



Title	最高裁判所破棄判例研究(五)
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, 8(3-4), 108-126
Issue Date	1958-03
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/27768">https://hdl.handle.net/2115/27768</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	8(3_4)_P108-126.pdf



## 最高裁判所破棄判例研究 (五)

北海道大学法学会

## 民事判例

## 無効な補充選挙人名簿によつて投票した者がある場合の選挙の効力

昭和三年七月一八日第一小法廷判決(昭和三年(オ)第一〇四号訴願裁判取消請求事件) 最高裁判集一一卷七号一二八二頁

〔事実及び判旨〕 昭和三〇年一〇月二四日に施行された〇県A郡K町町議会議員一般選挙に關し、訴外某等よりK町選管に対し当選の効力について異議の申立があつた所、同選管はこれを棄却したので、被告〇県選挙管理委員会に訴願が提起された。〇県選管は、右選挙に係る補充選挙人名簿の調製手続に違法があり、右は選挙の結果に異動を及ぼすおそれありとして、選挙無効の裁決をした。原告は、右裁決の取消を求めて出訴した。

本件においてK町選管は、補充選挙人名簿登録申請期間中に申請のあつた二七名について、期日に名簿を調製することを為さず、其の後、名簿縦覧期間中に申請のあつた者も加えた名簿を、名簿確定期日と定められた日に調製した。選挙に際しては、右名簿に登載された者の中二六六名が投票した。選挙の立候補者二八名、各自の得票数についても、争いはない。

原判決は、以上の事実に基づき、本件補充選挙人名簿は無効であると判断したけれども、選挙の効力については「本件無効の補充選挙人名簿による投票数は二六六で、その数は確定しているのであつて、しかも当事者間に争いのない全有効投票総数六三九〇の約四パーセントにすぎないのであるから、かような場合にはいゝゆる潜在無効投票として、当選訴訟の原因となるのは格別、選挙無効の原因とはなりえないものと解するのを相当とする」と判示して、〇選管の裁決を取消した。

右に対する上告判決において最高裁は、本件補充選挙人名簿を

無効のものとした原判決の判断を是認し、「無効な補充選挙人名簿による投票が二六六票あつた」ことを前提としつつ、「最高点当選者の得票数と落選者中最上位の者のそれとが二三七票の差に過ぎない本件において、本件補充選挙人名簿が適法に調製され、且つ、縦覧に供せられていたとすれば、本件選挙の結果と違つた結果になつたかも知れないし、最高点当選者も必ずしも当選していたものとは断定できないから右は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ある場合に該当する」と判示して原判決を破棄、自判して、被上告人等の請求を棄却した。

〔評釈〕 判旨に反対する。

一 選挙無効原因と当選無効原因との区別及び関係については、概念的には、もはや、混乱はないといつてよい。前者は、選挙の管理執行の規定違反の事実があつたために、選挙人団の意見が、選挙の結果に正しく表示されていない虞がある、と認められる場合であり、選挙は全体として(地域的には一部の場合もある)無効となる。これに対し、後者は、候補者中一部の者の当落決定の誤りに基づくもので、選挙そのものの効力には影響がない。従つて両者ははつきりと区別され、特定の事実が、選挙及び当選の無効に共通する原因となることはない。

けれども、具体的な場合についてみれば、右のいずれに該当す

るやにつき、異論を生ずる場合も少なくない。本件の如きもその一例であるが、これを一般化していえば、選挙の管理執行に関する規定違反が、特定数の選挙人の選挙権の行使を妨げ、又は、特定数の投票の効力に影響を及ぼした場合を如何に解するか、の問題であるといつてよい。

美濃部博士によれば、「選挙無効の原因としての選挙規定違反は、集合的行為としての選挙の全体に影響すべき違反でなければならぬ」<sup>3)</sup>従つて、「違法に投票を為すことを妨げられ、又は違法に投票を為すことを得た選挙人の数を算定し得る場合」には、「その違法は唯若干の投票の効力に影響するのみで、選挙の全体に影響すべき違法ではない」<sup>4)</sup>から、選挙無効原因とはならぬのである。本件原判決も、博士の見解と同じ立場に立つものと見てよいであろう。

- (1) 美濃部達吉・選挙争訟及び当選争訟の研究六二頁以下、林田和博・選挙法一五六頁以下。
- (2) その例につき、美濃部、林田前掲の外、田中真次・選挙関係訴訟、民訴講座五卷一五三六頁以下。
- (3) 美濃部前掲八五頁。
- (4) 美濃部前掲二〇八頁。

二 然るに、最高裁の立場は、これとは異なるものの如くであり、この点を明らかにする為めには、若干、過去の判例に遡らねばならぬ。

本判決の直接の先例となるものに、昭和二十九年九月一七日（民集八巻九号一六四四頁）の判決があるが、この事件においては、不在者投票用紙及び投票用封筒交付の違法に関し、原判決が、「投票数あるいは請求した選挙人の数が判明している場合にはたとえその投票用紙及び封筒の交付手続に違法があつても選挙無効原因とはなり得ないから」として請求を棄却したのに対し、最高裁は、「原判決がその理由として判示するところは……上告人主張のような不在者投票の手続上の違法は、投票の数が判明しておりいわゆる潜在無効投票の原因となるだけであつて選挙無効の原因とはならないものとする趣旨と解せられる。しかしながら、公職選挙法二〇九条の二は当選の効力に関する争訟の提起のあつた場合の規定であつて、本件のように選挙の効力が争われている場合に適用されるべき規定でないことは、同条の文理上からも明白であるのみならず、当選の効力に関する判断は選挙が有効に行われたことを前提とするから、右二〇九条の二の適用があるのは、選挙の効力について争いのない場合又は選挙が無効でないと判断される場合に限られるものといわなければならない。しかるに本訴

においては、上告人は本件選挙を無効とする旨の判決を求めているのであるから、裁判所は、本件不在者投票が右二〇九条の二に該当するかどうかよりも、まず、本件選挙が有効であるかどうかを判断しなければならない。」として、結局、本件不在者投票手続の違法は、選挙無効原因となるものとした。

この結論の当否は別として、右の引用部分に関する限り、最高裁の原判決批判は當つていない。原判決の考え方は、本件原判決のそれと全く同じであり、先に述べた美濃部博士の学説に従い、当該事件の如き場合は選挙無効原因とはならぬとしたに止まる。勿論、この立場に従えば、その違法は潜在無効投票の原因となるには違いないけれども、原判決は、それを直接の問題としていてのではない。従つて、潜在無効投票は選挙訴訟の問題ではないことを力説している右判決の議論は、的が外れているのである。

しかし、最高裁のいわんとする所はこうであろう。選挙訴訟において、選挙の規定違反の事実があるときは、それが、選挙の結果に影響を及ぼす虞があるものであるかどうかを判断し、それによつて、選挙の有効無効を決すべきであつて、その場合には、投票の効力の如何は問題とはならない、ただし、得票数の算定は専ら当選の効力を決する理由となり得るだけで、選挙の効力を決する理由とはなり得ないからである。——以上は、実のところ昭和

二三年六月二六日の判決(民集子卷七号一五九頁)に示されている見解で、以後、本評釈の事件に至る迄、その立場は一貫しているといつてよい。

しかし、最高裁の、この論理の運びには問題がある。ただし、公職選挙法二〇五条に「選挙の規定に違反し、選挙の結果に異動を及ぼす虞ある場合」とあるのは、選挙無効原因なのであるから、選挙人団の意見が、全体として自由且つ公正に表示されているとは認め難い場合に限られるべきである。選挙の規定違反が、一部の、数的に確定し得る投票の効力に影響を及ぼすに止まる場合には、その選挙の結果に及ぼす影響も、選挙の全部に及ぶものではなく、且つ、その範囲は、技術的に限定し得る。従つて、その場合には、選挙は全体として無効となるのではなく、限られた範囲において、当選の効力が問題となるに止まる。これが、美濃部学説の趣旨とする所であろうが、それは、選挙制度の本質に鑑みて、充分に首肯し得る所である。

このように、美濃部学説は、選挙無効原因としての選挙の規定違反というものを、いわば、目的論的にとらえているのに対し、最高裁の立場は、「選挙の規定違反が選挙の結果に影響を及ぼす虞ある場合」ということを、いわば概念的に把握し、これに直ちに、選挙無効の効果を結び付けているように思われる。右に引用

した昭和二九年の判旨はもとより、本件判旨においても、最高裁が原判決の趣旨を充分に理解していないように思われるのは、この点の喰い違いに基因するものの如くであるが、そうであるならば、最高裁は、もつと、問題のポイントを正確にとらえて、原判決を批判すべきであつたらう。

しかし、最高裁のこの見解が、現実には甚だ欠陥の多いものであることは、本件判決において、明白に現われるに至つてゐる。

三 本件の場合においては、無効とされた補充選挙人名簿により投票した者の数は二六六名と確定している。そして、適法に登録申請をした者が二七名であつたことも明らかにされているが、その中何名の者が、この無効な選挙人名簿に基づいて、現実に投票権を行使したかも明らかにし得る筈である。

従つて、本件補充選挙人名簿調製の違法が投票の効力に及ぼした影響は明白であつて、最高裁の判旨自体も、表面上は投票の効力を論じてはいないけれども、右の二六六票を無効と認めて、その選挙の結果に及ぼす影響を問題としたものであることは、否定できない。そして、最高点者と次点者との得票差が二三七票に過ぎないことの故に、本件選挙を無効としたのであるが、このような得票差は、もとより偶然の結果に過ぎないもので、もし、右の二六六票が下位当選者数名と次点者との得票差を上廻るに止まる

場合であつたとしたら、選挙の効力はどうかである。

一つの考え方は、影響を受ける数名の者についてのみ、選挙を無効とすることである。しかし、これは、選挙の人的一部無効を認めることであつて、現行選挙法のところではない。一部の者についてのみ当選を認めないということは、選挙の有効を前提とする当選訴訟の問題としてではなくて、考えることができない。

さればといつて、選挙の全部を無効とすることの不都合なことは、誰の目にも明らかであろう。そらだとすれば、結局、このよな場合は、当選の効力の問題としてしか考えることができないという結論となる。そして、このことは、無効投票の数がはつきりしている場合には、その原因が選挙の規定違反にあるとなかろうと、選挙無効の原因ではないことを示すもので、この理に従えば、本件の場合も、全員が当選無効というのなら格別、選挙を無効と認むべき筋合ではないといふべきであろう。

更に、本判決の結果は、実質的に見ても甚だ不都合である。現行公選法二九〇条の二によれば、潜在無効投票は、各候補者の得票数に按分して差引くことになつてゐるから、各候補者の得票順位に影響はなく、当選の効力に影響することも、通常の場合には考えられない。本件二六六票を、当選訴訟において潜在無効投票として処理した場合を考えると、各候補者の当落には全く無影響

である。これに対し、最高裁の考え方は、潜在無効投票の処理についての、右二〇九条の二の改正規定挿入前における最高裁判例と一致するが、二〇九条は選挙訴訟には適用がなく、別段の定めがない限り、かく解するのが当然だ、というのであろう。しかし特定数の帰属不明の無効投票の取扱を、選挙訴訟と当選訴訟とで全く異にするというのは理由のないことで、これも、本件が、選挙訴訟としては処理すべき問題ではないものであることを、側面から示しているものといつてよい。

従つて、本件請求を、理由なきものとして棄却した原判決は、結局正当と認むべきであるが、唯そこで、無効の補充選挙人名簿による投票数のパーセンテージを問題にしているのは、理由がない。なお、本件の場合を、当選の効力に関する問題として考えるならば、二六六票を、潜在無効投票として処理する丈では充分ではない。適法に登録申請をした二六名の中、現実に投票を行つた者については、結局、違法に投票を拒否されたことになるから、これを潜在有効投票とみて、その数を次点者に加算し、それによつて影響を受ける範囲の当選は無効と認むべきである。

- (1) 明治憲法時代にはこの点につき、判例の混乱があり、美濃部博士の強く批判する所となつた。美濃部前掲二九頁以下、六五頁以下、林田前掲一三六頁以下。(今村 成和)

賃借権を有しない者に対して換地予定地指定通知がなされた場合、従前の土地の所有者は右指定通知の取消を訴求する法律上の利益を有するか

最高裁判昭和三十一年七月一日第二小法廷判決(昭和二十九年オ第一九四号換地指定取消等請求事件) 最高裁判集一〇卷八号一〇〇六頁

〔事実及び判旨〕原告(控訴人・上诉人)は東京都板橋区に(イ)の宅地を所有し、その宅地上に訴外A・B・Cが夫々家屋を所有していたのであるが、この地区について土地区劃整理事業が施行されるに至り(昭和二十二年に特別都市計画法施行令一〇条による整理施行地区の告示がなされた)、被告東京都知事は昭和二十七年に右(イ)の宅地について夫々換地予定地を指定し、その旨を原告並びにA・B・Cに通知した。ところが、原告は、A・B・Cはもともと右宅地について何らの権利を有するものでなく、また特別都市計画法施行令四五条但書に定める期限内に権利の届出をしていない(同但書によれば、所有権以外の未登記の権利者は告示から一カ月以内に権利の届出をしないとときは換地を指定しないことになっている)、従つてA・B・Cに対する右換地予定地指定通知はなすべきでないのに敢えてしたものであるから何れも違法である、と主張して右指定通知の取消を求め訴を提起した。

これに対して第一審裁判所は、換地予定地指定通知は「その通知を受けたものが従前の土地について権原を有すると否とを問わず、原始的に換地予定地に何らかの権原を取得せしめる処分である、従つてその通知を受けたものが従前の土地について何等の権原も有しないときは、当然換地予定地についても何等の権原も取得するものではない」、従つて、A・B・Cは従前の土地について何らの使用収益権原をも有しない、との原告主張よりすれば、

「A・B・Cは換地予定地について何らの使用収益権原を取得する筈はなく従つて被告がA・B・Cに対して右指定通知をなしたことによつて、原告が換地予定地について取得した使用収益をなす権原に何らの制約も加わるものではなく、右通知の有無は原告の有する本来の権利に何らの消長を招来するものでない。さればこの点の原告の請求は主張自体からして権利保護の利益のない」〔附言すれば、A・B・Cが換地予定地について使用収益権原ありとして換地予定地を占有した場合、その紛争は原告とA・B・Cとの間において解決さるべきであるが、換地予定地の指定通知の有無は原告がその正当な権利を主張し行使するに何等の支障とはならない。〕と説示して訴を却下した。

第二審東京高裁は、全く同じ理由で第一審判決を支持し、控訴を棄却した。

然るに、右に対する上告審において、最高裁は、次の如く判示して、原判決を破棄・差戻した。「被上告人が訴外A・B・C等に對してなした換地予定地の指定通知は、右訴外人等が従前の上告人の所有土地に賃借権を有するものであるとの事実の前提の下になされたものであるといわなければならない。そして換地予定地指定の効力によつて、被上告人は訴外人等が従前の土地上に所有する建物を換地予定地上に移築すべきことを命じ、又は、代執行によつて移築することもできるのであるから、仮りに上告人主張のとおり右訴外人等は従前の土地に対し何等賃借権を有するものでないとするならば、上告人は右指定通知の効力によつて、換地予定地に対する完全な所有者としての権利の行使を妨げられる結果を招く恐れがあるものであり（訴外人等が従前の土地に賃借権を有しない場合又は指定通知が適當のものでないならば、移築命令又は代執行は違法であり、この場合上告人は訴訟をもつて争うことができるけれども、移築命令又は代執行の着手までこれを待たなければならぬ理由がない）、従つて上告人は本訴において右訴外人等に対する被上告人のなした指定通知の取消を求める法律上の利益を有するものといわなければならない。しかるに第一審判決が訴外人等が換地予定地上に従前と同様の権利があるかないかは上告人と訴外人等との間で決せられる問題であり、この

権利関係は被上告人の本体指定通知によつて何等の消長を来たすものではないからといつて、直ちに上告人（原告）の本訴請求は権利保護の利益を欠くものとして上告人のこの点の請求を却下し、原審また右第一審判決を是認して上告人（控訴人）の控訴を棄却したのは何れも法令の解釈を誤つた違法あるものといわなければならない。」

〔評釈〕 判旨に賛成し難い。

一 従前の土地の所有者たる原告（上告人）が、訴外A・B・Cの無権利を理由に、A・B・Cに対する換地予定地指定通知の取消を訴求した場合、その訴は訴権要件Ⅱ訴の利益を具有しているか否か、これが本件事案の骨子である。ところで原判決並びに判旨は、これを所謂権利保護の利益乃至原告適格の有無の問題に局限して把え、右指定通知が処分の第三者たる原告の所有権にかなる影響を及ぼすかを直接の論点としている。思うに、かかる観点に立つ限りにおいては、その理由づけは兎も角として、訴の利益を肯定した判旨の結論に賛成し得るであらう。しかしそれは一面的な考察に終始した憾があり、本件事案の解釈としては正当でないといわねばならぬ。けだし、前記の観点から本件上告人の原告適格を認めることができるとしても、本件請求の具体的内容に着目して事を考えるとき、結局訴の利益が否定されることにな

るからである。以下、順を追つて考察しよう。

二 換地予定地指定処分は、その相手方のために、予定地に対する使用収益権原を原始的に設定する効力をもつ行政行為ではない。それは、土地関係者の権利関係の事實上何ら法律的変動を生ぜしめることなしに、単に従前の土地に関する使用収益関係をそのまま換地予定地に移すことに主眼をおくものである。したがつて本件事案においても「A・B・Cが換地予定地について使用収益権原ありとして換地予定地を占有した場合、その紛争は原告とA・B・Cとの間において解決さるべき」であり、その際「換地予定地の指定通知の有無は、原告がその正当な権利を」裁判上「主張し行使するに何等の支障とならない」ことは、まさに第一審判決の通りである。しかし、第一審並びに原審判決のように、以上のことから直ちに、右指定通知によつて、原告の所有権に何らの消長を来たすものではないとして、該処分<sup>(1)</sup>の取消を求める原告の権利保護の利益を否定するのは速断である。ただし、換地予定地の指定通知を受けた者が、換地予定地について、「従前の土地に存する権利の内容たる使用収益と同じ使用収益をなすことが出来る」(特別都市計画法一四条)というのは、指定通知の効果として、その相手方が、当該土地を使用収益することのできる地位を取得することを意味し、それは、使用収益権原とは一応区別さ

るべき、処分そのものの効果である。その者が使用収益権原をもたぬときは、その関係で、当該使用収益は排除されることになる。けれども、そのことは、指定通知が右の如き効果をもち、その関係で、土地所有権の内容に影響を与えること―即ち、右通知に基つて具体的行為が所有権行使の障礙となることを否定する根拠とはならぬのである。そうである以上、土地所有者において、該処分<sup>(1)</sup>の右の如き効果を除去するために、土地関係者―その者が実体的権利を有すると否とを問わず―に対する違法な換地予定地指定通知の取消を訴求する利益乃至必要を有することは、自明の理である。かくて、一般の事例における如く、当該処分と原告の所有権者たる地位との関連如何という視角から権利保護の利益乃至原告適格の有無を問題とする限りにおいて、本件上告人の訴の利益は、判旨の如くに該指定通知に基つて、爾後の行政強制(建物移築の強制)の可能性を提出すまでもなく―尤も、そのことは権利保護の利益を基礎づける重要な補足的事由ではあるが―、該通知の効果そのものから基礎づけられるのである。

(1) この点は、「飲食店営業許可は当該営業施設上の私法上の権利関係とはなんらの関係もなく、従つて、営業許可処分によつて事実上営業施設上に有する第三者の権利行使が妨げられることがあつても右処分によつて該権利が侵害されたもの

ということとはできない」（仙台高裁昭二九・六・二九判決、行裁例集五卷一五二五頁）とされる場合は区別するを要する。飲食店の営業許可は、当該施設に対する警察法上の制限の解除にすぎないもので、当該施設の使用権の有無とは全く関係がない。従つて、岡山県風俗営業取締法施行条例七条一項一〇号の二の規定（風俗営業に供する家屋が他人の所有に属するときは、その承諾書（承諾書が得られない特別の事由があるときはその理由書）を許可申請書に添付することを要する旨の規定）を家主保護規定と解し、家主がその規定違反の許可処分を取消を求むる法律上の利益ありとした判決（岡山地裁昭三〇・五・三一、行裁例集六卷一二七一頁）は正当でなく、より根本的には、かかる規定の存在理由そのものが疑わしい（保護せらるべきは家主の利益のみでない。家主と許可申請者との間の民事関係に、行政庁は介入すべきでない）。

三 以上の如く、土地所有者は一般に、非賃借権者に対する違法な換地予定地指定通知の取消を訴求し得る地位にあるとしても本訴のようにA・B・Cの無権利を理由として、該処分を違法、取消を訴求している場合に、訴の利益を認めることが出来るか否かは、それはまた、他の異なる観点から考えらるべき問題である。

すなわち、本件の場合、原告の主張の根拠は、無権利者に対する換地予定地の指定通知は違法であるというにあるもので、判旨も、この法律的理解の容認を前提とするものに外ならないが、換

地予定地の指定通知に當つては、行政庁は、登記ある権利は別として、その他の権利については、権利行使の外形的事実に基づいてその存否を推認するののではない。而して、法は、これを認識する手段として、登記なき賃借人は、土地所有者との連署又は権利を証する書面を添えて、権利を申告すべきものとしている（施行令四五条）。かかる書面の記載に基づいて、権利の所在が一応推認し得る限り、行政庁は当然に、換地予定地の指定通知をなすべきであつて、それ以上に、真実の権利関係を追究することは、司法機関に非ざる行政庁には許されない所である<sup>1)</sup>。

もとより、かかる規定の存在が、土地所有者の権利保護の一面を有することは、見易い道理であるから、当該規定違反を理由に土地所有者が賃借人に対する換地予定地の指定通知の取消を求めるときは、先に述べた理由により、当然に許されてよい。けれども、通知を受けた者の実体私法上の無権利を理由にその取消を求めるときは、処分の要件外の事実を基にその違法を攻撃するもので、主張自体が失当であり、したがつて、本件請求はその内容自体において抗告訴訟の対象としての適格性を欠くものとして、その訴は却下せらるべきである<sup>2)</sup>。そうだとすれば、本件事案においては、結局、原審判決の方が、結果においては、正当であつたといつてよいのである。

(1) 前掲岡山地裁判決は、前記理由書の取扱につき、同じ見解を示している。

(2) この場合、処分は違法ではないのだから請求理由なしとして棄却することも考えられる。しかし、原告が、要件外の事実に基づいて処分を攻撃しているために、その主張を全部認めても、本案審理に入る迄もなく、処分は違法でないことが請求自体から明らかであるという場合には、不適法な訴として却下するのが正しいであろう。前者の立場に立つ判決例として、東京高裁昭二五・一・三〇判決、行裁例集一卷四六八頁、東京地裁昭二七・六・二五判決、行裁例集三卷一〇七八頁(何れも敷地所有者たる原告が第三者に対する建築許可の取消を訴求した事例)。ちなみに、この場合には一般的に原告適格が認められないのであるから、何れにしても、請求理由なしとして棄却したのは誤りである(二の註(1)参照)。

四 なお、上告人は、原審において、期限におくれた申告に基づく指定通知を違法として、その取消を求めている。これに対する原審の判断が見られないのは正当でないと思うが、申告に期限を附したことは、もっぱら行政の便宜のためであり、関係者の利益保護を目的とするものではない。従つて、この点の違法を理由に通知の取消を求めることにも、訴の利益を欠くから、この点からみても、訴を却下すべきものであつたことに変わりはない。

本判決については、末川博教授の批評(判旨賛成)が民商法雑

誌三五卷二号一八八頁以下にある。

(今村成和・品川孝次)

### いわゆる接収建物の賃借人たる国と民法第七十七条にいう占有者

昭和三十一年一月一八日第三小法廷判決(昭和二十九年(オ)第八四八号慰籍料等損害賠償請求事件)最高裁民集一〇卷一二号一五五九頁

〔事実及び判旨〕原告(控訴人・上告人)夫婦の長男は、いわゆる接収建物たる三信ビルに進駐軍付電気工として勤務していたが昭和二十二年九月一日同ビルのヨロイ戸の故障を修理中、リミットスイッチの安全カバーが外れていたことに基因する感電傷害をうけ、同日事故三〇分後に死亡した。原告両人は、本件ビルの借主である国とビルの管理人(被告)に対して、民法七十七条による工作物の占有者の責任、予備的に七〇九条による過失責任、国については七一五条の使用責任を主張して、精神的損害に対する慰籍料各三〇万円、長男の取得した慰籍料請求権の相続分各一〇万円を請求。これに対して被告側は、被告両名ともビルの占有者ではないから七一七条による責任を負わない、国は管理権限を有せず、管理人は与えられた権限の範囲内の注意義務を尽し

資料

た点で七〇九条の責任もなく、さらに国は三信ビルの代表取締役であつた管理人の選任につき相当の注意を払つた旨を抗弁。第一審は原告敗訴。原告は第二審において国家賠償法第二条の適用をもあわせて主張したが、第二審もまたつぎの理由により控訴を棄却した。

七一七条の適用について、安全カバーの不備は工作物の保存に瑕疵があつた場合に当るが、七一七条にいう工作物の占有者とは工作物を事実上支配し、その瑕疵を修補しえて損害の発生を防止しうる関係にある者を指すから、まつたくの形式上の借主にすぎぬ国や管理内容が労務管理事務に限定されそれすら進駐軍の指示命令にしたがつた管理人は、三信ビルの占有者とはいえない。

七〇九条の適用について、管理人は前記のごとく建物の維持管理事務に直接関与していなかつた点からみて、本件事故についての過失責任を有しない。国の故意過失責任についてもなんらの証拠がない。かえつて本件事故は、控訴人夫婦の長男が、スイッチを切らず上半身裸体素足のまま作業にかかるなど、電気工としての当然の注意を欠くことによつて惹起されたものである。

七一五条の適用について、管理人に過失責任を認めえない以上使用者責任も発生しない。

国家賠償法の適用について、憲法一七条は、国または公共団体

がその公務員の不法行為による損害を賠償すべきことを定めると共に、その具体的要件についてはこれを法律に譲ることを定めたものであるから、この要件を規律する法律が存しない限り、右の請求は実際上はこれをなしえない。しかして本件事故発生当時国家賠償法は施行前である。国家賠償法附則が法律施行前の行為にもとづく損害については従前の例による旨規定しているのは、上記の解釈からいつて憲法に違反するものではない。

上告理由はもつぱら最後の点にむけられたが、最高裁は、この点にはふれることなくつぎの理由により原判決を破棄差戻した。

「国が連合国占領軍の接収通知に応じ建物をその所有者より借り受けた場合においてはたといこれを同軍の使用に供し、同軍が事実上右建物を占有支配している場合においても、国は依然としてなお右建物の賃借人であることに変わりはなく、従つてまた右建物についても当然に間接占有を有するものと解さなければならぬ。そして民法七一七条にいわゆる占有者には特に間接占有者を除外すべき法文上の根拠もなくまたこれを首肯せしむべき実質上の理由もないから、国は右建物の設置保存に関する瑕疵に基因する損害については当然に右法条における占有者としてその責に任ずべきものと解するを至当とする。」

〔評釈〕 判旨は一般的には正当と思われるが本件の具体的事例

の解決としては不適切である。なお本件では、建物の内外部設備と工作物概念、接収建物をめぐる法律関係、被害者の瑕疵修補行為と瑕疵にもとづく被害との関係、上告理由の主張する国家賠償法附則二号の違憲性——憲法一七条のプログラムの性格などが、一般的な法律問題となりうる。判旨を中心として、右の諸点にも簡単にふれる。

一 本件の鑑戸が土地の工作物に含まれることはとくに争われていない。階段(東京地四・七・一五)、エレベーター(東京地昭三〇・五・六)などと同様、建物の一部をなすものであるから、土地の工作物にあたることは疑いをいれない。一般に建物の内外部設備は広く工作物に含めて考えるべきであるが、かつて判例が工場内の機械を工作物にあらずとしたこと(大判大六・一一・一)も、建物から独立した存在と認められる附属設備にまでは拡張されない。ただし建物所有者と附属設備所有者とが異なるような場合を七一七条は予想していないからである。学説としては自動車を含むものがあり、また国家賠償法二条の營造物には自動車のとき動産を含めるのが通説であるが、(今村成和「国家補償法」一三三頁)營造物のかかる特異性についてもこれを疑問とするものがあり(加藤一郎「不法行為」一九四頁)、民法上の工作物概念としてはなお将来の課題である。

二 判旨が問題とする占有者の意義については、占有者に間接占有者も含まれるとするのがわが国の通説のようである(末川博「権利濫用の研究」二四〇頁、宗宮信次「債権各論」四三二頁、加藤前掲一九九頁)。もつとも、間接占有者が所有者である場合には、所有者としての無過失責任を負うことになるから、とくに占有者としての責任を負う間接占有者とは、所有者でない賃借人使用借主・寄託者・質権者・代理人に事務処理を託した受任者などの場合である。

七一七条の規定は、占有者の責任と所有者の責任を別異に構成しているが、それは一応は占有の現実性と所有の観念性に対応するものといえる。この趣旨をつらぬけば、工作物の占有者の意義も、原審のごとく、工作物を事実上支配し、その瑕疵を修補しえて損害の発生を防止しうる関係にある者と解することが妥当のように思われぬでもない。しかし代理占有関係は、そもそも占有の観念化の所産であることを考えると、右のごとき解釈はせまきに失するのであつて、かつして正当なものとはいえない。つまり七一七条の占有者は、現実には瑕疵の修補をなしうる者をさすはもとより、さらに瑕疵の修補をなすべき地位にある者をもさすとは解すべきである。この場合の瑕疵修補可能性の判断は、もつぱら外部の一般第三者に対する関係によつて決すべきで、占有者の内部

的な法律関係によつて決せらるべきではない。したがつて、内部関係で管理排除の特約があつたとしても、これによつて占有者の責任自体は影響をうけぬと解さねばならない。

右のように間接占有者もやはり占有者としての責任を免れないと解すべきであるが、間接占有者の責任は直接占有者のそれとまったく同一に考えるべきではない。第一に、間接占有者は直接占有者が免責された場合のみ占有者としての責任を負うべきであつて、直接占有者とともに連带的に第一次の責任を負うものではない。第二に、間接占有者の過失推定は直接占有者のそれに比してより観念的な基礎のうえに立つから、現実に瑕疵工作物を支配下においていたかいかには関係なく、それを支配下におきうる可能性によつて責任を負うべく、そのかぎりでは免責要件は直接占有者に比してよりせまくなり、むしろ所有者の無過失責任に近いものとなる。これは第二次的責任に対応する結果である。したがつて、転借人が建物の内外部設備を造作したような場合にも、賃借人は右の造作の瑕疵にもとづく損害について第二次的な賠償責任を負わねばならないが、この場合瑕疵の不知をもつて免責の主張をなしえないと解すべきである。もつともこの場合賃借人から転借人に対して求償権の行使することは当然に考えられる。これに反して造作の存在自体について不知であるならば、賃借人は

免責されると解する。

要するに、所有者でない間接占有者も工作物の占有者であることには変りがなく、ただその責任は、第二次的であり、かつその内容は直接占有者の過失推定と所有者の無過失責任との中間的なものと解すべきである。<sup>(2)</sup>

三 しかし右にのべた一般論の本件の具体的事案への適用は適切ではないと思う。接収建物のごとき特殊な法律関係を一般的に賃貸借関係をもつて律することは、けつして妥当ではない。第一に直接占有者自身の責任は問題となりえなかつたのであるし、さらに間接占有者の免責主張を認めた場合、最終的に所有者の無過失責任が承認されざるをえないが、本件についてこの決論が不当なことはいうをまたないであろう。これは占領にもとづく特殊な法律関係を一般の市民法的賃借関係のごとく擬制することから生ずる結果で、これを避けるためには接収的建物の法律関係をもつと直接的に占領に結び付けて構成するほかはない。この考え方に立てば、国はまさに直接占有者たる地位を所有者および一般第三者に対してもつとみるべきであり、占領軍はたかだか占有機関かこれも擬制的にすぎるといふなら、むしろ法外の関係者とみるべきものである。これがいわゆる間接統治の実態に即した法律構成というべきで、賃貸関係を擬制する方法よりは、よりよく実情

にも合致すると考へる。そして、昭和二十七年四月二十八日以降施行となつた日本国とアメリカ合衆国との間の安全保障条約第三号に基づく行政協定に伴なう民事特別法における国の責任も、右のような考へ方によつてはじめて説明しうるものなのである。

四 わが民法上は、被害者の過失がいかに大であろうと、いやしくも工作物に瑕疵が存する以上、右の過失は過失相殺の事由となるにすぎないことは明白である。しかし一般的に、被害者の行為が瑕疵自体の修補にむけられていた場合にもこの議論を通しうるかは疑問の余地がある。英法では被審者が被招待者 (Invitor) 被許可者 (Licensee) である場合には瑕疵ある工作物占有者の特殊な無過失責任が免除される。英法のごときいわば人的不法行為体系の理論をわが国のいわば物的不法行為体系にそのまま採用しうるかいは疑問であるが、すくなくとも占有者の過失推定の基礎を欠く点で免責主張は容易に認められるべきであらう。しかし所有者責任といかに調和させうるかは大いに疑問である。もつとも本件における鍍戸の修補行為は瑕疵自体の修補行為とみられなるともいえるから、本件では過失相殺——かなり大であると思はれるが——の問題となるにとどまるであらう。

五 憲法一七条がプログラム規定なりやいなやに關しては、通説および最高裁(昭二五、四一一、昭二七、一、二五)はこれを

プログラム規定なりと解している。「法律の定めるところにより」という憲法一七条の規定からみて、直接的効力を認めたものと解することはむろん不可能であるし、国の権力作用の場合と異なり、營造物の瑕疵については従前より民法の適用が認められていたのであるから、この点をとくに問題とすべき理由はない(今村・前掲八四頁)。

(1) 國家賠償法における營造物の特異性を否定する加藤説に対して、渡辺助教授は同法が民法の社会的修正として登場した歴史的意味が特異性を認める学説の背後にあることを指摘する。方向としては工作物概念を營造物概念に近づけてゆくべきであらう。渡辺洋三・市民法と社会法・時報三〇・四・二六頁。

(2) 末川博士も、本判決評釈において、判旨を大体において是認されたいうえで間接占有者の責任が二次的であることを指摘されているが、責任の内容についてはとくにふれておられない。末川・民商三五・六・八二頁。(山昌正男)

## 刑事判例

刑法第二〇〇条にいわゆる配偶者の  
直系尊属の意義

昭和三年二月二〇日大法院判決（昭和二年（あ）第一一二六号尊属殺人未遂殺人未遂被告事件）刑集一一卷八二四頁

## 〔事実及び判旨〕

一 被告人甲は、昭和二年一月夫乙の病死後、乙の父丙母丁等の態度が特に冷たくなった——もともと甲は丙丁にとつて歓迎されざる嫁であつた——ことを恨み、丙丁等を殺害しようと決意し猫イラズ混入の食品等をもつて毒殺を図つたがその目的を遂げることに至らなかつた（なお、この際甲は民法七二八条二項の姻族関係を終了させる意思表示をなしていなかつた。）、というのが本件の事実である。

二 高松地裁は、甲の丙丁に対する犯行について、尊属殺人未遂罪を適用、高松高裁もこれを維持し控訴を棄却した。

三 上告趣意は左の通りである。

(1) 新民法下、継親殺しは普通の殺人とされることになつた。そうすると均衡上、継親子関係よりさらに道義上縁遠い関係にあ

る配偶者の直系尊属殺しについて尊属殺人を認める刑法二〇〇条の規定は民法改正とともに失効したものと解すべきことになる。

(2) かりに前記部分が有効であるとしても、新民法では配偶者の一方が死亡した後の生存配偶者と死亡配偶者の親族との間の姻族関係は生存配偶者の意思表示によつて容易に終了せしめられるわけであるが、これは配偶者死亡後の姻族関係の道義的意義を法律が重視していないためであり、したがつてこのような関係の下では、姻族関係終了の手續がなされていない場合でもその間に尊属殺人という特別に重い罪の成立を認める合理的根拠は存在しないと解すべきである。以下省略。

四 これに対し最高裁大法院は、多数意見において上告——特にその(2)点——を容れ、次のように判示して原判決を破棄し事件を高松高裁に差戻した。

刑法二〇〇条は、親子の関係をもつて人倫の大本、人類普通の道徳原理とする根本的な思想により支えられている。配偶者が互いに夫婦として存続する場合、一方と他方の直系尊属との関係もまた、本来の親子関係に準じて重視しなければならぬ。配偶者の親殺しに二〇〇条が適用されるのはこのような理由による。

ところで、本件のように夫が死亡した場合、その直系尊属と生存する妻との関係をも、なお、従前の場合と同様にみることで

きるかどうか、これがかつての「家」制度により支えられていた改正前の民法について考えてみると、亡夫の血族との姻族関係は、妻の「去家」によつて消滅することになつていた。ということは、夫の死亡により配偶関係はすでに消滅したのであるが、妻がなお亡夫の「家」に在るといふ関係を尊重し、その間だけ亡夫の血族との姻族関係を継続させようとする趣旨にはかならない。そうすると、「すでに『家』の制度の廃止せられた現行憲法の下においては、改正前の民法の解釈としても、妻がなお亡夫の家に在る間だけに生ずる姻族関係によつて、亡夫の直系尊属に対する関係を刑法二〇〇条の適用ある場合に拡張する理由はきわめて乏しいといわなければならない。しかるに現行民法七二八条二項は、夫婦の一方が死亡した場合、その血族と姻族関係を存続させるかどうかを生存配偶者の意思にかからしめたのであるが、この趣旨はもつぱら生存配偶者の感情、境遇又は親族関係に対する判断等を尊重し、いずれを採るかをその意思の自由に委したものと解するを相当とする。それゆゑこのような生存配偶者の意思によつていずれとも定まる関係にある場合において、道義的感情の問題は別として、妻と亡夫の直系尊属との関係に本来の親子関係と同様な重罰規定を適用すべき合理的根拠はなく、従つて妻の意思によつて姻族関係が存続する場合でも、この一事をもつて、直系尊属との関係に

刑法二〇〇条の適用があると解するのは、同条のよつて立つ本義に副わないというそしりを免れない。そしてまた刑法は民法とそとの性格、目的を本質的に異にし独自の使命を有するのであるから、民法上姻族関係がなお存するからといつて刑法二〇〇条の直系尊属の解釈についてまで両法が常に必ず一致しなければならぬものではない。されば本件被告人の場合、民法上姻族関係の存するにかかわらず、亡夫の父母との関係については、刑法二〇〇条の適用がないと解するを相当とする。」(八二七、八二八頁)。

また、多くの立法例において、法規が「配偶者タリシ者」といふような過去の資格身分等も含める場合は、直接これを明示する方法をとつている(例えば、刑法一九七条の三・三項、刑訴法二〇〇条二号、同一四四号等)のであるから、刑法二〇〇条が単に「配偶者ノ直系尊属」とだけ規定しているのは、文理上、「配偶者タリシ者ノ直系尊属」を含まない趣旨と解すべきである、と(なお、真野裁判官は、尊属殺人罪の規定は法の下の平等を宣言した憲法一四条に違反し無効であるとの立場から結論において多数意見に同調され、さらに、憲法論を離れても多数意見を支持し得ると、若干補足的な意見を述べておられる。また、小林裁判官は解釈技術の問題につき若干補足しておられる。)

五 これに対し、少数意見は、配偶者の一方が他方の直系尊属

に対して立つ関係は本来の親子関係と同様に重視されなければならぬという多数意見と同じ前提をとりながら、多数意見の不当な所以を説いて次のように応酬する。

民法七二八条二項制定の趣旨は、婚姻の死亡解消によつて直ちに姻族関係をも終了させることは少なくとも今日の国民の道義感情に合わない、という点を顧慮したものである。それはまた刑法二〇〇条の解釈に當つても重要な意味を持つてゐる。「すなわち、配偶者の一方が死亡しても姻族関係が継続する限り、死亡配偶者の直系血族は生存配偶者の直系姻族であつて生存配偶者の直系姻族たりし者ではない。刑法二〇〇条の『直系尊属』中に生存配偶者の直系姻族の関係にある尊属を含むものと解すべきこと正に当然の事理であるといふべく、生存配偶者の直系姻族の関係にある尊属に対する道徳的義務が配偶者が現に存する場合におけると同じく重視されるべきことも亦言をまたないところである。」(八三八頁)。多数意見は、刑法二〇〇条の沿革を無視し、民法七二八条二項を正解してゐない。刑法二〇〇条の文理解釈もまた適切でない、と(なお、斎藤裁判官は、さらに解釈技術的な点で少数意見に若干補足される。)

〔評釈〕 判決の結論には賛成。理由づけには賛成できない点があるし、つけ加えるべき点もあるように思われる。

本件の論点が、配偶者の一方が死亡した場合、死亡配偶者の直系尊属と生存配偶者との関係もなお本来の親子関係に準じて重視されなければならないか、という点にあることはあきらかである。本判決はこの点を解決するために、刑法二〇〇条の文理解釈と目的論的解釈の両面から理論構成しようとする。

一 刑法二〇〇条の文理解釈としては、本判決(多数意見)に賛成することができない。なぜならば、「配偶者ノ直系尊属」とは、民法上、配偶者の直系尊属という地位において自己の直系姻族たる尊属の身分を有する者を指すものと解すべきであり(真野裁判官は、配偶者の直系尊属と自己の直系姻族たる尊属とは別個の概念であるとされる。たしかに自己の直系姻族たる尊属が配偶者の直系尊属に当らない場合はある〔先妻の子と後妻が養親子関係にある場合、先妻の子からみて後妻は自己の直系姻族たる尊属である。その場合には、子が後妻を殺せば、実は自己の直系尊属を殺したことになるのである。〕。しかし、配偶者の直系尊属は常に自己の直系姻族たる尊属なのである。)、行為当時、「配偶者タリシ者」の直系尊属も、自己の直系姻族である間は、刑法二〇〇条にいう配偶者の直系尊属に含まれるものといわなければならないからである。

二 多数意見は、多くの立法例において法規が「配偶者タリシ

者」というような過去の資格身分等をも含める場合は直接これを明示する方法をとっているのであるから、刑法二〇〇条が単に、「配偶者ノ直系尊属」とだけ規定しているのは、「配偶者タリシ者ノ直系尊属」を含まない趣旨と解すべきであろう、という。しかし刑法二〇〇条の内容をなす諸概念中、親族関係のそれについての解釈は民事法ことに民法によるべきこと<sup>(1)</sup>の当然の帰結として、文理上右に述べたような解釈が導かれる以上、他の多くの立法例とパラレルな帰結が得られなかつたからといって何ら不当ではないといふべきであらう。むしろ、多数意見のような文理解釈が正しいものとすれば、例えば、昭和二十七年二月二十五日の最高裁判決との間に矛盾が生じてくるといわなければならないであらう。

三 すなわち、刑法二〇〇条が「配偶者ノ直系尊属タリシ者」を含まないことは当然であるが、姻族関係が存続する以上、「配偶者タリシ者ノ直系尊属」を含むとみるのが順当である。この意味では少数意見の文理解釈の方が正しいといわなければならない。

四 しかし刑法が、本件のような場合にも尊属殺人罪をもって臨むべきかどうかという角度から目的論的解釈をなすならば、多数意見の方に正しさがあるように思われる。

問題の核心は、夫婦の一方が死亡し婚姻関係が解消した後、姻

族関係終了迄の間に、生存配偶者と死亡配偶者の直系尊属との関係についても刑法二〇〇条の自己と「配偶者ノ直系尊属」という関係があると考えべきかどうか、という点にある。少数意見はこの点を積極に解する<sup>(3)</sup>。根拠は、国民の道義感情・道徳的義務意識といったものが、姻族関係にまつわりつき、一方で民法七八二条二項を支え同時に他方刑法二〇〇条の解釈に重大な役割を果している、というにある。しかしながら、婚姻解消後の姻族関係になにほどの実質的意義があるか、という点は、民法上でも疑問視されているばかりでなく殆んど無意味であるときえいわれている。意味ありとしても、それはせいぜい姻族間に扶養義務を負わせる得るといふ点にとどまるものとされるのが一般である<sup>(4)</sup>。このような考えは、民法自体、少数意見が強調するような道義感情——それが現在なお名残りをとどめているであろうことは肯定できよう——にさほどの意味を認めていない、と解する態度を前提とするものといえよう（本件弁護人の上告趣意もこのような前提に立っている）。したがって、もし、少数意見のように、民法七八二条二項と刑法二〇〇条とを共通の地盤で統一的に理解しようとするならば、民法上さほど意味のない死亡による婚姻解消後の姻族関係を、刑法上も、本来の親子関係に準じて重視する必要はない、という論理が導かれるのは当然であらう（上告趣意、多数意見に

このような論理がうかがわれる。

すなわち、少数意見が、先に設定した問題を積極に解する態度は、民法七二八条二項と刑法二〇〇条を統一的に理解しようという前提をとる限り、正しいものといふことができる。

五 多数意見は、右の問題を一方では民法七二八条二項と刑法二〇〇条の統一的理解という見地から消極に解し、他方、両法条を民法と刑法が仕える理念の相異からそれぞれ別個に理解した場合でも、それは消極に解し得ると考へる。第一の前提の下で、多数意見が正しいことは先に少数意見を検討した際に述べたところから諒承されよう。しかし第二の前提の下で考へるならば、多数意見（上告趣意も同じ）の理由づけは不十分といえるのではあるまいか。多数意見は、「刑法は民法と其の性格、目的を本質的に異にし独自の使命を有するのであるから、民法上姻族関係がなお存するから」といつて刑法二〇〇条の直系尊属の解釈について「民法が常に必ず一致しなければならないものではない。されば本件被告人の場合、民法上姻族関係の存するにかかわらず、亡夫の父母との関係については、刑法二〇〇条の適用がないと解するを相当とする」（八二七—八二八頁）というだけである。考へようによつては、多数意見と全く逆に、姻族関係が終了したからといつて、**刑法上自己と「配偶者ノ直系尊属」**という関係は消滅す

るものではないという帰結を導くこともできるのである。なぜ多数意見のような帰結がでてくるのか。われわれは次の点を判旨に附加しなければならぬ。すなわち、極刑をもつて臨むべき刑法二〇〇条の解釈に當つては、特に憲法の精神にそつて、つとめて厳格に且つ狭く解するのが妥当である、という点である。

六 もつとも、判旨自体から、右のような考へ方を讀みとらうとするならば、それも不可能ではない（改正前の民法の解釈を新憲法によつて指導しようとしている点で）。ということもできよう。多数意見が、この点に充分留意して理論構成し、結論だけを簡単に記したのであるならば、われわれは何物もつけ加える必要がないと思う。

以上のように理解することによつて、判決の結論に賛成する。

- (1) 最判昭二七・一二・二五刑集六・一四四二頁、江家・刑法各論、昭三一、一九五頁、植松・刑法概論各論、昭三二、五八九頁参照。
- (2) 前掲刑集六・一四四二頁。さらに、福岡高裁判昭二九・五・二一高裁判集七・七一頁の検察官控訴趣意参照。
- (3) 同旨植松・前掲書、五八九頁。
- (4) 我妻・立石・親族法・相続法、昭二七、三七—三八頁参照。なお、本件については藤木助教（藤木・ジュリスト一九四四頁以下）の評がある。藤木助教は目的論的解釈を重視し多数意見を支持される。（福田 秀 策）