

◇ 研究ノート ◇

# 大審院（民事）判決の基礎的研究・7

——判決原本の分析と検討（大正10年10月分）——

木 村 和 成\*

## 目 次

- 1 大正10年10月分大審院民事判決原本の内容
- 2 大正10年10月分大審院民事判決原本の分析

### 1 大正10年10月分大審院民事判決原本の内容

原本（4分冊）には、116件の判決原本、2件の判決更正決定原本、1件の決定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・1	大10-46	破毀 差戻	民 連	尾古初一郎	約束手形金	長崎控判 <sup>1)</sup> 大9・10・11 評論9訴587	民録27-1597 抄録93-23629 新聞1904-7 彙報32下民715 評論10訴444
1	2	10・1	大10-498	破毀 差戻	3	成道齋次郎	登記抹消手 続	宮城控判 <sup>2)</sup> 大10・4・28	民録27-1720 抄録93-23693 新聞1914-19

\* きむら・かずなり 立命館大学法学部准教授

1) 一審は長崎地裁（判決年月日等不明）。

2) 一審は山形地裁（判決年月日等不明）。

大審院（民事）判決の基礎的研究・7（木村）

1	3	10・1	大10-525	棄却	3	長谷川菊太郎	為替手形金	大阪控判 <sup>3)</sup> 大10・5・25	民録 27-1686 抄録 93-23672 新聞 1906-10 彙報 33上民1 評論 10商542
1	4	10・1	大10-579	棄却	3	横村米太郎	預金取戻並 損害賠償	大阪控判 大10・5・11	
1	5	10・1	大10-582	棄却	3	成道齋次郎	契約金	名古屋控判 大10・5・5	
1	6	10・1	大10-546	棄却	3	成道齋次郎	約束手形金	千葉地判 大10・5・6	
1	7	10・1	大10-531	棄却	3	横村米太郎	契約履行	東京地判 大10・4・20	
1	8	10・3	大10-509	棄却	2	岩本勇次郎	引受債務履 行	函館控判 大10・6・9	
1	9	10・3	大10-635	棄却	2	東龜五郎	損害賠償	函館地判 大9・12・24	
1	10	10・4	大10-223	棄却	1	榊原幾久若	契約金	広島控判 大9・12・25	
1	11	10・4	大10-613	棄却	1	山香二郎吉	損害賠償	広島控判 大10・5・24	
1	12	10・4	大10-670	棄却	1	尾古初一郎	損害賠償	長崎控判 大10・6・2	
1	13	10・4	大10-265	棄却	1	榊原幾久若	遺産相続回 復	大阪控判 大10・2・2	
1	14	10・5	大10-600	棄却	3	菰渕清雄	売掛代金	東京控判 大10・6・10	

3) 一審は大阪地裁（判決年月日等不明）。

1	15	10・5	大 10-606	棄却	3	成道齋次郎	貸金	東京控判 <sup>4)</sup> 大 10・2・17	民録 27-1728 抄録 93-23703 新聞 1911-21 彙報 33上民44 評論 10商628
1	16	10・5	大 10-609	棄却	3	長谷川菊太郎	土地引渡並 売買登記手 続	新潟地判 大 10・6・9	
1	17	10・6	大 10-446	破毀 差戻	2	東龜五郎	貸金	大分地判 大 10・3・16	※表題は「欠 席判決原本」
1	18	10・6	大 10-347	破毀 差戻	2	鬼澤藏之助	保証金返還	名古屋地判 <sup>5)</sup> 大 10・2・17	民録 27-1736 抄録 93-23708 新聞 1919-21 彙報 33上民48 評論 10民1222
1	19	10・6	大 10-602	棄却	2	鬼澤藏之助	流木代金返 還	福島地判 大 10・6・1	
1	20	10・6	大 10-650	棄却	2	鬼澤藏之助	不動産引渡 及損害要償	宮城控判 大 10・4・30	
1	21	10・6	大 10-656	棄却	2	大倉鈕藏	契約履行	大阪控判 <sup>6)</sup> 大 10・6・8 新聞 1893-22 評論 10商469	民録 27-1781 抄録 93-23753 新聞 1921-22 彙報 33上民95 評論 10商599
2	22	10・7	大 10-409	棄却	1	前田直之助	土地明渡	東京地判 大 10・2・19	新聞 1930-8
2	23	10・7	大 10-496	棄却	1	前田直之助	損害賠償	安濃津地判 大 10・4・28	
2	24	10・7	大 10-664	棄却	1	前田直之助	約束手形金	横浜地判 大 10・5・24	

4) 一審は東京地裁（判決年月日等不明）。

5) 一審は名古屋区裁（判決年月日等不明）。

6) 一審は大阪地裁（判決年月日等不明）。

大審院（民事）判決の基礎的研究・7（木村）

2	25	10・7	大10-538	棄却	1	尾古初一郎	代償金	福岡地判 大10・4・4	
2	26	10・7	大10-598	棄却	1	尾古初一郎	立木所有権 確認並ニ伐 採禁止及損 害賠償	新潟地判 大10・6・7	
2	27	10・8	大10-612	棄却	3	菰渕清雄	所有権確認	仙台地判 <sup>7)</sup> 大10・6・2	民録27-1698 抄録93-23681 新聞1913-22 彙報33上民9
2	28	10・8	大10-632	棄却	3	長谷川菊太郎	強制執行異 議	東京控判 大10・6・17	
2	29	10・8	大10-564	棄却	3	菰渕清雄	損害賠償	横浜地判 大10・4・30	
2	30	10・10	大10-578	棄却	2	鬼澤藏之助	給料	浦和地判 大10・6・18	
2	31	10・10	大10-719	棄却	2	東龜五郎	損害賠償	広島控判 大10・6・28	
2	32	10・11	大10-559	棄却	1	(不明)	土地所有権 移転登記手 続	甲府地判 大10・5・24	
2	33	10・11	大10-682	棄却	1	山香二郎吉	地所所有権 移転登記手 続並ニ地所 引渡	大分地判 大10・5・19	
2	34	10・11	大10-691	棄却	1	榊原幾久若	損害賠償	福井地判 大10・6・22	
2	35 /1	10・11	大10-244	棄却	1	前田直之助	株主権確認	東京控判 大9・11・24	
2	35 /2	10・22	大10-244		1		株主権確認	※判決更正決定原本	

7) 一審は仙台区裁（判決年月日等不明）。

2	36 ノ1	10・11	大10-247	棄却	1	榎原幾久若	株主権存在 確認	東京控判 大9・11・24	
2	36 ノ2	10・22	大10-247		1		株主権存在 確認	※判決更正決定原本	
2	37	10・11	大10-457	棄却	1	尾古初一郎	所有権移転 並抵当権設 定登記抹消	広島控判 大10・4・30	
2	38	10・12	大10-636	棄却	3	菰刈清雄	小切手金	東京地判 <sup>8)</sup> 大10・5・30	民録 27-1700 抄録 93-23683 新聞 1913-20 彙報 33上民10 評論 10商529
2	39	10・12	大10-654	棄却	3	成道齋次郎	養子縁組無 効請求事件 ノ原状回復 再審	東京控判 <sup>9)</sup> 大10・6・25 新聞 1917-18 評論 10訴262	民録 27-1739 抄録 93-23711 新聞 1918-22 彙報 33上民63 評論 10訴566
2	40	10・12	大10-471	棄却	3	菰刈清雄?	強制執行異 議	長崎控判 大10・5・23	
2	41	10・12	大10-597	棄却	3	長谷川菊太郎	求償金	東京控判 大10・3・8	
2	42	10・12	大10-624	棄却	3	菰刈清雄	貸金	名古屋控判 大10・6・7	
2	43	10・13	大10-404	棄却	2	大倉鈕藏	特許権利範 囲確認	特許局審決 大10・3・8	
2	44	10・13	大10-749	棄却	2	岩本勇次郎	小作損害賠 償	浦和地判 大10・7・28	
2	45	10・13	大10-686	棄却	2	鬼澤藏之助	土地所有権 移転登記手 続	水戸地判 大10・5・28	

8) 一審は東京区裁 (判決年月日等不明)。

9) 一審は浦和地裁 (判決年月日等不明)。

大審院（民事）判決の基礎的研究・7（木村）

2	46	10・13	大10-689	棄却	2	岩本勇次郎	不動産所有 名義回復承 認並物件返 還	名古屋控判 大10・6・25	
2	47	10・14	大10-355	棄却	1	榎原幾久若	土地所有権 確認及土地 引渡並土地 所有権移転 登記手続境 界確認	長崎控判 大10・1・25	
2	48	10・14	大10-310	棄却	1	尾古初一郎	土地建物質 料	函館地判 大10・2・14	
2	49	10・14	大10-685	棄却	1	山香二郎吉	宅地分筆登 記及所有権 移転登記手 続	新潟地判 大10・6・21	
2	50	10・15	大10-660	棄却	3	菰渕清雄	損害賠償	大阪控判 大10・6・7	
2	51	10・15	大10-669	棄却	3	長谷川菊太 郎	仮処分当否	長崎控判 <sup>10)</sup> 大10・7・6 新聞1893-17 評論10訴421	民録27-1788 抄録93-23758 新聞1922-21 彙報33上民101 評論10訴540
2	52	10・15	大10-678	棄却	3	成道齋次郎	土地所有権 確認	名古屋控判 大10・6・28	
3	1	10・18	大10-181	破毀 差戻	1	山香二郎吉	契約金	長崎控判 大9・12・15	新聞1921-19
3	2	10・18	大10-352	破毀 差戻	1	前田直之助	報酬並二損 害金賠償	東京控判 大9・12・27 新聞1823-18	新聞1921-21
3	3	10・18	大10-568	棄却	1	前田直之助	石炭代金	大阪控判 大10・5・6	

10) 一審は長崎地裁（判決年月日等不明）。

3	4	10・18	大 10-715	棄却	1	榑原幾久若	建物取去土地明渡	札幌地判 大 10・4・21	
3	5	10・18	大 10-727	棄却	1	榑原幾久若	不当利得返還	長崎控判 大 10・6・7	
3	6	10・18	大 10-706	棄却	1	尾古初一郎	貸金	大阪控判 大 10・6・22	
3	7	10・18	大 10-718	棄却	1	尾古初一郎	損害賠償	広島控判 大 10・6・30	
3	8	10・18	大 10-700	棄却	1	山香二郎吉	境界確認並二建物取除	福岡地判 大 10・6・7	
3	9	10・18	大 10-697	棄却	1	前田直之助	委託金	広島控判 大 10・6・2	
3	10	10・18	大 10-505	棄却	1	榑原幾久若	土地分割所有権移転登記手続並二地料	大阪控判 大 10・4・21	
3	11	10・18	大 10-544	棄却	1	前田直之助	保証債務履行	大分地判 大 10・3・31	
3	12	10・18	大 10-577	棄却	1	尾古初一郎	契約履行	宮城控判 大 10・4・21	
3	13	10・18	大 10-583	棄却	1	山香二郎吉	強制執行異議	鹿児島地判 大 10・4・28	
3	14	10・19	大 10-587	棄却	3	横村米太郎	婚姻無効確認	東京控判 大 10・5・31 評論 10 諸 143	
3	15	10・19	大 10-693	棄却	3	長谷川菊太郎	不当利得金返還	東京地判 大 10・6・29	
3	16	10・19	大 10-702	棄却	3	成道齋次郎	貸金	東京地判 大 10・7・9	
3	17	10・19	大 10-705	棄却	3	長谷川菊太郎	保存登記抹消所有権移転登記抹消	大阪控判 大 10・6・25	

大審院（民事）判決の基礎的研究・7（木村）

3	18	10・19	大10-711	棄却	3	横村米太郎	保存登記抹消承認所有権移転登記抹消競売手続取消	大阪控判 大10・6・25	
3	19	10・20	大10-530	破毀差戻	2	鬼澤藏之助	地所売渡	福島地判 <sup>11)</sup> 大10・5・23	民録 27-1802 抄録 93-23767 新聞 1919-21 彙報 33上民123 評論 10訴546
3	20	10・20	大10-752	棄却	2	大倉鈕藏	建物所有権確認並所有権保存及移転登記	鳥取地判 大10・6・4	
3	21	10・20	大10-743	棄却	2	東龜五郎	貸金	宮崎地判 大10・5・19	
3	22	10・20	大10-500	棄却	2	大倉鈕藏	水利権確認	大分地判 <sup>12)</sup> 大10・3・5	民録 27-1794 抄録 93-23765 新聞 1926-20 彙報 33上民112 評論 10訴537
3	23	10・20	大10-410	棄却	2	東龜五郎	土地引渡建物取去	広島控判 大10・4・14	
3	24	10・20	大10-419	棄却	2	鬼澤藏之助	地所分筆登記並売買登記手続	秋田地判 大10・3・17	
3	25	10・20	大10-575	棄却	2	東龜五郎	貸金	新潟地判 <sup>13)</sup> 大10・5・24	民録 27-1807 抄録 93-23770 新聞 1919-22 彙報 33上民107 評論 10民1130

11) 一審は福島区裁（判決年月日等不明）。

12) 一審は竹内区裁（判決年月日等不明）。

13) 一審は新潟区裁（判決年月日等不明）。

3	26	10・20	大 10-239	棄却	2	岩本勇次郎	所有権確認 並二分筆登 記手続	熊本地判 大 9・12・28	
3	27	10・20	大 10-725	棄却	2	岩本勇次郎	堤防修繕費 不足金	長崎地判 大 10・5・12	
3	28	10・20	大 10-713	棄却	2	岩本勇次郎	損害賠償	長崎控判 大 10・5・31	
3	29	10・20	大 10-707	棄却	2	東龜五郎	小作玄米	福島地判 大 10・7・11	
3	30	10・20	大 10-704	棄却	2	大倉鈕藏	土地売買無 効確認所有 権移転登記 抹消	大阪控判 <sup>14)</sup> 大 10・6・22	民録 27-1810 抄録 93-23773 彙報 33上民109 評論 10訴537
4	31	10・21	大 10-712	棄却	1	(不明)	貸金	松山地判 大 10・7・19	新聞 1931-10 評論 10訴624
4	32	10・21	大 10-526	棄却	1	尾古初一郎	貸金	東京控判 大 10・3・18 新聞 1833-21	
4	33	10・21	大 10-541	棄却	1	山香二郎吉	原状回復	水戸地判 大 10・5・12	15)
4	34	10・21	大 10-592	棄却	1	前田直之助	遊興費	千葉地判 大 10・5・18	
4	35	10・21	大 10-580	棄却	1	前田直之助	売買契約履 行	大阪控判 <sup>16)</sup> 大 10・5・13	民録 27-1925 新聞 1942-21 彙報 33上民232 評論 10訴581
4	36	10・21	大 10-730	棄却	1	尾古初一郎	損害金	山口地判 大 10・7・11	

14) 一審は高松地裁 (判決年月日等不明)。

15) この後に決定原本 (大 11・2・24 言渡し) が綴じ込まれている。これは、上告人が本判決に不法ありなどとして上告人所論の趣旨に基づき判決を変更すべしとの更正を申請したところ、第一民事部によりそれが却下されたものである。

16) 一審は神戸地裁 (判決年月日等不明)。

大審院（民事）判決の基礎的研究・7（木村）

4	37	10・21	大10-625	棄却	1	山香二郎吉	貸金	水戸地判 大10・6・4	
4	38	10・22	大10-261	破毀 差戻	3	長谷川菊太郎	貸金	広島控判 大10・1・18	新聞1931-18
4	39	10・22	大10-492	破毀 差戻	3	横村米太郎	損害賠償	秋田地判 <sup>17)</sup> 大10・4・7	民録27-1744 抄録93-23717 新聞1913-21 彙報33上民59 評論10訴570
4	40	10・22	大10-714	棄却	3	成道齋次郎	土地所有権 移転登記抹 消登記手続	長崎控判 <sup>18)</sup> 大10・6・23	民録27-1818 抄録93-23775 新聞1922-21 彙報33上民118 評論10民1133
4	41	10・22	大10-717	棄却	3	長谷川菊太郎	貸金	熊本地判 大10・5・31	
4	42	10・22	大10-555	棄却	3	横村米太郎	土地売買登 記抹消	宮城控判 <sup>19)</sup> 大10・4・7	民録27-1749 抄録93-23722 新聞1927-19 彙報33上民72 評論10民1218
4	43	10・22	大10-675	棄却	3	横村米太郎	損害賠償	東京控判 大10・7・2 評論10商286	
4	44	10・25	大10-751	棄却	1	榊原幾久若	預金	福岡地判 大10・6・28	
4	45	10・25	大10-631	棄却	1	榊原幾久若	離縁	東京控判 大10・6・3	

17) 一審は本荘区裁（判決年月日等不明）。

18) 一審は熊本地裁八代支部（判決年月日等不明）。

19) 一審は仙台地裁（判決年月日等不明）。

4	46	10・26	大 10-735	棄却	3	横村米太郎	土地所有権 移転登記抹 消登記手続	長崎控判 大 10・6・6	
4	47	10・26	大 10-738	棄却	3	成道齋次郎	売掛代金	大阪地判 大 10・5・30	
4	48	10・26	大 10-741	棄却	3	長谷川菊太郎	土地所有権 確認登記抹 消並ニ土地 引渡	千葉地判 大 10・7・6	
4	49	10・26	大 10-744	棄却	3	菰刈清雄	養子離縁	大阪控判 大 10・6・28	
4	50	10・26	大 10-747	棄却	3	横村米太郎	山林売買解 除並ニ代金 返還及ヒ損 害賠償	宮城控判 大 10・7・7	
4	51	10・27	大 10-185	破毀 差戻	2	鬼澤藏之助	損害賠償	長崎控判 大 9・12・20 新聞 1807-18 評論 10商137	
4	52	10・27	大 10-206	破毀 差戻	2	東龜五郎	所有権取得 登記抹消登 記手続	長崎控判 <sup>20)</sup> 大 9・12・22 新聞 1810-15 彙報 33上民276 評論 10諸78	民録 27-2040 新聞 1942-22 彙報 33上民276 評論 10諸500
4	53	10・27	大 10-293	破毀 差戻	2	鬼澤藏之助	土地所有権 移転登記手 続	宮城控判 <sup>21)</sup> 大 10・2・12	民録 27-1841 抄録 93-23787 新聞 1931-20 彙報 33上民181 評論 10訴541

20) 一審は福岡地裁小倉支部（判決年月日等不明）。

21) 一審は仙台地裁（判決年月日等不明）。

大審院（民事）判決の基礎的研究・7（木村）

4	54	10・27	大10-629	棄却	2	岩本勇次郎	財産管理喪失	東京控判 <sup>22)</sup> 大10・6・16	民録 27-1835 抄録 93-23782 新聞 1931-20 彙報 33上民126 評論 10訴544
4	55	10・28	大10-562	破毀 差戻	1	尾古初一郎	売掛代金	東京地判 大10・5・31	
4	56	10・28	大10-709	棄却	1	山香二郎吉	土地所有権 確認及登記 手続	大阪控判 大10・6・20	
4	57	10・28	大10-508	棄却	1	前田直之助	契約金	大阪控判 <sup>23)</sup> 大10・4・30	民録 27-1929 抄録 93-23854 新聞 1935-19 彙報 33上民239 評論 10訴585
4	58	10・28	大10-433	棄却	1	山香二郎吉	損害賠償	大阪控判 大10・4・20	
4	59	10・28	大10-619	棄却	1	榊原幾久若	売掛代金	神戸地判 大10・5・18	
4	60	10・28	大10-763	棄却	1	榊原幾久若	債権譲渡無 効確認等	大阪控判 大10・6・14	
4	61	10・29	大10-459	破毀 差戻	3	菰湖清雄	強制執行異 議	広島控判 <sup>24)</sup> 大10・4・12	民録 27-1760 抄録 93-23730 新聞 1927-19 彙報 33上民68

22) 一審は浦和地裁（判決年月日等不明）。

23) 一審は大阪地裁（判決年月日等不明）。

24) 一審は鳥取地裁米子支部（判決年月日等不明）。

4	62	10・29	大10-294	破毀 差戻	3	成道齋次郎	家屋明渡	東京地判 <sup>25)</sup> 大10・1・29	民録 27-1756 抄録 93-23726 新聞 1919-8 彙報 33上民55 評論 10諸232
4	63	10・29	大10-750	棄却	3	成道齋次郎	家屋明渡	東京地判 大10・7・7	
4	64	10・29	大10-759	棄却	3	横村米太郎	小女引渡	長崎控判 <sup>26)</sup> 大10・6・17 新聞 1886-20 評論 10民862	民録 27-1847 抄録 93-23794 新聞 1926-22 彙報 33上民148 評論 10民1085

※注——「掲載誌」の「抄録」は大審院民事判決抄録<sup>27)</sup>、「新聞」は法律新聞、「彙報」は判例彙報、「評論」は法律評論を指す。

116判決中、破毀が15件、棄却が101件となっている。

25) 一審は東京区裁 (判決年月日等不明)。

26) 一審は鹿児島地裁 (判決年月日等不明)。

27) 大審院民事判決抄録は、民法施行後から大正10年にいたるまでの判例で「大審院判決録に輯録せられたるものの内、其重要と認めらるるものの全部を採録し」たもので (「大審院判決抄録の発刊に就て」法曹会雑誌2巻8号 [大13] の広告)、大正13年10月から昭和8年7月にわたっておおむね月1冊のペースで刊行されたものである (『法曹会史』 [昭44, 法曹会] 151頁)。

『法曹会史』149頁には、「大審院当局とも協議した結果」、民録に対する需要の増大に対応するために民録に代わるものとして抄録を刊行することとなったとあるから、抄録は民録と並ぶ大審院の公式判例集とみて差し支えない。民録登載判決の中から重要なものとして選ばれたものが掲載されていること、その編集に当たって独自に付された判示事項が存在すること、民録の判決要旨もやはり選択されたもののみが掲載されていることからすれば、当該判決に対する当時の大審院の態度を明確に示したものとして、抄録の持つ重要性はむしろ民集よりも高いと評価することもできよう (そのため、今回分より掲載誌の一覧に抄録を加えることとした)。

## 2 大正10年10月分大審院民事判決原本の分析

### 2-1. 民録登載基準の検討<sup>28)</sup>

#### 2-1-1. 民録登載判決の分析

全116判決のうち25件が大審院民事判決録（民録）に登載されている<sup>29)</sup>。まずはこの25件がなぜ民録に登載すべきものとされたのかということについて分析しておく。なお、以下の【判決要旨】はいずれも民録記載のものである（【数字】はすべて上の表の【分冊-No】に対応している）。

#### 【1-1】<sup>30)</sup>

【判決要旨】<sup>31)</sup> 一 民事訴訟法第六十五条ニ所謂期間ヲ計算スルニ日ヲ以テスルモノト八月又八月ヲ以テ期間ヲ定メタル場合ヲモ包含スルモノト解スルヲ相当トス

一 民事訴訟法第三百九十一条第二項ニ所謂通知書ノ送達アリタル日ヨリ起算シトハ其日カ期間ノ初日ナルコトヲ意味スルモノニシテ通則ニ從ヒ其日ハ期間ニ算入セサルモノト解スルヲ相当トス

本判決は、先例<sup>32)</sup>を変更する民事聯合部判決であり、当然に民録に登載されるべきものである。

---

28) 大審院判決録1巻（明24）冒頭の「凡例」には、「本書編纂ノ主意ハ大審院判決中擬律ノ模範トナルヘキモノヲ集録スルニ在リ」とある。また、判決要旨については、やはり「凡例」として、「件名ノ次ニ判決ノ要旨ヲ摘録ス事件異ナルモ其判旨同一ナルモノハ之ヲ重録セス」（ここでは民録27輯【大10】冒頭の「凡例」より引用）との方針が示されている。民録の編纂方針を知る手がかりは、現段階ではこれらのみである（大審院判例審査会の設置はこの年12月のことである）。

なお、大正10年10月分の判決原本については、登載・不掲載の押印がないものも多い。これまでの筆者の一連の研究によれば、少なくとも民集時代にはそのような事例は存在しないので、この現象が民録時代固有のものなのか、検証する必要がある。

29) 新聞には【3-30】を除く24件、彙報には【3-30】を除く24件、評論には22件が掲載されている

30) 本判決の評釈として、加藤正治「判批」同『民事訴訟判例批評集 第一巻』（大15、有斐閣）113頁以下がある。

31) 抄録では、判示事項が「民事訴訟法第三百九十一条第二項ノ期間ノ計算」とされ、民録の判決要旨第二点のみが判決要旨としてそのまま採録されている。

32) 大(二民)判大2・6・2民録19-361。

[1-2]<sup>33)</sup>

【判決要旨】<sup>34)</sup> 一 他家ノ戸主ハ之ヲ家督相続人ニ選定スルコトヲ得ルモノト解スルヲ相当トス (判旨第一点)

一 親族会カ他家ノ戸主ヲ家督相続人ニ選定シタル場合ニ於テハ被選定者カ他家ノ戸主タル地位ヲ脱却スル迄ハ選定ノ効力発生セサルモノト謂ハサルヘカラス (判旨第二点)

一 民法第千七条ノ三个月ノ期間ハ他家ノ戸主ヲ家督相続人ニ選定シタル場合ニ於テハ被選定者カ戸主ノ地位ヲ脱却シ選定ノ効力ヲ生シタル時ヨリ起算スヘキモノト解スルヲ相当トス (同上)

一 他家ノ戸主ヲ家督相続人ニ選定シタル場合ニ於テ其被選定者カ該選定ノ決議アルヲ知りタルニ拘ラス遲滞ナク戸主ノ地位ヲ脱却スルノ手続ヲ為ササルトキハ相続人タルコトヲ欲セサルノ意思ヲ有スルモノト推測スルコトヲ得ヘキ場合ナキニ非サルヲ以テ若シ被選定者カ斯ル意思ヲ有スルコトヲ認メ得ルトキハ親族会ノ選定決議ハ実行不能トナリ其効力ヲ失ヒタルモノト謂ハサルヲ得サルモノトス (同上)

判決要旨第一点については、判決理由中に援用されている先例<sup>35)</sup>がある。穂積重遠が、「本判例は前掲判旨第二点に於て前判例 (引用者注：前述の先例) に一步を進め、他家の戸主が家督相続人に選定された結果を適当に解決したのであって、此点に於て注目せらるべき新判例である」<sup>36)</sup>と指摘しているように、判決要旨第二点に民録登載の価値があるといえる。

[1-3]<sup>37)</sup>

【判決要旨】<sup>38)</sup> 一 白地手形トハ後日他人ヲシテ手形要件ノ全部又ハ一部ヲ補充

33) 本判決の評釈として、穂積重遠「判批」民事法判例研究会編『判例民事法(1)大正十年度』(大12, 有斐閣) 454頁以下などがある。

34) 抄録では、判示事項が「他家ノ戸主ト家督相続人ノ選定——他家ノ戸主ヲ家督相続人ニ選定スル親族会決議ノ効力——民法千七条ノ期間ノ起算——親族会決議ノ実行不能」とされ、民録の判決要旨すべてがそのまま採録されている。

35) 大(二民)判大4・5・20民録21-741。

36) 前掲注(33)457頁。

37) 本判決の評釈として、谷川久「判批」手形小切手判例百選(第3版)(昭56)108頁以下などがある。

38) 抄録では、判示事項が「白地手形ノ意義——白地引受——白地手形譲受人ノ白地裏書——白地手形ノ補充権ノ所在」とされ、民録の判決要旨すべてがそのまま採録されている。

セシムル意思ヲ以テ故ラニ之ヲ記載セサル紙片ニ署名シテ発行スルモノヲ指称スルモノトス（判旨第四点）

- 一 為替手形ノ振出人ハ白地手形ヲ振出スト同時ニ後日手形ノ要件カ補充セラレタルトキ引受人トシテ手形債務ヲ負担スル意思ヲ以テ白地手形ニ引受人トシテ署名スルコト即チ白地引受ヲモ為シ得ヘキモノトス（判旨第五点）
- 一 白地手形ノ交付ヲ受ケタル者ハ其手形ニ署名スルコトナクシテ之ヲ他人ニ譲渡シ譲渡ヲ受ケタル者ハ之ニ白地裏書ヲ為シ更ニ他人ニ譲渡シ得ヘク此ノ如クニシテ手形ノ所持人トナリタル者ハ其白地ヲ補充シテ引受人又ハ前者ニ対シテ手形上ノ権利ヲ行使スルコトヲ得ルモノトス（判旨第六点）
- 一 白地手形ニ於ケル白地補充権ハ手形ニ追隨シテ転讓シ手形ヲ取得シタル者カ同時ニ之ヲ取得スルモノト解スルヲ相当トス（判旨第六点）

本判決の判決要旨第一点についても、判決理由中に援用されている先例<sup>39)</sup>がある。しかし、同第二点以降は大審院の新判断のようであり、このことが民録登載の理由となったものと考えられる。

[1-15]<sup>40)</sup>

〔判決要旨〕<sup>41)</sup> 商人カ他ノ債務ノ目的タル金銭其他ノ物ヲ消費貸借ノ目的ト為スコトヲ約シタル場合ニ於テハ之ニ因リテ成立シタル消費貸借ハ其営業ノ為メニシタルモノト推定セラルヘキコト商法第二百六十五条第二項ニ依リ明カナルヲ以テ其消費貸借ハ同条第一項ニ依リ商行為ナリトス

原本の冒頭欄外には、「第一点」の墨書があるが、判決要旨で示された点は大審院の新判断ではなく、判決理由にも示されている先例<sup>42)</sup>がある。この先例は「商人カ他ノ債務ノ目的タル金銭其他ノ物ヲ消費貸借ノ目的ト為スコトヲ約シタル場合ニ於テ之ニ因リテ成立シタル消費貸借ハ一応其営業ノ為メニ為シタルモノト推定スヘク從テ該消費貸借ハ商行為ニシテ其債権ハ商行為ニ因リテ生シタルモノナレハ時効ニ関シテハ商法第二百八十五条適用スヘキモノトス」（民録の判決要旨第一点）とするもので、本判決の示すところと変わりはない。にもかかわらず民録に登載さ

39) 大(二民)判大9・12・27民録26-2109。

40) 本判決の評釈として、東季彦「判批」前掲注(33)457頁以下などがある。

41) 抄録では、判示事項が「推定商行為」とされ、民録の判決要旨すべてがそのまま採録されている。

42) 大(一民)判大7・8・6民録24-1570。その他にも、大(二民)判大8・5・19民録25-875、大(二民)判大10・9・29民録27-1707がある。

れた理由はどこにあるのだろうか<sup>43)</sup>。

[1-18]<sup>44)</sup>

【判決要旨<sup>45)</sup>】 一 貸貸人ノ義務不履行ヲ理由トシテ貸貸借契約ノ解除ヲ為スニハ貸借人ヨリ貸貸人ニ対シ相当ノ期間ヲ定メテ義務ノ履行ヲ催告スルコトヲ必要トスルモノニシテ貸借人ニ非サル第三者カ自己モ亦契約上ノ権利ヲ有スト主張シ貸貸人ニ対シテ義務ノ履行ヲ催告シタリトテ之ヲ以テ貸貸借契約解除ニ必要ナル履行催告ノ条件ヲ充タシタルモノト謂フヲ得サルモノトス

判決要旨で示された点につき、大審院の先例を確認することはできない。すなわち、大審院の新判断であろう。

[1-21]<sup>46)</sup>

【判決要旨<sup>47)</sup>】 一 手形ノ振出又ハ引受署名トシテ「甲株式会社専務取締役乙」ト記載シアル文言ヲ以テ甲会社ノ代理人タル乙カ会社ノ為メニ為スモノナルコトヲ表示シテ振出及ヒ引受ヲ為シタルモノト為シタルハ手形文言ノ意義ヲ其儘解釈判断シタルニ外ナラスシテ他ノ事由ニ依リ之ヲ変更シ又ハ補充シタルモノニ非ス (判旨第二点)

一 会社ノ代表者ハ即チ会社ノ法定代理人ニシテ其法定代理人ノ為ス行為ハ本人タル会社ノ為メニ為ス意思ヲ包含セサルモノト謂フヲ得ス而シテ取締役ノ代理権カ法定ノモノナリヤ將タ委任ニ因ルモノナリヤハ手形以外ノ証拠ニ依リテ定メ得ヘキモノトス

要旨第一点は、手形行為の代理関係の表示についての事例判断である。第二点については、「株式会社ノ取締役ハ行為能力ヲ有セサル会社ヲ代表シ其業務ヲ執行スル法定代理人ナリ」とする先例<sup>48)</sup>があるが、これは刑録登載判決である。いずれ

---

43) このことは、判旨が同一のものについてはこれを収録しないとする民録の編纂方針(前掲注(28)参照)にも反する。

44) 本判決の評釈として、末弘厳太郎「判批」前掲注(33)460頁以下がある。

45) 抄録では、判示事項が「貸借人ニ非サル者ノ履行催告ノ効力」とされ、民録の判決要旨がそのまま採録されている。

46) 本判決の評釈として、平野義太郎「判批」前掲注(33)496頁以下などがある。

47) 抄録では、判示事項が「手形ノ振出又ハ引受署名ノ解釈——手形ニ署名シタル会社取締役ノ代理権ノ判断」とされ、民録の判決要旨がそのまま採録されている。

48) 大(一刑)明 38・3・13 刑録 11-316 (私印盗用手形偽造行使詐欺取財受託物費消費並附帯私訴ノ件)。本文に引用したのは刑録の判決要旨第九点。

の点についても、民録に登載すべき価値があると考えられたのだろう。

[2-27]<sup>49)</sup>

[判決要旨]<sup>50)</sup> 一 宣誓ヲ為サシテ供述シタル者モ宣誓ヲ為シタル上供述シタル者ト同シク証人ニシテ其供述ヲ証言ト称スヘキモノトス

本判決についても、判決理由が援用する先例<sup>51)</sup>があり、民録登載の理由は定かではない。

[2-38]

[判決要旨]<sup>52)</sup> 一 代理人カ小切手ヲ振出シタル場合ニ小切手面ニ本人ノ為メニスルコトノ記載アルヤ否ヤノ事実ト代理人カ本人ノ為メニ小切手振出ノ権限アルヤ否ヤ又ハ権限ナシトスルモ第三者カ振出ノ権限アリト信スヘキ正当ノ理由ヲ有セシヤ否ヤノ問題トハ全ク別箇ノ関係ニシテ前者ハ単ニ小切手ノ文言自体ニ依リテノミ決定スヘキモノナリト雖モ後者ハ代理ニ関スル一般ノ法則ニ依リ律スヘキモノナルヲ以テ諸般ノ証拠方法ニ依リ判定スルコトヲ得ルモノトス

一 代理人ノ手形振出ノ権限ノ有無ニ関スル事項ハ手形振出ノ能力ノ有無ト同シク必スシモ手形ニ記載シタル振出ノ日時ノミニ依リ決スヘキモノニ非シテ眞実ノ振出ノ日時ニ依拠シテ定ムヘキモノトス

判決要旨で示された点につき、同趣旨の先例はないようである。そのため、民録に登載されたものと推測される。

[2-39]<sup>53)</sup>

[判決要旨]<sup>54)</sup> 一 民事訴訟法第四百八十三条ノ訴ハ其訴ヲ為サントスル者即チ

---

49) 本判決の評釈として、加藤正治「判批」同『民事訴訟判例批評集 第二巻』（昭2、有斐閣）178頁以下がある。

50) 抄録では、判示事項が「宣誓ヲ為ササル証人ノ証言」とされ、民録の判決要旨がそのまま採録されている。

51) 大(二民)判大7・9・5民録24-1607。この他にも、大(二民)判明32・5・17民録5-90、大(一民)判明38・3・2民録11-309、大(二民)判大9・4・26民録26-567と同趣旨の先例がある。

52) 抄録では、判示事項が「小切手振出ノ代理権有無ノ判断——小切手振出ノ代理権有無ヲ定ムル標準時期」宣誓ヲ為ササル証人ノ証言」とされ、民録の判決要旨がそのまま採録されている。

53) 本判決の評釈として、平野「判批」前掲注(33)464頁以下などがある。

54) 抄録では、判示事項が「民事訴訟法第四百八十三条ノ解釈」とされ、民録の判決要旨がそのまま採録されている。

第三者ノ債務者カ共同担保タル自己ノ財産ヲ減少シ債務者ノ弁済ヲ薄弱ナラシムル目的ヲ以テ相手方ト共謀シテ財産上ノ訴訟ヲ為シ故ラニ敗訴ノ判決ヲ得タル場合ニ於テ之ヲ起スコトヲ得ヘキモノト解スルヲ相当トス

一 如上ノ場合ニ於テ其訴訟ノ原告又ハ被告ト債権債務ノ関係ナキ者ハ同条ノ訴ヲ起スコトヲ得サルヲ以テ第三者ノ債務者ニ非サル者カ他人ト共謀シ第三者ノ相続権及ヒ之ニ伴フ財産権ヲ詐害スル目的ヲ以テ敗訴ノ判決ヲ受ケタリトスルモ其第三者ハ同条ノ訴ニ依リテ其判決ニ対シ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルモノトス

要旨第一点については判決理由も援用する先例<sup>55)</sup>があるが、同第二点は大審院の新判断と思われ、そのため民録に登載されることとなったものと考えられる。

[2-51]<sup>56)</sup>

[判決要旨]<sup>57)</sup> 一 権利者カ自己ノ為メニ権利ヲ行使スルニ際シ之ヲ妨クルモノアルトキハ其妨害ヲ排除スルコトヲ得ルハ権利ノ性質上固ヨリ当然ニシテ其権利カ物権ナルト債権ナルトニ依リテ其適用ヲ異ニスヘキ理由ナシトス (判旨第一点)

一 民事訴訟法第七百六十条ノ規定ニ依ル仮ノ地位ヲ定ムル為メニスル仮処分ト雖モ亦同法第七百六十一条ノ規定ノ適用アルモノトス (判旨第二点)

本件ノ判決要旨に示された2つノ準則も、やはり大審院によって初めて提示されたものであり、民録登載の理由はこの点にあるものと思われる。

[3-19]<sup>58)</sup>

[判決要旨]<sup>59)</sup> 民事訴訟法第四百三十八条第二項第一号ニ依レハ上告状ニ上告セラルル判決ヲ表示スルコトハ上告状記載ノ法定要件ナレトモ其判決ヲ表示スルハ上告審ヲシテ如何ナル判決ニ対シテ上告アリタルカヲ識別セシムルカ為メナルヲ以テ苟モ上告状ニ上告ノ目的タル判決ヲ他ノ判決ト混同スル虞ナキ程度ニ

---

55) 大(一民)判明 36・11・12 民録 9-1235, 大(二民)判明 38・6・30 民録 11-1079。

56) 本判決の評釈として、末弘「判批」前掲注(33)499頁以下などがある。筆者による本判決の分析については、木村和成「戦前の『賃借権に基づく妨害排除』裁判例の再検討」立命館法学285号(平15)256頁以下参照。

57) 抄録では、判示事項が「権利行使妨害ノ排除——仮ノ地位ヲ定ムル仮処分ト民事訴訟法第七百六十一条ノ適用」とされ、民録の判決要旨がそのまま採録されている。

58) 本判決の評釈として、加藤・前掲注(49)246頁以下がある。

59) 抄録では、判示事項が「上告状ニ記載スヘキ上告セラルヘキ判決ノ表示」とされ、民録の判決要旨がそのまま採録されている。

記載スレハ縦令判決ノ主文ヲ示サストモ其記載ヲ以テ叙上ノ法定要件ヲ充シタルモノト謂フヘシ

判決要旨に示された点は、やはり大審院による初めての判断であり、そのため民録に登載されたのであろう。

[3-22]<sup>60)</sup>

[判決要旨]<sup>61)</sup> 訴訟ノ当事者カ他ノ訴訟ニ於テ為シタル事実上ノ供述ト雖モ之ヲ他ノ証拠ト綜合シテ其当事者ノ利益ニ係争事実ヲ判断スルコトヲ妨ケサルモノトス

判決要旨で示された点につきやはり大審院の先例は見当たらない。民録に登載されたのはそのためであらう。

なお、彙報は、上記の点に加え、「甲者カ灌溉ニ引用シタル余水ヲ其ノ下流ニ在ル乙者カ使用権ヲ有スル場合ニ於テ甲者カ右余水ヲ流下セシメス第三者タル丙者ヲシテ使用セシムルカ如キハ乙者ノ水利権ヲ侵害スルモノニシテ之ヲ排除スルコトヲ得ヘシ」、「前項ノ場合ニ丙者カ甲者ヨリ余水使用ノ承認ヲ得更ラニ該余水ヲ利用スル設備ヲナスニ付キ行政庁ノ許可ヲ受ケタリトスルモ此ノ一事ヲ以テ丙者ハ該余水ニ付キ水利権ヲ取得シタルモノト云フヲ得ス」とする判決要旨を付している。

[3-25]<sup>62)</sup>

[判決要旨]<sup>63)</sup> 一 被相続人カ死亡ノ当時権利ノミヲ有シタル場合ハ勿論義務ノミヲ負担シタル場合ト雖モ苟モ財産権上ノ関係ニ属スルモノナル以上ハ相続人ニ於テ遺産相続権ヲ抛棄シ又ハ限定承継ノ意思表示ヲ為ササル限り総テ之ヲ承継スヘキモノトス

判決理由は「曩ニ当院判例ノ存スルトコロナリ」とするのみで、具体的な先例を示していないが、大(二民)判明 41・3・9 民録 14-241 がこれに当たる。本判決も、既に同趣旨の先例があるにもかかわらず民録に登載されている一例である。

---

60) 本判決の評釈として、中川善之助「判批」前掲注(33)505頁以下などがある。

61) 抄録では、判示事項が「他ノ訴訟ニ於ケル当事者ノ供述ノ証拠力」とされ、民録の判決要旨がそのまま採録されている。

62) 本判決の評釈として、穂積「判批」前掲注(33)507頁以下がある。

63) 抄録では、判示事項が「遺産相続ノ物体」とされ、民録の判決要旨がそのまま採録されている。

[3-30]<sup>64)</sup>

[判決要旨]<sup>65)</sup> 一 嘱託ニ係ル審問調書ニ裁判所書記ノ署名ノミアリテ其捺印ナキモ該調書ニ添綴シ之ト分ツヘカラサル証人訊問調書ニ書記ノ署名捺印ヲ具備セル以上ハ民事訴訟法第百三十三條同第百三十二條ニ違背セル無効ノ調書ニ非サルモノトス

判決要旨で示された点につき、同趣旨の先例はないようである。民録に搭載されたのはそのためと推測される。

[4-35]<sup>66)</sup>

[判決要旨] 一 民事訴訟法第百九十六條第三号ニ所謂賠償ハ履行ニ代ハル損害賠償ノミナラス当初ノ請求カ消滅シ之ニ代ハリテ生シタル請求ノ如キ総テ之ニ包含スルモノトス

判決理由は触れていないが、判決要旨で示された点（上告理由第三点に対する判断）については、「民事訴訟法第百九十六條第三号ノ賠償ニハ損害賠償ノミナラス最初求メタル物ノ代償ヲ請求スル場合ヲモ包含スルモノニシテ從テ其物ニ因リ相手方ノ受ケタル不当利得ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス」とする同趣旨の先例<sup>67)</sup>がある（本判決の判決理由においても、上記の要旨の部分の後は、「例ヘハ法律行為カ取消サレ從ヒテ此法律行為ニヨリ生シタル請求モ亦消滅シタルカ為メ之ニ代ヘテ現存利益ノ返還ヲ請求スル場合ノ如キモ亦同條ノ適用ヲ受ク可ヘキモノトス」と続いている）。したがって、民録に搭載すべき必要性はないように見受けられる。

また、本判決には、先例を明示してこれと同趣旨の判断がなされている旨を示している部分（上告理由第一点に対する判断）があるが、この部分は要旨として捕捉されていない。いずれの部分についても先例があるにもかかわらず、一方のみが要旨として捕捉されるというこうした取り扱いの違いは何に起因するものなのか、それぞれの先例と比較しつつ判決文を読んでも判然としない（ただし、本判決は抄録には掲載されていない）。

---

64) 本判決の評釈として、加藤・前掲注(30)246頁以下がある。

65) 抄録では、判示事項が「裁判所書記ノ捺印ナキ審問調書ノ効力」とされ、民録の判決要旨がそのまま採録されている。

66) 本判決の評釈として、加藤・前掲注(30)204頁以下がある。

67) 大(三民)判大6・1・31民録23-179。本文に引用したのは、民録の判決要旨第一点。

[4-39]<sup>68)</sup>

[判決要旨]<sup>69)</sup> 一 甲カ執達吏ニ委任シテ丙ノ所有トシテ差押ヲ為シタル物カ乙ノ所有ナリシカ為メ甲ニ過失アリトシテ之ニ不法行為ノ責任ヲ負担セシメントスルニハ甲ニ於テ其差押物件所在ノ場所其他執行当時ノ状況等ニ徴シ不注意ニ因リ差押ヲ繼續シタル事実ヲ説示セサル可カラサルモノトス

上告人は、上告理由において、「債権者甲カ債務者乙ニ対スル債務名義ニ基キ執達吏ニ委任シテ為シタル現金ニ対スル差押ハ其実丙ノ所有ニ係ル金銭ニ付キ為シタルモノニシテ民事訴訟法第五百七十四条ノ適用ノ結果甲ハ丙ノ金銭ヲ以テ乙ニ対スル債権ノ弁済ヲ受クルコトト為リ即チ不法行為ニ依リ丙ノ財産権ヲ侵害シタルモノトシテ丙ヨリ之カ損害ノ賠償ヲ求ムル場合ニ於テ甲ニ不法行為ノ責任アルコトヲ認メンニハ該金銭ハ丙ノ所有ニ属スルコト並ニ甲カ故意又ハ過失ニ因リ執達吏ヲシテ右金銭ニ対スル差押ヲ遂行セシメタル事実ヲ具体的ニ判示セサルヘカラサルモノトス」とする先例<sup>70)</sup>を援用している。本判決の判決要旨がこの先例と同旨であることは一目瞭然であり、本判決のほうが、先例と比較して、過失の判断基準についてやや立ち入った説明を加えているという点以外に要旨レベルでの相違点を見出すことはできない。民録登載の理由はこの点にあるのだろうか（ただし、本判決は抄録には掲載されていない）。

[4-40]<sup>71)</sup>

[判決要旨]<sup>72)</sup> 一 法律行為アリタル場合ニ於テハ一応其行為ノ有効ニ成立シタルモノト推定スルヲ相当トスヘキヲ以テ其要素ニ錯誤アリシ為メ無効ニ帰シタリトノ事実ハ之ヲ主張スル者ニ於テ立証ヲ為スノ責任アルモノトス  
本判決についても、民録登載の先例<sup>73)</sup>があり、その先例との違いは判然としない。

---

68) 本判決の評釈として、平野・前掲注(33)469頁以下などがある。

69) 抄録では、判示事項が「不法差押ニ因ル不法行為成立ノ要件」とされ、民録の判決要旨がそのまま採録されている。

70) 大(三民)判大10・3・19民録27-553。本文に引用したのは、民録の判決要旨第一点。

71) 本判決の評釈として、平野・前掲注(33)511頁以下などがある。

72) 抄録では、判示事項が「法律行為ノ無効ト立証責任」とされ、民録の判決要旨がそのまま採録されている。

73) 大(二民)判明44・5・22民録17-310。民録登載の判決要旨は、「売買契約アリタル場合ニ於テハ其売買ノ有効ニ成立シタルモノト一応推定スヘキハ当然ナルヲ以テ該売買ノ要素ニ錯誤アリシ為メ無効ニ帰シタリトノ事実ハ其事実主張者ニ於テ挙証ノ責任ニセサルヘカラス」となっており、本判決と同じである。この他にも、大(二民)判大7・10・3民録24-1853、大(一民)判大7・12・3民録24-2284も本判決同様の判断を下している。

[4-42]<sup>74)</sup>

[判決要旨]<sup>75)</sup> 一債務者カ債権ノ執行ヲ免カレンカ為メ他人ト通謀シテ自己所有ノ不動産ノ売買ヲ仮装シテ所有権移転ノ登記ヲ為スモ家資分散ノ際ニ於ケル如ク犯罪ヲ構成スル場合ヲ除クノ外民法第七百八条ニ所謂不法原因ニ基ク給付ト云フコトヲ得サルモノトス

判決要旨として捕捉されているのは、上告理由第三点に対する判断の部分だが、この点については、判決理由も援用する先例<sup>76)</sup>がある。その一方で、「民法施行前ニ在リテモ民法第九十四条ト同一ノ法則行ハレタルコトハ当院判例……ノ示ス所ナ(リ)」とする上告理由第一点に対する判断の部分については、先例<sup>77)</sup>が明示されているにもかかわらず、判決要旨として把握されていない。[4-35]と同様、ともに同旨の先例を有しながら一方のみが判決要旨として捕捉されていること理由は判然としない。

[4-52]<sup>78)</sup>

[判決要旨] 一 一箇ノ不動産上ニ共有持分権ヲ有スル者カ其不動産ニ付キ単独所有権取得ノ登記ヲ為シタル第三取得者ニ対シ其持分権ヲ対抗シ得ル場合ニ於テ所有権取得登記ノ抹消ニ因リテ第三取得者ノ正当ニ取得シタル権利ヲ喪失セシムル虞アルトキハ登記ノ抹消ヲ許容スヘキモノニ非スシテ登記更正ノ手続ニ依リ共有名義ノ登記ニ改メシムルヲ相当トス

共有者の一人が単独名義としているのを共有名義に改める場合については、更正登記によって共有名義にすることができるが、単独名義人にその抹消登記手続きをさせ、その後共有名義の登記をしても不法ではないとする先例<sup>79)</sup>がある。しかし、本件は単独名義人が共有者の一人の場合ではなく第三取得者である場合であり、大審院は本判決においてこの場合における準則を新たに示したものと思われる。本判決が民録に登載されたのはそのためであろう（ただし、本判決は抄録には掲載されていない）。

---

74) 本判決の評釈として、我妻栄「判批」前掲注(33)472頁以下などがある。

75) 抄録では、判示事項が「不法原因ノ給付ト為ラサル場合」とされ、民録の判決要旨がそのまま採録されている。

76) 大(一民)判明 42・2・27 民録 15-171。

77) 大(一民)判大 7・10・22 民録 24-2025。

78) 本判決の評釈として、我妻「判批」法学協会雑誌40巻 7号(大11)1283頁以下がある。

79) 大(二民)判大 8・12・25 民録 25-2392, 大(一民)判大 9・12・17 民録 26-2043。

[4-53]<sup>80)</sup>

【判決要旨】<sup>81)</sup> 訴訟ノ提起後ニ於テ第三者カ当事者ヨリ訴訟上利益ナル事実ノ陳述ヲ聴取シ証人トシテ法廷ニ之ヲ供述シタリトスルモ其供述ハ証拠タル効力ヲ有セサルモノト解スルヲ相当トス

判決要旨で示された点について大審院の先例はない。民録登載の理由はこの点にあるものと推測される。

[4-54]<sup>82)</sup>

【判決要旨】<sup>83)</sup> 一 在廷シタル者二期日ヲ定メ出頭ヲ命シタルトキハ期日ノ呼出状ヲ送達スルヲ要セサルハ民事訴訟法第六十一条但書ノ規定スル所ニシテ同法第二百四十五条ニ依リ準用セラルル同法第二百三十五条ノ規定ニ依レハ其出頭命令ハ在廷セサル一方ノ当事者ニ対シテモ亦効力ヲ有スルニヨリ之ニ対シテモ亦呼出状ノ送達ヲ要セサルモノト解スルヲ相当トス（判旨第一点）

一 財産管理権ノ行使ヲ禁スル仮処分アルモ財産ノ管理ヲ辞スルコトヲ妨ケサルモノトス（判旨第二点）

判決要旨第一点については、判決理由中にも掲げられた先例<sup>84)</sup>があるが、同第二点についての先例は見当たらない。第二点を要旨として掲載する理由はそこにあるものと考えられるが、第一点については判然としない。

[4-57]<sup>85)</sup>

【判決要旨】<sup>86)</sup> 一 裁判所カ実験則ニ関スル智識ヲ得ルニ付キテハ其方法ト材料ニ何等ノ制限ナシト雖モ或具体的事実ニ関スル智識ヲ得ルニ付キテハ原則トシテ当事者ノ提出シタル訴訟資料ニ拠ルヘク又其証拠方法ハ法律ニ規定セラレタル種類ヲ出ツルヲ得サルコト勿論ナリト雖モ証拠方法ノ一タル書証ナルモノハ

---

80) 本判決の評釈として、加藤「判批」前掲注(49)155頁以下がある。

81) 抄録では、判示事項が「訴訟提起後当事者ヨリ事実ヲ聴取シタル証人ノ証拠力」とされ、民録の判決要旨がそのまま採録されている。

82) 本判決の評釈として、加藤「判批」前掲注(49)1頁以下がある。

83) 抄録では、判示事項が「呼出所状ノ送達ヲ要セサル場合——財産管理権行使禁止ノ仮処分ト財産管理ノ辞任」とされ、民録の判決要旨がそのまま採録されている。

84) 大(一民)判明40・11・9民録13-1106。

85) 本判決の評釈として、加藤「判批」前掲注(49)197頁以下がある。

86) 抄録では、判示事項が「書証ノ内容」とされ、民録の判決要旨のうち、冒頭から「雖モ」までの文を削除した残りの部分が判決要旨として採録されている。

専ラ或具体的事実ニ関スル或人ノ報告ヲノミ其内容トスヘク意見又ハ感覺ノ發表ヲ内容トスルヲ得スト云フカ如キ制限ナキモノトス

判決要旨で示された点について大審院の先例は存在せず、本判決が民録に登載されたのはそのためであろう。

[4-61]<sup>87)</sup>

[判決要旨]<sup>88)</sup> 一 甲カ其所有不動産ヲ乙ニ売渡シタル時期ニシテ甲ノ相続人丙カ甲ノ隠居ニ依リ家督相続ヲ為シ該不動産ノ所有權ヲ取得シタルモ未タ之カ登記ヲ為ササル間ニ在リトセムカ乙モ亦之カ所有權取得ノ登記ヲ為シ居ラサル場合ニ於テハ丙ニ対スル債権者丁カ同人ニ代位シ同人ノ為メニ係争不動産ニ付キ家督相続ニ因ル所有權取得ノ登記ヲ為シ次テ之ニ対シ強制競売ノ申立ヲ為シ該申立カ登記簿ニ記入アリタル場合ニ於テハ丁ハ不動産ニ対スル差押債権者トシテ民法第百七十七条ニ所謂第三者ニ該当シ乙ハ自己ノ所有權取得ヲ以テ丁ニ對抗シ得サルモノトス

差押債権者が民法177条にいう「第三者」に該当することについては、大(二民)判大8・12・8民録25-2250が既に明言している。本判決が民録に登載されたのは、判決要旨で示されたような場合における差押債権者もやはり「第三者」に該当するというを明らかにした事例判決と位置付けられたためであろうか。

[4-62]<sup>89)</sup>

[判決要旨]<sup>90)</sup> 一 大正十年法律第五十号借家法施行前ニ建物ノ賃貸借契約ヲ為シ其引渡ヲ受ケタル賃借人ト雖モ其賃貸借ノ依然存続スル限りハ同法第一条第一項ニ依リ同法施行前其建物ニ付キ所有權其他ノ物權ヲ取得シタル第三者ニモ其賃貸借ヲ對抗スルコトヲ得ルモノトス

判決要旨で示された点について、やはり大審院の先例はない。この点、[4-57]等と同様である。

---

87) 本判決の評釈として、末弘「判批」前掲注(33)481頁以下がある。

88) 抄録では、判示事項が「民法第百七十七条ニ所謂第三者ニ該当スル者」とされ、民録の判決要旨がそのまま採録されている。

89) 本判決の評釈として、穂積「判批」前掲注(33)477頁以下などがある。

90) 抄録では、判示事項が「借地法第一条第一項ノ週及効」とされ、民録の判決要旨がそのまま採録されている。

[4-64]<sup>91)</sup>

[判決要旨]<sup>92)</sup> 一 十三歳ノ幼児カ親権者タル甲ノ意思ニ反シテ乙方ニ居住シ又乙ニ於テ甲ノ意思ニ反シテ之ヲ認容スルノ事實ハ甲ノ親権ノ行使ヲ妨害スルコト自明ナルヲ以テ右幼者ノ弁別力ノ有無又ハ其自由意思ニ出テタルト否トニ拘ハラス甲ハ其親権行使ノ妨害ヲ除去スル手段トシテ乙ニ対シ右幼児ノ引渡ヲ求ムル權利ヲ有スルモノトス

間接強制により幼児の引渡しが可能なのは既に大(一民)判大元・12・19民録18-1087がこれを認めていたが、本判決は、幼児が親権者の意思に反してこれと同居しない場合には、幼児の意思能力の有無またはその自由意思によるものか否かを問題とすることなく、親権者は幼児の引渡しを求める権利を有することを示したものである。親権者による幼児引渡請求権の要件を明確化したという点で、本判決を民録に登録すべき価値があるものと考えられたのだろう。

## 2-1-2. 民録不登載判決の分析

### 2-1-2-1. 破毀判決

民録不登載判決の中には、6件の破毀判決がある。法律新聞に掲載されている[3-1]（新聞表題：目的ノ変更ト更改）・[3-2]（同表題：判決ト両義ニ渉ルノ欠点）・[4-38]（同表題：組合ノ監事ト債務ノ承認）は、いずれも民録に登録すべき価値のある判決とはいえないのでその紹介を省くこととし（詳細は当該公刊物を参照されたい）、未公刊判決である[1-17]は単なる欠席判決であるからやはりこれも省略し、残りの未公刊判決[4-51]・[4-55]を以下で紹介することとしたい。

[4-51]

「仍テ原判決ノ理由ヲ觀ルニ原裁判所ハ被上告人ノ主張事實ニ基キテ運送取扱人タル上告人カ荷送人Aヨリ玄米百二十五俵ノ運送ノ委託ヲ受ケ同人ノ請求ニ因リ貨物引換証ヲ交付シタル事実上告人カAニ対シ貨物引換証ト引換ニ非サレハ運送品ノ引渡ヲ為ササル旨ノ特約ヲ為シタル事実及ヒ上告人ノ使用シタルBカ貨物引換証ト引換ニ非スシテ運送品ヲ荷受人Cニ引渡シタル事実ヲ認定シ其事實ニ基キテ上告人ハ特約ニ違背シタルモノナレハ之ニ因テ生シタル損害ヲ賠償スル義務ヲ負フモノナルコトヲ判示シ進テ上告人ニ対シ一種ノ損害賠償ヲ命シタリ然レ

91) 本判決の評釈として、穂積「判批」前掲注(33)514頁以下などがある。

92) 抄録では、判示事項が「幼児引渡ノ請求」とされ、民録の判決要旨がそのまま採録されている。

トモ其所謂特約ナルモノハ法律上如何ナル性質ヲ有スルモノナルカ之ヲ主張シタル被上告人ノ事実上ノ陳述(原判決ノ事實摘示)ニ照ストモ將原審口頭弁論ノ全趣旨ニ徴ストモ其性質ヲ明確ニスルヲ得ス被上告人ノ事実上ノ陳述ヲ其儘ニ觀察スレハ被上告人ハ其特約ヲ以テ貨物引換証ヲ発行シタル運送人ノ義務ト異ナル一種独特ノ義務ヲ約束シタルモノト為シ從テ運送人ノ義務ニ関スル商法ノ適用ヲ受クヘキモノニ非スシテ契約ニ関スル一般原則ノ適用ヲ受クヘキモノト為スカ如ク見エサルニ非ス然レトモ運送取扱人タル上告人カ玄米運送ノ委託ヲ引受ケ荷送人ノ請求ニ因リ貨物引換証ヲ交付シタル以上ハ上告人ハ商法第三百二十七条ノ規定ノ趣旨ニ依リ運送人ト同一ノ權利義務ヲ有スルモノニシテ貨物引換証ト引換ニ非サレハ運送品ヲ引渡スコトヲ得サルモノト謂フヘク上告人カ更ニ運送品ニ付キテ被上告人主張ノ如ク貨物引換証ト引換ニ非サレハ引渡ヲ為ササル旨ノ特約ヲ為ストモ是唯法律上ノ義務ヲ明約シタルニ止マリ其特約ニ因リ別異ノ義務ヲ生スルコトナク上告人ハ依然トシテ運送人ノ義務ヲ負擔スルニ過キス從テ被上告人カ原審ニ於テ本件ノ特約ヲ以テ運送人ノ義務ト異ナル一種独特ノ義務ヲ約束シタルモノト主張シタリトセハ是レ法律上無意義ノ事實ヲ主張シタルニ歸スルヲ以テ被上告人ノ本件請求ハ此点ニ於テ棄却セラルヘキナリ然レトモ原審口頭弁論ノ全趣旨ニ徴スレハ被上告人ハ原審ニ於テ斯ノ如キ無意義ノ事實ヲ主張シタルニ非スシテ上告人カ貨物引換証ト引換ニ非サレハ運送品ヲ引渡スコトヲ得サル法律上ノ義務ヲ負擔スルニ拘ハラス其義務ニ違背シタル事實ヲ主張シ其義務負擔ノ關係ヲ明確ナラシメンカ為メニ狀況ノ事實トシテ特約ノ成立ヲ付加シタルカ如ク見エサルニ非ス被上告人ノ主張ノ趣旨果シテ然リトセハ被上告人ハ上告人ノ運送ニ関スル商法上ノ義務違背ヲ主張セルモノナルヲ以テ其義務違背ニ関スル事実上ノ主張ニシテ不明ナル個所アラハ原裁判所ハ被上告人ヲシテ之ヲ釈明セシメサルヘカラス然ルニ被上告人ノ主張事實トシテ原判決ニ摘示セル『云々荷為替手形金乃至玄米売却代金ハ遂ニ取立不能ニ歸シタルノミナラスAハ同年十二月五日貨物引換証ニ依リテ借入レタル金千三百八十九円八十四錢及ヒ之ニ対スル利息金五十四円五十七錢ヲ債權者タルD銀行ニ支払ハサルヘカラサルニ至リタリ而シテ斯ノ如キハ控訴人(上告人)ノ選擇セル運送取扱人Bカ約旨ニ背反シテ本件玄米ヲCニ引渡シタルニ因ル損害ニ外ナラスシテ控訴人ニ於テ契約不履行ノ結果トシテ之カ賠償ヲ為スベキ義務アル処云々』ノ事實ハ被上告人主張ノ義務違背ノ結果タル損害ノ發生事實トシテハ明瞭ヲ缺クヲ以テ原裁判所ハ被上告人ニ対シ所謂取立不能若クハ銀行ニ対スル債務ヲ支払ヲ以テ被上告人ノ運送法上ノ義務違背ノ結果ナリト主張スル趣旨ナリヤ將被上告人ノ真意ハ上告人ノ使用シタルBニ運送品ヲ引渡シ之ヲ減失

セシメタルヲ以テ其滅失ニ因リ生シタル損害ノ賠償ヲ求ムル趣旨ナルニ其説明ノ方法ヲ誤リ叙上ノ如キ曖昧迂遠ノ主張ヲ為スモノニ非サルカラ釈明セシメテ事実上ノ關係ヲ明確ナラシメタル上之カ判断ヲ為ササルヘカラス要スルニ原審ニ於ケル被告ノ主張ハ明瞭ヲ缺クラ以テ原裁判所ハ此点ニ関シ適切ノ釈明ヲ試ムヘキモノナルニ之ヲ試ミスシテ事実上ノ判断ヲ下シ原告人ニ對シ運送法上ノ義務違背ノ結果ト認ムヘカラサル一種不可解ノ損害賠償ヲ命シタルハ失当ニシテ原判決ハ到底破毀ヲ免レサルモノトス」（上告論旨第一～三点に対する判断）

[4-55]

「按スルニ債権者ニ對シ債務履行ノ延期ヲ求ムル債務者ハ債務ノ存在ヲ認識スルモノナレハ反証ナキ限り債務履行ノ延期ヲ求ムルハ暗黙ニ債務ヲ承認シタルモノト認メサル可ラス証人Aカ原告人ノ為メニ大正三年ヨリ大正五年ニ亘リ毎年一度被告ノ對シ本件洋服代金ノ支払ヲ請求シタルニ被告ノハ其都度支払延期ヲ求メタルコト及ヒ証人Bカ原告人ニ頼マレ大正六年八月右代金ノ支払ヲ請求シタルニ被告ノ於テ其延期ヲ求メタルコトハ各其供述シタル所ナルニ原裁判所カ漫然右証人ノ供述ニ依リテハ被告ノ於テ本件債務ヲ承認シタル事実ヲ認ムルニ足ラスト判示シ何故ニ然ルヤノ理由ヲ付スルコトナクシテ原告人ノ時効中断ノ抗弁ヲ排斥シタルハ理由不備ノ不法アルモノニシテ本件債権ヲ時効ニ因リ消滅シタリトシテ原告人ノ請求ヲ却下シタル原判決ハ此点ニ於テ破毀ヲ免レサルモノトス」（上告論旨に対する判断）

[4-51] では、大審院は、原審における被告の主張は明瞭さを欠いており、原裁判所はこの点に関して適切な釈明を試みるべきであったにもかかわらずこれをせず、事実上の判断を下したことを問題視し、原判決を破毀しているが、民録登載の諸判決と比べてみても何らかの重要な準則を示しているとはいえないから、これを民録に登載すべき価値を有する判断とみることはできまい。

[4-55] は、「債権者ニ對シ債務履行ノ延期ヲ求ムル債務者ハ債務ノ存在ヲ認識スルモノナレハ反証ナキ限り債務履行ノ延期ヲ求ムルハ暗黙ニ債務ヲ承認シタルモノト認メサル可ラス」との命題を提示しているが、これは争いがあるとは考えにくいいわば当然の理を示したものとみて差し支えないだろうから、やはり民録に登載するほどの重要性を持つ判決ではないと評価してよいだろう。

## 2-1-2-2. 棄却判決

民録不登載の棄却判決は85件ある。このうち、民録以外の公刊物に掲載されてい

るものが2件ある。以下、それぞれにつき、個別の上告理由／論旨に対する大審院の判断の要点のみを転載する<sup>93)</sup>。

[2-22] (新聞表題：借地法と適用の時期)

「然レトモ借地法ハ同法施行当時已ニ消滅シ居リタル賃貸借ニ迄モ適用セラルル法意ニ非サルコト解釈上疑ヒヲ容レス原裁判所ハ本件賃貸借ハ明治四十四年十一月一日以降七ヶ年ノ期間ノ滿了ヲ以テ終了シタリト認メタルモノナルヲ以テ本件ニ付キ同法ヲ適用セサリシハ相当ニシテ論旨ハ其理由無シ」(上告理由第五・六点に対する判断。他は省略。)

[4-31] (新聞表題：執行命令の申請期間)

「然レトモ執行命令ニ付テハ民事訴訟法ニ於テ特ニ其申請ノ期間ヲ定メサルヲ以テ異議申立ノ期間經過後債権者カ速ニ執行命令ノ申請ヲ為ササル場合ト雖モ之カ為メ支払命令ハ権利拘束ノ効力ヲ失フコトナク従ツテ時効中断ノ効力ハ依然トシテ存続シ末タ終了ニ至ラサルモノナルコトハ当院ノ判例(当院大正六年(オ)第五百五十六号事件同年十二月六日言渡)スルトコロニシテ此判例ハ之ヲ変更スルノ理由ヲ発見セサルヲ以テ論旨ハ之ヲ採用スルニ由ナシ」(上告理由に対する判断)

[2-22] は、借地法は同法施行の際には既に消滅していた賃貸借には適用がない旨を示すものだが、これは解釈上疑いのないことと判断されている。このことが民録不登載の理由となっているものと考えられるが、民録登載の [2-51] では、「民事訴訟法第七百六十条ノ規定ニ依ル仮ノ地位ヲ定ムル為メニスル仮処分ト雖モ亦同法第七百六十一条ノ規定ノ適用アルコト」は、「其条文ノ配列上疑ナキ」ととされているにもかかわらず、この部分は判決要旨として捕捉されている。

[4-31] は、判決理由が援用する先例<sup>94)</sup>があるために民録への登載を見送られた可能性があるが、先例があるにもかかわらず民録に登載された判決が多数あることは既に2-1-1. で紹介した通りであり、やはり民録の編集方針は一定していない。

このほか、二審判決のみが公開されている棄却判決が3件あるので、ここで紹介しておきたい。

---

93) 省略した部分については、いずれも民録以外の公刊物に掲載されているので、そちらも参照されたい(以下で省略した上告論旨等についても同様)。

94) 大(一民)判大6・11・6民録23-1694。

[3-14]

〔二審判決〕 「控訴代理人ハ本訴ハ過去ノ或期間内ニ於ケル夫婦関係ノ不存在ノ確認ヲ請求スルモノニシテ敢テ現存ノ権利若クハ法律関係ノ存否ヲ確定スルモノニアラサルヲ以テ被控訴人ハ之カ即時確定ニ付キ何等法律上ノ利益ナシト抗争スレトモ本訴ハ被控訴人カ訴外A家ノ戸主タリシ当時嘗テ控訴人ト婚姻及離婚シタルコトナキニ拘ラス戸籍簿上明治三十六年五月二十七日控訴人ト人夫婚姻ノ届出記載アリテ控訴人ハ右A家ノ戸主トナリ同三十八年六月十五日離婚シタル旨ノ届出記載アルヲ以テ右婚姻及離婚ノ各届出期間内当事者ニ夫婦関係ノ不存在ノ確定即チ結局人事訴訟手続法ニ依拠シテ前記届出ニ係ル婚姻ノ無効ノ宣言ヲ請求スル訴旨ナルコトハ原判決及本件弁論ノ全趣旨ニ徴シテ洵ニ明白ナリ然ラハ婚姻ノ無効即チ夫婦関係ノ不存在ノ如キ身分上及財産上重要ナル影響ヲ及ス虞アル身分関係ノ確定ハ其自体既ニ法律上正当ノ利益アルコト敢テ言フ俟タサルトコロニシテ而モ本訴確定ノ結果被控訴人ハ即時該戸籍訂正ノ手續ヲ為シ得ヘク進ンテ控訴人カ嘗テA家ノ戸主タラサリシコト及前記婚無効其他真實ナル親族及相続法上ノ関係ヲ明確ナラシメ得ヘキカ故ニ仮リニ控訴離代理人主張ノ如ク登記簿上明治三十八年四月十一日控訴人カ訴外Bニ売渡シタル旨記載アル不動産ハ右BカA家ヲ相続シタル際其所有權ヲ取得シタルモノニシテ真實買取りタルモノニアラス又被控訴人ハ其後A家ヨリ隠居シ現時他家ニ婚嫁シ居リタリトテ斯ノ如キ一事ハ毫モ本訴無効確定ノ利益存在ヲ否定スルノ資料ト為スニ足ラス……然ラハ当事者間ノ同意ナクシテ届出テタル本訴婚姻ノ無効ナルヤ勿論ナルヲ以テ被控訴人ノ本訴ヲ認容スヘキモノニシテ本件控訴ハ其理由ナキモノトス」

〔大審院判決（未公開）〕 「然レトモ本件ハ婚姻無効確認ノ訴ニシテ夫婦関係ノ如キ当事者ノ身分上及財産上ニ重大ナル影響力ヲ及ホスヘキ身分関係ノ不存在ハ当事者間ニ争フ存スル以上該不存在ヲ主張スル当事者ニ即時確定ノ利益アルコト勿論ナルヲ以テ原判決カ所論上告人ノ抗弁ヲ排斥シタルハ正当ニシテ論旨ハ理由ナシ」（上告論旨に対する判断）

[4-32]（二審判決の新聞表題：期限前ノ債權ト相殺ノ効力）

〔二審判決〕 「訴外Aカ控訴人ニ対シ被控訴人主張ノ如ク二口ノ債權ヲ有シタルコト及右債權ヲAカ被控訴人ニ譲渡シタル旨大正六年一月二十九日控訴人ニ通知アリタルコトハ当事者間ニ争ナシ然レトモ一方右債權譲渡通知ノ以前ニ於テ訴外Bカ右Aニ対シ控訴人主張ノ如ク保証ニ因ル六百九円ノ債權ヲ有

シBハ該債権ヲ大正五年四月五日控訴人ニ譲渡シ同日適法ニ通知ヲ為シ且同日控訴人ヨリ右Aニ対シ右六百九円ノ債務ト控訴人カAニ対シ負担セル右二口ノ債務トニ付キ対当額ニ於テ相殺ノ意思表示ヲ為シタルコトハ当院カ真正ニ成立シタリト認ムル乙第一号証第二号証ト原審証人Bノ証言ニ徴シテ之ヲ認メ得ヘク且右六百九円ノ債務ハ大正二年中執行命令ノ確定ニ由リ保証人タル右Aニ対シ履行ヲ求メ得ルニ至リタルモノナルコト当事者間ニ争ナク又被控訴人主張ノ右二口ノ元利金債権ノ額カ六百九円未滿ナルコト算数上明カナルヲ以テ該二口ノ債権ハ被控訴人カ之ヲ譲受ケタリト主張スル日以前ニ於テ既ニ右相殺ニ因リ消滅ニ帰シタルモノト謂ハサルヘカラス尤モ右相殺ノ當時被控訴人主張ノ右二口ノ債権中第一ノ債権ハ既ニ弁済期到来シ居リタルモ第二ノ債権ハ未タ弁済期到来セザリシコト明ナルモ該債権ノ期限ハ債務者タル控訴人ノ利益ノ為メニ定メラレタルモノナルコト當審証人Cノ証言ニ依リ之ヲ認メ得ヘキヲ以テ該期限ノ利益ハ保証人ノ証言ト控訴人ノ為シタル前記相殺ノ意思表示トヲ対照シ相殺ノ意思表示ト同時ニ控訴人ニ於テ之カ放棄ヲ為シタルモノト認メ得ヘキヲ以テ右二口ノ債権ハ孰レモ相殺ニ適シタルモノナリトス被控訴人ハ控訴人ノ譲受ケタリト主張スル債権ニ付テハ其譲受以前ニ於テ主債務者D及債権者B間ニ之カ支払ヲ為スコトヲ要セサル旨協定シタルヲ以テ仮令控訴人カ其債権ヲ譲受ケタリトスルモAニ於テ支払ノ義務ナシト主張スレトモ之ヲ認ムルニ足ルヘキ証拠ナシ又被控訴人ハ既ニ主債務者Dヨリ債権者Bニ弁済ヲ為シタリト主張シ甲第一号証第二号証及原審証人Dノ証言ニ依リ之ヲ証セントスレトモ是等ノ証拠ニ依レハ大正八年中D及B等間ニDノBニ対スル債権ニ付キ其弁済方法ヲ定メ割賦弁済ヲ為シタルコトヲ認メ得ルニ止マリ右弁済タルヤ控訴人カ適法ニ右六百九円ノ債権ヲ譲受ケタル後ノコトニ属スルヲ以テ右弁済ハ控訴人ニ対シ何等ノ効力モ及ホスモノニ非サルヲ以テ該主張ハ之ヲ採用スヘキ限ニアラス以上説明ノ如ク被控訴人カ其譲受ノ以前既ニ相殺ニ因リ消滅ニ帰セルモノナル以上被控訴人ノ本訴請求ノ失当ナルコト勿論ナルヲ以テ原判決カ其請求ノ一部ヲ認容シタルハ失当ナ(リ)』

[大審院判決 (未公開)] 「按スルニ原院カ訴外Bカ右Aニ対シ控訴人主張ノ如ク保証ニ因ル六百九円ノ債権ヲ有シBハ該債権ヲ大正五年四月五日控訴人ニ譲渡シ云々ト判示シタルハBカAニ対シ有スル保証契約上ノ債権ノミヲ単独ニ譲渡シタルコトヲ認メタルカノ感ナキニ非サレトモ原判決ニ引用シタル第一審判決ノ事實摘示ニ依レハ控訴人タル被告人ハ原審ニ於テBカAノ保証

ヲ以テDニ貸付ケタル元金ニ対スル利息及ヒ損害金合計六百九円ノ債権ヲBヨリ譲受ケBハ之ヲDニ通知シタル旨主張シタルモノニシテ原院カ被告ノ主張是認ノ下ニBカAニ対シ有スル保証ニ因ル債権ヲ譲渡シタルコトヲ認メタルニ徴スレハ所謂保証ニ因ル債権ノ譲渡ナルモノハ主債務者ニ対スル債権ノ譲渡ノ効果トシテ保証人ニ対スル従タル債権ノ譲渡サレタルコトヲ意味スルモノト解スルヲ妥当ナリトス上告人カ原院ハ保証人ニ対スル従タル債権ノミノ譲渡ヲ認メタルカ故ニ保証人ニ対シテ譲渡ヲ通知スルニ非サレハ未タ原院ノ言フカ如ク適法ノ通知アリタリト謂フ可ラスト論シ其認定ハ保証債務ノ付随性ヲ無視シタル不法アリト論スルハ何レモ判旨ノ誤解ニ胎スルモノニシテ当ヲ得ス仍テ上告ヲ理由ナキモノト（ス）」（上告論旨に対する判断）

[4-43]

〔二審判決〕 「被控訴人ノ本件請求ノ原因トシテ主張スル所ハ被控訴人ハ控訴人ノ先代Aヨリ株式会社B株式二百株ノ貸与ヲ申込マレタルモ当時未タ株券発行ナカリシヨリ大正六年中同会社ノ株式二百株ニ対スル株金第一回払込領収証ニ株券名義書換ノ白紙委任状ヲ添付シテ之ヲ控訴人先代ニ交付シテ貸与シ他日同会社ニ於テ株券ノ発行ヲ開始シタル場合ニハ直ニ右領収証及委任状ヲ被控訴人ニ返還スヘク控訴人先代カ之ヲ利用シ株券ノ交付ヲ受クルカ如キコトヲナササル旨ヲ約シタルニ拘ラス控訴人先代ハ右約旨ニ反キ之ヲ利用シテ他人ヲシテ株券ノ交付ヲ受ケシメタルモノニシテ右領収証及委任状ハ当然株券二代ハルヘキモノナルヲ以テ本訴ニ於テ株券ノ返還ヲ求メ其返還ヲナササルトキハ損害賠償トシテ一万二千三百五十円ノ支ヲ求ムト云フニ在リテ右約旨ニ従ヘハ控訴人先代ハ株式会社Bニ於テ株式発行ヲ開始シタル場合ニ右領収証及委任状ニヨリ株券ヲ受取ルコトヲ禁止セラレタルモノニシテ本件貸借当時貸借ノ当事者ハ毫モ株券ヲ返還スヘキコトヲ念頭ニ置カサリシモノト云フヘク且控訴人先代カ被控訴人ヨリ借受ケタルモノハ領収証及委任状ニシテ返還セラルヘキモノモ亦其物自体ナリト謂ハサルヘカラス被控訴代理人ハ右領収証及委任状ハ当然株券二代ハルヘキモノナリト主張シ又取引上株金第一回払込領収証名義書換白紙委任状カ株券ト同様ニ取扱ハルルコトアルハ顯著ナル事実ナレトモ右領収証及委任状ハ必然株券トナルヘキモノナリト云フコトヲ得ス又固ヨリ株券ト同一物ナリト云フコトヲ得サルカ故ニ本件ノ如ク領収証及委任状ヲ貸与シテ特ニ其物自体ノ返還ヲナスヘキコトヲ約シタル場合ニ於テハ貸主ハ領収証及委任状ノ返還並ニ若シ其返還ヲ得サル場合ニハ之

二代ハルヘキ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘケンモ株券ノ返還並ニ其返還ヲ得サル場合ニ於ケル損害賠償ヲ求ムルコトヲ得サルハ言フヲ保タサルヘシ然ラハ本件被控訴人ノ請求ハ其主張自体ニ於テ失当ナルヲ以テ他ノ争点ヲ判断スル迄モナク之ヲ棄却スヘキモノトス次ニ本件原判決ノ仮執行ニヨリ被控訴人ハ控訴人ヨリ金五千五百七十三円七十七銭ノ支払ヲ得タルコトハ当事者間ニ争ナキ事実ナルヲ以テ民事訴訟法第五百十条ニヨリ被控訴人ヲシテ控訴人ニ対シ之カ返還ヲナサシムヘキモノトス右ニ付キ控訴人カ金五千六百七円七十銭ヲ求ムルハ理由ナシ又同条ハ原判決ニ基キ被告ノ給付又ハ支払ヒタルモノノ弁済ヲ言渡スヘキ規定ニシテ被告ノ被レル損害ノ賠償ヲ言渡スヘキ規定ニアラサルヲ以テ被控訴人カ右金額ニ対スル年五分ノ利息ノ返還ヲ求ムルハ失当ト云ハサルヘカラス」

[大審院判決 (未公開)] 「然レトモ上告人ハ本件請求ノ原因トシテ株式会社Bノ株式二百株ニ対スル株金第一回払込領収証及ヒ株券名義書換ニ関スル白紙委任状貸与ノ事実ヲ主張シタルモノナルコト記録ニ徴シ明瞭ナルヲ以テ原院カ之ヲ根拠トシテ判決シタルハ正当ニシテ論旨ハ理由ナシ」(上告論旨第一点に対する判断)

「然レトモ原審ニ於ケル上告人ノ主張ニ依レハ上告人ハ本件株金第一回払込領収証ニ株券名義書換ノ白紙委任状ヲ添付シテ被告上告人先代ニ貸与シテ右領収証及ヒ委任状其モノノ返還ヲ受クヘキコトヲ約シ被告上告人先代ニ対シ之ヲ利用シテ株券ノ交付ヲ受クルコトヲ禁止シタルモノナルカ故ニ上告人ハ被告上告人ニ対シ右領収証及ヒ委任状ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシト雖モ其領収証及ヒ委任状輾転ノ結果他人カ之ニ基キテ交付ヲ受ケタル株券ノ返還ヲ求ムルコトヲ得サルモノトス蓋シ右領収証及ヒ委任状ハ当然右株券二代ハルヘキモノニアラサルヲ以テナリ然ラハ原判決カ上告人ノ本訴請求ヲ排斥シタルハ正当ニシテ論旨ハ理由ナシ」(上告論旨第二点に対する判断)

[3-14] は、夫婦関係の不存在といった身分上財産上重要な影響が生じる身分関係の確定は、その不存在を主張する当事者に即時確定の利益があるとするもので、特段目新しい判断を示しているものとはいえない。

[4-32] の原審では、期限未到来の債権を受働債権とする相殺の有効性が問題となっているが(結論は有効)、大審院では、その点は争われておらず、上記相殺における自働債権が「保証ニ因ル債権」(相殺の意思表示をした被告上告人が訴外人より譲り受けた債権)であったため、同債権を主たる債権と切り離して単独で債権譲

渡しうるのがどうか争われている。原審の認定によれば、被上告人は上記訴外人より主たる債権も同時に譲り受けていることから、大審院は、このことを踏まえ、「所謂保証ニ因ル債権ノ譲渡ナルモノハ主債務者ニ対スル債権ノ譲渡ノ効果トシテ保証人ニ対スル従タル債権ノ譲渡サレタルコトヲ意味スルモノト解スルヲ妥当ナリトス」との一般論を示して、上告論旨を排斥している。これも当然の理を示したものであり、民録に登載する価値があるとは考えにくい。

[4-43] は、上告論旨第二点に対する判断が端的に示しているように、上告人は、株金第一回払込領収証に株券名義書換の白紙委任状を添付してこれを被上告人先代に「貸与」したのであり、同人にこれらの返還（またはこれに代わる損害賠償）を求めるのなら格別、これが輾転した結果他人がこれに基づいて交付を受けた株券の返還を求めることはできないとするものである。これもやはり重要な判断を含んでいるというほどのものではない。

ここまで紹介した以外の判決は、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に関する判決ということになる。これらは公刊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を含む判決も存在する。

[1-11] 「然レトモ調書ニ明確ニスルヲ要セサル事項ニシテ判決ニ事実トシテ摘示セラレタルモノハ仮令調書ニ其記載ナキモ明ニ之ニ抵触スル証拠ナキ限ハ事実承審官カ弁論ニ於テ之ヲ聴取シタルモノト看做スヘキモノナレハ採テ以テ判断ノ資料ニ供スルコトヲ得ルモノナルコトハ本院ノ判例（大正七年（オ）第六百二十二号同年九月五日判決言渡）トスル所ニシテ原判決事実摘示中所論事実ノ陳述ハ原審調書ニ依レハ被上告人カ之ヲ為シタル事跡ノ徴スヘキモノナキモ該陳述ハ民事訴訟法第二百二十三條ニ所謂重要ナル陳述ニ該当セサルヲ以テ調書ニ記載シテ明確ニスルヲ要スル事項ニ非ラス而シテ明ニ之ニ抵触シタル証拠ノ認ムヘキモノナキカ故ニ原審官弁論ニ於テ之ヲ聴取シタルモノト認ムルニ難カラサレハ論旨ノ如キ違法アリト謂フヲ得ス」（上告論旨第六点に対する判断）

[1-13] 「然レトモ民法第九百九十五條ニ『前條ノ規定ニ依リテ遺産相続人タルヘキ者カ相続ノ開始前ニ死亡シ又ハ其相続権ヲ失ヒタル場合』トアルハ被相続人ノ直系卑属カ推定遺産相続人タルヘキ資格ヲ取得シテ遺産相続開始前ニ死亡シ又ハ相続権ヲ失ヒタル場合ヲ指シタルモノト解ス可ク從テ被相続人ノ卑属カ推定遺産相続人タルヘキ資格ヲ取得スルコトナクシテ死亡シ又ハ相続権ヲ失ヒタル場合ノ

如キハ之ニ包含セサルモノト解ス可キコトハ本院従来ノ判例殊ニ大正六年（オ）第八百六十五号同八年三月二十八日民事聯合部判決ノ示ス所ニシテ未タ之ヲ變更スヘキ理由アルヲ見ス而シテ本件ノ事実ハ原裁判所ノ確定シタル所ニ依レハAハ長男Y（被上告人）及ヒ長女B（Xノ母）ノ二子ヲ有シ明治二十一年中Aノ隱居ニ因リYニ於テ其家督ヲ相続シAハ分家シテ戸主ト為リ其分家ノ戸主タリシ時ナル明治三十九年中ニBハ死亡シ其後ニ至リAハ分家ヲ廢シテY家ニ入りYノ家族ト為リテ死亡シタルヲ以テ茲ニ其遺産相続開始セラレタルモノナリ然レハBハAカ分家ノ戸主タリシ当時ニ於テ同人ノ遺産相続人タルヘキ關係ナキコト論ヲ俟タル所ニシテ即チ遺産相続人タルヘキ資格ヲ取得スルコトナクシテ死亡シタルモノナレハ叙上ノ如ク此場合ニハ民法第九百九十五条ノ適用ナク從テAノ子タルXハAノ遺産ニ付キ代襲相続權ヲ有セサルモノト謂ハサル可カラス故ニ同一ノ趣旨ニ基キタル原判決ハ違法ニアラサルヲ以テ右各上告論旨ハ何レモ採用スルコトヲ得ス」（上告論旨第一点に対する判断）

[4-42] 「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制限法第二条ノ規定ハ同法施行以後ニ約定シタル利率ニ対シ始メテ適用アルモノニシテ旧法施行当時ニ契約シタル利率ニ付テハ仮令其利息ノ發生カ新法施行以後ニ係リ其利率カ新法所定ノ制限ニ超過シタルトキト雖トモ尚ホ其約定利率ニヨリ利息金額ヲ算定スヘキモノニシテ右ハ約定利息ノミナラス遅延利息ニ付テモ亦同一ナルコトハ当院判例（大正八年（オ）第五〇〇号同年十二月十五日判決同九年（オ）第八三六号同年十二月二日判決同十年（オ）第三二三号同年五月二十六日判決参照）ノ示ス所ナレハ原院カ本件ニ於テ上告人カ被上告人ヨリ右改正法律施行以前タル大正六年二月二十一日ニ同年三月五日ヲ弁済期限トシテ金六百五十円ヲ借入レ若シ其期日ニ弁済ヲ為ササルトキハ右元金ニ対スル其当時施行ノ利息制限法第二条所定ノ最高限度ノ利率即チ年一割五分ノ利息ヲ支払フコトヲ約シタル事実ヲ認メ上告人ニ於テ右ノ割合ニヨル遅延利息ヲ支払フヘキ義務アリト為シタルハ正当ナリトス依テ本論旨ハ理由ナシ」（上告論旨第一点に対する判断）

[4-47] 「然レトモ控訴審ニ於ケル被控訴人ハ民事訴訟法第九十六条第二号ニ依リ申立ヲ拡張シテ新ナル請求ヲ為スコトヲ得ヘキコト同法第四百十六条ノ規定ニ依リ明カニシテ之ヲ為スニハ付帶控訴ノ方法ヲ以テスヘキニアラサルコト当院判例ノ是認スル所ナリ（明治四十二年（オ）第三百三十七号同年六月二十四日当院判決参照）被上告人カ原審ニ於テ被控訴人トシテ本訴売掛代金ニ対スル年六分ノ損害金ヲ請求シタルハ民事訴訟法第九十六条第二号ニ依リ申立ヲ拡張シテ新ナル

請求ヲ為シタルニ外ナラサレハ付帯控訴ニ依ラスシテ之ヲ為シタルハ相当ニシテ  
原裁判所カ其請求ヲ認容シタルハ不法ニアラス仍テ上告論旨ハ理由ナシ」（上告  
論旨第一点に対する判断）

[4-58] 「然レトモ甲第二号証大正八年一月台湾總督府令第七号第二条ニハ『本令  
施行前既ニ移出ノ契約ヲ為シ未タ移出ヲ了セサルモノハ前条ニ掲ケル事項ノ外該  
契約ヲ証スル書面ヲ添ヘ本令施行ノ日ヨリ五日以内ニ許可ヲ願ヒ出ツヘシ』トア  
リテ移出期限ノ到来シタルト否トヲ區別シタル文詞ナキカ故ニ同令施行ノ当時苟  
モ移出ノ契約アリテ未タ移出ヲ了セサル以上ハ移出期限ノ到来シタルト否トニ拘  
ハラズ総テ五日以内ニ許可ヲ願ヒ出ツヘキ法意ナルコト一点ノ疑ナク原判決モ亦  
此意ニ外ナラサルカ故ニ毫モ不法アルコトナシ上告人ハ同条ニ所謂未タ移出ヲ了  
セサルトキハ移出期限到来セルニ拘ハラズ移出セサルモノ換言スレハ移出懈怠者  
ヲ指示スルモノト謂ハサルヘカラス然ラサレハ期限到来セサル以上ハ当事者ニ於  
テ移出セサルハ当然ニシテ之ニ対シ特ニ未タ移出ヲ了セサルモノハト規定スルハ  
無意味ナリト論スレトモ同条ハ同令施行前移出ノ契約ヲ為シ且ツ既ニ移出ヲ了シ  
タルモノニ対シテハ適用セス唯同令施行前ノ契約ニシテ未タ移出ヲ了セサルモノ  
ノミニ適用スルモノナルコトヲ明ラカナラシムル為特ニ斯ル規定ヲ設ケタルモノ  
ト解スルニ難カラサルカ故ニ前項ノ如ク解シタルハトテ決シテ無意味ノ規定ナリ  
ト謂フヘキモノニアラス」（上告論旨第三点に対する判断）

「然レトモ双務契約ノ場合ニ当事者ノ一方カ仮令債務ノ履行ヲ提供スルモ相手  
方カ其債務ヲ履行セサル意思明確ナル以上ハ其一方カ弁済ノ提供ヲ為ササルモ相  
手方ハ其債務ノ不履行ニ付キ違約ノ責ヲ免ルルコトヲ得サルコトハ本院ノ判例ト  
スル所ニシテ原判決ハ『大正八年一月中迄ニ産地ヲ積出サレタル台湾米カ同年三  
月初旬迄ニ神戸ニ入港シ当時控訴人（上告人）カ之ヲ知り居リタルコトハ甲第三  
号ノ二ニ依リ認ムヘク控訴人（上告人）カ其前同年二月十一日被控訴人（被上告  
人）ニ対シ台湾總督ノ移出不許可ニ因リ売買契約ノ効力ヲ失ヒタルコトヲ主張シ  
其履行ヲ拒絕シタルコトハ甲第四号証ニ依リ明カニシテ之ニ依リ控訴人（上告  
人）カ履行ヲ為ササルノ意思明確ナリト認ムヘク從テ右売買ノ目的物引渡期限ハ  
同年三月初旬迄ニ到来シ控訴人（上告人）之ヲ知りタルモノニシテ控訴人（上告  
人）ハ爾後引渡義務履行遲滞ノ責ニ任スヘク被控訴人（被上告人）ヨリ代金ノ提  
供ナキヲ理由トシテ此遲滞ノ責ヲ免ル能ハサル旨』ヲ判示シ要スルニ原審ハ上告  
人ニ於テ予メ本件売買契約ノ目的物ノ引渡ヲ拒ミタルモノナルカ故ニ被上告人ヨ  
リ代金ノ提供ヲ為ササルモノ引渡期限ノ到来ト共ニ上告人ハ遲滞ノ責ニ任セサルハ

カラサル旨ヲ説明シタルモノナレハ被上告人ヨリ代金ノ提供ヲ為シタルト否トハ固ヨリ其問フ所ニ非ラス從テ上告人ニ於テ被上告人カ有効ナル代金ノ提供ヲ為サル事ヲ根拠トシテ上告人カ未タ遅滞ノ責ヲ負ハサル旨ヲ論議スルハ原判決ノ趣旨ニ副ハサルモノニシテ採用スルニ足ラス」(上告論旨第四点に対する判断)

以上の5判決は、判決理由でも明示されている先例がある<sup>95)</sup>ために民録にも登録されなかったものとするのが自然であろうが、既にみたように、民録は既に同趣旨の先例が存在する判決であってもそれらを掲載しており、その数は25件中8件<sup>96)</sup>(先例がない部分も混在しているものも含めれば13件<sup>97)</sup>)にも上っている。このことから、先例の有無は民録登録の判断基準とされていなかった、あるいは判断基準とされていたとしても実際には基準として機能していなかったものと推測される。

これに対し、大審院の新判断(先例が確認できないもの)だと思われる民録登録判決は12件<sup>98)</sup>あるわけだが、これらは——その重要度はともかく——いずれも判決要旨として抽出できる準則を含んでいる。ところが、未公判判決の中にもそうした準則を含んでいるとみることができる判決がいくつか存在する(以下の判決文中の下線は、判決要旨として抽出できる準則を示した部分と考える箇所に引用者が付したものである)。

[2-32] 「然レトモ明治六年太政官布告第二百四十九号及ヒ明治九年教部省達第三号ニ依レハ社寺所有ノ不動産ヲ処分スルニハ所轄官庁ノ認可ヲ経ルコトヲ必要トシ其認可ヲ経スシテ処分シタル行為ハ法律上何等ノ効力ヲ有セサルモノトス而シテ本件土地ノ交換契約アリタル当時ニ在リテモ土地ノ売買交換等カ処分行為ニ属スルカ如キコト又社寺所有ノ土地ヲ処分スルニ付テハ社寺ノ財産保護ノ為メニ設ケラレタル特別法所定ノ手続ヲ要スルカ如キコトハ其当時ノ実状ニ照シ普通世人ノ知レル所ニシテ其手続ノ要否ニ注意スルカ如キモ亦相当ノ注意ヲ用ユル者ノ怠

---

95) ただし、[4-58] (特に上告論旨第四点に対する判断)については、判決理由中で「本院ノ判例トスル所」とされているのみで、具体的な先例を特定できる情報は掲載されていない。

96) [1-15]・[2-27]・[3-25]・[4-35]・[4-39]・[4-40]・[4-42]・[4-61]の8件。新聞および評論には掲載されている[4-31]も、民録には掲載されていない。

97) [1-2]・[1-3]・[1-21]・[2-39]・[4-54]の5件。

98) [1-1]・[1-18]・[2-38]・[2-51]・[3-19]・[3-22]・[3-30]・[4-52]・[4-53]・[4-57]・[4-62]・[4-64]の12件。

ラサリシ所ナリト認ムルヲ相当トスルヲ以テ上告人カ寺院ノ所有ニ属スル本件土地ノ交換契約ヲ為シタル当時如上手續ノ要否ニ注意ス可カリシハ当然ノ事ニシテ上告人カ其当時右法令ノ規定ヲ知ラサリシトスルモ之ヲ知ルニ至ラサリシハ其過失ナリト謂ハサルヲ得ス原判旨ハ畢竟叙上ノ趣旨ニ基キタルモノニ外ナラサルコト判文上自明ニシテ所論ノ如キ何人モ常ニ法令ヲ知ル可キモノト看做シ其不知ヲ以テ直ニ過失ナリト認メ足ル趣旨ニ非ス所論ノ住職Aノ右法令ヲ知ラサリシコトニ関スル原判示ハ假定論タルニ過キスシテ其判示ノ如ク仮リニ同人カ右法定ヲ知ラサリシトスルモ之カ為メニ上告人ニ過失ナカリシモノト論斷スルコトヲ得サルヤ言フヲ俟タス故ニ原裁判所カ本件土地ニ対スル上告人ノ占有ニ付キ民法第百六十二条第二項ニ定メタル無過失ノ一要件ヲ欠如セルモノト判定シタルハ正当ナレハ各上告論旨ハ何レモ採用スルコトヲ得ス以上説明シタルカ如ク本件上告ハ適法ノ理由ナ（シ）」（上告論旨第一・二点に対する判断）

[4-47] 「然レトモ民事訴訟法ニ於テハ証拠調ノ嘱託書ニ契印ヲ必要トセル規定存セサルヲ以テ所論ノ鑑定嘱託書ニ契印ナキモ違法ニアラサルノミナラス所論鑑定人Aノ鑑定ハ原審ニ於テ被告上告人之ヲ援用シタル処上告人ハ之ニ関スル取調手續ノ違背ニ付キ何等異議ヲ述ヘタル事蹟ノ看ルヘキモノナキヲ以テ其手續ノ違背ニ付テハ上告人ニ於テ既ニ責問權ヲ喪失シタルモノト謂ハサルヲ得ス又乙第九号証ノ一、二及ヒ第十号証ノ二ヲ原審検証調書及ヒ付属第二見取図ニ対照シ尚ホ当事者双方ノ原審ニ於ケル弁論ノ旨趣ヲ参酌シテ推考スレハ原裁判所カ右乙号各証ニ依リ判示ノ如キ事實ヲ窺知シ得ルモノト為シタル其判旨ハ之ヲ首肯シ難キニ非ス而シテ其判旨ハ右乙号各証ヲ前示検証ノ結果及ヒ当事者ノ弁論ノ旨趣ニ参照シテ判断シタルモノナルコト判文上推知シ得ルヲ以テ所論ノ如キ違法アルモノト謂フ可カラス故ニ本論旨ハ総テ上告適法ノ理由ト為スニ足ラサルモノトス」（上告論旨第一点に対する判断）

[3-7] 「然レトモ電話加入申込権ノ讓渡カ法律ノ禁スル所ニシテ無効ナルカ為メ電話加入権ノ讓渡カ無効ナルヘキ理ナシ加入申込権カ公法上ノ權利ナルニ反シ加入権ハ一種ノ債權ニシテ加入者ノ財産權ニ属スレハ之ヲ讓渡シ得サルモノニ非ス加入者ノ名義ノ變更ハ現ニ電話規則ニ於テモ認ムル所ニシテ加入権ノ讓渡ハ其禁セサル所ナリ故ニ原院カ将来取得スヘキ電話加入権ノ讓渡ヲ有効ナリト為シタルハ電話規則ニ抵触スル所ナシ」（上告論旨第四点に対する判断）

[3-24] 「然レトモ被告上告人カ上告人以外ノ他ノ共有者ヨリ其持分ヲ買受ケ之ヲ取

得シタルコトニ付キテハ上告人ハ法律上何等ノ利害關係ヲ有セサル者ナレハ其持分ノ取得ニ関スル登記ノ欠缺ヲ主張シ得ヘキ第三者ナリト云フヲ得ス故ニ被上告人ハ其持分ノ取得ヲ登記ナクシテ上告人ニ対抗スルコトヲ得ルモノトス從テ本論旨ハ理由ナシ」(上告論旨第五点に対する判断)

(参考) 上告論旨第五点——「同第五点ハ不動産ニ関スル物権ノ得喪ハ登記法ノ定ムル処ニ從ヒ其ノ登記ヲ為スニアラサレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルヲ得サルコトハ民法第百七十七条ニ規定スル所ナリ本件ニ於ケル被上告人ノ請求ハ所有権ヲ基本トシテ共有原野分筆ノ登記手續並ニ売買ニ依ル所有権移転ノ登記手續ヲ求ムルニ在ルコト明ナリ而シテ被上告人ハ係争原野ノ所有権ヲ如何ニシテ取得シタルヤヲ究ムレハ即チ松木部落有ノ原野八反十歩ヲ同部落ヨリ部落民六十二名ニ於テ買受ケ而シテ被上告人ハ其共有原野中ニ反二畝六歩ヲ被上告人以外ノ共有者六十一名ヨリ買受ケ其所有権ヲ取得セル旨主張スル次第ナリ果シテ然ラハ被上告人ノ権利ニ属スル該原野ニ反二畝歩ノ六十一分ノ六十ノ持分ハ被上告人ハ之ヲ上告人以外ノ第三者ヨリ買受ケタル次第ナレハ被上告人カ該原野即チ該不動産ノ所有権ヲ第三者ノ地位ニ立テル上告人ニ対シテ主張スルニハ須ラク不動産登記法ノ規定ニ基キ登記シタル上之ヲ請求セサル可カラス然ルニ被上告人カ前顛六十一分ノ六十ニ対スル持分ニ対シ登記ヲ經由セサルコトハ主張自体ニ於テ明ナレハ少クトモ右持分ニ対スル請求ハ事実ノ如何ニ拘ハラズ法律上失当ナリ但上告人ハ原審ニ於テ右抗弁ヲ提出シタル事實明白ナラサル如キ觀アレトモ上告人ハ一審以来上告人単独ニ之ヲ買受ケ且所有権移転登記ヲ經由シテ之ヲ所有セル旨抗争シ(即チ被上告人ハ登記ヲ經由セサルモ上告人ハ之ヲ經由シテ完全ニ所有セル旨抗争シタルコトヲ觀ル可シ)被上告人ノ所有権ヲ否認セル次第ナレハ此点ニ対スル抗弁ハ自ラ之ヲ為シタルモノト推断スルヲ得可シ要之該原野分筆登記手續並ニ所有権移転登記手續ハ被上告人ニ於テ共有者ナリト主張スル松木部落民ヨリ上告人ニ対シテ請求スルハ格別被上告人ヨリ直接上告人ニ対シテ請求スルハ法律上失当ナリト信ス然ルニ原判決ハ上告人ノ此趣旨ニ基ケル控訴ヲ排斥シ被上告人ノ主張ヲ容レタルハ違法ノ判決ナリト云フニ在リ」

これらがなぜ公刊されなかったのかという疑問は残るものの、これを解消できるだけの素材を筆者は現段階では持ち合わせていない。しかし、未公刊判決の分析も含めた民録時代の大審院(民事)判決の研究の進展により、その疑問が解消される可能性がある。

最後に、「売渡抵当」ないし「売渡担保」をめぐる2件の未公刊判決を紹介して

おきたい。

[1-20] 「仍テ案スルニ売渡抵当ト云ヒ売渡担保ト云フハ売渡ト抵当若クハ担保ト  
ノ二箇ノ矛盾シタル意義ノ文字ヲ連續シタルモノナレハ文字本来ノ意義ニ於テ合  
理的ナルヲ得サルノミナラス之ヲ使用スル人ノ便宜ニ依リ特種ノ意義ヲ付シ得ル  
モノナルハ当事者カ裁判上必要ナル法律關係ヲ具体的ニ説明スヘキ場合ニ其説明  
ニ代ヘテ単ニ売渡抵当売渡担保ナリト陳述シタルノミテハ其意義不明ナリト謂フ  
ヘク從テ裁判所カ其ノ法律關係ヲ釈明セシメスシテ直ニ此等ノ文辭ニハ定型的意  
義アリト認メテ裁判ヲ下スハ失当ナレトモ被上告人ハ原審ニ於テ単ニ本件ノ不動  
産ニ付キ売渡担保契約ノ成立シタルコトヲ陳述シタルノミニ非スシテ其契約ノ内  
容トシテ本件ノ不動産ニ付キテハ上告人ニ對シ所有名義移転ノ登記ヲ為シタルト  
モ其所有權ヲ上告人ニ移転セサルコトヲ陳述シタルコトハ原判決ノ引用シタル第  
一審判決ノ事實摘示ニ依リ明カニシテ其趣旨ハ特約ニ依リ当事者相互ノ關係ニ於  
テハ本件不動産ノ所有權ヲ被上告人ニ留保シ第三者ニ對スル關係ニ於テハ其ノ權  
利ヲ上告人ニ移転シタリト云フニ在リト解シ得ラレサルニ非ス原裁判所モ此趣旨  
ニ於ケル被上告人ノ主張事實ニ基キテ論旨摘録ノ如キ事實上ノ判断ヲ為シタルモ  
ノナレハ其判断ハ被上告人ノ主張ニ適合スルモノト謂フヘク從テ原判決ニハ上告  
人所論ノ如キ違法ナシ故ニ本論旨ハ何レモ理由ナシ」（上告論旨第三・四点に対  
する判断）

[2-23] 「然レトモ売渡担保ト云フコトハ元來法文ノ上ニ現ハレ一定ノ意義ヲ付与  
セラレタル術語ニハ非スシテ單ニ坊間ノ一用語ニ過キ其意義必スシモ一定セス  
被上告人ハ一審以來売渡担保ト云フ語ヲ用ヒ居レルコトハ当該各判決ノ事實摘示  
ニ徴シ明白ナルト共ニ其ハ所有權ハ之ヲ自己ニ保留シ單ニ登記簿上ニ於テノミ移  
転登記ヲ為シタルニ過キサルコトヲ指シテ売渡担保ト云ヘルモノナルコトハ其主  
張自体ニ照シ明白ナリ原裁判所ハ証拠ニ基キ此主張事實自体ヲ是認シタルモノニ  
シテ何等ノ不当存スルコト無ク又論旨ノ所謂返済期限ノ如キハ毫モ之ヲ判定スル  
ノ必要無キモノトス論旨ハ孰レモ前示主張トハ異ル一種ノ意義ヲ売渡担保ト云フ  
語ニ付与シ之ヲ前提トシテ云々スルモノニ過キス援用ニ係ル当院判決ハ本件ノ場  
合ニ適切ナラス」（上告理由第一・六点に対する判断）

（参考）判決理由中の「（引用者注：上告人）援用ニ係ル当院判決」——  
「……売渡担保ナル取引ハ獨立シタル法律行為ニアラス常ニ売買ヲ包含スルモノ  
ナルコトハ御院ノ判示スル所ナリ（大正十年（オ）第一四八号同年六月十四日言  
渡）果シテ然ラハ売渡担保ト為シタル土地ノ所有權ハ買主タル債権者ニ移転スル

モノナルヤ明白ナリトス從テ売主ニ於テ復歸ノ方法ヲ履踐セサル限り所有權ハ買主ニ存スルコト頗ル明瞭ナリ」／「売渡担保ナル取引ハ独立シタル法律行為ニアラスシテ常ニ売買契約ヲ包含スルモノナルコトハ御院ニ於テ（大正十年（オ）第一四八号判決）判示スル所ナリ左レハ債務者タル売主ニ於テ右不動産ノ復歸ノ方法ヲ履踐セサル限り売渡シタル不動産ノ所有權カ買主ニ存スヘキ筋合ナルコト明カナリ換言スレハ第三者ニ対シテハ勿論当事者間ニ於テモ不動産ノ所有權ハ買主ニ移転スルモノト謂ハサルヘカラス這ハ前示御院判例ノ旨趣ニ照シ一点疑ヲ容レサル所ナリトス」（上告理由第一・六点より）

いずれの判決も、一般論として、売渡担保・売渡抵当という概念の不明確性を指摘している。すなわち、[1-20] は「単ニ売渡抵当売渡担保ナリト陳述シタルノミテハ其意義不明ナリ」、[2-23] は、売渡担保とは「元來法文ノ上ニ現ハレ一定ノ意義ヲ付与セラレタル術語ニハ非スシテ単ニ坊間ノ一用語ニ過キス其意義必スシモ一定セス」とする<sup>99)</sup>。そして、売渡担保・売渡抵当という概念を使用する者が、それでもって意味する法律関係を具体的に説明する必要があることを説いている。

しかし、上告人が指摘するように、大審院は、既に大(一民)判大 10・6・14 民録 27-1163 において、「売渡担保ハ独立シタル法律行為ニ非スシテ甲カ乙ニ或財産權ヲ移転シ乙ハ其対価タル金円ヲ甲ニ交付シ以テ此財産權ノ売買ヲ為スト共ニ当事者間ニ於テ契約ヲ締結シ他日甲カ右ノ対価若クハ利息ヲ加算シタルモノニ相当スル金円ヲ乙ニ支払フトキハ前記財産權ハ再ヒ甲ニ復歸スヘキ旨ヲ定メ以テ結果ニ於テ金円ノ消費貸借ヲ為シ且如上財産權ニ対シ物上担保權ヲ設定シタルト同一ノ目的ヲ達スルニ在リ而シテ右財産權復歸ノ点ニ関スル契約モ其性質必スシモ常ニ一ナラスト雖モ売渡担保ニハ其一面ニ常ニ売買ヲ包含シ之ニ附加シテ他ノ契約存スルニ過キササルモノトス」（民録登載の判決要旨）として、少なくとも売渡担保については、それがどのような取引であるのかということを明確に示している。にもかかわらず、上の 2 判決はこのことを前提としていない。大審院内部でも、売渡担保・売渡抵当という概念の意味するところについてはなお争いがあったとみるべきだろうか。

## 2-2. 公刊物における判決文の加工とその復元

民録に登載された 25 判決については、民録においていずれも「主文」が削除され

99) なお、[2-23] 判決の受命判事は、後に論文「売渡担保——付信託行為(一)」法曹会雑誌 8 卷 7 号 (昭 5) I 頁以下で、讓渡担保と売渡担保の区別を説くにいたった前田直之助である。

ているが、判決文の加工はない。

### 2-3. 受命判事の特定とその意義

現段階で、今回分についてはこの項で論ずべき判決を見出していない。

- \* 本研究は、平成23～25年度独立行政法人日本学術振興会科学研究費助成事業・学術研究助成基金助成金（若手研究(B)・研究課題名「大審院（民事部）における判決形成過程の研究」〔研究代表者：木村和成，課題番号：23730114〕）に基づく研究成果の一部である。