

◇ 研究ノート ◇

大審院 (民事) 判決の基礎的研究・14

——判決原本の分析と検討 (大正11年11・12月分)——

木 村 和 成*

目 次

- 1 大正11年11月分大審院民事判決原本の内容
- 2 大正11年11月分大審院民事判決原本の分析
- 3 大正11年12月分大審院民事判決原本の内容
- 4 大正11年12月分大審院民事判決原本の分析

1 大正11年11月分大審院民事判決原本の内容

原本 (3冊) には、99件の判決原本が収められている (なお、表中の「No」は原本に付された整理番号。事件記録符号 (オ) はすべて省略)。

分	NO	日付	事件番号	主文	部	受命判事	事 件 名	原 審	掲 載 誌
1	1	11・1	大11-263	棄却	3	長谷川菊太郎	損害賠償	東京控判 大10・11・5 新聞 1952-15 評論 10商604	
1	2	11・1	大11-438	破毀 差戻	3	成道齊次郎	損害賠償	大阪控判 大11・3・28	新聞 2070-17 彙報 34上74
1	3	11・2	大11-509	棄却	2	岩本勇次郎	売掛代金	大阪控判 大11・4・13	
1	4	11・2	大11-587	棄却	2	東龜五郎	契約米	徳島地判 大11・5・4	

* きむら・かずなり 立命館大学法学部教授

1	5	11・2	大11-728	棄却	2	大倉鈕藏	土地建物買 戻並ニ登記	宮城控判 大11・5・9	
1	6	11・2	大11-803	棄却	2	東龜五郎	土地所有権 移転登記手 続	宮城控判 大11・4・22	
1	7	11・2	大11-818	棄却	2	鬼澤藏之助	家賃金	仙台地判 大11・7・10	
1	8	11・2	大11-842	棄却	2	鬼澤藏之助	売掛代金	広島地判 大11・7・17	
1	9	11・3	大11-598	棄却	1	尾古初一郎	報酬金	宮城控判 大11・5・30	
1	10	11・3	大11-643	棄却	1	榊原幾久若	不動産売買 予約履行	大阪控判 大11・5・17	
1	11	11・3	大11-832	棄却	1	前田直之助	貸金	岡山地判 大11・7・14	
1	12	11・4	大11-600	破毀 差戻	3	菰渕清雄	家屋明渡	東京控判 大11・5・31 新聞 2006-22 評論 11諸228	
1	13	11・4	大11-660	棄却	3	菰渕清雄	損害賠償	岡山地判 大11・5・22	
1	14	11・4	大11-669	棄却	3	成道齊次郎	貸金	水戸地判 大11・6・22	
1	15	11・4	大11-684	棄却	3	菰渕清雄	土地所有権 移転登記手 続	東京控判 大11・5・30 評論 11訴180	民集 1-629 新聞 2062-18 彙報 34上34 評論 11民1067
1	16	11・4	大11-687	棄却	3	横村米太郎	不動産所有 権確認及移 転登記手続	名古屋控判 大11・6・24	
1	17	11・4	大11-708	棄却	3	菰渕清雄	貸金	長崎控判 大11・5・27	

1	18	11・6	大11-479	破毀 差戻	2	東龜五郎	工事請負金 報酬金増額	広島控判 大11・3・16	新聞 2078-18 彙報 34上116 評論 12民40
1	19	11・6	大11-836	棄却	2	大倉鈕藏	敷金残額返 還	横浜地判 大11・5・6	
1	20	11・6	大11-839	棄却	2	東龜五郎	売掛代金	広島控判 大11・7・8	
1	21	11・8	大11-681	棄却	3	長谷川菊太郎	売掛代金残 額	名古屋控判 大11・6・24	
1	22	11・8	大11-690	棄却	3	成道齊次郎	約束手形金	東京控判 大11・5・18	
1	23	11・8	大11-837	棄却	3	長谷川菊太郎	水利妨害排 除	新潟地判 大11・6・22	
1	24	11・9	大11-641	棄却	2	岩本勇次郎	損害賠償	大阪控判 大11・5・23	
1	25	11・9	大11-668	棄却	2	大倉鈕藏	土地所有権 確認	安濃津地判 大11・5・2	
1	26	11・9	大11-866	棄却	2	鬼澤藏之助	土地所有権 移転登記手 続	東京控判 大11・5・15	
1	27	11・10	大11-421	一部 破毀 差戻 一部 棄却	1	山香二郎吉	詐害行為取 消並所有権 移転登記抹 消手続	秋田地判 大10・12・26	新聞 2070-18 彙報 34上78 評論 12民176
1	28	11・10	大11-706	棄却	1	尾古初一郎	貸金	東京控判 大11・7・4	
2	29	11・10	大11-844	棄却	1	前田直之助	隠居無効	東京控判 大11・6・23 新聞 2049-18	
2	30	11・11	大10-1018	破毀 差戻	民 連	尾古初一郎	家督相続回 復	長崎控判 大10・10・19 新聞 1908-12 評論 10民1052	民集 1-640 新聞 2065-7 彙報 34上47 評論 11民1133

2	31	11・11	大11-558	破毀 差戻	3	成道齊次郎	特許權利範圍 確認審判	特許局審決 大11・5・17	新聞 2067-18 彙報 34上219
2	32	11・11	大11-816	棄却	3	菰渕清雄	不当利得返 還	宮城控判 大11・6・13	
2	33	11・11	大11-855	棄却	3	横村米太郎	強制執行異 議	秋田地判 大11・7・14	
2	34	11・13	大11-464	破毀 差戻	2	大倉鈕藏	詐害行為廢 罷	長崎控判 大11・4・15 新聞 1996-20 評論 11民514	民集 1-649 新聞 2068-18 彙報 34上86 評論 11民1243
2	35	11・13	大11-695	棄却	2	東龜五郎	所有權移轉 登記手續	水戸地判 大11・6・25	
2	36	11・13	大11-824	棄却	2	大倉鈕藏	管理財産収 益支払	東京控判 大11・6・12 新聞 2042-24 評論 11諸278	
2	37	11・14	大11-481	棄却	1	山香二郎吉	不当利得金	大阪控判 大11・3・29	民集 1-851 新聞 2079-17 彙報 34上259 評論 11民1285
2	38	11・14	大11-526	破毀 差戻	1	尾古初一郎	損害賠償	大阪控判 大11・3・7	新聞 2077-22 彙報 34上124
2	39	11・14	大11-679	棄却	1	榑原幾久若	貸金	福岡地判 大11・6・7	
2	40	11・14	大11-712	棄却	1	前田直之助	売掛代金	名古屋控判 大11・6・27	
2	41	11・14	大11-856	棄却	1	前田直之助	土地所有名 義書換	盛岡地判 大11・6・29	
2	42	11・15	大11-702	棄却	3	成道齊次郎	地所明渡並 損害賠償	大阪控判 大11・6・20	
2	43	11・15	大11-750	棄却	3	成道齊次郎	登記抹消手 続	大阪控判 大11・7・3	

2	44	11・15	大11-879	棄却	3	横村米太郎	損害賠償	長崎控判 大11・7・7	
2	45	11・16	大11-713	棄却	2	岩本勇次郎	占有回収	宇都宮地判 大11・7・1	
2	46	11・16	大11-891	棄却	2	鬼澤藏之助	預ヶ金	青森地判 大11・8・19	
2	47	11・17	大11-269	破毀 差戻	1	前田直之助	損害賠償	広島地判 大11・1・23	
2	48	11・17	大11-715	棄却	1	榑原幾久若	家屋明渡並 家賃損害金	広島地判 大11・6・9	
2	49	11・17	大11-817	棄却	1	山香二郎吉	製作品代金	東京地判 大11・7・17	
2	50	11・17	大11-865	棄却	1	山香二郎吉	仲裁判断二 対スル執行 判決	東京控判 大11・8・9 新聞 2054-17	
2	51	11・17	大11-874	棄却	1	尾古初一郎	契約解除保 証金返還	広島控判 大11・7・24	
2	52	11・18	大11-576	棄却	1	菰渕清雄	損害賠償	東京控判 大11・2・10	
2	53	11・18	大11-606	棄却	3	成道齊次郎	内金返還並 損害賠償	名古屋控判 大11・5・20	
2	54	11・18	大11-753	棄却	3	長谷川菊太郎	牛肉代金	神戸地判 大11・6・20	
2	55	11・18	大11-870	棄却	3	成道齊次郎	貸金	新潟地判 大11・8・22	
2	56	11・18	大11-873	棄却	3	長谷川菊太郎	損害賠償	高知地判 大11・7・28	
2	57	11・20	大11-485	破毀 差戻	2	岩本勇次郎	約束手形金	札幌控判 大11・3・14	民集 1-857 評論 11商503
2	58	11・20	大11-593	棄却	2	岩本勇次郎	登録実用新 案権利範囲 確認	特許局審決 大11・5・27	

3	59	11・20	大11-710	破毀 差戻	2	鬼澤藏之助	保険金	東京控判 判決年月日不詳	
3	60	11・20	大11-722	棄却	2	鬼澤藏之助	共有権確認 並登記	長崎控判 大11・6・12	
3	61	11・20	大11-743	棄却	2	東龜五郎	損害賠償	大阪控判 大11・6・17	
3	62	11・20	大11-812	棄却	2	大倉鈕藏	約束手形金	大阪控判 大11・7・14	
3	63	11・20	大11-881	棄却	2	岩本勇次郎	土地境界確 認	熊本地判 大11・8・5	
3	64	11・20	大11-900	棄却	2	東龜五郎	改訂特許權 利範圍確認	特許局審決 大11・7・31	
3	65	11・20	大11-903	棄却	2	鬼澤藏之助	土地所有権 移転登記抹 消手続	新潟地判 大11・8・22	
3	66	11・21	大11-745	棄却	1	山香二郎吉	仮登記抹消 並地所引渡 損害賠償	東京控判 大11・6・28	
3	67	11・21	大11-766	棄却	1	尾古初一郎	土地所有権 移転登記抹 消	大阪控判 大11・6・30	
3	68	11・21	大11-877	棄却	1	山香二郎吉	予定損害金	長崎控判 大11・7・10	
3	69	11・21	大11-883	棄却	1	榑原幾久若	建物取除損 害賠償	長崎控判 大11・7・7	
3	70	11・21	大11-886	棄却	1	尾古初一郎	家屋明渡	鳥取地判 大11・7・27	
3	71	11・22	大11-474	棄却	3	成道齊次郎	特許権利範 圍確認	特許局審決 大11・4・27	
3	72	11・22	大11-717	破毀 差戻	3	長谷川菊太郎	登録実用新 案権利範圍 確認	特許局審決 大11・6・5	新聞 2067-20 彙報 34上227

3	73	11・22	大11-723	棄却	3	横村米太郎	為替手形金	大阪控判 大11・5・31	民集1-664 新聞2078-17 彙報34上112 評論11商492
3	74	11・22	大11-729	棄却	3	長谷川菊太郎	地上権確認 並賃借権承 継確認	東京控判 大11・7・7 新聞2033-15	
3	75	11・22	大11-765	棄却	3	長谷川菊太郎	売買代金返 還	宮城控判 大11・6・29	
3	76	11・22	大11-786	棄却	3	成道齊次郎	強制執行異 議	長野地判 大11・7・18	
3	77	11・22	大11-798	棄却	3	成道齊次郎	売掛代金	長崎地判 大11・6・19	
3	78	11・24	大11-547	棄却	1	榑原幾久若	約束手形金 並保証債務	名古屋控判 大11・5・13	民集1-728 新聞2075-21 彙報34上128 評論11訴414
3	79	11・24	大11-649	棄却	1	山香二郎吉	売買代金	大阪控判 大11・6・24	民集1-732 新聞2081-15 評論12商1
3	80	11・24	大11-676	破毀 差戻	1	前田直之助	家屋取払並 損害賠償	東京控判 大11・5・18	民集1-738 新聞2079-19 彙報34上270 評論11民1166 評論11民1379
3	81	11・24	大11-700	棄却	1	前田直之助	土地所有権 移転登記手 続	長崎控判 大11・5・16	
3	82	11・24	大11-760	破毀 差戻	1	前田直之助	家屋明渡並 損害賠償	東京地判 大11・7・13	民集1-670 新聞2082-18 評論11民1125
3	83	11・24	大11-893	棄却	1	前田直之助	損害賠償	東京控判 大11・4・24	新聞2078-17 彙報34上110

3	84	11・25	大11-780	棄却	3	菰瀧清雄	手形金償還	大阪控判 大11・7・4	民集1-674 新聞2076-19 彙報34上91 評論11商606
3	85	11・25	大11-825	棄却	3	長谷川菊太郎	土地所有権 移転登記抹 消登記手続	鹿児島地判 大11・7・3	
3	86	11・25	大11-828	棄却	3	菰瀧清雄	保証金返還	名古屋地判 大11・7・1	民集1-684 新聞2076-21 彙報34上102 評論11民1241
3	87	11・25	大11-892	棄却	3	成道齊次郎	貸金	長崎控判 大11・7・8	
3	88	11・25	大11-904	棄却	3	成道齊次郎	貸金	松山地判 大11・8・22	
3	89	11・25	大11-907	棄却	3	長谷川菊太郎	強制執行異 議	福井地判 大11・7・24	
3	90	11・27	大11-551	破毀 差戻	2	東龜五郎	貸金	東京控判 大11・4・29	民集1-688 新聞2075-21 彙報34上132 評論12諸19
3	91	11・27	大11-719	棄却	2	東龜五郎	土地占有回 収	宇都宮地判 大11・7・8	民集1-692 新聞2079-18 彙報34上264 評論11民1122
3	92	11・27	大11-797	棄却	2	岩本勇次郎	仮処分取消	宮城控判 大11・6・27	
3	93	11・27	大11-897	棄却	2	大倉鈕藏	委託金返還	東京控判 大11・6・30	
3	94	11・27	大11-906	棄却	2	岩本勇次郎	登録実用新 案権利範囲 確認	特許局審決 大11・8・21	

3	95	11・28	大11-790	棄却	1	尾古初一郎	親族会決議 無効	大阪控判 大11・7・3	
3	96	11・28	大11-793	棄却	1	山香二郎吉	貸金	長崎控判 大11・6・15	
3	97	11・28	大11-902	棄却	1	菰渕清雄	無効登記抹 消手続並土 地引渡	東京控判 大11・6・2	
3	98	11・29	大11-182	破毀 差戻	3	菰渕清雄	為替手形金	広島控判 大10・12・6	
3	99	11・29	大11-919	棄却	3	菰渕清雄	土地返還並 損害賠償	長崎控判 大11・7・17	

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

99判決中, 破毀16件, 棄却83件となっている。

2 大正11年11月分大審院民事判決原本の分析

2-1. 民集登載基準の検討

2-1-1. 民集登載判決の分析

全99判決のうち14件が大審院民事判決集(民集)に登載されている。このうち8件——[3-73](民集判示事項:偽造手形ノ裏書人ト悪意ノ取得者)・[3-78](同:口頭弁論期日ニ於ケル事件呼上ノ方法)・[3-79](同:慣習ニ依ル荷渡指図書ノ交付及看貫ノ効力)・[3-80](同:借地権ノ放棄ト該地上ノ建物ヲ目的トスル抵当權トノ関係)・[3-82](同:共同賃借人ノ賃料支払ノ債務)・[3-84](同:為替手形ノ引受人ニ対スル債務免除カ裏書人及振出人ニ及ホス効力)・[3-90](同:町村ノ債務ニ関スル時効)・[3-91](同:占有ノ侵奪)——は、いずれも判決理由で示された点につき大審院の先例がないものであり、それゆえに民集に登載されることになったものと推測される。また、[2-30](同:民法第九百八十三条ノ規定ニ違背スル親族会ノ決議)は、判例変更であるため、登載されることには何ら疑問がない¹⁾。

1) 大正11年8月13日発行の法律新聞2013号12頁では、本判決が言い渡される3か月ほど前であるにもかかわらず、「今回大審院民事部にては『民法第九百八十二条第九百八十三条は前掲当院判決に所謂親族会の決議を以て左右することを得ざる法規即公益規定にして」

これに対し、以下の判決には、先例と目すべきものが存在する。

まず、[1-15]（同：買戻権ノ行使ト代金ノ提供）について、民集は参照条文として民法579条を挙げるが、法律評論は民法493条（条文は当時のもの。以下、同じ。）と583条を挙げる。判示事項からすれば、後者が適切だろう。ところが、後者をめぐっては、「売主カ買戻権ヲ行使スルニ当リ買戻期間内ニ代金及契約ノ費用ヲ提供スルコトヲ要スル民法第五百八十三条ノ規定ハ即売主ノ債務ノ弁済ニ関スル規定ニ外ナラサレハ債務ノ弁済ニ関スル通則タル同法第四百九十三条ノ適用ヲ受クヘキモノトス」（民録判決要旨）とする先例（大〔三民〕判大9・8・9民録26-1354）がある。にもかかわらず、この判決が民集登載となったのは、この「提供」の具体的な方法（代金を買主の面前に呈示せずとも、売主が金員を携帯して買主方に至り受領を催告して契約の履行を求めれば現実に提供したこととなる）を示すものであったからであろうか。

その点では、[2-34]（同：給付債務ノ履行不能）もこの部類に属するものといえるかもしれない。すなわち、民集判決要旨第一点については、判決理由で援用されている先例（履行不能の一般の解釈を示したもの）があるが、要旨第二点では、第一点の具体的な適用（給付すべき不動産に抵当権を設定し、その負担の除去が不可能な状態になっていれば、それは履行不能となること）が示されているからである。

ところが、次の判決群には、同趣旨の先例が存在する。すなわち、[2-37]（同：弁済ノ有効ナル場合）では、判決要旨で示されている点が「夙ニ当院判決ノ趣旨トスル所」とされており、先例の存在をうかがわせる。実際、大（三民）判大9・11・24民録26-1862が本件とほぼ同様の判断を示している。また、[2-57]（同：約束手形振出人ノ氏名ニ付記シタル地ト振出地ノ記載）にも、判決理由に援用されている先例（大〔三民〕判大9・8・9民録26-1354）があり、これも本件とほぼ同趣旨のものである。いずれの先例も2年ほど前のものにすぎず、にもかかわらず民集登載となった理由は判然としない。

判決理由中には明示されていないが、[3-86]（同：債務不履行ノ意思明確ナル場合ニ於ケル催告ノ要否）にも同趣旨の先例（大〔二民〕判大11・4・17新聞1988-

↘之に反して為したる右の家督相続人選定決議は当然に無効にして民法第九百五十一条に依り不服の訴を起すべき場合に属せずと為すを正当なり」とするの說出で十月十四日……民事総部の審判を開くことになれり」とするとの報道がなされている。本判決の内容がこの段階で報道されているという事実は、大審院での審理過程の一端を示すものとして興味深い。

17) が既にある。この判決は既に紹介したことがあるが²⁾、民集登載判決ではない。そこで指摘したように、この先例は、当初「登載」とされていたのに民集不掲載となったものである。同趣旨の判決がそれからおよそ7か月後にこうして民集に登載されたという事実からすると、当時、最終的に不掲載の判断がなされたのは、判決をめぐって何らかの問題が認識されていたためというわけではなく、単に民集の編集上の都合によるものだった可能性が高いように思われる。

2-1-2. 民集不登載判決の分析

2-1-2-1. 破毀判決

民集不登載判決の中には10件の破毀判決がある。

(a) 公刊されているもの

公刊判決は6件ある。このうち5件—— [1-18] (法律新聞表題：請負契約事項ト注文者ノ相当ノ意義)・[1-27] (同：詐害行為ノ債権ノ範囲ト証拠)・[2-31] (同：稿莫大小ト特許権ノ範囲)・[2-38] (同：米価ノ変動ト現象)・[3-72] (同：甲馳掛紐実用新案ト権利抵触ノ有無)——には、いずれについても同旨の先例は見当たらないが、重要度の高い、先例となりうるような判断は示されていないので、それらの民集への登載が見送られたものと推測される。

残る [1-2] (同：売買ノ目的物ノ引取ト契約ニ因ル買主ノ義務)は、売買の目的物の引取りは買主の義務ではないのが原則だが、特約により引取義務が生じている場合において、買主がこの義務を履行しないときは、売主は債務不履行による契約の解除が可能とするものである。これは受領遅滞の事案だが、先例(大[三民]判大4・5・29民録21-858)は、上記の原則から、売主からの契約解除を認めていなかった。そうすると、本判決は大審院の新判断ということになり、民集登載の価値があるといえるが、登載が見送られている。「特約」があるケースであり、「特約」があればそれによるのは当然であることから、民集に掲載する必要はないと考えられたのだろうか。

(b) 公刊されていないもの

未公刊判決4件のうち、[1-12]については二審判決が公刊されている(新聞表題：借地法ノ適用ト時期)。大審院では、借地法の適用については争われておらず、

2) 木村和成「大審院(民事)判決の基礎的研究・11——判決原本の分析と検討(大正11年3・4月分)——」立命館法学371号(平29)328頁参照。

原審に「虚無ノ証拠ニ因リ事実ヲ認定シタル不法アル」ために原判決が破毀されているにすぎない。そのため、公刊すらされなかったものと思われる（本稿でも紹介は省略する）。

以下のその他の3件は、二審判決も公刊されていないものである。

[2-47] 「案スルニ上告人ハ原審ニ於テ甲第一号証ヲ援用セリト雖這ハ引渡サレタル本件機会ハ完全ナルニ拘ラス被上告人ニ於テ代金ノ支払ヲ為サストノ事実ヲ立証スルニ在リテ機械ノ一部ヲ上告人カ持帰リタルハ被上告人ノ同意ノ下ニ為サレタルモノナリトノ上告人ノ抗弁事実ヲ立証セムトスル趣旨ニ非サルト共ニ前記抗弁ノ立証トシテ上告人ヨリ申出テタルハ唯Aノ人証ノミニ止マルコトハ孰モ当該各口頭弁論調書ノ記載ニ徴シテ明白ナリ然ラハ則原裁判所カは申出ヲ却下シタルハ唯一ノ証拠方法ヲ許容セサリシモノニシテ此ノ点ニ於テ原判決ハ破毀ヲ免レサルニ依リ……」(上告理由第二点に対する判断)

[3-59] 「仍テ案スルニ判決ノ言渡ニ関スル方式ハ調書ニ依リテ之ヲ証スヘキモノナルコトハ民事訴訟第三百三十四条ノ規定ニ徴シテ明ナリ然ルニ本件記録中ニ原判決ノ言渡ニ関スル調書存在セサルヲ以テ其ノ言渡カ適法ノ方式ヲ遵守シテ為サレタルコトヲ認ムルニ由ナク從テ原判決ハ適法ノ方式ヲ遵守セスシテ言渡サレタルモノト解スルノ外ナシ因テ此ノ点ニ於テ原判決ヲ破毀スヘク……」(上告論旨第六点に対する判断)

[3-98] 「仍テ按スルニ会社ニシテ解散スルトキハ其ノ営業能力ヲ失フモノナルニヨリ清算人ハ新ニ会社ノ目的トナス事業ヲ為スコトヲ得ス唯現務ノ結了ニ必要ナルニ於テハ新ニ取引ヲ為スコトヲ妨ケサルニ過キサルモノトス本件ニ於テ原院ノ確定シタル事実ハ訴外Aハ上告会社ノ解散後ナル大正九年三月七日ニ支払期日ヲ同年四月七日ト定メ支払人ヲ上告会社トシタル額面金六千二百九十二円ノ為替手形ヲ株式会社津田銀行ニ宛振出シ上告会社ハ右Aニ対スル清算行為トシテ清算人Bカ上告会社ヲ代表シテ該手形ニ引受ヲナシ被上告人ハ同年四月一日受取人ヨリ之カ裏書譲渡ヲ受ケタリト謂フニ在リ而シテ原院カ右ノ事実ヲ認定スルニ当リ之カ判断ノ資料ニ供シタル証人Aハ上告会社ニ対シ売渡シタル天竺木綿ノ代金ノ支払ヲ受クル為本件手形ヲ振出シ之カ引受ヲ得タル旨ヲ供述スルニヨリ之ヲ觀レハ原院ハ上告会社ニ於テAヨリ天竺木綿ヲ買入レタル為同人ニ対シ之カ代金ノ支払ヲ為ササルヘカラサルノ關係上該代金債務ヲ資金トナシ因テ以テ本件手形ニ引受ヲナシタルモノト認メタルモノタルヤ疑ヲ容レス然レトモ右天竺木綿ノ売買ハ上告会社ノ解散前ニ為シタルモノナルヤ將又解散後

ノ行為ナルヤ原院ハ毫モ其ノ事実ヲ確定スル処有ルコトナシ果シテ然ラハ上告会社ノ清算人カ本件手形ニ引受ヲ為シタルハ原院認定ノ如ク上告会社ノ清算行為ナルヤ否ヤヲ知ルニ由ナキモノト謂ハサルヘカラス何ントナレハ若シ該売買ニシテ上告会社ノ解散後ニ為シタル引受ハ全ク其ノ権限外ニ属シ従テ清算行為ニ非レハナリ之ヲ要スルニ原判決ハ理由不備ノ不法アルモノニシテ本論旨ハ其ノ理由アルニヨリ此点ニ於テ全部破毀ヲ免レサルモノトス」(上告論旨第三点に対する判断。判決文中の下線は引用者による。以下、同じ。)

以上のうち、[3-98]については、原本の冒頭に[参考]の朱印が押されている。とりわけ判決文中の下線部分に「参考判例」としての意義が見出されているものと思われる。ほかの2判決は、公刊すべきほどの重要な判断が含まれているとはいえないものである。

2-1-2-2. 棄却判決

民集不登載の棄却判決は、75件ある。

(a) 公刊されているもの

公刊されているのは、[3-83] (新聞表題：英国法ト組合ノ代表権ノ範囲)のみである。この判決は、判決理由中にあるように、「当院ノ判例トストコロ」を示したものであり、民集に登載すべき価値はないと判断されたものと思われる。

(b) 公刊されていないもの

未公刊判決のうち、二審判決が公刊されているものが5件ある。

[1-1] (二審判決の新聞表題：株式売却ノ委任ト委任ノ範囲ノ売買ノ委任ト終了ノ時期) 「然レトモ上告ハ被上告人(控訴人)ニ対シ大正七年八月二十六日東洋製鐵株式会社ノ株式三百株ヲ一株ニ付金二十四円五十銭ニテ売却スヘキコトヲ委任シ同年九月八日売却値段ヲ金二十六円二十銭ト変更指定シ被上告人ハ翌九日同値段ヲ以テ之ヲ訴外Aニ売却シタルカ其ノ前日同人ヨリ上告人ニ対シ指定値段タル二十六円二十銭ニテハ売却スルコト能ハサルニ付其ノ以下ナル二十六円ニテ売却スヘキヤヲ照合シ上告人ヨリハ同日甲第二号証ノ八ノ如ク売却ヲ見合ハス旨ノ電報ヲ發シタルトモ右電報カ被上告人ニ到達スル前既ニ同人ハ前示ノ如ク上告人ノ指定値段ヲ以テ株式ヲ売却スル契約ヲ為シ旨ノ通知ヲ上告人ニ發シタル事實ハ原院ノ認ムル所ナリ而シテ被上告人ノ為シタル叙上ノ照会ハ原院ノ判示スル所ニヨレハ同人ヨリ上告人ニ対シ委任契約ノ内容変更ニ関シ申

込ノ誘引ヲナシタルニ止マリ申込ノ拒絶又ハ申込ニ変更ヲ加ヘタル承諾ニアラサルヲ以テ斯ル照会アリタル一事ハ委任契約ノ存続ニ何等ノ影響ナシトス故ニ其ノ存続中被告ノ委任ノ本旨ニ従ヒ指定値段ヲ以テ契約所定ノ株式ヲ売却シタルモノニシテ其ノ売却ハ有効ナレハ委任契約ハ茲ニ其ノ目的ヲ達シタルモノナリトス左レハ仮令其ノ後ニ於テ甲第二号証ノハノ電報カ同人ニ到達シタルモ之ヲ以テ原告人抗弁ノ如ク委任契約ヲ解除セラレトスル以上原院カ右売買契約成立以後ニ於テモ右株券ノ引渡並ニ其ノ売却代金ノ交付アルマテハ委任ハ終了スルモノニアラスト判断シタルハ相当ニシテ原判決ニハ所論ノ違法ナク本論旨モ理由ナシトス」（上告論旨第三点に対する判断。他は、「上告論旨で主張されているのは原審の専権に属する事実認定等に対する批難であり、上告理由として不適法である」などとしてこれを排斥するものであるため、紹介を省略する。以下、紹介を省略するのは、特に断りのない限り、同様の理由によるものである。）

[2-29]（同：鑑定ノ信否）「然レトモ裁判所トシテハ口頭弁論期日ヲ検事ニ通知スレハ足り其ノ期日ニ検事カ出廷スルト否トハ其ノ自由裁量ニ一任セラルルモノトス本件記録ヲ調査スルニ前示ノ通知ハ期日ノ都度毎ニ為サレアルヲ以テ論旨ハ其ノ理由ナシ」（上告理由第四点に対する判断）

「然レトモ第一審ニ於ケル訴訟手続上ノ違背ハ之カ為延テ第二審ニ於ケル手続又ハ判決ソノモノノ欠缺ヲ惹起セサル限り第二審判決ノ瑕疵ト為ルモノニ非ス所論ノ如キ手続上ノ違背カ第一審ニ存セシコトハ本件記録ニ徴シ明白ナルモ之カ為何等原審ニ於ケル手続又ハ判決ノ上ニ影響スルトコト無キヲ以テ論旨ハ採用スルニ足ラス」（同第五点に対する判断。他は省略。）

[2-36]（同：民法前ト遺産相続人）「然レトモ民法施行前ニ在リテハ家族ノ遺産ハ被相続人ト家ヲ同クスル直系卑属ニ於テ相続スヘキモノニシテ他家ニ在ル者ハ相続スル権利ナカリシコトノ一般ニ行ハレタル慣例ナリシコトハ当院判例ノ存スル所（大正八年三月二十八日民事連合部判決大正五年十二月二十五日第二民事部判決明治三十七年十月四日第一民事部判決）ニシテ旧民法財産取得編第三百十三條ニ於テ家族ノ遺産ハ其ノ家族ト家ヲ同ウスル卑属親之ヲ相続スル旨ヲ規定シタルハ右ノ慣例ヲ認メタルニ外ナラサルヘケレハ斯カル慣例ノ民法施行以前ニ存シタルコトヲ知ルニ足ルト同時ニ民法ノ規定ト同一ノ慣例其ノ当時ヨリ行ハレ来リタルモノト論スルハ其ノ当ヲ得タルモノニ非ス從テ民法施行前ニ在リテハ家族タル被相続人ト其ノ直系卑属トカ同一ノ家ニ在リタルモ後日被相続人若ハ直系卑属ノミカ其ノ家ヲ去リ兩者互ニ家ヲ異ニスルニ至リタルト

キハ此ノ事実ノ発生ニ因リ其ノ直系卑属ハ推定遺産相続人タル資格ヲ喪失スルヲ以テ民法施行後ニ至リ遺産相続開始ストモ民法ニ従ヒ其ノ資格ヲ獲得スヘキモノニ非ス蓋シ相続開始前ニ於ケル相続人ノ地位ハ単純ナル希望ニ非スシテ權利ナリ又相続人カ嘗テ相続権ヲ有シタリヤ否ヤハ相続開始前ニ存シタル状態ニ拠リ其ノ当時ノ法律ニ依リテ判断スヘク相続開始当時ノ法律ニ依リテ判断スヘキモノニ非サルコトハ前示大正八年三月二十八日民事連合部判決ノ示ス所ナリ而シテ民法施行法第一条ニ依レハ民法施行前ニ生シタル事項ニ付テハ同法ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外民法ノ規定ヲ適用セサルモノナルニ同施行法中推定遺産相続人タル資格ニ付嫡孫承祖ニ関スル第八十五条ノ外之ヲ賦与スル規定ナキヲ以テナリ……」(上告理由第一〜四点に対する判断)

[2-50] (同：仲裁契約ノ範圍ト管轄ノ指定) 「然レトモ契約証書ノ趣旨ノ如何ヲ解釈スルハ事実裁判所ノ職権ニ属スル所ニシテ乙第一号ノ契約書ニ依レハ所論原判示ノ約旨ナルコトヲ首肯セシムルニ難カラサルカ故ニ原判決カ同証ニ依リ上告人主張ノ如キ管轄指定ノ合意アリタル事実ヲ否定シ上告人ノ管轄違ノ抗辯ヲ排斥シタルハ違法ト謂フヘキモノニモ非ス」(上告論旨に対する判断)

[3-74] (同：不動産ノ賃貸借及地上権ト對抗要件) 「然レトモ賃貸借ノ目的タル不動産ノ所有権ヲ賃貸人タル所有者ヨリ取得シタル者カ賃貸借契約ノ存スルコトヲ知悉シタル事実アレハトテ之ヲ以テ直ニ賃貸人ノ地位ヲ承継シタルモノトシ同人ニ対シ賃借人ヨリ賃借権ヲ主張スルコトヲ得サルハ多言ヲ要セス所論原判示ハ右ト同旨趣ニ出テ正当ニシテ本論旨ハ理由ナシトス」(上告論旨第一点に対する判断)

「然レトモ不動産ニ関スル物権ノ得喪変更ハ登記ヲ為スニ非サレハ第三者ノ意思ノ善悪ニ拘ラス之ニ對抗スルヲ得サルモノナルコトハ当院判例ノ夙ニ存スル所ニシテ所論ノ如ク第三者カ善意ナル場合ニ於テノミ之ニ對抗スルカニ登記アルヲ必要トスルモノニ非ス……」(同第二点に対する判断)

先例(下線部)があるものが散見されるが、その他については、原判決を維持した大審院の判断に何ら目新しいところはない³⁾。そのため、公刊すらされなかった

3) もっとも、[2-36]については、判決文中に援用されている大正8年の民事連合部判決の後に、「民法施行前ニ他家ニ入りタルニ因リ推定遺産相続人タル資格ヲ喪失シタル直系卑属ト雖モ民法施行後ニ於テハ民法ノ規定ニ依リ右ノ資格ヲ取得スルモノトス」(法曹記事30巻5号[大9]32頁)との法曹会決議が出されていることが注目される。これは本判決の立場とは異なるものであるため、大審院内部でこの問題について見解の対立があった可能性がある。

ものと思われる。

その他の69件のうち、原本の冒頭に参考の朱印が押されているものが3件ある。以下では、今後の参考になると考えられたのではないかと推測される部分のみ紹介しておく。

[1-4] 「然レトモ判決ノ確定力ハ訴訟ノ目的タル請求ノ当否ヲ確定セシムルモノニシテ同一ノ訴訟物ニ付裁判所ヲシテ其ノ判決ト異リタル判決ヲ為スコトヲ得サラシメ又当事者ヲシテ其ノ判決ト異リタル主張ヲ為スコトヲ得サラシムル効力ヲ生スルニ過キサレハ確定判決ノ存在スルカ為ニ同一ノ訴ヲ再ヒ起スノ妨トナルコトナシ即チ既判ノ効力ハ訴訟成立ノ条件ニ関スルモノニ非スシテ成立シタル訴訟ノ当否ニ関スルモノトス故ニ同一ノ訴訟物ニ付既ニ確定判決ノ存在スル場合ハ訴訟ハ不適法ニ非スト雖本件ノ如ク之ト異リタル主張ヲ為スコトハ当事者ノ請求ハ其ノ理由ナキニ帰シ裁判所ハ其ノ請求ヲ棄却スヘキモノトス然ラハ本件ニ於テ第一審判決カ被告ノ既判効ノ抗弁ヲ理由アリトナシ原告ノ訴却下ノ言渡ヲナシタルハ訴訟条件ノ欠缺ニ基キ訴却下シタルモノニ非スシテ其ノ請求ヲ理由ナシト為シ之ヲ棄却シタル趣旨ナリト解スルヲ相当トスヘシ翻テ原審判決ヲ閱スルニ第一審判決ト其ノ理由ヲ異ニスト雖原告ノ請求ヲ棄却シタルハ同一ニシテ主文同一ニ帰着スル以上ハ控訴棄却ノ言渡ヲナスヲ相当トス第一審判決ヲ廢棄スヘキモノニ非サレハ本論旨ハ孰レモ其ノ理由ナシ」（上告論旨第一～四点に対する判断）

[1-24] 「依テ案スルニ契約ノ当事者カ民法第五百四十一条所定ノ催告ヲ為スニ當タリテハ相当ノ期間ヲ定ムルコトヲ要スルハ勿論ナレトモ催告ニ付方式ノ定ナキヲ以テ催告ニハ当事者ノ一方カ相手方ニ対シ債務ノ本旨ニ從ヒ其ノ履行ヲ求ムル旨ヲ表示スルヲ以テ足り必スシモ其ノ履行ノ場所ヲ明示スルコトヲ要セサレトモ其ノ催告ニ履行ノ場所ヲ明示シタル以上ハ其ノ場所ハ其ノ債務ヲ履行スヘキ場所ト一致セサルヘカラス原判決ノ理由中ニ『云々当事者ノ一方ハ債務ヲ履行セサル相手方ニ対シ弁済ヲ為スヘキ場所ニ於テ履行ヲ為スヘキ旨ノ催告ヲ為スニ非サレハ其ノ効ナキモノトス』ト判示セルモ亦同趣旨ニ出テタルモノト解スルニ足ル而シテ原判決ハ原告（被控訴人、原告）ノ前主Aハ被告（控訴人、被告）ニ対シ本件債務ノ履行ノ場所タル原告ノ前主Aノ住所以外ノ場所タル原告ノ住所ニ於テ其ノ履行ヲ為スヘキ旨ヲ催告シタル事実ヲ確定シタルモノニシテ其ノ事実ノ確定ノ不法ナラサルコトハ論旨第二点ニ付テ説明スルコロノ如クナルヲ以テ原告ノ前主Aノ為シタル本件履行ノ催告ヲ以テ

不違法ナリト為シタル原判決ニハ上告人所論ノ如キ違法ナク論旨ハ理由ナシ」
(同第一点に対する判断)

[2-52] 「仍テ按スルニ原院ノ認メタル事実ニヨレハ本件立木ハ上告人ニ於テ被上告人ニ売渡シ之カ所有権全ク被上告人ニ帰シタルニ拘ラス之ヲAニ売渡シBニ於テ該立木ハ自己ノ所有ニ帰シタルモノト信シ其ノ一部ヲ伐採シ被上告人カ伐採シ現場ニ差置キタルモノト共ニ之ヲ他ニ搬出シ去リタルモノトス叙上ノ如キ場合ニ於テ上告人カ被上告人ニ売渡シタル立木ヲ更ニAニ売渡シタルノミニテハAハ該立木ノ所有権ヲ取得スルモノニ非サルニヨリ被上告人ノ権利ハ毫モ侵害ヲ受クルコトナク從テ上告人ハ不法行為ノ責ニ任スヘキモノニ非スト雖被上告人ニ於テ上告人ヨリ本件立木ヲ買受ケタル後第三者ニ対シ自己ノ所有ニ帰シタル事実ヲ公示スルノ方法ヲ採ラサリシカ為ニ更ニ上告人ヨリ該立木ヲ買受ケタルAカ全ク自己ノ所有ニ帰シタルモノト信シ且之ヲ信スルニ付何等ノ過失ナキ場合ハ勿論縦令所論ノ如ク同人ニ於テ本件立木ノ所有権カ既ニ被上告人ニ帰シタルコトヲ知り若ハ之ヲ知ラサリシコトニ付過失アリタルトスルモ本件ノ如クAニ於テ之ヲ更ニBニ売渡シ同人ニ於テ自己ノ所有ニ帰シタルモノト信シ其ノ一部ヲ伐採シ既ニ被上告人カ伐採シ其ノ現場ニ差置キタル木材ト共ニ之ヲ他ニ搬出シ去リタル場合ニ於テハ被上告人ノ取得シタル立木及伐採シタル木材ノ所有権ハ茲ニ全ク侵害セラルルニヨリ上告人ハ不法行為者トシテ之カ損害賠償ノ責ニ任セサルヘカラス蓋叙上ノ場合ニ於テAニ故意又ハ過失ナキトキハ上告人ハ同人及Bヲ介シ被上告人ノ権利ヲ侵害シタルモノニシテAニ故意又ハ過失アリタルトキハ上告人ハ同人ト共ニBヲ介シ因テ以テ被上告人ノ権利ヲ侵害シタルモノナレハナリ然ラハ原院カ『縦令Aノ処分行為カ控訴人(被上告人)ノ所有権侵害ノ基因トナリタレハトテ直ニ被控訴人(上告人)ノ売渡行為カ其ノ基因トナラスト論斷スルヲ得サルノミナラス一個ノ結果ニ対シテ二個ノ行為カ共同ノ原因トナルコトヲ妨ケス云々』ト説示シ此ノ点ニ関スル上告人ノ抗弁ヲ排斥シ之ニ不法行為ノ責任ヲ負担セシメタルハ相当ニシテ毫モ所論ノ如キ違法アルコトナケレハ本論旨ハ理由ナシ」(同第三点に対する判断)

[1-4]・[1-24]については、判決文中に付した下線部分の判断が今後の参考に値すると思われるのであろう。

[2-52] は、立木の二重売買がなされ、第一買主が立木を伐採して置いておいたところ、第二買主がこの伐木とともに立木をさらに第三者に売却し、第三者がこれを搬出したため、第一買主が売主に損害賠償を求めた事案である。大審院は、第二

買主に故意又は過失がないときは、売主は第二買主及び第三者を介して第一買主の権利を侵害し、第二買主に故意又は過失があるときは、売主は第二買主とも第三者を介して第一買主の権利を侵害すると判断している。この点が、今後の参考になるものと判断されたものと思われる。

残りの判決については、以下の4件を紹介しておく。

[1-11] 「然レトモ大正八年法律第五十九号ヲ以テ改正セラレタル利息ノ制限ハ同法施行前ニ成立シタル取引ニ対シテハ其ノ適用無キコトハ当院ノ判例トスルトコロナルヲ以テ之ト反対ノ前提ニ立ツ所論ハ採用スルニ由無シ」（上告理由第二点に対する判断）

[1-21] 「然レトモ閉テタル弁論ヲ再開スルト否トハ一ニ裁判所ノ職權ニ属スルモノナレハ裁判所ハ当事者ノ再開申請ニ付必スシモ許否ノ裁判ヲ為スコトヲ要セス（大正六年（オ）第七七号同七年一月二十八日当院判決参照）左レハ原院ニ於テ上告人ヨリ弁論再開ノ申請ヲ為シタルニ対シ特ニ裁判ヲナスコトナクシテ判決ヲ言渡シタルハ違法ニ非ス仍テ本論旨モ理由ナシ」（上告論旨第六点に対する判断）

[1-25] 「然レトモ民法第一百条ハ代理人カ其ノ権限外ノ行為ヲ為シタル場合ニ適用スヘキモノニシテ全然代理権ナキ者ノ為シタル行為ニ対シ適用スヘキモノニ非サルコトハ当院判例ノ存スル所ナリ……」（上告理由第六点に対する判断）

[3-67] 「必要的共同訴訟ハ数人カ各独立シテ訴訟当事者トナルコトヲ得サル關係ニ立ツ場合又ハ一人ニ対スル判決カ其ノ効力ヲ他ノ者ニ及ホス場合ニ存スルモノナリ本訴ノ当事者間ニ斯ノ如キ關係存セサルヲ以テ原院カ本訴ヲ必要的共同訴訟トシテ取扱ヒタルハ違法ナリト雖必要的共同訴訟トシテ取扱ヒタルコトカ本件ノ裁判上ニ影響ヲ及ホシ之カ為上告人等ニ不利益ノ結果ヲ来シタルニ非サレハ之ヲ以テ上告ノ理由ト為スヲ得ス」（上告論旨第一点に対する判断）

[1-11]・[1-21]・[1-25] については、判決文中に示されている先例（下線部）があるため、公刊の必要もないと考えられたのであろう。[3-67] は、原審が本訴を必要的共同訴訟として取り扱ったのは違法だが、そのことが本件裁判に影響を及ぼし上告人らに不利益な結果を生じさせたわけではないとして、上告を棄却したものである。

2-2. 公刊物における判決文の加工とその復元

2-2-1. 民集登載判決

民集登載判決のすべてにおいては、原本における「主文」までの事項がすべて削除され、これに代わって新たに「事実」が付け加えられている。さらに、判決文の一部が脱落しているものが5件（[1-15]・[3-73]・[3-79]・[3-84]・[3-86]）ある⁴⁾。脱落部分は、公刊物で確認することができないので、大審院の判断に関する部分のみ以下で紹介しておく。

[1-15] 「然レトモ買戻ノ特約履行請求ノ訴訟ニ於テ売主カ之カ履行ヲ求メタル時期ノ如キハ民事訴訟法第九十六条第一号ニ所謂事実上ノ陳述ニ該当スルモノナレハ原告ハ判決ニ接著スル口頭弁論ノ終結ニ至ル迄自由ニ之カ変更ヲ為シ得ヘキモノナルヲ以テ被告人カ原院ニ於テ買戻ノ意思ヲ表示シタル時期ヲ大正七年十二月二十五日ナリト陳述シ此ノ点ニ関スル第一審ノ主張ヲ変更シタルハトテ之ヲ以テ不法ナリト謂フヘカラス又被告人カ原院ニ於テ更ニ買戻ノ意思ヲ表示シタル時期ヲ大正八年十月二十日ナリト陳述シタルハ畢竟原院認定ノ如ク前示大正七年十二月二十五日ニ為シタル意思表示カ裁判所ニ於テ認メラレサル場合ヲ考慮シテ予備的ニ之カ申立ヲ為シタルモノニ係リ而シテ原院カ右予備的申立ヲ採用シ被告人ニ於テ該時期ニ買戻ノ意思表示ヲナシタルモノト認め上告人ニ敗訴ノ言渡ヲ為シタルハ即チ被告人ノ申立タル大正七年十二月二十五日ニ買戻ノ意思ヲ表示シタリトノ事実ハ之ヲ認ムルヲ得ストシテ排斥シタルモノニ外ナラス要スルニ原判決ハ毫モ所論ノ如キ不法アルコトナキニヨリ叙上各論旨ハ総テ理由ナシ」（上告論旨第二・四点に対する判断）

「然レトモ原院ハ被告人カ大正八年十月二十日売買代金七百円ヲ現実に上告人ニ提供シテ買戻ノ意思表示ヲ為シタリト主張シタルハ畢竟大正七年十二月二十五日ニ為シタル買戻ノ意思表示カ裁判所ニ於テ認メラレサル場合ヲ考慮シテ予備的ニ之カ申立ヲ為シタルモノト認メタルヤ判文上洵ニ明ナリ而シテ一個ノ請求ニ付叙上ノ如ク予備的ニ其ノ事実ノ申立ヲ為スカ如キハ其ノ請求ノ原因特定セサルモノト謂フヲ得サルニヨリ原院カ右予備的申立ヲ採用シ上告人ニ敗訴ノ判決ヲナシタルハトテ所論ノ如ク請求原因ヲ特定セスシテ判決ヲナシタル不

4) 判決理由の末尾の一文が削除されているものが多いが、この部分は民事訴訟法の適用条文を摘示する部分であり、判決の理解にはまったく影響がない。さらに、すべての民集登載判決には、裁判官名の記載がないが、これも判決の理解に影響を与えるものではない。したがって、本稿では、こうした加工については、一々取り上げない。

法アリト為スヲ得ス依テ本論旨ハ理由ナシ」（同第三点に対する判断）

「然レトモ買戻ノ特約履行請求ノ訴訟ニ於テ原告タル売主カ或時期ニ為シタルカ買戻ノ意思表示ヲ裁判所ニ於テ認メラレサル場合ヲ考慮シテ予備的ニ他ノ時期ニ買戻ノ意思表示シタルコトヲ申立タル場合ノ如キハ全ク独立シタル二個ノ買戻権発生ノ原因ヲ主張スルモノニ非サルヲ以テ原院カ被上告人ノ為シタル所謂前後二回ノ意思表示中後者ハ予備的ニナシタル申立ナリト認メ該申立ヲ以テ事実ニ適合スルモノトシ上告人ニ敗訴ノ言渡ヲ為シタレハトテ之ヲ以テ所論ノ如ク前後矛盾ノ不法アリト謂フヘカラス依テ本論旨ハ理由ナシ」（同第五点に対する判断）

「然レトモ買戻ナルモノハ不動産ノ売買契約ト同時ニ為シタル特約ニ基キ売主ノ取得セル解除権ノ行使ニ因ル契約ノ解除ヲ指称スルモノニシテ売主カ解除ノ意思表示ト同時ニ売買代金及契約ノ費用（但代金ノミニテ買戻シ得ヘキ特約アルトキハ代金ノミ）ヲ買主ニ提供スルコトヲ要スルモノノ外一般契約ノ解除ノ場合ト其ノ性質ヲ異ニスルモノニ非ス然リ而シテ特定物ノ売買契約ニ付之カ解除アリタルトキハ其ノ物ノ所有権ハ解除ノ意思表示アリタルト同時ニ当然売主ニ復帰スヘキモノナルコトハ当院判例（大正八年（オ）第三百四号同年五月十三日判決）ノ示所ナレハ原院ニ於テ被上告人カ大正八年十月二十日上告人方ニ到リ特約ノ代金七百円ヲ現実ニ提供シテ本件土地ノ買戻ヲ求メタル事実ヲ認メ之ト同時ニ該地所ノ所有権カ被上告人ニ移転シタルモノト認メタルハ相当ナリ又原院ハ上告人ハ被上告人ヨリ金七百円ヲ受取ルト同時ニ被上告人ニ対シ本件土地ノ所有権移転ノ登記手續ヲ為スヘキ義務アリトナシタルモノナレハ上告人主張ノ如キ代金ヲ受取ルコトヲ得サル危険アルコトナシ依テ本論旨ハ採ルニ足ラス」（同第九点に対する判断。他は省略。）

[3-73]（省略）

[3-79] 「然レトモ原判決カ証拠ニ依リ取引上ノ慣例ニ基因シテ本件当事者以外ノ契約者間ニ於ケル本件契約品ノ引渡完了ノ事実ヲ認定シタルモノナルコト其ノ判旨ニ徴シ明白ニシテ固ヨリ本件当事者以外ノ契約者間ニ於テ其ノ引渡ヲ完了シタルモノト看做スヘキ事実ノ存在ノミヲ以テ直ニ本件当事者間ニ於ケル引渡完了ノ事実ヲ判定シタルモノニ非ス論旨ハ要スルニ原判決ノ趣旨ヲ誤解シタルモノニ外ナラサレハ採用スルニ足ラス」（同第二点に対する判断）

「然レトモ原判決ノ引用シタル第一審判決事実摘示ニ徴スレハ本件売買契約カ大正九年一月米國太平洋沿岸積出ワイヤーロード五十英噸ヲ目ノトシタルコトハ双方争ナキ所ナルカ故ニ其ノ主張自体ニ依リ特定物ノ売買ナリト謂フコト

ヲ得サルヤ明ナリ加フルニ所論ノ如ク仮令該物件カドライデン号積載輸入ノ二十英噸呑取九積載輸入ノ三十英噸ニシテ訴外古河商事株式会社ヨリ訴外山本常藏同中村和助ヘ転輾ノ末中村和助カ上告人ヘ大正九年三月五日転売セシモノニ係ルモノトスルモ右両船ノ積載数量カ不明ニシテ右ノ各数量ヲ超越シタルモノニ非スト認ムヘキ廉ナキ限り特定サレタル物ト謂フニ由ナキヲ以テ原審カ之ヲ不特定物ノ売買ト認メタルハ失当ト謂フヘキモノニ非ス又前説明ノ如ク原判決ハ荷渡指図書ノ授受ト契約品ノ看貫トニ依リ引渡ヲ完了シタルモノト看做スヘキ取引上ノ慣例ニ基キ単ニ当事者間ニ於テノミ本件目的物ノ引渡ヲ完了シタルモノト看做スヘキモノト認メタルモノナレハ右指図書ノ授受ト契約品ノ看貫トニ依リ直ニ其ノ目的物ノ転輾ヲ為シ得ヘキモノト謂フヘキ其ノ取引ノ性質トシテ其ノ都度一々其ノ目的物ノ検査ヲ為スコトヲ得ヘキモノニ非ス從テ後日ニ至リ其ノ目的物ノ瑕疵ヲ原因トシテ異議ヲ唱フルコトヲ得ヘキモノニ非サルヲ以テ商法第二百八十八条ノ規定ハ本件ノ場合ニ適用ナキモノト謂ハサルヲ得ス故ニ原審ニ於テ本件売買ニハ同条ヲ適用スヘキモノニ非スト認メ上告人ノ之ニ関スル主張ヲ排斥シタルハ其ノ理由ニ於テ同シカラサルモノアリト雖其ノ結論ヲ相均クシ結局相当ノ判断ト称スヘキモノナルヲ以テ之ヲ不法ナルモノノ如ク攻撃スル論旨ハ採用スルニ足ラス」(同第三点に対する判断)

「然レトモ原判決ハ証拠ニ依リ本件当事者以外ノ契約者間ニ於テハ契約品ノ引渡ヲ完了シタルモノト看做シ代金ノ授受ヲ為シタルコトヲ認メ上告人ノ主張事実ハ自ラ之ヲ否定シタルモノト認ムルニ難カラス加フルニ本件当事者以外ノ契約者間ニ生シタル契約解除ハ為ニ本件当事者間ノ引渡完了ノ事実ヲ滅却スヘキモノニ非ス從テ本件判断ニ影響スル所ナキカ故ニ原審カ之ニ対シ説明ヲ為ササリシハ失当ニ非サルノミナラス尚此ノ事実ニ関シテ上告人ノ為シタル証人杉田一貫ノ訊問申請ヲ却下シタルハ唯一ノ証拠ヲ杜絶シタルモノト謂フコトヲ得ス」(同第五点に対する判断)

「然レトモ原判決ハ証拠ニ依リ乙第一号証ノ一ニ所謂山本常藏又ハ代理中村和助商店トアルハ山本常藏又ハ其ノ代理店ノ趣旨ト解スヘキモノニシテ必スシモ其ノ代理人ヲ中村和助商店ニ限局スルノ意ニ非サルコトヲ認メ結局其ノ趣旨ニ副フノ事実ヲ判定シタルモノニ外ナラサレハ証拠ニ依ラスシテ事実ヲ認定シタル違法アルモノニ非ス」(同第七点に対する判断)

「然レトモ原判決ハ証拠ニ依リ本件当事者間ニ於テハ商慣習ニ基キ其ノ契約品ノ引渡ノ完了セラレタルモノト看做サルヘキ行為ヲ為シタルモノナルコトヲ認メ其ノ慣習ノ性質上其ノ後ニ至リ其ノ物件ノ良否ヲ検査シ之ニ関シテ異議ヲ

唱フルコトヲ得サルモノナルハ前説明ノ如クナルヲ以テ原審カ其ノ契約品ノ良否ヲ判断スルコトナクシテ其ノ引渡ナキコトヲ主張シタル上告人ノ抗弁ヲ排斥シタルハ不当ニ非ス」（同第九点に対する判断。他は省略。）

[3-84] 「然レトモ原院ニ於ケル被上告人ノ弁論ノ全旨趣及証拠調ノ結果ニ徴スレハ被上告人ニ於テ所論ノ事実ヲ主張シタルコトヲ認め得ラレサルニアラサルニヨリ原判決ハ毫モ所論ノ如キ不法アルモノニアラス依テ本論旨ハ理由ナシ」（同第六点に対する判断。他は省略。）

[3-86] 「然レトモ本院カ曩ニ原判決ヲ破毀シタルハ所論ノ如ク単ニ契約当事者ニ非サル訴外山田密三郎カ被上告人ニ義務ノ履行ヲ催告シタル行為ハ未タ本件賃貸借契約ノ解除ニ関スル前提条件タル履行ノ催告ト為スヲ得ストノ理由ノミニ止ラス其ノ催告ニハ尚相当ノ期間ヲ定ムルコトヲ要ストナシタルモノナルコトハ其ノ判文ニ徴シテ明ナルニヨリ原裁判所カ此ノ本院ノ為シタル法律上ノ判断ヲ以テ本訴判決ノ基本ト為スヘキ義務アル旨ヲ判示シ而シテ訴外山田密三郎カ上告人ノ代理人トシテ被上告人ニ為シタル履行ノ催告ハ相当ノ期間ヲ定メサルコトヲ認め該催告ハ契約解除ノ前提条件タル効力ナキモノトシ当事者間ノ賃貸借契約ハ未タ解除ニ歸シタルモノニ非サルコトヲ判断シ上告人ノ本訴請求ヲ排斥シタルハ洵ニ相当ナリ依テ本論旨ハ理由ナシ」（同第一点に対する判断）

「然レトモ上告人ノ第一審裁判所ニ提出シタル訴状ノ記載並ニ原裁判所ニ於ケル弁論ノ全旨趣ニ依ルニ上告人ノ主張タル訴外山田密三郎ハ被上告人ニ対シ大正八年九月十四日電動機設置願書ニ調印ヲ求メタルモ之ニ応セザリシニヨリ同月十七日再ヒ之カ調印ヲ求メタルモ又々応セザリシニヨリ即日当事者間ノ賃貸借契約ヲ解除スル旨ノ意思ヲ表示シタリト云フニ在リテ九月十四日ニ被上告人ニ対シ履行ノ催告ヲ為シタルモ応セザリシニヨリ同月十七日ニ至ル迄ノ期間ヲ定メテ之カ履行ヲ催告シタリトノ旨趣ニ非サルコト洵ニ明ナリ然ラハ原裁判所カ右上告人ノ為シタル催告ハ単ニ二回催告ヲ為シタルノミニ止マリ所謂相当ナル期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ為シタルモノニ非サルニヨリ解除ノ意思表示ハ法律上其ノ効力ヲ生セサルモノトナシ且上告人前示主張ヲ以テ其ノ意義明瞭ナリト認め之カ釈明権ヲ行使セザリシハ相当ニシテ毫モ所論ノ如キ不法アルコトナケレハ第二点論旨ノ（一）及第四点論旨ハ孰レモ理由ナシ又民法第五百四十一条ニ所謂相当ナル期間トハ債務者カ債務ノ履行ヲ準備シ之ヲ履行スルカ為ニ必要ナル期間ヲ指示スルモノニ係リ其ノ相当ナルヤ否ヤハ履行スヘキ債務ノ性質其ノ他客觀的事情ニ因リ定ムヘキモノナルコトハ本院判例ノ示所ニシテ而モ本件電動機設置願ニ調印ヲ為スカ如キハ所論ノ如ク之カ準備ニ多クノ時間ヲ

要スルモノニ非スト雖上告人ノ主張ハ前示ノ如クニシテ訴外山田密三郎カ上告人ノ代理人トシテ最初履行ノ催告ヲ為ス際之カ履行ノ準備ニ要スル期間ヲ定メサリシハ勿論其ノ后履行ノ催告ヲ為シタルトキニモ如上ノ時間ヲ置カサリシコト明ナレハ同人ノ為シタル二回ノ催告ハ単ニ二回ノ催告タルニ止マリ契約解除ノ前提条件タル催告ノ効力ナキヤ明ナルニヨリ第二点ノ(二)ノ論旨モ亦理由ナシ」(同第二・四点に対する判断)

「然レトモ被上告人ノ第一審裁判所ニ於テ為シタル所論ノ供述ハ上告人カ本件質貸借契約ヲ解除スル旨ノ意思ヲ表示シタル事実ヲ認ムト云フニ在リテ被上告人ニ於テ当事者間ノ契約カ適法ニ解除セラレタルコトヲ認メタルモノニ非サルコトハ其ノ弁論ノ全旨趣ニ徴シテ疑ヲ容レス然ラハ右ノ供述タルヤ所謂裁判上ノ自白ヲ以テ目スヘキモノニ非サルニヨリ原裁判所カ該供述ニ付何等説述スル所ナカリシトテ之ヲ以テ所論ノ如キ違法アリト謂フヘカラス依テ本論旨ハ理由ナシ」(同第五点に対する判断)

「然レトモ被上告人ハ本件上告人ノ為シタル契約解除ノ意思表示ハ不適法ナリト論争セルモノナレハ上告人ノ代理人タル訴外山田密三郎ノ為シタル履行ノ催告カ相当ノ期間ヲ定メタルヤ否ヤニ付テモ抗争シタルモノナルコト明ナルニヨリ原判決ハ毫モ所論ノ如キ違法ノ裁判ニ非ス依テ本論旨ハ理由ナシ」(同第六点に対する判断)

[1-15]・[3-86] に先例を援用する箇所(下線部)がみられるものの、そのほかには民集に登載すべき重要性を含んだ判断は見当たらない。そのため、民集ではこれらの部分が削除されたものと思われる。

2-2-2. 民集登載判決以外

[1-27]・[3-83] でも、公刊物において削除されている部分がある。

[1-27] 「然レトモ法律カ詐害行為ノ取消権ヲ認メタル所以ハ所論ノ如ク債務者ノ資産減少ヲ防止シ以テ総債権者ノ為ニ其ノ共同担保権ヲ保全スルノ趣旨ニ出テタルコト論ヲ俟タサル所ニシテ其ノ債権ノ目的ニ付何等制限ヲ加ヘタル所ナキヲ以テ詐害行為ニ基キ取消権ヲ行使スル債権者ノ債権ハ必シモ金銭債権タルコトヲ要スルモノニ非スト謂ハサルヲ得ス加フルニ代替物ノ給付ヲ目的トスル債権ニ付テハ其ノ目的物タルヘキ代替物ハ直ニ之ヲ金銭ニ代フルコトヲ得ヘク又普通何時ニテモ金銭ヲ以テ之ヲ購フコトヲ得ヘキモノナルカ故ニ金銭ノ給付ヲ目的トスル債権ト殆ント選フ所ナクスル債権ヲ有スル者ハ詐害行為ニ原因シ

テ其ノ取消権ヲ行使スルコトヲ妨クルモノニ非ス固ヨリ其ノ目的物タル代替物ト同種類ノ物カ債務者ノ手裡ニ存在シ其ノ後ニ於テ之ヲ処分シタル場合ナルト其ノ他ノ物ヲ処分シタル場合ナルトヲ問ハス均シク担保ノ減少ヲ来シタルモノト謂フヘキモノナルカ故ニ其ノ場合ノ如何ニ因リ詐害行為ノ成立ニ影響アルコトナク從テ其ノ取消権ノ行使ニ消長ヲ為スモノト論断スルコトヲ得ヘキモノニ非ス而シテ原判決ノ事實摘示ニ依レハ上告人ノ債權ハ玄米ノ消費貸借ニ基キ其ノ元利米ノ給付ヲ目的トスルモノニシテ固ヨリ代替物ノ給付ヲ目的トスルモノニ外ナラサレハ其ノ債權ニ因由シテ本件詐害行為ノ取消請求ヲ認容シタル原判決ハ何等違法アルコトナシ所論判例ハ特定物ノ給付ヲ目的トシタル債權ニ関スル場合ニシテ本件ノ場合ニ適切ノモノニ非サルヲ以テ之ヲ採用スルニ足ラス」（付帶上告論旨第一・二点に対する判断）

「然レトモ本件不動産ノ売買代金カ現ニ存在セリトノ事跡ノ徴スヘキモノナキ限り金銭ノ性質上直ニ費消セラレタルモノト認ムヘキハ当然ノ筋合ナルカ故ニ原判決カ其ノ代金ヲ他ノ財産ノ數額ニ計上セスシテ上告人ノ訴外杉測利吉ニ對スル貸米元利ノ換価額九百三十一円六十五錢三厘ヨリ本訴不動産売買當時ニ於ケル利吉所有財産ノ換価額ヲ控除シタル部分ニ付詐害行為ノ成立ヲ認メタルハ正當ニシテ違法ト謂フヘキモノニ非ス」（同第三点に対する判断）

「然レトモ原判決事實摘示ニ依レハ所論ノ如ク被告上告人ハ上告人カ訴外杉測利吉ニ對シ本件貸米債權ヲ有セルコトハ争ハサル旨ヲ陳述シタルコト明ニシテ本訴不動産売買當時ノ貸米ニ付テハ記録上之ヲ争ヒタル事跡ノ看ルヘキモノナキカ故ニ原判決カ上告人ニ於テ明ニ之ヲ争ハサリシ所ナル旨判示シタルハ違法ニ非ス」（同第四点に対する判断）

[3-83]（省略）

[1-27] には、詐害行為取消権を行使する債権者の債権は、必ずしも金銭債権でなくてもよいとする部分があるが、これは、取消債権者は金銭債権者に限るとする当時の大審院の立場⁵⁾とは全く異なるものである。その部分が削除された上で公刊されたというこの事実、大審院の判例統一への強い意思を見て取ることができるのではないだろうか⁶⁾。

5) 大連判大7・10・26民録24-2036。

6) こうした部分が公刊されない、あるいは民集に掲載されない傾向にあることについては、木村「大審院民事判例集（民集）における判決登載基準について」立命館法学352号（平26）170～173頁参照。

2-3. 受命判事の特定とその意義

現段階では、この項で論ずべき判決を見出していない。

3 大正11年12月分大審院民事判決原本の内容

原本（4冊）には、97件の判決原本が収められている（なお、表中の「No」は原本に付された整理番号。事件記録符号（オ）はすべて省略。）。

分	NO	日付	事件番号	主文	部	受命判事	事件名	原 審	掲 載 誌
1	1	12・1	大11-556	棄却	1	前田直之助	仮処分異議	長崎控判 大11・4・21	
1	2	12・1	大11-697	棄却	1	山香二郎吉	養子縁組無効宣告	広島控判 大11・6・6	
1	3	12・1	大11-787	棄却	1	榑原幾久若	電話使用名義変更	大阪控判 大11・6・27	
1	4	12・1	大11-805	棄却	1	山香二郎吉	損害賠償	千葉地判 大11・7・12	
1	5	12・1	大11-820	棄却	1	前田直之助	所有権移転登記手続	仙台地判 大11・7・21	
1	6	12・1	大11-923	棄却	1	尾古初一郎	契約無効確認並登記名義書換	宮崎地判 大11・8・1	
1	7	12・2	大11-351	破毀 差戻	3	横村米太郎	契約履行	長崎控判 大11・1・28 新聞 1998-17 評論 11民260	民集 1-742 新聞 2077-21 彙報 34上119 評論 11民1217
1	8	12・2	大11-885	棄却	3	長谷川菊太郎	占有保持	秋田地判 大11・7・3	
1	9	12・2	大11-937	棄却	3	横村米太郎	貸金	長野地判 大11・9・19	
1	10	12・2	大11-940	棄却	3	成道齊次郎	貸金	長野地判 大11・9・16	

1	11	12・4	大11-178	棄却	2	大倉鈕藏	特許権侵害	東京控判 大10・12・28	民集 1-697 新聞 2085-19 評論 11諸478
1	12	12・4	大11-431	破毀 差戻	2	東龜五郎	宅地明渡	長野地判 大11・3・18	新聞 2077-22 彙報 34上126
1	13	12・4	大11-527	棄却	2	東龜五郎	親族会決議 無効確認	名古屋控判 大11・4・6	
1	14	12・4	大11-773	棄却	2	岩本勇次郎	売掛代金	旭川地判 大11・6・8	
1	15	12・4	大11-830	棄却	2	岩本勇次郎	追払金	前橋地判 大11・7・14	
1	16	12・4	大11-921	棄却	2	大倉鈕藏	土地明渡	東京控判 大11・7・28 新聞 2054-18	
1	17	12・5	大11-661	棄却	1	山香二郎吉	建物取去土 地明渡	大阪控判 大11・6・6	
1	18	12・5	大11-694	棄却	1	尾古初一郎	売掛代金	徳島地判 大11・3・8	民集 1-755 評論 11訴432
1	19	12・5	大11-721	棄却	1	榑原幾久若	売却代金並 二利息金	長崎控判 大11・6・5	
1	20	12・6	大11-822	棄却	3	成道齊次郎	売掛代金	岡山地判 大11・7・21	
1	21	12・7	大11-779	棄却	2	東龜五郎	委託金返還	東京控判 大11・7・15 新聞 2022-19 評論 11民507	
1	22	12・7	大11-815	棄却	2	東龜五郎	契約解除二 因ル損害賠 償	大阪控判 大11・6・29	
1	23	12・7	大11-927	棄却	2	大倉鈕藏	売掛代金	広島控判 大11・8・18	
1	24	12・7	大11-932	棄却	2	大倉鈕藏	損害賠償	東京控判 大11・5・17	

1	25	12・8	大11-826	棄却	1	尾古初一郎	契約金	大阪控判 大11・6・27	
1	26	12・8	大11-838	棄却	1	尾古初一郎	売掛代金	福島地判 大11・7・26	
1	27	12・8	大11-890	棄却	1	山香二郎吉	売掛代金	岐阜地判 大11・7・10	
1	28	12・9	大11-934	棄却	3	菰渕清雄	建物取去土地明渡	札幌地判 大11・7・27	
2	29	12・9	大11-972	棄却	3	横村米太郎	売買残代金	大阪控判 大11・9・9	
2	30	12・9	大11-968	棄却	3	菰渕清雄	約束手形金	宇都宮地判 大11・9・20	
2	31	12・11	大11-264	一部 破毀 差戻 一部 棄却	2	東龜五郎	契約金	大阪控判 大11・1・31	新聞 2081-16
2	32	12・11	大11-368	棄却	2	大倉鈕藏	強制執行異議	大阪控判 大11・1・21	新聞 2079-20 彙報 34上274 評論 11民1213
2	33	12・11	大11-827	棄却	2	東龜五郎	売買代金	名古屋地判 大11・6・19	
2	34	12・11	大11-875	棄却	2	東龜五郎	損害賠償	大阪地判 大11・6・12	
2	35	12・12	大11-703	破毀 差戻	1	榑原幾久若	貯賃並日待賃及曳船賃立替金	長崎控判 大11・6・16	
2	36	12・12	大11-757	棄却	1	山香二郎吉	預金証書返還	長崎控判 大11・6・20	
2	37	12・12	大11-796	棄却	1	前田直之助	株券返還	大阪控判 大11・6・8	
2	38	12・12	大11-936	棄却	1	山香二郎吉	登記抹消手續	名古屋控判 大11・6・8	

2	39	12・12	大11-960	棄却	1	山香二郎吉	貸金	広島控判 大11・9・6	
2	40	12・12	大11-969	棄却	1	尾古初一郎	貸金	東京控判 大11・9・30	
2	41	12・13	大11-804	破毀 差戻	3	菰渕清雄	損害賠償	仙台地判 大11・7・21	新聞 2082-20
2	42	12・13	大11-846	棄却	3	成道齊次郎	建物取毀土 地明渡	青森地判 大11・8・19	
2	43	12・13	大11-861	棄却	3	長谷川菊太郎	損害賠償	奈良地判 大11・7・21	
2	44	12・13	大11-882	棄却	3	成道齊次郎	貸金	鳥取地判 大11・7・29	
2	45	12・13	大11-888	棄却	3	菰渕清雄	預金	静岡地判 大11・8・24	
2	46	12・14	大11-770	破毀 差戻	2	鬼澤藏之助	損害賠償	広島控判 大11・6・22 新聞 2027-15 評論 11訴313	
2	47	12・14	大11-857	棄却	2	岩本勇次郎	建家明渡	福島地判 大11・8・11	
2	48	12・14	大11-953	棄却	2	大倉鈕藏	立木伐採及 搬出料	福島地判 大11・10・2	
2	49	12・15	大11-911	棄却	1	尾古初一郎	損害賠償	秋田地判 大11・7・19	
2	50	12・15	大11-957	棄却	1	尾古初一郎	加工料並立 替金	横浜地判 大11・6・15	
3	1	12・16	大11-663	破毀 差戻	3	横村米太郎	売掛代金	名古屋地判 大11・4・20	
3	2	12・16	大11-867	棄却	3	横村米太郎	特許願拒絶 査定不服抗 告審判	特許局審決 大11・7・31	

3	3	12・16	大11-925	棄却	3	成道齊次郎	損害賠償	東京控判 大11・10・3	民集 1-757 新聞 2074-5 評論 11訴411
3	4	12・16	大11-977	棄却	3	長谷川菊太郎	土地売買契 約履行所有 権移転登記	宮城控判 大11・9・9	
3	5	12・18	大11-482	破毀 差戻	2	鬼澤藏之助	商標登録無 効審判	特許局審決 大11・4・29	民集 1-765 新聞 2084-19 評論 12諸15
3	6	12・18	大11-650	棄却	2	鬼澤藏之助	土地買戻契 約履行並二 所有権移転 登記手続	東京控判 大11・6・1	
3	7	12・18	大11-894	棄却	2	岩本勇次郎	不動産売買 契約履行	東京控判 大11・6・30	
3	8	12・19	大11-727	棄却	1	榑原幾久若	約束手形金	東京控判 大11・6・15	民集 1-772 新聞 2098-6 彙報 34上315 評論 12商39
3	9	12・19	大11-781	棄却	1	山香二郎吉	親族会決議 取消	広島控判 大11・6・17	民集 1-779 新聞 2096-19 彙報 34上241 評論 12民3
3	10	12・19	大11-880	破毀 差戻	1	前田直之助	物件引渡	東京控判 大11・6・7 新聞 2057-19 評論 11民1025	新聞 2107-22 彙報 34上370 評論 12民371
3	11	12・20	大11-777	破毀 差戻	3	長谷川菊太郎	詐害行為取 消及登記抹 消	名古屋控判 大11・6・6	
3	12	12・21	大11-635	破毀 差戻	2	東龜五郎	所有権移転 登記手続履 行	宮城控判 大11・5・27	民集 1-786 新聞 2089-21 評論 11民1335

3	13	12・21	大11-985	棄却	2	鬼澤藏之助	所有權確認	広島控判 大11・9・13	
3	14	12・22	大11-646	棄却	1	尾古初一郎	親族会決議 無効確認	東京控判 大11・6・8 新聞 2039-23 評論 11民393	民集 1-791 新聞 2098-19 彙報 34上329 評論 11民1383
3	15	12・22	大11-778	棄却	1	尾古初一郎	預金	宮城控判 大11・7・11	
3	16	12・22	大11-829	棄却	1	山香二郎吉	証拠金返還	大阪控判 大11・7・8	
3	17	12・22	大11-981	棄却	1	尾古初一郎	貸金	札幌地判 大11・10・12	
3	18	12・23	大11-890	破毀 差戻	民 聯	鬼澤藏之助	損害賠償	大阪控判 大10・9・26	民集 1-803 新聞 2091-5 彙報 34上277 評論 12訴13
3	19	12・23	大11-1004	棄却	3	菰瀧清雄	所有權移轉 登記手續	宮城控判 大11・9・14	
3	20	12・25	大11-869	破毀 差戻	2	岩本勇次郎	土地境界確 認	盛岡地判 大11・7・6	新聞 2084-20
3	21	12・25	大11-915	棄却	2	鬼澤藏之助	年賦金	仙台地判 大11・9・8	
3	22	12・26	大11-472	破毀 差戻	1	前田直之助	不動産所有 權不存在確 定並登記抹 消手續	大阪控判 大11・4・26	民集 1-822 新聞 2101-17 彙報 34上305 評論 12諸5
3	23	12・26	大11-847	破毀 差戻	1	山香二郎吉	強制執行異 議	大阪地判 大11・7・25	新聞 2096-22 彙報 34上257
3	24	12・26	大11-905	棄却	1	前田直之助	土地所有權 確認並引渡	長崎地判 大11・6・26	
3	25	12・26	大11-917	棄却	1	前田直之助	対償金	札幌控判 大11・7・25	

3	26	12・26	大11-945	棄却	1	山香二郎吉	貸金	秋田地判 大11・8・11	
3	27	12・26	大11-999	棄却	1	前田直之助	発起費用支 払	東京控判 大11・9・29 新聞 2156-20	
3	28	12・26	大11-1002	棄却	1	尾古初一郎	実用新案登 録無効	特許局審決 大11・9・30	
4	29	12・26	大11-1014	棄却	1	尾古初一郎	強制執行異 議	岐阜地判 大11・10・30	
4	30	12・26	大11-1020	棄却	1	前田直之助	損害賠償	金沢地判 大11・10・21	
4	31	12・26	大11-1026	棄却	1	尾古初一郎	保証債務金	千葉地判 大11・10・12	
4	32	12・27	大11-633	棄却	3	長谷川菊太郎	売買代金内 入金及利息 返還	大阪控判 大11・7・6	新聞 2161-17 彙報 34下215
4	33	12・27	大11-642	破毀 差戻	3	成道齊次郎	約束手形金	東京地判 大11・4・19	民集 1-830 新聞 2080-5 彙報 34上295 評論 11商618
4	34	12・27	大11-762	破毀 差戻	3	成道齊次郎	請負金	大阪控判 大11・6・16	民集 1-844 新聞 2082-19 評論 12諸23
4	35	12・27	大11-947	棄却	3	菰渕清雄	所有権確認 並引渡	宮崎地判 大11・7・27	
4	36	12・27	大11-959	棄却	3	横村米太郎	貸金	千葉地判 大11・9・28	
4	37	12・27	大11-1016	棄却	3	菰渕清雄	損害賠償	名古屋控判 大11・9・27	
4	38	12・27	大11-1028	棄却	3	菰渕清雄	損害賠償	名古屋控判 大11・10・18	
4	39	12・27	大11-1034	棄却	3	成道齊次郎	損害賠償	盛岡地判 大11・10・5	

4	40	12・28	大11-299	破毀 差戻	2	東龜五郎	不当利得金 返還	大阪控判 大11・2・7	新聞 2084-21 評論 11商624
4	41	12・28	大11-512	棄却	2	鬼澤藏之助	抵当権抹消 登記手続	長崎控判 大11・3・23	民集 1-865 新聞 2082-17 評論 11民1330
4	42	12・28	大11-569	破毀 差戻	2	岩本勇次郎	不当利得金	大阪控判 大11・6・6	民集 1-874 新聞 2089-22 評論 11諸495
4	43	12・28	大11-596	棄却	2	大倉鈕藏	所有権確認 並移転登記 手続	宮崎地判 大10・12・15	
4	44	12・28	大11-683	破毀 差戻	2	東龜五郎	貸金債権存 在確認	東京控判 大11・6・20	
4	45	12・28	大11-845	棄却	2	岩本勇次郎	家屋明渡並 損害賠償	盛岡地判 大11・6・29	
4	46	12・28	大11-887	棄却	2	東龜五郎	所有権移転 登記抹消	山形地判 大11・6・29	
4	47	12・28	大11-211	棄却	2	岩本勇次郎	登記抹消	東京控判 大10・12・17 評論 10訴650	

97判決中、破毀20件、棄却77件となっている。

4 大正11年12月分大審院民事判決原本の分析

4-1. 民集登載基準の検討

4-1-1. 民集登載判決の分析

全97判決のうち15件が民集に登載されている。このうち12件——【1-11】（民集判示事項：特許発明ノ範囲）⁷⁾・【1-18】（同：受託判事ノ為シタル証拠調ノ結果ノ

7) 判決理由には登場しないが、本判決の民集判決要旨第一点については、大（三民）判大7・10・16民録24-1941の民録判決要旨第二点がかれとほぼ同様の判断を示しており、これが先例に当たるといってもよさそうである。本判決の要旨第二点については、先例は見当たらない。

援用)・[3-3] (同:民事訴訟法第三百九十八条但書ニ所謂懈怠ナカリシ場合)・[3-5] (同:図形商標ト文字商標トノ関係)・[3-8] (同:手形上裏書ノ連続ト抹消シタル裏書ノ抹消者トノ関係)・[3-9] (同:未成年者ニシテ法定代理人ナキ本家ノ戸主ニ対スル親族会招集ノ通知)・[3-12] (同:不動産買戻権譲渡ノ対抗要件)・[3-14] (同:仮処分命令ノ効力ノ存続ト民法第九百条第一号ノ適用)・[3-22] (同:競落許可決定ノ効力ト債権ノ弁済トノ関係)・[4-33] (同:約束手形ノ振出人タル合資会社ノ債務ニ対スル無限責任社員ノ責任)・[4-34] (同:千円以上ノ随意契約ノ締結)・[4-41] (同:次順位抵当権ノ設定ト先順位抵当権ノ混同トノ関係——混同ニ因ル抵当権ノ消滅ト其ノ登記——)⁸⁾——は、いずれも判決理由で示された点につき大審院の先例がないものであり、それゆえに民集に登載されることになったものと推測される。また、[3-18] (同:民事訴訟法第三百九十八条ノ懈怠ノ意義)は、判例変更であるため、登載されることには何ら疑問がない。

これに対し、判決理由中で先例が援用されているにもかかわらず、登載されているのが以下の判決である。

[1-7] (同:鉱業権ノ移転ニ関スル請求権仮登録ノ効力)は、鉱業権が二重譲渡された場合において、第二譲受人が第一譲受人よりも先に登記を完了したときには、譲渡人の第一譲受人に対する債務は履行不能となる(民集判決要旨第一点)が、第一譲受人が第二譲受人の登記より前に仮登記をしていた場合には、第二譲受人に対しその登記の抹消を請求できるため、譲渡人の第一譲受人に対する債務は履行不能により消滅しない(同第二点)とするものである。判決理由中には2つの先例が援用されているが、いずれも上記の点についての直接の先例といえるものではない⁹⁾。そのため、先例を援用しつつも民集に登載したものとと思われる。

8) 本判決の民集判決要旨第一点の前段については先例が存在するが、判決理由では援用されていない。もっとも、民集には、【参照条文】の後に、「同主旨(明治四十一年(オ)第二九一号同年十二月十九日第一民事部判決)との記載があり、これがその先例に当たる。本判決の要旨第一点後段、第二点については、先例は見当たらない。

9) 先例として援用されている大(二民)判大6・9・20民録23-1445——「所有権移転ノ仮登記ヲ為シタル不動産ニ付キ第三者カ所有権取得ノ本登記ヲ為シタル結果仮登記権利者ニ於テ登記義務者ニ対シ本登記ヲ為ス手続ヲ求ムルコト能ハサルニ至リタルトキハ第三者ノ本登記ノ原因タル所有権取得カ登記義務者ノ法律行為ニ基クテ強制競売ニ因ルトヲ問ハス該仮登記権利者ハ其第三者ニ対シ本登記ノ抹消ヲ求ムルコトヲ得ヘク第三者ハ本登記ヲ以テ仮登記権利者ニ対抗スルコトヲ得サルモノトス」(民録判決要旨)。

先例として援用されている大(二民)判大2・5・12民録19-327——「民法第四百十五條同第五百四十三條ニ所謂履行不能ハ必スシモ物理的不能ヲ意味スルモノニ非ス一般取

また、[4-42]（同：競売法ニ依ル競落許可決定ノ言渡ヨリ代金支払マテノ利息ノ支払義務）にも先例が援用されている部分があるが、民集ではそれに加えて大審院の新判断に当たる箇所も判決要旨として採用されている。

4-1-2. 民集不登載判決の分析

4-1-2-1. 原本に「登載」とされているにもかかわらず登載されていないもの

[1-22]・[2-32]・[3-20]・[4-40]には「登載」の朱印が押されているものの、これらの判決は民集に登載されていない。

まず、[2-32]（法律新聞表題：家族ト其特有財産ノ推定）・[3-20]（同：隠居ト訴訟手續ノ中断）は、判決理由に援用されている先例があるため、登載が見送られたものと思われる。ただし、いずれの先例も明治時代のものであることから、当初は民集に登載すべきものと考えられていた可能性がある。

次に、[4-40]（同：不法原因ノ物ノ給付ト所有権ノ手形債務者ト支払拒絶権）は、不法な原因により物を給付した者であっても、その物の所有権を喪失するわけではないとするものである。判決理由に援用されてはいるが、この点については、同趣旨の先例（大〔二刑〕明43・9・22刑録16-1531, 大〔一刑〕判大2・12・9刑録19-1393）がある。もっとも、それらがいずれも刑事部判決であり、民事部ではこの点を判示した判決が見当たらないため、民集登載が予定されていたとも考えられる。

以上の判決の一部又は全部については、法律新聞で確認することができるが、以下の[1-22]は、民集以外の媒体でも公刊されていない。また、「登載」の押印が取り消され、改めて「不掲載」の朱印が押されている点も他と異なる。

[1-22] 「然レトモ被告（被控訴人、原告）ハ原審ニ於テ本訴清酒ハ被告
人自ラ履行ノ場所ニ出張セサルモ矢掛酒造株式会社ニ於テ原告人カ来レハ何時
ニテモ引渡シ得ル状態ナリシ旨ヲ主張シ原告人ハ之ニ対シ被告人カ履行ノ場
所ニ於テ引渡ノ準備ヲナスス從テ適法ナル履行ノ提供ナキヲ以テ本件契約解除
ハ不適法ナリト抗弁シタルコトハ原判決ニ摘示スル所ニシテ右摘示ノ抗弁中ニ
ハ所論摘録ノ趣旨モ亦包含セラルルカ故ニ原判決ハ原告人ノ抗弁事實ヲ挙示セ
サルモノト謂フヲ得ス又証人矢掛酒造株式会社専務取締役Aハ本訴清酒カ被告
人ニヨリ原告人ニ転売セラレタルコトヲ承知シ居レリ大正九年十二月八日
（履行期日）ニハ原告人ニ於テ空樽ヲ提供セハ被告人カ来ラストモ原告人ニ

↘引ノ観念ニ從ヒ之ヲ不能視スヘキモノナルトキハ其履行ハ尚ホ不能タルヲ妨ケス」（同）。

清酒ノ引渡ヲナスコトニナリ居タル旨供述スルヲ以テ右Aノ証言及其他ヲ綜合シテ認定シタル原判示ハ畢竟本件履行ノ準備トシテハ被告上告人カ期日ニ自ラ履行ノ場所ニ出張スルコトヲ必要トセサル趣旨ナリト解スルコトヲ得ヘシ然ラハ此ト相容レサル所論抗弁ノ趣旨モ自ラ排斥セラレタルコト明ナレハ原審ハ上告人ノ抗弁ニ就キ判断ヲナササルモノト謂フヲ得ス故ニ本論旨ハ其理由ナシ」(上告論旨に対する判断)

【登載】の押印が単なる誤りでないという前提に立てば、弁済の提供の方法をめぐる一事例として民集登載が検討されたのではないかと推測される。

4-1-2-2. 破毀判決

民集不登載判決の中には、既に4-1-2-1.で紹介した [3-20]・[4-40]のほか10件の破毀判決がある。

(a) 公刊されているもの

公刊判決は5件ある。このうち4件—— [1-12] (新聞表題：唯一ノ証拠方法ト杜絶)・[2-31] (同：一千元ノ贈与契約ト理由齟齬)・[2-41] (同：判決ト請求原因ノ誤解)・[3-10] (同：目的物売却ノ意義)——には、いずれについても同旨の先例は見当たらないが、重要度の高い、先例となりうるような判断は示されていないので、それらの民集への登載が見送られたものと推測される。残る [3-23] (同：第三者ノ作成シタル私署証書ト成立ノ真否)には、判決理由中に援用されている先例があり、民集不掲載となったのはそれが理由であろう。

(b) 公刊されていないもの

未公刊判決5件のうち、[2-46]については二審判決が公刊されている(新聞表題：原因変更ナキ旨ノ裁判ト上告破毀ノ効果ノ市ノ唧筒設置ト私法上ノ関係)。大審院では、原判決の言渡調書に裁判所書記の署名があるが捺印がないため、原判決の言渡しが適法になされたとはいえないとして、原判決が破毀されている。この点については、上告人が指摘する先例(大[二民]判明42・6・14民録15-570)があるため、公刊されなかったものと思われる。

以下のその他の4件は、二審判決も公刊されていないものである。

[2-35] 「仍テ訴訟記録ヲ調査スルニ本件ノ事実関係ニ付当事者双方カ原審ニ於テ陳述シタル趣旨ノ要領ハ上告人ニ於テハ被告上告人カ他ヨリ請負ヒタル鉄屑ノ解取運搬ノ為ニ上告人ヨリ解船数隻ヲ被告上告人ニ賃貸シ其ノ賃貸料ニ付テハ別

段ノ約定ヲ為サス当該地方ニ於テ一定シタル船賃及日待賃ヲ船腹噸數ニ從ヒ計算スヘキ慣習存シ当事者双方共其ノ慣習ニ依ル意思ヲ以テ賃貸借契約ヲ為シタリト云ヒ被告人ニ於テハ自己カ他ヨリ請負ヒタル鉄屑ノ船取運搬ニ付原告人ヲシテ下請負ヲ為サシメ其ノ請負料金ニ付テハ当事者間ニテ特ニ定メタル船賃及日待賃ヲ積荷噸數ニ從イ計算スヘキ契約ヲ為シタリト云フニ在リテ原告人ノ主張ニ係ル賃貸料ト被告人ノ主張ニ係ル請負料金トハ計算ノ標準ヲ異ニシ船賃及日待賃ノ數額ニ大差アルコト明白ナリ而シテ原裁判所ハ本件係争ノ契約ヲ船取運搬ノ賃貸借ナリト認定シ尙其ノ契約ニ於テ賃料ノ定ナカリシモノニ非スト認メタルヲ以テ其ノ賃料ニ付テモ当事者間ニ約定アリタルモノト謂ハサルヲ得ス然ルニ其ノ約定ハ如何ニ賃料ヲ定メタルモノナルカ又ハ原審ニ顯ハレタル總テノ証拠資料ニ依リテモ到底之ヲ知ルニ由ナカリシカ原判本文上明瞭ナラス即チ原裁判所カ斯ル問題ニ関シ何等判示スル所ナクシテ直ニ原告人ノ主張ニ係ル賃貸料ノ請求中其ノ主張ニ反シ被告人カ請負料金トシテ支払ノ義務アルコトヲ認メタル部分ヲ除キ其ノ他ヲ全然排斥シタルハ判決ノ理由不備ナルモノニシテ違法タルヲ免レス」（上告論旨第一点に対する判断）

[3-1] 「因テ按スルニ被告人ハ合式ノ呼出ヲ受ケナカラ口頭弁論期日ニ出頭セサルヲ以テ民事訴訟法第四百四十四條第二百四十八條ニ依リ原告人カ原審ニ於テ所論ノ抗弁ヲ提出シテ被告人ノ本訴請求ノ失当ナルコトヲ抗争シタリトノ原告人ノ事実上ノ供述ハ被告人ニ於テ自白シタルモノト看做スヘキモノトス……」（同第一点に対する判断）

[3-11] 「案スルニ民法第四百二十四條ノ規定ニ依リ債權者カ取消ヲ請求シ得ルハ債務者ノ為シタル法律行為ニシテ受益者ガ転得者ト為シタル法律行為ノ如キハ之カ取消ヲ請求シ得ルモノニアラス債權者カ受益者又ハ転得者ニ對シ詐害行為ノ目的タル財産ノ回復又ハ之ニ代ハルヘキ損害賠償ヲ求メントスレハ其ノ受益者又ハ転得者タル關係ニ於テ債務者ノ為シタル詐害行為ノ取消ヲ請求スヘキモノナルコトハ当院判例ノ夙ニ認ムル所ナリ（大正四年（オ）第五〇二号同五年三月三十日判決大正七年（オ）第八八〇号同年十一月二十五日判決参照）……」（上告論旨に対する判断）

[4-44] 「案スルニ民法第四百六十八條第一項ニ所謂『債務者カ譲渡人ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ事由』中ニハ債務者カ債權者ニ對シ債務ノ性質若ハ態様ヲ其ノ儘主張スルコトヲ包含セサルヲ以テ債務者カ其ノ債權譲渡ヲ異議ナク承諾シタルトキト雖モ其ノ債務ノ性質若ハ態様ノ変更ヲ承諾セサル限り依然旧債務ノ性質態様ヲ保持シ債務者ハ之ヲ以テ譲受人ニ對抗スルコトヲ得ヘシ……」

(同第二点に対する判断)

[3-11] については、判決理由で援用されている先例(下線部)があるために、民集への登載が見送られたものと推測される。[4-44]についても、判決理由で援用されていないが、上告人が援用する先例(大[二民]判明42・5・14民録15-490¹⁰⁾)と同趣旨の判断を示すものであるため、民集不掲載となった可能性がある。ほかの2判決は、公刊すべきほどの重要な判断が含まれているとはいえないものである。

4-1-2-3. 棄却判決

民集不登載の棄却判決は、70件ある。

(a) 公刊されているもの

公刊されているのは、既に4-1-2-1.で紹介した[2-32]と、[4-32](法律新聞表題:解除権取得後ト権利ノ状態)の2件である。

[4-32]のうち公刊されている部分には、上告理由第一点、同第二点に対する判断が掲載されている。このうち、前者については、判決理由中に示された先例があるため、民集に登載すべき価値はないと判断されたものと思われる。これに対し、後者では、解除権者は解除権と契約の履行請求権の双方を有し、これらは相容れないものではないから、追認に関する民法125条の適用はない、との判断が示されているが、同旨の先例は見当たらない。

(b) 公刊されていないもの

未公刊判決のうち、二審判決が公刊されているものが4件ある。

[1-16] (二審判決の法律新聞表題:新貸借契約ノ成立ト旧貸借期間ノ満了)
「然レトモ原院ニ於テ被告ノ論旨摘録ノ主張ノ外仮ニ貸借ナリトセハ原告ノ土地買受ノ際原告ト被告ト新ニ貸借契約ノ成立シタル旨ヲ主張シ原告ノ前貸借関係ヲ合意上承継シタルコトヲ争ヒタルコト原判決ノ引用セル第一審判決ノ事実摘示ニ依リテ明ナレハ原院カ被告トA間ノ借地関係カ地上権ニ基クモノニ非スト判示スルト同時ニ被告ト原告ト新

10) 「双務契約ニ於ケル一方ノ債権者カ其債権ヲ第三者ニ譲渡シタル場合ト雖モ其譲渡サレタル債権ハ依然トシテ双務契約ヨリ生スル一方ノ債権タル性質ヲ保有シ他ノ一方ノ有スル債権トノ間ニ交互的の関連ヲ存続スルヲ以テ一方ノ債権成立セザルカ又ハ無効ト為ルトキハ他方ノ債権モ亦不成立若クハ無効ト為ルヘキモノトス」(民録判決要旨)。

ナル賃貸借契約ノ成立シタルモノトシ前賃貸借関係ヲ承継シタルモノニ非スト為シタルハ論旨ノ如ク当事者間ノ争点ニ対シテ判断ヲ為サス又当事者間争ナキ事実ヲ無視シタル違法アルモノニ非ス本論旨ハ理由ナシ」（上告理由第一点に対する判断）

「然レトモ原院ハ甲第二号証第四号証第十号証ニ依リ原判示ノ事実ヲ認メタル上原院証人Bノ供述ヲ措信セス其ノ他ニハ右認定ヲ左右スヘキ証拠ナキ旨ヲ説示シ論旨指摘ノ甲号各証ヲモ審究シ之ヲ採用セサルモノナルコト原判文上明ナレハ本論旨ハ原判旨ニ副ハス理由ナシ」（同第二点に対する判断）

「然レトモ原院ニ於テ上告人カ被告人トA間ノ係争土地ニ対スル賃貸借関係ヲ承継シタルコトノ当事者間争アリタルコトハ前第一点ニ対スル説明ノ如クニシテ原院ハ右ノ承継ノ事実ニ付当事者間ノ争ナキモノト為シタルニ非ス被告人ト上告人間ニ新ナル賃貸借契約ノ成立シタルモノト認メ前賃貸借関係ヲ承継シタル事実ヲ否定シ甲第十一号証ヲ採用セサルモノナレハ原判決ニハ当事者ノ主張ヲ誤解シ若ハ争ナキ事実ニ基ク判断ヲ遺脱シ又ハ前後ノ理由矛盾セル不法アルコトナク本論旨モ亦原判旨ニ副ハス理由ナシ」（同第三点に対する判断）

「然レトモ証拠ハ当事者双方ニ共通ナルヲ以テ原院カ上告人ノ提出シタル甲第二号証第四号証第十号証ニ依リ被告人カ特ニ之ヲ援用セサルニ拘ラス被告人ニ利益ナル事実ヲ認定シタルハ相当ニシテ其ノ認定ハ実験法則ニ違背シタルニモ非ス故ニ本論旨ハ理由ナシ」（同第四点に対する判断。他は省略。）

[1-21]（同：選挙買収費ト不法ノ原因）「然レトモ所論挙示ノ（一）乃至（五）ノ事実アリタリトスルモ一部ノ選挙運動員カ受取りタル金銭ニ対シ当然全部ノ運動員ニ共同債務ノ関係ヲ発生スルモノト推定セサルヘカラサルニ非ス而シテ当事者間ニ特別ノ意思表示ナキトキハ数人ノ債務者ハ各別ニ義務ヲ負担スルヲ以テ本則トナスカ故ニ原審カ被告人等ニ於テ連帯責任ヲ負担シタル証拠ナキ以上被告等カ各自受取りタル金額ニ付独立債務ヲ負担スルモノト判示シタルハ相当ニシテ従テ曾テ運動費ノ交付ヲ受ケタルコトナキ被告Aニ対スル請求ヲ認容セサリシハ不当ナリト云フヘカラス」（上告論旨第一点に対する判断）

「然レトモ所論摘録ノ原判示ハ『上告人前主ヨリ投票買収ノ為ニ交付シタル金額ハ明ナルモ』トノ趣旨ヲ包含セサルコト判文上明白ナレハ原判示ヲ誤解シ之ヲ前提トシテ立論スル論旨第二点前段ハ其ノ理由無シ又原判決ハ証人BCD等ノ証言ニ依リ上告人前主カ被告等ニ交付シタル金員ノ一部カ投票買収ノ為ニ使用セラレタル事実ヲ認定シ此ノ事実ト証人Eノ証言トヲ綜合考覈シテ所

論判示事実ヲ認定シタルモノニシテ所論ノ如クEノ証言ノミヲ判断ノ資料ト為シタルモノニ非サルコトハ是又判文上明白ナレハ仮ニEノ証言ノミニ依ルトキハ上告人前主全員カ投票買取ノ予想ノ下ニ本献金額ヲ交付シタリトノ事実ヲ観取シ得ラレストスルモ之カ為ニ前示認定ヲ違法ナリト云フヘカラス……」(同第二・五点に対する判断)

「然レトモ上告人前主カ被告等ニ一部ハ投票買取ノ為ニ使用セラルルコトヲ初メヨリ予想シテ本訴金額ヲ交付シタリトノコトハ原院ノ確定スル事実ナレハ上告人ニ於テ上告人前主カ右交付金中投票買取ニ使用スヘキ金額ヲ制限シタルコトヲ立証セサル限り正当支出以外ノ金額ハ被告等ノ自由処分ニ委ネ投票買取ノ為ニ使用セラルルコトヲ予想シタルモノト云ハサルヘカラサルカ故ニ原院カ『上告人ニ於テ買取ノ為ニ交付セラレタル金高ヲ主張シ且立証スルニアラサレハ正当支出以外ノ全部金額ヲ買取ノ予想ノ下ニ交付セラレタルモノトス』ト判示シタルハ相当ニシテ原判決ハ立証ノ法則ヲ不当ニ適用シタルモノト云フヲ得ス」(同第三点に対する判断)

「然レトモ候補者若ハ選挙運動者カ投票買取ノ為ニ選挙人ニ金銭ヲ供与スルハ犯罪行為ナルカ故ニ選挙運動者タル被告等ニ投票買取ニ使用セラルルコトノ予想ノ下ニ選挙運動費ヲ交付スルハ即犯罪遂行ノ用ニ供スル為之ヲ給付スルモノニシテ其ノ給付ハ民法第七百八条ノ所謂不法原因ノ為ニスルモノニ該当シ給付若ハ之カ返還ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス蓋シ同条ノ不法原因ノ為メノ給付トハ其ノ給付自体カ不法ナル場合ニ限ラスシテ不法事項カ給付ノ目的若ハ縁由タル場合ヲモ包含スル法意ナルコトハ夙ニ当院ノ判例トスル所ナレハ(大正五年(オ)第八十三号同年六月一日言渡判決参照) 選挙運動者ニ金員ヲ交付スル事自体カ犯罪ニ非ラストスルモ其ノ目的投票買取ニ在リトセハ其ノ交付ハ不法原因ノ為ニスルコトヲ失ハサレハナリ……」(同第四点に対する判断)

[3-27] (同：仮執行ニ因ル給付ト其弁済ヲ求ムル裁判所) 「然レトモ民法第百十條ハ或範圍ノ代理權ヲ有スルコトヲ前提トスル規定ナルヲ以テ已ニ原裁判所ニ於テ其ノ判文ヲ示ス如ク何等ノ代理權ヲ認めサリシ以上同條ヲ適用セサリシハ当然ニシテ何等ノ違法無シ」(上告理由第二点に対する判断)

「然レトモ原判文ニハ『控訴人ノ提出援用ニ係ル証拠ハ未タ以テ(中略)事実ヲ証スルニ』トアリテ其ノ下文ニ『十分ナルノミナラス』トアルヲ以テ一見シテ這ハ『十分ナラサル』ノ誤記ナルコトヲ知ルヲ得ヘク論旨ハ採用スルニ足ラス」(同第四点に対する判断。他は省略。)

先例（下線部）があるものもあるが、その他については、原判決を維持した大審院の判断に何ら目新しいところはない。そのため、公刊されなかったものと思われる。

なお、[4-47]の二審判決も公刊されているが、この大審院判決の冒頭には参考の朱印が押されている。これは上告論旨が15点にもわたる長大なものであるので、今後の参考になると考えられたのではないかと推測される部分のみ紹介する。

[4-47] 「然レトモAヨリ上告人ニ対シ本件抵当権設定及其ノ登記ノ無効ナルコトヲ主張シテ私訴ヲ提起シタルモ敗訴ノ判決ヲ受ケ其ノ判決確定セルモ其ノ判決ハ右訴訟ノ当事者間ニ於テノミ確定力ヲ生スルニ止マリ其ノ効力ハ第三者ニ及フコトナシ然ラハ右ノ抵当権及其ノ登記カ實質上無効ナル以上ハAヨリ本件抵当ノ目的タル土地ノ所有権ヲ取得シタル被告人ト雖上告人ニ対シテ右ノ抵当権ノ設定及其ノ登記ノ無効ナルコト從テ競落ノ無効ナルコトヲ主張スルヲ妨ケサルモノニシテ仮令其ノ所有権ノ取得カ抵当権ニ基ク競売開始決定並競売申立ノ登記ノ後ニ為サレタリトスルモ其ノ事由ハ被告カ右ノ主張ヲ為スニ影響ヲ及ボスコトナシ蓋シ競売開始決定並其ノ登記ハ右ノ被告人ノ主張ヲ排斥シ又ハ判決ノ効力ヲ第三者ニ及ハシムルノ効力ナケレハナリ然ラハ此ノ趣旨ヲ以テ為セル原判決ハ正當ニシテ原判決ニハ上告人ノ抗弁ノ本旨ヲ誤解シ若クハ曲解シタル違法其ノ他上告人所論ノ如キ違法ナキヲ以テ論旨ハ何レモ理由ナシ」（上告論旨第十三点に対する判断）

このほか、次の[4-43]の判決原本にも参考の朱印がある。[4-47]と同じく、今後の参考になると考えられたのではないかと推測される部分のみ紹介しておく。

[4-43] 「因テ大正十年九月二十七日付原審口頭弁論調書ヲ閱スルニ被告ハ第一審判決摘示事実ト同旨ノ事実関係ヲ陳述シタル後上告人ノ訴訟代理人ノ求メニ依ル裁判長ノ問ニ対シ本件ハ要スルニ上告人ノ文書偽造行使ヲ原因トスルモノナリト述ベタル旨ノ記載アレトモ同年十一月五日付同調書ニハ『被控訴代理人ハ裁判長ノ問ニ対シ控訴人ハ被控訴人先代Aノ印象ヲ不正ニ使用シ本件移転登記ヲ為シタルモノナリトノ主張ヲ為スモノナリ即本訴請求ハ所有権ノ妨害排除ノ目的ニ出タルモノニシテ契約ニ基クモノニ非ルナリト述ベタル』旨ノ記載アリ又同年十二月一日付同調書ニハ『被控訴代理人ハ本訴請求ノ原因及申立ノ所有権移転登記手続ヲ為スヘシトアルヲ減縮シテ抹消登記手続ヲ為スヘシト擴張スル旨述ヘ且曩ニ本件ハ要スルニ上告人ノ文書偽造行使ヲ原因トスルモノ

ナリト述ヘタルハ真正ノ登記申請ニ非サル旨述ヘタルモノナルヲ以テ右ノ如ク訂正ス云々」又『控訴代理人ノ求メニ依ル裁判長ノ問ニ対シ被控訴人カ「勝手ニ」ト陳述シタルハ控訴人ニ権限ナク又被控訴人先代Aノ意思ナク不正ニ控訴人カ右Aノ印ヲ使用シタルモノナリトノ意味ナリト述ヘタリ』ト記載シアルヲ以テ原審カ被告ノ本訴請求ノ原因トスル所ハ被告ノ所有ニ係ル本件地所上ニ原告ノ不正手段ニ基ク所有権移転登記存在スルカ故ニ所有権ノ確認ト其ノ登記ノ抹消手續ヲ求ムルニ在ルコト弁論ノ全趣旨ニ徴シ明ニシテ原告ノ文書偽造行使ヲ請求ノ原因トスルモノニ非スト為シタルハ相当ナリ斯ノ如ク本訴ハ所有権ノ妨害排除ヲ目的トスルモノニシテ文書偽造行使ノ犯罪ヲ原因トシテ所有権移転登記ノ抹消ヲ求ムルニ非サル以上ハ右被告ノ請求権ハ私訴トシテ公訴ト同一ノ時効ニ因リテ消滅スヘキモノニ非サレハ原審カ原告ノ抗弁ヲ排斥シタルハ相当ニシテ論旨ニ援用セル当院各判例ハ本件ニ適切ナラス本論旨ハ孰レモ理由ナシ」(上告理由第一・二点に対する判断)

残りの判決については、以下の4件を紹介しておく。

[1-2] 「然レトモ人事訴訟法¹¹⁾第二十六条及ヒ第二条ニ依レハ養子縁組事件ニ付養父母ノ一方カ死亡シタル後ハ其ノ生存者ヲ以テ相手方トシ其ノ相手方トスヘキ生存者カ死亡シタル後ニ於テ始メテ検事ヲ以テ相手方トスヘキモノニシテ之ト反対ニ養父母ヨリ訴訟ヲ提起スル場合ニ於テモ亦養父母ノ一方カ死亡シタル後ハ其ノ生存者ヨリ之ヲ為シ其ノ生存者カ死亡シタル後ニ於テ始メテ検事ヨリ之ヲ為スヘキモノト解スヘキモノナルヲ以テ本件ノ場合ニ於テ養父カ死亡シタル後生存セル養母即被告ノミカ本訴ヲ提起シタルハ適法ニシテAト共ニ本訴ヲ提起セサルハ違法ナルカ如ク論スルハ其ノ当ヲ得タルモノニ非ス」(上告論旨第一点に対する判断)

「依テ按スルニ人事訴訟手続法第十条第二項ニ於テ裁判上ノ自白ニ関スル法則ハ婚姻事件ニ之ヲ適用セスト規定シ同法第二十六条ニ依リ養子縁組事件ニ之ヲ準用スル所以ノモノハ是等人事訴訟ニ於テハ事件ノ調査審理ヲ成可ク裁判所ノ職権ニ委セントスルノ目的ニ出テタルモノト認ムルニ難カラスシテ其ノ法意ハ裁判上ノ自白ト雖普通ノ場合ニ於ケルカ如ク探証上裁判所ヲ羈束スルコトナク裁判所ハ其ノ心証ノ存スル所ニ従ヒ自由ニ其ノ事実ヲ取捨シ得ルモノナルコトヲ規定シタルモノト解釈スルヲ妥当トシ必スシモ裁判所ヲシテ当事者ノ為シ

11) 人事訴訟手続法の誤りであろう。

タル裁判上ノ自白ヲ判断ノ資料トシテ採用スルコトヲ禁止シタルモノト謂フヘキモノニ非ス從テ当事者間ニ争ナカリシ事實ヲ裁判所カ其ノ心証ニ訴ヘテ事實ノ真相ニ適シタルモノト認ムルニ於テハ固ヨリ之ヲ事實認定ノ資料ニ供スルコトヲ妨クルモノニ非スサレハ原審ニ於テ当事者間ニ争ナカリシ事實ヲ以テ其ノ判断ノ資料ニ供シタルハ此ノ趣旨ニ出テタルモノト認ムルニ足ルカ故ニ之ヲ目シテ違法ト謂フコトヲ得ス」(同第二点に対する判断)

[1-6] 「民法第五百七十九条ニ依レハ不動産ノ売主カ買戻ノ特約ヲ為スニハ買主ノ支払ヒタル代金ノ外其ノ支払ヒタル契約費用ヲ買主ニ返還スルコトヲ要スレトモ当事者ハ代金ノミヲ返還シテ買戻シヲ為シ得ヘキコトヲ合意スルヲ妨ケス而シテ此ノ場合ニ於テモ其ノ合意ハ買戻ノ契約タルヲ失ハス何トナレハ買戻シノ特約ハ売買解除權ノ留保ニシテ売買解除ノ結果ハ当事者ヲシテ売買ヲ為サリシ状態ニ回復セシムルカ故ニ売主ハ売買契約ニ基キ取得シタル代金ハ当然之ヲ買主ニ返還スルヲ要スレトモ買主ノ支払ヒタル契約費用ハ契約ニ基キ売主ノ取得シタルモノニ非サレハ売主ハ契約解除ノ当然ノ効果トシテ之ヲ買主ニ返還スヘキモノニ非ス法律カ其ノ返還ヲ買戻ノ要件ト為シタルハ買戻ノ利益ヲ有スル売主ニ返還義務ヲ負ハシムルハ公平ナリトスル見地ニ出テタルモノナレハ買主ニ於テ代金ノミノ返還ヲ受クルコトヲ以テ買戻ヲ承諾スルコトハ買戻ノ性質ト相容レサルモノニ非サレハナリ……」(同第一点に対する判断)

[2-29] 「然レトモ民事訴訟法第二百三十六條第二号ニ所謂事實及争点ハ摘示ニ欠漏スル所アルモ常ニ上告ノ理由トナルモノニ非ス其ノ欠缺カ判決主文ニ影響スル場合ニ於テノミ上告ノ理由タルコトヲ得ヘキモノナルコト当院判例（大正十年（オ）第二十五号同年二月二十二日判決参照）ノ示ス所ナリ……」(同第五点に対する判断)

[2-37] 「然レトモ取消サレタル法律行為ハ初ヨリ無効ナリシモノト看做サルルカ故ニ此ノ法律行為ニ基ク給付ハ其ノ原因ヲ失フ結果茲ニ不当利得返還ノ關係カ生スルモノトス民法第二百一十一條但書ハ未成年者ノ返還義務ヲ制限シテ現存利益ノ範圍ニ止メ同法第七百四條ノ如キハ其ノ適用無キコトヲ示シタルモノニシテ決シテ当然自明ナルコトヲ規定シタルモノニ非ス……」(上告理由第四点に対する判断)

「然レトモ精神状態平常ニ復シタルニ拘ラス禁治産宣告取消ノ申立ヲ為サス而シテ或取引ヲ為シタル後禁治産ノ宣告尚存スルノ故ヲ以テ此ノ取引ヲ取消シタレハトテ唯是事實而已ニテハ未タ以テ此ノ取消ヲ目シテ或ハ公序良俗ニ反スルモノト為シ或ハ權利ノ濫用ナリト為スニ足ラサルカ故ニ之ト反対ノ見解ヲ前

提トスル論旨ハ採用スルニ由無ク結局原判決ハ此ノ点ニ於テ正当ナルヲ失ハス」(同第五～七点に対する判断)

[2-29]については、判決文中に示されている先例(下線部)があるため、公刊の必要もないと考えられたのであろう。

[1-2]は、人事訴訟手続法(当時)の規定の解釈に関する判断である。

[1-6]は、売主が代金のみを返還して買い戻すことができる旨の特約は有効とする。

[2-37]では、取消しにより「不当利得返還ノ関係」が生じること、民法121条但書が適用される場合には同法704条の適用はないこと、精神状態が平常に復したのに禁治産宣告取消しの申立てをしないまま取引を行い、後に禁治産宣告を理由として当該取引を取り消したとしても、それを直ちに公序良俗違反、権利濫用と評価することはできないことが示されている。

4-2. 公刊物における判決文の加工とその復元

4-2-1. 民集登載判決

民集登載判決のすべてにおいては、原本における「主文」までの事項がすべて削除され、これに代わって新たに「事実」が付け加えられている。さらに、判決文の一部が脱落しているものが4件([1-11]・[1-18]・[3-8]・[3-9])ある。一部¹²⁾を除き、脱落部分は、公刊物で確認することができないので、大審院の判断に関する部分のみ以下で紹介しておく。

[1-11] 「然レトモ原院ノ為シタル特許明細書ノ解釈ノ正当ナルコトハ前点ニ対スル説明ノ如クナリ而シテ鑑定ハ裁判所ノ考覈ヲ補助スルモノタルニ過キシテ裁判所ハ其ノ鑑定意見ニ羈束セラルヘキモノニ非サレハ鑑定人小林正蔵及増島文次郎ノ鑑定意見ニシテ論旨ノ如ク技術上ノ均等ニ止マラス法律上ノ均等ニ拂ルモノトアリトスルモ原院カ之ヲ參酌シテ本件特許ノ範圍ヲ定メ自カラ法律上ノ判断ヲ為シ得サルモノニ非ス又甲第九号証ニ一、二ニハ孰レモ本件特許ノ範圍ニ関シ特許局ノ与ヘタル審決ニシテ原院ヲ羈束スル効力ナキハ勿論ナルモ原院カ之ヲ証拠トシテ本件判断ノ範圍ヲ解釈判断シ得サルモノニ非ス又甲第九号証ニ一、二ニハ孰レモ本件特許ノ範圍ニ関シ特許局ノ与エタル審決ニシテ原院ヲ羈束スル効力ナキハ勿論ナルモ原院カ之ヲ証拠トシテ本件特許ノ範圍ヲ解釈判断シ得サルモノニ非スシテ其ノ審決ノ末確定ナルト否トヲ問フノ要ナシ故

12) [3-9]の上告論旨第二点は、法律新聞で確認することができる。

二本論旨ノ（一）（二）トモニ理由ナシ」（上告論旨第二点に対する判断）

[1-18] 「原判決ノ事実摘示ニ依レハ証人岩野カスエノ証言ハ上告人ノ援用シタルモノニ非ス当事者ノ援用セサル証拠ハ裁判所之ヲ斟酌シテ裁判ノ資料ト為スコトヲ得サレハ原裁判所カ該証言ニ言及スルトコトナキハ当然ニシテ不法ナリト云フヘカラス」（同第二点に対する判断）

[3-8] 「然レトモ原裁判所ニ於テ上告人ノ申請ニ因リ証人久世崇徳ヲ訊問シタル末当事者双方カ証拠調ノ結果ニ付弁論シタルコトハ原審弁論調書ニ依リ明白ニシテ原判文ニ被告上告人カ右証人ノ証言ヲ援用シタル旨摘示アルハ原審弁論調書ノ記載ト抵触スル所ナケレハ其ノ摘示ノ如ク被告上告人カ原審ニ於テ右証人ノ証言ヲ援用シタルモノト認メサルヲ得ス故ニ二本論旨モ採ルニ足ラス」（同第五点に対する判断）

[3-9] 「然レトモ原判決ハ上告人ノ所論主張ニ対シ上告人ノ挙示シタル所論事例ニ徴スルモ其ノ主張ヲ是認スルコトヲ得サル旨ヲ説明シ其ノ主張ヲ排斥シタルコト明ニシテ即所論富田宗太郎カ真ニ其ノ子正俊ヲ相続人トスルノ意思ナカリシモノト認ムルニ足ラサル旨ノ判断ヲ為シタルモノニ外ナラサレハ争点ヲ遺脱シタル不法アルコトナシ」（同第三点に対する判断）

いずれにも民集に登載すべき重要性を含んだ判断は見当たらない。そのため、民集ではこれらの部分が削除されたものと思われる。

なお、[4-41]（上告論旨第二点に対する判断）においては、民法392条などの趣旨を述べるくだりで、「抵当不動産の競売代金の配当方法に付き先順位抵当権者の優先的利益を妨げざる範囲に於て次順位抵当権者の利益をも保護したる法意」との記述が登場するが、ここに付した下線部は後に加筆された箇所である。

4-2-2. 民集登載判決以外

[2-31]・[2-32]・[4-32]でも、公刊物において削除されている部分がある。

[2-31] 「然レトモ所論判示事実ハ原審ノ採用スル甲第六号証証人長田ジユン野上初枝枝はなノ各証言ヲ綜合スレハ之ヲ認定シ得ラレサルニ非サレハ原審ハ虚無ノ証拠ヲ採用シテ事実ヲ確定シタルモノト云フヲ得ス」（上告論旨第二点に対する判断）

「然レトモ当事者間ニ手切金ヲ授受シテ妾関係ヲ絶チタル事実アリトスルモ之カ為ニ両者間ニ既存ノ債務関係ヲモ同時ニ消滅セシメタルモノト推定サレヘカラサル実験上ノ法則存セサルヲ以テ本論旨ハ其ノ理由ナシ」（同第三点に

対する判断)

「然レトモ所論摘録ノ判示事実ハ其ノ前段ニ於テ認定シタル事実ヨリ之ヲ推測シ得サルニ非サレハ本論旨ハ其ノ理由ナシ」(同第四点に対する判断。他は省略。)

[2-32] 「然レトモ原院ハ延太郎ノ住所ニ於テ家財ヲ差押ヘタル事実ヲ認メタルモ同人カ山下九郎右衛門ニ売渡シタル衣類家具ヲ上告人ニ於テ山下ヨリ更ニ買受ケ之ヲ延太郎ニ貸与シタル事実ハ原院ノ認メサル所ニシテ原院カ右差押物件中乙第一号証記録ノ物件ト表示ノ類似セルモノモ二者同一物件トナリヤ否不明ナリトシ之ヲ延太郎ノ借用物件ナリト認メス即チ上告人ノ所有物件ナリト為ササルハ相当ニシテ本論旨ハ原判示ニ副ハス理由ナシ」(上告理由第三点に対する判断)

「然レトモ原院ハ論旨摘示ノ原判示ノ前段ニ於テ『乙第一号証記載ノ物件ヲ本件係争物件ト対照スルニ一小部分ヲ除キ大部分ハ別個ノ物件ニシテ全然符合セサルノミナラス其ノ一小部分モ唯表示ノ相類似スルニ止マリ果シテ同一物件ナリヤ否明ナラサル』旨ヲ判示シ係争物ヲ上告人所有ナリト認メサルモノニシテ其判示ノ正当ナルコトハ前点ニ対スル説明ノ如クナレハ原院ノ右仮定の判示ニ不法ノ点アリトスルモ以テ原判決ヲ破毀スルニ足ラス本論旨ハ孰レモ理由ナシ」(同第四・五点に対する判断)

[4-32] 「然レトモ契約当事者ノ一方カ既ニ債務ノ履行トシテ給付ヲ為シタル後契約カ解除セラレタル場合ニ於テハ契約ニ基ク給付ハ其ノ原因ヲ失フニ至ルヲ以テ他ノ一方ハ之カ返還ヲ為ササルヘカラス而シテ右返還義務ハ不当利得ノ原則ニ基クモノナレトモ其ノ義務ノ範囲ニ付テハ民法第五百四十五条ニ特別ノ規定アルヲ以テ之ニ依リ各当事者ハ相手方ヲ原状ニ復セシムル義務ヲ負フモノトス従テ当事者ノ一方カ契約ニヨリ給付ヲ為シタルトキハ契約ノ解除ニヨリ他ノ一方ハ原状回復ノ為其ノ受ケタル給付ノ目的物ヲ返還スルコトヲ要ス(大正六年(オ)第七八九号同年十月二十七日当院判決参照) 本件ニ於テハ被告カ英貨ヲ以テ支払フヘキ代価ノ内金ヲ便宜上日本貨幣ニ換算シテ支払ヲ為シタル事実ハ原院ノ認ムルコロナレハ契約ノ解除ニヨリ原状ニ回復スルカニハ被告ノ人ニ於テ現実ニ給付ヲ受ケタル日本貨幣ヲ以テ換算セル金額ヲ被告ノ人ニ返還スルヲ以テ足り所論ノ如ク契約所定ノ英貨ヲ返還スヘキモノニアラス原判決ハ右ト同趣旨ニ出テ正当ニシテ所論ノ違法ナキヲ以テ本論旨モ理由ナシトス」(同第四点に対する判断)

「然レトモ原判決ノ冒頭ニハ被告カ本件船舶ノ売買ニ関シ『ドッドウエ

ル、エンド、コンパニー』ヲ其ノ代理人ニ選任シタル事實ハ当事者間ニ争ナシト判示シアリ然ルニゼー、ビー、ワーレンハ証人トシテ右外国会社ノ支配人ナル旨ヲ供述シタルコト記録ニ徴シ明ニシテ原判文ニ同人ノ証言ヲ引用セルニ依リテ觀レハ所論ワーレンニ関スル記載ハ何レモ同人カ右会社ノ支配人トシテ之ヲ代表シテ判示ノ行為ヲ為シタルコトヲ略記シタルモノト解スヘキモノトス果シテ然ラハ原院ハ右外国会社カ被告人ノ代理人ニシテワーレンハ同会社ヲ代表シテ本件ニ干与シタル事實ヲ認メタルニ外ナラサルコト判文上自ラ明ナレハ原判決ニハ所論ノ違法ナク本論旨モ理由ナシトス」（同第五点に対する判断）

「然レトモ被告人カ本件契約ノ解除権ヲ得タル後モ尚原告人ニ対シ船舶ノ引渡ヲ希望シテ其ノ履行ヲ請求シ且好意ヲ以テ造船材料ノ取寄ニ協力シ多大ノ便宜ヲ与ヘ之カ為材料ハ漸次到着シタルニ拘ラス十数ヶ月ヲ経過スルモ原告人ハ尚建造ニ着手セス其ノ後引續キ協力シタルモ遂ニ履行ヲ為ササリシ為解除権ヲ行使スルニ至リタルモノニシテ其ノ間解除権ハ之ヲ放棄セサリシ事實ハ原判決ニヨリ明瞭ナレハ被告人カ本件契約ヲ解除シタルハ不当ニアラス故ニ右事實ヲ目シテ權利ノ濫用又ハ背任ノ行為ナリトシ因テ原告人ニ多大ノ損害ヲ被ラシメタルモノナリトスル原告人ノ所論主張ハ理由ナシ」（同第六点に対する判断。他は省略。）

[4-32] に先例を援用する箇所（下線部）がみられるものの、そのほかには公開すべき重要性を含んだ判断は見当たらない。

4-3. 受命判事の特定とその意義

現段階では、この項で論ずべき判決を見出していない。