

第三類 選舉法

第一節 選舉權、被選舉權、公民權

(104) 公民權の要件としての地租の納税資格

○假令事實土地ヲ買得シ之ニ對スル地租並附加税ヲ納付シタリトスルモ登記簿及土地臺帳上他人名義ニ登録セラレ他人名義ヲ以テ地租並附加税ヲ賦課セラレタル場合ニ於テハ其ノ附加町村税ハ町村公民ノ資格要件タル納税ト爲スヲ得ズ(一四、一〇、一五、行)。

本件は誤つて他人名義を以て土地登記簿及び土地臺帳に登録せられ、後に更正登記を受けた者が、既往に溯つて法律上に土地所有者として認めらるるや否やの問題に關するもので、判決は之を否定して居るのであるが、その不當なる所以は行政行為の正誤の問題として既に述べた所である(前出(28)参照)。

101-105

(105) 公民權の要件としての住民たる期間の計算方

第三類 選舉法 第一節 選舉權、被選舉權、公民權

○甲町住民タリシ者ガ乙村ニ轉住シタル場合ニ於テハ其ノ後乙村ガ甲町ニ編入セラレタル場合ト雖モ舊甲町住民タリシ資格ヲ乙村編入後ノ甲町住民タル資格ニ通算スベキモノニ非ズ(二、一〇、一八、行)。

一年以上甲町の住民であつた何某が乙村に轉住し、甲町住民たる資格を失つたが、其の後一年に満たぬ中に乙村は甲町に編入せられた。前後を通算すれば二年以上になるのであるが、乙村に轉住してから後だけを計算すれば一年にも満たぬ。それが其の編入後甲町の公民たる資格を有するや否やが争となつた。縣參事會では前後を通算すべきものと決したけれども、行政裁判所は之を否定し、通算すべきものに非ずと判定したのである。

(評論) 判旨不當と信ずる。

判決には甲町住民たる資格は乙村への轉住に依つて消滅したのであつて、既に消滅したものが復活する理由は無いと曰つて居るけれども、資格を復活せしむるといふのではなく、甲町に居住して居つた事實を認めるといふに止まる。一年以上甲町に居住して居つた事實は、乙村へ移住したことによつても消滅するものではなく、其の後乙村が甲町の區域の一部となつた場合には、前から引續き間斷なく甲町の区域内に居住して居つたことになるのは當然である。判決は町村制第七條第三項に「二年ノ期間ハ市町村ノ廢置分合又ハ境界變更ノ爲中斷セラルルコトナシ」とある文字に重きを置き、本件の場合は甲町住民たる資格が乙村に轉住したことに依り一旦中斷したものであるから、同

條の適用は無いと曰つて居るのであるが、本件は敢て同條の適用に依るのではなく、何等の明文をも待たない當然の條理である。町村住民たる資格は専ら居住の事實に依つて定まるもので、本件の場合に於いては初め一年以上甲町に住所を有し、後乙村に轉住してもその乙村が甲町の區域に編入せられたのであるから、結局二年以來間斷なく甲町の区域内に居住して居つたことになるのであつて、それは争の無い事實であり、此の事實を認めない理由は全く存在しないのである。

(106) 市町村の名譽職區長の被選舉權

選舉事務に關係ある官吏吏員は、衆議院に付いても府縣會又は市町村會に付いても、法律はその關係區域内に於いて被選舉權を有しないものと定めて居る(衆議院選舉法八條、府縣制六條五項、市制十條三項、町村制十五條三項)。但し市制町村制には特に「官吏及市(町村)ノ有給吏員」と明言して居るから、名譽職區長の如きは之に該當しないことは明瞭であるが、衆議院選舉法及び府縣制(舊郡制も同じ)には「有給」の文字なく單に「官吏及吏員」とあるのみであるから、名譽職區長が之に該當するや否やには多少の疑が有る。行政裁判所の判例に於いては、主として舊郡制の適用に付いて、市町村の名譽職區長も選舉事務に關係ある吏員として、その職務地に於いて被選舉權を有しないものと判定して居る(前卷四六一頁以下)。然るに大審院は行政裁判所とは反對の見解を取り、左の如き判決を下した。

●衆議院議員選舉法(舊)第十四條ニ所謂選舉ニ關係アル官吏員トハ各般ノ選舉事務ニ付其ノ當局者トシテ同法ニ規定セラレアル者ヲ指シ市ノ名譽區長ノ如キ市長指揮命令ノ下ニ當該事務ヲ執ル者ハ之ヲ包含セザルモノトス(一四、二八、大民)。

本件は高崎市第一區の名譽職區長であつた某が大正十三年五月の總選舉に衆議院議員として當選したのに對し當選訴訟が提起せられた事件で、原審(東京控訴院)では某は現實に選舉事務に關與しなかつたといふ理由で、その當選を有效と判決したが、大審院は名譽職區長も職務上選舉事務を補助する者で、此の點に於いて原審の判斷は誤つて居るが、唯選舉法に所謂「選舉事務ニ關係アル官吏、吏員」とは地方長官、郡長、市町村長等法律が選舉事務の當局者として定めて居る者のみを指し、その補助者を含まないものであると爲し、結局原審判決を是認した。而して其の理由としては若し然らずとせば府縣廳、市役所、町村役場等の多數の官吏吏員は凡て無資格となり、斯くまで無資格者の範圍を擴げることには法律の趣意と見るべきでないといつて居る。

(評論) 判旨容易に賛成し難い。

法律が「選舉事務ニ關係アル官吏員」が其の職務關係區域に於て被選舉權を有しないものとして居るのは、自ら選舉事務に關係する職務を有つて居る以上は、自分が候補者となることは、選舉事務の公正なる執行を阻害し、然らざるも、少くとも一般選舉人からそれが公正に執行せられない疑念を抱かれる虞が有るとすることに、其の立法の理由を有することは、疑を容れない所である。

而して此の如き疑惑を生ぜしむる虞あることは、選舉事務の主任者であると補助員であるに依つて異なる所は無い。苟も選舉事務に關係する職務を有する者である以上、主任者たると補助員たるとを問はず、等しく不公正なる取扱を爲すべき疑惑を生ぜしむる虞ある者で、此の疑惑は時としては主任者よりも實際に其の事務を掌る補助員の方に一層多く生じ得べき可能性が有る。

大審院が其の判決の理由として、若し反對の解釋を取れば無資格者の範圍が餘りに擴大せられると曰つて居る如きは、到底正當な議論として受け入れることの出来ないものである。

(107) 被選舉權の缺格原因としての請負の意義

舊選舉法に於いて政府と請負を爲す者又は主として政府と請負を爲す法人の役員が衆議院の被選舉權を有しないものとせられて居た規定は、大正十四年の選舉法の改正に依つて撤廢せられ、府縣制及び市制町村制に於ける同様の規定も亦續いて廢止せられた。けれども、改正法の下に於いても府縣會及び市會町村會に付いては、府縣制第三十一條第七項、市制第三十二條第六項、町村制第二十九條第五項は、何れも請負人が請負を罷めた後でなければ當選に應ずるを得ないことを定めて居る。随つて現行法に於いても、府縣及び市町村に付いては、法律の所謂「請負」の意義を明白にする必要が有ることは舊法に於けると同様である。而して此の點に於いて大審院と行政裁判所とは多少其の見解を異にして居る。

(一) 區裁判所と公文掲載の契約を爲せる新聞社の社長

●區裁判所監督判事トノ契約ニ基キ登記其ノ他ノ公告ヲ新聞紙上ニ掲載スル新聞社ノ社長ハ衆議院議員選舉法(舊)第十三條第二項ニ所謂政府ノ請負ヲ爲ス者ニ該當セザルモノトス(一四、二、二七、大民)。

區裁判所の取扱に係る商業登記、法人登記等の公告を一ケ年の公告料百五円で新聞紙に掲載することを引受けたのが舊選舉法に所謂「請負」に該當するや否やが争となつたのであるが、大審院は原審判決が之を請負なりと判定したのを破毀し、それは民法上の請負契約であるとしても、新聞社が營利の爲に引受けたのでなく、損益を顧みず新聞紙の社會上の義務として引受けたものと推定すべきもので、斯かる者に被選舉權を與へたとしても立法者の顧慮するやうな弊害を生ずる虞が無いから、選舉法に所謂「請負」と見るべきものではないと判定した。

(評論) 判旨結局正當であると信ずる。

但し之を「請負」に非ずと解すべき理由は左の二點に在る。

(1) 選舉法に謂ふ請負は經濟的意義に於ける商取引たるを要するもので、即ち純然たる經濟的の仕事又は經濟的貨物の供給を内容とするものでなければならぬ。商業登記、法人登記の如き司法權の作用の一部を爲し法律上公の職務を構成する作用の委託を受くるが如きは、法律の所謂請負ではない。

(2) 選舉法に謂ふ請負は、その受くる所の金錢上の給付が議員としての職務を妨ぐる虞ある程度の額に達することを要する。一年僅に百五圓といふやうな新聞社の經濟から見て殆ど無視せらるべき程の額を受くるに過ぎないものは、法律の所謂請負ではない。

(二) 縣公文の掲載を引受けたる新聞紙の持主

○新聞紙ノ持主ニシテ縣トノ間ニ報酬ヲ得テ縣公文ヲ該新聞紙上ニ掲載スベキコトヲ約シタル者ハ府縣制第六條第十一項ニ所謂府縣ニ對シ請負ヲ爲ス者ニ該當シ其ノ府縣ニ於テ被選舉權ヲ有セズ(一四、七、一七、行)。

是は前の判決と略同様の事件を取扱つたものであるが、行政裁判所は大審院とは反對に之を以て「請負」なりと斷定して居るのである。それは多數の先例ある判決(前卷四四九頁)であるが、自分は之を甚だ不當であると信ずること前に述べた通りである。

(三) 市の食品市場の業務執行を引受けたる者

○市ノ委託ニ因リ市ノ開設セル食品市場業務ノ執行ヲ引受ケ其ノ報酬トシテ市ガ徴收スル市場手数料ヲ收得スルコトノ契約ヲ爲セルモノハ市制第十八條第三項ニ所謂市ニ對シ請負ヲ爲ス者ナリ(一四、七、一八、行)。

本件の主たる争點は横濱市と横濱中央食品市場株式會社との關係が法律の所謂請負に該當するや

否やの問題に在る。横濱市の中央食品市場は市自身の開設して居る所であるが、市は自ら市場の事務を取扱はず、會社との契約に依り會社をして市場を經營せしめて居るのであつて、會社は市場設備の借用料として年額一萬八千圓を市に支拂ひ、其の代りに生産者又は荷主より徴收する手数料は之を會社の所得とすることを約束して居るのである。

判決は此の關係を目して「會社ハ市ノ委託ニ因リ本件市場ニ於ケル業務ノ執行ヲ引受ク其ノ報酬トシテ市ガ委託者ヨリ徴收スル手数料ヲ收得スルモノナルコトヲ認ムベキガ故ニ」、其の關係は法律の所謂市に對し請負を爲す者であると判定した。

食品市場の經營は假令市の事務であるとしても、それは純然たる私經濟的性質の事務で一人の營業と區別すべき理由の無いものであるから、其の經營を委託せられ、それから財産上の收益を得て居るならば、それは市に對し請負を爲す者と見るのが當然である。

(四) 町村に對し物品の供給を約せる者

○町村ノ註文ヲ受ケテ特種ノ物品ヲ完成納入シ之ニ對スル報酬ヲ受クル者ハ町村制第十五條第三項ニ所謂町村ニ對シ請負ヲ爲ス者トス。同項ニ所謂請負ヲ爲ス者トハ之ヲ業トスルト否及其ノ報酬ノ多少ヲ問フモノニ非ズ(二、九、二七、行)。

是も「報酬ノ多少ヲ問フモノニ非ズ」と言つて居るのは不當である。法律が請負人の被選舉權を制限して居るのは、それが議員の職務を妨ぐる虞ありとして居るからであることは勿論で、隨つて

その所謂「請負」は社會上の普通の見解で御用商人、御用達と認め得べき程度に達して居る者でなければならぬ。此の意味に於いてその受くる報酬の高は重要な關係ある問題である。

(五) 縣金庫事務を取扱ふ銀行

○縣金庫事務ヲ取扱フ銀行ニシテ其ノ營業ノ目的、業務ノ範圍、取扱金額及利益金額等ヨリ觀テ縣金庫事務取扱ガ同銀行業務ノ主要ナル部分ヲ占ムルモノト認メ難キトキハ該銀行ハ府縣制第六條第十一項ニ規定スル主トシテ府縣ニ對シ請負ヲ爲ス法人ト謂フヲ得ズ(一四、六、九、行)。

栃木縣會議員に當選した何某は株式會社宇都宮銀行の監査役で、同銀行は縣金庫事務の取扱を爲すものであつた。因て同人は府縣制に所謂「主トシテ府縣ニ對シ請負ヲ爲ス法人ノ役員」に該當する者であるとし、其の當選を無効なりとする訴が起つた。

疑は二點に生じ得る。一は縣金庫事務の取扱が法律の所謂請負に該當するや否やの問題で、一は若し之を請負なりとするもそれが法人の業務の主たる部分を占むるや否やの問題である。

第一の問題に付いては判決は之を明言して居らぬが、趣意に於いて之を肯定したものと解せられる。唯判決は第二の問題に關して金庫事務の取扱は唯銀行業務の僅少の一部を爲すに止まり、隨つて銀行は法律に所謂「主トシテ請負ヲ爲ス法人」ではなく、其の監査役は被選舉權を妨げられない

ものと判定した。

(評論) 本判決が結果に於て正當なることは疑ない。

唯縣金庫事務の取扱を委任せられて居ることが、果して法律に所謂「請負」に該當するや否やの問題に付いては、判決は之を「請負」なりとすることを前提として居るけれども、それは當否甚疑はしい。本件の場合には其の銀行が法人であつて、而して法人に付いては法律は「主トシテ」請負を爲す者であることを缺格原因の要件として居るのであるから、假令それが請負であるとしても、銀行の主たる業務に非ざる限り、缺格原因とならぬことは明瞭であるが、若し其の銀行が個人經營のものであるとすれば、判決の見解に従へば、銀行業者は缺格者とならねばならぬ。自分は寧ろ判決の見解に反對して縣金庫事務を取扱つて居る銀行は法律に所謂「請負」を爲す者に非ずと解するの正當なるを信する者である。

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

事務であつて、其の性質に於て市町村の收入役の事務と同様の性質を有つて居る。之を以て縣との間に請負を爲す者と見るのは恐くは不當である(前卷四四六頁以下参照)。

(六) 町に物品を賣渡したる者

○縣下各町村ニ共通ナル既製ノ用紙ヲ賣渡シタルニ止マリ他ニ請負ト認ムベキ特種ノ事情ナキトキハ町村制(舊)第十五條第三項ニ所謂請負ヲ爲ス者ニ該當セザルモノトス(一五、六、三、行)。

五月一日に町會議員の選舉が執行せられて、原告は當選した。然るに原告は四月二十九日に町から地租收納簿用紙五百三十枚印刷の注文を受け、七圓九十五錢の代價で五月五日に之を納入した。そこで選舉當時には町と請負關係に在つた者として、町會で其の當選を無効とする決定を與へた。行政裁判所は『本件ノ用紙ハ原告ニ於テ各町村ノ申込アルコトヲ豫期シ之ニ應センガ爲豫メ多數印刷シテ之ヲ所持シタリシモノ』で此の既製品を賣渡したに止まるのであるから請負關係ではないと判定した。

(評論) 判決はその契約が請負契約ではなく賣買契約であることを以てその理由として居るやうであるが、それは決定的の理由と爲し得べきものではない。市町村制に謂ふ請負は民法に謂ふ請負とは異なり、契約の法律的性質に着眼して居るものではなく、市町村との間に經濟上に繼續的の取引關係に在ることを意味して居るのである。その重きを置くべき所は經濟上の實質であつて、法律上

の性質に於てそれが賣買契約であるか請負契約であるかは問ふ所ではない。行政裁判所自身も(四)の判決では賣買契約の關係に在る者をも請負を爲す者と斷じて居る。本件に於てそれが「請負」と見るべからざる所以は、一にそれが一時的のもので繼續的の取引關係でないこと、及びその金額の僅少であることの二點に求めねばならぬ。

(108) 名譽職の拒辭に基く公民權停止

(一) 辭職の理由

○町會議員ガ他ノ多數ノ議員ト意見ヲ異ニシ且自己ノ信任セザル町長ノ下ニ在職スルコトヲ回避スル爲辭職スルガ如キハ正當ナル理由ト認ムルヲ得ズ(一五、二一、四、行)。

町長の選舉に際し多數派と意見を異にし、「所感有之町將來ノ平和ヲ尊重スル意味ニ於テ辭職致度」云々の辭職届を差出して町會議員を退職した者に對し、町會に於いて公民權停止の處分を爲した事件で、行政裁判所は斯かる理由は辭職の正當な理由とは爲し得ないものと判定した。

(二) 公民權停止の年限

○四年間ノ公民權停止ハ辭職ノ動機ガ私利ニ出デタルモノニ非ザルコト及其ノ殘任期間ノ僅少ナルコトニ照シ重キニ失スルモノニシテ一年間ノ公民權停止ヲ相當トス(一五、二一、四、行)。

前掲の事件に於いて該町會議員が辭職したのは、任期満了の僅に二十四日前であつた。而も町會では四年間の公民權停止の議決をしたのであつて、行政裁判所は之を改めて法律の認むる最短期と爲し一年間停止の處分を爲した。行政裁判所の判決を以て自ら公民權停止の年限を改めたのは、恐くは是が最初の例であらう。前出(52)参照。

(三) 公民權停止の議決を爲すべき時期

○町村制第八條第二項ニ依リ町村ノ爲ス處分ハ當該事實アリタル時ヨリ相當ノ期間内ニ之ヲ爲スコトヲ要スルモノトス(二、三、一五、行)。

大正十年九月一日に名譽職村助役を辭職した者に對し、大正十四年四月三十日に至つて、村會の議決を以て公民權停止の處分を爲した事件で、縣參事會では免責時効の定の無い限り時の經過に因つて責任を免るべきものではないといふ理由を以て村會の議決を是認したけれども、行政裁判所は相當の期間内に於てのみその議決を爲し得べきもので、既に三年有餘を経過しその間に屢村會が開かれたに拘らず更にその事を審議したことの無いのに、その後に至つて此の如き議決をするのは違法であるとして之を取消した。

(評論) 成文上の明な根據は無いが、合理的な判決であると信ずる。勿論法律に時効の定が有るのでないから、正確に其の時期を限定することは不可能であるが、普通の常識を以て相當と認めらるべき期間を経過すれば、其の制裁權は當然消滅するものと認むべきである。

(四) 公民権停止の特免

○町村ハ公民権停止ヲ特免スルノ権能ナキモノニシテ村會ニ於テ之ガ特免ヲ議決スルモ其ノ議決ハ越權ニシテ無効ナリ(二、六、二一、行)。

是は先例が有る(前卷一五五頁、二三九頁)。

(109) 選舉權及被選舉權停止の効果

○改正前ノ衆議院議員選舉法第百二條第一項ハ專ラ衆議院議員ノ選舉權及被選舉權ノ停止ニ關スルモノニシテ其ノ他ノ議員ノ選舉權及被選舉權ノ停止ニ關スルモノニ非ズ而シテ町村制第三十七條ガ右ノ規定ヲ準用スルモ衆議院議員ノ選舉ニ關シ罪ヲ犯シタル者ガ一定ノ期間町村會議員ノ選舉權被選舉權ヲ停止セラルベキニ非ズ(二、七、二一、行)。

第二節 選舉人名簿

(110) 生年月日の記載なき選舉人名簿登録の效力

●選舉人名簿ニ生年月日ノ記載ヲ缺如スルモ他ノ記載ニ依リ選舉人ノ同一ナルコトヲ認識シ得ル以上ハ當然該選舉人ノ登録ノ無効ヲ來スコトナシ(一五、四、二七、大民)。

舊衆議院議員選舉法第十八條第四項には

選舉人名簿ニハ選舉人ノ氏名、官位、職業、身分、住所、生年月日、納税額及納税地等ヲ記載スヘシ

といふ規定が有つた。(現行法第十二條第三項も略類似の規定を爲して居る)。大正十三年の總選舉に神戸市の選舉人名簿には選舉人の生年月日の記載の無いものが二千四百人に及び、その中一千十九人は有権者として投票した。そこで生年月日の記載の無い選舉人名簿は全部無効であるか少くともその記載の無い選舉人に付いては登録せられて居らぬと同様で投票を爲すを得ないものであるといふ理由を以て、その人名簿に依つて行はれた選舉を無効なりとする訴が起り、原審(大阪控訴院)ではその主張を容れて選舉の全部を無効と判決したが、大審院は之を破毀し、「選舉人名簿ノ違式ハ必ずシモ其ノ登録ノ無効ヲ惹起スルモノニ非ズ、……違式ト雖其ノ記載ノ全體ニ亘リ選舉人ノ同一ヲ識別スルニ足ル程度ノ記載アリト認め得ル場合ニ於テハ其ノ登録ハ尙選舉人名簿ノ登録トシテ有效ナリ」と判定した。

(評論) 判旨正當と信ずる。

問題は二點に分かれる。一は該人名簿の全體が無効となるや否やの問題であり、一は若し其の全體としては有効であるとすれば、生年月日の記載なき者だけの登録が無効となるや否やの問題である。

(一) 選舉人名簿に登載せられて居る者の一部分に付いて、生年月日の記載が洩れて居たとして

も、人名簿の全體が無効となるべき理由の無いことは明白である。人名簿が正當の權限ある者に依つて調製せられ、法定の期間公衆の縦覽に供せられて確定した上は、人名簿の効力はそれに依つて完成するもので、假令其の一部分に記載の缺陷が有るとしても、唯其の缺陷ある部分の効力に疑を生じ得るに止まり、記載の完全な部分の効力をまでも失はしむるものでないことは勿論でなければならぬ。

(二) 随つて若し其効力に瑕疵が有るとしても、生年月日の記載の無い者だけが登録せられて居らぬのと同視せらるべきであるといふ効果を生ずるに過ぎないのであるが、此の如き効果をも認むべきものではないと信ずる。

生年月日の記載は、其の者が選舉人たり得べき年齢に達して居ることを一見明瞭ならしむること及び他に同姓同名の者が有る場合に之を區別することを得せしむることの二の目的を有つて居るのであるが、此の二の目的は、必ずしも人名簿の生年月日の記載のみに依つて證明せられ得るものではない。其の記載は唯其の證明を助くる効果あるに止まり、其の缺くべからざる要件ではない。年齢は戸籍に依つて證明せられ得るものであり、他の同姓同名の者との區別も住所其他の記載に依つて認識し得られる。人名簿の要點とする所は、唯何人が選舉權者であるかを公に證明することのみに在る。其の者が選舉權者として登録せられ、而も法定の縦覽期限を過ぎて修正の申立もなく確定したとすれば、其の登録は公の證據力に於いて缺くる所の無いもので、假令生年月日の記載を缺

き又はそれに誤が有つたとしても、其の登録は有効でなければならぬ。

當に生年月日のみならず、氏名の記載それ自身に誤が有つてすらも、尙其の誤であることが他の事情から推定し得られる場合には、それは有効の登録と認むべきことは、次の判例の示す所である。

(三) 氏名を誤りて記載せる選舉人名簿登録の效力

(一)

○町村會議員ノ選舉人名簿ニ苟モ選舉人ノ何人ナルカヲ確認シ得ル程度ノ記載アル以上必ズシモ其ノ戸籍上ノ氏名ヲ記載セザルベカラザルモノト解スベキニ非ズ(二、二、一〇、行)。

某村に佐藤榮吉といふ者が有り、自分の姪の佐藤たつと婚姻せんとしたが、それは民法上不能である爲に、佐藤駒次といふ者が鈴木家の養子とならんとして居るのを幸に、それと通謀して、戸籍上自分が鈴木家の養子となつて鈴木榮吉と名乗り、佐藤駒次が佐藤家の婚養子となつてたつと婚姻したやうに虚偽の届出を爲し、實際には自分が佐藤たつと婚姻した。それは明治十五年の事で、爾來四十餘年間戸籍上に鈴木榮吉として登録せられて居る者が社會上には佐藤駒次として通用し、佐藤駒次の名を以て二回まで村會議員となりその他の公職にも就いて來た。本件訴訟は選舉人名簿に佐藤駒次として登録せられて居るのに、選舉權なき鈴木榮吉が佐藤駒次と稱して投票したのが有効

なりや否やが争となつたのであるが、行政裁判所は「四十餘年間公私各方面ニ於テ自ラモ佐藤駒次ト稱シ一般ヨリモ佐藤駒次トシテ取扱ハレ來リタルコトハ當事者間争ナキ所ナルヲ以テ選舉人名簿ニ佐藤駒次トシテ登録セラレタル者ハ即チ右榮吉ヲ指シタルモノト認ムルヲ相當トシ從テ同人ハ本件選舉人名簿ニ登録セラレザルモノト爲スヲ得ズ」と曰ひ、その投票を有効なりと決定した。

(評論) 本件は戸籍の偽造が時の経過に依つて正當の戸籍として取扱はるるに至つた稀有の事例で、最初は不正に戸籍を偽造したものであつても、四十年間もその偽造なることが發覺せず、正當の戸籍の如くに認められて來たもので、元佐藤榮吉であつた者が何時の間にか戸籍上佐藤駒次として通用するに至つたものである。即ち現在では戸籍上にも其の者を佐藤駒次であると看做さねばならぬやうになつたもので、敢て行政裁判所の曰つて居るやうに、戸籍上の氏名と異つた通稱が名簿に登録せられて居るのではない。却つて戸籍そのものに誤りが有り、而もその誤が時の経過に依つて正當化せらるるに至つたもので、選舉人名簿には何等の誤もなく戸籍上の氏名が登録せられて居るのである。

(二)

○假令選舉人名簿ノ登録ニ多少ノ誤アリトスルモ其ノ何人ヲ指シタルモノナルカヲ認メ得ルニ於テハ其ノ者ハ名簿ニ登録セラレタル者ニ非ズト謂フヲ得ズ從テ其ノ者ノ爲シタル投票ハ無効ニ非ズ(二、四、三〇、行)。

多賀文吾が名簿には多賀文吉として記載せられて居たが、行政裁判所はその名簿に記載せる住所及納税額が文吾のそれと全く符合するに依つて、それが文吾の誤記であることは明瞭であるから、その登録は有效なるを失はないものと判決した。

(三)

○選舉人名簿及入場券ニ氏名ヲ誤記セラレタル者が投票ヲ爲シタルハ違法ニ非ズ(二七、二一、行)。

(112) 無効なる區會條例に基き調製したる區會議員選舉人名簿

○區會議員ノ選舉人名簿ハ町村制ニ依リ調製スルヲ要ス、町村制第十八條ニ牴觸スル區會條例ニ依リ調製シタル選舉人名簿ハ無効ナリ(二四、一一、六、行)。

新潟縣浦木村に於て明治三十五年中に當時の町村制に基き内務大臣の許可を得て區會條例を制定したが、其の條例第二條には選舉人名簿の調製及び其の縦覽期間並確定期限に付いての規定が有つた。然るに明治四十四年に町村制の改正が有つて、其の二六條二項に依れば區會議員の選舉に付いては町村會議員の選舉に關する規定を準用すべきものと定められた。其の改正後に於いても、浦木村に於いては、引續き右區會條例第二條の規定に依つて區會議員の選舉人名簿を調製し及び其の縦覽期間並確定期限を定めて居た。此の選舉人名簿に依つて大正十三年に行つた選舉の效力に關し

て行政訴訟が提起せられたが、行政裁判所は右區會條例第二條の規定は、其の制定當時に於いては固より有効であつたが、町村制改正の後は法律に牴觸するものとなり、随つて當然其の效力を失つたもので、之に依つて調製し且其の縦覽期間及確定期限を定めた選舉人名簿は無効であり、而して無効の名簿に依つて行つた選舉は亦當然無効であると判定した。

(113) 符箋に依る選舉人名簿の修正の效力

(一)

○選舉人名簿修正ノ手續ニ依ラズシテ選舉人名簿ニ爲シタル符箋ハ選舉人名簿修正ノ效ナシ(一五、六、三〇、行)。

木下春吉といふ戸主が有つて、その養子も亦木下春吉といふ同姓同名であつた。選舉人名簿に登録せられて居る木下春吉の生年月日の欄に明治三年十二月二十六日とあつて、それは養父の方の春吉の生年月月である、然るにそれには市長及助役の認印ある貼紙が有つて生年月日を明治二十九年三月十六日と修正してあり、それは養子春吉の生年月月である。而して選舉には養子春吉が選舉人として投票したので、その投票が有効であるや否やが争となつた。縣參事會では之を有効なりとし、養父春吉は現に市に住所なく市の公民権を有しないもので、實際上の世帯主は養子春吉でありそれが公民権を有するものであるが、選舉人名簿には誤つて養父の生年月日を記載したから、符箋を以て

その誤記を明にしたので、即ち選舉人名簿に登録せられて居るのは養子の方の春吉であると裁決したが、行政裁判所はその裁決を破毀し、名簿に記載せられて居る生年月日から見て、その登録せられて居る者は養父の春吉であることは明瞭である、符箋が有つても、それは修正の手續を経たものではないから修正の效力を有せず、それが爲に養子春吉が登録せられて居る者と見ることを得ないと判定した。

(評論) 選舉人名簿を公衆の縦覽に供した後に之を修正する爲には法律の定むる正式の手續を以てすることが必要で、此の手續を経ない修正は違法であり且つ無効である。随て市長が符箋を以て修正を加へたとしてもそれは修正の效力を有しないことは判決に曰ふ通りであつて、此の點には疑はない。唯本件に於いて問題となるのは、名簿に登録せられて居る木下春吉が、果して養父の春吉と見るべきや又は養子の春吉と見るべきやの點に在る。判決は生年月日の記載に依りて一も二もなく養父春吉であると斷定して居るけれども、若し養父春吉が市に住所なく事實に於いて養子春吉の方が選舉權を有するものであれば、その生年月日は誤記と推定せらるべき理由あるもので、その符箋は名簿を修正したのではなく唯誤記を明にする爲に附せられたものと見ることが出来るであらう。若し然りとすれば生年月日の記載に拘らずそれは養子春吉を登録したものであると斷定することが出来るもので、此の點に於て判決の當否は可なり疑はしい。

(11)

○符箋ヲ以テ選舉人名簿ノ誤記ノ點ヲ明ニスルハ該名簿ノ修正ニ非ズ(二、七、二、行)。

(114) 選舉權なき者の登録

○町會議員選舉人ノ確定名簿ニ登録セラレタルモ選舉權ヲ有セザル者ノ爲シタル投票ハ無効ナリ(二、五、一九、行)。

選舉人名簿は唯選舉權の存在を公に證明する效力あるに止まり、選舉權の無い者に之を附與する效力を有するものではないから、假令確定名簿に登録せられて居ても、選舉權の無い者であれば選舉に参加するを得ないことは言ふを待たないのみならず、法律は明文を以て之を明にして居る。故に本件判旨の正當なることは論ずるまでもない。

(115) 選舉人名簿に登録せられたることの効果

○選舉人名簿ニ登録セラレタル者ハ反證ナキ限り選舉權ヲ有スルモノト認ムベキモノトス(二、四、二六、行)。

第三節 選舉の無効原因

(116) 無効の選舉人名簿に依り執行したる選舉の效力

○無効ノ確定名簿ニ基キ執行シタル區會議員ノ選舉ハ其ノ效力ヲ有セザルモノトス(一、五、五、一四、行)。

選舉人名簿が無効であれば、それに基づいて執行せられた選舉は亦當然無効である。それは實際に其の名簿の内容が正當であるや否やを問はない。假令名簿には何等の誤が無かつたとしても、それが無効である限り、法律上の效力の問題としては、名簿が全く無かつたと同様である。有效なる選舉人名簿の存在は、選舉の絶對の要件であつて、名簿なくしては、選舉は行はれ得ない。行政裁判所の多くの先例も之を認めて居る(前卷五〇三頁)。

(117) 投票用紙の様式を公告せざりし選舉の效力

○町村制第二十二條第七項ノ規定ハ投票用紙ニ付町村長ノ一定シタル様式ヲ選舉人ニ周知セシメタル以上ハ必シモ之ヲ告示スルコトヲ要スルモノニ非ズト解スルヲ相當トス(一、四、二、三、行)。(判例變更)

(參照) 町村制第二十二條第七項 投票用紙ハ町村長ノ定ムル所ニ依リ一定ノ式ヲ用ツヘシ

府縣制でも市制町村制でも、凡て投票用紙の様式は之を公定するを要するものとせられて居るが

之を告示するを要する旨の規定は無い。然るに大正八年四月二十一日の行政裁判所判決は豫めその様式を告示しなかつたことを以て選挙の無効原因として判定した(前巻五一四頁以下)。是は甚だ不當な判例で、本判決が此の判例を變更したのは正當である。

唯本判決に於いても豫めその様式を選挙人に周知せしむることを要件として居るやうであるが、是も不必要であると信ずる。府縣制又は市町村制の規定は唯投票用紙の私製を禁止し、その公定主義を定めて居るに止まる。敢て豫めその様式を周知せしむるを要するものと解すべき理由は無い。(前巻五一五頁五一六頁参照)。

(118) 選挙期日の定め方と選挙の效力

○大正十一年法律第五十七號北海道會法中改正法律附則ニ所謂「次ノ總選挙」後ノ補闕選挙ニ適用セラルベキ規定ハ同法ノ規定ニシテ、同法ニ依リテ廢止セラレタル舊第九條ニ基ク明治三十四年勅令第十七號ノ規定ニ非ズ。

同法第十六條ニハ「島嶼ニ關シ本法ノ規定ヲ適用シ難キモノハ勅令ヲ以テ別段ノ規定ヲ設クルコトヲ得」トアルガ故ニ勅令ヲ以テ別段ノ規定ヲ設ケザル限リ右補闕選挙ニ同法ノ規定ヲ適用スベキハ當然ナリ。

北海道廳長官ガ府縣制第八條第一項ノ期間内ニ於テ選挙ノ日ヲ定ムルハ自由裁量ニ屬スルヲ以テ同條ノ範圍内ニ於テ選挙ノ日ヲ定メテ爲シタル選挙ノ告示ハ違法ニ非ズ(一四、五、三〇、行)。

選挙の有効なる爲には、その一の要件として、適法に定められた選挙期日に於て行はれたものでなければならぬ。故に選挙期日の定め方が違法であることは選挙の無効を主張する理由と爲すことが出来る。本件は北海道宗谷支廳管内に於ける北海道會議員の選挙を無効なりとする訴で、その理由として期日の定め方の違法を主張したが、裁判所はその定め方を適法なりとし、訴を棄却したのである。

現行の北海道會法は大正十一年法律第五十七號に依り改正せられたもので、之に依りて明治三十四年勅令第十七號北海道會議員選挙令は廢止せられ、其の選挙に關しては府縣制を準用することにあり、唯島嶼に關しては勅令を以て特例を定め得べきものとせられた。右法律の施行後に行はれた宗谷支廳選挙區に於ける北海道會議員の補闕選挙に於て、道廳長官は右法律の規定に依り府縣制を準用して選挙の期日を定めて之を告示し、其の選挙の結果甲某が當選者と定められた。然るに原告は右選挙期日の定め方が違法であるとして出訴した。其の理由とする所は(1)右法律は島嶼には施行しない趣意であり、而して宗谷支廳は最も邊陲の島嶼であるから、右法律の適用なく、隨て府縣制を準用すべきものではなく、舊選挙令に依るべきものである。(2)假令府縣制が準用せらるるとしても補闕選挙は三ヶ月以内に行へば可いのに、僅に一ヶ月半で施行したのは職權の濫用であるといふに

在つた。

裁判所は何れも理由なしとして其の主張を排斥した。而してそれは固より當然である。(1)法律は島嶼に付いて勅令を以て特例を設くることを許して居るだけで、當然島嶼には施行せられないものとして居るのではない。勅令に依る特例の定めが無い限り島嶼に於ても該法律の施行せられるのは當然である。(2)舊北海道會選舉令は既に廢止せられたのであつて、それが適用せられるものでないことは言ふまでもない。(3)三ヶ月以内に施行すべしとあるのは三ヶ月よりも早く施行することを禁止する趣意でないことは勿論で、合理的の猶豫期間が存する以上、三ヶ月よりも早く施行しても固より違法ではない。尙前出(50)参照。

(119) 投票時間の告示後その時間を變更したる選挙の效力

○縣會議員選挙ノ投票日時ノ變更ハ假令投票時間ヲ延長スル場合ト雖選挙期日前二十日目マデニ之ヲ公示セザルトキハ違法ナリ(二、二二、二四、行)。

(参照) 府縣制一三條 府縣會議員ノ選挙ハ府縣知事ノ告示ニ依リ之ヲ行フ其ノ告示ニハ選挙ヲ行フヘキ選挙區投票ヲ行フヘキ日時及選挙スヘキ議員ノ員數ヲ記載シ選挙ノ期日前二十日目マデニ之ヲ發スヘシ

石川縣某區の縣會議員の選挙に付いて、知事は初に投票の日時を「九月二十四日午前七時ヨリ午後五時マデ」として公示し、後になつて「午後五時」は「午後六時」の誤なる旨を公示した。後の

公示は選挙期日の十二日前であつた。行政裁判所は二十日間は法律が周知期間として必要として居るのであるから、假令時間を延長する場合でも、法定の周知期間を存しないのは違法であると爲し、その選挙を無効として判定した(前出(26)参照)。

(120) 選挙會場の不秩序と選挙の效力

○選挙人ト雖投票ヲ爲ス爲ニ非ズシテ選挙會場ニ入り又ハ投票ヲ終ヘタル後尙選挙會場ニ滞留スルハ違法ナリト雖モ其ノ入場又ハ滞留ニ當リ他ノ選挙人ノ投票ニ影響ヲ及ボスベキ言動ナカリシトキハ選挙ノ結果ニ異動ヲ生スル虞アリト謂フヲ得ズ、其ノ選挙ハ有效ナリ(一五、二、九、行)。

(121) 投票所に於ける投票管理者及び投票立會人の違法行爲と選挙の效力

(一)

●投票立會人及投票管理者ガ選挙ノ規定ニ違背シタル行爲ヲ爲シタルトキト雖モ選挙ノ全體ノ自由公正ヲ阻害スル程度ニ達セザル限りハ選挙ハ無効ニ非ズ(一四、二、三、大民)。

投票所に於いて投票立會人が選舉人某々等四人の投票せんとするに當り自席を離れて之に某候補者に投票すべきことを勧誘し、その中の一人の投票を取り上げて之を投票管理者に示し、管理者は更に之を制止しなかつた。但し右の四人以外の選舉人に對しては別段の干渉を爲した證據は無い。

右の事實に對し、原告は、該投票所に於ける選舉の全部が無効であることを主張したけれども、大審院は右四人を除く一般選舉人の投票の際には、投票所の秩序が紊れず選舉の公正が阻害せられなかつたと認むべき以上は、選舉の全部が無効とすべきものではないと判定した。

(評論) 選舉の無効を生ずる爲には、選舉の規定に違反したことが當選の結果に異動を生ずる虞ある場合でなければならぬ。然るに本件に於て原審裁判所の認定した事實は、唯四人の選舉人に對して投票の勧誘が行はれたといふに止まる。假令此の四人が其の勧誘に依つて動かされたと假定しても、次點者との得票の差は百二十票であるから、當選の結果に異動を生ずる虞は無い。

此の意味に於て本判決は正當である。

(二)

○府縣制第三十五條ニ所謂選舉ノ規定トハ一般ニ遵守ノ義務アル規定ヲ指スモノニシテ府縣知事ノ定メタル選舉事務取扱ニ關スル訓令ノ如キハ之ヲ包含セザルモノト解スルヲ相當トス。

選舉立會人及選舉人が他人ノ投票記載ヲ或ハ強要シ或ハ勧誘シ且如上ノ事實アリタルニ拘ラズ投票管理人が何等制止ヲ爲サザリシト雖モ他ノ選舉人が其ノ意ニ非ザル被選舉人ヲ選舉シタル事實ナキ以上選舉ノ結果ニ異動ヲ生ズルノ虞アリト爲スヲ得ズ(一四六、一八、行)。

青森縣會議員の選舉に於て、某村投票所に左の如き事實が有つたことを立證し、該投票所に於て行はれた選舉を無効なりとする訴が提起せられた。

- (1) 同投票所に於て選舉當日午前九時頃投票立會人等が相謀り、各投票記載所の間を仕切つた襖及板戸を撤去し、選舉人をして他の選舉人の投票を覗ふことを得せしめた。
- (2) 投票立會人某は投票記載所の附近を徘徊して投票の記載を覗いたのみならず、三人の選舉人に強要して、投票の記載を書き替へしめ、又は自ら代書して之を投票せしめた。
- (3) 候補者某の運動員某は投票所に於て選舉人に投票を勧誘し又は強要したが、投票管理者は之を制止しなかつた。

裁判所は此等の事實が有つたとしても、尙選舉の效力を妨げないものと判定した。

(評論) 判旨甚だ賛成し難い。

第一の事實に付いては、判決はそれが青森縣訓令縣會議員選舉事務取扱規程に違反することを認めなければ、訓令の違反は選舉の效力を妨げないものと爲し、假令此の如き事實が有つても選舉は有效であるとして居る。併しながら青森縣訓令に於て投票記載所には選舉人が互に投票を覗くこと

の出来ないやうな相當の設備を爲すべきことを命じて居るのは、決して訓令に依つて始めて其の義務を命じたものではなく、法律が無記名投票主義を取つて居ることから生ずる當然の結果と見るべきものであり、訓令は唯之を明白にするだけの意義を有つて居るに止まる。假令此の如き訓令の定めは無くとも、法律に依つて既に此の如き義務は定まつて居るのである。若し其の仕切を取り去り、選舉人が互に他人の投票を窺ひ、又は投票管理人若しくは立會人が之を覗くことが出来るやうな設備を爲して居るものとすれば、それは單に訓令違反たるに止まらず、直接に法律に違反するものである。況んや本件の場合の如きは選舉の途中で故意に仕切を取り去つたのであるから、他人の投票を窺ふ爲に悪意を以てしたものと推測せらるべき根據あるもので、其の選舉は明に法律の要求する秘密主義に反し、随つて選舉の結果に異動を生ずる虞あるもので、當然無効でなければならぬものである。

第二及第三の事實に村いては、判決は選舉人中の三人に對して選舉立會人が投票を勧誘し又は強要したことを認めなければ、それは唯其の三票を無効ならしむる原因たるに止まり、其の他の選舉人は自分の意思に反する投票を爲した證據が無いから、其の投票は有効であり、而して三票の無効だけでは選舉の結果に異動を生ずる虞なく、從て其の選舉は有効なることを失はないものとして居る。

併し是も當否頗る疑はしい。投票管理人及び投票立會人は、公平無私の態度を以て投票を管理し

及び之に立會ふべき職責あることは言ふを待たない所で、假令選舉人中の僅に二人又は三人に對してのみであつたとしても、投票を強要し又は勧誘した事實が有り、投票管理人も之を目撃しながら制止しなかつたことが明白であるとすれば、其の他の選舉人に對しては勧誘又は強要を試みた證據が無いとしても、投票記載所の仕切りを取り去つた事實と相待つて、投票管理人及び投票立會人が公平無私の態度を有しない者であつたことを推定するに充分であると信ずる。此の如き管理人及び立會人の管理の下に行はれた選舉はそれだけでも公正に行はれたものとは認め難いもので、單に右三票だけの無効を來すの原因たるに止まらず、選舉全體を無効ならしむべきものと信ぜられる。

(122) 合併すべき選舉を分離して行ひたる選舉の效力

○町村制第二十三條ニ所謂「一ノ選舉ヲ以テ合併シテ之ヲ行フ」トハ選舉其ノモノヲ全然一箇ノ選舉トシ投票ノ日時、選舉會場、選舉長、選舉立會人ハ勿論投票ノ執行ヨリ當選者ノ決定ニ至ル迄總テ之ヲ合併シテ行フベキモノト解スベキモノトス(一五、六、三、行)。

町村制第二十三條には

第三十條若ハ第三十四條ノ選舉、増員選舉又ハ補闕選舉ヲ同時ニ行フ場合ニ於テハ一ノ選舉ヲ以テ合併シテ之ヲ行フ

とある。然るに某村會議員の選舉に於いて定員八名に對し當選者は七名で一名不足であり、且つ當

選者中一名は直に當選を辭したので、村長は二名の再選舉を行ふことを告示した所が、更に議員一名が辭職したので、その補闕選舉をも同時に行ふものと定めた。併しその選舉に當り單一の選舉會場に二個の投票函を備へ、選舉人には二様式の投票用紙各一枚を交付し、その一枚には不足の議員二名に對する一名を、他の一枚には補闕議員一名を單記投票せしめて、各別々に當選の結果を定めた。是が有効の選舉であるや否やが争となつたのであるが、行政裁判所は法律の所謂合併選舉とは單一の選舉とする意味で、別々に投票せしめ、別々に當選の結果を定むるのは違法であるとして、その選舉を無効なりと判定した。

(評論) 判旨固より正當で疑の餘地も無い。法律が選舉に付き數人を選舉するにも尙單記投票主義を採用して居るのは少數代表の目的の爲であることは言ふを待たない所であり、而して補闕選舉等に於て一人だけを選舉することとなれば、必然に多數派の勝利となつて少數代表の本旨に反するから、出來得る限り一人だけの選舉を避ける爲に、再選舉補闕選舉等を同時に行ふ場合には合併して之を行ふべきものと定めて居るのである。それであるから合併選舉の要點とする所は、その總てを共通に選舉し、全體を通じて單記投票主義を採ることにあるのであつて、假令同じ會場で同時に行ふにしても、別々に投票を爲さしめ、別々に當選の結果を定めることにすれば、それが法律の本旨に反することは言ふまでもない。

原告は當選人が定員に満たない爲にその不足を充たす爲の選舉と、補闕選舉とは、法定の當選最少数限を異にし、補闕選舉には少くとも法定數の得票が無ければ當選し得ないが、定員不足を満たす爲の再選舉には斯かる制限が無いから、性質上投票を共通にすることは出來ないと主張して居るけれども、是には第一に大なる誤解が有る。舊町村制には唯當選人が定數に満たなかつた場合の再選舉に付いてのみ法定の得票数を要しないものとして居たので(三四條三項)、當選人が當選を辭した場合の再選舉(三〇條一項)及び補闕選舉(一七條一項)は、共に法定數の得票を要したのである。故に若し當選に必要な得票數の定めが異なるからといふ理由で區別して選舉を行ふものとすれば、當選人が定數に満たない爲の再選舉のみを區別し、その他を併合して行はねばならぬ。補闕選舉だけを區別し他の二を併合したのは原告自身の主張から言つても違法である。併しながら第二に、當選に必要な得票數の制限に差等の有ることは、敢て選舉を分離して行ふべき理由となるものではない。判決に曰つて居る如く、三人に付いて合併して選舉を行ひ、若し一人も法定の得票數ある者が無ければ、一人だけを比較多數に依り定員不足の補充當選者と定め、他の二人に付いて更に選舉を行ふことになるのであり、一人だけが法定の得票ある場合にはその一人と次點者一人とを當選者と定めて他の一人に付いて更に選舉を行ふこととなるべきである。(但し新法に於ては當選人不足の場合の再選舉にも等しく法定數の得票を要することとなつたから新法に於ては斯かる疑は起らない)。

(123) 選舉人をして住所氏名を自稱せしめずして投票用紙を交付したる選舉の效力

●衆議院議員選舉法施行令第十四條ニ所謂住所氏名ノ自稱トハ必ずシモ口頭ヲ以テスルコトヲ要セス係員ニ對シ投票所入場券ヲ提出シタルトキト雖自稱ト認メ得ベキ場合アリトス(二、二、三、大民)。

(參照) 衆議院議員選舉法施行令第十四條 投票用紙ハ投票管理者及投票立會人ノ面前ニ於テ選舉人ナシテ其ノ住所氏名ヲ自稱セシメ選舉人名簿ニ對照シタル後之ヲ交付スヘシ

大正十三年に施行せられた神戸市第一區の衆議院議員選舉を無効なりとする訴に於て、その理由の一として、投票所で選舉人に投票用紙を交付するに當り選舉人をして住所氏名を自稱せしめず、單に入場券と引換に交付したことを挙げたけれども、大審院は原審(大阪控訴院)判決と同じく之を採用せず、自稱の方法に何等の制限が無いのであるから、必ずしも口頭を以て告げずとも『住所氏名ノ記載サレタル投票所入場券ヲ提出シタルトキハ右規定ニ所謂自稱シタルモノト解シテ可ナリ』と曰つて居る。

(評論) 判旨結局に於いて正當である。入場券の提出を以て住所氏名の自稱なりとするのは聊曲解の嫌が有るが、施行令の規定は選舉の效力要件たるものではなく、假令之に背いたとしても、入場者と名簿とを對照すればその正當な選舉人であることを判別する爲適當の注意を拂つたと見るに充分なりと認むべきである。

(124) 行政區劃の變更と選舉區との關係

●衆議院議員總選舉ノ際或ル選舉區ヨリ選出セラレタル議員ノ一人ガ選舉ニ關スル犯罪ニ因リ刑ニ處セラレ其ノ當選無効トナリタル爲更ニ行フ選舉ハ選舉區ノ境界ニ變更ヲ生ジタルトキト雖モ尙從前ノ選舉區域ニ依ルベキモノトス(一五、四、二九、大民)。

衆議院議員選舉法(舊)別表には「大阪府第一區」として「西區三人」と規定せられて居る。大正十三年五月十日に施行せられた衆議院議員の總選舉には、此の規定に依り、西區から三人の議員が選出せられたが、其の中の一人である筒井民次郎が、十四年三月二十六日に選舉犯罪に依り處刑せられた結果、其の當選が無効となつた。そこで選舉法第七十四條に依り、大阪府知事は、同年五月四日に、五月三十一日を以て大阪府第一區に於いて更に選舉を行ふべきことを告示した。

然るに之より先き、大阪府知事は大正十四年三月三十一日告示第百十號を以て、大阪市西區の境界變更を決定公示し、同日更に告示第百十一號を以て、西區を廢止し、其の地域に西區及港區を設置する旨を公布し、而して前者は三月三十一日より、後者は四月一日より施行するものと定めた。即ち從來の西區は、先づ境界變更が有り、次いで廢止せられて新に西區及び港區といふ二區が新設せられたのであつて、其の新境界の西區は三月三十一日だけ存在して居たのである。此の境界變更は從來西區に屬した通稱「四貫島方面」を北區に移し、從來北區に屬した通稱「安治川方面」

を西區に編入したのである。

そこで筒井氏の當選無効の爲に必要となつた再選舉を何れの區域に於いて行ふべきかが問題となつたが、大阪府知事は之を新西區及び港區の區域に於いて施行するものとなし、五月三十一日に選舉が施行せられて、紫安新九郎が當選人と決定せられた。

之に對し、其の選舉を無効なりとする訴訟が提起せられたが、大阪控訴院では其の訴を理由なしとして、之を棄却した。因つて更に大審院に上告した所、大審院では其の上告を理由ありとして原判決を破毀し、而して原院の認めた事實に基き既に裁判を爲すに熟せるものとして、該選舉を無効なりと判決した。

本件訴訟の主たる争點は、行政區劃に變更の有つた場合に、選舉區も亦隨つて變更せられ、再選舉又は補闕選舉も其の新選舉區に於いて行ふべきや否やに在る。

從來の内務省の解釋に依れば、行政區劃に變更が有れば選舉區も亦當然變更せられるものであると解し、總選舉と補闕又は再選舉との區別なく、その新行政區劃に依り施行すべきものであるとして居る。

併し此の解釋に従ふとしても、本件の場合に於いては、尙多少の疑が有る。
何となれば、問題の大阪府第一區に於いては、再選舉の行はるゝ迄に、行政區劃の變更が二回行はれたので、第一に西區の境界變更が有り、しかもそれは三月三十一日の一日だけ效力を有つたに

止まり、同日直に西區を廢止して、同じ地域に西區港區の二區を新設したのである。若し西區といふ名稱に重きを置いて、西區と稱する區域から三人といふ法律の趣意であるとすれば、新西區に於いて選舉を行ふべき筈であるが、實際は西區及び港區の二區を大阪府第一區と看做し、その地域に於いて、再選舉を行つたのである。即ち總選舉當時の西區でもなければ、再選舉當時の西區でもなく、僅に三月三十一日の一日だけ存在して居た西區の區域を標準として、その區域に於いて再選舉を行つたのである。

是に於いてか、第二の争點として、何故に第一回の境界變更のみに於いて、選舉區の變更が當然之に伴ひ、第二回の廢置分合に於いては選舉區の變更を來たさないかといふ疑問を生ずる。

第一の争點に於いて、原審(大阪控訴院)判決は内務省の解釋を是認し、行政區劃に變更が有れば、選舉區は當然之に伴うて變更せらるゝものと判定した。其の理由としては、左の三點を擧げて居る。

(1) 選舉法第七條には「行政區劃ノ變更ニ因リ選舉區ニ異動ヲ生スルモ現任議員ハ其ノ職ヲ失フコトナシ」といふ規定が有る。是れは、明白に行政區劃の變更に因りて選舉區に異動を生ずることを前提として居るものである。

(2) 選舉法第九條に「前條ノ要件中其ノ期間ニ關スルモノハ行政區畫ノ變更ノ爲中斷セラル、コトナシ」といふ規定が有る。其の所謂前條の要件とは、引續き滿六ヶ月以上同一選舉區内に住所を

有することの要件であるが、若し行政區劃の變更に拘らず選舉區に異動を生じないとすれば、行政區劃の變更に依つて住所の要件が中斷せらるることの無いことは、言ふを待たぬ所である。然るに特に此の明文を設けて居るのは、行政區劃の變更が選舉區の變更を生ずることを前提として居ることとは、明白である。

(3) 大正十年法律第六十四號には特に「郡ノ區域ニ變更アルモ衆議院議員ノ選舉ニ關シテハ仍従前ノ區域ニ依ル」といふ規定を設けて居る。若し選舉法の精神に於いて、行政區劃に變更が有つても、尙従前の區域に於いて選舉を行ふものであるならば、此の如き規定は全く無用である。然るに特に此の法律を發したのは、若し此の法律がなければ、一般の原則としては、行政區劃の變更が有れば、新區域に於いて選舉を行ふことが當然であるからである。

第二の争點に付いても、原審判決は大阪府知事の措置を正當なりとし、其の理由としては、境界變更の場合には當然選舉區の變更を生ずるけれども、廢置分合の場合には、若し之と同様に選舉區を變動せしむるものとすれば、本件の場合に付いて言へば、港區の住民は全然選舉權を行ふを得ないものとなり、選舉法の精神に反すること疑を容れないと曰つて居る。

大審院の判決は、原判決に反對して、總選舉の場合と本件の如き再選舉の場合とを區別し、行政區劃の變更が有つた後に、總選舉を行ふ場合には、新行政區劃に依つて行ふのを當然とするけれども、再選舉の場合には、従前の地域に依りて行はねばならぬものと判示した。

其の理由としては凡そ左の如く曰つて居る。

- (1) 再選舉は、前の選舉に缺陷が有り結局選舉を爲さなかつたと同一の結果に歸したから、更に選舉を行はしめ前の選舉が完全に行はれたのと同じ效果を實現せんとするものであるから、前の選舉と同一性を備へ、その選舉區域も亦必然に前の選舉と同一區域に於て行ふものでなければならぬ。
- (2) 若し變更せられた新區域に於て再選舉を行ふものとすれば、或る地域では未だ一回も適法に選舉が行はれないのに、他の地域では再び選舉を行ふといふ奇怪なる結果を生ずる。
- (3) 選舉法(舊)七條九條、大正十年法律六四號は何れも行政區畫の變動が當然選舉區の異動を生ずることを前提とする規定であるが、それは總選舉に適用せらるるもので、再選舉には適用の無いものと解すべきである。

(4) 被上告人は再選舉が前の選舉と同一性を保つことは、時を異にして行はるる結果選舉人名簿が異つて居ることから見ても事實上不可能であると主張するけれども、我が選舉法は地域に重きを置いて居るもので、同じ地域に於て行はるる以上は、假令選舉人が同一でないにしても、選舉の同一性を失はない。

(評論) 判決に見はれて居る大審院の見解は要するに左の二點に歸する。

(一) 選舉法の解釋上行政區劃に變更が有れば、選舉區も亦當然に變更せらるゝことを原則とする。而してそれは境界變更であると廢置分合であるとを問はない。随つて行政區劃の變更の有つた

後に、總選舉を行ふ場合には、新區劃に従つて之を行ふべきことを當然とする。

(二) 併し再選舉は、前の選舉を補正し之に代るべきものであるから、此の一般原則の適用なく、行政區劃に變更の有つた場合でも、それに拘らず、従前の區域に於いて施行せらるべきものである。

此の大審院判決は多年に亘る内務省の解釋を覆へたもので、頗る重要視すべきものであるから、稍詳に之を評釋したいと思ふ。

先づ第一の點に付いて述べると、大審院の判決に於いても、行政區劃の變更に伴ひ選舉區も當然變更せらるゝことを、我が選舉法の原則とするものと解することに於いては、原審判決と見解を同じうして居る。大審院判決の原審判決と異なる所は、唯(イ)大審院は此の原則が總選舉にのみ適用せられ、再選舉(補闕選舉も同様なるべし)には適用なきものと解して居るのに反して、原審判決では總選舉と再選舉又は補闕選舉との區別なく、此の原則の適用あるものと解して居ること、(ロ)大審院は境界變更と廢置分合との區別なく、總て行政區劃の變更に伴ひ選舉區の變更を生ずるものと解して居るに反して、原審判決では、境界變更のみが選舉區を變更せしむるもので、廢置分合は選舉區に異動を及ぼさないものと解して居ることの二點に在る。

併しながら、此の論點が既に甚だ疑はしい。自分は行政區劃の變更に依り選舉區が當然變更せらるゝことが、果して我が選舉法の取る所の原則であるや否やを疑ふものである。

成る程、單純なる文字解釋から謂へば、選舉法第七條及第九條、大正十年法律第六十四號の如きは、此の原則を前提としたものゝ如くに解せられ得ることは、原審判決に述べて居る通りであり、選舉法施行令第五條の如きも、此の原則を承認して居るものゝやうである。(新選舉法補則一四四條の二は、明文を以て此の原則を言明して居る)併しながら法律の文字は唯法案起草者の意見の現はれであつて、法案起草者が誤つた解釋を取つて居れば、法律の文字も亦法律の眞義に適合しないやうな書き方を以て現はれることは、屢見する所現象であつて、單純な文字解釋は決して法律の眞の精神を明にする所以ではあり得ない。施行令に至つては、單に法律を執行する爲めの規定で、固より法律の解釋を決定する力あるものではない。法律の眞義を明にする爲には、此等に拘泥する所なく、法律全體の精神に照し、選舉區の性質に鑑みて、之を決せねばならぬ。

(一) 選舉區とは、言ふ迄もなく、選舉の結果を決定すべき單位たる地區である。我が選舉法は人口を標準として選舉區を區劃し、各選舉區から定數の議員を選出すべきものとして居るのであつて、選舉區は即ち議員選出の單位たる地區である。言ひ換ふれば我が選舉法は政黨とか、地方團體とか、職能的集團とかを以て選舉の單位と爲さず、専ら地域を以て選舉の單位として居るのであつて、之を我が選舉法に於ける地域代表主義といふことが出来る。地域代表とは敢て議員が法律上の眞義に於いて選舉區を代表することを意味するのでないことは、恰も比例代表、少數代表、又は職能代表なき言つても、それは敢て法律上の眞義に於いて、議員が自分を選出した政黨又は職能團

體を代表するものでないのと同様である。法律上の意義に於いては、議員は常に全國民を代表するものであるが、唯實際上議員は自分の選出せられた母體と密接の關係あるを免れないものであるから、普通は議員はその選出の母體たる單位を代表するものと言ひ慣はされて居り、それに依つて比例代表なきの語が用ゐられて居るのである。地域代表といふ語も亦之と同様の意義に於いてするので、即ち單に地域が議員選出の單位たることを意味するものに外ならぬ。而して此の意義に於いて我が選舉法が地域代表主義を探つて居ることは、更に疑を容れない所である。

地域代表主義に於いて、最も大切なものは、その地域の定め方である。地域の定め方如何は直接に選舉の結果を左右する効果の有るもので、所謂「ゼリマンダー」の弊は、多數黨が選舉區の定め方に付き自黨に有利な偏頗の定め方を爲すことに外ならぬ。選舉區の地域の定め方は、此の如く選舉法中でも最も大切な部分の一であるから、選舉法は自ら別表を以て選舉區を一定して居るのであつて、即ち如何なる地域を以て選舉の單位と爲すかは、法律の自ら定むる所に依るべきものと居るのである。之を我が選舉法の選舉區法定主義と謂ふことが出来る。

選舉區法定主義とは、選舉の單位たる地域を法律に依り一定することを意味する。我が選舉法が此の意味に於ける選舉區法定主義を探つて居ることは、更に疑を容れない所と思ふ。それが又選舉區の性質から生ずる必然の條理である。

此の主義より生ずる結果としては、選舉區の變更も亦法律に依つてのみ之を行ふことが出来ることに在らねばならぬ。何となれば、若し行政權の專斷に依つて選舉區を變更することが出来ることとすれば、それは明白に法律を以て選舉區を一定することと相矛盾するからである。

然るに若し大審院判決に謂へる如く、行政區劃の變更に依り選舉區も亦隨つて變更せらるゝものとすれば、行政區劃の變更は、行政行爲に依つても爲され得べきもので、其の限度に於いては、行政權の專斷に依つて、選舉區を變更し得べきものとなり、其の結果は、折角選舉法を以て選舉區を一定したにも拘らず、それが行政權に依つて動かされ、隨つて或る程度に於て行政權に依り選舉の結果を左右し得るものとなるを免れない。現に本件訴訟の問題となつた西區の再選舉に於いても、其の選舉は憲政會と實業同志會との争であつたが、風聞に依れば、境界變更の結果、西區から除かれた四貫島方面は實業同志會の根據地であり、西區に編入せられた安治川方面は、主として憲政會に屬して居る爲に、此の境界變更は著しく憲政會に有利であつて、憲政會の勝利を得たのは、主として之に原因して居るといふことである。此の風聞が事實であるや否やは、自分の全く知らぬ所であるが、それは兎に角、若し行政區劃の變更に依つて選舉區が當然變更せられるものとすれば、行政權に依つて、或る程度に於いては、或る黨派に有利な影響を與へ得るものとなることは、疑を容れぬ所であり、而してそれが選舉區法定主義と相矛盾することは明瞭である。

此の故に若し我が選舉法が、選舉區法定主義を採用するものとすれば、其の必然の結果としては行政區劃の變更が有つても、當然には選舉區には影響を及ぼさないことを主義とするものと解せぬ

ばならぬ。假令條文の文字に於いて之と相矛盾するが如き規定が有るとしても、それは條文の書き方が不完全な爲であつて、此の根本精神を動かすものではない。

(二) 併しながら、一方に於いては我が選舉法は、選舉區の定め方に付いて、行政區劃(殊に郡市又は區の區域)を以て標準と爲し、行政區劃と選舉區とを相一致せしむることを主義として居ること、亦別表を一見しただけでも明瞭な事柄で、疑を容るべき餘地も無い。之を選舉區の行政區劃主義と謂ふことが出来る。

然るに選舉法制定の後行政區劃に變更が有つた場合に、若し之に伴うて別表の改正が行はれないとすれば、茲に選舉區の法定主義と行政區劃主義との間に矛盾を生ずることとなり、若し行政區劃の變更に拘らず、選舉區は變更せられないものとすれば、其の結果は、行政區劃に一致しない選舉區を生ずることあるを免れない。

是に於いてか、問題は我が選舉法の精神に於いて、選舉區の法定主義と行政區劃主義との何れに重きを置くべきかに在る。

此の問題に答ふるには、自分は、一面には大審院の見解の如くに、總選舉と再選舉又は補闕選舉とを分ちて考へる必要が有り、一面には原審判決の見解の如くに、境界變更と廢置分合とを分ちて考へる必要が有ると信ずる。

總選舉の場合であれば、全國一齊に選舉を行ふのであるから、行政區劃と選舉區とを一致せしむ

る必要が殊に痛切であり、且つ總選舉は新に議員を選出するのであるから、必ずしも従前の選舉區域に重きを置くべき必要は無い。随つて若し選舉區たる行政區劃に境界の變更が有り、而も次の總選舉に至るまでの間に別表の改正が行はれなかつたとすれば、立法者は境界變更に拘らず別表改正の必要を認めなかつたものと解し得らるべく、而して別表改正の必要が無いとすることは、即ち新行政區劃を標準として總選舉を行つて差支ないと認めたものと解すべきである。

それであるから、若し行政區劃の變更が單純な境界變更に止まり、而も次の總選舉までに別表の改正が行はれなかつたならば、新なる行政區劃を標準として總選舉を行ふのを正當と解すべきであらう。

それは嚴格なる意義に於いての選舉區の法定主義とは相矛盾するやうであるが、一方に於いて選舉區の行政區劃主義も亦我が選舉法の根本主義の一であることは、明瞭であり、随つて若し行政區劃の變更の後に選舉法が改正せられて新に別表が定められたとすれば、必ず新區域を標準として選舉區を定めたであらうことは、疑を容れぬ所であるから、其の新區域に従つて總選舉を行ふことは即ち能く法律の精神に適するものと言はねばならぬ。随つてそれは敢て選舉區の法定主義と矛盾するものと認むべきではない。

併しながら、それは唯單純な境界變更に付いて謂ひ得るのみで、若し選舉區たる郡、市又は區が全然廢止せられた場合には、此の原則は適用せらるべきものではない。此の點に於いて大審院の見

解は當を失して居る。

選舉法別表に於いて、某郡何人、某區何人と定めて居る以上、其の所謂某郡又は某區が、假令境界の変更が行はれたとしても、尙同一の郡又は區として存續して居るものと認め得べき場合にのみその新區劃に従つて選舉を行つても、別表の規定に違反しないものと謂ふことが出来るが、若しその所謂某郡某區が全然廢止せられて、全く地域を異にして新なる郡又は區が設置せられたとすれば別表に定めて居る郡又は區は全然消滅したものであつて、新行政區劃に依つては、如何にしても別表の規定通りには、選舉を施行することは出来ない結果となる。此の場合には必ず別表に適當なる改正を要するのであるが、若しそれにも拘らず、改正が行はれなかつたとすれば、別表の規定に従ふ爲には、従前の區域に依つて選舉を行ふの外途はない。原審判決に於いて境界變更と廢置分合とを區別し、廢置分合の場合には選舉區に影響を及ぼさないものと解して居るのは、此の意味に於いて、正當である。新選舉法施行令(一五年勅令三號)第一條に「別表ニ掲クル以外ノ市ハ其ノ設置前屬シタル郡市ノ屬スル選舉區ニ包含スルモノトス」と曰つて居るのも、亦同じ趣意を言ひ表して居るものである。

之を本件訴訟の場合に付いて見ても、別表には西區三人とあり、而も其の西區は廢止せられ、新に西區港區の二區が新設せられたのであるから、若し大審院の見解に従へば、大阪府第一區なるものは全く消滅し、新西區及港區の人民は、別表の改正なき限り、次の總選舉に於いては全然選舉權

を行ふことを得ない結果となるを免れぬ。

(三) 之を要するに、自分の解する所に依れば、我が選舉法の取る所の主義は、次の通りである。

(イ) 行政區劃の變更が有つても、原則としては、選舉區に影響を及ぼさない。

(ロ) 併しながら、若し行政區劃の變更が、單純な境界變更に止まり、而も次の總選舉までに別表の改正なく、又別段の法律の定めが無ければ、次の總選舉は新行政區劃に従つて行はるべきものである。

(ハ) 之に反して、選舉區たる行政區劃に廢置分合が行はれたならば、必ず別表に適當なる改正を要する。若し其の改正が行はれなかつたならば、従前の區域に依つて選舉を行ふべきものである。

(四) 若し以上の如き解釋にして正當であるとするれば、原審判決に於いて舉げて居る選舉法第七條第九條及び大正十年法律第六十四號は如何に之を解すべきであらうか。曰く

(イ) 選舉法第七條は唯行政區劃に變更が有つても議員の任期に影響の無いことを示して居るのみで必ずしも行政區劃の變更に依り選舉區が當然變更せらるることを示して居る規定ではない。其の主眼とする所は専ら議員の任期繼續の點に在つて、行政區劃の變更が選舉區に如何なる影響を及ぼすかの點に在るのではない。

(ロ) 同法第九條は、唯住所繼續期間の算定標準を定めたのみである。之に依つても行政區劃の

變更が當然に選舉區を變更せしむるものと論斷するを得ない。

(ハ) 大正十年法律第六十四號は其の書き方から言へば、恰も例外法を定めたやうであるが、併し表面例外法の如くであつて、而も實際は當然の條理を規定して居る場合は、甚だ多く、此の規定があるが爲に、直に此の如き特別の規定なき限り當然行政區劃の變更が選舉區の變更を來たすものと論斷するを得ない。却て此の法律に依つて選舉法の精神を明白にして居るものと解することが出来る。

要するに、此等の規定に依つて、直に我が選舉法上行政區劃の變更に依り當然選舉區の變更を生ずるものと、論斷するのは、文字解釋の弊に陥つて居るもので法律の精神を得たものではないと信ずる。

(五) 再選舉又は補闕選舉の場合は、總選舉の場合とは異なり、行政區劃の變更に拘らず、必ず從前の區域に依つて選舉を行はねばならぬ。此の點に於ては、大審院の判決は甚だ當を得て居る。其の理由として判決に説明して居る所も亦大體に於いて正當である。

(イ) 再選舉又は補闕選舉は前の選舉を補正し又は缺員を補ふ爲に之に代るべき議員を選出するものであるから、其の性質上必ず前と同一地域から選出すべきことは、地域代表主義の當然の結果である。

(ロ) 若し行政區劃の變更に依り、新地域に於いて再選舉又は補闕選舉を行ふものとするれば、一

方には、行政區劃の變更に依り該選舉區から除かれた地域(本件訴訟に付いて言へば四貫島方面)は、次の總選舉までは全然代表議員を有せざると共に、一方には、他の選舉區から該選舉區に編入せられた地域(本件に於いては安治川方面)は二重に代表議員を有するに至る。それは選舉法の精神に反することは明瞭で、選舉法は全國の總ての地域から普く議員を選出せしむると共に、何れの地域でも二重に議員を選出する特權を有することなからしむることを根本精神とすることは、更に疑を容れぬ。

(ハ) 再選舉又は補闕選舉に於いては、選舉區の法定主義を尊重する必要が、選舉區と行政區劃とを一致せしむる必要よりも、一層痛切である。何となれば、再選舉又は補闕選舉は一區のみ單獨に行はるのであるから、行政區劃と一致せずとも、選舉執行の上に支障を生ずること尠く、而も一方には行政行爲に依つて選舉を動かし、爲に或る黨派に偏頗なる利益を與ふる危険が特に多いからである。

(ニ) 且つ本件事案は、先づ西區の境界變更を行ひ、同日直に西區を廢止したのであつて、其の境界變更は、僅に一日だけ效力を有したに止まり、一見甚だ不自然な假裝的な行爲であつたことを推定し得る。而も其の一日だけ存在して居つた西區の境界を標準として再選舉を行つたのであるから、それが不適法であることは、容易に之を知ることが出来る。大審院が之を無効なりと判定したのは、當然である。

(附言) 新選挙法一四四條の二には行政區劃の變更に因り選挙區が當然變更せらるることを明言して居るけれども、是も唯總選挙にのみ適用せられ再選挙又は補闕選挙には適用せられないものであること、従前と同様に解すべきものである。

(125) 當選の結果に異動を及ぼすべきや否やの標準

○無効投票數不明ナルトキハ其ノ選挙ハ無効ナリ(二、一二、二四、行)。

選挙の無効は投票の無効とは全く異つた觀念で、單に個々の投票が無効であるに止まる場合は決して選挙の無効を生ずるものではない。選挙の無効は常に選挙の執行が法規に違反する場合にのみ生ずるのである。併しながら、選挙の執行に付いての瑕疵が選挙の全體に付いて存するのでなく、時間的に又は場所的に唯一部分に付いて存する場合、例へば時間的で言へば或る限られた時間だけ投票立會人が缺けて居たとか、場所的で言へば數個の投票所の内に一ヶ所だけその設備が法定の要件を缺いて居たとかいふやうな場合に於いては、その瑕疵の有つた時間又は場所だけに付いて選挙の無効原因が存するのであるから、若しその時間中又はその場所で行はれた投票の總數が判明すれば、その投票數と最低當選者と次點者との得票數の差とを比較して、前者が後者よりも少いときは、當選の結果に影響を及ぼさない場合で、選挙の無効を生じないが、之に反して前者が後者よりも多いとき又はその投票數が不明であるときは、當選の結果に異動を及ぼす虞あるものとして選挙の無効を生ずるものとなさねばならぬ。

本件判決の場合は、投票時間が午後五時限りであるべきものを午後六時まで入場投票せしめた事件で、午後五時以後の選挙は無効であり、而もその投票數が不明であるからといふ理由を以て選挙の無効を判定したのであつて、判旨固より正當である。

(126) 投票の無効と選挙の無効

投票の無効原因に付いては選挙法(新)第五十二條に規定せられて居り、府縣制市制町村制等にも之に相當すべき規定が有る。此の外尙法律に明文は無いが、選挙權なき者又はその行使能力なき者の爲した投票の無効なることも亦明文を待たない當然の條理である。何れの場合にも投票の無効は投票者の意思表示が法定の有効要件を缺いて居る爲に生ずるのであつて、唯其の意思表示が無効であるに止まり、それが爲に選挙行爲の全體が無効となるものではない。無効投票は之を取り除き有効投票のみを計算して當選の結果を定むべきことは言ふまでもない。

此の理論は無効なるべき投票が一般の有効投票の間に混入せられて、無記名投票制度の結果として、何れが無効であるかを判別することの出来ない場合でも異なる所は無い。それは選挙權なき者の投票、代書投票、委託投票、豫め場外に於いて準備した投票なきの有つた場合に生じ得る所である。投票者の中に若干數の無權利者が有り又は他人に代書せしめたもの等が有つただけが證明

せられても、その投票が既に投函せられて外の投票と混交せられた上は何れがその投票であるかを検別することは不可能である。併し此の場合と雖も瑕疵の有るのは唯その特定の投票者の意思表示のみで、選挙行爲に瑕疵が有るのではないから、それが選挙の無効を生ずる原因となるべきものないことは前巻（五五三頁以下）にも論じた所である。

然るに従來の行政裁判所の判例は、常に此の如き場合に於いて若しその無効なるべき投票の数が最低當選者と次點者との得票の差より多い場合には、選挙の全部の無効を生ずるものと爲して居り、依然としてその判例を變更しない。

最近三年間の判例の中にもその事件は甚だ多数で、一々之を列挙するの煩に堪へず、又その必要も無い。唯一例だけを挙げると、

○(一)選挙権ナキ者が投票ヲ爲スハ選挙ノ規定ニ違反シ其ノ投票ハ無効ナリ。(二)選挙権ナキ者ノ爲シタル投票ガ何人ノ得票ニ歸シタルカハ無記名投票制ニ依ル選挙ニ於テハ之ヲ斷定スルヲ得ザルニ因リ假ニ之ヲ最少得票當選者ノ得票ニ歸シタルモノトシ其ノ得票数ヨリ控除シ選挙ノ結果ニ異動ヲ生ズルノ虞アルヤ否ヲ觀ルベキモノトス。(三)市制第三十五條ノ規定ハ選挙規定違反ト選挙ノ結果トノ關聯不明ニシテ再選挙ノ方法ニ依ルニ非ザレバ其ノ結果ヲ是正スルコト能ハザル場合ニ於テハ其ノ違反セラレタル規

定ガ手續上ノ規定タルト實體上ノ規定タルトヲ問ハズ選挙ヲ無効トスルノ法意ナリ。(四)市制第三十五條ハ適確ニ選挙ノ結果ニ異動ヲ生ズベキ場合ノミナラズ異動ヲ生ズルヤモ知ルベカラザル場合ニモ選挙ヲ無効トスルモノトス。(五)市制第三十五條ニ所謂選挙ノ一部トハ某々ノ當選ノ如ク法理上分割シ得ベカラザル部分ヲ指シタルモノニ非ズ(一五、七、一七、行)。

本判決は従來の幾多の先例と同じ趣意に出て居るもので、その不當なる所以は前巻に於ても既に述べた所であるが、更に簡單に一言すれば、それは(一)「選挙ノ規定ニ違反スル」とある所謂「選挙ノ規定」の意義を誤解したものであり、又(二)選挙と投票との區別を認識しないものであり、(三)當選の無効と選挙の無効とを混同して居るものである。

(一) 法律が「選挙ノ規定ニ違反スルコトアルトキハ」と曰つて居るのは、決して選挙人或選挙運動員や警察官吏なきが選挙規定に背いた行爲を爲した場合を含むものではない。行政裁判所は法律が單に「選挙ノ規定」とのみ曰つて居る爲にそれは『手續上ノ規定タルト實體上ノ規定タルトヲ問ハズ』選挙に關する一切の規定を包含するものと解して居るのであるが、若し斯く廣く解するならば、所謂「選挙ノ規定」の中には、候補者や選挙事務長や選挙運動員や又は警察官吏等の行爲に付いての數多の規定を含むものとなり、而して此等の者がそれ等の規定に違反する行爲を爲せば、それは勿論選挙の結果に異動を及ぼし得る虞の有るものであるが、併しそれが爲に選挙そのものが無

効となるものでないことは何人も疑はぬであらう。それは何故かと言へば此等の者は選挙事務を管理する者でないからであつて、此等の者の違反行爲は唯違反者を處罰する理由とはなつても、選挙そのものに瑕疵を生ずる原因とはならないのである。法律には日本の文章の通例として主格を明にせず單に「選挙ノ規定ニ違反スル」とのみあつて何人が違反する場合を謂ふのであるかを明示して居らぬが、それは選挙事務の管理執行の任に當る當局行政廳がその規定に違反する場合のみを意味し、隨て又その所謂「選挙ノ規定」は選挙事務の管理執行に關する規定を意味するものと解せねばならぬことは當然である。何となればそれは選挙そのものに瑕疵を生ずる原因となるもので、而して選挙そのものに付いての瑕疵は、唯選挙の管理執行に關して瑕疵ある場合にのみ生じ得るからである。各個の選挙人が選挙の規定に違反した行爲を爲した場合に之に反して、恰も候補者や運動員に違反行爲の有つた場合と同様に、決して法律に所謂「選挙ノ規定ニ違反スル」場合に該當するものではない。無資格者が投票を行つたとか、選挙人が投票を自書しなかつたとか、他人の名を詐稱して投票したとかいふやうな場合は、何れも各投票人の違反行爲たるに止まるもので、それが選挙そのものに瑕疵を生ずべき理由となるべきものではない。

(二) 投票と選挙とは異つた觀念で、投票は投票者各個の意思表示をいふのであり、選挙は行政廳に依つて管理せらるる綜合的行爲の全體を指す觀念である。投票の無効は投票者各個の意思表示に瑕疵あるに依つて生じ、選挙の無効は綜合的行爲の管理執行に瑕疵あるに依つて生ずる。投票の無効

はそれだけでは決して選挙無効を生ずる原因とはならぬ、何となれば投票の無効は唯個々の投票者の意思表示に瑕疵が有るのみで、他の投票が之に依つてその効力を妨げらるるものではないからである。それは投票の無効原因が投票自身の表面に現はれて居る場合(假に之を「外見的無効投票」と謂ふことが出来る)には更に疑を容れぬ所であるが、その無効原因が表面に現はれず隨つて無記名制の結果として何れが無効投票であるかを判別することの不可能な場合(假に之を「内在的無効投票」と謂ふ)であつても、毫も理論を異にするものではない。何れの場合でも投票の無効原因は唯その投票自身の効力を阻却する原因となるだけで、他の投票の効力にまで影響を及ぼすものではない。何れが無効投票であるか不明であるにもせよ、兎に角若干の無効投票が交つて居るに過ぎぬのであつて、それだけを除いた他の投票は凡て有効でなければならぬ。單に數票の無効投票が交つて居るといふだけで、他の總ての投票をも併せて無効とするの結果を生ずることは、法律上擔保せられて居る投票の効力を理由なく減却せしむるものである。

(三) 若干の無効投票が交つて居るのに之を有効として計算したことは、唯得票數の計算に誤を生じ得るに止まり、隨つてそれは唯當選訴訟の理由としてのみ主張し得る所である。例へばA B C D Eの五人が當選し、Fが次點者であり、EとFとの得票の差は五票で、A B C Dの四人の得票は何れもFとは十票以上得票の差が有るとして、投票者の中八人の無資格者が發見せられたとすれば、本來無効であるべき八票が何人かの有効なる得票として計算せられて居ることになるのであつて、

若しそれがEの得票として計算せられて居ると假定すれば、Fよりも得票が少くなり、Eを當選者として決定したのが誤であるといふ結果になる。随つてEの當選決定は確實性を缺いて居るものとなる。之に反してA B C Dの四人は假令無効投票であるべき八票が全部自分の得票として計算せられたと假定しても、尙その當選は確實であつて、その當選者として決定せられたことは完全に適法である。故に此の場合に投票者中に八人の無資格者の有つたことは唯Eの當選無効を主張する理由となり得るのみで、選挙の全體を無効とする理由とはなり得ないものである。行政裁判所が之を選挙訴訟の正當なる理由となり得るものと爲し、選挙の全體を無効として判決し、随つて單にEのみならずA B C Dの當選をも無効ならしめて居るのは、當選に何等の瑕疵も無い確實なる當選者の權利を不法に侵害し、理由なくして議員の公職を剝奪するものと言はねばならぬ。

(附言) 此の判例は理論上のみならず實際上にも甚だ不當の結果を生じ、殊に正當なる當選者の權利を不法に侵害するものであり、而も行政裁判所がその判例を改めない限りは、立法に依るの外には此の不當なる結果を匡正する手段は無いのであるから、大正十五年に府縣制三五條市制三五條町村制三三條を改正して、その各に「但シ當選ニ異動ヲ生スルノ虞ナキ者ヲ區分シ得ルトキハ其ノ者ニ限り當選ヲ失フコトナシ」といふ但書を加へた。随つて將來に於いては少くとも府縣會及び市町村會に付いては本判例の如き不當なる結果を生ずる虞が防止せらるることとなつた。唯衆議院に付いては、選挙法中に同様の但書は加へられて居らぬから、依然として疑問を生じ得るのであるが

衆議院議員の選挙に關しては行政裁判所の管轄には屬しないのであるから、恐くは將來には斯の如き誤つた判例は繰り返へされぬであらう。

(127) 町村會に於いて行ふ町村組合會議員の選挙

○町村會ニ於テ行フ町村組合會議員ノ選挙ニ付テハ町村制第二十二條ニ依ルベキモノニ非ズ(二、四、一二、行。二、六、一四、行)。

廣島縣山都村外三ヶ村組合會議員の選挙を山都村會で行つたが、その選挙方法に付いて町村制第五十一條の規定に依らず、第二十二條に依り一般公民が町村會議員を選舉する場合の方法に依つた。縣知事は之を違法なりとして取消した。行政裁判所も亦知事の處分を正當なりとし、『町村制第二十二條ハ町村會ニ於テ行フ選挙ニ關スル規定ニ非ズ町村會ニ於テ行フ選挙ニ關スル規定ハ却テ同法第五十一條ナルガ故ニ』組合會議員の選挙に付いても、町村制第五十一條の規定に依らねばならぬものと判定した。

判旨疑もなく正當である。尙後出(146)参照。

第四節 投票の無効原因

投票の無効原因に付いての判例は確定して居つて、新しい趣意を示した判決は甚だ少い。多數の

判例の中稍注目すべきものだけを左に掲げる。

(128) 用紙の裏面又は表裏両面に記載したる投票

○投票用紙ノ表面ニ被選舉人ノ氏名ヲ記載シタルモノハ町村制第二十五條第一號ニ所謂成規ノ用紙ヲ用キザルモノト言フヲ得ズ(一五、九、一八、行)。

投票用紙の表面にある成規の欄内に被選舉人の氏名を記載しないで、その裏面に記載したのも、苟もその用紙に記載してある以上は有効の投票であるといふので、勿論正當の判旨である。

○投票用紙ノ表裏両面ニ被選舉人ノ氏名ヲ記載シタルハ氏名以外ノ記載ニ非ザルヲ以テ其ノ投票ハ有效ナリ(一四、三、二四、行)。

(129) 羅馬字にて記載したる投票

○羅馬字ヲ以テ被選舉人ノ氏名ヲ記載シタル投票モ有效ナリ(一四、三、二四、行)。

ローマ字の投票に關しては、大審院は既に之を有効と認めた先例が有るが(前卷六一三頁)、行政裁判所の判例には是れ迄嘗て現はれたことが無かつた。此の判決が其の最初の例であつて、而して行政裁判所も大審院と同様に之を有効と判定した。それは疑もなく正當と認むべきものである(同上六一四頁)。唯判決に其の理由として「此ノ如キ投票ヲ無効トスベキ規定ナキヲ以テ」と曰つて居る

のは、行政裁判所の例の如き文字解釋主義を示して居るもので、甚だ感心し難い。若し是がローマ字でなく、ギリシヤ文字やロシヤ文字であつたならば當然無効とすべきもので、之を無効とする規定が無いからといふことは理由と爲すに足るべきものではない。要は社會人の普通智識を以て其の何人を指すかを認識し得べき文字であるや否やに在る。

(130) 氏及名を記載せざる投票

●被選舉人ノ氏及名ヲ記載セザル投票ハ當然無効ニ非ズ(一四、六、一七、大民)。(判例變更)

投票に被選舉人の氏だけを記して名を書かず又名だけを記して氏を書かないものが有効であるや否やに付いて、行政裁判所の判例では、從來常にそれに依つて被選舉人の何人なるかを確認し得る限りは有効であると判決して居るが、大審院では大正十年六月二十二日の判決(前卷五八六頁)に於いて之と反對の見解を取り、氏名共に記載しなくては常に無効であると判定した。本判決は此の先例を覆へしたもので、假令氏名の併記が無くとも被選舉人の何人なるかを確認し得る以上は無効たるべきものではないと曰ひ、行政裁判所と同一の見解を取ることとなつた。此の判例の變更は正當である。

(131) 同一の氏を稱する候補者兩名あるとき氏のみを記載したる投票

○同一ノ氏ヲ稱スル候補者兩名アルトキハ其ノ氏ノミヲ記載シタル投票ハ被選舉人ノ何人ナルカヲ確認シ難キモノナルヲ以テ町村制第二十五條第四號ニ依リ無効ナリ(一四、一一、二四、行)。

氏のみを記載してあつても、それに依つて四圍の情況から何人に投票したのであるかを確認し得る場合は有効であるが、同じ氏の候補者が二人以上ある場合には氏だけでは誰に投票したかを確定的に推測することは不可能であるから、之を無効とすることは當然である。

(132) 同一氏名の被選舉人二名以上ある場合に其の氏名のみを記したる投票

○特別ノ事情アル場合ノ外議員選舉ニ於テハ選舉人ハ候補者ニ立チタル者ニ投票スルヲ通常トスルヲ以テ同一氏名ノ被選舉人二名アル場合ニ於テモ特別ノ事情ノ認ムベキモノナキトキハ單ニ其ノ氏名ノミヲ記載シタル投票ハ候補者ニ立チタル者ノ得票ト認ムルヲ相當トス(一五、六、二一、行)。

是も先例の有る所で、當然の判決である。

殊に新衆議院選舉法及び府縣制の如くに立候補届出の制を設けて居るものに付ては斯かる問題は發生の餘地が無い。

(133) 甲の氏と乙の名とを混記したる投票

○甲候補者ノ氏ト乙候補者ノ名トヲ記載シタル投票ハ被選人ノ何人タルヲ確認シ難キモノナルヲ以テ無効ナリ(一四、六、二〇、行。一五、一二、三、行)。

候補者の中に保坂治太郎と吉田治郎八との兩人が有つた。「保坂治郎八」と書いた投票はその何れを指すか不明であるから、それが無効と決せられたのは當然である。

又丸澤萬五郎と丸山秀夫とが共に候補者であつた。「丸山萬五郎」といふ投票が有つたが、同じ理由を以て無効と決せられた。

小松留太といふ候補者が有つた。外に鈴木姓の候補者が二名あつた。「鈴木留太」と記した投票は無効である。

(134) 被選人を推定し得べき投票

投票の記載が甚しく不完全であり、又誤記が有つても、結局社會的の普通の常識に依り何人に投票する意思であるかを確實に推測し得る場合には、その投票は有効である。その判例は相當多いが多數の中から左に二だけ例を挙げる。

○候補者中ニ大内八十治、大内伊惣治ノ二人アリ共ニ多數ノ得票アルモ、大内八十治ノ

得票ニハ「十」ノ代リニ「惣」ヲ書キタルモノ一票モナキニ因リ、「大内惣治」トアル投票ハ大内伊惣治ノ「伊」ヲ脱落シタルモノト確認シ得ベク、同人ノ得票トシテ有効ナリ（一五、二、八、行）。

○「かめさつだ」ト記載シタリト認ムベキ投票ハ候補者澤田勘市ガ龜村ニ住所ヲ有シ且ツ投票中他ニ「龜澤田勘市」ト記載シタルモノアルコトニ徴シ同人ニ投票シタルモノト確認シ得ベク、同人ノ得票トシテ有効ナリ（一五、一〇、四、行）。

〔135〕 文字を以て記載せざる投票

○文字ヲ以テ記載セザル投票ハ無効ナリ（二、六、一四、行）。

①と書いた投票が有効なるや否やの争で、候補者中藤田新太郎の家號は①と稱せられて居るのでそれは同人に投票したものであることを確認し得べきものであるとして、縣參事會では有効と裁決せられたが、行政裁判所は文字を以て自書しない限りは無効であると判定した。

〔136〕 他事を記入したる投票

他事記入の投票の實例として三年間の判決例に見はれて居るものは、概ね多くの先例の有る事柄のみで、新しい判例として見るべきものはない。其の重なるものを挙げると、

(一)

○被選人ノ氏名及敬稱ノ下部ニ「へ」字ヲ附記シタル投票ハ他事ヲ記入シタルモノニシテ無効ナリ（一四、六、二〇、行。一四、一二、一二、行。一五、一〇、一九、行等）。

(二)

○被選人ノ氏ト名トノ間又ハ文字ト文字トノ間ニ句點ヲ記入シタル投票ハ他事ヲ記入シタルモノニシテ無効ナリ（一四、三、二四、行。一五、九、一八、行等）。

是れも從來多くの先例ある所で、例へば「シマヲ・テツ」と記載した投票を無効として居るのであるが、それは當否甚だ疑はしい。

(三)

○被選舉人ノ氏名ニ振假名ヲ施シタル投票ハ他事ヲ記入シタルモノニ非ズ、其ノ投票ハ有効ナリ（一四、三、二四、行）。

(四)

○書損ヲ抹消シタルニ過ギズシテ有意義ノ記載ト認ムベカラザルモノハ他事ヲ記入シタルモノニ非ズ、其ノ投票ハ有効ナリ（一五、七、一〇、行）。

○文字ヲ誤記シタル爲メ之ヲ抹消シ更ニ書キ改メタル投票ハ他事ヲ記入シタルモノニ

非ズ(二、七、一九、行)。

(五)

○被選舉人ノ名ノ一字ニ假名ヲ附シタル投票ハ他事ヲ記入シタルモノニ非ズ有效ナリ(一五、七、一六、行)。

(六)

○漢字ト假名文字トヲ混用シテ被選舉人ノ氏名ヲ記載スルモ他事ヲ記入シタルモノト
言フヲ得ズ(一五、九、一八、行)。

(七)

○有意義ノ記載ト認ムベキ墨痕アル投票ハ無効ナリ(二四、一一、一二、行。一五、九、一八、行等)。

(137) 住所を記入したる投票

(一)

●投票用紙中被選舉人ノ氏名ニ附記シタル記載ガ住所ヲ表示シタルモノト認めラルル
限リハ實際ノ住所ト異ルモ該投票ハ無効トスベキモノニ非ズ(一五、二、一〇、大民)。

被選舉人の氏名以外に他事を記入した投票は凡て之を無効とするこの原則に對する例外として

法律は「但シ官位、職業、身分、住所又ハ敬稱ノ類」を記入したものは此の限に在らざるものとして居る。併し此の但書の解釋適用に付いては多少の疑が有る。第一の疑は「ノ類」とある文字は唯「敬稱」にのみ係るのであるか又は全體に係るのであるかの點に在り、第二の疑はその所謂官位住所その他の記載が眞實なることを要するや否やの點に在る。

本件判決の取扱つて居る事件は、被選舉人の現在の住所でない舊住所、居所又は本籍地を肩書に附した投票の效力如何の問題で、原審判決では法律の「ノ類」の文字は總てに係るもので、此等は眞の住所を記載したものでないにしても、住所の類を記載したものであるから有効であると判定したが、大審院は「ノ類」の文字は唯敬稱のみに係るものであるといふ原告の主張を容れたけれども、「住所ノ記載タルヤ否ハ其ノ記載自體ヨリ觀察スベク實際ノ住所ニ適合スルヤ否ハ敢テ問フ所ニ非ザルガ故ニ偶其ノ記載セル所ガ實際ハ居所、所在地又ハ本籍タリトモ其ノ記載自體ヨリシテ住所ヲ表示シタルモノト認めラルル限リハ該投票ハ無効トスベキニ非ズ」と曰ひ、結局原判決を正當なりとした。

(評論) 判決の論旨の中その第一點即ち「ノ類」の文字が唯敬稱のみに係るものと解すべきや否やは甚だ疑はしいが(自分は寧ろ全體に係るものと解するのが正當と信ずる)、その第二點即ち住所の記載が必ずしも眞實に適合するを要しないとすることは疑もなく正當である。

(二)

○被選舉人ノ住所ノ小字名ナル以上假令故意ニ之ヲ記載シタリトスルモ其ノ投票ハ無効ニ非ズ(一五、一〇、二八、行)。

無記名投票の精神から言へば、投票を識別せしむる爲の符號としての記載ならば凡てその投票を無効ならしむるものと爲すべきやうであるが、法律が住所敬稱等に付いてその記載を許して居る以上は、假令符號の意味を以て記載したものと推測し得べきものであつても、之を無効とすべきでないことは當然である。

(138) 自書せざる投票

○代書投票ハ無効ナリ(一四、六、一八、行)。

○文字ノ配置、筆勢、墨色等ニ徴シ型ニ依リ描出摺寫シタリト認ムベキ投票ハ無効ナリ(二四、五、二五、行。其の他例甚だ多し)。

(139) 自選投票

○自選投票ハ有効ナリ(一五、九、一八、行)。

『自選投票ナリヤ否ハ無記名投票制度ノ下ニ於テハ調査スルヲ得ザルノミナラズ、假ニ同人ノ自選投票ナリトスルモ所謂自選投票ヲ無効トスベキ規定ナシ』言ふを待たない當然の論旨である。

(140) 他人に強要せられたる投票

○候補者及其ノ運動員ガ選舉人ニ白紙ヲ配付シ之ニ各自ノ投票用紙ノ記載ヲ吸取リテ提示セシメ以テ其ノ真意ニ非ザル投票ヲ強要シタル事實アリトスルモ之ガ爲選舉人ガ其ノ真意ニ反シ右候補者ニ投票シタル事實ナキ以上ハ該投票ハ之ヲ無効トスベキ限ニ在ラズ(二、二、一五、行)。

判決には『選舉人ガ其ノ真意ニ反シ右候補者ニ投票シタル事實ナキ以上ハ』と曰つて居るが、假令真意に反した投票を爲したとしても、選舉人の意思は唯投票の記載に依つてのみ有効に表示せられるもので、その真意の如何は問ふ所ではないのであるから、投票に表はれて居る以外に投票者の真意如何は毫も探索する必要なく、又探索することを得ないもので、それが如何にあらうとも投票の效力には關係は無いのである。

(141) 同一人の二重投票

○同一人ガ二個ノ投票ヲ爲シタルトキハ其ノ一票ヲ無効トスベキモノトス(一四、三、二四、行)。

判決は或る二の投票が筆蹟が全く同一であるから同一人の二重投票であると認定し其の中一票を

無効なりと判定した。筆蹟の同一であることから直に同一人の二重投票であるとするのは頗る大膽な認定であるが、若し其の證據が明白であれば、二個の投票が共に同一人に投票して居る場合には其の一を無効とし、別の人に投票して居る場合には共に無効とするのが當然である。

(142) 場外にて豫め調製したる投票

○選舉權者ガ選舉會場以外ニ於テ被選舉人ノ氏名ヲ記載シタル投票用紙ヲ選舉會場ニ於テ投函スルハ町村制第二十二條第五項ニ違反スルモノトス從テ該投票ハ被選舉人ノ得票中ニ加算スベカラザルモノトス(二五、三、三、行)。

選舉終了後、その選舉に當り候補者の一人が豫め何等かの方法を以て投票用紙を入手し、之を有権者數名に交付して、その場に於て自分の氏名を記入せしめ又は之を代書し、之を投票として選舉當日使用することを依頼し、有権者數名はその依頼に應じて選舉會場に至り之を投函したことが發覺した。行政裁判所は投票は必ず選舉會場に於て自書することを要するものであるから、場外に於て豫め準備した投票は凡て無効であると爲し、唯それが無効投票であるかを判別することが不可能であるからといふ理由で、選舉の全部を無効として判定した。

(評論) 選舉の全部を無効としたことは甚だ不當であるが(前出(126)参照)豫め準備した投票が無効であるのは當然である。

(143) 選舉人名簿の對照を経ずして爲したる投票

○選舉人ガ選舉人名簿ノ對照ヲ經ズシテ投票ヲ爲シタル事實アリトスルモ其レノミニテ直ニ其ノ投票ヲ無効トスベキ事由トナルモノニ非ズ(二七、二一、行)。

第五節 選舉及當選訴訟

(144) 選舉訴訟と當選訴訟との區別

從來の行政裁判所の判例は、若干數の無効投票が有つた場合にも、若し何れが無効投票であるかを判別することの出来ぬ場合には、それが當選の結果に異動を生じ得る虞が有る限り、選舉の無効を生ずるものと爲して居ることは前に述べた通りで(前出(126))、その結果として、若干の無効投票が有つたことを主張するだけで、選舉訴訟の正當なる理由と爲し得べきものとして居り(前卷六二七頁以下参照)此の三年間の判例の中にも其の例甚だ多い。それが爲に、選舉訴訟と當選訴訟との區別を混亂し、種々の不當なる結果を生じて居る。それは從來の誤つた判例をその儘踏襲して居る爲で、その不當なる所以は前卷にも述べた所であるから、一々はその例を挙げぬが、唯その誤から生じた不當なる結果の殊に著しい二例を左に掲げて、之を論評する。

(一)

○選舉ノ效力ニ關スル訴ニ於テハ當選ノ效力ニ付テモ亦之ヲ争フコトヲ得ルモノトス。從テ原告ガ曩ニ申立テタル當選ノ效力ニ關スル異議ニ對スル決定ガ形式的ニ確定シタリトスルモ選舉ノ效力ニ關スル不服申立ノ審理ニシテ未ダ完了セザル間ハ投票ノ效力ハ確定セザルヲ以テ其ノ效力ニ付キ争フコトヲ得ベキモノトス(一四、三、二四、行)。

富山縣氷見郡選舉區に於て執行せられた縣會議員の選舉に於て、甲乙二人が當選、丙は次點者として落選と決定せられたが、之に對して當選の效力に關する異議の申立を爲す者が有り、縣參事會に於て異議申立を理由なしと決定し、其の決定に對しては行政訴訟が提起せられずして出訴期間を經過したので、其の決定は確定した。

然るに是れより先き同じ選舉に關し、某々投票區に於て他人の名を詐稱して投票した者が有つたことを理由として、選舉の效力に關する異議の申立を爲す者が有つたが、縣參事會では其の事實を認定し、而して氏名を詐稱して投票した無資格者の數は當選者中最少得票者の票數と次點者の票數との差よりも多いから、當選の結果に異動を生ずる虞あるものとし、右氏名詐稱者の有つた二投票區の選舉を無効なりと決定した。原告は此の決定に不服ありとて出訴した。

原告の主張する所は甲乙二人が當選者とせられたのは誤であつて、甲丙二人が當選人であり乙は

次點者である。而して丙と乙との得票の差異は氏名詐稱者の數よりも遙に多いから、選舉は有効であるといふに在る。

縣參事會は甲乙二人が當選し丙が次點者であることは、既に確定したのであるから、之を動かさんとするのは、其の確定力を翻へすものであると主張した。

行政裁判所は縣參事會の主張を排斥し、選舉訴訟に於ても當然當選の效力を争ひ得べきものと爲し、再び一々投票の效力に付いて審理した。而してその結果は、假令氏名詐稱者が數名あつたとしても、それが爲に選舉の結果に異動を生ずる虞が無いといふ理由を以て、縣參事會の決定を破毀しその選舉を有効なりとし、最初の決定通り甲乙二人を當選者として判定した。

(評論) 本件判決は既に一たび確定した投票の效力に付いて再び之を審査したものであることに於いて、一事不再理の原則を無視したものであり、裁判の根本原則を破壊したものととして、行政裁判所の信用の爲に最も遺憾とすべき判決の一である。本件選舉に於て甲乙二人が當選者であり丙は落選者であることは確定して争ふべからざるに至つて居るのである。然るに原告は甲丙二人が當選者であつて乙は落選者であることを主張するのであつて、それはまさしく既に確定力を生じたものに付いて更に之を變更せんとするものであり、一事不再理の原則を破壊するものであることは疑を容るべき餘地も無い。而も行政裁判所は之を適法の訴訟として受理し、投票の效力に付いて一々再び之を審理して居るのであつて、その不當なることは餘りに明瞭である。

行政裁判所が此の如き明白なる誤判を爲すに至つた原因は、一に選挙訴訟と當選訴訟との區別を理解しないことに在る。

選挙訴訟は選挙を無効なりと主張する訴訟で、而して選挙の無効は唯選挙を管理する當局行政廳が選挙の管理に關する規定に違反したことに依つてのみ生じ得るのであるから、選挙訴訟の理由としては必ず選挙の管理が法律に違反して居ることを主張するものでなければならぬ。(前出(126)參照)。

然るに本件訴訟に於て原告の主張する所は、唯投票者の中に他人の名を詐稱して投票したものが有つたといふに止まつて居る。それは詐稱者の違反行爲であつて、選挙管理廳の違反行爲ではなく随つて唯投票の無効原因たるに止まり選挙の全體に瑕疵を生ずる原因となり得べきものではない。言ひ換ふれば、それは唯當選訴訟の理由となり得べきに止まり、選挙訴訟の理由とはなり得ないものである。何となれば有効として計算せられた投票の中に若干の無効投票が有ることを主張するのは、唯當選人の決定が誤つて居ることを主張する理由となり得るのみであるからである。

それであるから、本件訴訟は名義上は「選挙ノ效力ニ關スル訴」として出訴せられたとしても、その實は唯當選訴訟であつて當選の效力を争ふものに外ならない。而して當選の效力に關してはもはや確定して争ふべからざるに至つて居るのであるから、行政裁判所は一事不再理の原則に依り既判事項として當然却下しなければならなかつたのである。

判決には(一)選挙の效力に關する訴に於いて當選の效力をも争ひ得るものと爲し、又(二)當選訴訟が確定した後に於いても選挙訴訟が繫屬して居る間は投票の效力は未だ確定しないと曰つて居るが、此等の二點は共に行政裁判所が、選挙訴訟と當選訴訟との區別に付いて如何に無理解であるかを明示して居るものである。

(一) 選挙の效力に關する訴に於いて當選の效力をも争ひ得るものとするのは、選挙訴訟と當選訴訟との區別を無視するものである。選挙訴訟は選挙の全體を無効なりとする訴訟であり、當選訴訟は選挙の有効なることを前提とし、唯當選人の決定を正當ならずと主張する訴訟である。當選訴訟は選挙の有効を前提とするものであるから、選挙訴訟とは兩立し得ないもので、選挙訴訟が提起せられて居る以上、當選の效力を争ふことは矛盾である。選挙が無効であれば、當選者は初より存在し得ないもので、當選人の決定が正當であるや否やは全然問題となり得ない。一方に於いて選挙を無効と主張しながら、同時に當選の效力を争ふのは、即ち選挙の有効なることを承認するもので選挙訴訟の自殺である。

(二) 選挙訴訟が完了しない間は投票の效力が確定しないといふのも亦投票の效力と選挙の效力との區別を無視するものである。當選訴訟は選挙の有効なることを前提とし、此の前提の下に各個の投票の效力を査定して何人が當選者なるかを決定する訴訟である。故に當選訴訟が確定すれば、各個の投票の效力は既に確定し、當選人の決定はもはや争ふべからざるに至つたものである。未だ

確定しないのは、唯其の前提となつて居る選挙そのものが有効であるや否やの點のみに在る。唯此の點のみが當選訴訟に於いて未だ審理せられなかつた點で、選挙訴訟に於いては唯此の點のみが審理の目的となり得るのである。更に各個の投票の效力を査定するのは、明白に既に審理確定せられた同一事項を再び審理するもので、一事不再理の原則を破るものであることは言ふ迄もない。

(一)

○無資格者ノ爲シタル投票ガ選挙會ニ於テ有効投票ナリト爲シタルモノ若ハ無効投票ナリト爲シタルモノノ中何レニ該當スルヤハ無記名投票ノ性質上之ヲ審査スベキ所ニ非ズ。

無資格者が投票ヲ爲シタル事實アルモ選挙會ニ於テ當選者又ハ次點者ノ有効得票ト爲シタルモノノ中無効投票又ハ其ノ者ノ得票ニ非ザル投票アリ之ヲ控除スルトキハ選挙ノ結果ニ異動ヲ生ズルノ虞ナキトキハ該選挙ハ無効ニ非ズ(一四、四、一八、行)。

茨城縣會議員の某選挙區の選挙に於て、甲は一四五八票、乙は一四五六票の得票が有り、甲が當選人と決定せられた。然るに其の選挙及び當選の效力に關して異議の申立が有り、縣參事會では、投票者の中四人の無資格者が有つたことを認定し、甲と乙との得票の差は二票であるから、四人の無資格者の投票の有つたことは選挙の結果に異動を生ずる虞あるものとして、該無資格者の参加し

た各投票區の選挙を無効とし甲の當選を取消す旨の決定を與へた。甲は此の決定を不當として出訴した。

原告の主張は數點に分れる。

第一に、原告は四人の無資格者の投票を爲した事實を否認したが、是は裁判所の容るる所とならず、裁判所は其の事實を肯定した。

第二に、原告は假に無資格者の投票が有つたとしても無効投票の中には選挙人の記名の有つた爲に無効となつたものが數票あるから、無資格者の投票が其の中に有るや否やを審査しなければならぬのに、それをしなかつたのは違法なりと主張したが、裁判所は判旨第一點に示す如く、無資格者の投票は之を検索し得べからざるものと判定した。

第三に、原告は乙の有効得票として計算せられたものの中、七十一票の無効投票及び他人の得票あることを指摘し、假令四人の無資格者の投票が有り、それが盡く甲の得票の中に計算せられて居るものとするも、原告と乙との得票の差はそれより多數であるから、選挙の結果に異動を及ぼす虞なきものであり、隨て該選挙は有効で原告の當選は取消すべきものに非すと主張した。

裁判所は各投票に付き其の效力を審査した末、乙の有効得票とせられた一四五六票中には九票の無効投票があり、乙の正當なる得票は一四四七票で、原告の有効得票とせられた一四五八票中には十六票の無効投票が有り、其の正當なる得票は一四四二票で、乙よりも得票数五票の少數となる。

隨て選舉會が原告を當選者と決定したのは違法で乙が當選者である。而して其の得票の差は五票であるから、假令四人の無資格者の投票が有つたとしても、選舉の結果に異動を及ぼす虞の無いものであつて、該選舉は無効に非すと曰ひ、縣參事會の爲したる決定中當該各投票區に於ける選舉は之を無効とすとの部分を取消す旨を判定した。

(評論) 本件は結果に於いては正當であり、判決要旨に示された二點に付いても、別に異論を容るべきものは無いが、其の以外の點に於いて當選訴訟と選舉訴訟との混同を示す一例と爲し得べきものである。

判決に依れば、本件異議の申立は「選舉及當選ノ效力ニ關スル異議」とあり、縣參事會の決定に於ても「右各投票區ニ於ケル選舉ハ之ヲ無効トシ原告ノ當選ハ之ヲ取消ス」と曰ひ、而して判決には右決定中「選舉ハ之ヲ無効トス」との部分を取消す旨を宣告して居る。即ち選舉の無効に付いてのみ原決定を破毀し、當選の無効に付いては原決定を維持して居るのである。

「選舉及當選ノ效力ニ關スル異議」といふ標題は、それ自身既に甚しき矛盾で、選舉の效力に關する異議と當選の效力に關する異議とが性質上一訴訟に併合せられ得べきものでないことを無視して居るものである。選舉の效力を争ふものであれば、當選の效力は初より問題とならないものであり、當選の效力を争ふものであれば選舉の有効なることは當然の前提とせらるるのである。その兩者を併合するのは自家撞着であり、初より相兩立し得べからざるものを強て兩立せしめて居るもの

である。縣參事會が之に對して「選舉ハ之ヲ無効トシ原告ノ當選ハ之ヲ取消ス」と決定して居るのも亦同様の誤解に陥つて居るものである。

若し本件異議の申立が選舉の無効を主張するものであれば、それは單純な選舉の效力に關する異議であつて、假令名義上選舉及當選の效力に關する異議として申立てたとしても、「及當選」の三字は全く無意義なものとして取扱はれねばならぬ。隨つて縣參事會の決定に於ても選舉を無効とする旨の決定を與ふるにのみ止まるべきもので、それに加へて更に「原告ノ當選ヲ取消ス」と曰つて居るのは、全然無用の文字で、決定としての效力を生じ得べきものではない。然るに行政裁判所は本來絕對に無効であるべき「原告ノ當選ヲ取消ス」との部分維持し、選舉を無効とする部分だけを取消して居るのであつて、其の結果は本來無効なる縣參事會の決定が行政裁判所に依つて却て有効とせられ、それと同時に、選舉の效力に關する訴訟に於て、當選人の決定が變更せられたといふ奇怪なる現象を來すに至つたのである。

此の如き觀念の混迷を生じた原因は、例の如く、無資格者の投票に因つて、選舉の無効を生じ得べきものと誤解したことに在る。既に述べた如く無資格者の投票の有つたことは、唯當該投票を無効ならしむるだけで、選舉の無効原因となり得べきものではなく、隨つてそれは唯當選訴訟の理由となり得べきに止まり、選舉訴訟の理由とはなり得ないものである。

此の故に本件異議の申立は初より選舉の效力に關する異議としては成立し得ないもので、それは

純然たる當選の効力に關する異議である。随つて縣參事會の決定に於ても、選舉を無効とする旨の決定は失當であつて、唯原告の當選を取消す旨の決定のみが適法なる決定として成立し得るに止まる。斯く解するに依つてのみ行政裁判所が原告の當選を取消す旨の原決定を維持したことが説明し得られるのである。

〔145〕 當選訴訟提起の要件

○町村制第三十條第一項ノ事由ノ生ジタル場合ニ於テ同條第一項但書ニ依ル同法第七條第二項ノ手續ヲ爲サザル旨町村長ノ意思ガ表示セラレタルトキハ同法第三十三條第一項ニ依リ當選ノ效力ニ關スル異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルモノトス（一四、六、一三、行）。

某町會議員の選舉に於て二十四人の當選人が定まり、原告は最低點の當選人と同點であつて年少の爲に落選者となつた者であつたが、當選人の中一人は選舉犯罪に依り處刑を受け其の當選が無効となつたので、町長は其の旨を告示した。原告は此の場合に於ては再選舉を行はず當然自分が當選人と決定せらるべきものであると主張し、異議の申立を爲したが、容れられなかつたので、縣參事會の裁決を経て出訴した。

此の訴訟に對し、縣參事會は妨訴抗辯として、當選に關して訴を爲すには當選人の氏名が告示せられたことを要する、町村制第三十三條には「當選ニ關シテハ第三十一條第二項ノ告示ノ日ヨリ七日以内ニ」異議の申立を爲し得べきことを定めて居り、而して第三十一條第二項には町村長は「當選者ノ住所氏名ヲ告示」すべきものとして居る、然るに本件に於て町長は處刑者の當選が無効となつた旨を告示したに止まり、之に代るべき當選人を決定して之を告示したのではないから、異議の申立を爲し得べき要件が缺けて居ると主張した。

裁判所は此の妨訴抗辯を容れず、町長が處刑者の當選が無効となつたことを告示し、而も原告を當選人とする旨を告示しなかつたのは、原告を當選人と爲さざる旨の消極的意思表示と見るべきものであるから、自己の當選を主張する原告が之に對して異議の申立を爲し得べきは當然であるとして、而して本案に付いて審理した末、本案に付いては原告の主張を排斥して、選舉犯罪に因り當選無効となつた場合には、其の處刑者が次點者と同點で年長の爲に當選人となつた場合に限り、再選舉を行はず直に同點者を以て當選者とするのであつて、其の他の場合には必ず再選舉を行はねばならぬ。而して本件の場合には處刑を受けて當選無効となつた者の得票點は原告と同點ではなく、原告は最低點の當選人と同點であつたに止まるのであるから、原告を當選人となすべきものではなく、再選舉を行はねばならぬものであるとして、結局原告を敗訴と爲した。

（評論） 本件訴訟の本案は法律の明文上明白な事柄で論評する迄もないが、唯本件が適法に出訴し得べき事項であるや否やの問題に付いて、判決の取つて居る見解は不當であると信ずる。

(一) 凡て當選訴訟は特定の當選人が決定せられた後其の當選の效力を争ふ爲に提起せられるもので、法律は専ら此の場合を豫想して規定して居る。町村制に當選に關する異議の申立は當選人の氏名が告示せられた後七日以内に提起すべきものと定めて居るのは此の理由に基くものである。然るに本件の場合には未だ當選人を決定しないのに、自分が當選人であることを主張するのであるから出訴の要件を備へないもので、縣參事會が妨訴抗辯を爲して居るのは、正當の理由あるものと言ふべく、行政裁判所が之を受理判決したのは、不當に法律を擴張して解釋したものと言はねばならぬ。

(二) 日本の今日の行政裁判法は一般に行政廳の不行爲に對して其の行爲を要求する爲に行政訴訟を提起することを許して居らぬのを原則として居る。當選訴訟に付いても此の一般原則に對し例外を爲すものと認むべき根據は無い。即ち當選に關する争は、當選人が既に決定せられてから後其の當選を無効なりと主張する場合にのみ之を提起することを得るのであつて、本件の如き場合には再選舉が行はれて其の當選の結果が決定せられてから、始めて之に對し異議の申立を爲し得べきものと解するのが正當であると信ずる。未だ當選人の決定が無いのに自分を當選人として決定せられんことを要求するのは、行政廳の不行爲に對し行爲を要求するものであつて、現行の行政裁判法の主義として許さない所である。

(三) 本件訴訟は其の名稱に於て「町會議員當選權ニ關スル訴」と謂つて居る。それは當選の効

力を争ふものではなく、單に自分の當選者としての權利を主張するに止まるのであるから、「當選權」と云ふやうな異様な名稱を用ゐて居るのである。併し法律は唯當選の效力に關する争を許して居るに止まり、「當選權」に關する訴を許して居るのではない。本件判決が誤つた擴張解釋に陥つて居ることは訴の名稱からも察することが出来る。

(146) 町村會に於て行ふ町村組合會議員の選舉に關する訴

(一)

○組合町村ノ町村會ニ於テ行ヒタル町村組合會議員ノ選舉ノ效力ニ關シテハ町村制第三十三條ノ準用ニ依リ其ノ選舉人タル町村會議員ヨリ異議ヲ申立テ訴願ヲ爲シ又ハ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス(二四、二、二七、行。二、六、一四、行。二、一〇、二二、行)。

町村組合の組合會議員選舉方法に關しては、一部事務の組合に付いては、法律は之を組合規約の定むる所に一任して居る。而して組合規約に於いては、組合會議員を直接に町村公民の選舉するものと爲さず、組合各町村の町村會に於いて之を選舉するものとして居るのが多い。此の場合に於てその選舉又は當選の效力に異議ある者は之に對し異議の申立、訴願又は訴訟を爲し得るや否やは多少の疑ある問題である。何となれば一方に於いて法律には「町村組合ニ關シテハ法律勅令中別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外町村ニ關スル規定ヲ準用ス」とあつて、若し此の規定に重きを置くなら

ば、町村會議員の選舉に付いては異議の申立が許されて居るのであるから、町村組合會議員の選舉に付いても等しく異議の申立を爲し得るものと解せねばならぬが、一方に於いては町村會に於いて行ふ選舉に付いては、その選舉が違法であつた場合でも、法律は唯町村長が再選舉を行はしむるか、又は監督官廳が之を取消し得ることを認めて居るだけで、議員が異議の申立を爲し得ることを認め居らぬ、若し此の規定に重きを置けば組合會議員の選舉が町村會に於いて行はれる場合には、その選舉人たる町村會議員から異議の申立を爲すを得ないものと解せねばならぬ、その何れが正當の解釋であるかが法律の文字の上では明瞭でないからである。

行政裁判所は此の問題に關して、常に町村會議員の選舉に於けると同様に異議の申立を爲し得るものと解して居る。その最初の先例は大正十四年二月二十七日の判決で、福島縣北山村外二ヶ村の組合會議員を北山村會で選舉したのに對しその選舉を無効なりとする訴が起つたが、縣參事會では本件は異議申立及び訴願訴訟を起し得ない事件であると爲したのに反し、行政裁判所は中間判決を與へて『本件選舉ニ付キテハ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス』と曰ひ、爾來常に此の判例を維持して居る。

(評論) 判旨不當であると信ずる。

(一) 町村會に於いて行ふ選舉に付いては、町村制は唯町村長が再選舉を行はしめ及び監督官廳が之を取消し得ることを認めて居るのみで、議員の側から其の選舉の違法なることを主張し得る途

を開いて居らぬ(七四條)。それは公の自治機關としての町村會の權威を尊重するの趣意に出て居るもので、凡て公の議會に於いては議員は發言表決の自由を有し、若し議會に於ける議決又は選舉が違法に行はるるやうな場合には、議員はその自由なる發言に依り、議會の内部に於いてその違法を矯正することに努むる權能を有つて居る。それにも拘らずその説が行はれず多數を以て決せられた上は、議員は多數の決した所には服従しなければならぬもので、自ら議會を構成する一員として之に参加しながら、少數意見を主張して訴訟に依つて之を争ふことは、議會の權威及秩序の爲に許すべからずとすることがその趣意の存する所である。若し然りとすれば組合會議員の選舉に付いても、それが町村會に於いて行はるるものである以上、やはり同様に解釋せねばならぬ。

(二) 勿論、町村制は一方に於いて、「町村組合ニ關シテハ法律勅令中別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外町村ニ關スル規定ヲ準用ス」(一三六條)と規定して居るけれども、「準用」とは同様の性質を有する事柄に付いて同様の規定を適用する意味であつて、性質を異にするものに對しては準用は起り得ない。而して一般の公民が行ふ所の選舉と町村會の如き公の議事機關に於いて行ふ選舉とは、その法律上の性質に於いて甚だ異つて居る。それは單に選舉の機關が異つて居るばかりではなく、その機關の性質が異つて居るのであつて、一は一般の人民であり、一は一堂に會して發言表決する公の合議體である。全く性質を異にする機關の行爲に付いて同一の規定を準用せんとするのは、準用の法理を誤つたものである。現に行政裁判所に於いても、その選舉の方法に付いては、町村會に於

て組合會議員を選挙する場合と同一の方法（町村制二三條）が準用せらるべきものでなく、町村會に於いて法律勅令に依り選挙を行ふ場合の方法（五一條）に依るべきものとして居る（前出（127）参照）。若しそれが正當であるとすれば、獨り異議の申立に關してのみ一般公民が行ふ所の選挙に關する規定を準用せんとするのは、明白なる自家撞着である。

（三） 若し判決に言ふが如く、本件の如き場合に選挙の効力に關する訴を爲し得べきものとすれば、當然に又當選の効力に關する訴をも爲し得べきものと認めねばならぬ。然るに町村制三三條には「選挙人選挙又ハ當選ノ効力ニ關シ異議アルトキハ」云々とあつて、選挙人だけに當選訴訟を起し得べき権能を認めて居るに止まる、それは町村會議員の選挙に付いては被選挙権を有する者も唯選挙人にのみ限つて居るからである。組合會議員を町村會で選挙する場合は之に反して選挙権と被選挙権とが全く範圍を異にし、選挙権は唯町村會議員だけが之を有し被選挙権は一般公民が之を有するのであるが、而も尙選挙人のみが異議の申立を爲し得るものとすれば、例へば公民中の甲が當選し乙が落選した場合に乙は町村會議員でない限り當選訴訟を爲すことを得ないものとならねばならぬ。現に行政裁判所も昭和二年六月十四日の判決に於いて

町村組合會議員ノ當選者ト雖町村組合會議員ノ選挙人ニ非ザル者ハ其ノ選挙ノ効力ニ關シ行政訴訟ヲ提起スルヲ得ザルモノトス

と曰つて居る。併しながら一般に選挙に付いての異議申立を許しながら、利害關係の最も密接なる

被選挙人が自分の當選に付いて異議の申立を爲すを得ないものとするのは、その不合理なること明白で、此の如き不合理の結果を生ずるのは、その根本に誤が有る爲であつて、即ち此の場合の選挙に付いては全然異議の申立が許されないものと解せねばならぬのである。尙次の判決参照。

（二）

○町村組合會議員ノ選挙ノ効力ニ關スル異議ノ申立ハ其ノ組合管理者ニ對シテ之ヲ爲スベキモノトス（二、六、一四、行）。

（評論） 町村組合會議員を町村會で選挙する場合には異議の申立を爲し得ないものと解すべきことは右述ぶる通りであるが、若し假に行政裁判所の見解の如くに、その申立を爲し得るものとすれば、何人に對してその申立を爲すべきものであるかの問題を生ずる。

大正十四年二月二十七日の判決に於いては、最初に村長に異議の申立を爲し村會でその決定を與へ之に不服ありとして縣參事會に訴願したのであつたが、行政裁判所は之を適法の手續を経たものと解し、之を却下することを爲さなかつた。然るに本件に於いては之と反對に組合管理者に異議を申立つべきものとして居るのである。

町村制の規定の文言から言へば、町村會議員の選挙に關する異議は町村長に申立つべきものとせられて居るのであるから、之を組合に準用するものとすれば、組合管理者に申立つるのが當然の事と解せらるるやうである。併し町村會議員の選挙に於いては町村長が選挙長となつて選挙事務を管

理するのであるから、町村長に異議の申立を爲すものとせられて居るのであるが、町村會で組合會議員を選挙する場合は、組合管理者はその選挙とは全く無關係であり、之に異議の申立を爲すのは町村制の規定とは全く趣意を異にするものとなるを免れない。而してそれは元來準用することの出來ないものを準用することから生ずる結果で、此の點から見ても斯かる異議の申立を適法なりと解することが不當であることを推知し得る。

(147) 當選者の承諾を無効なりとする訴

○府縣會議員當選者ノ應諾ヲ争フモノニシテ選挙會ガ當選者ヲ定メタル處分ノ當否ヲ争フモノニ非ザルモノハ府縣制第二十四條ニ依リ行政訴訟トシテ提起スルコトヲ得ズ(二二、二四、行)。

府縣制第六條には一般の官吏が府縣會議員に當選した場合には所屬長官の許可を受けなければ之に應ずることの出來ないものとして居る。本件は退職判事である某が當選し許可を受けずしてその當選を承諾したのは違法であるとする訴訟で、行政裁判所が之を當選訴訟たり得ざるものとして却下したのは正當である。

(148) 得票數の増加を求むる訴

○單ニ得票數ノ増加ヲ求ムル訴ハ町村制第三十三條ニ依リ行政訴訟トシテ提起スルコトヲ得ザルモノトス(一五、六、一五、行)。

當選訴訟は當選の效力を争ふ訴であるが、必ず當選人の決定の不正當なることを主張するものでなければならぬ。當選者が自己の得票の計算の誤れることを主張するのは、固より當選訴訟となり得ない。

(149) 他の訴訟に於いて當選無効となりたる者に付更に其の當選を無効なりとする訴

○村會議員ノ當選ノ效力ニ關スル他ノ訴訟ニ於テ既ニ其ノ當選無効ヲ宣言セラレタル者ニ付キ更ニ其ノ當選ノ無効ノ宣言ヲ求ムル請求ハ理由ナキモノトス(一五、六、二一、行)。

村會議員の選挙に於て定員二十四人の當選者が有り、その最低當選者甲の得票は四十二票であつたが、それに對して二個の別々の當選訴訟が提起せられた。一は六十票の得票が有つて而もその村に住所を有しない者であるといふ理由でその總ての得票を無効とせられた乙がその村に住所を有する者で正當な當選者であることを主張する訴であり、一は四十一票の得票で落選者とせられた丙がその實四十四票であるから自分が當選者であると主張する訴であつた。行政裁判所はその第一の訴に對し乙がその村の公民であることを承認し、隨つて乙を當選者とし、甲の當選は無効であると判

定し、而してその第二の訴に對し既に他の訴訟に於いて甲の當選は無効となつたのであるから本訴はその理由の無いものと判定したのである。

(150) 當選訴訟に於ける主參加の訴

●衆議院議員ノ當選訴訟ノ原被告ニ對スル主參加ノ訴ハ之ヲ許サザルモノトス(一五、二、二〇、大民)。

青森縣第二區の選舉に甲が當選人と決定せられ、乙が次點者、丙が第三位の得點者あつた。乙から甲を被告として當選訴訟を提起したが、丙は更に自分が當選人であると主張し甲及び乙を共に被告として主參加の訴を提起した。併し其の提起の時には法定の出訴期間を経過して居た。

大審院は原審判決と同じく(一)當選訴訟は常に當選人を被告としてのみ提起し得べきもので、當選人の外に次點者をも被告として、第三位の得點者が自己の當選を主張することは、出訴期間の如何に拘らず選舉法の認めない所で、不合法である。(二)當選人を被告とする訴は、出訴期間の定めが有つて、其の期間を経過した以上、是も不合法であると爲し、訴を却下した。

判旨疑もなく正當である。當選訴訟は當選人の當選無効を主張する訴訟であつて、當選人の決定を變更して正當なる當選人を決定する訴訟ではないから、唯既に當選人と決定せられた者を相手方として出訴し得べきに止まり、次點者を相手方と爲し得べきものではない。

第六節 選舉犯罪

(151) 利害關係を利用する誘導

(一)

●衆議院議員選舉法(舊)第八十七條第一項第四號ニ所謂利害關係ハ其ノ利害ガ私的性質ヲ有スルト公的性質ヲ有スルトヲ問ハズ又其ノ關係事項ガ現在ノモノナルコトヲ要セズ將來ノモノト雖其ノ發生ノ可能性ヲ有スレバ足ルモノトス(二四、二、二〇、大刑)。

長崎市から衆議院の議員候補に立つた何某が、其の立候補宣言書の中に(一)長崎帝國大學の設立(二)長崎をして一等港に昇格せしむると共に自由港たらしむること(三)平坦線の速成(四)長崎市に博物館水族館植物園の設立といふやうな項目を掲げ、當選の上は此等の事に盡力すべき旨を記して之を選舉人に配布したが、選舉法に所謂「市町村ニ對スル用水、小作、債權、寄附其ノ他利害ノ關係ヲ利用シテ誘導ヲ爲シタルトキ」に該當するものとして處斷せられた。上告人は此等は國の政治に關するもので、單なる長崎市の利害問題ではないと主張したが、大審院は之を容れず、右四項の中、所謂平坦線は鐵道敷設法に於て既に政府の敷設すべきものとして豫定せられて居る線路であるから、其の速成を期することは畢竟法律を以て定めた帝國鐵道政策の一端を速に實現せしめよう

とするのであるから、之を立候補宣言の中に加へたとしても罪となるべきものではないが、其の他の三項は何れも主として長崎市の利害に關するもので、假令同時に一般國家的利害に關するものであつても、之を以て投票を勧誘することは、選舉法違反罪を構成するものであると判定した。

(評論) 本件判決は既に多くの先例の有る事項であるが、判旨甚だ賛成し難い。

(一) 選舉法罰則の目的とする所は、専ら不正の利を以て投票を勧誘することを禁遏するに在る。投票の勧誘それ自身は固より正當の行爲であるが、唯其の勧誘が不正の利を約束することに依つて行はれたならば、選舉犯罪を構成するのである。それであるから犯罪構成の要件としては必ず其の約束する所の利益が、議員としての職務上正當に行ひ得べき事柄に屬しないものでなければならぬ。議員として職務上正當に爲し得べき行爲に付いて、將來若し自分が當選したならば此の如き方針を取るべしといふことを宣言するのは、選舉運動の正當な手段であつて、犯罪を構成すべき理由はない。本件の問題となつた長崎帝國大學の設立、長崎港の將來、長崎博物館等の設置の如き、何れも議員として正當なる權限行使の範圍に屬するもので、將來自分の取らむと欲する職務上の方針を宣言するものに外ならぬ。假令それが長崎市の利害に關係する問題であるとしても、之を以て犯罪を構成するものとするのは不當である。

(二) 判決を誤らしめた主たる原因は、法律が廣く「利害ノ關係」と謂つて居ることに在る。市町村ニ對スル利害ノ關係」といふことを文字通りに解すれば、本件の問題となつた事柄も、長崎市

に利害關係の有る事柄であることは、固より疑を容れぬ。判決は之が爲に本件の如き場合も此の條文に觸るるものと解したのである。併しながら法律には「用水、小作、債權、寄附其ノ他利害ノ關係ヲ利用シテ」云々とあるのであつて、單純に利害關係と謂つて居るのではなく、「用水、小作、債權、寄附」の例を擧げて、「其ノ他利害關係」と續けて居るのであるから、其の所謂利害關係は、此等例示せられて居るものに類似の性質を有する利害關係をのみ意味するものと解すべきは當然である。而して用水、小作、債權、寄附なきに共通な性質は何であるかと言へば、それ等は何れも議員としての公の正當なる職務に基いて爲すものではなく、或は一人として或は職權の濫用に依つて與ふる所の利益である點に在る。果して然らば法律の所謂「利害ノ關係」は唯此の如き性質を有する利害關係にのみ止まるものと解せねばならぬことは當然である。

(三) 勿論、帝國議會の議員として其の職務を行ふには、全國家の利害を以て念とし、地方的利害に依つて行動すべからざることを理想と爲すべきであるが、法律が選舉區制度を認めて、地域代表の主義を採つて居る以上は、議員が自分の選ばれた選舉區の利害を念とすることは、法律の當然豫期する所と認むべきであつて、之を以て法律の禁止する不正行爲と見るべき理由は無い。隨て又其の立候補の宣言として發表する政見の中に、當該選舉區の利害に關する事項が含まれて居たとしても、之を以て選舉犯罪なりとするのは、恰も既に議員の地位に在る者が、自分の選舉區に學校、區裁判所、停車場なきの設置を建議したり、築港工事や河川改修に付いての議案を提出するのが、

瀆職罪であるとするのと異なる所は無い。

(二)

●或鐵道ノ施設ガ國家交通政策ノ一端ニ屬シ其ノ速成ニ依リテ多少一般交通上ニ利スル所アルモ、之ガ爲ニ主トシテ利害ヲ感ズルモノハ特定ノ一地方ナル場合ニ於テ、衆議院議員候補者ガ投票ヲ得ル目的ヲ以テ其ノ地方ノ選舉人及選舉運動者ニ對シ當選ノ上ハ右鐵道ノ速成ニ努力スベキ旨ヲ告ゲテ投票ヲ求メ選舉運動ヲ依頼シタルトキハ衆議院議員選舉法第八十七條第一項第四號ニ所謂利害關係ヲ利用シテ誘導シタルモノニ該當ス(一四、三、二六、行)。

本件は大阪市西區から候補に立つた衆議院議員候補者何某が、選舉運動者に運動を依頼する際及び政見發表の演說會に於て、當選の上は大阪臨港鐵道の完成に盡力すべき旨を述べた事件で、原審裁判所及び大審院に於て共に選舉犯罪を構成するものと認められたものである。

(評論) 本判決も前の判決と同様に不當であると信ずる。

本件の如き利害關係を利用する誘導が、選舉犯罪となるや否やを區別すべき標準は、其の約束せられた行爲を、當選の後に實行すれば、それが議員としての職務を不正に行使したものとなるや否やに求めなければならぬ。若しそれが議員としての正當なる職務の行使と認むべきものであれば、

豫め之を約束したとしても、決して犯罪を構成するものではない。

(三)

●衆議院議員選舉法第八十七條第一項第四號ノ議員候補者ガ投票ヲ得ル目的ヲ以テ選舉人又ハ選舉運動者ニ對シ誘導ノ爲利用スル利害ノ關係タルニハ議員候補者ニ於テ其ノ利害ニ付直接ニ當事者トシテ關係ヲ有スルコトヲ要セズ又議員候補者自身ガ其ノ關係事項ノ内容ヲ實現シ得ルコトヲ要セザルモノトス(一四、六、二三、大刑)。

丸龜市から代議士の候補に立つた者が政見發表演說會に於いて、「當面各種ノ問題ニ就テ」といふ演題で、同市の築港、水道の敷設及び土器川改修等の問題を述べ、此等の成立に努力すべき趣旨を聲明したのが、有罪とせられたのである。

(四)

●村會議員候補者ガ村治ニ關スル村費負擔ノ輕減並學校増築ノ問題ニ付意見ヲ主張スルコトヲ得ルハ勿論ナレドモ自己ニ投票ヲ得ル目的ヲ以テ之ニ關シ村内ノ一區又ハ一部落ノ住民ノ爲特殊ノ利益ヲ主張シ之ヲ利用シテ選舉人ヲ誘導スル行爲ハ町村制第三十七條衆議院議員選舉法第八十七條第四號ノ罪ヲ構成ス(一四、一一、一四、大刑)。

村會議員候補者が選舉運動を爲すに當り、自分が主として同村内の某部落に根據地を有つて居る

所から、同部落の選舉人の多數集まつた集會に於いて、自分が當選した上は特に同部落の村費負擔額を輕減することに盡力すべきこと及び同部落の兒童の通學して居る小學校分教場の増築に盡力すべきことを演説したのが選舉犯罪に問はれたのであるが、是も前の判決と同様に賛成し難い。

(152) 金錢其の他財産的利益の供與

(一)

●選舉人が議員候補者ノ推薦詮衡ニ要シタル實費ト雖モ選舉運動者ガ議員候補者ノ爲ニ投票ヲ爲サシムル目的ヲ以テ選舉人ノ爲其ノ實費ヲ支辨シ選舉人ニ於テ其ノ情ヲ知リナガラ支辨ニ因リテ利益ヲ受ケタルトキハ衆議院議員選舉法(舊)第八十七條第一項第八號ノ犯罪ヲ構成ス(二四、三、二、行)。

和歌山縣西牟婁郡第二區の縣會議員補闕選舉に當り、甲乙二人の候補者が有つたが、兩派の運動者及び中立の有志者が或る料理屋に集まりて協議した末、抽籤の上甲一人を候補に立て、第二區全部舉つて之を援助し、乙は候補を斷念する代りに、其の會合の費用は甲派の選舉運動者か之を負擔することに決し、之を實行した。それが爲に其の會合に集まつた者が料理屋の飲食費宿泊料等の支辨を受けたものとして、選舉法違反の罪に問はれた。上告人は單に選舉に關する實費の辨償を受けたもので不法に利益を受けたものではないと主張したけれども、大審院は假令それが實費に止まる

としても、投票を得る對價として支辨されたのであるから、選舉犯罪たることを失はないものと判定した。

是は現行法上當然の判旨と認むるの外は無い。

(二)

●衆議院議員選舉法ノ罰則ニ所謂金錢ノ供與トハ出金者ノ何人タルヲ問ハズ事實上金錢ヲ給付スル總テノ行爲ヲ包含スルモノニシテ、他ヨリ特定ノ選舉運動者ニ金錢ヲ給付スルコトヲ委託セラレ之ヲ受領シテ其ノ者ニ給付スルハ金錢ノ供與ニ外ナラズ(二四、四、二、行)。

千葉縣安房郡第四區の縣會議員の候補に立つた甲某が、選舉人何某から酒代を要求せられて、選舉運動員乙某の手を通じて、金五圓を供與したので、甲某も乙某も共に金錢を供與した者として、選舉法違反の罪に問はれたので、乙某から上告した。上告論旨の要點は、乙某は單に金錢を取次いだに過ぎないので、金錢供與者は甲某であることが確定せられて居るのに、乙某をも等しく金錢供與者として罰することは違法であるといふに在る。

大審院は上告論旨を理由なしとし、甲某も乙某も共に金錢供與者であると判定した。

(評論) 情を知りて金錢を取り次いだのであるから、共犯者として處罰せられることは免れないとしても、自己の意思に基いて供與したのではなく、他人の供與を取り次いだに過ぎぬ者を、獨立

の金錢供與罪とするのは、不穩當である。單一なる金錢供與の行爲に付いて二人の獨立なる供與者が有るべき理由は無い。

(三)

●選舉運動者が議員候補者ノ爲ニ投票ヲ爲サシムル目的ヲ以テ他人ニ對シ選舉人ニ米ヲ供與スベキ申込ヲ爲スコトヲ依頼シタル場合ニ其ノ者が辨當代ヲ供與スベキ申込ヲ爲シタリトスルモ衆議院議員選舉法(舊)第八十七條第一項第五號ノ適用上選舉運動者ハ選舉人ニ財産上ノ利益供與ノ申込ヲ爲シタルモノニ外ナラズ(一四、一〇、一、大刑)。

町會議員の選舉に際し、某候補者の運動員甲が乙に對し選舉人丙に後日米を供與するから某候補に投票するやうに話してくれと依頼したが、乙は其の依頼に應じて丙に對し後日辨當代を出すから某候補に投票してくれと傳へた。甲が財産上の利益の供與を申込んだ者として原審で有罪の判決を受けたのに對し、甲は米と曰ひ、乙は辨當代と曰ひ、其の間に意思の齟齬が有つて甲の申込は丙には傳はらなかつたのであるから、甲は丙に供與の申込を爲したのではないといふ理由で、上告したが、大審院は之を容れず、米といひ辨當代といひ等しく財産上の利益に外ならぬから、甲の利益供與の申込は其のまゝ丙に傳へられたものであるとして、上告を棄却した。

(153) 供與の申込と供與

●衆議院議員選舉法(舊)第八十七條第一項第一號ニ所謂金錢物品ノ供與ヲ爲シタルコトキトアルハ供與ノ申込ト異ナリ供與ヲ受クル者ニ於テ之ガ受領ヲ爲シタル事實アルコトヲ要ス。

然レドモ同號ノ罪ハ單ニ供與ノ申込ヲ爲スト現ニ供與ヲ爲スト問ハズ成立スルモノニシテ此ノ如ク犯罪ノ構成要素ガ選擇的ニ定マル場合ニ於テハ其ノ一ガ認め得ラレザルトキト雖モ他ノ一ガ認め得ラルル限り重大ナル事實ノ誤認アルコトヲ窺フニ足ルベキ顯著ナル事由アリト爲スコトヲ得ズ(一五、五、二七、行)。

(154) 公私の職務の供與

●議員候補者ヲシテ其ノ議員候補ヲ止メシムル目的ヲ以テ公ノ職務ヲ供與スルコトヲ申込ミタル場合ニ於テハ申込者ニ授與ノ權限アルト否トヲ問ハズ全然不能ニ非ザル限り衆議院議員選舉法(舊)第八十七條第一項ノ職務供與申込罪ヲ構成ス(一五、二、一五、大刑)。

村會議員の選舉に際し、甲候補の運動員某が乙候補に斷念方を交渉し、若し斷念するならば甲候補の現に有する村農會總代の職を譲る旨の申込を爲した事件である。村農會總代は農會で公選するものであつて、私に之を譲り得るものではなく、況んや運動員某は自ら其の職に在る者でもないから、

それは全然不可能であると主張したけれども、大審院は之を容れず、事實上不能ではないからとして有罪を判定した。

(155) 饗應接待

(一)

●選挙運動者ニ對シテ報酬又ハ謝禮ノ意味ヲ有セズ單ニ常食時ニ於テ一般社交上ノ儀禮ニ超越セザル程度ノ飲食物ヲ供スルハ衆議院議員選挙法(舊)第八十七條第一項第二號ニ所謂饗應接待ニ該當セズ。

選挙運動者ガ特ニ議員候補者ノ爲投票ヲ得ルノ目的ヲ以テ選挙人ヲ招請シ之ニ飲食物ヲ供スル場合ハ其ノ供與シタル飲食物ノ價格ノ多少又其ノ時刻ノ常食時タルト否トヲ問ハズ衆議院議員選挙法第八十七條第一項第二號ニ所謂饗應接待ニ該當ス(一四、四、一一、大刑)。

舊選挙法八七條(新法百十二條第一號に相當す)には議員候補者が投票を得る目的を以て選挙人又は選挙運動者に對し饗應接待を爲すことを禁止して居る。本件は候補者が選挙人三十餘名を招待して投票を依頼し、各金三十六錢四厘に相當する酒食を供したことが其の所謂饗應に該當するや否やの問題を取扱つて居るもので、大審院は選挙運動員に對してならば、食事時にそれ位の酒食を供するの

は饗應にはならぬが、選挙人を招いて酒食を供するのは、常に饗應であると判定したのである。

(二)

●議員候補者又ハ選挙運動員ガ議員候補者選挙運動者又ハ選挙人ノ行爲又ハ不行爲ノ報酬ト爲ス目的ヲ以テ之ニ對シ衆議院議員選挙法(舊)第八十七條第一項第一號ノ供給若ハ第二號ノ饗應接待ヲ爲シタルトキハ同條第一項第七號ニ該當スル罰則違反トナリ豫メ其ノ約束ヲ爲シタルヤ否ヤハ犯罪ノ成立ニ影響ナキモノトス(一四、九、一一、大刑)。

村會議員の候補に立ち選挙に當選した者が、當選決定の翌日選挙運動員を某料理店に招き一人前二圓二錢に相當する饗應を爲した。それは選挙終了後であるから罪にならぬといふ理由で上告したが、大審院は法律は「選挙運動ヲ爲シタルコトノ報酬ト爲ス目的ヲ以テ」饗應を爲す行爲を罰するもので、敢て選挙終了前に豫め其の約束を爲したことを要しないとして上告を棄却した。

(156) 選挙人名簿確定前に於ける饗應

●衆議院議員選挙法(舊)第八十七條第一項各號ニ所謂選挙人トハ法律ニ依リ選挙權ヲ享有スルニ必要ナル資格ヲ具備スルモノトシテ選挙人名簿ニ登録セラレタル者ヲ指稱スルモノトス(一五、五、一八日、大刑)。

六月一日に行はるる村會議員選挙に付き投票を得る目的で、四月九日に選挙人十數名を集めて饗

應した。併し其の時はまだ選舉人名簿の確定する前であつた。誰が選舉人となるか未だ確定しない前であるから罪にならぬといふ理由で上告したが、容れられなかつたのである。

(157) 投票所に於ける投票記載氏名の不正認知

●被選舉人ノ氏名ヲ認知スルノ方法ヲ行ヒタルトキハ自ラ其ノ氏名ヲ認知シタル場合ハ勿論第三者ヲシテ之ヲ認知セシメタル場合ト雖衆議院議員選舉法(舊)第九十條第一項後段ノ罪ヲ構成ス(一五、五、二九、大刑)。

村會議員の選舉に當り、候補者某が豫め自派の選舉人に對し、投票用紙の被選舉人氏名を記載した部分を外側に折疊み投票前に其の部分投票箱の前に坐して居る村長に示しながら投票すべしと勸告し、選舉人中の數名は其の言に従つて被選舉人の氏名を選舉長に示してから投函した。此の候補者某の行爲が選舉法に所謂「投票所ニ於テ正當ノ事由ナクシテ被選舉人ノ氏名ヲ認知スルノ方法ヲ行ヒタル者」といふに該當するや否やが問題となつた。上告人は「認知スル」と言へば自ら認知するか又は共犯者をして認知せしむる場合でなければならぬが、候補者と村長との間には何等通謀の關係は無いから之に該當しないと主張したが、大審院は之を容れず、無關係なる第三者が認知し得るやうな方法を取つた場合をも含むものと思ふと「認知スルノ方法ヲ行ヒタル者」といふのは、自ら認

(評論)

判旨穩當を缺いて居るものと思ふと「認知スルノ方法ヲ行ヒタル者」といふのは、自ら認

知する場合と第三者をして認知せしむる場合とを含むことは疑を容れぬが、少くとも其の第三者と自分との間に意思の聯絡が有つて、自分が第三者と通謀して認知せしむる場合であることが必要である。本件の場合も、候補者と村長とは同派に屬し、兩者の間に少くとも暗黙には意思の聯絡があり、村長に示すことに依つて結局自分も之を知ることが出来るものと信じたことと推測せらるるけれども、それは判決の上には示されて居らぬ。若し之に反して兩者の間に何等の意思の聯絡もなく村長に示すことが結局候補者自身が認知し得る手段にならないものであるとすれば、本件は選舉法所定の行爲に該當するものではない。

(158) 兇器の携帯

●衆議院議員選舉法(舊)第九十三條第一項ニ所謂人ヲ殺傷スルニ足ルベキ物件トハ同條項ニ例示スル銃砲槍戟刀劍竹槍棍棒等ト同視スベキ程度ニ在ル用法上ノ兇器ニシテ社會ノ通念ニ照シ人ヲシテ直ニ危険ノ感ヲ抱カシムルニ足ルモノヲ指稱シ總テ人ヲ殺傷スル可能性ヲ有スル物件ヲ悉ク包含スルモノニ非ズ(一四、五、二六、大刑)。

現行選舉法第二百一十一條には「選舉ニ關シ銃砲、刀劍、棍棒其ノ他人ヲ殺傷スルニ足ルヘキ物件ヲ携帯シタル者ハ二年以下ノ禁錮又ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス」といふ規定が有る。舊法にも略之と同様の規定が有つた。本件は選舉運動員が長さ約二尺二寸五分太サ略普通の鉛筆大の金引棒を携帯

して、反対派の選挙事務所へ行った事件で、大審院は問題の棒は祭禮に兒童が玩具として使用する錫杖に過ぎないものであるから、選挙法に所謂「人ヲ殺傷スルニ足ルベキ物件」に該當しないものとし、原審を破毀して無罪の判決を與へた。

(159) 多衆の騷擾

●衆議院議員選挙法(舊)第九十二條ニ規定セル多衆聚合シテ同第八十六條第一號所定ノ行爲ヲ爲シタル罪ハ投票ノ終了セル以前ニ於ケル犯行ニ付適用アルモ其ノ以後ニ於ケル犯行ニハ適用ナキモノトス(一四、一二、四、大刑)。

舊選挙法九二條は略現行法の一〇〇條に相當する規定で、それには多衆聚合して選挙人、議員候補者、選挙運動者に暴行又は脅迫を加へた行爲に對する罰則を定めて居た。刑法(一〇六條)にも騷擾の罪として、多衆聚合して暴行脅迫を爲す行爲を處罰する規定を設けて居る、而して兩方の罰則は相異つて居る。

本件は選挙が行はれた翌日、其の結果を知る爲に某候補者の運動員及び同情者が某所に集まつて居た所が、愈當選の見込の無いことが確實となつたので、多數の者が聚合して反対派の候補者の事務所、私宅等を襲ひ、暴行脅迫を加へた事件で、原審ではそれを刑法の騷擾罪に依つて處斷した、上告人は選挙法罰則に依つて處斷すべきもので刑法を適用したのは違法であるとして上告したが、

大審院は之を採用せず、選挙法は唯投票前の行爲に適用せらるるのみで、投票後の行爲は普通の刑法を適用せらるべきものであると曰ひ、原審判決を是認した。

(評論) 判旨賛成し難い。

現行法の之に相當する規定(一一五條一號)には「選挙運動者又ハ當選人ニ對シ暴行若ハ威力ヲ加ヘ」云々とあつて、當選人とあるから、投票終了後の行爲にも適用せらるることは、明文上更に疑は無い。舊法には「當選人」の文字なく「選挙人議員候補者又ハ選挙運動者ニ對シ暴行若ハ脅迫ヲ加ヘ」とあつたのみであるから、疑を生ずるのであるが、等しく選挙に關する行爲である以上投票の終つた後と其の以前とに依つて適用すべき法律を異にすべき理由を見出し難い。

(160) 選挙競争の手段としての名譽毀損

●衆議院議員候補者ノ應援演說會場ニ於テ反対候補者ノ政治上ノ行動ニ關係ナキ前科其ノ他ノ非行ヲ公表スルハ名譽毀損罪ヲ構成シ選挙競争ノ手段トシテ之ヲ爲スモ其ノ違法性ヲ阻却スルモノニ非ズ(一四、二、九、大刑)。

本件は、選挙運動者が候補者の應援演說を爲す中に、反対黨候補者は詐欺取財、私印偽造等前科五犯あり且常に虚言を吐く男である旨を演說した事件で、刑法第二百三十條第一項の名譽毀損罪に問はれたのである。上告論旨としては、議員候補者として立つた以上は社會上公人の地位に立つ者

で、而して公人が社會の論評を受くるのは當然であると主張したけれども、裁判所は名譽毀損に私人と公人との區別は無いものと判示した。

是は選舉法違反ではなく、刑法の罪に問はれたのであるが、判旨固より正當である。

〔161〕 選舉犯罪と選舉の無効

●衆議院議員選舉法第八十七條第一項第七號ノ犯罪ハ同號所定ノ行爲アルニ因リテ成立スベク、當該選舉ノ無効ナルガ爲其ノ犯罪ノ成立ヲ妨ゲザルモノトス（二四、九、一一、大判）。

村會議員に當選した者が當選後選舉運動員に慰勞として酒食を饗應した。それが選舉法違反として檢舉せられたが、其の選舉の效力に關して異議が有り、結局選舉は無効と決せられた。被告人は既に選舉が無効となつた以上其の選舉に關し違法の行爲が有つても處罰せらるべきではないといふ理由を以て上告したが、大審院は選舉が無効となつても之が爲に犯罪の成否に消長を來すべきものはないとして、上告を棄却した。

判旨固より當然である。法律が選舉法違反の行爲を罰するのは、不正の手段を以て選舉の結果を左右せんとすることを罰するので、其の選舉が有效であるや否や、何人が當選したかには更に關係は無い。

第四類 訴願及行政訴訟

第一節 訴願及行政訴訟事項

〔162〕 耕地整理組合費の賦課に對する訴

○耕地整理組合費ノ賦課ニ付テハ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ズ（一五、二、一六、行）。

（評論） 先例は有るが當否稍疑はしい。勿論、法律は「租税及手数料ノ賦課ニ關スル件」に付いて行政訴訟の提起を許して居るだけで、耕地整理組合の組合費は普通の意義に於いての租税でもなければ手数料でもないから、行政裁判所が之を却下したのは、文字解釋の上からは一應當然のやうである。

併し法律が「租税及手数料ノ賦課」と曰つて居るのは、*öffentlichen Abgaben und Gebühren* の翻譯語で、廣く強制的性質を有する公法上の金錢的賦課を意味し、その中報償の性質を有するものを「手数料」と稱し、報償に屬しないものを「租税」と稱して居るものと解するのが、法律の精神を得たものであらう。同じく公法上の強制課徴である以上、租税だけは不服の訴を起し得せしめ、其の

他は起すことを得せしめないといふ區別を爲すべき理由は、之を見出し難いからである。若し斯く解すべしとすれば、本訴に付いても受理せらるるのが當然である。

(163) 耕地整理組合費の滞納處分に對する訴

○耕地整理組合費ノ滞納處分ニ對シテハ、法律勅令中行政訴訟ノ提起ヲ許シタル規定ナシ(一五、二、二五、行)。

○耕地整理組合ノ徵收金ニ關スル滞納處分ニ對シテハ、法律勅令中行政訴訟ヲ許シタル規定ナシ(二、一〇、二七、行)。

(評論) 明治二十三年法律第六號は、行政訴訟事項の第二として「租税滞納處分ニ關スル件」を擧げて居る。行政判例は之を嚴格に租税のみの滞納處分の意に解し、他の公法上の金錢義務の滞納處分に付いては行政訴訟を提起し得ないものとして居る。本訴も其の一例で、それは先例も有るが賛成し難い(前卷七〇三頁以下)。法律の所謂「租税滞納處分」とは租税滞納處分の例に依つて處分せらるる總ての場合を含むものと解するのが正當であらう。若し然らずとすれば、手数料の賦課に付いては第一號に依り出訴を爲し得るに拘らず、手数料の滞納處分に付いては出訴し得ないことになり、甚しき不權衡を生ずることは一見明瞭である。

(164) 耕地整理の換地精算金の賦課に對する訴

○耕地整理組合ノ換地精算金ノ賦課ニ對シテハ、法律勅令中行政訴訟ノ提起ヲ許シタル規定ナシ(一五、二、二五、行)。

是は公法上の金錢義務の賦課であつても、耕地整理の施行に關する事件であつて、耕地整理法第六條に依り、一般に異議を述ぶることを許されないものであるから、判旨正當である。

(165) 特別都市計畫法に依る移轉命令に對する訴

○特別都市計畫法第六條ニ依ル移轉命令ニ對シテハ、行政訴訟ヲ提起スルヲ得ズ(一五、五、二〇、行)。

○特別都市計畫法第六條ニ依ル移轉命令ニ對シテハ、行政訴訟ヲ提起シ得ルモノトス(二、二二、二七、行)。(判例變更)

(評論) 特別都市計畫法は東京及横濱に於ける都市計畫に適用せらるる特別法で、その第六條には整理施行地區内に存する建物の所有者に對し移轉命令を發すべきことを定めて居る。此の移轉命令を受けた者が之を違法なりとする場合に之に對し行政訴訟を提起し得べきや否やが、此の二の判決の等しく取扱つて居る問題である。

此の問題は法律の解釋上多少の疑ある問題で、その疑を生ずる所以は、都市計畫法第十二條第二項に

前項ノ土地區劃整理ニ關シテハ本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外耕地整理法ヲ準用ス
といふ規定が有り、而して耕地整理法第六條には

本法中別ニ規定アル場合ヲ除クノ外土地ノ所有者占有者關係人其ノ他整理施行地ニ權利ヲ有スル者ハ耕地整理
ノ施行ニ對シテ異議ヲ述フルコトヲ得ス

とあつて、一般に耕地整理の施行に付いては、行政訴訟を起し得ないものとして居る。若し此の規定が土地區劃整理に準用せらるるものとすれば、右の移轉命令に對しても出訴し得ないものと解するのが當然でなければならぬ。然るに一方には都市計畫法第二十六條に

本法又ハ本法ニ基キテ發スル命令ニ規定シタル事項ニ付行政廳ノ爲シタル違法處分ニ因リ權利ヲ毀損セラレタ
リトスル者ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得

とあり、それは特別都市計畫法にも準用せられて居る。若し此の規定を以て前に掲げた都市計畫法第十二條に所謂「本法ニ別段ノ定アル場合」に該當するものとすれば、當然移轉命令に對しても出訴し得べきものでなければならぬ。その何れが法律の趣旨とする所であるかに疑が存するのである。

行政裁判所は、大正一五、五、二〇の判決に於いては、前の解釋を取り、移轉命令に對しては行

政訴訟を提起し得ないものと爲し、その訴を却下した。然るに昭和二年に至り裁判所は此の先例を變更して、從來と反對に移轉命令に對し行政訴訟を提起し得べきものと判定したのである。

此の二様の判決の中、自分は前の判決を以て正當なりとするもので、後の判決に依り此の先例を變更したのは、不當の變更であると信ずる。

第一の判決に於いて裁判所の理由とする所は、都市計畫法第十二條第二項に「本法ニ別段ノ定アル場合」とあるは、土地區劃整理に付いての特別の規定ある場合を謂ふのであつて、第二十六條の規定は之に該當しない。随つて東京市の復興計畫に依る土地區劃整理に付いても、耕地整理法の準用に依り、行政訴訟の提起を許さないものであるといふに在つた。

自分は之を正當と信ずるものであるが、第二の判決に於いて何故に此の判例を變更したかといふと、判決には其の理由として左の三點を擧げて居る。

(一) 判決が其の理由として擧げて居る第一點は、耕地整理法には土地所有權者が單獨に又は共に耕地整理を行ふ場合と耕地整理組合を設立し組合の事業として之を行ふ場合との二を規定して居る、都市計畫法に依る土地區劃整理も亦原則として此の二の場合の何れかに該當するもので、その場合には耕地整理法が準用せられて、之に對し異議を述べることを得ないのは當然であるが、土地區劃整理には此の外に都市計畫法第十三條第一項に依り公共團體が都市計畫事業として之を施行する場合がある、それは耕地整理法に類例の無いもので、同法をそのまゝ準用することの不可能な

場合である。それに付いては同條第二項に依り耕地整理法を準用し難き事項に付き勅令を以て必要なる規定を設くるを得べきことを定めて居る。即ち此の場合は都市計畫法第十二條第二項に所謂「本法ニ別段ノ定アル場合」に該当するもので、随つて耕地整理法の準用なく、都市計畫法第二十六條の原則に随つて行政訴訟を提起し得べきものであるといふに在る。

(参照)都市計畫法第十二條 都市計畫區域内ニ於ケル土地ニ付テハ其ノ宅地トシテノ利用ヲ増進スル爲土地區劃整理ヲ施行スルコトヲ得

前項ノ土地區劃整理ニ關シテハ本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外耕地整理法ヲ準用ス

第十三條 都市計畫トシテ内閣ノ認可ヲ受ケタル土地區劃整理ハ認可後一年内ニ其ノ施行ニ著手スル者ナキ場合ニ於テハ公共團體ヲシテ之ヲ施行セシム

前項ノ規定ニ依り公共團體ノ施行スル土地區劃整理ニ付耕地整理法ヲ準用シ難キ事項ニ關シテハ勅令ヲ以テ必要ナル規定ヲ設クルコトヲ得

併し此の理由は甚だ薄弱である。勿論地方公共團體の事業として耕地整理事業を行ふことは耕地整理法の認めない所であるが、それが爲に公共團體の事業として行はるる土地區劃整理には全然耕地整理法の準用の無いものと認むべき根拠は無い。前掲都市計畫法第十三條第二項に明言して居る通り、公共團體の行ふ土地區劃整理に付き耕地整理法を準用し難い事項に關しては勅令を以て必要なる規定を設くるを得るものとして居るのであつて、即ち勅令を以て特別の規定を設けて居る事項

に付いてのみ耕地整理法の準用なく、その以外に於いては事の性質の許す限り、公共團體の行ふ土地區劃整理に付いても、耕地整理法の規定を準用すべきことが法律の趣意であることは、更に疑ふべき餘地も無い。

耕地整理の施行に付き法律が一般に行政訴訟の提起を許して居らぬのは、言ふまでもなく耕地整理の施行が甚だ複雑なる技術上の計畫を必要とし、裁判所の判断を以て之を監督するに適しないと爲したことに在る。斯かる性質は土地區劃整理には一層強く當て嵌まるべきものであり、而してそれは組合を設立して之を施行すると、市の事業として之を施行するに依つて異なることは無い。若し行政裁判所の自ら承認する如く、組合の事業としての土地區劃整理の施行に付き異議を述べることが許されないならば、市の事業としての區劃整理の施行にも亦當然同じ原則が適用せらるるものでなければならぬ。法律には「勅令ヲ以テ必要ナル規定ヲ設クルコトヲ得」とあつて、而も勅令には此の點に付き何等別段の規定を設けて居らぬにも拘らず、裁判所が此の場合を以て當然耕地整理法を準用しない別段の規定ある場合と解して居るのは、殆き其の理由を解し難い。

勿論「公共團體ヲシテ之ヲ施行セシム」といふ第十三條の規定それ自身は、耕地整理法には無い規定で、即ち第十二條第二項の「本法ニ別段ノ定アル場合」に該当するものであるが、併しそれが「別段ノ定」たる所以は、専らその事業施行の主體の點に付いてであつて、事業主體だけは異なるのであるが、その他の點に付いては、勅令に別段の規定の無い限りは、それに付いても凡て耕地整理

法が準用せらるべきことは當然である。

(二) 判決は其の理由の第二點として、都市計畫法第二十三條及第二十四條には、同法に依る行政廳の處分の強制執行の方法に付いて、行政執行法及國稅徵收法の規定を準用する旨を規定して居るが、それは土地區劃整理の施行に付いての處分たること、又はその他の都市計畫事業に付いての處分たるを問はず、等しく適用せらるることは疑を容れぬ、若し然らば第二十六條に於いて同法に依る行政廳の違法處分に對し行政訴訟の提起を許して居る規定も、等しくその雙方に適用せらるるものと解するのが當然であると曰つて居る。此の點に付いての判決文を抄録すると

都市計畫法第二十三條ハ行政執行法第五條及第六條ノ規定及之ニ基キテ發スル命令ヲ都市計畫法若ハ之ニ基キテ發スル命令又ハ處分ニ依リ作爲又ハ不作爲ヲ行政廳カ強制スル場合ニ準用シ一般ノ都市計畫事業タルト土地區劃整理事業タルトヲ區別セス、又同法第二十四條ハ同法ニ基キテ發スル命令又ハ之ニ依リテ爲ス處分ニ依リ私人ノ義務ニ屬スル負擔金其ノ他ノ費用ハ行政廳カ國稅滯納處分ノ例ニ依リ徵收スルコトヲ得ル旨ヲ規定シ一般ノ都市計畫事業タルト土地區劃整理事業タルトヲ區別セス。然ルニ同法第二十五條ニモ亦同法又ハ同法ニ基キテ發スル命令ニ規定シタル事業ニ付行政廳ノ爲シタル處分ニ不服アル者ニ一般ニ訴願ノ提起ヲ許ス旨ヲ規定シ同法第二十六條ニモ同法又ハ同法ニ基キテ發スル命令ニ規定シタル事項ニ付行政廳ノ爲シタル違法處分ニ因リ權利ヲ毀損セラレタリトスル者ニ一般ニ行政訴訟ノ提起ヲ許ス旨ヲ規定セルニ拘ラス前示第二十五條ノ訴願及第二十六條ノ行政訴訟ハ第二十三條及第二十四條ノ場合ト異ナリ一般ノ都市計畫事業ニ關スル行政廳ノ處分ニ對シテノミ之ヲ許シ土地區劃整理ニ付テハ之ヲ許ササルノ趣旨ナリト解スヘキ何等ノ根據アルコトナ

ル。

と曰つて居る。恐くは是が行政裁判所をして前の判例を變更するに至らしめた主たる理由と爲つたのであらう。

併しながら是も到底同意し難いところで、第二十三條及び第二十四條の強制執行の規定は勿論土地區劃整理の施行にも適用せらるるものであるが、それから推論して、第二十五條の訴願及び第二十六條の行政訴訟の規定も亦土地區劃整理の施行に適用せらるるものとするのは、全然比較の當を失して居るものである。

強制執行の規定が土地區劃整理に適用せられるのは、耕地整理法に之を否定すべき趣意の規定が無いからである。土地區劃整理の事業は原則として凡て耕地整理法に準據して行はるのであるが其の特別の性質に基き、又其の時として行政廳の事業として施行せらるることに基き、種々の特別の規定を必要とし、而してそれ等の特別規定は別に勅令を以て定められて居る外に、都市計畫法又は特別都市計畫法の中にも定められて居る。その特別の規定あるものに付いては、それに準據すべきことは當然で、強制執行の手段として行政執行法及び國稅徵收法を準用する旨の規定の如きは即ち其の一例である。

違法處分に對し行政訴訟を許す規定に至つては、之に反して耕地整理法の中に之と正反對の規定が有る。即ち耕地整理法に依れば整理事業の施行に付行政訴訟を起し得ないことを明言して居り、

都市計画法に依れば反対に之を起し得るものとして居る。疑は之に因つて生ずるので、強制執行の規定の如き何等反対の規定なきものと同一には論ずるを得べきものではない。

若し同一の土地區劃整理事業の施行に付いて、整理組合の事業として施行せられる場合には、異議なく之に服従せしむることを要し、訴願又は行政訴訟を許すべきではないが、行政廳の事業として施行せられる場合には、特に異議を述べて行政訴訟をも提起し得べからしむる必要があるといふ正當なる理由が有らば、假令耕地整理法に反対の規定が有るとしても、尙都市計画法第二十六條の行政訴訟に付いての規定を以て、それに對する特別法であると見ることが出来ぬではない。併し法律が耕地整理の施行に付いて異議を述べることを許して居らぬのは、耕地整理事業そのものの性質に基いて居るもので、敢て其の事業を施行する者が行政廳ではなく耕地整理組合であるが爲でないことは固より言ふを待たぬ。耕地整理組合ならば專制的の權力を有し之に對して異議を述べることを許さないが、市其の他の公共團體ならば行政訴訟を以て之を争ふことが出来るといふことは、全く不通の説である。

行政裁判所は恐らくは例の單純な文字解釋から、都市計画法第二十六條に「行政廳ノ違法處分」と曰へる行政廳の文字に重きを置き、整理組合の事業として行はれる場合は行政廳の處分ではないからそれに對しては異議を述べるを得ないが、行政廳の事業として行はれる場合には、本條に依り行政訴訟を提起し得るのであると解したのであらう。併し土地區劃整理が整理組合の事業として行

はれる場合も市の事業として行はれる場合も、事業主體の有する權力の範圍に於いては異なる所は無い。その一に行政訴訟を許さず、他の一にのみ之を許すものと解すべき理論的根據は全く之を見出すを得ない。

(三) 判決はその理由の第三點として、土地區劃整理に付いては耕地整理よりも土地所有者の利害關係が一層重大で、その權利の保護も一層周到でなければならぬ、然るに耕地整理に付いては同法第八十六條及び第八十八條に依り或る程度まで異議を述べることを許して居るに拘らず、若し土地區劃整理に付いて行政訴訟を起し得ないとすれば、それに付いての行政廳の處分に如何に重大な違法が有つても全く救済の途の無いこととなり、不權衡であると曰つて居る。

併し土地區劃整理に付いては別段の規定なき限り耕地整理法の規定が準用せられるのであるから第八十六條及第八十八條の規定も事の性質の許す限り準用せられるのであつて、その間に何等の不權衡は無い。

之を要するに、本問題を決すべき標準は一に耕地整理の施行に付いて異議を述べることを許さないのと同じ理由が區劃整理にも當て依まるや否やの點に在るべきもので、それが肯定せらるる以上區劃整理の施行に付いても訴願及訴訟を許さないものと解するのが當然であつて、判決に述べて居る如き三の理由は何れも此の論斷を覆へすに足るべきものではない。

〔166〕 電氣事業開始期伸長の不許可に對する訴

○電氣事業開始期伸長ノ不許可ニ對シテハ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ズ（二四、九、五、行）。

甲電氣會社が逓信大臣から電氣事業の許可を受け、其の許可の條件として、大正十四年四月二十八日迄に事業を開始すべき命令を受けて居た。然るに其の時期迄に工事を完成することが不可能となつたので事業開始の延期を出願したが、逓信大臣は之を許可しなかつた。之を違法なりとする訴に對し、行政裁判所は本件は「營業免許ノ拒否又ハ取消」に關する事件に非ずとして却下した。

（評論） 判旨聊疑はしい。勿論開始期伸長の不許可は直接に營業免許を取消す處分ではないが、電氣事業法第五條には

電氣事業者ハ主務大臣ノ指定スル期間内ニ其ノ事業ヲ開始スヘシ

主務大臣ハ正當ノ事由アリト認ムル場合ニ限り前項期間ノ伸長ヲ許可スルコトヲ得

電氣事業者指定ノ期間内ニ事業ヲ開始セサルトキハ電氣事業ノ許可ハ其ノ效力ヲ失フ

とあり、其の結果開始期伸長の不許可は當然に電氣事業許可の失効を生ずる原因となる。而して法律が營業免許の取消に關する件に付いて行政訴訟の提起を許して居るのは、營業の自由が行政處分に依つて違法に侵害せられることを防護する爲に於けるものであることは言ふ迄もないことで、若し

營業の免許が違法の行政處分に依つて效力を失ふならば、假令其の處分自身に依つて免許を取消したのではないにしても、尙其の處分に對して出訴し得べきものと解するのが法律の趣意に適するであらう。凡そ行政處分の効果には其の處分自身に含まれた意思表示の内容に基く効果と、其の意思表示の内容には關係なく法律が之に繋らしめて居る効果との區別が有る。行政訴訟の目的物としての行政處分に付いては此の雙方の効果を共に眼中に置かねばならぬ。何となれば法律が或る事件を行政訴訟の目的物として居るのは、違法なる効果の發生を除かんとするが爲にするもので、而して違法なる効果の發生を除くのは、それが意思表示の内容に基く効果たる法律がそれに繋らしめて居る効果たるに依つて差異あるべき理由は無いからである。若し然らずとすれば全然意思表示を含まない所謂準法律行為的の行政處分に付いて行政訴訟を提起し得べきことが全く説明し得られないものとならねばならぬ。本件訴訟の問題たる事業開始期伸長の不許可は、其の意思表示の内容から言へば、判決に曰つて居る如く、單に指定せられた開始期間を變更せざる意思表示たるに止まり、營業免許を取消す意思表示でないことは勿論である。けれども其の効果から言へば、それに依つて營業免許が其の效力を失ふのであつて、即ち營業免許取消の効果を生ずる處分であると言ふことが出来る。行政裁判所の判決は専ら意思表示の内容に重きを置いて、本件期間伸長の不許可は營業免許の取消に非ずと曰つて居るのであるが、行政訴訟の目的とする所が違法の効果の發生を排除することに在るとすることが疑を容れぬとすれば、意思表示の内容よりも其の効果に重きを置いて

て、營業免許失効の効果を發生する本件不許可處分の如きは、等しく法律の所謂「營業免許ノ取消」に該當するものと解すること、言ひ換ふれば其の所謂「取消」とは「效力ヲ失ハシムル處分」といふ意味に解することが法律の精神に適合するものと思はれる。

(167) 他人に對する電氣事業の許可の取消を求むる訴

○他人ニ對スル電氣事業ノ許可處分ニ對シテハ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ズ(一四、九、五、行)。

甲會社が電氣事業の許可を受けて居たが、指定期間内に其の事業を開始しない爲に、逕信大臣は甲會社の許可は效力を失つたものと爲し、同一區域に於ける電氣事業を乙會社に許可した。甲會社は之を違法なりとして出訴したが、他人に對する營業許可の取消を求むる訴は提起するを得ないものとして却下せられた。

(評論) 是も當否稍疑はしい。

勿論、法律は唯「營業免許ノ拒否又ハ取消」に付いて出訴を許して居るだけであるから、一般に言へば營業免許が他の者に與へられたことに對しては、出訴し得ないのを原則とする。けれども電氣事業の如き性質上同一地域に於いて二會社の並立を許さない事業に在つては、若し一會社に營業を許可せらるれば、當然他の會社には同一營業を許可せられない結果を生ずる。即ち乙會社に對する

營業の許可は、其の意思表示の内容から言へば勿論甲會社に對する營業免許の拒否ではないが、其の效果から言へば其の拒否に該當するものである。而して此の如き場合に之を法律の所謂「營業免許ノ拒否」に相當するものとして、行政訴訟を提起し得べきものと認むることは、大正二年九月二十七日の行政裁判所判決に其の先例が有る(前卷七一三頁)。それは湯屋營業を甲と乙とが競願し、甲に許可せられ乙に不許可の處分が有つたので、乙から甲に對する許可處分を取消し自分に許可せらるべきことを請求する訴訟を提起したのに對し、行政裁判所は適法の訴訟として受理したのである。若し此の先例が正當であるとすれば、本件訴訟に於ける他の會社に對する電氣事業許可の取消を求むる訴も亦當然適法なる訴訟として受理せらるべきであらう。

(168) 他人に對する湯屋營業免許の取消を求むる訴

○法令中他人ノ得タル湯屋營業免許ノ取消ヲ請求スル行政訴訟ヲ許シタル規定ナシ(五、一一、二五、行)。

是は自分の營業免許願が拒否されたといふのではなく、單純に他人に與へられた免許の取消を求むるに止まるのであるから、その却下せられたのは當然である。

(169) 畜舎使用の不許可に對する訴

○警察官署ノ爲シタル畜舎使用ノ不許可處分ニ對シテハ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ザルモノトス(二、一一、八、行)。

畜舎を他人に貸付けて其の賃料に依つて生計を營んで居る者が畜舎使用の許可を拒まれたのを營業免許の拒否に該當する事件として出訴したのであるが、それは營業免許ではないとして却下せられたのである。

(170) 開墾制限の解除處分に對する訴

○森林法第三十二條ニ依ル開墾制限ノ解除處分ニ付テハ行政訴訟ヲ提起スルヲ得ズ(一四、一、二九、行)。

森林法第三十二條に依り開墾を制限せられて居た土地が、其の制限を解除せられたのに對し、其の土地は原告部落の水源地に當り、其の濫掘の爲に原告部落の水利權を侵害し飲料用水を混濁せしむるものであるとして、其の開墾制限解除の取消を求めた事件で、行政裁判所は之を以て行政訴訟を提起し得べき事件に非ずとして却下したのである。

(評論) 此の判決の當否は甚だ疑はしい。

勿論、森林法には唯保安林の編入解除に關してのみ行政訴訟を提起し得べきことを定め、保安林以外の森林に付いての開墾制限又は其の解除に付いては、出訴し得べきことを定めて居らぬのであ

るから、森林法に依つては出訴し得べからざることは更に疑ない。

併し、明治二十三年法律第六六號には一般に「水利土木ニ關スル事件」に付いて行政訴訟を許して居る。本件が所謂水利土木に關する事件に該當するものに非ざるや否やは、可なり疑はしい問題である。

元來「水利土木ニ關スル事件」といふ語は其の文字だけでは其の意義甚だ不明瞭で、從來の行政裁判所の判例にも正確に其の意義を示して居るものを看出さないが、自分の信する所に依れば法律の趣意とする所は、行政作用に依つて土地又は水利に關する人民の權利を侵害することに對し、其の權利を保護することを目的とするに在るのであつて、隨つて土地又は水利に關する權利が行政作用に依つて侵害せられたことを主張する訴は、常に法律に所謂「水利土木ニ關スル事件」に包含せらるるものと解するのが正當であらう。行政裁判所の判例の中にも大正三年十月二十三日の判決には土地收用法第九條に依り河の流量の調査を許可した處分に依つて其の河の流水飲用權を侵害したと主張する訴は水利に關する事件であると判定した例が有る。本件も亦土地に關する行政處分に依つて原告の水利權が侵害せられたことを主張する訴であるが、水利土木に關する事件に該當するものとして、之を受理し審理するのが正當であつたらうと信する。

(171) 公有水面上使用の許可に對する訴

○知事が國有財産法ニ所謂公共用財産タル公有水面ト認め其ノ上ニ家屋架造ノ目的ヲ以テ其ノ使用ヲ許可シタル處分ハ明治二十三年法律第百六號第四號ニ所謂水利土木ニ關スル事件ニ該當セズ、其ノ他之ニ對シ法律勅令中行政訴訟ヲ許シタル規定ナシ(二七、五、行)。

原告某村が自己の營造物なりと主張する公の流水を、知事が國の公共用財産なりと認定し、其の水面上に家屋架造の目的を以て第三者に使用を許可したのに對し、原告の權利を侵害するものとして出訴したのであるが、裁判所は之を水利土木に關する事件に非ずとして却下したのである。

(評論) 是は先例ある事件であるが、甚だ不當であると信ずる(前卷七二七頁)。違法に水利權を侵害する行政處分に對する訴は、疑もなく法律の所謂「水利ニ關スル事件」に該當するものである。

(172) 境界査定申請の拒否に對する訴

○國有財産法第十三條ハ既ニ施行シタル境界査定處分ニ對シテノミ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ許シタルモノニシテ境界査定ノ申請ヲ拒否シタル處分ニ對シテモ出訴スルコトヲ許スノ法意ニ非ズト解スルヲ相當トス(一五、一一、一七、行)。

(173) 耕地整理組合設立認可に對する訴

○耕地整理法第五十一條ノ認可(組合設立ノ認可)ハ耕地整理組合ナル法人格ヲ賦與スルト共ニ其ノ法人ニ耕地整理ノ施行ヲ認可スル處分ナリト解スルヲ相當トス。法人格ノ賦與ニ付テハ法令中行政訴訟ノ提起ヲ許スノ規定ナシ。耕地整理ノ施行認可ハ水利土木ニ關スル事件ニ該當スルモ耕地整理法第六條ニ耕地整理ノ施行ニ對シテ一般ニ異議ヲ述ブルヲ許サザル規定アルヲ以テ之ニ對シテモ行政訴訟ヲ提起シ得ザルモノトス(一五、七、一九、行)。

某耕地整理組合の設立が認可せられたのに對し、土地所有者から右の組合は實際は市街地の區劃整理を目的とするもので、土地の農業上の利用を増進する目的を以てするものではないから、其の設立を認可したのは違法であるとして出訴したが、行政訴訟事項に非ずとして却下せられたのである。

(評論) 判旨結局は正當であるが、耕地整理組合設立の認可を以て、法人格の付與と耕地整理事業の認可との二様の性質を有する處分であると解して居るのは同意し難い。耕地整理組合は公法人であつて、其の設立の認可は耕地整理の目的を有する公法人の設立を決定する行爲である。公法人が事業の認可を受けて始めて其の事業を施行し得るのではなく、公法人が設立せらるれば當然に其の事業を行ふ權能を有するのである。之を私人に對する耕地整理事業の認可と同一視すべきものではない。而して公法人の設立は行政廳の自由裁量に依る行爲であつて、固より行政訴訟事項には屬

しないのである。

(174) 損害要償の訴

○東京市區改正土地建物處分規則第一條ニ依ル土地徵收ノ裁決代價ニ關スル訴訟ハ行政裁判法第十六條ニ所謂損害要償ノ訴訟ニ該當スルモノトス(二、一二、一五、行)。

(175) 書籍の發賣頒止の禁止を求むる訴

○朝憲ヲ紊亂セシムル不穩ノ文字ヲ羅列セル書籍ナリトシ其ノ發賣頒布ノ禁止ヲ求ムル行政訴訟ハ法令中之ヲ許シタル規定ナシ(一四、一、二三、行)。

(評論) 本件は「立正大帥謚號奉戴記事」と題する書籍が朝憲を紊亂するものであるから、其の發賣頒布の認可の取消を求むといふ訴で、出訴し得べき事件に非ずとして却下せられたものである。それは認可の取消と稱して居るけれども、書籍の發賣は認可を要する行爲ではないから、取消さるべき認可は全く存在しない。されば其の所謂認可の取消は其の實は發賣禁止を求むる訴に外ならぬ。書籍の發賣禁止を求むることは(1)事件の實質が出訴を許された事件に屬しないばかりではなく、(2)行政廳の不行爲に對し行爲を求むるものでそれは行政訴訟の目的とはならないものであり又(3)違法の出版が有つたとしても他人が之に依りて權利を毀損せられたものでもないから、權利

毀損の要件をも缺いて居る。何れにしてもそれが却下せられたのは當然である。

(176) 官吏の増給を請求する訴

○陸軍録事タリシ者ガ陸軍大臣ヲ被告トシテ増給ヲ請求スル訴ハ恩給法第十三條ニ所謂恩給ノ權利ニ該當セズ(一四、三、三一、行)。

陸軍録事であつた原告が四級俸を給せられてから一年二ヶ月を経て依願免官となつたが、其の免官の際昇給の沙汰が無かつた。原告は一年の停年を経過して居るのであるから、免官の際には當然三級俸に進めらるべき筈で、而して免官當時の俸給額は恩給額を定むる標準となるものであるから昇級の沙汰の無かつたことは、原告の恩給權を侵害するものであるとして出訴した。裁判所は此の如きは恩給の權利を侵害したものであるとして却下した。

(評論) 本件訴訟の却下は固より正當である。唯判決が之を以て恩給に關する權利の侵害に非ずとして居るのは、聊不穩當である。本訴を却下すべき理由は(1)恩給法第十三條第一項には「行政上ノ處分ニ因リ恩給ニ關スル權利ヲ侵害セラレタル者は處分後一年內ニ内閣恩給局長ニ具申シ其裁決ヲ求ムルトヲ得」とあつて、若し恩給權を侵害せられたものとして其の救済を求めようとすれば、先づ恩給局長の裁決を受けねばならぬ。本訴は此の手續を経由して居らぬのであるから、此の點に於いて既に却下せらるべきものであり、又(2)本訴は行政上の不行爲に對する訴であつて、而

して現行法は不行爲に對しては訴訟を許して居らぬ。隨て此の理由に因つても却下すべきである。之に反して、本訴が恩給權に關する事項に非ずとすることは、首肯し難い。若し原告の主張する如くに、昇級すべき年限が法律上に一定して居り、而して其の期限の到來したに拘らず昇級せられなかつたとすれば、それは直接に恩給の金額に影響するもので、恩給權の侵害たることを失はないであらう。唯原告が其の前提として居る昇級年限は法律上の定めではなく、年限が到來したからと云つても、昇級を求むる權利が與へられて居るではないから、假令昇級せられないとしてもそれは違法の處置ではなく、隨つて恩給權の侵害ともならぬのである。併し是れは本案の請求相立たずとする理由となるに止まり、訴訟却下の理由となるべきものではない。

(177) 小學校の門柱に掲げたる寄附者氏名の抹消を求むる訴

○村長ガ村會ノ決議ニ反シ小學校ノ門柱ニ其ノ寄附者タル國勢調査委員ノ氏名ヲ記載シタルニ對シ其ノ記載ノ取消ヲ請求スルニ付キ法律勅令中行政訴訟ノ提起ヲ許シタル規定ナシ(一四、四、二、行)。

此の如き事項が行政訴訟を許さるる事件でないことは勿論で、別段の評釋を待たぬ。

(178) 區會議員の任期の確定を求むる訴

○區會議員ノ任期ノ確定ニ付法律勅令中行政訴訟ノ提起ヲ認メタル規定ナシ(一四、九、八、行)。

區會議員が任期中に總辭職をしたので、全部の議員を改選した。區長はそれを總選舉であると解し、隨つて其の任期を四年であると定めたが、原告はそれを補闕選舉であつて、隨つて前任議員の殘任期間だけしか在任しないものであることを主張し、行政訴訟に依つて其の解決を求めんとしたのであつたが、それは行政訴訟を起し得べき事件に非ずとして却下せられたのである。

(179) 退官賜金の支給を求むる訴

○明治二十三年勅令第九十八號ニ依ル退官賜金請求ハ恩給法第八十五條第二項ニ依リ行政訴訟ノ目的ト爲リ得ベキモノトス(一四、九、二八、行)。

従前の退官賜金に關する勅令(二三年勅令九八號)は恩給法に依つて廢止せられたが、それは行政訴訟事項とせられて居るものではなかつた。然るに恩給法第八十五條第二項には「従前ノ規定ニ依ル恩給、退隱料、遺族扶助料其ノ他之ニ準スヘキモノハ之ヲ本法ニ依リ受ケ又ハ受クヘキ恩給ト看做ス」といふ規定が有り、而して従前の退官賜金に相當すべきものは恩給法に依り「一時恩給」として、恩給の一種類とせられ、又恩給に關する權利に付いては凡て行政訴訟を起し得べきものとせられたのであるから、従前の退官賜金に關する權利も亦恩給權として、恩給法實施の後、行政訴

訟の目的となり得るものと判定せられたのである。

(180) 領土外に於ける雑誌の発行禁止に對する訴

○帝國領土外ニ於ケル雑誌ノ發行禁止ニ關シテハ行政訴訟ヲ許シタル法令ノ規定ナシ
(一四、一〇、三〇、行)。

漢口で發行して居る「漢口公論」といふ雑誌が同地駐割の日本總領事から發行を禁止せられた事件であるが、雑誌の發行禁止は内地でも行政訴訟事項とせられて居らぬものであるのみならず、假令内地では行政訴訟を起し得る事件であつても、外國に在る日本臣民に對する領事の處分に對しては一般に行政訴訟を起し得るものではない。

(181) 臺灣に於ける司法代書人不認可に對する訴

○臺北地方法院長ノ爲シタル司法代書人不認可ノ處分ニ對シテハ行政訴訟ヲ提起スル
コトヲ得ザルモノトス(一五、一、一五、行)。

行政裁判法は臺灣に施行せらるるものではないから、臺灣の行政廳の處分に對しては一般に行政訴訟を提起し得ないのは當然であるのみならず、司法代書人の認可は司法處分として行はるるもので、内地に於いても行政訴訟事項たり得るものではない。

(182) 村會議事録の無効確認を求むる訴

○法律勅令中村會議事録ノ效力ニ付行政訴訟ノ提起ヲ許シタル規定ナシ(一五、一、二八、行)。

(183) 村會の豫算議決に對する訴

○村會ノ豫算議決ニ對シテハ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ズ(一五、五、二九、行)。

(184) 自己の申請に基く願書の返戻に對する訴

○漁業免許願ノ取下願ニ基キ該書面ヲ却下シタルニ對シテハ漁業法ニ依リ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ズ(一五、六、一、行)。

區割漁業免許願を縣知事に出した者が、許されさうもないので取下願を出した。因つて知事は「申出ニ依り書面却下ス」といふ處分をした。之に對し漁業免許を拒否せられたものとして出訴したが裁判所はそれは免許を拒否したのではなく、唯申出に依つて書面を返戻したのであるとして、訴訟を却下した。

(185) 監督官廳が町長の選舉を有效と認めたることに對する訴

○町村制第七十四條第四項ハ、監督官廳ガ町村會ノ議決又ハ選舉ヲ取消シタル場合ニ出訴ヲ許シタルニ止マリ選舉及議決ヲ有效ト認ムル旨ノ通知ニ對シテハ出訴ヲ許シタルモノニ非ズ(二五、九、三〇、行)。

町會に於いて假議長を選んで町長の選舉を行つたのに對し、町長代理者は之を違法として當選通知を發しなかつた所、町會からの意見書の提出に基き、縣知事は町長代理者に對して、町長の選舉を有效と認むるから速に相當の措置を取るやうにとの訓電を發した。町長代理者は之を違法として出訴したが、行政裁判所は之を出訴し得べき事件に非ずとして却下したのである。

(186) 漁業組合員除名に對する訴

○縣知事ガ漁業組合員ヲ除却シタル處分ニ對シテハ行政訴訟ヲ許シタル規定ナシ(二五、一〇、五、行)。

(187) 村長の當選認可に對する訴

○法律勅令中村長ノ當選認可ニ關シ行政訴訟ノ提起ヲ許シタル規定ナシ(二五、七、六、行)。

(188) 名勝假指定處分に對する訴

○史蹟名勝天然紀念物保存法第一條第二條ニ依ル名勝假指定處分ニ付キ法律勅令中行政訴訟ノ提起ヲ許シタル規定ナシ(二五、二二、一、行)。

(189) 傳染病院設置認可に對する訴

○市長ノ市立傳染病院設置認可ノ申請ニ對シ知事ノ爲シタル認可處分ノ取消ヲ求ムル行政訴訟ハ法令中之ヲ許シタル規定ナシ(二、四、二八、行)。

(190) 帝國美術院鑑査方法に關する訴

○帝國美術院展覽會出品鑑査方法ノ當否ノ判決ヲ求ムル行政訴訟ハ法律勅令中之ガ提起ヲ許シタル規定ナシ(二、五、一一、行)。

(191) 出版物の發賣禁止に對する訴

○出版法第十九條ニ依リ内務大臣ノ爲シタル處分ノ取消ヲ求ムル行政訴訟ハ之ヲ提起スルコトヲ得ズ(二、六、六、行)。

(192) 村農會總代人選舉無效の訴

○村農會總代人選舉ノ效力ニ關シテハ法律勅令中行政訴訟ヲ許シタル規定ナシ(二、六、一六、行)。

(193) 檢束處分ニ對する訴

○行政官廳ノ加ヘタル檢束處分ニ對シテハ法律勅令中行政訴訟ヲ許シタル規定ナシ(二、七、二〇、行)。

(194) 小學校教員復職請求の訴

○小學校教員ニ對スル休職處分ニ付テハ法律勅令中行政訴訟ヲ許シタル規定ナシ(二、一〇、四、行)。

(195) 區會に於ける區會議員不信任決議に對する訴

○區會ガ或區會議員ノ行爲ヲ以テ區會議員トシテ職權ヲ濫用シ品位ヲ低下セシメ區民ノ信用ヲ失墜スルモノナリトシ同人ニ對シテ爲シタル「同人ハ其ノ職責ニ鑑ミ速ニ學務

委員タルコトヲ處決スベキモノト認ム」トノ決議ニ對シテハ行政訴訟ノ提起ヲ許シタル規定ナシ(二、一、二、六、行)。

第二節 訴願及行政訴訟の目的、出訴期間、經由手續

(196) 既に效力を失ひたる行政處分ニ對する行政訴訟

○行政處分ガ既ニ消滅ニ歸シタル場合ニハ之ニ對シテ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ズ(一四、三、一三、行)。

原告は收用審査會の裁決に依り其の所有地を收用せられることが決せられたが、其の裁決を違法なりとして出訴した。然るに起業者は收用期日迄に補償金額の拂渡又は供託を爲さなかつたので裁決は訴訟提起前に既に效力を失つたものであつた。裁判所は行政處分が既に效力を失つた以上争ふべき目的物が存在しないと見て、其の訴を却下した。是は當然の事で、先例も少くない。

(197) 訴訟の目的の消滅したる行政訴訟

(一)

○町會議員ノ任期滿了ノ後ニ於テハ其ノ選舉ノ取消請求ハ之ヲ採用スルニ由ナキモノトス(一四、六、二九、行)。

大正十年五月一日に執行せられた町會議員の選舉の効力に付き訴願の結果縣參事會ではその選舉を無効と裁決したが、町長から之に不服ありとして行政訴訟を起し、その未だ判決に至らない中に前の選舉に依る議員は大正十四年四月三十日を以て四年の任期が滿了した。そこで訴訟の目的物が消滅したものととして、行政裁判所は「原告ノ請求相立タズ、訴訟費用ハ原告ノ負擔トス」といふ判決を與へたのである。

(二)

○町會議員選舉人名簿ハ其ノ確定ノ日ヨリ一年ヲ經過セバ無効ニ歸スベキモノナルヲ以テ該名簿ニ登録ヲ求ムル訴訟ハ該期間ノ經過ト共ニ其ノ目的消滅スルモノトス(二、一、二九、行)。

(198) 町會議員失格決定取消の訴と議員たる資格の消滅

○町會議員失格決定ノ取消ヲ求ムル行政訴訟ハ原告ガ出訴後其ノ町會議員ノ任期滿了スルモ訴訟ノ目的消滅シタルモノト爲スヲ得ズ(二、一〇、二五、行)。

大正十年までは、判例は本訴の如き場合に於いて訴訟の目的が消滅するものとして居つたのに反

して、十年以後は其の判例を變更して、訴訟の目的が消滅しないものと爲すに至つた。本判決は其の先例に従つたものであるが、自分は此の判例の變更を不當とするもので、舊判例の方が正當であることは、前卷(八九二頁)に述べた通りである。尙失格決定の法律上の意義に付いては前出(68)參照。同所に述べた如く、議員の失格決定は決して判決に曰つて居るやうに「町會議員ノ被選舉權ヲ有セシヤ否ヲ確定スルコトヲ目的トスルモノ」ではなくして、町會議員が現に被選舉權を有し随つて議員たる資格に缺くる所なきや否やを認定する行爲である。既に他の原因によつて議員の資格を失つた以上は、其の決定は當然其の意義を失ふものである。

(199) 官廳間の監督上の認可に對する訴

○明治三十二年勅令第四百四號第一條第一項ニ依ル内務大臣ノ認可ハ河川法第六十條ニ所謂行政廳ノ處分ニ非ズ(一五、五、六、行)。

河川法第五條に依れば、府縣知事は管内の河川を河川法を準用するものとして認定するの權があり、而して三二年勅令四〇四號に依れば、府縣知事が此の認定權を行ふには内務大臣の認可を受くべきものとせられて居る。此の規定に基き山梨縣知事は内務大臣の認可を受けて管内桂川上流を準用河川として認定した。之に對し原告から内務大臣が認可を與へたのは違法であるとして、河川法六〇條に依り内務大臣を被告として行政訴訟を提起した。行政裁判所は、内務大臣の認可は府縣知

事に對する監督上の處分であつて人民に對し權利義務の關係を生ずるものではないから 之に對し行政訴訟を起し得べきものでないとして之を却下した。

(評論) 判旨固より正當で、疑問の餘地もない。行政訴訟に於いて争の目的となり得べき行政處分は、人民に對して直接に效力を生ずる處分に限ることは當然で、上級廳から下級廳に對して行はるる監督上の處分は、人民には直接の關係を生じないものであるから、人民の側から之に對して不服を訴へ得べき理由は無い。假令河川法には同法に基く總ての處分を以て行政訴訟の目的となり得べき事項と定めて居るにしても、それは唯人民に對して直接の效果を生ずる處分のみ限らるるもので、官廳の間にのみ效力を生ずる處分は其の中には含まれないものと解すべきことは當然である。

〔200〕 道路負擔金の豫告知に對する訴

○道路舗裝延期工事費負擔ノ豫告知ニ對シテハ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ズ(二、二、二、行)。

道路負擔金の賦課に對しては道路法に依り出訴し得るものであるが、其の豫告知は賦課處分ではなく、全然行政處分と見るべきものではないから、之に對しては出訴し得ないのが當然である。

〔201〕 移轉命令代執行の戒告に對する訴

○特別都市計畫法第六條ノ規定ニ基キ内務大臣ノ爲シタル移轉命令ノ執行ノ爲同大臣ノ爲シタル戒告ニ對シテハ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ズ(二、三、一一、行)。

移轉命令其れ自身に對して出訴し得るや否やは何れにしても、其の代執行の戒告は單なる通知であつて行政處分ではないから、それに對しては出訴し得べきものではないといふのが、判旨の趣意とする所である。

〔202〕 將來に於ける行政處分の禁止を求むる訴

○村税排水溝費特別税反別割ノ將來ノ賦課ヲ豫メ禁止スルコト及該賦課ニ付村長ノ爲スベキ行爲ヲ豫メ禁スル請求ニ付テハ法律勅令中行政訴訟ノ提起ヲ許シタル規定ナシ(二、四、九、行)。

當然の事で、説明までもない。行政訴訟は違法の行政處分が行はれてから始めて提起し得べきもので、未だ行はれない前に豫め其の禁止を求むることは、訴訟の目的とはなり得ない。

〔203〕 縣參事會の議決を違法なりとする訴

○縣參事會ノ爲シタル縣税戸數割賦課金額ノ議決ニ對シテハ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ズ(二、一〇、四、行)。

唯議決が有つただけでは、行政処分は未だ存在しないのであるから、未だ行政訴訟を起し得るには至らない。其の議決に基く賦課處分が有つて始めて出訴し得るのである。

(204) 第三種所得金額訂正願の却下に對する訴

○第三種所得金額減損更訂金額ノ誤謬訂正願ニ付稅務署長ガ爲シタル却下處分ニ對シテ行政訴訟ヲ許シタル規定ナシ(一四、六、二三、行)。

所得金額の決定又は其の更訂處分に不服が有れば、所得税法に依り稅務監督局長に訴願することが出来れば、稅務署長に對し誤謬の訂正願を爲すのは別段の法律の根據の無い單純な請願に過ぎないのであるから、それが却下せられても、行政訴訟を起す途は無い。

(205) 河川工事を違法とする訴訟

○河川法第六十條ニ所謂行政處分中ニハ獨リ意思表示トシテノ行政處分ノミナラズ河川締切工事ノ如キ事實上ノ行政行爲ヲモ包含セシムルノ法意ナリトス(一五、一一、三、行)。

後出(202)参照。

原告は菊澤川の水利權を有し水車業を營んで居た。然るに内務省で其の川の本流である河川の改修工事を行ひ水路を閉塞した爲に、菊澤川の用水は全く止まり、原告は水車營業を停止するの已む

なきに至つた。因つて原告の水車用水權を害せざる程度に水を疏通せしむることを求むといふのが本訴の要領である。

是が果して行政廳の違法處分に對する訴であるや否やが争となつたが、行政裁判所は法律の所謂「處分」といふ中には事實上の行爲をも含むものと解し、違法の訴訟として之を受理し判決した。

(評論) 先例も有り、又此の如き公共用物に關する公の工事は民事裁判の支配に屬すべきものではないから、判旨正當と信ずる(前卷七七五頁以下参照)。

(206) 河川法に依る先決問題の訴訟

○河川法第六十條ニ依ル行政訴訟ハ行政廳ノ處分ナキ場合ニ於テハ之ヲ提起スルヲ得ザルモノトス(一五、七、二〇、行)。

河川法第四十一條 法律命令若ハ許可認可ノ條件ニ違背シタル工事、設備、使用、占用若ハ工作物ノ管理ニ因リ損害ヲ受ケシメタル者ハ其ノ損害ヲ賠償スヘシ

第六十條 此ノ法律若ハ此ノ法律ニ基キテ發スル命令ニ規定シタル事項ニ關シ行政廳ノ違法處分ニ依リ權利ヲ毀損セラレタリトスル私人若ハ公共團體ハ前條ニ依リ訴願ノ裁決ヲ經タル後行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得(下略)

第六十一條 第四十一條第一項ニ依リ損害賠償ヲ請求スル私人若ハ公共團體ハ損害ヲ受ケタル日ヨリ三箇月以

第四類 訴願及行政訴訟 第二節 訴願及行政訴訟の目的、出訴期間、經由手續 二九九

内ニ民事訴訟ヲ提起スルコトヲ得

法律命令若ハ許可認可ノ條件ニ違背シタルヤ否ヤニ付キ争アルトキハ前數條ノ手續ニ依リ其ノ違背シタリトノ事實確定シタル後ニ非サレハ民事訴訟ヲ提起スルコトヲ得ス(下略)

某電燈會社が縣知事から河川使用の許可を受けて居たが、其の許可の條件に違背した爲に附近の住民が不法に損害を受けたとして、損害賠償の訴を起さんとし、其の先決問題として其の許可條件に違背したことの確認を求むる爲に、縣知事に訴願したが却下せられ、更に行政裁判所に出訴したが、それも判旨の如き理由を以て却下せられた。

(評論) 判決は先決問題の訴訟の本質を理解しないもので、甚だ不當であると信ずる。

河川法第六十一條第二項に定めて居る行政訴訟は、一般の行政訴訟とは全く類を異にするもので、民事訴訟の先決問題を決する爲の訴訟である。我が國法は一般には民事訴訟の先決問題に付いても民事裁判所自ら之を決すべきものとし、行政訴訟を必要として居らぬのであるが、河川法だけは其の特例として、先づ訴願又は行政訴訟に依つて其の違法なることの確認を求めた後に、始めて民事訴訟として損害賠償の訴を提起し得るものとして居るのである。

此の如き先決問題の訴訟は、其の性質上行政廳の處分を前提とするものではない。我が國法の認むる一般の行政訴訟は所謂抗告訴訟で、即ち、行政廳の處分を違法なりとし之に對して抗告することとを目的とするものである。此の種の訴訟には當然行政廳の處分を前提要件とすることは言ふまで

もない。河川法第六十條も亦此の如き抗告訴訟を規定して居るものである。之に反して第六十一條に依る先決問題の訴訟は、河川工事又は河川の使用の違法なりや否やの確認を求むる訴訟であつて行政處分を違法なりとする訴訟ではない。敢て行政廳の處分あることを要するものでないことは其の性質上當然である。

勿論、河川法第六十一條には「前數條ノ手續ニ依リ」違法の事實の確定を求むべきものとして居り、随つて行政訴訟に付いては、第六十條の手續に依らねばならぬことは、判決に言つて居る通りである。併しそれは其の確認を求むる手續が前數條に依るべきことを定めて居るに止まり、敢て其の出訴の要件が同一の規定に依ることを示して居るのではない。其の手續に於いて、第五十九條及び第六十條の規定に従ひ、先づ訴願を起し、其の裁決を得た後に行政裁判所に出訴すべきことが、其の規定の趣意の存する所である。第六十條に「行政廳の違法處分ニ依リ權利を毀損セラレタリトスル」云々とあるのは、手續の規定ではなく、訴訟の目的に付いての規定である。訴訟の目的は第六十條に依るものと第六十一條に依る訴訟とは全然異なるもので、前者の規定が後者に適用せられないのは當然である。行政裁判所が本訴を以て「第六十條ニ依ル行政訴訟」として居るのが根本的の誤解で、本訴は手續のみに付いて第六十條に従ふべきものとして居るのであつて、其の本質に於いては、第六十一條に依るもので第六十條に依るものではない。裁判所が之を誤つた結果、本件に付いては損害賠償を求むることを不可能ならしめ、法律上與へられて居る權利を行使する途なきに

至らしめたのは、重大なる誤判と言ふべきであらう。

(207) 法定の期間内に異議申立に對する決定なき場合に於いて其の決定を求むる訴

○府縣稅ノ賦課ニ對スル異議申立ニ對シ府縣參事會ヲシテ速ニ決定ヲ與ヘンコトヲ求ムル行政訴訟ハ法律勅令ニ依リ之ガ提起ヲ許サレタルモノニ非ズ(二、二、一五、行)。

府縣制第二百二十八條ノ二には「異議ノ決定ハ本法中別ニ期間ヲ定メタルモノヲ除ク外其ノ決定ニ付セラレタル日ヨリ三箇月以内ニ之ヲ爲スヘシ」といふ規定が有る。然るに異議の申立を爲してから後殆ど十ヶ月になるのに未だ其の決定が與へられないので、決定を経ないで直に行政裁判所に出訴したが、裁判所は判旨の如き理由を以て之を却下したのである。

(評論) 判旨不當と信ずる。

法律が異議の決定に付いて一定の期間を限定して居る場合に、其の期間内に決定が與へられなければ、決定の拒絶と見るべきもので、其の決定を待たずして直に上訴し得ることは、法律の當然認め居る所と解すべきである。行政裁判所は之を受理して自ら其の本案に付いて審理判決するのが當然である。若し然らずとすれば法律が其の期間を限定したことが何等の効果を有たないことになるの外は無い。

(208) 行政訴訟の要件としての権利の毀損

○漁業法第五十五條ハ制度上絶對ニ權利ノ傷害ヲ生ジ得ベカラザル場合ノ外事實上權利ヲ傷害セラレタルト否トヲ問ハズ權利ヲ傷害セラレタリト主張スル者ハ行政訴訟ヲ提起シ得ル法意ト解スベキモノトス(二、一〇、一三、行)。

甲乙同時に同一漁場に付き漁業免許を出願して、乙が免許せられ甲は免許を拒まれた。甲は乙に對する免許を違法なりとして出訴したが、被告行政廳は、假令それが違法であるとしても甲の權利を毀損したのではないから出訴の要件を備へないものであるとして妨害抗辯を爲したが、裁判所は現實に權利を毀損したものであることは訴訟の要件ではなく、權利の毀損が法律上可能である限り權利を毀損したものと主張して出訴することが出來ると爲し、訴訟を受理した。

(評論) 行政訴訟の要件としての權利の毀損が必ずしも現實に權利を毀損したものであることを要する趣意でないことは、判決に曰つて居る通りである。それが果して眞に權利の毀損であるや否やは裁判の審理に依つて始めて決すべき所で、眞に權利を毀損したものでないにしても、それは唯敗訴の原因となるに止まり訴訟却下の原因となるものではない。併しながら訴訟の受理せらるる爲には少くとも權利の毀損が可能であることを要する。全く權利の存在しない場合又は權利が存在するとしても係争の行政處分がそれとは無關係で、之に依つて其の權利を毀損することが不能である場

合は、適法の訴訟たることを得ない。故に問題は本訴の場合に於いて原告が係争の處分に依つて毀損せられ得べき権利を有するものであるや否やに在る。行政裁判所の従來の判例に於いては、漁業の免許を以て法律上羈束せられた行爲であると爲し、一定の條件を備へた者には行政廳は必ず其の免許を與へねばならぬもので、随つて出願者は其の免許を受くる権利を有するものであるとして居る(前卷二〇八頁以下、一一八一頁以下)。若し此の見解を主持するならば、本訴を以て權利毀損の要件を具備するものと見るのは當然である。何となれば二の漁業權が事實上兩立し難い同一漁場に付いて、甲が免許を受くる権利を有するに拘らず乙が免許を受けたとすれば、甲はそれが爲に免許を受くる可能性が少くとも大に減損せらるるを免れないからである。併しながら自分は漁業免許を以て羈束行爲であるとする裁判所の見解に反對するもので、漁業免許は特權の設定であつて行政廳の自由裁量に屬し、何人も其の免許を請求する権利を有するものでないと信ずることは、前卷に述べた通りである。若し此の見解に従はゞ、本訴の場合は毀損せらるべき權利は全く存在しないもので、裁判所は當然之を却下すべきものであつたのである。

〔209〕 他人に對する租税の賦課を求め又は其の取消を求むる訴

○他人ニ對スル縣稅戶數割ノ賦課ノ取消並他人ニ對スル賦課ヲ求ムル行政訴訟ハ之ヲ許シタル法令ノ規定ナシ(一五、一〇、二六、行)。

他人に課税せられ又は課税せられなかつたとしても自己の權利を毀損せられたものではないから出訴の目的とならないのは勿論である。

〔210〕 訴願提起後の理由の追加と訴願提起期間

○訴願提起後其ノ理由ヲ追加スルハ新ナル訴願ノ提起ニ非ザルヲ以テ訴願提起期間ノ拘束ヲ受クルモノニ非ズ(二、七、二六、行)。

〔211〕 出訴期間の延長

○出訴期間滿了當時行政裁判法第二十二條第二項ニ該當スル災害事變ト認ムベキ事實ナキトキハ遷延シタル期間ニ關シ民事訴訟法ノ規定ヲ適用スベキモノニ非ズ(一四、二、二四、行)。

本訴は山梨縣知事が東京電燈會社に與へた用水工事設計の認可を違法として其の取消を求むる訴であつたが、其の提起の時は既に出訴期間を経過したものであつた。原告は當時は大震火災の後に當り東京市は戒嚴令の下に在り、行政裁判所の所在地も不明であつたので、行政裁判法第二十二條第二項に「災害事變ノ爲メ遷延シタル期限」に該當するものであると主張したが、裁判所は本訴出訴期間の滿了期日は大正十二年十一月二十二日で、其の時には最早災害事變と認むべき事實は無

かつたから、其の上延長せらるべきものではないと判定した。
震災後十一月頃には最早大體に於て落ち着いて居た頃であるから、之を災害事變と認めなかつたのは當然で、別に評論する迄もない。

(212) 經由手續を誤りたる訴願が訴願期限後に却下せられたること
とに基く訴願期限の経過

○訴願ヲ却下スル裁決ガ訴願期限後ニ爲サレタリトスルモ其ノ裁決ハ違法ニ非ズ、從テ却下ノ裁決ガ訴願期限後ニ爲サレタル爲同一處分ニ對シ訴願期限後ニ提起セラレタル後ノ訴願ヲ適法ナラシムルコトヲ得ズ(一四、九、一五、行)。

村組合會議員の選舉の效力に關する異議の申立が組合會に於いて理由なしと決定せられたので、之に不服ありとして縣參事會に訴願した。但し其の時は訴願期限に尙八日を餘して居た。然るに其の訴願は組合會を經由して提出すべきものを、經由しなかつたので、縣參事會は約一ヶ月半を経て之を却下した。因つて訴願人は直に組合會を經由して同一内容の訴願を提起したが、最早期限を經過したのものとして却下せられた。

原告は假令期限を經過したとしても、その遅延の責は縣參事會の側に在るのであるのみならず、同じ訴願を手續の不備を訂正したに過ぎぬのであるから、初に提出した時に有効に提出せられたも

のと見るべきであると主張したが、行政裁判所は之を容れなかつた。

(評論) 經由手續は訴願提起の有効要件であるから、經由手續を誤つた場合は有效なる提起と見ることが得ない。それが期限經過後に却下せられても己むを得ない所である。

(213) 出訴期間經過後に於ける被告の更正

○誤テ他ノ者ヲ被告トシテ出訴シタル場合ニ於テ出訴期間經過後其ノ訂正ノ申立ヲ爲スモ其ノ訴ハ不適法トシテ却下ヲ免レザルモノトス(二、二、一、行)。前出(21)の(四)参照。

(214) 經由廳に於ける錯誤と經由手續

○訴願人ガ町會經由ノ爲ニ訴願書ヲ町役場ニ提出シタルモノト認ムベキ場合ニ於テハ假令其ノ進達ノ手續ニ過失アルモ訴願人ガ經由ノ手續ヲ怠リタルモノト云フヲ得ザルモノトス(二、三、一、二、行)。

町會の決定に對して訴願を爲すには町會を經由しなければならぬ。併し訴願人としては町役場に提出すれば其の手續を盡したもので、町長が誤つて町會に付議せず自ら辯明書を附して縣知事に送付したとしてもそれは訴願人の責に歸すべきものではない。知事が更に町會に差戻し町會の辯明書の送付を求めて然る後に裁決を與へたのは固より適法である。

(215) 主務大臣に對する訴願と行政訴訟との並行

○農林大臣ニ對スル訴願ニ於テハ自己ニ對スル特別漁業ノ免許拒否處分ニ對シ、行政訴訟ニ於テハ他人ニ對スル特別漁業ノ漁業權存續期間更新ノ免許處分ニ對シ不服ヲ唱フル場合ニハ行政裁判法第十七條第三項ヲ適用スベキモノニ非ズ(二、一〇、一三、行)。

甲と乙が同一漁場に付いて同時に漁業免許を出願した。兩方の漁業は事實上に兩立し難いもので、その一方に免許せらるれば他の一方は當然免許を拒ばまれることを免れない。主務大臣は乙に免許を與へて、甲には之を拒否した。甲は一方に於いて自分に免許を與へられた旨の訴願を主務大臣に提起し、更に一方に於いては乙に對する免許を違法なりとし其の取消を求むる行政訴訟を提起した。

行政裁判法第十七條第三項に依れば、主務大臣に訴願した事項に付いては行政訴訟を提起し得ないものとせられて居る。そこで、此の場合に於ける行政訴訟が其の條項に該當するものであるや否やが争となつた。農林大臣は兩方の漁業免許は兩立し得ないものであるから、甲に免許することは即ち乙の免許を取消すことに外ならぬものであり、随つて本訴は既に主務大臣に訴願せられた事項と同一の内容を有するもので、却下せらるべきものであると主張したが、それは裁判所の容るる所とならず、此の場合の訴願と行政訴訟とは其の目的を異にし、随つて相並行し得べきものと判定した。

た。

(評論) 問題の要點は甲に對する免許と乙に對する免許とが法律上兩立し得ないものであるや、又は單に事實上兩立し難いものに止まるやの點に在る。若し法律上に兩立不能であるとすれば、乙に對する免許は即ち甲に對する免許の拒否を意味するもので、之を別個の行政處分と見るを得ない。故に若し問題の漁業が専用漁業であつたとすれば、甲に對する免許を求むる訴願は必然に乙に對する免許の拒否を求むる意義を包含し、随つて前の訴願と後の行政訴訟とは其の目的を同じくし相並行することを得ないものと言はねばならぬ。然るに本訴の問題たる漁業は特別漁業であつて、唯事實上兩立し難いといふに止まり法律上兩立し得ないものではない。訴願の結果として甲に免許すべきものと定まり、行政訴訟の結果としては乙に對する免許をも取消すべきものに非ずと決せられ、随つて甲乙共に免許を受ける結果となつたとしても、それは法律上敢て不能であるといふのではない。判旨唯此の前提の下にのみ支持し得られる。

第三節 訴願及行政訴訟の當事者

(216) 滞納處分に對する出訴權者

○租税滞納處分ノ公賣物件ニ付キ質權又ハ抵當權等ヲ有セザル一般債權者ハ該滞納處

分ニ對シ行政訴訟ヲ提起スルノ權利ヲ有セズ(一四、四、二八、行)。

公賣物件の上に質權又は抵當權を有しない一般債權者は、滯納處分に依つて不利益を受くるにしても、直接に權利を毀損せられた者とは謂ひ得ないからである。

(217) 村長の當選を取消し別に當選者を定めたる監督官廳の處分
に對する訴に於ける出訴權者

○村長ノ當選決定ヲ違法ナリトシ監督官廳ガ之ヲ取消シ他ノ者ヲ村長當選者ト定メタル場合ニ於テ之ニ對スル行政訴訟ノ提起ハ村長ト爲リタル者ノ當選效力ヲ争フモノニシテ町村制第七十九條第二項ニ所謂町村長故障アル場合ニ該當スルニ依リ助役ハ村長ヲ代理シテ該處分ニ對シテ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス(二二、二、五、行)。前出(74)参照。

問題は村長の當選の效力を争ふ場合に、村長故障ある場合と言ひ得るや否やに在る。町村制第七十四條第四項は斯かる場合に唯町村長又は町村會のみに出訴權を與へて居る、故に村長の故障の無い限りは助役には出訴權の無いものと認めねばならぬ。判決は事村長の一身に關するものであるから、村長の故障ある場合として助役が出訴し得るものと認めしたのである。

(218) 異議申立の承繼

○縣稅戶數割ノ賦課ニ付被相續人ノ爲シタル異議ノ申立ハ其ノ死後家督相續人ニ於テ之ヲ承繼シ遂行スルコトヲ得ルモノトス(一五、二二、一八、行)。

戸數割の納稅義務は相續人の承繼するものであるから、それに付いての異議の申立も相續人が承繼することは當然である。

(219) 學區の出訴權

○法律勅令中村稅ノ賦課ニ關シ當該村ノ學區ヨリ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ許シタル規定ナシ(一五、一〇、九、行)。

村が小學校の建築費其の他の經費を學區の住民に賦課したのに對し學區の名義を以て出訴したのであつて、それが違法であることは勿論である。それは其の課稅を受けた各個人よりのみ異議の申立及び訴願の手續を経て出訴し得るものである。

(220) 監督廳を被告とする訴訟

○府縣知事ノ河川法準用認定ノ處分ニ對シテハ内務大臣ヲ被告トシテ行政訴訟ヲ提起

スルコトヲ得ズ(一五、五、六、行)。

行政訴訟の被告は處分廳か裁決廳でなければならぬ。監督官廳を被告として出訴し得ないのは勿論である。

(221) 縣參事會を被告と爲すべき場合に縣知事を被告と爲したる訴訟

○縣參事會ノ裁決ノ取消ヲ求ムルモノニシテ縣知事ヲ被告トシタル行政訴訟ハ却下スベキモノトス(一五、二一、三〇、行)。

(222) 多數人の共同訴訟に於ける總代選任の不備

○多數人員ノ共同訴訟ニシテ單ニ三名以下ノ總代人ヲ選任セズ總代委任ノ正當ナルコトヲ證明セザルノ不備アルニ止マルモノニハ訴訟法第九條第二項ヲ適用スベキモノトス(一五、五、六、行)。(判例變更)

訴訟法第七條に依ると、多數人が共同に訴訟する場合には、三名以下の總代を選びて之に委任し且つ總代委任の正當なることを證明すべきものとせられて居る。併し一方には同第九條第二項には「訴訟書ノ方式ヲ缺クニ止マルモノハ期限ヲ指定シテ還付スヘシ」とある。そこで右第七條の總代委任の要件を缺いた訴訟は、單に方式の欠缺として其の訂正を命ぜらるべきものであるや、又は訴訟

の要件を缺いたものとして却下せらるべきものであるやは、多少疑はしい問題である。

従來の判例は之を以て單に方式の欠缺とは見ず、訴訟成立の要件を具備しないものとして、却下すべきものとする見解を取つて居た(前卷八六頁以下)。本件判決は此の多年の先例を覆へしたもので、總代の委任は「訴訟成立ノ要件ニ非ズシテ單ニ訴訟審査上ノ便宜ノ爲設ケタル方式ニ關スルモノ」であり、随つて其の後に此の不備が補はれたならば、之を受理し審査すべきものであると判定した。(評論) 此の判例の變更は正當であつて、自分は之に賛成するに躊躇しない。従來の判例は法律に「訴訟書ノ方式」とある文字に重きを置き、總代委任の不備は單に書面の方式の不備に止まるものでないとして居たのであるが、所謂「訴訟書ノ方式」とは書面の記載方のみを意味するものではなく、總て訴訟の實體に影響の無い方式に關する條件を意味するものと解すべきである。

第四節 訴訟及行政訴訟の審理及判決

(223) 侮辱誹毀に涉る訴訟の裁決

○訴訟書ガ侮辱誹毀ニ涉ルモノニ非ズトシテ之ヲ受理シタル以上ハ之ニ對スル裁決ハ訴訟法第五條第二項ニ違反スル違法アリト云フコトヲ得ズ(一五、三、四、行)。

縣參事會に於いて下された訴訟の裁決に對し、之を違法なりとする理由の一として、原告は該訴

訴願法第五條第二項 訴願書ノ侮辱誹毀ニ涉ルモノハ之ヲ受理セス

願書には侮辱誹毀の文言が有り訴願法に依り却下せらるべきもので、之を受理して裁決したのは違法であると主張したけれども、裁判所は判旨の如き理由を以て之を容れなかつた。

(評論) 判旨結局は正當であるが、其の理由とする所は聊不穩當である。

訴願書が侮辱誹毀に涉るや否やは客觀的の事實であつて、裁決廳の認定に依つて定まるものではない。若し訴願法第五條第二項の規定が訴願の有効要件を定めたもので、之に違反するものは受理することの出来ないものであるとすれば、之を受理したのは違法であつて、行政裁判所は當然之を審理しなければならぬ。判決が裁決廳の自由認定權に任かされて居るものの如く曰つて居るのは不當である。判決の結局正當なる所以は、唯同條の規定が訴願の有効要件を定めたものではなくして、單に裁決廳に不受理の權能を與へたものであること、言ひ換ふれば、其の所謂「受理セス」とは、「受理セサルコトヲ得」といふ意味であると解すべきことに依つてのみ、説明し得る所である。

(24) 準備手續に違法ある訴願の裁決

○縣參事會開會前ニ於テ縣知事ガ投票ヲ開披シ 訴願ヲ審理豫斷シ 裁決文案ヲ作成シタリトスルモ之ガ爲ニ裁決其ノモノニ違法アリト言フヲ得ズ(一五、一二、二二、行)。前出(77)參照。

(225) 訴願の裁決の形式的要件

○日附ノ記載ハ之ヲ訴願裁決書ノ形式的要件ナリト云フヲ得ザルヲ以テ之ガ記載ヲ缺クモ其ノ裁決ハ違法ニ非ズ(一四、四、三〇、行)。前出(43)參照。

(226) 町村税の賦課に對する訴に於ける町村支出の審理

○町村制第九十六條第一項ニ所謂必要ナル費用トハ町村税賦課當時ニ於テ現實必要ヲ生ジタルモノナルコトヲ要セズ豫算成立當時該年度内ニ必要ノ生ズルコトヲ豫定シ得ベキ費用ノ謂ナリ。

寄附及起債ハ本來町村ノ爲シ得ル所ナルヲ以テ特別ノ事由アル場合ノ外寄附及起債ニ對スル監督官廳ノ許可ハ豫想シ得ベキ所ニシテ其ノ許可前ニ起債ノ利息ニ關スル歳入ヲ調達スル爲村税トシテ賦課シタルハ違法ニ非ズ(一四、六、二三、行)。

本訴は村税戸數割の賦課に對し之を違法とする訴であるが、原告の理由とする所は、該村に於て縣道改修用地を寄附する爲其の用地の買收費に充つる目的を以て七萬圓起債の許可を内藏兩大臣に申請し、其の許可を得ない中に右起債金額に對する利息三千七百餘圓を豫算に編入し、之を村税として賦課したのは違法であるといふに在つた。

裁判所は原告の主張を排斥して、假令起債が未だ大臣の許可を受けなくても、其の許可あることを豫想して其の利子を豫算に計上し、之に必要な租税を賦課したのは違法ではないと判定した。

(評論) 本件判決が原告の主張を容れず、其の敗訴と爲したのは、結局は正當に歸するのであるが、唯裁判所が之を適法なる訴訟として受理し、其の本案に付いて審理判決して居るのは重大なる誤謬を含んで居るものと信ずる。

町村制(二一〇條)には町村税の違法の賦課に對して出訴し得べきことを認めて居るに止まり、町村の歳出豫算の違法に對して出訴を許して居るのではない。然るに本件訴訟は名義上に於ては、村税戸數割の賦課を違法なりとして出訴して居るのであるが、併し其の實質に於ては單に歳出豫算を違法なりとして居るに止まるものである。之を適法の訴訟なりとする爲には、歳出豫算が違法であれば、其の當然の結果として租税の賦課を違法ならしむることを前提と爲さねばならぬ。

従來の行政裁判所の判例は概ね歳出豫算の違法なることを理由として、租税の賦課に對し不服の訴を起し得べきものと爲し、本判決も其の先例に従つて居るのであるが、それは到底首肯し得られない見解である。

總て租税は其の性質に於て一般經費の財源として賦課徴收せられるもので、特定の支出に對し特定の租税を賦課するものではない。市町村は租税の外に尙種々の財源を有し、而して此等の一切の

財源を合せて一般の經費に充つるものであつて、其の經費の總額と収入總額とは豫算面の上には均衡を得て居るとしても、それは唯豫測に止まり、實際には収入の方が多くなつて、歳計に剩餘を生ずることも固より有り得る。而して収入に剩餘を生じたからと言つて、其の収入が違法の収入となるものでないとは言ふまでもない。それは租税の性質上當然の事柄で、租税は必ずしも必要な支出を充たすだけしか賦課し得ないものとは限られて居らぬのである。之と同様に支出豫算の上に違法の支出が計上せられて居つたとしても、それは唯其の支出が違法であつて法律上之を支出することとが許されないといふに止まり、それが爲に収入を違法ならしむるの結果を生ずるものではない。經費の支出と租税の賦課とは別個の行爲であつて、其の一方が違法であるとしても、他の一方が之に依つて當然に違法となるものではない。

勿論町村制(九六條)には、第一項に町村は何々の費用を支辨する義務を負ふと曰ひ、第二項に何々の収入を以て前項の支出に充て仍不足あるときは町村税を賦課徴收することを得と曰つて居つて單に其の文面から見ると、不足額以上に課税することは違法のやうに解せられないではないが、本條の趣意とする所は唯町村税が町村の第一次的収入と爲すべきものではなく、財産収入及び其の他の収入を以て不足する場合の補充的収入と爲すべきことを示すに止まり、必要ならざる支出の爲にする課税を以て違法とするの趣意ではない。町村の支出が必要の費用であるや否やは、町村自身の認定と行政上の監督とに任じて居るのであつて、之を訴訟事項として認めて居る根據は全く之を見

るを得ない。

(227) 他の訴訟の先決問題として出訴期間を過ぎたる財産差押
處分の審理

(一)

○財産差押處分ニ對スル訴願ガ提起期間經過ノ故ヲ以テ却下セラレ右却下ノ裁決ニ對スル行政訴訟ニ於テモ同一ノ理由ノミニヨリ其ノ裁決ヲ正當ナリト判決シタル場合ニ於テ右差押財産ノ公賣公告ニ對スル行政訴訟ニ於テハ差押處分以前ニ於ケル賦課及督促ノ違法ヲ理由ト爲シ得ザルモノニ非ズ(一五、四、三〇、行)。

何某が府税及市税を滞納した爲に、滞納處分を受け、之を違法なりとして府參事會に訴願を起したが、既に訴願提起の期間を経過した後であるとして却下せられ、行政裁判所に於ても、其の却下の裁決を正當なりとし、其の判決は確定した。其の後右滞納處分に依り差押へた財産を公賣に付する旨公告したの對し、何某は再び右差押處分の違法なることを理由として公賣公告を違法なりとして訴願を起し、其の裁決に不服ありとして、更に行政裁判所に出訴した。

争點は二點に在つた。第一點は、差押處分に對する行政訴訟の判決が既に確定した後において、再び該差押處分が違法であることを理由として、公賣公告の違法なることを主張し得るや否やに在

る。第二點は、假に之を主張し得るものとして、該差押處分が果して違法であるや否やに在る。裁判所は第一の争點に付いては、前の判決は唯法定の出訴期間を過ぎたものであることを確定したのみで、該差押處分が適法であることを確定したのではないから、差押處分の違法なることを理由として、公賣公告の當否を争ひ得べきものであると曰ひ、唯、第二の争點に付いて、該差押處分に違法の廉あることを認めないといふ理由を以て、結局原告の請求相立たずと判定した。

(評論) 判旨其の儘には賛成し難い。

行政處分に關して訴願又は行政訴訟を提起し得べきものとせられて居る場合でも、若し出訴期間を経過すれば、其の處分に對しては最早争ふことの出来ないものとなるのであつて、即ち其の處分は關係人に對して確定力を生ずるのである。それは出訴期間を過ぐるまで全く出訴しなかつた場合でも、又は本件のやうに期限を過ぎてから出訴して却下せられた場合でも同様である。既に確定力を生じた處分に付いては、其の處分が初より無効である場合を除いて、一事不再理の原則が適用せられて、裁判所は最早之を審査し得べきものでない。それは、當に其の處分自體に付いて訴願又は行政訴訟を起し得ないばかりではなく、其の處分の適法なりや否やが他の訴訟の先決問題となる場合に於いても、裁判所は當然之を適法なものとして取扱はねばならぬのであつて、再び之を審理することは其の確定力と相容れないものである。

唯此の原則を適用することの出来ぬのは、其の處分が全く無効である場合である。無効の處分は

假令出訴期間を過ぎても有効となるものではなく、唯出訴期間經過の後は其の處分自體に付いて最早出訴することが不可能であるに止まり、若し其の處分が他の訴訟の先決問題となる場合には、關係人は何時でも其の無効なることを主張し得る。勿論、此の場合でも若し本來無効なるべき處分が行政訴訟に依り有効として判決せられたならば、其の判決の効力に基づき最早其の無効を主張し得ないことは當然であるが、本件の場合には、行政訴訟の結果單に期間の經過の故のみを以て審理を拒絶せられたに止まり、其の有効なることを確定したのではないから、關係人は他の訴訟に於いては當然其の無効なることを主張し得なければならぬ。

即ち本件の判旨は其の所謂「違法」を「無効」と改むるに於いてのみ正當である（尙前卷九一一頁参照）。

(二)

○改正前ノ町村制第九條第二項ノ租稅滯納處分ハ適法ナル滯納處分ヲ指スモノニシテ該處分ノ違法ヲ理由トシテ町會議員被選舉權喪失決定ノ當否ヲ争フ訴訟ニ於テハ滯納處分確定後ト雖該處分ノ違法ナリヤ否ヲ争フコトヲ得ルモノトス（二、六、一四、行）。

是も同趣意に出て居るもので、やはり該滯納處分が全然無効である場合にのみ判旨正當である。

(228) 恩給裁定處分の確定力

(一)

○恩給法第百一條ノ規定ニ依ル恩給更正處分ニ於テハ既ニ従前ノ裁定處分ニ依リ確定セラレタル在職年ニ關スル退職原因等ニ付更ニ審査ヲ爲スベキモノニ非ズ（一五、三、九、行）。

(二)

○恩給法施行前給與事由ノ生シタル小學校教員退隱料給與ノ裁定ニ於テ在職年ノ計算ニ關シ誤アリシトスルモ其ノ裁定確定シタル以上最早之ヲ争フコトヲ得ズ（二五、六、一七行）。

(229) 判決の確定力

○大正九年法律第十號ニ依ル恩給額更正處分ニ對シ舊軍人恩給法ノ下ニ於テ准士官相當ノ恩給ヲ受クベキコトヲ請求シ行政訴訟ノ結果其ノ請求相立タザル旨ノ判決ヲ受ケタル者ガ新恩給法ニ依ル恩給額更正處分ニ對シ再ビ同一ノ請求ヲ爲スハ別個ノ處分ニ對スル請求ナルヲ以テ判決ノ確定力ヲ侵スモノニ非ズ恩給局長ガ判決ノ確定力ヲ援用シテ其ノ具申ヲ却下シタルハ違法ナリ（一四、七、一六、行）。

第五類 警察

第一節 警察通則

(230) 法人の警察責任と法人代表者の處罰

●大正十四年山口縣令第五十四號山口縣魚市場規則ニ依リ法人ヲ處罰スベキ場合ニ於テハ法律上法人ヲ代表スル權限ヲ有スル者ハ縱令内規ニ依リ其ノ代表權ヲ制限セララルモ規則第二十六條ニ依リ處罰セララルモノトス(二、五、一六、大刑)。後出(231)參照。

山口縣魚市場規則には「法人ヲ處罰スヘキ場合ニハ法人ノ代表者ヲ處罰ス」といふ明文が有る。問題となつた法人は長府建物株式會社で、其の取締役は三人であるが、その中一人が専務取締役に互選せられ、事實上専ら其の會社を代表して居る。然るに原審裁判所に於いては、會社が右規則に違反した行爲が有つた爲に、取締役三人を各罰金五十圓に處する旨の判決を下した。右規則に定むる罰則には「五十圓以下ノ罰金又ハ拘留ニ處ス」とあるのである。そこで被告人から、右の處罰は専務取締役のみが受くべきもので、他の取締役は法律上は代表權が有るにしても事實上は代表して

行動したのではないから處罰せらるべきものではないとして上告したが、大審院は之を容れず原審判決を是認した。

(評論) 判旨不當である。

凡そ法人の事業に關しては、法人が自ら警察義務の主體たるもので、自ら警察責任を負ふことを本則とする。唯法人の義務違反に對し制裁を加ふべき場合には、法令は或は法人自身を處罰する場合も有り、或は法人の代表者を處罰する場合も有り、それは一に法令の定むる所に依るべきものであるが、何れの場合にもそれは警察義務違反の制裁であつて、刑事罰の性質を有するものではない。法人の代表者を罰するのは法人自身を罰するのと同じ意義を有するもので、法人の義務違反は結局法人代表者の責に歸すべきものであるから、法人自身を罰する代に法人代表者を罰するのである。随つて法人の法律上の代表者が假令數名ある場合であつても、それは數名の共犯たる數個の犯罪ではなく、常に法人の單個の犯罪であり、其の責を負ふべき者は必ず一人の代表者でなければならぬ。日本語の特質として單數と複數との文字の區別なく、單に「法人の代表者ヲ處罰ス」とあるのみであるが、若し之を區別し得る語であれば、其の代表者といふ語は必ず單數の語でなければならぬ。何となれば、單一の人格者たる法人が其の義務に違反したに因り、其の代表者が法人の負ふべき責任を負担するのであつて、代表者たる各人が個人として共謀して犯罪を爲したのではないからである。其の法律上の代表者が幾人あらうとも、其の犯罪は法人の義務違反といふ唯一の行爲であり、

之に對する處罰も亦唯一つでなければならぬ。假りに三人の取締役が共同して責に任すべきものであるとしても、三人が連帶して責任を分擔すべきもので、三人がそれ／＼別々に責任を負ふべきものではない。是が法人の警察義務違反に關する特有の原則である。

本問の場合に於いては、罰則の定むる最高の罰は五十圓の罰金であつて、若し法人自身を處罰するとすれば、五十圓より多くの罰金を課することが出來ぬのは勿論である。法人の代表者を罰する場合でも亦之と同様でなければならぬことは明瞭である。然るに判決は取締役三人に對し各五十圓の罰金を課して居るのであつて、是は法人の代表者としての行爲を個人としての行爲と混同して居る誤あるもので、法人の義務違反を三人の共同正犯と看做して居るものである。警察義務の主體が法人であらうとも個人であらうとも、其の義務違反に對する制裁は同一でなければならぬ。本問の場合に於いても其の處罰は最高が五十圓の罰金といふ唯一の罰でなければならぬのであつて、單一の所爲に對し三人に各其の罰を課したのは違法である。

(231) 不正營業の警察責任者

●大阪府令遊技場營業取締規則第九條第一號ノ違反者タルニハ自己ノ計算ニ於テ遊技場營業ヲ爲シタル者タラザルベカラズ其ノ遊技ニ關スル業務ノ取扱者ノ如キハ同條ノ違反者トシテ罰スベキモノニ非ズ(一四、九、一八、大刑)。

大阪府令に依り遊技場營業を爲すには警察署の許可を受くべきものとせられて居る。甲某が他から玉突場を買受け、許可を受けず會員組織といふ名義で事實は遊技場營業を爲して居たが、刑事事件の爲に拘留せられ、其の不在中甲某の實兄である乙某が引續き營業を經營して居た。因つて乙某が許可を受けずして營業を爲した者として原審では處罰せられたのであるが、大審院は乙某は營業者ではなく、營業者たる甲某の不在中其の依頼を受け、其の代理人として甲某の計算に於いて從來通り營業を繼續して居たに過ぎないものであるから、責任を負ふべき者は甲某であり、乙某は責任者ではないとして、原審を破毀し自ら無罪の判決を與へた。

(232) 違警罪即決言渡書の送達

●違警罪即決例ニ依ル即決言渡書ノ送達ヲ施行スル巡査ハ受取人ニ對シ受取ヲ證スル捺印ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス(一四、七、二三、大刑)。

警察署長の命を受けた巡査が料料二圓に處する即決言渡書を被告に送達し、受取の捺印を求めた所が之を拒絶し巡査に暴行を加へたのが、公務執行妨害罪に問はれたのである。

第二節 保安警察

(233) 出版物の製本納付の義務

●出版法第三條ニ所謂製本トハ製作セラレタル文書圖書ヲ指稱シ其ノ文書圖書ノ一葉ナルト將又數葉ヲ編綴シタル冊子ナルトハ毫モ問フトコロニ非ズ(二、一一、一一、大刑)。

出版法第三條には出版物の納本義務を定めて、「製本二部ヲ添へ内務省ニ届出ヘシ」と曰つて居る。上告人は此の所謂「製本」の意義に付いて、苟も製本といふ以上普通に「本」と稱すべき體裁を備へたものであることを前提とするもので、一枚刷の宣傳ビラの如きは本條の適用を受くべきものでないと主張したけれども、大審院は此の論旨を排斥し、一枚刷であつても「製本」たることを妨げないものと判定した。

(234) 引札の意義

●青年訓練所生總動員ニ反對スベキコトヲ說示シタル思想ノ發表宣傳ヲ目的トシタル文書ノ如キハ出版法第九條ニ所謂引札ニ非ズ(一一、一一、一一、大刑)。

出版法第九條には「書簡、通信、報告、社則、引札、諸藝ノ番附、諸種用紙證書ノ類及寫眞」に付いては、届出、納本、發行者の氏名記載の義務等の適用の無いことを規定して居る。併しその所謂「引札」その他の定義に付いては別に規定して居る所が無い爲に、その點に付き往々疑問を生ず

る。

本件判決に於いて大審院はその所謂「引札」を定義して

出版法第九條ニ謂フ引札ハ營業上ノ廣告ノ如ク頒布ノ目的ヲ以テ單ニ購買觀賞其ノ他需供ノ誘引トナルヘキ事項ヲ記述シタル文書ヲ汎稱シ或種ノ思想ヲ發表宣傳スル文書ノ如キハ引札ノ範圍ニ屬スルモノニ非ズ

と曰ひ「青年訓練所生總動員に反對せよ」と題して、それは侵略主義と無産階級壓迫の道具に使ふ演習として計畫せられたものであるから、無産階級は之に反對せねばならぬといふ趣意を記載した一枚刷の宣傳ビラが、同條に所謂引札に該當しないものと爲し、それが届出納本を爲さず又發行人の氏名を記載せずして出版せられたのは、出版法違反の罪を爲すものと判定した。

〔235〕 活動寫眞フィルム製作と出版法違反

●活動寫眞陰畫フィルムヲ基本トシ科學的方法ヲ用キ其ノ陽畫フィルムヲ製作スルハ出版法ニ所謂圖畫ノ印刷ニ該當ス(二、一〇、一八、大刑)。

是は猥褻なる活動寫眞フィルムを製作した者が、出版法第二十七條に謂ふ「風俗ヲ壞亂スル文書圖畫ヲ出版シタル者」として處斷せられた事件である。フィルムの製作が出版法の所謂印刷に該當することは疑を容れぬ。

〔236〕 出版法に依る發行者の資格

●出版法第七條ニ所謂發行者ノ氏名トハ自然人ノ氏名ヲ指スモノニ外ナラズ(二、一一、一一、大刑)。

出版法第七條 文書圖畫ノ發行者ハ其ノ氏名住所及發行ノ年月日ヲ其ノ文書圖畫ノ末尾ニ記載スヘシ

本件は「青年訓練所生總動員に反對せよ」と題する宣傳ビラに、發行者として「勞働農民黨岩手縣支部聯合會」と記載したが、出版法違反の罪に問はれた事件で、上告人は之を以て出版法第七條に所謂「發行者ノ氏名」を記載することの要件を満たしたものであると主張したけれども、大審院は之を採用せず、氏名と言へば當然自然人の氏名であることを要件とするもので、團體名を以て之に代ふことを得ないものと判定した。

(評論) 判旨若し團體が出版物の發行者となり得ないものといふに在らば首肯し難い。法人其の他の團體の名を以て出版物を發行することは、極めて普通の例であつて、法律も亦之を承認するものと認むべきである。唯團體が發行者たる場合には、發行者たる團體の名の外に、必ず其の代表者として責に任すべき自然人の氏名をも併せ記することを要すといふ意味に於いてのみ判旨正當である。何となれば出版法上の責任は金錢刑のみならず自由刑をも含み、唯自然人のみ之を負ふことが出来るからである。

(237) 新聞紙法に依る印刷人の資格

●新聞紙法ニ所謂印刷人タルニハ新聞紙ノ印刷ヲ擔當スルヲ以テ足り自ラ印刷ノ機械的作業ヲ行フヲ要セズト雖モ印刷行為ヲ擔當セザル印刷依頼者ノ如キハ印刷人ニ非ズ(二五、一一、一〇、大刑)。

新聞紙で印刷人の變更届を出したが、新印刷人として届出た者は實際に印刷を擔當する者ではなく、従来の發行人兼編輯人が印刷人をも兼ねる旨の届をした。是が虚偽の届を爲したものである。新聞紙法違反の罪に問はれたのである。上告論旨としては、新聞紙法に依る印刷人は、必ずしも現に印刷に従事する者であるを要せず、印刷に付いての責任を負ふ者を意味するのであると主張したが、大審院の採用する所とならなかつた。

(評論) 可なり疑はしい判例で、實際の事情には適しないものと思はれる。普通には新聞紙法の所謂印刷人は印刷に關する責任者といふ意味に解せられて居り、又それが穩當な解釋であると信ずる。

(238) 新聞紙の記事に關する責任者

●新聞社ノ通信員ハ新聞紙ニ掲載發行セラレタル其ノ通信ニ係ル他人ノ名譽ヲ毀損ス

ベキ事項ニ付責ヲ負フベク、記事ノ取捨選擇ガ編輯人ノ専權ニ屬スルヲ以テ罪責ヲ免ルベキニ非ズ、又其ノ通信員ハ編輯人ニ記事ノ資料ヲ供給シ共同シテ新聞紙ニ名譽毀損罪ヲ實行セシモノニシテ同罪ノ豫備タルニ止マラザルモノトス(一五、八、六、大刑)。

我が國法上新聞紙の記事に付いての責任は編輯人のみが負擔するものではなく、其の記事を提供した者も共に責任を負ふことを要するもので、それは自ら其の記事に署名したと否とを問はぬ。

(239) 新聞紙の附録の發行者

●新聞紙法第一條ニ所謂本著作物ト同一題號ヲ用キテ臨時發行スル著作物タルニハ本著作物ノ發行者ニ依リテ發行セララルコトヲ要スルモノトス(二、一一、一四、大刑)。

被告人某は無産者新聞第六十二號附録として「無産者新聞を讀め沼津警察署の行爲は第六十二號にあばかれたり」と題する謄寫版刷の印刷物を印刷發行した。それには發行人等の氏名を掲載せず又所轄官廳に納本を爲さなかつた。但し被告人某は無産者新聞の發行人ではない。原審では之を新聞紙法第十條及び第十一條違反の罪として處斷した。それは該印刷物を以て新聞紙法第一條に所謂「定時期以外ニ本著作物ト同一題號ヲ用キテ臨時發行スル著作物」であると爲し、それに發行人等の氏名を記載しなかつたのは第十條の違反であり、納本を爲さなかつたのは第十一條の違反であると爲したのである。

大審院は原判決を破毀して、假令無産者新聞第何號附録といふ名稱を以て發行せられたとしても、無産者新聞の發行人でない第三者が之を發行したものであれば、それは新聞紙法の意味に於いて新聞の附録とは見るを得ないものである、新聞紙法第一條に「定時期以外ニ本著作物ト同一題號ヲ用テ臨時發行スル著作物」と曰つて居るのは、唯本著作物と同一の發行者に依つて發行せらるる著作物に限るものである。随つて本件は出版法違反の罪にはなつても、新聞紙法違反として處斷したのは不當であると判定した。

(240) 官公署の公にせざる文書の掲載禁止

●新聞紙法第二十條ニ所謂官署公署ニ於テ公ニセザル文書トハ之ガ掲載ニ關シ當該官公署ニ許否ノ權能ノ有無ヲ問ハズ法令ヲ以テ公ニスルコトヲ禁止スル一切ノ文書ヲ汎稱スルモノトス(一五、六、一八、大刑)。

本件は既に豫審決定を終へ未だ公判開廷に至らない刑事事件に付いての訴訟書類を新聞紙に掲載したのが、新聞紙法違反になるや否やの問題に關するもので、新聞紙法第十九條には新聞紙は公判に付する以前に於いて豫審の内容其の他豫審中の被告事件に關する事項を掲載することを得ないものとして居る。それに依ると既に公判に付せられた後は公判開廷前でも之を掲載し得るやうであるが、一方には刑事訴訟法第五十五條には「訴訟ニ關スル書類ハ公判開廷前ニ於テハ之ヲ公ニスルコ

トヲ得ス」とあり、而して新聞紙法第二十條には「新聞紙は官署公署……ニ於テ公ニセサル文書……ヲ許可ヲ受ケスシテ掲載スルコトヲ得ス」とある。それに依ると公判開廷前には一切の訴訟書類を掲載し得ないことが明である。判決は後の趣意を明にして居るもので、新聞紙法第十九條と第二十條とはそれ〴〵目的を異にし、前者は豫審の秘密を保つ爲、後者は公にせざる文書の秘密を保つ爲にするもので、相矛盾するものではないと曰つて居る。

(241) 「時事を掲載する新聞紙」の意義

●新聞紙ニ掲載セラレタル記事ガ時事ニ關スル事項ナリヤ否ハ記事ノ全體ニ亘リ其ノ記述ノ目的トシタル事項ヲ標準トシテ之ヲ判斷スベキモノトス(一四、二、二六、大刑)。

尾州魁新聞といふ保證金を納めない新聞紙が「特色ある愛知玉絲」といふ表題で、「農村疲弊の聲は既に久しいが之に對して未だ何等の施設も無い、若し今の儘で推移すれば由々しい問題を惹起さぬとも限らぬ」といふやうな記事を掲げ、又「大の甘黨で世を茶化す」といふ題で、「現時の農民程世に虐げられた者は無い」といふ意味の記事を掲げたのが、原審裁判所に於ては、時事に關する事項を掲載したものとして處斷せられたが、大審院は之を破毀し、

凡新聞紙ニ掲載セラレタル記事ガ時事ニ關スル事項ナリヤ否ハ記事ノ全體ニ亘リ其ノ記述ノ目的トシタル事項ヲ標準トシテ之ヲ判断スベキモノニシテ、縱令記事ノ一部ニ多少時事ニ渉ル部分アリトスルモ、其ノ部分ガ記

事ノ目的トシタル事項ノ範圍外ニ涉リ別ニ犯罪ヲ構成スル場合ハ格別、單ニ記事ノ目的トシタル事項ニ附帶シ之ト密接ノ關係ヲ有シ、他ノ部分ト相俟テ目的トシタル事項ニ關スル一記事ヲ構成スルニ過ギザルモノハ、此ノ部ヲノミテ提ヘ之ヲ以テ直ニ時事ニ關スル事項ヲ掲載シタルモノト謂フコトヲ得ザルモノトス。

と曰ひ、本件記事は前者は愛知玉絲株式會社の内情を紹介し、後者は某村長の月旦評を目的とするもので、時事に關する事項と認むべきものではないと判定した。

新聞紙の記載事項が時事に關する事項であるや否やは、程度の問題であつて、其の記事の全體を見なければ之を判斷することは不可能であるが、判決の論旨に曰つて居る如く、某會社の廣告的の紹介や、某村長の人物月旦評を目的とする記事の中に、現代の社會狀態に觸れる事項が加はつて居つても、之を以て直に新聞紙法違反と見ることは不當であつて、此の意味に於て判旨は正當であると信ずる。

(242) 違法出版物の頒布

●刑法第七十五條所定猥褻ノ文書圖書ノ頒布スル罪ハ不定多數ノ人ニ對シテ之ヲ配付スルコトヲ要スト雖モ其ノ文書圖書ノ配布ヲ受クベキ人ガ特定セラレズシテ當然若ハ成行上不定多數ノ人ニ配付セラルベキモノナルトキハ其ノ現ニ配付ヲ受ケタル者ガ僅ニ數名ニ過ギザル場合ト雖モ刑法ニ所謂頒布アリタリト解スルヲ妨ゲズ(一五、三、五、

大刑)。

(243) 巡查の多衆運動の解散を命ずるの權

●治安警察法第八條ニ所謂警察官中ニハ巡查ヲモ包含スト解スベキモノトス(一五、七、六、大刑)。

治安警察法第八條には「安寧秩序ヲ保持スル爲必要ナル場合ニ於テハ警察官ハ屋外ノ集會又ハ多衆ノ運動若ハ群集ヲ制限、禁止若ハ解散シ又ハ屋内ノ集會ヲ解散スルコトヲ得」とある。巡查が此の條文に依り解散を命じたのが正當の職務の執行であるや否やが問題となつたのであるが、大審院は之を正當と解したのであつて、それは當然である。巡查には行政處分の權が無いにしても、上官から委任せられた限度に於いては行政處分を爲し得ることは當然であり、而して屋外集會や多衆の運動を監督することを委任せられた場合には、必要に應じて其の解散を命じ得べき權能をも與へられて居るものと解すべきである。

(244) 火藥類讓渡の禁止

●火藥類ノ所有權ヲ有セザルモ現實ニ火藥類ヲ領有スル者ガ相手方ト合意ノ上相手方ヲシテ之ヲ取得セシムルノ目的ヲ以テ爲ス處分行爲ハ銃砲火藥類取締法第六條ノ讓渡

行爲ニ該當ス。

同法第十二條ノ火藥ノ授受運搬携帶ニ關スル規定ハ同法第六條ノ讓渡又ハ讓受等ノ處分行爲ニ關シテハ其ノ適用ナキモノトス(一五、七、三一、大刑)。

銃砲火藥類取締法第六條 軍用銃砲、火藥類ノ讓渡又ハ讓受ハ法令ニ特別ノ規定アル場合ヲ除クノ外其ノ製造

若ハ販賣ノ業ヲ營ム者又ハ特ニ行政官廳ノ許可ヲ受ケタル者ニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス

同法、十二條 行政官廳ハ安寧秩序ヲ保持スル爲必要アリト認ムルトキハ銃砲火藥類ノ授受、運搬、携帶ヲ禁止シ又ハ制限スルコトヲ得

火藥類を所持する資格の無い者が違法にダイナマイト及び雷管を所持し之を他人に讓渡した。此の行爲が銃砲火藥類取締法第六條に違反するや否やが問題となつて、被告の側からは、被告は火藥類を所持する資格の無い者であるから、正當に所有權を有する者ではなく、随つて所有權を讓渡し得べきものではない、随つてそれは第六條の讓渡に該當する行爲ではなく、第十二條の授受到該當するものである、而も授受到付いては行政官廳の命令が有つて始めて禁止又は制限せられるもので而して此の如き命令は存しないと主張したが、大審院は之を採用しなかつたのである。

(評論) 銃砲火藥類取締法の如き警察法規は民法とは其の目的を異にするもので、民法が私人間の權利義務の關係を定むるのを目的とするに反して、警察法規は公の秩序を害すべき行爲を禁止し制限することを目的とする。其の結果として「讓渡」又は「讓受」といふやうな語も民法に於ける

と警察法規に於けるとは、自ら其の意義を異にするもので、民法では權利の移轉といふ意味に使つて居るのが普通であるが、警察法規に於いては事實上に物の所持を移轉することの意味に使ふことが普通である。何となれば警察法上公の秩序を害する虞の有るものとせらるるものは、權利の移轉ではなくして物の事實上の所持の移轉であるからである。權利の所屬如何は専ら民事上の問題で警察上の秩序に關する問題ではない。火藥類取締法第六條に「讓渡又は讓受」と曰つて居るのも亦此の意味に解すべきもので、判決に之を「火藥類ノ事實上ノ移轉處分」と解して居るのは正當である。それであるから、第六條に「讓渡又ハ讓受」と曰つて居るのも、第十二條に「授受」と曰つて居るのも同じ意味の語で、第十二條に依る授受の禁止又は制限は専ら軍用銃砲以外の銃砲にのみ適用が有り、火藥類には判旨に示して居る如く適用の無いものである。

(245) 輸出禁制品の密輸出

●モルヒネ、コカイン及其ノ鹽類ノ取締ニ關スル内務省令ニ所謂輸出ノ行爲ハ海上ニ在リテハ帝國領土外ニ仕向ケラレタル船艦ニ目的物ヲ積載セルニ依リテ完成スルモノトス(一五、八、二、大刑)。

(246) 電氣事業者の承諾を得ずして電氣工作物の施設を變更する行爲

●「ソケット」ハ電燈線ノ末端ニ取付ケラレ用法上電燈線ト合シテ一體ヲ爲シ分離スベカラザル關係ヲ有スルモノニシテ電氣事業法ニ所謂電氣工作物ナリトスサレバ屋内ニ施設セル電燈線ヨリ「ソケット」ヲ除去スル行爲ハ電氣工作物ノ施設ヲ變更スルモノナルコト疑ヲ容レズ(一五、二、二四、大刑)。

自儘に電球を取り替へた行爲は電氣事業法に觸るるものでないといふ判例が有る。ソケットの取外しも之と同様に技術上の知識を要するものでないといふ理由で上告したけれども容れられなかつたのである。

(247) 遊技場營業の不許可

○營業出願者ガ自ラ營業ヲ爲スノ意思ナキ場合ニ於テハ其ノ出願ヲ拒否スルモ不當ニ非ズ(二四、一一、二八、行)。

玉突場を買受けて、遊技場營業を爲さんとした者が、自分は前科が有つて、自分の名義を以て出願したのでは許可を得る見込が無いので、弟の名義を以て出願したが、それも不許可となつた。行政裁判所は此の事實を認定し、其の不許可を適法として判定したのである。

(248) 代書人の營業許可の取消

○大正九年内務省令第四十號代書人規則第七條、第十條又ハ第十四條ノ違反行爲ニ對シ拘留、科料又ハ業務停止ノ制裁ヲ加フルモ其ノ效果ヲ期待シ難ク此等ノ手段ヲ以テハ將來ニ向テ業務上ノ義務履行ヲ豫想スベキ見込ナシト認ムベキ場合ニ於テハ直ニ業務許可ノ取消處分ヲ爲スモ違法ニ非ズ(二四、一一、一〇、行)。

代書人某が屢依頼人から法定制限額以上の報酬を受け、又自分の代書した願届書に署名捺印しなかつた事實が有つたのみならず、警察官が戒告を加へたのに對して反抗し脅迫したなきの事實が有つたので、警察署長が之に業務禁止の處分をしたのは適法であると判示せられた。

第三節 衛生警察

(249) 醫行爲の範圍

(一)

●醫師ノ免許ヲ受ケザル者ガ反覆繼續ノ意思ヲ以テ醫行爲ヲ爲シタルトキハ醫師法第十一條ノ無免許醫業罪ハ成立スルモノニシテ之ガ爲ニ人ノ身體生命ニ實害ヲ生ズルノ虞アルト否トヲ問ハズ。

人ノ疾病ヲ治療スル爲患者ヲ診察シ一種ノ藥液ヲ注射スルガ如キハ、醫行爲ノ範圍ニ屬ス(元、一二、二五、大刑)。

本件は、醫師の免許を受けない者が「大橋液」と稱する藥液を料金を徴して患者に注射し、病氣の診療に従事して居た事件で、其の注射は何等人體に危険の有るものでなく、却つて實效の著しいものであると主張したけれども、大審院は其の主張を容れず、私に醫業を爲す者として處罰すべきものと判定したのである。

(評論) 何が法律に所謂醫行爲であるかは、之を明白に断定し難いが、法律が免許を受けずして醫業を爲すことを禁止して居るのは、言ふまでもなく公衆の保健の目的に出て居るもので、之を一般に放任すれば人の身體生命に危険を及ぼす虞あるが爲である。随つて假令病氣を診療する行爲であつても、必ずしも常に醫行爲であるといふのではなく、若し現代の社會的常識に於いて、假令醫學上の専門的知識の無い者が之を行つても、人の身體生命に實害を及ぼす虞の無いものと認定せられ得るものであれば、敢て法律の所謂醫行爲に屬するものと解すべき理由は無い。従つて判決に「之が爲二人ノ身體生命ニ實害ヲ生ズルノ虞アルト否トヲ問ハズ」と曰つて居るのは、極端に失する嫌がある。唯現代の社會見解に於いて未だ全く無害なることの認識せられない藥液の注射の如きは、之を醫師の免許を受けない者に任かすことは、實害を生ずる虞なきものといふを得ないもので、此の意味に於いてのみ判旨結局正當であると信ずる。

(二)

●經驗ニ因リ得タル智識ヲ利用シテ人ノ疾病ヲ治療スル爲患者ヲ診察シ處方箋ヲ交付シ又ハ藥物ヲ指示スルガ如キハ、醫行爲ノ範圍ニ屬ス(二、一一、一四、大刑)。

被告人は何等醫學の原理を應用して診療したのではなく、單に痲氣、寸白のやうな普通の病氣に付き自己の經驗に依る療藥を指示したに止まるものであると主張したが、大審院は假令その主張の通りであるとしても、醫行爲とは廣く人の疾病を診察治療する行爲を謂ふのであるから、それは明に醫行爲を爲すものであり、反覆繼續の意思を以て斯る診療行爲を爲す以上は醫業を爲すものであると判定した。

是も、病者に藥品を授けるが如きは、當然危害を生ずる虞があるものと推定せられ得るから、醫行爲に屬するものと謂ひ得るのである。

(三)

●按摩術營業取締規則ニ依ル「マッサージ」術ノ免許者ハ婦人病ノ治療ヲ目的トスル醫療行爲ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス(二、七、六、大刑)。

(250) 醫を常業と爲すことの意義

●常業ト爲ス目的ヲ以テ免許ヲ受ケズシテ醫タル行爲ヲ爲ストキハ其ノ行爲ハ一回ナ

リトスルモ尙醫師法第十一條ニ所謂「免許ヲ受ケズシテ醫業ヲ爲ス者」ニ該當スルモノトス(一四、五、二七、行)。

判旨當然で、例へば醫院といふやうな門標を掲げて開業したとすれば、現に診療行爲を行つたのは一人の患者だけであるとしても、尙醫業を爲す者を妨げない。本件の被告人は既に數回も醫師法違反の罪に問はれた者で、新なる犯行として證明せられたのは、一人の患者に對する診療だけであるが、他の事情から醫業を爲す者と推定せられたのである。

(251) 醫師の廣告の制限

●醫師法第七條ニ所謂廣告トハ不定多數ノ人ニ對シ自己ノ技能療法又ハ經歷ニ關スル事項ヲ發表スルヲ謂ヒ其ノ人ノ範圍ニ多少ノ制限アルモ妨ナシ(一四、三、一一、大刑)。

醫師法第七條には「醫師ハ何等ノ方法ヲ以テスルヲ問ハズ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」とある。本件は醫師某が「つはり病は必ず治癒す」妊婦の心得」と題する小冊子を作り、その中に自己の技能經歷療法を述べ、各數千部を發行して、一部づゝ患者に贈り又は來訪の雜誌記者に手交した事件であるが、上告人は單に自宅に入する者に贈つたといふだけで、一般社會の公衆に向つて爲したのではないから、廣告ではないと主張したけれども、大審院は之を容れず、自宅に出入する者といふやうな制限が有るにしても、不

定多數に了知せらるべき方法を以て告知した以上は、等しく廣告を爲したものであると判定した。

(252) 病院の廣告の制限

●病院ノ設立者ガ其ノ病院ニ於テ診察治療ニ從事セシムル醫師ノ氏名ニ名醫又ハ大醫ナル文字ヲ冠シテ廣告ヲ爲スハ明治四十二年七月内務省第十九號第一條第二項ニ違背スルモノトス(二、四、一五、大刑)。

(253) 鍼術營業者の廣告の制限

●鍼術營業者ガ營業所ノ門燈ニ胃腸子宮専門ノ六字ヲ朱書シテ表示シタル行爲ハ鍼術灸術營業取締規則第六條ニ所謂業務上ノ技能ヲ廣告シタルモノニ該當シ同條違反ノ罪ヲ免レズ(二、八、二三、大刑)。

(254) 按摩術の意義、自彊術は按摩術なりや

●按摩術營業取締規則第一條ニ所謂按摩術中ニハ自彊術ヲ包含セズ(二、八、一六、大刑)。
被告人は按摩術營業の免許を受けないで、某々等十數人の人々に對し、一回一圓づゝの料金で、他働的自彊術と稱する施術を爲した。原審ではそれが按摩術營業取締規則に違反するものとして處

斷したが、大審院は之を破毀して、自ら無罪の判決を與へた。

問題の要點は按摩術とは何ぞやといふこと、及び所謂自強術がその中に含まるるや否やに歸する。本件判決に於て大審院は按摩術に左の如き定義を與へて居る。曰く

按摩術ハ三千有餘年ノ歴史ヲ有シ印度ヨリ西藏支那ヲ經テ我國ニ傳來シ遍ネク醫療又ハ衛生ノ目的ニ用キラレタルモ我國ニ於テ行ハルルモノハ漢法醫學又ハ其ノ系統ニ屬スル學理ニ出デタルモノナルコト疑ナ容レズ。而シテ其ノ方法ハ各手技ノ組合セ又ハ各手技ノ力度ノ強弱範圍長短遲速等按摩術者ノ患者ニ對スル診斷ニ依リ常ニ一定セス千變萬化スト雖モ、要スルニ筋肉及神經ノ上ニ經絡ニ基キテ主ニ手指ニ依リ力ヲ施スモノニシテ古來振盪風曲屈伸内轉外轉内翻廻旋索引叩打押壓等ノ名目ヲ附シタリ

と。而して自強術は大正五年に始めて發表せられた新案で、其の特徴は「人體ノ各部關節ヲ六方面ニ歸着セシメ該六方面ノ運動ヲ人體諸關節ニ統括案配シテ三十一動ノ形式ニ分チ人ヲシテ其ノ動作ヲ遂行セシムルニ在リ」、隨つてそれは按摩術と全く系統を異にして居る。按摩術營業取締規則は日本の從來の按摩術及び之と同じ系統に屬する施術の取締を目的として設けられたもので、同規則發布後に新に考案せられ且之と系統を異にする自強術の如きは其の規則の豫想しない所である。それが相當の取締を要するや否やは別個の問題で、若しその必要が有るとすれば新にその取締規則を設けねばならぬ、現行の按摩術營業取締規則を以て之に臨まんとするが如きは法の不當なる擴張であると曰つて居る。

(255) 禁厭祈禱符呪等に依り醫療を妨ぐるの禁止

●警察犯處罰令第二條第十八號ニ禁厭祈禱符呪等トアルハ禁厭祈禱符呪其ノ他之ニ類似スル行爲ヲ指稱スルモノニシテ其ノ迷信ニ基因スルト否トヲ問ハズ又秘密不可思議ノ原理ニ出デタリトスルト否トヲ問ハザルモノトス

祈禱類似ノ行爲ニ因リ警察犯處罰令第二條第十八號ノ罪ヲ犯シタル者ニ對シ 醫療ヲ妨ゲタル事實ヲ判示スルニハ必ズシモ 病者ノ受ケ又ハ受ケントスル 醫療行爲ノ何タルヤヲ認ムルヲ要セズ 醫師ノ治療ヲ受ケ又ハ受ケントスル意思アル 病者ヲシテ祈禱類似ノ行爲ニ因リテ其ノ治療ヲ受クルコトヲ止メ又ハ中絶セシメタル事實ヲ以テ足ル(二、二二、二三、大刑)。

本件は太靈道の靈術師と稱する者の病者に對する施術が、警察犯處罰令の祈禱類似の行爲に依り醫療を妨げたものと認められた事件である。

(256) 「バター」製造業は警察許可を要するや

●「バター」ハ牛乳營業取締規則第一條ノ乳製品ニ該當セズ(二、四、二、大刑)。

牛乳營業取締規則第四條には「牛乳ノ搾取又ハ乳製品製造ノ營業ヲ爲サントスル者ハ地方長官ノ認可ヲ受クヘシ」とあり、而して乳製品とは何を謂ふかに付いては、第一條に「乳製品ト稱スルハ販賣ノ用ニ供スル煉乳、脱脂煉乳及粉乳ヲ謂フ」と定義して居り、「バター」が其の所謂乳製品に屬しないことは明文上疑ない。然るに被告人何某が無免許で「バター」を製造した爲に略式命令を以て罰金二十圓に處せられ、それが確定した。之に對し檢事總長から非常上告を爲し、大審院は確定の略式命令を破毀して、自ら無罪を言渡したのである。

(257) 許可を受けざる魚市場の開設

● 苟モ多數ノ販賣者及購買者ヲ集合シテ水産動植物ヲ賣買セシムル目的ヲ以テ市場ヲ開設シタル以上其ノ集合スル販賣者及購買者ガ特定ノ者ナルト否、其ノ販賣者ガ市場内ノ特定區域ヲ占據スルト否、其ノ購買者ガ主トシテ需要者ナルト否、又其ノ市場ニ於テ小賣取引ノミ行ハルト否トヲ問ハズ大正十四年山口縣令第五十四號山口縣魚市場規則ニ所謂魚市場ニ該當スルモノトス(二、五、一六、大刑)。

山口縣魚市場規則には魚市場の開設には知事の許可を受くるを要するものと定めて居る。本件は長府建物株式會社が許可を得ずして其の所有の建物の内に土間を設け、魚類販賣用柵九個を置き、之を公開して魚類販賣者に賃貸し魚類の賣買を爲さしめた行爲を以て、私に魚市場を開設したもの

と看做し之を處罰したことに關する事件で、争點は主として市場の意義如何に在るのであるが、判旨正當で別に評論するまでもない。

第四節 交通警察

(258) 自動車運轉手の免許

● 自動車ノ運轉手タラントスル者ハ之ヲ業トスルト否トヲ問ハズ總テ其ノ地ノ地方長官ニ願出デ免許ヲ受クベキモノトス(二、五、一二、大刑)。

運轉手の免許は、營業の免許なきとは異つて、業務として爲すことの免許ではなく、運轉を爲す行爲の免許である。免許を受けない者は、常業としてでなくとも、公衆の通行する場所に於いては全く運轉することを許されないのである。それは自動車を運轉する行爲の危険性から言つても當然で、判決は此の趣意を言明して居るものである。事件は運轉手免許を受けない運轉助手が自分の雇はれて居る會社の爲に、自動車工場から會社の營業所まで自動車を運轉したのを處罰したことに付いての判決で、判旨固より正當である。

(259) 自動車運轉手の注意義務

(一)

●自動車運轉手が自動車ヲ操縦シテ交通頻繁ナル街路ヲ進行スルニ當リ八、九歳ノ女兒ガ其ノ前方右側ヨリ左側ニ横斷シ更ニ之ニ次ギ右側ヨリ左側ニ横斷セントスル姿勢ヲ示シタル八歳ノ男兒ヲ手招キシツ、アルヲ認メタル場合ニ於テ男兒ガ躊躇シテ一時立止リタル爲危害ノ發生セザルモノト輕信シ警笛ヲ鳴サズ一時間八哩ノ速力ニテ進行シ男兒ガ突然右側ヨリ左側ニ横斷スルニ際シ該男兒ニ衝突シタルトキハ業務上ノ過失タルヲ免レザルモノトス(二四、六、一〇、大刑)。

(二)

●電車軌道ノ敷設シアル街路ノ軌道外ヲ進行スル自動車ノ運轉手が軌道内ニ乗入ルルトキハ電車ガ不時ノ急停車ヲ爲スニ非ザレバ衝突ヲ免ルルコト能ハザル場合ニ於テ自動車ヲ軌道内ニ乗入ルルガ如キハ業務上ノ注意義務ヲ怠リタルモノトス(二四、六、一五、大刑)。

(三)

●大正八年警視廳令第八號自動車取締令施行細則第三十七條ノ自動車運轉手ノ就業中遵守スベキ事項ノ規定ハ其注意義務ヲ限定シタルニ非ズシテ例示ニ過ギザルモノトス。

自動車ノ運轉手ハ自動車ガ進行中電車ト擦違フニ際シ電車ノ後方ヨリ自己ノ進路ヲ横斷スル者ナキヤヲ慮リ何時ニテモ停車シ得ベキ措置ヲ取り警笛ヲ鳴シ、徐行シ又ハ避讓スル等各場合ニ應ジ機宜ノ方法ヲ講ジ危險ヲ未然ニ防止スベキ周到ノ注意ヲ用ウルコトヲ要ス電車ノ後方ヨリ車道ヲ横斷スル者モ亦固ヨリ周到ナル注意ヲ用キザルベカラザルハ勿論ナレドモ之ガ爲自動車運轉手ノ注意義務ヲ除却スルコトナシ從テ此ノ義務ヲ怠リ自動車ヲ衝突セシメテ人ヲ死ニ致ストキハ業務上過失致死ノ罪ヲ構成ス(一四、一〇、三、大刑)。

(四)

●自動車ノ運轉手ハ一間半ノ近路離ニ於テ自動車ノ前面ヲ横斷スル老人ヲ認メタルトキハ急停車ノ措置其ノ他危險豫防ノ爲適切ナル操車方法ヲ採ルノ義務アルモノトス(一五、二、四、大刑)。

(五)

●自動車運轉手が汽車又ハ電車ノ専用軌道ヲ横斷セントスルトキハ通過ニ付危險發生ノ虞ナキコトヲ確認シ且萬全ヲ期スル爲自動車ノ速力ヲ相當ニ減ジテ徐行スベキハ當然ノ義務ニ屬シ法令ノ規定ヲ俟タズ其ノ義務ニ違背シタル爲人ヲ死傷ニ致シタル行爲

ハ刑法第二百一十一條ニ該當ス(一五、一一、一六、大刑)。

(六)

●自動車運轉手が自動車ヲ操縦シテ鐵道路踏切ヲ越エントスルニ當リ後方ヲ注視スルニ非ザレバ汽車ノ進行ノ狀況ヲ知ルコト能ハザルトキハ危害豫防上其ノ方向ヲ注視スルコトヲ要シ其ノ注視ヲ怠リタル結果汽車トノ衝突ヲ來シテ乗客ヲ死ニ致シタルトキハ業務上過失致死罪ヲ構成スルモノトス(一五、一二、四、大刑)。

(七)

●自動車運轉手が電車停留場ニ於テ電車乗降客ノ混雜スル際自動車ヲ操縦シテ其ノ附近ヲ通過セントスルトキハ警笛ヲ鳴ラスハ勿論危險ノ虞アルトキハ直ニ急停車ヲ爲シ得ベキ状態ニ速度ヲ減ジ以テ危害ヲ未然ニ防止シ得ベキ注意ヲ爲ス業務上ノ義務アルモノトス(二、一、一九、大刑)。

(八)

●自動車ノ運轉手ハ電車軌道ノ存スル街路ニ於テ自動車ヲ操縦シ電車ト擦違フ際ノ間隔僅ニ一間ニ滿タザルベキ進路ヲ採リテ疾走シ來リタル場合ニ於テ兩者ノ間ニ挟マルベキ位置ニ在ル者ヲ發見シタルトキハ何時ニテモ停車シ得ベキ程度ニ速力ヲ減ジテ徐

行シ警笛ヲ鳴ラシ又ハ避讓スル等機宜ノ方法ヲ講ジ危險ヲ未然ニ防止スベキ周到ナル注意ヲ爲スベキ業務上ノ義務アルモノトス(二、一、三二、大刑)。

(評論) 汽車、電車、自動車の如き急速力の交通機關が益々多くなるに従つて交通事故も亦益々増加する傾向の有ることは、まことに已むを得ない結果で、出来るだけ之を避くる爲には、その運轉の任に當る者をして最善の注意を爲さしむることが必要であることは言ふまでもないが、一方に於いては一般公衆も亦其の危険を避くる爲に自ら注意すべき義務あることは勿論で、自分の不注意若くは法令違反の結果、自分が危害を受けた場合に、一概に運轉手の過失を責むることは必ずしも正當ではない。此の點に於いて刑法上の責任の問題と民法上の不法行爲の責任の問題とは同一に論ずることを得ない問題であると信ずる。民法上の不法行爲に付いても、民法は等しく過失の存在を其の責任の要件として居るけれども、汽車電車自動車の如き本質上危険を伴ふ事業に在りては、それから生じた危害に付いては、企業者をして其の責を負はしむべき當然の理由あるもので、此の場合に於ける「過失」とは唯責を負ふべき事由といふ意味に解すべく、必ずしも嚴格なる意義に於いての注意義務を怠つた場合でなくとも、企業者をして損害賠償の義務を負はしむるのが合理的であると言ひ得る。之に反して運轉手の刑法上の責任の問題に付いては、之れよりは遙に嚴格なる意義に於いての過失の存在を要件とせねばならぬ。それは單に金錢上の賠償でなくして刑罰であり、其の結果としては運轉手免狀の剝奪といふやうな職業禁止の効果をも伴ふものであるから、眞に法律

上課せられて居る義務に違反したことが證明せられ得るのでなければ、處罰すべきものではないと信ずる。

然るに運轉手の注意義務に關する大審院の判例は、運轉手に對し頗る苛酷であつて、(1)法令又は訓令に依つて運轉手の守るべき準則が詳細に定められて居る場合でも、其の準則を守るだけでは未だ其の注意義務を盡したものでなく、其の以外に於いて尙周到の注意を以て總ての危害を避けねばならぬ義務が有るもので、それが爲に交通に障礙を來しても已むを得ない結果であると曰ひ、又(2)危害を生じたことが被害者自身の過失又は法令違反に基いたものであつても、それが爲に運轉手の責任を阻却するものではないと曰つて居る。此等は固より程度の問題で、必ずしも絶対に誤つた原則であるとは言ひ得ないにしても、大審院の判決の如きは一般に其の程度の苛酷に過ぎたるものであることを疑はしむる。而して此の疑は、以下に掲ぐる電車汽車等の運轉手の注意義務に付いての判決にも等しく當て徹まるべきものである。

(260) 電車運轉手の注意義務

(一)

●電車運轉手が電車ヲ操縦スルニ當リ三歳前後ノ幼兒ガ單身其ノ進路前方ノ軌道ニ佇止シ若ハ徘徊スルヲ認知シタルトキハ其ノ幼兒ガ一旦軌道ヲ立去ルモ再ビ引返シ軌道

ニ立入ル虞アルヲ以テ絶エズ其ノ幼兒ノ行動ニ注意シ警鈴ヲ鳴スハ勿論緩急ニ應ジテ隨時停車シ得ベキ状態ニ於テ電車ヲ操縦スルノ義務アルモノトス(一四、六、九、大判)。

(二)

●電車運轉手ハ行人ニ故意又ハ過失アルノ故ヲ以テ必ズシモ自己ノ注意義務ヲ免脱スルモノニ非ズ。警察官吏ハ交通整理ノ必要上一時電車ノ進行ヲ停止スルノ權限ヲ有ス(一四、一〇、二一、大判)。

交通巡查某が軌道の中央に進み小學兒童數十名の交通を整理して居るのを見て居りながら、一時間約七哩の速力で電車を運轉し、七間くらゐの距離に接近した時に巡查が舉手して停車の合圖をしたのに氣付かず、約三間に至つて始めてそれに氣付き停車の處置をしたけれども間に合はず、右巡查に衝突して重傷を負はし遂に死に至らしめた。交通巡查が電車が普通の速力で進行して來るのを知りながら、僅に七間くらゐの距離を餘すのみで急に停車の合圖を爲し、而も軌道の外に出でず其の中央に立つて居たのは巡查自身の過失であると主張したけれども、大審院は假令巡查の方に過失が有るとしても、此の場合は運轉手の方にも過失が有るのであつて、其の責を免るるを得ないものと判定した。

(三)

●電車運轉手ハ自轉車乗用手ガ電車ノ進行ニ介意セズシテ軌道ヲ踏切ラムトスルヲ認メタルトキハ踏切番人ノ設置ノ有無ヲ問ハズ衝突ヲ避クル爲臨機電車ノ進行ヲ停止シ又ハ其ノ速力ヲ減ジ以テ危険ノ發生ヲ豫防スルニ適當ナル處置ヲ執ラザルベカラズ(一四、一〇、二一、大刑)。

京王電車ノ神宮裏停留場から初臺停留場に至る道に三字橋踏切が有る。其處は踏切番人なく、又人家に妨げられて約三十尺くらの距離に近かねば電車ノ運轉臺から望見することが出来ぬ。午前十一時半頃客を満載した電車が右踏切から約四十間の距離で警鈴を鳴らしたのみで一時間十七哩の速力で進行したが、踏切から約三十尺くらの距離に近いて始めて自轉車でその踏切を横ぎらうとして居る者の有るを認め、直に急停車の處置を執つたが及ばずして衝突し、自轉車乗の少年を轢死せしめた事件である。

(四)

●電車運轉手ハ電車ヲ操縦スルニ當リ其ノ進路前方ノ右側軌道内ヲ電路工夫ガ架空線ノ工事監督ノ爲上方ヲ眺メナガラ電車ト同一方向ニ向ヒ歩行シ居リテ一回モ後方ニ注意セル態度ヲ採リタルコトナキヲ目撃シタルトキハ其ノ工夫ガ電車ノ進行ニ氣付カズ其ノ進路ニ立入ル虞アルヲ以テ警笛ヲ吹鳴ラスハ勿論何時ニテモ急停車ヲ爲シ得ベキ

程度ノ徐行ヲ爲ス等危険ヲ豫防スルニ適當ナル處置ヲ執ルノ義務アルモノトス(二、二二、二二、大刑)。

(261) 電車車掌の注意義務

●電車ノ後部車掌トシテ發車合圖ヲ爲スベキ職務ニ従事スル者ハ乗降口ニ群リタル多數乗客中尙將ニ乗車セントスル姿勢ヲ執ル者アル場合ニ於テハ縦合電車滿員ニシテ乗客收容ノ餘地ナキトキト雖モ單ニ警笛ヲ吹鳴スルノミヲ以テ足レリトセズシテ乗客ノ整理ニ因リ其ノ者ガ安全ノ位置ニ退避シ危険發生ノ虞ナキコトヲ確認スル迄ハ發車合圖ヲ爲スベカラザルノ注意義務アルモノトス(二、六、二五、大刑)。

是は省線電車の池袋驛發車の際の出來事に就いての判決で、團體旅客の一人が發車の合圖が有つたのに無理に乗車せんとして線路に墜落し、重傷を負ひ遂に死亡したが、發車の合圖をした車掌の過失に基くものとせられたのである。

(262) 鐵道機關手の注意義務

(一)

●鐵道機關手ハ列車ガ線路中人ノ平素横切ル場所ヲ通行スル前ニハ地形其ノ他ノ事情

ニ因リ自席ヨリ該場所ヲ望見スル能ハズ機關助手ノ座席ヨリハ之ヲ望見シ得ル場合ニ在リテハ單ニ警笛ヲ鳴ラスノミヲ以テ足レトセズ助手ヲシテ線路ヲ横切ル者ノ有無ヲ注視シ之ヲ報知セシムルノ手段ヲ講スル職責アリトス(一四、六、四、大刑)。

汽車が鐵道線路のカーヴにかゝる所で機關手は前方が見えない爲警笛を鳴らしつつ進行したが、カーヴから少し先の踏切道(番人の無い踏切)に六十歳位の老女が警笛に氣付かず通りかゝつて居るのを十四五間位の所で發見し、直に急停車の處置を採つたが、間に合はずに轢死せしめた。大審院は原院と同じく注意義務を忘つたものとして過失殺の罪に問うた。

(二)

●鐵道機關手ハ其ノ乗務スル列車ノ進行中踏切ノ手前約七十三間餘ノ地點ニ於テ同踏切ヲ通過スル爲之ニ向テ鐵道線路ヲ距ル約二間ノ地點ヲ歩行スル者アルヲ認メタルトキハ警笛ヲ鳴ラシ又ハ機宜ニ應ジ非常停車ヲ爲シ得ベキ措置ヲ執ルベキ義務アルモノニシテ此ノ措置ヲ執ラザリシハ法令ニ之ヲ命ズル規定ナシトスルモ條理ニ照シ正ニ過失ナリトス(二四、一一、九、大刑)。

(三)

●列車ガ鐵道踏切道ヲ通過スル際ハ縱令其ノ踏切道ニ對シ氣笛吹鳴警標ノ設ナキ箇所ナリトモ鐵道機關手ハ事宜ニ依リ氣笛ヲ吹鳴シテ合圖ヲ爲シ事故ヲ惹起セザル様注意スベキ義務ヲ有スル者ナレバ其ノ注意ヲ怠リタルガ爲人ヲ轢殺シタルトキハ業務上過失致死ノ罪責ヲ免レザルモノトス(一五、二、二、大刑)。

轢殺されたのは當三年の女兒である。大正十四年五月一日施行運轉取扱心得第九十四條には「列車ハ踏切道ニ對シ氣笛吹鳴警標ノ設アル箇所ヲ通過スル際ハ長緩氣笛一聲ノ合圖ヲ爲スヘシ」とある。隨つて其の設の無い箇所では吹鳴の義務は無いと主張したけれども、大審院の容るる所とならなかつた。

(四)

●機關手ガ貨物列車ヲ運轉シテ驛構内ニ進入スルニ際リ其ノ運轉方法ヲ誤リ汽車往來ノ危険事故ヲ惹起シタル場合ニ於テハ驛員ト打合ヲ爲シ協力シテ機宜ノ處置ヲ講スベキモノニシテ若シ其ノ處置ヲ誤リ轉轍器ノ状態ヲモ調査セズ漫然退行運轉ヲ開始スルガ如キハ其ノ業務上ノ注意義務ヲ怠リタルモノトス
機關手ガ貨物列車ヲ運轉シテ停車場構内ニ入ラントスルニ當リ場内信號機ニ注意信號ノ現示アリタルトキハ必ズヤ速度ヲ調節シテ停車場構内ニ進入スベキハ勿論苟モ特別ノ信號ナキ限り出發信號機ノ在ル箇所又ハ普通停車スベキ位置ニ於テ該列車ヲ停止シ

得べき運轉方法ヲ執ラザルベカラザルモノトス(二、二二、二四、大刑)。

(263) 鐵道係員の注意義務

●驛長其ノ他鐵道係員ハ列車ノ運轉ニ關シ危險發生ヲ防止スルニ付法律上慣習上若ハ條理上必要ナル注意義務ヲ負フモノニシテ單ニ行政上ノ取締規程ヲ遵守スルノミニ依リ其ノ義務ヲ盡シタルモノト謂フヲ得ズ(一四、二、二五、大刑)。

汽車(混合列車)の機關車と其の次の客車との間に真空制動機管を連結することを忘れて居たが其の汽車が某驛に停車せんとするに當り、下りの急勾配になつて居る爲、所定の位置に停車せしむることが出來ず、汽車は惰力に依り同驛の突込線に突入し、車止を破壊して機關車は脱線し、客車は破碎して乗客に死傷を生じた。

上告人は明治四十三年の鐵道院達列車組成ニ關スル心得第一條に「旅客列車(混合列車ヲ除ク)ハ貫通制動機ヲ使用スヘシ、混合又ハ貨物列車ハ組成車輛ニ貫通制動機ノ設備ヲ有スルトキハ可成之ヲ使用スヘシ」とあるのを根據として、混合列車には貫通制動機の設備が有つても之を使用することは法律上の義務ではなく、それには別に手用制動機の備が有つて、相當の注意を以てすれば、充分停車せしむることが出来る。本件の事故が起つたのは其の汽車を運轉して居た機關手が停車に付いての相當の注意を爲さなかつたことから生じたもので、真空制動機管を連結しなかつたことから生

じたのではない。随つて機關手は責を負はねばならぬが、連結手及び連結を注意すべき義務ある車掌、助役等の責任ではないと主張した。

大審院は上告論旨を採用せず、平坦な途ならば兎に角、勾配の急な下りの線路を運轉する汽車には、混合列車と雖も貫通制動機の設備が有る以上之を使用することは、法律の明文は無いにしても條理上當然の義務で、真空制動機管を連結しなかつたのは、注意義務を忘つたもので、其の責を免るることを得ないものと判定した。

(264) 船燈に關する船長の注意義務

●船燈ノ取扱ハ水夫中相當ノ經驗ヲ有スル者ヲシテ之ニ當ラシメ又石油ヲ使用スル場合ニ於テ夜半ノ調整ヲ行ハシムルコトハ船長ガ船燈ニ關シ用ウベキ必要ナル注意ニ屬スルモノトス(一五、五、七、大民)。

(265) 荷馬車挽業者の注意義務

●荷馬車挽業者ハ運送ノ途中幼兒ガ荷馬車ノ前方路上ニ遊ビ居リテ數尺ノ距離ニ接近スルモ荷馬車ヲ避ケザル場合ニ於テハ單ニ危險ヲ告知スルニ止マラス幼兒ガ果シテ安全ノ位置ニ避難シタルヤ否ヲ究メ危害防止ニ付機宜ノ方法ヲ講スベキ業務上ノ義務ア