

大審院 (民事) 判決の基礎的研究

——判決原本の分析と検討 (大正12年 8 月分)——

木 村 和 成*

目 次

- 1 大正12年 8 月分大審院民事判決原本の内容
- 2 大正12年 8 月分大審院民事判決原本の分析

1 大正12年 8 月分大審院民事判決原本の内容

原本 (1 冊) には、30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)。

NO	日付	事件番号	主文	部	受命判事	事 件 名	原 審	掲 載 誌
1	8・2	大12-161	破毀 差戻	2	岩本勇次郎	家屋明渡並退 去	徳島地判 大11・12・14	民集 2-577 新聞 2185-19 彙報 34下274 評論 13民106
2	8・2	大12-176	破毀 差戻	2	大倉鈕藏	貸金	金沢地判 大11・2・8	新聞 2177-19 彙報 34下169
3	8・2	大12-230	破毀 差戻	2	鬼澤藏之助	為替手形金	大阪控判 大11・12・22 ¹⁾	新聞 2187-20 彙報 34下362
4	8・2	大12-293	破毀 差戻	2	岩本勇次郎	仮登記抹消	東京控判 大12・2・28 評論 12民93	新聞 2183-20 彙報 34下385 評論 13訴98

* きむら・かずなり 立命館大学法学部教授

1) 一審：天津地判大 10・10・26 新聞 1937-17 = 評論 10商746

大審院(民事)判決の基礎的研究(木村)

5	8・2	大12-296	棄却	2	大倉鈕藏	所有権移転登記	宮崎地判 大12・2・1	民集 2-582 新聞 2188-19 彙報 34下268 評論 13民109
6	8・2	大12-305	破毀 差戻	2	岩本勇次郎	立木伐採権 不存在確認並 損害賠償	名古屋控判 大12・2・6	新聞 2179-19 彙報 34下208
7	8・2	大12-467	棄却	2	東龜五郎	約束手形金	岐阜地判 大12・4・20	
8	8・2	大12-470	棄却	2	鬼澤藏之助	土地所有権移 転登記手続	大分地判 大12・2・13	
9	8・2	大12-482	棄却	2	鬼澤藏之助	渡金返還及損 害賠償	東京控判 大11・12・27	
10	8・2	大12-527	棄却	2	大倉鈕藏	損害金	東京控判 大11・11・18	
11	8・2	大12-551	棄却	2	東龜五郎	家屋明渡	福井地判 大12・3・31	
12	8・6	大12-473	棄却	2	岩本勇次郎	貸金	大阪控判 大12・3・14	
13	8・6	大12-497	破毀 差戻	2	岩本勇次郎	仮処分取消申 立	宮城控判 大12・5・24	民集 2-591 新聞 2179-19 彙報 34下204 評論 13訴28
14	8・6	大12-557	棄却	2	岩本勇次郎	売掛代金	東京地判 大12・4・14 新聞 2127-21 評論 12商153	
15	8・18	大12-423 ²⁾	破毀 移送	3	三淵忠彦	請求ニ関スル 異議	宮城控判 大12・3・27	新聞 2178-17 彙報 34下184 評論 13訴93

2) 大(一民)判大11・9・19 新聞 2051-19の差戻上告審。これについては、木村和成「大審院(民事)判決の基礎的研究・13——判決原本の分析と検討(大正11年8・9・10月分)」立命館法学379号(平30)312頁(大正11年9月分の[1-34])参照。

16	8・18	大12-429	破毀 差戻	3	長谷川菊太郎	損害賠償	名古屋控判 大12・3・6	新聞 2188-19 彙報 34下262 評論 13民347
17	8・22	大12-387	破毀 差戻	3	三測忠彦	請求ニ関スル 異議	大阪控判 大12・2・13	新聞 2185-20 彙報 34下277
18	8・22	大12-453	棄却	3	三測忠彦	機械代金	大阪控判 大12・4・7	
19	8・25	大12-309	棄却	3	長谷川菊太郎	株式譲渡承認	東京控判 大11・12・27 新聞 2131-22 評論 11 商 631	※一審：東京地 判大11・1・21 新聞 1954-18= 評論 10商723
20	8・25	大12-324	棄却	3	菰渕清雄	電話加入名義 変更手続	名古屋控判 大12・2・15	
21	8・25	大12-354	棄却	3	成道齋次郎	手形金	東京控判 大12・2・22 新聞 2159-21	
22	8・25	大12-426	棄却	3	成道齋次郎	離婚	東京控判 大12・1・12	新聞 2201-14 彙報 34下326
23	8・25	大12-471	棄却	3	三測忠彦	土地明渡	東京控判 大12・4・18	
24	8・25	大12-528	棄却	3	菰渕清雄	抵当権無効確 認並抵当権登 記ノ抹消登記 手続	広島控判 大12・4・18	
25	8・28	大12-45 ³⁾	訴訟 手続 受継	1	榊原幾久若	訴訟手続受継 ノ申立		
26	8・28	大12-36 ⁴⁾	訴訟 手続 受継	1	前田直之助			新聞 2179-20 彙報 34下212
27	8・29	大12-183	棄却	3	三測忠彦	代金取戻損害 賠償	広島控判 大11・12・21	

3) 欠席判決原本 (事件記録符号は「マ」)。

4) 欠席判決原本 (事件記録符号は「マ」)。

28	8・29	大12-435	破毀 差戻	3	三測忠彦	屋根瓦引渡	新潟地判 大12・2・22	
29	8・29	大12-495	棄却	3	三測忠彦	損害賠償	盛岡地判 大12・2・22	
30	8・29	大12-540	棄却	3	菰測清雄	特許権利範囲 確認	特許局審決 大12・5・5	

30判決中、破毀10件、棄却18件となっている。

2 大正12年 8 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30判決のうち3件が民集に登載されている。このうち2件——[5]（民集判示事項：買戻権行使ノ始期ノ定メアル場合ト其ノ権利行使ノ期間）・[13]（同：仮処分ト其ノ本案訴訟）——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。

これらに対し、[1]（同：民法第二十条ノ適用）は、判決理由中で先例が援用されており、判決要旨として採録されている部分もほぼ同じである。当時の学説で争いのあった点に関する判示でもないようであり、これがあえて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

[3]（法律新聞表題：権限ヲ超越シタル手形ノ引受ト支那人ノ責任）では、「登載」の押印が取り消され、改めて「不掲載」の朱印が押されている。

[3]では、為替手形の支払人の代理人が、その権限を越えて引受けをした場合でも、引受けを求めた手形所持人がその代理人に引受けをなすべき権限があると信ずべき正当の理由があるときは、その引受けが本人たる支払人に効力を生ずることは民法110条（条文は当時のもの。以下、同じ。）の規定に照らし明らかであるとして、以後その手形を取得した第三者に対しても支払人は手形上の債務を履行しなければならない、との判断が示されている。実は、この点は第三民事部（本判決は第

二民事部)が本判決のひとつ月ほど前に判示⁵⁾した点と同じであり、本判決も、民集にも登載されたこの第三民事部判決に「準拠」した判断であることを明言している。判決要旨が重複する上時期も近接した本判決を民集に登載する必要性は乏しいと考えられるから、当初「登載」の押印がなされたのは単なる誤りだった可能性がある。

2-1-2-2. 破毀判決

民集不登載判決の中には、既に紹介した[3]を除く7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6件ある。

[2](法律新聞表題：担保品倉荷証券ノ偽造ト保証契約ノ効力)は、担保のある債務の保証人となった者が、その担保の中の倉荷証券の大半が偽造だったため、保証契約は要素の錯誤により無効となると主張している場合において、船荷証券が適法な原因に基づいて発行された有効なものであるかどうかを判断せずに保証契約が有効であるとした原判決には理由不備の不法があるとしたもの、[4](同：弁論ノ全趣旨ト理由不備)は、原判決のいう「弁論ノ全趣旨」が何を指すかが不明であり、それが明らかにならなければ原判決の事実認定が適法かどうかを知ることができないため、原判決には理由不備の違法があるとしたもの、[6](同：売買ノ成立ト証拠)は、原判決には証拠によらずに争いある事実を認定した違法があるとするもの、[15](同：主張セサル事実ト確定)は、原審には当事者の主張していない事実を確定し、これを根拠として判決した不法があるとしたもの、[16](同：履行期間ト相当ノ期間)は、約1日以内に履行がなければ契約を解除する旨の催告につき履行期間が短きに失するとして原判決に理由不備の違法があるとするものであり、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、[17](同：家計維持ノ貸借ト時効)は、金銭の借入れが家計維持のためになされたものであることが認められる場合には、たとえその借主が商人であったとしても、同人の営業のためになされたものと推定すべきものではないとの判断を示している。商法265条2項が「商人ノ行為ハ其営業ノ為メニスルモノト推定ス」と規定していることから、商人の行為であってもそれが家計維持のためにするものと認定されれば、その推定は当然に覆されることになろう。取り立てて注目される

5) 大(三民)判大12・6・30民集2-432。木村和成「大審院(民事)判決の基礎的研究・19——判決原本の分析と検討(大正12年6月分)」立命館法学404号(令5)575-576頁([4-50])参照。

べき判断でもないため、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

未公刊判決は[28]のみである。以下に大審院の判断を引用するが、ここには公表すべき重要性を含んだ判断は見当たらない。

[28] 「依テ案スルニ原審判決事実摘示並原審口頭弁論調書ニ依レハ原審ニ於テ被告人ハ本件瓦ハ本件土蔵ノ屋根ノ上ニ葺キアリタルヲ原告人ニ於テAヨリ買受ケタリト称シ自ラ之ヲ土蔵ヨリ剥取りタリト主張シ原告人ハ之ニ対シテ本件瓦ハBCカAヨリ買受ケ同人等カ之ヲ右土蔵ヨリ剥取り来リタルヲ更ニ原告人ニ於テ同人等ヨリ之ヲ買受ケ其ノ引渡ヲ受ケ占有シタルモノニシテ原告人ノ占有ハ善意無過失ナルニ依リ縱令本件瓦ハ被告人ノ所有ナリシトスルモ原告人ハ民法第九十二条ノ規定ニ依リ本件瓦ノ所有権ヲ取得シタルモノナリト主張シタルコト明カナリトス左レハ原審ハ須ク本件瓦ハ原告人カ右土蔵ノ上ニ在リタルモノヲBCヨリ買受ケ原告人自ラ之ヲ右土蔵ヨリ剥取り来リタルモノナリヤ或ハ又BCカAヨリ買受ケ同人等ニ於テ右土蔵ヨリ剥取り来リタルモノヲ更ニ原告人ニ於テ右BCヨリ買受ケテ其ノ引渡シヲ受ケタルモノナリヤノ争点ヲ判断セサルヘカラス蓋シ原告人ハ民法第九十二条ノ規定ニ因リ本件瓦ノ所有権ヲ取得シタリト主張スルモノナルヲ以テ右瓦カ果シテ原告人主張ノ如キ事実ノ下ニ原告人ノ占有ニ帰シタルモノナリトセハ右瓦ハ動産ナルコト明ナルヲ以テ土蔵ノ所有者ノ何人ナルヲ問ハス原告人ノ占有ニシテ民法第九十二条ノ要件ヲ具備スルニ於テハ原告人ハ右瓦ノ所有権ヲ取得スヘキ筋合ニシテ此ノ場合ニ於テ原告人ハ更ニ遡リテ右土蔵ノ所有者ノ何人ナルカラ調査スルヲ要スルモノニアラサルヲ以テ縱令原告人ニ於テ之カ調査ヲ為ササリシトスルモ之ヲ以テ原告人ニ過失アリト云フヲ得サルヘキヲ以テナリ然ルニ原審ハ右争点ヲ判断スルコトナクシテ漫然『該瓦カ土蔵ノ屋根上ニ葺キアリシモノナルコトハ被控訴人（原告人）ノ争ハサルトコロ』ナリト為シ『被控訴人（原告人）ニ於テ該瓦ヲ買受タルニ際シテハ須ク相当ノ注意ヲ以テ土蔵ノ所有者ノ果シテ何人ナルヤヲ明カナラシムヘキ筋合ナリトス然ルニ被控訴人（原告人）ニ於テ右土蔵ノ所有者ヲ明確ナラシムルノ措置ニ出テシテ直ニBC兩名ヲ輕信シ同人等ヨリ本件瓦ヲ買取り占有シタルモノト謂フヘキ本件ニ於テハ被控訴人ノ即時時効ニヨリ本件瓦ノ上ニ行使スル権利ヲ取得シタリトノ抗弁ハ之ヲ採用スルニ由ナシ』ト為シ原告人ノ主張ヲ排斥シ原告人ニ敗訴ノ判決ヲ為シタルハ重要ナル争点ノ判断ヲ遺脱シタル不法アリテ破毀ヲ免レサルモノトス」（上告論旨第二点に対する判断）

2-1-2-3. 棄却判決

民集不登載判決の中には、17件の棄却判決がある。

(a) 公刊されているもの

公刊判決は、[22] (法律新聞表題：オルガの奪去と離婚の遺棄) のみである。これは、夫と別居中の妻がその夫から離婚を求められたケースで、夫との同居を拒否する理由は、夫が裁判所の判決に反して娘を連れ出し、妻の監護権行使を妨げたことにありと抗弁したところ、大審院は、仮にそのような事実があるとしても、それは妻が同居を拒む理由とならず、夫が「遺棄」を理由として離婚を請求する妨げとはならない、としたものである。これは、重要度の高い、先例となりうるような判断であるとははいえないため、民集への登載が見送られたものと推測される。

(b) 公刊されていないもの

このうち二審判決が公刊されているものが3件あるので、それらの大審院判決を以下で紹介しておく。

[14] (二審判決の法律新聞表題：袴地ノ売買ト隠レタル瑕疵) 「然レトモ原判決ハ其判示ノ瑕疵ナキ場合ニ於テ本件袴地一反ノ代金ヲ十八円五十銭ニ相当スルモノト認メ右ノ瑕疵アルカヲメ之ヨリ金三円ヲ減額スヘキモノト為シタルコト判文上自カヲ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理由ナシ」(上告論旨第一点に対する判断)

「然レトモ本件袴地ノ売買カ大正十一年五月二日成立シタルモノニシテ本件記録中同年十月二十三日付口頭弁論調書ニ依レハ被上告人ハ同日代金減額ノ請求ヲ為シタルコト明ナルヲ以テ原判決ハ右ノ調書ニ依リ被上告人ハ瑕疵ヲ発見シテ直ニ代金減額ノ請求ヲ為シタルモノト認メ且其ノ瑕疵ノ発見カ六ヶ月以内ナリト認メタルモノト解スルコトヲ得ルヲ以テ原判決ニハ上告人所論ノ如キ違法ナク論旨ハ理由ナシ」(同第二点に対する判断)

[19] (同：株式ノ譲渡ト定款ノ制限) 「然レトモ商法第四百九条ノ規定ニ依レハ株式会社ハ定款ヲ以テ株式ノ譲渡ニ付会社ノ承諾ヲ要スル旨ヲ定ムルコトヲ得又定款ノ解釈ハ事実裁判所ノ専権ニ属ス (大正六年(オ)第一七六号同年四月六日判決参照) ……」(同第一・三点に対する判断。他の部分は、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。)

「然レトモ上告人カ原審ニ於テ為シタル同人ハ本件株式ノ讓渡ヲ受ケル以前ニ於テ被上告会社ノ株式ヲ取得スル毎ニ会社ニ対シ株券ノ名義書換ヲ求メタルニ会社ハ直ニ之ヲ応諾シ特ニ讓渡ノ承諾ヲ求メタルコトナシトノ所論事實ハ被上告人ニ於テ之ヲ争ヒタルコト記録ニ徴シ明白ナレハ右事實ヲ以テ被上告会社ノ定款第十五条ハ何等効力ナキ空文ナリトノ上告人ノ主張ヲ是認スヘキ資料トナスニ足ラサルカ故ニ原判決ニハ所論ノ違法ナク（一）ノ論旨ハ理由ナシ又所論証人秋田信太郎廣瀬千秋ニ対スル訊問事項ヲ記録ニ依リ調査スルニ原院ハ縦令同事項ニ付証拠調ノ結果ヲ得タリトスルモ之ヲ以テ上告人ノ所論主張ヲ認ムヘキ資料トナスニ足ラサルモノナレハ原判決中右証拠申請ヲ却下シタルニ拘ラス何等上告人ノ主張ヲ肯定スルニ足ル資料ナシト判示シタルハ違法ニアラス故ニ（二）ノ論旨モ理由ナシ」（同第二点に対する判断）

〔21〕（同：共同訴訟ト裁判籍）「案スルニ民事訴訟法第四十八条ノ規定ハ数個ノ訴カ同条ニ定メタル場合ノ一ニ該当スルトキト雖必要ノ共同訴訟又ハ民事訴訟法第四百九十五条第二項ノ場合ヲ除クノ外ハ其ノ各訴ニ対スル土地ノ管轄同一ナルニアラサレハ此等ヲ共同訴訟トシテ提起スルコトヲ得サル趣旨ナルコト当院判例ノ認ムル所（大正十二年オ第三百五十八号同年七月十四日当院判決）ナリ被上告人（被控訴人被告）ハ前橋市ニ其ノ住所ヲ有スルコト原院ノ確定シタル所ニシテ從テ被上告人ハ東京市ニ其ノ普通裁判籍ヲ有セサルモノトス而シテ上告人ハ被上告人及東京市ニ普通裁判籍ヲ有スル第一審ノ相被告西澤晃衛村田武吉ヲ共同訴訟人トシテ各別ノ手形ニ因ル手形債務ニ基キ本訴ヲ提起シタルモノニシテ即チ被上告人ニ対シテハ四千五百円ノ約束手形ノ振出人トシテ西澤晃衛ニ対シテハ二千円ノ為替手形村田武吉ニ対シテハ一千円ノ為替手形ノ各引受人トシテ東京地方裁判所ニ本訴ヲ提起シタルコト記録ニ依リ明ニシテ其ノ間必要ノ共同訴訟ノ關係アルニアラス又同一手形ノ手形債務者トシテ訴ヲ提起シタルニアラサルヲ以テ民事訴訟法第四百九十五条第二項ノ場合ニ該当セサルコト言フ俟タス故ニ被上告人ニ対スル訴ハ共同訴訟トシテ許スヘカラサルモノニシテ東京地方裁判所ハ其ノ管轄地域ニ裁判籍ヲ有セサル被上告人ニ対シ管轄権ヲ有セサルモノトス然ラハ原院カ被上告人ノ妨訴抗弁ヲ理由アリト判断シタルハ相当ニシテ上告論旨ハ理由ナシ」（上告論旨に対する判断）

先例（下線部）を援用するものも含め、いずれにも、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3件を紹介しておく。

[9] 「然レトモ民法第五百四十一条ノ規定スル相当ノ期間トハ債務者カ債務ノ履行ヲ為スニ必要ナル期間ノ意義ニシテ債務履行ノ催告ニ付キテ定メタル期間カ相当ナリヤ否ヤハ債務ノ性質、履行ニ関スル客觀の事情ニ依リテ之ヲ決スヘキモノトス、原判決ハ本件債務ノ履行ニ付定メタル催告期間ヲ相当ナリト判示スルニ方リ所論ノ如ク貨物ノ積込及輸送ノ日数ノミヲ標準ト為シタルモノニ非スシテ其ノ債務ノ性質、貨車借入ノ難易等ノ債務履行ニ必要ナル客觀の事情ヲ參酌シタルモノナルコトハ行文前後ノ關係ニ照シテ之ヲ認ムルニ難カラス畢竟本論旨ハ原判決ノ趣旨ニ副ハサルモノニシテ適法ノ上告理由ト為ラス」(上告論旨第一点に対する判断)

「然レトモ契約当事者ノ一方カ解除權ヲ取得シタル場合ニ於テモ之ヲ行使スルト否トハ其ノ自由ニ屬シ解除權ヲ行使セスシテ更ニ履行ノ催告ヲ為ストモ特別ノ事由ナキ限り其ノ当事者ハ解除權ヲ暗黙ニ放棄シタリト謂フヲ得ス蓋シ解除權ハ之ヲ行使スルニ因リテ契約ノ効力ヲ消滅セシムルコトヲ得ヘク履行ノ催告ハ契約ノ効力ヲ實現セシムルヲ目的トスルモノナルコトハ上告人所論ノ如シト雖解除權ヲ取得シタルコトト其ノ後履行ノ催告ヲ為スコトトハ当事者ノ意思ニ於テ何等抵触スル所ナク寧ロ当事者ハ履行ノ實現セラルルニ因リテ解除權ヲ消滅センコトヲ予期シタルモノニシテ履行ノ實現以前ニ於テ解除權ヲ放棄スルノ意思ヲ有セサルモノト解スルヲ相当トスレハナリ而シテ被上告人カ大正七年四月二十日ノ履行催告ニ依リ本件ノ売買契約ニ付キ解除權ヲ取得シタル事実ハ原判決ノ認定スル所ナルヲ以テ其ノ解除權ハ爾後ノ履行催告ニ依リ之ヲ放棄シタルモノト謂フヲ得サレハ原判決カ被上告人ノ解除權ノ行使ニ因リ本件売買契約ノ効力カ消滅シタル旨判示シタルハ相当ニシテ特大正七年五月七日ノ催告ノ効力ニ付説明ヲ為スノ必要ナシ要スルニ原判決ニハ争点判断ノ遺脱若ハ理由不備ノ不法アリト謂フヲ得サレハ本論旨ハ孰レモ理由ナシ」(同第二・四点に対する判断)

[18] 「然レトモ株式会社ト其ノ取締役トハ格別箇ノ人格ヲ有スルモノナレハ取締役ニシテ自ラ会社ヲ代表セサル訴訟ニ於テハ其ノ取締役ヲ証人トシテ訊問スルコトヲ得ルモノトス(明治三十七年(オ)第五六六号同三十八年三月二日及大正六年(オ)第一〇八四号同七年二月十九日各当院判決参照)所論証人Aハ被上告人会社ノ取締役ナルコト所論ノ如シトスルモ本件訴訟ニ於テ同会社ヲ代表スルモノニアラサルコト記録上明白ナレハ原審ニ於テ同人ヲ証人トシテ訊問シタルハ違法ニアラス從テ其ノ証言ヲ判断ノ資料ニ供シタルモ之ヲ以テ原判決ニ所論ノ違法アリト云フヘカラス故ニ論旨ハ理由ナシ」(同第一点に対する判断)

[29] 「然レトモ仮処分債權者カ本案訴訟ニ於テ敗訴シタレハトテ仮処分債權者ハ直ニ仮処分中ニ生シタル損害ヲ賠償スヘキ義務ヲ負フヘキモノニアラス權利侵害

ニ付キ仮処分債権者ニ故意又ハ過失ノ存スル場合ニ限り仮処分債権者ハ因テ生シタル損害ヲ賠償スヘキ責ニ任スヘキモノナリトス而シテ原審ハ『本件松角及栗枕木ヲ造リタル用材タリシ栗寝木及栗松立木ハ元訴外Aノ所有ナリシ処同人ハ大正五年一月三十一日之ヲ控訴人（上告人）ニ売却シ乍ラ更ニ之ヲ秘シテ同年二月七日訴外Bニ売却シ被控訴人（被上告人）ハ同月十九日之ヲ同人ヨリ譲受ケタルモノニシテ被控訴人（被上告人）ニ於テ之ヲ自己ノ所有ニ属スルモノト信シ前記仮処分ヲ為シタルハ寧ロ当然ニシテ何等之ニ付控訴人（上告人）ノ所有權ヲ害スル故意又ハ過失ナカリシモノナルコトヲ認ムルニ難カラサル所ナリ』ト判示シ查ニ本件木材ノ腐朽ニ付キ仮処分債権者タル被上告人ノ故意又ハ過失ナシトスルニ止マラスシテ仮処分ノ申請ヲ為スニ付テモ亦被上告人ニ故意又ハ過失ナカリシコトヲ説明シタル趣旨ナルコトヲ看取スルニ難カラサルヲ以テ原判決ニハ所論ノ如キ不法アルコトナク本論旨ハ其ノ理由ナシ」（同第一点に対する判断）

「然レトモ執達吏カ仮処分命令ノ執行トシテ其物件ヲ占有スル場合ニ於テハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ保管ノ責ニ任スヘキハ当然ニシテ仮処分債権者ハ執達吏ニ対シテニ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其保管ヲ為スヘキコトヲ注意スヘキ責務ヲ有スルモノニアラサルヲ以テ仮リニ被上告人カスル注意ヲ為ササリトスルモ之ヲ以テ被上告人ニ過失アリト云フヲ得サルハ当然ナリトス從テ本件物件カ執達吏ノ保管方法ヲ誤リタル結果腐朽スルニ至リタリトスルモ仮処分債権者タル被上告人ニ特ニ故意又ハ過失ノ存スル場合ニアラサル限り被上告人カ不法行為上ノ責ニ任スヘキ理由ノ存セサルコト頗ル明白ニシテ被上告人ニ故意又ハ過失ト解スヘキ何等ノ不注意ノ事実ノ存セサリシコトハ原審ノ確定シタルトコロナルヲ以テ本論旨ハ其理由ナシ」（同第三点に対する判断）

[9] は、民法541条にいう「期間」の「相当」性の具体的な判断基準⁶⁾、そして解除権を行使せずに履行の催告をしても特別の事由がない限りその解除権が暗黙に放棄されたとはいえないこと、[29] は、仮処分債権者が本案訴訟で敗訴したとしても、不法行為の要件が充たされる場合はともかく、仮処分債権者は直ちに仮処分中に生じた損害を賠償すべき義務を負うわけではないこと、執達吏が仮処分命令の執行としてその物件を占有する場合には善良なる管理者の注意をもって保管すべき

6) 「相当ノ期間」とは「債務ノ履行ヲ準備シ之ヲ履行スルカ為メ要スル期間」を指し、その相当性は「履行スヘキ債務ノ性質其他容観的事情ニ因リテ定ムヘキ債務者其人ノ病氣、旅行等ノ如キ主観的事情ヲ考察シテ定ムヘキモノニ非ス」との判断は、既に大(三民)判大6・6・27民録23-1153において示されている。

義務を負うことは当然であり、仮処分債権者は執達吏に対し特に善良なる管理者の注意をもってそれを保管すべきことを注意すべき義務を負うもので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。

[18]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

民集掲載判決のすべてで、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⁷⁾。さらに、[5]では判決文の一部が脱落している。この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。

[5] 「然レトモ原審ハ市太郎及其ノ妻松亀(通称チヨ)カ死亡シタルカ若ハ高崎村ヨリ退去シタル場合ニ於テ売戻スヘキ特約ヲ締結シタルコトヲ判示シタル後其ノ市太郎及松亀ノ双方死亡シタル事実ヲ認メ本件買戻権ヲ行使シ得ヘキ時期ニ到来シタルモノト為シ其ノ判示適當ナルヲ以テ他ノ高崎村ヨリ退去スル事実ノ発生カ本件ノ買戻権ニ対シ条件タルヘキモノニシテ期限タルヘキモノニ非ストスルモ原判決ノ主文ニ何等ノ影響ヲ及ホスモノニ非ス故ニ本論旨ハ理由ナシ」(上告理由第一点に対する判断)

一見して明らかなように、民集に登載すべき重要性を含んだ判断とはいえない。そのため、民集ではこれらの部分が削除されたのだろう。

なお、民集掲載判決以外の判決については、公刊物で削除されている部分のあるものはない。

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。

7) 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、すべての民集掲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。