



Title	最高裁判所破棄判例研究
Author(s)	北海道大学法学会; Law and Political Science Association Hokkaido University
Description	資料
Citation	北海道大學 法學會論集, 7(1), 66-89
Issue Date	1956-09
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/27752">https://hdl.handle.net/2115/27752</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	7(1)_P66-89.pdf



## 最高裁判所破棄判例研究

北海道大学法学会

北海道大学法学会の昭和三十一年度における計画の一つとして、法律学を専攻する者全員で構成される法律懇談会で最高裁判所判例集第九巻以降に掲載されている破棄判例を取上げて判例批評の形式での研究発表を行い、その成果を本誌本号以降に掲載していくことにした。事情の許すかぎり来年度以降もこの計画を継続していく考えている。なお、研究会においては研究対象として一応破棄判例の全部を取上げることになっているが、その成果の全部を本誌に掲載することは種々の事情から望めないもので、本誌に掲載するものは、原則として右のうち比較的重要な判断されるものに限らざるをえなかつた。また、同じ理由から、批評の形式においても少なからぬ制約をうけ、組方も本文を二段に組むという異例をあえてしている。連載をはじめに当つて一言事情を明らかにしたく思つた次第である。

(本誌編集委員・北海道大学法学会幹事)

## 民事判例

物の給付の執行不能の場合における履行に代る損害

賠償額算定の標準時期

昭和三〇年一月二二日第二小法廷判決(昭二八(オ)九六八号、委託線材返還請求事件)最高裁判集九巻一号二二頁

〔事実及び判旨〕 閉鎖機関日本製線鋸工業統制組合(原告、

控訴人、被上告人、以下Xと称する)は東洋製線株式会社(被告、

被控訴人、上告人、以下Yと称する)に対し昭和一九年八月一九

日線材の伸延加工を委託してその所有線材約三二二トンを引渡し

たが、右加工委託契約はその後一年程してXY双方の合意により

解除された。Yは解除前既に約八トンの線材を加工してXに引渡

しており、又解除後は残余の線材のうち約一三〇トンにXを返還しているが、なおその余の線材一七二トンについてはXの再参の請求にかかわらずこれを返還しようとする。そこでXは、右線材一七二トンの引渡を求めると共に、もし引渡の強制執行が不能となつた場合は右引渡に代る損害賠償の支払を求めるとして本訴請求に及んだ。

一審ではXが敗訴したが、二審判決はXの請求を全面的に認容し、殊に、履行に代る損害賠償の請求については、XがYに対し返還を求めている間に「経済事情の変動で本件線材の市場価格は次第に高くなり、昭二三年一〇月二三日当時においては一トン金五万四千円となつたものであることが認められる。したがつて右に述べるような事情のもとにおいては、Yにたいする線材の引渡執行が不能に終つたときは、XはYの不履行により右金額相当の損害を被むるにいたつたものと解するをさまたげず……」と判示して、Yに右金額の支払を命じた。そこでYは上告、理由の中で、従来の大審院判例（昭和一五年三月一三日民聯判、昭和七年七月二九日民五部判等）においては、本来の給付の請求と同時にそれに代る履行不能の際の損害賠償が予備的に請求されている場合には、その賠償額は事実審の口頭弁論終結時における本来の給付の価額を標準として算定すべきものとされてきたのであるが、原審

の口頭弁論終結時は昭和二八年四月二〇日であるに拘らず、原判決はそれより約五年以前の時期の価額を標準として賠償額を算定している、かかる判決は大審院の判例に反するものであり破棄せらるべきである、と述べた。

これに対する最高裁の判旨は次の通りである。

「原判決は、Xの履行に代る損害賠償の予備的請求につき、昭和二三年一〇月二三日当時における本来の給付の価額を標準として損害額を算定し、上告人に右金額の支払を命じた。しかしながら物の給付を請求しうる債権者が本来の給付の請求にあわせてその執行不能の場合における履行に代る損害賠償を予備的に請求したときは、事実審裁判所は、右請求の範囲内において、最終口頭弁論期日当時における本来の給付の価額に相当する損害賠償を命ずべきものであることは、大審院判例の示すところであつて（昭和一五年三月一三日民事聯合部判決、民集一九卷五三〇頁参照）、当裁判所は、右判断は相当でありこれを維持すべきものと考へる。しかるに、原審の最終口頭弁論期日が昭和二八年四月二〇日であることは記録上明らかであるから、原判決の前記損害額の認定は法令の解釈を誤つた違法があるものといわなければならない。しかも、原審の最終口頭弁論期日当時の本来の給付の価額がいくらであるかは原判決の確定しないところであるが、もしその価額が

前記価額よりも低い場合には、原判決主文はどうていこれを維持することはできないから、前記違法は判決主文に影響あるものとなさざるをえない。されば論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。」

〔評釈〕 判旨に賛成する。

債権者が本来の給付請求と併合して将来の執行不能時における填補賠償請求を並位的に訴求した場合、その填補賠償額は、最終口頭弁論終結当時の時価を標準として算定すべきであるとする判旨の立場は、判旨がいう如く、従来の大審院判例において確立繼承されてきたものであり（判旨が引用している昭和一五・三・一三民聯判の他、大正五・六・七大民三判・民録一一四一頁、大正七・一・二八大民二判・民録五一頁、昭和五・五・二二大民一判・新聞三一三四号七頁、昭和七・一一・八大民五判・法学二巻七号一一七頁、昭和二三・四・一九大民二判・法学七巻一一二号一六七一頁等参照）、判旨も又「右判断は相当であり……維持すべきもの」と考えこれを踏襲している。そこで従来判例及び判旨の理論的根拠を初期判例についてみると、大五・六・七の判決は、債権者が「債務者ノ履行ヲ為シ能ハサル場合アルヲ予想シ物件給付ノ請求ニ附加シ之ニ代ルヘキ損害賠償ヲ請求シタルトキハ其賠償額ハ債務ノ目的タル物件ノ換算額ヲ請求スルニ外ナラサルヲ以

テ其ノ額ノ算定ハ判決当時ニ於テ其物ノ有スル価格ヲ以テ標準ト為ササルヘカラス蓋シ斯ル場合ニ於ケル原告請求ノ趣旨ハ履行時期以後ニ於ケル経済状態ノ変動ニ依リ物ノ価格ニ高下ヲ生シタル場合ト雖モ判決執行当時ニ於テ其物ノ引渡ヲ受クルガ若シ之ヲ受ケ能ハサル場合ニ於テ其換算額ノ支払ヲ受クルニ於テハ物ノ引渡ヲ受ケタルト同一ノ価値ヲ有セシメントスルニ在ルヲ以テナリ」と判示し、又大七・一・二八の判決は、「此ノ場合ニ於ケル賠償ハ債務ノ目的タル物件ノ価額ヲ換算シ以テ其直接履行ニ代用スルモノニシテ判決執行当時ニ於テ債権者カ其換算額ノ支払ヲ受クルハ直接其物ノ返還ヲ受クルト経済上毫モ異ナル所ナシ而シテ判決執行当時ノ価額ハ予メ之ヲ算定スルニ由ナキヲ以テ判決執行当時ノ価額ヲ標準トスルノ外ナケレバナリ（大正五年（オ）一八〇号同年六月七日判決参照）」と判示している。その後の判例はいずれも、単にその結論のみを判示するか、或はせいぜい右の両判決を引用するに止まつており、したがつてその立場は右の判例において示されている理論構成と殆ど大差ないものと考えて誤りないであろう。私も又、判旨と同様、従来判例理論を正当であると考え

る。そもそも、履行遅滞に基く債務不履行は、遅滞によつて生じた損害の賠償請求権（遅延賠償請求権）を生ぜしめるものであるこ

とは疑ないとしても、それによつて直ちに、本来の給付の履行に代る損害賠償請求権（填補賠償請求権）を発生せしめるという性質のものではない。民法は、例えば四一四条一項が示す如く、債務不履行の場合には何よりも先ず本来の債権内容を強制的に実現せしめることを建前としており、履行に代る填補賠償は、この本来的な債権内容の実現が不可能・不適當な場合における第二次的・補充的な性質を有するものとして構成されているのであつて、このような民法の技術的構成は、これを例えば債務者の利益と関連させて考へる場合（例えば、遅滞後における履行の提供といへども、それが債権の目的を達しうるものであり、且つ遅延賠償をも含めて行われている以上は、債権者においてその受領を拒絶出来ないとする判例・通説を参照）、なお実質的に充分な意味を具えているものといわなければならない。即ち、本来の債権内容が填補賠償請求権に転換するには、一定の要件が必要なのである（この点は、大正四・六・一二大三民判・民録九三二頁、大正七・四・二大一民判・民録六一五頁の如く、債権者は「遅滞後ニ於ケル給付カ債権者ノ利益ト為ラサル場合又ハ……遅滞ノ為メニ給付不能ヲ生スル場合」を除いては「契約解除ノ手續ヲ為サズシテ」履行遅滞を理由とする填補賠償を請求し得ないという立場を採らうと、或は又、昭和八・六・一三大民判・民集一四三七頁の如く、

相当の期間を定めて催告しても債務が履行されなるときは債権者は「爾今以後本旨ニ從テ履行ハ最早之ヲ受ケス唯履行ニ代ル損害賠償ヲ得テ甘センノミト言明」することによつて填補賠償を請求し得るといふ立場を採らうと、何等変りはないといへる。ところで、本件におけるYの債務不履行は合意解除の効果として発生した原状回復義務の履行遅滞なのであるが、Xはそれに対してあくまでも本来の給付の履行を請求し、それと附加的に、その履行の強制実現が不可能となる場合にそなへ、将来発生することあるべき履行に代る損害賠償を併合請求しているわけである。即ち、この場合における本来の給付請求権からの填補賠償請求権への転換は、将来起り得べき強制執行の不能を契機として行われるわけであり、したがつて、その填補賠償の額は執行不能の際における債権内容の価値、その換算額でなければならないことになるのである。したがつて又、この場合における填補賠償額算定の時期は——厳密に論理的にいうなら——強制執行が不可能となつたとき、換言すれば本来の給付請求権が填補賠償請求権に転換するときを標準とすべきことになるであらう。しかしながら、執行不能時における本来の給付の換算額は将来において具体的に確定されるべきものであり、したがつて常に予めこれを算定し得るものではないことは前掲大正七・一・二八の判例が示す通りである。然ら

資料

ばこの場合、大正一五・一〇・六六三民判（民集五卷七一九頁）の如く、「例之損害賠償ノ額ニ付予メ其ノ定アル場合目的物ノ価額ハ一定不変ノ性質ノモノナル場合若ハ将来騰貴スルコトアルモ下落ノ虞ナキ場合等ヲ外ニシテ未ダ具体的ニ発生セサル損害ハ其ノ数額モ亦之ヲ知ルニ由ナキ」ものであるからという理由で「請求権ソノモノノ否定セラルルコト又有り得ヘキトコロナリ」とする態度が是認されるべきなのであるか。この点について、判旨が引用している昭和一五・三・一三の聯合部判決は「……事實審裁判所ハ最後ノ口頭弁論當時ニ於ケル本来ノ給付ノ価額ヲ判定シテ……其ノ強制執行不能ナルトキハ該価額相当ノ損害ヲ為スヘキコトヲ命スル判決ヲ為シ得ルモノト解スルヲ妥当トス」と判示して大正一五・一〇・六の判決を覆えしたかの如き表現をしているけれどもその理由とするところは明らかでない。惟うに、将来における填補賠償額の確定が常に必ずしも可能ではないということである。填補賠償請求権そのものが否定される場合があるとすれば、債権者は本来の給付の執行不能に直面して後始めて新しい填補賠償請求の訴を起さなければならないことになる。その論理的な正確さを強調するの余り、一体ここまで債権者に不便を強いなければならぬのかということになると、その当否はかなり疑問であるといわなくてはならない。およそ、債務不履行によつて生

じた損害はすべて賠償されなければならないのが近代法の原則であり、国家権力は出来る限りこの表現を保障するのが建前である以上、しかして、そのような見地から、本来の給付請求と併合して執行不能の場合における填補賠償請求を訴求する必要利益が債権者に認められている以上、国家権力は、債務者の利益を不当に害しない限度において可能な限りその請求の実現に助力すべきである。然らざれば、そもそも、本来の給付と執行不能の場合の填補賠償の併合請求を認めてきた判例の努力自体が無意味なものになつてしまふであろう。この意味において、昭和一五・三・一三の聯合部判決が、債権者は執行不能の場合における履行に代る損害賠償を請求し得るという前提の上に立つて「最後ノ口頭弁論當時ニ於ケル……価額ヲ判定シテ……該価額相当ノ損害ヲ為スヘキコトヲ命スル判決ヲ為シ得ルモノト解スルヲ妥当トス」といつているのは正当である。さて、以上によつて明らかなく、本件における填補賠償額算定の標準時期は出来得る限り執行時に近い時期でなければならぬ。このことは債務者の利害に対する配慮という立場からしても当然のことである。この点、判旨が「原審の口頭弁論期日當時の本来の給付の価額がいくらであるかは原判決の確定しないところであるが、もしその価額が前記価額よりも低い場合には、原判決主文はとうていこれを維持することはできな

い」といつているのも又正当である。

なお、最終口頭弁論期日當時を標準とする価額算定が次善の方法として是認せらるべきこと上述の如くであるとするなら、かくして算定せられた価額が執行時において下落した場合においては、債務者に、その蒙つた不利益を回復するための手段（例えばその差額に相当する不当利得返還請求）が当然認められてしかるべきであろう（逆の場合債権者がその差額たる不足分を更に請求出来るかどうかは問題である。債権者が将来発生することあるべき損害につき、自ら、これを判決当時の時点において確定してもらうべく請求した以上、その請求に基いてなされた賠償額の確定はむしろその確定を希望した債権者を拘束するとみるべきであり、したがつてこの点につき、もはや債権者は更に請求をなし得べき正当な利益（*rechliches Interesse*）を有しないと解する）。

（敷 重 夫）

### 投票なからば投票箱を開いて投票を取り出した違法と選挙の効力

昭和三〇年二月一〇日第二小法廷判決（昭和二七年（オ）三〇一号選挙無効訴訟裁決取消請求事件）最高裁判集九卷二号一四四頁

〔事案及び判旨〕 昭和二六年四月二三日山形県東村山郡山寺村

で行われた村議会議員及び長の選挙に際し、「第七投票所における投票事務に従事していた同村役場吏員某が、午前一一時頃に投票箱を開函し、そのときまでに投入された議員及び長の投票各二五五票を附近にあつた空箱に移してこれを投票所でない同所二階に持ち運び、しばらくしてから同投票をもとの投票函に戻して投票終了後これを開票所に運搬し、他投票所の分全部に混入して開票した」（原審の認定事実）という事実があつたので、選挙人たる原告等から、右選挙の効力に関する異議、訴訟を経て、裁判の取消および選挙の無効判決を求めて出訴した。

原審仙台台高裁では、「右のような選挙法規違反行為があつたからといつて、そのこと自体直ちに選挙の結果に異動を及ぼす虞があるものとするとは行過ぎであつて右の虞があるかどうかはその前後の具体的事情の如何によつて判定すべきものである。けだし、右のような違反行為があつたからといつて、当然に投票の改ざん、入替等の不正行為により投票に変動をきたす虞があるものとは限らないからである」との見解の下に、本件は、選挙事務に全然経験をもたなかつた前記某が、途中、議員投票用紙の残枚数が、村長投票用紙よりも一枚多いことを発見し、投票函中の投票数をたしかめる為に行つたことで、その非常識は大いに責め

らるべきであるけれども、「投票函を開けてから投票を函に戻すまでの間に投票の結果を左右すべき不正行為が介在したものと認められないから、右の違法は選挙の結果に異動を及ぼす虞あるものとはいえない」として、原告の請求を棄却した。

これに対し、本件上告判決は、左記理由により原判決を破棄自判して原告の請求を認容した。

「前記違法事実は著しく選挙の公正を疑わしめるに足るものであつて、不正行為が行われ得る可能性を有することは明らかである。従つて、かかる違法事実は現に不正行為が行われたと否にかかわらず、常に選挙の結果に異動を及ぼす可能性があるから、公職選挙法二〇五条にいわゆる『選挙の結果に異動を及ぼす虞がある場合』に該当するものといわなければならぬ。もし原判決のごとき見解をとると、前記のような違法事実が行われたときでも、これに関与した当事者について証拠調をし不正事実の発覚しない限り、選挙の効力は保持されることとなる。違法事実に関与した者を取調べても、それらの者が口裏を合せておれば、現実に不正行為が行われた場合でも、不正行為は表面に現われず、従つて選挙は有効と認められる不都合な結果を生ずるのであろう。かくては、選挙の公正は、著しく疑惑を増すことになる。されば、原判決はこの点において違法があり、論旨は理由がある。」

〔評釈〕 本判決は、破棄判決である許りではなく、公職選挙法二〇五条の解釈に新例を開いたものとして、注目すべきものであるが、遺憾ながら、その見解には賛成できない。

一 「公職選挙法二〇五条にいわゆる『選挙の規定に違反するとき』とは、主として選挙管理の任にある機関が選挙の管理執行の手續に関する明文の規定に違反することがあるとき、または直接かような明文の規定はないが選挙法の基本理念たる選挙の自由公正の原則が著しく阻害されるときをさす」もので、投票所の係員が投票半ばで投票箱を開いて投票をとり出すような行為はもとより、法の認める所ではなく、選挙の規定に違反することに、疑の余地はない。

次に、右の違反が、「選挙の結果に異動を及ぼす虞がある場合」というのは、「もしその違反がなかつたならば、選挙の結果につきあるいは異なつた結果を生じたかも知れぬと思慮せらるる場合をいう」と解するのが至当であらう。従つてそれは、観念の世界における推論に外ならないが、問題は、その推論の仕方にある。

原判決は、本件違反行為があつたという丈では十分ではなく、「その前後の具体的事情の如何によつて判定すべきもの」としたが、これに対し、本件判旨は、「かかる違法事実は、現実に不正行為が行われたと否にかかわらず、常に選挙の結果に異動を及ぼ

す可能性があるから」それ丈で、選挙の無効原因となるとする。すなわち、原判決が、個別的・具体的な可能性を問題としているのに対し、本件判旨は、可能性という言葉を使っているが、それは、一般的・抽象的に、行為そのものの性質から導き出されるもので、結果の如何に拘わりのない点では、むしろ、行為の危険性を問題にしているものといつてよい。では、公職選挙法二〇五条の解釈としていずれが正当であろうか。

同条の規定は、一般的にいえば、手続上の瑕疵が、行為の効力に影響を及ぼす限度について定めたもので、選挙の特質がそこに現われてはいるけれども、原則の上では、とくに変わった定めをしていない。手続は、法の目的に適った結果を持ち来たす為めの手段的性格を有するもので、結果に対する関係は様々である。そこで、手続上の瑕疵が、結果に影響を及ぼす虞がある場合に限つて、当該行為を無効とする、というのは、いわば、当然の定めとすることができるが、その「虞」の意味をいかに理解するかがここでの問題である。

この問題を一般的に考察することは、本稿の目的ではないから、ここでは、焦点を、選挙の規定にしぼつて考えよう。選挙は、選挙人団の集団的意思表示による長又は議員の選任行為たることを本体とし、それが、一定の秩序を保ち、自由且つ公正に行われる

ことを保障する為めに、選挙の管理執行に関する諸の手続が定められている。従つて「選挙の結果に異動を及ぼす虞」というのは、選挙の本体たる候補者の当落に影響する虞がある場合を指すもので、選挙の規定違反があつても、候補者の当落に影響のないものであれば、選挙を無効とする理由がない。これは、手続そのものの従たる性質からいつて当然のことであるが、従つてそれは、現実に存在する可能性でなくてはならぬといふことができる。現に生じた結果の如何にかかわらず、手続上の瑕疵そのものの中に、不法な結果を生ずる危険性が認められるという丈で、本件たる選任行為を無効ならしめるということは、本末顛倒のそしりを免れない。この意味で、本件判旨の態度には、根本的な疑問がある。

二 けれども、「選挙の結果に影響を及ぼす虞」というのは、観念の世界における推論の問題であるから、単なる事実認定の問題ではなく、当該違反行為の、結果に対する意味を考えて決すべきもので、「その前後の具体的事情」は、かかる判断の資料となるものにすぎない。従つて、或る種の手続に違反することは、選挙の公正を著しく阻害し、その結果、選挙の結果に影響を及ぼす虞なしとするを得ないといふことで、当然に、選挙無効原因となることはあり得る。例えば、「選挙管理委員会が、投票管理者及び開票管理者の選任以外の職務権限の一切を奪つて村役場事務当局に

一任して選挙が行われた」というような場合がその適例である。<sup>(c)</sup>  
 このように、「殆んど選挙の体具えない」ような場合には、当然に、選挙の結果に異動を生ずべき虞ありと認めることができる。  
 又選挙人の投票の自由を妨げるような事実があつたとすれば、選挙人団の集団的意思表示そのものが、それに依つて影響されなかつたことを保し難いから、選挙無効の原因とならう。この場合には、それ以上の事実果して、個々の選挙人がどのような影響を受けたかというようなこと（を確めることは、選挙の秘密を侵すこととなつて許されない。従つて、この段階においての推論が為されるのである。しかし、これらは決して、「結果の如何に拘わりのない」という意味で当該違反行為の危険性を問題にしているのではない。それぞれの具体的事情に即して、現実に、不法な結果発生の虞が在ることを問題としていたのである。

本件判旨も、本件違法事実が、著しく選挙の公正を疑わしめるに足りるものであることを指摘している。そこに、不法な結果発生の危険性があることは否定できないが、問題は、このような危険性が、具体的な事実関係の下において、現実の可能性に転化しうべき場合に該当するかどうかの点にある。しかるに、本件の場合には、選挙人団の集団的意思表示による長及び議員の選任行為そのものは、何等の瑕疢なく行われているのであるから、結果は、

ひとえに、それを選挙会が確認するについて妨げを生じたか否かの点にかかつている。しかるに、かかる事実の存否は、証拠によつて確定し得ることであり、その事実のないことが明らかになれば、もはや、選挙の結果に異動を及ぼす虞のないことが明白になつたといわなくてはなるまい。このような場合にまで選挙無効とすべき理由は、何等存在しないのである。<sup>(d)</sup>

判旨の立場は、選挙の公正をとくに重視し、些かでも疑惑を止むべきではない、というにあるようである。それ自体としては、一理なしとしないが、そこから直接に出て来ることは、「虞なし」と判断するについて、必要にして十分な事実はいかなるものでなくてはならないか、ということであり、その基準から、原判決を批判することは可能であらう。しかし、事実の如何に拘わりなく、選挙を無効とすべきという理論の根拠となるものは、そこには存在しないのである。

又、選挙無効による再選挙が、選挙人団の元来の意思をその儘再現するものでないことはいふまでもない所であるから、要するに改善の策にすぎないのであるから、それを必要の最少限度に止むべきは当然のことであるといつてよい。選挙の公正を重んじて、選挙無効の範囲を拡大することには、このような意味で、別の弊害を生ずることを軽視すべきではない。

三 最後に、本件判旨は、本件のような場合に、選挙を無効とすべき理由として、裁判による真実発見に限界のあることを強調している。しかし、ここにも論理の飛躍があるように思われる許りではなく、このような考え方自体が、裁判の機能的限界を口実に、国民の負担において、裁判の放棄を合理化するもののように思われる。本件判旨がここに力点をおいていることは、本判決の最大の弱点といわなくてはならぬ。

- (1) 本判決について、昭三〇・三・一〇第一小法廷判決（最高民集九卷三号二五六頁）は、本判決と全く同一の理由により、「開票管理者が、開票事務終了後、開票所以外の場所において一部の開票立会人の面前で、投票入封筒の封印を破棄し、在中の投票を取り出し再調査した違法は、常に選挙の結果に異動をおよぼす虞がある場合に於て」として、原審仙台高裁の判決を破棄差戻している。しかし、本判決と同趣旨に出た先例はなく、却つて、右高裁判決と同趣旨の判決は、昭二七・五・二九広高判決（行政事件裁判例集三卷一一号二二一―二三頁）にも見出すことができる。なお、学説としては、後掲註(8)参照。
- (2) 最判昭二七・一二・四最高民集六卷一一号一一〇三頁。
- (3) 最判昭二三・六・二六行政裁判月報三号六一頁。同旨昭二四・七・二三月報二四号四六頁。
- (4) 判例中には、「現に行われた選挙を無効とし、改めて選

- 挙を行った場合に、現実に生じている結果と異なる結果を生ずる可能性があることをいう」（最判二三・一・一七月報一号九〇頁）とするものがあり、同旨判決は繰返されて判例集にも登載されているが（最判昭二五・九・八最高民集四卷九号三五九頁）、その誤りは多言を要しないであろう。
- (5) 田中二郎・行政法上巻一八七頁以下参照。
- (6) 最判昭二五・九・八最高民集四卷七号三五九頁。
- (7) 例えば、投票所の設備が不完全な場合につき、美濃部達吉・選挙争訟及び当選争訟の研究二一〇頁以下参照。
- (8) 投票函、開票、投票録、開票録又は選挙録の作成に関する違法が、当然に選挙無効の原因となるものでないことについては、美濃部前掲二三三頁以下参照。

（今村 成和）

### 第三者所有の動産に対して強制執行をなした債権者の不法行為上の過失責任の有無

昭和三〇年二月一日第二小法廷判決（昭二七年（裁）第五四四三号損害賠償請求事件）最高裁判集九卷二号一六四頁

〔事実及び判旨〕 合資会社関西ホテルは、租税滞納のため、その所有動産について、税務署より差押公売処分をうけ某がこれを競落した。右物件はホテル経営に不可欠な動産であつたところから、原告（控訴人・被上告人）が競落人よりこれを買受け同ホテ

資 料

ルに賃貸していた。その後被告（被控訴人・上诉人）は同ホテルに対する債権に基づき右物件を差押え自ら競落した上これを他に転売した。そこで原告から被告に対して不法行為に基づく損害賠償を請求。争点は、被告の強制執行には不法行為責任を生じさせる故意または過失があつたかどうかである。原告は、(1)差押に立会つたホテルの雇人が右物件は原告の所有物である旨を被告に申立てた事実、(2)原告代理人弁護士が内容証明郵便で「本件物件は……原告の所有物件であり、右事実は税務署で調査すれば容易に分明する……」旨被告に通告した事実、(3)ホテルの代理人弁護士も右物件が原告の所有に属する旨を被告に申出ている事実をあげ、被告の側の過失を主張する。これに対して被告は、(1)差押の執行は執行吏の職権行為に属し、被告が責任を負う筋合ではないこと、(2)原告代理人の前記通告は執行を停止させる効果なく、正当な法的手段たる強制執行異議の訴の提起、強制執行停止命令の申請をしなかつたこと、(3)前記通告をうけた後ホテルにその証拠書類の提示を求めたが提示がなかつたこと、(4)また税務署についても調査をしたが原告主張の事実を確認しえなかつたことなどをあげて、不法行為責任を否認する。一審では原告敗訴。原告の控訴に対して原審は、被告主張の(1)の点につき「執行債権者に故意又は過失の責むべきものがあつて一般不法行為を以て論ずべき場

合には、執行吏の職務執行行為として適法であるか否かと拘らず債権者はその責を免れることを得ない」と正当に判旨(同旨大五・七・一五録一四〇九頁、大七・七・一〇録一三六五頁、大一一〇・三・二三録五七〇頁)した後、「強制執行の目的動産について所有権を主張する第三者があり、その主張が執行妨害のため無責任になされたものと認められない状況にあるときは、その主張を虚偽として無視し得る合理的な理由がない限り、執行債権者はその主張事実の真否を調査すべきであり、競売期日までに適当な調査をなすことを怠つて競売手続を遂行したときは、これについて執行債権者は過失の責に任ずべきもの」であるとして、前記(3)(4)の事実について被控訴人の過失責任を認めて原判決を変更した(なお(2)の事実について控訴人の過失相殺)。被控訴人は上告して、原判決は証拠責任を誤解し、拳証責任ある者にこれを負わせることなく、かえつてなら法的根拠を有せざる調査義務を義務なき者に負担させている違法であると主張する。最高裁は上告理由を容れつぎのごとく判旨して原判決を破棄差戻した。

「差押債権者が債務者の占有する動産につき、債務者の所有に属するものとして強制執行をなしたところ、当該目的物が実は第三者の所有であつたとしても、その執行は直ちに債権者の過失によるものと推定するをえず、執行の目的物が第三者の所有である

ことを債権者が知らなかつたことにつき過失があるとするためには、差押物につき所有権を主張する者の側においてこれを証明すべきことは言をまたない……債務者又は第三者が、差押物件は債務者の所有ではなく第三者の所有である旨告げたからと云つて、その通告が当時の状況に照らし正当であつて、これを無視することが債権者の過失を推断せしめるような特別な事情のない限り、債務者又は第三者においてその通告に沿う証拠資料を何等提出しないようなときは、通常は債権者のなした執行は、不法行為を構成するものではないのであつて、右のような通告があつたからといつて、それだけで直ちに債権者がその真偽を調査すべき義務を負うに至るものではなく、又充分に調査すれば第三者の所有であることを確認しえたかも知れなかつた場合でも債権者に調査不充分の数を帰せしめることはできない……」。

〔評釈〕 債務者の占有する第三者の所有物に対して債権者が強制執行をし、第三者に損害をおよぼした場合、この執行が仮差押・仮処分であるときは、一般の不法行為責任における差押責任の原則を転換して、債権者の過失を推定ないし無過失責任を認めているのが判例である（大民明四一・七・八録一四輯八四七頁、大〇・四・四録二七輯六八三頁、大一一・二・一七集一卷四六頁、昭六・一一・一三集一〇巻九九九頁、昭一三・五・七集一七巻八

六七頁。その理論的根拠については、兼子・判例民事法昭一三年五七事件参照）。

これに反し通常の差押にあつては、一般の原則に従つて、被害者たる第三者において加害者たる債権者の故意または過失を立証する責任を負う。この場合は、仮差押・仮処分の場合と異なり、差押債権者が正当な権利を行使する者とみられるべきは当然だからである。

しからば、具体的にいかなる場合に、差押債権者に過失ありとすることを得るであろうか、これまでの判例において問題となつたものに、債権者の執行現場における立会、第三者からの所有権の主張、異議の訴の提起がある。

第一の債権者の立会については、これも過失に参酌しうる一事由とは認められるが（大民大一〇・三・一九録二七輯五五三頁）、しかし単にこの立会の事実のみをもつて債権者に過失ありということを得ず、さらに執達吏（現行法では執行吏）をして過誤に陥らしむべき格別の行為をなしたことが必要であるという（大民昭六・一・二九新聞三二二七号四頁）。

つぎに第三者からの所有権の主張については、相反する判例がある。大四・三・二五録二二輯三五二頁は、第三者が競売開始十数時間前に電報で、差押物件の所有権を主張し差押の解除を要求

したが、債権者がそのまま競売を遂行した事案について、かかる場合債権者には主張事実の真否を調査する義務あり、調査のため必要あらば競売を延期すべきであるとして、差押債権者の過失を認定したが、前掲大一〇・三・一九の判例は、差押えた金銭が第三者に属すること及び単に差押執行の際に第三者が執行吏に異議を述べただけでは債権者に不法行為の責任なしと判旨する。

第三に異議の訴についても判例は相反している。債権者に過失ありとするには単に異議の訴で敗訴したという事実だけではならずとする判例がある(大一〇・一〇・二三録二七輯一七四四頁)一方、異議の訴で敗訴した債権者は、民法第一八九条二項の規定からみて、遅くとも訴の提起の時以後過失の責に任ずべきであるとする判例もある(昭一三・一〇・二六集一七卷二〇四五頁)。

右の第二・第三の点について過失を否認した判決は、債権者の過失を認定するためには、さらに債権者が執行現場に立会つた事実および第三者の異議が当時の状況に徴し正当なるにも拘らずなお執行した事実を必要とするとい(大一〇・三一・九)、また債権者が差押物件所在の場所その他執行当時の状況に徴し普通人の注意をしたら其の執行の不当であること、従つて第三者が異議の訴を提起したのは当然の措置であることを覚知し其の差押を解除し得たことを必要とする(大一〇・一〇・二二)。

本件は右の第二の点について後の判例に従つたものであるが、さらに債権者の過失を認定するには、前記判例のいう異議を正当ならしめる当時の状況ある場合のほか、債権者又は第三者において異議(通告)を裏付ける証拠資料の提出が必要であることを附加している。第三者の一片の通告によつて直ちに債権者に過失を認めるがごときは、客観的状況においてその通告が明々白々たる根拠を有せぬ限り、もとより不当であつて、債務者占有中の動産は債権者の所有と推定され(民一八八条)、従つて執行に無過失が推定される以上、この執行が過失に基づくことを主張するためには、第三者において所有権を拳証すべきは当然であり、通告に對して通告の真否を調査すべき義務を債権者においてなら負うべきでないことも判旨のいうとおりである。

判旨には含まれていないが、原審で過失相殺の事由とされた点、異議の訴の提起がなされなかつた点はどうであろうか。学説は、異議の訴の敗訴の事実のみでは債権者に過失なしとする大正一〇年の判決に賛成し(平野・判例民法一四一事件)、異議の訴に敗訴した債権者は訴提起の時以後過失の責ありとする昭和一三年の判決に反対する(我妻・判例民法二二四事件)。これら判例と第三者異議の訴がむしろ濫用されている現状とから、異議の訴の提起がなかつた点だけでも、債権者の無過失を推認せしめる一資料た

りうるとする考え方もある（ジュリスト八〇号六九頁）。たしかに、第三者異議の訴は、事実認定の困難（とくに本件のように競売が介在している場合）、被告の攻撃防禦の困難などの点で、第三者にとつてきわめて有力な手段であることを考えると、かかる強力な手段をとらなかつたことを、債権者に無過失を推認させる一資料としてもよいようである。しかし他方、理論的には異議の訴を提起しなくとも損害賠償の請求をなしうるわけであり（大民明三八・六・五録一―輯八七三頁）、また実際上も目的物の確保まで望まぬこともありえようし、あるいは異議の訴の性質に関する通説たる形成訴訟説によれば、実体法上の関係は訴訟物とはならないとされている点（兼子・強制執行法五八頁）、さらには第三者異議の訴の濫用的提起の事実を考えれば、原審の判断は疑問である。なお昭三〇・一一・二五の判決は本件と一見相反する判断をしている。（山 島 正 男）

控訴審の實質上第一回の口頭辯論期日ではじめて提出された買取請求権行使の主張は一九九条により却下されるか

昭和三〇年四月五日第三小法廷判決（昭和二八年（オ）第七五九号家屋収去土地明渡請求事件）最高裁判集九卷四号四三九頁

〔事実及び判旨〕 山梨県食糧営団は建物所有の目的でX（原告・被控訴人、被告入）から本件土地を賃料一箇月四〇円で昭和二一年七月一日より向う五箇年の約定で賃借した。この期間は罹災都市借地借家臨時処理法五条により向う十箇年ということになった。昭和二三年二月食糧配給公団が成立し同時に右営団は解散した。右営団は閉鎖機関に指定され閉鎖機関整理委員会によつて特殊整理が行われ同営団の資産たる本件建物は同委員会から暫定的に右配給公団山梨県支局に貸与使用させた。これはしかし本件土地の借地権を右公団支局に譲渡したものではない。昭和二五年九月右配給公団が解散した。本件建物は閉鎖機関たる右営団に返還された。閉鎖機関処理委員会は本件建物を売却処分につすることになった。一方従来食糧配給事務に経験のある者の間で本件建物同様右委員会によつて売却される右営団の配給事務所を使用して食糧の小売販売を営むため右建物を閉鎖機関から買取り組合員に売却することを目的とする甲府城南保全事業協同組合を組織したので右配給公団の職員であつたYは右同様の目的で本件建物を買受けるために右組合に加入し、右組合は右閉鎖機関から本件建物を買受け次いでYは昭和二六年二月右組合からこれを買受けた。右閉鎖機関、右組合及びY間に順次に行われた本件建物の売買には敷地賃借権の譲渡の合意が伴なつていた。しかし、右賃借権の譲

資料

渡についてXの承諾が得られなかつた。そこでXはYを相手とし本件建物の取去と敷地の明渡し及び昭和二五年一〇月以降土地明渡済に至るまで一箇月金四〇〇円の割合による金員の支払を求むる訴を提起した。

Yは賃借権の譲渡を承諾しないのは権利の濫用であると争つたが認められず第一審甲府地裁はXの請求を認容した(但し金員の支払は昭和二六年二月以降のみ認められた)。

Yは控訴した。控訴審でYはXに対し本件建物を時価で買取るべきことを請求した。Xは右抗弁はYが故意又は重大な過失により時機に遅れて提出したもので、しかもこれがため訴訟の完結を遅延させるから却下すべきだと主張した。第二審東京高裁は右抗弁は既に主張できたのであるから控訴審で初めて主張するのは、Yの故意又は重大な過失による時機に遅れた防禦方法の提出で、又これがため新たに証拠調を必要とする点からみると訴訟の完結を遅延させるとして右抗弁を却下し、他の点では第一審判決を支持して控訴を棄却した。

Yは上告した。上告理由次のとおり。

買取請求権の訴訟上の行使は単なる抗弁の提出と異なる。買取請求権の行使があつたときは、買取代金を定めてこれと引換えにXの家屋取去土地明渡を認容すべきものである。買取請求権は地

上物件の存在する限り何時たりとも行使しうべきもので時機に遅れるということはない。Yは家屋取去土地明渡の義務なしとの確信の下に専らこの点のみ防禦を集中し、随つて仮定的に買取請求権を行使しなかつたのであるからYに故意重過失はない。原審でYが買取請求権行使後、Y本人訊問の期日が開かれており(なおその後にも結審までに数回期日が指定されている)買取請求の主張を認めてもこのために訴訟の完結を遅滞させる結果とならなかつた。Xの不承諾は権利濫用である。

最高裁は原審判決を破棄差戻した。判決理由次のとおり。

「所論引用の大審院判例(昭和八年二月七日判決)が、控訴審における民訴一三九条の適用について、第一審における訴訟手続の経過をも通観して時機に後れたるや否やを考うべきものであり、そして時機に後れた攻撃防禦の方法であつても、当事者に故意又は重大な過失が存すること及びこれがため訴訟の完結を延滞せしめる結果を招来するものでなければ、右の攻撃防禦の方法を同条により却下し得ない趣旨を判示していることは所論のとおりであつて、この解釈は現在もなお維持せらるべきものと認められる。記録によつて調べてみると、……すでに第一審において少なくとも前記買取請求権行使に関する主張を提出することができたものと認めるのを相当とし、所論のように、上告人が第一審にお

いて当初の主張にのみ防禦を集中したというだけの理由をもつて、上告人が第二審において始めてなした買取請求権行使に関する主張が、故意又は重大なる過失により時機に後れてなされた防禦方法でないと断定することはできない。しかし時機に遅れた防禦方法なるが故に上告人の右主張を却下するためには、その主張を審理するために具体的に訴訟の完結を遅延せしめる結果を招来する場合でなければならぬこと前示のとおりであるところ、借地法第一〇条の規定による買取請求権の行使あるときは、これと同時に目的家屋の所有権は法律上当然に土地賃貸人に移転するものと解すべきであるから、原審の第二回口頭弁論期日（実質上の口頭弁論が行われた最初の期日）において、上告人が右買取請求権を行使すると同時に本件家屋所有権は被上告人に移転したものであり、この法律上当然に発生する効果は、前記買取請求権行使に関する主張が上告人の重大なる過失により時期に後れた防禦方法として提出されたものであるからといつて、なんらその発生を妨げるものではなく、またこのため段の証拠調をも要するものではないから、上告人の前記主張に基づき本件家屋所有権移転の効果を認めるについて、訴訟の完結を遅延せしめる結果を招来するものとはいえない。従つて訴訟の完結を遅延せしめることを理由として、前記所有権移転の効果が無視し、なんらの判断をも与

えずに判決することは許されないものといわなければならない。

以上のとおりであるから、右第二回口頭弁論において結審することなく第六回の口頭弁論期日において弁論を終結したこと記録上明らかな本件において前記上告人の主張を時機に後れた抗弁として排斥し、本件家屋所有権移転の効果は無視したものと認められる原判決は、民訴一三九条の解釈適用を誤つた違法があるを免れない。……他の論点について判断するまでもなく、原判決を破棄。

〔評釈〕 判旨に大体賛成する。家屋収去土地明渡請求に対し控訴審の第二回（実質上は第一回）の口頭弁論期日ではじめて買取請求権行使に関する主張が提出された点が問題の焦点である。

控訴審だけについて時機に後れたかどうかを見ると、実質上第一回の口頭弁論期日で提出されたのであるから時機に後れたとはいえない。しかし、第一審から通してみれば、本件買取請求権行使の主張は第一審において提出することが可能であり適していたから、時機に後れたものではないといきれない。しかし、第一審から通してみるときは、判例学説を通じて確立した見解であるといふことができる。

(1) もちろん、すべての主張が第一審において提出することが可能であるというのではない。

## (2) 判例民事法昭和八年度一五事件兼子評釈参照。

それでは右の主張は却下されるべきか。故意又は重大な過失があるときに却下される<sup>し</sup>。ところで右主張を第一審で提出する機会があつたといふことだけで重大な過失があつたといふことができるか。原判決はできるといつているようである(判例集四五五頁)。この点は先例がある。大判昭和九四・四民集一三卷五七三頁は、単に第一審において提出する機会があつたことを理由として控訴審における相殺の抗弁の提出につき重大な過失があるとした。

(1) 故意又は重大な過失がない場合にのみ許されるのは異なることに注意すべきである。ドイツ民訴二七九条と五二九条二項とを対比して日本民訴一三九条三七八条と比べてみよう。

さて、提出する機会があつたといふとき、それはいつのことか。相殺権、取消権等のいわゆる形成権行使の効果を訴訟上攻撃防禦の方法として提出する場合は、すでに提出しうべかりし時期とは、その行使の意思表示をした時ではなく、形成権を行使しうべき状態にあつた時で、したがつてその行使の意思表示とともに提出した時でもその行使の意思表示の直後に提出した時でも、時機に後れた提出である<sup>し</sup>。ありうる。

## (1) 判例民事法昭和九年度五一事件兼子評釈

しかし、右の場合でも、充分な法律的知識なくしてはその関連性が認識できないようなものであつた場合とか、相手方の主張事実を本気で否認していた關係上、仮定抗弁の提出に思い及ばなかつたといふ事情があるときは、重大なる過失があるとはいえない。当事者訴訟の多い我国では、当事者訴訟の場合において、とくに注意すべき点であろう。

## (1) 兼子一条解民事訴訟法一三九条。

ところで相殺の場合には、右のほか特別の考慮が必要であるといわれる。すなわち、「相殺の抗弁を訴訟中に提出する場合は固より一定の反対債権を覚知して居らぬ限り提出すべき時期にあるとは云えないが、更に仮令之を覚知して居たとしても、其の後の提出が時機に後れたことに付いて当事者に故意又は重大な過失ありと認むべきや否やも、相殺の抗弁は予備的に提出するのが常である所から、通常の場合に比して其の標準を変えて考えねばならない。即ち他の理由で訴訟物たる債務の存在を真面目に争ひ、又争うことが合理的であると認められる限り直ちに相殺を抗弁せぬことを以て責むるのは穩当を欠く<sup>し</sup>。」

## (1) 判例民事法昭和九年度五一事件兼子評釈。

では買取請求の場合はどうか。買取請求権は土地質貸人が借地

権の譲渡又は転貸を承諾しないことによつて発生しその時に行使しうべき状態になるから、通常は右不承諾に基づく家屋取去土地明渡請求の訴の第一審において買取請求権行使に関する主張は提出しうべき状態にあつたといふべきである。しかし、買取請求権の行使に関する主張は、右家屋取去請求権の不発生やはじめに遡つての消滅（その成立原因たる行為の効果の滅却）を齎すものではない。この点相殺の抗弁に類似する。したがつて、右家屋取去請求の成立を真面目に争ひ又争うことが合理的である——例えば承諾があつたと主張する如き——限り直ちに買取請求権の行使の主張をしなかつたからとて重大な過失があるとはいえないであらう。

判旨も本件について提出の機会があつただけで重大な過失があるとはいつていない。しかしYが第一審で当初の主張にのみ防禦を集中しただけでは重大な過失がないと断定することはできないといつてゐる。このこと自身は一般的にはそのとおりである。当初の主張にのみ防禦を集中したことが真面目でもなく合理的でもないときは重大な過失があるといえるからである。しかも本件では不承諾は権利濫用と主張するのみであつたからこの主張にのみ防禦を集中したことは合理的とはいひかねる。おそらくしかしこの点の断定はしかねたのであらう。それならば重大な過失がな

いと断定することはできないという意味がなくなる。<sup>(1)</sup>

(1) 一三九条によるならば、重大な過失があるときに却下すべきで、重大な過失がないといえないときは却下できないはずである。重大な過失がないときのみ提出が許されるというのであるならば、重大な過失がないと断定できないことは意味をもつてくる。すなわち、提出が許されなくなるのである。控訴審においては一三九条の適用ではなく準用だから後者の意味に解すべきであるともいふのであらうか。それならば訴訟の促進という観点からは興味ある見解である。重大な過失がない場合にのみ提出を許す場合はさらに二つの場合に分たれう。一は訴訟の完結を遅らせないときは重大な過失がないのではなくても提出を許す場合である。他は訴訟の完結を遅らせないときでも重大な過失がないといえないときは提出を許さない場合である。判旨は本件について前者を考えているようである。

さて重大な過失があるときでも訴訟の完結を遅らせないときは却下できない。では買取請求権の行使の主張は訴訟の完結を遅らせるか。買取請求権の行使の主張は、買取請求の意思表示のあつたこと、その効果として目的物たる家屋の所有権がXに移転したこと、それを根拠として家屋取去土地明渡を求めるXの請求権は滅却したことの主張である。この主張の当否を判断するには、

判旨のいうように特段の証拠調を必要としない。しかも、この主張の当否の判断をしなくても本件ではその後四回の口頭弁論を開いているからこの主張の提出のために訴訟の完結が遅れると認められる事情にあつたとはいえない。したがって本件では右買取請求権行使の主張の提出は訴訟の完結を遅らせないとみるべきである。この点判旨は正当であろう。原判決は新たに証拠調を必要とするといっているが、それだけでは訴訟の完結を遅らせるとはいえない。例えばその証拠調が即時にできる場合がそうである。したがって新たな証拠調を必要としても、特段の証拠調を必要とするのでなければ訴訟の完結を遅らせるとは直ちにはいえない。

(小山 昇)

## 刑事判例

### 刑法第二四六条第二項の罪の成立要件——特に処分行爲と財産上不法の利益に関し——

昭和三〇年四月八日第二小法廷判決(昭和二十七年(あ)第三八〇六号詐欺被告事件) 最高裁判集九卷四号八二七頁。

#### 〔事実及び判旨〕

一 第一審は次の事実を認定し、被告人甲の行爲を刑法第二四六条第二項に該当するとなし、被告人甲を懲役一年六月に処する旨判示する(昭和二十六年一〇月二十六日青森地裁藤ヶ沢支部判決)。

林橋の仲買を業とする被告人甲は、昭和二十三年三月一六日自宅乙に対し、林橋国光五〇〇箱を同月二四日頃迄に貨車積として上越線N駅迄輸送し同駅に於て乙の指定した丙に渡すことを条件として、代金六二万五千円で売買契約を爲し、その手附金として即日三二万四同月二一日残代金三〇万五千円を自宅を受領したにも拘らず、その履行を爲さなかつたため、乙より再三の督促を受けるや、四月一日履行の意思のないに乙を五能線T駅に案内し同駅で丁をして林橋四二二箱の貨車積を爲さしめ之にN駅行の車標を挿入せしめ、恰も林橋五〇〇箱をN駅迄発送手続を完了し着荷を待つのみ如く乙に示してその旨乙をして誤信させ、乙が安心して帰宅するやその履行を爲さず、因て債務の弁済を免れ以て財産上不法の利益を得たものである。

二 これに対し、弁護人は、甲には詐欺罪の犯意なく、従つて、原判決は、詐欺罪が成立しないにも拘らず採証の法則を誤り事実を誤認したものであると控訴する。

三 然し、原判決は右の控訴趣意に対し、被告人甲の犯意を認定し、控訴を棄却する(昭和二十七年五月九日仙台高裁秋田支部判決)。

四 そこで、上告人は、大判大一二・二・一三刑集二・一・五四及び大判昭四(れ)一四一・昭四・五・二八の兩判決——財産上不法の利益を得たる者として刑法第二四六条第二項を以て処断するに相手方をして権利の抛棄、債務の約束其の他財産上の利益を授与すべき特定の行為を為さしめ之に因り欺罔者又は第三者に於て財産上の利益を取得した事実の存在を必要とする——を引用し、第一審判決及び原判決には判例違反の違法であると主張する。

五 この上告趣意に対し、本判決は、次のように判示する。

「所論は、原判決の判例違反を主張するけれども、控訴趣意は、単に犯意についての事実誤認の主張にすぎなかつたのであり、原判決が所論の事項につき法律上の判断を示しているものとはいえないから、判例違反の論旨を容れることはできない。

しかし、つぎの理由により、結局、原判決は破棄を要するものと認められる。(中略)刑法二四六条二項……(の)罪が成立するためには、他人を欺罔して錯誤に陥れ、その結果被欺罔者をして何らかの処分行為を為さしめ、それによつて、自己又は第三者が財産上の利益を得たのでなければならぬ。しかるに、右第一審判決の確定するところは、被告人の欺罔の結果、被害者(乙)は錯誤に陥り、「安心して帰宅」したというにすぎない。同人の側にいかなる処分行為があつたかは、同判決の明確にし

ないところであるのみならず、右被欺罔者の行為により、被告人がどんな財産上の利益を得たかについても同判決の事実摘示において、何ら明らかにされてはいないのである。同判決は、「因て債務の弁済を免れ」と判示するけれども、それが実質的に何を意味しているのか、不分明であるというのほかはない。あるいは、同判決は、「乙」が、前記のように誤信した当然の結果として、その際、履行の督促をしなかつたことを、同人の処分行為とみているのかもしれない。しかし、すでに履行遅滞の状態にある債務者が、欺罔手段によつて、一時債権者の督促を免れたからといって、ただそれだけのことで、刑法二四六条二項にいう財産上の利益を得たものということはできない。その際、債権者ももし欺罔されなかつたとすれば、その督促、要求により、債務の全部または一部の履行、あるいは、これに代りまたはこれを担保すべき何らかの具体的措置が、せむとも行われざるをえなかつたであろうといえるような、特段の情況が存在したのに、債権者が債務者によつて欺罔されたため、右のような何らかの具体的措置を伴う督促、要求を行うことをしなかつたような場合にはじめて、債務者は一時的にせよ右のような結果を免れたものとして、財産上の利益を得たものということができるのである。ところが、本件の場合に、右のような特

別の事情が存在したことは、第一審判決の何ら説示しないところであるし、記録に徴しても、そのような事情の存否につき、必要な審理が尽されているものとは、とうてい認めがたい。ひつきよう、本件第一審判決には、刑法二四六条二項を正解しないための審理不盡、理由不備の違法があるものというべく、同判決およびこれを支持して控訴を棄却した原判決は、刑訴四一条一号により破棄を免れないものである。」

〔評釈〕 判旨賛成だが、判旨を補足する必要を認める。

一 判例違反主張の上告趣意についての判断に関し この点については、判旨に附加すべきものはない。なんとすれば、原判決は、犯意についての事実誤認を主張する控訴趣意に対する判断を示せば足りたのであつて、この原判決につき詐欺罪成立要件に関する判例違反を主張しても、それは、控訴審において主張・判断のない事項についての判例違反の主張であり、刑訴法四〇五条の上告理由とはなり得ないからである（この点については、判例の確立する所。最判昭二五・五・二刑集四・七四二、最判昭二六・三・二七刑集五・六九五、最判昭三〇・二・一八刑集九・三三二）といつても、刑訴法四一条一号を適用すれば、原判決破棄は可能である（この点につき、平野龍一・刑評二・九三、九四参照）。本判決は、この点から破棄を為したものである。

二 破棄理由となつた「処分行為」と「財産上の利益」との解

釈について 第一審判決（及びこれを維持した原判決）は、乙が錯誤に陥り「安心して帰宅」したという事実と、「因て債務の弁済を免れ以て財産上不法の利益を得た」ということを結合し得るものと考え、二項詐欺罪に問うている。即ち「安心して帰宅」を單純に「処分行為」と目することによつて、この「処分行為」と「財産上不法の利益」とを結合し得るが故に、二項詐欺罪の成立要件たる、欺罔―錯誤―処分行為―財産上不法の利益という一連のつながりを充たし得るものと考へている。だが、しかし「安心して帰宅」したという事実を捉えて、單純に「処分行為」ありと称えることができようか。判旨が、この点につき疑惑を感じたことは、まことに正当である。そもそも、「処分行為」は、欺罔行為―錯誤―処分行為―財産上不法の利益という一連のつながりの一環として位置を占めているということから考へても理解し得るように、一方においては、錯誤に直結し、他方においては、財産上の不法の利益に密接に結合し得るものでなければならぬ（平場安治・「詐欺罪における被欺罔者の処分行為」・法学論叢六〇巻一、二号五三頁以下参照）。それ故に、「処分行為」と称し得るためには、被欺罔者における何らかの行為が欺罔者或いは第三者（勿論、欺罔者と関連あり）に「財産上不法の利益」を与え得

る程度に到達していることが必要である。もし、このような程度に達していないときには、「処分行為」と「財産上不法の利益」とのつながりは切断されたと考えるべきであり、従つて、二項詐欺既遂の要件は満たし得ないものと見るべきである（勿論、未遂を考へ得る余地は残されている）。本件は、敍上の「処分行為」と「財産上不法の利益」との密接な結合という角度から、なによりもまず、「処分行為」の存否を確かめるべきであつた。それにも拘らず、第一審判決は、「安心して帰宅」したと判示するに止まり、判旨の言をかりれば、「いかなる処分行為があつたかは、同判決の明確にしないところである」。判旨がこの点につき特段の考慮を払い、「処分行為」の性格を明確にしようとした態度は、正当である。

三 本判決は、まず第一に、「安心して帰宅」したという事実から、ただ単に、履行遅滞に陥つてゐる甲に対し一時督促をやめたというだけの意味しか認め得ないものとすれば、一時督促を免れたに過ぎない者は、支払免除の利益とか具体的な権利を得た利益とは質的に見て同一水準上に論じ得ないところの、言ひの、がれによつて当日は支払せず済んだという程度の利益（これを利益と称し得るか、問題だが）しか得ていない、このような場合を自して、「因て債務の弁済を免れ以て財産上不法の利益を得たもの」

と称することはできない、だから、かかる角度からのみ考察すれば、「処分行為」は存在しないものと見なければならぬ、ということを示すと言へよう。もし、この点に止まつて更に論理を展開しないのであれば、従来の判例の態度を踏襲するに止まり、なんらの特段の意義も持ち得ないといえよう（例えば、債権者を欺罔して「債務の免脱」を得た行為（大判明四二・一二・一三刑録一五・一九七九）、欺罔手段を施すべき証拠金を提供しないで「売買取引」をした行為（大判明四三・一一・一七刑録一六・一九九九）、欺罔手段を施し「宿泊料支払の免除を承諾」させた行為（大判大二れ）二五四一大三・二・一七新聞九二五・二七）、欺罔手段を施し債権を株式に振替えることを承諾させ「一時不法に債務の履行を免れた」行為（大判大四・三・五刑録二一・二五四）、欺罔手段を施し他人をして「所有権の移転を承諾する意思表示をさせた」行為（大判大四・七・二七刑録二一・一一二三）、電気計量器の指針を逆廻転させた情を秘し検針員を誤信せしめ「電気料金の支払を免れた」行為（大判大九・三・二九刑集一三・三三五）、無効の定期乗車券を有効なるかの如く書き改め駅係員に呈示し「乗車を容認させた」行為（大判大一一・二・一五刑集二・七八）、欺罔手段を施し「支払の猶予を得た」行為（大判昭八・六・二九刑集二二・一〇一三）を見られよ。というわけは、従来

の判例を通して、錯誤に陥つた相手方の「特定の行為」に因つて、一時的に過ぎなくとも単なる履行の言い逃れとは質的に異なる財産上の利益（たとえ、「外見的の法律上の利益」（前掲大判大三・二・一七）でも構わない。）を得たものであれば、この場合における被欺罔者の行為は、既に欺罔者或いは第三者に財産上の利益を与えるに足る行為と称し得る、従つて、「処分行為」ありとなし得る、ということが確立されているからである。

然し乍ら、本判決は、従来の判例の態度を超えて、一方においては、被欺罔者の行為に「特段の情況」を附加すると共に、他方においては、「特段の情況」下におけるの欺罔者或いは第三者の「実質的な」財産上の利益の有無を検討することによつて、「特段の情況」を結節点として「処分行為」の存否を確かめようと図る。即ち、被欺罔者の「特定の行為」と「法律上の利益」とを支点として構成されていた「処分行為」によつては賄い切れない場合の存在することに着目して、「処分行為」と「財産上の利益」とのつながりを改めて検討し直すことにより、つながりの限界を指し示そうと図る。この意味において、本判決の齟らす意義は大であると言わなければならない。

四 確かに、「安心して帰宅」したという客観的事実のみを捉える限りにおいては、本判決も述べるように、「処分行為」を導

き出すことは困難であろう。即ち、従来の判例の態度を通して確立された「処分行為」の要素たる「特定の行為」を認めることは困難であろう。本判決が「特段の情況」を導入したのは、かかる困難を解決する為になされたものといえよう。然し乍ら、判旨の唱える「特段の情況」乃至「具体的措置」とは、一体、何を意味するものなのか、必ずしも明白なりとは称し難い。又、「特段の情況」と被欺罔者の行為との関係も、明確なりとは称し難い。およそ、二項詐欺罪の成立要件として、処分「行為」を必要とする以上、「安心して帰宅」した「行為」を処分「行為」と認めるための要請として、「特段の情況」という契機を持ち出したものと考え得る。とすれば、「特段の情況」は、「行為」における「特段の情況」でなければならぬ。然も、既に、「安心して帰宅」したという事実を客観的な行為の側面から考察しただけでは、「処分行為」と称し得ないという事情も弁えている。そこで、「行為」における「特段の情況」とは、行為の主観的側面を考察することによつて、客観的側面だけに注目すれば処分行為と唱え得ないような行為を本来的な意味における処分行為（従来の判例により予想されている処分行為）に昇格せしめ得るが如き「特段の契機」ではなかるか、ということが考え得る。例えば、甲の履行遅滞後相当の期間を経たので、乙は、今日こそ腕力にかけても何とか

して貰わなければならない、裁判沙汰をも辞さない、といったような、強い権利実行の意思を表明して甲と対したが、甲の欺罔により「安心して帰宅」したとしよう。このような場合にはじめて、甲は、乙の強い要求に基づき何らかの具体的措置（履行とか担保の提供）を講ずべきところ、「安心して帰宅」した為に具体的措置に出るの財産的損失を免れたと称し得ると共に、乙の「安心して帰宅」した行為を「処分行為」なりと言い得るであらう。判旨が、「特段の情況」という契機を持ち出すことによつて、かかる論理構成を予定したものである、と主張するならば、附加すべき何物もない。だが、もしも、処分「行為」と「特段の情況」との関係につき、ほどの考慮を払うことなしに「特段の情況」を持ち出したのであれば、「特段の情況」と「処分行為」との関係につき、更に一考の必要があるう。

（莊子 邦雄・内田 文昭）