

「大審院民事判決原本」研究の意義と課題

木村 和成

A Study on Judgments of Daishin-in: Significances and Issues

Kazunari KIMURA

Abstract

Up until now, through analysis and consideration of the original texts of prewar civil decisions, the author has engaged in research to bring to light the formative processes behind the (civil) decisions of Daishin-in (the Supreme Court of Japan [until 1947]), many aspects of which remain a mystery due to restricted access to information. What has become clear thus far through this research is: (1) the standards for listing decisions in the *Collection of Civil Decisions of Daishin-in*, which is the court's official record of decisions; (2) the fact that in some cases publicly announced decisions are not exactly the same as the original documents; (3) the fact that from the original court documents it is possible to identify the judges who delivered the rulings; and (4) the fact that in some cases it is possible to identify all of the facts in a case together with how the case progressed. In this paper, the author will build on that foundation and examine in more detail some of the remaining issues.

1. 研究の契機－「賃借権に基づく妨害排除」をめぐって

筆者は、現在、「立命館法学」上に「大審院（民事）判決の基礎的研究」と題する研究ノート連載している⁽¹⁾。その契機となったのが、民法上の一つの論点である「賃借権に基づく妨害排除」に関する論文⁽²⁾の執筆である。

この問題については、当時、戦前の「判例」はいわゆる「権利の不可侵性」理論により問題の処理を図ってきたという理解が一般的であった⁽³⁾。そのリーディングケースとして引用されてきたのが、専用漁業権の賃借権に基づく妨害排除を肯定した大（三民）判大10・10・15民録27-1788である。この判決は、「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」とするもので、その後、同趣旨の判決がこれに続いた⁽⁴⁾。

しかし、その一方で、賃借権に基づく妨害排除を否定する判決も同時期に登場していた。例えば、大（二民）判大 10・2・17 民録 27-321 は、土地賃借権に基づく妨害排除の可否が問題となったケースで、「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四百十七條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」と述べて妨害排除を否定している。その後も、大（四民）判昭 5・7・26 新聞 3167-11 のようにこの判決を援用して、妨害排除を否定する判決が現れた。

このように、大審院においては、賃借権に基づく妨害排除を肯定する考え方とこれを否定する考え方との路線対立があったと思われるが、肯定派の論調も軌を一にするものではなかった。すなわち、やはり土地賃借権に基づく妨害排除の可否が問題となった大（三民）判昭 5・9・17 新聞 3184-7 は、「物権債権タルトヲ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」と述べて、「権利の不可侵性」という一般論ではなく、「不法行為」（民法 709 条）の効果として妨害排除を認めるという構成を採用しているのである⁽⁵⁾。

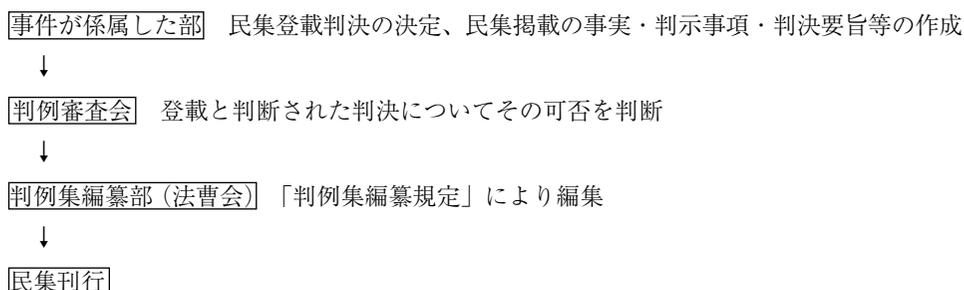
このように、賃借権に基づく妨害排除に対する大審院の態度はまったく一貫していない。にもかかわらず、大審院は「権利の不可侵性」理論により問題の処理を図ってきたという理解がなされてきたのは、おそらく、「権利の不可侵性」理論を採用した判決のみが、大審院判決の公式判例集とでもいうべき大審院民事判例集（民集）に掲載されたためと思われる。そうすると、大審院はなぜその判決群のみを民集に掲載したのかという疑問が当然生じてくる。しかし、民集への判決掲載基準に関する資料はほとんど残っておらず、これを検討した先行研究も存在しない。そのような中で、筆者がその解明の手がかりとしたのが「大審院民事判決原本」（以下、単に「原本」という）なのである。

「大審院民事判決原本」の研究は、原本自体が大量に存在するために、現在もその途上にあるが、これにより民集への判決掲載基準がおぼろげながら明らかになってきただけでなく、他にもさまざまな成果が得られている。それらは、これまで民法学、商法学、民事訴訟法学などといった民事法学の領域において既に一定の共通理解が確立している「判例」についても、その理解が一面的なものにすぎないことを浮き彫りにし、現在でも「判例」として機能している判決の位置づけに再検討を迫ることにもつながる可能性を含むものでもある。本稿は、これまでの筆者の原本研究から得られた成果とその意義を明らかにし、原本研究になお残されている課題についてもあわせて触れることとしたい。

2. 民集登載基準の解明

2.1. 民集刊行のプロセス

民集登載基準の問題に立ち入る前に、民集刊行のプロセスについて説明しておきたい⁽⁶⁾。時期によって若干異なるが、民集の刊行はおおむね次のようなプロセスでなされていたようである。



ここに登場する大審院判例審査会（以下、「審査会」という）は、大正10年12月に当時の大審院長平沼騏一郎の肝煎りで発足したものである。この審査会は、「大審院の判決例を審査して之を整理する為め」に設けられたものであるが（「大審院判例審査会内規」1条⁽⁷⁾）、平沼の意図は、矛盾する判決の発見とその整理・統一にあった⁽⁸⁾。しかし、そこでどのような基準で「判例」の「審査」・「整理」が行われたかは明らかではない⁽⁹⁾。そこで議論されたはずの民集登載の可否についても、その基準を記した文書は現段階ではもちろん発見されていない⁽¹⁰⁾。ここで注意されるべきは、大審院が（正確には審査会が）、今日でも明確になっていない何らかの基準に従って「判例」としたものを、我々が「判例」としてこれを無条件に受け入れ、研究の対象にしてきたということである。

2.2. 民事判決の悉皆的分析の必要性

民集登載基準が当時の資料等により明らかにならないとすれば、大審院がどのような基準で判決を「判例」として民集に掲載することとしていたかについては、民事判決の悉皆的分析によらざるを得ないこととなる。

戦前の民事判決は、大審院の公式判例集である民集のほか、法律新聞や判例彙報などの書誌に掲載されているが、それはごく一部にすぎない。しかも、民集においては、審査会による判決の「審査」・「整理」を経た判決のみがそこに掲載されることとされたためか、その前身である大審院民事判決録（民録）よりも収録判決が大きく絞られており⁽¹¹⁾、それに伴って未公判判決の割合も大きくなっている。民集登載基準を探るには、こうした未公判判決を含む民集不登載判決と民集登載判決とを地道に比較検討していくしかないが、現在は、原本を閲覧することにより、これが可能な状況となっている⁽¹²⁾。

2.3. 民集登載基準

これまでの原本の分析と検討から、民集登載基準は以下のようなものであったと推定される⁽¹³⁾。

まず、同旨の先例があったか否かが第一の基準となっていたようである。民録時代には、同旨の先例があった場合にも民録への登載がなされていたが、民集時代になると、同旨の先例が存在する判決が民集に登載されるケースはほとんどみられなくなる⁽¹⁴⁾。

次に、同旨の先例が存在しない判決についてはこれらがことごとく民集に登載されているかといえばそうではなく、新たな準則、すなわち大審院の新判断が示されていることが登載の要件となっていたと思われる。しかし、それらもすべて登載されているわけではなく、未公判判決を分析する限りでは、①後に同旨の民集登載判決が登場することになる判決⁽¹⁵⁾、②先例との抵触が疑われる判決⁽¹⁶⁾、③大審院内部での見解の不一致が推測される判決⁽¹⁷⁾、④立法による解決が見込まれている判決⁽¹⁸⁾、⑤裁判所のミスに起因する紛争に関する判決⁽¹⁹⁾、⑥いわゆる事例判決と目される判決⁽²⁰⁾、⑦学説上も異論が見当たらない準則を示す判決、⑧当然の準則（例えば、条文の文言から当然に導き出されるといってよいもの）を示した判決については、民集への登載が見送られている。特に注目されるべきは①～③であり、ここには大審院内部での理論的対立が伏在していると考えてよい⁽²¹⁾。そして、これらが民集不登載となったこと背景には、審査会の判例「統一」の意思があるものと思われる。

3. 判決全文の復元

3.1. 判決文の加工

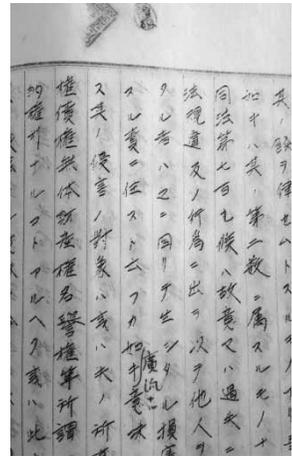
初期の民集においては、判決が全文掲載されている例はほとんどない（民録が全文を掲載していたこととは対照的である）。基本的には、大審院の新判断と思われる部分を含む判決理由と、それに対応する上告論旨又は上告理由のみが掲載され、これに新たに「事実」が付け加えられている（「主文」は例外なく削除されている）。民集に掲載されていない部分は、法律新聞等に掲載されていることもあるが、その数は決して多くはない⁽²²⁾。そのため、判決の分析に当たっては、さまざまな公刊物に掲載された判決との比較対照は当然のこととして、そこにも加工が施されている可能性があるため、まずは原本との照合を経ることが必要になってくる。

原本との照合により削除部分が判明したとしても、そのほとんどは民集に登載するほどの価値ある判断を含むものではない。しかし、脱落部分に重要な判断が含まれている場合もある。例えば、大（二民）判昭3・8・31新聞2906-16では、「不動産の贈与者はその受贈者に対し所有権移転登記をなすべき義務を負う」とする旨を判示する部分が（すべての公刊物において）脱落している。実は、これに先立つ大（二民）判明43・10・10民録16-673が、所有権移転登記を贈与契約の内容とみた原判決を破毀しており、上記脱落部分はこの判断とは正反対の準則を示していることになる。このことと上記の民集登載基準を考えあわせると、この部分が脱落させられたのは、先例との抵触が疑われるためであった可能性がある。

そのほか、大（一民）判大14・11・9民集4-545は、「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爲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）との判断を示すものだが、判決文を読む限りでは、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⁽²³⁾、その重要性は高くないもののように思われる。しかし、削除部分を原本で確認すると、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⁽²⁴⁾。加工されて民集に搭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、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、本判決が民集に搭載されたことの意味が明確になる。このように、削除部分を復元することにより、判決の正確な内容・意義を理解することも可能になる。

3.2. 判決文の修正

原本には受命判事（後述）の手によるさまざまな修正が施されているが、ほとんどは字句訂正のレベルである。しかし、判事ならではこのこだわりの加筆もある。大学湯事件として著名な大（三民）大14・11・28民集4-670では、「（民法）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」と下線部のような加筆がなされている。これは受命判事前田直之助によるものだが、なぜそれが判事ならではこのこだわりであるのか、このことについては次章で触れることとしたい。



4. 受命判事の特定 — その視点からの判決再読

4.1. 受命判事の視点から判決を再読する意義

原本の冒頭部分の欄外には墨書で「○○」判事と記されている。上記の加筆・修正部分における訂正印もこれと符合することから、冒頭欄外部分の墨書は当該判決を起草した判事を示すものと考えるのが自然であろう（筆者は、これまでその判事を「受命判事」と表現してきたので、本稿でもこの語を用いることとする⁽²⁵⁾）。

当時の大審院判事（特に受命判事）が、自らその事件を調査し、担当事件の判決を自ら起草していたという現実、例えば大審院判事前田直之助自身が、大（三民）決大13・1・30民集3-53について、この判決の案文を「受命判事として自分の起草したもの」としているし⁽²⁶⁾、民法学者の末川博が、「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」⁽²⁷⁾、特に前田についても「自分で丹念に、克明に文章を練って書いている」⁽²⁸⁾と評してい

ることからも明らかである。

現在の最高裁判決も、最高裁判所の裁判官によって下されるものであることは言うまでもない。しかし、それは最高裁判所調査官の精緻な調査を前提としたものであり、最高裁判決の理論的基盤はそこにあるといっても過言ではない。退任後の裁判官も判決におけるその役割の大きさを認めているし⁽²⁹⁾、最高裁民事判例集に登載される判決については、一般に「調査官解説」と呼ばれる、担当調査官による最高裁判決の解説が公刊されているため、研究者も、これを抜きにして最高裁判決を分析することはありえない。すなわち、とりわけ上記書誌に掲載される最高裁判決を研究の対象とする場合、調査官の手になる文献は、第一級の資料となっている。



これに対して、最高裁の前身である大審院の判決には、これに相当する資料は存在しない。大審院には、現在の最高裁判所調査官に対応する役職はなかったからである。そのため、大審院判決については、その判決の背景事情や理論的背景、より端的にいえばなぜそのような判断がなされたのかということを知るすべはなかったのである。

この点、民法学者の川井健は、裁判官の判断の形成には、当事者の主張した限度内という制約は別として、①裁判官の個人的判断、②判例、③学説、④時代思潮という少なくとも4つの主要な要因があり、裁判官の判断は、客観的には、時代思潮の下に、裁判官の「個人的判断」により形成されていると結論付けている⁽³⁰⁾。①については、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としつつも、資料不足を理由として、同書では問題点の指摘にとどめられている。おそらく、判決に最も深くかかわっていた、すなわち判決文を実際に起草した裁判官が誰であるかが判然としなかったことがその最大の理由であろう。これがわからない限り、①の点からの分析は不可能だからである。そのため、このような視点からの大審院判決の研究は、その必要性が強く認識されていたにもかかわらず、これまでほとんどなされてこなかったのである。

しかし、原本の公開により、判決の受命判事が誰であるかは容易に判明することとなった。そして、このことと、当時の大審院判事には、その職務の傍ら大学で講義を担当していた者（その結果、「講義録」が存在する場合も多い）、自身の研究成果を著書・論文の形で世に送り出していた者が少なくないという事実を突き合わせると、そうした大審院判事の著作の中から、当該判事が受命判事となった判決の理論的基礎を知る何らかの手がかりが得られる可能性がある。以下では、その一例を示してみたい。

4.2. 大学湯事件判決と前田直之助⁽³¹⁾

前田が受命判事であった大（三民）判大14・11・28民集4-670（大学湯事件）の判決要旨（民集掲載のもの）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—今日の学説の多くは、本判決をそのように理解している⁽³²⁾。

しかし、前田は、本判決以前に、「吾民法ハ……仏民法ナトト同様、概括的ニ後ニモ先ニモ唯一个条ヲ以テ広く一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覺ニ訴ヘルトドウモ其俣ニハ済マサレスト云フ場合カ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囲ヲ支配セネハナラヌノテ有ルノヲ、何ヲ好テ何権ノ侵害ナトト自縄自縛ノ窮屈ニ苦ムノハ甚タ其意ヲ得ヌ次第デアリマス。」と述べたことがある⁽³³⁾。このように、前田は、民法709条が「広く」理解されるべきことを繰り返し強調している。前章で触れたように、前田がわざわざ判決文に「広汎ナル」という文言を加筆していることの意味がこれによってよく理解できる（もっとも、当初の段階で前田が単に書き落としたにすぎない可能性もある）。

では、具体的にどのように「広く」理解すべきなのか。権利侵害要件については2つの考え方がありうる。1つは、709条のそれを「拡張」的に解釈すること、もう1つは、それを他の「広い」要件に置き換えることである。

判決文中には「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」という一文がある。このことからすれば、「権利侵害」要件は、「法規違反ノ行為ニ出」ることという新たな要件に置き換えられているようにも見える⁽³⁴⁾。しかし、注意しなければならないのは、前田の力点は、民法709条が「広汎ナル意味」において理解されるべきものであるという点、より具体的には「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」というが「如キ」広汎な意味で理解されるべき点に置かれていると考えられるということである。そうすると、上記の記述は民法709条を「広汎ナル意味」で理解することの一つの例示に過ぎず、その限りにおいては、「権利侵害」要件に取って代わるといった重大な意味はないようにも思われる。

民法709条をそのように理解すべきだとする前田にとっては、侵害対象を規定の文言通りに「権利」に限定することは「意ヲ得ヌ」こととなる。そこで、判決文では、民法709条を「広汎ナル意味」において理解すべきことを強調することに続いて、「侵害ノ対象」は権利に限定されるものではなく、「法律上保護セラルルノ利益」をも含むべきことが示されている。このように考えるならば、大学湯事件判決において前田が呈示したのは、709条が「広汎ナル」意味において理解されるべきことを前提とした「権利侵害要件の『拡張』」であり、その結果、民法709条は、「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利又ハ法律上保護セラル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」と読み替えられるべきことになる。これは現行709条とほぼ同じ文言である。

しかし、上記の準則の具体的な適用局面に至ると、新たな疑問が生じてくる。すなわち、判決文には、「若被上告人等ニシテ法規違反ノ行為ヲ敢シ以テ上告人先代カ之ヲ他ニ売却スルコト

ヲ不能ナラシメ其ノ得ヘカリシ利益ヲ喪失セシメタルノ事実アラムカ……」とあり、なお「法規違反ノ行為」へのこだわりがみられるのである。民法 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ル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「広汎」なかたちに読み替えるのであれば、「得ヘカリシ利益」という財産的利益の「喪失」があれば十分なのであるから、ことさら「法規違反ノ行為」に言及する必要はないはずである。そうであるにもかかわらず、前田がなおこの「法規違反ノ行為」に言及するのはなぜであろうか。

やはり、前田は「法規違反ノ行為」に積極的な意味を認めていた可能性が高い。判決文では、「被上告人等ニシテ法規違反ノ行為ヲ敢シ以テ上告人先代カ之ヲ他ニ売却スルコトヲ不能ナラシメ其ノ得ヘカリシ利益ヲ喪失セシメタルノ事実」と「或人カ其ノ所有物ヲ売却セムトスルニ当リ第三者ノ詐術ニ因リ売却ハ不能ニ帰シ為ニ所有者ハ其ノ得ヘカリシ利益ヲ喪失シタル場合」とは「何ノ択フトコロカアル」とされており、「得ヘカリシ利益」保護の必要性は、「得ヘカリシ利益」それ自体に保護の必要性があるからではなく、むしろそれが「法規違反ノ行為」により喪失せしめられた点に求められている。このことは、やはり前田の過去の発言にも表れている。

現ニ此ノ権利ト云フ文字ニ拘リマスト妙ナ始末ニ立至ルト云フノハ例ヘハ第三者ノ詐欺ニ依リ相手方ニ対シテ不利益ナル債務ヲ負担シタル場合ニ相手方カ善意ナル限り此ノ取引ヲ取消スコトハ出来ヌ左レハトテ債務ヲ負担シタルコトハ財産全体ニ対スル損害トハ云ヘルカ別ニ何ト云フ具体的権利ノ侵害トモナラヌ其処テ強テ財産権ト云フ字ヲ捻出シ此権利ノ侵害タナトト説明セネハナラヌ事ニモナリマスカ財産権ト云フ一個独立ナル具体的ノ権利ハ有ルモノテハ無イ⁽³⁵⁾

ここでは、法規違反の行為（詐欺行為）により損害が発生しているにもかかわらず権利侵害を見出すことができないがゆえに不法行為に基づく損害賠償請求権が成立しえないことの不当性が問題視されている。大学湯事件における前田の問題意識もこれと相通じるものがある。民法 709 条を「広汎ナル意味」で理解すべきことが前田の主張の根幹であることからすれば、問題は侵害対象が何であるかを穿鑿するよりも、被害者の救済のためには、違法行為により何らかの損害が発生しているという事実があれば十分なはずである。しかし、このとき、権利侵害要件の意義ないし独自性は一仮にそれを「法律上保護セラルル利益」の侵害にまで拡張したとしても一かなり希薄なものとならざるをえないし（権利侵害要件の「脱落」、損害要件との区別も極めてあいまいなものになってくる⁽³⁶⁾）。そうすると、判決文において前田が例示した「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」という準則が前田自身の志向するところに最も適格的であるということになる⁽³⁷⁾。

5. 事実関係と訴訟経過の捕捉

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」が記載されている。

このうち「第二審判決ノ事実並理由」については、サンプルとして昭和3年8月分の民集掲載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、民集掲載判決の二審判決については、民集に転載された「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。

しかし、民集不掲載判決の場合には、そのようなものが存在しないため、二審判決の検索には手間がかかることになる。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。

大（四民）判昭3・8・1民集7-867を例にとると、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2・12・10）を捕捉する（一審・二審の裁判所は民集から明らかにあり、判決年月日については、判決が法律新聞、判例彙報といった他の公刊物に掲載されている場合はそこから把握することができる）。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。

これに対し、大（四民）判昭3・8・1民集7-648の場合、二審の大阪控訴院には民事部が当時4つ存在し、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）を確認する必要がある。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。

東京控訴院にも民事部が当時5つ存在し、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、それぞれ法律新聞2635号8頁、2636号18頁に、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、大（四民）判昭3・8・1民集7-704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足りることとなった。

なお、大（四民）判昭3・8・1民集7-671のように二審（福井地方裁判所）の判決原本が所在不明の場合もあるため、このような場合には現段階では下級審判決を捕捉するすべはない。

6. 原本研究の課題

6.1. 判決原本へのアクセス

原本は、国立公文書館つくば分館に保存されている。閲覧のためには、公文書館宛に「特定歴史公文書等利用請求書」を提出する必要があるが、原本のほとんどは「要審査」資料であり、その審査に1か月ほどの時間を要する⁽³⁸⁾。しかも、利用申請は一度に5冊までと定められているため、作業がなかなか進まないという問題がある。原本はひと月分が分冊化（多い場合で9分冊）されていることが通常であるため、ひと月分をすべて閲覧するのに2か月を要する場合もあるからである。さらに、劣化の激しい原本についてはその修復に時間を要することがあり、また、取扱いに慎重を期する必要がある個人情報等が原本に大量に含まれている場合には審査が長引く場合もある⁽³⁹⁾。原本へのアクセスを阻害し、研究の遅滞を招くこうした状況は、明治元～23年の民事判決原本の全文を画像化・データベース化したものである国際日本分館研究センターの民事判決原本データベース (<http://db.nichibun.ac.jp/ja/category/minji.html>) のようなデータベースの構築により解消することができる。

なお、審査を終えた資料は、これを自由に利用することができる⁽⁴⁰⁾ (写真撮影も可)。しかし、個人情報保護の観点から、公文書館の判断により閲覧制限がなされている部分もあることに注意を要する（その場合は「一部公開」となる⁽⁴¹⁾⁽⁴²⁾）。

6.2. 事前の周到な準備の必要性

我々はこれまで民集や法律新聞等といった書誌に掲載された判決文を対象に研究を進めてきたが、既に述べたように、それには「加工」が施されていることが少なくないため、原本との照合作業を経る必要がある。そうすると、原本との照合を行うためには、特定の判決がどの書誌のどの部分に掲載されているのかということをおらかじめ確認しておかなければならないことになる（掲載されていれば、それと原本とを照合することになる）。

しかし、戦前の判決については所在情報を知るための手がかりが極めて少ない。例えば法律新聞には大量の判決が掲載されているが、判決年月日から掲載号・頁を特定するためのツールはほとんど存在しない⁽⁴³⁾。所在情報についてのデータベースが整備されれば、この作業も格段に効率化されることになる⁽⁴⁴⁾。

6.3. 一審判決捕捉の困難さ

二審判決は、原本に二審判決を下した裁判所とその年月日が掲載されているから、それを手がかりに二審の原本を探せばよい。しかし、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、利用申請が1度に5冊まで、しかも未審査資料については審査に1か月程度を要するという制限がある中で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、一審の判決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。したがって、現段階では、一審判決から大審院判決に至るまでの訴訟経過を正確

に捕捉することは相当困難であるというほかない。

原本が全面的に公開されれば、この障壁も取り除かれることになるが、それは、すべての原本について審査（しかも利用申請がなされることが前提となる）が完了するか、規則の改正により未審査資料についても全面公開されることとなるか、そのいずれかによってしか実現しない。

*本研究は、科研費（課題番号：26780070）に基づく研究成果の一部である。

注

- (1) 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頁以下を皮切りに、木村「大審院（民事）判決の基礎的研究・10—判決原本の分析と検討（大正11年1・2月分）—」立命館法学 367号（平28）252頁以下まで計10本の研究ノートを発表している。
- (2) 木村「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）214頁以下。なお、この論文は平成11年度に立命館大学法学部に提出した筆者の卒業論文（指導は山本隆司教授）を原型としたものである。
- (3) 例えば、奥田昌道『債権総論（増補版）』（平7、第3刷、悠々社）241頁。
- (4) 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）、大（五民）昭6・4・28新聞3270-10（寺院境内地使用権侵害）など。
- (5) やはり、その後同趣旨の判決が続いている。例えば、大（三民）昭6・5・13新聞3273-15（借地権侵害。損害賠償請求の事案だが傍論でこの点に触れている）、大（四民）昭8・7・8新聞3596-11（商号使用権侵害）。
- (6) 詳細については、木村「『大審院判例審査会』小論」立命館法学 339・340号（平24）77頁以下参照。
- (7) 内規の全文（8か条）は、法律新聞1918号11頁に掲載されている。
- (8) 「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11）59～60頁。
- (9) 「審査・整理」の「方針」の審議については、大河純夫「大審院（民事）判例集の編纂と大審院審査会」立命館法学 256号（平10）1356頁以下にその経過が素描されている。
- (10) 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わ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」とする。
- (11) 例えば、民録の最終輯である第27輯（大正10年分）は294件の判決を掲載しているが、民集の第1巻（大正11年分）は143件の判決を掲載するにとどまっている。民録はあくまでも「判決録」であり、民集は「判例」を掲載する「判例」集であるという性格が掲載判決の限定につながっているものと思われる。
- (12) なお、原本は、国立大学での一時保存を経て国立公文書館に移管されるまでは各地の裁判所に保管されていたため、判決全体の傾向を横断的に分析することは事実上不可能であった（公文書館への移管完了までのプロセスについては、さしあたり梅原康嗣＝村上由佳「国立大学からの民事判決原本の移管完了について—民事判決原本利用のための手引—」北の丸〔国立公文書館報〕44号〔平24〕154頁以下参照）。
- (13) 詳細については、木村「大審院民事判例集（民集）における判決登載基準について」立命館法学 352号（平26）150頁以下参照。
- (14) 木村・前掲注（13）164～165頁。
- (15) 木村・前掲注（13）168～170頁。例えば、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た大（四民）判昭3・8・8新聞2907-11は民集に掲載されていない一方で、同旨の大（一民）判昭10・4・22民集14-571（「賃借人カ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」〔民集の判決要旨〕）は民集に掲載されている。
- (16) 木村・前掲注（13）170～173頁。
- (17) 木村・前掲注（13）173～176頁。
- (18) 木村・前掲注（13）176～177頁。

- (19) 木村・前掲注（13）177～179頁。
- (20) 木村・前掲注（13）179頁。
- (21) 例えば、前掲注（15）で紹介した昭和3年判決については、その論理構成に対して当時の大審院内部に異論があった可能性がある。
- (22) なお、民集以外の他の公刊物での脱落部分はほとんど同じであることから、大審院が同一の判決文（加工された判決文）を各社に配信していた可能性がある。
- (23) 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。
- (24) 木村「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）545～549頁参照。
- (25) 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。
- (26) 末川博「民事法研究会のこと〈座談会〉（つづき）」法律時報49巻8号（昭52）58頁。
- (27) 同前。
- (28) 前田直之助「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。
- (29) 例えば、奥田『紛争解決と規範創造—最高裁で学んだこと、感じたこと—』（平21、有斐閣）6頁以下。
- (30) 川井健『民法判例と時代思潮』（昭56、日本評論社）9頁以下。
- (31) 明治7年、士族前田直勝の長男として高知県に生まれる。明治37年に東京帝国大学法科大学英法科卒業後、司法官試補（東京地方裁判所詰）。その後、東京地方裁判所判事（後に部長）、東京控訴院判事を経て、大正10年9月より大審院判事を務める。昭和10年5月に大審院部長となり、昭和12年3月に停年退職。昭和19年、71歳で没。この間、明治大学（明治44年～昭和16年ごろ。民事訴訟法担当〔後に独法も加わる〕）、早稲田大学（大正15年～昭和10年。破産法担当。）、中央大学（昭和16年～不明）でも教鞭をとっていた。
- (32) 例えば、潮見佳男『不法行為法I（第2版）』（平21、信山社）63頁。
- (33) 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10）64～65頁。
- (34) 大河「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18、信山社）539頁は、この点を「権利侵害要件からの『離脱』」と表現する。
- (35) 前田・前掲注（33）65頁。
- (36) 「損害」要件に対する前田の考え方とその評価については、木村「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22）252～259頁、同「大審院（民事）判決の基礎的研究・2—昭和3年8月分—」立命館法学337号（平23）553～556頁参照。
- (37) 前田は、本判決後の論文「債権に対する第三者の不法行為」民商法雑誌6巻1号（昭12）7頁においても、不法行為による損害賠償について、「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」（傍点原文ママ）と述べており、「曲事—不法行為の責を惹くに足るべき曲事—」として絶対権侵害などの場合を列挙している（同8頁以下）。

⁽³⁸⁾ 独立行政法人国立公文書館利用等規則 16 条 1 項「館は、利用請求があった場合は速やかに、これに係る処分についての決定（以下「利用決定」という。）をしなければならない。ただし、利用制限事由の存否に係る確認作業が必要な場合その他の時間を要する事情がある場合は、利用請求があった日から 30 日以内に利用決定をするものとする。この場合において、館が第 11 条第 5 項の規定により補正を求めたときは、当該補正に要した日数は、当該期間に算入しない。」

⁽³⁹⁾ 独立行政法人国立公文書館利用等規則 16 条 3 項「館は、利用決定に関し、事務処理上の困難その他正当な理由があるときは、第 1 項の規定にかかわらず、同項ただし書に規定する期間を 30 日以内に限り延長することができる。この場合において、館は、利用請求者に対し、遅滞なく、延長後の期間及び延長の理由を通知するものとする。」

同条 4 項「館は、利用請求に係る特定歴史公文書等が著しく大量であるため、利用請求があった日から 60 日以内にそのすべてについて利用決定をすることにより事務の遂行に著しい支障が生ずるおそれがある場合には、第 1 項及び前項の規定にかかわらず、利用請求に係る特定歴史公文書等のうちの相当の部分につき当該期間内に利用決定をし、残りの部分については相当の期間内に利用決定をすることができる。この場合において、館は、利用請求があった日の翌日から 30 日以内（第 11 条第 5 項の規定により補正に要した日数を除く。）に、利用請求者に対し、次に掲げる事項を書面により通知しなければならない。

- 一 本規定を適用する旨及び理由
- 二 残りの部分について利用決定をする期限」

⁽⁴⁰⁾ 一度審査を経たものは、その後、自由に利用することが可能である。

⁽⁴¹⁾ 独立行政法人国立公文書館利用等規則 16 条 2 項「利用決定においては、利用請求のあった特定歴史公文書等ごとに、次の各号に掲げる処分のいずれかを決定するものとする。

- 一 全部の利用を認めること（ただし、法第 19 条ただし書の規定に基づき写しを閲覧させる方法を用いる場合にはその旨を明記すること。次号において同じ。）
- 二 一部の利用を認めないこと
- 三 全部の利用を認めないこと」

⁽⁴²⁾ 民集などに掲載された判決文、すなわち既に公開されているものにおいては伏せられていない個人情報であっても、公文書館の判断で閲覧制限が設けられている場合がある。

⁽⁴³⁾ 法律新聞では、昭和 9 年 5 月以降判例索引を掲載しており、それ以降の分については、判決年月日等を手がかりとした検索が可能である（例えば、法律新聞 3751 号には昭和 9 年 5 月分の索引が掲載されている）。

⁽⁴⁴⁾ 筆者は、法律新聞、判例彙報、法律評論等に掲載された判決については個人的にデータベースを作成して検索を容易にしており、いずれはこれを公表して広く研究の用に供したいと考えている。