

大審院 (民事) 判決の基礎的研究・12

——判決原本の分析と検討 (大正11年 6・7 月分)——

木 村 和 成*

目 次

- 1 大正11年 6 月分大審院民事判決原本の内容
- 2 大正11年 6 月分大審院民事判決原本の分析
- 3 大正11年 7 月分大審院民事判決原本の内容
- 4 大正11年 7 月分大審院民事判決原本の分析

1 大正11年 6 月分大審院民事判決原本の内容

原本（2冊）には、97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	6・1	大 11-273	棄却	2	大倉鈕藏	約束手形金	広島控判 大 11・1・21	
1	2	6・1	大 11-279	棄却	2	鬼澤藏之助	土地所有権 取得登記抹 消	長崎控判 大 11・1・27	
1	3	6・2	大 11-3	破毀 差戻	1	山香二郎吉	詐害行為取 消登記抹消	東京控判 大 10・10・11	新聞 2015-21 彙報 33下188
1	4	6・2	大 11-117	破毀 差戻	1	榊原幾久若	損害賠償	東京控判 大 10・10・24	民集 1-267 新聞 2024-14 彙報 33下217 評論 11民460

* きむら・かずなり 立命館大学法学部教授

1	5	6・2	大 11-255	棄却	1	山香二郎吉	家屋明渡	札幌地判 大 11・1・17	
1	6	6・2	大 11-307	棄却	1	榊原幾久若	家屋明渡	東京控判 大 11・3・3	
1	7	6・2	大 11-310	棄却	1	尾古初一郎	手付金及違約金	大阪控判 大 11・2・18	
1	8	6・3	大 11-300	破毀 差戻	3	菰渕清雄	電話加入名義変更	東京控判 大 10・12・16	民集 1-276 彙報 33下132 評論 11民504
1	9	6・3	大 11-327	棄却	3	横村米太郎	売掛代金	徳島地判 大 11・2・2	
1	10	6・3	大 11-342	棄却	3	成道齊次郎	詐欺行為取消	宮城控判 大 11・1・28	
1	11	6・3	大 11-345	棄却	3	長谷川菊太郎	配当要求異議	神戸地判 大 11・2・28	民集 1-280 新聞 2018-22 彙報 33下137 評論 11民589
1	12	6・5	大 11-64	破毀 差戻	2	鬼澤藏之助	損害賠償	函館控判 大 10・11・8 評論 10民1362	民集 1-283 新聞 2018-19 彙報 33下121 評論 11民540
1	13	6・5	大 11-67	破毀 差戻	2	岩本勇次郎	地所所有権 移転登記手続	大分地判 大 10・11・16	民集 1-291 新聞 2014-19 彙報 33下231 評論 11訴196
1	14	6・5	大 11-145	破毀 差戻	2	東龜五郎	配当異議	長崎控判 大 10・11・19 新聞 1949-21 評論 11訴63 ¹⁾	新聞 2012-22 彙報 33下38 評論 11民405
1	15	6・5	大 11-259	棄却	2	岩本勇次郎	契約金	東京控判 大 10・12・7	

1) 一審は、福岡地小倉支判大 10・6・20。

1	16	6・5	大 11-1004	破毀 差戻	2	大倉鈕藏	離婚無効確 認	東京控判 大 10・10・11 新聞 1919-18 評論 10訴449	新聞 1997-10 評論 11訴467
1	17	6・6	大 11-12	棄却	1	尾古初一郎	貸金	長崎控判 大 10・10・3 新聞 1923-18 評論 10民1226	民集 1-295 新聞 2016-19 彙報 33下195 評論 11民440
1	18	6・6	大 11-322	棄却	1	尾古初一郎	売買仲介報 酬金	大阪控判 大 11・3・7	
1	19	6・6	大 11-373	棄却	1	山香二郎吉	家督相続人 不存在確認	大阪控判 大 11・2・27	民集 1-302 新聞 2016-21 彙報 33下206 評論 11諸226
1	20	6・6	大 11-388	棄却	1	?	貸金	富山地判 大 11・4・18	
1	21	6・6	大 11-400	棄却	1	前田直之助	売掛代金	広島控判 大 11・2・21	
1	22	6・7	大 11-357	棄却	3	長谷川菊太郎	保証債務履 行	大阪控判 大 11・2・3	
1	23	6・7	大 11-393	棄却	3	長谷川菊太郎	配当異議	水戸地判 大 11・2・22	
1	24	6・8	大 11-121	破毀 差戻	2	東龜五郎	不当利得返 還	山形地判 大 10・11・24	新聞 2015-22 彙報 33下191
1	25	6・8	大 11-220	破毀 差戻	2	鬼澤藏之助	離婚	東京控判 大 10・10・11 評論 10諸488	新聞 2016-18 彙報 33下145
1	26	6・8	大 11-311	棄却	2	東龜五郎	土地境界確 認	福井地判 大 11・2・8	
1	27	6・8	大 11-392	棄却	2	大倉鈕藏	損害金	名古屋控判 大 11・3・23	

1	28	6・8	大 11-398	棄却	2	鬼澤藏之助	代位弁済確 認並抵当権 抹消登記手 続	長崎控判 大 11・2・15 新聞 1970-17 評論 11民204	
1	29	6・9	大 11-219	破毀 差戻	1	山香二郎吉	売買無効確 認並登記抹 消手続	新潟地判 大 10・12・28	新聞 2030-20 彙報 33下255
1	30	6・9	大 11-343	棄却	1	榊原幾久若	貸金	熊本地判 大 11・2・1	
1	31	6・9	大 11-370	棄却	1	榊原幾久若	約束手形金	熊本地判 大 11・2・8	
1	32	6・10	大 11-23	破毀 差戻	3	長谷川菊太郎	家屋明渡	神戸地判 大 10・11・7	新聞 2019-20 彙報 33下164
1	33	6・10	大 11-104	棄却	3	成道齊次郎	電柱用材引 渡	長崎控判 大 10・7・7	
1	34	6・10	大 11-348	棄却	3	菰渕清雄	損害金	熊本地判 大 11・1・30	
1	35	6・10	大 11-354	棄却	3	成道齊次郎	境界確認	熊本地判 大 11・1・30	
1	36	6・12	大 11-34	棄却	2	大倉鈕藏	土地引渡並 賃貸料	松山地判 大 10・9・10	
1	37	6・12	大11-253	棄却	2	東龜五郎	利息米	盛岡地判 大 10・11・24	
1	38	6・12	大 11-305	棄却	2	大倉鈕藏	建家明渡	仙台地判 大 11・1・26	
1	39	6・12	大 11-401	棄却	2	鬼澤藏之助	損害賠償	大阪控判 大 11・3・11	
1	40	6・12	大 11-410	棄却	2	鬼澤藏之助	建物登記抹 消並所有権 確認	熊本地判 大 11・3・6	
1	41	6・12	大 11-416	棄却	2	大倉鈕藏	契約履行	大津地判 大 11・2・24	

大審院（民事）判決の基礎的研究・12（木村）

1	42	6・13	大11-424	棄却	1	前田直之助	手付金倍額	大阪控判 大11・3・29	
1	43	6・14	大11-77	棄却	3	横村米太郎	株式払込金 返還	東京控判 大10・2・14	
1	44	6・14	大11-80	棄却	3	横村米太郎	株式払込金 返還	東京控判 大10・2・14	民集1-310 新聞2017-19 彙報33下105 評論11商261
1	45	6・15	大10-926	破毀 差戻	2	鬼澤藏之助	約束手形金 請求為替訴訟	東京控判 大10・9・22 新聞1924-20 評論10商504	民集1-325 新聞2002-11 評論11商220
1	46	6・15	大11-106	破毀 差戻	2	大倉鈕藏	土地所有権 移転登記手 続	富山地判 大10・12・15	新聞2017-21 彙報33下113
1	47	6・15	大11-199	破毀 差戻	2	岩本勇次郎	代金取戻請 求及損害金 請求	広島控判 大10・11・15	新聞2039-27 彙報33下430
1	48	6・15	大11-338	棄却	2	鬼澤藏之助	製綿工場等 売買代金	名古屋控判 大11・3・11	
1	49	6・15	大11-344	棄却	2	大倉鈕藏	延滞料	東京地判 大11・2・6	
1	50	6・15	大11-365	棄却	2	大倉鈕藏	為替手形金 請求為替訴訟	大阪控判 大11・4・7	民集1-320 新聞2017-22 彙報33下117 評論11商241
1	51	6・15	大11-389	棄却	2	岩本勇次郎	立替金	横浜地判 大10・11・8	
1	52	6・15	大11-413	棄却	2	鬼澤藏之助	詐欺行為取 消並ニ登記 抹消手続	長崎控判 大11・2・28	
1	53	6・15	大11-419	棄却	2	東龜五郎	木材売掛代 金	大阪控判 大11・2・27	

2	1	6・16	大 11-249	破毀 差戻	1	榑原幾久若	家屋明渡及 家賃損害金	東京地判 大 10・11・19	新聞 2017-22 彙報 33下120
2	2	6・16	大11-409	棄却	1	山香二郎吉	登録実用新 案権利範囲 確認	特許局審決 大11・3・31	
2	3	6・16	大 11-433	棄却	1	山香二郎吉	預金	仙台地判 大 11・3・6	
2	4	6・17	大 11-318	棄却	3	成道齊次郎	所有権取得 登記抹消	東京控判 大 10・12・19	
2	5	6・17	大 11-378	棄却	3	成道齊次郎	仲買人身元 保証金	大阪控判 大 11・3・11	民集 1-332 新聞 2016-20 彙報 33下201 評論 11民586
2	6	6・17	大 11-432	棄却	3	菰渕清雄	土地建物所 有権確認並 登記抹消	宮城控判 大 11・2・25	
2	7	6・19	大 11-308	棄却	2	大倉鈕藏	債権無効確 認及抵当権 設定登記抹 消手続	静岡地判 大 10・11・29	
2	8	6・19	大 11-353	棄却	2	岩本勇次郎	約束手形金 請求為替訴 訟	宮城控判 大 11・2・4	
2	9	6・19	大 11-359	棄却	2	東龜五郎	土地明渡	東京控判 大 11・2・17	
2	10	6・19	大 11-362	棄却	2	鬼澤藏之助	貸金	静岡地判 大 11・3・9	
2	11	6・20	大 11-246	破毀 差戻	1	前田直之助	貸金	東京控判 大 11・1・31 新聞 1989-22	新聞 2023-22 彙報 33下316
2	12	6・20	大 11-403	棄却	1	榑原幾久若	損害賠償	青森地判 大 11・3・18	

大審院（民事）判決の基礎的研究・12（木村）

2	13	6・20	大 11-454	棄却	1	尾古初一郎	損害賠償	神戸地判 大 11・4・15	
2	14	6・21	大 11-218	破毀 差戻	3	菰淵清雄	違約金並約 束手形金等	広島控判 大 10・12・24	民集 1-337 新聞 2008-12 評論 11訴220
2	15	6・21	大 11-245	破毀 差戻	3	横村米太郎	賃貸料	山口地判 大 10・12・26	
2	16	6・21	大 11-369	棄却	3	長谷川菊太郎	売掛代金	大阪地判 大 11・3・4	
2	17	6・21	大 11-414	棄却	3	成道齊次郎	預金	東京地判 大 11・3・8	
2	18	6・22	大 11-148	一部 破毀 差戻 一部 棄却	2	鬼澤藏之助	退職金等	東京地判 大 10・12・12 評論 11諸65	新聞 2036-5
2	19	6・22	大 11-208	棄却	2	鬼澤藏之助	金員支払	名古屋控判 大 11・1・12	民集 1-343 新聞 2024-17 彙報 33下275 評論 11民503
2	20	6・22	大 11-276	棄却	2	東龜五郎	所有権確認 並登記抹消 手続	大阪控判 大 11・1・31	
2	21	6・22	大 11-374	棄却	2	鬼澤藏之助	隠居無効確 認	大阪控判 大 11・2・27	
2	22	6・23	大 11-138	破毀 差戻	1	前田直之助	土地返還建 物取毀	青森地判 大 10・12・3	新聞 2030-18 彙報 33下246
2	23	6・23	大 11-141	破毀 差戻	1	榑原幾久若	所有権確認 登記抹消	宮城控判 大 10・11・8	民集 1-348 新聞 2017-12 評論 11民536
2	24	6・23	大 11-385	棄却	1	山香二郎吉	証拠品返還 並二利益金	岡山地判 大 11・2・22	

2	25	6・23	大 11-397	棄却	1	山香二郎吉	売買無効確認登記抹消	広島控判 大 11・2・28	
2	26	6・24	大 11-384	棄却	3	菰渕清雄	報酬金	大阪控判 大 11・1・30	
2	27	6・24	大 10-996	破毀 差戻	3	菰渕清雄	詐害行為取消登記抹消	東京控判 大 10・10・11	新聞 2024-16 彙報 33下272
2	28	6・26	大 11-172	棄却	2	鬼澤藏之助	寄託品返還	大阪控判 大 10・12・23	
2	29	6・26	大 11-196	破毀 差戻	2	鬼澤藏之助	貸金	長崎控判 大 10・12・17	新聞 2031-20 彙報 33下359
2	30	6・26	大 11-226	棄却	2	大倉鈕藏	損害賠償	長崎控判 大 11・1・27 新聞 1956-19	新聞 2023-19 彙報 33下300
2	31	6・26	大 11-404	棄却	2	大倉鈕藏	特許願拒絶 査定不服	特許局審決 大 11・3・28	
2	32	6・26	大 11-446	棄却	2	鬼澤藏之助	境界確認及 損害賠償	福島地判 大 11・4・7	
2	33	6・26	大 11-449	棄却	2	岩本勇次郎	借賃増額	東京地判 大 11・3・14	
2	34	6・26	大 11-455	棄却	2	東龜五郎	損害賠償	大阪地判 大 11・4・7	
2	35	6・27	大 11-382	棄却	1	尾古初一郎	鉱業権移転 登録手続	長崎控判 大 11・2・28	
2	36	6・27	大 11-457	棄却	1	山香二郎吉	登記抹消手 続	宮城控判 大 11・3・30	民集 1-353 新聞 2024-13 彙報 33下212 評論 11民633
2	37	6・28	大 11-399	棄却	3	横村米太郎	地上権地代 存続期間確 定及地代	大分地判 大 11・2・3	民集 1-359 新聞 2019-22 彙報 33下172 評論 11民592

2	38	6・28	大11-453	棄却	3	長谷川菊太郎	貸金	宮城控判 大11・2・28	
2	39	6・29	大11-347	破毀 差戻	2	東龜五郎	不動産登記 抹消登記手 続	東京控判 大11・3・17	新聞 2031-17 彙報 33下344 評論 11民962
2	40	6・29	大11-461	棄却	2	岩本勇次郎	私生子認知	名古屋控判 大11・4・22	
2	41	6・29	大11-470	棄却	2	鬼澤藏之助	損害賠償	東京控判 大11・1・24	
2	42	6・30	大11-234	破毀 差戻	1	前田直之助	地所引渡及 売買登記抹 消	東京控判 大11・1・28	新聞 2023-20 彙報 33下308
2	43	6・30	大11-346	棄却	1	尾古初一郎	売買契約履 行	大阪控判 大11・2・23	
2	44	6・30	大11-425	棄却	1	榑原幾久若	損害賠償	東京控判 大11・4・8	

※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。
97判決中、破毀25件、棄却72件となっている。

2 大正11年6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97判決のうち16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11件（[1-4]・[1-11]・[1-17]・[1-19]・[1-44]・[1-45]・[1-50]・[2-5]・[2-19]・[2-23]・[2-37]）は、いずれも、判決理由で示された点につき大審院の先例がないものばかりであり、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、次の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

2) この16件はすべて他の公刊物にも掲載されている。

のであり、[数字] はすべて上の表の [No] に対応している。

[1-8]

【判示事項】 売渡担保権者ト第三者トノ関係

【判決要旨】 電話加入権カ売渡担保ノ目的ニ供セラレタル場合ニ担保権者ヨリ該加入権ヲ譲受ケタル第三者ハ善意ナルト悪意ナルトヲ問ハス之カ権利ヲ取得スルモノトス

判示事項については、判決理由中で援用されている先例³⁾が存在する。これは、「信託行為ニ依リテ所有権ヲ移転セラレタル受託者ハ第三者トノ関係ニ在リテハ所有者ナルヲ以テ第三者ハ善意ナルト悪意ナルトヲ問ハス受託者ヨリ所有権ヲ譲受ケ之ヲ取得スルコトヲ妨ケサルモノトス」(民録の判決要旨)とするもので、本判決と同旨の先例であるといつてよい。にもかかわらず本判決が民集登載判決となったのは、先例では売渡担保の目的物が不動産所有権であり(もっとも、この判決では、「売渡担保」の語は用いられていない)、本判決の事案では目的物が電話加入権等であるという違いによるものであろう⁴⁾。

[1-12]

【判示事項】 債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ノ額ヲ定ムル標準

【判決要旨】 債務者カ故意ニ債務ノ目的物ヲ滅失シ履行不能ノ状態ヲ惹起シタル場合ニ於テ滅失当時ヨリ債権者ノ請求ニ基ク判決アルマテノ間ニ経済上ノ事情ニ因リ目的物ノ価格ニ変動ヲ来シタルトキハ債権者ハ適当ノ時期ニ於ケル価格ヲ任意ニ選択シ之ヲ標準トシテ算出シタル損害額ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘク従テ目的物ノ滅失ニ因ル損害賠償ノ額ハ滅失当時ノ価格ニ依リ客観的に確定スルモノニ非ス

本判決は、債務不履行による損害賠償額の算定基準時を債権者が任意に選択できるとしている(本件の債権者は「騰貴価格」を選択)。この点については、上告人が上告理由で援用する大(二民)判明 39・10・29 民録 12-1358 が、「契約締結後其

3) 大(三民)判大 8・12・3 民録 25-2199。

4) 大(三民)判大 9・9・25 民録 26-1389 は、売渡抵当の目的物が不動産所有権である場合について、「売渡抵当ナル信託行為ノ当事者間ニ存スル内部関係ニ他ナラサル特約ハ之ヲ以テ右特約ヲ知レル第三者ニ対シテモ対抗スルコトヲ得ス蓋第三者ニ対スル外部関係ニ在リテハ受託者ハ売渡抵当ノ目的物ノ所有権ヲ有スルヲ以テ受託者ヨリ右目的物ヲ譲受ケタル第三者ハ善意ナルト悪意ナルトニ拘ハラス有効ニ所有権ヲ取得スルコトヲ得レハナリ」として、本判決と同旨の判断を示している。

目的物カ法令ノ發布ニ因リ履行不能ト為リタル場合ニ於テ債務者カ既ニ遲滞ニ付セラレタルトキハ爾後經濟上ノ趨勢ニ依リ其目的物ノ騰貴シタル価格ニ從ヒテ損害ヲ賠償スヘキモノトス」との判断を既に示しており、この点では、本判決を民集に登載する意味は大きくないように思える。

しかし、上記明治39年判決以降、賠償額の算定基準時をめぐっては裁判例の「混在」⁵⁾もあり、大審院としての立場を明確にするため、民集に登載することとしたものと推測される。

[2-14]

【判示事項】 書面上ノ管轄ノ合意

【判決要旨】 手形面ニ本券ニ関スル裁判上ノ請求ノ場合ニハ本券ノ債権者ノ住所地ヲ管轄スル裁判所ニ出訴シ得ヘキコトヲ合意スル旨ヲ記載シテ約束手形ヲ振出シタル場合ニ於テ之カ手形ノ所持人トナリタル者カ振出人ニ対シテ手形金ノ支払ヲ請求スル訴状ニ右ノ趣旨ニ基キ自己ノ住所地ヲ管轄スル裁判所ニ出訴スル旨ヲ記載シテ之ヲ同裁判所ニ提出シ該訴状カ相手方ニ送達セラレタルトキハ民事訴訟法第二十九条但書ニ所謂書面上ノ管轄ノ合意成立シタルモノトス

本判決には、判決理由にも援用されている先例⁶⁾がある。にもかかわらず本判決が民集登載判決となった理由は次の点にあるものと思われる。すなわち、当該先例は、「当事者カ合意ヲ以テ管轄裁判所ヲ定ムルニハ書面ヲ以テスルコトヲ要スレトモ其合意ハ必スシモー箇ノ書面ニ表示セラルルコトヲ要セス申込ト承諾トカ各別ノ書面ヲ以テ為サルルコトヲ妨ケス」（民録の判決要旨）として、「書面上ノ管轄ノ合意」についての一般論を示すものである一方、本判決は、この一般論を本件事案に即して展開したものである。この点に民集登載の価値があると判断されたのではないだろうか。

[2-36]

【判示事項】 民法第九百八十五条ニ依リ家督相続人ニ選定セラルヘキ適格者

【判決要旨】 民法第九百八十五条ニ所謂被相続人ノ親族、家族、分家ノ戸主又ハ本家若ハ分家ノ家族又ハ他人ニシテ家督相続人ニ選定セラルヘキ者ハ其ノ相続開始ノ当時生存シ又ハ懐胎セラレタル者ニ限り其ノ後ニ懐胎セラレテ出生シタル者ヲ包含セサルモノト解スルヲ正当トス

5) 谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法（13）』（平8，有斐閣）737頁〔山下末人〕。

6) 大（一民）判大10・3・15民録27-434。

本判決も援用する先例⁷⁾は、「民法第九百八十五条ニ所謂被相続人ノ親族ハ相続開始当時生存シ又ハ懐胎セラレタル親族ヲ指称シ其後ニ懐胎セラレテ出生シタル親族ヲ包含セサルモノト解スルヲ相当トス」として、本判決と同趣旨の判断を示しているが、ここでは民法985条（当時）にいう「親族」のみが判断の対象となっている。そのため、それ以外の場合にも「拡張シテ同一ノ解釈」（判決理由）すべきことを示す意図で、本判決が民集に登載されることになったものと思われる。

これらに対し、次にみる [1-13] は、民集登載の理由が判然としない。

[1-13]

【判示事項】 上告審ヨリ事件ノ差戻ヲ受ケタル裁判所ノ為ス判決ノ資料

【判決要旨】 上告審ヨリ事件ノ差戻ヲ受ケタル裁判所ハ新弁論ニ基キテ裁判ヲ為スコトヲ要スルモノナルヲ以テ其ノ新弁論ニ於テ提出セラレサル証拠ヲ採テ判断ノ資料ニ供スルコトヲ得サルモノトス

判示事項については、上告人が上告理由で援用する先例⁸⁾があり、「上告審ニ於テ控訴ノ判決ヲ破毀シ事件ヲ控訴審ニ差戻シ又ハ移送シタルトキハ事件ハ控訴ノ弁論及ヒ判決ヲ為ササリシ以前ノ程度ニ復スヘキカ故ニ破毀前ノ弁論ニ於テ提出セラレタル証拠ト雖モ更ニ後ノ弁論ニ提出若クハ援用セラレサル限り之ヲ以テ判断ノ資料ト為スヘキニ非ス」（民録の判決要旨）との判断が示されている。本判決と同旨の先例であり、かつ本判決当時からみて時間的に古いものでもないにもかかわらず、本判決が民集に登載された理由は判然としない。

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

[1-14]・[1-16] 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（ともに判決全文は法律新聞で確認可能）。

まず、[1-14] は、代理人が顕名をせず代理行為をなした事案において、代理人が本人の名義で法律行為をなした以上、本人に代理行為の効果が帰属するとした原判決を破毀したものである。大審院は、代理人が相手方に対し本人のためにすることを示すためには、まず自らが代理人であることを相手方に示すか、もしくは相手方において行為者が代理人であることを知り又は知りうべかりしことを必要とす

7) 大（一民）判大7・4・19民録24-735。

8) 大（二民）判大9・9・27民録26-1392。

ると判断を示しているが、このことは、民法99条・100条の規定するところであり、民集に登載すべき価値のあるものとはいえない。

次に、[1-16]は、離婚を命じる一審判決の後、これに対する控訴がなされたが、当事者が離婚の請求権を放棄した上での婚姻の継続に合意し、控訴を取り下げたケースで、当該合意は有効であり、離婚を命じる一審判決は控訴の取下げにより形式上確定するものの、実質上の確定力を有しないとするものである。この点については、上告人が上告理由で援用しているように、「訴訟カ第一審判決後控訴審ニ繫属中当事者カ裁判外ノ和解ヲ以テ該判決ト相容レサル権利関係ヲ約シタルトキハ之ニ基キ控訴ヲ取下ケタル場合ト雖モ其和解ハ有効ニシテ第一審判決ハ実質上ノ確定力ヲ生セス」とする先例⁹⁾があり、それゆえに民集への登載が見送られたものと思われる。

2-1-2-2. 「参考判例」

大正11年6月分には、判決原本の冒頭に「参考判例」と朱書きされた判決（[2-31]）がある（未公刊）。このような朱書は、民集では初見である（現在のところ、民録でも確認できていない）。

[2-31] 「職権ヲ以テ本件上告ノ許ス可ヘキモノナリヤ否ヤヲ調査スルニ本件上告ハ特許願第五三三一六号村田式安全車体ニ対シ特許局ノ為シタル大正十年六月二十五日付拒絶再査定ニ対スル抗告審判ノ審決ニ対シ之ヲ為スモノニシテ特許法第三百八条第一項ニ依レハ本法施行ノ際現ニ繫属スル特許ノ出願ノ処理ニ付テハ仍旧法ニ依ルトアリテ大審院ニ出訴シ得ルヤ否ヤノ如キモ亦特許出願ノ処理ニ包含セラルヘキモノト解スヘク而シテ旧特許法第八十五条第一項但書ニ依レハ再審査ノ査定ニ対スル審決ニ付テハ大審院ニ出訴スルコトヲ許ササルモノナルカ故ニ本件上告ハ許ス可カラサルモノトス」

これは、特許法138条1項（当時）の解釈についての判断であり、民集に登載する価値のあるものとも思われるが、「同法施行ノ際現ニ繫属スル」特許の出願に関するものであるから、本条が問題となるケースは限られており、そのために「参考判例」という扱いになったのであろう。

2-1-2-3. 破毀判決

民集不登載判決の中には、18件の破毀判決があり、欠席判決である [2-15] 以外の17件については、法律新聞でそれらの全文を確認することができる。

9) 大（二民）判明44・4・12民録17-208。

これらのうち、[1-29] (新聞表題：時効ニ因ル不動産ノ取得ト登記)¹⁰⁾・[2-22] (同：不動産物権変動ノ予約ト権利保全ノ仮登記)・[2-27] (同：詐害行為ノ取消ト取消ノ範囲)・[2-39] (同：民法前ト遺産相続)には判決理由で援用されている先例があり、[1-3] (同：詐害行為ト取消ノ程度)は自身の判示を「当院ノ判例」¹¹⁾であるとしている。[1-46] (同：買戻権ノ実行ト適法)については、判決中では言及されていないが、同旨の先例¹²⁾がある。

次に、[1-24] (同：虚偽ノ表意ト善意ノ第三者)・[1-25] (同：婚姻事件ト推定自白ノ規定)・[1-32] (同：借家人カ造作ヲ施スト構造上ノ変更トノ異同)・[1-47] (同：請求ノ原因ト主張セサル事実)・[2-1] (同：言渡調書ト裁判長ノ署名捺印)・[2-11] (同：悪意、虚無証拠、理由)・[2-18] (同：後藤東京市長ト電車運転手トノ間ニ於ケル懲戒解僱処分ニ付退職金並賞与金請求事件ノ判決)・[2-29] (同：請求ト必要ナル理由)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、先例となりうる判断を示しているとはいえないので、民集への登載が見送られたものと推測される¹³⁾。

なお、残された [2-42] については、受命判事との関係から、2-3. で論じる。

2-1-2-4. 棄却判決

民集不登載の棄却判決 (63件) は、[2-30] を除くすべてが未公開である (このうち [2-31] は既に 2-1-2-2. で紹介した)。¹⁴⁾ [2-30] (新聞表題：質権ノ目的物ト質権行使ノ範囲／運送品ノ滅失ト引渡アルベカリシ日ノ意義) は、① 債権の担保として運送品に質権を設定し、質権者 (債権者) が貨物引換証を所持する場合におい

10) この判決は、時効完成後に第三取得者が現れたケースで、時効による不動産の所有権の取得をこれに対抗するためには登記が必要であるとするものである。しかし、本判決前後の大審院判決には、これと立場を異にするものが散見される。例えば、大 (二民) 判大 7・8・15 新聞 1480-24 及び大 (二民) 判大 11・9・25 新聞 2050-18 は、いずれも、時効完成後に登場した第三取得者は、民法177条にいう「第三者」には該当しないという論理で、時効取得者は当該第三取得者に対して登記なくして所有権の取得を対抗することができとしている。これは、民録にも登載されていたかつての大審院の立場であったが (大 [一民] 判明 43・11・19 民録 16-784)、本判決が援用している大 (三民) 判大 7・3・2 民録 24-423 によって否定されたはずのものであった。こうしたことから、当時の大審院内部では、この問題についてなお見解の対立があったことがわかる。

11) 先例として、大 (一民) 判大 9・12・24 民録 26-2024。

12) 大 (二民) 判大 7・11・11 民録 24-2164、大 (三民) 判大 9・8・9 民録 26-1354。

13) もっとも、[2-18] については、法律新聞2036号 5 頁に「大審院は之を判例として採択せざりしが実務上の参考の価値あるものと認め茲に採録す」との言及がある。

て、当該運送品が滅失したときには、質権者は質権の侵害を原因としてその損害賠償を請求できるのであり、このような場合に民法350条及び304条の適用はないから、質権者は、同条の定める手続を履践する必要はないこと、② 運送品の全部滅失の場合において、その損害賠償の額を定めるべき標準日である「引渡アルベカリシ日」とは、貨物引換証が作成されている場合には、「其ノ証券ヲ呈示スレハ引渡ヲ為スヘカリシ日」と解すべきものであることを判示している。いずれも民集に掲載するほどの重要な判断であるとはいえないであろう。

その他の判決の中では、二審判決が公開されているものが1件（[1-28]〔二審判決の新聞表題：債務ノ弁済ト債権復活ノ合意〕）ある。これは、債務の内容が実現されて債権が消滅した場合、たとえ当事者の合意があっても後日これが復活することはないとするものであるが、以下のように、大審院ではこの点については争われておらず、示されている判断も目新しいものではない。

[1-28] 「然レトモ裁判所ハ同一証人ノ証言ノ或部分ヲ信用シ他ノ部分ヲ信用セサルトキハ其ノ信用スル部分ヲ証拠ニ採用シ他ノ部分ヲ排斥シ得ルモノニシテ裁判上其ノ証言ヲ不可分ノモノトシテ処理セサルヘカラサル法則存在セス從テ原裁判所カ所論ノ如ク第一審証人石川喜十郎ノ証言ノ一部分ヲ以テ錯誤ニ出テタルモノト為シ他ノ部分ヲ証拠ニ採用シタルハ違法ニ非ス」（上告論旨第一点に対する判断）

「然レトモ原判決理由ノ前段ニ於ケル『二番抵当権ハ債権全部ニ付移転登記ノ行ハレ居ルコトヲ認メ得ヘク云々』ノ説明ハ實際存在スル債権全部ニ付移転登記ノ行ハレタルコトノ意義ニ非スシテ外形上債権全部ニ付移転登記ノ行ハレタルコトノ意義ニ外ナラス從テ其ノ説明ハ移転登記ヲ為サレタル債権ノ範囲ヲ實質的ニ認定シタルモノニ非ルコトハ原判決理由ノ前後ノ文意ニ照シテ明ナルヲ以テ原判決ノ右説明ハ其ノ中段ニ於ケル論旨摘録ノ説明ト齟齬スルモノニ非ス」（同第二点に対する判断）

「然レトモ原審ニ於ケル上告人ノ釈明ノ趣旨ハ上告人ノ主張セル個々ノ債権弁済ノ事実ニ付確認ヲ求ムルニ在ラスシテ其ノ弁済ノ為ニ債権ノ消滅シタル結果ニ付確認ヲ求ムルニ在ルモノト解スルコトヲ得從テ原裁判所カ其ノ確認ヲ求ムル範囲内ニ於テ元金二千円及之ニ対スル利息ノ債権ノ消滅シタルコトニ付權利關係確定ノ裁判ヲ為シタルハ相当ニシテ本論旨ハ理由ナシ」（同第三点に対する判断）

その他の判決は、その判決自体はもちろんのこと、その二審判決も公開されてい

ない。すなわち、これまでまったく表に出てこなかった事件ということになる。これらは公表するほどの価値はないと判断されたものと思われるが、一概にそう言い切れない部分も含む判決も存在するので、ここで紹介しておく。

[1-10] 「然レトモ未タ發生セサル債權ハ詐害行為ノ目的トナルヘキモノニアラサレハ債務者ノ行為カ取消權ヲ行使スル債權者ノ債權發生以後ニ行ハレタル場合ニアラサレハ債權者ハ民法第四百二十四条ニ依リ取消權ヲ行使スルコトヲ得サルモノトス是当院判例ノ認ムル所ナリ（大正六年（オ）第五三八号同年十月三十日言渡判決参照）……」（上告論旨第三点に対する判断）

[1-33] 「然レトモ売買契約成立ノ際買主ヨリ売主ニ交付シタル手付ハ其ノ契約ノ履行ヲ確保スルノ目的ヲ有スルモノナレハ買主カ代金ノ一部支払ヲ為ス場合ニ於テハ手付金ヲ以テ其ノ内金ニ算入スルコトヲ得スト雖代金ノ最終ノ支払ヲ為ス場合又ハ一時ニ代金全額ノ支払ヲ為ス場合ニ於テハ当事者ハ手付金ヲ以テ其ノ内金ニ算入スルノ意思ヲ有スルヲ通常トスルモノナレハ反対ノ特約ナキ限り之ヲ代金ニ算入スヘキモノトス……又同時ニ履行スヘキ双務契約ニ於テ当事者双方カ各其ノ弁済ノ提供ヲ為サスシテ履行期ヲ経過スルモ当事者ハ之ニ依リテ遅滞ニ付セラルルモノニアラス同時ニ履行スヘキ双務契約ニ於テ当事者双方カ各其ノ弁済ノ提供ヲ為サスシテ履行期ヲ経過スルモ当事者ハ之ニ依リテ遅滞ニ付セラルルモノニアラス当事者ノ一方ヨリ自己ノ履行ヲ提供シテ相手方ニ対シ其ノ債務ノ履行ヲ請求シ相手方カ其ノ履行ヲ為ササル場合ニ於テ始メテ其ノ相手方ハ遅滞ノ責ニ任スヘキモノナルコトハ当院ノ屢判例トスル所ナリ」（同第一点に対する判断）

[1-34]・[1-35] 「然レトモ当事者カ控訴審ニ於テ訴ノ変更ヲ為シタル為新訴ヲ却下スヘキ場合ニハ常ニ必スシモ其ノ旨ヲ主文ニ表示シ判決ヲ言渡スコトヲ要セス原判決ノ如ク終局判決ノ理由中ニ訴ノ変更アルニヨリ新訴ヲ却下スル旨ヲ判示スルモ不法ニアラス（大正五年（オ）第二二三号同年九月八日本院判決）……」（同第三点に対する判断）

[1-43] 「然レトモ判決ノ理由ハ主文ヲ直接ニ維持スヘキ範圍ニ於テ且之ト合體シテノミ確定力ヲ有スルモノナルコトハ当院判例（大正四年（オ）第三六九号同年十二月二十五日第三民事部判決）ノ示ス所ナリ……」（同第四点に対する判断）

[2-20] 「然レトモ民法及旧登記法施行以前（明治十六年度頃）ニ在リテハ隠居ニ因ル家督相続ノ場合ニハ相続財産ハ必ス譲渡ノ公証ヲ受クヘキモノニシテ從

て記名公証ノ財産ニシテ相続人ニ譲渡ノ公証ヲ經サルモノハ之ヲ相続セサルヲ慣例トシ隱居者タル前戸主ニ於テ之カ留保ノ意思ヲ默示シタルモノト推定スヘキモノナルコトハ夙ニ当院判例ノ存スル所ニシテ（明治三十八年（オ）第二十九号同年四月二十一日言渡、同四十年（オ）第二百四十八号同年七月八日言渡、大正二年（オ）第三百七十号同年十一月十九日言渡判決参照）……」（同第一点に対する判断）

[2-24] 「然レトモ相殺ノ抗弁ハ相手方ノ請求ニ対スル防御ノ方法ニシテ一ノ訴訟行為タル性質ヲ有スルモノナレハ訴訟代理人ノ代理権中ニハ相手方ニ対シテ此ノ抗弁ヲ提出スルノ権限ヲ包含スルモノナルコトハ当院ノ判例（大正元年（オ）第百十二号大正元年十二月二十三日言渡判決）トスル所ニシテ……」（同第三点に対する判断）

[2-26] 「然レトモ記録ニヨルニ上告人ハ原院ニ於テ所論ノ如キ事実ヲ主張シAヲ未成年者Bノ後見人ニ選任シタル親族会ノ決議ノ無効ナルコトヲ抗争シタル事跡ナキニヨリ本論旨ハ上告ノ理由トナスニ足ラサルノミナラスBノ為ニ選定セラレタル親族会員ハ所論Aノ外他ニ兩名存スルコト並ニBノ後見人選任ノ為招集セラレタル親族会ニ於テ右兩名カAヲ後見人ト為スコトニ同意ヲ表シ其ノ決議ヲ為シタルコトハ原院カ真正ニ成立シタリト認メタル親族会ノ決議録ニヨリ明ナリ而シテ原院ハ右親族会ノ決議ヲ以テ有効ナリト判断シタルニヨリ叙上ノ事実ヲ認メタルヤ疑ヲ容レス果シテ然ラハ右後見人選任ニ付テノ親族会ノ議事ハ所論ノ如クAノ利害ニ関スルモノニ係リ從テ同人ガ表決ノ数ニ加ハリタルハ民法第九百四十七条第二項ノ規定ニ違背スルモノナリトスルモ叙上ノ如ク他ノ親族会員兩名カ等クAヲ未成年者Bノ後見人ニ選任スル決議ニ同意ヲ表シタルモノナレハ該決議タルAノ為シタ表決ヲ除外スルモ尚親族会員ノ過半数ヲ以テ為シタルモノナルニヨリ右ノ瑕疵ハ単ニ同法第九百五十一条ノ規定ニ從ヒ不服ノ訴ニヨリ之カ無効ノ宣告ヲ受クヘキ素質ヲ有スルニ止リ之ヲ以テ当然無効ノ決議ナリトナスヘキモノニアラス（大正二年（オ）第四八五号同三年十二月一日本院判決参照）……」（同第十点に対する判断）

いずれも重要な判断を含むものであるが、一見して明かなように、すべて先例が存在するものであり、そのため公表の必要がないと判断されたものと思われる。

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、

[1-11]・[1-17]・[1-44]・[1-50]・[2-19]・[2-36]・[2-37]における脱落部分は、公刊物で確認することができないので、大審院の判断に関する部分のみ以下で紹介しておく。

[1-11] 「然レトモ民法第四百六十七条第二項ノ規定ハ債権譲渡ノ通知又ハ承諾ノ行為ニ付是カ証明方法トシテ確定日付アル証書ヲ必要トスルモノト解スヘキコト当院判例ノ示ス所ナリ（大正二年（オ）第六七七号同三年十二月二十二日言渡民事部連合判決参照）然ラハ原裁判所カ本件債権ノ譲渡ニ付債務者ニ対シ通知ヲ為シタルコトヲ確定日付アル証書ヲ以テ証明スルヲ必要トスルモ該通知ノ到達ヲスル証書ニテ証明スルヲ要セストシ因テ上告人（控訴人）ノ主張ヲ排斥シタルハ正当ニシテ原判決ニハ所論ノ違法アルコトナク本論旨ハ理由ナシ」（上告論旨第一点に対する判断）

[1-17] 「然レトモ主タル債務者ト連帯シテ各自保証債務ヲ負担シタル者数人アル場合ニ於テ保証人ハ分別ノ利益ヲ有セサレハ（大正六年三月六日ノ当院判決参照）原院カ本件消費貸借ノ主債務者タル上告人萩原榮及主債務者ト連田シイテ保証債務ヲ負担シタル他ノ上告人二名ニ対シ連帯シテ貸借金ノ元利ヲ支払フヘキコトヲ命シタルハ正当ナリ」（同第二点に対する判断）

「然レトモ甲第一号証ナル本件消費貸借証書ニハ利息仕払期ハ元金同時トノ記載アリ此ノ記載ニシテ証書授受ノ当時既ニ存在シタルトセハ反証ナキ限り弁済期及利率ノ記載モ当時既ニ存在シタルモノト見ルヲ相当トスルカ故ニ原院カ弁済期及利率以外ノ記載ハ上告人ノ認ムル所ナルヨリ推シテ弁済期及利率ノ記載モ証書授受ノ当時ヨリ有効ニ存在セルモノト認ムルヲ相当ナリトシ其ノ反証ヲ上告人ニ求メタルハ正当ナリ」（同第三点に対する判断）

「然レトモ訴訟当事者ノ法律上代理人トシテ訴訟ヲ為ス者カ法律上代理人ノ資格ヲ有スルヤ否ヤハ裁判所ノ職責上調査スヘキモノナレトモ調査ヲ為サザリシコト自体直ニ上告ノ理由トナルヘキモノニ非ス其ノ者カ事實資格ヲ有セサルニ之ヲ看過シテ判決ヲ為シタル場合ニ於テ始メテ上告人ノ理由トナルヘキナリ故ニ裁判所カ被上告銀行ノ法律上代理人トシテ第一、二審ノ訴訟ヲ為シタル深水頼寛ノ資格ヲ調査シタル事跡ノ徴スヘキモノナキ一事ヲ以テ原判決ヲ違法ナリトスル上告人所論ノ採ルニ足ラサルハ勿論仮ニ深水頼寛カ資格ヲ有セスシテ其ノ為シタル訴訟行為ハ被上告銀行ニ対シ無効ナリトスルモ被上告銀行ノ現時ノ取締役タル園田愿ニ於テ上告ニ関スル訴訟行為ヲ為シ前二審ニ於ケル深水頼寛ノ訴訟行為ヲ否認スル所ナキハ暗黙ニ之ヲ追認シタルニ帰シ原判決ノ違法ハ

之ニ因リ除去セラルヘキヲ以テ本論旨ハ結局理由ナシ」（同第四点に対する判断）

[1-44] 「然レトモ株式会社ノ債権債務ト雖商行為ニ因リテ生シタルモノニ非サル限りハ商法第二百八十五条所定ノ五年ノ時効ニ因リテ消滅スヘキモノニ非ス而シテ被上告人ノ本件株式払込金返還請求権ハ不当利得ニ因リ生シタルモノナルコト論旨第二点ニ対スル説明ノ如クニシテ商行為ニ因リテ生ジタルモノニ非サルカ故ニ上告人及被上告人カ共ニ株式会社ナレハトテ被上告人ノ右請求権ハ前記五年ノ時効ニ因リテ消滅スヘキモノニ非ス然ラハ原判決カ其ノ旨ヲ判示シタルハ正当ニシテ所論ノ如キ違法ノモノニ非サルヲ以テ本論旨ハ理由ナシ」（同第三点に対する判断。同第四点に関する判断は、上告論旨で主張されているのは事実認定の問題であるとしてこれを排斥するものであるため、紹介を省略する。以下、紹介を省略するのは、特に断りのない限り、同様の理由によるものである。）

[1-50] 「然レトモ本訴ハ為替訴訟ニシテ書証ノミヲ以テ適法ノ証拠方法ト為スモノナレハ原院カ乙第一号証ヲ審究シ之ニ依リテハ直ニ上告人ノ主張事実ヲ肯定スルヲ得サルカ故ニ該主張ハ本訴ニ於テハ許サレサルモノトシ之ヲ排斥シタルハ相当ニシテ乙第一号証ノ文詞ヲ無視シタルニ非サルハ勿論上告人ハ通常訴訟ニ於ケル権利ノ行使ヲ留保セラレアルヲ以テ本訴上告人ノ主張ヲ許サルハ之ヲ排斥スルニ理由ヲ具備セサルモノト謂フ可カラス故ニ本論旨ハ理由ナシ」（上告理由第一点に対する判断）

「然レトモ本件訴状ノ郵便送達証書ニハ論旨摘録ノ如ク（其ノ『宅』トアルハ宛ノ誤認ト認ム）記載シアリテ『代理人』若ハ『代理』ナル不必要ノ文字ヲ記入シ又ハ『成長シタル同居ノ親族』ナル印刷文字ヲ抹消セスシテ正確ヲ欠クモ結局宛名人タル日本紡機工業株式会社代表取締役岡田優不在ニ付其ノ事務所ニ在ル宿直者即チ同社雇人木村金太郎ニ該訴状ヲ交付シ同人ニ於テ之ヲ受領シ受取本人トシテ『木村』ナル押印ヲ為シタルコトヲ知ルニ足り本件訴状ノ送達ハ適式ニ施行セラレタルモノナレハ本論旨ハ理由ナシ」（同第三点に対する判断）

「然レトモ論旨指摘ノ郵便送達証書ニ依レハ大正十一年二月十五日午前十時ノ期日呼出状及控訴状在中ニシテ大阪控訴院第一民事部書記課発被控訴会社代表者伊藤九兵衛宛ノ封書一通ヲ其ノ店員仁谷亀藏ニ於テ受取りタルモノニシテ事件番号ノ記入ナキモ本件ノ控訴状カ適式ニ被上告会社ニ送達セラレタルコトヲ知ルニ足ルヲ以テ本論旨ハ理由ナシ」（同第四点に対する判断）

「然レトモ法律上代理人ノ資格ヲ証スル書面ノ如キハ必スシモ裁判所ノ記録ニ備フヘキモノニ非サレハ本件ニ於テ岡田優カ上告会社ノ法律上代理人ナルコトヲ証スル資格証明書ノ記録ニ添付ナキノ一事ヲ以テ本訴ハ適法ニ提起セラレ且其ノ訴状ノ送達ハ適法ナルヤ否ヤヲ知ルコト能ハサルモノト謂フヲ得ス故ニ本論旨ハ理由ナシ」(同第五点に対する判断)

[2-19] 「然レトモ上告人ハ原审ニ於テ神戸利兵衛对被上告人先代間ノ本件相殺契約カ神戸利兵衛ノ債権者タル上告人ノ請求ニ因リ詐害行為トシテ取消サレタル事実ヲ以テ本件ノ請求原因ト為シタルコトハ原判決及ヒ其ノ引用シタル第一審判決ノ各事実摘示ニ照ラシ明カナルヲ以テ所論ノ差押命令ノ復活弁済ノ無効ニ関スル主張事実ハ本件ノ請求原因ニ属セサルモノト謂フヘク從テ原裁判所カ其ノ主張事実ニ付キ判断ヲ与ヘサリシハ相当ニシテ本論旨ハ理由ナシ」(上告論旨第一点に対する判断)

「然レトモ債権者ハ債務者ノ為シタル詐害行為ニ付キテハ其ノ取消ヲ裁判所ニ請求スル一種ノ形成権ヲ有スルニ過キサレハ裁判所カ債権者ノ請求ニ因リ債務者ノ為シタル詐害行為ニ付キ取消ノ判決ヲ為シタル場合ニ於テモ其ノ判決ハ未タ確定セサル間ハ債権者ハ之ニ因リテ所論ノ如キ担保権ヲ取得スルモノニ非スシテ唯形成権行使ノ状態ガ継続シツツアルニ過キス從テ其ノ判決ノ確定前ニ詐害行為タル契約ノ当事者カ合意ヲ以テ其ノ契約ヲ解除シタルトキハ債権者ノ形成権ノ行使ヲ不能ナラシムルニ至ルヘシト雖之カ為ニ債権者ハ民法第五百四十五条第一項但書ノ保護ヲ受クヘキモノニ非ス何トナレハ其ノ但書ニ所謂權利ハ契約ノ目的ニ付キ第三者カ契約上ノ債権以外ノ新^マ所得シタル權利ヲ意味スルモノニシテ債権者ノ有スル形成権ノ如キモノヲ包含セサレハナリ原判決説明ノ趣旨モ之ト同一ニ帰シ何等違法ノ点ナキヲ以テ本論旨ハ孰レモ理由ナシ」(同第二・三点に対する判断。下線は引用者による。同第四点に対する判断については省略。)

[2-36] 「然レトモ上告人カ亡長十郎ノ家督相続人ニ選定セラルヘキ適格ヲ欠スルモノナルコトハ前説明ノ如クナルヲ以テ相続人選定ノ為ノ親族会ガ適法ナルモノトスルモ為ニ上告人ヲ亡長十郎ノ家督相続人ニ選定シタル親族会決議ヲシテ有効ノモノタラシムル謂ハレナキヲ以テ原判決カ親族会ヲ適法ノモノト認メタルニ拘ラス其ノ選定決議ヲ無効ト認メタルハ固ヨリ其ノ所ナレハ不法ト謂フヘキモノニ非ス」(同第二点に対する判断)

[2-37] 「然レトモ本件係争宅地三筆及之ニ隣接セル所論土地三筆ニ跨リテ上告人ノ旅館営業用建物存在スルコト右地所建物カ総テ上告人ノ所有ナリシコト及

右係争地等カ抵当権者タル被告等人ノ申立ニ因リ競売ニ付セラレタルモ被告
 人ニ於テ競落ニ因リ所有權ヲ取得シタルハ係争地三筆ノミニシテ之ニ隣接セ
 ル叙上土地三筆及建物ハ依然被告人ノ所有ナルコトハ何レモ当事者間ニ争イナ
 カリシ事実ナルコト記録（特ニ大正九年十二月十日ノ原審口頭弁論調書参照）
 ニ徴シ明瞭ニシテ原裁判所ハ本件地上權ノ存続期間ヲ定ムルニ当リ此等ノ事實
 ラモ斟酌セルコト判文上之ヲ看取スルニ難カラサルヲ以テ原判決ハ所論ノ如キ
 地上權設定當時ノ事情ヲ斟酌セサルモノト云フヲ得ス故ニ本論旨ハ理由ナシ」
 （同第一点に対する判断）

[2-19] には、詐害行為取消訴訟の判決確定前に詐害行為である契約の合意解除
 がなされたとしても、それにより取消権の行使を阻止されるという不利益を受ける
 こととなる取消債権者は民法545条1項但書の保護を受けないとの判断が示されてい
 る部分（下線部）がある。この点に関する先例は現時点では確認できていないが、
 その理由も説示されていることから、先例としての価値があるようにも思われる。

その他のものには、民集に登載すべき重要性を含んだ判断は見当たらない。その
 ため、民集ではこれらの部分が削除されたものと思われる。なお、民集以外の公判
 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

「売渡担保」に関する [2-42] の受命判事は前田直之助である¹⁴⁾。

この判決で、前田は、「売渡担保ト云フ一種特別ノ法律行為アルコトナシ」とし
 た上で、「結局消費貸借ヲ締結シ其ノ担保ヲ設定スル普通ノ方法ト同一ノ帰趣ニ到
 達セシメントスルモノカ即チ所謂売渡担保ニ外ナラス」と述べる。そして、「売渡
 担保ト買戻契約トハ決シテ相容レサルモノニハ非サルニ拘ラス原審カ買戻契約ナル
 コトハ之ヲ認ムルヲ得ルモ売渡担保ナルコトハ之ヲ認ムルヲ得ストノ理由ノ下ニ上
 告人ノ本訴請求ヲ排斥シタルカ如キハ売渡担保ト云フ一種特別ノ取引カ買戻以外ニ
 存在セリト誤解シタルカ爾ラサレハ当事者ノ用語ニノミ拘泥シテ取引其ノモノノ真
 相ヲ闡明スルコトヲ努メサルカ孰レニセヨ違法ヲ免レス」との判断を示している。

前田は、これ以前にも——現時点で確認できる範囲では——売渡担保に関する2
 つの事件の受命判事となったことがある。

14) 売渡担保に関する前田の著作としては、「売渡担保 付信託行為（一）～（三・完）」民
 商法雑誌8巻7号（昭5）1頁以下、8巻8号（昭5）21頁以下、8巻9号（昭5）21頁
 以下、「売渡担保に就きて」日本公証人雑誌1巻2号（昭5）1頁以下（民商法雑誌に連
 載した前掲論文を摘要したもの）がある。

その第一は、「売渡担保ハ独立シタル法律行為ニ非スシテ甲カ乙ニ或財産権ヲ移転シ乙ハ其対価タル金円ヲ甲ニ交付シ以テ此財産権ノ売買ヲ為スト共ニ当事者間ニ於テ契約ヲ締結シ他日甲カ右ノ対価若クハ利息ヲ加算シタルモノニ相当スル金円ヲ乙ニ支払フトキハ前記財産権ハ再び甲ニ復帰スヘキ旨ヲ定メ以テ結果ニ於テ金円ノ消費貸借ヲ為シ且如上財産権ニ対シ物上担保権ヲ設定シタルト同一ノ目的ヲ達スルニ在リ而シテ右財産権復帰ノ点ニ関スル契約モ其性質必スシモ常ニ一ナラスト雖モ売渡担保ニハ其一面ニ常ニ売買ヲ包含シ之ニ附加シテ他ノ契約存スルニ過キササルモノトス」(民録の判決要旨)とする大(一民)判大10・6・14民録27-1163である。

第二は、大(一民)判大10・10・7(未公開)¹⁵⁾である。この判決は、売渡担保とは法律上の用語でもなく世間一般で用いられている程度のものであり、その意義は必ずしも一定しない¹⁶⁾とした上で、被上告人が「売渡担保」と称しているものは、「所有権を自己に留保し、単に登記簿上においてのみ移転登記をなしたにすぎないもの」であるから、上告人が援用する上記大正10年6月判決は、本件の場合には適切ではないとするものである。

周知のように、その後、前田は、大(四民)判昭8・4・26民集12-767で次のような判断を示す¹⁷⁾。すなわち、「新生若クハ既生ノ債務ハ依然之ヲ存続セシメツツ一面当該財産権ヲ譲渡ス場合ニシテ此譲渡タルヤ固ヨリ交換ニモ非ス贈与ニモ非ス又売買ニモ非ス担保ノ目的ヲ以テスル譲渡」が「譲渡担保」であり、「真実ノ売買」で「其ノ受取りタル代金ハ即チ経済的ニハ借金ニ該当シ又ハ受取ルヘキ代金ハ則チ既存債務ト相殺ス可キ反対債権ヲ成スカ故ニ此種取引ニ在リテハ爾後何等ノ債務モ残留スルコト」がないものが「売渡担保」である、と。

大審院レベルでみれば、売渡担保という概念の意味するところについてはなお一致をみていなかった可能性がある¹⁸⁾一方で、前田の売渡担保論はこのように一貫し

15) 木村和成「大審院(民事)判決の基礎的研究・7——判決原本の分析と検討(大正10年10月分)——」立命館法学348号(平25)357～358頁参照([2-23]判決)。

16) 後に前田は「売渡担保は誠に明白に竹を破つたやうな観念である」と述べている(前田「売渡担保 付信託行為(一)」2頁)。

17) 近江幸治「担保制度の研究——権利移転型担保研究序説——」(平元、成文堂)126頁は、この判決を前田の「創作」によるものとする。なお、現段階では、筆者は昭和8年4月分の大審院(民事)判決原本を調査することができておらず、前田が受命判事であるかどうかを確認することができていない。しかし、判決文での独特な表現の中に、前田が受命判事となった他の判決で登場する表現と一致するものがあることから、本判決の受命判事は前田である可能性が高い。

18) 木村・前掲注(15)358頁。なお、前田も、裁判所内部においても売渡担保という概念を

ている。こうしたことが明らかになるのは、受命判事が判明することにより、大審院判決における特定の判事の見解をこのように整理・分析することが可能になるからである。

3 大正11年7月分大審院民事判決原本の内容

原本（2冊）には、86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	7・1	大11-405	棄却	3	長谷川菊太郎	土地所有権 確認	松江地判 大10・12・26	
1	2	7・3	大11-13	破毀 差戻	2	東龜五郎	請負金残額	長崎控判 大10・10・1	新聞 2030-22 彙報 33下261
1	3	7・3	大11-323	棄却	2	東龜五郎	貸金	名古屋控判 大11・2・23	
1	4	7・3	大11-377	棄却	2	岩本勇次郎	売掛代金	大阪控判 大11・3・14	
1	5	7・3	大11-407	棄却	2	東龜五郎	確定値合金	大阪控判 大11・4・27	
1	6	7・3	大11-422	棄却	2	鬼澤藏之助	贈与減殺	宮城控判 大11・3・30	
1	7	7・3	大11-425	棄却	2	岩本勇次郎	約束手形金	広島控判 大11・3・23	
1	8	7・3	大11-476	棄却	2	大倉鈕藏	所有権確認 並登記請求 土地明渡	水戸地判 大11・4・13	
1	9	7・4	大11-237	破毀 差戻	1	榊原幾久若	抵当権設定 登記抹消手 続	長崎控判 大11・1・30	民集 1-363 新聞 2019-21 彙報 33下169 評論 11訴210

↘そのものをめぐる論争があることを示唆している（前田「売渡担保に就きて」3頁）。

1	10	7・4	大 11-376	棄却	1	前田直之助	特許権利範圍確認	特許局審決 大 11・3・24	
1	11	7・5	大 11-2	破毀 差戻	3	菰渕清雄	求償金	広島控判 大 10・10・22	新聞 2030-20 彙報 33下251
1	12	7・5	大 11-285	棄却	3	長谷川菊太郎	建物明渡	千葉地判 大 11・1・30	
1	13	7・5	大 11-402	棄却	3	成道齊次郎	不動産所有 権抵当権抹 消及所有権 移転登記手 続	大阪控判 大 11・2・6	新聞 2029-13 彙報 33下409
1	14	7・5	大 11-456	棄却	3	菰渕清雄	商標登録無 効	特許局審決 大 11・4・29	民集 1-367 新聞 2019-19 彙報 33下158 評論 11諸257
1	15	7・5	大 11-471	棄却	3	横村米太郎	譲受代金返 還	札幌控判 大 11・3・30 新聞2036-17	新聞 2024-19 彙報 33下285
1	16	7・6	大 11-187	破毀 差戻	2	岩本勇次郎	遺留分減殺	宮城控判 大 10・12・13	民集 1-455 新聞 2032-15 彙報 33下373 評論 11民695
1	17	7・6	大 11-235	原判 決破毀	2	岩本勇次郎	仲裁人選定	大阪控判 大 11・1・17	新聞 2030-21 彙報 33下258
1	18	7・6	大 11-302	破毀 差戻	2	鬼澤藏之助	損害賠償	札幌控判 大 11・2・14	新聞 2030-17 彙報 33下239
1	19	7・6	大 11-320	破毀 差戻	2	大倉鈕藏	株式定期売 買損失金弁 償	大阪控判 大 11・2・4	
1	20	7・6	大 11-434	棄却	2	鬼澤藏之助	貸金保証債 務履行	広島控判 大 11・3・25	

大審院（民事）判決の基礎的研究・12（木村）

1	21	7・7	大11-349	破毀 差戻	1	山香二郎吉	債務不存在 確認及反訴	大阪控判 大11・2・23	新聞 2024-15 彙報 33下265
1	22	7・7	大11-493	棄却	1	山香二郎吉	株式代金返 還	広島控判 大11・4・6	
1	23	7・8	大11-110	破毀 差戻	3	菰渕清雄	強制執行異 議	東京控判 大10・10・19	新聞 2039-26 彙報 33下426
1	24	7・8	大11-239	棄却	3	長谷川菊太郎	物品返還	長崎控判 大10・12・27	
1	25	7・8	大11-260	一部 破毀 差戻 一部 棄却	3	成道齊次郎	手数料謝金	新潟地判 大10・10・18	民集 1-376 新聞 2023-21 彙報 33下310 評論 11訴230
1	26	7・8	大11-312	棄却	3	菰渕清雄	売掛代金	大阪控判 大11・2・25	
1	27	7・8	大11-417	棄却	3	長谷川菊太郎	損害賠償	大阪控判 大11・3・16	新聞 2024-15 彙報 33下268
1	28	7・8	大11-435	棄却	3	横村米太郎	強制執行異 議	広島控判 大11・3・23	
1	29	7・8	大11-444	棄却	3	菰渕清雄	土地所有権 移転登記手 続履行並損 害賠償	長崎控判 大11・2・24	
1	30	7・8	大11-480	棄却	3	菰渕清雄	預金返還	東京地判 大11・3・13	
1	31	7・8	大11-495	棄却	3	横村米太郎	為替手形金	東京控判 大11・4・29	
1	32	7・10	大11-256	破毀 差戻	2	鬼澤藏之助	土地共有権 持分売買登 記手続	新潟地判 大10・12・24	民集 1-386 新聞 2018-20 彙報 33下128 評論 11訴275
1	33	7・10	大11-437	棄却	2	岩本勇次郎	損害賠償	神戸地判 大11・4・1	

1	34	7・10	大 11-698	棄却	2	岩本勇次郎	損害賠償	大阪控判 大 10・6・10	新聞 2089-19 評論 12諸11
1	35	7・11	大 11-442	棄却	1	尾古初一郎	地所明渡	水戸地判 大 11・4・6	
1	36	7・12	大 11-333	棄却	3	長谷川菊太郎	貸金	盛岡地判 大 11・3・2	
1	37	7・12	大 11-420	破毀 差戻	3	菰渕清雄	約束履行	東京地判 大 11・2・22	新聞 2030-4
1	38	7・12	大 11-519	棄却	3	横村米太郎	金庫取戻	岐阜地判 大 11・5・15	
2	39	7・13	大 11-238	破毀 差戻	2	大倉鈕藏	売買契約無効確認土地引渡並所有権移転登記抹消	名古屋控判 大 10・12・24 新聞 1950-21	新聞 2032-19 彙報 33下392
2	40	7・13	大 11-497	棄却	2	岩本勇次郎	強制執行異議	大阪控判 大 11・4・11	
2	41	7・14	大 11-427	棄却	1	榑原幾久若	土地境界確認土塚撤廃	青森地判 大 11・3・23	民集 1-390 評論 11訴240
2	42	7・14	大 11-430	棄却	1	尾古初一郎	養子縁組無効	札幌控判 大 11・2・23 新聞 2029-20	
2	43	7・14	大 11-451	棄却	1	榑原幾久若	遺言無効確認	長崎控判 大 11・3・7 新聞 1980-19 評論 11民269 ¹⁹⁾	民集 1-394 新聞 2024-18 彙報 33下281 評論 11諸275
2	44	7・14	大 11-490	棄却	1	尾古初一郎	売掛代金	前橋地判 大 11・5・2	
2	45	7・15	大 11-462	棄却	3	成道齊次郎	売掛代金	福岡地判 大 11・2・28	
2	46	7・15	大 11-489	棄却	3	長谷川菊太郎	物品引渡	長崎地判 大 11・3・22	

19) 一審は、福岡地小倉支判大 9・2・20。

大審院（民事）判決の基礎的研究・12（木村）

2	47	7・15	大10-879	破毀 差戻	3	横村米太郎	強制執行異 議	名古屋控判 大10・4・19	新聞 2033-20 彙報 33下333
2	²⁰⁾ 48	7・15	大10-969	棄却	3	長谷川菊太郎	小麦粉引渡	名古屋控判 大10・10・25	
2	49	7・17	大11-97	破毀 差戻	2	東龜五郎	権利確認	東京控判 大10・4・9	新聞 2031-18 彙報 33下351 評論 11民1246
2	50	7・17	大11-130	棄却	2	大倉鈕藏	株式申込証 抛金返還	大阪控判 大10・12・7	
2	51	7・17	大11-139	破毀 差戻	2	東龜五郎	為替手形金	大阪控判 大10・12・16	民集 1-402 新聞 2035-5 評論 11訴249
2	52	7・17	大11-151	棄却	2	岩本勇次郎	保証契約履 行	東京控判 大10・12・16 新聞 1967-21	民集 1-460 新聞 2033-17 彙報 33下318 評論 11諸333
2	53	7・17	大11-244	破毀 差戻	2	鬼澤藏之助	強制執行異 議	旭川地判 大10・12・22	新聞 2032-20 彙報 33下396
2	54	7・18	大11-460	棄却	1	前田直之助	地者明渡	秋田地判 大11・3・15	
2	55	7・19	大11-372	破毀 差戻	3	孤渕清雄	墓地所有権 確認土地台 帳名義更正 手続	長野地判 大11・3・9	
2	56	7・19	大11-447	棄却	3	横村米太郎	小作米	盛岡地判 大11・3・23	
2	57	7・19	大11-525	棄却	3	長谷川菊太郎	貸金	静岡地判 大11・5・11	
2	58	7・19	大11-531	棄却	3	横村米太郎	約束手形金	東京控判 大11・5・9 評論 11商147	民集 1-405 新聞 2031-22 彙報 33下367 評論 11商332

20) 原本には「四七」と墨書されているが、「四八」の誤りであると思われる。

2	59	7・21	大 11-391	棄却	1	榑原幾久若	家屋明渡	東京控判 大 11・3・13	新聞 2032-19 彙報 33下389
2	60	7・21	大 11-436	棄却	1	前田直之助	山林境界確認	宇都宮地判 大 11・4・5	
2	61	7・21	大 11-469	棄却	1	山香二郎吉	土地所有権 移転登記手続	盛岡地判 大 11・3・23	
2	62	7・21	大 11-523	棄却	1	榑原幾久若	損害賠償	東京地判 大 11・3・28	
2	63	7・22	大 11-465	棄却	3	長谷川菊太郎	私生子認知 無効確認	東京控判 大 11・2・21	民集 1-474 新聞 2032-18 彙報 33下386
2	64	7・22	大 11-483	棄却	3	横村米太郎	有体動産仮 差押異議	長崎控判 大 11・3・17 新聞 1977-17 評論 11商204	民集 1-413 新聞 2039-5 評論 11商330
2	65	7・22	大 11-546	棄却	3	成道齊次郎	持分所有権 登記抹消	長崎控判 大 11・5・16	
2	66	7・25	大 11-328	棄却	1	前田直之助	木材売買並 木材仕小成 出材請負契 約無効確認	大阪控判 大 11・2・18	
2	67	7・25	大 11-352	破毀 差戻	1	前田直之助	法定推定家 督相続人廃 除	東京控判 大 11・3・11 新聞 1973-21	民集 1-478 彙報 33下433 評論 11民744
2	68	7・25	大 11-466	棄却	1	尾古初一郎	綿糸代金並 燃賃残金	広島控判 大 11・3・30	
2	69	7・25	大 11-475	棄却	1	榑原幾久若	預金	東京控判 大 11・4・24 新聞 2021-9	
2	70	7・25	大 11-514	棄却	1	尾古初一郎	財産管理権 及居住権妨 害排除	名古屋控判 大 11・4・27	

2	71	7・26	大 11-134	棄却	3	菰渕清雄	所有権確認	宮城控判 大 10・12・10	
2	72	7・26	大 11-194	棄却	3	菰渕清雄	物件引渡請求代位訴訟事件	大阪控判 大 10・12・28	民集 1-421 新聞 2032-16 彙報 33下378 評論 11民805
2	73	7・26	大 11-324	棄却	3	菰渕清雄	賃貸地復旧	東京控判 大 11・2・14	民集 1-431 新聞 2034-5 評論 11民685
2	74	7・26	大 11-423	棄却	3	横村米太郎	土地所有権移転登記履行	盛岡地判 大 11・3・2	
2	75	7・26	大 11-468	棄却	3	菰渕清雄	売買代金請求	東京控判 大 11・3・22	
2	76	7・26	大 11-510	棄却	3	成道齊次郎	貸金	東京控判 大 11・4・15	
2	77	7・28	大 11-316	破毀差戻	1	前田直之助	損害賠償	大阪控判 大 11・2・25	新聞 2043-28 彙報 33下471
2	78	7・28	大 11-406	棄却	1	尾古初一郎	貸金	宇都宮地判 大 11・4・8	
2	79	7・28	大 11-487	棄却	1	榑原幾久若	貸金	前橋地判 大 11・4・18	
2	80	7・28	大 11-550	棄却	1	榑原幾久若	貸金	神戸地判 大 11・5・6	
2	81	7・28	大 11-565	棄却	1	山香二郎吉	売掛代金	東京地判 大 11・4・13	
2	82	7・29	大 11-59	破毀差戻	3	長谷川菊太郎	約定金	東京控判 大 10・10・24 新聞 1947-20 評論 10民1179	民集 1-437 新聞 2033-5 彙報 33下336 評論 11民690
2	83	7・29	大 11-251	破毀差戻	3	長谷川菊太郎	土地所有権移転登記抹消	東京控判 大 10・11・30	新聞 2033-21

2	84	7・29	大11-492	棄却	3	孤測清雄	立替金	岡山地判 大11・3・27	
2	85	7・29	大11-582	棄却	3	成道齊次郎	抵当権無効 確認並抹消 登記	長崎控判 大11・5・9	
2	86	7・29	大11-588	棄却	3	孤測清雄	養子縁組無 効	名古屋控判 大11・6・8	民集1-443 新聞2032-22 彙報33下406 評論11民693

※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。
86判決中, 破毀22件, 棄却64件となっている。

4 大正11年7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86判決のうち17件が大審院民事判決集(民集)に登載されている²¹⁾。このうち, 以下で紹介する [2-51]・[2-73] を除く15件 ([1-9]・[1-14]・[1-16]・[1-25]²²⁾・[1-32]・[2-41]・[2-43]・[2-52]・[2-58]・[2-63]・[2-64]・[2-67]・[2-72]・[2-82]・[2-86]) は, いずれも, 判決理由で示された点につき大審院の先例がないものばかりであり, 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(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)。

[2-51]

【判示事項】 会社ノ目的タル事業遂行ニ必要ナル行為ト立証責任

【判決要旨】 会社ノ目的タル事業ヲ遂行スルニ必要ナル行為ナリヤ否ヤハ各場合ニ付判定スヘキ事実問題ニ属シ会社ノ行為ヲ以テ為シタル手形裏書ハ必スシモ会社ノ事業遂行ニ必要ナル行為ナリト推定スヘキモノニアラス

21) この17件はすべて他の公刊物にも掲載されている。

22) 判決理由中には先例の援用があるが, 本判決の「判決要旨」に示された部分についての先例といえるものではない。

判決理由中で援用されている先例²³⁾は、本判決の判決要旨の前半部分と全く同様の判断を示しつつ、会社の行為が当該会社の目的たる事業と何ら関連がないことを当該会社側が証明しない限り、当該会社による手形の裏書は当該会社の目的遂行のためにしたものと推定するとした原審の判断を「失当」と断じている。これは、本判決の示すところと同趣旨であり、本判決を民集に登載する必要性は乏しいように思われる。ただ、先例の判決要旨は、本判決の判決要旨で示された点には触れていないことから、民集登載の理由はこのあたりに求められるのかもしれない。

[2-73]

【判示事項】 賠償額ノ予定ト損害ノ有無

【判決要旨】 民法第四百二十条ハ債務ノ不履行アルトキハ損害ノ有無又ハ多少ヲ問ハス常ニ債権者ヲシテ予定ノ賠償額ヲ得セシムル趣旨ナリトス

本判決には、判決理由も援用する先例²⁴⁾がある。この判決は、「当事者カ契約不履行ノ際違約者ノ支払フヘキ金額ヲ予定セル場合ニハ反対ノ契約ナキ以上ハ損害ノ有無又ハ多少ヲ問ハス違約者ヨリ其予定金額ヲ支払フヘキモノトス」（民録の判決要旨）とするものであり、この点、本判決と同趣旨のものであるとみてよい。にもかかわらず、本判決が民集登載となった理由は、先例における上記判断がいわゆる傍論に属するものであるという点にあるものと推測される。

4-1-2. 民集不登載判決の分析

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

【1-34】には「登載」の朱印が押されているものの、民集には掲載されていない。判決の一部は法律新聞に掲載されており、それによれば、本判決で示されているのは、海上衝突予防法27条の解釈、損害賠償の訴え提起と損害賠償債権の消滅時効の中断についてである（未公表部分については、4-2. で紹介する）。

前者については、先例は見当たらない。後者については、不法行為による損害賠償の訴えを提起した場合には、その原因より生じた（積極的）損害賠償請求権の消滅時効が中断するだけでなく、（未だ訴えの目的となっていない）船舶価額騰貴による利益喪失・船舶使用不能による利益喪失の各消極的損害賠償請求権の消滅時効も中断するとの判示がなされているが、現段階ではこの点に関する先例を発見するに至っていない。

23) 大（二民）判大3・6・5民録20-437。

24) 大（一民）判明40・2・2民録13-36。

時効の中断をめぐっては、大審院が、本判決から 7 年の後に、「請求ニ因ル時効ノ中断ハ裁判上ノ請求タルト裁判外ノ請求タルトヲ問ハス其ノ請求アリタル範圍ニ於テノミ時効ノ中断ヲ来スモノナルヲ以テ一部ノ請求ハ残部ノ請求ニ対スル時効中断ノ効力ヲ生スルコトナシ」との判断を示している²⁵⁾。これは本判決とは反対の立場を示したものであり、本判決当時の大審院内部ではこの問題に関する見解が統一されていなかった可能性を物語る²⁶⁾。このことが、本判決の民集登載が見送られた理由の一つとも考えられるのではないだろうか。

4-1-2-2. 「参考判例」

大正11年7月分には、「参考判例」との朱書がなされているものが2件ある。

[2-77] (新聞表題：過失ノ支払ト小切手振出トノ因果関係) は、原審が、極めて単純な判断の下に、金銭の支払いは上告人の過失によるものと認定し、この一事をもって当然被告人は小切手の振出に対し何らの責任を負わないとした点につき、因果関係に関する見解の誤りがあるとして、原判決を失当としたものである。「参考判例」とされた理由は、因果関係に関する詳細な論及があるためであろうと推測される。なお、本判決の受命判事は前田直之助であり、前田らしい緻密な論理が展開されている点が特徴的である。

もう一方の [2-54] は未公判判決であるが、以下で紹介するように、時効の起算点の認定に関して実務上参考となりうる判決という意味で、「参考判例」とされたのではないかと思われる。

[2-54] 「然レトモ取得時効カ或日時ヨリ進行ヲ始メタリトノ主張ハ結局其ノ日時以後ハ取得時効ニ必要ナル状態ガ不断ニ存在シ居タリト謂ニ外ナラサルカ故ニ訴訟ニ現レタル諸般ノ資料ニ基キ裁判所カ取得時効ニ必要ナル状態ハ右ノ日時ニハ未タ存在セサリシモ其ノ後ニ於ケル或日時ヨリ存在スルニ至リシト認定スルハ畢竟当事者ノ主張セル範圍内ニ於ケル事実ヲ認定スルモノニ過キス之ヲ以テ当事者ノ主張セサル事実ヲ認定シタリト云フノ誤ナルコトハ多言ヲ俟タス加之果シテ所論ノ如クナラハ当事者カ時効ヲ援用スルニ当リ其ノ起算日ヲ誤ルコト僅ニ一日ナル場合ニ於テモ亦時効ハ竟ニ之ヲ採用セラレサルニ了ルヘシ之ヲ要スルニ論旨ハ其ノ理由ナシ」(上告理由第一・二点に対する判断。同第

25) 大(二民)判昭4・3・19民集8-199。

26) 最(二小)判昭34・2・20民集13-2-209の裁判官藤田八郎の少数意見においても、「この問題に関する大審院の判例は、必ずしも一貫していないといわなければならない」との指摘がなされている。

三点は省略。)

4-1-2-3. 破毀判決

民集不登載判決の中には、15件の破毀判決がある。これらについては、3つに整理して紹介することにした（[2-77]については既に4-1-2-2.で紹介した）。

① 先例があるもの。[2-47]（新聞表題：相殺ト請求ニ関スル異議）には判決理由で援用されている先例がある。

② 同旨の先例は見当たらないが、必ずしも重要度の高い、先例となりうる判断を示しているとはいえないもの。これに該当するのが、[1-2]（同：計算ノ基本ト一定ノ月日ノ前後）・[1-11]（同：五百二十円ニ関スル判定ノ当否）・[1-17]（同：付帯控訴ヲ為シ得ベキ当事者）・[1-18]（同：損害賠償ト請求ノ範囲）・[1-21]（同：遵拠スベキ法律ト虚無ノ証拠）・[1-23]（同：間接代理ト重要ナル関係）・[1-37]（同：山田流琴歌集著作権の争²⁷⁾）・[2-39]（同：土地ノ売買ト地域ノ範囲）・[2-49]（同：停止条件付法律行為ト条件ノ成否未定ノ間²⁸⁾）・[2-53]（同：弁済ト事実矛盾）・[2-83]（同：相続開始前ト開始後ノ財産契約）の合計11件である。

③ 公表されていないもの。[1-19]・[2-55]がこれに該当する。

[1-19] 「因テ原院ニ於ケル最終口頭弁論ナル大正十一年一月二十八日付弁論調書ヲ閲スルニ裁判長判事申込宗造判事西岡國吉判事高野綱雄臨席ノ上弁論ヲ更新シ当事者双方代理人訴訟関係ヲ表明シ証拠調ノ結果ニ付互ニ弁論ヲ為シタルコト明ニシテ判事古川源太郎ハ同日ノ口頭弁論ニハ臨席セサルモノナリ然ルニ裁判長判事申込宗造判事古川源太郎判事高野綱雄ニ於テ原判決ヲ為シタルハ民事訴訟法第二百三十二条ニ違背シタル不法ア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」（上告理由第三点に対する判断）

[2-55] 「仍テ按スルニ判決ノ原本ニハ裁判ヲ為シタル判事署名捺印スヘキモノナルコトハ民事訴訟法第二百三十七条第一項ニ明定スル所ニシテ同法第二百三十二条ノ規定ニヨレハ判決ハ基本タル口頭弁論ニ臨席シタル判事ニ限り之ヲ為スモノナルニヨリ前示法条ニ所謂裁判ヲ為シタル判事トハ基本タル口頭弁論ニ臨席シタル判事ヲ指示スルモノナルコト言フ俟タズ本件ニ於テ判決ノ基本トナリタル原審大正十一年二月十六日ノ口頭弁論ニ臨席シタル判事ハ上條桂十郎若山隆坂井改造ノ三名ナルニモ拘ラス之カ判決原本ニハ若山隆ハ署名捺印セス却

27) 争点は、法律行為に要素の錯誤があったか否かである。

28) 停止条件成否未定の間は、法律行為の当事者間に一種に法律関係を生ずるにとどまり、債権者は債務の履行を請求する権利を有しない、とする。

テ右弁論ニ臨席セサル判事中里龍ニ於テ之ニ署名捺印セルコト記録ニ徴シテ明ナリ然ラハ原判決ハ結局前示法条ノ規定ニ違背シタル不法アルコトニ帰著シ本論旨ハ其ノ理由アルニヨリ此ノ点ニ於テ全部破毀ヲ免レサルモノトス」(上告論旨第一点に対する判断)

いずれも一読すれば明らかなように、裁判所のミスが原因となっている。筆者はかつて、破毀判決のほとんどが何らかのかたちで公表されている中で、こうした類の判決が公開されない傾向にあることを指摘したことがあるが²⁹⁾、上の2判決は、その可能性をさらに高めるものであるといえよう。

4-1-2-4. 棄却判決

民集不登載の棄却判決(54件)のうち、[1-34]は既に4-1-2-1.で紹介した。

公表されているものは、[1-13](新聞表題:共有持分ノ贈与ト所謂第三者ノ範圍)・[1-15](同:権利株売買ト代金ノ給付ノ非償弁済ト返還特約ノ効力)・[1-27](同:喜盛丸ト八幡丸及金毘羅丸ノ衝突)・[2-59](同:借家法一條ト適用ノ範圍)の4件である。このうち、[1-13]・[1-15]・[2-59]には、判決理由中に援用の先例がある。[1-27]については、同旨の先例は見当たらないが、必ずしも重要度の高い、先例となりうる判断を示しているとはいえない。こうした理由から、いずれも民集への登載が見送られたものと推測される。

その他の判決の中では、二審判決のみが公開されているものが2件あり、それらの大審院判決(未公開)を以下で紹介しておく。

[2-42] (二審判決の新聞表題:芸妓稼ヲ目的トスル養女ト効力)「然レトモ成長ノ後芸妓ト為スノ意思ニテ他人ノ幼女ヲ貰ヒ受ケ養子ト為シタル場合ニ於ケル養子縁組ハ必スシモ常ニ養子縁組ヲ為スノ真意ナクシテ単ニ芸妓トナリタル後ノ逃亡ヲ防クカ為其ノ外形ヲ装ヒタルニ過キサルモノト概論スヘキニ非ス其ノ果シテ然ルヤ否ヤハ各場合ニ応シテ判断スヘキモノナレハ原因カ当事者間ノ養子縁組カスノ如キ仮装のモノナルコトヲ肯定スヘカラスト為シ其ノ結果之ヲ無効ニ非スト判示シタルハ正當ナリ」(上告論旨第一点に対する判断)

「按スルニ芸妓ノ業タル世人ノ賤業視スル所ナリト雖モ国法上風教ニ害アルモノトシテ禁止スル所ニ非サレハ成長ノ後芸妓ト為スノ意思ニテ他人ノ幼女ヲ養子ト為スコト自体ハ善良ノ風俗ニ反スルモノト謂フヘカラスト此ノ場合ニ於テ

29) 木村「大審院民事判例集(民集)における判決登載基準について」立命館法学352号(平25)177頁以下参照。

モ養女ハ養子縁組自体ノ効果トシテ芸妓ト為ルノ義務ヲ負フモノニ非サレハ父母カ其ノ幼女ヲ芸妓ト為スコトヲ約スルノ不法ヲ云為シテ当事者間ノ養子縁組其ノモノヲ無効ナリト論スルハ理由ナシ」（同第二点に対する判断）

[2-69] （二審判決の新聞表題：商人ノ営業資金借入ト商行為）「然レトモ原裁判所ハ証拠ニ依リ薪炭ノ販売ヲ業トスル被上告人カ本訴金員ヲ商人タル上告人重右衛門ノ商業資金トシテ上告人兩名ニ貸渡シタル事實ヲ認メタルヲ以テ其ノ貸借ハ被上告人ノ為ニモ亦上告人重右衛門ノ為ニモ共ニ商行為ナリト推定シ從テ上告人半次郎ハ商人ニ非ストスルモ上告人兩名ハ商法ノ規定ニ依リ各自連帶シテ本訴請求ノ元利金ヲ支払フヘキ義務アリト判定シタルハ当然ナリ而シテ被上告人ト上告人トノ間ニ親族關係アリタレハトテ之カ為ニ右判示ノ如キ商行為ノ推定ヲ破ルニ足ルモノト論斷シ難ク又本件貸借カ被上告人ノ恩恵ニ出テタリトノコトハ原裁判所ノ認メサリシ所ナレハ右推定ヲ失当ナリト謂フヘカラス故ニ原判決ハ適法ノ理由ヲ具備スルモノニシテ毫モ所論ノ如キ違法ナシ」（同第一点に対する判断。同第二点、第四点、第五点に対する判断は省略。）

「然レトモ上告人カ原審ニ於テ抗弁シタル趣旨ハ被上告人カ上告人ニ対シ本訴金員支払ノ請求ヲ断念スヘキ勧告ニ応シタル事實アリ其ノ事實ハ和解若ハ免除ニ外ナラサルヲ以テ之ニ因リ被上告人ハ既ニ本訴請求權ヲ喪失シタルモノナリト云フニ在リテ所論ノ原判旨ハ畢竟上告人ノ右抗弁ニ所謂和解若ハ免除ニ關スル事實ヲ全然否定シタルモノニ外ナラサルコト判文上自明ナレハ原判決ニハ所論ノ如キ違法アルコトナシ」（同第三点に対する判断）

いずれの判断にも目新しい点はなく、民集に登載されなかった理由も自明である。

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事件ということになる。これらは公表するほどの価値はないと判断されたものと思われるが、一概にそう言い切れない部分も含む判決も存在するので、ここで紹介しておく。

[1-28] 「然レトモ裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキモノヲ除ク外原裁判所ニ提出セサル事項ヲ以テ上告理由ト為スコトヲ得サルコト当院判例ノ夙ニ認ムル所ナリ……」（上告論旨第一点に対する判断）

[1-30] 「然レトモ当事者一方ガ第一審裁判所ニ於テ為シタル自白ハ相手方カ之ヲ引用スルニ非サレハ第二審裁判所ハ採テ以テ事實判定ノ資料ニ供スルコトヲ得サルハ夙ニ当院判例ノ認ムル所ナリ（大正元年（オ）第一〇五号同年十二月

十四日判決参照) ……」(同第三点に対する判断)

[1-31] 「然レトモ会社ノ定款ノ解釈ハ事実裁判所ノ専権ニ属スルヲ以テ之ニ批難ヲ加ヘ上告ノ理由ト為スコトヲ得サルコト当院判例(大正六年(オ)第一百七十六号同年四月六日第一民事部判決参照)ノ示所ニシテ……」(同第一点に対する判断)

[1-36] 「……裁判所ハ職権調査事項ニ関スルモノヲ除ク外当事者カ其ノ利益ノ為ニ第一審ニ於テ提出シタル証拠ハ更ニ第二審ニ於テ之ヲ提出セサルトキハ判断ノ資料トナスヲ得サルモノナレハ(大正三年(オ)第二六九号同年九月二十九日当院判決参照)……」(同第一点に対する判断)

[2-56] 「然レトモ物ノ所有権者ハ自ラ賃借人トシテ其ノ物ヲ目的トスル賃貸借契約ノ当事者タルコトヲ得サルコト当院判例(大正三年(オ)第六百七十号大正四年一月二十五日判決参照)ノ認ムル所ナレハ……」(同第一点に対する判断)

「然レトモ原审ハ被上告人ノ申請ニ係ル所論記録ヲ取寄スヘキ旨ノ証拠決定ヲ与ヘタルモ該決定ヲ施行セス又之ヲ取消ヲ為サシテ口頭弁論ヲ終結セントスルニ當リ其ノ申請者タル被上告人ニ於テ何等異議ノ申立ヲ為ササリシコト記録ニ徴シ明瞭ナルカ故ニ被上告人ハ其ノ申請ヲ放棄シタルモノト解スルヲ相当トス(大正九年(オ)第四百六十一号同年八月九日当院判決参照)……」(同第二点に対する判断)

[2-74] 「然レトモ不動産ノ買戻ノ特約ト売買ノ予約トハ法律上其ノ性質ヲ異ニシ前者ニ在リテハ民法五百八十三条所定ノ如ク売主ハ買戻期間内ニ代金及契約ノ費用ヲ提供スルニ非サレハ買戻ヲ為スコトヲ得スト雖モ後者ニ在リテハ相手方カ予約者ニ対シテ売買ヲ完結スル意思ヲ表示スルノミニ因リテ直ニ売買ノ効力ヲ生シ該不動産ノ所有権ハ当然相手方ニ移転スヘク相手方カ右売買完結ノ意思表示ヲ為スニ當リ必スシモ売買代金ノ提供ヲ為スコトヲ要スルモノニ非ス(当院大正七年(オ)第五百九十二号同年九月十六日判決参照)……」(同第二点に対する判断)

[2-75] 「然レトモ証人ノ供述セル事実カ仮令伝聞ニ係ルトキト雖裁判所ハ其ノ証言ヲ採テ以テ判断ノ資料ト為シ得ヘキコトハ夙ニ当院ノ判例ノ認ムル所ナリ(大正三年(オ)第三二二号同年九月二十三日判決参照)……」(同第一点に対する判断)

[2-81] 「然レトモ訴訟代理人ヲ証人トシテ訊問シ其ノ証言ヲ判断ノ資料ニ供スルモ不法ニ非サルコトハ当院判例(大正七年(オ)第五六〇号大正七年十月七

日判決言渡）トスル所ナルノミナラス……」（同第一点に対する判断）

いずれも重要な判断を含むものであるが、一見して明らかなように、すべて先例が存在するものであり、そのため公表の必要がないと判断されたものと思われる。

4-2. 公刊物における判決文の加工とその復元

民集登載判決においては、いずれにおいても「主文」が削除され、新たに「事実」が付け加えられているほか、判決文の一部が脱落している。このうち、[1-14]・[1-25]・[2-41]・[2-43]・[2-63]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。

[1-14] 「然レトモ本件事案カ原審ニ繫属シタルハ大正七年四月二十四日ニシテ爾来当事者双方ハ数回ニ亘リ申立書答弁書弁駁書及証拠物書類ヲ提出シ且原審ハ証人訊問ノ申請ヲ容レ之カ訊問ヲ為ス等即チ攻撃防御ノ方法ヲ尽スコトニ付間然スル所ナキコトハ記録ニ徴シテ明白ナルニヨリ原審カ大正十一年四月十九日ニ至リ当事者双方ニ対シ本件審判ハ書面審理ニ依ル旨及同月二十四日ニ至リ之カ審理ヲ終結スル旨ヲ通知シ右通知ノ間僅ニ五日ノ短日時ニ過キサリシトテ之ヲ以テ原審々判手續カ商標法第二十四条特許法第九十七条ノ旨趣ニ違背シタル不法アリト謂フヘカラス依テ本論旨ハ理由ナシ」（上告論旨第一点に対する判断）

「仍テ按スルニ本件ノ如キ旧商標法（明治四十二年法律第二十五号）施行当時登録シタル商標ノ無効審判ニ関シ適用セラルヘキ同法第十一条及第二条第一項第四号ノ規定ハ改正商標法第四十二条ノ規定ニヨリ同法施行以后ニ於テモ仍其ノ効力ヲ有スルコト明白ナルヲ以テ原審カ右第四十二条ノ規定ニヨリ叙上旧商標法ノ規定カ準用セラルル旨ヲ判示シ準用ナル文字ヲ使用シタルハ妥当ナラスト雖モ右旧商標法ノ規定ニ基キ本件登録商標ヲ無効ナリト審決シタルハ結局相当ナルニヨリ本論旨ハ理由ナシ」（同第二点に対する判断）

「然レトモ所論ノ点ニ関スル原判旨タル本件抗告審判請求書ニ塚原佐市トアルハ塚原佐一ノ誤記ニシテ初審判請求書及初審決書中ノ同一文字モ亦等シク佐一ノ誤記ニ係リ従テ初審判請求者及初審決ヲ受ケタル者ト抗告審判請求者トハ全ク同一人ナリト云フニ在ルコト判文全体ニ徴シテ看取スルニ難カラサルニヨリ原審決ハ毫モ所論ノ如キ不法アルモノニ非ス依テ本論旨ハ理由ナシ」（同第三点に対する判断）

[1-25] 「案スルニ上告人ノ本訴請求中損害金百十二円十四銭五厘ニ関スル部分

ハ第一点ニ説明シタル大正九年（ハ）第二百二十五号事件ノ和解成立シタル後ニ於テ被告人ノ提起シタル大正九年（ハ）第八十九号執行異議事件ノ訴訟費用ニ基因スルモノナルコトハ原審ニ於テ当事者間ニ争ナカリシコト原判決及之ニ引用シアル第一審判決事実摘示ニ依リテ明ナリ然ラハ本訴中損害金ノ請求ニ関スルモノハ大正九年（ハ）第二百二十五号事件ト訴訟物ヲ同フセサルヲ以テ同事件ノ和解カ取消サレタル結果トシテ其ノ権利拘束ハ消滅セサルニ至ルモ之カ為ニ本訴ノ訴訟物カ同事件ニ於テ権利拘束トナリナルモノト云フコトヲ得サルヤ言フ俟タス從テ原審ニ於テ被告人ノ提出シタル権利拘束ノ抗弁ハ其ノ理由ナキニ拘ラス原裁判所カ漫然其ノ抗弁ヲ採用シ訴却下ノ判決ヲ為シタルハ不法ニシテ上告論旨ハ理由アリトス」（同第二点に対する判断）

[2-41] 「然レトモ当事者双方ハ原審ニ於テ其ノ各所有地ノ公簿反別カ原判示ノ如クナルコトヲ認メテ争ハサリシコトハ原審口頭弁論書及原判決ノ事実摘示ニ徴シ明白ニシテ原判旨ハ畢竟当事者間ニ争ナカリシ右事実ニ基キタルモノニ外ナラサレハ所論ノ如キ違法アルモノト謂フコトヲ得ス」（同第二点に対する判断。同三点、同第六点に対する判断は省略。）

「然レトモ所論ノ原判旨ハ単ニ所論鑑定人ノ鑑定ノミニ依リタルニ非スシテ其ノ鑑定ト原審検証ノ結果トヲ参照シテ判断シタルモノナルコト判文上明白ナレハ本論旨ハ原判旨ニ副ハス而シテ右両証拠ヲ対照スレハ原判示ノ如キ事実ヲ認メ難キニ非サレハ原判決ハ所論ノ如キ違法アルモノト謂フヘカラス」（同第四点に対する判断）

「然レトモ訴訟記録ヲ調査スルニ第一審裁判所ハ大正九年五月二十四日職権ヲ以テ係争ノ現場ニ於テ鑑定人ヲ訊問スヘキ旨決定シ同年六月三日右決定ニ基キ証拠調ヲ為シタルモノニシテ其ノ調書ニハ同裁判所ノ判事カ現場ニ臨ミ実地ニ就キ鑑定人ニ鑑定ノ地点ヲ指示説明セシメタル事項ノ記載アリテ之ニ依リ同裁判所カ当時検証ヲ為シタルコト明白ナレハ原判示ニ所謂第一審ノ第三回検証調書トハ右調書ヲ指シタルモノト認ムルコトヲ得ルヲ以テ本論旨モ採用スルコトヲ得ス」（同第五点に対する判断）

「然レトモ原判決ノ理由ニ『原告ニ於テ随意ニ本件ノ土塚ヲ築キタル云々』トアルハ被告ニ於テ随意ニ本件ノ土塚ヲ築キタルノ誤記ナルコト判文ノ全旨趣ニ徴シ自明ナリ從テ其ノ土塚ヲ築キタル被告即上告人ニ之ヲ撤廃スヘキ義務アリトシタル原判旨ハ結局正當ナレハ本論旨モ採用スルニ足ラス」（同第七点に対する判断）

「然レトモ訴訟記録ヲ調査スルニ所論原判示ノ各証拠ヲ参照スレハ原判示ノ

如キ境界ノ基準ニ関スル事實ヲ推認シ難キニ非サレハ原判決ハ所論ノ如キ違法アルモノト謂フコトヲ得ス」」（同第八点に対する判断）

「然レトモ所論ノ原判旨ハ之ヲ所論ノ証人訊問調書ニ対照スレハ同証人ノ伝聞シタル事實ノ供述ニ依拠シテ其ノ事實ヲ是認シタルモノニ外ナラサルコト明白ナレハ所論ノ如キ証拠ノ趣旨ヲ変更シテ事實ヲ認定シタルモノト謂フヘカラス而シテ伝聞事實ニ関スル証人ノ供述ト雖之ヲ事實認定ノ資料ニ供スルコトヲ妨ケサル所ナレハ本論旨モ採ルニ足ラス」」（同第九点に対する判断）

「然レトモ訴訟記録ヲ調査スルニ所論証人堀込市太郎ノ供述中ニ『明治四十四年頃ナリシカ否ヤ判然セヌカ云々』トアルハ其ノ供述ノ全旨趣ヨリ推尋スレハ大凡同年頃ニ原判示ノ如キ事實ノアリシコトヲ謂ハントスルノ意ニ出テタルモノト解シ難キニ非サルノミナラス其ノ事實ノアリタル年月如何ハ毫モ本訴請求ノ当否ヲ定ムルニ必要ナラサルコト明白ナレハ明治四十四年中ト認メタル原判示ノ当否ハ原判決ノ主文ニ影響ヲ及ホスコトナシ故ニ本論旨モ採用スルニ足ラス」」（同第十点に対する判断）

[2-43] 「然レトモ本件ノ遺言者カ公証人ニ対シ最初ニ猪俣平一郎ニ遺贈センコトヲ供述シ公証人ノ注意ニ依リ之ヲ取消シタル上平一郎ノ娘婿ナル吉田馨ニ遺贈スル旨ノ遺言ヲ為シタルハトテ之カ為ニ必スシモ其ノ遺言カ平一郎ヲ實質上ノ受贈者トシ馨ヲ唯形式上仮装ノ受贈名義人トスルノ真意ニ出テタルモノト論断スルコトヲ得サレハ原裁判所カ証拠ニ依リ平一郎ヲ名実共ニ受遺者ニ非スト認メ其ノ証人タルノ資格ヲ肯定シタルハ違法ニ非ス所論証人吉田馨ノ証言ハ原裁判所ノ採用セサリシモノナルコト判文上明白ナレハ之ヲ以テ原判決ヲ非難スルノ論拠ト為スニ足ラス」」（同第二点に対する判断）

「然レトモ本件ノ遺言者カ遺言ノ当時ヨリ死亡スルニ至ルマテ時々発作的ニ非常識ノ行動アリタレハトテ之カ為ニ必スシモ同人カ遺言ノ当時精神ニ異状アリテ遺言ヲ為スノ能力ナカリシモノト論断スルコトヲ得サレハ原裁判所カ証拠ニ依リ同人ノ遺言当時ニ於ケル能力ヲ肯定シタルハ違法ニ非ス」」（同第三点に対する判断）

[2-63] 「然レトモ本件ノ如キ人事訴訟ニ於テ未成年者カ訴訟行為ヲ為サントスルトキハ受訴裁判所ノ裁判長ハ申立ニヨリ又ハ職権ヲ以テ弁護士ヲ訴訟代理人ニ選任スルヲ得ルコト論ヲ俟タサレトモ又未成年者ノ親権者ハ未成年ノ子ノ身分上ノ利益ヲモ保護スヘキモノナレハ未成年ノ子ニ代リ同人ノ為ニ訴訟代理人ヲ選任スルヲ得サルヘカラス果シテ然ラハ原審ニ於テ親権者 Y1 カ未成年ノ子 Y2 ニ代リ弁護士篠崎信吉ヲ訴訟代理人ニ選任シ原審カ之ヲ適法トシテ審理シ

タルハ相当ナリ而シテ民法第八百八十八条ニ依レハ特別代理人ノ選任ヲ必要トスルハ親権者ト未成年ノ子トノ間ノ行為ニシテ利益相反スル場合ナリトス然ルニ本件認知無効確認ニ関シテハ右 Y1 ト Y2 トノ間ニ於ケル行為アルニ非サルコト明瞭ナレハ所論ノ如ク右両名間ニ利益相反スル行為アルヘキコトナケレハ特別代理人選任ノ必要アルコトナシ左レハ原審訴訟手続ニハ所論ノ違法ナク本論旨ハ理由ナシトス」(同第二点に対する判断。傍点ママ。なお、アルファベットは個人名であるが、開示された原本の当該部分には個人情報保護の観点からマスキングがなされていたため、そのまま掲載している。)

「然レトモ控訴審ニ於テ第一審証人ノ証言ヲ判断ノ資料トナスコトヲ得ルハ多言ヲ要セサレハ原判決カ当事者双方ノ援用ニ係ル所論第一審証人 A ノ証言ヨリ所論判示事実ヲ認定シ因テ以テ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ違法ニ非ス故ニ本論旨モ理由ナシトス」(上告論旨第三点に対する判断)

そのほか、民集不登載で法律新聞等に掲載されている [1-13]・[1-17]・[1-27]・[1-34]・[2-59] においても未公表部分がある。

[1-13] 「然レトモ原院ハ加藤喜藏ノ有セシ共有持分ニ付其ノ生存中被告一人(被控訴人)トノ間ニ贈与契約シ之ヲ名実共ニ被告一人ニ移転シタルモノニシテ両名間ノ信託関係ニ基キ喜藏ノ所有名義ト為タルニ非サル事実ヲ認定シタルコト原判決ノ全趣旨ニ照シテ明ナルヲ以テ上告人所論ノ如キ判断遺脱ノ不法アルコトナシ」(上告論旨第四点に対する判断。同第五点、同第六点に対する判断は省略。)

「然レトモ上告人所論ノ方法ニ依リテ登記ヲ為スモ亦原判示ノ如キ方法ニ依リテ登記ヲ為スモ被告一人ヲ共有権者トシテ登記ヲ為シ其ノ権利ヲ公示セシムルニ足り國治ノ相続登記ヲ抹消シ更ニ不動産登記法第四十二条ニ依リ喜藏名義ヲ以テ被告一人ニ移転登記ヲ為シタルト同一結果ニ帰スルヲ以テ原院カ國治ヨリ被告一人ニ移転登記ヲ為スヘキ旨判示シタルハ理由ト主文ト齟齬シタルモノニ非ス仍テ上告論旨ハ理由ナシ」(同第七点に対する判断)

[1-17] 「依テ案スルニ被告一人(被控訴人、原告)カ本件仲裁人ノ選定ヲ申立ツルニ當リ仲裁人選定ノ申立ト題スル書面ヲ第一審裁判所ニ提出シタルコトハ本件記録ニ徴シ明瞭ナレトモ其ノ書面ハ訴状ニ該当スルモノナルコト其ノ書面ノ記載ニヨリテ明ナリ而シテ送達証書ニヨレハ第一審裁判所ハ大正八年十一月二十八日午前九時ノ期日ニ付上告人ノ代表者吉田與之助ヲ審問期日トシテ呼出ヲ為シタルコト明ナレトモ同裁判所ハ右ノ期日ヲ変更シ其ノ後口頭弁論期日ヲ

開キ公開法廷ニ於テ口頭弁論ヲ經テ判決ヲ為シタルモノナルコト記録上明白ニシテ第一審判決ノ基礎タル手續ニハ違法ノ点ナキヲ以テ原院カ第一審ノ訴訟手續ニ違法アリト為ササリシハ正当ニシテ論旨ハ理由ナシ」（同第一・三点に対する判断。同第四点に対する判断は省略。）

[1-27] 「然レトモ原判決ニ列記セル証拠ニ依レハ八幡丸及金比羅丸カ汽船喜盛丸ト被上告人所有船トノ間ヲ通過セル際其ノ間隔ハ僅ニ数間ニ狭メラレ居リタル事實ヲ認メ得ラレサルニアラス故ニ前段論旨ハ理由ナシ又原判決ハ水路ノ間隔ハ前示ノ如ク僅ニ数間ニ過キサルニ汽船八幡丸ハ帆船金比羅丸ヲ引曳シ落潮ニ乗シ急速力ニテ危険ヲ冒シテ其ノ間ヲ強テ通過セントシタル事實ヲ認メタルモノナレハ進航ノ速力及河川ノ幅員ニ関シ叙上判示以上ニ説明ヲ加フル必要ナク又金比羅丸ノ船体ニ関シテハ原院ニ於テ証人道場亀太郎ノ証言ヲ引用セルニヨリテ之ヲ觀レハ同船ハ約二千石積ニシテ船幅相当ニ大ナレハ数間ノ間隔ニ過キサル水路ヲ通過スルコトヲ得サリシモノト認メタルコト自ラ明ナレハ原院カ八幡丸及金比羅丸ニ過失アリト認定シタルハ正当ナリ從テ後段論旨モ理由ナシトス」（同第二点に対する判断）

「然レトモ原判決ノ認定シタル事實ニヨレハ汽船喜盛丸ハ廻船ノ信号ヲ掲ケテ廻轉シツツアリ恰モ同船カ廻轉シテ川中ニ横向キトナリ被上告人船トノ間僅ニ数間ニ狭メラレタル時ニ當リ八幡丸及金比羅丸カ其ノ間ヲ通過セントシタリト云フニ在リテ右兩船ハ喜盛丸カ現ニ廻轉シツツアル事實及之カ為水路カ狭メラレタル事實ヲ認識シナカラ強テ通過セントシタルコトヲ認メタルモノナレハ其ノ前喜盛丸カ何時ヨリ廻船ノ信号ヲ掲ケタルカ其ノ時期如何ハ右兩船ノ過失ノ有無ヲ判断スルニ付影響ナシト云ハサルヘカラス論旨ニ引用セル当院判決ハ本件ニ適切ナラス而シテ原判決中廻轉シツツアリシ汽船カ喜盛丸ナリシコトヲ認定シタルハ違法ニアラサルコト第一点ニ説明シタルカ如クナレハ原判決ハ正当ニシテ本論旨モ理由ナシトス」（同第四点に対する判断）

[1-34] 「然レトモ原判決ノ判示スルコロニヨレハ第二長久丸ハ小与島並航以前ヨリ普通航路ノ右側ヲ航行シ小与島ノ南方距離半海里弱ノ所ニ達シタルニ依リ右轉シテ西ノ針路ト為シタルモノニシテ當時同船ト大孤山丸トノ距離ハ一海里内外ヲ存シタルモノナレハ第二長久丸ノ右轉ハ海上衝突予防法第二十五条ニ依リ相当ノ処置ナリト認ムヘキモノトス尤モ同法第二十七条ニ依レハ運航及衝突ニ関シ百般ノ危険ニ注意スルハ勿論若シテ危険切迫シテ同法ヲ履行シ能ハサル特殊ノ場合ニ於テハ其ノ危険ヲ避クル為臨機ノ処置ヲ為スコトニ注意スヘキモノナレトモ原判決ハ當時危険切迫シテ同法第二十五条ノ航法ニ從フ能ハサル事情

ノ存シタル事實ヲ認メサルモノナルヲ以テ原判決ニハ上告人所論ノ如キ違法ナリ論旨ハ理由ナシ」(同第一点に対する判断。同第二点に対する判断は省略。)

「然レトモ不法行為ニヨリ生スル損害ノ賠償ニ付テハ民法第四百十六條第二項ヲ適用スヘキモノニ非ス苟モ其ノ行為ト損害トノ間ニ因果關係ヲ有スル以上ハ其ノ損害カ通常生スルモノナルト又特別ノ事情ニヨリテ生シタルモノナルトヲ問ハス等シク加害者ニ於テ之カ賠償ヲ為ス義務ヲ有スルモノナリト解スヘキモノナレハ(大正五年(オ)第六百六十一号大正六年六月四日第二民事部判決参照)原判決ニ於テ第二長久丸ノ大正六年三月十五日ニ於ケル価格ヲ以テ被上告人(被控訴人、原告)ノ蒙リタル損害ナリトシ之カ賠償ヲ上告人ニ命シタルハ相当ナリ而シテ原判決カ大正六年八月ニ於ケル最高価格ヲ以テ損害額ヲ算定セシテ被上告人カ大正六年二月十五日其ノ有スル鉱業権及七隻ノ船舶ヲ現物出資トシテ同日設立シタル田中鉱山株式会社ニ移転シタル事實其ノ他ノ証拠ニヨリ仮ニ第二長久丸カ沈没セサリトセハ被上告人ニ於テ同日之ヲ現物出資トシテ其ノ当時ノ価格ヲ以テ右会社ニ移転スヘカリシ事情存シタルモノト認メ同日ノ価格ヲ以テ損害額ヲ算定シタルハ被上告人ノ請求スル損害賠償ノ額ヲ上告人ノ利益ノ為ニ制限シタルモノニシテ本件不法行為ト因果ノ關係ナキ損害ノ賠償ヲ上告人ニ命スル趣旨ニ非サルヲ以テ原判決ニハ上告人所論ノ如キ違法ナク論旨ハ其ノ理由ナシ」(同第四点に対する判断。同第五点に対する判断は省略。)

「然レトモ原判決ハ大狐山丸カ第二長久丸ノ航路ヲ避ケタル事實ヲ認ムルコトナキヲ以テ第二長久丸ニ於テ其ノ航路及速力ヲ維持スヘキ義務アリヤ否ヤニ付判断ヲ為ササリシハ相当ニシテ論旨ハ理由ナシ」(同第七点に対する判断)

[2-59] 「然レトモ上告人カ本件家屋ノ前主遠田注ト契約シタル賃貸借ヲ以テ該家屋ヲ買受ケタル被上告人ニ對抗スルコトヲ得サルノ結果該家屋ニ居住スルハ右賃貸借ヲ承認セサル被上告人ニ對シテハ權利ナクシテ之ニ占拠スルニ帰シ從テ其ノ占拠ハ不法ト為ルモノト謂ハサルヘカラス故ニ原裁判所カ上告人ノ本件家屋ニ居住スルヲ不法占拠ナリトシテ本訴請求ヲ是認シタルハ違法ニアラス」(同第二点に対する判断)

「然レトモ原判旨ハ本訴請求ノ原因カ賃貸借ノ終了ニ在ラスシテ不法占拠ニ在ルコトヲ認メタル趣旨ニ外ナラサルヤ判文上自明ナリ而シテ原裁判所カ賃貸借終了ノ事實ニ論及シタルハ唯上告人カ借家法ノ規定ヲ援用シテ訴外人ト契約シタル賃貸借ハ被上告人ニ對シテモ其ノ効力ヲ生スル旨ノ抗弁シタルヲ以テ其ノ抗弁ヲ排斥スルノ理由トシテ該賃貸借ハ借家法施行以前既ニ終了シ同法施行

ノ際ニハ存在セサリシコトヲ認メ從テ本件ノ場合ニ同法ノ適用ナキ旨ヲ説示シタルモノニ過キサレハ毫モ所論ノ如キ理由ノ矛盾アルコトナシ」（同第三点に対する判断）

「然レトモ上告人カ訴外人ト契約シタル賃貸借ヲ以テ被上告人ニ對抗スルコトヲ得サルノ結果本件家屋ニ居住スルハ被上告人ニ対シ不法ノ占拠ト為ルコト前ニ既ニ説明シタルカ如クニシテ其ノ占拠ノ不法ナルコトハ借家法ノ適用ナキ場合ニ於テハ右賃貸借ノ終了シタルト否トニ関係ヲ有スルコトナシ而シテ借家法施行前ニ為シタル賃貸借ハ同法施行ノ際ニ未タ終了セスシテ依然存続スル場合ニ限り適用アルヲ以テ同法ノ適用アリヤ否ヤヲ決スルニハ其ノ賃貸借カ同法施行前ニ終了シタリヤ否ヤヲ定ムルノ必要アルヤ言ヲ俟タス所論ノ原判旨ハ唯此ノ問題ヲ決スルカ為ニ同法施行前ニ上告人主張ノ賃貸借契約カ其ノ契約ノ当事者間ニ終了シタル事実ヲ認メ其ノ結果同法カ本件ノ場合ニ適用ナキニ帰スルコトヲ説示シタルモノニ過キスシテ所論ノ如キ契約ノ当事者間ニ行ハレタル解約ノ効力カ其ノ当事者ニ非サル被上告人ニ及フコトヲ認メタル趣旨ニ非サルヤ判文上自明ナレハ何等違法ノ廉アルコトナシ」（同第四点に対する判断）

「然レトモ借家法ノ適用ナキ本件ノ場合ニ於テハ係争家屋ノ賃貸借関係ハ唯該契約ノ当事者間ニ存スルニ止マリ其ノ当事者ニ非サル被上告人ニ対シテハ右賃貸借ノ終了前ト雖上告人カ係争家屋ニ占拠シテ明渡ヲ為ササルハ不法タルヲ免レサレハ之ニ因リテ生シタル損害ノ賠償トシテ被上告人ノ為シタル本訴請求全部ヲ是認シタル原判決ハ正當ニシテ所論ノ如キ本訴請求中ノ一部ヲ賃料ト認ムヘキ理由ナシ故ニ本論旨モ採ルニ足ラス」（同第五点に対する判断）

[1-34] は、不法行為による損害賠償については民法416条の適用がないとする先例を援用し、それに沿った判断がなされている。それゆえ公表の必要がないと評価された可能性がある一方で、この先例の立場には批判も多く、大審院は、本判決から4年後の大連判大15・5・22民集5-836において、416条の類推適用を認める態度に転じていることから、本判決の時期には、大審院内部においてこの問題に対する見解の対立が既に生じており、そのため当該部分の公表が見送られた可能性もある。

なお、その他のものには、公表すべきほどの重要性を含んだ判断は見当たらない。

4-3. 受命判事の特定とその意義

現段階では、この項で論ずべき判決を見出していない。