

◇ 研究ノート ◇

大審院 (民事) 判決の基礎的研究 (大正12年 9・10・11月分)

——判決原本の分析と検討——

木 村 和 成*

目 次

- 1 大正12年 9・10・11月分大審院民事判決原本の内容
- 2 大正12年 9・10・11月分大審院民事判決原本の分析

1 大正12年 9・10・11月分大審院民事判決原本の内容

原本（1冊）には、49件¹⁾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	9・1	大12-537	棄却	3	長谷川菊太郎	強制執行異議	長崎控判 大12・3・31	
2	9・1	大12-549	棄却	3	長谷川菊太郎	仏像等所有権確 認並土地所有権 移転登記手続	東京地判 大12・3・10	
3	10・9	大12-283	破毀 差戻	1	榊原幾久若	約束手形金	名古屋控判 大12・2・7	新聞2187-19 彙報34下359 評論13訴34

* きむら・かずなり 立命館大学法学部教授

1) 3か月分で49件はかなり少ないが、これは大正12年9月1日に発生した関東大震災の影響による（以下の表からは、9月1日に2件の言渡しが——おそらく午前中に——なされた後、10月9日まで間が空いていることがわかる）。

4	10・9	大12-532	棄却	1	前田直之助	土地境界確認	盛岡地判 大12・3・27	
5	10・20	大12-282	破毀 差戻	3	成道齋次郎	損害賠償	東京控判 大12・2・10	民集2-596 新聞2200-15 彙報35上47 評論13民49
6	10・20	大12-522	棄却	3	三淵忠彦	貸金	名古屋控判 大12・4・26	
7	10・20	大12-555	棄却	3	成道齋次郎	損害賠償	仙台地判 大12・4・23	
8	10・20	大12-570	棄却	3	三淵忠彦	製作及工賃等	大阪地判 大12・4・21	
9	10・20	大12-582	棄却	3	三淵忠彦	離婚	東京控判 大12・5・24	
10	10・20	大12-588	棄却	3	菰渕清雄	損害賠償	東京控判 大12・5・5 評論12民434	
11	11・3	大12-609	棄却	3	長谷川菊太郎	贈与契約履行	長崎控判 大12・4・26	
12	11・8	大12-569	棄却	2	岩本勇次郎	強制執行異議	東京控判 大12・3・16	
13	11・12	大12-701	棄却	2	岩本勇次郎	株金払込	東京控判 大12・7・6 新聞2170-15 評論13商37	民集2-615 新聞2215-5 彙報36上360 評論13商38
14	11・13	大12-508 ²⁾	棄却	1	前田直之助	所有権移転登記 抹消手続	京都地判 大12・4・5	
15	11・15	大12-614	棄却	2	鬼澤藏之助	私生子認知	宮城控判 大12・5・31	
16	11・16	大12-154	棄却	1	尾古初一郎	弁償金	佐賀地判 大11・8・7	

2) 大(三民)判大9・11・27民録26-1797の差戻上告審。

大審院（民事）判決の基礎的研究（大正12年9・10・11月分）（木村）

17	11・16	大12-523	棄却	1	榊原幾久若	鉾山代金	東京控判 大12・4・10	
18	11・16	大12-541	棄却	1	山香二郎吉	求償並保証債務 履行	東京控判 大12・5・14	
19	11・17	大12-393 ³⁾	破毀 自判	3	長谷川菊太郎	家督相続届出無 効確認	大阪控判 大12・3・30	民集2-622 評論13民46
20	11・17	大12-615	棄却	3	前田直之助	売掛代金	名古屋地判 大12・5・24	
21	11・17	大12-618	棄却	3	三淵忠彦	約定履行	山形地判 大12・5・10	
22	11・19	大12-536	棄却	2	大倉鈕藏	立木売渡代金	長崎控判 大12・3・17	
23	11・20	大12-361	破毀 差戻	1	山香二郎吉	損害賠償	盛岡地判 大12・2・15	新聞2210-20 彙報34下352 評論13訴230
24	11・20	大12-391	破毀 差戻	1	榊原幾久若	土地所有権移転 登記	名古屋控判 大12・3・23	新聞2215-15 彙報35上109 評論13訴138
25	11・20	大12-394	破毀 差戻	1	尾古初一郎	損害賠償	大阪控判 大12・3・5	新聞2226-4 彙報35上42
26	11・20	大12-535	棄却	1	新保勘解人	損害賠償	長崎控判 大12・4・6	
27	11・20	大12-550	棄却	1	尾古初一郎	預金返還	東京控判 大12・5・17	
28	11・20	大12-568	棄却	1	成道齋次郎	地上権設定登記 及地所引渡	東京控判 大12・5・14	
29	11・20	大12-601	棄却	1	山香二郎吉	貸金	福岡地判 大12・4・14	
30	11・21	大11-1106	棄却	3	前田直之助	特許権利範圍確 認審判	特許局審決 大11・11・8	※欠席判決原本

3) 大（三民）判大11・9・30新聞2051-20→2156-17の差戻上告審。

31	11・21	大12-459	棄却	3	三測忠彦	詐害行為取消	岡山地判 大12・3・27	
32	11・21	大12-642	棄却	3	三測忠彦	損害金	東京控判 大12・4・10	
33	11・21	大11-1109	棄却	3	長谷川菊太郎	特許権利範囲確認審判	特許局審決 大11・11・8	※欠席判決原本
34	11・22	大12-323	破毀 差戻	2	佐藤共之	損害賠償	大阪控判 大12・2・14	新聞2215-16 彙報35上112 評論13民184
35	11・22	大12-713	棄却	2	岩本勇次郎	損害賠償	大阪控判 大12・3・27	
36	11・24	大12-516	棄却	3	菰渕清雄	不動産競売差額金及執行費用	東京控判 大12・4・4 新聞2167-20	民集2-610 新聞2211-15 評論13諸58
37	11・24	大12-636	棄却	3	菰渕清雄	契約金	広島控判 大12・5・22	
38	11・24	大12-654	棄却	3	三測忠彦	給桑台製作契約金	長崎控判 大12・5・5	
39	11・26	大12-368	破毀 差戻	2	大倉鈕藏	預金返還並損害賠償	宮城控判 大12・3・1	
40	11・26	大12-659	棄却	2	佐藤	貸金	東京控判 大12・3・10	民集2-634 新聞2225-20 彙報35上172 評論13民114
41	11・27	大12-355	破毀 差戻	1	榑原幾久若	不動産売買仮登記抹消	大阪控判 大12・2・16	
42	11・27	大12-577	棄却	1	山香二郎吉	土地返還	東京控判 大12・4・30 評論12民488	
43	11・27	大12-634	棄却	1	新保勘解人	貸金	静岡地判 大12・5・16	
44	11・27	大12-613	棄却	1	山香二郎吉	売掛代金	宇都宮地判 大12・4・7	

45	11・28	大12-666	棄却	3	三淵忠彦	貸金	鳥取地判 大12・5・29	
46	11・28	大12-720	棄却	3	菰淵清雄	保険金	東京控判 大12・7・6 新聞2182-19	
47	11・28	大12-744	棄却	3	菰淵清雄	運送品引渡	東京控判 大12・6・30 新聞2175-17	
48	11・29	大12-485	破毀 差戻	2	岩本勇次郎	小女引渡	大阪控判 大12・4・4	民集2-642 新聞2203-15 評論13民53
49	11・29	大12-542	棄却	2	鬼澤藏之助	貸金	山形地判 大12・5・10	

※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。

49判決中、破毀10件、棄却39件となっている。

2 大正12年9・10・11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49判決のうち6件が民集に登載されている。

このうち3件——[5]（民集判示事項：民法第四百十八条ノ解釈——債権者ノ過失ノ斟酌ト其ノ負担スル反対給付ノ遲滞）・[40]（同：双方代理ト本人ノ同意）・[48]（同：親権行使ノ妨害）——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、[13]（同：株金払込催告後ノ株式譲渡ト株金払込義務）では、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、「株主カ其ノ株式ヲ譲渡シタル以上ハ仮令其ノ譲渡前株金払込ノ催告ヲ受ケタルトキト雖株金払込ノ義務ヲ負ハサルモノト解スヘキモノトス」（本件の民集判決要旨）、「株金払込ノ義務ヲ負担スル者ハ必ス株主名簿ニ記載アル現在ノ株主ノミニシテ株式譲渡人ハ株金払込ニ付キ既ニ催告ヲ受ケタル場合ナルト否トヲ問ハス其払込ヲ為ス義務ナキモノトス」（先例の民集判決要旨第五点）とほぼ同じ内容である。もっとも、

本判決が現れた時期に、未払込株式譲受人の株金払込義務については、譲受人が承継的に負担すると考える見解と、譲受人が原始的に負担するものとする見解との対立があり、判例もまた一致していないとの指摘⁴⁾がなされている。そうであるとすれば、本判決を改めて民集に登載することの意義は、この問題に対する大審院の立場を明確にすることにあった可能性がある。

[19] (同：家督相続人不選定ノ親族会決議ト裁判所ノ許可) は、親族会であらかじめ民法982条 (条文は当時のもの。以下、同じ。) に定める者を相続人に選定しない旨の決議がなされ、後日裁判所の許可を得たときは、その決議はその許可の日から効力を生ずるとするものである。本判決でも先例が援用されているが、その先例は、民法982条に定める相続順位の変更または不選定の親族会決議がなされた後に裁判所の許可を得たとしても、「家督相続人に選定すべき者は、正当な事由がある場合に限り、裁判所の許可を得て、民法982条に掲げる順序を変更し、または選定しないことができる」とする民法983条の規定には必ずしも抵触しない、すなわち当該決議は直ちに無効となるものではないとするものであり、これは本判決が前提とする考え方であるものの、本判決の民集判決要旨として採用されている部分と内容的に重複するものではない。しかし、先例では、民録の判決要旨として採用されていない部分に、本判決の判決要旨と同旨の判断が示されているため、結局、本判決をあえて民集登載判決とした理由は判然としない、ということになる。

また、[36] (同：再競売ニ基ク不足額請求権者) の民集判決要旨も、判決理由中で援用されている先例の民録判決要旨と同旨であり、本判決が民集登載判決とされた理由はやはり明らかでない。

2-1-2. 民集不登載判決の分析

2-1-2-1. 破 毀 判 決

民集不登載判決の中には、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 5 件ある。

[23] (法律新聞表題：着駅ノ上ナル文詞ト理由不備) は、原判決が、枕木の売買の当事者間に「枕木を A 駅並びに B 駅に『着駅ノ上』買主に代金支払いの履行期が到来する」との合意があったと認定した上で、枕木の授受と代金の支払いとは同時履行の関係ないと判示したことに対し、「着駅ノ上」の意味が不明確なまま上記

4) 法律評論13巻民法41頁。

判断がなされているとして、原判決には理由不備の不法があったとしたもの、[25]（同：果して何れに保管義務ありや）は、銀行と顧客の間に「暗黙の意思表示により」一種の寄託関係が成立し、銀行に保管義務が発生したとする原判決には理由不備の不法があったとしたもの、[34]（同：契約ノ解除ト原因ノ開示）は、契約の解除は特にその原因たるべき事由を開示してこれをしなければならないものではないから、たまたまその開示が不完全だったとしても、解除の原因たるべき事由が存在し、かつ法定の手続を履践してなされたものであればその解除は有効となるとしたものであり、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]（同：証書訴訟及為替訴訟ト証拠方法）・[24]（同：明治九年頃ノ売買証書ト公正証書）は、判決理由で示された先例⁵⁾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

未公刊判決は[39]・[41]の2件である。[41]には先例（下線部）を含む部分があるが、[39]には公表すべき重要性を含んだ判断は見当たらない。

[39] 「因テ按スルニ原院ニ於テ上告人カ委任事務履行ノ為ニ明治三十七年六月二十日金四十円ヲ被上告人先代Aニ交付シタル事実ヲ主張シ又上告人ノ主張ニ係ル金十七円五十銭ノ交付ハ明治三十八年二月二十三日ノ一回ニシテ明治三十七年二月二十三日ニモ交付シタルニ非サルコトハ原判決ニ引用セル第一審判決ノ事実摘示ニ依リテ明ナリ然ルニ原院カ右金四十円ノ交付ニ付テハ何等ノ判断ヲ与ヘス又原判決ノ前段ニ於テ被上告人先代カ明治三十八年二月二十三日金十七円五十銭ヲ上告人ヨリ交付ヲ受ケタルコトハ当事者間ニ争ナキモノト為シナカラ其ノ後段ニ至リ上告人カ明治三十七年二月二十三日ニモ金十七円五十銭ヲ被上告人先代ニ交付シタルコトヲ主張スルモノノ如ク認メ其ノ主張ヲ認容スルニ由ナキ旨ヲ判示シ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ重要ナル論点ヲ遺脱シ及上告人ノ主張ヲ誤認シタルカ若ハ前後ノ理由矛盾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説明ヲ付セス」（上告理由第三・四点に対する判断）

[41] 「仍テ案スルニ原判決ノ理由ニハ被上告人カ上告人ヨリ本件ノ土地及建物ヲ買受ケ当初定メタル履行期日ヲ双方合意ノ上大正九年十二月三十日ニ延期シ若シ被上告人カ履行期日ニ代金支払ノ提供ヲ為ササルトキハ上告人ハ催告ヲ要セスシテ

5) もっとも、[24]には「本院ノ判例」とあるのみで、具体的な判決は指示されていない。

該売買契約ヲ解除シ得ル旨特約シタルコトハ当事者間ニ争ナキ事実ニシテ上告人ハ右履行期日前被上告人ノ代理人ヨリ求メラレタル延期ヲ承諾セスシテ履行期日ニ本件不動産ノ登記所所在地タル高松市ニ来リタル処更ニ被上告人ノ代理人ヨリ交渉ヲ受ケ被上告人ニ於テ代金ノ内五千円ヲ支払ハハ再延期ヲ為スヘキコトヲ承諾シ被上告人ノ代理人ハ翌日金五千円ヲ持参シタル時ニハ上告人ハ既ニ大阪市ニ帰リタル旨判示シアリ是ニ由テ之ヲ觀レハ右判示中上告人カ被上告人ノ代理人ニ対シ被上告人ニ於テ代金ノ内金五千円ヲ支払ハハ再延期ヲ為スヘキコトヲ承諾シタルトノ趣旨ハ明瞭ナラサルモ其ノ再延期ノ承諾ハ内金五千円ノ支払アルコトヲ条件トシタルモノトモ解シ得ラレサルニ非ス果シテ然ラハ右三十日ノ期日中ニ該金員ノ支払ナカリシ以上ハ其ノ当時既ニ再延期ノ承諾ハ其ノ効ヲ生セサリシモノト謂フヘク從テ被上告人カ其ノ期日ニ代金支払ノ履行ヲ為ス意思ナカリシコトハ当時既ニ当事者間ニ於テ明確ト為リタルモノニシテ上告人カ特ニ其ノ債務ノ履行ヲ提供セサルモ被上告人ハ代金支払ニ付不履行ノ責アリト謂ハサルヲ得ス (大正三年(オ)第四百十三号同年十二月一日判決参照) 從テ上告人ハ前示特約ニ基キ催告ヲ要セスシテ本件売買契約ヲ解除スルコトヲ得ヘキカ如シ然ルニ原判決理由ノ論結ニ於テ上告人カ被上告人ニ不履行アリトシテ為シタル本件売買契約解除ノ意思表示ヲ其ノ効ナキモノト判示タルハ之ヲ首肯シ難キヲ以テ原判決ハ結局其ノ理由不備ナルモノニ帰シ違法タルヲ免レス」(上告論旨第三点に対する判断)

2-1-2-2. 棄却判決

民集不登載判決の中には36件の棄却判決があり、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4件あるので、それらの大審院判決を以下で紹介しておく。

[10] 「然レトモ原判決中『本件玄米百俵ノ代金ハ千八百五十六円四錢ナルコトハ原審証人大橋勝右衛門(原判決謄本ニ大橋徳右衛門トアルハ誤記ト認ム)ノ証言ニ徴シ明瞭云々』トアルハ『本件玄米百俵ノ代金ハ千八百五十六円四錢百七十俵ノ代金ハ二千二百十円ナルコトハ原審証人大橋勝右衛門ノ証言ニ徴シ明瞭云々』ノ著シキ誤謬ナルコト判文上看取スルニ難カラス而シテ斯ノ如キ誤謬ハ民事訴訟法第二百四十一条第一項ノ規定ニ從ヒ裁判所ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ何時ニテモ更正シ得ヘキモノナレハ(イ)ノ論旨ハ結局理由ナシ次ニ(ロ)ノ論旨ニ付案スルニ原院ハ上告人ニ於テ被上告人ヨリ委託ノ趣旨ニ反シタルカ為同人ニ其ノ主張以上ノ損害ヲ被ラシメタルモノト認メタルコト所論ノ如シト雖上告人ニ賠償ヲ命シタル金額ハ被上告人主張ノ範囲内ニ止メタルニヨリ上告人ハ何等不利益ヲ被ムリタルモノニアラ

サレハ本論旨ハ理由ナシ又原院ハ上告人ニ於テ被上告人ヨリノ委託ノ趣旨ニ基キ訴外大橋勝右衛門ヨリ代金ノ提供ナキ以上寄託米ノ引渡ヲ為ササリシナランニハ被上告人ハ依然該寄託米ヲ保有シ然シテ勝右衛門ニ於テ之カ代金ノ支払ヲ為ササリシトキハ契約ヲ解除シ之ヲ他ニ売却スル等相当ノ措置ヲ講シ同人ニ売渡シタル代金ト同一ノ金額ヲ得ヘカリシニ上告人カ委託ノ趣旨ニ背キ代金ヲ受領セスシテ寄託米ヲ勝右衛門ニ引渡シ同人ニ於テ処分シタル為被上告人ハ遂ニ勝右衛門ニ売渡シタル代金ト同一ノ金額ヲ得ルニ至ラスシテ之カ損害ヲ被リタルモノト認メタルモノニ係リ右被上告人ノ被リタル損害ハ所謂通常生スヘキモノナルヲ以テ原院カ之カ賠償ヲ上告人ニ命シタルハ洵ニ相当ナリ依テ（ハ）ノ論旨モ亦理由ナシ」（上告論旨に対する判断）

[42] 「然レトモ本件ノ如ク土地ノ一部ヲ返還スヘキ場合ニ於テ其返還スヘキ部分カ何レノ部分ナリセハ判決理由ニ対照シテ之ヲ知り得ヘキニ於テハ判決ノ主文ニ特ニ之ヲ明示セサルモ返還スヘキ部分ヲ特定セラレサル不法アルモノト謂フヘカラス」（上告論旨に対する判断）

[46]（二審判決の法律新聞表題：生命保険ト嘱託医ノ望診）「然レトモ記録ニヨルニ乙第二号証ハ診査医ノ問ニ対スル告知書ト全医師ノ診査報状ト一体ヲナスモノニシテ原院ノ所謂乙第二号証ノ診査報状ナルモノハ即チ右告知書ヲモ指示シタルモノト解スヘク而カモ其ノ告知書ニ保険契約者等カ被保険者石川イテハ原因不明ナルモ月経閉止ノ状態ニ在リシコトヲ告知記載セサリシスルモ之ヲ以テ直ニ保険契約者等ニ於テ上告会社ヲ欺罔スル意思アリト論断スルヲ得サルニヨリ原院カ論旨摘示ノ如ク判示シタレハトテ之ヲ以テ所論ノ如キ不法アリト謂フヘカラス依テ本論旨ハ理由ナシ」（上告論旨第二点に対する判断）

「然レトモ原院ハ第一審証人伊藤金彌原審証人桑原ヒサノ各証言ニヨリ被保険者石川イテハ大正六年九月頃ヨリ原因不明ナルモ月経閉止ノ状態ニ在リタルコトヲ認メ而シテ鑑定人小野震ノ原因不明ノ月経閉止ニヨリ数ヶ月若ハ其以上ニ亘ルコトアルモ生命ニ危険ヲ及ホスコトナキ旨ノ鑑定ノ結果ヲ参酌シ原因不明ノ月経閉止ハ人ノ生命ノ危険ヲ測定スル重要ナル事項ニ該当セスト認メ從テ保険契約者等カ上告会社ト本件保険契約ヲ締結スルニ當リ右ノ事実ヲ告知セサリシトテ商法第四百二十九条ニ所謂重要ナル事実ヲ告知セサリシモノト謂フヲ得スト判断シタルモノニシテ所論ノ如ク月経閉止カ妊娠ニ原因スルコトヲ告知セス及妊娠ニ基ク月経閉止モ亦保険契約ノ締結ニ所謂重要ナル事実ニ該当セストナシタルモノニアラサレハ本論旨ハ原判旨ニ副ハサルモノトス」（同第三点に対する判断。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。)

〔47〕(同：運送契約履行ノ訴ト当事者)「然レトモ本件訴状ニハ被告トシテ霧島丸船長タリシ被上告人ノ氏名ヲ表示シタルノミナラス訴訟代理ノ委任状ニハ上告人ヨリ被上告人須崎長ハニ対スル運送品引渡請求事件ニ付弁護士今泉新ヲ代理人ニ選任シタル旨ノ記載アルニヨリテ之ヲ觀レハ本訴ハ当初霧島丸船長タリシ被上告人ヲ被告トナシタルモノニシテ同船ノ所有者タル鹿児島県ニ対シテ提起シタルモノニアラサルコト明カナリ然ラハ上告人カ第一審大正十一年三月二十三日ノ口頭弁論ニ於テ本訴ハ鹿児島県ヲ被告トシテ提起シタルモノナリト陳述シタルハ被上告人抗弁ノ如ク当事者ヲ変更シタルモノナルヲ以テ原院カ之ト同一理由ノ下ニ新訴ヲ却下シタル第一審判決ヲ認可シタルハ相当ナリ依テ本論旨ハ理由ナシ」(同第一点に対する判断)

「然レトモ既ニ第一点論旨ニ対シテ説明シタル如ク本件旧訴ハ霧島丸船長タリシ被上告人ヲ被告トナシタルモノニシテ之カ所有者タル鹿児島県ニ対シテ提起シタルモノニアラサレハ同県ト右船舶ニ付傭船契約ヲ締結シタル訴外齊藤逸八等ト上告人トノ間ニ松丸太等ヲ樺太ヨリ静岡県清水港迄ノ運送契約ヲナシ該木材ヲ積載シタル霧島丸カ全港ニ到着シタルニ拘ハラス被上告人カ同船ノ船長トシテ之カ陸揚ヲナスコトヲ肯セサルコトヲ理由トシテ之カ引渡ヲ要求スル場合ニ於テハ船舶所有者タル鹿児島県ニ対シテ請求ヲナスヘキモノナルコトハ商法第六百十二条ノ規定ニ徴シ明白ナルニヨリ原院カ之ト同一理由ノ下ニ霧島丸船長タリシ被上告人ヲ被告トシテ提起シタル旧訴ノ上告人ノ請求ヲ棄却シタルハ相当ナリ依テ本論旨モ亦理由ナシ」(同第二点に対する判断)

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、そのため公開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。

〔2〕「然レトモ当事者カ書面ニ依ラスシテ不動産ヲ贈与スル契約ヲ為シタル場合ニ於テ民法第五百五十条ノ適用上履行ヲ終リタルヤ否ヤハ不動産ノ引渡アリタルヤ否ヤニヨリ之ヲ決スヘキモノナルコト当院判例ノ示ス所ナリ (明治四十三年(オ)第一七四号同年十月十日当院判決参照) 故ニ仮令贈与者カ贈与ノ意思ヲ表示シ受贈者ニ於テ之ヲ受諾シ茲ニ贈与契約成立スルモ其ノ引渡ヲ了セサル間ハ右契約ハ同条ニ依リ之ヲ取消スコトヲ得ルモノトス原判旨ハ之ト同一ニ出テ正当ナリ論旨ハ何レモ

贈与契約成立スルトキハ不動産ノ所有権ハ直ニ相手方ニ移転スヘキヲ以テ之ニヨリ契約ハ履行セラレタルモノト云フヘク特ニ契約ノ履行トシテ引渡アルコトヲ必要トセスト云フニ帰シ畢竟前示条文ノ誤解ニ出テタルモノナレハ之ヲ採用スルヲ得サルモノトス」（上告論旨第一・二点に対する判断）

[35] 「然レトモ上告人ハ原審ニ於テ本件契約ノ性質カ履行期ニ遅レタル履行ハ契約ノ目的ヲ達シ得サル場合ニ該当スル旨ヲ主張シタルコトナキヲ以テ原判決ニ於テ特ニ之ヲ否定スル判旨ヲ為ササリシハ当然ナリ而シテ履行ニ代ル損害賠償ハ契約ヲ解除シテ之ヲ為スヘキモノトスル当院判例（大正三年（オ）第五百四十三号大正四年六月十二日第三民事部判決）ノ認ムル法理ハ損害賠償ノ予定ノ存スル場合ト然ラサル場合トニ異ナルコトナキヲ以テ其ノ法理ニ適従スル原判決ハ正當ニシテ論旨ハ理由ナシ」（同第三点に対する判断）

[43] 「然レトモ原判決ノ全趣旨ニ徴スレハ原判決ハ上告人ノ主張ヲ以テ本件消費貸借ニ於ケル利息債権ニ付其ノ性質上五年ノ短期時効ニ罹ルモノナリトノ義ニ解シタルコト明ナレハ論旨主張ノ如ク原判決ハ上告人ノ主張ヲ誤解シタル違法アルモノニ非ス又民法百六十九条ニ於ケル年又ハ之ヨリ短キ時期ヲ以テ定メタル債権トハ年又ハ之ヨリ短キ時期毎ニ発生シ且支払ハルヘキ債権ヲ指称シ単ニ一回ニ支払ハルヘキ消費貸借ニ於ケル利息ノ如キハ之ニ該当セサルコト当院ノ夙ニ判例トスルトコロニシテ本件消費貸借ノ利息ハ原判決ノ認ムルトコロニヨレハ当事者間ニ於テ元金ト同時ニ支払フヘキコトヲ約シタルモノナレハ縦令其ノ弁済期カ年ヨリ短キ時期ヲ以テ定メラレタリトスルモ民法第百六十九条短期時効ノ適用ナキコト極メテ明白ナリ……」（上告論旨に対する判断）

いずれも、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⁶⁾。さらに、[36]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

6) 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。

審院の判断に関する部分のみ以下で紹介しておく。

[36] 「然レトモ原院ハ被上告人カ競売不動産ニ付第一順位ノ抵当権ヲ有シ從テ本件競落代金不足額ニ付第一位ノ請求権ヲ有スルモノト認メタルコト其ノ判文ノ全趣旨ニ徴シ看取スルニ難カラサルニヨリ本論旨ハ理由ナシ」(上告論旨第二点に対する判断)

「然レトモ仮執行宣言ノ申立ハ民事訴訟法第二百二十二条ニ所謂判決ヲ受クヘキ申立ニ属セサルコトハ当院判例ノ示ストコナリ (大正十年(オ)第三一二号同年六月四日第三民事部判決参照) 然ラハ本件ニ於テ被上告人カ第一審裁判所ニ於テ仮執行ノ宣言ヲ要求スルニ当リ口頭弁論調書ニ其ノ旨ヲ記載シタルノミニテ特ニ之カ書面ヲ提出セサリシトテ之ヲ以テ所論ノ如キ不法アリト謂フヘカラス上告人ノ援用スル当院明治三十五年度ノ判決ハ前示判決ニ因リ自ラ変更セラレタルモノナルヲ以テ立論ノ根拠ト為スモ足ラス依テ本論旨ハ理由ナシ」(同第三点に対する判断)

「仍テ按スルニ本件ノ如キ訴訟物ノ価格カ二十円ヲ超過スル場合ニ於ケル仮執行ノ宣言ヲ求ムル申立ニハ四十銭ノ印紙ヲ貼用スヘキモノナルコトハ民事訴訟用印紙法第六条ノ二ノ規定ニヨリ明カナリ然ルニ被上告人カ第一審裁判所ニ於テ之カ申立ヲ為スニ当リ口頭弁論調書ニ僅ニ二十五銭ノ印紙ヲ貼用シタルニ過キサルコトハ洵ニ所論ノ如シ然レトモ被上告人ハ当院ニ於テ其ノ不足額十五銭ノ印紙ヲ追貼シタルニヨリ本論旨ハ結局理由ナキニ帰着シタルモノト謂ハサルヘカラス」(同第四点に対する判断)

「然レトモ記録ニヨルニ被上告人ハ第一審及原審ニ於テ本件競落代金不足額及競売手續ノ費用金ヲ大正十年二月二十三日ニ催告書送達ノ日より五日間ニ支払ヲ為スヘキ旨ヲ上告人ニ催告シタル旨ヲ主張シ之カ立証トシテ甲第六号証ノ一、二ヲ提出シタルコト明カニシテ右第六号証ノ二ニ依レハ該催告書ハ同年同月二十四日上告人ニ送達セラレタル旨ノ記載アルニヨリテ之ヲ觀レハ被上告人ハ第一審及原審ニ於テ之ト同一ノ主張ヲナシタルモノナルコトヲ看取スルニ足レリ然ラハ第一審並原判決ノ事實摘示(原判決ハ第一審判決ノ事實摘示ヲ引用シタリ)ニ於テ前示被上告人ノ為シタル催告書カ大正十年三月一日上告人ニ送達セラレタル旨記載シタルハ畢竟誤記ニ外ナラサルニヨリ原院カ上告人ニ対シ金一千七百五十八円十三銭五厘ニ大正十年三月二日より完済ニ至ル迄年五分ニ相当スル損害金ヲ付シテ支払フヘキコトヲ命シタル第一審判決ヲ認可シ上告人ノ為シタル控訴ヲ棄却シタルハ至当ニシテ毫モ所論ノ如キ不法アルコトナケレハ本論旨モ亦理由ナシ」(同第五点に対する判断)

先例(下線部)の援用を含む部分があるが、その他の部分は、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、民集登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⁾。

7) 生命保険における告知義務が問題になった[46] (2-1-2-2. で紹介) の受命判事である菰渕清雄は、後年、「告知義務」と題する短文を公表している（法律春秋4巻5号〔昭4〕37～39頁）。もっとも、その論述内容は上記判決に直接関係するものではない。