



\* 0013781000 \*

0013781-000

323.9-M513z

行政法判例

美濃部達吉・著

有斐閣

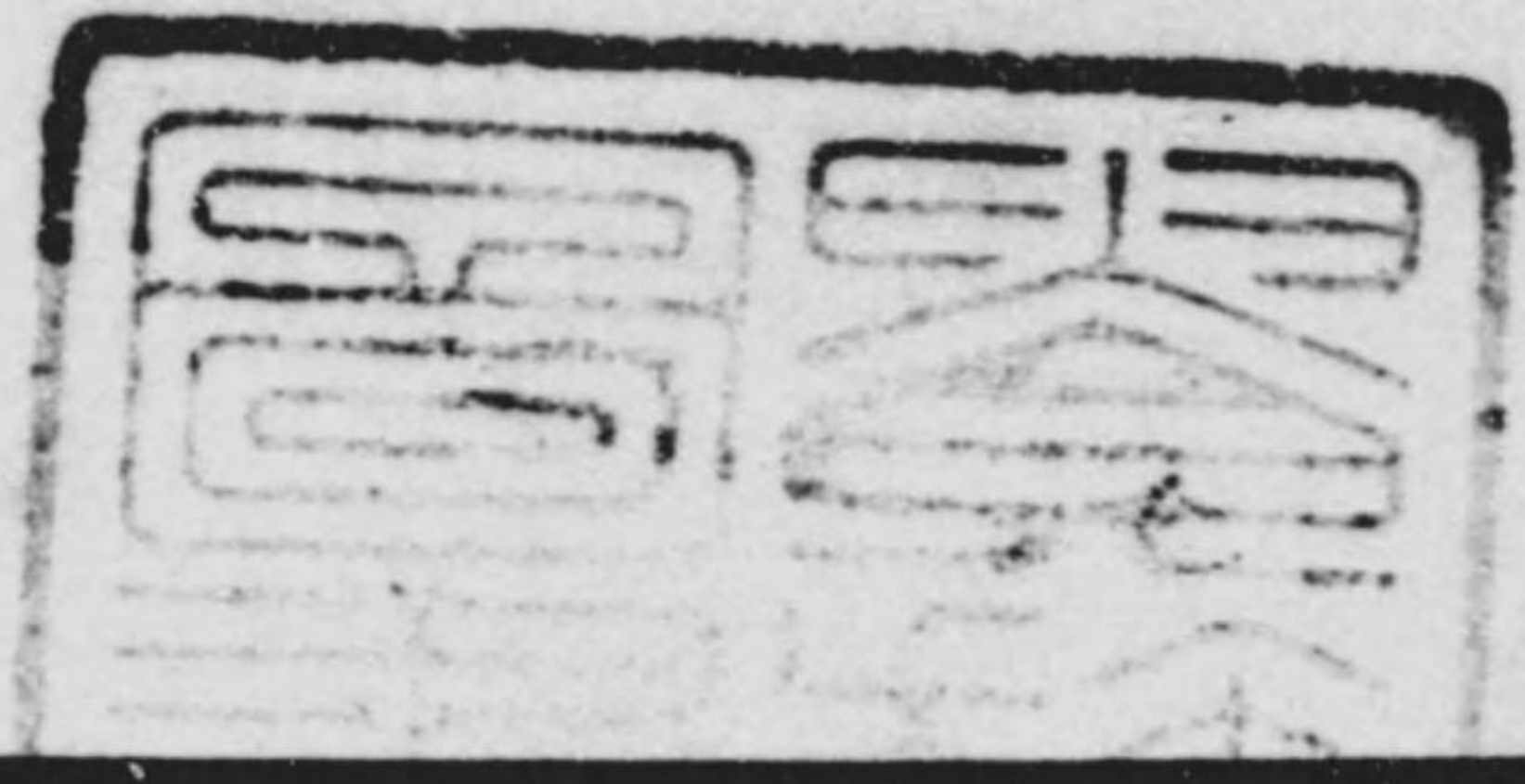
続 第1

1928

ACD

貴族院
函
号
冊





美濃部達吉著

類集  
評論  
續行政法判例

東京 有斐閣

323.9

M5133



696648

類集  
評論

續  
行政法判例 第一

大正十四年度乃至昭和二年度

美濃部達吉著

### 凡 例

一、本書は著者が大正十四年に公にした「行政法判例」の續編を爲すもので、前卷には大正元年より大正十三年末に至るまでの判例に付いて研究したのに續いて、大正十四年一月より昭和二年十二月に至るまでの三年間の判例を分類彙集し、之に解説と評論とを加へたものである。

一、材料とした判例は、前卷と同じく、行政裁判所並に大審院民事部及刑事部の判決で、其中行政法問題に關係する稍注意すべきものは、残らず之を網羅した。

一、分類の方法は、大體に於いて前卷と同様であるが、唯二三の點に於いて之を改めた。就中、前卷には「第二類行政爲」として獨立の一類として居たのを、「第一類公法通則」の中に併せ收め、前卷には「第六類行政各部」として一類中に合載して居たのを、「第五類警察」以下五類に分つことにしたのが、其の最も重要な差異である。其の他節の分ち方に

も多少の變更を加へた。

一、一二の問題に付いては前卷には採録しなかつたものを、本卷に於いて新に加へたものがある。殊に第三類第六節の選舉犯罪、第八類第二節の工業所有權に關する判例は、本卷に於いて始めて取扱つたものである。その他警察に關するもの及び恩給に關するものも、前卷よりは廣く收載した。

一、一個の判決で二の問題に關聯するものは、成るべく雙方の場所に掲載することに努めたけれども、比較的重要なものには、一方にのみ掲載するに止めたものもある。

一、行政裁判所の判決には○印を、大審院の判決には●印を附けて之を區別したことは、前卷と同様である。

昭和三年九月

類集  
評論  
續  
行政法判例 第一

目次

第一類 公法通則

第一節 公法私法の區別及關係

(一) 區有財産處分行爲の性質	一
(二) 既に納付したる租税の返還を求むる訴の性質	四
(三) 土地收用裁決の失効確認を求むる訴	六
(四) 下戻の判決を受けたる山林引渡の訴	七
(五) 河川の砂利拂下行爲の性質	八
(六) 行政法規に違反する法律行爲の效力	一〇
(七) 無權利者の探掘したる礦物賣買契約の效力	一四
(八) 納税義務の承繼	一六
(九) 納税義務の相殺	一七

目次

(10) 文官退職賜金の強制執行……………一八  
 (11) 譲渡し得ざる電話加入権の差押……………一九

第二節 法令……………二〇

(12) 行政裁判所の法律審査権……………二〇  
 (13) 外國に在る外國人に對する法律の效力……………二一  
 (14) 行政區劃の變更と法律の施行區域……………二二  
 (15) 訓令と刑事訴訟法上の證據調……………二四  
 (16) 法律に抵觸する町村條例の效力……………二四

第三節 公法上の住所、期間及時效……………二五

(17) 公法上の住所……………二五  
 (18) 公法上の期間……………三一  
 (19) 租税の時效……………三二  
 (20) 再任官後に於ける恩給權の時效の進行……………三三

第四節 公の意思表示(通則)……………三七

(21) 私人の公法的意思表示の誤記……………三七  
 (22) 行政行為に於ける主要ならざる誤記……………四〇

(23) 意思表示の受領の時期……………四二  
 (24) 意思表示の有効なる受領と認むべからざる場合……………四二  
 (25) 郵便に依る通知と到達の推測……………四四  
 (26) 行政行為の正誤と行政行為の變更……………四四  
 (27) 他人の氏名を詐稱して提起したる訴訟の判決の效力……………四七  
 (28) 登記更正の溯及的效力の有無……………四八  
 (29) 隔地者間に於ける公の意思表示の效力發生時期……………五〇  
 (30) 届出義務履行の責任と届書の誤記……………五二

第五節 行政行為の無効……………五五

(31) 差押執行吏たる資格なき者の爲したる差押……………五五  
 (32) 指定期限後に村収入役が爲したる縣稅受領の效力……………五七  
 (33) 營業者たることを證明する町村長の書面の效力……………五九  
 (34) 縣參事會の決定に付すべき異議申立を縣知事限りにて期限經過の故を以て却下したる行為の效力……………六〇  
 (35) 管轄外の土地を民有地に編入したる處分の效力……………六一  
 (36) 府縣知事の爲したる國有土地境界査定行為の效力……………六一



(37) 立會の通知を爲さざりし境界査定行爲の效力……………六四

(38) 手續を誤りたる債權差押の效力……………六六

(39) 指定期限經過後に交付せられたる督促狀の效力……………六六

(40) 定員外の書記任命の效力……………六七

(41) 記載事項に欠缺ある諮問書の效力……………六七

(42) 分割して爲したる諮問の效力、諮問に對し答申を得ずして爲したる行政行爲の效力……………六八

(43) 日附の記載なき訴願裁決書の效力……………七一

(44) 議長の自署せざる村會會議錄の效力……………七一

(45) 議員の署名なき村會會議錄の效力……………七二

(46) 形式不備の河川認定行爲の效力……………七三

**第六節 行政行爲の取消……………七三**

(47) 租稅賦課の取消……………七四

(48) 續業許可通知の取消……………七四

(49) 代書人業の許可の取消……………七五

**第七節 行政行爲の自由裁量……………七五**

(50) 選舉期日を定むる行爲……………七五

(51) 公有水面埋立を許可する行爲……………七六

(52) 名譽職拒辭の制裁として公民權停止の年限を定むる行爲……………七八

(53) 河川の區域を認定する行爲……………七九

(54) 取引所の解散を命ずる行爲……………八〇

(55) 河川の砂利拂下の繼續許可を拒否する行爲……………八一

**第二類 公法人、官吏及公吏……………八五**

**第一節 公法人、公法人の機關、地方議會……………八五**

(56) 町村の一部たる區の權利能力……………八五

(57) 村の境界の査定……………八六

(58) 村の寄附の權能……………八六

(59) 村の一部に對する村の課稅權……………八七

(60) 未だ許可せられざる町村債利息の爲にする課稅……………八八

(61) 村が北海道土功組合の組合員たる場合に於ける組合役員たる資格……………八八

(62) 市會議長の表決權、市會議長選舉の方法……………九〇

(63) 町村會の會議事件を急施事件と認むべき標準……………九二

(64) 豫告なき事件に關する村會議員の發議……………九四

(65) 市會の假議長選舉の場合に於ける議長……………九五

(66) 不法なる町會、議員の開議請求權……………九七

(67) 町會議員に對する出席催告狀……………一〇〇

(68) 町會議員失格の決定……………一〇一

(69) 村長の選舉に於ける自選投票の效力……………一〇五

(70) 町村會閉會の要件……………一〇五

(71) 町村會會議錄の效力……………一〇六

(72) 町村會會議錄の偽造……………一〇七

(73) 市會の議決に對する縣知事の取消權……………一〇九

(74) 村長當選者の決定に對する縣知事の更正權……………一一〇

(75) 府縣會の豫算議定權の範圍……………一一二

(76) 府縣會に於ける第三讀會の即時開會……………一一六

(77) 事前に於ける縣知事の違法なる準備行爲が縣參事會の裁決の效力に及ぼす影響……………一一七

**第二節 公務員**……………一一九

(78) 刑法の意義に於ける公務員の範圍……………一一九

(79) 府縣の物産検査員の地位、府縣有給吏員の性質……………一二七

(80) 町村有給吏員の性質……………一三四

(81) 市有給吏員の分限……………一三五

(82) 市町村名譽職員の辭職の效力發生時期……………一三九

(83) 神社の社掌の身分……………一四二

(84) 公吏の職權の濫用と犯罪の成立……………一四三

(85) 官吏の轉職と收賄罪の成立……………一四四

(86) 高等女學校長の收賄罪……………一四六

(87) 村長の收賄罪……………一四六

(88) 村會議員の收賄罪……………一四七

**第三節 公務員の恩給、退隱料**……………一四七

(89) 武官の恩給額の基準としての階等……………一四七

(90) 恩給額算定の基礎としての兼職俸給……………一四八

(91) 地方費支辨の俸給を受くる官吏の恩給額更正……………一四九

(92) 一たび恩給を受け再任官後退官したる巡査の恩給額算定方……………一五〇

(93) 舊法時代に退官したる巡査の恩給額算定方……………一五〇

(94) 舊法時代に自己の便宜に因り退官したる者の恩給権……………一五一

(95) 在職の繼續の意義……………一五二

(96) 警察官吏の恩給加給の原因としての勤務……………一五四

(97) 軍人恩給と文官恩給との關係……………一五四

(98) 縣退職料と恩給との關係……………一五六

(99) 退職給與金條例の溯及力……………一五六

(100) 舊法時代より繼續せる刑の執行猶豫の判決に基く恩給停止……………一五六

(101) 恩給権者の再任官の場合に於ける恩給の停止……………一五七

(102) 時效に因る恩給権の消滅……………一五八

(103) 自己の便宜に因る辭職に基く恩給権の消滅……………一五九

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稅資格……………一六一

(105) 公民權の要件としての住民たる期間の計算方……………一六一

(106) 市町村の名譽職區長の被選舉權……………一六三

(107) 被選舉權の缺格原因としての請負の意義……………一六五

第二節 選舉人名簿

(108) 名譽職の拒辭に基く公民權停止……………一七二

(109) 選舉權及被選舉權停止の效果……………一七四

(110) 生年月日の記載なき選舉人名簿登録の效力……………一七四

(111) 氏名を誤りて記載せる選舉人名簿登録の效力……………一七七

(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……………一七九

(113) 符箋に依る選舉人名簿の修正の效力……………一八〇

(114) 選舉權なき者の登録……………一八二

(115) 選舉人名簿に登録せられたるこの效果……………一八二

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……………一八三

(117) 選舉用紙の様式を公告せざりし選舉の效力……………一八三

(118) 選舉期日の定め方と選舉の效力……………一八四

(119) 投票時間の告示後その時間を變更したる選舉の效力……………一八六

(120) 選舉會場の不秩序と選舉の效力……………一八七

(121) 投票所に於ける投票管理者及び投票立會人の違法行為と選舉の效力……………一八七

(132) 合併すべき選挙を分離して行ひたる選挙の效力……………一九一

(133) 選挙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挙の效力……………一九三

(134) 行政区劃の變更と選挙區との關係……………一九五

(135) 當選の結果に異動を及ぼすべきや否やの標準……………二一〇

(136) 投票の無効と選挙の無効……………二一一

(137) 町村會に於いて行ふ町村組合會議員の選挙の方法……………二一七

第四節 投票の無効原因……………二一七

(138) 用紙の裏面又は表裏兩面に記載したる投票……………二一八

(139) 羅馬字にて記載したる投票……………二一八

(130) 氏及名を記載せざる投票……………二一九

(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……………二一九

(132) 同一氏名の被選挙人二名以上ある場合に其の氏名のみを記したる投票……………二二〇

(133) 甲の氏と乙の名とを混記したる投票……………二二一

(134) 被選挙人を推定し得べき投票……………二二一

(135) 文字を以て記載せざる投票……………二二二

(136) 他事を記入したる投票……………二二二

(137) 住所を記入したる投票……………二二四

(138) 自書せざる投票……………二二六

(139) 自選投票……………二二六

(140) 他人に強要せられたる投票……………二二七

(141) 同一人の二重投票……………二二七

(142) 場外にて豫め調製したる投票……………二二八

(143) 選挙人名簿の對照を経ずして爲したる投票……………二二九

第五節 選挙及當選訴訟……………二二九

(144) 選挙訴訟と當選訴訟との區別……………二二九

(145) 當選訴訟提起の要件……………二三八

(145) 町村會に於いて行ふ町村組合會議員の選挙に關する訴……………二四一

(147) 當選者の承諾を無効なりとする訴……………二四六

(148) 得票數の増加を求むる訴……………二四六

(149) 他の訴訟に於いて當選無効となりたる者に付き更に其の當選を無効なりとする訴……………二四七

第六節 選舉犯罪

(150) 當選訴訟に於ける主參加の訴……………二四八

(151) 利害關係を利用する誘導……………二四九

(152) 金錢其の他財産的利益の供與……………二五四

(153) 供與の申込と供與……………二五六

(154) 公私の職務の供與……………二五七

(155) 饗應接待……………二五八

(156) 選舉人名簿確定前に於ける饗應……………二五九

(157) 投票所に於ける投票記載氏名の不正認知……………二六〇

(158) 兇器の携帯……………二六一

(159) 多衆の騷擾……………二六二

(160) 選舉競争の手段としての名譽毀損……………二六三

(161) 選舉犯罪と選舉の無效……………二六四

第四類 訴願及行政訴訟

二六五

第一節 訴願及行政訴訟事項

二六五

(162) 耕地整理費の賦課に對する訴……………二六五

(163) 耕地整理組合費の滞納處分に對する訴……………二六六

(164) 耕地整理の換地精算金の賦課に對する訴……………二六七

(165) 特別都市計畫法に依る移轉命令に對する訴……………二六七

(166) 電氣事業開始期伸長の不許可に對する訴……………二七六

(167) 他人に對する電氣事業の許可の取消を求むる訴……………二七八

(168) 他人に對する湯屋營業免許の取消を求むる訴……………二七九

(169) 畜舎使用の不許可に對する訴……………二七九

(170) 開墾制限の解除處分に對する訴……………二八〇

(171) 公有水面上使用の許可に對する訴……………二八一

(172) 境界査定申請の拒否に對する訴……………二八二

(173) 耕地整理組合設立認可に對する訴……………二八二

(174) 損害賠償の訴……………二八四

(175) 書籍の發賣頒布の禁止を求むる訴……………二八四

(176) 官吏の増給を請求する訴……………二八五

(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……………二八六

(178) 區會議員の任期の確定を求むる訴……………二八六

一四

(179) 退官賜金の支給を求むる訴……………二八七

(180) 領土外に於ける雜誌の發行禁止に對する訴……………二八八

(181) 臺灣に於ける司法代書人不認可に對する訴……………二八八

(182) 村會議事録の無效確認を求むる訴……………二八九

(183) 村會の豫算議決に對する訴……………二八九

(184) 自己の申請に基く願書の返戻に對する訴……………二八九

(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……………二九〇

(186) 漁業組合員除名に對する訴……………二九〇

(187) 村長の當選認可に對する訴……………二九〇

(188) 名勝假指定處分に對する訴……………二九一

(189) 傳染病院設置認可に對する訴……………二九一

(190) 帝國美術院鑑査方法に對する訴……………二九一

(191) 出版物の發賣禁止に對する訴……………二九一

(192) 村農會總代人選舉無效の訴……………二九二

(193) 檢束處分に對する訴……………二九二

(194) 小學校教員復職請求の訴……………二九二

(195) 區會に於ける區會議員不信任決議に對する訴……………二九二

第二節 訴願及行政訴訟の目的、出訴期間、經由手續……………二九三

(196) 既に效力を失ひたる行政處分に對する行政訴訟……………二九三

(197) 訴訟の目的の消滅したる行政訴訟……………二九三

(198) 町會議員失格決定取消の訴と議員たる資格の消滅……………二九四

(199) 官廳間の監督上の認可に對する訴……………二九五

(200) 道路負擔金の豫告通知に對する訴……………二九六

(201) 移轉命令代執行の戒告に對する訴……………二九六

(202) 將來に於ける行政處分の禁止を求むる訴……………二九七

(203) 縣參事會の議決を違法なりとする訴……………二九七

(204) 第三種所得金額訂止願の却下に對する訴……………二九八

(205) 河川工事を違法なりとする訴訟……………二九八

(206) 河川法に依る先決問題の訴訟……………二九九

(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……………三〇二

(208) 行政訴訟の要件としての權利の毀損……………三〇三

(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……………三〇四

(210) 訴願提起後の理由の追加と訴願提起期間……………三〇五

第三節 訴願及行政訴訟の當事者

(211) 出訴期間の延長……………三〇五

(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に基く訴願期限の経過……………三〇六

(213) 出訴期限経過後に於ける被告の更正……………三〇七

(214) 經由廳に於ける錯誤を經由手續……………三〇七

(215) 主務大臣に對する訴願と行政訴訟との並行……………三〇八

第三節 訴願及行政訴訟の當事者……………三〇九

(216) 滯納處分に對する出訴權者……………三〇九

(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……………三一〇

(218) 異議申立の承繼……………三一〇

(219) 學區の出訴權……………三一〇

(220) 監督廳を被告とする訴訟……………三一〇

(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……………三一〇

(222) 多數人の共同訴願に於ける總代選任の不備……………三一〇

第四節 訴願及行政訴訟の審理及判決……………三一三

第五類 警察

第一節 警察通則……………三二二

(230) 法人の警察責任と法人代表者の處罰……………三二三

(231) 不正營業の警察責任者……………三二五

(232) 違警罪即決言渡書の送達……………三二六

第二節 保安警察……………三二六

(233) 出版物の製本納付の義務……………三二七

(234) 引札の意義……………三二七

(235) 活動寫眞フィルム製作出版法違反……………三二八

(236) 出版法に依る發行者の資格……………三二九

(237) 新聞紙法に依る印刷人の資格……………三三〇

(238) 新聞紙の記事に關する責任者……………三三〇

(239) 新聞紙の附録の發行者……………三三一

(240) 官公署の公にせざる文書の掲載禁止……………三三二

(241) 「時事を掲載する新聞紙」の意義……………三三三

(242) 違法出版物の頒布……………三三四

(243) 巡査の多乘運動の解散を命ずるの權……………三三五

(244) 火薬類讓渡の禁止……………三三五

(245) 輸出禁制品の密輸出……………三三七

(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……………三三七

(247) 遊技場營業の不許可……………三三八

(248) 代書人の營業許可の取消……………三三八

第三節 衛生警察……………三三九

(249) 醫行爲の範圍……………三三九

(250) 醫を常業と爲すことの意義……………三四一

(251) 醫師の廣告の制限……………三四二

(252) 病院の廣告の制限……………三四三

(253) 鍼術營業者の廣告の制限……………三四三

(254) 按摩術の意義、自彊術は按摩術なりや……………三四三

(255) 禁厭祈禱符呪等に依り醫療を妨ぐるの禁止……………三四五

(256) パタ製造業は警察許可を要するや……………三四五

(257) 許可を受けざる魚市場の開設……………三四六

第四節 交通警察……………三四七

(258) 自動車運轉手の免許……………三四七

(259) 自動車運轉手の注意義務……………三四七

(260) 電車運轉手の注意義務……………三五二

(261) 電車車掌の注意義務……………三五五

(262) 鐵道機關手の注意義務……………三五五

(263) 鐵道係員の注意義務……………三五八

(264) 船燈に關する船長の注意義務……………三五九



- (265) 荷馬車挽業者の注意義務……………三五九
- (266) 自動車運轉手の事故届出義務……………三六〇
- (267) 自動車運轉手の就業中運轉臺を離れざる義務……………三六〇
- (268) 自轉車の夜間點燈義務……………三六一

**第五節 産業警察……………三六一**

- (269) 織物同業組合員の織物検査を受くる義務……………三六一
- (270) 米穀取引所の解散處分……………三六三
- (271) 米穀取引所の營業繼續の不許可……………三六七
- (272) 差金取引を爲す取引所類似の施設……………三六八
- (273) 有毒物の使用に依る水産動植物の採捕……………三六九
- (274) 狩獵法違反罪の成立要素……………三七一

**第六類 公物及公企業……………三七五**

- (275) 自然公物の成立要件……………三七五
- (276) 公物たる官有地の境界査定權……………三七九
- (277) 公物に於ける時效の適用……………三七九

- (278) 河川法に依る河川區域認定の方式……………三八〇
- (279) 河川法に依る河川區域認定の標準……………三八〇
- (280) 慣習上の公水使用權と其の限界……………三八一
- (281) 水力電氣工事の許可と水道用水權……………三八八
- (282) 公水使用權の讓渡……………三八九
- (283) 公有水面埋立に關する諮問……………三九一
- (284) 公有水面埋立免許の拒否……………三九一
- (285) 河川法準用河川に於ける私權の存立……………三九二
- (286) 町村道工事の起業者……………三九四
- (287) 許可を得ざる聽取無線電話の施設……………三九四
- (288) 家畜市場附近の區域に於ける家畜賣買の禁止……………三九五
- (289) 郵便物亡失に因る損害賠償責任……………三九六
- (290) 水利組合の事業に基く不法行爲の責任……………三九六
- (291) 鐵道の踏切に於ける設備……………三九七

**第七類 公用負擔及公用徵收……………三九九**

- (292) 土地收用の目的物……………三九九

(293) 土地收用法に依る關係人の範圍…………… 四〇〇

(294) 都市計畫法に依り收用せられたる土地の借家人の權利…………… 四〇二

(295) 協議不調と看做すべき場合…………… 四〇三

(296) 土地物件調書の效力、無効の調書に依る裁決…………… 四〇四

(297) 事業の記載なき縦覧公告の效力…………… 四〇六

(298) 法定期限後に提出したる意見書の效力…………… 四〇七

(299) 縦覧期限前に提出したる意見書の效力…………… 四〇九

(300) 起業者の裁決申請書中の誤記…………… 四一〇

(301) 起業者の裁決申請書に添付すべき調書…………… 四一〇

(302) 町村道の爲にする土地收用審査會の組織…………… 四一一

(303) 府縣道の爲にする土地收用補償金額に関する訴の相手方…………… 四一二

(304) 土地所有者の收用請求權…………… 四一二

(305) 土地收用裁決の範圍…………… 四一三

(306) 土地收用裁決書に於ける收用地區域の記載方…………… 四一四

(307) 土地收用に因る殘地の損失の補償請求權…………… 四一四

(308) 土地收用に因る移轉料請求權…………… 四一五

(309) 土地收用に因り必要となりたる工事費用の補償請求權…………… 四一七

### 第八類 法 政

#### 第一節 法政通則

(310) 土地收用に因る通常受くべき損失の補償請求權…………… 四一九

(311) 收用地に對する事業の廢止と買戻權の行使…………… 四二一

(312) 廢寺の復興と人格の繼續…………… 四二七

(313) 隱居の許可の取消と隱居の效力…………… 四二七

#### 第二節 工業所有權

(314) 特許法第十一條に所謂冒認者の意義…………… 四三一

(315) 實用新案權の範圍確認審判の請求權者…………… 四三三

(316) 特許權と實用新案權との抵觸…………… 四三五

(317) 稱呼の類似のみに基く類似商標…………… 四三六

(318) 類似商標たることを判斷すべき理由…………… 四三六

(319) 商品の混同を生ぜしむる虞ある商標…………… 四三七

(320) 慣用標章の意義…………… 四三七

(321) 登録商標無効審判と範圍確認審判との差別…………… 四三八

(322) 登録商標の不使用に因る登録取消審判の請求権……………四三九  
(323) 商標登録無効審判の請求権者……………四四〇

第三節 鑛業権……………四四二

(324) 鑛業出願の不許可……………四四三  
(325) 鑛業の繼續試掘出願の不許可……………四四四  
(326) 鑛業試掘許可決定通知の取消権……………四四五  
(327) 鑛業権移轉の登録……………四四七  
(328) 鑛業権に對する強制施行……………四五〇

第四節 漁業権……………四五〇

(329) 同一漁場に於ける特別漁業の競願に就き何れを免許すべきかの標準……………四五〇  
(330) 二の特別漁業権の並立……………四五一  
(331) 専用漁業権と其の専用漁場區域内に於ける定置漁業権との並立……………四五二  
(332) 二の定置漁業権の並立……………四五三  
(333) 二の定置漁業権の抵觸……………四五四  
(334) 名稱の定なき區別漁業の不免許……………四五四

第九類 財政……………四五七

第一節 財政通則……………四五七

(335) 土地臺帳の記載と納税資格……………四五七  
(336) 共有者の一人に爲したる徵稅令書及督促狀の他の共有者に及ぼす效力……………四五七  
(337) 督促狀に於ける納稅管理入氏名の記載……………四五八  
(338) 徵稅令書の方式……………四五八  
(339) 同一令書に依り賦課したる二種の租稅の督促手数料……………四五八  
(340) 水害に基く町村稅の減免……………四五九  
(341) 徵稅令書の取消と賦課額の更正及不足額の追徵……………四六〇  
(342) 使用料の徵收と豫算の成立……………四六二  
(343) 追加豫算の違法と本豫算との關係……………四六三  
(344) 府參事會招集の違法と府豫算との關係……………四六四  
(345) 納稅義務の確定時期と其の承繼……………四六四

第二節 國稅……………四六五

(346) 法人財産の評價増に因る法人所得……………四六六

(347) 法人財産の賣却に因る法人所得……………四六六

(348) 所有權取得の假登記と法人所得……………四六六

(349) 法人所得より控除せらるべき損失金……………四六七

(350) 法人の留保所得……………四六九

(351) 重役の出捐したる配當代用金と法人の配當所得……………四六九

(352) 他の會社に全持分を賣渡したる合資會社の清算所得……………四七〇

(353) 功勞金の名を以てする殘餘財産の分配と清算所得……………四七一

(354) 法人より受くる利益配當金の所屬年度……………四七一

(355) 俸給所得の算定方……………四七二

(356) 破産管財人の職務に對する報酬と所得税……………四七二

(357) 銀行の顧問手當と所得税……………四七三

(358) 山林所得金額の算定方……………四七三

(359) 抵當權の目的たる山林の賣却代金と山林所得……………四七三

(360) 第三種所得金額より控除せらるべき保險料……………四七四

(361) 營業税の課税物件としての周旋業……………四七五

(362) 營業税の課税物件としての金貸付業……………四七五

(363) 營業税の課税物件としての代理業……………四七七

(364) 營業税の課税物件としての代理業と物品販賣業との區別……………四七八

(365) 營業税の課税物件としての製造業と物品販賣業との區別……………四七八

(366) 會社の缺損補填の爲にする減資益金と營業税……………四七九

(367) 新規開業者に對する營業税の賦課……………四八二

(368) 營業税賦課の所轄稅務署……………四八三

(369) 年度中に於いて合併したる二會社の營業税……………四八四

(370) 地價評定の標準……………四八四

(371) 砂礫採取業廢業届の效力と砂礫區稅の賦課……………四八五

(372) 災害に罹り廢業に屬したる酒類……………四八五

(373) 新聞社の印紙稅納付義務……………四八六

(374) 單價のみ記載し總金高の記載なき賣實證書の印紙稅……………四八七

(375) 振替貯金に依る辨濟の受領證書と印紙稅……………四八八

(376) 印紙稅の共同脫稅罪に對する財政罰……………四八九

(377) 賣藥稅の課税物件……………四九〇

(378) 賣藥稅法廢止後に於ける舊法に依る脫稅罪……………四九一

(379) 織物消費稅の納稅義務者……………四九一

(380) 遺産相續稅の課稅價格、民法施行前に於ける隱居者の財産留保の方式……………四九二

(381) 輸入禁制品の密輸入と關稅違脫罪…………… 四九三

第三節 地方稅……………

五〇一

(382) 戶數割の性質、其の課稅物件…………… 五〇一

(383) 戶數割附加稅の課稅物件…………… 五〇六

(384) 他町村にも戶を構ふる者に對する戶數割の賦課…………… 五〇七

(385) 二以上の町村に於ける戶數割の賦課…………… 五一〇

(386) 戶數割の課稅標準としての所得額の算定…………… 五一〇

(387) 戶數割の課稅標準としての資産狀況の斟酌…………… 五一三

(388) 戶數割賦課細目の毎年議決の必要…………… 五一七

(389) 家屋稅と私法人使用建物稅との差別…………… 五一七

(390) 不動産取得稅(歩一稅)の課稅物件…………… 五一七

(391) 歩一稅納付義務の成立時期…………… 五二四

(392) 市場稅の課稅物件…………… 五二九

(393) 缺損の爲國稅營業稅を免除せられたる者に對する地方稅商業稅の賦課…………… 五三一

第四節 滯納處分……………

五三二

(394) 國稅徵收法に依る財産差押の手續…………… 五三二

(395) 町村稅の滯納處分權者…………… 五三三

(396) 收稅官吏の證票携帶義務…………… 五三四

(397) 滯納處分吏の證票提示義務…………… 五三五

(398) 恩給權に對する差押處分の所轄稅務署…………… 五三七

# 第一類 公法通則

## 第一節 公法私法の區別及關係

### (一) 區有財産處分行爲の性質

○部落有山林ニ地上權ヲ設定シタル效果トシテ其ノ地上ニ存スル立木ノ自由處分權ヲ地上權者ニ附與シタル行爲ヲ不法ナリトスル異議又ハ右ノ行爲ノ結果立木ノ賣却代金ノ平等分配ヲ受クルノ權利ヲ侵害セラレタリトスル異議ハ町村制第百十條第二項ニ所謂財産ヲ使用スル權利ニ關スル異議ト謂フコトヲ得ズ(一四、四、二三、行)。

德島縣淺川村大字淺川の所有山林に付き、村會の決議と監督廳の許可とを経て、同大字内五傍示の住民の爲に地上權を設定したが、淺川村長は同山林に現存する立木は未だ伐採期に達しないから、獨立の財産ではなく、土地に隨伴するものであると爲し、該立木の處分權を地上權者たる五傍示の住民に移轉せしめた。大字淺川の他の住民中甲乙二人から之を違法なりとして村會に異議の申立を

爲し、村會は申立を理由なしと決したので更に縣參事會に訴願した所、縣參事會では村長が右立木の處分を爲した事實なしと認定し、村會の決定を取消すと共に、立木處分の取消を求むる旨の訴願を却下した。此の裁決に對し一面には甲乙二人から更に立木處分の取消を請求する訴訟を提起し、一面には村長から右裁決中村會の決定を取消した部分を取消す旨の判決を求むる訴訟を提起した。之に對して行政裁判所は本件は町村制第一百條の所謂「財産ヲ使用スル權利ニ關スル異議」に該當するものではなく、行政訴訟を提起し得べき事件ではないとして、雙方の訴訟を共に却下した。

(評論) 本件訴訟が性質上行政事件であるか民事事件であるかに付いては、判決は別に論斷を爲さず、單に本件が町村制第一百條に所謂財産使用權に關する異議に該當するものでないとして居るのであるが、自分は之を性質上民事事件であつて、初より司法裁判所に出訴せらるべきものであり、村會及び縣參事會が之を受理したのは、此の點に於いて既に誤つて居るものと信ずる。

部落有山林はその部落に屬する收益財産であつて、その上に存する部落の權利は私法上の所有權に外ならぬ。その山林に地上權を設定する行爲は言ふまでもなく民法上の法律行爲である。假令監督廳の許可を得たとしても、それが爲にその行爲の性質が私法的なることを妨ぐるものではない。而して未だ伐採期に達せざる立木の處分權が地上權の効果の中に包含せらるるや否やは、専ら民法上の地上權の効果如何の問題であり、隨つて之に付いての争は純然たる民事事件でなければならぬ。それが村長の職權として行はれたが爲に、行政處分であるかの外觀を爲し、それが爲に村會及び縣

參事會が決定及び裁決を與へたのであるが、それは初より民事事件と行政事件との區別を誤つたものである。

部落有財産の處分行爲に付いては、從來も屢々争の問題となり、部落の住民から違法に權利を侵害せるものとして、行政訴訟を提起する者が尠くないが、行政裁判所は常に之を行政訴訟を提起し得る事件に非ずとして却下して居る(前卷七四七頁)。それ等は概ね民事事件として司法裁判所に出訴すべきものを誤つて行政裁判所に出訴した結果であつて、若し司法裁判所に出訴したならば適當の救済を與へられ得たかも知れないのに、手續を誤つた爲に權利の救済を得ないで終つて居るのは遺憾である。次に掲ぐる判決も亦此の種の一例である。

## (二)

○町村制第一百條第二項ハ町村有財産ノ存在スルコトヲ前提トシテ其ノ使用ノ權利ニ關シ異議アル場合ニ限り之ヲ適用スベキモノニシテ、町村有財産ノ處分ニ關シ異議アル場合ニ適用スベキモノニ非ズ(一四、四、二四、行)。

某町に於いてその部落有の土地を甲某に讓渡することになつたが、町會の議決に依り、法律上の名義としては、甲某より代償金として三百圓を徴し、甲某の利益の爲に部落の所有權を拋棄することにした。賣買名義とせずして拋棄することにしたのは、登記簿面には未だ部落有として登記せ

られて居なかつた爲である。此の所有権拋棄に對し、その土地の上に使用權を有すと稱する部落住民の一人から違法に權利を毀損せられたものとして出訴したのであつたが、行政裁判所は先例に従ひ本件は法律の所謂「財産ヲ使用スル權利」に關し異議ある者には該當しないものとして却下した。

(評論) 本件も亦性質上純然たる民事の争である。所有權の拋棄は言ふまでもなく私法上の法律行為で、假令それが村會の議決を以て行はれたとしても、毫も行政處分たる性質を受くるものではない。随つて本件は私法上の法律行為の無効を主張するものであり、當然民事裁判所に出訴せらるべき事件であつたのである。

## (2) 既に納付したる租税の返還を求むる訴の性質

○既に納付シタル縣稅戶數割ノ返還ヲ求ムル訴ニ付テハ法律勅令中行政訴訟ヲ許シタル規定ナシ(一四、九、一六、行)。

本件は數年來縣稅戶數割を賦課せられて居つた者が、自分は他府縣に住居し其の賦課せられたことを知らず自分の家族が納稅し來つたものであることを主張し、自分は戶數割を課せらるべき者ではないとして、既に納稅の返還を請求する爲に出訴したものであるが、行政裁判所は之を租稅の賦課に關する事件に非ずとして却下したのである。

(評論) 租稅の賦課を違法なりとする者は固より其の賦課の取消を請求する訴を起す權利が有り

而してそれは既に其の租稅を納付した後に於いても失はるるものではないが、唯其の訴訟の提起には出訴期間の制限が有り、其の期限經過の後に於いては最早其の賦課に對して出訴し得べきものではない。随つて行政裁判所が本訴を却下したのは固より正當である。

唯若し其の租稅の賦課が單に違法たるに止まらず全然無効の處分であつた場合には、民法の不當利得の原則に依り、其の課稅を受けた者が當然其の返還を請求する權利を有することは勿論である。併しながら此の返還請求權は民法上の權利であつて、之を請求する訴は民事訴訟でなければならぬ。其の請求の原因としても、單に其の課稅が違法であつたことを主張するに止まらず、無効であることを主張するものでなければならぬ。何となれば苟も有効の處分である以上は、其の違法であることは唯行政訴訟に依つてのみ之を争ひ得べく、而して出訴期間を經過した後は最早之を争ふべき途は無いからである。

本件訴訟は、原告が全然戶數割を課せらるべき資格の無い者であることを主張するもので、即ち戶數割の賦課を以て單に違法なりとするのみならず、全然無効なりとするものである。若し此の主張が正當であるとすれば、假令それが外形上行政處分として賦課せられたとしても、其の處分は無効であつて、效力の點から言へば無かつたものと同様であるから、縣は民法上の不當利得を爲したものであり、原告は民事訴訟に依つてその返還を請求することが出来る。即ち本訴はその性質上民事事件として、司法裁判所に出訴せらるべきもので、司法裁判所は有效なる行政處分に付いてはそ



六  
の違法なり否やを審理する権能は無いが、無効の行政處分に付いてはその無効なることを宣言し得ることは勿論である。

### (3) 土地收用裁決の失効確認を求むる訴

○土地收用法第六十二條ニ依ルル土地收用裁決ノ無効確認ニ付法律勅令中行政訴訟ヲ許シタル規定ナシ(一五、一〇、七、行)。

土地收用法に依れば、土地收用の裁決に於いて定められた收用の時期までに、起業者は補償金を土地所有者及び關係人に支拂ひ又は供託を爲すことを要し、若し其の支拂又は供託を爲さなければ裁決は其の效力を失ふものとせられて居る。

此の規定に基づき、起業者が其の期日までに補償金の支拂又は供託を爲さないことを理由として其の裁決が失効したことの確認を求むる行政訴訟を土地所有者側から提起することは、從來も屢其の例が有り、而して行政裁判所は常に之を訴訟を提起し得べからざる事件として却下して居り、本訴も亦其の一例である。

(評論) 本訴は本來民事裁判所に出訴すべき事件を誤つて行政裁判所に出訴したもので、行政訴訟としてはそれが却下せられるのは已むを得ない結果である。

行政訴訟は行政廳の處分が違法である場合に提起せらるるもので、土地收用の裁決に付いても、

その裁決自身に違法の廉があることを理由としてのみ提起することが出来る。然るに本訴は裁決の違法を主張するものではなく、起業者の支拂が無い爲に裁決が失効したことを主張するのであつて行政訴訟としては成立し得ないものである。それは所有權確認の訴として民事事件たる性質を有するものである。行政處分の違法を主張する場合は、公法的事件として行政訴訟の目的となり得るが、行政處分が失効したことを主張するのは、行政處分が消滅したこと、言ひ換ふれば行政訴訟に依つて争はるべき目的物が最早存在しないことを主張するもので、行政訴訟としては自殺的の主張である。土地所有權收用の裁決が失効したことを主張するのは、土地所有權が收用せられなかつたこと、言ひ換ふればその所有權が依然として從來の所有權者に屬することを主張するもので、それは純然たる民事訴訟である。行政處分に關係するが故に誤つて行政裁判所に出訴したのは、當事者の爲に遺憾とすべきである。

### (4) 下戻の判決を受けたる山林引渡の訴

○明治三十二年法律第九十九號國有土地森林原野下戻法ニ依リ下戻ヲ受ケタル地所中其ノ一部ノ引渡未済ナリト稱シ之ガ引渡ヲ申請シタルニ對シ農林大臣ノ爲シタル引渡申請不許可ノ處分ニ對シテハ法令中行政訴訟ノ提起ヲ許シタル規定ナシ(二、一〇、五、行)。

明治四十四年に行政裁判所の判決に依つて原告に下戻すことに確定した土地の中、一部分尙引渡  
其洩になつて居る土地があると主張して、主務大臣に下戻を請求した所が、主務大臣が之を許可しな  
かつたといふのが、本訴の要點であるが、それは單純な所有權確認及引渡の訴であつて、違法の行  
政處分に對する訴ではない。随つてそれは純然たる民事訴訟たるもので行政訴訟としては却下され  
たのが當然である。

### (5) 河川の砂利拂下行爲の性質

○大正七年栃木縣令第三十三號河川生産物拂下規程ニ基ク河川ノ砂利拂下ノ許否ハ行  
政處分ナリ(二、二、六、行)。

原告明治砂利株式會社は栃木縣下の河川の砂利を採取販賣する目的を以て大正十年に設立せられ  
た會社で、爾來同縣下の思川筋で砂利採取及び之に伴ふ河川敷地占用竝工作物の施設に付き、毎年  
縣知事の許可を受けてその營業を繼續して居つた處、大正十五年十一月に當該年度の繼續許可を出  
願したのに對し、縣知事は不許可の處分を爲した。原告は之を不法なりとし縣知事を被告として行  
政訴訟を提起した。

本件に於ける第一の争點は、河川の砂利の拂下が民法上の法律行爲であるや又は行政處分である  
やの問題に在つた。

此の點に於ける原告の主張は明瞭ではないが、その論旨の中には「其ノ行爲ノ性質ハ純然タル私  
法行爲ニ屬スルモノナルヲ以テ必ス民法ノ規定ニ則ルコトヲ要ス」と曰つて居るのを見れば、それ  
が民法上の契約であると主張するものゝ如くである。併し若し眞に之を民法上の契約であると主張  
するならば本件訴訟は性質上民事訴訟であつて司法裁判所に出訴せねばならぬのであり、之を行政  
裁判所に出訴したのは自家撞着と言はねばならぬ。随つて此の點に於ける原告の主張は必ずしも重  
きを置かれたものと見ることは出来ぬ。

此の主張に對しては、判決は單に「河川ノ砂利拂下ノ許否ハ行政處分ナリ」と斷定して居るだけ  
で、別にその理由を説明せずして、直に之を排斥して居る。

判決が何等の理由を示さずして之を斷定して居るのは、不親切の嫌を免れぬけれども、その結論  
に於いては正當であると信ずる。河川の砂利を採取する權利は河川そのものの使用權とは異なり、  
河川の本體からは分離し得べき物に付いての權利であるから、性質上は必ずしも私權として成立す  
ることを得ないものではないけれども、本件の場合に付いて見ると、砂利を採取する爲には河川の  
敷地を占用し且つ河川に工作物を施設することを必要とするもので、而して河川の敷地の占用又は  
工作物の施設は唯公法上の權利としてのみ成立し得ることは勿論であるから、此等と離るべからざ  
る關係に在る砂利の採取權も、少くとも本件の場合に於ては、之を公權として見るのが正當であり、  
随つてその權利を設定する行爲も、民法上の契約ではなく、行政行爲として見るべきものである。

## (6) 行政法規に違反する法律行為の効力

●行政廳ノ禁止規定ニ違反スル行為ノ效力ハ其ノ規定ノ趣旨ニ從テ之ヲ定ムベキモノトス(二、二二、一〇、大民)。

蠶絲業法第十九條には地方長官が蠶種又は繭の賣買に關し取締上必要な命令を發し得べきことを定めて居り、而して此の規定に基き山形縣に於いて大正十二年山形縣令第三十九號に依り繭賣買業者は「結繭前ノ豫約賣買」を爲すことを得ざることを定め、之に違反する者は五十圓以下の罰金若しくは科料に處すべきものとして居る。

原告は訴外何某から飼育中の蠶兒を買入れた。是が右の山形縣令の規定に違反するものであることには争がない。唯その賣買契約が民法上有効であるや否やが争の目的となつた。

原審(山形地方裁判所)判決に於いては、右縣令は行政上の取締の目的に出でたもので、取締規定に違反したとしても法律行為としては無効なるものではないと爲し、之を有効なりと判定した。

上告人は強行法規に違反する契約は公の秩序に反する事項を目的とする行為であるから、民法第九十條に依り當然無効でなければならぬものと主張した。

大審院は上告論旨を容れて原審判決を破毀し該契約を無効として判定した。その理由とする所は

禁令違反の行為は時として有効であることもあり無効であることもある。その孰れに屬するやは、その禁令の趣旨を究むるに依つて始めて解決することが出来る。その法規の趣意が専らその行為より生ずる法律上の効果を彈壓するに在るときは、その行為は當然無効でなければならぬ。今山形縣令に於いて結繭前の豫約賣買を禁止して居るのは、斯かる賣買を許すに於いては自ら繭の品質を粗悪ならしむる虞あるが爲であるから、法意の存するところは、凡て此の種の賣買を無効ならしめ以て所有權の移轉若は移轉の期待を杜絶せんとするに在るや之を知るに難からぬ、随つて之に違反する契約は當然無効でなければならぬといふに在る。

(評論) 行政法規に違反する法律行為が必ずしも無効ならざることに付ては、幾多の大審院の判例が有り、殊に許可を受けずして爲した諸契約がその違法なるに拘らず有効であることは大審院の常に承認し來つたところである。(前卷九二六頁以下参照)。

併し一方に於て行政法規に違反する法律行為が常に有効であると斷ずることの不當であることも本判決に言ふ通りであつて、法規の性質に依り、その違反が或は無効原因となることが有り或は然らざることが有る。問題は専らその有効無効を決すべき區別の標準を何に求むべきかに在る。

本件判決にはその區別の標準に關して「其ノ法規ノ趣意專ラ其ノ行為ヨリ生スル法律上ノ效果ヲ彈壓スルニ在ルトキハ其ノ行為ハ無効ナルコト勿論ナルモ爾ラスシテ唯其ノ行為ヲ爲スト云フコトソノモノ即一ノ客觀的事實ヲ禁歎スルニ在ルトキハ其ノ行為ノ法律上ノ效果ハ何等其ノ發生ヲ妨ケ

ラルトコロ無シ」と曰つて居り、而して此の標準に基づき本件賣買契約を無効なりとして居るのである。

大審院が此の區別の標準として居るところは必ずしも不當ではないが、之を本件に適用して居る結果に付ては、容易に賛成し難い。

凡そ法規に違反する法律行為が無効である場合は、その法規が單純な禁令ではなくして行為能力を制限する規定である場合でなければならぬ。その法規の趣意とするところが單に或る行為を爲すべからずとするに在る場合であれば、それは單純な禁令であつて、之に對する違反は處罰の原因となることが有つても、法律行為の無効原因を爲すものでない。法律行為が無効となる場合は、單に或る行為を爲すべからずとする趣意の法規に違反した場合はなく、或る行為を爲す能力なしとする趣意の法規に違反した場合でなければならぬ。自分は前の種類の法規を命令規定と稱し、後の種類の法規を能力規定と稱して居る。命令規定は唯或る事を爲せよ爲すべからずといふ規定であつて、之に背いても法律行為の効力には影響しない。法律行為の効力とは一定の意思表示に基づいて一定の法律上の力を發生することを意味するもので、此の如き効果を生ずるや否やは、毫も命令規定の關するところではなく、専ら能力規定に依つてのみ定まるのである。能力規定とは一定の法律上の力を發生するや否やに付いての規定で、或る事を爲せよ爲すべからずといふ趣意ではなく、或る行為から一定の法律上の力を發生すといひ又は發生せよといふ趣意の規定である。

故に本件の争點を決すべき要點は、山形縣令の規定が、命令規定であるや又は能力規定であるや言ひ換ふればその規定の趣意とするところが、單に賣買すべからずといふに止まるや、又はその賣買能力を否定し蠶兒に或る程度の不融通性を附與するに在るやに存する。

本件山形縣令の規定が第一に命令規定として賣買を禁止する趣意であることは、その違反に對し罰則を定めて居ることに依つて明瞭である。大審院判決には『如何ナル場合ニ於テハ反禁ノ行為ヲ以テ無効ト爲スヘキヤト云フニソハ反禁ニ對スル制裁トシテ刑罰ヲ課スル場合ノ如キ其ノ一ナリト雖而モ是又決シテ例外ナキ原則ニハ非ス』云々と曰つて居るが、是は根本的の誤解で、罰則の規定の有ることはそれが命令規定であることの證據であつて、決して能力規定であることを推測する材料となるべきものではない。罰則の制裁は或る行為を爲さざらしむるが爲にするもので、或る法律上の効果を發生せざらしむるが爲にするものではない。

唯時として命令規定であつて同時に能力規定である二重の性質を有する場合が有り得る。即ち或る行為を爲すべからずとして之を禁止し、その違反に對し罰則を定むると共に、一方にはその行為に基づき或る法律上の効果を發生し得べからざらしむることの二重の趣意を含む場合がある。此の場合には、行政法規たると共に民法の特別法たる二重の性質を具ふるもので、此の場合にのみ一方に於いて禁令違反として處罰の制裁を受くると共に、一方に於いてその行為が民法上無効としてそれから法律上の効果を發生し得ないこととなるのである。

故に問題は本件山形縣令が單純な命令規定たるに止まるや又は同時に能力規定として民法の特別法たる二重の性質を有するやに在る。

而して蠶絲業法第十九條の規定に依つても、又は本件山形縣令の規定に依つても、それが民法の特別法として賣買能力を制限し上簇前の蠶兒を不融通物たらしめたものと解すべき根據は之を認め難い。それは決して判決に曰へる如く『斯カル賣買ヲ許スニ於テハ自ラ繭ノ品質ヲ粗惡ナラシムル虞アルカ爲ナルコトヲ窺フニ餘アルカ故ニ』といふやうな理由を以ては推定し得べきところではない。本件賣買の制限が斯かる目的に出でて居ることは疑を容れぬとしても、それは事實としての賣買行爲が公の秩序に反するものとして禁止せられて居るのであつて、所有權の移轉及び之に對する代價の請求權が公の秩序に反することを認めたものと解すべき理由は無い。

要するに單純な行政上の取締法規に違反するのみを以ては、如何なる場合に於ても、法律行爲の無効原因を爲すものではない。その取締法規が同時に民法の特別法として行爲能力を制限する趣意を包含して居る場合にのみ、之に違反する法律行爲が法律上無効となるのである。

本件山形縣令は單純な行政上の禁令で、之に違反する行爲は唯處罰の原因となるに止まり、法律行爲としては有效なることを妨げないものと解するのが正當と信ずる。

### (7) 無權利者の探掘したる鑛物賣買契約の効力

●鑛業法第十七條ニ違反スル行爲ニ基キ探掘シタル鑛物ノ賣買契約ハ民法第九十條ニ所謂公ノ秩序ニ反スル事項ヲ目的トスルモノニシテ無効ナリトス(一四、二、三、大民)。

鑛業法第十七條には「鑛業權ハ相續、讓渡、滯納處分及強制執行ノ目的タルノ外權利ノ目的タルコトヲ得ス但シ探掘權ハ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得」とあつて、鑛業權の制限的不融通性を規定して居る。此の規定に基き、所謂斤先掘契約即ち鑛業權者が第三者をして鑛物を探掘し之を取得する權利を得せしむる契約が無効であることは、大審院の數回の判例に於ても既に認められて居る所である。

鑛業權者久良知鑛業會社が、自分の鑛區である重壽炭坑の石炭に付いて甲某との間に此の斤先掘契約を締結したが、甲某は更に其の權利を乙某に讓渡した。乙は其の掘出した石炭を丙某に賣渡したが、丙は其の代金を即時に支拂ふことが出来なかつたので、乙との間に金一千圓の消費貸借契約を結んだ。本訴の争點は此の消費貸借契約の効力如何に在る。

大審院は、斤先掘契約は無効であつて、斯かる契約に基き鑛物を採取しても採取者は其の所有權を取得することは出来ないもので、其の鑛物は未だ掘採せざるものと同じく國の所有に屬するものである。而して本件石炭が斯かる違法の探掘に係るものであることは、當事者雙方の熟知する所であるから、「右賣買契約ハ法禁行爲ヲ助成スル結果ヲ來スヲ免レズシテ是亦民法第九十條ニ所謂公ノ秩序ニ反スル事項ヲ目的トスル無効ノ契約ニ外ナラズ」、随つて此の賣買契約に基いた消費貸借契約

も無効であると判定した。

(評論) 判旨結論に於いては正當であるが、其の理由とする所には同意し難い。

所謂先掘契約が無効の契約であることは更に疑の無い所で、斯かる契約に依りて鑛物を採取する権利を取得しても、それは全然效力の無いものである。無権利者が鑛物を採取しても、自ら其の所有権を取得することが出来ないのは勿論であるのみならず、それは何人の私有にも屬することの出来ないものである。私有財産の目的となり得ない物が賣買の目的となり得ないことは、言ふまでもないことで、判決が其の賣買契約を無効なりとして居るのは結局に於いて正當であること疑を容れぬ。唯判決が之を以て公の秩序に反するものとして居るのは首肯し難い。公の秩序に反するから無効であるのではなく、賣買の目的物が融通性を缺いて居ることが其の無効を生ずる原因である。

### (8) 納税義務の承継

○被合併會社ノ存續中之ニ對シテ納税義務ノ存在ガ確定シタルトキハ納税義務ハ合併會社ニ於テ之ヲ承継スベキモノトス(二、二、一九、行)。

公法上の権利義務でも其の内容が金錢の給付に關し私法上の債權債務と同様の性質を有するものに在りては、其の公法上の権利義務たることから生ずる特質を除いて、其の他の點に於いては私法上の債權債務に關すると同一の原則が適用せらるることを當然とする。本件は此の原則を説明すべ

き一例であつて、納税義務は固より公法上の義務であるけれども、其の内容に於ては私法上の債務と同様の金錢義務であり、而して金錢義務たることに伴ふ必然の結果と認めらるべき限度に於いては、私法上の債務と同一の原則が適用せらるべきものであることの例證とすることが出来る。

事件の内容は、甲會社が縣から所得税及營業税の附加税を賦課せらるべき筈であつたのが、未だ其の賦課を受けない内に乙會社に合併し、其の合併後になつて、乙會社に對して甲會社の納付すべかりし附加税を賦課したのが正當であるや否やの問題で、原告は商法第八十二條に合併後存續する會社は合併に因りて消滅したる會社の權利義務を承継すとある規定は、専ら私法關係にのみ適用せらるるもので、公法上の關係を律するものではないと主張したけれども、行政裁判所は公法上の權利義務でも性質上移轉を許さないものの外は總て合併會社に承継せらるべきもので、而して納税義務は性質上移轉を許さないものではないと判定した(前卷三六頁以下参照)。判旨固より正當である。

### (9) 納税義務の相殺

○村税ノ滞納金ト納税者ガ村ヨリ受取ルベキ實費辨償金トハ相殺スルコトヲ得ザルモノトス(一五、四、六、行。一五、六、三、行)。

納税義務は金錢給付義務であることの結果、或る程度に迄私法と同一の原則が適用せらるるとしても、相殺の原則までも之に適用せらるるものではない。何となれば相殺は雙方の權利が對等の法

律價値を有することを前提とするものであるが、人民の側から國又は公共團體に對して有する権利と國又は公共團體が人民に對して有する権利とは、對等の價値ある権利として認めらるるものではないからである（前卷一三〇五頁参照）。

#### (10) 文官退職賜金の強制執行

●大正十一年勅令第四百七十九號ニ依ル退職賜金ヲ受クル權利ハ強制執行ノ目的タルコトヲ得ザルモノトス（一五、七、二七、大民）。

大正十一年勅令四七九號は行政整理又は軍備縮少の結果退職を命ぜられたものに特別の賜金を支給することを定めて居る。此の規定に依る退職賜金を受くる権利に付いて債權者が差押を爲し得るや否やが争となつたのであるが、原審（長崎控訴院）では差押へ得べきものと認めしたが、大審院は之を破毀し、退職賜金を受くる権利は一身に專屬するもので、移轉性を缺き、隨つて差押を爲し得ないものと判定した。

（評論）是も公法上の金錢請求權が民法上の金錢債權と適用原則を異にする場合の一例で、判旨正當と信する。

公法上の金錢債權でも差押へ得べきものと然らざるものとの差別が有る。それは必ずしも法令の明文に依つてのみ判断し得べきものではなく、その権利の性質に依つて判断せねばならぬ。議會の議

員の歳費の如きは公法上の權利であつても差押へ得べきものであるが、それは歳費が議員の生活資料たる性質を有しないからである。退職賜金は之に反して一時恩給と同様の性質を有するもので、恩給が差押へ得られないと同様に退職賜金も亦差押の出来ないものと解するのが正當である。

#### (11) 讓渡し得ざる電話加入權の差押

●至急開通ノ電話加入權ガ其ノ讓渡禁止期間内ニ差押ヘラレタル場合ト雖該期間經過後右差押命令ニ基キ發セラレタル讓渡命令ハ當然無効ト爲ルベキモノニ非ズ（二、一〇、一、大民）。

至急開通の電話加入權は電話規則に依り開通後五年を経過した後でなければ加入名義を變更することを得ないものとせられて居る。其の期間内に加入權の差押を爲した場合に、其の差押が有效なりや否やが本訴の争點である。原審判決は之を無効としたが、大審院は之を破毀して、差押命令は當然には無効となるものではなく、唯開通後五年を経過する迄は之を執行するを得ないに止まる、隨つてその期間を経過した後に至つて右差押命令に基づき發せられた讓渡命令は有效であると判定した。判旨正當と信する。絶対の不融通物は差押へ得べきものではないが、期限附の不融通物は其の期限内であつても其の執行が期限經過の後まで停止せられるといふ條件の下に差押へ得べきものでなければならぬ。

## 第二節 法令

二〇

### (12) 行政裁判所の法律審査權

○行政裁判所ハ法律ノ内容ガ憲法ノ規定ニ違反スルヤ否ヤヲ審査スル職權ヲ有セザルモノトス（二、一二、二七、行）。

法律が議會の議決と天皇の裁可とを得て形式上有効に成立した以上は、裁判所は之に従つて裁判を爲すべき拘束を受くるもので、その内容が憲法に違反するや否やに付き審査する權能を有しないことの原則は、司法裁判所に付いては、大審院判例に依つて既に示されて居る所であるが、行政裁判所に付いては是れ迄未だ同様の判例を見なかつた。本判決は此の點に付き大審院と同様の見解を言明したもので、それは特別都市計畫法に依る移轉命令に對する訴に於いて、原告が其の理由の一として、特別都市計畫法は憲法違反の法律であると主張したのに對して下されたもので、判旨固より正當なること疑を容れぬ。我が憲法は立法權を以て國家の最高の權力と爲し、他の如何なる權力を以ても之に對抗することを得ないものとして居るもので、立法權に依つて決定せられた所に對しては、司法裁判所も行政裁判所も、其の憲法に牴觸するや否やに付いて之を審査する權能を有たないのである。

### (13) 外國に在る外國人に對する法律の效力

●領事ガ支那ニ於テ裁判權ヲ行使スルニ當リ支那人其ノ他ノ外國人ヲ證人トシテ訊問スルトキハ宣誓ヲ爲サシムル要ナキモノトス（二、二、二二、大刑）。

天津に在留する日本人某が詐欺罪を以て天津駐在の日本總領事から有罪の宣告を受けた。その斷罪の資料として、支那人某を證人として宣誓を爲さしめずして訊問した公判調書を證據としたのであつたが、それは無効の證言を採用したものであるといふ理由を以て、被告人から大審院に上告した。

大審院は左の理由を以て此の上告を棄却した。

(1) 我が國法は我が版圖外に於いて外國人には效力を及ぼし得ないものであるから、刑事訴訟法も亦在外支那人に對し效力を有するものではない。随つて支那人は我が領事裁判所に關し證人たる義務なく、假令證人となるも宣誓を爲すべき義務は無い。その證言は任意の陳述であつて、領事は宣誓を強制する權能なく、又之を宣誓せしめなくても固より違法ではない。

(2) 但し領事裁判が我が刑事訴訟法に準據すべきは勿論であるから、外國人の任意の供述は刑事訴訟法の適用に於ては證言たる性質を失はない、之を信憑すると否とは一に事實裁判所の自由裁量に屬する。



(14) 行政区劃の變更と法律の施行區域

二二

●大正十年勅令第二百七號ノ借地法施行ノ地區タル大阪市ハ爾後行政法規ニ依リ擴張セラレタル同市ノ地區ヲモ包含スルモノトス(二、一二、二七、大民)。

借地法第十六條には「本法施行ノ地區ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム」とあり、而して此の規定に基き大正十年勅令第二百七號に依り借地法を施行する地區を指定して居る中に「大阪市」をもその施行地として指定して居る。然るにその後大正十四年四月一日から大阪市の區域が著しく擴張せられ、從來郡部であつた區域で大阪市に編入せられたものが尠くない。そこで該勅令に所謂「大阪市」は勅令施行當時の大阪市の區域をのみ指すものであるや、又はその區域が變更せらるれば、法律の施行區域も從つて變更せらるるやに付き争が起つた。

上告人(原告)は借地法が從來郡部であつて新に大阪市に編入せられた區域には施行せられないことを主張したのに對し、大審院はその主張を排斥して、原審の判決と同じく、該勅令の趣旨は勅令施行當時の大阪市の地區のみに限定して之を借地法の施行地區と定めたものではなく、その以後に擴張せらるることあるべき大阪市の地區をも包含するものと解するのが穩當であると判決した。(評論) 判旨の正當であることは疑を容れぬと信ずる。

上告論旨は凡て法律の規定する内容は初から一定して居つて、その法律自身の改正に依らねば之

を變更し得ないものであることを前提として居るやうであるが、此の如き前提は正當ではない。法律の規定は時として弾力性ある内容を有し、法律自身の改正に依らずその以外の外部的事情に依つてその内容が自ら變遷することが豫期せられて居ることは、その例甚だ多い。法律がその施行區域を限定し、一定の行政区劃を指定してその施行地區として居る場合にも、普通は現在その行政区劃に屬して居る地域のみを眼中に置いて、それをその施行地區として定めたものと解すべきではない。若し將來に於いてその行政区劃が變更せられたならば、その施行區域も亦隨つて變更せらるるものと解すべきことが普通の例である。勿論法律が一定の行政区劃を以てその施行地區として定める場合には、差當つては現在の區域に著眼して定めたものであることは勿論であるから、若しその行政区劃が廢置分合に依り全く存在を失ひ、又はその他同一行政区劃として存続するものと認むべからざるに至つた場合には、新行政区劃の中で法律の定むる行政区劃に相當すべきものを求めて、その施行地區を定めねばならぬけれども、その區域の變更が廢置分合ではなく單に境界變更に止まり、行政区劃としての同一性を失はないものと認むべき限りは、法律の趣意とするところは、その行政区劃の全部に施行するに在るものと解すべきもので、境界變更に伴うて施行區域も亦隨つて變更するのである。

本件の場合に於いても借地法を大阪市に施行すと曰へば、敢て現在の大阪市の地區だけに施行すといふ意味ではなく、將來大阪市に編入せらるべき地區をも含むものと解するのが當然である。

## (15) 訓令と刑事訴訟法上の證據調

## (一)

●明治四十二年六月鐵道院總裁達第四七八號保線從事員服務規程ハ保線從事員ノ執務上遵守スベキ抽象的規則ヲ定メタルモノニシテ一種ノ法令ニ屬スルヲ以テ之ヲ判決ニ於ケル證據理由ノ説明中ニ雜ヘテ引用スルモ之ガ證據調ノ手續ヲ爲スノ要ナキモノトス(二四、一一、三〇、大刑)。

## (二)

●地方長官ノ發スル訓令モ亦法令ノ一種ニシテ之ヲ證據理由ノ説明中ニ雜ヘテ引用スル場合ニ於テモ別ニ證據調手續ヲ爲スヲ要セズ(二四、一二、一二、大刑)。

## (16) 法律に抵觸する町村條例の效力

○舊町村制ニ基キ制定シタル區ニ關スル町村條例中區會議員選舉人名簿ニ關スル規定ハ町村制第十八條ニ抵觸スル範圍ニ於テ其ノ效力ヲ喪失シタルモノトス(二四、一一、六、行)。

町村條例が其の制定當時は法律に適合するものであつても、其の後法律の改正に依つて、法律と相

抵觸するやうになれば、何等の行爲をも待たず當然に效力を失ふことは言ふまでもない。條例が内務大臣の許可を得て居ることは固より其の失效を妨ぐるものではない。

## 第三節 公法上の住所、期間及時效

## (17) 公法上の住所

「住所」の意義に付いては、行政法規に於いても民法と同一の原則を採用し、一般に人の「生活ノ本據」を以て其の住所として居る。然し生活の本據が何所に在るかは、之を認定することが甚だ困難な場合が屢有り、而も住所の公法上の效果としては、第一には選舉權、被選舉權又は公民權の要件であり、第二には納稅義務を定むる標準となり、その他届出義務等に付いても關係の有ることがあるので、住所の所在地如何は屢争の問題となり、本書に採録せる三年間の行政裁判所の判例の中にも、此の問題を取扱へるものは甚だ多い。唯それ等は概ね多數の先例ある見解であつて、新なる判例と認むべきものは極めて乏しいから、茲には一々之を挙げぬ。

一般に言つて此等の判例に示されて居る見解を概括すると凡そ左の諸點を擧げることが出来る。

## (一)

何所が生活の本據であるかを定むるには、客觀的事實に依るべきもので、必ずしも本人の意思如

何には拘らない。此の趣意を示すものは、既に先例もあり（前巻八三頁）、又例へば左の判例が有る。

○町村制第六條ニ所謂住所ハ本人ノ意思如何ヲ問ハズ生活ノ本據ト認メ得ベキ客觀的事實アリヤ否ヤニ依リテ之ヲ定ムベキモノトス（一五、一二、二、行。二、一、二九、行。二、五、七、行）。

## (二)

併しながら、客觀的事實のみに依つて住所を認定し難い場合には、本人の意思如何は住所を認定すべき有力なる材料となる。此の趣意を示せるものには、例へば左の判例が有る。

○甲町ト乙町トノ兩地ニ店舗ヲ開キテ營業ヲ爲シ其ノ兩地ヲ往來セル場合ニ於テ本人ガ乙町ヲ以テ永住地ト思惟セルニ於テハ乙地ヲ以テ其ノ生活ノ本據ト認定スベキモノトス（二、七、二六、行）。

甲町と乙町との兩地に店舗を開き、甲町の店は長男に經營させ、乙町の店は次男三男に經營させ、自分は兩方を往來して半分位づつ兩方に居住して居る。本籍は甲町に在つて、其處には長男の外老母、妻及び三女四男五男の三人の子が住んで居る。併し本人は甲町の店は長男に任せ、將來自分は次男にかゝる積りで、乙町の方を生活の本據地と考へて居る。

斯ういふ事情の下に於いて、單に客觀的事實のみから言へば、甲町に本籍が有ること、甲町の店舗に妻も老母も子女の過半数も住んで居ることから見て、寧ろ甲町の方に生活の本據を有するもの

と認定する方が當然のやうに思はれる。然るに行政裁判所は本人が乙町の方を將來の永住地と考へて居るといふことから見て、乙町を生活の本據地と判定したのであつて、是は客觀的事實のみならず、本人の主觀的意思が住所認定の有力な材料であることを示して居るものである。

即ち行政裁判所の見解に依つても、本人の意思は決して住所の設定に無關係ではなく、寧ろ其の意思如何が住所を定むる主たる要素となるものであるが、唯其の意思が客觀的事實となつて現はれず、單に心裡の作用に止まつて居る間は、住所認定の材料とはならぬといふに止まるのである。其の他尙次のやうな判例も有る。

○從來甲村ニ住所ヲ有シテ醫業ヲ營ミ居タル者後乙村ニ分院ヲ設ケテ同所ニ於テモ開業シ患者ハ寧ロ分院ノ方ニ多ク妻子モ乙村ニ滞在セシメタリトスルモ尙甲村ノ診療所ヲ本院ト稱シ乙村ノ醫院ハ之ヲ分院ト稱セルニ依リ其ノ住所ハ尙甲村ニ在リト認ムルヲ相當トス（一五、二、二五、行）。

○從來甲村ニ住所ヲ有シタル者縣農會幹事ニ就職シテ妻子ト共ニ乙市ニ居住スルニ至リタルモ乙市ノ住宅ハ幹事就職前ヨリ所有シ居タルモノニシテ、幹事就職ニ因リ住所ヲ乙市ニ移スノ意思ナカリシコト及其ノ就職後モ甲村ニ於ケル同人ノ公私ノ生活ニ著シキ變化ナキコトニ因リ其ノ住所ハ尙甲村ニ在リト認ムルヲ相當トス（二、六、七、行）。

如何なる客觀的事實が住所を認定する材料となるかは、各種の事情を綜合して考察しなければならぬもので、或る單個の事實だけでは之を定むるを得ない。併し住所の認定に付いて最も重要な材料となるべきものは、就中、繼續して主たる宿泊所として居ることに在る。例へば

○甲村ニ寄留シテ酒類製造業ヲ營ミ本籍地ニ往復スルハ一年數回一回ノ滞在日數二位一年ヲ通シテ十日ヲ出デズ妻子モ亦甲村ニ寄留セル事實ニ依リ其ノ住所ハ甲村ニ在リト認定スルヲ相當トス(一四、四、二四、行)。

是は住所が本籍地に在るや寄留地に在るやの争で、本籍地には邸宅を所有し、營業を爲し、門標を掲げ家族の一部を居住せしめ、自己の名義を以て社交を爲して居る等の事實あるに拘らず、尙其の住所は寄留地に在るものと認定したのであつて、其の主たる材料となつたのは、繼續的に主として寄留地に宿泊して居ることの事實に基いたものであること言ふまでもない。

(四)

併しながら、相當の期間繼續して主たる宿泊所として居つたとしても、それが定住の意思を以てせられたのでなく、初より一時的のものであることが豫期せられて居る場合には、それだけで住所を認定するには足らぬ。例へば

○沖繩縣地方改良巡回講師トシテ一時沖繩縣ニ居住シ同所ニ住所寄留ノ届出ヲ爲シタ

リトスルモ家族ハ總テ本籍地ニ在リ吉凶慶吊隣保ノ交誼等凡テ本籍地ニ於テ爲シ居タル場合ニハ其ノ住所ハ尙本籍地ニ在リト認ムルヲ相當トス(一四、二、二二、行)。

(五)

寄留の届出は、其れだけでは住所の移轉を斷定する確實なる證據と爲すを得ないが、併し他の事實と照合して、住所移轉の意思を推定する有力なる材料となるもので、判例は屢寄留の届出に依つては住所の移轉を斷定することを得不い旨を宣示して居るけれども、一方には又寄留の届出に依つて住所移轉の意思を推定し若くは寄留の届出を爲さざることによつて住所移轉の意思なきことを推定する材料となして居る例にも乏しくない。例へば、

○東京市ニ住所寄留ノ届出ヲ爲シ同所ニ於テ齒科醫師ノ業務ヲ營ム者ノ住所ハ寄留地ニ在ルモノト認ムルヲ相當トス(二、一一、一五、行)。

○甲村ニ本籍ヲ有シ祖先以來ノ定住地トシテ住家ヲ有シ妻子ヲ居住セシムル者ハ十數年來乙村ニ一戸ヲ構ヘテ木炭製造業ヲ營ミ妾及其ノ子女ト同棲シ主トシテ乙村ニ宿泊ストスルモ尙甲村ト乙村ト僅ニ二里餘ノ行程ニシテ容易ニ往復シ得ル事實並ニ乙村ニ寄留ノ届出モ爲サザル事實ニ徴シ甲村ノ住所ヲ撤廢シタルモノニ非ズト認ムルヲ相當トス(一五、五、三一、行)。

## (六)

官吏が其の職務の爲に職務地に赴任するのは、單身赴任の場合は住所の移轉と認められないのを通例とする(前巻七六頁、前掲四参照)が、妻と共に赴任して居る場合は、假令故郷に一戸を構へて居ても、職務地に住所が有るものと認定せられた例が有る。

○地方事務官トシテ石川縣廳ニ奉職シ金澤市ニ家ヲ構ヘ妻子ト共ニ寢食セル者ノ住所ハ金澤市ニ在リト認ムルヲ相當トス、其ノ故郷ニ於テ自己ノ名ニ於テ構戸ノ事實アリ父母之ニ居住ストスルモ之ガ爲ニ故郷ニ住所アリト謂フヲ得ズ(二、一一、一二、行)。

## (七)

住宅を構へて居住の設備を整へて居ることは、假令或る期間引續き其處を離れて居るとしても、尙住所と認めらるる有力なる材料となる。

○本籍ヲ甲地ヨリ乙地ニ轉シ乙地ニ一家ヲ構ヘテ妾ト同棲シ家財ノ一部ヲ乙地ニ移シタリトスルモ甲地ニ於ケル舊來ノ住宅及其ノ施設ハ從前ト異ナルコトナク且ツ時々甲地ニ歸來スル事實アルトキハ依然甲地ニ住所ヲ有スルモノト認ムルヲ相當トス(二、五、七、行)。

## (八)

○刑務所ニ在監シタル事實ノミニ依リ從前ヨリ有セル住所ヲ撤廢シタリト云フコトヲ得ズ(二、五、七、二〇、行)。

是は先例も有る。

## (18) 公法上の期間

公法上の期間の計算法に付いては、憲法の規定に於ける期間は、必ずしも民法の例に依らず、例へば議會の會期を三ヶ月と定めてあるのは、三十日を一ヶ月として九十日間と解する慣習であるが、行政法規に定められて居る各種の期間の計算法は、民法の規定に準じて取扱はるべきことが、行政裁判例に依つて定まつて居り、別段の異例は無い。一例を挙げると

## (一)

○府縣制第百十五條ノ異議申立期間ノ計算ニ付テハ徵稅令書又ハ徵稅傳令書ノ交付ヲ受ケタル日ハ之ヲ算入セズ其ノ翌日ヨリ之ヲ起算スベキモノトス又該期日ノ末日ニシテ公休日ニ當ルトキハ其ノ翌日ヲ以テ期間滿了日トス(二、一、八、行)。

是は前段は民法第四百十條、後段は百四十二條の準用である。

○町村制第三十三條第一項ニ所謂「選舉ノ日ヨリ七日」トハ選舉アリタル日ヲ算入セズ

其ノ翌日ヨリ七日ノ意義ト解スベキモノトス(二、七、六、行)。  
是も民法第四百十條の準用の他の一例である。

## (二)

○町村制第五十一條第一項ニ所謂年長者トハ出生ノ日ノ先ナル者ヲ謂ヒ、年齢相同ジキトキハ出生ノ日ノ同ジキ場合ヲ謂フ(二、二、五、行)。

是は明治三十五年法律第五十號年齢計算に關する法律の一の適用例である。同法律は公法と私法とに通じて適用せらるるものである。

## (19) 租税の時効

○會社ノ大正六年十月一日ヨリ大正七年九月三十日ニ至ル事業年度ノ戰時利得税ハ會計法附則第四項舊會計法第十九條及會計法第三十二條ニ依リ大正十三年三月三十一日迄ハ時効ニ因リ義務ヲ免レ得ザルモノナルヲ以テ大正十二年十二月二十七日ニ其ノ利得金額ヲ決定シ大正十三年一月九日ニ賦課徴收シタルハ違法ニ非ズ(一四、一、二、二四、行)。

租税の課徴權は、舊會計法に依つても現行會計法に依つても五年を以て時効に罹るのであるが、唯舊法と新法とは時効期間の起算點を異にし、舊法には「其ノ納ムベキ年度經過後五箇年」とあつ

たのに反して、新法には唯「五年間行ハサルニ因リテ消滅ス」とあるのみである。而して新法には附則の中に「本法施行前二期滿免除ト爲ラサル權利ニ付テハ本法其ノ他ノ法律中時効ニ關スル規定ヲ適用ス但シ其ノ期間ノ起算點ニ付テハ從前ノ例ニ依ル」とあり、即ち舊法時代に發生した權利で、新法の施行當時未だ時効に依り消滅するに至らないものは、舊法の規定に依つて時効期間の起算點を定むべきものとせられて居る。

本訴の争點は戰時利得税の時効期間起算點に付いて舊法に依るや新法に依るやに在つたのであるが、それは規定の明文上明白な事柄で、舊法に依り「其ノ納ムベキ年度經過」の時から起算すべきものであり、即ち大正七年の會計年度の經過した大正八年四月一日から起算して、五ヶ年を以て時効に罹るもので、大正十三年三月三十一日に時効が完成するのである。判旨は其の旨を宣告したもので、それは當然の事理である。

## (20) 再任官後に於ける恩給權の時効の進行

○官吏恩給法第十二條第二項ニ所謂恩給ヲ停止ストハ恩給ノ支給ヲ停止スルノ謂ニシテ恩給ノ請求ヲ停止スル意味ヲ包含セズ從テ同條第二項第一號ニ該當スル場合ト雖モ同法第十六條ノ期間ハ其ノ進行ヲ停止スルモノニ非ズ(一四、一、二、一、行)。

舊官吏恩給法第十二條には判任以上の官に任じ政府より俸給を受くるときは其の間恩給を停止す

る旨の規定が有り、第十六條（現行恩給法第五條）には恩給を受くる権利はその事由を生じた後七  
年間請求しなければ消滅する旨の規定が有つた。

原告は明治二十二年から三十八年四月まで在官して、一旦退官したが、未だ恩給の裁定を請求し  
ない中に、三十八年七月に再び任官し、大正十二年に退官した。其の恩給金額の算定に付いて、恩  
給局に於いては、三十八年四月以前の在官に基く恩給権は、三十八年に退官した後七年以内に裁定  
を請求しなかつた爲に消滅したもので、三十八年七月以後の在官年限のみに依つて計算すべきもの  
と裁定したが、原告は前官退官後再び任官した爲に恩給権は停止せられ、その間時効は進行しない  
もので、恩給権は消滅したのではなく、随つてその在官年限は前後を通算すべきものであると主  
張した。行政裁判所は恩給局の主張を採用し、恩給を停止せらるるのは唯恩給の支給が停止せられ  
るだけで、恩給の請求を停止せらるるものではないから、再び任官した場合でも、七年以内に請求  
しなければその権利は消滅するものであると判定した。

（評論） 判旨甚だ不當である。

判決には恩給が停止せられても恩給を請求する権利は停止せられず、随つて再び任官しても時効  
の進行は停止せられないと曰つて居るのであるが、是は明に誤解である。恩給の停止と言へば言ふ  
迄もなく恩給権の停止であり、恩給を受くる権利を有する者が再び任官すれば、其の在官中は其の權  
利が停止せられるのである。権利の停止とは権利が一時その効果を現はすことの出来ない状態に在

ることを謂ふので、随つてその請求を爲すことも出来ないことは勿論である。恩給権が停止せられ  
て居るのに、その消滅時効のみがそれに拘らず進行することは事理に於いて有り得べからざる所  
である。

蓋し判決が此の見易き誤を冒して居るのは、官吏の退官後再任官に至るまでの恩給権と再任官後  
に於ける恩給権とを混同して居ることにその原因を有つて居る。官吏が退官して未だ恩給を請求し  
ない中に再び任官した場合に於いて、その恩給に關して有する権利には、二種の効果を區別しなけれ  
ばならぬ。一は前官退任後再任官に至るまでの恩給権で、是は未だ請求しなかつたものであるが、  
此の権利は再任官に依つても毫も停止せらるるものではなく、再任官に拘らず當然請求し得べきも  
のであり、随つて之に對する時効は再任官に依つても進行を停止せらるることなく、若し前官退任  
後七年以内に之を請求しなければ、當然消滅すべきものである。一は再任官後に於ける恩給権即ち  
恩給金額の計算に付き既往の在官年數を主張し得べき権利で、是は現在には其効果を停止せられ、  
唯他日退任した場合に請求を爲し得るといふ條件附の権利としてのみ存するものである。此の権利  
は他日退任するに至るまでは請求を爲し得る状態に達しないもので、随つて之に對する時効は他日  
退任した場合に始めて進行を開始するものである。判決は此の兩者を混同して同様に時効に罹るも  
のであるとして居るのであつて、判決の誤謬は此の點に於いて存する。

官吏が退官後再び任官した場合に、七年の時効に依り消滅するのは、唯退官後再任官に至るまで

の間に於ける恩給を受くる権利のみである。之に反して、前官の在官年数を後官退任後に於ける恩給金額の決定の基礎として通算せらるることを主張し得る権利は、若し前官退任後七年以内に再任官した場合には、決して消滅すべきものではない。何となればそれは條件附の権利で在官中其の効果を停止せられて居るからである。凡て官吏は一定の年限在官して居れば、他日退官すれば其の在官年数に應じて恩給を受くることが出来るといふ條件附の権利を有するもので、恩給権者が再任官した場合に「恩給ヲ停止ス」といふのは、單に恩給の支給を停止すといふだけの意味ではなく、從來在官中に有して居た條件附の権利が、一たび條件の成就に依つて實效ある権利となつたのが、再び其の効果を停止せられて、條件附の権利となることの意味をも含んで居るのである。勿論前官退任後七年以上を経て尙恩給を請求しなかつた場合には、是れ迄有して居た恩給権は全く消滅しその總ての効果を失ふものであるから、その以後に再び任官しても、前官の在官年数を通算することの出来ないの言ふまでもないが、未だ七年を経過しない中に再任官すれば、在官年数の計算に於いては當然中斷なく官職に就いて居たのと同じの取扱を爲さるべきものでなければならぬ。

(附記) 現行の恩給法第六條には

普通恩給又ハ増加恩給ヲ受クルノ権利ヲ有スル者退職後一年內ニ再就職スルトキハ前條ノ期間(時効期間)ハ再就職ニ係ル官職ノ退職ノ日ヨリ進行ス

といふ明文を掲げ、以て本判決のやうな不當な結果を生ずることを防止して居るが、此の規定に依

つても尙一年以後に再就職した場合には、本件と同様の疑を生ずるのであり、而してこれに對してはやはり右に述べた如き見解を取るのが正當である。即ち現行法の下に於いては、一年以内に再就職した場合には、その一年以内の間の恩給権も時効に罹らないで後官退任の時から始めて時効が進行するのであり、一年以後に再就職した場合には、その退任中の恩給権だけが時効に罹り在官年限通算の利益は時効に罹らないのである。

#### 第四節 公の意思表示(通則)

(21) 私人の公法的意思表示の誤記

(一)

○書面ノ表題ニ「訴狀」トアリ又原告被告ト記載シアルモ村長ニ對シ選舉全部ノ取消ヲ要求スルモノハ町村制第三十三條第一項ノ異議申立ノ書面ト認ムベキモノトス(一五、一〇、二一、行)。

凡て公法的意思表示に於いても、私法上の意思表示と同様に、その表示に誤が有り、而も其の誤が外形上に認識せられべき場合には、其の誤を正して解釋することを要するもので、其の誤ある



が故を以て當然無効となるものではない、それは屢判例に現はれて居る所で本件も其の一例である。町村會議員の選舉に付いての争は、第一審に於いては法律は之を「異議ノ申立」と稱し、形式上訴訟とは區別して居り、随つてそれには「原告」「被告」の對立もなく、その原告の地位に相當するものは、法律は之を「異議申立人」と稱して居る。故に異議の申立を爲す書面に「訴狀」と題し「原告」「被告」の記載を爲せば、それは形式上誤つて居ることは言ふまでもない。併しその書面の内容から見て選舉の無効を主張する異議の申立と認むべきことが明瞭であれば、此の形式上の誤はその効力を妨ぐる原因とはならぬのである。

次の判決も亦之と同様の趣意に出て居るものである。

(二)

○村會議員選舉ノ效力ニ關スル異議申立書ニシテ其ノ宛名ヲ「村會議員選舉長」ナル肩書ヲ附シタル村長トシタルモノハ村長ニ對シ異議申立ヲ爲シタルモノト認ムルヲ相當トス(二、九、二九、行)。

(三)

○「村税未納異議申立」ト題スル書面ヲ村長ニ提出シタルハ其ノ書面ノ内容ニ依リ村税ノ賦課ニ對スル異議申立トシテ認ムルヲ相當トス(二四、六、二七、行)。

原告は村税を賦課せられたのに對し、「村税未納異議申立」と題する書面を村長に提出し、其中に該村税に付いて村會が議決した減免方法の不當を論じ「右ニ對スル理由聴取シ得ル迄ハ該村税ハ未納致スヘク候」云々と記載して居た。村長は之を正式の異議申立と認めず、村會の決定に付さなかつたので、縣參事會に訴願したが、參事會でも却下した。因つて更に行政裁判所に出訴したが、裁判所は之を以て正式の異議申立として有效なるものと判定し、自ら本案に付いて審理した。

(四)

以上の例とは反對に、其の誤記が意思表示の有效要件たる主要の點に關し、而も外形上に其の誤記であることを認識し得べからざる場合には、其の意思表示は無効となることを免れない。次の判決は此の趣意を示して居る一例である。

○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)。

村税戸數割の賦課に對する縣參事會の裁決の取消を求むる訴に於いて、郡部參事會を被告として出訴し、出訴期間經過後になつて、之を縣參事會と訂正する旨の申立を爲したのであるが、行政裁判所は其の訂正を認めず、違法の訴訟として却下したのである。正當なる被告の記載は訴の有效要件であるから、その誤つた記載は單純な誤記とは同一視するを得ないのである。

## (22) 行政行為に於ける主要ならざる誤記

## (一) 引用條文の誤記

○村會ニ於ケル村長選舉ノ際決選投票ノ結果得票同數ナリシ場合ニ於テ年長者ノ認定ヲ誤リ年齢相同ジキモノトシ抽籤シテ當籤者ヲ當選者ト定メタルヲ違法ナリトシ監督官廳ガ之ヲ取消シタル處分ハ該處分ニ於ケル引用法文ノ如何ニ拘ラズ町村制第七十四條第三項ニ該當シ同法第四百十一條第二項ニ該當スルモノニ非ズ。從テ該處分ニ對シテハ其ノ文面ニ於テハ同法第四百十一條第二項ヲ引用シタルノ錯誤アルニ拘ラズ同法第七十四條第四項ニ依リ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス(二、二、五、行)。

某村の村會に於いて村長の選舉を行ひ、決選投票の結果甲乙二人が同點を得た。甲は明治十一年十月六日生で、乙は同年十二月十六日生である。當然甲が年長者として當選者と決せらるべき筈であつたのを、議長は誤つて年齢同じきものと爲し、抽籤に依つて乙を當選者と定めた。縣知事は之を違法なりとして取消し、甲を當選者と爲すべき旨の命令を發したが、それには町村制第四百十一條第二項を引用してあつた。該條項は「監督官廳ハ町村ノ監督上必要ナル命令ヲ發シ又ハ處分ヲ爲スコトヲ得」とある一般的の規定である。併し町村長の選舉に於いて當選者の決定が違法である場合に於いては、別に第七十四條第三項に「監督官廳ハ第一項ノ…選舉ヲ取消スコトヲ得…」とい

ふ規定が有つて知事が之を取消す場合は此の條文に依らねばならぬことは當然である。即ち其の取消處分は引用條文を誤つたものであることは疑ない。因つて村助役は此の處分を違法なりとし、第七十四條第四項に依り行政裁判所に出訴したが、知事は右の處分は第四百十一條第二項に依るもので、而して同條項に依る處分に對しては、唯訴願が許されて居るに止まり、行政訴訟を起し得ないものと主張した。

行政裁判所は知事の主張を容れず、假令該處分が第四百十一條に依る旨を明記してあつても、實質上は第七十四條に依るものであつて、從つて同條に依り行政訴訟を提起し得るものであると判定した。

判旨正當と信ずる。尙後出(74)參照。

## (二) 村會の招集狀に於ける誤記

○村會議員被選舉權有無決定ノ事件ニ付會議事件ヲ村會議員資格有無決定ノ件ト記載シテ爲シタル村會招集及會議事件ノ告知ハ違法ニ非ズ(二、六、九、行)。

村會議員の被選舉權の有無を決定するのは即ち村會議員の資格の有無を決定することに外ならぬのであるが、文字上多少正確さを缺いて居る嫌は有るにしても、人をして錯誤に陥らしむる恐の有るものではない。その效力を妨げないことは勿論である。

## (三) 決定書の誤記

○決定書ニ何某ハ被選舉權ヲ有セザルニ至ルト判定シアル以上末文ニ村會議員ノ職ヲ失フモノトストノ文詞アルモ町村制第三十五條ノ決定タルヲ妨クルモノニ非ズ(二、六、九行)。

## (23) 意思表示の受領の時期

○異議申立ガ其ノ效力ヲ生ズルニハ必ズシモ名宛人タル村長本人ガ申立書ヲ入手スルコトヲ要スルニ非ズ(一五、一〇、二一、行)。

村役場に宿直して居た吏員に異議申立書を提出したが、村長自身は後になつて始めて之を入手した、其の提出の時期に付いて争が起つたが、行政裁判所は村役場に提出せられた時に其の申立の有つたものと認むべきことを判定した。

判旨固より當然で異論の餘地も無い。

## (24) 意思表示の有効なる受領と認むべからざる場合

○料理店ニ於ケル宴會ノ際村長ニ提出シタル村會議員ノ辭職届ヲ受理スルト否トハ村

長ノ自由ナリ(一五、一一、一三、行)。

宴會の席上で村會議員某々等が突然辭職届を村長に差出したが、村長は個人として一時預り置く旨を述べて之を受領し、後日其の届書を返付した。從來の行政判例に依ると、市町村の名譽職員は一方的の意思表示を以て辭職の届出を爲すことに依つて當然退職するものと解して居る。此の判例に従へば、若し村長に辭職届を差出したことが、有効なる意思表示であるとすれば、其の村會議員は當然退職したもので、假令村長が後日届書を返戻したとしても、之に依つて復職するものではないことは勿論である。是に於いて其の資格に付いて争を生じたが、行政裁判所は宴會の席上で届書を村長に渡したとしても、それは有効なる意思表示の受領と見ることが得ないものと判定したのである。

(評論) 名譽職員が一方的の届出に依つて當然退職するものとする從來の判例は自分の反對する所であるが(前卷三四四頁以下)、其の點は暫く措き、單に本件の判旨だけに付いて言へば、正當と認むべきであらう。凡て意思表示の受領が有効なる爲にはその受領の權能を有する者が受領した場合でなければならぬ。村長は固より一般には受領の權能ある者であり、又其の權能を行ふ場所も必ずしも限定せられて居るものではなく、若し自ら欲するならば、私宅に於いても宴會の席上に於いても、その權能を行ふことを妨げないけれども、私宅又は宴會席上の如き現に公務の執行に當つて居らぬ場合には、村長の資格を離れて單に私人として行動して居るのであるから、判決に認めて居

るやうに個人として一時預り置く旨を言明して受領したのは、村長としての有効なる受領と認むべからざるものである。

(25) 郵便に依る通知と到達の推測

○郵便ニ依リ督促状ヲ發送シタル事實ガ認メラルル以上反對ノ證據ナキ限り被督促者ニ於テ之ヲ受領シタルモノト認ムルヲ相當トス(一五、六、三、行)。

○郵便ニ依リ發送セラレタル差押調書謄本ハ特別ノ事情ナキ限り相當ノ期間内ニ到達シタリト認ムベキモノトス(二、六、一六、行)。

是は既に先例も有り、(前卷一九九頁)此の以外に同様の趣意の判例も尠くない。郵便に差出したことが證明せらるれば、當然到達したものと推測せらるべきもので、若し相手方が之を受領しなかつたことを主張せんとすれば、舉證の責任は相手方に存するのである。

(26) 行政行爲の正誤と行政行爲の変更

○縣會議員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舉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、二四、行)。

府縣制第二十三條には府縣會議員の選舉に於いて投票の日は選舉の期日前二十日目までに告示するを要するものとして居る。昭和二年九月二十四日に執行せらるべき石川縣會議員の選舉に付き、縣知事は同月三日の告示を以て石川縣公報にその日時を「九月二十四日午前七時ヨリ午後五時マテ」と掲載して發布したが、その後同月十二日の同公報號外正誤欄に於て右告示中の「午後五時マテ」は「午後六時マテ」の誤である旨を掲載し、實際にも六時まで投票を行はしめた。

是に於て該選舉は無効であるといふ訴が縣内某選舉區の選舉人から提出せられた。縣參事會では後の告示は前の告示の誤謬を訂正したものであるから當然溯及力を有するものであるとして原告の主張を排斥し、該選舉を有効なりと決定したが、行政裁判所は此の決定を破毀し、選舉を無効として判定した。

(評論) 本件訴訟の主たる争點は、縣知事が初に午後五時と告示したのを後に六時と訂正したことが、行政行爲の正誤であるや又は變更であるやに在る。若しそれが有効なる正誤として見ることが出来るものとすれば、その効果は初に溯つて、初より午後六時として告示せられたのと同様の効果を生ずるのであるが、若し之に反して行政行爲の變更であるとすれば、選舉期日前二十日目の以後に於いては、もはや之を變更することの出来ないもので、その變更は無効であり、随つてその變更せられた時間に従つて行はれた選舉は無効とならねばならぬ。

之に對して行政裁判所がそれを有効なる正誤として認めなかつたのは正當である。

凡て行政行為は公の權威を以て人民に對するもので、而して人民は唯その表示せられた所に從つて判斷するの外は無いものであるから、社會的の普通の見解に於いて外部的にその誤であることを認識し得べき場合の外は、假令その表示に誤が有つたとしても、尙その表示せられた所に依つてその效力を生ずることを當然とする。

本件の場合に付いて見ると、最初「午後五時マテ」として告示せられた以上、假りにそれが印刷の誤であつたとしても、それが誤であることは普通の見解を以ては判斷し得べからざるもので、斯かる場合に於いては、その發表せられた所に從つて效力を生ずるを當然と爲すべく、後にその誤謬を發見して之を正誤したとしても、それは有效なる正誤として溯及效を生ずるものではなく、唯行政行為の變更として將來に向つてのみ有效なり得べきものである。

判決には、知事の決裁印ある該告示の原議にも「午後五時」とあつて、印刷の誤と認むべき證據が無いと言ひ、それを以て有效なる正誤と認むべからざる理由として居るけれども、自分の見る所では、假令原議には六時とあり隨つて印刷の誤であることが證明せられたとしても、尙告示はその發表せられた所に從つて效力を生ずるものと解するのが正當であると信ずる。

(附記) 本件選舉の無効原因は石川縣の全部の選舉に付いて存し、隨つてその全部が無効とならねばならぬのであるが、本件訴訟は唯その中の一選舉區に付いてのみ提起せられたのであるから、訴訟の結果はその選舉區の選舉のみが無効とせられたに止まり、縣内の他の選舉區に於ける選舉は

同じ無効原因が存するにも拘らず依然有效に存するものとなつたのであるが、それは選舉訴訟の性質上已むを得ない結果である。

### (27) 他人の氏名を詐稱して提起したる訴訟の判決の效力

●他人ノ氏名ヲ詐稱シテ訴訟ヲ提起シタル場合ニ於テハ其ノ判決ノ效力ハ被詐稱者ニ及バザルモノトス(二、二、三、大民)。

原告甲某が國を被告として契約上の物品引渡の訴を提起した所、原審(札幌控訴院)に於ては、本件に關しては、曩に原告から同じ請求原因に基いて同じ引渡請求の訴を札幌地方裁判所に提起し、原告の敗訴の判決が確定したものである、原告は前の訴訟は訴外乙某が原告の氏名を冒稱して提起したものであるから、その效力は原告に及ばないと主張するけれども、假令此の如き事實が有つたとしてもそれは唯再審の訴の事由となるのみで、再審に依り破毀せられない限り、その判決は有効で、同一の事件に付き再び出訴することを得ないものとして却下した。原告は之に服せずして上告したが、大審院は原判決を破毀し、若し上告人(原告)の主張の如くに、前の訴訟が果して某の氏名冒用に係るものであるとすれば、その判決の效力は上告人には及ばないもので、假令その判決が確定したとしても、再審の訴を起す必要は無い、原院は當然その主張の事實を審査しなければならぬものであるとして、本件を原院に差戻した。

(評論) 本判決は判決の効力に關するものであるが、行政行爲に付いても同一の理論が適用せらるべきものであるから、茲に掲げた。

凡て行政行爲にせよ司法判決にせよ、その意思表示に於いて眞意と表示との間に不一致の有る場合に、若しその表示の誤であることが事實に依り證明せられ、又は然らずとも社會上の普通の見解に依つて推測せられ得べきときは、その誤を正し眞意の存する所に従つてその効力を生ずべきことは當然である。

本件に於いても判決はその表面の文面に於いては甲某を原告としそれに對して下されたものであるが、若し上告人主張の如くにそれは乙が甲の氏名を詐稱したことから起つたものであるとすれば、甲は眞の原告ではなく、隨つて甲がその効力を受くべきものでないことは當然である。

### (28) 登記更正の溯及的効力の有無

○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民ノ資格要件タル納税ト爲ヌヲ得ズ(一四、一〇、一五、行)。

原告新垣加那三は大正七年に何某から土地を買受けたが、何某は買受人の氏名を新垣加那助(原告

の父)として登記を申請した爲に、登記簿には加那助といふ名義に登記せられた。因つて原告は登記簿の所有者氏名更正の訴訟を提起し、大正十年四月に所有者氏名を新垣加那三に更正の登記手續を爲すべき判決を受け、大正十三年七月に更正登記を爲し、土地臺帳も同様變更せられた。本訴の争點は、登記簿及土地臺帳の更正せられた時から原告は始めて地租の納税者となつたか、又は登記更正の効力は既往に溯り加那助名義の登記の有つた時から既に原告が納税者であつたものと看做されるかに在る、行政裁判所は新垣加那助は實在の人であるから、其の名義を以て登記せられて居る以上、それは單純なる誤字脱字と同一視するを得ないもので、其の更正登記の有る迄は、登記面の土地所有者を以て法律上の納税者と見なければならぬと判定した。

(評論) 判旨不當である。

本訴の争點は専ら土地登記に誤が有つた場合にその登記の更正が溯及的効力を有するや否やの點に在る。

一般の原則としては登記簿及び土地臺帳に載つて居る者を以て法律上の納税者と見るべきことは更に疑ない所であるが、此の原則は決して絶対の原則ではない。行政裁判所の先例に於ても、隠居相續の場合には登記及登録の更正を待たずして、相續の時から既に隠居者は納税資格を失ひ、相續人が納税者であることを認め、又登記だけを爲し未だ土地臺帳に登録せられないでも、登記の時から既に納税者であることを認めた例が有る(前巻四〇七頁以下)。それは登記及登録は其の性質に於て

唯公の證明を爲す行爲たるに止まり、絶対に反證を許さない行爲ではないからである、總て公の證明は、例へば確定後の選舉人名簿の如く法律が特に反證を許さないものとして居るものの外は、反證に依つて覆へされ得べきもので、誤つた登記又は登録なることを證明することに依つて眞實なる登記又は登録と同一の效力を有し得べきものである。假令登記簿又は土地臺帳には加那助といふ名義になつて居たとしても、それが誤であることが證明せらるれば、加那助は法律上に土地所有者であつたものと見るべきものではなく、眞實の土地所有者を以て法律上にも土地所有者として認めねばならぬ。而して本件に於ては民事裁判の結果登記更正の判決が確定したのであるから、其の登記の初に溯つて眞實の土地所有者が法律上の納税者として認められねばならぬことは當然である。敢て其の誤つて登記せられた氏名が單純なる誤字脱字ある場合たと實に他人の氏名である場合たとに依つて結果を異にすべき理由は無い。

#### (29) 隔地者間に於ける公の意思表示の效力發生時期

隔地者間に於ける公法的の意思表示が何時から效力を發生するかについては、成文法上の一般原則の定は無いけれども、民法上の意思表示と同様に、原則としては到達主義(民法九七條一項)を取り、その通知の相手方に到達したときに效力を生ずるものと認むべきことは、一般に承認せられて居る所と謂つてよい。而してそれは私人から官廳に對して爲す所の意思表示に付いても、又は官廳の側

から私人に對して爲す意思表示に付いても等しく適用せらるべきものである。之に付いての判例は可なり多いが、左にその著しいものを挙げる。

#### (一) 經由を要せざる私人の公法的意思表示

○府縣稅ノ賦課ニ關スル異議申立書ノ府縣知事ニ到着シタル時期ガ法定ノ期間經過後ナル以上町長ニ提出シタル時期ノ如何ニ拘ラズ該異議申立ハ法定ノ期間ヲ經過シタル不適法ノモノトス(一四、一、二九、行)。

府縣稅の賦課に對する異議の申立は、府縣制第十五條に依り直接に府縣知事に提出すべきものとせられて居る。町村長を經由することは法律上の必要ではない。若し申立人が此の不必要な手續を爲し、直接に府縣廳に差出さずして町村役場に提出したとすれば、それから生ずる遅延は申立人の責に歸すべきもので、假令町村長の怠慢から時日が後れて、府縣廳に提出する前に法定の期間を經過したとしても、それが却下せらるるのは已むを得ない結果である。

○縣稅ノ賦課ヲ受ケタル者ガ法定ノ期間内ニ異議申立書ヲ町役場ニ提出シタルモ其ノ縣廳ニ到達シタル時日ガ法定ノ期間經過後ナルトキハ縣參事會ニ於テ之ヲ却下スルモ不當ニ非ズ(一五、一〇、九、行)。

## (二) 經由を要する私人の公法的意思表示

○訴願ハ上級行政廳ニ於テ之ヲ受理シタル日ノ如何ヲ問ハズ處分廳ニ訴願書ヲ提出シタル日ニ於テ其ノ提起アリタルモノト認ムベキモノトス(二五、一〇、一九、行)。

訴願は處分廳を經由して上級行政廳に提出することを要するものであるから、此の場合にはその經由を要する處分廳に到達した時が即ちその提起の有つた時と認むべきもので、處分廳から更に上級行政廳に送付することが遅延しても、それは提出者の責に歸すべきではない(先例も同じ前卷八一七頁)。

## (三) 受領を要する行政行為

○小學校教員退職許可ノ如キ相手方ニ通告ヲ要スル行政處分ハ特別ノ規定ナキ限り其ノ通告ガ相手方ニ到達シタル時ヨリ其ノ效力ヲ生ズルモノトス(二、四、二六、行)。

三月一日の日附を以て退職許可の辭令書が發せられ、同月二十四日にその辭令を受領した場合に、何時から退職したものと見るかが争となつたのであるが、行政裁判所は其の受領の時から其の效力を生じたものと判定した。

## (30) 届出義務履行の責任と届書の誤記

●届出義務者が自己ノ不注意ニ依リテ形式不備ノ届出ヲ爲シ之ガ訂正ノ爲遂ニ法定期間ヲ經過シタル場合ハ懈怠ノ責ヲ免レズ(二五、一、一六、大民)。

産業組合法第十六條ノ三に依れば、産業組合は理事又は監事に變更が有れば二週間内に地方長官に届出づべき義務が有り、其の義務を怠つた場合には、同法第九十三條ノ二に依り、秩序罰として五圓以上の過料に處せらるべきものとせられて居る。

某産業組合の監事が大正十四年一月三十一日に變更した。其の縣の縣令には、縣知事への届書は町村長及郡長を經由すべき定めが有るので、組合の理事は二月八日に縣知事への届書を村役場に提出し、村長から更に郡役所に廻付した。然るに郡役所から右の届書には組合の名稱の誤記が有るといふので、其の訂正を命ずる爲に、村役場を經由して届書を組合理事に返戻し、村役場から本人に之を送達したのは二月十六日であつた。組合理事は直に訂正の上即日再び之を提出したが、それは最早二週間の期日を経過して居た。

之に對し原審判決では、届出義務を怠つたものとして、該組合理事を各五圓の過料に處し、被告は之に對し抗告を爲したけれども、大審院でも、右の届出に付いて法定の期間を経過したのは「畢竟スルニ抗告人等ニ於テ最初自己ノ不注意ニヨリ形式不備ノ届書ヲ提出シタルニ基因スルモノ」であるから懈怠の責任を免るゝを得ないものであると爲し、原審判決を是認した。

(評論) 判旨不當であると信ずる。



(一) 行政廳に届出を爲すべき義務が、下級廳を経由するを要するものとせられて居る場合には、その届出は下級廳に提出した時に於いてその效力を生じ、随つて法定の期間内に届書を下級廳に提出することに依つて、その義務は完全に履行せられたものと認めねばならぬ。何となれば、此の場合に於ける下級廳は上級廳に代つて届書受領の相手方たるもので、届書が下級廳に到達すれば、届出は既に完了せられたものであるからである。

此の故に法律が二週間に地方長官に届出を爲すべき義務を命じて居るとしても、若し縣知事が縣令を以て町村長及郡長を経由すべきことを命じたとすれば、縣知事は町村長を以て届書受領に付いての自己の代理者としたもので、随つて二週間に村役場に提出することに依つて其の届出義務は履行せられたものである。

(二) 唯問題はその届書に形式の不備が有つた場合でも尙届出義務を履行したものと云ひ得べきや否やに在る。

此の問題に付いては、その形式の不備が主要の點に付いての不備であるや否やに依つて解答を異にせねばならぬ。

若し其の届書が、法律が届出を必要として居る主要事項に付いて缺けて居るものであれば、それは届出を爲さなかつたと同一であつて、訂正後の再提出が有つて始めて有效なる届出が有つたものと認めねばならぬ。

之に反して、其の形式上の不備が、主要ならざる事項、即ち届出を要する事項を明にする爲に必要ならざる事項に存するに止まつて居る場合には、届出の效力を妨げるものではなく、假令訂正を命ぜられたとしても、最初の提出の時に既に届出義務が履行せられたものと認むべきである。

本件の場合が其の何れに屬するかは、必ずしも明瞭ではないが、判決に現はれた所では、其の不備は唯産業組合の名稱の誤記に止まつて居るやうである。若し然りとすれば、それは主要ならざる形式の不備であつて届出の效力を妨ぐべきものではないと思はれる。

即ち本件判決は、第一には經由を要する届出は經由すべき下級廳に到達した時に其の效力を生ずるものであることの原則を誤り、第二には届書の主要ならざる誤記は届書の效力を妨げないことの原則を誤れるものである。

## 第五節 行政行爲の無効

### (31) 差押執行吏たる資格なき者の爲したる差押

○差押執行吏タル資格ナキ者ノ爲シタル差押處分ハ違法ニシテ取消スベキモノトス(一四、三、二七、行)。

村の書記何某が村税の滞納者に對し財産差押の處分を爲したが、その差押を爲した當時に於いて

は村長から命令を受けて居つた證據なく、既に差押の執行を終つてから後に差押吏たる證票を受取つたことには證據が有る。行政裁判所は此等の事實に依りて何某が差押處分を爲した當時には未だ差押執行吏たる資格の無かつたものであると認定し、其の差押處分は違法であると判定した。

(評論) 判決には唯「違法ニシテ取消スベキモノトス」と曰つて居るけれども、それは行政裁判所の判決に於いて無効の宣言も取消も同じ效果に歸するからであつて、本件の場合には若し判決に於いて認定して居る事實が確實であるとすれば、それは單に「取消スベキモノ」であるに止まらず、全然無効の處分であることは疑ない。判決は村役場書記が未だ町村長から命令を受けず又差押吏たる證票を受取らない前に差押を行つたことを認定して居るのであるが、第一に、町村長の命令に付いて謂ふと、町村役場の書記は獨立には滞納處分を行ひ得る權能なく、町村長の命令を受けて始めて其の權能を生ずるものであるから、若し差押を爲す當時未だ町村長の命令を受けて居なかつたことが明瞭であれば、其の差押は無權限の行爲として當然無効であることは勿論である。第二に、證票に付いても、大審院の判例には、法律が差押執行吏に證票を携帯すべきことを命じて居るのは、唯訓示の規定に止まり、之を差押執行の要件として居るのではないとして居るものが有るけれども、(後出第九類第四節參照)、それは甚だ不當であつて、證票の携帯は差押を執行する爲の缺くべからざる要件であり、若し證票を所持しなければ差押の權能を行使し得ないものと解するのが正當である。随つて未だ其の證票を受取らない内に差押を行つたとすれば、それだけでもその差押は無効である。

ある。

### (32) 指定期限後に村収入役が爲したる縣稅受領の效力

○大正十年鳥取縣令第二十九號第三條第六項所定ノ滞納報告前ニ在リテハ假令督促狀指定ノ日限ヲ經過スルモ鳥取縣稅ヲ納付シ收入役代理者ニ於テ之ヲ納入シ其ノ領收證書ヲ交付シタルトキハ右税金ヲ完納シタルモノトス(一四、三、三〇、行)。

縣稅を滞納した甲某が、村長から督促を受け、督促狀に指定せられた期限を過ぎてから、滞納金の全部を村役場に完納して、收入役代理の領收證書を受領した。然るに其の後に至つて郡長は右の納付を無効なりとし、郡書記をして其の納付した現金を滞納處分として差押へしめた。

郡長が本件滞納金の納付を無効なりとする理由は、鳥取縣令「縣稅徵收ニ關スル施行細則」第三條第六項に「督促狀ノ指定日限内ニ督促手数料及税金ヲ完納セサル者アルトキハ町村長ハ直ニ其ノ税目金額住所氏名等ヲ郡長ニ報告スヘシ」とあり、而して滞納報告の有つた後は同細則第五條第一項に依り郡役所より納付書を受けて金庫に拂込むべきもので、町村収入役は最早之を受領する權限の無いものであるといふに在る。

行政裁判所は本件の場合に於て、村長から既に郡長に滞納報告を爲した證據なしと爲し、滞納報告前に於ては、督促狀の指定期限が過ぎた後でも、尙村収入役が縣稅を受領する權限が有るもの

で、其の領收證書の交付に依り納税義務は終了するのであるから、其の以後に於いて滞納處分を行つたのは違法であると爲し、随つて之を取消すべきものと判定した。

(評論) 納税義務が既に履行せられた後に於いて、其の滞納處分を行ふのは單に違法であるのみならず、その處分が當然無効であるべきことは言ふまでもない。唯問題は督促狀に指定した期限經過後に於いても、町村収入役は縣稅を受領する権能ありや否やの點で、而して此の點に於ける判決の論旨は容易に賛成し難い。

府縣稅の徵收は市町村に委任せられて居り、随つて市町村収入役は一般には勿論府縣稅を受領する権能を有するものであるが、唯其の滞納處分を爲すの權は市町村には委任せられず、本件の問題たる鳥取縣に於いては、郡長が其の権限を有するものとせられて居る。それが爲に鳥取縣では縣稅徵收細則を以て、督促狀を以て指定した期限までに税金及督促手数料を完納しない者が有れば、町村長から直に郡長に滞納報告を爲すべく、而して其の以後に於いては滞納者は郡役所から納付書を受けて金庫に拂込むべき事を定めて居り、それが有効の規定であることに付いては更に争が無い、問題は唯指定期限後に於いては現に町村長が滞納報告を爲したと否とを問はず當然此の規定が適用せられるのであるや、又は町村長から現實に滞納報告が有つて始めて其の適用が有るのであるやに在る。

行政裁判所は例の如く専ら條文の文字を根據として、郡役所から納付書を受けて金庫に拂込むこ

とを要するのは、村長から郡長に向て滞納報告を爲した以後に限るものと爲し、其の以前に於ける収入役代理の受領は有効の受領であり、領收證書の交付に依り納税義務は完全に消滅したものと解して居るのである。併しながら村長の郡長に對する滞納報告は唯村長と郡長との内部の關係に止まり、外部に向て發表せられるものではない。外部に發表せられない事柄を以て、町村と人民との關係に於ての収入役の権限を左右する原因と爲すことは、正當なる解釋とは認め難い。

元來縣稅の徵收に付いて町村に委任せられて居るのは、唯滞納處分を行ふに至るまでの徵收に止まつて居る。督促狀に指定した期限までに税金を完納しない場合には、之に對してはもはや滞納處分を行ふべき状態に達するのであるから、町村に對する委任はそれに依つて終了したものと見るのが正當である。町村長から滞納報告を爲すことは、唯其の委任の終了から生ずる結果に過ぎないもので、假令町村長が事實其の報告を爲すことを怠つて居たとしても、それは唯事務の怠慢であつて、それが爲に委任が尙繼續して居るものと見るべきではない。

要するに、督促狀に指定した期限の經過と共に、町村に委任せられた縣稅徵收に付いての権能は、郡長に移轉するのであつて、其の以後に於ては町村収入役は最早縣稅を受領する権能なく、假令之を受領してもそれは有効の受領ではあり得ないと解するのが正當と信ぜられる。

### (33) 營業者たることを證明する町村長の書面の效力

●營業者タルコトヲ證明シタル町村長ノ書面ハ形式的證據力ヲ有スルモノトス(一五、五、二一、大民)。

村長の營業證明書は村長の權限外の行爲で無効であるといふ主張に對して、大審院は町村は營業稅附加稅を課し、又町村稅としての營業稅をも課し得るものであるから、其の事務を掌る町村長が課稅臺帳に基いて營業者たることを證明するのは其の權限内の行爲で、完全の證據力を有するものと判定したのである。

(34) 縣參事會の決定に付すべき異議申立を縣知事限りにて期限經過の故を以て却下したる行爲の效力

○府縣稅賦課ニ關スル異議申立ニ付其ノ申立期限ヲ經過シタリヤ否ヤ又其ノ期限經過後ニ於テモ宥恕スベキ理由アリト認ムベキヤ否ヤノ點ニ付テハ府縣知事限りニ於テ之ヲ決定スベキモノニ非ズシテ府縣參事會ニ於テ決定スベキモノトス(二、二、五、行)。

縣稅の賦課に付いて原告は縣知事に異議の申立を爲したが、縣知事は法定の期間を經過したものととして、縣參事會の決定に付せずして直に之を却下した。行政裁判所は之を知事の權限外の行爲なりとし、縣參事會は原告の異議申立に對し相當の決定を爲すべき旨を判定した。

(評論) 是も無權限に基く無効の一例で、縣知事に提出せられた異議の申立は、假令却下すべきも

のであつても、其の却下の權限は専ら縣參事會に屬し縣知事には屬しないのであるから、縣知事が却下してもそれは無効である。

(35) 管轄外の土地を民有地に編入したる處分の效力

○地租改正處分ニ當リ高知縣ガ其ノ管轄區域外ノ土地ヲ民有地ニ編入シタル處分ハ無効ナリ(一五、一〇、一八、行)。

本訴は官有地と民有地との境界査定處分に付いての訴で、原告は官有地として査定せられた土地を民有地なりと言ひ、而して其の理由として、其の地は明治八年地租改正處分の際高知縣令に依つて民有地に編入せられ、爾來土地臺帳にも民有地として登録せられて居るものであると主張したのであつたが、裁判所は該地所は當時愛媛縣の管轄に屬した區域で、高知縣の區域に屬して居たものではなく、隨つて高知縣令が之を民有地に編入した處分は無効であり、愛媛縣令が之を官有地に編入した處分の方が有効であると曰ひ、原告の主張を排斥した。

(36) 府縣知事の爲したる國有土地境界査定行爲の效力

○從來地方長官ノ職權ニ屬セシ官民有地ノ境界査定權限ガ國有財産法ノ施行ニ依リ各省大臣ニ歸屬シタルモノト認ムルヲ得ズ(一四、五、一四、行)。

國有財産法第三條には「國有財産ニ關スル事務ハ各省大臣之ヲ管理ス」とある。原告は此の規定を根據として、國有地と民有地との境界査定は各省大臣の權限に屬するものであり、隨つて大阪府知事が神崎川支流(河川法の適用なき川)の區域と民有地との境界を査定した行爲は無權限の行爲であつて無効であると爲し、被告の側から、大正十一年内務省訓令第十號に依り、公共用財産の管理權を内務大臣から府縣知事に委任せられたことを主張したのに對し、訓令は國民に對して效力を有するものでないから、之を以て法律の定めた權限を動かし得べきものではないと主張した。

裁判所は之に對して、國有財産法の規定は財産の管理に關する總ての權限を主務大臣自ら行使するを要するものと爲すの趣意に非ずと爲し、境界査定に付いては地方長官が其の權限を有するものと判定した。其の理由は、現行地方官官制の前身である明治十一年の府縣官制には、一般地方の常務に付いて地方長官の便宜處分し得べきことを定めて居り、現在の地方官官制も之と趣意を異にするものではない。官民有地の境界査定の權も從來地方長官に屬して居つたもので、是が國有財産法の施行に依り各省大臣に移されたものと解することは出來ぬといふに在る。

(評論) 判旨正當である。

(一) 本件に付いて第一に生ずる疑問は、國有財産法に各省大臣が國有財産を管理する旨を定めて居る規定の趣意如何に在る。

若し此の規定を以て財産管理に付いての總ての作用を各省大臣自ら行使するを要するものとして

居る趣意であるとするれば、境界査定も亦各省大臣の權限に屬するものと解せねばならぬことは當然である。併しながら同條の規定を此の如き意味に解するのは、管理作用の性質から言つて不條理であることは明瞭である。同條は唯管理權の歸屬すべき最終の管轄を定めたに止まるもので、管理權の個々の作用が何れの官廳の權限に屬するかは、別の定めによつて律せらるべく、單に此の條の規定に依つて定むることを得ないものである。

(二) 第二に生ずる疑問は、内務大臣が訓令を以て管理權の或る作用を府縣知事に委任した場合に、其の委任が人民に對しても、效力を有し得るや否やの問題である。

此の點に付いては、被告の主張に反對して、原告は其の效力を否定して居るのであるが、それは原告の主張が正當であると認めねばならぬ。裁判所も此の點に付いての被告の主張は之を採用しなかつた。從來權限の委任に付いて往々訓令の形式を以てするものが尠くないが、それは正當な形式とは認め難い。

(三) 第三の疑問は、若し右の訓令が人民に對して效力の無いものとするれば、官民有地の境界査定の權は主務大臣又は府縣知事の何れに屬するものと認むべきかに在る。

此の問題に付いては、裁判所は一に之を從來の慣習に求め、從來府縣知事が慣習上其の權限を有つて居たのであるから、國有財産法の施行に依りても變更せられたものと認むべきではないと判定した。而してそれも恐くは正當と認むべきであらう。境界査定に付いて何人が權限を有するかを定

めた正文の規定が無い以上、慣習に依つて之を決するの外は無い。

六四

(37) 立會の通知を爲さざりし境界査定行爲の效力

○國有財産法ニ依ル境界査定處分ニ付キ立會通知ニ關スル手續上ノ違法アルノ故ヲ以テ査定處分ヲ取消スベキ理由ト爲スヲ得ズ(一四、五、一四、行)。

官有地と民有地との境界査定處分に對する不服の訴に於いて、原告は其の理由の一として、手續上の違法を主張した。其の主張に依れば、原告は原告所有地と神崎川支流との境界査定を出願し、而して被告から右出願に係る境界査定を爲す旨の通知が有つたので、代理人を其の査定に立會はしめたのであるが、實際の査定處分は右出願に係る支流との境界のみならず、原告所有地の全部に亘つて神崎川本流との境界査定をも行つたのであつて、後の部分に付いては査定處分の手續要件たる通知を缺いたものであるといふに在る。

裁判所は假令原告主張の如き違法が有つたとしても、此の如き手續上の違法は、本件處分を取消すべき理由とはならぬと判定した。

(評論) 本判旨は其の言葉通りの意味に於ては甚だ不當である。

官民有地の境界査定に付いては、期日を定めて隣接地所有者に通知し其の立會を求むることは必要なる手續要件であつて、それは國有財産法第十條の明に定むる所である。若し此の要件を缺いた

ならば、其の處分は手續の欠缺に基く無効の行爲であつて、裁判所は必ず之を取消さねばならぬ、而して是れ行政裁判所の先例に於ても承認せられて居る所である(前卷一〇九頁)。

唯本件に於て考慮すべき點は、通知及立會が全く缺けて居たのではなく、唯初めには出願に依る境界査定を爲すべき旨を通知しながら、實際は出願區域以外に亘つて境界査定を爲したことに在る。是に於て問題は(1)區域を示して境界査定を爲した場合には、其の通知した區域にのみ境界査定が限定せられるや否や(2)隣接地所有者が代理人をして境界査定に立會はしめた場合に、其の代理人の権能は豫め示された區域の境界査定に立會ふことにのみ限定せられるや否やに在る。

思ふに境界査定の手續に於て法律の主眼とする所は、隣接地所有者又は其の代理人が之に立會ふを要することであつて、其の立會を得て査定を了したならば、査定處分の效力を生ずるに充分である。通知は唯其の立會を求むる手段たるに止まり、獨立の要件たるものではない。其の通知に於て査定すべき土地の區域が示されて居たとしても、其の區域は嚴格なる限定的の意義を有するものと解すべきではなく、同一團の土地に付いて其の一方の側の境界査定を爲す旨を通知し、同時に他の一方の側の境界を査定したとしても、それは敢て手續要件を缺いたものと謂ふべきものではない。其の立會に付いて代理權を與へられた者も亦當然其の全體の査定に立會ふ權能を有するものと認むべきである。

此の意味に於て判決は結局正當に歸するのであるが、併しそれは手續上の違法が有つても取消すべき理由と爲らぬといふのではなく、此の場合には手續上の要件を缺いたものと謂ふを得ないからである。

(38) 手續を誤りたる債權差押の效力

○金銭債權ヲ債權差押ノ手續ニ依ラズシテ動産差押ノ手續ニ依リ差押フルハ違法ナリ(二四、三、二七、行)。

國稅徵收法二三條の一に依れば、債權の差押を爲すには之を債務者に通知することを要するものとして居る。それは債權差押の效力發生の要件たるもので、此の手續を爲さない債權の差押は當然無効である。

(39) 指定期限經過後に交付せられたる督促狀の效力

○指定期限經過後ニ滞納者ニ交付セラレタル督促狀ハ無効ナリ(二、一、一〇、行)。  
租稅滞納者に對し督促狀を發するには期限を指定して爲すことを要するもので、その期限は勿論督促狀を交付してから後相當の期間を経た後に定められねばならぬ。指定期限を過ぎてから後に督促狀を交付しても、それは不能を命ずるもので、當然無効でなければならぬ。

(40) 定員外の書記任命の效力

○村長ガ其ノ職權ニ依リ書記ヲ任命シタルトキハ定員外ナルモ無効ニ非ズ(二、五、二六、行)。

原告は村稅滞納の爲に財産差押を受けた者であるが、之に對する不服理由の一として、同村の書記の定員は三名であるのに、其の差押を爲した書記某は定員外に任命せられた者であるから、其の任命は無効で差押吏たる資格が無いと主張したけれども、行政裁判所は第一に其の定員は村會の議決に依り四名と改正せられたので、定員外ではないことを認定し、第二に假に定員外であるとしても、其の任命は權限ある村長に依つて爲されたので有效なることを失はないと判定した。

(評論) 判旨固より正當で、定員の定は任命權を制限するものではあるが、其の制限に背いてもそれは唯違法であるに止まり、法律上の不能ではなく、有效の任命なることを失はない。

(41) 記載事項に欠缺ある諮問書の效力

○公有水面埋立法施行令第六條ニヨリ地元市町村會へ提出シタル諮問書ノ記載事項ガ願書ノ記載ト一致セザル點アルモ同令第二條第一項第一號乃至第三號ノ事項及埋立工

事ノ要領ヲ記載セル以上其ノ諮問ガ無効タルベキモノニ非ズ(一四、五、二〇、行)。

(参照) 公有水面埋立法施行令第六條 地方長官埋立ノ免許ヲ爲サントスルトキハ第二條第一項第一號乃至第三號ニ掲グル事項及埋立ニ關スル工事ノ計畫ノ要領ヲ具シ三月以内ノ期間ヲ指定シテ地元市町村會ノ意見ヲ徵スヘシ。

公有水面の埋立が甲某に許可せられたが、原告は之を違法なりとし、其の理由の一として、縣知事から地元村會に對して爲した諮問書の内容は甲某の願書の記載とは相違して居るからその諮問は無効であると主張したが、行政裁判所は假令願書の記載との間に多少の相違は有つても、諮問せらるべき主要の點の記載が正當である以上、諮問の効力は毫も妨げらるるものではないと判定した。判旨の正當なること言ふまでない。

(42) 分割して爲したる諮問の効力、諮問に對し答申を得ずして爲したる行政行爲の効力

〇(一) 換地決定ヲ爲ス場合ニ於テ換地ノ位置面積及清算勘定ヲ同時ニ不可分のニ土地區劃整理委員會ニ諮問スルコトヲ要スルモノニ非ズ必要ニ應ジ之ヲ分割シテ諮問スルコトヲ得ルモノトス (二) 換地位置ニ關スル議案及換地面積ニ關スル議案ニ付期限ヲ指定シテ諮問シタルニ委員全部ガ右期限前ニ辭職シ而モ其ノ辭職ガ清算金ニ關スル議案

提出ヲ要求シタルニ之ヲ拒絶セラレタルガ爲ニシテ右辭職ハ即チ意見ノ提出ヲ拒絶スル意思ノ表示ト認ムベキ場合ニ於テ委員會ガ所定ノ期間内ニ意見ヲ提出セザルモノトシテ施行者ニ於テ特別都市計畫法施行令第二十三條ニ依リ換地位置竝面積ニ付決定ヲ爲シタルハ違法ニ非ズ(二、二二、二四、行)。

特別都市計畫法第五條に依れば、同法に依る土地區劃整理の施行に付き行政廳が換地處分及清算金を決定するには土地區劃整理委員會の意見を聞くことを要するものと定められて居り、尙同法施行令第二十三條には、委員會が行政廳の指定する期間内に意見を提出しないときは直に之を決定し得る旨を定めて居る。

東京市第十七地區の區劃整理の施行に付き施行者たる行政廳は換地處分の件を委員會に諮問したが、清算金に關する諮問案は同時に之を提出しなかつた、委員會は清算金の案をも提出せんことを要求したが、拒絶せられたので委員會は之を違法なりとして全員總辭職を爲した。之より先き行政廳は期限を定めて意見の提出を求めたのであつたが、その期限の到着前に委員の總辭職が有つたので、行政廳は委員會の意見の提出を待たずして原案通り換地の位置及び面積を決定した。

原告は之に對し二の點に違法あるものとして主張した。(一) 換地と清算金とは不可分の關係に在るもので、清算勘定の缺けて居る換地處分案は無効の案であり、全く諮問の無かつたのと同じである。(二) 委員の總辭職に依り諮問案は消滅したもので、その後施行者に於て單獨に決定したのは



全く諮問を経ずして決したのと同様である。

裁判所は此等の二點とも原告の主張を排斥し、之を適法の決定なりと判示した。

(評論) 判旨固より正當である。凡そ法律が或る行政行為を爲すに當つて豫め特定の機關に諮問してその意見を聞くを要するものと定めて居る場合には、その諮問を経ることはその行為の有効要件と認むべきものである。併し諮問に對して意見の提出あることは必ずしも絶対の要件ではなく、諮問を爲したに拘らず相當の期間内に意見を提出せざるとき、意見の提出を拒否したとき、又は總辭職に依りその機關が缺け意見を聞くことが不能となつた場合には、意見を聞かずして之を決することが出来るのは當然である。本件の場合に付いては、裁判所は『右辭職ハ即チ意見ノ提出ヲ拒絶スル意思ノ表示ト認ムルヲ相當トス』と曰つて居るけれども、假令斯かる意思表示と認むることが出来ないとしても、總辭職に依り意見を聞くことが法律上不能となつたのであるから、當然直に原案通りに決定することが出来るものと解せねばならぬ。

換地處分と清算勘定と不可分のものであるといふ原告の主張も亦理由の無い説である。換地が決定して然る後にその不足分に對する清算金が決せらるるのであつて、兩者は別々に諮問し得ることは當然である。清算勘定が併せて記載せられて居らぬからと言つて、換地處分に付いての諮問までも無効であると解すべき理由は無い。

#### (43) 日附の記載なき訴願裁決書の效力

○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)。

原告は町會議員であつたが、町會に於いて被選舉權なしといふ決定を與へたので、之に不服ありとして縣參事會に訴願し、縣參事會ではその申立を理由なしとする裁決を與へた。然るにその裁決書に日附の記載が無かつた。原告は裁決の日時は行政訴訟提起の期間を定むる標準となるものであるから、裁決書には必ず日附の記載を要し、その記載の無い裁決書は形式的要件を缺くものとして無効であると主張したけれども、行政裁判所は之を否定し、裁決の日附は出訴期間の計算には何等の關係の無いもので、それは裁決書の形式的要件ではないと判定した。

#### (44) 議長の自署せざる村會議議録の效力

○村會ノ會議錄ニ於ケル議長ノ署名ガ自署ニ非ザルモ其ノ會議錄ハ之ガ爲ニ證據力ヲ失フモノニ非ズ(二、五、二六、行)。

町村制第五十八條第二項には「會議錄ハ議長及議員二人以上之ニ署名スルコトヲ要ス」とあつて、議長は其の有効要件と認むべきものであるが、併し其の署名は必ずしも自署たることを要す

るものと解すべき理由なく、書記をして代書せしめたとしても、それが爲にその效力を害すべきものではない。此の意味に於いて判旨正當である。

七二

#### (45) 議員の署名なき村會會議錄の效力

○町村會ノ會議錄ハ縱令議員ノ署名ナキモ之ガ爲會議錄タルノ效力ナシト謂フコトヲ得ズ(二、六、一六、行)。

(評論) 此の判旨は其の文字通りの意義に於いては不當と信ずる。

町村會の會議錄は議長及び議員二人の署名を形式的要件として居るもので、此の要件を缺けば會議錄としての公の證據力を發生しないものと解せねばならぬ。何となれば總て公の證明は法律が其の證據力を確實ならしむる爲の要件として規定して居る形式を備ふることが必要で、此の形式を缺けば公の證明としての效力を發生しないものであるからである。

但し公の證明としての效力は無いにしても、それは敢て全然證據力が無いといふのではない。公定の會議錄としての効力は發生しないにしても、裁判官の心證に依つて之を證據として採用することとは、裁判官の自由に屬する。本件の判旨は文字通りの意味に於いては不當であるが、その眞意の在る所は、會議錄は假令議員の署名を缺いて居ても、尙一の證據材料として採用するを妨げないものであり、之を他の證據材料と合せて觀察すれば其の記載が眞實であることを推定することが出

來るといふ趣意と解すべく、その意味に解するに於いてのみ判旨正當である。

#### (46) 形式不備の河川區域認定行爲の效力

○府縣知事ノ調製スル河川臺帳ハ河川區域認定ノ要件ニ非ズ。河川區域ノ認定ノ告知方法ニ付テハ法令ニ特別ノ方式ヲ規定セザルヲ以テ認定區域ヲ知リ得ベキ方法ニ依リ告知スルヲ以テ足ルモノト解スルヲ相當トス(二、一、八、行)。

河川法第二條には河川の區域は府縣知事之を認定するものとして居る。本訴は其の認定行爲を違法なりとする訴で、其の理由の一として、河川臺帳の記載が不備であること及び其の告知の方法が不完全で土地所有者に簡別的に通知しなかつたことを挙げ、此等の缺陷は形式的要件を缺くものとして其の行爲を無効ならしむるものであると主張したけれども、何れも行政裁判所の容るる所とならず。(1)河川臺帳は河川區域認定の要件ではないから假令臺帳の記載に瑕疵が有るとしても、それが爲に河川區域の認定の効力が妨げらるるものではなく、又、(2)その告知方法に付いても法律には別段の形式を必要として居らぬのであるから、一般に告示を爲し及び現場に標杭を建てたことに依り、認定區域を知り得べき以上は、有效なる告知の有つたものと見るべきであると判定した。

### 第六節 行政行爲の取消

第一類 公法通則 第六節 行政行爲の取消

七三

(47) 租税賦課の取消

○納税義務者ニ對シ府縣稅ヲ賦課シタル場合ニ於テ其ノ承諾及上級官廳ノ允許ヲ得ルニ非ザレバ一旦爲シタル賦課ヲ取消スコトヲ得ザルガ如キ法規上ノ制限アルコトナシ(一四、六、三〇、行)。

町長が原告に對し一月十日に府稅戶數割金三圓五十八錢の徵稅傳令書を交付したが、金額の計算に誤が有つたので之を取消し、同月三十日に改めて金三圓八十七錢の徵稅傳令書を交付した。原告は此の取消處分を違法なりと主張したが、行政裁判所は其の主張を採用しなかつた。

租税の賦課處分は、一たび徵稅令書を發しても、納稅者の不利益に之を變更することの出来ないやうな確定力を生ずるものではない。納稅者が既に其の令書に従つて納税を完済した後に於いてすらも、尙時効に罹るまでは何時でも其の不足額を追徵賦課することが出来るのであるから、未だ納税を爲さない前に前の賦課の誤を發見した場合には之を訂正し得ることは當然である。

(48) 鑛業許可通知の取消

○鑛務署長ガ鑛業法施行細則第三十六條第一項ニ依リ爲シタル通知ノ取消ハ鑛業法第三十八條ニ依ルベキ限ニ在ラズ。其ノ通知ハ正當ノ事由アルニ於テハ處分官廳タル鑛

務署長ニ於テ之ヲ取消シ得ルモノトス(一四、七、二一、行)。

是は鑛務署長が鑛業許可の通知を發した後に、之を取消するのは大臣の権限に屬するか又は鑛務署長の権限に屬するかの問題に關するもので、主として鑛業法の問題であるから、同所に於いて述べることとする(後出(25)參照)。

(49) 代書人業の許可の取消

○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料料又ハ業務停止ノ制裁ヲ加フルモ其ノ效果ナク將來ニ向テ業務上ノ義務履行ヲ期待シ難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(一四、一一、一〇、行)。

後出(247)參照。

第七節 行政行爲の自由裁量

(50) 選舉期日を定むる行爲

○北海道廳長官ガ府縣制第八條第一項ノ期間内ニ於テ選舉ノ日ヲ定ムルハ自由裁量ニ

屬スルモノトス(二四、五、三〇、行)。

七六

府縣制第八條第一項には「府縣會議員中闕員ヲ生ジタルトキハ三箇月以内ニ補闕選舉ヲ行フヘシ」とあり、而してその期日は第十三條に依り府縣知事の告示を以て之を定むべきものとして居る。本訴は府縣制を準用せらるる北海道會に付いて、議員に闕員を生じてから僅に一箇月半を経て既に補闕選舉を行つたのを違法なりとする訴であるが、原告は長官が斯く選舉期日を早く定めたのは、村長某が村長の職を辭して立候補したのに對し、村長の退職後一ヶ月を経過せねば被選舉權を有するに至らないから、其の當選を妨ぐる目的を以てしたものであり、職權を濫用した違法の行爲であると主張したが、行政裁判所は之を容れず選舉期日は三ヶ月以内に於いて長官が任意に定め得るのであるから、それは職權濫用と爲すを得ないものと判定した。

判旨當然である。

### (51) 公有水面埋立を許可する行爲

○公有水面埋立法ニ依ル埋立免許ノ出願ニ付テハ同法施行令及之ニ基キテ發スル命令ニ依リ添附スベキ書類及圖面ヲ添附セザルモ其ノ出願ニ對シ不免許ノ處分ヲ爲シ得ザル制限ナシ(二四、一〇、二二、行)。

(評論) 公有水面埋立法四六條には、廣く同法に依る違法處分に因り權利を毀損せられたりとする

る者に對し、行政訴訟提起の權利を認めて居り、而して此の規定に依り、行政裁判所の先例に於いては、埋立の許可を出願して不許可となつた場合に其の不許可の處分を違法なりとして出訴するのを、適法の訴訟として受理し、之を審理判決することを例として居る。本件判決は其の一例で、結局に於いては其の不許可處分を適法なりとして原告の請求を容れなかつたのであるが、併し其の訴訟自身は適法として受理せられたのであつて、即ち公有水面埋立を許可すると否とは行政廳の自由裁量に屬する行爲ではなく、正當の理由なくしてその許可を拒否するのは違法であることを、當然の前提として居るのである。

此の前提は果して正當であるや否や、埋立の許可は果して行政裁判所の認むるやうに、法律上羈束せられた行爲で、公益上の障害が無ければ必ず許可しなければならぬものであるや否や。

自分の信する所に依れば、此の前提は誤であつて、水面埋立の如き特權を設定する行爲は、假令それが公益上障害なしとしても、必ずしも許可を與へねばならぬ行爲ではない。公有水面の埋立を免許する行爲は、埋立を條件として土地所有權を讓渡する行爲であり、而して所有權の讓渡は、それが民法上の契約であると行政處分であるとを問はず、所有權者の自由裁量の行爲であつて、所有權者は假令それが公益上障害なしとしても必ずしも之を讓渡さねばならぬ義務が有るものではない。總て特權を設定する行爲は權利を制限し義務を命ずる行爲とは異り、法律に特別の制限の無い限り原則として自由裁量の行爲である。公有水面埋立の免許も亦此の種に屬する行爲であつて、而して

其の自由裁量に屬する限度に於ては、其の免許を拒否したとしてもそれが違法なりや否やの問題を生ずることなく、随つて行政訴訟の問題とはなり得ないものである。行政裁判所が從來常に特權の設定と權利又は自由の制限とを區別せず、等しく法律上羈束せられた行爲で行政訴訟の目的となり得べきものと解して居るのは甚だ遺憾であつて、本訴の如きも亦此の誤つた見解に累せられて居るものである、勿論、公有水面埋立法第四十六條には、同法に依る行政廳の違法處分に因り權利を毀損せられたりとする者には廣く行政裁判所に出訴する權利を與へて居るけれども、それには其の處分が違法であつてそれに依り權利が毀損せられたことを要件とする。公有水面の埋立を免許せられなかつたとしても、それは違法に權利を毀損せられたものと謂ひ得ないことは、恰も土地の買受を希望する者が土地所有者と交渉して所有者が賣渡を承諾しないからと言つて自己の權利を毀損せられたものと謂ひ得ないのと同様である。

(52) 名譽職拒辭の制裁として公民權停止の年限を定むる行爲

○市町村會ニ於テ名譽職ヲ拒辭シタル公民ニ對シ公民權停止ノ議決ヲ爲スニ當リ其ノ停止期間ヲ定ムルハ市町村會ノ自由裁量ニ屬スル行爲ニ非ズ(二五、一一、四、行)。後出(108)の二参照。

(53) 河川の區域を認定する行爲

○河川法第二條ノ河川區域ノ認定ハ土地ト流水トノ關係ニ依リ客觀的ニ河川區域ヲ確定スルモノニシテ地方行政廳ノ見ル所ニ依リ自由ニ之ヲ認定シ得ルノ法意ニ非ズ(二、一、八、行)。

河川法第二條には「河川ノ區域ハ地方行政廳ノ認定スル所ニ依ル」とある。本訴は同條に依る縣知事の河川區域認定行爲を違法なりとする訴で、被告縣知事は之に對する抗辯の一として、河川法は河川區域認定の標準に付いて何等規定する所は無いから、それは地方行政廳の自由裁量に屬するもので、假令裁量が不當であるとするも違法處分となるものでないと主張したけれども、行政裁判所は此の主張を排し「河川區域トハ治水上河川ト爲スヲ必要トスル區域ノ謂ニ非ズシテ現ニ河川タル區域ヲ謂フモノナルハ勿論、單ニ現在河川狀態ヲ呈スルニ止ラズ、永ク其ノ狀態ヲ持續スベシト認メラルル區域ヲ指スノ法意ナルコトハ河川法第二條第二項ノ規定及一旦河川區域ト認定セラルルトキハ當然私權ヲ喪失セシムル同法第三條ノ規定ニ依リ之ヲ推知スルニ難カラザルモノトス」と曰つて居る。

(評論) 判旨正當であつて疑の餘地も無い。河川區域の認定は新に公用を開始する行爲ではなく、自然公物として自然の事情に依り現に河川となつて居る區域を確認する行爲である。確認行爲

は性質上常に羈束せられた行爲であることは勿論であるのみならず、河川區域と認定せられた結果その區域に於ける私権は當然消滅するのであるから、其の點から言つても自由裁量の行爲ではあり得ない。行政廳の自由裁量に依つて私有財産権を消滅せしむることは國法の認めない所である。

(54) 取引所の解散を命ずる行爲

○取引所法第二十七條ノ規定ハ取引所ノ行爲ニシテ苟モ公益ニ害アルトキハ主務大臣ニ其ノ自由裁量ニ依リ同條所定ノ如何ナル處分ヲモ爲シ得ルノ權ヲ與ヘタルモノニ非ズシテ違法行爲ノ性質及其ノ結果ニ鑑ミ之ガ目的ニ適合スル處分ヲ爲スコトヲ要スルノ法意ナリト解セザルベカラズ(一五、一一、二九、行)。

取引所法第二十七條には「取引所ノ行爲法律命令ニ違反シ又ハ公益ヲ害シ若ハ公共ノ安寧ニ妨害アリト認ムルトキハ」農商務大臣は(1)取引所の解散(2)取引所の停止(3)取引所一部の停止若は禁止(4)役員の解職(5)會員又は取引員の營業停止若は除名、の處分を爲し得ることを規定して居る。此等の各種の處分の中其の何れを取るかに付いて法律は別段の標準を示して居らぬけれども、それは主務大臣の自由裁量に屬するものでないことは明瞭で、取引所の權利能力を剝奪し又はその權利を制限する行爲であるから、當然羈束せられた行爲でなければならぬ。判決は此の趣意を言明して居るもので、假令取引所に公益を害する行爲が有つたとしても、「取引所トシテ最早存在ヲ許スベカラザル

程度ニ違法行爲ヲ爲シタリト云フコトヲ得ザル」場合に、その解散を命ずるのは違法であるとして居るのであつて、その趣意に於いて固より正當である。

(55) 河川の砂利拂下の繼續許可を拒否する行爲

○大正七年栃木縣令第三十三號河川生産物拂下規程ニ基ク河川ノ砂利拂下ノ許否ハ自由裁量處分ナリト解スルヲ相當トス(二、二二、六、行)。前出(5)參照。

本訴は河川の砂利拂下を一ヶ年毎に許可を受けて居た會社が、大正十五年に該年度の繼續許可を願出でて不許可となつたのが適法であるや否やが、争となつたものである。

判決は別段の理由を示さずして之を自由裁量の處分であると斷じ、自由裁量に屬するものであるから、假令不許可としても違法の問題を生じないと判定した。

(評論) 判旨容易に賛成し難い。

行政裁判所の從來の判決例に於いては、新なる權利を設定する行爲と、既に成立せる權利を制限し剝奪する行爲とを區別せず、新なる權利を設定する場合でも尙自由裁量の行爲に非ずとしてその違法なるや否やを審理し判決するのを通例として居り、殊に河川の水利權の設定又は漁業權の設定に付いて、その許否の適法なりや否やを審理して居る例は少くない。自分は之を不當なりとする者で、それは前にも論じた所である(前出(51)參照)。

本件に於いて此等の先例に反して之を自由裁量の行爲であるとして居るのは、如何なる理由に基いたのであるか、判決には全くその理由を説明して居らぬのであるから、之を知ることが出来ぬが、若し其の理由が河川の砂利採取を許可する行爲は新なる権利を設定する行爲であるからといふに在るとすれば、従來の行政裁判所の判例に比しては、一の進歩を示して居るもので、此の點に於いては歓迎すべき判例の變更であると言ふべきである。

併しながら本件の場合には果して新なる権利の設定と見るべきものであるかと言へば、それには可なり疑が有る。

成る程單純な外面上の形式から言へば、本件の許可は一ケ年の期限を限られて居つて、毎年新に許可を與へることになつて居るのであるから、その繼續許可を與へる行爲は、一見新なる権利の設定である如く見られるのであるが、併しながら何十萬圓の資本を以て砂利採取の事業を目的とする株式會社を設立し、而もその権利が僅に一ケ年限りを以て消滅するといふことは、事柄の性質から見て甚しく不釣合と言はねばならぬ。随つて外形上は一ケ年限りの許可であつても、特別な理由が無ければ翌年も繼續して許可を與へらるべきことが、暗黙に承認せられて居るものと見るのが、法律の趣旨に適するものと解せねばならぬ。

言ひ換ふれば、繼續許可は新なる許可とは異なり、新に権利を設定する行爲ではなく、既存の権利の繼續を承認する行爲たるに過ぎぬ。一ケ年の期限の満了に依つて権利が全然消滅することが豫

期せられて居るのではなく、期限満了の後にも特別な理由の發生が無ければその権利の引續き存立すべきことが豫期せられ、唯その繼續を不當なりとなすべき特別な理由が發生したか否かを認定する爲に、毎年許可を更新するを要するものと定められて居るに過ぎぬものと解すべきである。

若し斯く解することが正當であるとするれば、砂利拂下の繼續許可はその新なる許可とは甚だ性質を異にするもので、新にその許可を與ふるのは、是れまで何等の権利も無かつた者に新に権利を與ふるのであるから、性質上當然自由裁量の行爲と見るべきものであるが、繼續許可の場合は之とは異なり、既存の権利の繼續を承認するに過ぎないもので、之を拒否するのは既存の権利を剝奪するものであり、随つて官廳は正當なる理由が有るのでなければ、法律上之を拒否すべからざる拘束を受くるものと見るべきである。

之を要するに、本件行政行爲が自由裁量の行爲であるや否やの問題は、その行爲が新なる権利の設定であるや、又は既存の権利の承認であるやに依つて分かれるのであつて、而して自分はその行爲が後の性質を有し、随つて自由裁量の行爲に非ずと解するの正當なるを信するものである。

それであるから、正當なる判決としては、本件不許可處分が果して正當なる理由に基いて居るや否やを審査しなければならなかつたものと信する、判決が茲に出でず漫然之を自由裁量の行爲なりと断定して、その審理を拒絶し、而もその自由裁量の行爲であるとするに付いて、何等の理由も示して居らぬのは、實に不當であるのみならず、甚だ不親切であることの非難を免れぬであら

## 第二類 公法人、官吏及公吏

### 第一節 公法人、公法人の機關、地方議會

(56) 町村の一部たる區の權利能力

●町村ノ一部タル區ハ其ノ所有財産ノ管理處分ノ方法トシテ之ヲ賣却シ又ハ他ノ財産ヲ買入ルルコトヲ得ルモノトス(一五、七、六、大民)。

某村の一部である大字馬下といふ部落が某大林區署から國有山林の拂下を受けたのが、有效の行爲であるや否やが争となつた事件で、上告論旨としては、町村の一部たる區は唯從來保有して居る財産權を存續せしむる爲にのみ法人格を認められて居るので、從來の財産權の保存管理に關係の無い新なる不動産所有權を取得するが如きは其の權利能力に屬しないものであると主張したが、大審院は上告論旨を採用せず、從來ヨリ有シタル財産ノ管理處分ノ方法トシテ其ノ財産ヲ賣却シテ之ヲ金錢ニ代ヘ又ハ其ノ財産タル金錢ヲ以テ動産又ハ不動産ヲ買入レ之ヲ所有スルガ如キハ其ノ有スル財産ノ管理處分ノ範圍内ニ屬スベキガ故ニ斯ル行爲ニ因リ財産ヲ取得スルコトニ付テハ町村ノ一部



タル區ハ其ノ能力ヲ有スルモノト解セザルベカラズ」と曰ひ、其の契約を有効として判定した。判旨正當であつて、從來の財産を管理し處分する結果として新なる財産を取得することは圖より區の權能に屬する。

### (57) 村の境界の査定

○原告佐賀縣春振村ト東春振村トノ境界ハ猫嶽谷ノ溪流ガ永山川ニ注グ所ニ於ケル溪流ノ中央ヲ起點トシ該溪流ヲ遡リ札ノ辻(太平頭)ニ到リ之ヨリ分水嶺ニ依リ南下シ通稱内藏之助俵石ト稱スル地點ニ到ルモノトス(一四、二二、三二、行)。

### (58) 村の寄附の權能

○村道ヲ縣道ニ編入シテ改修スルニ付キ村ガ該道路敷地ヲ買收シテ國ニ寄附スルハ村ノ公益上ノ必要ナリト認ムベク其ノ寄附ハ違法ニ非ズ(一五、二二、一八、行)。

某村の一部である大字八多の有志者が敷地寄附を條件として村道を郡道に編入して改修せられたき旨陳情し、敷地の所有者からは土地使用の承諾書を提出したので、郡長は其の陳情を容れて之を郡道に編入し、次いで其の擴張及改修工事を終へ、郡制廢止の後は縣道とせられた。然るに工事終

了後土地所有者から敷地を寄附することの協調が不成立となつたので、村で之を買收して國に寄附することになつた。此の寄附が適法なりや否やが争となつたのであるが、行政裁判所は該道路は村の一部を貫通して居るもので、之を縣道に編入し、其の幅員を擴張、之を改修することは、村の公益に適するものであり、その敷地を買收して寄附するのは村の公益上必要なるものと言ひ得べきものと判定した。

### (59) 村の一部に對する村の課稅權

○縣道ノ敷地トシテ寄附スルガ爲ニ村ガ其ノ土地ヲ買收スルニ要スル費用ヲ其ノ道路ヨリ特ニ利益ヲ受クル村ノ一部ニ負擔セシムルハ道路ニ關スル工事ニ依リ著シク利益ヲ受ケタル者ヲシテ工事ノ費用ヲ負擔セシムルモノニ非ザルヲ以テ道路法第三十九條ヲ適用スベキモノニ非ズ、公益上必要ナル寄附ヲ爲スニ要スル金額ヲ賦課スルモノナルヲ以テ町村制第四百條ヲ適用シテ其ノ一部ニ課稅シタルハ違法ニ非ズ(一五、二二、一八、行)。

前掲の事件に於いて村が縣道敷地を寄附する爲に土地を買收する爲の費用を町村制第四百條に依りその道路から特に利益を受くる大字八多にのみ賦課した。原告は「道路ニ關スル工事ニ依リ著シク利益ヲ受クル者」に對しては道路法第三十九條に依り道路負擔金として道路管理者(縣知事)が

之を課し得るに止まり、村が村税として課するのは違法であると曰ひ、又假令之を課し得るとしても村民全體に賦課すべきもので、その一部にのみ賦課したのは違法であると主張したが、判決は二ながら之を否認し、本件の費用は道路の工事費でなく土地の買収費であるから道路法を適用すべきものではなく、又大字八多が特に利益を受くるものであるから、該大字だけに賦課したのは違法ではないと判定した。

(60) 未だ許可せられざる町村債利息の爲に課する課税

○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)。後出(226)参照。

(61) 村が北海道土功組合の組合員たる場合に於ける組合役員たる資格

●町村が北海道土功組合ノ組合員タル場合ニ於テ役員トシテ選舉セラレ得ルモノハ法人タル町村ニ非ズシテ町村長ナリトス(二、五、九、行)。

北海道土功組合は其の地區内の土地所有者を以て組合員とする公共組合で、役員としては組合長一名及び評議員若干名が有り、凡て組合員中から選舉するものとなつて居る。甲村は土地所有者として其の組合員であり、選舉の結果評議員に當選したので、同村の村長何某が其の職に當つて居たが、その職務に關して收賄の行爲が有つた。それが瀆職罪を構成するや否やが争となつたのであるが、争點は、法人たる村が役員として當選したのが有効であるや否や、假に有効であるとしても村長が其の地位に當るのが正當であるや否やに在る。辯護人は法人たる村は役員となり得る資格が無いから、其の當選は無効であり、假に有効であるとしても村長がその職務を行ふ權能は無いと主張したが、大審院は我が法制は法人の役員としては常に自然人を以てする主義を取つて居るのであるから、村が役員となる場合は村長を役員とする趣意であると解せねばならぬと曰ひ、瀆職罪を構成するものと判定した。

(評論) 判旨結論に於ては疑もなく正當であるが、唯法人たる村は役員として選舉せらるる資格なく、村長が被選資格を有するものと謂つて居るのは同意し難い。法人たる村が組合員である以上、役員となり得る者も當然法人としての村でなければならぬ。法人の役員は必ず自然人に限るといふ原則が我が國法の主義であると認むべき根據は無い。法律が評議員若干「名」と曰つて居る爲

に自然人のみに限るものと解するのは徒に文字の末に拘泥したものである。唯村の總ての権利は當然村長に依つて代表せられるものである爲に、村長はその職務上當然に評議員としての村の権利をも行ふ権能を有するのである。若し然らずして大審院の見解の如くに村長が評議員に選ばれたものとすれば、村會は毫も之に關與することが出來ず、村長のみの專權を以て組合の事務に當るものとなり、又村長に事故が有つても助役が之を代理し得ないものとならねばならぬが、それは不當で、評議員の職務に關しても、村の權利に關するものである以上、村會は當然之に参加し得るものと解せねばならぬものであり、又村長に故障が有れば村助役が法律上當然之を代理し得るものでなければならぬ。

### (62) 市會議長の表決權、市會議長選舉の方法

○市會議長ハ議長トシテ其ノ職務ヲ行フト同時ニ當該議事ニ關シテ議決ニ加ハルコトヲ得ズ(一四、九、二九、行)。

市會に於いて議長の選舉を行ふに當り、議員全數三十人が盡く出席して投票したが、其の結果甲十五票乙十五票となり、甲乙同數の得點であつたが、決選投票を行はずして甲が年長者の故を以て當選者と決せられ、甲は議長席に着き各種の議事を行つた。然るに縣知事は右の選舉は市制第五十五條に違反するものとして之を取消し、併せて甲を議長として行つた總ての議事を取消した。此の

取消處分に對し更に市會に於て行政裁判所に出訴すべきや否やが議題となつたが、可とする者十五人、否とする者十五人で、再び正半數に分かれ、議長は自ら其の表決に加はつて可の投票を爲した上に更に議長としての決裁權を行ひ、行政訴訟を提起することに決したものとて、本訴を提起したのである。

議長が議員として議決に加はり、更に議長として決裁權を行ひ得るや否やに付いては從來の行政裁判所の判例は之を否定し、議長は唯可否同數の場合に決裁權が有るだけで、議員として表決權を行ひ得ないものと解して居る(前卷一八三頁以下)。本訴に於ても裁判所は此の先例に従ひ、議長が議員として投票を行つたことを違法なりとし、此の如き違法の手續を以てした行政訴訟は受理すべからざるものとし、之を却下した。

(評論) 本訴に付いて問題は二に分れる。一は本訴が適法の訴訟として受理せらるべきものであるや否やの問題で、一は縣知事の取消處分が適法であるや否やの問題である。

(一) 第一の問題に付いては、行政裁判所は從來の判例に従ひ、議長は投票を行ふを得ないものとして居るのであるが、是は不當の見解である(前出)。大正十五年の市制改正法に於いては、立法手段を以て此の誤れる判例を正し、第五十三條第二項に「議長ハ其ノ職務ヲ行フ場合ニ於テモ之ガ爲議員トシテ議決ニ加ハルノ權ヲ失ハス」といふ明文を掲げて居り、随つて將來に於いては最早此の誤れる判例の繰り返へされる虞は無くなつたのであるが、併し是は明文を俟たない當然の條理で、

本訴に於いても裁判所は之を適法の訴訟として受理せねばならなかつたのである。

(二) 第二の問題に付いては、判決は訴訟を却下した結果全く之に觸れなかつたのであるが、縣知事の取消處分は適法と認むるの外は無い。選挙に關しては議長に決裁権が無いのであるから、議長も投票を爲し得べきことは疑の餘地なく、而して議長の投票をも合せて候補者二人の得票が正半數に分れた場合には、其の二人に付いて決選投票を行ひ、決選投票の結果尙同數である場合に、始めて年長者を當選人とすべきものであつて、決選投票を行はず直に年長者を當選と決したのは違法であり、随つて縣知事が之を取消したのは正當である。縣會の意向としては、得票者が二人のみで而もそれが正半數に分かれた上は、假令決選投票を行つたとしても同一の結果に歸することは明白であるから、それは無用の手續に過ぎぬと解して居るのであるが、法律が決選投票を必要として居るのは、再投票に於いては、或は結果に變更が有るかも知れぬと豫想して居る爲で、之を省略することは違法である。

(63) 町村會の會議事件を急施事件と認むべき標準

(一)

○町村制第四十七條第三項但書ヲ適用スベキ事件ノ種類ニ付テハ制限ナシ、法令ノ規定上一定ノ期限ニ町村會ニ付議スルヲ要スル事件ニ付テハ假令町村長ノ怠慢ニ因リ町

村會招集ノ告知ガ遅延シタルガ爲ニ町村會ノ開會前三日ノ猶豫期間ヲ存スルコト能ハザルニ至リタルトキト雖モ同法第四十七條第三項但書ニ所謂急施ヲ要スル場合ナリトス(二、五、三一、行)。

町村制第四十七條第三項 招集及會議ノ事件ハ開會ノ日前三日目迄ニ之ヲ告知スヘシ但シ急施ヲ要スル場合ハ此ノ限ニ非ズ。

町村制第三十三條第一項に依ると町村會議員の當選の効力に關する異議の申立は、町村長がその申立が有つてから七日以内に町村會の決定に付すべきものとせられて居る。此の規定に基き遅くも五月八日までに決定に付さねばならないのを、町長の怠慢に依り五月六日まで町會の招集狀を發せず、七日になつて始めて急施事件として八日に開會すべき旨を以て招集狀を發した。

是が適法の村會であるや否やに付き争が起つたが、行政裁判所は、此の如き場合と雖も尙急施事件たるを妨げないものと判定した。

(二)

○町村會ノ會議事件ガ急施事件ナリヤ否ヤハ議案ノ性質ノミニ依リ一般的ニ之ヲ定ムルコトヲ得ズ各場合ノ事情ヲ斟酌シテ判定スベキモノトス(二、七、二一、行)。

本件は豫算を急施事件として町會の議に付した事件で、原告は豫算は毎年の恒例のもので性質上急施事件たり得ないものであると主張したが、行政裁判所は豫算は三月三十一日までに議決する必

第二類 公法人、官吏及公吏

第一節 公法人、公法人の機關、地方議會

要あるものであるのに、三月二十八日の町會に於て一旦之を撤回して修正を加へたのであるから、それを三月三十一日までに議決する爲には普通の手續に依ることを得ない。それを急施事件として付議したのは正當であると判定した。

(評論) 二件共に同趣意に歸するもので、判決の趣意とする所は要するに、法律の所謂「急施ヲ要スル」とは、必ずしも臨時に突發した事件といふ意味ではなく、其の必要が前から豫想せられ得べき事件であつても、何等かの原因によつて其の必要の迫るまで議決を経ることが出来なかつた爲に、遂に其の必要が目前に迫つた場合でも、尙急施事件たることを失はないものとして居るのであつて、判旨正當であると信する。

後に掲ぐる(76)の判決は、其の趣意に於いて之と矛盾して居るものであるが、自分は後の判決を不當とし、茲に掲ぐる判決の趣旨に賛成する。

(64) 豫告なき事件に関する村會議員の發議

●町村制第四十七條ニ定ムル告知ノ手續ハ開會中ノ町村會ニ於テ議員ヨリ提出セル村長選舉ノ動議ニ付テハ其ノ適用ナキモノトス(二、六、八、大刑)。

村會開會中に突然村長の選舉を行ふ緊急動議が提出せられて、紛争の未反對派の議員は盡く退出し、残つた議員だけで其の選舉を行つた。村會の會議録の調製者は故意に此の事實を會議録に記載

しなかつたので、文書偽造の罪に問はれた。之に對し被告の側から、村會の會議事件は三日前に告知することを要するもので、告知の無い事件に付いて突然緊急動議を提出するのは違法であり、違法の發言は會議録に掲載する必要は無いと主張したが、大審院は町村會議員から發案し得る事項に付いては告知の手續を要しないものであると曰ひ、其の主張を排斥した。

(評論) 町村會の會議事件を三日前に豫告しなければならぬといふ原則は、唯町村長から發議する事件にのみ適用せらるるや、又は議員からの發議の場合でも、其の發議の有つた日に直に之を議することは出来ないもので、改めて町村長から之を豫告するを要するものと解すべきやは、可なり疑はしい問題で、容易くは断定し難い。併しそれは何れにしても本問文書偽造の問題とは關係の無いことで、假令直に之を行ふことは出来ないにしても其の動議の提出せられたことは、會議録に記載せられねばならぬものであることは言ふまでもない。

(65) 市會の假議長選舉の場合に於ける議長

○市會ノ議長及副議長共ニ故障アル場合ニ於ケル假議長ノ選舉ニ付テハ常ニ年長ノ議員議長ノ職務ヲ代理スベキモノトス(一五、二二、二一、行)。

(参照) 市制第四十九條 議長故障アルトキハ副議長之ニ代ハリ議長副議長共ニ故障アルトキハ臨時ニ議員中ヨリ假議長ヲ選舉スヘシ

第二類 公法人、官吏及公吏 第一節 公法人、公法人の機關、地方議會

前項假議長ノ選舉ニ付テハ年長ノ議員議長ノ職務ヲ代理ス(下略)

廣島縣吳市の市會で議長某甲が自己の意見を述ぶる爲に議席に著かんとしたが、副議長缺席の爲に假議長を選舉する必要があると爲し、その旨を付議し、満場一致を以て議員乙某を假議長に選び、乙某が議長席に著いた。某甲は因つて議員席に著き、市長俸給減額の件を發議し、多數の同意を得て可決した。然るに廣島縣知事は右の假議長の選舉は市制第四十九條第二項に違反するもので無効であり、その假議長の下に爲された議決も亦随つて無効であるとして、市制第九十條に依り之を取消した。市會は之に服せず行政訴訟を提起した。

行政裁判所は縣知事の取消處分を正當であると爲し、假議長の選舉に付いては常に年長の議員が議長の職務を代理すべきもので、議長が自ら假議長の選舉を執行したのは違法であると判定した。

(評論) 判旨不當である。

年長者が議長席に就くのは唯議長も副議長も故障が有つて議長の職務を行ふことの出来ない場合に限る。假令假議長を選ばんとする場合でも、議長に故障の無いのに拘らず、年長者が議長席に就くべき理由はない。

本件に於いて議長の故障を生ずるのは、議員席に就いてから後の事で、それが爲に假議長を選ばんとするので、假議長を選ぶ當時には未だ議長には故障が無いのであるから、年長者にその席を讓るべき理由は全く存しないのである。

### (66) 不法なる町會、議員の開議請求權

○町會議員定員ノ半数ヨリ其ノ日ノ會議ヲ開クベキコトヲ議長ニ請求シタルモ議長ガ缺席者ノ出席ヲ促ガス爲相當ノ時間其ノ開議ヲ遅延シタルハ町村制第五十三條第二項ニ所謂「議長仍會議ヲ開カサルトキ」ニ該當セズ隨テ出席者ノミニテ直ニ假議長ヲ選ビテ會議ヲ開キタルハ違法ナリ(二、二二、二七、行)。

熊本縣佐敷町に於いて町長が闕け助役が町長代理となつて居たが、助役は大正十五年二月二十六日及二十七日の二日を會期として豫算及町村税賦課の件に付き町會を招集し、二十七日は午前十時から開議の豫定であつたが、まだ出席者が少いので開議せずに居る中に十時半頃になつて議員定数の半数である議員九名から本日町會に於て即時町長選舉會を開かれたいと請求した。助役は小使を遣し未參會者の出席を促しそれが爲多少手間取つて居る中に、出席議員九名だけで勝手に會議を開き年長者を假議長としてXを町長として選舉した。その會議は十一時半頃には終了した。助役は此の選舉を無効なりとして縣知事に町長選舉の認可を申請せず、別に町長選舉の爲の町會を招集した。監督廳たりし郡長は此の招集令狀を取消し、助役に認可申請書を差出すべき旨を催告したが、助役は之に従はないので、郡長は自ら助役に代つて認可を申請し縣知事は之が認可を與へた。因つて助役は之を違法として出訴したのである。

第二類 公法人、官吏及公吏 第一節 公法人、公法人の機關、地方議會

(評論) 本件に於て第一に疑問となるのは、議員九名から議長に町長選挙の爲にその日の會議を開くべき旨を請求したのが果して有効の請求であるや否やの點である。町村制第五十三條第二項には

議員定數ノ半數以上ヨリ請求アルトキハ議長ハ其ノ日ノ會議ヲ開クコトヲ要ス此ノ場合ニ於テ議長仍會議ヲ開カサルトキハ第四十五條ノ例ニ依ル

とある。随つて此の條の適用を見る爲には半數以上から有効に開議を請求したことを前提とすることは言ふまでもない。

原告は左の二の理由を擧げて此の請求を無効なりとして居る。

(1) 町會は定刻より二時間くらゐ遅れて開議するのは普通の慣例である。然るに本件會議は午前十時の招集であつたのに十時五分くらゐに既に開議の請求が有つたのであつて、その時刻には未だ請求權が発生しない。

(2) 第五十三條に依る開議の請求は唯その日の會議を開くことの請求であつて、招集の事件以外の目的を掲げて開議を請求することは出来ない。然るに本件の場合には豫算の爲に招集せられた町會に於て町長選挙會を開くことを請求したのであつて、その請求は不法である。

此等の二の理由の中少くとも第二の點は道理ある主張である。招集の事件以外の別個の目的の爲に町會を開くことを請求するのは、唯町村制第四十七條第一項に依る招集の請求としてのみ爲し得

る所であつて、第五十三條に依る開議の請求として爲し得る所ではない。開議の請求は唯其の日の會議即ち招集の目的となつた事件を議すべき會議を開くことの請求に止まる。故に本件の如き招集の事件以外に町長選挙の町會を開くことを請求することは第五十三條に依つては不可能であり、その請求は初より無効である。

若し然りとすれば、それだけでもその町長選挙會が無効であることは當然である。

併し行政裁判所は此の點に付いては何等の斷定を與へず、専ら他の理由によつてその選挙會を無効と判定して居る。

行政裁判所の理由として居る所は左の通りである。

(證人某々等ノ供述ニ依レバ) 助役タル原告、於テ未ダ參集セザル議員ヲ出席セシムル爲開會ノ猶豫ヲ求メ其ノ手續ヲ執リタルコト明ニシテ町長選挙ノ如キ重要ナル事件ニシテ而モ豫メ告知セザルモノノ會議ニ付原告ニ於テ斯ノ如キ手續ヲ執リタルハ相當ノ措置ト謂フベク故意ニ會議ヲ遅延セシムル爲斯ノ如キ手續ヲ執リタルモノト認メ雖ク又午前十時半頃開會ノ要求ヲ受ケタル後不相當ニ長時間開會ヲ遅延シタルモノトモ認メ雖シ而モ參集議員ハ愈々町村制第四十五條ノ例ニ依リ本件町會ヲ開會セントスルニ方リ其ノ旨ヲ助役ニ通告ヲ爲ス等ノ事モナク町會議事規則ニ依レバ會議ハ午後四時ニ終ルヲ本則トスルニ拘ラズ當日午前中ニ急遽之ヲ開キタルモノニシテ斯ノ如キハ町村制第五十三條第二項ニ所謂議長仍會議ヲ開カサルトキトアル場合ニ該當スルモノト認ムルコトヲ得ズ。

是れはそれ自身には正常な理由であるが、それは該開議の請求が有効であることを前提としての議論で、若しその請求そのものが無効であるとすれば、斯ういふことを論ずべき必要は全く存しないのである。行政裁判所が主要の論點を看過して居るのは遺憾であるが、何れにしても本件町長選挙會が不法の會議であり、その選挙が無効であることは疑を容れぬところで、判決は結局正當である。

(67) 町會議員に對する出席催告狀

○町村制第四十八條但書ノ出席催告狀ニハ開議ノ時間ヲ記載セザルモ違法ニ非ズ。  
町村制第五十條ニ依リ議事ニ參與スルヲ得ザル議員ニ對シテハ右出席催告狀ヲ送達セザルモ違法ニ非ズ(二、四、九、行)。

町村制第四十八條に依ると、町村會は議員定數の半數以上出席しなければ開議することを得ないことを原則とするが、定數を闕いて居る爲に議長に於いて出席を催告し、仍半數に満たなければ、半數に足らずして開議し得べきことを定めて居る。本訴の争點は議員中退席者が有つて定數を缺くに至つたので午後十時二十分より四十七分迄の間に、議長から缺席者に開議の時間を定めずして出席の催告を爲し、午後十一時十七分に至り開會したのが、適法の催告であるや否や、並に、該會議は議員某甲の當選の效力に關する異議の申立を決定すべき會議であつたが、右某甲に對しては出席催告狀を發しなかつたのが適法なりや否やの二點に在つたが、判決は此の二點共に之を適法なりとしたのである。

りとしたのである。

(68) 町村會議員失格の決定

○町村制第三十五條第一項ニ所謂被選舉權ノ有無トハ町村會ノ決定當時ニ於ケル被選舉權ノ有無ノミヲ指スモノニ非ズシテ苟モ町村會議員任期中ノ事實ニ基ク以上ハ既往ニ於ケル被選舉權ノ有無ヲモ包含スルモノトス(一四、四、三〇、行)。

是は改正前の舊町村制即ち租稅滯納處分を受ければ公民權が停止せられ随つて町村會議員の被選舉權を失ふものとせられて居た時代の判例で、町會議員何某が國稅を納めなかつた爲に收稅吏から滯納處分を受けたが、即日之を納付して滯納處分は直に解除せられた。然るに其の後約十箇月を経て町會に於いて何某は被選舉權を有しないものとする決定を與へた。此の決定を違法なりとする訴に對し行政裁判所は理由なきものとして棄却したのである。判決には「被選舉權ノ喪失ハ公民權停止事由ノ發生ニ因リ當然生スベキモノニシテ町村會ノ決定ハ單ニ右事由ノ有無ヲ認定スルニ過ギズ」と曰ひ、此の理由により過去に於いて公民權停止の事由を生じた事實を認定することは當然町村會の權能に屬するものとして居る(先例は前卷三一頁)。

(評論) 是は先例ある事件で、前卷には自分は判旨を正當として別段の評論を爲さなかつたが、尙再考すれば當否頗る疑はしいと思ふ。



問題は主として町村會の決定の法律上の意義如何に在る。判決には町村會の決定は唯滞納處分を受けた事實を認定するだけの行爲で、其の事實が現在存在するや又は過去に於いて存在したものであるやを問はないものとして居る。

此の見解は單に法律の文面から云ふと、一應は正當のやうに見える。何となれば法律には「町村會議員被選舉權ヲ有セサル者ナルトキ……ハ其ノ職ヲ失フ、其ノ被選舉權ノ有無ハ……町村會之ヲ決定ス」(町村制三五條)とあるので、議員の失職は法律の當然の結果で、被選舉權喪失の事實が有れば法律上當然に失職の效果を生すべき筈であり、町村會の決定は唯此の事實を認定するに止まるもの如くに解せらるるからである。併しながらこれは唯法律の文字解釋たるに止まり、果して其の正當なる精神を理解し得たものであるやは疑はしい。

市町村會の決定が第一に滞納處分を受けた事實を認定する行爲であることは疑が無い。併し此の事實の認定は法律が議員失職の效果を繋らしめて居るもので、法律は此の事實の發生に依り當然に議員たる職を失ふものと爲さず、町村會の決定に依つて始めて其の效果を生ずるものとして居るのである。若し其の事實が發生しても町村會が之を看過して何等の決定を爲さなければ、法律上は其の事實の發生しなかつたと同一視せられて、議員は依然として其の職を保つものであり、又其の事實發生の後多少の時を隔て、其の決定を爲す場合でも、既往に溯りて議員の職を失はしむるものではなく、唯將來に向つてのみ失職の效果を生ぜしむるに止まる。即ちそれは單純な被選舉權喪失の事

實だけを認定する行爲ではなく、被選舉權を失ひ随つて議員たる資格なきことを認定する行爲である。それは固より官吏に對する免官處分のやうに議員の職を免する意思表示ではないが、それと同時に又單純な被選舉權喪失の事實を認定するだけの行爲ではなく、議員の失格を確定する行爲であり、而して議員の失格は被選舉權喪失の事實に依つて生ずるのではなく、此の確認行爲に依つて始めて生ずるのである。それが滞納處分や、住所の移轉、公私の救助を受くること等の事實に依り失格する場合と刑罰の宣告、禁治産宣告、破産宣告等に依り失格する場合との相違の有る所で、後の場合には其の事實に依つて法律上に當然に失格の效果を生じ、前の場合には町村會の決定に依つて始めて其の效果を生ずるのである。

町村會の決定にして右述ぶる如くに議員たる資格なきことの認定であるとすれば、其の認定は決して過去に於いて議員たる資格を失つたことの認定ではなく、現在に於いて議員たる資格の無いことの認定であり、随つてそれは唯現在に於ける被選舉權の有無に付いてのみ、爲され得るものと解するのが穩當であると信ずる。

蓋し法律が滞納處分を受くることに依つて議員たる資格を失ふものとして居るのは、公義務を盡さない者は公務にも参加せしむべからずとする趣旨に出て居ることは言ふまでもない。併し此の效果は法律は之を町村會の決定に繋らしめて居るもので、若し議員が現に滞納處分を受けて居る間、町村會は之を看過して何等の決定をも爲さなかつたとすれば、法律上は其の事實の無かつたものと

同一視すべきもので、法律の定めて居る効果は町村會の不行爲の爲に發生しないで終つたものである。即ち此の場合に於ける議員失格の効果は法定の停止條件附のもので、町村會が滞納處分の繼續中に其の決定を爲さなければ、停止條件の不成就に依つて其の効果は全く消滅するものである。假令一たび滞納處分を受けたとしても、既に納稅義務を完了して滞納處分を解除せられた上は、公務に参加せしむべからざる理由はもはや全く消滅したもので、其の以後に至つて議員を失職せしむべき理由はもはや存在しない。

若し之に反して滞納處分の繼續中は議員として公務に参加せしめ、既に義務を完了してから、後に其の職を失はしむるとすれば、法律が納稅義務を盡さない者をして公務に参加せしめないものとする趣意は、全く顛倒せらるることを免れない。

殊に本訴の場合の如き、滞納處分を受けて數時間の中に直に其の未納金を完納して滞納處分を解除せられ、而も其の後十ヶ月間も平穩に議員としての職務を行つて居たのに、十ヶ月以上を経て突然失格の決定を爲すが如きは、明白なる法律の悪用であつて、其の法律の趣意に適しないことは疑を容れぬと思ふ。滞納處分に因る議員の失格は、過去の非行に對する制裁ではなく、現在の義務不履行に對する應報的不利益である。唯現在に於いて義務を怠れるが故に権利をも與へられないのであつて、過去に溯つて追責せらるべき性質のものではない。

### (69) 村長の選挙に於ける自選投票の効力

○村會ニ於ケル村長ノ選挙ニ於テ選挙人ガ自己ヲ被選挙人トシテ記載シタル投票ハ無効ニ非ズ(二、二、五、行)。

村長は村會に於いて議員が公民中から之を選挙するのであるが、議員中諸種の事情から自選投票を爲したものと推測せらるべきものが有つた。それに依つて一票の差から自分が當選者となることを得たのであつた爲に、自選投票は無効であるといふ訴が起つたのであるが、行政裁判所は之を有効と決した。

(評論) それは當然である。無記名投票制に於いて或る投票が何人の爲したものであるかを推測するのは既にそれ自身違法であるのみならず、假令自選投票であることが明白であつたとしても、それを無効と爲すべき理由は無い。大審院の古い判例に、記名投票制の下に於いて自選投票を無効とした例が有るが、記名投票制と雖もそれは理由の無い事と信ずる。況んや無記名投票制に於いてをや。

### (70) 町村會閉會の要件

○會期ノ定ナキ町村會ハ町村長ノ閉會ノ宣言ニ依リテ閉會トナルベキモノニシテ其ノ

宣言ナキ限り開會中ト解スルヲ相當トス(二、七、二一、行)。

本件は町税の賦課を違法なりとする理由として、其の町税を議決した町會の成立を違法なりとする訴で、其の争點となつたのは、それを議決した町會が新に招集せられたものであるか又は前回からの繼續會であるかに在る。原告はそれが新に招集せられたものであると主張し、而して新に招集するには三日前に招集状を發せねばならぬのに、その要件を缺いて居るといふのである。其の疑問を生ずる主たる理由は初め町税及豫算を議題として町會が二月二十七日に招集せられ次いで三月二日に其の繼續會を開き、閉會の宣告なく又次回の開議日も豫定せられずして散會し、更に三月十八日に新なる他の議題の爲に町會を招集し、即日之を議了して閉會を宣し、次いで三月二十六日以前から繼續する町税及豫算の爲の町會を開いたことに在る。原告は之が爲に三月十八日の新なる町會の爲に町會の繼續は中斷されたもので、三月二十六日の町會は新に招集せられた町會でなければならぬと主張したのであるが、それは裁判所の容るる所とならず、町會が未だ閉會せられず繼續して居る間にも、別個の議事の爲に單獨の町會を招集し得るものであると判定したのである。

(71) 町村會會議錄の效力

(一)

○村會ノ會議錄ニ於ケル議長ノ署名ガ自署ニ非ザルモ其ノ會議錄ハ之ガ爲ニ證據力ヲ

失フモノニ非ズ(二、五、二六、行)。 前出(44)參照。

(二)

○町村會ノ會議錄ハ縱令議員ノ署名ナキモ之ガ爲ニ會議錄タル效力ナシト謂フヲ得ズ(二、六、一六、行)。 前出(45)參照。

(72) 町村會會議錄の偽造

(一)

●町村會ノ會議錄ニ於ケル議長ノ署名ハ議長自ラ氏名ヲ書セズ他人ヲシテ代書セシメタル場合ト雖書記之ニ虚偽ノ記載ヲ爲シタル以上ハ刑法第五十六條ノ公文書偽造罪ハ成立ス(一四、一一、二一、大刑)。

村會の書記某が村會議長たる村長の命を受けて、村會會議錄に虚偽の事實を記載し、それに村長の名を代書し、別に議員二名が之に署名した。それが公文書偽造罪になるや否やが問題となつたが、被告人たる書記は、村會會議錄は議長の署名に依つて效力を生ずるもので、而して署名は必ず自書でなければならぬ、然るに本件會議錄には議長の署名なく、唯自分が代書したに過ぎぬものであるから、未だ公文書として完成したのではなく、随つて公文書偽造罪を構成しないと主張した。大審院は之を採用せず、議長の署名は必ずしも自筆たるを要せず、他人をして代書せしめたと

しても、其の效力を妨げないものであり、公文書として既に完成したものであると判定した。判旨の正当なことは前に(44)於いて述べた通りである。

(二)

●村會會議録ニ會議顛末ノ一部ヲ記載セザルコトニ依リ會議ノ顛末ヲ偽リタル場合ニ於テハ會議録ニ虚偽ノ記載ヲ爲シタルモノニ該當ス(二、六、八、大刑)。

熊本縣川口村の村會議員定数は十二人であるが、大正十四年の選挙以来甲黨と乙黨と六人づゝに分かれて居た。恰も村長の改選期に當り、雙方同数の爲容易に選挙會を開くことの出来ない状態であつたが、或日の村會に偶乙黨の一人が缺席したので、甲黨の議員は之を機會として、即時村長選挙を行ふべき緊急動議を提出した。議長席には助役が當つて居たが、助役は乙黨に屬して居たので、紛争の末緊急動議を採決せず、突然休會を宣告した。之に對して甲黨の議員は一齊に異議を唱へたが、それに拘らず議長と乙黨の議員とは全部退場した。残留した甲黨の六人の議員だけで、年長者を假議長として村長選挙を行ひ、何某を當選者と定め、假議長から其の旨を助役に通知した。其の後で助役は再び議場に臨み議長として閉會を宣告した。

右の事實を會議録に掲載するに當り、助役及び甲黨の議員は反對黨の策謀を憤慨して、村長選挙の緊急動議の有つたこと及び休會の宣告に對し異議の有つたことを記載せず、午後四時休會を宣し次いで午後四時三十分閉會を宣した旨を掲載するに止めた。是が公文書偽造罪になるや否やが本

訴の問題である。

大審院は會議録は町村會議の顛末を記載すべき記録であるから其の顛末中一部を記載し一部を記載せざることを得るものではない。故意に一部の記載を脱漏せしめて會議の顛末を偽りたる場合は即ち會議録に虚偽の記載を爲したもので、文書偽造罪を構成すること疑を容れぬと判定した。

(73) 市會の議決に對する縣知事の取消權

○市制第九十條第三項ノ規定ニ依リ監督官廳ガ市會ノ議決又ハ選舉ヲ取消スニハ必ズシモ其ノ以前ニ市長ガ同條第一項ノ規定ニ依リ之ヲ再議ニ付シ又ハ再選舉ヲ行ハシメタルコトヲ要セス(一五、二二、行)。

市制第九十條第一項 市會又ハ市參事會ノ議決若ハ選舉其ノ權限ヲ超エ又ハ法令若ハ會議規則ニ背クト認ムルトキハ市長ハ其ノ意見ニ依リ又ハ監督官廳ノ指揮ニ依リ理由ヲ示シテ之ヲ再議ニ付シ又ハ再選舉ヲ行ハシムヘシ其ノ執行ヲ要スルモノニ在リテハ之ヲ停止スベシ。

第三項 監督官廳ハ第一項ノ議決又ハ選舉ヲ取消スコトヲ得但シ裁決ノ申請アリタルトキハ此ノ限ニ在ラズ。

吳市會に於て市長俸給減額の件を議決したが、縣知事は其の議事に於ける議長が違法に選ばれたものであるといふ理由で、之を違法なりとして取消した。市會から之に對する不服理由の一として、縣知事が之を違法とする場合には市制第九十條第一項に依り先づ再議に付せしめねばならぬ、再議

に付せずして直に取消したのは違法であると主張したが、行政裁判所は之を容れず、再議に付せずして直に取消し得るものであると判定した。  
判旨の正當なることは法律の明文上疑ない。

#### (74) 村長當選者の決定に對する縣知事の更正權

○村會ニ於ケル村長選舉ノ際決選投票ノ結果得票同數ナリシ場合ニ於テ年長者ノ認定ヲ誤リ年齢相同ジキモノトシ抽籤ノ結果年少者ヲ當選者ト定メタル場合ニ於テ縣知事が其ノ當選決定ヲ取消シ自ラ適法ノ當選者ヲ宣告シタルハ違法ニ非ズ(二、二、五、行)。

前出(22)に掲げた事件で、縣知事は村會が年少者たる甲を當選者と定めたのは違法であるとして取消し、年長者が當選者であることを宣言したのであつたが、原告は之を違法なりとし、町村制第七十四條第三項は監督官廳に唯選舉の取消權を與へて居るだけで、其の取消の結果何人が正當なる當選者であるかは、更に村會が自ら之を決する權が有る。監督官廳が自ら當選者を定むるが如きは、村會の權限を侵す監督權の濫用であつて、法律の許さない所であると主張したが、裁判所は之を容れず、縣知事自ら正當なる當選者を指定し得べきものと判定した。

(評論) 町村制第七十四條第三項には「選舉ヲ取消スコトヲ得」とあつて、その文字上の意義から言ふと、選舉の全體に付いての效力を失はしめ、再選舉を行ふべきことを命ずる場合のみを意味

するやうに解せられる。此の意味に於いて原告の主張も亦一應の理由あるものと言ふことが出来る。縣知事の當初の處分に於いても亦第七十四條に依つては唯選舉を取消することが出来るだけで、縣知事自ら當選者の決定を更正するを得ないものと解したのであつて、其の結果縣知事は第七十四條の規定に依らず、町村制第四百十一條第二項に「監督官廳ハ町村ノ監督上必要ナル命令ヲ發シ又ハ處分ヲ爲スコトヲ得」とある條文に依つて其の處分を爲したのである。

併しながら、若し第四百十一條に依るものとすれば、それに對しては唯第三百三十八條に依り内務大臣に訴願を爲し得るに止まり、行政裁判所に出訴することを得ないものとならねばならぬ。それは選舉を取消す處分に對し行政訴訟を許して居るのと對照して、甚だ權衡を失することは明白で、法律は選舉の效力を決定すべき最高の機關を行政裁判所として居るのであるから、此の場合も當然行政訴訟の目的となり得るものでなければならぬ。

思ふに、法律の文字上の解釋から言ふと多少の疑はしさを免れぬけれども、法律が選舉の取消と當選の取消とを區別せず、單に「選舉ヲ取消スコトヲ得」と曰つて居る場合には、其の所謂「選舉」の中には當選人の決定をも含むものと解すべきもので、即ち正確に言へば「選舉又ハ當選ヲ取消スコトヲ得」といふ意味に解すべきであり、而して選舉自體は有效であり唯當選人の決定が違法である場合には、其の當選の決定を取消す權能の中には當然正當なる當選人を指定するの權をも含むものと解しなければならぬ。何となれば選舉自體は有効で唯當選人の決定が誤つて居る場合は、其の

選挙の全體を取消して再選挙を行はしむべき理由は存在しないもので、唯當選人の決定を更正すればそれで違法を矯正するに充分であり、而して選挙を取消す権能を有する者は當然それよりも軽い違法矯正の権を有するものでなければならぬからである。

此の意味に於いて判旨正當であると信ずる。

### (75) 府縣會の豫算議定權の範圍

(一)

○府縣知事が既定ノ繼續費總額ヲ變更スル議案ヲ府縣會ニ提出シタル場合ニ於テハ府縣會ハ既定總額ノ範圍内ニ於テ議決權ヲ有ス。

府縣會ガ繼續費總額ノ範圍内ニ於テ繼續年期限ヲ延長ヲ議決スルハ越權ニ非ズ。

又其ノ總額ノ範圍内ニ於テ繼續年期限ヲ割宛ツル爲各年度支出額ヲ按排スルハ府縣會ノ權限ニ屬スルヲ以テ各年度ノ支出額ヲ提案ノ額ヨリ増加シ又ハ或ル年ニ付キ新ニ支出額ヲ計上スルハ越權ニ非ズ(一五、三〇、行)。

府縣費豫算の發案權は専ら府縣知事に屬し、府縣會は唯その提案の範圍内に於いて議決の權を有するに止まることは、從來行政判例及び實例の承認して居る原則である。

本件に於いて問題となつたのは此の原則の適用に付いて、府縣に於いて一たび決定したる繼續費の總額を變更する議案が知事から提出せられた場合に、其の變更案が原案であつて府縣會は其の範圍内に於いてのみ議決し得るや、又は既定繼續費總額の範圍内に於いて知事の提案には無い變更を加へ得るやの點に在る。

長崎縣に於いて大正九年に大正十年度より二十二年度に至る十三ヶ年の繼續費として國縣道改修費九百餘萬圓が決せられた。然るに知事は大正十四年の縣會に、其の總額を四百八十餘萬圓に減額し、繼續年期限を大正十年度より二十年度に至る十一ヶ年に變更せんとする議案を提出した。縣會では繼續費總額を七百五十餘萬圓、年期限を十年度より二十五年に至る十六ヶ年に延長し、十七年度以後の支出額を變更原案より増加し、又二十一年度より二十五年に至る各年度の支出額を新に計上した。知事は之を違法なりとして取消したが、其の理由の一として、變更案が原案であつて縣會が原案に無い事項を附加したのは發案權を侵したものであると主張したが、此の理由は行政裁判所の容るゝ所とならず、府縣會の議決は越權に非ずと判定した。

(評論) 判旨正當と信ずる。

豫算の原案に對し府縣會が金額を増加する修正を加へ得ないことの原則は唯その原案が新なる提案である場合にのみ適用せられる。本件の場合には既定の繼續費總額が有つてそれを變更せんとする提案であるから、その既定額は尙效力を有するもので、其の範圍内に於いて議決するのは敢て發案

權を侵すものではない。勿論、府縣會から既定額を変更する新なる提案を爲す權能は無いが、知事から其の變更に付いての議案を提出した以上は、其の變更が議題となつたのであるから、府縣會は既定總額を超えざる限度に於いては如何なる變更をも議決し得ることは當然であり、而して此の總額の範圍内に於いて繼續年期を原案よりも延長し、又は各年度の支出金額を増減することは、府縣會の正當なる權限に屬するものである。

## (二)

○國縣道改修ノ繼續費變更議案ニ對シ府縣會ガ既定繼續費又ハ變更セントスル繼續費ノ内容ヲ爲ス工事以外ノ工事ニ對スル費用ヲ新ニ計上シ議決スルハ越權ナリ(一五、三、三〇、行)。

是も右と同一事件に付いての判旨で、知事が其の第一の理由として主張した所は、行政裁判所の容るゝ所とならなかつたが、第二の理由として、知事は右の縣會の議決は原案には存しない道路改修工事の費用を計上したもので、此の點に於いても違法であると主張したが、行政裁判所は之を理由あるものと爲し、結局知事の取消處分を正當と判定した。

争の要點は、豫算面に於いて單に「國縣道改修費」と掲げてあるに止まり、何れの路線を改修する豫定であるかは、唯説明書に依つてのみ知り得る場合に、其の説明は原案として法律上の效力を有するや否やの點に在る。縣會の側に於いては、豫算面には唯包括的に國縣道改修費とあるのみ

で、何々の路線を改修するかは、唯参考としての説明に止まり法律上の效力の無いものであると主張したが、裁判所は之を容れず、「豫算ハ單純ナル金額ノ計上ニ非スシテ一定ノ内容ヲ有スル」もので、此の内容に屬しない工事の費用を計上議決するのは發案權を侵したものであると判示したのである。

(評論) 判旨正當とは信じ難い。

國縣道の改修は専ら知事の職權に屬し縣會の與り得ない所で、縣會は唯之に必要な經費を承認するのみである。承認せられた經費の範圍内で何々の路線を改修するかは知事の職權に屬するもので、縣會は之を議決する權能を有しない。説明書には其の經費の必要なる理由を明にする材料として其の内容を説明してあるとしても、説明書は議案ではなく、縣會の議決を経るものではない。随つて又其の議決せられた金額の範圍内に於いては、縣知事は必ずしも其の説明せられた内容に拘束せられず、國縣道改修費といふ目的の範圍内に於いては、或は豫定の計畫を變更し、或は彼此流用することが有つても敢て違法と云ふわけではない。若し然うであるとすれば、縣會の側に於いても亦必ずしも其の説明に拘束せらるゝものではなく、原案金額(此の場合に於いては既定繼續費總額)を超えない範圍内に於いては、如何に議決しても自由であつて、原案の説明には含まれない他の路線の改修費として或る金額を見積つたとしても、それは唯希望であるに止まり、知事の職權を拘束する力なく、随つて又敢て發案權を侵したものと見るを得ないと信ぜられる。

第二類 公法人、官吏及公吏

第一節 公法人、公法人の機關、地方議會

(76) 府縣會に於ける第三讀會の即時開會

○高知縣會々議規則第十四條但書ニ所謂緊急ノ議案トハ議案内容タル事項ノ執行ガ急ヲ要シ通常ノ手續ニ從ヒ第三讀會ヲ開クニ於テハ執行ノ時期ヲ失シ其目的ヲ達スルヲ得ザルニ至ルベキ議案ヲ云フモノトス(一四、七、二、行)。

高知縣會に於て其の會期の最終日まで其々の議案を議決せず、其の最終日に於て第一及第二讀會を終へ、引續き直に第三讀會を開くべき旨の議決を爲した所が、縣知事は之を會議規則に違反するものとして取消した。會議規則には第二讀會終了後第三讀會を開く迄には一日の期間を置くことを必要とし、唯「緊急ノ議案」に付いては直に第三讀會を開き得べきものとして居る。縣知事は此等の議案を「緊急」のものに非すと爲し、即時に第三讀會を開くことを違法なりとして之を取消したのである。そこで問題は會議規則の所謂「緊急ノ議案」の意義如何に歸したが、縣會の側では、若し即時に第三讀會を開かねば會期が終了し議決を爲すことが出来ないものであるから緊急の議案であると主張し、縣知事の側からは、緊急の議案とは議案の内容が緊急の執行を要するものに限ると爲し、本件議案は緊急なるものではなく、早くから提出せられて十分に審議議決する餘裕が有つたにも拘らず、故らに最終日まで議了しなかつたのであつて、それが爲に「緊急ノ議案」たる性質を得るものではないと主張した。

裁判所は縣知事の主張を容れ、本件取消處分を適法なりと判定した。

(評論) 判旨賛成し難い。

會期の最終日に迫つて居るにも拘らず、尙一日を隔てなければ第三讀會を開くことを許さないとすれば、それは故らに議決を不能ならしむるもので、法律が議決機關を設けて居る趣旨に反すること甚しい。勿論縣會は成るべく會期終了前に第三讀會を開き得るだけの餘裕を置いて、第一及第二讀會を終へることに努むべき義務を有つて居ることは疑ないが、併しながら既に實際に之を爲すことが出来ないで、最終日に至つたとすれば、即時に第三讀會を開くことは已むを得ざる結果で、故意に其の議決を不能ならしむることは到底適法の處分とは認め難い。尙前出(68)参照。

(77) 事前に於ける縣知事の違法なる準備行爲が縣參事會の裁

決の効力に及ぼす影響

○縣知事が縣參事會議長タル資格ニ於テセズ知事トシテ參事會ニ關係ナキ縣廳在勤ノ官吏ヲシテ訴願ノ受理、投票ノ開披、訴願ノ審査、裁決書ノ立案ニ關與セシメ又發案シタリトスルモ之ヲ以テ裁決其ノモノニ違法アリト言フヲ得ズ(一五、一〇、一九、行)。

○縣參事會開會前ニ於テ縣知事が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ヲ以テ裁決其ノモノニ違法アリト言フヲ得ズ。



縣參事會開會前ニ於テ縣知事ガ投票ヲ開披點檢シタリトスルモ投票ノ滅失毀損變改等ノ事實ノ認ムベキモノナキ以上此ノ一事ヲ以テ該投票ガ證據力ヲ失ヒタルモノト爲スヲ得ズ(一五、二二、二一、行)。

選舉又は當選の效力に關する訴願を裁決する權能は専ら縣參事會に屬し、縣知事は其の原案を作成する權能を有するものではない。併し實際には參事會員は必ずしも専門の法律智識を有するものではないので、便宜上縣廳の官吏が豫め裁決書の文案を起草し、參事會に於いてはそれに付いて議決することが普通に行はれて居る。是は正式の裁判手續としては大なる違法であるが、訴願の裁決に在りては訴訟手續ほぎには其の審理手續が嚴格ではなく、斯ういふ豫斷的の審理が、實際上普通に行はれて居る慣習である爲に、是れ迄餘り争となつたことが無かつたが、本件に於いては原告は之を以て裁決の違法を主張する一の理由としたのである。

併し行政裁判所は其の理由を採用せず、それは唯準備手續の違法であるに止まり裁決そのものの違法ではないと曰ひ、又假令事前に投票函を開けたとしても、それが爲に投票の證據力が失はれたといふを得ないと判定した。

(評論) 判決が之を以て單に準備手續の違法に止まり、裁決それ自身に瑕疵を生じないと曰つて居るのは、穩當ではない。原案が豫め作成の上提出せられたとすれば、訴願の審理手續それ自身の違法である。訴願の審理權が専ら縣參事會に屬すといふことは、參事會が何等の豫斷をも受けず獨

立に自ら審理し裁決すべきことを意味するのは言ふまでもないことで、知事の作成した原案が提出せられたことは、審理の獨立を妨ぐるものと言はねばならぬ。唯訴願の審理手續に付いては、訴訟手續ほぎに其の獨立を擔保すべき法律の規定が嚴格でなく、審理手續に此の程度の違法が有つても、法律は之を以て裁決の效力を阻却すべきものとして居らぬといふことに依つてのみ、之を説明することが出来るに止まる。

投票函を開く權限の無い者がそれを開いて投票を査閱することも明に違法であるが、併しそれは犯罪の目的の爲にしたのではなく、豫め裁決の準備を爲す爲にしたことが明白であるとすれば、それだけでは投票に故意の變更を加へたものと推測することは出来ないもので、投票が原狀を失つたものと主張する爲には何等か之を推測するに足るべき別個の證據を提出しなければならぬ。其の證據の無い限りは判決に言つて居るやうに、投票函の開かれたに拘らず、投票は原狀を失はなかつたものと推測するのが當然であらう。

## 第二節 公務員

### (78) 刑法の意義に於ける公務員の範圍

(一) 町の囑託に依る工事監督員は公務員なりや

●北海道一級町村制ノ施行セラルル高島郡高島町ノ囑託ニ依ル工事監督員ハ公務員ニ非ズ(一四、七、二九、大刑)。

北海道の高島町に於て、工事監督員といふ名義を以て町長から土木工事の監督を囑託せられて居た者が、其の監督する工事の請負人から収賄した。争點は工事監督員が刑法の所謂公務員に該當するや否やに在る。

原審札幌控訴院では、公務員は「法令ニ依リ公務ニ従事スル職員」に限り、而して工事監督員の職務は法令に定められて居るものでないといふ理由を以て之を公務員に非すと爲し、無罪の判決を與へたので、檢事から大審院に上告したが、大審院でも原審判決を是認し、上告を棄却した。

(評論) 判旨甚不當であると信ずる。

刑法に所謂公務員が如何なる範圍に於ての職員を包含するものと解すべきかは可なり疑はしい問題である。それが公務に従事する一切の職員を包含するものではなく、適當の限界を限ることを要するは疑を容れぬ所であるが、其の限界を定むべき標準を何に求むべきかは、容易に之を斷定し難い。大審院の判例に於ては、刑法第七條に「本法ニ於テ公務員ト稱スルハ官吏、公吏、法令ニ依リ公務ニ従事スル議員、委員其他ノ職員ヲ謂フ」とあるを根據として、形式的に法令に依つて職名を規定せられて居るや否やを以て、其の限界を定むべき標準と爲し、法令に職名の規定の無い者は總て公務員に非すと解して居るのであつて、此の判決も此の先例に従つて居るのであるが、是は充分

の理由あるものとは信ぜられぬ。刑法が公務員瀆職の罪を定めて居るのは、公務の威信を保護し、その公正を維持することを目的として居ることは、争を容れぬ所であつて、随つて其の所謂公務員は、刑罰を以て威信を保護し、公正を維持することの必要あるだけの重要性を有する公務に従事する者でなければならぬと共に、又それだけの重要性を有する公務に従事する職員であれば、必然に刑法の所謂公務員に該當する者と解せねばならぬ。然るに形式的に法令に依つて職名を規定せられて居るや否やは、必ずしも其の職務の重要性を判斷すべき標準と爲し得べきものではない。公務員を任用することは、其の性質上必ずしも特別の法令の規定を必要とする事柄ではなく、如何に重要な公務であつても、法令の規定に基かずして、本人の同意を得て之を公務員として任用することは、行政權の當然の權能に屬するもので、例へば國の公務に付いて言へば、國際會議に列席せしむる爲に特派せられる特派全權大使及其の隨員の如きは、法令の規定を以て其の職務を定められるものではなく、而も其の職務の重要性に於ては、國務大臣にも比肩すべきものである。勿論概して言へば、特派全權大使の如き臨時の職を除くの外、少くとも常置の職に就いては、稍重要なものは法令に其の規定の有るのを通常とすることは疑の無い所で、随つて法令に規定せられて居るや否やを以て、刑法の所謂公務員に該當するや否やを區別する標準としても實際上甚しき不都合なく、而も一方には之に依つて形式的に明白な區別の標準を得るの利益が有るけれども、併しそれは唯偶然の結果であつて、時としては此の標準を以ては甚不當の結果を生ずることが有り得る。而して本件

判決の如き場合は即ち其の一例であると信ずる。

國家又は市町村の經營する土木又は建築工事の監督の如きは、其の性質上最も嚴正公平なることを要し、而も賄賂の最も行はれ易いもので、收賄罪を處罰する必要は、此の種の公務に付いて最も顯著であると言つても可い。同じく工事の監督に従事する者で、技師又は技手の身分を有する者であれば、其の收賄が犯罪となり、囑託員又は雇員であれば收賄しても無罪であるといふことは、到底首肯し難い説である。公務員收賄罪を處罰することに依つて保護せらるる所の法律利益は、公務それ自身に在ることは、更に疑を容れない所である。官吏法上の懲戒處分の如き官吏としての義務違反を處罰することを目的とするものであれば、其の處罰に依つて保護せらるる法律利益は、國家の官吏に對する權利に在るのであるから、其の處罰を受くる者は官吏たる身分を有する者に限り、其の擔任する職務の如何は問ふ所ではないが、刑罰は懲戒處分と異なり、國家に對する特別の勤務關係に於ての義務違反を處罰するのではなく、社會的の秩序に反する行爲を處罰するのであるから、其の公務員が國家に對して如何なる身分上の關係に立つて居るかは敢て問ふ所ではなく、主眼とする所は専ら其の擔任する公務の種類如何に在る。囑託員や傭員の如き民法上の關係に在る者は、官吏の如き懲戒處分に服する者ではないが、併しそれは懲戒處分が官吏たる身分に於ての義務違反を罰するが爲にするものであることの性質に基くもので、刑罰法上の關係に於ては、苟も同じ公務に従事する職員である以上は、官吏の身分を有する者であつても、民法上の雇傭關係に在る者であ

つても、其の擔任する公務に付き法規に違反することを得ない拘束を受くることは全く同様であつて、若し其の公務に關し法規違反の行爲が有り、それに依つて刑法の保護する法律利益を侵害するならば、公務員瀆職の罪に問はるべきことに於て、異なる所は無い。況んや其の職名が法令に規定せられて居るや否やといふが如き單純な外形上の區別に依つて、刑罰法規の適用を異にすべき理由は全く之を見るを得ない。

自分の見る所に依れば、刑法に所謂「法令ニ依り公務に従事スル職員」とある「法令」の文字は、敢て成文の法律命令といふ意味に解すべきではない。それは法規に依りといふ意味であつて、假令明白な成文の法令の規定は無いにしても、慣習法及び條理法は此の點に於て法令と同一の效力を有するものである。加之「法令ニ依り」の語は公務に従事することに繋るのであつて、職員に繋るのではない。「法令ニ依り公務ニ従事スル」とは法規の拘束を受けて公務に従事することを意味する。言ひ換ふれば「法令ニ依り公務ニ従事スル職員」とは、決して法令に規定せられて居る職員といふ意味ではなく、法規の拘束の下に公務を擔任して居る職員といふ意味に解すべきである。

唯問題は其の所謂「公務」とは如何なる事務を意味するかに在る。「公務」といふ語は、若し廣く之を解するならば、苟も國家又は公共團體の事務である以上は、公立病院の看護婦の職務も、官營「ホテル」の給仕の職務も、等しく公務の中に含まるべきものであるが、此等の者までも公務員瀆職罪の主體たり得べき者と解すべからざることには、言ふ迄もない。其の所謂「公務」は國家的高權の行

使に關する職務を意味するものと解すべきであらう。何となれば、國家的高權の行使に關係なく、單純なる私經濟的性質を有する事務であれば、敢て其の威信を保護し公正を維持する爲に、一人の業務と異つた特別の刑法上の保護を必要とすべき理由は無いからである。要するに法律が公務員瀆職罪を定めて居るのは、一に公務の威信と公正とを保持することを目的とするものであることは疑を容れない所であるから、法律の所謂「公務員」は唯此の如き保護を必要とする公務に従事する者に限るものと解すべきは當然であり、而して此の如き保護を必要とする公務に従事する即ち普通に所謂「公の權力」の行使に關する職務に限るものと解すべきであらう。

故に例へば、府縣立病院の醫員が公務上病人を診療し、看護婦が病人を看護し、病人から謝禮を貰つたとしても、公務員收賄罪を以て處斷すべきものではなく、郵便集配人が山の上の一軒家に郵便物を配達したので、其の配達を受けた者が集配人の勞を慰むる爲に饗應したとしても、贈賄罪を以て論ずべきでもない。何となれば此等は何れも其の職務が私經濟的の性質を有し、國家的高權の行使に關するものと看るべきではないからである。

一方に於いては、苟も國家的高權の行使に關係する職務であれば、其の職務の威信を保護し其の公正を維持するの必要は、其の職名が形式上法令の文字の上に示されて居るや否やに依つて異なるべき理由は無い。故に例へば、自動車運轉手の試験、案内業者の試験、看護婦の試験なきに於て、其の試験委員又は其の補助員に民間の營業者を囑託し、而して偶其の職名が法令の上に規定せられ

て居なかつたとしても、其の職務が國家的の公の試験の審査に關するものであつて、それに依つて營業免許の許否が決められるとすれば、其の試験委員又は補助員が其の職務に關し賄賂を收受すれば、それは當然刑法上の公務員收賄罪に問はねばならぬことは疑を容れぬ所であらう。

之を要するに、刑法上收賄罪として處罰せらるべきや否やは、専ら職務の性質に依つて判斷せらるべき事柄で、其の職員が法令の文面に記載せられて居るや否やに依つて判斷せらるべき事柄ではない。本件判決に於て大審院が被告人の職務たる工事監督の性質如何に付いては、更に考慮する所なく、單に「工事監督員」といふ職名が法令の文字の上に示されて居るや否やに依りてのみ、其の收賄が犯罪を構成するや否やを判斷する材料として居ることは、全く觀察の要點を誤つたものである。

### (二) 市の雇は公務員なりや

●岡山市ノ建築工事ノ現場監督ニ従事スル雇ハ刑法ニ所謂公務員ニ非ズ(一四、一〇、一六、大刑)。

岡山市立小學校の建築に當り其の工事請負人某が、該建築工事の現場監督の任に當れる岡山市雇某に贈賄し、該工事に付き不正の取扱を受けた。争點は市の雇が刑法に所謂公務員に該當するや否やに在る。

原審廣島控訴院に於ては、之を公務員なりと斷じ有罪の判決をなしたが、大審院は之を破毀し

て、岡山市の雇は同市の吏員ではなく、而して「其ノ他法令ニ於テ前記雇が岡山市ノ公務ニ従事スル職員ナルコトヲ規定スルモノナキヲ以テ」雇は刑法に所謂公務員に非すと爲し、其の收賄は法律上罪と爲らないものと判定した。

(三) 帝國大學の雇は公務員なりや

●九州帝國大學建築課雇ハ刑法ニ所謂公務員ニ非ザルヲ以テ其ノ事務ニ關シ金品ノ贈與ヲ受クルモ賄賂罪成立セザルモノトス(二四、二二、八、行)。

九州帝國大學建築課の雇に任命せられ、同課技手の補助として建築工事の監督又は検査を爲すべき地位に在つた何某が、工事請負人から其の職務に關し金品の供與を受けて之を收受した。原審長崎控訴院は之を有罪として判決したが、大審院は「九州帝國大學處務規程」には「同大學ニ庶務課會計課建築課等ヲ置キ云々各課所員ハ上官ノ指揮ヲ受テ事務ヲ處理シ云々」の規定が有るばかりで、建築課勤務雇の任用に關する別段の規定なく、其の他の法令の中にも雇の任用及職務に付いて規定したものが無いといふ理由を以て、雇は公務員に非すと曰ひ、原審判決を破毀して自ら無罪の判決を與へた。

(評論) 此等二個の判決も第一の判決と其の趣意を同じうするもので、何れも同様の誤に陥いつて居るものである。公務員瀆職の罪は公務そのものゝ信用を害する罪であつて、國家に對する服務

義務違反の罪ではない。刑罰と懲戒處分との差異は殊に此の點に於て現はれる。懲戒處分は官吏の義務違反を罰するのであるから、其の要件としては官吏の身分を有する者であることを要し、必ずしも現に公務を擔任する者たるを否とを問はない。随つて一方には休職官吏と雖も懲戒に服する者であると共に、雇の如き官吏の身分を有しない者は懲戒に服する者ではない。公務員瀆職罪は之に反して公務そのものゝ信用を害することを罰するのであるから、其の犯罪の構成要素としては、現に公務を擔任する者であることを要し、必ずしも官吏たる身分ある者なることを要しない。随つて一方には假令官吏であつても休職官吏の如き現に公務を擔任しない者は其の主體となり得ない者であると共に、一方には若し現に公務を擔任して居る者であれば、それが官吏の身分を有する者であると雇員、傭員、又は囑託員であるとは問ふ所でない。大審院の此等の判決は徒に法律の文字解釋に拘泥して、刑罰の目的が何に在るかを考察しない誤あるものと言はねばならぬ。

(79) 府縣の物産検査員の地位、府縣有給吏員の性質

○大分縣穀物生産検査員ハ同縣ノ有給吏員ナリ(二四、二二、二六、行)。

○宮崎縣穀物検査所検査員ハ同縣ノ有給吏員ナリ(二五、七、二〇、行)。

(評論) 明治四十三年勅令二一九號及び同年農商務省令第六號に依り道府縣に於いて行ふ、重要物産の検査を掌らしむる爲に設けられて居る検査員が府縣の有給吏員であるや否やは、府縣會議員

の被選舉權の問題と關聯して從來も屢問題となり、之に關する判例は甚だ多い。而して判例は常に此等の検査員を以て府縣の有給吏員であつて、随つて府縣會議員と爲り得ないものと解して居り（前卷三五頁以下）、此の二の判例も亦此の先例を逐うて居るものである。自分は此の見解に反對するもので、それは前卷に於いても述べた所であるが、同一の判例が尙墨守せられて居るのであるから、更に一言を加へようと思ふ。

判例が之を以て府縣の有給吏員であると斷定して居る理論上の根據は、一四、一二、二六の判決に於いて比較的最も詳細に論述せられて居る。それに依ると其の理由として左の五點が擧げられて居る。

- (1) 府縣制第二條ノ規定ニ依レバ穀物検査事務ガ元來國ノ事務ナリトスルモ府縣ニ屬スルコトヲ妨クルモノニ非ス而シテ明治四十三年勅令第二百十九號及同年農商務省令第六號ノ規定ハ穀物検査ノ事務ガ本來國ノ事務ナルモ府縣ニ屬スルコトヲ認メタルモノト解スベキモノトス。
- (2) 職務ガ全力ヲ擧ゲテ從事スルコトヲ要スルト否ト恩給及遺族扶助料ヲ受クルト否トハ吏員ト否トチ區別スヘキ懸據ト爲スニ足ラズ。
- (3) 大分縣穀物生産検査員ハ同縣ニ屬スル穀物生産検査及改良獎勵ニ關スル事務ニ付テ數量的ニ何等限定スル所ナキ職務ヲ負擔スル職員ニシテ同縣ノ吏員ナリ。
- (4) 吏員ニ對スル給與額ガ生活費ヲ支辨スルニ足ルト否トハ給料ナルヤ否ヤチ區別スベキ懸據ト爲スニ足ラズ。
- (5) 大分縣穀物検査員ノ受クル年手當ハ其ノ吏員ノ地位ニ屬スル給與ニシテ給料ナルヲ以テ右検査員ハ大分縣ノ有給吏員ナリ。

此等の所論を總括すると、問題は全體に於いて之を二に分つことが出来る。第一、生産検査事務は果して府縣の事務であるや否や。第二、假に府縣の事務であるとしても、検査員は果して府縣の有給吏員であるや否や。此の二の問題に付いて判決は凡て之を肯定して居るのであるが、自分は凡て之を否定すべきものと信するのである。

(一) 生産検査事務は府縣の事務なりや。

前卷（三五頁以下）に於いて自分はそれが府縣の事務ではなく國の事務であることを論證せんと試みた。之に對して一四、一二、二六の判決は、生産検査事務が本來は國の事務であることを承認したけれども、尙府縣に委任せられた事務であるとして居る。即ちそれは府縣の固有事務ではないが委任事務であつて國家から府縣に委任せられたものであると解して居る。判決の理由とする所は専ら該農商務省令の第三條に「道府縣ニ於テ重要物産ノ検査ヲ行ハントスルトキハ」主務大臣の認可を受くべしと規定せられて居ることに在る。「道府縣ニ於テ」とある規定の文字が唯一の根據となつて、それが府縣の事務であると斷定せられて居るのである。其の根據の餘りに薄弱なることは唯驚くの外は無い。

(1) 國の事務を府縣に委任する爲には、府縣制第二條にも明記せられて居る通り、府縣制の發布以

後に於いては、唯法律又は勅令に依つてのみ爲し得る所であることは争の餘地も無い。然るに判決の根據として居るのは農商務省令である。農商務省令の規定を以て國の事務を府縣に委任することは法律上不可能である。故に若し行政裁判所の解する如くに、該農商務省令の規定が國の事務を府縣に委任する趣意であるとするれば、それは全然無効の命令でなければならぬ。

(2)若しそれが府縣に委任された事務であるとすれば、府縣は府縣制第九十九條の規定に依つて當然其の事務に付き手数料を徴収する権能を有する。それは法律に依つて與へられた府縣の自治の権能であつて、固より農商務省令に依つて制限せられべきものではない。然るに該農商務省令は各種の生産物に付き一々検査手数料の金額を制限して居るのであつて、此の如き制限は若しそれが府縣に委任せられた事務であるとすれば其の自治権を侵害するものであつて、法律上行はれ得べき事柄ではない。

(3)該農商務省令は明治四三年勅令二一九號に基く規定で、其の根據は此の勅令に在るのであるが、此の勅令は其の名稱に於いても「道府縣手数料令」と謂つて居る通り、唯府縣に手数料を徴収する権能を與へて居るに止まり、毫も國家事務を府縣に委任して居るものではない。國家事務が府縣の負擔に於いて行はれる爲に、府縣に之に應ずべき収入の權利をも與へて居るのである。該勅令に規定せられて居る産婆試験、看護婦試験等各種の事務は何れも國の官廳としての府縣知事の職務に屬するものであることは疑なく、唯府縣が其の費用を負擔する義務を負ふが故に、従つて又手数料

料徴収の權が與へられて居るのである。物産検査の事務も亦之と類を同じくするものであることは、該勅令の規定の文面からも明瞭である。即ちそれは府縣に委任せられた事務ではなく、地方長官としての府縣知事の權限に屬する國の事務であり、唯其の費用を府縣に於いて負擔するものたるに止まるのである。

(4)農商務省令に「道府縣ニ於テ」検査を行はんとするときは云々と曰つて居るのは、此の見地からすれば文字稍穩當を缺くやうであるが、「府縣」といふ文字は屢府縣知事を指す意味に用ゐらるる慣習(大正八、四、二、行は此の慣習を承認して居る)が有るのみならず、府縣費の負擔に於いて行はるる事業に付いては、假令國の事務であつても、府縣知事の單獨の職權を以ては之を決することが出來ず費用の點に於いて必ず府縣會の議決を経ることを要するのであるから、「道府縣ニ於テ」といふ文字を用ゐても必ずしも不當と言ふことは出來ぬ。地方農事試験場、地方産業講習所其他凡て府縣の費用を以て設立せらるる國の營造物に付いて常に「府縣立」と稱して居るのも同様の例である。之を以て府縣の事務と解する根據と爲し得べきものではない。

要するに、物産検査事務は國の官廳としての府縣知事の職權に屬する事柄で、唯之に要する費用が府縣の負擔に屬するものたるに止まる。それは府縣の固有事務でないことは勿論、又其の委任事務でもない。

若し此の見解が正しいとすれば、それだけでも既に生産検査員が府縣の吏員でないことは明瞭で

ある。府縣の吏員は府縣制第七十五條に依り府縣の事務を處理せしむる爲に任命するもので、國の官廳としての府縣知事の職務を補助せしむる爲に設置し得べきものではない。産婆試験委員、看護婦試験委員などを府縣知事が任命しても、それが府縣の吏員でないことは何人も疑はぬであらう。生産検査員もそれと同じ勅令に根據を有つて居るもので、亦之と同様の性質を有するものでなければならぬ。勿論此等の者に對する手當金は府縣費から支拂はるるものであるが、それはその經費の負擔が府縣に屬する結果で、恰も警察官の俸給が府縣費から支辨せられても、それが爲に警察官が府縣の吏員たるものではなく、身分に於いては國の官吏であること疑を容れぬと同様に、生産検査員や産婆試験委員も其の手當は府縣費から支辨せられて居ても、其の身分に於いては國の職員であつて、府縣の職員ではない。

(二) 府縣の有給吏員たるには如何なる要素が必要であるか。

此の問題に關しては、判決には有給吏員たるには(1)全力を擧げて職務に従事する義務あることを要せず、(2)恩給遺族扶助料を受くるものであることを要せず、又(3)生活資料としての給料を受くるものたることを要しない。検査員は數量的に限定せられない職務を擔任し、又或る給與を受くるものであるから、府縣の有給吏員であると曰つて居る。

併しながら、是も有給吏員の本質を誤解したものである。「有給吏員」とは單に給與を受けて居る職員といふだけの意味ではない。それは名譽職に對する觀念で、専務職たることを其の觀念の要素

として居る。名譽職の如く本業の傍職務を奉じて居るものではなく、専心その職務に盡すことを本則として居るものである。固より専務職と言つても、必ずしも絶対に他の仕事を爲すを得ないといふのではないが、他の仕事を爲すには必ず上司の許可を受けねばならぬもので、任意に他の仕事に就くことを得ないことをその本質として居る。判決には「官吏ニ於テモ商業ヲ營ムコトヲ得ベキ場合アルガ故ニ職務ガ全力ヲ擧ゲテ従事スルコトヲ要スルト否トテ以テ吏員タルト否トテ區別スヘキ證據ト爲スヲ得ズ」と曰つて居るけれども、少くとも俸給を受くる官吏は商業を營む自由を有するものではない。官吏服務紀律には常に官吏自身のみならず其の家族すらも長官の許可なくしては直接にも間接にも商業を營むことを得ないものとして居る。府縣吏員服務紀律にも第七條に有給の府縣吏員は監督者の許可が無ければ營業を爲すを得ないことを定めて居る。若し何等の許可をも要せずして自由に營業を爲し得らるることを當然とするのであれば、それは有給吏員ではあり得ない。

有給吏員は専務職員であることの結果又必ず公に其の生活を保障せらるるものでなければならぬ。「有給」とは決して單に多少の金員の給與を受くるだけの意味ではなく、經濟上に生活を擔保せられて居ることを意味する。是が給料と報酬との差異の有る所以で、單に金錢上の給與といふだけであれば、名譽職員も亦市制一〇四條町村制八四條には「勤務ニ相當スル報酬」を受くることが出来る旨を規定して居る。生活を保障する趣意を以ての給料を支給せられず、従つて又退職後に退



隠料を受くる権利も無い者は、決して有給吏員ではあり得ない。

抑々舊府縣制が官吏又は有給吏員に被選舉權を與へて居なかつたのは、此等の者が經濟上には府縣費に依つて生活し、職務上には知事の指揮命令の下に立つもので、府縣會の議員として獨立公平の意見を期待し難いことに其の理由を有する。生産検査員の如き、經濟上には僅少の手當を受くるに止まり、その職務に於いても時々發生する検査事務を行ふに過ぎないやうな者は、毫もその被選舉權を制限すべき理由の無いものである。裁判所が繰返し此の誤判を重ねて居るのは甚だ遺憾と言はねばならぬ。

### (80) 町村有給吏員の性質

#### (一) 村の勸業統計調査員

○町村ノ事務ニ従事スル者ト雖其ノ地位ニ屬スル給料タルノ性質ヲ有セザル手當ヲ給與セラルルニ過ギザル者ハ町村制(舊)第十五條第二項ニ所謂町村ノ有給吏員ニ非ズ(二、三、三一、行)。

村の勸業統計調査員を命ぜられ年手當金十七圓七十二錢の支給を受けた者に付いて、その手當は唯一時の慰勞金であつて給料の性質を有するものではないと判示したのである。

(評論) 判旨勿論正當であるが、併し府縣の物産検査員に關する前記の判決と比較すると矛盾を

免れない。前のが誤りであつて、是が正當である。

#### (二) 村の臨時雇書記

○村ノ臨時雇書記ハ村書記ノ月給最高額ニ相當スル給與ヲ受クルモ尙村ノ有給吏員ニ非ズ(二、七、二二、行)。

村の庶務主任であつた書記が死亡して、専任書記の出来るまでの一時の雇として採用せられた者は、有給吏員たるに相當すべきだけの給與を受けて居たとしても、有給吏員たる身分を有するものでないことは、勿論である。

### (81) 市有給吏員の分限

○市書記ノ任免ハ市長ノ職權ニ專屬シ之ヲ制限スルコトヲ得ザルモノナルヲ以テ市會ノ議決ヲ以テ市吏員ノ身分ヲ保障スルガ爲ニ制定シタル市吏員分限規程ハ無効ナリ(二、六、一六、行)。

市の書記何某が市長から免職の辭令を受けた。何某は此の免職處分は同市の市吏員分限規程に違反するもので無効であると主張して、給料請求の訴を爲したが、行政裁判所は該分限規程は市制第八十五條第一項に「市ニ必要ノ有給吏員ヲ置キ市長之ヲ任免ス」とある規定に牴觸するもので、無効であると爲し、其の訴を棄却したのである。

(評論) 判旨結局は正當に歸するにしても、其の理由とする所は甚だ不當である。

(一) 市制の明文に於いて或る事項を市長の職權として定めて居る場合に、それが市會の議決を要しないものであることは更に疑を容れぬ。併し市會が全然之に容喙するを得ないものであるや否やに付いては、事項の性質に依つて區別して考へねばならぬ。若し其の事項が法令に依つて市長に委任せられた國の事務であれば、それは全然市會の關係し得ない事柄であることは言ふを待たぬ。之に反して其の事項が市の事務に關するものであれば、市制第四十一條に「市會ハ市ニ關スル事件……ヲ議決ス」とあつて、市會は當然之に關與し得る權能を有するもので、法律が之を市會の權限から除いて居ることの明白なもの外は、市會が之を議決したとしても、敢て權限を超えたものとは言ふを得ない。

市の有給吏員の任免に付いても、その任免權は法律に依り市長の權限とせられて居るのであるから、市會が自ら之を任免する權能を有し得ないことは明瞭であるが、併しそれは敢て市會が其の任免に關して何等容喙の權の無いことを意味するものと解すべきではない。「市長之ヲ任免ス」といふ規定は敢て市長が何者の制限をも受けず自己の專斷を以て之を任免すといふ意味を包含するものではなく、唯其の任免行爲を爲す者が市長であることを要するの意を示すものに外ならぬ。市吏員の任免に關する法則は言ふまでもなく市に關する事件で、市制第四十一條に依り當然市會の議決し得べき事件である。單に「市長之ヲ任免ス」といふ規定の有ることの理由のみに依つては、それが市

會の權限から除かれたものと解すべき根據とするには足らぬ。市の有給吏員は國の官吏と類似の地位を有するもので、國の官吏に付いて文官分限令や文官任用令の規定が必要であると同樣に、市の有給吏員に付いて、その分限規程や任用規程を設けることは極めて合理的で、法律が之を禁止して居るものと認むべき根據は全く存在しないのみならず、若し之を禁止して居るものとすれば、それは甚しき不合理な法律と言はねばならぬ。國の官吏に付いて分限を保障し任用を制限することが必要であるのに、市の有給吏員に付いて同様の法則を設けることが法律の禁止して居る所であるとは到底思考し得られない所である。

而して若し市吏員分限規程を設けるとすれば、それは必ずしも市會の議決を経ることを要せず市長單獨に之を定め得ることは、吏員の任免權が市長に屬して居ることから見て當然であるが、併しながら市會の議決を経ることを要しないといふことは、市會が議決する權能が無いといふことは全く別個の問題で、市會の議決を経ることは法律上の必要ではないにしても、市の規程であり、市に關する事件である以上は、市會は之を議決すべき一般的の權能を有するもので、其の議決は固より有效である。

判決には、原告が該吏員分限規程は市長の自ら承認したものであると主張したのに対して、「市長ノ權限ハ市長自ラ之ヲ制限スルコトヲ得ルモノニ非サルヲ以テ」假令市長が之を定めたとしても尙無効であると曰つて居るけれども、是は自律的制限の效力を認めないもので、一層甚しき不當であ

る。若し斯の如き論法を以て曰はゞ文官分限令文官任用令の如き凡て無効と言はねばならぬであらう。

此の故に係争の市吏員分限規程が有効であることは疑を容れぬと信ずる。

(二) 併しながら此の規程に違反した免職處分が當然無効であるかと言へば、それは必ずしも然らうではない。

分限規程は唯市長の任免権を制限して、此の規定に従つて任免すべきことを命じて居るに止まり之に背いた任免行為を法律上不能ならしめて居るのではない。此の如き効力は唯法律に依つてのみ發生し得べく、市の自ら定むる分限規程には存し得ないものである。之に違反することは、唯其の行為を違法ならしむるに止まり無効ならしむるものではない。法律が若し違法の任免に對して行政訴訟を起すことを許して居るならば、被免者は之を理由として出訴し得べきものであるが、法律は唯給料に關してのみ出訴を許して居るに止まり、免職それ自身に對しては出訴を許して居らぬ。故に假令免職が違法であるとしても、苟もそれが有効である限り行政裁判所は之を審査する権能を有しないもので、其の有効なることを前提として、唯給料の請求權に付いて審査し得るに止まる。而して免職が有効である以上給料請求權のものはや存在しないことは勿論であるから、原告の請求は結局理由の無いことに歸する。

是が其の理由に於いて甚だ不當であるに拘らず、判決が結局に於いて正當に歸する所以である。

### (82) 市町村名譽職員の辭職の效力發生時期

有給の市町村長助役等の退職に付いては、判例は普ねく、法律が特に辭職申出の後一定の期間を経て當然退職することを定めて居る場合を除くの外は、市町村會の承認を得なければならぬことを認めて居る(前卷三七三頁)。大正十五年十一月十三日の判決も此の趣意を言明して

町村有給助役ノ辭職申出ハ改正前ノ町村制第六十四條第三項ノ場合ノ外ハ町村會ノ承認ヲ俟テ其ノ效力ヲ生スト解スベキモノトス  
と曰つて居る。

然るに名譽職員の辭職に付いては、從來の判例は常に、單に辭職の申出を爲すことのみに依つて直に退職するものと解して居り、其の甚だ不當なることは前卷(三四五頁以下)にも述べた所であるが、其の後も行政裁判所は尙同じ見解を墨守して居る。例へば大正十五年十一月十三日の判決(前出(24)参照)に於いて、宴會の席上で村會議員が村長に辭職届を渡したのは有効なる辭職ではないと曰ひ、大正十五年三月八日の判決に於いて、村長の辭職後村會議員が前村長に辭職届を提出したのは有効の辭職でないといつて居るのは、何れも辭表の提出に依つて直に退職することを當然の前提として居るのである。

此の如き見解が極めて不當なることは、前卷にも述べた所であるが、更に一言を附加すれば、

(一) それは前巻にも述べた如く、義務は之を抛棄することを得ないといふ法律の根本原則を無視するものであるのみならず、又合意に依り成立せる行爲を單獨の意思に依つて破棄するを得ないことの原則をも無視するものである。市町村會の選舉に依つて就任した者は其の辭職に付いても市町村會の承認を得なければならぬことは、選任が合意に依る行爲であることから生ずる當然の事理である。

(二) 有給市町村長等の退職に市町村會の承認を要するものとして居ることから見ても甚だ不權衡である。有給吏員は就任の義務なく何時でも退職の自由を有するものである。而も尙市町村會の承認を得るか又は辭表提出後一定の期間を経過せねば退職することの出来ないものとして居るのに就職義務ある名譽職員が何時でも辭表を提出すれば直に退職し得るものと解するのは、大なる矛盾である。勿論、其の辭職が正當の理由の無い場合には、公民權停止といふ制裁が加へられ得るけれども、それは正當の理由の無い場合に限り、病氣その他法律の列記して居る正當の理由ある場合には、何等の制裁をも課することが出來ず、その點に於いて有給吏員の退職と同様である。而も一は承認を得て始めて效力を生じ、一は一方的の申出に依つて直に效力を生ずるとすることは明白なる矛盾である。

(三) 名譽職の就任は現役兵役の服役義務の如くに絶対的強制的服役ではなく、正當の理由あれば之を拒辭し得べき義務である。絶対的強制的服役に在つては之を拒否することは、常に違法の行

爲であつて、當然に制裁を受くべきものであり、隨つて承認を得るや否やの問題を生じない。之を拒否する行爲は法律的の行爲ではなく唯事實上の行爲である。名譽職に在りても「職務ヲ實際ニ執行セサルトキ」とあるのは、之と同様に事實上の違法行爲であつて、法律上の效力の問題を生ぜず、隨つて又承認の問題を生じない。名譽職の辭職は之に反して、法律的效力を生ずべき意思表示であつて、又必ずしも常に違法なるものではない。其の適法であるや違法であるやは市町村會の議決に依つて始めて定まるのである。其の議決に依つて始めて其の效力を發生すべきは當然である。判例が其の辭職に市町村會の承認を要せず單獨の意思表示を以て直に職務消滅の效力を發生するものとして居るのは、法律的行爲と事實行爲との區別を混同し、名譽職の就任を現役兵役の如き絶対的強制的服役と同一視して居る誤あるものである。

(四) 法律が名譽職員の辭職が正當の理由ありや否を認定する權限を市町村會に與へ、若し正當の理由なしとする場合には公民權停止の制裁を課し得るものとして居ることも、決して反對論を證明する材料となるものではなく、却て反對に其の辭職が市町村會の承認に依つて效力を生ずるものであることを表明するものである。法律が市町村會に正當の理由の有無を認定する權限を與へて居るのは、辭職の申出が有れば必ず之を市町村會の議決に付せねばならぬことを前提として居るものであることは言ふ迄も無い。市町村會に於いて正當の理由ありと議決すれば茲に始めて其の辭職が效力を生ずる。若し正當の理由なしと決すれば、市町村會の議決を以て一應の反省を促がし、それ

にも拘らず尙辭意を醸へさない場合には、一方には辭職を承認すると共に、一方には之に對して制裁を課し得るのである。若し之に反して名譽職員の辭職の申出に依つて直に效力を生ずるものと爲し市町村會の議決を以て之が反省を促がす機會を與へられないとすれば、名譽職員は自ら正當の理由ありと信じて辭意を申出たが、公民權停止の制裁を受けて迄も之を拒辭する意思が有るのでなく、若し市町村會の議決に依り正當の理由なしと認めらるるならば喜んで留任する意思の有る場合でも、絶対に其の辭意を醸へすべき機會なく、此の場合には自己の本意に反して退職し又制裁を課せらるることとなるのであつて、それは決して法律の趣意とする所ではあり得ない。

(五) 就中、名譽職員に懲戒事犯が有つて、市制一七〇條町村制一五〇條に依り既に審査に付せられて居る場合、又は將に審査に付せられんとする場合に付いては、一方的の辭表の提出で直に退職するものと爲すことの不合理なることは最も明白である。此の場合に於いて若し辭職届の提出に依つて直に退職するとすれば、懲戒事犯あるにも拘らず、事犯者の單獨の意思を以て任意に其の懲戒を不可能ならしむることを得るものとなり、其の懲戒の性質と相容れないことは言ふまでもない。

### (83) 神社の社掌の身分

●神社ハ國家ノ事務ニ屬スル祭神ヲ目的トスル一種ノ公法人ニシテ府社縣社以下神社

ニ職ヲ奉スル社掌ハ地方長官之ヲ任用シ判任官ヲ以テ待遇セラルル官吏ナリ(二、七、二、大刑)。

大審院判例に於いて神社が公法人であることを言明したのは、恐くは是が最初の例であらう。神社の社掌を以て官吏であると斷じて居るのも正當である。

### (84) 官吏の職權の濫用と犯罪の成立

●道路法ノ規定ニ依ル道路又ハ其ノ附屬ノ橋梁ノ現状ガ特ニ其ノ使用ニ適セザル事跡ヲ存セザルニ拘ラズ、道路ノ管理者ガ専ラ他人ノ往來ヲ妨害センガ爲其ノ者ガ必要上通過スベキ時期ニ臨ミ俄ニ既設ノ道路又ハ橋梁ヲ損壞スルガ如キハ職權ノ濫用ニシテ往來妨害罪ヲ構成シ道路管理者ガ道路橋梁ヲ改築スル權限ヲ有スル故ヲ以テ其ノ行爲ニ違法性ナキモノト謂フヲ得ズ(二、三、三〇、大刑)。

村の助役が何某と通謀し、何某が其の荷馬車輓營業の競争者である他人の營業を妨害する爲に其の荷馬車の通行筋に當る土橋改築の爲に橋梁を村に寄附すべきことを申出たのに對し、その目的を知つて其の寄附を受領し、改築の爲に土橋を損壞せしめた。

右の事實に付いて上告人は橋梁の改築は道路の管理者の正當の權限に基く行爲で違法となるべき

ものでないと主張したが、大審院は之を容れず、假令権限内の行爲であつても、故意に職権を濫用して、特定人の往來を妨害するが爲に急に橋梁の改築を爲すが如きは往來妨害罪を構成するものと判定した。

(評論) 判旨正當で、職務犯罪の一適例と爲すことが出来る。

### (85) 官吏の轉職と收賄罪の成立

●甲課勤務ヨリ乙課勤務ニ轉シタル府縣屬ニ對シ甲課勤務中ノ職務ニ關シ金圓ヲ贈與シタル行爲ハ贈賄罪ヲ構成スルモノトス(一四、二、二〇、大刑)。

神奈川県屬で縣廳の特殊財産管理課に勤務して居た者が保安課に轉勤して後約四ヶ月を経て、同人が管理課勤務中に獨逸人の地所家屋等の換價處分の手續に關し職務上便宜を與へた謝禮として、金一百圓を贈つた者が有り之を收受した。是が贈賄罪に該當するや否やが本訴の争點である。

上告人は課の勤務が變はれば職務が全く異ふのであるから、前の職務に對する謝禮を後の職務に轉じてから收受しても、それは收賄にはならぬと主張したけれども、大審院は之を排斥し「地方官官制第二十四條ニハ屬ハ上官ノ指揮ヲ承ケ庶務ニ従事スト規定スルヲ以テ」課の轉勤に依りては「職務ヲ異ニシタルモノニ非ズ」と曰ひ、本件を以て贈賄罪を構成するものと判定した。

(評論) 官吏の收賄罪(及び之に伴ふ贈賄罪)が、官吏が他の職務に轉任した後に前の職務に付

いての謝禮を收受した場合にも、成立するや否やは、純然たる刑法の問題であつて、茲に斷定せんと欲する所ではないが、自分の意見としては、假令現在の職務とは關係の無い前任の職務行使に付いての謝禮を收受したとしても、收賄罪を構成するものと信ずる。若し此の卑見が正しいとすれば、本判決は結局正當である。

併しながら、大審院の見解に依れば、異つた職務に轉任した後に前の職務の行使に付いて謝禮を收受しても收賄罪にならぬことを前提とし、唯本件の場合に於ては、府縣屬は課の轉勤を命ぜられても、職務を異にするものではないから收賄罪を構成するものとして居るのである。若し此の如き前提を認むるならば、本判決は明に不當である。

判決は地方官官制の明文を引用して、何れの課に在りても等しく「上官ノ指揮ヲ受ケテ庶務ニ従事ス」るのであるから、課の轉勤は職務を異にするものではないと曰つて居るけれども「庶務」といふ語は單に「事務」といふのと同様に、抽象的の觀念であつて、決して職務の種類を定めたものではない。屬といふ名稱は單純な官名であつて、それだけでは職務の種類は少しも定まらず、一定の課の勤務を命ぜられて始めて職務が定まり、随つて又課の轉勤を命ぜらるれば職務の種類が全く異なるのである。一の課に在勤して居る屬は、他の課の事務には全然關與すべき權能も無ければ義務も無い。それは恰も等しく地方事務官と謂つても甲縣の學務課長と乙縣の産業課長とが職務を異にするのと同様である。

## (86) 高等女學校長の收賄罪

●高等女學校長タル者が書籍商ヲシテ校舎内ニ於テ生徒用教科書ヲ一手ニ販賣セシムルコトヲ許可スルニ對シ謝禮トシテ金圓ヲ受クルコトハ刑法第百九十七條ノ賄賂收受罪ヲ構成スルモノトス(一四、一二、一二、大刑)。

## (87) 村長の收賄罪

●佛教教會支部設置許可申請ヲ村役場ヲ經由シテ縣知事ニ提出スル場合ニ於テ村長ガ申請者ノ前科ノ有無ニ付副申ヲ爲スハ其ノ職務ニ屬シ之ニ關スル賄賂ノ收受ハ收賄罪ヲ構成ス(一五、五、一七、大刑)。

争點は専ら此の如き事項に付き副申を爲すことが村長の職務であるや否やに在つた。上告人は村長の職務は法令に依つて定まるものである。佛教教會の設立願に付き村長が副申するのは、郡長の内訓に依つて定まつて居るもので、法令に依るものではなく、随つてそれは村長の正當なる職務でな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。而してそれは固より當然で、佛教教會設立の許可は國の事務であり、而して國の事務に付いては、地方官官制に依り郡長が村長を指揮監督す

る權を有するのであるから、郡長の命令に依る職務は國の機關として村長の正當なる職務である。

## (88) 村會議員の收賄罪

●村會議員ガ村會ニ於テ村長選舉ニ關シ投票ヲ爲スニ付金錢上ノ利益ヲ收受スルハ刑法第九十七條ノ瀆職罪ヲ構成ス(一五、五、二九、大刑)。

上告論旨としては本件は選舉犯罪であつて、而して選舉犯罪としての特別の規定が無いから罪とならぬといふに在つたが、大審院は公務員たる職務に關係なく一般人民が選舉する場合であれば瀆職罪にならぬのは勿論であるが、本件の場合には村會議員が其の職務上の行爲として投票をするのであるから、それに付いて金錢を收受すれば當然瀆職罪になるものと判定した。

## 第三節 公務員の恩給、退隱料

## (89) 武官の恩給額の基準としての階等

○恩給法第六十一條ニ所謂階等ハ武官ニ付テハ官名ニ依リ定ムベキモノニシテ職名ニ依リ定ムベキモノニ非ズ(一四、七、一六、行)。

官は陸軍憲兵曹長で、第三憲兵隊上等伍長(准士官)の職に在つた者が、退官して曹長(判任官二等)

相當の恩給を受くることに裁定せられたが、自分は准士官(判任官一等) 相當の恩給を受くる権利が有るとして出訴したのが本訴で、裁判所は補職上は准士官であつても官は曹長であり、而して恩給額は官に依つて定まるべきものであると判定したのである。

(90) 恩給額算定の基礎としての兼職俸給

○恩給法第百一條ニ依ル軍人以外ノ公務員ノ恩給増額ノ算出ニハ恩給法施行ノ際従前ノ規定ニ依リ現ニ受ケ又ハ受クベキ年金タル恩給又ハ退隱料等ノ算出ノ基礎ト爲リタル俸給ヲ基礎ト爲スベキモノニシテ従前ノ規定ニ於テハ恩給又ハ遺族扶助料等算出ノ基礎ト爲ラザリシ兼職ノ俸給ヲモ合算シテ基礎ト爲スベキモノニ非ズ。

恩給法第八十五條第二項ハ同法施行前ニ生ジタル給與原因タル事實ニ對シテ同法第四十四條第二項ヲ適用シテ給與金額ヲ改定スルノ法意ニ非ズ(一四、一〇、二四、行)。

舊恩給法施行當時、山梨縣屬で道路主事を兼ねて居た原告は、縣屬として俸給年額千二百圓、道路主事として同じく三百圓を受けて居たが、退官に因り縣屬の俸給のみを基礎として恩給年額三百五圓を受くることになつた。大正十二年の新恩給法に依り此の恩給年額を四百八圓に更正せられたが、それは従前の如く縣屬の俸給だけを基礎として計算せられたものであつた。併し新恩給法(四

四條二項)に依れば兼職の俸給をも合算して恩給金額を定むべきものとせられて居るので、原告は此の利益を受くる権利あるものとして、右更正處分に對して不服の訴を爲したのが本訴である。其の理由とする所は恩給法第八十五條第二項に

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

といふ規定の有るのを根據として、従前の規定に依つて恩給権を有するものでも新法に依つて其の金額を定むべきものであるといふに在る。

行政裁判所は此の主張を排斥して、同條の意味は唯舊法に依る権利も新法に依る権利も同一の權利と看做すことを示して居るだけで、其の基礎となる俸給額の算定を迄新法に依らしむる趣意ではない。基礎たる俸給額算定の方法は第八十五條第一項施行令第三十六條第一項第一號に依り従前の規定に依るべきものであることは明瞭であると判定した。

(91) 地方費支辨の俸給を受くる官吏の恩給額更正

○明治四十二年一月郡書記ヲ退官シタル者ノ恩給更正ニ付テハ恩給法第百二條ノ適用ナキモノトス(一四、一〇、二〇、行)。

大正十二年の恩給法改正に當り、其の第百二條に依り明治四十三年三月三十一日迄に退官し明治

第二類 公法人、官吏及公吏 第三節 公務員の恩給、退隱料



四十三年四月改正前の俸給令に依る俸給を基礎として恩給を受けて居る者には、別に其の恩給を増額する旨の規定を設けた。それは明治四十三年四月に一般官吏の増給が有り、其の以前の俸給に依つて恩給を受ける者は、永久に其の不利益を受くることとなるので、恩給額も俸給と同様に増加しようとする趣意であることは言ふまでもない。元郡書記であつた者が等しく此の利益を受くるや否やが本訴の争點であるが、地方費の支辨に属する判任文官の俸給は明治四十三年四月にも改正せられず仍従前の例に依るものとせられたので、従つて郡書記の如き俸給が地方税支辨に属し俸給の改正せられなかつた者に付いては、恩給も増額せられないものと判定せられたのである。

(92) 一たび恩給を受け再任官後退官したる巡査の恩給額算定方

○明治三十七年十二月八日退職シ 退職料ヲ受クル巡査ニシテ再就職後同四十四年五月二十六日退職シタルモノノ 退職料更正ニ付テハ 恩給法第百一條及同法施行令第三十六条ニ依リ最後ノ在職ノ最終月俸ヲ標準トシ 別表第四號表ノ區別ニ依リ増加シタル金額ヲ俸給年額ト爲シ恩給法第六十三条ノ規定ニ依リ計算スベキモノニシテ同法第百二條ハ其ノ適用ナキモノトス(一四、二二、二六、行)。

(93) 舊法時代に退官したる巡査の恩給額算定方

○恩給法第百一條ニ依ル増給ハ従前ノ規定ニ依リ受ケ又ハ受クベキ年金タル恩給退職料等ノ金額ヲ勅令ノ定ムル所ニ依リ一定ノ金額ニ増額スルニ止リ最初ノ裁定ノ基礎ト爲リタル在職年及俸給年額ヲ新ニ算定シ以テ其ノ金額ヲ増額スベキモノニ非ズ。

恩給法施行前ニ給與事由發生シタル者ノ恩給ニ付テハ其ノ在職年及俸給年額ニ付恩給法第三十二條、第三十三條及第四十四條第三項ヲ適用スベキ限ニ在ラズ。

恩給法第八十五條第一項ハ同法施行前給與事由發生シタル者ニ付テハ同法施行當時手續未済ナルト既ニ裁定アリタルトヲ問ハズ之ヲ適用スベキモノトス。

巡査看守退職料及遺族扶助料法ニ依ル勤続年數ノ計算ニ付テハ十二箇月未滿ノ端數ハ之ヲ算入セザルモノトス(二五、二、一八、行)。

(94) 舊法時代に自己の便宜に因り退官したる者の恩給額

○官吏恩給法(舊)第九條第六號ノ規定ニ依リ在官年數ヨリ除算セラルベキ前官ノ在官月數中ニハ自己ノ便宜ニ依ル退官直前ノ在官月數ノミナラズ其ノ退官以前ニ於ケル一切ノ在官月數及兵卒トシテノ從軍年加算ノ年月數ヲモ總テ包含スルモノトス(二五、五、二五、行)。

(一)

○文官ト待遇職員ト併有シタル者ガ文官ヨリ他ノ文官ニ轉任シ同時ニ待遇職員ヲ辭任シタルトキハ其ノ待遇職員ハ後任ノ文官ニ對シテ恩給法第九十條第一項但書ニ規定セル繼續セル在職ノ關係ニ在ルモノト認ムルコトヲ得ズ(一四、一一、一一、行)。

縣の産業技手(判任待遇職員)の職に在つた者が凡そ十年間在職の後郡技手(判任文官)に併任し、約三年の後(新恩給法施行前)郡技手から郡書記に轉任し、同時に産業技手を辭し、更に三年の後郡書記を辭した。産業技手の在職をも通算すれば十五年以上になるが、郡技手になつた時から起算すれば十五年未滿である。恩給法第九十條第一項に依れば恩給事由が新法施行後に完成する者に付き其在職年數を計算するに當り舊法時代に屬する在職年は原則として舊法に依り、唯例外として舊法時代より繼續する在職に付いては新法に依るものと定めて居る。そこで問題は郡技手にして産業技手を兼ねて居た者が郡技手から郡書記に轉任し同時に産業技手を辭した場合に、其の産業技手と郡書記とが恩給法の所謂「繼續スル在職」と謂ひ得るや否やに在る。恩給局長は之に該當しないものと爲し、行政裁判所も亦之を是認した。

それは舊恩給法時代には地方待遇職員は恩給法の適用を受くる者ではなかつたのが、新法に依り

其の適用を受くる者に改められた結果で、産業技手は舊法時代に既に辭したのであつて、而して産業技手から郡書記に轉任したのではないから、産業技手と郡書記との間には恩給法の意味に於いて繼續する在職の關係あるものとは謂ひ得ないのは已むを得ない結果である。

(二)

○待遇職員ヲ退職シテ直ニ文官ニ任ゼラレタル者ハ恩給法第九十條第一項但書ノ繼續スル在職ニ該當スルモノニ非ズ(二、二、五、行)。

福岡縣檢疫吏(待遇職員)であつた者が福岡縣港吏(文官)に任ぜられ、二年四月の在任の後退官して一時恩給を給せられたが、檢疫吏としての在職年數は加算せられなかつた。原告は之を違法なりとし、檢疫吏と港吏とは繼續して在職して居たのであつて、其の在職年數を通算して一時恩給を給せらるべきものであると主張した。恩給局長も其の繼續する在職であることは之を承認したけれども、一時恩給は年金恩給とは異つて、轉任に非ざる異種の職務即ち一旦退任して更に別の職に任ぜられた場合には、其の在職年數は中斷せられて最後の在職のみを基礎として給與せらるゝものであると主張した。行政裁判所は雙方の意見を共に否定して、繼續する在職とは恩給法第十九條乃至第二十四條に定むる意義に於いての同種の公務員に付いてのみ立言して居るもので、而して待遇職員と文官とは同種の公務員ではないから、其の一を罷めて他に任ぜらるるものは、繼續する在職とは謂ひ得ないものであると曰ひ、隨つて前の在職年數を通算しないのは當然であると判定した。

## (96) 警察官吏の恩給加給の原因としての勤績

○恩給法第六十三條第三項ニ所謂勤績在職年トハ就職以來引續キ在職シタル年月ノ謂ニシテ恩給法施行令第三十五條ニ該當スル場合ノ外一旦退職シタル以前ノ勤績年月數ト再就職シタル以後ノ勤績在職年月數トハ通算スベキモノニ非ズ(二、一〇、四、行)。

## (97) 軍人恩給と文官恩給との關係

## (一)

○武官現役十一年以上ニシテ現役ヲ退キ軍人恩給法ニ依リ恩給ヲ受クル者更ニ文官ニ任ゼラレ官吏恩給法ニ依リ恩給ヲ受クル資格ヲ生ジタル場合ニ於テハ官吏恩給法第十條ノ趣旨ニ依リ軍人恩給ノ基礎ト爲リタル年數ヲ文官ノ在職年數ニ通算シテ計算シタル文官恩給額ト武官恩給額トヲ比較シ恩給年額ノ多キ方ヲ給スベキモノトス(一四、七、二、行)。(判例變更)

陸軍少尉の軍人恩給を受けて居た者が、文官に任ぜられて十五年以上在官して退官したが、軍人としての服役年數と文官在官年數とを通算して文官恩給を給與せらるることに裁定せられたのに對

し、従前受けて居た軍人恩給と新規の文官恩給と二個の恩給を受くる権利が有ると主張して出訴したのが本訴である。

裁判所は其の主張を排斥し、二の恩給を併せ給するのは法律の趣意とする所ではなく、兩方の年數を通算して單一の恩給を給すべきもので、前官と後官と何れでも高い方の俸給額を基準として恩給額を定むべきものであると爲し、随つて恩給局の裁定を正當なりと判定した。

是は先例を變更したものであるが、此の變更は正當である。等しく國家の官吏であり、共に國庫より其の恩給を支給するのであるのに、二重に其の恩給を給與すべき理由なく、又之を請求する權利も與へられて居らぬことは疑ない。

## (二)

○軍人恩給法ニ依リ免除恩給ヲ受クル者が再ビ文官ニ就職シ在職十五年以上ニシテ恩給法施行後退職シタルトキハ其ノ恩給ハ同法第五十四條第一項第一號及第五十五條第一項ニ依リ改定セラルベキモノニシテ二箇ノ恩給ヲ併給セラルベキモノニアラズ(一五、七、一、行)。

是も同趣意の判例である。

## (三)

○軍人服役年及從軍加算年合計十一年以上ニシテ軍人恩給法ニヨリ恩給ヲ受クル者更ニ文官ニ任ゼラレ在職十五年以上ニシテ退官シ官吏恩給法ニヨリ恩給ヲ受クル資格ヲ生ジタル場合ニ於テ軍人恩給ノ基礎ト爲リタル年數ヲ文官ノ在職年數ニ通算シテ計算シタル文官恩給額ガ軍人恩給額ヨリモ多キトキハ文官恩給ノミヲ給スベキモノトス(一五、一二、一、行)。

(98) 縣退隱料と恩給との關係

○恩給法ノ適用ヲ受クル三重縣待遇職員ノ退隱料ニ付テハ大正十二年九月同縣令第四十號縣吏員職員退隱料退職給與金遺族扶助料支給規則第四十三條ニ則リ其ノ在職年數ヨリ恩給法ノ適用ヲ受クベキ在職年月數ヲ控除シタル殘年月數ニ從ヒ決定スベキモノトス(一五、七、六、行)。

(99) 退職給與金條例の溯及力

○青森縣北津輕郡五所川原町吏員退職給與金條例ハ同條例施行後ニ退職シタル者ニ付テハ同條例施行前ノ在職年數ヲモ通算スル趣旨ト解スベキモノトス(二、二二、二四、行)。

(100) 舊法時代より繼續せる刑の執行猶豫の判決に基く恩給停止

○恩給ノ給與事由ガ恩給法施行前ニ生ジ懲役刑執行猶豫ノ判決モ亦同法施行前ニ確定シタルガ爲官吏恩給法第十二條ニ依リ恩給ヲ停止セラレタル場合ニ於テハ其ノ停止期間ガ恩給法施行後ニ至ルトキト雖モ恩給停止ハ官吏恩給法ノ規定ニ依ルベキモノトス(二、五、二四、行)。

舊官吏恩給法に依れば、恩給權者が刑の執行猶豫の判決を受けた場合には猶豫期間中恩給を停止せらるるものとなつて居たが、新恩給法は此の制を廢止した。舊法に依り恩給を受けて居た者が大正十二年五月に懲役二ヶ月二年間執行猶豫の宣告を受けたが、同年十月一日から新法が施行せらるることとなつたので、恩給停止に關しても新法の適用を受くべきことを主張したが、行政裁判所は之を容れず、恩給法第八十五條に「本法施行前給與事由ノ生ジタル恩給(中略)ニ付テハ從前ノ規定ニ依ル」とあるのを根據として、舊法に依り二年間恩給を停止せらるべきものであると判定した。  
(評論) 是は當否甚だ疑はしいと思ふ。新法實施の時から當然其の停止が解かるべきものと解するのが穩當と信ずる。

(101) 恩給權者の再任官の場合に於ける恩給の停止

○官吏恩給法第十二條第二項ニ所謂恩給ヲ停止ストハ恩給ノ支給ヲ停止スルノ謂ニシテ恩給ノ請求ヲ停止スル意味ヲ包含セズ從テ同條第二項第一號ニ該當スル場合ト雖同