

◇ 研究ノート ◇

大審院 (民事) 判決の基礎的研究・11

——判決原本の分析と検討 (大正11年3・4月分)——

木 村 和 成*

目 次

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

1 大正11年3月分大審院民事判決原本の内容

原本(2冊)には、94件の判決原本が収められている(なお、表中の「No」は原本に付された整理番号。事件記録符号(オ)はすべて省略。)

分	NO	日付	事件番号	主文	部	受命	事件名	原 審	掲 載 誌
1	1	3・1	大11-53	棄却	3	横村米太郎	売掛代金	山口地判 大10・11・9	
1	2	3・1	大11-71	棄却	3	長谷川菊太郎	建物所有権 移転登記手 続	東京控判 大10・11・10	
1	3	3・1	大10-726	棄却	3	成道齊次郎	損害賠償	盛岡地判 大10・6・23	
1	4	3・1	大11-68	棄却	3	成道齊次郎	不動産所有 権移転	長崎控判 大10・10・22	

* きむら・かずなり 立命館大学法学部教授

1	5	3・1	大 11-56	棄却	3	成道齊次郎	強制執行異議	大阪控判 大 10・11・22	民集 1-80 新聞 1985-22 彙報 33上605 評論 11民174
1	6	3・2	大 11-58	棄却	2	大倉鈕藏	養子縁組無効確認	函館控判 大 10・10・13	
1	7	3・2	大 10-908	破毀 差戻	2	大倉鈕藏	土地所有権 並ニ地盤確認	福島地判 大 10・10・7	
1	8	3・2	大 10-626	破毀 差戻	2	鬼澤藏之助	土地所有権 移転手続	東京控判 大 10・5・30	新聞 1978-19 彙報 33上537 評論 11民153
1	9	3・2	大 11-61	棄却	2	東龜五郎	鉱業権移転 登録抹消	長崎控判 大 10・12・6	
1	10	3・3	大 11-111	棄却	1	山香二郎吉	賃貸物返還	東京控判 大 10・12・13 新聞 1954-17	
1	11	3・3	大 11-78	棄却	1	前田直之助	貸金	松江地判 大 10・10・22	
1	12	3・4	大 11-83	棄却	3	長谷川菊太郎	家屋明渡所有 権移転登記手続並ニ 損害賠償	東京控判 大 10・4・8	
1	13	3・4	大 10-1005	棄却	3	長谷川菊太郎	損害賠償	東京地判 大 10・9・28	
1	14	3・4	大 11-95	棄却	3	長谷川菊太郎	損害賠償	東京控判 大 10・3・5	
1	15	3・4	大 11-98	棄却	3	横村米太郎	家屋明渡	山形地判 大 10・12・1	
1	16	3・4	大 11-89	棄却	3	成道齊次郎	所有権移転 登記手続	大阪控判 大 10・11・21	
1	17	3・4	大 11-92	棄却	3	成道齊次郎	預金	山形地判 大 10・12・8	

1	18	3・6	大10-683	棄却	2	東龜五郎	衆議院議員 選挙異議	広島控判 大10・6・23	
1	19	3・6	大10-968	棄却	2	大倉鈕藏	所有権確認 並ニ抹消登 記移転登記 手続	東京控判 大10・10・21	
1	20	3・6	大10-1010	棄却	2	鬼澤藏之助	売買無効確 認並ニ所有 権移転登記 抹消手続	徳島地判 大10・11・10	
1	21	3・6	大10-851	棄却	2	大倉鈕藏	貸金	長野地判 大10・9・3	民集1-85 新聞1990-20 彙報33上673 評論11民108
1	22	3・7	大11-33	棄却	1	榊原幾久若	家屋明渡	名古屋地判 大10・11・25	
1	23	3・7	大10-946	棄却	1	尾古初一郎	損害賠償	東京控判 大10・7・7	
1	24	3・7	大11-114	棄却	1	前田直之助	櫻丸太類還 付	山形地判 大10・12・8	
1	25	3・7	大11-90	棄却	1	前田直之助	違約金	大阪控判 大10・12・1	
1	26	3・7	大11-27	棄却	1	山香二郎吉	所有権確認 及登記抹消	函館地判 大10・12・2	
1	27	3・8	大10-978	棄却	3	成道齊次郎	伊予餅代金	広島控判 大10・10・29	
1	28	3・9	大10-644	破毀 差戻	2	大倉鈕藏	土地明渡	東京地判 大10・5・31	新聞1984-17 彙報33上636
1	29	3・9	大10-767	棄却	2	東龜五郎	損害金	長崎控判 大10・6・14	
1	30	3・9	大10-800	破毀 差戻	2	大倉鈕藏	貸金	福岡地判 大10・6・25	

1	31	3・9	大11-100	棄却	2	鬼澤藏之助	材木売渡代金	静岡地判 大10・10・13	
1	32	3・10	大10-493	棄却	1	山香二郎吉	保証債務履行	徳島地判 大10・3・31	
1	33	3・10	大11-120	棄却	1	尾古初一郎	不動産所有権移転登記	広島控判 大10・12・3	
1	34	3・11	大10-987	棄却	3	横村米太郎	建物所有権確認登記抹消	大阪控判 大10・10・24	
1	35	3・13	大11-136	棄却	2	鬼澤藏之助	抵当登記抹消	釧路地判 大10・5・20	
1	36	3・13	大10-875	破毀 差戻	2	東龜五郎	手付金返還	山口地判 大10・9・2	新聞1981-19 彙報33上583
1	37	3・13	大10-854	破毀 差戻	2	鬼澤藏之助	弁償金及求償金	宮城控判 大10・7・15	民集1-93 新聞1975-6 彙報33下1 評論11商64
1	38	3・13	大11-85	棄却	2	東龜五郎	入会権侵害	青森地判 大10・12・27	
1	39	3・13	大11-154	棄却	2	大倉鈕藏	預ヶ金	仙台地判 大10・12・26	
1	40	3・13	大10-872	棄却	2	大倉鈕藏	親族会決議無効	広島控判 大10・9・20	民集1-102 新聞1992-22 彙報33上692 評論11民229
1	41	3・14	大10-793	棄却	1	山香二郎吉	特許無効抗告審判	特許局審決 大10・6・23	
1	42	3・14	大11-42	棄却	1	前田直之助	所有権移転登記抹消手続	長野地判 大10・10・22	

1	43	3・15	大10-846	破毀 差戻	3	成道齊次郎	所有權確認 並所有權移 転登記	大阪控判 大10・8・25	民集1-104 新聞1982-22 彙報33上629 評論11訴112
1	44	3・15	大11-155	棄却	3	成道齊次郎	立替金	山口地判 大10・11・25	
1	45	3・15	大10-453	棄却	3	長谷川菊太郎	強制執行異 議	名古屋控判 大10・4・19	
2	1	3・16	大11-103	棄却	2	東龜五郎	土地境界確 認	熊本地判 大10・11・8	
2	2	3・16	大10-989	棄却	2	鬼澤藏之助	売掛代金	大阪控判 大10・10・28	
2	3	3・16	大10-992	棄却	2	大倉鈕藏	小作米	福島地判 大10・11・11	民集1-109 新聞2011-22 彙報33下15 評論11民177
2	4	3・16	大11-127	棄却	2	東龜五郎	損害賠償	東京控判 大10・7・26 新聞1915-21 評論10諸275	評論11諸70
2	5	3・17	大10-565	破毀 差戻	1	山香二郎吉	建物所有權 移転登記手 続	広島控判 大10・5・10	新聞1983-17 彙報33上608
2	6	3・17	大11-96	棄却	1	尾古初一郎	約束手形金	宮城控判 大10・11・8	民集1-111 新聞1987-20 彙報33上648
2	7	3・18	大11-14	棄却	3	成道齊次郎	土地所有權 移転登記抹 消	東京控判 大10・6・27	
2	8	3・18	大10-873	棄却	3	長谷川菊太郎	契約履行	東京控判 大10・8・4	
2	9	3・18	大11-26	棄却	3	横村米太郎	約束手形金	名古屋控判 大10・11・19	

立命館法学 2017 年 1 号 (371号)

2	10	3・18	大11-47	棄却	3	長谷川菊太郎	土地境界確認	水戸地判 大10・11・26	
2	11	3・20	大11-142	棄却	2	大倉鈕藏	損害賠償	長崎控判 大10・11・16	
2	12	3・20	大11-133	棄却	2	東龜五郎	定期米売買 計算金	大阪控判 大10・12・10	
2	13	3・20	大10-794	棄却	2	東龜五郎	実用新案登 録無効審判	特許局審決 大10・6・23	
2	14	3・22	大11-170	棄却	3	成道齊次郎	株式代金請 求	長崎控判 大10・11・30	
2	15	3・22	大11-161	棄却	3	横村米太郎	土地所有権 移転登記抹 消手続	水戸地判 大10・12・24	
2	16	3・22	大11-5	破毀 差戻	3	横村米太郎	土地所有権 移転登記及 抵当権設定 登記等抹消	東京控判 大10・9・30 評論10民934	民集1-115 新聞2010-21 彙報33下9
2	17	3・22	大10-948	破毀 差戻	3	横村米太郎	立木伐採並 木材搬出差 止	水戸地判 大10・10・20	新聞1990-22 彙報33上681 評論11民266
2	18	3・23	大11-4	棄却	2	東龜五郎	土地建物所 有権移転登 記抹消登記 手続	長崎控判 大10・9・30	
2	19	3・23	大11-7	棄却	2	大倉鈕藏	建物撤去	仙台地判 大10・11・30	
2	20	3・24	大10-928	破毀 差戻	1	前田直之助	貸金	鹿児島地判 大10・8・30	新聞1988-18 彙報33上666
2	21	3・24	大11-21	棄却	1	榑原幾久若	約束手形金 請求為替訴 訟	横浜地判 大10・12・3	
2	22	3・24	大11-93	棄却	1	榑原幾久若	家屋明渡	東京控判 大10・12・9	

2	23	3・24	大10-772	破毀 差戻	1	前田直之助	売買代金返 還	東京控判 大10・8・29 新聞1908-19	
2	24	3・24	大10-895	棄却	1	榊原幾久若	契約金	大阪控判 大10・9・29	
2	25	3・24	大10-949	棄却	1	山香二郎吉	請求ニ関ス ル異議	福島地判 大10・10・21	
2	26	3・24	大11-87	棄却	1	山香二郎吉	売掛代金	大阪地判 大10・9・30	
2	27	3・24	大11-99	棄却	1	山香二郎吉	家督相続回 復	東京控判 大10・11・30	
2	28	3・25	大10-954	破毀 差戻	3	成道齊次郎	土地所有権 移転登記手 続	松山地判 大10・9・27	民集1-130 新聞1983-18 彙報33上614 評論11民201
2	29	3・25	大11-119	棄却	3	長谷川菊太郎	建物取去土 地明渡	札幌地判 大10・11・29	
2	30	3・27	大10-668	破毀 差戻	2	大倉鈕藏	鯷売買契約 履行	山形地判 大10・6・2	
2	31	3・27	大11-25	棄却	2	東龜五郎	約束手形金	大阪控判 大10・11・11	
2	32	3・27	大11-82	棄却	2	大倉鈕藏	強制執行異 議	東京控判 大10・11・8	
2	33	3・27	大11-28	棄却	2	東龜五郎	貸金	東京控判 大10・11・22	
2	34	3・27	大11-146	棄却	2	大倉鈕藏	売掛代金	東京控判 大10・12・5	
2	35	3・27	大10-857	棄却	2	岩本勇次郎	認知無効確 認	東京控判 大10・7・28 評論10民950 ¹⁾	民集1-137 評論11民240

1) 一審は、東京地判大9・9・24評論9民986。

2	36	3・29	大 11-191	棄却	3	長谷川菊太郎	仮処分取消申立	大阪控判 大 10・12・22	
2	37	3・29	大 10-1002	棄却	3	成道齊次郎	北井菊松背任詐欺横領被告事件ノ公訴ト付帯スル私訴	神戸地判 大 10・10・24	
2	38	3・29	大 11-35	棄却	3	長谷川菊太郎	土地所有権移転登記履行	盛岡地判 大 10・11・10	
2	39	3・29	大 11-86	棄却	3	菰渕清雄	建物所有権確認明渡並ニ損害賠償	東京控判 大 9・10・29	
2	40	3・29	大 10-939	破毀差戻	3	横村米太郎	詐害行為取消	岐阜地判 大 10・10・12	
2	41	3・29	大 11-65	破毀差戻	3	横村米太郎	損害賠償	東京控判 大 10・10・12 評論 10民1176	新聞 1982-19 彙報 33上618 評論 11民264
2	42	3・30	大 11-19	棄却	2	東龜五郎	貸金	安濃津地判 大 10・10・13	
2	43	3・30	大 11-160	棄却	2	大倉鈕藏	養子縁組無効確認	大阪控判 大 10・12・14	
2	44	3・30	大 11-37	棄却	2	東龜五郎	地所建物所有権移転登記手続	長崎控判 大 10・12・6	
2	45	3・30	大 10-731	破毀差戻	2	東龜五郎	違約損害金及保証金請求ノ本訴並ニ違約損害金ノ反訴	函館控判 大 10・6・28	新聞 1987-22 彙報 33上656
2	46	3・31	大 10-916	棄却	1	前田直之助	損害賠償	東京控判 大 10・8・9 評論 10訴427	

2	47	3・31	大10-970	破毀 差戻	1	山香二郎吉	所有権確認 並所有権取 得登記抹消 手続	広島控判 大10・10・6	
2	48	3・31	大10-1003	破毀 差戻	1	榑原幾久若	所有権移転 登記手続	宮城控判 大10・11・1	新聞1992-21 彙報33上686
2	49	3・31	大11-9	棄却	1	榑原幾久若	手付金取戻 及損害賠償	大阪控判 大10・11・2	

※注——「掲載誌」の「新聞」は法律新聞,「彙報」は判例彙報,「評論」は法律評論を指す。

94判決中, 破毀18件, 棄却76件となっている。

2 大正11年3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94判決のうち10件が大審院民事判決集（民集）に登載されている²⁾。このうち6件（[1-5]・[1-21]・[1-37]・[1-40]・[1-43]・[2-3]）は, いずれも判示事項につき大審院の先例がないものばかりであり, それゆえに民集に登載されることになったものと推測される。

これに対し, 以下の4件については, 先例との関係等を踏まえて民集登載が決定されたものと考えられる（以下の【判示事項】・【判決要旨】はいずれも民集記載のものであり, 【数字】はすべて上の表の【No】に対応している）。

[2-6]

【判示事項】 手形保証人ト催告ノ抗弁及檢索ノ利益トノ關係

【判決要旨】 一 手形保証人ハ其ノ手形行為ニ因リ獨立シテ債務ヲ負債スルモノナルカ故ニ手形保証人ノ債務ハ民法上ノ通常保証ノ如ク補充的債務ニ非ス從テ手形保証人ハ民法上ノ通常保証人カ其ノ債務ノ補充性ニ基キ有スル催告ノ抗弁及檢索ノ利益ヲ有セサルモノトス

二 手形保証人ニシテ右ノ利益ヲ有セサル以上ハ此ノ利益ヲ有トヲ前提トスル民法第四百五十五条ノ規定ハ手形保証人ニハ其ノ適用ナキモノトス

2) この10件はすべて他の公刊物にも掲載されている。

判決要旨第一点については、先例として大(一民)判明37・3・5民録10-301が援用されている。この判決は、「手形上ノ債務ヲ保証スル者ハ主タル債務者ト同一ノ責任ヲ負担スルモノニシテ手形所持人ハ主債務者ト保証人トノ何レニ対シ支払ノ請求ヲ為スモ其随意」であるとするものだが、催告の抗弁権及び検索の抗弁権が認められないことについては明示的に言及していない。そのため、そのことを明確に示した大審院の新判断として、本判決が民集掲載判決とされることになったものと思われる。なお、同第二点も大審院の新判断である。

[2-16]

[判示事項] 詐欺ニ因ル売買契約ノ要素ノ錯誤

[判決要旨] 土地ノ買受申込人カ其ノ所有者ニ対シ売買代金ノ全部ヲ売買登記ト同時ニ支払フヘシト詐リ申込ミ同人ヲ欺罔シテ売買契約ヲ締結セシメタル場合ニ於テ若シ其ノ売主カ右申込ノ如ク売買代金ノ全部ヲ売買登記ト同時ニ支払ヲ受クルコトヲ以テ意思表示ノ主要ナル内容ト為シ若シ此ノ点ニ錯誤ナカリセハ契約締結ノ意思ヲ表示セサルヘク且其ノ表示セサルコトカ一般取引ノ通念ニ照シ至当ナリト認メ得ルトキハ其ノ売買契約ハ要素ニ錯誤アルモノトス

本判決は、要素の錯誤に関する事例判決である。事例判決と目されるものは民集に掲載されにくい傾向にあるが³⁾、にもかかわらず本判決が民集に掲載する価値があると考えられたのは、「売主が、売買代金を支払う意思がないにもかかわらず、買主との間で売買代金を登記と同時に支払うことで合意した場合において、買主が代金を支払わないときには、当該契約は要素の錯誤として無効となる」という事案の特殊性、すなわち詐欺取消ではなく錯誤無効が争われたという点にあるものと思われる(なお、原審は、「登記と代金の支払いを完了すること」を契約の要素とみることはできないと判断している)。

[2-28]

[判示事項] 中間省略登記ノ契約

[判決要旨] 一 所有者甲ヨリ乙ニ不動産ヲ売渡シ乙ハ更ニ之ヲ丙ニ転売シタルモ登記名義ハ依然甲ナル場合ニ於テ登記手続ヲ省略シ直接甲ヨリ丙ニ所有権ノ移転登記ヲ為スニハ乙ノ同意ヲ要スルモノトス

二 右乙ノ同意ヲ得スシテ甲丙間ニ所有権移転登記ヲ為スヘキ契約ヲ為スモ

3) 木村和成「大審院民事判例集(民集)における判決掲載基準について」立命館法学352号(平25)179頁。

其ノ契約ハ無効ナリトス

いわゆる中間省略登記が、現在の真実の権利状態を公示し登記の目的を達することをもって必ずしも無効とはいえないという法理は、本判決にも援用されている多数の先例が既に示しているところである⁴⁾。しかし、刑事部では、これらの先例と同時期に「当事者間ニ直接所有権移転ノ行為存在セサルニ拘ハラス恰モ其行為存在スルモノノ如ク虚偽ノ事実ヲ記載セル登記申請書ヲ提出シ之ニ因リ登記官吏ヲシテ登記簿ニ不実ノ記載ヲ為サシメタル行為ハ公正証書タル不動産登記簿ノ有スル公ノ信用ヲ害スルモノニシテ刑法第一百五十七条ノ犯罪（公正証書原本等不実記載罪：引用者注）ヲ構成スルモノトス」とする判決⁵⁾も登場しており、中間省略登記が刑法上の犯罪を構成するという刑事部の立場と、中間省略登記を目的とする契約が「法令ノ規定ニ反スルニ非サルヲ以テ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルモノニモ非スシテ有効」⁶⁾とする民事部の立場が対立している状況にあった。

そのような中で、本判決は従来の民事部の立場を踏襲しつつ、中間省略登記の有効要件として新たに「中間者の同意」を掲げたものである。民集登載の可否を判断する大審院判例審査会は、判例統一の意図をもって設置されたものであるから⁷⁾、本判決を民集に登載することによって、大審院の立場が、中間者の同意を要件として中間省略登記を有効とする見解に統一されたことを示したとみるべきであろう⁸⁾。

[2-35]

【判示事項】 認知ニ対スル反対ノ事実ノ主張

【判決要旨】 一 子其ノ他ノ利害関係人ハ認知カ真実ニ反スルノ事由ニ基キ訴ヲ以テ其ノ無効ヲ主張スルコトヲ得ルモノトス

二 子以外ノ利害関係人カ認知無効ノ訴ヲ提起セントスル場合ニ於テ認知ヲ為シタル父又ハ母ノ既ニ死亡セルトキハ認知ヲ受ケタル子ヲ以テ被告ト為スコ

4) もっとも、これ以前には否定例もあった。例えば、大（一民）判明44・5・4民録17-260など。

5) 大（一刑）判大8・12・23刑録25-1491。

6) 大（一民）判大10・4・12民録27-703。

7) 木村・前掲注(3)153頁。

8) 刑法学においては、本判決の後、刑事判決においては中間省略登記について刑法157条の適用を認めたものはないため、上記の刑事部判決は実際上判例変更されていると解して差し支えないであろうと評価されている（団藤重光編『注釈刑法(4)各則(2)』〔昭40、有斐閣〕149頁〔大塚仁〕）。

トヲ得ヘキモノトス

三 認知カ真実ニ反スルコトヲ理由トスル認知無効ノ訴ハ其ノ性質創設ノ訴ニ属スルモノトス

本判決以前の下級審は、不実認知につき、当然無効説に立っていたが⁹⁾、本判決が民集に登載されることにより、大審院の立場として形成無効説が示されることになった。

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

[1-8]・[2-4]には「登載」の朱印が押されているものの、これらの判決は民集には掲載されていない（[1-8]の判決全文は法律新聞で確認可能）。

まず、[1-8]は、「売渡抵当」の意義¹⁰⁾に言及した上で、「売渡抵当」として地所を債権者に譲渡した債務者による債務弁済後の自己に対する所有権移転登記請求を否定した原判決を破毀したものである。この時期、売渡抵当ないし売渡担保については相当数の判例の蓄積があり¹¹⁾、大審院の立場は「不動産ノ売渡抵当又ハ売渡担保トハ売買ノ形式ニ依リ不動産ヲ担保ニ供スル一切ノ行為ヲ汎称スルモノナレハ其内容及ヒ効力ハ常ニ一定スルモノニ非シテ当事者ハ法規ニ違反セサル限り契約自由ノ原則ニ従ヒ担保ノ目的ヲ達スルニ適當ナリト思量スル法律関係ヲ設定シ得ルモノトス」¹²⁾というところに落ち着いていた。本判決も基本的にはこの立場を踏襲するものであり、結果的に民集に登載されなかった理由はこの点にあると思われるが、当初登載予定とされていたのは、「民集」に登載することにより、この立場を「判例」として打ち出す意図があったのかもしれない。

次に、[2-4]は、郵便局員が書留郵便物を窃取した事案で、郵便官署が郵便物の取り扱いに関し差出人に対してその損害を賠償するのは郵便法33条（当時）に列挙された場合に限られること、同条1号の「亡失」は故意・過失を問うものではないことを示したものである。いずれも条文から直ちに導きだすことのできる解釈であり、民集登載の必要性はなかったものと思われる。

9) 中川善之助＝米倉明編『新版注釈民法(23)親族(3)』（平16、有斐閣）375頁〔前田泰〕。

10) この点については、受命判事（鬼澤藏之助）の観点からの分析（本稿2-3.）もあわせて参照されたい。

11) 近江幸治『担保制度の研究』（平元、成文堂）114頁以下参照。

12) 大(三民)判大5・7・12民録22-1374の判決要旨。

2-1-2-2. 破毀判決

民集不登載判決の中には、2-1-2-1. で紹介した [1-8] のほか14件の破毀判決がある。

まず、公刊されている判決は8件ある。このうち、[2-41]（新聞表題：双務契約ト弁済提供）には判決理由で援用されている先例があり、[2-20]（同：制限外ノ利息ト法律上ノ充当）は自身の判示を「当院ノ判例」¹³⁾であるとしている。その他の6件（[1-28]〔新聞表題：契約ノ種類ト理由不備〕・[1-36]〔同：履行期間ノ指定ト矛盾〕・[2-5]〔同：買戻ト再売買ト主張ノ真意〕・[2-17]〔同：山林ノ境界ト水路ノ変更ト係争木〕・[2-45]〔同：争ヒタル事実ト争ヒナキ事実〕・[2-48]〔同：判決ト証拠方法ノ遺脱〕）については、いずれについても同旨の先例は見当たらないが、必ずしも重要度の高い判断、すなわち先例となりうる準則を示しているとはいえないので、民集への登載が見送られたものと推測される。

次に未公刊判決である6件のうち、[2-23]は二審判決が公刊されている（新聞表題：舶来双眼鏡用品ト製作注文／見本製作注文ト実用ニ供シ得ベキ程度／普通使用ノ堪ヘザルモノト悪意／注文品取替ノ催告ト相当期間）。これは、買い受けた双眼鏡用プリズム・レンズが実用に耐えるものではなかったため、買主が催告の上売買契約を解除した事案で、二審は買主の解除を認めたが、大審院は、以下のように述べて、二審が催告期間を相当としたことに理由不備の違法があるとして原判決を破毀した（ただし、一読して分かるように、民集に登載する価値のある判断が示されているものではない）。

[2-23] 「案スルニ原判決ニハ被告（控訴人）ノ為シタル催告ノ期間ハ短キニ失セストノ理由トシテ『本件契約ノ趣旨ハ被告（原告）ニ於テ自ら注文品ヲ製作スルコトヲ要件トセサルヲ以テ四日ノ期間ヲ定メテ為シタル控訴人ノ催告ハ相当ナラズト謂フコトヲ得ス』ト判示シアリ此判示ノ意味ハ原告ニ於テ他ヨリ既製品ヲ取得シ来リタル上之ヲ被告ニ供給スルモ亦約旨ニ反セサルヲ以テ之カヲ為メニハ四日ノ期間ヲ以テ十分ナリト云フニアルコト言ヲ俟タス而モ此既製品カ坊間ニ存ストノコトハ恰モ原告ノ抗争スルコロニシテ這ハ原判決事実中ニ摘示シアル『元来プリズム及ヒレンズハ何レノ製作所ニ於テモ注文ヲ俟チテ初メテ製作ニ従事スルモノナレハ被告（原告）ニ他ヨリ既製

13) 例えば、大(一民)判明35・10・25民録8-134が「制限外ノ利息ニ関スル契約ハ当然無効ナルヲ以テ法律上ノ充当ノ場合ニ於テ制限外ノ利息ニ付キ有効ニ充当スルコトヲ得ヘキモノト為シタル裁判ハ不法ナリ」（判決要旨）としている。

品ヲ買受ケ之ヲ控訴人ニ引渡スコト能ハサルヲ以テ云々』ノ主張ニ照シ明白ナリ然ラハ則原裁判所トシテハ先ツ証拠ニ基キ上告人ノ此主張ヲ排斥シ既製品カ坊間ニ存ストノコトヲ肯定シタル上ニ非サレハ冒頭所掲ノ如キ判断ハ之ヲ為スヲ得サル道理ナルニ拘ハラズ事茲ニ出テス漫然既製品ノ存在ヲ前提トシテ催告期間ノ相当ナル旨ヲ判示シタルハ此事カ抑モ当事者間ノ一争点ナルコトヲ忘レタルカ爾ラサレハ判断ニ理由ヲ付セサルカ孰ニセヨ違法タルヲ免カレス上告ハ理由アルニ依リ民事訴訟法第四百四十七条第四百四十八条各第一項ヲ適用シ主文ノ如ク判決シタリ」(上告理由第一点に対する判断)

以下のその他の5件のうち、[2-40]・[2-47]はいずれも判決理由で援用されている先例があるために、残りの3件は民集に登載する価値のある判断が示されているものではないために、民集への登載が見送られたものと推測される。

[1-7] 「因テ記録ヲ査閲シ本訴ニ於ケル被上告人ノ請求原因ヲ按スルニ被上告人カ第一審ニ於テ大正五年四月中東京大林区署ハ隣接国有原野ト被上告人所有ノ本訴土地三筆トノ境界ヲ査定スルニ当リ被上告人ノ所有地ハ公簿上右国有原野ト訴外A所有山林トノ中間ニ介在スルニ拘ハラズ査定ノ結果被上告人ノ所有地ヲ全然認メス国有地トA所有地トノ境界査定ヲ為シタルニ過キス被上告人ヲ隣接地所有者ト認メサルハ名ハ査定処分ナリト称シ得ルモ實質上査定処分ナリト謂フヲ得ステ其査定ハ實質上無効ナリ依テ本訴ヲ提起シ自己ノ所有権並ニ地盤ノ確認ヲ求メタルコトハ訴状及ヒ大正八年十月八日付準備書面並ニ第一審判決ノ摘示セル所ニ依リテ明ナリ然ルニ原審ニ至リ被上告人カ原判決ノ事実摘示及ヒ理由中ニ摘載ノ如ク上告人国ハ被上告人ノ所有地ニ隣接シテ原野ヲ所有シ居リテ大正五年四月二十六日東京大林区署ハ之カ境界ヲ査定シ大正六年八月中同査定処分ノ通知ヲ為シ確定シタル次第ナルニ大林区署ハ同月中擅ニ前記査定ニ依リテ定マレル境界線ヲ越ヘテ杭ヲ打込ミ之カ為メ従来被上告人ノ所有セシ本件地所ハ全部其存在ヲ失フニ至レルコトヲ主張シ上告人国ニ対シ其所有権並ニ地盤ノ確認ヲ求メタルハ第一審ニ於テハ境界査定処分ヲ無効ナリト主張シ自己ノ所有地ヲ侵害セラレタルコトヲ以テ請求ノ原因ト為シタルヲ原審ニ於テ其査定処分ヲ有効ナリトシ其後ノ私擅ナル界標ノ設置ニ依リテ所有地ヲ侵害セラレタルコトニ変更シタルモノニシテ訴ノ変更ニ外ナラス而シテ控訴審ニ於テハ訴ノ変更ハ相手方ノ承諾アルトキト雖モ之ヲ許ササルコトハ民事訴訟法第四百十三条ノ規定セル所ナレハ原審カ上告人ノ無訴権ノ妨訴抗弁ニ付キ判断スルニハ先ツ此点ヲ審究裁判スヘキモノナルニ事茲ニ出テスシテ漫然被上告人ノ主

張ニ基キ右抗弁ヲ排斥シタルハ重要ナル訴訟手續ニ違背シタルモノニシテ破毀スヘキモノトス依テ他ノ論旨ニ対シ説明ヲ付セス」（上告理由第二点に対する判断）

[1-30] 「因テ按スルニ原審ニ於テ被告上告人カ上告人ハ訴外Aト共同シテBヨリ買受ケタル日用品代金ニ付テハAト連帯シテ支払フコトヲ約シ又A単独ニテ買受ケタル分ニ付テハ其代金支払ニ付キ上告人ハ連帯保証ヲ為シタルモノニシテ代金支払ノ不足ハ右二口合計百六十四円六十五銭五厘ナリト陳述シタルコトハ原判決ノ事實摘示ニ依リテ明ニシテ上告人トAノ共同買受ノ分ニ付テハ上告人ノ連帯債務ヲ主張シAノ単独買受ノ分ニ付テノミ上告人ノ連帯保証ヲ主張シタルモノナリ然ルニ原審カBハ大正五年八月二十日ヨリ同年十一月二十三日迄ノ間ニAニ対シ甲第一号証ノ一乃至三ニ記載スル価格ノ物品ヲ掛売シタル事實ヲ認メ同証ノ三ニ記載スル物品モ亦Aニ売渡シタルモノニシテ同人及ヒ上告人ニ売渡シタルモノニ非サルコトヲ判示シ上告人ニ関スル被告上告人ノ主張ヲ排斥シナカラ上告人カ同証ノ一、二ノミナラス其三ニモ自己ノ印章ヲ自カラ押捺シタルハ即チ上告人ニ於テAノBニ対スル債務ヲ保証スルノ意思ニ出テタルモノト認メ而モ右二口ヲ合セタル金百六十四円六十五銭五厘全部ヲ以テ上告人カ保証シタル債務ノ範圍ニ属スルモノノ如ク判定シ上告人ニ対シ其支払ヒヲ命ジタルハ被告上告人ノ申立テサル事項ヲ採リテ上告人ノ不利益ニ帰セシメ及ヒ理由不備ノ不法アル判決ニシテ破毀スヘキモノトス依テ他ノ論旨ニ対シ説明ヲ付セス」（上告理由第一・二点に対する判断）

[2-30] 「因テ按スルニ原審ニ於テ上告人カ上告人ハ組合員ノ有スル共有權ヲ代表シテ本訴請求ヲ為ス旨ヲ陳述シタルコトハ原判決ノ事實摘示並ニ大正十年五月二十六日付原審口頭弁論調書ニ依リテ明ナルモ其主張ノ主旨タルヤ組合規約ニ因リ組合員ヨリ委任セラレタル權限ニ基キ自己ノ債權名義ヲ以テ組合ノ為メ本訴請求ヲ為スト云フニ在リト解スヘキモノナルコトハ上告人カ同日付証人申請書ヲ提出シ訊問事項トシテ『証人等ハ被控訴人ト共同シ大正元年以來肥鰯肥料製造ノ組合ヲ組織シ温海村大字五十川ニ被控訴人ノ名義ヲ以テ工場ヲ設ケ其規約ニ依リ其債權ノ請求及ヒ訴訟等ハ被控訴人ノ名義ヲ以テ為スコトノ權限ヲ授与シタルコト』ト記載シ該証人ノ訊問ヲ申請シタルト相俟チテ亦明確ナリ然ルニ原審カ上告人ハ外三名ノ組合員ヲ代表シテ組合ニ属スル權利ヲ行使スルコトヲ主張スルモノノ如ク誤認シタル結果總組合員ヲ当事者トシテ表示シ其代表資格ニ於テ為スニ非スシテ上告人一人ヲ当事者ト為シタル本訴ハ不適格ナル旨ヲ判示シ及ヒ上告人ノ証拠申請ヲ却下シタルハ当事者ノ主張ヲ誤解シ且唯一ノ証

拋申請ヲ却下シタル不法アル判決ニシテ破毀スヘキモノトス依テ他ノ論旨ニ対シ説明ヲ付セス」(上告論旨第一点に対する判断)

[2-40] 「因テ按スルニ民法第四百二十四条第一項ハ基本本文ニ於テ汎ク『債権者ハ債務者カ其債権者ヲ知りテ為シタル法律行為ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得』ト規定シ其例外的規定トシテ『但其行為ニ因リテ利益ヲ受ケタル者又ハ転得者カ其行為又ハ転得ノ当時債権者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラサリシトキハ此限リニ在ラス』ト規定スルニ依リテ觀レハ同条ノ規定ニ依ル詐害行為ノ取消ハ債務者カ債権者ヲ害スルコトヲ知りテ法律行為ヲ為シタル以上ハ債権者ニ於テ之ヲ請求スルコトヲ得ルモノニシテ若シ受益者又ハ転得者カ其行為又ハ転得ノ当時債権者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラサリシトキハ例外トシテ其取消ヲ免カレシムルモノト解セサルヲ得ス故ニ受益者又ハ転得者カ其取消ヲ免カレントスルニハ右事實ヲ知ラサリシコトヲ証明スヘキ責任アルモノトス是レ夙ニ当院ノ判例(大正七年(オ)第五五一号同年九月二十六日判決参照)トスル所ナリ原裁判所ノ確定シタル事實ニ依レハ上告人ハ訴外Aニ対シ保証債務弁済ニ依ル求償権ヲ有スル処Aハ他ニ右上告人ノ債権ヲ弁済スル資産ナキニ拘ハラス其唯一ノ財産タル本件土地及借地料等ノ債権ノ買戻権ヲ被上告人ニ売却シ消費シ易キ金銭ニ代ヘタルモノナルカ故ニ該売買ハAカ上告人ノ右債権ヲ害スルコトヲ知りテ為シタル法律行為ナリト為スヘク從テ上告人ハ其取消ヲ請求シ得ヘキモノニシテ若シ受益者タル被上告人ニ於テ其取消ヲ免カレシトスルニハ右売買當時上告人ノ債権ヲ害スルコトヲ知ラサリシ事實ヲ証明スヘキ責任アル筋合ナルニ拘ハラス原裁判所ハ被上告人ニ於テ右責任ヲ尽シタルヤ否ヤニ付キ毫モ言及スル所ナク却テ上告人ニ於テ被上告人ノ右詐害ノ事實ヲ知りタルコトヲ証明セサルノ故ヲ以テ上告人ノ本件売買取消ノ請求ヲ排斥シタルハ不法ニシテ論旨ハ理由アリ原判決ハ全部破毀ヲ免カレス」(上告論旨ニ対スル判断)¹⁴⁾

[2-47] 「依テ按スルニ口頭弁論調書ニ其作成者タル書記ノ捺印ナキトキハ調書ノ形式ヲ具備セサルヲ以テ其調書ハ口頭弁論ノ為規定シタル方式ノ遵守ニ関シ完全ナル証明ノ効力ヲ有セス從テスル口頭弁論ナルモノヲ基本トシタル判決ノ破毀ヲ免レサルモノナルコトハ当院ノ判例(大正六年(オ)第六百一号同年十一月二十七日言渡判決)トスル所ナリ而シテ本件記録ヲ調査スルニ原審ニ於ケル大正十年九月二十九日ノ口頭弁論調書ハ原判決ノ基本タル最終ノ口頭弁論ヲ記載シタルモノナルニ同調書ニハ所論ノ如ク裁判所書記山戸定ノ捺印ナキヲ以

14) 判決理由中に援用の先例は、大(二民)判大7・9・26民録24-1730。

テ原判決ハ此ノ点ニ於テ全部破毀ヲ免レサルモノトス」（上告論旨第四点に対する判断）¹⁵⁾

2-1-2-3. 棄却判決

民集不登載の棄却判決は、既に2-1-2-1. で取り上げた [2-4] を除くすべてが未公刊である。このうち、二審判決が公刊されているものが2件（[1-10]・[2-46]）ある。いずれにおいても二審の判断が維持されているが、[1-10] には上告理由において上告人が新たに主張したと思われる点に対する判断を示した部分があるので、以下に紹介しておく。

[1-10]（二審判決の新聞表題：信託的讓渡ト賃貸借契約ノ成立）「然レトモ仮執行ノ宣言ヲ求ムル申立ハ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ト独立シテ之ヲ為シタルトキハ特ニ之ヲ審査スルノ手續ヲ生スルヲ以テ民事訴訟用印紙法第六條ノニ依リ当事者ヲシテ相当印紙ヲ貼用セシムヘキモノナレトモ判決ヲ受クヘキ事項ト同時ニ其申立ヲ為シタル場合ニ於テハ審理上別段ノ手續ヲ生セサルヲ以テ特ニ印紙ヲ貼用セシムヘキモノニ非サルコトハ当院ノ判例（大正八年（オ）第六百六十号大正八年十一月二十二日判決大正十年（オ）第二百二十号大正十年五月三日判決）トスル所ニシテ被告人ハ第一審ニ於テ訴狀訂正申立書ニ基キ判決ヲ受クヘキ事項ト同時ニ仮執行宣言ノ申立ヲ為シタルモノナレハ被告人カ其申立ニ付キ特ニ其印紙ヲ貼用セスシテ民事訴訟用印紙法第十條ニ依リ二十五錢ノ印紙ヲ貼用シタルハ相当ニシテ違法ト謂フヘキモノニ非ス」（上告論旨第六点に対する判断）¹⁶⁾

本判決が民集登載判決とならなかったのは、判決理由中に援用されている先例があるためであろう。

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

[1-23] 「然レトモ商法第二百七十一條ニ所謂其營業ノ部類ニ屬スル契約トハ營業上為スヘキ契約ヲ指稱スルモノニシテ營業上為シタル契約ノ解除ヲ約スルカ

15) 判決理由中に援用の先例は、大(一民)判大6・11・27民録23-1879。

16) 判決理由中に援用の先例は、大(三民)判大8・11・22民録25-2076。同じく判決理由中に援用されている大判大10・5・3は民録登載判決ではない。

如キハ之ニ属セサレハ商人カ契約解除ノ申込ヲ受ケタル場合ニハ同条ノ適用ナキモノトス……」(上告論旨第一点に対する判断)

「按スルニ双務契約ニ在リテハ当事者ノ一方カ自己ノ債務ノ履行ヲ提供セサルニ於テハ相手方ハ履行遅滞ノ責ニ任セスト雖モ相手方ニシテ其債務ヲ履行スルノ意思ナキト明確ナル場合ニハ一方ハ其債務ノ履行ヲ提供スルコトヲ要セサルヲ以テ此場合ニハ一方カ債務ノ履行ヲ提供セサル場合ニ拘ハラス相手方ハ履行遅滞ノ責ニ任セサル可ラス……」(同第二・三点に対する判断)¹⁷⁾

[1-29] 「然レトモ上告人カ訴外Aヨリ取得シタル権利ハ所論ノ如ク竹材ノ所有権ナリトスルモ竹材ハ土地ト分離セサル間ハ土地ノ構成部分ヲ為シ不動産タル性質ヲ変スルモノニ非スシテ其所有権ノ移転ヲ第三者ニ対抗スルニハ第三者ヲシテ権利ノ移転ヲ明認セシムルニ足ルヘキ公示方法ヲ執ルコトヲ必要トスルコト夙ニ当院判例ノ存スル所ナリ(大正十年(オ)第二二一号同年四月十四日言渡判例参照)……」(上告論旨第二～四点に対する判断)¹⁸⁾

[1-34] 「然レトモ請負人カ自己ノ材料ヲ用キテ建物ヲ建築シタル場合ニ於テハ其建物ノ所有権ハ請負人ニ存シ引渡ニ因リテ始メテ注文者ニ移転スルモノナルコト当院ノ判例トスル所ニシテ……」(上告論旨第三～五点に対する判断)¹⁹⁾

[1-39] 「然レトモ判決ノ基本タル口頭弁論ニ干与シタル判事カ合議ノ上判断評決シタルトキハ判決ハ茲ニ成立シ必スシモ之ヲ為シタル判事カ言渡スコトヲ要セサルハ当院従来ノ判例トスル所ニシテ今之ヲ変更スルノ要ナシ」(上告理由第三点に対する判断)

[2-15] 「然レトモ民事訴訟法第五十条ニ所謂総テノ共同訴訟人ニ対シ訴訟ニ係ル権利関係カ合一ノミ確定スヘキ場合中ニハ係争権利関係カ其性質上各共同訴訟人ニ対シ同趣旨ノ判決ヲ為スニアラサレハ訴訟ノ目的ヲ達スルコトヲ得サル場合ヲ包含スルコト当院判例(大正七年(オ)第千五十号大正八年六月三日判決)ノ示ス所ニシテ……」(上告理由第一点に対する判断)²⁰⁾

[2-18] 「然レトモ委任ニ基キナス行為ハ本人ノ意思ノ遂行ニ外ナラサレハ未成

17) ここで述べられている一般論は、既に 2-1-2-2. で紹介した [2-41] でも示されている。

18) 判決理由中に援用の先例は、大(二民)判大10・4・14民録27-732。

19) 例えば、大(一民)判大3・12・26民録20-1208が、「請負人カ自己ノ材料ヲ以テ注文者ノ土地ニ建物ヲ築造シタルトキハ当事者間ニ別段ノ意思表示ナキ限り其建物ノ所有権ハ請負人ヨリ之カ引渡ヲ為シタル時ニ於テ始メテ注文者ニ移転スルモノトス」(判決要旨)としている。

20) 判決理由中に援用の先例は、大(一民)判大8・6・3民録25-955。

年ノ子カ親権者タル母ニ法律行為ヲナス委任ヲナス場合ニ於テモ必シモ利害相反スルモノニ非ス本件ニ於テ原審ノ確定シタル事実ハ未成年ナル上告人先代Aカ親権者タル母Bニ自己財産ノ管理並ニ処分ヲ委任シタリト云フニ在リテ右委任ハ未成年者ト親権者トノ利害相反スルモノニ非サレハ未成年者ノ為メニ特別代理人ヲ選定スルノ必要ナキモノトス……」（上告論旨第一点に対する判断）

[2-29] 「然レトモ建物所有ノ目的ヲ以テ土地ノ賃貸借ヲナス場合ニ於テ賃貸借ノ期間ヲ所論ノ如ク短期間ニ定メ尚必要アルトキハ期間内ト雖明渡請求ヲ為シ得ヘキ特約ヲ締結スルモ之ヲ禁止シタル規定ナク又公ノ秩序ニ反スル事項ヲ目的トスルニアラサレハ無効ニアラス又建物保護法ハ建物所有ノ為メ土地ヲ使用スル地上権者又ハ賃借人ノ保護ヲ目的トスルモノナレハ賃借人カ同法ニ依リテ保護セラルル利益ヲ放棄シテ更ニ土地ノ新所有者タル被上告人ト所論ノ如キ土地明渡ニ関スル特約ヲ結フモ同法ニ違背シ又ハ公ノ秩序ニ違反シ無効ナルモノト云フヘカラス然ラハ如上ノ特約ハ有効ナレハ原審ニ於テ右特約ヲ有効トナシ是ニ関スル上告人（被控訴人）ノ抗弁ヲ排斥シタルハ正當ニシテ本論旨ハ理由ナシ」（上告論旨第一点に対する判断）

[1-23] は、商法271条（当時）は契約の申込みに関する規定であり（条文には「商人カ平常取引ヲ為ス者ヨリ其営業ノ部類ニ属スル契約ノ申込ヲ受ケタルトキハ」とある）、既に締結した契約の解除の申込みに適用されるものではないことを示したものであるが、規定の文言から読み取ることができる法理である。[2-18] は子と親権者との利益相反に関する事例判断であり、[2-29] は賃貸借の期間に関する事例判断である。ほかは、判決理由にあるように、いずれも先例が存在するものである。

2-2. 公刊物における判決文の加工とその復元

民集登載判決においては、いずれにおいても「主文」が削除され、新たに「事実」が付け加えられているほか、判決文の一部が脱落している。このうち、[1-5]・[1-40]・[2-3]における脱落部分は、公刊物で確認することができないので、大審院の判断に関する部分のみ以下で紹介しておく（[1-21]については法律新聞で全文を確認することができる）。

[1-5] 「然レトモ証人藤間芳二郎ノ証言中ニハ早瀬ハ荒木ノ代理人タル増田富之助ニ交渉シタル上荒木ニ対シ右五千円ノ債務ヲ引受ケ支払フ旨ヲ約シ利息モ取引当時ヨリ支払ヒタリトノ陳述アルヲ以テ之ヲ証人千草留次郎増田富之助ノ証

言ト総合スレハ訴外早瀬廣蔵ト上告人ノ代理人増田富之助トノ間ニ債務ノ脱退の引受契約ヲ為シタルモノニシテ履行引受ノ契約ヲ為シタルニアラサルコトヲ認定シ得ラレサルニアラス原院ハ右ノ証言ニ依リテ此趣旨ノ判決ヲ為シタルモノナレハ不法ニアラス即チ上告人ノ所論ハ原院ノ専権ニ属スル証拠ノ取捨ヲ非難スルモノナルヲ以テ上告ノ理由ト為スニ足ラス」(上告論旨第一・三点に対する判断)

「然レトモ原判決ノ趣旨ハ増田富之助カ上告人ノ代理人トシテ早瀬廣蔵ト債務ノ脱退の引受ノ契約ヲ締結スル権限ヲ有スルコトヲ認定シタルモノニシテ証人藤間芳二郎ノ証言其他原判決ニ挙示セル証拠ヲ総合スレハ右ノ認定ヲ為シ得ラレサルニアラス故ニ原判決ハ上告人所論ノ如キ不法アルコトナシ」(同第二点に対する判断)

[1-40] 「然レトモ原院ハ被上告人ハ英一ノ財産管理権ヲ辞シタルモノニ非サレハ其辞任アリタルモノトシテ親族会ニ於テ利重ヲ後見人ニ選定シタルハ無効ニシテ利重ハ實質上後見人タル権限ヲ有セサル旨ヲ判示シ大森区裁判所大正七年(ケ)第二十九号ヲ以テ招集セラレタル親族会カ同年十月二十九日ニ為シタル後見人選定ノ決議ヲ無効ト為シタルモノナルヲ以テ利重ハ未成年者ノ後見人ニ非ス從テ同人カ後見人トシテ招集シタル本件親族会モ亦不適法ナルコト言ヲ俟タス其他ニ右親族会員ノ選定及ヒ招集ノ効力ニ付キ判示スルノ要ナケレハ原判決ハ相当ニシテ原判示ヲ誤解シタル本論旨ハ理由ナシ」(上告理由第一点に対する判断)

「然レトモ親族会決議カ實質上当然無効ナル場合ニ於テハ民法第九百五十一条ニ規定セル一ヶ月ノ期間經過ニ因リ其決議確定シ有効ト為ルヘキモノニ非サレハ原院ニ於テ被上告人カ右ノ期間内ニ本訴ヲ提起シタリト主張シタレハトテ原院カ本訴ハ實質上当然無効ナルヘキ親族会ノ決議無効ノ確認ヲ求ムルモノトシ該期間内ニ出訴スルコトヲ要セスト為シ上告人ノ抗弁ヲ排斥シタルハ相当ニシテ当事者ノ申立テサル事物ヲ上告人ニ帰セシメタルモノト謂フヲ得ス本論旨ハ理由ナシ」(同第二点に対する判断)

「然レトモ原院ハ其判決ニ挙示セル許多ノ事実証拠ニ依リ乙第四号証ノ辞任書ハ被上告人ニ於テ其作成ヲ承認シタルモノニ非スシテ何人カ偽造シタルモノナル旨ヲ判示シ上告人ノ主張ヲ採用セサルニ外ナラサレハ原院ノ専権ニ属スル証拠ノ取捨事実ノ認定ヲ非難スル本論旨ハ理由ナシ」(同第四点に対する判断)

「然レトモ原院カ乙第四号証ヲ以テ被上告人ノ財産管理権辞任書ト為ササルハ前点ニ対スル説明ノ如ク証拠ニ基クノミナラス同第三号証ノ成立ハ被上告人

ノ認ムル所ナルモ之ヲ採用シテ被告ノ右辭任ノ事實ヲ認ムルト否トハ亦原院ノ專權ニ屬スル所ナレハ之ヲ採用セサル原判決ヲ不当トスル本論旨ハ理由ナシ」（同第五点に対する判断）

「然レトモ原院カ論旨摘録ノ如ク判示シタルハ筆者カ被告又ハ被告ノ利益ヲ援護スル者ノ意ヲ享ケテ同証ヲ記載シタル事實ヲ認メタルモノニ非ス且其印影カ被告ノ印影ナレハトテ必スシモ同証ヲ真正ノ成立ト認メサル可カラサルモノニ非サレハ原判決ハ相当ニシテ本論旨ハ理由ナシ」（同第六点に対する判断）

「然レトモ第一審判決主文ニ掲記セル大正八年八月二十二日ノ決議ニハ其決議事項トシテ第一項乃至第五項ノ記載アリ又其第二項ニハ大正七年十月二十九日ノ親族会決議事項（一、二、三、四、五、六、七項）中第五項第六項ヲ除キ其他ハ全部承認スル旨ノ記載アリテ乙第十号証記載ノ大正八年八月二十二日付決議ト其決議事項ヲ異ニスルモノニ非ラス又原院ハ大正七年十月二十九日ノ親族会決議ヲ被告カ無効確認ヲ求ムル大正八年八月二十二日ノ決議ト誤認シタルモノニモ非サレハ原判決ハ相当ニシテ其誤解ニ基ク本論旨ハ理由ナシ」（同第七点に対する判断）

「然レトモ本件大正八年八月二十二日ノ親族会決議ハ其以前ナル大正七年十月二十九日ノ決議ノ大部分ヲ承認シタルモノニシテ前決議ニ対スル不服申立期間ノ經過後ニ於テ為サレタルモノナルモ其前決議ハ別箇ノ親族会決議タルコトヲ妨ケサルヲ以テ被告カ右前決議ノ無効宣告ヲ求ムルニ非ラスシテ後ノ決議ノ無効確認ヲ求ムル本訴ニ於テ原院カ之ヲ許容シタルハ相当ニシテ本論旨ハ理由ナシ」（同第八点に対する判断）

「然レトモ原院ハ本件主要ノ争点ハ原判決指示ノ第一乃至第三ヲ決スルニ在ルモノトシ其各項ニ付テ判示シタル上ハ他ノ枝葉ニ渉ル点ニ付テハ判断スルノ要ナキヲ以テ原判決ハ相当ニシテ本論旨ハ理由ナシ」（同第九点に対する判断）

[2-3] 「然レトモ原告人ハ原審ニ於テ本訴ノ土地ハ続橋馬治ノ所有ニ非スシテ原告人ハ之ヲ訴外続橋忠作ヨリ借受ケ引續キ耕作シ来リタルモノナレハ被告人ニ対シ小作米ヲ支払フヘキ義務ナキ旨ヲ抗弁シタルコトハ原判決ニ引用セル第一審判決ノ事實摘示ニ依リテ明ニシテ本論旨ノ如キ趣旨ノ抗弁ヲ提出シタルモノト解スルコトヲ得サレハ原審カ論旨摘録ノ如ク判示シタルハ相当ニシテ本論旨ハ理由ナシ」（上告理由第一点に対する判断）

「然レトモ原判決ニ引用セル第一審判決ノ事實摘示ニ依レハ被告人ハ原審ニ於テ訴外続橋馬治ハ原告人ニ対シ其所有ニ係ル田地合計六反二畝十一歩ヲ

一ヶ年小作料玄米四斗入十一俵三斗トシ毎年十一月十五日限り支払フヘキ約ニテ貸渡シタルニ上告人ハ大正九年度分ノ小作米ヲ支払ハサルコトヲ主張シ賃賃借契約ヲ以テ請求原因ト為シタルコト明ナルヲ以テ原判決ハ相当ニシテ当事者ノ申立テサル事物ヲ相手方ニ帰セシメタルモノニ非ス本論旨ハ理由ナシ」(同第三点に対する判断)

「然レトモ田地ノ小作契約ニ於テハ其取獲物ノ一部ヲ以テ小作料ヲ支払フヲ普通トシ本件大正九年度ノ小作料ハ仮令契約カ同年三月二十日ノ成立ニ係ルトモ特約ナキ限り其秋期ノ取獲物ヲ以テ一ヶ年分ヲ支払フヘキモノナレハ右三月二十日以前ノ日割ニ依ル賃料ヲ公序セシメサル原判決ハ相当ニシテ本論旨ハ理由ナシ」(同第四点に対する判断)

いずれも、民集に登載すべき重要性を含んだ判断を示すものではない。そのため、民集ではこれらの部分が削除されたものと思われる。なお、民集以外の公刊物にのみ掲載されている判決には、判決文の大幅な脱落はみられない。

2-3. 受命判事の特定とその意義

「売渡抵当」の意義について判示した [1-8] の受命判事は鬼澤藏之助である。鬼澤は、本判決において、「売渡抵当」について次のように述べている。

「元来売渡抵当ナル名称ハ売渡ト云ヒ抵当ト云フ其意義ニ於テ両立セサル字句ヨリ成立スルモノニシテ文字上ニ於テ特定ノ法律的概念ヲ表示スルニ足ラサルノミナラス法律上ニ於テモ特定ノ意義ヲ有スルモノニ非スシテ時ト場合トニ依リ便宜上或権利関係ヲ表示スル為メニ用ヒラルルモノニ過キサレハ裁判上売渡抵当ナル名称ヲ使用シタル場合ニ於テ其名称ノ表示セントスル権利関係ヲ具體的ニ判示スルニ非サレハ其売渡抵当ノ裁判上ノ意義ヲ領解スルニ由ナシ」

鬼澤は、これより先の大(二民)判大11・1・26(未公刊)²¹⁾で、「売切担保ナル言辭ハ売切及ヒ担保ナル両立シ得サル文字ヨリ成立スルモノナレハ法律若クハ權威アル判例ニ於テ之カ定義ヲ与ヘサル限り精確ノ法律觀念ヲ具有スルコトヲ得ス」としつつも、原判決のいう「売切担保」がやはり「便宜上」「用ヒラレタルモノ」であるとして、その実体に着目した判断を示している。「売渡抵当ナル名称ハ多年流行シ来リタルモノナレハ一概ニ之ヲ排斥センヨリハ之ニ特定ノ法律觀念ヲ具有セシ

21) 木村「大審院(民事)判決の基礎的研究・10——判決原本の分析と検討(大正11年1・2月分)——」立命館法学367号(平28)260頁参照(大正11年1月分の[14]判決)。

メテ研學上及ヒ裁判上ニ利用スヘキハ法律家ノ執ルヘキ手段²²⁾とする鬼澤のこうした思考の道筋²³⁾は、この判決からおおよそ1か月後に下された本判決でも踏襲されていることがわかる。

3 大正11年4月分大審院民事判決原本の内容

原本（2冊）には、95件の判決原本が収められている（なお、表中の「No」は原本に付された整理番号。事件記録符号（オ）はすべて省略。）。

分	NO	日付	事件番号	主文	部	受命判事	事件名	原 審	掲 載 誌
1	1	4・1	大11-197	棄却	3	横村米太郎	土地売買登記抹消手続	長崎控判 大10・12・13	
1	2	4・1	大10-990	破毀 差戻	3	成道齊次郎	船舶売掛代 金一部返還 並ニ損害賠償	大阪控判 大10・10・24	民集1-155 新聞1990-19 彙報33上668 評論11商140
1	3	4・1	大11-143	棄却	3	長谷川菊太郎	家屋退去	高松地判 大10・11・12	
1	4	4・1	大11-116	棄却	3	成道齊次郎	株券引渡等	名古屋控判 大10・12・22	
1	5	4・1	大10-855	破毀 差戻	3	横村米太郎	山林所有権 確認並ニ登 記抹消手続	宮城控判 大10・7・18	
1	6	4・1	大11-215	棄却	3	長谷川菊太郎	仮差押異議	宮城控判 大11・2・9	
1	7	4・4	大10-1015	棄却	1	榑原幾久若	馬角返還	長崎控判 大10・9・28	
1	8	4・4	大11-135	棄却	1	山香二郎吉	土地境界画 定	大分地判 大10・10・14	
1	9	4・4	大11-195	棄却	1	山香二郎吉	売掛代金	安濃津地判 大10・11・29	

22) 鬼澤藏之助「正確ナル売渡抵当ノ意義」法学新報32巻6号（大11）101頁。

23) 木村・前掲注(21)261～262頁参照。

1	10	4・5	大10-1017	破毀 差戻	3	長谷川菊太郎	売買ニ因ル 所有権移転 登記	東京控判 大10・7・22	彙報 33上663
1	11	4・5	大11-101	棄却	3	横村米太郎	保険金	東京控判 大10・12・7	
1	12	4・5	大11-200	棄却	3	成道齊次郎	所有権確認 並ニ不当利 得金返還	広島地判 大10・12・19	
1	13	4・5	大11-113	棄却	3	横村米太郎	報酬金	東京控判 大10・12・5	
1	14	4・6	大11-73	棄却	2	東龜五郎	不当利得金 返還	甲府地判 大10・12・13	
1	15	4・6	大10-1007	棄却	2	東龜五郎	桑葉代金	大津地判 大10・9・14	
1	16	4・6	大11-184	棄却	2	鬼澤藏之助	保証債務履 行	東京地判 大10・12・14	
1	17	4・6	大10-551	棄却	2	東龜五郎	貸金	甲府地判 大10・5・17	
1	18	4・6	大10-956	破毀 差戻	2	大倉鈕藏	約定金	盛岡地判 大10・11・13	
1	19	4・6	大10-953	破毀 差戻	2	岩本勇次郎	壳掛代金	岐阜地判 大10・10・26	民集 1-169 新聞 2013-19 彙報 33下94 評論 11訴125
1	20	4・6	大11-175	棄却	2	岩本勇次郎	私生子認知	東京控判 大10・12・17	民集 1-175 新聞 1984-17 彙報 33上632 評論 11訴108
1	21	4・6	大10-998	棄却	2	大倉鈕藏	保険契約存 在確定	宮城控判 大10・11・6	新聞 1992-21 彙報 33上688
1	22	4・6	大10-980	棄却	2	大倉鈕藏	手形金	大阪控判 大10・10・28	

1	23	4・6	大11-46	棄却	2	大倉鈕藏	薬品代金	福島地判 大10・10・28	
1	24	4・7	大11-183	棄却	1	山香二郎吉	売掛代金	神戸地判 大10・11・7	
1	25	4・7	大11-210	棄却	1	前田直之助	山林境界確認並ニ損害金	大分地判 大10・12・23	
1	26	4・8	大11-164	棄却	3	成道齊次郎	商品代金	大阪控判 大10・12・14	民集1-179 新聞1992-22 彙報33上685 評論11民232
1	27	4・8	大11-131	棄却	3	長谷川菊太郎	保険金	東京控判 大10・3・17	
1	28	4・8	大11-212	棄却	3	成道齊次郎	土地所有権確認並地番更正手続	名古屋控判 大11・1・21	
1	29	4・8	大11-221	棄却	3	横村米太郎	貸金	浦和地判 大11・1・26	
1	30	4・11	大11-177	棄却	1	榊原幾久若	貸金	長崎地判 大10・11・28	
1	31	4・11	大11-159	棄却	1	山香二郎吉	積立会取入金	山形地判 大10・12・8	
1	32	4・11	大11-150	棄却	1	前田直之助	損害賠償並代金返還	長崎控判 大10・11・22	
1	33	4・12	大11-158	棄却	3	菰渕清雄	強制執行異議	大阪控判 大10・11・9	
1	34	4・12	大11-152	棄却	3	横村米太郎	家屋明渡	福島地判 大10・12・16	
1	35	4・13	大11-193	棄却	2	東龜五郎	寄託物返還	宮城控判 大10・12・17	
1	36	4・13	大11-76	棄却	2	鬼澤藏之助	土地売却代金精算残額	福島地判 大10・11・25	

1	37	4・13	大10-1013	棄却	2	岩本勇次郎	家屋明渡及家賃金	宮城控判 大10・10・18	
1	38	4・13	大10-884	棄却	2	大倉鈕藏	貸金	宮城控判 大10・8・12	
1	39	4・13	大10-617	破毀 差戻	2	岩本勇次郎	貸金	東京控判 大10・6・4	新聞2001-17 彙報33下17
1	40	4・14	大11-129	棄却	1	榑原幾久若	貸金	秋田地判 大10・12・8	
1	41	4・14	大11-231	棄却	1	山香二郎吉	貸金	神戸地判 大10・11・21	
1	42	4・14	大10-754	棄却	1	尾古初一郎	特許権利範圍確認	特許局審決 大10・7・18	
1	43	4・14	大11-24	棄却	1	尾古初一郎	抵当権登記抹消	大阪控判 大10・11・14 新聞1989-17	民集1-187 新聞2012-19 彙報33下67 評論11民304
1	44	4・14	大11-36	棄却	1	前田直之助	約束手形金	名古屋控判 大10・11・12	民集1-198 新聞2013-17 彙報33下53 評論11商173
1	45	4・14	大11-186	棄却	1	前田直之助	所有権移転登記手続	長崎地判 大10・12・16	
1	46	4・15	大11-149	棄却	3	菰瀧清雄	請求二関スル異議	静岡地判 大10・12・6	
1	47	4・15	大11-176	棄却	3	成道齊次郎	立木所有権確認	長崎控判 大10・11・19	
1	48	4・15	大11-179	棄却	3	長谷川菊太郎	損害賠償	佐賀地判 大10・12・14	
1	49	4・15	大11-125	棄却	3	横村米太郎	貸金	大阪地判 大10・11・19	
1	50	4・15	大11-173	棄却	3	横村米太郎	土地所有権移転登記	東京控判 大10・11・21	

大審院（民事）判決の基礎的研究・11（木村）

1	51	4・15	大11-167	棄却	3	長谷川菊太郎	委託金返還	広島地判 大10・12・5	
2	1	4・17	大11-55	破毀 差戻	2	岩本勇次郎	損害賠償	東京控判 大10・8・4 評論10民1136	新聞1988-17 彙報33上659 評論11民245
2	2	4・17	大11-79	棄却	2	岩本勇次郎	土地売買契 約履行請求 再審	福島地判 大10・11・25	※大判大9・ 5・21の再審
2	3	4・18	大11-57	棄却	1	榑原幾久若	請求異議	盛岡地判 大10・10・20	
2	4	4・18	大11-225	棄却	1	榑原幾久若	登記手続	福井地判 大10・11・22	
2	5	4・18	大11-69	棄却	1	榑原幾久若	株主総会決 議無効確認	東京控判 大10・11・16	新聞2009-22 彙報33下65
2	6	4・18	大11-126	破毀 差戻	1	前田直之助	所有権確認	新潟地判 大10・11・22	
2	7	4・18	大10-829	棄却	1	山香二郎吉	約束手形金 並立替金	長崎控判 大10・7・5	
2	8	4・18	大11-144	棄却	1	尾古初一郎	貸米	宮崎地判 大9・2・10	
2	9	4・18	大11-252	棄却	1	尾古初一郎	売買代金返 還	東京控判 大11・2・14 新聞1952-19	
2	10	4・18	大11-81	棄却	1	榑原幾久若	家屋明渡	東京地判 大10・12・6	民集1-208 新聞2039-25 彙報33下43 彙報33下418 評論11訴185
2	11	4・19	大11-122	棄却	3	菰瀨清雄	売買契約無 効確認所有 権移転登記 抹消登記手 続	広島控判 大10・10・29	民集1-212 新聞2010-22 彙報33下27 評論11訴141

2	12	4・19	大11-248	棄却	3	成道齊次郎	損害賠償	大阪控判 大11・2・16	
2	13	4・19	大11-248		3	成道齊次郎	損害賠償		※更正決定原本
2	14	4・20	大11-205	棄却	2	東龜五郎	親族会決議 不服	名古屋控判 大10・12・15	
2	15	4・20	大11-40	破毀 差戻	2	東龜五郎	競売異議	東京地判 大10・10・15	民集1-216 新聞2008-21 彙報33下149 評論11諸146
2	16	4・20	大11-124	棄却	2	鬼澤藏之助	建物所有権 確認等	宮城控判 大10・11・10	
2	17	4・20	大11-1	棄却	2	東龜五郎	所有権移転 登記無効確 認並登記抹 消	宮城控判 大10・10・4	
2	18	4・20	大11-118	棄却	2	大倉鈕藏	預金	宮城控判 大10・12・10	
2	19	4・20	大11-163	棄却	2	岩本勇次郎	損害賠償	大阪控判 大10・12・23	
2	20	4・21	大11-243	棄却	1	山香二郎吉	土地建物所 有権移転登 記	東京控判 大11・1・31 新聞2011-19	
2	21	4・21	大11-222	棄却	1	前田直之助	土地売買契 約履行	名古屋控判 大10・12・17	
2	22	4・22	大11-257	棄却	3	横村米太郎	契約金履行	東京控判 大10・12・26	
2	23	4・22	大11-254	棄却	3	菰渕清雄	建造物撤去 土地明渡	釧路地判 大11・2・14	
2	24	4・24	大11-229	棄却	2	東龜五郎	家屋明渡並 二損害賠償	札幌地判 大10・12・1	
2	25	4・24	大11-112	破毀 差戻	2	鬼澤藏之助	土地所有権 確認並移転 登記手続	名古屋控判 大10・12・10	

2	26	4・25	大11-198	棄却	1	前田直之助	保証債務金	高松地判 大10・12・28	
2	27	4・25	大10-997	破毀 差戻	1	山香二郎吉	戸籍訂正	宮城控判 大10・11・1	民集1-222 新聞2014-21 彙報33下222 評論11諸200
2	28	4・25	大11-39	棄却	1	山香二郎吉	所有権登記 抹消手続及 妨害排除	広島控判 大10・10・20	
2	29	4・25	大11-275	棄却	1	尾古初一郎	損害賠償	岡山地判 大11・1・30	
2	30	4・26	大11-277	棄却	3	菰渕清雄	土地所有権 確認並土地 所有権移転 登記手続	鹿児島地判 大10・12・24	
2	31	4・26	大11-227	棄却	3	長谷川菊太郎	所有権移転 登記抹消手 続	徳島地判 大10・11・24	
2	32	4・26	大11-283	棄却	3	成道齊次郎	離婚	東京控判 大10・12・9	
2	33	4・27	大11-247	棄却	2	岩本勇次郎	土地所有権 移転登記申 請手続	宮城控判 大10・12・24	
2	34	4・27	大10-971	棄却	2	東龜五郎	親族会決議 不存在確認	東京控判 大10・10・20 新聞1989-18	
2	35	4・27	大10-986	破毀 差戻	2	鬼澤藏之助	貸金	新潟地判 大10・11・10	新聞2009-21 彙報33下62
2	36	4・27	大11-157	棄却	2	東龜五郎	小切手金	大阪地判 大10・11・25	
2	37	4・28	大11-156	棄却	1	尾古初一郎	電線代金	大阪控判 大10・12・1	

2	38	4・28	大10-721	原判決 破毀, 一審判 決廃棄	1	山香二郎吉	損害賠償	岐阜地判 大10・7・6	民集1-228 新聞2016-17 彙報33下139 評論11民437
2	39	4・28	大10-985	破毀 差戻	1	山香二郎吉	貸金並約束 手形金	金沢地判 大10・11・3	新聞2001-18 新聞2014-20 彙報33下23 彙報33下235
2	40	4・28	大11-216	棄却	1	尾古初一郎	損害賠償	千葉地判 (判決年月日 不明)	
2	41	4・29	大10-993	棄却	3	長谷川菊太郎	損害賠償	東京控判 大10・11・3	
2	42	4・29	大11-185	棄却	3	横村米太郎	土地所有権 移転登記	前橋地判 大10・6・21	
2	43	4・29	大11-22	棄却	3	長谷川菊太郎	損害賠償	東京控判 大10・11・3	
2	44	4・29	大11-188	破毀 差戻	3	成道齊次郎	土地所有権 登記抹消及 損害賠償	東京控判 大10・12・28	

95判決中、破毀15件、棄却79件となっている(残り1件 [2-13] は更正決定原本)。

4 大正11年4月分大審院民事判決原本の分析

4-1. 民集登載基準の検討

4-1-1. 民集登載判決の分析

全95判決のうち11件が大審院民事判決集(民集)に登載されている²⁴⁾。このうち9件([1-2]・[1-20]²⁵⁾・[1-43]・[1-44]・[2-10]・[2-11]・[2-15]・[2-27]・[2-38])は、いずれも判示事項につき大審院の先例がないものばかりであり、それゆ

24) この11件はすべて他の公刊物にも掲載されている。

25) 先に「不掲載」の朱印が押されており、その後、「登載」の朱印が重ねて押されている。

えに民集に登載されることになったものと推測される。

これに対し、以下の2件については、先例との関係等を踏まえて民集登載が決定されたものと考えられる（以下の【判示事項】・【判決要旨】はいずれも民集記載のものであり、【数字】はすべて上の表の【No】に対応している）。

[1-19]

【判示事項】 契約上ノ義務履行地ノ裁判籍

【判決要旨】 民事訴訟法第十八条ニ所謂「其訴訟ニ係ル義務ヲ履行ス可キ地」トハ原告カ或地ヲ義務ノ履行地ナリト主張スル一事ヲ以テ直ニ其ノ地ヲ指シテ同条ニ所謂義務ヲ履行ス可キ地ト為スコトヲ得ス

本件の原審は、原告主張の義務履行地を民事訴訟法18条（当時）にいう「其訴訟ニ係ル義務ヲ履行ス可キ地」として、同人による本訴提起を正当なものとした。大審院は、これを証拠によらない認定と主張する原告人の主張を容れ、原審の判示が「漫然」となされたものと評価し、原審が被告の管轄違いの抗弁を排斥したことを不法であると断じた。

原審が上のような判断を示したのは、大（三民）判大4・10・23民録21-1761が、管轄の有無について争いがあるときは、原告が管轄を定むべき事実の存在を証明することを要するのは「一般ノ原則」であるが、「裁判管轄ヲ定ムヘキ事実カ請求ノ理由アラシムル事実ト符合スル場合ニ於テハ原告ハ特ニ其管轄ヲ定ムヘキ事実ノ存在ヲ証明スルヲ要セスシテ裁判管轄ヲ認メラルヘキモノトス」（判決要旨）と述べていたことに起因するものと思われる。この判決と本判決との関係をどのように評価するかは筆者の能力を超えるものであり、立ち入った言及は差し控えるが、少なくとも大正4年判決の論理に一定の歯止めをかける意図があったことは確かだろう。

[1-26]

【判示事項】 約束手形ノ振出ト既存債務トノ関係

【判決要旨】 債務者カ既存ノ債務ニ関シ約束手形ヲ振出シタルトキハ其ノ債務ノ支払ノ為ニシタルモノト推定セラルヘキヲ以テ更改又ハ代物弁済アリタルコトヲ主張スル者ハ之カ立証ノ責任アルモノトス

本判決には、判決理由中にも援用されている先例がある。すなわち、大（三民）判大6・6・9民録23-949は「債務者カ既存ノ債務ニ関シ債権者ニ約束手形ヲ裏書譲渡スルハ代物弁済若クハ更改ナルコトアリ又支払ノ為メナルコトアリテ其何レナ

ルヤハ各場合ニ於ケル当事者ノ意思ヲ解釈シテ之ヲ決スヘキモノトス從テ更改ノ意思ナキニ拘ハラス当然更改ナリト為スヲ得サルハ勿論他ノ意思ノ認ムヘカラサルノ故ヲ以テ更改ノ意思ナリト推定スルヲ得ス」(判決要旨)とし、約束手形の振出しと既存債務との関係が当事者の意思によって決せられるという点では、本判決と同趣旨の判断を示している。にもかかわらず本件が民集に登載されたのは、こうした場合における立証責任の所在に言及した初めての判決であるからであろう。

4-1-2. 民集不登載判決の分析

4-1-2-1. 原本に「登載」とされているにもかかわらず登載されていないもの

[2-1]には「登載」の朱印が押されているものの、この判決は民集には掲載されていない(判決全文は法律新聞で確認可能)。

この判決は、債務の履行期において債務者がその債務を履行する意思がないことが明らかである場合であっても、なお相当の期間を定めて履行の催告を行った後でなければ、債権者は契約を解除することができないとした上で、その期間が不当である場合には、契約の解除はその効力を生じないとするものである。

後半部分については、大(一民)判大6・7・10民録23-1128が「民法第五百四十一条ニ依リ契約ノ解除ヲ為スニハ必ス先ツ相当ノ期間ヲ定メテ債務ノ履行ヲ催告スルコトヲ要スルモノナレハ其期間カ不当ナルトキハ催告ハ無効ナリ」とするものがあるから、この点については民集に登載すべき価値はない。

これに対し、前半部分については先例が見当たらない。しかも、本判決からわずか7か月後に同様の判断を示した大(三民)判大11・11・25民集1-684(「当事者ノ一方カ民法第五百四十一条ニヨリ契約ヲ解除スルニハ縦令相手方カ債務ヲ履行セサルノ意思明確ナルトキト雖尚相当ノ期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ為スコトヲ要スルモノトス」[判決要旨])が民集に登載されており、本判決が民集登載判決とならなかった理由が判然としない。

なお、古い判例には、「義務ノ不履行ニ因リ契約ノ解除ヲ求ムルニハ相手方ヲ遅滞ニ付スルノ手續ヲ為スヘキハ裁判上認ムル所ノ慣習ナリト雖モ相手方カ不当ノ主張ヲ為シ以テ義務ヲ履行セサル事実明確ナル場合ニ於テハ更ニ遅滞ニ付スルノ手續ヲ為スノ要ナシ」(判決要旨)としたものがある²⁶⁾。

4-1-2-2. 破毀判決

民集不登載判決の中には、4-1-2-1.で紹介した[2-1]のほか11件の破毀判決が

26) 大(二民)判明31・3・14民録4-26。

ある。

まず、公刊されている判決は6件ある。[1-10]・[1-39]（新聞表題：採証違反、審理不盡、不備理由）・[2-39]（同：自筆証書ト否認／自筆ノ書証ト否認）はいずれも原審が「採証ノ法則」に違背していることを問題視するものである。[1-21]（同：保険契約解除ト原因ノ了知）は、原判決が「実験法則ヲ無視シ不当ニ事実ヲ確定シタ」ものとして破毀されたもの、[2-5]（同：委任ト訴訟手續違反）は、訴訟代理人の訴訟行為が、その当時既に代理権を有しない（臨時株主総会の決議により取締役の選任を取り消されていた）者の委任行為に基づくもので、かつ会社の追認もないので、その訴訟行為は効力を生じないとするもの、[2-35]（同：第二審ト原因ノ変更）は、一審で主張した請求原因を二審で変更することは民事訴訟法413条（当時）に認められないとするもので、これらはいずれも民集に登録すべき価値を有するものとはいえない。

次に、未公刊判決である5件は、以下のように、やはり民集に登録する価値のある判断が示されているものではないために、民集への登録が見送られたものと推測される。

[1-5] 「仍テ記録ヲ調査スルニ乙第四号証中所論係争地第四百四十七番ノ七十五ニ該当スル部分ニハ『私有山限』ナル記載ナキコト洵ニ所論ノ如シ然ラハ原院カ其記載アリト為シ之ヲ証拠トシテ係争地ヲ上告人ノ所有ニアラスト断定シ依テ以テ上告人ニ敗訴ノ言渡ヲ為シタルハ採証ノ法則ニ違背シタルモノニシテ論旨ハ理由アリ原判決ハ此点ニ於テ破毀ヲ免レス」（上告論旨第十五点に対する判断）

[1-18] 「因テ按スルニ上告人カ大正八年十一月十九日本件建家ヲ被上告人ニ売渡シ其ノ当時右建家ニ居住セル借家人ヲ同年十二月五日迄ニ立退カスヘク若シ同日迄ニ立退カセ能ハサル場合ニハ一日金十円ノ違約金ヲ支払フヘキコトヲ約シ而シテ其ノ借家人カ大正九年一月七日ニ至リ漸ク右建家ヲ立退キタルコトハ原審ノ確定セル所ニシテ原審ハ上告人ニ違約ノ責アリトシ立退期日ニ後レタル三十三日分ノ違約金ヲ支払フヘキ義務アリト為シタレトモ当時借家人カ居住ヲ継続シタルハ被上告人ノ承諾ヲ得タルニ由ルコト上告人抗弁ノ如クニシテ借家人ト被上告人トノ間ニ更ニ賃貸借又ハ使用貸借ノ關係生シタルモノナランニハ被上告人カ直接上告人ニ対シ居住継続ノ承諾ヲ与ヘタルニ非ストモ上告人ノ被上告人ニ対スル明渡ノ義務ハ茲ニ履行セラレ若クハ其ノ義務ノ履行ヲ不能ニ帰セシメタルモノト謂フヘク上告人ニ違約ノ責ナキヤ当然ナリ然ルニ原審カ被上

告人ニ於テ上告人ニ対シ居住継続ノ承諾ヲ与ヘサル以上被上告人ニ於テ借家人ニ対シ其ノ承諾ヲ与ヘタリトスルモ上告人ノ違約金支払ノ責任ニ影響ヲ及ホスヘキ理由ナキ旨ヲ判示シ上告人ノ抗弁ヲ排斥シタルハ理由不備ノ不法アル判決ニシテ破毀スヘキモノトス」(上告理由第一点に対する判断)

[2-6] 「当院カ本件記録ニ就キテ調査スルトコロニ依レハ原判決ノ基本タル口頭弁論ニ立会ヒタルハ判事田沼武能作判事千葉公賛判事行山義光ノ三名ナルコトハ原審当該口頭弁論調書ニ徴シ明白ナルニ拘ラス原判決ニハ前記田沼, 行山ノ各判事及判事森憲ノ三名カ署名捺印ヲ為シアルヲ以テ此ノ点ニ於テ已ニ原判決ハ違法タルヲ免レス仍テ該判決ハ之ヲ破毀スヘキモノト認メ……」(上告理由に対する判断)

[2-25] 「仍テ案スルニ他ヨリ不動産ヲ買受ケテ其ノ所有権ヲ取得シタル者カ自己ノ名義ニ登記ヲ為サシテ売主ヨリ直接ニ買主ノ実子ノ名義ニ登記ヲ為シタルトキハ反証ナキ限り買主ハ其ノ不動産ヲ買受ケルト同時ニ之ヲ実子ニ贈与シタルモノト推定スヘキ実験法則ナルモノ存在セス然ルニ原裁判所ハ斯ノ如キ実験法則存スルモノトシ被上告人ノ提出シタル証拠ヲ審査セスシテ上告人カ本件ノ不動産ヲ他ヨリ買受ケテ所有権移転ノ登記ヲ為スニ方リ売主ヨリ直接ニ上告人ノ実子タル被上告人ノ名義ニ登記ヲ為シタル旨ノ上告人ノ主張事実ニ基キテ直ニ被上告人ハ上告人カ本件ノ不動産ヲ買受ケルト同時ニ其ノ贈与ヲ受ケタルモノト推定シ其ノ登記ハ仮装ナル旨ノ上告人ノ主張事実ニ付テハ適切ノ反証ナキ旨ヲ判示シテ上告人ノ所有権確認及登記抹消手續ノ請求ヲ排斥シタルハ実験法則ヲ誤認シタル違法アルモノニシテ原判決ハ此ノ点ニ於テ破毀セラルヘキモノトス」(上告論旨第八点ニ対スル判断)²⁷⁾

[2-44] 「案スルニ原審ニ於ケル最終ノ口頭弁論調書及ヒ同添付ノ証拠説明書ニ依レハ上告人(控訴人)代理人ハ立証トシテ甲第三十五号証ヲ提出シ甲第三十二号証及ヒ証人Aノ証言トヲ総合シテ被上告人(被控訴人)カ訴外Bノ代理人トシテ上告人所有ノ財産ニ対シ強制執行ヲ為シBノ債權行使ニ関スル行為ヲ専行シ其ノ弁済ヲ受ケタル事実ヲ立証スル旨陳述シタルコト明ニシテ之ヲ原審ニ於ケル弁論ノ全趣旨ニ徴スレハ上告人ハ此等ノ証拠ニ依リテ証セラレタル事実ニ依リテ其ノ主張スル被上告人カ上告人ニ代リBニ弁済スヘキ義務ノ履行ヲ不能ナラシメタル事実ヲ証セントシタルモノナリト解シ得ヘシ然ルニ原院カ判決事実中ニ上告人ノ甲第三十五号証提出ニ関スル事実ヲ記載セス判決理由中ニモ

27) 判決理由中に援用の先例は、大(二民)判大7・9・26民録24-1730。

同証ニ付何等説明スル所ナク且上告人ノ主張シタル履行不能ノ点ニ付何等ノ判断ヲ為ササルハ証拠並争点ニ関スル判断ヲ遺脱シタル不法アルモノニシテ原判決ハ破毀ヲ免レス」（上告論旨第五点に対する判断）²⁸⁾

4-1-2-3. 棄却判決

民集不登載の棄却判決は、そのすべてが未公開である。このうち、二審判決が公開されているものが3件（[2-9]〔二審判決の新聞表題：示談契約ト解消及其効力〕・[2-20]〔同：贈与ト第三者ノ為ニスル債権契約〕・[2-34]〔同：親族会員ノ訴訟ト一事不再理ノ原則〕）ある。いずれにおいても二審の判断が維持されており、目新しい判断がなされているわけでもないため、紹介を省略する。

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

[1-7] 「然レトモ原裁判所ニ於テ確定シタル事実ニ依レハ被告人カ原告人ニ対シ負担シタル本件係争物件返還ノ義務ハ被告人ノ先代カ原告人ヨリ受取タル馬角ト称スル特定物ノ返還ヲ目的トスルモノニシテ該物件ハ被告先代ノ保管中紛失シ旧時其ノ代理人ヨリ所轄警察署ニ届出テ刑事巡査ニ於テ捜査セシモ遂ニ発見スルニ至ラザリシモノニシテ現時其ノ所在全ク不明ナルコト判文上明白ナレハ斯ノ如キ場合ニ於テ被告人カ該物件ヲ原告人ニ返還スルコトハ理論上必スシモ絶対ニ不能ナリトハ謂ヒ難キモ實際取引ノ通念ニ於テ不能ト認ムルヲ当然トスルヲ以テ絶対的不能ノ場合ト同ク被告人ハ目的物返還ノ義務ヲ免ルヘク唯其ノ責ニ帰スヘキ事由ニ因リ不能ト為リタル目的物返還ニ代ヘテ損害ノ賠償ヲ為スコトヲ要スルニ過キサルモノト是レ本院従来ノ判例ニ於テ是認スル所ニシテ同一ノ趣旨ニ基キタル原判決ハ正當ナリ即チ原判決ハ適法ノ理由ヲ具備スルモノナルヲ以テ毫モ所論ノ如キ違法アルコトナク殊ニ特定物ノ給付ヲ目的トスル債務ニシテ實際取引ノ通念ニ於テ未タ給付不能ト認ムルニ足ラサル場合又ハ不特定物ノ給付ヲ目的トスル債務ニ属スル場合等ヲ本件ノ場合ト同一視シテ原判決ヲ論難スルカ如キハ失當ナルコト言フ俟タサル所ナレハ上告論旨ハ総テ採用スルコトヲ得ス」（上告論旨第一～四点に対する判断）

[1-15] 「然レトモ売買ニ於テ売主ニ債務ノ本旨ニ從ヒ売買目的物ノ提供ヲナス

28) 判決理由中に援用の先例は、大(一民)判大6・11・27民録23-1879。

カ又ハ買主カ予メ其ノ受領ヲ拒ミタルトキハ其ノ提供ニ代ヘ受領ヲ催告シテ買主ヲ遅滞ニ付スルコトヲ得ヘク然ル後売主ハ其目的物ヲ供託シ或ハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ競売シタル代価ヲ供託シテ其債務ヲ免ルルコトヲ得ヘキハ民法第四百九十三条第四百九十四条第四百九十七条ノ規定ニ照シ明ニシテ商人間ノ売買ニ付テモ買主カ其ノ目的物ヲ受取ルコトヲ拒ミタルトキハ民法第四百九十三条ニ依リ売主ニ於テ適法ノ提供或ハ之ニ代ルヘキ受領ノ催告ヲナシテ相手方ヲ遅滞ニ付スルコトカ固ヨリ供託又ハ競売ノ前提要件ナリトス商法第二百八十六条ハ唯商人間ノ取引ニ於テ其敏捷ヲ期スル為右競売ノ場合ニ裁判所ノ許可ヲ得ルニ代ヘ相当期間ノ催告ヲ以テ足レリトシ又損敗シ易キ物ニ付テハ其許可ニ代ルヘキ催告ヲモナサスシテ直ニ競売スルコトヲ許容シタルニ過キサルノ法意ナリト解スルヲ相当トス（明治四十一年十月十二日言渡当院（オ）第二三〇号判決参照）……」（上告論旨第一点に対する判断）²⁹⁾

[1-28] 「然レトモ民事訴訟法第九十条第三項ニハ此ノ他訴状ハ準備書面ニ開スル一般ノ規定ニ從ヒ之ヲ作ルヘシト規定シ当事者ノ法律上代理人ノ如キ準備書面ニ掲クヘキ事項ヲモ訴状ニ記載スヘキ旨ヲ命シタルモ是訓示規定タルニ過キサルヲ以テ当事者ノ法律上代理人ノ記載ナキモ其ノ訴状ヲ不適法ト為スニ足ラサルモノトス（大正七年（オ）第六〇三号同年十月二十五日当院判決参照）……」（上告論旨第二点に対する判断）³⁰⁾

「然レトモ本件ノ訴状カ未成年者ナル上告人本人ニ送達セラレタル以上ハ送達ハ無効ナリト雖送達ノ無効ハ当事者ノ有効ニ放棄シ得ヘキモノニシテ第一審口頭弁論調書ニ依レハ爾後上告人ノ親権者ヨリ委任ヲ受ケタル訴訟代理人ニ於テ本案ニ付弁論ヲ為シ右ノ送達ニ付詰責セサリシコト明カナルヲ以テ上告人ハ其ノ責問権ヲ拋棄シタルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ本件ノ権利拘束ハ発生シタルモノト謂フヘシ（大正七年（オ）第六〇三号同年十月二十五日当院判決参照）……」（同第三点に対する判断）³¹⁾

[1-31] 「然レトモ原判決事実摘示ニ依レハ本件債権ノ讓渡カ取立委任ノ讓渡ナルコトハ上告人ノ原審ニ於テ陳述セル所ニシテ其ノ所謂取立委任ノ讓渡トハ債権取立ヲ目的トスル讓渡ヲ意味スルモノナルコトハ其ノ陳述ノ全旨趣ニ徴シ之ヲ察知スルニ難カラサルノミナラス債権取立ノ目的ニ出ツル債権讓渡行為ハ其ノ目的遂行ニ必要ナル範囲内ニ於テ制限的効力ヲ発生スルモノト解スヘク從テ

29) 判決理由中に援用の先例は、大(二民)判明41・10・12民録14-994。

30) 判決理由中に援用の先例は、大(一民)判大7・10・25民録24-2028。

31) 同前。

其ノ債権ハ第三者ニ対スル外部関係ニ於テノミ譲渡ノ効力ヲ發生スルモ当事者間ノ内部関係ニ於テハ之ヲ生セス債権ハ依然トシテ譲渡人ニ存スルモノナルカ故ニ其ノ債権ノ取立ヲ為ササル以前ニ於テ譲渡人ハ第三者ヲ害セサル以上有効ニ債権ノ処分ヲ為シ得ヘキヲ以テ債務者ト和解ヲ為シ其ノ債権ヲ消滅セシムルコトヲ得ルモノナルコトハ当院ノ判例（大正元年（れ）第二四八三号大正二年二月十七日判決言渡）トスル所ニシテ其ノ所謂債権譲渡人ト債務者トノ間ニ於ケル和解契約締結時期カ其ノ債権譲渡ト債務者間ノ右譲渡債権ニ関スル訴訟進行中ナルト否トニ因リ其ノ論結ヲ異ニスヘキモノニ非ス……」（上告論旨第一・二点に対する判断）³²⁾

[1-33] 「然レトモ商人ハ特別ノ事由ナキ限り商行為ニヨリ生シタル債権カ五年ノ時効ニヨリ消滅スルモノナルコトヲ知りタルモノト認ムヘキコトハ当院判例（大正八年オ第八七二号同年十一月十日判決）ノ示ス所ナリ……」（上告論旨第一点に対する判断）³³⁾

[1-46] 「仍テ按スルニ債務者カ債務ノ弁済ヲ確保スル為メ其ノ所有ノ動産又ハ不動産ヲ債権者ニ売買担保トナシタル場合ニ当事者間ノ内部関係ニ於テ債務者タル売主カ依然其ノ物ノ所有権ヲ有スルトキハ債権者タル買主ハ更ニ之ヲ債務者ニ賃貸スルコトヲ得サルハ勿論ナリト雖モ契約ノ旨趣ニシテ内外関係共其ノ担保物ノ所有権ヲ債権者ニ移転スルニ在ルトキハ債権者ハ更ニ其ノ物ヲ債務者ニ賃貸シ得ヘキハ言ヲ俟タル所ナリトス……」（上告論旨に対する判断）

[2-7] 「然レトモ所論改正利息制限法ハ其制限ヲ旧法施行当時ニ約定シタル利率ニモ適用スル旨ノ規定アルコトナク而シテ法律ハ既往ニ遡ラサルヲ原則トスルヲ以テ該新法ハ其施行以後ニ約定スル利率ニ対シテ始メテ適用セラルルモノニシテ旧法施行当時ニ契約シタル利率ニ付テハ苟モ其当時ノ利率ニ超過セサル限り仮令其利息ノ発生カ新法施行以後ニ係リ其歩合カ新法所定ノ制限利率ニ超過シタル時ト雖モ依然トシテ其効力ヲ有スルモノト解釈スヘキモノナルコトハ本院ノ判例（大正八年（オ）第五〇〇号同年一二月一五日判決言渡）トスル所ニシテ……」（上告論旨第四点に対する判断）³⁴⁾

[2-12] 「然レトモ……民法第七百二十二条ニハ被害者ニ過失アリタルトキトアルヲ以テ其ノ親権者ニ監督上ノ過失アリタル場合ニハ同条ヲ適用シテ被害者ノ

32) 判決理由中に援用の先例は、大(二刑)判大2・2・17 刑録19-209。

33) 判決理由中に援用の先例は、大(二民)判大8・11・10 民録25-1997。

34) 判決理由中に援用の先例は、大(二民)判大8・12・15 民録25-2303。

過失ヲ斟酌スヘキニアラサルコト当院判例ノ認ムル所ナルヲ以テ論旨ハ理由ナシ」(上告論旨第三点に対する判断)³⁵⁾

[2-23] 「然レトモ或訴訟關係カ無訴權即チ司法裁判所ノ管轄ニ属スヘキモノナルヤ否ヤハ専ラ原告ノ主張事實ヲ基礎トシ其ノ事實自体ニ依拠シテ之ヲ決スヘキモノナルコトハ当院判例ノ夙ニ詔ムル所ナリ(明治三十九年才第九五号同年六月二十二日判決参照)……」(上告論旨に対する判断)³⁶⁾

[2-29] 「按スルニ執達吏ハ執行債権者ノ委任ニ依リ執行行為ヲ為スモノナレハ其ノ執行行為ヲ停止シ又ハ取消スコトハ執行債権者ノ自由ニシテ執行行為カ執達吏ノ公ノ機関トシテノ職務ノ執行ナルカ為ニ停止又ハ取消ヲ為スヲ得サルモノニ非サレハ執達吏カ他人ノ所有財産ヲ債務者ノ財産トシテ差押ヘタル場合ニ於テ債権者カ他人ノ財産ナルコトヲ知り又ハ知り得ヘキニ其ノ差押ヲ放任シ去リタルトキハ故意又ハ過失ニ因リ他人ノ權利ヲ害シタルモノトシテ其ノ責ニ任セサル可ラス……」(上告論旨第一点に対する判断)

[2-41] 「仍テ案スルニ運転手カ電車ヲ操縦スルニ方リテハ常ニ進路ノ前方ヲ警戒シ危害ヲ未然ニ予防スル為ノ周到ナル注意ヲナスコトヲ要スルハ其ノ業務上ノ義務ナルヲ以テ通行人カ線路ヲ横断セントスルヤ否ヤニ注意シ通行人ノ姿勢態度其他ノ情況ニヨリ電車ノ進行ニ介意セスシテ線路ヲ横断セントスルカ如キ危険ノ生スヘキコトヲ予想シ得ヘキ場合ニ於テハ電車ノ進行ヲ緩徐ニシ又ハ停止シ因テ以テ危険ノ発生ヲ未然ニ防止スルノ処置ヲ採ラサルヘカラサルハ論ヲ俟タサルトコロナリス(大正二年(レ)第二六七六号同三年三月十一日当院判決参照)……」(上告論旨第二点に対する判断)³⁷⁾

上の多くが、判決理由にあるように、先例を援用している(ただし、[1-7]については具体的な先例を確認できていない)。^[1-46]についても、判決理由には援用されていないが、同様の場合に賃貸借を有効と判断した先例がある³⁸⁾。^[2-29]は、執行債権者が損害賠償責任を負う場合について判示するものだが、民集に搭載すべき重要性を含んでいる判断とはいえない。

35) 鉄道事故で被害者(原告)が6歳であったケース。こうしたケースにおける過失相殺(民法722条)では、監督義務者の過失は考慮しないとする先例(大[一民]判大4・6・15民録21-939など)が存在する。

36) 判決理由中に援用の先例は、大(二民)判明39・6・22民録12-1021。

37) 判決理由中に援用の先例は、大(二刑)3・3・11刑録20-278。

38) 大(三民)判大5・7・12民録22-1374など。

4-2. 公刊物における判決文の加工とその復元

民集登載判決においては、いずれにおいても「主文」が削除され、新たに「事実」が付け加えられているほか、判決文の一部が脱落している。このうち、[1-26]・[2-10]・[2-11]における脱落部分は、公刊物で確認することができないので、大審院の判断に関する部分のみ以下で紹介しておく。

[1-26] 「然レトモ証人仲田常次郎ノ証言中ニハ大正六年三月二十八九日頃藤田カ藤井ヨリ本件物品ヲ買入レ野村カ其保証ヲ為スコトニ話纏リタルコトヲ藤井ヨリ聞キタル旨ノ供述アルヲ以テ之ヲ原判決理由ニ挙示シアル各証拠ト対照総合スレハ原判示ノ事実ヲ認定シ得ラレサルニアラス原院ハ乙第七号証ノ契約ニ遡及効ヲ認メタルニアラサルヲ以テ此点ニ関スル上告人ノ所論ハ原判決ノ誤解ニ出テタルモノトス仍テ上告論旨ハ理由ナシ」（上告論旨第一点に対する判断）

「然レトモ被上告人カ第一審ニ於テ保証契約成立ノ日時ヲ大正六年三月中ナリト述ヘタルヲ第二審ニ於テ大正六年三月二十八九日頃ト述ヘタルハ事実上ノ申述ヲ更正シタルニ過キササルヲ以テ原院カ之ヲ訴ノ変更ト認メサリシハ相当ニシテ上告論旨ハ理由ナシ」（同第二点に対する判断）

[2-10] 「然レトモ原裁判所ノ是認シタル第一審判決ノ主文及原判決ニ引用セル第一審判決ノ事実摘示ニ『木造塗家混造云々二階建一棟』トアルハ訴状及之ヲ引用セル第一審口頭弁論調書ニ『土蔵塗家混造云々二階建一棟』トアル其ノ建物ヲ指シタルモノニシテ畢竟前者ハ後者ト同一物ニ付適当ナル称呼ヲ以テ謂ヘルモノニ外ナラサルコト記録上自明ナレハ原判決ハ所論ノ如キ違法アルモノト謂フヘカラス」（上告論旨第三点に対する判断）

[2-11] 「然レトモ原院ハ被上告人ニ於テ其ノ所有ノ土地ト上告人先代所有ノ土地トヲ交換セントスル契約ヲ締結スルニ当リ上告人先代ノ所有ニ係ル土地ノ実状ヲ調査セシ際其ノ実地ノ形状ヲ知悉セルコトニ付相当ノ根拠ヲ有スルモノト認ムヘキ双方ノ周旋人タル前原正一ノ言ヲ信シテ該契約ヲ締結シタルニ偶々正一カ上告人先代ノ所有地ナリトシテ指示シタル土地ノ内ニ第三者ノ所有地カ混入シアリタルカ為被上告人ハ契約ノ要素ニ錯誤ヲ來シタルモノト認メタルモノニシテ叙上ノ如キ場合ニ被上告人ノ行為ヲ以テ直ニ重大ナル過失ニ出タルモノト謂フヘカラス然ラハ原院カ之ト同旨趣ノ理由ノ下ニ所論上告人ノ抗弁ヲ排斥シタルハ相当ナリトス依テ本論旨ハ理由ナシ」（上告論旨第二点に対する判断）

「然レトモ原院ハ本件土地ノ交換契約タル其ノ要素ニ錯誤アリタル為全く無効ノモノナリト認メタルモノナレハ被上告人カ該契約ヲ有効ナリト信シテ上告

人先代ヨリ取得シタル土地ト被上告人カ上告人先代ニ之カ所有権ヲ移転シタル本件土地トハ法律上相互ニ牽連関係ヲ有スルモノニ非ス從テ被上告人カ上告人先代ヨリ取得シタル土地ニ付右ハ上告人先代ニ於テ訴外井上知満等ヨリ取得シタルモ未タ登記名義ノ変更ヲ為ササリシカ為上告人先代承諾ノ上知満等ヨリ直接被上告人ノ所有名義ニ登記シタル關係上被上告人ニ於テ知満等ト訴訟上ノ和解ヲナシ同人等ヨリ移転ヲ受ケタル所有名義ヲ抹消シタル事實アリタレハトテ之ヲ以テ本訴被上告人ノ請求ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス然ラハ原院カ所論上告人ノ抗弁ニ付何等判断スル所ナカリシトテ之ヲ以テ所論ノ如キ不法アリト謂フヲ得サルニヨリ結局本論旨ハ理由ナシ」(同第三点に対する判断)

いずれも、民集に登載すべき重要性を含んだ判断を示すものではない。そのため、民集ではこれらの部分が削除されたものと思われる。なお、民集以外の公刊物にのみ掲載されている判決には、判決文の大幅な脱落はみられない。

4-3. 受命判事の特定とその意義

現段階ではこの項で論ずべき判決を見出していない。