

大審院 (民事) 判決の基礎的研究・15

——判決原本の分析と検討 (大正12年1・2月分)——

木 村 和 成*

目 次

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

1 大正12年1月分大審院民事判決原本の内容

原本(1冊)には、31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。)

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	大11-896	棄却	1	榑原幾久若	土地所有権確認並建物取払	盛岡地判 大11・7・25	
2	1・18	大11-991	棄却	2	東龜五郎	馬代金	広島地判 大10・12・26	
3	1・19	大11-850	棄却	1	尾古初一郎	貸金利息	広島控判 大11・7・17	
4	1・19	大11-1011	棄却	1	榑原幾久若	不当利得玄米返還	前橋地判 大11・9・20	
5	1・19	大11-1029	棄却	1	山香二郎吉	売掛代金	宮城控判 大11・9・19	
6	1・20	大11-693	棄却	3	長谷川菊太郎	売掛代金	名古屋控判 大11・6・15	

* きむら・かずなり 立命館大学法学部教授

7	1・20	大11-876	棄却	3	菰淵清雄	不動産所有権 移転登記手続	宮城控判 大11・8・12	
8	1・20	大11-989	棄却	3	長谷川菊太郎	少女引渡	東京控判 大11・5・30 評論 11民415	民集 2-19 新聞 2101-20 彙報 34上352 評論 11民1337
9	1・20	大11-1046	棄却	3	成道齋次郎	地代値上	東京控判 大11・10・20 新聞 2156-18	
10	1・22	大11-701	破毀 差戻	2	岩本勇次郎	契約履行並損害賠償	秋田地判 大11・6・2	新聞 2098-21 彙報 34上340
11	1・23	大11-978	棄却	1	榎原幾久若	詐害行為取消 並抵当権設定 登記抹消	東京控判 大11・9・22	
12	1・24	大11-901	破毀 差戻	3	横村米太郎	保険金	東京地判 大11・4・5	新聞 2101-19 彙報 34下347
13	1・25	大11-734	棄却	2	鬼澤藏之助	電話加入名義 変更手続	名古屋控判 大11・7・6	民集 2-49 新聞 2097-22 彙報 34上238 評論 12訴2
14	1・25	大11-929	棄却	2	岩本勇次郎	家屋明渡	東京控判 大11・8・10	
15	1・25	大11-1000	棄却	2	大倉鈕藏	株式名義書換	東京控判 大11・9・19 新聞 2069-22	
16	1・26	大11-754	破毀 差戻	1	尾古初一郎	土地所有権登 記抹消並損害 金 ¹⁾	東京控判 大11・6・12 評論 11訴258	民集 2-24 新聞 2090-6 評論 12訴1
17	1・26	大11-754		1		損害金		(更正決定原本)

1) 原審がこの事件につき言い渡した訴訟手続受継申立却下の判決に対する全部破毀の申立て。

18	1・26	大11-835	棄却	1	榑原幾久若	約束手形金	大阪控判 大11・7・11	
19	1・26	大11-928	棄却	1	前田直之助	建造物並仏像 所有権確認	千葉地判 大11・9・21	
20	1・27	大11-411	棄却	3	横村米太郎	損害賠償請求 反訴	東京控判 大10・11・2	民集 2-28 新聞 2097-5 彙報 34上207 評論 11民1375
21	1・27	大11-910	棄却	3	菰渕清雄	特許拒絶査定 不服	特許庁審決 大11・8・24	
22	1・27	大11-1022	棄却	3	成道齋次郎	境界確認	秋田地判 大11・9・4	
23	1・27	大11-1043	棄却	3	横村米太郎	貸金	新潟地判 大11・8・24	
24	1・29	大11-1015	棄却	2	東龜五郎	約束手形金	東京控判 大11・9・23	
25	1・29	大11-1039	棄却	2	東龜五郎	売渡代金	名古屋控判 大11・9・29	
26	1・30	大11-682	破毀 差戻	1	尾古初一郎	損害賠償	大阪控判 大11・5・20	新聞 2101-18 彙報 34上309 評論 12民81
27	1・30	大11-751	棄却	1	榑原幾久若	約定金	広島控判 大11・6・8	
28	1・30	大11-853	破毀 差戻	1	尾古初一郎	松板代金	広島控判 大11・7・17	新聞 2098-22 彙報 34上344
29	1・31	大11-1067	棄却	3	横村米太郎	土地所有権移 転登記手続	東京控判 大11・11・4	
30	1・31	大11-1078	棄却	3	横村米太郎	土地所有権移 転登記手続	東京控判 大11・11・4 新聞 2094-17	

31	1・31	大11-1082	棄却	3	成道齋次郎	所有権移転登記手続	長野地判 大11・10・28	民集 2-38 新聞 2097-21 彙報 34上233 評論 12民1 評論 12民152
----	------	----------	----	---	-------	-----------	-------------------	--

※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。

31判決中, 破毀5件, 棄却25件となっている(残り1件は更正決定原本)。

2 大正12年1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31判決のうち5件が大審院民事判決集(民集)に登載されている。このうち4件——[13](民集判示事項:当事者ノ出頭ト口頭弁論ノ方式)・[16](同:民事訴訟法第七十八條ニ所謂承継人ノ意義)・[20](同:船舶ノ撞触毀損ノ為メ休航ニ因ル損害賠償ノ標準)・[31](同:入夫婚姻ニ因ル所有権ノ移転ノ對抗要件)——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。

[8](同:親権者ノ子ノ引取請求権)は, 親権者は「幼者ノ意思能力ノ有無ヲ問ハス又其ノ居住カ幼者ノ自由意思ニ出テタルト否トニ拘ラス」親権行使の妨害を排除するため, 「幼者」の引渡しを求める権利を有するとする先例を援用し, 原判決がこれと同趣旨であるとして, 上告を棄却している。そのため, 一見すると, 本判決を民集に登載する意味は乏しいかのように思える。しかし, 当時, 下級審判決には子の意思を考慮するものがいくつかあったため²⁾, 大審院の立場を再度明らかにする目的で本判決が登載対象となった可能性がある。なお, 本判決から1年10ヵ月後の大(二民)判大12・11・29民集2-642で, 「甲ノ親権ニ服スル乙カ丙方ニ居住スル事實アリトスルモ乙ノ居住カ単ニ其ノ意思ニ基クモノナルトキハ丙ハ甲ノ親権ヲ妨害セルモノト為スコトヲ得ス」(民集判決要旨)として, 本判決とは異なる立場が採用されるに至っている。

2) 木村健助「親権者の監護教育権」民商法雑誌13巻1号(昭16)45~46頁参照。

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4件の破毀判決がある。このうち3件——[10]（法律新聞表題：権利譲渡ト債務者ノ承諾）・[26]（同：売主ノ保存義務ト人夫ニ対スル監督ノ程度）・[28]（同：唯一ノ証拠方法ト取調）——には、いずれに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。

[12]（同：保険金ノ受領ニ付テノ約款ノ効力）は、保険金受領について正当な権利を有する者が保険証券及び最後の保険料領収証を提出せずに保険金の支払いを請求したところ、それと引換えてない限り請求はできないとする約款の規定により保険会社が保険金の支払いを拒否した事案で、当該約款の効力を有効と認めたものである。この点についての先例は見当たらないが、保険約款の拘束力に関する大審院の立場は、本判決以前にも示されている。例えば、大（一民）判大4・12・24民録21-2182は、「我国ニ於テ營業スル保險者ノ当事者タル保險契約ニ於テハ其保險者カ内国会社ナルト外国会社ナルトヲ問ハス苟クモ当事者双方カ特ニ普通保險約款ニ依ラサル旨ノ意思ヲ表示セスシテ契約シタルトキハ反証ナキ限り其約款ニ依ルノ意思ヲ以テ契約シタルモノト推定スヘキモノトス」（民録判決要旨）がこれに当たる。本判決は、一事例判決ということで、民集への採録が見送られたのだろうか³⁾。

2-1-2-2. 棄却判決

民集不登載の棄却判決は21件あり、そのすべてが未公開である。このうち、二審判決が公開されているものが3件あるので、それらの大審院判決を以下で紹介しておく。

[9]（二審判決の新聞表題：四谷麴町十二丁目ト地上権ノ地代四十五銭）「然レトモ原判決ノ趣旨ハ上告人主張ノ事実ヲ証スルニ足ルヘキ証拠ナキヲ以テ其ノ事実ヲ認ムルヲ得スト云フニ在リト解スルニ難カラス而シテ本件係争地カ広大ナル土地ニシテ表坪中坪裏坪ノ區別ナク路次道路敷ヲ除カス井戸下水ハ総テ借地人ノ負担ニ係リ旧幕時代ニ行ハレタル所謂仕切り地代ト称スル方法ニ依ル借地ニ属シ借主ハ其内自用ノ部分ヲ除キ他ニ転貸シテ地代ヲ納ムルモノナリトノ所論事実ハ上告人ニ於テ之カ立証ノ責アルコト論ヲ俟タサル所ナレハ原院カ上

3) 事例判決と目されるものが民集に登載されにくい傾向にあることは事実である（木村和成「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〕179頁）。

告人ノ立証ニ依リテ之ヲ認ムルコトヲ得スト判断シタル以上ハ原判決ニ於テ此事実ヲ否定シタルハ相当ニシテ上告論旨ハ理由ナシ」(上告論旨第一点に対する判断。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、特に断りがない限り、同様の理由によるものである。)

- [15] (同：記名株ト白紙委任状付流通ノ慣習) 「然レトモ本件株式ノ原株主村田助五郎外八名ト其ノ譲受人北村幸市郎間ニ上告人主張ノ如キ特約ノ存セサルコト原判示ノ如クナル以上ハ上告人ニ於テ書換請求ヲ受ケタル当時之ヲ察知セサリシトモ株式名義人タル助五郎等ヨリ幸市郎カ代リテ第三回株金ノ払込ヲ為ス迄ハ名義書換ヲ為ササル様ノ申出アリタル一事ヲ以テ上告人ハ譲受人ノ書換請求ヲ拒否シ得ヘキモノニ非サレハ原判決ハ相当ニシテ本論旨ハ理由ナシ」(上告理由第一点に対する判断)

「然レトモ甲第二号証及第一審証人今仁寅市ノ証言ニ依リテ白紙委任状ニ委任者ノ氏名ヲ記入シ及譲渡当事者連署ノ書面等ヲ完備シタル事実ヲ推断シ得ラレサルニ非サルヲ以テ本論旨ハ理由ナシ」(同第四点に対する判断。他は省略。)

- [30] (同：再売買予約ト原因変更) 「然レトモ被上告人ハ上告人先代飯島福八カ被上告人ニ対シ本件地所ヲ売却スヘキコトヲ予約シタル事実ヲ請求ノ原因トシテ本件請求ヲ為スモノニシテ論旨ニ所謂最初ノ売買ハ単ニ右売買ノ予約ノ成立スルニ至リタル来歴事実トシテ演述シタルモノニ係リ所論ノ如ク最初ノ売買ト右売買予約トヲ不可分ノ関係ニ在ルモノトシテ主張セルモノニ非サルコト記録ニ徴シ明ナルカ故ニ原院カ証拠ニ依リテ最初ノ売買ノ当事者ハ被上告人(売主)及訴外飯島岩吉(買主)ニシテ被上告人主張ノ如ク被上告人及ヒ上告人先代福八ニ非スト認メナカラ本件売買予約ノ当事者ハ被上告人主張ノ如ク上告人先代福八(売却予約者)及被上告人ナリト認メタルハ其ノ専権ニ属スル事実認定ノ範囲ニ属シ違法ニ非ス又原院ハ甲第一乃至五号証及証人伊藤富二郎其ノ他原判決列記ノ各証人ノ証言ニ依リテ上告人先代福八カ被上告人ニ対シテ本件地所ヲ売却スヘキコトヲ予約シタル事実ヲ認ムルニ足ルト為ス如キ有力ナル証拠ノ存スル以上福八カ右予約ヲ同人自身ノ為シタルニ非スシテ訴外飯島岩吉ノ代理人若ハ機関トシテ為シタルモノナリト主張スル上告人ニ於テ之カ証明ヲ為ササル限右予約ハ福八自身ノ為ニ為シタルモノト認メサルヲ得サル旨判断シタルモノナルコト原判文上明白ニシテ前記証拠ヲ総合スレハ右判示事実ヲ認メ

得ラレサルニ非サルカ故ニ原判決ハ所論ノ如ク經驗上ノ法則ニ反シテ事實ヲ確定シ若ハ立証ノ責任ニ関スル法則ヲ誤解シタル違法アルモノニ非ス又原院カ右判示事項ヲ認メタル主タル理由ハ右ニ説示シタルカ如クニシテ所論原判示中『亦岩吉ニ於テ適法ニ之ヲ追認シタル形跡ノ見ルヘキモノナキヲ以テ』云々ノ部分ハ所謂仮設ノ理由ニ過キサルカ故ニ仮令其ノ部分ニ所論ノ如キ違法ノ廉アリトスルモ原判決ノ主文ニ影響スル所ナキヲ以テ未タ以テ原判決ヲ破毀スル理由ト為スニ足ラス故ニ論旨（一）（二）及（三）ハ何レモ理由ナシ」（上告論旨第一点に対する判断）

「然レトモ原院ハ甲第一乃至五号証及証人伊藤富二郎其ノ他原判決列記ノ各証人ノ証言ヲ対照參酌シテ所論原判示前段ノ如ク上告人先代福ハカ本件地所ヲ被上告人ニ売却スヘキコトヲ予約シタル事實ヲ認メタルモノニシテ所論原判示後段ハ措辞妥当ヲ欠クノ嫌ナキニ非スト雖モ結局叙上証拠中ニ存スル買戻ナル語ハ法律上ニ所謂買戻ノ意義ニ使用セラレタルモノト認メ難キコトヲ説明シタルニ止マリ所論ノ如ク本件売買ノ予約カ訴外飯島岩吉ト被上告人父子トノ間ニ締結セラレタル事實ヲ認メタルモノニ非サルコト判文上明白ナリ然ラハ原判決ハ所論ノ如キ理由ニ矛盾アル違法ノ裁判ニ非サルカ故ニ本論旨ハ理由ナシ」（同第二点に対する判断）

いずれにも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、公刊すらされなかったものと思われる。

残りの判決については、以下の8件を紹介しておく。

- [3] 「然レトモ金額ノ支払フ条件トシテ或法律的效果ヲ発生セシムルコトヲ契約シタル当事者ノ一方カ其ノ効果ヲ発生セシメンカ為メ提供シタル金銭カ全額ニ及ハサルコト極メテ僅少ナル場合ニ於テ相手方カ之ニ藉口シテ其ノ受領ヲ拒ムハ取引上ノ信義ニ反シ正当ノ理由アルモノト謂フヘカラサレハ受領ヲ拒マレタル一方ハ提供全額ヲ供託シテ其ノ範囲ニ於ケル支払フ了スルコトヲ得ヘク此ノ場合ニ相手方カ供託金額ノ不足ヲ理由トシテ約シタル法律的效果ノ発生ヲ否認スルコトモ亦取引上ノ信義ニ反スルヲ以テ其ノ不足ハ契約上ノ法律的效果ノ発生ヲ妨ケサルモノト為スヲ正当ナリス今本件債權ノ讓渡人タルAト讓受人タル被上告人トノ間ニAニ於テ被上告人ニ対シ負担スル手形債務ノ元利金及被上告人カ本件債權ノ取立ニ要シタル費用ヲ支払フトキハ讓受債權ヲAニ復歸セシムヘキ契約成立シAカ此ノ契約ニ基キ讓渡債權ヲ回復センカ為被上告人ニ提供シタルモ被上告人ニ於テ受領ヲ拒ミタルニ由リ供託シタル金額ハ手形金三千

五百円其ノ利息二百十円及債権取立費用九十円ニシテ取立費用ニ於テ二百五十円余ノ不足アルコトハ原判決ノ確定スル所ナリ此ノ不足額ハ支払ヲ要スル総金額ニ対シ僅少ナリト謂フヘカラサレハ原院カAノ供託シタル金銭ニ如上ノ不足アルノ故ヲ以テ其ノ供託ハ讓渡債権復歸ノ効力ヲ生セサルモノト爲シ以テ讓渡債権ノ復歸ヲ前提トスル上告人ノ抗弁ヲ排斥シタルハ正当ナリ」(上告論旨第一点に対する判断)

「抵当権ヲ実行スレハ抵当債権ノ完全ナル満足ヲ得ラルルコト必然ナルニ於テハ抵当権ニ基ク競売カ開始セラレタル以上ハ同時ニ債権ノ弁済ヲ請求スル訴ヲ起スハ無用ナリト言ヒ得ヘケンモ果シテ債権ヲ完全ニ満足スヘキ結果ヲ得ルヤハ競売ノ完結ヲ待ツニ非サレハ得テ知ルヘカラサル未必ノ問題ニ属シ債権者ハ一ニ競売ノ結果ニ信頼シテ安スル能ハサレハ一面ニ於テ債権弁済ノ訴ヲ起シテ其ノ判決ヲ得以テ競売代金カ債権ヲ満足スルニ足ラサル場合ニ於ケル債権ノ執行ニ備フルコトハ必要ナル措置ナリト謂フヘシ然レハ被上告人ハ既ニ其ノ申立ニ因リテ抵当権実行ノ爲メ競売手続ノ開始セラレタルカ爲ニ債権ノ弁済ヲ請求スル本訴ヲ提起スルヲ得サルノ理由ナキヤ明ナレハ原院カ本訴ヲ無用ノ訴トシテ排斥セサルヲ不法ナリト論スルハ当ヲ得ス」(同第二点に対する判断)

[4] 「然レトモ本件ノ如キ小作契約ヲ以テ其ノ目的トスル数筆ノ田地全部ニ対スル小作料ヲ定ムル場合ニ於テ其ノ小作料ハ各田地ノ実測上ノ面積ヲ標準トシテ之ヲ定ムルカ如キハ異例ニ属シ寧ロ実測上ノ面積ニ拘ラス契約ノ目的タル田地ノ全部ニ対シ概括的ニ之ヲ定ムルヲ通例トスルヲ以テ本件小作契約ニ於テ特ニ所論ノ如キ反畝歩ヲ標準トシテ小作料ヲ定メタリトノコトハ之ヲ主張シタル上告人ニ於テ立証ノ責ニ任スヘキハ当然ナリ而シテ其ノ契約証書ニ各田地ノ面積明記シアルカ如キ又其ノ小作料タル米石数ニ二石以下ノ端数存スルカ如キハ未タ必シモ反畝歩ヲ標準トシテ小作料ヲ定メタルノ証拠ト爲スニ足ルモノト論断スルコトヲ得ス蓋シ斯ノ如キ契約証書ニ各田地ノ反別ヲ表示スルハ単ニ契約ノ目的物ヲ明示センカ爲ナルニ過キサルコトモアリ得ヘクシテ直ニ小作料ヲ定ムル標準ヲ示スモノト断定シ難ク田地全部ニ対シ概括的ニ定ムル小作料ニ二石以下ノ端数存セサルモノト限ラサレハナリ尚所論証人ノ証言ニ付原裁判所カ信ヲ措カサリシハ其ノ専権タル自由判断ノ範囲ニ属シ違法ナラサルヤ論ヲ俟タス然レハ原裁判所カ本件小作契約ニ於テ上告人主張ノ如キ反畝歩ヲ標準トシテ小作料ヲ定メタル証拠ナシトシ其ノ小作料ハ契約ノ目的タル田地ニ対シ概括的ニ之ヲ定メタルモノト認メ從テ實際ノ面積ハ小作料ノ数額ニ影響ヲ及ホササルモノト断定シタルハ正当ニシテ本論旨ハ採用スルニ足ラス」(同第一点に対する判断)

- [6] 「按スルニ原院ハ判決言渡期日ニ於テ適法ニ右期日変更ノ決定ヲ為シタルコトナキニ拘ラス其ノ変更セラレタル期日ニ於テ當事者ノ出廷ナクシテ原判決ヲ言渡シタルコト所論ノ如シ然レトモ判決ノ言渡アリタルコトハ調書ノ記載ニヨリ明白ニシテ右不法ハ原判決ニ影響ヲ及ホサルヲ以テ上告ノ理由トナスヲ得サルモノトス（大正二年（オ）第二七六号同三年三月十六日当院判決参照）」（同第一点に対する判断）
- [7] 「然レトモ不動産ノ再売買ノ予約ハ所論ノ如ク其ノ性質上之カ売買予約締結前又ハ以後ニ於テ為スヘキモノニシテ売買契約ト同時ニ之カ予約ヲ締結スルコトヲ得サル旨ノ法則アルコトナシ……」（同第一点に対する判断）
- [11] 「然レトモ民法第四百二十四条第一項ハ其ノ本文ノ規定ヲ原則トシ債務者カ債権者ヲ害スルコトヲ知りテ法律行為ヲ為シタル場合ニ於テ債権者ニ該法律行為取消ノ請求権ヲ与ヘタルモノニシテ其ノ但書ノ規定ハ右原則ノ例外トシテ受益者又ハ転得者カ詐害ノ事情ヲ知ラサリシ場合ニ限り債権者ノ右請求ヲ拒否スルコトヲ得セシメタルモノナレハ詐害ノ事情ヲ知ラサリシコトハ受益者又ハ転得者ニ於テ立証ノ責ニ任スヘキモノトス是従来本院ノ判例トスル所ニシテ之ヲ變更スヘキ理由アルヲ見ス……」（同第一点に対する判断）
- [19] 「然レトモ所謂処分権主義ヲ採用セル現行民事訴訟法ニアリテハ如何ナル程度ニ於テ権利ノ保護ヲ求ムヘキヤハ一ニ之ヲ原告ノ自由ニ任シ必シモ各場合ニ於テ許サルル最強ナルソレヲ求ムルコトヲ責メサルカ故ニ例セハ一個ノ債権ノ一部宛ニ就キ数次ニ訴ヲ提起スルモ之カ為訴訟要件若ハ本案ノ点自体ニハ何等ノ欠缺ヲ惹起スルモノニ非ヌ故ニ今或権利ノ存否ニ関シ争有ルニ當リ判決ヲ以テ此点ヲ明確ニスルコト自体ニ付キ何等カノ利益ヲ有スル若ハ即確認ノ訴ヲ提起スルヲ得可ク夫ノ確認ノ訴ナルモノハ履行期未到来ナルカ為メ現ニ給付ノ訴ヲ提起スルヲ得サルトキニ限り始メテ之ニ由ルヲ得ヘキモノナリトノ見解ノ如キハ此訴ヲ以テ例外的補助的ノ訴ナリトシ凡ソ訴ト云ヘハ総テ給付ノソレヲ以テ其正宗ト為シタル時代ノ遺物ニ過キス以上ノ趣旨ハ既ニ大正七年十二月二十三日当院ニ於テ同年（オ）第七百六十六号事件ニ付キ言渡シタル判決ニ表明セラレアリ而シテ或権利カ自己ニ存スト主張スル積極の確認ノ訴ハ此権利ヲ否認スル者ニ対シ之ヲ提起スレハ足り其何カ故ニ之ヲ否認スルヤノ理由即相手方自カラ其権利者ナリト称セルカ為メカ將第三者ヲ以テ其ノ主体ナリト称セルカ為メカ抑亦相手方ト第三者トノ共有ニ属スト称セルカ為メカト云フカ如キコトハ毫モ之ヲ省ルヲ要セサルカ故ニ上告人ニシテ已ニ被告上告人ノ当該所有権ヲ否認セル以上上告人一人トシテモ亦本訴ノ被告タル適格ヲ有スルコト論ヲ俟タス

……」(上告理由第一・六点に対する判断)

[21] 「仍て按スルニ本件特許出願ニ関シ特許法第三百三十八条第一項ノ規定ニヨリ適用スヘキ旧特許法第一条ニハ新規ナル工業的發明ヲナシタル者ハ本法ニ依リ特許ヲ受クルコトヲ得トアリテ特許ヲ受クヘキ發明ハ必スヤ之ヲ實際ニ応用シテ工業的ニ有益ナル効果ヲ發揮シ得ヘキモノナルコトヲ要スルヤ論ヲ俟タス」(上告論旨第一〜三点に対する判断)

[29] 「然レトモ買主カ売主ニ属セサル権利ナルコトヲ知りテ之ヲ買受ケタルニ売主カ該権利ヲ取得シテ買主ニ移転スルコト能ハサル場合ニ於ケル売主対買主ノ損害賠償責任問題ニ関シ民法第五百六十一条但書ハ汎ク損害賠償ノ請求ヲ為スコトヲ得スト規定シ履行ニ代ル損害賠償ノ請求ト否トヲ區別セサルカ故ニ買主ハ売主ニ対シテ此ノ種ノ損害賠償ノ請求ヲモ為スコトヲ得サルコト疑ヲ容レス蓋シ買主カ売主ニ属セサル権利ナルコトヲ知りナカラ其ノ権利ヲ買受ケタルトキハ売主ニ於テ該権利ヲ取得シテ買主ニ移転スルコト能ハサルカ為買主ニ於テ損害ヲ被ルニ至ルヘキコトハ買主ノ当初ヨリ予期スヘキ所ナルヲ以テ其ノ損害ハ履行ニ代ルヘキモノナルト否トヲ問ハス買主ニ於テ之ヲ負担スルコトヲ要シ売主ヲシテ之ヲ負担セシムヘキニアラサルヲ以テナリ……」(上告論旨第一点に対する判断)

[6]・[11]・[19]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⁴⁾。

[3]は、供託金額の些少の不足を理由として、合意した法律効果の発生を否認することは「取引上ノ信義ニ反スル」とするものであるが(具体的には否定)、この点については大(三民)判大9・12・18民録26-1947が既に同様の判断を示している。もっとも、抵当権の実行により競売手続が開始されても、債務の弁済を請求する訴えを別に提起することは構わないとする部分については、現段階で先例を見出すことができていない。

[4]は、小作契約における小作料の算定においては、実測上の面積にかかわらず、契約の目的たる田地の全部に対して概括的に算定するのが通例である、とする。[7]は、不動産再売買の予約は、売買契約と同時にしてはならないとの法則はない、とする。[21]は、特許を受けるべき発明は、必ず実際に応用して工業的に有益な効果を発揮することができるものでなければならない、とする。[29]は、

4) [11]では具体的な先例は明示されていないが、先例として、大(二民)判大7・9・26民録24-1730などがある。

他人物売買につき悪意の買主は、売主に対する損害賠償の請求をすることができない、とする。いずれも一般論を示してはいるが、公刊するほどの重要性はないと判断されたのであろう。

2-2. 公刊物における判決文の加工とその復元

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⁵⁾。さらに、判決文の一部が脱落しているものが4件（[8]・[13]・[20]・[31]）ある。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。

[8] 「然レトモ子ハ其ノ家ニ在ル父又母ノ親權ニ服スヘキモノナルコト論ヲ俟タス本論旨ハ之ニ反対スルモノニシテ畢竟法律ノ誤解ニ出ツルモノナレハ理由ナシトス」（上告論旨第二点に対する判断）

[13] 「然レトモ電話使用權ハ無記名債權若ハ民法第四百七十一条ニ規定スル債權ニ非サルハ勿論電話使用權ヲ讓渡スルニ方リ讓渡證書ニ其ノ所持人ニ対シ電話加入名義変更手續ヲ為スヘキコトヲ明示ストモ其ノ使用權ヲ讓受ケテ證書ノ所持人ト為リタル第三者ハ当初ノ讓渡人ニ対シ叙上ノ如キ債權ヲ取得スルモノニ非ス然ルニ本論旨ハ孰レモ讓渡證書ノ所持人タル第三者カ其ノ債權ヲ取得スルコトヲ以テ立論ノ根拠トシ之ニ基キテ原判決ヲ攻撃スルモノナレハ到底失当タルヲ免レス故ニ本論旨ハ孰レモ理由ナシ」（同第二・三点に対する判断）

[20] 「然レトモ所論大正十年十月七日付原告口頭弁論調書ニハ被告原告人カ新乙第四号証ヲ提出シテ大正九年五月二十四日付乙号証説明書ト題スル書面ニ基キ其ノ立証趣旨ヲ陳述シタル旨ノ記載アリテ本件記録ニ編綴シアル新乙第四号証ニ依レハ新乙第四号証ハ千代田丸ノ保險証券ナルコト明ナルカ故ニ被告原告人ハ原審口頭弁論ニ於テ右保險証券ヲ新乙第四号証トシテ提出シ之カ立証ノ趣旨トシテ右乙号証説明書ト題スル書面中千代田丸保險証券ノ項ニ掲載シアル説明ヲ陳述シタルモノト認ムルヲ相当トス而シテ右保險証券タル新乙第四号証ニ依レハ所論原判示ノ如ク明治四十年五月十四日千代田丸ニ付同船ノ価額ヲ金十万円ト定メ同日ヨリ満一ケ年間ヲ期間ト為シタル保險契約締結セラレタル事実ヲ

5) 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のみであり、判決の理解には影響がない。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。

認め得ラレサルニ非サルカ故ニ原院カ同証ニ依リテ右事実ヲ認め因テ以テ上告人ノ敗訴ノ言渡ヲ為シタルハ其ノ専權行使ニ外ナラスシテ原判決ハ所論ノ如ク採証ノ法則ヲ無視シタルモノニ非ス所論當院判例ハ本件ニ適切ナラス故ニ本論旨ハ理由ナシ」(同第一点に対する判断)

「然レトモ所論証人進経太ノ証言ハ上告人カ本件千代田丸ノ沈没ニ因ル船価減少ノ点ニ関スル証拠トシテ引用シタルモノナルコト原審記録ニ徴シ明瞭ナリ然ラハ原判決事実摘示ノ部ニ上告人カ証拠トシテ所論証人進経太ノ証言ヲ引用シタル旨ノ記載アルト同時ニ其ノ理由ノ部ニ於テ証人三倉滋内田嘉吉ノ各証言等ニ依リ千代田丸ノ沈没ニ因ル船価減少額ヲ四万円ト認定シ上告人ノ立証ニ依ルモ該認定ヲ覆スニ足ラサル旨判示シアル以上所論証人進経太ノ証言ハ原院ノ排斥スル所トナリタルモノナルコト自明ナルヲ以テ原院ハ所論ノ如ク上告人ノ引用シタル証拠ニ付判断ヲ遺脱シタルモノニ非ス又裁判所ハ証拠ヲ排斥スルニ当リ其ノ心証ノ由テ生シタル理由ヲ説スルノ責務ナキコト當院判例ノ示ス所ナルカ故ニ原院カ右経太ノ証言ヲ排斥スルニ当リ其ノ心証ノ由テ生シタル理由ヲ説シセサリシハ違法ニ非ス故ニ本論旨ハ理由ナシ」(同第四点に対する判断)

「然レトモ(一)裁判所カ証拠ヲ解釈スルニ付テハ敢テ当事者ノ意見ニ拘束セラルヘキモノニ非サルカ故ニ当事者カ甲ノ事実ヲ立証センカ為提出シタル証拠ニ依リ裁判所カ乙ノ事実ヲ認定スルニ足ルト解釈スルモ違法ニ非ス(大正六年(オ)第千六十五号大正七年二月四日当院判決参照)(二)第三者ノ作成ニ係ル書面ハ相手方カ不知ヲ以テ其ノ成立ヲ争フモ之カ為証拠力ヲ失フモノニ非サルカ故ニ拳証者ニ於テ特ニ其ノ成立ノ真正ナルコトヲ証スル為他ノ証拠方法ヲ提出セサルモ裁判所ニ於テ之ヲ真正ト認メタルトキハ証拠トシテ採用スルコトヲ妨ケサルモノトス然ラハ新乙第九号証ニ関スル原院ノ所論措置ハ違法ニ非ス(四)原審ニ於ケル被上告人ノ全旨趣及証拠調ノ結果ニ依レハ被上告人カ所論備船契約存在ノ事実ヲ主張且立証シタルコト自明ナルヲ以テ原院カ右契約存在ノ事実ヲ認メタルハ違法ニ非ス故ニ論旨(一)(二)及(四)ハ理由ナシ又論旨(三)ノ理由ナキコトハ論旨第六点ニ対スル説明ニ依リ自明ナルヲ以テ茲ニ之ヲ贅セス」(同第五点に対する判断。他は省略。)

[31] 「然レトモ第一審記録ニ添付シアル神山和賀之助ノ同意書ニハ『自分妻フクニ対シ原告宮尾一雄ヨリ所有權移転登記請求事件ノ訴訟ヲ提起セラレタルニ付自分ニ於テ同意候也』ト記載アリテ上告人ノ夫カ上告人ニ対シ第一審ノ訴訟行為ノミナラス第二審ノ訴訟行為ニ付テモ許可ヲ与ヘタルコトヲ認ムルニ難カラサルヲ以テ原審ニ於ケル上告人ノ訴訟行為ハ有効ナリトス仍テ上告論旨ハ理

由ナシ」（同第一点に対する判断）

「然レトモ原審ニ於ケル故障後ノ弁論期日（大正十一年十月二十一日）ニ於テハ当事者双方ノ代理人カ訴訟關係ヲ表明シ証拠調ノ結果付弁論ヲ為シタルコト同期日ノ口頭弁論調書ニ照シ明ナルヲ以テ判事東正太郎ハ一定ノ申立事實關係並ニ証拠ノ認否ニ関スル陳述ヲ聴キタルモノト謂ハサルヘカラス故ニ原審ノ訴訟手續ハ不法ニアラスシテ上告論旨ハ理由ナシ」（同第二点に対する判断）

一部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。なお、民集以外の公判物にのみ掲載されている判決には、判決文の大幅な脱落はみられない。

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12年2月分大審院民事判決原本の内容

原本（2冊）には、73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	2・1	大11-791	破毀 差戻	2	東龜五郎	請負金返還	東京控判 大11・7・11 評論 11民700	新聞 2107-19 彙報 34上356
1	2	2・2	大11-811	破毀 差戻	1	榑原幾久若	損害賠償	仙台地判 大11・7・14	新聞 2102-22 彙報 34上325
1	3	2・2	大11-1065	棄却	1	榑原幾久若	貸金	広島控判 大11・10・20	
1	4	2・3	大11-950	破毀 差戻	3	成道齋次郎	売掛代金	東京地判 大11・10・9 新聞 2049-17	民集 2-42 新聞 2097-21 彙報 34上231 評論 12訴4
1	5	2・5	大11-1030	棄却	2	鬼澤藏之助	貸金	広島控判 大11・9・30	

1	6	2・5	大11-1054	棄却	2	鬼澤藏之助	質料	東京地判 大11・10・20	
1	7	2・6	大11-1059	棄却	1	榊原幾久若	貸金請求証 書訴訟	東京控判 大11・10・7 新聞 2071-14	評論 12諸46
1	8	2・7	大11-666	破毀 差戻	3	成道齋次郎	清酒代金	松山地判 大11・5・25	新聞 2102-21 彙報 34上320 評論 12民228
1	9	2・7	大11-1013	棄却	3	長谷川菊太郎	契約履行	東京控判 大11・4・20	
1	10	2・7	大11-1073	棄却	3	長谷川菊太郎	土地所有権 移転登記及 抵当権設定 登記等抹消	東京控判 大11・7・1 新聞 2153-20	
1	11	2・8	大11-665	破毀 差戻	2	鬼澤藏之助	損害賠償	名古屋控判 大11・6・6 新聞 2028-22	新聞 2115-19
1	12	2・8	大11-767	棄却	2	東龜五郎	製鋼代金	名古屋控判 大11・7・19	
1	13	2・8	大11-912	棄却	2	東龜五郎	貸金	東京地判 大11・5・16	民集 2-45 新聞 2097-22 彙報 34上236 評論 12訴6
1	14	2・8	大11-961	棄却	2	東龜五郎	家屋明渡	甲府地判 大11・9・21	
1	15	2・8	大11-1057	棄却	2	大倉鈕藏	地上権登記 抹消手続	東京控判 大11・10・6 新聞 2080-21	
1	16	2・9	大11-802	破毀 差戻	1	尾古初一郎	契約金	名古屋控判 大11・7・8	
1	17	2・9	大11-1005	棄却	1	山香二郎吉	貸金	福岡地判 大11・9・19	

大審院（民事）判決の基礎的研究・15（木村）

1	18	2・9	大11-1017	棄却	1	山香二郎吉	強制執行異議	岡山地判 大11・9・25	
1	19	2・9	大11-1083	棄却	1	榑原幾久若	杉木所有権 確認並二伐 木禁止	長崎控判 大11・9・23	
1	20	2・10	大11-615	破毀 差戻	3	横村米太郎	貸金	松山地判 大11・4・29	新聞 2119-21 彙報 34上403
1	21	2・10	大11-992	棄却	3	長谷川菊太郎	特許權利範圍 確認	特許局審決 大11・9・30	
1	22	2・10	大11-1025	棄却	3	長谷川菊太郎	損害賠償	東京控判 大11・9・14 新聞 2073-15	
1	23	2・12	大11-958	棄却	2	鬼澤藏之助	木材代金過 払金	東京控判 大11・9・25 新聞 2072-19	
1	24	2・13	大11-975	破毀 差戻	1	前田直之助	損害賠償	東京控判 大11・9・26 新聞 2072-21	新聞 2114-17 彙報 34下18
1	25	2・13	大11-987	破毀 差戻	1	前田直之助	損害賠償及 慰藉料	東京地判 大11・6・15	新聞 2115-20
1	26	2・13	大11-1089	棄却	1	山香二郎吉	貸金並貸米	静岡地判 大11・10・14	
1	27	2・13	大11-1095	棄却	1	榑原幾久若	貸金並手形 金	長崎控判 大11・10・2	
1	28	2・13	大11-1128	棄却	1	前田直之助	欠損金	熊本地判 大10・7・11	
1	29	2・14	大11-965	棄却	3	長谷川菊太郎	貸金	長野地判 大11・8・26	民集 2-51 新聞 2114-17 彙報 34下20 評論 12民86
1	30	2・14	大11-1100	棄却	3	横村米太郎	利息	東京地判 大11・11・3	

1	31	2・15	大11-872	一部 破毀 差戻 一部 棄却	2	大倉鈕藏	損害賠償	東京控判 大11・3・24	新聞 2119-19 彙報 34上394 評論 12刑訴5
1	32	2・15	大11-964	棄却	2	大倉鈕藏	損害賠償	東京地判 大11・6・12	
1	33	2・16	大11-652	破毀 差戻	1	前田直之助	保証金返還 損害賠償	東京控判 大11・6・29 評論 11民509	新聞 2115-19
1	34	2・16	大11-933	破毀 差戻	1	尾古初一郎	約束手形金	広島地判 大11・8・23	民集 2-77 新聞 2114-18 彙報 34下23 評論 12商69
1	35	2・16	大11-1032	棄却	1	山香二郎吉	建家明渡	山形地判 大11・9・23	
1	36	2・16	大11-1125	棄却	1	山香二郎吉	賃貸料	大阪控判 大11・10・21	
1	37	2・17	大11-1019	棄却	3	横村米太郎	実用新案権 利範囲確認	特許局審決 大11・10・6	
1	38	2・17	大11-1124	棄却	3	不明	土地所有権 移転登記手 続	宮城控判 大11・11・28	
2	39	2・17	大11-1142	棄却	3	成道齋次郎	立替金	静岡地判 大11・11・14	
2	40	2・17	大12-6	棄却	3	成道齋次郎	所有権移転 登記手続	熊本地判 大11・10・9	
2	41	2・19	大11-860	棄却	2	大倉鈕藏	土地売渡登 記履行	宮城控判 大11・8・12	
2	42	2・19	大11-1012	棄却	2	大倉鈕藏	貸金	千葉地判 大11・4・26	
2	43	2・19	大11-1090	棄却	2	鬼澤藏之助	損害賠償	東京控判 大11・6・28 新聞 2138-17	

2	44	2・19	大11-1099	棄却	2	東龜五郎	土地引渡	長野地判 大11・9・21	
2	45	2・20	大11-868	破毀 差戻	1	前田直之助	地上権設定 登記	鳥取地判 大11・7・24	新聞 2116-15 彙報 34下8
2	46	2・20	大11-1008	棄却	1	前田直之助	不動産所有 権移転登記 抹消手続	長崎控判 大11・9・28	
2	47	2・21	大11-516	棄却	3	成道齋次郎	不当利得金 返還	宮城控判 大11・3・11	民集 2-56 新聞 2120-20 彙報 34上450 評論 12民88
2	48	2・21	大11-852	破毀 差戻	3	長谷川菊太郎	建物撤去	熊本地判 大11・7・10	新聞 2116-16 彙報 34下16
2	49	2・21	大11-1052	棄却	3	成道齋次郎	手付金返還 並損害賠償	名古屋控判 大11・9・25	
2	50	2・21	大11-1139	棄却	3	横村米太郎	仲裁人選定	札幌控判 大11・10・24	
2	51	2・21	大12-9	棄却	3	長谷川菊太郎	違約損害賠償	広島控判 大11・11・6	
2	52	2・22	大11-997	棄却	2	鬼澤藏之助	証書返還	大阪控判 大11・9・16	
2	53	2・22	大11-1105	棄却	2	東龜五郎	土地所有権 移転登記手 続	宮城控判 大11・7・1	
2	54	2・22	大11-1033	棄却	2	鬼澤藏之助	契約金	東京控判 大11・6・3 評論 11民639	
2	55	2・22	大11-1147	棄却	2	東龜五郎	土地所有権 移転登記手 続	長崎控判 大11・10・19	
2	56	2・23	大11-823	棄却	1	榑原幾久若	強制執行	宇都宮地判 大11・7・29	

2	57	2・23	大11-908	棄却	1	榎原幾久若	特許拒絶査定不服	特許局審決 大11・9・6	民集 2-119 新聞 2120-17 彙報 34上438 評論 12諸30
2	58	2・23	大11-920	棄却	1	山香二郎吉	境界確認	東京控判 大11・8・7	
2	59	2・23	大11-963	棄却	1	前田直之助	立木引渡及 損害賠償	宮城控判 大11・6・29	民集 2-127 新聞 2114-5 彙報 34上390 評論 12訴121
2	60	2・23	大12-1	棄却	1	山香二郎吉	土地売買確認	甲府地判 大11・11・14	
2	61	2・24	大11-80 ⁶⁾		3	成道齋次郎	共有土地分割登記手続		(欠席判決原本)
2	62	2・24	大12-3	棄却	3	横村米太郎	売掛代金	宮崎地判 大11・10・5	
2	63	2・24	大12-33	棄却	3	長谷川菊太郎	立替金	大分地判 大11・11・22	民集 2-60 新聞 2115-21 彙報 34上462 評論 12訴57
2	64	2・26	大11-752	破毀 差戻	2	大倉鈕藏	土地所有権 移転登記	名古屋控判 大11・6・27	民集 2-66 新聞 2109-5 彙報 34上387 評論 12訴59
2	65	2・26	大11-946	棄却	2	鬼澤藏之助	特許無効審判	特許局審決 大11・8・30	
2	66	2・26	大11-1117	棄却	2	大倉鈕藏	売掛代金	大阪控判 大11・11・29	民集 2-71 新聞 2107-21 彙報 34上366 評論 12民42
2	67	2・26	大12-2	棄却	2	鬼澤藏之助	所有権登記 抹消並ニ引渡	広島控判 大11・10・28	

6) 事件記録符号は「マ」。

2	68	2・27	大11-1116	棄却	1	前田直之助	売買契約無効確認	大阪控判 大11・10・14	民集 2-85 新聞 2120-21 彙報 34上454 評論 12訴54
2	69	2・27	大12-7	棄却	1	榑原幾久若	土地所有権確認	東京控判 大11・11・8	
2	70	2・27	大12-25	棄却	1	山香二郎吉	預金返還	福岡地判 大11・10・28	
2	71	2・28	大11-889	棄却	3	横村米太郎	前渡金返還	長崎控判 大11・7・5	
2	72	2・28	大11-954	棄却	3	長谷川菊太郎	家屋明渡及損害賠償	宮城控判 大11・6・10	
2	73	2・28	大11-1094	棄却	3	成道齋次郎	貸金	甲府地判 大11・10・30	

73判決中、破毀15件、棄却57件となっている（残り1件は欠席判決原本）。

4 大正12年2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73判決のうち11件が民集に登載されている。このうち8件——【1-13】（民集判示事項：執行命令ニ対スル故障ノ効力）・【1-29】⁷⁾（同：連帯債務者ノ一人ノ為シタル時効ノ効力）・【1-34】⁸⁾（同：支払拒絶証書作成期間經過後ノ裏書ノ場合ニ

7) もっとも、大（三民）判大5・6・7民録22-145が「甲乙両者カ連帯債務ヲ負担シタル場合ニ於テ甲ノ債務カ商行為ニ因ルモノトシテ五年ノ時効期間ヲ経過シ消滅ニ歸シタル以上ハ甲ハ之ト同時ニ全然乙トノ連帯関係ヨリ離脱シタルモノナレハ縦令乙ノ債務ニシテ民法上時効ニ関スル規定ノ適用ナキ結果尚ホ残存スルモノアリトモ其部分ニ付キ甲ヲ連帯債務者トシテ責任ヲ負担セシムルコトヲ得サルモノトス」（民録判決要旨）としており、これを本判決の先例とみることもできそうである。

8) 山尾時三は、本判決を「従来と同一の態度に出た迄」と評価するが（民事法判例研究会『判例民事法 第三巻』〔大14、有斐閣〕65頁）、本判決の直接の先例といえるものは見当たらない。

於ケル手形債務者ノ対抗事由)・[2-57] (同:特許局ノ審決ニ対シ出訴スル場合ニ於ケル相手方——明治二十四年勅令第三号ニ所謂民事訴訟ノ意義——特許法第百五条第三項ノ通知)・[2-59]⁹⁾ (同:共有者ニ対スル共有物引渡ノ訴ノ性質)・[2-63] (同:訴訟当事者ノ先代ノ作成ニ係ル書面)・[2-64]¹⁰⁾ (同:裁判上証拠トシテ採用シ得ヘカラサル証人ノ供述)・[2-68]¹¹⁾ (同:定期売買無効確認ノ訴ニ於ケル被告)——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。

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。

[1-4] (同:人ノ作成シタル証明書ノ証拠力)の判決要旨は、判決理由中で援用されている先例の判決要旨とはほぼ同一であり、本判決が民集登載となった理由は判然としない。

[2-66] (同:債権ノ譲渡ト弁済ノ場所)判決要旨第一点は、債権者の住所を代金の支払場所とする特約がある場合であっても、債権譲渡がなされれば、新債権者の住所で債務の弁済がなされるべきことを判示している。判決理由中には先例が援用されているが、これは本判決と同趣旨である。にもかかわらず本判決が民集に登載されたのは、先例の射程が上記のような特約ある場合にも及ぶことを示すためではないかと推測される(なお、判決要旨第二点は大審院の新判断とみてよい)。

[2-47] (同:不当利得ノ場合)は、A村の村長BがC銀行より金銭を騙取してこれをA村の経常費に充て、さらにA村がこれをD区への返済に充てたところ、CがAに対し不当利得の返還を請求したものである。Cの請求を認容した原判決を維持した本判決には先例の援用はないが、既に同種の事案である大(三民)判大9・5・12民録26-652において同様の判断がなされていることから¹²⁾、あえて本判決を民集に登載する必要はないように見受けられる。

9) 本判決には、不掲載の押印がなされた後、登載の朱印が押し直されている。

10) 菊井維大は、「本件に就いて大審院が採つた見解は……往年の判例と異なるに拘らず連合部の協議を経なかったことに就き先づ遺憾の意を表」している(前掲注(8)55~56頁)。

11) 本判決には、不掲載の押印がなされた後、登載の朱印が押し直されている。

12) 平野義太郎は、本判決の示すところを、「前掲大正九年判決から導き出される当然の論理」と評価する(前掲注(8)48頁)。

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

[1-31]（法律新聞表題：決済処分ノ責任ト附帯ノ私訴）には「登載」の朱印が押されているものの、民集に登載されていない。また、[1-7]は、「不掲載」→「登載」→「参考」という経過（押印のされ方から推測）をたどった末、結局不掲載となっている（いずれの判決もその一部については、他の公刊物で確認することができる）。

[1-7]は、公証人法1条にいう「私権ニ関スル事実」の解釈を示すものであるが、判決理由中には「本院判例ノ示ス所」との記述がある。その先例は具体的に提示されていないが、先例が存在することから民集への登載が見送られたものと推測される。

[1-31]は、附帯私訴として損害賠償請求ができるかどうか争われた事案で、先例に照らし、原判決を「本訴請求原因ヲ誤認シタル不法ア」るものとして一部破毀している。この判決が最終的に民集不掲載となったのも、[1-7]と同様の理由によるものであろう。

4-1-2-2. 破毀判決

民集不登載判決の中には、4-1-2-1.で紹介した [1-31] を除く11件の破毀判決がある。

(a) 公刊されているもの

公刊判決は10件ある。このうち9件—— [1-1]（法律新聞表題：請負金請求ト事実ノ遺脱及建物落成ト所有権取得ノ有無）・[1-2]（同：賃貸借ノ時期ト証拠理由不備）・[1-11]（同：欧州向一等品ト証拠）・[1-20]（同：証拠ト趣旨ノ誤解）・[1-24]（同：相次運送ト積明権行使ノ欠缺）・[1-25]（同：荷物取扱係ト重大ナル過失）・[1-33]（同：同時履行ト理由不備）・[2-45]（同：地上権ニ関スル共力範圍ト積明権ノ行使）・[2-48]（同：地上権推定ト判断ノ遺脱）——には、いずれに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 [1-8]（同：危険負担ト特定物不特定物ノ区別）は、双務契約の目的が不特定物である場合には、民法401条2項の規定に従いその物が「確定」した時より、「当事者の責めによらない事由による滅失・毀損に関する危険は債権者がこれを負担すべき」とする原則が適用されるべきであって、その物が未だ「確定」しない間は、その危険が債務者の負担に帰すべきことは、民法534条、536条の規定により「明カナリ」とする。これは、534条2項の反対解釈から導かれる当然の帰結である

から、あえて民集に登載する必要はないと考えられたのであろう。

(b) 公刊されていないもの

これに該当するのは、[1-16]のみである。

[1-16] 「原院ハ乙第五号証ノ内容トシテAノ他ノ訴訟ニ於テ為シタル証言ヲ挙ケ其ノ証言カ上告人ノ抗弁事実タル本件更改契約ノ不成立ヲ証スルニ足ラサル所次ヲ説明シテ同証ノ証拠価値ヲ否認シタリ然レトモ乙第五号証ハ他事件ノ判決ニシテ原院カ同証ノ内容トシテ挙ケタルAノ証言ハ乙第三号証ナル同人証言調書ニ記載シアルモノナレハ原院ハ乙第三号証ヲ乙第五号証ト誤認シ乙第三号証ニ対スル判断ノ理由ヲ以テ乙第五号証ノ証拠価値ヲ判断シタルモノニテ乙第三号証ニ対シテハ判断ヲ遺脱シタルニ婦シ違法タルヲ免レス而シテ此ノ違法ハ当該更改契約ノ成立ヲ認メテ之ヲ原因トスル不訴請求ヲ容レタル原判決ニ関係スルコト論ヲ俟タサレハ原判決ハ此ノ点ニ於テ破毀スヘキ理由アルモノトス」(上告論旨第三点に対する判断)

一読すれば明らかなように、裁判所のミスが原因となっている。こうした類の判決が公開されないという例が他にも多くあることは、筆者がかつて指摘した通りである¹³⁾。

4-1-2-3. 棄却判決

民集不登載の棄却判決は49件あり、既に4-1-2-1.で紹介した [1-7] を除くすべてが未公刊である。

このうち、二審判決が公刊されているものが6件ある。

[1-10] (二審判決の新聞表題：代金支払ノ意思ナキ売買ト要素ノ錯誤) 「然レトモ所論原判文ノ旨趣ハ本件土地ノ売買ニ於テ被上告人(控訴人)ハ訴外宮崎善助カ所有権移転登記ヲ為スト同時ニ売買代金全部ノ支払ヲ受クルヲ得ルモノト信シ其ノ支払ヲ受クヘキコトヲ契約ノ内容ノ主要部分ト為シ契約締結ノ意思表示ヲ為シタルモノニシテ即右善助カ所有権移転登記ト同時ニ代金全部ノ支払

13) 例えば、大正11年2月 [2-46]・[2-58] (木村「大審院(民事)判決の基礎的研究・10——判決原本の分析と検討(大正11年1・2月分)」立命館法学367号〔平28〕274~275頁)、大正11年7月 [1-19]・[2-55] (木村「大審院(民事)判決の基礎的研究・12——判決原本の分析と検討(大正11年6・7月分)」立命館法学377号〔平30〕429~430頁)がある。ほかに、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)177頁以下も参照。

ヲ為スヲ以テ契約ノ要素トナシタル事實ヲ認メタルモノナルコト判文上自明ナレハ原判決ニハ理由不備ノ違法ナク論旨前段ハ理由ナシ又被告人カ代金ノ一部ニ付右善助ニ一時支払ノ猶予ヲ為シタル事實ハ原判決ノ認メサル所ナレハ之ヲ基本トシテ原判決ヲ攻撃スルハ原判旨ニ副ハサルモノトス仍テ論旨後段モ理由ナシトス」（上告論旨第一点に対する判断）

「然レトモ原院ハ被告人ト訴外宮崎善助間ノ本件土地売買契約ハ要素ニ錯誤アルヲ以テ無効ナリト判断シタルモノナレハ右善助ハ土地ノ所有權ヲ取得スヘキ法律上ノ原因ナク從テ同人カ右土地ニ付原告人（被控訴人）ニ対シ為シタル抵当權ノ設定並ニ右抵当權ヲ以テ担保スル債務ノ不履行ヲ条件トセル貸借契約ハ共ニ無効ニシテ仮令之カ登記ヲ為スモ原告人ハ其ノ權利ヲ取得シタリトシテ土地ノ所有者タル被告人ニ對抗シ得サルモノト云フヘキ所論ノ如ク甲カ其ノ所有不動産ヲ乙ニ売却シタルモ所有權移転登記ヲ為ササル間ニ更ニ甲カ丙ニ対シ右不動産ニ付抵当權ヲ設定シ其ノ登記ヲ経タル場合ニ於テ丙ハ右抵当權ヲ以テ乙其ノ他ノ第三者ニ對抗シ得ルコトハ民法第七十七条ノ規定上明白ナレトモ本件ニ於テハ原院カ訴外宮崎善助ハ土地ノ所有權ヲ取得スルニ至ラス被告人ハ依然其ノ所有權ヲ喪失セサルモノト認メタルコト叙上説明ノ如クナレハ右ト同一ニ論断スルヲ得サルモノトス左レハ右ト同旨趣ニ出テタル原判決ハ正当ニシテ所論ノ違法アルコトナク論旨ハ何レモ理由ナシ」（同第二・三点に対する判断）

[1-15]（同：地上權ノ放棄）「然レトモ原院ニ於テ被告人ハ本訴請求原因トシテ被告人ノ所有ニ係ル宅地西北方百五坪ニ付原告人先代新次郎ノ有セシ地上權ヲ消滅セシメタル旨ヲ主張シ其ノ登記抹消ノ手續ヲ求ムルモノナルコト原判決ニ引用セル第一審判決ノ事實摘示ニ依リテ明ニシテ其ノ地上權ヲ消滅セシムルハ原告人先代新次郎ニ於テ右地上權ヲ放棄シタルコトヲ主張シタルニ外ナラサレハ原院カ論旨ノ如ク判断シタルハ洵ニ適當ニシテ被告人ノ申立テサル事項ヲ裁判ノ資料ト為シタル不法アルモノニ非ス本論旨ハ理由ナシ」（上告理由に対する判断）

[1-22]（同：請求ノ原因ト法律上ノ見解）「然レトモ原院ハ被告（控訴人）ヨリ原告（被控訴人）ニ対スル本件損害賠償請求ノ原因事實トシテ被告ニ於テ荷送人タル訴外三橋亮一郎ヨリ荷受人保坂竹次ニ宛大豆粕三百七十枚ヲ運送スル委託ヲ受ケ亮一郎ニ対シ貨物引換証ヲ発行シ且其ノ使用人タル原告ニ右運送品ヲ発送シ運送品ハ貨物引換証ト引換ニ引渡スカ若ハ被告ノ指図ニ從ヒ其ノ処分ヲ為スヘキ旨ヲ委任シタルニ拘ラス原告ハ委任ニ背キ貨物引

換証ト引換ニ非スシテ運送品ヲ訴外標商店ニ引渡シタルハ上告人カ被上告人ニ対シ負担スル委任契約ニ基ク債務不履行ニ因ルコトヲ主張スルモノト解シ被上告人カ原審ニ於テ右上告人ノ行為ヲ以テ故意ニ被上告人ノ権利ヲ侵害シタル不法行為ナリト陳述シタルハ単ニ法律上ノ意見ヲ陳ヘタルニ過キスト判断シタルモノニシテ訴状並ニ原審ニ於ケル被上告人ノ弁論ノ全旨趣ニ徴シ原院カ被上告人ノ主張ヲ右ノ如ク解シタルハ不当ニアラス故ニ原院カ右原因事実ニ基キ審理判決シタルハ違法ナリト云フヲ得ス仍テ(一)(二)ノ論旨ハ理由ナシ既ニ原院ニ於テ本訴ハ不法行為ヲ原因トスルモノニアラスト判断シタルコト叙上ノ如クナレハ本訴ヲ以テ民法第七百十五條第三項ノ規定ニ基キ請求ヲ為スモノト解セサルヘカラストノ所論主張ヲ採用スヘキモノニアラサルコト更ニ説明ヲ要セス又被上告人ハ第一審以來原院ノ解シタルカ如キ原因事実ヲ主張シ本訴請求ヲ為スモノナルコト記録ニヨリ疑ヲ容レサルヲ以テ原院カ之ニ基キ裁判シタルモ所論ノ違法アリト云フコトヲ得ス從テ(三)(四)ノ論旨モ理由ナシ」(上告論旨第一点に対する判断)

「然レトモ原院ハ第一点冒頭ニ説示シタル被上告人主張ノ事實ヲ是認シ被上告人ハ荷送人タル訴外三橋亮一郎ニ対シ本件運送品ニ付貨物引換証ヲ発行シ上告人ニ対シテハ之ト引換ニアラサレハ運送品ヲ荷送人ニ引渡スヘカラサル旨ヲ委任シ置キタルニ拘ラス上告人カ之ニ背キ貨物引換証ト引換ニアラスシテ荷受人ニアラサル標商店ニ運送品ヲ引渡シタルカ為ニ右亮一郎ニ対シ運送契約ニ基キ損害ヲ賠償シタルモノト判断シタルコト判文上自ラ明カナレハ論旨前段ノ如キ不法アルコトナク又上告人ノ所論抗弁ニ関シテハ原判決中証拠ニ依リ説明ヲ付シテ之ヲ排斥シタルコト明瞭ナレハ所論判断遺脱ノ不法アルコトナク後段論旨モ理由ナシ」(同第二点に対する判断)

「然レトモ記録ニヨレハ本訴ハ第一審ニ於テモ被上告人カ原審ニ於テ為シタルト同一ノ原因事実ノ主張ヲ為シ同裁判所ハ之ニ基キ審理ヲ為シタルモノニシテ其ノ主張ニ付彼此相異ナルコトナケレハ被上告人カ原審ニ於テ為シタル請求原因ニ関シテハ第一審ノ審理ヲ經サリシモノト云フヲ得ス從テ原判決ニハ所論ノ違法ナク本論旨モ理由ナシトス」(同第三点に対する判断)

[1-23] (同：松材供給契約ト不良材及合意解除) 「然レトモ当事者カ同一ノ主張事実ニ付数多ノ証拠ヲ申立テタルトキハ裁判所ハ証拠調ヲ為スヘキ限度ヲ定メ申立ノ一部ヲ採用シ他ノ部分ヲ却下シ得ルモノナレハ原裁判所カ上告人ノ申立ニ係ル四人ノ証人中二人ノ取調ヲ為シ他ノ二人ニ対スル申立ヲ却下シ其ノ取調ヘタル証拠ニ付キ所論ノ如ク判示シタルハ違法ニ非ス故ニ本論旨ハ理由ナ

シ」（同第一点に対する判断）

「然レトモ原判決カ本件ノ売買及合意解除ヲ以テ上告人ノ商行ニ為スルモノト認メタルコトハ判文上明白ナルヲ以テ上告人ハ其ノ解除ニ因ル金円返還ノ債務ニ付キ年六分ノ損害金ヲ支払フヘキ義務ヲ負フモノト謂フヘク原判決カ之ト同趣旨ノ説明ヲ為シタルハ相当ニシテ本論旨ハ理由ナシ」（同第二点に対する判断）

[2-43]（同：地券制当時ノ地所売買ト所有権移転ノ所有権移転債務ト時効中断ノ履行不能ト損害賠償）「然レトモ原判決理由中ノ『前記明治十一年十一月二十七日付約定証ノ契約締結ノ際右売買約定ヲ為シタル係争土地ニ付テハ控訴人先代（上告人先代）ニ於テ被控訴人先々代ニ小作料ヲ支払フコトシ且其ノ小作料ハ毎年被控訴人先々代ヨリ支払フヘキ酒代金ト差引計算スルコトヲ約シ云々』ノ説明ハ係争地ノ売買契約ト小作契約トカ何等ノ關係ナク同時ニ締約セラレタル趣旨ニ非スシテ小作契約ハ売買契約ノ結果トシテ締結セラレ兩者ノ間ニ因果關係ノ存スル趣旨ナリト解シ得ルヲ以テ上告人側ニ於テ小作契約ヲ履行シタリトセハ上告人側ハ之ニ依リ小作契約上ノ債務ニシテ未タ履行セラレサル部分ノ承認ヲ為シタルノミナラス特別ノ事由ナキ限り其ノ契約ノ原因タル売買契約上ノ債務ヲモ承認シタルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ結果タル契約ノ履行ハ原因タル契約ノ債務ヲ認識セル旨ノ觀念ノ通知ヲ包含スルモノト解スルヲ相当トスレハナリ從テ原判決カ上告人側ニ於テ小作契約ヲ履行シ之ニ依テ売買契約上ノ債務ヲ承認シタリト判示シタルハ相当ニシテ本論旨ハ理由ナシ」（同第一点に対する判断）

「然レトモ大正九年四月二十六日付原審口頭弁論調査ニハ当事者双方ノ代理人ハ第一審判決ニ摘示セル事實關係ヲ演述シタル旨ノ記載アリ而シテ第一審判決ノ事實摘示ニ依レハ被上告人ノ主張セル係争地ノ売却及登記ニ関スル事實關係ハ上告人ニ於テ之ヲ認メタルコト明カナルヲ以テ其ノ自白ハ原審調査ニ依リ明確ニセラレタリト謂フヘク原判決カ右事實關係ハ上告人ノ認ムル所ナル旨ヲ判示シタルハ相当ニシテ本論旨ハ理由ナシ」（同第二点に対する判断）

「然レトモ原判決カ所論ノ催告ノ効力ヲ前提トシテ催告當時ニ於ケル係争地ノ価額ヲ認定シタルモノニ非サルコトハ判文上明白ナリ唯原判決ハ価格算定ノ基本タル時期ヲ判示スル為ニ催告ノ事實ヲ利用シタルニ過キス故ニ本論旨ハ理由ナシ」（同第三点に対する判断）

[2-54] 「然レトモ第三者カ他人ノ債務ニ付債権者ト引受契約ヲ為シタルトキハ其ノ契約ハ債務者カ反対ノ意思ヲ表示セサル限り有効ナルモノト解スルヲ相当

トス（明治四十四年(オ)第二百七十八号明治四十五年二月七日言渡判決参照）
從テ原判決ハ右ト同一ノ理由ニ因リ上告人カ本間清蔵ノ債務ニ付キ為シタル引
受契約ハ同人ノ承諾ナキニ拘ラス有効ナリト判示シタルハ相当ニシテ本論旨ハ
理由ナシ」（上告論旨に対する判断）

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。

このほか、次の [2-52] の判決原本には参考の朱印があり、「第七点」との墨書
がある。以下のように、この部分は、要素の錯誤に関する一事例判断を示したも
のである。

[2-52] 「然レトモ原判決ハ一面ニ於テ農工銀行ノ査定方法ハ素地ノ価格ノミヲ
査定スルモノニシテ立木ノ価格ヲモ査定スルモノニ非サル事實ヲ認定シ他ノ一
面ニ於テ被告上告人カ農工銀行ノ査定方法ハ土地、立木全部ノ価格ヲ査定スルモ
ノナリト誤信シ其ノ方法ヲ以テ代金ヲ確定スヘキ標準ト為シテ売買契約ヲ締結
シタルモノナレハ被告上告人ノ意思表示ニハ其ノ要素ニ関スル錯誤アリト謂ハサ
ルヘカラス原判決ノ認定セル売買契約ハ第三者タル農工銀行カ其ノ常則トスル
査定方法ニ依ラスシテ事実上土地及ヒ立木ニ付キ査定シタル価格ヲ以テ代金ト
スル趣旨ニ非サレハ上告人ノ所謂本件ノ売買契約ニ於ケル代金ハ未タ確定セサ
ルニ止マリ契約自体ハ有効ナル旨ノ主張ハ原判決ノ趣旨ニ副ハサルモノト謂フ
ヘク從テ論旨ノ第一ハ適法ノ上告理由ト為ラス故ニ白井山林ノ価格ニ関スル原
判決ノ認定ハ原審鑑定人A（原判決及ヒ論旨ニBトアルハAノ誤記ト認ム）ノ
鑑定書中ノ大正七年十二月一日現在土地産物価格鑑定総括表ニ記載セル価格ニ
基クモノニシテ其ノ記載価格ハ原判決ノ認定セル価格ト大体ニ於テ同一ナリ唯
立木ノ価格ハ四万八千五百円ニ上ル旨ノ原判決前段ノ認定ハ鑑定書記載ノ四万
四千七百八円五十銭ニ一致セサレトモ原判決後段ノ認定価格ニ対照スレハ前段
認定ノ価格ハ鑑定書記載ノ価格ノ誤記ナリト解スルコトヲ得ヘク誤記ハ何時
ニテモ更正シ得ヘキモノナレハ之ヲ根拠トシテ原判決ヲ攻撃スルハ失当ナリ又上
告人所論ノ鑑定書記載ノ価格ハ原判決ノ採用セサル所ナルヲ以テ此ノ点ニ関ス
ル論旨ノ第二ハ結局原裁判所ノ専権ニ属スル証拠ノ採否ヲ批難スルニ帰シ適法
ノ上告理由トナラス論旨ノ第三ノ理由ナキコトハ先ニ上告論旨第一点ニ対シ説
明シタルカ如シ」（上告論旨第七点に対する判断）

残りの判決については、以下の3件を紹介しておく。

[1-37] 「然レトモ或考案カ登録実用新案権ノ範圍ニ属スルヤ否ヤヲ判断スルニハ其ノ物品ノ形状構造又ハ組合セニ関スル外形の考案ノ同一ナリヤ否ヤニ依拠シテ之ヲ判定スヘキモノナルコト所論ノ如シト雖其ノ外形の考案ノ主要ナル組織カ全然相一致シ其ノ構造ノ同一性ナルコトヲ失ハサル以上ハ縦令些末ナル付加的構造ニ於テ多少異ル所アルモ之ヲ以テ同一ノ考案ト認ムルヲ妨ケサルモノトス（大正九年（オ）第六十号大正九年三月三十一日当院判決参照）……」（同第一点に対する判断）

[2-50] 「然レトモ仲裁手續ニ於ケル仲裁人ハ仮令当事者ノ一方ノ選定ニ係ル場合ト雖其ノ職務ヲ行フニ付テハ之ヲ選定シタル当事者ノ利益ノ為ニノミ行動スルコトナク当事者ノ意思如何ニ拘ラス自己ノ独立自由ナル意見ニ従ヒ係争事項ニ付公平適正ナル裁断ヲ与ヘ争議ノ解決ニ努力スヘキモノニシテ当事者ノ準代理人ヲ以テ目スヘキモノニアラサルコト当院判例（大正四年（オ）第七百六十一号大正五年五月二十七日判決参照）ノ趣旨ノ存スル所ニ依リ民事訴訟法第七百八十八条ハ単ニ仲裁契約ニ仲裁人ニ関スル定メナキ場合ニ於テ各当事者ニ均シク一名宛ノ仲裁人ヲ選定スル権利アルコトヲ認メタル規定ニ過キシテ仲裁人ノ職務権限ニ関スル規定ニ非サルカ故ニ同条ヲ根拠トシテ仲裁人ハ之ヲ選定シタル当事者ノ準代理人タル性質ヲ有スト主張スル所論ハ採用ノ限りニアラス……」（同第三点に対する判断）

[2-73] 「然レトモ債務者カ弁済ノ目的物ヲ供託シテ債務ヲ免ルルニハ債権者カ弁済ノ受領ヲ拒ミ若ハ之ヲ受領スルコト能ハサル場合又ハ債務者ノ過失ニアラスシテ債権者ヲ確知スルコト能ハサル場合ナルコトヲ要スルハ民法第四百九十四条ノ規定ニ依リテ明ニシテ債務者カ債務ノ目的物ヲ供託スルニ当リ此等ノ場合ノ孰レカニ該当スルコトハ債務者ニ於テ之ヲ立証スルノ責任アルモノトス……」（同第一・二点に対する判断）

[2-73] は、民法494条にいう弁済受領拒絶等の立証責任の所在につき判示したものである。

[1-37]・[2-50] 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。

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6件（[1-29]・[2-47]・[2-57]・[2-59]・[2-63]・[2-66]）ある。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。

[1-29]（省略）

[2-47] 「然レトモ原判決ノ認ムル事実ニ依レハ館下千代蔵ハ上告村ノ為ニ借受クルモノノ如ク詐称シテ被上告銀行ヲ欺キ同銀行ヨリ千五百円ヲ騙取シタルモノニシテ同銀行ニ対シテ自己ノ為ニ借受クルノ意思ヲ表示シタルニアラス又被上告銀行モ館下千代蔵ニ対シテ金銭ヲ貸与スルノ意思ヲ表示シタルニアラサルヲ以テ被上告銀行ト館下千代蔵間ニ何等ノ法律行為成立セス即上告人所論ノ如キ取消シ得ヘキ消費貸借成立セサリシモノナレハ原院カ其ノ消費貸借ノ取消サレタルヤ否ヤヲ判断セサリシハ不法ニアラス上告人所論ハ被上告銀行ト館下千代蔵間ニ斯カル取消シ得ヘキ消費貸借ノ存在セルコトヲ前提トスルモノニシテ原判旨ニ副ハサルヲ以テ採用スルニ足ラス」（上告論旨第一点に対する判断）

「然レトモ上告人ハ原審ニ於テ上告村カ其ノ収入役ニ依リテ館下千代蔵ヨリ金銭ヲ受領スルニ当リ民法第百九十二条ニ所謂平穩公然且無過失ニ之カ占有ヲ為シタル事実ヲ主張シタル形跡アルコトナク此等ノ事実ハ職權ヲ以テ調査スヘキ事項ニアラサルヲ以テ原院カ上告村ニ於テ民法第百九十二条ノ規定ニ依リ本訴金銭ノ所有權ヲ取得シタリトノ主張ナキヲ以テ上告村カ同条ノ規定ニ依リ本訴金員ノ所有權ヲ取得シタルモノト為シ得サルヤ論ヲ俟タスト判示シタルハ不法ニアラス又上告人ノ原審ニ於ケル陳述ハ事実上及法律上ニ於テ不明ナル点ナキヲ以テ原院ニ於テ釈明權ヲ行使セサル不法アルコトナシ仍テ上告論旨ハ孰レモ理由ナシ」（同第二・三点に対する判断）

「然レトモ原判決ノ認ムル所ニ依レハ館下千代蔵ハ被上告銀行ヨリ騙取シタル金銭ヲ津輕石区ヨリ借受ケタルモノト詐称シテ上告村ノ収入役ニ交付シ上告村ニ於テ之ヲ其ノ経常費ニ使用シタルモノナレハ被上告人ノ損失ト上告人ノ利得トノ間ニハ因果関係アルモノト謂ハサルヲ得ス上告論旨ハ原判旨ニ副ハサルモノニシテ採用スルニ足ラス」（同第五点に対する判断）

[2-57] 「然レトモ所論ノ如キ銹鉄粉ヲ焼キ之ニ含有スル有機性不順物質ヲ除去

スルコトハ之ヲ以テ發明ノ価値アル考案ト為スニ足ルモノト謂フコトヲ得サレハ之カ為ニ特許第二四〇九一號發明ニ於テ有スルカ如キ悪臭ヲ除去シ得タレハトテ単ニ此ノ一事ヲ以テ直ニ特許ヲ受クヘキ發明ナリト断定シ難シ故ニ同一ノ趣旨ニ基キタル原審決ハ所論ノ如キ違法アルモノト謂フヘカラス」（同第二点に対する判断）

「然レトモ原審決ノ趣旨ハ特許第二四〇九一號發明ト上告人ノ出願ニ係ル考案トヲ對比シ唯銑鉄粉及食塩ニ水ヲ注キテ発熱セシムル点ニ於テ兩者相一致スル旨ヲ説示シタルモノニ過キスシテ所論ノ如キ兩者共ニ同一ノ純銑鉄粉ヲ資料ニ供スルモノト誤解シタル形跡ナキコト行文上明白ナレハ本論旨ハ全ク原審決ノ趣旨ニ副ハサル非難ヲ為スモノニシテ採ルニ足ラス」（同第三点に対する判断）

「然レトモ上告人カ原審ニ於テ主張シタル所ハ其ノ出願ニ係ル考案ニ依レハ特許第二四〇九一號發明ニ比シ保温上ノ効果遙ニ優レリト云フニ在リテ所論ノ如キ同一程度ノ効果ヲ奏スル旨ヲ主張セサリシコト記録上明白ナルノミナラス若其ノ出願ニ係ル考案ニシテ単ニ特許發明ト同一程度ノ効果ヲ奏スルニ過サルモノトセンカ之ヲ以テ新規ナル發明ト為スコトヲ得サルヤ言ヲ俟タサルトコロナレハ之ニ論及セサリシ原審決ハ正当ナリ又石棉ハ鋸屑ヨリモ熱ノ不伝導体ナルコト從テ単ニ鋸屑ノミヲ使用スル場合ハ石棉及鋸屑ヲ使用スル場合ニ比シ保温上優ルモノニ非サルコトハ実験上明白ノ事ナレハ之ニ依拠シタル原判決ハ固ヨリ違法ニアラス」（同第四点に対する判断）

「然レトモ実験上石棉ハ鋸屑ニ比シ熱ノ不伝導体ニシテ保温ノ効果優ルモノナルコトハ前ニ説示シタルカ如クナレハ之ヲ使用スル特許發明ト上告人ノ出願ニ係ル考案トノ間ニ所論ノ如キ各資料ノ使用關係及分量等ニ差異アリトスルモ之カ為ニ直ニ後者カ前者ニ比シ保温上優ルモノト断定シ難シ故ニ原審決ハ所論ノ如キ違法アルモノト謂フコトヲ得ス」（同第五点に対する判断）

「然レトモ所論ノ甲第一號証カ特許第二四〇九一號發明ノ資料ニ外ナラサルコトハ上告人ノ提出ニ係ル抗告審判請求書中ノ記載ニ依リ明白ニシテ其ノ特許發明ノ資料ハ原審決ノ理由ニ之ヲ援用シテ説明シアリ即同証ハ原審ニ顕ハレ調査セラレタルモノニシテ原審決ハ之ニ對スル判断ヲ為シタルモノナレハ所論ノ如キ違法ナシ」（同第六点に対する判断）

[2-59] 「然レトモ大治郎カ売主ノ一人ナルコトハ第一審ニ於テ当該被上告人ノ自白スルトコロナリ此ノ自白ハ錯誤ナリシトノ理由ノ下ニ第二審ニ於テ取消サレ居レリト雖単ニ斯ク主張スルノミニシテ何等錯誤ノ立証無キヲ以テ此ノ取消

ハ無効ナリ論旨ハ之ヲ有効視スルモノニシテ採用スルニ足ラス」(上告理由第二点に対する判断)

「然レトモ第一審ニ於ケル当該主張ヲ案スルニ松代金ハ『大正六年十月限り(中略)支払フコト而シテ支払期限内ニ代金ヲ支払ヘハ直ニ代金済ノ立木ヲ引渡スヘキコトトシタリ原告ハ右約旨ニ基キ(中略)松代金ニ付テハ契約期限内ニ全部ノ支払ヲ了シタル上松木ノ引渡ヲ求メタルニ被告等モ之ヲ諾シ』云々ト云フニアリ此ノ供述ノ意味ハ要スルニ当初ノ約旨ノ如ク進退シタリト云フニ在ルコト昭々トシテ明白ナリ之ヲ以テ特約カ後日変更セラレタルコトヲ主張シタルモノナリト称スルカ如キハ強弁ニ外ナラス論旨ハ採用ノ価無シ」(同第三点に対する判断)

「然レトモ上告人ハ第一審以来松杉共末口経二寸以上ノモノト云フ約旨ナリト主張シ来リ原審ニ於テモ亦其ノ始メニハ同様ノ主張ヲ為シ居リニ対シ被告上告人ハ当該書証ヲ提出シ口経ノ定マル場合ニテモ這ハ日通りシ標準トスルカ通例ナルコトヲ立証シタルニ止マリ敢テ本件売買ニ於テモ亦爾リトノ主張ヲ為セシニ非サルコト及其ノ後ニ至リ上告人ハ当初ヨリノ主張ヲ改メ松ハ目通口経二寸以上ノモノ杉ハ目通口経一寸以上ノモノト訂正シタル經過ニ外ナラサルコトハ之ヲ第一審判決事実中ノ当該部分大正十年九月十七日及同十一年三月二日各口頭弁論調書及此ノ後ノ調書中ニ援用シアル一定ノ申立訂正書及当該新乙号証ニ徴シ甚タ明白ナリ論旨ハ虚無ノ前提ニ立ツモノニシテ採用ニ価セス」(同第四点に対する判断)

「然レトモ催告期間ノ当否ヲ判定スルニ付テハ催告ヲ為スノ已ムヲ得サルニ至リシ事情ノ推移殊ニ既ニ履行ノ遅滞ニ在ル期間ノ長短ノ如キモ亦考量ニ上ササルヘカラス本件催告当時上告人ハ其ノ債務ノ履行ヲ遅滞セルコト四ヶ月ニ垂ントスル有様ナリシコトハ原判決ノ確定スルトコロナルヲ以テ勿論此ノ事情ハ原裁判所ニ於テ斟酌セラレシモノト認ムヘク其ノ他原裁判所カ金額ノ点ヲ省ミ又当時ニ於ケル一般経済界ノ状態ヲ察シ諸般ノ情勢ヲ勘合參照シテ当該期間ノ短キニ失マサルコトヲ判断シタルコトハ判文上自ラ明白ニシテ而カモ此ノ判断ハ正鵠ヲ失ハス但期間ノ末日ヲ以テ三月二十九日ト判示シタルハ反対ノ事情ノ見ルヘキモノ無キ限り失当ニシテ所論ノ如ク正ニ翌三十日トスヘキモノナリト雖此ノ誤ハ判断ニ影響無シ何者右ノ三十日中ニ上告人カ何等有効ナル履行ヲ為サザリシ事実ハ原判示ノ上ニ自ラ確定セラレアルヲ以テナリ要之論旨ハ採用スルニ足ラス」(同第五点に対する判断)

「然レトモ甲第一号証ハ其ノ日付タル大正六年十月三十一日ニ作成セラレシ

モノナルコトハ当該証人ノ明ニ供述スルトコロニシテ又所論ノ記載即証人ノ所謂追書モ亦同時ノ手記ニ係ルモノナルコトハ此ノ点ニ関スル同証人ノ供述全体殊ニ松田直衛ハ酩酊シテ追書ヲ認メタルニ相違無キ旨ノ最後ノ供述ニ依リ自ラ之ヲ知ルニ難カラス而シテ本件契約カ同月四日ニ成立シタルコトハ原判決ノ確定スルトコロナルヲ以テ自然所論ノ記載カ契約成立後二十余日ヲ経テ為サレシモノナルコト極メテ明白ナリ論旨ノ如キハ此ノ簡單ナル推理ヲ試ミス証言ノ表面而已ヲ捉ヘテ云々スルモノニ過キス」（同第七点に対する判断）

「証人ノ訊問調書モ亦弁論調書ノ一部シ浅スコトハ言ヲ俟タス而カモ弁論調書ニ契印ヲ要スト云フカ如キハ現行民事訴訟法ノ知ラサルトコロナリ論旨ノ採ルニ足ラサルハ言説ヲ須ヒス」（同第九点に対する判断）

「然レトモ所謂訴訟行為ヲ為ストハ原告トシテ訴ヲ提起スルコトヲ指スモノト解セサルヘカラス何者若之ヲ爾ラストシ被告トナル場合ニモ亦夫ノ同意ヲ要スルモノトセハ此ノ同意ハ之ヲ強要スルノ方法無ク亦強要スヘキ性質ノモノニモ非サルカ故ニ其ノ同意無キ限り妻ニ対シ適法ニ訴ヲ遂行スルコトハ結局不可能ニ帰シ原告ヲシテ其ノ権利ノ伸長ヲ計ルニ途無カラシムルニ至ルヘケレハナリ論旨ハ其ノ前提ニ於テ已ニ誤アリ採用ニ価セス」（同第十一点に対する判断）

「然レトモ当該書面ノ趣旨ハ此ノ連記セラレタル三名ノ者ニ対シ訴訟代理権ヲ授与スルニアルコト自ラ明白ナルヲ以テ論旨ハ採用ニ価セス」（同第十二・十七点に対する判断）

「然レトモ当該委任状中所論ノ人々ハ孰レモ当該各被控訴人ノ親権者ナルコトハ之ヲ本件記録ニ徴シテ明白ナリ親権者カ訴訟無能力者ニ代ハリ書面上ノ代理権授受ヲ為スニ当リテハ之ノ親権者タルコトヲ記載スルニ非サレハ其ノ効力ナシト云フカ如キコトハ現行民事訴訟法ノ知ラサルトコロナリ論旨ハ採用ニ価セス」（同第十三点に対する判断）

「凡ソ第一審ノ裁判ハ変更ヲ申立タル部分ニ限り之ヲ変更スルヲ得ルモノナルカ故ニ（民事訴訟法第四百二十条）相手方ヨリ控訴又ハ附滞控訴ノ申立無キ限り該裁判ヲ控訴人ノ不利益ニ変更スルヲ得サルハ当然ノ結果ナリ然レトモ茲ニ所謂變更能否ノ対象トナルハ本案タル権利関係ノ存否ソノモノニ関スル判断ヲ云フモノニシテ其ノ之ヲ為ス理由迄モ包含スルモノニ非ス何者控訴審ニ於ケル弁論ハ不服ノ申立ニ因リ定マリタル範囲ニ限り之ヲ為スモノナルカ（同法第四百十一条）此ノ範囲内ニ於テハ已ニ第一審ニ於テ主張セラレシ攻撃防御ノ方法ハ勿論新ナルソレ等ヲモ提出スルヲ得ヘク（同法第四百十五条）而シテ凡ソ独立ナル数個ノ攻撃防御方法アル場合ニ其ノ孰レニ拠リテ判断ヲ為スヤハ裁判

所ノ自由ニ一任セラレ居ルヲ以テナリ(民事訴訟法第二百三十条第二項)論旨ハ此ノ道理ヲ知ラサルモノニシテ採用ニ価セス」(同第十四点に対する判断)

「然レトモ原判決ニハ大正七年三月二十六日二三日ノ期間ヲ定メテ催告カ発セラレタル旨及期間ノ末日ハ同月二十九日ニ当ル旨ヲ判示シアリ尚其ノ前日上告人カ催告ニ応シ現金ノ提供ヲ為シタルコトハ第一審以来上告人ノ自認スルコロナルヲ以テ結局此レ等ノ判示並ニ自認ノ下ニ於テ原裁判所ハ二十七日中ニ催告カ上告人ニ到達シタル事実ヲ認メタルモノナルコトハ自ラ之ヲ窺知スルニ余有リ論旨ハ採ルニ足ラス」(同第十六点に対する判断)

「然レトモ宣誓ヲ為サシメシテ訊問スヘキ証人ニ宣誓セシメタル場合ニ於テモ之カ為其ノ証言ノ価値如何ニ影響無キコトハ夙ニ当院ノ判例トスルコロナリ論旨ハ採ルニ足ラス」(同第十八点に対する判断)

「然レトモ当事者ノ申出タル証拠ヲ取調フル場合ニ証拠決定ヲ要スルコトハ法律ノ命スルコロナルモノ之ヲ取調ヘサル場合ニ其ノ旨ノ決定ヲ為スヘシトノコトハ特別ノ場合(例ヘハ民事訴訟法第三百四十七条)ヲ除キ更ニ其ノ規定ヲ見ス況ンヤ原裁判所カ当該証拠調ヲ為ス旨ノ決定ヲ為スコト無クシテ口頭弁論ヲ閉チタルコトニ徴スレハ右ノ申立ハ之ヲ許ササリシモノナルコト明白ナルヲ以テ孰ニセヨ論旨ハ採ルニ足ラス」(同十九点に対する判断。他は省略。)

[2-63] 「然レトモ後見人カ被後見人ニ対シ債権ヲ有スルキハ財産ノ調査ニ著手スル前ニ後見監督人ニ申出ツルコトヲ要スルハ民法第九百十九条第一項ノ規定スル所ナリ而シテ同法第九百十一条第二項ニ依レハ親族会ニ於テ後見人ヲ選任シタルトキハ直ニ後見監督人ヲ選任スルヲ要スルモノナレハ親族会ニ於テ後見人ヲ選任シタルトキハ併セテ後見監督人ヲ選任スヘキニ拘ラス後見人ヲ選任シタルノミニテ後見監督人ヲ選任セサルトキハ後見人ハ被後見人ニ対シ有スル債権ノ申出ヲ為スニ由ナキモノト云フヘシ此ノ場合ニ於テ後見監督人ハ親族会ニ於テ之カ選任ヲ為スヘキ義務アルモノニシテ後見人ハ其ノ義務ヲ有スルモノニアラサレハ所論ノ如ク後見人ニ於テ親族会ヲシテ遅滞ナク後見監督人ヲ選任セシメ之ニ対シ債権ノ申出ヲ為スコトヲ要スルモノト解スルヲ得ス(大正七年(オ)第二九一号同年四月二十七日当院判決参照)果シテ然ラハ原判決カ叙上ノ理由ニヨリ後見人ヨリ進ンテ親族会ニ対シ後見監督人ノ選任ヲ請求スル義務ナキヲ以テ之ヲ為ササレハトテ民法第九百十九条第二項所定ノ失権ヲ来スモノニアラスト断定シタルハ正当ニシテ本論旨ハ理由ナシ」(上告論旨第一点に対する判断)

「然レトモ所論小作米陋習ニ関スル上告人ノ主張ヲ被上告人カ自白シタルニ

アラサルコト原審ニ於ケル同人ノ弁論ノ全旨趣ニ徴シ疑ヲ容レス論旨ハ被上告人ニ於テ右事實ヲ自白シタルモノトシ之ヲ前提トシテ原判決ヲ攻撃スルモノナレハ採用スヘカラサルモノトス」（同第三点に対する判断）

「然レトモ所論証人蔦野今朝松ノ証言中安部勝次郎（勝次ヲ指ス）ニ対スル貸金ハ元金三百円ト云フコトヲ聞キタル旨ノ供述アリ右ハ被上告人ヨリ同人ニ対スル貸金百六十円立替金百六十五円ノ二個ノ債権ヲ併セ指称スルモノト解シ得ラレサルニアラス然ラハ原判決カ同人ノ証言ト甲第二号証ヲ総合シテ上告人先代安部政夫カ判示ノ如ク被上告人ヨリ右二個ノ債権ニ付弁済ノ請求ヲ受ケタル際之ヲ承認シタル事實ヲ認メタルハ違法ニアラス仍テ本論旨モ理由ナシトス」（同第四点に対する判断）

[2-66] 「然レトモ被上告人ハ第一審ニ於テ履行地ニ関スル上告人ノ抗弁事實ヲ否認シタルニ止マルヲ以テ原院ニ至リ原判決摘示ノ如ク本訴代金ハ当初被上告人ノ前主奥田彦三郎ノ営業所兼住所タル京都府伏見町京町北八丁目七十六番地ニ於テ支払ハルヘキ約ナルコトヲ主張シタレハトテ前主張ヲ明言シタルニ過キスシテ請求ノ原因ヲ変更シタルモノニ非ス原院カ証拠ニ依リ其ノ主張ヲ採用シテ代金支払ノ特約地ヲ認メタルハ相当ニシテ本論旨ハ理由ナシ」（上告理由第一点に対する判断）

「然レトモ原院ニ於テ上告人カ本論旨ノ如キ事項ヲ提出シテ論争シタルモノニ非サレハ原院カ民法第四百六十八条第二項ノ對抗事由ニ付判示スルコトナク被上告人ノ住所地ヲ以テ管轄裁判所ヲ定メタルハ相当ニシテ本論旨ハ理由ナシ」（同第四点に対する判断。他は省略。）

一部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。

4-2-2. 民集登載判決以外

[1-7]・[1-31] でも、公刊物において削除されている部分がある。

[1-7] 「然レトモ上告人等ノ連帯責任ヲ認メタル原判旨ハ単ニ甲第二号証ノ記載ノミニ依リタルニ非スシテ其ノ外ニ尚甲第一号証ニアル上告人等連署ノ事蹟ヲモ参照シテ推認シタルニ在ルコト前ニ既ニ説明シタルカ如シ而シテ如上ノ各証拠ニ依リハ保証人タル上告人等カ主タル債務者ト連帯シテ債務ヲ負担シタルコトヲ推認シ難キニ非サレハ原判決ニハ所論ノ如キ違法アルコトナシ」（上告論

旨第三点に対する判断)

「然レトモ本件消費貸借ニ付上告人等カ連署シタル甲第一号証ノ証書ト其ノ証書ノ日付以前ニ上告人等カ会合シテ本件消費貸借ノ連帯責任者ヲ定ムル旨ヲ記載セル甲第二号証トヲ参照シテ上告人等カ本件消費貸借ニ付原判示ノ如キ連帯責任ヲ負担シタル事実ヲ推認シ難キニ非サルコト及其ノ事実ヲ認メタル原判旨ハ畢竟右両証ニ依拠シタルモノニ外ナラサルコト上來說明シタルカ如クナレハ原判決ニハ所論ノ如キ違法アルコトナシ」(同第四点に対する判断)

「然レトモ所論被上告人ノ申立ニ『被告云々ハ主債務者トシテ被告云々等ハ各連帯保証人トシテ云々』トアルハ保証人タル上告人等カ主タル債務者ト連帯シテ本訴金員ヲ支払フヘキ判決ヲ求ムルノ趣旨ニ出テタルコト自明ニシテ第一審判決ニ於テ被告等ニ対シ連帯シテ本訴金員ヲ支払フヘキ旨命シタル其ノ判旨ト結局同一ナレハ之ヲ是認シタル原判決ハ固ヨリ違法ニアラス」(同第五点に対する判断。他は省略。)

[1-31] (省略)

いずれにも、公刊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。