

## 大審院（民事）判決の基礎的研究・3

判決原本の分析と検討（昭和3年3月分）

木村和成\*

### 目次

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

### 1 昭和3年3月分大審院民事判決原本の内容

原本（2分冊）には、欠落している3判決を除く101件の判決が収められている（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	事件名	原審	掲載誌
1	1	3・1	昭2-1304	棄却	1	水口吉蔵	貸越金	長崎控判 昭2・9・26	
1	2	3・2	昭2-1141	棄却	2	細野長良	契約履行	大阪控判 昭2・7・25	
1	3	3・2	昭2-1245	棄却	2	吾孫子勝	貸金	安濃津地判 昭2・6・25	
1	4	3・3	昭2-1154	破毀	3	神谷健夫	貸米	熊本地判 昭2・6・9	裁判例2-109
1	5	3・3	昭2-1283	棄却	4	古川源太郎	魚代金	青森地判 昭2・11・5	
1	6	3・3	昭2-1291	棄却	4	神原甚造	所有権移転 登記抹消登記	名古屋控判 昭2・10・24	

\* きむら・かずなり 立命館大学法学部准教授

大審院 (民事) 判決の基礎的研究・3 (木村)

1	7	3・5	昭2-1176	棄却	1	水口吉蔵	約束手形金	福井地判 昭2・7・4	
1	8	3・5	昭2-1248	棄却	1	成道齋次郎	貸金	浦和地判 昭2・10・14	
1	9	3・6	昭3-30	棄却	2	岡村玄治	家屋明渡 並家賃金	大分地判 昭2・10・22	
1	10	3・6	昭2-1205	破毀	2	細野長良	特許願拒 絶査定不服	特許局審決 昭2・7・21	民集7-131 新聞2833-9 新報170-19 評論17諸215
1	11	3・6	昭2-1285	棄却	2	細野長良	家屋明渡 並損害金	熊本地判 昭2・9・13	
1	12	3・6	昭3-22	棄却	2	霜山精一	貸金	千葉地判 昭2・11・18	
1	13	3・7	昭3-63	棄却	3	井野英一	貸金	大阪控判 昭2・12・3	
1	14	3・7	昭3-1056	棄却	4	吉田 久	土地所有権 確認登記抹 消等	宮城控判 昭2・8・6	
1	15	3・7	昭2-1190	棄却	3	佐藤共之	損害賠償	東京控判 昭2・9・17	
1	16	3・7	昭2-1242	破毀	3	井野英一	強制執行異 議	浦和地判 昭2・10・24 <sup>1)</sup>	民集7-98 新聞2824-5 新報146-12 評論17訴137
1	17	3・7	昭2-1259	棄却	4	神原甚造	株主總會決 議無効確認	大阪控判 昭2・10・29	
1	18	3・7	昭2-1278	棄却	3	三橋久美	貸金	名古屋控判 昭2・10・18	
1	19	3・7	昭2-1295	棄却	4	前田直之助	損害賠償	青森地判 昭2・10・8	

1) 一審は浦和区裁 (判決年月日等不明)。

1	20	3・7	昭2-1323	棄却	4	神原甚造	社員権確認 及出資額持 分証書名義 書換返還	東京控判 昭2・10・26 新報140-14	
1	21	3・8	昭2-1184	棄却	1	成道齋次郎	権利不存在 確認及新材 引渡	札幌控判 昭2・8・22	
1	22	3・8	昭2-1256	棄却	1	水口吉蔵	株金払込	東京控判 昭2・10・5	
1	23	3・8	昭2-1344	棄却	1	成道齋次郎	貸金請求証 書訴訟	東京控判 昭2・11・16	
1	24	3・9	昭3-62	棄却	2	岡村玄治	仮差押異議	大阪控判 昭2・11・16	
1	25	3・9	昭2-478	破毀	2	岡村玄治	否認權行使	長崎控判 昭2・3・16 新聞2682-7 評論16訴566	評論17諸373
1	26	3・9	昭2-1149	棄却	2	吾孫子勝	貸金	新潟地判 昭2・8・30	
1	27	3・9	昭2-1253	一部 破毀 一部 棄却	2	細野長良	売掛代金	水戸地判 昭2・9・28 <sup>2)</sup>	民集7-139 新聞2836-7 彙報39下26 新報148-15 評論17訴196
1	28	3・10	昭3-67	棄却	3	三橋久美	貸金	岐阜地判 昭2・10・26	
1	29	3・10	昭2-659	一部 破毀 一部 棄却	4	古川源太郎	入金返還損 害賠償	松山地判 昭2・4・19	裁判例2-134
1	30	3・10	昭2-692	破毀	3	神谷健夫	契約金請求 証書訴訟	長崎控判 昭2・3・26	新聞2847-15 彙報39下85 評論17民631

2) 一審は水戸区裁(判決年月日等不明)。

大審院 (民事) 判決の基礎的研究・3 (木村)

1	31	3・10	大15-723	一部 破毀 一部 棄却	3	前田直之助	損害賠償	大阪控判 大15・5・24 <sup>3)</sup>	民集 7-152 新聞 2838-6 新報 147-12 彙報 39下625 評論 17民422	
1	32	3・10	昭 2-1051	破毀	4	神原甚造	郵便貯金払 戻	東京地判 昭 2・5・25 新報 134-21	新聞 2849-11 彙報 39下370 評論 17訴395	
1	33	3・10	昭 2-1098	棄却	3	三橋久美	賃借權確認 並損害賠償	横浜地判 昭 2・7・19	新聞 2849-13 彙報 39下380 評論 17民718	
1	34	3・10	昭 2-1311	棄却	4	前田直之助	商標登録無 効	特許局審決 昭 2・10・21	新報 208-18	
1	35	3・10	昭 2-1331	棄却	4	古川源太郎	請求異議	仙台地判 昭 2・10・13		
1	36	3・12	昭 3-93	棄却	1	水口吉蔵	貸金	熊本地判 昭 2・10・27		
1	37	3・12	昭 2-903	棄却	1	江崎定次郎	貸金	福井地判 昭 2・5・23		
1	38	3・12	昭 3-69	<b>(原本欠)</b>						
1	39	3・13	昭 2-1269	棄却	2	霜山精一	約束手形金	東京控判 昭 2・9・29		
1	40	3・13	昭 3-70	棄却	2	霜山精一	詐欺行為取 消	福井地判 昭 2・10・31		
1	41	3・13	昭 3-78	棄却	2	岡村玄治	家屋明渡並 損害賠償	広島控判 昭 2・11・18		
1	42	3・14	昭 3-59	棄却	3	佐藤共之	貸金	前橋地判 昭 2・9・27		
1	43	3・14	昭 3-71	棄却	3	神谷健夫	約束手形金	東京控判 昭 2・12・9		

3) 一審は神戸地裁 (判決年月日等不明)。

1	44	3・14	昭2-968	破毀	3	井野英一	損害賠償	岡山地判 昭2・6・16	裁判例2-148
1	45	3・14	昭2-1114	棄却	3	井野英一	金員並印類 引渡	宮城控判 昭2・8・27	
1	46	3・14	昭2-1202	棄却	3	神谷健夫	特許願回復 拒絶査定不服	特許局審決 昭2・5・4	
1	47	3・14	昭2-1246	棄却	3	三橋久美	貸金	宇都宮地判 昭2・10・8	
1	48	<b>(原本欠)</b>							
1	49	3・14	昭3-191	<b>(原本欠)</b>					
1	50	3・15	昭2-1088	破毀	1	成道齋次郎	貸金並貸米	秋田地判 昭2・8・18	裁判例2-33
1	51	3・15	昭2-1359	棄却	4	前田直之助	慰藉料	長崎控判 昭2・10・5	
1	52	3・15	昭2-1180	破毀	1	菰瀨清雄	約束手形金	東京控判 昭2・8・22	裁判例2-145
1	53	3・15	昭2-1212	棄却	1	菰瀨清雄	株券効力確 定	東京控判 昭2・7・12 新聞2755-7	新聞2829-4 彙報39下1 評論17商337
1	54	3・15	昭2-1252	棄却	1	江崎定次郎	過怠金	京都地判 昭2・8・9	
1	55	3・15	昭2-1368	棄却	1	水口吉蔵	約束手形金	名古屋控判 昭2・10・31	
2	1	3・16	昭2-799	棄却	2	岡村玄治	讓受債權	東京控判 昭2・5・30	
2	2	3・16	昭2-1313	棄却	2	霜山精一	損害賠償	長崎控判 昭2・10・11	
2	3	3・16	昭2-1325	棄却	2	吾孫子勝	売掛代金	福島地判 昭2・11・16	
2	4	3・16	昭3-82	棄却	2	吾孫子勝	株券返還	東京地判 昭2・10・19	

大審院 (民事) 判決の基礎的研究・3 (木村)

2	5	3・16	昭3-90	棄却	2	吾孫子勝	讓受債權	広島控判 昭2・11・12	
2	6	3・17	昭2-895	棄却	4	吉田 久	入金等返還 損害賠償	広島控判 昭2・6・29	
2	7	3・17	昭2-1375	棄却	4	前田直之助	所有権移転 登記手続	長野地判 昭2・10・29	
2	8	3・17	昭2-1395	棄却	4	古川源太郎	保証債務履 行	長崎控判 昭2・10・24	
2	9	3・17	昭3-28	棄却	4	吉田 久	株金払込	東京控判 昭2・10・31	
2	10	3・17	昭3-75	棄却	3	佐藤共之	損害賠償	静岡地判 昭2・12・7	
2	11	3・17	昭3-111	棄却	3	井野英一	保険金	大阪控判 昭2・12・22	
2	12	3・17	昭3-115	棄却	3	三橋久美	貸金	千葉地判 昭2・12・22	
2	13	3・17	昭2-1146	棄却	3	井野英一	家屋増築等 禁止	東京地判 昭2・7・28	
2	14	3・17	昭2-1339	棄却	4	神原甚造	敷地料	鳥取地判 昭2・10・4	
2	15	3・17	昭2-1363	棄却	4	古川源太郎	貸金	長野地判 昭2・11・8	
2	16	3・17	昭2-1367	棄却	1	吉田 久	損害賠償	東京控判 昭2・10・18	
2	17	3・19	大15-265	破毀	1	成道齋次郎	宅地並建家 明渡	宮城控判 大15・1・23	裁判例2-22
2	18	3・19	昭2-1260	棄却	1	菰渕清雄	強制執行異 議	鳥取地判 昭2・9・22	
2	19	3・19	昭2-1384	棄却	1	水口吉蔵	土地明渡	広島控判 昭2・10・20	
2	20	3・20	昭3-106	棄却	2	細野長良	飲食及遊興 代金	岡山地判 昭2・11・5	

2	21	3・22	昭2-1160	棄却	1	水口吉蔵	入漁権不存在確認並登録抹消	宮城控判 昭2・9・15	
2	22	3・22	昭3-1	棄却	1	菰淵清雄	競売不足金	東京控判 昭2・10・12 新聞2771-19 評論17訴36	
2	23	3・22	昭3-105	棄却	1	江崎定次郎	貸金	宮城控判 昭2・12・10 <sup>4)</sup>	
2	24	3・22	昭2-1400	棄却	1	水口吉蔵	家賃料並損害金	東京控判 昭2・10・27	
2	25	3・23	昭3-126	棄却	2	岡村玄治	貸金	金沢地判 昭2・12・22	
2	26	3・24	昭2-1185	棄却	4	神原甚造	株券引渡	東京控判 昭2・7・5 新聞2754-7 新報138-16	新聞2852-10 評論17商384
2	27	3・24	昭3-143	棄却	3	井野英一	売掛代金	大阪控判 昭2・12・19	
2	28	3・24	昭2-1218	棄却	3	神谷健夫	約束手形金	東京地判 昭2・9・23	新聞2860-9 彙報39下391 評論17訴388
2	29	3・24	昭2-778	棄却	4	前田直之助	土地所有権確認	東京控判 昭2・5・17 <sup>5)</sup>	
2	30	3・24	昭2-1262	棄却	3	三橋久美	金銭引渡及損害賠償	東京控判 昭2・9・26	新聞2868-9 彙報39下266 評論17民827
2	31	3・24	昭2-1203	棄却	4	古川源太郎	為替手形金	東京控判 昭2・9・17	新聞2873-13 彙報39下257 評論17商654

4) 一審は山形地判大15・12・9(二審判決原本による)。

5) 一審は前橋地裁大8(ワ)56(二審判決原本による)。

大審院 (民事) 判決の基礎的研究・3 (木村)

2	32	3・26	昭 2-57	一部 破毀 一部 棄却	1	水口吉蔵	広告料	東京控判 大 15・9・23 新聞 2634-13 新報 95-22 評論 16商244	新聞 2831-7 評論 17商297
2	33	3・26	昭 2-1288	棄却	1	水口吉蔵	約束手形金	広島地判 昭 2・9・28	
2	34	3・26	昭 3-117	棄却	1	成道齋次郎	建物取払地 所明渡	東京控判 昭 2・9・29	
2	35	3・27	昭 2-670	破毀	2	岡村玄治	板硝子代金	東京地判 昭 2・4・15	裁判例 2-75
2	36	3・27	昭 2-982	破毀	2	岡村玄治	出資金	長野地判 昭 2・7・19 <sup>6)</sup>	民集 7-171 新聞 2841-7 彙報 39下31 評論 17諸257
2	37	3・27	昭 2-1201	破毀	2	霜山精一	売掛代金	安濃津地判 昭 2・6・25	裁判例 2-74
2	38	3・27	昭 2-1241	棄却	2	岡村玄治	貸金	徳島地判 昭 2・9・20	
2	39	3・29	昭 2-1328	棄却	1	成道齋次郎	連帯保証債 務金	長野地判 昭 2・11・5	
2	40	3・29	昭 3-125	棄却	1	水口吉蔵	商標登録無 効	特許局審決 昭 2・12・2	新聞 2857-9 彙報 39下114 新報 173-20 評論 18諸238
2	41	3・29	昭 3-37	棄却	1	成道齋次郎	貸金	熊本地判 昭 2・10・13	
2	42	3・30	昭 3-14	棄却	2	岡村玄治	仮処分命令 申請	東京控判 昭 2・11・14	
2	43	3・30	昭 3-158	棄却	2	岡村玄治	約束手形金	青森地判 昭 2・11・26	

6) 一審は長野区裁 (判決年月日等不明)。



2	44	3・30	昭3-162	棄却	2	吾孫子勝	売買代金返還	長崎控判 昭2・11・17	新聞 2857-13 評論 17訴376
2	45	3・30	昭2-1357	棄却	2	吾孫子勝	身分関係確認	長崎控判 昭2・10・22	
2	46	3・31	昭3-151	棄却	3	神谷健夫	貸金	宮崎地判 昭2・9・21	
2	47	3・31	昭2-1142	破毀	3	佐藤共之	転付債権履行	宮城控判 昭2・7・22	裁判例 2-124
2	48	3・31	昭2-1111	棄却	4	吉田 久	貸金	宮崎地判 昭2・7・25	
2	49	3・31	昭2-1403	棄却	4	神原甚造	損害賠償	名古屋控判 昭2・11・10	

注 「掲載誌」の「新聞」は法律新聞、「裁判例」は大審院裁判例、「彙報」は判例彙報、「新報」は法律新報、「評論」は法律評論を指す。

## 2 昭和3年3月分大審院民事判決原本の分析

### 1. 民集への登載／不登載基準の検討

#### (1) 民集登載判決の分析

全101件の判決のうち5件が大審院民事判例集(民集)に登載されている<sup>7)</sup>(いずれも破毀判決)。まずはこの5件がなぜ民集に登載すべきものとされたのかについて分析しておく。なお、以下の[判示事項]および[判決要旨]はいずれも民集記載のものである([数字]はすべて上の表の「No」に対応している)。

#### [1-10] (特許願拒絶査定不服事件)<sup>8)</sup> 破毀差戻

[判示事項] 工業的效果ノ増進ト発明

[判決要旨] 工業的装置力同一目的ノ為ニ存スル従来ノモノヨリ其ノ効果著大ニシテ単ニ従来ノ装置ノ改良ト目シ得サル如キ場合ハ特許法第一条ニ所謂発明ニ

7) 新聞および評論はこの5件をすべて網羅している。これに対し、彙報には3件、新報には4件がそれぞれ掲載されている。

8) 本判決の評釈として、解良富太郎「判批」民事法判例研究会編『判例民事法(8) 昭和三年度』(昭和5年、有斐閣)58頁以下がある。

該当スルモノトス

発明に当たるか否かはその工業的効果を基準として決せられることは、これ以前の大審院判決でも当然の前提とされている<sup>9)</sup>。そうすると、同一目的の装置が既に存在する場合にも、それだけで発明性が否定されるのではなく、やはりその工業的効果はその基準とされるべきことになる。本判決は、「軸のねじれを測定する装置」が問題となった事案でこのことを確認したものであり、この点に民集登載の理由があるものと思われる。

[1-16] (強制執行異議事件)<sup>10)</sup> 破毀差戻

[判示事項] 裁判上ノ和解ニ対スル請求異議ノ訴ト民事訴訟法第五百四十五条第二項

[判決要旨] 民事訴訟法第五百四十五条第二項ノ制限ハ裁判上ノ和解ニ対スル請求異議ノ訴ニハ其ノ適用ナキモノトス

大審院第二民事部(受命判事は井野英一)は、請求異議の訴えを制限する民事訴訟法545条2項<sup>11)</sup>は、同条1項を受けたものであり、裁判上の和解の場合には適用がないとする<sup>12)</sup>。これは大審院として初めての判断であり、そのため民集に登載されたものと思われる<sup>13)</sup>。

9) 例えば、大(三民)判大正8・6・14民録25-1024, 大(三民)判大正8・12・13民録25-2296など。

10) 本判決の評釈として、加藤正治「判批」前掲注(8)46頁以下などがある。

11) 民事訴訟法(明23法29)545条「判決ニ因リテ確定シタル請求ニ関スル債務者ノ異議ハ訴ヲ以テ第一審ノ受訴裁判所ニ之ヲ主張ス可シ  
右ノ異議ハ此法律ノ規定ニ從ヒ遅クモ異議ヲ主張スルコトヲ要スル口頭弁論ノ終結後ニ其原因ヲ生シ且故障ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得サルトキニ限り之ヲ許ス  
債務者力數箇ノ異議ヲ有スルトキハ同時ニ之ヲ主張スルコトヲ要ス」

12) 同じく第二民事部の判事細野長良は、裁判上の和解に民事訴訟法545条2項が準用されることは「法典の文理解法上極めて明瞭なりと云はざる可からず」とし、本判決と異なる立場に立っている(細野「意思表示を為す可きことを定めたる訴訟上の和解と強制執行(承前)」法学新報37巻1号〔昭和2年〕55頁)。もっとも、本判決の採用する見解がわが国における通説であり(同56頁)、ドイツにおける判例・通説でもあるともされている(同51頁)。このことと、受命判事の思想/思考が判決に反映する傾向があることを併せ考えると、仮に細野が本件の受命判事となっていたとすれば、結論は本判決とはおそらく逆になったであろうと推測される。

13) なお、本判決では、判決には既判力があるが裁判上の和解にはこれがないという相違が判断の根拠とされているが、この相違は、大正15年に改正された民事訴訟法203条「和解又ハ請求ノ拋棄若ハ認諾ヲ調書ニ記載シタルトキハ其ノ記載ハ確定判決ト同一ノ

[1-27] (売掛代金請求事件)<sup>14)</sup> 破毀差戻

[判示事項] 準備手続施行後ノ口頭弁論ニ於ケル証拠ノ援用

[判決要旨] 控訴審ニ於ケル準備手続施行後ノ口頭弁論ニ於テモ当事者八第一審ノ証拠調ノ結果ヲ援用スルコトヲ得ルモノトス  
菊井維大も指摘するように<sup>15)</sup>、判示事項につき本判決以前に大審院の先例は存在しないから、民集登載の理由はこの点に求められよう。

[1-31] (損害賠償請求事件)<sup>16)</sup> 破毀差戻

[判示事項] 死者ノ得ヘカリシ純収益ノ算定

[判決要旨] 一 他人ノ生命ヲ害シタルニ因ル損害賠償ノ場合ニ於テハ死者力爾後生存セシナラハ得ヘカリシ総収入ヨリ生活其他ノ費用ヲ控除シテ其ノ純収益ヲ算定ス可キモノトス

二 当該不法行為ニ関シ第三者ヨリ金銭的利益ヲ得タル事実アルトキハ慰藉料ノ範囲ヲ定ムルニ付之ヲ斟酌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大審院の先例はない。それゆえ民集に登載されたものと思われる。なお、本判決については、受命判事(前田直之助)との関係から、節を改めて検討する。

[2-36] (出資金請求事件)<sup>17)</sup> 破毀差戻

[判示事項] 産業組合員ニ対スル出資請求権ノ譲渡

[判決要旨] 産業組合ヨリ其ノ組合員ニ対スル出資請求権ハ其ノ払込アリタルト同視スルコトヲ得ヘキ対価ヲ得タル場合ニ限り之ヲ譲渡スルコトヲ得ルモノトス

判示事項につき、大審院として初めての判断を下したものと思われ、この点に民集登載の意義を見出すことができよう。もっとも、本判決の趣旨は、株式会社の場合における株金払込請求権の譲渡性を制限付きで認めた大(民連)判大正14・5・

---

効力ヲ有ス」 において裁判上の和解に既判力が認められたことにより解消されている(ただし、改正法の施行は昭和4年10月1日)。

14) 本判決の評釈として、菊井維大「判批」前掲注(8)61頁以下がある。

15) 菊井・前掲注(14)63頁。

16) 本判決については、さしあたり木村和成「大審院の迷走 昭和初期の民事部判決にみるそのいくつかの軌跡」立命館法学327・328号(平成22年)260~266頁参照。

17) 本判決の評釈として、田中耕太郎「判批」前掲注(8)89頁以下などがある。また、第一民事部判事水口吉蔵による評釈(法律論叢8巻8号[昭和4年]985頁以下)がある(なお、水口は判旨に全面的に賛成)。

20 民集 4-277 と同じである。

このように、登載判決はいずれも、新判断を含むもの、あるいは [1-2] のように大審院の先例の射程を示すものであり、民集登載の理由はこれらの点に求められることになる。

## (2) 民集不登載判決の分析

### [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

[1-25] は、原本に「登載」の押印があるにもかかわらず、実際には民集には登載されていない。

[事実関係] 破産者 A が破産債権者を害することを知りながらその所有不動産を Y (被告・控訴人・上诉人) に譲渡したため、破産管財人 X (原告・被控訴人・被上诉人) が当該譲渡行為の取消しと当該不動産の返還を求めて提訴。否認権行使と管轄裁判所との関係が主たる争点となった。

[訴訟経過] 一審は、X の請求を認容した模様。控訴審は、「民事訴訟法第十八条二所謂契約ノ銷除廢罷及解除ノ訴ハ総テ契約ノ廢棄ニ関スル訴即裁判ニヨリ契約ヲ滅却セシムルコトヲ目的トスル訴訟ヲ指称スルモノニ外ナラサルカ故ニ民法第四百二十四条所定ノ詐害行為取消ノ訴ノ如キモ右二所謂廢罷ノ訴トシテ民事訴訟法第十八条ノ適用ヲ受クヘキモノト解スルヲ妥当トスヘシ」<sup>18)</sup>とした上で、「否認権ノ行使モ亦詐害行為取消権ト同シク訴ニ依リ之ヲ為シ得ヘキコト破産法第七十六条ノ明定スル所ナレハ否認権行使ノ訴ニ付民事訴訟法第十八条ノ適用アリヤ否ヤニ付テモ亦詐害行為取消ノ訴ニ関スル如上ノ論断ト其ノ帰結ヲ一ニスルヲ相当トスルヲ以テ破産管財人ニシテ訴ニ依リ否認権ヲ行使セントスルニ当リテハ其ノ否認セラルヘキ契約ニ於ケル破産者ノ義務履行地ヲ管轄スヘキ裁判所ニ該訴ヲ提起シ得ヘキモノト謂ハサルヘカラス」<sup>19)</sup>として、Y の控訴を棄却した。Y 上告。

[大審院の判断] 破毀差矣。「破産法第七十七条第一項ニ依レハ否認権ノ行使ハ破産財団ヲ原状ニ復セシムルモノナリト雖此ノ結果ヲ生スルニハ必シモ否認権ノ行使ニ取消権又ハ解除権ノ行使ト同様ノ効果アルコトヲ前提トスヘキモノニ非

18) 民事訴訟法 (明23法29) 18条「契約ノ成立若クハ不成立ノ確定又ハ其履行若クハ銷除、廢罷、解除又ハ其不履行若クハ不十分ノ履行ニ関スル賠償ノ訴ハ其訴訟ニ係ル義務ヲ履行ス可キ地ノ裁判所ニ之ヲ起スコトヲ得」

19) 破産法 (大11法71) 76条「否認権ハ訴又ハ抗弁ニ依リ破産管財人ノ之ヲ行フ」

ス蓋同様ノ効果ナキモ否認セラレタル破産者ノ行為ニ因リテ例ヘハ破産者ノ特定ノ財産カ相手方ニ移転シタル場合ニハ其ノ財産カ更ニ相手方ヨリ破産財団ニ当然移転スルニ因リテ破産財団ハ原状ニ復スヘク又破産者ノ債務負担行為カ其ノ債務履行前ニ否認セラレタル場合ニハ其ノ債務ヲ破産財団ニ無関係タラシムルコト換言セハ相手方ハ唯破産財団ニ属セサル財産ヲ以テ弁済スヘキコトヲ破産者本人ニ請求シ得ルニ過キサルモノトスル事ニ因リテモ破産財団ハ原状ニ復スルモノト云ハサルヘカラサルヲ以テナリ然ルニ破産法第七十二条第一項ニ依ルモ否認権ハ唯破産財団ノ為ニノミ行使シ得ルモノナルコト明白ニシテ破産財団ノ利害ニ関係ナキ範圍ニ於テマテ既存ノ法律關係ノ変更消滅ヲ来サシムルハ有害無益ノ干渉ニシテ法律ノ精神ニ反スルコト疑ナキ所ナルト破産者カ給付ヲ為シタル後破産者ノ行為カ否認セラレタル場合ニ相手方ノ債權ハ之ニ因リテ当然原状ニ復スルコトナク相手方カ其ノ受ケタル給付ヲ返還シ又ハ其ノ価額ヲ償還シタルトキ始メテ原状ニ復スルモノナルコト第七十九条ニ依リテ明白ナルトヲ觀レハ破産者ノ行為カ否認セラレタルトキハ取消又ハ解除ト場合ト同様ノ効果ヲ生スルコトナク前記設例ニ言フカ如キ方法ニテ破産財団ハ原状ニ復スルモノト云フヘク乃チ破産法ニ依ル否認権ノ行使ハ取消又ハ解除ト大ニ其ノ性質ヲ異ニシ民事訴訟法第十八条ニ所謂鎖除廢罷解除ノ何レニモ該当セサルコト明ニシテ其ノ否認権行使ノ訴ニ付テハ同条ノ適用ナキモノト解スルヲ相当トサレハ原審カ破産法ニ依ル否認権行使ノ訴タル本訴ニ付同条ノ適用アルモノトナシ以テ上诉人ノ妨訴抗弁ヲ排斥シタルハ法律ノ解釈ヲ誤リタル違法アルモノニシテ論旨結局理由アリ原判決ハ破毀ヲ免レス」(上告理由に対する判断)<sup>20)</sup>

大審院第二民事部(受命判事は岡村玄治)は、否認権の行使は、民事訴訟法18条(明23法29)にいう「鎖除、廢罷、解除」のいずれにも該当しないので、否認権行使につき同条の適用はないとする。

この問題については、既に大(一民)判明治34・12・7民録7-19が、「民事訴訟法第十八条ニ所謂契約解除ノ訴トハ単ニ契約ノ解除ヲ求ムル訴ノミヲ謂フニ非スシテ契約ヲ解除シタル結果原状ニ回復スルコトヲ求ムル訴ヲモ包含スルモノトス」との一般論を示しており、本判決はこの明治34年判決の射程を画するものと位置づけられる。したがって、民集に登載すべき価値を有するものと言える。しかし、本判

20) 本判決は評論に掲載されているが、そこでは判決文(原本)の末尾の一文「而シテ本訴カ管轄違ナリヤ否ヤヲ決スルニハ尚事實ノ確定ヲ要スルモノアルヲ以テ民事訴訟法第四百四十七条第一項第四百四十八条第一項二則リ主文ノ如ク判決ス」が脱落している。

決当時、上記の民事訴訟法18条が大正15年改正によって廃止され、これに代わって包括的に「財産権上ノ訴ハ義務履行地ノ裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得」とする改正法5条が新設されることとなっていたため(改正法の施行は昭和4年10月1日)、本判決で問題となった点は立法的に解消されることが確定していた。そのため、いったん登載の印が押されたものの、最終的に民集への登載が見送られたものと推測される<sup>21)</sup>(もっとも、単なる押印ミスの可能性もないわけではない)。

なお、否認権の性質については、岡村が本判決の言渡しと近接する時期に「破産法上ノ否認権」<sup>22)</sup>なる論文を著しており、これを併せ読むことにより、本判決における岡村の思考過程がさらに鮮明になる。

## 〔2〕 原本に「登載」の押印後、改めて「不掲載」の押印がなされているもの

〔2-22〕は、「登載」の朱印がいったん押された後、それに×が上書きされ、改めて「不掲載」の朱印が押されている。

〔事実関係〕 X(原告・控訴人・上诉人)が、債務者A所有建物につき設定を受けていた抵当権を実行し、Y(被告・被控訴人・被上诉人)がこれを競落したが、Yが競落代金を支払わなかったために再競売をすることとなった。しかし、再競売期日にいわゆる関東大震災が発生し、上記建物が滅失したため、Xは、Yに対し、民事訴訟法688条5項<sup>23)</sup>に基づき、最初の競落代金および遅延損害金、さらに優先弁済を受ける利益の喪失を原因とする損害賠償および遅延利息の支払いを求めて提訴した。

〔訴訟経過〕 一審は、Xの請求を棄却した模様。控訴審は、「競売法第三十二条第二項ニ依リ準用セラルル第六百八十八条第五項ノ競落代金不足額請求ハ再競売手続カ実施セラレタルコトヲ前提トシ其結果再度ノ競落代価カ最初ノ競落代価ヨリ低キ場合又ハ競売ノ申出ナキ為メ新競売期日ヲ開クモ遂ニ競落不能ニ終ハ

---

21) 登載を見送る判断を下したのは「どこ」という点は、別途検討を要する課題である(おそらく、判例審査会であろう)。

22) 法学新報38巻6号(昭和3年)23頁以下。この論文では、同旨のものとして〔1-25〕が指示されているが(同32頁)、法学新報38巻6号の発行日が昭和3年6月1日、〔1-25〕の言渡しが同年3月9日であることからすれば、上記論文の執筆時期と、〔1-25〕の判決文の起草時期はほぼ重なるものと見てよいだろう(むしろ、この事件を受任したことを契機に上記論文が執筆されたと言ってもよいかもしれない)。

23) 民事訴訟法(明23法29)688条5項「再競売ヲ為ストキ八前ノ競落人ハ競売ニ加ハルコトヲ許サス且再度ノ競落代価カ最初ノ競落代価ヨリ低キトキハ不足ノ額及ヒ手続ノ費用ヲ負担シ其高キトキハ剩余ノ額ヲ請求スルコトヲ得ス」

リタル場合ニ於テ初メテ許容セラルヘキモノニシテ本件ノ場合ニ於ケル如ク再競売期日ノ指定公告アリタルノミニシテ再競売期日以前ニ競売ノ目的物滅失シタル為メ再競馬期日ヲ開カス再競売手続ノ実施ナキ場合ニ於テハ右不足額ノ請求ハ之ヲ為シ得サルモノト解スヘキモノトス<sup>24)</sup>として、Xの控訴を棄却した。また、損害賠償についても、「民法第四百十五条ニ依ル損害賠償ハ債務不履行其モノニ因ル損害賠償ヲ謂フモノニシテ控訴人主張ノ如ク債務不履行ノ事実ニ基キ債権者カ其債権以外ノ権利又ハ利益ヲ侵害セラレタル結果生シタル損害ノ賠償ヲ求ムル場合ハ之ニ当ラス」としてXの請求が棄却されている。X上告。

[大審院の判断] 棄却。「不動産ノ強制競売(競売法ニ依ル競売以下皆同シ)ニ付民事訴訟法第六百八十八条第一項ニ於テ競落人カ代金支払期日ニ其ノ義務ヲ完全ニ履行セサルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ不動産ノ再競売ヲ命スヘシト規定シ其ノ第五項ニ再度ノ競落代価カ最初ノ競落代価ヨリ低キトキハ不足ノ額及手続ノ費用ヲ負担シト規定シタルハ畢竟最初ノ競落人ノ債務不履行ニ基キ債権者ノ被ムルコトアルヘキ損害ノ賠償方法ヲ規定シタルモノニ外ナラスシテ民法第四百十五条第四百十六条ト其ノ精神ヲ同シクスルモノニ係リ之ト異ル見地ニ立チ特種ノ救済方法ヲ規定シタルモノニ非ス而シテ民事訴訟法第六百八十八条第一項ハ普通民法上ノ売買ニ於テ買主カ代金支払ノ義務ヲ履行セサル場合ニ其ノ契約ヲ解除シ更ニ其ノ目的物ヲ他人ニ売却スルコトヲ得ルト同趣旨ニシテ同条四項ニ競落人カ再競売期日ノ三日前マテニ買入代金及手続ノ費用ヲ支払ヒタルトキハ再競売手続ヲ取消ス可シト規定シタルハ法律カ強制競売ナル制度ヲ設ケタル趣旨ニ照シ右ノ如キ便宜ナル方法ヲ定メタルニ過キス又其ノ第五項ハ普通ノ売買ニ於テ売主カ更ニ其ノ目的物ヲ他人ニ売却シタルトキ最初ノ買主カ同一ナル金額ヲ得ルコトヲ得サリシトキ其ノ差額ヲ損害賠償トシテ最初ノ買主カ異リシ者ニ対シテ請求シ得ルト其ノ趣旨ヲ同シクスルモノニ係リ只以上二者ノ異ル所ハ普通ノ売買ニ於テハ売主ノ債権者ハ民法第四百二十三条ニ依リ売主ニ代位シテ叙上ノ損害ヲ請求シ得ルニ止ルモ強制競売ノ場合ニ在リテハ債権者ハ自己ノ権利トシテ直接最初ノ競落人ニ対シテ前示民事訴訟法第六百八十八条第五項ノ不足額ヲ請求スルコトヲ得ルノ差異アルニ過キス而モ此ノ差異タル強制競売ナルモノハ債権者ヲシテ競落代価ニ因リ弁済ヲ得セシムルコトヲ目的トスル

24) 競売法(明23法15)32条2項「競落ノ手続,競落ヲ許ササル場合ノ新競売期日,競売ノ履行及ヒ競落人ノ義務不履行ノ場合ニ於ケル再競売ニ関スル民事訴訟法第六百七十一条乃至第六百七十四条,第六百七十六条乃至第六百八十三条,第六百八十七条及ヒ第六百八十八条ノ規定ハ本章ノ競売ニ之ヲ準用ス」

コトニ基因スルモノニ外ナラスシテ之ヲ以テ二者全ク異リタル趣旨ニ出テタルモノト謂フヲ得ス果シテ然ラハ最初ノ競落人カ所謂不足額ヲ支払フ義務ヲ負担スル場合ハ普通ノ売買ノ場合ニ於テ売主カ其ノ契約ヲ解除シ更ニ其ノ目的物ヲ他人ニ売却シタルトキト同シク再度ノ競売ノ実行アリタルコトヲ必要トシ本件ノ如ク再度ノ競売期日以前ニ其ノ目的物タル家屋カ不可抗力ニ依リ滅失シ從テ競売ヲ実行スルコト能ハサル場合ニ於テハ之カ請求ヲ為スコトヲ得サルハ言フ俟タサル所ナルニヨリ上告人ニ於テ競売法第三十二条第二項民事訴訟法第六百八十八条第五項ニ基キ本訴請求ヲ為スハ全ク理由ナキト同時ニ民法第四百十五条第四百十六条ニ依リテ其ノ請求ヲ維持スルニ足ラサルモノト謂ハサル可ラス然ラハ原院カ上告人ノ請求ヲ棄却シタルハ結局相当ナルニヨリ本論旨ハ採用セス)(上告論旨第一・二点に対する判断)

本判決は、競落代金を支払わなかった競落人が民事訴訟法688条5項にいう不足額を負担するのは、再競売の実行がなされた場合に限定されることを示している。この点についての先例は見当たらないため、これは大審院の新判断だと思われる。したがって、登載の押印は単なるミスではなく、当初は民集に登載すべき判決と考えられていたことの表れとみるべきであろう。結果的に不登載となった理由は現段階では定かではない。今後の検討に委ねることとしたい。

### [3] 破毀判決

民集登載判決はいずれも破毀判決だが、不登載判決の中にも12件の破毀判決がある(既に取り上げた[1-25]を除く)。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み転載する<sup>25)</sup>。

[1-4] 「……所謂遅延利息八元來債務額ノ割合ニ応シテ生スルヲ常トスルカ故ニ若シ原判示ノ如ク大正六年十一月十二日前記七月十日支払フヘキ分ノ玄米換価金三十五円中へ入金アリタリトセハ特約其他特別ノ事情ナキ限り其翌日ヨリハ其ノ残額ノミニ付遅延利息ノ発生ヲ見ルヘキ筋合ナリ然ルニ原判決ハ何等特別ノ事情ノ存スルコトヲ示スコトナク漫然内入弁済前ノ玄米換価金ノ割合ニ依リ内入弁済以後大正六年十一月末日ニ至ル遅延利息ヲモ支払フヲ為スノ義務アルモノノ如ク判示シタルハ遅延利息ニ関スル法則ヲ誤リタル不法アリ)(上告論旨第一点に対する判断)

---

25) 以下の12判決は、いずれも民集以外の公刊物に掲載されているので、本文中で省略した部分や上告論旨等についてはそちらを参照されたい。



[1-29] 「原審ニ於テ上告人ハ本件売買契約ノ売主タル宮内伝三郎カ履行期限タル大正十四年三月十日ニ履行場所タル横河原駅ニ売買ノ目的物タル木材ヲ出荷シ検尺ノ上引渡ヲ為サントシタルモ買主タル被上告人ニ於テ代金ヲ所持セザリシ為同駅付近運送店ニ之カ保管ヲ託シ引渡ノ提供ヲ為シ置キタル処其ノ後該木材ハ右伝三郎ノ買入先タル關係ヨリ之カ荷主トシテ同駅迄ノ運送ヲ委託セシ上告人加藤莊作カ運送人ニ対シ負擔セル債務ノ為同年六月九日競売ニ付セラレタル結果売主タル伝三郎ニ於テ之カ引渡ヲ為シ得サルニ至リシモノニシテ結局被上告人ノ契約解除ハ其ノ効力ナキ旨ヲ抗弁シタルコトハ記録上明白ナリ若シ此ノ上告人主張ノ事實アリトセハ売主伝三郎ハ履行ノ提供ヲ為シタルモノナルヲ以テ爾後不履行ヨリ生スル一切ノ責任ヲ免ル可ク從テ其ノ後木材カ競売セラレタル結果伝三郎ニ於テ其ノ引渡ヲ為スヲ得サルニ至リシコトニ付同人ノ責ニ歸スヘキ原因アルニ非レハ仮令同人ノ債務ニシテ競売後尚存在シ且同人カ大正十四年六月十二日付催告ニ応セザリシトスルモ結局同人ニ於テハ履行遲滞ノ責アリト云フヲ得サルカ故ニ本件訴状送達ニ依ル被上告人ノ解除ハ其ノ効力ヲ生スルニ由ナキ八言ヲ俟タス然ルニ原裁判所ハ競売ノ結果伝三郎ニ於テ引渡ヲ為スヲ得サルニ至リシコトニ付同人ノ責ニ歸スヘキ原因アリヤ否ヲ顧慮スルコトナク上告人ノ抗弁ヲ排斥シ本件解除ヲ有効ナリト判断シタルモノニシテ此ノ点ニ於テ理由不備ノ不法アリ原判決中上告人敗訴部分ハ破毀スヘキモノトス仍チ爾余ノ上告理由ニ対シ説明ヲ為サス上告理由アリ」(上告理由第二点に対する判断)

[1-30] 「更改モ亦一ノ契約ナルカ故ニ契約解除ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒ之カ解除ヲ為シ得ルモノト解セサルヘカラス而シテ凡ソ契約ノ解除ハ当該契約ニ基ク法律關係ヲ遡及ニ消滅セシメ以テ同契約締結以前ノ状態ニ復帰セシムルノ効力ヲ有スルモノニシテ特ニ更改ニ限り別異ノ取扱ヲ受クヘキ理由ナキカ故ニ若更改契約ニシテ適法ニ解除セラレシカ契約当事者間ニ在リテハ更改ニ因リテ生シタル新ナル債務消滅スルト同時ニ旧債務關係ハ当然ニ復活スルモノト為サルヘカラス民法第五百七条ニ依レハ更改ニ因ル新債務カ不法ノ原因以外ノ事由ニ因リ成立セス又ハ取消サレタル場合ニ於テハ当事者カ初ヨリ其ノ事由ノ存スルコトヲ知悉セル限り旧債務ハ新債務ノ発生セサルニ拘ラス竟ニ消滅スルコト明ナルモ同条ノ規定ハ原状回復ニ關スル更改契約解除ノ効力ヲ排除スルモノニ非サルヤ文理上明白ニシテ系毫ノ疑ヲ容レズ然ルニ原判決ハ上告人主張ノ契約ヲ解シテ更改ナリト為シナカラ上告人ヨリ解除ノ意思ヲ表示スルモ一旦消

滅シタル旧債務ハ之カ為ニ復活スルモノニ非ストノ見解ニ出發シテ漫然上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ全ク叙上法律ノ解釈ヲ誤リタル違法アルモノニシテ論旨ハ此ノ点ニ於テ理由アリ原判決ハ破毀ヲ免レス仍チ他ノ論旨ニ對スル説明ヲ省略シ……主文ノ如ク判決ス」(上告論旨第一点に對する判断)

[1-32] 「……原審ニ於テハ須ク本件警戒電報ヲ受領シタル宿直員其ノ他該掛員ハ法規上果シテ如何ナル順序方法ニ依リ警戒手續ヲ為スヘキモノニシテ其ノ手續ニ依リ為サルヘキ預入申込書預入原簿ノ警戒表示ヲ為シ了スル迄ニハ幾千時間ヲ要スヘキヤ本件払戻ノ請求アリタル時刻ハ何時ナルヤ斯ル払戻請求アリタルトキハ如何ナル手續ニ依リ其ノ払戻ヲ為スヘキモノニシテ右請求アリタルヨリ払戻ヲ了スル迄ニハ幾千時間ヲ要スヘキヤ即本件局待払取扱局所ニ於テ本件払戻ヲ為シタル時迄ニ果シテ前記警戒ノ表示ヲ為シ得ヘカリシモノナルヤ否及本件電報ヲ受領シタル宿直員其ノ他該掛員ハ果シテ法規上命セラレタル警戒ノ措置ヲ為シタルヤ否ヲ判断スヘキモノトス蓋之ヲ判断スルニ非スンハ本件払戻手續ニ於テ重大ナル過失アリタリヤ否得テ之ヲ知ルヘカラサレハナリ然ルニ原審ニ於テハ毫モ前掲諸点ヲ顧慮スルコト無ク単ニ『被控訴人(上告人)主張ノ如ク宿直員ニ於テ本件ノ如キ電報ヲ受領シタルトキハ翌朝開庁時間迄ニ之ヲ經理課審査掛ニ持參シテ當該掛員ニ交付スヘキモノニシテ又宿直員其ノ他ノ掛員ハ取扱規程ノ如何ニ拘ラス時宜ニ應シ適宜當該担当者ニ通告シ又ハ其ノ他ノ方法ニ依リ警戒ノ方法ヲ講スヘキ義務アルモノナルニ拘ラス是等ノ者カ右ノ義務ヲ怠リタリトノ事實或ハ前示立会郵便局カ發シタル電報カ審査掛員若ハ原簿主管掛ニ既ニ配付セラレアルニ拘ラス同掛員カ之ヲ看過シテ被控訴人ノ代理人ト詐稱スル勇ナル者ニ貯金ノ全払ヲ為シタリトノ事實』ハ之ヲ認ムルヲ得ストノ理由ニ依リ輒ク本件払戻手續ニハ重大ナル過失アリトスル上告人ノ主張ヲ排斥シ去リテ其ノ請求ヲ斥ケタルハ審理不尽理由不備ノ違法アルモノト言ハサルヲ得ス論旨ハ理由アリ原判決ハ破毀ヲ免レサルヲ以テ爾余ノ論旨ニ付テハ説明ヲ省略シ……主文ノ如ク判決ス」(上告理由第二点に對する判断)

[1-44] 「……原判決ノ確定スルトコロニ依レハ上告人先代ハ被上告人兩名カ連帶シテ金田きぬニ對シテ負擔スル前記債務ノ連帶保証人ナルカ故ニ同人ハ被上告人等ノ右債務ヲ弁済スルニ付正当ノ利益ヲ有スルモノニシテ從テ上告人先代ハ其ノ弁済ニ依リ當然債權者タル金田きぬニ代位スヘク該債權ハ法律上上告人先代ニ移轉シ同人ハ債務ヲ弁済シタル連帶保証人トシテ被上告人等ニ對シ有シタル求償權ノ範圍ニ於テ其ノ元金並ニ其ノ法定利息等ヲ被上告人ニ請求シ得可

キハ素ヨリ其ノトコロニシテ上告人ノ本件請求モ亦上告人先代カ金田きぬヨリ継承シタル債権ノ利息損害金ヲ訴求スルモノニ外ナラサルヲ以テ原審ニシテ已ニ上告人先代カ右債務ヲ弁済シタル事実ヲ認メタル以上原審八須ク如上ノ見地ヨリ上告人ノ請求ノ当否ヲ判定スヘク原判決カ此ノ点ニ付何等ノ審究ヲ為サズ右債権カ上告人先代ノ弁済ニ依リ消滅シタルモノノ如ク即断シ上告人ノ請求全部ヲ排斥シタルハ審理ヲ尽くササルノ違法アルモノト云フ可ク破毀ヲ免レサルモノトス仍チ其ノ余ノ上告理由ニ付判断ヲ省略シ……主文ノ如ク判決シタリ」(上告論旨第一・三点に対する判断)

[1-50] 「……此等ノ事實ニ依レハ明治三十四年ノ当時ニ於テハ土田権三郎ハ山崎豊治ト共同シテ文之助ニ対スル債権ヲ有シタルニ過キスシテ未タ其ノ債権ノ全部ヲ有シタルニ非サルヲ以テ其ノ為シタル債務免除ノ意思表示ハ自己ニ属スル債権ノ持分ニ付テノミ効力ヲ有スルモノト謂ハサルヲ得ス然ルニ原裁判所カ原判決ノ後段ニ於テ土田権三郎カ明治三十四年秋頃迄ノ間ニ被上告人先代文之助ニ対スル債務免除ノ意思表示ヲ為シタルニ依リ文之助ノ債務ハ全部消滅シタリト判断シタルハ理由ニ矛盾アルモノト謂ハサルヲ得ス若シ原判決ノ趣旨カ土田権三郎ノ山崎豊治ヨリ譲受ケタル債権ノ持分モ亦他ノ事由ニ依リ消滅シタルコトヲ判断シタルモノトセハ其ノ理由ヲ示ササルヘカラサルモノニシテ原判決ハ理由ニ矛盾若ハ理由不備ノ不法アルモノニシテ原裁判所ハ土田権三郎ノ債権ハ全部消滅シタルヲ以テ同人ヨリ債権ヲ譲受ケタル上告人ハ何等ノ権利ヲ取得セスト判示シタルモノナレハ右ノ不法ハ原判決ノ全部ニ影響ヲ及スモノトス然ラハ上告論旨ハ理由アリ原判決ハ破毀ヲ免レサルヲ以テ他ノ論旨ニ対スル説明ヲ省略シ……主文ノ如ク判決ス」(上告論旨第二点に対する判断)

[1-52] 「……破産ノ規定ニ依レハ破産債権者ハ裁判所ノ定メタル期間内ニ其ノ債権ノ額及原因ヲ届出ルコトヲ要シ而シテ其ノ届出タル債権ニ付調査ヲ経タル後破産管財人カ配当スルニ適當ナル金銭アリト認ムル毎ニ配当ヲ為スモノトスルニヨリ被上告人カ本件手形ノ振出人タル株式会社農蚕銀行ノ破産管財人ヨリ前記ノ如ク二回配当ヲ受ケタルコトモ亦叙上ノ順序ニ因リ其ノ届出タル元金及利息ニ対スル弁済トシテ受ケタルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ被上告人ハ右振出人タル農蚕銀行ノ破産ニ関シ如何ナル数額ノ手形上ノ元本債権及其ノ債権ニ対スル満期日以後破産宣告当時ニ至ル迄如何ナル割合ノ利息ノ届出ヲ為シ債権調査会ニ於テ如何ナル金額ヲ承認シタルヤ被上告人カ本件手形債権残額金一万八千円ノ届出ヲ為シ之カ調査ヲ経タルコトハ其ノ弁論ノ全趣旨ニヨリ推知

スルニ難カラスト雖右金額二対スル満期日以後破産宣告当時二至ル迄ノ所謂損害利息二付テハ如何ナル割合詳言スレハ本件当事者間ニ特約セル日歩二錢七厘ト同一ノ割合ヲ以テセルヤ將又他ノ割合ニ依ル利息ノ届出ヲナシ債權調査會ニ於テ如何ナル割合ノ利息ヲ承認シタルヤハ之ヲ知ルニ由ナシ果シテ然ラハ被上告人ノ受ケタル前記二回ノ配当金ハ半ニ満期日以後ノ損害利息ノミニ弁済トナリタルモノ止マラスシテ其ノ内幾分ハ或ハ元本ノ弁済トナリタルヤモ測リ知ルヘカラス故ニ原因ハ被上告人ノ受ケタル二回ノ配当金ニ關シ其ノ弁済充當ノ方法ヲ明スヘキニ拘ラス事茲ニ出テス漫然『控訴人(上告人)ハ被控訴人(被上告人)ノ自陳スル損害利息ノ内入金ニ付之ヲ争フト雖被控訴人ノ陳述ハ結局請求ノ減縮ニテ控訴人ノ利益ニ歸スヘキヲ以テ其ノ陳述ハ正當ナリト認メサルヲ得ス』ト判示シ輒ラク被上告人ノ請求ヲ許容シ上告人ニ敗訴ノ判決ヲ為シタルハ審理不尽又ハ理由不備ノ違法アルモノニシテ本論旨ハ結局其ノ理由アルコトニ歸著シ原判決ハ此ノ点ニ於テ破毀ヲ免レサルモノトス右ノ理由アルニヨリ爾余ノ論旨ニ對スル説明ヲ省略シ……主文ノ如ク判決ス」(上告論旨第一点に対する判断)

[2-17] 「上告人(控訴人)カ第一審判決ノ送達ヲ受ケタルハ大正十四年八月五日ニシテ控訴状ヲ原院ニ提出シタルハ同年九月十日ナルコト記録ニ徴シ明ナリ而シテ上告人ノ住居地ナル秋田県雄勝郡横堀町ヨリ原院所在地ナル仙台市ノ元標ニ至ル道路ニハ同県同郡秋ノ宮村湯ノ岱ヲ經テ宮城県玉造郡鬼首村軍澤ヲ過クル鬼首街道ニ依リ仙台市ニ至ルモノト秋田県院内町ヨリ山形県界ニ至リ山形県最上郡新庄町西小国村ヲ經テ仙台市ニ至ルモノトテニ線アルコトハ証人齋藤七五郎ノ証言及新乙第三号証ノ一乃至五新甲第一号証ヲ綜合シテ之ヲ認ムルコトヲ得ヘシト雖秋ノ宮村湯ノ岱ヨリ鬼首村軍澤ヲ經由スル道路ハ明治四十三年ノ大洪水ニ因リ大小ノ橋梁全部流失シタル以來架橋セラルルコトナク通路モ荒廢シテ車馬ハ勿論人馬モ通行スルコト能ハサル状態ニ在ルコトハ新乙第一、二号証証人菅礼吉、齋藤七五郎ノ証言ニ依リ之ヲ認メ得ヘキヲ以テ該道路ハ民事訴訟法第六十七條ニ規定シタル里程ニ依ル伸長期間ヲ計算スル根拠ト為スコトヲ得サルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ其ノ期間ヲ計算スルニハ院内町ヨリ新庄町西小国村ヲ經由シテ仙台市ニ至ル道路ニ依ルヘキモノト謂フヘク横堀町ヨリ此道路ニ依リテ仙台市元標ニ至ルノ距離ハ四十三里二十一町ナルコト新乙第三号証ノ一乃至四ニ依リ明カナリ故ニ伸長期間ハ六日ニシテ上告人カ前示第一審判決ノ送達ヲ受ケタル日ノ翌日ヨリ計算スレハ大正十四年九月十日ヲ以テ控訴

期間満了スルモノトス從テ同判決ニ対シ上告人ノ為シタル控訴ハ其ノ期間ヲ經過シタルモノト謂フヲ得ス然ラハ原院カ其ノ控訴ヲ不變期間經過後ノ提起ニ係ル不適法ノモノト判示シタルハ不法ニシテ上告論旨ハ理之アリ」(上告論旨第一・二点に対する判断)

[2-32] 「然レトモ上告人ノ本訴ハ上告人等カ東洋紙器株式会社ノ發起人トシテ株主募集ノ広告ヲ新聞紙ニ掲載ノ委託ヲ為シタルニ因リ生シタル広告料ノ支払ヲ求ムルニ在リ然ルニ債務ノ不可分ハ債權ノ目的カ其ノ性質上又ハ当事者ノ意思表示ニ因リ不可分ナル場合ニ限り又債務ノ連帯ハ当事者ノ意思表示又ハ法律ノ規定ニ依ル場合ニ限り之ヲ認ムヘキモノトス而シテ本件債務ハ其ノ性質不可分ナルモノト非サルコト其ノ目的カ金錢債權ナルコトニ徴シ疑ナク又之ヲ連帯ト為ス旨ノ法律ノ規定存スルコトナク且上告人カ原審ニ於テ本件債務ヲ当事者ノ意思表示ニ因リテ不可分又ハ連帯ト為シタル旨ノ主張ヲ為シタル事迹ノ認ムヘキモノナリ原審亦斯ル意思表示ノ存在ヲ確定セサリシモノトス故ニ本件債務ハ連帯又ハ不可分ニアラサルモノトス勿論会社成立セサル場合ニハ發起人ハ会社ノ設立ニ関シ為シタル行為ニ付連帯シテ其ノ責ニ任スヘキモノナルコト商法第百四十二条ノ三第一項ノ規定スル所ナルモノ其ノ会社成立シタル場合ニ於テモ發起人ハ其ノ設立ニ関シ為シタル行為ニ付依然連帯責任ヲ負フヘキコトハ商法ニ之ヲ規定スル所ナシ却テ右法条ニ依リ会社成立シタル場合ニハ其ノ發起人ノ会社ノ設立ニ関シ為シタル行為ハ会社ニ対シ其ノ効力ヲ生シ会社其ノ責ニ任スルモノト解スルヲ相当トス從テ仮ニ創立總會ニ於テ設立費用ヲ承認セサリシ為ニ会社成立後ニ於テモ發起人ハ依然トシテ其ノ費用ニ付責ヲ負フヘキモノトスルモ其ノ責任ヲ發起人ノ連帯ナリト解スヘキモノニアラス本件ニ於テ被上告人等カ發起人ト為リタル東洋紙器株式会社ノ設立シタルコトハ原審ノ確定シタル事實ニシテ株主募集ノ為ニスル新聞広告ハ会社ノ設立ニ関スル行為ニ該當スルヲ以テ原審カ右広告掲載ノ委託契約ヨリ生シタル本件債務ニ付被上告人等ノ連帯責任ヲ認メサリシハ正当トス然リ而シテ本件債務ノ連帯責任ニ非サルコト上述ノ如クナルヲ以テ創立總會ニ於テ設立費用額ヲ承認セサルモ被上告人ハ連帯責任ヲ負フヘキモノニ非サルニ因リ仮ニ原審カ論旨第四点ニ論スル如ク争ヒタル事實ヲ争ナキモノト為シタル違法アリトスルモ原判決ノ主文ニ影響セサルモノトス又原審ハ被上告人等發起人ノ責任ヲ否定シタルニ非サルコト原判文上明ナルニ依リ論旨ハ總テ之ヲ採用スヘキ限ニアラス依テ本件上告ハ其ノ理由ナキヲ以テ……主文……ノ如ク判決ス」(上告論旨第一～五点に対する判断)

「株式会社力成立シ其ノ創立總會ニ於テ發起人ノ為シタル設立ニ関スル行為ヲ承認シタルトキハ發起人ノ第三者ト為シタル該行為ヨリ生スル權利義務ハ其ノ性質上当然会社ニ移轉シ發起人ハ其ノ法律關係ヨリ脱退スヘク株主募集ノ為ニ新聞紙ニ掲載シタル広告費用ハ商法第二百二十二条第五号ニ所謂会社ノ負担ニ歸スヘキ設立費用ニ屬スルヲ以テ其ノ金額力定款ニ記載セラレアリテ創立總會ニ於テ之ヲ承認シ商法第三百三十五条ニ掲クル變更ノ手續ヲ為ササル限右広告ニ関スル契約ヨリ生スル權利義務ハ当然会社ニ移轉シ会社ハ広告料支払ノ義務ヲ負担スヘク發起人ハ其ノ義務ヲ負担セサルモノナルコトハ當院ノ判例トスル所トス(當院昭和元年(オ)第一三六九号同二年七月四日第一部判決參照)本件ニ於テ原審ノ確定シタル所ニ依レハ被上告人ハ他ノ被上告人ト共ニ東洋紙器株式会社ノ發起人ト為リ大正八年十二月頃其ノ株式募集ニ関スル広告ヲ日本各地ノ新聞紙ニ掲載スヘキコトヲ上告人ニ委任シ上告人ハ其ノ委任ニ基キ同年十二月二日ヨリ十九日迄ノ間ニ東京日日新聞其ノ他三十七新聞紙ニ右ノ広告ヲ掲載シ其ノ広告料ノ總額七千三百二十圓二十錢五厘ニ達シタルモノニシテ東洋紙器株式会社ノ創立總會力終結シ同会社力設立セラレタルコトハ争ナカリシ所ナルヲ以テ若右ノ金額力会社ノ負担ニ歸スヘキ設立費用トシテ定款ニ掲ケタル金額ニ包含セラレ且創立總會ニ於テ之ヲ承認シタルトセハ右ノ広告料ヲ支払フ義務ハ同会社ニ承継セラレタルモノニシテ發起人タル被上告人ハ之力義務ヲ負担セサルコト如上ノ説明ニ依リ明ナリ然ルニ原院力『東洋紙器株式会社ノ創立總會力大正九年十二月二十四日設立費用中二万二千二百六十圓十錢ヲ広告料トシテ承認シタル事實ハ当事者間ニ争ナキ所ナリト雖被控訴人(被上告人)等ノ立証ニ依リテハ右創立總會力控訴人上告人ヨリ委託者ニ對スル前記金額ヲ特ニ右会社ノ債務トシテ支払フヘキ旨承認シタル事實ヲ認ムルコトヲ得サルヲ以テ右金額ニ付テハ被控訴人等發起人ニ於テ支払ノ義務ヲ免レサルコト明瞭トス』ト判断シ同会社力右債務ノ脱退の引受ヲ為スニ非サレハ被上告人ハ本件債務ヲ免レサルモノ、如キ見解ヲ以テ上告人ノ主張スル本件広告料力創立總會ニ於テ承認シタル広告料中ニ包含スルヤ否ヤヲ判断セスシテ被上告人ニ敗訴ヲ言渡シタルハ不法ニシテ本論旨ハ理由アリ原判決中被上告人ニ関スル部分ハ破毀ヲ免レサルヲ以テ論旨第二点ニ對スル説明ヲ省略シ……主文第三項ノ如ク判決ス」(付帶上告論旨第一点ニ對する判断)

[2-35] 「原判決ハ其ノ採用セル各証拠ヲ綜合シテ訴外田代由三郎力大正十三年六月二十九日ヨリ同年十一月二十六日迄ノ間ニ被上告人(控訴人)ニ對シ數回

二板硝子ヲ売渡シタル其ノ各年月日数量及代金額ヲ認定シ其ノ代金合計千百三十四円十五銭ナルコトハ之ヲ認め得ヘキモ上告人（被控訴人）主張ノ爾余ノ取引ハ上告人提出ノ証拠ノミニ依リテハ未タ其ノ内容ヲ確認スルニ由ナキ旨判示シテ爾余ノ取引アリタルコトヲ前提トスル上告人ノ請求ヲ排斥シタルモノナルモ原審口頭弁論調書原判決事実摘示及之ニ引用セル第一審判決事実摘示ニ依レハ上告人ハ原審ニ於テ訴外田代由三郎及被上告人ハ共ニ硝子販売業者ナル処田代ハ被上告人ニ対シ代金月末払ノ約定ニテ従来板硝子ヲ売渡シ大正十三年十一月二十六日ニ於テ其ノ代金合計二千百六十九円十銭二達シタル処被上告人ハ数回ニ内金千二百十九円十銭ヲ支払ヒタルノミニテ残金九百五十円ノ支払ヲ為ササル旨主張シタルモノニシテ右ノ売買力大正十三年六月二十九日以後ノ売買ノミナルコト又ハ個々ノ売買ノ年月日数量及代金額ヲ主張シタルモノニ非サルコト明白ナリ故ニ若シ原審ニ於ケル証拠ニ依リ上告人主張ノ代金合計額ニ相当スル取引アリタルコトヲ認め得ル以上縱令其ノ個々ノ売買ノ年月日数量代金額等ノ不明瞭ナルモノアルモ上告人主張ノ右取引アリタルコトハ之ヲ認めサルヘカラス然ルニ原審ノ採用セル甲第一号証ノ一ニハ原審認定ノ前示取引ノ外尚其ノ以前ノ取引ニ依ル越高一万三十四円九十五銭ナルコト及大正十三年十一月二十六日ニ於テ代金合計二千百六十九円十銭二達シタルコトノ記載アリテ同号証其他原審採用ノ各証拠ヲ綜合スレハ特別ノ事情ナキ限リ上告人主張ノ如キ取引アリタルモノト認ムルヲ相当トスルニ拘ラス原審力何等其ノ特別ノ事情アルコトヲ説明スルコトナク右証拠ニ依リテ年月日数量及代金額ノ明瞭ナル個々ノ取引並其ノ代金合計ノミヲ認め殊ニ被上告人ノ為シタル内入金ハ右合計額ヨリ多額ナル金千二百十九円十銭ナルコトヲ甲第一号証ノ一、ニ依リテ認定シナカラ爾余ノ取引ハ之ヲ認め得サルモノト為シ以テ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ即理由不備ノ違法アルモノニシテ論旨理由アリ原判決ハ破毀ヲ免レス仍テ他ノ上告論旨ニ対スル説明ヲ省略シ……主文ノ如ク判決ス」（上告論旨第一・二点ニ対する判断）

[2-37] 「……商行為ノ代理人カ本人ノ為ニスルコトヲ示ササルトキト雖其ノ行為ハ本人ニ対シテ其ノ効力ヲ生スルコトハ商法第二百六十六条ノ規定スル所ナルヲ以テ材木商タル上告人カ木材ノ売買ヲ為スニ付其ノ代理人タル訴外永井良一ニ於テ上告人ノ為ニスルコトヲ示ササルトキト雖其ノ行為ハ本人タル上告人ニ対シテ其ノ効力ヲ生スヘキハ言フ俟タサル所ナリ然ルニ原判決ハ訴外永井良一カ上告人ノ委任ヲ受ケ本件材木ヲ被上告人ニ売渡シ其ノ引渡ヲ完了シタル事

実ヲ認定シタルニ拘ラス訴外永井良一カ被告上告人ニ対シ本人タル上告人ノ為ニ  
スルコトヲ示サスシテ本件売買ヲ為シタルコトヲ理由トシテ右良一ノ行為ハ本  
人タル上告人ニ其ノ効力ヲ生セサルモノト判定シタルハ失当ニシテ此ノ点ニ於  
テ原判決ハ破毀ヲ免レス仍テ田他ノ論旨ニ付説明ヲ省略ス」(上告論旨第一点  
に対する判断)

[2-47] 「仍テ原判決及第一審判決ノ各事実摘示ヲ閱スルニ上告人ハ第一、二審  
ヲ通シ本訴ノ原因事実トシテ訴外太田伊平治カ被告上告人ニ対シテ有スル債権ヲ  
差押ヘ其ノ転付命令ヲ受ケタルコトヲ主張シタルモノニシテ何等ノヲ変更シタ  
ルコトナシ尤モ其ノ転付命令ノ発セラレタル日及債務者並第三債務者ニ対スル  
送達ノ日ニ付テハ第一、二審ノ主張ヲ異ニスルモ如此ハ単ニ民事訴訟法第九  
十六条ニ所謂訴ノ原因ヲ変更セスシテ事実上ノ申述ヲ更正シタルニ過キサルモ  
ノト解スルヲ正当トスルカ故ニ原審力訴ノ変更アリトシ新訴却下ノ判決ヲ為シ  
タルハ失当ニシテ論旨ハ理由アリ以上ノ理由ニ因リ原判決ハ全部破棄ヲ免レサ  
ルヲ以テ……主文ノ如ク判決ス」(上告理由第一点に対する判断)

[1-4]・[1-29]・[1-32]・[1-44]・[1-50]・[1-52]・[2-17]・[2-35]・[2-37]は、  
いずれも特に目新しい判断を含むものではない。[2-32](特に付帶上告論旨第一点  
に対する判断)は、一般命題を含んでいるが、これについては判決も援用する「判  
例」(民集登載)があるため、民集登載の必要性はなかったものと考えられる。

[1-30]は、更改契約の解除により旧債務は復活しないとする原判決を「法律ノ  
解釈ヲ誤リタル違法」あるものとして破毀している。しかし、大(二民)判大正  
5・5・8民録22-918は、「当事者カ債務ノ要素ヲ変更スル契約ヲ為シタルトキハ其  
契約カ不法原因ノ為メ又ハ当事者ノ知ラサル事由ニ因リテ成立セス若クハ取消サレ  
タルトキノ外旧債務ハ消滅スルカ故ニ仮令其後ニ於テ当事者カ解除ノ意思ヲ表示ス  
ルモ為メニ既ニ消滅シタル債務カ当然復活スルコトナシ」としており、本判決はこ  
れと抵触することになる。しかし、本判決は民集不登載であることから、民集登載  
の可否を判断していた大審院判例審査会は、本判決を不登載とすることによって、  
なお上記大正5年判決を大審院の「判例」として維持するという考えを打ち出す意  
図を有していたのかもしれない<sup>26)</sup>。

#### [4] 棄却判決

民集不登載の棄却判決は83件ある。このうち、民集以外の公刊物に掲載されてい

---

26) 判例審査会の役割については、予定している別稿で検討する。



るものは、[1-33]・[1-34]・[1-53]・[2-26]・[2-28]・[2-30]・[2-31]・[2-40]・[2-44]の9件である(既に取り上げた[2-22]は除く)。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みを転載する<sup>27)</sup>。

[1-33] 「調停ノ効力ハ当事者間ニ止マルトスルモ調停ノ結果或権利力消滅セルトキ之カ第三者ニ如何ナル効果ヲ及ホスヤハ其ノ権利ノ性質ニ就テ判断セサルヘカラス調停其ノモノノ効力カ当事者間ニ止マルノ故ヲ以テ常ニ第三者ニ何等ノ効果ヲ及ホササルモノト解スヘカラス而シテ土地ノ賃借人カ其ノ借地内ニ建物ヲ建設シ之ヲ他人ニ抵当トシタル後該借地人カ地主ト合意シ擅ニ賃貸借契約ノ解除ヲ為スカ如キ場合ト借地人ニ義務不履行ノ事実アリシ為地主ヨリ賃貸借契約ノ解除セラレタル場合トハ趣キ異ニシ前ノ場合ニ在リテハ其ノ借地権消滅ノ効果ヲ抵当権ノ実行ニ因リ建物ヲ競落セル者ニ迄及ホスハ可ナラスト雖後ノ場合ニ在リテハ元來賃貸借契約ノ解除カ抵当権ノ存スル為メ阻止セラルヘキ理ナキ点ヨリシテ既ニ借地権ノ消滅セル以上抵当権ノ実行ニ因リ建物ヲ競落セル者ハ建物ノ所有権ヲ取得スルニ止マリ借地権ヲ承継取得スヘキモノニ非スト云ハサルヘカラス尚スル場合ノ抵当権ハ何時解除セラルヤモ計リ難キ賃貸借契約ニ基ク借地内ノ建物ニ関スルモノナレハ此ノ抵当権ノ実行ニ因リ建物ヲ競落スル者ノ如キハ民法第五百四十五条第一項但書ニ所謂第三者ニ該当セス本論旨ハ孰レモ之ト反対ノ見解ニ立チ原判決ヲ非難スルモノナレハ理由ナシ」(上告論旨第一～三点に対する判断)

[1-34] 「他人ノ使用ニ係リ標章トシテ世上ニ周知セラレ居ルヤ否ヤト云フコトハノ事実問題ニ外ナラス而モ周知セラルルニ至リシ事由ハ甚タ多数ナリ或ハ当該標章カ相当期間相当数量ノ商品ニ使用サルルコトニ因ルコトアル可ク或ハ刊行物ニ於ケル広告ニ因ルコトアル可ク或ハ世上一般ノ風評ニ因ルコトアル可ク其ノコト固ヨリ一ナラサルカ故ニ事実認定ノ資料亦一ニシテ足ラス原裁判所ハ甲第三号証以下ノ証拠ニ依リ認定ヲ下シタルナリ是亦適法ナル資料タルヲ失ハス必スヤ相当期間相当数量ノ商品ニ使用セラレタリトノ事実ニ基クニ非サレハ当該問題ヲ認定スルニ足ラストノ前提ニ立チテ始メテ可ナル所論ハ其ノ聴ク可キ所以ヲ知ラス」(上告理由第三点に対する判断)

[1-53] 「原院ハ乙第一号証上告会社ノ定款第十三条ノ規定ハ株券カ現実ニ滅失

---

27) 以下の9判決は、いずれも民集以外の公刊物に掲載されているので、上告論旨等についてはそちらを参照されたい。

シテ新株券ノ発行ヲ必要トスル場合ニ株主及会社ノ執ルヘキ手續ヲ定メタルモノニシテ本件ノ如ク上告会社ノ株主タル廣瀬文寔カ被上告銀行ニ対スル自己ノ債務ノ為ニ其ノ株式ニ付質權ヲ設定シ株券ヲ同銀行ニ交付シ置キナカラ大正十二年九月一日ノ震災災ニ因リ滅失シタリト詐稱シ新株券ノ発行ヲ要求スルカ如キ場合ヲ定メタルモノニ非スト解釈シタルモノニ係リ右定款ノ規定ハ原院判示ノ如ク解シ得ラレサルニ非ス蓋若上告会社ノ前示定款ノ趣旨ニシテ所論ノ如ク苟モ株主ニ於テ株券カ滅失シタリトシテ会社ニ之カ再交付ヲ請求シ会社ニ於テ定款所定ノ手續ヲ履踐シ新株券ヲ発行シタル以上ハ其ノ滅失シタリト主張シタル株券カ現実滅失シタルト否トヲ問ハス無効ナルモノトセンカ旧株券ヲ占有スル質權者ハ不測ノ損害ヲ被ムリ其ノ結果原院認定ノ如ク株券取引ノ安全ハ之カ為ニ著シク阻害セラルルニ至ルノ虞アリテ斯ノ如キ結果ヲ招来スル事項ヲ上告会社ノ定款ニ於テ規定シタリトハ取引ノ通念ニ照シ容易ニ思考スルヲ得サレハナリ(大正十五年(オ)第一〇七〇号同年十二月二十一日本院第二民事部判決参照)上告人ニ於テ叙上原院ノ判示ニ反対シ縷々主張スル所アルモ這ハ原院ノ專權行使ニ屬スル定款ノ解釈ヲ批難スルニ過キサルト同時ニ若上告人主張ノ如クセハ会社ノ内部ヲ拘束スル効力ヲ有スルニ過キサル定款ノ規定ヲ以テ有価証券ノ効力ヲ左右スルコトナリ斯ノ如キハ商法ノ精神ニ反スルニヨリ所論ハ到底之ヲ採用スルヲ得ス依テ本論旨ハ總テ理由ナシ)(上告論旨第二・三点对する判断)

「原院ハ乙第一号証上告会社ノ定款第十三条ノ規定タル本件ノ如ク訴外廣瀬文寔カ上告会社ノ係争株式ニ付被上告銀行ニ対スル債務ノ為ニ質權ノ設定ヲ為シ之カ為ニ株券ヲ同銀行ニ交付シ置キナカラ大正十二年九月一日ノ震災災ニヨリ滅失シタリト詐稱シ上告会社ニ対シ新株券ノ交付ヲ請求スルカ如キ場合ヲ律スヘキモノニ非スト解釈シタルモノニシテ而モ此ノ解釈タル既前論旨ニ付説明シタル如ク不法ニ非サル以上所謂旧株券タル係争株券ハ無効ノモノニアラサルヲ以テ仮令被上告銀行カ訴外廣瀬文寔ニ対スル手形債權ノ消費貸借上ノ債權ニ更改シタル際所論ノ如ク質權ノ目的トナリ居リタル係争株券ノ占有カ被上告銀行ノ手裡ニヨリ離脱シタリトスルモ同銀行ハ更ニ該株券ヲ右消費貸借上ノ債權ヲ担保スル質權ノ為ニ占有スルニ至リタルコトハ原院ノ認定スル所ナルニヨリ被上告銀行ハ該質權ヲ以テ上告会社ニ對抗シ得ヘキハ勿論ナルヲ以テ原院カ此ノ点ニ關スル上告会社ノ抗弁ヲ排斥シタルハ不法ニ非ス要スルニ本論旨ハ畢竟新株券ノ発行ニ依リ所謂旧株券タル係争株券カ無効ニ歸シタリトシ之ヲ根柢トシテ立論ヲ為スモノナレハ採ルニ足ラス右ノ理由ナルニヨリ……主文ノ如ク判決

ス」(上告論旨第四点に対する判断)

[2-26] 「株式会社ノ株式八当該会社ノ定款ニ別段ノ定メナキ限り苟モ当該会社ノ本店所在地ニ於テ商法第百四十一条第一項ニ依ル登記アリタル後八仮令未タ株券ノ発行ナキトキト雖之ヲ讓渡スルコトヲ得ヘク而シテ如上ノ場合ニ於ケル株券ノ讓渡ヲ会社其ノ他ノ第三者ニ對抗スルノ要件ニ付テ八民法第四百六十七条ノ規定ニ從フヘキモノナルコト八当院判例ノ認ムル所ニシテ(大正三年(オ)第六四九号大正四年六月十八日判決)所論八未タ以テ該判例ヲ變更セシムルニ足ラス然レハ原審ニ於テ論旨摘録ノ如ク説明シタルハ相当ニシテ所論ノ如キ不法アリト云フヲ得ス論旨八理由ナシ」(上告理由に対する判断)

[2-28] 「本件控訴八訴訟代理人ニ依リ提起セラレタルモノニ係ル而シテ同代理人ノ提出セル控訴状ニ付屬書類トシテ添付シアル委任状ニ『八王子区裁判所大正十五年(ニ)第一二〇号約束手形金事件ノ控訴並其ノ後ノ行為一切』ナル記載アルニ依リテ之ヲ觀レハ本件控訴ハ右事件ニ付八王子区裁判所ノ言渡シタル判決ニ對シ之ヲ為シタルコト一点ノ疑ナク控訴状中ニ原判決ノ表示トシテ『為替訴訟トシテ曩ニ言渡シタル判決ヲ廢棄ス原告ノ請求ヲ棄却ス訴訟費用八原告ノ負担トス原告ハ被告ニ金百五十円ヲ支払フヘシ』ト掲ケアルハ畢竟訴訟委任状ニ於ケル前示ノ記載ヲ引用シ八王子区裁判所カ同裁判所大正十五年(ニ)第一二〇号約束手形金事件ニ付右ノ如ク言渡シタル判決ヲ表示スルノ趣旨ナルコトヲ看取スルニ十分ナリ然レハ本件控訴状ニハ結局不服ヲ申立テラレタル判決ヲ為シタル第一審裁判所ノ表示ヲ欠如セサルコトニ歸着スヘク本論旨ハ到底採用ノ価値ナキモノトス」(上告論旨第一点に対する判断)

「被上告人カ第一審ノ口頭弁論ニ於テ訴訟費用ノ請求ヲ放棄シタルコトハ同口頭弁論ニ徴シ明瞭ナリ然レトモ訴訟費用ニ對スル不服申立ハ本案ノ裁判ニ對スル上告理由ナキ場合ニ於テハ之ヲ採用スヘカラサルコト当院ノ判例トスルトコロナレハ(大正三年(オ)第三九〇号事件同年十月二十一日判決)原審カ判示ノ如ク訴訟費用放棄ノ事實アルニ拘ラス上告人ニ對シ之カ負擔ヲ命シタルハ不法ナリトスルモ既ニ本案ノ裁判ニ對スル上告ノ理由ナキコト前論点ニ付説明シタル如クナル以上訴訟費用負擔ニ對スル不服申立ハ之ヲ採用スルニ由ナキヲ以テ本論旨八理由ナシ」(上告論旨第二点に対する判断)

[2-30] 「遺言執行者カ遺贈金ヲ受遺者ニ分配スルニ當リテハ遺贈ニ充テラルヘキ財産ヲ一応其ノ手ニ集メ而シテ後之ヲ受遺者ニ交付スヘキモノニシテ受遺者

相互ノ間ニ於テ擅ニ相殺ヲ為スカ如キハ遺言執行ノ性質ニ鑑ミ許サレサル所ト解スルヲ相当トス從テ原審力訴外六角千廣ノ為シタル相殺ヲ無効ト判示セルコトハ結局正当ニ帰スルヲ以テ本論旨ハ採用シ難シ」(上告論旨第十点に対する判断)

[2-31] 「手形上ノ債務者カ時効中斷ノ效力ヲ生スル承認ヲ為スニハ手形ノ呈示アリタルコト其ノ他何等ノ形式手續等ヲ要セス唯現実手形債權者トシテ其ノ權利ヲ行使シ得ル者ニ對シ其ノ權利ノ存在ヲ認識セル旨ノ表示アルヲ似テ足ルコトハ当院ノ判例トスル所ナリ(大正四年(オ)第四百四十七号同年九月十四日判決)而シテ利息ノ支払ハ反証ナキ限り右ノ如キ債務承認ノ表示ヲ包含スルモノナレハ判決ニ於テ本件手形ノ引受人カ大正十一年十二月二月三十一日當時ノ手形所持人タル株式会社五井銀行(後ニ被告銀行ニ合併セラル)ニ對シ利息ノ支払ヲ為シタル事實ヲ認定シ此ノ事實ノミニ依リ當時手形ノ呈示アリタルコトヲ確定セスシテ引受人ノ手形債務ノ承認アリト認定シ消滅時効中斷セリト判示シタルハ正當ナリ論旨ハ理由ナシ」(上告理由第一点に対する判断)

「原判決ハ上告人市川石三カ大正九年十一月十八日當時ノ手形所持人タル株式会社五井銀行(後ニ被告銀行ニ合併セラル)ニ對シ本件手形引受人ノ債務ノ為メ民法上ノ保証契約ヲ為シクル事實ヲ確定シタルモノナレハ同上告人ハ主タル債務者ノ商行為ニ因リ生シタル債務ヲ保証シタルモノニシテ商法第二百七十三條第二項ニ依リ主タル債務者ト連帶シテ各自全額ノ債務ヲ負擔スヘク他ニ引受人ノ債務ノ為メニスル手形保証人アリトスルモ所謂分別ノ利益ヲ有セサルヤ勿論ナリ從テ本論旨ハ理由ナシ」(上告理由第二点に対する判断)

[2-40] 「商標法第二條第五号ニ他人ノ肖像氏名名称又ハ商号ヲ有スルモノハ其ノ他人ノ承諾ヲ得ルコトヲ要スルモノト規定シタル所以ノモノハ要スルニ他人ノ肖像氏名名称又ハ商号ヲ濫用シテ商品ノ出所ニ關シ世々誤解ヲ生セシメ不測ノ損害ヲ被ラシムルコトヲ予防スルト同時ニ正当權利者ノ信用ヲ傷クルコトナカラシメンコトニ職由スルモノニ外ナラサルヲ以テ所謂他人トハ生存者ヲ指稱スルモノト解スルヲ相当トス然ラハ之ト同趣旨ノ解釈ヲ採リタル原審決ハ正當ナリ又原審ハ被告会社カ商標トシテ使用シタル『レネボン』ノ肖像氏名ハ既ニ死亡者ノモノヲ以テ為シタルモノニ依リ生存者ニシテ其ノ相続人タル『レネボン』ノ肖像氏名ヲ以テ為シタルモノト認メタルモノニ非サルニヨリ此ノ点ニ關スル論旨ハ原判旨ニ副ハサルモノトス依テ論旨ハ理由ナシ」(上告論旨第一点に対する判断)

「本件商標ヲ使用スル商品ハ木綿織物ナルコトハ原審ノ確定シタル事実ニシテ上告人ノ所謂混同又ハ誤認ヲ来タスヘキ商品ハ染料ニシテ織物ト全然其ノ種類ヲ異ニスルモノナレハ商品ノ混同又ハ誤認ヲ生シ得ヘカラサルモノニ属シ又上告人カ日本ニ於テ木綿織物ヲ販売スルモノナルコトヲ主張シタル事跡ハ本件記録上之ヲ認ムヘキモノナキニ因リ原審決ニハ論旨ノ(一)(二)ニ謂フカ如キ不法ナキト同時ニ既ニ商品カ全然異ル場合ニ不正競争ノ生シ得ヘカラサルモノナレハ原審カ商標法第二条第十一号ヲ適用セサリシハ正当ナルヲ以テ論旨ノ三亦之ヲ採用スルニ由ナキモノトス」(上告論旨第三点に対する判断)

[2-44] 「裁判所カ請求ニ付裁判ヲ為スニ際シ其ノ一部ニ就テノミ判決ヲ為シ他ノ部分ニ就テハ裁判ヲ遺脱シタルトキハ当事者ハ民事訴訟法第二百四十二条ニ依リ同裁判所ニ追加ノ裁判ノ申立ヲ為シ判決ノ補充ヲ求ムルコトヲ得ルモ之ヲ以テ上告ノ理由ト為スコトヲ得サルハ本院判例ノ存スル所ナルカ故ニ論旨ハ理由ナシ(明治四十一年(オ)第四二〇号同四十二年二月八日判決参照)」(上告論旨第一点に対する判断)

「原判決挙示ノ富尾太蔵高畑鶴治郎ノ各証言並被控訴人(被上告人被告)本人尋問ノ結果ヲ綜合考覈スレハ原審認定ノ如ク被上告人ハ訴外高畑鶴治郎ト本件売買契約ヲ為シタルモノニシテ甲第一号証売買契約証書ハ同訴外人カ其ノ金主タル上告人(控訴人原告)ヨリ代金其ノ他金員ヲ借用シ居リタル關係上右証書ノ作成ニ當リ鶴治郎ノ懇請ニ依リ証書面上ノミ上告人ヲ買主ト記載シタルモノナル事実ヲ認ムルニ難カラサル所ニシテ前記ノ如キ事情アル場合ニ於テ實際買主ニ非サル上告人ヲ買主トシテ売買契約証書ニ記載スルコトハ必シモ實際上之無シト云フヘカラス且鶴治郎カ本件ニ付被上告人ト共ニ上告人ヨリ訴及セラレ第一審ニ於テ故障棄却ノ新欠席判決ヲ受ケ該判決ノ確定シタル事実アルモ該事実ハ前記認定ヲ妨クルコトナキハ原判決説示ノ如クナルカ故ニ所論ハ原審ノ専權行使ヲ論難スルモノニシテ採用シ難シ」(上告論旨第二点に対する判断)

「受託裁判所カ証拠調期日ヲ当事者ニ通知セサル不法アルモ当事者ニ於テ之ヲ責問セサリシ場合ニ於テハ之カ責問權ヲ放棄シタルモノト認ムヘク從テ右不法ヲ以テ上告ノ理由ト為スコトヲ得サルモノニシテ而シテ一件記録ニ依レハ原審ニ於ケル上告人ノ訴訟代理人ハ責問ヲ為シタル形迹ナキカ故ニ論旨ハ理由ナシ」(上告論旨第四点に対する判断)

[1-53] は、株主が株券を他人に譲渡しながらこれを滅失したとして会社より新たに株券の発行を受けた場合における旧株券の効力が問題となったものだが、これ

については判決文も援用する先例 (民集登載) があるため、民集への登載は見送られたものと思われる。[2-26]・[2-28] (特に第二点に対する判断)・[2-31] (特に第一点に対する判断)・[2-44] (特に第一点に対する判断) もこの点同様である。

[1-33] は、借地上の抵当建物に対する抵当権の実行により当該建物が競落されたが、借地契約が借地人の債務不履行により解除された場合には、上記の競落人の如きは、民法545条1項但書にいう第三者には該当しないとする<sup>28)</sup>。判決の文脈からすれば、合意解除の場合には第三者性が認められることになるが、この点については先例がある<sup>29)</sup>。しかし、本判決が判示した点は新判断であるにもかかわらず、民集には登載されていない。[2-40] (特に第一点に対する判断) も、大審院として商標法 (大10法99) 2条5号<sup>30)</sup> にいう「他人」を「生存者」に限定する旨を初めて判示していたものと思われるが<sup>31)</sup>、やはり民集不登載とされている。

なお、その他の判決には、いずれにも目新しい判断は見当たらない。ただし、上記のうちいくつかの判決については、公刊物に掲載された判決文に欠落部分が存在するので、項を改めて論じることとする。

28) 谷口知平 = 五十嵐 清編『新版注釈民法(13) 債権4』(平成8年、有斐閣) 725頁 (山下未人執筆) は、民法545条1項但書にいう第三者に当たらないものの例として、本判決を引用しつつ「借地上の建物の抵当権者」としているが、判決文を見る限りでは、これは必ずしも精確な表現とは言えない。

29) 大 (三民) 判大正14・7・18 評論14民705 (判決理由:「建物ノ抵当権設定者力元他人ノ土地ニ付適法ニ賃借権ヲ有セシカ為其ノ地上ニ建物ヲ建設シ之ヲ抵当ト為シタル場合ニ於テ其ノ後賃貸人タル土地所有者ト合意シ以テ賃貸借契約ヲ解除シタルトスルモ右賃貸借ノ終了ハ抵当権者ニ対抗スルヲ得サルモノト解スヘク從テ抵当権ノ実行ニ依リ該建物ヲ競落シタル者ハ建物ノ所有權ヲ取得スルト同時ニ土地ノ所有者ニ対シ賃借人トシテ其ノ俣土地ヲ占有使用シ得ル權利アルモノト解スヘキナリ」)。

30) 商標法 (大10法99) 2条「左二掲クル商標ニ付テハ之ヲ登録セス

一 四 略

五 他人ノ肖像、氏名称又ハ商号ヲ有スルモノ但シ其ノ他人ノ承諾ヲ得タルモノハ此ノ限ニ在ラス

六 十二 略」

31) もっとも、本判決以前の商標法の体系書においても、「他人」を「生存者」に限定することが既に当然の前提とされており (例えば、田中鉄二郎『商標法要論』〔明治44年、巖松堂〕41頁など)、異論が見当たらないことを考慮すると、このことが既に共通理解として定着していたために民集登載の必要性がないと判断された可能性が高い。

なお、現行の商標法4条1項8号の解釈においても、「他人」は「生存者」であることがやはり自明のこととされている (小野昌延 = 三山峻司『新・商標法概説』〔平成21年、青林書院〕145頁など)。

上記の9件のほか、未公開の棄却判決が74件あるが、これらを悉皆的に分析するのは困難であるため、これまでと同じく、原判決が公刊物に掲載されているもの、すなわち原判決が何らかの意義を有するとみられていた可能性があるものを分析の対象とすることにしたい<sup>32)</sup>。

この条件を満たすのは、昭和3年3月分においては以下の[1-20]のみである。

[1-20] (社員権確認及出資額持分証券名義書換返還請求事件) 棄却

[事実関係] 合資会社Y<sub>1</sub>(被告・控訴人・上诉人)の有有限責任社員であるX<sub>1</sub>(原告・被控訴人・被被告人)の先代Aは、生前、株式会社B銀行より2,000円を借り受け、C運送株式会社の株式をその債務の担保に供するとともに、当該担保物が滅失毀損その他価額低落した場合にはさらに増担保を供すること、弁済期に弁済することができないときには債権者が当該担保物を適宜売却してその代価を元利金弁済に充当することができること、または当該担保物を時価で元利金の弁済に充当することができることをBとの間で約定した。やがてAが死亡し、X<sub>1</sub>がその家督を相続した後、X<sub>1</sub>の親権者X<sub>2</sub>(原告・被控訴人)が、X<sub>1</sub>を代理し、上記増担保の特約に基づき、Y<sub>1</sub>に対するX<sub>1</sub>の持分(社員権)証券に名義書換用の白紙委任状を添付し、Bに増担保としてこれを交付した。その後、上記債権と担保物はY<sub>1</sub>がこれらを譲り受け、弁済期徒過後に質権の実行として上記持分はY<sub>2</sub>(被告・控訴人)に譲渡された。しかし、Xらは、上記増担保の差入れに際して無限責任社員の同意を得ていなかったなどと主張して、Yらに対し、社員権の確認等を求めて提訴した。

[訴訟経過] 一番は、Xらの請求を認容した模様。控訴審は、担保としての持分証券の差入れは物権的効力を伴う担保契約すなわち質権の設定である、につき無限責任社員の承諾を得ていなかったとしても当事者間において担保契約は有効に成立する(ただし会社にこれを対抗できない)、債権並びに担保権譲渡の通知が債務者に到達する前であっても当該債権の担保権を実行することができる(もっとも通知前には譲受人は譲受担保権を債務者その他の第三者に「訴抗」することはできない)、X<sub>1</sub>の持分は「重要ナル財産」であるから親権者X<sub>2</sub>がこれを処分するには親族会の同意が必要である、などと判示して、X<sub>1</sub>の社員権確認請求は認容されたが、その他の請求はすべて棄却された。Y<sub>1</sub>が上告。

---

32) 大審院民事判決原本等から判明した各判決の原判決年月日を手がかりに新聞等を調査して抽出した。

[大審院の判断] 棄却。「即被告先代前記銀行トノ間ニ締結セラレ其ノ後被告二人於テ其ノ先代ノ地位ヲ承継シタル前記担保契約ニ於テハ単ニ増担保ヲ供スヘキ旨ノ約定アリタルニ止リ其ノ増担保トシテ提供スヘキ目的物ニ付テハ何等指定スル所ナカリシモノナルニ拘ラス被告ノ親権者X<sub>2</sub>ハ右担保契約ニ基ク増担保トシテ被告ノ前記持分ヲ提供シタルモノナルヲ以テ該担保提供ハ單純ナル既存債務ノ履行ヲ以テ目スヘキモノニ非ス右持分其ノモノニ對シテハ其ノ喪失ヲ目的トスル行為ナリト言フヘク夫ノ既ニ成立シ居レル売買契約ノ履行トシテ其ノ目的物ノ所有權ヲ移轉シ若ハ其ノ登記申請ヲ為シ又ハ既存ノ消費貸借上ノ債務ヲ弁済スルカ如キト同一視スルコトヲ得サルヤ勿論ナリ從テ右持分ニシテ被告ノ重要ナル財産ヲ為スモノナルコト原審認定ノ如クナル以上右担保提供ニ付テハ親族会ノ同意ヲ得ルコトヲ要スヘキヤ言フ俟タス論旨理由ナシ」(上告論旨第一点に対する判断。X<sub>2</sub>へへの置き換えは引用者による。)

「原判文ニ依レハ原審ハ原判決ニ引用セル各事実及各証拠ニ依リ所論行為ニ付親族会ノ同意ナカリシコトヲ認定スルト共ニ該認定ヲ覆シ右同意アリタルコトヲ是認スルニ足ルヘキ証左ナシト為シタルモノト解スルヲ相当トスヘク所論ノ如ク右同意アリタリトノ事實ニ付被告二人立証責任ヲ課シタルモノト解スルヲ得サルノミナラス原判決引用ノ前記資料ニ依ルトキハ原審認定ノ右事實ヲ認ムルヲ得ヘク毫モ所論ノ如キ不法アルヲ見ス論旨ハ畢竟原判決ノ趣旨ヲ正解セス又ハ原審力適法ナル職權行使ノ範圍ニ於テ為シタル証拠解釈及事實認定ヲ批難スルニ歸シ其ノ理由ナシ」(上告論旨第二点に対する判断)

「原判決事實摘示之二引用セラレタル第一審判決事實摘示及原審口頭弁論調書ニ依レハ被告ハ原審ニ於テ被告ノ力金三万五千六百五十円ノ持分ヲ有スル被告会社ノ有限責任社員ナルコトハ之ヲ認め居リタルモノニシテ論旨掲記ノ如キ事實ハ被告ノ未タ曾テ主張セザリシ所ナルコト明白ナリ論旨ハ原審ニ於テ主張セザリシ新ナル事實ヲ主張シ之ニ基キ原判決ヲ攻撃スルモノニ外ナラスシテ其ノ上告適法ノ理由ト為スニ足ラサルヤ言フ俟タス」(上告論旨第三点に対する判断)

控訴審判決と同様に、未成年者の合資会社の有限責任社員としての持分は「重要ナル財産」であり、親権者がこれを処分するには親族会の同意が必要であると示された点が「判例」としての意味を持つと思われるが、これは極めて常識的な判断の部類に属する判決であり、民集に登載すべきと考えうるほどの目新しい判断を含ん



でいるとまでは言えない。それゆえ、民集への登載は見送られたのだらうと推測される。

## 2. 民集等における判決文の加工とその復元

民集に登載された5判決については、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が、判決理由自体には原本との相違はない。これに対し、民集不登載だが他の公刊物に掲載されているもののうち、[1-33]・[1-34]<sup>33)</sup>・[1--53]・[2-30]・[2-40]・[2-44]の6判決では、判決文の一部が脱落しているので、以下、原本により当該箇所を復元しておく(上告理由/論旨に対する判断の部分のみ)。

[1-33] 「上告人カ借地権ヲ継承セサルコト八前論旨ニ対スル説明ニヨリ明ナレハ原審カ上告人ニ対シ土地ノ明渡ヲ命シタルハ正当ト云フヘク又上告人ハ原審ニ於テ敗訴シタルモノナルヲ以テ原審カ民法第百八十九条第二項ニ基キ反訴提起ノ日ヨリ悪意ノ占有者ト看做シタルコトモ正当ト云フヘケレハ本論旨ハ理由ナシ」(上告論旨第四点に対する判断)

[1-34] 「論旨ニ所謂(一)(二)ハ『ヘマトパン』(Hämatopan)ナル標章ハ独自一人『ウオルフ』カ化学品又ハ薬剤ニ付独逸国ニ於テ登録ヲ受ケタルモノニ係リ又『ヘマトパン』ト云ヘル強壯剤ハ前記『ウオルフ』創製ニ係ルトノーノ客觀的事実ヲ認定シタル趣旨ヲ説示シ又論旨ニ所謂(四)(五)ハ『ヘマトパン』(Hämatopan)ナル標章ハ前記『ウオルフ』ノ製造ニ係ル『ヘマトパン』ト云ヘル強壯剤ニ付使用セラルルモノナリトノコトハ明治四十二年一月二十九日以前已ニ本邦ニ於テ周知セラレ居リシ事実ニ屬ストノ認定ヲ説示シ而シテ最後ニ此等ハ認定ノ総括約述ス可ク筆路ヲ一転シ『仍テ以上ノ事実ヲ綜合シ』云々ト判示シタルモノニ外ナラス其ノ意猶ホ之ヲ要スルニト云フカ如シ所論ハ以上ノ趣旨ヲ了解セサルモノ竟ニ原判示ニ副ハスト云フ可キナリ然而シテ甲第三、第五号証以下ノ書証ニ依リ果シテ論旨ニ所謂(四)(五)ノ如キ認定ヲ為スヲ得ルヤハ竟ニ証拠ノ解釈ニ俟ツ可キ問題ニ外ナラス当該雜誌若クハ新聞ノ広告ニ依リ『ヘマトパン』ナル一強壯剤ハ独自一人『ウオルフ』ノ創製ニ係ルモノナ

---

33) この判決は、新報に不定期で掲載されている「特許、実用新案商標、意匠 審決並判例要旨」に掲載されているが、ここに掲載されているものは、紙幅の関係もあってか判決文のごく一部しか採録されていない。もっとも、採録されている部分は、当該判決の要旨と言っても差し支えない部分である。

リトノコトノミカ世上ニ周知セラレタル事実ヲ肯定スルヲ得ルニ過キスト抗争スルモノハ上告人ナリ而モ原審ノ為シタル如キ認定モ當該証拠資料ニ依リテハ之ヲ為スヲ妨ケサルニ於テ此ノ点ニ對スル所論ハ適法ナル範圍内ニ於ケル原裁判所ノ事實認定ヲ非難スルモノ竟ニ適法ナル上告理由トナスニ由無シ」(上告理由第一・二点に対する判断)

「當該標章ノ使用者カ独人『ウオルフ』ナルノ事實ハ甲第一号証ニ依リ又此ノ事實カ明治四十二年一月二十九日以前本邦ニ於テ世人ニ周知セラルルニ至リシコト及事ノ茲ニ至リシハ織田宇一郎又ハ『エフ、スタルケ』ノ廣告ニ因ルモノナルコトハ甲第三号証以下ノ書証ニ基キ原裁判所ノ認定シタルトコロ今之ヲ解シ原裁判所ハ右ノ織田及『スタルケ』ヲ以テ當該標章ノ使用者ナリト認メ『ウオルフ』ヲ以テ其ノ使用者トハ認メサリシナリト云ヒテ以テ原審決ヲ攻撃スル所論ハ抑原判示ニ副ハサルヲ奈何ム」(上告理由第四点に対する判断)

[1-53] 「所論原判決ノ理由ノ前段ニ於ケル『控訴会社(上告会社)ノ定款ニハ其ノ主張ノ如キ趣旨ノ規定アリ云々』ノ判示ハ乙第一号証ノ上告会社ノ定款第十三条ニ『当会ノ株券ヲ紛失毀損又ハ滅失シタルトキハ其ノ事由ヲ明記シ証人二名以上連署セル書面ヲ差出シ株券ノ再渡ヲ請求スルコトヲ得当会社ハ請求者ノ費用ヲ以テ三日間其ノ旨公告シ三十日ヲ経過シテ発見セサルトキハ更ニ株券ヲ交付スヘシ』トノ規定ヲ指示スルモノニ係リ所論ノ如ク苟モ上告会社ニ於テ株主ヨリ其ノ所持ノ株券カ滅失シタリトノ届出ヲ受ケ叙上定款所定ノ手續ヲ履踐シテ新株券ヲ交付シタル以上旧株券カ現實ニ滅失シタルト否トヲ問ハス旧株券ヲ無効トスル趣旨ノ定款ノ規定ナリトノ謂ニアラサルコト判文全体ニ徴シテ看取スルニ難カラサルニヨリ其ノ後段ニ至リ所論ノ如ク判示シタレハトテ之ヲ以テ前後ノ理由相抵触セル不法アリト謂フヘカラス依テ本論旨ハ理ナシ」(上告論旨第一点に対する判断)

[2-30] 「訴ノ原因ニ変更ナシトスル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルモノナルカ故二本論旨ハ適法ノ理由タラス」(上告論旨第一点に対する判断)

「甲第一号証ノ遺言書ニ徴スレハ不動産ヲ売却シテ其ノ売得金中ヨリ遺贈ヲ為ス趣旨ト解シ得ラレサルニ非サルヲ以テ本論旨ハ原審カ為シ得ヘキ範圍ニ於テ為シタル証書ノ解釈事實認定ヲ非難スルニ帰シ理由ナシ」(上告論旨第二点に対する判断)

「被上告人カ小切手ヲ返戻シタル事實アレハトテ必スシモ同人ハ遺贈ヲ受ク

ル権利ヲ放棄シタルモノト云フヲ得ス果シテ権利放棄ノ意思ニ出テテ為サレタルヤ否ハ諸般ノ事情ヲ参酌シテ決シ得ヘキトコロニ属スルカ故ニ原審カ小切手返戻ノ事実ヨリシテ遺贈ヲ受クル権利ノ放棄ヲ推断セザリシトテ之ヲ非難スルハ当ラス又上告人カ右小切手ヲ訴外六角千廣ニ送り返シタル事実アレハトテ之ニヨリ直ニ遺言執行者タル責任カ消滅スヘキ次第ニ非サルハ苟クモ被上告人ニ於テ遺贈金ニ対スル請求権ヲ失ハサル以上遺言執行者タル上告人カ同人ニ対シ遺贈金分配ノ責ヲ果たササルヘカラサルコト当然トス從テ本論旨ハ全部採ルニ足ラス」(上告論旨第三点に対する判断)

「証拠ニ対シ信ヲ措クヤ否ニ付之カ理由ヲ掲ケテ説示スルコトハ敢テ必要ナラス本論旨ハ之ニ反スル見解ノ下ニ原判決ヲ非難スルモノト云フヘク理由ナシ」(上告論旨第四点に対する判断)

「原院ノ如キ認定必スシモ為シ得ヘカラサルトコロニ非ス論理ノ許ササル独断ト云フハ当ラス」(上告論旨第五点に対する判断)

「乙第二号証ハ被上告人カ遺贈金ニ関スル請求ヲ放棄セルモノニ非サルコトノ資料ト為スヲ妨ケス從テ原審ハ同証ニヨリスル場合ニ上告人カ本件金員ノ取立ヲ為シ置カザリシコトハ即善良ナル管理者ノ注意ヲ欠キタルモノト判断セルモノニシテスル判断ハ敢テ不当ニ非ス又原審カ遅滞ヲ認定セルハ右ノ如ク上告人カ取立置クヘキニ拘ラス之ヲ為サスシテ空ノ経過スルコトニ拠レルモノニシテ乙第二号証ヲ以テ直接ニ遅滞ノ事実ヲ認定セルモノニ非ス本論旨ハ亦理由ナシ」(上告論旨第六点に対する判断)

「原審ハ上告人カ遺言執行者トシテ取立テ置クヘキ義務アルニ拘ラス注意ヲ怠リタル結果取立テ不可能トナレル事実ヲ認定シ以テ損害賠償ノ責任ヲ上告人ニ帰セシメタルモノナレハ毫モ違法ノ点ナシ」(上告論旨第七点に対する判断)

「原審ハ訴外六角千廣ノ為シタル相殺ヲ有効ト認メサルモノナレハ上告人カ当時之ヲ一応理由アリト思惟シ被上告人モ特ニ異議ヲ申立テザリシトテ上告人カ其ノ取立ヲ為サス放擲シ置クルコトハ所謂善良ナル管理者ノ注意ヲ欠カザリシモノト云フヲ得ス」(上告論旨第八点に対する判断)

「原審ハ遺言執行者ノ任務ノ性質ヨリ觀察シ遺贈金ハ受遺者ノ請求ヲ待タス執行者ヨリ進ンテ交付スヘキモノトナシ之ニヨリ引渡シ得ヘキ時即履行期ト判断セルモノニシテスル見解ハ相当ナルヲ以テ本論旨モ理由ナシ」(上告論旨第九点に対する判断)

「上告人カ大正十年八月二十八日被上告人ニ対シ右二十八日ヨリ向フ二週間

内何時ニテモ遺贈金四千三十一円六十八銭ノ支払ヲ為スヘキ旨ヲ通知シタル以上右二十八日以前ニ右金額カ現ニ上告人ノ手ニ存シタレハコソズル通知ヲ発シタルモノト解シ得ヘキカ故ニ原審カ為シタル認定ハ不当ト云フヲ得ス又六千九十一円九十二銭ニ付原審カ右二十八日以前ニ上告人ノ手ニ該金額ノ存シ得ヘカリシ事実ヲ認定シタルコトノ必スシモ不当ニ非サルコトハ論旨第五点ニ対スル説明ノ通りナレハ本論旨ハ理由ナシ」（上告論旨第十一点に対する判断）

「遺言執行者ハ遺贈スヘキ金員ヲ別段ノ事情ナキ限り適当ノ時期ニ集メ置キ之ヲ受遺者ニ分配スル様注意スヘキハ当然ナルヲ以テ上告人カコノ注意ヲ怠レル以上之ヲ目シテ善良ナル管理者ノ注意ヲ怠レルモノト云フヲ可ナリ原判示謬リニ非ス論旨理由ナシ」（上告論旨第十二点に対する判断）

[2-40] 「論旨第一点ニ付説明セル如ク所謂他人ハ生存者ヲ指称スルモノト解スルコトノ正当ナルノミナラス所論ノ原判示ハ付加的ニ説示シタルモノニ係ルコト判文上明ナルヲ以テ該判示ノ不法ハ原審決破毀ノ理由ト為スニ足ラサルモノトス」（上告論旨第二点に対する判断）

[2-44] 「原判決ハ甲第一号証ヲ排斥スルニ付之カ理由ヲ明示シ同説明ノ不当ニ非サルコト前論旨ニ付説明ノ如クニシテ所論ハ原審ノ認定ニ副ハスシテ論難ヲ加フルニ過キサルニ依リ採用シ難シ」（上告論旨第三点に対する判断）

以上のうち、[2-30]の第9点（遺言執行者は遺贈金を受遺者の請求を待たず同人より進んで交付すべきであるから、引き渡さうべき時が履行期に当たる）、第12点（遺言執行者が遺贈すべき金銭を適当な時期に集め置きこれを受遺者に分配するよう注意すべきであり、これを怠ることは善良なる管理者の注意を怠ったこととなる）は、遺言執行者の義務とその内容を具体的に示すものである。現時点ではこの点についての先例を見出していないが、仮に新判断であるとすれば、この部分がなぜ公刊物からそぎ落とされているのかという点は、別途検討すべき課題となろう。

### 3. 原本による受命判事の特定とその意義 特に[1-31]について

[1-31]について、筆者は既に旧稿でやや立ち入った検討を加えたが<sup>34)</sup>、その際、この判決を下した第三民事部は、先の大（二民）判大正15・2・16民集5-150が示した、被害者即死の場合には、「傷害ノ瞬時ニ於テ被害者ニ之カ賠償請求権發生シ其ノ相続人ハ該権利ヲ承継スルモノト解スルヲ相当」とする考え方（相続肯定説）

34) 木村・前掲注(16)260～266頁参照。

に疑問を持っていることを指摘した<sup>35)</sup>。その後、昭和3年3月分の判決原本調査により、本件の受命判事は前田直之助であることが判明した。ここでは、本判決以前に示されていたこの問題についての前田の考え方を踏まえながら、改めて本判決を分析してみたい。

【事実関係】 貨物駅手 A (事故当時34歳10か月) は、Y (国) の使用人である信号手 B の過失に基づく列車脱線転覆事故により重傷を負い、当該事故の翌日に死亡した。そのため、Y に対し、A の父 (戸主)  $X_1$  が慰籍料として3,000円 (なお、 $X_1$  は一審判決後に死亡し、 $X_2$  がこれを相続)、A の母 ( $X_1$  の妻)  $X_3$  が慰籍料として2,000円、A の妻  $X_4$  が慰籍料として4,000円および A の遺産相続により取得したとする8,611円 (A がなお25年生存したものとし、これに対する年収775円の総額をホフマン式により算出したもの) の支払いをそれぞれ求めた。

#### (1) 生命侵害 (即死) による損害賠償請求権の相続性をめぐる前田の見解

前田の民法709条の解釈論との関係で前稿および前々稿でも取り上げた「死亡二因リテ発生シタル損害賠償請求権ト其相続性」法学新報31巻2号 (大正10年) 60頁以下は、論説に分類されてはいるものの、大正9年12月19日に実施された中央大学法学会主催討論会における前田 (当時は東京控訴院部長) の口頭による講評をおそらくそのまま採録したものである。なお、当日の論題は次のようなものであった。

日給五円ヲ取得シツツアリシ職工甲医師某ノ処方箋ヲ薬剤師丙ニ致シ調剤ヲ求メタル処偶不在ニ際シ其雇人某調剤ヲ誤リタル為メニ之ヲ服用シ甲ハ疾病休業一ヶ月後死亡シタリ仍テ甲ノ家督相続人乙ハ丙ニ対シ右一ヶ月ノ日給ニ相当スル金額及将来甲ハ尚十年間職業ニ従事シ得ルモノトシテ此年月間ノ日給ニ相当スル金額ヲ損害賠償トシテ請求シタリ此請求ノ当否如何

講評の冒頭で、前田は、生命侵害 (即死) による損害賠償請求権の相続性につき、自らが相続否定説の立場にあることを明言する。

唯今迄伺ヒマシタ処テハ孰モ積極説ハカリテアツタノハ多少案外ニ感シマシタ私ハ本問題ニ対シテハ折衷説トモ云フヘキ次第ヲ即チ甲ノ相続人乙カ請求シタ一ヶ月分ノ日給ニ対スル分ハ相当テアリマスカ十年間ノ得ヘカリシ利益ニ対スル分ハ不当ト考ヘルノテアリマス (61頁)

---

35) 木村・前掲注(16)265頁。

問題はその根拠であるが、これは次の文に端的に表れている。

甲ノ死亡ノ為メ甲ノ得可カリシ収入ヲ甲力得ナカツタコトハ間違ハアリマセ又併シ此損害ノ生シタル時ハ甲ハ已ニ死者テアリマス賠償ヲ請求シ得可キ損害ト云フモノヲ蒙ル資格ハ消滅シテ居ルノテアリマス勿論又賠償請求権ノ主体ト為リ得ルノ人格モ無イノテアリマス死前ニ死無ク死後ニ生無シ (66頁)

[1-31] 判決では、前田は、生命侵害 (即死) による損害賠償請求権の相続を認めた原判決につき、「死亡ニ因リテ初メテ生ス可キ損害ヲ已ニ生前ニ於テ被レリト云フニ外ナラサル原判示ハ則チ死前ニ死アリ若クハ死後ニ死アリトノ前提ヲ置キテ始メテ可ナルモノ」と述べた上で、「聊カ了解ニ苦マサルヲ得ス」と論難する。

前田は、さらに、即死であるかないかによって相続人の賠償請求権の存否を区別することの誤り (66頁)、相続肯定論者が用いる、「死亡した瞬間に損害が生じ、その瞬間に本人は賠償請求権を取得し、またその瞬間に相続人がこの請求権を承継する」との論法を、「丁度『マキシム』ノ速射砲見タ様ナモノ」と皮肉り、「正真正銘ノ瞬間ニ生憎前後ノ順序モ無ケレハ時間ノ觀念モ容レマセヌスカル説明ハ畢竟言葉ノ綾テ落ヲ取ラウト致スノテアリマス」と批判する (67頁)。

また、自らの立場に向けられるであろう批判についても、次のように反論している。すなわち、負傷の場合より即死の場合の方が賠償額が少なくなるという主張に対しては、「不具者ト雖生人テアル生人テアル以上生キムカ為メニ働カネハナラ又其活動能力カ減殺セラレタ以上其損害ノ賠償ハ得ナケレハナラ又又不具者トシテ一生不愉快ナ日月ヲ送ラネハナラ又此苦痛ニ対スル慰藉料ハ得ムケレハナラ又此等ハ孰モ当然テアリマス」として負傷者による損害賠償請求を正当化する一方で、「死ンテ仕舞ヘハ夫レ切リタ働ク世話モ無ケレハ苦痛ヲ感スル面倒モ無イ死ハ此点ニ於テ拔苦与楽テアル」とし、「不具者ト三寸息絶エテ万事休シタ死者トハ同日ニ語ルコトハ出来マセヌ此ヲ程度ノ差別ト観ルノカ抑間違テアリマス」と反駁する (68頁)。このほか、遺族救済の問題については、遺族自身の慰藉料請求権が民法711条で認められているから、こちらで救済されうると主張している。

なお、賠償額の算定に当たっての生活費等の控除については、「若シ此職工カ宵越ノ銭ヲ使ハヌト云フ江戸子式職工テアリマシタナラ一文取レナイト云フ変ナ結果ヲ見ル事ニ立至リマス」として、これを否定している (69頁)。

## (2) 判決理由 前田の挑戦

民集に【要旨第一】と打たれている段落は、2つの部分から構成されている。す

なわち、第一に、原判決が、加害者が被害者の「死亡前本件不法行為(即致死)二因リ被ラシメタル叙上純収益(逸失利益:引用者注)二相当スル金額」を賠償する義務を負うとした点につき、「死亡二因リテ初メテ生ス可キ損害ヲ已ニ生前ニ於テ被レリト云フニ外ナラサル原判示ハ則チ死前ニ死アリ若クハ死後ニ死アリトノ前提ヲ置キテ始メテ可ナルモノ聊カ了解ニ苦マサルヲ得ス」として、原判決は理由不備を免れないとする部分、第二に、賠償額の算定に当たって生活費等を控除しなかった点を「失当」と断じる部分である。

とりわけ第一の点について、筆者は、旧稿にて、第三民事部は先例である大正15年判決に疑問を持っていると指摘したが、既に見たように受命判事前田は明らかに相続否定説に立っているため、このことを考慮に入れて本判決を読むならば、先に紹介した講評での発言にみられたような辛辣さこそ鳴りを潜めているものの、前田は、本判決において、先例である大正15年判決を正面から否定する意図を有していたと言えよう<sup>36)</sup>。

もっとも、賠償額の算定に当たっての生活費等の控除については、先の講評における発言とは異なり、本判決においてこれを認める立場に転じている(もちろん、相続肯定説を前提としているわけではない)。その理由は現時点では定かではない。「宵越しの金を持たぬ江戸っ子」の例自体が必ずしも適切な論拠とはなりえないことに気付いたのだろうか。

### (3) 判決要旨 判例審査会による判例統一の意図?

判例審査会の手になるものと思われる、上記【要旨第一】の部分に対応する判決要旨は、「他人ノ生命ヲ害シタルニ因ル損害賠償ノ場合ニ於テハ死者カ爾後生存セシナラハ得ヘカリシ総収入ヨリ生活其他ノ費用ヲ控除シテ其ノ純収益ヲ算定ス可キモノトス」となっている。仮にこの要旨だけ読むならば、本判決は、生命侵害(即死)による損害賠償請求権の相続を当然に前提としたもののように受け止められる。このとき、前田が示した相続肯定説への挑戦、すなわち先例である大正15年判決に対して投じた一石は、まったく波紋を生じることなく水面下に沈みゆくこととなる<sup>37)</sup>。

36) したがって、筆者が、前掲注(16)265頁において、[1-31]の判決理由を読む限りでは、「第三民事部が、大正15年判決とは異なり相続否定説を採用しているふしはみられない」、「本判決は……いちおうは相続を肯定する立場にあると考えるべきであろう」とした点は、前田の見解を踏まえずになした評価であるから、これを撤回する。

37) 例えば、中川善之助 = 泉久雄『相続法(第4版)』(平成12年、有斐閣)168頁は、「……判例が昭和三年頃から、学説とともに方向を転じ、生命侵害による財産的損害の

これ以前に前田が受命判事を務めたいいわゆる大学湯事件判決においても、判決要旨は、前田の起草した判決理由に籠められた意図を正確に反映するものとはならなかった。すなわち、前田は、民法709条における権利侵害要件をそこから脱落（あるいは「損害」要件への解消）させることに重心を置いていた一方で、判決要旨では、権利侵害要件が維持され、それを拡張する方向性が示されていた<sup>38)</sup>。

本判決や大学湯事件等のこうした実態から、判決を起草した、すなわち当該事案に最も通じている受命判事が判決要旨の作成には関与していない、あるいは関与してはいたものの要旨の決定に対するその影響力は極めて僅少なものに過ぎなかったことが明らかになる。判決要旨の作成に当たっては、やはり判例審査会が主導的な役割を果たしていたと見るべきであろう。

しかも、判決文に表れている、ともすればややラディカルとでもいうべき前田の解釈論が、判決要旨において見事に覆い隠され、従来の判例や通説的な解釈論との整合性が一定程度保たれていることからすれば、判例審査会は、判決要旨の作成において、従来の判決との整合性、法解釈の統一性<sup>39)</sup>を意識していた可能性が高い。仮にそうであるとすれば、民集の判決要旨は、少なくとも当時においては、単なる要旨ではなく、むしろこれこそを「判例」とする意図を持った政策的装置であったと性格づけられるべきものであるかもしれない。

【訂正】 木村「大審院（民事）判決の基礎的研究・1」立命館法学335号（平成23年）512頁脚注3の「村尾礼二編」は「林屋礼二ほか編著」の誤りである。ここにおわびして訂正する。

\* 本研究は、平成23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。

---

賠償請求権は、相続人が原始的に取得したものであるとする判例が現れるに至った。その理論的根拠は、相続人が地位・人格の承継であるというにあった。」と述べ、その判例として[1-31]を指示している。ここでは、本文でみたような前田の意図はまったく汲み取られていない。

38) 木村「大審院（民事）判決の基礎的研究・2 判決原本の分析と検討（昭和3年8月分）」立命館法学337号（平成23年）555～556頁参照。

39) これらのことは、判例審査会の設置を主導した平沼騏一郎が、判例審査会に託した「思い」でもあった。大河継夫「大審院（民事）判例集の編纂と大審院判例審議会」立命館法学256号（平成9年）1360頁参照。