アルヲ以テ足レリトセス必スヤ事實上依賴者ノ支配ヲ離レテ之ヲ自己ノ保管ニ移セル事實アルコトヲ要スルモノトス』

鹿兒島縣代書人取締規則カ其第九條第四號及第一四條ヲ以テ代書人カ他人ノ印章ノ委託ヲ受ケタル行爲ヲ處罰スルハ委任事務處理等ノ爲メ代書人カ他人ノ印章ヲ自己ノ保管ニ移スコトヲ禁シタルノ主旨ニ外ナラサレハ其犯罪ノ成立スルニハ代書人カ

單ニ其業務ニ關シ他人ノ印章ヲ受取リタル事實卽チ之ヲ自己ノ手ニセル事實アルヲ以テ足レリトセス必スヤ事實上依頼者ノ支配ヲ離レテ之ヲ自己ノ保管ニ移セル事實アルコトヲ要スルモノナリトス果シテ然ラハ原判決ニ所論ノ如ク其第九條第四號ニ所謂他人ノ印章ノ委託ヲ受クルモノトハ苟モ代書人ニシテ其業務ニ關シ他人ノ印章ヲ受取リタル事實ノ存スル以上ハト說明シタルハ前示罰條ノ解釋ヲ誤リタル不法アルノミナラス原判決カ其事實理由ニ被告カ福山安太郎ノ印章ノ委託ヲ受ケタル事實ヲ認メナカラ其證據理由ニハ罰條ノ解釋ヲ誤リタル結果代書人カ其業務ニ關シ他人ノ印章ヲ受取リタル事實ノ證據ヲ示スヲ以テ足レリトシ原審公廷ニ於テ被告カ代書ヲ終リタル處安太郎ト稱スル男ハ何處ニ捺印シテ宜敷ヤ分ラサルニヨリ適宜捺印シ呉レトテ安太郎ノ印章ヲ自分ニ渡シタルヲ以テ自分ハ之ヲ受取リ右書類ニ押捺シ遣リタル旨供述シタルコトヲ證據ニ援用シタルニ止リ被告カ委託關係上安太郎ノ印章ヲ自己ノ保管ニ移シタル事實ヲ證スヘキ證據ヲ示ササルハ卽チ理由不備ノ瑕疵アルモノニシテ原判決ハ之ヲ破毀セサルヘカラサルモノトス(大審院大正五年レ第一四二號同年三月六日刑二部鶴裁判長鶴見磯谷平野藤波各判事判決)

【關係事項】

破毀移送○原審鹿兒島地方裁判所○鹿兒島縣代書人取締規則違反被告事件○被告人川畑清志

至當ノ見解ナリ蓋鹿兒島代書人取締規則第九條ノ法意ト一般代書事務ニ隨伴シテ生スヘキ弊害ヲ防遏センカ爲メ之ヲ預リ居ルコト卽チ委託ヲ受クルコトヲ禁シタルモノナルカ故ニ事按ノ如キ場合ハ決シテ同條ノ委託ト稱シ得サレハナリ

人事訴訟手續法九　婚姻ノ無效若クハ取消又ハ離婚ノ訴ニ付キ棄却ノ言渡ヲ受ケタル原告ハ訴若クハ其事由ノ變更又ハ併合ニ依リ主張スルコトヲ得ヘカリシ事實ニ基キテ獨立ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス

同二六　第一條第二項第三項第二條第三條及ヒ第五條乃至第一八條ノ規定ハ養子緣組事件ニ之ヲ準用ス

養子離緣ノ訴ニ付キ棄却ノ言渡ヲ受ケタル原告ハ其訴ノ辨論ノ終結ニ至ルマテ訴ノ事由トシテ主張スルコトヲ得ヘカリシ事實ニ基キ獨立ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス』

控訴人ハ明治二十四年六月中被控訴人ノ養子トナリタル事並ニ被控訴人カ既ニ明治四十二年中控訴人ニ對シ惡意ヲ以テ被控訴人ヲ遺棄シタルモノト爲シ原審ニ離緣ノ訴ヲ提起シタル所請求却下ノ本案ノ判決ヲ受ケ該判決ハ確定シタル事ハ當事者間爭ナキ點ト甲第一號證及乙第一號證トニ徵シ之ヲ認定ス而シテ被控訴人ノ本訴請求ノ原因トスル所ノ控訴人カ被控訴人家ヲ逃亡シテ三年以上復歸セサルトノコトハ前示確定判決ノ基本タリシ辯論ノ終結前被控訴人ニ於テ既ニ之ヲ知悉シ居リタルコトハ當審ニ於ケル被控訴代理人ノ主張自體並ニ控訴代理人ノ援用スル第一審ニ於ケル大正三年二月十七日ノ原告訴訟代理人ノ陳述トシテ乙第一號證ノ基本タル訴訟事件ニ付テ遺棄ヲ原因トシテ提起シタルモ其當時現ニ主張スル逃亡ノ事實ハ之ヲ知リ居リタル旨ノ記載ニ徵シ明白ナレハ被控訴人ハ右辯論ノ終結ニ至ルマテ其訴ノ事由トシテ之ヲ出張スルコトヲ得ヘカリシ事實ニ屬ス然ルニ離緣ノ訴ニ付キ棄却ノ言渡ヲ受ケタル原告ハ其訴ノ辯論ノ終結ニ至ルマテ訴ノ事由トシテ主張スルコトヲ得ヘカリシ事實ニ基キテ獨立ノ訴ヲ提起スルコトヲ得サルコトハ人事訴訟法第二六條ニヨリ

準用セラルル同法第九條第一項ニ規定スル所ナルヲ以テ本訴ノ不適法ナルコト多言ヲ俟タス(東京控訴大正三年(ネ)第五二九號同五年三月二十七日民一部遠藤裁判長前田水口各判事判決)

【關係事項】

養子離緣請求事件○控訴人木村安五郎訴訟代理人辯護士添田增男被控訴人木村末松訴訟代理人辯護士高橋四郎

(三五)

土地收用法四九　土地ノ一部ヲ收用又ハ使用スルニ因リテ殘地ノ價格ヲ減シ其他殘地ニ關シ損失ヲ生スヘキトキハ其ノ損失ヲ補償スヘシ

同　五〇　土地ノ一部ヲ收用スルニ因リテ殘地ヲ從來用ヒタル目的ニ供スルコト能ハサルトキハ土地所有者ハ其ノ全部ノ收用ヲ請求スルコトヲ得

幾田博士

公共起業ノ爲メ私人ノ土地ヲ收用スルニ當リ其收用カ土地ノ一部分ニ對シテ行ハレ其結果殘地ハ啻ニ損失ヲ生セサルノミナラス却テ其價格ヲ增加シタル場合ニ於テ殘地ノ增加價格カ假令收用ノ直接ノ結果トシテ發生シ又殘地ニノミ特別ナルモノナリトスルモ被收用者ハ當然之ヲ利得スルコトヲ得起業者ハ其拂渡スヘキ損失補償額ト相殺センコトヲ請求スルコトヲ得サルモノトス」

(一)　公共起業ノ爲メ私人ノ土地ヲ收用スルニ當リ其收用カ土地ノ一部分ニ對シテ行ハレ其結果トシテ殘地ニ損失ヲ生シタルトキハ起業者カ其損失ヲ補償スルノ義務アルコトハ我土地收用法ノ規定スル所ナレトモ殘地ハ啻ニ損失ヲ生セサルノミナラス却テ其價格ヲ增加スル場合アルコト少カラス而シテ此等ノ場合ニ於ケル殘地ノ價格

增加カ果シテ收用處分ノ結果トシテ生シタルモノトセハ其價格增加ノ利益ハ被收用者卽チ土地所有者カ當然之ヲ享受スヘキモノナルカ若クハ其起業者ヨリ拂渡サルヘキ收用地ノ補償金額ト相殺セラルヘキモノナルカハ其重要ソ問題ニシテ其利害ノ關スル所頗ル大ナルコト蓋シ言ヲ俟タス我土地收用法ハ唯殘地ノ損失ニ對スル補償義務ヲ規定スルニ止マリ其增加價格ノ算定ニ關シテハ何等規定スル所ナシ其特別ノ規定ヲ設ケサルノ意ハ蓋シ增加價格ヨリ生スル利益ヲ以テ土地所有者ノ當然ノ所得ニ歸シ起業者ノ補償義務ト相殺スルコトヲ許サストスルニ在ルカ抑モ亦全ク解釋上ノ問題ニ一任シ去リ條理上相殺スルヲ妨ケストスルニ在ルカ立法ノ精神甚不明ナルモノアルカ如シ

(二)　相殺主義ヲ非トスル者ハ殘地ノ利益ヲ以テ起業ニ依テ變動シ確實ニ之ヲ算定スルコト難キモノトシ假令算定シ得ルモ補償額ト相殺スルハ不公平ニシテ且論理上ニモ不正當ナルモノトス其理由トシテ擧クル所ヲ見ルニ以爲ヘラク凡ソ殘地ノ利益ハ公共起業ノ竣功ナリテ始メテ確定スヘキモノニシテ若シ起業ノ延期又ハ中止ニ遇ハハ其豫期セラレタル利益モ亦變動シ若クハ消去スルヲ免レス且起業ノ施設ニ因テ生スル利益ハ其施設セラルヘキ地方ノ土地所有者カ一般ニ何等ノ報酬ナクシテ享受シ得ヘキモノナリ然ルニ若シ被用者ノ所有ニ屬スル殘地カ同樣ノ利益ヲ受クルニ因リ價格增加シタルカ爲メ其拂渡サルヘキ補償額ト相殺スヘキモノトセハ他人カ無報酬ニテ享受シ得ヘキ利益モ被收用者ハ偶其被收用者タルノ故ヲ以テ之ヲ享受スルコトヲ得サルニ至ル被收用者ハ既ニ起業施設ノ爲メニ其土地所有權ヲ徵收セラルルノ已ムヲ得サルアリ加フルニ他人ノ當然享受シ得ヘキ利益ヲモ享受スルコトヲ得サルノ

不幸ヲ以テス之ヲ不公平ト云ハスシテ將タ何トカ云ハシ且被收用者タルト他ノ土地所有者タルトヲ論セス其享受スヘキ利益ハ起業ニ因テ生スルモノニシテ收用行爲其物ノ結果ニハ非ス然ルニ今相殺主義ニ依リ殘地ノ增加價格ト補償額トヲ相殺スルコトトセハ起業ノ結果トシテ生スル利益ト收用ノ結果トシテ起レル損失トヲ相殺スルモノニシテ究竟二箇相異ナレル原因ヨリ生スル結果ヲ把テ强ヒテ之ヲ協合セシメントスルニ外ナラス其論理ノ當ヲ失ヘルコト明ナリト

相殺主義ニ左袒スル學者ハ之ニ反シ殘地ノ受クヘキ利益ノ考量ヲ以テ公正ノ旨ニ協フモノトシテ曰ク凡ソ被收用者カ請求シ得ヘキ正當ノ補償ハ一ニ損失ト利益トノ均衡ニ本ツカサルヘカラス故ニ被收用者カ拂渡サルヘキ補償額ヲ算定スルニ當テハ殘地ノ被ルヘキ損失ト共ニ其受クヘキ利益ヲモ考量スルヲ當然トス若シ獨リ殘地ノ損失ノミヲ考量シ其利益ハ全ク之ヲ度外ニ置カンカ被收用者ハ既ニ十分ノ補償ヲ得ル上ニ更ニ起業者ノ費用ニ因テ生レ得ヘキ財産ノ增加價格ヲ利得スルノ結果ト爲リ補償ノ本來ノ性質ト相反スルニ至ルヘシ補償ノ標準ヲ構成スヘキモノハ收用ノ前後ニ於ケル被收用者ノ財産價格ノ差等ニシテ其差等ハ收用ニ因テ生スル一切ノ損失ト一切ノ利益トノ對比計數ニ依テ專ラ之ヲ算出スルコトヲ得殘地ノ價格增加アリタル場合ニ被收用者ノ拂渡サルヘキ補償額ニ對シテ其增加價額ヲ相殺スルハ固ヨリ事理ノ當然タラサルヘカラスト若シ或ル特定ナル成法ノ解釋ト關係ナク純然タル理論上ノ見地ヨリ考フルトキハ余輩ハ相殺主義ヲ採ルノ適切ナルコトヲ信セスンハアラス相殺主義カ學理上ヨリ觀テ正當ナルコト此ノ如シ立法例ノ多數カ此主義ヲ採用シ獨逸諸國モ亦漸次之ヲ採用スルノ傾向アルモ亦洵ニ故アリト謂フヘシ若シ夫レ全部的

相殺ヲ可トスルカ部分的相殺ヲ可トスルカハ立法例ニ於テモ未タ歸一セサルカ如シト雖モ既ニ前述ノ理由ニ因テ相殺ヲ行フノ正當ナルコトヲ認ムル以上ハ全部的相殺ヲ認ムルハ事由ノ當然ナリ蓋シ其相殺セラルヘキ利益ト損失トハ均シク收用ノ直接ノ結果トシテ發生スルモノトセハ其間ニ何等區別ヲ設クヘキノ理ナケレハナリ

(三) 余輩ノ見ル所ニ依レハ我土地收用法ノ解釋トシテハ遺憾ナカラ相殺主義ヲ認ムルコト能ハス是レ該法ノ規定カ全ク此問題ニ接觸セサルヲ以テ既ニ明瞭ナルノミナラス又之ヲ我立法ノ由來ニ考フルモ亦自ラ然ラサルヲ得サレハナリ或ハ曰ハン凡ソ法律上同一原因ニ因テ生スル損失ト利益トカ相殺セラルヘキハ當然ノ事ニ屬ス土地ノ收用ニ因テ直接ニ殘地ノ價格ヲ增加セシメタルトキハ被收用者ノ拂渡サルヘキ損失補償ノ計算ニ就キ其增加價格ヨリ生スル利益ヲ算定シテ之ヲ相殺スルモ亦條理上當然ノ事ナラサルヘカラス而シテ法文ノ不備ナルモノハ條理ヲ以テ之ヲ補充スルノ外ナキカ故ニ假令土地收用法カ此問題ニ關シテ何等規定スル所ナシトスルモ解釋上當然ノ條理ヲ認ムルハ敢テ妨ナキノミナラス寧ロ適切ノ事ト謂フヘシ蓋シ此ノ如キハ民法上ノ損害賠償ニ關シテ一般ニ認メラルル原則ヲ把テ之ヲ土地收用ノ場合ニ於ケル損失補償ノ算定ニ應用スルニ過キス安ソ法律ニ規定ナキノ故ヲ以テ之ヲ否定スルノ要アラント然レトモ民法カ一般ニ認ムル所ノ原則ナルヲ理由トシテ直ニ之ヲ土地收用法ノ解釋ニ移サントスルハ妥當ナラス故ニ法文カ特ニ增加價格ノ算定ニ就テ規定セサル以上ハ立法者ノ精神ハ相殺主義ヲ採用セサルニ在リタリト看做ササルヘカラス又之ヲ我立法ノ由來ニ攷フルニ現行土地收用法ハ主トシテ普魯士巴威倫等獨逸諸國ノ相殺主義ヲ認メサル立法便ヲ參酌シタルモノトナルコトハ疑ヲ容レス其立

法ノ精神應ニ同一ナルヘキコト亦從テ明ナリ（法學博士織田萬氏京都法學會雜誌第一一卷第五號一八卷以下要領）

美濃部博士

市村博士

【同趣旨學說】

一　之ト反對ノ場合ニアリテハ土地ノ一部分カ徵收セラレタル爲メ其殘地ノ價格カ却ツテ增加スルコトアリ殊ニ徵收ノ原因タル工事ノ爲メニ其附近ノ土地カ價格ヲ增加スルハ稀ナラサル處ナリ此ノ如キ場合ニ於テハ或國ノ法律ニ於テハ增加額ト損害賠償トヲ相殺スルコトヲ許スモノアルモ我國ノ法律ハ全ク此ノ如キ相殺ヲ許サス隨ツテ公用徵收ヲ要シタル事業ノ爲メニ殘地ノ價格ヲ增加シタルトキハ其利益ハ全ク土地所有者ニ歸シ其增加ニ拘ハラス起業者ハ增加ナキ場合ト同一ノ損害賠償ヲ支拂フコトヲ要ス（法學博士美濃部達吉氏行政法諸義二七頁）

二　土地ノ一部ヲ收用又ハ使用スル場合ニ於テハ殘地ノ價格ハ多クノ場合ニ於テ減少ス此場合ニハ起業者ハ殘地ノ價格ノ減少セル部分ヲ補償スヘシ但シ土地ハ殘地トナリタルカ爲メニ常ニ其價格カ減少スルモノトハ限ラス例ヘハ牧用地ニ停車場カ建設セラレ學校其他公ノ建造物カ設ケラルル時ハ殘地ハ却テ著シク其價格ヲ騰貴スルコトアリ此場合ニ於テハ其價格ノ增加ハ土地所有者ノ利得ニ歸ス起業者ハ唯其損失ヲ賠償スル必要ナキニ止マリ別ニ殘地價格ノ增加額ヲ以テ補償金ト相殺スルコト能ハス若シ土地ノ一部ヲ收用スルニ因リテ殘地ヲ從來用ヰタル目的ニ供スルコト能ハサルトキハ土地所有者ハ其全部ノ收用ヲ請求スルコトヲ得（法學博士市村光惠氏訂正增補行政法原理九七九頁）

至當ノ見解ナリト信ス

土地收用ノ場合ニ於テ殘地ノ增加價格カ收用處分ノ直接必然ノ結果トシテ發生シタルモノナリトセハ其增加利益ハ起業者ノ支拂フヘキ損失補償金額ト相殺スルヲ得ヘキヤ學界ニ於テ未タ一定ノ見解ナキカ如キモ吾人ハ本論ト同一ノ理由ニ於テ之ヲ消極ニ解スルヲ正當ト信ス

（三六）

醫師法五　醫師ハ自ラ診察セスシテ診斷書處方箋ヲ交付スルコトヲ得ス但シ診療中ノ患者死亡シタル場合ニ交付スル死亡診斷書ニ付テハ此限ニ在ラス

熊本地方裁判所判決

先キニ治療ヲ爲ス當時診療シタルコトアリテ其診察ニ依リ眞ニ將來ノ病狀ヲ判斷スルヲ得ル場合即チ治療ヲ爲ス當時ノ患者ノ病狀カ先キノ診察ニ基ツキ之ヲ推知シ得ル場合ニ於テハ其治療ノ際特ニ診察ヲ爲ササルモ醫師法第五條ノ違反ト爲ラサルモノトス」

仍テ按スルニ證人土山ヤソハ自分ハ二三年前腰部ニ大火傷ヲ蒙リタルコトアリシカ其爲メ時々腰痛ヲ惹起シ且子宮出血ヲ來スヲ以テ大正四年二月頃被告ニ診察ヲ請ヒタルニ火傷ニ原因スル子宮病ナリトノ診斷ニテ其際七日分ノ投藥ヲ受ケ之ヲ服用シタルニ非常ニ效能アリテ出血止マリタリ然ルニ同年七月五日前同樣ノ子宮出血アリタル故中根佐平ナル者ニ其容體ヲ申遣ハシテ被告ヨリ再ヒ七日分ノ投藥ヲ受ケテ之ヲ服用シタリ云々ト供述シ又被告カ當審ニ於テ提出シタル列施布篤ニ依レハヤソノ病症ヲ子宮內膜炎ト診斷シ之ニ桂苓地料ヲ投藥シタルコトノ記載アルヲ以テ之ニ依レハ土山ヤソハ大正四年二月頃腰痛ニ伴フ子宮出血ヲ起シ其際被告ニ診察ヲ求メテ桂苓地料ト稱スル藥劑ヲ服用シ一時輕快ヲ覺エタリシカ其後同年七月五日ニ到リ再ヒ前同樣ノ子宮出血アリタル爲メ其容體ヲ被告ニ申遣リテ前同一ノ投藥ヲ受ケタルコト明カニシテ其大正四年七月五日ノ投藥ニ際シテハ被告ノ診察ヲ受ケサリシコトモ亦爰ナキ事實ナリトス然レトモヤソノ病症ニ付キ醫師大里直ノ鑑定ニ依レハヤソハ子宮脫症ニ子宮實質炎及子宮內膜炎ヲ兼ネ已ニ十年以來子宮脫症ヲ患ヒ居レル爲メ子宮實質炎或ハ子宮內膜炎ヲ起シ易ク且時々出血ヲ來スカ如キコト多シ從テ其病症ハ外科的手術ニ因ルノ外根治スルモノニ非ルヲ以テ十年以來或ハ治シ或ハ發作シ

時機ノ症狀ヲ反覆シテ今日迄經過シタルモノナリ故ニ本患者ハ數年間ヲ經過スルモ其病症ニ變化ヲ來スヘキモノニ非スト謂フニ在リテヤソカ病症ノ根治ヲ期スルニハ外科的手術ニ待ツノ外ナク內服藥ノ如キハ單ニ子宮出血ニ對スル一時ノ對症療法タルニ過キサルコト明カナルヲ以テ苟シクモ醫師カ一度其病症ヲ診察スルニ於テハ直チニ其將來ノ症狀ヲ判斷シ得ヘキハ通例ニシテ從テ後日再ヒ同一症狀タル子宮出血ヲ起シタル場合ニ於テモ亦最ノ診斷ニ基キ之ニ適應スヘキ治療ヲ施シ得ヘキヤ固ヨリ容易ナルヘキコトヲ推測スルニ難カラスサレハ本件ヤソノ如キ其病症ニ變化ヲ來ササル者ニ對シテハ其治療ノ都度必ス診察ヲ爲スノ要ナキヲ以テ被告カ大正四年七月五日ノ投藥ニ際シテハ特ニ其診察ヲ爲ササリシトスルモ蓋ニ同年二月五日ノ診察ニ因リテ判斷シ得タル結果ニ基キ之カ投藥ヲ爲シタル者ト認ムルニ足ル上ハ之ヲ指シテ診察ナクシテ投藥シタルモノトハ謂ヒ難シ況ンヤ被告カヤソニ投藥シタル桂苓地骨皮丸ト稱シ漢法傷寒論雜病篇ノ處方ニ出テ桂枝茯苓芍藥牡丹皮桃仁黃ヲ配劑シ桂枝ハ逆上ヲ靜メ芍藥ハ肩背腰腹部ノ拘攣ヲ治シ茯苓ハ心氣ノ昂進ヲ靜メ牡丹皮桃仁ハ經水ノ變調ヲ整ヘ地黃ハ止血ノ效能アリテ一般婦人病ニ效驗アリトシ從來漢法醫ノ推揚措カサルコトハ傷寒論中ニ之ヲ論述セル所ニ依リ明カナルヲ以テ被告カヤソノ子宮出血ノ對症療法トシテ右桂苓地骨皮丸ヲ投藥シタルコトハ啻ニ何等ノ危險ナキノミナラス却テ機宜ノ療法ナリト謂フヲ妨ケス惟フニ醫師法第五條ニ於テ醫師ハ自ラ診察セスシテ治療ヲ爲スヲ得サル旨規定スレトモ先キニ治療ヲ爲ス當時診察シタルコトアリテ其診察ニ依リ眞ニ將來ノ病狀カ判斷スルヲ得ル場合即チ治療ヲ爲ス當時ノ患者ノ病狀カ先キノ診察ニ基キ之ヲ推知シ得ル場合ニ於テハ其治療

ノ際特ニ診察ヲ爲ササルモ醫師法第五條ノ違反トナラサルコト論ヲ俟タサル所ニシテ本件被告ノ行爲ハ正ニ右ノ場合ニ該當ス（キモノト認ムルヲ相當トス（熊本地方大正四年（リ）第八六號同五年四日六日湯淺裁判長高橋德永各判事判決）

（一八一）

【關係事項】

醫師法違犯事件○被告田尻勝彥

【同趣旨判例】

醫師法第五條ノ規定ニ依レハ醫師ハ自ラ診察セスシテ治療ヲ爲スコトヲ得サルモノナレトモ治療ヲ爲ス當時診察ヲ爲サストスルモ既ニ之ニ先チ診察ヲ爲シタル事アリテ其診察ニヨリ眞ニ將來ノ病狀ヲ判斷スルヲ得テ一定ノ期間內連續シテ數次ニ一定ノ藥劑ヲ授與シ治療ヲ爲スコトノ計畫ヲ定メタル場合ノ如キハ其期間內ハ前回ノ診察ニ基キ治療ヲ爲スモ妨ナク必スシモ其藥劑ヲ授與シテ治療ヲ爲ス都度之ヲ診察セストスルモ之ヲ指シテ診察ヲ爲サスシテ治療ヲ爲シタリト云フヲ得ス要スルニ治療ヲ爲ス當時ノ患者ノ病狀カ前回ノ診察ニ基キ推知スルヲ得ル場合ニ於テハ其治療ノ際特ニ診察ヲ爲ササルモ醫師法第五條ノ違反ト爲ラサルモノナリ故ニ醫術上前回ノ診察ニ依リテハ現ニ治療ヲ爲サントスル患者ノ病狀ヲ判斷スルヲ得サルニ拘ハラス漫然前回診察ノ判斷ニ藉口シテ醫師法第五條ノ適用ヲ避クルヲ容ササルト共ニ又眞實疾患ノ性狀如何ニ依リ前回ノ診察ニ基キ患者ノ病狀ヲ推知スルヲ得ル場合ハ新ニ診察ヲ爲サスシテ治療ヲ爲シタルモノニ該當セサルモノト云ハサルヘカラス（大審院大正二年（れ）第二八五三號判決本書第三卷諸法五二頁）

贊同ス

（三七）

土地收用法一　公共ノ利益ト爲ルヘキ事業ノ爲メ之ニ要スル土地ヲ收用又ハ使用スルノ必要アルトキハ其ノ土地ハ本法ノ規定ニ從ヒ之ヲ收用又ハ使用スルコトヲ得

本法ニ於テ使用ト稱スルハ權利ノ制限ヲ包含ス

同　一九　內閣ノ認定ノ公告ノ後起業者ノ申請ニ依リ地方長官ハ收用又ハ使用スヘキ土地ノ細目ヲ公告シ又ハ之ヲ土地所有者及關係人ニ通知スヘシ（二項略）

同　二二　第十九條ノ地方長官ノ公告又ハ通知ノ後起業者ハ其ノ土地ニ關スル權利ヲ取得スル爲土地所有者及

關係人ニ協議ヲ爲スヘシ

前項ノ協議協ハサルトキ又ハ協議ヲ爲スコト能ハサルトキハ起業者ハ收用審査會ノ裁決ヲ求ムルコトヲ得

同　六二　起業者カ收用又ハ使用ノ時期迄ニ補償金ノ拂渡又ハ供託ヲ爲ササルトキハ收用審査會ノ裁決ハ其效力ヲ失フ但シ土地所有者及關係人カ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ妨ケス

起業者カ土地收用法ノ規定ニ從ヒ有償又ハ無償ニテ土地ノ所有權ヲ取得シタルトキハ其所有權ノ取得ハ當事者間ノ協議ニ依ルト土地收用審査會ノ裁決ニ因ルトノ論ナク土地收用法ニ所謂土地ノ收用トシテ同法ニ定ムル效力ヲ生スルモノトス』

起業者カ其事業ニ要スル土地ノ所有權ヲ取得スル爲メ換言スレハ土地ノ收用カ完全ニ其效力ヲ生スルカ爲メニハ有效ナル當事者間ノ協議若クハ有效ナル土地收用審査會ノ裁決アルコトヲ要スルヲ以テ土地ノ所有者カ其存在ヲ豫想シテ其土地ヲ起業者ニ引渡シタル場合ト雖モ後ニ至リ其協議又ハ裁決ノ無效ナルコトヲ發見シ又ハ其協議又ハ裁決カ後ニ至リ效ヲ失ヒタルトキハ土地ノ所有者ハ起業者ヲシテ其土地ヲ返還セシメテ之ヲ原狀ニ回復スルノ權利ヲ有シ起業者ハ更ニ新ニ有效ナル協議又ハ土地收用審査會ノ裁判ヲ經テ其土地ヲ收用スルコトヲ要スルモノトス』

土地所有者カ起業者ニ對シテ土地ノ返還ヲ請求シ因テ以テ原狀回復ノ目的ヲ達スルニハ土地ノ返還カ事實上法律上共ニ尚ホ可能ナルコトヲ必要トシ其返還カ

不能トナリタルトキハ不當利得又ハ不法行爲ノ原則ニ基キ利得ノ返還又ハ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ要シ原狀回復ノ方法ニ依リ其返還ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス（起業者ノ占有ニ歸シタル土地ニ鐵道其他ノ建設物ヲ築造シタル如キ場合ハ其ノ一ニシテ其土地カ公園道路其ノ他公ノ營造物ニ變シタル場合ハ其ノ二ナリ）

土地收用法第二二條ハ土地ノ所有權取得ニ關スル事項ノ確定ヲ當事者ノ自由意思ニ一任シ何等ノ制限條件ヲ設ケサルヲ以テ其協議ノ有效ナルヤ否ヤ並ニ其協議ノ內容如何ハ專ラ意思表示ニ關スル民法上ノ原則ニ依據シテ之ヲ解決スルヲ要スルモノトス』

公共ノ利益トナルヘキ事業ノ爲メ之ニ要スル土地ヲ收用スルノ必要アル場合ニ起業者カ土地收用法ノ規定ニ從ヒ有償又ハ無償ニテ土地ノ所有權ヲ取得シタルトキハ其所有權ノ取得ハ當事者間ノ協議ニ因ルト土地收用審査會ノ裁決ニ因ルトニ論ナク土地收用法ニ所謂土地ノ收用トシテ同法ニ定ムル效力ヲ生ス是レ當院從來ノ判例ノ示ス所ナリ（明治三十年二月十七日及明治三十八年四月二十四日第二民事部判決）然レトモ起業者カ其事業ニ要スル土地ノ所有權ヲ取得スル爲メ換言スレハ土地ノ收用カ完全ニ其效力ヲ生スルカ爲メニハ有效ナル當事者間ノ協議若クハ有效ナル土地收用審査會ノ裁決アルコトヲ要スルヲ以テ當事者間ノ協議カ全然成立セス又ハ後ニ至リ無效トナリタルトキ若クハ土地收用審査會ノ裁決カ全然無效ナルカ又ハ土地收用法第六二條所定ノ如ク後ニ至リ其效ヲ失ヒタルトキハ其土地ハ法律上收用セラレタルモ

ノニアラザルヲ以テ起業者ニ於テ其所有權ヲ取得スヘキ理由ナク又其土地ヲ占有スヘキ何等ノ權利ヲ有セサルヤ明カナリ故ニ土地ノ所有者カ有效ナル協議又ハ土地收用審査會ノ裁決ノ存在ヲ豫想シテ其土地ヲ起業者ニ引渡シタル場合ト雖モ後ニ至リ其協議又ハ裁決ノ無效ナルコトヲ發見シ又ハ其協議又ハ裁決カ後ニ至リ效ヲ失ヒタルトキハ土地ノ所有者ハ起業者ヲシテ其土地ヲ返還セシメテ之ヲ原狀ニ回復スルノ權利ヲ有シ起業者ハ更ニ新ニ有效ナル協議又ハ土地收用審査會ノ裁決ヲ經テ其土地ヲ收用スルコトヲ要ス然レトモ土地所有者カ起業者ニ對シテ土地ノ返還ヲ請求シ因テ以テ原狀回復ノ目的ヲ達スルニハ土地ノ返還カ事實上法律上共ニ尙ホ可能ナルコトヲ必要トシ其返還カ不能トナリタルトキハ不當利得又ハ不法行爲ノ原則ニ基キ利得ノ返還又ハ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ要シ原狀回復ノ方法ニ依リテ其返還ヲ請求スルコトヲ得ス起業者ノ占有ニ歸シタル土地ニ鐵道其他ノ建設物ヲ築造シタルカ如キ場合ハ其一ニシテ其土地カ道路公園其他公ノ營造物ニ變シタル場合ハ他ノ一ナリ何トナレハ前者ニ在リテハ其鐵道建設物ヲ破壞シ起業者ヲシテ多大ノ損失ヲ被ラシメ引テ公益事業ニ損害ヲ及ホスハ社會觀念ニ於テ許ササル所ニシテ後者ニ在リテハ其土地カ既ニ公ノ營造物ニ變シ法律上融通性ヲ失ヒタル以上ハ起業者ニ於テ之ヲ土地所有者ニ返還スヘキ手段方法ヲ有セサルヲ以テナリ而シテ請求ノ目的タル土地ノ返還カ可能ナルヤ否ヤヲ定ムルニハ裁判所ノ口頭辯論終結ノ際ニ於ケル狀態ヲ基本トスルコトヲ要シ將來ニ於テ其土地ノ返還カ可能ナリヤ否ヤハ請求ノ目的トシテ土地返還ノ能否ヲ定ムルノ標準タルコトヲ得サルヲ以テ口頭辯論終結時ニ於テ現ニ公ノ營造物タル土地ノ返還ヲ目的トスル請求ハ不能ノ事項ヲ目的トスル請求タルヲ

免カレサルモノトス而テ土地收用ノ前提タル當事者間協議ノ效力如何ヲ案スルニ土地收用法ハ其第二二條ニ於テ「第一九條ノ地方長官ノ公告又ハ通知ノ後起業者ハ其土地ニ關スル權利ヲ取得スル爲メ土地所有者及關係人ニ協議ヲ爲スヘシ(第一項)前項ノ協議調ハサルトキ又ハ協議ヲ爲スコト能ハサルトキハ起業者ハ收用審査會ノ裁決ヲ求ムルコトヲ得(第二項)」ト規定シ土地ハ所有權取得ニ關スル事項ノ確定ヲ當事者ノ自由意思ニ一任シ何等ノ制限條件ヲ設ケサルヲ以テ其協議ノ有效ナルヤ否ヤ並ニ其協議ノ內容如何ハ專ラ意思表示ニ關スル民法上ノ原則ニ依據シテ之ヲ解決スルコトヲ要スルヤ論ヲ俟タス故ニ當事者カ土地所有權ノ移轉ニ付キ贈與賣買又ハ交換ノ形式ニ依ルヘキコトヲ協定シ其條件ヲ定メタルトキハ其效力ハ是等ノ法律行爲ニ關スル民法ノ原則ニ從ヒ之ヲ定ムルコトヲ要シ其贈與賣買又ハ交換カ民法上不成立ナルカ又ハ後ニ至リ效ヲ失ヒタルトキハ土地收用ノ前提條件欠缺スルヲ以テ起業者ハ土地ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得サルト同時ニ有效ナル法律行爲ノ存在ヲ前提トシテ起業者ト土地所有者トノ間ニ土地ノ引渡アリタル場合ニ後ニ至リ其法律行爲ノ無效ヲ發見シタルトキハ土地所有者ハ起業者ニ對シテ其原狀回復ヲ請求スルノ權利ヲ有スルヤ明カナリ尤モ土地ノ所有權取得ニ關スル當事者ノ意思表示ハ民法上ノ原則ニ從ヒ其效果ヲ定ムヘキコト前述ノ如シト雖モ此原則ハ土地收用法ノ特別規定又ハ土地收用ノ性質ト絕對ニ相容レサル場合ニ於テハ其適用ヲ除外セラルルコトヲ免レスト雖モ土地收用ノ前提條件欠缺スル場合ト雖モ一旦起業者ニ引渡サレタル土地ハ絕對ニ其返還ヲ許ササルモノトスル何等特別ノ規定ヲ存セサルノミナラス却テ同法第六二條カ起業者ニ於テ補償金ノ拂渡又ハ供託ヲ怠リタル場合ノ制裁トシテ裁決ノ效力

チ失ハシムルノ律意ニ照スモ適法ノ原因ナキ起業者ノ土地ノ占有ハ原狀回復ノ可能ナル限リハ之ヲシテ其土地ヲ返還スルノ義務ヲ負ハシムルモノナルコトヲ推知スルヲ得ヘシ而シテ本件ニ於テ上告人ノ起業ノ爲メニ收用スヘキ本件土地ニ關スル寶買ノ不成立ナリシコトハ原院カ事實トシテ確定シタル所ニシテ上告人ハ土地ノ收用ニ要スル有效ナル協議ノ欠缺ニ因リ土地ノ所有權ヲ取得スルニ至ラサリシモノナレハ上來說明スル所ノ理由ニ因リ被上告人ニ對シ之ヲ返還スルノ義務ヲ負擔シタルモノナルヤ明カナリ故ニ上告論旨ハ理由ナキニ歸スト雖モ被上告人カ返還ヲ求ムル本件ノ土地ハ現ニ名古屋市公園ノ一部分ナルコトモ亦原院カ事實トシテ確定シタル所ニシテ公園ハ公ノ營造物トシテ融通性ヲ有セサルカ爲メ被上告人ノ請求スル本件土地ノ返還ハ法律上不能ニシテ其請求ノ不法ナルコトモ亦前顯說明スル所ノ如クナルヲ以テ上告論旨ハ此點ニ於テ理由アリ（大審院大正四年（オ）第七七六號同五年二月十六日民三部横田裁判長大倉入江嘉山三宅各判事判決）

【關係事項】

破毀自判○原審名古屋控訴院○土地引渡及所有權移轉登記抹消手續請求事件○上告人名古屋市訴訟代理人辯護士岡崎正也同鈴木於用被上告人小川松次郎外四十一名訴訟代理人辯護士岸清一同宮村隆治同莊田要二郎

清水博士

【第一點反對學說】

一　抑モ當事者ノ合意アルハ或ハ土地收用ノ裁決前ナルアリ或ハ其ノ裁決後ナルアリ當事者ノ合意若シ其ノ裁決後ニ至リテ生シタルトキハ之カ爲メニ其ノ寶買ト爲ルコトナキヤ論ヲ俟タス然レハ問題ト爲ルハ獨リ合意ノ裁決前ニ存スル場合ニ限ルヘキナリ

夫レ公用徵收ヲ爲スニハ一定ノ手續ヲ經ルヲ要ス其ノ手續ノ細目ニ至リテハ固ヨリ國ニ隨テ異ナレリト雖モ大概起業者ハ所有權ヲ取得スルカ爲メ先ツ所有者及ヒ關係人ト協議調ハサルトキ若クハ之ヲ爲ス能ハサルトキ進ンテ特定機關ノ裁決ヲ求ムルモ

ノトス從テ當事者ハ裁判前協議ヲ爲スニ當リ任意ニ所有權移轉及ヒ對價授受ノ合意ヲ爲スコトアルヘシ而シテ未タ收用ノ裁決アラサルカ故ニ當事者ノ意思ハ未タ國家ノ意思ノ拘束ヲ受クルニ至ラス即チ是普通ノ寶買タルニ外ナラサルナリ所有者ハ或ハ當時所有權ノ讓渡ヲ肯ンセサルモ後日必ス收用ノ裁判ヲ受クヘキヲ豫見シテ之ニ一致ヘルコトアルヘシ而モ是毫モ當事者間ノ合意タルヲ妨ケサルナリ（法學博士清水澄氏明治學報第八四號三一頁）

市村博士

二　土地カ收用セラルヘキコト確實トナリタル場合ニ於テ未タ强制收用ヲナササル前ニ當事者カ協議ニ依リテ其土地ニ關スル權利ヲ取得シタルトキハ之ヲ公用徵收ナリト解スルモノハ曰ク「已ニ收用地カ決定セラレタル以上ハ其土地ハ早晩收用セラルヘキモノナリ如何ニ所有者カ之ニ反對スルモ結局强制收用セラルヘキモノタル以上ハ其間ニ寶買ノ自由意思ヲ認ムヘキニアラス所有者カ協議ニ依リテ之ヲ起業者ニ讓リ渡スハ强制徵收ノ手段ヲ恐レテ隨意ニ之ヲ取リ去ラシムルニ過キス故ニ其性質ニ於テハ强制徵收ト異ナル所ナシ且ツ若シ之ヲ以テ普通ノ寶買トナサンカ其上ニ存スル一切ノ他物權ハ物カ起業者ノ手ニ歸シタル後ニ於テモ尙ホ存在スヘク又其上ニ權利ヲ有スル第三者ハ直接ニ起業者ヨリ損失ノ補償ヲ得ル能ハサルカ故ニ多クノ場合ニ於テハ寶買說ヲ採ル其理由ハ既ニ一般學者ノ說明スルカ如シ土地ヲ賣ラサレハ收用セラニアラスヤト」……余ハ自己ノ意見トシテハ寶買說ヲ採ル其理由ハ既ニ一般學者ノ說明スルカ如シ土地ヲ賣ラサレハ收用セラルル恐レアリト云フコトハ決シテ協議ニ依ル寶買ノ性質ヲ變スルモノニアラス土地ノ所有者ヲシテ其土地ヲ賣ラサルヲ得サラシムルニ至ル外來ノ壓迫ハ啻ニ公用徵收ノ場合ニノミ限ラサルヲリ此壓迫ハ彼ヲシテ寶買ノ意思ヲ起サシムル動機タルニ過キス此動機ニ基キテ寶買スルハ依然トシテ私法上ノ法律行爲ナリ（法學博士市村光惠氏訂正增補行政法原理九五二頁以下要領）

大審院

【第一點參照判例】

一　公益事業ノ爲メニ土地ノ收用ヲ必要トスル場合ニ於テ起業者カ土地收用法第二二條ニヨリ其ノ土地ニ關スル權利ヲ取得ノ爲メニ土地所有者及關係人ニ協議シ之ニ因リテ其權利ヲ取得スル場合モ亦同法ニ所謂收用ト稱スヘキモノトス（大審院民事判決錄三十八年五六四頁）

二　土地收用ハ委員會ノ裁決ニ因ル强制的手段ニ限ラス土地ノ所有者及ヒ關係人ノ協議モ亦收用ノ一方法ナリトス（大審院民事判決錄三十年四三頁）

三　土地收用法第二十二條ニ依リ起業者カ土地所有者並ニ關係人ト協議ヲ遂ケ土地所有權ヲ取得スル行爲ハ起業者カ土地收用法ノ規定ニ依リ附與セラレタル權能ニ基因スルモノナレハ其收用名義ノ如何ニ關セス私法上ノ法律行爲ニ非スシテ土地收用法ニ所謂收用ト稱スヘキモノトス（東京控訴院判決明治法學第八四號三二頁）

四　土地收用法第二十二條第一項ニハ起業者ハ土地所有者及ヒ關係人ト協議スヘキ旨ヲ規定ス法律ハ先ツ寶買其他ノ方法ニ因リ所有權ノ取得ヲ試ムヘキコトヲ起業者ニ命スルモ而カモ此等ノ方法ニ因ル所有權ノ取得ハ當事者ニ於ケル合意ノ結果ニ止マリ純然タル私法上ノ關係ニシテ土地所有者カ收用ノ遂ニ決行セラルヘキヲ豫期シ寶買ニ應シタルト否トハ毫モ合意ノ成立ヲ妨ケサルノミナラス彼ノ內閣ノ認定收用セラルヘキ土地ノ公告アリタルノミニテハ國ノ命

令權ハ所有者ニ對シテ何等ノ作用ヲ及ホスコトナク所謂行政處分ナルモノハ毫モ其ノ間ニ存スルコトナシ要之協議賣買ニ因ル所有權ノ取得ハ土地收用法ニ謂フ所ノ收用ニアラス（東京地方裁判所三十七年九月二七日判決明治法學第八四號三二頁）

判旨第二、三、四點ハ至當ナリト信スルモ第一點ニ就テハ疑アリ吾人ハ寧ロ土地收用ノ裁決前ニ於ケル當事者間ノ協議ニ依ル場合ハ之ヲ土地收用ノ範疇ニ屬セシメサルヲ至當ナリト信ス蓋シ公用徴收ノ本體ハ行政處分ニシテ即チ物權ノ徴收及ヒ物權ノ設定ヲ來サシムル國家ノ權力的意思表示ナリ即チ國家ノ一方的意思ニ基ク點ハ公用徴收ノ要素ニシテ此ヲ虧カンカ公用徴收ノ存在ヲ認定スルヲ得ス事業ノ場合當事者間ノ協議ニ基因スル所有權ノ移轉ハ合意ニ基クモノニ外ナラサルヲ以テ上掲要素ヲ欠缺ス故ニ土地收用ニ非スシテ賣買ナク協議不成立ノ結果收用ヲ受クヘシトノ危虞ノ存在ハ何等之ヲ反對ニ爲スヘキ理由トナラサルナリ

（三八）

大正三年三月法律第一四號賣藥法九　賣藥ニ關スル廣告賣藥ノ容器若ハ被包又ハ賣藥ニ添附シ若ハ添附セスシテ頒布スル文書ニハ左記ノ事項ヲ記載スルコトヲ得

三　虛僞誇大ノ證明若ハ醫師其ノ他ノ者カ效能ヲ保證シタルモノト世人ヲシテ誤解セシムル虞アル記事

賣藥法第九條第三號後段ハ賣藥ニ關シ頒布スル文書ニ醫師其他ノモノヨリ保證セラレタル賣藥ニアラサルニ拘ハラス保證セラレタル旨ノ記事ヲ掲ケタル場合ハ勿論其文詞ヲ曖昧ニシ右ノ如キ誤解ヲ生セシムヘキ虞アル記事ヲ掲ケタル場合ヲモ包含スルモノトス」

賣藥法第九條第三號後段ハ賣藥ニ關シ頒布スル文書ニ醫師其他ノモノヨリ保證セラレタル賣藥ニアラサルニ拘ハラス保證セラレタル旨ノ記事ヲ掲ケタル場合ハ勿論其文詞ヲ曖昧ニシ右ノ如キ誤解ヲ生セシムヘキ虞アル記事ヲ掲ケタル場合ヲモ疑ヲ容レス而シテ判示記事ハ都商會ノ賣藥ハ專門諸博士ノ賞賛ト且ツ賞金ヲ堵シテ公表シタル保證藥ナルカ故ニ云云）ハ一般世人ヲシテ本件賣藥ヲ保證藥品ナルカ如ク誤解セシムル虞アルモノナルコトハ右記事自體ニ徴シ明白ナレハ原審カ同條ニ依リ處斷シタルハ相當ナリ（大審院大正五年（れ）第一六五號同年三月七日刑一部遠藤裁判長鶴見磯谷堀田中尾各判事判決）

（三九）

【關係事項】

上告棄却○原審東京地方裁判所○賣藥法違反被告事件○被告人竹村時男外一名辯護人吉岡秀四郎

衆議院議員選擧法八七　選擧ノ前後ヲ問ハス左ノ各號ニ該當スル所爲ヲ爲ル者ハ一月以上一年以下ノ禁錮ニ處シ又ハ十圓以上百圓以下ノ罰金ニ處ス

三　選擧ニ關シ選擧人又ハ其ノ關係アル社寺學校會社組合市町村等ニ對スル用水小作債權寄附其ノ他利害ノ關係ヲ利用シ選擧人ヲ誘導シタル者及其ノ誘導ニ應シタル者

市制四〇　本法又ハ本法ニ基キテ發スル勅令ニ依リ設置スル議會ノ議員ノ選擧ニ付テハ衆議院議員選擧ニ關スル罰則ヲ準用ス

前項ノ罰則中選擧人ニ關スル規定ハ第二十七條ノ代人ニ之ヲ準用ス

選擧ニ關シ一般ノ交通問題ニ付キ意見ヲ發表スルハ格別主トシテ特定ノ市町村ニ關係アル特定ノ里道ヲ郡道ト爲スコトニ付キ從來其意見ニ依リ事實上盡力シタル結果カ公ニ認メラレテ其道路ノ開通カ遂行セラレントスル狀況ニアリトス

ルモ苟モ選擧ノ際其市町村ニ於ケル選擧人ニ對シ自己ヲ選擧セハ其問題ニ付キ尚盡力スヘキニ付キ自己ニ投票アリタキ旨ヲ以テ其賛同ヲ求ムルハ之則チ郡制並ニ市制町村制ノ準用ニ係ル衆議院議員選擧法第八七條第一項第三號ニ所謂選擧人ノ關係アル市町村ニ對スル利害關係ヲ利用シテ選擧人ヲ誘導シタルモノニ外ナラサルモノトス」

原判決ヲ査スルニ其前段ニ於テハ被告九市ハ宮崎縣東臼杵郡郡會議員選擧ノ際其議員候補者トナリ同郡東郷村大字山陰字福瀬區ニ於ケル選擧有權者タル被告丑松以下十四名集會ノ席ニ臨ミ從來郡參事會員トシテ東郷村ノ爲メニ盡力シタルコトアリ今回更ニ當選スルヲ得ハ福瀬村ヨリ岩脇村幸脇ニ通スル郡道ヲ開通シ以テ交通ノ便ヲ計ルヘキニ付キ今回ノ選擧ニハ自己ニ投票シ呉ルヘキ旨ヲ述ヘテ同人等ヲ誘導シ被告丑松以下十四名ハ其誘導ニ應シ被告九市ニ投票スヘキコトヲ誓約シタリトノ公訴事實ヲ認ムヘキ證憑不十分ナリト說示シナカラ其後段ニ於テ一件記錄及被告九市ノ供述ニ依レハ被告九市ハ論旨ノ冒頭ニ援引セルト同一ナル道路問題遂行ニ盡力スヘキ意見ヲ相被告等十四名ニ發表シテ其賛同ヲ求メタルコトハ之ヲ認メ得ヘキモ其所爲罪ト爲ラサルカ故ニ被告丑松以下十四名カ被告九市ノ該意見ニ賛同ヲ表シ同人ニ投票スヘキコトヲ誓約シタリトスルモ之亦罪ト爲ラサル旨ヲ說明セリ然レトモ選擧ニ關シ一般ノ交通問題ニ付キ意見ヲ發表スルハ格別原判旨後段ノ如ク主トシテ特定ノ市町村ニ關係アル特定ノ里道ヲ郡道ト爲スコトニ付キ縱令從來其意見ニ依リ事實上盡力シタル結果カ公ニ認メラレテ其道路ノ開通カ遂行セラレントスル狀況ニアリ

(一九〇)

トスルモ苟モ選擧ノ際其市町村ニ於ケル選擧人ニ對シ自己ヲ選擧セハ其問題ニ付キ尚盡力スヘキニ付キ自己ニ投票アリタキ旨ヲ以テ其賛同ヲ求ムルハ之則チ郡制並ニ市町村制ノ準用ニ係ル衆議院議員選擧法第八七條第一項第三號ニ所謂選擧人ノ關係アル市町村ニ對スル利害關係ヲ利用シテ選擧人ヲ誘導シタルモノニ外ナラスシテ其意見ニ聽キテ之ヲ選擧セン事ヲ約セルハ則チ其誘導ニ應シタルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ原判決ハ其前段ト後段ト理由齟齬セル不法アリ(大審院大正四年(れ)第三三七二號同五年二月十六日刑三部棚橋裁判長水本柳川中西泉二各判事判決)

【關係事項】

破毀移送○原審宮崎地方裁判所○郡會議員選擧違反被告事件○被告人那須九市外十四名

原審檢事正上告

(四〇)

特許法四　本法ニ於テ發明ノ新規ト稱スルハ左ノ各號ニ該當セサルモノヲ謂フ

一　特許出願前帝國內ニ於テ公然知ラレ又ハ公然用ヒラレタルモノ(以下略)

同　五〇　特許無效ト爲リタルトキハ特許權ハ初メヨリ存在セサルモノト看做ス

特許ノ取消アリタルトキハ特許權ハ以後其效力ヲ失フ

民法　九〇　公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行爲ハ無效トス

同　四二〇　第三項　違約金ハ之ヲ賠償額ノ豫定ト推定ス

特許法第五〇條ニ依レハ特許無效ノ審決アリタルトキハ特許權ハ初メヨリ存在セサルモノト看做サルヘキモノナルヲ以テ特許權ノ存在ヲ前提トシ其侵害ヲ豫想シテ締結サレタル違約金契約ハ特許無效ノ審決ニ依リ當然無效ノモノト言ハサルヘカラス」

(一九一)

契約ノ有效無效ハ獨リ該契約カ民法第九〇條ニ該當スルヤ否ヤニ依リテノミ判斷スヘキモノニ非ス」

原告カ其主張ノ日時ニ於テ訴外關源太郎ヨリ同人ノ有セシ特許第二一八七〇號東變甲縮毛製造方法ニ關スル特許權ヲ讓受ケ其登錄ヲ爲シタルコト被告三名カ原告主張ノ日時ニ於テ原告トノ間ニ原告主張ノ如キ遣約金契約(甲第一號證ノ一)ヲ締結シタルコト並ニ大正四年八月二十八日特許局ニ於テ原告ノ登錄ニカカル特許權カ該特許權出願以前ニ於テ既ニ公然知ラレ公然用キラレタル所ナリトノ理由ノ下ニ之ヲ無效トスル旨審決サレ該審決ノ確定シタルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ナリ而シテ特許法第五〇條ニ依レハ特許無效トナリタルトキハ特許權ハ初メヨリ存在セサルモノト看做スヘキモノナルヲ以テ本件原告ノ特許權モ亦右無效ノ審決ニヨリ初メヨリ存在セサリシモノト看做ササルヘカラス然ラハ該特許權ノ存在ヲ前提トシ其侵害ヲ豫想シテ締結サレタル本件遣約金契約モ亦當然無效ノモノト云ハサルヘカラス何トナレハ該契約ハ存在セサル權利ノ侵害ヲ豫想シテ締結サレタルモノニ外ナラサレハナリ而シテ原告代理人ハ本件遣約金契約締結ノ際原告ハ事實上特許權ヲ有セシモノナレハ之ニ基ク契約ハ民法第九〇條ノ原因ナキ限リ有效ナル旨主張スレトモ前說明ノ如ク本件特許權ハ前示特許局ノ審決ニヨリ初メヨリ全然存セサルモノト看做サルルモノナルノミナラス契約ノ有效無效ハ獨リ該契約カ民法第九〇條ニ該當スルヤ否ヤニ依リテノミ判斷スヘキモノニアラス民法第九〇條ノ原因ナキ契約ハ凡テ有效ナリトノ斷案ヲ得ヘキニアラス本件遣約金契約ノ無效ナルコトハ前示說明ノ如クニシテ原告代理人ノ右主張ハ其理由ナシ以上ノ如クナルヲ以テ假ニ被告等ニ於テ原告主張ノ如ク原告ノ製造方法ト同一方法ニヨリ東變用縮毛ノ製造及販賣ヲ爲シタル事實アリトスルモ被告等ニ於テ本件遣約金支拂ノ義務ナキモノト云ハサルヘカラス(東京地方大正二年(ワ)第一四六六號同五年五月二十日民五部武川裁判長波野平澁川各判事判決)

(一九三)

【關係事項】

遣約金請求事件○原告田中金之助訴訟代理人辯護士大井靜雄被告奥野政重被告石垣彌兵衞外一名

(四一)

醫師法七　醫師ハ何等ノ方法ヲ以テスルヲ問ハス業務上學位稱號及專門科名ヲ除クノ外其ノ技能療法又ハ經歷ニ關スル廣告ヲ爲スコトヲ得ス

同　一一　免許ヲ受ケスシテ醫業ヲ爲シタル者停止中醫業ヲ爲シタル者又ハ第五條第六條第七條若クハ第一三條第三項但書ニ違背シタル者ハ五百圓以下ノ罰金ニ處ス

醫師法第七條ノ規定ハ醫師カ療法ニ關スル廣告ヲ爲スコトニ付テハ其療法カ特定ノ疾病ニ對シテ特效アルコトノ疑ハシキ場合ナルト然ラサル場合ナルトノ別ナク汎ク之ヲ禁止スル趣旨ナリト解スヘキモノナルヲ以テ醫師ノ爲シタル廣告カ療法ニ關スルモノタル以上ハ其療法ノ效能ノ有無ニ付キ審究スルヲ要セス同法條ノ違反トシテ第一一條ニ依リ處罰スヘキモノトス』

「醫師法第七條」ニハ醫師ハ何等ノ方法ヲ以テスルヲ問ハス業務上學位稱號及ヒ專門科名ヲ除クノ外其技能療法又ハ經歷ニ關スル廣告ヲ爲スコトヲ得ストアリテ其規定ハ

醫師カ療法ニ關スル廣告ヲ爲スコトニ付テハ其療法カ特定ノ疾病ニ對シテ特效アルコトノ疑ハシキ場合ナルト然ラサル場合ナル"トノ別ナク汎ク之ヲ禁止スル趣旨ナリト解スヘキモノニシテ從テ醫師ノ爲シタル廣告カ療法ニ關スルモノタル以上ハ其療法ノ效能ノ有無ニ付キ審究スルヲ要セス同法條ノ違反トシテ同法第一一條ニ依リ處罰スヘキモノトス原判決ノ認ムル事實ニ依レハ被告ハ醫師ニシテ下野新聞株式會社ニ於テ發行スル下野新聞紙上ニ上野醫院名義ニテ結核癩病ニ對シ古賀氏治療液ノ注射ヲ月水金曜日ニ行ヒ治療ヲ爲ス趣旨ノ廣告文ヲ掲載セシメ以テ療法ニ關スル廣告ヲ爲シタルモノニシテ上記廣告文ハ醫師法第七條ニ規定スル療法ニ關スル廣告ニ該當スルモノトス（大審院大正五年（れ）第三一六號同五年三月二十日刑二部鶴裁判長鶴見磯谷平野藤波各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審宇都宮地方裁判所○醫師法違反被告事件○被告人上野萬里辯護人細川祐平

【參照判例】

一　醫師法第七條ニハ醫師ハ云々其技能又ハ經歷ニ關スル廣告ヲ爲スコトヲ得スト規定シ療法ニ付キ更ニ制限スル所ナキヲ以テ之ヲ詳密ニ示スト否トヲ又將來ノモノタルト否トヲ問ハス苟モ療法ニ付テ廣告ヲ爲シタル醫師ハ同法第一一條ノ制裁ヲ免ルルヲ得ス故ニ肝炎子癇其他呼吸困難ノ病ニ對シ酸素吸入療法ヲ始ムル旨廣告シタル事實ハ同第七條ニ違反シタルモノトス（大審院判決本書第二卷諸法八六頁）

二　醫師法第七條ニハ醫師ハ何等ノ方法ヲ以テスルヲ問ハス其技能療法又ハ經歷ニ關スル廣告ヲ爲スコトヲ得ストアルヲ以テ苟モ新聞社員ヲシテ有所定ノ事項ヲ新聞紙ニ告白セシメタル以上ハ其告白カ自己ノ名義ヲ以テスルト否ト又其揭載ノ費用負擔スルト否トヲ問ハス醫師法第七條ノ犯罪ヲ構成スルモノトス（大審院刑事判決錄同五年一四九頁）

三　醫師ニシテ自己ノ業務上其經歷ヲ叙述シタル廣告ヲ爲ストキハ醫師法第七條ノ犯罪ヲ構成ス而シテ其廣告ノ目的如何ハ本罪ノ成立ニ何等ノ影響ナシ（大審院刑事判決錄四三年一〇二五頁）

四　醫師法第七條ノ違反タルニハ或特殊ノ技能ヲ有シ又ハ特殊ノ療法ヲ施ス等廣告自體ニ於テ具體的ニ技能療法又ハ經歷ニ關スルモノナルヲ要ス故ニ或病名症候等ヲ揭ケ其治療ヲ爲ス旨ノ廣告ヲ爲シタリトテ同條ノ違犯タルヘキモノニアラス（福岡地方裁判所久留米支部判決法律新聞第七五一號第二六頁）

判旨摘示ノ事實「結核癩病ニ對シ古賀氏治療ノ注射ヲ爲ス旨」ノ廣告カ醫師法第七條ニ所謂療法ニ關スル廣告ト云ヒ得ヘキヤ否ヤハ輕々ニ之ヲ論過スルヲ得ス之ヲ同條立法ノ旨趣カ醫師カ其技能ヲ誇稱シ虛僞ノ廣告ヲ爲シ以テ患者ヲ誘致シ若クハ其品位ヲ失墜スヘキ廣告ノミヲ禁遏スルノ精神ニ照ストキハ古賀液ノ如キ效力顯著ナルモノノ廣告ニ對シテハ同條ヨリ除外スルヲ可トスルニ非サルナキカノ念ナキニ非サルモ同條ノ文詞カ廣汎ナル點ヨリ見テ判旨ハ之ヲ至當ト評スヘキヤ

（四二）

（一）北海道廳警察罰令第一條第四號ニ所謂客引トハ必スシモ法律上許容セラレタル正當ナル業務ニ關スルモノノミニ限局スヘキ理由存セス法律ノ認許セサル不正ノ業務ニ關スルモノヲモ包含スルモノトス」

（二）北海道廳警察罰令第一條第四號ニ「濫リニ客引ヲ爲シ」トアルハ適當公正ノ方法ニ依ラス不相當ナル手段ヲ以テ他人ニ對シ其自由意思ニ反シテ客引ヲ爲スノ謂ナリトス」

（一）【上告趣意】　客引ト謂フ行爲ハ商人カ自己ノ商店ニ多數ノ客ヲ誘引スル諸般ノ行爲

チ指稱スルモノナレハ法律上認許セラレサル賣淫ニ客引ノ行爲アルヘキニ非ス故ニ原判決ニ於テ被告ニ淫賣ニ關シ客引ノ行爲アリタリト說示セルハ違法ナリ

【判決理由】 通俗ニ所謂客引トハ所論ノ如キ制限的意義ヲ有スルモノニ非サルノミナラス北海道廳警察罰令第一條第四號ニ所謂客引ハ必スシモ法律上許容セラレタル正當ナル業務ニ關スルモノノミニ限局スヘキ理由存セス法律ノ認許セサル不正ノ業務ニ關スルモノヲモ包含スト解スルヲ相當トス蓋シ不正ノ業務ニシテ法律上其存在ヲ認容セサルモノニ關シテモ他人ノ自由意思ニ反シテ濫リニ顧客ヲ誘引スルニ於テハ一般人ヲシテ其煩累ニ勝ヘサラシムヘキ理由一層重大ニシテ行政警察上之ヲ取締ルノ必要ハ益加ハレハナリ故ニ原判決ニ於テ被告カ通行人ニ對シテ淫賣婦ヲ買フヘク勸誘シタルニ其之ヲ拒ミタルヨリ更ニ同樣勸誘ヲ再三シ濫リニ客引ヲ爲シタル事實ヲ判示シ之ヲ處罰シタルハ違法ニ非ス

(二) 北海道廳警察罰令第一條第四號ニ「濫リニ客引ヲ爲シ」トアルハ適當公正ノ方法ニ依ラス不相當ナル手段ヲ以テ他人ニ對シ其自由意思ニ反シテ客引ヲ爲スノ謂ニシテ前說明中援引セル原判示事實ニ據レハ被告ノ行爲ハ不相當且執拗ニ他人ノ意思ニ反シ客引ヲ爲シタルモノニシテ同警察罰令第一條ニ所謂濫リニ客引ヲ爲シタルモノニ該當スルヲ以テ原判決カ被告ノ行爲ヲ同條ニ問擬シタルハ相當ナリ（大審院大正五年(れ)第一九六號同年三月九日刑二部鶴裁判長鶴見磯谷平野藤波各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審函館地方裁判所○北海道廳警察罰令違犯被告事件○被告人請求書

北海道廳訓令第五〇號

北海道廳訓令第五〇號ハ北海道廳カ其管內區町村公借ニ關スル取扱方法ニ付キ區長又ハ町村戶長ニ其心得方ヲ訓示シタルモノニ止マリ一般臣民ヲ覊束スヘキ法規タル性質ヲ有セサルモノトス」

北海道廳訓令第五〇號ハ北海道廳カ其管內區町村公借ニ關スル取扱方法ニ付キ區長又ハ町村戶長ニ其心得方ヲ訓示シタルモノニ止マリ一般臣民ヲ覊束スヘキ法規タル性質ヲ有スルモノニ非サルカ故ニ原審カ之ヲ以テ官衙內部ニ於ケル處務規程ニ過キスト爲シ本件公借カ道廳長官ノ許可ナカリシトスルモ無效ニ非サル旨又被上告人カ上告村ニ於テ公借ヲ爲スニ方リテ道廳長官ノ許可ヲ要スルコトヲ知リタルト否ト問フコトナキ旨判示シタルハ正當ナリ（大審院大正五年(オ)第四一號同年三月二十日民二部馬場裁判長田上入江鈴木岩田各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審函館控訴院○貸金請求事件○上告人大澤村訴訟代理人辯護士三坂亥吉同鶴澤總明被上告人松本貞次郎

【參照學說】

一 非法規命令ノ第二ハ訓令及ヒ服務命令ナリ訓令ハ行政官廳ニ對シテ其權限ノ行使ヲ指揮スル所ノ命令ニシテ……或ハ現實ノ單個ノ場合ニ關スルモノアリ或ハ一般抽象的ノ法則ヲ定ムルモノナルコトアリ後ノ場合ニ於テモ訓令ハ法規ヲ定ムルモノニ非ス何トナレハ訓令ハ一般國民ニ對スル法律關係ヲ定ムルモノニ非ス官廳內部ノ關係ヲ定ムルニ過キサルヲ以テナリ（法學博士美濃部達吉氏明治大學行政法講義一六二頁）

二 訓令ハ官廳相互ノ間ニ於ケル動作ナリ其內容ハ或ハ一事件ニ付テナス指揮命令タルコトアリ或ハ將來起ルヘキ幾多ノ不特

阿部學士

定事件ノ取扱ニ對シテ發セラルヽコトアリ何レノ場合ニ於テモ訓令又ハ事務命令ハ法律命令ノ如ク公布スルコトヲ要セス之ヲ受クヘキ官廳ニ送達又ハ告知スレハ足レリ此告知ハ通常文書ヲ以テス然レトモ時々上級官廳ノ發スル印刷物又ハ官報ニ依リテ爲スコトアリ此場合ニ於テモ其事務命令ハ單ニ臣民ニ對シテ之ヲ知ラシムルノ外臣民ニ對シテハ何等ノ效力ヲ生セス之ヲ公ニスルハ啻ニ其命令ノ效力ノ要件タラサルノミナラス時ニ或ハ職務上ノ秘密ヲ犯ス犯罪タルコトアリ又警戒ノ原因タルコトアリ……此ノ如ク事務命令ハ外部ニ對シテ效力ヲ生セサルモノトセハ之レカ違反ハ所謂違法處分トシテ行政訴訟ノ目的トナルヲ得サルモノタリ（法學博士市村光惠氏訂正增補行政法原理三一〇頁）

三　公法上ノ行爲中ニハ法規ヲ定ムル行爲ト法規ノ範圍內ニ於テ行動スル行爲トアリ前者ハ命令ノ制定ナリ後者ハ私法上ノ法律行爲ニ相當スルモノニシテ之ヲ行政行爲ト云フ法規ヲ定ムル行爲ニ類シ之ト區別セサルヘカラサルハ學者ノ所謂行政規則ナリ例ハ職務命令ノ如キ是ナリ是等ノモノハ一般的ノ法則ヲ定ムルモノナレトモ新ニ法律關係ヲ生スルモノニアラサルヲ以テ之ヲ法規ト稱スルヲ得ス（法學士阿部壽準氏大正四年中大行政法講　二二頁）

至當ノ見解異論ノ餘地ナシ

（四四）

大審院決定

狩獵法三　日出前日沒後又ハ市街人家稠密ノ場所衆人群集ノ場所ニ於テ又ハ銃丸ノ達スヘキ虞アル建物船舶若ハ汽車ニ向テ銃獵ヲ爲スコトヲ得ス

狩獵法第三條ニ日沒トアルハ太陽カ地平線下ニ沒了シタル時ヲ指稱シ曆ニ所謂日入ト同一意義ヲ有スルモノトス

狩獵法第三條ニ日沒トアルハ太陽カ地平線下ニ沒了シタル時ヲ指稱シ曆ニ所謂日入ト同一意義ヲ有スト解スヘキハ其前文ニ所謂日出カ太陽ノ地平線上ニ現出シタル時ヲ指稱シ曆ニ所謂日出ニ該當スルニ徵シテ疑ヲ容レサルノミナラス同條ノ立法カ危險豫防ノ趣旨ニ出テ日出前ニ於テハ曆ニ所謂夜明以後ニ屬スルモ又日入後ニ在テハ未タ曆ニ所謂日暮ニ至ラサルモ光線稀薄ニシテ或ハ人ヲシテ銃獵ノ物體ヲ誤認セシムルノ虞ナシトセサルニ因リ日出前又ハ日入後ノ銃獵ヲ禁止スルモノト解スヘキヲ

以テ前示法條ニ所謂日出前又ハ日沒後ハ曆ニ所謂日出前又ハ日入後ニ該當シ夜明前又ハ日暮後ヲ指スモノニ非スト斷スヘキヲ相當トス故ニ原判決ニ於テ第一審第二回公判始末書所載證人河野春吉ノ「（前略）大正四年十一月二十九日午後五時十五分日ハ殆ント沒シ幽カニ物ノ見ユル頃云云」ノ供述及ヒ大和田龜之助僞證事件記錄中同人豫審調書所揭「（前略）十一月二十九日日ハ無クナリ薄暗クナリシ頃云云」ノ供述ヲ援引シ被告ノ銃獵ヲ爲シタル時刻ハ大正四年十一月二十九日午後五時過卽チ日沒後ナリト判定シ曆學上公認セラレタル日入後ニ係ル時刻（曆ニ依レハ判示ノ日ニ於ケル日入ハ午後四時二十九分ナリトス）ヲ以テ狩獵法第三條ニ所謂日沒後ニ該當スルモノト說示シタルハ相當ナリ（大審院大正五年（れ）第三七〇號同年三月二十七日刑二部鶴裁判長鶴見磯谷平野藤波各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審水戸地方裁判所○狩獵法違反被告事件○被告人坂本周作辯護人貝塚德之助

（四五）

醫師法施行規則九ノ四　醫師ハ診療簿ニ其治療シタル患者ノ氏名年齡病名及ヒ療法ヲ記載スヘシ但シ其不明ナルモノハ患者廢療ノ時其ノ旨ヲ記載スヘシ

同　一六　第九條第九條ノ二第九條ノ三第九條ノ四第十條第十二條及第十三條第一項ニ違背シタル者ハ貳拾五圓以上ノ罰金ニ處ス

醫師カ補助者ヲ使用シ之ニ診療簿ノ記載ヲ爲サシムル場合ニ於テハ補助者ハ醫師ノ爲メ代書ヲ爲スモノニ過キスシテ固ヨリ獨立ノ責任ヲ負フモノニ非ス其行爲ニ關シテハ醫師自ラ責任ヲ負フヘキハ當然ナレハ補助者カ右記載ヲ怠リタル

大審院判決

以上ハ即チ責任者タル醫師ニ於テ醫師法施行規則第九條ノ四ニ違背シタルモノトス」

醫師カ補助者ヲ使用シ之ニ診療簿ノ記載ヲ爲サシムル場合ニ於テハ補助者ハ醫師ノ爲メ代書ヲ爲スモノニ過キスシテ固ヨリ獨立ノ責任ヲ負フモノニ非ス其行爲ニ關シテハ醫師自ラ責任ヲ負フヘキハ當然ナレハ補助者カ右記載ヲ怠リタル以上ハ即チ責任者タル醫師ニ於テ醫師法施行規則第九條ノ四ニ違背シタルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ原判決カ其舉示セル證據ニ依リテ被告カ診療簿ノ記載ヲ爲ササル旨ヲ認定判示シ右規則違反罪ニ問擬シタルハ相當ナリ（大審院大正五年（れ）第三五四號同年三月二十八日刑一部末弘裁判長遠藤谷野堀田中尾各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審水戸地方裁判所○醫師法施行規則違反被告事件○被告人大里宏猷辯護人田中岩之助同貝塚德之助

（四六）

大正三年戸籍法一六四　戸籍ノ記載カ法律上許スヘカラサルモノナルコト又ハ其記載ニ錯誤若クハ遺漏アルコトヲ發見シタル場合ニ於テハ利害關係人ハ其戸籍ノ存スル市役所又ハ町村役場ノ所在地ヲ管轄スル區裁判所ノ許可ヲ得テ戸籍ノ訂正ヲ申請スルコトヲ得

戸籍法第一六四條ニ所謂法律上許スヘカラサル記載トハ戸籍ノ記載自體ヨリ其記載事項カ法律上許スヘカラサルコトノ顯ハルルノ場合ヲ指稱スルモノトス」養子緣組屆ニ僞造ノ事實アリトスルモ其事實ハ內部ニ伏在スルニ止マリ適法ノ形式ヲ具備シタル屆出ニ基キ養子緣組カ戸籍ニ記載セラレタル以上ハ是即チ戸

籍ノ記載自體ヨリ其記載ノ許スヘカラサルコトカ顯ハレタルモノト謂フヲ得サルモノトス」

（一九三）

戸籍法第一六四條ニ所謂法律上許スヘカラサル記載トハ戸籍ノ記載自體ヨリ其記載事項カ法律上許スヘカラサルコトノ顯ハルル場合ヲ指稱スルモノトス然ルニ抗告人ハ抗告人ノ戸籍ニ於テ戸主ト記載シアル梶山久一ヲ申請人タル抗告人ノ戸籍ヨリ削除セシコトヲ福山區裁判所ニ申請シタルモノニシテ其理由トシテ抗告人ハ亡梶山かくノ唯一ノ家族ナル所右久一カ戸籍上戸主ト記載セラルルニ至リタルハ戸籍上養子ト記載セラレタル右久一カ戸籍上養母ト記載セラレアリタル前戸主梶山かくノ死亡ニ依リ家督相續ヲ爲シタリト謂フニ在ルモ右久一カ戸籍上かくノ養子ト爲リ居ルハ星野藤太及久一ノ實父內田次郎太等カ共謀ノ上かくト久一トノ養子緣組屆ヲ僞造シ屆出テタルカ故ニシテ其養子緣組ハ無效ノモノナリ隨テ久一ハかくノ家督相續人ニ非スシテ抗告人カ眞正ノ家督相續人ナレハ梶山家ノ戸主ハ抗告人ナルニ拘ハラス久一カ戸主トシテ戸籍ニ登載セラレタルハ抗告人ノ相續權ヲ侵害シタルモノニシテ不法ナリト謂フニ在ルモノトス然レトモ叙上養子緣組屆ニ僞造ノ事實アリトスルモ其事實ハ內部ニ伏在スルニ止マリ適法ノ形式ヲ具備シタル屆出ニ基キ養子緣組カ戸籍ニ記載セラレタル以上ハ是即チ戸籍ノ記載自體ヨリ其記載ノ許スヘカラサルコトカ顯ハレタルモノト謂フヲ得サルモノナレハ抗告論旨ハ理由ナキモノトス加之本件ニ於テ抗告人カ戸籍訂正申請ノ理由トシテ主張スル所ニ據ルモ本件ニ於テハ前戸主梶山かくノ死亡ニ因リ一旦家督相續開始シタル結果戸籍上家督相續人タル梶山久一ニ

東京控訴院判決

於テ相續ニ依リ戸主ト爲リタルモノナレハ抗告人ニ於テ相續回復ノ訴ニ依リ相續ノ回復ヲ求メタル結果確定判決ニ依リ戸籍ノ訂正ヲ求ムルハ格別戸籍法第一六四條ノ規定ニ依ル戸籍訂正ノ方法ヲ以テ戸籍上梶山久一ノ戸主タル記載ノ抹消ヲ申請スルヲ得サルモノトス（大審院大正四年（ク）第四六八號同五年二月三日民二部馬場裁判長田上入江鈴木三宅各判事決定）

【關係事項】

抗告棄却○原審廣島地方裁判所○戸籍訂正事件ノ決定ニ對スル抗告事件○抗告人梶山ゑつ

（四七）

明治三四年九月永代借地權ニ關スル件一　政府ノ永代借地權ヲ以テ外國人又ハ外國法人ノ爲ニ設定シタル永代借地權ハ之ヲ物權トシ民法中所有權ニ關スル規定ヲ準用ス

永代借地權ハ民法ノ規定ニ從ヒ他ノ權利ノ目的タルコトヲ得

地券條約又ハ法令ニ別段ノ定メアル場合ニハ前二項ノ規定ヲ適用セス

民法三八八　土地及ヒ其上ニ存スル建物カ同一ノ所有者ニ屬スル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミヲ抵當ト爲シタルトキハ抵當權設定者ハ競賣ノ場合ニ付キ地上權ヲ設定シタルモノト看做ス但地代ハ當事者ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ定ム

永代借地權ニ關シテハ原則トシテ所有權ニ關スル規定ヲ準用スヘキヲ以テ永代借地權ニ對スル抵當權ニ付テモ亦土地所有權ニ對スル抵當權ノ規定ヲ準用シ永代借地上ノ建物ニ對スル抵當權ニ付テモ又所有地上ノ建物ニ對スル抵當權ノ規定ヲ準用スヘキモノトス」

民法第三八八條ハ始メヨリ土地ニモ建物ニモソレソレ抵當權カ設定セラレアル各抵當權ノ行ノ結果土地ト建物ト其所有者ヲ異ニスルニ至リタル場合ニモ

（一九四）

用アルモノトス」

地上ノ建物カ移轉シタリトノ事實ノミニ據リテハ直ニ地上權ノ移轉ヲ推斷スルニ足ラサルモノトス」

本件敷地ノ範圍及ヒ坪數ニ關スル控訴人ノ主張ハ被控訴人ノ認ムルトコロ又控訴人主張ノ如キ抵當權實行ノ結果控訴人及ヒ被控訴人ハ各自控訴人主張ノ如キ競落ヲ爲シタルコトハコレマタ被控訴人ノ認ムルトコロナリ

「永代借地權ニ關シテハ原則トシテ所有權ニ關スル規定ヲ準用スヘキヲ以テ永代借地權ニ對スル抵當權實行ノ結果控訴人ノ主張ハ被控訴人ノ認ムルトコロ又控訴人「永代借地權ニ關シテハ原則トシテ所有權ニ關スル規定ヲ準用スヘキヲ以テ永代借地權ニ對スル抵當權ニ付テモ亦土地所有權ニ對スル抵當權ノ規定ヲ準用シ永代借地上ノ建物ニ對スル抵當權ニ付テモ亦所有地上ノ建物ニ對スル抵當權ノ規定ヲ準用スヘキ」ハ多言ヲ須タス此點ニ關スル被控訴人ノ抗辯ハ民法第二編第三章所有權ト題スル條下ヲ外ニシテマタ所有權ニ關スル規定ナシトノ前提ヲ設ケサル限リハ了解スヘカラサル俳論ナリ」而シテ「民法第三八八條ハ同一所有者ニ屬スル土地ト建物トカ抵當權實行ノ結果ソレソレ別異ノ所有者ニ屬スルニ至リシ場合ノ規定ナルヲ以テ「始メヨリ土地ニモ建物ニモソレソレ抵當權カ設定セラレアリ此各抵當權實行ノ結果土地ト建物ト其所有者ヲ異スルニ至リタル場合ニモ亦其適用アルコト多言ヲ須ヒ」サルヲ以テ被控訴人カ本件土地ヲ競落シタル當時ヨリ之ニ對シ地上權ヲ有スルニト明白ナルト共ニ其存續期間ノ定メナキコトハ地上權成立ニ關スル前記事情ニ徴シ自ラ明白ナリ然ルニ被控訴人ハ大正三年四月十日其有スル地上權ヲ訴外奥野寛治ニ移轉シタリトノ被控訴人ノ主張ハ控訴人ノ爭フトコロナルカ「地上ノ建物ノ所有權カ被控訴人ヨリ

（一九五）

前記奥野ニ移轉セラレタリトノ當事者間ニ爭ナキ事實ノミニ據リテハ直チニ地上權ノ移轉ヲ推斷スルニ足ラス」蓋シ建物ハ或ハ毀屋トシテ之ヲ處分スルコト無キニアラス而モ證人奥野寛治ノ供述ニ據レハ建物ハ實ニ斯ル目的ヲ以テ買受ケラレ其後取毀ヲ了シタルコトヲ認ムルヲ得ヘキモ果シテ本件地上權迄モ共ニ移轉セラレシトノ事實ハ之ヲ認ムルニ十分ナラス其他此點ニ關スル被控訴人ノ主張ヲ認ムヘキ何等ノ證據無ク而シテ地上建物ノ所有若クハ存續ハ特別ノ規定（例ヘハ民法施行法第四四條第二項）若クハ合意ナキ限リ地上權ノ成立若クハ存續ニ何等ノ影響ナキヲ以テ反證ナキ限リ被控訴人ハ今尙依然トシテ地上權者ナリト認定セサルヲ得ス從ヒテ該地上權ノ期間ヲ定ムヘク被控訴人ニ對シ本訴ヲ提起シタルハ勿論相當ナリ（東京控訴大正三年（ネ）第五五〇號同五年三月十五日民一部遠藤裁判長前田水口各判事判決）

【關係事項】

地上權存續期間及地代請求事件○控訴人アデレードペンステッド訴訟代理人辯護士秋山源藏外一名被控訴人牧見馬太郎控訴代理人辯護士田邊喜一

不動産登記法二五第二項　（四八）

ル規定ヲ準用ス

同　四九　登記官吏ハ此ノ場合ニ限リ理由ヲ附シタル決定ヲ以テ申請ヲ却下スルコトヲ要ス但申請ノ欠缺カ補正スルコトヲ得ヘキモノナル場合ニ於テ申請人カ即日ニ之ヲ補正シタルトキハ此限ニ在ラス

二　事件カ登記スヘキモノニ非サルトキ

同　一四四　假登記ノ抹消ハ假登記名義人ヨリ之ヲ申請スルコトヲ得

申請書ニ假登記名義人ノ承諾又ハ之ニ對抗スルコトヲ得ヘキ裁判ノ謄本ヲ添附シタルトキハ登記上ノ利害關係人ヨリ假登記ノ抹消ヲ請求スルコトヲ得

囑託ニ因ル登記ノ手續ニ付テハ法令ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外申請ニ因ル登記ニ關ス

同　一五五　抗告裁判所カ抗告ヲ理由アリトスルトキハ決定ヲ以テ登記官吏ニ相當ノ處分ヲ命スルコトヲ得（以下略）

（一）登記官吏カ管轄區裁判所ノ囑託ニ基キ假登記ノ抹消ヲ爲スハ即チ登記官吏ノ處分ニ外ナラサレハ之ヲ不當トスル者ハ不動産登記法第一五五條ニ依リ抗告ヲ爲シ得ヘキモノトス」

（二）不動産登記法第一四四條ニ依レハ假登記ノ抹消ハ假登記名義人若クハ登記上ノ利害關係人ヨリ申請スルコトヲ得ヘキモノニシテ假處分命令ニ基ク假登記ノ場合ノ如ク管轄區裁判所ノ囑託ヲ爲シ得ヘキ事項ニアラサレハ斯ル囑託ヲ受ケタル登記官吏ハ同法第二五條第二項第四九條第二號ニ依リ事件カ登記スヘキモノニ非サルモノトシテ決定ヲ以テ囑託ヲ拒絶スヘキモノトス」

（一）不動産登記法第一五五條ニハ登記官吏ノ決定又ハ處分ヲ不當トスル者ハ管轄地方裁判所ニ抗告ヲ爲スコトヲ得ト規定シアリテ「登記官吏カ管轄區裁判所ノ囑託ニ基キ假登記ノ抹消ヲ爲スハ即チ登記官吏ノ處分ニ外ナラサレハ之ヲ不當トスル者ハ同條ニ依リ抗告ヲ爲シ得ヘキコト勿論ナリ」

（二）不動産登記法第一四四條ニ依レハ假登記ノ抹消ハ假登記名義人若クハ登記上ノ利害關係人ヨリ申請スルコトヲ得ヘキモノニシテ假處分命令ニ基ク假登記ノ場合ノ如ク管轄區裁判所ノ囑託ヲ爲シ得ヘキ事項ニアラサレハ斯ル囑託ヲ受ケタル登記官吏ハ同法第二五條第二項第四九條第二號ニ依リ事件カ登記スヘキモノニ非サルモノトシテ決定ヲ以テ囑託ヲ拒絶スヘキモノトス」然ルニ本件ニ於テ登記官吏カ管轄區裁判

大審院判決

所ノ假登記抹消ノ囑託ヲ容レ假登記抹消ノ處分ヲ爲シタルモノナレハ此處分ノ失當ナルコト明ナルヲ以テ原審カ登記官吏ノ處分ヲ不當トシタル理由ノ如何ヲ問ハス之カ抹消登記ノ回復ヲ命シタルハ結局相當ナリ(大審院大正四年(ク)第二一六號同五年二月二十三日民三部横田裁判長大倉岩田嘉山三宅各判事決定)

【關係事項】

抗告棄却○原審長崎地方裁判所○假處分抹消登記ニ對スル抗告事件○抗告人中岳佐六代理人辯護士齋藤巖

(四九)

村カ村會ノ議決ヲ經テ訴訟ヲ提起シタルトキハ爾後訴訟カ上級審ニ繫屬スルモ更ニ村會ノ議決ヲ經ルコトナク有效ニ訴訟行爲ヲ爲シ得ルモノトス』

村カ村會ノ議決ヲ經テ訴訟ヲ提起シタルトキハ爾後訴訟カ上級審ニ繫屬スルモ更ニ村會ノ議決ヲ經ルコトナク有效ニ訴訟行爲ヲ爲シ得ルモノトス明治四十二年(オ)第三一六號民事部判例參照)記錄ヲ查スルニ本件私訴ハ町村制第七六條ニ基ク專決處分ニ依リ提起セラレタルモノナレハ訴訟カ原審ニ繫屬スルニ至リ被上告村代表者カ村會ノ議決ヲ經スシテ應訴シ訴訟行爲ヲ爲シタルハ有效ナリ(大審院大正五年(れ)第一八三號同年三月十日刑一部末弘裁判長遠藤谷野堀田中尾各判事判決)

【關係事項】

公私訴上告棄却○原審宮城控訴院○詐欺横領被告事件併附帶私訴事件○公私訴上告人淸水長次郎外一名

(一九八)

佐々木博士

府縣制六　府縣內ノ市町村公民ニシテ市町村會議員ノ選擧權ヲ有シ且其府縣內ニ於テ一年以來直接國稅年額三圓以上ヲ納ムル者ハ府縣會議員ノ選擧權ヲ有ス

府縣內ノ市町村公民ニシテ市町村會議員ノ選擧權ヲ有シ且其府縣內ニ於テ一年以來直接國稅年額十圓以上ヲ納ムル者ハ府縣會議員ノ被選擧權ヲ有ス

家督相續ニ依リ財產ヲ取得シタル者ハ其ノ財產ニ付被相續人ノ爲シタル納稅ヲ以テ其ノ納稅シタルモノト看做ス

市制一八第一項　選擧權ヲ有スル市公民ハ被選擧權ヲ有ス

同　二一第十二項　確定名簿ニ登錄セサル者ハ選擧ニ參與スルコトヲ得ス但シ選擧人名簿ニ登錄セラルヘキ確定裁決書又ハ判決書ヲ所持シ選擧ノ當日選擧會場ニ到ル者ハ此ノ限ニ在ラス

町村制一二第一項　町村公民ハ總テ選擧權ヲ有ス但シ公民權停止中ノ者又ハ第九第第三項ノ場合ニ當ル者ハ此ノ限ニ在ラス

同　一五第一項　選擧權ヲ有スル町村公民ハ被選擧權ヲ有ス

同　一八第十一項　確定名簿ニ登錄セラレサル者ハ選擧ニ參與スルコトヲ得ス但シ選擧人名簿ニ登錄セラルヘキ確定裁決書又ハ判決書ヲ所持シ選擧ノ當日選擧會場ニ到ル者ハ此限ニ在ラス

(五〇)

(一)**選擧人名簿ハ單ニ選擧權ノ行使ヲ制限スルノ效力ヲ有スルニ止マリ被選擧權トハ何等ノ關係ナキモノトス』**

(二)(イ)**府縣制第六條第二項ニ所謂十圓以上ヲ納ムル者トハ現實ニ納ムルコトヲ意味スルニ非スシテ法律上納ムルコト換言セハ納ムルノ義務ヲ有スル者ノ謂ナリトス』**

(ロ)**納稅ノ義務ヲ有スルトハ畢竟法定ノ手段ニ依テ納稅ノ義務ヲ有スルト認定セラレタルノ義ナリトス』**

(三)**府縣制第六條第二項ニ所謂一年以來」一定額ノ納稅ヲ爲ストハ(一)過去ニ於テ間**

(一五一)

『斷ナク一年間所定額ノ納稅ノ義務ヲ有シタルノミナラス（二）又現ニ其ノ義務ヲ有スルコトヲ謂フモノトス』

大正五年一月二十八日行政裁判所第二部宣告（本書第五卷行政裁判所判決要旨二項所載）

（一）判旨第一點ハ全然正當ナリ元來選擧人名簿ト被選擧權トノ關係如何ハ府縣會議員選擧ニ付テハ始ヨリ問題トナルヘキニ非ス蓋シ選擧人名簿ハ選擧權者ノ名簿ナルヲ以テ若シ選擧人名簿ト被選擧權トカ何等カノ關係ヲ有スル場合アリトセハ其ノ被選擧權ノ有無カ選擧權ノ有無ヲ標準トシテ定メラレタル場合ナラサルヲ得ス然ルニ府縣會議員選擧ニ付テハ被選擧權ノ有無ハ選擧權ノ有無ト關係ナク定メラルルヲ以テナリ

市町村會議員選擧ニ關スル規定ハ之ト異ナリ被選擧權ノ有無ヲ標準トナスヲ以テ一應ハ選擧人名簿ト被選擧權ト何等カノ關係アルヤニ思ハルルモ而モ實ハ全ク無關係ナリ蓋シ選擧人名簿ハ選擧權ノ有無ヲ定ムルモノニ非スシテ選擧權ヲ行使シ得ル者ヲ定ムルモノナリ（市制二一條第一二項町村制一八條第一一項）從テ選擧人名簿ニ登錄セラレサルモノニシテ而モ選擧權ノ要件タル選擧權ヲ有スルノ事實ノ存否ハ全ク直接ニ選擧權ノ要件ヲ定ムル規定ニ照シテ之ヲ決定スヘク選擧人名簿ノ登錄ノ有無ニ依テ之ヲ決定スヘカラス

（二）判旨第二點ノ解決ハ（一）第一ニ被選擧權ノ要件タル納稅額ハ現實ニ納稅シタルモノノ額ナルカ將又納稅スヘキ義務アルモノノ額ナルカノ點（二）第二之ヲ納稅スヘキ義務

アルモノノ額ナリトセハ其義務アルヤ否ヤハ如何ニシテ之ヲ認定スヘキカノ點ニ素ル

第一點ニ付テハ府縣制第六條第二項ノ規定ヲ見ルニ「直接國稅年額十圓以上ヲ納ムル者」ト云フ其所謂納ムルトハ現實ニ納ムルコトヲ意味スルニ非スシテ法上納ムルコト換言セハ納ムルノ義務ヲ有スルモノト爲スヘキコト疑ナシ

第二點ニ付テハ國法カ納稅ノ義務ヲ認定スヘキ何等ノ法上ノ手續ヲモ規定セサルトキハ事實上存在スル納稅ノ物體ニ依テ納稅ノ義務ヲ定ムルノ外ナシト雖モ國法カ之ヲ認定スヘキ或法上ノ手續ヲ規定スルトキハ納稅ノ義務ハ該國法ノ規定スル手續ニ依テ認定セラレタル後ニ於テ始メテ定メラル從テ納稅ノ義務ヲ有スルトハ畢竟法定ノ手續ニ依テ納稅ノ義務ヲ有スト認定セラレタルノ義ナリ而シテ所得額ニ付テハ我現行法ニ依レハ稅務署長ノナス所得額決定ヲ以テ納稅ノ義務ヲ認定スルモノト云ハサルヲ得サルナリ

（三）判旨第三點モ亦正當ナリ府縣制第六條第二項ニ所謂「一年以來」ニ定額ノ納稅ヲ爲ストハ（一）過去ニ於テ間斷ナク一年間所定額ノ納稅ノ義務ヲ有シタルノミナラス（二）現ニ其ノ義務ヲ有スルコトヲ謂フ即チ「以來」ノ語ヲ以テ過去然リシコト及ヒ現在然ルコトノ二點ヲ包括シテ示シタルモノトス（法學博士佐々木熊一氏京都法學會雜誌第一一卷七號一一二頁以下要領）

【第一點選擧人名籍ト被選擧權トノ關係ニ關スル學說】

一　選擧人名簿トハ一選擧區內ニ於ケル選擧人ノ氏名ヲ登錄スル名簿ニシテ以テ選擧權ヲ有スルノ事實ヲ公ニ證明スルノ手段タルモノナリ選擧人名簿ハ選擧權ヲ公ニ證明スルノ手段タリ故ニ選擧權ノ要件ヲ具備スルモノト雖モ選擧人名簿ニ登錄セラル

ルニ非サレハ選擧權ヲ行フコトヲ得ス然レトモ選擧人名簿ハ選擧權ヲ發生セシムルモノニ非ラサルカ故ニ名簿ニ登錄セラレタルモノト雖モ選擧權ノ要件ヲ具備スルモノニ非ラサレハ亦選擧權ヲ行フコトヲ得サルハ勿論ナリ（法學博士美濃部達吉氏改正府縣制郡制要義五六頁）

二　確定セル選擧人名簿ハ之ニ登錄セラレサル者ハ假令事實ニ於テ選擧權ヲ有スルモ選擧ヲ爲スヲ得サラシムルノ效力ヲ有ス然シトモ亦選擧人名簿ハ選擧權ヲ公ニ證明スルニ止マリ選擧權ヲ付與スルノ效力ヲ有セサルカ故ニ選擧人名簿ニ登錄セラレタル者ト雖モ事實ニ於テ選擧權ヲ有セサルモノハ選擧ヲ爲スコトヲ得サルモノトス（法學博士清水澄氏國法學第一編憲法篇八五二頁）

三　選擧人名簿トハ選擧人ノ氏名並ニ其ノ選擧權ヲ行フニ必要ナル資格ヲ詳記シタル名簿ニシテ其ノ登錄ハ選擧權行使ノ要件トナルモノトス是レヲ以テタトヒ選擧權ヲ行使スヘキ資格アルモノト雖モ選擧日ニ於テ選擧人名簿ニ登載セラレサルモノナルトキハ選擧權ヲ行使スルコト能ハス若シ斯クノ如キ者カ投票スルコトアリトモ其投票ハ無效ナリト云ハサルヘカラス但シ選擧人名簿ハ選擧權ヲ發生セシムルモノニアラサルカ故ニタトヒ名簿ニ登錄セラレタル者ト雖モ實際選擧權ヲ有スル者ニアラサレハ投票ヲ行フコトヲ得サルヤ勿論ナリトス（法學博士工藤重義氏大日本百科辭書法律大辭書第四册セノ部一六三一頁）

四　被選擧權トハ普通ニ議員選擧ノ場合ニ用ヒラルルモノニシテ選擧人カ選擧權ヲ行使スルニ因リテ當選シ得ヘキ一身上ノ資格ヲ云フ換言スレハ被選擧人ノ資格ヲ稱スルニ外ナラス是レヲ以テ選擧權ト被選擧權トハ其ノ性質ヲ異ニスルモノニシテ選擧權ハ選擧資格ヲ具備スルモ尙ホ此ノ上ノ外部ノ要件即チ選擧人名簿ニ登錄セラルルコトヲ要ス是レ何レノ國ノ制度ニ於テモ認メラルル所ナリ然ルニ被選擧權ニ至リテハ別ニ被選擧人名簿ナルモノハ存在セサルヲ以テ常トスルカ故ニ被選擧資格ヲ具備スレハ即チ足レリ是レ諸國ノ制度ノ認ムル所ナリ是レヲ以テ被選擧人名簿ヲ被選擧權行使ノ要件トスルノ制度ヲ採ラサル以上ハ被選擧權ハ即チ被選擧資格ナリト解セサルヘカラス（法學博士工藤重義氏大日本百科辭書法律大辭書二三九四頁）

濱村琴山氏

五　選擧人名簿トハ選擧人ノ氏名並ニ其資格ヲ記載シ選擧權者タルコトヲ證明スル公簿ナリ確定名簿ハ名簿調製ノ期日ニ現ニ選擧權アル者ヲ記載スルモノナレハ確定名簿ニ登錄セラレサル者ハ選擧ニ參與スルヲ得サルナリ但シ選擧當日選擧人名簿ニ登錄セラルヘキ確定裁決書又ハ判決書ヲ所持シ選擧會場ニ到ル者ハ此限ニアラス之ニ反シ事實選擧權ヲ有セサル者ハ假令登錄セラルルモ選擧ニ參與スルヲ得ス（濱村琴山氏自治提要三二頁）

工藤博士

被選擧權トハ選擧人カ選擧權ヲ行使スルニヨリテ市町村會議員ニ當然得ル資格ヲ云フ原則トシテ被選擧權ハ選擧權ヲ有スル市市町村公民ノ有スルモノトス故ニ公民ナラサル者ハ假令選擧權ヲ有スルモ被選擧權ナシ由是觀之被選擧權ト擧選權トハ表裏ヲ爲スモノニアラスシテ全ク別個ノモノタルヲ知ル（同上二二頁）

美濃部博士

【第二點參照學說判例】

一　國稅ノ納付ハ一年以來繼續セルモノナラサル可カラス之ヲ詳言スレハ選擧調査期日ノ滿一ケ年以前ヨリ之ヲ納付シ而シテ其期日ニ於テ尙引續キ之ヲ納付スルモノナルコトヲ要ス故ニ租稅ノ納付ノ起算點ヲ何レノ時ニ求ム（キヤハ第一ニ起ル所ノ問

題ナリ此問題ニ對シテハ三種ノ解答ヲ想像スル事ヲ得第一ハ現ニ租稅ヲ納付シタルトキヨリ起算ストスルモノ是ナリ第二ハ納稅ノ法律上ノ期日ヲ以テ其起算點トスルモノ是ナリ第三ハ納稅ノ義務ヲ生シタルトキヨリ起算スルモノ是レナリ此問題ハ府縣制施行細則ニ於テ或ハ規定セラルル所ナルヘシト雖モ若シ其規定ナキニ於テハ余ハ此最後ノ起算點即チ納稅ノ資格ヲ生シタルトキヨリ起算スルノ最モ穩當ナルヲ信ス但シ納稅ノ資格ヲ生スルトキハ未タ現ニ租稅ヲ納付セサルモ尙本條ノ資格ニ算入ストル云フニ非ラス法律ハ「納ムル者」ト言ヘリ故ニ納稅ノ資格ハアルモ其納稅ヲ怠リ又ハ脫稅スル者ノ如キハ本條ノ資格ニ算入スルコトヲ得サルハ勿論ナリ之ニ算入セラルルニハ現ニ租稅ヲ納付シタルモノナルコトヲ要ス是レ蓋シ疑ヲ容レサル所ナリ若シ又納期ニ至リテ納稅ヲ爲サス又ハ脫稅シタルモノハ假令納稅ノ資格ハアルモ租稅ヲ納ムル者トイフコトヲ得ス納稅ノ義務ハ一年以來間斷ナク繼續シ尙現ニ之ヲ存スル者ナラサルヘカラス但シ府縣郡市町村ノ廢置分合若クハ境界變更ハ之ヲ中斷スルノ原因タルコトナシ（法學博士美濃部達吉氏改正府縣制郡制要義四八頁以下要領）

二　所得ニ付キ納稅義務ヲ負フ者ト雖モ其金額ノ決定ヲ受ケタル後ニアラサレハ納稅者ナリト云フヲ得ス（行政裁判所判決錄第一四輯第四卷三三八頁）

三　府縣制第六條第二項ノ規定ハ苟モ一年以上直接國稅年額十圓以上ヲ納ム可キ資格アレハ足ルトノ法意ニシテ納稅ノ時期如何ニ關セサルヲ以テ二年度分ノ稅金ヲ一時ニ納付セルモ府縣會議員ノ被選擧資格ニ何等影響ヲ來タサス（同上大正元年十二月二十三日第二部宣告本書第二卷行政判決要旨二頁）

【第三點參照學說】

納稅ノ義務ハ一年以來間斷ナク繼續シ尙現ニ之ヲ有スル者ナラサルヘカラス但シ府縣郡市町村ノ廢置分合若クハ境界變更ハ之ヲ中斷スルノ原因タルコトナシ（法學博士美濃部達吉氏改正府縣制郡制要義四九頁）

論旨第一點選擧人名簿ト被選擧權トカ全然無關係ナルハ選擧人名簿ノ性質即チ同簿カ選擧權者ノ氏名ヲ登錄シタル公證的ノモノニシテ其登錄ハ單ニ選擧權行使ノ要件タルニ過キサルニ徵シ疑ナク論旨自餘ノ點又異論ノ餘地ナシ

（五一）

衆議院議員選擧法七〇第二項　前項ノ當選人ニシテ當選證書付與前ニ於テ其當選ヲ辭シ若ハ死亡シタルトキ又ハ當選證書附與ノ前後ヲ問ハス選擧ニ關スル罰則ニ依リ處罰セラレタル結果當選無效トナリタルトキ又ハ被選擧權ヲ有セサル爲當選無效トナリタルトキハ前項ノ得票者ニシテ當選者ト爲ラサリシ者ノ中ニ就キ得票ノ順位ニ依リ之ヲ補

充ス

同八一　選擧ノ規定ニ違背スルコトアルトキハ當選ノ結果ニ異動ヲ及ホスノ虞アル場合ニ限リ裁判所ハ其ノ選擧ノ全部又ハ一部ノ無效ヲ判決スヘシ

當選訴訟ニ於テモ其ノ選擧前項ノ場合ニ該當スルトキハ裁判所ニ其ノ全部若ハ一部ノ無效ヲ判決スヘシ

同八〇　選擧ノ效力ニ關シ異議アル選擧人ハ選擧長ヲ被告トシ選擧ノ日ヨリ三十日以内ニ控訴院ニ出訴スルコトヲ得（後略）

同八二　當選ヲ失ヒタル者當選ノ效力ニ關シ異議アルトキハ當選人ヲ被告トシ第七十五條ノ氏名告示ノ日ヨリ三十日以内ニ控訴スルコトヲ得但シ第七十條第一項但書ニ定メタル得票ニ達シタリトノ理由ニヨリ出訴スル場合ニ於テハ選擧長ヲ被告トシ第七十四條ノ告示ノ日ヨリ三十日以内ニ出訴スヘシ（後略）

同七七　議員ノ任期ハ總選擧ノ期日ヨリ四箇年トス但シ議會開會中ニ任期終ルモ閉會ニ至ル迄存在ス

同七八　選擧日ヨリ一箇年以内ニ議員ノ闕員ヲ生シタルトキハ第七〇條ノ例ニ依ル

前項ノ場合ニ於テ選擧人ナキトキ又選擧ノ日ヨリ一箇年以後ニ議員ノ欠員ヲ生シタルトキハ地方長官ハ内務大臣ノ命ニ依リ其ノ命ヲ以テ受ケタル日ヨリ二十日以内ニ補闕選擧ヲ行フヘシ（後略）

大正元年九月勅令第二三號恩赦令五　特赦ハ刑ノ執行ヲ免除ス但シ特別ノ事情アルトキハ將來ニ向テ刑ノ言渡ノ效力ヲ失ハシムルコトヲ得

同一一　刑ノ言渡ニ基ク既成ノ效果ハ大赦特赦減刑ハ復權ニ因リ變更セラルルコトナシ

大阪控訴院判決

選擧ニ關スル異議ノ訴ニ付テハ選擧訴訟ト當選擧訴訟トヲ劃然區別シ前者ハ選擧ノ效力ヲ爭フコトヲ目的トシ選擧人ヨリ選擧長ヲ被告トスヘク後者ハ當選ノ效力ヲ爭フコトヲ目的トシ當選ヲ失ヒタル者ヨリ當選者ヲ被告トシテ訴ヲ爲スヘキモノトス」

選擧訴訟トシテ選擧人カ選擧長ヲ被告トスル訴ニ於テハ投票ノ手續カ法律ノ規定ニ違背シ當選ノ效果ニ異動ヲ及ホスノ虞アル場合ニ於テ之ヲ原因トシテ選擧無效ヲ請求スルコトヲ得ヘキモ選擧手續ノ違背ヲ理由トスルニ非ラスシテ有效

投票ノ最多數ヲ得タル者ヲ當選者ト爲シタル選擧會ノ處分ヲ不當トシ之ヲ原因トシテ當選ノ無效ヲ主張スルカ如キ訴訟ハ本來當選訴訟ニ屬シ選擧訴訟トシテハ法ノ認メサル所ナリトス」

衆議院議員選擧法第八〇條第一項ニ所謂選擧ノ日トハ選擧アリタル日卽チ投票アリタル日ヲ指スモノニシテ選擧會開會ノ日ヲ指スモノニ非ス」

衆議院議員ハ必ス選擧ニ依ルヲ以テ常ニ被選擧權アルコトヲ要シ被選擧權ナキ者ノ當選ハ當然無效ニシテ議員ニシテ被選擧權ヲ失フトキハ其職ヲ失フモノナレハ當選人又ハ議員タルヘキ者ハ選擧ノ日以後須臾モ被選擧權ヲ失フヘカラサルモノシテ一旦被選擧權ヲ失ハンカ縱令後日再ヒ之ヲ取得スルモ被選擧權ヲ失ヒタル瞬間ニ於テ當選人又ハ議員タルヘキ地位ヲ喪失スルモノトス」

特赦ハ將來ニ向ツテ犯罪ナカリシモノトク既成ノ效果ハ之カ爲メニ變更セラルルコトナキモノトス」

大正四年三月廿五日ノ衆議院議員總選擧ニ於テ大阪府郡部ヨリ選出セラレタル中谷德慕大正五年二月下旬其選擧ニ關スル犯罪ニ依リ刑ニ處セラレ當選無效トナリタルカ爲メ内務大臣ノ訓令ニ依リ大阪府知事タル被告ハ選擧長トシテ其ノ補充ノ爲メ大正五年三月三十日選擧會ヲ開キ衆議院議員選擧法第七十條條第一項但書ノ要件ヲ具備シタル得票者ニ於テ田中萬逸ヲ當選人ト定メタル事實右郡部ノ總選擧ニ於テ當選人ニ次キ有效投票多數ヲ得タルモノノ第一順位ハ本出保太郎ニシテ田中萬逸ハ第二

順位者ナリシ事實本出保太郎ハ其選擧ニ關シ選擧ニ關スル犯罪ニ依リ大正四年十一月三日禁錮ノ刑ニ處セラレ同月七日其判決確定シ大正五年二月二日特典ヲ以テ刑ノ言渡ノ效力ヲ失ハシメラルル旨ノ特赦アリタル事實及ヒ原告ハ右郡部ノ選擧ニ於テ確定セル選擧人名簿ニ登錄セラレタル選擧權者タル事實ハ何レモ爭ナキ所ナリ原告ハ大正五年四月三十日本訴ヲ當院ニ提起シ選擧長タル被告カ前記選擧會ニ於テ第一順位ノ本出保太郎ヲ差措キ第三順位ノ田中萬逸ヲ當選人ト定メタルハ衆議院議員選擧法第七十八條第七十條ニ違反シタル不當處分ナルヲ以テ其當選無效ノ判決ヲ請求スト云フニアルヲ以テ本訴ノ爭點ハ第一選擧權者タル原告ハ本訴ノ如ク選擧ニ於ケル當選ノ效力ヲ爭ヒ當選無效ノ宣言ヲ請求スルニ付キ原告タルヘキ適格ヲ有スルヤ第二本訴ハ適法ノ期間內ニ提起セラレタルヤ第三本出保太郎ハ特赦ニ依リ刑ノ言渡ノ效力ヲ失ハシメラレタルカ爲メ當選人タル資格ヲ有スルヤノ三點ニ歸スルヲ以テ逐一審究スルニ第一衆議院講員選擧法第八十七條第一項ニハ選擧ノ效力ニ關シ異議アル選擧人ハ選擧長ヲ被告トシテ選擧ノ日ヨリ三十日以內ニ控訴院ニ出訴スルコトヲ得第八十一條ニハ選擧規定ニ違背スルコトアルトキハ當選ノ結果ニ異動ヲ及ボスノ虞アル場合ニ限リ裁判所ハ其ノ選擧ノ全部若シクハ一部ノ無效ヲ判決スヘシ當選訴訟ニ於テモ其ノ選擧前項ノ場合ニ該當スルトキハ裁判所ハ其ノ全部若ハ一部ノ無效ヲ判決スヘシ第八十二條ニハ當選ヲ失ヒタル者當選ノ效力ニ關シ異議アルトキハ當選人ヲ被告トシ第七十五條ノ氏名告示ノ日ヨリ三十日以內ニ控訴院ニ出訴スルコトヲ得トアルカ故ニ法律ハ選擧ニ關スル異議ノ訴ニ付テハ選擧訴訟ト當該訴訟トヲ畫然區別シ前者ハ選擧ノ效力ヲ爭フコトヲ目的トシ選擧人ヨリ選擧長ヲ被告トスヘ

ク後者ハ當選ノ效力ヲ爭フコトヲ目的トシ當選ヲ失ヒタル者ヨリ當選者ヲ被告トシテ訴ヲ爲スヘキモノト規定シタルコト明文上疑ナキ所ナリ然レハ選擧訴訟トシテ選擧人カ選擧長ヲ被告トスル訴ニ於テハ投票ノ手續カ法律ノ規定ニ違背シ當選ノ結果ニ異動ヲ及ホスノ虞アル場合ニ於テ之ヲ原因トシテ選擧無效ヲ請求スルヲ得ヘキモノ選擧手續ノ違背ヲ理由トスルニアラスシテ有效投票ノ最多數ヲ得サル者ヲ當選者トシタル十擧會ノ處分ヲ不當トシ之ヲ原因トシテ當選ノ無效ヲ請求スルカ如キ訴訟ハ本來當選訴訟ニ屬シ選擧訴訟トシテハ法ノ認メサル所ナルコトヲ知ルヘシ然ルニ本件ハ大正五年三月三十日開キタル衆議院議員選擧ノ選擧會ニ於テ當選人ヲ補充スルニ付キ本出保太郎ヲ當選人ト爲サス田中萬逸ヲ當選人ト定メタル處分ヲ不法トテ其當選無效ノ判決ヲ求ムト云フニアリテ選擧ノ效力ヲ爭フニアラスシテ當選ノ僭力ヲ爭フコトヲ目的トスルモノナルヤ明白ナレハ其訴旨ハ選擧訴訟ニ適セス從ツテ選擧人タル原告ハ本件ノ請求ニ關シテ原告タルヘキ適格ヲ有セサルモノトス凡ソ民事訴訟ニ於テ原告カ原告タルヘキ適格ヲ有セサル場合ニ於テハ原告ハ國家ニ對シ訴ヲ以テ權利保護ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルモノナルヲ以テ原告ノ請求ハ理由ナキニ歸スヘシ蓋シ此場合ニ於テハ原告ハ當事者能力又ハ訴訟能力ナキニアラスシテ單ニ其訴訟物ニ關シテ訴訟ヲ爲スノ權利ナキナリ故ニ其爲シタル訴訟行爲ハ當事者能力又ハ訴訟能力ナキ場合ニ於ケルカ如ク無效トナルモノニアラスシテ只該訴訟物ニ付キ有利ノ判決ヲ受クルコトヲ得サラシムルノミ故ニ此場合ニ於テハ訴ハ不適法ニアラスシテ請求ノ不當ニ歸スルモノナルコトハ例ヘハ選擧人ニアラサル原告カ選擧訴訟ヲ提起シ又ハ株主ニアラサル原告カ株主總會ノ決議無效ヲ訴フル場合ニ於テ訴ヲ

不適法トセスシテ請求ヲ却下スルモノト毫モ異ナラス故ニ本訴ハ此點ニ於テ訴ヲ不適法トセス請求ヲ却下スヘキモノトス(第二)前記第八十條第一項ニ依レハ選擧訴訟ハ選擧ノ日ヨリ三十日以内ニ控訴院ニ出訴スルコトヲ要スルモノトス玆ニ選擧日トハ文理上明ナルカ如ク選擧ノアリタル日即チ投票アリタル日ヲ云フモノナルコトハ第七十八條第一項第二項ノ記載ノ用例ニ徴シ將タ選擧ノ效力ヲ爭フコトヲ目的トスル選擧訴訟ノ性質ニ照シ洵ニ明白ニシテ原告代理人主張スルカ如ク之ヲ以テ選擧會開會ノ日ト解スルヲ得ス然レヘ本訴ノ提起ハ選擧ノ日ヨリ起算シ法定ノ期間經過後ニ孫ルコト明白ナルヲ以テ原告ハ此點ニ於テ選擧訴訟ニ依ル權利保護ノ請求權ヲ失ヒタルモノトス故ニ本訴ハ此點ニ於テ訴訟條件ヲ具ヘサルニアラスシテ原告ニ有利ナル判決ヲ受クルコト能ハサルモノナルヲ以テ亦請求ヲ却下セサルヘカラス(第三)衆議院議員ハ必ス選擧ニ依ルヲ以テ常ニ被選擧權アルコトヲ要シ被選擧權ナキ者ノ當選ハ當然無效ニシテ被選擧權ヲ失フトキハ其職ヲ失フヘキコトハ衆議院議員選擧法第七十條及ヒ議院法第七十七條ノ規定ニ依リ明カナレハ當選人又ハ議員タルヘキ者ハ選擧ノ日以後須臾モ被選擧權ヲ失フヘカラサルモノニシテ一旦被選擧權ヲ失ハンカ縱令後日再ヒ之ヲ取得スルモ被選擧權ヲ失フタル瞬間ニ於テ當選選又議員タルヘキ地位ヲ喪失スヘキ法意ナルコト疑ヲ容レス故ニ衆議院議員第擧法第七十條ニ依リ當選人タルヘキ地位ヲ取得スルニハ啻ニ投票ノ日ニ於テ被適擧權ヲ有スルヲ以テ足レリトセス爾後間斷ナク選擧會ニ至ル迄被選擧權ヲ有スルコトヲ必要トスルヤ明白ナリ今本件ハ次點者タル本出保太郎カ選擧ニ關スル犯罪ニ依リ禁錮ノ刑ニ處セラレ大正四年十一月七日其判決確定シタルコト爭ナキヲ以テ刑法施行法第三十六條衆議院

議員選擧法第十一條第三號ニ依リ判決確定ノ時ニ於テ被選擧權ヲ喪失シタルモノトス而テ同人ハ大正五年二月二日特赦ニ依リ刑ノ言渡ノ效力ヲ失ハシメラレタリト雖モ特赦ナルモノハ將來ニ向ツテ犯罪ナカリシモノト看做サルルニ過キス刑ノ言渡ニ基ク既成ノ結果ハ之カ爲メニ變更セラルルコトナキハ恩赦令第五條第十一條ノ規定スル所ニシテ本件ノ特赦狀(甲第三號證)ニハ大正四年十一月十日ノ恩赦ニ關スル詔書及大正四年勅令第二百五號第八條ノ規定ニ基キ特典ヲ以テ刑ノ言渡ノ效力ヲ失ハシメラルル旨ノ記載アリ特ニ將來ニ向ツテノミ刑ノ言渡ノ效力ヲ失ハシムル旨ノ記載ナキコトハ原告代理人主張ノ如シト雖モ其引用セル大正四年十一月十日ノ恩赦ニ關スル詔書ハ恩赦令ヲ變更スルモノニ非ルコトハ多辯ヲ要セサル所ナレハ本件特赦モ亦恩赦件ニ邊フヘキハ當然ナルヲ以テ獨リ將來ニ向ツテノ刑ノ言渡ナカリシセノト看做サルルニ過キスシテ刑ノ言渡ニ基ク既成ノ效果タル被選擧權ノ喪失無カリシモノト看做スコトヲ得ス然レハ本出保太郎ハ本件選擧會ノ當時ニ於テハ特赦ニ依リ既ニ被選擧權ヲ回復シタルコト爭ナキモ選擧ノ日ヨリ選擧會ノ日ニ至ル迄ノ間ニ於テ前記ノ如ク一旦被選擧權ヲ喪失シタル以上ハ其瞬間ニ於テ當選人タルヘキ地位ニ要スル一要件ヲ失ヒタルヲ以テ爾後被選擧權ヲ回復スルモ當選人タル地位ヲ取得スルコト能ハサルモノトス原告代理人ハ本出保太郎ノ如ク公權ノ停止ニヨリテ被選擧權ヲ有セサルモノハ公權回復セラルルトキハ前後同一ノ公權ヲ有スルモノナルヲ以テ其間斷ナク被選擧權ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラスト論スレトモ一旦被選擧權ヲ喪失シタル以上ハ後日之ヲ回復スル迄ハ被選擧權ニ間斷アルハ多言ヲ要セサレハ其所論ハ採用スルヲ得ス然ラハ本出保太郎ハ縱令第一順位ノ得票者ナリシニセヨ當

選人ヨル地位ヲ取得スルコト能ハサルモノナレハ次ノ順位ニ在ル田中萬逸ヲ以テ當選人トナスヘキハ當然ニシテ同人ヲ當選人トナシタル選擧會ノ處分ハ正當ニシテ其無效ヲ爭フ本訴ハ理由ナク此點ニ於テモ亦請求ヲ却下セサルヘカラス

（大阪控訴大正五年（サ）二號同年六月九日中尾裁判所吉村佐藤各判事判決法律新聞第一一三二號二八頁）

【關係事項】

衆議院議員擧異令議事件○原告安藤祥治同河合孫次郎右兩名訴訟代理人辯護士柿崎欽吾中西保之白井誠

【第一選擧訴訟ト當選訴訟ノ異同ニ關スル參照學說】

清水博士

選擧ノ效力選擧ノ效力トハ選擧ノ規定ノ違背ノ場合ノミナラス投票ノ有效無效ノ問題ヲ含ムニ關シ選議アル選擧人ハ選擧長ヲ被告トシ選擧ノ日ヨリ三十日以內ニ控訴院ニ出訴シ其判決ニ不服アル者ハ大審院ニ上告スルコトヲ得是レ即チ選擧訴訟ニシテ選擧人カ直接又ハ間接ニ選擧權ノ行使ヲ毀損セラレタル結果トシテ（例ヘハ投票所ヲ告示セス定刻前ニ投票所ヲ閉鎖シ正當ノ投票ヲ拒否シ有效ノ投票ヲ無效トセルカ如シ）其選擧ノ全部又ハ一部ヲ無效ナリトシテ爭フ所ノ訴訟ナリ故ニ選擧訴訟ノ原告ハ常ニ選擧人ニシテ被告ハ選擧ヲ管理セル選擧長ナリ當選人ヲ失ヒタル者即チ當選セルコト能ハサリシ者ニ於テ自己ヲ當選人ナリトシテ提起スル所ノ訴訟ヲ云フ故ニ當選訴訟ニ於テハ或當選人ノ當選ノ無效ナルコトヲ主張シ若シ自己ノ得票定數ニ達シタルコトヲ主張スルモノトス而シテ前者場合ニハ當選人ヲ被告トシ當選人ノ氏名告示ノ日ヨリ三十日以內ニ出訴スヘク何レノ場合ニ於テモ其判決ニ不服アルニ出訴シ後者ノ場合ニハ選擧長ヲ被告トシ再選擧告示ノ日ヨリ三十日以內ニ出訴スヘク何レノ場合ニ於テモ其判決ニ不服アルトキハ大審院ニ上告スルコトヲ得ルモノトス以上述フルカ如ク選擧訴訟ハ選擧其モノヲ無效トナシ當選訴訟ハ當選ノ結果カ正當ナラスト爲スモノニシテ兩者ハ其目的ヲ同ウセスト雖モ其根據タル理由ノ內容ニ至リテハ兩者ニ共通ナル場合少ナカラス例ヘハ選擧手續ノ正當ニ行ハレサリシト或投票ノ有效無效ノ如キハ選擧訴訟ノ理由タルト同時ニ當選訴訟ノ理由タルモノトス（法學博士清水澄氏國法第一編憲法八八九二頁）

【第二點選擧訴訟ノ適否ニ關スル參照學說判例】

工藤博士

一　衆議院議員選擧法ニヨキ選擧訴訟ヲ提起シ得ヘキ具體的ノ場合ヲ擧クレハ定刻前ニ投票所ヲ閉鎖シタルカ如キ正當ノ選擧人ノ投票ヲ拒否シタルカ如キ投票所ニ於テ選擧人ノ自由ヲ妨害シ又ハ投票ノ秘密ヲ侵シタルカ如キ豫メ投票所ヲ告示セサルカ如キ投票函又ハ投票錄又ハ選擧錄ニ不正ノ疑アルカ如キ投票人ト投票トノ數ニ差異アルカ如キ立會人ノ選任又ハ出席ニ違法ノコトアルカ如キ場合ニ提起セラルルモノトス（法學博士工藤重義氏法律大辭書第四卷一七三〇頁）

大審院

二　衆議院議員選擧法第八〇條ニ所謂選擧ノ效力ニ關シ異議アル場合トハ選擧ニ瑕疵アルコトヲ爭フ場合ヲ指稱ス從テ補闕選擧ニ依リ選擧セラレタル者カ總選擧ノ際選擧セラレタル議員ノ補闕ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤノ如キ爭訟ハ之ニ包含セス（大審院民事判決錄四十年一頁）

三　選擧訴訟ハ其目的選擧ノ效力ヲ爭フニ在ルヲ以テ原告カ其訴ノ原因トシテ選擧權ナキ者ノ無效投票及ヒ被選擧人ノ何人タルヲ確認シ難キ無效投票ヲ以テ有效ナリトシ當選人ト爲スヘカラサル者ヲ當選人ト爲シタルコトヲ主張シ以テ選擧ノ效力ヲフハ不適法ニ非ス（同四十二年一一七頁）

【第四參照學說】

清水博士

衆議院議員ハ選擧法ニ記載シタル被擧資格ヲ失ヒタルトキハ亦同時ニ議員タルノ資格ヲ喪失ス之レ議院法第七七條ニ規定スル所ニシテ選擧法第一〇條タルト第一一條タルト其以外ノ要件タルトモ問ハス苟モ被選資格ヲ失ヒタルトキハ凡テ議院法第七七條ノ適用ヲ受ケ議員タルノ資格ヲ喪失スルモノトス然ルニ二說ヲ爲スモノアリ其要旨ハ被選資格ヲ積極的ノ資格要件ト消極的ノ資格要件トニ區別シ積極的ノ被選資格トハ即チ議員タル資格中年齡滿三十歲以上ナルコト及ヒ日本臣民タルコト及ヒ男子タルコト等ヲ指スモノニシテ若シ是等ノ要件ニ變更ヲ生スルトキハ議院法第七七條ノ適用ヲ受クヘキモ其他ノ資格要件ハ消極的資格要件ニ屬シ是等ノ要件ヲ失フモ議院法第七七條ノ適用ヲ受クヘキモノニ非スト云フニ在ルモ其被選選資格ヲ積極的ト消極的ニ區別スルハ根據ナキ說ニシテ其何レニスルモ被選資格タルコトハ一ナルヲ以テ總テ被選資格ノ變更ハ議院法第七十七條ノ適用ヲ受クヘキモノト解スルヲ正當トス（法學博士清水澄氏憲法篇九四二頁以下）

【第五點特赦ノ性質效力ニ關スル學說】

岡田博士

一　特赦トハ確定判決ニヨリ定マリタル刑ノ執行ヲ全部免除スルヲ云フ故ニ其性質ニ於テ大赦ト大ニ趣ヲ異ニス今其異ル點ヲ擧クレハ一、大赦ハ確定判決前ニモ行ハレ得ルモ特赦ハ確定判決後ニ限リ行ハル二、確定判決後ノ大特ハ刑ノ言渡ノ效力ヲ全滅スルモ特赦ハ單ニ刑罰執行ノ免除ヲ爲スニ止マル三、大赦セラレタル犯罪行爲ハ再犯ノ原因トナラス之ニ反シ特赦セラレタル犯罪ハ再犯事由タリ四、大赦セラレタルモノハ當然復權ス特赦ヲ受ケタルモノハ特赦狀中ニ記載セラルルニアラサレハ復權ヲ得ス五、大赦ハ一定ノ種類ノ犯罪ニ對シ行ハレ特赦ハ特定ノ犯人ニ對シテノミ行ハル（法學博士清水澄氏國法學第一編憲法篇一二八〇頁）

二　特赦ハ刑ノ言渡ヲ受ケタル特定ノ者ニ對シテ之ヲ行ヒ刑ノ執行ヲ全部免除スルノミナリト雖モ特別ノ事情アルトキハ將來ニ向テ刑ノ言渡ノ效力ヲ失ハシムルコトヲ得（法學博士岡田朝太郎氏刑法總則講義案三三六頁）

勝本博士

三 大赦ト特赦トチ問ハス單ニ刑ノ執行ヲ免除スルニ止ムル場合ハ刑ノ言渡ハ消滅セサルカ故ニ執行猶豫ノ妨害再犯ノ理由又ハ無資格ノ原因タルコト等ハ之ヲ亡失セサルモノトス……大赦又ハ特赦ニヨリ刑ノ言渡カ其失力ヲ失フトキハ犯罪ハ未タ嘗テ存在シサリシモノト見做サルヘキモノナルカ故ニ單ニ刑ノ執行ヲ免除スル場合ト異リ執行猶豫ノ妨害再犯ノ理由又ハ無資格ノ原因等トハナラサルモノトス……然レトモ右所謂刑ノ言渡ノ言力ハ將來ニ向テ之ヲ失フニ過キサルモノ即チ將來ニ向テハ過去ニ犯罪隨テ之ニ伴フ所ノ刑ノ言渡ナカリシモノト見做サルニ過キサルモノナルカ故ニ未タ納付セサル罰金科料沒收追徵又ハ裁判ノ費用等ハ之ヲ納付スルコトヲ要セサルモ既ニ納付シタル此等ノ物ノ返還又ハ執行セラレタル其他ノ刑罰ニ對スル賠償等ハ之ヲ求ムルコトヲ得サルモノトス（法學博士勝本勘三郎氏刑法要論總則六九四頁）

牧野博士

四 特赦トハ有罪ノ判決ヲ受ケタル特定ノ人ニ對シテ刑罰ノ執行ノ全部ヲ免除スルヲ云フ故ニ其性質ニ於テ大赦ト大ニ趣ヲ異ニス即チ大赦ハ犯罪ニ對スルモノナルモ特赦ハ犯人ニ對スルモノナリ大赦ハ犯罪ノ法律上ノ效果ヲ全然消滅セシムルモノナルモ特赦ハ單ニ刑ノ執行ヲ免除セシムルニ過キス從テ特赦ヲ受ケタル者ハ公權ヲ失却シ更ニ罪ヲ犯ストキハ累犯トナル（法學博士牧野菊之助氏增訂刑法通義四七頁）

泉二博士

五 特赦及ヒ減刑ノ效果ハ特定ノ犯人ニ及フ其犯人ニ付テ全部又ハ一部ノ刑罰執行權ヲ消滅セシムルニ過キス特赦後ニ於ケル犯罪ハ累犯タルコトヲ得ヘシ（法學博士泉二新熊氏日本刑法論五六五頁）

小疇學士

六 特赦減刑共ニ特定ノ犯人ニ對スル狹義ノ恩赦ニシテ特赦ハ刑ノ全部ヲ排除シ減刑ハ刑ノ一部ヲ排除ス特赦減刑ヲ受ケタル罪ハ累犯加重ノ原因タルヲ妨ケス（法學士小疇傳氏刑法論總論八五一頁）

岡田ドクトル

七 特赦ハ特定ノ犯人ニ對シ其主觀的情狀ニヨリ刑全部ヲ消滅セシムル恩赦ノ一種ニシテ單ニ刑ノ消滅原因トシ罪ノ消滅原因トナラス故ニ再犯ノ原由トナル（トクトルユリス岡田正作氏刑法原論總論五二九頁）

至當ノ見解ナリ

（五二）

大審院判決

土地收用法八二

土地收用審査會ノ裁決中補償金額ノ決定ニ對シテ不服アル者ハ通常裁判所ニ出訴スルコトヲ得但シ裁決書謄本ノ交付ヲ受ケタル日ニリ三ケ月ヲ經過シタルトキハ此限ニアラス

前項ノ訴訟ハ收用審査會ニ對シテ之ヲ提起スルコトヲ得ス

土地收用法第八二條ニ所謂補償金額ノ決定トハ獨リ補償全額ノ多寡ニ付キ爲シタルノミナラス補償スヘキ損失ノ有無ニ付キ爲シタル決定ヲモ包含スルモノトス』

土地收用法第八二條ニ收用審査會ノ裁決中補償金額ノ決定ニ對シテ不服アル者ハ通常裁判所ニ出訴スルコトヲ得トアリテ其所謂補償金額ノ決定トハ獨リ補償金額ノ多寡ニ付キ爲シタル場合ノミナラス補償スヘキ損失ノ有無ニ付キ爲シタル決定ヲモ包含スルモノト解スヘキコトハ當院ノ判例トスル所ナリ（大正三年オ第九五六號大正四年五月五日言渡判例參照）今原審ノ本件ニ付確定セル事實ニ據レハ被上告人カ經營スル鐵道敷設ノ爲メ上告人所有ニ係ル土地百三十二坪餘ノ內二十八坪ヲ收用スルコトナリ協議不調ノ爲メ東京府收用審査會ノ裁決ヲ求メ同會ニ於テ右收用地二十八坪ノ補償金額ヲ金三百六十四圓（一坪十三圓ノ割トシ）殘地ノ減價補償ハ必要ナシト裁決シタルニ對シ上告人ハ本訴ヲ提起シタルモノナルコト明カニシテ右事實ニ據ルトキハ同會ノ爲シタル殘地ノ減價損失補償ハ必要ナシトノ裁決ハ殘地ノ減價損失カ土地收用法上補償セラルヘキ事項ニ非スト爲シタルモノニ非スシテ右損失ハ補償セラルヘキ事項ナルモ補償スヘキ損失ナシトノ趣旨ナリト解スヘキモノニシテ原審モ亦同一ノ見解ニ出テタルモノナルコトヲ認ムルヲ得ヘシ然ラハ右裁判ニ對シ上告人カ補償金額決定不服ノ訴ヲ司法裁判所ニ提起シタルハ之ヲ正當ト爲ササルヘカラサルニ原審ノ判旨玆ニ出テス「土地收用法第八二條ニ於テ云云不服者ニ通常裁判所ニ出訴スルヲ許シタルハ通常裁判所ヲシテ專ラ金額ヲ確定セシメントスル趣旨ニ出テタルモノナルコトハ云云土地收用法第八二條ニ所謂裁決中補償金額ノ決定トハ審査會カ補償ノ必要ヲ認メタル上若干ノ金額ヲ補償スヘキモノト定メタル場合ヲ指スモノト解セサルヘカラス然ラハ收用審査會カ收用殘地ニ付キ補償ノ必要ナシト決定シタルニ止マル本件ノ如キ場合ハ未タ補償金額ノ決定アリタルモノト謂フヲ得ス云云ト說明シ

上告人カ通常裁判所ニ出訴シタルハ失當ナル旨判斷シタルハ前段說明ニ係ル土地收用法第八二條ノ解釋ヲ誤リタル不法アリト謂ハサルヘカラス(大審院大正四年(オ)第四八二號同五年三月六日民二部馬場裁判長田上榊原入江鈴木各判事判決)

【關係事項】

破毀差戻○原審東京控訴院○收用殘地減價損失補償請求事件○上告人種村宗八訴訟代理人辯護士加藤增次郎被上告人武藏野鐵道株式會社訴訟代理人辯護士居石五郎

【補償金額ノ決定ノ意義ニ關スル判例】

大審院

一 土地收用法第八二條ニ所謂補償金額ノ決定トハ獨リ補償金額ノ多寡ニ付キ爲シタル場合ノミナラス補償スヘキ損失ノ有無ニ付キ爲シタル決定ナモ包含スルモノトス(大審院民事判決錄大正四年六六一頁本書第四卷諸法一六五頁)

二 收用審査會ノ採決ニ對シテ不服アル者カ土地收用法第八二條ニ從ヒ通常裁判所ニ提起スル訴ハ其裁判ニ依リ損失補償ノ權利關係ヲ成立セシムル爲メニアラスシテ既存ノ收利關係ニ付キ之カ金額ヲ確定セシメントスル趣旨ニ出ツルモノトス(大審院民事判決錄四十一年七六頁)

三 收用審査會カ土地ノ一部收用ニ因リ生シタル殘地ニ對シ補償金額ヲ決定セサリシトキハ殘地ニ損失ナキコトヲ認定シタリト稱スヘク從テ之ニ對スル不服ハ補償金額ノ多少ニ關スルモノニ非スシテ補償ヲ要スヘキ損失ノ有無ニ關スルモノナルカ故ニ通常裁判所ニ出訴スルコトヲ得サルモノトス(東京控訴院判決本書第三卷諸法一一六頁)

四 被收用者カ收用審査會ノ裁決前ニ損失ノ種類額ヲ申立テ意見書ヲ地方長官ニ提出スルモ苟クモ收用審査會ニ於テ補償スヘキモノニアラスト認メ從テ之レカ補償金額決定セサリシ以上之ニ對スル不服ハ須ラク行政訴訟ニ依ルヘク土地收用法第八二條ニ依リ通常裁判所ニ出訴スヘキモノニアラス(東京控訴院判決本書第四卷諸法四一頁)

東京地方裁判所

五 土地所有者カ意見書ヲ差出ササルカ爲タ收用審査會ニ於テ起業者申出以外ノ損失ニ付キ補償ノ裁決ヲ爲ササル結果其部分ノ補償ヲ得ル能ハサリシ場合ニ於テハ其決定ニ對シテ通常裁判所ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス(東京地方裁判所判決本書第三卷諸法七八頁)

六 補償請求權ハ全ク土地收用審査會カ土地收用法ノ規定ニ則リ土地收用ノ裁決ヲ爲スニ因リテ發生シ該收用審査會ハ其裁決中ニ裁決ニ因リ發生ス可キ補償請求權ノ範圍即チ補償額ノ當否ヲ爭フ訴ハ其性質上司法裁判所ニ於テ管轄ヲ有セサル者ナリト謂ハサル可カラス然ルニ土地收用法ハ特ニ土地收用ニ對スル收用審査會ノ裁決中補償額ノ決定ニ不服ナル者ハ司法裁判所ニ出訴スル

大阪地方裁判所

コトヲ許セルヲ以テ司法裁判所ハ土地收用法ノ特別規定ニ基ツキ始メテ管轄ヲ有スル者ト謂フ可キモノトス(東京地方裁判所判決本書第二卷諸法六九頁)

七 土地收用法ハ土地所有者カ申立タル範圍ヲ超ヘサル限リ殘地ニ關シ生シタル損失及其他土地收用ニ因リテ土地所有者ノ通常受クヘキ損失ヲ補償セシムル趣旨ナルカ故ニ是等ノ損失ニ付キ土地所有者ヨリ收用審査會ニ對シ其損失補償ヲ求メタルニ拘ハラス審査會ハ單ニ收用土地ノ損失補償額竝ニ同上物件ノ移轉料ノ額ニ付テノミ決定シ其他土地所有者ノ求ムル補償ニ付テハ收用ノ爲メ損失ヲ蒙ルモノニアラスト認メ排斥シタルトキニハ土地所有者ハ土地收用法第八二條第一項ニ從ヒ其部分ニ付キ不服ノ訴訟ヲ司法裁判所ニ提起シ得ヘキモノトス(大阪地方裁判所判決法律新聞第八一一號二三頁本書第一卷諸法六〇頁)

八 收用審査會ノ採決ニ於テ損失ノ一部ヲ排斥シタルトキ全部ヲ排斥シタルトヲ問ハス其排斥セラレタル部分ニ付更ニ補償判決ヲ求ムルハ裁決中ノ補償金額ノ增加ヲ目的トスルモノニシテ其ニ補償金額ノ決定ニ對スル不服ノ一場合ニ外ナラス(同裁判所判決同上一〇一頁)

名古屋地方裁判所

九 收用審査會ノ裁決以外ノ事項ニ對スル損失補償ニ就テモ同一ノ收用ニ基因スルモノナル以上ハ土地收用法第八二條ニ依リテ不服ヲ唱フルコトヲ得(名古屋地方裁判所判決法律新聞第七八四號二四頁本書第一卷諸法一八頁)

至當ノ見解贊同ス論者或ハ土地收用法第八二條ニ金額ノ文字アルヲ理由トシテ反對ニ解スルモ之レ甚シク文字ニ拘泥スルモノニシテ採ルニ足ラス同條ニ所謂補償金額ノ決定ニ對シトハ損失補償ノ裁決ニ對シト云フト同義ナリト爲スルヲ正當トス蓋シ損失補償ニ付キ審査ノ爲ス決定ハ(一)或事項カ補償セラルヘキ性質ヲ具有スルヤ否ヤノ判定(二)之ヲ肯定スヘキ場合ニ於テ其損失ノ有無及ヒ多寡ノ判定ノ二者ヲ包含ス從テ前者ヲ否定シタル場合ニ於テハ同法第八一條ニ依リ救濟ヲ求ムヘキモノナリト雖後者ニ關スル決定ハ卽チ補償金額決定ニ外ナラサレハ司法裁判所ニ其不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルヤ論ヲ俟タサレハナリ

著作權法一　文章演述圖畫建築彫刻模型寫眞其ノ他文藝學術著クハ美術ノ範圍ニ屬スル著作物ノ著作者ハ其ノ著作

物ヲ複製スルノ權利ヲ專有ス
文藝學術ノ著作物ノ著作權ハ謬譯權ヲ包含シ各種ノ脚本及樂譜ノ著作權ハ興業權ヲ包含ス
著作權法四〇　本法施行前ニ著作權ノ消滅セサル著作物ハ本法施行ノ日ヨリ本法ノ保護ヲ享有ス
同　四六　第二項明治二十六年法律第十六號版權法明治二十年勅令第七八號脚本樂譜條例明治二十年勅令第七十九號寫眞版權條例ハ本法施行ノ日ヨリ廢止ス

（一）著作物ニシテ題スルニ脚本若クハ樂譜ノ名ヲ以テスルモソノ内容カ脚本タリ樂譜タルノ實質ヲ具ヘサルトキハ之ヲ脚本若クハ樂譜ナリト云フコトヲ得ス從ツテ斯ルモノヲ出版登錄セリトテ脚本又ハ樂譜ノ版權ヲ得ルモノト云フヲ得サルモノトス」

（二）著作權法第四十條ノ趣旨ハ著作權法以前ニ存セル權利ニシテ著作權法ノ定メタル著作權ノ性質ヲ具フル場合ニ付テ保護ヲ與フルモノト解スヘキヲ以テ假令版權法ニヨリ版權ヲ得タル場合ト雖モ著作權法ニ所謂著作權ニ該當セサルトキ同條ノ適用ヲ受クルコトヲ得サルモノトス」

著作權法第一條ニ所謂樂譜ノ著作權トハ著作者カ其ノ音樂ニヨリテ表彰セラルヽ樂曲卽チ新旋律ヲ創作シタル場合ニ於ケル創作者ノ權利ヲ指稱スルモノニシテ他人ノ創作シタル樂曲ニ付キ單ニ其ノ音階曲節ヲ表示スヘキ記號ヲ案出シテ作譜ヲ爲シタルニ過キサル者又ハ他人ノ創作ニ係ル樂譜ノ編纂ヲ爲シタルニ止マル者ハ之ヲ包含セス又音階曲節ヲ表示スルノ目的ヲ以テ或種ノ記

號ヲ案出スルモ其記號カ精確ニ音階曲節ヲ表示セサルカ爲メ演奏者カ其ノ記號ニヨリテハ音律ノ高低ノ拍子ヲ調節スルコトヲ得スシテ僅ニ言語上又ハ文章上ノ說明ト相俟テ其音階曲節ヲ想起スルコトヲ得ルニ過キサルトキハ其記號ハ著作權法ニ所謂樂譜タルノ性質ヲ有セサルヲ以テ假令此種ノ記號ヲ案出スルモ其者ハ著作權法ニ所謂樂譜ノ著作權者ト云フヲ得サルモノトス」

仍テ案スルニ脚本樂譜條例第二條ニヨレハ演劇脚本若クハ樂譜ヲ出版シテ版權ヲ所有スル者ハ版權年限中其興業權ヲ併セ有シ得ルコトハ明カナリト雖モソノ著作物ニシテ題スルニ脚本若クハ樂譜ノ名ヲ以テスルモソノ内容カ脚本タリ樂譜タルノ實質ヲ具ヘサルトキハ之テ脚本若クハ樂譜ナリト謂フヲ得ス從テ斯ルモノヲ出版登錄セリトテ脚本又ハ樂譜ノ版權ヲ得ルモノト云フヲ得ス然ラハ樂譜ナルモノハ如何ナルモノナルヤト云フニ「歌曲又ハ樂曲ニ對スル旋律ヲ一定ノ記號ヲ以テ表示シタルモノナリ」然ルニ本件著作物（甲第一號證ノ一、二）及附屬書類ヲ觀ルニ甲第一號證ノ一及附屬書類ハ音曲軍談うかれ節興業樂譜脚本ト題シ甲第一號證ノ二及附屬書類ハ淨瑠璃及び芝居脚本ト題スレトモ前者ノ内容ハ音調曲節ヲ示スニ用ユル記事ヲ列記シ各解說ヲ加ヘ次ニ例ト題シテ右記號ノ使用方法ヲ示ス一篇ノ文章ヲ掲ケ最後ニ外題ヲ掲ケタルニ過キス又後者ノ内容ハ音調曲節ヲ示スニ用ユル記號ヲ列記シ各解說ヲ加ヘ及ヒ淨瑠璃外題ヲ列擧セルニ過キスシテ歌曲又ハ樂曲ニ對スル旋律テ一定ノ記號ヲ以テ表示シタルモノニ非サルヲ以テ樂譜タルノ實質ヲ具フルモノト云フヲ得ス然ラハ本件著作物ハ樂譜タルノ實質ヲ具ヘサルカ故ニ之ヲ以テ樂譜ノ版權ヲ得タルモノト

云フヲ得ス既ニ樂譜ノ版權ナキ以上ハ興行權ヲ有セサルコト明カナレハ控訴人カ讓渡ヲ受ケテ興業權者トナルヘキ理ナシ然則控訴人ノ本訴請求ハ已ニ此點ニ於テ失當ナリト云ハサルヘカラス加之控訴人ノ主張スル所ニ依レハ本件著作物ハ著作權法施行以前ニ行ハレタル版權法ニ基キ版權ノ登錄ヲ受ケ脚本樂譜條例ニヨリテ興行權ヲ有シ著作權法第四十七條ニヨリテ其權利ノ存續スルモノナリ然ルニ著作權法第四十七條ニハ「本法施行以前ニ著作權ノ消滅セサル著作物ハ本法施行ノ日ヨリ本法ノ保護ヲ享有ス」ト規定シアリテ此規定ノ趣旨タルヤ著作權法以前ニ存セル權利ニシテ著作權法ノ定メタル著作權ノ性質ヲ具フル場合ニ付テ(著作權法ノ保護ヲ與フルコトヲ定メタルモノト解スヘキカ故ニ假令版權法ニヨリ版權ヲ得タル場合ト雖モ著作權法ニ所謂著作權ニ該當セサルトキハ著作權法第四十七條ノ適用ヲ再クルヲ得サルモノト論斷セサルヘカラス」然ルニ「著作權法第一條ニ所謂樂譜ノ著作權トハ著作者カソノ樂譜ニヨリテ表彰セラルル樂曲卽チ新旋律ヲ創作シタル場合ニ於ケル創作者ノ權利ヲ指稱スルモノニシテ他人ノ創作シタル樂曲ニ付キ單ニソノ音階曲節ヲ表示スヘキ記號ヲ案出シテ作譜ヲ爲シタルニ過キサル者又ハ他人ノ創作ニ係ル樂譜ノ編纂ヲ爲シタルニ止マル者ハ著作權法ニ所謂樂譜ノ著作權ヲ有スル者ニ非ス」又音階曲節ヲ表示スルノ目的ヲ以テ或種ノ記號ヲ案出スルモ其記號カ精確ニ音階曲節ヲ表示セサルカ爲メ演奏者カソノ記號ニヨリテハ音律ノ高低拍子ヲ調節スルコトヲ得スシテ僅ニ言語上又ハ文章上ノ說明ト相俟テ其音階曲節ヲ想起スルコトヲ得ルニ過キサルトキハ其記號ハ著作權法ニ所謂樂譜タルノ性質ヲ有セサルヲ以テ假令此種ノ記號ヲ案出スルモ其者ハ著作權法ニ所謂樂譜ノ著作權者ト云フヲ得ス本權ニ於テ控訴人ノ樂譜ト

(一四〇)

稱スルモノハ前段說示スルカ如キ內容ヲ有スルニ止マリ著作者ノ創作ニ係ル歌曲又ハ樂曲ニ對スル新旋律ヲ一定ノ記號ヲ以テ表示シタル樂譜ト稱スヘキモノニ非サルコト明カナルヲ以テ著作權法ニ所謂樂譜タルノ性質ヲ具備セス從テソノ版權ヲ得タル者ハ著作權法ニ所謂樂譜ノ著作權ニ該當スル權利ヲ有スル者ニ當ラスソノ結果著作權法第四十七條ニヨリ保護ヲ受クヘキモノニ非スト云ハサルヘカラス已ト本件樂譜ト稱スルモノノ版權者ニシテ著作權第四十七條ニヨリ著作權法ノ保護ヲ享有スルコトヲ得サルモノタルヲ以上ハ右ノ者ヨリ控訴人等ニ對シ著作權讓渡ノ意思表示ヲ爲シ讓渡ノ登錄ヲ爲シタル事實アリトスルモ實在セサル著作權ノ控訴人等ニ移轉スヘキ理ナキカ故ニ控訴人ハソノ主張ノ如キ樂譜ノ著作權ヲ有セサルモノニシテ從テ亦著作權中ニ包含セラルル興行權モ之ヲ有セサルモノト云ハサルヘカラス(東京控訴院須賀裁判長渡邊三橋各判事判決法律新聞第一一三三號一〇頁)

(一四一)

【關係事項】

興業權確認竝ニ損害賠償請求控訴事件控訴人長谷井文吉訴訟代理人辯護士中村了詮被控訴人齋藤金四郎同齋藤吉藏同佐藤藤太有三名訴訟代理人辯護士高木益太郎同菊江久治

【第一點著作權ノ發生ニ關スル學說判例】

一 著作權ハ吾人ノ精神的創作ニ依ツテ發生スル權利ニシテ或ハ書籍ヲ著シ或ハ講演ヲナシ或ハ繪畫彫刻ヲ作リ或ハ樂譜ヲ作ル等製作夫レ自身ニ因リテ著作權ハ發生スルモノナリ故ニ此權利ノ發生ハ著作者ノ意思如何ヲ問ハス唯精神的創作ナル事實アレハ直チニ權利ヲ發生ス恰モ吾人カ家屋ヲ建築スルトキハ之カ所有權ヲ取得スルカ如ク著作ナル事實アレハ之ニ因リテ直チニ權利ヲ發生スルモノトス故ニ著作物ノ目的內容價値ノ如何ハ著作權ノ發生ニ關係スルコトナシ隨ツテ治安ヲ妨害シ風俗ヲ懷亂スル著作物ニアリテモ著作權ソレ自身ハ猶存在シ得ヘキナリ(法學博士水野錄太郎氏大日本百科辭典法律大辭典第五册ヲノ部著作權大審院二〇四八頁)

二　明治二十年勅令第七七號版權條例ニ依ル版權登錄ハ單ニ版權ニ關スル事實ヲ登錄簿ニ登載スルニ止マリ著作權ノ內容ヲ審査シテ版權ノ許否ヲ決スルモノニ非サレハ著作者ニ非サル者カ版權登錄ヲ受ケタルノミニテ著作物ノ版權ヲ取得スルモノニ非ス（大審院民事判決錄四十二年九八四頁）

明治八年太政官布告第一三五號出版條例ニ所謂版權ハ著作物ノ出版及ヒ專賣ニ對スル著作者ノ權利ヲ指圖シ免許ニ因リテ發生シタルモノトス（同上）

【第二點樂譜ノ著作權ノ意義ニ關スル學說判例】

本卷諸法三九頁

至當ノ見解ナリ

（五四）

新聞紙法四　新聞紙ノ發行人ハ左ノ事項ヲ內務大臣ニ屆出ツヘシ

ハ　發行人編輯人及印刷人ノ氏名年齡但シ編輯人二人以上アルトキハ其ノ主トシテ編輯事務ヲ擔當スル者ノ氏名年齡

同　一九　新聞紙ハ公判ニ付スル以前ニ於テ豫審ノ內容其ノ他檢事ノ差止メタル捜査又ハ豫審中ノ被告事件ニ關スル事項又ハ公開ヲ停メタル訴訟ノ辯論ヲ掲載スルコトヲ得ス

同　三六　第十九條第二十條ニ違反シタルトキハ編輯人ヲ五百圓以下ノ罰金ニ處ス

新聞記事差止命令ハ發行人ニ對シ之ヲ爲スヘキモノニシテ發行人又ハ其代理人ニ其旨ヲ通知スルニ依リ差止ノ效力ヲ生スヘク其效力ハ編輯人ニモ及フモノト解スルヲ相當トス」

新聞紙ハ元來發行人ニ於テ發行ヌルモノニシテ編輯人ノ氏名年齡及編輯人ノ變更等ノ如キ總テ發行人ヲシテ之ヲ屆出テシムル法律規定ノ趣旨（新聞紙法第四條第五條參照）ニ徵スルモ記事掲載差止命令ハ發行人ニ對シ之ヲ爲スヘキモノニシテ發行人又ハ

（一七二）

其代理人ニ其旨ヲ通知スルニ依リ差止ノ效力ヲ生スヘク而シテ其效力ハ編輯人ニモ及フモノト解スルヲ相當トス故ニ檢事カ發行人ニ對シ差止命令ヲ爲シタルハ正當ニシテ差止ノ效力ハ編輯人ニモ及フヘキモノナレハ原判決カ新聞紙法第一九條及第三六條ニ依リ被告ヲ處罰シタルハ違法ニアラス（大審院大正五年（レ）第六二二號同年四月二十四日刑二部鶴裁判長鶴見磯谷平野藤波各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審大阪地方裁判所○新聞紙法違反被告事件○被告人山口信雄辯護人鵜澤聰明同花井卓藏添田增男

至當ノ判決ナリ

（五五）

不動產登記法七第二項　假登記ヲ爲シタル場合ニ於テハ本登記ノ順位ハ假登記ノ順位ニ依ル

民事訴訟法六四八　左ニ掲クル者ヲ競賣手續ニ於テノ利害關係人ト爲ス

第三　登記簿ニ記入アル不動產上權利者

假登記ハ將來ノ本登記ノ爲メニ順位保存ノ效力ヲ有スルニ止マリ本登記ヲ爲シタルトキニ非サレハ不動產ニ關スル物權ノ得喪變更ヲ以テ第三者ニ對抗セシムルノ效力ヲ有セサルモノトス』

民事訴訟法第六四八條第三號ニ所謂發記簿ニ記入アル不動產上ノ權利者トハ不動產ニ付キ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ既登記ノ物權ヲ有スルモノヲ指稱スルモノトス』

假登記ハ將來ノ本登記ノ爲メニ順位保存ノ效力ヲ有スルニ止マリ本登記ヲ爲シタル

（一七三）

トキニ非サレハ不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ヲ以テ第三者ニ對抗セシムルノ效力ヲ有セサルモノトス是レ本院判例ノ示ス所ナリ(大正四年(オ)第三〇五號同年七月六日判決參照)而シテ民事訴訟法第六四八條第三號ニ所謂登記簿ニ記入アル不動産上權利者トハ不動産ニ付キ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ既登記ノ物權ヲ有スルモノヲ指稱シ單ニ所有權取得ノ假登記ヲ爲シタルニ止マルモノハ未タ其所有權取得ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルヲ以テ同條ニ所謂競賣手續ノ利害關係人ニ該當セス是レ同條第三號ト其趣旨ヲ同フスル競賣法第二七條第三項第三號ノ解釋ニ關スル本院ノ判例ニ於テ是認スル所ナリ(大正三年(ク)第二九三號同年六月二十日決定參看)抗告人ノ援用スル明治四十一年(オ)第四一四號ノ本院判例ハ强制競賣手續中ニ本登記アリタル事件ナレハ本件ノ場合ニ適切ナラス然レハ原裁判所カ本件不動産ニ付キ單ニ所有權取得ノ假登記ヲ爲シタルニ止マル抗告人ヲ其競賣手續ノ利害關係人ニアラストシ抗告ヲ不適法トシテ棄却シタルハ正當ナリ(大審院大正五年(ク)第一四六號同年四月二十八日民一部田部裁判長田上大倉榊原入江各判事決定)

【關係事項】

抗告棄却○原審佐賀地方裁判所○不動産强制競賣事件ノ競落許可決定ニ對スル抗告事件○抗告人馬場市太郎代理人綵護士八坂雅亮

【第一點假登記ノ性質及效力ニ關スル參照學說判例】

本卷諸法三二頁參照

【第二點參照學說判例】

仁井田博士

一 玆ニ登記簿上ニ記入アル不動産上ノ權利者トハ登記セラレタル不動産上ノ權利ヲ有スル債權者ヲ指スモノトス…債權者ニシテ不動産ニ付キ假登記ヲ爲シタル前述ノ擔保物權ヲ有スル物ハ玆ニ所謂登記簿上ニ記入アル不動産上ノ權利者トス蓋シ假登記ヲ爲シタル場合ニ於テハ本登記ノ順位ハ假登記ノ順位ニ依リテ定マルモノナルカ故ニ假登記ハ本登記ヲ爲ス限リハ之ト同一ノ效力ヲ生スルニ至ルヘキノミナラス玆ニ所謂登記簿ニ於ケル記入ヲ以テ本登記ノミヲ指スモノト認ムルニ付キ法文ニ其權據ヲ認ムルコトヲ得サルヲ以テナリ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論一三〇〇頁以下要領)

板倉博士

二 當記シタル不動産上權利者 例ヘハ抵當權者貸借權ノ登記ヲ爲シタル者ノ如シ(法學博士板倉松太郎氏强制執行法義海六六三頁)

今村信行氏

三 登記簿ニ記入アル不動産上ノ權利者トハ即チ不動産質權者又ハ抵當權者ノ謂ヒナリ(今村信行氏民事訴訟法明治大學講義二五五頁)

岩田學士

四 不動産上權利者トハ抵當權者又ハ不動産質權者不動産質借權者ノ如ク其不動産上ニ權利ノ登記アル者ヲ云フ…假登記ヲ爲シタル不動産上權利者モ亦此ニ包含スヘシ如何トナレハ法文ニ登記簿ニ記入アル云々ノ意義ハ本登記假登記ヲ區別シタルモノト爲スヲ得サレハナリ(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論第十版一二一一頁以下要領)

大審院

五 賣買契約ニ基ツキ所有權移轉ノ請求ヲ保全スル爲メ假登記ヲ爲シタル不動産ニ付キ競賣開始決定アリタルモ競賣手續終結前ニ於テ所有權移轉ノ本登記ヲ了シタルトキハ其讓受人ハ民事訴訟法第六四八條第三號ニ所謂登記簿上ニ記入アル不動産上ノ權利者ニ該當スルニ至リタルモノトス(大審院大正四年二月四日決定本書第四卷民訴八四頁)

六 民事訴訟法第六四八條第三號ニ所謂不動産上ノ權利者トハ不動産上ニ權利ヲ有スル者即チ抵當權者又ハ質權者ノ如キヲ指稱スルモノニシテ貸借人ヲ包含セス競賣法第二七條第三項第四號ニ所謂不動産上ノ權利者モ亦之ト同意義ナリトス(同大正二年八月二十五日決定本書第二卷民訴二二九頁)

判旨第一點ハ至當ト信ス(本卷諸法三二頁參照第二點ハ幾分疑ヲ挾ム餘地アルモ假登記ノ性質效力ニ對比考量スルトキハ判決ヲ至當トスヘシ

(五六)

森林法八三 森林ニ於テ其ノ産物ヲ窃取シタル者ハ森林窃盜トシ三年以下ノ重禁錮又ハ賍額以上賍額二倍以下ノ罰金ニ處ス其ノ産物ニシテ人工ヲ加エタル物ニ係ルトキ亦同シ

森林法第八三條ノ適用ニ於テ自由刑ヲ選擇スル場合ニ於テハ必スシモ賍額ノ如何ヲ明示スルノ要ナキモノトス

大審院

【上告趣意】 森林法第八三條ニ曰ク森林ニ於テ其產物ヲ窃シタル者ハ森林窃盜トシ三年以下ノ重禁錮又ハ賍額二倍以下ノ罰金ニ處スト則チ同條ニ該當スル犯罪ニ付キテハ賍額ヲ標準トシテ罰金刑ヲ言渡スコトアルヘキヲ以テ其事實理由中ニハ常ニ其ノ賍額ノ幾何ナルヤヲ判示セサルヘカラサルモノナリトス然ルニ原判決ハ右法條ヲ適用處斷シタルモノナルニ拘ハラス此判示ヲ缺クヲ以テ此點ニ於テ理由不備ノ違法アリ

【判決理由】 森林法第八三條ノ適用ニ於テ自由刑ヲ選擇スル場合ニ於テハ必スシモ賍額ノ如何ヲ明示スルノ要ヲ見サルヲ以テ論旨ハ理由ナシ(大審院大正五年レ第六五四號同年四月二十八日刑一部末弘裁判長遠藤谷野堀田中尾各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審鳥取地方裁判所○森林窃盜贈賄被告事件○被告竹内莊藏辯護人高木益太郎

【參照判例】

一 森林窃盜ニシテ其賍額ヲ確定セサレハ罰金ノ範圍ヲ定ムルコト能ハサル條件ナルニ賍物ノ價額ヲ明示セスシテ言渡シタル判決ハ不法ナリ(大審院刑事判決錄三五年二卷九五頁)

二 森林窃盜ノ如キ賍額ヲ以テ科刑ノ標準ト爲ス權罪ヲ連續シテ數回ニ實行シタル場合ニ於テ各行爲ノ日時及ヒ其賍物ノ數額カ明カナラサルトキハ裁判所ノ自由ナル裁量ヲ以テ起頭ヨリ終局ニ至ル犯行ノ時期及ヒ賍物ノ總額ヲ判示スルヲ以テ足ルモノトス(大審院刑事部判決本書第二卷諸法一二五頁)

至當ノ見解ナリ

東京地方裁判所判決

電話規則二二 加入申込者ノ名義ハ第二三條ノ場合ヲ除クノ外之ヲ他人ノ名義ニ變更スルコトヲ得ス

加入者其ノ加入ノ名義ヲ變更セントスルトキハ當事者ノ連署シタル請求書ヲ當該電話取扱局ニ差出シ其ノ承認ヲ受クヘシ

但シ新名義人ノ所有ニ非サル家屋ニ電話機ヲ設置セルモノナルトキハ其ノ家屋所有者ノ承諾書ヲ請求書ニ添附スヘシ

同 二三 加入者又ハ加入申込者死亡又ハ失踪ノ場合ニ於テ其ノ加入ヲ承繼セントスル者ハ其ノ相續人又ハ管理人タルノ證明書ヲ添ヘ其ノ請求書ヲ當該電話取扱局ニ差出スヘシ

同 二四 第九條第一號ニ依リ開通シタル電話ハ開通後滿五箇年ヲ經過スルニ非サレハ同號以前ノモノノ名義ニ變更スルコトヲ得ス但シ遞信大臣ニ於テ特ニ認可シタル場合ハ此ノ限リニ在ラス

連接加入ハ之ヲ他人ノ名義ニ變更スルコトヲ得ス前條ノ場合ニ於テ第五條第二項ノ承諾書ヲ添付シテ請求スルトキハ此ノ限ニ在ラス

同三一ノ一 加入者其ノ名義ヲ變更セストスルトキハ第二三條ヲ除クノ外名義書換料ヲ納ムヘシ

電話加入權ハ相續可能ノ權利ニシテ且ツ讓渡シ得ヘキモノナリトス」

電話加入權讓渡當事者ニシテ電話規則第二二條第二項所定ノ書類ヲ提出シ且ツ所定ノ名義書換料ヲ納付セハ當該電話取扱局ハ必ス之ヲ許容セサルヘカラサルモノトス』

電話加入權ノ讓渡ハ當該電話取扱局ノ承認ヲ以テ效力發生ノ要件トナシタルモノナリトス』

所謂承認トハ其本來ノ意義ト異ナリ之ヲ電話取扱局ノ方面ヨリ云フトキハ書類ノ受理ト同一義ニ歸着シ之ヲ當事者ノ方面ヨリ云フトキハ書類ノ提出ト同一義ニ歸着スヘキモノトス』

電話加入權カ公法上ノ權利ナルカ私法上ノ權利ナルカニ付キテハ議論ノ存スルトコロナルモ相續可能ノ權利ニシテ且ツ讓渡シ得ヘキモノナルコトハ電話規則第二二條乃至第二四條及第三一條ノ一ニ徵シ明白ナリ而シテ右第二四條ノ場合ニ於テ逓信大臣ハ電話加入權讓渡ニ付キ之カ許否ノ權能ヲ有シ逓信大臣ノ許可ナクンハ絶對ニ之ヲ讓渡シ得ヘキキノニアラサルハ言ヲ俟タサルトコロナルヘシ蓋シ同規則第九條第一號ニヨル電話ハ國家カ公益上ノ見地ヨリシテ特ニ當該加入權者ノ一身ニ著眼シ迅速ニ開通スルノ必要アリトナシ同規則第七條ノ原則ニ反シ加入申込ノ順序ニヨラス開通セシメタルモノナルカ故ニ加入權者ヲシテ開通後直ニ之ヲ同號以外ノモノニ讓渡スルコトヲ得セシムルトキハ國家カ他ノ一般需要者ニ先ンシ開通セシメタル趣旨ニ背反スルニ至ルヲ以テナリ又右以外ノ一般電話加入權ニ付キテモ少クモ國家カ加入名義者ヲ以テ加入權者ト認メ加入名義者ノミヲシテ當該電話ニ關スル一切ノ權利ヲ行使スルヲ得セシムルト同時ニ加入名義者ニ對シテノミ一切ノ義務ヲ履行セシムルモノナルコトハ同規則第十一條ノ二第二二條乃至第二四條第三二條等ノ規定ニ徵シ毫末ノ疑ナシト雖モ右第二二條ニ所謂當該電話取扱局ノ承認カ加入權讓渡ノ效力發生ノ要件ナルカ將又國家又ハ國家其他ノ第三者ニ對スル對抗要件タルニ過キサルカハ一國ノ問題タルヲ失ハス今電話法ニ依レハ國家ハ特種ノ例外ヲ除キテハ全ク電話ノ加設經營ノ權能ヲ獨占シ(同法第一條第二條)自ラ之カ經營ヲ爲シ電話ニ關スル料金ノ不納金額ニ付キテハ電話官署ヲシテ國稅滯納處分ノ例ニヨルヲ得セシメ且ツ國稅ニ次キ先取特權ヲ認ム(同法第二一條)ルト同時ニ一方ニ於テ公益上ノ必要其他特種ノ事由ナキ限リ電話ノ開通ハ一ニ加入申込ノ順序ニヨルヘキコトヲ命ス(電話規則第

七條乃至第一〇條)之ニヨリ之ヲ見レハ國家カ獨占シテ自ラ電話ノ架設經營ヲ爲ス所以ノモノハ一ニ一般人民ヲシテ公平有利ニ之ヲ利用スルヲ得セシメンカ爲メニシテ其ノ何人タルヲ問ハス之ヲ必要トスルモノヲシテ利用セシメントスルニアリテ一般電話加入權ノ讓渡ニ付キテモ國家ハ賃借權讓渡ノ場合ニ於ケル賃貸人ト異ナリ其ノ讓渡人ノ資力信用等ノ如何ヲ問フモノニアラサルコト明カナリ從テ電話規則第二二條第二項ニハ「加入名義ヲ變更セントスルトキハ當該電話取扱局ノ承認ヲ受クヘシ」トアルモ前示同規則第二四條但書ノ認可ト異ナリ之ニヨリ當該電話取扱局ニ加入權讓渡ノ許否ノ權能ヲ保留シタルモノニアラサルハ勿論ニシテ當事者ニシテ右第二二條第二項所定ノ書類ヲ提出シ且ツ所定ノ名義書換料ヲ納付セハ(同規則第三一條ノ一)當該電話取扱局ハ必スヤ之ヲ許容セサルヘカラサルモノナリト云ハサルヘカラサルヘク加入名義者ヲ電話原簿ニ登記スル同規則第八條ノ趣旨ヲ綜合スルトキハ或ハ當該電話取扱局ノ承認ヲ受クルハ電話原簿上ノ名義ヲ變更センカ爲メニシテ加入權ノ讓渡ハ當事者間ノ意思表示ノミニヨリ其效力ヲ生シ當該電話取扱局ノ承認ハ當事者カ國家ニ對シ又ハ國家其他ノ第三者ニ對スル對抗要件タルニ過キサルモノナリト解スヘキモノナルカ如シト雖モ意思表示ノ效力發生ノ要件ト其對抗要件ヲ區別スルヲ得ルハ特ニ明文アル場合ニ限ルヘキモノニシテ何等別段ノ規定ナキ以上當該意思表示ノ效力發生ノ要件ニシテ具備センカ第三者ニ對シテモ亦其效力ヲ對抗シ得ヘキモノナリト解セサルヘカラサルハ勿論被相續人ノ死亡又ハ失踪ニヨリ當然權利ノ移轉ヲ生スル場合ニ於ケル加入名義ノ變更ニ付キテハ同規則第二三條ハ單ニ名義書換ノ請求ヲ差出スヘシトシ加入權ノ意思表示ニ基ク移轉ノ場合ニ付キテハ同規則第二三條

ハ同規則第九條第一號ニヨリ開通シタル電話加入權移轉ノ場合ハ等シク先ヅ加入申込者ノ名義ハ他人ノ名義ニ變更スルコトヲ得スト規定シ次テ加入者ノ名義ヲ變更セントスルトキハ當事者ノ連署シタル請求書ヲ當該電話取扱局ニ差出スヘキコトヲ命スルノミナラス特ニ其承認ヲ受クヘシト規定スルニヨリ之ヲ見ルトキハ當該電話取扱局ノ承認ヲ得テ同規則第二四條ノ遞信大臣ノ認可ト等シク加入權讓渡ノ效力發生ノ要件トナシタルモノナリト解スルヲ相當トスヘシ唯遞信大臣ハ第二四條ノ場合ニ付キ許否ノ權能ヲ有スルモ電話取扱局ハ第二二條ノ場合ニ付キ許否ノ權能ヲ有スルモノニアラスシテ當事者ニシテ同條所定ノ書類ヲ差出シ且ツ名義書換料ヲ納付センカ必ス其名義變更ヲ許サヽルヘカラサルモノトナスコト前段說示ノ如クナルヲ以テ玆ニ承認ト云フモ其本來ノ意義ト異ナリ之ヲ電話取扱局ノ方面ヨリ云フトキハ書類ノ受理ト同一義ニ歸着シ之ヲ當事者ノ方面ヨリ云フトキハ書類ノ提出ト同一義ニ歸着スヘク結局一般電話加入權ノ讓渡ハ單ニ當事者間ノ意思表示ノミニヨリ其效力ヲ生スルモノニアラスシテ第二二條所定ノ請求書カ當該電話取扱局ニ受理セラルルニヨリ乃チ當事者カ當該電話取扱局ニ對シ讓渡ノ意思表示ヲ爲セル同條所定ノ請求書ヲ差出スコトニヨリ始メテ其效力ヲ生スル要式行爲ナリト云ハサルヘカラサルヘシ且ツ電話機ハ必スシモ加入權者ノ居住スル家屋ニ設置セラルルモノニアラス(同規則第二二條第一三條)又電話番號簿ニハ電話機設置場所居住者ノ名義ノミヲ揭載スルヲ得ルモノニシテ(同第一一條ノ二)常ニ必スシモ加入權者ノ名義ヲ揭載スルモノニアラサルノミナラス當事者カ電話取扱局ニ對シ名義書換請求書ヲ提出シタル場合ニ付キテモ當該電話取扱局ニ對シ直ニ電話原簿上ノ加入名義ヲ變更スヘキコトヲ命シタル

規定アルコトナキヲ以テ一般取引ノ安固ヲ保持センカ爲メニモ亦前示ノ如ク解スルヲ以テ至當ナリトスヘシ今翻テ本件ニ付キ案スルニ控訴人ハ訴外中山雅里ヨリ控訴人主張ノ電話加入權ヲ讓受ケタリト主張スルト雖モ右ハ當事者間ノ意思表示ニ止リテ敢テ當該電話取扱局ニ對シ加入名義變更ノ手續ヲ爲シタルモノニアラサルコト自ラ主張スルトコロナレハ控訴人ハ右ノ意思表示ニヨリ右電話加入權讓渡ノ請求權ソノモノヲ取得シ得ヘキモノニアラスト云ハサルヘカラサルヲ以テ爾餘ノ點ニ付キ判斷スルヲ須ヒスシテ右電話加入權ノ讓渡ヲ前提トスル控訴人ノ本訴請求カ失當ナルハ勿論ナリ(東京地方大正四年(レ)第三五二號同五年二月十八日民一部河邊裁判長太丸近藤各判事判決法律新聞第一一三九號二〇頁)

【關係事項】

電話名義書換請求事件○控訴人北島彥松控訴代理人渡邊龍一郎被控訴人齋藤淸次郎布施辰治

【(一)電話加入ノ性質ニ關スル參照學說】

織田博士

一 (一)電話ノ使用ハ營造物ノ使用ト認メサルヘカラス(二)公法上ノ營造物使用權ト雖モ財產權タルモノナキニ非ス且公法上ノ權利ト雖モ財產權タルトキハ相續シ且移轉スルヲ得ルヤ疑ナシ電話使用權ハ公法上ノ權利タルカ故ニ移轉スルコトヲ得ヘシ即國家ノ承認ヲ得テ之ヲ移轉スルコトヲ得ルモノト解スヘキナリ(法學博士織田萬氏京都法學會雜誌第二卷第二號一六三頁以下要領)

雉本博士

二 加入者ノ電話使用ハ權利ナリヤ蓋シ電話ハ何人ト雖モ自由ニ使用シ得ル所ニ非ス加入者又ハ其同意ヲ得タル者ノ特別使用ニ屬シ且一加入每ニ一番號ヲ定メ特別視スルノ點ヨリ觀察スレハ權利ト云フヲ妨ケサルモ到底公法上ノ使用權ト云ハサルヘカラス電話使用權ハ讓渡スルコトヲ得ルヤハ法律論トシテモ疑ナキ能ハス蓋シ(イ)公法上ノ權利ハ別段ノ明文アルニ非サレハ移轉ヲ許サヽルヲ以テ原則トス且(ロ)加入者カ其名義ヲ變更スル場合ニ當該電話取扱局ノ承認若クハ遞信大臣ノ認可ヲ要スルノ點ニ徵スルトキハ所謂名義ノ書換ハ舊特別使用ヲ廢止シテ新特別使用ヲ許スモノト解スヘキニ非スヤ果シテ然カルトキハ我取引界ニ於テ實際電話ヲ賣買シツヽアルハ電話使用權其モノヲ賣買スルニ非スシテ電話規則ノ定ムル所ニ從ヒ當事者カ連署シテ名義書換ノ請求書ヲ當該電話取扱局ニ差出ス場合ニハ當該電話取扱局ノ承認ニ依リ新特別使用ヲ許ルサルヘシト云フ希望ヲ取

得セシムルニ對シ對價ヲ要求シツツアルモノト解スヘキニ非スヤ（法學博士雉本朗造氏京都法學會雜誌第一卷第二號一六一頁以下要領）

三 電話使用ノ關係ヲ公法關係ナリトナサンカ私法法規ヲ適用スルコト能ハサル結果重要ナル問題蹄ニ電話使用者ニ對スル國家ノ責務如何ノ問題ハ到底明瞭ナル解決ヲ經ルコト能ハサルヘシ又或事業ノ經營者カ國家ナルカ爲メニ個人カ經營者タル場合ヨリ法律上有利ノ地位ニ置カレ若クハ個人カ經營者タル場合ト異ナレル法律上ノ地位ニ置カルヘキ理由ハ之ヲ發見スルコト能ハス電話使用ノ關係ヲ公法ノ支配ニ服セシメントスルハ國家ハ如何ナル場合ニモ私法上ノ責任ヲ負ハスト云フ誤レル思想ニ權ヲ與フルコトトナルヘシト……電話使用ノ法律關係ヲ私法關係ナリト解スルトキハ其原因タル契約ノ性質ニ付テハ議論アリ……多數ノ學者ハ勞務ノ給付ト物ノ使用ノ許容トヲ內容トスル契約ナリトスルモ賃貸借上ノ給付ニ重キヲ置キ主トシテ賃貸借契約ナリト解ス……電話使用權ヲ以テ賃借權ナリトスレハ賃貸人タル國家ノ承諾ヲ得ルニアラサレハ之ヲ讓渡スコトヲ得ス卽チ權利者カ自由ニ讓渡スコトヲ得サル權利ニ屬ス從テ我國法ニハ明文ナシト雖モ性質上讓渡スコトヲ得サル權利ハ其差押ヲ許サレサルモノト見ルヲ正當トスルカ故ニ電話使用權ハ又之ヲ差押ヘルコトヲ得サルモノト云フヘシ（法學士嘩道文藝氏京都法學會雜誌第一卷第四號一二二頁以下要領）

四 電話加入者ノ電話使用數ハ一種ノ財產權ナリトス（大阪控訴院判決法律新聞第五〇五號一七頁）

五 電話加入申込名義ノ變更ハ其名義人カ死亡又ハ失踪ノ場合ニ於テ其承繼人若クハ管理人ヨリ名義承繼ノ請求書ヲ差出シタルトキノ外之ヲ許ササルモノトス（大阪地方裁判所判決法律新聞第五九六號一〇頁）

六 電話加入者ハ電話ノ使用上ニ付テ權利ヲ有シ此權利ハ地質上一ノ財產權ニ屬ス從テ電話加入ハ主權ノ目的トナルコトヲ得ルニハ勿論當該郵便局ノ承認ヲ經テ加入名義ヲ變更シ得ルモノナルヲ以テ讓渡ノ目的トナルヲ得ルモノトス（同上法律新聞第四八二號七頁）

七 債務者カ電話局ニ對シテ有スル電話加入權ハ支拂ヘ換ヘ其評價格ニテ之ヲ債權者ニ轉付スルコトヲ得ルモノトス（東京區裁判所大正三年十月十四日民事判決本書第三卷民訴一五七頁）

八 電話使用權ハ一種ノ財產權ナレハ當事者ニ於テ任意ニ之ヲ賣買スルコトハ勿論擔保ニ供スルコトモ敢テ妨ナキモノトス（大阪區裁判所大正三年十二月二十八日判決同民法一九六頁）

（五八）

小學校令六〇 市町村長又ハ町村學校組合ハ市町村又ハ町村學校組合ニ屬スル國ノ教育事務ヲ管掌シ市町村立小學校ヲ管理ス

市制八七 市長ハ市ヲ統轄シ市ヲ代表ス

市長ノ擔任スル事務ノ概目左ノ如シ

二 財產及ヒ營造物ヲ管理スルコト但特ニ之カ管理者ヲ置キタルトキニ其ノ事務ヲ監督ス

民法七一 土地ノ工作物ノ設置又ハ保存ニ瑕疵アルニ因リテ他人ニ損害ヲ生シタルトキハ其工作物ノ占有者ハ被害者ニ對シテ損害賠償ノ責ニ任ス但占有者カ損害ノ發生ヲ防止スルニ必要ナル注意ヲ爲シタルトキハ其損害ハ所有者之ヲ賠償スルコトヲ要ス

前項ノ規定ハ竹木ノ栽植又ハ支持ニ瑕疵アル場合ニ之ヲ準用ス

前二項ノ場合ニ於テ他ニ損害ノ原因ニ付キ其責ニ任スヘキモノアルトキハ占有者又ハ所有者ハ之ニ對シテ求償權ヲ行使スルコトヲ得

民法一八〇 占有權ハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スルニ因リテ之ヲ取得ス

『元來小學教育ハ國ノ事務ナレトモ市カ國ノ委任ニ因リ市ニ屬スル事務トシテ自己ノ費用ヲ以テ小學校ヲ設置スルモノナレハ小學校ハ國ノ營造物ニアラスシテ市ノ營造物ナリト解スルヲ相當トス從ツテ市長カ小學校令第六〇條ニ依リ小學校ヲ管理スルハ國ノ機關トシテ爲スニアラスシテ市制第八十七條ニ徵シ市ノ機關タル資格ニ於テ之ヲ爲スコト明ナルヲ以テ其管理權中ニ包含セラルル小學校ノ校舍其他ノ設備特ニ遊動圓棒ニ對スル占有權ハ國ニ屬スルモノニアラスシテ市ニ屬スルモノトス』

市立小學校ノ管理權中ニ包含セラルル小學校校舍其他ノ設備ニ對スル占有權ハ純然タル私法上ノ占有權ナルノミナラス其占有ヲ爲スニモ全ク私人カ占有スルト同樣ノ地位ニ於テ其占有ヲ爲スモノナレハ其占有物ノ設置又ハ保存ノ瑕疵ニ因リ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニハ民法第七百十七條ノ適用アルモノトス』

【上告論旨】第一點ハ原判決ハ上告人德島市カ本件遊動圓棒ノ占有者タル理由トシテ小學校令第六十條ニハ市長ハ市ニ屬スル國ノ教育事務ヲ管掌スル旨規定シアルヲ以

テ小學校教育事務ハ性質上國ニ屬スレトモ其事務ノ義務ハ同條ニ依リ市ニ委任セラレタルモノト解スヘク其委任事務ノ執行ニ必要ナル營造物トシテ建設セラレタル市立小學校ハ當然建設者タル市ノ營造物ナリト謂フ可シ從テ其管理ハ市ノ事務ニ屬シ其機關タル市長ニ於テ之ヲ行フヘキモノニシテ同條ニ於テ市長ハ市立小學校ヲ管理スル旨規定シタルハ此ノ趣旨ヲ明カニシタルニ過キスト解スヘキヲ以テ寺島小學校ナル營造物ハ德島市ノ營造物ニシテ同市長ハ市ノ機關トシテ之ヲ管理シ居ルモノト謂フ可ク其管理ハ教育事務ノ執行ニ必要ナル行爲ニシテ德島市ノ國ニ對スル義務ナルト同時ニ管理中ニ包含セラルル營造物ノ占有ニシテ德島市ハ之ニ依リ占有權ヲ取得シ居ルモノト謂フ可シ」云々ト判示シ本訴寺島小學校ハ上告市ノ營造物ナルヲ以テ其ノ管理占有モ亦當然上告市ニ屬スルモノナリト說明セラレタリ則チ原院ハ(一)國ハ其教育事務ノ一部ヲ市ニ委任シタリ(二)市ハ其委任事務ノ執行ノ爲メ必要ナル營造物トシテ市立小學校ヲ建設ス(三)市長ハ市ノ機關トシテ市立小學校ナル營造物ヲ管理ス(四)其管理中ニ含マルル占有ハ私法上ノ占有ナリト謂フニ歸着ス然レトモ小學校令第六條ハ市(町村)ニ尋常小學校ヲ設置スヘキ義務ヲ負擔セシメタルモ國ノ教育事務ヲ市(町村)ニ委任シタルコトヲ見ルヘク何等ノ明文ヲ設ケタルコトナク又市ハ同令第二九條ニ依リ校舍其他ノ設備ヲ備フル義務アルハ明カナレトモ之レハ同令ノ特別ノ明文ニ依ルモノニシテ市カ國ノ教育事務ノ一部ヲ委任セラレタルカ爲メニ其事務ノ執行トシテ當然之ヲ設定スルニアラス却テ原判決ノ援用スル同令第六十條ニ於テハ教育事務カ國ノ事務タルコトヲ明示シ市(町村)長ニ之ヲ管掌セシムルニ止ムルコトヲ規定セリ又市カ小學校令ニ定ムル義務ノ履行トシテ設置シタル校舍其他ノ物件ハ市ニ於

テ所有權ヲ有スルコトハ原院判例ノ如クナルモ小學校ナル營造物ハ物即チ校舍其他ノ財產ノミヲ以テ成立スルモノニアラス必スヤ物及ヒ人(教師)ヲ以テ組織セサルヘカサルヲ以テ校舍其他財產ノ設置カ市(町村)ニ命セラレ市カ其等ノ物件ニ付キ所有權ヲ有スルトモ其組織ノ一部ヲ構成スル校長及ヒ教員カ市(町村)ノ吏員ニアラサル以上小學校ナル營造物ハ直チニ之ヲ市(町村)ノ營造物ナリト稱シ得ヘキニアラス然ルニ小學校ナル營造物ヲ構成スル小學校長及教員ハ判任官ト同一待遇ヲ受クル國ノ官吏ナリトシ(明治二十四年勅令第二一八號)其任免ハ府縣知事之ヲ行ヒ(小學校令第四四條)又俸給其他ノ給與進退職務及服務ハ文部大臣ノ定ムル規定ニ依ラシムル等同令(第四五條第四六條)全ク市(町村)ノ吏員トシテ待遇セサルノミナラス元來小學校教育事務ハ原院モ認ムル如ク市(町村)ノ固有事務ニアラスシテ性質上國ノ事務ニ屬シ市(町村)長カ小學校教育事務ヲ管掌シ小學校ヲ管理スル國カ小學校令第六十條ニ依リ特ニ(市町)村長ニ命シテ國ノ事務トシテ行ハシムルモノニシテ原院判示ノ如ク市長カ市ノ機關トシテ國ヨリ市ニ委任セラレタル事務ヲ行フモノニアラサルコト次ニ述フル如クナルヲ以テ我國法制上ヨリ見レハ尋常小學校ナル營造物ハ即チ國ノ營造物ニシテ市ノ營造物ニ非スト謂ハサルヘカラス既ニ然ラハ本訴寺島小學校ハ國ノ營造物ニシテ市ノ營造物ニアラサルヲ以テ其管理者モ亦當然德島市ナリト論スルヲ得サルコト言ヲ俟タス又假リニ一歩ヲ讓リ營造物ヲ構成スル物件ノ設置者ハ常ニ營造物ノ主體ナリト解スルヲ正當ナリトスルモ其設置者(又ハ主體)ト之レカ管理者トハ常ニ必スシモ一致スルモノニアラス何トナレハ法律ハ或ル營造物ヲ設置シ又ハ其設置ヲ命スルニ當リ之ト同時ニ之カ管理者ヲ設置者以外ノ者ニ命スルコトアルヘキヲ以テナリ例ヘハ道路ハ