

判例の意義と民事判例の読み方

法科大学院教授 良永 和隆

序

- 1 判例学習の重要性
- 2 判例の意義
 - (1) 「判例」という言葉の意味
 - (2) 法律（民法）学習上の判例
 - (3) 判決文の構成
- 3 何が判例か（判例の判断）
 - (1) 先例拘束性の有無
 - (2) 最高裁判決（判例）と下級審判決（裁判例）の区別
 - (3) 「結論命題」と「理由づけ命題」の区別
 - (4) 研究対象としての判例

- 4 判例の役割
- 5 民事判例の読み方（分析の視点）
 - (1) 事実関係（事案）の把握
 - (2) 判決文（判旨）の読解
 - (3) 判決の意義－論点と学説との対応
 - (4) 関連判例（判例の位置づけ）
 - (5) 射程範囲
 - (6) 少数意見の意義と扱い
- 6 資料とコメント

序

成文法主義に立つわが国においても、いまや判例の検討を抜きにした法律学、法解釈学は考えることができない。法律学の研究者や実務家はもちろん、多少とも法律学、特に法解釈学を学習しようとする者にとって、判例とは何か、その読み方・学び方を知っておくことが要請される。そこで、本稿では、本誌「専修ロージャーナル」の主な読者である法科大学院生を対象として（本稿で学習者というときは主に院生及び法学部生を念頭においている）、判例の意義と読み方について、やや形式技術的な部分も含めて具体的な判例を示しながら、論じたい。⁽¹⁾

なお、すでに本誌には、判例研究についての論考として、平井宜雄教授と日高義博教授のものが掲載されているが、⁽²⁾ 両論考とも判例の意義を踏まえつつ、前者は判例が引用される根拠、尊重される根拠を探る基礎的・理論的問題を扱い、後者は刑事判例から基礎的知識や方法論を検討するもので本稿とは視点を異にし、また、いずれもその中心にあるのは、判例研究の意義・目的・方法という従来から判例研究方法論として学理的な議論（判例論）を理論的に扱うものであって、この点でも本

稿とは目的を異にしている。とはいえ、叙述の関係上重なる部分はあるものの、できるだけ重複を避けつつ⁽³⁾、主に、法律学（法解釈学）の学習者が判例を学習していく上で必ず把握しておくべき判例に関する基礎的知識及び判例の読み方の基本を具体的実践的な法学教育に必要と思われるレベルで扱うことにする。⁽⁴⁾

1 判例学習の重要性

わが国の法学教育、法律学の学習の中心は法の適用において大前提となる法（条文）の解釈を目的とする「法解釈学」である。法解釈学とは、法律（法規）の意味・内容を明らかにする学問であり、成文法主義に立つわが国では、主に制定法の文言の明確化や補充がどのように行われるべきかが検討される。どのような解釈がなされるべきかが学説上議論されるわけだが、具体的紛争の解決を通して、裁判所が示した解釈が判例であり、この判例こそが法解釈では最も重要な扱いをされているとあってよい。

司法試験に限らず、法律学の試験では判例の事案をベースとした問題が出題されることが多い。答えは自分の意見だけで構成すればよいという意見も聞くが、自説を述べるにしても、判例がある場合にはその判例の見解を無視することは許されないと考えるべきであろう。法律学の学習者はまずは判例をしっかり学習する必要がある（なお、だからといって、判例の見解を無批判に受け入れるべきであるということではない）。試験のための受験勉強でも判例を中心に学習するのがよい。⁽⁵⁾ 事実に関与する規範をあてはめて結論を下すことを前提とした法解釈能力、いわゆるリーガルマインド（法的思考判断力）を身につけるにも判例を読み込むことが最適の学習方法であると思われる。学習者のために、多くの判例解説書があるゆえんでもある。⁽⁶⁾

2 判例の意義

（1）「判例」という言葉の意味

判例は、「裁判上の先例」「裁判例」「判決例」「判例理論」などの語句から生じた言葉であるといわれるが、実際にいろいろな意味で使われている（多義性）。

第1に、個々の判決の意味で使われる。たとえば、最高裁昭和49年9月26日判決（後記【資料3】）など、ある1つの判決を指すときに、判例ということがある。最も広い意味で、過去の出された何らかの判決（下級審を含む）を指す言葉として使われることもある。

裁判などで裁判官が、あるいは実務で弁護士が「この問題には判例があるか。」

という会話をすることがあるが、その場合は、その同一問題（ないし類似する問題）についての過去の判決があるかどうかを聞いている（あるいは気にしている）わけである。

第2に、ある特定の裁判（特に最高裁判決）の理由の中で示された法的判断の意味で使われる。判決文の中で示された法理論・法命題を指す。後述のように、法学の学習者は、この意味での判例を学習している。

第3に、ある問題についての多くの判決から導き出される裁判所の法律的な考え方の意味で使われる。複数の判例を統一的に説明できる共通の法理論のことであって、判例の考え方の基準ということから、この場合を「判例の準則」ということもある。⁽⁷⁾

なお、判例という言葉は、以前は講学上の用語であって、判例法主義にたたないわが国での判例の意義、特に判例が法源か（法源論）が古くから議論されてきたが⁽⁸⁾、現在では、民事法上も法律上の概念となっている（平成8年制定の民事訴訟法の改正による同法318条1項・337条2項参照⁽⁹⁾）。

（2）法律（民法）学習上の判例

学習者が判例を学ぶときは（法律学の教師が授業で「判例」というときも）、前述の第2に掲げた広く「裁判所の（法的）判断」を指している。法解釈学の学習の中心をなすのはいわゆる論点についての学習であって、法規（条文）の解釈について学説の見解が対立する「法律上の論点」について、裁判所がどのような解釈を結論として採用しているかが重要となる。通例、ある法規の文言の解釈について、学説がA説（肯定説）、B説（否定説）、C説（折衷説）と分かれているときに、判例はA説を採用しているなどと表現され、理解される。

たとえば、民法177条は、不動産に関する物権の変動の対抗要件について、次のように定めている。「不動産に関する物権の得喪及び変更は、不動産登記法（平成十六年法律第百二十三号）その他の登記に関する法律の定めるところに従いその登記をしなければ、第三者に対抗することができない。」

これを分かりやすくいえば、建物（不動産）の所有権（物権）を取得したことは、登記（移転登記）をしなければ第三者に主張することができない。すなわち、自分が所有者であることを第三者にはいえないということであるが、この条文がいう「第三者」はすべての第三者を意味するのか、そうではなくてなんらかの限定があるのかが問題となる。たとえば、Aから建物を買ったBは、登記を移転しないと、

その建物を不法に（権原なく）占拠しているCやその建物を破壊したり放火したDに対しても、建物からの退去を求め、あるいは損害賠償請求することができないかどうかである。すべての第三者を意味すると解すれば、この場合の不法占拠者のCや不法行為者のDにも、Bは自分が所有者であることを前提とした主張をすることができないということになる。学説は、すべての第三者であるとする無制限説と一定の制限があるとする制限説とが対立していたが、大審院判決は制限説の立場を採用し、この条文でいう第三者はすべての第三者ではなく、「登記の欠缺を主張する正当の利益を有する者」に限るとした（大連判明治41年12月15日民録14輯1276頁）。177条の「第三者」は、相手方に登記が欠けていることを主張するのに正当な利益を有する者でなければならないとして、不法占拠者や不法行為者は、この正当な利益がないとしたわけである。学説の無制限説の立場ではなく、制限説の立場を採用した判例ということになる。⁽¹⁰⁾

判例理論を把握するためには、個々の裁判で示された判決理由から、どのような法律的判断をしたかを読み取る作業をすることになる。この判決でいえば、判決理由中にある「本条（民法177条－筆者）ニ所謂第三者トハ当事者若クハ其包括承継人ニ非スシテ不動産ニ関スル物権ノ得喪及ヒ変更ノ登記欠缺ヲ主張スル正当ノ利益ヲ有スル者ヲ指称スト論定スルヲ得ヘシ」にこの結論（法命題）が書かれてあるが、この部分が判例ということになる。

このように、解釈上の論点について、判例はどの学説を採用したのか、判例の立場を学ぶのが、法学部生ないし法科大学院生の通常の学習ということになる。

（3）判決文の構成

ここで、形式的な判決文に書かれた内容を見ておこう。まず、判決文（最高裁判決）の構成は、(1)事件名、(2)事件番号、(3)判決年月日、(4)当事者、(5)判示事項、(6)判決要旨、(7)主文、(8)理由、(9)上告理由（ないし上告受理申立理由）となっている（授業では判決文のサンプル・モデルを配布しているが、本稿にはそのサンプルを付さない⁽¹¹⁾ので、各自で判決文にあたって見てもらいたい）。

それぞれ簡単に説明すれば、(1)「事件名」は、たとえば「建物収去土地明渡請求事件」とか「損害賠償請求事件」とかのように、原告の請求内容を簡単にまとめた名称である。(2)「事件番号」は、「最高裁判所平成24年（受）第1234号」や第1審の例では「東京地方裁判所平成24年（ワ）第1234号」のように、①その事件を受理した裁判所、②受理した年、③事件記録符合（訴訟上の事件種類が分かるようにし

た符合であって、たとえば、「受」は上告受理事件、(ワ)は通常の第1審の訴訟事件を意味している)、④受理番号(その年に受け付けた順の番号であり、平成24年第1234号はその裁判所が平成24年に受け付けた1234番目の事件という意味である)によって構成される。

(3)「判決年月日」はその判決が言い渡された日であり、(4)「当事者」は、最高裁の事件では上告人・被上告人のそれぞれの名称である(第1審では原告・被告、第2審(控訴審)では控訴人・被控訴人となる(やや細かくなるが、附帯上告や反訴についても同様で、附帯控訴人・附帯被控訴人、反訴原告・反訴被告となる。決定については、申立人・相手方、抗告人・相手方という)。

(5)「判示事項」は、判決の論点を抽象的にまとめたものであり(最高裁判所判例委員会が編集)、(6)「判決要旨」は、その判決の要旨(判旨)を簡単にまとめたものである(これも(5)と同様、最高裁判所判例委員会が編集)。判決文からその論点(判示事項)に関して重要な判断の部分を抜き出したものが多いが、必ずしも判決文と同一でないこともある。最高裁判所民事判例集(民集)では、この判決要旨に対応する判決文の部分には下線が付されていて対応が分かるようになっている。この判決要旨は、当該判決を下した裁判官が作成したものではなく、したがって、当然ながら判決の一部でもない。記載された判例要旨が明らかに間違っているものもあり、また、それを要旨として考えてよいかに疑問があるようなものもあるので、判例が何かを検討するにあたって参考にはなるが、これを決め手と考えることはできない。

(7)「主文」は判決の結論であり、上告審である最高裁では上告人が求めた裁判(原判決の取消し)に応答する表記がされている(上告棄却、破棄差戻し、破棄自判など)。

(8)「理由」は、上告人の上告理由(ないし上告受理申立理由)に対応した形で主文の結論にいたった理由が述べられている部分である⁽¹³⁾。

(9)「上告理由」(ないし「上告受理申立理由」)は、上告人が原判決(控訴審判決)を不服する理由を述べたものであるが、市販の判例集にはこの部分の掲載が省略されることも多いが、最高裁判所民事判例集(民集)に取り上げられた判例には、掲載されており、この部分から判決の争点・論点を把握することができる。判決文では「所論」とか「論旨」という表現でその主張が取り上げられる。

3 何が判例か（判例の判断）

「判例」が判決によって示された法的判断，法理論（法命題）であるといっても，判決文のどの部分，どのような内容を指して「判例」というかが問題となる。それを判断するにあたって問題となるいくつかのポイントをあげておこう。

（1）先例拘束性の有無

一般に，判例というときには，後の裁判が先例としてそれに従うような力がある判断でなければならないといわれる。この先例として後の裁判を拘束するということから，こうした性質を「先例拘束性」という。判決文に述べられていることすべてに先例拘束性があるわけではないので，先例拘束性がある部分はどこかを検討しそれを発見抽出する必要がある。

もっとも，そもそもわが国は，英米法のような判例法主義（過去の判決そのものを法として扱う主義）の国ではないので，後の裁判で過去の判例と矛盾する判断をすることができないわけではない。イギリスやアメリカでは，原則として後の裁判では，必ず先の判例に従わなくてはいけないということに制度上なっている⁽¹⁴⁾ので，何が判例かを確定することが極めて重要なことになる。

ここでは，判決文（判決理由）の中の判断において，①「先例として拘束力のある部分」をレイシオ・デシデンダイ（ratio decidendi）といい，②判決文の中の判断であっても，こうした先例としての拘束力がない部分をオビター・ディクタム（obiter dictum）と違って区別している。日本語に直せば，前者①の拘束力がある部分が「主論ないし正論」であり（レイシオ・デシデンダイを訳せば「判決理由」である），そうでない部分②が「傍論」である。一般に，傍論とは「当該の裁判の結論を導き出すための論理的前提として表明されているのでない規範命題ないし法律論，すなわち当該の事件で争点となっているのでない仮定の問題について一定の結論を導き出すために，その論理的前提として表明されている規範命題ないし法律論」と定義されている⁽¹⁵⁾。簡単にいえば，傍論とは，その裁判が結論を導くのに必ずしも必要ではない理由ということである（ついでに理由という意味なので，英語では incidental or supplementary opinion といわれている）。

日本では，制度上は判例は法源とされてこなかったが，学説は古くから判例が法源であるとしており，それは事実上の法源であるといわれてきた⁽¹⁶⁾。そうだとすると，日本においても，事実上の法源として，判決中のどの部分が判例（主論）であ

るかが重要となることになる。

たとえば、傍論であることが明らかであるものとして、「なお書き」がある。判決文の中で「なお、」という言葉で始まる部分（英語の判決文では By the way, で始まる）を「なお書き」というが、こうした「なお書き」で裁判所がある法的判断を述べていたとしても、当該裁判で問題となっている事件では、そのことが結論に影響を及ぼさない場合であるため、重要な判断であったとしても傍論という扱いになる。

その例としては、「抵当権に基づく妨害排除請求」を初めて肯定する旨を述べた最高裁判平成11年11月24日判決がある（後記【資料1】下線参照）。

わが国では、このような「傍論」を判例として扱ってよいかについて、議論のあるところである。学説には、傍論は先例拘束性が認められないので判例ではないという見解もあるが、先例拘束性の原則を採用していないわが国では、主論と傍論を厳格に区別する必要はないであろう。⁽¹⁷⁾ 最高裁判所自身も傍論も判例として扱っており、判決文で述べられた法命題は先例の規準として機能している（先例機能的裁判規範⁽¹⁸⁾）。

ただ、一般的には、判例としての重みは低いという扱いになっており、ときに、まるで傍論だから価値がないかのような言い方がされることもある。そして、判例研究においては、その判決で示された法的判断（法命題）が主論であるか、傍論であるかの区別は重要とされている。

（2）最高裁判決（判例）と下級審判決（裁判例）の区別

次に、わが国では、判例といえ、広く下級審判決も含めて使われることが多い。しかし、先例拘束性の観点からいえば、下級審の判決は、後の裁判の規準となるわけではないから（加えて、上級審で変更される可能性もあるわけであるから）、事実上も先例としての拘束力がないことは明らかである。したがって、この点から、下級審の裁判は判例ではないというのが一般的な見方である。その場合、最高裁の裁判を「判例」というのに対して、下級審の裁判は「判例」といわずに、「裁判例」といって区別する者が多い（私もだいたいにおいて、最高裁の判決を判例といい、下級審の判決を裁判例といい、表記することが多い）。

とはいえ、下級審の裁判例を含めて判例ということもあり（実務家に多いように思われる）、「判例」という用語の意味の問題であるが、判例としての重みが違うことを意識しておけば、厳密に区別する必要もないし、実際、法律上は下級審の判決

も判例として扱われている（民事訴訟法318条1項参照）。

（3）「結論命題」と「理由づけ命題」の区別

判例は、その事件で扱われた論点についての裁判所の判断であるが、それは結論の部分（結論命題）と理由づけの部分（理由づけ命題）に分けることができる⁽¹⁹⁾（特に理由づけが述べられていない判決も少なくないし、過去の判決を引用しつつ「前示当裁判所の判例に照らして明らかである」などと全く意味不明の理由をあげる判決⁽²⁰⁾もある）。

判決文で述べられた裁判所の判断がすべて判例とってよいか、結論命題だけが判例であって、理由づけ命題は判例ではないのではないかが問題とされる。

理由づけは結論を導くためのものであって、裁判所が当該事件で適用したのはその結論命題だけである。また、当該事件の結論を決定する結論命題の採用には裁判官も慎重な判断をすることになるが、理由づけ命題のほうは結論命題の説得力を増すために述べられたにすぎない場合もあって、その判断の重みが異なると考えられる。さらに、そもそもわが国の裁判は、当該具体的事件を解決することが目的であって、それを超えてその事件と無関係に一般的な法原則を宣明することができるわけではない（実際、なんらの理由づけをせずに結論命題だけの判決も少なくない）。こうした点からも、理由づけ命題は判例ではない、少なくとも先例としての拘束力（先例価値）はないと考えられている。

たとえば、「AはBであると解されるので、CはDであると解するのが相当である。」との判決文では、「CはDである」とした（法命題部分の）結論命題のみが判例であって、「AはBである」という理由づけ命題は判例ではないということである。

ただ、理由づけ命題にも種々のものがあって、一律に先例としての価値がないとってよいかは疑問である。判決で規範的言明が述べられた以上は、後の判例でも同じ言明が期待されてよいような先例としての機能する余地のある理由づけもあるわけであるから、理由づけ命題であるだけで判例でないという必要はないだろうと思われる⁽²²⁾。

（4）研究対象としての判例

古くから、学者は出された判例を研究の対象として、その分析を判例研究、判例評釈、判例批評、判例解説として発表してきた⁽²³⁾。

大正時代や昭和の初期頃までは、判決文の中で述べられた「抽象的な法命題（法

規則命題)」をとりあげて、その当否を論ずる形式が一般的であった。つまり、そうした独立した法命題（裁判規範）が判例だと考えられてきた。いまでも、民法の授業や基本書では、「判例は～」という言い方をするのは、これと同じ使い方をしているといつてよい。たとえば、物権法の教科書をみると、前述した民法177条に関して、その「物権変動原因の範囲」については、明治41年12月15日の大審院連合部判決で「判例を変更し、意思表示による物権変動に限らず、一切の物権変動を含む（無制限説）と解するにいたった」⁽²⁴⁾などと記述している（後記【資料2】）。この判決の事案は、隠居での家督相続による不動産取得の事案であって、隠居によって家督相続として不動産を取得した相続人Bが、被相続人A（隠居は生前相続なので相続後も生きています）からその不動産を譲り受けた譲受人Cに対して、移転登記の抹消を求めたケースであったのだが、そうした事実関係とは無関係に、無制限説の法命題が判例とされ、その後、太平洋戦争後の民法改正によって家督相続制度が廃止された後も今日に至るまで、同判決で示された法理（無制限説の考え方）が踏襲されてきている。事案と関係なく、法理そのものが踏襲されているのである。

しかし、今日の判例研究・判例評釈においては、このような一般的な法命題だけを判決文から取り出して、それを判例として論評する分析方法がとられることはほとんどないといつてよい。その事件の事実関係がどうであったかという「具体的事実」を前提とした「結論命題」こそが判例であるとの考え方から、その事実関係との関連で分析することが不可欠と考えられている。つまり、具体的事案との関係を切り離して法命題を論ずることはできないと考えられている。そのような事実だったからこそ、そのような法理論が展開されたのであって、事実が異なれば、同一の法理が適用されるとは限らないと考えられ、どのような事案においてその法理が展開されたか、重要な事実との関連で法理を分析検討することが判例の研究では重要だと考えられるようになっていく⁽²⁵⁾。

もっとも、こうした見方にたつと、「具体的事実」といっても、1つの事件にはいろいろな事実があるので、どの事実がその結論に影響を及ぼしたか、結論命題を導いた事実かが問題となる。結論に影響を及ぼす事実を英米法では *material facts*（重要な事実）というが、その事実が何であるかが研究の対象となる（判例法主義の英米法では何が *material facts* かはきわめて重要である）。

そうすると、同じ争点（論点）であっても、事案のうち重要な事実が異なれば、その判例（法理）は適用されない、あてはまらないということになる。これが判例の射程距離とか射程範囲といわれる問題で、どの程度まで事案が違って、同じ判

例法理が適用されるのかが問題となるわけである。そして、将来の裁判の結果を予測するときに、同じ論点でも、どのような事案にその判例法理が適用されるかが検討されなければならないことになる。

たとえば、前述の大審院判例（明治41年12月15日（後記【資料2】））の例でいえば、家督相続の事案において、民法177条が適用されるのは、意思表示による物権変動に限らず、一切の物権変動を含むとの判例法理（無制限説）が適用されたのであるから、家督相続ではない普通の相続（均分相続・遺産相続）や時効取得などにはこの法理は当てはまらないのではないかという議論が生じることになる。特に太平洋戦争後、日本国憲法の下で家督相続が廃止されたため、この明治41年判決の判例は、現在では先例としての効力はないという見方もあるのは、⁽²⁶⁾そうした考え方によるものである。

4 判例の役割

裁判所の判決は、あくまで個々の具体的事件の解決を目的とするものであって、判例法主義をとらないわが国においては、後の裁判で同じ判断がされる制度的な保障はない。もっとも、最高裁判所における判例の変更に慎重な手続が求められ（裁判所法10条1号2号3号）、さらに、平成8年の民事訴訟法の改正（平成10年施行）による新たな上告受理制度の創設によって判例が法令と同格にされたことは、判例の法源性を強めるものといえるが、いずれも判例に先例拘束性を認める制度的な保障ということはできないであろう。

とはいえ、以後同種の紛争、実質的に論点・争点を同じくする紛争が生じた場合には、少なくとも最高裁判所は、過去にした最高裁判所と同じ法的判断をすることが予想され、期待される。同一の論点について異なる判断をしたのでは、①法的安定性を損ない（すでに先例がある場合にはそれに従うことが法的安定の要請である）、また、②同じものは同じ扱いをすべきである（等しきものは等しく⇒等しき事例は等しく取り扱うべし）とする（形式的）正義の原則に違背し、それがまた、③同じ事例（論点）では同じ判断がされるであろうという人々の合理的期待に背く結果にもなるからであるといえよう。⁽²⁷⁾

そして、新しい判決（特に最高裁判決）が出ると、その後の実務もそれを前提として動いていくことになる。特に担保法・金融法の判例は、金融実務に大きな影響を与えることが少なくない。とりわけ、重要な論点については、下級審裁判例の段階から注目を浴びることも少なくない。⁽²⁸⁾

そして、特に最高裁判所の判決は、最終的・確定的な公権的・有権的解釈として権威を有し、実務はもちろん、学説にも大きな影響を与える。学説が対立しているような解釈論に関する最高裁判決が出ることで、そこで採られた解釈が通説化することはよくみられる現象である。また、学説があまり予想していなかった事案や論点に関する判例が契機となって、学説での議論が始まったり、活発化することも少なくない。

通常、判例は条文の文言の意味内容を法解釈として明らかにするわけであるが、こうした条文の具体化にとどまらず、条文にない制度を判例が作ってしまうことがあり、そこでは判例が重要な役割を果たすことになる。新しい法理論を判例が創造することから、判例の「法創造機能」といわれることがある。⁽²⁹⁾立法は本来、裁判所ではなく、国会がするのが三権分立の建前であるが、実際には、多くの法が判例によって創造されていることは疑いのないことである。

具体的例を民法の各分野から一つずつあげれば、民法総則では民法94条2項類推適用論、物権法では背信的悪意者排除論、担保物権では譲渡担保、債権総論では契約締結上の過失、債権各論では信頼関係破壊の法理、家族法では内縁などがある。

(1) 民法総則分野における民法94条2項類推適用論は、民法94条2項が予定した本来の通謀虚偽表示の場合に限らず、通謀がない場合でも（最判昭和45年9月22日民集24巻10号1424頁）、また、真の所有者が権利の外観作出をせず、それを知らない場合ですらも（最判平成18年2月23日民集60巻2号546頁－ただし、民法110条も重ねて類推適用する）、虚偽の外形（登記）を信頼した第三者を保護することで、登記の公信力がないわが国において、登記への信頼を一定の範囲で保護して取引の安全に資する制度となっている。民法制定当初は全く予想されなかった制度が判例によって法創造されているわけである。

(2) 次に、物権法分野における背信的悪意者排除論は、民法177条の第三者に関して判例が創造した法理論であるが、本来、二重譲渡においては、善意・悪意を問わず、登記を先にしたほうが優先するという原則が民法で採用されたが、登記の欠缺（不存在）を主張することが信義則に反する悪意者については、登記の欠缺（不存在）を主張することができないものとして（最判昭和43年8月2日民集8巻1571頁）、この民法の原則を修正する法理となっている。

(3) また、債権法分野における信頼関係破壊の法理（信頼関係論）は、賃貸借契約をはじめ継続的契約の解除を制限する法理として創造されたものである。民法では、賃借人が賃借権を賃貸人の承諾を得ないで譲渡したり、賃借物を転貸したり

して、第三者（賃借権の譲受人や転借人）に使用収益をさせた場合には、賃貸人は、賃貸借契約を解除することができるとしている（民法612条）が、判例は、「賃借人のこれらの行為が背信的行為にあたらぬ特段の事情があるときは、解除権が発生しない」とする法理を作り出した。今日では民法の条文を修正する重要な法理として、確立している。

（4）そのほか、旧利息制限法1条2項・4条2項（いずれも平成18年12月の改正で削除された）の解釈のように、条文にかかれた文言を無視することさえあるし（最大判昭和43年11月13日民集22巻12号2526頁）、旧貸金業規制法43条のみなし弁済の規定（これも平成18年12月の改正で削除廃止された）のように、きわめて厳格な法解釈をすることで実質的にその適用をさせないような解釈をすることもある（最判平成18年1月13日民集60巻1号1頁）。このように、国会が制定した条文を裁判所が法解釈によって形骸化・空文化して、意味のないものにすることすらあるわけである。これは条文を否定する方向での法創造であるから、法破壊機能ないし法形骸化機能とでもいうべきかもしれない。

5 民事判例の読み方（分析の視点）

これまで述べてきたことを踏まえ、具体的な民事判例の読み方、判例分析のポイントについて述べることにする。

（1）事実関係（事案）の把握

まず第1に、判例は「具体的な事実」を前提として法理（法命題・法理論）が展開されているのであるわけであるから、その判例がどのような事案であるか、具体的な事実関係を把握することが重要である。

民法の授業や基本書で説明される設例は、最もシンプルな形にした典型的事例で示されるが、実際の事案でそのように簡単なものはほとんどなく、複雑な人間関係・込み入った人間模様が展開されているのが普通である。紛争当事者の人間関係（親子関係や夫婦関係など）を単純に一般化することはできない（紛争の実態は同じようにみえても、実にさまざまである）。単に「性格の不一致が原因で不仲になった」といっても、紛争（離婚）に至るまでの夫婦関係は、複雑（場合によって怪奇な）特別な事情があることも多い。また単純な金銭の貸し借り（金銭消費貸借）にみえても、貸主と借主の間関係はさまざまで、何年も前の事情が紛争の原因であったり、影響を及ぼしていることもあって、また1つの出来事だけでその紛争が生じたわけではないこともある。そうしたいろいろな諸事情のうち、裁判所が判断

形成の要因として考慮するのは、すべての事情ではなく、その紛争となった争点を解決するのに必要な法的判断の基礎とすべき事実であり、その一定の事実に即して判断を下すことになる（少なくとも法制度上の建前はそうである）。

そうした約束をしたのか、金銭を交付したのかなど、その事実関係についても当事者間で争われることが多いが、どのようにして判断に必要な事実を認定するか、何が判断に必要な事実かは、法科大学院において「事実認定論（どのようにして事実を認定するか）」や「要件事実論（法的効果を導くに必要な事実は何か）」で学習することになる。

ともかく、判例を読むときは、まず、裁判所が判断する前提となる事実関係を把握することが必要となる。弁論主義の下では、事実の主張及び立証は当事者がその負担・責任を負うことになるが、裁判所は、当事者が主張した事実や事情から、法的判断をするのに必要な事実を拾いだし、それを確定して論点についての法的判断をもとに、小前提たる事実で大前提たる法規範をあてはめて、審判の対象である訴訟物につき最終的な結論を下すことになる。

なお、裁判では事実関係を争うことができるのは、第1審と第2審である（したがって、上告審を法律審というのに対して、第1審と第2審は事実審といわれる）。

判例を読むときは、まずは事実を把握することが重要である。原告と被告との間（最高裁では、いずれかが上告人であり、他方が被上告人である）でどのような事実があったのかを把握することが必要であるが、人物の関係図（人物相関図）を作成し、あわせて、時系列で生じた事実（時系列図）を作成して、その事実関係を正確に把握することが必要である（その場合、通例、原告をX、被告をY、それ以外の訴えの当事者となっていない者を訴外A、B、C・・・で表記する。なお、共同原告はX₁、X₂・・・、共同被告はY₁、Y₂・・・と表記する）。

そのようにして多くの判例を読むうちに、人物相関図や時系列図を書くことにも慣れ、複雑な事案でも短い時間で作成することができるようになるものである。

その上で、原告が被告に対して何を請求し（訴訟物）、どのような主張をし（請求原因）、それに対して、被告はどのような主張（反論）をしているか（否認・抗弁）、争点はどこにあるか、その事実及び法的な対立点は何かを把握することが求められる⁽³⁰⁾。

「民法判例百選」などの学習用の判例解説書では、「事実の概要」として事実関係がコンパクトにまとめてあるので、まずは初学者は、こうした判例学習書を読んで、どのような事案かを把握する練習をするのがよいであろう。かなり短くしてあるた

め、紛争の背景や人間関係等は省略してあることが多いので、小説を読むように興味が湧くことは少ないかもしれないが、それでも原告と被告の人間関係を想像したり、自分に置き換えて読むとより興味が持ててよいであろう。

さらに、実際の第1審判決や第2審判決（原審判決）を見れば、より詳しい事実関係を知ることができる（なお、第1審判決と第2審判決とで認定された事実が異なることも少なくないが、最高裁は、原審の判決（原判決）において適法に確定した事実拘束されるので、第2審判決の事実認定が優先することになる。民事訴訟法321条1項）。

もっとも、判決文に記載された事実認定でも、紛争の実態をうかがい知ることができない場合もあると思われる。また、本当の事実は判決文には出てないことすらあるので、判例研究の方法として、直接訴訟の当事者やその代理人の弁護士から事情を聞くなどして、いわば「なまの事実」を探究して研究をすべきだという考え方もある。⁽³¹⁾

（2）判決文（判旨）の読解

第2に、事実関係と争点を把握した上で、裁判の結論である判決文（判決理由）をじっくり丁寧に読むことになる。争点について、裁判所がどのような理由から、どのような結論を導いたかを判決文から読み取らなければいけない。特に最高裁判所判決については、上告理由（ないし上告受理申立理由）にどのように答えたか、原審の判決の判断をどのように扱ったかに注目して読む必要がある。

そして、そこで示された法的判断はどのようなものであるかについて、判例理論（法理）として法命題化することができるかを検討することになる。簡単にいえば、判例が明らかにした理論（法理）とその理由をチェックするということである。

こうした検討をすることで、法曹となるのに必要な事例分析力と法解釈能力が身につく、法律的な思考（リーガルマインド）ができるようになるといっていよいよであろう。

（3）判決の意義—論点と学説との対応

第3に、判決は、どのような論点に関するものであり、どのような規範を定立したものであるか、そして、その論点についてはどのような学説があるか（あったか）、判決は、学説のどの立場を採ったものか、あるいは学説にはない独自の見解を新たに述べたものかを検討し、その判決の意義を把握する必要がある。

判決文の中でどの学説を採用するということは明示されていないので（上告理由や上告受理申立理由で述べられた学説を明確に否定することは少なくない）、どの学説を採用したかが明らかでないことがあり、A説（肯定説）を採ったのか、B説（否定説）を採ったのかで評価が分かれることもある（おおむねA説の論者はA説を採ったものだといひ、B説の論者はB説を採ったものだといひのように、自説を採ったものだといひ傾向がある（その例として、後記【資料3】参照）。

また、そうした判決が出たことで、今後の学説や実務にどのような影響を及ぼすことになるかも考えてみる必要がある。実務は重要な判決には敏感に反応し、すぐに判決に対する意見等がその分野の実務家（たとえば銀行の法務部の人）から法律雑誌等に掲載されることも多い。

判例が妥当なものであるかどうかは、(1)結論の妥当性と(2)理論の妥当性のそれぞれの観点から考えてみる必要がある。(1)その事案の結論として具体的に妥当なものであるか（原告ないし被告を勝たせてよかったか）、そして、(2)法理論として妥当かどうかは、①まず条文の解釈として妥当なものであるか、さらに、②その事案のみならず、その法理が適用される可能性のある他の事案でも、同じく妥当な結論を導くものとして妥当であるか、③他により妥当な理論構成はないか（他の理論構成との比較）をも検討する必要がある。

（４）関連判例（判例の位置づけ）

第4に、その判決がそれまでの従来の判例（あるいは裁判例）とどのような関連にあるかを検討する必要がある。その判決は、過去の判例や裁判例との関係で、どのように位置づけることができるかを考えるということである。

- ① 過去の判例と同じ判断をそのまま引き継いだものであるか（「踏襲」といひ）、
- ② 過去の判例にはなかった新しい判断をしたのか（以後の判決の先例となる場合は「リーディングケース」といひ）、
- ③ 過去の判例と同一の理論をとりつつも、それを適用した一事例にすぎないか、あるいは過去の判例とは関係なく、特異な一事例を対象とした判決であるか（「事例判決」といひ）、
- ④ 過去の判例と同一の理論をとりつつも、例外として異なる結論を導いたものであるか（「特段の事情」⁽³²⁾の例）等々である。
- ⑤ また、すでに複数の判例（ないし下級審裁判例）がある場合には、判例がどのように変化していったかを考察することも必要となる（「判例の流れ」といひ）。

実際にはこのように①～④を明確に分けられるわけではなく、その判断が難しいこともあり、その判決をどう評価すべきかをめぐって学説が分かれることも少なくない。

特に、過去の判例の立場を変更したもの（判例変更）か、過去の判例となお整合性（矛盾がないこと）を保っているかは、しばしば学説で争われるところである（その例として、後記【資料4】参照）。これらを考察し探究することで判例を深く読む訓練となる。

なお、最高裁判所は大法廷による判例変更を避けようとする傾向があるので（判例変更をしないで解決できるときには特にそうである）、判例変更の形式をとっておらず、整合性を保つようにしている場合であっても、実質的には判例変更であると思われるときもある（たとえば、最判平成6年2月8日民集48巻2号373頁⁽³³⁾）。

また、判例の読み方・分析の方法として、判例が出された時代の社会的背景からその判例を理解しようとする手法もある。川井健教授は、「判例の背景となる社会・経済事情を探り、それとの関連において判例の意義を明らかにする」との研究方法を提唱され、それによって、「判例の背後にある諸事情を探ることにより、判決のもつ時代的意義を明らかに⁽³⁴⁾」しようとする。そして、「ある時代の人々の一般的なものの見方」を「時代思潮」といい、各判決の背景にある「時代思潮」を明らかにすることを判例研究の目的としようという考え方をされている。

確かに判例も、その時代を支配している考え方に影響されていることは疑いない。たとえば、バブル経済が崩壊してから、銀行など金融機関が不良債権による破綻の危機にみまわれ（実際に北海道拓殖銀行や日本長期信用銀行などが経営破綻した）、住専問題など金融破綻の回避が国家的な要請とされ、何兆円もの債権放棄に加え、数千億円という多額の公的資金が銀行に注入されるなどした。こうした時期に、銀行等金融機関に有利な判決が次々に出されるようになった。抵当権に基づく妨害排除請求の判例変更（後記【資料1】）もそうした時代思潮が背景にあったとみることができよう。

また、旧貸金業規制法43条のみなし弁済の適用を否定し、サラ金の息の根を止めたといわれる判決（最判平成18年1月13日民集60巻1号1頁）もこの観点から読み解くことができる。⁽³⁵⁾ ヤミ金やサラ金で夜逃げや一家心中する事例が社会問題化し、消費者救済の必要性和サラ金への反感が時代思潮となって、サラ金に厳しい判決が続々と出され、ついにサラ金等貸金業者を全面敗北させる判決につながったとみることができる。このように、時代思潮を踏まえて、判決をみるという視点もあ

る。この観点でいえば、きちんと判例を分析・評価するためには、単に判決文を読むだけではなく、それがどのような時代であったかも調べ把握する必要があることになる。⁽³⁶⁾

こうした時代思潮のことは、判決文には書かれておらず、その結論を導いた真の理由は、判決文にない時代思潮にある（少なくとも要因の一つにはなっている）ということになるが、こうした時代思潮でなくても、判例の真の理由が判決文に書かれた以外のところにあるということもありえないではない。たとえば、あまりにも重大な被害が出ているから、それをなんとか救済したいということで、理屈はどうあれ、被害者を救済する方向で結論を出したとみられるケースなどである。⁽³⁷⁾それが法律家の議論として妥当かはともかくとして、実際にそうした判例判断形成の要因となっているならば、判決文では一切書かれていない真の理由を発見するという作業は非常に困難なものとなる。

（5）射程範囲

最後に、判例の射程範囲ないし射程距離の問題を検討しなければならない。前述したように、判例は事実上の先例拘束力を持ち、将来の裁判において論点を同じくする「同種の事案」には、同じ判断がくだされることが予想される。それゆえ、実務でも現在の紛争解決にとって過去の判例の分析が重要となるわけである。

「同種の事案」というが、どこまでが同じ判例法理（法的判断・法命題）を適用することになる「同種の事案」なのかを検討することがここでの問題である。定立された規範である判例がどこまでの範囲に適用されるか、判例の射程が及ぶかということから、「射程範囲」ないし「射程距離」といわれる問題である。

たとえば、銀行の事案で出された判例（結論命題）は、信用金庫や労働金庫の場合にも適用されるのか。さらに、金融機関以外の場合にも及ぼしていいか、という形で問題となる。信用金庫等の場合、同じ金融機関ということで「同種」という枠に入るのか、それとも違う扱いするのが妥当か。「同種」としてその判例の適用を及ぼすことを「射程が及ぶ」といい、その判例の規範では処理できない、適用がないことを「射程が及ばない」という。つまり、判例が定立した規範命題（法理論）を適用できる範囲を画定することであって、将来の裁判の予測には重要である。別の言い方をすれば、その法理が適用される限界を考えることでもある。

これは試験に出題する格好の題材となるので、法律学の学習者にとっては判決の意義と並んで、最も注意しておく必要があるところである。判例の事案を少しあ

るいは大きく変更して出題することで、その判例を把握理解しているか、その射程・限界をどう考えているかをみることができる。このようなその射程が及ぶかが問われている場合には、答案に簡単に「判例同旨」と書いてはいけないということでもある（後記【資料5】参照）。

一般に、その判決の個別事例に即した特有の判断を下したとみられる「事例判決」では、射程の及ぶ範囲は狭い。そうした特有の事案であったからこそそういう判断がされたのであって、他の事案には同じ判断は及ばないとみられるからである。なお、最高裁自身がその射程を限定する意図でからか、一般論の展開を回避して事例判決のような判決文にすることがある。たとえば、一般法理を述べずに、その判決のいろいろな事実をあげた後で、「かかる事実関係のもとにおいては」とか「右の事実によれば」とか「原審の確定した事実関係によれば」とかに続いて、具体的な判決の結論を出すような形式の判決である。

もっとも、事例判決であっても、事例の一般化が可能であれば、そこから先例となりうる規範を導き出すことができ、その場合には射程範囲が広がることになる。

（6）少数意見の意義と扱い

最高裁判所は、大法廷が15名の裁判官（定足数は9人）、小法廷が3つあり（第一小法廷、第二小法廷、第三小法廷）、それぞれ5名の裁判官（定足数は3人）で構成されている。①初めての憲法判断をする場合、②違憲判断をする場合、③過去の最高裁判所の判例を変更する場合には、必ず大法廷判決によるものとされている（裁判所法10条1号2号3号、最高裁判所裁判事務処理規則9条2項2号3号・3項・4項・6項）。大法廷であれ、小法廷であれ、結論は多数決によって決められることになるが、下された最高裁判決の結論が「法廷意見」となる。「多数意見」ともいうが、近時は「法廷意見」ということが多い。下級審の裁判で、個々の裁判官の意見が表示されることはないが（匿名性の原則）、最高裁判所の場合には、個々の裁判官の意見を表示することが義務づけられている（個別意見表示制。裁判所法11条）。そのため、多数意見とは異なる意見が付されることになり、これを「少数意見」という。

少数意見には、法廷意見の結論に反対する「反対意見」、法廷意見の結論には賛成するがその理由が違う場合の「意見」、法廷意見の結論も理由も賛成だが、理由をつけくわえる「補足意見」がある。それぞれ何人かの裁判官による共同意見となっていることも多い。

判例としての意味を持つのは法廷意見（多数意見）に限られるが、有力な反対意見が数年後に多数意見になる場合もある。⁽³⁸⁾ また、補足意見が将来の法廷意見になる場合もある。⁽³⁹⁾

法廷意見・多数意見が一番重要であることは当然だが（なお、普段の学習は法廷意見を中心にしておけばよい）、少数意見が、裁判官の交代や時代の変化によって、いずれ多数意見になることもあり、注目しておく必要があり、裁判官の個人の見解ではあるが、学説以上の重みがあるとみられている。

6 資料とコメント

ここでは、本文に関連する特徴的な判例を民法総則分野（資料3）、物権法分野（資料2）、担保物権法分野（資料1）、債権・契約法分野（資料4）、債権・不法行為法分野（資料5）から1つずつ掲げて、判例理解のための解説を付しておく。

【資料1】最大判平成11年11月24日民集53巻8号1899頁

「第三者が抵当不動産を不法占有することにより、競売手続の進行が害され適正な価額よりも売却価額が下落するおそれがあるなど、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、これを抵当権に対する侵害と評価することを妨げるものではない。そして、抵当不動産の所有者は、抵当権に対する侵害が生じないよう抵当不動産を適切に維持管理することが予定されているものといえることができる。したがって、右状態があるときは、抵当権の効力として、抵当権者は、抵当不動産の所有者に対し、その有する権利を適切に行使するなどして右状態を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を有するというべきである。そうすると、抵当権者は、右請求権を保全する必要があるときは、民法423条の法意に従い、所有者の不法占有者に対する妨害排除請求権を代位行使することができる」と解するのが相当である。

なお、第三者が抵当不動産を不法占有することにより抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権に基づく妨害排除請求として、抵当権者が右状態の排除を求めることも許されるものといえるべきである。」

本判決の論点は、抵当権に基づく妨害排除請求の可否である。すなわち、抵当権者は、抵当権を設定した土地に不法占拠者がいる場合に、その不法占拠者に対して妨害排除請求することができるかが論点・争点となったものである。本判決からわずか8年前の判決では、これを明確に否定していた（否定説。最判平成3年3月22日民集45巻3号268頁）。そのため、本件では、原告はそうした抵当権に基づく妨害排除請求ではなく、債権者代位権の転用による妨害排除請求権の代位行使を主張し、本判決はこれを認めたのであるが（ただし被保全債権は異なる）、下線を付した

「なお書き」で、平成3年判決の判例を変更し、抵当権に基づく妨害排除請求も認める旨（肯定説）を述べた判決である。

この「なお書き」の部分は本判決の結論に影響しない判断なので、傍論ということになるが、今後、同種の事件については、過去に否定していた請求も認めることを述べたものである。このような傍論には当然ながら事実上の先例的価値があることはいうまでもない。

そして、その後、抵当権に基づく妨害排除請求を正面から肯定した判決も出されている（最判平成17年3月10日民集59巻2号356頁）。

【資料2】大連判明治41年12月15日民録14輯1301頁

「不動産ニ関スル物権ノ得喪及ヒ変更ハ其原因ノ如何ヲ問ハス総テ登記法ノ定ムル所ニ従ヒ其登記ヲ為スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルヲ得サルコトヲ規定シタルモノニシテ右両条（筆者注・民法176条と177条）ハ全ク別異ノ関係ヲ規定シタルモノナリ之ヲ換言セハ前者ハ物権ノ設定及ヒ移転ニ於ケル当事者間ノ関係ヲ規定シ後者ハ物権ノ得喪及ヒ変更ノ事為ニ於ケル当事者ト其得喪及ヒ変更ニ干与セサル第三者トノ関係ヲ規定シタルモノナリ故ニ偶第177条ノ規定即チ物権ノ得喪及ヒ変更ニ付テノ対抗条件ノ規定カ前掲第百七十六条ノ規定ノ次条ニ在ルトノ一事ヲ以テ第177条ノ規定ハ独り第176条ノ意思表示ノミニ因ル物権ノ設定及ヒ移転ノ場合ノミニ限り之ヲ適用スヘキモノニシテ其他ノ場合即チ意思表示ニ因ラスシテ物権ヲ移転スル場合ニ於テ之ヲ適用スヘカラサルモノトスルヲ得ス」

本文中でも述べたように、本判決の論点は、民法177条の物権変動の範囲に関するものである。民法177条の文言には制限はない。すなわち、対抗要件として登記が必要とされる「物権変動の範囲」についてなんらの制限もないが、本判決以前の判例は、177条が176条を受けてその例外を定めたものであることなどから、意思表示による物権変動に限って177条が適用されると解していた（意思表示制限説）。しかし、本判決は、177条は「その原因の如何を問わず」すべての物権変動に適用されるものとした（無制限説）。今日にもこの法理は踏襲されているが、本判決の事案が隠居による家督相続での不動産取得についてのものであったため、隠居による家督相続が廃止された現在に、この判例が先例的価値を有しているかには疑問も出されているところである。

【資料3】最判昭和49年9月26日民集28巻6号1213頁

（ア）「民法96条1項、3項は、詐欺による意思表示をした者に対し、その意思表示の取消権を与えることによつて詐欺被害者の救済をはかるとともに、他方その取消の効果を「善意の第三者」

との関係において制限することにより、当該意思表示の有効なことを信頼して新たに利害関係を有するに至った者の地位を保護しようとする趣旨の規定であるから、右の第三者の範囲は、同条のかような立法趣旨に照らして合理的に画定されるべきであつて、必ずしも、所有権その他の物権の転得者で、かつ、これにつき対抗要件を備えた者に限定しなければならない理由は、見出し難い。」

(イ)「本件農地については、・・・本件売渡担保契約により、Yは、Aが本件農地について取得した右の権利を譲り受け、仮登記移転の附記登記を経由したというのであり、・・・、本件売渡担保契約は当事者間においては有効と解するのであつて、これにより、Yは、もし本件売買契約について農地法5条の許可がありAが本件農地の所有権を取得した場合には、その所有権を正当に転得することのできる地位を得たものといふことができる。」

(ウ)「そうすると、Yは、以上の意味において、本件売買契約から発生した法律関係について新たに利害関係を有するに至った者といふべきであつて、民法96条3項の第三者にあたりと解するのが相当である。」

本判決の論点は、民法96条3項の第三者に関するものである。詐欺による意思表示は善意の第三者に対抗することはできないと定められているが、ここでいう善意の第三者は、対抗要件（不動産では登記）を備えていることが必要かどうかについて、学説は、対抗要件を必要とする説（登記必要説）と不要説に分かれ対立している。そうした学説の状況の中で出された本判決はいずれの立場を採用したものと理解されるであろうか。

(ア)の下線部、そして、(ウ)の結論だけを見ると、対抗要件すなわち登記が必要だとは述べていない。この部分だけを素直に読めば、登記不要説を採っているように見える。「対抗要件を備えた者に限定しなければならない理由は、見出し難い」といい、結論も登記をしていないYを民法96条3項の第三者にあたりとしている。登記のないYが民法96条3項の善意の第三者にあたりというわけである。

ここから、登記不要説の立場をとる多くの学者は、これは登記不要説を採用した判例⁽⁴⁰⁾であると解している。

しかし、(ア)と結論の(ウ)の間に判決文には(イ)の部分が入っている。(ア)の部分では確かに対抗要件は不要、すなわち登記していなくてもいいとしているが、(イ)の部分を見ると、本件の事案は農地であつて、Aが仮登記をして、その仮登記をYは受け継いで付記登記をしていることを認定し、「附記登記を経由したというのであり」とできうる登記をしたことを強調しているかに見える。このことを理解するためには、農地についての知識が必要となるが、農地というのは、その農地を売却しても、都道府県知事又は農業委員会の許可がなければ、買主に所有権移転

が認められないことが農地法という法律で決められている（農地法3条参照）。したがって、農地の買主のAは登記（移転登記）をしたくてもできず、最大できることは将来、許可が出たときに備えて暫定的な登記である「仮登記」ができるだけである。こうしてAから取得したYは、登記については最大できること（仮登記移転の付記登記）をしているわけである。ここに登記必要説の論者は着目して、農地については仮登記（の付記登記）をしているからこそ、本件では登記がなくてもいいという結論になったと読む。だからこそ（ア）において、登記は不要といわずに、「必ずしも」登記（対抗要件）を備えた者に限定しなければならない理由は見出し難いという曖昧な表現になっているのだと理解されるとみるのである。

確かに、登記が不要だという立場であるなら、（イ）の部分で仮登記していることを強調する必要はないし、（ア）の部分の判旨ももっと明確に対抗要件不要と結論づければよい。そのように判示していないのは、農地以外の一般の場合には登記がいると考えているからだという理解もできるわけである。⁽⁴¹⁾

このように同じ判決文なのに、立場によって、見方によって、その理解が分かれることがある。

【資料4】最判（第二小法廷）平成15年2月21日民集57巻2号95頁

「前記事実関係によれば、金融機関であるYとの間で普通預金契約を締結して本件預金口座を開設したのは、Aである。また、本件預金口座の名義である「富士火災海上保険（株）代理店矢野建設工業A」が預金者としてAではなくXを表示しているものとは認められないし、XがAにYとの間での普通預金契約締結の代理権を授与していた事情は、記録上全くわがわれない。

そして、本件預金口座の通帳及び届出印は、Aが保管しており、本件預金口座への入金及び本件預金口座からの払戻し事務を行っていたのは、Aのみであるから、本件預金口座の管理者は、名実ともにAであるというべきである。

さらに、・・・（中略）・・・本件預金の原資は、Aが所有していた金銭にほかならない。

したがって、本件事実関係の下においては、本件預金債権は、Xではなく、Aに帰属するというべきである。」

債権法の契約法の論点として、銀行預金の口座名義人と預金の出した者（出捐者）が異なる場合に、その銀行預金は誰のものかに関する判例である。銀行に預けた金銭は、預け入れた口座名義人のものか（主観説という）、それとも客観的に実際のその金銭の持ち主・帰属者のものなのか（客観説）について、学説が対立している。たとえば、AがBからBの金銭を預かって、Aの名前で銀行に預けたような場合に、その銀行預金はAのものか、Bのものかである。特に口座名義人の債権者がこれを

差し押えたときに問題となる。

過去の判例は、一貫して客観説（実際には誰のための金銭なのかを客観的に決する立場）を採用してきた（最判昭和32年12月19日民集11巻13号2278頁など）。

しかし、本判決は、損害保険会社Xの代理店AがXの顧客から預かったXに渡すべき金銭をAの名前（正確にはX代理店A）でY銀行（正確には信用金庫）に預金していた事案について、その預金はその金銭が帰属すべきXではなくて、口座名義人Aのものであるとした判決である。本来客観的にはXの金銭なのであるが、口座を開設し預け入れて口座名義人であったAの金銭であるとしたわけだから、過去の客観説とは結論は違うのは明らかである。それでは、本判決は判例変更かということになるが、その評価は分かれている（加毛明・民法判例百選Ⅱ債権〔第6版〕144頁参照）。

第1に、客観説から主観説への判例変更だという理解をする考え方ができる。確かにこれは一番分かりやすい。結論が過去の判例とは異なるのだから、判例変更という理解である。

第2に、過去の判例と理論自体に変更はないという見方もできる。過去の客観説の判例も、結局は総合的な判断で、預金の帰属を決しており、過去の判例の事案では単にXが出捐した金銭をYが銀行に入れていたケースであったが、本判決の事案では、判決文の下線のように、その預金がAがすべての管理を行っていたことをいろいろ認定してあげていることが分かる。そうすると、本件の事案では総合的にみて、過去の判例と同じ基準で考えても、結論はXではなく、Aになるという理解もできなくはない。過去の判例とその理論は変わっていないという理解である。

第3に、過去の判例の事案はすべて定期預金のケースであったが、本判決は普通預金のケースであって、事案が異なるから、そもそも矛盾はないという理解の仕方でもできなくはない（その場合はそうした定期預金と普通預金で区別する合理性が問題となるが）。

このように、同じ判例であっても、過去の判例との関連においてもいろいろな理解ができるわけで、それを検討するのが、前述した関連判例（判例の位置づけ）でされるべき検討である。

【資料5】最判平成9年1月28日民集51巻1号78頁

「一時的に我が国に滞在し将来出国が予定される外国人の逸失利益を算定するに当たっては、当該外国人がいつまで我が国に居住して就労するか、その後はどこの国に出国してどこに生活の

本拠を置いて就労することになるか、などの点を証拠資料に基づき相当程度の蓋然性が認められる程度に予測し、将来のあり得べき収入状況を推定すべきことになる。そうすると、予測される我が国での就労可能期間ないし滞在可能期間内は我が国での収入等を基礎とし、その後は想定される出国先（多くは母国）での収入等を基礎として逸失利益を算定するのが合理的といえることができる。そして、我が国における就労可能期間は、来日目的、事故の時点における本人の意思、在留資格の有無、在留資格の内容、在留期間、在留期間更新の実績及び蓋然性、就労資格の有無、就労の態様等の事実的及び規範的な諸要素を考慮して、これを認定するのが相当である。」

本判決の論点は、日本にいる外国人の逸失利益をどのように算定するのかである。特に、日本での就労が許されていない外国人（不法就労外国人、正確には資格外労働者という）が日本で交通事故にあうなど不法行為の被害者となった場合に、日本での就労ができなくなったことによる損害（逸失利益）の損害賠償請求ができるか、できるとすればどの程度できるかという問題である。

本判決の事案は、観光ビザ（90日しか日本に滞在することはできず、また、就労することもできない）で、日本に入学した23歳のパキスタン人男性が滞在期間を超えて（オーバーステイという）、不法に製本屋で働いていて、人差し指を切断する事故にあったというものである。日本人と同じ水準、同じ基準で損害賠償請求できるのか、それとももともと滞在が許されず、就労が許されない不法就労であることから、日本ではなく、母国パキスタンの基準によるのかが争われた。

本判決は、判決文の下線のように述べて、予測されるわが国での就労可能期間ないし滞在可能期間を3年間とし、その3年間は日本での収入を基準とし、その後はパキスタンでの収入を基準とする判断をしたものである。

ここで述べられた法理は、それがたとえば観光旅行中に交通事故にあった外国人にもあてはまるのか、はたまた、ビザを持たずに密入国してきた外国人にも及ぶのか、さらには、もっと違法なピッキングなどで窃盗とか覚醒剤の密売などで収入を得ている外国人、暴力団組員の外国人などにも適用されるのかなど、事案が少し変われば、同じ法理で考えてよいか、その射程の問題となるわけである。

注

(1) この2、3年、法学部において通常の民法の授業科目（「物権法」「債権各論」と切り離して、特殊講義の形態で「担保物権法（前期2単位）」と「不法行為法（後期2単位）」の授業を担当しているが、そこでは基本判例・重要判例を実践的に読むことを中心にした授業をしている。そして、年度初めの最初の授業において、「判例の意義と読み方－開講にあたって」というテーマで講義しているが、その内容は法科大学院生にも役立つと思われるので、ここに掲載することにしたものである。

- (2) 平井宜雄「『判例』を学ぶ意義とその限界」『法律学基礎論の研究－平井宜雄著作集Ⅰ』（有斐閣，2010年）335頁以下〔初出は専修ロージャーナル1号5頁以下（2006年）〕，日高義博「刑事判例研究の意義と方法」専修ロージャーナル5号73頁以下（2010年）。
- (3) 判例研究方法論は以前から学説上の議論のあるところで，近時再び，法律家にとっての判例研究とはどうあるべきかという観点から平井宜雄教授が新たな理論を提示されていて注目される。いずれ筆者の見解も述べたいと思っているが，本稿ではこれについては触れず，学習の実践レベルの範囲で知っておくべきことにとどめたい。
- (4) 学生・院生が入手しやすい最近の参考文献として，中野次雄編『判例とその読み方〔三訂版〕』（有斐閣，2009年），池田真朗編『判例学習のAtoZ』（有斐閣，2010年）がある（前者は本法科大学院の入学予定者に入学前に読むとよい本として推薦している）。また，最近の雑誌では，大石眞「判例を学ぶ」法学教室367号27頁－33頁（2011年），森純子「民事の判例の読み方」法学教室381号19頁－25頁（2012年）などがある。
- (5) 遠藤浩「判例の引用のしかた」『遠藤浩随想集 百花繚乱たれ』（勁草書房，2006年）168頁。司法試験考査委員17年間という最長記録の遠藤浩教授は，「試験の答えは，一般的に言えば，判例の考え方を主軸とし，それに対立する学説を，なぜ，どういう根拠のうえにたって批判するのか，そして自分の考えを述べるといのがいい」といわれている。私も同感である。
- (6) 民法分野では，「民法判例百選」（有斐閣），「判例講義民法」（悠々社），「判例プラクティス」（信山社）などのシリーズが出版されている。いずれも重要な判決を取り上げて，その事案と判旨を要約し，学習者向けの解説がされていて，学習上有用である。
- (7) 平井宜雄『債権総論〔第2版〕』（弘文堂，1994年）「はしがき」3頁。同書は形成された判例法理を「判例の準則」と呼び，そこまでには至らない，言わば判例の態度ないし考え方を示す言葉として「判例理論」と呼んで，両者を区別している。判例の準則というと，判例が用いている判断基準という意味合いになろう。
- (8) 平井教授によれば，末弘巖太郎博士及び川島武宜博士の両者とも判例を法源として肯定してきたが，裁判をするに当たって基準とすべき規範という意味で「法源」であることを認めることは困難であり，他方，法を認識するための資料又は素材という意味で判例が「法源」であることは否定できないのであって，判例が法源であるかどうかの論議は，今日では意味を失っているという。平井・前掲注（2）342頁以下参照。
- (9) 当然ながら，民事訴訟法318条1項・337条2項にいう「判例」の意義は，民事訴訟法解釈学で問題とされることであるが，これに関してあまり活発な議論はされていないようである。伊藤眞『民事訴訟法〔第4版〕』（有斐閣，2011年）700頁，新堂幸司『新民事訴訟法〔第5版〕』（弘文堂，2011年）905頁，梅本吉彦『民事訴訟法〔第4版〕』（信山社，2009年）1060頁，賀集唱ほか編『基本法コンメンタール民事訴訟法3〔第3版〕』（日本評論社，2008年）79頁〔上野泰男〕のほか，いずれの基本書や注釈書でも同条にいう判例の概念についてあまり論じられていない。
- (10) 良永和隆『新・民法学2〔第4版〕』（成文堂，2011年）54頁以下参照。その後，これを踏襲した最高裁判例については，良永和隆・民法判例百選Ⅰ総則・物権〔第6版〕118頁－119頁参照。
- (11) 判決文のサンプルとしては，霜島甲一ほか編『目で見える民事訴訟法教材〔第2版〕』（有斐閣，2009年）78頁，池田辰夫ほか『民事訴訟法Visual Materials』（有斐閣，2010年）71頁（ただし，いずれも第1審判決）。

- (12) たとえば、著名な判例であれば、大学湯事件の判決がある（大判大正14年11月28日民集4巻670頁）。民法709条の「権利侵害」の要件を厳格に解した桃中軒雲右衛門浪曲レコード事件（大判大正3年7月4日刑録20輯1360頁）の考え方を変更して、同条の不法行為が成立するためには、厳密には権利とはいえなくても、「法律上保護セラルルノ利益」があればよいとした判決、すなわち、権利侵害はなくても、法律上保護に値する利益の侵害があればよいとした判決であるが、民事判例集の判決要旨には「湯屋業ノ老舗其ノモノ若クハ之ヲ売却スルコトニ依リテ得ヘキ利益ハ民法第七百九条ニ所謂権利ニ該当スルモノトス」と記載されている。判決文ではそんなことは一言も言っていないのだが、この判例要旨を作成した判例審査会民事部がそのように理解したのであろう。同判決については、良永和隆『不法行為法』（日本加除出版、2010年）13頁以下参照。
- (13) 下級審判決の判決文の書き方（判決書）には、①「事実」欄に原告の請求原因・抗弁・再抗弁・再々抗弁と当事者の主張を各要件事実ごとに整理して記載し、「理由」欄に各要件事実の認定をして記載する「旧様式」のものと②「事実」欄と「理由」欄を分けず、「事実及び理由」として、争いのある事実とない事実を整理して分け、争点ごとに当事者の主張と裁判所の判断を記載する「新様式」のものがある。「旧様式」が要件事実ごと、「新様式」が争点ごとであり、判決によっては両者が混合した形式のものもある。新様式の判決書については、「民事判決書の新しい様式について」判例タイムズ715号（1990年）4頁以下及び「特集・民事判決書の新しい様式をめぐって」ジュリスト958号15頁以下（1990年）参照。
- (14) アメリカの先例拘束性については議論があるようである。英米法の判例法主義については、佐藤信行「法文化の違いから判例をみる」法学セミナー590号10頁-12頁（2004年）ほか、中野・前掲注（4）12頁-13頁掲載の文献等参照。
- (15) 川島武宜「判例研究の方法」『川島武宜著作集第6巻』（岩波書店、1982年）159頁。
- (16) 末弘厳太郎「判例の法源性と判例の研究」『民法雑記帳（上）』（日本評論社、1953年）22頁以下、川島・前掲注（15）128頁以下、特に142頁以下など参照（なお、この点に対する平井教授の批判として、平井・前掲注（8）参照）。
- そして、現在でも民法総則のほとんどの本で、民法の法源として判例があげられている。たとえば、我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、1965年）7頁、川井健『民法概論Ⅰ民法総則〔第4版〕』（有斐閣、2008年）5頁、近江幸治『民法講義Ⅰ民法総則〔第6版補訂〕』（成文堂、2012年）11頁、良永和隆『要論民法総則〔改訂版〕』（青林書院、2001年）10頁-11頁など。
- (17) 私は第一法規の判例体系（現在はウェブ版データベースの「D1-Law」に一本化された）の編集委員を25年以上担当しているが、判例要旨をつけるときに、傍論を要旨として採用するかどうかはいつも迷うところである。私は読者（主に裁判官や弁護士）の便宜を考えて、基本的に傍論部分も採用するようにしているが、編集委員の間で議論になることも多い（特に物権法・担保物権法の責任者であった清水誠先生（東京都立大学名誉教授）は傍論の扱いには慎重で、採用にはおおむね消極的であられた）。
- (18) 判決の傍論がしばしば後の判例にとって先例として機能することについて、川島・前掲注（15）159頁-162頁参照。
- (19) こうした区別は従来明示的には一般的ではなかったが、中野・前掲注（4）39頁以下で記述されて以来、説明によく用いられるようになった。ただ、結論命題の表現は使われていなかったものの、こうした具体的事実と与えられた結論のみが判例であるという考え方は古くから

そう考えられていたということが出来る（穂積重遠「婚姻予約有効判決の真意義」法学志林19巻9号4頁（大正6年）参照）。

- (20) 最判昭和36年7月20日民集15巻7号1903頁。本判決については、良永和隆「取得時効と登記」『森泉章教授還暦記念論集・現代判例民法学の課題』（法学書院、1988年）250頁以下。その理由の不合理さから「最高裁の手品」と酷評されている（柚木馨「時効取得と登記」『判例演習物権法〔増補版〕』（有斐閣、1973年）34頁）。
- (21) 理由づけ命題の内容については、中野・前掲注（4）44頁以下参照。
- (22) 最高裁判所も結論命題を判例と認めていることは疑いないが、理由づけとして書かれた一般的な法命題も判例だとした例があることについて、中野・前掲注（4）67頁。
- (23) 判例評釈と判例研究などを区別する考え方もあるが（日高・前掲注（2）78頁以下）、これらの表現は正確に使い分けられておらず、本稿では、特に区別せずに、判例を対象として解説・論評したものを同様に扱っておく。
- (24) 良永・前掲注（10）62頁。
- (25) こうした判例研究の出発点となったのは、こうした判例論では必ず引用される末弘巖太郎博士の執筆による「判例民法」（後に「判例民事法」と改称）の第1巻（大正10年度）の序文である。そこでは、判例は「法源」であるから、判例研究の目的は法源たる「具体的法律」を探求することであり、その方法は裁判所が創造した法規範を具体的事実から読み出すことにあるとしている。これを「末弘理論」として論評検討したのが、本誌1号の平井宜雄教授の論考である（平井・前掲注（2）338頁以下参照）。
- (26) 於保不二雄「時効と登記」法学論叢（京都大学）73巻5＝6号177頁以下（1964年）。
- (27) この点、中野次雄元裁判官は、「裁判官が判例を尊重しこれに従うのは、いわば裁判官の職責・職務上の義務がそうさせるのである。」とされる（中野・前掲注（4）27頁。なぜ裁判官が先例に従うかにつき、同書16頁以下参照）。同様に古くから、末弘博士は裁判官によって創造された法を「同実質」の事件にあたった後の裁判官がそれが「類型的に同種」であることを究明発見し、その判決の先例力を尊重する義務が「善良なる司法官の注意義務」であるとされる（末弘・前掲注（16）28以下）。他方、川島博士は、市民に自己の権利義務の予見可能性を与えることが必要という観点から、将来の裁判の予見が社会から要求される点を強調されている（川島・前掲注（15）131頁以下）。また、平井教授は、新たな観点から、法律家共同体の中で正当化根拠として共有されていることに判例の資格を求めることができるといわれる（平井・前掲注（2）354頁－355頁）。
- (28) 民間が発行している判例雑誌としては「判例時報」「判例タイムズ」が代表的なものであるが、金融法の分野では、「金融・商事判例」「金融法務事情」「NBL」「銀行法務21」などがあり、このうち「金融・商事判例」がもっとも速報性が高く、判決後1か月で掲載されることもある。また、これらの雑誌では、下級審裁判例の段階から注目度の高いものについて特集が組まれることも少なくない。
- (29) 池田・前掲注（4）70頁以下（池田真朗）。
- (30) 既修者の演習の授業では毎回判例を読む練習をしてもらっているが、一例を示せば、「取得時効と登記」に関する最判昭和36年7月20日民集15巻7号1903頁の判例の検討課題として、次のような予習を求めている。
- ① 本判決の事実関係はどのようなものか。事実を200字程度～300字程度に整理せよ。
 - ② 1審で原告はどのような主張をしているか。

- ③ 1 審で被告はどのような主張をしているか。
 - ④ 原審（2 審）で原告（控訴人）はどのような主張をしているか。
 - ⑤ 原審（2 審）で被告（被控訴人）はどのような主張をしているか。
 - ⑥ 原告（控訴人）・被告（被控訴人）の各主張に対して、原審はどのような結論を下したか。
特に、取得時効の主張では、何が争点となり、それについて原審判決は、どのような理由からどのような結論を下したか。
 - ⑦ 上告理由の要点を整理せよ。
 - ⑧ 最高裁判決の論理を検討せよ。
 - ⑨ 最高裁判決と従来の「取得時効と登記」に関する判例法理との整合性を検討せよ。
 - ⑩ 最高裁判決は、登記尊重説と占有尊重説のいずれに親和的か、あるいはいずれともそうではないかを検討せよ。
- (31) こうした判例研究の例として、唄孝一『内縁ないし婚姻予約の判例法研究（唄孝一著作選集第3巻）』（日本評論社、1992年）に所収された「『婚姻予約有効判決』の再検討」（初出は法律時報31巻3号56頁－61頁、4号86頁－95頁（1959年）及び唄孝一・佐藤良雄「続・『婚姻予約有効判決』の再検討」（初出は法律時報31巻10号95頁－101頁、11号38頁－43頁（1959年））。
- 唄教授によれば、研究の対象となる事実は、裁判所の認定事実ではなく、裁判官が直面したすべての生の事実（実在事実）であるといわれる。多くの判例研究を発表されている川井健教授も、そうした方法をとって訴訟の当事者やその子孫からも詳しい事情を聞くことをされ、弟子である私たちにもそうした判例研究の方法をとることを勧めておられた。
- (32) 一定の主要事実（たとえば①～③といった複数の事実）の下で示された判断である「事例判決」のほか、より事実を抽象化して、「～の場合は～である」であるとするものを「場合判決」、理由づけ命題から結論を導くのを「法理判決」というものもある。大石・前掲注（4）28頁－29頁。
- (33) 同判決について、私は実質的な判例変更だと解しているが（良永和隆・法学セミナー495号47頁以下）、それに対して、先例を維持しつつ、例外的な事例についての判決であると解するものもある（田尾桃二・司法研修所論集創立50周年記念号民事編・124頁以下）。
- (34) 川井健『民法判例と時代思潮』（日本評論社、1981年）「はしがき」vi頁。川井教授は、判例の判断形成の要因として、①裁判官の生まれ、育ちによるもの（裁判官の個人的判断）、②過去の判例、③学説、④時代思潮があるとみる。
- (35) 良永和隆「過払い金返還請求の法理論と時代思潮」クレジットエイジ357号10頁以下（2009年）。
- (36) こうした判例研究方法論を是とするかどうかは、議論の余地のある問題である。このような手法は、「言明それ自体の妥当性」で当否を論じることから、大きく離れる結果となり、それが平井教授が提唱されるような「議論による問題解決者としての法律家」にとって望ましいかに疑問もある。こうした裁判官が裁判の結論を決める心理過程を強調する「心理主義」に対する批判については、平井・前掲注（2）344頁－345頁参照。
- (37) 公害事件にはそうした傾向が見られるように思われるし、さらに具体例でいえば、東大輸血梅毒事件（最判昭和36年2月16日民集15巻2号244頁）で医師・病院に実質的には無過失責任を負わせたに等しい判決が下された例などをあげることができよう。同判決については、良永・前掲注（12）5頁以下参照。
- (38) その例として、利息制限法の超過利息の元本充当に関する事件が有名である。昭和37年大

法廷判決は9対5の多数で元本充当を否定したが、(最大判昭和37年6月13日民集16巻7号1340頁)。ところが2年半後の昭和39年大法廷判決は、10対4で元本充当を肯定した(最大判昭和39年11月18日民集18巻9号1868頁)。この2年半の間に8名の裁判官が交代し、37年判決の否定の立場の法廷意見の7名と肯定の立場の反対意見1名が辞めて、39年判決に新たに変わった8名のうち、否定の立場が2名、肯定の立場が6名となったために逆転が生じたのであった。

- (39) その例として、旧貸金業規制法43条のみなし弁済の適用に関して、期限の利益喪失特約の下でした利息の支払は、債務者が自己の自由な意思で支払ったものとはいえないとして、その任意性を否定した滝井繁男裁判官の補足意見がある。最判平成16年2月20日民集58巻2号475頁に付されていた補足意見が、平成18年判決では法廷意見となった(前掲最判平成18年1月13日)。
- (40) 登記不要説をとったと理解するものとして、川井・前掲注(15)190頁、遠藤浩・良永和隆『入門民法総則〔第2版〕』(日本評論社、2005年)163頁、石田穰『民法総則』(悠々社、1992年)361頁、河上正二『物権法講義』(日本評論社、2012年)96頁、山本敬三『民法講義・総則〔第3版〕』(有斐閣、2011年)244頁、加藤雅信『新民法体系・民法総則〔第2版〕』(有斐閣、2005年)259頁、中舎寛樹『民法総則』(日本評論社、平成2010年)224頁)など。
- (41) 登記必要説をとったと理解するものとして、川井健=岡孝・判例評論196号27頁(1974年)、星野英一・法協93巻5号823頁(1976年)、須永醇・昭和49年度重要判例解説56頁(1975年)など。また、近江幸治『民法講義・物権法〔第3版〕』(成文堂、2006年)96頁は、判例は必ずしも登記不要という立場にあるものとはいえないとし、内田貴『民法I〔第4版〕』(東京大学出版会、2008年)85頁は登記不要とする説示には先例としての価値がないという。同様に、河上正二『民法総則講義』(日本評論社、2007年)383頁、松尾弘『民法の体系・市民法の基礎〔第5版〕』(慶応義塾大学出版会、2010年)197頁参照)。