

◇ 研究ノート ◇

大審院（民事）判決の基礎的研究・4

——判決原本の分析と検討（昭和5年9月分）——

木 村 和 成*

目 次

- 1 昭和5年9月分大審院民事判決原本の内容
- 2 昭和5年9月分大審院民事判決原本の分析

1 昭和5年9月分大審院民事判決原本の内容

原本（4分冊）には、177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	9・2	昭5-868	棄却	2	霜山精一	私生児認知	宮城控判 昭5・3・22	
1	2	9・2	昭5-956	棄却	2	豊水道雲	貸金	甲府地判 昭5・3・29	
1	3	9・2	昭5-972	却下	2	豊水道雲	売掛代金	宮崎地判 昭5・3・14	
1	4	9・2	昭5-996	却下	2	霜山精一	売掛代金	前橋地判 昭5・4・15	
1	5	9・2	昭5-1044	却下	2	霜山精一	家賃金	松山地判 昭5・4・16	
1	6	9・2	昭5-1124	却下	2	霜山精一	分家無効確 認	東京控判 昭5・4・30	

* きむら・かずなり 立命館大学法学部准教授

1	7	9・2	昭5-1144	却下	2	水口吉蔵	抵当権抹消 登記手続及 不動産競売 申立取下等	大阪控判 昭5・3・29	
1	8	9・2	昭5-1160	却下	2	水口吉蔵	貸金	鳥取地判 昭5・4・26	
1	9	9・2	昭5-1188	却下	2	霜山精一	登記済証書 引渡	名古屋控判 昭5・4・30	
1	10	9・2	昭5-1216	却下	2	吾孫子勝	貸金	仙台地判 昭5・4・28	
1	11	9・2	昭5-1260	却下	2	豊水道雲	貸金	広島地判 昭5・5・10	
1	12	9・2	昭5-1440	却下	2	吾孫子勝	抵当権設定 登記手続	山形地判 昭5・5・31	
1	13	9・2	昭5-1496	却下	2	水口吉蔵	家賃金	甲府地判 昭5・5・17	
1	14	9・2	昭5-1592	却下	2	水口吉蔵	家賃金	大阪地判 昭5・6・7	
1	15	9・2	昭5-1600	却下	2	吾孫子勝	家屋明渡等	高知地判 昭5・6・9	
1	16	9・2	昭5-1640	却下	2	水口吉蔵	小作米	宮崎地判 昭5・5・23	
1	17	9・3	昭5-501	棄却	3	神谷健夫	為替手形金	東京控判 昭5・2・13	新聞 3174-13 評論 19民1287
1	18	9・3	昭5-529	却下	3	三橋久美	求償金	長崎地判 昭5・2・7	
1	19	9・5	昭5-484	棄却	2	霜山精一	請負代金	東京控判 昭5・2・13	新聞 3173-13 彙報 41下650 評論 19民1257
1	20	9・5	昭5-764	却下	2	豊水道雲	貸金	新潟地判 昭5・3・13	

大審院（民事）判決の基礎的研究・4（木村）

1	21	9・5	昭5-780	棄却	2	豊水道雲	建物収去土地明渡	東京控判 昭5・3・18	新聞 3173-10 評論 19民1253
1	22	9・5	昭5-808	棄却	2	水口吉蔵	実用新案登録願拒絶査定不服	特許局審決 昭5・3・3	
1	23	9・5	昭5-816	棄却	2	吾孫子勝	小切手金	東京地判 昭5・3・15	
1	24	9・5	昭5-840	却下	2	水口吉蔵	約束手形金	静岡地判 昭5・3・27	
1	25	9・5	昭5-844	却下	2	豊水道雲	貸金	福岡地判 昭5・3・15	
1	26	9・5	昭5-860	棄却	2	豊水道雲	土地家屋明渡並損害賠償	長崎控判 昭5・3・3	
1	27	9・5	昭5-900	棄却	2	霜山精一	債権仮差押決定ニ対スル異議	甲府地判 昭5・3・1 ¹⁾	民集9-900 新聞 3211-17 新報 242-11 評論 19訴611
1	28	9・5	昭5-1100	却下	2	豊水道雲	貸金	佐賀地判 昭5・4・18	
1	29	9・5	昭5-1320	却下	2	水口吉蔵	売掛代金	神戸地判 昭5・3・28	
1	30	9・5	昭5-1536	却下	2	吾孫子勝	貸金	東京控判 昭5・5・31	
1	31	9・5	昭5-1552	却下	2	吾孫子勝	無尽金	新潟地判 昭5・6・5	
1	32	9・5	昭5-1708	却下	2	豊水道雲	貸金	熊本地判 昭5・6・17	
1	33	9・5	昭5-1812	却下	2	霜山精一	貸金	前橋地判 昭5・7・1	

1) 一審は谷村区裁（判決年月日等不明）。

1	34	9・5	昭5-2068	却下	2	霜山精一	請求ニ関スル異議	大阪控判 昭5・6・24	
1	35	9・6	昭4-2041	棄却	3	佐藤共之	商標登録拒絶査定不服	特許局審決 昭4・10・18	
1	36	9・6	昭5-165	破毀 差戻	3	神谷健夫	貸金	金沢地判 昭4・12・26	新聞 3179-13 評論 19訴469
1	37	9・6	昭5-613	棄却	3	神谷健夫	保証債務履行	東京控判 昭5・2・22	
1	38	9・9	昭5-876	棄却	2	豊水道雲	貸金	浦和地判 昭5・3・31	新聞 3176-16 評論 19民1284
1	39	9・9	昭5-904	棄却	2	水口吉蔵	原状回復等	宮城控判 昭5・3・29	新聞 3177-9
1	40	9・9	昭5-1336	棄却	2	水口吉蔵	貸金	宮城控判 昭5・5・8	新聞 3177-10 評論 19民1255
1	41	9・9	昭5-1428	却下	2	嘉山幹一	貸金	福井地判 昭5・5・28	
1	42	9・10	昭5-697	棄却	3	佐藤共之	貸金	岐阜地判 昭5・2・13	
1	43	9・10	昭5-729	棄却	3	佐藤共之	契約履行	大阪控判 昭5・1・31	
1	44	9・11	昭5-675	棄却	1	成道齊次郎	機械代金	広島控判 昭5・2・26	新聞 3179-14 評論 19商631
1	45	9・11	昭5-1007	棄却	1	菰渕清雄	水利妨害排除	青森地判 昭5・4・4	新聞 3178-15
1	46	9・12	昭5-164	棄却	2	霜山精一	不動産登記抹消登記手続	宮城控判 昭4・12・17 ²⁾	民集9-906 新聞 3216-13 彙報 42上103 新報 243-15 評論 19民1483

2) 一審は山形区裁（判決年月日等不明）。

大審院（民事）判決の基礎的研究・4（木村）

1	47	9・12	昭5-932	棄却	2	霜山精一	遺贈金	東京控判 昭5・4・1	
1	48	9・12	昭5-940	棄却	2	豊水道雲	不当利得金 返還	宇都宮地判 昭5・4・10	新聞 3178-14 評論 19商627
1	49	9・12	昭5-944	棄却	2	吾孫子勝	売掛代金	名古屋地判 昭5・3・28	新聞 3177-15 評論 19訴475
1	50	9・12	昭5-948	棄却	2	霜山精一	損害賠償	大阪控判 昭5・3・25	新聞 3177-14 評論 19訴461
1	51	9・12	昭5-964	棄却	2	霜山精一	売買契約履 行	大阪控判 昭5・4・5	
1	52	9・12	昭5-1056	棄却	2	吾孫子勝	約束手形金	宮崎地判 昭5・4・14	
2	53	9・13	昭4-1453	棄却	3	細野長良	売掛代金	岡山地判 昭4・10・26	
2	54	9・13	昭5-1513	破毀 差戻	3	佐藤共之	貸金	長崎控判 昭4・10・24	
2	55	9・13	昭5-557	棄却	3	細野長良	小作米	奈良地判 昭5・2・17	
2	56	9・13	昭5-573	棄却	3	細野長良	貸借解除 並貸借登 記抹消	大阪控判 昭5・2・15	新聞 3189-16 評論 20民26
2	57	9・13	昭5-577	棄却	3	三橋久美	売掛代金	東京控判 昭5・2・22	
2	58	9・13	昭5-593	棄却	3	三橋久美	約束手形金	鳥取地判 昭5・2・15	
2	59	9・13	昭5-621	棄却	3	細野長良	家賃金	札幌地判 昭5・2・7	
2	60	9・13	昭5-637	棄却	3	細野長良	家屋取払	浦和地判 昭5・3・5	

2	61	9・13	昭5-641	棄却	3	三橋久美	損害賠償	東京控判 昭5・3・1 新報213-20	新聞3182-14 彙報41下588 新報234-11 評論19商629
2	62	9・13	昭5-669	棄却	3	細野長良	強制執行異議	京都地判 昭5・2・13	
2	63	9・13	昭5-677	棄却	3	神谷健夫	損害賠償	大阪控判 昭5・3・5	新聞3180-13 評論19商628
2	64	9・13	昭5-737	棄却	3	三橋久美	家屋明渡賃料損害金	広島地判 昭5・3・6	新聞3182-13 評論19訴466
2	65	9・16	昭5-644	棄却	2	霜山精一	貸金	水戸地判 昭5・2・28	
2	66	9・16	昭5-820	棄却	2	霜山精一	家督相続回復	大阪控判 昭5・3・20	
2	67	9・16	昭5-832	棄却	2	吾孫子勝	預金返還	浦和地判 昭5・3・26	
2	68	9・16	昭5-872	棄却	2	水口吉蔵	貸金	名古屋控判 昭5・4・7	
2	69	9・16	昭5-896	棄却	2	吾孫子勝	不動産登記抹消	東京控判 昭5・3・31	新聞3180-14 評論19民1276
2	70	9・16	昭5-1272	棄却	2	水口吉蔵	酒肴料及遊興費	岡山地判 昭5・5・10	新聞3182-16 彙報41下598 評論19訴467
2	71	9・17	昭5-86	破毀差戻	4	矢部克己	収用補償金増額	大阪控判 昭4・12・9 ³⁾	民集9-787 新聞3204-5 新報240-11 評論19訴601
2	72	9・17	昭5-141	破毀差戻	3	細野長良	土地明渡	松江地判 昭4・12・26	新聞3184-7 彙報41下625 新報234-9 評論19民1279

3) 一審は神戸地裁姫路支部（判決年月日等不明）。

大審院（民事）判決の基礎的研究・4（木村）

2	73	9・17	昭5-257	破毀 差戻	3	三橋久美	約束手形金	東京控判 昭4・12・28	新聞 3193-12 彙報 41下583 新報 245-9
2	74	9・17	昭5-330	破毀 差戻	4	古川源太郎	給料	甲府地判 昭5・1・11	新聞 3192-16
2	75	9・17	昭5-342	破毀 差戻	4	矢部克己	貸金	仙台地判 昭4・12・28	裁判例4-98
2	76	9・17	昭5-362	一部 破毀 差戻	4	古川源太郎	利得償還	東京控判 昭5・2・1 ⁴⁾	民集9-812 新聞 3209-7 彙報 42上149 新報 240-18 評論 19商728
2	77	9・17	昭5-450	棄却	4	前田直之助	貸金	函館地判 昭5・1・30	新聞 3184-9 彙報 41下634 評論 19民1288
2	78	9・17	昭5-561	破毀 差戻	3	三橋久美	約束手形金	札幌控判 昭5・2・12	新聞 3185-8 新報 234-13
2	79	9・17	昭5-610	棄却	3	前田直之助	所有権保存 登記抹消手 続	東京控判 昭5・2・24	新聞 3189-13
2	80	9・17	昭5-670	棄却	4	岡村玄治	強制執行異 議	青森地判 昭5・2・26	新聞 3184-8 彙報 41下632 評論 19訴605
2	81	9・17	昭5-682	棄却	4	古川源太郎	特許無効	特許局審決 昭5・1・17	新聞 3184-7 彙報 41下628 評論 19諸536
2	82	9・17	昭5-694	棄却	4	矢部克己	馬匹引渡	福島地判 昭5・3・14	新聞 3184-10 彙報 41下637
2	83	9・17	昭5-705	棄却	3	三橋久美	建物所有権 保存登記抹 消登記	大阪控判 昭5・3・7	新聞 3185-9 評論 19民1503

4) 一審は前橋地裁（判決年月日等不明）。

2	84	9・17	昭5-745	棄却	3	佐藤共之	貸金	宮崎地判 昭5・2・20	
2	85	9・17	昭5-746	棄却	4	古川源太郎	土地経界確定	高知地判 昭5・3・5	
2	86	9・17	昭5-754	棄却	4	前田直之助	動産所有権 確認等	奈良地判 昭5・3・14	
2	87	9・17	昭5-1041	棄却	3	神谷健夫	強制執行異 議	盛岡地判 昭5・4・23	
2	88	9・18	昭5-923	棄却	1	井野英一	家賃金	札幌地判 昭5・3・17	
2	89	9・18	昭5-955	棄却	1	井野英一	強制執行異 議	松山地判 昭5・4・9	
3	1	9・19	昭4-664	棄却	2	水口吉蔵	株金払込金	長崎控判 昭4・5・21 新聞2987-6 評論18商394	新聞3186-7 彙報41下659 評論19商746
3	2	9・19	昭5-568	破毀 差戻	2	水口吉蔵	損害賠償並 謝罪広告	東京控判 昭5・2・22	新聞3191-7 彙報42上21 新報235-10 評論19民1469
3	3	9・19	昭5-804	棄却	2	霜山精一	貸金	宮城控判 昭5・3・20	
3	4	9・19	昭5-924	棄却	2	豊水道雲	土地明渡	東京控判 昭5・4・8	新聞3189-12 評論19民1503
3	5	9・19	昭5-992	棄却	2	吾孫子勝	貸金	広島控判 昭5・4・12	
3	6	9・19	昭5-1036	棄却	2	豊水道雲	貸金	京都地判 昭5・3・31	
3	7	9・19	昭5-1060	棄却	2	霜山精一	家屋収去土 地明渡	札幌地判 昭5・4・4	

大審院（民事）判決の基礎的研究・4（木村）

3	8	9・19	昭5-1340	棄却	2	豊水道雲	貸金	佐賀地判 昭5・5・14	新聞 3186-9 彙報 41下663 評論 20民19
3	9	9・19	昭5-1716	棄却	2	霜山精一	家賃	静岡地判 昭5・7・3	
3	10	9・20	昭4-1745	棄却	3	三橋久美	和解無効確認	宮城控判 昭4・9・7	
3	11	9・20	昭5-89	破毀 差戻	3	佐藤共之	所有権確認 並所有権取 得登記抹消 登記手続	宮城控判 昭4・12・12	新聞 3193-8
3	12	9・20	昭5-541	棄却	3	細野長良	売掛代金	佐賀地判 昭5・2・17	
3	13	9・20	昭5-606	棄却	4	岡村玄治	登記抹消並 土地引渡	宮城控判 昭5・2・25	新聞 3191-9 彙報 42上32 評論 14民1472
3	14	9・20	昭5-673	棄却	3	三橋久美	約束手形金	長崎控判 昭5・3・6	新聞 3191-13 彙報 42上44 新報 235-14 評論 19商733
3	15	9・20	昭5-710	棄却	4	矢部克己	商標登録願 拒絶査定不 服	特許局審決 昭5・1・18	新聞 3185-10
3	16	9・20	昭5-725	棄却	3	神谷健夫	貸金	広島控判 昭5・3・11	
3	17	9・20	昭5-769	棄却	3	三橋久美	株金払込	浦和地判 昭5・3・24	新聞 3191-10 彙報 42上34 新報 235-14 評論 19商738
3	18	9・22	昭5-1299	棄却	1	成道齊次郎	譲渡債権金	広島地判 昭5・5・15	
3	19	9・22	昭5-1379	却下	1	成道齊次郎	強制執行異 議	山形地判 昭5・5・23	

3	20	9・22	昭5-1427	却下	1	成道齊次郎	貸金	新潟地判 昭5・5・27	
3	21	9・22	昭5-1435	却下	1	井野英一	賃貸物件返還	新潟地判 昭5・5・27	
3	22	9・22	昭5-1471	却下	1	菰渕清雄	約束手形金	新潟地判 昭5・6・12	
3	23	9・22	昭5-1555	却下	1	成道齊次郎	講金	熊本地判 昭5・5・27	
3	24	9・22	昭5-1571	却下	1	成道齊次郎	強制執行異議	旭川地判 昭5・6・7	
3	25	9・22	昭5-1595	却下	1	井野英一	引受金	名古屋地判 昭5・5・31	
3	26	9・22	昭5-1743	却下	1	菰渕清雄	損害賠償	大分地判 昭5・6・26	
3	27	9・23	昭5-204	破毀 差戻	2	豊水道雲	損害賠償	長崎地判 昭4・12・13	新聞 3193-13 新報 235-16 評論 20民139
3	28	9・23	昭5-456	破毀 差戻	2	水口吉蔵	共有権持分 登記手続	宮城控判 昭5・1・30	新聞 3185-11
3	29	9・23	昭5-736	棄却	2	吾孫子勝	貸金	大分地判 昭5・3・6	
3	30	9・23	昭5-908	棄却	2	豊水道雲	所有権確認 登記抹消移 転登記手続	宮城控判 昭5・4・5	新聞 3185-12
3	31	9・22	昭5-971	却下	1	井野英一	家屋明渡並 損害賠償	東京控判 昭5・4・17	
3	32	9・23	昭5-976	棄却	2	吾孫子勝	損害金	東京控判 昭5・4・12	
3	33	9・23	昭5-1040	棄却	2	吾孫子勝	酒肴代金	仙台地判 昭5・2・6	
3	34	9・23	昭5-1088	棄却	2	吾孫子勝	貸金	仙台地判 昭5・3・31	

大審院（民事）判決の基礎的研究・4（木村）

3	35	9・23	昭5-1636	却下	2	霜山精一	請負貸金	東京地判 昭5・6・5	
3	36	9・23	昭5-1644	棄却	2	豊水道雲	家屋明渡	名古屋地判 昭5・6・9	
3	37	9・23	昭5-1668	却下	2	霜山精一	約束手形金	青森地判 昭5・6・13	
3	38	9・23	昭5-1680	却下	2	吾孫子勝	貸金	仙台地判 昭5・5・5	
4	39	9・23	昭5-1766	却下	2	吾孫子勝	売掛代金	前橋地判 昭5・7・3	
4	40	9・23	昭5-1796	却下	2	霜山精一	土地所有権 移転登記手 続並抵当権 抹消登記手 続	宮城控判 昭5・7・3	
4	41	9・23	昭5-1912	却下	2	水口吉蔵	手金倍額	青森地判 昭5・7・9	
4	42	9・23	昭5-1924	却下	2	霜山精一	貸金	福島地判 昭5・7・11	
4	43	9・23	昭5-1968	却下	2	吾孫子勝	立退及家賃	青森地判 昭5・7・18	
4	44	9・25	昭5-147	棄却	1	成道齊次郎	強制執行異 議	新潟地判 昭4・12・21	
4	45	9・25	昭5-919	棄却	1	大森洪太	詐害行為取 消	広島控判 昭5・4・5	新聞 3193-12 評論 19民1464
4	46	9・25	昭5-1335	却下	1	大森洪太	貸金	長野地判 昭5・5・20	
4	47	9・25	昭5-1351	却下	1	大森洪太	土地境界確 認並家屋明 渡	盛岡地判 昭5・4・23	
4	48	9・25	昭5-1491	棄却	1	成道齊次郎	貸金	高松地判 昭5・6・3	

4	49	9・25	昭5-1559	却下	1	大森洪太	売掛代金	高知地判 昭5・6・6	
4	50	9・25	昭5-1703	却下	1	不明	貸金	松山地判 昭5・6・23	
4	51	9・26	昭5-828	棄却	2	豊水道雲	無効原因所有権移転登記抹消	名古屋控判 昭4・12・27	
4	52	9・26	昭5-984	棄却	2	水口吉蔵	執行異議	東京地判 昭5・4・10	
4	53	9・26	昭5-1048	棄却	2	水口吉蔵	家賃金	佐賀地判 昭5・4・18	
4	54	9・26	昭5-1064	棄却	2	水口吉蔵	講金	名古屋地判 昭5・4・7	
4	55	9・26	昭5-1068	棄却	2	豊水道雲	預金返還	東京控判 昭5・4・22	
4	56	9・27	昭4-1950	却下	4	岡村玄治	損害賠償	千葉地判 昭4・11・22	
4	57	9・27	昭5-209	破毀差戻	3	三橋久美	債権消滅承認並抵当権設定登記抹消	札幌地判 昭4・12・6	新聞 3195-13 評論 19民1465
4	58	9・27	昭5-333	破毀差戻	3	細野長良	貸金	広島控判 昭5・1・23	
4	59	9・27	昭5-833	棄却	3	三橋久美	貸金等	東京控判 昭5・3・20	
4	60	9・27	昭5-1018	却下	4	古川源太郎	保証弁済	名古屋控判 昭5・4・12	
4	61	9・27	昭5-1061	棄却	3	神谷健夫	請負代金	札幌地判 昭5・4・18	
4	62	9・27	昭5-1026	却下	4	矢部克己	貸金	東京控判 昭5・4・26	

大審院（民事）判決の基礎的研究・4（木村）

4	63	9・27	昭5-1054	却下	4	前田直之助	家屋明渡並 損害金	大阪控判 昭5・4・28	
4	64	9・27	昭5-1178	却下	4	古川源太郎	耕地返還	新潟地判 昭5・5・1	
4	65	9・27	昭5-1185	棄却	3	三橋久美	貸金	東京控判 昭5・4・26	
4	66	9・27	昭5-1342	却下	4	岡村玄治？	預ケ金	山口地判 昭5・5・5	
4	67	9・27	昭5-1374	却下	4	岡村玄治	貸金	福岡地判 昭5・5・27	
4	68	9・27	昭5-1445	棄却	3	神谷健夫	売掛残金	岡山地判 昭4・9・12	新報 235-12
4	69	9・27	昭5-1462	却下	4	矢部克己	貸金	大分地判 昭5・6・7	
4	70	9・27	昭5-1934	却下	4	岡村玄治	貸金	静岡地判 昭5・7・17	
4	71	9・29	昭5-559	破毀 差戻	1	菰刈清雄	貸金	熊本地判 昭5・2・15	新聞 3195-8 新報 235-9
4	72	9・29	昭5-835	棄却	1	成道齊次郎	貸金	東京控判 昭5・3・31	
4	73	9・29	昭5-859	棄却	1	井野英一	損害金	東京地判 昭5・3・22	新聞 3193-7 評論 19民1509
4	74	9・29	昭5-903	棄却	1	大森洪太	約束手形金	名古屋控判 昭5・3・15	
4	75	9・29	昭5-915	棄却	1	成道齊次郎	占有回収	福井地判 昭5・3・10	新聞 3193-10
4	76	9・29	昭5-975	棄却	1	菰刈清雄	転付命令金	広島控判 昭5・4・14	

4	77	9・30	昭5-572	棄却	2	豊水道雲	家屋明渡	東京控判 昭5・2・22 新聞3095-9 新報213-16 評論19民543	新聞3195-14 評論19民1467
4	78	9・30	昭5-776	棄却	2	水口吉蔵	貸金	山口地判 昭5・3・14	
4	79	9・30	昭5-856	棄却	2	水口吉蔵	貸金	金沢地判 昭5・3・20	
4	80	9・30	昭5-884	棄却	2	霜山精一	為替手形金 保証義務履 行	広島控判 昭5・4・1	
4	81	9・30	昭5-888	棄却	2	水口吉蔵	貸金	広島地判 昭5・3・27	
4	82	9・30	昭5-951	棄却	2	霜山精一	為替手形金 保証義務履 行	広島控判 昭5・4・1	
4	83	9・30	昭5-1004	棄却	2	豊水道雲	貸金	長崎控判 昭5・3・29	
4	84	9・30	昭5-1032	却下	2	水口吉蔵	家屋明渡並 家賃金	名古屋地判 昭5・4・5	
4	85	9・30	昭5-1584	棄却	2	吾孫子勝	講掛金返還	大阪地判 昭5・6・10	
4	86	9・30	昭5-2008	却下	2	豊水道雲	約定金	秋田地判 昭5・7・18	
4	87	9・30	昭5-2140	却下	2	吾孫子勝	損害金	千葉地判 昭5・7・11	
4	88	9・30	昭5-2108	却下	2	水口吉蔵	所有権確認 並登記抹消 手続	佐賀地判 昭5・7・25	

※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。

177件中、却下判決が60件に上る。その内訳を却下理由により分類すると、① 上告状に上告理由の記載がなく、かつ上告理由書が民事訴訟法398条⁵⁾所定の期間内に提出されなかったことを理由とするものが54件、② 単に上告理由書が上告期間内に提出されなかったことを理由とするものが5件（[1-18]・[1-31]・[1-34]・[3-26]・[4-43]）、③ 相当の印紙が貼付されていなかったことを理由とするものが1件（[1-41]）となる。

①を理由とする却下が多数に上っているのは、昭和4年10月1日に施行された改正民事訴訟法により上告期間が短縮された影響で、上告人がさしあたり上告状のみを提出しておくという動きがあったためと推測される⁶⁾。

2 昭和5年9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177件の判決のうち4件が大審院民事判例集（民集）に登載されている⁷⁾。まずはこの4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）。

[1-27]（債権仮差押決定ニ対スル異議事件）⁸⁾ 棄却

[判示事項] 債権仮差押命令ノ管轄裁判所

[判決要旨] 仮差押ノ目的カ債権ナルトキハ第三債務者ノ普通裁判籍ノアル地ヲ以テ仮ニ差押フヘキ物ノ所在地ト解スヘキモノトス

本判決は、民事訴訟法739条⁹⁾にいう「差押フ可キ物」が債権である場合には、

5) 民事訴訟法（大15法61による改正後のもの）398条「上告状ニ上告ノ理由ヲ記載セサルトキハ前条ノ通知ヲ受ケタル日より三十日以内ニ上告理由書ヲ提出スルコトヲ要ス」（同397条「上告裁判所ノ書記ハ原裁判所ノ書記ヨリ訴訟記録ノ送付ヲ受ケタルトキハ遅滞ナク其ノ旨ヲ当事者ニ通知スルコトヲ要ス」）

6) 「司法問題座談会(三)第一回開催」（新報210-29）における山内確三郎発言も参照。

7) 彙報以外はこの4件をすべて網羅している。

8) 本判決の評釈として、兼子一「判批」民事法判例研究会編『判例民事法(10)昭和五年度』（昭7、有斐閣）308頁以下などがある。

9) 民事訴訟法（大15法61による改正後のもの）739条「仮差押ノ命令ハ仮ニ差押フ可キ物ノ所在地ヲ管轄スル区裁判所又ハ本案ノ管轄裁判所之ヲ管轄ス」

同法595条2項¹⁰⁾の類推適用により、第三債務者の普通裁判籍の所在地を債権の所在地と解するとしたものである。これはおそらく法文の欠缺を埋める判決であり、この点に民集登載の理由があるものと思われる。

[1-46] (不動産登記抹消登記手続請求事件)¹¹⁾ 棄却

【判示事項】 家督相続人選定ノ親族会

【判決要旨】 家督相続人選定ノ為ニ招集セラレタル親族会ハ一旦家督相続人選定ノ決議ヲ為シタル以上該決議カ無効ナルト否トヲ問ハス当然解散スルモノトス
本判決は、その判決要旨が示すように、家督相続人選定のために招集された親族会はいったん家督相続人の選定を決議した以上当該決議の有効性とは関係なく当然に解散するとしている。本判決以前には、本判決と同様の趣旨を示した先例¹²⁾が多数ある一方で、一定の場合に親族会の任務が終了しないとする先例も存在した。

後者のうち、本判決も言及する大(二民)決大15・1・8民集4-789は、親族会が「家女ニ非サル被相続人ノ配偶者」を相続人に選定せずに「被相続人ノ他ノ親族若クハ他人」を選定する決議をした場合には、特別の事由がない限り、裁判所の許可を得ることを条件として当該決議をしたものというべきであり、後に裁判所の許可が得られなかったときには、当該決議はその存在を失い、親族会の任務も未だ終了していないから、同一の親族会員によりさらに家督相続人選定の決議をすることができる、としたものである。本判決は、この先例を「原則ニ対スル一例外ヲ認メタルニ過キス」と評価することによって、この先例の位置づけを明確にしている。

ところが、上告人が援用する大(三民)判昭2・5・25新聞2730-9については、本判決はこれをまったく無視している。この昭和2年判決は、民集不登載だが、「一旦相続人選定ノ決議ヲ為ストモ該決議ニシテ法律上当然無効ナル場合ニハ該親族会ハ未タ其ノ任務ヲ果サルモノナルヲ以テ解散スヘキニ非スシテ更ニ有効ナル家督相続人ノ選定ノ決議ヲ為スヘキモノトス故ニ仮令同一目的ノ為偶第二ノ親族会選任招集セラレタリトスルモ此ノ後ノ親族会ハ家督相続人選定ノ決議ヲ為シ得ヘキ筋カニ非サレハ後ノ親族会ノ為シタル相続人選定ノ決議ハ法律上当然無効タリト云ハサル

10) 民事訴訟法(大15法61による改正後のもの)595条2項「差押フヘキ債権ハ第三債務者ノ普通裁判籍ノ所在地ニ在ルモノトス但物ノ引渡ヲ目的トスル債権及ヒ物上ノ担保権ヲ有スル債権ハ其物ノ所在地ニ在ルモノトス」

11) 本判決の評釈として、穂積重遠「判批」前掲注(8)310頁以下がある。

12) 大(一民)決大2・9・15民録19-699, 大(一民)判大3・12・1民録20-1019, 大(一民)判大4・9・28民録21-1511, 大(三民)決大10・5・4民録27-857。

ヘカラス」とするもので、明らかに本判決の立場と相容れないものであるにもかかわらずである¹³⁾。

推測するに、昭和2年判決が民集に登載されなかったのは、先例と抵触するものだったからであろう。しかし、そうした先例は少なくとも「民集」には掲載されていない（「民録」には掲載されている¹⁴⁾）。上記大正15年決定（民集登載）は、判決理由では先例の立場を踏襲しているが、決定要旨は「家督相続人選定ノ為ノ親族会カ裁判所ノ許可ヲ条件トシテ甲ヲ選定セス乙ヲ選定スル旨ノ決議ヲ為シタル場合ニ於テ其ノ許可ナキトキハ同一ノ親族会ニ於テ更ニ選定ニ関スル決議ヲ為スコトヲ得ルモノトス」ととられており、結果、民集の要旨レベルではなお先例の立場が示されていないことになる。

そこで、本判決は、民集の判決要旨レベルで先例の立場を明確に示すことにより、判示事項につき大審院の解釈を統一することを意図したものと考えられる。先例と抵触する昭和2年判決に一言も触れなかったのはそのためであろう。

[2-71]（収用補償金増額請求事件）¹⁵⁾ 破毀自判

【判示事項】 損失補償額ノ裁決ト通常裁判所ノ権限——出訴期間経過後ニ於ケル不服ノ申立

【判決要旨】 一 収用審査会カ土地ノ損失補償金額中ニ其ノ賃借権消滅ニ対スル補償ヲ包含セシメテ裁決シタル場合ニ於テモ通常裁判所ハ右賃借権消滅ニ対スル相当補償金額ヲ確定スルノ権限ヲ有スルモノトス

二 損失補償金額決定ノ一部ニ対シ法定ノ期間内ニ通常裁判所ニ出訴シタル以上ハ右期間経過後ニ於テモ申立ノ拡張ニヨリ他ノ部分ニ対スル不服ヲ主張スルコトヲ妨ケサルモノトス

この事案では、当初、土地所有者の損失補償の中に、地上建物所有者の土地賃借権の消滅に関する補償が含まれていたようである（大12・7・20収用審査会決定）。しかし、土地所有者が補償額を不服として増額請求訴訟を提起するにいたったため、地上建物所有者は、賃借権消滅に対する補償増額請求の別訴を提起した。要旨第一はこの点につき通常裁判所の権限内と判断するものだが、通常裁判所が補償請

13) [1-46] を掲載する評論19民1485においても、昭和2年判決は「異趣旨判例」として紹介されている。

14) 前掲注(12)参照。

15) 本判決の評釈として、戒能通孝「判批」前掲注(8)275頁以下、田中二郎「判批」国家学会雑誌45巻4号（昭6）520頁以下がある。

求につき権限を有すること自体については、本判決も援用する先例¹⁶⁾がある。本判決のとりわけ要旨第一については、その先例をさらに進めて裁判所の内容権限を明らかにしたものであるという点で、民集に登載する価値があるものと判断されたのであろう。

また、本件において、建物所有者は、上記決定から3か月以内に賃借権消滅の補償増額のみを請求し、第一審口頭弁論(昭3・7・3)で移転料の増額も請求している。この請求拡張は上記決定から数年を経ているが、賃借権消滅の補償と移転料部分とは一個の補償額の内容をなすものであるから、決定を不当として法定期間内に通常裁判所に提訴した以上、不服の理由を追加して請求を拡張することは構わないとするのが本判決における大審院の立場であり、要旨第二はこの点を捉えるものである。

[2-76] (利得償還請求事件)¹⁷⁾ 一部破毀差戻¹⁸⁾

【判示事項】 取立委任ノ目的ヲ以テ為ス讓渡裏書ト利得償還請求権

【判決要旨】 約束手形ノ受取人カ取立委任ノ目的ヲ以テ記名式讓渡裏書ヲ為シタル後該手形債権カ時効ニ因リ消滅シタル場合ニ於テ利得償還請求権ヲ取得スル者ハ其ノ被裏書人タル所持人ニシテ受取人ニ非ス

大審院は、商法444条¹⁹⁾に基づく利得償還請求権の主体は、消滅時効完成時の手形所持人としてその債権を行使することができる者に限るとした上で、受取人の記名式讓渡裏書ある約束手形につき所持人として手形債権を行使できるのは被裏書人であって受取人ではないため、手形債権の時効消滅時に振出人に対して利得償還請求権を有するのもまた被裏書人であり、それゆえ被裏書人が利得償還請求権を有すると判断している。判決要旨で示された点について大審院の先例はないため、民集に登載されたものと思われる。

16) 大(民連)判大9・7・23民録26-1134。

17) 本判決の評釈として、鈴木竹雄「判批」前掲注(8)275頁以下のほか、大審院第二民事部判事水口吉蔵による評釈(法律論叢10巻2号〔昭6〕103頁以下、10巻4号〔昭6〕92頁以下)がある。

18) 民集には一部破毀自判とあるが、主文(民集不掲載)は、「原判決中……部分ニ対スル上告ハ之ヲ棄却ス、原判決中其ノ余ノ部分ヲ破毀シ本件ヲ東京控訴院ニ差戻ス」となっているため、本文のような表記とした。

19) 商法(明32法48)444条「手形ヨリ生シタル債権カ時効又ハ手續ノ欠缺ニ因リテ消滅シタルトキト雖モ所持人ハ振出人又ハ引受人ニ対シ其受ケタル利益ノ限度ニ於テ償還ノ請求ヲ為スコトヲ得」

2-1-2. 民集不登載判決の分析

2-1-2-1. 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

[4-58] 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（他の公刊物にも掲載されていない）。

〔事実関係〕 上告論旨によれば、次のような経過をたどったものと推測される。

大正15年2月13日、上告人Y1・Y2・Y3の後見人Aが親族会の同意を得ずに相続の単純承認をなしたため、Aは広島区裁判所に親族会の招集を申請し、昭和2年6月に親族会が招集された。親族会の同意を得てAは、同年7月4日、単純承認を取り消し、Yらのために相続放棄の手続をしたが、被相続人に金銭を貸し付けていたXがYらに対しその返済を求めて提訴したものである。

〔訴訟経過〕 一審判決は不詳。控訴審（広島控訴院）は、追認をすることができる期間は単純承認の時より進行するとして、Aによる単純承認の取消しを期間の徒過により無効と判断したようである。Yら上告。

〔大審院の判断〕 破毀差戻。「依テ按スルニ後見人カ親族会ノ同意ナクシテ未成年者ノ為メニ遺産相続ノ単純承認ヲ為シタルトキハ民法第九二九条第一〇二二条第二項ニ依リ之ヲ取消シ得ルモノニシテ其ノ取消権ノ消滅時効ハ追認ヲ為スコトヲ得ル時ヨリ六ヶ月間ナルコトハ右第一〇二二条第二項ニ依リ明カナリ而シテ前記取消シ得可キ相続ノ単純承認ノ追認ニハ親族会ノ同意ヲ要スルコト勿論ナルヲ以テ未成年者ノ親族会ニシテ未タ成立シアラサルトキハ同条ニ所謂追認ヲ為スコトヲ得ル時ノ未タ到来セサルモノト解セサル可カラズ從テ如上ノ場合ニアリテハ親族会ノ成立シタル時ヨリ初メテ本件ノ取消権ノ消滅時効ノ進行ヲ始ムルモノト為ササル可カラズ然ルニ原審カ後見人カ親族会ノ同意ナクシテ未成年者ノ為メニ為シタル遺産相続ノ単純承認ノ取消権ハ未成年者ノ為メニ親族会カ成立シアルト否トヲ問ハス右単純承認ヲ為シタル時ヨリ六ヶ月間之ヲ行ハサルトキハ時効ニ因リ消滅スルモノト解シ此点ニ関スル上告人ノ抗弁ヲ排斥シタルハ違法ニシテ原判決ハ全部破毀ヲ免レス論旨ハ理由アリ」（上告論旨に対する判断）

民法1022条²⁰⁾によれば、承認または放棄の取消権は、追認をすることができる

20) 民法（明31法9）1022条「承認及ヒ拋棄ハ第一千七条第一項ノ期間内ト雖モ之ヲ取消スコトヲ得ス」

時より 6 か月を経過すれば消滅する。大審院は、追認をするために親族会の成立が必要な本件においては、親族会の成立をみるまでは上記の期間が起算されない旨を明らかにしている。本件は、時効期間の起算点をめぐる事例判決だと評価して差し支えないと思われるが、本判決以前に同様の趣旨の大審院判決があるかについては現時点ではこれを見出すことができていない。存在しないとすれば、本件が民集に登載されなかった意味を探る必要がある²¹⁾。

2-1-2-2. 破毀判決

民集不登載判決の中には、既に取り上げた [4-58] を除く 13 件の破毀判決がある。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み転載する²²⁾。

[1-36] (新聞表題：争ナキ事実ト立証責任)

「上告人主張ノ本件九口ノ貸金中最初ノ一口五十円ニ付テモ其ノ存在スルコトハ当事者間ニ争ナク唯同貸借ノ成立ノ日時ニ付上告人ハ明治四十四年一月一日ナリト争ヒタルニ過キサルコトハ原判決事実摘示並口頭弁論調査ニ徴シ明白ナリ然ラハ利息又ハ損害金ノ関係ニ於テハ上告人ハ貸借成立ノ日時ノ自己ノ主張ノ如クナルコトヲ証明スヘキモノナランモ争ナキ完全五十円ノ点ニ付テハ上告人ニ毫モ立証ノ責アルモノニ非ス原判決カ証拠ナキノ故ヲ以テ右貸金ニ関スル全部ノ請求ヲ排斥シタルハ不法ナルヲ免レサルヲ以テ原判決中此ノ部分ハ破毀ヲ免レサルモノトス」(上告論旨第一点に対する判断)

㍷前項ノ規定ハ第一編及ヒ前編ノ規定ニ依リテ承認又ハ拋棄ノ取消ヲ為スコトヲ妨ケス但其取消権ハ追認ヲ為スコトヲ得ル時ヨリ六個月間之ヲ行ハサルトキハ時効ニ因リテ消滅ス承認又ハ拋棄ノ時ヨリ十年ヲ経過シタルトキ亦同シ」

同1017条1項「相続人ハ自己ノ為メニ相続ノ開始アリタルコトヲ知りタル時ヨリ三個月内ニ単純若クハ限定ノ承認又ハ拋棄ヲ為スコトヲ要ス但此期間ハ利害関係人又ハ検事ノ請求ニ因リ裁判所ニ於テ之ヲ伸長スルコトヲ得」

21) 事例判決であることが民集登載の障碍となるわけではないことは、これまでの筆者の一連の研究で明らかになっている。例えば、木村和成「大審院(民事)判決の基礎的研究・1——判決原本の分析と検討(序・大正14年11月分)——」立命館法学335号(平23)524頁など参照。

22) 以下の13判決のうち、[2-54]を除いては、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。[2-54]については、未公開の判決であることから、上告理由についても掲載した。

[2-54]（未公刊）

「上告理由第三点ハ原判決言渡ノ調書ヲ檢スルニ昭和四年十月二十四日午後一時前同一事件ニ付同一法廷ニ於テ前同一職員列席公開事件ノ呼上ケヲナシテ判決言渡アリタルコトヲ記載シアルヲ以テ其ノ所謂前同一事件同一法廷同一職員ヲ見ルヘキ昭和四年十月十日ノ口頭弁論調書ヲ閱スルニ裁判長判事宮山武兵衛判事衛藤顯判事吉田肇判事ノ記載アリ由是觀之判事吉田肇ハ原判決言渡ニ列席シタルモノト認メサルヘカラス然ルニ原判決ニハ判事吉田肇ハ賜暇帰省中ニ付署名捺印スルコト能ハスト記載シ裁判長判事宮山武兵衛ノ署名捺印アリ前掲示判決言渡ノ調書ノ如ク昭和四年十月二十四日午後一時判事吉田肇カ判決言渡ニ列席シタルモノトセハ原判決ニ署名捺印スル能ハサル筈ナク右同判事カ署名捺印スル能ハストアルハ違法ニシテ結局原判決ハ判決ヲ為シタル判事ノ署名捺印ヲ欠ク不法ノ判決ナリト信スト云フニ在リ

案スルニ記録中ニ存スル原判決正本ニハ判事吉田肇ハ賜暇帰省中ニ付署名捺印スルコト能ハスト記載シ裁判長之ニ署名スル如ク為レルモ原判決ノ言渡調書ニハ右判事ハ言渡ニ列席セル旨記載シアルカ故ニ署名捺印ニ支障ナカリシモノト認ムルヲ相当トス然レハ原判決書ニ同判事ノ署名捺印ナキハ民事訴訟法第九十一条ノ形式ヲ具備セサル違法アルモノニシテ到底破毀ヲ免レス」

[2-72]（新聞表題：第三者ノ債権侵害）

「物權タルト債権タルトヲ問ハス第三者カ之ニ対シ不法行為ヲ繰返ス恐レアル場合ニ於テハ其ノ權利者ニ於テ第三者ニ対シ将来權利侵害ヲ為ス可カラストノ不作為ノ請求權ヲ有スル事勿論ナレハ第三者ノ為シタル不法行為ノ現存スルモノアランカ之カ妨害ノ排除ヲモ請求シ得ルモノト為ササル可ラス（大正十年（オ）第六百六十九号同年十月十五日大審院第三民事部判決参照）左レハ原審カ所論摘録ノ如ク判示シ賃借權タル債権ニ基キ賃貸借ノ目的上ニ存スル第三者ノ妨害排斥ヲ訴求シ得サルモノト解シ上告人ノ本訴請求ヲ排斥シタルハ違法ニシテ原判決ハ全部破毀ヲ免レス論旨ハ其ノ理由アリ」（上告論旨に対する判断）

[2-73]（新聞表題：売買契約ニ基キ提出シタル手形ト契約解除ノ効果）

「本件約束手形ハ被上告人ト上告人トノ間ニ於ケル山林売買契約ニ基キ上告人カ被上告人ニ宛テ振出シタルモノナルコトハ当事者間ニ争ナキ所ナレハ若シ其ノ売買契約ニシテ売主タル被上告人ノ責ニ帰スヘキ事由ニ因リ履行不能トナレル為メ上告人ヨリ解除サレタル事實アリトセハ上告人ハ右手形ノ支払ヲ拒否シ得ヘキモノト解スヘク該手形カ代金ノ内払ノ為メタルト又ハ手付金トシテ交付サレタル

トハ敢テ問フ所ニ非スト云ハサル可ラス而シテ上告人カ原審ニ於テ本件手形金ノ支払ヲ拒否スルノ理由トシテ主張セシ所ハ本件手形ハ売買代金ノ内払ノ保証トシテ振出シタルモノナルニ其ノ売買契約ハ被上告人ノ責ニ帰スヘキ理由ニ因リ履行不能トナレルカ故ニ民法第五百四十三条ニ依リ之ヲ解除シタルヲ以テ最早手形金ノ支払ヲ為スヘキ義務ナシト云フニ在リテ民法第五百四十三条ニ依ル契約解除ノ事実ヲ以テ手形金支払拒否ノ理由ト為セルコト明瞭ナルカ故ニ代金内払ノ保証トシテ振出シタリト云フ上告人ノ主張ノ当否ハ暫ク之ヲ措キ苟モ売買契約ニ基キ振出サレタル手形ナルコトノ当事者間争ナキ事実存スル以上ハ果シテ売買契約カ解除サレタルヤ否ヤヲ先ツ判定シ有効ナル解除ノ認め得ラレサル場合上告人ニ対シ手形金ノ支払ヲ命スルハ可ナルモ有効ナル解除ノ事実アリトスルモ尚上告人ニ手形金支払ノ責アリト為スカ為メニハ須ラク其ノ理由ヲ挙ケテ之ヲ説明スヘキナリ然ルニ原判決ヲ觀ルニ代金内払ノ保証トシテ本件約束手形ヲ振出シタルモノナルコトヲ認め得サル以上仮ニ代金支払ノ義務カ控訴人(上告人)主張ノ如ク消滅シタルモノトスルモ之ヲ以テ直ニ本件手形金ノ請求ヲ拒否スルノ理由トナラサル旨説示スルニ止マリ即原審ハ本件手形カ売買代金ノ内払ノ保証トシテ授受サレタル事実ノ認め得ラレサル一事ニヨリ売買契約カ売主ノ責ニ帰スヘキ事由ニ因リ履行不能ノ為解除サレタル事実ノ有無如何ニ關係ナク振出人タル買主ハ手形金支払ノ責ヲ免レスト為スモノニシテ審理不尽又ハ理由不備ノ違法アリト云ハサル可ラス論旨ハ結局理由アルコトニ帰着シ原判決ハ之ヲ破毀スヘキモノトス」(上告論旨第一～三点に対する判断)

[2-74] (新聞表題：雇傭契約ナリヤ否ヤノ認定)

「原判決ニ於テハ当事者間ノ契約ニ基キ上告人カ大正十三年一月十日以降同十五年九月十八日迄ノ間被上告人方ノ店務ニ従事シタル事実其ノ契約ニ於テ被上告人ハ特ニ一定給料ノ支払ヲ約セサリシモ上告人カ他日独立シテ開店スル場合ニ多少ノ報酬ヲ与フル意思ヲ有シタル事実及被上告人カ其ノ後上告人ノ勤務ニ対スル報酬トシテ金三百円ノ支払ヲ承諾シタル事実ヲ認定シタルコト判文上明白ナリ之ニ因リテ觀レハ原判決ハ右契約ニ於テ被上告人ハ上告人ニ多少ノ報酬ヲ与フル意思ヲ以テ店務ニ従事セシムルコトヲ約シタルモノニシテ無償ニテ之ニ従事セシムルコトヲ約シタルニ非ス且其ノ後三百円ノ支払ヲ承諾シタルハ右ノ報酬トシテ支払ヲ承諾シタルモノニシテ無償ニテ該金額ノ贈与ヲ約シタルニ非ストノ趣旨ヲ認定シタルモノト解シ得サルニ非ス原判決ノ認定ニシテ此ノ趣旨ナリトセハ当事者間ノ契約ハ雇傭契約ニシテ之ニ基キ上告人ハ被上告人ニ対シ三百円ノ報酬債権ヲ

有シタルモノト謂ハサルヘカラス尤モ原判決ノ此ノ点ノ認定ヲ以テ右ノ契約當時被上告人カ上告人ニ多少ノ報酬ヲ与フル意思ヲ有シタルモ契約ノ内容トシテハ此ノ意思ヲ表示セス単ニ無償ニテ店務ニ従事セシムヘキ旨ヲ約シ其ノ後上告人ニ対シ別ニ無償ニテ三百円ノ贈与ヲ約シタリトノ趣旨ナリトセハ当事者間ノ契約ハ雇傭契約ニ非スシテ上告人ハ此ノ契約ニ基キ被上告人ニ対シ何等ノ報酬債権ヲ有セサルヘシト雖原判決カスル趣旨ヲ認定シタルコトハ判文上必スシモ明白ナリト云フヲ得ス然ルニ原判決ハ叙上ノ事實認定ニ基キ直ニ当事者間ノ契約ヲ雇傭契約ニ非スト為シ之ヲ理由トシテ本訴報酬金請求ヲ排斥シタルモノニシテ此ノ点ニ於テ理由不備ノ違法アリ原判決ハ全部破毀スヘキモノトス」(上告論旨第一点に対する判断)

[2-75]（新聞表題：利息ノ充当ト理由不備）

「昭和四年十二月十九日原審口頭弁論調書ノ記載ニ依レハ同日ノ弁論ニ於テ上告人ハ新乙第八号証ヲ提出シ同年十二月十八日付準備書面ニ基キ其ノ立証趣旨ヲ陳述シタルコト明白ニシテ右準備書面ニハ新乙第八号証ニ関スル説明トシテ『被控訴会社（被上告会社）カ八百円ノ内ハ勝手ニ一百円入金シタルコトヲ証ス』『新乙第八号証同第九号証ノ如ク二口合計金二百四十五円ハ既ニ相殺済ナルヲ以テ此ノ部分ニ関スル請求ヲ受クヘキ理ナシ』ト在リ今此ノ記載ヲ記録ニ編綴セル新乙第八号証謄本ノ記載中『元金八百円也ノ内ハ右分配金一百円也（但シ二十株分）入金相殺致候間云々』ト在ルニ対照スレハ原審ニ於テ上告人ハ所論ノ如ク新乙第八号証記載ノ一百円ハ本件借用元金ヨリ差引計算セラレタル旨主張シタルモノト認メサルヘカラス然ルニ原判決ハ被上告人カ右一百円ノ新乙第九号証記載ノ金員ト共ニ本件貸金利息ノ弁済ニ充當シ此ノ部分ノ請求ヲ減縮シタルニ基キ漫然右一百円ヲ本件貸金ノ利息ヨリ差引ヘキ旨判示シタルニ止マリ原判決中上告人ノ右主張ニ対シ之ヲ採用セサル理由ヲ判示スル所ナキヲ以テ此ノ点ニ於テ理由不備ノ不法アルモノトス故ニ本論旨ハ理由アリ原判決ハ破毀ヲ免レス」(上告理由第一点に対する判断)

[2-78]（新聞表題：債務履行ノ延期ト権利者ノ推定）

「原審ハ訴外独逸農業薬品販売株式会社ト被上告人トノ間ノ裏書譲渡ハ双方相通シテ為シタル虚偽ノ行為ニシテ無効ナリトノ上告人提出ノ抗弁ヲ排斥スルニ当リ乙第四、第五号証ニ依レハ前示会社又ハ同会社員カ本件手形ヲ被上告人ニ裏書譲渡シタル後ニ於テ上告人ニ対シ手形ノ支払期日ヲ二月月延期スル旨又ハ其ノ期日ニハ必ス支払ハシ度キ旨通知シタルコトヲ認ムヘキモノノミニヨリテハ未タ以

テ本件裏書譲渡カ虚偽ノ行為ナリトハ即断シ難シトハ説明スレトモ凡ソ債務履行ノ延期ノ如キハ権利者ニシテ初メテ之ヲ為シ得ルモノナルヲ以テ右ノ如キ訴外会社カ手形債務者タル上告人ニ対シ延期スル旨通知セル事實ヲ認ムル以上ハ他ニ特別ノ事情ナキ限り一応訴外会社ヲ以テ本件手形上ノ権利者ト認ムヘク從テ該会社ト被上告人トノ間ニ為サレタル単純ノ裏書譲渡ハ虚偽ノ行為ナリト認ムヘキナリ然ルニ原审ハ訴外会社カ本件手形ヲ被上告人ニ裏書譲渡セル後ニ於テ上告人ニ対シ手形ノ支払期日ヲ延期スル旨ヲ通知スルコトヲ認メナカラ何等特別ノ事情ヲ示スコトナク右裏書譲渡ヲ虚偽ノ行為ナリト断シ難キ旨判示シ以テ上告人ノ抗弁ヲ排斥シタルハ実験上ノ法則ヲ適用ヲ誤リタルモノト云フヘク論旨ハ理由アルコトニ帰シ原判決ハ之ヲ破毀スヘキモノトス」(上告論旨第一点に対する判断)

[3-2] (新聞表題：不法行為ノ主観的要件)

「不法行為ノ成立スルカ為ニハ加害者ニ於テ他人ノ権利ヲ侵害スヘキ意思アルコトヲ必要トセス其ノ権利侵害ト為ルヘキ事実カ其ノ認識ノ下ニ為サルヲ以テ足り且仮令故意ナキ場合ト雖過失アル場合ニハ不法行為ノ成立ヲ認メ得ヘキモノナルヲ以テ一定ノ行為カ不法行為ト為ルヘキヤ否ヤヲ確定スルカ為ニハ加害者ニ於テ他人ノ権利ノ侵害ヲ来タスヘキ事實ヲ認識シ若クハ過失ニ因リ之ヲ認識セスシテ為シタルモノナルヤヲ明ニセサルヘカラス然ルニ原审ハ本件ニ付単ニ被上告人等ニ於テ上告人ノ名誉ヲ侵害シ信用ヲ毀損スル意思ヲ以テ上告人主張ノ如キ行為ヲ為シタルモノト認メ難キカ故ニ不法行為ノ成立セサル旨ヲ判示シタルノミニシテ被上告人等カ右ノ如キ権利侵害ヲキタスヘキ事實ヲ認識シ若クハ過失ニ因リテ認識セスシテ為シタルモノナルヤニ付審究スルコトナク漫然害意ナキ一事ニ因リテ不法行為ナシト為シタルハ審理不尽又ハ理由不備ノ不法アルモノニシテ論旨ハ理由アルモノニシテ原判決ハ破毀ヲ免レス」(上告論旨に対する判断)

[3-11] (新聞表題：釈明権不行使ノ違法)

「……原判決事実摘示ニハ……タル旨記載シアルノミニシテ此ノ記載ニ依ルモ將又原審口頭弁論調書ノ記載ニ依ルモ上告人ハ原审ニ於テ本訴抵当権ノ設定者カ登記簿上上告人ト為レルコトヲ認メタルモノナリヤ將又訴外大谷梅治カ仮装ノ登記ニ因リ所有名義人ト為リタルヲ奇貨トシ己ノ債務ノ為ニ抵当権設定ノ登記ヲ受ケタルコトヲ主張セルモノナリヤ明白ナラサルノミナラス記録中ニ編綴シアル甲第二号証登記簿謄本ノ写ニハ大正七年二月五日即チ本訴抵当権設定登記ノ日タルコトニ付争ナキ大正十四年四月二十八日ヨリ以前ニ於テ既ニ本訴ノ不動産カ登記簿上大谷梅治ノ所有名義ト為レル旨記載シアルカ故ニ上告人ノ主張ハ寧ろ後者

ニ在ルモノト解スヘキニ似タリ然レハ原審カ釈明権ヲ行使シテ上告人主張ヲ明ニスルコトナク漫然冒頭指摘ノ如ク上告人カ又左衛門ニ対スル債務ノ担保トシテ抵当権ヲ設定シタル旨ノ登記アルコトハ当事者間ニ争ナキ事実ナリトシ此ノ事實ヲ基礎トシテ証拠ノ取捨選択ヲ為シ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ……違法ニシテ原判決ハ全部破毀ヲ免レス」（上告理由第一・三点に対する判断）

[3-27]（新聞表題：次位抵当権者ノ代位権ノ侵害）

「原判決ノ確定シタル事実ニ依レハ被上告人深堀市重ハ深堀徳栄ニ対スル金千七百十円ノ債権ヲ担保スル為長崎市橋口町百六十一番ノ一宅地二十二坪七合四勺同同上同番木造瓦葺二階家住家一棟ノ外同同上番ノ二宅地四十三坪二合六勺同同上同番ノ二第二号木造瓦葺二階家住家一棟同同上番第三号木造瓦葺平家住家一棟ノ上ニ第一番抵当権ノ設定ヲ受ケ之カ登記ヲ了シタルモノタル処右物件ノ内百六十一番ノ二宅地及住家ハ他ノ物件ト共ニ該不動産ノ上ニ第二番抵当権ヲ有スル上告人ノ申立ニ因リ抵当権ノ実行トシテ競売セラレタルヨリ其ノ売得金中ヨリ当時ニ於ケル債権金額八百四十五円ノ弁済ヲ受ケタルヲ以テ右競売物件ト共ニ第一番抵当権ノ目的物件タリシ右百六十一番ノ一宅地及住家ニ付当時ノ所有者タル被上告人深堀スナニ協力シテ第一番抵当権ノ抹消登記ヲ為シ次テ被上告人深堀スナハ該物件ニ付更ニ有限責任長崎信用組合ニ対シ債権額五百円ノ為ニ抵当権設定登記ヲ為シタリ然ルニ上告人ハ右競売ニ依リ債権額九百七円五十銭ノ内一部弁済ヲ受ケタルニ過キササルモ右百六十一番ノ二宅地及住家ニ付抵当権代位ノ附記登記ヲ為ササリシモノナリト云フニ在ルヲ以テ上告人ハ被上告人等ノ行為ニ依リ民法第三百九十二条ニ基ク右百六十一番ノ二宅地及住家ニ付被上告人深堀市重ニ代位シテ抵当権ヲ行ヒ得ル権利ヲ行使シ得サルニ至リタルモノト云フヘク而シテ上告人カ原審ニ於テ右競売物件ニ付上告人ニ於テ第二番抵当権ヲ有シタルコトハ被上告人深堀市重ニ対シテ既ニ通知シアリ又被上告人深堀スナニ対シテハ競売ノ通知アリタルモノナリト主張シタルコトハ原審口頭弁論調書及原判決摘示ニ引用セル第一審判決摘示ニ依リ明白ニシテ斯ル事実アリトセハ被上告人等ハ反証ナキ限り少クモ被上告人等ノ右登記抹消及抵当権設定登記ニ依リ上告人ノ代位権ヲ侵害シタルコトニ付過失アルモノト云ハサルヲ得ス然ルニ原判決カ所論摘録ノ如ク説明シタルハ違法ニシテ此ノ点ニ於テ原判決ハ破毀ヲ免レサルモノトス」（上告論旨第二点に対する判断）

[3-28]（新聞表題：審理不盡理由不備ノ違法）

「原審ハ本件係争地ハ上告人等ニ於テ一反歩金十円ノ割合ヲ以テ陸軍省ヨリ払

下ヲ受ケタルモノニシテ其ノ払下ニ係ル係争地ノ総面積カ二十七町三反歩余ナルコトハ認定シタルモノナルヲ以テ其ノ払下総代金ハ二千七百三十円余ナルヘキコト算数上明ナリ従テ特別ノ事情ナキ限り上告人等ハ本件係争地払下ノ為ニ右金額ヲ支出シタルモノト認メサルヘカラス筋合ニシテ被上告人等カ本件ニ於テ持分ニ応シテ上告人等カ係争地払下ノ為ニ支出シタルモノヲ上告人等ニ償還シテ係争地ノ共有登記ヲ為サシメントスルモノナルヲ以テ右金額カ償還金額ノ基準タラサルヘカラサルモノトス然ルニ原審ハ何等特別事情ノ存在ヲ明ニスルコトナク右払下金額ト異ナル金額ヲ基準トシテ被上告人等ノ償還額ヲ定メ之ト引換ニ共有登記ヲ為スヘキコトヲ上告人等ニ命シタルハ理由不備又ハ審理不尽ノ違法アルモノニシテ論旨ハ理由アルモノトス叙上ノ理由ニ依リ原判決ハ破毀ヲ免レサルヲ以テ……主文ノ如ク判決ス」(上告論旨第七点に対する判断)

[4-57] (新聞表題：利息制限法ヲ超過シタル利息ト効力)

「利息制限法ハ利息カ同法所定ノ率ヲ超過スルトキソノ超過部分ヲ無効トナス趣旨ナレハ仮令債務者カ之ヲ元金ニ繰入ルルコトヲ承認スルモ又ハ之ヲ目的トシテ準消費貸借ヲ為スモ効力ナシト解スヘク只当事者間ニ於テ既ニ授受ヲ了シタル場合ニハ民法第七百八条ノ規定ニヨリ之カ返還ヲ請求シ得サルニ過キス然ルニ原審ハ本件債務ハ元ト年六割ノ高利ノ貸金ニ由来セルモノニシテ利息制限法所定ノ範囲ニ引直シ計算スルトキハ発生セサルモノナリトノ上告人主張ヲ排斥スルニ当リ利息制限法ハ既ニ当事者間ニ於テ異議ナク精算ヲ終了シタル部分ニ迄遡及シテ其ノ効力ヲ及ホスモノニ非スト斷シ敢テ制限超過利息カ当事者間ニ於テ既ニ授受サレタリトノ事実ヲ認定セルニモ非スシテ直ニ制限超過利息ノ無効ノ主張ヲ許サスト為シタルハ利息制限法ノ解釈適用ヲ誤リタルモノニシテ此ノ点ニ於テ原判決ハ破毀スヘク……主文ノ如ク判決ス」(上告論旨第一点に対する判断)

[4-71] (新聞表題：保証人ノ主債務者ノ債権ニヨル相殺ト時期ニ遅レタル抗弁)

「本件債務ニ付保証人タル上告人ハ原審ニ於テ所論ノ如キ相殺ノ抗弁ヲ提出シ而シテ主タル債務者松本秀吉カ被上告人ノ前主タル本内亀吉ニ対シ相殺ニ適スル債権ヲ有スルコトハ第一審判決言渡後ニ於テ始メテ知りタルコトヲ主張シタルニ原審ハ時期ニ遅クシテ提出シタル抗弁ナリト認メ却下シタルコトハ記録ニ徴シテ明ナリ保証人ハ主タル債務者ノ債権ニ依リ相殺ヲ以テ債権者ニ對抗スルコトヲ得ルモノナルコトハ民法第四百五十七条第二項ニ規定スル所ナリト雖主タル債務者カ債権者ニ対シテ債権ヲ有スルコトハ普通保証人ノ関知セサルモノト認ムルヲ相当ト為スニ依リ叙上ノ如キ上告人ノ相殺抗弁ヲ時期ニ遅クシタルモノトシテ民事

訴訟法第三百九条第一項ノ規定ニ基キ却下セムトスルニハ須ク上告人ハ第一審ノ口頭弁論中ニ主タル債務者松本秀吉カ被告上告人ノ前主タル本内亀吉ニ対シ其ノ抗弁スルカ如キ相殺ニ適シタル債権ヲ有スルコトヲ知り又ハ知り得ヘカリシニ拘ラス知ラサリシモノニシテ即上告人ハ故意又ハ重大ナル過失ニ依リ右ノ相殺抗弁ヲ第一審ニ於テ提出セサリシモノナルコトヲ確定セサル可カラス然ルニ原審ハ事茲ニ出デス漫然時期ニ遲レタルモノトシテ却下シ上告人ニ不利益ナル判決ヲ為シタルハ審理不尽ノ違法アルモノニシテ本論旨ハ結局理由アルコトニ帰著シ原判決ハ此点ニ於テ全部破毀スヘキモノトス」（上告論旨に対する判断）

[4-57] は、制限超過利息につき債務者が元本充当に合意した場合であっても利息制限法の趣旨によりこれは無効となるが、既払いの場合には民法708条により返還を請求することができないとの一般論を示している。結論的には、既払いの超過利息は元本に充当されるが、充当してもなお過払金がある場合にはその返還は認められないことになる。この点は大（一民）判明35・10・25民録8-134²³⁾以来大審院の立場として既に確立されているものであるから²⁴⁾、改めて「判例」として民集に登載する価値はないと考えられたのであろう²⁵⁾。

[2-54] は、破毀判決の中で唯一どの公刊物に掲載されていない。したがって、訴訟当事者や大審院内部の者しか知りえないものだったと推測される。この判決は、原審において、ある判事が判決の言渡しに列席していたにもかかわらず、判決正本にはその判事が「賜暇帰省中ニ付署名捺印スルコト能ハス」と記載されていたため、民訴法上の形式を具備しない違法があるものとしてこの判決が破毀されたものである。これが原審長崎控訴院のミスであることは歴然だろう（もっとも、長崎控訴院の判決原本はその多くが戦災により失われたとみられるため、原判決の原本を確認することはできていない）。しかし、判決の形式に関する一つの具体例として——公刊物に掲載されている他の破毀判決と比べてみても——一般に公開する意

23) 判決理由は、「利息制限法ハ公益規定ナルヲ以テ若シ制限ニ超過シタル利率ヲ契約シタルトキハ独リ債権者ニ背法ノ行為アルノミナラス債務者モ亦背法ノ行為アルコト勿論ナレハ債務者カ任意ニ制限超過ノ利息ヲ債権者ニ支払ヒタル場合ニ於テハ所謂不法ノ原因ノ為メ給付ヲ為シタルモノト云ハサルヲ得ス而シテ不法ノ原因ノ為メ給付ヲ為シタル者ハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルヲ得サルコトハ民法第七百八条ニ於テ明ニ規定スル所ナリ」と説示している。

24) 小野秀誠『利息制限の理論』（平23、勁草書房）85～89頁など参照。

25) 棄却判決の箇所で紹介する [1-40] が民集不登載となったのも同様の趣旨によるものと思われる。

義はあるようにも思われる。破毀判決については、その多くが公刊物に掲載される傾向がある中²⁶⁾、このような本判決が未公開となっていることは実に興味深い。

[3-27] は、一般に、「被代位抵当権の設定登記が抹消され、新たに抵当権が設定された場合には、付記登記のない代位者は、この抵当権者に対抗しえない」²⁷⁾とした判例として紹介されている。ところが、大審院は、既に大正 8 年に、民法392 条 2 項の代位は当事者の意思に関わらず当然発生する法定代位であることを前提として、代位者は付記登記なくして債務者・抵当権設定者・後順位抵当権者にこの代位を対抗することができるとの立場を示している²⁸⁾。そうすると、一定の場合に付記登記が対抗要件として必要だとする [3-27] は、上記大正 8 年決定とは異なる立場を示したもものとして民集に登載されるべき価値を有していると考えられる。にもかかわらず、[3-27] が民集に登載されなかった理由はどこにあるのだろうか。

実は、[3-27] は上に述べたような命題を示してはいない。本判決は、「共同抵当権者が共同抵当権の登記を不法に抹消した場合、それは、代位権者が代位により取得した抵当権の円滑な実行を妨げるから、代位権者に対し不法行為となる」²⁹⁾としたものにすぎず（そもそも本件は損害賠償請求事件である）、代位者と、被代位抵当権の設定登記抹消後に現れた抵当権者との関係についてはまったく触れていない。「被代位抵当権の設定登記が抹消され、新たに抵当権が設定された場合には、付記登記のない代位者は、この抵当権者に対抗しえない」ことを前提とした判断だと捉えることも不可能ではないが、本判決には、少なくとも付記登記を対抗要件として考えているふしは見られない。もしそのように捉えるならば、先の大正 8 年決定との間に齟齬を生じる可能性があるのだから、本判決は重要な意味を持つ判決だということになるが、本判決は民集に登載されていない。そうすると、[3-27] についての上記の一般的な説明はやはり正確さを欠いているというべきであろう³⁰⁾。

26) 筆者が既に検討したもののうち、大正14年11月分では破毀判決15件中未公開のものが7件あるが、昭和3年8月分では破毀判決11件すべて、昭和3年3月分では破毀判決19件すべてが公刊物に掲載されている。

27) 柚木馨ほか編『新版注釈民法(9)』（平14、初版第3刷、有斐閣）634頁〔高木多喜男〕。川井健『民法概論2物権（第2版）』（平17、有斐閣）407頁も同様。

28) 大(二民)決大8・8・28 民録 25-1524。

29) 石田穰『民法大系(3)担保物権法』（平22、信山社）507頁。

30) このことには、我妻栄が、付記登記を代位の対抗要件と捉えるべきだとし、その文脈で本判決を引用している（我妻栄『新訂担保物権法』〔昭53、8刷、岩波書店〕450～451頁）ことが影響しているのではないかと推測される。

なお、[2-72]を除くその他の9件については、いずれも目新しい判断を含むものでもなく、特に立ち入った検討の必要はないように思われる。[2-72]については受命判事との関係で後述する（→2-3-1）。

2-1-2-3. 棄却判決

民集不登載の棄却判決は99件ある。このうち、民集以外の公刊物に掲載されているものが36件ある（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が、件数が多いため、大審院が単に原審の職権範囲に属する証拠判断や事実認定を非難するものとして上告を排斥しているもの等についてはこれを除外する³¹⁾。

[1-17]（新聞表題：為替手形振出ト既存債務）

「既存ノ債務ニ対シ為替手形ヲ発行スルニ当リテハ当事者ハ或ハ其ノ履行ニ代ヘテ之ヲ授受スルノ意思ナルコトアリ又然ラサルコトアリテ其ノ何レナルカハ個々ノ場合ニ判断スヘキ事実問題ニ属ス而シテ既存債務ノ履行ニ代ヘテ為替手形発行セラレタルトキハ茲ニ更改ノ成立ヲ見ルコト勿論ナリト雖原審ハ所論為替手形カ既存ノ手形債務ノ履行ニ代ヘテ発行セラレタルモノト認ムルニ足ル訴訟資料之レナキモノトシ更改ニ因ル手形債務消滅ノ抗弁ヲ排斥シタルハ要スルニ其ノ職権ヲ適法ニ行使シタルモノニ外ナラサルモノト謂フヘク之ヲ攻撃スル本論旨ハ孰レモ採用ニ値セサルモノトス」（上告論旨第二点に対する判断。他は省略）。

[1-19]（新聞表題：請負工事ノ遅延ト請負代金ノ支払）

「上告人ハ原審ニ於テ本件当事者間ニ直接下請負契約ヲ締結シタリトスルモ被上告人ハ竣成期タル大正三年七月以前ニ工事ヲ完成セサリシカ故ニ請負代金支払ノ義務ナキ旨抗争シタルコト明ナリト雖被上告人カ工事ヲ完成シタル以上縦令竣成期ヲ遅延シタリトスルモ遅延ニ因ル損害賠償ノ請求ヲ為スハ格別上告人ニ於テ請負代金ノ支払義務ナシト云フヲ得サルヲ以テ右抗弁ハ結局理由ナキニ帰ス……」（上告論旨第一・四点に対する判断。他は省略）。

[1-21]（新聞表題：予備的主張ト請求ノ基礎）

「原審口頭弁論調査ニ依レハ被控訴人（被上告人）訴訟代理人ハ原審ニ於テ代不払ノ場合ニ何等催告ヲ要セスシテ直ニ契約解除ヲ為シ得ル特約アリトノ主張

31) 省略したものについては、いずれも民集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）。

ヲ維持シツツ尚スル特約ナキ場合ヲ假定シテ所論ノ如キ主張ヲ為シタル事実ヲ看取シ得ヘク而シテスル主張ノ付加ハ素ヨリ請求ノ基礎ニ何等ノ変更ヲ来スモノニ非サルヲ以テ原判決ニハ所論ノ如キ違法ナク論旨理由ナシ」(上告論旨第一点に対する判断)

「民法第五百四十一条ニ依ル契約解除ノ前提要件タル履行ノ催告ニハ常ニ必スシモ一定ノ期間ヲ明示スルノ要ナク債権者カ期間ノ明示ナキ催告ヲ為シタル場合ニ於テモ債務者カ相当ノ期間ヲ経過スルモ尚履行ヲ為ササルニ於テハ債権者ハ同条ニ依リ契約ノ解除ヲ為シ得ヘキモノナルコトハ既ニ本院ノ判例トスルコロニシテ今之カ変更ヲ為スノ必要ヲ見ス(大正十五年(オ)第八八二号昭和二年二月二日判決)従テ原判決ニハ所論ノ如キ違法ナク論旨理由ナシ」(上告論旨第三点に対する判断)

「民法第五百四十一条ニ所謂催告トハ給付ヲ要求スル意思ノ通知ニ過キサルヲ以テ被上告人ハ上告人ニ対シ同条所定ノ催告ヲ為シタルモノト認メタルハ相当ニシテ原判決ニハ所論ノ如キ違法ナク論旨理由ナシ」(上告論旨第四点に対する判断。他は省略。)

[1-38] (新聞表題：完成シタル時効ト債務ノ承認)

「原審口頭弁論調書ニ依レハ上告人ハ原審ニ於テ原判決事実摘示ノ如ク被上告人ノ時効ノ抗弁ニ対シ本件債権ハ十年ノ消滅時効ニ罹ルヘキモノナル処被上告人ハ大正六年七月及大正七年九月二十五日ノ両度並其ノ後大正十一年四月六日迄四回本件債務ヲ承認シタルニ依リ時効ハ中断セラレ未タ完成セスト陳述シ時効完成後被上告人ニ於テ時効ノ利益ヲ抛棄シタルコトハ之ヲ主張セサル旨釈明シタル事実ヲ看取シ得ヘク而シテ原判決ハ本件債権ノ弁済期ハ明治四十三年十月三十日ニシテ五年ノ消滅時効ニ罹ルヘキモノナルコトヲ判示シ次テ上告人ノ主張ニ係ル被上告人ノ債務承認ノ点ニ付仮ニ承認ノ事実アリトスルモ本件債権ノ消滅時効ハ既ニ大正四年十月二十九日完成シタルモノナレハ之ニ依リテ時効ノ中断セラルルコトナキ趣旨ノ説明ヲ為シタルモノナルコト原判文上自ラ推認シ得ルヲ以テ原判決ニハ所論ノ如ク上告人主張ノ債務承認ノ点ニ付説明ヲ加ヘサリシ不法アルモノト称シ難ク又既ニ完成シタル時効ハ之ヲ中断スルニ由ナク時効完成後時効完成ノ事実ヲ知りテ債務者ノ為ス債務承認ハ既ニ完成シタル時効ノ利益ヲ抛棄スルモノニ外ナラサルカ故ニ原判決カ叙上ノ如ク説明シ債務承認ニ関スル証拠方法トシテ提出セラレタル甲第二号証ニ付何等説明ヲ与ヘサリシハ当然ナリ」(上告論旨に対する判断)

[1-39]（新聞表題：第一審ノ証拠ヲ第二審ニ援用セサル場合）

「縦令第一審ニ於テ提出又ハ援用シタル証拠ト雖第二審ニ於テ更ニ之カ提出又ハ援用ヲ為スコトナクハ其ノ証拠ハ裁判所ニ顯レサルモノナルヲ以テ第二審裁判所ハ是等ノ証拠ニ付考慮ヲ払フ要ナキモノナレハ所論ハ之ヲ採用スヘキモノニ非ス」（上告論旨第一点に対する判断。他は省略。）

[1-40]（新聞表題：約定利率ト弁済意思）

「約定利率ノ定メアル場合ニハ当事者ハ該約定利率ニ依リ弁済ヲナス意思アルモノト推定スヘキモノナルヲ以テ原審カ論旨ニ摘録スル如ク判示シタルハ正当ニシテ所論ハ法定充当ヲナスヘキ場合ナリトノ前提ニ立脚シテ原判決ヲ批難スルモノナルニ因リ原判旨ニ副ハサルモノトス仍テ論旨ハ之ヲ採用セス（上告論旨第三点に対する判断。他は省略。）

[1-44]（新聞表題：会社目的ノ範圍）

「本件記録ニ依レハ被上告会社ノ目的カ機械類ノ販売ニ在ルコトハ之ヲ看取シ得ヘシト雖会社ハ其ノ目的トスル事業ノミナラス目的タル事業ヲ遂行スルニ必要ナル行為ヲモ之ヲ為スノ能力ヲ有スルモノニシテ被上告会社カ機械類ヲ販売スルニ当リテハ其ノ機械類ヲ或ハ他ヨリ購入スルヲ得策トスルコトアルヘク或ハ自ら之ヲ製作スルヲ有利トスルコトアリ得ヘキハ実験則上明ナルヲ以テ該機械類ヲ自ら製作スルコトモ亦会社ノ目的ヲ達スルニ必要ナル行為ニシテ被上告会社ハ之ヲ為スノ能力アリト認ムルヲ得サルニ非ス故ニ原判決ニ於テ被上告会社カ本件機械類ヲ製作スルノ能力ヲ有スルモノナル旨判定シタルハ不法ニ非ス其ノ他原判決ニハ上告人所論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。他は省略。）

[1-45]（新聞表題：涌水使用ト慣習）

「所論ノ点ニ関スル原判決ハ単ニ上告人方ニ於テハ古キ以前ヨリ所論ノ涌水即係争第二号ノ涌水ヲ使用シ来レル事實ヲ窺知シ得ヘキモノト為シタルニ止マリ係争ノ涌水ヲ平穩且公然ニ引用セルコトカ永年ノ慣行トナリタリト云フニ非ス而シテ所論上告人ノ援用スル本院判例（引用者注：大〔一民〕判大6・2・6民録23-202）ハ人ノ所有地ニ涌出スル流水ヲ永年平穩且公然ニ自己ノ田地ニ灌漑シ来レル慣習アル場合ニ関スルモノナレハ本件ニ適切ナラス然ラハ上告人ニ於テ係争第二号ノ涌水ニ付之ヲ使用スル権利ナシト為シタルハ不法ニ非ス依テ第一点論旨ハ其ノ理由ナシ又叙上ノ如ク上告人ニ於テ係争第二号ノ涌水ニ付之ヲ使用スルノ

権利ナキ以上之ヲ使用スル権原アリト主張スル上告人ニ於テ之カ立証ヲ為ササル可ラサルハ勿論ナルニヨリ之ト同趣旨ニ出テタル原判決ハ毫モ所論ノ如キ不法アルモノニ非ス依テ第二点論旨モ亦其ノ理由ナシ」(上告人工藤賢作の上告論旨第一・二点に対する判断。他は省略。)

[1-48] (新聞表題：小切手譲渡ノ方法)

「商法第五百三十七条第四百五十七条ニ依レハ小切手ノ裏書ハ裏書人ノ署名ノミヲ以テ之ヲ為シ得ヘク而シテ此ノ場合ニ於テハ爾後小切手ハ引渡ノミニ依リテ之カ譲渡ヲ為シ得ルモノナレハ斯ル場合ニ於ケル小切手譲渡ノ事実ハ小切手ノ記載ノ外爾余ノ証拠ニ依リテモ之カ証明ヲ為シ得ルコト勿論ナリ從テ原判決カ所論ノ如ク甲第一号証(本件小切手)裏面ノ記載ノ外証人ノ供述ニ依リ本件小切手ハ其振出ノ日白地裏書ニ依リテ受取人磯富太郎ヨリ森清左衛門ニ譲渡セラレ其ノ後一ヶ月後更ニ清左衛門ヨリ上告人ニ譲渡セラレタル旨ノ事実認定ヲ為シタルヲ目シテ所論ノ如キ違法アリト称シ難ク論旨其ノ理由ナシ」(上告論旨に対する判断)

[1-49] (新聞表題：同一証言ニヨリ異ル事実ノ認定)

「原審カ所論第一争点事実ニ付所論証人恩田正義ノ供述ヲ採用シテ上告人ノ有利ノ事実ヲ認定シタレハトテ第二ノ争点事実ニ関シテ同証人ノ他ノ供述ニ依リ上告人不利ノ事実ヲ認定スルコトヲ許ササルノ理ナキカ故ニ所論ハ原審ノ専権行使ヲ論難スルモノニシテ論旨ハ理由ナシ」(上告論旨に対する判断)

[1-50] (新聞表題：不法行為ト立証責任)

「上告人ハ兒島丸ノ船長及船員ノ職務上ノ不法行為ヲ原因トシテ本訴請求ヲ為スモノナルヲ以テ該不法行為ノ成立要件ハ総テ主張者タル上告人ニ於テ之カ立証ノ責任ヲ有スルコト明ナリ然ラハ原判決カ論旨摘録ノ如ク判示シ上告人ノ全立証ニ依ルモ本件衝突ハ兒島丸乗組員ノ不法行為ニ因ルモノナルコトヲ認定スルニ足ラストシテ上告人ノ主張ヲ排斥シタルハ正当ニシテ毫モ立証責任ニ関スル法則ニ違背シタル不法ナク論旨ハ理由ナシ」(上告論旨第一点に対する判断。他は省略。)

[2-56] (新聞表題：抵当不動産ノ上ニ設定シタル賃借権)

「……而シテ本件賃借借カ抵当権者タル被上告人ニ損害ヲ及ホスヤ否ヤニ付原審ハ本件賃借権設定当時ニ廻リ抵当権者ニ之カ為損害ヲ生セシメタルヤヲ判定シタルニアラスシテ原審ノ判決ニ接著スル口頭弁論終結当時ニ本件賃借ノ存在ニヨリ抵当権者ニ損害ヲ及ホスモノナリヤヲ判定シタルコト判文上明ナレハ賃借

借期間ニ付所論ノ如キ既ニ經過セル部分ハ固ヨリ之ヲ顧慮シテ其ノ判定ヲ為シタルヲ知ルニ足ルヲ以テ此ノ点ノ非難モ亦採用スルニ由ナシ然リ而シテ抵当權ヲ以テ担保セラルル債權ニ付債權者カ其ノ弁済期ニ抵当權ノ実行ヲ為ササリシトテ苟モ抵当不動産ニ付設定セラレタル賃借權ニシテ自己ノ抵当權ニ不利ヲ生ス可キ限り其ノ解除ヲ訴求シ得ルコト勿論ナレハ此ノ点ニ関スル所論モ失当ニシテ論旨ハ総テ理由ナシ」（上告論旨第二点に対する判断。他は省略。）

[2-61]³²⁾（新聞表題：運送人ノ免責ト立証ノ程度）

「商法第三百三十七条ニハ運送人ハ自己若クハ運送取扱人又ハ其ノ使用人其ノ他運送ノ為使用シタル者カ運送品ノ受取引渡保管及運送ニ関シ注意ヲ怠ラサリシコトヲ証明スルニ非サレハ運送品ノ滅失毀損又ハ延着ニ付損害賠償ノ責ヲ免ルルコトヲ得ストアリテ是等ノ者ニ全然過失ナカリシコトヲ運送人ニ於テ立証シ得サル限りハ損害賠償ノ責任アルモノト解スヘク上告人所論ノ如ク唯是等ノ者ニ対スル選任監督ニ付注意ヲ怠ラサリシコトヲ証明シ得ハ直ニ損害賠償ノ責ヲ免ルルモノナリトハ解スヘカラス從テ論旨前段ハ理由ナク……論旨後段モ亦理由ナシ」（上告論旨第一点に対する判断。他は省略。）

[2-63]³³⁾（新聞表題：貨物引換証所持人ノ依頼ニヨル貨物ノ引渡）

「同一ノ証人カ第一、二審ニ於テ相異ナル証言ヲ為シタル場合ニ於テ其ノ何レヲ採ルヘキカハ事実審ノ自由心証ニ依リ決セラルヘキモノナリ……」（上告論旨第一点に対する判断）

「原判決ノ確定シタル事実ニ依レハ被上告人カ荷受人ニ対シ貨物引換証ト引換フルコトナシニ同証券記載ノ朝鮮米ヲ引渡シタルハ荷送人ニシテ且右貨物引換証ノ所持人タル上告人ノ依頼ニ基キタルモノナルカ故ニ被上告人ノ右引渡行為ハ素ヨリ違法ニシテ之カ為ニ上告人ニ対シ何等賠償ノ責ナキコト多ク云フヲ須ヒス論旨理由ナシ」（上告論旨第二点に対する判断。他は省略。）

[2-64]³⁴⁾（新聞表題：弁論期日変更申請ト当事者ノ懈怠）

「当事者ヨリ口頭弁論期日ノ変更ヲ申請シタリトテ必スシモ許サルヘキモノニ

32) 本判決については、水口吉蔵による評釈（法律論叢9巻12号〔昭5〕80頁以下）がある。

33) 本判決については、水口吉蔵による評釈（法律論叢10巻5号〔昭6〕84頁以下）がある。

34) 竹下守夫ほか編『注釈民事訴訟法(3)』（平5、有斐閣）451頁〔萩原金美〕は、本判決ノ

非サルカ故ニスル申請ヲ為シタル当事者ハソノ許否ニ対シ注意セサルヘカラス然ラハ上告人カ原審ニ於テ期日変更ノ申請書ヲ提出シタルノミニテソノ許否ヲ確メス期日ニ出頭セサリシハ自己ノ怠慢タルヲ免レス從テ原審カ期日変更ノ申請ヲ却下シ最初指定シタル期日ニ於テ上告人不出頭ノ俟相手方ニ弁論ヲ命シ結審シ以テ判決シタリトテ之ヲ非難スルハ当ラス以上説明スル如ク本件上告ハ理由ナ(シ)……」(上告論旨に対する判断)

[2-69] (新聞表題：土地所有権ノ信託譲渡ト抵当権及地上権ノ設定)

「原判決ハ訴外野津幸左衛門カ本件土地所有権ヲ被上告人ニ信託ノ譲渡セルコトヲ挙示ノ証拠ニ依リテ認定シ同事実ト其ノ他挙示ノ証拠トヲ総合考覈シテ上告人野村明隆ハ本件土地所有権ノ移転ヲ受ケサリシニ拘ラス登記簿上所有名義移転ノ手続ヲ為シタルニ止ル旨認定シタルモノナルコト原判文中明白ニシテ原判決挙示ノ証拠ニ依リ上叙信託ノ譲渡ノ事実ヲ誓メ同事実ト其ノ他原審挙示ノ各証拠ヲ総合考覈スレハ上告人野村明隆ニ対シ本件土地所有権ノ移転ナカリシ事実ヲ認め得サルニ非ス既ニ然ル以上右明隆カ上告人河野治平ノ為ニ同人主張ノ如キ各抵当権ヲ設定シ又上告人野村隆ノ為ニ同人主張ノ如キ地上権ヲ設定スル旨ヲ約シタリトスルモ之ニ依リ上告人等主張ノ如キ各抵当権及地上権ノ成立スルニ由ナキコト洵ニ原判決説示ノ如クナルカ故ニ上告人等ハ被上告人ノ為ニシタル回復登記ノ不当ナル事ヲ主張スルノ利益ヲ有セサルモノト謂フヘク論旨ハ結局理由ナキニ帰シ採用ニ由ナシ」(上告論旨第二点に対する判断)

「上告人等カ本件土地ニ付実質上何等ノ権利ヲ有セサルモノナルコトハ原審カ原判決挙示ノ証拠ニ依リ確定スル所ナルニ依リ上告人等ハ被上告人ノ本件土地所有権取得ニ対シ其ノ登記ノ欠缺ヲ主張シテ之ヲ否定スルニ付法律上正当ノ利益ヲ有セサルモノト認ムヘキコト原判決説示ノ如クナルカ故ニ所論ハ採用ニ値セス」(上告論旨第六点に対する判断。他は省略。なお、上告論旨第一点に対する判断は公刊物には掲載されていないため、2-2. で紹介する。)

[2-70] (新聞表題：書記ノ捺印ナキ証人訊問調書ヲ含ム弁論調書ノ効力)

「本件記録ニ依レハ所論ノ証人訊問ノ際ニ於ケル口頭弁論調書ニハ別紙ノ如ク証人訊問ヲ為シタル旨ノ記載アリテ該調書ニハ書記ノ署名捺印アリテ調書ノ方式ニ欠クル所ナク而シテスル別紙ヲ以テ為シタル証人訊問調書ナルモノハ口頭弁論

ㄨにつき、「第一審以来の訴訟追行の態様なども考慮されたのかも知れないが、判文だけからは疑問が残る」とする。下級審判決原本より事案の詳細を確認する必要がある。

調書ト相俟ツテ其ノ一部ヲ為スモノナレハ假令訊問調書ニ書記ノ捺印ナキモ該調書ヲ以テ方式ヲ欠クモノト做シ得サルモノトス（本院大正十年（オ）第七〇四号同年十月二十日第二民事部判決参照）依テ論旨ハ之ヲ採用セス」（上告論旨第一点に対する判断。他は省略。）

[2-77]（新聞表題：保証人ノ債務承認ト主債務ノ時効中断）

「商行為ヨリ生シタル本件主債務ニ付キテハ已ニ五年ノ消滅時効カ完成シタルヲ以テ保証人タル被告ハ本訴請求ニ応スル能ハスト云フモノ実ニ被告ノ抗弁ニ外ナラス之ニ対シ原審カ前記冒頭ノ主張ヲ肯定シ当該主債務ハ商行為ヨリ生シタルコトヲ認ムルト共ニ『保証人ニ対スル履行ノ請求其他時効ノ中断カ主タル債務者ニ対シテ其効力ヲ生セサルハ論ヲ俟タサルトコロ』ト判示シタルハ聊カ概括的ニ失スルノ嫌アルヲ免レスト雖（商法第二百七十三条第二項民法第四百五十八条第四百三十四条）今原判決ノ首尾ヲ熟読シ其判旨ノ存スルココヲ稽フルニ蓋下文ノ如キモノニ外ナラス即上告人ヨリ保証人タル被告等ニ対シ為サレシト主張セラルルトコロノ所謂履行ノ請求ナルモノカ裁判外ノソレニ止マルコトハ其主張自体ノ上ヨリ之ヲ窺フヲ得ヘク而シテ『大正七年四月一日ヨリ五年経過ニ因リ消滅時効完成』スルニ至ルマテ其間右ニ所謂履行ノ請求以上ニ強力ナル請求（民法第百五十三条）ヲ上告人ニ於テ為セシトノコトハ絶ヘテ其主張セサルトコロナルカ故ニ上告人ノ為シタリト云フ前記履行ノ請求ハ竟ニ主債務ニ対スル消滅時効ヲ中断スルニ由無カリシコト疑ヲ容ル可カラス若シ夫レ保証人タル被告等ノナシタリテフ承認ナルモノハ縱令コレ有リトスルモ其主債務ニ対スル消滅時効ヲ中断スル何等ノ効力無キコトハ明文上多言ヲ俟タス然ラハ則チ主債務ソノモノニ対シ何等カ直接ニ時効中断ノ事由カ存シタリトノコトハ素ト上告人ノ主張セサルトコロナルニ於テ本件主債務ニ付キ消滅時効ノ完成シタルコトハ之ヲ認メサルヲ得ス原判決ノ趣旨之ヲ敷衍スレハ則チ前叙ノ如ク而モ此趣旨ニ於ケル原判決ハ相当ニシテ所論ハ孰レモ其ノ理由無キニ帰ス……」（上告理由第一・二点に対する判断）

[2-79]（新聞表題：地番ノ併合ト所有権）

『訴外望月及久保名義ノ不動産ノ地番ヲ仮用シタルモノ』トアル原判示ハ其ノ意義必シモ明白ナリト云ヒ難キモ原審カ当該事実認定ヲ為スニ付其ノ資料ニ供シタル原審証人水地保太ノ供述中『明治八年ノ割地ノ際ニ上ヨリ番地ノ数ノ制限ヲ極メラレタルノテ其ノ地番ヲ増ス訳ニ行カヌ為ニ従来ヨリ村持小物成リト称シテ居タル山林原野ヲ隣地ノモノニ含マセテ預ケタル結果形式上山林ヲ望月平十郎

原野ヲ久保益太郎所有名義ニシテアツタナリ』トアリ今此供述ヲ参酌シテ原判示ノ趣旨ヲ稽フルニ被告ノ所有ニ属セシ当該土地ニ対シテハ当時新ニ地番ヲ設クルヲ得サル事情アリシ為ソレソレ其隣接地地番ノ数字ヲ之ニ充テタルニ止マリ其ノ結果当該土地ハ恰モソレソレノ隣接地ノ中ニ包含セラレタルカ如キ外観ヲ呈スルニ至リシニ過キスシテ当該土地ノ所有權ソノモノヲ各隣接地所有者ニ帰属セシメタルモノノ如キ虚構ノ事実ヲ仮装スル意思ハ当事者ニ於テ毫末モ之ヲ有セザリシ次第ナリト云フモノ實ニ原判示ノ趣旨ニ外ナラサルコトハ之ヲ窺フニ難カラス而モ斯カル事實認定ハ当該証拠資料ヲ以テシテ必シモ為シ得サルトコロニ非サルト共ニ此認定ニ係ル事實ヲ目シテ以テ相手方ト通シテ為シタル虚偽の意思表示アリシモノト云フヲ得サルハ多言ヲ俟タス所論ハ或ハ原判示ノ意味ヲ領セサルニ出テ或ハ其ノ事実上ノ判断ヲ攻撃スルニ過キサルモノ共ニ採用スルニ由ナシ」(上告理由第一～四点に対する判断。他は省略。)

[2-80] (新聞表題：執行停止命令認可ノ効力)

「強制執行ニ対スル異議ノ訴ニ付為シタル第一審ノ判決ニ於テ先ニ發シタル停止命令ヲ認可シ且此ノ認可ニ付仮執行ノ宣言ヲ為シタル結果右停止命令ニ依リテ強制執行カ取消サレタル場合ト雖其ノ取消ハ終局のニアラサルヲ以テ当事者ハ控訴審ニ於テ右異議ノ当否ニ付判決ヲ受クヘキ利益ヲ有スルコト言ヲ俟タル所ナリトス從テ原審カ右取消ノ有無ニ付積明權ヲ行使セスシテ所論ノ判決ヲ為シタルハ違法ニ非ス論旨何レモ理由ナシ」(上告論旨第一・二点に対する判断。他は省略。)

[2-81] (新聞表題：特許出願書類ノ滅失ト無効審判)

「特許出願ノ書類カ大正十二年九月一日ノ大震災ニ依リ滅失シタルモ特許局ニ於テ出願人ノ提出ノ証拠方法ニ依リ出願アリタルモノト認め特許スヘキ旨ノ査定又ハ審決ヲ為シ確定シタル場合ニハ之ニ依リ与ヘラレタル特許ニ対シ後日右出願ノ疎明不十分ナリシコトヲ理由トシテ無効審判ヲ請求シ得ヘキニ非ス所論ノ上告人主張ハ既ニ此ノ理由ニ依リ失当ナルヲ以テ論旨ハ結局理由ナシ」(上告理由第二点に対する判断。他は省略。)

[2-82] (新聞表題：訴訟行為ヲ目的トスル信託行為)

「……訴訟行為ヲ為サシムルコトヲ主タル目的トシテ信託ヲ為スコトハ信託法第十一条ノ汎ク禁止スル所ナルカ故ニ斯ル目的ノ下ニ信託ヲ為シタル以上ハ受託者カ自ラ訴訟行為ヲ為スコトナク弁護士ニ委任シテ之ヲ為サシムル場合ニ於テモ

当該信託其ノモノハ右法条ニ違背スルコト勿論ナルヲ以テ論旨……モ亦理由ナシ」（上告理由第一点に対する判断）

「宣誓ヲ為サシムヘキ証人ニ之ヲ為サシメスシテ訊問シタル場合ニ於テモ其ノ証言ハ当然無効ニ非ス（明治四十一年（オ）第二百八十九号事件同年十二月一日当院第一民事部判決参照）加之記録ニ依レハ第一審証人小澤鐵吉ニ宣誓ヲ為サシメスシテ訊問シタル点ニ付上告人ニ於テ曾テ異議ヲ述ヘタル事跡ナキヲ以テ上告人ハ右ノ点ニ付責問權ヲ喪失シタルモノト言ハサル可ラス然ラハ原判決カ右証人ノ証言ヲ事実認定ノ資料ト為シタルハ不法ニ非サルヲ以テ論旨ハ理由ナシ」（上告理由第三点に対する判断。他は省略。）

[2-83]（新聞表題：建物ノ登記ト所有權ノ帰属）

「建物ニ付登記上所有名義人トナリ居レル事実アリトシテ之ヲ以テ直ニ該名義人カ建物ヲ實際占有セルモノナリトハ断スルヲ得ス本論旨……ハ之ト反対ノ見解ニ出テ原判決ヲ非難スルモノニシテ採ルニ足ラス……」（上告論旨第一点に対する判断。他は省略。）

[3-1]（新聞表題：株式会社設立手續ノ無効ト株式申込無効主張ノ時期）

「商法ノ規定上株式会社ノ設立手續ノ欠缺ヲ事由トシテ株主カ株式申込ノ無効ナルコトヲ主張スルニ付其ノ時期ニ制限アルコトナク又等シク商法ノ規定上發起人ト雖株主タル資格ニ於テ其ノ会社設立手續ノ欠缺ヲ事由トシテ会社ノ設立無効ヲ主張シ得ヘキモノナルニ因リ所論ハ採用ノ限ニアラサルモノトス」（上告論旨第四点に対する判断。他は省略。）

[3-4]（新聞表題：借地法施行地域ノ賃貸借ト転貸ノ承諾）

「民法第六百十二条第一項ニ依レハ賃貸權ハ賃貸人ノ承諾アルニ非サレハ之カ譲渡ヲ為シ得サルモノニシテ借地法ノ施行サルル地区ニ存スル建物ノ所有ヲ目的トスル土地ノ賃貸權ニ付テモ右法条ノ適用アルコト勿論ナリ而シテ賃貸人ノ承諾ナクシテ賃貸權ノ譲渡ヲ為シ得ル慣例ノ存スルコトハ原審ニ於テ上告人ノ主張セス原判決ノ認定セサルコロナルヲ以テ原判決ニハ所論ノ如キ違法ナシ」（上告論旨第一・三点に対する判断）

[3-8]（新聞表題：後見人ノ行為ノ追認）

「原判決ハ諸富卯ハカ被上告人ノ代理人ト為リ上告人ニ対シテ本件貸金ノ支払請求ヲ為シタル際上告人ニ於テ被上告人ノ代理人タル右諸富卯ハニ対シ追認ノ意思表示ヲ為シタル事実ヲ認定シタルモノナルコト判文上明白ナリ而シテ民法第四

百三十四条ニ依レハ連帯債務者ノ一人ニ対スル履行ノ請求ハ他ノ債務者ニ対シテモ其ノ効力ヲ生スルコト明ニシテ右諸富卯ハカ本件貸金ニ付連帯債務者ナルコトハ原判決ノ確定シタルトコロナルモ之カ為ニ諸富卯ハノ代理行為カ民法第百八条ニ違背シ無効ナリト謂ヒ難ク而シテ爾余ノ原判決ニ対スル所論ノ攻撃ハ孰レモ原判決ニ副ハサルモノナルカ故ニ論旨其ノ理由ナシ」(上告論旨第六点に対する判断)

「仮ニ所論ノ如ク第一審裁判所カ証人諸富卯ハニ宣誓ヲ為サシメタルハ違法ナリトスルモ第一審口頭弁論調書ヲ査スルモ上告人ニ於テ何等異議ヲ述ヘタル形跡ナキヲ以テ此点ニ関スル責問権ハ既ニ放棄セラレタルモノト謂フヘク従テ原判決カ該証人ノ供述ヲ証拠ト為シタレハトテ之ヲ以テ適法上告ノ理由ト為シ難ク論旨其ノ理由ナシ」(上告論旨第七点に対する判断。他は省略。)

[3-13] (新聞表題： 弁済ノ方法トシテノ第三者ノ為ニスル契約)

「債権者カ債権ノ目的タル給付ニ代ヘテ他ノ給付ヲ第三者ニ為スコトヲ承諾シタルニ因リ債務者カ他ノ給付ヲ第三者ニ為シタル場合ニ於テモ其ノ給付ハ一面ニ於テハ債権者ニ対スル給付タルヲ失ハスシテ有効ナル代物弁済トナルモノトサレハ債務者タル上告人カ本訴不動産其ノ他ヲ被上告人良吉ニ対スル本件債務ノ弁済ニ代ヘ良吉及其ノ妻ハツニ売渡名義ヲ以テ引渡スコトトナシタルハ債権者ニ非サルハツトノ関係ニ於テモ無意義ニ非ス而シテ原審ハハツモ上告人ヨリ良吉ニ対スル右債務ノ代物弁済トシテ自己ノ為本件不動産ノ譲渡ヲ受ケタルコトヲ認定シタルモノナルコト判文上明白ナルカ故ニハツト該不動産取得ノ法律上ノ原因ハ右ノ認定ニ依リテ説明セラレタルモノト云フヘク原判決ニハ所論ノ如キ違法アルモノニ非ス論旨ハ理由ナシ」(上告論旨第二点に対する判断。他は省略。)

[3-14] (新聞表題： 手形裏書ノ方式)

「手形ノ裏書ハ商法所定ノ手続ヲ踐メハ足り之ヲ以テ裏書人ハ当然手形上ノ責任ヲ負担スヘク更ニ其ノ以外ニ右責任負担ノ正確ナルコトヲ表明スル為手形ニ捺印ヲ為スト云フカ如キ必要ナク又スル実験則モナシ故ニ原審カ裏書指図文句ノ下部ニ為サレタル上告人ノ捺印ハスル責任負担ノ正確ナルコトヲ表明スル趣旨ニテ為サレタルモノニハ非スシテ寧口同裏書欄内目的附記ノ下部ニ押捺ス可キヲ誤リタルモノト推認シタリトテ之ヲ以テ上告人所論ノ如キ違法アルモノト云フヲ得ス」(上告論旨第一・三点に対する判断)

「原判文中ノ捺印ハ前叙ノ如ク支払拒絶証書作成免除ノ意思ヲ以テ為サレタルモノト認ム云々ノ辞句ハ前段ニ於テ捺印ニヨリ支払拒絶証書作成ノ免除ノ意思ヲ

表明シタルモノト認ム云々ノ語句ト照応スルモノニシテ孰レモ免除ノ表意ト認メタル趣旨ニ外ナラサルコト判文ヲ通読シ自ラ明ナルカ故ニ之ヲ以テ前後矛盾セリト云フカ如キハ徒ラニ文字末ヲ捉ヘテ論難ヲ構フルニシテ採ルニ足ラス又支払拒絶証書作成免除ノ意思表示ハ直接当事者間ニ在リテハ默示的ニ為シ得ルコト原審説明ノ通りニシテ原審カ捺印ノ事実ニヨリスル默示ノ意思表示ヲ認メタルコトハ違法ニ非ス從テ此ノ点ニ関スル非難モ亦理由ナシ（上告論旨第四点に対する判断）

「支払拒絶証書作成ノ免除ハ之ヲ手形ニ記載スルニ非サレハ手形上ノ効力ヲ生セスト雖手形授受ノ直接当事者間ニ於テハ手形ニ記載セストモ苟クモノノ意思表示アル以上効力ヲ生スヘキモノナルヲ以テ原判示ハ謬ラス論旨孰レモ理由ナシ」（上告論旨第六・七・九点に対する判断。他は省略。）

[3-15]（新聞表題：商品ノ名称トシテノ特別顕著性）

「原審決ハ上告人ヨリ登録ヲ出願シタル本件商標ノ構成ニ於テハ實母散ナル文字カ比較的顕著ニ表ハサレタルニ徴シ此ノ文字ハ該商標ノ要部ト認メラルルノ虞アル部分ナル旨認定シタルモノニシテ斯ノ如ク認メ得ラレサルニ非サルヲ以テ該商標ノ構成上喜谷ナル文字ト實母散ナル文字トハ不可分のモノナリトスル所論ハ上告ノ理由トナラス而シテ右商標ノ要部ト認メラルルノ虞アル實母散ナル文字ハ原審決説示ノ如ク商品ノ標識トシテ特別顕著ナルモノニ非サルヲ以テ縦令上告人ニ於テ喜谷實母散ナル文字ニ付商標権ヲ有ストスルモノ本件商標ハ上告人カ實母散ナル文字自体ニ付権利ヲ要求セサル旨申出テタルトキニ非サレハ之ヲ登録スルヲ得サルコトハ商標法第二条第二項ニ依リ明白ナリトス然ラハ原審決カ上告人ニ於テ右権利不要求ノ申出ヲ為サルニヨリ本願商標ヲ登録スルコトヲ得サル旨説示シタルハ正当ニシテ之ヲ不法ナリトスル所論ハ原稿商標法第二条第二項ヲ誤解シタルニ因ルモノト謂フヘク從テ論旨第一点ハ理由ナキノミナラス論旨第二点ハ右第二条第二項ト同条第一項第二号トヲ混淆シテ原審決ヲ非難スルモノナルニ因リ是レ亦採用ノ値ナシ」（上告理由第一・二点に対する判断）

「単ニ實母散ナル名称ニ非スシテ喜谷實母散ナル名称ニ付所論ノ如キ事実アリトスルモ斯ル事実ノミニ依リ喜谷ノ文字ヲ付加セサル實母散ナル名称カ所論商品ノ固有な詞化セラレタルモノトハ為シ難ク却テ原審決説示ノ如ク単ニ實母散ナル文字カ普通商品名トシテ今日一般ニ用キラルル以上此ノ文字ハ商品ノ標識トシテ特別顕著性ナキモノニシテ之ヲ要部ト認メラルルノ虞アル本件商標ハ之ヲ登録スルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス原審決理由ノ末段ニ『抗告審判請求人ハ

(中略)種々論述スル所アリト雖本審決ニ直接影響スル所ナキヲ以テ云々』ト説示シタルハ畢竟喜谷實母散ナル名称ニ付所論ノ如キ事実アリトスルモ本件商標ヲ登録スヘキモノト為スニ足ラサル前叙ノ趣旨ヲ説示シタルモノニ外ナラサルヲ以テ原審決ハ上告人ノ所論主張ニ対シ判断ヲ示ササルモノト為スヲ得ス論旨ハ理由ナシ」(上告理由第三点に対する判断)

[3-17] (新聞表題：会社定款ノ形式)

「株式会社ヲ設立スルニ当リテハ発起人ニヨリテ先ツ定款ノ作成サルルコトヲ必要トシ其ノ定款ナルモノハ実質ノニハ内容タル事項ナレトモ形式的ニハ一定ノ書面ナリ故ニ一定ノ事項カ発起人ノ協議ニヨリテ定マリタリトスルモ之ヲ書面ニ記載シ少クモ法定数ノ発起人カ署名スルニ非サレハ未タ定款ト云フヲ得ス而シテ原審ノ確定セル所ニヨレハ埼玉履物興業株式会社ノ定款ナルモノハ大正八年七月二十五日当時ニ於テハ定款本文ノ部分ト発起人署名ノ部分トハ分離シ別冊ト為リ居リ而カモ其ノ署名ノ部分ハ発起人中三名ヲ除ク爾余ノ者ニ於テ全然本文ノ内容ヲ承認セスシテ発起人台帳ナル帳簿ニ署名シタルニ過キサリシモノナレハ原審カ右日時ニ於テハ法定数ノ発起人ノ署名ヲ欠キタル結果定款ハ未タ存在セザリシモノナリト判断セシハ正当ト云ハサルヘカラス」(上告論旨第一点に対する判断)

「本院ノ曩ニ為セル差戻判決ノ趣旨ハ定款本文ノ部分ト発起人署名ノ部分トカ連続セラレザリシトテコノ一事ヲ以テ定款ヲ無効ト解スヘキモノニ非ス発起人ニシテ本文ヲ承認シ定款ト為ス意思ヲ以テ署名シタルモノトセハ本文ノ部分ト署名ノ部分トカ分冊トナリ居リシトモ定款ノ有効タルコトヲ害セスト為セルモノナルカ故ニ原審カ発起人中僅ニ三名ヲ除キ爾余ノ者カ総テ本文ヲ承認セスシテ単ニ署名シタルニ過キササル事実ヲ認定シ以テ定款ノ効力ナキコトヲ判示セル以上毫モ曩ニ為シタル差戻判決ノ趣旨ニ反スルコトナシ従テ本論旨モ理由ナシ」(上告論旨第二点に対する判断)

「株式申込証ニ欠缺アリテ為メニ株式引受カ無効タル以上ソノ引受人カ假令設立總會ニ出席シテ議事ニ加ハリ若クハ払込ヲ為シタル事実アリトスルモ之カ為メ引受ノ無効ヲ会社ニ対シテ主張シ得サルモノニ非ス従テ論旨第五点ハ理由ナク又商法第四百二十二条ハ詐欺強迫ヲ事由トスル取消ニ限り特ニ之ヲ許ササルニ過キササルモノナレハ該規定ヲ類推解釈シ無効ノ場合ニ迄及ホシ設立登記後ハ絶対ニソノ主張ヲ為スヲ得スト解スルカ如キハ当ラス従テ論旨第六点モ採用シ難シ又商法第二百三十二条ニヨリ株式会社ニ準用セラルル同法第九十九条六ニヨレハ設立無効ノ判決カ確定スルトキハ解散ノ場合ニ準シテ清算ヲ為スヘク従テ株主ハ清算ニ必

要ナル範圍内ニ於テ株金払込ヲ為スヘキ義務ヲ免レサルモ本件ノ如キ株式引受行為自体カ無効ニシテ株主トナラサル者ハ右法条ニヨルモ払込ヲ為スヘキ義務アルモノニ非ス從テ論旨第七点モ理由ナシ」（上告論旨第五～七点に対する判断）

「判決カ破毀セラレ差戻ヲ受ケタルトキハ事件ハ総テ以前ノ状態ニ復スヘキカ故ニ前ニ併合審理ノ決定アル以上裁判所ハ再ヒ斯ル決定ヲ為サスシテ併合審理スルコトヲ得ヘク本論旨モ理由ナシ以上説明スル如ク本件上告ハ理由ナ（シ）……」（上告論旨第八点に対する判断。なお、上告論旨第三点および第四点に対する判断は公刊物には掲載されていないため、後に紹介する。）

[3-30]（新聞表題：内外両関係ニ於ケル所有権ノ移転）

（省略）

[4-45]（新聞表題：詐害行為取消権者ノ権限）

「……詐害行為ノ取消権者ハ総債権者ノ利益ノ為メニ受益者又ハ転得者ニ対シ其ノ受ケタル利益又ハ財産ヲ自己ニ直接支払又ハ引渡ヲ為スコトヲ請求シ得ヘキハ当院判例ノ是認スルトコロニシテ（大正十年六月十八日当院言渡判決参照）本件請求ノ趣旨ハ前示代償金ヲ総債権者ノ利益ノ為メニ直接被控訴人（原告）ニ支払フコトヲ求ムルモノナルカ故ニ原審カ本件抵当権設定行為ヲ以テ詐害行為ナリト判定シタル以上右請求ヲ認容シタルハ正当ナリトス」（上告論旨第二点に対する判断。他は省略。）

[4-68]（新報表題：組員ノ責任限度）

「組合ノ債務ハ即組員ノ債務ニ外ナラサルカ故ニ組合債権者ニ対スル組員ノ責任ハ所謂無限ニシテ其ノ範圍ハ単リ其ノ出資額ニ止ラサルモノト解スヘキナリ而シテ上告人等ハ本件債務ニ付キ連帯シテ支払フヘキモノナルコトハ後ニ論旨第六点ニ対シ説明スル如クナレハ本論旨採用ニ値セサルモノトス」（上告論旨第一点に対する判断。なお、上告論旨第二～七点とそれに対する判断は公刊物には掲載されていないため、2-2. で紹介する。）

[4-73]（新聞表題：建物競売ト借地権）

「建物ノ所有権カ競落ニ因リ競落人ニ移転シタルトキハ該建物敷地ノ賃借権ハ特別ノ事情ナキ限建物所有者ト競落人トノ間ニアリテ建物所有権ト共ニ競落人ニ移転スルモノナルコトハ既ニ当院ノ判例トスルところニシテ（昭和二年四月二十五日言渡大正十五年（オ）第一二〇七号事件判決参照）本件建物ノ前所有者タル上告人ハ本件競落ニ因リ同人ト競落人タル被上告人トノ間ノ関係ニ於テハ其ノ從

来享有シタル賃借権ヲ失ヒ最早被上告人ニ対シテハ賃借人トシテノ権利ヲ主張シ得サルモノナルヲ以テ本件ニ於ケル賃借権ノ移転ハ単ニ民法第六百十二条(論旨ニ第六百二条トアルハ第六百十二条ノ誤記ナリト認ム)ヲ以テ之ヲ律スヘカラサルノミナラス借地法第十条ハ如上競落人ト賃借人トノ間ノ関係ヲ規定スルモノニシテ毫モ前記解釈ノ支障トナルモノニアラサルカ故ニ論旨ハ採用ニ値セス(上告理由第一点に対する判断)

「本件ノ如キ借地法施行地区内ニ在ル建物ヲ競落シタル者ハ其ノ敷地ノ賃借人ニ対シ同法第一条ニ依リ敷地ノ賃貸転貸又ハ建物ノ買取ヲ請求シ得ル利益ヲ有スルモノナルヲ以テ競売ノ目的物タル建物カ賃借地ニ在ル以上其ノ競売ニ当リテハ自然右ノ如キ利益ヲ参酌シテ建物ノ価額ヲ定メラル可キモノナレハ賃借人ハ競落人トノ関係ニ於テ借地権ヲ失フモノトスルモ競落人カ競売価額ニ比シ不当ナル利益ヲ受クルニ至ル可シトノ非難ハ当ラス(上告理由第二点に対する判断。他は省略。)

[4-75] (新聞表題：転貸借事実ノ推定)

(省略)

[4-77] (新聞表題：賃借人ノ賃貸物修繕義務ノ程度)

「原判決ハ本件賃貸借ノ目的物件タル家屋ハ賃貸借契約成立当時其ノ用法タル居住ニ何等支障ナカリシ事実ヲ認メタルモノニシテ所論民法第六百六条第一項ニ規定スル賃借人ノ賃貸物修繕ノ義務ハ単ニ賃借人ヲシテ賃貸物ヲ其ノ用法ニ従ヒ使用及収益ヲ為サシムルニ必要ナル限度ニ止ルモノト解スルヲ相当ト為スヲ以テ原判決ニハ所論ノ如キ違法ナク論旨ハ其ノ理由ナシ(上告論旨第一点に対する判断)

「家屋ノ使用ハ其ノ使用方法ノ如何ヲ問ハス常ニ家屋保存ノ目的ヲ達スルニ適當ナリトスルカ如キ実験法則ノ存在スルコトナク原判決ハ上告人カ本件賃貸借契約解除後モ引続キ本件家屋ヲ住宅及営業ノ店舗トシテ使用シ居レル事実ヲ確定シ次テ留置権者ハ其ノ債権ノ担保トシテ其ノ留置物ヲ占有シ得ヘキ権利ヲ有スルモ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ之カ占有ヲ為スコトヲ要スルモノニシテ上告人ノ右使用ハ被上告人ノ承諾アリタルコトノ証拠ナキ限其ノ保管ノ範囲ヲ越脱シタルモノト謂フヘク又素ヨリ家屋保存ニ必要ナル行為トモ解シ得スト説明シタルモノニシテ右説明ハ何等実験法則ニ違背スルトコロナク洵ニ正当ナリ従テ仮ニ所論摘録ニ係ル善良ナル管理者ノ注意ヲ以テスル家屋ノ保管方法ニ関スル原判決ノ説明ニ付所論ノ如キ違法アリトスルモ該違法ハ原判決主文ニ何等ノ影響ナキコト勿論ナ

レハ之ヲ以テ原判決ヲ破毀スルノ理由ト為スニ足ラス論旨孰レモ其ノ理由ナシ」（上告論旨第三・四点に対する判断。他は省略。）

[1-17] は、既存債務の履行に代えて為替手形を発行したときはここに更改が成立する旨を判示しているが、これは民法（平16法147による改正前）513条2項但書³⁵⁾の規定に基づくものであり、抵当権の被担保債権の弁済期に抵当権が実行されなくとも抵当不動産につき設定された賃借権でありかつ自己の抵当権に不利を生ずべき限りにおいてその解除を訴求しうることを示した [2-56] も、民法（平15法134による改正前）395条1項但書³⁶⁾を確認するにすぎない³⁷⁾。また、[2-77] は、保証人がなした債務の承認は主債務に対する消滅時効を中断する何らの効力もないことを判示する（ただし傍論）が、これも民法148条より自明のことである。したがって、これらのいずれも民集に登載すべき価値はなかったものと考えられる。このほか、借地法が施行されている地区に存する建物の所有を目的とする土地の賃借権についても民法612条の適用がある旨を示した [3-4]、債権者が債権の目的たる給付に代えて他の給付を第三者になすことを承諾し、債務者が他の給付を第三者になした場合であっても、その給付は債権者に対する給付であり、有効な代物弁済となるとした [3-13] についても、そこで示された命題はいわば当然のことであるとして、民集に登載されなかったのであろう。この点、[1-39]・[1-48]・[1-49]・[2-63]・[2-64]・[2-80]・[2-81]・[2-82]（上告理由第一点に対する判断）・[2-83]・[3-1]・[3-8]・[3-14]³⁸⁾・[3-15]（上告理由第一・二点に対する判

35) 民法（平16法147による改正前）513条2項「条件附債務ヲ無条件債務トシ、無条件債務ニ条件ヲ附シ又ハ条件ヲ変更スルハ債務ノ要素ヲ変更スルモノト看做ス債務ノ履行ニ代ヘテ為替手形ヲ発行スル亦同シ」

36) 民法（平15法134による改正前）395条1項「第六百二条ニ定メタル期間ヲ超エサル賃貸借ハ抵当権ノ登記後ニ登記シタルモノト雖モ之ヲ以テ抵当権者ニ対抗スルコトヲ得但其賃貸借カ抵当権者ニ損害ヲ及ホストキハ裁判所ハ抵当権者ノ請求ニ因リ其解除ヲ命スルコトヲ得」

37) もっとも、本判決は、民法395条1項（平15法134による改正前）にいう損害を及ぼすか否かを判断する時点を「判決に接する口頭弁論終結時」とした原審の判断を維持しているが、この点については先例を見出すことができていない。

38) 本判決は、支払拒絶証書作成免除は手形授受の直接当事者間においては手形に記載せずともその意思表示があれば有効であり、その意思表示は黙示的になしうることを示しているが、この点については、「支払拒絶証書作成ノ免除ハ法律ニ其ノ形式ヲ規定セサルカ故ニ苟モ其ノ意思表示アリタル以上手形面ニ之カ記載アルト否トニ拘ラス直接ノ当事者間ニ於テハ免除ノ効力ヲ生ス」とする民集不登載の先例（大[三民]判昭5・8・27新ノ

断)・[4-68]³⁹⁾・[4-73] (上告理由第二点に対する判断)も同様である。このほか、先例が存在するために民集登載が見送られたと考えられるのは、[1-21]⁴⁰⁾・[1-38]⁴¹⁾・[1-44]⁴²⁾・[1-49]・[2-69] (上告論旨第六点に対する判断)⁴³⁾・[2-70]⁴⁴⁾・[2-82] (上告理由第三点に対する判断)⁴⁵⁾・[4-45]⁴⁶⁾・[4-73] (上告理由第一点に対する判断)である。

これに対し、民集不登載となった点につき若干の疑問が残るのが、[4-77]である。上告論旨第一点に対しては、賃貸人の修繕義務の範囲を「賃借人ヲシテ賃貸物ヲ其ノ用法ニ従ヒ使用及収益ヲ為サシムルニ必要ナル限度」とする判断を示している。このことを示した先例は現段階では見当たらない。また、上告論旨第三・四点に対する判断において、賃借人が留置権の行使として賃貸借契約解除後も引き続き家屋を住宅および営業店舗として使用してすることは、賃貸人の承諾がない限り、「其ノ保管ノ範囲ヲ越脱シタルモノト謂フヘク又素ヨリ家屋保存ニ必要ナル行為トモ解シ得ス」とした原判決を支持しているが、これは、留置権者による継続使用が保存行為に該当するかにつき大審院による判断が初めてなされた事例とみられる。当時、この問題につき裁判例の立場は一貫していなかったようで⁴⁷⁾、一事例判決としても民集に登載する意義はあったのではないかと思われる。もっとも、その後、大(一民)判昭10・5・13民集14-876が、「留置権者ハ単ニ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ留置家屋ヲ占有保管スヘキモノニシテ所有者ノ承諾ナキ限りノヲ使用スコトヲ得サルニ拘ラス上告人ニ於テ被告ノ承諾ヲ得シテ従前ノ如ク該家屋ニ

㍷聞3167-7)がある。もっとも、この先例は、支払拒絶証書作成免除の意思表示が黙示によるものでも足りることを示すものではない。

- 39) 本判決が示す、組合債権者に対する組合員の責任は無限責任であるとする考え方は、通説的見解であるといえよう(我妻栄『債権各論二』中巻〔昭37、岩波書店〕812頁など)。
- 40) 先例として、大(三民)判昭2・2・2民集6-133。
- 41) 先例として、大(一民)判大3・4・25民録20-342。
- 42) 先例として、大(二民)判大3・6・5民録20-437など多数。
- 43) 本判決は、実質的無権利者は登記の欠缺を主張するにつき法律上正当の利益を有しないとした原判決を維持するものだが、これは大(民連)判明41・12・15民録14-1276を踏襲するものである。
- 44) 先例として、大(二民)判大10・10・20民録27-1810。
- 45) 先例として、大(一民)判明41・12・1民録14-1255。
- 46) 先例として、大(三民)判大10・6・18民録27-1168。
- 47) 林良平編『注釈民法(8)』(昭40、有斐閣)61～63頁〔田中整爾〕参照。

居住シ之ヲ使用スルハ保管ノ範圍ヲ逸脱シ而モ家屋ノ保存ニ必要ナルモノト解スルヲ得（ス）」として [4-77] とほぼ同様の論理を展開した原判決を破毀し、「家屋ノ賃借人カ其ノ賃借中支出シタル必要費若ハ有益費ノ為メ留置権ヲ行使シ其ノ償還ヲ受クル迄従前ノ如ク当該家屋ニ居住スルハ他ニ特殊ノ事情ナキ限り民法第二百九十八條第二項但書ノ所謂留置物ノ保存ニ必要ナルモノト解スルヲ妥当トス」との判断を示したことにより、[4-77] とは異なる立場で民集登載の「判例」が確定している。5年の間隔があるとはいえ、同じ問題につき異なる2つの立場を示した判決のうち、一方のみが民集に登載されたという事実は、この問題をめぐる大審院内部の理論的な対立を物語るものであるのかもしれない。

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、[3-17] については、受命判事との関係から2-3-2. で改めて言及する）。もっとも、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、項を改めて紹介することとする。

2-2. 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4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ほか、判決文の一部が脱落している。この脱落部分については、法律新聞ですべて確認することができるので、ここでは割愛する。

民集不登載だが他の公刊物に掲載されているものについては、[2-69]・[3-17]・[4-57]・[4-68] の4件において判決文の一部脱落がみられる。脱落部分には重要な判断は含まれていないが、以下、原本により当該箇所を復元しておく（上告論旨のみ脱落している [4-57] 以外については、上告理由/論旨に対する判断の部分のみ転載）。

[2-69]

「原判決説示ニ係ル当事者間争ナキ事実ト原判決挙示ノ各証拠ト総合考覈スレハ所論原審認定ノ事実ハ之ヲ認め得ラレサルニ非サルカ故ニ論旨ハ採用シ難シ」（上告論旨第一点に対する判断）

[3-17]

「定款カ欠点アル為メ無効タル以上後日其ノ欠点ヲ補充スルトモ之カ為メ既往ニ遡リテ無効ノ定款ヲ有効タラシムルモノニ非ス只完備セル時新タニ有効ノ定款存スト云ヒ得ルニ過キス従テ本論旨モ理由ナシ」（上告論旨第三点に対する判断）

「定款作成ノ年月日ハ定款ノ要件タリ本論旨ハ之ト反対ノ見解ニ立脚シテ原判決ヲ非難スルモノニシテ採ルニ足ラス」(上告論旨第四点に対する判断)

[4-57]

「上告論旨第一点ハ原判決ハ「利息制限法ハ既ニ当事者間ニ於テ異議ナク精算終了シタル部分ニ迄遡及シテ其ノ効力ヲ及ボスモノニ非ラサルコトハ明ニシテ本件ニ於テハ前記ノ認定ノ如ク関係当事者ノ協議ノ上債務額ヲ定メ其ノ一部ハ代物弁済ニ依リ既ニ債務消滅シタル次第ナレハ斯ル主張ハ数额ノ点ニ付一々審究スル迄モナク理由ナキモノト謂ハサル可ラス云々」ト判示スレトモ元來利息制限法ハ公益規定ニシテ其ノ超過利息ノ請求カ裁判上無効ナルハ同法第二条ノ明規スルトコロニシテ仮令債務者カ超過利息ヲ元金ニ繰入レルコトヲ承諾シタル場合若ハ更ニ之ヲ別途貸金ノ目的ト為シテ取結ヒタル契約ニ基キ之カ弁済請求ヲ為シタル場合ト雖共ニ当然無効ナリトハ数次御院ノ判示スルトコロニシテ(明治四十四年(オ)第一七一号同年十二月十六日言渡判決及大正六年(オ)第二四三号同年四月十六日判決御参照)独り当事者間ニ於テ既ニ任意上授受ヲ了シタル超過利息ノミニ限り民法第七百八条ノ適用ニヨリ之カ返還ヲ請求シ得ストハ之亦御院数次ノ判例ノ示ストコロナリ(明治三十九年(オ)第二七号同年四月二十八日言渡判決等)果シテ然ラハ当事者間ニ於テ任意上其ノ授受終了シタル場合以外ハ苟モ利息制限法ニ超過シタル利息ハ凡テ之ヲ無効ナリト解セサルヘカラス而シテ本件事案ヲ見ルニ判示採用ノ事實ノ如シトスルモ貸付元金二千四百五十円也及之ニ対シ大正十一年二月以降五月十日迄一ヶ月五分ノ割合ニ依ル利息其ノ他ノ諸費用ヲ加算シタル金四百九円三十五銭也ヨリ上告人先代カ同年五月二日迄ニ支払ヒタル金百九十二円五十銭也ヲ差引タル残額金二千六百六十六円八十五銭ニ対シ内金二千十六円八十五銭ニ対シ判示主張ノ如キ約旨ノ下ニ上告人所有ノ発動機船井徳丸ヲ以テ訴外光洋商会ニ対スル債務ト併セ売渡担保ニ供シ次イテ同年十一月三十一日右債務ヲ履行スル能ハサル為代物弁済スルノ余儀ナキニ至リタルモノニシテ固ヨリ前記超過利息ヲ当事者任意上既ニ授受ヲ了シタルモノニ非ス判示ノ所謂金三百円也ノ本件債務並別口ノ鎖掛船八艘ヲ担保トセル金三百五十円ノ債務ハ単ニ超過利息及元金ノ一部ヲ証書ニ改メ別途ノ貸金契約ヲ締結シタル場合ト同一視スヘキモノニシテ固ヨリ利息制限法ノ適用ヲ妨クルモノニ非ラス仮ニ本件ニ於テ全体ニ亘リ利息制限法ヲ適用スルモノニアラストスルモ前陳ノ如ク貸付元金ハ二千四百五十円也ニシテ之ニ対スル大正十一年二月以降同年五月十日迄一ヶ月五分ノ割合ニ依ル利息並費用金十円六十銭也ヲ加算シタル金四百九円三十五銭也ナレハ同年五

月二日迄ニ上告人先代ヨリ支払ヒタル金百九十二円五十銭ヲ右費用及利息（制限外ノモノヲ含ム）内入シタルモノト見ルモ残金二百十七円中制限外ノ利息ハ実ニ金百八十六円也（本件ノ利息ハ八年六割ニシテ正規ノ利息ハ八年一割ナレハ七分ノ六ハ即制限外ノ利息ナリ）而シテ前陳ノ如ク残金総額二千六百六十六円八十五銭也ノ内金二千十六円八十五銭也ハ代物弁済ニヨリ弁済シ残金六百五十円ノ債務カニ口トシテ残存セリト云フニアレハ右超過利息モ又此ノ兩債権ニヨリテ按分セラル代物弁済ノ分ハ既ニ任意授受ニヨリ消滅シタリトスルモ本件債務ニ該当スル金四十五円三十八銭ハ超過利息トシテ包含セラレタルモノナレハ少クトモ此ノ点ニ於テ当然無効ナリト云ハサルヘカラス若シ原審判示ノ如シトセハ超過利息ヲ精算シテ元金ニ繰り入レタル証書ヲ作製シタル後一部ノ弁済ヲ為シタル後ハ利息制限法ヲ最早適用スルコト能ハサル次第ニテ決シテ利息制限法ノ趣旨ニ添フ解釈ニ非スト信ス果シテ然ラハ原審判決ハ利息制限法ノ解釈ヲ誤リテ適用シタル違法アルモノト信スト云フニ在リ

[4-68]

「原判決カ所論明示ノ意思表示云々ト説示セルハ用語ノ妥当ヲ欠ク嫌アルモ其ノ云ハントスルコトコロハ蓋シ代金支払ノ場所ニ付キテハ当事者間ニ何等約定ヲ為シタル事実ノ認ムヘキモノナシトノ趣旨ナルコト原判文ヲ通読シテ輒スク了解シ得ヘク本論氏ハ右明示云々ノ文字ニ拘泥シ原判示ノ趣旨ヲ正解セスシテ論ヲ立ツルモノニ外ナラス素ヨリ採用ノ価値ナシ」（上告論旨第二点に対する判断）

「原判決ハ所論代金ノ支払時期ニ付テハ何等ノ定メナカリシモノト認定シタルコト原判文上明ナルカ故ニ目的物ノ引渡ト同時ニ代金ノ支払ヲ為スヘキモノナリトノ前提ニ立チ原判決ヲ批難スル本論旨採ルニ足ラス」（上告論旨第三点に対する判断）

「原判決カ所論代金ノ支払期ニ付テハ当事者カ其ノ定ヲ為ササリシモノト判示セルコト原判文上明ナリ弁済期ニ関スル判断ヲ遺脱シタリトノ本論旨其ノ理由ナシ」（上告論旨第四点に対する判断）

「原判決ハ被上告人カ東伯中央商会ノ注文ニ依リ本件ノ清酒ヲ売渡シタルコト同商会ハ上告人等ノ組織シタル組合ニシテ共同事業ト為シタルコト從テ組合員タル上告人等カ組合ノ名ヲ以テ共同ニテ為シタル清酒買入ノ行為ハ商行為タルヘキモノナリト認定シタルモノニシテ叙上認定ノ事実ニ依レハ上告人等ニ於テ連帯シテ支払ヲ為スノ責任アルコト商法ノ規定ニ照シ明白ナリトス原判決ニ所論ノ如キ理由齟齬ノ違法アルコトナシ本論旨理由ナシ」（上告論旨第五点に対する判断）

「原判決ノ認定スルトコロニ依レハ所論東伯中央商会ハ上告人等ノ組織シタル組合ナルカ故ニ同商会ノ名ヲ以テ為サレタル本件清酒ニ関スル商取引ハ結局組合員タル上告人等ニ於テ之ヲ為シタルコトニ帰スヘク即本件代金支払ノ債務ハ上告人等ノ共同シテ為シタル商行為ニ因リ発生シタルモノトシテ其ノ連帯負担タルヘキハ論ヲ俟タス本論旨理由ナシ」(上告論旨第六点に対する判断)

「作成名義人ノ表示ナキ文書ト雖モ真正ニ作成セラレタルコト明ナルニ於テハ之ヲ採リテ事実認定ノ資料ト為スヲ妨ケス所論ノ甲第一号ハ『東伯中央商会規約』ト題スル文書ニシテ其ノ文面ニ依リ組合契約ノ内容ヲ定メタルモノト解シ得ヘク而カモ同規約書ノ真正ナルコトハ原判決ノ援キタル証人田文忠一ノ証言ニ依リ認め得サルニ非ラサルヲ以テ原判決カ之ヲ採リテ事実認定ノ資料ト為シタルハ違法ニ非ス論旨前段ハ其ノ理由ナシ又本件売買ノ当時上告人カ右商会ノ組合員タリシコトハ所論ノ甲第二号証並同号証ニ関シテ為シタル田文忠一ノ証言ヲ除外スルモ原判決ノ挙示スル爾余ノ各証拠ヲ綜合シテ裕ニ之ヲ肯定シ得ルカ故ニ結局論旨後段モ其ノ理由ナキモノトシテ排斥ヲ免レサルモノトス」(上告論旨第七点に対する判断)

2-3. 受命判事の特定とその意義

2-3-1. [2-72]——細野長良

2-3-1-1. 分析視角の設定

筆者は既に旧稿⁴⁸⁾にて本判決を検討し、本判決は、① 賃借権に対する不法行為の効果として妨害排除請求および将来の不作為請求を認めている点、② そこではドイツ法における不作為の訴えの理論が少なからず斟酌されている点、③ 民法上の賃借権に基づく妨害排除を認めた初めての大審院判決であるにもかかわらず民集に搭載されなかった点、以上3点において重要な意義を有するものだと評価した。

今回の判決原本の調査から、本判決の受命判事は細野長良⁴⁹⁾であることが判明

48) 木村「戦前の『賃借権に基づく妨害排除』裁判例の検討」立命館法学285号(平15)238~239頁および277~286頁、同「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22)266~271頁。

49) 細野の略歴は次の通り(主に『日本法曹界人物事典 第3巻・第4巻』[平7, ゆまに書房]の細野長良の記事による)。明治16年1月、富山市生まれ。明治41年7月に京都帝国大学卒業、直ちに司法官試補(名古屋地方裁判所詰)。その後、東京区裁判所判事、東京控訴院判事(後に部長)などを経て、大正14年9月、大審院判事に就任。昭和15年3月には広島控訴院長に転じたが、これは、「純粹の司法官として行政事務に経験のない」細野の地方長官転出は「大抜擢」であり、「大審院部内に於る画期的な人事」であった。

した。そこで、本稿では、受命判事細野の視点で本判決を読み直してみたい。

2-3-1-2. 細野『民事訴訟法要義』に現れる「不作為の訴え」

細野は、民事訴訟法の体系書『民事訴訟法要義』（全5巻）を著している。その中で、「不作為の訴え」を取り上げる部分が2か所ある。

1つ目は、第1巻の「第一編 民事訴訟ノ主体」「第一部 司法機関」「第二章 裁判所ノ構成」「第二節 管轄（裁判所外部ノ構成）」「第四款 土地管轄」「第三項 特別裁判籍」「第九目 不法行為ノ裁判籍」⁵⁰⁾の箇所である。その246頁の「不法行為ニ関スル訴トハ如何」との問いに対応する「(2) 不法行為不作為ノ訴（Deliktische Unterlassungsklage）」という項目（246～248頁）では、冒頭で次のような説明がなされている。

不法行為ノ為サレタル後、爾後又之ヲ繰返サルル虞アル場合ニハ加害者ニ対シ被害者ニ対シ将来一定ノ不法行為ヲ為スヘカラサルコトヲ請求スルヲ得

さらに、「(3) 不法行為ニ因リ現存スル妨害排除ノ訴」という項目（249～250頁）では、やはり冒頭において、

既ニ(2)ニ於テ述ヘタルカ如ク不法行為ヲ繰返ササルヘキ不作為ノ訴ヲ以テ不法行為ノ訴ナリトスルニ於テハ不法行為ニ因リ尚ホ現存スル妨害排斥ノ請求（Beseitigungsanspruch）ノ訴モ亦不作為義務ノ履行ノ一内容ヲ為スコトアル可ク（Nebenwirkung des Unterlassungsgebotes）……

と述べている。

2つ目は、第2巻の「第二編 訴権及訴」「第二章 訴ノ種類」「第一節 給付ノ訴」「第二款 給付ノ権利保護要件」「第二項 将来ノ給付ノ訴ニ於ケル権利保護ノ利益」⁵¹⁾の箇所である。その中の項目「(2) 不作為ノ給付ノ訴ニ対スル権利保護ノ利益」（37～42頁）の37頁では、次のような説明がなされている。

不作為ノ給付請求権ハ常ニ将来ノ給付請求権タリ而シテ其請求ノ発生原因一様ナラス契約ニ因リ不作為債務ヲ生スヘク又不法行為ノ行ハレ更ニ繰返サルル恐

↘らしい（東京朝日新聞昭和15年3月15日付夕刊1面10段の記事）。昭和21年2月、最後の
大審院長に就任し、翌年8月に退官。昭和25年1月、66歳で没。

50) 細野長良『民事訴訟法要義第一巻』（昭8、9版、巖松堂書店）245～262頁。

51) 細野『民事訴訟法要義第二巻』（昭5、全部改訂8版、巖松堂書店）32～43頁。

リアル場合ニ不法行為ヲ為ササルコトノ請求権ヲ発生スヘク又或ハ物権其他絶対権ノ侵害ニ因リ侵害者ニ対シ不作為ノ請求権ヲ発生ス⁵²⁾

さらに、39頁では、「物権其他絶対権又ハ債権ニ対スル不法行為ヲ将来為ササルコトノ不作為ノ給付」なる項目の下で、次のように述べている。

此等ノ不作為ノ給付請求権ハ物権者カ常ニ第三者ニ対シ有スルモノニ非ス第三者ハ此等ノ権利ヲ不法ニ侵害シ且ツ将来尚ホ繰返サルル恐リアル場合ニ発生スルモノト解スルヲ正当トスルカ故ニ他人カ其物権其他ノ権利ノ存在ヲ否定シ之ヲ争フノミヲ以テハ未タ給付請求権発生セス是レ権利保護ノ要件ノ契約上ノ不作為請求権ニ於ケル場合ト異ル所ナリ而シテ再ヒ違法行為ノ繰返サルル恐リアル場合ニハ之ヲ保護スヘキ正当ノ理由アルモノト為スヘキヲ以テ不作為ノ給付請求権発生スルト同時ニ訴権ヲ有スルニ至ルモノナリ此事タルヤ民法第一九八条ノ趣旨ニ合スルモノト云フヘシ

この時期に、不作為の訴えについてこのように詳論する民事訴訟法の体系書は存在しない⁵³⁾。同じく当時大審院判事であった前田直之助がその『民事訴訟法講義(第一編)上巻』(改訂、昭5)80頁(特別裁判籍の項)で、「不法行為カ為サルル虞アル場合……ニ其ノ不作為ヲ請求スル訴ニ付テモ本条ノ準用アリトスルヲ可トス。若シ夫レ既ニ不法行為カ為サレ而カモ将来ニ於テモ更ニ斯ル不法行為カ反覆セラルル虞アル場合ニ、既往ノ不法行為ニ基ク損害賠償ノ訴ト将来或ハ為サルヘキ不法行為ニ対スル不作為請求ノ訴トヲ併合シテ同一ノ裁判所ニ起訴スルヲ得サルノ不便アリ。」とし、中島弘道(昭和5年12月に大審院判事就任)がその『日本民事訴

52) この部分の末尾に付された「註一」には、「“R.G. 60. S.6 48 S. 119 学説上 Quasi. deliktische Unterlassungsklage ト称ス (Rosenthal, Die Unterlassungsklage S. 3, Vgl. RG 78, S. 256. 本書第一巻不法行為ノ裁判籍ノ説明参照)」とある。細野が冒頭で援用するRGZ 60.6 とその位置づけについては、さしあたり、中井美雄「ドイツにおける権利侵害予防制度の一考察」同『民事救済法理の展開』(昭56, 有斐閣)7~8頁参照。

53) 例えば、当時の代表的な体系書の山田正三『改正民事訴訟法第一巻』(昭3, 弘文堂書房)、同『改正民事訴訟法第二巻』(昭4, 弘文堂書房)においても、不作為の訴えに関するまとまった叙述は見当たらない。松岡義正『民事訴訟法(昭和三年度東京帝国大学講義)』(昭2, 文信社)においても同様である。民法の体系書においては、不作為の訴えに関する記述が散見されるが、やはりこれを積極的に評価するものは少ない。これについては、木村・前掲注(48)「戦前の『賃借権に基づく妨害排除』裁判例の検討」279~285頁参照。

訟法第三卷』（再版、昭10）の140頁（「不法行為地ノ特別裁判籍」の項）で、「不法行為ニ関スル訴ト謂フモ必スシモ金錢其ノ他ノ物ヲ以テスル損害賠償ノミニ限ルモノニ非スシテ時ニ或ハ權利侵害行為ノ停止請求ノ如キモノヲ包含スル意ナリ」としつつも、「将来侵害セラルル虞アル權利ノ侵害予防ノ請求如キハ不法行為ニ関スル訴トハ謂フヘカラス」としているのが目に付く程度である。

細野の一連の体系書は、ヘルウィックの影響を多分に受けたものと指摘されており⁵⁴⁾、不作為の訴えについて言及する文脈においてもドイツの判例・学説を援用していることからすれば、細野の上のような記述は、ドイツ法における不作為の訴えの理論の影響を受けたものと考えてよいだろう。もっとも、当時の第一線級の民事訴訟法学者であるといってもよい山田正三の体系書にも不作為の訴えに関する記述がないし、中島弘道も、現在の妨害排除はともかく、将来の不作為請求については否定的な見解を示していることからすれば、細野の所説は、当時においては必ずしも一般に受容されたものではなかったと推察される⁵⁵⁾。

2-3-1-3. 判決再訪

以上を踏まえ、本判決を再び検討してみよう。

物権タルト債権タルトヲ問ハス第三者カ之ニ対シ不法行為ヲ繰返ス恐レアル場合ニ於テハ其ノ權利者ニ於テ第三者ニ対シ将来權利侵害ヲ為ス可カラストノ不作為ノ請求権ヲ有スル事勿論ナレハ第三者ノ為シタル不法行為ノ現存スルモノアランカ之カ妨害ノ排除ヲモ請求シ得ルモノト為ササル可カラス（大正十年（オ）第六百六十九号同年十月十五日大審院第三民事部判決参照）左レハ原審カ所論摘録ノ如ク判示シ賃借権タル債権ニ基キ賃借ノ目的上ニ存スル第三者ノ妨害排斥ヲ訴求シ得サルモノト解シ上告人ノ本訴請求ヲ排斥シタルハ違法ニシテ原判決ハ全部破毀ヲ免レス論旨ハ其ノ理由アリ

本判決が破毀した原審判決（未公刊⁵⁶⁾）は次のようなものであった。

本件訴旨ハ訴外山田久二郎ハ大正十二年五月一日訴外清水保二郎ヨリ本件二筆

54) 中村宗雄「民事訴訟法学の過去及び現在——その文献と業績調査——」早稲田法学27巻1号（昭27）153頁。

55) 民法学界においても、状況はほぼ同じであったといってもよい。この点については、木村・前掲注(48)「戦前の『賃借権に基づく妨害排除』裁判例の検討」279～285頁参照。

56) したがって、判決原本（「松江地方裁判所民事部 昭和四年 第二審判決原本二」）によった。

ノ地所ヲ二十年間賃借シ其登記ヲ受ケ控訴人ハ大正十五年五月二十五日同山田久二郎ヨリ該賃借権ヲ譲受ケ其登記ヲ受ケタリ然ルニ被控訴人ハ擅ニ右賃借地ニ軌道ヲ布設シタルニ付賃借権ノミニ基キコレヲ撤去シテ土地ノ明渡ヲ求ムト云フニアレトモ仮令登記ヲ経タル賃借権ト雖モ物権ニ変スルニ非スシテ依然債権タル性質ヲ有スルモノト解スヘク唯民法第六百五条ノ規定アル為債権ノ効力ヲ拡張シテ其賃借不動産ニ付キ爾後物権ヲ取得シタル第三者ニ対シテ債権的効力ヲ及ボサシムルニ過キス随テ占有権ニ基ク場合ハ格別単ニ賃借権ニ基キ賃借地ニ布設シタル軌道ノ撤去ヲ求ムルカ如キ權利ナキコト勿論ニシテ本訴請求ハ失当ナリ

この原審判決の論理は、「賃借権は債権であるから、占有権に基づく場合は格別、賃借権に基づく妨害排除を認めることはできない」とするものだが、こうした論理は、この時期の下級審裁判例においてはかなり一般的なものである⁵⁷⁾。しかも、大審院第四民事部も、昭5・7・26判決(新聞3167-11)で、「第三者カ故意又ハ過失ニ因リ他人ノ賃借権ヲ侵害シ賃借物ノ占有ヲ不法ニ侵奪シタル場合ニ於テハ賃借人ハ占有権ニ基キ訴ニ依リ其ノ物ノ返還ヲ請求スルハ格別賃借権ニ依リ加害者ニ対シカ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノニ非サルコトハ当院ノ判例トスル所ナリ(大正九年(オ)第六百八号事件大正十年二月十七日第二民事部判決参照)」として、その論理を採用している。その流れの中で本判決が登場したわけである。

本判決の記述は、既に見た細野の体系書における記述とほぼ同じである。これにより、本判決の理論的背景には、ドイツにおける不作為の訴えの理論があることが論証される。大審院の新判断であるにもかかわらずこれが民集に登載されなかったのは、ドイツの理論を背景とする細野の見解——しかもそれは必ずしも一般に受容されているとはいえない——を、大審院の判例とすることに、判例審査会が躊躇したことも影響しているのかもしれない。いずれにせよ、旧稿で指摘したように⁵⁸⁾、「賃借権に基づく妨害排除」の問題について、大審院内部ではなお見解の統一をみていなかったことは確かであろう。

このほか、本判決についてはほかに注意すべき点がある。すなわち、本判決では、専用漁業権の賃借権に基づく妨害排除を、「権利者カ自己ノ為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」という論理を介して認めた大(三民)判大10・10・15民録27-1788を援用して

57) 木村・前掲注(48)「戦前の『賃借権に基づく妨害排除』裁判例の検討」231~237頁参照。

58) 木村・前掲注(48)「大審院の迷走」268~271頁。

いるが、これは本判決の論理とニュアンスを微妙に異にしている点である。

大正10年判決は、権利一般のいわゆる不可侵性を前提としている一方で、本判決はそのような不可侵性を前提としていない。「物権タルト債権タルトヲ問ハス第三者カ之ニ対シ不法行為ヲ繰返ス恐レアル場合ニ於テハ其ノ権利者ニ於テ第三者ニ対シ将来権利侵害ヲ為ス可カラストノ不作為ノ請求権ヲ有スル」との記述は、確かに大正10年判決との連続性を感じさせるが、既に見たように、受命判事細野はその著書において、「(引用者注：物権その他絶対権または債権に対する不法行為) 不作為ノ給付請求権ハ物権者カ常ニ第三者ニ対シ有スルモノニ非ス」として、不作為請求権の根拠を権利の不可侵性に求めておらず、「第三者ハ此等ノ権利ヲ不法ニ侵害シ且ツ将来尚ホ繰返サルル恐レアル場合ニ……ハ之ヲ保護スヘキ正当ノ理由アルモノト為スヘキヲ以テ不作為ノ給付請求権発生スルト同時ニ訴権ヲ有スルニ至ルモノナリ」としている。このことから、本判決が、大正10年判決の系統に属するものではないと評価した旧稿での結論の正しさが論証されることになる。そうすると、本判決が大正10年判決を援用した意味が問われることになるが、それは、「侵害された権利が物権であるか債権であるかに関係なくその侵害の妨害排除請求が認められる」という点について大正10年判決との共通性がみられるからであろう⁵⁹⁾。しかし、本判決と大正10年判決との間に看過しえない理論上の相違があることは、本判決の受命判事である細野の視点で本判決を再読すれば明らかである。

2-3-2. [3-17]——三橋久美

2-3-2-1. 分析視角の設定

本判決は、『新版注釈会社法』において、① 定款の意義⁶⁰⁾、② 定款を記載した書面の体裁⁶¹⁾、③ いわゆる違式の株式申込証による申込みの効力⁶²⁾、④ ③の無効主張の時期⁶³⁾、⑤ 設立無効判決確定前の法律関係⁶⁴⁾を示したものとして紹介さ

59) 舟橋諄一ほか編『新版注釈民法(6) (補訂版)』(平21, 有斐閣) 132頁 [好美清光] は、「(引用者注：大正10年判決のような) 公法上の占有権についての諸判決が学説によって私法上の純然たる債権と同一視され、媒介とされたのか、さらに転じて通常の不動産賃借権にも本権的妨害排除請求権を肯定した」とする。

60) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(1)』(昭60, 有斐閣) 195頁 [大沢康孝], 同『新版注釈会社法(2)』(昭60, 有斐閣) 55頁 [中西正明]。

61) 前掲注(60)『新版注釈会社法(2)』62頁 [中西]。

62) 前掲注(60)『新版注釈会社法(2)』336頁 [志村治美]。

63) 前掲注(60)『新版注釈会社法(2)』188頁 [前田重行]。

64) 上柳ほか編『新版注釈会社法(3)』(平2, 有斐閣) 357頁 [山口賢]。

れている（公刊物から削除されている、⑥「欠点があるため無効となった定款は、後日その欠点を補充したとしても遡及的に有効なものとはならない」とした点もこれらに加えてよいだろう）。ここでは、③につき、受命判事三橋久美⁶⁵⁾の視点から、少し立ち入った検討を加えることにしたい。

2-3-2-2. 商法142条をめぐる問題状況

当時の商法142条は、「会社カ前条第一項ノ規定ニ従ヒ本店ノ所在地ニ於テ登記ヲ為シタル後ハ株式引受人ハ詐欺又ハ強迫ニ因リテ其申込ヲ取消スコトヲ得ス」として、会社設立登記後の株式引受人による取消しの主張を制限していた。本件は、引受人が、会社設立登記後に、株式申込証の作成年月日が実際の実事に符合しないとして申込みの無効を主張したもので、原審は142条の類推適用を否定して引受人の主張を認め、三橋が受命判事となった大審院第三民事部でも、「商法第四百二十二条ハ詐欺強迫ヲ事由トスル取消ニ限リ特ニ之ヲ許ササルニ過キサルモノナレハ該規定ヲ類推解釈シ無効ノ場合ニ迄及ホシ設立登記後ハ絶対ニソノ主張ヲ為スヲ得スト解スルカ如キハ当ラス」として原審の判断が維持された。したがって、結論的には、142条の類推適用が否定されたことになる。

142条を無効主張の場合に類推適用することができるかという点について判断を下した大審院判決は、本判決以前には存在しないようである。これ以前に、株式引受けにつき法律行為の要素に関する錯誤があったとして引受人がその無効を主張したが、「株式申込ニ付錯誤アルモ特定ノ相手方ニ対スル意思表示ニ付定タル民法総則ノ規定ニ依リテ其ノ効力ヲ律スルコトヲ得サルモノトス」としてこれを排斥した大(一民)判昭2・6・20民集6-354があるが、これは142条の類推適用が問題となった事案ではない。また、142条の類推適用により、会社設立登記後には株式申込証の欠点に基づく申込みの無効の主張を認めないとする学説⁶⁶⁾も当時相当に有力で

65) 三橋久美の略歴は次の通り（主に『日本法曹界人物事典 第3巻・第4巻』[平7, ゆまに書房]等の三橋久美の記事による)。明治6年11月、東京市生まれ。明治34年7月に東京帝国大学法科大学卒業、翌年3月に司法官試補(東京区裁判所詰)。その後、東京地方裁判所判事、東京控訴院判事、東京地方裁判所部長、東京控訴院部長を経て、大正13年1月、大審院判事に就任し、昭和8年1月には部長。昭和11年11月に停年により退職し、昭和18年4月、71歳で没。

66) 松本丞治「商法雑題(ハ) 法学新報37巻8号(昭2)1頁以下、竹田省「判批(大[一民]判昭2・6・20) 法学論叢19巻4号(昭3)146頁以下、田中耕太郎『再訂増補会社法概論』(昭7, 再訂4刷, 岩波書店)362頁など。特に、田中は、ドイツ法においては、商法142条のような規定が欠けているが、判例・学説は、会社設立登記後において意識、

あり、その点では、大審院の立場を明確にするためにも、本判決を民集に登載する意義はあったものと思われる。

2-3-2-3. 商法142条の改正

ところが、このとき内閣総理大臣の下に商法改正を目的として法制審議会が設置されており（昭和4年5月）、既にここで商法改正の検討が始まっていた。法制審議会ではおよそ150回の審議が重ねられ、昭和6年7月、「商法改正要綱」が若槻禮次郎首相（当時）に提出された。

この「要綱」によれば、142条については、「株式引受ノ無効ハ株式引受人カ創立総会ニ出席シ其権利ヲ行使シタルトキハ又ハ会社設立後ニ於テ株主トシテノ権利ヲ行使シ若クハ義務ヲ履行シタルトキハ之ヲ主張スルコトヲ得サルモノトスコト」⁶⁷⁾とされ、その趣旨は、「株式引受ノ無効ノ主張ヲ適当ニ制限スルハ寧ロ必要ノ事ニ属スヘク既ニ株式引受人又ハ株主トシテ其権利ヲ行使シ又ハ義務ヲ履行シタル以上ハ株式引受ノ無効ヲ主張スルコトヲ得サルモノトスルヲ可トスヘシ」⁶⁸⁾と説明されていた。

これを受けて、昭和7年11月には司法省内に商法総則会社法改正委員会が設置され、ここでやはり150回ほどの審議を経て、第73帝國議会の協賛を受け、昭和13年4月に「商法中第一編第二編改正法」が公布された。

改正法では、142条は、新191条として、「株式ヲ引受ケタル者ハ会社ノ成立後ハ錯誤若ハ株式申込証ノ要件ノ欠缺ヲ理由トシテ其ノ引受ノ無効ヲ主張シ又ハ詐欺若ハ強迫ヲ理由トシテ其ノ引受ヲ取消スコトヲ得ズ創立総会ニ出席シテ其ノ権利ヲ行使シタルトキ亦同ジ」となった。改正の理由については、「本条ハ現行法第四百二十二条ノ規定ヲ改正シタルモノナリ、引受無効ノ主張ニ関シ現行法ノ不備ヲ補ヒ尚設立総会ニ於テ引受人トシテノ権利ヲ行使シナガラ其ノ後ニ於テ引受ノ無効又ハ取消ヲ云フスルガ如キハ之ヲ正当ナル主張ト目スベカラザルニヨリ後段ニ其ノ趣旨ヲ明ニセリ」⁶⁹⁾と説明され、大審院判事梶田年は、「株式ノ引受ヲナシタル発起人……株式申込証ニ依リ株式ノ申込ヲ為シ割当ニヨリ株式ノ引受ヲ為シタル者……ハ、民

↘してなされた申込みは、錯誤、詐欺、強迫、心裡留保、虚偽表示等の理由によってはこれを取り消すことができないとし、学者はこれを商慣習法と認めていると指摘している。

67) 法制審議会「諮問第一号 商法改正要綱 第一編総則・第二編会社」（昭6）23頁。

68) 法制審議会「商法改正要綱（第一編総則・第二編会社）説明書」（昭6）35頁。

69) 司法省民事局編『商法中改正法律案理由書（総則・会社）』（昭12、清水書店）104～105頁。

法法律行為ノ総則規定ニ適用ニ依リ、右ノ引受ノ錯誤ニ因ル無効ヲ主張シ……、又ハ詐欺若ハ強迫ニ因ルコトヲ理由トシテ取消シ得ベク……、尚又株式申込証ノ要件ノ欠缺ヲ理由トシテ引受ノ無効ヲ主張シ得レドモ……、右ノ無効又ハ取消ノ主張ヲ長期ニ亘リ認容スルトキハ、発起人ノ責任ヲ過大ニシ……、又会社ノ安固並ニ会社債権者ヲ害スルニ至ルヲ以テ、例外トシテ設立登記ニ依リ会社が成立シタル……後ニ於テハ、最早右ノ無効又ハ取消ヲ主張スルヲ得ザルモノトセリ⁷⁰⁾との註釈を付している。

このように、改正法では、結果的には、無効の主張を大きく制限する考え方が立法化されることとなった。本判決が民集登載の対象とならなかったことには、こうした事情が影響していた可能性も否定できない⁷¹⁾。

2-3-2-4. 三橋久美による商法142条の解釈

142条改正への流れができてつつある中、本判決で142条類推適用否定論を採用した受命判事三橋久美は、明治末期の明治大学での講義で、142条につき、次のような説明を加えていた⁷²⁾。

申込ノ意思表示カ錯誤ニ因リテ無効ナルトキハ如何此場合ニハ申込人ハ会社ノ成立又ハ不成立ニ関係ナク株式ノ申込人トシテ義務ヲ負担スルモノニ非ラス尤モ此場合ニ会社ノ設立カ無効トナルヤ否ヤノ重大ナル問題ヲ生スル (95頁)

我商法ニ於テハ……法律ノ精神ハ直ニ (引用者注：会社の成立を) 無効トスルモノニ非ラサルコトヲ認ムルニ足ル規定アリ即チ第四百四十二条ニ依レハ創立總會終結ノ日ヨリ設立登記ヲ為スニ至マテノ間ニ於テ或場合ニハ株式引受人カ其申込ヲ取消シ得ルコトヲ認メタルコト明ナリ然ラハ其取消シタル結果当然引受ナキ株式ヲ生スヘシ然ルニ法律ハ此場合ニ会社カ不成立ナリト云ハス故ニ株式ノ一部ニ引受ナキモノアリテモ直ニ会社ノ成立ヲ妨クルモノト云フ法律ノ精神ニ非ラサルコトハ之ヲ窺フニ足ルヘシ (107頁)

之ヲ要スルニ会社ノ成立ノ無効ハ可成制限的ニ解釈スルヲ可トス苟クモ定款カ

70) 梶田年『註釈叢書改正商法総則会社法』(昭14, 法文社) 156頁。

71) [3-1] (受命判事水口吉蔵) も、「商法ノ規定上株式会社ノ設立手續ノ欠缺ヲ事由トシテ株主カ株式申込ノ無効ナルコトヲ主張スルニ付其ノ時期ニ制限アルコトナ (シ)」として、本判決と同じく無効主張には制限がないとする立場を明確にしているが、やはり同様の理由から民集への登載を見送られたのかもしれない。

72) 三橋久美 (講述)『会社法完』(明45, 明治大学出版部)。

完全ニシテ法定ノ株主カ存スル以上ハ仮令其他ノ点ニ於テ法律ノ規定ニ適ハサルモ会社ノ成立ヲ重シ軽々ニ之ヲ動カサルヲ可トス（108頁）

この説明の時点では、三橋は、会社設立の無効はこれをなるべく制限的に解釈すべきであるから、仮に株式申込みが錯誤等により無効であっても、必ずしもこれにより会社設立が無効となるわけではないと解し、その根拠を、142条が申込みの取消しの場合には会社が不成立となると明定していない点に求めている。すなわち、142条は、「株式の一部に引受けがなければ、直ちにそれが会社の成立を妨げるものとなる」という精神を示したものではないというのである。

株式申込みの無効と会社設立の無効とを区別して考える三橋においては、株式申込みの無効を広く認めても差し支えないこととなりそうだが、広く認めれば当然株式を引き受ける者が皆無になりうるのだから、三橋も一定の制限が必要なこと自体はこれを認めている（107頁）。ただ、「幾何ノ不足マテハ可ナルヤト云フニ之ニ答フルコト實際上容易ナラス会社ノ目的ヲ達スルニ必要ナル丈カ引受ケラルレハ可ナリト答フルノ外ナカラン只併シスノ如ク解スルトキハ各場合ニ付定メサルヘカラスシテ之ヲ定ムルノ困難ナルコトハ之ヲ認メサルヘカラス」（107～108頁）、三橋自身もその線引きの難しさを認識している。

以上を踏まえ、三橋の考え方を要約すると、「142条の文言から原則として申込みの無効主張はいつでも可能だが、それにより会社設立の目的を達することができない場合には制限されうる」というところになる。

2-3-2-5. 判決再訪

本判決が、「株式申込証ニ欠缺アリテ為メニ株式引受カ無効タル以上ソノ引受人カ仮令設立総会ニ出席シテ議事ニ加ハリ若クハ払込ヲ為シタル事実アリトスルモ之カ為メ引受ノ無効ヲ会社ニ対シテ主張シ得サルモノニ非ス」（上告論旨第五点に対する判断）とした点は、株式申込みの無効と会社設立の無効とを区別する三橋の考え方がよく表れている。「商法第百四十二条ハ詐欺強迫ヲ事由トスル取消ニ限り特ニ之ヲ許ササルニ過キサルモノナレハ該規定ヲ類推解釈シ無効ノ場合ニ迄及ホシ設立登記後ハ絶対ニソノ主張ヲ為スヲ得スト解スルカ如キハ当ラス」（上告論旨第六点に対する判断）も同様である。

三橋が無効主張を認めたということは、これにより会社設立の目的が達せられないこととなるわけではないという判断が根底にあることを意味している。本判決では、上告論旨第一点に対する判断において、「原審カ右日時ニ於テハ法定数ノ發起人ノ署名ヲ欠キタル結果定款ハ未タ存在セサリシモノナリト判断セシハ正当ト云ハ

サルヘカラス」, さらに第二点に対する判断において, 「原審カ発起人中僅ニ三名ヲ除キ爾余ノ者カ総テ本文ヲ承認セスシテ単ニ署名シタルニ過キサル事実ヲ認定シ以テ定款ノ効力ナキコトヲ判示セル以上毫モ曩ニ為シタル差戻判決ノ趣旨ニ反スルコトナシ」とされており, 申込みの無効を問題とする以前に, 会社設立が無効であるとの判断が既になされている。したがって, 無効主張を認める障碍は何もなかったことになる。

このように, 受命判事の視点から判決を再読することにより, その判決の論理構造や理論的背景がさらに鮮明に浮き上がる。本判決と先の三橋の説明との間にほぼ20年の隔絶があることを差し引いても, こうしたアプローチの重要性はより強く認識されるべきであろう。

【訂正】 以下の通り, 旧稿に誤記があったので, ここにおわびして訂正する。

- (1) 木村「大審院（民事）判決の基礎的研究・1——判決原本の分析と検討（序・大正14年11月分）——」立命館法学335号（平23）550頁注35の「昭和19年, 71歳で没」は「昭和21年, 71歳で没」の誤りである。
- (2) 木村「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）——」立命館法学338号（平23）499頁注39の「大河継夫」は「大河純夫」の誤りである。

* 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。