

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）

木村和成*

目次

- 1 昭和3年8月分大審院民事判決原本の内容
- 2 昭和3年8月分大審院民事判決原本の分析

1 昭和3年8月分大審院民事判決原本の内容

原本（分冊なし）には、以下の38件の「判決」が収められている（なお、表中の「No」は原本に付された整理番号。事件記録符号(オ)はすべて省略。）。

NO	日付	事件番号	主文	部	受命	事件名	原審	掲載誌
1	8・1	昭3-84	一部棄却 一部破毀	4	前田直之助	不当利得金返還	宮城控判 昭2・12・10 ¹⁾	民集7-687 新聞2933-9 彙報40上179 新報173-9 評論18訴21
2	8・1	昭3-220	破毀	4	吉田久	損害賠償	岡山地判 昭2・11・16	新聞2904-9 評論18訴200
3	8・1	昭3-252	棄却	4	吉田久	損害賠償	長崎控判 昭2・12・1	新聞2904-12 彙報40上588 評論18訴242
4	8・1	昭3-404	棄却	4	前田直之助	家屋明渡請求	東京地判 昭2・11・24	

* きむら・かずなり 立命館大学法学部准教授

1) 一審は山形地判大15・3・18（二審判決原本による）。

大審院 (民事) 判決の基礎的研究・2 (木村)

5	8・1	大15-771	破毀	4	前田直之助	親族会決議二対スル不服	大阪控判 大15・5・22	新聞 2886-6 彙報 39下395 新報 166-13 評論 17民1082
6	8・1	昭2-802	破毀	4	古川源太郎	慰藉料並損害賠償	大阪控判 昭2・6・28 ²⁾	民集 7-648 新聞 2929-9 彙報 40上171 新報 170-9 評論 17民1093
7	8・1	昭2-1343	破毀	4	前田直之助	損害賠償	福井地判 昭2・9・21 ³⁾	民集 7-671 評論 18民1065
8	8・1	昭3-561	棄却	1	菰淵清雄	請負金	大阪地判 昭3・4・4	
9	8・2	昭3-617	棄却	1	江崎定次郎	前渡金返還並損害賠償	宮城控判 昭3・4・5	
10	8・2	昭3-717	棄却	1	水口吉蔵	損害賠償	長崎控判 昭3・4・13 新聞 2834-11 評論 17訴337	
11	8・2	昭2-1196	破毀	1	菰淵清雄	実用新案権利範圍確認	特許局審決 昭2・9・29	新聞 2906-14 彙報 39下633 新報 180-17
12	8・4	昭3-400	棄却	4	神原甚蔵	物品売掛代金	名古屋控判 昭3・2・21	
13	8・4	昭2-936	破毀	4	前田直之助	株式競売不足金	東京控判 昭2・7・15 ⁴⁾	民集 7-704 新聞 2930-15 新報 171-12 評論 18商87 評論 18商452
14	8・4	昭3-939	破毀	4	前田直之助	株式競売不足金	東京控判 昭2・7・15	彙報 39下247 新報 158-12 評論 17訴451

2) 一審は神戸地判 (判決年月日不明) 新報82-22 = 評論16民218。

3) 一審は福井地裁 (判決年月日不明)。

4) 一審は東京地裁 (判決年月日不明)。

15	8・6	昭3-537	棄却	1	江崎定次郎	売買代金	大阪控判 昭3・4・7	
16	8・6	昭3-693	棄却	1	大森洪太	物件引渡並賃料	旭川地判 昭3・4・21	
17	8・8	昭3-396	棄却	4	吉田 久	土地明渡	東京控判 昭3・2・9	新聞 2907-11 評論 18民80
18	8・8	昭3-592	棄却	4	神谷健夫	保証金返還	大阪地判 昭3・4・24	
19	8・8	昭2-770	破毀	4	吉田 久	契約無効確認及 金銭並手形返還	東京控判 昭2・5・10 ⁵⁾ 新聞 2713-12 評論 16訴415	民集 7-891 新聞 2952-6 彙報 40上373 新報 180-14 評論 17訴487 評論 18訴145
20	8・8	昭2- 1351	破毀	4	吉田 久	執行異議	宮城控判 昭2・11・1 ⁶⁾	新聞 2907-9 評論 18民93
21	8・21	昭3-626	棄却	2	吾孫子勝	貸金	宇都宮地判 昭3・5・5	
22	8・21	昭3-630	棄却	2	霜山精一	土地明渡	東京控判 昭3・2・13	
23	8・22	昭3-595	棄却	3	三橋久美	貸金	熊本地判 昭3・3・13	
24	8・24	昭3-530	棄却	2	吾孫子勝	売掛代金	大津地判 昭3・3・5	
25	8・24	昭3-638	棄却	2	岡村玄治	土地所有権確認	宮城控判 昭3・3・27	
26	8・24	昭3-642	棄却	2	吾孫子勝	約束手形金	高知地判 昭3・4・11	新聞 2906-14 彙報 39下629 評論 17商786
27	8・25	昭3-487	棄却	3	神谷健夫	損害賠償	大阪控判 昭3・3・16	新聞 2906-12 彙報 39下624 評論 18民101

5) 一審は東京地裁大14(ワ)1581(二審判決原本による。判決年月日は不明。)

6) 一審は盛岡地判大15・5・21(二審判決原本による。)

大審院 (民事) 判決の基礎的研究・2 (木村)

28	8・25	昭3-507	棄却	3	佐藤共之	通行権確認並椽切取	長崎控判 昭3・2・21	
29	8・28	昭3-542	棄却	2	岡村玄治	貸金	千葉地判 昭3・2・24	
30	8・28	昭3-666	棄却	2	細野長良	詐害行為取消	大分地判 昭3・3・24	
31	8・29	昭3-235	棄却	3	佐藤共之	融通講米	松江地判 昭2・12・5	
32	8・29	昭3-451	棄却	3	三橋久美	実用新案登録無効	特許局審決 昭3・2・21	
33	8・29	昭3-503	棄却	3	神谷健夫	材木代金	広島控判 昭3・3・26	
34	8・29	昭3-643	棄却	3	三橋久美	貸金	長崎控判 昭3・3・31	
35	8・29	昭3-671	棄却	3	井野英一	貸金	東京控判 昭3・4・27	
36	8・31	昭3-98	破毀	2	吾孫子勝	株金払込	名古屋控判 昭2・12・14 ⁷⁾	民集7-714 ⁸⁾ 新聞2933-15 彙報40上189 新報173-10 評論17商650
37	8・31	昭3-618	棄却	2	細野長良	所有権移転登記 手続	大分地判 昭3・3・29	新聞2906-16 彙報39下637 評論18民97
38	8・31	昭3-670	棄却	2	岡村玄治	利益金	山口地判 昭3・5・7	

注 「掲載誌」の「新聞」は法律新聞、「彙報」は判例彙報、「新報」は法律新報、「評論」は法律評論を指す。

7) 一審は金沢地裁(判決年月日不明)。

8) 原本では、**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**の朱印が押されている。単なるミスか、あるいは何らかの検討を経て改めて登載すべきと判断されたのかは不明だが、後に見るように新判断を含む判決であるため、単なるミスと思われる。

2 昭和3年8月分大審院民事判決原本の分析

1. 民集への登載/不登載基準の検討

(1) 民集登載判決の分析

全38件の判決のうち6件が民集に登載されている⁹⁾(いずれも破毀判決)。まずはこの6件がなぜ民集に登載すべきものとされたのかについて分析しておく。なお、以下の[判示事項]および[判決要旨]はいずれも民集記載のものである([数字]はすべて上の表の「No」に対応している)。

[1] (不当利得金返還請求事件)¹⁰⁾ 破毀自判

[判示事項] 取消二因ル不当利得ト判決ノ確定力¹¹⁾

[判決要旨] 法律行為ノ取消二因ル不当利得返還請求ヲ否定スル判決ノ確定力

八同一法律行為ヲ無効ナリトシテ為ス不当利得返還請求ノ訴ニ及フモノトス

本判決は、詐欺取消しによる不当利得返還請求の訴において敗訴した者が、錯誤無効を理由とする不当利得返還請求訴訟を別に起こした場合、後者には前者の既判力が及ぶとしたものである。我妻栄は、本判決を、「第一審において贈与契約無効の主張がなされ、第二審では取消しにより無効であるとの主張がなされた場合であっても、同一の贈与契約の無効を主張するものであるから、これをもって訴えの原因を変更したということとはできない」とした大(二民)判大正6・5・21民録23-789の延長線上に位置づけ、「判例としては当然のことであらう」と評価するが¹²⁾、大審院として判示事項につき初めて判断した事例と思われ、この点に民集登載の理由を見出すことができよう。

[6] (慰藉料並損害賠償請求事件)¹³⁾ 破毀差戻

[判示事項] 被害者ノ過失ノ斟酌 民法第七百二十二条第二項ニ所謂被害者

9) 評論はこの6件をすべて網羅している。これに対し、新聞には5件、彙報には4件、新報には5件がそれぞれ掲載されている。

10) 本判決の評釈として、我妻栄「判批」民事法判例研究会編『判例民事法(昭和三年度)』(昭和5年、有斐閣)343頁以下がある。

11) 新報173号9頁は、「取消シタル法律行為及当然無効ノ法律行為ノ両者主張ト訴ノ原因」との表題を付している。

12) 我妻・前掲注(10)348頁。

13) 本判決の評釈として、江川英文「判批」前掲注(10)316頁以下がある。

[判決要旨] 一 不法行為ノ被害者ニ過失アリト認ムヘキ事情存スルトキハ裁判所ハ賠償義務者ノ主張ナシト雖賠償額ヲ定ムルニ付之ヲ斟酌スルコトヲ得
二 他人ノ不法行為ニ因リ死亡シタル者ノ父母ハ自己ノ受ケタル精神上ノ苦痛ニ対スル慰藉金ノ請求ニ付テハ民法第七百二十二条第二項ニ所謂被害者ニ該当スルモノトス

判決要旨第一点については、既に大（一民）判大正9・11・26民録26-1911が、「民法第七百二十二条第二項ハ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ被害者ノ過失ヲ斟酌スルト否トノ自由ヲ裁判所ニ許シタルモノニシテ必ス斟酌スヘキコトヲ命シタル旨趣ニ非サルコトハ文意上明白ナリ」としているが、本判決は、被害者の過失が認められる場合において、賠償義務者の主張がないときであっても、裁判所が過失を斟酌することができるか、という点について判断したものである。これは、第二点とともに、大審院が初めての判断を示したものであり¹⁴⁾、民集登載の理由はここにあると考えられる。

[7] (損害賠償請求事件)¹⁵⁾ 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] 所有者力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

今日では、本判決は、抵当権侵害（不法行為）による損害とは何かという文脈で引用されている¹⁶⁾。原告人の原告理由も、不法行為による損害賠償請求を認めた原判決を論難するものであるから、むしろ上記の点が判示事項として適切であろうと思われるが、民集は、不法行為による損害賠償以外の救済手段がありうることを示した部分を判示事項・判決要旨として抽出している。

[13] (株式競売不足金請求事件)¹⁷⁾ 破毀差戻

[判示事項] 株式譲渡ノ立証責任

14) 江川・前掲注(13)321頁は、判示事項二については、従来大審院の判例がないと明言している。

15) 本判決については、木村和成「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」立命館法学327・328号（平成22年）252～259頁参照。

16) 例えば、潮見佳男『不法行為法（第2版）』（平成21年，信山社）87頁参照。

17) 本判決の評釈として、鈴木竹雄「判批」前掲注(10)351頁以下のほか、第一民事部判事水口吉蔵による評釈（法律論叢8巻2号〔昭和4年〕57頁以下）がある。

〔判決要旨〕 株式会社八株主名簿記載セル株式譲渡ノ有効ナルコトヲ立証スル
責任ナシ

鈴木竹雄は、株主名簿に株主として記載されている以上、この記載が形式を具備した当事者の請求に基づいてなされたものであり、そして形式を具備していることはその請求者が実質的に有効な移転によって株主になったことを一般に推測させるのであるから、この移転が実質的に無効であることを主張する者において反証を挙げなければならないことは、「至極当然の事」と評している¹⁸⁾。

ただ、株主名簿のこうした推定力については、大(三民)判大正9・6・5民録26-817が、「意思能力ナキ未成年者ノ名義ヲ以テ為シタル法律行為ハ反証ナキ限り其未成年者自身ノ為シタルモノニ非スシテ適法ノ代表者ニ於テ之ヲ為シタルモノト推定スヘキヲ以テ未成年者自身力之ヲ為シタルモノト主張スル者ニ於テ之ヲ立証スヘキハ当然」と判示している一方で、その後の大(一民)判大正14・4・9民集4-162は、「商法第五十条ノ……規定ハ株主名簿ニ於ケル記載ヲ以テ株式移転ノ對抗条件ト為シタルニ過キスシテ其ノ記載ニ株主タルノ公信力ヲ付与シタルモノニ非ス故ニ株式ノ譲渡行為ナク若ハ譲渡行為無効ナルニ拘ラス株式ノ譲受人トシテ株主名簿ニ記載セラレタル者ハ株主ニ非ス從テ会社ニ對シ株主タル權利義務ヲ有セサルハ勿論会社ハ其ノ者ヲ以テ株主ト認ムルコトヲ得サルモノトス」(下線は引用者による)としている。

本判決の判決要旨に示された点は、上記の大正9年判決からも明らかになる。しかし、上記の大正14年判決は、株主名簿の「公信力」を明確に否定している。ただ、同判決は、立証責任の所在が問題となった事案ではなく、したがってそこには立証責任についての言及もないため、必ずしも大正9年判決に真っ向から相反するものとは言えない。もっとも、大正14年判決の理解の仕方によっては、大正9年判決との間に齟齬を来たす可能性もあることから、判示事項についての大審院の立場を改めて確認すべく、民集への登載に踏み切ったのではないと思われる。

〔19〕(契約無効確認及金銭並手形返還請求事件)¹⁹⁾ 破毀自判

〔判示事項〕 新訴却下ノ判決ノ性質 中間判決ト上訴

〔判決要旨〕 一 訴ノ変更アリトシテ為シタル新訴却下ノ判決ハ終局判決ナリトス

18) 鈴木・前掲注(17)352頁。水口・前掲注(17)58頁も、「本判決は勿論之を正当と為すべきもの」と評価している。

19) 本判決の評釈として、加藤正治「判批」前掲注(10)425頁以下がある。

二 中間判決トシテ言渡ス可キニ拘ラス終局判決トシテ言渡シタルトキ又ハ終局判決トシテ言渡スヘキニ拘ラス中間判決トシテ言渡シタルトキハ当事者ハ之二対シ上訴ヲ為スヲ得ルモノトス

一審途中で原告により被告の表示が変更された事案で、一審はこれを訴えの変更と断じてその新訴を却下した。原審は、訴えを変更したものとして新訴を却下した裁判は中間判決であるとした上で、中間判決に対しては独立して控訴することはできないとして、控訴を棄却したが、大審院は、上記のように判断して原判決を破毀した。

本判決以前においては、大審院は、原審が示した見解すなわち中間判決説を一貫して採用していたようである²⁰⁾。そうすると、判決要旨第一点は、事実上の判例変更に当たる。第二点も大審院の新判断だと思われ、こうした点に民集に連載すべき重要性が認められると判断されたものと考えられる。

[36] (株金払込請求事件)²¹⁾ 破毀差戻

[判示事項] 定款作成前ニ於ケル株式ノ引受

[判決要旨] 定款作成前発起人力将来設立スヘキ会社ノ株式ヲ引受クヘキ旨約スルモ之ヲ以テ当然株式ノ引受ヲ為シタルト謂フコトヲ得ス

商法が株式会社の発起人による株式の引受けに関する明確な規定を有していないところ、大審院は上記の通り定款作成前における株式の引受けを無効とする新判断を示した。この点に民集掲載の理由があると思われる²²⁾。

このように、登載判決はいずれも、新判断を含むもの、あるいは[13]のように大

20) 加藤「判批(大[二民]判大正10・12・15民録27-2117)」同『民事訴訟法判例批評集第2巻』(昭和2年、有斐閣)64~67頁の判例の整理を参照。もっとも、当時の学説には新訴却下判決を終局判決とみるものも少なくなかったようである(同75~76頁および78頁参照)。

21) 本判決の評釈として、田中耕太郎「判批」前掲注(10)354頁以下のほか、第一民事部判事水口吉蔵による評釈(法律論叢8巻3号[昭和4年]87頁以下)がある。

22) 水口・前掲注(21)90頁は、本判決が、「発起人八会社定款ノ作成ト同時又ハ其ノ後ニ於テ株式ノ引受ヲ為シタルニ非サル限り未タ商法上所謂発起人ノ株式引受アリタルモノト認メ難ク」とする点につき、「定款作成後に為す発起人の引受到依り総て発起人の引受あるものの如く為すは誤れるもの」とし、さらに、「判決が発起人の引受は定款作成と同時に之を為すことを要し其の作成前の引受は絶対に効力を生ぜざるものの如く解することも稍明確を欠く嫌ある」と指摘している。水口は[36]が係属した第二民事部所属ではないが、ここに大審院内部における見解の相違の一断面を垣間見ることができる。

審院の立場がややはっきりしない点を明確化させるものであり、民集登載の理由はこれらの点に求められることになるう。

(2) 民集不登載判決の分析

〔1〕 破毀判決

民集登載判決はいずれも破毀判決だが、不登載判決の中にも5件の破毀判決がある。以下、それぞれにつき、個別の上告理由／論旨に対する大審院の判断のみ転載する²³⁾。

〔2〕 「原判決ノ事実摘示並引用ノ第一審判決ノ事実摘示ニ拠レハ上告人八原審ニ於テ本訴請求ノ原因トシテ『上告人八大正十二年十一月二十九日被上告人ヨリ花蕙小蕙二百本ヲ一本ニ付代金六円ト定メ買受ノ契約ヲ為シ該代金ノ内金百五十円三十六銭ヲ上告人カ被上告人ヨリ受取ルヘキ額ノ蕙代金ト差引キ支払ヒ其ノ後物品ノ引渡ヲ求メタルニ同年十二月二十六日被上告人ノ申出ニ依リ売約品二百本ノ内百本分ノ売買ヲ合意解除シ上告人八更ニ代金ノ内金トシテ金百五十円ヲ支払ヒ被上告人八直ニ花蕙小蕙百本ノ引渡ヲ為スヘキ旨約シナカラ其ノ後数回上告人ヨリ引渡ヲ求ムルモ之ニ応セス依テ上告人八大正十三年三月十六日被上告人ニ対シ速ニ右花蕙ノ引渡ヲ為スヘキ旨催告シタルニ被上告人ヨリ同月二十八日引渡ヲ為スヘキ旨回答アリシヲ以テ上告人八殘代金ヲ持参シ引渡ヲ受クル為メ同日被上告人方ニ到リシニ被上告人八行衛ヲ不明ニシ引渡ヲ為サス然ルニ花蕙小蕙一本ノ大正十三年三月二十八日ノ価格八六円ナリシモ現在ニ於テ八金三円ニ下落セシヲ以テ上告人八被上告人ノ不履行ニ因リ花蕙小蕙百本ニ付代金額ノ現在価格トノ差額金三百円ノ損害ヲ蒙リタリ仍テ之カ賠償ヲ請求スル旨』ヲ主張スルト同時ニ尚之ニ付加シテ上告人八『上告人八被上告人ヨリ買受ケタル花蕙小蕙百本ヲ大正十三年三月十七日訴外岡野筆次郎ニ対シ一本代金六円二十銭宛ニテ転売スヘキコトヲ約シ居ル事実』ヲモ併セ主張シ以テ損害アルコトヲ明セリ若シ此ノ事実ニシテ肯定セラレンカ少クモ右売買代金トノ差額ハ上告人ノ得ヘカリシ利益タルコトヲ失ハサルヲ以テ上告人八被上告人ノ不履行ニ因リ其ノ損害ヲ蒙リタルモノト云ヒ得ヘク決シテ損害ナシトハ断シ得サル筋合ナリ故ニ原審トシテハ須ラク上告人ノ右主張殊ニ転売ノ事実アリヤ否ヤヲ審究シ以テ上告人請求ノ当否ヲ判断スヘキニ拘ラス之等ノ諸点ヲ審究セス

23) 以下の5判決は、いずれも民集以外の公刊物に掲載されているので、上告論旨等についてはそちらを参照されたい。

却テ上告人ノ前記主張ノ下ニ於テハ上告人ニ現実ノ損害ヲ生シタルモノト云ヒ得サルモノナリト速断シ輒ク上告人ノ請求ヲ棄却シタルハ審理不尽延テ理由不備ノ違法アルモノニシテ原判決ハ破毀ヲ免レス」(上告理由第一・二点に対する判断)

[5] 「代書人ノ過失タニ無カリシナラハ啓夫ハ当然嫡出ノ長子タリ俊次ハ從テ嫡出次子タリ家督相続開始ストモ俊次ハ固ヨリ当然ニ何等ノ財産ヲモ受ク可キ地位ニハ在ラアリシナリ而モ代書人ノ過失ノ為メ而モ此ノ過失ハ啓夫ノ実母フサノ死亡ニ因リマタ之ヲ補正スルノ途無キニ至リタル結果トシテ一面ニ啓夫ハ已ム無ク庶子トナリ他面ニ俊次ハ当然ニ嫡出子タルノ身分ヲ得シナリ是原判決ノ確定スル事實ナラスヤ夫レ所謂嫡長相承ケ『庶出ノ兄ハ嫡出ノ弟ニ優先セラレ何等ノ財産ヲ得ルコト能ハサル』ハ洵ニ爾リ則チ爾ルカ故ニ本件ノ場合亦爾ラサルヲ得スト云フハ事ノ表面ヲ觀テ茲ニ至リシ事情ヲ斟酌セサルノ論ノミ嫡長相承クレハコソ俊次ハ清次郎ノ家督相続人ト為リタルナレトソレト共ニ事情ノ甚タ諒トス可キモノアルカ故ニ原裁判所ノ確定セル如ク全相続財産ノ十分ノ六余ハ之ヲ俊次ヨリ啓夫ニ贈与シタルナリ尋常規矩ノ外ニ逸セル本件ノ場合ニ処スルモノトシテ是亦相当ノ措置タルヲ失ハス原裁判所ハ一面前記ノ如キ特別ナル事情ノ存スルコトヲ肯定スルト共ニ一面ニ此ノ事情ヲ顧ルコト無ク普通一般ノ場合ニ於ケル準繩ヲ執テ以テ本件ニ臨ミ当該決議ヲ失当ト為シタルハ畢竟斟酌セサル可カラサル事情ヲ斟酌セサル違法アルヲ免ル可カラス夫レ原裁判所ノ確定シタル事實ニ徴スレハ原裁判所ノ認メテ以テ失当ナリト為ス当該決議ノ失当ナラサルハ以上ノ判示ニ徴スレハ之ヲ了スルニ余アリ乃チ本件ハ終結判決ヲ為スニ熟セルヲ以テ民事訴訟法第四百四十七条第一項第四百五十一条第一号第七十八条第一項第七十二条第一項ヲ適用シ主文ノ如ク判決シタリ」(上告理由第一点に対する判断)

[11] 「仍テ按スルニ原審ハ本件上告人ノ有スル第八三六六五号登録実用新案ノ主要部トスル所ハ其ノ図面及説明書ノ記載等ニ依リ第一、火炉ニ接続スル燃燒室ノ底部ニ孔(6)及開閉自在ナル戸(7)ヲ設ケタルコト第二、該戸(7)ノ下面ト火格子(1)ノ柄ノ上面トニ夫々突子(10)及び(11)ヲ戸(7)カ閉サレタルトキノミ互ニ齧合スル様為シタル構造ニ存スルモノト認定シタリ然レトモ本件登録実用新案ハ火格子上ニ堆積スル灰塵ヲ灰皿ニ落下セシムル為火格子ヲ震動スル場合ニ於テ室内ニ灰燼ノ悲惨スルコトヲ防止スルヲ以テ特徴ト為スコトハ説明書ノ記載ニヨリ明瞭ニシテ該説明書ニ叙上特徴ノ記載アルコトハ

原審モ亦認ムル所ナリトス果シテ然ラハ本件暖炉ノ火格子ヲ震動スルニ先チ戸(7)ヲ開キ置クニ於テハ火格子ヲ震動シタル場合ニ当然器外ニ飛散スヘキ灰塵ノ微分子ハ氣流ノ状態ニ從ヒ之ニ連レテ直ニ燃燒室内ニ導キ去ラレ從テ室内ニ灰塵ノ飛散スル事ナカラシムヘキ即前示第一ノ構造ヲ以テ本件登録實用新案ノ主要部ト為シ且其ノ登録請求範圍モ亦此ノ点ニ存スルモノニ係リ戸(7)ノ下面ト火格子ノ柄ノ上面トニ夫々突子(10)及(11)ヲ戸(7)カ開サレタルトキノミ互イニ齧合スル様為シタル即前示第二ノ構造ハ単ニ戸ヲ閉チタル俛ニテ火格子ヲ震動スルコトヲ得サル作用ヲ為スニ過キサルモノニシテ直接本件登録實用新案ノ目的トスル灰塵吸収ノ作用ヲ為スモノニ非サレハ此ノ構造ハ主要部ニ非サルト同時ニ登録實用新案ノ範圍ニ屬スルモノニ非スト認ムルヲ以テ相当ナリト為ササルヘカラス故ニ右第二ノ構造カ第一ノ構造ト共ニ結合シテ本件登録實用新案ノ主要部タルコトヲ認定セントスルニハ該構造カ須ク本燃炉ノ目的トスル灰塵吸収作用ニ関シ直接効果アルコトヲ説明セサルヘカラス然ルニ原審ハ此ノ点ニ付何等説示スル所アルコトナク漫然前示第一、及第二ノ構造ヲ以テ本件登録實用新案ノ主要部ト認定シ從テ被告人ノ製造販売スル(イ)号図面ノ暖炉ハ本件上告人ノ有スル第八三六六五号登録實用新案ト前示第一ノ構造ヲ同シクセルモ同第二ノ構造ヲ欠クヲ以テ登録實用新案ノ範圍ニ屬セサルモノトシ輒ク上告人ニ敗訴ノ審決ヲ為シタルハ理由不備ノ違法アルモノニシテ本論旨ハ結局其ノ理由アルコトニ歸着シ原審決ハ此ノ点ニ於テ全部破毀ヲ免レサルモノトス右ノ理由ナルニヨリ爾余ノ論旨ニ對スル説明ヲ省略シ民事訴訟法第四百四十七条第四百四十八条各第一項ノ規定ニ從ヒ主文ノ如ク判決ス」(上告論旨第七点ニ對する判断)

- [14] 「株式会社トシテ現在ノ株主ノ何人ナルヤヲ知ルハ株主名簿ノ記載ニ依ルノ外其途有ル可ラス然リ而シテ株式カ数次ノ移転ヲ經タル場合ニ其ノ中間ニ一ノ無効ナル移転アリシトセンカ之ヲ純理ヨリ云ハハ現在ノ株主ナルモノハ真ニ株主ニ非ス会社ハ固ヨリ株主ヲ以テ之ヲ待ツコトヲ得ス夫爾ルカ故ニ会社トシテ此ノ虞ヲ慮ル以上株主名簿ノ書換ノ申請アル毎ニ必ス先ツ移転ノ有効ナリヤ否ヲ審査スルニ非サレハ安ンシテ事ニ從フヲ得サルニ至ルハ自然ノ數ナリ而モ会社トシテ斯ル審査ヲ為スコトノ竟ニ云フ可クシテ行フ可ラサルハ言フ俟タサルニ於テ審査ハ会社トシテハ之ヲ為スノ權利アルモ義務アルコト無ク而シテ会社ハ株主名簿ノ記載スルトコロニ從ヒテ株主ノ誰ナルヤヲ定ムレハ足ル即之ヲ詳言スレハ会社ハ株主名簿ニ記載セル株式移転ノ有効ナルコトヲ立証スルノ責

任無く立証責任ハ之ヲ有効ナラスト主張スル者ニ於テ之ヲ負担スト解釈ス可キハ殆ト日者易キノ道理ナラスンハアラス然ラハ則チ之ト反対ノ解釈ニ出テ加藤信一ノ為シタル当該株式ノ譲受及譲渡ノ有効ナルコトハ上告人ニ於テ其ノ立証責任アリトノ前提ノ下ニ轍ク上告人ノ本訴請求ヲ否定シタル原判決ノ失当ナルハ論無キニ似タリ本件上告ハ其ノ理由アルニ依リ民事訴訟法第四百四十七條第四百四十八條各第一項ヲ適用シ主文ノ如ク判決シタリ」(上告理由第一点に対する判断)

[20] 「然レトモ上告人ハ原審ニ於テ上告人ハ訴外菊地東悦ヨリ本訴地上ニ生立シ既ニ成熟期ニ達セル稲毛全部ヲ買受ケ代金ノ支払ヲ為スト同時ニ現場ニ於テ之カ引渡ヲ受ケ且其ノ各要所ニ公示札ヲ建テ上告人ノ所有稲毛ナルコトヲ明示シタルヲ以テ仮ニ其ノ売買無効ナリトスルモ上告人ハ民法第九十二条ニ依リ該稲毛ノ所有權ヲ取得セシモノナルコトヲ主張シタルコト原判決ノ事實摘示並引用ノ第一審判決ノ事實摘示ニ徴シ明瞭ナリ而シテ未タ土地ヨリ分離セラレサルモ既ニ成熟期ニ達セシ稲毛ノ如キハ一種ノ動産トシテ取扱ハレ取引ノ目的タリ得ヘキモノナルコト当院判例ノ趣旨トスルトコロナルカ故ニ(大正五年(オ)第三八六号同年九月二十日言渡判決大正九年(オ)第三〇九号同年五月五日言渡判決参照)此ノ範圍ニ於テ本来ハ不動産ノ一部ヲナス分離前ノ果実ニ付テモ亦民法第九十二条ノ適用アリト云フヘク從テ原審ハ宜シク上告人ノ前記主張ニ對シ相当ノ判断ヲ与ヘサルヘカラサル筋合ナリ然ルニ原審ハ唯単ニ上告人カハ重畑村大字瀧田四十二番ノ三反二畝一步及同第三十四番田四反三畝二十三歩ノ稲毛買受ケタリトノ点ニ付テハ之ヲ認ムヘキ証拠ナシトノ旨ヲ以テ其ノ売買アリタルコトヲ否定シタルニ止マリ進テ前記冒頭所掲ノ上告人ノ主張ニ對シテハ何等ノ判断ヲ与フルコトナク上告人ノ請求ヲ棄却シタルハ理由不備タルヲ免レス此ノ点ニ於テ原判決ハ破毀スルニ足り上告ハ其ノ理由アリト認ムルヲ以テ爾余ノ論旨ニ對スル説明ヲ省略シ民事訴訟法第四百四十七條第一項第四百四十八條第一項ニ依リ主文ノ如ク判決ス」(上告理由第三点に対する判断)

上記のうち、[2]・[11]・[20]は、いずれも新判断を含むものではなく、事例判決として先例の射程を示す意義を持つものでもない。また、[14]は新判断だが、同一の判断を示した同日の[13]が民集に登載されているため、不掲載となったものと考えられる。

問題は[5]である。[5]は、代書人の過失により本来嫡男となるはずが庶子扱いとなった者に対し、その事情を酌んだ親族会が、次子が家督相続をする際、上記の

者に相続財産のおよそ10分の6を贈与する旨の決議をしたところ、その有効性をめぐって紛争となった事案であり、確認できる限りでは、こうした事案についての先例は見られない。その点では、先例として民集に登載する意義がありそうである。

本件につき、まず原審(大阪控訴院)は、相続制度の半額以上を贈与する行為は遺留分制度に鑑みて不当であるとして上記決議を無効とした。しかし、大審院第四民事部(受命判事は前田直之助)は、上記の者に相続財産のおよそ10分の6を贈与することは「尋常規矩ノ外ニ逸セル本件ノ場合ニ処スルモノトシテ是亦相当ノ措置タルヲ失ハス」とした上で、原審の判断を「一面前記ノ如キ特別ナル事情ノ存スルコトヲ肯定スルト共ニ一面ニ此ノ事情ヲ顧ルコト無ク普通一般ノ場合ニ於ケル準繩ヲ執テ以テ本件ニ臨ミ当該決議ヲ失当ト為シタルハ畢竟斟酌セサル可カラサル事情ヲ斟酌セサル違法アルヲ免ル可カラス」と論難し、上記決議を有効とした。

このように、出生の届をしなかった代書人の過失という特殊事情があり、そのことが大審院の判断に決定的な影響を及ぼしている本件には、民集に登載しなければならないといえるほどの先例価値はない、とみなされたのかもかもしれない。本件決議を有効とする前田の理由付け「尋常規矩ノ外ニ逸セル本件ノ場合ニ処スルモノトシテ是亦相当ノ措置タルヲ失ハス」に、あくまでも本件に対してのみの対処という感が強くにじみ出ていることからしても、そのような推測をすることが許されよう。

[2] 棄却判決

民集不登載の棄却判決は、27件ある。このうち、民集以外の公刊物に掲載されているものは、[3]・[17]・[26]・[27]・[37]の5判決である。以下、それぞれにつき、個別の上告理由/論旨に対する大審院の判断のみを転載する²⁴⁾。

[3] 「然レトモ原判決ノ引用セル第一審判決ノ事実摘示ニ依レハ被告ノ供述トシテ『大正九年九月二十日頃被告(上告人)八右山林ニ対シ不法ニモ自己所有ナル公示方法(木皮ヲ削リ白川鹿平ノ極印)ヲ施シタルヨリ原告(被告)人)八同月二十八日被告ニ対シ立木所有権確認ノ訴ヲ鹿児島地方裁判所ニ提出シ』云々トアリ而シテ之ニ対スル上告人ノ答弁トシテ『被告カ本件立木ニ付原告主張ノ如キ公示方法ヲ施シタルコトハ何レモ之ヲ認ム』トアルヲ以テ上告人ハ原審ニ於テ被告ノ主張ノ大正九年九月二十日頃上告人ニ於テ本件立木ノ木

24) 以下の5判決は、いずれも民集以外の公刊物に掲載されているので、上告論旨等についてはそちらを参照されたい。

皮ヲ削リ白井鹿平ナル極印ヲ打込ミ該立木カ自己ノ所有ニ屬スル旨ノ公示方法ヲ施シタルトノ事實ニ付テハ之ヲ争ハサリシモノナリト解スルヲ得ヘク上告人援用ノ甲号証ノ如キモ必スシモ爾ク解スルヲ妨クルノ資料ト為スニ足ラサルヲ以テ原判決カ被告上告人主張ノ右事實ヲ以テ当事者間争ナキトコロナル旨判示シタルハ相当ニシテ所論ノ如ク疑アル事實ヲ争ナキモノトシテ判示シタル違法アルコトナシ然ラハ其ノ違法アルコトヲ前提トシ上告人ノ極印打込カ大正九年二月二十五日ナルコトヲ云為スル爾余ノ論旨ノ理由ナキヤ明ナリ」(上告理由第一・二点に対する判断)

「然レトモ所論乙第六号証八曩ニ長崎控訴院カ本件当事者間ニ於ケル別訴訟事件ニ付本件山林ノ立木カ被告上告人ノ所有ニ屬スルコトヲ確定シタル判決書ナリト雖其ノ確定カハ該立木ノ所有權カ被告上告人ニ屬ストノコトニ付テノミ生スルニ止マリ如何ニシテ被告上告人カ其ノ所有權ヲ得タルモノナリヤノ理由ニハ及ハサルモノナルヲ以テ原審カ本件ニ付該理由ト異ナル認定ヲ下スモ之ヲ違法ナリト論スルヲ得ス論旨理由ナシ」(上告理由第三点に対する判断)

「然レトモ原判決ハ上告人ハ被告上告人ノ所有スル本件山林ノ立木ニ付故意ニ(少クモ過失ニ依リ)自己ノ氏名ヲ表示セル極印ヲ打込ミ且其ノ現場ニハ該立木カ自己ノ所有ニ屬スル旨ノ標札ヲ樹立シ以テ是等ノ方法ニ依リ被告上告人ノ立木ヲ不法ニ占有支配シ其ノ所有權ヲ侵害シタルコトヲ認定シ以テ上告人ニ不法行為アリト為シタルコト判文上明ナルヲ以テ該立木カ前記上告人ノ占有前何人ノ占有ニ屬シタリヤト云フカ如キハ叙上上告人ノ不法行為ノ判示ニ付テハ之ヲ明確ニスルコトヲ要セサルモノト云フヘク從テ原判決カ其ノ判断ヲ欠クモ理由不備ニ非ス又上記ノ如ク極印ノ打込及標札ノ樹立ハ一面公示方法タルト同時ニ他面本件立木ニ對スル占有取得ノ手段タルヲ妨ケサルヲ以テ原判決カ援用ノ証拠ト相俟テ上告人ハ其ノ為シタル極印ノ打込及標札ノ樹立ニ依リ本件立木ニ對スル占有ヲ取得シタルモノナリト判示シタルコトハ何等違法ニ非サルト同時ニ其ノ判示ニハ毫モ不明ノ点アルヲ見ス所論ハ右ト異ナル見地ヨリシテ原判決ヲ論難スルモノニ採容スルニ由無シ」(上告理由第四点に対する判断)

- [17] 「然レトモ貸借人カ賃貸人ノ承諾ヲ得シテ賃借物ヲ転貸シタルトキハ賃貸人ハ特約ヲ云為スル迄モナク当然契約ヲ解除シ得ルコトハ民法第六百十二条ノ規定スル所ニシテ斯ク同条カ賃貸人ニ解除權ヲ付与シタル所以ノモノハ賃借人ニ背信ノ行為アリタルカ為ニ外ナラサルヘク而シテ其ノ背信行為アリト云ヒ得ルニハ転貸カ賃借物ノ一部ナルト否トニ拘ハラサルヘキカ故ニ仮令賃借人カ

賃借物ノ一部ヲ転貸シタル場合ニ於テモ別段ノ意思表示ナキ限り賃貸人ハ契約全部ヲ解除シ得ルモノナリト云ハサルヘカラス加之此ノコトタル前記民法ノ規定ニ一部ノ転貸タルト否トニ依リ其ノ法律上ノ取扱ヲ異ニスヘキ趣旨ノ窺フニ足ルモノナキニ徴スルモ將又解除ノ一般の性質ニ鑑ミルモ首肯スルニ難カラサルトコロナリ然ラハ則チ上告人カ仮令賃借地ノ一部タリトモ被上告人ノ承諾ヲ得スシテ転貸シタル本件ニ在リテハ被上告人ハ前記民法第六百十二条ニ依リ契約全部ヲ解除シ得ルモノニシテ之ヲ是認シタル原判決ハ固ヨリ正当ナリトス論旨ハ理由無シ」(上告理由第四点に対する判断)

[26] 「然レトモ約束手形ニ振出地ト明記シタルモノナキトキト雖モ振出人ノ肩書ニ振出地タルコトヲ得ヘキ地ノ記載アルトキハ一応其ノ地ヲ振出地トシテ記載シタルモノト認ムヘキコトハ本院判例ノ存スル所ナルニ依リ(本院大正十一年(オ)第四百八十五号同年十一月二十日判決参照)原審カ甲第一乃至第三号証約束手形ノ各振出地トアル記載ノ下ニハ地名ノ記載ナキモ次行ノ住所トアル記載ノ下ニ振出人タル控訴人(上告人)氏名ノ肩書トシテ振出地タルコトヲ得ヘキ長岡郡大津村云々ノ記載アルヲ以テ一応右三通ノ手形ニハ夫々大津村ヲ振出地トシテ記載シタルモノト認ムヘキモノト為シタルハ毫モ違法ニ非ス所論ハ上告人独自ノ見解ニ基キ原審ノ専權行使ヲ論難スルモノニシテ採用シ難シ上告人援用ノ本院判決ハ本件ニ適切ナラス」(上告論旨に対する判断)

[27] 「按スルニ抵当権者カ利息其ノ他ノ定期金又ハ債務ノ不履行ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スル権利ヲ有スル場合ニ於テ其ノ最後ノ二年分以前ノモノト雖ニ之ニ対シ特別ノ登記ヲ為スニ於テハ民法第三百七十四条第一項但書ノ規定ニ依リ尚抵当権ヲ行フコトヲ得レトモ其ノ順位ハ当該登記ノ時ヲ標準トシテ定ムヘク敢テ最初ノ登記ト同一ノ順位ヲ取得スルモノニ非スト解スヘキモノナリ蓋如上ノ特別登記カ後ニ為サレタルニ拘ラス尚且最初ノ登記ト同一ノ順位ヲ保有シ得ルモノトセハ最初ノ登記以後特別ノ登記アルマテニ登記セラレタル他ノ抵当権者ニ優先スルコトナリ此等ノ抵当権者ヲシテ不測ノ損害ヲ受クルニ至ラシムヘクスクノ如キハ抵当権ノ順位カ登記ノ前後ニ依ルヘシトノ法意ニ悖ルコトナルヲ以テナリ本論旨ハ孰レモ右ト異ナル見地ニ立チ後ノ特別登記カ最初ノ登記ト同一ノ順位ヲ有スト為スニ出發シテ原判決ヲ批難スルモノニ係リ採用ノ価値ナキモノトス」(上告理由第一・三点に対する判断)

[37] 「然レトモ贈与ハ当事者ノ一方カ自己ノ財産ヲ相手方ニ与フル意思ヲ表示

シ相手方カ受諾ヲ為スニヨリ成立シ目的物不動産ヲ贈与者ヨリ受贈者ニ引渡シタルトキハ其ノ所有權ノ移転登記アリタルト否トヲ問ハス民法第五百五十条ノ適用上所謂贈与ノ履行ヲ終リタルモノニ該当シ最早其ノ取消ヲナスコトヲ許ササルハ当院判例ノ示ス所ニシテ (明治四十三年 (オ) 第百七十四号同年十月十日第二民事部判決) 今之ヲ変更スルノ要ヲ見ス從テ原審カ以上ノ見解ニ從ヒ所論摘録ノ如ク判示シタルハ固ヨリ相当ニシテ何等違法ノ点ナク論旨ハ其ノ理由ナシ」(上告理由第五点に対する判断)

「原判決事實摘示及之ニ引用セル第一審判決事實摘示及原審口頭弁論調査ニヨレハ被告カ本訴請求ノ原因トシテ主張シタルトコロハ原告カ先代壽吉カ被告カ先代ツネト本件贈与契約ヲナシ本件不動産ノ所有權移転登記ヲ為スヘキ義務ヲ負担シタルニ右壽吉ハ其ノ義務ヲ履行セシテ死亡シ原告カニ於テ其ノ家督相続ヲ為シタルニ依リ同人ニ對シ其ノ義務ノ履行ヲ求ムト云フニ在ルコト明ナレハ所論ノ如キ第三者ノ問題ヲ生スヘキ限リニアラサルヲ以テ論旨ハ理由ナシ」(上告理由第六点に対する判断)

[3]には特に目新しい判断はなく、[26]についても既に「判例」があるため²⁵⁾、民集掲載の必要はないと判断されたものと思われる。

しかし、[17]・[27]は、いずれも新判断を含んでいるものとみられるにもかかわらず、民集には掲載されていない。

[17]は、無断転貸それ自体を背信行為とみる伝統的な考え方を示しつつ²⁶⁾、目的物の一部無断転貸を理由とする賃貸借契約の全部解除を認めている。後者の命題については、大審院レベルでは初めて示されたものと思われる。その後、大(一民)

25) ただし、この「判例」は民集未掲載。他の公刊物に掲載されているかは、今後の調査に委ねることとしたい。

26) 広中俊雄『借地借家判例の研究1』[第3版補訂版] (昭和53年、一粒社) 5頁および7頁、山中康雄「判批(大[一民]判昭和10・4・22民集14-571)」民事法判例研究会編『判例民事法』(昭和10年度) (昭和11年、有斐閣) 174-175頁参照。

また、大(二民)判大正8・11・24民録25-2096が、「賃借人ノ何人ナルカハ賃貸人ノ利益ニ関シ至大ノ関係ヲ有スル事項ニシテ賃借人ノ資力性行職業等異ナルトキハ自ラ物ノ使用収益ノ程度方法等ニモ差異ヲ生スヘク且賃料ノ支払ニ付テモ亦別異ノ結果ヲ生スヘシ是レ民法第六百十二条第一項ニ於テ賃借人ハ賃貸人ノ承諾アルニ非サレハ其權利ヲ譲渡シ又ハ賃借物ヲ転貸スルコトヲ得スト規定シタル所以ニシテ即チ賃借人ハ賃貸人ノ承諾アリテ始メテ賃借物ヲ転貸スルコトヲ得ルモノナリトス」として、無断転貸それ自体が背信行為となる旨を説示している。

判昭和10・4・22民集14-571が、[17]とまったく同じ趣旨の命題「賃借人力賃貸人ノ承諾ヲ得シテ賃借地ノ一部ヲ他人ニ転貸シタル場合ニ於テモ賃貸人ハ其ノ全部ノ賃貸借契約ヲ解除スルコトヲ得ルモノトス」(判決要旨第二点)を示しているが、一般的にはこちらが先例として扱われている²⁷⁾。

昭和10年判決では、少なくとも[17]が先例として援用されてもよいはずだが、[17]への言及はない。[17]が民集不登載のため、先例とはみなされなかったとも考えられるが、先に見た[26]では民集不登載判決が「判例」として援用されているので、それは否定される。[17]の事案と昭和10年判決の事案とに顕著な相違がみられるわけでもなく、[17]が民集不登載となり、かつその後の判決でも先例として援用されなかった意味は判然とし²⁸⁾ない。

[27]も、[17]と同様、新判断を含んでいる。すなわち、民法374条1項但書(当時)にいう特別登記の順位はその登記の時を標準として定まる旨を初めて示した判決であり、一般的にもそのように理解されている²⁹⁾。しかし、民集には登載されていない。事案を見る限りでは、[5]のように特殊な事情が介在しているわけでもない。[17]と同じく、なぜ民集不登載となったのかは判然とし²⁸⁾ないが、少なくとも、大審院が示した新判断であっても必ずしも民集に登載されるとは限らないということだけは結論として言明することができよう。

このほか、[37]については、原本から削除されている部分があるため、判決文の加工を取り扱う次節で検討する。

27) 例えば、鈴木祿弥「賃借権の無断譲渡と転貸」鈴木ほか『総合判例研究叢書 民法(11)』(昭和33年、有斐閣)82頁参照。

28) [17]の受命判事は吉田久だが、上記昭和10年判決を言い渡した第一民事部の部員氏名表(民集14巻末尾に掲載されたもの)にもやはり吉田久の名がある。昭和10年判決が吉田の手になるものかどうかは今後の調査に委ねるが、同判決の受命判事であったかどうかを措くとしても、この判決に吉田が第一民事部判事として関わったことは明らかである(もともと、昭和10年判決の原本の末尾に吉田の署名捺印があるかを確認する必要がある)。[17]を起草した吉田が、昭和10年判決当時、[17]を失念していたのだろうか。それとも、[17]を先例として扱わない理由がやはり別にあるのだろうか。上記昭和10年判決は、本稿の主題の一つである大審院(民事部)における判決形成過程を知る上で興味深い材料になりそうだが、この点については、昭和10年判決の調査も含め、別の機会に改めて検討することとしたい。

29) 例えば、我妻『新訂担保物権法』(昭和53年、第8刷、岩波書店)253頁、柚木馨編『注釈民法(9)物権(4)』[増補再訂版]』(昭和57年、有斐閣)124頁[柚木・西沢修執筆、上田徹一郎補訂]など。

上記の5判決のほか、未公開の棄却判決が21件あるが、これらを悉皆的に分析するのは困難なため、これまでと同じく、原判決が公開物に掲載されているもの、すなわち原判決が何らかの意義を有するとみられていた可能性があるものを分析の対象とすることにしたい³⁰⁾。

この条件を満たすのは、昭和3年8月分においては以下の[10]のみである。

[10] (損害賠償請求事件) 棄却

[事実関係] 訴外Aの隠居により、その養子X(原告・被控訴人・上诉人)がその家督を相続するとともに、A所有の土地もXが相続したが、その後、Aがその土地をY₁(被告・控訴人・被上诉人)に、Y₁がさらにこれをY₂(被告・控訴人・被上诉人)に譲渡し、それぞれ所有権移転登記を経由したため、Xは、Yらに対し、不法行為に基づく損害賠償を求めた。なお、Xは、これより先に、Yらを相手取って所有権移転登記抹消手続請求訴訟を起こし、勝訴の確定判決を得ている。

[訴訟経過] 一審は、Xの請求を認容した模様。控訴審では、A・Y₁間、Y₁・Y₂間の売買がいずれも虚偽仮装のものとして認定され、Y₁に対し90円の損害賠償が命じられたが、Xが賠償を求めた弁護士費用は損害と認められなかった。

[大審院の判断] 「然レトモ不法行為ニ関シテ提起シタル訴訟ノ為ニ要シタル費用ハ民事訴訟法第七十二条ノ規定ニ依リ裁判所力相当ナル権利ノ伸張又ハ防衛ニ必要ナリト認メタルモノニ限ルヲ以テ其ノ訴訟ニ於テ権利ノ伸張又ハ防衛ノ必要上弁護士ニ訴訟代理ヲ委任シタル場合ト雖該訴訟ニ関シ要シタル費用ハ民事訴訟費用法ノ規定ノ範囲外ニ於テ之カ賠償ヲ求ムルヲ得サルコトハ本院判例ノ認ムル所ナリ(明治三十二年(オ)第一三二号同年十月七日判決、大正三年(オ)第五四六号同四年五月十九日判決参照)故ニ右ト同趣旨ニ出テタル原判決ハ正当ニシテ論旨ハ孰レモ理由ナキモノトス」(上告論旨第一～三点に対する判断)

大審院も指摘するように、弁護士費用が損害賠償の対象とならないことについては、既に先例がある。したがって、民集登載の必要性はないと判断されたものと考えられる。

30) 大審院民事判決原本等から判明した各判決の原判決年月日を手がかりに新聞等を調査して抽出した。他の20判決は、筆者のみる限りでは、いずれも新判断を含むものではない。

2. 民集等における判決文の加工とその復元

(1) 判決文の加工

民集に登載された6判決のうち,[6]では、「コト判文上明ナル」(民集4-652・2行目)という文言が事後的に挿入されている。そのほか,[1]・[7]・[13]には加工・修正等はなく,[19]・[36]でも,誤字・脱字の訂正が散見されるに過ぎない。

民集不登載だが他の公刊物に掲載されているもののうち,[2](新聞)・[3](新聞)・[5](新報)・[11](彙報)・[14](新報)・[20](新聞)・[26](新聞)・[27](新聞)については,いずれも原本との相違はない。

(2) 判決文の復元

ただし,次に見る[17]・[37]は,いずれの公刊物においても判決文の一部が削られている³¹⁾。以下では,原本により削除部分を復元してみよう。

[17] 「上告理由第一点八被告人力第一第二審ニ於テ上告人ニ対シ本件土地明渡ヲ求ムル一定原因トシテ工作物設置契約違反及転貸ヲ理由トシテ大正十三年一月十九日契約解除ナシタルト主張シ之カ立証トシテ甲第二号証証人佐布松之助三木源助ノ各証言ヲ援用シ前審ハ右証言及甲第二号証ヲ採用シ契約解除ノ事実ヲ認定シタルリ然レトモ右証人ノ証言ニ依ルモ工作物ノ設置違反及転貸ヲ理由トシテ大正十三年一月以前二契約ノ解除ヲナシタル事実ヲ認ムヘク記録上根拠ナク只証人曰ク『被告上ニ於テ他ニ売却上ノ相談アリタルカ為或ハ又転貸スル様子ナノテ十一月一杯ニ明渡シテ呉レ云々』トノ記載アルニ過キス殊ニ甲第二号証ハ其ノ記載面ニ依ルモ単ニ過去ノ事実ノ通知即觀念表示ニ過キスシテ右書証ヲ以テ契約解除ノ意思表示ト断定シタルハ書証ノ客觀的記載事項ヲ不当ニ認定シタル不法アリ從テ右証言及書証ニ依リ契約解除ナリト断定シタルハ不当ナリト云フニ在リ

然レトモ原判決ハ甲第二号証ニ拠リ被告上ハ上告人ニ対シ転貸ヲ理由トシテ契約解除ノ意思表示ヲ為シタルコトヲ認ムルト同時ニ同号証カ大正十三年一月十九日上告人ニ到達シタルコトノ争ナキ事実ニ徴シ本件当事者間ノ賃貸借契約ハ同日適法ニ解除セラレシモノナルコトヲ断定セシモノニシテ右甲号証ニ依リハ優ニスル認定ヲ為スニ足ルカ故ニ原判決ニハ所論ノ如ク書証ノ記載ヲ不当ニ解シテ事実ヲ認定シタル違法アルコトナシ論旨ハ理由無シ

31) このことから,前稿(立命館法学335号〔平成23年〕545頁)でも指摘したように,やはり各社とも既に加工された判決文を同一のところ(大審院か)から入手していた可能性が高いように思われる。

上告理由第二点ハ上告人ハ前審ニ於テ解除権不發生並本件ノ如キ事象裡ニ於テ解除ヲ為スルモ如キハ社会取引ノ信義ニ反スルモノトシテ之カ主張ヲナセリ即當時上告人ニ於テ被告人ニ無断ニテ本件借地ノ一部ヲ訴外財団法人東京府市場協会ニ一時の転貸セシハ左ノ事由ニ基クモノナリ當時被告人ハ支那上海ニ居住シ居リ転貸ニ付之カ承認ヲ求ムルニ由ナク殊ニ転貸理由トシテハ本件土地付近ハ彼ノ大正十二年九月ノ大震災ノ直後ニシテ災害避難者数万來集シ之カ為ニ避難者ニ供給スヘキ生活必需品ノ応急施設ノ要アリタルハ勿論殊ニ當時ハ公私拳ツテ之等避難民救済ノ為学校其ノ他建設物ハ勿論避難者ノ為ニハ住民拳ツテ之カ救済ニ當リタル事ハ顯著ナル事實ナリトス若スル場合ニ於テ使用セサル空地ノ利用ヲ拒ムカ如キハ一般住民ノ反感ヲ受クルハ勿論又斯クノ如キ態度ハ社会動議上許スヘカラサルモノトス今仮ニ當時被告人ニ於テ当地ニ居住シ居タリトセハ上告人ノ転貸行為ハ異議ナク承認スヘキ筋合ナルヤ勿論又ハ承認セシヤ疑ナシ從テ斯ル事情ノ下ニ一時の転貸ヲナシタリトスルモ民法第六百十二条第一項ノ適用ハ生セス從テ仮令解除ナスモ法律上解除ノ効力ナキモノナリ加之転貸當時ハ本件土地以外ニ適當ノ場所ナク之レカ為財団法人東京府市場協会ヨリ上告人ニ對シ右土地ノ一時の使用方ノ申込ヲナシタルコトハ証人高見澤清田村丙子生山内愛之助ノ各証言ニ依リ記録上明ナリ然レトモ前審ニ於テ上告人ハ前述ノ事實ヲ一層明確ニスヘク証人トシテ山内愛之助佐布松之助ノ對質及高桑末太郎成島儀助ノ喚問ヲ求メタルニ拘ラス之ヲ必要ナシトシテ却下シナカラ立証不充分ノ故ヲ以テ上告人ノ主張ヲ排斥シタルハ法律ニ違背シ不当ニ事實ヲ認定セル不法アリト云ヒ』同三点八民法第六百十二条第一項ニ於テ転貸ニ転貸人ノ承認ヲ必要トスル所以ハ当事者間ノ信任關係ノ持續ヲ計ラントスル理由ニ依ル從テ当事者ノ不当ノ要求ヲ保護スルニ非サルヤ論ナシ換言スレハ如何ナル場合ニ於テモ転貸ヲ以テ契約ノ解除ヲナシ得ルトスルカ如キハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スルヤ論ナシ然ルニ本件ノ如キハ被告人ノ飽クナキ貪欲心ヲ充サン為ニ転貸ヲ奇貨トシテ解除ヲナシ一獲五六千円ノ利得ヲ目的トナシタルコトハ第一第二審訴訟記録ニ於テ明瞭ナリト云フニ在リ

然レトモ原判決ノ確定シタル事實ニ因レハ本件当事者間ニハ上告人ニ於テ被告人ノ承諾ヲ得サル限り賃借地ヲ転貸シ得サル旨ノ特約存スルニ拘ラス上告人ハ被告人ノ承諾ヲ得ス賃料ヲ徴シテ賃借地ノ一部ヲ東京府市場協会ニ転貸シタルモノナリト云フニ在リテ上告人主張ノ如ク単ニ右協会ニ對シ一時ノ使用ヲ許セシモノニ非サルコト明ナルヲ以テ被告人力其ノ転貸ヲ理由トシテ契約解除ノ意思表示ヲ為シタルハ相当ニシテ之ヲ違法トスヘキ理由アルコトナシ從テ

原判決力其ノ解除ノ適法ナルコトヲ判示セシハ正当ナリトス而シテ所論ノ証人喚問ニ付テハ原審八之ヲ必要ナラストシテ却下セシモノナルコト記録上自明ニシテ固ヨリ唯一ノ証拠方法ニ非サルニ依リ其ノ却下モ亦違法ナラサルヤ論ヲ須キス論旨ハ孰レモ採容ニ値セス」

[37] 「上告論旨第一点八本件訴状ヲ閲スルニ『大分地方裁判所中津支部御中』ト記載シアリテ本訴ハ大分地方裁判所中津支部ニ提起セラレタルモノナルコト明白ナリトス而シテ同支部ニ於テ民事訴訟法第九条第一項ノ原告ノ申立ニ依リ本件ヲ中津区裁判所ニ移送シタル事述ノ認ムヘキモノナキヲ以テ本件ハ第一審裁判所トシテ大分地方裁判所中津支部ニ於テ審理判決セラルヘキモノニシテ中津区裁判所ニ於テハ全然裁判権ヲ有セサルモノトス然ルニ本件ハ第一審裁判所トシテ裁判権ヲ有セサル中津区裁判所ニ於テ審理判決シタルハ不法ノ甚タシキモノニシテ從テ第一審判決ヲ認容シタル原判決モ亦到底破毀ヲ免レサルモノト信スト云フニアリ

然レトモ本件訴状力第一審裁判所ナル中津区裁判所ニ提出セラレタルコト訴訟記録ニ明白ナリ而シテ該訴状ニハ裁判所ノ表示トシテ大分地方裁判所中津支部ト記載シアリテ其ノ表示正確ニアラスト雖モ訴状ニハ訴訟物ノ價格金一千円ナリト記載スルニ対照スルトキハ前記裁判所ノ表示ハ中津区裁判所ノ誤記ニ過キサルコト明瞭ナルノミナラス上告人ハ第一審ニ於テ右裁判所ノ表示ノ不当ヲ責問シタル事實ナキコト第一審口頭弁論調書ニ依リ明ナレハ上告人ハ既ニ責問權ヲ放棄シタルモノトナスノ外ナク所論ハ採用スルニ足ラス

上告論旨第二点八本件記録ニ就キ調査スルニ被告上告人ハ第一審裁判所ニ於テ本件請求ノ原因トシテ『井上ツネト井上壽吉ハ姉弟ノ間柄ニシテ後述スル井上熊蔵ハ兩人ノ兄ニ當ル井上利平(二代目)ノ長男ナリ故ニ井上本家(兵庫屋)ハ初代利平二代利平井上熊蔵ト相繼キ相續セラレタリ右井上本家(兵庫屋)ハ熊蔵ノ代ニ至リテ後熊蔵カ幼少ナル上ニ成長シタル後モ同人力井上家ノ家業タル商業ヲ嫌フ処ヨリ被告先代壽吉カ本家ノ家政ヲ補佐シツツアリタリ斯クノ如クニシテ明治十二年頃ヨリ明治三十三年頃ニ至リタル処井上家ノ財産分配ノ議起リ其ノ結果訴外井上録郎(壽吉ノ姉婿)ノ裁決ニ從ヒ訴外松永豊次郎立会ノ上壽吉及熊蔵ノ分配財産ノ決定ヲ見且同時ニツネハ兩人ヨリ本件係争ノ土地建物(当時ツネ住居セルモノ)ヲ分讓セラレタリ』ト申立テタルコトハ八訴状及第一審口頭弁論調書ニ依リ明ナリトス即右申立テニ依レハ被告上告人ノ先代井上ツネハ井上本家(兵庫屋)ノ財産分配ニ付井上熊蔵及上告人先代壽吉ト共ニ之カ分

配二預リ本件不動産ハ右分配ノ結果熊蔵、壽吉ノ両名ヨリ分譲セラレタリト云フニ在リ然ルニ被告八原審ニ於テ『本件贈与契約ハ被控訴人先代井上ツネト控訴人先代井上壽吉トノ間ニ成立シタルモノニシテ其ノ目的タル本件係争宅地建物等ハ当時壽吉ノ所有ニ歸シタルモノナリ』ト申立テタルハ第二審ニ至リ請求ノ原因ヲ変更シタル違法アルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ之ヲ認容シタル原判決ハ破棄ヲ免レサルモノト信スト云フニアリ

然レトモ所論摘録ノ如キ更正八民事訴訟法第九十六条第二号ニ該當スヘキ事実上ノ申述ノ更正ニ過キサルヲ以テ論旨ハ其ノ理由ナシ

上告論旨第三点八原判決ハ其ノ理由ニ於テ『原審証人松永豊次郎、宮永高一当審証井上録郎ノ供述ニ依レハ控訴人(上告人)先代井上壽吉ハ明治三十三年被控訴人(被告八)先代井上ツネニ對シ其ノ所有ニ係ル被控訴人主張ノ本件宅地並ニ同宅地上建設ノ建物ヲ贈与シ被控訴人先代ニ於テ其ノ所有權ヲ取得シタル事實ヲ認定スルニ足ル』ト説示シタリ然ルニ右各証人調書ヲ閱スルニ第一審証人松永豊次郎調書ニハ『其ノ頃ニ井上家ノ財産分配ノ話力起リ壽吉ノ姉婿ニ當ル井上録郎ト私ト協議ノ結果本件ノ不動産ハツネニ分譲スルコトニナリツネハ其ノ分譲サレタル家屋ニ居住シマシタ』(記録五三丁)トアリ次ニ第一審証人宮永高一調書ニハ『恰度其ノ頃井上家ノ財産分配ノ話力起リ壽吉ノ姉婿ニ當ル井上録郎ノ裁量ニ因リ私等モ立会ヒ結局本件ノ不動産ハ「ツネ」ニ分譲スルコトニナリマシタ』(五九丁)トアリ次ニ原審証人井上録郎調書ニ『明治十一年井上壽吉ノ兄井上利平カ死亡シ其ノ遺産ハ井上熊蔵、井上壽吉、井上ツネ三名ノ共有ニナツテ居リマシタトコロカ明治三十三年頃右遺産分割ノ話カアリ私カ一人其ノ衝ニ當ツテ分割シツネニ對シテハ右ノ宅地建物ヲ分譲シタノデアリマス』(一六六丁)トアリテ右各証言ヲ総合スルトキハ被告八先代井上ツネ及上告人先代井上壽吉ノ父井上利平死亡ニヨル遺産分配ノ議起リ訴外井上録郎ノ裁量ニヨリ被告八先代井上ツネハ該遺産ノ内本件不動産ヲ分譲セラレタリト云フニ在リテ原判決説示ノ如ク被告八先代井上ツネハ上告人先代井上壽吉ヨリ本件不動産ノ贈与ヲ受ケタリト認ムヘキ証言毫モ存スルコトナシ然ルニ原判決ハ右各証人ノ証言ヲ誤解シ右各証人ノ証言ニ依レハ被告八先代井上ツネカ明治三十三年上告人先代井上壽吉ヨリ本件不動産ノ贈与ヲ受ケタルコトヲ認め得ヘシト認定シタルハ採証ノ法則ニ違背スルモノニシテ破毀セラルヘキモノト信スト云フニアリ

然レトモ原審八所論ノ各証拠ノミナラス本件土地及建物ハ上告人先代井上壽吉ノ所有名義タリシモノニシテ同人ノ死亡ニ因リ上告人カ其ノ家督相続ヲ為シ前

記ノ不動産ニ付保存登記手續ヲナシタルコトノ本件当時者間ニ争ナキ事實ヲモ參酌シテ上告人先代壽吉ハ明治三十三年頃被上告人先代井上ツネニ對シ本件土地及建物ヲ贈与シ同人ニ於テ其ノ所有權ヲ取得シタルコトヲ認定シタル八判文上之ヲ窺知スルニ難カラサル所ナリ而シテ前記事實及証拠ニヨリ之ヲ認め得ラレサルニアラサルヲ以テ所論ハ結局原審ノ專權ニ屬スル証拠ノ判断及事實ノ認定ヲ批難スルニ歸シ採用スルニ足ラス

上告論旨第四点ハ原判決ハ『上告人ハ被上告人兩名ニ對シ大分県下毛郡中津町宇殿町千三百九十三番地一宅地三百五十六坪七合二勺同所同番地上建設第一号一、木造草葺平屋居宅一棟建坪二十八坪同所同地上建設第二号一木造瓦葺二階家本家一棟建坪三十六坪七合五尺外二階十坪五合右付屬建物一、木造瓦葺平家別荘一棟建坪三坪二、木造瓦葺平家物置一棟建坪六坪二付所有權移轉登記手續ヲ為スヘシ』ト判決シタルリ然ルニ原判決ノ確定セル事實ニ依レハ該物件全部ハ明治三十三年上告人先代壽吉ニ於テ被上告人先代井上ツネニ贈与シ當時引渡ヲ為シ該贈与ハ當時既ニ其ノ履行ヲ終リタルモノナリト云フニアルヲ以テ本件不動産ノ所有權ハ其ノ時ニ於テ井上ツネニ移轉シタルコト明ナリトス而シテ前示物件ノ内『第二号木造瓦葺二階家一棟及此ノ付屬建物』ニ付テハ其ノ當時何等ノ登記ナク上告人ニ於テ大正十年十一月二十四日所有權保存登記ヲ為シタルコトハ記録二七丁ノ登記簿謄本及各証人ノ証言ニ依リ明ナル所ニシテ而シテ如上ノ原判旨ニ依レハ前記上告人ノ為シタル登記ハ毫モ權利ナキ登記ニ歸スルヲ以テ上告人ニ於テハ該物件ニ付キテハ登記抹消ノ義務アルハ格別所有權移轉登記手續ヲ為スヘキ義務アルモノニアラサル明ナリ然ルニ原判決ハ此ノ点ヲ看過シ上告人ニ對シ前示第二号建物及其ノ付屬建物ニ付テモ亦所有權移轉登記手續ヲ為スヘキ旨判決シタルハ違法ナリト信スト云フニアリ

然レトモ自己所有ノ不動産ヲ他人ニ贈与シタルモノハ其ノ所有權ヲ移轉スルノミヲ以テ足レリトセス受贈者ニ對シ之カ所有權移轉ノ登記手續ヲ為スヘキ義務ヲ負擔スルヲ通常トス從テ未登記ノ不動産ノ贈与ノ場合ニ於テ贈与者カ其ノ保存登記ヲ為シタル上ハ受贈者ニ對シ更ニ所有權移轉登記ヲ為スヘキ義務ヲ有ス然ラハ上告人先代壽吉ハ當時未登記ナリシ本件不動産ヲ被上告人先代ニ贈与シ其ノ所有權ヲ同人ニ移轉シタルモノ其ノ登記手續ヲ完了セスシテ死亡シ上告人ニ於テ其ノ家督相続ヲ為シ既ニ其ノ保存登記ヲ為シタル以上ハ被上告人ニ對シ贈与ニ基ク所有權ノ移轉登記手續ヲ為スヘキ義務アルモノト云フヘク論旨ハ理由ナシ」

[17]には目新しい判断はみられない。これに対し、[37]は、新判断を含んでいるものとみられる。

[37]は、Y (被告・控訴人・上诉人) 先代Aが、明治33年ごろその所有する土地建物をX (原告・被控訴人・被上诉人) 先代Bに贈与し、引渡しも完了したが、いづれについても所有権移転登記手続が未了だったため、Xがこれを求めて提訴に及んだ事案である。なお、上記建物は贈与の当時未登記で、大正10年にYが保存登記をなしている。

公刊物に掲載されている部分 (前節参照) では、土地建物が受贈者に引き渡されている以上、所有権移転登記と関係なく、贈与の履行は終わったものであり、その取消しは認められないことが説示されている。この点については、判決文中にあるように先例が存在するので、本判決を民集に登載する必要性はない。

しかし、公刊物に掲載されなかった部分のうち、上記の第四点は、不動産の贈与者はその受贈者に対し所有権移転登記手続をなすべき義務を負うとする旨を示している。学説においてはこのことは当然のこととされているようだが³²⁾、このことを明確に認めた判決は、少なくとも[37]以前には存在しないようである。

では、なぜ[37]が民集に登載されないばかりか、上記の点が公刊物にすら掲載されなかったのだろうか。

本判決も先例として援用する大 (二民) 明治 43・10・10 民録 16-673 は、贈与契約は目的物を贈与者より受贈者に引き渡してその履行を終えることを通例とするという前提に立った上で、登記は贈与契約の内容となるものではないと判示する³³⁾。その結果、明治43年判決においては、登記を贈与契約の内容とみた原判決 (具体的には、受贈者が所有権移転登記手続を請求するのは、贈与契約の履行が未了であるということだから、民法550条により贈与の取消しが可能と判示) が破毀されている。

これに対し、[37]は、不動産の贈与契約においては、贈与者が受贈者に対しその所有権移転登記手続をなすべき義務を負担するのを通常とするという前提に立つ。これは、登記を贈与契約の内容として把握しているとみてよいであろう。そうする

32) 例えば、我妻『債権各論 中巻一』(昭和32年、岩波書店) 231頁は、「財産権の移転が贈与契約の目的である場合には、引渡・対抗要件の具備などのことをしなければならない」としている。もっとも、鳩山秀夫『増訂日本債権法各論 上巻』(大正13年、岩波書店) 263頁は、「贈与ノ効カトシテ一定ノ財産ヲ受贈者ニ移転スベキ債務ヲ生ズるとするにとどまる。

33) この立場は、その後の大 (二民) 判大正 9・6・17 民録 26-911 にも踏襲されている。

と、少なくともこの点は、明治43年判決と抵触することになる。とりわけ復元した上記の第四点が公刊物から削除されたことには、この抵触を明らかにすることによって新たな論争を生じることを避ける意図が働いていた可能性もある³⁴⁾。

3. 原本による受命判事の特定とその意義 特に[7]について

[7]について、筆者は既に旧稿でやや立ち入った検討を加えたが³⁵⁾、その際、本判決の受命判事は前田直之助ではないかと推測した³⁶⁾。その後、昭和3年8月分の判決原本調査によりこのことが明確となったため、前田の民法709条論を踏まえながら、改めて本判決を分析してみたい。

[事実関係(参考)] 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1,2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(本件山林)がCからYに譲渡され、所有権移転登記がなされた。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、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)。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。

(1) 原判決と大審院判決との奇妙な関係

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ルモノニ非スシテ汎ク法律上保護セラルヘキ利益ヲモ包含セシメタル法意ナリト解スルヲ相当」とした上で、Xの「競落人トシテ法律上当然係争立木ノ所有

34) 既に何度が触れたように、仮に大審院が自ら加工した判決文を各社に配信していたとすれば、そのような意図があった可能性はさらに高まるように思われる。

35) 木村・前掲注(15)252~259頁参照。ただし、258頁14~21行目の記述は、筆者の誤解に基づくものだったため、これを撤回する。

36) 木村・前掲注(15)272頁参照。

権ヲ取得スヘカリシ地位」は「法律上保護セラレタル利益」であり、これは民法709条にいう権利に属するものであるから、YはXの権利を故意に侵害した不法行為者として賠償責任を負うとする。これは、前田が受命判事となった大学湯事件判決(大[三民]判大正14・11・28民集4-760³⁷⁾)の判決理由を受けての解釈、とくに大学湯事件判決が民法709条の権利侵害要件を「拡張」している部分(同判決の判決要旨)を捉えたものと考えられる。

これに対し、大審院第四民事部(前田)は、抵当権がいわゆる「価格権」であることをもって、「**抵当権者ニシテ窮極ニ於テ完全ニ債権ノ満足ヲ得タル以上何等ノ損害アルコト無シ**」として、不法行為(709条)による損害賠償請求についてはこれを斥けた。なお、原判決については、「**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**」と評価している。

旧稿でも指摘したが、本判決において、前田は「権利」ないし「法律上保護される利益」について有意な言及をいっさいしていない。Yの行為によってXには損害が発生していないことを理由として、Yに不法行為責任(709条)が成立しない旨を説示するに過ぎない。前田の起草した大学湯事件判決の趣旨に沿って下されたはずの原判決が、前田によって論難された上破毀されるという奇妙な構図がここに浮かび上がってくる。

(2) 奇妙さの意味するところ 前田の民法709条論との関係

前稿で指摘したように、大学湯事件判決における前田の思考の核心は、「法律上保護セラレタル利益」を「権利」に含めることにあったのではない。すなわち、709条を「**故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利又ハ法律上保護セラレタル利益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**」と読み替えることを意図したのではない。むしろ、前田は、709条を「**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**」と解釈して、権利侵害要件を709条から脱落(あるいは「損害」要件への解消)させることを企図している。

前田は、その論文「**債権に対する第三者の不法行為**」³⁸⁾において、不法行為によ

37) 大学湯事件判決については、受命判事前田直之助の法理論からのアプローチを試みた木村「大審院(民事)判決の基礎的研究・1」立命館法学335号(平成23年)552~556頁を参照されたい。

38) 民商法雑誌6巻1号(昭和12年)1頁以下。

る損害賠償の意味を次のように述べる³⁹⁾。

不法行為に因る損害賠償と云ふこと自体は極めて易解平明なる觀念なり。一子相伝門外不出の秘事妙方にもあらず。不法即ち不都合なる行為即ち一個の曲事を働き、他人に損害を加へたるときは、之を賠償せざるべからずとの義に過ぎず。何人にも異論も意義もあるべき筈のものならず。(傍点ママ)

ここでは、709条の権利侵害要件は完全にその姿を消している。文脈から察するに、前田がこのような思考にいたる理由の一つは、「権利侵害」と「損害」との「混じ易」さにある⁴⁰⁾。

絶対権の縄張を踰越することは一の『侵害』(但、所謂は実は^{フェルレツツング}侵犯の意)なるが故に、取りも直さず『損害』(但、所謂は実は^{シャアーデン}実害の意)なりと速断し、是亦用語中毒症の一例。又絶対権侵害の場合には実害の生ずることを常とするが故に、損害も亦不法行為(損害賠償請求権の原因たる不法行為)成立の一要件なることは自然と所謂影が薄くなりて人の関心を惹かざるに至り。其結果、損害は已に成立せる賠償請求権の数額位に心得、絶対権侵害(犯)に因り不法行為は当然必然に成立するものの如く思惟するは、是亦屢々見受くるころなり(前述英国法の觀念も亦幾分移植せられし点もあらむ)。民法七〇九『侵害』の字は全く害字なり。下文『損害』と、動もすれば、混じ易し。宜く『侵犯』とすべかりしなり。(傍点ママ)

前田によれば、権利侵害要件にはさらに次のような問題点があるという⁴¹⁾。

全(積極)財産を構成する個々の何々財産権を外にして全財産権若くは漠たる抽象的財産権てふ一個独立なる具体的権利の存せざることは、今更云ふも管なる自明の理なり。詐欺者の行為は保護法規に違反するが故に絶対権侵犯なるが故に非ずして曲事たり。……(中略)……吾民法には、後にも前にも、唯七〇九の一枚看板あるに過ぎず。観方に依りては却つて便利なるやも知れざるだけ、同条所謂は、小乗の見地に捉はれて解釈すべく余りに多岐多方なる意義なる……をと云ふよりも、意義を賦与するに非ざるよりは、不法行為の運転が付かざるを奈何せむ。従来不法行為とし云へば、必づ何権利なるものを物色

39) 前掲注(38)7頁。

40) 前掲注(38)10頁。

41) 同前。

するを急務と心得たることが、所謂財産権発祥の縁起なり。嗚呼彼も一時此も一時。(傍点ママ)

ここから、大学湯事件判決における前田の説示、それ以前の前田の言説⁴²⁾と同じニュアンスをくみとることができる。すなわち、権利侵害要件の存在により、違法行為による財産的利益の侵害すなわち財産的損害が問題となるケースでは、侵害された権利が何かを特定することができないがゆえに、被害者が救済されない局面を生じる可能性がある。そのため、709条をより広汎な意味で理解すべく、権利侵害要件を實質的に損害要件へと解消し、大学湯事件判決で示したような、「加害者による法規違反の行為の存在」(加害行為の違法性)という要件を新たに立てようとするのである⁴³⁾。

この前田の意図からすれば、権利侵害要件を維持する原判決は、やはり「正鵠ヲ失ヘルニ似」たものと捉えられることになる。本判決において、権利侵害要件への言及がないのは、「損害」がないことで問題が片付くからではなく、前田の思考によれば、「権利」ないし「法律上保護される利益」について言及する必要はまったくないからである。

筆者は、旧稿にて、大学湯事件判決には、「利益」概念を媒介とした、「侵害対象」の問題と「損害」の問題との混乱がみられるという点を指摘し、同様のことが本判決にも垣間見えるという意味において、大学湯事件から本判決への動きを、大審院の迷走の軌跡と捉えた⁴⁴⁾。しかし、以上に述べた前田の民法709条論を踏まえれば、これは必ずしも迷走とはいえないことが判明する⁴⁵⁾。すなわち、大学湯事件判決では、709条を「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」と解釈して、権利侵害要

42) 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年)64~65頁。

43) その意味では、大学湯事件判決につき、民集に登載された要旨は判決理由を正確に反映したものではない。おそらくこの要旨の作成に前田は関係していない、すなわち判例審査会独自のものとみるべきであろう。

44) 木村・前掲注(15)259頁参照。すなわち、大学湯事件判決では、「利益」が、一方では侵害の対象として把握され、他方では損害の問題として認識されている。

45) しかし、判例審査会の手になるものと考えられる大学湯事件判決の判決要旨は、権利侵害要件の「拡張」を示すものであって、前田の意図を精確に反映していない。このことから、少なくとも、大審院内部において権利侵害要件につき解釈の統一がなされていないことは明らかだと言える。

件を709条から脱落(あるいは「損害」要件への解消)させることに重心が置かれているのであり、この考え方は、基本的に本判決に継承されているとみることができる。

もっとも、判例審査会の手になるものと考えられる大学湯事件判決の判決要旨は、権利侵害要件の「拡張」を示している。そして、このことは前田自身が起草した判決文で言及していることでもある(ただし、ここまで述べたことから明らかなように、これは前田の主張の核心ではない)。したがって、権利侵害要件の「拡張」を前提として判断を下した原判決には、その限りにおいては責められるべき点はない。むしろ、大学湯事件判決が権利侵害要件の「拡張」と「脱落」という二つの方向性を示しているかのように読めることが、上に述べたような本判決とその原判決との奇妙な関係を生みだす素地となっているのである。その意味では、大学湯事件判決から本判決への動きは、権利侵害要件につき解釈の統一を貫徹しえていない大審院の迷走であるといってもよいだろう。

以後の裁判例が、権利侵害要件を違法性要件に読み替え、権利侵害要件を709条から実質的に脱落させてきたことは、大学湯事件判決の趣旨すなわち前田の意図するところを正統に継承しているものと評価してよいだろう。もっとも、前田の言説の随所に登場する「法規違反ノ行為」の文言から、前田の考える「違法性」は、「加害行為の違法性」を指すものであり、侵害された権利ないし利益の要保護性をも含めて判断されうる「権利侵害の違法性」を指すものではないことに注意する必要がある。

4. 下級審判決の捕捉とその方法

民集では、第7巻(昭和3年分)より、「参照」として、「第一審判決ノ事実」および「第二審判決ノ事実並理由」が掲載されている。

このうち「第二審判決ノ事実並理由」については、昭和3年8月分の民集登載6判決の末尾に掲載されたものと二審判決の原本とを照合した結果、いずれも原本がそのまま転載されたものであることが判明した。したがって、民集登載判決の二審判決については、民集に登載された「第二審判決ノ事実並理由」を参照すれば十分だと思われる。

もっとも、民集不登載判決の場合、その二審判決の検索には手間がかかる。上記の照合作業を目的とした二審判決原本の発掘作業において筆者が実際にたどった道筋を参考までに紹介しておこう。

[基本経路 [1]を例に] まず、大審院判決原本より原裁判所（宮城控訴院）と原判決年月日（昭和2年12月10日）を捕捉する（一審・二審の裁判所は民集から明らかになり、判決年月日については、判決が他の公刊物に掲載されている場合は基本的にそちらから把握可能〔評論を除く〕）。次に、国立公文書館デジタルアーカイブ（<http://www.digital.archives.go.jp/>）より目録情報を検索する。筆者は、キーワードを「宮城控訴院 昭和2年」として検索し、6件ヒットしたもののなかから「民事控訴判決原本昭和2年11月・12月宮城控訴院」を得た。

以下、これを基本として、その他の場合について紹介する。

[6]（原審：大阪控訴院）大阪控訴院には民事部が4つ存在し（昭和2年度）、判決原本も部単位に分けられている上、後に見る東京控訴院のように事務分配基準も明らかではないため、二審判決と同時期の判決原本すべて（4冊）を確認した。なお、各部の取り扱った事件名を確認しても基準は判明せず、おそらく事件ごとに順次平分されていたものと思われる。

[7]（原審：福井地方裁判所）福井地方裁判所および福井区裁判所の判決原本は失われているようである⁴⁶⁾。したがって、現段階では上記の裁判所の判決原本を捕捉するすべはない。

[13]・[19]（原審：東京控訴院）東京控訴院には民事部が5つ存在し（昭和2年度）、やはり判決原本も部単位に分けられている。ただし、東京控訴院と東京地方裁判所については、それぞれ新聞2635-8、2636-18に昭和2年度の事務分配が公表されていたため、特定が比較的容易だった。例えば、[13]は「株式競売不足金請求事件」だから、東京地裁では、第2・12・14民事部のいずれか（いずれも「商事に関する事件」を扱う）に係属したものと推測したところ、東京控訴院では、上記3民事部の裁判に対する控訴事件はいずれも民事第3部に係属することが判明し、結果的に、民事第3部の判決原本を調査すればよいこととなった。

[36]（原審：名古屋控訴院）民事部が複数に分かれていないため、基本的には[1]の宮城控訴院の場合と同様である。

なお、一審判決については、原本との照合作業を経ていないが、公刊されている[6]の一審判決（新報82-22）にある「事実」と、民集に登載された[6]の「第一審判決ノ事実」が完全に一致するので、この部分については、民集を参照すれば足

46) 福井地方裁判所および国立公文書館つくば分館より、少なくとも同所には存在しないとの回答を得た。なお、長崎控訴院のものもその大半が失われているようである。

りると考えてもよいだろう。一審の判決理由を知るには原本に当たるしかないが、二審判決には一審判決の年月日が記載されていないことがほとんどであるため、一審判決の時期を推測しながら原本を探し当てる以外の方法は今のところ見当たらず、原本の発見にはなお多くの労力を必要とする状態にある。

【補注】 木村「大審院(民事)判決の基礎的研究・1」立命館法学335号(平成23年)515～523頁に掲載された表に、校正後判明した以下のものを付け加える。

[1-2](515頁) 原審判決の掲載誌として新たに「新報48-20」、大審院判決の掲載誌として新たに「新報89-17」

[1-15](516頁) 大審院判決の掲載誌として、新たに「新報59-15」

[3-9](519頁) 大審院判決の掲載誌として、新たに「新報89-20」

[4-31](521頁) 大審院判決の掲載誌として、新たに「新報89-20」

[4-38](521頁) 大審院判決の掲載誌として、新たに「新報60-11」

また、[1-14](515頁)の「新報45-20」を「新報54-18」に訂正する。

* 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。