

◇ 研究ノート ◇

## 大審院 (民事) 判決の基礎的研究・20

——判決原本の分析と検討 (大正12年7月分)——

木 村 和 成\*

### 目 次

- 1 大正12年7月分大審院民事判決原本の内容
- 2 大正12年7月分大審院民事判決原本の分析

### 1 大正12年7月分大審院民事判決原本の内容

原本(4冊)には、92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	7・2	大12-347	棄却	2	東龜五郎	養子縁組無効	名古屋控判 大12・2・24	
1	2	7・2	大12-437	棄却	2	岩本勇次郎	売買代金	名古屋控判 大12・3・26	
1	3	7・3	大12-27	棄却	1	山香二郎吉	貸金	広島控判 大11・10・26	
1	4	7・3	大12-64	破毀 差戻	1	前田直之助	売掛代金	山形地判 大11・12・14	
1	5	7・3	大12-319	棄却	1	榊原幾久若	貸金	千葉地判 大12・2・3	
1	6	7・3	大12-388	棄却	1	前田直之助	建物明渡並 損害賠償	大阪地判 大12・2・20	

\* きむら・かずなり 立命館大学法学部教授

1	7	7・3	大12-406	棄却	1	尾古初一郎	弁償金	長崎控判 大12・2・28	
1	8	7・4	大12-384	棄却	3	菰渕清雄	酒代残金並 立替金	長崎控判 大12・3・8	
1	9	7・4	大12-447	棄却	3	三渕忠彦	手付金過払 戻金返還	熊本地判 大12・5・17	
1	10	7・4	大12-480	棄却	3	菰渕清雄	強制執行異 議	福島地判 大12・3・12	
1	11	7・5	大12-431	棄却	2	東龜五郎	損害賠償	広島控判 大12・2・22	
1	12	7・5	大12-461	棄却	2	鬼澤藏之助	損害賠償	大阪控判 大12・3・29	
1	13	7・5	大11-698	破毀 差戻	2	鬼澤藏之助	損害賠償	和歌山地判 大11・6・19	
1	14	7・5	大11-1096	破毀 差戻	2	大倉鈕藏	土地侵害禁 止並損害賠 償	札幌地判 大11・10・12	
1	15	7・5	大12-446	棄却	2	岩本勇次郎	預金払戻	熊本地判 大12・5・8	
1	16	7・5	大12-449	棄却	2	岩本勇次郎	預金払戻	熊本地判 大12・5・14	
1	17	7・5	大12-452	棄却	2	大倉鈕藏	為替手形金	大阪控判 大12・3・30	
1	18	7・6	大12-439	棄却	1	榊原幾久若	養子縁組無 効確認	東京控判 大12・4・5	
1	19	7・6	大12-469	棄却	1	前田直之助	生命保険契 約存在確認 及保険金	東京控判 大11・12・27	
1	20	7・6	大12-496	棄却	1	前田直之助	土地引渡及 所有権移転 登記	青森地判 大12・3・31	

1	21	7・7	大11-1146	棄却	民連	尾古初一郎	養子縁組取消	東京控判 大11・11・20 <sup>1)</sup> 新聞 2113-17 評論 11民1027 評論 12民313	民集 2-438 新聞 2163-6 評論 13民41
1	22	7・7	大12-207	破毀 差戻	3	三淵忠彦	委託販売代 金	神戸地判 大11・12・19	新聞 2171-19 評論 34下160
1	23	7・7	大12-264	棄却	3	菰瀧清雄	売買代金並 損害賠償	大阪控判 大11・12・23	
1	24	7・7	大12-411	棄却	3	三淵忠彦	耕作禁止土 地引渡	宮城控判 大12・3・17	
1	25	7・7	大12-438	棄却	3	成道齋次郎	損害賠償	宮城控判 大12・2・13	民集 2-441 新聞 2177-20 彙報 34下176 評論 13民19
1	26	7・7	大12-489	棄却	3	長谷川菊太郎	所有権取得 登記抹消	長崎控判 大12・4・11	
1	27	7・7	大12-492	棄却	3	菰瀧清雄	約束手形金	名古屋控判 大12・4・13	
1	28	7・7	大10-914	棄却	民連	鬼澤藏之助	抵当権登記 回復	函館控判 大10・9・13	民集 2-448 評論 13民118
2	29	7・9	大11-737	棄却	2	岩本勇次郎	家督相続回 復	東京控判 大11・5・9 評論 11民372	民集 2-463 評論 13民121
2	30	7・9	大11-1141	破毀 差戻 <sup>2)</sup>	2	岩本勇次郎	根抵当無効 確認並根抵 当設定登記 抹消申請手 続	名古屋控判 大11・10・30	評論 12民520
2	31	7・10	大11-993	棄却	1	尾古初一郎	預金返還	広島控判 大11・7・12	

1) 一審：長野地判大 11・5・13 評論 11民522

2) 差戻控訴審：名古屋控判大 13・5・6 新聞 2268-14 = 評論 13民732

2	32	7・10	大12-256	破毀 差戻	1	尾古初一郎	土地建物抵 当権設定登 記抹消手続	熊本地判 大11・12・1	新聞 2171-20 評論 34下165
2	33	7・10	大12-418	棄却	1	尾古初一郎	強制執行異 議	甲府地判 大12・3・24	
2	34	7・10	大12-436	棄却	1	前田直之助	詐害行為取 消所有権移 転登記抹消 及損害賠償	広島地判 大12・3・7	民集 2-537 新聞 2171-18 彙報 34下157 評論 13民127
2	35	7・10	大12-481	棄却	1	山香二郎吉	利息金	名古屋地判 大12・3・27	
2	36	7・10	大12-520	棄却	1	山香二郎吉	実用新案登 録無効抗告 審判	特許局審決 大12・4・28	
2	37	7・11	大12-72	破毀 差戻	3	菰淵清雄	損害賠償	松江地判 大11・10・12	新聞 2171-17 彙報 34下151
2	38	7・11	大12-186	棄却	3	成道齋次郎	為替手形金	東京控判 大11・11・14 新聞 2102-18 評論 11商494	民集 2-477 新聞 2184-19 彙報 35上1 評論 13商85
2	39	7・11	大12-279	棄却	3	三淵忠彦	所有権確認 並建家取払	宮城控判 大11・9・2	
2	40	7・11	大12-375	棄却	3	三淵忠彦	土地建物所 有権移転登 記手続	大阪控判 大12・2・21	
2	41	7・11	大12-498	棄却	3	岩田一郎	貸金	盛岡地判 大12・4・12	
2	42	7・11	大12-504	棄却	3	菰淵清雄	貸金保証債 務履行	大阪控判 大12・3・30	※一審:高松地 判大11・6・12評 論 11民384
2	43	7・12	大12-227	破毀 差戻	2	東龜五郎	株式会社設 立無効確認	札幌控判 大11・11・21	民集 2-468 評論 12商330

2	44	7・12	大12-476	棄却	2	大倉鈕藏	保証債務履行	松山地判 大12・3・15	
2	45	7・12	大12-491	棄却	2	大倉鈕藏	土地所有権 移転登記抹 消登記手続	長崎控判 大12・3・17	
2	46	7・13	大12-337	棄却	1	前田直之助	約束手形金	青森地判 大11・12・23	民集 2-541 新聞 2184-20 彙報 35上7 評論 13商97
2	47	7・13	大12-325	棄却	1	山香二郎吉	為替手形金	名古屋控判 大12・2・3	民集 2-484 新聞 2178-18 彙報 34下181
2	48	7・13	大12-433	棄却	1	山香二郎吉	売掛代金残 額	東京控判 大12・3・3 新聞 2167-17	
2	49	7・13	大12-499	棄却	1	榊原幾久若	損害賠償	富山地判 大12・4・10	
2	50	7・14	大11-898	棄却	3	菰渕清雄	組合員脱退 登録申請手 続清算人選 任並清算行 為無効確認、 無効登録抹 消申請手続	長崎控判 大11・7・10 新聞 2029-15 評論 11訴319	民集 2-491 新聞 2190-21 彙報 34下252 評論 13諸66
2	51	7・14	大12-99	棄却	3	三淵忠彦	損害賠償	大阪控判 大11・11・4	民集 2-488 新聞 2171-17 彙報 34下147 評論 13訴57
2	52	7・14	大12-351	棄却	3	三淵忠彦	強制執行異 議	長崎控判 大12・1・30	

2	53	7・14	大12-358	破毀 自判	民連	尾古初一郎	手形償還	東京控判 大12・2・6 <sup>3)</sup> 新聞 2154-19 評論 12訴122	民集 2-506 新聞 2164-4 評論 12訴241
2	54	7・14	大12-408	棄却	3	菰淵清雄	相続権回復	長崎控判 大12・2・21 <sup>4)</sup> 新聞 2106-17 評論 12民256	民集 2-510 評論 13民43
2	55	7・14	大12-450	棄却	3	成道齋次郎	貸金	名古屋控判 大12・4・7	
3	1	7・16	大12-338	棄却	2	鬼澤藏之助	改訂特許權 利範圍確認	特許局審決 大12・2・26	
3	2	7・16	大12-356	棄却	2	大倉鈕藏	契約履行	長崎控判 大12・2・12	
3	3	7・16	大12-377	棄却	2	岩本勇次郎	特許願拒絶 査定不服	特許局審決 大12・3・17	
3	4	7・16	大12-395	棄却	2	東龜五郎	土地所有権 移転登記手 続履行	福島地判 大11・9・18	
3	5	7・17	大12-10	棄却	1	尾古初一郎	所有権移転 登記抹消手 続	熊本地判 大11・10・9	
3	6	7・17	大12-502	棄却	1	尾古初一郎	損害賠償	名古屋控判 大12・4・19	
3	7	7・17	大12-544	棄却	1	前田直之助	所有権移転 登記手続並 ニ抵当権抹 消登記	広島控判 大12・4・9	
3	8	7・19	大12-209	破毀 差戻	2	岩本勇次郎	違約損害金	大阪地判 大11・12・16	

3) 一審：静岡地判大11・8・30

4) 一審：福岡地判大10・10・25 新聞 1920-20

3	9	7・19	大12-248	棄却	2	大倉鈕藏	不当利得金返還	大阪地判 大12・2・6	
3	10	7・19	大12-353	棄却	2	岩本勇次郎	売掛代金	福岡地判 大12・2・27	
3	11	7・19	大12-392	棄却	2	大倉鈕藏	所有権移転 登記手続履 行	名古屋控判 大12・3・13	
3	12	7・20	大12-310	破毀 差戻	1	尾古初一郎	米引渡	広島控判 大12・1・17	新聞 2178-20 彙報 34下198 評論 13訴22
3	13	7・20	大12-409	棄却	1	山香二郎吉	貸金	名古屋控判 大12・2・22	
3	14	7・23	大11-1138	棄却	2	鬼澤藏之助	競売申立取 下	東京控判 大11・7・5	民集 2-545 新聞 2183-17 彙報 34下366 評論 13諸74
3	15	7・23	大11-1144	破毀 自判	2	大倉鈕藏	商標無効審 判	特許局審決 大11・12・19 新聞 2085-7	新聞 2192-17 彙報 34下243 評論 13諸23
3	16	7・23	大12-242	破毀 差戻	2	鬼澤藏之助	貸金	千葉地判 大11・10・12	
3	17	7・23	大12-401	棄却	2	岩本勇次郎	保証債務履 行	大阪控判 大12・2・20	
3	18	7・23	大12-416	棄却	2	大倉鈕藏	登記手続及 不当利得金 返還	宮城控判 大12・3・10	
4	19	7・23	大12-455	棄却	2	東龜五郎	土地共有権 持分売買登 記手続	新潟地判 大12・1・23	※大(二民)判大 11・7・10民集 1-386 <sup>5)</sup> の差戻 上告審

5) 木村和成「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)」立命館法学377号(平30)426頁([1-32])参照。

大審院（民事）判決の基礎的研究・20（木村）

4	20	7・23	大12-530	棄却	2	東龜五郎	賃料	福岡地判 大12・5・8	
4	21	7・23	大11-1111	破毀 自判	2	東龜五郎	特許無効審 判	特許局審決 大11・11・8	新聞 2220-17→ 2225-17 彙報 35上152
4	22	7・23	大11-1114	破毀 自判	2	鬼澤藏之助	特許無効審 判	特許局審決 大11・11・8	
4	23	7・23	大12-266	棄却	2	鬼澤藏之助	分家無効確 認並ニ戸籍 訂正申請手 続	名古屋控判 大12・2・3	民集 2-518 評論 13諸16
4	24	7・24	大12-343	破毀 差戻	1	榑原幾久若	貸金	秋田地判 大12・2・3	新聞 2178-20 彙報 34下201 評論 13訴24
4	25	7・24	大12-478	棄却	1	尾古初一郎	手形契約金	宮城控判 大12・4・5	
4	26	7・24	大12-526	棄却	1	尾古初一郎	土地所有権 移転登記手 続	松江地判 大12・4・19	
4	27	7・26	大12-194	破毀 差戻	2	鬼澤藏之助	債権不存在 確認	岡山地判 大11・12・4	新聞 2179-20 彙報 34下214 評論 13訴26
4	28	7・26	大12-299	棄却	2	東龜五郎	詐害行為取 消	大阪控判 大12・1・25	
4	29	7・26	大12-440	棄却	2	大倉鈕藏	売買代金取 戻	長崎控判 大12・3・12	
4	30	7・26	大12-518	棄却	2	鬼澤藏之助	商標無効審 判	特許局審決 大12・5・5	
4	31	7・26	大12-524	棄却	2	岩本勇次郎	権利不存在 確認	宮城控判 大12・5・8	民集 2-565 新聞 2178-19 彙報 34下192 評論 13民111



4	32	7・27	大11-1140	破毀 差戻	1	前田直之助	所有権移転 登記手続	盛岡地判 大11・11・2	民集 2-572 新聞 2171-17 彙報 34下153 評論 13民189
4	33	7・27	大12-427	棄却	1	榑原幾久若	離婚	長崎控判 大12・4・24	
4	34	7・27	大12-463	棄却	1	榑原幾久若	所有権確認 並登記抹消 請求私訴	名古屋控判 大12・4・11	
4	35	7・27	大12-529	棄却	1	山香二郎吉	賃貸料	盛岡地判 大12・3・27	
4	36	7・27	大12-547	棄却	1	榑原幾久若	立木所有権 確認ニ関ス ル主参加	東京控判 大12・5・1	※大(二民)判大 10・6・2新聞 1867-17の差戻 上告審
4	37	7・27	大12-562	棄却	1	尾古初一郎	土地所有権 確認並ニ移 転登記	宮城控判 大12・4・26	

※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。

92判決中、破毀18件、棄却74件となっている。

## 2 大正12年7月分大審院民事判決原本の分析

### 2-1. 民集掲載基準の検討

#### 2-1-1. 民集掲載判決の分析

全92判決のうち17件が民集に搭載されている。このうち13件—— [1-25] (民集判示事項：訴カ民事訴訟ナルヤ否ヤヲ定ムル標準)・[2-29] (同：民法第九百七十二条ノ解釈)・[2-34] (同：廃罷訴権ヲ行使スルヲ得ル債権者)・[2-38] (同：商法第七十六條ノ規定ニ違反シテ為シタル為替手形ノ振出及引受ト善意ノ手形取得者トノ関係)<sup>6)</sup>・[2-43] (同：会社設立無効確認ノ訴)・[2-46] (同：取締役カ会社ノ為手形ノ

6) 本判決の判決理由では先例が援用されており、本判決もその先例の趣旨と同一の判断を示している。しかし、先例は約束手形に関するもので、本判決は為替手形に関するもの。

裏書ヲ為ス場合ニ於ケル署名ノ方法)<sup>7)</sup>・[2-47]（同：白地手形ノ所持人ノ為シタル受取人ノ氏名補充ト其ノ訂正）・[2-50]（同：鉱業法第七条第三項ニ依ル組合契約ト民法中組合ノ規定トノ関係——已ムコトヲ得サル事由ニ因ル組合解散ノ請求ト清算——組合ノ清算人ノ権限ト民法第二百五十一条及同二百五十八条ノ規定トノ関係）・[2-51]（同：裁判長ノ捺印ヲ欠キタル第一審判決言渡調書ト上告ノ理由）・[2-54]（同：戸籍簿ノ記載ト家督相続人ノ地位）・[3-14]（同：未登記抵当權ノ行使<sup>8)</sup>）・[4-23]（同：分家ノ効力発生ノ要件——未成年者ノ分家届出ト其ノ親權者又ハ後見人ノ同意ヲ証スル書面添付ノ要否——戸籍法第四十九条ノ意義）・[4-32]（同：共同予約者ノ売買完結ノ意思表示）——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であり、そのため民集に登載されることになったものと推測される。

このほか、民事連合部判決である [1-21]（同：養子縁組ノ取消權ト時効）・[1-28]（同：登記官吏ノ過誤ニ因リ抹消セラレタル抵当登記ノ対抗力<sup>9)</sup>）・[2-53]（同：共同訴訟ト土地ノ管轄トノ関係）は、いずれも判例変更を伴うものであり、民集登載は当然のことである。

以上に対し、[4-31]（同：立木ノ性質）は、判決理由中で先例が援用されているにもかかわらず登載されている（先例を援用する判決としては、ほかに [2-38]・[2-46]・[3-14]があるが、これらについては既に紹介した）。

[4-31]（同：立木ノ性質）は、立木は土地の構成部分ではなく建物と同様に「独

々という違いがある。

7) 本判決の判決理由では先例が援用されており、この先例は「株式会社ノ取締役カ会社ノ為メニ手形振出ノ意思ヲ表示スルニ当リテハ会社ノ為メニスルノ意ヲ明カニシ其手形ニ取締役自身ノ名ヲ署セサルヘカラス」（民録判決要旨）との判断を示している。これに対し、本判決の民集判決要旨は、「株式会社ノ取締役カ会社ノ為メニ手形裏書ノ意思ヲ表示スルニ当リテハ会社ノ為メニスルノ意ヲ明ニシ其ノ手形ニ取締役自身署名セサルヘカラス」となっており、先例の要旨の「手形振出」の部分が「裏書」に置き換わっているにすぎない。先例の判断が「裏書」の場合にも妥当することを示すために民集登載判決とされたのだろう。

8) この判決文の末尾（公刊物では脱落）には、「而シテ叙上ノ判旨中ニ当院従来ノ判例（大正八年（オ）第五百五十七号同年八月一日言渡判決参照）ニ抵触スルモノナルヲ以テ裁判所構成法第四十九条ニ依リ民事ノ総部ヲ連合シテ審理シ民事訴訟法第四百五十二条第七十七条ニ従ヒ主文ノ如ク判決ス」とある。

9) 本判決の判決理由では先例が援用されているが、この先例は本判決の判示事項に関するものではない。

立ナル不動産」に属するとする。判決理由で援用されている先例は、「立木ハ土地ト分離セサル限り不動産タルコトヲ失ハサルヲ以テ立木ノミヲ讓受ケタル者ハ其所有權取得ニ付キ土地、建物、立木法ニ依ル立木ノ場合ニ於ケル登記ト等シク第三者ヲシテ之ヲ知ラシムル公示方法ヲ施スニ非サレハ其所有權ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス」(民録判決要旨)とするが、立木を「独立ナル不動産」とまで評価するわけではない。さらに、大(一民)判大5・2・22民録22-165に至っては、未伐採の立木は土地の構成部分となるとして、本判決とは異なる立場にある。ほぼ同時期の大(三民)判大5・3・11民録22-739も、「立木ニ関スル法律ニ依リ所有權ノ保存登記ヲ為サル樹木ハ独立ノ不動産ナリト云フヲ得サ」るものとする。こうしたことを踏まえ、平野義太郎は、本判決がこれらの判例を覆して「独立ナル不動産」としたことを「大胆」な断定とし、この点が判決要旨として採用されていることにつき、「判例集作製者が判決要旨として掲げたところのものは、偶、立木に関する判例のおもむくべき大な進歩を約するようにおもはれる」と評する<sup>10)</sup>。当時、やはり立木の性質に関しては「学説判例ノ一致セサル所」<sup>11)</sup>だったようであり、立木の性質に関する大審院の立場を確定させるために、本判決が民集登載判決とされたのではないかと考えられる。

## 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

[2-30] (法律評論掲載)・[4-22] (未公開) の2件には「登載」の朱印が押されているものの、民集に登載されていない。

[2-30] は、株式会社の債務につき保証人となって自らの不動産に根抵当権を設定したが、後にその会社の成立が無効となったため、当該保証人が根抵当権設定の無効確認等を求めたケースで、会社のために保証をし抵当権を設定した者は、その会社が営業能力を有するものと信じてそれをなしたものと推定すべきであり、会社が営業能力を有する事実は保証契約及び抵当権設定契約の要素となりうる旨を判示し、その事実を上記各契約の締結に至った縁由とみなした原審の判断を不法と断じた。要素の錯誤に関する一事例として民集への登載が検討されていたのかもしれない。

[4-22] の内容は、公表されている (ただし民集不掲載) [4-21] (法律新聞表題：

10) 平野義太郎「本件判批」民事法判例研究会編『判例民事法(3)大正十二年度』(大14、有斐閣)426～427頁。

11) 評論13巻民法111頁。

発明者ニ非サル者ト特許出願／発明ノ意義及帰属)と同じものとなっている(そのため判決文の紹介は省略する)。旧特許法の条文の解釈をめぐる事件であるため、民集登載が見送られた可能性がある。

### 2-1-2-2. 参考判決

[3-1]・[4-19]の判決原本には[参考]の朱印が押されている(いずれも未公開)。

[3-1] 「然レトモ旧特許法第四十二条ニ規定セル特許権ノ改訂ハ新ニ特許権ヲ派生セシムルモノニ非スシテ特許発明ノ要部ヲ変更セサル範囲内ニ於テ其ノ明細書又ハ図面ノ不完全ナル点ヲ訂正補充シ之ヲシテ完全ナラシムルニ過キサレハ法律上之カ為ニ新ニ他ノ特許権若ハ実用新案権ト牴触スル結果ヲ生スルモノニ非サルハ勿論其ノ訂正セラレタル明細書又ハ図面ハ同条第四項ニ依リ特許権ノ改訂登録ノ時ヨリ原特許ノ明細書又ハ図面トナル効力ヲ有スルニ過キスシテ訂正ヲ来タスモノニ非ス改訂ノ登録ヲ為シタルトキハ原特許ヲ改訂特許ト称スルコトアレトモ是ヲ呼上ノ便宜ニ出テタルモノニシテ改訂特許カ原特許ニ比シ実質上其ノ範囲ヲ異ニスルコトヲ意味スルモノニ非ス原特許ト改訂特許トハ全然同一ニシテ唯当初ノ不完全ナル明細書又ハ図面カ完全ノモノト為リタルニ過キス從テ改訂特許ノ権利範囲確認ノ審判請求ヲ判断スルニハ訂正明細書ノ記載事項ヲ以テ標準ト為スヘク審判請求ノ対象ト為リタル他ノ特許権若ハ興行的作品カ改訂ノ登録以前ニ存シタリヤ否ヤハ其ノ記載事項ヲ以テ判断ノ標準ト為スノ妨ト為ルモノニ非ス改訂ノ登録以前ニ成立シタル他ノ特許権等ニ対シ訂正明細書ニ基キテ改訂特許権ノ範囲ヲ判断スレハ訂正明細書ハ既往ニ遡ルノ結果ヲ生スト雖是訂正明細書カ特許権ノ改訂登録ニ依リ原特許ノ明細書ト為リタルカ為ニ生シタル結果ニ外ナラサレハ之ヲ以テ旧特許法第四十二条第四項ノ規定ニ違反スルモノト為スヲ得サルハ勿論特許権分割ノ登録ノ効力カ遡及セサルコトヲ理由トシテ訂正明細書ノ証拠力モ之ト同一ニ論断セントスルハ失当ナリ所論ノ原審決ノ説明ノ趣旨ハ如上ノ説明ト同一ニ帰スルモノト解シ得ルノミナラス原審カ本件特許ノ訂正明細書ニ基キテ甲第二号証図示ノ糸撚機ニ付判断ヲ下シタルハ違法ニ非ス故ニ本論旨ハ孰レモ理由ナシ」(上告論旨第一・二点に対する判断)

「然レトモ原審決ハ『請求人(上告人)カ甲第二号証図示ノ糸撚機ヲ使用スルコトニ付テハ当事者間争ナキ所ナルヲ以テ該糸撚機ト被請求人ノ有スル本件特許トノ間ニ於ケル権利範囲確認審判請求ヲ為スニ付被請求人カ利害関係ヲ有スルコト明カニシテ本件請求ハ違法ニ非スト認ム』ト判示シ進テ本件特許ノ糸撚機ト甲第二号証ノ糸撚機トハ均等ノ構造ヲ有スルコトヲ判示シタルヲ以テ上告人カ被告ノ有スル特許権ノ範囲ニ属スル糸撚機ヲ使用スルコト明カナリ從テ被告ノ権利範囲確

認ノ審判請求ヲ為スニ付利害関係ヲ有スルモノト謂フヘク利害関係ノ意義ヲ決スルニハ必スシモ所論ノ如キ事実ノ判断ヲ要スルモノニ非ス原審決ハ被上告人カ利害ノ関係ヲ有スル点ニ付説明ノ順序ヲ誤リタレトモ其ノ趣旨ニ於テ結局正当ナルニ帰スルヲ以テ本論旨ハ理由ナシ」(同第三点に対する判断)

「仍テ案スルニ審査官ハ特許権ノ改訂出願カ他ノ特許発明ニ抵触スルコトヲ認メタルトキハ発明抵触ノ査定ヲ為スヘキモノナルコトハ旧特許法第六十二条第二項第六十三条ノ規定ニ照シ明カナレトモ兩者カ事実上抵触スルニ拘ラス審査官カ抵触ノ査定ヲ為サシテ単ニ改訂ノ出願ヲ許可スル旨ノ査定ヲ為シ其ノ登録ヲ了シタル場合ニ於テハ特許権ノ改訂ハ登録ト同時ニ其ノ効力ヲ生シ審査官カ抵触ノ査定ヲ為ササリシカニ特許権改訂ノ許可ハ無効ト為ルモノニ非ス何トナレハ旧特許法第四十九条ハ抵触ノ査定ヲ為ササルコトヲ以テ改訂許可ノ無効原因ト為ササレハナリ而シテ被上告人ノ特許権改訂ノ出願ニ対シテハ抵触ノ査定ヲ為サシテ単ニ許可ノ査定ヲ為シ其ノ登録ヲ了シタルコトハ原審ニ於テ当事者間ニ争ナカリシ事実ナレハ其ノ特許権ノ改訂ハ登録ニ因リテ既ニ其ノ効力ヲ生シタルモノト謂フヘク更ニ其ノ出願ニ付抵触ノ査定ヲ為スヘキ余地ナク從テ旧特許法第四十八条第三十五条ヲ適用スヘキ事実関係發生セサルヲ以テ此ノ点ニ関スル上告人ノ主張ハ失当ナリ原審決ノ説明ハ畢竟之ト同一ノ趣旨ニ帰スルモノト解シ得ルヲ以テ本論旨ハ理由ナシ」(同第四点に対する判断)

「然レトモ被上告人ノ出願ニ係ル特許権ノ改訂カ登録ニ因リ其ノ効力ヲ生シタル以上ハ上告人ノ特許権ニ関シ旧特許法第四十八条第三十五条ヲ適用スヘキ事実関係ノ生セサルコトハ論旨第四点ニ対シ説明セルカ如クナルヲ以テ上告人カ旧特許法第三十五条ニ依リ自己ノ特許発明ニ基キテ甲第二号証図示ノ糸撚機ヲ製作使用スル権利ヲ有スル旨主張スルハ正当ナラス從テ原審決カ甲第二号証図示ノ糸撚機ハ上告人ノ特許権ヲ実施スル一形式ナリトストモ其ノ糸撚機カ被上告人ノ改訂特許権ノ範囲ニ属スルコトヲ認定シタルハ上告人ノ特許権カ其ノ形式ニ依リ実施セラルヘキモノナル限り当然被上告人ノ改訂特許権ノ範囲内ニ属スルコトヲ判示シタル趣旨ナシト解シ得ラレサルニ非ス從テ上告人カ自己ノ特許権ニ基キテ甲第二号証図示ノ糸撚機ヲ製作使用スルコトカ被上告人ノ特許権ノ侵害ト為ルコトハ右認定ヨリ当然推論シ得ヘキモノナレハ権利ヲ侵害セサル旨ノ上告人ノ抗弁ハ之ニ依リ排斥セラレタルモノト謂フヘシ故ニ論旨第五点ハ理由ナシ次ニ上告人ノ特許権カ甲第二号証図示ノ糸撚機ノ形式ニ於テ実施スルコトヲ以テ被上告人ノ改訂特許権ノ範囲内ニ属スト認ムレハ被上告人ハ権利範囲確認ノ審判請求ヲ為スコトヲ得ヘク其ノ請求ヲ為スニ付キ形式ノ作品ヲ対象ト為スモ其ノ形式ノ基本タル特許権ヲ対象ト為スモ其ノ趣旨ニ於

テ異ナル所ナク結局上告人ノ特許権カ其ノ形式ニ於テ実施セラルヘキモノナル限り被告上告人ノ特許権ノ範囲内ニ属スルコトノ審判ヲ請求スルニ帰スルヲ以テ被告上告人カ其ノ形式タル作品ヲ請求ノ対象ト為シタルハ違法ニ非ス故ニ論旨第六点モ理由ナシ」(同第五・六点に対する判断)

[4-19] 「然レトモ被告上告人ノ原審ニ於ケル主張ハ被告上告人外三名ハ共同シテ上告人ノ有スル本訴土地ノ共有持分権全部ヲ買受ケ其ノ持分権ハ各平等ナレハ被告上告人各自ノ持分ニ付之カ登記手續ヲ請求スト謂フニ在リテ共有者ハ各自ノ取得シタル持分ノミニ付他ノ共有者ニ関係ナク其ノ取得登記ノ手續ヲ求ムルコトヲ得ヘク而シテ判決ハ当事者間ニノミ効力ヲ有スルニ止マリ之カ為ニ直ニ他ノ共有者ノ権利ニ影響ヲ及ホシ他ノ共有者ノ持分ヲモ確定スルモノニ非サレハ共有者全部ニ於テ訴ヲ提起スルノ必要ナシ原判決ハ之ト同趣旨ニ出テ相当ナレハ本論旨ハ理由ナシ」(同第一点に対する判断)

「然レトモ原審ハ被告上告人カ当初共有持分全部ノ登記義務ノ履行ヲ求メ後被告上告人カ取得シタル各自ノ共有持分ノミニ付登記ヲ求メタルハ其ノ請求ノ原因ヲ変更シタルモノニ非スシテ単ニ請求ノ目的ヲ減縮シタルモノニ過キスト為シ上告人ノ訴変更ノ抗弁ヲ排斥シタルコトハ判文上明ニシテ訴ノ変更ナシトスル裁判ニ対シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルカ故ニ論旨第二点ハ其ノ理由ナク又原判決ハ被告上告人ノ減縮シタル請求ノ範囲ニ第一審判決ヲ変更シタルモノニシテ之カ為メ第一審判決ニ比シ上告人ニ不利益ヲ来スモノニ非サレハ論旨第三点モ亦理由ナシ」(同第二・三点に対する判断)

[3-1] は、2-1-2-1. で紹介した [4-22] と同じく、旧特許法の条文の解釈が問題となっている。そのため、民集に登録するほどの価値はなく、「参考」判決とするにとどめられた可能性がある。

[4-19] は、大(二民)判大11・7・10民集1-386(民集判示事項:数人カ不動産ノ持分ヲ買受ケタル場合ニ於ケル登記手續ノ請求ノ訴ヲ提起スヘキ者)の差戻上告審である。差戻前上告審では、上記判示事項につき、買主が持分全部につき権利取得の登記手續を請求する訴えを提起するには、買主全員が共同してこれをしなければならないとの判断が示され、売主(被告・控訴人・上告人)の上告が容れられる結果となった。もっとも、この判決は、「被告上告人ハ各自ノ取得シタル持分ノミニ付キ他ノ共有者ニ関係ナク其ノ取得登記ノ手續ヲ求ムルニ在ルカ如ク解シ得ラレサルニモ非ス」とした上で、差戻しの趣旨を「其ノ請求ノ趣旨果シテ斯ノ如シトセハ被告上告人ヲシテ其ノ趣旨ヲ釈明セシムル必要」があるという点に求めていた。こ

れを受け、差戻控訴審では、買主（原告・被控訴人・被上告人）の主張が「各自ノ持分ニ付シテカ登記手続ヲ請求」するものと解され（これは請求原因の変更ではなく、請求目的の減縮と解された模様）、結局のところ買主の請求が認容されるに至っている（そして、売主からの再度の上告は棄却）。**[4-19]**については、差戻しの趣旨に沿ってどのような判断がなされたのかという点が「参考」に値すると思われる。

### 2-1-2-3. 破毀判決

民集不登載判決の中には、既に紹介した **[2-30]**・**[4-22]**を除く13件の破毀判決がある。

#### (a) 公刊されているもの

公刊判決は、以下の8件ある。

**[1-22]**（法律新聞表題：委託販売終了ノ事実ト採証）は、原審による委託販売契約終了の事実の認定が採証の法則に違反するとしたものの、**[2-32]**（同：居宅払為替受領ノ性質ト大審院ノ権限）は、原審が「大審院ニ於テ裁判ヲ為ニ当リ法律ノ点ニ付テ表シタル意見ハ其ノ訴訟一切ノ事ニ付下級裁判所ヲ羈束ス」とする裁判所構成法48条（条文は当時のもの。以下、同じ。）を「無視シタル不法ノ裁判」であるとしたものの、**[2-37]**（同：担保品ノ売買ト損害ノ程度担保品ノ売買ト損害ノ程度）は、売渡担保の目的物の第三者への売却が不法行為に当たる場合には、その損害額は被担保債権額となる旨を判示したものの、**[3-12]**（同：弁済受領拒絶ノ事実ト不法認定）は、債務者による「言語上の弁済提供」があったという原審の認定は不当ではないとするものの、債権者があらかじめ弁済の受領を拒んでいたという事実の認定に「証拠ニ副ハサル不法」があるとしたものの、**[4-21]**（同：発明者ニ非サル者ト特許出願ノ発明ノ意義及帰属）は、旧特許法10条や同法49条の解釈を示したものであり、いずれも民集に登載するほどの重要な判断が示されているとはいえない。

このほか、**[3-15]**（同：ホーカー石鹼ト旧商標法二条三号後段）・**[4-24]**（同：口頭弁論調査ト書記ノ捺印）・**[4-27]**（同：一人ノ証明書ト証拠力）は、判決理由で示された先例<sup>12)</sup>があるため、民集登載が見送られたものと考えられる。

#### (b) 公刊されていないもの

残りの5件は、いずれも未公刊判決である。

---

12) もっとも、**[4-27]**には「当院ノ判例」とあるのみで、具体的な判決は指示されていない。

[1-4] 「案スルニ本訴債権ノ弁済期如何ニ付テハ当事者間ニ争アリ而モ此ノ点ノ解決ハ自ラ上告人主張ニ係ル時効ノ抗弁ノ当否ニ関係アルニモ拘ラス原判決ハ単ニ債権額ヲ認定シタルノミニシテ弁済期カ被告人主張ノ如クナル点ニ付テハ何等判示スルトコロ無ク輒ク本訴請求ヲ是認シタルハ審理不盡理由不備ノ甚シキモノト云ハサルヲ得ス……」(上告理由第二点に対する判断)

[1-13] 「仍テ案スルニ原判決ハ論旨摘録ノ如ク判示シ之ヲ理由トシテ上告人所有ノ本件第四百七十六番地山林ト塩屋村所有ノ第四百七十七番山林トノ境界ニ関スル上告人ノ主張ヲ排斥シタリ然レトモ原判決認定ノ如ク地租改正ノ際地積ノ丈量ニ従事シタルAカ明治十七八年頃第四百七十六番山林ノ当時ノ所有者タルB及ヒ副戸長用掛等ノ立会ノ上同山林ヲ実測シテ公簿上ノ面積ト一致スル地積ヲ以テ同山林ノ地積ト定メタリトテ同山林ニ属セル他ノ地積ハ所有者Bカ当時ノ法制ニ従ヒ之ヲ処分シタル事実ナキ限り依然トシテ同山林ノ一部ヲ構成スルモノト謂ハサルヘカラス丈量人カ其ノ部分ヲ隣接地ニ編入スルニ方リ当時ノ所有者カ単ニ之ニ立会シタルコトハ未タ以テ地積ノ減少ヲ来タスヘキ適法ノ処分行為ナリト謂フヲ得ス從テ原判決ノ認定セル丈量人ノ編入行為ハ法律上同等ノ効力ヲ生セサルモノナレハ之ニ因リテ公簿上ノ反別カ實際上ノ反別ト一致スル結果ヲ生セサルハ勿論同山林ハ法律上旧来ノ地積ヲ有シ隣接地トノ境界ニモ変更ヲ来タササルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ原判決ハ叙上ノ如ク判示シ之ヲ理由トシテ境界ニ関スル上告人ノ主張ヲ排斥シタルハ失當ニシテ本論旨ハ理由アリト認ム因テ此ノ点ニ於テ原判決全部ヲ破毀スヘク他ノ論旨ニ対シテハ特ニ説明ヲ為スノ必要ナシ」(上告論旨第十二点に対する判断)

[1-14] 「因テ按スルニ本件控訴状ニハ被控訴人ノ一人トシテAヲ表示シアリ又同人ハ訴訟代理人トシテ弁護士Bニ委任シ同代理人ニ於テ原審ノ口頭弁論ニ出頭シ弁論ヲ為シタルコトハ記録ニ依リ明確ニシテ原判決ニ被控訴人Aノ表示ナキハ之ヲ脱漏シタルニ外ナラス斯ル誤謬ハ何時ニテモ更正シ得ヘク之ヲ以テ上告ノ理由ト為スコトヲ得スト雖モ原審ハ係争土地ニ開設セラレタル本件道路ハ上告人カ該土地ノ買受以前ニ已ニ岩内町ニ於テ被告人等ヨリ其ノ道路ノ寄付ヲ受ケタルコトヲ第一審証人Cノ証言ニ依リ認メタルモ原審ニ於テ被告人等カ仮ニ該土地カ上告人ノ所有地ナリシトスルモ該道路修築行為ハ北海道庁長官ノ許可ヲ受ケタルモノニシテ被告上告人等ハ単ニ修築ノ労力ヲ岩内町ニ寄付シタルニ止マルコトヲ主張シタルハ原判決ノ事実摘示ニ依リ明ニシテ前示証人ノ証言ニ依ルモ被告上告人等カ道路其ノモノヲ寄付シタルコトヲ看ルニ由ナシ然ルニ原審カ本件道路開鑿地ニ民有地ノ存在ヲスルコトヲ認メナカラ前示ノ如ク判示シ其ノ道路ノ閉塞並通行禁止ノ外損害賠償ノ請求ヲモ排斥シタルハ不當ニ事實ヲ確定シ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テ説明ヲ付セス」(上告理由第二点に対する判断。人名の記号への置換えは引用者による〔以下、同じ〕。)

[3-8] 「依テ案スルニ原判決ノ事実摘示ニ依レハ上告人カ原審ニ於テ本訴及反訴ニ付上告人ハ大正九年一月六日本件売買ノ目的物ヲ提供シタルニ被告人ハ其ノ受領ヲ拒絶シタル旨ヲ供述シタルコト明ナリ然ルニ原判決理由中ニハ此点ニ付何等ノ判断ヲ示スコトナキヲ以テ原判決ハ当事者ノ主張事實ヲ判断セサル不法アルモノト為ササルヘカラス原判決ハ此点ニ於テ全部破毀ヲ免レサルモノニシテ本件上告ハ爾余ノ論旨ニ付判断ヲ為ス迄モナク其ノ理由ア(リ)……」(上告論旨第一点に対する判断)

[3-16] 「仍テ案スルニ原判決ノ事実摘示ニ依レハ上告人カAノ死亡シタル後同人ノ父Bヨリ金二十円ヲ受領シタル事実ニ付キテハ当事者間ニ争ナキコト明カナリ而シテ原判決ハ『証人Bノ供述ニ依レハ控訴人(上告人)ハ訴外Aノ父Bヨリ金二十円ヲ受領シテAノ負担スル債務ヲ其ノ負担部分ニ付全部免除シタル事實ヲ認ムルコトヲ得』ト判示シタルトモ債務ノ免除ハ債権者カ債務者ニ対シ其ノ意思ヲ表示スルニ因リテ効力ヲ生スルモノナレハ上告人カAニ対スル債権ヲ同人ノ死亡後ニ於テ免除シタリト判示スルニハ其ノ債務ヲ承継シタル者ニ対シテ免除ノ意思表示ヲ為シタル事實ヲ認定セサルヘカラス原判決ハ上告人所論ノ如ク既ニ死亡セルAカ尚生存スル者ト誤認シタルニ非サルヘシト雖モ其ノ承継人ニ対シ債務免除ノ意思表示ヲ為シタル事實ヲ認定シタルモノト解シ得サルヲ以テ原判決カ債務免除ノ効果ヲ上告人ニ帰セシメタルハ失当ナリ換言スレハ債務ノ免除ニ関スル原判決ノ理由ハ十分ナラサルヲ以テ本論旨ハ理由アリト認ム因テ此ノ点ニ於テ原判決ヲ破毀スヘク他ノ論旨ニ対スル説明ハ之ヲ省略ス」(同第一点に対する判断)

[1-24] には、裁判所のミスが含まれている。こうした類の判決が公開されないという例が他にも多くあることは、筆者がかつて指摘した通りである<sup>13)</sup>(もつとも、本判決はそれを理由として公開されなかったわけではないものと推測される)。そのほかには公表すべき重要性を含んだ判断は見当たらない。

#### 2-1-2-4. 棄却判決

民集不登載判決の中には60件の棄却判決があり、すべて未公開となっている。

このうち、下級審判決が公開されているものが2件あるので、それらの大審院判

---

13) この点については、さしあたり木村「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26)177頁以下参照。

決を以下で紹介しておく([2-42]は一審判決、[2-48]は二審判決)。

[2-42] (上告論旨で主張されているのは原審の専権に属する事実認定等に対する批難であり上告理由として不適法であるなど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。)

[2-48] (二審判決の法律新聞表題：引渡済ノ五噸ハ十五噸ノ一部) 「然レトモ原判決カ上告人ノ前主小田島末吉ト被告人トノ間ニ於ケル電気分銅十五噸ノ売買契約締結ニ際シ千六百五十円ノ為替手形ヲ授受シタル事実認定ノ資料ニ供シタル第八号証ノ売付通知書ニ依レハ其ノ摘用欄ニ被告人ヨリ小田島末吉ニ対シ契約金トシテ金千六百五十円ノ為替手形ヲ引渡ス旨ノ記載アリテ該証ハ固ヨリ上告人ノ提出ニ係ルノミナラス被告人ニ於テモ亦其ノ成立ヲ認メ且ツ之ヲ自己ノ利益ニ援用シタルコトハ原審大正十一年六月六日ノ口頭弁論調書ニ明記スル所ナルカ故ニ金千六百五十円ノ為替手形ヲ授受シタルコトハ原審ニ於テ当事者双方ノ主張シタルモノナルコト疑ヲ容ルヘカラサルモノアリ左レハ原判決カ引用シタル第一審事実摘示ノ此ノ点ニ関スル双方ノ供述モ亦之ト其ノ趣旨ヲ同シクスルモノナルコトヲ察知スルニ難カラサルカ故ニ原審カ此ノ主張ニ基因シ証拠ニ依拠シテ契約金トシテ金千六百五十円ノ為替手形ヲ被告人ト小田島末吉トノ間ニ授受シタル事実ヲ認定シタルハ違法ト謂フコトヲ得ス」(上告論旨第一点に対する判断)

「然レトモ原審カ被告人ヨリ小田島末吉ニ対シ契約金トシテ金千六百五十円ノ為替手形ヲ引渡シタル事実ヲ確定シタルハ主張ナキ事実ヲ認定シタル不法アルモノト謂フヘキモノニ非サルコト前説明ノ如クナルノミナラス原判決ハ証拠ニ依リ本件売買契約ニ関スル引渡未済ノ電気分銅十噸ニ付テハ合意上之ヲ解約シ右千六百五十円ノ内千円ハ既ニ引渡ヲ終ヘタル五噸ノ残代金ニ充当シ残六百五十円ハ売主ナル小田島末吉ニ対シ契約ニ付テノ損害ノ賠償ニ充テ之ヲ弁済シタルモノナルコトヲ判示シ其ノ契約金ハ合意上既ニ残代金其ノ他ノ弁済ニ充当セラレタルコトヲ判定シタル以上ハ其ノ所謂契約金ナルモノカ契約ノ当初手付金トシテ授受セラレタルモノナルヤ將保証金トシテ授受セラレタルモノナルヤニ関シ双方其ノ主張ヲ異ニシタル廉アリトスルモ最早其ノ争点ヲ判断スルノ要ヲ見サルニ至リタルモノナレハ原判決カ其ノ何レニ属スルモノナルヤヲ判示セサルハ違法ニ非ス」(同第二点に対する判断)

「然レトモ原判決ハ証拠ト事情トニ依拠シテ被告人ヨリ小田島末吉ニ対シテ電気分銅五噸ノ代金ノ内金四千五百二十六円五十六銭ヲ支払ヒタルハ大正九年二月十二日ナルコト及金千六百五十円ノ為替手形ノ満期日ハ大正九年二月十日ト定メシモ

ノト推認シ得ヘキ旨判示シタル外被告小田島末吉トノ間ニ於テ合意上ノ為替手形金千六百五十円ノ内千円ヲ右五噸ノ残代金ノ弁済ニ充當シ残六百五十円ヲ賣主小田島末吉ノ損害ニ充テ支払ヲ為シタル時期ニ付テハ何等明示スル所ナキモ右四千五百二十六円五十六銭ノ弁済アリタル大正九年二月十二日以後ニ於テ漸次他ノ弁済ノ行ハレタルコトヲ判定シタルモノナルコトヲ推知スルニ足ルヲ以テ其間何等違法アルモノト謂フコトヲ得ス故ニ原判決カ右四千五百二十六円五十六銭以外ノ弁済ニ付テモ其ノ時期ヲ明示セルモノナルカ如ク云為シ其ノ認定ノ弁済時期ニ理由齟齬又ハ理由不備ノ違法アルカ如ク論争スルハ原判旨ニ副ハサルモノニシテ採用スルニ足ラス」(同第三点に対する判断)

「然レトモ原判決ハ証拠ニ依リ被告ハ大正九年二月十二日小田島末吉ヨリ電気分銅五噸ノ引渡ヲ受ケ其ノ代金ノ内四千五百二十六円五十六銭ヲ支払ヒ其ノ後為替手形金千六百五十円ヲ支払ヲ為シ其内千円ヲ以テ残代金千円ノ弁済ニ充當シタル事實ヲ判定シタルモノニシテ固ヨリ其ノ専權ニ基キ為シタル事實認定ニ外ナラサレハ仮令其ノ日時ノ点ニ於テ当事者ノ主張ニ異ナリタル廉アリトスルモ以テ主張事實ニ対スル判断ヲ遺脱シタルモノト謂フヘキモノニ非サルノミナラス原判決ハ合意上解約ノ結果六百五十円ヲ損害ニ充當シテ契約ヲ終了シタル日時ヲ明示スル所ナキモ原告人カ本件債權ヲ小田島末吉ヨリ讓受ケタル時日ナリト主張スル大正九年四月十四日ヨリ以前ニ在ルモノト認メタルモノナルコトハ原判旨ニ徴シ之ヲ窺知スルニ難カラサルカ故ニ其ノ契約終了ノ日時ヲ判示セサル不法アルモノノ如ク論スルハ當ヲ得タルモノニ非ス」(同第四点に対する判断)

「然レトモ訴訟記録ヲ調査スルニ原審大正十一年十月十日ノ口頭弁論調書ニ依レハ被告ノ訴訟代理人ハ被告本人ノ訊問ヲ求め裁判長ハ其ノ申請ヲ許可スル旨ノ決定ヲ言渡シタルコト明ナルノミナラス原審大正十一年十二月二十一日ノ口頭弁論調書ニ依レハ原審カ右決定ニ基キ被告本人訊問ヲ為シタルコトヲ徴スルニ足ルヲ以テ原判決カ此ノ供述ヲ他ノ証拠ト共ニ事實判断ノ資料ニ供シタルハ不法ニ非ス」(同第五点に対する判断)

「然レトモ原判決ノ引用シタル第一審判決事實摘示ニ依レハ被告ハ残部拾噸ノ売買契約ヲ解消シ千六百五十円ノ入金ノ内六百五十円ハ被告ヨリ値合金ニ充テ小田島末吉ニ支払フコトト為シタル旨主張シタルコト明ニシテ所謂値合金ノ支払ハ損害賠償ニ外ナラサルヲ以テ原判決カ残六百五十円ハ賣主小田島末吉ノ損害ニ充當シテ契約ヲ終了シタル事實ヲ認定シタルハ右主張ニ基キタルモノニ外ナラサレハ当事者ノ主張セサル事實ヲ認定シタル違法アルモノト謂フコトヲ得ス」(同第六点に対する判断。他は省略。)

原判決を維持した大審院の判断に何ら目新しいところはないようであり、そのため公刊の対象とはならなかったものと思われる。

残りの判決については、以下の7件を紹介しておく。

[1-2] 「然レトモ民事訴訟法第九十条第一項第一号ニ依レハ訴状ニハ当事者ヲ表示スルコトヲ要スルコト明ナレトモ其ノ表示方法ハ法律上ノ限定セサルコトコナレハ何人カ訴訟ノ当事者ナルカヲ知り得ル程度ニ其ノ表示アラハ足ルモノト解スヘキモノト而シテ上告会社(控訴人、被告)本店ノ所在地ヲ肩書トシテ上告会社ノ変更前ノ商号ヲ記載シテ被告ヲ表示シタル本件ノ訴状ノ記載ハ之ヲ以テ被告ノ何人ナルカヲ知ルニ足ルヲ以テ其ノ訴状ヲ不適式ナリト為スニ足ラス又訴状ニ準備書面トシテノ記載事項ヲ具備セサルモ訴状ノ適否ニ影響スルコトコナキヲ以テ当事者ノ法律上代理人ノ表示ヲ誤リタル訴状モ之ヲ以テ不適法ナリト為スニ足ラサルヲ以テ本件ノ訴状ヲ適式ト認メタル原判決ハ正當ニシテ論旨ハ孰レモ其ノ理由ナシ」(同第一・二点に対する判断)

[1-12] 「然レトモ電車ノ運転手カ常ニ進路ノ前方ヲ警戒シ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テ危険ヲ未然ニ防止スルノ処置ヲ執ルヘキ注意義務ヲ負フモノナルコトハ当院判例ノ是認スル法理ニシテ(大正七年(オ)第九百五十一号大正八年二月七日言渡判決参照)所論ノ原判決説明ハ其ノ趣旨ニ於テ之ト異ナル所ナキヲ以テ正當ナリト謂ハサルヘカラス運転手カ原判決ノ所謂咄嗟ノ間ト雖停車ノ措置ヲ執ルヘキ注意義務ヲ負担シタリトテ所論ノ如ク電車ノ進行ハ人ノ歩行以下ノ速度ニ於テ之ヲ為スヘキ必要ナキハ勿論電車運転ノ不能ヲ来タスモノニ非スシテ運転手ヲ叙上ノ注意ヲ為シツツ相当ノ速度ニ於テ電車ヲ進行セシメ得ルコトハ電車ノ運転ニ関スル実験法則上明白ナリ従テ原裁判所カ所論ノ鑑定ノ申出ヲ排斥スルト共ニ上告会社ノ電車運転手ハ衝突ノ場所ヨリ一町以上ノ距離ニ於テ被害者ノ動作ヲ目撃シ其ノ間容易ニ衝突ノ危険ヲ予知シ臨機停車ノ処置ヲ為シ得ヘカリシニ拘ラス其ノ処置ヲ為サザリシ過失アル旨判示シタルハ相当ニシテ本論旨ハ理由ナシ」(同第二点に対する判断。下線は引用者による〔以下、同じ〕。)

「然レトモ他人ノ不法行為ニ因リ身体ヲ傷害シ之カ為ニ死亡シタル者ハ死亡以前傷害當時ニ於テ不法行為者ニ対シ将来取得スヘキ利益ノ喪失ニ因ル損害賠償請求権ヲ取得スルモノナルコトハ当院ノ判例ニ於テ是認スル法理ニシテ(大正九年(オ)第八十八号同年四月二日言渡判決参照)民法第七百十一条ノ規定アルカ為ニ其ノ請求権ヲ否定スルコトヲ得ス従テ原判決カAノ負傷以後将来取得スヘキ利益ノ喪失ニ因

ル損害賠償請求権ヲ認メ其ノ権利カAノ死亡ニ因リ遺産相続人タルBニ移転シタル旨判示シタルハ相当ニシテ本論旨ハ孰レモ理由ナシ」(同第四点に対する判断)

[1-18] 「然レトモ人事訴訟手続法第二十六条ニ依リ養子縁組事件ニ準用セラルル同法第三条ハ其ノ第一項ニ掲ケタル各訴訟ニ付無能力者カ自ラ訴訟行為ヲ為スニ足ル能力ヲ有スル場合ヲ規定シタルモノニシテ事実上意思能力ナキ者ニ対シテハ之ヲ適用スヘキ限ニ在ラス是レ本院判例ノ示ス所ナリ (大正八年(オ)第五三二号同九年一月三十日判決参照) 故ニ本件訴訟提起ノ当時五歳ノ未成年者ニシテ意思能力ナキコト明白ナル被上告人カ本件ノ訴訟行為ヲ為スニ付テハ前示法条ノ規定ニ從ヒ特別代理人ヲ選任スルコトヲ要セサレハ其ノ法定代理人ニ於テ第一審以來ノ訴訟行為ヲ為シタルハ違法ニアラス」(同第四点に対する判断)

[2-39] 「然レトモ民事訴訟法第二百七十八条第二項ニハ受命判事其ノ命ヲ施行スルニ差支アルトキハ裁判長更ニ他ノ部員ヲ命スト規定シアリテ右ニ所謂部員トハ受訴裁判所所属ノ判事ノ義ニシテ証拠決定ヲ言渡シタル口頭弁論ニ臨席シタル判事ノ義ニアラス本件記録ヲ査スルニ第一審裁判所裁判長判事水原親次ハ大正九年三月十日『大正八年十二月十九日ノ証拠決定ニ依ル受命判事薄井大介ハ其ノ命ヲ施行スルニ差支アルヲ以テ更ニ判事宮脇幸治ヲ其ノ受命判事』ニ命シタルモノニシテ判事宮脇幸治カ当時第一審ノ裁判所所属判事タリシコトハ顯著ナル事実ナレハ受命判事宮脇幸治ノ為シタル検証並現場ニ於ケル証人訊問ハ何レモ適法ニシテ所論ノ如キ違法アルモノニアラス然レハ原院カ右検証調書並ニ証人ノ証言ヲ判断ノ資料ト為シタルレハトテ所論ノ如キ不法アルコトナケレハ本論旨ハ其理由ナシ」(同第七点に対する判断)

「依テ案スルニ土地ハ一筆ヲ以テ所有權ノ目的物ノ単位ト為スモノナレハ土地ノ分割譲渡ヲ目的トスル場合ニ於テハ其分筆ノ手續ノ完了セサル間ハ分割スヘキ土地ノ部分ハ其ノ土地ノ一部タルニ過キシテ独立シタル一個ノ物ニアラサルヲ以テ之ニ対シテ所有權ヲ取得シ得ヘキモノニアラス是レ当院判例ノ夙ニ示ス所ナリトス (大正三年十二月十一日言渡大正三年(オ)第五百五十四号事件判決大正十一年十月十日言渡大正十一年(オ)第五百七十一号事件判決参照) 本件ニ於テ原院ノ確定シタル事実ニ依レハ本件二十五番宅地ハ一筆ノ土地ニシテAノ所有ナリシトコロ大正元年六月中不動堂村ニ於テ道路改修工事ヲ為シタル際右二十五番宅地ノ一部ハ六間幅道路敷地ト為リタル為右宅地ハ両断セラレ本件係争地ノ部分ハ該道路ヲ介シテ南方ニ離隔セラレ端地ト為リタルニヨリAト不動堂村ト協議ノ上道路敷地ト為リタル部分ト本件係争地ノ部分トヲ併セテ之ヲ不動堂村ニ譲渡シタルモ未タ分筆ノ手續ヲ為サス依然A名義ト為シ置キタリ而シテ不動堂村ハ大正二年十月十日本件係争地所ノ

部分ヲ被告ノ人ニ売渡シAハ大正七年八月本件係争地所ノ部分及道路敷地ト為リタル部分ヲ除外シタル残部ヲ原告人ニ売渡シタルモノナリト去レハ右二十五番ノ宅地ニ付キ未タ分筆ノ手續ヲ履踐セサル限り不動堂村ハAヨリ二十五番宅地ノ一部タル道路敷地ト為リタル部分ト本件係争地ノ部分トヲ取得シ得ヘキモノニアラス從テ被告ノ人ハ不動堂村ヨリ本件係争地ノ部分ヲ取得シ得ヘキモノニアラス原院カー筆ノ土地ノ一部ハ其ノ分筆ノ手續ヲ為ササルモ尚所有權ノ目的物ト為リ得ルモノト誤解シ右ノ部分ノ土地所有權カAヨリ不動堂村ニ不動堂村ヨリ被告ノ人ニ順次移轉シタルモノナリト判断シタルハ失当タルヲ免レト雖モ同シク分筆ノ手續ヲ履踐セサル限り右二十五番宅地ノ一部タル道路敷地ノ部分ト本件係争地ノ部分トヲ除外シタル残部ノ部分ノ所有權モ亦右Aヨリ原告人ニ移轉スヘキ限ニアラス二十五番宅地全部ハ依然トシテ尚Aノ所有ナルコト明カナルカ故ニ原告人カ二十五番宅地ノ一部タル係争地所ノ所有權ヲ主張シテ其ノ確認ヲ求メ右地上ノ建設物ノ取払ヲ求ムル本件請求ノ失当ナルコト明瞭ナルヲ以テ原告人ノ請求ヲ棄却シタル原判決ハ結局正当ニシテ原告論旨第五点並ニ第九点後段ハ共ニ其ノ理由ナキニ帰着ス」(同第五・九点に対する判断)

[3-9] 「然レトモ法律ノ禁制ニ違反シタル行為ニ因リテ為シタル給付ハ常ニ必スシモ取戻シ得ヘカラサルモノニ非ス其ノ取戻シ得ヘカラサル給付ハ其ノ行為カ公ノ秩序若ハ善良ノ風俗ヲ害スル場合ニ限ル而シテ会社設立登記前ノ株式譲渡ニ関スル給付ハ公ノ秩序若ハ善良ノ風俗ニ反スル行為ニ原因シタルモノト謂フヲ得サルコトハ当院從來ノ判例トスル所(明治四十三年七月四日第二民事部判決)ナレハ原審カ原告人ハ法律上何等ノ原因ナクシテ被告ノ人ノ財産ニ因リ利益ヲ受ケタルモノト被告ノ人ノ利得返還ノ請求ヲ認容シ民法第七百八条ヲ適用セサルハ相当ニシテ本論旨ハ孰レモ理由ナシ」(原告理由第二点に対する判断)

[4-28] 「然レトモ当事者ノ一方カ上訴ヲ為スニ当リ相手方ニ中断ノ原因生シタル場合ト雖承継人ニ於テ現ニ訴訟行為ヲ為シ其ノ訴訟手續ヲ続行シタル事実アル以上ハ該上訴ハ有効ニ成立シ且訴訟手續ノ受継アリタルモノト為スコトヲ得ヘシ之レ夙ニ当院判例トシテ示ス所ナリ(大正六年三月九日言渡判決)而シテ本件ニ於テ原告人ノ控訴提起ノ当時被告会社ノ法律上代理人Aニ於テ死亡シ居タリトスル被告ノ人ハ原審ノ口頭弁論前同会社法律上代理人Bノ委任シタル訴訟代理人ニ依リ其ノ訴訟手續ヲ続行シタルコト記録上明ナルヲ以テ控訴ノ提起及其後ノ訴訟手續ヲ無効ナリト云フヲ得サレハ本論旨ハ其ノ理由ナシ」(原告論旨第六点に対する判断)

[4-34] 「然レトモ裁判所ハ犯罪行為ヲ原因トスル民事訴訟ヲ裁判スルニ当リテモ刑事ノ判決ニ羈束セラルルコトナク民事訴訟法第二百七条ノ規定ニ從ヒ自由ナ

ル意見ヲ以テ事実ノ判断ヲ為スヘキモノナレハ刑事ノ判決ニ於テ犯罪ノ証憑十分ナラストシテ無罪ノ言渡ヲ為シ其ノ判決確定シタルトキト雖民事裁判所ハ同一ノ資料ヲ憑拠トシテ犯罪ヲ構成スヘキ事実ヲ認定スルコトヲ妨ケサルモノト是レ本院ノ判例ニ於テ是認スル所ニシテ之ヲ変更スヘキ理由アルヲ見ス……」(同第二・三点对する判断)

[1-2] は、訴状における当事者の表示方法には何人が訴訟の当事者であるかを知ることができる程度にその表示があればよいこと、[2-33] の上告論旨第七点に対する判断の部分は、民事訴訟法278条2項にいう「部員」とは受訴裁判所所属の判事を指し、証拠決定を言い渡した口頭弁論に臨席した判事を指すものではないことをそれぞれ示しているが、いずれにも公刊するほどの重要性はないと判断されたものと思われる。

その他の5件については、判決文中に示されている先例(下線部)があるため、公刊の必要もないと考えられたのだろう。

## 2-2. 公刊物における判決文の加工とその復元

### 2-2-1. 民集登載判決

民集登載判決のすべてで、原本における「主文」までの事項がすべて削除され、これに代わって新たに「事実」が付け加えられている<sup>14)</sup>。さらに、[1-21]・[1-28]・[2-34]・[2-43]・[2-47]・[2-50]・[2-51]・[4-23]・[4-31]では判決文の一部が脱落している。法律新聞で脱落部分を確認できる[1-21]、法律評論で脱落部分を確認できる[2-43]を除き、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。

[1-28] 「然レトモ上告人ハ原審ニ於テ『被上告人カ自己ノ有スル順位第一番ノ抵当権設定ノ登記カ抹消セラレタル後ニ上告人等カ抵当権設定ノ登記ヲ為シタル事実ヲ知りタルニ拘ラス自己ノ為ニ更ニ順位第三番ノ抵当権設定ノ登記ヲ為シタルカ故ニ被上告人ハ之ニ依リ本件ノ登記回復請求権ヲ放棄シタリト主張シ原裁判所ハ被上告人カ上告人主張ノ事実関係ヲ知りタル後ニ順位第三番ノ抵当権設定ノ登記ヲ為シタリト本件ノ登記回復請求権ヲ放棄シタルモノト認ムルヲ得サル旨判示シタル

---

14) 判決理由の末尾の一文が削除されているものが多いが、この部分は民事訴訟法の適用条文を摘示するのみであり、判決の理解には影響がない。さらに、すべての民集登載判決には裁判官名の記載がないが、これも判決の理解に影響を与えるものではない。そのため、本稿では、こうした加工については一々取り上げない。

モノナルコトハ原判決ノ事實摘示及ヒ理由ニ徴シテ明白ナリ而シテ原判決ノ説明ハ上告人主張ノ順位第三番ノ抵当權ト抹消セラレタル抵当權トカ同一ノ内容ヲ有スルト否トヲ問ハス被上告人カ抹消セラレタル登記ノ回復請求權ヲ放棄シタル事實ヲ認め得サルコトヲ判示シタル趣旨ナリト解シ得ラレサルニ非サルノミナラス原判決ノ説明ハ民法第百二十五条ノ規定ノ趣旨ニ反セサルハ勿論上告人ノ主張ヲ排斥スル理由トシテハ充分ニシテ意義不明ノ点ナシ故ニ本論旨ハ孰レモ理由ナシ」(上告論旨第三・四点に対する判断)

「然レトモ本件ノ請求ハ上告人所論ノ如ク縦令必要ノ共同訴訟ノ性質ヲ有シ共同訴訟人全部ニ対シ画一的ノ判決ヲ為スヘキモノナリトストモ原審ニ於テ共同訴訟人ノ一部ナル中藤平、谷内弥惣吉ニ対シテ大正十年九月十三日言渡シタル欠席判決カ同年十月一日此等ノ当事者ニ送達セラレ爾後故障ノ申立ナクシテ確定シタルコトハ記録上明白ニシテ其ノ確定判決ノ効力ハ之ヲ尊重セサルヘカラス從テ現時ニ於テ共同訴訟人全部ニ対シ更ニ画一的ノ判決ヲ為サシムルニ必要ナル訴訟手續ヲ進行セシムルハ法律上不能ニ帰シタルヲ以テ原審ニ於ケル訴訟手續ノ違背ハ上告人ニ対スル原判決ヲ破毀スルノ事由ト為スニ足ラス故ニ本論旨ハ理由ナシ」(同第五点に対する判断)

[2-34] 「詐害ノ意思ハ勿論行為當時ニ存セサルヘカラスト雖詐害ト云フ事實即共同担保ノ減少ト云フ結果ハ必シモ右ノ時期ヲ標準トシテ其ノ存否ヲ判断スヘキモノニ非ス例ヘハ債務者カ無償ニテ又ハ相当以下ノ対価ヲ得テ其ノ財産ヲ処分シタル如キ場合ニハ詐害ノ結果ハ行為當時ニ存スヘキモ他日之ヲ徒費セムノ意思ヲ以テ相当ノ対価ヲ得テ財産ヲ処分シタル如キ場合ハ其ノ対価ノ現存スル限り共同担保ハ何等ノ減少ヲ見ス其ノ現存セサルニ至リテ始メテ詐害ノ事實ヲ生ス論旨ハ常ニ行為當時ヲ標準トシテ此ノ事實ノ存否ヲ決セサルヘカラストノ前提ニ立ツモノニシテ採用ニ価セス」(上告理由第一点に対する判断)

[2-47] 「然レトモ仮令被上告人カ松本鉄次郎ヨリ本件為替手形ノ裏書讓渡ヲ受ケタルハ支払拒絶証書作成期間經過後ノ裏書ニ係ルモノトスルモ手形引受人タル上告人ニ於テ右裏書人松本鉄次郎ニ對抗シ得ヘキ何等ノ事由ヲ有スルコトナク從テ其ノ裏書讓渡カ支払拒絶証書作成期間經過後タルト否トニ拘ラス其ノ被裏書人タル被上告人ノ手形上ノ權利ニ消長ナキコト前論旨並以下論旨ニ於テ説明スル所ニ依リ知得スルニ足ルカ如キ本件ニ於テハ原審カ仮令右裏書讓渡ヲ以テ支払拒絶証書作成期間經過前ニ係ルモノト認め不当ニ事實ヲ確定シタル廉アリトスルモ上告人ノ手形上ノ義務ニ何等影響ヲ及ホスヘキモノニ非サルカ故ニ論旨ハ上告ノ理由ト為スニ足ラス」(上告論旨第二・三点に対する判断)



「然レトモ被上告人カ松本鉄次郎ヨリ大正九年七月五日本件為替手形ノ白地裏書讓渡ヲ受ケタルニ拘ラス同年六月十四日ナル虚偽ノ記入ヲ為シタルモノトスルモ単ニ裏書讓渡ノ日付ヲ遡記シタルニ止マリ手形ヲ偽造シタルモノト謂フヘキモノニ非サルノミナラス固ヨリ被上告人ヲ以テ偽造手形ノ悪意ノ取得者ト認ムヘキ廉ナキカ故ニ原審カ被上告人ヲ適法ナル手形所持人ト認メ請求ヲ許容シタルハ違法ニ非ス」(同第四点に対する判断)

[2-50] 「然レトモ組合ニシテ解散シタルトキハ清算ヲ為スヘキモノナルコト民法第六百八十五条ニ規定スル所ニシテ同法第六百八十八条第七十八条ノ規定ニヨレハ清算人ハ現務ノ結了債權ノ取立及債務ノ弁済ヲ為ス権限ヲ有シ且残余財産ハ各組合員ノ出資ノ価額ニ応シ之ヲ分割シテ引渡スヘキ職責ヲ有スルモノナルヲ以テ清算人カ叙上ノ職責ヲ全フスル為組合財産ヲ他ニ売却スル行為ハ全ク同人ノ権限ニ属スルモノト謂ハサルヘカラス然ラハ原院カ本件鉦業組合ノ清算人タル被上告人山上猛虎カ対価ヲ得テ組合財産ニ属スル係争共同鉦業権ヲ被上告人成清信愛ニ売渡シタル行為ヲ以テ同人ノ権限内ニ属スルモノト判断シタルハ正当ナリ依テ本論旨ハ理由ナシ」(同第五点に対する判断)

「然レトモ仮処分ハ本案訴訟ニ於テ他日勝訴ノ判決ヲ受クルモ現状ノ変更ニヨリ其ノ判決ヲ執行スルコト能ハス又ハ之ヲ執行スルニ著シキ困難ヲ生スル恐アル場合ニ許サルル保全方法ニ外ナラサルニヨリ債務者ニ対シ一定ノ權利ノ処分ヲ禁止スル旨ノ仮処分命令アリタル場合ニハ申請人ノ權利ヲ害セサル範囲内ニ於テ処分ノ効力ヲ生スルモノナルヲ以テ右仮処分命令ノ効力存続中債務者ノ為シタル処分行為ニシテ權利ヲ害シタルトキ之カ無効ヲ主張スル權利ハ独り申請人ノミニ存シ其ノ他ノ者ハ之カ無効ヲ主張スルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス本件ニ於テ係争共同鉦業権ノ処分ヲ禁止スル旨ノ仮処分命令ハ訴外樋口睦子ヨリ上告人及被上告人綾部宇策同石部源次郎ニ係ル右共同鉦業権加名登録請求訴訟ノ執行ヲ保全スル為睦子ノ申請ニヨリ發セラレタルモノナルコトハ原院ノ確定シタル事実ナリトス果シテ然ラハ被上告人山上猛虎カ本件鉦業組合ノ清算人トシテ係争共同鉦業権ヲ被上告人成清親愛ニ売渡シタルハ所論ノ如ク右樋口睦子ノ申請ニヨリ發セラレタル仮処分命令ノ効力存続中ニ係ルモノナリトスルモ之カ無効ヲ主張スル權利ハ独り睦子ノミニ存シ上告人ハ斯ル權利ヲ有セサルニヨリ原院カ此ノ点ニ関スル上告人ノ主張ヲ排斥シタルハ結局相当ニシテ本論旨ハ総テ理由ナシト謂ハサルヘカラス」(同第八点に対する判断)

「然レトモ係争共同鉦業権ハ上告人及被上告人綾部宇策同石部源次郎ノ三名ヨリ成立スル組合ノ清算人タル被上告人山上猛虎カ清算処分トシテ被上告人成清信愛ニ

有効ニ売渡シ大正六年二月五日其ノ旨ヲ鉅業原簿ニ登録シタルコトハ原院ノ確定シタル事実ニシテ此点ニ関スル原判決ニハ何ラ不法ノ廉ナキコト既ニ叙上各論旨ニ付説明シタルカ如シ果シテ然ラハ被告成人成清信愛ト原告人及被告綾部宇策同石部源次郎等トノ間ニ該鉅業權ヲ買戻其ノ他ノ不法ニヨリ回復スルコトヲ得ヘキ旨ノ特約ナキ以上ハ縦令被告綾部宇策カ共同鉅業權者タリシ當時原告人及被告成人石部源次郎ニ対シ其ノ持分ヲ讓渡シ脱退登録ヲ為スヘキ義務ヲ負擔シ居リタリトスルモ現時ニ於テハ取引ノ通念ニ照シ之カ義務履行ハ不可能ノ状態ニ在ルモノト謂ハサルヘカラサルニヨリ原院カ之ト同一理由ノ下ニ此点ニ関スル原告人ノ請求ヲ排斥シタルハ相当ナリ依テ此点ニ関スル論旨ハ理由ナシ又所論甲第三十二号証一、二、三及同第十号証ニヨリテハ所論ノ事實ヲ認ムルヲ得サルニヨリ此点ニ関スル論旨ハ採ルニ足ラス」(同第九点に対する判断。他は省略。)

〔2-51〕「然レトモ原判決ハ『係争ノ鰯節五十六個ハ乾燥十分ナリシモノナルモ混載セル鯖節六十二個ノ乾燥不十分ナリシ為メ其水気ヲ吸ヒ之ニ因リテ黴ヲ生シタルモノナリ』ト認定シタル上『本件委託ノ鰯節七十五個ハ七噸貨車ニ一車積トシテ運送スルニ足ル容積ヲ有シ普通一車積ト為スモノナルカ故ニ仮令荷送人タル蔵元輸吉ヨリ特ニ一車積ト為スヘキ委託ナカリシトスルモ被控訴人(原告人)ニ於テ積載スル場合ニハ毀損ヲ防止スル為メ一車積ト為シ若シ止ヲ得シテ他品ト混載シタルトキハ毀損セサルヘキ適當ナル処置ヲ講スルヲ相当トスヘク又鉄道局ニ於テ積載スル場合ニハ右ノ趣旨ヲ以テ運送ノ委託ヲ為スヘキモノナルコトハ言フヲ俟タス(中略)然ルニ係争鰯節五十六個ハ乾燥不十分ナル鯖節ト混載シテ運送セラレ特別ナル設備ナカリシ為メ鯖節ノ湿気ニ因リ黴ヲ生シ毀損シタルモノニシテ被控訴人(原告人)ニ於テ運送ニ関スル注意ヲ怠ラサリシコトヲ証明セサル本訴ニ在リテハ該毀損ハ被控訴人(原告人)ノ故意又ハ過失ニ因リ生シタルモノト認ムヘキモノ』ナリト判示シアリテ原告人ニ責任ヲ帰セシムル理由ノ説明ニ何等ノ不備アルコトナケレハ所論ノ点ニ関スル説明ヲ与ヘサリシトスルモ毫モ不法ニアラス本論旨ハ理由ナシ」(同第一点に対する判断)

「然レトモ本件ニ於テ被告原告人ノ主張スルコトコトハ運送契約ニシテ運送取扱契約ニアラス原判決ハ運送契約ノ成立ヲ認メテ運送人タル原告人ノ義務違反ヲ説明シタルモノナルヲ以テ運送取扱契約ニ根拠スル本論旨ハ判示ニ副ハサルモノニシテ其理由ナシ」(同第二点に対する判断)

「然レトモ鑑定人村瀬寅之助ノ『普通鰯ノ漁期ハ八月乃至十月ニシテ鯖ノ漁期ハ三月乃至五月ナルカ故ニ三月頃発送スル鰯節ハ一般ニ乾燥シ居ルモ鯖節ハ一般ニ乾燥不十分ナリ』旨ノ鑑定ハ決シテ過去ノ事實ヲ陳述シタルモノニアラスシテ鰯鯖ノ

漁期並ニ鱈節乾燥ノ状態ニ関スル特別智識ヲ報告スルモノナルカ故ニ鑑定事項タルコトヲ言フ俟タス論旨(一)ハ其理由ナシ原判決ニハ所論ノ如ク鯖ノ漁期ハ二月乃至五月ナリト記載シアリト雖右ノ『二月』ハ『三月』ノ誤記ナルコトハ明瞭ナルヲ以テ論旨(二)ハ其理由ナシ鑑定人村瀬寅之助ノ訊問調書ニハ所論ノ如キ記載アリト雖是レ鑑定人ノ意思ヲ付記シタルモノニ止マリ之アルカ為ニ鑑定人ノ本件鑑定ノ結果ヲ不法ナラシムルモノニアラス且此ノ部分ハ原判決ノ採用セサルトコロナレハ論旨(三)ハ其理由ナシ」(同第三点に対する判断)

「然レトモ商法第三百四十三条第一項ニ所謂『運送契約ニ因リテ生シタル荷送人ノ権利』中ニハ運送人ノ運送義務不履行ニ因リテ生スル損害賠償請求権ヲモ包含スルモノナルコト論フ俟タサルトコロナレハ本論旨ハ理由ナシ」(同第五点に対する判断)

[4-23](省略)

[4-31] 「然レトモ原判決及其ノ引用スル第一審判決事実摘示ニ依レハ本訴ノ趣旨ハ被上告人(被控訴人原告)ハ本件ノ立木ヲ所有ス然ルニ上告人ハ不法ニ之ヲ伐採スルヲ以テ上告人ニ之カ伐採権ナキコトノ確認ヲ求ムルモノナルコト明ニシテ本訴ハ不動産タル立木ノ所有権ヲ原因トスルモノナリ従テ本訴ハ民事訴訟法第二十二條第一項ニ所謂不動産上ノ訴ニ該当スルモノト謂フヘク原判決ハ其ノ趣旨ニ出テタルコト原判決上明ナルヲ以テ原判決ニハ上告人所論ノ如キ違法ナク論旨ハ何レモ理由ナシ」(同第一・二点に対する判断)

[2-34] では、詐害行為取消権の行使につき、相当の対価による財産の処分は、その対価の現存する限り、そもそも「詐害」の事実を生じないとの考えが示されている。これは、対価の相当性を問わずに詐害行為の成否を判断する当時の大審院の立場(大[二民]判明39・2・5民録12-136)とは明らかに異なる。判決理由の中でこの部分のみが公表の対象から外されていることには、上記の点が影響している可能性がある。

[2-51] は「損害賠償請求事件」だが、公刊されている部分からはその具体的な内容をこれがどのような事件であったのかということをやうかがい知ることができない。しかし、判決原本より未公刊部分を掘り起こすことで、事件の全貌が見えてくる(もっとも、そのことにより判決要旨で示されている部分についての理解に影響が出るわけではない)。

その他の判決については、一見して明らかなように、民集に搭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のだろう。

## 2-2-2. 民集登載判決以外

[3-15] でも以下のように公刊物で削除されている部分があるが、公表すべき重要性を含んだ判断ではない。

[3-15] 「然レトモ原審ニ於テ被告人カ『ホーカー』液其ノ他ノ化粧品製造営業ヲ廃止シ又原告人カ石鹼化粧品ノ製造販売等営業ヲ廃止シテ共ニ本件登録商標ニ付利害關係ヲ有セサルニ至リタルコトハ当事者間ニ争ト為リタルニ非ス双方共ニ利害關係ヲ有スルモノトシテ原審決ヲ受ケタルモノナレハ今更原告人ハ被告ノ利害關係ナキコトヲ云為シテ原告ノ理由ト為スコトヲ得サルト同シク被告ハ原告ノ利害關係ナキコトヲ云為シテ原告ヲ不適法ナリト論スルコトヲ得ス原告ハ適法ナルモ本論旨ハ理由ナシ而シテ原審決ヲ破毀シ被告ノ請求ヲ棄却スヘキモノナルコト前点ニ対スル説明ノ如クナル以上ハ他ノ論旨ニ対シテ説明ヲ付セス」（上告論旨第十五点に対する判断）

## 2-3. 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。