

一〇四五 細菌學的豫防治療品の販賣 一〇四六 屠場外に於ける食用獸畜の解體  
一〇四七 免許なき食品市場の開設 一〇四八 バタの製造 一〇四九 飲食物防腐劑

事スル者ヲ指稱スルモノトス(大七、一二、一〇、大刑)。

果實園を經營して居る農業者から、藥種商Mに害蟲驅除用として毒藥亞砒酸一封度購入の申込が有り、成規の證書を受取つて之を販賣した。原審では之を以て購買者の職業上必要な藥品と認め、販賣したものとして無罪となつたが、檢事から同規則に所謂職業上必要ト認めタル者」とは醫藥其の他醫藥の使用を必要とする職業のみを意味するもので、農業者の如きものを包含しないといふ理由を以て上告した。大審院は上告を理由なしとして棄却し、原判決を是認した。

### 一〇四 細菌學的豫防治療品の販賣

●明治三十六年内務省令第五號第一條ニ所謂販賣トハ汎ク代價ヲ得テ同條所定ノ製造品ヲ讓渡スルノ意義ニシテ必ズシモ營利ノ目的ニ出ヅルコトヲ要セズ(大四、七、一二、大刑)。

## 第四節 一般保健警察

### 一〇六 屠場外に於ける食用獸畜の解體

●屠場法第三條ハ食用ニ供スベキ獸肉ニ關シ衛生上取締ノ爲設ケタルモノナレバ食肉ニ供スル目的ヲ以テ屠場外ニ於テ獸畜ヲ屠殺シ次テ解體ヲ爲スコトハ勿論單ニ屠殺ノミヲ

爲シ又ハ單ニ解體ノミヲ爲スコトヲモ一般ニ禁ジタルモノト解釋スベキモノトス。

明治十七年青森縣布達第七十九號斃獸取扱ニ捨場取締規則ハ食用ニ供スル以外ノ目的ヲ以テ捨場外ニ於テ斃獸ノ皮ヲ剥ギ之ガ解體ヲ爲スコトヲ禁ジタルモノナレバ食用ニ供スル目的ヲ以テ斃獸ノ解體ヲ爲シタル場合ハ之ガ適用ナキモノトス(大七、五、一八、大刑)。

### 一〇七 免許なき食品市場の開設

●午前十午後トノ二回ニ分チ「漁船ノ歸リ次第」ニ購買者ヲ集メ競争入札ノ方法ニ依リ魚類ヲ販賣セルハ山口縣令魚市場取締規則ニ所謂魚市場ヲ開設セルモノニ該當ス(大六、二、一、大刑)。

山口縣令魚市場取締規則には「本則ニ於テ魚市場ト稱スルハ一定ノ時間一定ノ場所ニ於テ水産動物並其ノ製品ノ競賣ヲ爲スモノ」を謂ふ旨の規定が有る。本件の被告は毎日午前午後ノ二回漁船が歸つた時漁業者の漁獲した生魚を買受け、競争入札の方法に依つて之を魚商人其他に販賣したのであるが、それが右縣令に所謂魚市場の開設に該當するや否やに付き、被告は午前午後ノ二回に漁船の歸り次第といふのでは「一定ノ時間」と曰ひ得ないし、又入札は競賣ではないと主張したが、二點とも大審院の容るる所

とならなかつた。

●愛知縣令市場取締規則ニ所謂定時トハ一日中ノ或時限ヨリ或時限ニ至ル相當ノ範圍ヲ有スル一定ノ時間ヲ指稱シ必ズシモ分秒ノ差異ヲ許容セザルモノト解スベキニ非ズ(大六、三、二三、大刑)。

免許を受けずして青物市場を開設し、毎日「凡午前七時より午前十一時頃迄」開いて居るのを通常としたといふ判決に對し、それでは取締規則に「定時集合シテ商品ノ取引ヲ爲ス」といふのに該當しないと上告したが、棄却せられたのである。

●荷モ多數ノ販賣者及購買者ヲ集合シテ水産動物ヲ賣買セシムル目的ヲ以テ市場ヲ開設シタル以上其ノ集合スル販賣者及購買者ガ特定ノ者ナルト否、其ノ販賣者ガ市場内ノ特定區域ヲ占據スルト否、其ノ購買者ガ主トシテ需要者ナルト否、又其ノ市場ニ於テ小賣取引ノミ行ハルト否トヲ問ハズ大正十四年山口縣令第五十四號山口縣魚市場規則ニ所謂魚市場ニ該當スルモノトス(昭二、五、一六、大刑)。

山口縣魚市場規則には魚市場の開設には知事の許可を受くるを要するものと定めて居る。本件は長府建物株式會社が許可を得ずして其の所有の建物内に土間を設け、魚類販賣用棚九個を置き、之を公開して魚類販賣者に貸貸し魚類の賣買を爲さしめた行爲を以て、私に魚市場を開設したものと看做し之を處罰したことに關

する事件で、争點は主として市場の意義如何に在るのであるが、判旨正當で別に評論するまでもない。

### 一〇八 バタの製造

●「バター」ハ牛乳營業取締規則第一條ノ乳製品ニ該當セズ(昭二、四、二、大刑)。

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

### 一〇九 飲食物防腐劑

●硼酸ニ白砂糖乳糖及米麴等ヲ配合シテ合成シタル物ハ飲食物防腐劑漂白劑取締規則第一條ノ適用ヲ受クベキモノニシテ同第二條ニ所謂飲食物ノ防腐劑ナリトス(昭八、二、八、大刑)。

硼酸を含有する合成物を硼酸を含有しない無害無毒のものであ



一〇五〇 理髮業者の理髮用器具の消毒 一〇五一 禁厭祈禱符呪等を爲し醫療を妨ぐる行爲  
一〇五二 獸醫師の應招義務 一〇五三 結核病に罹れる畜牛の届出義務

ると許つて販賣したのが、詐欺罪と防衛刑取締規則違反とに問はれた事件で、硼酸の含有物は同規則に依り使用を禁止せられて居るのであるから、それが同規則の違反となることは當然である。

### 一〇五〇 理髮業者の理髮用器具の消毒

●大正二年大阪府令第六十一號理髮營業取締規則第五條ニ理髮用器具ハ客一人毎ニ消毒スベシトアルハ客ノ理髮又ハ顔剃ノ終リタル直後ニ消毒スルノ法意ト解スベキモノトス(昭七、二、五、大刑)。

取締規則には單に「理髮用器具ハ左記方法ニ依リ客一人毎ニ消毒スルコト」云々とある。それは客一人毎に理髮又は顔剃に著手する前に消毒すべしといふ意味であるか、又は理髮顔剃を終つた後直に消毒すべしといふ意味であるかが争はれたのであるが、大審院は後の意味に解すべきものであるとなし、原審判決に於いて某理髮業者が營業に使用した後鏡バリカン剃刀などを消毒して居なかつたのを處罰したのを正當と判定した。

### 一〇五二 禁厭祈禱符呪等を爲し醫療を妨ぐる行爲

●警察犯處罰令第二條第十八號ノ罪ハ患者ニ對シテ其ノ未ダ醫療ヲ受ケザル前ナルト否トヲ問ハズ苟モ所定ノ所爲ヲ行ヒ患者ヲシテ醫療ヲ受クルコトヲ避止セシメ又ハ既ニ受

ケタル醫療ノ效果ヲ遮斷セシムルニ依リ成立スルモノトス。

祈禱禁厭符呪ノ如キ行爲ハ必ズシモ法令ノ禁ズル所ニ非ズ又醫療ト相容レザルモノニ非ズ唯ダ是等ノ方法ニ依リ醫療ヲ妨礙スル場合ニ於テ始メテ處罰セラレベキモノトス。警察犯處罰令第二條第十八號ノ罪ノ成立スルニハ所定ノ所爲ニ因リテ患者ノ醫療ヲ受クルコトヲ妨ゲ又ハ既ニ受ケタル醫療ノ效果ヲ礙グベキ諸般ノ行爲ヲ爲スヲ以テ足り必ズシモ特殊ナル醫療妨礙ノ結果ヲ發生セシムルコトヲ要セス(大刑、二、一〇、大刑)。

大成教の權訓導である某が、某女の依頼に依つて同人の負傷治療の祈禱を爲し、醫師の施した繃帯を取り除き木葉を焼いた粉末を患部に塗布して修法を施したといふ事件で、祈禱を爲し醫療を妨げたものとして處斷せられたのである。

●警察犯處罰令第二條第十八號ノ罪ハ患者ニ對シ禁厭祈禱符呪等ヲ爲シ又ハ神符神水等ヲ與ヘ因テ醫療ヲ受クルコトヲ妨ゲ又ハ既ニ受ケタル醫療ノ效果ヲ礙グベキ諸般ノ行爲ヲ爲スニ依リテ成立シ現實ニ醫療妨礙ノ結果ヲ生ズルコトヲ要スルモノニ非ズ(大刑、二、二九、大刑)。

腦病患者やヒステリー患者に、稻荷様の祟りであるから信心せよ醫者や藥は役に立たぬと言ひ聞け、爲に醫療を中止したといふ

ヲ得ズ(昭四、八、一、大刑)。

### 一〇五三 結核病に罹れる畜牛の届出義務

●畜牛結核病豫防法第四條ノ届出義務者數人アル場合ニ於テ其ノ一人カ届出ヲ爲セバ他ノ義務者ハ其ノ義務ヲ免ルベキモノ人ヨリモ届出ヲ爲サザルトキハ義務者ハ他ノ義務者ニ於テ届出ヲ爲スベシト信ジタリトスルモ其ノ責ヲ免ルルコトヲ得ズ(昭五、五、一九、大刑)。

畜牛結核病豫防法第四條には「結核病ニ罹リ又ハ其ノ疑アル畜牛ヲ發見シタルトキハ所有者、管理者又ハ獸醫ニ於テ直ニ之ヲ届出ツヘシ」といふ規定がある。所有者又は管理者の側に於いては獸醫から届出づるものと信じて届出を爲さず、獸醫の側に於いても管理人から届出づるものと信じて届出を爲さなかつた場合に、誰が責に任ずるかに付いて、大審院は届出義務者の總てが其の責を負ふべきものと判定したのである。

(評釋) 判旨不當と思ふ。届出の義務は所有者、管理者及び獸醫の總てが共に之を負ふのではなく、此等の者の中何れか一人が届出づるに依つて、法律の要求する義務を充たすことが出来るのであるから、其の義務違反は單個の犯罪であり、三人の別々の犯罪ではない。随つて又之に對する處罰も一つであるべきであつて、三人を別々に處罰すべきではなく、單個の處罰に付き共同義務者たる三人が連帯して其の義務を負ふべきものと思ふ。

事件である。

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

祈禱類似ノ行爲ニ因リ警察犯處罰令第二條第十八號ノ罪ヲ犯シタル者ニ對シ醫療ヲ妨ゲタル事實ヲ判示スルニハ必ズシモ患者ノ受ケントスル醫療行爲ノ何タルヤヲ認ムルヲ要セス醫師ノ治療ヲ受ケ又ハ受ケントスル意思アル患者ヲシテ祈禱類似ノ行爲ニ因リテ其ノ治療ヲ受クルコトヲ止メ又ハ中絶セシメタル事實ヲ以テ足ル(昭二、二、二、三、大刑)。

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

## 第五節 獸醫及獸畜衛生

### 一〇五二 獸醫師の應招義務

●獸醫師ハ診療依頼者ニ於テ他ノ獸醫師ニ對シ藥價支拂ノ債務ヲ履行セザルコトヲ理由トシテ應招義務ヲ免ルルコト



一〇五四 畜牛結核病の検査を妨ぐる行為 一〇五五 検査前畜牛にツベルクリン皮下注射を爲すを得ざる義務 一〇五六 自動車運轉手の免許

検査前畜牛にツベルクリン皮下注射を爲すを

一六〇

### 一〇四 畜牛結核病の検査を妨ぐる行為

●畜牛結核病検査ノ爲「ツベルクリン」ノ注射ヲ受ケタル牛ニ解熱劑「フエナセチン」ヲ服用セシムル行為ハ畜牛結核病豫防法第十七條ニ所謂検査ヲ妨グルモノニ該當ス（昭五、六、二六、大刑）。

畜牛結核病の検査に當り、獸醫某が牛乳搾取業者何某方に解熱劑フエナセチンを持參し、検査員からツベルクリンの皮下注射を受けた乳用牛に服用せしむれば、ツベルクリンの反應を妨げ熱を下降せしめ、結核病に罹つたものと診定せらるる虞が無い旨を申聞けて、同劑十五包を交付し、何某を致唆して畜牛に服用せしめたといふ事件で、豫防法第十七條に「検査ヲ妨ケタル者」に該當するものとして處断せられたのである。

### 一〇五 検査前畜牛にツベルクリン皮下注射を爲すを得ざる義務

●畜牛結核病豫防法施行規則第二十四條第一項ニ所謂検査期日ハ同第四條ニ依リ告示又ハ指定セラルル検査期日ヲ云フモノニシテ同第五條ニ依リ指定セラルル日時ハ之ニ該當セズ（昭五、五、一九、大刑）。

畜牛結核病豫防法施行規則第二十四條には「地方長官又ハ官廳

るるものであり、且つそれは地方長官の告示のやうに廣い期間に互るものでなく、特定せられたものであることは、事柄の性質上當然である。若し此の特別期日の指定ある場合に其の前四十五日間だけ皮下注射が禁止せられて居るものとすれば、特別期日の指定なく普通の例に依る場合に半年以上もそれが禁止せられて居るものと見るのは、甚しく不權衡である。

(一)「期日」といふ語は當然或る限定せられた日を意味する。九月の初から翌年三月の末までといふやうな半年にも互る期間を指定するのは期日を定めたものとは謂ひ難い。施行規則第四條には地方長官が期日を告示するものと定めて居るけれども、第五條に更に其の範圍内に於いて官廳又は公署が日時を指定するものと定めて居るのであるから、若し地方長官が長い期間を期日として

又ハ公署ノ告示又ハ指定シタル検査期日四十五日以前ヨリ検査確定ニ至ル迄乳用牛……ニ「ツベルクリン」ノ皮下注射ヲ爲スコトヲ得ス」とあるが、其の検査期日に付いては別に第四條に地方長官が検査期日の少くとも四十五日以前に告示すべきものとし、第五條には官廳又は公署は此の期日及場所の範圍内に於いて日時及場所を指定するものと定めて居る。

東京府に於いて警視總監が右の検査期日を大正十三年九月一日より大正十四年三月二十五日迄と告示したのに、牧場の管理人某は十三年九月上旬に獸醫師をして自家の乳用牛六頭にツベルクリンの皮下注射を爲さしめた。但し實際の検査日は十一月十二日であつた。それが右の規定に違反するや否やに付き、上告人は具體的検査日の前四十五日間注射を禁せられて居るだけであると主張したが、大審院は之を容れず、検査期日の初日の四十五日前から禁止せられて居るものと解すべきものと判定した。

(評釋) 判旨賛成し難い。

(一) 施行規則第四條には「検査ノ期日及場所ハ地方長官之ヲ定メ検査ノ期日ヨリ少クとも四十五日以前ニ之ヲ告示ス、官廳又ハ公署必要ト認ムルトキハ地方長官ノ許可ヲ得テ前項告示以外ノ期日又ハ場所ヲ指定スルコトヲ得」とあつて、此の第二項に依つて特別の期日を指定せられた場合には、其の特別の期日が同規則第二十四條の所謂検査期日に該當するものであることは明文上更に疑は無い。併し此の特別の期日は地方長官の告示後に指定せら

告示した場合には、それだけでは期日は未だ定まらず、日時の指定と相待つて始めて期日が定まつたものと見るべきである。

(二) 検査期日前四十五日間ツベルクリンの皮下注射を禁止して居るのは、言ふまでもなく検査の効果を確實にする爲の已むを得ざる制限であり、それは出来るだけ狭く解釋する必要がある。然るに判旨のやうな解釋に従へば半年以上七ヶ月半もそれが禁止せられるといふことになり得るのであつて、それは其の制限の目的を超過し、不必要に自由を拘束するものである。總て警察法令の解釋に於いては警察上の必要を標準と爲さねばならぬ。明に必要の程度を超えた制限を加へて居るものと解するのは正當な解釋方法ではない。

## 第四章 交通警察

### 第一節 陸上交通

#### 第一款 自動車、自轉車、荷車

##### 一〇五 自動車運轉手の免許

●自動車ノ運轉手タラントスル者ハ之ヲ業トスルト否トヲ問ハズ總テ其ノ地ノ地方長官ニ願出デ免許ヲ受クベキモノトス（昭二、五、一二、大刑）。

(評釋) 運轉手の免許は、醫業の免許などとは異つて、業務として爲すことの免許ではなく、運轉を爲す行為の免許である。免



許を受けない者は、常業としてでなくとも、公衆の通行する場所に於いては全く運転することを許されないのである。それは自動車を運転する行為の危険性から言つても當然で、判決は此の趣意を言明して居るものである。事件は運転手免状を受けない運転助手が自分の雇はれて居る會社の爲に、自動車工場から會社の營業所まで自動車を運転したのを處罰したことに付いての判決で、判旨同より正當である。

(二)

● 運転手ノ免許ヲ受ケザル者ハ縦令練習ノ目的ヲ以テ交通稀疎ノ道路ニ於テ自動車ヲ運転シタルトキト雖自動車取締令第十五條第一項ニ違反セルモノトス(昭四、一二、二四、大刑)。

(三)

● 免許ナクシテ自動車運転手ノ業務ヲ行ヒ自己ノ不注意ニ因リテ他人ヲ死ニ致シタル者ハ業務上過失致死ノ罪責ヲ免レザルモノトス(大一一、五、一一、大刑)。

一〇五九 自動車助手の無免許運転と營業者たる法人の責任

法人の責任

● 自動車ニ依ル乗客ノ運搬ヲ業トスル法人ノ從業者タル自動車助手が乗客運搬ノ歸途同乗ノ運転手ニ代リ免許ナクシ

テ自動車ヲ運転スルハ法人ノ業務ニ關シ自動車取締令第十五條第一項ニ違反シタルモノニシテ、法人ハ其ノ責任ヲ免ルルコトヲ得ズ(昭四、一二、二四、大刑)。

自動車取締令第十五條第一項には運転手が地方長官の免許を受くべきことを定め、同第三十二條には法人の從業者が法人の業務に關し本令に違反するときは其の罰則を法人に適用するものと定めて居る。

本件は株式会社浦和自動車商會の從業員である助手Xが、運転手Yと其の商會の自動車に乗込み、浦和から東京まで乗客を運搬した歸途、Yの委託を受けYに代つて自動車を運転した事件で、原審では會社を二十圓の罰金に處し、大審院でも之を是認した。

被告側の上告論旨としては、是は會社が命じて置いた業務以外の行為を爲したもので、會社が其の責に任ずべきものではないと主張したが、大審院は『判示運轉行為タルヤ判示會社ノ業務ニ關スルモノニシテ而モ其ノ從業者ノ犯則行為タルコトハ一點ノ疑ヲ容ルルノ餘地ナシ』と曰ひ、上告を棄却した。

一〇六〇 自動車運転手の注意義務

(一) 自動車が電車と撞れ違ふ場合

● 自動車ノ運転手が之ヲ操縦シテ電車軌道上ヲ疾走スル場合其ノ前方ヨリ進ミ來レル電車ガ一時停留セルヲ認メタルトキハ其ノ降車客ガ往々不用意ニモ電車ノ背後ヨリ自動車

ノ進路ニ向ヒ歩ヲ移スコトアルベキヲ以テ電車ニ接近前停車スルカ少クトモ徐行スル等適切ナル操車方法ヲ取り事ニ當リ急遽災害ヲ避クルノ途ニ出ヅベキハ其ノ職業上當然ノ義務ナリトス(大一一、五、一一、大刑)。

夜中東京市の青山六丁目の電車線路を一時間十六哩の高速力で自動車を運轉して居たが、其の前方約十五六間の先きに、反對の方向即ち澁谷方面の電車の停留して居るのを認めたが、其の儘速力を緩めず進行し、電車と約三尺程の間隔で擦れ違ひ始めた所、電車の背後から今電車から降りた婦人が電車線路を横斷して自動車の進路に入らうとして居るのを認め、急に停車せんとしたが、時既に遅く其の婦人は自動車に觸れて即死した。運転手は過失致死の責を免れないものと判定せられた。

● 大正八年警視廳令第八號自動車取締令施行細則第三十七條ノ自動車運転手ノ就業中遵守スベキ事項ノ規定ハ其ノ注意義務ヲ限定シタルニ非ズシテ例示ニ過ギザルモノトス。自動車ノ運転手ハ自動車ガ進行中電車ト擦違フニ際シ電車ノ後方ヨリ自己ノ進路ヲ横斷スル者ナキヤテ慮リ何時ニテモ停車シ得ベキ措置ヲ取り警笛ヲ鳴シ徐行シ又ハ避讓スル等各場合ニ應ジ機宜ノ方法ヲ講ジ危險ヲ未然ニ防止スベキ周到ノ注意ヲ用ウルコトヲ要ス。電車ノ後方ヨリ車道ヲ横斷スル者モ亦固ヨリ周到ナル注意ヲ用ヰザルベカラザルハ

勿論ナレドモ之ガ爲自動車運転手ノ注意義務ヲ除却スルコトナシ。從テ此ノ義務ヲ怠リ自動車ヲ衝突セシメテ人ヲ死ニ致ストキハ業務上過失致死ノ罪ヲ構成ス(大一一、四、一〇、三、大刑)。

● 自動車運転手が電車停留場ニ於テ電車乗降客ノ混雜スル際自動車ヲ操縦シテ其ノ附近ヲ通過セントスルトキハ警笛ヲ鳴ラスハ勿論危險ノ虞アルトキハ直ニ急停車ヲ爲シ得ベキ状態ニ速度ヲ減ジ以テ危害ヲ未然ニ防止シ得ベキ注意ヲ爲ス業務上ノ義務アルモノトス(昭二、一、一九、大刑)。

● 自動車ノ運転手ハ電車軌道ノ存スル街路ニ於テ自動車ヲ操縦シ電車ト擦違フ際ノ間隔僅ニ一間ニ滿タザルベキ進路ヲ採リテ疾走シ來リタル場合ニ於テ兩者ノ間ニ挾マルベキ位置ニ在ル者ヲ發見シタルトキハ何時ニテモ停車シ得ベキ程度ニ速度ヲ減ジテ徐行シ警笛ヲ鳴ラシ又ハ避讓スル等機宜ノ方法ヲ講ジ危險ヲ未然ニ防止スベキ周到ナル注意ヲ爲スベキ業務上ノ義務アルモノトス(昭二、一、三一、大刑)。

(二) 自動車が荷車と撞れ違ふ場合

● 進行中ノ自動車ノ通過スベキ道路狹隘ニシテ荷車ト行違フトキハ相衝突スル危險アル場合ニ於テ自動車ノ運転手が道路ノ右側ニ待避セル荷車輓アルコトヲ現認シ且其ノ左側



ヲ通過スルトキハ荷車ニ觸接スル虞アルコトヲ豫知シ得タルニ拘ラズ自動車ヲ進ムルニ假令觸接ストモ劇動ヲ荷車ニ與フルコトナキ程度ノ速力ヲ以テセズシテ依然其ノ程度ヲ超過シタル速力ヲ持續シタルガ爲偶荷車輓方不意ニ荷車ノ方向ヲ轉ジタルヨリ竟ニ自動車ノ後部障泥ヲ劇シク荷車ノ後部ニ衝突セシメ因テ荷車輓ヲ荷車ト共ニ撥飛シテ路外約一丈ノ崖下ニ墜落セシメ胸骨及肋骨ノ骨折ヲ生ズルニ至ラシメタル行爲ハ業務上ノ過失傷害罪ヲ構成スルモノトス(大一一、一二、二四、大刑)。

(三) 自動車が軌道線路又は鐵道踏切を横断する場合

●電車軌道ノ敷設シタル街路ノ軌道外ヲ進行スル自動車ノ運轉手が軌道内ニ乗入ルルトキハ電車ガ不時ノ急停車ヲ爲スニ非ザレバ衝突ヲ免ルルコト能ハザル場合ニ於テ自動車ヲ軌道内ニ乗入ルルガ如キハ業務上ノ注意義務ヲ怠リタルモノトス(大一一、一四、一五、大刑)。

●自動車運轉手が汽車又ハ電車ノ専用軌道ヲ横断セントスルトキハ通過ニ付危險發生ノ虞ナキコトヲ確認シ且萬全ヲ期スル爲自動車ノ速力ヲ相當ニ減ジテ徐行スベキハ當然ノ義務ニ屬シ法令ノ規定ヲ俟タズ。其ノ義務ニ違背シタル爲人ヲ死傷ニ致シタル行爲ハ刑法第二百一十一條ニ該當ス(大

一五、一一、一六、大刑)。

●自動車運轉手が自動車ヲ操縦シテ鐵道踏切ヲ越エントスルニ當リ後方ヲ注視スルニ非ザレバ汽車ノ進行ノ狀況ヲ知ルコト能ハザルトキハ危害豫防上其ノ方向ヲ注視スルコトヲ要シ其ノ注視ヲ怠リタル結果汽車トノ衝突ヲ來シテ乘客ヲ死ニ致シタルトキハ業務上過失致死罪ヲ構成スルモノトス(大一一、一二、二四、大刑)。

●電車軌道ノ踏切ヲ横断セントスル自動車運轉手ハ同乗セル助手ヨリ危險ノ虞ナキ旨ノ報告ヲ受ケタル場合ニ於テモ自ラ危險ノ有無ヲ調査シ得ルトキハ其ノ報告ノ正確ニシテ果シテ危險ノ虞ナキヤ否ヲ判斷確認スベキ義務アルモノトス(昭四、一〇、一〇、大刑)。

砂利を滿載した貨物自動車を運轉して、武藏野鐵道の踏切に差懸つたが、踏切の手前三尺位の箇所に立ち止まり、助手が運轉索脇ステツプに立ち出でて「オーライ」と云つたので、それを信じて其の儘踏切に乘入れた所、東方江古田驛方面から電車が進行して來て居るのを知り、急に速力を加へたけれども時既に遅く、電車は自動車の後部と衝突して、自動車は跳ね飛ばされ、それが爲に助手は死亡し、同乗して居た人夫二名は重傷を負つた。

之に對し大審院は運轉手が助手の杜撰な報告を輕信したのは業務上の注意義務を怠つたものとして、罰金八十圓に處した原案判

決を正當なりと判定した。

(四) 自動車の前路を小兒又は老人の横断する場合

●自動車ノ運轉手ハ自動車ノ進行スル通路ノ一側ニ在リタル十歳前後ノ一群ノ兒童中其ノ一部ガ自動車ノ前路ヲ横断シテ他側ニ移リタルコトヲ認メタル場合ニハ殘餘ノ兒童モ之ニ倣フノ虞アルベキヲ以テ危險ノ發生ヲ防止スル爲兒童等ノ行動ニ注意シツツ自動車ヲ操縦スルノ義務アルモノトス(大一一、三、三一、大刑)。

自動車が目黒驛前線路上の架橋に差違つた際、前方橋の左側の手摺に十歳位の小供が四人列車を眺めて居た。自動車が恰も橋の上に來たとき、小供の中二人は自動車の前方二三間の所を横断して橋の左側から右側に移つたので、自動車は一時徐行したが、残り二人は横断しさうな様子が無かつたので、再び速力を増して進行した所、残りの小供の中一人が其の前を横断し、因つて自動車に衝突して即死した。運轉手は過失殺の罪に問はれた。

●自動車運轉手が自動車ヲ操縦シテ交通頻繁ナル街路ヲ進行スルニ當リ八、九歳ノ女兒ガ其ノ前方右側ヨリ左側ニ横断シ更ニ之ニ次ギ右側ヨリ左側ニ横断セントスル姿勢ヲ示シタル八歳ノ男兒ヲ手招キシツツアルヲ認メタル場合ニ於テ男兒ガ躊躇シテ一時立止リタル爲危害ノ發生セザルモノ

ト輕信シ警笛ヲ鳴サズ一時間八哩ノ速力ニテ進行シ男兒ガ突然右側ヨリ左側ニ横断スルニ際シ該男兒ニ衝突シタルトキハ業務上ノ過失タルヲ免レザルモノトス(大一一、四、一〇、大刑)。

●自動車ノ運轉手ハ一間半ノ近距離ニ於テ自動車ノ前面ヲ横断スル老人ヲ認メタルトキハ急停車ノ措置其ノ他危險豫防ノ爲適切ナル操車方法ヲ採ルノ義務アルモノトス(大一一、二、四、大刑)。

●自動車操縦ノ業務ニ従事スル者ハ其ノ進行スル通路ノ一側ニ在リタル七歳前後ノ兒童群ノ一部ガ自動車ノ前路ヲ横断シテ他ノ側ニ移リタルコトヲ認メタルトキハ殘餘ノ兒童ノ行動ニ深甚ノ注意ヲ拂ヒ何時ニテモ停車シ得ベキ状態ニ於テ操縦ヲ爲スノ義務アルモノトス(昭八、二、一五、大刑)。

(五) 自動車機械の故障

●自動車ノ運轉手ハ業務ヲ行フニ際シ車體ニ設備セラレタル諸機械ヲ精査シ運轉上ノ故障ヲ豫防スル注意ヲ爲ス義務アルモノトス(大一一、五、二四、大刑)。

自動車の進行中ハンドルに故障を生じ、右に切つたハンドルを左方に轉換することが不能となり、其の儘其の方向に直進した爲、客を乗せた儘自動車は川の中に轉落し乗客二名は即死した。是が機械の故障の有無を豫め検査せねばならぬ義務を怠つたものと判



一〇五九 自動車運轉手の事故届出義務 一〇六〇 自動車運轉手の運轉臺を離れぬ義務 一〇六一 荷馬車挽の注意義務 一〇六二 自轉車の夜間點燈義務 一〇六三 鐵道機關手の注意義務

一〇六六 鐵道機關手の注意義務

### (六) 十字路に於ける自動車の衝突

●自動車運轉手が自動車ヲ操縦シ都會ノ十字路ニ差蒐ル場合ニ於テ側面ヨリ自動車等ノ進行シ來リタルトキハ其ノ進行ノ程度其ノ他當時ノ事情ニ稽ヘ停車ヲ必要トスルトキハ急停車ヲ爲シ若シ又速力ヲ増加シテ其ノ前面ヲ通過スルニ依リ衝突ヲ避ケ得ル場合ニ於テハ臨機其ノ處置ニ出ヅベキモノトス(昭六、一一、一九、大刑)。

大阪市内の或る十字街で、客用自動車とトラックとが衝突して、前者の乗客が負傷した事件で、其の運轉手が注意義務を怠つたものとして罰金十圓に處せられ、大審院でも之を是認した。

### 一〇六四 自動車運轉手の事故届出義務

●自動車取締令第二十五條第一項ノ自動車ニ依ル人ノ傷害又ハ物件ノ損壞ハ運轉中ノ自動車ニ依リ生ジタル總テノ場合ヲ包含スルモノニシテ自動車ヲ運轉スル者ニ故意過失アリタルト否トヲ問ハザルモノトス(大一一、一二、二三、大刑)。

自動車取締令第二十五條には「自動車ニ依リ人ヲ傷害シ又ハ物件ヲ損壞シタルトキハ」運轉手がそれ〴〵手當を爲し警察官吏に申告すべき義務あることを定めて居る。自動車の運轉中自轉車が後部から馳せて來て自動車に衝突し、それが爲に自動車に乗つて

### 一〇六五 自轉車の夜間點燈義務

●時刻既ニ日入ヲ過ギ二三間ヲ距レバ通行人ノ面貌ヲ確認シ難キ状態ニ至リタルトキハ道路取締令第八條ニ所謂夜間ナリトス(大一一、一〇、二七、大刑)。

五月十二日の午後七時頃燈火を點けず自轉車に乗つて名古屋の市中を通行したのが罪に問はれたのである。曆に依れば其の日の日入は午後六時四十六分、日暮は午後七時二十分で、まだ日暮前であるが、大審院は之を夜間と判定した。

## 第二款 汽車及電車

### 一〇六六 鐵道機關手の注意義務

●鐵道機關手ハ機關車ヲ運轉スルニ方リ其ノ進路ノ前方ヲ警戒シテ危害ノ發生ヲ未然ニ防止スル爲周知ナル注意ヲ爲スコトヲ要スルモノナレバ其ノ注意ヲ怠リ人ヲ死ニ致シタルトキハ被害者ガ相當ノ注意ヲ爲セバ避難スルコトヲ得ベカリシ場合ト雖モ過失致死罪ヲ構成ス(大一一、四、四、大刑)。

汽車が鐵橋を渡らんとする際鐵橋の上を歩行して居た男が有つて汽車の來るのを見て驚いて避難しようとしたが、機關手はそれに気が付かず、徐行又は急停車を爲す等臨機の處置に出でずその

居た者が傷害を受け、自動車を損壞した。此の場合自動車の側には何等の過失もないのであるが、尙事故届出の義務ありや否やが問題となつた。大審院は過失が無くとも荷も自動車に依りて人の傷害を生じた以上届出をせねばならぬもので、之を怠つたのは有罪たるを免れぬものと判定した。

### 一〇六七 自動車運轉手の就業中運轉臺を離れざる義務

●自動車運轉手ニシテ旅客ノ運送ニ從事スル者ガ旅客ノ運送ヲ終リ空車ヲ操縦シテ歸途ニ在ル場合モ尙自動車運轉手トシテ就業中ニ屬スルモノトス(大一一、一三、大刑)。

### 一〇六八 荷馬車挽業者の注意義務

●荷馬車挽業者ハ運送ノ途中幼兒ガ荷馬車ノ前方路上ニ遊ビ居リテ數尺ノ距離ニ接近スルモ荷馬車ヲ避ケザル場合ニ於テハ單ニ危険ヲ告知スルニ止マラズ幼兒ガ果シテ安全ノ位置ニ避難シタルヤ否ヲ究メ危害防止ニ付機宜ノ方法ヲ講ズベキ業務上ノ義務アルモノニシテ其ノ注意ヲ怠リ何等豫防ノ方法ヲ執ラズシテ其ノ儘進行シタルガ爲ニ遂ニ幼兒ヲ車輪ニ觸レシメ之ヲ死ニ致シタルトキハ業務上過失致死ノ罪責ヲ免レザルモノトス(大一一、三、九、大刑)。

まま進行せしめた爲、其の男は汽車に觸れて死亡した。鐵道の鐵橋は通行人の立ち入ることを許さない所で其處を通行して居たのは通行人の過失であるが、それに拘らず尙機關手は過失致死罪を以て處分せらるべきものと判定せられた。

●鐵道機關手ハ列車ガ線路中人ノ平素横切ル場所ヲ通行スル前ニハ地形其ノ他ノ事情ニ因リ自席ヨリ該場所ヲ望見スル能ハズ機關助手ノ座席ヨリハ之ヲ望見シ得ル場合ニ在リテハ單ニ警笛ヲ鳴ラスノミヲ以テ足レリトセズ助手ヲシテ線路ヲ横切ル者ノ有無ヲ注視シ之ヲ報知セシムルノ手段ヲ講ズル職責アリトス(大一一、四、六、四、大刑)。

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

●鐵道機關手ハ其ノ乗務スル列車ノ進行中踏切ノ手前約七十三間餘ノ地點ニ於テ同踏切ヲ通過スル爲之ニ向テ鐵道線路ヲ距ル約二間ノ地點ヲ歩行スル者アルヲ認メタルトキハ警笛ヲ鳴ラシ又ハ機宜ニ應ジ非常停車ヲ爲シ得ベキ措置ヲ執ルベキ義務アルモノニシテ此ノ措置ヲ執ラザリシハ法令



ニ之ヲ命ズル規定ナシトスルモ條理ニ照シ正ニ過失ナリトス(大一四、一一、九、大刑)。

●列車が鐵道踏切ヲ通過スル際ハ縱令其ノ踏切道ニ對シ氣笛吹鳴警標ノ設ナキ箇所ナリトモ鐵道機關手ハ事宜ニ依リ氣笛ヲ吹鳴シテ合圖ヲ爲シ事故ヲ惹起セザル様注意スベキ義務ヲ有スル者ナレバ其ノ注意ヲ怠リタルガ爲人ヲ殺殺シタルトキハ業務上過失致死ノ罪責ヲ免レザルモノトス(大一一五、二、二、大刑)。

●殺されたのは當三年の女兒である。大正十四年五月一日施行運轉取扱心得第九十四條には「列車ハ踏切道ニ對シ氣笛吹鳴警標ノ設アル箇所ヲ通過スル際ハ長緩氣笛一際ノ合圖ヲ爲スヘシ」とある。隨つて其の設の無い箇所では吹鳴の義務は無いと主張したけれども、大審院の容るる所とならなかつた。

●機關手が貨物列車ヲ運轉シテ驛構内ニ進入スルニ際リ其ノ運轉方法ヲ誤リ汽車往來ノ危険事故ヲ惹起シタル場合ニ於テハ驛員ト打合ヲ爲シ協力シテ機宜ノ處置ヲ講ズベキモノニシテ若シ其ノ處置ヲ誤リ轉轍器ノ状態ヲモ調査セズ漫然退行運轉ヲ開始スルガ如キハ其ノ業務上ノ注意義務ヲ怠リタルモノトス。

●機關手が貨物列車ヲ運轉シテ停車場構内ニ入ラントスルニ當リ場内信號機ニ注意信號ノ現示アリタルトキハ必ずヤ速

言ヲ俟タザル所ナレバ所定ノ運轉時間ヲ遵守スルコト能ハザルノ結果ヲ生ズレバト機關手ノ危害防止ノ爲ニスル注意義務ヲ免除スルノ理由トナラズ」と曰つて居る。

1064 鐵道係員の業務上の義務

(一) 列車組成車輛の連結に注意すべき義務

●驛長其ノ他鐵道係員ハ列車ノ運轉ニ關シ危險發生ヲ防止スルニ付法律上慣習上若ハ條理上必要ナル注意義務ヲ負フモノニシテ單ニ行政上ノ取締規程ヲ遵守スルノミニ依リ其ノ義務ヲ盡シタルモノト謂フヲ得ズ(大一一四、二、二五、大刑)。  
●汽車(混合列車)の機關車と其の次の客車との間に真空制動機管を連結することを忘れて居たが、其の汽車が某驛に停車せんとするに當り、下りの急勾配になつて居る爲、所定の位置に停車せしむることが出來ず、汽車は隋力に依り同驛の突込線に突入し、車止を破壊して機關車は脱線し、客車は破碎して乗客に死傷を生じた。

●上告人は明治四十三年の鐵道院達列車組成ニ關スル心得第一條に「旅客列車(混合列車ヲ除ク)ハ貫通制動機ヲ使用スヘシ、混合又ハ貨物列車ハ組成車輛ニ貫通制動機ノ設備ヲ有スルトキハ可成之ヲ使用スヘシ」とあるのを根據として、混合列車には貫通制動機の設備が有つても之を使用することは法律上の義務ではな

度ヲ調節シテ停車場構内ニ進入スベキハ勿論苟モ特別ノ信號ナキ限り出發信號機ノ在ル箇所又ハ普通停車スベキ位置ニ於テ該列車ヲ停止シ得ベキ運轉方法ヲ執ラザルベカラザルモノトス(昭二、一一、二四、大刑)。

●鐵道機關手ハ運轉時間ノ遵守ヲ理由トシテ危害防止ノ義務ヲ免ルルコトヲ得ザルモノトス(昭三、一〇、一〇、大刑)。

●伊豫電氣鐵道の機關手が貨車を運轉して或る村道の踏切を通過する際、踏切の手前約三十間の箇所から約十間の箇所に至るまで汽笛を吹き鳴らしたが、其の後は汽笛を鳴さず、一時間約八哩の速力で進行を續け、踏切の手前約三間の地點に至つた際、十一歳になる小兒が汽車の進行に氣付かず踏切を横切らんとするのを發見して、急停車の處置を採つたけれども時既に遅く、小兒は汽車に衝突して腦震盪を起し約三十分の後に死亡した。

●原審では、斯ういふ場合には直に非常汽笛を吹鳴し被害者の前進を阻止せねばならぬのに、それをしなかつたのは注意義務を怠つたものとして、過失傷害罪に問はれ、大審院も之を是認した。上告論旨として斯ういふ苛酷な注意義務を機關手に負はしむるものとすれば、列車の定時運轉は望むべからざるに至るといふ主張に對して、大審院は「汽車ノ運轉時間ナルモノハ天災事變ハ勿論旅客又ハ公衆ニ對スル危險防止ノ必要其ノ他已ムヲ得ザル事由アル場合ニ於テハ機關手ハ必ずシモ之ヲ遵守スルコトヲ要セザルハ

く、それには別に手用制動機の備が有つて、相當の注意を以てすれば、充分停車せしむることが出来る。本件の事故が起つたのは其の汽車を運轉して居た機關手が停車に付いての相當の注意を爲さなかつたことから生じたもので、真空制動機管を連結しなかつたことから生じたのではない。隨つて機關手は責を負はねばならぬが、連結手及び連結を注意すべき義務ある車掌、助役等の責任ではないと主張した。

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

(二) 轉轍手の職務

●轉轍手が轉轍器ノ轉換ヲ爲シタル上無難ノ合圖ヲ爲スハ轉轍器取扱事務ノ一部ニシテ其ノ職務執行ノ範圍内ニ屬スルモノトス(大八、四、一七、大刑)。

(三) 通過驛の驛長の義務

●通過驛ノ驛長又ハ其ノ代理者ハ列車通過ニ際シ停車場構内ヲ看視シ事故發生ノ危険ナキヲ確メタル後列車ヲ通過セシムルノ責務アルモノトス(昭四、七、二六、大民)。



北海道の某簡易驛で、同驛の公認運送店である何某が、鐵道省から其の買入に係る枕木約九十本の臺車積を命ぜられ、其の長男と共に作業に従事して居る中に、列車が同驛を通過し長男が列車に觸れて轢死したので、何某から國を被告として損害賠償を請求した事件で、原告は驛長が列車の通過を豫告せず又構内看視の義務を怠り、機關手が汽笛を鳴らさなかつたのは、共に重大な過失で、其の使用をたる國に賠償責任があると主張したが、原審では簡易驛に於いては驛長は列車通過に際し監視の義務なく、本件長男の死亡は自分の過失に因るものであるとして、其の請求を否定した。

大審院は原審判決を破毀し、簡易驛に於いても驛長又は其の代理者は構内を看視し事故の發生を防止すべき責務あるものと判定した。

(四) 信號を爲す鐵道驛手の注意義務

●鐵道驛手ハ驛構内渡線路ニ於テ通過列車ニ對シ安全信號ヲ爲シタル場合ニ於テ尙該線路ヲ通過セントスル者アルヤヲ注意警戒シ之ガ危険ヲ防止スルノ義務アルモノトス(昭三、七、一四、大刑)。

南海鐵道の七道驛の驛手が其の驛を通過する急行列車に安全信號を爲したが、其の線路は線路を横斷する者の通路となつて居るので、乗客の一人が列車の進行に氣付かずプラットホームから線路を横斷せんとし、列車に衝突して即死した。原審では列車に

あるものと認め、車掌は驛長助役の發車合圖が無ければ發車信號を爲すを得ないといふだけで、發車の合圖が有つたからと謂つて自ら標識を認識せずして發車信號を爲し得べきものではないといひ、車掌を有罪として判定した。

(六) 保線助手の業務上の義務

●保線助手ハ保線助手服務規程第一條ニ依リ線路停車場等ノ修理ニ従事シ其ノ安全ヲ保持スルヲ以テ其ノ業務ト爲スモノニシテ其ノ擔當區ニ於ケル工事ノ施行ニ付テハ上官ノ指揮命令ニ出デタル場合ナルト否トヲ問ハズ列車ノ通過ニ危険ヲ生ゼザル爲停止徐行等ノ信號ヲ爲スニ適切ナル設備ヲ爲スノ義務アルモノトス(大一一、三、五、大刑)。

鐵道の保線助手が軌條振替の破線工事を命ぜられ、工事施行中認可を受けた地點及時間以外に於いて認可の有つたものと誤信して軌條二本を取外し、而も危険信號を爲さなかつた爲、其處を通過せんとして進行して來た列車を脱線顛覆せしめた事件で、過失傷害の罪に問はれた。

1065 踏切番人の注意義務

(一)

●踏切番人ハ踏切ノ看守ヲ爲シ列車通過ノ際ハ特ニ其ノ職務上周到ナル注意ヲ拂ヒ交通ヲ遮斷シ以テ列車ノ通過ニ障

安全信號を爲す驛手は絶えず乗客の動靜に注意し、若し列車の進路を横斷せんとする者が有らば之を制止すべき義務あるもので、之を制止しなかつたのは注意義務の懈怠であるとして、刑法過失致死(二二一條)の罪に依り、罰金八十圓に處し、大審院も「驛手ガ信號ヲ爲スニ當リ單ニ危険ノ有無ヲ報ズルヲ以テ足ルモノニ非ズ之ト同時ニ危険ノ發生ヲ防止スルニ付必要ナル注意ヲ爲スベキ業務上ノ義務アルモノトス」といひ、之を是認した。

(五) 鐵道車掌の標識確認義務

●鐵道車掌ハ列車進行中絶エズ前方ヲ警戒スベキハ勿論其ノ進行ヲ始ムル前ト雖モ運轉ノ前途支障ナキヤ否ヤ特ニ各種規定ノ標識ヲ確認シ危害ヲ未然ニ防止スルノ注意ヲ怠ルベカラザルハ業務上當然ノ職責ナリトス。

列車が停車場ニ在ル場合ニ驛長助役ノ發車合圖アルトキハ車掌ハ之ニ從テ發車ノ信號ヲ爲スベキモノナリト雖モ此等ノ者ノ發車合圖アルニ因リ自己當然ノ職責ニ屬スル標識確認ノ義務ヲ免ルベキモノニ非ズ(大三、五、二三、大刑)。

停車場で列車の發車の際、驛の助役が發車の合圖をしたので、列車の前方に危険信號(下り線閉塞の標識)の懸つて居たのに氣付かず、車掌も發車信號の笛を吹き、それが爲に列車が進行して前車と衝突して顛覆した事件で、車掌に獨立して標識を確認しなければならぬ義務が有るや否やが争はれたが、大審院は其の義務

礙ナカラシムルト同時ニ通行人ノ生命身體等ニ對シ危害ヲ醸スコトヲ豫防スベキ義務アルモノニシテ此ノ義務ヲ懈リ因テ人ヲ列車ニ觸レシメ若クハ之ト衝突シテ死ニ致シタルトキハ業務上ノ過失致死罪ヲ構成ス(大一一〇、一、一七、大刑)。

鐵道省の東海道本線の或る踏切番人が夜半午前二時半頃に看守中にも拘らず居眠りをして居た爲に下り列車の近づくのに氣付かず門木を降ろさなかつたので、乗客を載せた人力車夫が車を踏切場内に曳き入れた後、始めて列車の間近に來たのに眼を覺まし狼狽して直に門木を降して交通を遮斷した爲に、人力車は場外に出ることが出來ず、列車に觸れて乗客も車夫も共に即死した。是が業務上過失致死の罪責あるものと判定せられたのである。

(二)

●踏切番人ハ踏切ヲ看守シ列車通過ノ際ハ其ノ業務上特ニ周到ナル注意ヲ以テ交通ヲ遮斷シ列車ノ運轉ヲ安全ナラシムルト同時ニ公衆往來ノ安全ヲ保チ通行人ノ生命身體等ニ對スル危害ノ發生ヲ豫防スベキ義務アルモノナレバ踏切番人ハ常ニ自ラ其ノ義務遂行ニ必要ナル行動ヲ爲サザルベカラザルハ勿論一時止ムコトヲ得ザル支障ニ因リ自ラ直接其ノ任務ニ當リ難キ場合ニ在リテハ須ク相當ナル時機ニ於テ適當ナル代人ヲ立テ代行セシメ以テ完全ニ其ノ義務ヲ果サザルベカラズ。踏切番人ニシテ此ノ義務ヲ懈リ自ラ踏切ニ



出務セズ又代人ヲモ出務セシメズ因テ踏切ニ差蒐リタル自動車ト列車トヲ衝突セシメ自動車ニ乗務シ居タル助手ニ傷害ヲ被ラシメタルトキハ業務上ノ過失傷害罪ヲ構成ス(大  
一〇、九、五、大刑)。

(三)

●踏切ニ於テ通行人ノ危険ヲ警戒シ電車ニ進行ノ可否ヲ信號スルコトヲ職務トスル踏切番人ハ管ニ踏切ニ於ケル開閉器ヲ閉鎖シ之ニ依リ通行人ニ對シ踏切ヲ通過スルノ危険ナルヲ警告スルノミナラズ尙其ノ開閉器ヲ踰エ若クハ潜リテ危険ヲ侵サントスル者ナキヤヲ注意シ其ノ危険ヲ侵ス者ナキコトヲ確メタル後ニ非ザレバ電車ニ對シ安全信號ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス(大七、五、二三、大民)。

品川から神奈川行の電車の或る踏切番人が電車の通過に際し閉鎖器を下したが、六歳になる小兒が其の棒の下を潜つて線路を突き抜けようとした爲に電車に觸れて死亡した。踏切番人は正當の注意を怠つたものと判定せられた。

1022 鐵道線路に立入り汽車の進行を遮る行為

●故ナク鐵道軌條内ニ立入り汽自動車ノ進行ヲ遮リ乗務員ノ業務執行ヲ妨害シタルハ一箇ノ行為ニシテ鐵道營業法違犯ノ罪名ト警察犯處罰令第二條第五號違犯ノ罪名トニ觸ルル

ルトキハ運轉手モ亦過失ノ責ヲ免ルルコトヲ得ザルモノトス(大三、三、一一、大刑)。

●法律ガ電車運轉手ノ如キ危険業務ニ服スル者ニ對シテ要求スル注意義務ハ通常人ニ比シテ大ナラザルベカラザルヲ以テ苟モ危害ヲ發生スル虞アル場合ニ於テハ常ニ之ガ豫防ニ付キ多大ノ注意ヲ費サザルベカラズ從テ電車進行ノ前方ニ於テ通行人が故意又ハ無意識ニ線路ヲ横斷スル冒險的行為ヲ爲サントスル情況アリテ之ガ爲ニ電車ト衝突ヲ惹起スベキ虞アルコトヲ疑ハシムベキ相當ノ理由存在スル場合ニ於テハ特ニ停車又ハ其ノ他危険ヲ豫防スベキ臨機ノ手段ヲ講ゼザルベカラズ若シ其ノ情況ノ存在スルニ拘ラズ之ニ留意セズシテ電車ヲ進行セシメ傷害ヲ生ゼシメタルトキハ通行人ノ過失ノ有無ヲ問ハズ過失犯ヲ以テ論ズベキモノトス(大三、四、二四、大刑)。

廣島市で電車の進行中前方約十一間の距離に反對線の軌道内に一年八ヶ月になる小兒が大人用の下駄を穿いて佇立し、電車が約二間餘に迫るも依然其處に佇立して居るのを見て、その儘電車を進行せしめたが、その間に急にその小兒が進行中の線路に近づいた爲に車臺が之に觸れて傷害を負うた。大審院は之を以て電車運轉手が「該小兒ノ動作ニ付キ綿密ナル注意ヲ加フベキ義務」を怠つたものとして、有罪の判決を下したのである。

モノトス(大六、四、一二、大刑)。

1023 電車運轉手の注意義務

(一) 電車と通行人との衝突

●電車ノ前路ニ於テ線路ヲ横斷セントスル通行人ハ衝突ノ虞ナキ時期ヲ選擇シテ線路ニ入ルコトヲ要シ衝突ノ危険存スル場合ニ於テハ電車線路ノ側面ニ佇立シ電車ノ通過スルヲ待チテ其ノ線路ニ入ルベク運轉手ハ進行中ノ電車ヲ停止シ通行人ヲシテ先ヅ線路ニ入りテ之ヲ横斷セシメ其ノ通過スルヲ待チテ電車ノ進行ヲ繼續スルノ義務ナシ。

然レドモ運轉手が電車ヲ操縦スルニ當リテハ常ニ其ノ進路ノ前方ヲ警戒シ危害ヲ未然ニ豫防スルノ周到ナル注意ヲ爲スコトヲ要スルハ其ノ業務上ノ義務ナルヲ以テ通行人が其ノ姿勢態度其ノ他ノ情況ニ依リ電車ノ進行ニ介意セズシテ線路ヲ横斷セントスルノ危険アリト信ズベキ理由アルトキハ通行人ニ過失ノ責アルト否トニ拘ラズ衝突ヲ避クルニ必要ナル注意ヲ爲スノ責アリ臨機電車ヲ停止シ又ハ其ノ速力ヲ減ジ通行人ト電車トノ交叉點迄ノ間ニ於テ電車ヲ停留セシメ衝突ヲ豫防スベキ應急處分ヲ爲サザルベカラズ從テ運轉手が既ニ此ノ危害ヲ認識シ又ハ之ヲ認識シ得ベカリシニ之ヲ看過シテ電車ノ進行ヲ繼續シ因リテ通行人ヲ傷害シタ

●電車ノ運轉手ハ電車ノ進行スル前方軌道附近ニ五歳前後ノ兒童ガ單身ニテ佇立又ハ徘徊スルヲ認メタル場合ニ於テハ危険ノ發生ヲ防止スル爲絶エズ該兒童ノ行動ニ注意シ何時ニテモ停車シ得ベキ状態ニ於テ電車ヲ操縦スルノ義務アルモノトス(大二、九、一一、大刑)。

●電車運轉手が電車ヲ操縦スルニ當リ三歳前後ノ幼兒ガ單身其ノ前方ノ軌道ニ佇立シ若ハ徘徊スルヲ認知シタルトキハ其ノ幼兒ガ一旦軌道ヲ立去ルモ再び引返シ軌道ニ立入ル虞アルヲ以テ絶エズ其ノ幼兒ノ行動ニ注意シ警鈴ヲ鳴スハ勿論緩急ニ應ジテ隨時停車シ得ベキ状態ニ於テ電車ヲ操縦スルノ義務アルモノトス(大一一、四、六、九、大刑)。

(二) 規則外の運轉手の注意義務

●電氣鐵道取締規則ハ普通ニ危険發生ノ虞アル行為ヲ取締ルニ過ギザルヲ以テ電車運轉手ハ其ノ以外ニ於テモ法律上又ハ慣習上必要トスル一般ノ注意義務ヲ嚴守スルコトヲ要ス從テ取締規則ノ命ズル注意義務ノミヲ履行スルモ業務上一切ノ責任ヲ悉シタルモノト云フヲ得ズ(大三、四、二四、大刑)。

(三) 電車と交通巡察との衝突

●電車運轉手ハ通行人ニ故意又ハ過失アルノ故ヲ以テ必ズシモ自己ノ注意義務ヲ免脱スルモノニ非ズ。警察官吏ハ交



通整理ノ必要上一時電車ノ進行ヲ停止スルノ權限ヲ有ス  
(大一一四、一〇二二、大刑)。

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

(四) 電車と自轉車との衝突

●電車運轉手ハ自轉車乗用手ガ電車ノ進行ニ介意セズシテ軌道ヲ踏切ラムトスルヲ認メタルトキハ踏切番人ノ設置ノ有無ヲ問ハズ衝突ヲ避クル爲臨機電車ノ進行ヲ停止シ又ハ其ノ速力ヲ減ジ以テ危險ノ發生ヲ豫防スルニ適當ナル處置ヲ執ラザルベカラズ(大一一四、一〇二二、大刑)。

京王電車の神宮驛停留場から初寮停留場に至る道に三字橋踏切が有る。其處は踏切番人なく、又人家に妨げられて約三十尺くら

ト衝突スルニ至リタルハ運轉手ニ過失アリト云ハザルベカラズ(大五、九、一六、大民)。

1068 電車車掌の注意義務

●電車ノ後部車掌トシテ發車合圖ヲ爲スベキ職務ニ從事スル者ハ乗降口ニ群リタル多數乗客中尙將ニ乗車セントスル姿勢ヲ執ル者アル場合ニ於テハ縱令電車滿員ニシテ乗客收容ノ餘地ナキトモ單ニ警笛ヲ吹鳴スルノミヲ以テ足レリトセズシテ乗客ノ整理ニ因リ其ノ者ガ安全ノ位置ニ退避シ危險發生ノ虞ナキコトヲ確認スル迄ハ發車合圖ヲ爲スベカラザルノ注意義務アルモノトス(昭二六、二五、大刑)。

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

●電車ニ乗組メル車掌ハ運轉手ト共ニ常ニ乗客及他ノ乗組員竝ニ一般公衆ニ對シテ危險ノ虞ナカラシムル爲十分ノ注意ヲ爲スベキ義務アリ。唯車掌ト運轉手トハ其ノ任務ヲ異ニシ其ノ注意義務ハ常ニ同一ナリト云フベカラズ、故ニ場合ニ依リ運轉手ニ過失アリテ車掌ニ過失ナキコトアルベク又車掌ニ過失アリテ運轉手ニ過失ナキコトアルベシト雖モ

みの距離に近づかねば電車の運轉臺から望見することが出來ぬ。午前十一時半頃客を満載した電車が右踏切から約四十間の距離で警鈴を鳴らしたのみで一時間十七哩の速力で進行したが、踏切から約三十尺ぐらゐの距離に近づいて始めて自轉車でその踏切を横ぎらうとして居る者の有るを認め、直に急停車の處置を執つたが及ばずして衝突し、自轉車乗の少年を轢死せしめた事件である。

(五) 電車と線路工夫との衝突

●電車運轉手ハ電車ヲ操縦スルニ當リ其ノ進路前方ノ右側軌道内ヲ電路工夫ガ架空線ノ工事監督ノ爲上方ヲ眺メナガラ電車ト同一方向ニ向ヒ歩行シ居リテ一回モ後方ニ注意セル態度ヲ採リタルコトナキヲ目撃シタルトキハ其ノ工夫ガ電車ノ進行ニ氣付カズ其ノ進路ニ立入ル虞アルヲ以テ警笛ヲ吹鳴ラスハ勿論何時ニテモ急停車ヲ爲シ得ベキ程度ノ徐行ヲ爲ス等危險ヲ豫防スルニ適當ナル處置ヲ執ルノ義務アルモノトス(昭二、一二、二二、大刑)。

(六) 電車と荷車との衝突

●電車ノ軌道ト極メテ接近セル距離ヲ保チ荷車ヲ曳キ來リタル者アリテ電車ト衝突スルノ虞アル場合ニ於テハ府令ノ命ズル所ニ從ヒ運轉手ハ適當ノ距離ニ於テ電車ノ運轉ヲ停止スル等應急ノ處置ヲ執ラザルベカラザルニ拘ラズ徒ニ右通行人ノ回避ヲ豫期シテ電車ヲ進行セシメタル結果該荷車兩者ハ共ニ危險防止ノ爲ノ注意ヲ怠リタル爲危險ノ生ジタルトキハ當然過失ノ責ニ任ゼザルベカラズ。故ニ電車車掌ニ過失傷害致死罪ノ責任アリヤ否ヲ斷ズルニハ車掌ニ注意義務ヲ怠リタル過失アリヤ否ヲ審究セザルベカラズ。之ヲ審究セズシテ無罪ヲ言渡シタルハ理由不備ノ違法アルモノトス(大八、一一、二七、大刑)。

嵐山電車の車掌が東行の電車に乗組み某停留場で西行の電車と入れ違ふ際、該西行電車に後續車のあることを知らせる圓板信號の掲げてあつたのに氣付かず、後續車の未だ離合線に入つて來ぬ前に發車信號を爲したので、運轉手が之に應じて發車し、因つて後續の電車と衝突して死傷者を生じた。之に對し運轉手が過失の責に任ずべきことは當然であるが、原審では車掌は「常ニ電車ノ前方ヲ注意シ危險ナキコトヲ確メタル後ニ非ザレバ運轉手ニ對シ發車信號ヲ爲スベカラザル責任アルモノト認メ難シ」と曰ひ、無罪を宣告した。大審院は檢事の上告に因り之を破毀して再審理を命じたのである。

第三款 道路警察

1069 往來の妨害を生ぜしむる行爲

(一)



一〇七〇 雑沓の場所に於いて制止を肯せず混雑を増ましむる行為  
一〇七一 街路に於ける喧噪行為

一七六

●街路ニシテ公衆ノ往來最モ頻繁ナル場所ニ幅四尺長六尺ノ屋臺車ヲ置キ物品ノ販賣ヲ爲シタルトキハ其ノ時間ノ長短ヲ問ハズ正當ノ事由ノ存セザル限り警察犯處罰令第二條第十二號ノ犯罪ヲ構成ス。被告ガ種物露店行商營業者ナル事實ハ正當ノ事由トナラザルモノトス(大五、六、二六、大刑)。

(二)

●警察犯處罰令第二條第十二號ニ所謂公衆ノ自由ニ交通シ得ベキ場所トハ不特定多數ノ人ノ自由ニ往來シ得ベキ場所ヲ謂ヒ必ズシモ公路タルヲ要セズ。又本來特定人ノ爲ニ設ケタル道路ト雖モ不特定多數ノ人ノ自由ニ往來スルコトヲ許ス場合ニハ其ノ通路ハ公衆ノ自由ニ通行シ得ベキ場所タルヲ失ハザルモノトス(大一一、一二、三、大刑)。

某神社境内と隣接する土地はMの所有地で同人の住宅と借家が二軒あつて、其處から公道に通ずるには神社境内を通過する外には途なく、而して神社境内と其の隣接地との境には幅八尺三寸の出入口があつて其の他は板塀で塞がつて居た。然るに被告等四名は共謀してMに對する感情の上から突然Mに右出入口を閉塞する旨通告して二三時間の後大工をして右出入口に板を打付け全然外部との交通を不能ならしめた。それが「公衆ノ自由ニ交通シ得ル場所ニ於テ交通ノ妨害ト爲ルベキ行為ヲ爲シタル者」に該當するものと判定せられた。

(三)

●刑法第二百二十四條第一項ノ犯罪ト警察犯處罰令第二條第十二號ノ犯罪トハ各其ノ構成要件ヲ異ニシ罪質ヲ同ウセザルモノナレバ刑法第五十五條ニ所謂同一ノ罪名ニ觸ルルモノト爲スコトヲ得ズ(昭三、五、三一、大刑)。

被告人等は(一)昭和二年六月二十八日に和歌山縣の或る村道に鐵條網を張り渡し、重量十貫目位の大石約十個を並置し、枯木藥等を堆積して道路を壅塞し、又同じ村道の溝渠に架設せられて居る石橋の一部を撤去して、往來の妨害を生ぜしめ、更に(二)同年六月三十日に、他の村道に長さ二間位の割板を放置し、往來の妨害を生ぜしめた。

此の第二の行為に對し、警察犯處罰令第二條第十二號に「公衆ノ自由ニ通行シ得ル場所ニ於テ濫ニ車馬舟筏其ノ他ノ物件ヲ置キ又ハ交通ノ妨害ト爲ルベキ行為ヲ爲シタル者」とある規定に該當するものとして、科料五圓に處せられたが、更に第一の行為に對し刑法第二百二十四條第一項に「陸路水路又ハ橋梁ヲ損壞又ハ壅塞シテ往來ノ妨害ヲ生ゼシメタル者」とあるに該當するものとして、別に罰金二十圓に處せられた。

是が正當であるや否やが本訴の争點で、上告人は此等は連續した行為で同一の罪名に觸るるものであるから、一罪として處斷せらるべきものであると主張したが、大審院は之を否定し、二者罪

### 一〇二 街路に於ける喧噪行為

質を異にするもので連續犯と見るべきものではないと判定した。其の理由としては、刑法一二四條の往來妨害罪は犯人がその行為の結果としての往來の妨害に付き認識あることを要する、それは所謂具體的危險犯で、其の行為の結果として往來の妨害を發生せしむることを要する。警察犯處罰令の交通妨害犯は、其の行為の結果として往來の妨害を生ずることの認識を要しない、それは所謂抽象的危險犯で、其の行為の一般的性質に於いて交通妨害の危險性あるを以て足れりとするを曰つて居る。

### 一〇三 雑沓の場所に於いて制止を肯せず混雑を増ましむる行為

●多數ノ青年ガ太鼓臺ヲ昇出シ太鼓ヲ敲キ見物人モ數多集リテ雜沓セル折柄其ノ現場ニ許可ヲ得ズシテ太鼓臺ヲ昇出シタル所爲ヲ禁止スル目的ヲ以テ巡查ガ出張シ、「許可ナキモノナレバ屋臺ニ登レル者ハ降り火ヲ消シテ靜ニ持チ歸レ」ト申聽ケタルニ拘ラズ之ニ反抗シテ「止メル要ナシ此儘行ケ行ケ」ト大聲疾呼シ多衆モ亦之ニ和シ爲ニ青年ガ巡查ノ命令ノ如クセザリシハ即チ雜沓ノ場所ニ於テ警察官吏ノ爲シタル制止ヲ肯せず混雑ヲ増大ナラシムベキ行為ヲ爲シタルモノニシテ警察犯處罰令第二條第十五號ニ該當ス(大八、一一、一三、大刑)。

●街路ニ於ケル喧噪行為ハ警察官ノ退去又ハ禁止ノ命ナキ以上個人行為タルト團體行為タルト問ハズ警察犯處罰令第二條第十一號ノ適用アルモノトス(昭五、一一、二〇、大刑)。

百人ばかりの群衆が二人づつ腕を組み、ワツシヨ、ワツシヨと街路を走つて居る中に加はつて、同じ様に二人腕を組んで街路で騒いだ爲に、其の二人が警察犯處罰令に「公衆ノ自由ニ交通シ得ル場所ニ於テ喧噪シタル者」とあるのに該當するものとして處斷せられた事件であるが、之に對し、斯ういふ團體的の行為に對しては、治安警察法の多衆の運動に關する規定を適用するのは兎に角、警察犯處罰令の規定を適用すべきではないといふ理由で上告した。治安警察法第十二條には「集會又ハ多衆運動ノ場合ニ於テ故ラニ喧擾シ又ハ狂暴ニ涉ルモノアルトキハ警察官ハ之ヲ制止シ其ノ命ニ從ハザルトキハ現場ヨリ退去セシムルコトヲ得」とあり、其の退去の命に從はない者は第二十六條に依り一月以上の輕禁錮又は二十圓以下の罰金に處すべきものと定めて居る。併し此の規定の適用せられるのは、退去の命令に從はないことを要件とするのであるから、然らざる限り、喧噪行為は假令多衆の運動に於いて行はれたとしても、尙警察犯處罰令に依つて處斷せらるべきものと判定せられたのである。



一〇七二 泥酔して街路に徘徊する行爲 一〇七三 船舶衝突豫防の義務 一〇七四 船長が自ら船を指揮する義務 一〇七五 船燈に關する船長の注意義務 一〇七六 船長の坐洲船舶引卸作業 一七八

### 一〇七三 泥酔して街路に徘徊する行爲

●警察犯處罰令第二條第十一號ノ罪ノ成立ニハ公衆ノ自由ニ交通シ得ル場所ニ於テ喧噪シ横臥シ又ハ泥酔シテ徘徊スル行爲アルヲ以テ足り該行爲ガ公衆ノ交通ノ自由ヲ妨害スル程度ノモノナルト否ト犯人ニ於テ當時一定ノ行先地又ハ目的ヲ有シ居タルト否トハ同罪ノ成立ニ影響ナシ(昭七、一、二五、大刑)。

午後十時過ぎに鹿兒島市中の公衆の自由に通ずる道路を泥酔して徘徊したといふ事件で、交通を妨害する程度に至つて居らぬといふ理由で上告したのであるが、大審院は公衆の自由に通ずる場所を泥酔して徘徊するのは、其の行爲自體が既に公衆の交通を妨ぐる虞が有り又公衆をして醜陋の感を抱かしめ一般風教を害するから之を取締る必要が有るので、敢て現に公衆の交通を妨害する程度のブラツキなることを要しないと判定したのである。

## 第二節 海上交通

### 一〇七四 船舶衝突豫防の義務

(一)

ス(六一〇、一二、三、大民)。

### 一〇七五 船長が自ら船舶を指揮する義務

●船員法第十五條ハ危険ノ多ク發生シ易キ港灣ノ出入若クハ狹隘ナル水路通過ノ場合ニ在リテハ法律上常ニ危険ノ虞アルモノト推定シ現實危険ノ有無ニ關セズ必ズ船長ハ甲板ニ在リテ自ら船舶指揮ノ任ヲ荷フベク其ノ他ノ場合ニ在リテハ危険ノ虞アルトキ同様ノ任ヲ負フベキノ旨趣ト解スベキモノトス(大六、一一、三〇、大刑)。

汽船弘濟丸の船長が函館港から青森港に向け航行中、開港港則に定まつて居る函館港港界線内で甲板を下りて私用に就き自ら船舶の指揮を爲さなかつたのが、原審では無罪となり、檢事正の上告に因り大審院は原判決を破毀して、船員法第十五條(船舶が港灣ヲ出入スルトキ、狹隘ナル水路ヲ通過スルトキ其他危険ノ虞アルトキハ船長ハ甲板ニ在リテ自ら船舶ヲ指揮スルコトヲ要ス)に違反するものと判定した。原判決は法律の所謂「港灣」に該當するや否やは敢て開港港則の定むる港界線に依るべきではなく、航行上の危険の虞ありや否やに依つて定むべきものであると爲し、而して鑑定人の鑑定に基き船長が甲板を下りたのは防波堤の線を過ぎもはや危険の虞の無い場所であると認定したのであるが、大審院は之に反して法定の港界線内であれば常に「港灣」に該當する

●甲乙二船が接近スルニ當リ甲船ニ過失アルモ乙船ノ注意ニ依リ衝突ヲ避ケ得ベカリシニ其ノ注意ヲ爲サザリシ爲衝突ヲ來シタル場合ニ於テハ乙船ノ操縦者ハ甲船ニ過失アルヲ理由トシテ自己ノ過失ノ結果ニ對スル罪責ヲ免ルルコトヲ得ズ(大三、五、二三、大刑)。

(二)

●甲乙兩汽船ガ約九鏈ノ距離ニ於テ行逢ヒ右舷ト右舷ト相對シ兩船ノ船員ハ各他船ノ白燈ヲ自船ノ右舷船首ニ見タル場合ニ於テ甲船ハ約九浬、乙船ハ約九浬半ノ速力ヲ以テ進航スルモ兩船各其ノ鍼路ヲ保テ互ニ替リ行クベキ位地ニ在ルトキハ甲船ガ右舷ニ轉ジタル所爲ハ海上衝突豫防法第十八條第二項ニ違背セル不當ノ航方ナリトス(大五、二、一二、大民)。

(三)

●海上衝突豫防ノ通則トシテ汽船ト帆船トガ互ニ接近シ衝突ノ虞アルトキハ汽船ヨリ帆船ノ航路ヲ避クベク、而シテ之ヲ避クルニハ成ルベク帆船ノ前面ヲ横切ルコトヲ爲サズ、又此ノ際帆船ハ其ノ鍼路及速力ヲ保ツベク若シ危険切迫シテ之ヲ履行スルコト能ハザル場合ニハ危険ヲ避クル爲臨機ノ處置ヲ爲スヲ得ベキモ、右處置ヲ採ルハ必要止ムヲ得ザルニ出デ且適當ノ方法ニ依據セザルベカラザルモノト

ものと解したのである。

### 一〇七六 船燈に關する船長の注意義務

●船燈ノ取扱ハ水夫中相當ノ經驗ヲ有スル者ヲシテ之ニ當ラシメ又石油ヲ使用スル場合ニ於テ夜半ノ調整ヲ行ハシムルコトハ船長ガ船燈ニ關シ用フベキ必要ナル注意ニ屬スルモノトス(大五、五、七、大民)。

夜中航行する某船舶の船燈が消えて居た爲に他の船舶と衝突した事件で、其の船燈は水夫見習の少年に取扱はしめて居り、其の怠慢から石油を使用する船燈であるに拘らず夜半の調整を行はなかつた爲光力を維持することが出来なかつたのであつて、船長に過失の責任あるものと判定したのである。

### 一〇七七 船長の坐洲船舶引卸作業

●船舶坐洲ノ場合ニ於テ之ガ引卸ヲ爲スハ船長ノ職務ノ範圍内ニ屬ス。  
船舶ガ河川ニ於テ坐洲シタル場合ニ之ヲ引卸ス爲索條ヲ船首ノ杭ニ結び附ケ河川ヲ横斷シテ陸上ト船舶トニ於テ引締ムル方法ニ依リ作業ヲ爲スニ方リテハ船長ハ他ノ船舶ヲシテ安全ニ通過セシムルニ付キ必要ナル注意ヲ爲スベキ職務上ノ義務アルモノトス(大二三、一一、四、大刑)。



一〇七七 船舶職員を乗組ましむる義務 一〇七八 海員の脱船行為 一〇七九 海員の懲罰  
一〇八〇 船舶検査證書記載の航行期間経過後の航行 一〇八一 音戸海峡に於ける船舶の追越 一八〇

東京湾汽船會社の九十一噸の汽船御浦丸が淺瀬に坐洲したの  
で、船長は救助の爲駆付けた青年團員と協議の上、其の引卸の爲  
鋼索及麻索各一條を船首の杭に結び付け他の各一端を陸上のカク  
ラサンに巻き、別に一條の麻索を陸上の鑿船杭に結び付け他の一  
端は本船船首甲板上のウキンダラスに巻き互に引き締むる装置と  
爲し、引卸作業に従事中他の船舶が其處を通過する際には、其の  
都度曳綱を適度に繰延べて之を沈下せしめ其の上を通過せしむる  
こととして居たが、當日は數日來の大雨で水勢が急で曳綱を繰延  
べても水勢に押し流されて充分の深度に沈下せず、其の爲内浦丸  
といふ船が鋼索に引き懸りて顛覆し乗客十一名が溺死した。因つ  
て船長は業務上の注意義務を怠つたものとして過失致死の罪に問  
はれたのである。

### 一〇八 成規の船舶職員を乗組ましむべき船舶

#### 所有者の義務

●船舶職員法第八條第一項ニ依リテ船舶所有者船舶管理人  
又ハ船舶賃借人ヲ處罰スルニハ此等ノ者ガ法定ノ資格アル  
船舶職員ヲ乗組マシメザルコトヲ必要トスルモノニシテ其  
ノ所謂乗組マシメザルトキトハ此等ノ者ニ於テ全然其ノ職  
員ノ配置ヲ爲サズ又ハ之ヲ配置シタルモ特ニ其ノ意思ニ依  
リテ之ヲ乗船セシメザル場合ヲ謂フモノニシテ單ニ配置セ

ラレタル職員ガ故意又ハ過失ニ因リテ乗船セザル場合ヲ謂  
フモノニ非ズト解スルヲ相當トス(大一一、二、二一、大刑)。  
●船舶職員法第八條第一項には「此ノ法律又ハ此ノ法律ニ基キテ  
發スル命令ノ規定ニ相當スル船舶職員ヲ乗組マシメザルトキハ船  
舶所有者、船舶共有ノ場合ニ於テハ船舶管理人、船舶賃借ノ場  
合ニ於テハ賃借人ヲ五百圓以下ノ罰金ニ處ス」とある。本件はI  
の所有に係る發動機船第六大和丸に船長が乗組まず其の不在中他  
の者が代つて船長の職務を行つた事件であるが、大審院はそれは  
Iの指圖に因つたのではなく、其の乗組ましめた船長が勝手に職  
務から離れたのであるから、Iを同條の違反として處罰すべきも  
のではないと判定した。

### 一〇九 海員の脱船行為

●船舶職員法第六十四條第二項(海員が脱船シタルトキハ十一日以  
上六月以上ノ重禁錮ニ處ス)ニ所謂海員ノ脱船トハ海員ガ其  
ノ職務ヨリ全然離脱スル目的ヲ以テ乗込船舶ヲ去ル行為ヲ  
指稱ス(大一一、三、四、大刑)。

●船員法には海員が船長の許可を得ずして二十四時間以上船舶を  
離るる場合と脱船の場合とを區別して規定して居る。本件は海員  
が船長から上陸を許されたのを機會にそのまま脱船したといふ事  
件であるが、上告理由として(イ)船長の許可を得て上陸したので

あるから脱船ではない(ロ)若し上陸したまま歸船しないことを脱  
船と稱するものとすれば、不作爲犯であつて、何時犯罪が成立し  
たかを明示せねばならぬのにそれを示して居らぬのは理由不備の  
判決であると主張したが、大審院は之を容れず、一時上陸を許可  
せられたのに乘じ許可の趣意に反して其の職務から全然離脱する  
意思を以て上陸すれば、其の時に脱船行為が成立するものと判定  
した。

### 一〇九 海員の懲罰

●船員法第七十二條(海員が相黨與シテ左ノ行為ヲ爲シタルト  
キハ云々、二、脱船シタルトキ)ノ海員ガ相黨與シトハ一人ノ  
海員ガ他ノ一人若ハ二人以上ノ海員ト一定ノ目的ヲ以テ通  
謀シ合同結束スルノ謂ニシテ必ずシモ多衆ノ團結ヲ要セザ  
ルモノトス(大一一、一〇、二〇、大刑)。

●國際汽船會社のボーランド丸に乘組んで居た船員が合衆國ボー  
ランド港に碇泊中二人通謀して脱船した。是が「海員ガ相黨與シ  
テ」脱船したものと判定せられたのである。

### 一〇〇 船舶検査證書記載の航行期間経過後の

#### 航行

●船舶検査法施行細則第三十四條以下ノ規定ニ依レバ船舶

第五類 警察 第四章 交通警察 第二節 海上交通

検査證書記載ノ航行期間経過後ト雖モ尙航行シ得ベキ場合  
存スルヲ以テ被告ニ船舶検査法第十條第一項違反ノ行為ア  
リト爲スニハ叙上施行細則ノ規定ニ該當セザル場合ナルコ  
トヲ判示セザルベカラズ(大七、五、八、大刑)。

### 一〇一 音戸海峡に於ける船舶の追越

●音戸海峡ニ於テハ二個ノ船舶ガ繼續的ニ並航スル場合ハ  
勿論他船ヲ追越サントシテ瞬間的ニ並航スル場合ヲモ禁止  
シタルモノトス(昭五、二、二四、大刑)。

●廣島縣令の音戸海峡取締規則には「海峡ニ於テハ他ノ船舶ト並  
航スヘカラス」といふ規定が有る。發動機船日の丸の船長が音戸  
海峡を南方に向つて航行する際、同じ方向に航行して居る發動機  
船第三長門丸を追越したが、此の規定に觸れるものとして處罰  
せられた事件で、争點は該縣令に所謂「並航」が追越をも含むや  
否やに在つたが、大審院は「音戸海峡ハ水路狹隘潮流急激ナルニ  
拘ラズ常ニ船舶ノ往來頻繁ナルヲ以テ二箇ノ船舶ガ並航スルトキ  
ハ勢ヒ衝突等ノ危険ヲ惹起スル虞アリテ前記取締規則ハ專ラ之ヲ  
豫防スル爲ニ制定セラレタルモノナルヲ以テ其ノ並航ガ瞬間的ナ  
ルト將タ繼續的ナルトニ依リ危険ヲ惹起スル虞アルコトニ逕庭ナ  
キヲ以テ」追越の場合をも含むものと解するのが妥當であると判  
定した。



## 第五章 産業警察

### 第一節 商工業

#### 一〇八三 米穀取引所の解散処分

(一)

○甲取引所ニ於テ數年間ニ成立セル相場ノ大部分ガ乙取引所ニ於テ同一期間ニ成立セル同日若クハ前日ノ相場ト一定ノ下轄ニ於テ合致スル事實アルトキハ之ヲ甲取引所ノ取引員ガ乙取引所ノ相場ヲ引用シタルニ因ルモノト認ムベク、斯カル場合ニハ甲取引所取引員ノ間ニ引相場ノ行ハルル慣行アリト認ムルヲ相當トス。

取引員ノ間ニ引相場ノ行ハルル取引所ハ取引所トシテノ本來ノ機能ヲ没却シ取引員ハ單ニ他ノ取引所ノ相場ニ依リ差金ノ授受ノミヲ目的トスル行爲ヲ爲スコトナルヲ以テ此ノ如キ取引所ノ經營ハ公益ヲ害スルコト極メテ大ナリト云ハザルヲ得ズ。

解散を命じたのは適法であると判定した。

(評釋) 本訴に於いて法律上稍興味ある問題は、取引所の取引員が所謂「引相場」を爲す慣習が有つた場合に、それが法律の所謂「取引所ノ行爲公益ヲ害スル」場合と云ひ得べきや否やに在る。原告の側からは、假令「引相場」を爲す慣習が有つたとしても、それは取引員の行爲であつて取引所の行爲ではない、株式會社としての取引所自體は之に與らないのであるから、取引所の行爲が公益に反するものと言ふを得ないものと主張したが、裁判所は之を否認し、「取引員ノ行爲ニ基キテ取引所ノ經營ガ公益ヲ害スト認ムベキ」場合も取引所法第二十七條に所謂取引所の行爲公益を害する場合に該當するものと断定した。

判決の文字は稍曖昧であつて、取引所の「經營」が公益を害するものとして、其の解散處分を是認して居り、取引員の取引を以て取引所自身の行爲と認むべきや否やを明言して居らぬが、其の大體の論旨に於いては、正當を失はぬものと信ずる。

羅馬法から傳はつた法人の思想は、法人を以て其の所屬員の人格とは獨立な別個の人格を有するもの如くに思考し、所屬員の行爲は法人自身の行爲ではなく、隨つて法人は其の所屬員の行爲に付いては責任を負はないものとする傾向が有るけれども、是は正當な思想ではない。法人は團體人であり、而して團體は其の所屬員から成り立つて居るもので、所屬員は團體の構成分子であるから其の構成分子としての地位に於いて所屬員の爲した行爲は、

取引所法第二十七條ニ所謂取引所ノ行爲公益ヲ害スルトハ必ズシモ取引所會社ノ行爲ガ公益ヲ害スル場合ノミナラズ取引員ノ行爲ニ基キテ取引所ノ經營ガ公益ヲ害スト認ムベキ場合ヲモ包含スルモノト解スルヲ相當トス。

多年ニ互リ取引員間ニ引相場ノ慣行ヲ有シ從テ公益ヲ害スルコト大ナル場合ニハ農商務大臣ニ於テ戒告其ノ他ノ行政處分ヲ採ラズシテ直ニ取引所ノ解散ヲ命ズルモ之ヲ違法ナリト爲スコトヲ得ズ(六一四、七、一六、行)。

取引所法第二十七條には「農商務大臣ハ取引所ノ行爲法律命令ニ違反シ又ハ公益ヲ害シ若ハ公衆ノ安寧ニ妨害アリト認ムルトキハ左ノ處分ヲ爲スコトヲ得。一、取引所ノ解散、云々」といふ規定が有つて、此の規定に依り原告株式會社甲府米穀取引所が大正十二年八月二十五日に農商務大臣から解散を命ぜられた。其の理由とする所は、同取引所は多年に互り東京米穀商品取引所を親市場として、所謂「寫眞的引相場」を爲して居り、取引所としての本來の機能を營まないものであるといふにある。原告は之を違法なりとして行政裁判所に出訴したが、裁判所は之を容れず、其の

法人自身の行爲として法人は自ら其の責任を負担せねばならぬものである。殊に取引所は取引を爲す爲に存する法人であつて、其の取引は取引員に依つて行はるとしても、取引員は法人の構成員として法人の目的を遂行するものであるから、取引員の行爲は即ち法人としての取引所の行爲であり、取引所が之に付いての責任を負担すべきことは勿論である。

(二)

○甲取引所ノ取引員間ニ各限月納會日終節ニハ取引員各自ノ自由ナル判斷ニ因ル相場ヲ建ツルコトナク乙取引所ノ納會日帳入値段ヲ機械的ニ引用シ之ヲ甲取引所ノ納會日終節ノ相場トシ之ニ據リ決濟スルノ慣行存在スト雖該慣行ガ取引員間ニ初メヨリ受渡ヲ全然忌避スルノ了解若ハ申合アルニ因ルモノト認メ難ク且甲取引所ニ於ケル各限月終節前ニ於ケル相場ガ獨立性ナキニ至リタリト認メ難キ場合ニ於テハ甲取引所各限月納會日終節前ニ於ケル相場ハ乙取引所ノ相場ノ寫生的引相場ナリト謂フコトヲ得ズ。

取引所法第二十七條ニ所謂取引所ノ行爲公益ヲ害ストハ必ズシモ取引所會社ノ行爲ガ公益ヲ害スル場合ノミナラズ取引員ノ行爲ニ基キ取引所ノ經營ガ公益ヲ害スト認ムベキ場合ヲモ包含スルコト明ナリト雖同條ノ規定ハ取引所ノ行爲ガ苟モ公益ヲ害スルトキハ農商務大臣ノ自由裁量ニ依リ如



一〇八三 米穀取引所營業繼續の不許可 一〇八四 差金取引を爲す取引所類似の施設  
一〇八五 定期取引の取次を營業とする行爲 一〇八六 本店以外に於ける賣買取引の取扱

一八四

何ナル處分ヲモ爲シ得ルノ法意ニ非ズシテ其ノ行爲ノ性質及其ノ結果ニ鑑ミ監督上必要ナル界限内ニ於テ相當ノ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。取引所ノ納會日終節ノ相場ノミニ付キ存在スル前示ノ如キ慣行ハ公益上全然害ナシト云フコトヲ得ザルモ之ヲ以テ取引所ノ存在ヲ許スベカラザル程度ニ其ノ機能ヲ没却シタルモノト云フコトヲ得ズ(大八、五、二九、行)。

本件は岐阜米穀取引所が名古屋米穀取引所を親市場として「寫生的引相場」を爲すものとして解散を命ぜられた事件で、行政裁判所は寫生的引相場の事實なしとして、解散處分を取消したのである。

(三)

○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ハ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。甲取引所ノ取引員間ニ各限月二十六日以後ニハ取引員各自ノ自由ナル判斷ニ因ル相場ヲ建ツルコトナク乙取引所ノ二十五日後場五節ノ平均値段ヲ機械的ニ引用シ之ヲ甲取引所ノ相場トシ之ニ據リ僅少ノ殘金ヲ決濟スル違法ノ慣行アル

モ其ノ以前ノ相場ニシテ獨立性ヲ失ハザルトキハ之ヲ以テ取引所トシテ最早存在ヲ許スベカラザル程度ノ違法行爲アリト云フコトヲ得ズ(大八、五、二九、行)。

是は豊橋米穀取引所に關する事件で、東京米穀商品取引所を親市場として「寫生的引相場」を爲すものとして解散せられたのが、行政裁判所に依り違法とせられたのである。其の理由とする所は前のと略同様である。

一〇八三 米穀取引所營業繼續の不許可

○仙臺市ハ取引所ノ存在セザル他ノ諸市ニ比スルモ米ノ大量取引ニ従事スル玄米商少數ニシテ同市ニ於ケル米ノ取引ハ大部分小賣取引ニ止マル此ノ仙臺市ノ經濟狀態竝ニ原告仙臺米穀取引所ノ實蹟ニ鑑ミレバ同市ハ多數多量ノ米穀ノ需給ヲ調節シ獨立ナル公定相場ヲ成立セシムル機關タル米穀取引所ヲ繼續シテ存在セシムル必要アリト認メ難ク原告ノ營業繼續出願ニ對シ農商務大臣ガ不許可ノ處分ヲ爲シタルハ適法ナリ(大八、四、七、二一、行)。

一〇八四 差金取引を爲す取引所類似の施設

○取引所法第二十六條ノ二ニ所謂差金取引ヲ爲ス取引所類似ノ施設タルニハ組織的計畫ノ下ニ多數ノ者ヲシテ集合シ

又ハ集合セズシテ相當ノ期間繼續シ差金授受ニ依ル取引ヲ爲サシムル設備アルヲ以テ是リ市場ノ存在ヲ必要トセズ(昭二、三、五、大刑)。

争點は主として法律の所謂「取引所類似ノ施設」とは、市場の存在を必要とするや否やに在る。本件の問題となつたのは、鹿兒島の穀肥會と稱する團體で、會員間に米穀肥料の差金取引を爲す約束を爲し、取引所に於けるが如き取引を爲して居たのであるが、唯取引所の如き一定の市場なく會專屬の仲立人をして各會員の宅を往來して仲立を爲さしめて居たのである。上告論旨としては市場が無いから取引所類似の施設ではないと主張したけれども、大審院は之を採用しなかつたのである。

一〇八五 定期取引の取次を營業とする行爲

○取引所法第十一條ノ四第二項ニ所謂取次トハ他人ノ爲ニ定期取引ノ委託即チ注文ヲ仲買人ニ取次グ行爲ヲ汎稱シ又所謂營業ヲ爲ストハ繼續反覆ノ意思ヲ以テ財産上ノ利益ヲ得ルガ爲ニ同項ニ指示セル行爲ヲ爲スノ意義ニシテ専ラ收益ヲ得ル目的ニ出ヅルト好意其ノ他ノ事由ヲ交フルトハ問ハザルモノトス(大八、五、二六、大刑)。

一〇八六 本店以外に於ける賣買取引の取扱

○取引所法第四條ノ四第一項ハ同一地區内ナルト否トヲ問ハズ仲買人が其ノ本店以外ニ一定ノ場所ヲ指定シ以テ賣買取引ノ取扱ヲ爲ス場所ニ充ツルコトヲ禁ジタル旨趣ナリトス(大六、二、二二、大刑)。

取引所の仲買人は本店のみで賣買取引の取扱を爲し得るもので、支店出張所其他如何なる名義を以ても他の場所で其の取扱を爲し得ないのであるが、其の所謂賣買取引の取扱とは現に取引の成立を要する趣意ではなく、賣買取引の委託を受け又は證據金を受領する等の行爲をも含むものであるといふのが、判旨の要點である。

○取引所法第十一條ノ四第一項ノ規定ハ永續的ノ意思ヲ有スルト否トヲ問ハズ仲買人ニ對シ其ノ本店以外ノ場所ニ於テ賣買取引ノ取扱ヲ禁ズルノ旨趣ナリトス(大六、六、五、大刑)。



一〇八七 取引所役員が取引員に身元保証金を貸與する行為  
一〇八九 無盡業の意義 一〇九〇 有價證券割賦販賣の意義

銀行業の意義

一八六

●大正十一年法律第六十號ヲ以テ改正セラレタル取引所法第十一條ノ四ニ所謂取引所ノ賣買取引ノ取扱ヲ爲ス場所ノ數ハ改正前ノ同法條ノ仲買人ニ關スル規定ト均シク農商務大臣ノ特別ノ認可ヲ受ケザル限り之ヲ一ヶ所ニ限定スルノ趣旨ナリトス。

右法條ニ所謂賣買取引ノ取扱ヲ爲ス場所ハ仲買人即チ取引員ガ其ノ意思ニ依リ之ガ取扱ヲ爲ス目的ヲ以テ設備ヲ爲シ自身若ハ其ノ從業者ニ於テ之ガ取扱ヲ爲ス場所ハ勿論從業者ガ主人ノ意思ニ依ラズシテ主人ノ當該業務ニ關シ叙上取引ヲ爲ス場所ト定メ從業者ニ非ザル他人ニ委託シテ之ガ取扱ヲ爲サシムル場所ヲモ包含シ設備ノ如何ヲ問ハザルモノトス(大一二、二七、大刑)。

●取引所ノ會員又ハ取引員ガ農商務大臣ノ認可ヲ受クルコトナクシテ同一取引所ノ賣買取引ノ取扱ヲ爲ス爲ニ以上ノ場所ヲ指定シ之ヲ同上取扱ノ場所ニ充テタルトキハ取引所法第十一條ノ四第一項ノ違反罪ヲ構成スルモノニシテ必ズシモ支店出張所若ハ之ニ準ズベキ設備ヲ爲シタル營業所ヲ設置スルノ要ナシトス(大一一、三、一三、大刑)。

資本ニ外ナラザレバ第十七條ノ資金ニ該當スルコト疑ナケレバナリ」と曰ヒ、上告を棄却した。

### 一〇八八 銀行業の意義

●銀行條例ニ所謂諸預リトハ各種ノ當座預金定期預金等ヲ指稱シ、預金契約ノ旨趣ニ從ヒ要求拂定期拂等ノ債務ヲ負ヒ、斯ル預金ヲ他ノ預金ト共ニ收受シテ營業資金ニ供シ貸付等ノ方法ニ依リ之ヲ運用スルコトハ普通銀行ノ主タル營業ニシテ銀行事業ニ必要缺クベカラザル事項ナリトス。故ニ會社ニシテ銀行業務上最モ緊要ナル當座預金事務ヲ缺キ預金トシテ單ニ定期預リノミヲ爲スモノハ銀行條例ニ所謂諸預リヲ爲スモノト云フヲ得ザルヲ以テ之ヲ銀行ト認ムルヲ得ズ。從テ斯カル會社ニ於テ貯金ヲ會員ヨリ預リタリトモ貯蓄銀行條例ニ依リ大藏大臣ノ認可ヲ要スルモノニ非ズ(大三、五、一八、大刑)。

### 一〇八九 無盡業の意義

●無盡業法第一條ノ規定ハ無盡業者ノ目的如何ヲ區別セザルガ故ニ苟モ抽籤又ハ入札ノ方法ニ依リ金錢又ハ有價證券ヲ給付スル以上ハ其ノ目的ガ資金ノ融通ニ在ルト否トヲ問ハズ總テ之ヲ包含スルモノト解スルヲ相當トス。

第五類 警察 第五章 産業警察 第一節 商工業

### 一〇九〇 取引所役員が取引員に身元保証金を貸與する行為

●株式會社組織ノ取引所ノ役員ガ其ノ取引所ノ取引員ニ身元保証金トシテ取引所ニ納付スベキモノヲ貸與スルハ取引所法第三十一條ノ犯罪ヲ構成ス(昭三、七、二一、大刑)。

取引所法第十七條第二項には「株式會社組織ノ取引所ノ役員又ハ使用人ハ其ノ取引所又ハ之ト同種ノ物件ヲ取引スル取引所ノ取引員ト間ニ資金ノ供與、損益ノ分配其ノ他取引員ノ營業ニ付特別ノ利害關係ヲ有スルコトヲ得ス」といふ規定ガ有リ、同法第三十一條に其ノ違反に對する罰則として五千圓以下の罰金に處すべきことを定めて居る。

大阪株式取引所の理事長某が、其の取引所の取引員某甲に右取引所に納付すべき身元保証金三萬圓を、他の取引員乙某に同じく身元保証金四萬圓を貸與したのが、右の規定に該當するや否やが本訴の争點で、上告論旨としては、取引所法第十七條第二項は取引所の役員が取引員の營業に付き特別の利害關係を有することを禁止して居るのであり、身元保証金は取引員たる身分發生の要件たるもので其の營業資金ではないから、之に該當しないと主張したが、大審院は「營業ノ資金トハ單リ運轉資金ニ止マラズ取引員ノ取引所ニ納付スベキ身元保証金ヲモ包含スルモノト解スルヲ相當トス蓋シ身元保証金ハ取引員ガ營業ノ開始及繼續ニ付必要ナル

商品切手ハ其ノ所持人ニ限り商品ト引換ヲ受クルコトヲ得ルモノナルヲ以テ無盡業法ニ所謂有價證券ナリトス(大五、一一、八、大刑)。

みやこ合資會社といふ資本金三千圓の會社を設立し、廣く會員を募集し一口につき一圓又は五十錢づつの月掛を爲さしめ、二百五十口を一團として一口毎に抽籤の方法に依り、其の證券所持人に限り代金十五圓に充つるまで或る範圍の商品を交付する商品切手を給付すべき業を営んだのが、無免許無盡業を爲すものとして原審に於いて處斷せられたが、之に對し(イ)無盡業法に所謂無盡業は唯金融機關としての無盡業のみを意味するもので、物品無盡業を含まない。(ロ)商品切手は唯物品給付の爲の傳票的作用を爲す證券で有價證券ではないといふ理由で上告したが、二點とも容れられなかつたのである。

(評釋) 問題は専ら商品切手の給付が物品の給付であるや有價證券の給付であるやに在る。而して判決は之を以て有價證券の給付と認めて居るのであるが、それは疑はしい。寧ろ物品無盡業の一種と認むる方が正當でなからうかと思ふ。

### 一〇九〇 有價證券割賦販賣の意義

●數枚ノ有價證券ヲ一括シテ賣買ノ目的ト爲シ其ノ證據金ヲ徵收シ代金ヲ分割シテ數回ニ受入レ有價證券ノ給付ヲ爲

一八七



スモノハ縦令一枚ノ代金ニ相當スル金額ヲ受入ルル毎ニ一枚ノ證券ヲ給付スルトキト雖モ有價證券割賦販賣法第一條ニ所謂有價證券割賦販賣ニ該當ス(大二三、二四、大刑)。

勸業債券の十圓券十枚一組二十枚一組三十枚一組五十枚一組百枚一組の五種を分ち、加入者を募集して買戻契約を結び、契約當時先づ契約金高百分の八に相當する證據金を取り、其の後數回に債券一枚の額面から證據金を枚數で割つた高を差引いた金額を拂ひ込ませ、其の拂込毎に債券一枚を交付するといふ方法で、債券を販賣したのが、無免許割賦販賣を爲したものと判定せられたのである。判決理由には「蓋シ有價證券割賦販賣法第一條ハ一個ノ契約ニ於ケル代金額ヲ分割シテ拂込ム點ニ重キヲ置キ之ニ對スル債券ノ授受ガ不可分のナルト否トハ問ハザルノ趣旨ニシテ原判示事實ノ如ク數枚ノ證券ヲ一組ト爲シ其ノ代金ヲ定メ其ノ擔保トシテ之ニ相當スル證據金ヲ徵收スル場合ニ於テハ偶分割セラレタル一部ノ代金ノ支拂ヲ怠ルトキハ證據金ノ全部ヲ賣主ニ收得セラレ買主ハ其ノ重要ナル利益ヲ喪失スルニ至ルベキ弊害ヲ伴フモノナレバナリ」と曰つて居る。

### 1021 市場の意義

●長崎縣令市場取締規則ニ所謂市場トハ多數ノ賣方及多數ノ買方ガ集合シテ水産物其ノ他第一條所定ノ物ノ賣買取引ヲ爲スニ要スル一定ノ場所ヲ指稱スルモノトス(昭六、六、

に、栃木縣の足利織物同業組合の組合員でもあつた。同會社は足利の方で検査を受ける爲に、群馬縣では検査を受けずに、其の製品である織物數百反を足利に向け搬出した。是が群馬縣の織業取締規則に違反するものとして處罰せられた。原告は織物の検査は何れかの同業組合の検査を受ければ足れりとするものであると主張したけれども、大審院は之を容れず、有罪と判定した。

(評釋) 判旨容易に首肯し難い。

凡て商品の検査は商品の聲價を維持するが爲にするもので、それが商品である爲にのみ検査の必要を認めらるるものであることは疑が無い。若しそれが商品とせられず例へば自家用のものとする場合には、假令それを地區外に搬出するとしても、検査の必要の無いことは勿論であらう。随つて規則の文面には何等の制限もなく「地區外ニ搬出スルコトヲ得ス」と規定してあるにせよ、其の意味は商品として賣買に供するが爲に搬出する場合のみ指して居るものと解せねばならぬ。同時に他の同業組合にも所屬して居る者が、其の製品を其の所屬組合の検査を受ける爲に搬出するが如きは、毫も之を制限する必要の無いものである。

### 1022 金銀貨幣及金銀地金の輸出禁止

#### (一) 外國金貨幣の輸出

●大正六年大藏省令第二十八號ニ所謂金貨幣トハ帝國政府ガ貨幣法ニ則リ發行シタル金貨幣ヲ指稱シ外國金貨幣ヲ包

#### 一、大刑)。

海産物問屋業者が多數の荷主から鯖鱈など魚類の販賣委託を受け、縣知事の許可を受けず、自分の居室の裏庭の土間で毎朝夜明け頃に多數の行商人即ち買方を集めて躰賣類似の方法で賣買取引をして居たのが、原審では無免許で市場を開設したものと判定したが、大審院は之を破毀し、賣方が問屋業者一人である以上多數の賣方が集合するのではないから市場を開いたものではなく、罪とならないものと判定した。

### 1023 織物同業組合員の織物検査を受ける義務

●群馬縣織物同業組合ノ組合員ニシテ二以上ノ組合ニ加入セル者ガ其ノ一組合ノ地區内ニ存スル自己ノ製品ヲ他ノ組合ノ地區内ニ向ケ搬出スルニ當リテハ其ノ搬出ノ目的如何ヲ問ハズ先づ搬出元タル當該組合ノ検査ヲ受クルコトヲ要スルモノトス(大一一五、一二、一三、大刑)。

群馬縣織業取締規則には其の第一條に「織物同業組合ノ組合員ハ所屬同業組合定款ノ規定ニ基キ其ノ製品ノ検査ヲ受クヘシ但シ別段ノ規定アルモノハ此ノ限ニ在ラス」とあり、第二條に「組合員ハ前條ノ検査ヲ受クルニ非サレハ其ノ製品ヲ賣買シ又ハ所屬同業組合ノ地區外ニ搬出スルコトヲ得ス」とあり、之に違反した者には第四條に依り拘留又は科料に處すべきものと定めてある。其織物會社が群馬縣の邑樂織物同業組合の組合員であると同時

含セザルモノトス而シテ右省令ニ所謂金地金中ニハ外國金貨幣ヲモ包含セシメタル法意ナリト解スベキモノトス(大八、二、二八、大刑)。

大藏大臣の許可を受けずして、アメリカの弗金貨幣を上海に持つて行かうとして船に携帯した事件で、外國の金貨幣は省令の適用上は金地金に該當するものと判定したのである。

#### (二) 金貨輸出の目的を以てする兌換

●大正六年大藏省令第二十八號第二項ノ犯罪ノ成立スルニハ同年大藏省告示第五百一十一號所定ノ手續ニ依リ大藏大臣ノ許可ヲ受ケズシテ帝國政府發行ノ金貨又ハ金地金ヲ輸出シ若クハ輸出ノ實行ニ著手スル行爲アルコトヲ要ス(大八、二、二七、大刑)。

金貨幣を支那に輸出しようとする目的で日本銀行に至り兌換券若干を日本金貨に兌換した。原審では是が有罪に決せられたが、大審院は之を破毀し、兌換請求は適法の行爲で、假令それが輸出の目的で爲されたとしても、それだけでは罪とならないものと判定した。

#### (三) 輸出の意義

●輸出トハ帝國領土外ニ移出スルノ謂ニシテ水路ニ依ル輸出ハ之ヲ帝國領土外ニ輸出スルガ爲ニ帝國領土外ニ仕向ケラレタル船舶ニ積載スルニ依リテ完成シ其ノ貨物ノ仕向地



一〇九四 免許を受けざる衡器の製造  
一〇九六 工場法に於ける職工の意義

一〇九五 不正の度量衡器の使用

一九〇

ニ到着スルト否トニ關係ナキモノトス(大八、二、一七、大刑)。

(四) 外國銀貨幣の輸出

●大正六年大藏省令第二十六號ニ所謂銀貨幣ハ帝國政府ガ貨幣法ニ則リ發行シタル銀貨幣ノ義ニシテ支那銀貨メキシコ銀貨香港銀貨等ヲ包含スルモノニ非ザルモ同省令ニ所謂銀地金中ニハ銀塊銀片又ハ銀延棒ノ如キ何等技工ヲ施サザルモノハ勿論外國銀貨幣ノ如ク通貨トシテ一定ノ形式ヲ具ヘタルモノヲモ包含スルモノト解スベキモノトス(大九、九、九、大刑)。

(五) 輸出の着手

●大藏大臣ノ許可ヲ受ケズシテ金貨幣又ハ金地金ノ輸出ニ著手シタル行爲ハ昭和六年大藏省令第三十六號第二項ノ犯罪ヲ構成ス。

大藏大臣ノ許可ヲ受ケズシテ金貨幣又ハ金地金ヲ輸出スルノ目的ヲ以テ之ヲ輸出先ニ仕向ケラレタル船舶ニ積載セントシタル行爲ハ輸出ノ實行ニ著手シタルモノトス(昭八、四、二五、大刑)。

昭和六年の金輸出禁止の省令には「金貨幣又ハ金地金ヲ輸出セントスル者ハ大藏大臣ノ許可ヲ受ケヘシ」とあつて、之に違反シた者に對する罰則を定めて居るのであるから、輸出の既遂行爲のみならず、輸出に著手したのみでも、犯罪を構成するもので、判

旨は此の趣意を言明して居るのである。

一〇六 免許を受けざる衡器の製造

●荷モ計量上ノ作用効力ニ於テ衡器ト認ムベキモノナル以上ハ其ノ材料及目盛表示ガ法定ノ條件ヲ完備セザルモ度量衡法ノ適用ヲ受クベキモノトス。  
目盛ヲ施シ之ニ數字ヲ記載シテ重量ノ大小ヲ示シ得ル装置ヲ爲シタル以上ハ貫又ハ匁等ノ表記ヲ缺クモ尙計量上ノ作用効力ニ於テ衡器ト認ムルニ妨ナキモノトス(大五、一〇、七、大刑)。

上皿秤の金屬を用ゐるべき所を木材を用ゐ、且つ幾分粗雑に製作し、又目盛表示百匁とすべきを十とし、五百匁とすべきを五とせる等、法定の上皿秤とは形式を異にして居るが、尙計量上の作用効力に於いては衡器と認むべきものを、無免許で製作販賣したのが度量衡法違反に問はれたのである。

一〇七 不正の度量衡器の使用

●醫師ガ藥劑ヲ患者ニ授與スルニ當リ公差以上ノ差狂アル二瓦衡器及二十瓦衡器ヲ藥劑計量ノ爲ニ使用セルハ即チ醫タル業務ノ執行上之ヲ使用シタルニ外ナラザルヲ以テ取引上ノ計量ニ用キタルモノトス。藥劑ノ授與ガ有價ナルト無

價ナルトハ該衡器ノ使用ガ取引上ノ計量タルコトニ消長スルコトナシ(大三、三、一六、大刑)。

●度量衡法第八條第四號違反ノ罪ノ判決トシテハ其ノ公差以上ノ差狂ガ増加ニ因ルモノナルト減少ニ因ルモノナルトヲ說示スルノ要ナキモノトス(大四、九、二八、大刑)。

●變造ニ係ル度量衡器ニシテ且ツ命令ノ定ムル公差以上ノ差狂ヲ生ジタルモノハ度量衡法第八條第三號及第四號ノ何レニモ該當ス(大四、一〇、二二、大刑)。

●度量衡法第八條第四號ニ所謂差狂ハ惟リ自然ニ生ジタルモノノミナラズ人爲ニ因リ生ジタルモノヲモ包含ス(大五、二、一〇、大刑)。

行商人から變造した秤を買入れ、之を取引上の計量に使用して居た白米商が、度量衡法第八條に所謂「公差以上ノ差狂ヲ生ジタル」度量衡器を取引上に於ける計量に使用したものとて處斷せられたのである。

●荷モ修覆ヲ爲シタル度量衡器ハ其ノ修覆ノ程度如何ヲ問ハズ必ズ檢定ヲ受クベキモノニシテ之ニ反スルトキハ處罰ヲ免レザルモノトス(大六、一一、二四、大刑)。

●農ヲ業トスル者ガ自作ノ農産物ヲ路上ニ於テ販賣スル行爲ハ當然其ノ業務ノ範圍ニ屬スルモノトス(昭四、一〇、八、大刑)。

農業を営み其の收穫した野菜を市場に販賣することを業とする

被告の妻が其の收穫物たる甘藷を街路で販賣するに當り、其の計量に錘糸の切斷したのを自分で修覆して檢定を受けない二貫目の秤を用ゐた。是が度量衡法第十六條に「業務上取引若ハ證明ノ爲度量衡器ヲ使用スル者」の家族が「修覆ヲ爲シタル後其檢定ヲ受ケザル」度量衡器を取引上の計量に使用した場合に該當するものと判定せられたのである。

一〇八 工場法に於ける職工の意義

●工場法ニ所謂職工トハ工業主ニ對シ從屬的關係ニ於テ有

價ニ工業的作業ニ従事スル工場労働者ヲ謂フモノトス。  
組員ガ各自其ノ屬スル組合ノ業務執行代表者ノ指揮監督

ノ下ニ工業的作業ノ労働ニ従事シ其ノ勞務ニ應ジテ一定ノ報酬ヲ受ケ之ヲ其ノ生活ノ資ト爲スニ於テハ該組員ハ工業主タル組合ノ一員タルト同時ニ一面同組合ノ職工ニ該當ス。

工業主タル組合ガ當時其ノ組員十名以上ヲ職工トシテ其ノ工場ニ使用スル場合ニハ工業主タル組合ノ組員各自ニ對シ工場法第一條第一項第一號ニ依リ同法第二十條ノ適用アルモノトス(昭八、四、一四、大刑)。



一〇九七 工場主の職工名簿記載の義務 一〇九八 工場に於ける女子の就業時間 一〇九九 工場主の職工遺族扶助の義務 一一〇一 蠶種製造者の意義 一九二

浴巾製造業を営んで居た某が、自分の妻及び當時雇傭して居た職工三十餘名と共同の名義で組合を作り、其の組合が工業主となつて浴巾製造業を営むこととし、而して自分は其の組合の業務執行代表者となり、其の他の組合員は個人経営の時と略同様に賃銀を給して勞務に従事せしめて居た。併し組合は工場法適用の届出を爲さず又職工名簿其の他工場法に依り必要な書類を備へ附けず又工場法に依る職工扶助規則を制定することをも爲さなかつた。之に對し(一)組合が工業主である場合に其の組合員が工場法に所謂職工に該當するや否や(二)若し該當するものとすれば、工場法違反に付き誰が責を負ふべきやに付き疑を生ずる。

大審院は第一の點に付いては、工業主たる組合の組合員でも同時に職工であり得ることを認め、第二の點に付いては、組合が工場法に違反すれば其の組合員が凡て責を負ふべきものであるが、唯本件の場合には其の業務執行者たる被告のみに對し公訴が提起せられて居るのであるから、被告のみを罰金五十圓に處する旨を判定した。

(評釋) 本件判旨に於いて組合が事業主であることを認めながら、其の組合を構成する組合員が同時に職工であることを肯定して居るのは、到底同意し難い見解である。

工場法に所謂職工は被用人であることを觀念の要素とする。工業主に雇傭せられて居る賃銀労働者でなければ職工ではあり得ない。事業主であつて同時に職工であるといふことは觀念の矛盾で、

兩者は絶対に兩立し得ない所である。

殊に判旨は各組合員が事業主として工場法違反の責を負ふべきことを認めながら、而も其の事業主である組合員が同時に職工であることをも認めて居るのであつて、それは明に不當である。

唯本件の事實は被告が初め個人経営であつた浴巾製造業を後に組合の名義に改めたといふのであるが、問題は其の組合經營に移したことが果して眞實であるや又は單に名義だけに止まる虚構の事實であるかの點に在る。若しそれが單に名義だけに止まつて居ることを證據立て得るならば、判旨結局に於いて正當に歸するものであるが、併しそれは事業主たる組合員が同時に職工である爲ではなく、組合員たることは虚偽であつて眞實は唯職工たるに止まるものであるからである。

### 一〇九七 工場主の職工名簿記載の義務

●工場法施行令第二十一条同施行規則第十六條第二十五条等ノ規定ニ依レバ工場主ニ於テ工場職工ヲ雇入レタルトキハ直ニ其ノ年月日、職工ノ氏名其ノ他様式ニ定メタル事項ヲ職工名簿ニ記載スルコトヲ要シ之ヲ怠リタルトキハ所定ノ刑罰ヲ免レザルモノト解スルヲ相當トス(大八、一一、一八、大刑)。

●工場主が數名ニ付キ職工名簿ノ作成備附ヲ爲サザルトキ

ハ縦令之ヲ同時ニ雇入レタルトキト雖モ工場法施行令第二十一条違反罪ノ連續犯成立ス(昭七、四、一三、大刑)。

是は毛織紡績工場を經營して居る何某が職工九人を雇入れたに拘らず遲滞なく制規の職工名簿を工場内に備付けなかつた事件で、原審では之を包括一罪として處斷したが、大審院は職工一人毎に名簿を作らねばならぬのであるから、一人毎に一罪が成立するもので、之を包括一罪としたのは誤で、連續犯として刑法第五十五條を適用すべきものであるが、包括一罪としても連續犯としても被告人の利害に影響が無いから、破毀の理由とならぬと判定したのである。

### 一〇九八 工場に於ける女子の就業時間

●工場法第三條第二項及工場法施行規則第三條第二項規定ノ時間中ニハ休憩時間ト齊シク食事時間ヲモ包含スル法意ナリ。

工場法施行規則第十二條ハ實際ノ就業時間ヲ揭示スベシトノ規定ニシテ時間ノ揭示アル以上ハ實際ノ就業時間ニ相違スルモノナリトノ法意ニ非ズ(大七、六、二五、大刑)。

某工場に於いて工女就業時間を午前六時より午後七時までと揭示して、而も實際には午前六時より午後八時三十分まで就業せしめた。是が一方には工場法第三條に女子の就業時間を最高十四

時間に限定して居るのを超過した違犯行爲であり、一方には工場法施行規則第十二條に工業主は就業時間を工場内の見易き場所に揭示すべしとある規定に違反するものと判定せられたのである。

### 一〇九九 工場主の雇人に對する懲戒權

●雇主ハ未成年ノ雇人ニ對シ當然懲戒ヲ行フノ權利ヲ有スルモノニ非ザルヲ以テ其ノ雇人ガ作業ヲ怠リタルノ故ヲ以テ之ヲ制縛スルトキハ不法逮捕罪ヲ構成ス(大一一、三、一一、大刑)。

### 一一〇〇 工場主の職工遺族扶助の義務

●工場内ノ多數ノ職工ガ同時ニ從業スルノ必要ナキ爲時ヲ定メテ交替ニ執務セル場合ニ於テ休憩中ノ職工ガ他ノ執務中ノ職工ヲ危険ヨリ救助スル爲災害ヲ被リ死亡シタルトキハ工場法ニ所謂業務上死亡シタルモノト謂フヲ妨ゲザルモノトス(昭七、三、三一、大刑)。

## 第二節 農業、畜産業

### 一一〇一 蠶種製造者の意義



一〇二 肥料の意義 一一〇三 米穀検査證の偽造  
ける家畜買の禁止 一一〇五 馬匹の去勢命令 一一〇六 爆發物を使用する水産動植物の採捕

一九四

蠶絲業法及同法施行規則ニ於ケル蠶種製造者トハ地方長官ノ免許ヲ受ケテ蠶種製造ヲ常業トスル者ヲ指稱シ其ノ免許ヲ受ケザル製造者ヲ包含セズ(大一二、二二、三、大刑)。

蠶絲業法第七條には「蠶種製造者ハ原産種ヨリ産出シタル繭ヲ用ウルニ非サレハ蠶種ヲ製造スルコトヲ得ス」とあり、又施行規則第三十三條第一項には「蠶種製造者……ハ……蠶種ノ蠶紙若ハ容器ニ記載シタル文字ヲ訂正増加若ハ抹消スル……コトヲ得ズ」とある。此等の規定に違反して蠶種の偽造及不正蠶種の製造を企てた者が、原判決に於いては免許を受けた蠶種製造者であるや否やを判示せずして直に蠶絲業法及同法施行規則違反に問はれたが、大審院は之を破毀し、同法及施行規則の規定は専ら免許を受けた蠶種製造者にのみ適用せらるるものと判定したのである。

### 1101 肥料の意義

●肥料取締法第十條第一號ニ所謂肥料トハ自然ニ發生存在スルト製造加工シタルトテ問ハズ同法第一條ニ依リ植物ノ營養ニ使用スル物料ヲ汎稱シ當該官廳ニ於テ肥料トシテ免許シ若クハ一定ノ名稱ヲ有スルモノナルコトヲ必要トセズ(大三、八、七、大刑)。

●肥料取締法ニ所謂肥料トハ植物ノ營養ニ供用スル諸種ノ物料ヲ汎稱スルモノトス(大七、四、二、大刑)。

して上告したが、現物買買であれば即時に引渡さなくとも禁止違反たるを失はないものとして棄却せられたのである。

●牛馬商ガ市場開催日ニ際シ家畜市場附近ノ区域内ニ於テ牛馬賣買ノ周旋ヲ爲スモ家畜市場法第七條第一項ノ違反トナラズ(昭五、四、一四、大刑)。

家畜市場法第七條第一項は家畜商が家畜市場附近の区域内に於いて市場開催日及び其の開催日前後の期間中其の市場の取扱ふ家畜を賣買交換することを得ないものと定めて居る。本件は牛馬商Xが市場開催日に市場區域に於いてAの所有に係る牝牛一頭を代金百二十圓でBに賣ることの周旋を爲した事件で、原審では右の規定に違反するものとして處断せられたが、大審院は之を破毀して、右法律は唯賣買交換を禁止して居るもので、周旋を禁止して居るのではないから、第七條第一項違反の正犯として處断すべきものではなく、唯ABが有罪ならば其の從犯として處断すべきに止まると判定し、自ら事實審理を爲すべき決定を與へたのである。

### 1102 馬匹の去勢命令

●牡馬去勢ノ時期ニ關スル馬匹去勢法第三條第二項ハ一般的原则ヲ規定シタルモノニシテ地方長官ガ期日ヲ指定シ馬匹所有者ヲシテ自己ノ費用ヲ以テ去勢ヲ爲サシムベキ場合ニハ必ズシモ之ニ據ルコトヲ要セズ(大一一、三、一二、一五、大

第五類 警察 第五章 産業警察 第三節 漁業警察

一〇四 家畜市場開催日前後市場附近に於  
爆發物を使用する水産動植物の採捕 一九四  
燒灰肥料を販賣したのが免許を受けずして肥料營業を爲したも  
の判定せられたのである。

### 1103 米穀検査證の偽造

●大正十四年宮城縣令第三十一號米穀検査規則第十八條ニ依リ票箋ニ貼付スベキ等級證紙ハ票箋ノ一部ヲ爲スモノナレバ之ヲ記號ト解スベキニ非ズ(昭三、六、二六、大刑)。

宮城縣の或る米穀商が、米穀の検査を受けて、五等米としての検査證を四等米に改造し、及び不合格米及未検査米に同じく四等米としての検査證を偽造貼付して販賣した事件で、原審では公文書偽造及公務所記號偽造の二罪に問はれたのが、大審院は公文書偽造の一罪として處断すべきものと判定したのである。

### 1104 家畜市場開催日前後市場附近に於ける家畜賣買の禁止

●家畜市場法第七條ニ依リ禁止セラルル賣買ハ現物賣買ヲ指稱スレドモ即時ニ物ノ引渡ヲ爲ス賣買ノミニ限ルモノニ非ズ(大五、六、二〇、大刑)。

原審判決には、被告が市場開催日に市場附近に於いて牛の現物賣買を爲したことを舉示したけれども、即時に牛を引渡したや否やに付いては明言して居なかつたのを、理由不備の判決であると

刑)。

馬匹去勢法第三條には「去勢ハ春期又ハ夏期ニ於テ之ヲ行フ」とあり、施行規則第二十七條には「正當ノ事由ナクシテ去勢期日去勢所ニ牽付ヲ爲サル馬匹ノ所有者ハ地方長官指定ノ期日内ニ自己ノ費用ヲ以テ去勢ヲ行フヘシ」とある。本件は正當の事由なくして去勢施行を免れて居た牡馬に付き知事から八月六日附で九月末日までに去勢を行ふべき旨命令せられたのに従はなかつた事件で、九月末日までといふのは秋期に屬するから去勢を行ふべき時期ではないといふ理由で上告したが、大審院は之を容れなかつた。

### 第三節 漁業警察

#### 1105 爆發物を使用する水産動植物の採捕

●漁業法第三十六條ハ水産動植物ノ蕃殖保護ヲ目的トスルモノナルヲ以テ水産動植物ノ採捕ニ付テハ營利ノ目的ニ出デタルト否トテ問ハズ爆發物ノ使用ヲ一切禁ジタルモノト云ハザルヲ得ズ(明四五、三、二二、大刑)。

ダイナマイトを使用して魚類を捕獲したのが、原審では漁業法は唯營利の爲にする漁業にのみ適用せらるるものであり、而して



一〇七 他人が爆発物を使用して斃死せしめたる水産物の採捕  
一〇九 禁止網に依る漁業

一九六

本件の場合には營利の爲にしたのではないからといふ理由で、漁業法違反の罪に問はれなかつたが、検事長からの上告に依つて大審院は原審判決を破毀し、漁業法は營利の爲にする否とを問はず、爆発物を使用して水産動植物を採捕することを一切禁止して居るものと爲し、漁業法違反の罪を以て論ずべきものと判定したのである。

●漁業法第三十六條ノ規定ハ水産動植物採捕ノ爲ニ爆発物ヲ使用シタル者ガ漁業者タルト否トヲ問ハズ適用セラルルモノトス。

爆発物ハ漁業法施行規則第四十六條ニ所謂有毒物ニ非ズ(大一一、一一、八、大刑)。

### 二〇七 他人が爆発物を使用して斃死せしめたる水産物の採捕

●漁業法施行規則第四十七條ハ獨リ採捕者本人ノミナラズ其ノ他何人ニ對シテモ犯則ニ依リ採捕セル水産物ノ所持販賣ヲ禁止スル取締規定ニシテ又其ノ所持ノ原由ノ如何ヲ區別スルコトナキモノトス(大九、一〇、三〇、大刑)。

他の漁業者がダイナマイトを使って斃した鱈三十尾を掬ひ取り、三人で共同所持し分配の上食料に供したのが、漁業法施行規則第四十七條違反として處斷せられたのである。

判旨の當否に付いては次項参照。

せられた魚を所持する罪であるから、自ら有毒物を使用したと否とを問はず適用せらるるものと爲し、原審判決を是認した。

(評釋) 本判決は當否稍疑はしい。

(一)先づ施行規則第四十七條の文字解釋から謂ふと、同條には「前條ノ規定ヲ犯シ採捕シタル水産動植物」を所持又は販賣することを禁止して居るのであるから、此の條の違反に該當する爲には、之を採捕する行爲自身が違法の採捕である場合でなければならぬ。然るに採捕が違法である爲には、第四十六條に依り有毒物を使用した採捕であることを要するので、それは自ら有毒物を使用した者でなければならぬことは勿論である。他人が有毒物を使用して既に其の毒に中てられて浮いて居る魚を捕つたとしても、それは違法の採捕となるものではない。

(二)若し大審院の認むる如く、他人の使用した有毒物に中つて既に死んで居る魚を捕つて之を所持して居るのが、罪となるものとしても、それは自ら有毒物を使用した行爲に比し、遙に軽い罪でなければならぬことは論ずるまでもない。然るに漁業法施行規則第六十條には第四十六條の違反も第四十七條の違反も同一の刑に處するものとして居る。是は第四十六條も第四十七條も共に自ら有毒物を使用して採捕した場合を規定して居るものと解すべき證據である。若し然らずとすれば其の刑は甚だ不權衡とならねばならぬ。

(三)之を立法の趣旨から謂つても、右施行規則の目的とする所

### 二〇八 他人が有毒物を使用して斃死せしめたる水産物の採捕

●水産動植物ヲ疲憊又ハ斃死セシムベキ有毒物ヲ使用シテ水産動植物採捕ノ方法ヲ行ヒタル以上實際之ヲ採捕シタルト否トヲ問ハズ漁業法施行規則第四十六條ノ犯罪ヲ構成ス。

有毒物ノ使用ニ依ル水産動植物採捕ノ場合ニ於テハ自ら有毒物ヲ使用シタルト否トヲ問ハズ之ヲ採捕所持シタルモノハ同規則第四十七條ニ違反シタルモノトス(大一一、四、三、五、大刑)。

漁業法施行規則第四十六條には「水産動植物ヲ疲憊又ハ斃死セシムベキ有毒物ヲ使用シテ水産動植物ヲ採捕スルコトヲ得ス」とあり、四十七條には「(前略)前條ノ規定ヲ犯シ採捕シタル水産動植物ハ之ヲ所持又ハ販賣スルコトヲ得ス」とある。本件は、他人が魚類を採捕する目的で川の中に有毒物を投入したので、多数の魚が疲憊して浮いて居るのを見て、其の中から鱈一尾雜魚七尾を採捕し所持して居つたのが、右第四十七條の違反に問はれた事件で、争點は自分が有毒物を使用したのではなくとも同條の違反となるや否やに在る。大審院は第四十六條の規定は自ら有毒物を使用した者に對する規定であるが、それは有毒物を使用したのみで既に罪となるのであつて、第四十七條は此の犯罪行爲に依つて採捕

は、判決の自ら認めて居る如く、水産物の養殖保護に在るのであるから、有毒物を以て採捕することが禁止せられて居るのであつて、既に有毒物に因つて死んだ魚は敢て其の採捕を禁止すべき理由は無い。判決が兩者を區別せずして之を同罪として居るのは甚だ理由に乏しいものと言はねばならぬ。

●漁業法第四十六條ニ所謂水産動物ノ採捕トハ捕獲ノ目的ヲ以テ有毒物ヲ使用シタル者ガ現實ニ其ノ動物ヲ占有シタル場合ノミナラズ有毒物ノ使用ニ依リ動物ヲ疲憊斃死セシメ容易ニ捕捉シ得ル状態ニ置キタル場合ヲモ指稱スルモノトス(大一一、五、大刑)。

### 二〇九 禁止網に依る漁業

●苟モ禁止ノ網ヲ使用シテ一定ノ漁獲行爲ニ著手シタル以上ハ魚類ヲ捕獲スルト否トヲ問ハザルハ勿論捕獲シ得ベキ時機ニ達セザルモ明治四十四年福岡縣令第四十號福岡縣漁業取締規則違反罪ハ完成シタルモノニシテ未遂ヲ以テ論ズベキモノニ非ズ(大六、九、二七、大刑)。

規則には「左ニ掲クル漁具及漁法ハ之ヲ禁止ス」とあつて其の中に建切網建干網等を擧げて居る。建干網とは満潮の際網を張り干潮まで張り置き、満潮の際に網と岸との間に居た魚を干潮となつて河底が干潟となつた時に拾ひ取る漁法である。本件は



被告等が網を張つてまだ干潮にならない内に警察官吏から引揚げさせられたので、それが未遂であるや否やが争となり、大審院が之を違犯行為の完成したものと判定したのである。

一一〇 機船底曳網漁業の意義

(一) 桁曳網は底曳網か

●螺旋推進器ヲ備フル發動機船ニ取付ケタル桁曳網ヲ使用シテ漁業ヲ爲スハ大正十年農商務省令第三十一號機船底曳網漁業取締規則ニ所謂機船底曳網漁業ニ該當ス(大二三、一〇、一二、大刑)。

底曳網といふのは打瀬網又は手繰網のやうな構造の大きなもののみを謂ふ又は桁曳網のやうな構造の小さいものをも含むやが主たる争點となつたもので、所謂桁曳網は「其ノ構造小ニシテ從テ漁獲シ得ベキ數量ハ多額ニ上ラザルモ其ノ用法全然手繰網打瀬網ト同一ニシテ孰レモ海底ヲ引曳シテ海底ニ棲息スル水産動物ヲ採捕シ得ベキ裝置ヲ有スルモノニシテ底曳網タルコト疑ヲ容レズ」と判定せられたのである。

(二) 漁場往復にのみ發動機を用ふる底曳網漁業

●船舶ニ依リ底曳網ヲ使用シテ爲ス漁業ニ於テ其ノ網ノ引曳ニ付螺旋推進器ヲ使用セズ單ニ漁場往復ノミニ之ヲ使用スルモ機船底曳網漁業取締規則ニ所謂機船底曳網漁業ナリ

シテ實際上底曳網漁業取締ノ目的ヲ達シ難キヲ以テ「云々と曰つて居るけれども、それは唯反對の證據が無い限りは推進器備付の漁船は其の推進器を漁獲に使用するものと推定せらるるといふ理由となり得るのみで、若し右推進器を漁場の往復のみに使用し底曳網の引曳には使用し得ないものであることが證明せられ得るならば、之を取締規則違反を以て論ずることは許されないものと認めなければならぬ。

(三) 地漕網は底曳網に非ず

●底曳網漁業トハ海底ニ漁網ヲ曳キテ底棲魚介類ヲ捕ヘ之ヲ船舶内ニ繰込ム方法ニ依リ操作ヲ爲ス漁業ヲ謂フ。所謂地漕網ニ依ル漁業ハ螺旋推進器ヲ備フル發動機船二艘ヲ用牛先ヅ桂繩ト稱スル網ヲ海底ニ曳廻シテ一ヶ所ニ魚ヲ驅リ集メ別ニ大型ノ魚網ヲ投下シ其ノ網ノ兩端ニ著セル長キ曳網ヲ右機船ニテ陸岸マデ運搬シ之ヲ漁夫ニ渡シタル上漁夫ノ手ニ依リ魚網ヲ陸岸ニ曳寄セ捕魚スルモノニシテ地曳網ニ類シ機船底曳網漁業ニ該當セズ。其ノ底曳網ト異ナル特徴ハ其ノ漁法ニ存スルモノニシテ底曳網漁業ハ網ヲ船ニ繰込ムモノナルニ反シテ地漕網漁業ハ網ヲ陸ニ曳寄セルノ差アリ且前者ハ網ヲ船ニ繰込ム關係上其ノ網ハ小型ノ輕量ナルモノヲ用牛後者ハ陸岸近クニ於テ操業シ多人數ヲ以テ曳網シ得ルガ故ニ大型ノ網ヲ使用スル

トス(昭五、三、一四、大刑)。

大正十年農商務省令第三十一號機船底曳網漁業取締規則第一條には「本則ニ於テ機船底曳網漁業ト稱スルハ汽船「トロール」漁業ヲ除クノ外螺旋推進器ヲ備フル船舶ニ依リ手繰網、打瀬網其ノ他ノ底曳網ヲ使用シテ爲ス漁業ヲ謂フ」とある。本件は許可を受けないで螺旋推進器を備ふる船舶に依り打瀬網を使用し漁業を爲した事件であるが、其の螺旋推進器は單に漁場往復の航行に使用するのみで、漁獲に使用するものではなかつた。併し大審院は「苟モ螺旋推進器ヲ備フル船舶ニヨリ底曳網ヲ使用シテ漁業ヲ爲ス以上右底曳網ヲ引曳スル爲螺旋推進器ヲ使用シテ漁業ヲ爲スト螺旋推進器ハ唯單ニ漁場往復ノ航行ニ使用スルニ止マリ操業ニ際シテハ之ヲ取外シ又ハ之ヲ使用セズ風力又ハ人力ニ依リ底曳網ヲ引曳シテ漁業ヲ爲ストトハズ總テ之ヲ機船底曳網漁業ト爲セル法意ナリト解スベキモノトス」と曰ひ、之を取締規則違反と判定した。(評釋) 判旨容易に養成し難い。取締の目的とする所は一に魚類の濫獲を防ぐに在ることは明白であり、而して漁場の往復に使用する爲に石油發動機を備へ付けて居るとしても、取締の目的とは何等の關係もなく、之を制限する必要は無いからである。判決には「蓋シ螺旋推進器ヲ備フル船舶ニヨリ底曳網ヲ使用シテ漁業ヲ爲ス以上之ヲ機船底曳網漁業トシテ取締ルニ非ザレバ取締困難ナル海上ニ在リテハ果シテ右推進器ヲ漁場往復ノミニ使用シタルカ將又底曳網ノ引曳ニ付之ヲ使用シタルカヲ判別スルコト困難ニ

コトニ於テモ異ナリ(昭八、三、六、大刑)。

一一一 一噸内外の舟に依る機船底曳網漁業

●螺旋推進器ヲ備ヘ底曳網ヲ使用スルニ耐フル以上ハ一噸内外ノ小舟ト雖モ機船底曳網漁業取締規則第一條ニ所謂船舶ニ該當ス(昭六、一、一〇、大刑)。

自分の持船である小舟に石油發動機を据え付け無免許で底曳網を使用し蝦一籠時價三十錢相當のものを漁獲したのが取締規則違反として罰金三十圓に處せられた事件であるが、斯ういふ小舟の漁業を取締るのは取締規則の趣意ではないとして上告したけれども、大審院は「取締規則制定ノ理由ヲ考フルニ底曳網漁業ヲ濫行スルニ於テハ海底ニ於ケル魚巢蝕蝕ノ如キヲ毀損シ延繩等ノ妨害トナリ近海ニ於ケル小漁業者ノ漁獲ニ脅威ヲ及ボスニ至ル處アルヲ以テ水産動物ノ蕃殖保護漁業取締其ノ他公益上ノ必要ニ基キ之ガ制定ヲ見ルニ至リタルモノト認ムベク從テ右取締規則ニ於テ小舟ヲ除外スルノ趣旨アルモノト爲スコトヲ得ズ」と曰ひ、小舟に依る漁業も同取締規則の適用を受くるものと判定した。

一一二 機船底曳網漁業の許可の效力

●機船底曳網漁業ニ於テ許可以外ノ船舶ヲ使用スル場合ニ



ハ更ニ其ノ船舶毎ニ許可ヲ受クベキモノトス(昭三、五、二、大刑)。

機船底曳網漁業の許可を受けて居た者が、其の許可を受けた舊機船に代へて機船二艘を新造し、新造船に付いては許可を受けな

い、之を使用して底曳網漁業を営んだのが、機船底曳網漁業取締規則第十八條の無許可漁業に該當するものとして處断せられたのである。  
(評釋) 機船底曳網漁業の許可は特定の船舶に付き與へられるもので、若し他の船舶を使用する場合には更に其の船舶に付き許可を受けねばならぬことは、同取締規則第三條に「許可ヲ受ケムトスル者ハ船舶毎ニ左ニ掲クル事項ヲ記載シタル願書ヲ差出スヘシ」とあり、又第十二條に「許可ヲ受ケタル船舶滅失シ、沈没シ解撤シ又ハ國籍ヲ喪失シタルトキ」は許可が其の效力を失ふものとして居ることに依つて明瞭である。随つて新造船に付き許可を受けな

(11)

●數人共同シテ機船底曳網漁業ヲ爲ス場合ニ於テハ其ノ全員地方長官ノ許可ヲ受クルコトヲ要ス(昭六、五、二八、大刑)。

共同に機船底曳網漁業を爲した四人の漁業者の中二人は免許を受けて居り、二人は無免許であつたが、無免許の二人が規則違反として處断せられたのである。

本件は「静岡縣掛塚燈臺ヨリ三重縣神ノ島頂上ニ至ル線内」を機船底曳網漁業の禁止區域と定めてある場合に、其の禁止區域に該當する公海(沿岸より約四海里)に於いて右の漁業を行つた事件で、大審院は右の禁止規定は領海以外の公海に於ける帝國船舶にも適用せらるるものと判定したのである。

二二四 トロール漁業犯則者のトロール汽船の没収

●トロール漁業ニ於ケルトロール汽船ハ螺旋推進器ヲ用フルノ外更ニ他ノ漁船ト異ナル所ナケレバ之ヲ以テ漁業法第五十九條ニ所謂漁具ナリト云フヲ得ズ(明四五、四、一六、大刑)。

漁業法第五十九條には汽船トロール漁業に關し漁業法違反の行為が有れば、罰金刑に處するの外犯人の所有し又は所持する漁獲物及漁具は之を没収する旨の規定が有る。原審では右違反者に對しトロール船を没収する旨の判決を爲さなかつたのに對し、檢事長からトロール船は漁具であるから没収しなければならぬとして上告したが、大審院は之を棄却したのである。

●汽船トロール漁業ニ關シ漁業法第五十九條ヲ適用シ處罰スル場合ニ同條ニ依リ没収スベキ物ハ犯人ノ所有シ又ハ所持スル漁獲物及漁具ニ限り漁船ハ之ヲ没収スルコトヲ得ザルモノトス(明四五、五、六、大刑)。

(評釋) 機船底曳網漁業の免許は一面に於いて各船舶に付き與へらるるものであるが、併し單なる對物的の許可ではなく、主として對人的の許可で、漁業を爲す各個人が其の許可を受くることを要するものであるから、判旨當然である。

二二三 公海に於ける機船底曳網漁業

●機船底曳網漁業取締規則ハ帝國ニ船籍ヲ有スル機船ニ依リ帝國ノ領海外ニ於テ底曳網漁業ヲ爲ス者ニ對シテ其ノ適用アリ(昭七、七、二一、大刑)。

機船底曳網漁業者が未だ許可を受けない新造の石油發動機船を使用して帝國領海外の公海に於いて手操網を以て二艘曳の機船底曳網漁業を爲した事件で、公海に於ける漁業にも取締規則の適用ありや否やが争となつたが、大審院は「帝國外ニ在ル船舶内ノ行為ハ刑罰法規ノ適用上帝國内ニ於ケル行為ト同一視スベキモノナレバ帝國ニ船籍ヲ有スル機船ニ依リ帝國ノ領海外ニ於テ底曳網漁業ヲ爲スモノニ對シテモ機船底曳網漁業取締規則ヲ適用スルヲ當然ナリトス」と曰ひ、取締規則違反として處断すべきものと判定した。前出八七七號の(三)參照。

●機船底曳網漁業ヲ爲ス帝國船舶ノ船長代理ガ機船底曳網漁業禁止區域内ノ一部ニ於テ操業シタルトキハ縱令其ノ部分ガ公海ニ屬スルモ機船底曳網漁業取締規則第十九條第一項第二號ノ犯罪ヲ構成ス(昭四、六、一七、大刑)。

第四節 狩獵警察

二二五 狩獵の意義

●狩獵トハ銃器其ノ他ノ獵具ヲ以テ鳥獸捕獲ノ方法ヲ行フノ謂ニシテ銃器ヲ用キ鳥獸ヲ捕獲スル場合ニ在リテハ苟モ其ノ目的タル鳥獸ニ向テ銃彈ヲ發射シタル以上ハ現實ニ其ノ鳥獸ヲ捕獲シタルト否トヲ問ハズ狩獵ヲ爲シタルモノニ外ナラズ。

故ニ狩獵ノ目的ヲ以テ公道ニ於テ銃彈ヲ發射シタルトキハ其ノ目的タル鳥獸ガ公道ニ在リタルト否ト又實際其ノ鳥獸ヲ捕獲シタルト否トヲ論ゼズ等シク狩獵法第十一條第三號ニ違背スルモノトス(大一一、五、二九、大刑)。

●鳥獸ヲ捕獲スル目的ヲ以テ鳥獸ニ對シ裝彈シタル銃器ヲ擬シタル以上ハ銃彈ヲ發射シタルト否トヲ問ハズ狩獵法ニ所謂狩獵ヲ爲シタルモノトス(大一一、五、二九、大刑)。

●狩獵免許ヲ受ケズシテ彈丸ヲ込メタル銃器ヲ携帯シ鳥類ヲ追跡シ又ハ搜索スル爲山野ヲ徘徊シタルハ狩獵法ニ所謂狩獵ヲ爲シタルモノニシテ鳥類ニ向テ發射スル機會ニ接シタルト否トハ之ヲ問フヲ要セズ(大九、一〇、七、大刑)。



(評釋) 狩獵法は或る種の狩獵行為を禁止して居るのであるが、如何なる行為を以て狩獵を爲したものと認むべきかは、法律の保護せんとする利益が何に在るかに依つて、必ずしも一律に解することを得ない。

狩獵法第一條に「狩獵鳥獸以外ノ鳥獸ハ之ヲ捕獲スルコトヲ得ズ」と曰つて居る場合の所謂「捕獲」は、此の條の目的とする所が狩獵鳥獸以外の鳥獸の生存蕃殖を保護することに在ることは勿論であるから、現實に其の鳥獸を捕獲する行為を意味するものと解すべきは當然で、未だ之を捕獲するに至らない場合は、既に銃彈を發射したとしても、此の條に違反するものとはならない。

之に反して狩獵法第三條に「狩獵鳥獸ハ狩獵免許ヲ受クルニ非ザレバ主務大臣ノ定ムル銃器……ヲ使用シテ之ヲ捕獲スルコトヲ得ズ」云々と曰つて居るのは、鳥獸の保護を目的とするものではなく、其の捕獲の方法が危険性を帯びて居る爲に、其の捕獲の方法を制限する爲にするものであるから、同じやうに「捕獲スルコトヲ得ズ」といふ文字を用ゐて居るとしても、其の所謂「捕獲」は、第一條の場合とは異つて、現實の捕獲を意味するものではなく、捕獲の目的を以て此の如き危険性ある方法を採用することを意味するものと解せねばならぬ。即ち此の場合には未だ現實に鳥獸を捕獲するに至らずとも、捕獲の目的を以て法律の禁制する方法を行つたならば、直に同條違反の罪を構成するのである。

同様に、狩獵法第十一條に「左ニ掲グル場所ニ於テハ狩獵ヲ爲

月三日になつてから獵犬を連れて再び同所に行き、石塊を取り除いて獵犬を使ひ且つ發銃して遂に獵犬をして二頭とも噛み殺さしめた。是が狩獵法違反になるや否やが本件の争點である。

問題は二の點に在る。第一に猪と狸とは同一物で、通俗に猪と稱して居るものは即ち狸であることが學術上の鑑定に依つて證明せられた。而して狸は保護獸で、三月以後に之を捕獲するのは狩獵法違反である。併し被告人は猪と狸とは別の獸であると信じて居たので、それでも罪となるや否や。

第二に、假に狸であることを知らなかつたことが罪を阻却しないとしても、二月二十九日はまだ狩獵期中で、而して實際に之を殺したのは既に狩獵期を過ぎた三月三日であるにしても、穴の中へ追ひ詰めたのは、二月二十九日である。其の何れの時を以て捕獲の時と看做すかに依つて、狩獵法違反なるや否やが分かれる。

大審院は二點とも被告人に有利に解し、原審を破毀して自ら無罪の判決を與へた。第一の點は後に述ぶる所に譲り、其の第二の點に付いては、大審院は、狭い岩窟の中へ追ひ込み、出口を塞いで出られないやうにした以上は「狸ノ占有ニ必要ナル管理可能性ト排他性トヲ具備スルモノ」でそれに依つて既に捕獲を完了したものである、而してそれは二月二十九日の事で、また狩獵期中の中であるから違法ではない。三月三日に至つて之を殺したのは捕獲行為ではなく、既に適法に捕獲した獸を處分したのに外ならぬ。随つて狩獵禁止期間中に捕獲したものと云ふことを得ないと判示

スコトヲ得ズ」と曰ひ、其の禁制の場所として「一、御獵場、二、禁獵區、三、公道、四、公園、五、社寺境内、六、墓地」を擧げて居るのも、鳥獸保護の目的ではなく、危険防止等他の目的の爲にするもので、等しく現實の捕獲を其の成立要素と爲さないものと解せねばならぬ。

茲に掲げた三の判例中、第一は公道に於ける狩獵に關するものであり、第二及第三は無免許銃獵に關するものであるが、何れも現實の捕獲を成立要素と爲さず、單に捕獲の爲の方法を行つたことに依つて狩獵法違反となるものとして居るのであるが、右述べた理由に因り、判旨正當と信ぜられる。

二二六 捕獲行為の完成時期

●野生ノ狸ヲ發見シタル者が狩獵ノ目的ヲ以テ之ヲ射撃シ追跡シテ狹隘ナル岩窟中ニ竄入セシメ石塊ヲ以テ其ノ入口ヲ閉塞シ逸走スルコト能ハザル施設ヲ爲シタル所爲ハ狸ニ對シテ事實上ノ支配力ヲ獲得シ確實ニ之ヲ先占シタルモノニシテ狩獵法ニ所謂捕獲ニ外ナラズ(大一一四、六、九、大刑)。

狩獵免許を受けて居る某が二月二十九日に或る山中で通俗に十文字猪と稱して居る野生獸二頭を發見し、之を射撃したが、逃げたので、跡を追ひつめ、とある岩窟に匿れたのを、石塊で窟の入口を塞ぎ外へ出ることの出来ないやうにして置いて歸宅した。三

した。

二二七 猪と狸とが同一物なることの認識

●猪ト狸トハ一般ニ別種ノ動物トシテ思惟セラレ其ノ同一物ナルコトハ特ニ動物學上ノ知識アル者ニシテ始メテ知ル所ナルヲ以テ猪ガ法律ニ捕獲ヲ禁ズル狸ナルコトノ認識ヲ缺キタル者ニ對シテハ犯意ヲ阻却スルモノトシテ其ノ捕獲行為ヲ不問ニ付スベキモノトス(大一一四、六、九、大刑)。

(評釋) 本件は警察犯に付いて違法の認識が本人の責に歸すべからざる事由に因つて缺けて居る場合には責任を生じないことの原則を認めた一例と爲すことが出来る。

一般の原則としては、國民は國家の禁令を知るべき義務あるもので、違法であることを知らずして禁令を犯したとしても、其の違法なることを知らなかつたのは、自分の過失であり、随つて之を知らなかつたが爲に其の責を免るることが出来ないことを原則とする(前出八九三號の四參照)。

唯違法なることを知らなかつたことが、普通人の能力を以ては、其の者の過失として認むべからざる場合には、例外として違法の認識の欠缺が責任を阻却するの原因となる。

本件の場合には、判決は猪と狸とが別種の動物であると信ずることを普通人の常識であると爲し、斯く信じて居たことを以て本人の過失と認むべからざるものと解して居るのであつて、此の前



一一一八 日出前日没後の狩獵 一一一九 公道に於ける狩獵  
一一二〇 社寺境内に於ける狩獵 一一二一 銃獵禁止區域に於ける銃獵

二〇四

提が認めらるべき限り、それが責任阻却の原因となるのは當然である。

### 二二八 日出前日没後の狩獵

●狩獵法第十六條ニ所謂日出日没ハ太陽面ノ最上點ガ地平線上ニ見ユル時刻ヲ標準トスルモノニシテ即チ曆ニ所謂日ノ出入ト一致スルモノト解スルヲ正當ナリトス(大一一、六、二四、大刑)。

●狩獵法(舊)第三條ニ日没トアルハ太陽ガ地平線下ニ没了シタル時ヲ指稱シ曆ニ所謂日入ト同一ノ意義ヲ有スルモノトス(大五、三、二七、大刑)。

### 二二九 公道に於ける狩獵

●狩獵法(舊)第二十二條ニ所謂公道ニ於テ狩獵ストハ單ニ狩獵者又ハ狩獵ノ目的物が公道ニ在ル場合ノミニ限ラズシテ狩獵者が野道ニ在リテ空中ニ飛立チタル鳥ヲ射落ス爲銃口ヲ公道ニ向ケテ發砲シ公道上ニ散彈セシメタルガ如キ場合ヲモ包含スルモノトス(大八、五、二一、大刑)。

●狩獵者が道路上ニ在リテ狩獵行爲ヲ爲シタルト又其ノ目的タル鳥獸ガ該路上ニ在リタルト否トヲ問ハズ苟モ銃ヲ使用スル狩獵行爲ガ其ノ射程内ニ道路ヲ包含スル地域ニ於テ

行ハレタル事實アル以上通行者ニ對シ危害ヲ及ボスノ虞アルハ論ヲ俟タザル所ナレバ其ノ行爲ハ狩獵法第十一條第三號ノ規定ニ牴觸スルモノトス(大一一、五、二九、大刑)。

●狩獵法第十一條ニ於テ公道ニ於ケル狩獵ヲ禁止セルハ主トシテ通行人ニ及ボス危害ヲ防止スルノ趣旨ニ出ヅルヲ以テ苟モ狩獵行爲ガ銃ヲ使用スル其ノ射程内ニ道路ヲ包含スル地域ニ於テ行ハレタル事實アル以上ハ同條ノ規定ニ牴觸スルモノトス(大一一、九、一九、大刑)。

### 二三〇 社寺境内に於ける狩獵

●狩獵法(舊)第四條ニ所謂社寺境内トハ慣習、地勢、四圍ノ狀況等ニ依リ事實上其ノ境内ト認ムベキ地域ヲ謂フモノニシテ社寺明細帳ニ社寺境内トシテ登錄セラレタル場所ノミヲ指稱スルモノニ非ズ(大七、九、二一、大刑)。

### 二三一 銃獵禁止區域に於ける銃獵

●狩獵法第二十二條第三號ノ罪ハ銃獵禁止區域ニ於テ銃獵ヲ爲スコトニ因リ直ニ成立シ、銃獵ヲ爲シタル場所ガ銃獵禁止區域ニ該當スルコトノ認識アリタリヤ否ヤハ本罪ノ成立ニ影響ヲ有セズ(大一一、二一、二八、大刑)。

## 第六類 公物及公企業



|                        |     |
|------------------------|-----|
| 第一章 公水                 | 二〇七 |
| 第一節 公水の成立及公水たる性質の喪失    | 二〇七 |
| 第二節 公水の主體及其の管理         | 二二六 |
| 第三節 公水に關する工事の施行        | 二三四 |
| 第四節 公水使用權              | 二四三 |
| 第二章 一般公物附國有財産          | 二七三 |
| 第一節 公物の成立及廢止           | 二七三 |
| 第二節 公物の主體及其の管理         | 二八〇 |
| 第三節 公物の使用              | 二八四 |
| 第三章 公企業                | 二八九 |
| 第一節 郵便、電信、電話           | 二八九 |
| 第二節 鐵道、軌道、乗合自動車        | 二九九 |
| 第三節 電氣事業、學校、その他        | 三〇六 |
| 第四章 公物及公企業主體の不法行爲と賠償責任 | 三二二 |

## 第一章 公水

### 第一節 公水の成立及公水たる性質の喪失

#### 二三 公水と私水との區別

私水は私物たる水であつて、それに付いての權利は一般に民法に依つて支配せられるに反して、公水は公物たる水であつて、それに付いての權利は原則として公法の支配を受けるものであるが、唯公水と私水との區別の標準が何に在るかは必ずしも明白ではない。公水に付いての一般法の規定は現在に於いては唯河川法あるのみで、河川法の適用又は準用ある水流は公水であることは疑ないが、併し其の適用又は準用の無いものでも、總て流水は原則としては公水と認むべきものであり、判例は一般に之を承認して居る。

#### (一) 舟筏を通ずることは公水の要害に非ず

○長野縣令河川取締規則ハ舟筏ヲ通ゼザル河川ニモ適用セラルベキモノトス(明三六、四、一一、行)。

長野縣の「大清水」といふ水流に水門を設けて水車營業を爲す

第六類 公物及公企業 第一章 公水 第一節 公水の成立及公水たる性質の喪失

者に對し、長野縣知事は同縣の河川取締規則に依り、「水車湛ハ爾次泥土ヲ沈澱堆積シ河床ヲ高メ出水ノ場合ニハ沿岸耕地ニ氾濫セシムルノ虞アルモノト認ムルニ付年々河床ノ浚渫ヲ爲シ又出水ニ際セバ直ニ該湛ヲ撤去スベシ」といふ命令を下したのに對し、水車營業者から「大清水ノ水流ハ舟筏ノ通ズベキ河流ニ非ズシテ單ニ灌漑用ノ細流ニ過ギザルガ故ニ」河川取締規則の適用を受くべきものに非ずと曰ひ、假に水門の爲に泥土が堆積するとしても、其の救済方法は民法上の關係に屬するもので、行政權を以て處分し得べきものではないと主張したが、行政裁判所は之を容れず、「河川取締規則第一條ニハ「各川筋ニ於テ左ニ掲グル事業ヲ爲サントスル者ハ」云々トアリテ、舟筏ノ通ズベキ河川ト否ラザルモノトノ區別ヲ爲サズ、依テ縣知事ガ本件ノ水流ニ對シ河川取締規則ヲ適用シタルハ不當ニ非ズ」と曰ひ、從つて「縣知事ニ於テ土砂ノ堆積スルヲ公益ニ害アリト認メタル以上ハ河川取締規則ニ依リ行政上適法ノ處分ヲ爲スコトハ相當ノコトト云ハザルヲ得ズ」と判定した。

(評釋) 河川取締規則は勿論公水にのみ適用せらるるもので、判決が河川取締規則の適用ありと認定して居るのは、即ち之を公



水として認められたものである。而してそれは固より正當である。舟筏を通ずると否とは公水たるや否やに關係なく、苟も一箇所に停滞しない流水であつて、現に原告も認めて居るやうに灌漑用に供せらるるものであれば、公水たる性質を有することは勿論である。

(二) 他の水流と連絡あることは公水の要素に非ず

○明治三十三年千葉縣令第三十號ハ公共ノ用ニ供スル用悪水路等ニ適用スベキ趣旨ノモノニシテ、其ノ水敷及沿岸所有者ノ如何ヲ問ハズ擅ニ變更スルコトハ該縣令ノ許サザル所ナリ(明三六、一、二七、行)。

千葉縣で或る土地所有者が自分の所有の畑地の間を流れて居る水路が、元の儘では耕耘上不便であるといふので、之を南方に變更したが、紛議を生じたので、仲裁に依り更に北の道に沿ひ一線の水路を新設することとした。郡長は此の水路變更を違法として其の復舊を命じ、其の命に従はないので、代執行を爲し、其の費用を徴収した。之に對し土地所有者から之を違法として、行政裁判所に訴出、其の理由として、本件水路は『其ノ東西ニ接續スベキ水路ナク單ニ孤立シテ此ノ間ニ介在セル一小水路タルニ過ギズシテ、實ハ水溜トモ名ケベク、水路ト稱スベキモノニ非ズ』と主張したが、行政裁判所は之を否定し、『本件係争ノ水路ナルモノハ水溜ニ非ズシテ純然タル水路ナルコトハ其ノ東西ノ關係ヨリ觀察シ實地ノ形狀ニ於テ明ナリ。而シテ該水路ハ水利上殊ニ東西ノ地所ニ關

係ヲ有シ古來公共ノ用ニ供セラレタルモノナルコトハ其ノ前後左右ニ於ケル排水ノ狀況ニ依リ之ヲ確認スルニ足ル』と曰ひ、それは當然千葉縣令の適用を受くるもので、假令自分所有地の間を流れて居るとしても、勝手に水路を變更するのは違法であり、其の復舊を命じたのは正當であると判定した。

(三) 地盤の官有と民有とは公水なる否と

に關係なし

○地盤が何人ノ所有ニ屬スルカハ明治二十四年山形縣令第四十四號ヲ適用スベキヤ否ヤヲ定ムル上ニ於テ必要ナキモノトス(明三五、一、二五、行)。

山形縣梓川に縣知事の許可を受けずして用水堰の改築工事を爲した者が有つた。縣知事は之を以て同縣令第四十四號に總て治水工事は縣知事の許可を受くべきものと爲して居る規定に違反するものと爲し、工事取拂原形回復の命令を發した。之に對し原告は、右用水堰は原告等の共有の民有地間に在るものであるから、縣令の定に該當しないと主張して、行政訴訟を提起したが、行政裁判所は地盤の所有權が何人に屬するかは縣令を適用する上に何等

の關係の無いものと判定した。

二三 溪水は公水なりや

●溪水ハ古來我が國ニ於テ之ヲ個人ノ所有ニ屬セシメタル例ナク、唯其ノ沿岸ニ土地ヲ所有シ若クハ住所ヲ有スル人民等ガ其ノ流水ヲ共有スルヲ得ベキヲ一般ノ慣習トス、即チ各個人間ニハ互ニ他人ノ權利ヲ害セザル限リハ之ヲ使用スル權利アルモノトス(明三三、二、二六、大民)。

(評釋) 判決には沿岸住民が『其ノ流水ヲ共有ス』と曰つて居るが、此の所謂「共有」は民法の意義に於いての共有を意味するものではなく、唯共同使用の意に用ひて居ることは、前後の文意に依り明瞭であつて、即ち溪水が公水であることを承認して居るものである。

二四 地下より湧出したる流水

●土地ヨリ湧出シタル水ガ其ノ土地ニ浸潤シテ未ダ溝渠其ノ他ノ水流ニ流出セザル間ハ土地所有者ニ於テ自由ニ之ヲ使用スルコトヲ得ベク、其ノ餘水ヲ他人ニ與ヘザルモ他人ガ特約、法律ノ規定又ハ慣習等ニ依リ之ヲ使用スル權利ヲ有セザル限リハ之ニ對シ何等異議ヲ述ブルコト能ハザルモノトス、即チ此ノ場合ニ於ケル土地所有者ノ水ヲ使用スル

權利ハ絶対ナリ。

之ニ反シ土地所有者ガ流水ヲ自己ノ土地ニ引用シタル場合ニ於テハ其ノ使用權ハ右ノ如ク絶対ニ自由ナルモノニ非ズ、上流ニ位スル土地所有者ハ流水ノ使用ニ關シ下流ノ土地所有者ノ利益ヲ保護スル爲種々ナル制限ヲ受クルコトヲ免レズ(大四、六、三、大民)。

(評釋) 是は地下水たる間は私水として、其の支配權は土地所有權の中に含まれて居るが、既に地上に湧出して流水となつた上は、公水たる性質を備へ、私人の獨占的支配の下に屬するものではないことを承認して居るものである。

二五 地下水の法律的性質

(一)

●地下ニ浸潤セル水ノ使用權ハ元來其ノ土地所有權ニ附從シテ存スルモノナレバ土地所有者ハ自己ノ所有權行使上自由ニ其ノ水ヲ使用スルヲ得ルハ當然ノ條理ナリ。故ニ其ノ地下浸潤ノ水利ヲ隣地又ハ近傍地ノ所有者ニ於テ幾年間利用シ來リタル慣行アリトスルモ爲ニ地役權ヲ生ズルコトナシ(明二九、三、二七、大民)。

原告等數人は、高地から浸出する溪間の自然の湧水である字ヒカン谷用水を、自分等の所有地に灌漑用として多年使用し來つた



慣行が有つたが、被告は其の水源である被告の所有地間に坑道を掘鑿して、其處から水を引き上ぐることにした爲にヒカン谷の水源を涸渇せしめ、用水量が著しく減少した。因つて原告等は民事訴訟を以て、其の妨害行爲の差止を請求する訴を起した。

大審院は地下水の利用は土地所有権の中に包含せられて居る者で、土地所有権者は其の所有権の効果として自由に之を掘り上げることが出来ると爲し、原告の主張を排斥した。

(評釋) 地下水は原則として唯私水であり、其の利用は土地所有権の中に包含せらるるものであることは、判決に言つて居る通りで、此の點に於いては判旨疑もなく正當である。

けれども地下水の水脈は互に相通じて居るものであるから、一箇所之を掘り上げれば、其の附近の水量がそれだけ減ずることは必然であり、此の點に於いて地下水と雖も普通の私有物とは同一視することの出来ない特質を有つて居る。若し地方的の慣習に依つて、特定の水脈に屬する地下水を其の自然の湧出を待ち、附近住民の共同の利用に供することが、正當な法則として承認せられて居り、隨つて私人が任意に自分の所有地に坑道を掘つて之を獨占的に利用することを許さない慣習法が成立して居るとすれば、地下水と雖も慣習法上公水たる性質を有するに至つて居るので、私人が任意に自分の所有地内之を掘り上げることが違法と謂はねばならぬ。

判決は此の點を考慮せず、『附近ノ土地所有者ガ其ノ地下水ヲ幾

な權利行使であつて、罪となるべきものではないと判示した。

(評釋) 判旨其のままには賛成し難い。

判決は専ら民法上の關係のみを眼中に置いて、地役權の設定も無く、又民法の所有權の限界にも該當しないと謂つて居るが、自由と井戸を掘ることを許さない慣習が法として成立して居るとすれば、それは公法的の慣習法で、其の地方人民の公共の利益の爲に土地所有權に公法上の制限が加へられて居るのである。言ひ換ふれば慣習に依つて地下水の公共的性質を認め、私人の獨占的利用を許さないものとして居るのである。此の如き慣習法が果して成立して居るや否やは疑はしいが、若し其の成立を證明し得るとすれば、此の慣習法に違反して、公衆の水利を妨害する行爲は明に水利妨害罪に該當するもので、判決が單に民法上の權利のみを考慮し、公法的の制限を眼中に置かず、慣習法の成立と否とに拘らず、自己の所有地内に於いては當然に井戸を掘ることは自由であるとして居るのは不當である。

二二六 温泉の法律的性質

(一) 温泉掘鑿の自由

●土地ノ所有者ガ其ノ土地ヲ掘鑿シテ温泉ヲ湧出セシムルトキハ其ノ泉脈ヲ同ウスル各所ノ温泉ニ影響ヲ及ボシ他ノ土地ニ於テ從來之ヲ利用スル者ノ利益ヲ害スルコトアルモ、如上ノ行爲ヲ禁止若ハ制限スル法令ノ規定又ハ一般ノ

年間利用シタリタル慣行アリトスルモ、尙土地所有權の制限を生じないものとして居るのは、賛成し難い。但し假に其の意味の慣習法が成立して居るとしても、それは公法上の制限と見るべきもので、民法上の地役權ではない。

(二)

●土地所有者ノ權利ヲ制限シ其ノ所有地内ニ於テ隨意ニ井泉ヲ穿ツコトヲ得ザラシムル權利ハ我が現行法上地役權ノ設定ニ依リ之ヲ創設スルヲ得ルハ格別、一種特別ナル物權トシテ法律ノ保護ヲ受クベキモノニ非ズ又此ノ種ノ權利ヲ以テ所有權ニ對スル單純ナル制限ナリト見ルモ民法物權編ノ所有權ニ關スル限界中ニ此ノ種ノ制限ヲ認メザルハ勿論斯ル慣習ニ效力ヲ與フルコトヲ規定セル法條ハ一モ之アルコトナシ(明三七、三、七、大刑)。

是は刑法第四百十三條の水利妨害罪に關する刑事被告事件で、被告人等の居村及其の附近部落の地層は概して砂地であつて、用水が滲透し易く、隨つて新に大池井を掘鑿すれば、附近の池井の水量を吸収し用水を減ずる處があるから、新に大池井を掘鑿するには附近部落の承諾を受けねばならぬ慣習が有つた。然るに被告等は其の承諾を求めずして、自村内に池井を掘鑿した爲に、原審では水利妨害罪に該當するものとして處斷せられたが、大審院は之を破毀し、土地所有者が自分の所有地内に井戸を掘るのは正當

慣習法存スルコトナキヲ以テ、他ニ特別ノ慣習アラザル限リハ土地所有權ノ自由ニ屬スルモノトス、從テ此ノ如キ特別ノ慣習アリト主張スル者ハ其ノ存在ヲ證明セザルベカラズ(明三八、一二、二〇、大民)。

(評釋) 温泉に付いては一般的の成文法規の定め無ければ又全國共通の慣習法の成立して居るものも無い。地方に依つては温泉を公共的のものと認め、土地所有者と雖も自由に之を掘り出すことの出来ないものとする慣習の成り立つて居る所も有るが、それは地方的の慣習法であるから、其の存立を主張する者は之を證明しなければならぬ。其の證明の無い限り此の如き慣習法の無いものと推定せらるべきもので、此の意味に於いて判旨正當と信ずる。

唯一般の地下水に付いては前項に擧げた如く、判例は假令斯かる慣習が有るとしても之に法律上の效力を認むるを得ないとして居るのに反して、本件温泉に付いては若し反對の慣習が有ればその慣習に従ふべきものとして居るのは、趣意に於いて相衝突するものたるを免れぬけれども、本件判旨の方が正當と見るべきである。

(二) 温泉使用權の性質と其の効果

○公有河川ヨリ湧出スル温泉ガ民地ニ在ル温泉ノ泉源ヲ成ストキニ於テ其ノ温泉地ノ所有者ハ其ノ河川ヨリ湧出スル温泉其ノモノニ付キ權利ヲ有スルモノニ非ザルヲ以テ縣知事ガ他人ニ其ノ河川ヨリ湧出スル温泉ヲ採取スル權利ヲ與



フルモ温泉地所有者ノ権利ヲ害スルモノニ非ズ。公有河川ノ域内ニ於テ温泉ノ漏泄ヲ防止スルノ工作物アリテ其ノ工作物ガ單ニ民有温泉地ノ效用ヲ遂グルガ爲ニ存続スルコトノ明白ナルニ於テハ反證ナキ限り民有温泉地ノ所有者ハ其ノ土地ノ所有權ヲ取得スルニ方リ其ノ工作物ヲ維持スルノ權利ヲモ併セテ取得シタルモノト推定セザルベカラズ(大ニ、二、一〇、行)。

島根縣玉湯村の湯の端温泉は古くから原告家の所有に屬するものであるが、其の泉脈が公有河川である玉造川に通じ、其の川底から湧出するので、其の漏泄を防ぐ爲古く原告家に於て玉造川に諸種の工作物を施設して居た。然るに其の工作物が次第に腐朽するので、其の修繕の爲に河川使用を縣知事に出願した所が、縣知事は之を許可せず、却て玉湯村の村營事業として浴場を設くる爲同じ玉造川の使用を出願したのに對し許可を與へた。是は原告の權利を毀損するものであるから、玉湯村に對する許可を取消し、原告に許可することを求むといふのが、本件訴訟の要點である。行政裁判所は、第一に、玉湯村に對する河川使用の許可が原告の權利を侵害するものであるや否やに付いては、(一)湯の端温泉地の所有權並に玉造川に於ける該温泉の漏出防止の爲の工作物を維持する權利が原告に屬することは之を承認したけれども、(二)縣知事が玉湯村に與へた許可命令書の中には、玉造川に於ける既

ら、舊來存在しないものを新設する爲に許可を求むる權利を有する者ではない。故に原告の出願中、舊來の工作物の維持に必要な限度に於てのみ、之を許可すべしと判定した。

(評釋) 温泉に關する權利の性質は、疑はしい問題で、各地方の慣習法を調査した上でなければ、確實な解答を爲すことは困難である。

本判決に於いては、温泉に關する權利を以て、水に關する普通の民法上の權利と同様に、土地所有權に從屬する權利と認めたもののやうで、原告は湯の端温泉地の土地所有權を有する結果として、其の土地から湧出する温泉の上に權利を有し、又玉造川に於ける防湯工作物の所有權を有する結果として、其の修繕の爲に河川の使用許可を求むる權利あるものと認めたのである。其の結果として同じ温泉が該工作物以外の他の場所から湧出た場合に、外の者が之を採つても、其の權利を侵害するものではないと爲し、又原告は唯舊來の工作物を維持することを得るだけで、新に温泉の湧出を防ぐ爲の工作物を設置することを得ないものとせられたのである。

併し、温泉の如き、地下に於て泉脈相通じ、一ヶ所に湧出すれば直に他の場所の水量に影響する性質のものに付いて、單に之を土地所有權に附随するものとして取扱ふことの適法なりや否やは甚だ疑はしい。同じ泉脈に付いて、他の場所に新に村營の浴場が出来て、其の温泉を採取するとすれば、從來の温泉が其の影響を

成工作物は充分に之を保護するだけの條件を附して居るのであるから、原告の該工作物上の權利は毀損せられたものではない。原告は此の如き條件は畢竟空文で、一旦玉湯村に許可が與へられた以上原告の權利が毀損せられるのは必然の勢であると謂ふけれども、それは唯將來其の處分を執行する者が違法の處置をするであらうと想像するに止まるのであるから、それを以て處分自體を攻撃するの理由と爲すことを得ないと曰ひ、又(三)原告は該工作物を維持する權利を有するけれども、玉造川から湧出する温泉そのものに付いては、權利を有する者ではないから、原告が該工作物を維持する權利を實行した上尙漏出する温泉が有れば、それを採取する權利を他の者に與へたとしても、原告の權利を侵害するものではないと曰ひ、玉湯村に與へた許可は原告の權利の實行に依つて制限を受くるけれども、原告の權利を毀損するものではないと判定した。

第二に、原告の河川使用の出願が許可せらるべきものであるや否やに付いては、玉造川の川底の工作物が湯の端温泉の效用を全くする爲離るべからざる關係に在るもので、同じ泉脈に屬する温泉の漏出を防ぐ爲にするものであるから、湯の端温泉の所有者は、反證なき限り該工作物を維持する權利を有するものと推定せねばならぬと曰ひ、原告が該工作物修繕の爲に同川の使用を出願したのに對しては、別に公益上の支障なき限り許可を與へねばならぬ、但し原告は唯舊來の工作物を維持する權利を有するだけであるか

受くることは見易い道理で、それを以て舊來の温泉の持主の權利を侵害するものではないとは、容易に首肯し難い所である。勿論、本件は該温泉に關して原告が慣習法上如何なる權利を有するものと認むべきかに依つて解答を異にすべきもので、此に之を斷定することは不可能であるが、單に判決に表はれた所だけを見ても、自分は寧ろ村に與へられた許可を以て原告の權利を侵害するものと解するのが、正當ならざるやを疑ふ者である。

(三) 温泉掘鑿の不許可

○御料温泉大湯ト係争温泉トノ距離ハ約三十間ニシテ係争温泉ハ大湯ヨリ低地ニ在リ、此ノ如キ大湯附近ノ地ニ於テ温泉ヲ亂掘スルトキハ大湯ノ噴出回数及噴出量ニ影響シ引用者間ニ紛擾ヲ來シ且熱海町全體ノ公益ヲ害スルコトハ之ヲ認定スルニ充分ナリ。

殆ド廢滅ニ歸シ居ル係争温泉ヲ新ニ掘鑿スルト同様ナル方法ヲ以テ浚渫セントスルノ出願ニ對シ之ヲ認可スルトキハ新ニ温泉掘鑿ノ權利ヲ付與スルト等シク、温泉使用上不當ニシテ公益上害アルノミナラズ、之ヲ認可スルトキハ熱海町住民間ニ紛擾ヲ生ズルノ虞アリ、公安維持上必要ナリト認メ縣令第七條ノ規定ニ依リ認可セザリシハ適法ナリトス(明四四、二、二四、行)。

熱海町の温泉に付いては、静岡縣令の温泉場取締規則に依り特



に縣知事の認可を受けなければ之を掘り上げることの出来ないものと定めて居る。本件は同町の温泉源地の所有者である何某が縣知事に源地浚渫工事を願ひ出で縣知事が之を許さなかつたのを違法として出訴した事件であるが、行政裁判所は、該浚渫工事が單なる復舊工事ではなく、新に掘鑿すると同一に歸するものであることを認定し、其の不許可を適法なりと判定した。

(評釋) 本件判旨は靜岡縣令温泉場取締規則を單純な警察命令と解し、温泉掘鑿の許可が公安を害する虞があるからといふ理由を以て其の不許可を適法なりと判定して居るのであるが、それは温泉の法律上の性質に付き正當な理解を缺いて居るものと思ふ。

温泉に付いては未だ一般的な成文法律の定なく、一に之を地方的の慣習に任かせて居るのであるが、稍知名な温泉場に於いては、それ〴〵地方的な慣習法が成立して居つて未だ掘り上げない地下の温泉に公水たる性質を認め、之を土地所有權の法律上の効果から分離し、土地所有者と雖も自由に自分の所有地から温泉を掘上げることは出來ず、特に其の權利を有する者のみが之を掘上げ得るものとして居る所が多い。何人が温泉を掘り上げる權利を有するかも主としては慣習法に依つて定まるのであるが、併し温泉の水量の稍豊富な所では從來慣習法上の權利を有する者の外に新に其の權利を取得する場合をも認めて居る所が多く、而して新に其の權利を取得するに如何なる手續を要するかも、成文の法律の定無の無い現時の状態に於いては慣習法に依つて決するの外は無い。

て居るものたることを要しない。苟も淨水水道としての設備が有り且つ現に公衆の飲用に供せられて居るならば、法令又は慣習の認可するものであると否とを問はず、淨水の水道として刑法上の保護を受くるものと判定した。

### 二二六 河川の成立要件

○河川及之ニ從屬スル公共用地ノ如キ所謂自然公共用物ニ付テハ行政主體ガ積極的ニ公共ノ用ニ供スル意思ノ表示ヲ必要トセズ(六一四、五、一四、行)。

大阪府の神崎川の本支流に挟まれた島地で向島と稱せられて居る土地が原告の所有に屬して居る。其の民有地と官有地たる神崎川の區域との境界査定を大阪府知事が行つたのに對し、其の査定處分を違法なりとして出訴したのが本訴である。

原告の主張する第一の理由は、大阪府知事は該境界査定に付いての權限を有しないとすることに在る。而して其の理由として主張せられた第一の點は、係争の土地は河川區域に屬するものではなく平生耕作地とせられて居るもので、假令其の一部が官有地であるとしても、それは國有財産法に所謂雜種財産であつて、公共用財産ではない。而して雜種財産は大藏大臣の管理に屬するのであるから、其の境界査定權は稅務監督局長に屬し、府知事には屬しないと云ふに在つた。

そこで第一の争點として、該官有地が公共用財産であるや又は

靜岡縣令温泉場取締規則は此の如き慣習法を基礎とし、其の施行細則を定めたものとして見るべきものであつて、決して單純な警察命令を以て見るべきものではない。それに依つて與へらるる温泉掘鑿の許可は決して警察許可ではなく、温泉掘鑿の權利を設定する行爲である。

本件不許可處分の適法なる所以も、判旨に曰つて居る如く公安維持の爲に必要なといふ爲ではなく、大湯の噴出回數及噴出量に影響することが其の眞の理由でなければならぬ。

### 二二七 淨水の水道

●部落ノ住民ガ附近河川ノ一部ヲ堰止メ幅員約四尺ノ水路ヲ造リテ引水シ右部落民ノ飲料ニ供シタル場合該水路ハ刑法第四百七十七條ニ所謂淨水ノ水道ニ該當ス(昭七、三、三一、大刑)。

或る町の大字約百十戸の住民が其の附近を流るる川の水を堰止め水路を作つて引水し之を飲用に供して居たが、被告等は灌漑用水を得る爲に右の水路を損壞して自分等の田地に引水した。是が刑法第四百七十七條に謂ふ「公衆ノ飲料ニ供スル淨水ノ水道ヲ損壞又ハ壅塞シタル者」に該當するや否やが本訴の争點である。

大審院は所謂淨水の水道とは「淨水ヲ其ノ清淨ヲ保タシメ一定ノ地點ニ導ク設備」を指すもので、必ず人工的施設の存することを要するものであるが、必ずしも法令又は慣習に依り承認せられ

雜種財産であるやが争となつた。原告の側からは其の理由として左の諸點を主張した。

(一)神崎川は河川法の適用ある河川であるが、係争の地域は同法に依り認定せられた河川區域の以外に在ること

(二)係争の地域は平常は耕作の用に供せられて居るもので、公共の用に供せらるる事實の無いこと

(三)係争地は時として水を被ることがあるにしても、それは稀有の場合で、それが爲に神崎川の流水區域であるとは謂ひ得ないこと

(四)若し係争地が神崎川の流水區域であるとすれば、府知事は之を河川區域に編入しなければならぬ筈であるのに、此の如き處分は行はれなかつたこと

(五)公共用財産たるには公共の用に供する旨の行政處分が無ければならぬ、係争地に付いては此の如き處分は無いのであるから、當然雜種財産に屬すべきものであること

(六)假令行政處分が無くして當然に公共用財産となり得るものとしても物の性質に因り公共用財産たるものは其の自然の性質を失ふに因り當然公共用財産たる資格を失ふべきものであるから、平常浸水を被らないやうになり耕作作用に供せらるることになつてからは、當然に雜種財産となつたものと認めねばならぬ。

裁判所は原告の主張を否定し、係争地を公共用財産であると判定した、係争地が河川法に依り河川區域として認定せられた區域



外の土地であることは當事者間に争の無い所であるが、河川法の適用せられるのは神崎川の本流だけで、支流には其の適用なく、而して河川法の適用の無い區域でも公有水面は性質上當然に公共用財産である。係争地が處々耕作せられて居るものが有るにしても、屢々浸水を被り、積地と同様の状態に在るものであるから、公共用財産であると曰ひ、尙左の如く認定した。

『河川及之ニ從屬スル公共用地ノ如キ所謂自然公共用物ニ付テハ行政主體ガ積極的ニ公共ノ用ニ供スル處分ヲ必要トセズ公共ノ用ヲ廢止スル行政主體ノ意思ノ表示ナキ限り之ヲ公共用財産ト認ムベキモノトス。而シテ係争地ガ所耕耕作セラルルコトハ當事者間争ナキ所ナルモ耕作ヲ默認スルガ如キハ單ニ公共ノ用ヲ妨グル程度ニ至ラザルガ爲ト認ムベク、此ノ如キ事由アルノ故ヲ以テ公共ノ用ヲ廢止スル行政主體ノ意思ノ表示アルモノト云フヲ得ズ。又係争地ト争ナキ原告ノ所有地トガ水ヲ被ルコトアル状態ガ同一ナリトスルモ爲ニ其國有地ガ國有財産法上ノ公共用財産タルコトヲ妨グル理由ナク、自然ノ性質ニ依ル公共用財産ガ其ノ自然ノ性質ヲ喪失シタリト認ムベキ實蹟ナキガ故ニ、原告ノ主張ハ失當ニシテ本件土地ニ國有地アルトキハ之ヲ國有財産法ニ所謂公共用財産ト認ムベキモノトス。』

(評釋) 判旨正當であると信ずる。  
問題は主として、川の密洲で時々水を被ることが有つても平生は耕作の用に供せられて居る土地が、川の敷地と謂ひ得べきや否

やに在る。

此の問題は河川法を適用せらるる河川と然らざる河川とに依つて區別して考へねばならぬ。河川法の適用あるものに依つては、河川法には「河川ノ區域ハ地方行政廳ノ認定スル所ニ依ル」といふ規定が有つて、其の認定せられた區域が河川區域として定められて居るのであるから、認定區域以外に在るものは當然河川區域に非ずと言はねばならぬ。河川法の適用の無い川に付ては、此の如き形式的の認定行爲は通常存在しないのであるから、此の如き形式的の區別の標準を求むることを得ないもので、別に實質的の標準を求めねばならぬ。

本件の問題たる神崎川は、本流だけは河川法の適用を受くるものであるが、其の支流には河川法の適用が無く、而して係争の土地は支流に接した地域であるので、それが河川法に依る認定區域外に在るといふだけでは、河川の敷地に屬しないものであることを断定することを得ないもので、別に其の實質上の性質に依つて判断せねばならぬのである。

而して實質上の性質に付いて言へば、若し係争の土地が耕作の用に供せられて居ることが、行政廳の公認する所であつて、行政廳がそれから小作料を取立て、之を收益財産として取扱つて居るものとすれば、それが雜種財産に屬することは明白である。然るに裁判所の認定した事實に依れば、係争の土地が耕作用に供せられて居るのは、行政廳の公認したのではなく、唯實際の慣習上勝

手に耕作して居るのであつて、而も一年に一度位は水を被り、川幅も漸次廣がつて行く傾向が有るといふのであつて、確定の状態に於て耕作地となつたものとは認められない。此の如き状態の下

に於いて、それが公共河川の敷地の一部と認定せられたのは當然であつて、而して川の敷地の一部である以上、特別の行政廳の意思表示を待たず、其の自然的性質に依つて公共用財産に屬することも亦當然である。

### 二二 河川區域の認定

#### (一) 河川區域認定の標準

○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ト解スルヲ相當トス。

河川區域ノ認定ノ當否ヲ判斷スルハ判決當時ノ狀態ニ依ルベキモノトス。

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ン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状態ヲ呈スルニ止ラズ永ク其ノ状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(昭二、一、八、行)。

本件は利根川の支川と確定せられた烏川及神流川の區域の認定を違法なりとする訴で、裁判所は原告主張の一部分を容れ、其の區域として認定せられた中一部分は雜草茂生し、アカシヤ樹等の生えて居る所も多く、大體に於いて原野の状態を呈して居り、漸次生地化せんとする状態に在るから、之を河川區域と認定するのは違法であると判定した。

(評釋) 判旨大體に於いて正當であると思ふ。

(一) 河川區域の認定に付いては法律には何等の標準を示して居らぬけれども、それが爲に之を行政廳の自由裁量に任せたとの解してはならぬ。河川區域の認定は創設的の行爲でなく、確認的の行爲である。現在に於いて河川と看るべき區域が何處までに及んで居るかを確認する行爲であり、而して確認行爲は性質上必然に羈束せられた行爲である。尙此の點に付いては上卷二三五號參照。

(二) 其の認定の標準を何に求むべきかに付いても、判決に曰つて居る所が大體正當であつて、必ずしも斷えず流水の有る區域であることを要しないけれども、少くとも場合に依り流水の有り得ることを平生から豫期し得る區域でなければならぬ。河川といふ觀念は流水と離るべからざる關係に在るもので、河川區域と謂へば畢竟流水區域といふことに外ならぬ。随つて現在豫想せられ



得る状態に於いて流水あることを期し得べからざる土地を河川區域に編入することは違法と認めねばならぬ。

(三) 其の認定の當否を決するには、判決當時の状態を標準と爲すべきものとして居ることも亦正當である。假令認定の當時に於いては適法の行爲であつたとしても、判決の時までに事情の變化に因り、其の認定が違法のものとなつたとすれば、等しく違法として取消されねばならぬ。本件判決は認定行爲の有つてから約四ヶ年後に下されたもので、其の間に土砂の堆積に因つて陸地は益高くなり、草木も著しく繁茂したのであつた。判決には「被告ハ本件認定當時ニ在リテハ係争地ノ状態現狀ト異リテ一層河川狀態ヲ呈シ居リタルガ故ニ、被告ガ當時河川區域ト認定シタルハ不當ニ非ズト主張スルモ訴訟ニ於テ河川區域ノ認定ノ當否ヲ判斷スルハ判決當時ノ状態ニ依ルベキモノナルヲ以テ苟モ判決當時ノ状態ニシテ河川區域ト認定スベカラザル以上被告ノ認定當時ノ状態ガ現狀ト異レリトスルモ其ノ認定ハ不當ナリト謂ハザルヲ得ザルニ因リ被告ノ主張ハ採用セズ」と曰つて居る。

(四) 具體的の本件係争地に付いて、果して之を河川區域と認むべきや否やは専ら事實の問題であるが、判決の認定して居る事實に依れば、(イ)其の地域は嘗て洪水に依つて浸水し荒廢に歸した土地であるが、(ロ)併し其の後漸次恢復して現在に於いては原野の形を爲し、漸次生地化せんとする状態に在る、(ハ)將來出水の場合には時として再び浸水することは有り得るにしても、既往

の經驗に徴しそれは稀にしか起らないことを認め得ると曰ひ、此等の理由から之を河川區域に編入することを違法なりと斷定して居る。即ち判決は異常の洪水の場合には浸水する虞があるといふ理由を以ては、河川區域と認むべきものではないとして居るのであつて、此の點も判旨正當であると思はれる。

(二) 河川區域認定の方式

○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土地所有者其ノ他ノ關係人ニ個別的ニ告知スルコトヲ要セズ、一般ニ告示シ且ツ現場ニ於ケル標杭ニ依リ認定區域ヲ知ルコトヲ得セシムルニ依リ完全ニ其ノ效力ヲ生ズルモノトス。

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ザルヲ以テ、河川臺帳ニ瑕疵アルコトヲ以テ河川區域認定ノ違法ヲ主張スル理由ト爲スコトヲ得ズ(昭二、一、八、行)。

二二〇 河川區域に生じたる寄洲

●性質上公共ノ用ニ供セラルベキ河川ノ敷地ハ官ニ屬スル公有地ニシテ其ノ公用ノ廢セラレザル限リハ私權ノ目的ト爲ルコトヲ得ザルモノニシテ此ノ法則ハ河川法施行前ト雖モ行ハレタルモノト解スルヲ當然トス。

既ニ河川ノ敷地ガ私權ノ目的ト爲ルコトヲ得ザル官有地ナ

ル以上ハ其ノ敷地ノ上ニ自然ニ土砂ノ堆積シテ生ジタル寄洲モ亦其ノ官有地ニ附屬スベキモノナルヲ以テ、假令其ノ寄洲ハ民有地ニ接續シテ生ジタルモ之ニ附加シタルガ如キ形跡アリトスルモ此ノ場合ニハ民法ノ定ムル附合ノ法則ヲ適用スベキ限ニ在ラズ(明三七、七、八、大民)。

本件は河川の區域に於いて民有地に接續して出來た寄洲、即ち『河流ニ依リテ運ハレタル土砂ノ堆積ガ其ノ河流ノ衝ト爲レル土地ニ接續シテ附着スルコトニ依リテ生ジタル土地』が、民有地の附合物として民法第二百四十二條に依り接續地所有者の所有權に歸屬するや否やの争に關する事件であるが、大審院は原告が其の所有權を取得したものであるといふ主張を否定し、河川の流域であつた土地は、假令寄洲となつて、現在は陸地となつて居るとしても、其の陸地となつたことが永久の状態に於いて確定したのでなければ、尙河川の區域に屬するものなることを失はないもので、隨つて民法の適用なく、其の寄洲が原告の地所に接續して生じたとしても、尙原告が其の所有權を取得し得べきに非ずと判定した。

○河水及之ニ從屬スル公共用地ハ公共ノ用ヲ廢止スル行政主體ノ意思ノ表示ナキ限り之ヲ公共用財産ト認ムベキモノトス。

公共用地ガ現ニ耕作地トシテ使用セラルルモ、耕作ヲ默認スルハ公共ノ用ヲ妨グル程度ニ至ラザルガ爲ト認ムベク、

此ノ事由アルノ故ヲ以テ公共ノ用ヲ廢止スル行政主體ノ意思ノ表示アルモノト云フヲ得ズ(大一四、五、一四、行)。

是は一一二八號に掲げた判決の一部で、河川區域に生じた寄洲が、恰も民有地の如くに田畑として耕作せられて居るとしても、それが爲に公物たる性質を失ふものでないことを判示して居るのである。

(評釋) 公物が其の公物たる性質を失ふのは、或は公物管理廳の意思に基づくことが有り、或は事實上に其の公物たる形體を失つたのに基づくことが有る。殊に河川のやうな自然公物に在つては、其の公物たる性質は自然力に因つて定まり、國家の意思表示に基づいたのではないから、公物たる性質を失ふことも國家の意思に基づくよりも、寧ろ自然力に因るのを通常とする。假令國家の意思に依つて公用を廢止するにしても、それは自然力に因る變化を公に承認するものに外ならない。事實上の變化が先づ起つて、國家の公用廢止が其の結果として行はれるのである。それであるから、行政裁判所の判決に於いて『公共ノ用ヲ廢止スル行政主體ノ意思ノ表示ナキ限り』公物たる性質を失はないものとして居るのは、其の文字通りの意義に於いては正當とは謂ひ難い。

併し自然力に因る變化に基づいて公物たる性質の失はれるのは、其の變化が恢復し得べからざる状態に於いて確定した場合でなければならぬ。未だ確定の状態を爲すに至らない一時的の變化は、公物たる性質を失はしむる効果あるものではない。



一一三二 河川の形體的要件の喪失  
一一三四 公水に於ける時効の適用  
一一三三 公水に於ける時効の適用  
一一三二 公水に於ける民法水路規定の適用

故に、河川の流域に屬して居た土地が、土砂の堆積に因つて密洲となり、それが事實上に田畑として耕作せられて居るとしても、それが未だ永久的の状態に於いて耕作地となつたものでない以上は、公物たる性質は尙失はれないものと認めねばならぬ。此の意味に於いて判旨結局正當に歸する。

### 二三 河川の形體的要件の喪失

○公共ノ用ニ供セラルルコトガ絶對ニ不可能ナル状態トナラザル限り之ヲ以テ公共用物ノ形體的要件ノ喪失ト爲スコトヲ得ズ(昭七、三、一八、行)。

國有財産の境界査定處分に對する訴であつて、訴の要旨は係争地はもと岩手縣閉伊川の川敷であつた場所であるが、明治二十三年の大洪水で同川の流域が變つて稍南方を流ることとなつた爲にもはや流水の無い土地となり、隨つて公物たる性質を失つたもので、而して其の一部は甲、一部は乙が開墾して田畑と爲し、明治三十四年以來所有の意思を以て平穩且公然に占有して來たものであるから、時効に依つて之を取得したものであるのに、之を國有財産に屬するものとして査定せられたのは違法であるといふに在る。被告稅務監督局長の答辯としては、係争地は昭和六年五月十八日までは公共用地としての閉伊川の川敷として岩手縣知事の管理に屬し、同日に始めて公用を廢し國有雜種財産として稅務監督局に引き繼がれたもので、それまでは公物たる性質を失はな

かつたものであるから、時効の目的とならないものと主張した。行政裁判所は被告の主張を採用して、假令洪水に因つて原野状態となつたとしても、それだけでは公物の形體的要件を喪失したものと謂ひ得ないもので、隨つて取得時効の目的とはならないものと判定した。

(評釋) 前項第二の判決と趣意を同じくするもので、判旨結局に於いて正當と思はれる。自然力に依り河川の流域が變り、元の流域には最早全く流水を見なくなつたといふ状態に於いては、若し河川の管理が専ら慣習法に依つて支配せられ、國家の明示の意思が介入して居らぬ時代であれば、其の状態の確定すると共に當然公物たる性質を失ふものと見なければならぬが、國家の明示の意思を以て之を河川の區域に編入した以上は、慣習の力は國家の意思の力に依つて弱められ、其の慣習が國家の權威にも打ち勝つ程に長く續いた場合の外は、國家の意思は尙其の權威を失はず、別の國家の意思を以て公用を廢止しない限りは、假令事實上に流域が變じたとしても、尙當然には公物たる性質を失つたものと見ることが得ない。それであるから本件判決に於いて公共の用に供せらるることが『絶對ニ不可能ナル状態』とならざる限りと謂つて居るのは、穩當を缺いて居るが、其の意味は自然の力に依つて公共の用に供し得べき性質が失はれてそれが永久的に國家の反對の認定を容るることの出來ぬ状態に於いて確定した場合でない限りといふ意味に解すべきで、而して本件の場合にはそれ程にまで

久的の状態となつたものと認め得ないのであるから、判旨正當と見るべきである。

### 二三 公水に於ける民法水路規定の適用

○民法第二百十九條ハ公共ノ用ニ供セラルル水路ニ適用セラルルモノニ非ズ(明三六、一、二七、行)。

○民法第二百十四條及第二百十九條ノ規定ハ公有河川ナル水流ノ場合ニ適用スベキモノニ非ズ(明三五、一二、二三、行)。

### 二三 公水に於ける時効の適用

●公有水面ニ付テハ其ノ公用ヲ廢止シタル後ニ非ザレバ取得時効ノ目的ト爲ラザルヲ以テ假令平穩且公然ニ三十年以前ヨリ公有水面ヲ占有シ來リシトスルモ其ノ公用ヲ廢止セラレタル事跡ナキヲ以テ取得時効ニ因リ所有權ヲ取得スルコトナキモノト謂ハザルベカラズ(昭四、四、一〇、大刑)。

(評釋) 總て公物に付き民法の取得時効の適用の無いことに付いては後出一一八二號參照。

○國有ノ公共用財産タル河川ハ取得時効ノ目的タルコトヲ得ザルモノトス(昭七、三、一八、行)。

### 二四 公有水面埋立の免許

第六類 公物及公企業 第一章 公水 第一節 公水の成立及公水たる性質の喪失

#### (一) 公用水面埋立免許の諮問

○公有水面埋立法施行令第六條ニヨリ地元市町村會ニ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ハ無効ニ非ズ(大一一四、五、二〇、行)。

#### (二) 公有水面埋立免許の拒否

○公有水面埋立法ニ依リ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ノ其ノ出願ニ對シ不免許ノ處分ヲ爲シ得ザル制限ナシ(大一一四、一〇、二二、行)。

公有水面埋立の免許が行政裁判所の審理し得べき事項であるや否やに付いては前に述べた(上卷二二九號)自分はそのを否定するものであるが、其の點は暫く措き、單に本件の判旨に付いて見れば、それは疑もなく正當である。原告は該出願書には未だ成規の圖面を添附せず、追て調製の上差出すべき旨を添申しに拘らず、未だ之を差出すにも至らない間に既に不免許の處分を爲したの違法であると主張したけれども、圖面の添附の無いことは願書を無効ならしむるものでもなく、而して有效なる出願が有つた以上圖面の提出を待つまでもなく、それが公益上有害であることが明瞭であれば、不免許の處分を爲し得ることは當然である。

○公有水面埋立ノ免許ハ其ノ出願ガ適法ニシテ公益ヲ害ス



ルコトナク且出願者ニ埋立完成ニ必要ナル費用支辨ノ資力信用アリト認メラルル場合ニ非ザレバ之ヲ與フベキモノニ非ズ(昭三、一二、一二、行)。

長崎市の地先公有水面の埋立の出願が縣知事から該地先水面は浦上川の下流に屬し之を免許すれば上流から放出する土砂の溜場を失ひ、土砂が直に港灣を埋めることになり、港内に於ける船舶の航行及碇泊に大なる支障を來すばかりでなく、埋立の遂行に要する資金調達の見込も確實でないといふ理由で却下せられた。行政裁判所は鑑定人の鑑定に基づき、縣知事の第一の理由とせる點は之を否定したけれども、費用支辨の資力信用ありと認め難いといふ理由で、結局却下處分を適法と判定した。

○府縣知事が市ガ公益ノ爲計畫シタル公有水面埋立事業ヲ實現セシムルノ方針ヲ以テ營利ノ爲ニスル他ノ同埋立出願ヲ不免許トスルモ之ヲ違法ナリト謂フヲ得ズ。

甲者ノ埋立出願ガ免許スベカラザルモノナル以上同一場所ニ於ケル乙者ノ埋立出願ニ對スル府縣知事ノ免許處分ガ假ニ違法ナリトスルモ之ガ爲ニ甲者ノ權利ヲ毀損スルモノニ非ズ(昭四、五、三、行)。

徳島市の地先公有水面に付き一方にTから埋立の出願を爲し、それより後れて徳島市からも同じ場所の埋立を出願したが、知事はTに對しては不許可の處分を爲すと共に、徳島市に對しては其

の出願は市會の議決を経て居らぬ爲其の議決を経て出願すべき旨内示して願書を返戻し、市は改めて第二次の願書を提出し、縣知事は之を免許した。之に對しTは(一)自分の出願は拒否せらるべき理田の無いもので、それと競願の姿に在つた徳島市第一次の出願は市會の議決を経て居らぬ無効のものであるから競願者は無かつたものであること、(二)市の第二次の出願は市會の議決を経たものであるが、其の議決は二十二ヶ月も以前に行はれたもので無効であり、之に免許を與へたのは違法であることこの二の理由を以て行政訴訟を起したが、行政裁判所は此の二の理由の何れをも採用せず、(一)Tに對して不許可の處分の有つた時には未だ市の有效な出願は無かつたのであるが、併し當時既に市會で其の計畫を議決して居たのであつて、それを實現せしむる爲に、營利の爲にする水面埋立を免許しなかつたのは適法である。(二)既に不許可が適法であるとすれば、市の出願が違法であつたとしても、之に許可した爲に原告の權利を侵害したものではないと曰ひ、原告の請求を拒絶した。

○公益上支障アリト認ムベキ公有水面埋立ノ出願ニ對スル不免許處分ハ違法ニ非ズ。

係争埋立出願ニ對スル不免許處分ニ前後シテ其ノ出願區域ニ隣接シテ他ニ埋立ヲ免許シ又當該行政廳自ラ埋立ヲ爲スモ之ガ爲ニ係争埋立モ亦之ヲ免許セザルベカラザル理由ナシ(昭四、一一、一二、行)。

な見解としては、埋立の免許を與ふるや否やは自由裁量の行爲であり、假令其の免許を拒まれたとしても、權利を毀損せられたものとは謂ふを得ず、随つて初より行政訴訟を提起することの出来ないものとして却下すべきであつたと思ふ(上卷二二九號)。

(三) 適法なる埋立の免許

○海面埋立ノ免許ニ因リ何等危害ヲ生ズルノ虞ナク從テ權利侵害ノ事實ナキトキハ其ノ免許ハ適法ナリ(六七、四、一〇、行)。

(四) 埋立免許に對する行政訴訟

○地方長官ノ公有水面埋立免許ニ對シ第三者ヨリ提起スル行政訴訟ノ出訴期間ハ公有水面埋立法第十一條ニ依ル告示ノ日ヨリ起算スベキモノトス(昭五、六、一三、行。昭七、一〇、一八、行)。上卷七八三號の二參照。

二件とも埋立免許に因り漁業權を侵害せられたとする漁業組合から、其の免許を違法として出訴したものであるが、既に出訴期間を經過したものととして却下せられたのである。

○市ガ其ノ免許ヲ受ケタル公有水面埋立工事ニ着手スルモ行政處分ヲ爲シタルモノニ非ザルヲ以テ之ニ對シ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ズ(昭四、七、二二、行)。上卷七五〇號參照。

二三 公有水面埋立免許權の讓渡及其の取消

宮城縣氣仙沼灣内の一部分の埋立願が公益上支障あるものとして拒否せられたのに對する訴であるが、行政裁判所は鑑定人の鑑定を徴して、該埋立が公益上支障あることを認定し、訴を棄却した。原告は本件埋立が公益上支障の無いことは、縣知事が直ぐ之と隣接せる地先水面の埋立を免許し又縣の事業として自ら之を計畫して居ることに依つても明瞭であると主張したが、行政裁判所は之をも採用しなかつた。

○成規ノ手續ヲ履ミタル公有水面埋立ノ出願アル場合ニモ地方長官ハ必ズ之ヲ免許セザルベカラザルモノニ非ズシテ相當ノ理由アル場合ニ不免許處分ヲ爲スモ違法ニ非ズ。

地方長官ガ一定ノ範圍ニ埋立許可限界線ヲ設ケ之ニ據リテ埋立出願ヲ處理シ居ル場合ニ於テ該限界線ガ公益維持上相當ト認メラルモノナルトキハ該限界線外ノ埋立出願ヲ許可セザルハ違法ニ非ズ(昭四、一一、三〇、行)。

是も氣仙沼灣の一部の埋立に關する事件で、同縣では縣廳の内規として埋立許可限界線を内定し、其の線外の埋立は許可しない方針で取扱つて來たのであるが、行政裁判所は此の内規を氣仙沼灣の地勢及水勢上正當の理由あるものと認め、之に基づき免許を與へなかつたのを適法と判定したのである。

(評釋) 以上の判例は何れも埋立免許の拒否を適法なりと判定して居るもので、判旨結局は正當に歸するのであるが、併し正當



●公有水面埋立免許権ハ公有水面ヲ埋立テ民有地ト爲ス目的ヲ以テ官ノ免許ヲ得タル權利ニシテ埋立免許権者ハ其ノ埋立ヲ條件トシテ之ガ所有權ヲ取得スルモノナレバ私權ノ範疇ニ屬ス。

公有水面埋立免許權ハ普通財産權ト同ジク融通性ヲ有シ權利者ノ一身ニ專屬スルモノニ非ザレバ債權者ノ共同擔保トシテ強制執行ノ目的ト爲ルコトヲ得ルモノトス、從テ埋立權者ガ債權者ヲ害スル意思ヲ以テ此ノ共同擔保ヲ處分シタルトキハ之ヲ詐害行爲トシテ取消スコトヲ得ベク偶免許ヲ得タル一事ヲ以テ其ノ處分ノ詐害行爲タル性質ヲ否定スベキニ非ズ。

公有水面埋立免許權讓渡ノ官許ハ權利ノ讓渡ヲ是認スルモノニシテ讓受人ノ爲ニ新ナル權利ヲ付與スルモノニ非ザレバ讓渡行爲ガ詐害行爲トシテ取消サレ無効ト爲リタル以上其ノ讓渡ノ有效ヲ前提トシテ許可シタル行政處分ハ根柢ヲ缺クヲ以テ當然無効ニ歸シ讓渡ノ目的タリシ權利ハ讓渡人ニ復歸スルモノトス(大六、八、二一、大民)。

(評釋) 上卷五號に掲げた判決で判旨結局に於いて正當と認むべきことは同所に述べた。埋立の免許を受けた者は埋立の竣功を條件として土地所有權を取得するのであるが、併し其の竣功前に

於いては尙公有水面の上に存する權利たることを失はないのであるから、之を單純な私權と斷定するのは正當ではない。其の融通性も亦判決に謂つて居るやうに無條件ではなく、埋立を竣功し得るだけの資力あり信用ある者でなければ其の權利を讓受けることの出来ないもので、隨つて其の讓渡には監督官廳の許可を必要とするのである。併し此の條件の下には讓渡を爲し得る權利であることは判決の認めて居る通りで、其の讓渡が若し詐害行爲に該當するならば、民事訴訟に依つて其の取消を請求することを得べく、其の取消に因り其の讓渡が假令行政廳の許可を受けたものであつても無効に歸するのである。

### 一一三六 無免許の公有水面埋立

●公有水面埋立法第三十九條第一號ノ規定ハ地方長官ノ免許ヲ受ケズシテ埋立工事ヲ爲ス者ハ自己ノ利益ヲ目的トスルト否ヲ問ハズ之ヲ處罰スル趣旨ナリトス(昭四、四、一〇、大刑)。

公有水面埋立法第三十九條第一號には「埋立ノ免許ヲ受ケズシテ埋立工事ヲ爲シタル者」は一年以上の懲役又は三千圓以下の罰金に處すべき旨を定めて居る。本件は國有海面約十八坪を無免許で埋立てた爲に原審で罰金六十圓に處せられた事件であるが、自分の利得とする意思を以てしたものではないといふ理由で上告したけれども、大審院は「公有水面ハ其ノ狀態ニ於テ公共ノ利便ニ土地は父の所有に屬せしむる意思であつたとしても、若し子が埋立工事の起業者であつたならば子が處罰せられるのは當然である。

### 一一三七 海面の拂下處分の效力

●海面ハ行政上ノ處分ヲ以テ一定ノ區域ヲ限リ私人ニ其ノ使用又ハ埋立開墾ノ權利ヲ得セシムルコトアルモ海面ノ儘之ヲ私人ノ所有ト爲シ得ザルモノトス(大四、一二、二八、大民)。

甲が明治五年中に拂下を受けたと稱する場所の大部分が、當時は公有海面であり、明治二十三年頃までは依然海面であつたといふ主張に對し、大審院が若し然りとすれば其の拂下は無効であつて、甲は所有權を取得し得ないものであり、原審判決に於いて其の拂下に依り直に所有權を取得したものと居るのは違法であると判定し、更に審理の爲に原審に差戻したのである。

### 一一三八 廢川敷地の下付

○河川法第四十四條但書ニ所謂「此ノ法律施行前」トハ同法第二條ニ依ル河川區域ノ認定又ハ變更アリタル時期ト解スルヲ相當トス(昭四、九、三〇、行)。

大阪市内の或る土地が元Aの所有地であつたが、後にBに賣渡した。然るに其の土地は明治三十四年十一月に中津川の區域の一

重要ナル關係ヲ有スルヲ常トスルヲ以テ漫ニ之ガ埋立ヲ爲スコトヲ許スベキニ非ズ。然レドモ之ガ埋立ニ依リテ更ニ多大ノ利益ヲ得ベキ場合ニ在リテハ埋立ヲ爲スコトヲ許容スベキモ、其ノ利益ヲ得ントスル者ガ擅ニ其ノ利益ヲ收メントスルコトハ利害關係者間ニ紛争ヲ生ズル處アルコトハ勿論公平ニ公共ノ利便ニ付テモ考慮スルヲ必要トスルヲ以テ、其ノ利害得失ヲ考慮シテ許否ヲ決定スルノ權限ヲ地方長官ニ委ネタルコト同法ノ規定ヲ通覽シテ誠ニ明瞭ナリ。從テ同法第三十九條第一號ノ規定ハ地方長官ノ免許ヲ受ケズシテ公有水面ヲ埋立ツル工事ヲ爲ス者ノ何人タルヲ問ハズ之ヲ處罰スベク埋立ニ依リテ利得ヲ收ムル者ノミヲ處罰スルノ趣旨ニ非ザルコトモ亦疑ヲ容ルルノ餘地ナシ」と曰ひ、上告を棄却した。

(評釋) 判旨當然である。

無免許埋立罪は盜罪や竊領罪とは性質を異にし財産の不法領得を罰する爲にするのではなく、専ら公共用物を保護するが爲にするもので、隨つて財産上の利得を成立要素とするものではない。其の犯罪の成立には免許を受けずして公有水面に埋立工事を爲すことを以て足れりとし、埋立に依る陸地が何人の利得に屬するかを問はない。但し「埋立工事ヲ爲シタル者」とは其の工事に關與した總ての人夫をも包含する趣意ではなく、唯其の事業主のみを責任者として處罰する趣意であることは言ふまでもない。隨つて假令自分の父が其の接續地の所有者であつて埋立に依つて出來た



部として認定せられ、其の時の土地所有者はBであつた。併し中津川が河川法を適用せらるる河川となつたのは明治二十九年十月で、其の時の土地所有者はAであつた。大正十二年に至り右の土地は公用廢止の告示に依り廢川敷地となつたので、AとBとが共に其の下付を申請したが府知事は之をBに下付し、Aに對しては不許可の指令が有つた。河川法第四十四條但書には「但し此ノ法律施行前私人ノ所有權ヲ認メタル證據アルトキハ其ノ私人ニ下付スヘシ」とある。そこで「此ノ法律施行前」といふことの意義に付いて争はれたが、行政裁判所は其の土地を河川の區域として認定した時が施行の時であつて、其の直前の所有者たるBに下付したのは正當であると判定した。

(評釋) 判旨勿論正當で、一般に「法律の施行」と謂へば、其の法律自體が實施の效力を有つに至ることを意味するのであるが、本件の場合は特定の土地に付いて何時から法律が施行せられたかの問題であるから、其の土地が河川法の適用を受くるに至つた時、言ひ換ふればそれが河川區域に編入せられた時を以て法律施行の時と見るべきは當然である。

### 第二節 公水の主體及其の管理

#### 一三九 河川の主體

(一)

所有に屬するものと見るべきではなく、尙自然公物として一般に國の公物として認むべきものであると信ずる。大審院の判例の中にも不明瞭ながら其の趣意を承認して居るものが有ることは、(二)に掲ぐる如くである。

判決には又河川は「國有」であると曰つて居るが、此の所謂國有とは、國が民法の意義に於いての所有權を有すといふ意味ではなく、公法的の支配權を有すといふ意味に理解すべきである。河川法には河川が私權の目的と爲り得ないことを明言して居るのであるから、國家が河川の上に有する權利は私法上の權利ではなく、公法上の權利であることは言ふまでもない。之を公有權又は公法上の所有權と稱すべきや否やは單に名稱の問題で重きを置くに足らないものであるが、其の權利の内容に於いては所有權と等しく包括的に物の支配を獨占する權利であり、而もそれは公法的な性質を有するものであるから、之を公法上の所有權と稱すとしても、敢て不當ではない。此の意味に於いて河川が「國有」であると謂ふのは正當である。(三)に掲ぐる判決は此の趣旨を明言して居る。

(二) 河川に付いての費用負擔者たる縣が、堤防の決潰に付き損害賠償の權利を有することを認めて居るのも、亦正當である。河川は國の公物であるとしても、縣が其の費用を負擔して居る以上は、經濟上の關係に於いては縣が其の主體たるもので、隨つて又不法行為に基づく損害に付いては、經濟主體としての縣が賠償請求權を有することは當然である。

●我が國法上河川ハ國有ナリ。

河川ノ堤防ハ河川ノ附屬物ニシテ河川竝ニ準用河川ト同ジク國有ニ屬スルモノトス(六七、七、八、大刑)。

本件は河川法を準用せられる荒川の堤防を不法に決潰した者に對し、刑事事件の附帶私訴として縣から損害賠償の訴を爲した事件で、原審判決では河川を縣の營造物とし縣知事は縣の機關として之を管理する旨を認めたが、大審院は河川が國有なることを認め、唯縣は其の費用を負擔する者であるから、縣が損害賠償を有することに於いて、原審判決は結局正當であると判定した。

(評釋) 判旨正當である。

(一) 本件の問題となつて居る河川は、河川法を準用せられて居るもので、而して河川法の規定に依れば、河川が國の公物であることの趣意は、明瞭に示されて居るのであるから、此の點に於ける判旨の正當であることは、更に疑を容れぬ所である。

唯河川が國の公物であるといふのは、河川法の適用又は準用ある河川にのみ限るや、又は其の他の河川も同様であるやは、多少の疑ある問題である。それは本件判決には無關係な問題であるから、判決は勿論此點に付いては全く論及して居らぬのであるが、私は人為的の工作物に依つて水を引き入れ又は湧出せしめたのではなく、天然に成立して居る流水は、假令公共團體又は私人の費用を以て、堤防を築き、浚渫を爲し又は其の他人工の附屬的の施設を加へたとしても、其の費用負擔者たる公共團體又は私人の

(二)

●公流ノ水源地又ハ川筋ニ掘下ゲ若クハ修繕工事ヲ爲シ其ノ費用ヲ負擔スルモ之ガ爲ニ其ノ流水ヲ専用スル權利ヲ有スルモノトスルガ如キ法則若ハ慣習アルコトナシ(明四二、四二、大民)。

本件は、某々の村が桂川の流水を村内の田畑養水等に使用する爲水源地の掘下げ其の他修繕等の費用を負擔し其の工事を爲し來つたのであるから、桂川の流水はそれ等の村に專屬するもので、他の者の使用を許さないと云ふ主張を否定したもので、天然の河川に付いては假令公共團體が修築工事を爲し及び其の費用を負擔したとしても、公共團體が其の主體となるものでないことを言明して居るものである。

(評釋) 判決は天然の河川が常に國の公物であることを明言して居らぬけれども、其の意味に理解すべきもので、而して其の意味に於いて判旨正當と信ずる。天然の河川は河川法の適用又は準用あるものと否とを問はず、其の自然の形に於いて、公共の用に供せらるるもので、隨つて公益の保護者としての國家の支配に屬し、特定の團體又は私人の獨占的支配の下に屬すべきものではない。假令特定の團體又は私人の費用を以て修築工事を行つたとしても、それが爲にそれ等の者が其の獨占的の支配權を取得することとは、其の自然公物たる性質に反するものである。

(三)



●官有地ニハ官ニ屬スル公有地ト官ニ屬スル私有地トアリテ後者ハ私權ノ目的トナルコトヲ得ルモ前者ハ其ノ公有ノ性質ヲ變ゼザル以上ハ國家ガ公法上ノ關係ニ於テ之ヲ領有スルニ止マリ私法上ノ關係ニ於テ之ヲ所有スルモノニ非ズシテ全ク私權ノ目的トナルコトヲ得ズ。

性質上公共ノ用ニ供セラルベキ河川ノ敷地ハ官ニ屬スル公有地ニシテ其ノ公用ノ廢セラレザル限りハ私權ノ目的ト爲ルコトヲ得ザルモノニシテ此ノ法則ハ河川法施行前ト雖モ行ハレタルモノト解スルヲ當然トス(明三七、七、八、大民)。

(評釋) 本件判旨は河川及其敷地が河川法制定前に於いても私權の目的となるを得ず、河川の上に存する國の權利が純然たる公權であつたことを承認して居るもので、判旨正當と思はれる。河川法には明文を以て其の旨を明にして居るが、併しそれは河川法に依つて始めて定まつた原則ではなく、又河川法の適用ある河川にのみ限られた原則でもない。總ての天然の河川に共通な原則と見るべきものである。

### 一一四〇 人工水路の主體

天然の河川が國の公物であり、特定の公共團體の獨占の支配に屬するものでないのに反して、公共團體に於いて天然の河川に井

權利ヲ有スル以上ハ乙丙等他ノ水利組合ハ該水路ヲ閉塞スルノ權ナシ、故ニ甲組合ガ其ノ閉塞工事ヲ破壞シ流水ヲ引入ルルモ之ヲ以テ公益ヲ害スルモノト云フヲ得ズ(明四〇、一〇、二二、行)。

甲水利組合が矢代川に用水取入口を設けて其の流水を引入れ田地に灌漑して居たのを、乙水利組合が其の取入口を閉塞したので、甲組合は直に之を破壊した。縣知事は此の破壊を違法なりとして甲組合に對し再び閉塞を命じた。甲組合は之を違法なりとして行政裁判所に出訴したが、裁判所は原告甲組合が舊慣に依つて取入口から矢代川の水を引入れる權利を保有することを認め、縣知事の命令を違法として取消す旨を判定した。

(評釋) 本件判決は、水利組合が施設して居る河水取入口を適法な慣習法上の權利に基づくものと認定したものであるが、それと同時に適法な取入口の施設及びそれから引入れた流水が、水利組合の公物として其の専用に屬することを承認したものであることは明白である。

○本件用水路ハ原告部落ニ於テ民有地上ニ開鑿設置シタルモノニシテ且ツ其ノ維持修繕ノ費用ヲ負擔シ來り而モ事實上右用水ガ原告部落ニ於ケル灌漑ノ用ニ供セラルルコトハ被告モ認ムル所ナルヲ以テ右用水路ハ原告部落ノ營造物ニシテ、縱令其ノ地盤ハ被告主張ノ如ク現時國有ニ屬ストス

堰其の他人工の取入口を設けて、適法に流水を引入れ之を團體所屬人民の公共の用に供して居る場合には、其の取入の施設及び之に依つて得た流水は、其の施設を爲した公共團體の公物と見るべきは當然である。此の趣意を認めた判例は尠くないが、一二の例を擧げると

○府令ヲ以テ土木工事取締規則ヲ發布シ用水井堰ノ變更工事ヲ爲スニハ府知事ノ許可ヲ受クベキ旨ヲ規定シタル場合ニ於テ許可ヲ受ケズシテ爲シタル工事ノ復舊ヲ命ゼラレタル町村ハ明治二十三年法律第六號ニ依リ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得(明三四、七、四、行)。

大阪府の某村が、府令に反し知事の許可を受けずして用水井堰を改築し、從來木造であつたのを石造に變じたので、知事は村に對し原形に復舊すべきことを命じた。因つて村から此の知事の命令を違法なりとして行政訴訟を提起した。被告府知事の側からは無訴權の妨訴抗辯を爲したが、行政裁判所は村が違法に權利を毀損せられたものとして正當に出訴し得べきものと判定した。

(評釋) 井堰の復舊命令が村の權利を侵害するものたり得ることを認むるのは、即ち井堰及びそれから引き入れた流水が村の權利に屬することを承認して居るもので、即ち此の如き人工的水路は其の水路を造つた公共團體の公物であることを認めたものに外ならぬ。而してそれは正當の判旨と認むべきものと信ずる。

○甲水利組合ガ古來河川沿岸ノ引入口ヨリ用水ヲ引入ルル

ルモ原告ハ尙右土地ヲ用水路トシテ占有使用スルノ權利ヲ有スルモノト謂ハザルベカラズ(大三、七、二九、行)。

(評釋) 本判決も人工の用水路が其の施設を爲した公共團體の公物であることを認めた一例で、判旨此の點に於いては正當と思はれる。

●町村大字ガ縣廳ノ許可ヲ得テ木樋ニ依ル用水路ヲ設置シタルトキハ該用水路ハ其ノ所屬地籍ノ如何ヲ問ハズ又之ニ依リ便益ヲ受クル者ノ大字自體ナルト其ノ住民ナルトハズ大字ノ營造物トシテ町村長ノ管理ニ屬スルモノトス、從テ町村長ガ同大字ヲ代表シ該木樋ニ依ル引水權確認ノ訴ヲ提起シタルハ適法ナリ(大五、七、五、大民)。

### 一一四一 人工水路に於ける公水主體の權利

●田家用ノ堰水ハ其ノ水利組合ニ於テ之ガ所有權ヲ有セズ唯其ノ使用權ヲ有スルニ止マルガ故ニ其ノ使用ノ餘水ニシテ堰ノ下流ニ流レタル水ヲ他ノ者ガ使用スルモ若シ其ノ使用ガ實際ニ水利組合ノ使用ヲ害セザルニ於テハ權利侵害ト云フヲ得ズ(明三一、一一、一八、大民)。

某水利組合に於いて、堰を設けて河川から水を引揚げ、田地の灌漑及び飲用水に供して居たが、組合の許諾を得ずして、他の者が同じ流水を水車に利用して居るものが有つた。水利組合は之を



以て自分の権利を侵害するものとして、民事訴訟を以て妨害排除を請求したが、大審院は原告の主張を否定し、水車の利用が唯餘水を使用するだけで、水利組合に實害を與へないならば、之を以て權利侵害と謂ふを得ないものと判定した。

(評釋) 本件判決に於いても、大審院は敢て其の堰に依つて取入れた水が公共組合の公物であることを否定して居るのではなく、唯其の權利を民法上の所有權と見るを得ないものとして居るのである。其の意の在る所は、水利組合に屬する公水であつても、流水が公共用物たる性質上、水利組合の目的を阻害せざる限度に於いては、他の者の使用をも認容せねばならぬと謂ふに在る。此の意味に解するに於いて判旨正當と思はれる。

●用水が自然ノ流水ニ非ズシテ専ラ或者ガ飲料、家事及灌漑等ノ爲ニ引ケルモノナルトキハ他人ハ時效若クハ其ノ者ノ承諾ニ依ラザル以上縱令多年之ヲ使用スルモ其ノ使用權ヲ取得スルモノニ非ズ(大六、三、二九、大民)。

X村に於いて特に樋を設けて引いて居る水を、水車業者Aが水車の運轉に使用し、初は村でも之を黙認して居たが、爾來日數を増加し村の水利權を妨害するので、村からAを被告としてAに用水權なきことの確證を求むる訴を起し、大審院は原告村の主張を認容したのである。

(評釋) 公の流水は公共用物として、公物主體の權利を侵害し

ニ於ケル築堤ヲ許可スルモ湖岸民ノ權利ヲ害スルモノト謂フヲ得ズ(大九、七、二八、行)。

猪苗代湖水力電氣株式會社が安積疏水普通水利組合と契約を結んで、水利組合は同會社の發電用の爲に猪苗代湖の水門の閉閉を調節することを承諾し、縣知事に其の契約の認可を出願して、知事は之に認可を與へた。之に伴うて水利組合は湖水の維持に付いての標準を定めた水利取締規則の改正を議決して知事の許可を受け又水門の改築を出願し知事は之を許可した。會社からは又猪苗代湖の水源である檜原湖、小野川湖及び秋元湖の吐口に於ける築堤を出願し、縣知事の許可を受けた。

此等の契約及び工事は何れも猪苗代湖の水量を豊富ならしむるが爲にしたもので、それが爲に湖水の沿岸に水害を生じ、耕地宅地に損害を與ふるといふ理由を以て、沿岸の住民から其の許可處分の取消を求むる訴を起した者が數件に及んだ。其の訴は各件全く同一ではなかつたが、要するに争の目的となつたのは(一)水利組合と會社との間の契約の認可(二)水利取締規則改正の許可(三)水門改築の許可(四)築堤の許可の四個の處分であつて、而も裁判所は此等の處分を何れも適法なりと判定したのである。

第一に争となつたのは、湖水の水位を維持する標準は何を以て正當とすべきかに在つた。原告は安積疏水工事當初の設計に基いた水利標準規定に遵據すべきものであると主張し、被告は明治十六年に農商務省安積疏水掛に於いて定め、後に水利組合に引繼が

ない限り水車業者も適法に之を使用し得るのであるが、併しそれは公物主體に對抗し得べき權利として成立するものではない。隨つて其の權利を否定した本件判旨は正當と認むべきである。

二四三 湖水水門の管理

○安積疏水普通水利組合ハ十六橋水門ノ流量湖面水位ノ調節等ニ付キ總テ明治十六年十一月中農商務省安積疏水掛ニ於テ設定シタル水利取締規則ノ規定ヲ遵守スベキモノトス。

水利取締規則ハ十六橋水門上流量水標零上六尺二寸ヲ以テ湖面ノ定水位ト定メ四時成ルベク之ヲ維持スルノ旨趣ナリト解スルヲ相當トス。

安積疏水普通水利組合ニ於テ水利取締規則中改正ノ必要アリト認メタル場合ニ組合會ノ議決ヲ經福島縣知事ノ許可ヲ出願シ福島縣知事ガ之ニ對シ許可處分ヲ爲シタルハ違法ナリト謂フコトヲ得ズ。

右改正ニ依リ水利組合ガ水位ノ調整ヲ猪苗代水力電氣株式會社ニ委託スルコトヲ得ルコトト爲シタルハ水門閉閉ノ操作ヲ會社ニ委託スルノ旨趣ニシテ違法ニ非ズ。

猪苗代湖ノ水利ハ水利取締規則ニ依ルベキモノナルヲ以テ同湖ニ注入スル長瀬川ノ上流檜原湖小野川湖秋元湖ノ吐口

れた水利取締規則に準據すべきものであると主張したが、裁判所は被告の主張を採用し、此の所謂水利取締規則に依つて其の適法なりや否やを定むべきものとした。

第二に争となつたのは、水利取締規則に準據すべきものであると假定して、其の改正權は何人に屬するかに在つた。原告中の一部は、右取締規則は政府の定めたもので、水利組合の規約ではないから、水利組合會の議決を以て改正し得べきものではないと主張したが、裁判所は之を採用せず、水利取締規則は初め農商務省で定めたものであつても、疏水事業の管理が水利組合に歸すると共に、水利組合に引繼がれたものであるから、組合會の議決に依り知事の許可を得て之を改正し得るは當然であるとした。

其の改正に依り水利組合は水門の調節權を會社に委託するを得ることに改めた。原告は之を以て公權の行使を一人に委任するものであつて違法であると主張したが、裁判所はそれは唯水門を電力に依り閉閉する裝置と爲した結果其の操作を會社に委託する趣意であつて、公權の行使を會社に委託したのではないと爲した。

第三に、水利組合が水門改築の許可を受けたことに對しては、原告の一部は湖水の水門は國の營造物で、郡長が之を管理するの權が有り、水利組合に管理權が屬するものではないから、水利組合に改築の許可を與へたのは違法であると主張したが、裁判所は其の管理權が水利組合に屬することを認定した。

第四に、水利組合と會社との契約、水門の改築及び築堤工事が



水害を起すの原因となるや否やの事實問題に付いては、裁判所は此等は何れも水利取締規則の定むる標準に適合するもので、沿岸住民の權利を侵害するものではないと判定した。

(評釋) 本件事實は頗る錯雜して居るが、要するにそれは湖水の水門の管理權を有する水利組合及其の監督廳が、其の管理又は監督に關し違法の處置が有つて、沿岸住民の權利を毀損したといふ訴である。主としては事實の問題であるから、此に其の當否を判断することは困難であるが、少くとも判決の表面に表はれて居る事柄には、當否疑はしいものがある。

(一) 判決には水門管理の正當なりや否やを定むるに、水利取締規則を以て其の唯一の標準として居る。

併しながら此の水利取締規則は如何なる性質の規定であるかと言へば、判決の認定する所に依れば、それは初め農商務省に於いて内部の庶務規定として定め、後水門の管理權が水利組合に移さるるに及んで、水利組合に引繼がれ、今日では水利組合の規約として效力を有するものとせられて居る。水利組合の規約は唯組合員に對してのみ效力を有するだけで、組合外の一般人民に對し效力を有するものではない。少くともそれが一般に公布せられた法規でないことは明瞭であつて、此の如き規定を以て、水門管理の正當なりや否やを定むる標準と爲すことを得ない。

本件訴訟に於いて、原告等は湖水の水位が高められた結果として、沿岸の耕地が浸水を受け、土地所有權が侵害せられたことを

は無い。公共團體の公の權能の行使を私人に委任することは一般に許されないにしても、其の行使に付いての事實上の作業を私人に請負はしめ又は之を委託することは、敢て違法ではない。

(附記) 本件に付いては、行政裁判所の判決の有つた後、更に被害者から民事訴訟を以て損害賠償の訴を起し、而して行政裁判所に於いては水利組合及監督廳の行爲を適法と認めたと反して、大審院は水利組合の行爲を不法行爲として認め、損害賠償の義務あるものと判定した(後出一二四一號)。此の二の判決は一見相牴觸するものの如く、行政裁判所の確定判決が司法裁判所に依つて覆へされたものとも見られ得るやうであるが、行政裁判所の判決は唯行政廳の許可處分の適法なことを確定したに止まり、事實上の水門管理の作用が適法なことを認めたのではないから、司法裁判所が事實上の管理作用の不法なることを認め、損害賠償の義務ありと判定したとしても、之れは敢て行政裁判所の確定判決を覆へしたものと謂ふを得ないのである。

### 二四三 河川の管理と府縣吏員の職務

●河川水流ノ引用占用ニ關スル行政事務ハ國ノ事務ニ屬ス。

府縣制第七十五條ニ依リ任命セラレタル府縣吏員ハ法人タル府縣ノ事務ヲ取扱フ職責ヲ有スルモ國ニ屬スル行政事務ニ干與スルコトヲ得ズ。

主張して居るのである。水門管理の當否を定むる爲には、此の權利侵害の事實に付いて其の存否と原因とを審査しなければならぬ。若し管理行爲の當を得ない爲に此の權利侵害の結果を來したものとすれば、假令水利組合自身の規約には違反する所は無いにしても、尙それは違法の行爲であらねばならぬ。

(二) 水利組合は水門の管理に關し營利會社と契約を結び、契約の條項に従つて水門を管理すべきことを約束して、縣知事の認可を受け、判決も之を適法なりとして居る。

若し此の契約の條項が第三者の權利を侵害すべき事項を含んで居らぬとすれば、之を適法なりとするに於いて異論は無い。けれども、それは決して此の契約が有効であるとするのではない。總て公共團體が其の公共事務の處理に關して私人と契約を結び、其の契約に依つて其の公の權能を束縛せられることは、特に法律の認めて居る場合の外は、法律上の效力を發生し得ないもので、それは違法ではないにしても無効である。故に若し本判決の趣意が此の契約を有効の契約として承認したものとすれば、それは不當である。判決の趣意は唯契約の效力とは關係なく、單に水利組合の側に於いて、其の契約の條項に従つて水門を管理することが違法でないことを承認したものと解するに於いてのみ正當である。

(三) 水利組合が水門開閉の作業を會社に委託したことに付いては、判決の見解は正當であつて、敢て之を違法と爲すべき理由

府縣吏員が數年來法令ニ基カズ又特別ノ任命ヲ受クルコトナクシテ國ノ行政事務ニ干與シタル事實アリトスルモ之ガ爲ニ國ノ行政事務ヲ府縣ニ轉屬スル結果ヲ惹起スベキ理由ナク又此ノ如キハ府縣制ノ規定ニ違反シ固ヨリ無効ナルヲ免レズ(大八、九、二二、大刑)。

Y縣の吏員で工手の職に在る何某が、佐野川の水利使用出願に付き主任として文書の起案に従事して居たが、其の出願者から賄賂を收受した。是が公務員其の職務に關して賄賂を收受した行爲に該當するや否やに付き、原審では河川の管理は國の行政事務で府縣吏員の職務に屬しないものであり、従つて事實其の事務を取扱つて居たとしても、それは職務外の行爲であつて、それに付き關係者から金錢の贈與を受けたとしても收賄罪を構成しないものと判定し、檢事から上告したが、大審院は上告を棄却し原判決を是認したのである。

(評釋) 判旨甚だ不當で、是は府縣吏員の身分と其の職務との關係を誤解して居るものである。

府縣吏員は身分に於いては地方團體としての府縣に奉職して居るもので、固より國の官吏とは身分を異にするものであるが、併しそれが爲に國の行政事務に關する職務を擔任し得ないものと解するのは大なる誤である。府縣制第九十條には「府縣吏員ハ府縣知事ノ命ヲ承ケ事務ニ従事ス」とあつて、敢て府縣自身の事務にのみ其の職務を限定して居るのではない。府縣知事の職務は國の



事務と府縣の事務との雙方を包含して居るが、此の雙方の職務を通じて原則としては國の官吏が其の補助の任に當り、不足の場合には府縣の費用を以て吏員を置き之を補助せしむることを得るのであつて、國の行政事務であつても、知事の職務に屬する限り、府縣吏員をして補助せしむることを得ない理由は無い。

殊に河川の管理は國の行政事務ではあるが、府縣が其の經費を擔任するもので、府縣が經費を負擔するのであるから、其の費用を以て吏員を任命し其の事務に従事せしむることは、府縣の當然の權能に屬する。それは河川工事の執行に府縣が人夫職工を雇入れて之に従事せしむるのと異なることはない。河川の管理は國の事務であるから府縣の吏員は之に従事することは出来ぬといふならば、同じ理由に依つて河川工事は國の事務であるから府縣の雇入れた人夫職工をして之に従事せしむることを得ないと謂はねばならぬであらう。其の不當なることは餘りに明白である。

### 第三節 公水に関する工事の施行

公水に関する工事には公水の主體としての管理者が自ら施行するものと、其の他の者の施行するものとを區別せねばならぬ。前の場合には其の管理權に基づく當然の作用であつて、勿論それは公益に適合することを要し、且つ不法に第三者の權利を侵害することを得ない拘束を受くるものであるが、それが裁判上の問題とな

ることは稀である。主として裁判上の問題となるのは、管理者に非ざる者の施行する工事で、河川法第十七條及第十九條に規定する所の

一 流水ヲ停滯セシメ若ハ流水ノ害ヲ豫防スル爲ニ施設スル工作物

二 河川ニ注水スル爲ニ施設スル工作物

三 河川ノ區域内ニ於テ敷地ニ固著シテ施設スル工作物又ハ河川ニ沿ヒ若ハ河川ヲ横過シ若ハ其ノ床下ニ於テ施設スル工作物

四 流水ノ方向、清潔、分量、幅員、深淺又ハ敷地ノ現狀等ニ影響チ及ボスノ虞アル工事

は即ち之に該當する。此等の工事に關しては一面には公法上の關係と一面には民法上の關係とを生ずる。公法上の關係に於いてはそれ等の工事は一般に公水管理者たる行政廳の許可を必要とするものであり、又其の工事が公益上許すべからざるものである場合には、行政廳は其の撤廢及原形回復を命ずることが出来る。其の許可處分又は原形回復命令が適法であるや否やは行政訴訟の問題となる。民法上の關係に於いてはそれ等の工事が不法に第三者の權利を侵害する場合に於いて民事上の不法行為を構成し、被害者は或は工事の差止、原形回復を請求し、或は損害賠償を請求することが出来る。而してそれは民事訴訟に依つて決せらるべき所である。此等の兩方面に於ける判例には凡そ左の諸例が有る。

#### 一四四 新設水車の堰止工事の許可

○縣知事が新設水車ノ堰止工事ヲ許可シタル場合ニ於テ其ノ工事ノ爲ニ河岸ノ崩壞スル虞アルモ河岸崩壞ノ如キハ相當ノ防禦工事ノ施設アルニ於テハ容易ニ防ギ得ベキモノナレバ此ノ一事ヲ以テ該處分ヲ取消スベキ理由ト爲スヲ得ズ(明四〇、一〇、一八、行)。

縣知事が甲某の新設の水車の爲に、堰止工事を許可したのに對し、同じく水車營業者たる乙某から自己の水車の運轉に障害を與ふるものとして、許可取消請求の訴を起した事件であるが、行政裁判所は(一)「被告ノ許可シタル新堰引水路水面ハ原告所有ノ水車輪下端ヨリ約一尺五寸下位ニ在ルガ故ニ湛水スルモ平水ニ於テ水車ノ運轉ヲ遲緩セシムルノ實況ナク増水一尺以上ニ於テ始メテ水車ノ運轉ヲ遲緩セシムルモ非常ノ高水ニ非ザル以上停止スルニ至ラズトノ趣ナレバ被告ノ許可シタル新堰ノ爲ニ原告ノ水車ハ何等ノ故障ヲ受ケザルヲ通常トスルコト明ナリ。但一尺以上ノ増水ニ於テ水車ノ運轉ニ遲緩ヲ來スベシト云フモ這ハ素ヨリ例外ニ屬スルノミナラズ遲緩ノ程度タル原告ノ營業ニ妨害ヲ與フルモノト認ムベキ證據ナキヲ以テ單ニ非常ノ際ニ生ズル運轉遲緩ノ事實ハ被告ノ處分ヲ取消スベキ理由ト爲スニ足ラズ(二)鑑定人ノ鑑定ニ依レバ堰止工事ノ爲河岸崩壞ノ危險ハ免レズトノ事ナレドモ河岸崩壞ノ如キハ相當ノ防禦工事ノ施設アルニ於テハ容易ニ防ギ得

ベキモノナレバ完全ナル防禦工事ノ施設ナキニ基ク河岸崩壞ノ恐アル事實ヲ以テ被告ノ處分ヲ取消ス理由ト爲スヲ得ズ」と曰ひ、本件工事の許可を適法なりと判定した。

(評釋) 公水管理者に非ざる者が公水に關して施行した工事が適法であるや否やを判斷すべき標準としては、先づ其の手續上の要件と實質上の要件とを分つことが必要である。手續上の要件としては、其の工事に付キ管理廳の許可を受くるを要すること、若し必要な許可を受けずして工事を行つたならば、それだけで其の工事が違法性を帯びることは言ふまでもない。其の實質上の要件としては、殊に二の點が重要で、一は公益を害するや否やの點であり、一は他人の既得權を侵害することなきや否やの點である。若し此等の何れかの點に於いて、其の要件を缺いて居るならば、等しく違法性を有するものと言はねばならぬ。併し假令公水に關する工事が此等の何れかの點に於いて違法であるとしても、それだけで既に多くの費用をかけて執行せられた工事を撤廢せしめ原形に回復せしむることを得べきものと斷定することは出来ぬ。それは要するに利益較量の問題に歸するもので、公平に各種の事情を斟酌して決せねばならぬ所である。

本件も工事に依つて或る程度にまで他人の既得權を侵害することとは承認したのであるが、其の侵害の程度が輕い爲に、其の撤廢を命ずるまでには至らないとして居るもので、それが正當であるや否やは事實認定の問題であるから、茲に評論するに適せぬ。



二四 許可を受けざる堰埭の新設

○水車新築ノ許可ニハ堰埭設置ノ許可ヲ包含セズ。  
無許可ニテ堰埭ヲ設置シタル場合ニ於テ縣知事ガ之ヲ取拂ハシメタルハ適法ナリ(明三二、二二、一一、行)。

宮崎縣令河川港灣取締規則に依り水車新築の許可を受けた者が水車に要する堰を新設したが、縣知事は許可を受けずして漫に設置したものであるとして取拂を命じた。行政裁判所は水車の設置には堰は必ずしも當然に従伴すべきものではないから、若し水車の運轉上堰の設置が必要であれば別に許可を受けねばならぬ。許可を受けずして之を設けたのは違法であるから、縣知事が其の取拂を命じたのは正當であると判定した。

(評釋) 是は手續上の要件を缺いて居る爲にそれだけで既に其の工事を違法とし、其の撤廢を命ずることを適法として居るのである。併し手續上違法であるとしても、それだけでは必ずしも常に其の撤廢命令を正當として見ることは出来ないもので、其の外に尙其の工事が實質的にも公益を害し又は他人の權利を侵害することを要件とする。若し反對に其の工事が他人の權利を害しないのみならず一層公益を増進するものであることが立證せられ得るならば、其の撤廢を命ずべき理由の存在しない場合である。唯其の立證の責任は之を主張する者の側に在り、それが證明せられない限り、許可を受けない工事は公益上有害なものと推測せらるる

ことは當然であり、此の意味に於いて判旨結局正當に歸する。

二四 違法なる堤防工事

(一)

●河川ノ一方ノ堤防ニ接続スル土地ノ所有者ガ其ノ堤防ニ不法ノ工事を爲シタルガ爲ニ對岸ノ堤防ニ接続スル他人ノ田地ニ水害ヲ及ボシ又ハ及ボスベキ懼アルトキハ被害者ハ不法行爲ニ關スル一般ノ法則ニ從ヒ加害者ニ對シ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルノ外尙其ノ水害ノ排除又ハ豫防ニ必要ナル處分殊ニ水害ノ原因タル工事を除去ヲ請求シ得ルコトハ從來一般ノ慣習法トシテ是認セラレタル所ナリ。

官有ノ堤防ハ特別ノ法令又ハ慣習ノ存スル場合ノ外一私人ガ官ノ許可ヲ經ズシテ隨意ニ之ニ工事を施スコトヲ得ズ。故ニ官有ノ堤防ニ接続スル土地ノ所有者ガ特別ノ法令又ハ慣習ニ依ルニ非ズシテ官ノ許可シタル範圍ヲ超エテ堤防ニ増築工事を爲シ爲ニ對岸ニ接続スル他人ノ田地ニ水害ヲ及ボシ又ハ其ノ危険ヲ加フルニ至リタルトキハ不法ノ工事を爲シタルモノニ外ナラザレバ不法行爲ノ原則ニ從ヒ損害賠償ノ責任ズルノミナラズ尙前示ノ慣習法ニ從ヒ水害ヲ除去スルニ必要ナル行爲ノ責任ニ任ゼザルベカラズ(明四二、五、一〇、大民)。

●他人ガ水利ニ影響ヲ生ズベキ工事を爲シタルガ爲其ノ上流下流ニ地所又ハ家屋ヲ所有スル者ガ洪水ノ際水害ヲ被ルベキ懼アリ又耕地ノ所有者ガ旱魃ノ際旱害ヲ受クベキ懼アリ又賃借人若ハ使用貸借ノ借主ガ生命財産ニ危害ヲ受クベキ懼アルトキハ右等ノ者ニ於テ工事を爲シタル他人ニ對シ其ノ工事を取毀タシムルノ權アルコトハ從前ヨリ慣習法トシテ認メラレタル所ナリ(明三七、三、四、大民)。

(二)

○私人ガ其ノ所有地ニ對スル浸水防禦ノ爲築造シタル堤防ニシテ治水上支障アルトキハ知事ニ於テ其ノ撤却ヲ命ジタルハ不當ノ處分ナリト謂フヲ得ズ(明三〇、六、三〇、行)。

早出川の沿岸の原告等の共有地に新堤を築造したのを、治水上支障ありとして、縣知事から撤却を命ぜられた事件で、行政裁判所は鑑定人の鑑定及び前年七月洪水の際從前の洪水に於いて嘗て崩壞したことの無かつた對岸に於いて缺壞の箇所を生じたことの実情に依り、新堤の築造が治水上支障あるものと認定し、知事の撤却命令を正當と判定した。

○明治三十七年栃木縣令第五十九號第二條第四號ニ所謂流水ノ害ヲ豫防スル工作物トハ平時ト出水ノ場合トヲ問ハズ河川ノ流水ヨリ生ズル損害ヲ豫メ防禦スル所ノ設備ヲ謂ヒ堤防ノ如キハ其ノ適例ナリ、故ニ本件堤防ノ築造ハ該規則

ニ基キ行政廳ノ許可ヲ受クルヲ要スルモノトス。

漫ニ自衛ノ爲ナリト稱シ無願無許可ニテ築堤ヲ敢テシタルハ違法ニシテ、縣知事ガ其ノ撤廢ヲ命ジタルハ相當ノ處分ナリトス(明四二、七、一〇、行)。

栃木縣寒川村は思川の西方に位する興良川の西岸に沿うた一帯の低地で、思川が増水し其の逆流が興良川を侵すと、餘水溢れて一面に浸水を受くべき地勢であるので、此の浸水を豫防する爲無許可で堤防を築いたのが、違法として撤廢を命ぜられた事件である。

二四 適法なる堤防工事

○所有地保護ノ爲直接必要ニシテ水利其ノ他ノ點ニ於テ支障ナキ場合ニ於テ知事ガ縣令ニ依リ堤防ノ新設ヲ許可シタルハ違法ニ非ズ(明四〇、一二、二四、行)。

○村ガ自己ノ地籍ヲ貫通スル惡水路ノ横溢ヲ豫防スル爲他ニ損害ヲ及ボサザル程度ニ於テ堤防ヲ新設シタルハ公益上必要ナルモノニシテ違法ニ非ズ。

原告ガ係争地一帶ノ地所ニ於テハ堤防ノ新設ヲ許サザルハ勿論舊來存スルモノモ其ノ高サヲ制限シ之ヲ超ユルコトヲ許サザル慣行アリトシテ提出セル證據ハ訴外新會地内ノ横堤ニ關スルモノニシテ、係争新堤トハ築造ノ目的ヲ異ニ



一一四八 水利に關係ある道路嵩上工事 一一四九 防波堤築造工事 一一五〇 水路開設工事  
一一五一 許可を受けずして作りたる養魚池 一一五二 河身に關係ある木石工事

ス。新曾横堤ハ上部ヨリ氾濫スル流水ヲ阻止シ下部村落ヲ保護セントスル目的ニ出デタルモノナルモ係争新堤ハ悪水ノ流下ヲ阻止スル目的ニ出デタルモノニ非ズ。故ニ新曾横堤ニ關スル慣行ヲ以テ本件ヲ律スルヲ得ズ(明四三、二、二一、行)。

二四六 水利に關係ある道路嵩上工事

○係争除桁中横堤ハ内腹付ノ許可ヲ受ケタルニ拘ラズ事實外腹付ヲ爲シタルモノナリト雖モ、係争工事中ノ一部分ガ許可ニ反スルノ故ヲ以テ其ノ全部ヲ違法ナリト云フヲ得ザルハ勿論工事ガ許可ニ反シ違法ナリトスルモ之ガ爲原告ノ權利ニ影響ナキ限ハ原告ハ其ノ取拂ヲ請求スルコトヲ得ズ。而シテ本件横堤ノ腹付工事ハ内腹付ト爲スモ外腹付ト爲スモ洪水ノ際杭瀬川ノ水量水勢ニ何等影響ヲ及ボスモノト認ムルヲ得ズ、水防上何等影響ナキ腹付工事ヲ禁ズル慣行アリト認ムルヲ得ザルニ因リ、原告ハ此ノ違法ヲ理由トシテ工事ノ取拂ヲ請求スルノ權利ナシ(大六、三、二六、行)。

二四九 防波堤築造工事

○縣知事ガ本訴上置工事ヲ認可シタル爲縱令將來原告居村ニ浸水ヲ増加シ原告ニ損害ヲ蒙ラシムルコトアリトスルモ之ヲ以テ原告ノ權利ヲ傷害シタルモノト云フヲ得ズ。郡市町村土木規則第二條ニ形體伸縮工事トアルハ堤防等ノ形體ヲ變更スルノ意義ナレバ單ニ幅員ヲ増加スルノ意義ト

○工事許可ニ因リ何等危害ヲ生ズルノ虞ナク從テ權利侵害ノ事實ナキトキハ其ノ許可ハ不當ニ非ズ(大七、四、一〇、行)。  
神奈川縣眞鶴港に防波堤を築造し及び海面を埋立て並に海面を

使用することの許可を受けた者が有つた。此の許可に對し一面には眞鶴村から、一面には同村漁業組合から、何れも自己の權利を侵害するものとして、取消を求むる訴を提起した。眞鶴村の主張は、同港は明治二十五年に同村に於いて官許を受けて浚渫したもので、其の港が現在の状態に於いて維持せらるることに付いて權利を有すといふに在り、漁業組合の主張は本件工事に依り海水の混濁を來し、魚族を逃避せしめ其の來集を妨ぐるから、組合の有する漁業權を侵害すといふに在つた。

(評釋) 是は前出一一四五號の場合とは反對に、手續上の要件は缺いて居ても實質上に公益に適するものであれば撤廢を命ずべきものでないとして居るもので、判旨正當と思ふ。

二五三 許可を受けずして作りたる養魚池

裁判所は二つながら其の主張を採用せず、事實に付いて審査した結果、村からの訴に對しては「本件工事ノ爲眞鶴港内ニ激浪ノ進入、土砂ノ堆積、船舶出入墜留ノ妨害、港内ノ石垣、繫船其ノ他ノ設備ノ破壊ヲ來スモノニ非ズ」と曰ひ、漁業組合からの訴に對しては「本件工事ニ因ル海水混濁ノ程度ハ大ナラズ又其ノ及ブ所ハ各漁場ニ達セズ其ノ漁業ニ害ヲ及ボスコトナキモノト認ム」と曰ひ、共に本件許可を以て適法なりと判定した。

○係争ノ養魚池ハ其ノ位置形狀内容ガ水利ニ障害アルコト明瞭ニシテ、原告等ガ許可ヲ受ケズシテ私ニ之ヲ作りタルハ明治三十一年兵庫縣令第五十三號土木起工規則ニ違反スルモノナリ。  
同規則第十三條ニ許可ヲ受ケズシテ第一條ノ工事ヲ起ス(中略)トキハ起工者ノ費用ヲ以テ實地原形ニ復セシムトノ規定アルハ工事ノ既成ナルト未成ナルト問ハズ原形ニ復セシムルヲ得ルモノト解セザルベカラズ。故ニ既成ノ工事ニ對シ原形ニ復スルコトヲ命ジタルハ不當ニ非ズ(明三八、五、三〇、行)。

二四〇 水路開設工事

二五三 許可を受けずして爲したる河身に關係ある木石工事

●假令被告人が用水道路ヲ開鑿シ新樋ヲ築キタル所爲ガ熊本縣令達ノ手續ヲ爲サズ許可ヲ受ケザリシモノトスルモ其ノ工事タル彼我害ヲ受クルコトナク爲ニ灌漑ノ便ヲ得ルモノナルニ於テハ之ヲ毀廢セシムベキ理由ナシ(明二八、一、二、九、大民)。

○公共ノ河身ニ關係アル工事ハ總テ出願ノ上許可ヲ受クベキ旨ヲ定メタル縣令アルニ拘ラズ該縣令ニ依リ設計書及圖面ヲ添へ出願シテ許可ヲ得ベキ手續ヲ爲サズ擅ニ之ヲ施設



シタル場合ニ於テ知事ガ該縣令ニ依リ爲シタル木工工事取拂ノ命令ハ不當ニ非ズ(明三五、一二、二五、行)。

用水堰改築工事を許可を受けずして行つたのが、明治二十四年山形縣令第四十四號に違反するものとして、取拂を命ぜられた事件で、行政裁判所は、それは公共の河身に關係ある工事で、同縣令に依り許可を要するものであり、許可なくして施行したのは違法であり、隨つて其の取拂を命じたのは正當であると判定した。

### 二五 堤塘外川敷に於ける營林事業

○本件松苗ノ植栽地タル長良川ノ沿岸ニシテ普通所謂堤塘外川敷ト稱スル場所ニ位シ原告居村ノ地先堤防ニ沿ヒ無堤部分ニ互リテ數町歩ノ面積ヲ占ムルモノナレバ、出水ノ際ニ於テハ河水ノ流下ヲ障礙シ及無堤部分ヨリ原告村ノ地内ヘ自然ニ浸入スル溢水ヲ防止スルノ作用ヲ爲シ延テ上下流ニ影響ヲ及ボスコト必然ニシテ水路上無害ト認メ得ベカラザレバ縣知事ガ之ヲ有害ト認メ其ノ取拂ヲ命ジタルハ不當ニ非ズ。

明治二十四年岐阜縣令第二十七號第二條ニハ地種地目ノ何タルヲ問ハズ水路上關係アル土地ニ於テ他ノ障害ヲ顧ミズ其ノ地形ヲ變更シ又ハ嵩置切下ゲ其ノ他ノ方法ヲ以テ湛水溢水ヲ防止排除シ云々トアリ地種地目及工事方法ニ對シ何

等制限スル所ナキヲ以テ川敷内ニ於ケル營林事業ニ對シテ之ヲ適用シ撤去ヲ命ジタルハ違法ニ非ズ(明三七、五、二、行)。

### 二五 公共團體の權利を毀損する用水路附換及架橋工事

○明治三十八年新潟縣令第二十四號「公共團體又ハ私人ニ於テ經營スル土木工事ニ關スル規程」ハ必ズシモ單ニ出願工事が公安上害アリヤ否ノミヲ審査シテ許否ノ處分ヲ爲スノ旨趣ナリト解スルコトヲ得ズ。

原告部落ニ對シ相當手續ヲ履行スルコトナクシテ用水路ノ附換並架橋工事を施行スルノ權利ヲ縣知事ガ鐵道會社ニ與ヘタル場合ニ於テ其ノ工事が原告部落ノ權利ヲ侵害スルモノナルトキハ右許可處分ハ違法ナリトス(大三、七、二九、行)。

越後鐵道株式會社が新潟縣知事から某用水路及び堤防を附換へて其の路線を屈折せしめ、該用水路に直角に橋梁を架設することの許可を受けた。然るに右用水路及び堤防は某村大字が灌漑用水の爲に開設した營造物で、大字に於いて之を維持し利用する權利を有つて居り、縣知事が鐵道會社に與へた工事の許可は大字の權利を侵害するものであるとして、右大字から許可の取消を求むる訴を起した。

知事の側からは主として左の三點を以て抗辯の理由とした。

(一)工事の許可は唯出願工事が公安上有害なりや否やを審査して與へらるるもので、其の許可を受けた事項が第三者の權利を侵害するものであれば、起業者は更に第三者との間に相當の處置を爲すことを要するに止まり、許可處分自身が違法となるものではない。

(二)該用水路及堤防が原告大字に屬する營造物であることは之を認めない。該水路及堤防は國有であつて、原告大字の住民が之を灌漑に利用して居ることは事實であるが、敢て水利權を有するものではない。

(三)本件工事は實際上敢て原告大字住民の灌漑用水に不足を來たさしむるものではない。

行政裁判所は被告の抗辯を採用せず、(一)假令公安上有害ならざるにせよ他人の權利を侵害する工事の許可を與ふるならば違法である。(二)本件用水路は原告大字が民有地の上に開鑿設置し其の維持修繕の費用を負擔し來つたもので、假令其の地盤は現在國有であるとしても、尙原告の營造物であると認定すべきである。(三)故に原告の承諾を経ずして該營造物の改築工事を會社に許可したのは、工事が原告の灌漑用水權に障害あると否とを問はず違法であると曰ひ、縣知事の許可を取消す旨の判決を與へた。

(評釋)官廳の許可を必要とする事項に付いて、若し許可せらるべき行爲が第三者の權利を侵害する場合に、官廳は其の許可を

與ふるを得べきや否やに付いては、其の許可が警察許可であるや又は權利設定行爲であるやに依つて異なる。

警察許可は唯警察禁止の解除であつて、或る行爲が警察上支障の無いことを承認するに止まり、毫も其の行爲を爲すべき權利を付與するものではない。其の行爲が第三者の權利を侵害するや否やは警察官廳の直接には關係しない所で、假令警察許可を受け隨つて警察上は差支ないことが認められたとしても、若しそれが第三者の權利を侵害するものであれば、許可を受けたに拘らず尙之を爲すことを得ないものである。本件訴訟に於いて知事の抗辯として、許可を與ふるに當つてそれが第三者の權利を害するや否やは官廳の關する所ではないと曰つて居るのは、警察許可に付いては正當である。

本件の如き公水に關する工事施行の許可は之と全く性質を異にするもので、それは單に禁止の解除ではなく、或る行爲を爲し得べき權利を付與するものである。若し其の行爲が第三者の權利と兩立し得ないものであれば、それは權利として適法に成立し得ないもので、隨つて其の權利を付與する所の行爲は、それ自身違法である。故に若し本件の工事が村の用水權と兩立し得ないものであれば、村の同意を得ず又其の既得權の侵害を已むを得ざらむるだけの正當な理由なくして、其の工事の許可を與へたのは違法に村の權利を侵害するものであり、此の意味に於いて判旨正當と思はれる。



一一五五 樋管移轉改築工事 一一五六 樋管掘下工事の不許可  
一一五七 河川工事を不法とし其の復舊及損害賠償を求むる訴

一一五八 公水使用権の法律的性質 二四二

## 二五 樋管移轉改築工事

○樋管ノ移轉其ノ他ノ工事ニシテ他ノ井組ノ用水ニ損害ヲ及ボスベキモノハ之ヲ許可セザル永年ノ慣行アリ各井組ハ該慣行ニ從ヒ各其ノ灌漑用水ヲ引用スルノ權利ヲ有スト認ムベキ場合ニ於テ行政廳ガ或ル井組ニ許可シタル工事が該慣行ニ反シ他ノ井組ノ用水ニ大ナル損害ヲ被ラシムルモノナルニ於テハ公益上重大ナル理由アル場合ヲ除クノ外該許可處分ハ違法ナリトス(昭五、四、二四、行)。

岐阜縣のA、B兩村の村長からの共同申請に基づき縣知事は山田樋管の移轉改築工事を許可した。之に對しC村の村長から右は其の下流に在りてC村村長の管理に屬する石畑樋管の水量を甚しく減少するもので、且つ樋管の所在を動かすことは古來井法の禁止して居る所であるとして、許可處分取消の訴を起したが、行政裁判所は古來の慣習に付いて調査した結果、各井組が慣習上灌漑用水を引用する權利を有し、他の井組の用水に損害を及ぼすやうな樋管の移轉は之を許可しない永年の慣習あることを承認し、縣知事の許可處分は此の慣習法に違反し、之を正當ならしむるだけの公益上の必要の無いのに、山田樋管の移轉改築を許可したのは、違法にC村井組の權利を毀損するものであるとして、其の許可を取消す旨を判定した。

## 二六 樋管掘下工事の不許可

○係争樋管ノ位置ヲ現状ノ儘放置スルモ河床ノ低下ニ因リ引水口ガ河床ヨリ高マリ引水ニ支障ヲ生ズルモノナルコトヲ認ムルヲ得ザルヲ以テ縣知事ガ其ノ掘下ヲ許可セザルハ適法ナリ(昭六、一、二、二一、行)。

山口縣高橋川の流水は陶村と名田島村と雙方で各樋管を設けて田地の灌漑用に引水する慣行であつたが、陶村の側で近年同川の河床が砂利採取其の他の爲低下し在來の儘では引水が困難であるからといふ理由で、右樋管を在來より一尺二寸掘下することの許可を縣知事に申請したが、縣知事は(一)右樋管の掘下は名田島村に引水せられ得べき水量を減少せしめ其の權利を毀損する(二)治水上にも支障が有る(三)現状の儘でも引水に困難ではないといふ理由で、不許可の處分を爲した。行政裁判所は右一及二の點には立ち入らず、單に第三の點に付き縣知事の主張を容れ、其の處分を違法に非ずと判定した。

## 二七 河川工事を不法とし其の復舊及損害賠償を求むる訴

●縣ノ爲シタル或河川ノ水害復舊工事ニ因リ自己ノ所有地ヲ侵害セラレタルコトヲ原因トシテ妨害ノ排除、敷地ノ返還並ニ損害ノ賠償ヲ求ムル訴ニ對シ司法裁判所ガ行政訴訟

ヲ提起スベキモノナリトシテ無訴權ノ抗辯ヲ是認スルニハ縣ガ水害復舊工事ニ付事實的行爲ヲ執行シタルコトヲ判示スルヲ以テ足レリトセズ行政處分ヲ爲シタルコトヲ具體的ニ明示セザルベカラズ。

河川法ヲ適用又ハ準用スベキ河川ニ在リテ法律命令等ニ違背シタル工事設備等ニ因リ私人ガ損害ヲ受ケタルトキハ民事訴訟ヲ提起シ得ルモ其ノ法律命令等ノ違背ノ有無ニ付キ争アルトキハ先ヅ訴願若クハ行政訴訟ニ依リ其ノ違背事實ノ確定シタル後ニ非ザレバ民事訴訟ヲ提起スルコトヲ得ザルモノトス。

河川法ノ適用又ハ準用ナキ河川ニ對スル工事設備等ニ因リ單ニ私人ガ受ケタル損害ノ賠償ヲ請求スル場合ニ於テハ縱令其ノ工事設備等ガ行政處分ニ基クトキト雖モ司法裁判所ハ其ノ處分ノ當否ヲ判斷スルコトヲ妨ゲザルモノトス(大四、一、二八、大民)。

山梨縣で釜無川の水害復舊工事を施行し、其の工事の一部として或る道路堤防を築造したが、其の際原告甲の所有地を合法的の原因なくして右道路堤防の地盤としたのは不法であるといふ理由で、妨害排除、敷地返還及損害賠償を求むる民事訴訟を提起した。原審では是は司法裁判所の管轄に屬しないものとして却下したが、大審院は(一)本件が行政裁判所の管轄に屬するには私人の

所有に屬する土地を道路堤防の敷地に編入する行政處分の有つたことを要する。然るに原判決では斯かる行政處分の有無が明示せられて居ない(二)不法の河川工事に基く損害賠償の訴に於いて先決問題として訴願又は行政訴訟の提起を要するや否やは河川法の準用ある河川であるや否やに依つて異なる。然るに原判決は係争の河川沿岸に河川法の準用ありや否やを明示して居らぬから、理由不備の判決であるとして之を破毀して原審に差戻した。

## 第四節 公水使用権

### 二八 公水使用権の法律的性質

公の流水又は其の附屬物に付いて、或は慣習法に依り、或は管理廳の特許行爲に依り、公共團體又は私人が其の使用の權利を得て居る場合に、其の權利が公權なりや私權なりやに付いては、從來の大審院判例は、概ね之を私權と解して居る。

●堤防敷地ヲ使用シ得ル權利ハ行政處分タル使用命令ノ趣旨ニ從ヒ其ノ範圍内ニ於テ公用地ナル堤防敷地ヲ自己ノ私用ニ供シ之ヲ使用シ得ル權利タルニ過ギザルヲ以テ、公權ニ非ズシテ一種ノ私權ナリ。

右ノ權利ハ一種ノ財産權タルニ止マリ之ヲ以テ一ノ物權又ハ債權ナリト云フヲ得ズ。



既ニ一ノ私權タル以上ハ他ノ一人ヨリ之ガ侵害ヲ受ケ其ノ權利ヲ行使スルコト能ハザル場合ニ於テ其ノ救済ヲ求ムルハ民事ノ裁判ニ屬ス（明三七、一二、五、大民）。

原告甲は、縣知事の認可を得た町長の堤防使用命令に依つて、或る河川の堤防敷地使用の免許を受けて居た。然るに被告乙は同じ堤防敷地の上に家屋を建造し、之が爲に原告の使用が不可能となつたので、原告は民事訴訟を以て建物取除請求の訴を提起した。被告は之に對し、堤防敷地使用の免許は行政處分であつて、原告は之に依り私權を取得したのではないから、司法裁判所の管轄すべき事件ではないといふ抗辯を爲したが、大審院は被告の主張を排斥し、堤防敷地の使用權は私權であり、隨つて民事訴訟を以て妨害排除を請求し得べきものと判定した。

●河川ノ敷地及堤防ノ占用權ハ物權ニモ屬セス債權ニモ屬セザレドモ地方行政廳ノ許可ノ範圍内ニ於テ私益ノ爲之ヲ占有使用スルコトヲ得ル權利ニシテ一種ノ財産權タル私法上ノ權利ニ屬スルモノト爲スベキモノトス（大一一、五、四、大民）。

原告は岐阜縣知事の許可を得て、或る河川の敷地及堤防を庭石置場及宅地の目的で占有する權利を與へられて居た。然るに被告は同じ敷地及堤防を同じく庭石置場及宅地として占有し、原告の權利を侵害したといふ理由で、民事訴訟を以て其の妨害排除請求

もなければ物權でもないといつて居るけれども、有體物に關する私法上の財産權で債權でもなく物權でもないものは思考し得られない。反對に、公水の使用權は公水の管理者から許容せられて居る權利であるから、公水管理者に對する債權的性質の權利であつて、即ち一種の公法上の債權に外ならない。

判決が之を以て私權であると斷定して居るのは（イ）財産權であること（ロ）私益の爲にするものであることの二の點に其の理由を有つて居るのであるが、（イ）財産權であることを以て直に私權であることを斷定することは出来ない。恩給權や俸給權のやうに公權であつて而も財産的價值を内容とするものは決して稀ではない。（ロ）私益の爲に認められて居ることも決して私權たることを示す理由となるものではない。凡て權利は權利者の利益の爲に認められて居るもので、利益は權利の觀念の中心要素を爲すものであり、此の點に於いて公權も私權も同様である。公權と雖も一人に屬する以上は常に其の私益の爲にするものでないものは無い。

（二）公水使用權が公權であることは此の如く疑を容れない所であるが、併しそれは財産權であることに於いて私權と共通の性質を有し、隨つて又或る限度に於いて私權と同一の原則に依つて規律せらるる。殊に第三者が違法に公水使用權を侵害した場合に於いては、それは民事上の不法行為たる性質を有する。民事上の不法行為としての權利の侵害は必ずしも私權の侵害にのみ限られたものではなく、公權の侵害でも財産上の損害を生ずる限り等しく民法

の訴を提起した。被告は之に對し、原告主張の占用權は公法上の權利であるから、其の侵害の救済は司法裁判所に出訴し得べきものでないとして、無訴權の抗辯を提出したけれども、大審院は此の主張を採用せず、其の占用權は私權であり、隨つて之に關する訴は當然司法裁判所の權限に屬するものと判定した。

（評釋） 判旨結局は正當に歸するのであるが、併し公水使用權を以て私權の性質を有するものとして居るのは、甚だ賛成し難い。（一）公の河川及其の敷地の如き公共物に付いては、民法は一般に適用せられないもので、假令一人が之を占有する權利を得て居ても、それは民法上の權利ではあり得ない。河川法には明文を以て「河川及其敷地若ハ流水ハ私權ノ目的トナルコトヲ得ス」と定めて居り、隨つて河川法の適用ある河川に付いてはそれが私權でないことは法律の規定に依つても明白であるが、併し河川法の適用の無い河川に付いても同様であつて、それは唯公權としてのみ成立し得るものである。殊に此等の二の判決に現はれて居る場合は二件とも行政廳の處分に依つて設定せられたもので、それだけでも公權であることを證明することが出来る。勿論行政處分に依つて設定せられた權利でも鑛業權及漁業權のやうに私權の性質を有するものが無いではないが、それは法律が特に物權の效力を與へて居る結果で、法律に依つて特にさういふ效力を認められない限りは、凡て行政處分に依つて設定せられた權利は常に公權であると斷定することが出来る。判決には私權ではあるが債權の

の意義に於いての不法行為となり得る。勿論財産的價值に評價せられ得ない公權であれば之を侵害しても財産上の損害を生ずることなく、隨つて民事上の不法行為とはならないのであるが、財産的價值を有する公權の侵害は民法の意義に於いての不法行為たるもので、隨つて又民事訴訟に依つて其の排除を求め及び損害賠償を請求することが出来るのである。

それであるから判旨結局は正當であつて、無訴權の抗辯は誤つて居るのであるが、併しそれは公水使用權が私權であるが爲ではなく、公權ではあるが尙之に對する不法の侵害が民法の意義に於いての不法行為であるが爲である。尙此の點に付いては上卷二六號參照。

### 二五九 慣習に因る公水使用權の成立

公の河川又は其の他の自然公物は、自然力に依つて成立し、其の附近の人民は其の自然の情態に基づいて天與の利益を享受するのであるから、自然公物に於ける人民の使用權は、國家の特許に依るものの外に慣習法に依つて成立するものが多い。それは大審院及行政裁判所の判例の共に普く承認して居る所で、其の判例は他の問題と關聯して尙次項以下に掲ぐべき所であるが、茲に先づ一二の例を擧げる。

（一）

○地方住民ノ緊要缺クベカラザル生産及營業ノ稼行ノ爲ニ



河川ヲ利用スル永年ノ慣行アル場合ニ於テ其ノ河川ニ水力  
電氣工事ノ施設ヲ許可スル處分ガ果シテ住民ノ利益ニ障害  
ヲ及ボスベキモノナリヤ否ヤハ純然タル權利侵害ノ問題ニ  
屬ス(明四五、七、一三、行)。

徳島縣那賀川の水流が同地方居住民の唯一の運輸交通機關とし  
て、其の上流及沿岸地方の生産物たる木材、炭其の他の山産物及  
魚類を輸出し、同時に米麥鹽石油酒呉服金物雜貨等の生活必需品  
を輸入する爲に供用せられて居たが、縣知事は同川に水力電氣工  
事の施設を許可した爲に、從來の如く之を利用することを得なく  
なつた。因つて附近數ヶ村の住民の公共の利益を代表して、某々  
數ヶ村から水利使用の權利を侵害せられたとして、行政訴訟に依  
り其の許可の取消を請求した。被告縣知事は原告は何等水利權を  
有するものではないと主張し、無訴權の抗辯を爲したが、行政裁  
判所は之を採用せず其の附近の地方住民は慣習上に河川使用の權  
利を有するものであることを承認し、之を適法の訴訟として受理  
した。(上卷八二四號參照)。

(11)

○河ノ流量調査ノ許可處分ニ依リ其ノ河ノ流水飲用權ヲ  
違法ニ侵害セラレタリトスル訴ハ行政廳ノ違法處分ニ因リ  
權利ヲ毀損セラレタリトスル訴ニシテ適法ノ行政訴訟ナリ  
(大三、一〇、二三、行)。

「原判決ノ認定シタル事實ニ依レバ、月谷川ノ流水ヲ堰止メ土管ニ  
依リ官有水路ニ引入レ之ヲ被告宗悦名義ニテ買受ケタル水田及堀  
越慶三郎ノ宅地ニ建設シアル水車ニ利用スルコトハ其ノ土地ノ未  
ダ同人等ニ歸屬セザル以前即チ四十餘年前ヨリノ慣行ナレバ該流  
水ノ使用ニ付テハ慣習上其ノ使用者ニ權利ヲ生ジタルモノト認ム  
ルヲ相當トス」と曰ひ、上告を棄却した。

●他人ノ所有地ヨリ湧出スル流水ヲ永年自己ノ田地ニ灌溉  
スルノ慣行アルトキハ之ニ因リテ其ノ田地所有者ニ流水使  
用權ヲ生ジタル水源地ノ所有者ト雖モ之ヲ侵スコトヲ得ザルモ  
ノトス(大六、二、六、大民)。

●溪水其ノ他湧水ノ流出スル河川ノ水流ヲ從來ノ慣習ニ從  
ヒ使用シ來リタル者ハ田地灌溉ノ爲ナルト水車運轉ノ爲ナ  
ルトト問ハズ各之ヲ利用スル權利ヲ有スルコトハ當院判例  
ノ存スル所ナリ(大五、二、二、大民)。

●村ノ用水堀ノ如キ公共ノ水路ヨリ流出スル水ハ一人ノ  
所有地ヲ通過シテ流下スル場合ト雖モ下流ニ於テ多年慣行  
トシテ之ヲ田地ニ灌溉スル者アルトキハ其ノ使用者ニ流水  
使用ノ權利ヲ生ジタルコトハ我邦ノ慣習上認ムル所ナリ。

右ノ場合ニ於テ上流ノ所有者ガ故意ニ水路ヲ壅塞シテ流水  
使用ノ途ヲ杜絶シタルトキハ水利妨害罪ヲ構成ス(昭四、六、  
三、大刑)。

本件は神奈川縣宮城野村大字二ノ平の住民が古來其の飲用水と  
して同字水の出口と稱する山林中より湧出する河水を使用して居  
る慣習あることを認め、之を其の住民の權利として承認して居る  
ものである。

(11)

●凡ソ河川ノ沿岸所有者ハ他人ノ權利ヲ害セザル範圍ニ於  
テハ田地ニ灌溉シ水車ニ利用スル等各其ノ水流ヲ使用ス  
ル一種ノ權利ヲ有スルコトハ法律ノ明文ナキモ慣習上認め  
來リタル所ニ係ル(明三八、一〇、一一、大民)。

●溪谷ノ流水使用權ニ付テハ殊ニ井手ヲ設ケテ田用水若ク  
ハ飲用水等ニ用キタル場合ハ勿論、公共物タル溪水其ノモ  
ト雖モ一旦或者ニ於テ該流水ヲ専用スル慣習發生シタル  
トキハ其ノ者ニ權利ヲ生ジ他人ノ之ヲ侵スコトヲ容レザル  
ハ古來我ガ邦一般ニ認めラレタル原則ナリ(明四二、二、二二、  
大民)。

●多年河川ノ流水ヲ田地ニ灌溉シ水車ニ利用スル等ノ慣行  
アルトキハ其ノ使用者ニ流水使用ノ權利ヲ生ジタルコトハ古  
來我邦ノ慣習上認め來リタル所ナリトス(明四五、五、六、大刑)。  
水利妨害罪ノ被告事件で、水利妨害罪が成立する爲には其の妨  
害を受けた者が水利權を有することを要するのであるから、果し  
て其の權利が成立して居るや否やが問題となり、而して大審院は

村の用水堀である新堀から被告Sの私有地である畑地を通過し  
て流下する水を、其の下流に當る某々等の水田の灌溉用水として  
使用する多年の慣習が有つたが、Sは下流水田所有者に對する私  
怨から、自分の所有地内の水路約三間を土砂を以て埋没壅塞し、  
下流水田所有者をして流水使用を不可能ならしめた。

原審では是が水利妨害罪に問はれたのに對し、自分の所有地の  
水路を埋没するのは所有權の正當の行使であるとして上告したけ  
れども、大審院は「村ノ用水堀ノ如キ公共ノ水路ヨリ流出スル水  
ハ一人ノ所有地ヲ通過シテ流下スル場合ト雖モ下流ニ於テ多年慣  
行トシテ之ヲ田地ニ灌溉スルモノアルトキハ其ノ使用者ニ流水使  
用ノ權利ヲ生ジタルコトハ我邦ノ慣習上認ムル所ナレバ……被告  
人ハ其ノ水路中被告ノ所有地ヲ通過スル部分ト雖モ之ヲ壅塞シテ其  
ノ流水ノ使用ヲ妨グルヲ得ズ」と曰ひ、上告を棄却した。

(11)

○熟田ニシテ其ノ地先湖水ノ外他ニ用水ヲ得ルノ途ナキト  
キハ該田地ヲ取得セル者ハ同時ニ其ノ用水權ヲモ取得シタ  
ルモノトス(明三九、一一、一七、行)。

秋田縣知事が某々等に對し八郎湖岸豫約拂下の許可處分を爲し  
たが、之に對し原告等は自分等の公水使用權を毀損するものとし  
て其の取消を求むる行政訴訟を提起した。原告等の理由とする所  
は、其の豫約拂下地は荒蕪地開墾の名義を以てせられたものでは  
あるが、實は水面であつて、其處には原告等が水門及堰を設けて、



湖水を引用して灌漑の用に供して居たので、それが拂下になつた結果、原告等は其の水面を使用することが出来なくなるといふに在つたが、行政裁判所は此の主張を容れ左の如く判定した。

「右地所ハ原告ガ之ヲ取得セル以前ニ於テ既ニ熟田ナリシコト明ナリ。而シテ既ニ熟田ナリトスレバ該地所ノ位置タル其ノ地先八郎湖ノ外他ニ用水ヲ得ルノ途ナキモノナレバ、之ニ用水ヲ取りタルコト亦明ニシテ、隨テ原告ハ該田地ヲ取得スルト同時ニ此ノ用水權ヲモ取得シタルモノト謂ハザルベカラズ。然レバ被告ニ於テ原告ガ現ニ水門及堰筋ヲ設クル係争地字吉崎ヲ何等ノ條件ヲ附セズシテ某々ニ豫約拂下ヲ許可シタルハ原告ノ用水權ヲ無視シタルモノニシテ、即チ明治二十三年法律第百六號ニ所謂違法處分ニ依リ權利ヲ毀損シタルモノト謂ハザルヲ得ズ」

(五)

○牧田川筋井組ノ樋管ハ他ノ井組ノ用水ニ損害ヲ及ボスコトナキ限ハ當局ノ許可ヲ受ケ之ヲ移轉シ其ノ他ノ工事ヲ施シ得ベキモ其ノ損害ヲ及ボスベキ工事ハ之ヲ許可セザル永年ノ慣行アルモノト認ムルヲ相當トス。  
各井組ノ間ニ此ノ如キ永年ニ互ル慣行アリ而モ其ノ慣行ハ行政廳ニ於テモ尊重セラレ且裁判所ノ判決ニ依リ確認セラレタルモノナル以上各井組ハ該慣行ニ從ヒ各其ノ灌漑用水ヲ引用スルノ權利ヲ有スルモノト認ムベシ(昭五、四、二四、

行)。

一一六〇 木材業者が木材流下の爲に河川を使用する権利

(一)

●河川法ニ基ク縣令ニ依リ木材川下ヲ爲サントスル者ハ未ダ知事ノ許可ヲ受ケザル以前ニ於テ將來川下ヲ爲サントスルニ付キ妨害セララルル虞アルトキハ民事訴訟法第二百二十六條ニ依リ適當ノ措置ヲ求ムル爲訴ヲ提起シ得ルモノトス(昭七、五、七、大民)。

揖斐木材株式會社は揖斐川の上流に數百町歩の山林を所有し、其の下流に製材工場を設け、上流の森林を伐採し、揖斐川の水流を利用して之を製材工場まで流送し、之を製材し販賣することを營業とするものであるが、揖斐川電氣株式會社が縣知事から許可を得て其の河川に發電用水取入口の堰堤を築造し、而も許可命令書の條件に従はない爲に、本川の水が缺乏して木材の流送が不能となつたといふ理由を以て、右電氣會社を被告と爲し、毎年の一般流木禁止期間たる五月一日より九月三十日までを除き其餘の期間内、右用水取入口から放水口に至るまでの間の本川に流木に必要な水量を本川に放流し、流木に支障なからしむることを求むといふ民事訴訟を提起した。

之に對し原審では、揖斐川は河川法の準用ある河川で、縣知事

の許可を受けた者でなければ何人も木材を流下することを得ない、其の許可を受けた者が木材を流下するに當り他人が之を妨害するならば妨害排除の訴を起すことが出来るが、原告は現在未だ其の許可を受けて居らぬものであるから、斯かる訴を提起することを得ないものとして其の請求を棄却した。

大審院は原判決を破毀し、岐阜縣令木材川下取締規則に依れば揖斐川で木材川下を爲さんとするには知事の許可を受けねばならぬが、此の許可は唯警察上の取締の爲で、知事は特別の事情の無い限り何人に對しても許可を與へねばならぬものであるから、未だ知事の許可の無い場合でも、將來知事の許可を受けて爲さんとする木材の川下に對し之を妨害せらるる虞ある場合には、其の妨害排除の爲に正當に訴を提起し得べきものであると曰ひ、之を原審に差戻した。

(評釋) 判旨結果に於いては正當と思はれるけれども、其の理由とする所は甚だ當を得ない。

(一)縣知事が木材川下を許可する行爲を以て單純な警察許可と解して居るのは既に不當である。木材の川下は單純な河川の自由使用と見るべきものではなく、特別の權利を有する者のみか之を爲し得るものと解すべきであり、而して川下の許可は即ち其の權利を設定する行爲である。河川の自由使用の範圍に屬するものは何人でも共同に爲し得べき利用行爲に限らるるもので、それが爲に他人の同様な自由使用を排除するものであつてはならぬ。然る

に木材の川下は性質上相當の多量の木材であることを必然とし、或る期間繼續して河川を占用する結果を伴ふものであつて、之を自由使用の範圍に屬するものと見ることが出来ない。河川法第十六條に「船筏ノ通航及流木ニ關スル規程ハ命令ヲ以テ之ヲ定ム」とあるのも、決して單に警察命令の權能を與へた規定ではなく、通航及流木に關する權利の定を爲すことを命令に委任して居るのである。若し單純な警察命令であれば斯かる委任規定あるを待たず行政官廳の當然の權能に屬するもので、例へば水上警察規則といふやうな類は河川法に別段の規定は無いが當然府縣知事の定め得べき所たることは言ふまでもない。

且つ判決に曰つて居る如く、若し是が警察許可であつて、何人に對しても知事は之を與へねばならぬ拘束を受くるものであると爲し、此の理由に基づいて本訴を適法であるとするならば、木材會社でなくとも、何人でも同様の訴を提起し得るものと謂はねばならぬ。併し現に河川の上流に森林を所有する者でもなく、木材流下の爲に河川を利用する慣習も無い者が、斯かる訴を提起したとしても、それが適法の訴として受理せらるべきものでないことは勿論で、其の點から見てもそれを單純な警察許可とする事の誤であることを證明し得る。

(二)木材川下の許可が流木權を設定する行爲であるとすれば、其の許可あるまでは流木權は成立しないのであるから、其の以前に於いては未だ權利侵害の事實は發生せず、隨つて又妨害排除の



訴も起し得ないものと解せねばならぬやうで、原審判決は此の見解を取つて居るのであるが、併し許可以前に於いて流木に付き何等の権利が存立して居らぬものと解するのは、不當であつて、此の點に於いて大審院の判決が結局に於いて正當に歸するものと思ふ。

それは河川の上流に於いて森林を所有し、毎年許可を受けて木材を流送する慣習の有る者は、其の慣習と森林所有の事實とに基づき、許可以前に於いて既に川下の許可を受くることに付き権利を有するものと認めねばならぬからである。即ち現實に流木を實行し得る権利としての流木権は許可に依つて始めて成立するのであるが、一定の時期に於いて流木の許可を受くる権利としての流木権は、上流に於ける森林所有者たることの事實に伴うて、平生に於いても慣習法上の権利として當然存立して居り、隨つて縣知事は其の許可を與ふべき拘束を受くるものである。

斯かる権利が存立して居るからこそ、其の許可を受くる以前に於いて既に権利を侵害せられたものとして、妨害排除の訴を提起し得るのである。

(11)

○河川法ヲ準用セラルル河川ニ於テ其ノ準用以前ヨリ川倉ヲ設ケ同川ヨリ分流スル水路ヲ利用シテ貯木場ヲ設置シ年々其ノ流域所在ノ山林ヲ伐採シタル木材ノ流送ヲ爲シ來リタル若ハ木材流送ノ爲ノ同川使用ニ付キ特殊利益ヲ有ス

(評釋) 判旨甚だ不明瞭で『特殊利益』といふやうな漠然たる語を用ひる明白には其の權利たることを認めて居らぬのであるが、趣旨に於いては正當である。

それは前の判決に付いて述べたのと同様の理由に因るもので、木材會社は毎年縣知事の許可を受けて許可期間だけ現實に木材を流送し得る權利を有するのであるが、其の許可を與ふるや否やは決して縣知事の自由裁量の行爲ではなく、之を許可して流木を可能ならしむべき拘束を受けて居るものである。隨つて木材會社は平生に於いても其の許可を要求する權利を有つて居るもので、若し流木を不可能ならしむるならば此の權利を毀損するものたるのである。

二六 慣習に因る公水使用権の限界

(一) 公水使用権は独占的效力を有せず

公水は公共用物たることを其の本來の性質とするものであるから、假令或る公共團體又は其の住民が公水の使用権を有すとしても、絶対に其の利用を独占し、其の使用の目的に必要な限度を超えてまでも、他の者の利用を排斥する效力を有するものではない。其の趣意を示した判例は多いが、其の二三の例を挙げると、

●公共ノ水路ハ他人ノ既得權ヲ妨害セザル限リハ何人ト雖モ之ヲ使用スルコトヲ得(明二九、三、二、三、大民)。

ルモノト認ムベク斯ノ如キ利益ハ河川法第六十條ニ所謂權利ニ該當スルモノト解スルヲ相當トス(昭七、一、二、二〇、行)。  
飛州木材株式會社は庄川の上流に一萬町歩餘の山林を所有し、該川筋に於いて毎年縣知事の許可を受けて木材の流送を爲し來つたものであるが、縣知事が庄川水力電氣株式會社及大同電力株式會社に庄川の水利使用堰堤工事の施行を許可した爲に、木材の流送が不可能となつた。是は違法に會社の權利を毀損したものであるとして木材會社から縣知事を被告として許可處分の取消を求むる行政訴訟を提起した。

之に對し其の先決問題として、木材會社が果して木材の流送に付き權利を有するや否やが争となり、被告の側からは富山縣令「河川流木規定」に依り庄川の流木は唯縣知事の許可を受けたもののみが之を爲し得るのであつて、而して木材會社は毎年許可を受けて一定の期限の間流木を爲し得るに止まり、其の許可を受くるまでは何等の權利を有するものではないから、假令電力會社に對する許可處分に因り流木が不可能となつたとしても、木材會社の權利を毀損したものではないと主張した。

行政裁判所は此の點に於ける被告の主張を排斥し、木材會社は流木の爲に河川を使用することに付き『特殊利益』を有するものであるから、其の利益を害せられたならば、現在流木の許可を受けて居ると否とを問はず權利を毀損せられたものとして出訴することが出來ると判定した。

原告は小瀧川の河水に付き專用權を有することを主張し、被告が新に分水路を作つて其の河水を引用したのを、不法に原告の權利を侵害するものとして、用水分流差止請求の訴を提起した。大審院は原告が河水の專用權を有することを否定し、假令他の者が新に分水路を設けたとしても、其の新工事が原告の既得權を妨害するや否やは、小瀧川の水量如何に依るもので、其の差止を請求するには小瀧川の水量と其の工事の爲用水の減少する事實とを證明しなければならぬ、其の證明の無い限りは、原告の請求を容れることを得ないと判定した。

●上流使用者ハ地勢上下流ノ使用者ニ對シテ優越ノ權利ヲ有スルヲ原則トスルモ、其ノ水流利用ノ範圍ハ其ノ水流地ニ於テ各自ノ必要ヲ充タス程度ニ止ムルヲ要シ、特別ノ慣習又ハ下流使用者トノ間ニ特別ノ契約ノ存セザル限リハ、上流使用者ノ爲ニ水流ノ利用ニ關スル絕對ノ優越權ヲ認ムルコトヲ得ズ。

隨テ田地灌溉ノ爲水流ヲ利用スルモノト雖モ、他ニ水車運轉ノ爲ニ利用者アル場合ニ於テハ、其ノ權利ヲ害シテ迄モ田地灌溉ノ必要以外ニ水流ヲ處分シ、他人ヲシテ他ノ用途ニ新ニ之ヲ利用セシムル權能ヲ有スルモノニ非ズ(大五、一、二、二、大民)。

或る流水を上流に於いて田地灌溉の爲に使用する部落が有り、



下流に於いて水車に使用して居る者が有つたが、上流部落に於いて何某に湯屋営業として其の流水から引水する権利を與へたので、水車用水を減じ、其の運轉が困難となつたといふ理由で、水車業者から湯屋営業者を被告として、水利妨害排除請求の訴えを起した。大審院は其の主張を正當として認め、上流使用者は唯田地灌溉の必要の限度に於いてのみ流水使用の権利を有するもので、其の目的を超えて、湯屋営業の爲に其の使用を許し、因つて下流使用者の権利を毀損するのは不法であると判定した。

○村内ノ土地所有者又ハ村民ガ河水ヲ古來存在スル用水路ニヨリ灌溉飲用等ニ使用シ來レルニ止マル場合ニ於テハ河水ノ全部又ハ其ノ一定量ニ付特種ノ權利ヲ有スルモノニ非ズシテ他ノ用途ノ使用者ト共同互讓シテ流水ヲ使用スルノ權利ヲ有スルニ過ギズ又其ノ村ノ權利モ此ノ範圍ヲ出ヅルモノニ非ズ。河水ノ用途繁多ト爲ルニ從ヒ舊來ノ使用者ハ從來ノ如ク豊富自由ニ水ヲ使用スルコトヲ得ザルコトト爲ルモ是レ公共ノ用ニ供セラルル物ノ性質上止ムヲ得ザル所ニシテ舊來ノ使用者ハ或ル程度迄ノ不便利益ヲ忍バザルベカラザルモノトス(昭二、一一、二四、行)。

長野縣下の柏原村外八ヶ村の住民は古來鳥居川の流水を飲料及灌溉に使用する慣習が有つた。然るに大正十四年に長野市から水道の水量補給の爲に鳥居川の水源である越水澤の河水引用を長野

縣知事に出願し、縣知事は之を許可した。是に於いて右九ヶ村が原告となつて、鳥居川の流水は九ヶ村に於いてその全部を使用する権利を有するもので、縣知事がその水源の引用を長野市に許可したのは違法に九ヶ村の権利を侵害したものであると爲し、縣知事を被告として行政訴訟を提起した。

行政裁判所は原告九ヶ村が慣習に因り流水使用の権利を有することを承認したけれども、(一)其の権利は流水の全部を獨占使用する権利ではなく、他の用途の使用者と共同互讓を要する権利であり、世態の變遷に伴ひ河水の用途が繁多となるから、舊來の使用権者が從來の如く豊富に流水を使用し得ないこととなつても、已むを得ない事として忍ばねばならぬ。(二)原告の使用する鳥居川の水量と長野市の水道用に許可せられた水量とを比較すると、本件許可に依つて原告の使用に著しい障害を生ずるものではないから、違法に原告の権利を毀損するものではないと判定した。

○原告會社等ハ庄川ニ於テ木材ヲ流送スルニ付キ其ノ河川ヲ獨占使用シ他ノ河川使用ヲ全然排斥シ得ルガ如キ特種ノ權利ヲ有スルモノニ非ズシテ河川ノ效用ヲ發揮セシムル爲ニハ他ノ河川使用者ト共同互讓シテ木材流送ノ爲之ヲ使用スル權利ヲ有スルニ過ギザルモノト認ムルヲ相當トスルニ因リ該權利ニシテ他ノ河川使用者ノ權利ト競合スルトキハ之ニ因リテ生ズル不便利益ハ或ル程度迄之ヲ忍バザルベ

カラズ(昭七、一二、二〇、行)。

庄川に於いて多年木材流送の慣行ある木材會社から、縣知事の電力會社に對する發電用水利用及堰堤工事施行の許可に因り木材の流送が不可能となつたことを理由として、其の許可の取消を求むる行政訴訟を起した事件であるが、行政裁判所は該工事施行の結果尚木材の流送は可能であることの事實を認定し、多少困難となつたとしても、それは忍ばなければならぬ所で、之が爲に違法に權利を毀損したものと謂はれないものと判定した。

(評釋) 主として事實の認定の問題であるが、凡て慣習に因る公水使用権は排他的な絶對の權利ではないのであるから、其の權利が他の公水使用権に依り多少の制限を受けることは忍ばなければならぬ所で、其の限度に於いて判旨正當と思ふ。唯問題は其の侵害を受ける程度如何に在る。若し木材の流送が殆ど不可能に近い状態に在るならば、斯かる状態に陥らしむるに至つた水利權の許可は違法と認めねばならぬであらう。併しながら假に之を違法であるとしても、本件の場合の如く既に數千萬圓の資本を投じて堰堤を築造した後に至つて、其の許可を取消し原狀に回復せしむることは不釣合な損害を負はしむるもので、それは適當な處置とは認め得ない。随つて假に其の許可が違法であつたとしても、之が救済策としては、堰堤工事はそのままとし他に木材の輸送を可能ならしむるやうな方法を講ぜしむることが適當でなければならぬ。現行の行政裁判法が行政裁判所に此の如き命令を爲し得る權

限を與へて居るや否やは明瞭を缺いて居るが、私は行政裁判所に其の權能の有るものと解したいと思ふ。

(二) 公水使用権の効力は其の目的に依つて定まる

慣習上の公水使用権に於ける使用の目的は、灌溉、飲用、流木、漁獲等さまざまであるが、何れの場合にも使用権の範圍は其の目的を充たすに必要な限度に止まらねばならぬ。使用の目的を阻害せざる限度に於いては、他人の使用を差止むる權利を有するものではない。

●田家用堰水ノ使用ハ水利組合員ノ田家ニ要スルダケノ水ヲ使用スルニ過ギザレバ其ノ使用シタル餘水ニシテ堰ノ下流ニ流下スルモノニマデ權利ヲ有スルモノニ非ズ(明三一、一一、一八、大民)。

○本件新舊井堰ノ變換ニ因リ原告ノ引用スル水量ヲ減ジ爲ニ原告ノ引水權ニ傷害ヲ加ヘタリト認ムベキ證據ナシ(明三七、一〇、二〇、行)。

本件は奈良縣知事が或る者に用水井堰の變更及井路の新設を許可したのに對し、原告の流水使用権を毀損したものと爲し、其の許可處分の取消を求めた行政訴訟であるが、裁判所はそれに依り原告の使用の目的を阻害するものと認むべき證據の無いものとして、其の許可處分を適法として判定した。



○當裁判所ノ相當ト認メタル鑑定ニ依レバ原告ノ用水取入口ニ於ケル關川水量ハ本件許可ニ依ル使用ノ爲ニ影響ヲ蒙ルコトナシト認ム(明四一、三、一二、行)。

新潟縣の某水利組合が、關川流水の全水量を堰止めて耕地の灌漑用に使用する權利あることを主張し、縣知事が其の同意なくして其の川の上流に於いて電氣事業の爲に流水を使用することを許可したのを違法として、許可の取消請求の訴を提起したが、行政裁判所は原告が慣習に因り原告主張の如き權利を有することを認定したけれども、其の公水使用權は唯灌漑の目的に必要な限度に止まるもので、それを阻害しなければ權利の侵害となるものではなく、而して信賴すべき鑑定に依れば、灌漑の目的は之に依つて阻害せられないものと認むべきであると曰ひ、原告の主張を否定した。

(三) 公水使用權は同一公水の他の使用權に依り制限せらる

或る河川其他の公の流水に使用權を有する者でも、若し同じ流水に他に使用權を有する者が有れば、それに依つて其の權利が制限せらるることは當然である。殊に上流に使用權を有する者は、下流の使用權を無視することを得ない。

此の趣意を示して居る判例は甚だ多いが、一二の例を擧げると  
●下流ニ於テ流水ヲ田地養水トシテ使用スル者アルトキハ

(評釋) 本判決は溜池の敷地が私有地であつたとしても、其の溜池の水が必ずしも私水ではないことを明にして居ることに於いて、殊に興味ある一例である。本來公の流水たるものであれば假令其の流下の中途で私有の溜池に引入られたとしても、それが爲に其の水が公水たる性質を失ふものではなく、それが私有の溜池であるといふだけの理由を以て、下流の使用權を無視することを許さないのである。

●上流沿岸所有者ノ溪水使用權ハ下流沿岸所有者ノ使用權ヲ害セザル範圍内ニ止マリ擅ニ之ヲ使用シ以テ下流所有者ノ從來ノ使用權ヲ害スルヲ得ザルモノトス(明三二、二、一一、大民)。

本件は、河川の下流に於いて流水を田地養水として居る者から、其の上流に於いて新に田地を開いて其の流水を使用する者を相手方として、水利妨害排除引水差止の請求の訴を提起した事件で、大審院は、

『我が國古來ノ慣行ニ依レバ溪水ノ如キ流水ニ付キ既ニ一定ノ使用者アリテ之ヲ以テ田地養水ト爲セル場合ニ於テハ上流ノ沿岸所有者タリトモ後日ニ至リ新ニ田地ヲ開キ擅ニ其ノ流水ヲ使用シ以テ從來使用シ居リタル下流沿岸所有者ノ養水使用權ヲ害スベカラザルモノトセリ。而シテ此ノ慣行ハ裁判例ニ於テモ亦是認スル所ナリ。何トナレバ此ノ慣行ヲ是認セザルニ於テハ、

上流ノ水流地所有者ハ漫ニ其ノ所有地ノ下口ニ於ケル水路ヲ變ジ以テ下流使用者ヲシテ流水ヲ使用スルコトヲ得ザラシムルガ如キコトヲ爲スコトヲ得ズ(明三九、四、四、大民)。

原告所有の田地は、古來大谷分水及び小ヶ谷溪水を池の谷の溜池を通じて灌漑の用に供して居たものであつたが、右溜池は何某の所有名義に屬して居つた爲、其の所有者たる何某は故意に其の溜池の水を他に放流し、爲に原告所有の田地には全く灌漑用水を得ることが出来なくなつた。原告は之に對し「用水權確認並妨害排除請求の訴」を起したが原審判決では、溜池は何某の所有に屬するものであるから、『契約若クハ地役ノ設定存セザル以上ハ原告ニ於テ引水スルノ權ナシ』と曰ひ、原告の請求を否認した。原告は之に服せずして上告したが、大審院は原審判決を破毀し、本件の曲直を判斷する爲には、先づ本訴溜池が大谷分水及小ヶ谷溪水を引入れたものであるや否や、溜池に引入られた水は古來原告所有の田地の灌漑用に供せられて居たかどうかを判定せねばならぬ。若し其の溜池の水が原告主張の如く公水を引入れたものであり、而して其の下流に於いて之を使用する權利を有する者が有るとすれば、溜池の土地所有者でも、其の水を自由に處分することを得ないもので、原審裁判所が此の點を差措き、單に溜池の土地が一私人の所有に屬すといふだけの理由で、原告が之に付き何等の權利を有しないものと判定したのは、不適法の判決であると判定した。

溪水等ノ水流ノ上流ニ於テ新ニ田地ヲ開ク者アル毎ニ下流ノ田地所有者ハ其ノ養水ヲ失ヒ漸次田地ヲ廢シテ畑地ト爲サザルヲ得ザルガ如キ地位ニ陥リ、實ニ下流沿岸所有者ノ利益ヲ害スルノミナラズ國家ノ公益ヲ害スルニ至レバナリ。』  
と曰ひ、原告の主張を正當の理由あるものと判定した。

(四) 人工分水路に於ける流水專用權

●水流ガ一私人ノ専用ニ屬スル場合ニ在リテ其ノ水流ヲ使用スル權利ハ當然用水權ヲ有スル者ニ專屬シ、斯ル權利ヲ有セザル土地所有者又ハ地上權者ハ水流ヲ使用スル權利ヲ有セザルコト言フ俟タズ、故ニ斯ル場合ニハ民法第二百十九條及第二百六十七條ノ規定ノ適用ナキコト明白ナリ(大八、四、五、大民)。

二二三 水利權者相互の關係

●反對ノ利害關係ヲ有スル者ト協議ノ上ニ非ザレバ行使シ得ザル權利ト雖モ其ノ反對ノ利害關係ヲ有スル者ノ承諾ガ絕對ニ其ノ自由ナル意見ニ依リテ定マル場合ハ格別取引ノ通念ニ從ヒ適當ト認ムベキ判斷ニ依リ其ノ諾否ヲ決スベク若シ不當ニ其ノ承諾ヲ拒ミ又ハ遲延シタルトキハ裁判上其ノ承諾ヲ請求シ得ルガ如キ場合ニ於テハ權利ノ發生ヲ妨グベキモノニ非ズ(大四、一一、二二、大民)。



甲乙の兩部落が同じ西無川といふ河川から引水する慣習が有つたが、兩部落の間に水利権の限界に付いての争を生じ、甲部落から乙部落を被告として水利妨害排除請求の訴を起し、原審では甲部落の勝訴となつた。乙部落からは本件水利に關しては分水の時期及順序は毎年兩部落協議の上定むることとなつて居ることを主張したが、原審は其の主張を容れず、『權利ノ實行ニ付キ全ク反對ノ利害關係ヲ有スル一方ト協議ノ上ニ非ザレバ之ガ權利ノ行使ヲ爲シ得ザルコトハ權利其ノモノノ性質ト相容レザルモノ』であると爲し、甲部落の水利権を確認して之に對する妨害を排除すべきことを判定したのである。大審院は原判決を破毀し、權利の行使を雙方の協議に繋らしめても權利の性質に反するものではないと判定した。

### 二三 慣習に因る公水使用権の主體

慣習上の公水使用権に付いては、其の權利主體が誰であるかも専ら慣習に依つて定まるべきもので、事情に依り一樣でないことは當然である。判例に依ると、或は個人が其の權利者であることを認められたものも有り、或は團體が其の權利者であることを認められたものも有る。

#### (一)

●飲用水ハ有形ノ人ノミ之ヲ必要トシ田用水ハ土地ヲ有スル者ニ於テ其ノ用ヲ見ルモノナレバ、村又ハ區ノ如キ法人

に公水を供用する權利を有するものと認めねばならぬ。之を公水使用権と稱すべきや否やは單に名稱の問題で、團體が自ら使用するのではなく、住民の使用に供用するのであるから、團體が使用権を有するといふのは穩當を缺くやうで、寧ろ許容せられたる管理權と稱する方が適當であるかも知れぬが、兎に角團體が其の流水に關し或る權利を有することは明白で、隨つて其の團體の代表者としての村長が其の權利に關する訴訟に關與し得ることは當然と認めねばならぬ。

#### (二)

行政裁判所の判例の中には右に述べた如き意義に於いて町村又は其の一部落が、慣習法上の公水使用権の主體であることを認められた例が少くない。

前出一一五八號の(一)に掲げた明治四十五年の判決、一一六〇號の(一)の第三例として擧げた昭和二年の判決は共に村を權利主體として認めた例であり、一一五八號の(五)に掲げた昭和五年の判決は井組を權利主體として認めて居る。

大審院の判決の中にも一一六二號に掲げた大正四年の判決の如き部落を以て灌漑用水権の主體として認めた例も有る。

併し此等の場合に於いて團體自身が用水権の主體であることを認めるとしても、それは敢て其の團體の住民各個人が用水権を有することを否定する趣意ではない。團體は住民の公共の利益の爲に公水を管理維持する權利を有し(但し基本的の管理權は國に屬

ノ費用ヲ以テ水路ヲ築造シ之ヲ維持シテ部内一般ノ飲料又ハ田用水ニ使用スルガ如キ特別ノ場合ヲ除キ、自然ノ水路ヲ流下スル天然水ノ使用ニ至リテハ個人ノ權利ニ屬スベカラザルノ理ナシ。換言セバ水ノ必要ヲ感ズルモノハ常ニ個人ニシテ之ヲ使用スルノ權利ハ性質上個人ニ屬スルモノナルガ故ニ其ノ權利ノ消長ニ關スル訴訟ハ個人ガ主體トナリ提出スベキモノニシテ、部落團體ノ代表者タル村長ニ於テ干與スベキ限ニ在ラズ(明三一、五、二七、大民)。

(評釋) 本件判旨は人工的な水路と自然の流水とを區別し人工的の水路は之を作つた公法人の權利に屬し得るが、自然の流水に付いて使用の權利を有する者は常に個人であるとして居るのであるが、是は必ずしも首肯し難い。勿論現實に水の恩澤を受けるのは各個人であることは言ふまでも無いが、併し其の利益を受くる者が慣習上一定の地域の住民に限られ、其の住民たると共に當然其の利益を受くる事が出来ると共に、住民たる資格を失へば其の利益をも失ふことが認められて居るならば、其の利益は住民の公共の利益であり、而して住民の公共の利益を保護することは地方團體の當然の權利たるものであるから、此の場合に於いては地方團體が自然の流水の上に權利を有するものと見ることが出来る。殊に地方團體が其の修築維持に付いての工事及經費を負擔する慣習ある場合には、此の關係は明白であつて、假令現實に水を利用する者は住民であるとしても、團體が住民の公共の利益の爲

し、團體は國から許容し承認せられて居る限度に於いて傳來的の管理權を有するものと認むべきである。住民各個人は此の管理權に基づき各自一定の目的の爲に之を使用する權利を許容し承認せられて居るもので、即ち住民各個人も同時に用水権の主體たるのである。次に掲ぐる判決は此の趣意を示すものと謂ふことが出来る。

### 二四 水利組合の設立と組合員の用水権

●普通水利組合設置セラルルモ其ノ組合員ガ組合區域内ニ於ケル所有田地ノ灌漑ニ付キ古來ノ慣行ニ依リ有スル用水権ハ當然消滅スルモノニ非ズ(昭四、五、八、大民)。

青森縣の或る川の流水を特定地點の分水口で一はA堰に一はB堰に分流し、それ／＼田地の灌漑用に供する慣行が有つたが、被告等はB堰への分水口を閉塞し流水の全部をA堰に取入れ、之を自分等の田地に灌漑することにした。因つてB堰から用水を得て居る土地所有者から用水権確認の訴を起した。被告は之に對する抗辯の一として、假に用水権を認むるとしても、大正四年にB堰普通水利組合が設立せられて原告等は其の組合員となつて居るのであるから、それ以來は其の用水権は専ら水利組合に屬し原告等各個人に屬するものではないと主張した。大審院は之を排斥し、古來の慣行に依つて土地所有者が灌漑用水権を有して居たとすれば、其の後水利組合が設立せられて、土地所有者は其の組合員と



なつたとしても、それが爲に從來土地所有者の有つて居た用水權が水利組合に移轉するものではないと判定した。

(評釋) 水利組合が設立せらるれば、組合が堰を管理する權利を有するものと認むべきであるが、併しそれが爲に其の組合員が用水權の主體たることを失ふものではないので、組合の名を以て出訴し得ると同時に、組合員からも出訴し得るものと認むべきであり、判旨此の意味に於いて正當と信ずる。

二二五 公水使用權特許の法律的性質

公水使用權は慣習に因つて成立する場合の外、公水管理者たる行政廳の行爲に依つて設定せらるることを成立の要件とする。それは普通に水利又は土木に關する工事の許可として知られて居るが、其の法律上の性質に於いては警察許可の如く、禁止を解除する行爲ではなく、新なる權利を設定する行爲である。之を「公水使用權の特許」と稱することが出来る。

公水使用權の特許に付いて、第一に生ずる問題は、それが自由裁量の行爲であるや又は法律上に羈束せられた行爲であるやの問題である。行政裁判所の判例は一般に之を羈束せられた行爲であると解し、公水使用の出願に對し、正當の理由なくして其の許可を拒絶することは違法であるとして居ることは、上卷二二八號に掲げた通りである。

○長野縣河川取締規則第一條ニ掲グル事業ハ公益上障害アリ

栃木縣令を以て定められて居る道路用悪水路溜池及水車取締規則に依り、自己の所有地内に水車を新設して水車營業を爲さんことを出願した者に對し、縣知事から、現在の水量では到底原告出願の計畫通り目的を達し難く、而して水量を増加引用する爲には堰堤を高めねばならず、それは治水上支障あるから許可し難いといふ理由を以て不許可の處分を爲した。行政裁判所は此の如き理由を以ては許可を拒否することを得ないもので、右取締規則の趣意は公益又は他人の權利を害する處あるときの外一般に水車の設置を許す趣旨と解すべきであると爲し、右不許可處分を取消し、原告の出願を許可すべしと判定した。

(評釋) 判旨甚だ不當である。

是は公物使用權の特許と警察許可とを混同して、水車新設の許可を單純な警察許可と誤解した結果であらうと疑はれる。警察許可であれば、公益上特別の支障がなければ與へなければならぬ拘束を受くるものであるが、公水管理權に基づいて公水の使用權を特許するのは、此の如き拘束あるものではなく、官廳の自由裁量に依つて其の許可を決し得べきものである。少くとも事業の成功の望みありや否やは許可を決すべき有力なる標準となり得べきものである。本件は現在の水量では計畫の遂行が不可能であり、而して堰堤を高くして水量を増加することは治水上支障が有るのであるから、假令許可が自由裁量の行爲ではないにしても、それは許可を拒否する正當なる理由となり得べきものである。

リテ不許可ヲ必要トスル場合ヲ除クノ外ハ其ノ出願ヲ許可スベキ法意ナリト解釋セザルベカラズ(明三四、三、二七、行)。

長野縣飯田町及其の附近の需要に應ずる爲、電力を作る目的を以て、同縣野底川の使用を出願したのに對し、縣知事は飯田町には既に電燈電力の供給を營むべき許可を得て居る者が有り、且つ同町は僅に三千餘戸の小市街であるから、電氣の増設の必要を認めないといふ理由で、其の出願に對し不許可の處分を爲したが、行政裁判所は之を違法なりとし、河川の使用が公益上障害の無い以上行政廳は必ず之を許可せねばならぬもので、單に他に該事業を營む者が有るから増設の必要が無いといふだけで、不許可の處分を爲したのは違法であると曰ひ、原告ノ出願ニ係ル野底川流水使用水路新設願ヲ許可スベシ」といふ判定を下した。

(評釋) 判旨甚だ不當と思ふ。其の理由は上卷二二八號に於いて既に述べた。

○明治三十八年北海道廳令土木取締規則ハ第一條所定ノ事業ノ出願ガ第十條列舉ノ各號ニ抵觸セザル限り之ヲ許可スベキ法意ト解釋スベキモノトス(大一二、一一、二九、行)。

是も上卷二二八號に掲げた事件で、其の不當なることは同所に論じた。

○栃木縣ニ在リテハ水量ノ關係上出願ノ計畫ヲ遂行シテ其ノ目的ヲ達スルコト能ハザルコトノミテ理由トシテ水車新設願ヲ拒否スルコトヲ得ザルモノトス(昭二、一一、二一、行)。

二二六 公水使用權特許と先願權

(一)

○明治三十八年長野縣令第一號河川取締規則ニハ河水ノ引用ニ關シ先願權ヲ認メタル明文ナキモ之ヲ否認シタル明文モ亦存セザレバ同一箇所ニ二者兩立スベカラザル競願者アリテ其ノ事業ノ目的之ヲ遂行スル資力等全ク同等ニシテ其ノ間選擇ヲ加フベキ何等ノ事情ナキ以上ハ先願者ニ許可スルヲ當然トス(明四一、二、二〇、行)。

○先願者ノ企業ガ後願者ノ企業ニ比シ公益上劣レルモノト認ムベカラザルトキハ先願者ニ許可スベキモノトス(大一一、一一、二九、行)。

(評釋) 判旨不當と思ふ。公水使用權の特許が原則として自由裁量の行爲であることを認むる以上は、先願者にも法律上に優先權の效力を認むることの出来ないことは當然と謂はねばならぬ。或は慣習法に依り或は特別の法律の規定に依つて、公水の使用を許可せらるべき權利を有する者の外は、何人も其の使用權を與へられんことを要求する權利を有しないもので、先願者を排して後願者に許可せられたとしても、先願者は敢て違法に權利を毀損せられたものと謂ひ得ない。

(二)



○兩願が各出願ノ目的及法令適用ノ範圍ヲ異ニスルモノナルトキハ先願者ハ後願者ニ對シ其ノ先願權ヲ主張シ得ルモノニ非ズ(大一〇、一〇、一一、行)。

是は縣知事が先願たる兵器の研究試験の爲にする河川使用の出願を拒否し、後願たる水力電氣の爲にする同じ河川使用の出願を許可したのを違法なりとす。訴に對するもので、先願者と雖も目的を異にし事情を異にする出願に對しては優先權を主張し得ないものとして居るのである。

○明治四十一年廣島縣令第八號土木工事出願規則ニ依ル水利使用出願ニ對スル許否ノ處分ハ其ノ性質上必ズシモ先願者ニ許可スルコトヲ要スルモノニ非ズ、出願ノ前後ニ依ラズ公益上ノ價值ノ大小企業能力ノ優劣等ヲ斟酌シテ許否ヲ決スベキモノトス(昭六、七、一〇、行)。

廣島縣の瀧山川の流水に付き、先づ窒素肥料會社から窒素化合物製造の動力として電力を得る爲に水利使用の出願を爲し、それより後れて同じ流水に付き廣島電氣會社から電燈電力供給の爲の發電用水利使用を出願した。縣知事は後願者たる廣島電氣會社に之を許可し、窒素肥料會社には之を拒否した。本件は之に對する不服の訴であるが、縣知事は兩者の出願は共に適法であり又公益に害なく、其の企業能力及設計の内容に於いても殆ど優劣は無いが、一は自家用の電力發生を目的とし一は一般に對する電氣供給を目的とするもので、其の公益上の價值に於いて大なる差異が有

るから、後願者に許可したのは違法ではないと主張し、行政裁判所も之を採用して其の處分を適法と判定した。

二七〇 公水使用權特許出願者の資格と出願の繼承

○株式會社創立中未ダ定款ノ作成ナク事實上ノ發起人タルニ止マリ定款ニ署名セザル者ト雖モ水利使用ノ出願ヲ爲シ又ハ出願名義變更ヲ爲シ得ルモノトス。

合併決議ヲ爲シタルニ止マル株式會社ニ對シ水利使用ノ許可ヲ爲シタルハ違法ナリト謂フベカラズ(昭三、七、一九、行)。

富山縣黒部川水系の猿飛及劍川水路に付き、初め大正七年に三共株式會社から發電用水利使用の出願を爲し、次いで同年九月に右三共株式會社出願名義を東洋輕銀株式會社發起人鹽原又策に變更する旨の名義變更届を爲したが、翌大正八年に其の會社は東洋アルミナム株式會社の名を以て定款を作成し設立登記を爲した。後大正十三年十一月に至り長富電力株式會社發起人からも同じ水流に付き發電用水利使用の出願を爲し、而して大正十四年四月には東洋アルミナム會社は日本電力會社と合併の契約を爲し、五月には兩會社の連名を以て縣知事に水利使用出願繼承届を提出した。然るに大正十五年九月に至り縣知事は東洋アルミナム株式會社に此等の水利使用許可の處分を爲し、同時に長富電力株式會社發起人に不許可の處分を爲した。是が適法であるや否やが本訴の争點である。

第一に争となつたのは、最初東洋輕銀株式會社發起人鹽原又策の名義を以て出願名義變更の届出を爲した當時は、會社はまだ創立中で、定款を作成せず法律上には發起人は存在しなかつたのであるが、事實上の發起人たるに止まる者が有効に出願名義變更の届を爲し得るや否やの點に在つた。原告側からは、法律上の發起人でない者が會社を代表して出願する權能は有り得ないと主張したが、行政裁判所は此の主張を容れず、事實上の發起人たるに止まる者も出願を爲し得るものと判定した。

第二に争となつたのは、東洋輕銀會社と東洋アルミナム會社との關係で、原告は東洋輕銀會社の名を以て出願したのに對し、東洋アルミナム會社に許可せられたのは違法であると主張したが、行政裁判所は兩會社は別異の會社ではなく、初め東洋輕銀會社の名を以て發起せられたのが、後に社名を變更し、アルミナム會社の名義を以て設立せられたものであると認定した。

第三に、アルミナム會社は既に日本電力會社と合併の契約を爲し、連名を以て出願繼承届を提出して居るのに拘らず、アルミナム會社に許可せられたのは違法であるといふ主張に對しても、行政裁判所は兩會社の合併は行政廳の認可を條件とするもので、行政廳の認可といふ中には水利使用の許可をも含むものと解すべきであるから、縣知事が出願繼承の認可を爲さない以上は未だ兩會社の合併なく、アルミナム會社は尙存續して居るもので、従つて同會社に許可せられたのは適法であると判定した。

(評釋) 判旨當否頗る疑はしい。

(一) 定款作成前に於ける事實上の發起人が會社の爲に水利使用の出願を爲し得るや否や。

是は事商法の問題に關聯し茲に斷言し難いが、定款の作成に依つて始めて會社の目的や商號も一應豫定せられて會社が條件附の存在を有するに至るのであるが、定款の作成に至るまでは會社の設立は唯或る人々の腦裡に存するだけで、法律上には未だ全く現はれず、發起人も無ければ設立せられんとする會社も無いのであるから、それが既に有効に水利使用を出願し得るものとは到底思考し得られない。

唯問題は出願當時には未だ定款の作成もなく随つて無効の出願であつたにしても、後に定款が作成せられて其の出願者が法律上に會社の發起人となることに依つて、それが有効の出願に變ずるのではないかといふ點に在るが、是も頗る疑はしい。本來無効な出願が追認もないのに當然に有効となるものとは考へられない。況んや本件の場合は初は輕銀會社發起人として出願しながら後にアルミナム會社として設立せられたので、之を單純に同一の會社と斷定することは理由に乏しいと思ふ。

(二) 假に其の出願が有効であるとしても、出願の會社が既に他の會社と合併の契約を爲し、兩會社の連名を以て出願繼承届を提出した場合に、尙合併前の會社に許可することが適法であるや否や。



此の問題に對しては判決は單に其の合併は許可を條件とするもので未だ效力を發生しないのであるから従前の会社に許可しても適法であると謂ふに止まつて居るが、それは二の點に於いて不當である。

第一に、會社の合併はそれ自身許可を要する行為ではなく、契約に依つて完全に其の效力を生ずる。出願繼承届を提出したことは合併の既に有効に成立して居ることを證明するものである。假令合併契約に於いて若し許可が拒絶せられたならば合併が效力を生じないことに定めてあるにしても、それは解除条件であつて、許可に依つて始めて合併が成立するのではない。有効に合併が行はれたればこそ繼承届が提出せられたので、而して既に繼承届が提出せられた以上は前の會社は最早出願人ではなく、合併後存続する會社が代つて出願人となつたのである。出願人に非ざる者に對して許可を與ふることは不能である。

第二に、假に合併が許可に依つて始めて效力を生ずるとしても、其の許可が與へらるると同時に合併が效力を生じ、前の會社は其の存在を失ふこととなるのであるから、結局許可は行為能力の無いものに與へられたものとならねばならぬ。要するに縣知事の眞意は合併後存続すべき日本電力會社に許可することに在ることは疑ふべからざる所で、唯日本電力會社の出願は長富電力會社に比し後顧であるといふ非難の生ずることを恐れて、先願者たることの争はれないアルミナム會社に許可することの形式を取つたもの

ないとして、其の特許を適法として判定して居る。前出一一六〇號に掲げた諸例中にも其の數例を見ることが出来るが、尙其の他比較的新しい判例の中から一二の例を擧げると

○福島縣知事ガ小田炭鑛株式會社ニ與ヘタル發電用水利使用計畫ノ一部變更並工事施行ノ許可ハ水道ニ關スル平町ノ權利ヲ毀損スルモノニ非ズ(大ニ、五、二五、行)。

福島縣の平町で好間川から水を引いて水道を布設して居た。然るに小田炭鑛株式會社が同じ好間川に發電用水利權を得て居たが、其の計畫の一部變更及工事施行に付き知事の許可を受け、其の結果従來は發電用放水口が平町の水道用水取入口の上流に在つたのが下流に當ることとなつた。此の許可に對し平町は、(一)水道用水量の減少を來し必要を充たし得ないこと、(二)水質を悪化すること、(三)其の許可の中には水道用水取入口の構造を改築する工事をも含み、而して此の取入口は平町の管理に屬する公物であるから、其の管理權を侵害するものであることを主張して、其の許可の取消を求むる爲に出訴した。

行政裁判所は凡て此等の主張を否定し、(一)右の許可には「但し取水口及放水口間ニ現在セル用水路ニ引入レツツアル必要水量並ニ魚族ノ棲息溯上ニ必要ナル水量ヲ分流スルコトヲ要ス」といふ條件が附せられて居るから、原告の從來の所要水量が當然害せらるるものではない、(二)水質を悪化せしむるものと認むべき證據は無い、(三)工事施行の許可は唯其の工事が河川の管理上支障

と推測するの外なく、それは少くとも善意に形式を許つたものと解せねばならぬ。

### 一六六 公水使用權特許の適法性

#### (一) 公水使用權の特許と他人の使用權の侵害

公水使用權の特許が適法であるや否やに付いて、最も多く生ずる問題は、其の特許に依り第三者の既得權を侵害するものならざるや否やの點に在る。若し其の特許に依つて第三者の既得權に不當な侵害を加ふるものであれば、其の特許は當然適法でなければならぬ。

唯公水使用權は所有權のやうに確定不動の内容を有する獨占權ではなく、或る目的の爲に自然の流水を利用することを内容とするものに過ぎぬのであるから、同じ流水に於ける他の使用權との間に互讓を必要とし、他の使用權に依り多少の侵害を受けたとしても、それが常に違法の侵害となるのではない。それは要するに程度の問題であつて、公益を較量して不釣合に大なる侵害を與ふる場合に始めて違法の處分となるのである。

行政裁判所の判例を通過すると、公水使用權の特許を適法として其の取消を求むる行政訴訟は、大部分は既存の公水使用權を侵害するものであることを其の理由として居るのであるが、之に對する判決は、十中の八九は違法に權利を毀損すといふ程度に達しないことを容認しただけで、第三者の有する公物の管理權を侵害する權利を與へたものではない。若し其の工事施行に當りて第三者の公物を侵す必要が有れば、別に必要な手續を取らねばならぬのであつて、許可に依つて直に公物管理權を侵害したものと謂ふを得ないと判定した。

○長野縣知事ガ長野市ニ與ヘタル上水道水量補給ノ爲ニスル鳥居川河水引用ノ許可ハ、通常ノ場合ニ於テハ原告村内ノ灌漑飲用其ノ他ノ使用上何等ノ支障ヲ與フルコトナク、旱魃ノ年ト雖其ノ使用ニ付多少ノ注意ヲ加フルニ於テハ本件許可ニ依リ差シタル障害ヲ生ズルモノニ非ズト認ム。  
從テ長野縣知事ガ長野市ニ對シテ爲シタル本許可ハ原告ノ權利ヲ毀損スルモノト認ムルコトヲ得ズ(昭二、一一、二四、行)。

#### (二) 利害關係人の同意

特定の公水に付き新に使用權を特許することは、同じ公水に付き既に使用權を有する者の權利に、必然に或る程度の影響を及ぼすものであるから、後の紛争を避くる爲には、豫め關係者の同意を得ることが適當である。

けれども其の同意は必ずしも當然の要件とは認め難く、其の同意を求めなかつたとしても、それだけの理由を以ては、其の特許を違法ならしむるものではない。



○普通水利組合が從來其ノ區域内ノ或場所ニ於テ河川ヲ堰止メ用水トシテ之ヲ引取ル權利ヲ有スル場合ト雖モ、當該行政廳ガ其ノ取入口ノ上流ニ於テ他人ニ河水使用ヲ許可スルニ當リ該組合ニ諮問スベキ法令ノ規定ナクレバ縱令諮問ヲ爲サザルモ違法ニ非ズ(明四一、三、一二、行)。

(評釋) 河川使用の許可處分の違法なることを主張する爲には、それに依り水利組合の權利が侵害せらるることを主張しなければならぬ。權利の侵害を證明することを得ずして、單に水利組合に諮問しなかつたことを理由としても、それだけでは、許可處分の違法を主張する理由と爲し得べきものではない。

○明治三十二年奈良縣令第三十八號第一條但書ハ關係者ノ意見ニ拘ラズ知事ニ於テ水利上ノ行政處分ヲ爲スコトアル場合ヲ規定シタルモノトス(明三七、一〇、二〇、行)。

奈良縣知事が某用水井堰の變更及井路新設を許可したが、井堰の變更は古來下流の村の同意が無ければ爲さないと慣習であるのに、其の同意なくして許可を與へたのは違法であるといふ訴に對し、行政裁判所は、奈良縣令の中に「但關係町村若クハ關係者ニ於テ連署ヲ拒絶スルモノハ其理由ヲ別紙ニ詳記シ添附スヘシ」とある規定に徴し、關係者の同意が無くとも許可する場合の有ることとは、法律上豫想せられて居るのであるから、其の同意が無いといふだけの理由を以ては、直に之を違法と爲すを得ないものと判

定した。  
○甲村ガ乙村ノ村界ニ跨リ橋梁ヲ架設セントシ其ノ許可ヲ出願シタル場合ニ於テ府縣知事ヨリ乙村ノ承諾ヲ求ムルヲ要スルコトヲ規定シタル法令ナシ(明三四、一〇、二三、行)。

二六九 公水使用權特許の拒否

(一)

○水利組合法第五十三條ニ依レバ水利組合ハ其ノ營造物ヲ事業ノ妨害ト爲ラザル範圍内ニ於テ他ノ目的ニ使用セシムルコトヲ得ルモノナルヲ以テ本件組合ノ如ク灌溉ヲ目的トスル組合ガ其ノ用水ヲ水車ノ爲使用セシムルコトガ灌溉ノ目的ノ妨害ト爲ルベキトキハ之ヲ使用セシムルコトヲ得ザルモノトス。

而シテ本件組合法第三十九條ニ「在來ノ水車ハ本組合ノ承認ヲ經ヘシ」ト規定セルハ水利組合法第五十三條ニ違據シ、水車ノ爲ニスル用水使用ガ組合ノ目的ノ妨害トナラザルヤ否ヤヲ審査シテ之ヲ承認スルト否ト決セントスル旨趣ト解スベキガ故ニ、原告ノ水車ノ爲ニスル用水使用ガ灌溉ノ妨害ト爲ル以上其ノ承認願ニ對シ之ヲ承認セズトノ處分ヲ爲シタルハ適法ナリ(大五、五、六、行)。

本件は從來久しく既に水車を設けて營業して居つた者が、其の

(二)

○縣知事ハ兵器ノ研究及試験ノ用ニ供センガ爲ニスル土地河川使用ノ出願ヲ許可スベキ法令上ノ義務ナシ。

縣知事が水力電氣ノ爲ニスル土地河川ノ使用ヲ第三者ニ許可シタリトテ前項出願者ノ權利ヲ傷害スルモノニ非ズ(大八、二、一五、行)。

兵器研究試験の爲に土地河川使用願を山梨縣知事に提出した者が有つたが、其の土地の中には多くの民有地を包含し、且つ兵器の研究の爲に土地及水利の使用を許すべき筋合ではないといふので、縣知事は其の許可を與へなかつた。而して之より後に出願した忍野水力電氣株式會社及鐘ヶ淵水力電氣株式會社に對し、右出願の中の一部を爲せる水力使用の許可を與へた。之を違法なりとする訴に對し、裁判所は其の主張を容れず、まるで出願の目的が異つて居るのであるから、先願者の權利を主張し得べきものではないと判定した。

(三)

○河川法施行規程第九條ノ「從前ノ所有者」トハ河川法施行ニ因リ所有權ノ消滅シタル土地ヲ同法施行ノ際所有シタル者ヲ指稱スルモノト解スヲ相當トス。

從テ同法施行前賣買又ハ收用ニ因リ右土地ノ所有權ヲ失ヒタル者ハ河川法施行規程第九條ニ依リ其ノ占用許可ヲ受ク

後水利組合が設立せられ、組合規約に依り從來の水車も組合の承認を經べきものと定められたに因り、其の承認を求めた所承認せずといふ指令を與へられたのは、既得權を侵害したものであるとして出訴した事件である。争點は主として(一)原告は水車の爲に水流を利用する既得權を有するや否や、(二)水利組合は組合の目的を妨ぐる水車を差止むる權利を有するや否や、(三)原告の水車は組合の目的たる事業を阻害するものであるや否やの三點に在つた。

裁判所は(一)本件用水は水車の始めて設置せられた當時に於いて既に現水利組合の前身である水利土功會に屬して居たもので、其の用水を利用する爲には其の承認を受けなければならなかつたに拘らず、原告は其の承認を受けずに水車を設置して居たのであるから、右水利利用に付いて既得權を有する者と見るを得ない。隨つて其の承認を拒むても既得權を侵害したのではない。(二)本件用水の管理權が水利組合に屬することは争ない所であるから、其の用水の利用に付いての許否權が水利組合に存することは當然である。(三)水車の使用は單に在るが儘の水勢を利用するだけには止まらず、水を堰留めて引用水量を充分ならしめねば其の目的を達しないもので、而して此の如き使用方法は一方には灌溉用水の缺乏を來し、一方には増水氾濫の害を免れないもので、組合の目的を阻害するものであると認定し、本件不承認の處分を適法なりと判定した。



ベキ者ニ該當セズ(大四、二、一七、行)。

河川法の施行に依り信濃川の區域に編入せられた土地を、原告等は明治二十九年まで數十年間所有し且つ耕作して居た者であるから、河川法施行規程第九條の所謂「従前ノ所有者」に該當するといふ理由で、占用を出願したが許されなかつた。行政裁判所は、該土地は明治二十九年中に新潟縣が原告等から買受け又は收用した土地であつて、原告等は明治三十二年の河川法施行の當時には最早所有者でなかつたのであるから、「従前ノ所有者」に該當するものでなく、従つて其の占用の許可を請求する權利を有しないものと判定した。

二七〇 公水使用權特許の更新と其の拒否

(一)

〇河川敷地ノ免許カ期限ノ到達ニ因リ消滅シタル後其ノ占用ノ復舊ヲ拒否スルハ適法ナリ。

占用免許ノ效力ヲ停止シタル期間ハ免許期間中ニ算入スベキモノトス(明四三、一二、二六、行)。

原告は、新潟市の信濃川の河岸地に營業用の倉庫を有し、數十年來營業し來つた者であつたが、明治三十二年河川法の施行に際し其の河岸地が河川區域に編入せられたので、原告は河川法に依り該敷地の占用を出願して許可を得た。其の許可は明治三十八年四月より明治四十三年三月まで五ヶ年間といふ期限が附せられて

居た。然るに明治四十一年四月中に該占用地を萬代橋架設工事用材置場に供する必要が起つた爲に、占用許可停止の命令が有つた。其の後者の架橋工事が竣工の期に達したので、原告は四十二年十二月二十日に占用復舊の出願を爲したが、四十三年六月七日に至り知事は右出願に對し不許可の指令を發し、他の某會社に同日附を以て其の占用を許可した。是が適法であるや否やが本訴の争點である。

行政裁判所は「原告ハ河川法第二十條第六號ニ依リ被告ガ發シタル命令ハ原告ノ占用敷地ニ對スルモノナレバ其ノ原因ノ終了ト共ニ該命令ヲ取消シ原告ヲシテ復舊ノ義務ヲシムベキモノナルニ、被告ハ第三者タル安進社ニ其ノ占用ヲ許可シ原告ノ出願ニ對シ不許可ノ處分ヲ爲シタルハ原告ノ既得權ヲ毀損シタル違法ノ處分ナリト主張スレドモ、許可命令書第四條ニ「占用ノ期限ハ明治三十八年四月ヨリ明治四十三年三月マテ五ヶ年トス」トアルニ依レバ、同條ハ占用免許期限ノ始期及終期ヲ定メタルモノト解スベク、而シテ河川法ニ於テ占用免許ノ效力停止中ノ期間ハ前記免許期間ニ算入セザル旨ノ規定ナキニ依リ、本件原告ノ占用ノ效力ハ當然明治四十三年三月ヲ以テ消滅スベキモノト解セザルヲ得ズ。隨テ被告ガ占用復舊ノ出願ヲ拒否シタルハ原告ノ既得權ヲ害シタル違法ノ行爲ニ非ズ」と曰ひ、其の拒否を正當と判定した。

(評釋) 判旨甚だ不當であると思ふ。

(一)判決は第一に期限附免許の性質を誤解して居る。單に表面

から見ると、一定の期限を定めて免許が與へられた場合には、其の期限の到達に依つて免許は全く消滅するものやうであるが、免許に依り財産的價值ある權利を付與する場合に於いては、其の期限附であることの意義は、必ずしも期限の到達に依り全然其の權利を失はしむることに在るのではなく、多くの場合には、唯更新の出願を必要ならしむることに依つて、其の權利を失はしむべき新なる公益上の必要が生じたや否やを審査する機會を得せしめようとするに止まるのを通常とする。それは財産的の權利であることと性質から来る當然の結果で、財産權が期限の到達に依つて當然消滅するものとするのは、特許權や實用新案權のやうな特殊な權利を除いては、現代國法の一般には認めない所であるからである。それであるから、期限到達に因り、免許の更新を出願した場合には、其の更新を拒否することは、新に權利を設定する場合同とは異つて、行政廳の自由裁量の行爲ではなく、若し其の權利を消滅せしめねばならぬ新なる公益上の必要が發生した場合でなければ、行政廳は之を許可せねばならぬ法律上の拘束を受くるものである。

(二)殊に本件河川敷地占用の許可は、河川法施行規程第九條の

「河川法施行前ニ私人ノ所有權ヲ認メタル河川ノ敷地ニシテ荒地ニアラザルモノハ従前ノ所有者若ハ其ノ個人ノ請求ニ因リ府縣知事ハ公益ヲ妨ゲザル限ニ於テ其ノ占用ヲ許可スベシ」とある規定に依つて與へられて居るもので、其の占用權は従前の所有權に代

るべきものであり、所有權が一定の期限を以て消滅すべきものではないと同様に、其の占用權も亦期限の到達に依つて消滅するものと解すべからざることは其の性質上明白である。河川法施行規程第十條に其の占用を許可せず又は之を禁止する場合には補償を爲す義務あるものと定めて居るのを見ても、其の不可侵の性質が斷定し得られる。

(三)假に之を拒否する公益上の必要が有るとしても、それは其の權利の存續が公益上妨げある場合でなければならぬことは、河川法施行規程第九條の規定に依つて明瞭である。然るに本件に於いては同じ敷地の占用を第三者に許可して居るのであつて、それが公益上妨げある場合に該當しないことは、それだけでも明瞭であり、其の違法であることは疑を容れぬ。況んや本件出願は期間満了の數ヶ月前に爲されたものであるに於いてをや。

(四)

〇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可ハ自由裁量處分ナリト解スルヲ相當トス。從テ該規程ニ基キ爲シタル原告ノ本件砂利拂下ノ出願ヲ被告ニ於テ拒否シタルレバトテ之ヲ以テ違法處分ナリト爲スベキニ非ズ(昭二、一二、六、行)。

栃木縣の思川で砂利採取の營業を爲して居る會社が、大正十年以來一ヶ年毎に河川敷地占用並工作物施設及砂利拂下に付き縣知



事の許可を受けて居たが、大正十五年に繼續許可の出願を爲したのに對し、縣知事は不許可の處分を爲した。會社が之を違法として出訴したのに對し、行政裁判所はそれが自由裁量の行爲であるといふ理由で、其の不許可處分を違法ならずと判定した。

(評釋) 是も新なる權利の設定と期限の更新との區別を無視して居るもので、等しく不當である。新に砂利拂下を許可するのは自由裁量の行爲であるが、既存の權利に付き其の繼續を拒否することは、特別の公益上の必要に基づくの外は違法である。上巻二四二號參照。

○河川敷及堤敷ノ占用竝河水使用ノ繼續許可ノ出願ニシテ其ノ使用繼續ノ必要ナキモノヲ河川管理廳ニ於テ拒否シタルハ相當ナリ(昭七、一二、二七、行)。

原告は昭和三年三月に縣知事から簡易水道布設の爲に中之口川の敷地占用工作物設置及流水引用の許可を受けたが、其の許可は同七年三月末日を以て満期となるので、三月二十三日に繼續許可を出願したが、知事は之を拒否した。其の理由とする所は、該簡易水道はS町の人民に飲用水を供給して居たものであるが、S町では自ら水道布設の計畫を起し、昭和六年六月に其の許可を受けたので、町は原告及他の二の簡易水道組合と交渉して、其の權利を五千圓で買収することに契約が調ひ、原告は他の簡易水道組合と共に町營水道の開始後は其の給水を全廢することを約したのであるから、もはや繼續使用を許可すべき理由が無いといふに在つ

た。行政裁判所は其の理由を正當と認め繼續使用の許可を拒否したのを適法と判定した。

二七二 特許せられたる公水使用権の制限

○灌溉用水溝ヲ掘鑿シテ公用河川ヨリ引水スルノ許可ヲ得タル者ハ其ノ許可ニ依リ水田起業ノ爲該河川ヨリ引水スルノ權利ヲ得タルモノトス。

右ノ權利ヲ得タル者ノ引水量ヲ必要ナル限度ニ確定シ其ノ餘水ヲ廣ク他ノ開墾希望者ニ使用セシメ開拓事業ヲ勸奨スルコトハ公益上必要ナル處分ト認ム。

適當ナル方法ヲ設ケ引水スルニ於テハ其ノ土地ヲ耕作スルニ足ルトキハ灌溉ノ爲必要ナル水量アリト認定ス(大二、一二、二四、行)。

原告は北海道に於ける自己の所有地に於いて五百五十町歩餘の水田を開墾する目的を以て幌向川から引水する爲、明治二十八年中に北海道廳長官から用水溝開鑿の許可を受けた。然るに大正元年に至つて長官から原告の引用し得べき水量を一秒時に付き七立方尺五に制限し、且將來水源の水量一秒時二十二立方尺一二より減少するときは、引用水量に對し相當の制限を爲すことあるべしといふ指令を與へた。原告は之を以て原告の既得權を侵害するものとして出訴したのである。

原告の主張の要點は、明治二十八年に與へられた許可には、引用し得べき水量に付いて別段の明言が無いが、願書には水田の豫定反別五百五十町歩餘に灌溉する目的であることを明記し、それが無條件に許可せられたのであるから、原告はそれだけの面積に灌溉するに必要な水量を引用する權利を取得したのである。而も水田所要の水量は一町歩に付き原則として最小量一秒時に〇、〇五立方尺であるのに、被告は灌溉反別を五百町歩、引用水量を一町歩に付き一秒時〇、〇三五立方尺と推算して、引用水量を一秒時に十七立方尺五と制限したのであつて、其の水量では原告の水田を灌溉するに不充分であるから、原告の權利を毀損したものであるといふに在る。

被告の主張は(一)明治二十八年の許可は唯公有水面の使用を許可しただけで何等の權利を生ずるものではない、之を制限したとしても權利の侵害にはならぬ。(二)假に水利權が発生したとしても、許可當時には水田の開墾希望者が稀であつたので別に水量を制限する必要が無かつたが、近年水田の起業者が増加したので、原告の灌溉に必要な水量の外他の開墾希望者に使用せしむることが公益上必要であるから、之を制限したのは、正當の處置である。(三)水田灌溉に必要な水量は一町歩に付き一秒時〇、〇三五立方尺を以て足れりとするといふに在る。

裁判所は被告の主張の中其の第一の點は之を排斥し、右の許可は水田開墾の爲に引水の權利を與へたものである爲し、唯(一)右

許可命令書の中には「北海道廳長官ニ於テ公益上必要ト認ムルトキハ本免許ヲ解キ若クハ本命令書ノ條項ヲ更改スルコトアルベシ」といふ定があるから、公益上の必要に依り之を制限することは違法ではない。而して(二)他に開墾希望者が有る場合に原告の引水量を必要の程度に限定して餘水を他の希望者に引用せしむることは、公益上必要であり、又(三)灌溉用の水量は一町歩に付き一秒時〇、〇三五立方尺を以て充分であると認定し、本件許可の制限は原告の權利を毀損した違法の處分ではないと判定した。

(評釋) 判旨正當であると思はれる。

本件河川引水の許可が權利を設定した行爲であることは更に疑ない、唯其の權利は公權であつて民法上の契約に依る權利の如く、合意に依るに非ざれば絶対に變更を許さないものではなく、公益上の必要があれば、其の必要の限度に於いて、官廳の一方的意思を以て制限し又は解除し得べき權利である。故に問題は唯之を制限せねばならぬだけの公益上の必要が證明せられ得るや否やに在る。而して他の開墾希望者に餘水を分配することは其の制限を正當ならしむるだけの公益上の必要と看做し得べきであらう。

二七三 公水使用権特許の取消

(一)

○大正六年埼玉縣令第二十二號神流川外十ヶ川河川法施行規程第十一條ニ依ル命令ノ件ハ從前許可ヲ得タルモノノ外



ハ慣行ニ依リ權利ヲ有スルモノナルコトヲ條件トスルモノナリ。

河川法第十七條並第十八條ハ新規ノ出願ニ關スル規定ニ外ナラズ。

河川法施行規程第十一條第一項ニ所謂現存スルモノトハ單ニ事實上現存スルモノヲ指稱シタルモノニ非ズシテ許可若ハ慣行ニ依リ權利トシテ存在スルモノノミヲ指稱シタルモノトス。

河川法施行規程第十一條ハ河川法第六十四條第二項ニ基ツク經過的規程ナルヲ以テ同法第十七條第十八條ニ規定セル以外ノ條件ヲ附スルモ妨ナシ從テ之ニ基ツク府縣令ニ於テ同様ノ條件ヲ附スルモ亦妨ナシ。

重大ナル錯誤アル行政處分ハ假令法ニ特別ノ明文ナキモ之ヲ取消スコトヲ得ベキモノトス(大一一、七、二〇、行)。

埼玉縣の身馴川が大正六年に河川法準用河川として認定せられ、同年の埼玉縣令第二十二號に依り『身馴川筋ニ於テ河川法第十七條又ハ第十八條ニ依リ許可ヲ受クベキ事項ニシテ從前許可ヲ得タルモノ又ハ慣行ニ依リ權利ヲ有スルモノハ大正六年十二月三十一日マデニ更ニ許可ヲ受クベシ』と命じたので、原告K村は慣行に依る權利として、右期限内に身馴川の流水占用及堰施設の許可を出願し、縣知事の許可を受けた。然るに其の後に至り、右堰

の施設は慣行に依る權利でないことが明白となり、且つそれが爲に下流に於ける田地の灌溉に悪影響を及ぼし、下流村との間に紛争を生じたので、大正十年に至り、縣知事は右許可の中堰施設の許可を取消した。原告は之を違法として出訴したが、行政裁判所は其の取消を適法として判定した。上卷一九八號參照。

(二)

○青物市場ノ外他ノ目的ニ供スルヲ得ザルコトヲ條件トシテ河川敷地ノ埋立占用ヲ許可シタル場合ニ於テ其ノ許可ヲ受ケタル者ガ其ノ埋立地ヲ青物市場ノ用地ニ供スルコトヲ實現スルノ意思ナキトキハ其ノ許可ヲ取消スハ適法ナリ(大四、一〇、二七、行)。

大阪府に於いて天滿青物市場擴張の用地に供せしむる趣旨を以て、淀川の川敷の一部の埋立及占用が許可せられたが、其の埋立地を市場用地に供する方法に付いて、青物市場組合と占用権者との間に紛争が起つて、府知事は占用権者に對し市場組合との間に協定を爲すべきことを命じたけれども、占用権者は市場組合に埋立地を貸付くることを欲せず、自ら工作物を施設して各營業者に貸付けようとし、市場組合との協定に應じなかつた。因つて大阪府知事は其の占用許可を取消し、改めて市場組合に其の占用を許可した。

此の占用許可の取消に對し之を違法とする訴が提起せられたが、行政裁判所は(一)天滿青物市場の管理權は市場組合に屬して

法意ナリ(大一一、五、一一、三、行)。

菊澤川(河川法の適用又は準用なき川)の流水から水路を私設して水を引き水車業を営んで居た者が有つた。原告は明治三十九年十二月に其の者から其の水車と共に水利權を譲り受けて、引續き水車業を営んで居た。其の後内務省で渡良瀬川の改修工事を行つた結果、大正十二年一月に菊澤川の川口を閉塞したので、其の用水が止つて原告は水車業を廢するの已むなきに至つた。因つて菊澤川の用水を暗渠又は樋管に依り原告の水車用水權を害しない程度に開通することを求むといふのが本訴の要點である。

行政裁判所は原告が果して問題の水利權の主體であるや否やを審査し、原告は明治三十九年に其の權利を譲り受けたといふのであるが、それに付いて縣知事の許可を受けたことなく、而して明治三十七年の栃木縣令第五十九號河川取締規則には「本則ニ依リ與ヘタル許可ニ因リ生スル權利義務ハ許可ヲ受クルニ非サレハ之ヲ他人ニ移スコトヲ得ス」といふ規定が有つて、それは從來既に存立して居た水利權にも適用せらるるものと解すべきものであり、隨つて縱令原告が之を譲り受けたとしても、許可を受けない限り效力を生じ得ないものであつて、原告は法律上其の權利を有するものではないと判定した。

(評釋) 公物使用権の譲渡が行政廳の承認を得なければ效力を生じないことは、特許に依つて與へられた權利に付いては當然であるが、本件の水利權は慣習上の權利であり、而して慣習上の權

居ること、(二)本件埋立占用の許可は天滿青物市場の擴張の爲であつて、別個の市場を新設する爲ではなく、隨つて其の擴張せられた市場の管理方法も市場組合の定むる所に依らねばならぬこと、

(三)其の結果として、原告は組合を度外視して、自分の任意に定むる方法を以て之を市場用地に供することを得るものではないこと、若し之に反して組合に關係なく、原告自ら工作物を施設して組合員たるか否かを問はず任意に青物營業者に貸付け賣買取引を爲さしむることが出来るとすれば、それは畢竟天滿青物市場以外に別個の市場を新設するものとなること、(四)それであるから占用許可の目的を達し、占用地を市場擴張の用地に供することを實現する爲には、市場處理の方法に付き市場組合と協定を遂ぐることは當然の必要であること、(五)然るに原告は市場組合との協定に付いて初より調和の態度を缺いて居り、其の協定を爲すことを欲しなかつたものと認定せられる。それは結局許可の目的を達すること能はざらしむるもので、隨つて府知事が其の許可を取消したのは正當であると判定した。

(評釋) 判旨正當と思はれる。尙上卷二一二號參照。

二七三 公水使用権の譲渡

(一)

○明治三十七年九月栃木縣令第五十九號河川取締規則第五條ハ其ノ施行前ヨリ存スル水利權ニ付テモ之ヲ適用ストノ



利に付いては、其の權利主體も亦慣習に依つて定まるべきものであるから、單に行政廳の承認が無いといふだけで、全く其の權利讓渡の效力を否定して居るのは、同意し難い。河川取締規則の明文に於いても、「本則ニ依リ與ヘタル許可ニ因リ生スル權利義務」と曰つて居るので、それが當然慣習法上の權利にも適用せらるるものとして居るのは早計である。

(二)

●河川ノ流水占用權讓渡契約ヲ爲スモ地方行政廳ノ許可ナキ限リ該權利ハ移轉セザルモノトス(昭八、四、二、大民)。

山梨縣知事から笛吹川の流水占用を許可せられて居た者が、其の權利を笛吹水電株式會社に讓渡し、其の對價として會社から會社の存續中毎年定量の電力の供給又は其の價格の支拂を受くべき契約を結んだ。本件は讓渡人から會社を被告として其の對價の支拂を請求した事件であるが、原審では右讓渡契約の成立を認め之を有效なりとして、原告の請求を容認したのに反して、大審院は右の讓渡契約は行政廳の許可あることを效力發生の條件とするもので、其の許可を受くることが初より不能であれば絶対に無効である、若し可能であれば條件附の效力を有するに過ぎないと爲し、原判決を破毀して之を原審に差戻した。

(評釋) 本件公水使用權は河川法第十八條に依り縣知事から許可せられたもので、其の讓渡契約が效力を生ずる爲には知事の許可を要件とするは、河川法第二十一條に依り明白である。原

を徴収することに定められて居る。

之に對し群馬縣知事は昭和五年六月を營業開始の時と認定し、同年六月から九月まで四ヶ月分を昭和五年前期分として一萬一千餘圓、十月から翌年三月までを同年後期分として一萬七千餘圓の使用料を賦課した。是が適法であるや否やが本訴の争點である。

原告の側からは營業開始前は利息の配當を爲して居たに止まり利益配當を爲さなかつたのであるから、其の直後の事業年度には使用料を徴収せらるべきものではないと主張し、被告の側からは右の規定は營業開始後に五分以下の利益配當を爲した場合にのみ適用せられるもので、營業開始の最初の事業年度には適用せらるべきものではないと主張したが、行政裁判所は原告の主張を採用して、營業開始後最初の事業年度には使用料を徴収し得ないもの

## 第二章 一般公物 附國有財産

### 第一節 公物の成立及廢止

#### 二七五 公園地たることの要件

(一)

○住宅敷地トシテ私人ニ使用ヲ許可スルモ公園地タルコト

第六類 公物及公企業 第二章 一般公物 附國有財産 第一節 公物の成立及廢止

審判決に於いて之を以て單純な行政上の取締規定と爲して居るのは誤であつて、其の許可は警察許可ではなく、法律行為の效力を補充する意思表示であり、それが無ければ權利移轉の效力を生じないのである。

#### 二七四 水利使用料の徴収

○大正十三年群馬縣令第三十一號發電原動力用水使用料徴収規程ハ直前事業年度ガ通水開始前ナルトキハ使用料ヲ徴收セザル趣意ト解スベキモノトス。

同規程第二條及第四條ハ一般ニ水力使用料徴收ノ始期徴收額等ヲ定メタル原則的規定ニ過ギザルモノトス(昭六、六、一、二、行)。

群馬縣には發電用水使用料に付いて徴收規程の定があり、それには「徴收年度直前ニ於ケル事業年度ニ於テ五分以下ノ利益配當ヲ爲シタルモノ」には使用料を徴收しない旨の規定が有る。群馬縣水電株式會社は昭和元年十二月に設立し昭和四年十二月に始めて通水したが、財界不況の爲同月中に發電を休止し更に昭和五年六月一日から發電を開始した。同會社の事業年度は十二月から五月までを上半期、六月から十一月までを下半期とし、設立の初から昭和五年の上半期決算までは建設利息年五分の配當を繼續し、同年下半期に始めて年七分五厘の利益配當を爲した。右徴收規程の第二條及第四條には水利使用料は發電事業開始の時から使用料

と爲し、昭和五年度の使用料徴收命令を取消す旨の判定を與へた。

(評釋) 判旨正當とは思はれない。「徴收年度直前ニ於ケル事業年度ニ於テ五分以下ノ利益配當ヲ爲シタル者」と謂へば、それ以上の利益配當を爲し得べき地位に在る者が其の配當を爲さなかつた場合を意味することは明瞭である。營業開始前は全然利益配當を爲し得ないもので、それは性質上の必然であり、五分以下ノ利益配當ヲ爲シタル者」に該當するものではない。該規定の趣意とする所は營業開始後利益配當が五分以下に下つたならば其の次の年度には使用料を免除するといふ趣意であつて、營業開始の最初の年度には常に使用料を徴收しないといふ趣意でないことは明白である。

ヲ妨グルモノニ非ズ(大五、七、二六、行)。

上卷二一號に掲げた判決で、東京市の芝公園地の一部が住宅敷地として私人に使用を許されて居るのが、公園地たる性質を失つたものであるや否やの争に付き、行政裁判所は左の如き理由を以て尙公園地の一部たるものと判定したのである。

『原告ハ原告等ノ使用地ハ公園地ニ編入セラレタルモ其ノ地上ニハ住宅存在シ垣根ヲ圍ラシアリテ公共ノ營造物タル公園トシ



一一七五 公園地たることの要件  
一一七七 道路たる土地に於ける登記法の適用  
一一七八 神社地の成立要件  
道路たる私有地に於ける抵當権の設定

二七四

テ何等ノ設備モナク又現實公用ニ供セラレタルコトナキガ故ニ公園ニ非ズト主張スト雖モ、右ハ東京府知事ヨリ正院ヘノ何「公園取扱心得」ニ「金龍山宮岡八幡社ノ如キ在來居住人有之地所ハ其敷地ノ坪敷商業ノ次第相糺シ居住無差支場所ハ可差許候得共」云々トアル趣旨ニ基キ當局者ガ公園開設ノ當初ヨリ從來居住ノ場所ニシテ其ノ居住ヲ許シ置クモ公園全體トシテ其ノ目的ヲ阻害スルコトナシト認メ其ノ儘住宅敷地トシテ使用セシメ居ルモノト認ムベク、而モ其ノ貸渡、取締返地等使用許可ノ當初ヨリ總テ公園ニ關スル規則ニ準據シテ取扱ヒ使用者モ亦公園地タルコトヲ認メテ借受ケ公園ニ關スル規則ヲ遵守シ來リタルヲ以テ觀レバ、原告等ノ使用地ハ公園ノ一部ナリト認メザルヲ得ズ。

### (11)

●公園ノ如キ公衆ノ利用ニ供セラルル營造物ノ成立ニハ其ノ物ガ其ノ目的ヲ達スルニ適スル天然的又ハ人工的ノ構造ヲ有スルノミナラズ主體ガ之ヲ其ノ目的ニ供スル意思ヲ表示スルコトヲ要ス、從テ公園ヲ設置スル爲メ土地收用法ニ依リ土地ヲ收用スルモ、起業者ガ之ニ公園タルノ設備ヲ施シ公衆ノ利用ニ供スルノ意思ヲ表示スルニアラザレバ公園ハ成立セザルモノトス（大五、一一、一四、大民）。

本件は公園地に充つる目的を以て收用せられたる土地に於いての

### 二七 道路たる土地に於ける登記法の適用

●公用物ニ關スル國ノ所有權モ登記ヲ爲スニ非ザレバ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ（大七、一二、一九、大民）。

甲が自分の所有地を道路敷として國に寄附し、國に於いて之を開闢け官有地に編入したが、所有權移轉の登記は爲されなかつた。其の後になつて甲は其の土地を更に抵當に入れた。此の抵當權設定が有效であるや否やが訴訟の問題となつた。原審では道路が公物であるといふ理由から、登記なくして國の所有權を第三者に對抗し得るものであると爲し、又公物は不融通物で私法上の法律行為は成立し得ないものと判定したが、大審院は之を破毀して、『物ノ公用ニ供セラルルコトハ所有權ノ官ニ屬スルト否トニ拘ラザルヲ以テ係争地ガ道路敷ニシテ公用物タルコトハ國ノ所有權ヲ對抗シ得ベキ事由タラズ、國ハ登記ヲ爲スニ非ザレバ所有權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ』と曰ひ、抵當權の設定を有效なりと判定した。

(評釋) 判旨正當である。

土地所有權の得喪及び變更が登記をしなければ之を以て第三者に對抗することを得ないといふ民法第七十七條の規定は、一般官有地にも適用あることは勿論で、而して此の點に於いては官有地が公用に供せられて居ると否とに依つて、適用を異にするべきものではない。河川湖海の如き自然公物で、性質上私有財産の目的

第六類 公物及公企業 第二章 一般公物附屬國有財産 第一節 公物の成立及廢止

二七五

買戻權の效力に關する事件で、其の收用せられたる土地が果して公園地として利用せられて居るや否やが問題となつたのである。大審院は、公園地として成立する爲には、公園地としての目的を達し得るだけの構造を備へ、且つ管理者ガ之を公園地に編入する意思表示あることを要するものと爲し、而して本訴に於ける收用地は此の要素を備へないものであるから、公園地に供せられたものではないと判定した。

### 二七 神社地の成立要件

○神社地ハ其ノ成立ニ付キ一定ノ土地ヲ社地ニ編入スル手續ノ外別ニ事實上ノ構造ヲ必要トスルコトナク且特ニ其ノ用途ヲ廢止セザル限リ社地トシテ存続スルモノトス（昭四、六、一〇、行）。

神社境内地たる國有財産の境界査定處分に對する不服の訴に於いて、其の境内地として認定せられた係争地が原告の所有に屬することを主張する理由の一として、凡て公物の成立には意思の要素の外に形體の要素を必要とするものであるのに、本係争地は毫も神社境内地たる事實上の構造を備へて居らぬから公物たるものでなく、隨つて取得時効の目的と爲り得ると主張したが、行政裁判所は神社の社地たるには別段の構造を必要とせず、社地に編入する手續のみに依つて成立するものと判定した。

となり得ないものに於いては、固より登記法の適用あるべきものではないが、私有財産の目的となり得べき一般の土地に於いては、登記が無ければ、一般人民はそれが官有であるや否やを知るに由なく、而して公物と雖も其の所有權が私人に屬することは固より有り得る事柄であるから、公物たる官有地の所有權に於いては、之を第三者に對抗する爲には登記を要することは當然である。

### 二六 道路たる私有地に於ける抵當權の設定

●私人ノ所有ニ屬スル公用物ノ上ニ抵當權ヲ設定スルコトヲ得（大七、一二、一九、大民）。

前項に掲げたのと同じ事件で、原審では公の道路は不融通物であるから抵當權の目的とはなり得ないと爲し、抵當權の設定を無効なりとしたが、大審院は之を破毀して、『私人ノ所有ニ屬スル公用物ニ付テハ公用ヲ妨ゲザル範圍ニ於テハ之ガ處分ヲ爲シ得ザル理由ナク、第三者ガ之ニ對スル抵當權又ハ所有權ヲ取得スベキ譯合ナシト謂フベカラズ』と曰ひ、其の抵當權設定を有效なりと判定した。

(評釋) 判旨正當であり、而して其の趣意は現行法に於いては

道路法第六條に明言して居る所で、現行法上は最早疑を容れない所である。併し道路法の明文は無くとも、性質上當然の原則と認むべきである。何となれば、公物は一般に不融通物と謂はれて居るけれども、其の不融通性は唯公物の目的と相兩立し得ざる法律



一一七九 公園地たる私有地の返還請求 一一八〇 村立小學校敷地たる私有地の明渡請求  
一一八一 道路の公用廢止 一一八二 公物に於ける時効の適用

二七六

行爲が公物の上に成立することを得ないといふ意味に於いて存するに止まり、其の目的を妨げない法律行爲は公物に付いても敢て成立し得ないものではないからである。

公物の所有權が私人に屬して居る場合に、其の所有權が第三者に移轉しても、それは制限附のままに移轉するのであつて、第三者が其の所有權を取得しても、其の物が公用に供せらるることは少しも妨げられないのであるから、之を無効ならしむべき理由なく、隨つて抵當權の設定も有効に成立し得るのである。

### 二七五 正當の權原なくして市が私有地を公園地と爲したる場合の返還請求

●土地收用法ニ依り起業者が其ノ事業ニ要スル土地ノ所有權ヲ取得スルニハ有效ナル當事者間ノ協議又ハ收用審査會ノ裁決アルコトヲ要スルヲ以テ土地ノ所有者が其ノ存在ヲ豫想シテ土地ヲ起業者ニ引渡シタル場合ト雖モ後ニ至リ協議又ハ裁決ノ無効ナルコトヲ發見シ若クハ協議又ハ裁決ガ其ノ效ヲ失ヒタルトキハ起業者ヲシテ土地ヲ返還セシメ之ヲ原狀ニ回復スルノ權利ヲ有スルモノトス。

然レドモ叙上ノ場合ニ於テ起業者ノ占有ニ歸シタル土地ニ鐵道其ノ他ノ建設物ヲ築造シ若クハ其ノ土地ガ道路公園其ノ他公ノ營造物ニ變ジタル場合ノ如ク事實上又ハ法律上返還不能トナリタルトキハ土地所有者ハ不當利得又ハ不法行

爲ノ原則ニ基キ利得ノ返還又ハ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ要シ原狀回復ノ方法ニ依リテ之ガ返還ヲ請求スルコトヲ得ザルモノトス(大五、二、一六、大民)。

上卷一七九號に掲げた判決で、土地收用法に依る協議が成立したものと信じて土地を引渡し、其の土地が市の公園地に編入せられた後、其の協議が無効であつたことが確認されたので、元の土地所有者から市を相手方として土地の返還請求の訴を起した事件であるが、大審院は既に公園地となつて返還が法律上不能となつたのであるから、土地所有者は唯損害賠償を求むることが出来るだけで、土地の返還は請求し得ないものと判定したのである。

(評釋) 判旨不當であることは、嘗て述べた如くである。市は正當の權原なくしては私有地を公園地に編入し得ないもので、それは有効に公物となつたものではなく、土地所有者は其の所有權に基づき當然明渡を請求する權利を有するものと認めねばならぬ。

### 二八〇 正當の權原なくして私人の所有地に建てる村立小學校敷地の明渡請求

●何等正當ノ權限ナクシテ他人ノ所有地ニ建設セラレタル建物ガ公立小學校ナルトキト雖モ土地ノ所有者ハ之ガ明渡ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス(昭六、一、九、大民)。

J村で土地を買受けて其處に小學校を建てたが、其の賣主は其

の土地の正當の所有權者ではなく眞の所有權者は別に存在するところが明瞭となつたので、其の賣買契約は無効であり、J村は所有權を取得したのではないことが確定した。そこで土地の正當の所有權者であるXからJ村を被告として土地の明渡を請求する訴を提起した。J村は之に對する抗辯として、假令土地の所有權がXに屬するとしても現に小學校が建設せられて公の營造物となつて居る以上は、公用廢止の無い限り所有權者と雖も所有權を主張することを得ないものであると主張したが、大審院は其の主張を容れず、正當の權原なく私人の所有地に小學校を建設したとしてもそれは有効には公物たる性質を有することを得ないもので、土地所有者は其の引渡を請求することが出来るものと判定した。

(評釋) 前項に掲げた判決とは正反對の見解を取つて居るもので、而して判旨正當と認むべきである。

### 二八一 道路の公用廢止

●道路ノ公用廢止トハ單ニ私人ガ一時道路ヲ占有シ事實上之ヲ通行スル者ナキニ至リタルガ如キ場合ヲ指スニ非ズシテ道路ヲ管理スル權限ヲ有スル官廳ガ公用廢止ノ意思ヲ表示シタルコトヲ要スルモノトス(大一〇、二、一、大民)。

(評釋) 公物たるには形體的要素と意思的要素との二の要素を要するものであるから、形體的要素の滅失が公物たる性質を失はしむる原因となり得ることは、疑ないが、形體的要素の滅失とは、

回復し得べからざる状態に於いて、其の物が公用に供せらるることとが不可能の状態に陥つたことを意味し、一時的に荒廢に歸し相當の人力を以て之を回復し得べき状態に在る場合を含むものではない。此の如き場合は尙公物たる性質を失ふものではなく、管理應の意思表示に依つてのみ公用が廢止せられるのである。

### 二八二 公物に於ける時効の適用

●里道ノ如キ公共ノ使用ニ供セラルベキ物ニ付テハ其ノ公用ヲ廢シタル後ニ非ザレバ時効取得ノ目的物タルコトヲ得ザルモノトス(大八、二、二四、大民)。

公簿の上には里道として登録せられて居る土地が、五十年も以前から自然に廢滅して畑地となり上告人何某は明治六年以來所有の土地が時効に依り上告人の所有に歸したるや否やに在る。原審では道路の如き公有物は其の公用を廢せざる限り民法の時効に關する規定の適用は無いと判定し、上告人は右土地は事實上公用を廢止せられたもので最早道路ではなく、時効の適用あることは勿論であると主張したが、大審院は上告を棄却し、原審判決を是認した。

●道路ノ如キ公用物ハ其ノ敷地ガ私人ノ所有ニ屬スル場合ハ格別官ノ所有ニ屬スル場合ニ於テハ其ノ公用ヲ廢シタル後ニ非ザレバ取得時効ノ目的タルヲ得ザルモノトス(大一



○、二、一、大民。

○國有財法ニ所謂公共用財産ニ付テハ時効ニ依リ所有權ヲ取得シ得ベキモノニ非ズ(大、一四、五、一四、行)。

官民有地の境界査定處分に對する不服の訴に於いて、原告は官有地と査定せられた土地を自己の所有地として主張し、假に係争地が官有地であつたとしても、數十年來原告の前所有者が之を占有して使用收益した土地であるから、既に時効に依つて其の所有權を取得し、原告は其の權利を承継したものであると主張したが、裁判所は之を採用せず、公共用財産に付いては取得時効の適用の無いものと判定した。

○公用財産タル國有財産ニハ民法上ノ取得時効ノ適用ナシ(昭四、六、一〇、行)。

神社の社地に編入せられて居る土地を二十年以上所有の意思を以て平穩且公然に占有して居たから所有權を取得したものであるといふ主張に對し、行政裁判所は「社地ハ國有財産中公用財産ニ屬スルコト疑ナク其ノ公用財産タル性質ニ考ヘ且雜種財産以外ノ國有財産ハ其ノ用途又ハ目的ヲ妨ゲザル限度ニ於テ其ノ使用又ハ收益ヲ爲サシムルノ外之ヲ讓渡シ又ハ之ニ私權ヲ設定スルコトヲ得ザル旨ノ同法第四條ノ法意ニ照シ取得時効ノ如キ所有權ノ移轉ヲ來シ直ニ其ノ用途ヲ妨ゲザルベキ法律原因ノ適用ヲ受クベキモノニ非ズト解スルコト相當ナリ」と曰ひ之を否定した。

公用廢止ノ意思表示アリタルモノトナスガ如キハ到底認容サルベキ所ニ非ズ」と曰ひ、原審に差戻した。

(評釋) 總て公物たる財産に付いては民法の取得時効の適用の無いことは、以上擧ぐる如く大審院の判例も行政裁判所の判例も等しく承認して居る所で、而してそれは正當の見解である。其の法律上の根據としては、國有財産に付いては、國有財産法第五條に「國有財産ハ雜種財産ヲ除クノ外之ヲ讓渡シ又ハ之ニ私權ヲ設定スルコトヲ得ス」とある規定を擧げることが出来るけれども、是は國有財産にのみ限つた原則ではなく、公共團體の財産たる公物にも等しく適用せらるるものであり、國有財産に付いても國有財産法の制定前から既に久しく認められて居た原則である。其の理由とする所は、公物は公の目的に供用せらるべきものとして定められて居るものであるから、一人の私益の爲に此の公の目的を排除することを得ないといふに在る。

之に對する反對論としては唯二説を思考し得るに止まる。

一は、二十年以上も私人が平穩且公然に之を占有して居るとすれば、それは事實上公用に供用せられて居らないもので、其の間公物の管理權が全く行使せられない状態に在つたのであるから、時効の適用を見るべき理由あることに於いて私物と異なる所は無といふに在る。併しながら私物に付いて時効の適用が有るのは、私物は單に財産權の目的物たるに止まり、而して財産權に付いては長年の間引續き權利に眠つて居ればもはや之を保護する必要は

●神社境内地タル國有地ハ其ノ公用ヲ廢止シタル後ニ非ザレバ取得時効ノ目的ト爲ルヲ得ザルモノトス(昭五、七、四、大民)。

●公共ノ用ニ供セラレタル土地ニ付テハ明確ニ其ノ公用ノ廢止アリタル場合ニ非ザレバ取得時効ノ適用ナキモノトス(昭四、一二、一一、大民)。

明治三十五年にAが東京市日本橋某所の土地を借受くと共に地上の家屋を讓受けて其の家屋を取毀ち、不用となつた壁土等を以て右借地に隣接せる國有の下水敷地を埋立て所有の意思を以て占有を始め、明治四十年にBが其の占有を承継し、大正八年に至り更に之をCに讓渡し、Cが昭和四年の現在まで其の占有を繼續した。

原審では、本件土地は元下水溝であつたが、其の埋立に依り事實上公用を失ひ今日に及んで居るもので、暗黙の内に公用の廢止の有つたものと認むべきであるとなし、Cが時効に依り其の所有權を取得したものと判定したが、大審院は之を破毀して「公用物殊ニ道路下水ノ如キ汎ク公衆ヲシテ使用セシムル種類ノ公用物ニ付國家又ハ公法人ガ公用廢止ノ意思ヲ表示スルニ當リテハ最明確ナルコトヲ要ス、從テ公用廢止ニ付テハ常ニ管理權ヲ有スル所ノ官公署ノ決定ヲ俟タザルベカラズ、何等スル決定ノ明示セラルルコトナキニ拘ラズ他人ガ單ナル事情ヲ綜合シテ國家又ハ公法ハニ

無といふことに其の根據を有つて居るのであるが、公物は國家の公の權威を以て公の目的に供用するものとして決定せられて居るもので、此の公の權力に依る決定は、假令事實上に其の權能が長く行使せられない状態に在つたとしても、當然に效力を失ふものではない。勿論國家の意思表示でも長い間の慣習に依つては自然に效力を失ふことは有り得る事柄で、隨つて公物が多年私人の占有に屬して居た爲に自然に公物たる性質を失ふことも絶對には之を否定することを得ないが、併しそれは其の公物として公の目的に供用せられて居たことがもはや證明することが出来なくなつた程の長い間の慣習を必要とするもので、二十年間といふやうな機械的な年限を一定し得べきものではない。然らざる限り國家が公の目的に供用することを決定した權威ある意思表示は、自然には效力を失ふものではなく、假令私人が事實上に之を占有して居たとしても、尙公物たる性質は失はれず、隨つて時効に因つて私物に變ずるものではないのである。

他の一説は、公物の所有權が取得時効に依つて私人に歸屬したとしても、其の所有權が公の目的を妨ぐることを得ないといふ公法上の制限に服するものとすれば、敢て公物たる性質に反しないといふに在る。併しながら時効に依つて所有權を取得するものとして居るのは、長く續いた事實上の状態を正當化せしむる爲である。所有の意思を以て長く占有して居た爲に其の事實を正當化して正當な所有權者たらしむるのである。所有權を取得するものと



しながら、從來の状態を變じて其の占有を奪ひ新に公の目的に供用することの事實を實現しようとするのは全く時効制度の本旨に反する。從來正當に所有權を有つて居た者の所有物が新に公物として公の目的に供用せらるれば、所有權の公法上の制限を生ずるけれども、從來所有權を有たなかつた者に新に實效を現はし得ない所有權を得せしむることは全く無意味である。

要するに公物に付き取得時効の適用の無いものとする見解は正當であつて、民法學者の間に往々之に反對する説の行はれて居るのは理田の無いことと思ふ。

## 第二節 公物の主體及其の管理

### 二八三 道路の主體

○地盤所有權ノ所屬ハ營造物ノ主體ヲ定ムルニ關係ナキノミナラス本件道路ハ里道ナレバ之ヲ管理スル米澤市ノ營造物ト認メザルヲ得ズ(六一、一二、二五、行)。

本件は現行の道路法制定前舊法時代の判決で、現行の道路法に於いては道路は國道、府縣道、市町村道の何れを問はず總て國の營造物であることが明示せられて居るが、舊法時代は之に反して何等の法律の規定なく、往々疑はしい問題とせられて居つたのである。

ものであるから市の營造物と見るのが正當であると曰ひ、隨つて之に付いて使用料を徵收するには市制第百二十九條に依り市條例を以てしなければならぬのに、市が條例を作らないで使用料を徵收したのは違法であると判定した。

(評釋) 市が公物の使用に對し使用料を徵收し得るや否やの問題を決する爲には、其の前提としてそれが市の公物であるや否やを決する必要がある。若しそれが國の公物であつて、市長が國の機關として之を管理するものであるとすれば、市は自ら使用料を定めて之を徵收する權利を有たないのが當然である。故に本件使用料の問題に關して、裁判所が先づ本件道路の主體が國なりや市なりやの問題を決しようとしたのは正當である。

而して判決が(一)道路の地盤の所有權が誰に屬して居るか(二)道路の主體が誰であるかとは別個の問題であること(三)道路の主體は道路の管理權者であることを言明して居るのは二點共に正當である。

唯問題は米澤市の道路に付いて、果して何人が管理權を有つて居たかに在る。市長が管理して居ることは明瞭であつても、それは國の機關としての市長であるや、又は市の機關としての市長であるやは必ずしも明瞭ではなかつた。併し實際には市長は市會に關係なく單獨に之を管理して居たのではなく、市會が其の議決權を有することが認められて居た爲に、裁判所は其の管理權が市に屬し隨つて市の營造物なりと斷定したのであらう。其の當否は甚

奥羽電氣株式會社が電柱建設の爲に其の敷地として米澤市の道路を使用することを許されて居たが、市は明治四十四年に電柱敷地使用料徵收規程を告示し、之に依つて電柱敷地使用料何百圓を會社に賦課した。會社は、之に對して市制第百三十條に依り市參事會及縣參事會を經て出訴した。

原告會社の主張の要點は、市が其の營造物の使用に對し使用料を徵收するには、市制第百二十九條及第百六十六條第四號に依り内務大藏兩大臣の許可を受けて市條例を以て之を規定せねばならぬ。然るに本件使用料の徵收は此の手續を経ないものであるから不法であるといふに在る。

被告答辯の要點は道路は國の營造物であるから、其の使用料に付いては市制の適用を受けないといふに在つた。是に於いて道路が國の營造物であるや市の營造物であるやが第一の問題となつた。

之を現行の道路法上の問題とすれば、問題は明瞭であつて、道路は國の營造物であり、其の使用料は管理者たる市長が之を定めて徵收するので、それには市制の適用なく、隨つて市條例を要するものではなく、又内務大臣大藏大臣の許可を要するものでもない。

唯舊法時代には此の點が明瞭を缺いて居た。裁判所は本件道路は地盤官有に屬するものであるが、所有權の所屬は營造物の主體には關係なく、而して本件道路は里道であつて市の管理に屬する

だ疑はしいが、事舊法の問題に屬し、現行法とは關係が無いから、今は之を論じない。

### 二八四 公物より分離し得べき物の處分

#### (一)

●堤防ニ定著スル樹木及石垣ノ賣買ハ賣主ガ買主ニ對シテ石垣ヲ土地ヨリ分離シタル後其ノ所有權ヲ移轉シ且其ノ引渡ヲ爲スノ義務ヲ負フ契約ニ外ナラザレバ有效ナルモノトス(六七、四、一三、大民)。

#### (二)

●明治二十四年内務省訓令第四百六十二號ニ所謂竹木其ノ他ノ收益トハ堤塘道路並木敷用悪水路土居敷等ノ保護上保存ノ必要ナキニ至リタル竹木柴草等ノ類ヲ指稱シ其ノ必要ナキニ至リタル原因ハ風雪其ノ他自然ノ事故ナルト他人ノ不法行爲ナルトヲ問ハザルモノトス(四五、五、一六、大民)。

X村の里道に在つた杉並木十八本をA B兩人が不法に伐採したので、X村からA Bを被告として、其の不法の伐採に基づく杉丸太杉根杉末木杉枝等の引渡を請求する訴を起した。原審では里道の地盤は官有に屬するものであるから伐採せられた樹木の所有權は村が之を取得するものではないとして、其の請求を否定したが、大審院は之を破毀して其の請求を認めたとである。



一一八五 神社財産の管理 一一八六 神社財産の處分  
一一八七 官有地の境界査定 一一八八 官有地の境界査定處分の適法性

二八二

(評釋) 明治二十四年内務省訓令第四百六十二號は道路法の制定前に、道路の地盤が官有に屬して居ても公共團體が其の費用を負擔する場合には道路から生ずる収益は公共團體に歸屬する旨を定めて居たもので、形式上は訓令であるが、實際は法規としての效力を有つて居たものである(上巻六七號參照)。現行法では道路法第四十四條の規定が之に該當するもので、即ち本件判旨は現行法にも適用せられ得べきものであり、而して判旨固より正當である。

### 二八三 神社財産の管理

●村社以下神社ノ社掌ハ神明ニ奉祀シ祭祀ヲ掌リ庶務ヲ管理スルモノニシテ當然神社ヲ代表シ其ノ財産ヲ管理スルノ職務權限アルモノトス。

神社ノ基本財産ヲ協議上氏子總代ニ於テ保管ストスルモ是レ社掌ノ意思ニ從ヒ之ヲ所持スルモノニシテ社掌ハ尙之ヲ管理スルノ職責ヲ有シ其ノ占有ハ尙社掌ニ屬ス。

故ニ社掌ガ自己ノ金融ニ供センガ爲ニ現ニ之ヲ保管セル氏子總代ヲ欺罔シ之ヲ自己ニ交付セシメタル行爲ハ業務上占有スル物件ヲ自己ノモノトシテ不法ニ領得スル行爲ニシテ横領罪ヲ構成シ詐欺罪ニ該當スルモノニ非ズ(大八、四、二一、大刑)。

### 二八六 神社財産の處分

●神社財産タル土地ニ地上權ヲ設定スル行爲ハ完全ナル所有權ニ對シ長期ニ互リ制限ヲ付スルモノナルヲ以テ神社財産ニ關スル法律第二條ニ所謂處分行爲ニ該當スルモノト認ムルヲ相當トス。從テ地方長官ノ許可ヲ受ケズシテ爲シタル地上權設定行爲ハ無効ナリ(大九、四、六、大刑)。

「神社財産ニ關スル法律」第二條には、「地方長官ノ許可ヲ受ケズシテ神社財産ヲ擔保ニ供シ又ハ處分シタルトキハ之ヲ無効トス」といふ規定が有る。地上權の設定が此の所謂處分行爲に該當するや否やに付き、大審院は之に該當するものと判定して居るのである。それは當然の判旨と認むべきである。

●地方長官ノ指定セザル神社ニ對シテハ神社財産ニ關スル法律ノ施行後ニ於テモ明治六年太政官布告第二百四十九號及明治九年教部省達第三號等ハ依然トシテ其ノ適用アルモノト解スルヲ相當トス。

右太政官布告及教部省達ハ神社財産ノ種類ヲ限定セズ例示的ニ掲グルモノナレバ縦令法文中ニ指摘セラレザルモ其ノ例示スル所ニ準ズベキ財産ハ總テ其ノ適用ヲ受クベキモノト解スルヲ相當トス(大七、一〇、一四、大民)。

明治六年太政官布告二四九號及同九年教部省達三號には神社が

古來所傳の什物、衆庶寄附の諸器等を處分するには教部省に申出で其の許可を受くべきものと定めて居る。或る村社で其の財産を處分し登記を申請した所、許可證の添附が無い爲に登記を拒否せられたので、之に對し抗告を爲し、其の理由として右の太政官布告及教部省達は明治四十一年の「神社財産ニ關スル法律」の制定施行に依り當然其の效力を失つたものであると主張したが、大審院は明治四十一年内務省令第十二號「神社ノ財産登錄及管理並會計ニ關スル件」に依ると、同省令第三章「會計」の規定は地方長官の指定した神社にのみ適用せられ、而して本件神社は其の指定を受けない村社であるから、同省令の適用なく、其の財産の處分に付いては依然として右太政官布告及教部省達の適用を受くるものと判定した。

(評釋) 判旨何故に地方長官の指定せざる神社にのみ限つて太政官布告の適用あるものと解して居るのか、其の理由を解し難い。地方長官の指定した神社に限つて適用の有るの唯内務省令中の會計に關する規定のみで、それには基本財産の消費に付いて制限を設けて居るが、什物諸器等の處分に關する事柄を含んで居ない。若し明治六年の太政官布告が今日も有效であるとすれば、それは總ての神社に適用せらるべきもので、敢て地方長官の指定を受けない神社にのみ限る理由の無いものと思はれる。

### 二八七 官有地の境界査定 二八八 官有地の境界査定處分の適法性

●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(大四、五、一四、行)。

上巻一五三號參照。但し反對の判例も有る、上巻八三〇號の二參照。

○稅務監督局長ハ國有雜種財産ノ境界査定ヲ行フ權限アルモノトス(昭三、四、一四、行)。

雜種財産は公共用又は公用財産と異なり大藏大臣の管理に屬するもので、隨つて大藏省の下に稅務監督局長が其の境界査定權を有するのである。

### 二八八 官有地の境界査定處分の適法性

○國有財産ノ境界査定ガ其ノ實質ニ於テ正當ナル以上之ヲ行ヒタル事由又ハ其ノ方法ニ違法アルノ故ヲ以テ之ヲ取消スノ要ナキモノトス(昭四、六、一〇、行)。

國有地の境界査定處分に對する不服の理由として、原告は(一)境界査定は境界に移動が有り又は不明である場合にのみ行はるべきものであつて、然らざる場合に行つたのは違法である、(二)査定の當日隣接地所有者たる原告の立會なくして行つたのは違法である、(三)主張したが、行政裁判所は査定處分の結果が實質に於いて正當であることを承認し、而して實質上正當である以上は、原告



主張の如き二の點に違法の廉が有つたとしても、それは取消の理由とはならないものと判定した。

(評釋) 判旨其の文言通りの意義に於いては不當である。手續要件が缺けて居る場合には査定處分は無効と認むるの外は無い。此の點に付いては上卷一五五號參照。

### 第三節 公物及國有財産の使用

#### 二八六 道路通行権

●村道ハ公ノ營造物ニシテ各人ハ土地ノ所有者タルト否トヲ問ハズ自由ニ之ヲ通行スルコトヲ得ルニ止マリ通行權其ノ他私權ノ目的タルベキモノニ非ズ(大八、六、一八、大民)。

本件は村道が廢止せられたのに對し、該村道は自己所有の宅地に通ずる唯一の通路であるから、其の宅地所有權に伴ひ當然其の通行權を有するといふ理由を以て、該村道の廢止に對し通行權妨害排除の訴を起した事件である。

裁判所は通行權は私權ではないといふ理由を以て其の請求を排斥した。

(評釋) 是は當然の事柄で評論するまでもない。所謂通行權が私權でないことは勿論であるのみならず、本件は道路の廢止の取

消を求むる訴で、而して道路の廢止は、公法的行爲であるから、性質上全く民事事件たり得べからざるものである。

#### 二八七 公園地使用許可の取消

○東京市ヨリ公園地ノ使用ヲ許可セラレタル者其ノ使用地ニ在ル建物ノ所有權ヲ失ヒタルニ因リ市ガ之ニ返地ヲ命ジタルハ適法ナリ。

市參事會ニ於テ右返地處分ノ議決ヲ爲スニ際シ其ノ參考資料トセル書類ニ錯誤アリタリトスルモ其ノ錯誤ハ返地命令ノ效力ニ影響スル所ナシ(大五、一、二、二七、行)。

Xは東京市から淺草公園地の一部に土地使用許可を受け、之に活動寫眞館を建築し營業して居たが、該建物の抵當權者から建物を競賣に付せられ、其の結果Yに競落した。因つて東京市は公園地使用條例に「使用人使用地内ニ在ル造設物ノ所有權ヲ喪失シタルトキハ其使用地ノ一部若クハ全部ヲ返地セシムルコトアルヘシ」とある規定に基づき、Xに返地命令を下し、改めてYに其の使用を許可した。Xから之を違法として出訴し、市參事會が斯かる議決をしたのは、Yから偽の公正證書を提出し、それに「債務者ハ抵當物件ノ所有權ヲ失フ場合ニ在テハ物件所在地ノ使用權ヲ物件取得者ノ何人タルニ拘ラズ無償讓渡スルモノトス」といふ約款が有つた爲で、全く錯誤に出でたものであるから其の議決は無

効であると主張したが、行政裁判所は假令さういふ事實が有つたとしてもそれは議決の效力に影響しないもので、該返地命令は適法であると判定した。

#### 二八九 部落民が部落有山林の上に有する収益権

○新潟縣東蒲原郡下條村大字五十島部落民ガ同部落有ノ山林ニ對シ從來有シタル収益權ハ民法第二百九十四條ノ所謂共有ノ性質ヲ有セザル入會權ナリト認定ス。

町村制第一百十條第二項ノ所謂財産ヲ使用スル權利ニハ私法上ノ財産權ヲ包含セザルモノト解スルヲ相當トスルニ依リ私法上ノ權利タル入會權ニ關シ異議アルモ同條項ニ依リ異議申立及訴願訴訟ヲ提起スルコトヲ得ザルモノトス(昭六、七、二五、行)。

下條村の五十島といふ部落で山林を所有し、部落民は共同に之を使用収益し得ることが認められて居たが、大正十五年四月に下條村會は此の部落有山林の一部は村に統一して村有地と爲し、殘部は之を村の神社と寺とに寄附することを議決し、監督官廳の許可を受けた。之に對し右部落民から町村制第一百十條に依り財産を使用する權利を侵害せられたものとして行政訴訟を提起したが、行政裁判所は部落民の収益權を以て民法上の入會權であると爲し、行政訴訟を以て争ふことを得ないものとして訴を却下した。

(評釋) 部落民が其の部落の住民たる資格に於いて部落有山林に付き共同に薪炭採燒其の他の収益を爲す權利を有して居たのを以て、判決は民法上の入會權なりと解して居るのであるが、是は正當の見解とは認め難い。部落有の山林が部落住民の公共の使用に供せられて居るならば、それは其の部落の公物であつて單なる収益財産ではない。部落の公物に付いて部落の住民が其の住民たる資格に基づき使用収益を爲し得る權利は、假令其の内容に於いては民法上の入會權に等しきものであつても、住民たる資格に伴ふ權利として公權の性質を有するものと認めねばならぬ。何となれば住民たる資格は公共團體の構成員たる資格で勿論公法的の資格であり、其の資格に伴ふ權利も亦必然に公權でなければならぬからである。

唯本件訴訟の目的とする所は、部落有財産の一部を村有に移し一部を社寺に寄附した處分行爲を無効なりとすることに在るのであり、而して社寺に寄附することが民法上の法律行爲であることは勿論であるのみならず、之を村有に移すことも、村は勿論部落財産を沒收する權能を有するものではないから、部落から村に贈與したものであるのみ思考することが出来るもので、等しく民法上の法律行爲である。即ち本訴は民法上の法律行爲に付いての效力の争に關するもので、其の點に於いて民事訴訟としてのみ争はれ得べきものである。

此の意味に於いて判旨結果に於いては正當に歸するが、併しそ



一一九二 部分林民收権の差押 一一九三 部分林民收権の譲渡  
一一九五 違法なる公物の使用 一一九六 道路占用料

一一九四 寺院境内地の使用権

二八六

れは部落民の共同収益権が民法上の入會権であるが爲ではない。

### 二二二 部分林民收権の差押

●部分林民收権ハ營林局長ノ許可ヲ俟タズシテ之ヲ差押フルコトヲ得(昭七、三、一一、大民)。

部分林とは國有林野法第十九條(「國ハ造林者ト其ノ收益ヲ分收スル契約ヲ以テ國有林野ニ部分林ヲ設ケルコトヲ得」)及國有林野部分林規則に依つて設定せられて居るもので、同規則第三條には「造林者ハ大林區署長(營林局長)ノ許可ヲ得ルニ非ザレバ其ノ權利ヲ處分スルコトヲ得ズ」とある。本件は或る部分林の造林者に對し其の債權者何某が其の収益分收の權利を差押へたのに對し、第三債務者たる國の代表としての營林局長から抗告を爲した事件で、營林局長の主張は差押は權利の處分行爲であつて營林局長の許可を要するから、其の許可を受けない差押は無効であるといふに在つたが、大審院は之を容れず、民收権は全く融通性を有しないものではなく、許可を受ければ處分を爲し得るもので、而して差押自體は處分を爲す行爲ではないから許可を受けずして爲し得るものと判定した。

(評釋) 差押は唯保全行爲であつて、それ自身に權利を處分する行爲ではないから、許可を要しないのであつて、其の點に於いて判旨正當である。唯競賣の效力を生ずる爲には許可を要するこ

●國有林野部分林規則第三條ノ法意ハ大林區署長ノ許可ヲルニ非ザレバ處分行爲ヲ成立セシメザル旨趣ニ非ズシテ唯其ノ處分ノ效力ヲ生ゼザラシムル旨趣ニ過ギズ(大四、四、二二、大民)。

國有林野部分林規則第三條には「造林者ハ大林區署長ノ許可ヲ得ルニ非ザレバ其ノ權利ヲ處分スルコトヲ得ズ」とある。造林者Xが明治三十年に其の權利をYに譲渡する契約を爲し、明治四十三年に大林區署長の許可を受けた。Xの債權者であるKから之を詐害行爲として取消請求の訴を起した。併し明治三十年に譲渡契約を爲した當時に於いてはXは他に充分の資産の有つた者であるから詐害行爲とならず、四十三年の當時に付いて見ると外に資産の無い爲に詐害行爲となる。そこで其の行爲が何時成立したものと見るかが争となつた。大審院は大林區署長の許可は唯效力發生の要件で、其の許可あるまでは權利移轉の効果は發生しないが、賣買契約が締結せられた以上は賣買行爲は既に完成したもので、其の許可は恰も停止條件の成就の如きものであると曰ひ、詐害行爲に非ずと判定した。

(評釋) 判旨正當で、譲渡契約は許可を待たずして有効に成立し、唯權利移轉の効果の發生が許可に繫らしめられて居るのである。

### 二二四 寺院境内地の使用権

●國有財産ガ寺院境内地トシテ其ノ用ニ供セラレタル場合ニ於テハ寺院ハ其ノ財産ニ付キ使用權ヲ有スルヲ以テ不法ニ之ヲ侵害シタル者ニ對シ妨害ノ排除ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス(大一一、四、一四、大民)。

春光院といふ寺院の境内地として無償で使用を許されて居る國有財産の上にXが何等の權原なくして建物を所有して居るといふ理由で、春光院から建物收去土地明渡を求むる訴を提起したのに對し、Xは該土地は國有地であるから國又は其の管理を委任せられて居る地方團體のみが出訴し得べきもので、寺院は當事者たる資格が無いと主張したが、大審院は寺院境内地は國有雜種財産であるが、寺院が其の使用權を與へられて居るもので、此ノ使用權ハ物權タルト債權タルト問ハズ不可侵性ヲ有スルモノナレバ之ヲ妨害スル者ニ對シ其ノ妨害ノ排除ヲ請求スルコトヲ得ルモノト謂ハザルヲ得ズ」と曰ひ、Xの上告を棄却した。

### 二二五 違法なる公物の使用

○道路河川水路堤塘等ノ管理者ガ其ノ無願使用者ニ對シ其ノ上ニ設ケタル工作物ノ撤去ヲ命ジタルハ違法ニ非ズ(昭六、一一、一七、行)。

福島縣に於いてNが大正三年から滿十ヶ年の期限で専用軌道敷

第六類 公物及公企業 第二章 一般公物附屬國有財産

第三節 公物及國有財産の使用

二八七

設の許可を受けて居た。然るに大正十四年にF軌道會社がNから右軌道を讓受け、昭和五年に至り縣知事に専用軌道使用延期願を提出した。之に對し縣知事は右専用軌道は既に滿期となつて居るのみならず、他に權利を讓渡し得ることを承認したものでないから、F會社から延期を願出で得る筋合ではないとして、願を却下すると共に、其の使用中の軌道の撤廢を命じ且道路河川溝渠等の無願使用を差止めた。是が適法であるや否やが本訴の争點である。行政裁判所は右軌道敷設の許可は滿十ヶ年の期限であるから大正十三年十二月を以て滿了したもので、大正十四年の設立に係る原告會社が其の權利を讓り受け得る理由は無い。随つて會社は軌道敷設の權利を有しないものであるから、縣知事が其の管理に屬する道路水路堤塘等の上に敷設してある軌道の撤去を命じたのは正當であると判定した。

### 二二六 道路占用料

○道路法第二十八條第一項ノ許可ハ單ニ占用權ヲ附與スルニ止マリ同條第四項ノ占用料ヲ徴收又ハ増徴セラレザル地位ヲ占用者ニ附與スルモノニ非ズ。

道路法第二十八條第四項ノ占用料徴收ハ一ニ管理者ノ裁量ニ委シタルモノト解スベキモノトス(昭七、七、一三、行)。

京都市長が昭和六年三月に道路占用規程を改正して、電線敷道路占用料一間に付き一年三圓を五圓に改め之を昭和五年四月一日

第六類 公物及公企業 第二章 一般公物附屬國有財産 第三節 公物及國有財産の使用

二八七



に溯つて徴收することとし、因つて京都電燈會社に五萬四千圓の納額告知書を發した。争點は此の如く過去に溯つて占用料を増徴することが適法であるや否やに在る。行政裁判所は道路法第二十八條には占用料徴收の時期を制限して居らぬから、同法第五十二條の手續を履踐すれば、過去に溯つて從來の占用に付き増額追徴しても差支ないものと判定した。

(評釋) 判旨不當である。

問題は二點に分れる。一は占用料の金額を定むることは管理廳の自由裁量の行爲であるや否やの點であり、一は過去に溯つて占用料を増徴し得るや否やの點である。判決は二點とも之を肯定して居るのであるが、共に首肯し難い。

(一) 占用料の金額を定むべき標準に付いては、法律は何等の定をも爲さず、單に「管理者ハ道路ノ占用ニ付占用料ヲ徴收スルコトヲ得」(道路法二八條四項)と曰つて居るのみであるが、併しそれが爲に如何に多額の占用料を徴收せられても、絶対に之に服従することを要するものと解するのは、占用料の性質に反する。道路占用料は其の名の示す如く道路の占用に對する反對給付であつて、租税ではない。随つて其の金額も亦必然に此の性質に適合するものでなければならぬ。其の金額を定むべき標準となるものは其の附近類地の借地料で、假令公物の使用であるとは言へ、其の實質に於いては土地の一部の借用に外ならぬのであるから、其の反對給付としての道路占用料も、亦經濟上に同様の地位に在る土

地の借地料を標準として定めねばならぬもので、若し之を超えて一層多額の料金を一方的に賦課することになれば、それは土地占用の反對給付たる性質を失つて租税たる性質を有するに至り、法律に違反するものたるを免れない。

(二) 一たび或る料金額を定めて占用を許可して置きながら、後になつて、其の金額を増率し、過去に溯つて之を徴收することも亦違法である。占用の許可は言ふまでもなく占用權を設定する行爲で、一たび或る料金を定めて許可が與へらるれば、許可を受けたる者は其の料金を以て道路を占用する權利を得たのである。然るに後に至つて過去に溯つて其の料金を増加することは明に既得の權利を侵害するものである。管理者は固より土地の經濟價格の變動に伴ひ料金を増額することが出来るけれども、それは唯將來に對してのみ有效なり得べきもので、過去に溯つて既に與へられた權利をまでも侵すことの出来るものではない。

判決は恐らくは租税と占用料とを同一視し、租税の税率の變更は年度の初に溯つて適用し得べきことの原則から、占用料に付いても同一の原則の適用あるものと思はれるけれども、それは租税と占用料との性質の差異を無視したもので、租税に付いては人民は既得權を主張し得ないのに反して、占用料に付いては人民は既得の占用權を對抗し得るもので、若し過去に溯つて料金を増徴するとすれば、それは明白な既得の權利の侵害である。

### 第三章 公企業

#### 第一節 郵便、電信、電話

##### 一一九七 郵便物の受取拒む行為

●郵便料ヲ完納シタル郵便物ニ宛所ノ表示トシテ町村字ノ名ヲ掲ゲ番地ヲ記載セザルトキト雖モ其ノ字内ニ於ケル受取人ノ住所又ハ居所ニ其ノ配達アリタルトキハ之ガ受取ヲ拒ムコトヲ得ザルモノトス(昭四、二、一五、大刑)。

郵便法第二十三條には「受取人ハ郵便料ヲ完納シタル郵便物ノ受取ヲ拒ムコトヲ得ス」とあり、第四十三條には「第二十三條ニ違反シテ郵便物ノ受取ヲ拒ミタル者」に對する罰則を定めて居る。

本件は、甲村に住するXが自分の孫である乙村のY方に滞在して居た間に、乙村の村役場から乙村大字何Xといふ名宛の書留郵便を差出し、郵便局でそれをY方に配達したが、Xは現に其處に滞在して居たに拘らず、自分の住所へ轉送してくれと言つて之を受取らなかつた事件で、上告人は、自分の住所でない所へ配達せられた場合に住所へ轉送を求めるのは當然であると主張したが、大審院は、郵便物は必ずしも住所に配達するを要するものではな

く、居所に配達するを以て足り、居所を宛所として居る場合に、其の宛所に配達せられたならば、名宛人は郵便料が完納してある限り之を受取る義務が有るもので、番地又は何某方といふ記載が無くとも其の義務を免れ得べきものではないと判定した。

##### 一一九八 郵便物の所有権

●郵送ニ係ル書狀ハ宛名人之ヲ所持スルモ常ニ其ノ所有ニ屬スルモノニ非ズ(昭五、三、二〇、大刑)。

甲が乙に郵便で脅迫状を送つたのが脅迫罪に問はれたが、原審判決には押收の手紙一通(乙に送つた脅迫状)は刑法第十九條に依り之を沒收する旨の判決を下したのに對し、郵便物を宛名人が受領すれば其の所有權は宛名人に移るものであるから、其の手紙は乙の所有に屬するものであり、之を沒收したのは違法であると上告したが、大審院は之を否定し、郵便物が宛名人に到達し宛名人が之を受領しても、取得の意思を以てしない限り當然には其の所有に屬するものではないと判定した。

##### 一一九九 郵便局の日附印の偽造

●郵便局ノ郵便物ニ押捺スル日附印ヲ偽造シテ郵便物ニ押



11200 郵便集配人の地位  
11201 小包郵便物に添附し得べき添状  
11202 郵便物取扱の放棄  
11203 郵便専用物件の免税特権

二九〇

捺スルハ郵便局ニ於テ郵便物ヲ引受ケタルコトヲ證スル郵便局ノ作ルベキ文書ヲ偽造シタルモノトス(昭三、一〇、九、大刑)。

火災保險會社の代理店を經營して居る何某が、父から其の所有家屋に付き火災保險契約の締結を依頼せられて居たが、未だ其の手續を完了しない内に町に大火が起り父の持家も危険になつた旨を聞いて、驚いて其の時刻前に契約が成立したもののやうに装ふ爲に必要な書類を作り、郵便局の事務員何某に頼み、同日午後四時半頃に郵便局の日附印の時刻を午前九時乃至十二時に組替へて之を必要な書類在中の封筒に押捺せしめ、之を該保險會社宛に發送し因つて保險金を詐取した。此の日附印偽造の教唆が公文書偽造の教唆に該當するや否やが本訴の争點である。

刑法には文書の偽造と印章又は記號の偽造とを區別して規定して居る。郵便局の日附印の偽造が此の何れに該當するかは多少の疑ある問題であるが、大審院は「日附印ニ於ケル局名ハ其ノ郵便局ヲ表示シ又配列セラレタル數字等ハ年月日時ヲ表示スルモノニシテ郵便局ガ郵便物ヲ引受ケタルキ日附印ヲ郵便物ニ押捺スルハ即チ其ノ日附印ニ表示シアル郵便局ガ之ニ表示スル年月日時ニ其ノ郵便物ヲ引受ケタルコトヲ證スル趣旨ニシテ、之ニ依レバ該日附印ノ押捺ハ郵便物ノ引受ヲ證スル該郵便局ノ署名アル文書ト解スルヲ相當トス」と曰ひ、印章又は記號の偽造ではなく文書の偽造であると判定した。

より一定の職務に従事して居るのであるから之を職員に非ずと解すべき何等の理由をも認め得ない。

郵便集配人が刑法の意義に於いての公務員に該當しない所以は、一に公務員の觀念が決して職名が法令に規定せられて居るや否やに依つて定むべきものではなく、其の擔任する公務の性質に依つて定むべきことに存するのである。職名が法令に依つて定められて居ると否とを問はず、其の擔任する公務が單純な機械的の勞務であり、刑罰に依つて其の威信を保護すべき必要の無いものは、刑法に所謂公務員に該當しないのである。

### 11201 小包郵便物に添附し得べき添状

●郵便法第二十條ニ所謂添状トハ小包郵便物ノ内部ニ添附セル書面ニシテ郵便規則第十條ノ認許スル事項ヲ記載シタルモノヲ指稱ス(大五、二、二四、大刑)。

小包郵便物には無封の添状又は添状の外書状を合装してはならぬものと定められて居る(郵便法第二十條)。本件は小包郵便物に『拜啓時下御清榮奉賀候陳者今般弊社製品ノ内何々調製仕候ニ付茲ニ送呈御高覽ニ供シ候間多少ニ不拘御用命被成下度拜願仕候右得貴意度如此御座候敬具』と書いた書面を合装した事件で、それが添状ではなく書状であると認定せられたのは當然である。

### 11202 郵便物取扱の放棄

第六類 公物及公企業 第三章 公企業 第一節 郵便、電信、電話

二九一

### 11203 郵便集配人の地位

●郵便電信及電話官署ニ於ケル現業備人ハ官制職制又ハ其ノ他ノ法令上職員ト稱スルヲ得ザルモノトス。  
現業備人タル集配人ハ郵便電信及電話官署現業備人規程ニ依リ公務ニ従事スル者ナリト雖モ職員ニ非ザレバ之ニ對シ暴行ヲ爲シ以テ其ノ公務ノ執行ヲ妨害シタルトキハ刑法第二百三十四條ニ依リ業務妨害罪ヲ構成スルモ同第九十五條ノ公務執行妨害罪ヲ構成セザルモノトス(大八、四、二、大刑)。

(評釋) 刑法の意義に於いての「公務員」とは何を謂ふかに付いては、大審院は從來常に極めて形式的な見解を取り、其の職員が成文の法令に規定せられて居るや否やに依り公務員なりや否やを定むべきものとして居ることは、上卷三五一號乃至三五四號に掲げた通りである。若し此の見解に従へば、郵便集配人は判決の自ら認めて居る通り法令に規定せられて居る者で、隨つて當然公務員と解しなければならぬ結果となる。併し郵便集配人の如き單に機械的の勞務に従事して居る者を刑法の意義に於いての公務員と解することは、普通の法律感情の許さぬ所であるから、大審院は現業備人は「職員」に非ずといふ新な理由を案出して、郵便集配人の公務員たることを否定して居るのである。併し「職員」とは單に或る職務を有つて居る者といふだけの意味で、現業員も固

●郵便法第五十三條第一項(「郵便事務ニ従事スル者正當ノ事由ナクシテ郵便物ノ取扱ヲ爲サズ又ハ之ヲ遅延セシメタルトキ」ニ所謂正當ノ事由ナキモノタルニハ必ズシモ通信ヲ阻害スル目的ニ出ヅルコトヲ要セス郵便事務取扱ノ煩ヲ厭ヒ故ラニ郵便物ヲ放置スルガ如キコトモ亦之ニ該當スルモノトス(大一一、一一、一〇、大刑)。

郵便局に宿直した郵便係が翌朝同局の夜間役所に多數の郵便物の投入せられて居るのを知りながら、取扱の煩を厭うて故意に之を開函せず、そのまま放置して退廳したのが、郵便法第五十三條第一項に該當するものとして處斷せられたのである。

### 11203 郵便専用物件の免税特権

○逓信局長ノ命令書ニ基キ運送業者ガ郵便物運送ノ義務ヲ履行スル爲車體ヲ赤塗トシ之ニ逓信省ノ徽章ヲ附シ使用スル自動車ハ郵便法第七條第二項ニ所謂郵便専用ノ物件ニ該當シ之ニ對シ市税ヲ賦課スルヲ得ザルモノトス。  
郵便専用ノ物件ニ課税シ得ルヤ否ヤニ付テハ市制第二百二十一條ノ適用ナク郵便法第七條第二項ノ適用アルモノトス(昭四、七、二三、行)。

神戸市で、運送營業者Mが郵便物運送の用に提供して居る自動車十一輛に對し、昭和三年度前半期分の自動車税金五百九十圓餘



を賦課したのが、郵便法第七條第二項に「郵便専用ノ物件ハ何等ノ賦課ヲ受クルコトナシ」とあるのに抵觸するものに非ざるや否やが本訴の争點である。行政裁判所は「郵便法第七條第二項ニ所謂郵便専用ノ物件トハ専ラ郵便ノ用ニ使用セラルル物件ノ義ニシテ其ノ所有權ガ國ニ屬スルト將タ一個人ニ屬スルト又其ノ使用關係ガ官ノ直營ニ係ルト將タ民間請負事業ニ係ルトハ之ヲ問ハザル趣意ナリト解スベキモノトス。而シテ本件課税ノ客體タル參加人所有ノ自動車ハ同人ガ大阪逓信局長ノ命令書ニ依リ其ノ負擔セル郵便物運送ノ義務ヲ履行スル爲車體ヲ赤塗トシ之ニ逓信省ノ徽章ヲ附シ之ヲ以テ毎日所定ノ箇所ヲ所定ノ回数郵便物運送ノ用ニ供スルモノニシテ而モ逓信省ノ徽章ニ關シテハ明治四十二年逓信省令第六十五號ニ依リ一般ノ使用ヲ禁止シ之ガ違反者ニ對シ制裁ヲ設クルヲ以テ見ルモ此ノ如キ自動車ハ郵便物運送以外ノ用途ニ使用シ難キモノト認ムベク即チ前記郵便専用ノ物件ニ該當シ之ニ對シ市税ヲ賦課スルコトヲ得ザルモノトス」と曰ひ、又市制第二百一十一條に依れば是は市税を賦課し得べきものであるが、郵便法第七條は其の特別法と解すべきものであるから、是には郵便法の規定を適用すべく市制の規定に依るべきものではないと判定した。

(評釋) 判旨賛成し難い。

「郵便専用ノ物件」に付いて租税を賦課せられない特權が認められて居るのは、専ら郵便事業の保護の目的に出て居ることは言ふまでもない。郵便事業は國家が公益の爲に經營して居る事業で、

收益を目的として居るものではないから、それに付いては何等の賦課を受けないものとして居るのである。假令郵便事業の爲に使用して居る物件であつても、若し其の物件が私人に屬して居つて、私人がそれに依つて收益を得て居るならば、之に免稅特權を與ふことは全く理由の無いことで、郵便法第七條第二項はそれまでを包含する趣意に解すべきではない。

本件自動車は成程郵便事業の爲に提供せられて居るものであるが、併し其の提供者たる運送業者はそれに對し相當の報酬を受けて居るもので、運送業者は之を以て收益の目的に供して居るものであることは普通の自動車に於けると同様である。之を郵便事業に用ひて居るや他の貨物運送に用ひて居るやは自動車の所有者に取つては、單に收益の手段の相違であつて、收益の目的に供して居ることに於いては何等の相違も無い。之に課税することの出来ないものと解するのは、「郵便専用ノ物件」といふ文字に拘泥して其の本旨を誤つたものである。法律が「郵便専用ノ物件」と謂つて居るのは、郵便事業に専用して收益の目的とせられて居らぬ物件といふ意味に解すべきもので、郵便法には之を明言して居らぬけれども、市制第二百一十一條第二項及第三項の但書に定められて居ると同様の例外は、當然に除外せられて居るものと認めねばならぬ。

○郵便官署ニ貸與シ其ノ全部ガ郵便局合トシテ使用セラルル建物ハ私人所有ノモノト雖モ郵便法第七條第二項ニ所謂

郵便専用ノ物件ニ該當シ之ニ關シ市税ヲ賦課スルコトヲ得ザルモノトス(昭七、一〇、一一、行)。

(評釋) 是も同様の趣意に出て居るもので、判旨等しく不當である。

私人が逓信局に貸貸して居るのは、私人の立場から言へば單に賃貸行爲であつて、郵便に専用して居るのではない。郵便に使用して居るのは借主たる國家である。國家が郵便に専用して居るからと謂つても、賃貸者たる私人に租税すべき理由は全く存在しない。

一〇四 郵便貯金通帳の偽造

●郵便貯金通帳ハ刑法第百五十五條ノ意義ニ於テ公文書ナリ(昭六、三、一一、大刑)。

一〇五 虚偽の電報を發する行爲

●電信法第三十三條ノ罪ハ自己若クハ他人ニ利益ヲ與ヘ又ハ他人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ虚偽ノ電報ヲ發スルニ因リ直ニ成立スルモノニシテ其ノ電報ガ當該名宛人ニ到達シタルト否トハ其ノ罪ノ成否ニ關係ナキモノトス(大四、九、二八、大刑)。

●同時ニ同文電報ヲ數人ニ發送シタル所爲ハ其ノ受信人ノ

數ニ應ジ數回電信法第三十三條第一項ノ罪名ニ觸ルルモノニシテ刑法第五十四條第一項ヲ適用スベキモノトス(大四、九、二七、大刑)。

●電信法第三十三條第一項ニ所謂利益中ニハ衆議院議員ノ當選ニ關スル利益ヲモ包含スルモノトス(大四、九、二七、大刑)。

●電信法第三十三條第一項ニ所謂利益ニハ何等ノ制限ナキヲ以テ郡會議員ノ當選ニ關スル利益ヲモ包含スベキモノト解スルヲ相當トスベク又同條ニ所謂損害ニ付テモ單ニ財産上ノ損害ニ局限スベキモノニ非ズシテ郡會議員ノ當選ヲ妨害スルニ因リ生ズル損害ヲモ之ニ包含スルモノト解スルヲ適當トス(大九、六、七、大刑)。

●電信法第三十三條第一項ハ利益ノ獲得若クハ損害ノ發生ヲ目的トシテ虚偽ノ電報ヲ發シタル者ヲ處罰スル趣旨ナレバ其ノ電報ガ宛名人ノ依頼ニ基クヤ否ヤ又通信事項ノ大小輕重如何ハ犯罪ノ成立ニ影響ナシ(大一一、四、一九、大刑)。

是は料理屋の酌婦の依頼を受け主人から前借金の借増を爲さしむる爲に該酌婦に宛て「母危篤」云々の虚偽の電報を發した事件である。

●電信法第三十三條第二項ハ單ニ同條第一項ニ指示セル目的ヲ以テ電信爲替ニ要スル虚偽ノ電信ヲ發送スル行爲ヲ處



一二〇六 許可を得ざる聴取無線電話の施設 一二〇七 電話利用の法律關係  
一二〇八 電話加入権と即時時効 一二〇九 電話加入権の移轉性及之を第三者に對抗する要件  
モノニ非ズ(大六、八、一一、大刑)。

電信に依る爲替詐欺事件で、共犯者の一人が先づ詐欺の手段として虚偽の電信爲替用の電報を發送し、之に基づき拂渡郵便局で作成した爲替證書を共犯者の他の一人が受領し、之に依つて爲替金を騙取したのが、電信法違反と詐欺罪との併合罪に問はれたので、勿論電信法違反の一罪に止まるものではない。

●自己若ハ他人ノ利益ヲ圖リ又ハ他人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ電信ノ設備ヲ利用シ虚偽ノ通信ヲ爲シタル以上名宛人ノ他人ナルト自己ナルトヲ問ハズ電信法第三十三條第一項ノ罪成立スルモノトス(昭五、五、一七、大刑)。

自分に宛てて虚偽の電報を發した場合でも、等しく有罪たるを免れない。自分に宛てた場合でも之を證據として他人を欺かんとする目的に出でたことを推定し得べきもので、公の電信事業を詐欺の手段に悪用したものであることを失はないからである。

### 一一〇K 許可を得ざる聴取無線電話の施設

●時事音楽其ノ他ノ放送事項ノ聴取ヲ目的トスル私設無線電話ヲ許可ナクシテ施設シ又ハ使用シタルトキハ無線電信法第十六條ニ依リ之ヲ處罰スルモノトス(大一一、五、三、四、大刑)。

法上の債權として取扱はれて居る(上卷三號)。而も電話の加入は即時自由で爲し得る所ではなく、其の申込の後架設を見るまでには多くの年月を要する爲に、電話加入権は相當に高い價格を以て民法上の取引の目的となり、之に關して法律上の問題を生ずることが多い。以下掲ぐる所の判例は之に關する近頃の判例の中重なるものを集めたもので、主としては民法上の問題に關するものであるが、事公企業に關するが故に茲に採録する。

### 一一〇K 電話加入権と即時時効

●電話加入権ハ電話官廳ニ對シ有スル電話ノ利用ヲ目的トスル一種ノ債權ナルヲ以テ民法第九十二條ノ準用ヲ受クルコトナシ。同條ハ動産ノ占有ニ限りタル規定ニシテ無記名債權ハ之ヲ動産ト看做スト雖モ其ノ他ノ債權ニハ之ヲ準用スベキモノニ非ズ(大七、四、一三、大民)。

電話加入権に即時時効の適用の無いことは勿論である。

### 一一〇L 電話加入権の移轉性及之を第三者に對抗する要件

●加入者ノ享有スル電話利用權ハ一種ノ債權ニシテ專屬的性質ヲ有スルモノニ非ザレバ法令ニ於テ禁ゼザル限りハ之ヲ移轉スルコトヲ得ルモノトス。

判旨固より當然であるが、唯判決が其の許可を必要とする理由に付いて『通信ノ秘密其ノ他一般社會ノ安全ヲ確保スルガ爲國家ノ直接監督ノ下ニ置キタルモノ』であると曰ひ、許可を受けずして其の施設を爲すことは『現實ニ無線電話機ニ依ル通信ノ秘密其ノ他一般社會ノ安全ヲ侵害スルノ虞アリ』と曰つて居るのは、其の許可を警察許可と混同して居る嫌が有る。無線電話の施設に付いて國家の許可を要するのは、無線電話が國家の獨占權に屬するが爲であり、其の許可は獨占權に基づく許容である。社會の安全の爲にする警察許可とは區別を要する。

### 一一〇M 電話利用の法律關係

●國家ノ經營スル電話事業ハ公衆ニ通話ノ役務ヲ供與スルモノニシテ之ニ要スル設備ハ固ヨリ營造物ナリト雖モ其ノ役務ノ利用ハ公園道路ノ利用ニ於ケル如ク公衆ノ自由ニ委セラレタルモノニ非ザレバ公衆ハ當然之ヲ利用スルノ自由ヲ有セズ。電話加入者トシテ電話ヲ利用スルコトヲ得ルニハ加入ノ申込ヲ爲シ電話官廳ニ於テ之ヲ承諾シ兩者ノ間ニ契約ノ成立スルヲ要シ、加入者ハ此ノ契約ニ因リテ電話利用ノ權利ヲ享有スルモノナリ(大六、一一、二二、大民)。

(評釋) 電話事業は勿論國家の公の施設であるが、電話加入者が之を利用する關係は一種の契約關係であり、加入者の權利は民

電話利用權が移轉性ヲ有スルモノナル以上ハ電話規則ニ於テ特ニ名義變更ヲ許サザルコトヲ規定シタル場合ノ外ハ加入者ハ自由ニ之ヲ移轉スルコトヲ得ベキヲ以テ電話利用權ノ賣買ハ有效ナリトス(大六、一一、二二、大民)。

●加入申込ノ順序ニ依リ開通シタル電話ハ勿論電話規則第九條第一號ニ依リ開通シタル電話ト雖モ開通ノ時ヨリ滿五ヶ年ノ後ハ之ヲ隨意ニ讓渡スルコトヲ得ルモノニシテ讓渡人ノ資力信用ノ如キハ之ヲ問ハザルモノトス。

如上ノ電話加入権ノ讓渡ハ當事者ノ意思表示ニ因リ權利移轉ノ效果ヲ生ズルモ加入名義變更ノ手續ヲ經ルニ非ザレバ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザルモノトス(大六、二、五、大民)。

XがAから電話加入権を買受けたが、まだ名義書換の手續をしない間にAは更に同じ電話をYに賣渡しYの名義に書換へた。そこでXからYを被告として電話名義書換請求の訴を起したが、大審院はXが假令Aから電話を買つたとしても名義の書換を爲さない限り之を第三者たるYに對抗することを得ないものと爲し、原告の敗訴を宣告した。

●電話加入権ノ移轉ハ名義變更ノ手續ヲ爲スニ非ザレバ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザルヲ以テ、電話加入名義者ヨリ加入権ヲ取得シタル者數人アル場合ニハ其ノ相互



一一二〇 電話加入名義變更の判決の效力 一一二一

電話加入権の競賣と電話官署の書換義務

間ノ關係ニ於テハ孰レガ權利者ナルカハ加入名義變更ノ登録ヲ爲スニ依リテ定マルベキモノニシテ孰レモ其ノ登録ヲ爲サザル間ハ相互ニ權利ヲ主張スルコトヲ得ザルモノトス。

電話加入権ノ取得ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ加入名義變更ノ登録ヲ爲スコトヲ要スルモノト解スルヲ相當トス(大一〇、七、八、大民)。

●電話加入権ノ讓渡ハ當事者ノ意思表示ニ因リ權利移轉ノ效果ヲ生ズルモ加入名義變更ノ手續ヲ經ルニ非ザレバ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザルモノニシテ、加入名義變更ノ手續ヲ爲スニハ當事者ノ連署シタル請求書ヲ當該電話交換局ニ差出シテ其ノ承認ヲ受クルコトヲ要スルモノトス。

電話加入名義變更手續ヲ爲スニ當リ當事者雙方若クハ一方ノ承諾ナクシテ其ノ記名ヲ爲シ偽造印ヲ捺捺シタル請求書ノ如キハ當事者ノ連署シタル請求書ト謂フコトヲ得ザルガ故ニ、斯ノ如キ請求書ヲ當該電話交換局ニ提出シテ其ノ承認ヲ受クルモ、其ノ承認ハ當然無効ニシテ電話加入名義變更ノ手續ヲ有效ニ履踐シタルモノト謂フヲ得ズ。從テ縱令當事者間ニ電話加入権讓渡ノ意思表示アリテ權利移轉ノ效

果テ生ズルモ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザルモノトス(大一〇、八、一〇、大民)。

一一三〇 電話加入名義變更の判決の效力

●債務者ニ對スル電話加入名義變更ノ請求ヲ爲スベキコトヲ命ジタル判決ガ確定シタルトキハ債務者ハ電話規則第十二條第二項所定ノ書面ヲ以テ加入名義變更ノ請求意思ヲ表示シタルコトト爲リ判決ノ執行ハ何等執行手續ヲ要セズシテ判決ノ確定ト共ニ當然實現セラルルモノトス(大六、一、二、二二、大民)。

電話加入の名義變更には、一般には讓渡人と讓受人とが連署して電話官署に名義書換を請求しなければならぬのであるが、裁判判決に依つて名義書換を爲すべきことが確定すれば、其の判決が讓渡人の意思に代る效力を有するのであつて、讓渡人の連署を要せず、電話官署は其の書換を爲すべき拘束を受けるのである。上卷三四號参照。

一一三二 電話加入権の競賣と電話官署の書換義務

●電話加入権ノ假差押アリタルニ拘ラズ第三者ニ加入名義ノ書換ヲ爲シタル電話官署ハ之ヲ理由トシテ讓渡命令ニ基キ該權利ヲ讓受ケタル者ニ對シ名義書換ヲ拒ムコトヲ得ザ

ルモノトス(昭五、三、二七、大民)。

是も電話官署が司法裁判所の判決に拘束せらるる一の場合で、電話加入権が民法上の權利として認められて居る以上は、行政官廳と雖も司法權に依つて規律せらるることを免れないのは當然である。

一一三三 至急開通電話加入権の差押及競賣

(一)

●至急開通電話加入権ハ其ノ讓渡禁止期間内ト雖モ之ヲ差押フルコトヲ得ルモノトス(昭五、二、一四、大民)。

●讓渡禁止期間内至急開通電話加入権ニ對シテ爲シタル差押ハ差押命令ノ送達ト共ニ直ニ其ノ效力ヲ發生シ、禁止期間内其ノ效力ノ發生ヲ停止セラルルモノニ非ズ(昭七、六、三、大民)。

差押は保存行爲であつて處分行爲ではないから、處分の出来ない權利であつても、それが絶対の不能でなく、或る期間處分能力が停止せられて居るに過ぎないものであれば、尙之を差押ふることを妨げないのである。

(二)

●至急開通電話加入権ノ強制競賣ハ其ノ處分禁止期間内ニ爲サレタル場合ト雖モ必ズシモ無効ニ非ズ(昭三、一一、三〇、

大民)。

債權者Aが債務者Bの有する電話加入権の強制執行を爲し、換價命令を得て之を競賣に付し、Xが之を競落して代金八百圓を支拂ひ、他の債權者であるCDがそれより其の代金の中から配當を受けた。然るにXは逓信局に電話の名義書換を申請した所、右は至急開通の電話であるので開通後五年を経過せねば名義の變更は出来ないといふことで、競落人は電話加入権を取得することが出来なかつた。因つて競落人Xから右の競賣は無効でありCDが競落金から配當を受けたのは不當利得であるといふ理由で、CDを被告として返還請求の訴を起した。第一審第二審は原告の勝訴となつたが、大審院は之を破毀して、其の競賣は有効であると爲し、原告の敗訴を宣告した。

(評釋) 處分停止期間内は讓渡の效果を實現することが出来ないもので、其の間は效力が停止せられて居ることを免れないが、併し其の期間經過後に之を實現することの條件を以ては、停止期間内と雖も之を讓渡することは可能であり、而して其の停止期間内に競賣に付せられた場合には、入札者は當然それが停止期間内のもので其の期間を過ぎねば名義の書換を爲すことが出来ないことを知つて居なければならぬもので、若し之を知らずに競落したとすればそれは自分の過失に基づくものに外ならぬから、直に書換が出来ないからと謂つて、責を他の者に歸することは出来ないものである。



一一二一三 電話加入権の轉付命令 一一二一四 電話加入権讓渡禁止假處分の效力  
一一二一五 電話加入権の回復 一一二一六 列車給仕の資格 一一二一七 車掌の職務

二九八

### 一三三 電話加入権の轉付命令

●差押へタル電話加入権ハ之ガ換價方法トシテ轉付命令ヲ發スルコトヲ得ザルモノトス(昭七、五、三一、大民)。

債務者Xに甲乙二人の債権者が有つた。甲が先づXの電話加入権を差押へ、次いで讓渡命令を申請し、裁判所から右電話加入権を支拂に代へ六百六十五圓を以て甲に讓渡する旨の命令を受けた。後れて乙も同じ電話加入権を差押へたが、それは甲に讓渡命令が發せられた後であつたので、甲は其の電話を自分の名義に書き換へた。因つて乙から甲を被告として、讓渡命令に掲げられた六百六十五圓の中三百四圓餘を不當利得として返還請求の訴を起した。大審院は、電話加入権には券面額が無いから轉付命令は發し得べきものではない。随つて若し右六百六十五圓を以て甲に讓渡する命令が轉付命令の趣旨であれば、それは無効であるが、若し其の讓渡命令が電話加入権の處分方法として民訴六二五條三項に依つて發せられたものであれば、甲が六百六十五圓を支拂はねばならぬ筈であるから、乙はその中から配當を要求し得べく、甲が獨り自分の有に歸せしめたのは不當利得であると曰ひ、再審理の爲に差戻した。

### 一三四 電話加入権讓渡禁止假處分の效力

●讓渡禁止ノ假處分ノ目的物ニ對スル強制執行ハ假處分權

強制執行の結果を假處分權利者に對抗するを得ないものであると爲し、原告の勝訴を判定した。

### 一三五 電話加入権の回復

●電話規則ニ抹消手續ニ依リテ原權利者ノ權利ヲ回復スル方法ノ定ナキ以上ハ名義變更ノ手續ニ依リテ其ノ目的ヲ達スルノ外ナキモノトス(大八、一〇、二、大民)。

電話加入権者が不法に他人に其の加入名義を書き換へられたのであるが、電話に付いては登録の抹消の手續が無いから、其の權利の回復は名義變更の手續に依るの外は無いのである。

## 第二節 鐵道、軌道、乗合

### 自動車

### 一三六 列車給仕の資格

●列車給仕ハ鐵道營業法第三十八條ニ所謂鐵道係員ニ非ズ(大七、一一、二七、大刑)。

三等乗車券を有つて居る汽車の乗客Fが二等列車を貫行せんとしたので、列車の給仕Nが之を制止したのに對し、Fは之に應じないばかりでなく暴行を加へた。是が原審では鐵道營業法第三十

利者が異議ヲ主張シタルト否ト問ハズ之ヲ以テ假處分權利者ニ對抗スルコトヲ得ザルモノトス(昭四、四、三〇、大民)。

AがBに電話加入権を讓渡したが、未だ名義書換の手續をしなないので、BはAを債務者、東京中央電話局長を第三債務者として、其の加入名義書換、架設場所の變更等一切の處分を禁止する旨の假處分命令を東京地方裁判所に申請し、裁判所は其の決定を與へて之を債務者及第三債務者に送達した。然るに其の決定の存続中にAの他の債権者であるXが其の債権の強制執行としてまだAの加入名義になつて居る電話加入権の差押及讓渡命令を申請し、Bから之に對し異議の申立を爲さなかつたので、裁判所は讓渡命令を發し、因つてAとXとの間に名義書換の手續を了し、電話はX名義となつた。因つてBからXを被告として、右電話加入権は讓渡命令當時既にBに屬して居り、且つ讓渡禁止の假處分中であるから、其の讓渡は無効であるといふ理由で、加入名義書換請求の訴を起した。原審では讓渡禁止假處分の存続中には他の債権者は強制執行を爲すことを得ないものであることを認めなければ、唯本件の場合は強制執行に對し異議の申立を爲さなかつたのであるから、強制執行の既に終了し、加入名義の書換も行はれた後になつては、もはや假處分の決定を對抗し得ないとして、原告の敗訴としたが、大審院は原判決を破毀し、假處分決定の存続中は強制執行を爲すを得ないものであるから、假令假處分權利者が異議申立を爲さなかつたとしても、尙其の強制執行は無効であつて、

八條に「暴行脅迫ヲ以テ鐵道係員ノ職務ノ執行ヲ妨害シタルモノ」に該當するものとして處斷せられたが、大審院は列車給仕が明治三十三年遞信省令第三十七號鐵道係員職制の中に規定せられて居らぬといふことを理田として、給仕は鐵道係員に非ずと爲し、之に對する暴行は係員の職務執行を妨害したものに該當しないと判定した。

(評釋) 判旨養成し難い。列車給仕は勿論刑法の意義に於いての公務員ではないが、鐵道營業法の意義に於いての鐵道係員たることは疑を容れぬ所と思ふ。鐵道係員職制の中に規定せられて居らぬといふだけの理由で、之を係員に非ずと斷ずるのは餘りに形式に拘泥して、法律の本旨を顧みない非難を免れない。

### 一三七 車掌の職務

●車掌ハ乗客ガ鐵道運輸規程第十七條ニ依リ優等車へ乗換ノ請求ヲ爲ス場合ニ於テハ運輸従事員服務規程第二百十四條ニ依リ其ノ旨驛長ニ告知スベク又檢札ノ際乗越其ノ他等級違等ヲ發見シタルトキハ同第二百十條ニ依リ制規ノ手續ヲ爲シ且驛長ニ告知スル職責ヲ有スルモノニシテ斯ノ如キ告知ハ列車外ニ於ケル驛長所在ノ場所ニ就キ之ヲ爲スヲ得ベク必ズシモ列車内ニ於テ之ヲ爲スヲ要スルモノニ非ズ。車掌ハ其ノ職責上被告ノ等級違乗客ナルコトヲ驛長ニ告知



一三二八 乗車券なき乗車 一三二九 鐵道乗車券の性質 一三三〇 地方鐵道工事施行期限の伸長  
一三三一 專用軌道工事竣功期限の伸長 一三三二 軌道の布設に基づく漁業權の侵害 三〇〇

シ相當處置ヲ求ムル爲被告ニ對シ任意同行ヲ求メ若シ之ニ應ゼザルトキハ驛長ニ對シ相當指揮ヲ乞フベキ職責ヲ有スルモノナレバ被告ガ故ナク暴行ヲ以テ其ノ執行ヲ妨害シタル行爲ハ鐵道營業法第三十八條ニ該當スルモノトス(大八、二、一三、大刑)。

### 一三八 乗車券なくして乗車する行爲

●鐵道營業法第二十九條第一號(「有效ノ乗車券ナクシテ乗車シタルトキ」)ノ罪ハ鐵道係員ノ許諾ヲ受ケズ有效ノ乗車券ナクシテ乗車スルニ依リ成立シ人ヲ欺罔スルコトハ其ノ構成要素ニ屬セズ故ニ詐欺ノ手段ヲ用キ有效ノ乗車券ナクシテ乗車シ財産上不法ノ利得ヲ得タルトキハ詐欺罪成立シ、前示法條ノ犯罪ヲ構成スルモノニ非ズ(大六、二、一七、大刑)。

●鐵道營業法第二十九條第一號ノ罪ハ鐵道係員ノ許諾ヲ受ケズ有效ノ乗車券ナクシテ乗車スルニ因リテ完成シ詐欺ノ手段ヲ用キルコトハ其ノ構成要件ニ非ズ(大七、六、一一、大刑)。

### 一三九 鐵道乗車券の性質

●鐵道乗車券ハ有價證券ニシテ其ノ偽造ハ刑法第六十二

條第一項ニ該當ス(大六、二、一九、大刑)。

刑法第六十二條は有價證券の偽造又は變造の罪を定めて居るが、鐵道乗車券が同條に所謂有價證券に該當するや否やは頗る疑はしい。判決には「證券ニ表示セラルル財産上ノ權利ノ行使ニ其證券ノ占有ヲ必要トスルモノナルニ於テハ其證券ハ刑法第六十二條ノ有價證券ニ該當ス」と曰ひ、有效の乗車券を所持したければ乗車することを得ないのであるから、乗車券は「運賃ノ支拂ニ對スル受領證ニ非ズシテ乗車ニ付キ通用セシムル目的ヲ以テ發行スル一種ノ證券」であり、隨つて有價證券であるとなし、又「乗車券ガ流通ヲ有スルト否トハ其有價證券タルコトニ消長ナシ」と曰つて居る。

### 一三〇 地方鐵道工事施行認可申請期限の伸長

○地方鐵道法第十四條ニ依リ鐵道業者ガ工事施行認可ヲ申請スベキ期限ノ伸長ヲ申請シタル場合ニ監督官廳ガ之ヲ許否スルハ依法處分ニシテ自由裁量ノ處分ニ非ズ。右伸長ノ申請ガ正當ノ理由アル場合ニ於テ監督官廳ガ之ヲ拒否スルハ違法ナリ(昭四、二、二〇、行)。

東京日光電氣鐵道株式會社の發起人が鐵道大臣から大正十二年七月十九日附で東京日光間の鐵道敷設の免許を受けたが、それには大正十三年七月十八日までに工事施行認可を申請すべき期限が附せられて居た。然るに大正十二年九月一日の關東大震災が有り

之ヲ不許可シタルハ違法ニ非ズ(昭六、二、一七、行)。

### 一三三 軌道の布設に基づく漁業權の侵害

●電氣軌道株式會社ガ軌道條例其ノ他ノ法令ニ依リテ當該行政官廳ヨリ軌道ヲ布設スルコトヲ特許セラレ其ノ命令ノ指定シタル線路ニ認可ヲ經テ架橋ヲ爲シタルトキハ其ノ工事ハ法令上會社ノ爲サザルベカラザルコトヲ爲シタルニ外ナラザレバ縱令之ガ爲ニ他人ノ漁業權ヲ害スルノ結果ヲ生ズルモ之ヲ目シテ會社ノ不法行爲ト謂フヲ得ズ(大五、五、一六、大民)。

財界に大打撃を與へた爲に會社の設立が後れて期日までに工事認可を申請することが不可能となつたので、大正十三年六月二十四日に期限伸長願を差出したが、同年九月二日附で「期限伸長ノ申請ハ聽届ケ難シ」といふ指令が有つた。本件は之を違法なりとする訴であつて、第一に争となつたのは斯かる事件が行政訴訟の目的となり得るや否やに在つたが、その點に付いては上卷六九六號に述べた。第二に争となつたのは、期限伸長を許可するや否やは鐵道大臣の自由裁量の行爲であるや否やに在つたが、行政裁判所は之を否定し、地方鐵道法第十四條に「地方鐵道營業者ハ天災事變其ノ他已ムコトヲ得サル事由アル場合ニ限り第十二條第二項ノ規定ニ依リ附セラレタル期限ノ伸長ヲ申請スルコトヲ得」とあるのは、此の要件を備へて居る場合には其の伸長を請求する權利を與へて居るもので、監督官廳は之を許可すべき義務が有るものであるとなし、而して關東大震災に因り財界が非常な大打撃を受け總ての企業が大頓挫を來したことは顯著な事實であるから、之が爲に會社の株式募集に手違を生じ其の設立が後れたのは正當の理由あるもので、隨つて其の申請は適法であり、主務大臣が之を拒否したのは違法であると判定した。

### 一三三 專用軌道工事竣功期限の伸長

○專用軌道工事竣功期限伸長出願ニ對シ天災事變其ノ他已ムコトヲ得ザル事由ニ因ルコトノ認ムベキモノナキ場合ニ

某軌道會社が軌道敷設の特許を受け、其の特許命令書に指定せられた線路に、官廳の認可を得て橋梁を架設したが、其の架橋の爲に原告の漁業權を侵害したといふ理由を以て、漁業權者から會社を被告として、損害賠償の訴を起した。第一審及第二審判決では、此の要求を容れ、會社は賠償義務を負ふべきものと決せられたが、大審院は原審判決を破毀して、會社は法令上爲すべきことを爲したのであつて、不法行爲ではないと判定した。

(評釋) 判旨養成し難い。

公企業の特許は、特定の事業を行ひ得べき權利を付與する行爲であるが、併しそれは決して第三者の既得權を侵害し得べき權利を包含するものではない。若し其の特許せられた行爲が絶対に第



三者の權利と兩立し得ないものであれば、それは不能を内容とする行為で當然に無効であり、絶対に兩立し得ないものでない限りは、第三者の權利を侵害せざる方法を以て之を執行すべしといふ條件を含んだものと解しなければならぬ。斯く解するに依つてのみそれが有効の特許であり得るのである。

本件に於いても軌道の特許は唯國家が企業者に對し軌道敷設の權利を付與したに止まり、其の線路に該當する土地河川等に付いての處分權をまでも付與したのではない。假令命令書に於いて一定の線路を指定して、其の線路に敷設すべきことを命じたとしても、其れは總ての第三者の權利を無視して之を敷設し得べき特權を與へたものではなく、土地河川等に付いて正當に處分權を取得して然る後に之を敷設すべきことを當然の條件とするものと解しなければならぬ。若し命令書に指定した線路が他人の所有地に該當するならば、企業者は或は土地を買受けるか或は收用するかに依りて其の土地を取得して後に始めて軌道を敷設することが出来るのであつて、命令書を根據として直に他人の所有地に之を敷設し得べきものではない。若しそれを敢てするならば不法行為として損害賠償の責を負はねばならぬことは當然である。漁業權に付いても同様であつて、若し本件架橋工事が漁業權を侵害することゝ明白であれば、企業者は漁業權者の承諾を得るか、又は其の權利を收用するかに依りてのみ架橋工事を爲すことが出来るのであつて、其の侵害に拘らず之を爲せば損害賠償の義務の有ることは

當然である。

唯本件の工事が果して漁業權を侵害するものであるや否やは、別問題であつて、それは多少疑はしいが、此處では之に論及しない。

一三四 市營軌道に於ける市と乗客との法律關係

●一定ノ報酬即チ所謂賃金ヲ以テ旅客又ハ貨物ノ輸送ヲ目的トスル事業ハ私法上其ノ經營者ト相手方トノ間ニ一ノ運送契約ヲ成立セシメ財産上利益ノ取得ヲ目的トスル營利事業ニシテ、其ノ經營者ノ私人ナルト公法人タル國家其ノ他ノ公共團體ナルトニ因リ差異アルモノニ非ズ。運送事業ハ其ノ遂行ノ手段トシテ軌道車輛其ノ他ノ機械器具ノ使用ヲ必要トスルモノノ使用ヲ目的トスル法律關係ニ非ズシテ人又ハ物ヲ輸送スル仕事ノ完成ヲ目的トシ運賃ハ即チ其ノ仕事ノ完成ニ對スル報酬ニ外ナラザルヲ以テ乗客ノ支拂フ乘車賃ヲ以テ營造物ノ使用料ナリト解スルハ乘車賃金ノ性質ニ反ス。故ニ市ガ其ノ營造物タル軌道ヲ使用シテ乗客ノ輸送ヲ爲スモ、此ノ事實ハ電車事業ノ營利的性質ヲ阻却スルモノニ非ザルハ勿論、市ト乗客トノ間ニ於テ私法上ノ運送契約ノ成立スルコトヲ妨グルコトナク、何レノ點ヨリ見ルモ電車事業ニ關スル市ト乗客トノ法律關係ハ私法關係ニシ

テ公法關係ニ非ズ。

市ト乗客トノ間ニ成立スル運送契約ノ主要ノ條件ハ監督官廳ノ認可ヲ受ケタルモノニ歸一確定シ當事者間ニ於ケル簡別的契約ヲ以テ之ヲ動かスコトヲ得ズ。故ニ後ニ至リ運送條件ガ監督官廳ノ認可ヲ經テ變更セラレタル場合ニ於テハ乗客ハ變更セラレタル條件ニ從ヒ乘車ヲ爲スコトヲ得ルニ止マリ既得ノ權利ヲ主張シ變更前ノ運送條件ニ從ヒ其ノ輸送ヲ爲スベキコトヲ市ニ對シ要求スルコトヲ得ザルモノトス。

乘車賃ニ付テモ亦之ト同ジク其ノ額ハ一率ニ定マリ簡別的隨意契約ニ依リ區々ニ之ヲ定ムルコトヲ得ズ、一般公衆ハ乘車當時ニ於ケル規定ノ賃金以上ノ金額ヲ支拂フノ義務ナキト同時ニ其ノ以下ノ賃金ヲ以テ乘車スルノ特權ヲ有スルコトヲ得ズ。

市ト乗客トノ間ニ於ケル乘車契約ハ乘車ノ時ヲ以テ成立スルモノニシテ市ハ其ノ當時ニ於テ實施セラルル運送條件ニ從ヒ乗客ヲ運送スル私法上ノ義務ヲ負擔スルト同時ニ乗客モ亦其ノ當時ニ於テ效力アル賃金率ニ從ヒ乘車賃ヲ支拂フ義務アルモノトス(大六、二、三、大民)。

(評釋) 上卷一號に掲げた判決で、市營の電車の利用關係に付き、(一)乗客と市との間に私法上の運送契約が締結せらるるもの

であり、(二)其の契約は乗車の時に成立し、(三)其の料金其の他運送の條件は乘車當時に有效な市條例又は市規則の規定に依つて一律に定められるものであることを判定して居るのであり、此等の諸點に於いては、判旨何れも正當である。

唯市の電車事業を以て營利事業であると爲し、之を以て其の利用關係が私法上の關係であることの理由として居るのが失當と認むべきことは、上卷一號に於いて既に述べた。又運送の條件が一律に定められ、各場合の契約に依り簡別的に定めらるるものではないことに付き、監督官廳の認可を得て居ることを以て其の理由として居るのも不當であつて、利用條件の一律性は總て公共的な事業に共通な性質であり、監督官廳の認可を要するものであるや否やに拘はらない。

一三五 電車回数乗車券の性質

●東京市ガ内務省ノ認可ヲ得テ定メタル往復券回数券ハ市ヲシテ將來ニ於テ運送義務ヲ負擔セシムベキ無記名證券ニ非ズシテ他日市ト公衆トノ間ニ成立スベキ運送契約ヲ豫想シ其ノ乘車賃ノ支拂ニ充ツル爲單ニ便宜上作成セラルル一種ノ票券ニシテ乘車賃ト通行税トヲ支拂ヒタルコトヲ證シ乘車賃ニ代用セラルルモノト解スルヲ相當トス。從テ之ヲ購買シタル者及其ノ承繼人ハ乘車賃低減ノ場合ニ於テ過拂



金トシテ差額ノ返還ヲ請求シ得ルト同時ニ増額ノ場合ニ付キ其ノ差額ヲ支拂フコトヲ要ス(大六、二、三、大民)。

(評釋) 東京の市營電車の乗車賃が値上げになつた結果、從來發行して居た回数乗車券の效力に付いて生じた争で、回数乗車券は乗車の権利を表明する證券であるや否やが争の要點である。原告は回数券の所持者は乗車に付いての既得権を有するものであることを主張したが、大審院は之を否定し、回数券は乗車権を示す證券ではなく、單に電車經營者に對し一定額の金錢に代用せらるることを對抗し得べきものたるに止まるものと爲し、乗車の條件に付いては其の當時の市條例の一律的な定に従はねばならぬもので、回数券の所持者と雖も既得権を對抗し得べきものではないと判定したのであつて、判旨正當と思ふ。

二三三 自動車運輸營業の許可

(一)

○一定ノ路線又ハ區間ニ據ル自動車運輸營業願ニ對シテハ公益ニ害アル場合ノミナラズ成業ノ見込確實ナラザル場合ニモ亦免許ヲ與フベキモノニ非ズ(昭六、一、三一、行)。

乗合自動車の營業願が縣知事から不許可になつたのに對する不服の訴であるが、行政裁判所は「原告ハ宅地五十二坪畑一段二畝七步原野十四步木造平家建住家一棟及定置漁業權ヲ有スルニ過ギズ且漁業ノ成漬不良ノ爲其ノ生計ニ困難ヲ來シ居ルコトハ原告ノ

自認スル所ナリ」と曰ひ、成業の見込不確實であるから、之に免許を與へなかつたのは適法であると判定した。

(二)

○乗合自動車營業ニ付キ競願ニ係ル數箇ノ出願ガ何レモ適法ニシテ且各出願ノ間ニ優劣ナキ場合ニハ假令法令ノ規定ナシトスルモ先願ヲ許可スルヲ相當トス。  
競願ニ係ル數箇ノ出願ノ間ニ先願後願ノ關係ヲ認ムルニハ出願ガ直ニ許可セラレ得ベキ状態ノ下ニ爲サレタルモノナルコトヲ要セズ。

昭和四年茨城縣令第十四號自動車營業取締令施行規則第三十一條第一號ノ規定ハ之ヲ其ノ但書ト併セテ考フルニ自動車營業ノ出願ガ既ニ同一營業ヲ營ム者ノ存スル區間ニ係リ其ノ區間ノ交通量が稀薄ニシテ既存營業ノ外ニ同一營業ノ開始セラルトキハ何レノ營業モ共ニ繼續スルコト能ハザルニ至リ爲ニ重要ナル交通機關ヲ缺如スルガ如キハ公益ヲ害スル結果ヲ惹起スベキモノト認ムベキ場合ニ非ザル限リ他ニ公益ヲ害スト認ムベキ事由ナク且出願ノ手續及内容ガ法令所定ノ要件ヲ具備スルモノナル以上茨城縣知事ハ之ヲ許可スルコトヲ要スルノ趣旨ト解スルヲ相當トス(昭七、二、二五、行)。

茨城縣のA B兩地間に縣道を新設することとなつたが、其の工

事竣功前昭和四年一月六日にXは兩地間の乗合自動車營業を出願し、後れて一月三十一日にYも同じ地區に同様の出願を爲し、更に三月二十日になつて、Zからも同様の願を提出した、縣知事はXに許可を與へてYZの出願を拒否した。之に對しYから其の不許可を違法として出訴したが、其の理由としては(一)乗合自動車營業に付き必ずしも先願者に許可すべき理由は無い。(二)假に先願者の優先權を認むるとしても先願後願の關係は出願に依り直に許可せられ得べき状態になつてからの出願に付いて謂ひ得べきもので、未だ道路工事が竣功せず隨つて許可の不可能である間に出現したとしても、それは先願たる效力を生じ得べきものではない。(三)一路線一營業主義は絕對の原則ではなく、本件係争の地區は其の交通の状態に於いて二營業の併立を認むべきものであるといふに在つた。行政裁判所は第一點及第二點に付いては原告の主張を否定したが、第三點に付いて其の主張を認め、茨城縣令自動車營業取締令施行規則第三十一條には一路線一營業主義を定めて居るが其の但書には「土地ノ狀況又ハ交通ノ状態ニ依リ必要ト認メタルトキハ此ノ限ニ在ラス」と曰つて居り、而して係争の地區は交通量が相當に多いから二營業の併立を許すべき状態に在ると爲し、「原告ノ乗合自動車營業ノ出願ヲ許可スベシ」と判定した。

(評釋) 本件判旨の當否を論ずるには、先づ乗合自動車營業の許可が自由裁量の行爲であるや否やを明にせねばならぬ。判決はそれが羈束せられた行爲であることを當然

の前提として居るのであるが、それは甚だ疑はしい。自動車交通事業法に依れば、乗合自動車營業は明白に公企業として認められて居るものであるが、同法が未だ實施に至らない本件の場合に在つては、之を公企業として認むべき根據は乏しいが、併しそれであるからと謂つて、其の營業許可を以て單純な警察許可と解するのは不當である。乗合自動車は普通の自動車と異なり、一定の路線を定め、其の路線上處々に駐車場を設け、公衆の利用に應ずるもので、其の道路使用は普通の自由使用を以ては論ずることの出来ないものである。其の營業は必然に道路の特別使用權を伴はねばならぬもので、本件の場合の如きも、縣道の新設に伴ひ其の落成を待つて營業を開設せんとするものであり、道路の特別使用が營業の重要な要素を爲すものであることが明瞭である。それであるから、乗合自動車營業の許可は單純な警察上の營業許可ではなく、同時に道路の使用權を設定する行爲である。單純な警察許可であれば行政廳は公益に害の無い限り許可を與へねばならぬ拘束を受くるもので羈束せられた行爲であるが(上卷二三九號)、道路の特別使用權を設定するのは特權の附與であつて、特別の反對の理由の無い限り何人も之を要求する權利なく、隨つて之を與ふるのと否とは原則として行政廳の自由裁量の行爲である(上卷二二七號)。若し此の見解が正當であるとすれば、乗合自動車營業の許可は自由裁量の行爲であつて、初より行政訴訟の目的とはなり得ないものであり、此の點に於いて判旨既に失當であると思ふ。



併し、假に行政裁判所の見解の如くに、是が羈束せられた行爲であるとするれば、判旨第一點及第二點は正當であつて、同じ事情の下に於いては先願者に許可せられるのが當然であり、又先願者たる資格は既に道路工事が開始せられて居り遠からず落成すべきことの期待せらるる場合に爲した出願である限り等しく之を有するものと認めねばならぬ。唯判旨第三點に至つては、縣令を以て一路線一營業の主義を定めて居り、之を運法として認むべき根據の無い限り、其の主義を破つて同じ路線に二の營業を許可するのは、特に二營業の併立を必要とする事情ある場合に限り、單に其の併立が可能であるといふだけでは其の理由と爲すに足らないもので、此の點に於いて、假令其の許可が羈束せられた行爲であるとしても、判旨正當とは認め難い。

### 第三節 電氣事業、學校、

#### 其他

#### 一三六 電氣事業經營の許可

○電氣事業經營ノ許可ハ電氣事業法第三條ニ依リ逡信大臣ノ權限ニ屬スルヲ以テ地方長官ノ稟伺ニ基キテ爲スコトヲ要スルモノニ非ズ又該事業ニ要スル水利ノ使用願ニ對スル

地方長官ノ處分後ニ爲スコトヲ要セズ。電氣事業經營ノ競願ニ對スル許可ハ電氣料金高低ノ比較ノミニ依リ決スベキモノニ非ズ(昭四、三、二八、行)。  
水力を原動力とする電氣事業の經營に付いては、一面に水利使用に付き地方長官に出願することを要し、一面に電氣事業の經營に付き逡信大臣に出願することを要する。A會社發起人は北海道の大舟川の水利使用に付き大正七年に北海道廳長官に出願し、十年に右の水力に基づく電氣事業經營に付き逡信大臣に出願し、それよりも後れてB會社も同じ水利使用及び電氣事業經營に付き同様の出願を爲した。然るに水利の使用に付き北海道廳長官が未だ許可の處分を爲さざる内に、逡信大臣は後願者たる會社に電氣事業の經營を許可しA會社には不許可の處分を爲した。A會社は之を違法として出訴し、其の理由として(一)水利使用と電氣事業經營とは離るべからざる關係に有るのに、前者の未定の間に後者を不許可としたのは違法であること(二)B會社は電力不足で其の料金高價であるのに、之に許可したのは違法であることを主張したが、二點共に行政裁判所の容るる所とならず、原告の請求理由なきものと判定せられた。

(評釋) 水力電氣事業の許可は水力の使用を前提とするものであるから、水力使用の許可が伴はなければ、實效を現はすを得ないものであるが、併しそれが爲に兩方の許可が同時に行はれねばならぬといふ理由は無い。兩者が二の別々の行政行爲に分れて居

る以上は兩者別々に行はれ得るもので、唯其の一方だけでは獨立に效果を生ずるを得ないといふに止まる。従つて判旨第一點は當然である。

電氣事業の許可を決すべき標準に付いては、判決は別段明言して居らぬが、少くとも料金の高下といふだけで、其の許可を決することを得ないのは當然で、従つて判旨第二點もそれ自身には正當である。唯電氣事業の許可が果して羈束せられた行爲であるや否やは疑はしいが、それは茲には論じない。

#### 一三七 電氣事業者に對する土地使用の許可

●電氣事業法第十條第二項ハ電氣事業者ニ對シ土地使用ノ許可ヲ受クルコトナクシテ工事ニ著手スルコトヲ禁ジタルモノニシテ地方長官ニ對シ土地使用ノ許可ヲ與フルノ時期ヲ制限シタルモノニ非ザルヲ以テ、地方長官ハ電氣事業者ガ許可ヲ受ケズシテ他人ノ地上ニ電線路ヲ架設シタル後ト雖モ土地ノ使用ヲ許可スルコトヲ得ベク、從テ許可以後ノ土地使用ハ適法ナリトス。

電氣事業法第十條第二項ノ土地ノ所有者及占有者ニ爲スベキ通知ハ土地使用ノ許可ヲ受ケタル後ニ爲スベキ行爲ニシテ土地使用許可ノ要件ニ非ザレバ通知ノ有無ハ土地使用ノ許可ノ效力ニハ消長ナキモノトス。而シテ電氣事業者ガ電

線路ノ竣工後ニ土地使用ノ許可ヲ得タル場合ニハ許可後ノ土地使用ノ適法ナルニハ唯其ノ許可アルヲ以テ足り、豫メ著手ノ通知ヲ爲サザリシコトハ許可後ノ土地使用ヲ不法ナラシムルモノニ非ザルモノトス。  
電氣事業法施行規則第二十九條ニ從ヒ土地使用ノ許可申請書ニ記載スベキ事項ハ地方長官ガ土地使用ノ許可ヲ決スル標準ト爲ルモノナレドモ其ノ記載ガ眞實ニ相違シ若クハ不充分ナルガ爲ニ其ノ申請書ニ基キ與ヘタル許可ハ當然無効ニ非ザルモノトス(大一〇、八、一九、大民)。

舊電氣事業法第十條第二項(現行法第九條第二項に該當)には「電氣事業者前項ノ規定ニ依リ他人ノ土地ヲ使用セントスル場合ニ於テ其ノ所有者及占有者ト協議調ハス又ハ協議ヲ爲スコト能ハサルトキハ其ノ使用ノ範圍ヲ定メ豫メ地方長官ノ許可ヲ受ケ其ノ工事ニ著手スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ少クトモ五日前ニ其ノ旨ヲ土地ノ所有者及占有者ニ通知スヘシ」とある。

桂川電力會社が知事の許可を受けず又所有者の承諾もなくして、甲の所有地上の空間に特別高壓線路を架設した。甲は之を不法なりとして線路除却の訴を起したが、其の後になつて會社は始めて地上空間使用の許可を東京府知事に申請し知事は之に許可を與へた。此の許可が有効であるや否やが本訴の争點で、甲は之を無効なりと主張したが、大審院は之を有效なりと解し、許可を受



けずして線路を架設したのは勿論不法であつて、會社は損害賠償の責に任ぜねばならぬが、許可を受けた以後は適法のものとなつたので、甲は最早其の除却を請求するを得ないものと判定した。

(評釋) 地方長官が電氣事業者に他人の土地の使用を許可する行爲は、電氣事業者の爲に土地使用權を設定する行爲であつて、恰も土地收用に於ける收用審査會の裁決に相當する。收用裁決が起業者の現に不法に占有使用せる土地に付いても行はれ得べきと同様に(後出一二五八號)、地方長官の土地使用の許可も事業者が既に不法に線路を架設した土地に付いても行はれ得べきもので、此の點に於いては判旨正當である。

唯許可の有効なる爲には、協議の不調又は不能であつた場合であることを要件とするもので、若し協議を爲さずして直に許可を申請したものであれば、其の許可は無効なることを免れない。判旨は此の點に付いての説明を缺いて居り、果して協議を爲したものであるや否やが判決の表面に於いては全く不明であるのは遺憾である。

判旨第二點も正當で、通知を爲さずして工事を行ったことは明に不法行爲であり、損害賠償の責に任ぜねばならぬが、それが爲に許可が無効となるものではない。

許可申請書に瑕疵の有ることも、其の瑕疵が之をして全然無効ならしむる程度に達しない限りは、許可を無効ならしむる原因となるものではない。

『小學校教育ハ國ノ事務ナレドモ市ガ國ノ委任ニ因リ市ニ屬スル事務トシテ自己ノ費用ヲ以テ小學校ヲ設置スル者ナレバ市ノ尋常小學校ハ國ノ營造物ニアラズシテ市ノ營造物ナリト解スルチ相當トス。從テ市長ガ小學校ヲ管理スルハ國ノ機關トシテ爲スニアラズシテ市ノ機關タル資格ニ於テ之ヲ爲スモノナルコト明カナリ。然レバ其ノ管理權中ニ包含セラルル小學校ノ校舍其ノ他ノ設備ニ對スル占有權ハ國ニ屬スルモノニアラズシテ市ニ屬スルモノナルコト毫モ疑ナ容レズ。』

(評釋) 判旨結果に於いては正當であるが、其の理由として、市立小學校が市の營造物であり市長が市の機關たる資格に於いて小學校を管理するものとして居るのは、不當である。

小學教育は判決にも承認して居る如く明に國の事務であつて、而して小學校は此の國の事務の爲にする施設であるから、若し營造物といふ語を公の施設といふ意味に解するならば、公立の小學校は疑もなく國の營造物である。市は決して教育事務を委任せられて居るものではなく、唯之に要する經濟的の負擔を命ぜられ、從つて又必要なる校舍其の他の物的設備を整へ、校長教員の給料を支辨すべき義務を負ふに止まるものである。小學校令第六十條に「市町村長ハ市町村ニ屬スル國ノ教育事務ヲ管掌シ市町村立小學校ヲ管理ス」とあるのも、決して市町村の機關としての市町村長の職務を定めたものではなく、國の機關としての職務を委任したものである。其の前提たる「國ノ教育事務ヲ管掌」することが

三三六 電氣事業者と電柱建設地所有者との關係

●土地ノ所有者ガ其ノ地上ニ在ル自己所有ノ建物ニ點燈ノ爲電燈會社ガ其ノ地上ニ架設シタル係争電柱ヨリ電線ヲ引用セシメタルトキハ電燈會社ヲシテ電線ヲ架設セシムル爲該電柱ヲ存置シ之ヲ使用スルコトヲ承諾シタルモノト謂ハザルベカラズ。從テ反證ナキ限り土地ノ所有者ハ右電燈會社ニ對シテ係争電柱ヲ所有スル爲其ノ所有地ノ使用ヲ承認シタルモノト推測スベキモノトス(大六、三、三一、大民)。

三三九 市立小學校の主體

(一)

●市立小學校ハ市ノ營造物ナリ(大五、六、一、大民)。

本件は徳島市の市立小學校の遊動圓棒が腐朽して居つた爲に挫折し、それに乗つて居た兒童が墜落死亡した爲に、其の兒童の父から市を被告として、損害賠償の訴を起した事件(後出一二三三號)で、市に賠償責任ありや否やの前提問題として、先づ市立小學校が市の營造物であるや國の營造物であるやが争となつた。徳島市の側からは小學校は國の營造物であるから、市に賠償責任は無いと主張したが、大審院は之を採用せず、市立小學校は市の營造物であると判定した。曰く、

國の機關としての職務であることが勿論であると同様に、後段の「市町村立小學校ヲ管理ス」ることも、亦國の事務を委任せられたものでなければならぬ。同條に「市町村長ハ」と曰つて居るのは、即ち市町村長に委任する趣意を示して居るもので、決して團體としての市町村が其の委任を受け、市町村長が團體の機關として其の職務を行ふものでないことを明示して居るものである。若し之を團體に委任する趣意であるとすれば、「市町村ハ何々ス」とあるべきであつて、「市町村長ハ」とあるべきではない、何となれば小學校令には市町村に委任するものと市町村長に委任するものとを明に書き分けて居るからである。

『小學校ノ校舍其ノ他ノ設備ニ對スル占有權ハ國ニ屬スルモノニ非ズシテ市ニ屬スルモノナルコト毫モ疑ナ容レズ』と曰つて居るのも、同様の理由に因り不當である。小學校の校舍其の他の設備は固より市の設置する所であるが、併しそれは市が國の爲に設置すべき負擔を負うて居るのであつて、其の校舍其の他の設備は國が教育を行ふ爲の施設である。國が國費を以て之を設けることが不可能であるから、市をして自己の費用を以て之を設けしむるのであつて、其の設置せられた後は、國が之を自己の教育施設として使用するのである。教育を行ふ者が國である以上は、教育を行ふ爲に校舍を占有する者も亦國でなければならぬ。

併しそれにも拘らず、判決が結局正當である所以は、専ら損害賠償義務は經濟的負擔の一に外ならぬからである、市立小學校は



國の營造物であり、其の校舍は國の占有に屬するものであるが、併し市立小學校に關する經濟的の負擔は總て市に屬し、經濟上の關係に於いては市が其の主體たるものであるから、校舍其の他物の保存の瑕疵に付いては、市が損害賠償の責に任せねばならぬのである。それは尙河川又は道路が國の公物であるにも拘らず、それに基づく損害賠償の義務は費用負擔者たる公共團體に屬するのと同様である。

(二)

○學區ノ専用ニ屬スル市立尋常小學校ノ設立者ハ市ニ非ズシテ學區ナリ(大八、七、二八、行)。

(評釋) 判旨正當である。名稱を「市立」と謂つて居る爲に、市が之を設立する主體であるが如く誤解せられる虞があるけれども、市立といふ名は唯便宜上用ゐられて居るだけで、市内に學區の設が有つて、各學區にそれ／＼小學校を設置して居る場合に、其の設立の主體が學區であることは、地方學事通則及び小學校令の規定から觀ても明瞭である。

(三)

●東京市内各區ニ散在スル小學校ハ市ノ營造物ナリト雖モ之ガ建築改築ニ關スル請負人ノ選定、工事ノ監督等ハ其ノ區ノ代表者タル區長ノ職務範圍ニ屬スルモノトス(大六、一、二、二一、大刑)。

東京市小石川區の庶務課長に係る收賄被告事件で、小學校は市

の營造物であるから區の職員が其の建築工事に關する職務を擔任するものではないといふ理由で上告したが、容れられなかつたのである。

(評釋) 是も市の營造物として居るのは誤で、小學校が國の營造物であることは前に述べた通りである。其の經濟的の負擔も東京市の市立小學校に付いては市に屬せずして區に屬して居るものと思ふ。若し區が其の負擔者であるとすれば、區長が校舍の建築工事を監督し請負人を選定する等の職務を有することは當然であり、區の庶務課長もそれに關係する職務を行ふものであることは勿論であるから、判旨結局正當である。

一二三〇 小學校教員の懲戒権

●小學校令第四十七條ニ依ル校長ノ懲戒權ガ全校生徒ニ及ブベキハ勿論教員ノ懲戒權モ亦兒童ガ自己擔任ノ學級ニ屬スルト否トニ依リ消長ヲ來スベキモノニ非ズ。

然レドモ校長及ビ教員ガ如上ノ懲戒權ヲ行フニ付キテハ周到ノ注意ヲ用キ兒童ノ身體ヲ傷ケ健康ヲ害スルガ如キ結果ノ發生ヲ防止スルノ義務アルヲ以テ其ノ注意ヲ怠リ爲ニ兒童ニ傷害ヲ與フルトキハ刑法第二百一十一條ノ制裁ヲ免レズ。

判決ニ「過テ之ヲ倒シ」トアルノミニテ職務上必要ナル注

合の外は、傷害罪としての責任を免れないのである。

一二三一 都市計畫事業の變更

○内務大臣ハ都市計畫法第一條ノ目的ノ範圍内ニ於テ都市計畫委員會ノ議ヲ經テ内閣ノ認可ヲ受テ都市計畫事業ノ變更ヲ爲スコトヲ得ルハ當然ナリ。

都市計畫事業ノ變更處分ガ同法第一條ノ目的ノ範圍ヲ超脱セザル以上ハ之ヲ公益ニ反スル違法處分ナリト云フヲ得ズ(大一一、五、二二、行)。

京都市の都市計畫に付いて、大正八年十二月に所謂木屋町線が決定せられ、翌九年一月に京都市長をして之を公告せしめた。然るに大正十一年四月に此の既定の計畫を變更して、之を所謂河原町線に改め、官報を以て之を公示した。此の變更が違法であるとして出訴したのが本訴で、其の理由としては(一)一旦決定せられた計畫は確定的のもので、訴願又は行政訴訟に依る外變更すべからざるものであること(二)實質上に於いても前の計畫の方が適當であることが主張せられたが、裁判所は二つながら之を採用せず、(一)一旦決定せられた計畫と雖も變更し得べからざるものではなく、法定の手續を以て正當に變更し得べきものであり、(二)其の決定及變更は都市計畫法第一條の目的を超えない範圍に於いては自由裁量の行爲で、之を違法なりと云ふことを得ないものと判定した。

意ヲ用キザリシ點ニ付キ具體的ニ如何ナル作爲ヲ爲スベカリシニ之ヲ爲サザルカ若クハ如何ナル作爲ヲ防止スベカリシニ之ヲ防止セザルカヲ判示セザルハ理由不備ノ違法アルモノトス(大五、六、一五、大刑)。

尋常小學校一年級の擔任訓導であるSが、自分の受持教室で書方の授業をして居た時に、三年級の生徒であるY(十一歳)が學友二人と勝手に其の教室に入つて來て授業の妨をしたので、Sは其の退出を命じたが、他の二人は直に退出したけれども、Yだけが少し後れ其の退出しようとする際不遜の舉動が有つたので、之に訓戒を加へようとして其の直立を命ずる爲にYの胸を掴み牽いた所、過て之を倒し因つて創傷を負はしめたといふ事件であるが、大審院はこれだけでは果して職務上必要な注意を怠つたものであるや否やを判別し得ないものであると爲し、之を破毀して更に審理を命じたのである。

(評釋) 中等學校以上の學校に於いては、學校管理者又は教員の懲戒權は身體罰にまで及び得べきものではないが、唯尋常小學校に在りては、義務教育の關係から、懲戒處分として退學を命ずることが不可能であり、停學も容易に課すべからざるものであるから、之に代はるべき懲戒手段として、或る程度迄の身體罰が許さるのである。けれどもそれは身體に傷害を加ふる程度に至ることを得ないのは勿論であつて、若し傷害を加ふるならば、其の傷害が不可抗力其の他教員の責に歸すべからざる事由に基づく場



一三三二 不正の競争入札に依る請負契約の効力

一三三三 市立小學校舎施設の瑕疵と市の賠償責任

三二二

### 一三三 不正の競争入札に依る請負契約の効力

●市制第十四條ノ競争入札ニ關スル規定ハ市ノ利益ヲ保護セント目的トスル公益規定ナリトス。

市ガ塵埃運搬ノ請負ヲ競争入札ニ付シタル場合ニ於テ入札

者一同競争ヲ避クル爲各自入札スベキ價額ヲ高價ニ見積リ落札者ガ之ニ依リテ得ベキ利益ヲ落札セザル者ニ分與スベキコトヲ約定スルハ市制第十四條ノ精神ニ背反シ自由競争ヲ杜絶スルコトヲ目的ト爲スモノナルヲ以テ無効ノ法律行爲ナリトス(大五、六、二九、大民)。

## 第四章 公物及公企業主體の不法行爲と賠償責任

國家又は公法人が公物の管理又は公企業の經營に付き不法行爲に基づく損害賠償の責任を負ふや否やの問題に付いては、大正五年までの大審院の判例に於いては、國家又は公法人の事業に、主として營利の爲にするものと主として公益の爲にするものとを區別し、主として營利の爲にする事業は之を私法的行爲なりと謂ひ、私法的行爲に付いてのみ民法の適用が有り、隨つて若し其の行爲が不法であれば賠償責任を生ずるが、主として公益の爲にする事業に付いては、それは公法的行爲であつて民法の適用なく、隨つて全く賠償責任を生じないものとして居た。

例へば、明治三十九年才第五九一號事件(判決録十三輯一四八頁)の大審院判決に依ると、道路開修工事の施行に當り、従業者の過失から他人の家屋を破壊し物品を毀損したの對し、被害者から其の工事の施行者たる町村を被告として損害賠償を要求したが、判決は

道路改修工事ハ之ヲ行政行爲ト認ムルヲ當然ナリトス、(中略)凡ソ行政行爲ニ依リテ一私人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テハ法令ニ特別ノ規定アラザル限りハ其ノ損害ニ付キ私法上ノ責任ヲ生ゼズ」と曰ひ、町村は全く賠償責任を負はないものと判定した。

明治四十二年才第二〇〇號事件(十六輯一六九頁)の大審院判決に於いても、板橋火藥製造所に於いて火藥の爆發から私人に損害を加へた爲被害者から損害賠償の要求を爲したの對して、

國家ノ行爲ニシテ主トシテ國家ノ財産上ノ利益ノ爲ニスルモノハ乃チ國家ノ私經濟的動作ニシテ私法行爲トシテ私法ノ適用ヲ受クベク、之ニ反シテ國家ノ行爲ニシテ主トシテ公共ノ利益ノ爲ニスルモノハ公法上ノ行爲トシテ公法ノ適用ヲ受クベキモノト謂フベキナリ。彼ノ煙草官營專賣ノ如キハ前者ニ屬シ郵便電信ノ事業ノ如キハ後者ニ屬ス(中略)。今本件火藥製造事業ニ付テ之ヲ見

ルニ砲兵工廠ハ陸軍所要ノ兵器ヲ製造修理シ及ビ海軍所要ノ火藥

ヲ製造スル所ニシテ板橋火藥製造所ハ東京砲兵工廠ノ一部ニ屬ス

ル(中略)ナレバ、火藥製造ノ如キハ自ラ煙草又ハ鹽ノ專賣ト其選

チ異ニシ、國家ガ軍備ノ充實又ハ戰鬪力ノ準備等所謂軍事的行動

ノ一部ニ屬スルモノト認ムベク、之ヲ以テ公共ノ利益ノ爲ニスル

モノト看做スベクシテ、單ニ國家ガ財産上ノ利益ノ爲ニスルモノ

ニ非ザルヤ明ケシ。然ラバ則チ板橋火藥製造所ノ火藥製造事業ハ

乃チ公法上ノ行爲ニシテ、所員ガ火藥製造ニ從事スルハ國家ノ一

機關トシテ行動スルモノニ外ナラザルガ故ニ、其行爲ニ付キ個人

ニ損害ヲ加ヘタリトスルモ、國家ハ法令ニ特別ノ規定アラザル限

リ私法上ノ責任ヲ負フベキモノニ非ザルナリ

と曰ひ、國家の賠償責任を否定した。

併しながら、此の如き判決の甚だ不當であることは、論ずる迄も

無く明瞭である。其の根本的の誤謬は或る事業の全體を公法的のも

のと私法的のものとの區別し、公法的の事業には全然民法の適用の

無いものとして居ることにある。國家の行爲に公法的行爲と私法的

行爲とを區別するのは、唯法律的行爲言ひ換ふれば意思表示又は之

に準ずべき精神作用の發現を主たる構成要素となし之に依りて或る

法律的效果を發生するものに付いてのみ、適用あるもので、之に依

つて行政處分又は司法判決と民法上の法律行爲との區別を生ずるの

である。事業の全體に關しては公法的と私法的との區別は全く存在

しないもので、況んや公益事業に關して全然民法の適用の無いもの

と解するが如きは甚だしき誤謬である。

大正五年に至りて、此の問題に關して大審院の判例に重要な變更改が有つた。左の判決は即ち是である。

### 一三三 市立小學校舎施設の瑕疵と市の賠償責任

●小學校ノ管理ハ行政ノ發動タルコト勿論ナレドモ其管理權中ニ包含セラルル小學校校舎ノ施設ニ對スル占有權ハ公法上ノ權力關係ニ屬スルモノニアラズ純然タル私法上ノ占有權ナルノミナラズ、其占有ヲ爲スニモ私人ト不平等關係ニ於テ之ヲ爲スニアラズ、全く私人ガ占有スルト同様ノ地位ニ於テ其占有ヲ爲スモノナレバ、之ニ因リ損害ヲ被ラシメタル場合ニ於テ民法第七百七十七條ノ規定ヲ適用シタルハ毫モ不法ニ非ズ(大五、六、一、大民)。

德島市立小學校で兒童の運動場に備へ付けてあつた遊動圓棒が甚だしく腐朽して居つた爲に、兒童の遊戲中にそれが挫折し、乗つて遊んで居た兒童が墜落して重傷を負ひ遂に死亡した。それは學校管理者の不注意に基づくものとして、保護者から德島市を相手取り損害賠償の訴を起したが、原審(大阪控訴院)では、民法第七百七十七條に所謂「土地ノ工作物ノ設置又ハ保存ニ瑕疵アルニ因リ他人ニ損害ヲ生ジタルトキ」に該當するものとして、市に賠償責任ありと判決し、市から上告したが、大審院でも原審判決を



一二三三 市立小學校舎施設の瑕疵と市の賠償責任 一二三四 區の設立に係る小學校の機具保管の不注意と區の賠償義務 一二三五 小學校代用教員の不法行爲と市町村の責任

三一四

是認した。

(評釋) 此の判決は結論に於いては正當であつて、從來の大審院判例が公益の爲にする國家又は公共團體の事業に付いては、全然民法の適用が無いものとして居たのを改めたのは、大に賞讃すべきである。

(一) 唯本判決に於いても、公の行政作用に關して國家又は公法人に不法行爲が有れば、一般に賠償責任が有ることを承認したのではなく、市が小學校舎及其の設備に對し民法上の占有權を有することを認め、此の占有權の行使に於いて不法行爲が有つたのであるからといふ理由を附し、之が爲に民法に依り賠償責任を負ふべきものと解して居るのは、牽強附會の嫌を免れない。

小學校の校舎及設備は言ふまでもなく公物であつて、而して國家又は公法人が公物を占有管理するのは、之を純然たる民法上の占有權の作用と見るべきものではない。公物の管理は公の行政權の作用であつて、之を一人が自己の所有物を管理するのと同じ視することを得べきものではなく、隨つて小學校舎の管理作用を以て純然たる民法上の占有權の作用と解して居るのは、正當の見解とは認め難い。

公物の管理に關して公物主體が賠償責任を負はねばならぬ所以は、決して其の管理權が民法上の權利であるといふことに在るのではなく、公の行政權の作用に付いても民法に定むる不法行爲の條件に該當する場合には、一般に國家又は公法人が賠償責任を負

はねばならぬことに在る。法律が國家又は公法人の權威を認め、

其の權威に對しては人民は訴願行政訴訟等の手段に依つて之を争ひ得るの外之に服従しなければならぬものとせられて居る場合に於いては、其の權威の及ぶ限りは、假令誤つて人民の權利を侵害することが有つても、民法の意義に於いての不法行爲と見るべきものではないが、此の如き權威の認められて居らぬ作用に在りては、公の行政權の作用と雖も、若し之に依つて人民の權利を侵害することが有れば、民法に依り一般に不法行爲として賠償責任を負はねばならぬのである。

就中、國家又は公法人の管理に屬する公物が、其の設置又は保存に瑕疵あるが爲に、他人に損害を生じた場合には、管理權者(又は管理權が國家に屬し經費の負擔が公法人に屬する場合には經費負擔者)として國家又は公法人が民法に依り損害賠償の責を負はねばならぬことは當然である。

(二) 市立小學校が市の營造物であり、市が校舎を占有して居るものと爲し、此の點に市が賠償責任を負ふことの根據を求めて居るのも亦失當である。市立小學校は國の營造物であつて、其の管理權は國に屬する。若し教育の目的の爲に之を管理する者を占有者と稱するならば、占有者は國であつて市ではない。市が其の賠償責任を負担しなければならぬのは、市が其の占有者であるからではなく、市立小學校に關する經濟的負擔が専ら市に屬するからである。民法第七百十七條を文字通りに解するならば、占有者

が賠償責任を負担しなければならぬやうであるが、小學校舎とか道路とか河川とかいふやうな凡て公物の管理權と其の經濟的負擔とが其の主體を異にして居るものに付いては、民法第七百十七條の文字は多少修正して解釋することが必要で、即ち經濟的負擔を爲す者が同條の所謂「占有者」に該當するものと解せねばならぬ、何となれば損害賠償も亦經濟的負擔の一種であることは言ふまでもないからである。

### 二三 區の設立に係る小學校の機具保管の不注意と區の賠償義務

●梯子ヲ助木ニ立掛ケ置キタルハ他ニ之ヲ保管スルニ適當ナル空地ナクシテ已ヲ得ザルニ出デタリトスルモ之ヲ助木ニ立掛ケルニ付キ危険ヲ防止スルニ足ル適當ノ方法ヲ採ラザルニ於テハ相當ノ注意アリタルモノト爲ステ得ズ。  
尋常小學校第三年生徒ノ如キ智力程度ノ者ハ教師ノ訓令アルモ動モスレバ之ニ違背スルコト普通ノ事態ナレバ教師ガ常ニ生徒ヲ戒メテ或行爲ヲ禁ジ置キタレバトテ直ニ違背行爲ナキコトヲ豫期スベキニ非ズ(大七、一〇、二一、大民)。

神田區の小川尋常小學校の運動場の助木に立て掛けてあつた梯子が倒れた爲に兒童が負傷して死亡したので、其の父から神田區を被告として損害賠償を請求し、原審では該小學校では外に梯子

を置く適當な場所が無い爲に立掛けて置いたので、保管に付き不注意の有つたものと謂ふを得ず、又同校の教師は常に兒童を戒めて許可なくして運動機具所在の場所に立ち入ることを禁じて居たといふことを理由として賠償責任なきものと判定したが、大審院は之を破毀して原審に差戻した。

### 二三 小學校代用教員の不法行爲と市町村の責任

●小學校ノ代用教員ハ市町村ノ被用者ニ非ザルヲ以テ代用教員ガ小學兒童ニ對シ傷害ヲ加フルモ市町村ハ之ガ責任ヲ負フベキモノニ非ズ(昭四、四、一八、大民)。

M村の村立尋常小學校の代用教員Xが授業中兒童Yを毆打し、其の倒れたのを更に足蹴にかけ、全身數ヶ所に創傷を加へ且つ一時輕微な腦震盪を起し人事丁省に陥らしめた。Yの両親からX及びM村を被告として損害賠償請求の訴を起したが、原審ではXの賠償責任を認めただけでも、小學校教育は國の事務であり小學校の代用教員は市町村の被用者ではないといふ理由で、M村が賠償責任を負ふことは之を否定し、大審院でも原判決を是認した。

(評釋) 判旨結果に於いては正當と思ふが、其の理由とする所は不當である。

(一) 小學校教育が國の事務であり、小學校の教員が國の官廳としての府縣知事の監督に屬するものであることは固より疑はな



い。判決に『從テ代用教員ハ市町村ニ於テ之ヲ任用監督スルモノニ非ザルコト疑ヲ容レズ』と曰つて居るのは、それだけの點に於いては疑もなく正當である。而して民法第七百十五條には「或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者」が其の被用者の行爲に付いて責を負ふべきことを定めて居るのであり、又「使用者カ被用者ノ選任及ヒ其ノ事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルトキ」は其の責を負はないものとして居るのであるから、此の規定の文字に拘泥して解するならば、市町村は小學校教員を使用する者でもなく、又之を選任監督する者でもないから、市町村が同條に依り賠償責任を負ふべきものでないと思はれる。

併し民法の規定は普通の私の事業を眼中に置いて規定して居るもので、而して私の事業に於いては事業主は常に同時に其の事業の經濟主體であり、自己の計算に於いて事業を經營する者でなければ、事業主とは謂ひ得ないのであるから、民法は事業主が賠償責任を負ふものとして定めて居るのである。然るに國家の經營する公の事業には事業主と事業の經濟主體とが分離せられて、國家が市町村又は府縣等の計算に於いて管理經營して居る事業が甚だ多い。此の場合には事業の管理權は國家に在るが經濟上の關係に於いては市町村府縣等が其の主體であるといふ變態を生ずる。小學教育も亦此の如き事業の一種であつて、小學教育は固より國の事務であり、其の教員も國が任命し監督するものであるが、經濟上の關係に於いては市町村が其の主體であり、それであるからこ

すべきもので、國に歸すべきものではない。

(二) 唯問題は本件の如き代用教員の不法行爲に對し果して民法第七百十五條の適用が有るや否やに在る。

民法第七百十五條が國又は公法人の事業に適用が有るのは、唯經濟的な性質の事業に付いてであつて、非經濟的な權力的作用は民法第七百十五條の意義に於いての「或事業」には該當しない。それには同條の適用なく、假令權力的な作用に關して不法行爲が有つたとしても、唯個人の責任を生ずるのみで、同條に依る事業主としての責任を生じないものと解せねばならぬ。小學校に付いても校舎の管理といふやうな作用は純然たる經濟的な作用で民法の適用を受けるけれども、兒童の教育及懲戒といふことは、假令それが違法に行はれたとしても、國又は市町村が其の事業主として民法に依る賠償責任を負ふものでないことは、尙警察官が暴行を爲し、刑吏が囚徒を凌辱しても、國家が賠償責任を負ふものでないと同様である。本件代用教員の暴行も勿論不法行爲たることは疑ないが、併しそれは兒童に對する懲戒權の發動として行はれたのであつて、權力的の行爲であり、隨つてそれに付いての責任は唯代用教員自身の個人的責任たるに止まり、國又は市町村の何れにしても、民法第七百十五條の意義に於いての事業主としての責任を負ふべきものではない。

唯此理由に因つてのみ判旨結局に於いて正當たるを失はない。

そ市町村立小學校と呼ばれるのである。斯ういふ種類の事業は私の事業には全く例を見ないので、隨つて民法第七百十五條は斯ういふ場合を全く眼中に置かずして規定して居り、其の規定を斯ういふ事業に適用せんとする場合には、其の規定を文字通りの意義に解することは出来ない。何となれば損害賠償の義務は言ふまでもなく經濟的の負擔であり、事業主が賠償義務を負ふのは事業主が其の事業に關する經濟を負擔することを前提とするものであるからである。若し民法の規定を其の文字通りの意義に於いて小學校に適用するとすれば、小學校は國の事業であるから之に關する不法行爲に付いては國が賠償義務を負はねばならぬこととなり而も小學校の經濟に關係のない國が獨り賠償義務に付いてのみ之を負ふことの不條理なることは言ふまでもない。それであるから民法第七百十五條の意義に於いて「或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者」とは之を小學校に適用する場合には或事業の爲に他人を使用する經濟主體といふ意味に解せねばならぬ。假令自ら任用し監督する者でなくとも其の經濟を擔當する者が民法の意義に於いての事業主たるもので、隨つて又賠償義務に付いても經濟主體が之を負はねばならぬのである。市立小學校校舎又は其の施設の設置又は保存に瑕疵あるに因り他人に損害を加へた場合に市が賠償義務を負ふのも、唯此の理由に因つてのみ説明し得る所である。本件の場合に於いても之と同様の理由に因り、若し之に對し事業主が損害賠償の義務を負はねばならぬとすれば、其の義務は村に屬

一三六 市の水道工事と賠償責任

●市ノ水道工事ニ依リ不法ニ第三者ニ加ヘタル損害ニ付テハ市ハ賠償ノ責ニ任ズルヲ要ス(大七、六、二九、六民)。

鹿兒島市で水道工事を爲すに當り、導水用隧道開鑿に付き湧水を防止する爲の適當の設計を爲さず、湧水を他に排出した爲め他の水脈を断ち田地用水を缺乏せしめ、該田地を畑地と爲すの已むを得ざるに至らしめ、之が爲に損害を加へた。大審院は市に賠償責任あるものと判定して、曰く

『市ガ水道條例ニ依リ内務大臣ノ許可ヲ受ケ其公費ヲ以テ布設スル水道其他ノ設備ハ市ノ營造物ニシテ市長ハ同條例及市制ノ定ムル所ニ從ヒ之ヲ管理スベキモノナレバ、水道ノ設置及其管理ハ共ニ公權作用タル行政行爲ニ屬スルコト論テ俟タズト雖モ、之ト同時ニ其水道設備ニ對スル市ノ所有權又ハ占有權ハ市ガ公法上ノ權力關係ニ立チテ之ヲ有スルモノニ非ズシテ、純然タル私法關係ニ於テ之ヲ有シ私人ガ土地ノ工作物ヲ所有シ及占有スルト同様に地位ニ立ツモノトス。

故ニ上告人等ニ其主張スル如キ水利權アリテ市ノ水道工事が一定ノ設計ニ適合スル施行ヲ爲サレザリシ爲メ之ニ損害ヲ加ヘタルモノトセバ民法ノ不法行爲ノ適用アルモノト謂フベシ』。

(評釋) 本件に於いても、大審院は水道の設置及管理が行政作用であつて民法の適用を受けないものであるが、唯水道の所有權



及占有權が民法上の權利であるから民法の適用を受けると曰つて居るのであるが、それは不當で、水道の設置管理は事經濟的の活動に屬するから、假令公の行政の作用であつても、尙民法上の不法行為たり得るのである。

一三七 市の下水道と賠償責任

●市ノ下水道設備ニ付キ相當ノ注意ヲ怠リタルガ爲之ニ因リテ他人ニ損害ヲ生ゼシメタルトキハ不法行為成立スルモノトス(大一一三、六、一九、大民)。

廣島市に於いて下水道工事を爲すに當り、内務大臣の許可を受け又河川法に依り縣知事の許可を受けて、從來同市の猿猴川から灌漑用水を引く爲に慣行して居た方法を變更して灌漑用唧筒機關を据え付け電力を以て之を運轉し以て灌漑用水を引用する設備を作つた。然るに右の唧筒は被告原告人所有の地所家屋に接近して居る爲被告原告人は其の音響及震動に依つて少からざる損害を受けた。因つて被告原告人から損害賠償の訴を起した所、第一審では市の勝訴となつたが、第二審では市に賠償責任ありとせられたので、市から上告したのである。上告の理由は下水道工事は行政行為であるから民法の適用を受けないといふに在る。

大審院は左の如き理由を以て市に賠償責任ありとした。  
「市が下水道法ノ規定ニ依リ内務大臣ノ認可ヲ受ケ爲シタル下水道設備ハ市ノ營造物ニシテ其ノ設置管理ガ行政行為ニ屬スルコ

ト論ヲ俟タズト雖同時ニ其ノ設備ニ對スル市ノ所有權又ハ占有權ハ純然タル私法關係ニ於テ之ヲ有シ私人ガ土地ノ工作物ヲ所有シ又ハ占有スルト同様ノ地位ニ立ツモノニシテ(大正七年六月二十九日第三民事部判決參照)從テ上告市ガ本件唧筒ノ設置ニ付相當ノ注意ヲ爲スコトヲ怠リタルガ爲其ノ使用ニ因リ他人ニ損害ヲ生ゼシメタル場合ニ在リテハ私法ノ規定ニ從ヒ損害賠償ノ責任アルモノト云ハザルベカラズ」。

(評釋) (一) 判決には例の如く「行政行為」と「私法行為」とを區別し、營造物の設置管理は「行政行為」であるが、それが同時に所有權又は占有權の行使たる點に於いて「私法行為」であるとし此の理由に依つて賠償責任が有るものと斷じて居るのであるが、此の如き區別が甚だ不當であることは、前に述べた如くである。

市が民法第七百十七條に依り損害賠償の責任を負はねばならぬ所以は、決して市が私人と同様の地位に立つて之を所有し占有して居ることに在るのではなく、唯公物の管理に付いても少くとも損害賠償の問題に付いては之を私物の管理と區別して取扱ふべき法律上の理由の無いことに在る。

民法七一一條に所謂「土地ノ工作物」が公物をも包含するや又は私物にのみ限るべきやは民法の文字の上からは必ずしも明瞭ではない。之を判斷する材料となるのは一に社會的正義の思想と社會的利益の較量とに在るのであつて、而して此等の點から見て之を公物にも適用することを至當とする。市が賠償責任を負ふべき

理由は唯此の點にのみ求むべきである。

(二) 本件訴訟に於いて尙注意を要することは、市の下水道工事の設計が内務大臣の認可を受けて居ることにある。内務大臣の認可は疑もなく行政行為である。而して本件の場合に於いては廣島市は内務大臣から認可せられた通りに實行したのであつて、それが違法であるとすれば内務大臣の認可も違法であつたと曰はねばならぬ。是に於いてか民事裁判所が果して内務大臣の認可の適法なりや否やを審査する權能ありや否やの問題を生ずる。

此の問題に對しては判決は其の審査權が有ることを前提として居るのであるが、此の點に於いても自分は判決の趣旨に賛成するに躊躇しない者である。

一三六 國の築港工事と賠償責任

●國ノ築港工事ノ施行ニ依リ不法ニ第三者ニ損害ヲ加ヘタルトキハ國ハ損害賠償ノ責ニ任ズルヲ要シ其ノ裁判管轄ハ民事裁判所ニ屬ス(大七、一〇、二五、大民)。

國の經營に係る留萌築港事業に付き、同築港事務所長が築港作業の遂行に當り築港用の人造石を海中に沈めて置きながら、之が危険を一般航海者に知らせる爲の相當の設備を爲さなかつた結果原告所有の汽船が同港に寄港する爲航行中該人造石の上に乗リ揚げ、遂に破壊沈没するに至つた。因て原告は國に對し損害賠償を要求した。原審では之を民事裁判所に屬しないものとして却下した。

大審院は左の如き理由を以て、之を民事裁判所の管轄に屬するものと判決した。

「築港事業ハ公共ノ利益ノ爲ニ經營セラルル國家行政ノ作用ニシテ、國家ガ斯ル事業ノ計畫ヲ定メ之ヲ遂行スル爲ニ公ノ機關ヲ任設シ起業ノ必要上私人ニ對シ公用ノ徵收若クハ制限ヲ爲シ又ハ一般公衆ニ對シ作業ニ要スル或場所ノ使用ヲ禁止若クハ制限スルガ如キ行為ハ公法上ノ權力關係ニ屬スルコト勿論ナリト雖モ、本訴ニ於テ主張スル損害ハ築港作業ノ工事ヲ施行スルニ付テノ不注意ニ因リテ生ジタリト云フニ在リテ、其工事ノ施行ハ一般ノ私人ニ對シ公法上ノ權力關係ニ於テ爲スモノニ非ズシテ一般ノ私人ト對等ノ地位ニ立チテ爲スモノニ外ナラザレバ私法上ノ關係ニ屬スルモノト謂ハザルヲ得ズ。蓋國家又ハ其他ノ公法人ガ公共ノ利益ノ爲ニ經營スル事業ト雖モ、其事業施行ノ爲ニ爲ス行為爲中公ノ權力ノ行使ニシテ私人ニ對シ其權力ニ服從セシムル關係ニ於テ爲スモノニ限リ公法上ノ關係ニ屬シ、然ラズシテ全ク私人ト對等ノ關係ニ於テ爲ス行為ハ私法上ノ關係ニ屬スルモノト謂フ可ク、如上築港ノ作業ハ國家ガ自ラ其機關ニ命ジ私人ヲ使役シテ工事ヲ爲サシムルト將タ其工事ヲ私人ニ請負ハシメテ行ハシムルヲ問ハズ、其工事ヲ施設スル行為ハ官公ノ廳舎學校其他公共ノ營造物ヲ建造、修築スルト均シク一般ノ私人ト全ク對等ノ地位ニ立チテ爲スモノナルコトハ、一私人ガ其工作物ヲ築造スルト毫モ異ナルコトナク、其工事ノ施設行為ガ公共ノ目的ヲ達スルニ在ルガ爲ニ一般



一二三九 汽車の煤烟に因る松樹の枯死 一二四〇 鐵道路切の施設と賠償責任  
一二四一 水利組合の事業と賠償責任

三二〇

ノ私人チシテ公ノ權力ニ服從セシムル關係ニ在ルモノト謂フコト  
ヲ得ザレバナリ。叙上ノ論斷ハ本院ノ判例(大正四年(オ)第八二  
六號同五年六月一日判決及ビ大正七年(オ)第一三五號同年六月二  
十九日判決)ニ於テ市立小學校ノ校舍其他ノ設備ニ付キ又市ノ水  
道工事ニ付キ説示セル趣旨ニ照シテモ之ヲ是認セザルヲ得ズ。

從テ本件築港作業ノ工事施行ニ付テノ不注意ニ因リテ上告人が  
損害ヲ被リタルコトヲ原因トシ國ニ對シ其損害ノ賠償ヲ求ムル本  
訴ハ民事訴訟ニ屬シ司法裁判所ノ管轄スベキモノトス。』  
(評釋) 是も結論に於いて正當であることは勿論である。

唯判決が公法と私法との區別に付いて論じて居る所は、例に依  
つて甚だ怪しい。判決に謂ふ所の公法的行爲と私法的行爲との區  
別は、實は行政處分と事實的行爲との區別であつて、事實的行爲  
を稱して私法的行爲と謂つて居るのは誤である。判決の趣意は、  
唯事實的行爲に付いては民法の適用が有るといふ意味に解するに  
於いてのみ正當である。

### 一三九 汽車の煤烟に因る松樹の枯死

●汽車ノ煤烟ニ依リ鐵道沿線ノ松樹ヲ枯死セシメタルトキ  
ハ鐵道業者トシテ國ハ民法ニ依リ損害賠償ノ責任ヲ負フベ  
シ(大八、三、三、大民)。

本件事實は官設鐵道に於ける汽車の煤烟の爲に沿線の松樹が枯  
死したのに對し松樹の所有者から損害賠償の訴を起した事件で、

相當の設備を怠つたものとは言ふを得ないとなし、更に審理を爲  
すべく原審に差戻した。

### 二四二 水利組合の事業と賠償責任

(一)

●水利組合ガ一商會社ノ爲湖水ヲ増瀦スベキ契約ニ基キ  
水門ノ開閉ヲ爲スハ行政行爲ヲ爲スニ非ザルヲ以テ之ガ爲  
損害ヲ生ジタルトキハ不法行爲ノ原則ニ依リ賠償ノ責任ヲ  
ルモノトス(大一二、六、二、大民)。

福島縣の安積疏水普通水利組合は猪苗代湖から水を引いて灌漑  
用水を配給することを目的とし、湖水の水門の開閉を管理して居  
る公法人であるが、猪苗代水力電氣會社との契約に基き湖水を増  
瀦せしむることに努め、水利取締規則に違反して右規則通りに水  
門の開閉を爲さず、それが爲に大正九年五月の洪水に際し、湖水  
が周囲の田地に溢れ原告等に損害を與へた。因つて原告等から損  
害賠償の訴を起したが、原審では水門の開閉は公法人が權力關係  
に基づいて爲す行政行爲であるといふ理由を以て賠償責任なしと  
判決した。原告等は之に不服ありとして上告したのである。

大審院は左の判決を與へた。

『公共組合ハ特定ノ公共利益ヲ目的トスル法人ニシテ其ノ事業  
ハ同目的ヲ達スル爲ニ法律又ハ定款ニヨリテ定メラレ從テ其ノ事  
務モ亦同目的ノ範圍ニ於テノミ存スルモノナリトス左レバ公共組

原審では國に賠償責任ありと判定せられ、大審院でも國の上告を  
棄却し原審判決を支持した。

本件に於いて争となつたのは、唯汽車の煤烟は鐵道事業に伴ふ  
必然の現象であるから沿道の住民はそれを忍容せねばならぬや、  
又は煤烟から生ずる損害に付いても不法行爲として事業者が損害  
賠償の責に任せねばならぬやに在つた。而して大審院は或る程度  
までの忍容義務を認めただけども、松樹を枯死せしめたのは其の  
程度を超えたもので、相當の注意を怠つたものであるから、國は  
賠償義務あるものと判定したのである。

### 二四〇 鐵道路切の施設と賠償責任

●鐵道ノ如キ公共的設備ニ對シテハ其ノ危害減少ノ爲公衆  
ニ於テモ亦相當ノ注意ヲ用ウベキモノナルコトヲ斟酌シテ  
鐵道經營者ガ踏切ニ於ケル設備ヲ爲スハ相當ナリ(大一一、  
一一、一、大民)。

原告は或夜午後十一時過に鐵道省線驛西一番寺内踏切を横斷  
せんとし汽車に觸れて輕傷を受けた。此の踏切は午後十時までは  
番人が居つて遮斷機を開閉するが、それから以後は多少の通行人  
は有るが番人を置かず、通行人を警戒する燈火の設備も無い。原  
審では鐵道省が相當の注意を怠つたものとして被害者に對し二千  
圓の賠償を支拂ふべき旨を宣告したが、大審院は之を破毀して午  
後十時以後に番人を置かないからと言つて、それだけでは踏切の

合ニシテ公共利益ヲ目的トスルニ非ズ專ラ私人ノ利益ヲ目的トス  
ル契約ヲ同人トノ間ニ締結シ契約ニ基キ事務ノ執行ヲ爲スガ如キ  
ハ公法人トシテ爲スベキ行政行爲ニ非ズト云ハザルベカラズ本件  
ニ在リテハ上告人(控訴人)等ニ於テ被告上告組合(被控訴組合)  
ハ福島縣安積岩瀨兩郡ノ各一部ニ對シ猪苗代湖ヨリ流下スル水ヲ  
引キ灌漑用水ヲ配給スルヲ以テ其ノ目的トスル公法人ニシテ事務  
ノ執行トシテ猪苗代湖吐口ノ十六橋水門ヲ管理シ水利取締規則ニ  
從ヒテ之ヲ開閉スベキ義務ヲ有スルニ拘ラズ同組合ハ豫メテ猪苗  
代水力電氣株式會社ヨリ維持金トシテ二萬圓ヲ受取り自己ノ負擔  
スベキ十六橋水門改築費全部ヲ同會社ヨリ支出セシメ且毎年金五  
百圓宛チ繼續支出セシメテ爾後同會社ノ發電用便宜ノ爲水門ヲ開  
閉スルコトヲ同會社ト契約シ即一私設會社トノ間ニ一種ノ増瀦契  
約ヲ締結シ水門開閉ニモ事實上同會社ヲ使用シ湖水増瀦ニ努メ大  
正九年五月初旬ノ洪水ニ際シ前示水利取締規則ニ違背シ所定ノ水  
門開閉ヲ爲サズ爲ニ上告人等ガ湖水ノ周邊ニ所有スル田地ニ湖水  
ヲ浸潤セシメ上告人等ノ堆肥ヲ流失セシメタリ右ハ被上告組合ノ  
不法行爲ニヨリ上告人等ノ私權ヲ侵害シタルモノナレバ之ヲ原因  
トシテ本訴損害賠償ノ請求ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ爲シタルコト原審記  
録ニ徴シ明白ナリ之ニ依レバ上告人等ハ被上告組合ガ其ノ目的ト  
スル灌漑用水ノ排給事業ニ關係ナク專ラ一商會社ノ利益ノ爲ニ  
湖水ヲ増瀦スベキ契約ヲ同會社ト締結シ同契約ニ基キ水門ノ開閉  
ヲ爲シ湖水ヲ増瀦セシメタル事實ヲ主張スルモノナレバ右被上告



組合ノ行爲ハ公法人トシテ爲スベキ行政行爲ニ非ズト云フベシ左レバ右行爲ニ因リテ上告人等ノ私權ヲ侵害シ同人等ニ損害ヲ生ゼシメタル事實アリトスレバ同組合ハ其ノ爲シタル不法行爲ノ責任セザルベカラズ然ルニ原院ハ上告人等ノ叙上主張ニ對シ何等判斷ヲ爲スコトナク漫然被上告組合ノ行爲ヲ以テ公法人トシテ有スル權力關係ニ基ク行政行爲ナリト判示シ因テ以テ上告人等ノ請求ヲ排斥シタルハ所論ノ如ク失當タルヲ免レズ。

(二)

●普通水利組合ガ其ノ基本事務タル灌溉排水ニ關スル事業トシテ爲ス行爲ハ公權作用タル行政行爲ニ屬スルモ灌溉排水ノ設備ガ他人ノ水利權ニ對スル侵害ヲ防止スルニ足ラザル爲メ他人ニ損害ヲ被ラシメタルトキハ之ガ賠償ノ責アルモノトス(大一四、一一、大民)。

山王樋普通水利組合は杭瀬川の水を其の用水路に引入れ組合各村の灌漑用水に供して居り、其の引水口に樋を設け灌漑時期以外は樋管を閉鎖して川水の流入を封絶することにして居る。然るに原告は右用水路に當る地内に樋を設け右流水を引用して水車業を營んで居る者で、天明年間から其の水利權を有つて居る者であるが、水利組合が樋管を閉鎖した爲に流水の使用が不可能となり、不法に損害を受けたといふ理由を以て、水利組合を被告として損害賠償の訴を起した。

原審(名古屋控訴院)では、樋管の閉鎖は行政處分であつて、

行政處分の違法なりや否やを處斷することは公法上の事件に屬し司法裁判所の管轄する所に非ずとして之を却下したが、大審院は原審判決を破毀し、之を正當なる民事訴訟なりとして、原審裁判所に差戻した。

一四三 郵便物亡失に因る賠償責任

●郵便法第三十三條第一項第一號ニ所謂亡失ニハ郵便集配人ガ郵便物ヲ配達セズシテ在中ノ有價證券ヲ横領シタル場合ヲモ包含スルモノトス(昭二、一一、一七、大民)。

原告は或人に宛て書留郵便を以て三千五百圓の小切手を封入して送つた所が、郵便集配人が途中で之を横領し、小切手を銀行に呈示して其の金額の支拂を受け、原告は其の金額だけの損害を受けた。然るに郵便法三三條及郵便規則八九條に依ると「書留通常郵便物ヲ亡失シタルトキ」は一箇に付金十圓の損害賠償義務を負ふことが定められて居る。原審に於いては此の場合も此の規定に依り十圓だけの賠償請求權が有るものと判決した。原告は之に不服ありとして上告したが、大審院も原審判決を是認した。

(評釋) 郵便法の規定は、郵便事業の性質上普通の民法の規定に依ることの出来ない爲に、損害賠償に關しては、全然民法の適用を排除し、實損害の如何を問はず書留一通に付いて均一に十圓の賠償を支拂ふことを定めて居るのであつて、判旨同より正當である。

第七類 公用負擔



|                      |     |
|----------------------|-----|
| 第一章 土地收用             | 三三五 |
| 第一節 土地收用の當事者         | 三三五 |
| 第一款 起業者              | 三三五 |
| 第二款 土地所有者及關係人        | 三三三 |
| 第二節 土地收用の目的物         | 三三七 |
| 第三節 土地收用の手續          | 三三六 |
| 第四節 損失補償及買戻權         | 三三七 |
| 第二章 公用制限             | 三三七 |
| 第一節 保安林              | 三九七 |
| 第二節 公用地役             | 三九九 |
| 第三章 土地整理、負擔金及其他の人的負擔 | 四〇三 |
| 第一節 土地整理及清算金         | 四〇三 |
| 第二節 負擔金其他の人的負擔       | 四〇七 |

## 第一章 土地收用

### 第一節 土地收用の當事者

#### 第一款 起業者

##### 一三四 起業者の意義

○土地收用法ニ所謂起業者トハ内務大臣ノ認定ヲ受ケタル各箇ノ事業ノ起業者ヲ指稱スルモノトス(昭四、七、二三、行)。

鐵道會社として既に鐵道を敷設し營業を爲して居る者が新に停車場設置の爲に内務大臣の認定を受けて土地收用の裁決を受けたのに對し、原告は之に不服ありとして、起業者とは新に事業を起さんとする者の意であつて、『鐵道敷設事業ガ既ニ完成シ營業ヲ爲シ居ル者ハ起業者ト稱スベキモノニ非ズ』といふことを不服理由の一として出訴したが、行政裁判所は之を容れなかつた。

(評釋) 判旨固より正當である。所謂起業者とは唯收用者といふだけの意味で、始めて事業を起さんとする者といふ意味ではない。停車場設置の爲にする土地收用の起業者は勿論鐵道會社である。

##### 一四四 小學校設立の爲にする土地收用の起業者

○學區ハ公法人ナリ。學區ガ其ノ専用ニ屬スル小學校ノ校舍地等物的設備ヲ爲ス場合ニ於テ土地收用法上ノ起業者ハ學區ナリ(大八、七、二八、行)。

(評釋) 公立小學校は國の營造物であるが、其の經濟は公共團體の負擔に屬するのであるから、小學校の設立の爲に土地收用の必要ある場合に於いては、其の起業者は公共團體でなければならぬ。而して市町村を數學區に分ち一學區毎に其の専用の小學校を設立せしむる場合には、學區が其の經濟負擔者としての公共團體たるものであるから、學區が其の設立の爲にする土地收用の起業者であることは當然である。判旨は此の趣意を言明して居るもので、判旨正當と見るべきである。

○大阪市西區長ガ大阪市西區南堀江通一丁目外十七箇町區ノ代表者トシテ土地收用法ニ依リ收用ノ裁決申請ヲ爲シタルハ違法ニ非ズ(大一一、六、五、行)。

是は學區が起業者として土地收用を爲し、學區の代表者として



大阪市西區長が審査會の裁決を申請した事件で、原告は其の代表者は大阪市長でなければならぬと主張したが、裁判所は學區の代表者は本來市長であるのが正當であるが、市長は明治四十四年大阪市告示第六十八號區長分掌事項に依り、區會の準備及議決の執行に關する事項を區長に分掌せしめて居り、而して學區に關する事項は地方學事通則第二條に依り區會に於いて之を議決するのであるから、右區會の議決した土地收用の裁決申請に付いて、區長が學區の代表者として之を爲したのは當然であると判定した。

### 一二五 道路築造の爲にする土地收用の起業者

(一)

● 國道ニ關スル事業ノ爲ニ收用セラレタル土地ノ補償金額ニ對スル不服ノ訴ハ國ノ行政機關タル府縣知事又ハ當該府縣ノ執レテ相手方トナスモ妨ナキモノトス(昭五、一、二九、六民)。

道路法に依れば、凡て道路は國の公物であつて、國が其の管理主體である。殊に國道府縣道は國の機關としての府縣知事、市町村道は同じく國の機關としての市町村長が其の管理の任に當るものとせられて居る。それが爲に此等道路の築造の爲に土地を收用する必要を生ずる場合に於いて、其の土地收用に付いての起業者が何人であるかの問題に付いては、從來の判例は、大審院の判例も行政裁判所の判例も、共に國の機關としての府縣知事又は市町

村長が其の起業者であると解して居る。例へば、行政裁判所の大正十四年六月十四日の判決には

町村道改築工事ノ起業者ハ町村ニ非ズシテ町村長ナリ

と曰ひ、大審院の大正十五年七月二十日の民事部判決にも

府縣道ノ爲ニ收用セラレタル土地ノ補償金額ニ關スル收用審査會ノ決定ニ對スル不服ノ訴ハ起業者タル府縣知事ニ對シ之ヲ爲スベキモノトス

と曰つて居る。行政訴訟に於いては收用審査會の裁決に對する不服の訴であつても、收用審査會を被告と爲し、起業者を被告とするものではないから、起業者が誰であるかは直接には訴訟の成立要件と關係の無い問題であるが、補償金額に關し民事訴訟を起す場合には、起業者を被告とするのであるから、起業者が誰であるかは直接に訴訟の成立に關係し、若し起業者に非ざる者を被告として出訴するときは、不適當な訴訟として却下せらるることを免れない。

而して若し國道府縣道の爲にする土地收用の起業者が府縣知事であるとすれば、補償金額に付いての争に於いても府縣知事を被告と爲さねばならぬことは勿論であるが、唯國道府縣道に付いての經費の負擔者は府縣であるから、それ等の道路の爲にする土地收用の補償義務者も亦府縣でなければならぬ爲に、補償權利者から補償金額に關して訴を起す場合には、補償義務者たる府縣を被告として出訴する者が多い。然るに、從來の大審院判例は、此等

の訴訟に對し常に訴訟の相手方を誤つたものとして、之を却下することを例として居た。即ち國道府縣道の爲にする土地收用の起業者は、國の機關として府縣知事であり、隨つて補償金額に付いての争であつても、府縣知事を被告として出訴すべきものであつて、府縣を被告とする訴訟は却下すべきものであるとして居たのである。其の結果は、此等の場合に於いての補償金額に付いての訴訟は、如何に其の主張が正當の理由あるものであつても、唯其の被告として指定せられたものが誤つて居る爲のみの理由を以て、全く救済を得ることが出来ないで終つたのである。

茲に掲ぐる判決は、此の從來の判例を覆へしたもので、此の如き場合の訴訟は、國の機關としての府縣知事、又は經費負擔者としての府縣の何れを被告としても、差支ないものと判定したのである。

事案は、大阪市から神戸市に通ずる阪神國道の改築の爲に、大阪府知事が土地收用の手續を爲し、大阪府收用審査會の裁決を経たが、被收用者から補償金額の決定に不服ありとして、大阪府を被告として出訴した事件で、原審(大阪控訴院)判決に於いては、從來の大審院判例の趣意に従ひ、國道の起業者は國の機關としての府知事であるから、府を被告とした訴訟は不適當であると判定したのであつたが、大審院は之を破毀し、聯合部の判決を以て從來の判例を變更すべきものと決したのである。

判決の理由とする所は(一)國道の爲にする土地收用の場合に於

いてその起業者たるものは、國の機關としての府縣知事である。

(二)併し、國道の費用負擔者は府縣であるから、國道の爲にする土地收用の補償義務者は、府縣でなければならぬ。(三)土地收用法第四十七條第六十條に依れば、起業者が損失補償の義務を負擔するものと定められて居る。故に國道の爲にする土地收用の補償義務者は、土地收用法に依れば國であり、道路法に依れば府縣である。而して補償金額に付いての訴訟の相手方は、勿論補償義務者でなければならぬから、土地收用法に依れば國を相手方と爲すべきであり、道路法に依れば府縣を相手方と爲すべきであり、何れを選擧しても差支ないといふに在る。

(評譯) 此の判決が從來の判例の誤を正したことに於いては、頗る多とすべきものであるが、併し其の理由とする所は甚だ曖昧であり、殊に國及府縣の雙方が共に補償義務者であるといふに至つては、明に誤れるものと言はねばならぬ。

土地收用に對して補償の義務に任ずる者は、必ず起業者でなければならぬことは、土地收用法第四十七條の明言する如くである。起業者が國であつて、補償義務者が府縣であるといふが如きは、條理に於いて有り得べからざること、殊に國と府縣とが二つながら、補償義務者であるといふに至つては、法規を無視し、條理を無視したものといふ非難を免れない。

其の根本の誤は國道又は府縣道の爲にする土地收用の起業者を以て國であることに在るのであつて、國道府縣道の管理者



は國の機關としての府縣知事であるけれども、國道府縣道を築造するが爲に土地を收用する場合の起業者は、國ではなくして府縣であり、隨つて又府縣が其の補償義務者たるのである。

從來の判例に於いて、國道府縣道の爲にする土地收用の起業者が、國の機關としての府縣知事であると解して居たのは、國道府縣道の經營管理が國の事業であることにのみ重きを置いて、其の經濟的負擔が公共團體に屬することを充分に理解しなかつたことに、其の誤謬の原因を有するものである。

道路は國道でも府縣道でも市道又は町村道でも凡て國が其の管理權を有し國の事業として之を經營するものであることは、道路法の規定に依り固より疑を容れぬ所である。併し道路に付いての經濟上の負擔は、國に屬するものではなく、公共團體に屬するものであつて、國道府縣道に付いては、府縣が其の經濟的負擔に任ずるものとせられて居る。即ち道路に付いては、其の管理主體と經濟主體とが相分離せられて居り、管理權は國に屬し、經濟的負擔は公共團體に屬するのである。

道路に付いての經濟的負擔が公共團體に屬する結果として、道路と爲すべき土地を取得することも、亦當然公共團體の義務に屬するものでなければならぬ。勿論、道路法には「道路ニ關スル費用」が公共團體の負擔に屬することを規定して居るのみで、「道路ノ新設、改築、修繕及維持ハ管理者之ヲ爲スヘシ」(二〇條)とあるのであるから、道路の築造に付いての起業者は管理者であつて

公共團體ではなく、公共團體は單に費用負擔の義務を負ふに止まるやうであるが、しかし道路築造の起業者が管理者であるといふことは、與へられた土地を道路たるに適當なやうに裝置を爲すことが、管理者の事業として行はるることを意味するのであつて、その土地それ自身を取得することが管理者の行爲たることを意味するものと解することを得ない。道路と爲すが爲の土地を提供することは、當然公共團體の負擔に屬するもので、法律に「費用」の負擔と規定せられて居るからと言つて、單に金錢の支拂義務のみを意味するものと解してはならぬ。國が府縣に對して費用の給付を命じ、府縣から國に支拂を爲すべき義務を負ふのではないことは、大審院の判決自身に於いても認めて居る通りであつて、法律の所謂費用負擔の義務とは、決して國に對して費用を納付すべき義務といふ意味ではなく、道路の築造に付いて一切の財産的負擔を爲すべき義務を意味するのである。即ち單に金錢の支拂に止まらず、道路の築造に關する財産上の關係に付いては、凡て公共團體がその主體たることを意味するのであつて、例へば道路の築造の爲に人夫を雇入れるとすれば、その雇傭契約は公共團體と人夫との間に結ばれるのであつて、管理者がその契約の當事者であるのではなく、道路築造の爲に材料を買入れるとしても、その賣買契約を爲す者は公共團體であつて、管理者ではない。管理者は道路築造の事業を指揮管理する權能を有するけれども、その事業に必要な財産上の法律行爲に付いては、凡て公共團體がその當事者たる

ものでなければならぬ。公共團體が人夫の給料を支拂ひ、材料の代價を支拂ふ義務を負担するのは、決して國の債務に付いての代位擔濟を爲すのではなく、公共團體が自ら契約の當事者として相手方に對して債務を負担するのである。從來の判例の誤は、法律の所謂「費用負擔の義務を解して、單に金錢の支拂のみを意味するものと爲したことに在る。所謂「費用」の負擔とは財産的負擔の意であつて、財産關係に付いては常に公共團體が其の主體たるのである。

それであるから、道路と爲すに必要な土地を取得することも、勿論公共團體の爲すべき所でなければならぬ。若しそれが爲に新に土地を買入れるとすれば、その賣買の當事者は公共團體であつて、管理者ではない。公共團體が土地所有權を取得して、之を管理者に提供すべき義務を負担するのである。

道路と爲す爲に土地を買入れることが公共團體の行爲であるとすれば、それを買入れることが出来なかつた爲に、土地を收用することも、亦當然公共團體の行爲でなければならぬ。言ひ換ふれば、道路の爲にする土地收用に付いての起業者は、管理者ではなくして、公共團體であり、殊に本件訴訟に於ける國道開設の爲にする土地收用の起業者は、國の機關としての府縣知事ではなくして、公共團體としての府縣でなければならぬ。

それであるから從來の大審院判例に於いて、府縣道の爲にする土地收用の起業者が、府縣知事であり、隨つてその補償金額に付

いての訴に於いても、必ず國の代表者としての府縣知事を被告とすべきものであると爲し、本件訴訟に於ける上告人の上告論旨に於いて、起業者は大阪府知事であるが、補償義務者は大阪府であるから、補償義務者たる大阪府を被告とするのが當然であるといひ、更に本件の判決に於いて、起業者たる大阪府知事と補償義務者たる大阪府との何れを被告としても妨なしと判定して居るのは、何れも正鵠を失して居るものと言はねばならぬ。

第一に、起業者と補償義務者とが相異つて居ることは、條理に於いて有り得べからざるところである。補償義務は土地所有權の取得と相對するもので、起業者が土地收用に依つてその所有權を取得するが故に、隨つて又之に對する補償の義務を負担するのである。起業者でもなく、土地所有權を取得するものでもなく、土地收用に付いて全く第三者の地位に在る無關係の者が、獨り補償義務だけを負擔することは、想像し得られないところである。土地收用法(四七條六〇條)にも明に起業者が補償義務を負ふことを定めて居る。而してそれは道路の爲にする土地收用に付いても、等しく適用せらるべきものであることは言ふまでもない。

第二に、補償義務が國と府縣との雙方に屬すとするのは、一層甚だしき不條理である。國道府縣道に付いての費用負擔者が府縣であることは、道路法の明に定めて居るところで、而して土地收用の補償金もその費用負擔の一部を構成することは勿論であるから、補償義務者が府縣であつて、國がその義務を負擔するもので



ないことは、一點の疑を容れないところである。  
要するに、此等の總ての誤を生じた原因は、一に道路の爲にする土地收用の起業者と、道路工事自體の起業者とを混同したことに在る。

道路工事の起業者は、道路の管理權者としての國であることが疑を容れぬとしても、その工事に必要なる財産を取得する行爲は、費用負擔者たる公共團體がその主體たるものである。若し財産取得の爲にする行爲を一の事業と稱するならば、その意味に於いての起業者は道路管理者ではなくして、費用負擔者たる公共團體である。詳しく言へば、道路に關しては、他の多くの「官營公費事業」(公共團體の經費の負擔に於いて國家の經營する事業)に於けると同じく、事業の全體が管理行爲と財産行爲との二に分離せられて、管理行爲に付いての主體は國家であり、財産行爲に付いての主體は公共團體であるといふ變例を生ずるのである。而して土地收用法に所謂起業者は、或る事業の爲に土地を收用し取得せんとする主體を意味するものであつて、此の意味に於いての起業者は、道路(その他の官營公費事業も同様である)に付いては、管理行爲の主體ではなくして、財産行爲の主體であり、隨つて國ではなくして、公共團體でなければならぬのである。

(二)

○府縣道ノ改修ニ付費用負擔者タル公共團體ガ府縣道ノ改修ニ要スル土地其ノモノヲ提供セザル場合ニ於テ府縣知事

起業者の地位に在るかと言へば、府の機關たるものと解せねばならぬもので、判決が起業者は國であり、府知事は國の行政廳として起業者の地位に立つものと解して居るのは失當である。其の理由は前に既述べた。

三四六 都市計畫の爲にする土地收用の起業者

●都市計畫ニ依ル土地收用ノ補償金額ニ對スル不服ノ訴ハ都市計畫事業ヲ執行スル行政廳又ハ其ノ統轄ノ下ニ在ル公共團體ノ執レテ相手方ト爲スモ妨ナキモノトス(昭五、二、二二、大民)。

名古屋市の都市計畫事業の爲にする土地收用の補償金額に關し被收用者(原告)から名古屋市を被告として出訴したが、原審(名古屋控訴院)では名古屋都市計畫事業の執行者は行政廳たる名古屋市長であつて、公共團體たる名古屋市ではないから、名古屋市長を被告とする本訴は不適法であるとして其の請求を棄却した。大審院は之を破毀し、(一)補償金額に關する訴に於いては補償義務者を被告と爲さねばならぬ。(二)都市計畫法に依れば都市計畫事業は國の機關としての行政廳が執行すべきものとせられて居るから、行政廳が其の起業者であり、而して土地收用法に依れば起業者が補償義務を負担するのであるから、行政廳が補償義務者である。隨つて行政廳を被告とする訴は正當である。(三)併し都市計

ガ起業者トシテ土地收用ニ關スル法定ノ手續ヲ爲シタルハ起業者タル國ノ行政廳トシテ爲シタルニ外ナラズ之ガ爲該收用ノ裁決ヲ違法ナリト爲スヲ得ズ(昭五、二、二〇、行)。

東京府知事が府道改修の爲に起業者として内務大臣の事業認定を受け、法定の手續に従つて收用審査會の裁決を受けた。此の裁決に對する不服の訴に於いて、原告たる被收用者は、その不服理由の一として、府道改修の起業者は國又は府の何れかでないならぬ。府知事を起業者として裁決を與へたのは違法であると主張したが、行政裁判所は「本件道路改修事業ガ東京府知事ノ管理ニ屬スル府道ノ改修ニシテ該知事自ラ改修工事ヲ行フモノナルコト當事者間争ナキ所ナリ而モ本件ニ於テ費用負擔者タル東京府ガ該事業ノ爲必要ナル土地其ノモノヲ提供スルモノニ非ザルガ故ニ本件土地收用ニ付土地收用法ニ依リ起業者タル者ハ國ナリト解セザルヲ得ズ然レバ本件土地收用ニ付東京府知事ガ起業者トシテ法定ノ手續ヲ爲シタルハ畢竟起業者タル國ノ行政廳トシテ爲シタルモノニ外ナラズ從テ本件土地收用ノ裁決ハ之ガ爲何等違法アリト謂フヲ得ズ」と判示した。

(評釋) 府知事は國の機關たると共に又府の機關として府を代表するものであるから、府が起業者たる場合でも、府知事が其の正當に歸する。けれども本件の場合に、府知事が國又は府の何れの機關として

畫法第六條に依れば都市計畫事業の執行に要する費用は公共團體が負擔するものとせられて居るから、一方に於いて公共團體も補償支拂義務を負ふものと認めねばならぬ。隨つて公共團體を被告として出訴することも正當である。(四)要するに起業者と費用負擔者とが共に補償義務者であつて、其の何れを被告としても適法であると判定した。

(評釋) 本判決も前項の一に掲げた大審院判決と同一の趣意に出で居るもので、亦同様の誤を冒して居るものである。

都市計畫事業そのものは國の事業であり、國が其の起業者たるものであるが、都市計畫事業の爲にする土地收用は國の行爲ではなく、費用負擔者たる公共團體の行爲であり、土地收用の起業者は公共團體である。法律が「起業者」といふ語を用ゐて居る爲に大審院の如き誤解を生じたのであるが、土地收用法に所謂「起業者」とは收用者 Expropriant といふのと同じ意味であつて、現に森林法第四十八條、第五十條、第五十二條には起業者といふ代りに「收用者」といふ語を用ゐて居る。而して都市計畫事業の爲に土地を收用する者は、其の事業の費用を負擔し隨つて土地を提供する義務を負ふ所の公共團體でなければならぬことは當然であるから、收用の起業者は國ではなくして公共團體であり、隨つて又公共團體が補償義務を負担するのである。決して大審院の認めて居るやうに、行政廳と公共團體とが共に補償義務者であるのではなく、公共團體のみが補償義務者であり、隨つて補償金額に關する



一二四七 鐵道大臣の代理  
一二四八 登記なき借地権者  
一二五〇 收用地に於ける建物の賃借人  
一二五一 借地借家臨時處理法第六條の權利者

三三二

訴に於いては必ず公共團體を被告と爲さねばならぬのである。

### 一二四七 鐵道大臣が起業者たる場合の代理

○鐵道省千葉改良事務所ハ鐵道省官制第十六條ノ「鐵道大臣ハ鐵道ノ建設、工作又ハ電氣ニ關スル事務ヲ取扱フ爲必要アリト認ムルトキハ地方ニ事務所ヲ設クルコトヲ得」ノ規定ニ基キ設ケラレタルモノニシテ、同所長ガ鐵道改良上必要ナル土地買收ノ爲其ノ所有者及關係人ト協議ヲ爲シタルハ其ノ權限内ノ行爲ナリ(昭三、二、一六、行)。

鐵道省の事業の爲にする收用手續に於いて、代理關係を證明しない事務所長が協議を爲したのは無効であるといふ主張を、理由なしとして排斥したものである。

(評釋) 判旨當然で、官制上に代理の權限あるものは、敢て其の代理權を證明するを要しない。

○鐵道省ガ起業者ニシテ鐵道事業ノ爲ニ必要ナル土地ノ收用ニ付キ鐵道省改良事務所長ノ名ヲ以テ裁決ノ申請ヲ爲スハ違法ニ非ズ(昭七、三、二九、行)。

### 第二款 土地所有者及關係人

#### 一二四八 登記せざる土地賃借權者

○登記セザル賃借權者モ土地收用法第五條ニ所謂收用又ハ

し、法律上兩人の共有となつた。併し登記簿面には尙死亡した被相続人の名義になつて居た。起業者は之を父の單獨所有と信じ専ら之を相手方として收用の手續を行つたが、行政裁判所は之を違法と判定した。

#### 一二四九 收用地に於ける建物の賃借人

昭和二年法律第三十九號に依る土地收用法の改正に依り、第五條第二項が「本法ニ於テ關係人ト稱スルハ收用又ハ使用スベキ土地又ハ其ノ土地ニ在ル建物ニ關シテ權利ヲ有スル者ヲ謂フ」と改められた爲に、其の施行後に於いては、收用地に在る建物の賃借人が關係人としての權利を有することが争ふべからざるものとなつたが、其の以前には建物の賃借人に付いては特別の規定なく單に「土地ニ關シテ權利ヲ有スル者」とのみ規定せられて居た爲に、判例は建物の賃借人は全然關係人としての權利を有しないものと解して居た。例へば左の如き判例が有る。

○收用宅地上ノ建物賃借人ハ土地收用法第五條第二項ニ所謂關係人ト謂フヲ得ザルヲ以テ土地收用ニ付キ損失ノ補償ヲ請求スルノ權利ナシ(大一二、七、二四、行)。

○收用地上ノ家屋賃借權者ハ土地收用法第五條ノ所謂關係人ニ非ズ(大一二、三、三〇、行)。

○土地收用法第五條第二項ニ所謂土地ニ關スル權利ヲ有スル者トハ土地ヲ目的トスル權利ヲ有スル者ノ謂ニシテ家屋

使用スベキ土地ニ關シテ權利ヲ有スル者ノ中ニ包含セシムルノ法意ナリトス(大七、七、三一、行)。

是は土地の小作人が其の賃借權を登記して居なかつた場合に、尙關係人として補償請求の權利を有するや否に付いての判決で、裁判所が之を關係人であると判定したのは正當である。判決には其の理由として「且登記ハ公示方法ニシテ不動産取得者ヲシテ不測ノ損害ヲ免レシムルヲ目的トス然ルニ土地收用ニ付テハ法第二十四條ニ於テ收用審査會ノ裁決申請アリタルトキハ之ヲ公告シ土地ニ關シ權利ヲ有スル者ハ何人ト雖其ノ權利ヲ主張スルコトヲ得ルト同時ニ自己ノ權利ヲ主張セザルトキハ其ノ權利ハ法第六十三條ノ規定ノ結果消滅スベク起業者ハ何等不測ノ損害ヲ蒙ルノ虞ナキヲ以テ見ルモ登記セザル物權者又ハ賃借權者ト雖法第五條第二項ニ所謂收用又ハ使用スベキ土地ニ關シテ權利ヲ有スル者ノ中ニ包含セシムルノ法意ナリト解スルヲ相當トス」と曰つて居る。

#### 一二五〇 登記簿面と異なる土地所有權者

○同順位ノ遺産相続人兩名ガ相續シタル土地ハ共有者ノ一人ガ他ノ者ノ持分ヲ取得シタルコトノ認ムベキ事實ナキ以上假令土地登記簿及土地臺帳ニ被相続人ノ名義ト爲リ居リ遺産相続人タル兩名ノ共有ニ屬スル旨ノ記載ナキモ遺産相続人ノ一人ノ單獨所有ト認ムベキニ非ズ(昭五、八、五、行)。

土地所有者が死して其の父母が遺産相続人として共に之を相續ヲ目的トスル權利ヲ有スル者ニ外ナラザル家屋ノ賃借人ハ右土地ニ關スル權利ヲ有スル者ニ該當セズ(昭二、一、一一、行)。

此等は何れも舊法の下に於ける判例であるが、私は舊法の下に於いても此の判例の趣旨は不當であると信じて居た。建物の賃借權を有する以上は土地を使用する權利は必然に之に伴ふもので、土地を使用せずして單に建物のみを使用する權利を有することは思考し得ない所であり、隨つて建物の賃借人は當然法律の所謂土地ニ關シテ權利ヲ有スル者」の中に包含せらるるものと解するの

が正當と信ぜらるる。  
新法の下に於いては、其の點に付きもはや疑を容るべき餘地は無。

#### 一二五一 借地借家臨時處理法第六條の權利者

○借地借家臨時處理法第六條ニ該當スル權利ハ昭和二年法律第三十九號土地收用法中改正法律施行以前ノ土地收用法第五條第二項ニ所謂收用スベキ土地ニ關スル權利ト解スルヲ相當トシ該權利ヲ有スル者ハ同法ニ所謂關係人ニ該當ス(昭五、一一、二九、行)。

借地借家臨時處理法第六條には「大正十二年九月ノ震災ニ因リテ滅失シタル建物ニ居住シタル者ガ其ノ建物ノ敷地ノ上ニ假設建



一二五二 土地細目の公告後に権利を取得したる者  
一二五三 土地の共有者  
一二五四 裁判前に権利を失ひたる者  
一二五五 土地の抵當権者

造物ヲ築造シタル場合ニ於テ敷地ノ借主ガ之ニ同意シタルトキハ其ノ同意ニ付地主ノ承諾ヲ得ザリシ場合ト雖地主ハ之ヲ理由トシテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ズ云々の規定が有る。此の規定に依り東京市浅草區内の約四十坪の某地の借家に居住して居た何某が震災直後借地権者の承諾を得て其の土地の上にバラックを建てて之に居住して居た。是が土地に關して權利を有する者に該當するや否やが本訴の争點である。收用審査會では土地に關する權利を有する者に非ずとして損失補償の請求を却下したが、行政裁判所は之を以て土地使用の權利を得たものであり、隨つて土地收用法に所謂關係人として補償請求權を有するものと判定した。

一三三 土地細目の公告後に權利を取得したる者

○土地細目ノ公告アリタル後收用地ニ關シテ地上權ヲ取得シ及其ノ土地ノ立木ヲ買得シタル者ハ之ヲ關係人ト看做スコトヲ得ズ(大元、二、四行)。

○收用審査會ノ裁決當時收用土地ニ付キ賃借權ヲ有スルモ土地細目公告ノ日以前ヨリ之ヲ有シタリト認ムベキ確證ナキトキハ該賃借權者ハ土地收用法第五條ノ所謂關係人ニ非ズ(大元、三、三〇、行)。

是は收用法第五條第三項に「第十九條ノ地方長官ノ公告又ハ通知ノ後其ノ土地又ハ其ノ土地ニ在ル建物ニ關シテ權利ヲ取得シタル者ハ關係人ト看做サス但シ既存ノ權利ヲ承継シタル者ハ此ノ限

ニ在ラストある規定から来る當然の結果である。

一三三 土地の共有者

○兩人ノ共有地ヲ其ノ中ノ一人ノミノ單獨所有ニ係ルモノトシ收用ノ裁決ヲ爲シタルハ違法ニ他ノ一人ノ權利ヲ侵害シタルモノニシテ裁決中其ノ者ノ持分ニ對スル部分ハ之ヲ取消スベキモノトス(大元、一、六、一三、行)。

本件は甲乙二人の共有に屬する土地を甲一人の所有地と誤認して、之を收用する旨の裁決が行はれた事件で、其の裁決は甲の持分に對してのみ有効で、乙の持分に對しては無効であると判定せられたのであつて、それは當然である。

○戸主ノ長男ニシテ家族タル者ガ直系卑屬並配偶者ナクシテ死亡シタルトキハ其ノ所有セシ土地ハ被相続人ノ父並母ニ於テ之ヲ相續シ各二分ノ一ノ持分ヲ有スベキモノトス。右土地ヲ父ノ單獨所有ニ係ルモノト誤認シ收用ノ裁決ヲ爲シタルハ違法ニ母ノ權利ヲ毀損シタルモノニシテ、右裁決中母ノ持分ニ對スル收用ニ關スル部分ハ之ヲ取消スベキモノトス(昭五、八、五、行)。

起業者國東鐵道會社が昭和五年二月に土地收用の裁決を受けたが、其の土地は舊所有者Xが大正八年に死亡し、Xには妻も子も無かつたので、其の父Yと母Zとが民法の遺產相續の規定(第九

一三四 土地の抵當権者

●土地所有者ハ其ノ土地ニ抵當權ノ存スル場合ト雖土地收用ノ補償トシテ土地ノ價格全額ヲ請求シ得ルモノトス(昭三、二、二、大元)。

甲の所有地の上に乙の抵當權が設定せられて居たが、其の土地が荒川改修事業の爲に國の收用する所となり、收用審査會に於いて甲乙兩人の爲に共同に、補償金額が決定せられた。甲は其の金額に不服ありとして出訴したのであつたが、甲乙兩人の共同でなければ出訴し得ないか又は甲が單獨に出訴し得るやが争となつた。原審(東京控訴院)では、土地收用法第四十七條第二項に「損失ノ補償ハ各人別ニ之ヲ爲スヘシ但シ其ノ各人別ニ見積リ難キトキハ此ノ限ニ在ラス」とあるのを根據として、所有權者甲と抵當權者乙とが共同の當事者として補償金額の裁決を受け、其の裁決には兩人に對し單一の補償金額が決定せられたのであるから、收用審査會は各人別に見積り難しとして共同に其の金額を決定したものと認めねばならぬ。即ち其の金額に對しては兩人が共同の權利者たるもので、隨つて兩人が共同でなければ之に對しての出訴を爲し得ない、甲は單獨では原告となる資格を有しないものと判定した。大審院は之に反して、所有權者が單獨で其の訴を爲し得べきものと爲し、原判決を破毀して原審に差戻した。其の理由として左の三點を擧げて居る。

百九十六條)に依り遺產相續人として之を相續したもので、即ち其の土地は法律上はYとZとの共有地であり、各二分の一の持分を有するものであつた。併し登記簿面は尙Xの所有となつて居たので、起業者は其の父Yの單獨所有と認めて、一切の收用手續を専らYのみを相手方として行ひ、裁決もYの單獨所有地として下された。之に對しYZ兩人の名義を以て行政訴訟を提起し、右裁決を違法として其の取消を請求した。行政裁判所はZの請求を理由ありとして、Zの持分に對する部分に對して裁決を取消す旨判定した。

一三四 裁決前に權利を失ひたる者

○土地賃借契約解除ノ意思表示ニ依リ土地賃借權ガ收用審査會ノ裁決前既ニ消滅ニ歸シタルモノニ付テハ之ガ收用ノ裁決ヲ爲スベキモノニ非ズ(昭五、三、四、行)。

收用地の上に賃借權を有すと主張する者から、收用裁決に對する不服の訴を提起したのであるが、行政裁判所は、裁決が昭和四年三月二十八日に下されたのに先ち、昭和四年二月二十二日付を以て土地所有者から賃借人に對し賃借契約解除の意思表示を爲し、而して右契約解除は賃借人が何時にても解約を爲し得るといふ特約に基づき有効の意思表示であるから、裁決の時期に於いては賃借權は既に消滅し、隨つて收用審査會に於いて其の收用の裁決を爲さなかつたのは固より正當であると判定した。



(一)土地收用法第六十五條に「抵當権ハ其ノ目的物ノ收用ニ因リテ債務者カ受クヘキ補償金ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得但シ其ノ拂渡前ニ差押ヲ爲スヘシ」とあるに依つても、抵當権の存する土地が收用せられても、抵當権は之が爲に直に消滅するものではなく、却て抵當権者が土地所有者の有する補償請求権を差押へ其の上に権利を行ひ得るものであることを知り得る。随つて又土地所有者が有する補償請求権は抵當権の存しない場合と同様に其の土地の代價の全部であつて、抵當権の存する爲に其の金額の減少を受くるものではない。抵當権者は直接に起業者から補償を受くる権利を有するのではなく、唯土地所有者の受くる補償金額を差押へ得るに止まる、假令收用審査會に於いて所有権者と抵當権者とに對し單一の補償金額を定めたとしても、それは各人別に見積り難い爲ではなく、其の金額に對して所有権者が請求権を有し、抵當権者は唯關係人として其の決定に参加したに止まる。それであるから所有権者が單獨に其の金額を争ひ得ることは當然である。

(二)土地所有者より訴が起されても、裁判所は唯其の金額を増加し得るだけで減額し得ないのであるから、抵當権者は不利益の結果を受くる處は無い。

(三)抵當権者は假令裁決に依る補償金額が過少であつても、自分の債權の辨濟を受くるだけの金額であれば出訴の必要が無いから、若し所有権者が抵當権者と共同でなければ出訴し得ないとすれば、所有権者は不利益を受くる處が有る。

(評釋) 判旨結局は正當であつて、問題の如き場合に、所有権者が單獨で出訴し得るものと認むべきであると信ずる。

けれども、判旨の第一の理由として、抵當権附の土地でも、土地所有者が補償金の全額に對して請求権を有し、抵當権者は直接に起業者に對して権利を有しないものとして居るのは、到底養成し難い説である。抵當権者は言ふまでもなく土地收用法に依る關係人であつて、收用法四七條には「土地所有者及關係人ノ受タル損失ハ起業者之ヲ補償スヘシ」とあり、又六三條には「土地物件ヲ收用スルトキハ收用ノ時期ニ於テ所有權ハ起業者之ヲ取得シ其ノ他ノ權利ハ消滅ス」とあるに依つても、土地收用の場合に於いて抵當権者が關係人として起業者に對し補償請求権を有し、又收用の時期に於いて抵當権は消滅するものであることは争を容れぬと思ふ。故に所有権者と抵當権者との雙方に對し共同に單一の補償金額が決定せられたとすれば、所有権者は其の全額に對し單獨に権利を有するものではなく、少くとも一部分は抵當権者の權利に屬し、其の殘額のみが所有権者の權利に屬するものでなければならぬ。

第六十五條に抵當権は債務者の受くべき補償金に對しても之を行ひ得ることを規定して居るのは、一見右と矛盾するやうであるが、土地細目の公告の後に抵當権を取得した者は關係人としての權利を有しないのであつて、此の場合には抵當権者は唯土地所有者に對してのみ其の權利を行ひ得べく、起業者に對しては直接に

は何等の權利を有しないのであるから、之を保護する爲には此の規定を必要とするのである。大審院の判決の如く、抵當権附の場合でも土地所有者の權利は抵當権の無い場合と同様であるとして居るのは、明に不當の見解であると思ふ。

けれども、判旨の第二及第三の理由として居る所は正當であつて、假令補償金額の一部分は抵當権者の權利に屬すとしても、補償金額に對する不服の訴は、權利變更の訴訟ではなく權利確認の訴訟であり、共同權利者の利益の爲に權利の確認を求むるものであるから、保存行爲の性質を有し、敢て共同權利者と共同にすることを要しないものと信ずる。

### 二三六 起業者の財務整理を引受けたる縣知事

○土地收用法第四十條ニ所謂關係人トハ同法第五條第二項ニ規定シタル關係人ニシテ即チ收用又ハ使用スベキ土地ニ關シテ權利ヲ有スルモノノミヲ謂フモノナリ(大二三、五、二六、行)。

土地收用法第四十條第一項には「委員カ起業者、土地所有者又ハ關係人ナルトキハ收用審査會ノ議事ニ參與スルコトヲ得ス」といふ規定が有る。

某水利組合が起業者として土地收用の裁決を求めたが、其の水利組合は事業不振の爲に其の整理を縣に於いて引受け其の債務の保證をして居るので、縣知事は起業者の事業に付き關係人の地位

に在るものであるから、收用審査會の議事に參與することの出来ないものであるにも拘らず、其の議事に參與したのは違法であるといふ訴を起した者が有つたが、土地收用法に所謂關係人は唯土地に關する權利者のみを謂ふものであるから、其の訴が棄却せられたのは當然である。

## 第二節 土地收用の目的物

### 二三七 所有権の所在に付き民事訴訟繫屬中の土地の收用

○甲ヨリ起業者乙ニ對シ收用ノ目的ト爲リタル土地ニ付其ノ明渡ヲ求ムル民事訴訟ヲ提起シ其ノ訴訟ニ於テ乙ガ係争地ヲ自己ノ所有ナリト抗辯シ該訴訟ガ繫屬中ナルトキト雖モ、甲ニ對シ乙ヨリ係争地買收ノ協議ヲ爲シ其ノ協議調ハザルトキハ乙ハ之ガ收用裁決ノ申請ヲ爲シ得ベキモノトス(大二三、五、二六、行)。

收用地は裁決の當時所有權争が起り民事訴訟の繫屬中のもので起業者も被收用者も共に自己の所有地であると主張して居たのであるが、それに拘らず、收用の裁決が行はれた。被收用者は之を違法なりと主張したが、行政裁判所は、收用地が登記簿の上にて被收用者の所有地となつて居る以上、之に付いて收用裁決の行はれたのは固より違法ではないと判定した。



一二五八 起業者が現に占有使用せる土地の收用 一二五九 自己の所有地に於ける土地使用権の收用 三三八

○起業者ニ於テ甲者ノ所有地タルコトヲ認メテ收用ノ裁決申請ヲ爲シ且公簿上甲者ノ所有地ト爲リ居ルモノハ起業者ガ民事訴訟ニ於テ右土地ノ所有權ニ付争ヒ居ルト否トニ拘ラズ之ニ付收用ノ裁決ヲ爲スハ違法ニ非ズ(昭四、七、二三、行)。

是も同趣意の判決で、起業者は初め甲の所有の土地を買ひ受け之に工事を施行したが、まだ所有權移轉の登記をしなかつた間に甲は更に其の土地を乙に譲渡し其の登記を了したので、是に於いて乙は起業者に對し工事の撤廢及土地明渡を要求したので、起業者は已むを得ず一方には民事訴訟を起して所有權の確認を求むると共に、一方には事業の認定を申請して、收用の手續を爲し、收用審査會の裁決を受けた。行政裁判所は此の裁決を適法と判定したのである。

(評釋) 土地所有權の所在に付き、登記簿面の所有者と起業者との間に争が有り、起業者は自己の所有地なることを主張して、現に民事訴訟の繫屬中である場合には、其の所有權の所在は未確定の状態に在り、民事判決の結果は或は起業者の所有地として決せらるるやも知れない事情に在るものである。而して若しそれが起業者の所有地として確定するならば、自己の所有地に付いて所有權を收用することは法律上不能であるから、其の收用裁決は當然無効とならねばならぬ。

併しそれが爲に、所有權の所在が未確定である間即ち民事訴訟

とは何等の關係も無い。

之と同趣意の判例は之より以前にも少くない。一二の例を擧げると、

○土地收用法ニ依リ起業者ガ審査會ノ裁決ヲ求メ竝ニ審査會ガ之ニ對シ裁決ヲ爲ス時期ハ必ズシモ事業ノ進行前若クハ完結以前ナルコトヲ要セス(大ニ、三、一七、行)。

足尾鐵道株式會社が鐵道敷地の爲に土地收用に着手し、内閣の認定及地方長官の公告を得て、地主と協議したが、略地主の承諾を得ざる状態であつたので、其の事業を進行した所、後になつて協議が遂に不調に歸することになり、收用審査會の裁決を申請した。然るに其の裁決を申請した當時には既に鐵道線路の敷設を終へ、既に鐵道院に運輸開始の検査を出願しようとして居た時で裁決の下されたのは其の検査願を出した後であつた。關係人は之を違法と爲し出訴したが、裁判所は之を容れなかつた。

(評釋) 判旨正當である。正當の權利なくして他人の土地に鐵道を敷設することは固より不法行爲で、權利者は之を差止め且損害賠償を請求することが出来るが、それは民事訴訟に依るべきもので、土地收用の裁決とは直接の關係は無い。此の如き不法行爲が有つたとしても、それは敢て收用の裁決を申請し、及び裁決の下されることを妨ぐる効果を有するものではない。

○土地收用法ニ依ル收用ハ必ズシモ起業者ノ事業完成前ニ非ザレバ爲シ得ザルモノニ非ズ(大七、五、二七、行)。

の繫屬中に、其の土地に付き收用裁決を求むることを違法と爲すことは出来ぬ。登記簿面に於いて他人の所有地として登記せられて居る以上、假令起業者が眞實の所有者であるとしても、裁判上に所有權の確認を得るまでは、正當には所有權を行使することが出来ないのだから、其の確認を得るまで待つことの出来ない事情に在る場合には收用の手續を取るの外は無く、それは適法の收用手續たることを失はないことは、判決に示して居る通りであり、判旨正當と認めねばならぬ。唯此の場合の收用裁決は法定の解除條件に繋つて居るもので、若し民事訴訟の結果起業者が收用裁決の以前から既に正當な所有權者であつたことが確定するならば、收用裁決は當然效力を失ふものとなるべきである。

### 一三六 起業者が現に占有使用せる土地の收用

○起業者ガ收用スベキ土地ヲ其ノ收用以前ヨリ占有使用シ居リタリトスルモ、該土地ガ收用當時起業者以外ノ者ノ所有ニ屬シ且起業者ヨリ其ノ收用ニ關スル申請アリタルトキハ、該申請ニ基キ收用審査會ガ爲シタル該土地收用ノ裁決ヲ違法ナリト云フヲ得ズ(昭三、二、一六、行)。

(評釋) 起業者が收用裁決前から收用地を無斷で占有使用して居たのが違法であるといふ主張に對して下されたもので、判旨當然である。收用前に無斷で他人の土地を使用することは固より違法であるが、それは民事上の不法行爲であつて、收用裁決の效力は是も前と同じ趣意の判決で、起業者は既に地主の承諾を得たものと信じて事業を進行し、事業完成後になつて地主が讓渡登記を拒んだ爲に、始めて收用裁決を申請する手續を取つたのである。裁判所は前判決と同じく之を適法なりと判定した。

○土地收用法ニ依ル收用ハ必ズシモ事業完成前ニ非ザレバ爲スコトヲ得ザルモノニ非ズ(大ニ、三、五、二六、行)。

是も同趣意の判決で、起業者が以前から收用地を其の事業の爲に占有使用して居るので、土地所有者は不法占有地明渡訴訟を民事裁判所に提起した所、其の繫屬中に起業者から收用の申請を爲し、其の裁決を受けた事件である。

○收用當時起業者以外ノ者ノ所有ニ屬スル土地ニシテ内務大臣ノ認定シタル事業ノ爲必要ナルモノハ起業者ガ占有シ使用シ居ルト否トニ拘ラズ之ヲ收用スルコトヲ得ルモノトス(昭四、七、二三、行)。

### 一三五 自己の所有地に於ける土地使用権の收用

○内閣ノ認定ヲ受ケタル事業ノ起業者ガ買受ケタル該事業ニ要スル土地ヲ或ル時期迄從前通り使用スル賣渡人ノ權利ハ土地收用法第七條ニ所謂土地ニ關スル所有權以外ノ權利ニ該當スルモノト解スルヲ相當トス。從テ右土地ノ上ニ在ル地上物件ノ移轉ニ關シ賣渡人ト起業者トノ間ニ契約ガ存



一二六〇 裁決の失効後同一の目的物に對する再度の收用裁決  
一二六一 收用地が事業の爲に必要なりや否やの審理

三四〇

在スルト否トニ拘ラズ該權利ハ土地收用法ニ依リ收用シ得ルモノトス。

期限附ノ權利ト雖其ノ期限到來以前ニ内閣ノ認定ヲ受ケタル事業ノ爲之ヲ消滅セシムル必要アルトキハ土地收用法ニ依リ之ヲ收用シ得ルモノトス(昭四、七、一八、行)。

京阪電氣鐵道株式會社が軌道用敷地として原告所有地の一部を買受けたが、原告は其の土地の賣渡だけを承諾し、その賣買登記を了したけれども、地上の建物に付いては追つて移轉料の交渉を爲すべく、移轉料の支拂までは從來通り原告が引續き土地を使用し得べき旨の契約を爲した。

然るに移轉料に付いての交渉が遂に不調に歸したので、鐵道會社では已むを得ず土地收用法に依り收用せんとしたが、自分の所有地に付いて收用法を適用することは不可能であると誤解し、一度買収した土地を更に御崎某に賣渡して同人の所有名義と爲し、而して大正十四年七月に内閣の事業認定を受け、次いで昭和二年九月一日に大阪府收用審査會に於いて、御崎某に屬する土地所有權並に原告に屬する土地使用權に付き、收用の裁決を受けた。

鐵道會社は、原告に補償金を支拂はんとしたが、原告が其の受領を拒んだので、其の金額を供託したけれどもそれは收用期日の翌日であつたので、結局收用期日までに補償金の拂渡又は供託を爲さなかつたものとして、その裁決は無効となつた。

因つて鐵道會社は再び所定の手續を履んで、第二回目の收用裁

あるから、原告が本件係争の土地に付いて建物の爲に敷地使用の權利を有する以上、其の權利が收用の目的となり得ることは明瞭であつて、原告の如き主張は到底成り立ち得ない。假令或る時期に於いて建物を移轉し土地を引渡すべき契約が成立して居たとしても、其の時期に先ちて土地の使用權を取得する爲に之を收用することは、固より爲し得べきところである。況んやそれは期限附のものではなく、他日移轉料に付いての協議が調ひ、其の金額が支拂はれたならばといふ條件附のもので、其の條件の成否は未定であるに於いてをや。

起業者が自分の所有地に付いては收用を爲し得ないものと信じて、之を第三者に賣り渡したが如き外形を裝うたのは、全く誤解に出でたもので、自分の所有地と雖も、若し第三者が使用權を有するものであれば、其の使用權だけを獨立して收用し得ることが法律上敢て妨ないことは勿論である。

上告論旨第四點に付いては次項参照。

### 一三〇 裁決の失効後同一の目的物に對する再度の收用裁決

○或ル權利ニ付收用ノ裁決アリタルモ該裁決ガ土地收用法第六十二條ニ依リ效力ヲ失ヒタルトキ更ニ新ナル收用裁決ニ基キ該權利收用ノ裁決ヲ爲スハ違法ニ非ズ(昭四、七、一八、行)。

裁決

決の申請を爲し、收用審査會はその申請を容れて、昭和三年五月

二日に、原告の有する土地使用權を收用する旨の裁決を下した。

原告が之に不服ありとして出訴したのが本訴である。

原告の主張する所は、主として左の四點に在つた。

(一)原告と鐵道會社との間には、既に建物を移轉すべき契約が成立して居るのであつて、鐵道會社は民事訴訟に依つて契約の履行を求むるのは格別、土地收用法を適用し得べきものではない。

(二)原告は建物を移轉して土地を引渡すべき義務を有するものであるから、法律上にその土地を占有使用する權利を有するものではなく、従つて收用の目的となり得る權利は存在しない。

(三)假令權利が有るとしても、それは移轉料支拂の時期までに限られて居るもので、收用の目的となり得るものではない。

(四)本件土地に付いては、既に一たび昭和二年九月に收用の裁決が有り、それが收用の時期までに補償金の拂渡又は供託の無かつた爲に無効となつたものである。その同じ事件に付いて再び裁決を申請するのは一事不再理の原則に反するものである。

行政裁判所は此等の總ての主張を排斥し、その裁決を適法として判定したのである。

(評釋) 本件の事實は稍複雑のやうであるが、法律上の争點は比較的簡單で、大なる疑を生ずべき餘地も無い。

土地收用法第七條に依れば、同法の規定は「土地ニ關スル所有權以外ノ權利ノ收用」に準用せらるるものと定められて居るので

或る土地に付き一たび收用の裁決が下されたが、收用時期までに補償金の拂渡又は供託を爲さなかつた爲に、裁決は效力を失ふこととなつたので、起業者は再び同じ土地に付き法定の手續を踏んで、裁決の申請を爲し、それに基づいて裁決が下された。被收用者は之を以て一事不再理の原則に反するものであると爲し、裁決の違法を主張したが、行政裁判所の容るる所とならなかつた。

(評釋) 判旨固より正當である。同一の目的物に付き一たび收用の裁決が有つても其の裁決が效力を失つたならば、效力の點に於いては裁決が全く無かつたのと同じに歸するのであつて、再び同じ事件に付いて裁決が與へられたとしても、それは固より一事を再理するものではない。

### 一三一 收用地が事業の爲に必要なりや否やの審理

○起業者ガ收用ヲ申請シタル土地ノ區域ガ内務大臣ノ認定シタル事業ニ必要ナルモノナリヤ否ヤハ土地收用法第二十五條ニ依ル土地所有者又ハ關係人ノ意見書ノ有無ニ拘ラズ收用審査會ニ於テ當然審査シテ之ガ裁決ヲ爲スベキモノトス(昭七、一二、二〇、行)。

(評釋) 行政裁判所の從來の判例に於いては、起業者からの裁決申請に對し被收用者の側に於いて意見書を提出しなかつたならば、收用審査會は起業者の申請通り裁決すべきもので、被收用者は最早之に對し不服を訴ふるを得ないものとして居ることは後出



一二六二 収用地が事業の爲に必要なりや否やを定むべき標準 一二六三 起業者の申立と事業の爲に必要なりや否やの認定 一二六四 設計の変更と事業の爲に必要なりや否やの認定 三四二

一二八六號に述ぶる通りである。若し此の判例を正當とすれば、収用地が事業の爲に必要であるや否やに付いても、意見書を提出しなかつた場合には最早之を争ふことを得ないものと謂はねばならぬ。

本件判旨は此の點に於いて舊來の判例を変更したものと見るべく、而して其の変更それ自身は正當であるが、其の変更が甚だ不徹底であることは尙後に述ぶべき通りである(一二八六號の三)。

### 一三三 収用地が事業の爲に必要なりや否やを定むべき標準

(一)

○収用地が内閣ノ認定ニ基キ地方長官が収用スベキ土地トシテ公告シタル細目中ニ在リ、且現ニ起業者が貨物置場トシテ之ヲ使用スルノ計畫ヲ爲シ居ルモノト認メラルトキハ該土地ハ起業者ノ事業經營上不必要ナリト云フコトヲ得ズ(大四、六、二八、行)。

(評釋) 本件判決に於いて『収用スベキ土地ハ内閣ノ認定ニ基キ地方長官ノ爲シタル細目公告ニ依リ定マルモノトス』と曰ひ、収用地が右の公告の中に記載せられて居ることを以て、既に該収用地が事業の爲に必要な土地であることを推定する理由として居るのは、甚だ不當である。

地方長官の土地細目公告は、専ら起業者の申請に基づいて行は

他工作物ノ建設事業ガ土地収用法第十二條ニ依ル内務大臣ノ認定ヲ受ケタルモノナルコトヲ要ス(昭七、一二、二〇、行)。

鐵道線路の建設並停車場停留所の建設事業の爲に内務大臣の認定を受けた者が、舍宅、合宿所、保線係詰所、變電所、材料置場等に必要であるといふ理由で土地収用の裁決を受けた。行政裁判所はそれは内務大臣の認定を受けた事業の爲に必要なものとは言ひ得ないとして、原裁決を破毀した。

○停車場用地ハ鐵道用地ノ一部ヲ爲スモノナルコトハ輕便鐵道法第五條私設鐵道法第四十一條ニ規定スル所ニシテ鐵道敷設事業ノ爲収用スベキ土地ニ該當ス(大三、二、二〇、行)。

鐵道敷設事業の爲め土地を収用し得べき旨の内閣の認定を受けた起業者が、収用地の中に停車場用地を含ませて居たのに對し、被収用者は停車場用地は土地収用法に規定の無いもので、之を収用したのは違法であると主張したが、裁判所は之を容れなかつた。停車場用地は固より鐵道用地の一部であるから、鐵道敷設事業の爲に土地を収用し得ることの認定を受けて、停車場用地としての土地を収用し得ることは當然である。

○本件内務大臣ノ認定ヲ受ケタル電氣裝置擴張事業ニハ未設送電線ノ架設ノ外既設送電線ノ安全地帯ノ設置ヲモ包含シ而シテ係争ノ地域ハ右安全地帯ニ該當スルヲ以テ之ヲ事業ニ不必要ナルモノト謂フヲ得ズ(昭七、六、一〇、行)。

るもので、地方長官は毫もそれが果して事業の爲に必要であるや否やを審査決定するの権能ある者ではない。収用地が眞に事業の爲に必要なや否やは、公告とは關係なく獨立に審理決定せられねばならぬ問題である。

(二)

行政裁判所も次の判決に於いては此の趣意を承認して居る。

○土地ノ収用ハ事業上必要ナル限度ヲ超ユベカラザルモノニシテ、土地所有者ハ其ノ土地ガ事業上必要ナリヤ否ニ關シテモ論難スルコトヲ得ルモノト解スルヲ相當トス(大八、一〇、一、行)。

本判決に於いては、裁判所は被告側の主張である『係争地が事業上必要ニシテ収用ノ要アリヤ否ヤハ内閣ノ認定權ニ屬シ土地所有者ニ於テ論難スルコトヲ得ズ』といふ主張を排斥して、土地所有者は其の土地が事業の爲に必要な程度を超えたものであるといふ主張を爲し得べきものと判定した。而してそれは固より當然である。

唯本訴に於いては裁判所は事業の必要の程度を審査して、敢て必要の度を超えたものではないことを認定し、結局原告の主張を排斥した。

(三)

○起業者ガ家屋其ノ他工作物ヲ建設スル爲ニ要スル土地ヲ土地収用法ヲ適用シテ収用スルコトヲ得ルニハ該家屋其ノ

### 一三四 起業者の申立と事業の爲に必要なりや否やの認定

○軌道敷設事業ノ爲ニスル土地収用裁決ノ申請ニ於テ起業者ガ収用地ヲ停留場設置ニ使用スル旨ヲ申立テタリトスルモ収用審査會ニ於テ停留場ノ設置ヲ認メズ軌道用地トシテ之ヲ収用スルコトヲ裁決シタルハ起業者ノ申立ノ範圍ヲ超越シタルモノニ非ズ(大二三、五、八、行)。

(評釋) 起業者の申請した事業の爲には不必要なりとしながら、他の事業の爲に必要なとして収用の裁決を與へたならばそれは明白に違法であるが、本件判旨は敢てそれを適法として居るのではなく、停留場の設置の爲にする敷地も畢竟軌道用地に外ならないのであるから、停留場設置の爲といふことを明言せず、單に軌道用地として収用する旨の裁決を與へたとしても、敢て起業者の申立以外に出でたものではないといふのであつて、其の意味に解するに於いて判旨正當と信ずる。

### 一三四 設計の変更と事業の爲に必要なりや否やの認定

○収用スベキ土地ガ縦シヤ其ノ用法ニ於テ變更セラレタリトスルモ是レ單ニ必要ト認メタル趣旨ノ變更ニシテ其ノ必要ト認メタルコトハ一ナルヲ以テ其ノ土地ヲ収用スル上ニ



一二六五 軌道敷設の爲にする溝渠付替地の收用 一二六六 古墳墓の收用  
一二六七 専用軌道の收用 一二六八 地上物件の不法伐採

三四四

何等ノ瑕瑾ヲ生ズルコトナシ(大元、一一、二九、行)。

起業者が認可を受けた最初の設計では、係争地は水路に當つて居らず、土砂捨場に當つる豫定であつたのが、後に設計變更の認可を受けて係争地が水路の敷地に當ることとなり、水路の敷地として收用の裁決が下された。併しそれは毫も土地收用の適法性を阻害するものでないことは勿論で、裁決當時の設計に於いて當該事業の爲に必要なと認めらるべき限り之を收用し得るのである。

### 一三三 軌道敷設の爲にする溝渠付替地の收用

○公共ノ用ニ供スル市ノ營造物タル溝渠ガ起業者ノ敷設セントスル軌道敷地ニ當リ而モ該溝渠ハ排水上之ヲ廢止スルコト能ハザルモノニシテ之ニ代ルベキ溝渠ヲ設クル絶對的ノ必要アリト認メラルル場合ニ於テ該溝渠付替地トシテ最モ自然ノ位置ニ在ル土地ハ起業者ノ事業施行上必要ナル土地ニ外ナラズ土地收用法ニ依リ收用シ得ルモノトスルヲ相當トス(大元、七、二〇、行)。

起業者某電氣鐵道會社が軌道を敷設せんとする豫定地の一部に市の所有に係る溝渠が有り、而して溝渠は公物であつて之を收用することが不可能であるので、市と合意の上之を譲受くる必要があり、而して市より之を譲受くる爲には溝渠を付替へる爲の換地を提供する必要があるので、その換地に供する爲原告の土地を收用すべき申請を爲し、其の裁決を得た。本訴は此の收用が適法で

あるや否やの争である。

原告の主張は軌道敷設の爲に收用し得る土地は唯直接に軌道敷設に必要な土地に限る、係争の土地は直接に軌道に必要なものではなく、市有溝渠の換地に供せんとするもので、市が之を收用するのは格別、鐵道會社が軌道用地として收用し得べきものではないといふに在る。

行政裁判所は原告の主張を容れず、(一)該溝渠は建設すべき軌道の敷地に當つて居るが、而も溝渠の存在は公共の必要であるから、必ず之に代るべき溝渠を設けねばならぬ。而して何所に之を設くべきかと言へば、係争の土地は其の付替地として最も自然の位置に在るのであるから、それは軌道事業の爲に必要な土地であるといふことが出来る。且つ(二)該溝渠の付替移轉に付いては起業者と市との間に協定が出来て居て、市長は其の付替工事の施行を承認して居るのであるから、其の付替及溝渠跡の軌道敷設は實現し得るものと認むることが出来るといひ、收用審査會の裁決を是認した。

(評釋) 特定の事業の爲に收用し得る土地の範圍は、唯其の事業施行に直接に必要な土地に限るべきことは當然の原則であるが其の所謂直接の必要とは必ずしも其の事業の本體たるもの、即ち本件に付いて言はば軌道の敷設それ自身に必要な土地のみを意味するのでなく、其の附屬事業の爲に必要な土地をも包含する。而して本件溝渠の築造は軌道敷設に伴ふ必要の事業で、それに必

要な土地は等しく軌道事業の爲に必要な土地であるといふことが出来るのである。

### 一三六 古墳墓の收用

○土地收用法施行令第三條第五號ニ所謂古墳墓トハ私人ノ埋葬地ニ存スルモノナルト否トヲ問ハズ名所舊蹟ニ準ジ保存ヲ要スベキモノノ謂ナリ(昭五、二、二〇、行)。

土地收用法施行令第三條には、起業者ガ内務大臣ノ認定ヲ受ケントスル場合ニ於テ起業地内ニ左ニ掲ゲタル土地アルトキハ其ノ土地ニ關スル調書及圖面ヲ申請書ニ添附スベシとあつて、其の第五號に「名所、舊蹟及古墳墓」とある。

東京府知事が道路改修事業の爲に收用裁決を受けた土地の中に被收用者の所有に係る墓地が有つて、それは明和八年に同家第一代の祖の死亡以來昭和三年に至るまで百五十八年を経た古墳墓であるのに、斯かる手續を経ずして收用の裁決を與へたのは違法であるといふ訴に對し、行政裁判所は、所謂古墳墓とは單に古い墓といふ意味ではなく、名所舊蹟に準じて保存を要するものを謂ふものであると爲し、原告の主張を否定した。

### 一三七 専用軌道の收用

○一般交通ノ用ニ供セザル軌道ニハ軌道法ノ適用ナク土地

一三六 地上物件の不法伐採

○移轉スベキ地上物件ヲ起業者ガ擅ニ伐採シタルヤ否ヤハ裁決ノ當否ニ關係ナキモノトス(大元、三、二〇、行)。

(評釋) 若し起業者が不法に地上物件を伐採したとすれば、民事上の損害賠償の原因とはなるが、それを以て裁決を攻撃する理由と爲すことを得ない。



### 第三節 土地収用の手續

#### 二六九 事業の認定

(一)

或る事業の爲に土地収用を爲し得るや否やは、内務大臣の認定(昭和二年の改正までは内閣の認定)に依つて定まるのであるが、此の認定行爲が違法であつても、之に對して直に行政訴訟を起すことを得ないのは勿論、行政裁判例に依れば、収用審査會の裁決に對して出訴する場合でも、事業の認定の違法なることを理由として裁決の違法を主張することを得ないものと解して居る。其の第一點を示す判例としては、例へば

○土地収用法第八十一條第二項ハ土地ヲ収用シ得ル事業ノ認定ニ關シテハ行政訴訟ノ提起ヲ許サザルノ法意ナリトス(昭四、三、五、行)。

大同電力會社が庄川の水利使用の許可を得、次いで某村地内に於いて電氣事業の施設を爲す爲庄川沿岸の土地収用を必要なりとし、内務大臣の事業認定を受け更に収用すべき土地の細目を公告した。其の公告せられた土地細目の中に加へられて居る土地所有者から、右事業の認定を違法なりとして出訴したが、事業の認定に對しては出訴し得ないものとして却下せられたのである。

用の裁決を受けた事件で、原告は此の停車場新設が公共の利益の爲に必要な事業ではないと主張し、被告収用審査會及び参加人鐵道會社は、それは内務大臣の事業認定の權限に屬するもので、之を違法なりとするは、裁決に對する不服の理由と爲すことを得ないと主張したが、行政裁判所は被告及参加人の主張に拘らず自らそれが果して公共の利益に關する事業であるや否やを審査し其の認定を適法なりと判定して居るのである。

(評釋) 從來の行政裁判所の見解から言へば、本件の如き場合にも、行政裁判所の審理すべき事件でないに判定せねばならぬ。何となれば問題は専ら事業の認定が適法であるや否やの點に繫つて居るからである。固より本件は原告の主張を理由なしとして棄却して居るのであるから、結果に於いては審理を拒否したのと同様に歸し、明白には從來の判例を變更したものと断定し得ないけれども、少くとも從來の判例とは異つた見解を基礎として居るものであることは、之を断定し得る。若し然りとすれば行政裁判所の此の新なる見解は正當であつて、行政裁判所は収用裁決に對する訴に於いても、事業の認定が果して適法であるや否やを審理する權能が有り又審理しなければならぬ職務あるものである。

#### 二七〇 事業認定の更正の要否

○土地収用法第十二條ノ事業認定アリタル後該認定ノ基礎タル事業計畫書及圖面ノ工事設計ノ一部ヲ變更シタル場合

第七類 公用負擔 第一章 土地収用 第三節 土地収用の手續

(二)

其の第二點を示す判例は、上卷七六六號に掲げた所で、自分は之を非とするものであることも、同所に論じた。

併し、行政裁判所の判決の中にも、往々此の見解を固守せず、原告から収用裁決に對する不服の理由として、事業の認定の違法なることを主張した場合に、其の主張の實質に立入つて審査し、事業の認定が果して違法なりや否やを判定して居る例も有る。例へば、

○原告ハ本件ノ収用地ハ參加會社ノ既設大宮驛ヨリ北方僅ニ三四町ヲ距ツル場所ニシテ同所ニ更ニ停車場ヲ設クル必要ナシ從テ同所ニ停車場ヲ設置スルコトハ公共ノ利益ト爲ルベキ事業ニ該當セザルガ故ニ土地収用法ヲ適用シテ本件係争土地ヲ収用シタルハ違法ナリト主張スルモ、當裁判所眞正ニ成立シタルモノト認ムル丙第七號證ノ一二依レバ右新設停車場ト既設ノ大宮停車場トノ距離ハ零哩五十九鎖十七節六ニシテ原告主張ノ如ク僅ニ三四町ニ過ギザルモノニ非ザルノミナラズ、丙第四號證ニ依レバ該新設停車場ノ乗降客ハ日々五百人以上ニ及ブ狀況ナルヲ以テ原告ノ主張ハ事實ニ反シ不當ニシテ、本件ノ収用地ハ起業者ノ鐵道事業ニ必要ナシト謂フコトヲ得ズ(昭四、七、二三、行)。

富士身延鐵道會社が新に大宮西町の停車場を設ける爲に土地収

ニ監督官廳ノ認可ヲ要スルヤ否ハ土地収用法ニ關係ナキ別箇ノ問題ニシテ其ノ認可ノ有無ニ依リ土地収用手續ノ違法ヲ來スモノニ非ズ、又同條ニ所謂事業ノ認定トハ特定ノ事業ガ同法ニ依リ土地ノ収用又ハ使用ヲ爲シ得ル事業ニ該當スルヤ否ヲ決定スルノ謂ニシテ、起業者及事業ノ種類並起業地ヲ特定スルノ效力ヲ有スルニ過ギザルガ故ニ此等ノ事項ニ變更ヲ來サザル限リ工事設計ノ一部ヲ變更シタルノ故ヲ以テ該事業認定更正ノ手續ヲ要スルモノニ非ズ(昭六、一、四、行)。

(評釋) 判旨そのままには賛成し難い。事業計畫書及圖面は事業認定の基礎となるもので、内務大臣はそれに依つて認定を與ふべきや否やを決するのであり、又如何なる事業が其の認定を受けたかを決するにも、それが標準となるべきことは次の判決の認め居る通りである。随つて事業の認定を受けた後に於いて起業者が任意に之を變更し得べきものではなく、若し之を變更するならば前の認定は最早それに對しては效力なく、設計の變更に付き認可を受くるか、又は改めて認定を受けねばならぬことを當然とする。判決が之を以て『土地収用法ニ關係ナキ別箇ノ問題』であるとして居るのは甚だ不當である。唯若し其の變更が要點に於いてではなく、事業計畫書及圖面の要點に於いて變更の無いものであれば、それは變更の無かつたものと見られ得べきものである。此の



一二七一 認定せられたる事業の範圍を決すべき標準  
場合に於いてのみ判旨首肯し得らるる。

### 一二七二 認定せられたる事業の範圍を決すべき標準

○内務大臣ノ認定シタル事業ガ何ナリヤハ起業者ノ事業認定申請書ニ添附セル事業計畫書及圖面ニ依リ之ヲ判定スベキモノトス(昭七、二二、二〇、行)。

鐵道線路建設並停車場建設の爲に土地收用の必要ありとして内務大臣の認定を受け、而も其の認定申請書に添附した事業計畫書及圖面に依れば、其の目的とする事業の中には従業員の舎宅や材料置場などを包含して居なかつた。然るに收用審査會の裁決には舎宅材料置場などの建設用地の爲にする土地收用をも認めて居たので、行政裁判所は之を違法として破毀したのである。

### 一二七三 收用すべき土地細目の公告又は通知

#### (一) 再度の公告は有效なりヤ

○土地收用法第十八條ニハ收用法ヲ適用スベキ事業ニ關スル内閣認定ノ效力ヲ三箇年以内ト規定シアリ。然ルニ同法第三十四條ニ於テ地方長官ノ公告又ハ通知ノ效力ヲ特ニ一箇年以内ニ制限シタル所以ハ、同法第五條第三項、第九條第三項、第二十條乃至第二十二條、第五十六條、第五十八條等ノ各法文ニ於テ、其ノ公告又ハ通知ノ前後ヲ限リテ土地ノ

一二七二 收用すべき土地細目の公告又は通知 三四八

收用又ハ損失ノ補償ニ關スル一定ノ權利關係ノ存在若ハ其ノ作爲ノ效果ヲ確認スルノ規定ヲ爲セルヲ以テ、右等權利關係ノ確認ニ就テノ效力ヲ特ニ一箇年以内ト限定シタル趣意ニ外ナラザルモノトス。而シテ法第十四條ニ依リ内閣認定ノ公告ハ常ニ起業地ノ大體ヲ公告スルヲ例トシ、法第十九條ニ依リ地方長官ノ公告又ハ通知ニ依リ始メテ收用スベキ土地ノ細目ヲ土地所有者及關係人ニ對シ告知スルノ規定ナルヲ以テ、地方長官ハ右内閣ノ認定公告ノ範圍ヲ超越セザル限り、起業者ノ申請ニ依リ事業ノ關係及進捗上必要アリト認ムル場合ハ、三箇年以内何時ニテモ收用地ノ細目變更ヲ公告スルノ權能ヲ有スベキニ依リ、地方長官ノ最初爲シタル公告ガ現ニ一箇年ノ有効期間ヲ過ギテ法第三十四條ニ依リ全ク消滅ニ歸シタル場合ニ當リ法第十九條ニ依リテ更ニ再度ノ公告ヲ爲スモ何等違法ノ點アルコトナシ(大ニ、三、一七、行)。

土地收用法第三十四條には「起業者カ第十九條ノ地方長官ノ公告又ハ通知ノ後一箇年以内ニ收用審査會ニ裁決ヲ求メサルトキハ其ノ公告又ハ通知ハ效力ヲ失フ」といふ規定が有る。本件は一度公告を爲し其の後一年以内に裁決を求めないで置きながら更に再應の公告を爲した事件で、それが有効であるや否やが争の要點である。裁判所は内閣の認定の公告の後三箇年以内ならば再度の公告が有

效であつて、此の場合には最初の公告は法律上全く之を爲さなかつたものと看做されるものと判定した。

(評釋) 判旨正當と思はれる。

起業者が土地細目の公告又は通知を地方長官に申請する行爲は收用地を豫定する行爲であつて、一たび收用地が豫定せられた以上、一年以内に裁決を申請しなければ、其の豫定は效力を失ふのであるが、併し收用地の豫定は確定動かすべからざるものではなく、或は事業設計の變更に因リ或は其の他の理由に因リ之を變更し得ることは當然で、此の場合には前の公告を取消し新なる收用地を豫定して、其の公告を申請することが出来る。若し又公告後一年以内に裁決を申請しなかつた爲に其の公告が效力を失つたとしても、若し事業認定の公告の後未だ三年を経過しない内ならば、事業の認定は尙效力を繼續して居るのであるから、新に事業の認定を申請する必要なく、再び收用地を豫定して其の公告を申請することが出来る。其の再度の公告は或は前の公告とは異つたものであつても、或は前と同じものであつても、新なる公告として有効であることは同様である。

但し一たび收用地として豫定せられたならば、それに依つて其の土地所有權が種々の制限に服するのであるから、若し一旦收用地を豫定して之を公告しながら、後に至つて之を變更し、又は其の效力を失つた後に再び同じ收用豫定地の公告を爲すやうな場合には、土地收用法第五十八條の規定に依り、起業者が土地所有者

又は關係人に對し損失補償の義務を負ふことは當然である。

#### (二) 記載に誤ある公告

●土地收用法ニ依ル土地細目ノ公告中ニ既ニ賣買契約成立シテ收用者ノ所有ニ歸シタル土地ヲ合セ記載シタルトスルモ其ノ公告ノ全部ガ無効ト爲ルニ非ズ(大八、二、七、大民)。

(評釋) 收用豫定地として公告した中に、既に買取つた地面が含まれて居た場合には、其の地面に付いては其の公告は全然無効であることは勿論であるが、それが爲に其の他の土地に付いてまでも其の公告が無効ならしむべき理由は無い。随つて判旨正當であること疑を容れぬと思ふ。前出一七三號參照。

#### (三) 公告と通知とは何れか一方にて足る

○收用土地ノ細目ヲ公告シタル以上借地人ニ通知ヲ爲スコトヲ要セズ(大一三、五、八、行)。

本件は收用地の借地人が自分に通知を爲さないで裁決を申請したのは違法であると主張した訴であるが、公告又は通知は其の何れか一方を以て法律の定むる効果を生ずるに充分であつて、兩方を共にする必要は無いから、裁判所が其の主張を採用しなかつたのは當然である。

#### (四) 事業に必要な土地の一部のみに付き爲したる公告

○土地收用法第十八條及第十九條第一項ニ依リ起業者ニ於テ申請シ地方長官ニ於テ公告スベキ土地ノ細目ハ必ズシテ



内務大臣ノ認定シタル事業ニ必要ナル土地ノ全部タルヲ要セズ起業者ガ現實ニ收用又ハ使用スベキ土地ノ細目ヲ以テ足ルモノト解スベキモノトス(昭六、一一、四、行)。

二三 土地物件の調査

(一) 土地所有者又は關係人の立會の拒絶

○起業者ガ土地物件調査ノ作成ニ付キ土地所有者又ハ關係人ノ立會ヲ求ムルニ當リ相當ノ期間ヲ存セザルトキハ立會ヲ爲サザルノ一事ヲ以テ調査ノ作成ヲ拒ミタリト云フヲ得ズ、從テ斯ル場合ニ於テ市町村長ノ立會ヲ以テ作成シタル調査ハ其ノ效力ナシ(大五、四、一四、行)。

起業者から土地所有者に對し調査の作成に付き立會を求むる通知を發し、其の通知は大正二年十月十二日午前七時に土地所有者に到達した。同月十五日午前十時に土地所有者の立會が無いからといふ理由で、市町村長の立會を以て調査を作成した。

裁判所は「斯ノ如キハ原告ノ立會ヲ求ムルニ相當ノ期間ヲ存シタルモノト認ムルコト能ハザルガ故ニ原告ガ調査作成ノ際立會ヲ爲サザリシトテ之ヲ以テ調査ノ作成ヲ拒ミタルモノト云フヲ得ズ」と曰ひ、其の調査を無効なりと判定した。

(評釋) 此の判決の趣意は正當である。

土地物件の調査は被收用者をして之に對し異議を述ぶるを得ざ

調査ハ現場ヲ調査シタル者ガ自己ノ名義ヲ以テ作成スルコトヲ要ス。現場ニ立會ハザル市町村長ガ立會人トシテ署名シタル調査、現場ニ立會ハザル府知事ノ名義ヲ以テ作成セル調査ハ違法ナリ(昭五、二、二〇、行)。

東京府知事が起業者として收用手續を行ひ、土地調査を作成するに當り、現場には技術員を出張せしめ、村長の代理としての村吏員の立會を以て調査したのであつたが、其の調査には府知事及村長の名を書して之に捺印し、現場に出張し及立會つた技術員及村吏員は署名して居なかつた。土地收用法施行令第六條末項には「調査ニハ調査ヲ作りタル起業者、土地所有者及關係人記名捺印スベシ立會人アルトキハ立會人モ亦之ニ記名捺印スベシ」とある。

行政裁判所は、此の規定の意義は現場を調査し及立會つた者が記名捺印することを要求する趣旨で、現場に出張せず又立會はない府知事及村長が記名して居るのは違法であると爲したが、唯調査の違法は裁決の效力に影響するものでないと判定した。

(評釋) 判決は調査が違法であるとしても裁決の效力に影響しないものとして居るのであるから、結局に於いては判旨正當に歸するのであるが、併し現場に出張せず又立會はない府知事村長の記名を違法なりとして居るのは頗る不當で、賛成し難い。

府の技術員及村の吏員は言ふまでもなく、府知事及村長の命を受けて其の職務を代理するの地位に在る者で、代理者が官廳の名に於いて其の職務を代行する場合には、自分の名を書せず官廳の

らしむる効果を有するもので、市町村長の立會を以て之を作成し得る爲には、被收用者が眞に立會を拒む意思の明白なる場合でなければならぬ。數日の餘裕をも置かず突然日を定めて立會を求め其の日に立會はなかつたとしても、それは立會を拒むの意思が明白なるものとは謂ひ得ない。

(二) 村助役の立會を以て作りたる調査

○助役ガ村長ノ職務ヲ臨時代掌スルガ如キハ殆ド普通ノ事例ニ屬スルヲ以テ特ニ越權ノ處置ヲ爲シタリトノ舉證ナキ限り地上物件調査ノ作成ニ際シ助役ガ村長ニ代リテ立會ヲ爲スモ不法ニ非ズ(大元、二、四、行)。

土地收用法第二十一條第二項には「前項ノ場合ニ於テ土地所有者又ハ關係人ガ調査ヲ作ルコトヲ拒ミタルトキハ起業者ハ市町村長ノ立會ヲ以テ之ヲ作ルコトヲ得」といふ規定がある。本件は村助役の立會を以て調査を作つた場合で、原告からは村長の命令なくして助役が私に立會つたのであるから無効であると主張したけれども、裁判所は、助役が一々各個の場合に村長の命令を受けずとも村長の職務を代理し得る權能あることを認め、特に村長の意思に反して越權の處置をしたといふ證據の無い限りは、其の作成に不法の有つたものと認むるを得ないと判定した。

(三) 調査の記者

○土地收用法第二十一條第二項ニ依ル市町村長ノ立會ハ現場ニ於ケル調査ニ現場ニ立會フコトヲ要ス、又同條ニ依ル名を書し、官廳の職印を押捺することは、行政上の實際に於いて普通に行はるる慣行であり、之を違法なりと斷定すべき理由は無い。何となれば凡て代理者の行爲は外部に對しては被代理者たる行政廳の行爲として效力を生ずるものであり、隨つて代理を命ずる場合には同時に其の記名を爲すの權能をも授與したものと認むべきであるからである。被告東京府知事が原告の主張に對する答辯として「凡ソ行政廳ノ爲スベキ事務ハ直接其ノ所屬吏員ニ命ジテ之ヲ擔當セシメ自己ノ責任ニ於テ外部ニ對抗スルノ效力ヲ有スルモノトス、單リ市町村長ノミナラズ其ノ他ノ行政廳ニ在リテモ長官自ラ總テノ事務ニ直接當ラズト雖外部ニ對シテハ其ノ廳ノ長官自ラ其ノ責任ズベキハ行政廳組織ノ然ラシムル所ナリ」と曰つて居るのは、大體に於いて正當な答辯と見るべきである。民法上の法律行爲に付いてすらも、代理人が自分の名を書せず、本人の名を書し、本人自ら其の行爲を爲した如き外形を以てする場合をも、大審院判例は有効の行爲として承認して居る。行政行爲に付いては、此の如き慣行は一層廣く行はれて居るもので、之を有効と認むべき一層強い理由あるものと謂ふことが出来る。

行政裁判所自身の判例の中にも、例へば明治四十三年六月二十七日の判決には縣の内務部長が縣知事の代理として裁決を行つたに拘らず自分の名を署せず知事の名を署したのに對し「内務部長ガ裁決書ニ知事ノ名ヲ署シタルハ地方行政事務上ニ於ケル普通ノ例規ニ依リタルモノニシテ敢テ違法ナリト謂フヲ得ズ」と曰つて



居る。

○起業者が土地物件ノ調書ヲ作成スルニ當リ關係人ノ立會ヲ求メズ且同調書ニハ關係人ノ所有スル物件並同人ガ關係人タルコトノ記載ヲ缺クモ土地所有者タル原告ハ其ノ作成ニ立會ヒ調書ニ署名捺印シ居リ且原告ノ土地物件ニ關スル限ニ於テハ右調書ノ記載ガ事實ニ符合スルモノナルヲ以テ右調書ハ原告ニ關スル限ニ於テハ有效ニシテ之ニ基キ爲シタル裁決ヲ無効ト爲スベキニ非ズ(昭七、三、二九、行)。

(四) 調書の無効が裁決に及ぼす影響

○土地收用法ニ依ル土地物件調書ハ單ニ證據保全ノ爲作成スルモノナルヲ以テ假ニ調書作成ノ手續ニ違法ノ點アリトスルモ其ノ調書ノ證據力ヲ争フハ格別之ノミヲ以テ收用審査會ノ裁決ヲ直ニ違法ナリト云フコトヲ得ズ(大一四、三、三一、行)。

本件は王子電氣軌道會社の大塚停留所擴張用地として土地を收用したのに對し、其の裁決の取消を求むる爲に出訴した事件で、原告の請求相立たずと判決せられたのであるが、原告は裁決の違法なることを主張する第一の理由として、裁決の基礎とせられた土地物件調書を無効なりと主張した。原告の主張に依れば、起業者は七月十一日附を以て七月十三日午前十時現場に立會はれたき旨を原告に通知し、原告は同日午後六時頃之を受領したもので、

其の間僅に一日の餘裕あるに止まり相當の期間を隔てたものでないから、それに立會はなかつたとしても、立會を拒絶した者と見ることを得ないにも拘らず、直に町長の立會を以て土地物件調書を作成したのであるから、それは無効の調書であると云ふに在る。裁判所は假令調書作成の手續が違法であるとしても、それだけでは裁決を違法なりとすることを得ないものと判定した。

(評釋) 判旨正當である。

本件の如き場合に於いて其の調書が無効であるといふ主張は正當であるが、併し調書が無効であることは、それだけでは裁決を違法ならしむる原因となるものではない。調書が無効であることから生ずる結果は、唯其の調書記載の事項が公の證據力を發生しないことのみ在る。故に土地所有者は其の公の證據力を否定し隨つて其の内容の誤れることを主張することが出来るけれども、若し其の内容に誤が無いならば、調書それ自身は決して裁決の要件ではないから、假令調書が無効であつても、裁決の瑕癍を生ぜしむるものではないのである。

○土地收用法第二十一條第二項ニ依ル立會及調書ノ作成ニ違法アル調書ハ同條第三項ニ規定セル效力ヲ認メラレザルニ止マリ之ガ爲直ニ土地收用ノ裁決ヲ違法ナリト爲スヲ得ズ(昭五、二、二〇、行)。

(五) 無効の調書のみを標準としたる裁決の效力

證據ナキトキハ之ニ對スル移轉料補償ノ請求ヲ排斥スルモ不當ナリト謂フコトヲ得ズ。

土地收用法第二十一條ノ調書ハ其ノ作成當時ニ於ケル土地物件ノ現狀ヲ證スルモノニ過ギザルガ故ニ起業者ニ於テ調書記載ノ物件ガ裁決申請當時存在セズ、從テ移轉料ノ補償ヲ要セザルモノトシ、之ヲ除外シテ裁決ノ申請ヲ爲シ收用審査會ニ於テ其ノ申請ヲ採用スルモ、調書ノ記載事項ニ對シ異議ヲ述ブルモノト謂フコトヲ得ズ(大一一、二、二二、行)。

土地物件の調書が適法に作成せられたに拘らず、起業者は此の調書に記載せられた物件の全部に付いて移轉の協議を爲さず、其の中から或る物を削つて其の協議を爲し、而も協議不調の故を以て裁決を申請したのは違法であると曰ひ、又收用審査會の裁決に於いても右調書に記載せられた物件の全體に付いて移轉料を支拂ふべき旨を決せずして、起業者から申請した移轉物件に付いてのみ移轉料を裁決したのは違法であるといふ主張を以て、被收用者から訴を提起した。

併しながら、土地物件調書は唯調書作成當時に於ける土地物件の存在を證明する効力を有するだけで、調書に記載せられた土地物件が全部收用の目的物となるものもなければ、移轉を要するものでもない。其の移轉を要しないものに付いては移轉の協議を爲し又は移轉料を補償するを要するものではないことは勿論である。

○收用審査會ガ無効ノ土地物件調書ニ基キ收用スベキ土地物件ヲ決定シ其ノ調書ノ記載ガ眞實ニ反スルコトヲ申立テタル土地所有者ノ意見アルニ拘ラズ事實ノ審査ヲ遂ゲズシテ爲シタル裁決ハ違法ナリ(大五、四、一四、行)。

(評釋) 調書は土地收用に付いての絶對の要件ではなく、唯有效に調書が作成せらるれば、それを以て收用の目的物を定むる標準と爲すことが出来るといふに止まる。故に調書が無効であるとしても、それだけでは審査會の裁決が當然取消されるべきものではないことは勿論であるが、唯調書が無効であれば、其の調書のみを標準として、土地所有者から反對意見の申立あるにも拘らず、之を審査せずして收用の目的物を定めた場合には、其の裁決は違法として取消されねばならぬことは當然である。

本判決は此の趣意を言明して居るもので、判旨正當である。

(六) 物件調書と物件の移轉料

○土地收用法第二十一條ニ依リ地上物件ノ調書ヲ作成シタル場合ニ於テモ必ズシモ此ノ調書ヲ基本トシ之ニ記載シタル物件全部ニ對シ移轉ノ協議ヲ爲シ若ハ移轉料ヲ補償スルノ要アルモノニ非ズ。

地上物件調書作成當時存在シタルモノト雖モ、協議開始以前所有者ニ於テ之ヲ撤去シ裁決當時存在セズ、而モ其ノ之ヲ撤去シタルハ土地收用ノ結果ニ出デタルモノト認ムベキ



其の證據力は又調書作成後裁決までに起つた變化に付いての主張を妨ぐる力を有するものではない。判決は此の趣意を言明して居るもので、其の論旨は正當である。

(七) 立會の通知なくして作られたる調書に對する異議

(兩名ノ共有ニ屬スル土地ノ收用ニ付テ土地調書ヲ作製スルニ際シ起業者ガ共有者ノ一人タル甲ニハ立會ノ通知ヲ爲シタルモ他ノ一人タル乙ニハ通知ヲ爲サズ又右調書ニ於テ右土地ガ甲ノ單獨所有ニ屬スルコトヲ乙ニ於テ認メタル旨ノ乙自身ノ記載ナキトキハ乙ハ土地收用法第二十一條第三項ニ依リ異議ヲ述ブルコトヲ得ザルモノト爲ステ得ズ(昭五、八、五、行)。

三三三 協議の成立の性質

(一) 土地收用法に依る協議の成立したる場合は土地收用なりや

●起業者ガ土地收用法ノ規定ニ從ヒ土地ノ所有權ヲ取得シタルトキハ當事者間ノ協議ニ依ルト收用審査會ノ裁決ニ依ルトニ論ナク同法ニ所謂土地ノ收用ナリトス(大五、二、一六、大民)。

●土地收用法ニ依ル協議ハ收用ノ一ノ方法ニシテ其ノ協議

の間に成立する合意は公法的性質の合意であり、民法上の契約の性質を有するものではない。其の收用審査會の裁決に依る場合と同様の効果を生ずることは當然である。判決が『土地細目ノ公告ノ後ハ土地ヲ收用セラルベキコト確定シ土地所有者ハ所有權ノ移轉ニ付キ自由意思ヲ有セザルヲ以テ、協議ハ土地收用法ニ所謂收用ノ一種ニ外ナラズ』と曰つて居るのは、大體の趣意に於いて正當である。

(二) 土地細目の公告前より賣買の交渉あり公告後其の協議調ひたるは土地收用なりや

●土地收用法ニ依リ土地細目ノ公告アリタル後其ノ土地ニ關スル權利ノ移轉ニ付協議調ヒタルトキハ、假令其ノ公告前ヨリ賣買ノ交渉アリタリトスルモ、尙民法上ノ賣買契約ニ非ズシテ土地收用法ニ依ル協議ナリ。

土地細目ノ公告アリタル後ハ民法上ノ賣買契約ヲ爲スコトヲ得ズ公告後ニ爲シタル契約ハ即チ協議ニ外ナラザルノミナラズ、起業者ニ於テ事業ノ廢止又ハ變更ニ因リ土地ヲ收用スル必要ナキニ至リタルコトヲ地方長官ニ届出デ收用手續ヲ廢止セシムルノ手續ヲ爲スニ非ザレバ内閣ノ認定シタル事業ノ爲ニ收用手續ヲ遂行セザルヲ得ザルコトハ土地收用法施行令第十條ノ規定ニ照シテ明ナルヲ以テ、縱令土地細目ノ公告前ニ於テ博覽會敷地ト爲ス爲ニスル賣買ノ交渉

ニ應ジタル者ハ其ノ土地ノ上ニ買戻權ヲ有ス(大八、二、七、大民)。

(評釋) 地方長官の公告又は通知の有つた後、起業者は土地收用法第二十二條に依り其の土地に關する權利を取得する爲土地所有者及關係人に協議を爲すことを要し、其の協議の調はなかつたとき又は協議を爲すことが出来なかつた場合に限り收用審査會の裁決を求むべきものとせられて居る。若し其の協議が調つたならば、それで收用手續は終了して、起業者が收用の目的物たる權利を取得するのである。

此の協議の調つた場合に、それは民法上の賣買契約の成立したのであるや、又は土地收用が行はれたのであるやに付いては、學說上の争が有る。大審院の判例は古くから之を以て收用の一の場合であると爲し、收用審査會の裁決に依る場合と同様に買戻權を發生するものと解して居る。明治三十年二月十七日、三十八年四月二十四日の判決等は其の先例で、本判決も其の例を追うたものである。而して此の判例は正當である。

何となれば、協議の調ふ場合は固より雙方の間に合意が成立するのであるが、此の合意は對等なる地位に於いての自由意思に依る合意ではなく、起業者は内閣の認定に依つて、既に條件附に土地收用權を取得し、協議は此の收用權を實行する所以に外ならぬからである。起業者は收用權の主體として、言ひ換ふれば國家的公權の主體として土地所有者及關係人に對するのであつて、兩者

アリタリトテ公告後ニ至リテハ其ノ交渉ニ依リ賣買ヲ爲スニ由ナク公園設置ノ爲ニスル收用ノ一種トシテノ協議ヲ爲スノ外ナキモノトス(大八、二、七、大民)。

大阪市で初め博覽會開設の爲に其の敷地の買収に着手し、明治三十二年から三十三年に互り係争地に付き買受を交渉して居たが未だ契約の成立しない中、三十四年一月に大阪府で賣渡を承諾しない者は公園敷地として收用することに決し、同年二月に内閣の認定を受け、三月二日に大阪府知事の土地細目の公告が有り、係争地も其の公告の中に含まれて居たが、三月八日になつて係争地の賣買の交渉が纏まり、契約が成立した。そこで此の契約が民法に依る賣買契約であるか又は土地收用法に依る協議であるかが争となつた。

原審の判決には、係争の土地は博覽會敷地として買入れの交渉を爲し、其の交渉が調つたのであつて、公園地に宛つる爲に收用したのではない。即ち内閣の認定を経た事業以外の目的の爲に土地を買収したのであるから、收用法に依る協議と見るべきものではないとしたけれども、大審院は之を否認し、假令土地細目の公告前には博覽會敷地として買ひ入れる交渉が有つたとしても、其の公告が有つて其の土地が收用地の中に入れられた以上は、市は必ず内閣の認定を経た事業の爲に收用手續を遂行せねばならぬのであるから、博覽會敷地の爲に買ひ入れることは最早出来ないのであつて、公園設置の爲に協議を爲すの外は無いと爲し、其の交渉