

大審院民事判例集（民集）における 判決登載基準について

木村和成*

目次

はじめに

- 1 民集編纂のプロセス
 - 2 民録の登載基準
 - 3 民集登載判決の分析
 - 4 民集不登載判決の分析
- おわりに

はじめに

筆者は、近時、「大審院（民事）判決の基礎的研究」と題し、判決原本等の分析を通じて大審院（民事）判決を多面的に検討するいくつかの研究ノートを公表してきた¹⁾。その原点となったのは、いわゆる「賃借権（ないし債権）に基づく妨害排除」についての大審院判決を分析・検討する中で浮かび上がってきた、この問題をめぐる大審院の立場が実は一貫していなかったのではないかという問題意識である²⁾。

「賃借権（ないし債権）に基づく妨害排除」の問題をめぐっては、大審院は、「権利の不可侵性」理論に依拠してこれを肯定してきたと一般に考

* きむら・かずなり 立命館大学法学部准教授

1) 本誌335号（平23）より不定期の連載を続けており、前号（351号）までで9回を数えている。

2) 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15）253～255頁、同「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21）266～271頁参照。

えられてきた³⁾。すなわち、リーディングケースとされる大(三民)判大10・10・15民録27-1788（専用漁業権の賃借権に基づく妨害排除）が「権利者カ自己ノ為ニ権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権利ノ性質上固ヨリ当然ニシテ其権利カ物権ナルト債権ナルトニ依リテ其適用ヲ異ニスヘキ理由ナシ」と述べ、大(二民)大11・5・4民集1-235（河川敷地占用権侵害）、大(三民)大12・4・14民集2-237（寺院境内地使用権侵害）と同旨の民集⁴⁾登載判決がこれに続いたからであろう。

しかし、一方では、民法上の賃借権に基づく妨害排除を否定する動きもあった。大(二民)判大10・2・17民録27-321は、「……故意又ハ過失ニ因リ他人ノ債権ヲ侵害シタル者ハ不法行為ノ責アルコト本院判例……ニモ示ス所ナレハ故意又ハ過失ニ因リ他人ノ賃借権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権ニ基ク訴ニ依リ其物ノ返還ヲ請求スルハ格別賃借権若クハ損害賠償請求権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、民集不登載ではあるが、大(四民)判昭5・7・26新聞3167-11も本判決を援用して、賃借権に基づく妨害排除を否定している。

さらに、肯定例においても、異なる理論構成をするものが登場する。「物権債権タルトヨ問ハス第三者カ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権利者ニ於テ第三者ニ対シ将来権利侵害ヲ為ス可カラストノ不作為ノ請求権ヲ為スルコト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シカニ之カ妨害ノ排除ヲモ請求シ得ルモノト為サル可カ

3) 今日でもこうした考え方は一般的であるといっても差し支えないだろう。例えば、中田裕康『債権総論（第3版）』（平25、岩波書店）287～288頁など参照。

4) 本稿でいう「民集」とは「大審院民事判例集」を指す。

ラス」として、「不法行為的不作為の訴え」路線をとる大(三民)判昭5・9・17新聞3184-7がこれに当たる。この考え方は、その後の大(三民)昭6・5・13新聞3273-15(借地権侵害。ただし、損害賠償請求の事案。)、大(四民)昭8・7・8新聞3596-11(商号使用権侵害)でも踏襲されている。

このように、「賃借権(ないし債権)に基づく妨害排除」に関する大審院判決の路線は複線ないし複々線的な様相を呈しているにもかかわらず、大審院は「権利の不可侵性」理論に依拠してこれを肯定してきたのだといわば単線的な理解がなされているのは、おそらく「権利の不可侵性」理論に依拠した判決のみが民集登載判決となっていることに起因する。そして、民集登載判決が大審院の立場すなわち判例であるとする暗黙の了解が、叙上の単線の理解に伏在しているのであろう。実際、民集の編纂に当たってそのことが強く意識されていた時期があったことは、筆者が旧稿で指摘したところである⁵⁾。

そうすると、いったい大審院は何をどのような基準で民集登載判決としようとしたのか、すなわち民集登載基準の解明が重要な課題として浮上することになる。民集登載判決を大審院の立場すなわち「判例」とみるならば、このことがまずもって明らかにされなければならないはずだからである。もちろん、民集登載基準の解明のためには、未公刊判決も含む民集不登載判決も分析対象としなければならないのは当然であり、その際、現在国立公文書館つくば分館に所蔵されている判決原本の分析も不可欠となる。

本稿は、以上の問題意識を前提として、これまでの筆者の一連の研究から浮かび上がってくる民集登載基準を析出しようとする試みである。

5) 木村和成「『大審院判例審査会』小論」立命館法学339=340号(平23)82~85頁参照。

1 民集編纂のプロセス

民集登載基準を探る前に、まず民集そのものの編纂プロセスについて触れておこう。もっとも、民集編纂のプロセスについては、かつて詳論したことがあるので⁶⁾、詳細はそちらに譲るとし、ここではその概要を述べるにとどめる。

民集の編纂プロセスは、時期によって若干異なると思われるが、おおむね、下記のようなプロセスを経ていたものと推測される。

まず、事件が係属した部によって、民集登載判決の第一次的な決定がなされる。このとき、登載すべきと考えられた判決については、受命判事によって作成されたであろう当該判決の判示事項・判決要旨（案）もあわせて審議・決定され、これらが大審院判例審査会上程されたものと思われる。

大審院判例審査会は、大正10年12月、平沼騏一郎大審院長（当時）が、判例統一の意図をもって発足させたものである（設置の根拠となる法令、組織上の位置づけは不明）。全8か条にわたる「大審院判例審査会内規」の第1条には、「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」とあったが、具体的な審査の方針・経過を示す文書などはほとんど残っておらず、その中身は今も十分に明らかになっているとは言い難い⁷⁾。現在のところ、確証をもって述べることができるのは、判例審査会が一貫して担っていた役割は、民集登載判決の第二次的（最終）決定、民

6) 以下の記述は、特に断りのない限り、木村・前掲注(5)84～89頁、95～98頁、103～106頁による。

7) 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10）1356～1360頁が、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にわずかに残る「判例審査二関スル書類」をもとに、審議の経過を素描している。また、木村・前掲注(5)99～103頁も、当時の新聞記事等をもとに、判例審査会の実態を浮き彫りにしようとする試みの一つである。

集掲載の判決要旨の検討および決定であったということである。判例統一の意図をもって「判決の審査・整理」を実施するという判例審査会本来の役割は、そのような作業を通じて果たされていたというべきであろう。

判例審査会によって登載が決定された判決は、「判例トナルヘキ重要ナル裁判例」(民集3巻冒頭の凡例)として、ようやく民集に登載される運びとなるわけだが、昭和7年を境にしてその前後で、取り扱いが異なっていたらしい。昭和7年、民集の「編集」が法曹会に委ねられることとなると(従来は「刊行」が委託されていたにすぎなかった)、法曹会から民集編纂の方針⁸⁾が示された。ここで注目されるのは、「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」とされていることである。すなわち、従来は、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、そのすべてが民集に登載されていたわけではなかったということになる。少なくともこれ以後は、「遺漏なく」掲載されていることになるが、それ以前の民集(1~10巻)については、「遺漏」があったということになる。

2 民録の登載基準

次に、民集の登載基準との比較のために、先に大審院民事判決録(民録)の登載基準について分析しておこう。

大審院判決録1巻(明24)冒頭の「凡例」には、「本書編纂ノ主意ハ大審院判決中擬律ノ模範トナルヘキモノヲ集録スルニ在リ」とある。また、判決要旨については、やはり「凡例」として、「件名ノ次ニ判決ノ要旨ヲ摘録ス事件異ナルモ其判旨同一ナルモノハ之ヲ重録セス」(ここでは民録27輯〔大10〕冒頭の「凡例」より引用)との方針が示されている。民録の

8) 法曹会雑誌10巻6号(昭7)に広告として掲載されている。法曹会編『法曹会史』(昭44、法曹会)209~210頁においても、これを確認することができる。

編纂方針を知る手がかりは、現段階ではこれらのみとなっており、あとは未公刊判決も含めた不登載判決と登載判決とを比較検討し、地道にその基準を探っていくしかない。

民録時代については、現在のところ大正10年10月分のみを検討したにとどまるが⁹⁾、民集の刊行開始時期（大正11年1月）と極めて近接しているから、民集との比較の対象としては適当であろう。

当月分の全判決は116件、民録登載判決は25件（登載率21.6%）となっている。これらを判決要旨ベースで分類すると、同旨の先例（民録登載の同旨の大審院判決）が存在するものとししないものと大きく分けることができる。すなわち、前者に分類されるものが13件¹⁰⁾（[1-2]・[1-3]・[1-15]・[1-21]・[2-27]・[2-39]・[3-25]・[4-35]・[4-39]・[4-40]・[4-42]・[4-54]・[4-61]）、後者に分類されるものが17件となる（[1-1]〔連合部判決／先例変更〕・[1-2]・[1-3]・[1-18]・[1-21]・[2-38]・[2-39]・[2-51]・[3-19]・[3-22]・[3-30]・[4-52]・[4-53]・[4-54]・[4-57]・[4-62]・[4-64]）。なお、要旨ごとに分類したため、判決の重複があることに留意されたい。

やはり、民録登載の同旨の先例があるにもかかわらず、13件の判決が民録に登載されていることは注目されてよいだろう。[1-21]は先例が刑録登載判決（大[一刑]判明38・3・13刑録11-316）であるという理由から民録に登載されることとなったものと考えられるが、その他の判決については、「判旨が同一のものについてはこれを収録しない」とする民録の編

9) 木村和成「大審院（民事）判決の基礎的研究・7——判決原本の分析と検討（大正10年10月分）——」立命館法学348号（平25）318頁以下。

10) 以下では、便宜上、判例を特定する記号として、「立命館法学」上での大審院（民事）判決研究に関する筆者の一連の連載で使用している〔(判決原本の)分冊-No〕を用いることとする。また、本稿で紹介する判決の詳細な分析については、以下で随時挙示する筆者の各論考を参照されたい。

11) [4-35]・[4-42]では、判決要旨として捕捉されている部分（先例がある部分）のほか、やはり先例を明示してこれと同旨の判断がなされていることを示している部分があるが、その部分は判決要旨として捕捉されていない。このように、いずれの部分について

纂方針に反している¹¹⁾。その一方で、同旨の先例があるために編纂方針に従って民録への登載が見送られたと考えられる判決も 6 件 ([1-11]・[1-13]・[2-42]・[4-31]・[4-47]・[4-58]) 存在し、しかも [4-31] 以外はすべて未公判判決である。すなわち、この 5 件はこれまで一度も公表されてこなかったわけである。

また、そのほかの未公判判決の中にも、その重要性はともかくとして、新たな準則を示していると考えられる判決が少なくとも 2 件 ([2-47]・[3-7]) 含まれており、今後なお調査を要するものの、少なくとも現段階においては、民録の編纂方針は一貫していないものだったと評価せざるをえない。

なお、大正10年10月分の判決原本については、民集時代の各判決原本の冒頭欄外にはほぼ漏れなく押されている「登載」または「不掲載」の朱印がないものも多い。この現象が民録時代固有のものなのか、さらに検証する必要がある。

3 民集登載判決の分析

時代とともに変遷している民集の編纂方針もあわせて紹介するため、以下では時間軸に沿って分析を進める。

1. 大正11年5月分¹²⁾

判決原本に掲載された判決が全98件、うち民集登載は4件(登載率4.1%)、このうち先例のあるものは1件([1-16])しかない。

民集1巻(大正11年)は全879頁で143件の判決・決定を掲載している。前年の民録27輯(大正10年)は全2244頁で294件の判決・決定を掲載して

も先例があるにもかかわらず、一方のみが要旨として捕捉されるという取扱いがなされる場合がある。

12) 木村和成「大審院(民事)判決の基礎的研究・8——判決原本の分析と検討(大正11年5月分)——」立命館法学349号(平25)445頁以下。

いたから、掲載判決数が大幅に絞られていることは一目瞭然である。判例審査会により登載判決の厳選がなされるようになったからであろう。

同旨の先例がある判決が民集から姿を消していることは、「厳選」の象徴的な結果である。ここでは、先例があるものとして [1-16] を挙げているが、先例と目される大(二民)判明 31・4・25 民録 4-62は民法施行前のものであり、先例が存在するにもかかわらず本件が民集登載判決となった理由はその点にあるものと考えられる。

さらに、判決文の一部しか掲載されていないこともこの時期の民集の特徴であり（民録時代の 大正10年10月分にはそのような現象はみられない）、民集登載判決のうち、判決理由の全文が掲載されているのは [1-21] のみにとどまっている。なお、民集で削除されている部分は、先例が存在する部分、民集に登載すべき価値を有する判断とはいえない部分であり¹³⁾、大審院の新判断のみを民集に登載しようとする傾向がここにも顕著に表れているといえよう。

2. 大正14年11月分¹⁴⁾

判決原本に掲載された判決が全114件、うち民集登載は9件（登載率7.9%）となっており、いずれの判決にも先例がない。

ただし、先例がないからといって、必ず民集に登載されるというわけではない。上記の9件のうち8件までは、大審院がこれまでに示したことのない新たな準則を含んでおり、しかもそれらは一定の水準を超えた重要性を帯びているように思われる。例えば、[2-35]（民事訴訟法145条1項〔当時〕にいう「成長シタル者」の意義）・[4-55]（民法709条にいう「権利」の意義）のように条文の文言の一般的な解釈を示すもの、[1-8]（支払呈示免除特約の効力——手形法に規定なし）のように法の欠缺を埋める

13) 木村・前掲注(12)469～472頁参照。

14) 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23）511頁以下。

もの、[1-15] (民事訴訟法579条〔当時〕にいう「特別ノ事情」の具体例を示したもの) のようないわゆる事例判決、といった具合にである。

ところが、「損害賠償ノ義務ヲ負担スル者カ債権者ノ強迫ニ因リ其ノ賠償金ヲ準消費貸借ノ目的ト為シタルトキハ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノトス」(民集の判決要旨) とする [1-24] からはそのような重要性を読み取ることができない。単に「強迫による意思表示の取消し」(民法96条1項) の典型的な一事例を示すものにすぎないように感じられるからである。

しかし、公刊物には掲載されていない部分が、本判決が民集登載判決となった理由を示唆している。すなわち、そこでは原審が認定した強迫の態様が具体的に叙述されており、そこからその違法性の高さをうかがい知ることができる¹⁵⁾。加工されて民集に登載された判決文からは、本判決は「強迫による意思表示の取消し」の一事例と受け止められるにとどまるが、判決原本で全文を確認することにより、本判決が「違法な強迫の具体的な態様」を示した一つの事例として位置づけられ¹⁶⁾、本判決が民集に登載されたことの意味がより明確になってくるのである。

このように、この時期の民集登載判決については、判決文の一部しか掲載されていない可能性があるため、判決の分析に当たっては、他の公刊物との比較対照が必要になってくるが、そこにも加工が施されている可能性があるため、まずは判決原本との照合を経ることが必要になってくる。

3. 昭和3年3月分¹⁷⁾

判決原本に掲載された判決が全101件、うち民集登載は5件(登載率5.0%)となっており、この5件についてはいずれも先例がない。

15) 木村・前掲注(14)545～549頁参照。

16) 我妻栄『新訂民法総則』(昭40, 岩波書店) 315頁も、その文脈において本判決を紹介している。

17) 木村和成「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23)460頁以下。

4. 昭和3年8月分¹⁸⁾

判決原本に掲載された判決が全38件，うち民集登載は6件（登載率15.8%）となっており，この6件についてはやはりいずれも先例がない（このうち，[19]は事実上の判例変更とみられる）。なお，時代が昭和に入ると，民集では，判決理由の一部脱落がほとんどみられなくなってくる。

5. 昭和5年9月分¹⁹⁾

判決原本に掲載された判決が全177件，うち民集登載は4件（登載率2.3%）²⁰⁾となっており，このうち2件についてはいずれも先例がない。これに対し，次の2件には先例と目される判決が存在する。

まず，[1-46]は，家督相続人選定のために招集された親族会はいったん家督相続人の選定を決議した以上当該決議の有効性とは関係なく当然に解散すると判示するものだが，本判決以前には，本判決と同様の趣旨を示した先例が多数（大[三民]決大10・5・4民録27-857など）ある一方で，一定の場合に親族会の任務が終了しないとする先例も存在した。本判決では，後者のうち，大(二民)決大15・1・8民集4-789を「原則ニ対スルー

18) 木村和成「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23）528頁以下。

19) 木村和成「大審院（民事）判決の基礎的研究・4——判決原本の分析と検討（昭和5年9月分）——」立命館法学341号（平24）637頁以下。

20) 177件中，却下判決が61件に上っている。ひと月の判決のうち3分の1強が却下判決だった計算になる（林屋礼二ほか編『統計から見た大正・昭和戦前期の民事裁判』〔平23，慈学社〕91頁のグラフからも，昭和5年の却下判決率が他の年（判明分のみ）と比べて最も高い値になっていることを読み取ることができる）。その大半（54件）が，上告状に上告理由の記載がなく，かつ上告理由書が民事訴訟法398条（当時）所定の期間内に提出されなかったことを理由とするものである。「司法問題座談会(三)第一回開催」法律新報210号（昭5）29頁における山内確三郎発言，山内「民事事件の上告期間(上)・(下)」法律新報304号（昭7）1頁以下，305号（昭7）1頁以下などによれば，当時，昭和4年10月1日に施行された改正民事訴訟法により上告期間が短縮された影響で，上告人がさしあたり上告状のみを提出しておくという動きがあったようである。

例外ヲ認メタルニ過キス」と評価することによって、この先例の位置づけを明確にしているが、上告人の援用する大(三民)判昭2・5・25新聞2730-9については、これをまったく無視している。おそらく、その理由は、この昭和2年判決が「一旦相続人選定ノ決議ヲ為ストモ該決議ニシテ法律上当然無効ナル場合ニハ該親族会ハ未タ其ノ任務ヲ果ササルモノナルヲ以テ解散スヘキニ非シテ更ニ有効ナル家督相続人ノ選定ノ決議ヲ為スヘキモノトス故ニ仮令同一目的ノ為偶第二ノ親族会選任招集サレタリトスルモ此ノ後ノ親族会ハ家督相続人選定ノ決議ヲ為シ得ヘキ筋合ニ非サレハ後ノ親族会ノ為シタル相続人選定ノ決議ハ法律上当然無効タリト云ハサルヘカラス」とするもので、明らかに本判決の立場と相容れないものであったからであろう。

昭和2年判決が民集に登載されなかったのは、先例とのこのような抵触が問題視され、大審院としてはこうした立場を採用しないとする意図が働いたためと思われる。しかし、親族会が当然に解散するとした先例は少なくとも民集には掲載されていないから（前述のように民録には掲載されている）、民集ではなお大審院の態度が示されていないことになる。上記大正15年決定（民集登載）は、判決理由では先例の立場を踏襲しているが、決定要旨は「家督相続人選定ノ為ノ親族会カ裁判所ノ許可ヲ条件トシテ甲ヲ選定セス乙ヲ選定スル旨ノ決議ヲ為シタル場合ニ於テ其ノ許可ナキトキハ同一ノ親族会ニ於テ更ニ選定ニ関スル決議ヲ為スコトヲ得ルモノトス」ととられており、やはり民集の要旨レベルではなお先例の立場が示されていないことになる。そこで、本判決は、民集の判決要旨レベルで先例の立場を明確に示すことにより、判示事項につき大審院の解釈を統一することを意図したものと考えられる。

次に紹介する [2-71] は、「収用審査会カ土地ノ損失補償金額中ニ其ノ賃借権消滅ニ対スル補償ヲ包含セシメテ裁決シタル場合ニ於テモ通常裁判所ハ右賃借権消滅ニ対スル相当補償金額ヲ確定スルノ権限ヲ有スルモノトス」（民集の判決要旨）とするものだが、通常裁判所が上記のような補償

請求につき権限を有すること自体については、本判決も援用する先例がある。にもかかわらず本件が民集に登載されたのは、その先例をさらに進めて裁判所の内容権限を明らかにしたものであるという点で、民集に登載する価値があるものと判断されたためと思われる。

6. 昭和6年5月分²¹⁾

判決原本に掲載された判決が全384件、うち民集登載は12件（登載率3.1%）²²⁾となっており、このうち10件については、いずれも先例がない。これに対し、次の2件には先例と目される判決が存在する。

「口頭弁論調書ニ裁判所書記ノ捺印ナキトキハ其ノ調書ハ口頭弁論ノ為規定シタル方式ノ遵守ニ付証拠力ヲ有セサルモノトス」（民集の判決要旨）とする[9-98]は、判決理由でも援用されているように同旨の先例があるにもかかわらず、民集に登載されている。これは、判決理由が指摘しているように、昭和4年10月1日の改正民事訴訟法施行後も、旧法下での従来解釈が不変であることを示すための登載とみてよいだろう。もっとも、この種の判決がすべて民集に登載されているかどうかについては、今後の検証に委ねるほかない。

また、「口頭弁論ニ於テ判決言渡期日ヲ指定シ告知シタルトキハ出廷セサル者ニ対シテモ其ノ効力ヲ生スルモノトス」（民集の判決要旨）とする[9-108]にも、やはりこれとほぼ同旨の判断を示した大(一民)判明40・11・9民録13-1106がある。にもかかわらず本判決が民集に登載されているのは、[9-98]と同じ理由に基づくものであるかもしれない²³⁾。

なお、この時期から、特段目新しい判断が示されているとはいえない部分については、文字のポイントを落として掲載する傾向がみられるように

21) 木村和成「大審院（民事）判決の基礎的研究・5——判決原本の分析と検討（昭和6年5月分）——」立命館法学343号（平24）685頁以下。

22) 384件中、却下判決が59件に上っている。

23) 本判決につき注目すべきは、本判決言渡しの9日前に本判決と同旨の法曹会決議が出されていることである。この点については、木村・前掲注(21)720～721頁参照。

なってくる²⁴⁾。

7. 昭和 8 年 7 月分²⁵⁾

判決原本に掲載された判決が全301件、うち民集登載は18件（登載率 6.0%）²⁶⁾ となっており、このうち16件については、いずれも先例がない。これに対し、次の 2 件には先例と目される判決が存在する。

[2-63] は、「不法行為ニ因リテ被リタル精神上ノ苦痛ニ対スル慰藉料ヲ判定スルニ付テハ加害者ノ相続人トシテ現ニ訴求セラルル者ノ資産状態ハ之ヲ斟酌スヘキモノニ非ス」（民集の判決要旨）とするものだが、不法行為による慰謝料の算定については、「権利侵害ニ対スル慰藉料ノ数额ヲ定ムヘキ事情ニ一定ノ制限アルコトナク諸般ノ事実ヲ斟酌シテ之ヲ定ムヘキモノナレハ独リ被害者ノ社会上ノ地位ノミナラス加害者ノ社会上ノ地位ヲ斟酌シタリトテ元ヨリ何等不法ナケレハ本論旨ハ理由ナシ」とする大(二民)判大 9・5・20 民録 26-710 がある。これに対し、加害者の相続人の資産状態を慰謝料算定の考慮要素とすべきか否かが争われた本件では、大審院がこれを明確に否定しており、本判決は上の大正 9 年判決の射程を画すものとなっている。本判決が民集に登載されたのは、こうした理由に基づくものと推測される。

次に、一方当事者の第三者に対する債権を目的とする当事者間での相殺契約によっては相殺の効力は生じないとする [3-64] についても、「当事者ノ一方カ第三者ニ対シ有セル債権ヲ以テ相手方ノ債権ト相消シ之ニ因リテ自己ノ債務カ消滅シタルモノト為サンニハ当事者双方及ヒ第三者ノ契約

24) 先例がある部分についてもこうした取扱いがなされている。例えば、昭和 6 年 5 月分の [1-3]、昭和 10 年 4 月分の [6-55] など。

25) 木村和成「大審院（民事）判決の基礎的研究・6——判決原本の分析と検討（昭和 8 年 7 月分）——」立命館法学 347 号（平 25）505 頁以下。

26) 301 件中、却下判決が 31 件（10.3%）ある。昭和 5 年 9 月分の 177 件中 61 件（34.5%）、昭和 6 年 5 月分の 384 件中 59 件（15.4%）から比べると、その数は減少傾向にある。なお、この間の昭和 7 年 10 月分（未公表）は 414 件中 53 件（12.8%）となっている。

ヲ以テシ相手方ノ承諾ヲ要スルコト勿論ニシテ当事者一方ノ意思表示ヲ以テ足ルヘキモノニ非（ス）」とする大(三民)判大6・5・19民録23-885がある。本判決はこの大正6年判決と同様の立場をとるものであるため、本判決を民集に登載した理由は判然としない。一つの可能性として考えられるのは、この大正6年判決が民録時代のものであるという点である。

8. 昭和10年4月分²⁷⁾

判決原本に掲載された判決が全291件、うち民集登載は18件（登載率6.2%）²⁸⁾となっており、このうち16件については、いずれも先例がない。これに対し、次の2件には先例と目される判決が存在する。

[4-44] は、「芸舞妓取締所組合検番ノ組織ヲ改メテ株式会社ト為スニ付其ノ準備トシテ同検番所有ノ土地建物其ノ他ノ財産ヲ購入スル費用ハ会社設立費用ニ属セサルモノトス」（民集の判決要旨）とするものだが、この点については、「日本産馬株式会社カ設立ノ準備トシテ為シタル土地ノ購入費又ハ馬場設置費ノ如キハ寧ロ営業準備費ニシテ設立費用ニ非ス從テ縦令創立總會ニ於テ設立費用トシテ之ヲ承認シタリトスルモ会社ノ負担ニ帰セシムル効力ヲ生セス」とする大(一民)判明44・5・11民録17-281があり、その点では民集登載の必要性は大きくない。本判決が民集に登載された理由としては、財産引受けの一事例としての価値があること、上の明治44年判決が民録時代のやや古いものであること、この2点が考えられる。

次に、「共同訴訟カ併合ノ要件ヲ具備セサルトキト雖訴訟ノ全部又ハ一部ハ当然却下セラルヘキモノニアラス」とする[7-99]の民集判決要旨「第一」に対応する部分についても、民録時代に同旨の先例（大[三民]判大8・12・17民録25-2324）がある（ただし、「要旨第二」に対応する部分は大審院の新判断であると推測される）。先例が民録時代のものであるという

27) 木村和成「大審院（民事）判決の基礎的研究・9——判決原本の分析と検討（昭和10年4月分）——」立命館法学351号（平26）252頁以下。

28) 291件中、却下判決が33件ある。

点を除けば、当該部分を判決要旨として捕捉する必要性は感じられない。

4 民集不登載判決の分析

前章での分析から、民集においては、民録時代とは異なり、同旨の先例が存在するか否かが判決の民集登載の可否を検討する上での基準とされており、その基準が厳格に適用されていたことは明らかである。以下では、その基準を軸として、民集不登載判決を分析する。

(1) 同旨の先例が存在する場合

民録時代とは異なり、同旨の先例が存在するほとんどのものについては、民集への登載が見送られている（下線を付したものは未公刊判決）。

大正11年 5 月分	[1-1]・ <u>[1-3]</u> ・ <u>[1-8]</u> ・[1-13]・ <u>[1-17]</u> ・ <u>[1-28]</u> ・ <u>[2-63]</u> ・ <u>[2-93]</u> ・[2-95]
大正14年11月分	<u>[1-11]</u> ・ <u>[1-18]</u> ・ <u>[1-26]</u> ・[2-39]・ <u>[3-4]</u> ・ <u>[3-23]</u> ・ <u>[3-25]</u> ・ <u>[3-27]</u> ・ <u>[4-44]</u> ・ <u>[4-52]</u>
昭和 3 年 3 月分	<u>[1-40]</u> ・[1-53]・ <u>[2-3]</u> ・ <u>[2-21]</u> ・[2-26]・[2-28]・[2-31]・[2-32]・[2-44]
昭和 3 年 8 月分	[10]・[14] ²⁹⁾ ・[26] ³⁰⁾ ・[37]
昭和 5 年 9 月分	[1-21]・[1-38]・[1-44]・[2-69]・[2-70]・[2-82]・[4-45]・[4-57]・[4-73]
昭和 6 年 5 月分	[1-2]・[1-15]・[1-20]・[2-34]・[2-36]・[3-71]・[4-7]・ <u>[4-14]</u> ・[4-19]・[4-22]・ <u>[4-23]</u> ³¹⁾ ・[5-38]・ <u>[5-44]</u> ・[5-48]・[5-53]・[5-57]・[6-70]・[7-27]・[7-29]・[7-31]・[7-35]・[7-37]・[8-41]・[8-57]・[8-59]・[8-71]・[8-83]・ <u>[9-118]</u> ・[9-136]

29) 同日の判決 [13] と同一内容であるため、民集不登載となったものと考えられる。

30) 判決理由の中で「本院判例」として援用されているものは、民集不登載判決である。

31) 判決原本には、登載の朱印が押されている。なお、本判決が民集登載判決とならなかったその他の特殊な事情については、木村・前掲注(21)726～729頁参照。

昭和8年7月分	[2-61] ³²⁾ ・[3-68]・[3-76]・[3-93]・[4-3]・[4-5]・[4-34]・ [5-57]・[5-74]・[5-93]・[5-103]・[6-3]・[6-6]・[6-18]・ [6-33] ³³⁾ ・[7-56]・[7-57]・[7-72] ³⁴⁾
昭和10年4月分	[2-52] ³⁵⁾ ・[3-1]・[3-7]・[3-21]・[4-60]・[4-61]・[4-72]・ [5-5]・[5-15]・[5-22]・[5-23]・[6-57]・[7-91]・[7-101]・ [7-104]

ここでは、やや特殊なものとして、2つの判決を紹介しておこう。

[4-14]（昭6-5〔昭和6年5月分のこと。以下、このように略記する。〕）は、後順位抵当権者が、先順位抵当権者は既に消滅した債権とともにそれを担保する抵当権を譲り受けたものとして、先順位抵当権者に対し、当該債権および抵当権の取得が無効であることの確認を求めた事案である。これに対し、大審院は、民法468条1項にいう異議を留めない承諾の効力は第三者にも及ぶとした上で、「抵当権ハ債権ノ担保トシテ之ニ付従スルモノナレハ債権カ転付セラルルトキハ抵当権モ従テ共ニ移転スヘクシテ独り旧債権者ニ残存シ若クハ当然ニ消滅スヘキ謂レナシ」とする大（二民）判大4・10・4民録21-1578を援用して先順位抵当権の存続を認め、後順位抵当権者は先順位抵当権の消滅を主張できないとした。本判決言渡しの時点では、同旨の先例はなかったようであるから、本判決は民集登載に値する判決であるといえることができる。

ところが、この半年後、大（四民）決昭6・11・21民集10-1081が、「債務者カ債務ノ弁済ヲ為シタルニ拘ラス異議ヲ留メスシテ債権譲渡ヲ承諾スルモ弁済ニ因リ既ニ消滅シタル担保物権ハ之カ為復活セサルモノトス」とする決定要旨を伴って登場する（民集登載）。この判断は、本判決と同じく、後順位抵当権者がある場合を前提としてなされたものであるから、本

32) 判決原本には、登載の朱印が押されている。

33) 判決原本には、登載の朱印が押されている。

34) 判決理由の中で援用されているものは、民集不登載判決である。

35) 判決原本には、登載の朱印が押されている。

判決の判断とは矛盾した結論を示していることになる。この事実からすれば、この問題については当時の大審院内部で見解の相違があったということになり、それゆえに [4-14] の民集への登載が見送られたのではないかという推測が成り立つ³⁶⁾。

次に、[3-76] (昭8-7) を紹介しておこう。本判決は、産業組合とその理事との契約は無効であり、産業組合法35条によりそのような場合に組合を代表する監事の承認があっても有効とはならないと判断した原判決を支持するものである。この判決には判決理由も援用する同旨の先例 (大[二民]判大9・10・4民録26-1410) があるから、その限りにおいては民集に登載する必要がない。ところが、その先例と本判決との間には、監事の追認により有効となるとする異趣旨の民集登載判決 (大[一民]判昭6・11・12民集10-961) が存在している。すなわち、上記大正9年判決の立場はこの民集登載判決によって変更されているにもかかわらず、本判決はなおこの大正9年判決の立場を採用しているのである。本判決が民集不登載となったのは、単に先例が存在するからという理由からではなく、本判決が旧判例の立場を採用しているため、当時の大審院の立場に抵触すると考えられたためであろう。

(2) 同旨の判例がなく、かつ新たな準則が示されている場合

民集登載判決には、大審院がこれまでに示したことの無い新たな準則が示されているという共通項がある。しかし、私見によれば以下の判決はそのような共通項を有するにもかかわらず、民集に登載されていない³⁷⁾

36) 明石三郎も、第三者と譲受人との関係について判例理論は一貫しないと表現している (西村信雄編『注釈民法(11)』393頁 [明石])。

37) もっとも、大審院がこれまでに示したことの無い新たな準則が示されている場合であっても、学説上も異論のないところが示されているとみられるもの、当然の準則が示されているとみられるものについては、そのほとんどが掲載されていない (例えば、木村・前掲注(19)679-680頁で分析している一連の判決を参照)。そのため、ここでも、そうした判決についてはこれを除外している。

（下線を付したものは未公判判決）。

大正11年5月分	<u>[1-2]</u> ・ <u>[1-4]</u> ・ <u>[1-12]</u> ・ <u>[1-23]</u> ・ <u>[1-27]</u> ・ <u>[1-37]</u> ・ <u>[2-65]</u> ・ <u>[2-70]</u> ・ <u>[2-87]</u>
大正14年11月分	<u>[2-31]</u> ・ <u>[2-34]</u> ・ <u>[2-49]</u> ・ <u>[3-16]</u> ・ <u>[4-32]</u> ・ <u>[4-46]</u> ・ <u>[4-47]</u> ・ <u>[4-49]</u> ・ <u>[4-53]</u>
昭和3年3月分	<u>[1-6]</u> ・ <u>[1-7]</u> ・ <u>[1-17]</u> ・ <u>[1-25]</u> ³⁸⁾ ・ <u>[1-30]</u> ・ <u>[1-33]</u> ・ <u>[2-19]</u> ・ <u>[2-22]</u> ³⁹⁾ ・ <u>[2-30]</u> ・ <u>[2-40]</u>
昭和3年8月分	<u>[5]</u> ・ <u>[17]</u> ・ <u>[27]</u> ・ <u>[28]</u> ・ <u>[37]</u>
昭和5年9月分	<u>[2-54]</u> ・ <u>[2-72]</u> ⁴⁰⁾ ・ <u>[3-1]</u> ・ <u>[3-2]</u> ・ <u>[3-13]</u> ・ <u>[3-17]</u> ・ <u>[3-27]</u> ⁴¹⁾ ・ <u>[4-58]</u> ⁴²⁾ ・ <u>[4-68]</u> ・ <u>[4-71]</u> ・ <u>[4-77]</u>
昭和6年5月分	<u>[2-54]</u> ⁴³⁾ ・ <u>[2-62]</u> ・ <u>[2-67]</u> ・ <u>[3-79]</u> ・ <u>[4-1]</u> ・ <u>[4-11]</u> ・ <u>[5-30]</u> ・ <u>[5-41]</u> ・ <u>[5-65]</u> ・ <u>[6-69]</u> ・ <u>[6-115]</u> ・ <u>[6-123]</u> ・ <u>[6-127]</u> ・ <u>[8-73]</u> ・ <u>[8-78]</u> ・ <u>[9-103]</u> ・ <u>[9-131]</u>
昭和8年7月分	<u>[1-10]</u> ・ <u>[1-31]</u> ・ <u>[1-35]</u> ・ <u>[2-39]</u> ・ <u>[2-42]</u> ・ <u>[2-43]</u> ・ <u>[2-57]</u> ・ <u>[3-78]</u> ・ <u>[3-79]</u> ・ <u>[4-12]</u> ・ <u>[5-75]</u> ・ <u>[6-2]</u> ⁴⁴⁾ ・ <u>[6-14]</u> ・ <u>[6-19]</u> ・ <u>[7-46]</u>

38) 判決原本には、登載の朱印が押されている。

39) 判決原本には、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。

40) 本判決には、判決理由も援用する先例があるが、その先例との間には看過しえない理論的構成の違いが存在する。このことは、受命判事細野長良の視点から判決を再読するとさらに鮮明となる。この点については、木村・前掲注(19)684～689頁参照。

41) 本判決が読み手に誤解を与えるような表現で紹介されていることにつき、木村・前掲注(19)664頁参照。

42) 判決原本には、登載の朱印が押されている。

43) 法律新聞が本判決を紹介するリード文においては「本件とやや見解を異にする東京控訴院判決あり」と記されている（新聞3270-9）。この観点からも、大審院の立場を明示するため、本判決を民集に登載する価値があったようにも思われる。

44) 判決原本には、登載・不掲載双方の朱印があるが、いずれにも取消し線が施されている。

昭和10年 4 月分	[1-7]・[1-17]・[1-33]・[2-43]・[2-46]・[2-62]・[2-68]・[2-72]・[2-87]・[2-89]・[3-10]・[3-15]・ <u>[3-25]</u> ⁴⁵⁾ ・ <u>[3-30]</u> ・[3-36]・[4-67]・[4-73]・ <u>[5-37]</u> ・[6-40]・[6-44]・[6-49]・ <u>[6-69]</u> ⁴⁶⁾ ・[6-71]
------------	---

以上の判決には、大審院がこれまでに示したことの無い新たな準則が示されているということのほか、以下のように注目すべきいくつかの特徴がある。

(ア) 後に同旨の民集登載判決が登場したもの

① [17] (昭3-8)

本判決は、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、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、[4-71] (昭10-4) が本判決とまったく同一の準則を示しているが、一般的にはこちらが先例として扱われている⁴⁷⁾。[4-71] では、[17] が先例として援用されてもよいはずだが、それへの言及はない。[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、[26] (昭3-8) 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[4-71] の事案との間に顕著な相違がみられるわけでもない。[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⁴⁸⁾ない。

45) 判決原本には、当初不掲載の押印がなされていたが、×が上書きされ、改めて登載の朱印が押されている。

46) 判決原本には、登載の朱印が押されている。

47) 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33, 有斐閣) 82頁。

48) [17] の受命判事は吉田久であり、[4-71] の受命判事は成道齊次郎である。[4-71] は第一民事部言渡しの判決だが、当時の第一民事部には吉田も在籍しており、[4-71] には裁判官として吉田の署名・捺印もある。もし吉田が [4-71] の審理に関与していたとす

② [3-15] (昭10-4)

本判決は、「商標権者カ其ノ登録商標ニ付記又ハ変更ヲ為スニ依リ自他商品ノ誤認混同ヲ生セシムル虞アルコトヲ認識シスル付記変更ヲ為シタル商号ヲ使用シタルトキハ商標法第十五条第一項ニ依リ該商標ノ登録ヲ取消シ得ルヤ勿論ニシテ其ノ使用ニ依リ自他商品ノ誤認混同ヲ生セシメントスル意思ノ有無ノ如キハ問フ所ニアラス」とするものだが、同旨の民集不登載判決（大[四民]判昭4・7・10新聞3062-9）とともに民集に登載されていない。しかし、昭和18年になって、同旨の民集登載判決（大[一民]判昭18・8・10民集22-761）が登場している。

③ [4-67] (昭10-4)

本判決は、債権者が留置権に基づいて留置する浴場を同人が湯屋営業のために使用することは、その保存に必要な範囲を逸脱するものであるとして、債務者による留置権消滅請求が可能である旨を判示するものである。同旨の判断を示した大審院判決はないため、本判決が民集に登載されても

ゝるなら、[4-71]の判決文の起草に当たって、吉田が[17]を先例として指摘したはずである（もっとも、吉田が[17]の存在を失念していた可能性もある）。にもかかわらず、判決において先例として指摘されていないのは、事件の審理は事実上受命判事単独でなされており、判決文の起草も受命判事単独でなされていたことを示唆する。

なお、これまで筆者が「その判決を担当した判事」という意味で受命判事という用語を用いてきたのは、大審院判事前田直之助が、自著「末弘氏の或判例研究に就きて」法曹会雑誌3巻4号（大14）35頁において、大(三民)決大13・1・30民集3-53を指し、この判決の案文が「受命判事として自分の起草したもの」とであると記していることによる。

法律上、受命判事なる文言が登場する規定は少ないが、裁判所構成法122条では、「評議ノ際各判事意見ヲ述フルノ順序ハ官等ノ最モ低キ者ヲ始トシ裁判長ヲ終トス官等同キトキハ年少ノ者ヲ始トシ受命ノ事件ニ付テハ受命判事ヲ始トス」とされており、その注釈書によれば、「或ル判事カ特ニ命令ヲ受ケテ取扱ヒタル事件ニ付テハ前段ノ順序ニ依ラシムヘキモノニアラス何トナレハ人ノ受命判事カ取扱ヒタル事件ナルヲ以テ他ノ判事ハ實際ノ状況ヲ知ラサルカ為メ先ツ其意見ヲ述ルコトト蓋シ難カルヘキヲ以テナリ故ニ受命ノ事件ニ付テハ官等ニ拘ラス受命判事ヨリ先ツ意見ヲ述ヘシムヘキモノトセリ」（磯部四郎『裁判所構成法注釈 完 附施行条例（日本立法資料全集別巻181）』〔平12、復刻版、信山社〕249頁）と説明されている。このことから、大審院各部においては、事件ごとに受命判事が指定され、その者が事件の調査から判決文の起草までを担当していたのではないかと推測されるのである。

よいようにも思われるが、民集に登載されたのはこの翌月に登場した同旨の大審院判決（大[一民]判昭10・5・13民集14-876）であった。ちなみに、この判決は、家屋の賃借人が、賃借中に支出した必要費もしくは有益費に基づく償還請求権につき留置権の行使として当該家屋に居住し続けることは、他の特殊な事情がない限り、留置物の保存に必要な使用であるとしている。

(イ) 先例との抵触が疑われるもの

① [1-30] (昭3-3)

本判決は、更改契約の解除により旧債務は復活しないとする原判決を「法律ノ解釈ヲ誤リタル違法」あるものとして破毀し、「旧債務関係ハ当然ニ復活スルモノト為ササルヘカラス」としている。しかし、これには、「当事者カ債務ノ要素ヲ変更スル契約ヲ為シタルトキハ其契約カ不法原因ノ為メ又ハ当事者ノ知ラサル事由ニ因リテ成立セス若クハ取消サレタルトキノ外旧債務ハ消滅スルカ故ニ仮令其後ニ於テ当事者カ解除ノ意思ヲ表示スルモ為メニ既ニ消滅シタル債務カ当然復活スルコトナシ」とする民録登載の先例（大[二民]判大正5・5・8民録22-918）があり、本判決はこれと抵触することになる。本判決が未登載となった理由は、大審院（判例審査会）が、上記の先例を大審院の「判例」として維持するという考えを打ち出す意図を有していた可能性がある。

② [37] (昭3-8)

本判決のうち、公刊物に掲載されている部分では、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はない。

しかし、公刊物に掲載されなかった部分の中に、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担するのを通常と

し、贈与者は所有権の移転登記手続をなすべき義務を負うと判示されている箇所がある。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⁴⁹⁾、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民録登載判決（大[二民]明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、「所有権移転ノ登記ノ如キハ贈与ノ成立ニ関係ナク第三者ニ対スル関係上贈与者ハ受贈者ノ請求ニ応シテ其手続ヲ為スヘキモノニシテ当事者カ其手続ヲ為スニ付テ特ニ約スル所アルト否トヲ問ハサルヲ以テ偶々当事者ニ於テ贈与ト同時ニ登記手続ニ付テ約スル所アルモ之カ為メ登記カ贈与ノ内容ヲ成シ之ヲ為スニ非サレハ其履行ノ終ハラサルモノト謂フコトヲ得ス」と述べる（なお、この立場はその後の民録登載判決でも踏襲されている）。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。すなわち、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。そうすると、少なくともこの点は先例と抵触することになる。とりわけその部分が公刊物から削除されたことには、この抵触を公表することによって新たな論争を生じること避ける意図が働いていた可能性も拭いきれない⁵⁰⁾。

49) 例えば、我妻栄『債権各論 中巻一』（昭32、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13、岩波書店）263頁は、「贈与ノ効力トシテ一定ノ財産ヲ受贈者ニ移転スベキ債務ヲ生」ずるとするにとどまる。

50) もっとも、[37] が掲載されているのは、法律新聞、判例彙報、法律評論であり、それぞれの発行団体の判断で、当該部分の削除がなされた可能性もあるが、大審院が自ら加工した判決文を各社に配信していた可能性が高い（木村・前掲注(18)脚注(31)）。

③ [2-67] (昭6-5)

本判決は、執達吏が金銭を差し押さえてこれを取り立てたととしても、金銭が第三者の所有に属するものであり、しかも第三者が差押えの際に異議を述べた場合には、その金銭は債権者に帰属せず、債権者に交付されていなければ強制執行も終了しないとするものである。これは、「執達吏カ金銭ヲ差押ノ目的トシテ占有スルト同時ニ其金銭ハ債権者ニ交付セラレタルト同一ノ効カヲ生シ其時ヨリ該金銭ハ債権者ノ所有ニ帰属スルモノト解スルヲ相当トス」とする民録登載の先例（大[二民]判大7・2・21民録24-272）に明らかに抵触する。そのこと自体が判例審査会に民集登載を見送らせる原因となった可能性が高い。

④ [1-10] (昭8-7)

本判決は、賃借人による賃料支払いの遅滞が数日にすぎない場合であってもそれが契約違反（債務不履行）であることには変わりなく、賃貸人は当然に賃貸借契約の解除が可能だとするものだが、本判決前後には、これと矛盾する判断を示す判決（例えば、大[一民]判昭7・1・28法学1-5-648、大[三民]判昭14・12・13判決全集7-4-10）がある。これらの判決からすると、本件のような比較的軽微な債務不履行での解除については、当時においても信義則違反や権利濫用が顧慮される傾向にあったようである。ただし、本判決も含めいずれの判決も民集には登載されておらず、この問題については大審院内部でなお見解の不統一があったものと推定される。本判決の民集登載が見送られているのも、そうした理由によるものなのかもしれない。

⑤ [1-31] (昭8-7)

本件の原審は、Y社がAに対しY社B出張所なる看板の掲出を認めたことは認定できるものの、その「営業上包括的代理権」を与えた事実、Y社B出張所主任名義の使用を許した事実、相手方Xとの法律行為につき何らかの代理権も与えた事実、これらのいずれも認めることができないとして、民法109条の適用を否定し、Xの請求を棄却している。そして、大審

院も、「他人ノ店舗ニ出張所ノ看板ヲ掲ケタルニ止リ其ノ他人ヲ出張所ニ於ケル使用人ニ選任シタル旨ノ表示ナキトキハ其ノ他人ニ代理権ヲ与ヘタル旨ヲ第三者ニ表示シタルモノニ非（ス）」とこれを支持している。

ところが、本件と同様、Y社がAに対しY社B支店の名義使用を認めていたケースにおいて、当該行為をYによる代理権授与表示に当たるとみた民集登載の先例（大〔二民〕判昭4・5・3民集8-447）が存在する。上告したXもこの先例を援用し、本件においても代理権授与の表示があったとみるべき旨の主張を展開しているが、大審院は、援用判例が本件に適切ではないとの最低限の応答すらせずに、上のような判断を示している⁵¹⁾。また、学説も、このような場合におけるAがYの表見代理人に該当することについては、一致してこれを肯定している⁵²⁾。こうした点から、本判決は、民集登載の先例で既に確定した大審院の立場に抵触するものであり、それゆえに民集への登載が見送られたものと推測される。

(ウ) 大審院内部での見解不一致が推測されるもの⁵³⁾

① [2-70] (大11-5)

本判決は、民法94条2項の第三者の悪意は、悪意を主張する者がこれを立証する責任を負うとするものであり、本判決の時点では、同旨の大審院判決は存在していない。そうすると、本件は民集に登載すべき価値があるものといえそうだが、この問題に関するその後の大審院の判断（いずれも民集不登載）は一定しておらず、第三者が善意の立証責任を負うとする判決も散見される（例えば、大〔三民〕判昭17・9・6法学12-343、大〔五民〕判昭17・9・8新聞4799-10）。

51) 本判決には、受命判事水口吉蔵の学識の影響がある。木村・前掲注(25)589～592頁参照。

52) 木村・前掲注(25)590～591頁。

53) 民録時代にもそのような理由から民録への登載が見送られた可能性のある判決が存在する。木村・前掲注(9)356～358頁参照。

② [4-77] (昭5-9)

本判決は、賃借人が留置権の行使として賃貸借契約解除後も引き続き家屋を住宅および営業店舗として使用することは、賃貸人の承諾がない限り、「其ノ保管ノ範囲ヲ越脱シタルモノト謂フヘク又素ヨリ家屋保存ニ必要ナル行為トモ解シ得ス」とした原判決を支持しているが、これは、留置権者による継続使用が保存行為に該当するかにつき大審院による判断が初めてなされた事例とみられる。当時、この問題につき裁判例の立場は一貫していなかったため⁵⁴⁾、本判決を民集に登載する意義はあったのではないかと思われる。もっとも、大(一民)判昭10・5・13民集14-876が、「留置権者ハ単ニ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ留置家屋ヲ占有保管スヘキモノニシテ所有者ノ承諾ナキ限り之ヲ使用スルコトヲ得サルニ拘ラス上诉人ニ於テ被告上诉人ノ承諾ヲ得シテ従前ノ如ク該家屋ニ居住シ之ヲ使用スルハ保管ノ範囲ヲ逸脱シ而モ家屋ノ保存ニ必要ナルモノト解スルヲ得(ス)」として[4-77]とほぼ同様の論理を展開した原判決を破毀し、「家屋ノ賃借人カ其ノ賃借中支出シタル必要費若ハ有益費ノ為メ留置権ヲ行使シ其ノ償還ヲ受クル迄従前ノ如ク当該家屋ニ居住スルハ他ニ特殊ノ事情ナキ限り民法第二百九十八条第二項但書ノ所謂留置物ノ保存ニ必要ナルモノト解スルヲ妥当トス」との判断を示したことにより、[4-77]とは異なる立場で民集登載の「判例」が確定している。

③ [5-41] (昭6-5)

本判決は、賃貸借契約終了前の敷金返還請求は認められないという前提に立ち、賃貸借と転貸借は別個の債権関係だから、賃貸借終了の結果転借人が使用収益できなくても転貸借は終了せず、その結果、転借人の転貸人に対する敷金返還請求は認められないとするものである。この点はやはり大審院の新判断だと思われるが、民集への登載が見送られている。ただ、大審院は、昭和10年に、賃貸借が終了すると転貸借を賃貸人に対抗できな

54) 林良平編『注釈民法(8)』(昭40, 有斐閣) 61~63頁[田中整爾]。

いので、賃貸人より目的物の返還請求があれば転借人は拒否できず、転借人は賃貸人としての義務を履行できないこととなる結果、解除なしに転借借は終了する旨を判示している（大〔一民〕判昭10・11・18民集14-1485）。これは本判決と異なる見解を示すものであり、本判決当時の大審院内部では、この点に関する見解の統一が未だ図られていなかった可能性がある。

④ [1-35] (昭8-7)

本判決は、履行の「準備」を履行の「著手」と混同し履行の「著手」があったとして解除の意思表示を無効とした原判決を破毀したものが、この事案で履行の「著手」を認めない本判決に対しては、多くの学説の批判がある⁵⁵⁾。履行の「著手」をめぐる大審院判決は、本判決以前には存在しないようであるから、これを一事例判決として民集に登載する価値はあったものと思われるが、結果的に登載されるにいたっていないのは、この判決の評価をめぐるは大審院内部にも否定的な論調があったためとみるべきかもしれない。

⑤ [3-79] (昭8-7)

本件は、前節で紹介した [3-76] (昭8-7) と同じく、産業組合とその理事との契約をめぐる紛争である。本判決は、理事の過半数をもって決すべき事項についての理事の決議が無効である場合であっても、これにより当該決議の対外的効力は左右されない、すなわち有効だとしているが、これより先の昭和4年に同旨の判断を示した民集不登載判決（大〔一民〕判昭4・5・23評論18諸504）がある。

この問題については、相手方の主観的事情にかかわらず、当該決議は相手方との関係では常に有効となるという問題点があり⁵⁶⁾、昭和15年の民

55) 我妻栄『債権各論 中巻一』（昭32、岩波書店）263頁、来栖三郎『契約法』（昭49、有斐閣）39頁など。柚木馨＝高木多喜男『新版注釈民法(14)』（平5、有斐閣）183頁は、「戦後の最高裁判決の傾向からみると本判決の態度は否定されたものと思われる」と指摘する。

56) 林良平＝前田達明編『新版注釈民法(2)』374頁（平3、有斐閣）〔藤原弘道〕。

集登載判決（大[三民]判昭 15・6・19 民集 19-1023）が、民法54条の法意から、悪意の相手方との関係では当該決議の効力は生じないとして、従来の立場を修正するにいたっている。本判決からこの修正にいたる期間が比較的短いことから、本判決当時、この問題については大審院内部でも見解の相違があり、それゆえに本判決を民集へ登載することが見送られた可能性がある。

(エ) 立法による解決が見込まれているもの

① [1-25] (昭3-3)

本判決は、否認権の行使は、「契約ノ成立若クハ不成立ノ確定又ハ其履行若クハ銷除、廢罷、解除又ハ其不履行若クハ不十分ノ履行ニ関スル賠償ノ訴ハ其訴訟ニ係ル義務ヲ履行ス可キ地ノ裁判所ニ之ヲ起スコトヲ得」とする民事訴訟法18条（当時）にいう「銷除、廢罷、解除」のいずれにも該当しないので、否認権行使につき同条の適用はないとするものである。本判決は先例の射程を画するものであるから⁵⁷⁾、民集に登載すべき価値を有するものといえる。しかし、本判決当時、上記の民事訴訟法18条が大正15年改正によって廃止され、これに代わって包括的に「財産権上ノ訴ハ義務履行地ノ裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得」とする改正法5条が新設されることとなっていたため（改正法の施行は昭和4年10月1日）、本判決で問題となった点は立法的に解消されることが確定していたという事情がある。

② [3-17] (昭5-9)⁵⁸⁾

商法142条（当時）では、「会社カ前条第一項ノ規定ニ従ヒ本店ノ所在地ニ於テ登記ヲ為シタル後ハ株式引受人ハ詐欺又ハ強迫ニ因リテ其申込ヲ取消スコトヲ得ス」として、会社設立登記後の株式引受人による取消の主

57) 木村・前掲注(17)472頁。

58) 本判決には、受命判事三橋久美の学識の影響がある。この点については、木村・前掲注(19)689～694頁参照。

張が制限されていた。本件は、株式引受人が、会社設立登記後に、株式申込証の作成年月日が実際の事実と符合しないとして、商法142条の類推適用を根拠として申込みの無効を主張したもののだが、大審院は、「商法第百四十二条ハ詐欺強迫ヲ事由トスル取消ニ限り特ニ之ヲ許ササルニ過キサルモノナレハ該規定ヲ類推解釈シ無効ノ場合ニ迄及ホシ設立登記後ハ絶対ニソノ主張ヲ為スヲ得スト解スルカ如キハ当ラス」として142条の類推適用を否定した。この点につき、大審院の先例は存在しなかったようであり、また、商法142条の類推適用により無効の主張を認めないとする学説⁵⁹⁾も当時相当に有力であったことから、大審院の立場を明確にするためにも、本判決を民集に登載する意義はあったものと思われる。

ところが、当時、法制審議会において商法改正の検討が始まっており、そこでは、無効主張を大きく制限する考え方が優勢だったとみられ、結局、そのような方向性で改正がなされている⁶⁰⁾。本判決が民集登載の対象とならなかったことには、こうした事情が影響していた可能性も否定できない⁶¹⁾。

(オ) 裁判所のミスに起因する紛争が含まれているもの

① [4-46] (大14-11)

本判決では、控訴審において、控訴人（被上告人）に送達された第一審

59) 松本丞治「商法雑題(八)」法学新報37巻8号(昭2)1頁以下、竹田省「判批(大[一民]判昭2・6・20)」法学論叢19巻4号146頁以下、田中耕太郎『再訂増補 会社法概論』(昭7, 再訂4刷, 岩波書店)362頁など。特に、田中は、ドイツ法においては、商法142条のような規定を欠くが、判例・学説は、会社設立登記後において意識してなされた申込みは、錯誤、詐欺、強迫、心裡留保、虚偽表示等の理由によってはこれを取り消すことができないとし、学者はこれを商慣習法と認めていると指摘している。

60) 商法142条の改正経過については、さしあたり、木村・前掲注(19)691～692頁を参照。

61) [3-1] (昭5-9) も、「商法ノ規定上株式会社ノ設立手續ノ欠缺ヲ事由トシテ株主カ株式申込ノ無効ナルコトヲ主張スルニ付其ノ時期ニ制限アルコトナ(シ)」として、本判決と同じく無効主張には制限がないとする立場を明確にしているが、やはり同様の理由から民集への登載を見送られたのかもしれない。

判決正本末尾に添付されているはずの物件目録が遺脱していたことが問題となっている。この点につき、大審院は、「判決正本ニ多少ノ誤謬又ハ脱漏アリタリトスルモ之ニヨリ如何ナル当事者間ニ如何ナル判決アリヤヲ其ノ原本ト比較シ之ヲ知り得ヘキ程度ニ二者相符合スル以上ハ該正本ハ正本タル効力ヲ有スルモノト解スルヲ相当トス」と判断している。

② [2-54] (昭5-9)

本判決は、ある判事が原判決の言渡しに列席していたにもかかわらず、原判決正本にはその判事が「賜暇帰省中ニ付署名捺印スルコト能ハス」と記載されていたため、民訴法上の形式を具備しない違法があるものとして原判決を破毀したものである。これが原審長崎控訴院のミスであることは歴然だろう。しかし、判決の形式に関する一つの具体例として——公刊物に掲載されている他の破毀判決と比べてみても——一般に公開する意義はあるようにも思われる。

ここで注目すべきは上記 2 つの判決ともに未公刊判決であることである。特に [2-54] は破毀判決であるにもかかわらず、未公刊となっている。ここで、破毀判決の公刊状況を紹介しておこう。

[大正10年10月分] 15件中未公刊 3 件	[大正11年 5 月分] 13件中未公刊 7 件
[昭和 3 年 3 月分] 11件中未公刊なし	[昭和 3 年 8 月分] 18件中未公刊なし
[昭和 5 年 9 月分] 16件中未公刊 2 件	[昭和 6 年 5 月分] 39件中未公刊 3 件
[昭和 8 年 7 月分] 39件中未公刊 4 件	[昭和10年 4 月分] 42件中未公刊 3 件

以上のように、少なくとも時代が昭和に入ってから、破毀判決の未公刊率が大きく下がっていることがわかる。しかも、この時期の未公刊の破毀判決のほとんどは、判決原本に登載の押印があるにもかかわらず、民集への登載が見送られているものである（[4-58] [昭5-9]・[4-23] [昭6-5]・[5-34] [昭 6-5]・[2-61] [昭 8-7]・[6-2]⁶²⁾ [昭 8-7]・[6-10] [昭

62) より正確には、判決原本に「登載」・「不掲載」双方の朱印があるが、いずれにも取消し線が施されている。

8-7）・[6-33]〔昭8-7〕・[7-79]〔昭10-4〕）。この類の判決がことごとく未公刊となっていることについてはさらに分析が必要だが、未公刊判決にそのような傾向がみられる中、[2-54]が未公刊となっていることは注目されてよい。すなわち、裁判所のミスをめぐる紛争が含まれているものについては、これを公開しない方針が存在していた可能性が考えられるからである。

(カ) いわゆる事例判決と目されるもの

このほか、いわゆる事例判決と目されるものについても、民集に登載されないことが多い。例えば、期日変更の可否に関する[4-11]（昭6-5）、金銭消費貸借の成立要件に関する[5-65]（昭6-5）、民事訴訟法255条1項（当時）にいう「遅滞セシメサルトキ」の具体例を示す[8-73]（昭6-5）⁶³⁾、地代の値上げのペースが異常だがこれを肯定する[2-42]（昭8-7）、遮断機・警報機の設置なき踏切での人身事故における電車運転手の注意義務について判示する[2-57]（昭8-7）、民法416条にいう通常損害の具体的範囲を示した[3-78]（昭8-7）、土地収用による損失補償額の具体的決定基準を示した[6-14]（昭8-7）、婚姻予約に関する[8-78]（昭6-5）がある。もっとも、事例判決であることが民集登載の障碍となるわけではないことは、これまでの筆者の一連の研究で明らかになっている⁶⁴⁾。

おわりに

最後に、ここまでの分析・検討結果をまとめておこう。

「判決録」（民録）から「判例集」（民集）への転換に当たっての最も大

63) なお、同種の判決は、確認できる限りではすべて民集不登載となっている。この点については、新堂幸司＝福永有利編『注釈民事訴訟法(5)』（平10、有斐閣）552～553頁〔吉野正三郎〕参照。

64) 例えば、前述した[1-15]（大14-11）、[2-86]（昭10-4）など。

きな変化は、民録（後に民集も含む）登載の同旨の先例がある判決がことごとく採録対象から外されることとなったことである。しかも、当初は、判決文の一部を削除し、民集に登載すべき価値を有すると思われる判断を示した部分のみを掲載する傾向がみられた。そのため、少なくとも大正時代の民集登載判決を研究対象として用いる場合には、判決原本と突き合わせ、全文が掲載されているかどうかを確認する必要がある。

民集登載判決の特徴としては、まず、民録・民集登載の同旨の先例が存在しないこと、すなわち大審院がこれまでに示したことの無い新たな準則が示されていることが挙げられる。しかし、そうしたものがことごとく民集に掲載されているわけではなく、条文の文言の一般的な解釈を示すもの、法の欠缺を埋めるものが掲載される傾向にある。もっとも、いわゆる事例判決と目されるものも掲載されることがある。

これに対し、民集不登載判決に大審院がこれまでに示したことの無い新たな準則が示されていることも少なくない。その限りでは、民集登載・不登載のメルクマールは必ずしも明確ではないが⁶⁵⁾、民集不登載判決にもいくつかの特徴がある。すなわち、① 後に同旨の民集登載判決が登場しているもの（なぜその段階での新判断を民集に掲載しなかったかは定かではない）、② 民録・民集登載の先例との抵触が疑われるもの、③ 大審院内部で見解が統一されていないと推測されるもの（相反する判決が複数存在する場合がこれに当たる）、④ 立法による解決が見込まれているもの、⑤ 裁判所のミスに起因する紛争が含まれているもの、⑥ いわゆる事例判決と目されるもの、こういった特徴である。そのほかにも、⑦ 学説上も異論の無いところを示しているもの、⑧ 当然の準則（例えば、条文の文言から当然に導かれるもの）を示しているものも、民集不登載となってい

65) 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37）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ってしま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」と指摘する。

る場合がほとんどである。

このうち、特に注目すべきは上記の②および③である。そもそも、民集登載判決の選定を実施する大審院判例審査会は、判決の審査・整理を通じて、矛盾する判決の発見とその整理・統一を企図して組織されたものである⁶⁶⁾。本稿で分析したように、民録・民集登載の先例との抵触が疑われるもの、大審院内部で見解が統一されていないと推測されるものはことごとく民集への登載が見送られているから、判例審査会に「判例を作るのだと云ふ特別な意識」⁶⁷⁾があったことは確かであろう。冒頭に示した、「賃借権に基づく妨害排除」に関する大審院判決の多くが民集不掲載となっているのは、こういった事情がその背景にあるためと考えられる。

本稿では、以上のような民集の判決登載基準を析出したが、これはあくまでも大正11年から昭和10年までの期間のうち任意の8か月分を取り上げて分析・検討した結果にすぎない。したがって、登載基準をよりはっきりと浮かび上がらせるためには、膨大な量の未公刊判決も含めたこれまでの研究をさらに推し進める必要がある。しかし、未公刊判決とりわけ判決原本の研究から得られる他の新たな成果も決して少ないものではなく⁶⁸⁾、こうした判決も含めた大審院（民事）判決の研究にはなお未知の可能性が潜んでいることを指摘して、ひとまず筆を擱くこととしたい。

- * 本研究は、平成23～25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。

66) 木村・前掲注(5)82～84頁。

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

68) 木村・前掲注(14)513～514頁参照。