

Title	民法法ノート (八・九) : 昭和二四年四・五月分
Sub Title	民法法ノート (八・九) : 昭和廿四年四・五月分 : 民法、商法、民事訴訟法
Author	田中, 實(Tanaka, Minoru) 高鳥, 正夫( Takatori, Masao) 伊東, 乾( Itō, Susumu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1949
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.22, No.5 (1949. 5) ,p.52- 63
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19490501-0052">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19490501-0052</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 民法ノト (八・九)

昭和二四年四・五月分

## 参考

- 四月一日(暫定豫算成立) 四日(政府施政方針演説)同日(二四年度豫算案提出) 五日(北大西洋條約調印、華府時間四日) 同日(第三回國連總會第二會期開く) 八日(行政機構改革原案成る) 一三日(國共和平會談始まる) 一五日(豫算案に關するドッジ聲明) 二〇日(中共總攻撃開始) 同日(豫算成立) 二三日(單一爲替レート決まる) 同日(中共軍南京突入) 五月一日(税制調査シャープ博士來訪) 一九日(國連總會終る) 二三日(四國外相會議開く) 四月二〇日・五月一六・二二・二五日(國會會期延長) 二九日(サウイェル四百年祭) 三一日(第五特別國會閉會、二月一一日召集より七四日)

## 民法

### 一 法令

1 民法の一部改正——一般の先取特權について、最近の經濟事情の變動による不合理が是正された。すなわち、まず三〇六條の二號と三號とを入れかえて、「葬式の費用」よりも「雇人の

の給料」を先順位とし、ついで三〇九條の但書を削つて雇人給料の先取特權に關する五〇圓という限度をはずし、同時に三〇八條と三〇九條とを入れかえたのである。「民法等の一部を改正する法律」(法律二五八)がそれを規定している。即日施行。

2 罹災都市借地借家臨時處理法の準用の擴大——本年二月二〇日秋田縣能代市で起つた大火について臨時處理法が適用されることとなつた。「罹災都市借地借家臨時處理法第二十五條の二の災害及び同條を適用する地區を定める法律」(法律五一號)がそれである。即日施行。

3 皇族の身分を離れた者及び皇族となつた者の戸籍に關する特別手續の改正——標記の場合の戸籍編成および届出の方式などが若干改められた。「皇族の身分を離れた者及び皇族となつた者の戸籍に關する法律の一部を改正する法律」(法律七三號)即日施行。

4 年齢のとなえ方——從來一般に年齢を數え年でとなせる習慣がおこなわれており、その不正確さが論議されていたが、いよいよその風が法律によつて是正されることとなつた。すなわち年齢は滿齡をもつてとなえ、一年に達しない時は月數によるわけである。「年齢のとなえ方に關する法律」(法律九六號)二月五年一月一日施行。

5 登記および戸籍の手續料令の整備——登記簿および戸籍簿についての閲覧・謄本・抄本・證明書の交付等に關する手数料が一律に二〇圓と定められた。「登記手續料令」(政令四〇號)

「戸籍手数料令」(二四・五三)がそれを規定している。共に六月一日施行。

6 寄留手續令の一部改正——行政機構の改革および物價の變動にもなつて「寄留手續令」中の手續および手数料が改められた。「寄留手續令の一部を改正する政令」(二四・五三)がそれである。六月一日施行。

## 二 判例

1 所有權移轉登記後に所有權が移轉せられた場合、その登記は有効か——昭和二年七月二〇日最高判(二五〇五)はこれを肯定する。これは一般に、登記とその實質關係の存在の關係として論ぜられる問題である。たとえ登記當時において實質關係がなくとも、後日その實質關係が具備されるにいたれば、そのまま有効とされること、すでに判例の明言するところであるが(大判昭和七・二・二二(三三三三)、もともと登記制度の目的が第三者保護にあるという點からみて、時間的に實質關係の具備に先行した登記であつても、後日實質關係が具備された以上は、第三者を害するおそれがない限りにおいて、その登記の効力を認めてもさしつかえないといえよう。判旨妥當。上告理由は技葉末節にとられたもので、とるに足りない。

2 土地家屋の讓渡契約に關して、讓受人が現住所を引きあげて右家屋に居住し、相續人として、病臥中の實父を扶養し、かつ祖先の祭祀を行うという停止條件を附した場合、それは不法であるか——昭和二年九月一八日最高判(三三三三)はこれ

を否定する。かかる停止條件は、讓受人の移住を強制するわけではないから、「個人的自由を拘束するものではない」という判旨は正當であろう。

## 三文 獻

1 川島武宜教授「民法解釋學の諸問題」(弘文)——川島教授のかつて書かれた民法解釋學上の四つの代表的論文を集め、それに附録として Dietz, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Dalkt. 1924 の紹介をつけくわえられている。同教授のいわゆる「科學的實用法學」(六・七頁)への抱負があらわれており、その意味で、單なる技術的解釋論の線をこえるものとして注目する。

2 山中康雄教授「契約總論」(堂)——前者「債權法總則講義」(堂)につづく山中教授の勞作で、一應は民法契約總則に關する教科書の意味をもつているが、むしろ市民社會における契約原理の理論的究明として評價されるべきであろう。ところが、精密な理論構成には敬意を表するに吝かでないが、率直にいうと、立論の觀念的抽象性に對して根本的な疑惑を感ぜざるをえない。もともと「契約總論」というテーマからして、私は、現實の資本制社會に存在しているものもろの老大な契約の集積から、等價交換の市民的契約原理が、いかに見事に分析・抽出されてくるかを期待していたのだが、實は讀んでみれば、多少毛色の變つた民法解釋論でしかないのであつた。概念相互の間の論理的移行が、どんなに精密に試みられているにしても、それ

はついに觀念の世界の問題にすぎない。マルキシズム法學の建  
設を標榜される山中教授にして、何故このような非唯物論的な  
立論の方法をとられるのか、毎度のことながら不思議でならな  
いのである。

3 青山道夫教授「家族史の諸問題」(論叢)——歴史的にみ  
た家族のいろいろな問題が多角的に扱われており、「家族」を十  
數年にわたつて着實に究明してこられた教授の廣い學殖がうか  
がわれる。

4 我妻榮教授「私法原論」(法政大學出版局)同「民法」(勸業)  
前者は法政大學通信教授のテキストであり、後者は勸業書房が  
新たに企劃された法學普及講座の一部である。前者の懇切さと  
いい、後者の簡明さといいい、まことに我妻教授ならではの、感  
が深い。

5 中川善之助教授「新民法の指標と立案經過の點描」  
(朝日新聞)——改正民法の通俗的な解説に、かつて東北學生新聞  
に連載された民法改正覚え書を附加されたもの。輕妙なタツチ  
でかかれた前半の解説も面白く讀めるが、とくに後半は改正民  
法生いたらの記として興味深い。

6 雜誌としては、何といつても法律時報四月號の座談會、法  
律學はいかにあるべきか」が白眉であろう。われわれ後進の教  
えられるところは大きい。同誌五月號の法社會學特輯も注目に  
價する。中でも討論會「法律社會學前進のために」は、多少粗雑  
の感を免れないが興味深い。何よりも、多數の人々の共同作業

が試みられるという點において、獨善的な象牙の塔が打破され  
つつあることを喜びたい。また「農業資産相続特例法案の違憲  
性について」も、小論だが注意されるべきである(ちなみに同法案  
は、衆議院で通過したが、参議院で否決された)。

他の雜誌では、法律文化四卷二號の資本主義法秩序特輯が目  
につく。色どり豊かな企劃で時宜にも適しているが、内容必ず  
しも充實とはいえず、少し盛り澤山すぎはしないだろうか。こ  
とに末尾のパウソンド「法社會學」の紹介は、面白かるべくして  
ついにたいくつなのは、どうしたことだろうか。紹介者のテク  
ニックに疑問を感じるのは、單に私ひとりではあるまい。

その他、末川博博士「改正民法と家事審判法」(第一卷)、明  
石三郎教授「英法に於ける自救行爲」(民商法雜誌、座談會「民法施  
行一年を顧みて」(七五三號)、永田菊四郎教授「共同相続の諸問  
題」(日本法學、四) 九二二號) などがあつた。

7 なお資料として「判例民事法」(22)(有斐)が刊行され  
た。(四九・六・三〇) 田中 實

商 法

證券取引所がいよいよ五月一四日から再開された。終戦直前  
の八月一〇日に立會を停止してから、實に三年九カ月目である。  
この間戦争中の「日本證券取引所法」その他の法律は廢止され、  
新しく制定された「證券取引法」(二二・三・二八法二二)も

その後全面的に改正(二三・四・一三法二五)されて、既に昨年五月から施行されていたのであるが、經濟狀態が安定しないという理由で、取引所の再開は今日まで許可されなかつたのである。勿論今日と雖も經濟狀態は安定したとはい得ないが、九原則の實施によりその方向は一應定まり、株式の發行も漸く活發になつて昨年度は四百億を突破した。更に本年度は均衡財政政策の強行に伴い、復金による融資が一切止められたこと等の事情もあつて、産業資金の調達を株式に求める傾向は一段と強くなつてきている。かかる情勢の下で市場を正式に開設し、取引の公正と圓滑な流通を圖することは現實に即した措置といふことができる。

次に最近における顯著な傾向の一つは、社債の發行が活發になつてきたことである。これまで長期の産業資金の調達といえど殆んど株式に限られ、昨年度の社債發行も僅かに一五件、四億九千萬圓にすぎなかつたが、本年度に入つてからは五月までに既に三八件、一五億九千六百萬圓にのぼり、七月以降は月平均一〇億圓程度の消化が期待されるに至つた。これは銀行筋の買入が目立つて増加してきたためで、その理由としては(1)復金債が償還されるので社債が適當な手許準備となつてきたこと、

(2)經濟安定期を迎えて貸出金利の引上はもはや不可能であるという見透しをもつてきたこと等があげられる。こうした起債市場の活況を裏書きするものとして、從來殆んど電力債、電鐵債に限られていた社債の發行が、四月の高島屋の轉換社債に刺戟され、織維業、鑛業、化學工業等の部門にまで及んできたことをあげることができよう。そこで今回は轉換社債について考察してみたい。

轉換社債(convertible bond)とは社債所有者に、發行の際に定められた期間内に一定の割合によつて、會社の株式と轉換し得る權利を認める種類の社債であり、社債の確實性と株式の投機性とを同時に具備するものであるといわれ、昭和一三年の商法改正によつて初めて採用されたものであるが(商三六四以下)、その後の内外の情勢はこの新しい種類の社債を育成するには、必ずしも適當なものでなかつたため、内國債にも外國債にも殆んど利用の機會を得なかつた。けれども今回高島屋が次の條件で轉換社債を初めて公募し、土佐電鐵、武田藥品工業も續いてこの種類の社債を發行したため、俄に注目されるに至つたものである。

發行金額	高島屋	土佐電鐵
三千五百萬圓		五千萬圓
(七千萬圓のうち第一回分)	二千五百萬圓	武田藥品工業
(五千萬圓のうち第一回分)		五千萬圓
(一億圓のうち第一回分)	株主優先	株主優先
募入順位	株主優先	株主優先

利率	年一割	年一割二分	年一割
發行價格	額面百圓につき百圓	額面百圓につき百圓	額面百圓につき百圓
償還期限	三年	三年	三年
擔保	會社所有不動産	鐵道及び軌道財團	工場財團
社債發行日	昭和二四年四月一日	昭和二四年四月五日	昭和二四年七月一日
轉換條件			

目的物	額面五十圓普通株	額面五十圓普通株	額面五十圓普通株
比率	社債額面五千圓につき百株	社債額面二千五百圓につき五十株	社債額面五千圓につき百株
期間	自昭和二五年一月一日 至昭和二七年一月三十一日	自昭和二四年七月六日 至昭和二五年七月五日	自昭和二五年七月一日 至昭和二七年三月三十一日

轉換社債は米國において一八七〇年前後の恐慌時代に、資本  
 吸收の手段として、考案されたことに始り、一九〇一年にはユニ  
 オン・パシフィック鐵道會社がこれを發行し、再度にわたつ  
 て低利で多額の資金を集めることに成功している。けれども一  
 般に使用されるようになったのは第一次大戦以後であり、現在  
 ではこの種類の社債は米國において最も人氣のある有價證券で  
 あるといわれている。獨逸においては第一次大戦以後、國內に  
 おける資本調達の便宜を圖ると同時に、外國資本を導入する現  
 實の必要から、一九三七年の株式會社法の改正にあつて採用  
 された。けれどもその後外資導入のためには殆んど利用され  
 ず、内國債において一〇回に満たない發行があつただけで、米  
 國におけるようには發達しなかつた。そこでいかなる場合に轉  
 換社債が發行されてきたか、又發行されることが有利であるか

といへば、(1)將來性のある會社が建設資金を必要とする場合、  
 (2)事業資金の所要額が極めて多額に上るか、或は急速に擴張資  
 金を必要とする場合、これらの場合に株式資本のみの調達が大  
 可能であるか、又は自己資本の負擔を極力抑制することを有利  
 とする場合。(3)優秀會社の株價が一時的に沈滞しているが將來  
 の飛躍を豫想されるとき、或は單にかかる投機的要素を結びつ  
 けることによつて社債の消化を促進しようとする場合、(4)經營  
 者が現在の支配權を保持しようとし、特に外資導入期において  
 相當期間にわたつて外資の支配を免れようとする場合等であ  
 る。

そこでこの轉換社債は(A)發行會社、(B)轉換社債權者、(C)株  
 主にいかなる得失をもたらすかについて検討してみよう。(A)

會社が社債を發行しようとしても、經濟界の不況、會社事業の

不振等の理由からその募集が困難な場合、轉換社債を利用すれば通常の社債を募集するよりも有利な條件、即ち一層有利な發行價格又は一層低率な利息をもつて資本調達を達成することとができる。又會社が株主の構成に變動を與えることなく資金を調達しようとする場合、轉換社債を發行してその轉換の目的物を議決権なき優先株、若しくは議決権を制限した株式にすることによつてこの目的を達成することができる。次に轉換社債權者が轉換權を行使すれば、社債權者は株主となり、會社の債務はその範圍内で消滅し、自己資本が増大するわけである。通常この現象は會社財政の健全化を意味するが、會社の収益が限度に達しているときには、自己資本の壓迫が却つて經營上不利益をきたすことになる。又會社の収益状態がよく株價も高いときには轉換も盛んに行われるが、このような場合には株式もプレミアム附で公募できる場合が多いから、この面の収益を放棄せねばならぬ不利がある。更に轉換による増資見越から、轉換期間までの中間時期の増資にあつて、募集の困難をきたす可能性がある。(B)轉換社債權者は會社事業の不振の際は社債權者として一定の利息の支拂をうけ、解散の場合にも株主に優先して辨濟をうけられる。その上一旦事業が好轉すれば、自己の地位を社債權者より一層有利な株主に變えて、社債の利息以上の利益配當をうけることができる。又このような場合には株價も昂騰し、それは株式との轉換の可能性をもつ社債の價格の騰貴を招くから、社債のままでも高値で譲渡し得るわけである。け

れどもこうした有利な條件をもつ轉換社債を買入れるためには、やはりそれだけ發行條件は普通の社債よりも、投資家にとつて不利になつてゐるし、又轉換期間中の株價が偶々低迷し續けるとか、轉換の請求後效力發生までの間に(商三六八・三六二)、株價の暴落をみたとかいふ場合には、轉換の妙味を失つたり不利な條件での轉換を強いられることになる。(C)株主にとつては、轉換權が行使され社債が株式に轉換されることは、それに伴つて會社の収益が増加しない限り、多くの場合に配當率の低下をきたすことになるから、轉換社債は株主と社債權者の利害衝突を突鋭化するものである。けれども株主はかかる轉換社債を發行すべきであらうか否か、或はその發行條件をいかにするか等を自由に決定することができ(商二九六・三四三)、轉換されるまでは配當金よりも低率な利息で資金を調達し得ることも注意しなければならない。(二四・六・一五) 高島正夫

## 民事訴訟法

### 一、法律

簡易生命保險法・郵便年金法の更新にあつて、保險給付請求權の差押禁止、および訴訟に對する審査會の審査の前置を規定し(五月一六日法八六號簡易生命保險法五〇)、農業協同組合解散の權限を行政廳から裁判所へ移すについて、裁判所の管轄を定め(同日法七二號農協)、また、行政組織の改革に伴つて訴訟の受審を定(同組合法中改正法)

める(五月二日法律六二日本國有鐵道法施行法一〇、)など、目あたらしくない立法を別にすれば、關係ある法律は次の八件である。

イ、訴訟費用等臨時措置法の一部を改正する法律(五月一

四日・法五五・即日施行・週及適用)

ロ、臨時宅地貸賃價格修正法・一二(五月一九日・法八五

即日施行)

ハ、下級裁判所の設立及び管轄區域に関する法律の一部を

改正する法律(五月一九日・法八六・七月一日施行)

ニ、民法等の一部を改正する法律・二(五月二八日・法一

一五・即日施行)

ホ、法務廳設置法等の一部を改正する法律・二・五(五月

三一日・法一三六・六月一日施行)

ヘ、法務局及び地方法務局設置に伴う關係法律の整理等に

關する法律・一八・附置(五月三一日・法一三七・六月

一日施行)

ト、司法試験法(五月三一日・法一四〇・即日施行)

チ、公證人法等の一部を改正する法律・一(五月三一日・

法一四一・六月一日施行)

(一) 民法法典の改正 (a) 差押禁止の有體動産として民訴

五七〇條は官吏・神職・等の收入金額だけを掲げてゐるが(六)

前掲ニは、これを一般の俸給生活者に擴張する(改正) 恩給と

いふ文字を削つたのは、適用範圍擴張に伴ふ一般化の必要から、

收入といふ語をもつて、六一八條五號六號の各種の所得を總稱

し、従つて、職務上の收入および報酬とともに、恩給・扶助料をも含ませる趣旨であらう。尤も、後二者は恩給法(一)の優先適用を受けて全額差押へられぬから、實際上は問題がない。(b) 本年元日施行の改正以來、收入・報酬・等の債權の差押許可の限度は、定額に代へて比率を以て表示せられ、一年間に受くべき總額の四分の三を超過する部分に限つて差押へ得ると規定せられてゐるが(六) 月給・週給・等の場合に一々一年分に引直して計算する趣旨ではないから、前掲ニは又この點を、支拂期に受くべき金額の四分の一に限つて差押へ得るといふ、明確な表現に改める。

(二) 行政事件訴訟前置の例外 前掲ロは、同法によつて決定せられた修正賃賃價格に関する異議の決定に對し、訴訟を経ずして訴を提起することを認めた。徴税の必要から迅速な落着を望む趣旨であらうか。原處分取消の訴は、審査を経てゐる以上、行訴特例法二條の解釋としても許されなければならぬから、本法は右の決定自體に關するものと解せられる。不徹底。

(三) 簡易裁判所の増設 簡易裁判所は現在五五九箇あるが、更に、關・安藝西條・兒島・等、六箇が新たに設けられる。便乘的整理と共に前掲ハの定めるところ。

(四) その他の法律 前掲イは第六條を加へて執行吏の恩給基準の俸給額を指定し、同トは裁判所法六六條の試験を定める。ホ・ヘ・チの三法は、法務廳の改組昇格(殊に法務局の設置)に伴ひ、裁判所法・辯護士法・非訟法・職時民事特別法



(發給)・公證人法に、それぞれ必要な改正を加へる(尤も、非訟法に於ては、別項の改)。正が繕込まれてゐる)。

## 二、政令と規則

イ、裁判官の制服に關する規則(四月一日・最高規五・即日施行)

ロ、一般職たる裁判所職員の勤務時間に關する規則の特例に關する規則(四月四日・最高規六・即日施行)

ハ、一般職たる裁判所職員の勤務時間に關する規則の一部を改正する規則(四月二日・最高規七・週及適用)

ニ、最高檢察廳の位置並びに最高檢察廳以外の檢察廳の名稱及び位置を定める政令の一部を改正する政令(五月二日・政一〇一・七月一日施行)

ホ、日本專賣公社に對する法令の準用等に關する政令(五月二日・政一一六・六月一日施行)

ヘ、公證人審査會令(五月三日・政一三八・六月一日施行)法律ヲ參照

ト、公證人身元保證金令(五月三日・政一三九・六月一日施行)同前

チ、法務廳設置法等の一部改正に伴い、關係政令を整理する等の政令・一(五月三日・政一四三・六月一日施行)

リ、法務局及び地方法務局設置に伴う關係政令の整理等に關する政令・四(五月三日・政一四四・六月一日施行)

(二) 公社を行政機關とみなす規定 行訴特例法(案)・非訟

法(一三五・二五五・一三五)・國の利害に關係ある訴訟についての法務總裁の權限等に關する法律(六二八)は、日本專賣公社にも準用せられ、この關係では公社は、國の行政機關と看做される(日本專賣公社)前掲ホ。

(二) その他の政令 前掲ニは簡易裁判所の増設に對應して區檢察廳の設置を圖り、チ・リは、法務廳の改組に應じて、辯護士審査委員會官制(辯護士審査會令と改稱)および公證人手数料規則に改正を加へる。

## 三、判例

イ、最高判集二卷八號一〇頁・昭二三年七月一七日・小法廷判決

ロ、最高判集二卷一〇號二四頁・昭二三年九月一八日・小法廷判決

ハ、最高判集二卷一〇號一三八頁・昭二三年九月三〇日・小法廷判決

ニ、最高判集二卷一一號一頁・昭二三年一〇月二日・小法廷判決

ホ、最高判集二卷一一號二七頁・昭二三年一〇月二九日・小法廷決定

(一) 執行吏に解釋を強いる假處分命令は適法か——。假處分決定取消の第一審判決を變更して、第二審仙臺高裁は、病院の建物を執行吏の保管に移し、債務者(被控訴人)の申立があるときは、債務者がその建物で醫業を經營するに必要な限度で

これにその使用を許すべき旨を執行吏に命じた。何がその必要な限度であるかの重要かつ微妙な判断は、擧げて執行吏に委ねられるのである。債権者はこの點を争ひ、違法を主張して最高裁に上告したが、最高裁は上告を棄却して曰く、「右判断は唯本件建物の使用の範圍についてのみ爲さるべき判断であつて、極めて限定されているので、甚しく複雑なものとは言えなく、普通の常識を具備するものにこれを求むるも決して不當ではないのであつて、……實踐則に背反する不法はない」と。かやうな類型の假處分は、近時、労働争議の假處分に多數現れてゐるところであるが、假處分法の本來の妥當領域たる本件の場合に、同様の處理が許されるか、疑問である。一概に執行吏の判断を排除すべしと言ふのではないが、具體的事實を見ると、裁判所自身においてももう少し細かい指示まで爲し得たやうに見える(本件の對案事實は必ずしも法の)。可能な限度で方法の細目を盡くすは、裁判所、執行吏間の職務分掌、そこでは、内的な判断者の能力の差を及ぼし、考へらるべきである)との關係から、民訴七五八條の自由裁量の一の適法要件なのではあるまいか。姑く疑問をとどめて置く。前掲イ。(女は、上告人は、執行吏一般でなく、現下の執行吏)との關係だけを問題としてゐるやうにも讀める。

(二) 一方當事者と特に密接な關係にある證人の證言を採用するのは經驗法則に反するか——最高裁は否定。證明力は、右の關係の存在だけで失はれる筈がなく、寧ろその他の事實の如何に繋るわけであるから、全趣旨に徴して裁判所が證言に措信する以上、これを妨ぐべき理由はない。判旨正當。前掲ロ。

(三) 第一審裁判所が不當に管轄を認めた場合にも、當事者は、控訴審において管轄違を主張し得ないか——民訴三八一條は、判決の實質に不當な點がない時に管轄違のやうな形式上の缺點のため事件の落着を妨げることを、訴訟經濟上好ましからずと認め、任意管轄の欠缺は第一審の判決言渡によつて當然補正せられるものとする趣旨であるから、たとへ第一審裁判所の認定が誤つてゐたとしても、專屬管轄に關しない限り、問題を打切る法意と解しなければならぬ。本問を肯定する判旨は正當であるが、上告理由の文言から察すると、原審が全く判断を示さなかつた點を責めてゐるやうにも見える。さうとすれば原審の措置は、不法ではなくとも不親切であつた(但し、この間のことは孰れ、前掲ハ)。

(四) 判決言渡期日の告知は在廷しない當事者に對してもその効力を生ずるか——前掲ハはこれを肯定するが、不當である。本ノ一ト第三回判例四(昭和三年五月一八日民集二)に同じ。

(五) 所有權移轉登記の抹消を請求するについて、一方に原因たる賣買が虚偽假裝であることを主張し、他方豫備的に右賣買につき破産法上の否認權を行使すると主張するのは、請求の併合であるか——判旨はこれを否定し、攻撃方法の複數に過ぎぬとする。登記抹消の請求權を所有權の一作用と見る限り、兩主張における請求原因は全く同一に歸し、従つて、請求の複數を認めない態度を正當とせねばならぬ。併し、前掲とせられる登記請求權の性質そのものに問題がある。登記制度本來の趣旨

からすれば、實質的權利狀態が登記簿の記載と喰違ふ事實あるとき、これによつて不利益を受ける者が當然（原始的に）、右請求權を取得するものと解すべく、物權者を標準として請求權者を定めることは出来ない。さうとすれば、前示二箇の主張事實は各別個の登記請求權を基礎づけるものと見るべく、登記請求權が訴訟物である場合には主張のやうな事實によつて始めてこれを特定し得ると考へなければならぬ（所有權もしくは物上請求權を主張する例）。かくて、本件は請求の豫備的併合といふべく、判旨には反對である（（上）理由に「いふやうな理由で」とは、併合を認めるものではない。」前掲二）。

(六)原告の第一主張を排斥、第二主張を認めた判決に對して被告が控訴した場合、控訴審は右第二を排斥して第一を認め、控訴を棄却することが出来るか——。前段五と同一事件に對しての問題。兩個の主張を攻撃方法の複數と見る立場を前提として、判旨は、これを肯定する。第一審に顯出せられた資料が手續の移番にあつて當事者の取捨により左右せられることを認めるのは、續審主義を採用する法の建前に適合せず、また、必要があれば當事者は一般の原則に従ひ第一審でなした訴訟行為を撤回し得るのであるから、控訴人の明示した方法だけが控訴審理の資料となると考へるのは、不都合でもあり、不必要でもある。問題を肯定する判旨の態度は、この意味で正しいが、かやうな結果を導くためには、請求の複數を、敢て否定する必要はなかつたのではあるまいか。勿論、請求が別個であるときは、原則として、その一の審判はその他方に關する不服申立の限度

を超えることとならなければなるまい。だが、常にさうなのはなく、併合が豫備的になされる限り、請求は、訴の構造として不可離に結合せられるのであるから、控訴人の申立がその限度においておのづから擴張せられるものと、解する餘地のある場合がある。本件は、さやうな場合の一に屬するものと言ふべきであらう（（一八六判、参照）。前掲二）。

(七)違背を問擬せられた政令の憲法違反を主張して人身保護法による救済を求め、拒否せられた者は、違憲抗告をなし得るか——。罰條の効力如何は本案自體に關するから、問責政令の違憲を理由としては人身保護法に基づく救済を求め得ぬこと勿論である（（保護法三）。従つて、救済の運命は、該政令の有効無効によつて左右せられることがなく、請求者は、棄却の決定に對し、憲法違反の點を爭ふ利益を有しない。最高裁が右違憲抗告を却下したのは正當である。前掲ホ）。

#### 四、事件と消息

(一)參議院の浦和事件調査 五月二〇日最高裁は、參院法務委の司法運営調査を違憲の措置と認め、長官代理から參院議長長宛、申入を行つた。兩院の國政調査權（（二六））を如何なる範圍まで認むべきかは、遽かに論斷し得ない難しい問題であるが、今回の參院の措置は、具體的事件に即しすぎた點、少くとも運用の妥當を缺いたと言へよう（（資料として後出））。

(二)私法學會 五月二一・二二の兩日、早大において、私法學會の第三回會合が催されたが、第二日、小野木常博士の「裁

判の論理」と題する研究報告があつた。なほ、訴訟法學會復活の計畫が進められてゐる。

要、文 獻

(イ)兼子一「強制執行法」弘文堂(ロ)河本喜與之「新訂民事訴訟法提要」法文社(ハ)民事法判例研究會「判例民事法・昭一七年度」有斐閣(ニ)東大判例研究會「判例研究・昭二三年度一號」有斐閣(ホ)末川博「改正民法と家事審判法」私法一卷(ヘ)小野木常一學會展望・民事訴訟法「私法同前(ト)中村宗雄「民事訴訟における一元觀と二元觀」早法二四卷三・四册(チ)草野豹一郎「最高裁判所規則と刑事訴訟法・一」學新五六卷四號(リ)中島弘道「縣農地委員會の審決に對し最高裁判所へなされた上告の處置・判批」學新同前(ヌ)小田久藏「最高裁判所に對する抗告申立の許否・判批」學新同前(ル)中田淳一「縣農地委員會の訴願棄却裁決に對する上告・判批」民商二四卷一號(ラ)中田淳一「最高裁判所に對する抗告申立の許否判批」民商同前(ワ)岩松三郎「民事裁判における合議」法曹時報一卷二號(カ)東京地裁當該係「商事非訟における實際の取扱ひについて」法曹時報同前(コ)田中和夫「傳聞證據」法曹時報一卷四號(ク)大濱英子他「家事審判と新民法・座談會」法律時報二二六號(ケ)宮澤俊義「議院の國政調査權と司法權の獨立」法律時報同前(ク)妹尾晃「辯護士法改正問題」法律時報二二八號(ツ)河原峻一郎

「憲法七七條と裁判所固有の權限」法律新報七五一號(ホ)中村宗雄「民事訴訟制度改革の動向とその基本問題」法律新報七五三號(ナ)坂野英雄「刑訴及び民訴の新證據法則について」法律新報同前(ラ)柳川眞佐夫「勞働爭議假處分の執行について」勞働と勞働法一卷二號(ム)カミングス「裁判所の規則制定權について・譯」司法制度調査資料二卷(ウ)裁判の運営に關する參議院法務委員會の調査について・その他一件書類・裁判所時報五月二〇日號外 以上・願不同・敬稱略

(一)教科書の新刊 兼子教授の強制執行法(前掲イ)は、新法學全集所收の舊稿を補訂せられたもの。舊版からの削除により競賣法との關係が明かでなくなつたのは遺憾であり、引用の條文に誤が散見せられる(八九頁等)のも残念であるが、行論は犀利明快、頗る調子が高い。河本氏のテキスト(前掲ロ)亦、舊著の修訂であるが、最近の教科書のうちでは最も懇切で詳細、穩健な立論と相俟つて、學習用に恰適である。

(二)訴訟の一元觀と二元觀 中村博士の論文は實體法訴訟法對立二元の方法論を力強く要約せられた好篇であつて、博士の立場を理解するための最適の手引き、殊に前稿「裁判の效力」のバックグラウンドを説明するものとして有益である。前掲ト。前稿の誤讀を今回の論文から知つたので、拙稿「民訴法の一書三稿」(本誌二)中、右に關する部分はこれを破棄し(四九頁下段一五)とし三行を削除し、深く罪を謝する。

(三) 嚴格論と便宜論 曩に、本ノート(第一)は、最高判集「卷一頁の判決を紹介するに方り、兼子教授の評釋に言及して、「專案を必竟第一審裁判所の事物管轄を誤つたことに歸すると考へられるのは、單純化が過ぎはしないか」といひ、「當事者が上告によるべき場合と信じた所に一の問題がある」旨、指摘した。その後公表せられた諸家の判例批評も、概ね兼子教授のそれと論理を一にし、簡單に上告を訴に轉換してゐる。最近現れた中田教授の評釋(前掲ル)も、この點、同轍を踏むものである。然る處、今般、中島教授が、まさにこの上告人の意思に着目して、異色ある研究を示されたのは、洵にわが意を得たものと言はねばならぬ(所論を全面的に支持することは出来ないが、正面から考へて行かれる態)。「嚴格論と便宜論——こゝうの場合、世論はたいてい便宜論に賛成するものである。」博士の苦言に、人は、省みる所あるべきである。前掲リ。

(四) 裁判の合議 最高裁岩松判事が合議の諸問題を論じて居られる。體験から滲み出た香りたかい文字であり、何でもなく語られてゐることの中に、老練な裁判官の知慧が閃いてゐる。前掲ワ。

(五) 統計 前々同に掲げたやうな統計の詳細が、司法要覽(最高裁事)・裁判所時報(三八號)等に收められてゐる。

(昭二四・六・一九) 伊東 乾