

◇ 研究ノート ◇

大審院 (民事) 判決の基礎的研究・13

——判決原本の分析と検討（大正11年8・9・10月分）——

木 村 和 成*

目 次

- 1 大正11年8月分大審院民事判決原本の内容
- 2 大正11年8月分大審院民事判決原本の分析
- 3 大正11年9月分大審院民事判決原本の内容
- 4 大正11年9月分大審院民事判決原本の分析
- 5 大正11年10月分大審院民事判決原本の内容
- 6 大正11年10月分大審院民事判決原本の分析

1 大正11年8月分大審院民事判決原本の内容

原本（1冊）には、20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	事 件 名	原 審	掲 載 誌
1	8・4	大11-213	破毀 差戻	1	榑原幾久若	仮処分解除	大阪控判 大10・12・22	民集1-483 新聞2038-5 評論11民735
2	8・4	大11-418	棄却	1	山香二郎吉	保険金	長崎控判 大11・2・24 新聞1967-19	
3	8・4	大11-478	棄却	1	尾古初一郎	報酬金	長崎控判 大11・3・8	

* きむら・かずなり 立命館大学法学部教授

4	8・4	大11-511	棄却	1	榑原幾久若	請負金並損害賠償	東京控判 大11・2・25	
5	8・4	大11-520	棄却	1	尾古初一郎	準禁治産宣告取消	広島控判 大11・4・29	民集 1-488 新聞 2041-13 評論 11 民 747
6	8・4	大11-553	棄却	1	山香二郎吉	土地所有権移 転登記手続	福島地判 大11・5・17	
7	8・21	大11-169	破毀 差戻	2	東龜五郎	抵当権消滅確 認抵当権登記 抹消並競売申 立取下手続	広島控判 大10・12・6	新聞 2032-21 彙報 33 下 399
8	8・21	大11-217	棄却	2	東龜五郎	詐害行為取消	長崎控判 大10・12・16	
9	8・21	大11-428	破毀 差戻	2	大倉鈕藏	土地返還及名 義書換	仙台地判 大11・3・13	民集 1-493 新聞 2042-29 彙報 33 下 442 評論 11 民 742
10	8・21	大11-506	棄却	2	鬼澤藏之助	土地明渡	浦和地判 大11・4・25	民集 1-498 新聞 2042-29 彙報 33 下 440 評論 11 訴 294
11	8・24	大11-287	破毀 差戻	2	東龜五郎	建築請負内入 金返還	鹿兒島地判 大10・11・1	新聞 2032-21 彙報 33 下 402
12	8・24	大11-356	破毀 差戻	2	大倉鈕藏	代物弁済及交 付金返還	名古屋控判 大11・1・31	新聞 2031-4
13	8・24	大11-380	破毀 差戻	2	?	家屋明渡	大阪控判 大11・2・27	
14	8・24	大11-383	破毀 差戻	2	東龜五郎	交付金返還	名古屋控判 大11・1・31	新聞 2043-30 彙報 33 下 478
15	8・24	大11-555	棄却	2	大倉鈕藏	強制執行異議	名古屋控判 大11・5・4	
16	8・28	大11-395	破毀 差戻	2	東龜五郎	保険金	高松地判 大11・3・17	民集 1-501 新聞 2042-9 評論 11 商 360

17	8・28	大11-440	棄却	2	大倉鈕藏	土地所有権移 転登記並引渡	宮城控判 大11・3・30	
18	8・28	大11-515	棄却	2	東龜五郎	建物所有権移 転登記	長崎控判 大11・4・20	
19	8・28	大11-533	棄却	2	岩本勇次郎	為替手形金	東京地判 大11・5・13	
20	8・30	大11-363	破毀 差戻	3	横村米太郎	宅地建物返還	長崎控判 大11・2・2	新聞 2043-30→ 新聞 2044-25 彙報 33 下 480

※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。

20判決中, 破毀9件, 棄却11件となっている。

2 大正11年8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20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〔[1]〔民集判示事項：債務不履行ニ因ル契約解除ノ前提トシテ履行ノ催告ニ定メタル期間ノ当否〕・[5]〔同：心神耗弱者ニ対スル準禁治産宣告及之ニ対スル不服ノ訴〕・[9]〔同：寄託物ト其ノ物上請求権〕・[10]〔同：賃借権ト留置権トノ関係〕〕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。

[16]〔同：被保険者ノ告知スヘキ重要事実〕は、既に先例¹⁾によって示されている「重要事実」(商法429条〔当時〕)の解釈を踏まえた上で同条の射程を具体的に明らかにしているという点に民集に登載すべき価値があると判断されたのであろう。

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、6件の破毀判決があり、欠席判決である [13] 以外の

1) 大(二民)判明40・10・4民録13-939。なお、この先例は、判決文中には示されていない。

5件については、法律新聞でそれらの全文を確認することができる。

これらのうち、[12]（法律新聞表題：判決言渡期日を当事者に適式に告知せずして当事者欠席の仮判決言渡の効果如何）・[14]（同：言渡ノ期日ト延期手續ノ不法）は、いずれも原審名古屋控訴院のミスが上告の理由となっている（そしていずれもそれが認められている）点が興味深い。

次に、[7]（同：判決ト援用セザル証拠）・[11]（同：工事竣成期日ト主張セザル事実）・[20]（同：証拠ト排斥ノ理由）については、法律新聞表題からも推察されるように、重要度の高い、先例となりうる判断を示しているとはいえないので、民集への登載が見送られたものと推測される。

2-1-2-2. 棄却判決

民集不登載の棄却判決（9件）は、すべてが未公開である。いずれにも民集に登載すべきほどの重要な判断は含まれていない。

なお、二審判決が公開されているものが1件（[2]〔二審判決の法律新聞表題：血尿症ト重要ナル事実〕）ある。これは、血尿症が商法429条（当時）にいう「重要ナル事実」に該当するとするものであるが、以下でみるように、この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。

[2] 「然レトモ原判決ハ証拠ニ依リ被保険者栗田勇哲カ本件保険契約締結（大正七年十二月六日）ノ前後ニ於テ十数年ノ久シキニ涉リ断続シテ血尿症ニ罹リ大正九年九月十六日膀胱結石摘出ノ外科手術ヲ受ケ予後不良ノ為同月十九日死亡スル迄ノ同人既往症ノ経過事実ヲ叙述シテ鑑定人廣田康ノ鑑定ノ結果ヲ参酌シテ右勇哲ノ既往症ハ其ノ生命ノ危険ヲ測定スルニ付重要ナル程度ノ事実ニシテ商法第四百二十九条ニ所謂重要ナル事実ニ該当スルモノナルコトヲ認定シタルモノニ外ナラサルコト判文上明白ナレハ固ヨリ原審カ其ノ職権ノ範圍ニ於テ為シタル適法ノ判断ト謂ハサルヲ得ス左レハ鑑定書記載シタル一般抽象的事実ノ一節ヲ捉ヘ来リテ之ニ符合セサル原判決ノ不法ヲ云為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）

「然レトモ所論鑑定書記載事項ト原判決カ之ヲ資料トシテ認定シタル所論判示事実トハ其ノ字句ニ於テ同シカラサルモノアルモ其ノ趣旨ニ至リテハ毫モ異ナル所ナキヲ以テ証拠ニ基カスシテ事実ヲ確定シタル不法アルモノト謂フコトヲ得ス」（同第二点に対する判断）

「然レトモ原判決ハ所論証言カ本件判断ヲ為スニ付適切ナラサルモノト認め之ヲ採用セサリシモノナルコト原判決ノ全趣旨ニ依リ之ヲ看取スルニ難カラサ

レハ証抛ヲ遺脱シタル不法アルモノニ非ス」(同第三点に対する判断)

「然レトモ所論鑑定人廣田康ノ調書ニ依レハ原審裁判長カ其ノ鑑定ヲ命スルニ当リ証人草野閣治ノ証言スルカ如キ症状ノ疾患者及乙第一号証ニ記載シアルカ如キ疾患者ニシテ生命ノ危険ヲ惹起スヘキ素因アリヤ否ヤヲ鑑定スヘキ旨ヲ指示シタルコト明ナレトモ這ハ畢竟複雑ナル具体的事項ヲ縷述スルノ煩ヲ避ケンカ為右証言ト書証トヲ引用シタルニ止マリ鑑定ノ資料ヲ之ニ限定シタルモノト認ムルニ至ラサルカ故ニ限定セラレタル以外ノ鑑定資料ニ依リ為シタル鑑定ナルカ如ク主張シ以テ其ノ鑑定ヲ無効ナリト論スルハ其ノ当ヲ得ス又所論病況書ノ成立ニ付原審ニ於テ当事者間ニ争アリシ事跡ノ徴スヘキモノナキカ故ニ之ヲ資料トシテ為シタル鑑定ノ無効ニ非サルヤ論ナリ殊ニ上告人ハ原審ニ於テ既ニ其ノ鑑定ノ有数ナルコトヲ認め之ヲ自己ノ利益ニ援用シタルコト原判決事実摘示ニ記載セル如クナレハ当審ニ至リ其ノ無効ヲ主張スルハ徒ニ無益ノ抗争ヲ為スモノト認ムルノ外ナリ其ノ主張ノ理由ナキヤ益々以テ明ナリ故ニ原審カ該鑑定ヲ判断ノ資料ニ供シタルハ不法ニ非ス」(同第四・九点に対する判断)

「然レトモ証人草野閣治ノ調書ニハ栗田勇哲ノ病状ニ関シ大正七年七月乃至十二月迄ノ間ニ在テハ患者ヨリ其ノ症状ヲ訴フルニ非サレハ医師ト雖其ノ不健康体ナルコトヲ認ムルヲ得サリシ旨ノ供述ヲ記載シアリテ之ニ依レハ本件保険契約ニ関スル診査当時即大正七年十二月三日ニ於ケル勇哲ノ症状ヨリスレハ羞恥部ノ検査ヲ為スコトナクシテ膀胱結石症ノ診断ヲ為スコト不可能ナリシ事実ヲ認ムルニ難カラサレハ原判決カ右証人ノ供述ノ全趣旨ニ依リ其ノ事実ヲ看取スルニ足ルモノト認メタルハ相当ニシテ虚無ノ証言ニ依リ事実ヲ確定シタル違法アルコトナシ」(同第五点に対する判断)

「然レトモ本件保険契約締結ノ際被保険者栗田勇哲カ十余年ノ久シキニ涉リ断続セル血尿症アリテ該症状ヲ自覚シ居タルコト並該既往症カ其ノ生命ノ危険ヲ測定スルニ重要ナル事実ナリシコトハ原判決ノ確定セル所ニシテ苟モ其ノ既往症ニシテ重要ナル事実ニ該当スル以上ハ被保険者ニ於テ其ノ重要ナル事実ナルコトヲ覚知セサルモ斯ル久シキニ涉リタル既往症ヲ覚知シナカラ之ヲ告知セサリシコトハ少クとも重大ナル過失アリト謂フヲ妨クルモノニ非サルヲ以テ原判決ニ於テ被保険者栗田勇哲カ重要ナル事項ヲ故意又ハ重大ナル過失ニヨリ之ヲ告知セサルモノトシ被上告人ニ契約解除権アルコトヲ認メタルハ不法ト謂フコトヲ得ス」(同第六点に対する判断)

「然レトモ原判決ハ証人草野閣治ノ証言ニ依リ本件結約当時ニ於ケル栗田勇哲ノ病状ヨリスレハ羞恥部ノ検査ヲ為スコトナクシ膀胱結石症ノ診断ヲ為スコ

トハ到底為シ能ハサリシ容態ナリシコトヲ判示シ当時局部ノ検査ヲ為スニ非サレハ膀胱結石症ナルコトヲ覺知シ得サリシ容態ナリシコトヲ説明シタルモノニ外ナラスシテ膀胱結石症カ羞恥部ノ疾患ナルヤ否ヤヲ判定シタルモノニ非サレハ証言ニ依ラスシテ該症ヲ羞恥部ノ疾患ナリト判示シタル不法アルモノノ如ク主張スルハ判旨ニ副ハサルモノニシテ其ノ当ヲ得サルモノナリ又保険診査医カ診査ヲ為スニ當リ羞恥部ノ検査ヲ為ササルヲ例トスルコトハ裁判所ニ於ケル顯著ナル事實ニ属スルヲ以テ之ヲ証スルコトヲ要スルモノニ非ス故ニ原判決カ証言ニ依ラスシテ其ノ事實ヲ認メタルハ不法ニ非ス」（同第七点に対する判断）

「然レトモ原判決ハ証言ニ依リ当時栗田勇哲ニ血尿ヲ見サリシコト及同人ノ羞恥部ノ検査ヲ為サスシテ膀胱結石症ノ診断ヲ為スハ到底不可能ナリシ容態ナリシコトヲ認メ保険診査医カ被保険者ノ身体ヲ診査スルニ當リ羞恥部ノ検査ヲ為ササルコトヲ例トスルカ故ニ被上告会社ノ診査医カ勇哲ノ該疾患ヲ覺知セサリシトスルモ診査医ノ過失ト称スヘキモノニ非サル旨ヲ判示シ以テ当時勇哲ニ血尿ナカリシコト及被上告会社ニ過失ナキコトヲ判定シタルモノナレハ固ヨリ適法ニシテ争点ヲ遺脱シ且主張ヲ看過シタル不法アルモノト謂フコトヲ得ス」（同第八点に対する判断）

2-2. 公刊物における判決文の加工とその復元

民集登載判決においては、いずれにおいても「主文」が削除され、新たに「事実」が付け加えられているほか、判決文の一部が脱落している。このうち、[5]・[10]における脱落部分は、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。

[5] 「按スルニ原院カ心神耗弱者ニ非ストノ趣旨ニ於ケル本訴不服ハ其ノ理由ナキ旨判示シタルハ上告人所論ノ如ク本訴ヲ以テ心神耗弱者ニ非サルコトヲ不服ノ理由ト為シタルモノト誤解シ訴旨ニ副ハサル理由ヲ付シタルノ違法アルヲ免レスト雖上告人ノ主張シタル不服理由ニ対シテハ別ニ不服ノ理由ト為スニ足ラサル旨ヲ判示シタレハ右ノ違法ハ原判決ヲ維持スルノ妨トナラス」（上告論旨第二点に対する判断）

[10] 「然レトモ原判決ハ所論ノ判示ニ続イテ証拠ニ依リ本訴土地ノ地番カ被上告人主張ノ如ク字川端四百八十三番ノ十二ナルコトヲ認定シ之ヲ以テ被上告人ノ請求ヲ是認スル理由ト為シタルコトハ判文上明白ナルヲ以テ縦令所論ノ判示ニ不当ノ点アリトストモ之ヲ以テ原判決ヲ攻撃スル事由ト為スコトヲ得ス故ニ

本論旨ハ理由ナシ」(同第一点に対する判断。同第二点に関する判断は、上告論旨で主張されているのは事実認定等の問題であり、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。)

「然レトモ裁判所ハ係争事実ヲ証拠ニ依リ判断スヘキモノニシテ其ノ判断ノ因テ生シタル理由ヲ説明スル職責ヲ負フモノニ非サレハ原裁判所カ地上権設定ノ事実ヲ認め難キ理由ヲ説明セサリシハ違法ニ非ス所論ノ状況事実ニ基ク推断ハ上告人一已ノ見解ニシテ原裁判所ノ採用セサル所ナリ故二本論旨ハ理由ナシ」(同第三点に対する判断)

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、民集以外の公刊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11年 9 月分大審院民事判決原本の内容

原本(2冊)には、74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	9・1	大11-168	破毀 差戻	1	尾古初一郎	貸金	福岡地判 大10・11・12	新聞 2044-25 彙報 33 下 484
1	2	9・1	大11-355	一部 破毀 差戻 一部 棄却	1	榑原幾久若	土地所有権 移転登記	福島地判 大11・1・20	新聞 2044-26→ 新聞 2050-17 彙報 33 下 488
1	3	9・1	大11-502	棄却	1	尾古初一郎	隠居無効確 認	大阪控判 大11・5・2	
1	4	9・1	大11-529	棄却	1	山香二郎吉	貸金	釧路地判 大11・5・9	

1	5	9・2	大11-441	破毀 差戻	3	長谷川菊太郎	引水侵害物 廃除	大津地判 大11・3・10	新聞 2033-22 彙報 33 下 342
1	6	9・2	大11-534	棄却	3	成道齊次郎	養子縁組無 効	長崎控判 大11・4・21	民集 1-448 新聞 2042-30→ 新聞 2043-23 彙報 33 下 445 評論 11 民 766
1	7	9・4	大11-473	棄却	2	岩本勇次郎	損害賠償	東京控判 大11・3・23	
1	8	9・4	大11-545	棄却	2	岩本勇次郎	売買代金内 渡返還	名古屋控判 大11・5・6	新聞 2043-10 評論 11 民 770
1	9	9・6	大11-498	棄却	3	成道齊次郎	損害賠償	長崎控判 大11・3・30	
1	10	9・6	大11-507	棄却	3	横村米太郎	所有権移転 登記	水戸地判 大11・4・27	
1	11	9・9	大11-408	棄却	3	菰淵清雄	土地買戻	広島控判 大11・2・9	
1	12	9・9	大11-513	棄却	3	長谷川菊太郎	鉱業権登録	東京控判 大11・4・20	
1	13	9・9	大11-522	棄却	3	成道齊次郎	物品代金	広島控判 大11・4・29	
1	14	9・9	大11-540	棄却	3	菰淵清雄	貸金	長崎控判 大11・3・24	
1	15	9・11	大11-308	破毀 差戻	2	大倉鈕藏	立木所有権 確認並証書 返還	広島控判 大10・1・29	新聞 2050-17 彙報 33 下 496
1	16	9・11	大11-500	棄却	2	大倉鈕藏	土地所有権 移転登記手 続	東京控判 大11・4・10	
1	17	9・13	大11-360	棄却	3	菰淵清雄	標章権利範 囲確認審判	特許庁審決 大11・3・3	民集 1-516 新聞 2043-25 彙報 33 下 461 評論 11 諸 345

1	18	9・13	大11-573	棄却	3	長谷川菊太郎	株式払込金 償還	大阪控判 大11・5・6	
1	19	9・13	大11-579	棄却	3	横村米太郎	損害賠償	浦和地判 大11・5・25	
1	20	9・14	大11-578	棄却	2	鬼澤藏之助	土地境界確 認	富山地判 大11・5・16	
1	21	9・14	大11-584	棄却	2	大倉鈕藏	山林所有権 確認	大阪地判 大11・5・20	
1	22	9・15	大11-412	棄却	1	前田直之助	損害賠償	東京控判 大11・3・23 新聞1989-19	
1	23	9・15	大11-577	棄却	1	山香二郎吉	所有権確認	富山地判 大11・5・16	
1	24	9・15	大11-583	棄却	1	榊原幾久若	土地引渡	盛岡地判 大11・5・11	
1	25	9・15	大11-586	棄却	1	尾古初一郎	不当利得金 返還損害賠 償	東京地判 大11・5・31	
1	26	9・16	大11-537	破毀 差戻	3	長谷川菊太郎	米代金返還	岡山地判 大11・4・25	新聞 2043-27 彙報 33 下 468
1	27	9・16	大11-609	棄却	3	長谷川菊太郎	株式現物売 買計算金	大阪控判 大11・5・16	
1	28	9・18	大11-488	棄却	2	大倉鈕藏	仮処分異議	東京控判 大11・5・3 新聞2020-15 評論11訴126	
1	29	9・18	大11-491	棄却	2	大倉鈕藏	仮処分異議	東京控判 大11・5・3 新聞2020-15 評論11訴126	
1	30	9・18	大11-494	棄却	2	大倉鈕藏	仮処分異議	東京控判 大11・5・3 新聞 2020-15 評論 11 訴 126	

1	31	9・18	大11-563	棄却	2	大倉鈕藏	養子縁組無効	宮城控判 大11・4・29	
1	32	9・18	大11-605	棄却	2	岩本勇次郎	土地所有権 移転請求権 確認	宮城控判 大11・5・30	
1	33	9・19	大11-394	破毀 差戻	1	尾古初一郎	仮下金返還	長野地判 大11・3・25	新聞 2056-22 彙報 34 上 13 評論 11 民 937
1	34	9・19	大11-445	破毀 差戻	1	山香二郎吉	請求二関ス ル異議	宮城控判 大11・3・2	新聞 2051-19 彙報 33 下 493
1	35	9・19	大11-505	棄却	1	山香二郎吉	土地所有権 確認	高松地判 大11・5・5	
1	36	9・19	大11-559	棄却	1	榑原幾久若	約束手形金 請求為替訴訟	東京控判 大11・4・11	
1	37	9・19	大11-628	棄却	1	尾古初一郎	株式売買損 害立替金	東京控判 大11・5・31	
1	38	9・20	大11-612	棄却	3	菰渕清雄	損害賠償	東京控判 大11・5・27	
2	39	9・21	大11-467	棄却	2	東龜五郎	土地所有権 移転登記手 続	宮城控判 大11・3・25	
2	40	9・21	大11-617	棄却	2	岩本勇次郎	土地売買契 約履行並所 有権移転登 記手続	宇都宮地判 大11・5・27	
2	41	9・21	大11-620	棄却	2	大倉鈕藏	登記抹消手 続	長崎控判 大11・4・24	
2	42	9・21	大11-629	棄却	2	岩本勇次郎	建物所有権 確認及所有 権保存登記 抹消手続	広島控判 大11・5・27	

2	43	9・21	大11-632	棄却	2	大倉鈕藏	登記抹消手続	長崎控判 大11・4・24	
2	44	9・22	大11-535	棄却	1	榑原幾久若	家屋明渡並 損害金	東京控判 大11・4・28 評論11諸151	
2	45	9・22	大11-568	棄却	1	榑原幾久若	株式売買計 算残金	大阪控判 大11・5・2	
2	46	9・22	大11-607	棄却	1	榑原幾久若	定期綿糸取 引損失金等	大阪控判 大11・6・10	
2	47	9・22	大11-613	棄却	1	山香二郎吉	損害金	名古屋控判 大11・5・27	
2	48	9・23	大10-765	棄却	民連	長谷川菊太郎	競売無効及 所有権確認	長崎地判 大10・6・17	民集1-525 新聞2048-6 評論11 訴366
2	49	9・23	大11-585	一部 破毀 差戻 一部 棄却	3	長谷川菊太郎	貸米代金	安濃津地判 大11・3・7	新聞2060-21 彙報34 上64
2	50	9・23	大11-630	棄却	3	成道齊次郎	報酬金	名古屋控判 大11・6・3	
2	51	9・23	大11-636	棄却	3	菰渕清雄	財産管理辞 退確認	名古屋控判 大11・5・30	
2	52	9・23	大11-639	棄却	3	長谷川菊太郎	牛引渡	熊本地判 大11・5・26	
2	53	9・23	大11-651	棄却	3	横村米太郎	再売買二因 ル所有権移 転登記	山形地判 大11・6・1	
2	54	9・25	大11-296	棄却	2	大倉鈕藏	土地所有権 確認登記抹 消	広島地判 大11・1・23	新聞2050-18→ 新聞2051-19 彙報33 下501 評論11 民889

2	55	9・25	大11-371	破毀 自判	2	東龜五郎	家督相続回 復	東京控判 大11・1・27 評論11 民163 ²⁾	民集1-534 新聞2051-7 評論11 民854
2	56	9・25	大11-524	棄却	2	大倉鈕藏	強制執行異 議	名古屋控判 大11・5・4	
2	57	9・25	大11-644	棄却	2	大倉鈕藏	損害賠償	長崎控判 大11・4・24	
2	58	9・25	大11-674	棄却	2	鬼澤藏之助	私生子認知	東京控判 大11・5・15	
2	59	9・26	大11-580	棄却	1	山香二郎吉	建物明渡損 害賠償	大阪控判 大11・5・20	
2	60	9・26	大11-601	棄却	1	山香二郎吉	損害賠償	大阪控判 大11・4・29 新聞2003-19 評論11 諸152 ³⁾	民集1-549 新聞2060-22 彙報34 上69 評論11 商427
2	61	9・26	大11-634	棄却	1	尾古初一郎	株券引渡	水戸地判 大11・5・25	
2	62	9・27	大11-645	棄却	3	長谷川菊太郎	手付金返還 損害賠償	東京控判 大11・2・1	
2	63	9・27	大11-672	棄却	3	菰渕清雄	宿泊料	山形地判 大11・6・15	
2	64	9・27	大11-675	棄却	3	横村米太郎	工事請負金	大阪控判 大11・6・5	
2	65	9・28	大11-647	棄却	2	東龜五郎	家督相続回 復	札幌控判 大11・4・6 新聞2028-15	

2) 法律新聞は1月27日とするが、法律評論では1月17日となっている。なお、別訴ではあるが、本件と同じ事案において本件と同様の問題が争点となったものとして、水戸地土浦支判大10・3・24新聞1821-7＝評論10 民228がある。

3) 一審は、大阪地判大9・5・21新聞1712-19＝評論9商318。なお、別訴ではあるが、本件と同じ事案において本件と同様の問題が争点となったものとして、大阪地判大11・3・3評論10 諸161がある。

2	66	9・28	大11-659	棄却	2	東龜五郎	損害賠償	大阪控判 大11・5・31	
2	67	9・29	大11-192	破毀 差戻	1	尾古初一郎	解散無効確 認	東京控判 大10・10・12 新聞1919-17 評論10商500	民集1-540 新聞2049-7 評論11商412
2	68	9・29	大11-532	破毀 差戻	1	榑原幾久若	小切手金	横浜地判 大10・12・28	民集1-564 新聞2050-7 評論11商406
2	69	9・29	大11-562	棄却	1	尾古初一郎	損害賠償	大分地判 大11・4・10	
2	70	9・29	大11-637	棄却	1	山香二郎吉	債権不存在 確認	大阪控判 大11・5・13	
2	71	9・29	大11-313	棄却	1	山香二郎吉	委託金返還	大阪控判 大11・2・14	民集1-557 新聞2066-7 評論11民1128
2	72	9・30	大11-390	破毀 差戻	3	成道齊次郎	家督相続届 出無効確認	大阪控判 大11・4・1	新聞2051-20→ 新聞2056-17 彙報34上17
2	73	9・30	大11-696	棄却	3	菰瀧清雄	為替手形金 請求為替訴 訟	東京控判 大11・7・18 新聞2025-4	
2	74	9・30	大11-774	棄却	3	成道齊次郎	衆議院議員 選挙ノ効力 ニ関スル異 議	広島控判 大11・6・24	民集1-544 新聞2056-17 彙報34上22

74判決中、破毀12件、棄却62件となっている。

4 大正11年9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74判決のうち9件が民集に登載されている。このうち、8件（[1-6]〔民集判

示事項：芸妓稼業ヲ為サシムル為ノ養子縁組〕・[1-17]〔同：国旗軍旗ト登録商標ノ目的——施色ヲ限定セサル登録商標ノ効力——／商標ノ類似ト施色ヲ限定セサル登録商標トノ關係〕・[2-55]〔同：家督相続ノ欠格者〕・[2-60]〔同：官庁又ハ公署ノ所属船舶カ他船ト衝突シタル場合ニ於ケル債權ノ時効〕・[2-67]〔同：商法第百六十八條ニ依リ取締役ノ供託シタル株式ノ讓渡ノ効力〕・[2-68]〔同：手形振出行為ノ相手方ト其ノ取消〕・[2-71]〔同：電報送金ニ関スル受託ヲ受ケタル銀行業者ト委託者トノ關係〕・[2-74]〔同：選挙ノ一部無効ト再選挙〕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るため、民集に登載されることになったものと推測される。

民事連合部判決[2-48]（同：確認ノ訴ヲ提起シ得ヘキ法律上ノ利益——実体上存在セサル抵当權ニ因ル競売ノ効力）は判例変更を行ったものであるが、要旨第三点については、判決理由にも援用されている先例があり、大審院は「未タ之ヲ変更スヘキ理由アルヲ見ス」と述べている。先例があるにもかかわらずその部分が要旨として採録されたのは、先例に対する「有力なる反対説」⁴⁾の存在が意識されたためとみられる。

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

[1-8]（法律新聞表題：手付金の性質に関する判例）・[1-33]（同：占有物ノ滅失ト所有者ノ損害賠償請求權）・[2-54]（同：民一七七條ト第三者ノ意義及範圍）には「登載」の朱印が押されているものの、いずれも民集には掲載されていない（判決の全部又は一部は法律新聞に掲載されている）。

[1-8]には、原本冒頭に「第七点」の墨書があり、当初はこの部分が民集に採録される予定だったものと思われる。同所では、「手付契約ハ売買其ノ他ノ契約ニ従タル契約ナレトモ必スシモ主タル契約ト同時ニ成立スルコトヲ要スルモノニ非サルヲ以テ売買契約成立後ニ授受セラレタル金五千七百円ヲモ手付金ナリト認定シタルハ違法ニ非ス」との判断が示されているが、この点に関する先例はないようである。

[1-33]は、金銭を不法に占有する者に対し所有權に基づいて返還を請求したが、既に同人がこの金銭を第三者に渡していたことが訴訟提起後に判明したため、物の

4) 我妻栄「判批」民事法判例研究会編『判例民法（2）大正十一年度』（大13、有斐閣）334頁。

滅失による損害賠償請求(民法191条)がなされた事案である。大審院は、「同条カ占有物滅失ノ場合ニ占有者ニ損害賠償ノ義務ヲ負ハシムルハ占有物返還ヲ不能ナラシメタル過失ノ責ニ任セシムルモノナレハ占有者カ占有ヲ他人ニ移転シ占有物ノ返還ヲ不能ナラシメタルカ如キ場合ニ於テモ占有物回復ノ権利者ニ損害賠償ノ請求権ヲ与フルハ法ノ精神ニ合スル」とした上で、同条にいう滅失は「占有物ノ返還ヲ客観的ニ不能ナラシムル占有物ノ物質的滅失ノ場合ノミナラス占有者ノ占有喪失ニ因ル主観的返還不能ノ場合ヲモ包含スル」として、上記請求を肯定した。やはり、この点に関する先例は見当たらない。

[2-54] は、取得時効完成後に第三取得者が現れた事案で、先例を援用して、同人が民法177条にいう「第三者」には該当しないとすものである。しかし、同年6月9日には、「第三者」に該当すると判示する大審院判決([1-26]〔大正11年6月])が登場しており、当時の大審院内部では、この問題についてなお見解の対立があったことが推測される⁵⁾。そのため、民集登載が見送られたものと思われる。

4-1-2-2. 「参考」判決

大正11年9月分には、参考の朱印が押されているものが2件ある。

[2-42] は、未公判判決である。原本には、当初、不掲載の押印があったが、これに取消線が引かれ、新たに参考の朱印とともに、「第七点」との墨書が付け加えられている。当該部分に示された大審院の判断は以下の通りである。この部分を見る限りでは、おそらく実務上の参考に供するという意味で、「参考」判決とされたのではないかと推測される。

[2-42] 「然レトモ本件記録中ノ委任状ニヨレハ上告人ハ原審ニ於テ大正十年九月三十日弁護士森田卓爾ニ訴訟ノ委任ヲ為シタルコト明ナリ而シテ大正十一年五月十八日付口頭弁論調書ニヨレハ原判決ノ基本タル同日ノ口頭弁論ニハ弁護士森田卓爾モ上告人(控訴人)ノ訴訟代理人トシテ出頭シ口頭弁論ヲ為シタルコト明ナルヲ以テ之ニ基キ為シタル原判決ハ違法ニアラス尤モ判決ノ当事者ノ表示中ニ『右法律上代理人親権者下森久吉』『右訴訟代理人森田恪藏』ト記載シアルハ妥当ヲ欠ケリト雖此ノ記載ハ顯著ナル誤謬ニ属シ他日之ヲ更正スルコトヲ得ヘキヲ以テ右ノ誤謬ヲ指摘シテ上告ノ理由ト為スニ足ラス論旨ハ理由ナシ」

5) 木村和成「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)410頁注(10)。

もう一方の [2-65] も未公判判決であるが、二審判決は公刊されている（法律新聞表題：家督相続回復請求権ノ性質及要件ノ民法前ノ養子ト法制及効果）。以下にみるように、大審院では、民法施行以前の養子に関する部分についてのみ争われたようであり、この点が「参考」とすべきものとされたのであろう。

[2-65] 「然レトモ民法施行以前ニ在リテハ養嗣子ハ所謂法定ノ家督相続人ナリト雖養親子間ニ於テ反対ノ特約ナケレハ当然養子ヲ養嗣子ナリト推定スヘキ法令若ハ慣習ノ存スルコトナク養子カ其ノ嗣子ナルト否トハニ事実ノ如何ニ由リテ之ヲ定ムヘキモノトス而シテ本件ニ於テ原院ノ確定スル事実ハ寅之助ハ文久三年中寅五郎出生当時之ヲ教養シテ他日分家シ相原家ノ増殖ヲ計ルノ目的ヲ以テ同人ヲ養子ト為シタルモノニシテ相原家ヲ相続セシムル為養嗣子ト為シタルモノニ非スト云フニ在ルヲ以テ所論ノ養親子間ニ寅五郎ヲ嗣子タラシメサル反対ノ特約ノ存シタリヤ否ヤハ本件ニ何等影響ヲ及ホスヘキモノニ非サレハ原院ニ於テ之ヲ判断スルノ必要ナキモノトス依テ本論旨ハ其ノ理由ナシ」（上告論旨第一点に対する判断）

「然レトモ民法施行前ニ在リテ養子ハ嗣子トナササル反対ノ特約ナケレハ当然嗣子トナルヘキ法令若ハ慣習ノ存セサルコトハ前説示スル如シ然ラハ之ト反対ノ見地ニ立チテ原判決ヲ攻撃スル本論旨ハ是亦其ノ理由ナキコト明ナリ」（同第二点に対する判断）

「然レトモ上告人ハ所論挙示ノ（イ）乃至（ニ）ノ事実ニ基キ寅之助ハ寅五郎ヲ嗣子トナス意思アリタルコトヲ主張シタルハ原審判決ノ事実摘示ニ依リ明ニシテ原審ハ之ニ対シ上告人提出ノ証拠資料ニ依リテ寅之助ハ寅五郎ヲ愛撫教養シタル事実ヲ窺知シ得ルニ過キスシテ嗣子即チ相続人ト為ス意思ヲ以テ養子トナシタルモノト認メ難シト判示シタルヲ以テ原審ハ所論ノ事実及主張ニ対シ判断ヲ与ヘサルモノト謂フヲ得サレハ本論旨ハ理由ナシ」（同第三点に対する判断。同第四点に対する判断については省略。）

「然レトモ所論挙示ノ（一）乃至（五）ノ事実存在スル以上ハ当然寅之助ニ於テ寅五郎ヲ嗣子トナス意思ナリシコトヲ判定セサルヘカラサルニ非サレハ原審カ右事実ヲ認メ乍ラ尚且寅之助ハ寅五郎ヲ嗣子タラシムル意思ナカリシコトヲ判定シタリトテ理由ニ於テ齟齬スルモノト謂フヲ得ス」（同第五点に対する判断）

「然レトモ民法施行時前ニ於テモ庶子ハ父母ノ婚姻ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得スルモノニシテ父母婚姻当時庶子カ他家ニ在リタルコトカ嫡出子タル身

分取得ニ毫モ妨アルコトナシ又一旦右身分ヲ取得シタル上ハ其ノ後父母カ離婚シタルカ為ニ其ノ身分上ニ何等変動ヲ来スヘキモノニ非ス故ニ原審ハ被告入カ民法施行時後実家ニ復歸シタルカ為実家ニ於ケル嫡出子タル身分ヲ回復シ上告人ノ先代ニ優先シテ相続スルノ権利アルコトヲ判示シタルハ相当ニシテ本論旨ハ其ノ理由ナシ」(同第六点に対する判断)

4-1-2-3. 破毀判決

民集不登載判決の中には、既に紹介した [1-33] を除く 8 件の破毀判決がある(いずれについても判決の全部又は一部は法律新聞に掲載されている)。

まず、[1-2] (法律新聞表題：弁論調書及訊問調書ト作成者ノ捺印) は、弁論調書・訊問調書に作成者の捺印がないので、形式不備によりそれらは「完全ナル証明ノ効力」を有しないとすものである。

次に、判決理由で援用されている先例があるものとして、[1-26] (同：契約ノ解除ト給付ノ返還義務及範囲)・[2-49] (同：利息米ト消滅時効ノ予備的損害賠償ノ請求ト数額ノ標準)がある。

その他の 5 件 ([1-1] [同：相殺ト充当ノ法則]・[1-5] [同：用水路図面ト証拠排斥ノ理由]・[1-15] [同：売買ト争アル事実]・[1-34] [同：報酬名義ト利息制限法四条]・[2-72] [同：家督相続届無効確認ト請求ノ原因]) については、同旨の先例は見当たらないが、これらは、必ずしも重要度の高い、先例となりうる判断を示しているとはいえないものである。

4-1-2-4. 棄却判決

民集不登載の棄却判決は 56 件あるが、このうち、[1-8]・[2-42]・[2-54]・[2-65] の 4 件は既に紹介した。ほかの 52 件はすべて未公刊判決であるが、[1-22]・[1-28]・[1-29]・[1-30]・[2-44]・[2-73] の 6 件については、二審判決が公刊されているので、それらの大審院判決を以下で紹介しておく(以下の下線は引用者による。以下、同じ)。

[1-22] (二審判決の法律新聞表題：請求ノ原因ト三回ノ意思表示ノ引渡債務ト遅滞ノ売人勝手渡ノ意義ノ履行ニ代ハル損害賠償ト算定ノ時期) 「然レトモ本訴ハ履行ニ代ル損害賠償ヲ請求スルモノナルカ故ニ請求ノ原因ハ即チ不履行ト云フコトニアリ然ルニ当院判例ノ趣旨ニ依レハ右ノ如キ損害賠償ハ債務ノ本旨ニ従フ履行カ不能トナルカ又ハ契約カ解除セラレタル場合ニ非サレハ之ヲ請求スルヲ得スト云フニアルヲ以テ自然履行ニ代ル損害賠償ヲ請求セムト欲スル者

ハ先ツ契約ヲ解除スルノ必要ヲ生スルニ至ル故ニ解除ハ損害賠償請求ノ一前提タルニハ相違ナシト雖而モ其ノ請求ノ原因其ノモノニハ非ス請求ノ原因ハ即チ不履行ト云フ事実ニ外ナラス從ヒテ原告カ此ノ解除ノ点ニ関スル主張ヲ二三ニスルモ之ヲ以テ請求原因ノ一定ヲ欠クト云フヲ得サルハ明白ニシテ当該論旨ハ其ノ理由ナシ訴ノ變更ニ非ストノ原判示ヲ攻撃スル部分ノ論旨モ亦採用スルニ足ラス何者訴ノ變更ナシトスル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルヲ得サルモノナレハナリ」（上告理由第一点に対する判断）

「凡裁判所カ実験則ノ如何ヲ知ルニ付テハ其ノ方法ニ何等ノ制限アルコトナク結局利用スルヲ得ヘキアラユル手段中其ノ精確ナリト認ムルモノニ拠レハ即チ可ナルカ故ニ民事訴訟法ニ規定セル鑑定ハ勿論裁判官カー個人トシテ或ハ図書ヲ閲シ或ハ専門家ニ質シ以テ必要ナル智識ヲ得ルモ亦固ヨリ妨クルトコロニ非ス從ヒテ別事件ノ訴訟記録中ニ存スル書類ノ如キモ亦裁判所カ信用シ得ヘキモノト認ムル以上縦令当事者ヨリハ未タ書証トシテ提出ノ非サルモノト雖以テ実験則ヲ知ルノ資料ニ供スルヲ得ヘク之ヲ要スルニ夫ノ具体的事実ヲ認定スル場合トハ甚其ノ趣ヲ異ニスルモノアリ今夫レ本件売買ノ目的物タル麦ト同種類ノモノカ或時期ニ於テ幾許ノ価額ニテ売買シ得タリシヤト云フコトハ即或具体的事実ニ関スル問題ニ非スシテ実験則上ノ事項ニ外ナラス而シテ原裁判所カ此ノ事項ヲ判知スルニ當リ其ノ資料ニ供シタル甲第七号証ノ四ナルモノハ新聞紙ニシテ一個人カ私ニ作成スルヲ得ヘキ文章トハ自ラ其ノ類ヲ異ニスルモノアリ而モ原裁判所カコレヲ採テ判断ノ資料ニ供シタル以上ハ其ノ信用スルニ足ルモノト認メタルハ云フ迄モナク唯其ノ成立ノ真正ナルコトヲ認メタル旨ノ明記ハ之ヲ欠クト雖上来説示ノ如ク実験則判知ノ場合ト具体的事実認定ノ場合トハ必スシモ一律ニ之ヲ論スルヲ得サルモノアルカ故ニ右ノ如キ明記ナキノ一事ヲ以テ直ニ原判決ノ瑕疵ナリト目スルハ蓋相当ニ非ス論旨ハ採用ノ価ナシ」（同第二点に対する判断）

「然レトモ原審ニ於テ上告人（被控訴人）ハ第一審判決事實摘示ト同一ノ抗弁ヲ為シタルモノナルコトハ原審第一口頭弁論調書ニ拠リテ之ヲ認ムルヲ得ヘク而シテ第一審判決事實摘示ニハ所論ノ如キ抗弁ハ之ヲ掲ケアラサルヲ以テ結局此ノ抗弁ハ原審ニ於テ主張セラレサリシコト明白ナリ從ヒテ斯ル主張アリシコトヲ前提トスル論旨ノ採用スルニ足ラサルハ多ク云フノ要無シ」（同第三点に対する判断）

「然レトモ民法第五百六十条ニ所謂他人ノ権利トハ現ニ他人ニ帰属セル特定ノ権利ヲ指シ本件売買ノ如キ不特定物ノ場合ヲ包含スルモノニ非サルコトハ多

言ヲ俟タサルカ故ニ論旨ハ其ノ前提ニ於テ己ニ大イナル誤謬アリ採用ニ価セス」(同第四点に対する判断)

「然レトモ一面ニ債務ノ本旨ニ従フ履行ヲ催告スルト共ニ一面ニ契約ハ己ニ解除セラレタルカ故ニ履行ニ代ル損害賠償ヲ請求スト云ハハ這ハ無意味ナリ反之先ツ履行ヲ催告スルト共ニ之ニ付加シテ自己ノ判断ニ依レハ契約ハ法律上己ニ有効ニ解除セラレタリト信スルカ故ニ従ヒテ損害賠償請求権ノミカ存スト思料スルモ自己ノ判断ニハ或ハ誤有ルヤモ知レスト云ハハ這ハ前ノ場合トハ甚趣ヲ異ニスルモノアリ之ヲ以テ無意味ノ催告ナリ履行ノ受領ヲ予メ拒絶セルモノナリト解シ去ルハ蓋右ニ挙ケタル前後ノ場合ヲ區別セサルニ出ツルモノナリ被上告人ノ為シタル当該催告カ果シテ孰レノ意味ヲ有スルヤハ結局事実認定ノ問題ニ外ナラス措辞ノ生硬峻厳ニ失スル嫌ハ有リト雖必スシモ右ニ挙ケタル後ノ場合ト同趣旨ナリトモ解スルヲ得サルニハ非ス而モ原裁判所モ亦畢竟之ト同一ノ解釈ヲ採リタルモノニ外ナラサルコトハ之ヲ判示ノ全体ニ徴シテ明白ナルカ故ニ所論ハ結局原判示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)

「然レトモ原判決ノ確定スル事実ニ依レハ上告人ハ当時其ノ債務ノ履行ヲ拒絶スル意思アリシモノナルカ故ニ斯ル場合相手方タル被上告人ニ於テ自己ノ債務ノ履行ヲ提供シテ催告ヲ為スノ必要ナキコトハ従来当院ノ判例トスルトコロナリ従ヒテ専提供ノ点ニ関シテ云々スル論旨第六、第八、第十点ハ孰レモ原判決中ノ予備の判示ニ対スルモノニシテ所論自体ノ当否ハ之ヲ審案スルノ要ナシ若夫レ上告人ニ右ノ如キ意思アリシヤ否ヤニ至リテハ畢竟証拠ノ解釈ト事実ノ認定ニ外ナラス原判示ニ係ル諸種ノ証拠ヲ綜合スレハ原判示ノ如キ認定モ必スシモ之ヲ為スヲ得サルニ非サルヲ以テ論旨第十一点モ亦採用スルニ由無し」(同第六・八・十点に対する判断)

「本件売買ノ目的物ハ武州大麦ナルカ甲第七号証ノ四ニハ本場大麦ト云フモ武州大麦ト云フモ同一物ナル旨ノ当該証人ノ供述ヲ採リ以テ所要ノ価格認定ヲ為シタル趣旨ナルコトハ原判示ニ係ル証拠ノ内容ヲ対照スレハ自ラ明白ナリ論旨ハ此ノ趣旨ノ存スルトコロヲ了解セサルニ出テタルモノニシテ採用ノ価ナシ」(同第七点に対する判断)

「然レトモ売主カ其ノ債務ヲ履行セサルカタメ買主ニ於テ履行ニ代ル損害賠償ヲ請求スルニ当リ履行期後目的物ノ価格カ騰貴シタルトキハ買主ハ何レノ時期ノ価格ヲ標準トシテ損害額ヲ積算スルモ之ヲ妨ケス唯売買ノ態様其ノモノヨリ若ハ売主ノ主張及立証ヨリシテ買主ニ於テハ目的物ヲ他ニ転売スル意思ナカ

リシモノナリ若ハ買主ノ標準トシタル時期ニ於テハ之ヲ転売セサリシモノナリトノ特別ノ事由カ認メラルル以上ハ自ラ別問題ナリ這ハ從來当院ノ判例トスルトコロナルヲ以テ売買ノ態様ヨリ觀ルモ又売主タル上告人ノ主張及立証ヨリ觀ルモ共ニ前記特別ノ事由ノ認ムヘキモノ無キ本件ニ於テ前記判例ノ趣旨ニ反対セル前提ノ上ニ構ヘラレタル所論ハ採用ノ価ナシト云ハサルヘカラス」（同第九点に対する判断）

[1-28]・[1-29]・[1-30]⁶⁾（同：仮処分ト建物ノ建築）「然レトモ原院カ本件仮処分ヲ許容スヘカラサルモノト認メタル理由ハ第一点論旨摘録ノ如ク仮処分ニ依リテ上告人ノ手ニ本件建物ノ占有ヲ取得シタル上直ニ該建物ヲ取毀テ其ノ敷地ニ大建築物ヲ築造スルカ如キハ本案訴訟ニ於テ審判セルルヘキ係争ノ法律關係ヲ事実上消滅セシムル結果ヲ生スヘキモノナレハ斯カル仮処分ハ仮令仮ノ地位ヲ定ムル為ニモセヨ之ヲ許ササルヲ相当ト為シタ以外第二点論旨摘録ノ如ク起工遷延ノ為ニ上告人ニ於テ著シキ損害ヲ蒙ルヘキ事情ニ付テハ其ノ疏明十分ナラサルモノトシ本件仮処分ヲ許容ス可カラスト云フニ在リ而シテ其ノ建築工事ニ付テハ未タ請負人トノ請負契約モ締結セラレサル狀況ナルコトヲ判示シタルハ起工遷延ノ為ニ一ヶ月約一万円ノ損害ヲ生スト云フカ如キコトノ信憑ス可カラサル一事由ト為シタルニ過キスシテ上告人ノ仮処分申請ノ事由カ請負契約ノ成立シアルカ為請負人ニ対スル關係上損害ヲ生ストノ一点ニ存スルモノト解シタルニ非サルハ勿論原院ハ証人黒澤次久ノ証言ヲ排斥スルト共ニ前示ノ如ク結局起工遷延ノ為ニ上告人ニ於テ著シキ損害ヲ蒙ルヘキ事情ニ付テハ其ノ疏明十分ナラサルモノトシ上告人ノ主張事由ニ対シ判断ヲ与ヘタルモノナルコト原判文上明瞭ナルヲ以テ原判決ニハ第二点論旨ノ如キ不法アルニ非ス既ニ右後段ノ理由ニシテ原判決ノ主文ヲ維持スルニ足ル以上ハ其ノ前段ノ理由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依テ第一点論旨ノ当否ヲ判断スルノ要ナシ」（同第一・二点に対する判断）

[2-44]「然レトモ本訴ハ被告上告人カ本件家屋ニ付所有權ヲ有スルコトヲ原因トシテ該家屋ニ居住スル上告人ニ対シ其ノ居住ヲ不法ナリトシ家屋ノ明渡及不法占拠ニ因ル損害ノ賠償ヲ請求スルモノナルコト記録上明白ナリ而シテ裁判所構成法第十四条第二号ノ（ハ）ニ所謂占有ノミニ関スル訴訟トハ民法第百九十七条ニ所謂占有ノ訴即チ同法第百九十八条乃至第二百条ニ規定スル占有ノ保持保

6) 二審では、3つの事件が「併合審理ノ上」（二審判決文）判決に至っている。上告審では、別々に審理されているが、それぞれについて同一内容の判決が下されている。

全回収等ノ訴ヲ指称シ本件ノ如キ所有権ニ基ク訴ハ其ノ所有権ノ存在ニ付当事者間ニ争アルト否トニ拘ラス之ニ包含セス又同構成法第十四条第二号ノ(イ)ニ掲ケタル訴訟ハ賃貸人ト賃借人トノ間ニ起リタル賃貸借関係ヲ原因トスル訴ヲ指シ本件ノ如キ家屋ニ付所有権ヲ有スルコトヲ原因トシテ住居者ニ対シ家屋明渡及損害賠償ヲ求ムル訴ハ之ニ包含セサルヤ言ヲ俟タス故ニ上告論旨ハ何レモ採用スルコトヲ得サルモノトス」(上告論旨第一・二点に対する判断)

[2-73] (同：取締役が辞任後登記前に振出したる手形の効力) 「然レトモ手形ノ振出人ハ商法所定ノ要件ヲ具備シタル手形ヲ振出スヲ以テ通例トナスニヨリ手形ノ振出ニシテ真正ナル以上反証ナキ限りハ該要件ヲ具備シタル手形ヲ振出シタルモノト認ムヘキモノナリトス然ラハ本件ニ於テ原院カ甲第一号証ノ一ナル為替手形申振出及引受ノ部分ニ押捺セル印影ハ上告会社ノ印影タルコトニ争ナキ事実ニ徴シ右ノ部分ハ真正ニ成立シタルモノト認メ此ノ事実ニ基キ上告会社ノ取締役タル中村二郎ハ同会社ノ為ニ大正九年十二月十日額面金三千円受取人川合政雄支払地東京市満期日同十年一月九日ト定メタル自己宛指図式為替手形ヲ振出シタルモノト認定シタルハ洵ニ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」(上告論旨に対する判断)

いずれの判断にも目新しい点はなく、民集に登載されなかった理由も自明であろう。先例について言及する部分(下線部)も散見されるが、いずれも具体的な判決を援用するものではない。

その他の判決は、その判決自体はもちろんのこと、その二審判決も公開されていない。すなわち、これまでまったく表に出てこなかった事件ということになる。これらは公表するほどの価値はないと判断されたものと思われるが、一概にそう言い切れない部分も含む判決も存在するので、ここで紹介しておく。

[1-9] 「然レトモ民法第六百六十六条ハ其ノ但書ニ該当スル場合ヲ除クノ外凡ヲ消費貸借ノ規定ヲ消費寄託ニ準用スルノ法意ナレハ民法第五百八十八条ノ規定モ消費寄託ニ準用セラルヘキハ当然ニシテ亦当院判例ノ認ムル所ナリ而シテ金銭ヲ寄託シタル場合ニ於テハ受寄者ニ之カ消費ヲ容スヲ通用トスルヲ以テ反対ノ特約ナキ限りハ金銭ノ受寄者ハ其ノ消費ヲ容サレタルモノト認ムルヲ相当トス故ニ其ノ消費ヲ容ササル特約ノ主張ナキ本件ニ於テ原院カ本件当事者間ノ売買残代金ハ百九十九円二十八銭ヲ以テ消費寄託ノ目的ト為スコトヲ約シタリト認定シ特ニ被上告人ニ金銭ノ消費ヲ許ス契約アリタルヤ否ヤヲ判断セザリシハ不法ニアラス其ノ他原判決ニハ上告人所謂ノ如キ不法ナキヲ以テ上告論旨ハ理

由ナシ」（上告論旨第一点に対する判断）

「然レトモ債務ノ不履行アルトキハ債権者ハ之ニ因リテ通常生スヘキ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘク債務者ノ責ニ帰スヘキ事由ニ因ル履行不能モ亦債務ノ不履行ニ外ナラサレハ原判決ノ認ムル如ク上告人カ本件地所ヲ訴外柴田利三郎ニ売却シ以テ被上告人ニ対スル売買契約ノ履行ヲ不能ナラシメタル以上ハ之ニ因リテ通常生スヘキ損害ヲ賠償スルノ義務アルコト明ナリ本件地所ノ価格カ本件当事者間ニ売買契約成立シタル以後ニ騰貴シ之カ為被上告人カ其ノ価格ト売買代金トノ差額ニ相当スル得ヘカリシ利益ヲ喪失シタルコト原判決ノ認ムル所ナレハ此ノ利益ノ喪失ハ即上告人ノ債務不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ナリト謂ハサルヲ得ス而シテ此ノ差額ヲ計算スルニ当リテハ債権者ハ損害発生ノ当時ヨリ判決ヲ受ケルニ至ルマテノ間ニ於テ任意ニ其ノ標準ヲ定メ得ヘキコトハ当院判例ノ認ムル所ナレハ（大正六年（オ）第七七八八号大正七年一月二十八日当院判決参照）原院カ右利益ノ喪失ヲ以テ通常生スヘキ損害ナリト認メ其ノ計算ノ標準時期ニ付被上告人ノ主張ヲ採用シ履行不能ノ時ヲ以テ標準トナスヘキモノナリトノ上告人ノ抗弁ヲ排斥シタルハ相当ナリ又債務不履行ニ基ク損害賠償請求権ハ不履行ノ事実ニ因リ新ニ発生スルモノニアラスシテ本来ノ債権ト同一ノ権利ニ属シ只其ノ内容ヲ異ニスルニ過キサルコト当院ノ判例トスル所ナレハ（大正八年（オ）第二三五号同年七月二十二日当院判決参照）履行不能以後ニ於テハ其ノ以前ノ給付ヲ目的トスル債務ハ存続セサルカ故ニ賠償債務ノ遲滞アルニ過キストノ上告人ノ所論ハ当ヲ得ス仍テ上告論旨ハ理由ナシ」（同第三点に対する判断）

[1-12] 「然レトモ第三者ノ作成ニ係ル書証ハ相手方ノ不知ノ陳述ニヨリ直ニ其ノ証拠力ヲ失フモノニ非スシテ其ノ信憑力ノ有無ハ一ニ事實裁判所ノ判断ニヨルヘキモノナルコト当院判例ノ示ス所ナリ（大正七年（オ）六七〇号同年九月二十三日当院判決参照）被上告人カ原審ニ提出セル所論乙号各証ハ第三者ノ作成ニ係リ上告人カ之ヲ不知ト陳述シタル書証ナルモ原院ハ之ニ信ヲ措クヘキモノト判断シ以テ証拠ノ資料トナシタルモノナ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」（同第四点に対する判断）

いずれも重要な判断を含むものであるが、下線部から明らかのように、すべて先例に従った判断にすぎないものであり、そのため公表の必要がないと判断されたものと思われる。

4-2. 公刊物における判決文の加工とその復元

民集登載判決においては、いずれにおいても「主文」が削除され、新たに「事実」が付け加えられているほか、判決文の一部が脱落している。このうち、[1-17]・[2-60]・[2-71]における脱落部分は、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⁷⁾。

[1-17] 「然レトモ原審ハ本件被上告組合ノ使用スル登録標章中大島紬様ノ布片ノ図形ヲ以テ商標権ノ目的トナラスト為シタルモノニ非シテ単ニ該図形中ニ漢字ヲ以テ書セル大島紬及蜻蛉ノ下部ニ羅馬字ヲ以テ同一名称ヲ表示セル各文字ニ付現行商標法第八条ノ規定ニ基キ商標権ノ効力ノ及ハサルコトヲ説シタルニ過キサルニヨリ大島紬様ノ布片ノ図形ヲ以テ本件登録商標権ノ目的トナリタルコトヲ認メタルハ素ヨリ其ノ所ナリトス要スルニ本論旨ハ原判旨ノ誤解ニ出ツ依テ理由ナシ」(上告論旨第三点に対する判断)

「然レトモ原判旨ハ之ヲ約言スレハ本件被上告組合ノ使用スル登録標章ハ数多ノ文字図形ヨリ構成セラレタルモノニシテ其ノ商標権ハ大島紬ナル羅馬字及漢字ヲ除クノ外其ノ全体ニ及フモノナルニヨリ蜻蛉及鹿ノ首ノ図形ヲ有セサルノミニテ其ノ他大体右登録標章ニ類似セル上告人ノ使用スル(イ)号商標ヲ同一ノ商品ニ使用スルハ本件登録標章ノ権利ノ範囲内ニ属スト云フニ在リテ毫モ其ノ理由ノ前後ニ所論ノ如キ相齟齬スル不法アルコトナキニヨリ本論旨ハ理由ナシ」(上告論旨第四点に対する判断)

[2-60] 「然レトモ原判決ハ所論ノ如キ事実認定ノ下ニ所論ノ如ク上告人所有船第一太湖丸船長ニ過失アルモノト判示シタル外尚当時第一太湖丸カ衝突ヲ避クルカ為ニ左転ヲ為スコトノ止ムヲ得サル事由アリシモノニ非サル事實ヲ認ムルト同時ニ鑑定ノ結果ニ依リ当事者両船ノ距離カ上告人主張ノ如ク五六町ニ接近シ居タルモノトスルモ被上告船速鳥丸ニ於テ右転シテ其ノ航路ノ避讓シ得ヘク該船ニ避讓義務ヲ尽ササル過失アルモノト謂フコトヲ得サル旨ヲ判示シ結局被上告船速鳥丸カ右転シタルハ適當ノ処置ニシテ此ノ場合ニ於テ若シ上告人所有船第一太湖丸カ其ノ針路避クルコトヲ得ヘカリシモノナルニ拘ラス速鳥丸ノ右転シタルト同時ニ故ナリ其ノ針路ヲ左転シタルハ衝突ヲ避クルカ為ノ臨機ノ処置ト認メ難ク却テ衝突ヲ惹起スノ原因ヲ為シタルモノナレハ第一太湖丸ノ船長ニ過失アリト認ヘキモノト判定シタルモノニ外ナラサレハ法則ヲ不当ニ適用シ

7) [1-6]においても上告論旨第一点が脱落しているが、大審院は「論旨ハ原院ノ専権ニ属スル証拠ノ取捨ヲ非難スルニ過キ」ないとするのみであるため、ここでは省略した。

タル違法アルコトナク論旨ハ畢竟原判旨ニ副ハサル攻撃ヲ試ムルモノニ過キサレハ採用スルニ足ラス」(同第一・五点に対する判断)

「然レトモ判決事実摘示中ニ当事者ノ提出シタル証拠ヲ判示スルニ当リテハ当事者ノ名ケタル所ニ從ヒ主タル証拠番号ヲ列記スルヲ以テ足レリトシ必シモ各番号中ニ包含セラレタル証拠ヲ一々詳記スルノ要ナキモノナルヲ以テ原判決ニ於テ上告人ノ提出シタル乙第一号証ノ一乃至八同第二号証ノ一乃至七同第三号証ヲ挙示スルニ当リ単ニ乙第一号乃至第三号証ヲ提出シタル旨ヲ判示シタルハ違法ニ非ス」(同第二点に対する判断)

「然レトモ原判決ニ於テ抗弁ノ事實ヲ認メ難シト判示シタルハ畢竟抗弁ニ副フノ事實ヲ認ムルニ足ラストノ事實ヲ認定シタルモノニ過キサレハ認定ニ非スト謂フヘキモノニ非ス而シテ所論原判決ニ所論前示認定トハ独論旨第一点ニ掲ケタル事實認定ヲ指示シタルモノニ非サルノミナラス本論旨ニ所論上告人ノ抗弁ニ対スル事實ノ認定ヲ合併セテ指示シタルモノニ外ナラサルコト全判旨ニ徴シ之ヲ知ルニ難カラサルカ故ニ原判決カ其ノ他上告人ノ立証ニ依リテハ前示認定ヲ覆スニ足ラサル旨ヲ判示シ上告人ノ抗弁ヲ排斥シタルハ証拠ヲ審査シテ主張事實ノ当否ヲ判断シタルモノト謂フヘク論旨ハ採用スルニ足ラス」(同第三点に対する判断)

「然レトモ第一太湖丸カ最早左舷ヲ為スヘキ位置ニ到達シ居リタルヤ否ハ同船カ為シタル左舷行為ヲシテ衝突ヲ避クルカ為ノ臨機ノ処置トシテ正当ナルヤ否ノ判定ヲ左右セシムルニ足ラス從テ同船ノ船長ニ過失アリヤ否ニ影響ヲ及ホスヘキモノニ非サルヲ以テ原判決カ此ノ点ニ付判断ヲ為ササリシハ不当ニ非ス」(同第四点に対する判断)

「然レトモ当時本件衝突事件以外ニ速鳥丸ト第一太湖丸以外ノ船舶トノ衝突事件アリシ事跡ハ本件記録中之ヲ徴スヘキモノナキカ故ニ第一審証人植松京カ甲第三号証ニハ速鳥丸カ他船ト衝突シタルニ因リ生シタル損所ノ修繕ノ為必要ナル工事ノ仕訳書ナルコトヲ証言シタル以上ハ此ノ証言ニ依リ甲第三号ノニハ本件衝突事件ニ関係シタルモノト認ムルニ難カラサルヲ以テ同証人ニ於テ其ノ衝突セシ船ハ第一太湖丸ナリシヤ否ヤ記憶セサル旨陳述シタルニ拘ラス原審カ同人ノ証言ト甲第三号証トニ依リ被告主張ノ損害額ヲ肯定シタルハ相当ニシテ違法アルコトナシ」(同第六点に対する判断)

[2-71] 「然レトモ本件ニ付送金ノ委託ヲ為シタル市川元重ト其ノ委託ヲ受ケタル上告人トノ関係ハ法律上委任契約ニ外ナラサルコト前項論旨ニ対スル説明ノ如クニシテ其ノ両人間ニ權利義務ヲ發生セシムヘキ効力アルニ過キササルヲ以テ

右委託者市川元重カ内実浦田悦次郎ノ依頼ニ基キ同人ニ送金シタルモノナリトノ上告人主張ノ事実ハ市川元重カ送金委託ヲ為シタルニ付テノ内部ノ事情ニ外ナラサルヲ以テ此ノ事実ノ有無ハ市川元重ト上告人トノ間ニ於ケル委任契約ノ効力ヲ左右スヘキモノニ非ス故ニ原審カ是等ノ事項ハ本件ニ影響ヲ与フヘキモノニ非スト判示シ此ノ点ニ付判断ヲ為ササリシハ不当ニ非ス從テ此ノ事実ニ関スル上告人ノ証人申請ヲ採用セサリシハ唯一ノ証拠方法ヲ争杜絶シタル不法アルモノト謂フコトヲ得ス」(同第二・三・六点に対する判断)

「然レトモ法律上ノ用語トシテハ解除ト取消トハ各自別個ノ意義ナキニ非サルコト所論ノ如クナルモ世俗ニ於テハ普通一般ニ之ヲ混用スルコトヲ稀ナリトセサルヲ以テ此ノ如キ場合ニハ裁判所ニ於テ当事者ノ申立ノ趣旨ニ鑑ミ法律上何レノ場合ニ該当スルモノナルヤヲ甄シ以テ適当ノ判断ヲ為スコトヲ妨クルモノニ非スシテ其ノ如何ナル意義ニ該当スルモノナルヤヲ認定スルニ当リ一々其ノ理由ヲ明示スルコトヲ要スルモノニ非ス而シテ本件ニ於テ委託者市川元重ニ於テ送金ニ関スル委任ヲ取消シタリトノコトハ被上告人カ第一審以来主張セル所ニシテ其ノ所論取消トハ法律上解除ノ意味ニ外ナラサルコト其ノ主張事実ノ全般ニ徴シ之ヲ窺知スルニ難カラサルカ故ニ原審ニ於テ其ノ取消ヲ以テ法律上所論解除ヲ意味スルモノト認メ其ノ結果民法第六百五十一条ニ依リ適法ニ解除セラレタルモノト判定シタルハ相当ニシテ違法ニ非ス又本件委託ハ民法ノ委任ニ外ナラサルコト前論旨ニ対スル説明ノ如クニシテ原判決カ其ノ委任ヲ解除シタル事実ヲ認メタル上ハ其ノ解除ノ違法ナルコトヲ看ルニ足ルヘキ廉ナキ限り民法第六百五十一条ヲ適用シ適法ノ解除ナルコトヲ判定シタルハ当然ノ事理ナルカ故ニ原判決カ該法条ヲ適用スルニ当リ其ノ理由ヲ提示セサル不法アルモノノ如ク論スルハ其ノ当ヲ得タルモノニ非ス」(同第七点に対する判断)

「然レトモ所論判示ノ趣旨ハ銀行業者ノ實際ノ取扱振モ亦右説明ノ理論ニ一致スルコトハ裁判所ニ於テ顕著ナル事実ナル旨ヲ説示スルニ在ルコト全判旨ニ徴シ明白ニシテ固ヨリ事実裁判所トシテ斯ル認定ヲ為シ得ルコトヲ妨ケサルヲ以テ証拠ニ依ラスシテ架空ニ事実ヲ認定シタル不法アルモノニ非ス」(同第八点に対する判断)

このほか、民集不登載で法律新聞等に掲載されている [1-2]・[1-8]・[2-49]・[2-54] においても未公表部分がある。

[1-2] 「然レトモ事実裁判所ハ自由ナル意見ヲ以テ証拠ヲ取捨スルノ職権ヲ有シ其ノ証拠ヲ採用セサル所以ノ理由ヲ開示スルノ職責ナキモノナレハ原裁判所カ

所論証人ノ証言ヲ採用シ難キ旨判示シタルノミニシテ之ヲ採用シ難キ所以ノ理由ヲ説明セサリシトテ之ヲ以テ違法ナリト謂フコトヲ得ス」（同第二点に対する判断）

[1-8] 「然レトモ原院ハ乙第二号証及原審証人星長謹次同佐々木芳松同山本次男並第一審証人西村善五郎ノ各証言ニヨリテ金一万円ヲ手付金トスル定アリテ上告人（被控訴人，原告）所論ノ金二千三百円及金五千七百円ハ何レモ手付金トシテ支払ハレタルコトヲ認メ甲第一号証及乙第四号証ニヨリテハ右ノ内金二千三百円ノミカ手付金トシテ支払ハレタル事実ヲ認ムルニ足ラストナシタルモノニシテ甲第一号証及乙第四号証ニヨリテ右二千三百円ノミカ手付金トシテ支払ハレタルコトヲ認メサルヘカラサルニアラサルヲ以テ原判決ニハ上告人所論ノ如キ違法ナク論旨ハ理由ナシ」（上告論旨第一点に対する判断）

「然レトモ論旨第一点ニ付説明シタルカ如ク原院ハ各証拠ニヨリテ金二千三百円ノ外金七千七百円モ亦手付金トシテ支払ハルヘキ約定ニシテ金二千三百円ノミカ手付金ト定メラレタルニ非サルコトヲ認メタルモノニシテ原院カ甲第一号証及乙第四号証ヲ排斥スルニ当リ『右各証ニハ更ニ一月二十五日七千七百円支払フヘキ旨ヲ記載シ其ノ余ノ四万五千円ト明ニ區別シアリ従テ右七千七百円ハ前記二千三百円ト共ニ手付金タルノ趣旨ナリトモ解シ得ヘキカ故ニ云々』ト判示シタルモ不法ニ非ス又原院ハ甲第四号ヲ他ノ証拠ト共ニ『本争点ニ適切ナラス』トノ理由ニヨリ排斥シタルコト原判決上明ニシテ証拠ヲ排斥スルノ理由ヲ欠クコトナキヲ以テ原判決ニハ上告人所論ノ如キ違法ナク論旨ハ理由ナシ」（同第二点に対する判断）

「然レトモ原判決ニハ乙第四号証ヲ排斥スル理由ヲ示セルヲ以テ（論旨第二点ニ対スル説明参照）原判決ニハ上告人所論ノ如キ違法ナク論旨ハ理由ナシ」（同第三点に対する判断）

「然レトモ原審ニ於ケル証人星長謹次ニ対スル訊問調書中ニハ『証人ハ被控訴人中島常三郎ノ依頼ニヨリ御示ノ乙第二号証（乙第一号証トアルハ乙第二号証ノ誤記ト認ム）ヲ書キタリ本証ヲ作成シタルハ日付ノ日ナル大正九年五月十九日ニシテ其ノ日ニ被控訴人及同人ノ仲間ノ者一人トカ証人方へ来リ相談ノ上此ノ様ニ書キ呉レト云ヒ且総テノ売買ノ関係書類ヲ証人ニ示シタリ仍テ証人ハ被控訴人等ノ話ニ基キ且関係書類ヲ見タル上乙第二号証ヲ作成シタル次第ナリカネニ於テモ手付金一万円ナルコトハヨク承知シ居リタリ』トアリ原判決中同証人ノ証言摘示ハ之ト符合セリ而シテ原院ハ同証人ノ証言中右ノ部分ノミヲ採用シ其ノ他ノ部分ヲ採用セサリシコト原判決上明ニシテ証言ノ一部ヲ採用スル

コトハ違法ニ非サルヲ以テ同人ノ証言中之ニ抵触スル部分ノ存スルト否トヲ問ハス原判決ニハ上告人所論ノ如キ違法ナク論旨ハ理由ナシ」(同第四点に対する判断)

「然レトモ上告人カ原審ニ於テ本件売買契約カ大正九年三月二十九日解除セラレタル事實ヲ自白シタルコト大正十年七月五日付口頭弁論調書ノ記載ニヨリテ明ナルヲ以テ原院カ同日ヲ以テ本件売買契約解除ノ日ナリト確定シタルハ正当ニシテ論旨ハ理由ナシ」(同第五・六点に対する判断)

「然レトモ仮ニ上告人所論ノ如ク被告上告人カ第一審ニ於テナシタル『大正九年一月二十八日ニ内容証明郵便ヲ發シタルコトハ認ムルモ其ノ書面ハ解除ノ通知ニ非ス代金支払ノ請求ナリ』トノ陳述カ手付ノ点ニ関スル自白ナリトスルモ被告上告人ハ原審ニ於テハ『請求ノ意味ニテ云々』ト陳述スルノミニテ此ノ陳述ヲ以テ上告人所論ノ如キ自白ナリト解スルニ足ラス而シテ上告人カ原審ニ於テ被告上告人ノ第一審ニ於テ為シタル自白ヲ援用シタル形跡ナキヲ以テ原院カ上告人挙示ノ右ノ陳述(上告人ノ所論自白)ヲ裁判所ノ資料ト為ササリシハ正当ニシテ論旨ハ理由ナシ」(同第八点に対する判断)

[2-49] 「然レトモ債権者カ債務者ニ対シ先ツ物件給付ノ請求ヲ為シ債務者ニ於テ之ヲ履行スルコト能ハサルトキハ損害賠償トシテ一定ノ金額ヲ支払フヘキコトヲ請求スルコトヲ得ヘキコト当院判例ノ認ムル所ナリ(明治四十年(オ)第七九号同年四月二日判決大正十年(オ)第八六六号同年十二月二十六日判決参照)然ラハ本件ニ於テ被告上告人ヨリ上告人ニ対シ其貸付ニ係ル玄米並ニ利米ノ返還ヲ請求シ右履行不能ノ場合ニ於テ給付ニ代ルヘキ損害賠償金ヲ支払フヘキコトヲ請求シ原裁判所カ之ヲ是認シタルハ正当ニシテ本論旨ハ理由ナシ」(同第二点に対する判断)

[2-54] 「然レトモ原審カ本件取得時効ノ完成ニ付被告上告人ノ主張ニ從ヒ民法施行期日タル明治三十一年七月十六日ヨリ上告人等カ各登記ヲ為シタル大正八年四月十九日迄ニ於テ既ニ二十年ヲ經過シタル旨ヲ判示シタル上ハ其ノ民法施行期日ヨリ起算シタル二十年ノ期間ハ曆ニ從ヒ之ヲ計算スヘキモノニシテ大正七年七月十五日(月曜)ヲ以テ満了スルコトヲ知ルニ足ルヲ以テ被告上告人ニ於テ特ニ其ノ時日ヲ主張シ又原判文ニ於テ必スシモ之ヲ明示スルノ要ナク原判決ハ時効完成ノ日時ヲ明確ニセサル不法アルモノニ非サレハ本論旨ハ理由ナシ」(同第一点に対する判断)

「然レトモ取得時効ノ効果ハ其ノ完成ニ因リ当然發生スルモノニシテ原審ニ於テ被告上告人ハ取得時効ヲ援用シタルモノナレハ原審カ上告人ユカハ被告上告人

カ時効ノ完成ニ因リ其ノ所有權ヲ取得スルト同時ニ何等ノ手續ヲモ要スルコトナクシテ無權利者ト為リタル旨ヲ判示シタルハ相当ニシテ本論旨ハ理由ナシ」（同第三点に対する判断）

「然レトモ原審ハ論旨摘録ノ原判示ニ次テ被告人ハ明治十八年四月以降所
有ノ意思ヲ以テ公然且平穩ニ本件山林ノ占有ヲ為シ来レルコトヲ判示シ被告
人ノ占有カ自己ノ為ニスル意思ヲ以テスルモノナルト共ニ不動産ニ対スル実力
の支配關係アルコトヲ知ルニ足ルヲ以テ本論旨ハ理由ナシ」（同第五点に対す
る判断）

[2-49] に先例を援用している部分が含まれているが、そのほかには公表すべきほどの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。

5 大正11年10月分大審院民事判決原本の内容

原本（2冊）には、96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	10・2	大11-530	棄却	2	鬼澤藏之助	抵当権抹消	仙台地判 大11・5・11	
1	2	10・3	大11-496	棄却	1	前田直之助	土地建物所有権登記手続	宮城控判 大11・4・25	
1	3	10・3	大11-499	破毀 差戻	1	榑原幾久若	損害賠償	松江地判 大11・3・10	新聞 2056-18 彙報 34 上 26
1	4	10・3	大11-616	棄却	1	前田直之助	土地所有権 移転登記手続	千葉地判 大11・4・24	
1	5	10・3	大11-640	棄却	1	山香二郎吉	転付命令ニ 因ル債権	東京控判 大11・7・6 新聞 2022-22	

1	6	10・4	大11-678	棄却	3	成道齊次郎	土地所有権取得登記抹消	水戸地判 大11・4・27	
1	7	10・4	大11-711	棄却	3	横村米太郎	引受債務残額支払	大阪控判 大11・6・27	
1	8	10・5	大11-317	棄却	2	岩本勇次郎	約束手形金	広島控判 大11・2・4	
1	9	10・5	大11-518	破毀差戻	2	鬼澤藏之助	口銭	東京控判 大11・4・18	新聞 2051-20 彙報 33 下 508
1	10	10・5	大11-536	棄却	2	大倉鈕藏	損害賠償	広島控判 大11・5・2	
1	11	10・5	大11-542	棄却	2	鬼澤藏之助	保険金	京都地判 大11・6・4	
1	12	10・5	大11-557	棄却	2	岩本勇次郎	家屋明渡	長崎控判 大11・3・10	
1	13	10・5	大11-599	棄却	2	東龜五郎	損害賠償	神戸地判 大11・5・16	
1	14	10・5	大11-656	棄却	2	大倉鈕藏	土地売買代金	長崎控判 大11・5・16	
1	15	10・5	大11-680	棄却	2	大倉鈕藏	報酬金	仙台地判 大11・5・29	
1	16	10・6	大11-574	棄却	1	尾古初一郎	損害賠償	東京控判 大11・4・24	
1	17	10・6	大11-691	棄却	1	榑原幾久若	株式引受並損害金支払	名古屋控判 大11・5・30	
1	18	10・7	大11-477 大11-705	棄却	3	長谷川菊太郎	慰藉料請求並其ノ追加裁判	大阪控判 大11・3・13	新聞 2056-19 彙報 34 上1 評論 11 民 1075
1	19	10・7	大11-714	棄却	3	成道齊次郎	土地所有権移転登記手続	松江地判 大11・5・25	
1	20	10・7	大11-726	棄却	3	成道齊次郎	保険金	札幌控判 大11・6・17	

1	21	10・7	大11-732	棄却	3	菰淵清雄	貸金並ニ約束手形金	広島控判 大11・6・6	
1	22	10・7	大11-735	棄却	3	横村米太郎	土地所有権 確認並行為 中止	山形地判 大11・6・8	
1	23	10・7	大11-747	棄却	3	横村米太郎	売掛代金	東京地判 大11・6・29	
1	24	10・9	大11-539	棄却	2	東龜五郎	利金	長野地判 大11・4・20	
1	25	10・9	大11-692	棄却	2	大倉鈕藏	私生子認知	東京控判 大11・5・22	
1	26	10・10	大11-108	破毀 移送	1	尾古初一郎	損害賠償	長崎控判 大10・12・17	新聞 2059-21 評論 11 民 942
1	27	10・10	大11-508	棄却	1	榑原幾久若	損害賠償請 求本訴及反 訴	大阪控判 大11・5・13	
1	28	10・10	大11-541	破毀 自判	1	山香二郎吉	株金払込	大阪控判 大11・4・25	民集 1-568 新聞 2067-6 評論 11 商 602
1	29	10・10	大11-571	棄却	1	榑原幾久若	土地分割申 告並登記手 続	鹿児島地判 大11・4・21	民集 1-575 新聞 2068-17 彙報 34 上 81 評論 11 民 981
1	30	10・10	大11-658	棄却	1	尾古初一郎	保証債務金	大阪控判 大11・6・12	
1	31	10・10	大11-664	棄却	1	前田直之助	土地登記手 続	長崎控判 大11・5・2	
1	32	10・10	大11-673	棄却	1	山香二郎吉	小切手金	大阪地判 大11・6・10	
1	33	10・11	大11-501	破毀 差戻	3	長谷川菊太郎	損害賠償	長崎控判 大11・5・2	新聞 2051-19 彙報 33 下 505
1	34	10・11	大11-618	棄却	3	成道齊次郎	貸米	福島地判 大11・6・2	

1	35	10・11	大11-738	棄却	3	成道齊次郎	探掘権移転 登記抹消	東京控判 大11・7・18 新聞2032-5 評論11民606	
1	36	10・11	大11-744	棄却	3	菰渕清雄	壳掛代金	東京地判 大11・6・17	
1	37	10・11	大11-759	棄却	3	横村米太郎	預け金	富山地判 大11・7・18	
1	38	10・12	大11-554	棄却	2	鬼澤藏之助	総会決議無 効確認	名古屋控判 大11・5・30 新聞2006-10 評論11商305	民集1-581 新聞2059-5 評論11商439
1	39	10・12	大11-653	棄却	2	岩本勇次郎	損害賠償	大阪控判 大11・4・24	
1	40	10・12	大11-707	棄却	2	東龜五郎	不当利得金	広島控判 大11・5・31	
1	41	10・13	大11-688	棄却	1	前田直之助	土地所有権 確認並通行 禁止	大阪控判 大11・6・6	
1	42	10・13	大11-718	棄却	1	尾古初一郎	商号登記抹 消手続	大阪控判 大11・6・30	
1	43	10・14	大11-280	棄却	1	横村米太郎	株金払込	長崎控判 大11・2・16 新聞1973-19 評論11商193	民集1-587 新聞2061-7 評論11商487
1	44	10・14	大11-396	棄却	3	菰渕清雄	手形金	大阪控判 大11・4・18	
1	45	10・14	大11-552	棄却	3	菰渕清雄	貸金	岡山地判 大11・4・19	
2	1	10・16	大11-575	棄却	2	東龜五郎	損害賠償	広島控判 大11・5・2	
2	2	10・16	大11-581	棄却	2	岩本勇次郎	私生子認知	長崎控判 大11・5・1	

2	3	10・16	大11-590	棄却	2	鬼澤藏之助	牝馬引取	千葉地判 大11・4・24	
2	4	10・16	大11-740	棄却	2	大倉鈕藏	保証債務履行	大阪控判 大11・6・17	
2	5	10・18	大11-543	棄却	3	横村米太郎	道路開鑿並 二通行禁止	福島地判 大11・5・12	
2	6	10・18	大11-549	棄却	3	長谷川菊太郎	貸金並損害 賠償	宮城控判 大11・4・22 新聞1986-7 評論11民350	
2	7	10・18	大11-564	破毀 差戻	3	菰渕清雄	貸金	新潟地判 大11・3・30	新聞2062-17 彙報34上29
2	8	10・18	大11-561	棄却	3	長谷川菊太郎	鉄滓売買代 金返還並二 損害賠償	広島控判 大11・3・30	
2	9	10・18	大11-591	棄却	3	横村米太郎	商標登録無 効審判	特許庁審決 大11・5・29	
2	10	10・18	大11-594	棄却	3	成道齊次郎	商標登録無 効	特許庁審決 大11・5・29	民集1-597 新聞2056-21 彙報34上8 評論11諸365
2	11	10・18	大11-771	棄却	3	横村米太郎	損害賠償	千葉地判 大11・6・30	
2	12	10・19	大11-749	棄却	2	岩本勇次郎	土地売買登 記抹消手続	東京控判 大11・4・22	
2	13	10・19	大11-755	棄却	2	東龜五郎	損害賠償	名古屋控判 大11・6・29	
2	14	10・19	大11-758	棄却	2	鬼澤藏之助	養子縁組無 効	広島控判 大11・7・8	
2	15	10・20	大11-724	棄却	1	前田直之助	共益金精算 残益金引渡	名古屋控判 大11・6・10	
2	16	10・20	大11-625	棄却	1	山香二郎吉	代金返還及 違約金	長崎控判 大11・5・1	

2	17	10・20	大11-655	棄却	1	榑原幾久若	証拠金	大阪控判 大11・5・11	
2	18	10・20	大11-709	棄却	1	山香二郎吉	物品返還	長崎控判 大11・5・31	
2	19	10・20	大11-730	棄却	1	尾古初一郎	損害賠償	東京控判 大11・6・27 評論11民603	
2	20	10・20	大11-748	棄却	1	榑原幾久若	親代金	仙台地判 大11・7・6	
2	21	10・20	大11-763	棄却	1	榑原幾久若	小切手金	東京控判 大11・6・23	
2	22	10・20	大11-772/775	棄却	1	前田直之助	損害賠償	大阪控判 大11・6・16	
2	23	10・21	大11-603	棄却	3	横村米太郎	家屋明渡	東京地判 大11・5・16	
2	24	10・21	大11-783	棄却	3	横村米太郎	預金返還	長崎控判 大11・6・22	
2	25	10・22	大11-602	棄却	2	鬼澤藏之助	貸金	東京控判 大11・6・3	
2	26	10・22	大11-776	棄却	2	大倉鈕藏	事務引継	宇都宮地判 大11・7・29	
2	27	10・25	大11-34	棄却	3	成道齊次郎	追加裁判申立		
2	28	10・25	大11-450	棄却	3	成道齊次郎	所有権確認 保存登記抹 消並不動産 売買無効確 認所有権移 転登記抹消	名古屋控判 大11・3・30	民集1-604 新聞2062-19 彙報34上38 評論11民1080
2	29	10・25	大11-504	棄却	3	菰渕清雄	保険金	大阪控判 大11・4・20	民集1-612 新聞2076-22 彙報34上106 評論11商461

2	30	10・25	大11-572	棄却	3	横村米太郎	小作米	岡山地判 大10・5・6	
2	31	10・25	大11-627	棄却	3	横村米太郎	土地建物引渡並所有権移転登記手続	東京控判 大11・6・5	
2	32	10・25	大11-789	棄却	3	長谷川菊太郎	所有権移転登記抹消	宮城控判 大11・6・13	民集1-616 新聞2060-20 彙報34上60 評論11民983
2	33	10・25	大11-801	棄却	3	長谷川菊太郎	貸金弁済	大阪控判 大11・7・6	民集1-621 新聞2060-19 彙報34上56 評論11民10
2	34	10・26	大11-611	棄却	2	東龜五郎	貸金	仙台地判 大11・6・1	
2	35	10・26	大11-764	棄却	2	大倉鈕藏	報労金	大阪控判 大11・5・31 新聞2000-13	民集1-626 新聞2060-19 彙報34上54 評論11諸374
2	36	10・26	大11-800	棄却	2	岩本勇次郎	詐害行為取消	長崎控判 大11・6・21	
2	37	10・27	大11-538	棄却	1	尾古初一郎	債務消滅確認証書返還	宮城控判 大11・4・27	民集1-725 新聞2070-17 彙報34上72 評論11民1072
2	38	10・27	大11-589	棄却	1	山香二郎吉	養子離縁	名古屋控判 大11・5・13	
2	39	10・27	大11-604	棄却	1	前田直之助	損害賠償	長野地判 大11・3・23	
2	40	10・27	大11-610	棄却	1	尾古初一郎	契約取消金円返還	東京控判 大11・5・24	

2	41	10・27	大11-619	棄却	1	榊原幾久若	家屋明渡並 二賃料損害 金	東京控判 大11・5・19	
2	42	10・27	大11-622	棄却	1	尾古初一郎	委託金	長崎地判 大11・4・26	
2	43	10・27	大11-784	棄却	1	前田直之助	養子縁組無 効確認	東京控判 大11・5・30	
2	44	10・27	大11-799	棄却	1	榊原幾久若	約定金	山形地判 大11・7・7	
2	45	10・28	大11-654	棄却	3	成道齊次郎	小切手金	東京控判 大11・5・23	
2	46	10・28	大11-807	棄却	3	横村米太郎	土地所有権 移転登記手 続	宮城控判 大11・8・1	
2	47	10・28	大11-813	棄却	3	長谷川菊太郎	仮登記抹消	名古屋控判 大11・7・14	
2	48	10・30	大11-608	破毀 差戻	2	大倉鈕藏	損害賠償	仙台地判 大11・5・15	新聞 2062-20 彙報 34 上 42
2	49	10・30	大11-612	棄却	2	鬼澤藏之助	売掛代金	大阪控判 大11・3・25	
2	50	10・30	大11-806	棄却	2	鬼澤藏之助	保証債務履 行	東京控判 T9・2・13	
2	51	10・30	大11-809	棄却	2	岩本勇次郎	土地境界確 認	長崎地判 大11・6・28	

96判決中、破毀7件、棄却89件となっている。

6 大正11年10月分大審院民事判決原本の分析

6-1. 民集登載基準の検討

6-1-1. 民集登載判決の分析

全96判決のうち11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（[1-28]〔民集判示事項：払込未済ノ株金ニ関スル発起人ノ義務

ノ範囲〕・[1-29]〔同：土地所有権ノ単位ト其ノ分割手續〕・[1-38]〔同：資本減少及其ノ方法ニ関スル決議〕・[1-43]⁸⁾〔同：株金全額払込前ニ於ケル増資ノ効力〕・[2-28]〔同：代理人ニ依ル占有ト悪意ノ占有——占有ノ承継〕・[2-29]〔同：商法第四百二十九条第一項但書ノ過失ノ意義〕・[2-32]⁹⁾〔同：債権者カ予メ弁済ノ受領ヲ拒絶シタル場合ト債務者ノ供託〕・[2-35]〔同：遺失物ノ拾得者ニ給スヘキ報労金ノ範囲〕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るため、民集に登載されることになったものと推測される。

[2-10]（同：特許局ノ審決ニ対スル上告ト猶予期間——商標ノ類似タルヤ否ヤヲ判断スル標準）では、判決要旨第一・第二に対応する部分（判決文中の「職権ヲ以テ……審案スル」部分）が民集には掲載されていない（当該部分は法律新聞で確認することができる）。同第一・第二に関する先例は見当たらないため、この部分を民集に登載する意義は大きい。要旨のみを採録したことの意図は判然としない。また、同第三については判決理由で援用されている先例がある。にもかかわらずこの部分を掲載することに踏み切った理由は定かではない。

[2-33]（同：消費貸借ノ成立ト金銭ノ授受）においても判決理由中に先例の援用がある。この先例は本件の判決要旨第一に対応するものであるが、この先例の判決要旨（民録）は同第一のような一般的準則を示すものではない。そのため、先例が存在するにもかかわらず、要旨において一般的準則を示すために本件が民集登載判決とされたものと推測される（なお、同第二は、この準則の射程を具体的に明らかにしているものである）。

[2-37]（同：相殺ニ因リ債務ノ消滅シタル場合ニ於ケル債権証書ノ返還請求権）には先例の援用はないが、実は同趣旨の先例¹⁰⁾が存在する。そうであるにもかかわらず、本件が民集に登載された理由は判然としない。

8) この判決の原本冒頭には「参考」の朱印があるため、当初は登載の対象とはなっていないかったようである。

9) 判決理由には先例の援用があるが、判決要旨として採用されている部分の先例といえるものではない。

10) 大（三民）判大4・2・24民録21-180（民録の判決要旨「民法第四百八十七条ハ債権カ独リ弁済ニ因リ消滅シタル場合ニノミ適用スヘキモノニ非スシテ其旨趣ハ更改相殺免除其他ノ原因ニ因リ消滅シタル場合ニモ筈当シ得ヘキモノナレハ弁済以外ノ原因ニ因リ債権全部消滅ニ帰シタル場合ニ於テモ債務者ハ債権証書返還ノ請求権ヲ有スルモノトス」）。

6-1-2. 民集不登載判決の分析

6-1-2-1. 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

[1-26] (法律新聞表題：双務契約ノ同時履行ト然ラザルモノ)は、双務契約において一方に先履行義務がある旨の約定がある場合には、「同時引換ノ履行ヲ約シタルモノト謂フヘカラス」とするものである。民集に登載するほどの重要性はないと考えられたのであろうか。

未公開判決 [1-20] には、当初、「登載」の押印があったが、これに取消線が引かれ、新たに「参考」の朱印が押されている。

[1-20] 「然レトモ商法第四百三十三条ニ依リ生命保険契約ニ準用セラルル同法第三百九十七条ニハ保険契約ノ当時当事者ノ一方又ハ被保険者カ事故ノ生セサルヘキコト又ハ既ニ生シタルコトヲ知レルトキハ其ノ契約ハ無効トスト規定シアルヲ以テ生命保険契約ノ成立当時被保険者カ既ニ死亡シタルモ保険契約者ニ於テ之ヲ知ラサリシトキハ其ノ保険契約ハ有効ナリト謂フヘク同条ハ保険契約者ト被保険者カ同一人ナル場合ト然ラサル場合トヲ区別セサルヲ以テ兩者カ同一人ナル場合ニ於テモ其ノ適用アルモノト謂ハサルヘカラス從テ保険契約者ニシテ被保険者タル者カ生命保険契約ノ申込ヲ為シ契約成立ノ場合ニ於テ支払ヘキ保険料ヲ予メ払込ミタル後死亡シ其ノ相続人之ヲ知ラス保險者モ亦之ヲ知ラスシテ保険契約者ニ対シ承諾ノ通知ヲ發シタルトキハ其ノ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ於テ保険契約成立シ其ノ契約ハ前示規定ノ趣旨ニ依リテ有効トナルモノト解スルヲ相当トス蓋シ本件保険契約ハ隔地者間ニ為サレタルモノニシテ保険契約者ノ生前為シタル申込ハ民法第九十七条第二項ニ依リテ其ノ効力ヲ失ハス保險者ノ承諾ノ通知ハ同法第五百二十六条第一項ニ依リ保險契約者ニ到達セサルモ之ヲ發シタル時ニ於テ其ノ効力ヲ生スルモノナレハナリ原判決ノ確定シタル事實ニ依レハ被上告人ノ亡父水口弥ハハ大正九年五月中自己ヲ被保険者被上告人ヲ保険金受取人トシテ上告会社ニ対シ養老生命保険契約ノ申込ヲ為シ契約成立ノ場合ニハ第一回保険料ニ充当スヘキ約定ニテ其ノ保険料相当ノ金額ヲ支払ヒ同年六月九日溺死シタルモ被上告人之ヲ知ラス上告会社モ之ヲ知ラスシテ同年六月十日保険証券ヲ作成シ之ヲ弥ハニ向ケ發送シテ承諾ノ通知ヲ為シタルモノトス故ニ原院カ右ノ保険契約ハ前示法条ニ依リ有効ニシテ大正九年六月十日成立シタルモノト認メ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)

「然レトモ上告会社カ錯誤ニ依リ保險証券ヲ發行シタリトノ事實ハ原判決ノ

認メサル所ニシテ上告人ハ此ノ事実ヲ前提トシテ原判決ヲ攻撃スルモノナレハ
原判旨ニ副ハサルモノニシテ採用スルニ足ラス」(同第二点に対する判断)

上告論旨第一点に対する判断の部分には、先例の存在しない重要な判断が含まれているように見受けられる。

6-1-2-2. 「参考」判決

大正11年10月分には、既に紹介した [1-20] のほか、参考の朱印が押されているものが5件ある。

まず、[2-7]（法律新聞表題：賃貸借¹¹⁾ト立証責任）は、消費貸借による返還請求の場合において、貸借を証する書面の成立が当事者間で争われていない以上、消費貸借の不成立を主張する者がその立証責任を負う旨を判示するものである。実務上の参考に供するという意味で、「参考」判決とされたのではないかと推測される。

この [2-7] については、法律新聞で全文を確認することができるが、これ以外の4件は、すべて未公刊判決である。

[1-6]¹²⁾ 「然レトモ債権担保ノ為不動産ヲ信託シテ債権者ニ譲渡シカ登記ヲ為シタル場合ニ於テハ当事者ノ合意ニ依リ内部関係ニ於テ或ハ其ノ所有権ヲ債務者ニ留保シ或ハ之ヲ債権者ニ移転スルコトアルヘシト雖債務ノ弁済ニ因リ該不動産ヲ債務者ニ回復スルニ当リ債務者ノ為ニ之カ登記ヲ為スニハ所有権移転登記ノ手續ニ依ルト所有権取得登記抹消ノ手續ニ依ルトハ当事者ノ随意ニ依ルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ孰レノ方法ニ依ルモ債務者ノ所有名義ニ復シ其ノ所有権ヲ公示セシムルニ足レハナリ是レ当院判例ノ趣旨ニ於テ是認スル所ナリ（大正七年（オ）第一九四号同年四月四日当院判例参照）故ニ原裁判所カ本件売渡担保ハ内部関係ニ於テ所有権ヲ債務者ニ留保シタルモノナルヤ將タ之ヲ債権者ニ移転シタルモノナルヤヲ審査セスシテ被上告人ノ本訴抹消登記ノ請求ヲ是認シタルハ不法ニアラス其ノ他原判決ニハ上告人所論ノ如キ不法アルコトナシ」（上告論旨第二点に対する判断）

[1-34] 「然レトモ原判決ノ認ムル所ニ依レハ掃部堰廣治ハ明治四十二年十二月

11) 「消費貸借」の誤りであろう。

12) 原本には、「第二点」の墨書があり、この部分が「参考」に値すると考えられていたものとみられる。そのため、本文では、この部分に関する大審院の判断のみを紹介する。同様の理由から、以下の [1-34] については「第三点」、[1-40] については「第一点」のみに限定する。

二十七日被告入ヨリ一俵三斗ニ付入玄米五十俵ヲ返済期限ハ明治四十三年十一月二十日限借用期間中ハ利米二割ヲ付シ支払フヘキ約ニテ借受ケタルモノニシテ斯カル貸借ニ在リテハ被告入ハ民法第四百十六條ニ依リ債務不履行ニ因ル通常ノ損害ヲ請求スルコトヲ得ヘク廣治ノ債務不履行ニ因ッテ通常生スヘキ損害ハ特別ノ事情ナキ限り被告入カ返済期限迄ニ受クヘキ利米ニ相当スル額ナリト看做スヲ妥当トスルヲ以テ假令返済期限後ニ同額ノ利米ヲ支払フヘキ特約ナシトスルモ被告入ハ返済期限後右利米ニ相当スル玄米ノ支払ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノトス是レ當院判例ノ認ムル所ナリ（大正十年（オ）第二四〇号同年五月十八日當院判決參照）故ニ原裁判所カ被告入ノ請求中返済期限迄年一割五分ニ相当スル利米ノ請求ヲ理由アリト認メ返済期限後ニ於テモ判決執行済ニ至ル迄ト同額ノ利米ノ請求權アリト認メタルハ不法ニ非ス仍テ上告論旨ハ理由ナシ」（同第三点に対する判断）

[1-40] 「然レトモ判決書ニ掲クヘキ当事者及法律上代理人ノ表示ハ其ノ人違ノ恐ナキ程度ニ記載スレハ足ルモノニシテ其ノ身分職業ノ記載ヲ欠クモ其ノ何人ナルヤヲ知り得ヘキトキハ表示ノ効力ヲ失フモノニ非サレハ原判決ハ法律上ノ要件ヲ欠カスル違法アリト謂フヲ得ス」（同第一点に対する判断）

[2-11] 「然レトモ本件ニ付（一）上告人カ第一審ニ於テ大村源之助方ヲ仮住所ト定メテ届出ヲ為シタルコト（二）第一審裁判所カ上告人ノ申立タル故障ニ付口頭弁論ノ新期日ヲ大正七年八月三十日午前八時ト定メ上告人ニ対スル該期日ノ呼出状カ同月十四日右仮住所ニ送達セラレ上告人不在ノ為ニテ仮住所主大村源之助ニ於テ右期日呼出状ヲ受領シタルコト（三）大正七年八月三十日午前八時ノ右口頭弁論期日ニ上告人出頭セサリシ為ニテ第一審裁判所ハ被告入ノ申立ニ因リ上告人ニ対シテ故障棄却ノ新欠席判決ヲ言渡シタルコトハ何レモ記録ニ徴シ明瞭ニシテ訴訟当事者カ仮住所ヲ定メ裁判所ニ届出タル場合ニハ書類ノ送達ハ仮住所ニ於テ為スヘク送達ノ当時本人不在ナルトキハ仮住所主ハ本人ニ代リテ送達ヲ受クル權限ヲ有スルコトハ當院判例（大正七年（れ）第四百九十二号同年五月二十四日判決參照）ノ示ス所ナレハ原裁判所ニ於テ上告人ニ対スル右期日呼出状カ上告人ノ仮住所主大村源之助ニ送達セラレタルハ適法ニシテ上告人ノ右期日ニ出頭セサリシハ其ノ懈怠ニ歸スル旨判断シ因テ以テ右新欠席判決ニ対スル上告人ノ控訴ヲ理由ナシト認メ民事訴訟法第四百二十四條ニ依リ其ノ控訴ヲ棄却シタルハ正當ニシテ所論ノ如ク法律ヲ不當ニ適用シタルモノニ非ス又第一審裁判所カ右故障前ニ為シタル欠席判決ニ対スル攻撃ハ上告適法ノ理由ト為スニ足ラス」（上告論旨に対する判断）

まさに実務上の参考になるといえるものであろう [1-40] 以外はすべて判決理由中に先例が援用されている。

6-1-2-3. 破毀判決

民集不登載判決の中には、既に紹介した [1-26]・[2-7] を除く4件の破毀判決がある（いずれについても判決の全部又は一部は法律新聞に掲載されている）。

[1-3]（法律新聞表題：強制執行ノ実施ト執達吏ノ責任）・[1-33]（同：第三者ノ作成シタル書証ト証拠力）・[2-48]（同：判決ト理由齟齬及理由不備）については、同旨の先例は見当たらないが、これらは、必ずしも重要度の高い、先例となりうる判断を示しているとはいえない。[1-9]（同：一私人ノ証明書ト証拠力）には、判決年月日は明示されていないが、判決理由中に「夙ニ当院ノ判例ニ於テ是認セル法理」とする部分がある。

6-1-2-4. 棄却判決

民集不登載の棄却判決は79件ある。このうち公表されているのは、[1-18]（法律新聞表題：電車車掌ノ信号ト過失ノ責任／電車運転手ノ注意ノ程度／逆行ノ信号ト反対側面ノ注意）の1件のみである。本件は、列車がオーバーランのために逆行していたところ、その後方を通過していた者と衝突し、同人が死亡した事案で、当該列車の車掌の過失の有無等が問題となっているものであるが、重要な判断を含むものとはいえない。

二審判決のみが公刊されている [1-5]・[1-35]・[2-6]・[2-19] の4件については、それらの大審院判決を以下で紹介しておく。

[1-5]（二審判決の法律新聞表題：債権仮差押後支払ノ効力） 「然レトモ原判決事実摘示並其ノ引用シタル第一審判決事実摘示ニ依レハ原審ニ於テ上告人カ被告上告人主張ノ債権差押及転付命令ノ送達ヲ受ケタルコトヲ認メ且上告人ヨリ訴外大崎千代松ニ対シ負担シ居タル材木代金ノ残額四千元ハ被告上告人主張ノ債権仮差押命令ノ送達前善意ヲ以テ弁済シタルニ付本訴請求ニ応スル義務ナキコトヲ主張シタルコト明ニシテ上告人カ原審ニ於テ被告上告人主張ノ債権差押及転付命令カ材木代金ヲ目的トシタルモノナルコトヲ認メテ争ハサリシ事実ヲ知ルニ足ルノミナラス之ヲ訴訟記録ノ全般ニ徴シ將上告人ノ当審ニ提出シタル債権差押及転付ノ各命令書添付ノ差押目録ト対照シテ考フレハ其ノ差押目録ニハ金四千元ノ預ケ金返還請求権ト記載シ且其ノ傍ニ大正八年十二月十五日売買代金ノ一部ヲ預ケ金トシタルモノト記入シアリテ其ノ所謂預ケ金ハ売買代金ノ一部

ニ外ナラスシテ預ケ金ト云ヒ代金ト云フモ畢竟其ノ実質ニ於テ異ナラサル同一ノ債権ヲ意味シ被告人ハ此ノ債権ヲ目的トシテ本訴ノ請求ヲ為シ原告人モ亦此ノ債権ヲ目的トシタル訴訟ナルコトヲ諒知シテ其ノ請求ヲ拒否シ從テ原審モ亦此ノ訴旨ニ基キ被告人ノ請求ヲ認容シタルモノニ過キサルコトヲ認ムルニ難カラサルモノトス故ニ原判決ニ於テ被告人カ原告人ニ対シ裁判所ノ転付シタル債権ト別異ノ債権ヲ有スルモノト誤認シ之ヲ判断ノ基礎ト為シタル不法アリト攻撃シ且原告人カ認メサル事實ヲ認メタルモノト認定シタル不法アルモノノ如ク論難スルハ皆其ノ当ヲ得タルモノニ非ス」(上告論旨第一・二点に対する判断)

「然レトモ民事訴訟法第三百六十条ハ特別ノ規定ナキ限り第一審タルト第二審タルトヲ問ス其ノ何レノ裁判所ニ於テモ適用アルヘキハ論ヲ俟タル所ナルヲ以テ第二審裁判所ト雖証拠ヲ調ヘタル結果ニ因リ証スヘキ事実ノ真否ニ付裁判所カ心証ヲ得ルニ足ラサルトキハ同条ニ依リ職権ヲ以テ当事者本人ノ訊問ヲ為スコトヲ妨ケルモノニ非スシテ其ノ相手方ヨリ新ニ証拠ヲ提出シタル場合ト否トニ因リ差異ヲ生スヘキ規定ナキカ故ニ其ノ新証拠提出ノ有無ニ因リ同条ノ適用ヲ異ニスヘキモノニ非ス從テ其ノ相手方ニ於テ何等ノ立証ヲ為ササル場合ニ於テモ第二審裁判所ハ第一審裁判所ノ憑拠セル証拠ニ依リ第一審ト同一ノ事實認定ヲ為ササルヘカラサルノ理由アルコトナク其ノ当事者ノ一方ノ提出シタル証拠ヲ調ヘタル結果心証ヲ得ルニ足ラサルトキハ其ノ本人ヲ訊問シ以テ其ノ心証ノ存スル所ニ從ヒ事實ノ判定ヲ為スコトヲ得ルモノナルヤ多言ヲ要セスシテ明ナリ故ニ原審カ第一審判決ノ憑拠トセル証拠ニ対シ被告人ニ於テ新ナル証拠ヲ提出セサリシモノナルニ拘ラス原告人本人ヲ訊問シタル末原告人ニ敗訴ヲ言渡シタルハ採証ノ法則ニ違背シタル不法アルモノト謂フコトヲ得ス」(同第三点に対する判断)

「然レトモ本件差押及転付命令ノ目的タル債権カ右各命令書添付ノ差押目録ニ記載セル如ク預ケ金ト云ヒ代金ト云フモ其ノ実質ニ於テ異ナラサル債権ヲ意味スルモノナルコト論旨第一, 二点ニ対シ説明セル所ニ依リ明ニシテ被告人ハ第一, 二審共同債権ヲ目的トスルコトヲ主張セルモノニ外ナラサレハ所論ノ如ク被告人ハ第一審ニ於ケル預ケ金返還請求ノ訴ヲ第二審ニ至リ売買代金支払請求ノ訴ト変更シタル事實アルコトナク從テ原判決ハ被告人カ其ノ訴ヲ変更シタルニ拘ラス其ノ請求ヲ許容シタル失当アルモノニ非ス」(同第四点に対する判断)

[1-35] (同: 取扱銀行ノ為替資金関係ト債務者ノ遲滞) 「然レトモ原判決ノ認

ムル所ニヨレハ本件当事者ハ本件採掘権ヲ以テ被告上告人ニ対スル上告人ノ債務ヲ担保スルノ契約ヲ為スト同時ニ上告人カ大正九年九月二十一日迄ニ債務ノ元利総額一万六千三十一円九十二銭ヲ被告上告人ニ支払ハサルトキハ右債務額ヲ代金ニ引当テ本件採掘権ヲ被告上告人ニ移転セシメ被告上告人ハ其ノ譲渡証書及採掘権移転登録申請書ヲ使用シテ之ヲ被告上告人名義ニ移転登録ヲ為スコトトシタルモノナレハ大正九年九月二十一日迄ニ上告人カ右ノ債務ノ弁済ヲ為ササルトキハ採掘権ハ当然被告上告人ニ移転シ之ト同時ニ上告人ノ債務ハ消滅スルモノトス故ニ上告人カ同日迄ニ其ノ弁済ヲ為ササリシ以上ハ其ノ後ニ至リ弁済ヲ為スコトヲ得サルヤ明ニシテ被告上告人カ同日以後ニ於ケル弁済ノ受領ヲ拒絶シ本件採掘権ヲ被告上告人名義ニ移転登録手續ヲ為シタルハ相当ナリ故ニ上告人ノ本訴請求ヲ排斥シタル原判決ハ不法ニアラス即チ上告論旨ハ理由ナシ」（同第一・二点に対する判断）

「然レトモ証人林行彦ノ証言ハ弁済期日ヲ九月二十二日ト定メタキ希望ナリシモ結局二十一日トスルコトニ承諾シタルトノ趣旨ニ帰著スルヲ以テ原判決ニ『之ヲ認ムルニ由ナシ』トアルハ林行彦ノ証言ヲ信用スルモ上告人主張ノ誤記ノ事実ヲ認ムルノ証拠ト為スニ足ラストノ意義ナルコト明ナリ故ニ原判決ニハ理由不備ノ不法アルコトナシ」（同第三点に対する判断）

「然レトモ原判決ニ甲第四号証ノ九月二十七日マテノ競売期日ノ延期申請書ハ右契約ノ性質ニ関スル解釈ヲ左右スルノ価値ナシ云々其ノ他ニ右ノ延期ノ承諾アリタル事実ヲ見ルニ足ルヘキ証拠アルコトナシト記載アルニ依リテ之ヲ觀レハ原裁判所カ大正九年九月二十七日迄弁済期ノ延期セラレタル事実ヲ認ムルニ足ラストシテ上告人ノ主張ヲ排斥シタルコト明ナルヲ以テ原判決ハ争点ニ対スル判断ヲ遺脱シタルモノニアラス仍テ上告論旨ハ理由ナシ」（同第四点に対する判断）

「然レトモ上告人ハ第一点ニ説明シタル如キ契約ヲ為シ大正九年九月二十一日ノ期日ニ金円ノ支払ヲ為ササリシ者ナレハ債務不履行ノ責ヲ免レス故ニ被告上告人カ其ノ後ノ金円受領ヲ拒絶シタルハ相当ニシテ之カ為ニ被告上告人カ本件採掘権ヲ取得スルニ至ルモ契約ノ効果ナレハ不当ニ利得シタルモノト謂フヘカラス故ニ原裁判所カ大正九年九月二十二日上告人ノ為シタル弁済ノ提供ヲ被告上告人カ受領セサリシコトヲ以テ取引ノ信義ニ反シタルモノニアラスト説明シタルハ相当ニシテ上告論旨ハ理由ナシ」（同第五点に対する判断）

[2-6]（同：前借金も返すに及ばず） 「然レトモ原院ハ証拠ニヨリ上告人（被控訴人）ニ於テ大正元年八月十五日ヨリ向フ十箇年間被告上告人（控訴人）ヨシ

エ（明治三十四年五月七日生）ヲ芸妓ニ仕立テ同人ハ修行ノ上芸妓稼業ニ従事スヘリ右稼業ニヨリ同人ノ受ケル玉代纏頭等ノ収入ハ総テ上告人ノ利得トナリヨシエハ一金タモ自己ノ所得ト為スコトヲ得ス又同人及被上告人豊治ハ金二千円ヲ上告人ヨリ借受右年期中ヨシエノ芸道不熟ニシテ其ノ営業ノ見込立タサルトキ其ノ他正当ノ理由ナクシテ上告人方ヲ退去スル等不都合ノ行為アルトキハ右兩名連帯シテ上告人ニ対シ信用金ニ対シ相当ノ利子ヲ加ヘテ支払フヘク且前示大正元年八月十五日ヨリ右事由發生ノ時迄ヨシエニ対スル芸道仕込費食費ノ賠償トシテ一日金十二銭ノ損害金及其ノ他ノ損害ヲ賠償スヘキコトヲ契約シタル事實ヲ認定シ右契約ハ主トシテヨシエニ対シ苛重ノ責任ヲ負ハシメ著シク同人ノ自由ヲ拘束スルモノト判断シタルコト判文上明白ナリ而シテ原院ノ認メタル前示契約カヨシエニ対シ苛重ノ責任ヲ負ハシメタルモノナルコトハ前示契約自体ニ徴シ明白ニシテ特ニ此ノ点ニ関シ証拠説明ヲ俟タサレハ所論ノ如ク之ニ関シ証拠ヲ挙クル必要ナク且右判断ハ実験則ニ違背シハル不法アルコトナケレハ原判決ハ正当ニシテ本論旨ハ理由ナシ」（同第一点に対する判断。同第二点に対する判断については省略。）

「然レトモ甲第一号証ノ記載ハ所論ノ如クヨシエカ正当ノ理由ニ依リ上告人方ヲ退去シタルトキハ損害賠償ノ義務ナシト定メタルモノノ如ク解シ得ラレサルニアラサレトモ原院ハ上告人カ被上告人ト本件契約ヲ結ヒタルハ此ノ点ニ存セスシテ其ノ本誌ハ既ニ第一点ニ挙示シタル如ク被上告人ヨシエヲシテ芸妓稼業ニ従事セシムル為同人カ稼業ニヨリ受ケタル収入ハ一金タモ自己ノ所得ト為スヲ得サルニ反シ其ノ芸道不熟ニシテ営業ノ見込立タサルトキ又ハ同人カ正当ノ理由ナクシテ上告人方ヲ退去スル等不都合ノ行為アルトキハ被上告人ヨシエ豊治ヲシテ多大ノ損害賠償ノ義務ヲ負担セシメ以テ主トシテヨシエニ苛重ノ責任ヲ負ハシメ因テ同人ヲシテ年期中芸妓稼業ヲ為サシムルニ在リト認メタルコト判文上明白ニシテ此ノ如キ契約ハ人ノ自由ヲ拘束スルモノナレハ公序良俗ニ反シ民法第九十条ニヨリ無効タルヘキモノトス然ラハ原院カ本件契約ノ無効ヲ断定シタルハ正当ニシテ本論旨ハ理由ナシトス」（同第三点に対する判断）

[2-19] 「然レトモ原判決ノ当該判示ニ於テ甲第一号証乃至第三号証ニ依リ認メ得ヘキモノト為シタルハ被控訴人即チ被上告人ノ社会上ノ地位身分年齢及教育ノ程度ニシテ其ノ他諸般ノ状況トアルハ訴訟ニ表ハレタル諸般ノ状況即チ当事者間ノ関係ヲ指シタルモノト解スヘキナリ故ニ諸般ノ状況ヲモ右甲号証ニ依リ認メタル趣旨ナリト誤解シ此ノ誤解ヲ前提トスル本論旨ハ理由ナシ」（同第一点に対する判断）

「然レトモ婚姻予約ノ下ニ男子ト同棲シテ事実上ノ夫婦関係ニ在ル女子カ其ノ期待ニ反シテ正当ノ理由モナキニ婚約ノ履行ヲ拒絶セラレタルニ於テハ女子トシテ境遇上其ノ不幸大ナラストセス其ノ精神上ニ多大ノ苦痛ヲ感スヘキハ人情ノ常ニシテ証明ヲ要セサル顯著ノ事実ナリ之ヲ否認セントセハ否認スル者ニ於テ然ラサル所以ノ事情ヲ立証セサルヘカラス又斯ノ如キ無形ノ損害ハ財産上ノ損害ノ如ク其額ヲ具体的証拠ヲ以テ挙示スルニ由ナク各場合ニ於ケル諸般ノ事情ヲ斟酌シテ之ヲ定ムルノ外ナシ是原院カ上告人ノ婚約不履行ニ因リ被上告人ノ受ケタル損害額ヲ被上告人ノ社会上ノ地位身分年齢及教育ノ程度ヲ考慮シテ定メタル所以ナリ故ニ原院カ被上告人ノ精神上ノ損害ヲ認メタルコト及其ノ認メタル損害額ハ何等根拠ナキニ独断ナリト謂フヘカラス」（同第二点に対する判断。同第三・四点に対する判断については省略。）

[2-6] は、大（二民）判大9・9・29新聞1922-10（法律新聞表題：苛重の責任を負はしむる芸妓稼業を目的とする契約は無効なり）の差戻上告審である。差戻控訴審（本件二審）では、上告審と同じ判断がなされた一方で、芸妓の前借金についても、芸妓稼業を目的とする契約の内容であり、これと不可分の関係にあるものとして、無効となるとの新たな判断が示されていたが、差戻上告審（本件）ではこれは争点とはならなかったようである。

[2-19] では、婚姻予約を破棄された女子の精神的苦痛について、「女子トシテ境遇上其ノ不幸大ナラストセス其ノ精神上ニ多大ノ苦痛ヲ感スヘキハ人情ノ常ニシテ証明ヲ要セサル顯著ノ事実ナリ之ヲ否認セントセハ否認スル者ニ於テ然ラサル所以ノ事情ヲ立証セサルヘカラス」との判断が示されていることが注目される。

その他については、いずれの判断にも目新しい点はなく、民集に登載されなかった理由も自明であろう。

上記以外の判決は、その判決自体はもちろんのこと、その二審判決も公刊されていない。すなわち、これまでまったく表に出てこなかった事件ということになる。これらは公表するほどの価値はないと判断されたものと思われるが、一概にそう言い切れない部分も含む判決も存在するので、ここで紹介しておく。

[1-4] 「然レトモ第一審ノ訴訟手續ニ瑕疵アルモ之カ為控訴審ニ於ケル手續又ハ判決ソノモノニ影響ヲ及ボサル以上前記ノ瑕疵ハ之ヲ以テ上告ノ理由ト為スヲ得サルコトハ従来当院ノ判例トスルトコロナリ加之第一審ニ於ケル大正十年七月一日ノ口頭弁論ニ於テ弁論カ更新セラレ居ルコトハ当該調書ニ照シ明白ナルヲ以テ論旨ハ採用ノ価ナシ」（上告理由第二点に対する判断）

[1-12] 「然レトモ原判決ハ本件庫裡ノ所有権カ上告人(控訴人, 被告)ヨリ家主タル門徒総員ニ家主タル門徒総員ヨリ吉田安治ニ順次信託ノ譲渡セラレ右譲渡当事者全員ノ合意ヲ以テ上告人ヨリ直接ニ吉田安治ヘ所有権移転登記ノ為サレタル事実ヲ認メタルモノニシテ右ノ如キ登記ノ有効ナルコトハ夙ニ当院ノ判例トスルトコロナルヲ以テ(大正五年(オ)第四九二号同年九月十二日判決, 大正八年(オ)第六五九号同年十月二十日判決, 大正九年(オ)第一二七号同年七月二十三日判決, 大正九年(オ)第四八一号大正十年四月十二日判決参照)右ノ登記ヲ有効ナリト認メタル原判決ハ相当ニシテ論旨ハ理由ナシ」(上告論旨第十一点に対する判断)

[1-19] 「然レトモ原審ニ於テ当事者間ニ争ナカリシ和解契約ノ内容ハ控訴人(被上告人)ハ大正九年十二月三十一日マテニ土地買受代金三百四十円ヲ現金ニテ被控訴人(上告人)ニ支払フヘク然ルトキハ被控訴人ニ於テ其ノ代金ヲ受領セハ別段被控訴人カ売渡ス旨ノ意思ヲ表示スルノ必要ナク直ニ売買契約成立シ同時ニ被控訴人ハ控訴人ニ対シ該土地ノ所有権移転登記手續ヲ為スヘク云々ト云フニアリテ原裁判所ハ之ヲ解釈シテ被上告人ハ大正九年十二月三十一日迄ニ土地買受代金三百四十円ヲ現金ヲ以テ上告人ニ支払フヘク上告人カ任意ニ之ヲ受取りタルトキハ直ニ売買契約完成スヘキモ任意ニ之ヲ受取ラサリシテ売買契約不成立トナルニアラスシテ右ノ月日迄ニ代金ノ提供アルトキハ其ノ後代金ノ支払ト同一ノ効力ヲ生スヘキ供託ヲ為スニヨリテ売買契約完成スヘク其ノ供託ヲ為スニハ期限ノ定メナシト認メタルモノニシテ即上告人ノ代金ノ受領又ハ之ト同一ノ効力アル供託ヲ以テ停止条件トシタル売買契約ヲ為シタル趣旨ト認定シタルモノトス裁判上ノ和解ハ私法上ノ契約ヲ包含スルモノナレハ原裁判所カ和解契約ノ趣旨ヲ右ノ如ク解釈シタルハ其ノ専権ニ属スルモノニシテ不法ニアラス上告人カ右ノ和解契約ハ上告人カ任意ニ代金ヲ受領スルニアラサレハ売買契約成立セサル趣旨ニシテ若任意ニ受領セサルトキハ承諾ニ代ルヘキ判決ヲ求ムルコトヲ要スルモノナリト云フハ原判旨ニ副ハサルモノニシテ採用スルニ足ラス故ニ原裁判所カ大正九年十二月三十一日被上告人カ代金三百四十円ヲ上告人ニ提供シタル事実ヲ認メ大正十年二月十五日該代金ノ供託アリタルヲ以テ売買契約ハ其ノ効力ヲ生シ本件土地ノ所有権ハ右供託ト同時ニ被上告人ニ移転シタルモノト認定シタルハ不法ニアラス原裁判所カ売買契約ノ効力発生以前ニ代金支払ノ債務アルモノノ如キ口吻ヲ以テ被上告人カ供託ニ依リ其ノ債務ヲ免レタリト説明シタルハ妥当ヲ欠クノ嫌ナキニアラサレトモ民法第四百九十三条ノ規定ハ債務ノ履行ノ場合ノミナラス権利行使又ハ契約ノ効力発生ノ前提要

件トシテ給付ヲ為ス場合ニ於テモ適用セラルヘキモノナレハ（大正七年才第六五二号同年十一月十一日判決参照）原判決ニ於テ被告人カ供託ニ依リ代金ヲ原告人ニ支払ヒタルト同一ノ効力ヲ生シタルヲ以テ売買契約ハ其ノ効力ヲ生シタル旨ヲ説明シタルハ不法ニアラス原告人カ大正九年十二月三十一日迄ニ供託ヲ為ササルトキハ和解契約ノ効力ヲ失ヒタルヲ以テ其ノ後ニ為シタル供託ハ無効ナリト論スルハ原判旨ニ副ハサルモノニシテ採用スルニ足ラス仍テ原告論旨ハ孰レモ理由ナシ」（上告論旨第二・三・四点に対する判断）

[1-30] 「按スルニ保証ハ主タル債務者ヲ信任シテ為スモノナレハ債務者ニ変更アルモ保証ノ効力ハ存続スルモノトハ概論スヘカラスト雖特別ノ合意ヲ以テ斯ル趣旨ノ保証ヲ為スコトハ固ヨリ保証契約当事者ノ自由ナレハ斯ル合意ノ存在ヲ認ムルコトハ許スヘカラサルコトニ非ス原判決ハ即チ判示ノ如キ事情ニ基キテ本件保証ハ如上特別合意ヲ内容トスルモノタルコトヲ推定シタルモノナレハ之ヲ不法ナリト謂フヘカラス又何等抛ル所ナキ断定ナリトモ謂フヘカラス原判決ニ一定期間内取引関係ヲ継続セシムヘキコトヲ定メタル場合ニ期間満了前家督相続ノ開始ニヨリ当事者ニ変更ヲ生スルカ如キコトアルヘキハ契約締結當時容易ニ予想シ得ヘキ所トアルハ所定ノ期間内ニ家督相続ニ因リ債務者ニ変更ヲ来ササルノ期スヘカラサルハ予想シ得ヘキ所ナルコトヲ言ハント欲スルニ在リテ此ノ事タル当然ノ事ニ属スレハ別ニ証拠ニ依リ之ヲ説明スルヲ要セス而シテ斯ル予想ノ下ニ五箇年間に取引ヨリ生スヘキ将来ノ債務ヲ保証スル場合ニ於テハ保証ノ効力ヲ債務者ノ相続人カ其ノ取引ニ基キ将来負担スル債務ニモ及ホスハ当事者ノ意思ナリト推定スルハ敢テ不当ナリト謂フヘカラス」（同第一点に対する判断）

[1-42] 「按スルニ商業ヲ営ムノ意思ヲ有スルニモセヨ未タ事實商業ヲ営マサル者ハ商人ト謂フヘカラサルカ故ニ被告人カ瓦製造販売業ヲ開始スルニ先チ該業ヲ営ム商人トシテ商号ヲ登記シタルハ真実ニ反スル登記ニシテ無効ナリト謂フヘク原院カ之ヲ有効ナリト為シタルハ不当ニシテ他ノ判示トノ間ニ原告人所論ノ如キ論理上ノ矛盾モ存スレトモ被告人カ営業開始前ニ商号ヲ登記シタルコトハ原告人主張ノ他ノ事実ト相待ツモ尚必然的ニ原告人ノ権利ヲ侵害シタルモノト断定スヘカラサルハ既ニ説示シタルカ如クニシテ其ノ登記ノ無効ナルト否トハ論結ニ差異ヲ来スヘキニ非ス又商標法第二条第八号第十六条第一号ノ規定ハ之ヲ商号ニ準用スルヲ得サルハ論ナキ所ナレハ右ノ規定ヨリ被告原告人ノ商号登記ヲ無効ナリト推論スルニコトモ正當ナラス故ニ被告原告人ノ商号登記ノ無効ナルコトヲ前提トスル本論旨ハ到底理由ナキモノト謂ハサルヘカラス」（上

告論旨第三・五点に対する判断)

[2-16] 「然レトモ当事者ノ一方ヨリ提出シタル証拠ハ独リ提出者ノミノ利益ニ供スヘキモノニ非シテ寧ロ其ノ内容又ハ効力ノ如何ニ依リ係争事実ノ真否ヲ判断スルノ材料ト為スヘキモノナレハ裁判所カ相手方ノ援用スルト否トニ拘ラス之ニ依リテ相手方ノ主張事実ヲ認定スルモ不法ニ非サルコトハ夙ニ本院ノ判例トスル所ナルカ故ニ原審カ被告上告人ノ援用セサルニ拘ラス上告人ノ申請ニ係ル証人田代英之助ノ証言ヲ他ノ証拠ト綜合シテ被告上告人ノ主張事実ヲ認め上告人ニ不利益ヲ帰セシムルノ結果ヲ生セシメタルモ敢テ不当ト云フヘキモノニ非ス」(同第三点に対する判断)

「然レトモ甲第二号証ハ訴外舌間茂世ヨリ被告上告人宛ノ本件違約金ニ関スル債権譲渡証又甲第十号証ハ訴外舌間茂世ヨリ上告人宛ノ内容証明郵便ニ依ル右債権譲渡通知書ニシテ共ニ所謂第三者ノ作成シタル証書ニ係リ斯ル証書ハ相手方ノ否認ニ拘ラス裁判所ニ於テ其ノ成立ヲ真成ナリト認メタルトキハ之ヲ採用スルニ妨ケナク且其ノ真正ナリト認メタル理由ハ之ヲ説示スルノ要ナキコトハ当院ノ判例(大正三年(オ)第四三一号同年十二月一日判決)トスル所ナルカ故ニ原審ニ於テ甲第二号証同第十号証ハ共ニ上告人ニ於テ不知ヲ以テ答ヘタルモノナルニ拘ラス原判決カ常ニ成立ヲ是認シ得ゲキ甲第二号証同第十号証ニ依リ云々ト説示シタルニ止マリ何カ故ニ其ノ成立ヲ真正ナリト認メタルカノ理由ヲ明示スルコトナク直ニ本件債権譲渡ノ事実認定ノ資料ニ供シタルハ違法ト云フコトヲ得ス」(同第四点に対する判断)

[2-24] 「然レトモ民法第七十七条ニ所謂第三者トハ当事者若ハ其ノ包括承継人ニ非スシテ不動産ニ関スル物権ノ得喪及変更ノ登記欠缺ヲ主張スル正当ノ利益ヲ有スル者ヲ指称シ法律上何等ノ原因ナクシテ不法ニ他人所有ノ家屋ヲ占有スル者ノ如キハ同条ニ所謂第三者ニ該当セサルカ故ニ家屋ノ所有者ハ叙上不法ノ占有者ニ対シテハ登記ナクシテ其ノ所有権ノ取得ヲ対抗スルコトヲ得ルモノトス本件ニ付原裁判所ハ被告上告人カ本件家屋ノ所有権ヲ取得シタル事実ヲ認ムルト同時ニ上告人カ法律上何等ノ原因ナクシテ不法ニ本件家屋ヲ占有スル事実ヲ認メタルモノナルコト判文上明白ナルカ故ニ被告上告人ハ本件家屋ノ所有権取得ニ付登記ヲ経サルモ其ノ所有権ヲ以テ上告人ニ対抗シ得ルモノナルコト論ヲ俟タス然ラハ原裁判所カ被告上告人ハ本件家屋ノ所有権ヲ以テ上告人ニ対抗シ得ル旨判断シタルハ正当ニシテ該家屋ニ付被告上告人ノ為シタル所論登記ノ効力ヲ云為シテ原判決ヲ攻撃スル本論旨ハ採用ノ限ニ非ス」(同第二点に対する判断)

[2-27] 「案スルニ民事訴訟法第四百四十八条第二項ノ場合ニ於テハ追加裁判ノ

申立ヲ為スコトヲ得サルコト当院判例ノ認ムル所（大正六年（マ）第八号同年四月二十四日判決参照）ナルヲ以テ本件申立ハ許スヘカラサルモノトス」

[2-30] 「然レトモ債務者カ債務ノ目的物ノ給付ヲ怠リタル為債権者カ債務者ニ対シ其ノ給付ノ遅延ニ因リ被リタル損害ノ賠償ヲ請求スルニ付テハ其ノ賠償額ハ必スシモ債務ノ履行期ニオケル目的物ノ価格ヲ以テ標準ト為ササルヘカラサルモノニ非ス起訴当時ノ価格ニ依リテ請求スルコトヲ妨ケサルコト当院判例（大正六年（オ）第七百八十八号大正七年一月二十八日判決参照）ノ示ス所ナレハ原裁判所ノ所論措置ハ正当ニシテ原判決ハ所論ノ如キ法律ノ適用ヲ誤リタル不法ノ裁判ニ非ス故ニ本論旨ハ理由ナシ」（上告論旨第三点に対する判断）

「然レトモ被告人ハ本訴ニ於テ原告人等ニ対シ本件貸借契約及保証契約ノ履行トシテ小作米二石六斗六升ノ給付ヲ請求スルト同時ニ原告人等カ右契約ノ履行ヲ遅延シタル為被告人ノ得ヘキ利益ヲ失ヒタル損害ノ賠償トシテ右小作米ノ本訴提起当時ニ於ケル価格ト原審口頭弁論終結当時ニ於ケル価格トノ差額ヲ請求スルモノナルコト記録ニ徴シ明瞭ナレハ右損害賠償ノ請求ハ所謂債務ノ履行遅延ノ為ニ被リタル損害ノ賠償ヲ請求スルモノニシテ所論ノ如ク債務ノ履行ニ代ハルヘキ損害ノ賠償ヲ求ムルモノニ非ス而シテ右ノ如ク債務履行ノ遅延ニ因リ生スル損害ノ賠償ヲ請求スル場合ニ於テハ契約ノ解除ヲ為スコトヲ要セサルコト当院判例（大正二年（オ）第五百四十三号大正四年六月十二日判決参照）ノ示ス所ナレハ原裁判所ノ所論措置ハ正当ニシテ原判決ハ所論ノ如キ不法ノ裁判ニ非ス故ニ本論旨ハ理由ナシ」（同第四点に対する判断）

[2-46] 「然レトモ本件ノ如ク第一審裁判所ニ於テ原告カ訴ノ原因ヲ変更シタルモノト認メ新訴却下ノ判決ヲ為シタル場合ト雖該判決ハ中間判決ニシテ結局判決ニ非ス之ニ対シ独立シテ控訴ヲ提起スルコトヲ得サルコト当院最近ノ判例（大正十年（オ）第七百五十五号同年十二月十五日判決参照）ノ示ス所ナレハ原院ノ所論措置ハ正当ニシテ原判決ハ所論ノ如キ法律ノ解釈ヲ誤リタル違法アルモノニ非ス論旨引用ノ当院判例ハ其ノ後変更セラレタルニヨリ執テ以テ範ト為スニ足ラス故ニ本論旨ハ理由ナシ」（上告論旨に対する判断）

[1-30] は、保証は、主たる債務者を信任してなすものであるから、債務者に変更があつた場合にもその効力が存続するものとは必ずしもいえないが、その旨の特段の合意をすることは当事者の自由であるとするものである。判決には登場しないが、この点については先例¹³⁾がある。

13) 大（三民）判大11・3・1民集1-80。

[1-42] は、商業を営む意思を有していても未だ商業を営んでいない者は商人とすることはできないから、商人として商号を登記するのは真実に反する登記であり無効であるとするものである。現段階では、この点に関する先例を発見することができていない。

[2-24] は、不法占有者が民法177条にいう「第三者」には該当しないと断言しているものである。判決理由中に明示されていないが、この点についてはやはり先例¹⁴⁾が存在する。

その他の判決もいずれも重要な判断を含むものであるが、下線部から明らかのように、すべて先例に従った判断にすぎないものであり、そのため公表の必要がないと判断されたものと思われる。

6-2. 公刊物における判決文の加工とその復元

民集登載判決においては、いずれにおいても「主文」が削除され、新たに「事実」が付け加えられているほか、判決文の一部が脱落している。このうち、[1-28]・[1-43]・[2-10]・[2-28]・[2-29]・[2-32]・[2-35]・[2-37]における脱落部分は、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。

[1-28] 「然レトモ前陳理由ノ如ク被告入ニ於テ定款ニ規定シタル所ニ依リ一百円ニ付日歩四銭ノ割合ヲ以テ株主ノ負担スヘキ延滞利息ヲ支払フノ義務アルコトヲ判定シタル以上ハ本論旨ノ理由ナキコト明ナルヲ以テ採用スルニ足ラス」(付帯上告理由に対する判断)

[1-43] 「然レトモ裁判所カ当事者ノ主張ヲ立証スル為ニ提出セラレタル証拠ニ対シ其ノ証拠ニ依リテハ他ノ事実ヲ認め得ルニ過キスシテ其ノ主張事実ヲ認めルコトヲ得サル旨ヲ判断スルハ是即チ裁判所ノ事実及証拠ノ判断ニ付テノ専權行使ニ外ナラスシテ右証拠ニ依リテ裁判所カ認めタル他ノ事実ハ必スモ当事者ノ孰レカニ於テ主張シタルモノニ限ラルヘキモノニ非ス本件記録ニ依レハ原審ニ於テ被告入ハ上告会社ノ株主タル所論大塚齋等ハ株金ノ払込ヲ為サスト主張シ上告人ハ大塚齋等ハ其ノ所有地ヲ上告会社ニ売渡シ其ノ代金ト株金トヲ上告会社ノ承諾ヲ得テ相殺シタルカ故ニ払込未済ニ非スト主張シ各証拠ヲ提出シタルコト明瞭ナレハ原院カ此等証拠ニ依ルモ大塚齋等ニ於テ其ノ所有地ヲ以テ株金ノ代物弁済ニ供シタル事実ヲ認め得ルニ過キスシテ上告人主張ノ事実ヲ

14) 大(一民)判明43・2・24民録16-131など。

認め得サル旨判断シ因テ以テ大塚齋等ノ払込ヲ無効ト認め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）

「然レトモ原院ハ所論判示証拠ノミニ依リテ所論判示事実ヲ認定シタルモノニ非スシテ此等証拠ト乙第六号証トニ依リテ右事実ヲ認めタルモノナルコト原判決上明白ナリ而シテ所論判示証拠及乙第六号証ヲ綜合スレハ所論判示事実ヲ認め得ラレサルニ非サルカ故ニ原判決ハ所論ノ如ク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故ニ本論旨ハ理由ナシ」（同第二点に対する判断）

「然レトモ原院ハ乙第六号証其ノ他原補充判決列記ノ証拠ヲ綜合シテ所論代物弁済ノ事実ヲ認めタルモノニシテ叙上証拠ヲ綜合スレハ右事実ヲ認め得ラレサルニ非サルヲ以テ原補充判決ハ所論ノ如ク不当ニ事実ヲ確定シタルモノニ非ス尤モ右事実ノ認定ハ原院カ補充前ニ為シタル本判決ニ於ケル事実ノ認定ト相違スルコト所論ノ如シト雖其ノ相違ハ未タ以テ原判決破毀ノ理由トナスニ足ラサルコト論旨第十点ニ対スル説明ノ如シ故ニ本論旨ハ採用ノ限ニ非ス」（同第三点に対する判断。同第四点に対する判断は省略。）

「然レトモ所論代金支払ノ事実ハ原院ノ否定シタル所ニシテ所論原判示ハ右支払ノ事実ヲ仮定シテ立論シタルモノニ外ナラサルコト判文上明白ナレハ仮令所論原判示ノ部分ニ所論ノ如キ不法ノ点アリトスルモ未タ以テ原判決破毀ノ理由トナスニ足ラス故ニ本論旨ハ理由ナシ」（同第五点に対する判断。同第六点に対する判断は省略。）

「然レトモ法律上代理人タル資格ノ有無ハ裁判所ノ職権ヲ以テ調査スヘキ事項ニ属スルカ故ニ反対ノ証跡ナキ限判決ヲ為シタル裁判所ニ於テ其ノ調査ヲ為シタルモノト認めルヲ当然トスルコト当院判例（明治三十六年（オ）第六百十五号同年十二月二十八日判決及明治三十七年（オ）第三百八十四号同年十月六日判決参照）ノ示所ナレハ上告会社ノ取締役タル田村彌吉及白倉東亀定カ上告会社ヲ代表スル資格ヲ有セサルコトノ証跡記録上存セサル本件ニ於テハ原院ハ其ノ代表資格ニ付調査ヲ為シ其ノ資格ヲ肯定シ判決ヲ為シタルモノト解スヘキカ故ニ原判決ノ所論措置ハ正当ニシテ本論旨ハ理由ナシ」（同第八点に対する判断）

「然レトモ上告会社ノ株主タル訴外大塚齋玉井徳右衛門森住一直向井常太郎カ各其ノ持株ニ対シ株金第一回ノ払込ヲ為シタルヤ否ヤノ点ニ関シ原院カ補充判決ニ於テハ同人等ハ各其ノ払込ムヘキ株金中所論原判決ノ一部ニ対シ各其ノ所有地ヲ代物弁済ト為シタルモ払込トシテ効ナキカ故ニ第一回ノ払込ヲ完了セスト認めタルニ反シ補充前ノ本判決ニ於テハ同人等ハ各其ノ所有地ヲ上告会社

ニ売渡シ其ノ代金ヲ以テ株金ノ払込ニ充当シ第一回ノ払込ヲ完了シタリト認定セルコト所論ノ如クナルカ故ニ右認定ノ相違ハ果シテ原判決ヲ破毀スル理由トナスニ足ルヤ否ヤヲ審按スルニ本件ハ上告会社カ資本増加ノ決議ヲ為シ該決議ニ基キ発行セル新株ノ引受ヲ為シタル被上告人ニ対シ株金ノ払込ヲ払込ヲ請求シ被上告人ハ上告会社カ株金全額ノ払込未タ完了セサルニ拘ラス資本増加ノ決議ヲ為シ新株ヲ発行シタルコトヲ理由トシテ増資ノ無効ヲ主張シ因テ以テ自己ノ新株引受ヲ其ノ効ナシト為シ上告会社ノ請求ヲ拒絶シタル事案ニシテ被上告人主張ノ如ク若上告会社ノ増資当時苟モ旧株金ニシテ払込未了ノ部分存シタリトセンカ仮令其ノ額僅少ナル場合ト雖其ノ増資ハ無効ナルコト前説明ノ如クナルカ故ニ増資ノ為発行シタル新株ニ対スル被上告人ノ引受モ亦其ノ効ナキモノト謂ハサルヲ得サルニヨリ上告会社ノ本訴請求ハ失当タルヲ免レサルニ至ルヘキ筋合ナリトス而シテ前掲大塚齋他三名ノ株主カ株金第一回ノ払込ヲ為シタルヤ否ヤニ関スル原院ノ叙上事実ノ認定ハ原院カ上告会社ノ増資当時旧株式ニ対シ果シテ株金全額ノ払込アリタルヤ否ヤニ関シ為シタル判断ノ一事項ニ外ナラスシテ補充判決ニ於テハ右大塚齋外三名ノ株金払込未了ノ事実ヲ肯定シタル外株主大岡九十郎外数名ノ株金払込未了ノ事実ヲ認め又補充前ノ本判決ニ於テハ右大塚齋外三名ノ株金払込未了ノ事実ヲ否定セルモ右大岡九十郎外数名ノ株金払込未了ノ事実ヲ認めタルコト判文上明白ニシテ兩判決ハ上告会社ノ増資当時ニ於テ払込未了ノ株金残存セル事実(一)ヲ認めタル点ニ於テ彼此相一致シ右(一)ノ事実存スル以上上告人ノ本訴請求ハ到底排斥ヲ免レサルコト前段説明ノ如クナレハ前掲事実認定ノ相違ハ未タ以テ原判決ヲ破毀スル理由トナスニ足ラス故ニ本論旨ハ理由ナシ」(同第十点に対する判断)

「然レトモ本論旨ノ理由ナキコトハ前掲他ノ上告論旨ニ対スル説明ニヨリ自明ナレハ茲ニ再ヒ贅セス」(従参加人株式会社佐世保銀行の上告理由に対する判断)

[2-10] 「然レトモ仮令特許局カ抗告審判第千九百七十七号事件ノ審決ニ於テ所論ノ如キ理由ヲ付シタリトスルモ同局ハ該事件ト目的物ヲ異ニスル本件審決ヲ為スニ当リ右第千九百七十七号事件ノ審決ノ理由ニ拘束セラルヘキモノニアラサルカ故ニ該理由ト原審決ノ理由トカ符合セサルコトヲ根拠トシテ原審決ヲ攻撃スルハ其ノ理由ナシ又原審決ハ上告人ノ登録商標ト被上告人ノ登録商標ト比較シテ其ノ構造的意匠ニ於テ混同誤認ノ虞アリト認め其ノ他ノ点ニ付差異アルモ類似商標ト云フヲ妨ケサルコトヲ判断シタルモノナレハ特ニ其ノ色彩ノ異同ヲ説明シ若クハ商標ノ主要部分ヲ指摘セサレハトテ理由ニ不備アリト為スニ足

ラス尚本件記録ニ依レハ上告人ノ登録商標ト被上告人ノ登録商標トカ各其ノ称呼ヲ異ニスルコトハ上告人カ原審ニ於テ主張セサリシ所ナレハ原審カ右両商標カ其ノ構図の意匠上ヨリ観察シテ相類似スルコトヲ認メタル以上其ノ称呼ノ異同ニ付判断スル所ナケレハトテ所論ノ如キ審理不盡理由不備ノ違法アルモノト謂フヲ得ス依テ上告論旨ハ理由ナシ」（上告論旨第二点に対する判断）

[2-28] 「然レトモ民法施行前ニ於テモ民法第九十四条ノ規定ト同一ノ法則行ハレタルコトハ当院判例ノ認ムル所ナレハ（大正七年（オ）第六百六号同年十月二十二日判決参照）民法施行前ニ行ハレタル本件土地建物ノ仮装ノ売買契約ハ其ノ当時ニ於テモ無効ナリト謂フヘシ故ニ是ト同一趣旨ニ出テタル原判決ハ相当ニシテ上告人所論ノ如キ不法アルコトナシ」（同第四点に対する判断。同第一点に対する判断・同第二点に対する判断・同第五点に対する判断・同第六点に対する判断についてはそれぞれ省略。）

「然レトモ中村猶三郎ハ上告人ノ委任ニ因ル代理人トシテ本件土地建物ノ占有ヲ為シタルコトハ原判決ノ認定シタル所ニシテ委任ニ因ル代理人ニ依リテ占有ヲ為シタルトキハ其ノ善意悪意ハ其ノ代理人ニ付之ヲ定ムヘキモノナルコト第三点説明ノ如シ故ニ縦令上告人志げノ法定代理人タル渡邊東カ善意ナリトスルモ占有ヲ為シタル委任ニ因ル代理人中村猶三郎カ占有ノ始メ悪意ナル以上ハ上告人志げハ悪意ノ占有者ナリト謂ハサルヲ得ス然ラハ原判決ハ相当ニシテ上告論旨ノ前段ハ理由ナシ而シテ震災ニ因リ倒壊シタル四棟ヲ建直シタル新建物ニ付上告人志げカ新権限ニ基キ占有ヲ始メタル事実ハ原判決ノ認定セサル所ナルヲ以テ上告論旨ノ後段ハ原判決ニ副ハサルモノニシテ採用スルニ足ラス」（同第七点に対する判断）

[2-29] 「然レトモ原院カ其ノ判決理由ノ前段ニ於テ被保険者村田タキカ曩ニ帝國生命保険会社ニ保険ノ申込ヲナシ拒絶セラレタル事実アルニ拘ラス本件保険契約ノ申込ニ際シ同人ハモチロン保険契約者タル被上告人ニ於テモ上告会社ニ対シ此ノ事実ヲ告知セサリシコトヲ認メ而カモ這般ノ事実ハ商法第四百二十九条ニ所謂重要ナル事項ニ該当スルニヨリ敢テ保険者ヨリノ質問ヲ俟タス被上告人ニ於テ自ら進テ告知スヘキモノト為シタルハ単ニ保険契約者タル被上告人ニ於テ告知義務ニ違背シタルコトヲ判示シタルニ止リ所論ノ如ク上告会社カ右ノ事実ニ付保険契約者等ニ対シ之カ質問ヲ為スコトヲ要セサルモノト為シタルモノニ非サレハ其ノ後段ニ於テ上告会社カ該事実ヲ知ラサリシハ畢竟其ノ使用人カ業務上為スヘキ注意ヲ怠リ被保険者ハ曾テ他ノ保険会社ニ保険ノ申込ヲ為シタルコトアルヤ否及其ノ結果ニ付質問ヲ為ササリシ過失ニ起因スルモノトナシ

上告会社ニ対シ叙上ノ事項ニ付質問ヲ為スヘキ責任ヲ負担セシメタレハトテ之ヲ以テ所論ノ如ク理由矛盾ノ不法アリト謂フヘカラス依テ本論旨ハ理由ナシ」(同第一点に対する判断)

[2-32] 「然レトモ原院ハ被上告人カ何時ニテモ其ノ借受ケタル金円ヲ弁済スルコトヲ得ル約旨ナリトノ主張ヲ是認シタルモノナルコト判文上自ラ明ナレハ同人ニ於テ供託ノ当日ニ至ルマテノ利息ニ併セテ元金ヲ供託シタルヲ以テ其ノ債務ヲ免レタルモノトシタルハ正当ニシテ原判決ニハ所論ノ違法アルコトナク従テ本論旨ハ理由ナシトス」(同第二点に対する判断)

[2-35] 「然レトモ遺失物法第四条ニ所謂物件ノ価格トハ物件ノ遺失後其ノ返還ヲ受クル当時ノ経済的価格ヲ謂フモノニシテ本件遺失小切手ノ如キ物件ニ在リテハ正当ナル所持人カ之ヲ遺失シタル場合ニ於テ仮令稀有ノ事ナリト云ヒ善意ノ第三者ノ取得ニ帰シ得ヘキ性質ヲ有スルヲ以テ之ニ伴フ財産上ノ危儉ヲ顧慮スルトキハ其ノ小切手ハ遺失物トシテ相当ノ価格ヲ有スルモノト謂フヘキモ其ノ価格ハ普通取引ノ場合ニ於ケルト同様ナラサルコトヲ得ヘク又同法第八条民法第二百四十条ノ場合ニ於ケル本件当事者間争ナキ価格ト異ナルコトヲ妨ケサレハ原院カ其ノ認定ノ事実ニ許多ノ事情ヲ参酌考覈シテ本件遺失小切手ハ普通ノ場合ニ於テハ券面額十五万円ノ価格ヲ有スルモ遺失後被上告人カ所持ヲ回復スルニ至ル迄ノ間ニ於テ一萬五千円以上ノ価格ヲ有セザリシモノト為シタルハ相当ニシテ原判決ハ物件ノ価格ノ解釈ヲ誤リタルモノニ非ス本論旨ハ理由ナシ」(上告理由第二点に対する判断)

「然レトモ本件遺失小切手ノ振出銀行及支払銀行カ優ニ小切手金額十五万円ノ支払能力ヲ有シ普通ノ場合ニ於ケル該小切手ノ価額ハ券面額十五万円ナルトキト雖モ其ノ遺失ノ場合ニ於テ原判示ノ如ク第三者カ斯ノ如キ多額ノ小切手ヲ受取ルニ当リ厳密ナル調査ヲ為スヲ常トシ又遺失者ニ於テモ其ノ遺失ヲ覚知シタルトキハ直ニ銀行ニ之ヲ通知シ必要アル場合ニ於テハ広告ヲ為シ若ハ除権判決ヲ求ムル等適當ナル手段ヲ講スルハ当然ニシテ殊ニ小切手ニ付テハ商法第五百三十三条ノ規定存スル等該小切手カ善意ノ第三者ノ所有ニ帰スルコト極メテ稀有ナルヘキ諸般ノ事情ヲ原判示ノ他ノ事実ニ参酌シテ本件遺失小切手カ無価格ノモノニ非サルハ勿論券面額ノ十分一ナル一萬五千円ノ価格ヲ有シ其ノ以上ノ価格ヲ有セザリシコトヲ判定シ得ルモノニ非ス即チ該小切手カ善意ノ第三者ノ所有ニ帰シタル場合ニ於テ本件当事者間争ナキ価格十五万円ノ半額ニ算定セサルヘカラサルモノニ非サレハ原判決ハ相当ニシテ本論旨ハ理由ナシ」(同第三点に対する判断)

[2-37] 「然レトモ上告人ハ係争債権ノ不存在ヲ争フモノナレハ何時其ノ債権ヲ主張シテ被告二人対シ訴ヲ提起シ財産ヲ差押フルヤモ計リ難ク債権ノ存否ヲ不確定ノ状態ニ委スルハ被告二人ノ法律上經濟上ノ地位ヲ不安ナラシムルヲ以テ被告二人カ係争債権ノ不存在ヲ即時ニ確定スルコトニ依リテ此ノ不安ヲ除去スルノ利益ヲ有スルコトハ当然ニシテ言フヲ待タル所ナレハ原院カ即時ニ確定スヘキ利益ノ存スル理由ヲ特ニ明示セサルノ故ヲ以テ被告二人ノ請求ヲ容レタル理由不備ナリト謂フヘカラス」（上告論旨第一点に対する判断）

「然レトモ係争債権ト相殺シタル被告二人ノ債権ニ包含スル利息債権ノ一部ニ付テハ原院カ双方ノ債務ノ相殺ニ適セル日ト認メタル大正六年六月二十日迄ニ既ニ時効完成シタリトスルモ時効ノ利益ハ其ノ利益ヲ受クヘキ者ニ於テ之ヲ援用スルニ非サレハ裁判所ハ之ニ依リテ裁判スルヲ得ス上告人ハ原審ニ於テ之ヲ援用シテ相殺セラルヘキ対当額ヲ争ヒタルニ非サレハ原院カ時効ニ罹レル利息債権ヲ除外セザリシハ正当ナリ今更其ノ当否ヲ論争シテ原判決ニ対スル上告理由ト為スヲ得ス」（同第三・五・九点に対する判断）

「然レトモ原審口頭弁論調書ノ末尾ニ当事者ハ訴訟関係ヲ表明シ云々トアリテ所謂訴訟関係ノ表明ニハ一定ノ申立ヲ包含スルモノト解スヘキヲ以テ論旨ハ理由ナシ当院大正十一年（オ）第三百三十三号事件ノ判決ハ証拠ニ関スルモノナレハ所謂訴訟関係ノ表明ニ一定ノ申立ヲ包含スルコトヲ否定スヘキ判例ト為スニ足ラス」（同第四点に対する判断）¹⁵⁾

「然レトモ原院ハ当事者本人ノ供述ヲ裁判ノ資料ト為シタルニ非ス寧口上告人本人ノ供述ハ其ノ主張ヲ証スルニ足ラストシテ之ヲ排斥シタリ然レハ当事者本人ヲ訊問シタルコトカ訴訟手續上違法ナルト否トハ原判決ノ当否ニ影響スル所ナキヲ以テ論旨ハ理由ナシ」（同第六点に対する判断）

「然レトモ上告人ノ援キテ以テ論拠ト為ス所ノ当院判例ハ証人ノ供述シタル事実カ訴訟ノ繫属中ニ当事者其ノ人ヨリ伝聞シタルモノナル場合ニハ其ノ証言ハ該事実ノ存在ヲ証スヘキ効力ヲ有セサル旨ヲ判示シタルモノナレハ之ヲ以テ被告二人ノ先代ヨリ伝聞シタル事実ヲ供述シタル齋藤専治ノ証言ノ証拠力ヲ律セントスルハ当ヲ得ス原院カ同人ノ証言ヲ採テ事実認定ノ資料ト為シタルハ違法ニアラス」（同第七点に対する判断）

15) ここで登場する「大正十一年（オ）第三百三十三号事件」は、本件の上告人が上告論旨の中で援用したものであるが、この事件は未公開判決である（大〔三民〕判大11・7・12— [1-36] [大正11年7月]。この判決については、木村・前掲注(5)432頁参照。）。上告人側はどのような経緯でこの未公開判決に接するに至ったのであろうか。

「然レトモ石井五左衛門ノ原審ニ於ケル証言ト其ノ第一審ニ於ケル証言ト乙第八号証ノニ記載ノ陳述トノ間ニハ矛盾スル所アリトスルモ其ノ孰レカーニ信ヲ措キ之ヲ採用スルコトハ裁判所ノ職権ニ属シ三者ノ間ニ矛盾アルカ故ニ何レモ証拠タルノ性質ヲ具有セサルモノト論スヘキニ非ス故ニ原院カ同証人ノ原審ニ於ケル証言ヲ判断ノ資料ニ採用シタルハ探証法ニ違背スル所ナシ」(同第八点に対する判断)

いくつかの判決には先例の援用(下線部)があるが、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、民集以外の公刊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。

6-3. 受命判事の特定とその意義

6-3-1. [1-31] 判決

未公判判決 [1-31] は、売渡担保に関するものであり、本件の受命判事は前田直之助である。

[1-31] 「然レトモ売渡担保ト云フ一種特別ノ法律行為アルコトナシ他ヨリ金円ノ流用ヲ得ムトスルモノカ消費貸借ヲ締結シ其ノ返還ノ債務ニ付自己ノ有スル或特定ノ財産ニ対シ物上担保権ヲ設定スレハ這ハ普通ノ方法ナリ然ルニ此ノ方法ニ出ツルコト無ク右ノ財産ヲ売渡スコトニヨリテ所要ノ金円取得ノ目的ヲ達スルト共ニ他日右ノ代金又ハ之ニ一定ノ利息ヲ加ヘタルモノニ相当スル金円ヲ買主ニ支払フトキハ右ノ財産ハ売主ニ復歸スルコトト定メ以テ売主トシテハ所要ノ金円ヲ入手スルト共ニ他日此ノ金円ヲ返還スルコトニ因リテ結局右ノ財産ヲ喪失セサルノ便宜ヲ得セシメ又買主トシテハ曩ニ支出シタル金円ノ返還ナキ場合ニ於テモ其ノ対価タル財産ハ己ニ之ヲ自己ノ手中ニ収メアルカ為何等ノ損害ヲモ蒙ラサルニアラシメ結局消費貸借ヲ締結シ担保権ヲ設定スル普通ノ方法ト同一ノ帰趣ニ到達セシメントスルモノカ即売渡担保ニ外ナラス而シテ右ノ金円ノ返還及財産ノ復歸ト云フコトハ種々ナル方法ニ依リテ其ノ目的ヲ達スルヲ得ヘシト雖民法ニ所謂買戻契約ニ依リ若ハ再売買ノ予約ニ依ルカ如キハ其ノ普通ナル方法ニ属スルモノトス然ルニ以上述ヘタルトコロハ己ニ或金銭債務ヲ負担スルモノカ之ヲ弁済セントスル場合ニ債権者ト債務者トノ間ニ於テモ亦行ヒ得ルモノニシテ唯此ノ場合債務者カ債権者ヨリ流用ヲ得ヘキ金円ハ之ヲ前記金銭債務ト互ニ差引計算シ現金ノ授受ハ之ヲ為サルヲ以テ普通トスト雖其ノ根

本ノ觀念ニ至リテハ何等ノ差異アルモノニ非ス要之売渡担保ト云フ一種特別ノ法律行為アルコトナシ一方ニ売買アルト共ニ一方ニハ当事者間ニ於ケル或特約アリ当事者間ニ於テハ此ノ特約ニ違反セサルノ義務ヲ有スルニ過キス原判決ニハ間々穩当ナラサル用語アリ又売渡担保ナルモノニ対スル觀念ニモ明瞭ヲ欠クノ嫌無キニ非スト雖畢竟以上ノ所述ト同趣旨ニ於テ本件売買ヲ売渡担保ナリト認定シタルモノニ外ナラサルコトハ判文ノ全部ヲ通觀シテ之ヲ予知スルニ難カラス論旨ハ孰レモ或ハ売渡担保ノ本質ニ関シ誤解セルトコロアルニ出テタルカ或ハ原判文ノ用語ノ末ニ拘リテ其ノ真意ノ存スルトコロヲ正解スル能ハサリシニ出タルカ総テ採用スルニ足ラス」（上告理由第一・三・四・五・六・七点に對する判断）

ここで展開されている論理は、同じく前田が受命判事となった大（一民）判大11・6・30新聞2023-20において展開されているものと同じである。大審院判決における前田の売渡担保論については、この判決に関連して既に旧稿において若干の検討を加えているので、そちらを参照されたい¹⁶⁾。

6-3-2. [2-29] 判決

商法429条1項但書（当時）における「過失」の解釈が問題となった [2-29] は、民集登載判決であり、その受命判事は菰渕清雄¹⁷⁾である。

本件は、商法429条1項但書（当時）における「過失」を「自己過失」と解釈した上で、生命保険契約の申込みがあった際、保険会社が、申込者に対し、他の会社にも申し込んだことがあるかどうか、そしてその結果につき質問しなかったことが、同社において「自己ノ被ムルコトアルヘキ不利益ヲ防止スル為ニ取引上必要ナル注意ヲ欠キタルモノ」であるとして、同社に「過失」ありと判断した原判決を維持した。

菰渕は、本判決の後に、「告知義務」という短い論稿を法律春秋誌に寄せている¹⁸⁾。依頼されて商法に関する大審院の判決例を調査していた菰渕は、告知義務に

16) 木村・前掲注(5)417頁以下参照。

17) 菰渕清雄（こもぶち・きよお）の略歴は次の通り（主に『日本法曹界人物事典 第3巻』〔平7, ゆまに書房〕の菰渕清雄の記事による）。明治7年3月、奈良県片桐村生まれ。明治27年7月に第三高等学校法学部を卒業後、同年12月に判検事登用試験に合格して司法官試補（和歌山区裁判所詰）。その後、大阪控訴院判事、東京控訴院判事などを経て、大正7年7月、大審院判事に就任。昭和7年6月に大審院部長（民事部。この半年後に刑事部へ。）となるも、昭和12年1月、在職のまま没した。

18) 菰渕「告知義務」法律春秋4巻5号（昭4）37頁以下。

関する判決例は多数に上るが、その多くが第一回の保険料を支払い、保険契約を締結して間もなく被保険者が死亡した場合であることを「発見」したという。

告知義務に関する多くの争いにおいては、近い将来の死を予期しつつ健康であると称して保険契約を締結した保険契約者ないし被保険者の側にその「罪」があると菰淵は指摘する一方で、保険者の側にも事前の「注意及努力」が十分に払われていないという批判する。すなわち、医師をして被保険者の身体を検査させたり、被保険者の生命に関し危険測定に重要たる関係を有する数多くの事項を掲げ、これに対して保険契約者又は被保険者に回答させ、これらを基礎として諾否を決すれば、被保険者が健康体であるかどうかが判明しそうであるにもかかわらず、少しも注意を払った形跡がみられないというのである。そして、保険契約者又は被保険者の言うがままに診査報状を作成し、保険者もこれを信用して契約を締結しておきながら、死亡保険金支払いの段階に至って、被保険者の既往症等を探し出し、告知義務違反の事実をもって、契約解除を主張していることに對し、なぜ事前に「注意及努力」を払わないのかと疑問を呈している。

その上で菰淵は、生命保険契約について告知義務違反云々により紛争を惹起することは、一般保険契約者又は被保険者に「疑懼の念」を抱かせることになるから、当事者双方が相互に注意して「斯業の發達」に努力することを希望すると結んでいる。

この短い論稿は、本件の数年後に執筆されたものであり（文末の「四、三、二四」は脱稿の日付と思われる）、かつその内容からすると、これを本件の背景にある菰淵の思想が披瀝されたものとみるのはいささか行き過ぎであろう。しかし、本件を担当するに当たり、菰淵自身が過去の判決例を調査する中でこうした実情を把握していたはずであろうし、そのことが、「自己ノ被ルコトアルヘキ不利益ヲ防止スル為ニ取引上必要ナル注意ヲ欠ク」ことを中核とする「過失」の解釈論に影響を与えた可能性も十分に考えられそうである。