

# 大 審 院 の 迷 走

昭和初期の民事部判決にみるそのいくつかの軌跡

木 村 和 成\*

## 目 次

はじめに

- 1 《権利侵害》要件 大学湯事件その後
- 2 生命侵害による損害賠償請求権の相続性
- 3 不法行為の効果としての妨害排除請求権，不作為請求権

おわりに

## は じ め に

大河純夫教授は、いわゆる大学湯事件大審院判決(大[三民]判大正14[1925]年11月28日民集4巻670頁。以下、単に《大学湯事件判決》という。)に対し、「大学湯事件で、大審院は、権利侵害要件からの『離脱』とその『拡張』との相克の姿を『民集』で示した<sup>1)</sup>」という評価を与えている。すなわち、判決理由は、「民法七〇九条の『権利侵害』を英米法・フランス法・ドイツ法という三つの『法制の体裁』に関連付けながら、民法七〇九条の『権利侵害』要件を『法規違反の行為』によって『他人を侵害した』、に組み替えている<sup>2)</sup>」一方で、大審院判例審査会<sup>3)</sup>民事部の審査を経た判決要旨は、「湯屋業

---

\* きむら・かずなり 立命館大学准教授

1) 大河純夫「民法七〇九条『権利侵害』再考 法規解釈方法との関連において」河内宏ほか編『市民法学の歴史的・思想的展開』(平成18[2006]年、信山社)539頁。

2) 前掲注(1)537頁。

3) 大審院判例審査会については、大河「大審院(民事)判例集の編纂と大審院判例審査

ノ老舗其ノモノ若クハ之ヲ売却スルコトニ依リテ得ヘキ利益八民法第七百九条ニ所謂権利ニ該当スルモノトス」として「七〇九条の『権利』概念それ自体を拡張することによって七〇九条の適用範囲を拡大しようとした」<sup>4)</sup>というのである。

大河教授の研究が既に明らかにしているように、判決を言い渡した部が作成して判例審査会に提出した判決要旨が審査会によって修正されることもあったため<sup>5)</sup>、判決理由と判決要旨とが論理的に符合しないものは決して少なくない。その中には、大学湯事件のようにまるで別の方向を示しているものもあれば、些細な違いがみられるに過ぎないものもある<sup>6)</sup>。当時の学説は、「現在判決要旨として掲載されてあるものは、屢々当該判決から正当に推論される判例を精確に捉へてゐない場合が少なくない。或場合には明に判旨を誤解してゐるやうに思はれ、又或場合には単に傍論的意見に

---

会立命館法学256号(平成10[1998]年)139頁以下参照。

4) 前掲注(1)537頁。

5) 大河・前掲注(3)160～163頁参照。もっとも、梶田年(大審院判事)「判例の機能と判例集の刊行」法曹会雑誌14巻4号(昭和11[1936]年)58～59頁は、判例審査会の役割について、「判決の言渡を為した部は、其の判例とすべき事項(判示事項)と、其の趣旨(判決要旨)主文、事実、理由、参照条文等を記載して、判例審査会に提出し、各部の部長其他大審院判事を審査委員とする審査会に於て、判例集に登載すべきや否や、其の価値如何に付き審査整理して、登載すべきものとして採択したるものを、判例集編纂規定に依て、大審院判例集に登載することとなるのである」と言及している。ここでは、審査会による判決要旨等の修正には触れられていない。むしろ、審査会の役割は判例集登載の可否を決定することに限定されているかのようにみえる。また、末弘巖太郎博士も、昭和7[1932]年の論文「判例私見」法曹会雑誌10巻1号64頁で、「吾々は現在『大審院判例審査会』が如何に組織せられ又如何なる意識的態度を以て動いてゐるかを知らない」と述べている。当初の大審院判例審査会の構成や内規は法律新聞1918号(大正10[1921]年)10頁で明らかにされているから、これを末弘博士が知らぬはずはない。梶田判事や末弘博士の発言は、審査会の発足から十数年を経て、審査会の内実が当初と比して変質していることを示唆するものであるかもしれない。当時の判決理由と判決要旨とを比較検討することなどを通じて、このことをさらに検証する必要がある。

6) 例えば、大(一民)判大正15[1926]年12月20日民集5巻12号826頁についての穂積重遠博士の評釈(民事法判例研究会編『判例民事法(6)大正十五年・昭和元年度』昭和3[1928]年、有斐閣)615頁以下)を参照。

過ぎないものを判決要旨として掲げてある。」<sup>7)</sup>という末弘徹太郎博士の言説に代表されるように、判決要旨について口を極めて批判するものがほとんどである。もっとも、そこには《判例》の意味、判例集のあり方をめぐると一つの立場が伏在していることに注意しなければならない。

《判例》の意味をどのように理解するかはさしあたり措くとして、当該判決の真の意味を、判決理由、判決要旨のいずれを基準として理解すべきかどうかは見方の分かれるところではある。具体的な事件についての判決理由が、その判決を言い渡した部の見解を示すものであることはいうまでもないことだが、判例審査会は、大審院判例審査会内規<sup>8)</sup> 3条により、大審院長が会長となり、審査委員は大審院部長および判事の中から会長が選任することとされている組織であるから、そこで審査(修正も含む)された判決要旨に、大審院のもうひとつの見解 審査会の発足を主導した平沼騏一郎大審院長はそれがまさに大審院の統一した見解であると考えていたのかもしれないが が示されていることもまた確かである。そうすると、判決理由と判決要旨との論理面での食い違いは、大河教授の表現を借りれば

---

7) 末弘・前掲注(5)65～66頁。ほかにも「従来『判決録』に掲げられた判決要旨は単なる索引としてのみ用を為したに過ぎぬ。今後の『判決要旨』も亦それではなければならぬ。あの『要旨』を以て、恰も法典中の或る法条の如くに考へることは甚しい誤である。(末弘「序」民事法判例研究会編『判例民事法(2)大正十一年度』大正13[1924]年、有斐閣)7頁 なおこの「序」には署名がないが、『日本の法学』昭和25[1950]年、日本評論社)108頁 平野義太郎発言)では、これが末弘博士の手になるものであることが明らかにされている)「判例は極めて屢々判決の単なる傍論を『判決要旨』として掲げて居る。しかも当該判決の正文とは正反対の結論のものも少くない。(「序」前掲注(6)4頁)などという批判がなされている。

8) 大審院判例審査会内規については、法律新聞1918号10頁を参照。なお、法律新聞では、「大審院の部制は現在民事刑事の両部に分れて居てそれが又第一、第二、第三と三部に分れ各部より出る判例が相類する事案に就ても互ひに異なるが如き場合があるので之を統一する必要があるとて今回平沼院長は左記の如き内規を定めて其整理を勵行するさうだ」と前置きされている。この記事の根拠は明らかではないが、これによれば、審査会は民事部内での判例の統一をも企図するものであったことになる。ただし、平沼騏一郎大審院長が示した「審査方針の大綱」(平沼大審院長演述(大正十一年五月十九日司法官会同席上二於テ)法曹記事32巻5号(大正11[1922]年)59～60頁)ではそこまで踏み込んだ表現はなされていない。

ば、まさに大審院の「相克の姿」をあらわすものにほかならないとみることができよう。

しかし、大審院のそうした姿は、上のような食い違いにのみ垣間みえるものではない。判決と判決との間にもいくつかの葛藤あるいは混乱とでもいうべき現象をみてとることができる。本稿は、不法行為に関する昭和初期のいくつかの民事部判決を取り上げ、ひとつの法律問題に対する大審院の相克、葛藤、混乱の姿をその《迷走》として描き出そうとするものである。なお、この作業の意義については、本稿の最後に、大審院判決の分析・研究方法の課題とあわせてふれることとしたい。

## 1 《権利侵害》要件 大学湯事件その後

### 1. はじめに

大学湯事件判決は、学界にはおおむね好評をもって迎えられた。例えば、末弘博士は「吾国の不法行為法上頗る注目に値すべき画時代的の重要な判例なり」<sup>9)</sup>とし「唯判決の提唱する『吾人ノ法律觀念』なる標準が甚だ不明確なるが為め多少法的安全を害する虞は無論あるけれども、此点の心配は今後此の新しい見地から出発した多数の判例が繰り返さるるに伴つて漸次減少除去せらるるに違ひないのであつて、吾人は今日法的不安を恐れるよりは寧ろ問題が新に正しい出発点に置かれたことを心から祝福したいのである」と、さきほどとはまったく逆の意味で口を極めて賞賛している。しかし、事態は必ずしも末弘博士の想像した通りには展開しなかった。

### 2. 第四民事部昭和3[1928]年8月1日判決(民集7巻621頁)

#### (1) 事実関係

Xは、A・Bに対して金銭を貸し付け(第1貸付は1,500円(利子は月1

---

9) 末弘「判批」民事法判例研究会編『判例民事法(5)大正十四年度』(昭和2[1927]年、有斐閣)527頁。

分2厘)、第2貸付は600円(同1分2厘)、それぞれの所有する田畑山林に、第1、第2順位の抵当権設定およびその登記を受けた。その後、それらの抵当不動産がCへ、さらにそのうち山林一筆(以下《本件山林》という。)がCからYに譲渡され、所有権移転登記を経た。後にA・Bの返済が滞ったため、Xは、A・Bを訴えて勝訴の確定判決を得て、本件山林を含む抵当不動産全部に対して抵当権を実行し、Xの申し立てた1,828円をもってその全部をX自ら競落した(うち本件山林については945円で競落。Xにはなお689円余の債権が残存。)。しかし、競売手続開始決定後Xの競落前、Yは本件山林の杉立木100本(400円相当)をDに売り渡し、DはYの指示のもとこれを伐採して搬出した。

Xは、本件山林を945円で競落したにもかかわらず、Yの行為によってその価値が545円に減損し、その結果400円の損害を受けたとして、Yに対し、不法行為による損害の賠償を求めた。

## (2) 訴訟経過

原々審(福井区裁判所)判決は不詳だが、Xの請求がほぼ認容されたものと思われる。

原審(福井地方裁判所)は、次のような理由からYの控訴を棄却した。まず、本件山林に対する抵当権は杉立木にも及び、しかも抵当権の実行により競売手続開始決定があり当該決定が所有者であるYに送達されたのだから、本件山林の地盤はもちろんのこと杉立木に対しても当然に差押えの効力が及び、以後Yはその所有権の行使を制限され、その差押えを無視して杉立木を処分することはできない。にもかかわらずYが杉立木を処分したことは故意にXの権利を侵害するものであり、YはXに対し杉立木の価額400円に相当する損害を賠償しなければならない。

なお、Yは、Xの何らの権利も侵害していないから不法行為を構成しないと抗弁したが、原審は、「不法行為八他人ノ権利ノ侵害ニ因リテ成立スルモノナルコト民法第七百九条ノ明定スルトコロニシテ、其ノ所謂権利トハ

必スシモ固有ノ意義ニ於ケル権利ニノミ限レルモノニ非スシテ、汎ク法律上保護セラルベキ利益ヲモ包含セシメタル法意ナリト解スルヲ相当トス」(句読点は引用者による。以下同じ。)と大学湯事件判決の判決理由を援用して、もしYが杉立木をDに売却してこれを伐採させなければ、Xは競落人として法律上当然に杉立木の所有権を取得すべき地位にあったのであり、この地位は抵当権実行の方法として国家機関たる裁判所の行なう公の競売手続上競落人に認められた「法律上保護セラルル利益」であるから、これは709条にいう権利に属するものであり、したがってYは「権利ヲ故意ニ侵害シタル不法行為者」とみなされるとした。

(3) **大審院第四民事部**(須賀喜三郎(裁判長)、前田直之助、古川源太郎、吉田久、神原甚造<sup>10)</sup>)

[判 決] 破毀差戻。

[判示事項] 「競落人ニ対スル所有者ノ責任」

[判決要旨] 「所有者カ競売物件タル山林ニ於ケル立木ヲ他ニ売却シタル為、競落人ニ於テ其ノ所有権ヲ取得スルコト能ハサルトキハ、所有者ハ競落人ニ対シ追奪担保ノ責任ヲ負フモノトス。」

[参照条文] 民法563条1項、568条1項

[判決理由] 「……上告人ノ行為ハ所有権ノ侵害ニモ非ス、又抵当権ノ侵害ニモ非ス。一種ノ利益ヲ侵害シタル不法行為ニ外ナラスト云フカ如キ判断ヲ下シタルモノ正鵠ヲ失ヘルニ似タリ。然ラハ則チ、本訴請求ハ竟ニ失当ヲ免レサルカ開ハ或ハ爾リ或ハ爾ラス。抑原判決ノ確定スル事實ニ依レハ、上告人カ当該立木ヲ伐採売却シタルハ、抵当権者タル被告上告人ノ申請ニ基キ競売手続ノ開始アリ、目的物ニ対スル処分禁止ノ効力又従ヒテ発生シタル以後ノ出来事ニ係ルコト

---

10) 裁判官名は、民集7巻末尾の「昭和三年八月大審院民事部裁判長及部員氏名表」によった(なお、現時点では、法律新聞および判例彙報に当該判決を見出すことはできていない)。

明白ナルヲ以テ、右ノ伐採売却ト云フ一ノ処分ハ固ヨリ以テ抵当権者ニ對抗スルヲ得サル結果、競落人ハ此ノ伐採売却セラレタル立木ニ対スル所有権モ亦当然ニ之ヲ取得シタルモノニ外ナラス。故ニ山林ソノモノノ実価コソ減損シタリトスルモ、競落人トシテ取得シタル権利ノ全体ニ付テ之ヲ採算スルトキハ其ノ価額ハ恰モ競買代金相当ノモノナルヤモ亦知ル可カラス。此場合ニ於テ本訴請求ノ失当ナルハ言ヲ俟タス。」

### 3. 第四民事部判決の構造

第四民事部は、Yの行為が、Xの所有権を侵害するものでもなければ（Yの行為時にはXはまだ競落許可決定の言渡しを受けていなかった）、抵当権の侵害でもない（厳密には抵当物の価格が減損しているから抵当権の侵害はあったといえるが、Xはそれにより債権の満足を得ることができなくなったわけではないからXには損害がない）とし、Xの何らの利益を侵害するものでもないとする。945円で競落した本件山林の価額がYの行為により545円に減損したのだから、やはりYの行為は競落人Xに対する関係では不法行為と評価されるようにも思えるが、第四民事部は、伐採搬出された杉立木の所有権は当然Xにありそれもあわせた価額は競落代金と等しいのだから問題はないとして、Xの請求が「失当」であるとする。

そもそも、第四民事部はXのこの請求自体を暗に非難している。すなわち、「本訴ノ核心」を、「実価」わずか545円に過ぎない本件山林をXが945円で競落したもののYの行為によりそれが545円に減損したためその差額400円を損害としてその賠償を請求するものであると断じ、抵当権者であるXは自らがたまたま競落人となったからその立場でこのような請求をしているだけだというのである（第四民事部は、X主張の損害を「実価以上二高価二買得シタルコトヲ称スルモノニ外ナラス」とも指摘している）。

#### 4. 大審院におけるひとつの混乱,あるいは葛藤?

本判決は、一読すればわかるように、何とも不可解な判決である。原審は、大学湯事件判決を「尊重」<sup>11)</sup>し、Xの競落人として法律上当然に杉立木の所有権を取得すべき地位を「法律上保護セラルル利益」とした上でその侵害を認め、Yの不法行為の成立を肯定した。ところが、第四民事部は、所有権の侵害でもなければ抵当権の侵害でもないとして、大学湯事件判決で批判の対象となった《侵害されたのは何権であるか》ということへのこだわりをみせたあげく、一種の利益を侵害した不法行為にほかならないと判断を下した原判決を「正鵠ヲ失ヘルニ似タリ」と論難する(第四民事部は何の利益の侵害もないとするからである)。ここだけとらえれば、本判決は大学湯事件判決以前に時計の針を逆戻りさせるような判断を示しているともてよい。末弘博士も、「同じ大審院が……特に連合部判決を須みずして前と全然反対の態度を以て」そのように述べているのは「甚だ其の失当を得ない」と本判決を切り捨てている<sup>12)</sup>。博士はさらに、このような大審院の態度は、「凡ノ不法行為アリト云フトキハ先ツ其ノ侵害セラレタルハ何権ナリヤトノ穿鑿ニ腐心シ、吾人ノ法律觀念ニ照シテ大局ノ上ヨリ考察スルノ用意ヲ忘レ求メテ自ラ不法行為ノ救济ヲ局限スルカ如キハ思ハサルモ亦甚シ」(大学湯事件判決)というべきであり、ここで大審院がとるべき態度は、「寧ろ本件競落人の利益が所謂『吾人ノ法律觀念上其ノ侵害ニ対シ不法行為ニ基ク救济ヲ与フルコトヲ必要ト思惟スルーノ利益』に相当するや否や精細に考究説明することなければならなかつた」としている<sup>13)</sup>。末川博博士も「結局事相の眞実を擱んでゐる」のは原判決のほうであると述べている<sup>14)</sup>。

しかし、本判決についてそもそも問題とされなければならないのは、原

---

11) 末弘「判批」『民事法判例研究会編『判例民事法』(昭和三年度)』(昭和5[1930]年、有斐閣)341頁。

12) 同前。

13) 同前。

14) 末川博「判批」同『破毀判例民法研究 第一巻』(昭和6[1931]年、弘文堂書房)356頁。



審が、大学湯事件判決の判決理由が指定した命題にしたがって、Xの競落人として法律上当然に杉立木の所有権を取得すべき地位を「法律上保護セラルル利益」とした上でその侵害を認め、Yの不法行為の成立を認めていることについて、第四民事部が何ら有意な言及をしていないことである。第四民事部は、3.にみたように次のように述べる。すなわち、Yの行為は競売手続開始決定後になされたものであり、抵当権者Xに対抗できないものであるから、杉立木の所有権も競落人Xが当然にこれを取得する。Xの本件山林の所有権にはこの杉立木の所有権も含まれるわけであるから、Xが競落人として取得した所有権全体についてみればそれは競売代金(945円)相当のものとなっている。第四民事部はこういう論理でXには損害がないとするのである。そして、原判決を「一種ノ利益ヲ侵害シタル不法行為ニ外ナラスト云フカ如キ判断ヲ下シタルモノ正鵠ヲ失ヘルニ似タリ」と論難するに行き着く。

原判決が問題としているのは、「法律上保護セラルル利益」という《侵害対象》である。しかし、第四民事部の判決理由ではこれが《損害》の有無の問題にすり替わっている。上告理由が、「敢テ民法七百九条ニ所謂権利トハ法律ニ定型アル権利ノミヲ指スモノナリトハ主張セス」としつつも、「後日或ル権利ヲ得タルモノカ曩ニ其ノ権利ヲ取得シタランニハ其ノ当時ノ権利ノ状態ニ於テ或利益ヲ得タリト逆想シ、其ノ利益ヲ奪ヒタルモノニ対シ其ノ利益ノ償還ヲ請求スルコトヲ得ヘシト為スカ如キハ、著シク吾人現代ノ法律觀念ニ反スルモノトシテ之ヲ否認セサルヲ得ス」とするものであったため、第四民事部はこれに引きずられたのかもしれない。しかしいずれにせよ、第四民事部においては《利益》概念を媒介とした《侵害対象》論と《損害》論との混乱がみられることは疑いない。

末川博士は、この混乱を、「……たとい権利の侵害があつても損害の発生がなければ、何れも損害賠償の責任を生ずることはない。本件においては恰もこの二の過程が交錯してゐるかの観がある。」と表現している<sup>15)</sup>。判決

---

15) 末川・前掲注(14)349頁。なお、末弘博士も、「吾々の見る所を以てすれば、競落人は

理由はこのあと、本件では不法行為責任を問うことはできないが追奪担保責任を追及することは可能であるという方向へと流れ、判決要旨もその点のみをとらえて作成されている。このことにつき、末弘博士は、判決がたまたま本件の場合に追奪担保の規定によって競落人を救済することができることを論拠として不法行為の成立を否認しているのは極めて徹底しない不完全な議論である、判決は競落人が追奪担保の規定によって救済されるから不法行為を成立させる必要がないと考えているようだが、なぜ前者と後者が競合的に成立することを妨げるのかということの理由が示されていない、と批判する<sup>16)</sup>。しかし、不法行為による救済が否定されたのは、追奪担保責任による競落人救済の可能性があったからではない。むしろ、判決理由の論理では不法行為の成立を肯定しえないからだと思われる。その原因は、先に述べたように、第四民事部では《侵害対象》の問題が《利益》概念を媒介として《損害》の有無の問題にすり替わっていることに求められるのである。

いつの間にかすり替わったのか、それとも意図的にすり替えたのか、それはわからない。しかし、判決理由中には、Yの行為が「抵当物ノ価格ヲ減損セシメタルコトハ抵当権ソノモノノ侵害ニハ相違ナシ」としつつも、抵当権者Xがそれにより債権の満足を得ることができなくなったわけではないからXには損害がないとして、「上告人ノ行為ハ……抵当権ノ侵害ニモ非ス」と評価している部分がある。ここでも《侵害対象》と《損害》との関係が整理されていないため《抵当権の侵害ではあるが、損害がないから抵当権の侵害ではない》という命題が成立するに到っている<sup>17)</sup>。

---

抵当物所有者の『法規違反の行為』なかりせば正に得べかりし利益を喪失せしめられたのであつて、之に対して不法行為上の救済を与へるのは極めて当然である」としており(末弘・前掲注(11)343頁)、ここにも《利益》概念を媒介とした《侵害対象》論と《損害》論との混乱がみられるようにも思われる。

16) 末弘・前掲注(11)343頁。

17) なお、末弘博士はこの命題に何の疑問もはさんでおらず、むしろ「正当」であると評価している(末弘・前掲注(11)339頁)。もっとも、競落人としては抵当物が競売開始当時の現状を維持することについて利益を有するのであって、みだりに立木を伐採するようなこ

このような考え方をとるのなら、結局のところ問題は《損害》の有無に尽きるから《権利侵害》要件の意味は失われる。このことは、大学湯事件判決の判決理由が、「第七百九条八、故意又ハ過失ニ因リテ法規違反ノ行為ニ出テテ他人ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス、ト云フカ如キ広汎ナル意味ニ外ナラス」として、権利侵害要件からの離脱をはかっていることと符合する<sup>18)</sup>。そして、その判決理由自体に《侵害対象》論と《損害》論との混乱がみられることは、既に原島重義教授<sup>19)</sup>、大河教授<sup>20)</sup>により指摘されている。そうした混乱の上に成り立っていたともいえる命題の一面を援用した本件原判決が、第四民事部においてまさにその混乱を原因として「正鵠ヲ失ヘルニ似タリ」と斥けられてしまったことは何とも皮肉なことである。このことが、大審院における《侵害対象》論と《損害》論との混乱がかなり根深いものであることを示しているのか(それとも意図的に《混同》させているのか)、あるいはそれにとどまらず、判決理由と判決要旨との齟齬にみられるように、大学湯事件判決の判決理由が指定した命題そのものをめぐり大審院の葛藤を示しているのか、これについてはさらなる分析と検討が必要であるが(大学湯事件判決と本判決にはともに前田直之助判事がかわっていることも注意されてよい)、いずれにせよ、大学湯事件判決から本判決への動きは、権利侵害要件ひいては709条の要件論全体について大審院の迷走の軌跡を示すものであるといってもよいだろう<sup>21)</sup>。

---

とは明らかにその利益を害するものであり、伐採搬出された立木を取り戻すためには事実上費用を要することも少なくないとしており(前掲注(11)342頁)、ここでは《侵害対象》の問題と《損害》の問題とがある程度整理されているようにも見える。いずれにせよ、未弘博士の709条要件論も別に検討する必要がありそうである。

18) このように考えるならば、大学湯事件判決の判決理由は《権利侵害》要件を《損害》要件に吸収させる意図を有していたと評価できなくもない。

19) 原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学4(昭和51[1976]年)109頁注(193)参照。

20) 大河・前掲注(1)538頁参照。

21) なお、潮見佳男『不法行為法(第2版)』(平成21[2009]年、信山社)87頁では、抵当権

## 2 生命侵害による損害賠償請求権の相続性

### 1. はじめに

この問題は、大(二民)判大正15[1926]年2月16日民集5巻150頁<sup>22)</sup>(以下、単に《大正15年判決》という。)で、ひとまず大審院においてはひとつの決着をみた。すなわち、被害者即死の場合には、「傷害ノ瞬時ニ於テ、被害者ニ之カ賠償請求権発生シ、其ノ相続人ハ該権利ヲ承継スルモノト解スルヲ相当」とし、いわゆる相続肯定説を採用したのである。以後、今日にいたるまで、この立場が《判例》となっているとするのが、現在の一致した見方である<sup>23)</sup>。しかし、この判決からわずか2年後の昭和3年、この判決に疑問を呈する判決が第三民事部にあらわれた。

### 2. 第三民事部昭和3[1928]年3月10日判決(民集7巻152頁)

#### (1) 事実関係

貨物駅手A(事故当時34歳10カ月)は、Y(国)の使用人である信号手Bの過失に基づく列車脱線転覆事故のため重傷を負い、翌日死亡した。そのため、Yに対し、Aの父(戸主)X<sub>1</sub>が慰籍料として3,000円(なお、X<sub>1</sub>は一審判決後に死亡し、X<sub>2</sub>がこれを相続)、Aの母(X<sub>1</sub>の妻)X<sub>3</sub>が慰籍料として2,000円、Aの妻X<sub>4</sub>が慰籍料として4,000円およびAの遺産相続により取得したとする8,611円(Aがなお25年生存したものとし、これに対する年収775円の総額をホフマン式により算出したもの)の支払いをそれぞれ求めた。

---

侵害による損害とは何か、という文脈において本判決の判決理由が判例法理のひとつとして紹介されている。吉村良一『不法行為法(第3版)』(平成17[2005]年、有斐閣)157頁も同様である。

22) 裁判官は嘉山幹一(裁判長)、大倉鈕蔵、霜山精一、細野長良(岩本勇次郎は判決前に退職。なお、裁判官名は法律新聞2545号10頁による。)

23) 吉村・前掲注(21)122頁参照。

## （2）訴訟経過

原々審（神戸地方裁判所）判決は不詳。

原審（大阪控訴院）は、原判決を変更して次のような結論を導いた。すなわち、 $X_2 \cdot X_3$ の請求中各800円を認める（国有鉄道共済組合規則45条による年金支給によっても精神的苦痛は慰藉されているとし、亡 $X_1$ の慰謝料請求権の相続についても、本訴において請求の意思表示があったとしてこれを肯定。）。 $X_4$ の請求中慰謝料についても年金支給の事実を斟酌して300円とし、遺産相続によると称する請求は、生活費を控除せずこれを全部は認めた（年間純収益662円10銭×25年。これは10,500円を超過するが、 $X_4$ は8,611円しか請求していないのでその範囲で全部認容。）。

Yは、生活費を控除しなかったことなどに加え、原判決が示した損害賠償請求権の相続をめぐる説示につき、「原判決力他人ノ生命ヲ害シタル場合ニ於ケル救済トシテ、死亡者ノ将来得ヘキ利益ナルモノヲ見積リ、遺産相続ヲ認メタル事ニ於テモ誤リアリ。他人ノ生命ヲ害シタル場合ハ、其ノ死亡者又ハ相続人ノ利益ヲ侵害スルニ非ラス。死者ハ死亡ニヨリテ存在ヲ失ヒ、救済ノ手段ナシ。唯、死亡者ニ依テ利益ヲ享受シタル各人（民法第七百十一条）ハ其ノ固有ノ権利ヲ侵害セラルルヲ以テ之ニ基キ各賠償ヲ請求シ得ヘキ也。之個人主義ノ立法ニ於テ当然ノ事トスル。然ルニ、原判決ハ此ノ意ヲ捨テテ承継主義ニ依拠スルカ故ニ、被上告人……ハ遺産ヲ相続ストノ奇異ナル技巧ニ陥ルヲ免レサリシモノナリ。」と主張して上告した。

## （3）大審院第三民事部（柳川勝二〔裁判長〕、三橋久美、神谷健夫、佐藤共之、井野英一<sup>24)</sup>）

---

24) 裁判官名は、民集7巻末尾の「昭和三年三月大審院民事部裁判長及部員氏名表」によった（なお、現時点では、法律新聞に当該判決を見出すことはできていない）。ここには、代理判事日下巖の名もあるから、実際には日下判事が、三橋、神谷、佐藤、井野の各判事のうちのいずれかの代理を務めていた可能性がある。なお、法律評論17巻上（昭和3〔1928〕年）民法433頁においては、裁判官名の中に「前田」（前田直之助判事のことか）の名があるが、前田判事は昭和2〔1927〕年9月には第四民事部に転じている（民集6巻末尾の「昭和二年九月大審院民事部裁判長及部員氏名表」参照）のでこれは誤りであろう。

[判 決] 破毀差戻。

[判示事項] 「死者ノ得ヘカリシ純収益ノ算定 慰籍料ノ範囲」

[判決要旨] 「一 他人ノ生命ヲ害シタルニ因ル損害賠償ノ場合ニ於テハ、死者力爾後生存セシナラハ得ヘカリシ総収入ヨリ生活其他ノ費用ヲ控除シテ其ノ純収益ヲ算定ス可キモノトス。

二 当該不法行為ニ関シ第三者ヨリ金銭の利益ヲ得タル事実アルトキハ、慰籍料ノ範囲ヲ定ムルニ付之ヲ斟酌スルコトヲ得ルモノトス。」

[参照条文] 民法709条, 710条, 711条

[判決理由] 「..... Aカ其ノ得ヘカリシ利益ヲ喪失シタル原因ハ、即同人ノ死亡ナリト云フニ在ルコト言ヲ俟タス。而モ、.....(原判決ニ引用者注)於テハ『死亡前本件不法行為ニ因リ』云々トアリ。茲ニ至リテハAハ其ノ死亡以前ニ在リテ業ニ已ニ当該利益ノ喪失ト云フ損害ヲ被リタリト云フニ歸セサルヲ得ス。夫レ生死ノ境ハ間髪ヲ容レズ。所謂即死ノ場合タルト爾ラサル場合タルトヲ問ハス総テ一如タリ。故ニ死ソノモノヨリ觀レハ死ハ常ニ即死ナリ。即死ナラサル死ハ之ヲ想像スルヲ得ス。其ノ所謂即死ナルモノハ、致死ノ原因ト致死ノ結果トノ間ニ極ハメテ僅少ナル時間ヲ存セル場合ヲ云フモノニ過キス。然ラハ則チ、死亡ニ因リテ始メテ生ス可キ損害ヲ已ニ生前ニ於テ被レリト云フニ外ナラサル原判示ハ則チ死前ニ死アリ若クハ死後ニ死アリトノ前提ヲ置キテ始メテ可ナルモノ、聊カ了解ニ苦マサルヲ得ス。竟ニ理由ノ不備ヲ免レサラムナリ。而モ斯カル理由ノ不備ヲ来シタル所以ノモノ開ハ職トシテ原告タル被上告人ノ主張自体ノ不明ナルノ致ストコロナラスンハアラス。抑、被上告人X<sub>4</sub>カ遺産相続ニ因リ承継シタリト称スル権利ナルモノハ何人カ如何ナル事由ニ基キ如何ナル時期ニ於テ取得シタリト主張スルモノナリヤ精密ニ其ノ本質ヲ尋究スルトキハ、此ノ権利ナルモノハ実ニ遺産相続ニ因リ承継シタルモノニハ非スシテAノ死亡ニ因リX<sub>4</sub>自身ニ原始的ニ発生シタルモノナルヤモ亦知ル可カラズ。此等ノ諸点ヲ

釈明セシメサル原判決ハ此ノ点ニ於テモ亦違法ヲ免ルル能ハス。」  
(A, X<sub>4</sub> への置き換えは引用者による)。

### 3. 第三民事部判決の構造

第三民事部がまず問題とするのは、原判決が、YがAに対し「その死亡前」本件不法行為(事故)により生じさせた純収益に相当する金額を支払うべき義務を負担するとした点である。第三民事部は、死亡によってはじめて生じる損害を生前に既に受けているという原判決の考え方は、「死前に死あり、もしくは死後に死あり」を前提とするものであり、これはいささか理解に苦しむものであるという。さらに、その原因は、X<sub>4</sub>が遺産相続により承継したと主張し原判決も認めた「権利」とはいったい何であるのか、このことが原判決において不明確のまま残されていることに求められるとする。

そのほか、生活費の控除、遺族年金等の受領による損益相殺(慰藉料についても同様)、慰藉料請求権の相続、いずれも肯定している。

### 4. 大審院の葛藤 損害賠償請求権の相続をめぐって

この判決、とりわけ上に引用した部分の判決理由については、さまざまな理解がある。

「本判旨は……、損害賠償請求権を被害者の相続人が原始的に取得する場合あることを暗示するかの如くに見える。けれども、生命侵害による損害賠償請求権を結局被害者の相続人に認むるの点に於ては従来の通説判例とは異ならぬものと思はれる。」<sup>25)</sup>(杉之原舜一博士)

「判決理由第一点の前半において原判決に対して加へられてゐると

---

25) 杉之原舜一「判批」前掲注(11)73頁。杉之原博士はさらに、「生命侵害による損害賠償請求権を被害者の相続人が取得し得るや否やは、現在に於いては最早問題ではなく、唯被害者の相続人がかかる損害賠償請求権を取得するに就いては如何なる理論構成によるかが残された問題たるに過ぎないと思ふ。本判旨は上述の如く後者の点に就いて一の疑問を提出して居るやうである。」ともしている(同前)。

ころの批難は、傷害の結果人が死亡した場合に被害者自身について損害賠償請求権が発生することを認める従来の判例を大審院自身が根本的に改めない限りにおいては、不当であるといはねばならぬ。/それはともあれ、本判決においては、生命の侵害による損害賠償請求権の発生を認めるといふ前提の下に、更にその損害賠償の範囲の算定が問題の骨子とせられてゐるのである……。」<sup>26)</sup>(末川博士。なおスラッシュは原文における改行を示す。)

「……本件判決は、上告代理人の論旨のまゝに一步後退し、実質的には承継説を捨て、原始取得説を採ろうとしたのである。しかしこの判決は聯合部判決ではなく、従来の判例法を変更することはできなかった。」<sup>27)</sup>(山主政幸博士)

「本件判旨が、原審が得べかりし利益の損害賠償請求権の相続性を認めただのに対し……論理的矛盾を攻撃し、その請求権は相続人に原始的に取得されるのではないかと、否認説によるべきことを主張して破棄差戻していることは、相続性否認が肯定かについて裁判所の見解が当時未だ固定せず、動揺していたことを知り得る判例史の資料として貴重な意味を持つ……。」<sup>28)</sup>(山崎賢一博士)

本判決の原審の判断は、基本的に大正15年判決の示した命題にしたがったものである。にもかかわらず、それが大審院で論難されるという構図は、

---

26) 末川「判批」前掲注(14)278～279頁。

27) 山主政幸(篠原弘志補訂)「判批」判例百選(第2版)(昭和40[1965]年)67頁。杉之原博士も「……相続人が被相続人の不法行為に基いて賠償義務を負ふことが被相続人と相続人との人格の同一といふことによつて理論的に基礎付けられ得るなら、生命侵害による損害賠償請求権を相続人が取得するに就いても同じく被相続人との人格の同一といふことを以て理論的に簡単に基礎付けされ得るのではないか。即ち被相続人が一旦取得した権利を相続により相続人に移転するといふ説明を待つまでもなく、相続人自身が原始的に取得するのではないか。前記判旨が理論構成に就き一の疑問を挟んで居るのは右の如き理論構成に向はんとする一つの趨勢を現はして居るものと観ることに於いて注目に値するものと思ふ。」とし(杉之原・前掲注(25)75～76頁)、本判決が原始取得説に親和的な立場にあることを指摘している。

28) 山崎賢一「判批」家族法判例百選(昭和42[1967]年)167頁。



前章で取り上げた第四民事部判決とまったく同じである。ここから、少なくとも、大審院においては生命侵害による損害賠償請求権の相続性をめぐる見解が統一されていないことを読み取ることができる。したがって、大正15年判決から本判決への動きは、その問題をめぐる大審院の迷走の軌跡を示すものであるといってもよい<sup>29)</sup>。

第三民事部の判決理由の中身に立ちってみよう。判決理由を読む限りでは、第三民事部が、大正15年判決とは異なり相続否定説を採用しているふしはみられない。また、相続肯定説を前提としつつもその根拠において承継説から原始取得説へと転じようとするものでもない。したがって、およびの見解は誤りであるというほかない。

判例彙報39巻625頁の判決要旨 「他人ノ不法行為ニ因ル死亡者ノ相続人力加害者ニ対シ死亡ニ因ル損害賠償ヲ請求センニハ、相続人力此ノ賠償権ヲ獲得シタル原由ヲ明確ニセサルヘカラス。然ラサル裁判ハ理由不備ニシテ破毀ヲ免カレス。」 が端的にまとめているように、判決理由では「理由不備」が問題視されているのだから、第三民事部は、相続肯定の根拠が確かなものであったならば、おそらく少なくともこの部分について原判決を破毀することはなかったと思われる。杉之原博士、末川博士が指摘するように、本判決は、結局のところ、損害賠償請求権が相続されることを前提として論を進めるので、いちおうは相続を肯定する立場にあると考えべきであろう。

しかし、大正15年判決が示した相続肯定説 当時の学説においてももはや通説となっていた<sup>30)</sup> の根拠に第三民事部が疑問を持っていたことは確かである。その後の大審院判決が大正15年判決に沿って展開している<sup>31)</sup>ことを考え合わせれば、この判決の異色さは際立っている。その疑問

29) 穂積重遠「相続は権利の承継か地位の承継か」法学協会雑誌48巻1号(昭和5[1930]年)13頁も、本判決を「最近に至つて大審院の態度に動揺の徴があることは、頗る注目に値ひする」とする。

30) 穂積・前掲注(29)12頁参照。

31) 吉村『人身損害賠償の研究』(平成2[1990]年、日本評論社)42頁参照。

が、相続肯定説そのものへの懐疑に端を発しているのか(本判決の裁判長である柳川第三民事部長は相続否定説に立っているとみられる<sup>32)</sup> ことには注目すべきであろう)、それとも相続肯定説の結論自体には同意するがより積極的な根拠付けを探るべきであるという動機によるものなのか、このことはさらに立ち入って分析される必要がある。

### 3 不法行為の効果としての妨害排除請求権、不作為請求権

#### 1. はじめに

賃借権が第三者によって侵害された場合、賃借人はその第三者に対し不法行為による損害賠償を求めることはできるが、「賃借権若くは損害賠償請求権二依り」賃借物の引渡し(妨害の排除)を求めることはできない(大〔二民〕判大正10〔1921〕年2月17日民録27輯321頁。以下、単に《2月判決》とする。)とするのが大審院の立場であった(その後、専用漁業権の賃借権に基づく妨害排除等の請求につき、大〔三民〕判大正10〔1921〕年10月15日民録27輯1788頁〔以下、単に《10月判決》とする。〕が「権利ノ性質上」その妨害の排除請求を認め、河川敷地・堤防の占用権<sup>33)</sup>、社寺境内での国有地無償使用権<sup>34)</sup>の侵害に関する判決がその判例法理を踏襲したが、これら一連の判決は民法上の賃借権の侵害が問題となったものではない<sup>35)</sup>。)大〔四民〕判昭和

32) 柳川勝二『日本相続法注釈 上巻』(大正9〔1920〕年、巖松堂書店)540頁参照。ここでは相続人の継承すべき義務についての記述ではあるが「相続人ノ継承スヘキ義務トセルモノハ、被相続人ノ生前ニ於テ被相続人ノ為メニ発生セル義務ヲ指称スルモノ」であるとされている。

33) 大〔二民〕判大正11〔1922〕年5月4日民集1巻235頁。

34) 大〔三民〕判大正12〔1923〕年4月14日民集2巻237頁(大〔五民〕判昭和6〔1931〕年4月28日法律新聞3270号10頁も同旨)。

35) 木村和成「戦前の『賃借権に基づく妨害排除』裁判例の再検討」立命館法学285号(平成15〔2003〕年)255～272頁参照。もし10月判決の法理が民法上の賃借権にも妥当するのであれば、これは2月判決の趣旨を変更するものであるのだから、10月判決では2月判決について何らかの言及があつてしかるべきである。しかし、10月判決にはそのような言及はまったくない。したがって、大審院は、民法上の賃借権の妨害に対する救済とそうではない

5 [1930]年7月26日法律新聞3167号11頁も、民法上の賃借権の妨害が問題となったケースで、2月判決を「当院ノ判例」としてその妨害の排除を否定している。

ところが、昭和5年9月、民法上の賃借権の妨害が問題となったケースで、10月判決を援用して妨害の排除を認める判決があらわれたのである<sup>36)</sup>。

## 2. 第三民事部昭和5 [1930]年9月17日判決(法律新聞3184号7頁)

### (1) 事実関係

XはAとの間で賃貸借契約を締結し、その旨の登記も済ませていたが、Yが賃借地上に「擅二」軌道を敷設した。そのため、XはYに対し土地の明渡しを求めた。

### (2) 訴訟経過

原々審、原審判決(松江地方裁判所昭和4 [1929]年12月26日判決)ともに不詳。Xの上告理由によれば、原審は2月判決にしたがった処理をしたものと思われる。

### (3) 大審院第三民事部(柳川勝二〔裁判長〕、三橋久美、神谷健夫、佐藤共之、細野長良)<sup>37)</sup>

[判決] 破毀差戻。

[判決理由] 「……物權債權タルトヲ問ハス、第三者力之ニ対シ不法行為ヲ繰リ返ス恐レアル場合ニ於テハ、其ノ權利者ニ於テ第三者ニ対シ、将来權利侵害ヲ為スコラストノ不作為ノ請求ヲ為スルコト

---

ものの妨害に対する救済とを明らかに区別しているともみることができる。なお、川島武直「判例研究の方法(二・完)」法律時報34巻2号(昭和37[1962]年)46頁も、10月判決を賃借権に妨害排除請求権を認めたものとして先例的意義を有するものとみることが「大いに問題である」としている。

36) なお、筆者はかつてこの問題に触れたことがある(木村・前掲注(35)272～276頁参照)。ここでは、同じ判決を本稿で設定されている視点から改めて分析してみたい。

37) 裁判官名は法律新聞3184号7頁による。

勿論ナレハ、第三者ノ為シタル不法行為ノ現存スルモノアランカ、  
之カ妨害ノ排除ヲモ請求シ得ルモノト為ササル可カラス(大正十年  
(オ)第六百六十九号同年十月十五日大審院第三民事部判決参照。)

### 3. 第三民事部判決の構造

第三民事部は、侵害された権利の性質を問わぬまま、10月判決を援用する。10月判決の命題によれば、「賃借権タル債権ニ基キ賃貸借ノ目的上ニ存スル第三者ノ妨害排除ヲ訴求シ得サル」としてXの請求を排斥した原判決は当然「違法」と評価されることになる。

### 4. 大審院の迷走

2月判決の事案賃借人の(賃借地上に以前から建物を所有していた第三者に対する建物収去および土地明渡しの請求)、本判決直前の昭和5年7月判決の事案(関東大震災後賃借人の賃借地上に建物を建築して所有した第三者に対する土地明渡し等の請求)、そして本件事案の間には顕著な相違はみられない。もっとも、昭和5年7月判決の事案では賃借人が第三者の建物建築を黙認していたという事情があり、本件でも賃借人が登記を有していたという事情があるが、それぞれの判決理由をみる限りにおいては、そのことが判決に影響を与えたとは考えにくい。

そうすると、本判決の登場により、民法上の賃借権に基づく妨害排除を認めないとする判決と、これを認める判決とが大審院においては並立したこととなる(所有者の妨害排除請求権の代位行使については既に大(二民)判大正9[1920]年11月11日民録26輯1701頁がこれを認めている)。ここに賃借権侵害の場合の救済方法につき、大審院の迷走をみてとることができる。ではなぜこのような迷走を生じることになったのか。ここで妨害排除を否定する先例である2月判決、本判決が援用する10月判決をそれぞれ改めて検討してみよう。

2月判決は、原判決(東京地判大正9[1920]年5月27日法律評論9巻民

法577頁)を破毀して、「故意又ハ過失ニ因リ他人ノ賃借權ヲ侵害シタル者アルトキハ、被害者タル賃借人ハ其不法行為者ニ対シ損害ノ賠償ヲ要求スルコトヲ得ヘシト雖モ、損害ノ賠償ハ別段ノ意思表示ナキトキハ金銭ヲ以テ其額ヲ定ムヘキコト民法第四百七条ニ規定スル所ナルカ故ニ、賃借人ハ其占有ニ係ル賃借物ヲ他人ノ為メ不法ニ占有セラレタル場合ニ於テモ、占有權ニ基ク訴ニ依リ其物ノ返還ヲ請求スルハ格別、賃借權若クハ損害賠償請求權ニ依リ之カ引渡ヲ請求スルコトヲ得ヘキニアラサルナリ。」として、賃借權それ自体に基づく妨害排除、損害賠償の方法としての妨害排除、このいずれも否定する。その根拠は、賃借權は債權であること、損害賠償の方法は金銭賠償であることにそれぞれ求められている。なお、この原判決は、賃借權を物に対する支配權であるとみれば、「賃借權ノ行使ヲ妨クル者ニ対シ賃借權者カ其支配力ヲ以テ直接ニ其妨害ヲ排除シ得ヘキコトハ論ヲ俟タ」ず、賃借權を債權とみても、「債權者ハ其權利侵害ニ依リテ蒙リタル損害ノ賠償ヲ其第三者ニ対シテ請求スルコトヲ得ヘク、第三者ノ不法行為ニシテ現在尚存在シ、将来ニ於テモ繼續スヘキ状態ニアルトキハ債權者ハ其第三者ニ対シテ其侵害状態ノ除去ヲ請求シ得ヘキモノト解セサルヘカラス。」としており<sup>38)</sup>、当時の第二民事部はこれを真つ向から否定したことになる。

これに対し、10月判決は、専用漁業權の賃借權の二重讓渡(に類似していると思われる<sup>39)</sup>)のケースで、「權利者カ自己ノ為ニ權利ヲ行使スルニ際シ、之ヲ妨クルモノアルトキハ、其妨害ヲ排除スルコトヲ得ルハ權利ノ性質上固ヨリ当然ニシテ、其權利カ物權ナルト債權ナルトニ依リテ、其適用

38) 法律評論9巻民法577頁の記載によれば、本判決の裁判長は、賃借權物權論(例えば、民法14号〔昭和30〔1955〕年〕2頁以下参照)で有名な岡村玄治判事(後に大審院判事)である。岡村判事は、東京地判大正8〔1919〕年12月13日法律評論9巻753頁では、「賃借權ハ物權ニシテ一種ノ他物權ナレハ何人ト雖モ之ヲ尊重スヘキ不可侵性ヲ有スルモノトス」と述べている。なお、大正10〔1921〕年に岡村判事が東京控訴院から函館控訴院に転じた際、この判決ゆえに左遷されたのだという噂がたったという(岡村「歩んできた道を回顧して」法学志林56巻1号〔昭和33〔1958〕年〕156頁参照)。

39) 詳細については、木村・前掲注(35)300頁注(120)参照。

ヲ異ニスヘキ理由ナシ。」としている。

既に触れたように、この2つの判決の相違は、民法上の賃借権の侵害が問題となった事案とそうでない事案との違いによるものであると理解すればよい。しかし、権利一般には認められる妨害排除請求権がなぜ民法上の賃借権の場合には排除されるのかという問題はきわめて理論的な問題であり、事案の違いによってそれを整合的に説明することは困難である。つまり、妨害排除をめぐる問題における大審院の迷走は、このことを発端として大正10年から既に始まっていたのであり、本判決が民法上の賃借権の侵害の事案において10月判決を援用するまで、その迷走は《事案の違い》に覆われて表面化しなかったのだといえる。

本判決が10月判決を援用していることから、本判決を10月判決の文脈で理解するのがおそらく一般的であろう。しかし、本判決が10月判決とはやや異なる論理構造になっていることに注意しなければならない。

すなわち、10月判決は権利一般の効力として妨害排除請求権を認めている。しかし、この立場を貫徹することは、民法においては債権に物権同様の効力を認めることにつながりかねず、民法における物権債権峻別体系を無意味化させるおそれがある。そこで2月判決のように賃借権の侵害が不法行為となる 債権の侵害も不法行為となることは既に大(三民)判大正4 [1915]年3月20日民録21輯395頁が認めている として、その効果として不作為請求権、妨害排除請求権を認めようとするのである。この新たな解釈論によれば、不法行為の効果としてそのようなものを認めることができるかどうかという問題が新たに生じることとなるが《迷走》の原因である権利の性質論からは少なくとも解き放たれることになる。その後、第三民事部は、昭和6 [1931]年5月13日判決(法律新聞3273号15頁)<sup>40)</sup>で傍論ながらこの立場を維持し、未登記商号権の侵害が問題となった昭和8年7月8日判決(法律新聞3586号11頁)<sup>41)</sup>で第四民事部がこれに追随するので

40) 木村・前掲注(35)241～242頁参照。

41) 木村・前掲注(35)243～244頁参照。

ある。

このようにみると、本判決は、議論の土俵を権利の性質論から不法行為の効果論へ移すことにより、2月判決と10月判決に端を発する大審院の迷走に一定の歯止めをかけようとする第三民事部のひとつの試みであったのではないかと考えられる。もっとも、戦後、賃借権侵害に対する妨害排除の問題においてはこの立場が否定され<sup>42)</sup>、議論の土俵はふたたび権利の性質論へと戻っていったことからすれば、この本判決もまた大審院の迷走のひとつの軌跡を描くものだったのかもしれない。

## おわりに

本稿では、3つの《迷走》それぞれが、ひとつの法律問題に対する大審院内部における見解の相違ないしは対立に起因するものではないかとの仮説を提示した。ではなぜそのようなことが生じたのだろうか。その要因のひとつとして考えられるのが、判事自身の学識やそれに裏打ちされた理論の存在である<sup>43)</sup>。

《権利侵害》要件に関する昭和3年8月判決には、大学湯事件判決にもかかわった前田直之助判事が加わっている。この前田判事は、大学湯事件判決以前に、「吾民法ハ……仏民法ナトト同様、概括的ニ後ニモ先ニモ唯一ノ条ヲ以テ広ク万般ノ不法行為ヲ網羅シヤウト云フノカ即第七〇九条ノ規定テ有リマスカラ、同条ノ権利ト云フ文字ハ利益ト云フ位ナ広キ意味ニ解セネハ動キカ取レヌコトト相成ル。債務ノ不履行テモ無ク不当利得テモ無ク、左レハトテ吾人ノ権利感覚ニ訴ヘルトドモ其俛ニハ済マサレヌト云フ場

---

42) 最判昭和29[1954]年7月20日民集8巻7号1408頁。

43) 川井健『民法判例と時代思潮』(昭和56[1981]年、日本評論社)10～11頁は、裁判官の判断形成のひとつの要因として「裁判官の個人的判断」を挙げ、「当時の裁判官の経歴やものの考え方、見方も、分析の対象として必要なこと」であるとする。そのような視角から、ある大審院判決の分析を試みるものとして、吉田邦彦『債権侵害論再考』(平成3[1991]年、有斐閣)61～62頁がある。

合力即不法行為テアルト云フテモ過言テハ無イ位ニ不法行為ノ規定ハ広汎ナル範圍ヲ支配セネハナラヌノテ有ルノヲ、何ヲ好テ何權ノ侵害ナトト自縛自縛ノ窮屈ニ苦ムノハ甚タ其意ヲ得又次第デアリマス。」と述べたことがある<sup>44)</sup>。大学湯事件判決において、709条の意味は「夫適法行為ハ千態万様数フルニ勝フヘカラスト雖、不法行為ニ至リテハ寧口之ヨリ甚シキモノアリ。蓋彼ハ共同生活ノ規矩ニ遵ヒテノ行為ナルニ反シ、此ハ其ノ準繩ノ外ニ逸スルノ行為ナレハナリ。従ヒテ何ヲ不法行為ト云フヤニ就キテ古ヨリ其ノ法制ノ体裁必シモ一ナラス。或ハ其ノ一般の定義ハ之ヲ下サス唯仔細ニ個個ノ場合ヲ列挙スルニ止ムルモノアリ、或ハ之ニ反シ広汎ナル抽象的規定ヲ掲ケ其ノ細節ニ渉ラサルモノアリ、又或ハ其ノ衷ヲ執リ数大綱ヲ設ケテ其ノ余ヲ律セムトスルモノアリ。吾民法ノ如キハ、其ノ第二数ニ屬スルモノナリ。故ニ、同法第七百九条ハ、故意又ハ過失ニ因リテ法規違反ノ行為ニ出テ以テ他人ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス、ト云フカ如キ広汎ナル意味ニ外ナラス。」とされているが、これと先の前田判事の言及とを照らし合わせると、この2つはほぼ符合する。したがって、大学湯事件判決の判決理由を起草したのは前田判事なのではないかとの推測が成り立つ<sup>45)</sup>。そして、大学湯事件判決同様の《混乱》がみられる昭和3年8月判決に前田判事が関与していたことは、おそらくこれを単なる偶然の一言でもって片付けることはできまい。

本稿で取り上げた、生命侵害による損害賠償請求権の相続性をめぐる昭和3年3月判決には柳川勝二裁判長の学風が反映しているとも考えられるし、妨害排除請求権に関する昭和5年判決にはドイツにおける不作為の訴えの理論などの影響がみられることはかつて別稿で指摘したことがある<sup>46)</sup>。

44) 前田直之助「死亡ニ因リテ発生シタル損害賠償請求権ト其相続性」法学新報31巻2号(大正10[1921]年)64～65頁。

45) 前田判事は709条を「民法ナトト同様」としているから、本文のような推測が成り立つとするなら、大学湯事件判決が示した709条の意味を「フランス民法・旧民法への回帰」と指摘した大河教授の指摘(大河・前掲注(1)537頁)はきわめて正当なものだと評価できる。

46) 木村・前掲注(35)275～276頁、285～286頁参照。



また、大河教授によれば、大学湯事件判決には、「ドイツ法学、とりわけ英米の不法行為法学との関連を明らかにしなければならない」部分が残されており、そのためには「法曹(司法官)不法行為法学」の研究が必要であると指摘されている<sup>47)</sup>。

もちろん、判事一人の学識やそれに裏打ちされた理論と判決との関連性を証明することは実際にはかなり難しい。われわれは、公表されている判決から具体的な審理過程やその内容を必ずしもうかがい知ることができないし、まして判決理由の作成において裁判官の思考がそこに具体的にどのように反映されたかを論証することはほぼ不可能であるといってもよい<sup>48)</sup>。

しかし、大審院判事について、例えば、末川博士は前田判事を「あの当時の前田直之助さんのような判事は、自分で丹念に、克明に文章を練って書いているんですね。」と評し、「当時の判事諸公は判決を書くということ自身に非常に力を入れておった」と述べている<sup>49)</sup>。これは末川博士自身の個人的な感想にすぎないが、ここから当時の大審院判事が自ら判決理由の起草に当たり、それを練り上げていたことをうかがい知ることができる<sup>50)</sup>。そこに判事自身の学識やそれに裏打ちされた理論が少なからず反映するであろうことは想像に難くない。このように、大審院民事部判決の背後には、大河教授の言葉を借りるならば、「法曹(司法官)民事法学」ともいうべきひ

---

47) 大河・前掲注(1)547～548頁。

48) この状況は、今後、判決原本の研究により改善される可能性がある。その一例につき、大河「民事判決原本の保存・データベース作成・公開と民事法学」法律時報75巻10号(平成15[2003]年)96～97頁、同「『大審院(民事)判例集の編纂と大審院判例審査会』補遺」立命館法学290号(平成15[2003]年)117頁以下参照。

49) 末川ほか「民事法研究会のこと 座談会(つづき)」法律時報49巻8号(昭和52[1977]年)58頁。

50) 前田判事自身が自らの起草によるものであることを認めている判決も存在する。例えば、大(三民)決大正13[1924]年1月30日民集3巻2号53頁。前田判事は、「末弘氏の或判例研究に就きて」法曹会雑誌3巻4号(大正14[1925]年)35頁で、この判決の案文が「受命判事として自分の起草したもの」であることを認めている。

とつの理論がある可能性が潜んでおり、その分析を抜きにして、その判決を正確な位置づけを知ることはできないように思われる。

今日、戦前の裁判例をめぐる研究は、判決原本を基礎とし地域史とこれとを結合させたかたちに移行しつつあるといわれる<sup>51)</sup>。判決原本のデータベース化も着々と進んでいるようであり<sup>52)</sup>、今後判決原本へのアクセスが容易化し、そのような傾向はますます強まっていくことだろう。しかし、大審院の《迷走》の軌跡は、公表されている大審院判決の中にもなお分析・検討すべき課題が残されていることを示している。なお十分に研究されているとはいえない《法曹(司法官)民事法学》の分析と検討、そして判決原本、判決要旨作成過程の分析などを通じて、大審院判決の正確な位置づけを試みることは今後の大きな課題であるといえよう。

---

51) 大河・前掲注(1)541頁注(17)末尾の指摘。なお、林屋礼二ほか編『明治前期の法と裁判』(平成15[2003]年、信山社)所収の諸論考も参照。

52) 新田一郎=高久俊子「民事判決原本データベース構築の試み」アーカイブズ29号(平成19[2007]年)21頁以下参照。