

「大審院判例審査会」小論

木村和成*

目次

はじめに

- 1 判例審査会設置前後 その意図
 - 2 判例審査会設置当初 その実態
 - 3 判例審査会「規程」改正とその後
 - 4 新聞記事にみる判例審査会
 - 5 若干の検討
- おわりに 残された課題

はじめに

確認できる限りでは、大審院判例審査会の名が歴史上初めて登場するのは、大正10年12月9日付東京朝日新聞（朝刊）3面6段の記事「判例審査会 大審院に新設」である¹⁾。

大審院の部制は現在民事刑事の両部分れて居てそれが又第一、第二、第三と三分に分れ各部より出る判例が相類する事案に就ては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励行するさうだ

ここで紹介されている「大審院判例審査会内規」（全8か条）は、次のようなものであった。

* きむら・かずなり 立命館大学法学部准教授

1) これとまったく同様の内容の記事が、大正10年12月15日付の法律新聞1918号11頁にも掲載されている。

- 第一条 大審院の判決例を審査して之を整理する為め判例審査会を設く
第二条 判例審査会は会長一人及び審査委員十四名以内を以て之を組織す
第三条 会長は大審院長を以てこれに充つ
審査委員は大審院部長及判事より会長之を選任す
第四条 判例審査会に民事部及刑事部を設く
会長は各部に属すべき委員を定め委員中より主任一人を指名す
第五条 各部の主管に属する事項は其部の会議に於て評決す会長必要と認むるときは之を総会の議に付することを得
第六条 会長は会議の議長と為る会長差支あるときは各部主任又は会長の指名したる委員議長と為る
第七条 各部の会議は其部に属する委員三分の二以上総会は委員二分の一以上出席するに非ざれば之を開かず
評決は出席員過半数の意見に依る可否同数なるときは議長の決する所による
第八条 判例審査会に書記若干名を置き大審院書記中より会長之を選任す

この内規を見る限り、判例審査会の設置目的は「大審院の判決例を審査して之を整理する」(1条)ことに尽きる。しかし、いったい実際に何をするのか、審査・整理の結果はどのような意味を持つものになるのか、そしてそれはそもそも何らかのかたちで公開されるのか、こうしたことはまったく明らかになっていない。設置後、判例審査会がどのような活動をしていたのか、これも分からない。判例審査会そのものに関する客観的な史料は、これがほとんど唯一のものだからである。

判例審査会の実態がこれまでつかめていないのは、今日に遺されている史料がごくわずかなものに過ぎないからではない。例えば、末弘巖太郎は、昭和7年に、「判例集(大審院民事判例集:引用者注)の編纂者たる『大審院判例審査会』が特に判例を作為する意識の下に判例の選択をしてゐるらしく思はれる」と警戒感をあらわにしつつも、「吾々は現在『大審院判例審査会』が如何に組織させられ又如何なる意識の態度を以て動いているかを知らな」とも述べている²⁾。すなわち、判例審査会の実態は、それが稼働していた当時から、その時代の一線級の法学者をしてもお把握し

2) 末弘巖太郎「判例私見」法曹会雑誌10巻1号(昭和7年)64~65頁。

えないものだったのである。

本稿では、先行研究を踏まえつつ、判然としない大審院判例審査会の実態を、筆者のこれまでの研究、新たに発掘した新聞記事等の検証により可能な限り浮き彫りにし、その果たした役割について若干の考察を加えることとしたい。

1 判例審査会設置前後 その意図

1. 「大審院長平沼騏一郎」の誕生

平沼騏一郎が、大正元年12月より9年8か月もの長期にわたって在任した検事総長から大審院長に転じることが決まったのは、大正10年9月26日、平沼と原敬首相（当時）との会談の場であった³⁾。

当時の新聞記事によれば、この年10月5日に停年を迎える富谷銈太郎大審院長（同年6月13日就任）の後任には、当時大審院部長であった田部芳、馬場愿治、横田秀雄の3名が候補となっていたようである。当時の大審院部長は、着任順に、田部（明治38年9月）、鶴丈一郎（明治45年10月）、馬場（大正2年4月）、横田（大正2年6月）、松岡義正・柳川勝二（ともに大正10年6月）の6名だったが、鶴は停年が翌月3日に迫っており、松岡と柳川は着任からわずか3か月だったことから、上記の3名に絞られたのであろう。

しかし、田部は大正12年9月に停年、馬場も同年2月に停年に達する予定だったため、結局、停年まで数年を残す横田（昭和2年8月停年予定）が最有力候補となった。ところが、横田が院長となると検事総長に先輩格の平沼があることとの権衡を失する、これを考慮して仮に平沼院長 横田検事総長 としたとしても今度は（検事畑ではない）横田にとって適所ではない、などといった理由から、結局、原首相と平沼との直接会談で、

3) 東京朝日新聞大正10年9月27日付朝刊2面4段。

平沼自身が院長に就任することになった⁴⁾。

この経緯からすれば、大審院長就任は、平沼にとっては必ずしも望んだことではなかったことになる。しかし、その後の新聞記事は、「本人は知らぬ 新任の院長総長 写真機嫌の平沼氏 鈴木次官八年の回顧」と題し、大審院長就任が確実視される平沼の様子を写真付で次のように伝えている⁵⁾。

昨日午後大審院に平沼総長を訪ねると背広の稍黒つばい霜降セルに長軀を包んで安楽椅子に腰を据ゑた総長は實に閑寂其物の様な態度で『ア左様ですか、俺や一向知らんがネ』『未だ任命もなく辞令もない今日俺の知つてる筈がないぢやありませんか……』と許り書類の上に目を伏せたが『写真、宜しい』と初めて書類を閉じてレンズに向ふ、『総長が写真を撮らせた！ ソリヤ大変な御機嫌だ』とお次ぎに控えた書記子等の室では一頻叫きが起つた

書記らが驚くほど平沼が上機嫌だったのは、大審院長への就任が決まっていたからなのか、それは分からない。しかし、平沼が大審院長に就任してまもなく着手したいいくつかの事業とその重みに思いをいたせば、平沼が大審院長に就任するに当たって並々ならぬ意欲を持っていたことは確かである。平沼にとって、大審院長は自ら望んだ地位だったのかもしれない⁶⁾。

かくして大正10年10月4日、富谷銈太郎は停年により大審院長を退職し、翌5日、平沼が大審院長に親任された。

4) この記事によれば、横田の大審院長就任については、在野法曹界、大審院民事部内でも待望論があったという。

5) 東京朝日新聞大正10年10月1日付朝刊5面4段。

6) 後に平沼は、「私は藩閥、政党、権門から嫌はれてゐたから司法官で終始するつもりで、大審院自体を權威あるものにしようと尽力した。部長以下勉強した。始終会議を開いて判例をこしらへた。」「司法大臣になるより、寧ろ大審院長で司法部をよくし、停年で退きたいと思つてゐた」と回顧している(平沼騏一郎回顧録編纂委員会編『平沼騏一郎回顧録』〔昭和30年、学陽書房〕90～91頁)。

2. 判例審査会の設置

平沼の大審院長就任からわずか2か月後の12月9日、冒頭で紹介した新聞記事により、判例審査会の設置が公にされ、同時にそのメンバーも明らかとなった（その選定基準は不明。なお、委員会は民事部・刑事部各毎週1回開催とし、12月より開催するとされている。）。

会長 平沼騏一郎（大審院長）

委員 【民事部】 田部芳〔主任〕（部長）、馬場愿治（部長）、松岡義正（部長）、成道齊次郎（判事）、岩本勇次郎（判事）、前田直之助（判事）

【刑事部】 横田秀雄〔主任〕（部長）、柳川勝二（部長）、遠藤忠次（判事）、藤浪元雄（判事）、泉二新熊（判事）、西川一男（判事）

この年11月には、原敬首相の暗殺（4日）、皇太子裕仁親王の摂政就任（25日）などの大きな出来事が続いた。平沼は、暗殺事件の処理にも関与し⁷⁾、摂政就任に当たっての皇室会議にも加わっていた⁸⁾から、この時期、多忙を極めていたはずである。にもかかわらず、大審院長就任からわずか2か月で判例審査会の設置に漕ぎ着けたという事実からすれば、平沼は、就任以前から、判例審査会設置の意図を有しており、内規の起草などそれなりの下準備をしていたとみるべきだろう。

3. 「審査方針ノ大綱」

公にされた内規1条に、判例審査会の目的として大審院判決の「審査・整理」が掲げられたとはいえ、それは内実を伴うものではなかった。大河純夫の研究⁹⁾によれば、審査会の設置（大正10年12月）後、判例審査会に

7) 東京朝日新聞大正10年11月6日付夕刊2面6段など参照。

8) 東京朝日新聞大正10年11月26日付夕刊1面1段など参照。

9) 大河純夫「大審院（民事）判例集の編纂と大審院判例審査会」立命館法学256号（平

において「審査・整理」の方針が審議されたようである¹⁰⁾。

その審議結果を受け、平沼は、大正11年5月19日、開催中の司法官会議席上での演述で、判例審査会について次のように言及した¹¹⁾。

抑モ大審院ノ判例ハ法律ノ解釈ニ関スル最高法術ノ意見トシテ実生活ヲ指導シ之ヲ調整スルノ指針タラサルヘカラス大審院ハ茲ニ鑑ミル所アリ曩ニ判例審査会ヲ設ケ従来ノ判例ヲ整理スルノ目的ヲ以テ左ノ方針ノ下ニ審査ノ歩ヲ進メントス (一) 法律ノ解釈ハ法文ヲ基礎トスルモ必ス其精神ヲ闡明シ末節ニ拘泥スルノ弊ヲ避クルコト (二) 法理ハ之ヲ尊重スルコトヲ要スルモ社会紀律トノ調節ヲ保チ形式論理ノ研究ニ流ルルノ弊ヲ防止シ殊ニ道德ヲ尊重シ經濟上ノ法則ヲ考量スルニ於テ遺漏ナキヲ期スルコト (三) 民事ノ裁判ト刑事ノ裁判トノ間ニ於テ完全ナル調和ヲ保タシムルコト以上ハ審査方針ノ大綱ヲ示シタルモノナリ其細目ハ事ニ臨テ発表セムコトヲ期ス判例審査会ノ新設ニ付キテハ既ニ之ヲ内外ニ発表シ意見書ノ提出ヲ求メタレトモ此機会ニ於テ各位ノ注意ヲ促スノ必要アリト思惟シ之ニ言及シタリ冀クハ各位判例ノ審査ニ付有益ナル資料ヲ提供セラレシムルコトヲ

ここでは、「審査方針ノ大綱」として3つの方針が示されているが、具体的な判例審査の基準が示されているわけではない。むしろ、ここで示された方針は、冒頭に紹介した大正10年12月9日付の記事にある「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は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」という審査会設置の目的からすれば、いささか後退の感を禁じえない。

しかし、平沼は、判例審査会における「審査・整理」の方針の審議過程で、矛盾する判決の発見とその整理・統一になお強いこだわりを見せてい

成10年) 1351頁以下。

10) 大河・前掲注(9)1356～1360頁では、国立国会図書館憲政資料室所蔵の平沼騏一郎関係文書中の「判例審査ニ関スル書類」をもとに、その審議の経過が素描されている。

11) 「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ニ於テ)」法曹記事32巻5号(大正11年)59～60頁。

る¹²⁾。「審査方針ノ大綱」からはこのことを読み取ることができないが、判例審査会の役割に対する平沼自身の思いはその点にあったと考えるべきであろう。

4. 判例審査会への平沼の思い

その後、大正11年8月31日付東京朝日新聞夕刊2面4段に、「大審院の判決例改正 時代の推移に伴れ 今日では多大の不備の点がある」と題する記事が掲載されている¹³⁾。

これ迄大審院の判決例と云へば法律と同様に取扱はれて重要視されたので、地方の裁判所などでは判決に際しこれを参考とし又事実之を適用してゐる、一方弁護士側の弁論中にもこの判決例を引用してゐるものが非常に多い然るに時代の推移と文化の発達と共に伴れこれ等の判決例の中には著しく時代とかけ離れた而も矛盾したものがボツボツ最近発見されて来たそして或一部には種々とこれが改正に対する意見さへ述べるものが出て来たこの事は大審院でも既に認め平沼現大審院長は就任早々判例審査会なるものを設け大審院内の民事、刑事、各部を通じ毎週一回づつこの会を開いて研究を始めてゐる一方全国各裁判所、検事局、弁護士会に対し従来の判決例中不当と認めるもの及びこれに対する意見を求めたいと夫夫照会状を發し、東京、函館その他二三からは既にそれに対する意見書が到着したとそれに就き平沼院長は語る『まだ全国からの纏まらないし連合審判を開いてからでなければとのことに就いては具体的な話は出来ないが、斯うした問題に携はる弁護士、判事、検事から遠慮のない意見を期待してゐる訳だ、そして出来る限り時代に適した判決例を作りたいと希望してゐる、夫から判決書の文章一体に難解で専門家以外には一寸諒解出来ない様になつてゐるから、法律語の外は出来る限り平易にそして簡単にしたいと考へてゐる』

平沼の意を受けて起こされた記事かと見紛うほど、ここには平沼の思いが率直に語られている。「矛盾する判決の発見とその整理・統一」とど

12) 大河・前掲注(9)1360頁参照。

13) 東京朝日新聞大正11年8月31日付夕刊2面4段。

まらず、時代にそぐわない判決を見直し、難解な判決文をできるだけ平易なものにせんとするこの意欲から、判例審査会にかかる平沼の期待の大きさをうかがい知ることができよう。

2 判例審査会設置当初 その実態

判例審査会設置当初の審査会の役割は、やはり大河の研究により既に一定程度明らかにされている。その大要は次の通りである。

「判例」の「審査」・「整理」が実施されていたこと。

上記は、大審院民事判例集(民集)の登載に関連してなされていたこと¹⁴⁾。

部に係属中の事件を事前に協議していたこと¹⁵⁾。

民集に掲載する「判示事項」を検討・決定していたこと¹⁶⁾。

民集に掲載する「判決要旨」を検討・決定していたこと¹⁷⁾。

以下では、とりわけ上記 についてやや立ち入った検討を加える。

1. 民集登載判決の決定

民集の刊行は、大正12年1月分(民集2巻)より、「法曹会」¹⁸⁾に委託

14) 大河・前掲注(9)1366頁。

15) 大河・前掲注(9)1367頁。

16) 同前。

17) 大河・前掲注(9)1375頁。

18) 法曹会は、明治24年9月、当時の大審院長児島惟謙の提唱により、司法部内における法律研究のための任意団体として発足し、明治41年12月に、法曹会長(大審院長)横田国臣の発議で、財団法人に改組された。その寄附行為2条によれば、法曹会は、「民事刑事非訟事件戸籍其他諸般ノ司法事務ノ進歩ヲ図ル」ことを目的とし、5条2項の規定による「会員及記事ニ関スル規則」1条では、司法部現職の官吏を正会員とし、これ以外の者でも会長(大審院長)の推薦により評議員会の決議を経て正会員とすることができるとされていた(法曹会編『法曹会史』〔昭和44年、法曹会〕はしがきおよび100~110頁参照)。

されることとなった¹⁹⁾が（従来は中央大学）、大正12年5月ごろ法曹会雑誌上に掲載された広告²⁰⁾によれば、「本書八大審院ニ於テ従来ノ編纂方法ヲ改良セラレ同院ニ判例審査会ヲ設ケ慎重審議ヲ経テ判例トナルベキモノノ八判示事項並判決決定要旨ヲ挙示シ……」とされ、判例審査会の審議を経た「判例トナルベキモノ」が民集に登載される旨が記述されている。

また、民集3巻の冒頭の「凡例」には、「本書八大審院民刑各部ノ判例中ノ判例トナルヘキ重要ナル裁判ヲ集録ス」として、民集登載判決が「判例トナルヘキ重要ナル裁判」例であること、さらに、「本書八大審院判例審査会ニ於テ同会委員ノ審議ヲ経テ編纂スルモノナリ」として、その「判例トナルヘキ重要ナル裁判」例は判例審査会の審議を経て決定されたものであることが示されている。

これらのことから、判例審査会で「判例トナルヘキ重要ナル裁判」例の選択がなされ、それが民集登載というかたちで公にされるという一連の過程が判明する。判例審査会が意図的に「判例」を形成するこのプロセスは、まさに平沼の意図に沿うものであったというべきであろう。

2. 民集登載判決の決定過程と法曹会の役割

判例審査会における民集登載可否の判断基準は、筆者の一連の研究²¹⁾により次第にその輪郭を現しつつあるが、その基準を明示した一次史料はなおこれを見出すことができていない。何らの基準も設けずに民集登載の可否を決していたとは到底考えられないから、判例審査会内において、登載基準に関する何らかの合意があったことは確実だろう。

もっとも、当時の学界においても、その基準はおろか、判例審査会の機

19) 前掲注(18)144頁。同141頁によれば、民集刊行の委託を受け、大正12年3月、寄附行為5条1項「本会ノ目的ヲ達スル為メ会員ヲ置キ記事ヲ発行スルコトヲ得」が、「本会ノ目的ヲ達スル為メ会員ヲ置キ雑誌並圖書ヲ発行スルコトヲ得」(下線筆者)に改められている。

20) 原本未見のため、広告の内容は、前掲注(18)145頁の記述による。

21) 木村和成「大審院（民事）判決の基礎的研究・1 判決原本の分析と検討（序・大正14年11月分）」立命館法学335号（平成23年）511頁以下など。

能自体についても認識されていなかったため²²⁾、民集登載基準は大審院内部の非常に限られた範囲にしか周知されていなかった可能性が高く、民集登載基準に関する一次史料の発掘作業は今後も困難を極めるのではないかと推測される。

したがって、少なくとも現段階では、民集登載判決の決定過程の全貌を明らかにすることもできない。しかし、民集に関するいわば周辺史料からその過程の概要を把握することは可能である。

『法曹会史』208頁によると、昭和7年春に判例審査会「規程」の改正がなされた。この「規程」とはおそらく「大審院判例審査会内規」を指すものと思われるが、その詳細な改正内容は不明である。ただ、法曹会雑誌10巻6号(昭和7年)に掲載された大審院判例集の広告では、改められた編纂方針の一つとして、「登載判例件数ヲ増加シ大審院ノ判決及決定ニシテ判例審査会ノ審査ヲ経タルモノハ悉ク之ヲ登載シテ其ノ遺漏ナキヲ期スルコト」(傍点筆者)が挙げられており、このことから、「規程」改正以前の民集においては、判例審査会の審査により民集への登載が決せられた判決であっても、実際にそれらがすべて掲載されていたわけではないことが推測される。

そうすると、判例審査会の審査後に、さらに民集への掲載を判断する過程が存在していたことになる。このことにつき、大河は、大正12年段階で、判例審査会委員のほかに、法曹会に「判例編輯委員」がいたことを指摘している²³⁾。実際、法曹会に「判例編輯委員」が存在した事実は、民集の刊

22) 末弘・前掲注(2)参照。また、三淵乾太郎「判例集編纂の現状 最高裁の民事判例に関連して」法律時報34巻1号(昭和37年)55頁は、「大審院の判例として判例集に登載されたものの選択は、いかなる規準によってなされていたか詳かでないが、判例集に登載されずに終わった裁判がかなり多く、その中には、案外に重要なものが少なくない」とする。三淵は昭和37年当時現役の最高裁判所調査官であったが、この記述から、大審院の廃止からまだ15年しか経過していない時期にそうした職にある者ですら、民集登載の可否の判断を含む大審院判例集の編纂過程について有意な情報を持ち合わせていなかったことが分かる。

23) 大河・前掲注(9)1370頁。

行を委託された法曹会の「法曹会事務章程」（大正15年12月制定）等において確認することができる。

法曹会事務章程（抄）²⁴⁾

第一章 通 則

第一条 法曹会ノ事務ヲ分ツテ庶務，編輯及会計ノ三係ト為ス

第四章 事務ノ分掌

第十七条 編輯係ハ左記各項ニ関スル事務ヲ取扱フ

- 一 法曹会雑誌，大審院判例集，大審院判決抄録，其他刊行物ノ編輯出版

法曹会職員以下給与規則（抄）²⁵⁾

第四条 委員ニハ左記ノ例ニ依リ手当ヲ支給ス

三 判例編輯委員

年 額 百 円

法曹会に民集の「判例編輯委員」がいたことからすれば、判例審査会で登載の決定がなされた判決であっても、「判例編輯委員」の判断により結果的に民集に掲載されなかった判決も存在する可能性があったことになる。

3. 判決原本になされた「**登載**」・「**不掲載**」の押印の主体と民集編纂過程との関係

判決原本には、各判決の冒頭に「**登載**」・「**不掲載**」の押印がある。これらの中には、(a) 判決原本に「**登載**」の押印があるにもかかわらず結果的に民集に登載されなかったもの（例：大〔二民〕判昭3・3・9評論17諸373「判例トナルヘキ重要ナル裁判」例と考えられるが別の理由から不掲載になったとみられる²⁶⁾）、(b) 「**登載**」の朱印がいったん押された後それに×が上書きされ改めて不掲載の朱印が押されているもの（例：大〔一民〕判昭3・3・23未公刊「判例トナルヘキ重要ナル裁判」例と考えられるが不掲載の理由は不明²⁷⁾）、(c) 「**不掲載**」の朱印がいったん押された後、それ

24) 前掲注(18)158～161頁。

25) 前掲注(18)161～164頁。

26) 木村「大審院（民事）判決の基礎的研究・3 判決原本の分析と検討（昭和3年3月分）」立命館法学338号（平成23年）471～473頁参照。

27) 木村・前掲注(26)473～475頁参照。

に×が上書きされ、改めて登載の押印がなされているもの(例:大[二民]判昭3・8・31民集7-714)が複数存在する。

押印の訂正は単なるミスに起因するものである可能性も否定はできないが、仮にそうでないとすれば、この訂正の事実は、登載の決定に当たっては少なくとも二段階の判断がなされていた可能性を示唆するものであると言える。

判決の言渡しから民集の刊行にいたる過程に介在するのは、受命判事、事件が係属した部、判例審査会、法曹会、この四者であろうと思われるが、民集の発行を委託されているにすぎない法曹会が、判決の民集登載の可否について実質的な判断をなしていたとは考えにくいから(紙数の関係等編集上の都合で法曹会が登載判決を落とすことはあったかもしれない)、法曹会が「登載」/「不掲載」の朱印を押していた可能性は極めて小さいように思われる。

判例審査会が民集登載の可否を実質的に判断していたことは、ここまでの検討で明らかとなっているから、訂正を施して最終的に「登載」/「不掲載」の朱印を押したのは判例審査会とみるべきであろう。そうすると、訂正前、すなわち第一次的に「登載」/「不掲載」の押印を施した(登載の可否を判断した)のは、受命判事あるいは事件が係属した部ということになる。受命判事が単独で判断していたとは考えにくいから、おそらく部内の協議で決せられていたのではないかと推測される。

4. 判決要旨の検討・決定

民集に掲載する判決要旨については、判例審査会がこれを検討・決定していたが、その判決要旨と判決理由との間に齟齬がみられるものが散見されることは、大河らによって既に指摘されていた²⁸⁾。

筆者も、例えば、大判大14・11・28民集4-670(大学湯事件判決)の

28) 例えば、大河・前掲注(9)1377~1378頁。

判決要旨は、「湯屋業ノ老舗其ノモノ若ハ之ヲ売却スルコトニ依リテ得ヘキ利益ハ民法第七百九条ニ所謂権利ニ該当スルモノトス」として、民法709条における権利侵害要件の「拡張」を示し、709条の法文に即した解釈の枠内に収められているが、本判決を起草した判事前田直之助の思想を踏まえれば、判決理由はむしろ権利侵害要件からの「離脱」を示していると思われるべきこと²⁹⁾、また、生命侵害（即死）による損害賠償請求権の相続性が問題となった大判昭3・8・1民集7-621では、「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」と相続肯定説（大判大15・2・16民集5-150）を前提とする判決要旨が付されているが、やはり本判決を起草した判事前田直之助の思想を踏まえれば、判決理由はむしろ相続否定説に立ったものと読まれるべきことを指摘したことがある³⁰⁾。

これらのことから、判例審査会は、民集登載判決に判決要旨を付すことによって、従来の判決との整合性、法解釈の統一性を企図していた可能性があり、その意味では、判決要旨が、「判例」統一の意図をもったいわば政策的装置であったとも考えられるが³¹⁾、この問題は、判決要旨が誰によって起草され、どのような審議を経て決定されたのかという点を踏まえて改めて検証される必要がある³²⁾。

29) 木村・前掲注(21)555～556頁、同「大審院（民事）判決の基礎的研究・2 判決原本の分析と検討（昭和3年8月分）」立命館法学337号（平成23年）553～556頁参照。

30) 木村・前掲注(26)495～499頁参照。

31) 木村・前掲注(26)491頁。

32) 田中誠二「判批（大〔二民〕判大15・7・20民集5-636）」民事法判例研究会編『判例民事法(6)大正十五年度・昭和元年度』（昭和3年、有斐閣）442～443頁は、民集の判決要旨の抽出の仕方が誤っているという文脈において、「判例集の作成に当たりては判決要旨の抽出に付き如何なる手続に依り為され何人が責任者なるかは詳かでない」としている。

5. 判例審査会に対する批判的言説 「民事法判例研究会」

こうした判例審査会の役割に対しては、当時の学界から強い批判や懸念が表明されている。ここでは、東京帝国大学法学部民法研究室に集っていた「民事法判例研究会」からの発信をいくつか紹介しておく。

(1) 民集編纂のあり方をめぐって

判例審査会で「判例トナルヘキ重要ナル裁判」例の選択がなされ、それが民集登載というかたちで公にされるという点については、判例審査会設置後の早い時期から、懸念が表明されている。

例えば、民事法判例研究会が編集する『判例民事法(2)大正十一年度』の「序」には、民集「作成者」が、「確かに判例を作るのだと云ふ特別な意識を持つて居る」との警戒感が示され、さらに、「大審院諸公 少くとも『判例集』作成者 是判例形成の意識を棄てねばならぬ」との批判も見出すことができる³³⁾。なお、この「序」を書き下ろしたのは末弘だが³⁴⁾、末弘は、『判例民事法(7)昭和二年度』の「序」においても、「重要判例と目すべきもので判例集に載せられて居ないものは、まだ沢山にある」との文脈において、「判例集の編纂者たる『大審院判例審査会』は果して如何なる標準で判例を選択するのであらうか」とし、「判決が真に判例となるか否かは実は後に至つてきまる事柄で、これは判例にしよう、これは先例にはしたくないなどと、私意を以て選択すべき筋合いでないこと云ふまでもない」として、引き続き判例審査会の態度を批判している³⁵⁾。

(2) 判決要旨のあり方をめぐって

判決要旨についても、民事法判例研究会は、「判決は極めて屢々判決の

33) 民事法判例研究会編『判例民事法(2)大正十一年度』(大正13年、有斐閣)2頁。

34) 『日本の法学』(昭和25年、日本評論社)108頁[平野義太郎発言]

35) 民事法判例研究会編『判例民事法(7)昭和二年度』(昭和4年、有斐閣)4頁。なお、この「序」にも署名はないが、ここに記述されている判例審査会批判の文言は、末弘・前掲注(2)に記されたものとほぼ同じであるため、この「序」も末弘の筆によるものと推定した。

オビテル・ディクタ

傍論を『判決要旨』として掲げて居る」とか、「当該判決の主文とは正反対の結論のものも少なくない」として³⁶⁾、民集への判決要旨の掲載について否定的な立場にあった。同研究会のメンバーである末弘も、「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」、「或る場合には明に判旨を誤解してゐるやうに思われ、又或る場合には単に傍論的意見に過ぎないものを判決要旨として掲げてゐる」とした上で、「要旨摘記の任に当る人々はよろしく当該事件の実質に即して何が真の判決要旨であるかを探求考慮した上それを正確に摘記すべきである」と主張している³⁷⁾。

民事法判例研究会は、判決要旨の「誤り」を具体的にいくつか指摘している。ここではそのうちのいくつかのものを紹介しておこう。

大(一民)判大 11・7・25 民集 1-478 (法定推定家督相続人廃除事件)

[判示事項] 家督相続人廃除ノ原因

[判決要旨] 上告人八被告人ノ孫ニシテ其ノ法定ノ推定家督相続人ナルカ大正八年十月中上告人カ上京セムトシタルニ被告八其ノ農繁期ナルノ故ヲ以テ之ヲ止メタルニ上告人八天保十四年生ノ老齡ニ在ル被告八ノ左腕ニ嘸ミ付キテ負傷セシメ又同人ヲ突キ飛ハシタリ右ノ事實八民法第九百七十五条第一項第二号ニ該当セサルモノトス

判決要旨は極めて具体的で、判決理由を読む必要さえ感じさせないものになっているが、末弘は、これは「全然本判決の趣旨を誤つたものと云はねばならぬ」と酷評している³⁸⁾。

末弘の主張するところによれば、本判決の問題点の実質は、本件における諸事情が当該相続人を廃除すべき正当の理由となるか否かにあるから、従来被相続人の側でも相続人を酷遇したという事実、相続人は当時わずか

36) 前掲注(32) 4頁。

37) 末弘・前掲注(2)65～66頁。この記述と前掲注(32)の「序」の記述には似通ったところがあるから、この「序」を執筆したのも末弘であるかもしれない。

38) 末弘「本件判批」前掲注(33)301頁。

14歳でありかつ妊娠中であったという事実等が判決の実質的理由になっている。したがってこの部分を判決要旨としてくみ上げるべきだとするのが未弘の主張の眼目である。

これと同様に、判決要旨が、「従来の判決の立てた抽象的原理……を徒に繰り返したに止り、何等本案事実から立てられる具体的原理を樹てることを敢てして居らぬ」³⁹⁾ という点から批判を受けているのが次の判決である。

大(三刑)判大 11・12・16 刑集 1-787 (過失致死被告事件ニ附帯スル私訴事件)

[判示事項] 民法第七百十五条ニ所謂事業ノ執行ニ付加ヘタル損害ノ意義

[判決要旨] 民法第七百十五条ニ所謂被用者力事業ノ執行ニ付第三者ニ加ヘタル損害トハ使用者ノ事業ノ範囲ニ属スル行為又ハ之ト関連シテ一体ヲ為シ不可分ノ関係ニ在ル行為ニ因リ生シタル損害ヲ指称スルモノトス

ここに示された判決要旨は、判決理由からほぼ抜書きされたものである⁴⁰⁾。したがって、判決理由との間に齟齬はない。しかし、本判決を批評する平野義太郎は、判決要旨に示された命題は過去にも既に示されているのであるから(大[一刑]判大 10・6・7 刑録 27-506)、これをわざわざ繰り返し掲載する必要はなく、むしろ「判旨」は「具体的標準」を示すべきものであるとして、自身は「原判決は、『兩名ノ台車運転ガ民事被告会社ノ経営ニ係ル事業ノ執行ト如何ナル関係アリヤ、從テ該事業執行ノ範囲内ニ属スルモノナリヤ否ヲ判断スルヲ得ス。然ルニ、原判決ニ於テ、直ニ、使用者タル同会社ヲシテ民法第七百十五条ニ依ル賠償責任アリト断シタル八事実理由不備ノ違法アルモノトス。』と判旨をとっている。

判決要旨に対応する部分の判決理由は、「……被用者力其ノ事業ノ執行ニ付第三者ニ加ヘタルコトヲ要シ所謂事業ノ執行ニ付加ヘタル損害トハ其ノ事業ノ範囲ニ属スル行為又ハ之ト関連シテ一体ヲ成シ不可分ノ関係ニ在

39) 平野義太郎「本件判批」前掲注(33)530頁。

40) 四宮和夫『不法行為(事務管理・不当利得・不法行為 中巻・下巻)』(平成10年,第7刷,青林書院)690頁も本判決をその文脈で紹介する。

ル被用者ノ行為ヨリ生シタル損害ヲ指称スルモノ八論ナキ所ナリ」(傍点筆者)となっている。すなわち、本判決が自明のこととして示している部分が判決要旨とされていることになる。しかし、本判決の重点はここにあるのではなく、平野が指摘するように、具体的事案をこの一般命題に当てはめた結果、原判決に「事実理由不備ノ違法」があるとした点にある。

本判決はおそらくそういう点において「判例トナルヘキ重要ナル裁判」例と考えられ、判例審査会において民集への登載が決定されたのであろうから、判決要旨にもその点が反映されるべきだと考えるのは極めて自然なことであろう。その意味において、平野の主張には強い説得力がある⁴¹⁾。

次の3判決は、判決要旨に明確な誤りがあるという点、判決の要点を捉えた判決要旨になっていないという点で、それぞれ穂積重遠の批判を受けている。

大(二民)判大 15・10・5 民集 5-714 (養子縁組取消請求事件)⁴²⁾

[判示事項] 養子縁組取消ノ訴ニ於ケル当事者

[判決要旨] 夫婦養子ノ一方ニ付縁組取消ノ原因存スルトキハ其ノ取消ノ訴ハ其ノ双方ニ対シ共同訴訟トシテ之ヲ為スコトヲ要スルモノトス

穂積自身が捉えた判旨は、判決理由中、「配偶者アル者力其ノ配偶者ト共ニ為シタル養子縁組ニ因リテ生シタル当事者間ノ養親子関係ハ夫婦養子離縁ノ場合ヲ除キテハ配偶者ノ一方ノミニ付消長スルコトヲ得セシメサルモノナルコトハ右法条(民法八百四十一条:引用者注)及民法第八百七十六条ノ規定ノ精神ニ照シテ疑ナキ所ニシテ此ノ点ニ付テハ夙ニ当院判例ノ是認スル所ナリ……従テ配偶者アル者力其ノ配偶者ト共ニ養子縁組ヲ為シタル場合ニ於テ其ノ一方ニ付取消ノ原因存スルトキハ其ノ一方ノ養子縁組ノミヲ取消スコトヲ得サルモノニシテ其ノ双方ニ付養子縁組ノ取消ヲ為サ

41) 同様の観点からの平野の批判として、平野「判批(大[二民]判大 13・3・17 民集 3-169)」民事法判例研究会編『判例民事法(4)大正十三年度』(大正15年、有斐閣)145頁以下がある。

42) 穂積重遠「本件判批」前掲注(32)498頁以下。

サルヘカラサルモノトス」という部分である。

穂積は、本判決も援用する過去の判決および本判決により、配偶者とともにされた養子縁組については、離縁の訴えにおいても、無効の訴えにおいても取消しにおいても、問題に直接関係ない配偶者をも共同訴訟当事者として関係を合一的に判決すべしという判例が出揃ったと評価する⁴³⁾。しかし、これらはいずれも養親側が夫婦である場合に関するものであり、養子側が夫婦でありいわゆる夫婦養子の場合についてはまだ判断がなく、おのずから別論がありうるのだから、判決要旨に「夫婦養子」とあるのは誤りだとする⁴⁴⁾。

大(一民)判大15・12・20民集5-869(身分関係確認請求事件)⁴⁵⁾

[判示事項] 私生子認知無効ノ訴ト其ノ利害関係人

[判決要旨] 民法第八百三十四条ノ利害関係人中ニ八認知者ノ親族ヲモ包含スルモノトス

判決理由は、認知者の妹というほどの親族であれば、民法834条(当時)にいう利害関係人に当たり、認知無効の訴えを提起することができるとしている。したがって、「認知者の妹であること」が本判決においては重要な意味を持つことになるが、判決要旨はこれを「認知者ノ親族」とより一般化している。穂積は、この判決要旨を「判例引用者を誤る虞がある」として、この「判決要旨なるもの」の危険性を懸念している⁴⁶⁾。

大(二民)判昭4・5・24民集8-543(親族会決議無効確認請求事件)⁴⁷⁾

[判示事項] 民法第九百八十五条ニ所謂分家ノ意義

[判決要旨] 民法施行前ニ本家ノ家族カ戸主ノ同意ヲ得テ分家ヲ為シタルトキハ

43) 穂積・前掲注(42)499頁。

44) 穂積・前掲注(42)499～500頁。

45) 穂積重遠「本件判批」前掲注(32)615頁以下。

46) 穂積・前掲注(42)617頁。

47) 穂積重遠「本件判批」民事法判例研究会編『判例民事法(9)昭和四年度』(昭和6年、有斐閣)221頁以下。

民法第九百八十五条第一項ニ所謂分家ニ該当スルモノトス

判決理由は長文にわたっているが、穂積は、「分家ト八本家ノ家族ガ戸主ノ同意ヲ得テ分家トシテ一家ヲ創立シタル場合ヲ指ス。」、「或ル家ニ付特種ノ關係ヲ有シタル為分家同様ノ交際ヲ為シ分家ト称スト雖、斯ノ如キモノハ法律上分家ニ該当セズ。」と判旨をとっている。確かにここに本判決の実質的な重要性が認められると考えられるが、上のように判決要旨はこの点を十分に捉えていない。穂積は、これを「それは判決の要点ではないのであつて、右の要旨摘記は甚だ粗忽である」と痛烈に批判している。

3 判例審査会「規程」改正とその後

1. 法曹会への民集「編集」の委託

既に触れたように、昭和7年春に判例審査会「規程」の改正がなされたが、この改正により、「判例集の編集は法曹会に委託」⁴⁸⁾されることとなった。従来は、判例集の「刊行」⁴⁹⁾が法曹会に委託されていたに過ぎなかったわけだから、「編集」の委託に切り替わったことは、民集の歴史における重大な転換点であると言っても差し支えないだろう。

これを受けて、法曹会には、「あらたに」⁵⁰⁾大審院判例集編纂部が設置され、大審院部長、同判事が編纂委員の委嘱を受けることとなった⁵¹⁾。大審院判事が法曹会の大審院判例集編纂部に加わった以上、判例審査会との関係が問題とならざるをえないが、既にみた民集の新編集方針「登載判例件数ヲ増加シ大審院ノ判決及決定ニシテ判例審査会ノ審査ヲ経タルモノハ悉ク之ヲ登載シテ其ノ遺漏ナキヲ期スルコト」にあるように、ここでも判

48) 前掲注(18)209頁。

49) 前掲注(18)144頁。

50) 前掲注(18)209頁。

51) 同前。

例審査会の審査は当然の前提とされている。しかし、前掲の広告に掲げられた大審院判例集編纂部の編集方針によれば、同編纂部は従前より広汎な作業を引き受けることとなったことが分かる。

- 一、登載判例件数ヲ増加シ大審院ノ判決及決定ニシテ判例審査会ノ審査ヲ経タルモノハ悉ク之ヲ登載シテ其ノ遺漏ナキヲ期スルコト。
- 二、判決要旨ハ抽象ニ流レテ専ラ具体的事実ニ対スル判断ノ摘出ニ努ムルコト。
- 三、『事実』ノ目ニハ第二審ノ判断ノ基礎トナリタル具体的事実ヲ摘録スル外必要ニ応ジテ其ノ判断ノ基礎トナリタル重要ナル証拠物ノ写抜萃テシテヲスルコト。
- 四、『事実』ノ目ノ次ニ『主文』ノ目ヲ設ケ大審院ノ判決主文ヲ掲ケルコト。
- 五、参照トシテ第一審判決ノ事実及ヒ第二審判決ノ事実並理由ヲ掲ケルノ外各其ノ判決主文ヲ登載スルコト。
- 六、『理由』ノ目ニハ判決要旨ニ関スル上告論旨及判決理由ノ外ニ参考トナルヘキ他ノ上告論旨及判決理由モ誌面ノ許ス限り之ヲ掲載スルコト。

これによれば、判決文には存在しない「事実」および「判決要旨」の作成は、新たに法曹会の大審院判例集編纂部が担うこととなったかのように見受けられる。そうすると、判例審査会の機能は、事実上、民集登載判決の選定に限られたことになる。

また、民集冒頭の「凡例」も、11巻（昭和7年）より、「本書八大審院民刑各部ノ判決中ノ判例、決定中大審院判例審査会ノ審査ヲ経タル裁判ノ全部ヲ集録ス」（傍点筆者）と改められている。従来の「凡例」には、民集には判例審査会の審査を経た裁判例の「全部」が登載されているとは書かれていなかったことからすれば、やはりこれ以前の民集では、判例審査会で登載の決定がなされた判決であっても、結果的に民集に掲載されなかったものがあつたことになる。

2. 実際の民集編纂過程 梶田年「判例の機能と判例集の刊行」⁵²⁾（昭和11年）

表題の論文は、昭和8年6月に大審院判事に就任した梶田年が法曹会雑誌に寄せたものである。ここから、昭和11年当時の実際の民集の編纂過程の一端を垣間見ることができる。

梶田は、まず民集登載判決につき、「例へば、従来未だ判決例なき法律解釈を含むもの、既に判決例あるも幾分其の態様を異にするとか、前の判決例が余りにも古いものであるとか、法律に規定なき社会現象に関するものとか、法律解釈に付学説上疑義あるものとか、要するに、判例集に登載する価値あるものと思料せられたもの」（58頁）とする⁵³⁾。これが判例審査の基準をそのまま引き写したものであるとは断言できないが、当時の大審院判事の言及であることに鑑みれば、実際の民集登載の基準とそう変わるところはないのではないかと思われる。また、梶田が例示する「前の判決例が余りにも古いもの」以外については、現在までの筆者の検討結果ともほぼ符合する。

次に問題とすべきなのが、「判例集に登載する価値あるものと思料」した主体である。梶田は、民集に登載された判決は「登載する価値あるもの」であるが、このことが、民集登載判決だけが「判例」となることを意味するわけではないことを強調する文脈において、「大審院判例集に登載する判決は、大審院の判例審査会の審査を経たものであると謂ふことに於

52) 法曹会雑誌14巻4号57頁以下。

53) 梶田は、「大審院の判例の前数項に述べた機能作用を發揮し、殊に法律進化の原動力たらしめむとするならば、百尺竿頭一步進めて、従来判例集以外に全般に亘る判決録の刊行を実現することが、最も望ましいことである」（前掲注(52)74頁）と主張する文脈において、「例へば単純に事実認定又は証拠の取捨選択を非難するに過ぎない上告理由を排斥したもの、或は証拠調の限度を難ずる論旨を排斥したもの、或は法律判断を含むも、法律解釈上議論の余地なきもの等の如き、斯かるものが相当の数に上ってある」は、「判例とする価値がな」いから「判決録」に収録する必要はないとする（同74頁）。

また、私見と断った上で、「(一) 何等か価値ある法律判断を含むもの、(二) 社会の注目を惹きたる事実に関する裁判を含むもの、(三) 新奇な取引関係に関する裁判を含むもの、(四) 法律に規程なき事項に関する裁判を含むもの、(五) 既判例なき新たな裁判を含むもの」が、上記の「判決録」に収録する価値があるものとする（同74-75頁）。

て、他の大審院判決と異なるのみである。然らば、判例審査会の議を経るに至る判決は、如何なる判決であるかと謂ふに、大審院各部に於て登載の価値ありとし、又は適当なりとしたものである。」(58頁)と述べる。

これによれば、事件の係属した部が第一次的に登載/不登載を決定し、登載相当とされた判決についてのみ判例審査会が第二次にその妥当性を判断していたことになる。そうすると、少なくとも昭和7年春の判例審査会「規程」の改正後、判例審査会では、不登載とされた判決については審議がなされていないこととなるが、現在検討を進めている昭和8年7月分などの判決原本に、不掲載の朱印がいったん押された後、それに×が上書きされ、改めて登載の押印がなされているものが存在する事実と符合しない(もっとも、これは事件が係属した部での検討の形跡を表すものであるかもしれない)。

民集登載判決の決定過程については、梶田は、「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」(58~59頁)と言及している⁵⁴⁾。梶田の言は、「事実」および「判決要旨」の作成は事件が係属した部が担うことを示しているが、このことは、昭和7年春の判例審査会「規程」の改正により法曹会の大審院判例集編纂部がこれらの作成を担当することとなった旨を示す先の広告の記述と矛盾する。「規程」改正後、昭和11年までの間にさらに「規程」の改正があったかどうかは不明である。

54) 「判例集編纂規定」とは、おそらく大審院判例編纂部のものであろう。

4 新聞記事にみる判例審査会

判例審査会に言及する当時の新聞（東京朝日新聞）記事は、ここまで紹介したものを除き、確認できる限りでは10件ある。以下で見るように、これらはいずれも判例審査会の実態を知る上で貴重な史料である。

なお、以下では、民事事件と刑事事件に関する記事が混交しているが、民事部と刑事部とで判例審査会の役割が異なっていたとは考えにくいので、ここではいずれも判例審査会一般の問題として取り扱うこととする。

「電話の新判例 急設電話を五ヶ年内に 差押へ差支なしと」

昭和3年5月27日付夕刊2面7段

大(二民)判昭3・5・25 民集7-377

文明生活の神経ともいふべき電話に関する新判例になる判決が廿六日大審院民事部嘉山裁判長から言渡され目下判例審査会に付されてゐる……

「土地収用訴訟相手は『府県知事に限る』 大正十五年来の訴訟生き返る 大審院で合議決定」

昭和5年2月7日付夕刊1面7段

大(民連)判昭5・1・29 民集9-78

公共の利益となる事業のためにする土地収用に絡る訴訟は相手方を府県市にすべきか府県知事市長にすべきかといふ一点を中心に法曹会近來の論議を巻起し昨冬来大審院で牧野院長を始め民事部老巧十九判事合同といふまれな連合裁判開廷を見たが右の難問がこの程結審して遂に「府県知事に限る」と断定した、これで大正十五年来の判例を破り「府県市府県知事のいづれでもお構ひなし」といふ革命的な判決を宣告、判例審査会の議決を経て近く新判例と確定されることになつた……

「選挙違反 新判例 上告で無罪」

昭和5年6月1日付夕刊2面7段

大(五刑)判昭5・5・29 刑集9-378

……に係る衆議院議員選挙法違反事件はさきに二審鳥取地方裁判所で各罰金

五十円を言渡され被告側は無罪を主張して上告大審院板倉裁判長、榎田検事係りで審理中の所廿九日一回の事実審理も開かずして無罪の判決を与へられ廿一日いよいよ判例審査会にかけて新判例とすることに決定した……

「選挙運動費に 新判例確定 新潟の違反事件に」

昭和5年7月22日付夕刊2面4段

大(一刑)判昭5・6・3刑集9-397

……選挙委員として運動中将来演説会と推薦状のための概算入費として第三者に五百二十円を与へた事件は事務長の承諾を得なかつたとして選挙違反に問はれ、一二審共有罪として禁錮二ヶ月(四年間執行猶予)に処せられたので被告側は……と不服上告、大審院刑事一部横村裁判長係りで審理の結果上告棄却となり、これが判例審査会の手を経て廿一日新判例と確定公にされた……

「飛乗失敗の責 運転手も負ふ 交通事故に新判例」

昭和8年11月12日付夕刊2面5段

大(三刑)判昭8・11・11刑集12-1989

汽車や電車の停留場で時々飛乗りが行はれてゐる場所で、しかも乗客の飛乗り失敗から事故を起した際でも運転手の業務上の過失罪が成立するといふ注目すべき判決が十一日午前大審院刑事第三部菟淵裁判長から判示された、これは近く判例審査会に回付されて新判例として公示されることとなつた

「新判例 所有権行使も 恐喝になることあり 土地買収の策動には手痛い」

昭和9年6月26日付朝刊3面6段

大(一刑)判昭9・6・25刑集13-880

廿五日大審院刑事一部泉二裁判長は所有権の行使に関して注目すべき判決を下しその要旨を近く判例審査会に回付することになつた……

「債権取立の魔の手を 大審院が断切る 退職給と金の差押へ抗訴に 大阪市電気局勝つ」

昭和10年11月20日付夕刊2面1段

大(二民)判昭10・11・19民集14-1919

債権取立に関して躍る黄金魔に対し十九日大審院から大鉄槌が加へられ下級従業員的生活権を法律上保護すべしといふ判決が珍しく民事第二部前田裁判長から破毀自判された……前田裁判長係りで審理した結果、十九日正午「原

審を破毀し、第一審を取消す」として大審院で珍しくも自判、市電側に軍配をあげた、而もこの判決は近く判例審査会に付され新判例となる模様である……

「民間人に軍刑法『反乱罪適用』 軍人に加担せり 五・一五従犯三巨頭に絡み けふ審査会を開く 判決理由 注目の公表」

昭和10年12月6日付朝刊13面4段

大(二刑)判昭10・10・24 刑集14-1267

去る十月二十四日大審院で言渡された五・一五事件従犯側……三巨頭に対する判決は既報の如く一審より三転、而も通常人に海軍刑法反乱罪を適用するといふ破天荒なものであつたためにここに一審で服罪した民間側十七名の非常上告如何の重大問題が起り大審院検事局では果してこの判決理由が判例として認められるや否やと今六日の判例審査会（大審院長以下刑事四部長並に江崎判事から成る）の成行を注目してゐるがこの問題の判決理由書謄本が漸くこの程被告並に係弁護士の許に送達され注目の要点が初めて公にされた、理由は卦紙四百余枚に上る龐大なものでこの日の審査による判例要旨は実は十六点といふ一判決には珍しい多数を示してゐる……

「五・一五の判例審査 大論戦を展開 難問二項遂に未了」

昭和10年12月7日付朝刊13面1段

大(二刑)判昭10・10・24 刑集14-1267

……去る十月二十四日の大審院刑事二部清水裁判長の判決書は既報の如く新判例に該当すべき判例要旨は十六点の多さに上り清水裁判長はこれを判例集に掲載すべきものとして刑事部判例審査会の審査を請求、六日午後一時から大審院会議室にその審査が開かれた審査会長林大審院長が検事総長として同事件の罪名決定に関与した関係で出席を回避した為泉二刑事第一部長が審査会長の役割を代り、請求者の清水同第二部長以下、菟淵同第三部長、宇野同第四部長及び刑事部陪席判事中の最上席江崎判事の五氏出席、荒瀬大審院書記長、鈴木、根岸両書記を議事記録係として十六項の判例要旨を一括上程し先づ清水裁判長から判例要旨の個個について詳細に説明して出席各部長の審査検討を請求したが従来に類例のない頗る重要な判例要旨だけに俄然議論続き午後三時半まで甲論乙駁華華しい論戦が行はれ結局十六点の中十四点までは即日同審査会を通過、新判例として後日公示する事に決定残り二点については遂に審査未了のまま次期審査会まで持越される事となつた而して審査

未了の二点が何であるかは極秘に付されているが恐らく手続に関する要旨の如き点ではなく本件を反乱罪の従犯と見るべき軍法会議と通常裁判所の根本関係に互る点と見られ検察当局も亦この判例審査会の結末如何に多大の関心をもつて形勢を傍観し、同審査会の審査完了を待つて五・一五民間受刑者本犯の.....に対する非常上告問題の態度を決定する筈である尚次期判例審査会は間に民事部の判例審査会が行はれるため年内は開催困難と見られてゐる

「踏切事故に新判例 通行人に責任あり」

昭和15年9月11日付朝刊7面9段

大(四刑)判昭15・7・23 刑集19-609

スピード時代に相応しい交通判例が十日の判例審査会を経て判例集に登載されることになつた.....大審院宇野裁判長は.....にかかる業務上過失致死上告事件について事実審理を行つた結果、同事件は去る七月二十三日ついに無罪(原審罰金五十円)となりその判例要旨が遂に新判例となるに至つたものである

これら10件の新聞記事から明らかになるのは、次の5点である。

- (a) 判決言渡しの時点では、既に判例審査会への回付が決定され、かつそのことが公にされていたこと。 の6件の記事がこのことを示している。
- (b) 判例審査会へ回付される判決は「新判例」となる見通しであると考へられていたこと。 の7件の記事がこのことを示している⁵⁵⁾。(a)・(b)を考え合わせると、受命判事または事件が係属した部が、新判例としての公示、すなわち民集あるいは刑集への登載を第一次的に決定していたとみるのが妥当であろう。
- (c) 判決の言渡しから判例審査会での審議までの期間はおおむね1か月

55) このほか、大(三民)判昭5・7・9 民集9-839が、法律新聞3202号5頁において、「本件は判例審査会の議を経て判例となつたものである」と紹介されている。その一方で、民集に登載されなかつた大(五民)昭6・2・20につき、法律新聞3240号4頁では、「之の重要な判決が何故に判例審査会の議を経てゐないか、従つて判例とならなかつたかは疑問であるが、恐らく新判例にあらずして前の判例の内容を明にした程度のものであるとの理由かもしれない」と述べられている。

半程度であること。 ・ ・ の3件の記事がこのことを示している（ただし、 については、判決言渡しから2日後に開催される判例審査会に回付される予定だとされている）。

- (d) 「判決要旨」は判例審査会に「上程」されるものであったこと。
 ・ ・ の3件の記事がこのことを示している。このことから、受命判事または事件が係属した部が、民集あるいは刑集に登載される「判決要旨」(の原案?)を作成していたとみることができる。
- (e) 判例審査会は「上程」された判決要旨を審査していたこと。 および の記事がこのことを示している。これらによれば、上程された判決要旨は16点に及んでいるが、判例審査会では2点につき審査未了となっている（最終的に刑集に登載された要旨は全15点）。

注目すべきは(b)、とりわけ の記事で、「その判例要旨が遂に新判例となるに至った」とされている点である。このことは、判例審査会で決定された「判決要旨」が一般に「新判例」とみなされていたことを示唆するものだからである（ の記事からもそのニュアンスを感じ取ることができる）。そうだとすれば、判例審査会は、まさに判決要旨を通じて「判例」を形成する主体となっていたことになる⁵⁶⁾。

5 若干の検討

ここまで検討してきた判例審査会の役割を、民集の編纂過程の中に位置づけると次のようになる。

56) 大審院（刑事部）判事草野豹一郎は、自らの大審院判事着任（大正13年12月）以来昭和6年6月まで、民刑総部連合会議がわずか2回開かれたのみで、刑事総部連合会議にいたっては一度も開催されておらず、したがって連合部判決が僅少になっている原因を、「総部連合の憶空なる」と、「平生判例審査会がある」ためではないかと推測している（法律新聞3273号5頁）。これは、判例審査会の役割の「重さ」を実感として示した重要な指摘であると言えよう。

【判例審査会設置当初から昭和7年春の「規程」改正まで】

事件が係属した部 民集登載判決の第一次的決定

判例審査会 判決の審査・整理，部に係属中の事件の事前協議，民集掲載の判示事項および判決要旨の検討と決定

法曹会 「判例編輯委員」による登載判決の選定？（編集上の理由？）

民集刊行

2での検討では，事件が係属した部が民集への登載を第一次的に決定していたと推測するにとどまっていたが，4での新聞記事の検討結果を踏まえれば，そのように断定することが許されよう。

【昭和7年春の「規程」改正後】

事件が係属した部 民集登載判決の第一次的決定

判例審査会 民集登載判決の第二次的決定

判例集編纂部（法曹会） 事実・判決要旨の作成（？）

民集刊行

ところが，既に述べたように，昭和7年春の「規程」改正により，事実および判決要旨の作成は，判例審査会の手を離れ，法曹会の判例集編纂部に委ねられることになったとされている（判例集編纂部の編集方針「判決要旨八抽象二流レス専ら具体的事実二対スル判断ノ抽出ニ努ムルコト」）。しかし，この時期の新聞記事は，判決要旨は判例審査会に「上程」されるものとしており，それが判例審査会への上程以前に既に作成されていることを物語っている。

【昭和11年当時】

事件が係属した部 民集登載判決の決定，民集掲載の事実・判示事項・判決要旨等の作成

判例審査会 登載と判断された判決についてその可否を判断

判例集編纂部（法曹会） 「判例集編纂規定」により編纂

民集刊行

梶田論文によれば、昭和11年当時においては、判決要旨の作成は「事件が係属した部」がなすものとされている。これが当時現役の大審院判事であった梶田の言であることと、当時の新聞記事の記述を考え合わせると、昭和7年春の「規程」改正後も、事実および判決要旨は、やはり「事件が係属した部」がこれらを作成していたのであり、法曹会の判例集編纂部の役割は、あくまでも「判例審査会ノ審査ヲ経タルモノ」を「悉ク……登載」することに限定されていたのではないかと思われる。そうすると、わざわざ大審院部長、同判事に判例集編纂委員を委嘱した意味の理解に苦しむことになるが、昭和10年の段階（新聞記事）で、判例審査会において判決要旨の審議・決定がなされていた事実からすれば、このように考えるしかない。判例集編纂部でも同様の審議がなされていた可能性は極めて低いとみるべきであろう。

以上のことから、判例審査会が一貫して担っていた役割は、「民集掲載の判決要旨の検討および決定」だったといえる。そして、「判決の審査・整理」という判例審査会の本来の役割は、民集掲載判決の最終決定、判決要旨の検討・決定を通して果たされていたといえるべきであろう。しかも、その判決要旨が「判例」と捉えられていたという事実からすれば、まさに判例審査会が「判例」を意図的に作り出していたということになる。判決要旨と判決理由とがしばしば乖離していること⁵⁷⁾も考え合わせれば、

57) 先に言及したように、判例審査委員会「規程」改正（昭和7年春）後に設置された法曹会の判例編纂部の編纂方針では、「判決要旨ハ抽象ニ流レズ専ラ具体的事実ニ対スル判断ノ摘出ニ努ムルコト」とされている。これは、本文でも述べたような判決要旨への強い批判を受けてわざわざ言及されたものとみるべきであろう。したがって、これ以降の判決

判決要旨は、少なくとも当時においては 判決の単なる要旨ではなく、これこそを「判例」とする意図を持った政策的装置であったと性格づけられるべきであろう。

おわりに 残された課題

以上の検討から、判例審査会が「判例」の形成に極めて重大な役割を果たしていたことが明らかとなった。おわりに、残された課題について触れておきたい。

梶田論文によれば、事件が係属した部が、民集登載判決の(第一次的な)決定、民集掲載の事実・判示事項・判決要旨等の作成に当たっていたことになる。「判例」の形成という意味では、民集登載判決を決定し、判決要旨を作成するというその役割にとりわけ注目すべきである。したがって、この決定過程、判決要旨の作成過程がいかなるものであったかを解明することは重要な意味を持つ。

4で紹介した新聞記事 には、判決を言い渡した部の裁判長(大審院部長)が判例審査会での審査を請求し、判決要旨の個々につき詳細な説明を施した上で出席委員の審査・検討を請求する一連の過程が描き出されている。おそらく受命判事ではない、すなわち事件に直接関与していないとみられる裁判長(部長)⁵⁸⁾自身が判決要旨一つ一つにつき詳細に説明しているという事実は、判決言渡しの前後、判決要旨を部内で検討しそれを判例審査会に上程する決定を下す何らかの合議体があり、そこで判決要旨につ

要旨は「抽象二流レス専ラ具体的事実ニ対スル判断ノ抽出」されたものとなっているはずであり、その限りにおいては、判決理由と齟齬を生じる可能性は解消されていることになる(このことについては、判決要旨と判決理由との突合を通じて引き続き検証する必要がある)。

58) 大正14年11月分, 昭和3年3月分, 昭和3年8月分, 昭和5年9月分, 昭和6年5月分の判決原本を分析したところでは、部長が受命判事となった判決は存在しない。今後も調査を続ける必要があるが、部長が受命判事となることはまずなかった可能性が高い。

いて判事らの共通理解が形成されていたことを物語る（もちろん、この合議体で、判例審査会に回付する判決の決定もなされていたはずである）。

判決要旨をその合議体で一から作成していたとは考えにくい。おそらく、たたき台として判決要旨の原案がその合議体に提出され、それに基づく検討がなされていたのではないだろうか。そうすると、その原案を作成したのは誰かという問題に行き当たるが、これは当該事件に最も通じかつ判決文起草した受命判事と考えるのが自然であろう。

このように考えると、判決要旨は、受命判事は作成した原案をたたき台に、部内の合議体、判例審査会で順に協議・決定されたものであるということになる。ここまでの検討から、部内の合議体、判例審査会ではそれぞれ修正を加えられることもあったであろうことが推測されるから、民集登載の判決要旨はそのプロセスを経たものだという前提でこれをみななければならぬ。

しかし、以上述べたことの多くは推測の域を出ないものであり、合議体の存在そのものも含め、史料の発掘等を通して立証する必要がある。

このほか、判例審査会が判決要旨を通じて形成した「判例」を今日においてもやはり大審院の判例とみるべきか、それとも判決理由に示された準則を判例とみるべきか、という重大な問題もある。ここでは、ここには何を判例とみるかという根本的な問題が伏在していることを指摘するにとどめ、ひとまず筆を擱くことにしたい。

* 本研究は、平成23年度独立行政法人日本学術振興会科学研究費助成事業（学術研究助成基金助成金（若手研究(B)・研究課題名「大審院（民事部）における判決形成過程の研究」〔研究代表者：木村和成，課題番号：23730114〕）に基づく研究成果の一部である。