HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	判例変更の限界 : 民法に関する最高裁判例の検討
Author(s)	川井, 健
Citation	北大法学論集, 17(4), 1-55
Issue Date	1967-03-28
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16082
Type	bulletin (article)
File Information	17(4)_p1-55.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

判例変更の限界

——民法に関する最高裁判例の検討——

川井健

一　問題
二　理念の変更に関する判例
三　理論の変更に関する判例
四　説明の変更に関する判例
五　私見

一　問題

一　裁判所は判例変更を全く自由になしうるものであるか。現行法の下では、手続的に判例変更の要件が規定されているのみで（裁判所法一〇条三号、最高裁判所裁判事務処理規則九条六項）、それ以外の制約は存しない。学説も一般に、判例は単に事実上の拘束力をもち先例として事実上機能するだけで、判例の変更は自由だといい、変更判例に対しては、しばしばそれが「画期的」だ

として称讃する。しかし判例が事実上法としての機能を果している以上、判例変更の及ぼす影響は深刻である。そこで判例変更は全く自由とはいえず、そこに何等かの限界がありはしないか。あるいは限界があるべきではないか。

右のような問題意識の下に、最高裁判所における民法に関する判例の分析を通じ、現に最高裁が判例変更につき何等かの限界をおいているか否か、さらに何等かの限界をおくべきではないか、その場合限界はいかなるものであるべきかにつき考察したいと思う。

近時、田中英夫教授は、「判例の不遡及的変更」という論文（法協八三巻七・八号一〇〇五頁以下）において、「判例の法形成作用をいかに運用すれば、その適正を期しうるかという問題につき、「アメリカ法を参照しつつ、判例による法形成の効力発生時期の問題」を扱われた（一〇〇六頁。未見だが W. Knittel, Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, Untersuchung zum deutschen und US-amerikanischen Recht. (Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, Bd. 33), 1965 も同様の問題を扱っているようである）。従来からわが国で判例についての議論が活発であるが、議論は、判例の法源性、判例研究の方法論に集中し、判例のあり方、運用の問題の検討が比較的乏しかったと思われる。この点で田中教授の問題提起は重要な意味があると筆者は考えるが、本稿は同様の問題意識の下に、わが国の最高裁判所で判例を変更する場合、そもそも判例の変更に限界がありはしないかという問題を民法の領域に限定して扱うものである。

ここでいう「判例変更」とは、通常、裁判所で意識されている意義での判例変更を意味する。そもそも「判例」とは何か、またその「変更」とは何かにつき、見解が分れる余地がありうるが、本稿ではその点に深入りすることを避け、裁判所が「従来の判例は、これを変更すべきものと認める」という形で判決を下す場合に、通常意識されている判例変更を問題とする。すなわち同一類型の事実につき、従来の大審院、最高裁判所が示した法的判断とは異つた判断を最高裁判所が下す場合を判例変更と称することとしたい。ただし後述のように、最高裁判決が判例変更を明言していない場合でも、判例変更が行なわれたとみるべき場合もある。

かような判例変更につき、その限界を知るためには、判例変更が現に行なわれた事例につき、いかなる要因の下に判例変更が行なわれたかを探ると同時に、「今なお変更の要をみない」という文言の下に、判例変更の行なわれなかつた事例につき何故判例変更が行なわれなかつたかを探ることが必要である。しかし後者の検討は、問題となる判例の抽出が容易でないため本稿では断念せざるをえない。本稿では前者についてのみ検討を加える。

さらに判例変更は必ずしも明瞭に従来の判例を否定する形で行なわれるとは限られない。すなわち実質的には判例変更でありながら、形式的には「新判例」もしくは「判例の発展」と称せられる場合がある。その方法にはつぎの二つがあろう。

第一に、従来の判例が前提とした事実とは異つた事実が登場したという点に着目して、従来の判例は「本件と事実を異にするので適切でない」との判示がなされる。すなわち従来の判例を形の上では尊重しながら、新たな事実の登場という名の下に、従来の判例をくずす一つの突破口を発見し、そこに新たな観点や理論を導入するという方法が採用される。そこで形式的には従来の判例が明らかにしていなかつた分野を埋めるにすぎないという形で判決が下されるが、全体としてみれば従来の判例とは異つた結論が導かれることがある。たとえば民法六一二条における「信頼関係の破壊」の理の導入、七〇八条における当事者の「不法」の比較衡量、借家法の一条ノ二の「正当ノ事由」の解釈の変遷等である。このような場合には、形式的には従来でもそうした事実があれば同じ判例が示されたであろうということを理論的には前提としている。しかし実際には従来は裁判所でとりあげなかつた事実に重きをおくのであるから、実質的判例変更ということができる。こうした方法を用いるときには、従来の判例法が根本的に否定されることがなく、従って法的安定性が直ちに損われることはない。すなわち従来から明らかにされるべくして明らかにされなかった分野が開拓されたという意味をもつにとどまる。

第二には、一般条項の活用による実質的判例変更である。すなわち従来の判例の建前は尊重しつつ、権利濫用、信義則等を導入し、結果的には従来と異つた判断を示すこととなる。たとえば権利失効の原則の採用、民法一七七条の背信的悪意者の理の採用等である。このような場合は、新たに一般条項を適用するというだけで、従来はその適用が主張されなかつたから判断しなかつただけだという構成をとることとなろう。このような場合も、右第一の方法の場合と同様、法的安定性を損うことはない。

以上の実質的判例変更についても検討すべき余地は多いが、本稿ではこれを除外し、形式的意味での判例変更の場合に限定して考察を進める。

形式的意義での判例変更か、それとも「実質的判例変更」かの区別は、実際にはたてにくい場合がある。弁済期到来前の受働債権の譲渡または転付の場合に、債務者の相殺が認められるかに関する最判昭和三二年七月一九日二小（民集一一巻一二一九七頁）は、以下のように判示する。「受働債権につき譲渡または転付がなされた後債務者が相殺をもつて譲受または転付債権者に対抗しうるためには、譲渡の通知または転付命令の送達当時その自働債権が弁済期にあることを要するはもちろん、受働債権もまたひとしく弁済期にあるかまたは少くとも債務者において期限の利益を放棄しうる場合でなければならないということは、大審院判例の繰り返し判示するところであることは所論のとおりである。しかし……債権の譲渡または転付当時債務者が債権者に対して反対債権を有し、しかもその弁済期がすでに到来しているような場合には、少くとも債務者は自己の債務につき譲渡または転付の存するにかかわらず、なおこれと右反対債権との相殺をもって譲受または転付債権者に対抗しうるものと解するを相当とする。以上の見解に反する前示大審院の判例は採用しない。」この判決は一見、判例変更の事例のごとくである。しかし従来の判例とは異つた事実の下での判例の発展による実質的判例変更と理解すべきものと考え、本稿では検討の対象から外した。なお最判昭和三九年一二月二三大法廷（民集一八巻一二二一七頁）は、右判決をさらに発展させている。

そのほか、判例変更といえるかどうかにつき疑問を生ずるのは、従来の判例が二分され不統一の場合に、一方の判

例を採用し、他方の判例を採用しないという場合である。以下の諸事例がある。

(1)隠居者の財産留保に関する最判昭和二九年一二月二四日三小（民集八巻二二七一頁）は、「以上の各点に関する大審院の判例は必ずしも確定的ではない。反対の趣旨と思われるものもないではないがそれはこの際改めるものとする」と判示。

(2)債務者の責に帰すべき事由による履行不能を原因とする損害賠償の請求に契約解除を要するかという問題に関し、最判昭和三〇年四月一九日三小（民集九巻五五六頁）は、「論旨引用のその他の判例の見解は、当裁判所の採用しないところである」と判示。

(3)債権者取消権における詐害の意思に関する最判昭和三五年四月二六日三小（民集一四巻一〇四六頁）は「論旨引用の昭和八年五月二日の大審院判決に示された見解は、当裁判所の採用しないところである」と判示。

(4)抹消登記請求権に関する最判昭和三六年四月二八日二小（民集一五巻一二三〇頁）は、「論旨引用の判例中右判旨に反する論旨四、4、昭和三年一一月八日大審院判例の見解は当裁判所のとらないところである」と判示。

以上のほか民事訴訟法の分野で、仮差押された不動産に対し本差押がなされるまでの間に右不動産の所有権が移転した場合の配当要求の効力に関する最判昭和三九年九月二九日三小（民集一八巻一五四一頁）も「所論引用の判例中、大審院昭和六年一二月八日の判決の見解は、当裁判所の採らないところである」と判示している。

以上の諸場合は、判例変更ではなく、「判例の統一」と名づけることができる。しかし「判例の統一」に属する場合であつても、一方の判例の確立度が高いのにかかわらずそれを採用しないという場合はむしろ判例変更とみてよいと思われる。その区別の基準は明確にはたてにくいが、本稿では、比較的確立度の高い判例を採用しないとした事例（たとえば後掲①判決）をも判例変更と扱うこととした。

さらに判決が従来の判例を引用せず、また判例変更を明言していなくても、明らかに判例を変更したとみるべき事例がある。本稿ではこれをも前述の形式的意義での判例変更とみることとした（たとえば後掲②③⑥判決）。

なお従来の判例が不統一ではあるが、すでに後の判例により前の判例が事実上変更されている場合がある。この場

合に裁判所は確認的に判例が変更されている旨を判示することがある。

たとえば瑕疵ある登記申請に基いてなされた登記の効力に関する最判昭和三四年七月一四日三小（民集一三巻一〇〇五頁）は、「論旨引用の判例は、その後になされた当裁判所の判例の趣旨によって変更されたものであるから、本件に適切ではない」といい、最高裁の諸判例（最判昭和二九年六月二五日二小（民集八巻一三二一頁、最判昭和二九年一二月一七日二小（民集八巻一二一八頁、最判昭和三一年七月二七日二小（民集一〇巻一一二三頁）を引用する（なお上記二九年六月判決は「論旨援用の大審院判例は本件に適切でない」というものであり、前記「実質的判例変更」の一場合とみてよい。すなわち「実質的判例変更」の後本件昭和三四年判決が「判例変更の確認」を行なったとみることができる）。

また村長の手形振出行為への民法四四条一項の適用についての最判昭和三七年九月七日二小（民集一六巻一八八八頁）は、「所論大審院判例は、後に同院判例（大判昭和九年一〇月五日、同昭和一五年二月二七日民集一九巻四四一頁参照）によって変更されているところであり、所論大審院判例を引用して上告人が主張する見解は、採用できない」と述べる。

右の諸事例は、「判例変更の確認」にすぎず、判例変更そのものではない。すなわち従来すでに行なわれた判例変更に関する問題だから、本稿では対象としなかった。

かような判例変更の確認と判例の統一および形式的意味での判例変更との区別も厳密にはたてにくい。たとえば債権の準占有者への弁済に関する最判昭和三七年八月二一日三小（民集一六巻一八〇九頁）は、弁済者の無過失を要求する点で大審院判例とは逆の立場を示している。しかし同様の問題である郵便貯金法についてはすでに無過失を要求する大審院判例が出ており、この見地からみると、右最高裁判決は、判例変更の確認もしくは判例の統一といいうる。

また右最高裁判決は、債権者の代理人と称する者への弁済についても民法四七八条を適用しうることを明らかにした。この点では、従来の大審院判例が不明確であった（柚木・判例演習〔債権法1〕一八五頁）のを統一したともいえるし、また「大審院の公式先例が示した法律的見解を改めた」（椿・判評五六号（判時三二八号）二〇頁）との見方も可能である。ともかく右判決は判例変更を明言していない。

結局本稿では、典型的な判例変更の事例に限定して考察をすることとし、従つて判旨が判例変更を明言した場合を主としてとりあげ、明言しなかつた場合は、とくに社会的影響度の強いものをえらび、後述のごとく一二の判例変更の事例を考察の対象とした。そこでそれ以外の判例変更のあつた場合を否定するものではない。

二　以下判例を分析するにあたつては、判例が何を変更したかにつき三通りの場合を区別したい。(1)理念の変更、(2)理論の変更、(3)説明の変更である。(1)は抽象的な法理念ないし法原則を変更するものであり、(2)は、法理念の変更という高次元の問題に至らないが、従来の解釈上の理論を変更するものである。そこで(1)と(2)との差異は必ずしも絶対的ではないが、(2)の中、抽象的理念の変更に関し、しかも憲法や関連の法の改正等により法理念の変化が必然的な場合を(1)として扱うこととした。そこで「理念の変更」に関する判例は単なる判断の変更ではなく、客観的な法律状態の変化に基く新たな判断であり、従つて旧判例との切断的要素が強い意味で、新判例的意義を多分に有する。民法判例については(1)に属する事例はさほど多くはあるまい。以上に対し、(3)は単に説明のしかたを変更するにすぎない。ただし(2)と(3)との区別もさほど絶対的ではなく、(3)は原則的には理論そのものの変更に至らないが、例外的には理論そのものの変更を意味する場合もある。

三　以上の判例変更についての三通りの場合に応じ、結果として判例変更が私法実務にいかなる影響を及ぼすかが問題となる。私法実務という場合、その内容はさまざまだが、一般実務、裁判実務、行政実務という三つの分類が可能である。すなわち一般実務への影響とは、従来の判例を前提にして実際上世間で行なわれてきた人々の取引行為ないし身分行為が判例変更によりどのように影響されるかという問題を意味する。右の一般実務の中には、たとえば「銀行実務」、「会社実務」、「金融実務」、「不動産取引実務」、「動産売買実務」、「不動産賃貸実務」と称されるごとく、一定の業種に限定され、その範囲で行なわれる実務もあるし、また後述の戸籍実務に関連しつつも、ひろく世間で一般に行なわれる身分行為に関する実務の例もある。このような一般実務は、従来の判例を前提にしてはいるが、それと一致している場合もあるし、それと全くくいちがつている場合もある。これに対し、裁判実務への影響とは、従来の判例を前提にして行なわれてきた訴訟における争い方や裁判のしかたに変更判例がどのように影響するかという問題

であり、行政実務への影響とは、従来の判例の下での国、地方公共団体等の行政庁の税務、登記、供託、戸籍等に関する行政上の処理の内容や手続が変更判例によりどのように影響されるかという問題である。この中、裁判実務への影響は、判例変更を許す以上、それに伴う不可避の問題であって、それは無視するほかはあるまい。もつとも従来は「独自の見解」として軽く一蹴されていた主張が何時容れられて判例変更が行なわれるか分らない不安にそなえて、訴訟当事者は、あらゆる可能な主張をしておかなければならないという結果を導く。とくに裁判所は法の適用にふさわしい事実を認定する傾向があることは、近時しばしば指摘されているところであるが、従来の判例を前提にした事実認定がなされた場合、判例変更に伴い、変更判例を前提にすれば認定されえたであろう事実がとりあげられえないため、当該事案における当事者の受ける不利益は大きいと思われる。しかしこのような判例変更の裁判実務への影響は、訴訟法学的観点からの検討が必要とされるのであり、本稿では問題の指摘にとどめたい。また行政実務への影響は、国、地方公共団体の受ける不利益であり、司法の分野での態度の変更を行政の分野が甘受せざるをえないことは当然だろう。しかも従来の判例を前提とした行政実務が変更判例により修正を余儀なくされるときには、立法や通達により合理的な解決を図ることも比較的容易に行なわれよう（後掲③判決(一)の例参照）。結局重要なのは一般実務への影響如何という問題だと思われる。

ここで注意すべきは、判例が法としての機能を果すという場合の法の果す機能如何という問題である。私法に関する法は、第一次的には裁判規範の性質を有するが、第二次的には生活規範の機能を果す。すなわち法を前提として人々は自らの行動を決するという面がある。とくに予防法学的見地からすると、法のかような生活規範的機能は重要視されなければならない。もつともすべての私法上の判例法がかような生活規範的機能を果すとは限らず問題となる分野に応じてその機能の大小には差異がありうる。判例変更が及ぼす一般実務への影響という場合、かような生活規範

的機能を果す意味での法の変更の影響が着目されねばならない。

右で問題とする「一般実務」は、社会でその問題についてはかなり広範囲に、しかも例外はあるとしても一般的に行なわれる実際の取引行為や身分行為を意味するから、別の用語を用いると慣習といってよい。すなわち慣習の中には、法を前提として行なわれる慣習と法を前提とせずむしろ法とくいちがつた慣習とがある。判例変更は、前者の場合には慣習の変革を求めることになる。かような意味での判例変更を以下「慣習否定」の判例変更と称したい。これに対し後者の場合の判例変更は直ちに慣習に影響を及ぼさない。むしろ後に検討するように、判例変更はしばしば実際の慣習の尊重という形で行なわれ、従つて慣習を法に高めこれに国家が承認を与えるという意味をもつことが多い。この場合の判例変更は、慣習に対し変更を求めるという要素はなく、従つて判例変更の実際上の影響はあらわれないといつてよい。かような意味での判例変更を以下「慣習肯定」の判例変更と称することとする。もつとも右「慣習否定」、「慣習肯定」の判例変更のほか、一般実務には全く影響がなく、単に裁判実務や行政実務にのみ影響を及ぼす判例変更がある。この場合を以下「慣習無関係」の判例変更と称したい。

ところで前記判例変更の諸態様の中、(1)および(2)の場合は、「慣習肯定」または「慣習否定」の結果を生ずることが多いが、「慣習無関係」の場合もある。これに対し(3)の場合は、原則的には「慣習無関係」の結果を生ずる。判例変更の限界の問題は、まず主として「慣習肯定」または「慣習否定」の場合に生ずることになろう。

ここでそもそも判例変更は、裁判実務や行政実務の観点は別として、右の一般実務の観点からみるとき、いかなる必要性に由来するかを考えてみなければならない。従来の判例がくりかえされているのにかかわらず、一般実務がそれについてこず、そこにくいちがいがみられるとき、「慣習肯定」の形で実務に法が接近することにより判例変更が行なわれるのが最も素直な判例変更の姿であろう。これに対し従来の判例と一般実務とが一致している場合、「慣習

否定」の形で判例変更を行なう必要性は一般的には乏しいといわざるをえないであろう。この場合の判例変更はよくよくの事情がなければならぬはずである。判例変更の限界は主としてこうした「慣習否定」の場合に問題になり、「慣習肯定」の場合には右の問題は深刻な形では生じないといつてよいと考えられる。

四　以上の分析方法を用いつつ、最高裁判所民事判例集にあらわれた民法に関する変更判例の中、一二の判決を検討することとした。

そのほか近時の判例変更の事例として、民法一九二条の「過失ナキ」ことの立証責任に関し、大審院判例を変更した最判昭和四一年六月九日一小（民集二〇巻五号一〇一一頁）、および白地手形による手形金請求の訴提起と時効の中断に関し、大審院判例を変更した最判昭和四一年一一月二日大法廷（裁判所時報四六二号四頁）がある。この二つの変更判例に対する学説の反応はまだ十分示されていないため、本稿では考察の対象から外すこととした。

個々の判決毎に、(1)判例変更の動機（最高裁は何故従来の判例を変更したか）、(2)従来判例の確立度（従来の判例は完全に確立していたか、そこに動揺はなかつたか、判例確立の時期如何、下級裁判所もすべて従来判例によつていたか等）、(3)従来判例に反対の学説（従来の判例に学説は反対していたか、反対の理論と新判例は同一か等）、(4)変更判例の実務への影響（変更判例は、前述した意味での実務にどのように影響するか、また参考までに新聞はどのように判例変更を報じたか等）、(5)変更判例に対する学説の反応（学説は判例の変更を歓迎したか否か）、(6)考察（実務への影響、学説の反応等を通じ判例の変更が妥当であつたか否かの考察）を述べることとしたい。

なおこのような研究のためには、比較法的方法を用いることが要請され（英米法を別にすれば、スイスにつき、山崎覚「先例の法源性に関する・あるスイスの文献」法と政治一三巻三号紹介の Germann, Präjudizien als Rechtsquelle, 1960, S. 35 ff. がこの問題を一部扱っている。また、山田ほか「判例の比較法的研究」比較法研究二六号（一九六五年）が、判決の拘束力につき比較法的見地より一般的な考察をしている）、またわが法の下でも公法（伊藤正己「憲法判例の変更」憲法の研究一七七頁以下参照）、刑事法や民法以外の私法の領域との比較の必要性があると思われる。しかし本稿では比較

法的検討は行なわず、とりあえずわが民法の領域に限定し、しかし最高裁の判例のみを対象に考察をすることとした。最高裁判例に限定したのは、発足以来すでに二〇年の歳月を経た最高裁の歩みをふりかえり、あわせて将来果すべきその使命をも問題としたいがためである。大審院時代の判例変更についても検討が必要だが、それは別の機会にゆずりたい。

なお民法以外の分野での判例変更としては、以下の事例が注目に値いしょう。民法上の問題についての判例変更とは判例変更の限界につき異った観点が問題になるという角度から重要な事例につき簡単にこれを紹介しておく。

まず、公法、刑事法の分野において、関税法違反事件に関し、いわゆる第三者没収が憲法二九条、三一条に違反しないか否かにつき、最判昭和三五年一〇月一九日大法廷（昭和二八年（あ）三〇二六号刑集一四巻一五七四頁）は、違反せずと判示したのに対し、二年一ヶ月後の最判昭和三七年一一月二八日大法廷（昭和二九年（あ）三五五号刑集一四巻一六一一頁）は、右没収を違憲と判示した。変更判決の多数意見は「第三者の所有物を没収する場合において、その没収に関して当該所有者に対し、何ら告知、弁解、防禦の機会を与えることなく、その所有権を奪うことは、著しく不合理であって、憲法の容認しないところであるといわなければならない」と述べている。すなわち第三者の利益の方向で判例変更が行なわれたことが注目されるべきである。判例変更の限界の問題としては、この分野では、第三者の利益という観点が重要ではないかと考えられる。なお変更判例では垂水裁判官は前の判決とは意見を変え、かつ意見の変更の理由を補足意見の中で明らかにしている。また入江裁判官も、結論は変更しないが一部意見を変更し、そのことを補足意見の中で明らかにしていることが注目をひく。

さらに、憲法、労働法、刑法の分野での事例として、公共企業体等労働関係法一七条一項に違反してなされた争議行為に労働組合法一条二項が適用されるかという問題につき、これを否定した最判昭和三八年三月一五日二小（刑集一七巻二三頁）を変更し、右を肯定した最判昭和四一年一〇月二六日大法廷（判時四六〇号一〇頁）がある。変更前の第二小法廷に対する学説上の反対が強く、下級裁判所でもこれに従わない判例があり、各界で大法廷の判決を待望していたものだが（前掲・判時・解説）、判例変更は、労働運動やその対策に対してのみならず、刑事上の裁判実務に対しいちじるしい影響を及ぼす。今後、憲法、労働法、刑法の各領域で大いに検討される事例であろうが、本稿での問題との関連でいえば、右判例変更は被告人に不利な形ではなされていない点が注視されるべきであろう。すなわちここでも判例変更の限

界について、民法上の問題とは異つた観点が登場するであろうことが推察されうる。

さらに民事訴訟法の分野では、戦時民事特別法一九条二項、金銭債務臨時調停法七条に従い、純然たる訴訟事件についてなされた調停に代わる裁判が、憲法八二条、三二条に違反しないか否かにつき、最決昭和三一年一〇月三一日大法廷（民集一〇巻一三五五頁）は八対七の多数意見で違反せずとしたのに対し、最決昭和三五年七月六日大法廷（民集一四巻一六五七頁）はこれを変更し、違憲の判決を下した（一五人の裁判官中、反対意見六人、補足意見五人、意見三人がある）。判例変更の裁判実務への影響は大きいが、この事件についていえば戦後強制調停が廃止された時点での「残務整理」（新堂・ジュリスト二〇九号四四頁）であり、また「本件決定は一種の終戦処理的存在でしかない」（江藤・憲法判例百選一四〇頁）とみることができる。しかし今後の裁判制度に関する立法政策には影響するところが大きい。なおこの事件では、前の判例の多数意見に加わった河村又介裁判官が改説して変更判例の多数意見に加わり、垂水裁判官も一部改説している（新堂・前掲四五頁参照）。

また、第三債務者が民訴法六二一条により債務額を供託しその事情を裁判所に届出た後は、配当要求の申立は許されない旨を判示し、大決昭和二〇年一月一八日（民集二四巻一頁）を採らないとした最判昭和三八年六月四日三小（民集一七巻六五九頁）がある。従来の判例に反対の有力学説、またこれに従う執行実務、下級裁判所の判例を尊重した判例変更であるが（井上、民商五〇巻二号二四七頁参照）、ここでもひろい意味での裁判実務への影響が問題となり、判例変更の限界もその観点から検討されることとなろう。

同じく民事訴訟法の分野で、競売法による競売手続に民訴法五四五条の準用を否定した最判昭和四〇年七月八日一小（民集一九巻一一七〇頁）がある。先例の大判昭和六年一一月一八日（民集一〇巻一〇六二頁）を変更したもので、学説に従い、かつて下級裁判所の多数の判例を尊重したものだが、ひろい意味での裁判実務への影響が大きい。かような影響を考慮した上での判例変更に対する新堂教授の厳しい批判（法協八三巻三号四二七頁）が参照されるべきである。裁判実務にしか影響をもたらさない判例変更であつても、それが無制限に許されるべきでないことを反省せしめる事例である。

そのほか刑事法の領域での判例変更として、最判昭和三三年五月二八日大法廷（刑集一二巻一七一八頁）が、最判昭和二四年五月一八日大法廷（刑集三巻七三四頁）を変更したのが注目をひく。

また同じ領域で、最決昭和二六年一二月二六日大法廷（刑集五巻一三巻六五四頁）を変更した最決昭和三〇年一二月二三日大法廷（刑集九巻三七二頁）がある。

二　理念の変更に関する判例

(1) 最判昭和三〇年一〇月七日二小（民集九巻一一六一六頁）

いわゆる芸娼妓契約に伴う前借金につき、「上告人橋元の右金員受領とハルヱの酌婦としての稼働とは、密接に関連して互に不可分の関係にあるものと認められるから、本件において契約の一部たる稼働契約の無効は、ひいて契約全部の無効を来すものと解するを相当とする。大審院大正七年一〇月一二日（民録二四輯一九五四頁）及び大正一〇年九月二九日（民録二七輯一七七四頁）の判例は、いずれも当裁判所の採用しないところである。」

1　判例変更の動機　この判決は何故判例を変更したかの理由を明確に述べていないが、その背景としては、新憲法の下における基本的人権の尊重、売春防止法（昭三一法一一八）の制定を前にした酌婦稼業についての社会の倫理観の変化等が影響していると思われる。すなわち戦後の新しい法律状態の下における法理念の変化に対応し、最高裁が従来の判例における理念を変更したと考えられる。

2　従来判例の確立度　この問題につき従来の判例には動揺があつたが、近時はほぼ判例が確立していた（田中実習〔民法総則〕八一頁以下（とくに八二頁引用の諸文献参照））。ただし芸娼妓を強要することと前借金との不可分性を認め契約を全部無効とみた大判昭和一〇年五月一四日（判決全集二八号四頁）があり、下級裁判所の判例でも同様の判決があつた（宮城控判大正一一年四月二二日〔新聞一九八六号七頁〕。なお三潴・判タ五二号四頁引用の名古屋高判昭和二九年一一月二五日参照）。

3　従来判例に反対の学説　学説はおおむね従来判例における一部無効的処理を支持してきた（柚木・判例民法総論・下六八頁、我妻・民法総則二三五頁（留保付））。しかしそれは新憲法の下で、しかも売春防止法の制度を間近に控えた当時のものではない。当時の学説として最も注視すべきは、昭和三〇年九月に公けにされた川島教授の「人身売買契約の法的効力という論文である

判例を分析された上で以下のように述べられた。

「身代金を『前借金』として法的に保護することは、人身売買契約の一構成部分を国家の裁判所が保護することを意味し、その結果、人身売買の事実上の拘束力は国家権力により補強されることとなつている。なぜかと言えば、身代金をうけとつたという事実、前借したという事実は、売られた人間の人身拘置、その労働搾取の正当性の根拠として作用し、したがつて、逃亡や廃業の場合には、身代金を返さねばならないという関係（約束にもとづいた）が、人身拘置と労働搾取とに甘んじさせる心理的な力として作用しているからである。」「以上のような大審院判例は、現在においてもなお是認され得るであろうか。また、最高裁判所は現在においてもなおこの判例法理をひきつづき確認するであろうか。これは大いに問題である。……大審院判例は、本来統一的な現象であるところの人身売買契約を人為的に二つの部分に分解したが、恐らくそのような解釈論的構成は、実質的には娼妓制度や芸妓制度の公認という事実に動かされたのであり、また人身売買契約の近代法的偽装がそのような解釈に手がかりを与えたのであろう。しかし、何れにせよ、このような解釈は、人身売買禁止という観点からは不完全な中途半ばなものであることは、言うまでもないところである。」ところが一九四六年一月二一日のマッカーサー指令「日本の公娼廃止に関する覚書」や新憲法における「基本的人権を最大限に保護する法律制度の下において、そうして公娼制度を禁止する法律制度の下においては、人身売買を中途半ばに禁止しつつこれに法の保護を与えたところの旧憲法下の大審院判例を維持することは、不可能である。現在の法律制度の下においては、人身売買は、いかなることば的表現をとるかにかかわりなく、『人身売買として』禁止されねばならない。すなわち、身代金は、『借金』と名づけられようと、『貸金』と名づけられようと、『消費貸借』と名づけられようと、その実体は身代金であるものとして、言いかえれば統一的な人身売買契約の不可分な構成部分として、それから抽象されることなしに、法的価値判断の対象とされねばならない。したがつて、すでに支払われた身代金の返還請求（前借金支払請求）は、裁判所では容認されてはならないはずである。要するに、新憲法の下においては、人身売買の完全禁止、人身売買に対する一切の法的保護の拒絶が、法解釈上必然的に要求されているのであり、恐らく最高裁判所も旧来の大審院判例を変更せざるを得ないであろうと思われる。」（七四―七五頁）。

本件判決の直前に公けにされた右川島論文が判決にどの程度の影響を及ぼしたかは不明である。しかし当時すでに判例変更を予見し、しかもこの問題についての「理念の変更」を洞察した川島論文は、判例変更についての学説の役

（時報二七巻九号七二頁）。その結論は昭和六年に書かれた末弘教授の論文（「判例を通して見た人身売買」時報三巻九号八三六頁）と一致するが、川島教授は大審院

割ないしあり方につき一つの重要な素材を提供するものといえる。

その点はともかく、三淵調査官は、本件につき、戦後の法律の改正や右諸学説を紹介して「最高裁が前記大正一〇年の判例を踏襲するとは考えられず、いかなる判断を示すかが注目された」と述べられている（判タ五二号五頁）。

4　変更判例の実務への影響　一般実務および裁判実務への影響は大きい。一般取引実務にとり本判例変更は、「慣習否定」の意味をもち、今後は少なくとも未成年者の親と雇主との間の契約は保護を受けえぬこととなる（朝日新聞昭和三〇年一〇月七日夕刊は「取締りに影響大」という見出しの下に、「取締面でとかく抱主側の利益が保護されがちだった現状を打破するものとみられる」と述べる）。

5　変更判例に対する学説の反応　学説は基本的には変更判例を支持する（西村・判例百選（別冊ジュリスト）九三頁引用の諸文献参照）。たとえば中川善之助教授は、「正に江藤新平の断を想わせる名判決といえよう。……最高裁は二審判決を却けて一審判決を支持したが私は宇和島支部と最高裁の勇気に衷心敬意を表したいと思う。……裁判所が前借を人身売買と一体をなすものだとして、その返還請求を認めなくなったということは、女権史の上で非常な飛躍であったといえよう。大発展である。一日も早く名実ともに勅令九号の精神が徹底して、女は金で買えるものだというドグマのなくなる日を待とう」といわれた（時報二七巻二号五一頁）。右中川教授の見解は、前掲川島教授の指摘と同一の思想に立脚すると思われる。三淵調査官も、「本件を人身売買であるとするためには、原審の認定はいささか不充分であるといわざるをえないかも知れないが、それにも拘らず最高裁が差戻をなさず、しかも常用語である特別の事情のない限りという表現も用いずして敢然自判したことは、本問題に対し相当の決意を示したものということができるであろう。そして売淫の有無を問わずして、反公序良俗性を認めたこともまた、判旨の幅の広さを示すものと云えると思う」といわれる（判タ五二号五頁）。川島教授も、判旨の理由づけを批判されつつも、「確定の判例を破ったという意味でこの判決は実に劃期的」としてこれに賛成される（判時六三号一頁）。かように本判決の意義を積極的に肯定し、しかも広範囲に影響をもつものと理解しようとする見

解に対し、以下のような疑問を提起する学者がある。

我妻教授は「第三者の業務妨害や債権侵害などをどうとり扱うか。さらに、一度娘を売って前借金を受けとり、それをつれ戻してまた売るような不心得な親があったらどうするか」という問題を提起され（ジュリスト九三号二五頁。ただし新訂民法総則二七九頁では「広い意味での芸娼妓類似の働きをすることを内容としての雇傭契約に対する取締がすこぶる徹底し、社会一般のこれを排斥する思想も一段と強くなった今日では、それに関連してなされる金銭の授受は一切法的保護の外におくという最高裁の右態度も是認されるべきであろうと考える」といわれる）、谷口教授は、「本判決が従来の判例と異っている点として、本件料理業者（抱主）の貸金を不法原因給付として民法七〇八条本文により返還を求め得ないとしたことを特に注目」され、「本判決は、この契約は『不法原因が、受益者（娘を売った親）についてのみ存したものということはできないから』といって抱主に救済を拒否したわけである。これは人身売買絶滅の理想のために抱主を犠牲にしたものであり、その犠牲において、より一層悪徳な親や誘拐者の前借金踏倒を誘発する虞があっても已むを得ずとする政策によるものということができよう」とみた上で、「本判決の如きは所謂悪徳な親、ブローカー、誘拐者の詐取に利用される可能性があり、善良な貧困者、『約束は守らねばならぬ』『借りた金は返さねばならぬ』と真面目に考えている気の毒な誠実な町の人々は余り恩恵を蒙らぬおそれがあるからである。私は、本判決がこれ等の施策を促進する上に大いに寄与するであろうことを否定するわけではないが、これ等の施策の充分な裏付のない現状においては、一律に不法原因給付として業者への一切の救済を拒否することは時には業者に苛酷に過ぎはせぬかという感じを抱くのである。私としては、消費貸借や稼働契約の無効は当然としても、現実の受益者（稼働の本人自身のこともあるが、親や兄、叔父、その他媒介者等）の不当利得については利得者と損失者（即ち業者、抱主）との不法性の比較考慮によって受益者の不法性がより大なるときは、七〇八条但書を活用して返還を認むべく（例えば初めから計画的に前借金を詐取した場合）その代り、業者によって搾取せられた善意誠実な芸娼妓の業者に対する超過給付の返還請求をも認めるべきものとしてはどうか。」と説かれる（民商三四巻三号三一九〇頁）。ほぼ同様に、田上実教授は、「戦後を迎え、昭和三一年には売春防止法（昭和三一年法律一一八号）が制定され、社会的事情は俄かに変ることとなったのであるが、その売春防止法の制定される直前に、最高裁判所は、先んじて、芸娼妓契約並びに前借金契約の無効を宣言し、その新しい態度を明確にするにいたった」という点に本件判決の意義を認めつつも、判旨が七〇八条を適用した点につき、「これは、人身売買ないし売春を防止するためには、抱主だけに損失を甘受させてもやむをえないとする一種の政策の現われともみられる（三淵「前借金は返還を要しない」判例タイムズ五二号一頁以下）。それは、たしかに一つの見識ではあるけれども、他方、これに便乗し前借金をふみ倒してなお恥じないような悪徳な親も少なくない今日、さらに一考を要する問題があるのではなかろうか。この点については、たとえば初めから計画的に前借金を詐取したような場合、七〇八条但書を活用し、不法原因が受益者にのみあったとみて、その返還請求をゆるしてもよいのではないか、とも考えられる（谷口・前掲判批）。また、私法上の法律関係としては、当事者間の利

害の衡量をはかるという要請の存することを無視すべきではないから、前借金が実際上だれの手に入つたか、芸娼妓稼業の従事によつて既に弁済されたとみるべき額がどれだけあるか等の事情を考慮し、残額について返還義務をみとめるべきだとする見解も、妥当なものをふくんでいるであろう（我妻・民法総則二三五頁）」といわれる（判例演習〔民法総則〕八二頁以下）。

6　考　察　本判決は理念の変更に関する判例とみるべきものと思われるが、変更といつても新判例的要素をもつと考えられる。すなわち変更の動機につき指摘したごとく、新法律状態の下で芸娼妓契約がいかなる扱いを受けるかが不明であつたとみることができ、本判決は、その空白を明らかにしたといえる。すなわち客観情勢の変化の下で新方針を政策として打出した判例と理解すべきものと思われる。このことに関連し、民法七〇八条に関する右学説上の指摘は、たしかに従来の判例上の私的利益の調整の長所を新判例の下でもなるべく生かし、判例変更に伴う影響を少なくすることに役立つであろう。すなわち右の見解は、「慣習否定」ではなく、「慣習肯定」的に作用する可能性がある。しかしもしこれを認めれば、一方で前借金契約を公序良俗違反ということの意義が実際上失われ、最高裁があえて判例を変更して新しい理念を示したことが無意味となるおそれがある。むしろこのような法律状態の変化に伴う「理念の変更」の場合には、実務にどのような犠牲が生じようとも新理念を徹底的に貫き、これにより「慣習否定」を強く求める立場を最高裁が示したものとみて、その態度は支持すべきものと思う。

三　理論の変更に関する判例

(2)　最判昭和二七年一〇月三日二小（民集六巻七五三頁）

この判決は無効な代諾縁組につき「民法総則の無権代理の追認に関する規定、及び前叙（八〇四条、八〇六条、八〇七条）養子縁組の追認に関する規定の趣旨を類推して」満一五歳に達した養子からの追認を肯定した。判旨は大審院判例との関連につ

きふれていないが、従来の判例を変更したことは明らかである。

1　判例変更の動機　養子縁組の届出における瑕疵の治癒を認め、事実上続継した養子縁組という身分関係を尊重するという動機に由来する。後述の有力学説の影響があると思われる。

2　従来判例の確立度　従来の判例はくりかえし同様の事案につき養子縁組が無効だと述べてきた（久留・判例演習〔親族・相続法〕一一九頁引用の諸文献参照）。

3　従来判例に反対の学説　中川教授は無効な身分行為の追認が許されるべきことを説かれ（「身分行為の無効―特にその追認可能性について―」総則法の身分的課題）、そのほか多数の学説は従来の判例に不賛成ではあつたが（久留・前掲一一九頁引用の文献参照）無効の治癒につき積極的な理論を提示する学説は乏しく、理論構成の困難さの故に消極的に従来判例に賛成するという学説もみられた（来栖・判民昭和二三年度九七事件。ただし判民昭和二七年度五〇事件では変更判例に賛成）。

4　変更判例の実務への影響　変更判例の実務への影響は大きく、身分行為の実際、裁判実務、行政実務はいずれも影響を受ける。ただ注意すべきは、大審院がくりかえし無効と判示しつつも、実際にはあとをたたない虚偽の代諾縁組という現実に本判決が法を近づけたということである。従って実務への影響が大きいといっても、「慣習肯定」の意味をもつにとどまる（なお、朝日・毎日新聞はこの判決を報じていない）。また行政実務への影響という点でも、従来の戸籍の扱いに対し新たな方法（追完届）が採用されただけで、従来の実務そのものが根本的に修正されたことはない（そのほかの点の修正につき、谷口・民商三六巻六号九三二頁参照）。

5　変更判例に対する学説の反応　学説はこぞつて変更判例を支持する。すなわち従来から救済さるべくして救済されえなかった瑕疵ある養子縁組が治癒されうることに賛意を惜しまない。ただし新判例の理由づけには疑問を提起する学者が多く、さらに無効な他の身分行為も同様に救済されるべきことを述べ、その角度から判旨の理由づけを批判する（久留・前掲一二〇頁引用文献参照）。

6　考察　確立していた従来の判例の不当さを批判した学説を新判例は受け容れたものだが、どの学説も示さなかつた独自の理論に拠つた。一般条項の活用による判例の漸進的変更も不可能ではなかつたであろうが、率直に理論そのものを変更した本判決の意義は大きい。しかも実務への悪影響はないどころか、世の慣行の実際を尊重した「慣習肯定」の判例である。

(3)最判昭和三二年一月一六日大法廷（民集一一巻一頁）

旧「国税徴収法三条により、特に国税に対し保護される所定の抵当権は、その適格として先ずその設定が所定の国税の納期限より一個年前に存することを必要とするところ、ここに一個年前というのは抵当権設定当時における抵当権と設定者（債務者であると第三者であるとを問わない）との関係を基本とし、設定者の納税義務を基準として考える趣旨の下に設けられた規定であると解するのを相当とする。従つて抵当権者が本条の保護を受けるためには、先ず設定当時設定者に国税の滞納がないことはもちろん、その後さらに設定者が一個年内に国税を滞納しないことを必要とする。そして抵当権者が設定者との関係において本条の保護を受け得べき適格は設定者が一個年内に抵当不動産を第三者に譲渡した場合、その第三者に国税の滞納があることによつて、直ちにこれを失うものと解することはできない。」（一四人の裁判官中、反対意見二、補足意見五、意見一がある）。

この判決が大判明治三六年六月六日（民録九輯六八七頁）を変更したものかどうかについては議論がある（加藤・ジュリスト一二五号五七頁、同ジュリスト一三七号二頁、安井・ジュリスト一三四号六八頁は、二つの判決は事案を異にするといい、坂本・末川・谷口・山木戸・民商三七巻三号三二九頁以下は同一事案についての判例変更という）。しかし二つの判決は少なくとも文言の上では同じ問題につき全く相反する理論を示しており、ひろい意味で判例の変更があつたとみてよいと思われる。

1　判例変更の動機　国税優先の原則の過度の適用を避け、可能なかぎり解釈上私債権の保護をはかる点にある。

2　従来判例の確立度　先例としては、右明治三六年判例が存するのみであり、それはきわめて古い時期の判例である。

3　従来判例に反対の学説　右明治三六年判例は過度に国税を優先させるものであり、抵当権者がいちじるしく

害されるものとして学説はこれに反対していた（我妻・担保物権法一六四頁）。

4　変更判例の実務への影響　一般実務への影響は少ない。すなわち従来の判例を前提として、国税滞納者へ抵当不動産を譲渡し抵当権者を害することは権利の濫用的場合に相当し、正常な取引とはいいがたいものであったと思われる。本判例はこの不都合を是正し、あるべき取引の姿を示したにすぎない。その意味では「慣習無関係」の判例とみることができる。ただ本判決は行政実務への影響が大きい。すなわち国税の徴収実務の変更を意味する（田中・雄川・ジュリスト一三四号七二頁）。しかしそれも国がもともと滞納者の財産から国税を徴収すべきであったところへ、たまたま滞納者が抵当不動産を取得したことにより、抵当権者を害してまで抵当不動産への国税の追求を認めるという安易な行政実務を是正した意味をもつにとどまると思われる。なおこの判例をきっかけとして、行政実務も国税徴収法の改正（昭三四法一四七）により抵当権者の一層の保護の方向にあらためられたことが注目されねばならない。

なおこの判決の影響につき「この判決は不当利得の返還請求という形で訴が起きているので、この判決が出たために現在までにすでに終ってしまった処分についても全部不当利得の返還請求という訴が起きてきはせぬだろうか」との心配が指摘されている（安井・ジュリスト一三号四八〇頁）。その実情が如何であったかは筆者に不明であるが、判例変更の影響という点では重要な指摘だと思われる。

5　変更判例に対する学説の反応　判決には理由が十分示されていず、補足意見で述べられている意見も不統一だとして理由づけに対する学説の批判があり、また判決が法文の解釈上無理ではないかとの議論もあるが、基本的には新判例を支持する学説が多い（白石・続判例百選（別冊ジュリスト）四一頁引用文献参照。加藤・ジュリスト一三七号六頁指摘のとおり「国税庁や公法学者が判決を疑問として、従来の行政解釈を正当とするのに対して、法務省や私法学者が判決の考え方に賛成する傾向にある」）。

6　考　察　明治における古い判例を足がかりに行なわれてきた行政実務の不当さを是正したものであり、「慣

習無関係」の判例変更として一般取引への不当な影響がみられないことから本件判例の変更は問題がないと思われる。

(4) 最判昭和三二年六月二一日二小（民集一一巻一一二五頁）

「認知請求の訴において、原告は自己が被告の子であるとの事実につき挙証責任を負うべきこと勿論であるが、本件において原審の確定した前示事実関係によれば、被上告人の母が被上告人を懐胎したと認められる期間中上告人と継続的に情交を結んだ事実があり、且つ上告人以外の男と情交関係のあった事情が認められず、血液型の検査の結果によっても、上告人と被上告人との間には血液型の上の背馳がないのであるから、被上告人は上告人の子たることを推認するに難くないのであって、況んやこの推認を妨ぐべき別段の事情は存しないのであるから、被上告人が上告人の子であるとの事実は証明されたものと認めても、経験則に違反するところがないといわなければならない。所論引用の大審院判例は、右の趣旨に副わない限度においてこれを変更するものである。されば、被上告人の本件請求を認容した原判決は結局正当であって、論旨は採用することができない」（三人の裁判官中一人の少数意見がある）。

本判決は大審院判例を変更したものだが、すでに最判昭和三一年九月一三日第一小法廷（民集一〇巻一一三五頁）が同趣旨を判示している。また第三小法廷も本件のあと昭和三二年一二月三日（民集一一巻二〇〇九頁）の判決で、右二判決を引用することにより同趣旨を判示した。最高裁の各法廷が相ついで従来の判例を変更したことを意味する。なお第三小法廷は昭和三六年九月二六日（判時三〇三号二八頁）で確認的に、右三二年判決を引用しつつ原審認定の「事情があるときには、他に特段の事情がないかぎり、同女が被上告人を懐胎した当時上告人以外の男子と情を通じなかったことを確立しないで、被上告人が上人の子であることを推定しても、なんら経験則に反するものではない」と判示している。最後の判決が最も明瞭な文言で大審院判例との差異を明らかにしているといえる。もつとも最判昭和三八年七月一二日二小（判タ一五九号一四一頁）の要旨は、前掲諸判例と同旨の判示をした「原判決の判断は正当であり、論旨引用の大審院判決と矛盾するものではなく、却つて当裁判所の累次の判例と一致するものである」と述べる。判例変更といえるかどうかにやや疑問がなくはないが、後述のように経験則に関するとはいえ、従来とは異つた判例を示すので、判例変更といつてよいと思われる。上

告理由との関係もあろうが、判例変更を明言したのは、本件昭和三二年六月二一日判決のみであり、その意味で以下本判決を中心に考察を進める。

1　判例変更の動機　認知の訴において大審院の判例は、いわゆる不貞の抗弁を認め、原告側は不貞の事実なしとの立証を要するとしていたのに対し、本判決は判旨指摘の事情の下では、右事実の立証を要しないことを明らかにした。非嫡出子の保護を図つたものであり、かねてからの学説の主張にそつたものである。

2　従来判例の確立度　従来の判例は不貞の抗弁を認め、原告側では不貞の事実なしとの立証を要するとしていた（大判明治四五年四月五日民録一八輯三四三頁、大判昭和九年六月二〇日法学三巻一三一二頁等。その他の判例につき鈴木ハツヨ・判例演習〔親族・相続法〕九七頁参照）。もつとも判例の理解のしかたには学説上見解の差異がみられるが（鈴木・同上九八頁引用の諸文献、とくに小山「認知請求訴訟における諸問題」民商四四巻一号三五頁以下参照）。いずれにしろ大審院判例が原告側の右の立証を重視していたことは疑いがない。下級裁判所の判例としては、本件判決の原審たる大阪高判昭和二九年八月二一日（高民七巻六〇一頁）が判例集掲載判例としてははじめて従来の判例に反対し、本件判旨よりさらに徹底した形で原告側の立証責任を軽減し（その他の下級裁判所判例につき鈴木・前掲九七頁参照）。注目された。

3　従来判例に反対の学説　多数学説は従来の判例に反対してきた（片山「認知の訴における父子関係の証明」一家族法大系Ⅳ八七頁注（一〇）引用文献参照）。

4　変更判例の実務への影響　本判決は経験則についてその判例変更であり（小山・前掲論文。なお前掲最判昭和三六年参照）しかもその経験則は裁判実務でのみ問題となるから、一般実務への影響はない。すなわち「慣習無関係」の判例変更であり、裁判実務を変更することにより非嫡出子の保護を図つたものとみることができる。

5　変更判例に対する学説の反応　中川善之助教授は、「まことに判例法の飛躍的前進といえよう」といわれる（親族法三）。その他の学説も、判旨に対する批判を加えつつも、基本的にはこれを支持している（片山・前掲八五頁参照）。

7　考　察　本件判例変更は、裁判実務に影響を与えるにとどまり、「慣習無関係」の判例変更として、一般実

務に影響を与えないことからみて、本判決は基本的に支持されるべきである。新憲法、新民法の下で非嫡出子の地位の向上が図られるべきことからみて、本判例変更は、「理念の変更」の要素を含むともいえ、判例変更は必然的なものであつたとみてよい。

なお前述のごとく、判例変更が各法廷毎に行なわれ、しかも一部の少数意見を除き、同一の結果が導かれた点は、判例の変更のしかたとして注目をひく。

(5) 最判昭和三六年七月一九日大法廷(民集一五巻一八七五頁)

債権者取消権につき「特定物引渡請求権（以下特定物債権と略称する）といえどもその目的物を債務者が処分することにより無資力となつた場合には、該特定物債権者は右処分行為を詐害行為として取り消すことができるものと解するを相当とする。けだし、かかる債権も、窮極において損害賠償債権に変じうるのであるから、債務者の一般財産により担保されなければならないことは、金銭債権と同様だからである。大審院大正七年一〇月二六日民事連合部判決（民録二四輯二〇三六頁）が、詐害行為の取消権を有する債権者は、金銭の給付を目的とする債権を有するものでなければならないとした見解は、当裁判所の採用しないところである」と判示した(三人の裁判官の補足意見がある)。

1 判例変更の動機　動機は不明だが、おそらく後述の学説を採用し、債権者の救済の方法を努めてひろげる点にあつたと思われる。なお本件の最高裁が大審院連合部判決を変更したはじめての事例である。

2 従来判例の確立度　大正七年前には判例の動揺があつたが、大正七年連合部判決で判例が確立された(松坂・判例演習〔債権法1〕七七頁以下の引用判例参照)。ただし特定物債権でも履行不能により損害賠償債権に変ずるときは別だとする判例があつた（大判大正一一年一一月一三日民集一巻六四九頁)。我妻教授は、「これを契機として、大正七年の連合部判決理論が修正されて行くのではないかと予想されないでもなかつた」といわれる(ジュリスト二三四号一二頁)。

3　従来判例に反対の学説　大正七年判決は当時の有力学説と一致したが、その後の学説の多くは大正七年判決に反対であつた（松坂・前掲七九頁指示の諸文献参照）。

4　変更判例の実務への影響　一般取引への影響はなく、むしろ裁判実務の変更を意味する。すなわち当事者が裁判上救済を求める方法につき、新たな道を開いたことを意味するだけで、一般取引が新判例を前提にして新たな取引のしかたを考えるという要素はない。「慣習無関係」の判例変更である（なお朝日・読売新聞はこの事件を報じていない）。

5　変更判例に対する学説の反応　学説はこぞつて新判例が当然だとしてこれを支持する（柚木・判評四一号（判時二七一号）四頁、我妻・ジュリスト二三四号一二頁、坂木・民商四六巻二号三〇九頁松坂・前掲八〇頁）。とくに柚木教授は、新判例が「私の従来の所説と同断である。その限りにおいて私は最高裁がかように大審院判例を変更するに踏み切つたことに対し、衷心の祝意を表せざるをえないのである」といわれる（判評四一号六頁）。このことは、判例の変更に対する学説の反応のしかたの一つの典型を示すものとして注目をひく。

6　考　察　一般取引への影響がなく、裁判実務への影響だけだから、判例変更に伴う不都合は存しない。ただ従来の判例を前提にして裁判上救済されえないとされてきた人々の予期が害される面はある。学説と判例とがくいちがつている場合に、たとい判例が確立していても、なお訴訟上くりかえし判例に反対の主張を試みる必要を警告させる事例である。

(6)　最判昭和三七年四月二七日二小（民集一六巻四号一二四七頁）

「なお、附言するに、母とその非嫡出子との間の親子関係は、原則として、母の認知を俟たず、分娩の事実により当然発生すると解するのが相当であるから、被上告人が上告人を認知した事実を確定することなく、その分娩の事実を認定したのみで、その間に親子関係の存在を認めた原判決は正当である。」

この判決は明確に大審院判例を掲げず、判例変更という文言を用いていないが、内容的にみて判例を変更したとみ

ることができる。

1　判例変更の動機　従来の判例から生ずる不都合についての多数学説の指摘が考えられる。

2　従来判例の確立度　従来の判例は母と非嫡出子との親子関係につき母の認知を要する旨、ほぼ固っていた（大判大正一〇年一二月九日民録二七輯二一〇〇頁大判大正一二年三月九日民集二巻一四三頁）。ただし扶養義務の関係では母の認知を要しないとする判例もあつた（出生届があれば認知の効力があるという、大判昭和七年七月一六日新報三〇三号一二頁）。判例の確立度には問題があつたといえる（詳細な判例の検討につき山本正憲「非嫡出親子関係の発生―母子関係―」民商五〇巻五号六九三頁以下参照）。この点、門坂氏は、前掲昭和三年判決によつて「すでに今日の判例変更は予測されていたといえないだろうか」といわれる（大判昭和三年一月三〇日民集七巻一二頁）。判例の確立度には問題があつたといえる（詳細な判例の検討につき山本正憲「非嫡出親子関係の発生―母子関係―」民商五〇巻五号六九三頁以下参照）。

3　従来判例に反対の学説　つねに母の認知を要するとする説もあつたが（民商四八巻三号三一七頁、神谷・判例演習〔親族・相続法〕八七頁等）、むしろ多数学説は従来の判例に反対で、あるいは原則として認知を要しないといい（谷口・註釈親族法（上）二三三頁、野上・親族法二九二頁）、あるいはつねに認知を要しないと述べてきた（我妻・親族法二四八頁以下、田村・家族法大系Ⅳ四八頁以下）。

4　変更判例の実務への影響　影響は主として戸籍という行政実務（従来の戸籍実務の詳細な研究として山本正憲「非嫡出母子関係の発生―戸籍先例・法曹会決議よりみた―」法経学会雑誌一四巻一号参照）および親子関係をめぐる裁判実務にあらわれるにとどまり、この新判例に基づいて人々が身分行為をするという実際的な影響は考えられない。「慣習無関係」の判例変更とみることができる（なお朝日・読売新聞はこの事件を報じていない）。

5　変更判例に対する学説の反応　基本的に判旨に賛成する学説が多い（門坂・民商四八巻三号三七六頁、神谷・判例演習〔親族・相続法〕八七頁等）。

6　考察　従来の判例の確立度にやや疑問がみられるのみでなく、従来の判例の不都合につき多数学説の批判を受け入れ、しかも一般の身分行為の実際に判例変更が影響を及ぼさぬ意味で「慣習無関係」の判例変更である以上、変更は妥当であった。ただし判旨は、附言の形でこの問題を扱い正面から論じていず、また「原則として」とい

う留保をつけており、変更判例の全貌は必ずしも明確でない点が注意されるべきである。

(7)最判昭和三七年五月一八日二小(民集一六巻一〇七三頁)

民法一八七条一項は、「相続の如き包括承継の場合にも適用せられ、相続人は必ずしも被相続人の占有についての善意悪意の地位をそのまま承継するものではなく、その選択に従い自己の占有のみを主張し又は被相続人の占有に自己の占有を併せて主張することができるものと解するを相当とする。……この点に関する大審院判例（大正三年（オ）第五八七号大正四年六月二三日言渡判決民録二一輯一〇〇五頁、大正五年（オ）第六七四号大正六年二月二八日言渡判決民録二三輯三二二頁、昭和六年（オ）第三二二号同年八月七日言渡判決民集一〇巻七六三頁）は変更せらるべきものである。」破棄差戻。

1　判例変更の動機　取得時効の占有の要件につき、占有者は被相続人の占有から分離して自己の占有のみを主張しうるかにつき、本判決は近時の通説に従い、これを肯定した。変更判例は結果的に時効取得の成立を容易にすることとなる。宮田調査官の以下の指摘は、判例変更の動機を探る上に参考になる。「新憲法のもとに家督相続の廃止せられた今日、相続人は被相続人の人格を継承し法律上同一人とみなされるとする判例の考え方は通用しない。民法一八七条の適用については特定承継と包括承継とによって区別すべきでないとする通説に従って大審院判例を変更した本判決は正当であり、注目すべき判決であろう」(法曹一四巻八号一三〇六頁)。

2　従来判例の確立度　判旨引用の大正時代の二判決はいずれも、相続人固有の占有主張を認めない立場であり判例としては確立していた。戦後も下級裁判所の判例として大阪高判昭和二四年二月一六日(高民二巻一頁)および本件原判決もこれを踏襲していた。ただし判旨引用の昭和六年判決は本問題に関する判例ではなく民法一八五条に関するものであり、判旨がこれを引用した意味については理解が分れうる(星野・法協八一巻三号二九九頁参照)。

3　従来判例に反対の学説　従来の判例を支持する学説もあつたが(柚木、末川等)、多数学説は判例に反対し、占有者の相

続人にも一八七条の適用を認めるべきだと主張していた（宮田・前掲一三〇六頁引用の諸学説および鈴木禄弥「占有権の相続」家族法大系Ⅱ一〇五頁、高木「相続人の占有権」民商四六巻二号二一四頁参照）。

4　変更判例の実務への影響　本問は取得時効の成否に関するだけに一般実務への影響はなく、裁判実務への影響だけが問題となる。すなわち「慣習無関係」の判例変更とみることができる（なお、朝日・読売新聞はこの判決を報じていない）。

5　変更判例に対する学説の反応　学説は、判旨が判例変更の実質的理由を十分に示していないこと、および前述のごとく判旨が昭和六年判決を引用したことを批判しつつも、判例変更を支持している（星野・前掲のほか、風間・時報三四巻一一号一〇二頁、田中整爾・民商四八巻一一号一一頁）。ただし特殊な見方として鈴木禄弥教授は以下のようにいわれる。「相続による承継に一八七条の適用を認める通説および判例は、相続開始のとき相続人が遺産を所持している状態のケースにつき、また一八七条の適用を否定する少数説および旧判例は、相続開始のとき相続人が遺産を所持していないときにつき、それぞれ正当なのであって、両説とも楯の一面のみを見ている、といえないであろうか」（法学教室六号一七七頁）。

6　考　察　本件は「慣習無関係」の判例変更で裁判実務への影響がみられるだけで、しかもその結果は取得時効の成立が容易になり、取得時効制度の趣旨に合することとなる。本件判例変更は支持されてよい。

(8) 最判昭和三八年一月三〇日大法廷（民集一七巻九九頁）

〔前略〕手形は流通証券であるから手形債権につき債務者を遅滞に付するための請求には手形の呈示を伴うことが必要であるが（商法五一七条、手形法三八条、七七条一項三号参照）、単に時効中断のための催告については、催告の意義が前記の如き趣旨のものである以上、必ずしも手形の呈示を伴う請求であることを必要としないものと解すべきである。これを取引の実情から言つても単に手形の時効中断のための請求にまで常に債務者に手形を現実に呈示しなければならないとすることは必要以上に手形債権者に不便を強いるものであつて取引の実情に副わないものである。本件について原判決の確定するところによれば、被上告人のなした催告は書留内容証明郵便を以つてなされ、その催告書中には本件手形の要件が逐一記載され、右手形を被上告人が現に所持していることが記載されているというのであるから、右催告は本件手形債権につき時効中断の効力があるとした原判決の判断は正当として是認すべきものであ

る。

以上の見解は大審院の従来の判例及び当裁判所昭和三四年（オ）第四七一号同三六年七月二〇日第一小法廷判決（判例集一五巻一八九二頁）と相容れないものであるから、右各判例はこれを変更するを相当と認める。」

1　判例変更の動機　近時の多数学説を採用し、また取引の実際を尊重したものである。坂井調査官の以下の指摘は注目に値いする。「この大法廷判決は、法理論上からいって手形の呈示を要求する根拠が薄弱であるとの見解が根柢になつていることはもちろんであるが、法律制度が元来奉仕すべきものであるところの社会の要請に対する配慮が、従来の確定していた判例を変更するにあたつての大きな力となつていることは、判決の行文を通じて看取できるようである。大審院とはまた異つた性格を持つとされる最高裁判所の一つの特徴がうかがえる判決ということができるのではなかろうか」（ジュリスト二六九号五三頁）。

2　従来判例の確立度　大審院およびこれを踏襲する昭和三六年の最高裁判決があつたが、この判決には高木裁判官の反対意見が付されており、判例には動揺のきざしがみえた。また本件原審判決のごとく、従来の判例に従わない下級裁判所の判例もあつた（鈴木竹雄・法協八二巻三号四〇六頁引用の判例参照）。

3　従来判例に反対の学説　近時の多数説は従来の判例に反対であつた（鈴木・前掲四〇六頁引用の文献参照。判例に賛成の少数説については、鈴木・手形・小切手法三〇八頁および、鈴木・前掲法協引用の文献参照。なお諸学説の変遷につき、砂田・時報三五巻四号五七頁参照）。島谷弁護士は、「最高裁がこの問題についてあたらしい態度を打出して、実務上の不便を取り除いてくれることが期待されていた」が前掲昭和三六年判決は「全く期待外れのものであつた」といわれる（判タ一四一号四九七頁）。

4　変更判例の実務への影響　今後は時効中断のための催告には手形を呈示する必要がなくなり一般実務における催告を簡易化することとなる。ただしこの判決が述べるように催告にあたり手形の呈示を要求することは取引の実

情にあわなかつたのであり、従つて変更判例はむしろ取引の実情を尊重したという意味をもつこととなる（実務への影響につき、島谷・前掲四九六頁参照）。すなわち「慣習肯定」の判例変更である。新聞もこの判決を「銀行筋では歓迎」と報じた（朝日新聞昭和三八年一月三〇日夕刊は、上記見出しの下に「例えば、手形の時効中断のため、いままではいちいち遠隔地まで手形を送つていたわけだが、今後はこうした不便が避けられるとし、経済界への実際的な影響はかなり大きいといつている」と報ずる。なお同記事は、「この判断は現在行われている手形の時効中断についての慣例を破るもので経済界に重大な影響を与えるものとみられる」というが、手形の呈示が実際上の「慣例」にまでなつていたかどうかは疑わしいと思われる）。裁判実務への影響も大きいが、すでに従来判例に動揺がみられた以上、新判例は裁判官全員一致の意見で混乱した裁判実務を新方向に統一したという意味をもつこととなる。

5　変更判例に対する学説の反応

従来判例に賛成していた鈴木竹雄教授も、本判決の後、変更判例に賛成する旨改説された点がきわめて注目される。以下のようにいわれる。

「最高裁が本判決によつて判例を変更したことは、これら少数説に対して多大の衝撃を与えたが、ことに本件の上告理由に私の説が多分に盛り込まれているだけに、私としては当然強い反省を迫られた。そして私はすでに一度改説をしたことがあるだけに（判民昭和七年度六二事件参照）、一そう慎重にならざるをえなかつたが、結局、呈示不要説をとつてもさしつかえないばかりか、呈示不要説をとらないと甚だまずいことになることに気がつき、再び改説することとした。これで呈示必要説は完全になくなるのではないかと思われる」（法協八二巻三号四〇六―四〇七頁。ただし砂田・手形研究九〇号一〇〇、清水新・エコノミア二九号（未見）等は変更判例に反対）。教授は改説の理由として、第一に旧説は「判例を何とかして理論づけたいと考えたあまりの論法」であつて時効中断につき呈示証券性を云々することは、あまりにも観念的な考えであること、第二に旧説の場合、手形の呈示の立証につき債権者は極めて困難な立場におかれる。「判旨は現実に手形の呈示を要求すると、手形債権者に不便を強い取引の実情に副わないといつているが、以上によればその実態は判旨のような表現から感じとられるような生やさしいものではないのである」といわれる（前掲法協四〇七―四〇八頁）。さらに教授は改説の経緯につき以下のように述べられる。「私自身の判断、私自身の考え方も時を経るに従つて変わつてくるというようなことも、当然起こつてまいります。……私はこの問題について、昔判例批評をしたときは、田中耕太郎先生の説に従つて、呈示は要らないと書きました。ところが、「手形法・小切手法」の書物を書いたときは、改説をして、判例に従つて呈示が要ると書いたのであります。したがつて、今度判例が変ると、私がサポートしていたものが改つたのですから、私自身はなはだとまどつた次第であります。私が判例をサポートしたために私に従つてくれた人が若干おりますが、もし私が改説

をしたら、その人たちはなおさらとまどうに違いないと思って、自分の責任を感じないではありませんでしたが、ついに二度目の改説をして、最高裁の判例を支持したのであります。その場合に私を一番動かしたことは、実は、いままでなぜこのようなことが思い及ばなかったのかと我ながら不審にたえなかったような簡単なことなのであります。それは、裁判外の請求をするときに手形の呈示が要るとした場合には、当然呈示をしたことの立証をしなければならないわけですが、その立証が簡単にできるものだろうか。できないとすると、時効は中断しない。したがつて権利は消滅するということになつてしまいます。ところで、債務者を遅滞におちいらせるための請求には呈示が要るということを判例もずつといつており、学説もそう考えているのですが、これは遅滞の場合だと、かりに裁判外の請求のときに手形の呈示をしたということの立証ができなくても、訴を起せばそのときからは遅延利息がとれるわけですから、権利の本体に関係はなく、失うものはただ若干の利息だけにすぎません。そこが時効中断の場合と非常に違つているわけです。このようなことを考えると、私の考え方、つまり旧判例の考え方では当然困るのではないかと思いたつて、二回目の改説をしたのであります」（法協八三巻九・一〇号一三四九―一三五〇頁）。

鈴木教授の改説は、判例に対する学説のあり方を考えさせる上に、重要な素材を提供するものである。この点では前掲⑤判決に対する柚木教授のとられた態度と対比しつつ検討することが必要である。その点はともかく、本件変更判例は、学説によりほぼ全面的に支持を受けているといえる。

6　考　察

一般実務に対し新たに積極的な要件を課するという方向での変更でなく、「慣習肯定」の判例変更だから、変更に伴う人々の利益の侵害はない。そこで判例変更が学界、実務界で強く支持されるのは当然と思われる。

ただ注目すべきは、昭和三六年判決を下した裁判官（斎藤（悠）、入江、下飯坂、高木）の中、反対意見を述べた高木裁判官が、その立場を本判決において貫いたことは当然としても、入江、下飯坂の二裁判官が本判決では意見を変えたことである。しかも結果をまるで逆にする問題についての意見の変更である。その上本判決は全員一致の意見とされており、何故二裁判官が一年五ケ月の間に意見を変えるに至つたかにつき何も述べられていない。裁判官は学説と同じく改説が許されるか否か、さらに改説の場合にその理由を明記する必要はないかどうかにつき、重要な問題を提起すると思われる。

⑨最判昭和三九年六月二四日大法廷（民集一八巻八五四頁）

「民法七二二条二項の過失相殺の問題は、不法行為者に対し積極的に損害賠償責任を負わせる問題とは趣を異にし、不法行為者が責任を負うべき損害賠償の額を定めるにつき、公平の見地から、損害発生についての被害者の不注意をいかにしんしゃくするかの問題に過ぎないのであるから、被害者たる未成年者の過失をしんしゃくする場合においても、未成年者に事理を弁識するに足る知能が具わつていれば足り、未成年者に対し不法行為責任を負わせる場合のごとく、行為の責任を弁識するに足る知能が具わつていることを要しないものと解するのが相当である。したがつて、前示判例〔最判昭和三一年七月二〇日民集一〇巻一〇七九頁〕は、これを変更すべきものと認める。」

1　判例変更の動機　近時の少数だが有力な学説を採用したものであり、損害賠償における公平な損害の分担を志向したものと思われる。

2　従来判例の確立度　判旨引用の昭和三一年判決にみられるごとく大審院、最高裁の判例は確立していた（栗山・法曹一六巻一〇号一五二六頁引用判例参照）。しかし近時の交通事故の増大に伴い、下級裁判所では上級裁判所の判例と異つた判断を下す判例があり（植林・時報三六頁一〇号一〇一頁引用判例参照）、最高裁のとる態度が注目されていた。

3　従来の判例に反対の学説　多数学説は従来の判例に賛成していたが（栗山・法曹一六巻一〇号一五二七頁引用の文献参照）、少数の学説は右下級裁判所判例とともに、被害者たる年少者につき過失を認めうることを説いていた（加藤・不法行為二四七頁、藪「過失相殺」総合判例研究叢書・民法(12)一七九頁）。

4　変更判例の実務への影響　交通事故による突発的事故についての問題であるだけに、従来の判例を前提とした一般実務が影響を受けるということは考えられない。もつとも「この判例をタテに、運転手達が黄色のハタなどを現在以上に無視することは困る」と警戒されているが（朝日新聞昭和三九年六月二九日夕刊・今日の問題）、他面では「保護者にとつても反省の課題を提起した」（北海道新聞昭和三九年六月二六日朝刊・社説）との見方も可能であり、いずれにしてもこれらは人々の心理への影響の問題にとどまる。すなわちこの判決は「慣習無関係」の判例変更であり、裁判実務への影響だけが重要性をもつといえる。

5　変更判例に対する学説の反応　新判例を契機に学説は改説により新判例を支持するものがふえてきている（末川・民五二巻二号二二四頁、植林・時報商三六巻一〇号一〇三頁（留保付））。

6　考　察　本件は一般実務に影響を及ぼさぬ「慣習無関係」の判例変更であり、しかも公平な損害の分担をめざすものである。変更判例は支持されてよい。

なお従来の昭和三一年七月二〇日第一小法廷判決を構成した裁判官（栗山、谷村、池田）はその後すべて退官して、右大法廷判決には加わつていない。この事実は判例変更が比較的容易に行なわれた要因の一つとみることができよう。

(10)最判昭和三九年一一月一八日大法廷（民集一八巻一八六八頁）

「債務者が、利息制限法（以下本法と略称する）所定の制限をこえる金銭消費貸借上の利息、損害金を任意に支払つたときは、右制限をこえる部分は民法四九一条により残存元本に充当されるものと解するを相当とする。その理由は後述のとおりである。従つて、右と見解を異にする当裁判所の判例（昭和三五年（オ）第一〇二三号、同三七年六月一三日言渡大法廷判決、民集一六巻七号一三四〇頁参照）は、これを変更すべきものと認める」〔後略〕（一四人の裁判官中、反対意見四、補足意見三がある）。

1　判例変更の動機　この判決は二年半足らずの間に従来の大法廷判決をくつがえしたものである。その基調には債務者保護の思想があることはいうまでもないが、変更の最大の理由は、前の判決における多数意見と少数意見が裁判官の退官、新任に伴い逆転したという偶然的な事情に基づいている（西村・民商五二巻六号九〇七頁）。

2　従来判例の確立度　昭和二九年制定の利息制限法をめぐり、下級裁判所で判例が分れ（長利・法曹一四巻八号二、三二〇頁引用判例参照）、前記昭和三七年の最高裁大法廷判決がこれを統一し判例を確立した。

ただしその判例の確立度には問題があった。一方では、判例の不安定さを認めつつも、判例の確立を肯定する立場が示された。すなわち、宮川裁判官は、「こういう最高の判例が出ますと、少なくとも現実のザインの問題として

は、この法律解釈のキメ手になつてしまうのじやないか。……いちおう実定法の解釈に関するかぎりは終止符を打たれたような気がする」といわれ（民商四七巻二号二六九―二七〇頁）、また於保教授も、右昭和三七年判決につき、学説・下級審判例における「対立を解消し判例を統一するために本件大法廷判決はなされた。したがつて、支払超過利息の元本充実は判例上否定に確定したわけである。しかし、本判決は九対五の多数決によつたものであり（満一年後には、多数説の四名と少数説の一名とが退官され、五対四の比率となつている）、かなり不安定さをもつているとはいつても、大法廷判決の権威の上からは、一旦なされた限りその変更は困難である。もし、充当肯定説に転じようとすれば、一条二項に但書をつけて立法上解決するほかはあるまい（同趣旨か、長利調査官解説法曹時報一四巻一三二一頁）」と指摘されていた（判例演習〔債権法1〕二一―二二頁）。これらの見解の根底には、一旦示された大法廷判決は、容易に変更されるべきではないという思想ないし願望が含まれていることが察知できる。しかし他方では、右判決に五人の裁判官の反対意見が付されている点を重視して判例変更の可能性を予見するものも少なくなかつた。たとえば谷口教授は、右昭和三七年判決につき「本判決は、少数とはいえ有力な反対意見を含むものであり、若干不安定なものといえる。わが国では、英法におけるような意味で判例の拘束力はないから下級裁判所は自らの信念に従がつて反対の見解を採ることもできる。はたしてこの判決が実際上どのように将来の裁判を支配し、また町の金融に影響を与えるだろうか。近い将来に変更されることになりはしないか。判例法というものの意義を考える上からも、まことに興味ある問題を提供するものといえよう」と述べられた（時報三四巻九号六三頁）。このような学説上の指摘は、判例変更を肯定する方向に影響力をもつと思われる。

ともかく事実として判例は変更されたのであり、この間の事情につき宮田調査官は以下のように述べる。右昭和三七年判決により「この問題は終止符を打たれた。しかし、右の大法廷判決に対しては、これまで見解の表明を避けていた我妻栄氏をはじめ法定充当説をとる学者がこぞつて、債務者保護の立場から、反対の批評をしている。また、前

掲大法廷判決において裁判官一四名のうち五名の反対意見があつたので、その後の最高裁判事の異動にともない、判例変更の可能性が考えられ、本件が大法廷に廻付されたので、その結論が注目されていたようである」（法曹一七巻二号一八頁）。

3　従来判例に反対の学説　学説は昭和三七年判決をめぐり右宮田氏指摘のとおり分れていたが（長利・法曹一四巻八号一三二頁引用学説参照）、これに反対の学説の方が圧倒的に有力であつた。もつとも反対学説が、直ちに判例変更を求める意味で展開されたとはいい切れない。あるいは究極的解釈のあり方として――従つてそれに至る道程については指摘こそしていないが留保しつつ――、あるいは解釈論の形をとりつつ立法論的願望をこめて展開されたものもあつたと思われる。もし変更判例が強く学説に動かされたとするならば学説の受けとめ方において問題があつたといわねばならない。

4　変更判例の実務への影響　「慣習否定」の判例変更であり、従来の判例を前提とした一般実務は根底からくつがえされ、本稿で検討する他の判例には例をみないほど大きい影響を及ぼす。たとえば「貸出業者の声」として従前の昭和三七年判決が「私達には一応の営業の指針」となる旨の指摘があつたが（阿部由一・判時三〇七号二四頁）、その指針も変更を余儀なくされることとなろう。もつとも二年半足らずの間に判例変更が行なわれたので本件の当事者の取引における信頼が判例変更により害されるという面はない。しかし前判決から変更判例までに行なわれた一般の取引については債権者の法に対する信頼が害されることは疑いがない。しかし判例の変更そのものの影響を論ずる学者は意外に少い。多くの学者は変更判例の立場をとるときの実務への影響だけを論じ、変更そのものの影響にはふれることが少ない。わずかに以下の指摘がみられるにとどまる。

まず我妻教授は、「私は前の判決には反対なのだから、変更されたこと自体には賛意を表する。なおまた、すべて判決は、――精緻な理論を含んだ上での――裁判官の全人格的判断であるべきであつて、最高裁の判決についてとくにそのことが強調される。だから一五人の裁判官の人的構成が変更することによつて判断の方向が違つてくることのあるのは、当然であり、むしろ歓迎すべきである。し

かし、それにしても、二年半足らずの間に一挙にして正反対に変更するのはどういうものであろうか。大法廷の築き上げてゆく判例理論の安定性という大切な要請が崩れてゆくおそれはないか。前の大法廷判決によって差戻された事件の東京高裁における運命はどうなつたのか知らない。しかし、どうなつていても、おかしなことになる。(i)差戻審の判決がまだない間だとすると、差戻の拘束力は形式的に維持されるだろうから、上告すれば最高裁で再び破毀されることを予期しながら、この度の判決とは違つた理論で判決をすることになるのであろうか。(ii)差戻審の判決がすでになされ、上告中だとすると、被毀差戻となるから、とくに不公平にもなるまいが、当事者があきらめて上告しないで確定してしまつた場合だと、最高裁としてはすこぶるねざめの悪いことになろう。いずれにしても、一国の判例法の安定性のためには残念な現象である」といわれる(ジュリスト三一四号一二頁)。玉田教授も「結論的には正当であろう。しかし、いずれにせよ、国民生活におよぼす影響が大きく、この意味では余りにも軽々しく(?)変更されることは好ましくないといわざるをえない」と述べられる(時報三七巻五号一七二頁)。これに対し谷口教授は一面において判例の変更を是認され、他面において判例変更の慎重さを要請される。すなわち、「英国では最高裁判所たる House of Lords の判決は同種事件につき自らを拘束するので、これを変更するためには、国家制定法によらねばならないとせられているようである。これは House of Lords の判決は下級裁判所を拘束し、国民も、その判決の理論を規範として取引に従つており、その法理論が、国民の行為の準則になつているので、これを変更するには、国民の代表よりなる国会の承認を得た法律によらなければならぬという理論に拠るものと考えているのであるが、わが国には、このような法則はないから、最高裁の判例の変更が国民に不測の損害を及ぼすことがあつてもやむをえないというべきであろう。しかし変更は極めて慎重でなければならず、社会情勢や、国民の規範意識が既に変更しているような場合に、それに即応すべく、なされるのが望ましい。この度の判例は、もともと有力な反対意見を含む不安定な判例を、二年半という短期間の後に変更したもので、国民への影響はそう大きくはないであろう。これまた有力な反対意見を含むものなのだから、とにかく速やかに明確な立法による安定をもたらすことが望ましいと思う」といわれる(時報三七巻一号六八頁)。同様に石川利夫教授は、「判例変更といつても、裁判官全員一致によるものではなく、今次の判旨にも少なからぬ反対意見があり、しかも前判例当時からの同じ裁判官が見解を改めたというのでもなく、退官その他によるメンバーの交替によっての前判例の少数派が今次判例の多数派になり、多数派が少数派になつたという事情に基づくものであるので、将来の裁判官の構成いかんによっては、更に変更の可能性がないわけではない。しかし、こんどは学説の支持も多かろうし、司法の権威、法的安定の立場からもまあ将来の変更ということはあるまい。わが国には、英国のように最高裁の判決を変更するには立法によらねばならないという原則はないのであるが、前記のような事情もあることなので、この問題については明確な立法による安定を速かにすることが

望ましいことである。近い将来に今次判例の趣旨にそった利息制限法の改正が実現することになるだろう」といわれる（判評七六号一四頁（判時三九五号九六頁））。

以上のほかは、学説上、変更判例の立場をとるとき実際上いかなる問題が生ずるかの点が指摘されるにとどまる。この問題は、昭和三七年判決の補足意見や本件反対意見中でも述べられていることであり、本稿の対象から外れる問題だが、参考までにこれを掲げておく。

まず宮田調査官は、「今度の大法廷判決が町の金融業者にとつて大きな痛手であることは否定できない。無担保の借主に貸し付ける場合に、貸倒れを計算に入れなければなるまいから、利息制限法の定めた枠の中で金を貸して十分採算が立つかどうか、また、本判決の適用を免れる合法的貸付方法があるかどうかについて、急処対策を講じているものと思われる。その反面、庶民金融の路が閉ざされるおそれもあるから、庶民金融のための社会政策的立法が早急に実現することが期待されよう」といわれる（法曹一七巻一号一九―二〇頁）。同様に谷口教授も「この判決が、中小企業の行詰り倒産続出の今日に与えられたことの意味を考えてみねばならぬ。街の金融業者より資金を仰いでいて、利息の支払に追われていた中小企業者にとつては、名義上残存する元本請求訴訟の攻撃より救済されることになるであろう。しかし街の金融業者から金融を受けることが困難となり、従前以上の高い闇金利に悩まされる可能性も考えられる」といわれる（時報三七巻一号六八頁）。こうした事実は、新聞報道でも大いに指摘されたことである（たとえば、朝日新聞昭和三九年一一月一八日夕刊は、「金融業者に大きな影響」という見出しで判決を紹介し、「影響が注目されている」と報ずる。また同一九日夕刊「今日の問題」は、「ただし、このような画期的な判例が、そっくりそのまま実際の取引に適用されるかどうか疑問であろう。この事件は債務者が最高裁まで争つたため、その主張が通つたが、年末金融ひつぱくの折柄、どんな高利を払つても金を借りたい、という業者はきわめて多かろう」と指摘する）。さらに谷口教授は、やはり判例の変更自体に伴う影響ではなく、新判例の副次的影響ともいえる暴力的自力救済をおそれてつぎのようにいわれる。「本判例を楯に債務者が支払を拒否する場合に、すくなくとも名義上は、元本債権が残つており、前判例によれば、裁判上も取り立てえた性質のものであるから、これを支払わぬことが違法で、かつ、背信的であるとの意識はなお市井に強いものがあろうから、暴力をもつてしても、これを取り立てようとする者がますます増加しないだろうか。また、暴力的・強制的な請求に応ずる代物弁済などが流行しないだろうかが懸念される。『約束は遵守されねばならぬ』という取引界の根本原理が、法によつて拒否され、約束の履行強制が国の裁判所によつて採り上げられない場合には、暴力的自力救済に正義のためという口実を与える可能性が多い。賭博債務の暴力的取立は、古くからあるが、前借無効判決は暴力団に活動範囲を拡大せしめたかも知れない。今度の判決が、更に

この傾向を促がさないとはいい切れない。一段と暴力取締を期待しなければならぬと思う」といわれる（時報三七巻一号六八頁）。

さらに裁判実務も根本的に修正されることとなる。しかしこの問題についても、前掲我妻教授の指摘以外には、諸学者は判例変更そのものの影響ないし混乱は論じないで、新判例の立場をとるときの裁判所の負担だけを論ずる。

すなわち宮田調査官は、「今度の大法廷判決が採用した元本充当説に従うときは、下級裁判所が複雑な計算関係に悩まされることになろう。しかし、適切な訴訟指揮によって、貸金申請の額を当事者間で争いのない限度まで減縮させうる場合が相当多いであろうから、左程懸念することもないかも知れない」といわれ（法曹一七巻一号一一九頁）。谷口教授も、「この判決は下級裁判所に負担を一層加重しないかが問題である。実際、弁済は必ずしも明確に計算してなされるとは限らず、少額ずつ分割弁済されることも多いから、前判例のように利息として払つた部分は考慮しなくてもよいときは、判決は簡単になされうるが、本判決によると、超過利息の部分を支払毎に元本に充当する計算を要請されるから、裁判官にはまことに繁雑で堪え難いものがあろうし、施行規定として職権をもつて元本充当計算をなすことを要し、計算の誤謬・充当の過誤などが法令違反で上告されるということにもなる。したがつてこの判決は、下級審の苦労を顧りみぬものだとの非難を受けるかも知れない。しかし誤算などで上告する当事者は少ないであろうし、引き延し目的などが明らかとなれば、上訴権濫用の理論で、これを阻止しうるのではなかろうか」とわれる（時報三七巻一号六八頁）。なお、「この種事件の計算はすこぶる複雑化され、中には利息損害金の支払日も詳らかでないものもあって、審理は一段と手数を要することになる。そこでこの種事件は往々調停にまわされる」という事実も指摘されている（河村耕太郎「債務者が金銭債務につき法定の制限をこえる利息損害金を任意に支払つた事案とその調停について」調停時報四四号一〇頁）。

なお前掲我妻教授指摘の判例変更による裁判実務上の混乱はどのように解決されるであろうか。かつて最判昭和二八年五月七日一小（民集七巻四八九頁）は、破棄差戻の上告判決に示された判断の上告裁判所に対する拘束力の問題に関し、「最高裁判所といえども、上告審として一つの事件に関し、一定の事項につき、終局的確定の目的をもつて判示した自らの裁判の内容には拘束される関係にあるのであって、当該事件を破棄差戻後の判決に対する上告として、さらに再び審判する場合においても、特別の規定のない限り（民訴一九三条ノ二参照）、これを変更することは許されないもの

と言わねばならぬ。なぜならば、元来訴訟は当事者間に存する争訟を裁判により終局的に解決することを目的とするものであるからである」と述べた。この判決は判例変更の場合にどのように作用するであろうか。訴訟法学的に解明されるべき問題である（吉川・民商二九巻四号二五一頁は既判力による拘束力という立場から、別の上告判決による判例変更にかかわらず前判決の判断の変更は許されないとの立場である）。

5　変更判例に対する学説の反応　昭和三七年判決に対すると同様、学説は分れるが変更判列を支持する学説が有力である。ただし判列の変更のあり方については前記のごとく疑問を述べる学説が見受けられる。

6　考　察　本判決は典型的な「慣習否定」の判例変更である。すなわち元本充当を認めないのが一般実務の実情であり、これを昭和三七年六月一三日の大法廷は肯定する旨判示した。そこで慣習と判例法との間にはくいちがいがないこととなつた。ところが本件は「慣習否定」の判例変更を行なつた。同じく「慣習否定」の判例変更に属する①判決の場合と異り、その間に社会事情の変化や関連する法の改正による法律状態の変化もなく、判例変更は論理的に可能な二つの解釈の中、どつちをとるかという選択の変更の形で行なわれたにすぎない。この点、どの理論が正当かはともかくとして、変更判例には、判例変更に伴う実務への影響を考慮した形跡はみられず、個々の裁判官の個性豊かな理論の展開がみられるにとどまる。一旦最高裁で是認された一般実務がまたたく間に変更を余儀なくされた事例は、本稿でとりあげる判決中にも例をみない。この判決は客観的にみれば、最高裁が自ら二年半前にまちがつた判決を下したことを公けにした意味をもつこととなる。裁判官はもちろん良心に従つて裁判すべきではある。自ら下した判断には責任を伴う。とくに最高裁では大審院と異り、少数意見、補足意見を付記しうるが、学説と異り、裁判官の意見の改説は困難であろう。しかし判例が法としての機能を果す以上、一旦形成された法の変更には、その変更によつて生ずる実務への影響力を考慮する必要があり、たとい前判決における少数意見の裁判官であつても、ともかく一旦形成された法の下で従前と全く同じく自説を貫きとおすことが正しいかどうかは問題である。なお新聞報道による

と横田喜三郎長官は退官にあたり、印象に残った裁判の一つとして「経済的に弱い立場の人を救う道を考えた利息制限法に関する判例変更」を指摘された由であり（朝日新聞昭和四二年八月五日朝刊）、また最高裁裁判官の国民審査にあたり、各裁判官が国民の注目を集めた事件でどのような判決を下したかの紹介につき、柏原語六氏が、右昭和三九年判決の多数意見に加わつたことを報道している（朝日新聞昭和四二年一九九日朝刊）。これらの報道の底流には、この判決が弱者の味方として良き判決であつたとの見方がひそんでいると思われるが、他面、最高裁長官の交代にあたつての新聞社説における左の指摘にも十分傾聴すべきものがあろう。「判例の安定性についての批判も存在する。利息制限法についての三十九年末の大法廷の判例変更は、直接理由は裁判官の交代のもたらしたものだが、二年半にして判例が正反対にかわつた事実に批判が向けられた。判例は、むろんケースにもより、時代とともに修正されねばならぬ性質のものだが、その安定性確保にも注意が払われねば世の信を失う」（朝日新聞「横田新長官と最高裁の課題」昭和四一年八月七日朝刊）。

(11) 最判昭和四〇年六月三〇日大法廷（民集一九巻一一四三頁）

「売買契約の解除のように遡及効を生ずる場合には、その契約の解除による原状回復義務は本来の債務が契約解除によって消滅した結果生ずる別個独立の債務であつて、本来の債務に従たるものでもないから、右契約当事者のための保証人は、特約のないかぎり、これが履行の責に任ずべきではないとする判例（大審院大正六年（オ）第七八九号、同年一〇月二七日判決、民録二三輯一八六七頁、なお、同明治三六年（オ）第一七〇号、同年四月二三日判決、民録九輯四八四頁等参照）があることは、原判決の引用する第一審判決の示すとおりである。しかしながら、特定物の売買における売主のための保証においては、通常、その契約から直接に生ずる売主の債務につき保証人が自ら履行の責に任ずるというよりも、むしろ、売主の債務不履行に基因して売主が買主に対し負担することあるべき債務につき責に任ずる趣旨でなされるものと解するのが相当であるから、保証人は、債務不履行により売主が買主に対し負担する損害賠償義務についてはもちろん、特に反対の意思表示のないかぎり、売主の債務不履行により契約が解除された場合における原状回復義務についても保証の責に任ずるものと認めるのを相当とする。したがつて、前示判例は、右の趣旨においてこれを変更すべきものと認める。」

1　判例変更の動機　売買契約の解除の場合の原状回復義務に保証人の責任が及ぶか否かにつき、本判決は近時の有力学説を採用した。

2　従来判例の確立度　判旨引用の二判決があるが、旧判例の下でも特約があれば別だとされており（大判明治四二年五月一九日民録一五輯五〇四頁、大判昭和六年三月二五日新聞三二六一号八頁）、また賃貸借の解除のごとく遡及効のない場合の賃借人の目的物返還義務には保証人の責任が及ぶとされていた（大判昭和一三年一月三一日民集一七巻二七頁、最判昭和三〇年一〇月二八日民集九巻一七四八頁）ため、引用の二判決が果して絶対的な判例法か否かについては疑問がなくはなかつた。下級裁判所の判例でも従来の大審院判例に従わない事例があつた（福岡高判昭和三四年一二月一五日下民一〇巻一二号二六〇八頁）。

3　従来判例に反対の学説　近時の有力学説は従来の判例に反対であつた（たとえば我妻・新訂債権総論四六八頁）。

4　変更判例の実務への影響　一般実務への影響があり、少なくとも「特定物の売買における売主のための保証」（そのほかの場合に判旨が先例となるか否かについては議論がある。西村・民商五二巻二号二三四頁、二三七頁、栗山・法曹一七巻八号一二八〇頁等参照）の場合は、保証人はひろい範囲での責任を覚悟しなければならなくなる。新聞でも本件を紹介して「現行の商取引き上の慣習を打ち破る判例として、経済界に与える影響は大きい」（毎日新聞昭和四〇年七月一日朝刊）、「今後の商取り引きに大きな影響を与えるものとして注目される」（北海道新聞昭和四〇年七月一日朝刊）、「債権債務の保証人になるには、とくに慎重さが必要になるわけである」などと述べている（朝日新聞昭和四〇年七月一日夕刊。なお読売新聞同年七月一日朝刊は、「六二年ぶりに新判例」との見出しで報道）。しかし契約自由の領域での問題だから、合意の内容が不明確な場合についてのみ判旨は妥当する。しかも一般実務が従来の判例を前提にして行なわれてきたか否かは不明である。その意味では一般実務の限られた範囲にのみ変更判例は影響力をもつとの見方が可能であり、また本件は「慣習否定」の判例変更とまではいいきれず、むしろ「慣習無関係」の判例変更で、裁判実務上の影響力が大きい判例とみるべきではあるまいか。

5　変更判例に対する学説の反応　学説は一般に新判例を歓迎する（於保・判評八四号二頁、（判時四一九号六〇頁）淡路・法協八三巻二号三二六頁、中井・時報三七巻一〇号一九頁等）。

6　考　察　本件は前記のごとく必ずしも広範囲に一般実務に影響を及ぼさず、「慣習無関係」的判例変更とみ

る余地があり、むしろ裁判実務への影響が大きいこと、しかも従来の判例に実質的不統一がみられたことからみて、本判決は裁判実務を統一したものとして、これを支持すべきものと思われる。すなわち過去において判例は特約という構成（淡路・法協八三巻二号三二九頁の指摘）により実質的に判例変更の努力を重ねてきたのであり、今回の大法廷判決は、そのような迂遠な構成をやめ、率直に保証人の責任を肯定した。その意味では「説明の変更」の面をもつ判決であり、判例変更のもつ意味はそれほど大きいとはいえないと思われる。

四　説明の変更に関する判例

(12) 最判昭和四一年四月二〇日大法廷（民集二〇巻七〇二頁）

「案ずるに、債務者は、消滅時効が完成したのちに債務の承認をする場合には、その時効完成の事実を知つているのはむしろ異例で、知らないのが通常であるといえるから、債務者が商人の場合でも、消滅時効完成後に当該債務の承認をした事実から右承認は時効が完成したことを知つてされたものであると推定することは許されないものと解するのが相当である。したがつて、右と見解を異にする当裁判所の判例（昭和三五年六月二三日言渡第一小法廷判決、民集一四巻八号一四九八頁参照）は、これを変更すべきものと認める。……しかしながら、債務者が、自己の負担する債務について時効が完成したのちに、債権者に対し債務の承認をした以上、時効完成の事実を知らなかつたときでも、爾後その債務についてその完成した消滅時効の援用をすることは許されないものと解するのが相当である。けだし、時効の完成後、債務者が債務の承認をすることは、時効による債務消滅の主張と相容れない行為であり、相手方においても債務者はもはや時効の援用をしない趣旨であると考えるであろうから、その後においては債務者に時効の援用を認めないものと解するのが、信義則に照らし、相当であるからである。また、かく解しても、永続した社会秩序の維持を目的とする時効制度の存在理由に反するものでもない。」

1　判例変更の動機　従来の判例と結論を変えずに説明を変更することにより、裁判を説得力あるものにした点

に存する。

2　従来判例の確立度　大審院判例および判旨引用の最判昭和三五年六月二三日は時効完成後の債務の承認は別段の事情がないかぎり時効完成の事実を知つてなしたものと推定すると述べ、従つて時効利益の放棄があるとみてきた。別段の事情につき立証を認めた例もなくはないが、近時はつねに時効利益の放棄を肯定するのが判例であつた。

3　従来判例に反対の学説　学説はこぞつて従来の判例の理由づけが不自然だとしてこれに反対してきた。もつとも学説のたて方には諸説が分れていたが、結論的には従来の判例の結果を学説は支持してきた（柚木・法曹一八巻六号九四三頁以下引用の文献参照）。

4　変更判例の実務への影響　「本判決は、通説ともいえる見解に従い、数十年にわたり維持されてきた判例理論を改めたもので、まさに画期的なものといえよう」（判時四四二号一二頁解説、同旨・五十嵐・判評九五号一九頁（判時四五六号一〇九頁））といわれるが、本判決は従来の判例の説明のしかたを変更したにとどまり、結論を変更したものではない。その意味で本稿で問題にするところの「説明の変更」の事例であつて、「理論の変更」の事例ではない。もつとも従来の判例の下では、時効完成の事実を知らなかつた旨の立証に成功すれば時効援用の余地がありえたが、新判例の下ではそれは許されない。その点では、たしかに「厳密にいえば、従来の判例理論を内容の点でも変更したと見なければならない。……この点に力点をおくと、大法廷判旨は、従来の判例の法的構成を変更しただけでなく、裁判官による法の創造の一例である、と見ることも許されよう」との指摘（五十嵐・判評九五号二一頁（判時四五六号一一頁））や、「単に論理構成の変更にとどまらず、結論においてもかなり差異を生ずると思われるので、本判決の将来の先例的機能が注目される」（乾・時報三八巻一〇号一一六頁）とか、「本判決の出現により債権者がいつそう有利になつたことは否定できない」（乾・前掲一一八頁）との指摘は正当である。しかし前述のように近時の判例は右の立証をほとんど実際上認めなかつたから、やはり従来の判例と新判例とでは結果の差異を生じない。かくてこの判決は一般実務に影響を及ぼさない。すなわち「慣習無関係」の判例変更である（なお朝日・毎日新聞はこの判決を報じていない）。ただ裁

判実務では当事者の争い方や裁判のしかたにおいて変更がみられることとなる。

5　変更判例に対する学説の反応　変更判例は多数学説を採用したものとして、学説は結論的に新判例を支持する（五十嵐・判評九五号一八頁（判時四五六号一一〇号一一六頁等）。学説中、五十嵐教授の以下の指摘は、判例変更のあり方を問題にする本稿にとり注目しなければならない。「本件判決について疑問がないわけではない。……本件は棄却判決であるのに、わざわざ理論構成をしかも大法廷まで開いて、変更する必要があるかという疑問である。しかし、前述のような本件判旨の積極面を認めるならば〔債務者に不知の立証を一切認めない〕、これも最高裁の機能の一つとして評価することができるであろう」（前掲・判評二一頁）。

6　考　察　かつて遠藤教授は、「判例が長い期間にわたつて打ちたててきた理論を、自らの手で早急に覆えすことは容易に考えられない」といわれたが（判例演習〔民法総則〕二五〇頁）、本判決は英断をもって判例を変更した。一般実務への影響がなく、「説明の変更」にすぎず、しかも「慣習無関係」の判例変更であるため、判例変更は容易だつたと思われる。このような場合の判例変更は問題がなく、変更判例は基本的に支持されるべきである。

注目すべきことは、本判決が改めた昭和三五年六月二三日（民集一四巻一四九八頁）判決を下した裁判官（入江、斎藤（悠）、下飯坂、高木）の中、入江裁判官が本判決に加わつていることである。入江裁判官は本判決において前判決の意見を変えたこととなる。この点では前掲⑧判決における同様であり、同裁判官は意見の変更につき補足意見も述べていない。ただ⑧判決と異り、本判決が「説明の変更」にとどまつて結果を変更するものではないため、個々の裁判官の意見の変更はそれほど重大視しなくてもよいと思われる。しかし⑧判決とともに本判決は、判例変更につき裁判官のとるべき態度の検討につき重要な手がかりを与える事例である。

五　私　見

一　以上の判例の分析を総括的に検討すると、まず判例は、理念の変更および説明の変更に関しては、限定を設けず自由に判例を変更していることがうかがえる。

まず理念の変更の場合（①）は、法の要請に基づき、たとえ従来の判例の確立度が高く、また学説が一般的には必ずしも判例変更を求めていない場合であっても、新しい理念の下に従来の判例を変更し、その場合「慣習否定」の形で一般実務への影響を考慮しない態度を示す。そして変更につき学説の全面的賛成が得られないにしても、新しい理念を政策として判例は貫いていくことが予測される。かような「理念の変更」の場合には、判例変更は客観的な法律状態の変化に基づく必然的なものだから、「慣習肯定」であれ、「慣習否定」であれ、判例変更に限界を設けるべきではないと考えられる。

また説明の変更の事例（⑫）において判例は、たとえ従来の判例が確立していても、これに批判的な学説の示す諸理論の中、法条との調和上最も無難なものを採用する。しかも説明の変更にすぎないので、「慣習無関係」の判例変更であり、一般実務への影響はほとんどみられないし、学説上も変更判例に対し根本的に反対の態度を示すものが少ないことが予想される。すなわち「説明の変更」の場合は、「慣習無関係」という理由で、少なくとも一般実務への影響という観点からは判例変更に限界を設ける必要はないと考えられる。むしろ裁判をより説得力あるものにするために「説明の変更」の判例変更は望ましいともいえる。

右に対し理論の変更の事件（②―⑪）は最も困難な問題を含む。判例変更の動機としては、すべての事例を通じ、従来の判例に対する批判的学説の採用であることは当然だが、従来判例と実際とのくいちがいの場合の「慣習肯定」

による一般実務の採用（②⑧）、従来の判例の確立度にやや動揺のみられる場合の判例の実質的統一（⑥⑪）が最も大きい要素を占める。そして判例変更の結果、行政実務の修正をもたらす場合はあるとしても（③）、「慣習肯定」または「慣習無関係」の判例変更として一般実務への影響が少ない場合が圧倒的に多い（②③④⑤⑥⑦⑧⑨⑪）。異例に一般実務への影響が大きい事例としては、「慣習否定」に関する⑩判決（利息制限法）があるにとどまる。以下では、この事例を中心に判例変更に限界があるべきではないかという問題を論じたい。

二　判例が法としての機能を果す以上、「慣習否定」の形で一般実務にいちじるしい影響をもたらす「理論の変更」の判決は、つぎの二つの理由からみて許されないと考えられる。

第一には理論的理由である。すなわち一般実務が慣習的に行なわれ、これを一旦是認する判例があらわれた以上、一般実務はもはや単なる事実上の慣習ではなく、国家の承認を得た慣習法に高まつたとみることができる。すなわちたとえ当事者が慣習法としての効力を主張していなくても、客観的にみると法例二条の「法令ニ規定ナキ事項ニ関スル」慣習の要件をみたしていることになる。そこで公序良俗違反という事情に基づき「理念の変更」の必要性でも生じないかぎり、もはや最高裁といえども「慣習否定」の判決は下せなくなるとみるべきものと考えられる。すなわち一たび「慣習肯定」の判決を下した以上、そこに「判例法」が成立するのみならず、「慣習法」が確認されたとみるべきで、それはもはや原則的には変更しえないと考えられる。

従来法例二条の「法令ニ規定ナキ事項」の例としては、譲渡担保、明認方法、内縁などがあげられるのが通常である。しかしこれらは判例上、法例二条との関係は明らかにされないまま、むしろ判例法として形成されてきた。学者はこれらについては慣習法と同時に判例法の例としてもあげている。学説上、慣習法と判例法との関係は必ずしも明確には論じられていないが、右に述べたごとく、「法令ニ規定ナキ事項」についての慣習を尊重した判例は、単に判

例法としての効力を有するにとどまらず法例二条の要件をもみたすことにより法律と同一の効力を有する慣習法としても確認されたこととなり、制定法によらなければ判例といえどもはやその効力を否定できないと解すべきものと思う。

法例二条の「法令ニ規定ナキ事項」に関する慣習の例として、学説は、前記のごとく譲渡担保、明認方法、内縁などをあげる。しかしこれらは判例上、「慣習法として認められるべきか否か」という形で、法例二条の適用そのものをめぐる問題として争われたのではない。すなわちこのような一般実務が判例上効力ありと認められたにすぎないのであり、それが結果として法例二条の要件をみたしていることになる。そこで一旦判例がこれらの慣習に効力を認めた以上、もはや判例変更によりその効力を否定することはできないこととなる。たとえば今日判例を変更し、譲渡担保は効力なしとの判決を下すとすれば、それは法律違反となる。右のようにすでに判例、学説上固つた慣習に限らず、他の一般実務についても、それが判例上一旦承認された以上は、同様に慣習法として法律と同一の効力を有するとみるべきものと思う。ただし判例がある一般実務を肯定した後、それが現実に行なわれなくなつた場合には、慣習法としては失効することとなる。

もっとも右の慣習法は、私法のすべての分野で成立するのではない。本稿で「慣習無関係」と扱つた諸問題については、裁判実務、行政実務が問題となり、一般実務は無関係である。その分野での判決は、法例二条の慣習法と無関係とみることができる。

なお右に述べたことは、慣習法と判例法との関係についての一つの提言を含む。すなわち従来学説は、法源として慣習法と判例法とをあげつつ、その両者の関係をあいまいにしてきた。そして両者別々の法源として認めつつも、具体例（前記譲渡担保など）は両者に共通のものをあげるのが通例である。しかし私の右の指摘によれば、両者はやはり明確に区別されうるのであり、判例法中、一般実務の慣習に関するかぎり、それは単なる判例法にとどまらず慣習法の効力を有するべきこととなる。逆にいえば、少なくとも実定法的意義における法の問題としては、慣習がそのまま法として効力をもつのではなく、判例と結合することにより、すなわち判例という形での国家の承認により、はじめて慣習法としての効力をもつことになる。これに対し一般実務に関しない判例法は、単に判例法としての効力を保持するにとどまることとなる。そこでその判例変更は違法とはいえない。

この点、たとえば津曲「慣習」民事法学辞典・上三〇一頁は、「最高裁判所において類似の判決が繰り返されると、そこに自然と『抽象的な原則』が確立され、その内容が合理的である場合には、国民はこれを法として尊重し、これに従つて行動することとなるから、

そこに慣習法が成立する。これが判例法である。判例法は判例を通して成立する慣習法である」といわれる。しかし判例法のすべてが「慣習法」だとすれば、法判二条により慣習法に反する判例変更は許されないはずである。むしろ判例法中、慣習法の要件をみたすものとそうでないものとがあり、後者だけが判例変更に親しむと理解すべきものと思う。慣習法と判例法との関係を右のように理解するときは、慣習法に関するかぎり、判例変更ができず、その結果慣習法の固定化を導き、このことは成文法における解釈の変更の自由に比し不釣合な結果を生じないかとの懸念がありうる。この点については、後述のごとく慣習法についても「実質的判例変更」が可能なこと、また前述のごとく慣習の消滅による「慣習法の失効」がありうることのほか、民法九二条の活用による慣習法の修正を考える余地があると思う。法例二条と民法九二条との関係については議論のあるところだが(最近の論稿として星野「編纂過程から見た民法拾遺—(一)(二)」民法九二条・法例二条論—」法協八三巻三号三五三頁以下)、私はおおむね従来の通説的見解に従いつつ、裁判所が職権的に適用する法例二条の一般的な慣習法に対し、当該訴訟における当事者が個別的な立証により明らかにし、その当事者間かぎりで妥当するところの具体的な「慣習」により、一般的な慣習法を修正する余地があると解しうると考える。たとえば一般的な譲渡担保についての慣習法を承認しつつ、訴訟当事者が個別的な事例についての「慣習」を主張立証すれば、その事件に関するかぎり一般的な譲渡担保に関する慣習法は修正されうると考える。右のような諸々の操作を加えれば、慣習法の固定化に伴う不合理な解決は避けられうるものと思う。

さらに慣習法に属する判例の変更が許されないという場合、慣習は、「銀行実務」、「金融実務」等にみられるごとく、往々にして経済的強者が弱者に対して押しつける形で形成されることが多い。かような場合に、一たび慣習肯定の判例が出た以上、「慣習否定」の形での判例変更を許さぬことは、経済的弱者の地位を害するのではないかとの懸念がありうる。この問題は、裁判所がはじめ慣習を肯定するか否かの判断を下すにあたり、慎重な態度をとることにより解決しうる。すなわち裁判所は軽々しく慣習肯定的判断を下すべきではなく、将来にわたつても変更できないことを考慮した上で慣習肯定の判断を下すべきである。

もつとも右に述べたことには、三つの問題がある。第一に、譲渡担保、明認方法、内縁などは、「法令ニ規定ナキ事項」といえるとしても、利息制限法における超過利息の元本充当の問題は、むしろ法律が規定しており、それがどういう規定のしかたかの解釈をめぐる争いであって、「法令ニ規定ナキ事項」といえないのではないかという問題である。まさに裁判所では法律に規定されているとの前提で右の問題が争われている。しかし客観的にみると、右はむ

しろ規定のない問題であり、それをどう扱うべきかが論じられたとみることができる。

第二に、慣習の有無という形で争われていない問題につき国が判決を下した場合にも、そこに慣習法が確認されたといえるか否かという問題である。学説上、民法九二条の慣習については当事者の主張・立証を要するとされるが、法例二条の慣習についてはそれを要しないとされている。そこで少くとも法例二条に関するかぎり、一たび最高裁がある一般実務を肯定する判決を下した以上、そこに客観的にみると慣習法が確認されたこととなり、当事者の主張・立証にかかわらず爾後は慣習法として妥当すべきこととなると考えられる（なお利制法に関する前掲昭和三七年判決において、河村大助裁判官が補足意見の中で「現在の実情」や「判例により慣習の確認を意識されるものと思われるつちかわれた慣行」を問題とされる点は、）。

第三に、一般実務が「慣習」といえるほど固っているか否かが不明確な場合の判決についても慣習法の成立が認められるかという問題である。この点については、元来慣習は、その成否が不明確な性質のものであり、むしろ成否が五分五分の場合であっても、国の全法体系からみて政策的に国家が成否を決することにより確定する性質のものとみるべきものと思う。すなわち多かれ少なかれ、裁判所が慣習法を創造する役割を果すといいうる。

なお右にいう一般実務を是認する判例による慣習法の成立は、最高裁の場合、単なる一つの法廷での判決だけで認められるかどうかは問題である。ある法廷が慣習を肯定し、他の法廷も相ついで同様の判決を下した場合（慣習には関しないが④判決の例を参照）には、判例法および慣習法が確立したといえるが、他の法廷が異つた判断を示したときには、まだ判例法が統一されていず、従って慣習法の成立も確定しているとはいえない。このような場合には、大法廷判決が出てはじめて最終的に慣習法の成否が決せられることになると解しうる。

以上、まず理論的にみて、「慣習肯定」の判例を「慣習否定」の形で変更することは許されないことを指摘した。

第二に、政策的理由からみて「慣習否定」の「理論の変更」の判例変更は妥当でない。すなわちかような判例変更

は、従来の判例を前提にしてきた取引行為や身分行為を根本的にくつがえすことにより法的生活の安定を害し、不慮の損害を人々にもたらすこととなる。しかも立法による改正の場合には経過措置により行為時法主義が採用される余地があるのに、判例変更の場合には遡及的に法が改められることとなる。人々の法や裁判制度に対する信頼を害することはいうまでもない。このような政策的理由が、右第一の理論的理由として指摘した法例二条の実質的理由づけを構成する。

以上の二つの理由から、私は「慣習否定」の形での「理論の変更」の判例変更は許されないと考える。そのことから生ずる弊害を避けるためには、まず第一に、何よりもはじめの「慣習肯定」の判決を下す際の慎重さが要請される。その判例が今後も維持されることにより不都合はないかどうかが見究められた上で先例が形成されねばならない。第二に、それにもかかわらず生ずる不都合については、「判例の不遡及的変更」(田中・前掲論文)により判例が是正されうればともかくだが、その理が認められぬかぎりは、前述の実質的判例変更の方法が考えられる。すなわち確立された判例の前提とした事実とは異つた事実を重視することにより、結論的に従来判例とは逆の結果を導き、また原則的には旧判例を維持しつつ、それから生ずる不当さを一般条項や事実上の推定その他の解釈上の操作により個々的な事例につき妥当な結果を導くように努力することである。たとえば⑩判決につき、宮川裁判官は、昭和三七年の非充当説の立場をとりつつ、動機、経過的事実等を「全部総合して、なおこの上請求を認めることはいかにもひどいという場合は、一つの権利濫用論みたいなものを持ち出して救済することは、私は可能だと思う」といわれる(民商四七巻二号二七一―二七二頁)。このような操作をかえる事例が集積された段階で、場合によつては「説明の変更」という形で判例変更を行なう余地もありえよう。⑫判決における判例法の発展は右の経過を辿つている。すなわち判例は、まず時効利益の放棄は時効完成の事実を知ることを要するという原則をとり、ついで時効完成後の債務の承認は時効完成の事実を知つてなした

と推定するという経験則を採用し、さらに右の推定についての反対の立証を事実上認めず、最後に「説明の変更」として右の経験則は誤りだが時効利益の放棄による構成をとらず信義則により時効の援用を認めないこととした。判例法理が連続性を保ちつつ発展した一つの姿として、まことに興味のある事例である。

以上のような方法をとるときには一般実務に影響するところは少ないと思われる。そのような操作も許されない領域では、「慣習否定」の形での「理論の変更」についての判例変更に関するかぎり、もはや確立された判例を維持するほかはなく、立法的解決以外に途はないと考えられる。

利息制限法に関する⑩判決では右のような解決はとられなかつた。そこでは旧判例での充当説の立場の少数意見の裁判官は、変更判例にあたりそのまま自説を主張し、新たに加わつた裁判官が充当説をとることにより判例変更がなされた。最高裁判決に少数意見を付しうることには長所があることもちろんだが（伊藤正己「少数意見について」憲法の研究三〇五頁）、ただ少数意見の立場を示した裁判官につき、その意見への拘束力を事実上もたらし、その結果、判例の不安定を招くおそれがなくはない。しかし裁判官の自説の変更は、⑧⑫の二判決においてもみられるところである。また前掲強制調停に関する最決昭和三五年一〇月六日大法廷（民集一四巻一六五七頁）における河村又介、垂水の二裁判官の改説、さらには関税法違反事件について前掲最判昭和三七年一一月二八日（刑集一六巻一五九三頁、刑集一六巻一六三三頁）における垂水、入江の二裁判官の改説の例もある。こうした改説のすべてが客観的に納得できる根拠に基くとはいいがたいが、ともかく裁判官の改説には支障がないことが注目されるべきである。そしてかような改説の自由を活用することにより判例の安定性を図ることが考えられる。すなわち利息制限法の事例についても、判例が法としての機能を果すことを自覚するならば、たとえ旧判例では意見が分れたとしても、すでに何が法であるかについての勝負はついたのであり、それによつて一旦確立された判例を前提にして新たな裁判をする場合には、どの解釈が正当かについての前判決の場合と同じ意見をくりかえすのが裁判官

の唯一のとるべき態度ではなく、前判決の場合と異り、もう一つ新たに変更の必要性という問題が登場していることを自覚し、この問題についてあらためて検討すべきであったと思われる（前掲第三者没収の違憲判決をめぐる座談会での平野・発言「心がまえの問題として、裁判官としては、自分はこう思うけれども、今は判決をひっくり返さない方がいいから、反対側の意見に賛成す るということもいっていいと思う」ジュリスト二六八号二八頁が参考になる）。新たに加わった裁判官も変更の必要性について理由を明らかにする必要があったであろう。田中英夫教授は、「裁判所が判例の変更について論ずる際の論じ方を問題とし、「裁判所は、専ら、従来の判例の立場が間違っているか否かという角度からのみの問題を取りあげ、ここで判例を変更することが法生活にどういう影響を与えるかということは、ほとんど考えられていないように思われる」といわれ、一例として、商法二四五条一項一号の「営業ノ全部又ハ一部ノ譲渡」に関する最判昭和四〇年九月二二日（民集一九巻六〇頁）における裁判のしかたを批判され（前掲論文一〇六二頁以下）、「わが国の裁判所が、自らが法形成過程の重要な一環であることをより深く認識し、判例の法創造機能をより自覚的積極的に運営すべきではないかという疑問を表明」される（同一〇六四頁）。きわめて正当な指摘だと思われる。⑩判決は、この点の配慮を加えたあとが少しもみられず、裁判の内容はともかくとして、判決のしかたにおいてわが民事裁判史上、重要な問題を残した事例と思われる。

今後も判例変更が予想される事例は数多いであろう。とくに少数意見の付せられている判例についてはその可能性はかなりありえよう。なかでも国税徴収法による債権差押と第三債務者の相殺に関する最判昭和三九年一二月二三日大法廷（民集一八巻一二二一七頁）は一三人の裁判官中七対六の判決であり、早速将来の変更の不安が指摘された（判時三九五号五頁解説等）。また建物保護法に関する最判昭和四一年四月二七日大法廷（民集二〇巻八七〇頁）は、一五人の裁判官中、九対六の判決であった。この後の事件につき広中教授は多数意見に反対の立場から、「このたびの判決を正面から否定する大法廷判決が出現する可能性はあるのである。こうした判例変更の例を、われわれはすでにもっている（かの「調停に代わる裁判」については三年あまりで、利息制限法の制限をこえて支払われた利息の残存元本充当の問題については二年あまりで、判例

変更がなされた)」といわれ、他の理由をも指摘された上で本判決の「悪影響の排除がそれほどむずかしくないと考えられることは幸いである。……この判決には『限界』があるということを指摘すべきであろう」といわれる(ジュリスト三四八号三三頁)。さらに教授は、「本判決における九対六というかなりきわどい意見の対立は本判決の法命題を正面から否定する大法廷判決の出現への期待をいだかせるものであるということも、指摘されてよいであろう。早々に判例が変更されることについては批判的な見方もないではないようであるが、不当な判例は躊躇なく変更されるべきであり、現にそうした判例変更の例は民事判例の領域でもすでに出ている。本判決は支持しがたいものであるが、その……妥当力(立法手続によるその排除については、しばらくおく)について以上のように考えられることは幸いというべきである」と述べられる(判評九二号二〇頁(判時四四七号一一八頁))。

もとより明白な誤りある判決については広中教授の述べられるところは妥当しうる。また前記「理念の変更」や「説明の変更」についての判例変更は躊躇されるべきではない。さらに、「裁判実務」への影響の観点からの制約はあるとしても、「理論の変更」に関する判例変更の中、一般実務に影響を及ぼさずむしろそれを尊重する「慣習肯定」の場合、および「慣習無関係」の場合の判例変更も同様である。しかし一般実務の変更を求める「慣習否定」の形での「理論の変更」に関する判例変更は慎重であることを要し、変更の必要性が十分検討されねばならないと思われる。

⑩判決につき宮田氏は、「今度の大法廷判決がまた変更されることは滅多にないことであろう。法的安定性を重視する観点から、大法廷判決の変更が繰り返されることは極力避けられなければならない」といわれる(法曹一七巻二号一一八頁)。しかしその保障はあるだろうか。手続的保障でもないかぎり判例変更の可能性はつねにありうるのであり、それを避けるには裁判官が変更の必要性につき考慮をする以外にはないと思われる。

伝えられるところによると、最高裁では昭和四一年六月から九月にかけて最高裁判所裁判事務処理規則の一二条を改正し憲法違反の裁判をする場合のほか、「大法廷の判例を変更する裁判をする場合にも、八人以上の裁判官の意見の一致を要するものとすること」としようという動きがあり、その動機は前掲利息制限法の事例につき「短期間にこのような判例の変更があつては、判例の権威を損なうという議論が生じてそれがこのような最高裁の提案となつたと思われるふしがある」が、「一般規則制定諮問委員会においては、弁護士出身の委員や学者の反対意見はもとより、第一線の裁判官や検察官さえも消極的意見を述べ、最高裁判所は、この提案を撤回して再検討することを約し、事実上改正案は立消えとなつた」といわれる（斎藤一好「改憲問題の状況・判例変更に関する最高裁規則改正問題」時報三八巻一二号六九頁）。

右の動きは、制度的に判例変更の手続きを厳しくすることにより、法的安定性を確保しようとするものである。手続的規制が妥当か否かは法技術として検討の余地があり、とくに「理念の変更」、「説明の変更」、さらには一般実務への影響のない「慣習肯定」、「慣習無関係」の形での「理論の変更」の場合についてまで判例変更を困難にし、判例を硬直させる危険がないとはいえないが、右改正の実質的意図は尊重すべきものがあると思われる。そしてその意図の実現は必ずしも規則の改正によらなくても、裁判官が前述のような判例変更の影響力につき検討、省察を加えるという態度によつても達成できると思われる。

三

最後に以下の二点を指摘して本稿をとじたい。

第一に、判例と学説との関係のあり方である。本稿でも検討したように、学説の判例への影響力が大きいことはいうまでもないが（田原・最高裁判決の内側一七七頁は「判例変更の原動力となるのは学説であるといつていいであろう」といわれる）、判例が法としての機能を果すことを承認する以上、学説が判例に反対する場合、自説がいかにすれば法として実現されるかのすじ道をも提示することが必要だと思われる。すなわち判例は直ちに変更されて差支えないか、直ちに変更されるべきでないとすれば前記のように操作を加えて修正

する余地はないかまた実質的変更の可能性がないか。それとも立法による解決しかないか等の考察を加えることによりはじめて責任ある学説の展開といえるのではないかと思われる。この点では、①判決につき、事前に理念の変更を洞察され判例変更を求められた川島教授は、すぐれた一つのあり方を示されたと思われる。これに対し⑤判決につき柚木教授が、変更判例の実務への影響を検討されないまま、それが従来からの自説と一致する故をもつてのみ変更判例に賛成されるのは、説明として不十分さを感じさせる。もつとも前述のように同判決は一般実務に影響を及ぼさないから、教授がもしその点をも考慮された上で右のような賛成のしかたをされたとすれば問題はない。さらに⑩判決につき自説と一致する変更判例があらわれたのにかかわらず、判例変更のあり方に疑問を提起される我妻教授の立場が参考に値いする。また⑧判決につき鈴木竹雄教授が従来の「判例を何とかして理論づけたい」という態度をとられ、変更判例については実際の尊重という見地からあえて自説を変更されたのは、勿論批判の余地はあるとしても、学説のあり方としての一つの見識を示されたものとして注視したい。

以上と逆に、裁判所は従来の判例に対する学説の反対がいかに強くても、それが右のような検討を経た責任あるものでないかぎり、直ちに安易に学説を採用することを慎しまなければならないと思われる。

第二に司法と立法との関連につき検討を加えるべき問題がある。⑩判決につき変更された最判昭和三七年六月一三日大法廷判決が出た当時、長利氏は、「大法廷判決は、現行利息制限法の解釈上これ（元本充当説）を採らないというに帰するのであって、本件のような債務者の保護が必要でないといっているわけではないのであるから、本件判決が出された以上は、至急に利息制限法を改正する等の措置が講ぜられ、明文によってそのような債務者の保護を図ることが切望されるのではなかろうか」と述べられた（法曹一四巻八号一三二一頁）。九対五で下された不安定な判決につき、右の指摘は適切と思われる。この点、右判決につき横田喜三郎裁判官が少数意見の中で引用された利息制限法制定過程における議会での

答弁中に示された政府委員（法務省民事局）の見解とは逆の最高裁判決が出たことが、明確な立法化の推進にとりどのような作用を果したかは分らない（毎日新聞昭和三九年一一月一八日夕刊は「立法にあたつた法務省内部でも立法の趣旨に反すると法改正の動きさえあり、鋭い対立がうわさされた。こんどの判例変更でやつと高利禁止の立法趣旨にそつた解釈が日の目をみることになつたものであると報ずる）。しかし最高裁で意見が分れること自体、法文の不備に由来するところが大きいのであるから、とくに少数意見の多い判例については、立法府として法文の明確化に努力する敏感さが必要と思われる。前述の関税法におけるいわゆる第三者所有物の没収に関する最判昭和三五年一〇月九日大法廷（刑集一四巻一五七四頁）が八対七で下され、間もなく最判昭和三七年一一月二八日（刑集一六巻一五五九頁）がこれを変更した場合についても、右の指摘があてはまる（香川達夫・憲法の判例・基本判例解説1（ジュリスト増刊）九五頁参照）。この点につき司法と立法との連携のわるさが反省されねばならない。またその連携につき行政府の果すべき重要な役割があらためて反省されねばならない。

（一九六七・一・二三）

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. XVII No. 4
SUMMARY OF ARTICLES

The limits of overruling the judiciary law —Some examinations into the Supreme Court's precedents on civil law—

Takeshi KAWAI

Professor of Civil Law
Faculty of Law
Hokkaido University

1. Problem
2. Overruling in Principle
3. Overruling in Theory
4. Overruling in Reasoning
5. Author's View

The author, inquiring into 12 examples of overruled precedents by the Supreme Court on civil cases, intends to research whether limits of overruling the precedents should exist or not.

We can differentiate three types of cases where the court gives decision which is different from an earlier one, according to the subject which the Supreme Court has changed: (I) the alteration in the principle, (II) the alteration in the theory, and (III) the alteration in the methods of reasoning. In the case of the alteration in the princple (I), there is no limit to the overruling because the changes are inevitable in accordance with the amendment to relating laws or the constitution. When the court

changes the methods of reasoning (III), there is no limit to such overruling, as the changes stay only in the composition of the theory and the results are not influenced by these changes. To compare with these, in the case of the alteration in the theory (II), it must be examined whether there should exist in the overruling any limit or not, for it might cause an influence on civil practice.

The author proposes to classify the civil practice which are influenced by overruling into three divisions: (1) practice in the courts, (2) practice in the administration, and (3) practice in general. In these three divisions, we may disregard the influence on the court's practice by the overruling, since overruling previous cases is principally admitted in Japan, even if there might be some restrictions from standpoint of the procedure law. And about the influence on administrative practice there should be no limit to overruling, as both administration and court are units which compose the national organization, the former ought to submit to the decision given by the latter. For this reason, only the influence on practice in general remains to be important.

"Practic in general" means the ordinary transactions in business or the practical forming of family relations or, in other words, we may call it a kind of custom. Among custom we distinguish one part which is different from the case law and the other which is the same as the case law. When the court gives a decision which is different from an earlier one and when this leads the case law to coincide with custom, the author names this overruling an "affirmation of custom." On the other hand, if the results of the change on the previous case happens to counteract custom, this change is called the of custom." Finally, we also have overruling which ia called "denial "non-relation with custom."

The overruling which affirms custom ("affirmation of custom") has no limit, because it does not harm the stability of the law. And the case of overruling which is unconcerned with custom ("non-relation with custom") would yield the same results. Most of the overruling by the Supreme Court belongs to the above-mentioned categories. As for an example of "denial of custom," the author quotes the decision given by the Grand Bench of the Supreme Court concerning the Law of Interest Limitation (18 November, 1964. Minshu 18–1868). This decision overrules the Supreme Court's earlier one (13 June, 1962. Minshu 16–1340), and the author points out that it exceeds the limit of overruling.

The author points out two reasons why the overruling which results in a denial of custom is not permitted. Theoretically, such overruling is illegal. According to Art. 2 of Hōrei, which generally regulates the application of the law, the custom has the same effects as the law without any prescription. But once the court justifies custom, it becomes a customary law, and the overruling against it is not admitted even by the Supreme Court. Politically, overruling which counteracts custom is not appropriate because it harms the stability of law.

These improprieties, which arise from exceeding the permissible limit of the overruling, may be corrected by what the author calls a "factual overruling" to say nothing of amendment of the law: the court, finding out the difference in facts of the former case, adopts the new decision, or applys general clauses like prohibiting the abuse of right or like the principle of good faith. Also we can adjust unfair results by applying other provisions (e.g. Art. 92 of the Civil Code) in order to achieve reasonable results.

As there should be a limit in overruling, claims the author,

it sometimes occurs that a judge of dissenting opinion in former case in the Supreme Court might be obliged to turn his opinion in latter case of such kind so as not to overrule a previous case because the minority judgement in former case might become views of majority by change of judges.

In concluding this paper, the author adds the following remarks:

I. Concerning the relation between the case law and the opinion of jurist in academy. If a jurist counters a decision by the court, he is under an obligation to make clear the way in which his opinion will be carried out as a law. Otherwise his oinion can not be regarded as a responsible one. In other words, he must examine whether or not the decision of the court should be changed immediately: or if it should not be overruled, he should illustrate the methods how his opinion would be actualized. On the other hand, the court should not follow jurists' opinions easily without testing their worthiness.

II. Concerning the relation between the case law and legislation. When the Supreme Court gives a decision with dissenting opinions, some legislative solutions should be found immediately. Till now courts and legislature have not been in close co-ordination, and in such situation the administration must play a great and important part of connecting the two organizations.