

### 六〇五 隠居の借金と遺産相続の拋棄

問 甲は乙に對し所有不動産を抵當に取り金一〇〇〇圓を大正十三年貸付満期返済なきにより抵當權實行をなし不動産を競賣したる所其實上金五百圓に過ぎず而も其後數年をへて乙死亡したり此場合未済の殘債權を乙の相続人に請求する場合に乙は明治三十年隠居し長男丙戸主となり次男丁妹戊(他へ嫁す)あり如何にして何人に何程づ請求し得るや

限定相続又は相続拋棄ありたる時は請求できざるや、夫等の手續をなしたるや否やを取調べる方法如何 以上

答 一、乙の債務殘額五百圓は丙丁戊が其相続分たる均分額、

### 六〇六 親の借金は子の借金か

問 親の借金は子供等が支拂ふ義務ありや

答 一、親の生きて居る間は義務なし

二、親が死んだらこの義務は相続人に移る

三、相続人には二種がある、家督相続と遺産相続である、家督相続は戸主の死亡によりて開始する、遺産相続は家族の死亡によりて開始する、而して隠居者は常に家族である

(民法第一〇〇四條)だけを辨濟すべき筋合のものとする

二、即甲は丙丁戊に對し五百圓の三分の一づつを請求するを得るものとす

三、限定相続の手續をなしたるときは相続財産なくば一文も辨濟を受くるを得ず相続拋棄ある時も同様なり

四、それ等の手續をなしたるや否やを知らんとせば丙丁戊を共同被告として五百圓の請求訴訟を起さるべし若し手續を了したる時は丙丁戊は必らず抗辨を提出するものなればそれにて判明すべき理なり 以上

四、家督相続人は常に一人である、そして親の子供のこともある孫のこともある

五、遺産相続人は第一順位として子供の全部がなる

六、右の次第であるから子供が親の借金を負擔するのは親が死んで子供が相続する場合である、生きて居る間は負擔しない

七、次に質問外であるが右の親の死んだ場合は親の借金は常に

頭割りに子供が拂はねばならぬかと云ふと必らずしもそうでない相続開始即親が死んだことを知りたるより三ヶ月内に限定承認の申述をなすことを得る、この限定承認によりて子供は親の借金より身錢を切つて支拂ふ義務がなくなるものである、右の次第故親が生きて居る内から子供に親の借金を支拂ふ義務がないこと親が死亡しても同じ子供が多數あるときは頭割で返せばよいことを御承知願たい但し前述の通り其の親が戸主で居て死んだ場合は、家督者だけが全額を支拂ふこととなるので他の子供には支拂義務がないことを御注意のこと

(民法第千四條には「同順位の相続人數人あるときは各自の相続分は相均しきものとす但庶子と私生子は嫡子の二分の一とす云々これは親が家族で居て死んだ場合のことで戸主で居て死んだ場合のことでないが御注意のこと」)

(註)民法は、以上を以て終りました。讀者諸彦に御斷りして置きたいことは、本章第十二節以下は親族相続の部であることであります。



## 第二章 商事

### 第一節 會社法の部

#### 六〇七 賣却した株に拂込

會社の株主名簿に書換登録なき以上舊主は拂込義務を免れず書替延引による損害は買主に請求の外なし

問 某會社の株式一株(五十圓内二十五圓拂込)を買受けたれど業績良好ならざれば甲に白紙委任狀附にて賣渡したり然る處六年後の今日に至り社會は突如として小生に對し株金拂込請求の訴訟を提起したり

ふつて譲り受人たる甲に嚴談せし處、甲曰く、

「拙者はその會社の専務某の指圖にて貴方の株式を買受けたるまでにて既にその株式はその當時専務某に渡したり拙者はその外には何等關係なし」

さすれば専務某は小生の株式を取得し乍ら後日の拂込を不當に免るゝ爲め名義書替をなさざりしものとおぼほ憎むべき奸手段なり、よつて専務某に對し詰問せし處、専務曰く、

「その株式は甲より儘かに受取つてゐるしかしその株式は白紙

委任狀付のまゝ丁なる者に賣却した、しかし丁が名義書替をなさざる以上會社としては丁に向つて株金拂込請求の權利はないから名義者たる貴殿(即ち小生を指す)に拂込責任はあり自分が甲から株式を受取つて自分の名義に書換をなさざる以前に(即ち白紙委任狀附で)丁に賣却した事も何等違法にあらずと實に言語同斷なり、就いては左の點御垂教を乞ふ

- 一、小生に拂込の責任なしと信するが如何
- 一、専務某に對し告訴せんと欲すいかなる罪にあたるや
- (イ)小生の株式を甲をして買取らしめ乍ら後日の拂込を免るゝ爲め自己の名義に書替をなさざりし點
- (ロ)小生の株式は自己が取得し然かも自己が丁に譲り渡し乍ら反つて小生に對し株金拂込の訴訟を提起せる點

以上二點は正に犯罪を構成するものと思ふが如何

答 貴殿に拂込責任あり、事實上他に賣却移轉しありても會社の株主名簿に登録済とならざる以上會社に對しては依然株主としての權義を有するものなれば也(商法一五〇條參照)轉賣したる専務某等刑事上の責任なし、買受人は自己名義に書替へせずして他に轉賣する事自由のものなれば也、唯之を延引せる爲め讓渡人に對し迷惑を與へたる時は之による損害を支拂ふ義務あるのみに過ぎざる也、乃ち本件に於ては最初の買受者甲に

#### 六〇八 株金拂込請求權讓渡の效力

昭和三年(ア)第一五一號

株式會社がその株主に對し株金支拂を請求したる場合においてその催告を受けたる株主に對して有する特定株金拂込請求權は有效に之が讓渡を爲し得可しと雖株式會社は物的會社にして資本額を公示し之を以て信用の基礎と爲すものなるを以て株金拂込の現實に行はるることを強要する原則の適用上拂込通告後に

#### 六〇九 株金拂込請求前の詐害

昭和二年(オ)第千三號

第二章 商事 第一節 會社法の部

おける株金拂込請求權も亦之が讓渡に付ても種々の制限に服すること論を俟たざる處にして資本充實に缺欠を來すが如き一切の處分は之を許さざるものと解せざるべからず從て會社が對價としてその拂込ましめんとする金額以上の現實金錢給付を受くるが如き場合においては株金拂込請求權を讓渡するも何等叙上の制限に抵觸する所無く之を有效と解すべし(東地判決)

株式會社が定款の規定に従ひ現實その株主に對し株金の拂込み



を請求するに至らずと雖株主にして近き將來においてその請求あるべきことを豫見しこれを害する目的を以て法律行為をなししかも豫期の如く拂込みの請求を受けたりとせば會社は民法第四百二十四條の規定に従ひ、その株主のなしたる法律行為の取消しを裁判所に請求し得るものなりと謂はざるべからず、蓋し同條にいはゆる詐害せらるべき債權中には、かゝる債權をも包

### 六一〇 株金拂込と示談金

問 國民法律第二十卷十一月號第六頁第二段所載甲會社取締役社長の名義を以て未拂込金B日までに拂込をなすにあらざれば失權處分に付する旨内容證明郵便を以て請求したり然るに拂込をなすも甲會社は永続性の見込なし依つて失權處分に付せられたる上示談金を提供せんとす(示談金は未拂込金の半額一株に付金十二圓五十錢宛)

然る處上記取締役等は株主臨時總會において取締役監査役共持株一〇〇株以上とあるを五〇株以上と定款を變更し就任したるものにして右臨時總會に出席株主僅に六名(總數二〇〇名中)株數委任狀共千數百株、二千株に達せず(總株一萬株中)その後商法二〇九條第二項の手續きを取らずかゝる取締役等に失權處分

含するものと解するに難からざるのみならず破産法第七十二條第四號が支拂の停止若しくは破産の申立て前なりといへども、御回れに近接したる時期において破産者のなしたるある種の法律行為を破産財團のためこれを否認することを得せしめたる法意に鑑みるもまた爾く解し得ればなり

をなす權利もなければ拂込をかける權利もなしとは前同御質問申上げ、(十月十四日質問)同月十二日御回答に接したるその答なり依つて

- 1、かゝる重役のかけたる失權處分を承認し示談金を提供するも有效なりや
  - 2、後日正式の重役の就任したる時かゝる示談金を認めず爲めに提供の示談金無効となり丸損となる事なきや
  - 3、會社破産したる場合管財人よりかゝる示談金や失權を認めず再び未拂込金全部廿五圓づゝを徵收請求せらるゝ禍ひなきや
  - 4、示談金なるものゝ法律上の性質效力
- 右御回答御願ひ申上候

答 一、資本減少の決議は本件未登記の爲完全なる效力を生ぜ

ずこの點は對内對外共に同一なり従つて拂込を掛けらるゝも致し方なしとの前回鑑定に引續き質問せられし處、その要旨は定款に要求する株數を有せざる者を重役とする必要起り定款變更の特別決議を爲したる證據はなく寧ろ假決議のまゝにて重役の持株の減少を認めこの重役が重役として拂込を掛けたりとの事實、並びにその拂込催告等の手續きの效力如何といふ疑問なる處、右の特別決議によるべきな之に依らざる決議に基く重役は重役たるを得ざるものなればその重役は重役にあらずその拂込催告は適法なる拂込催告にあらずと主張するを得るやといふにこれを主張するには先づ重役の資格要件たる持株に關する右決議無効の訴へを起し勝訴の上その決議を始めより無効ならしめたる後拂込催告の無効を主張すべき段取となるものとす

二、本件はこの出訴なくして出訴期間たる決議の日より一ヶ月以上を経過したるものゝ如く察せらるゝ、よつて今日にては右無効原因ある決議は初めより無効なるものとなりたるものと見る

### 六一一 株金拂込は貸借不可

株金拂込請求權を消費貸借の目的と爲すも之によりて株主の拂込義務を消滅せしめる事出來ず

の外なし

三、従つて右重役の失權處分も有効となる、後日正式の重役の選任せらるゝ場合は豫想するを得ず破産の場合にも右重役のとりたる手續きは之を無効とせらるゝことなし

四、示談金なるものは法は之を正文を以て認むることなし、故に破産等の場合において不足分を要求せらるゝことあるを覺悟せざるべからず、けだし示談金なるものは商法における資本充實の原則に反するものにしてその效力なしと解するを正當とすればなり、その法上の性質は民法の債務の一部免除にして會社は故なくかゝる行動に出で株金拂込の免除をなすが如きは法の精神に反するものと解すべきものと信ず、但し會社が最早破産その他事業の遂行の不能なること明なる場合においては資本充實の原則を適用すべき筋合にあらざるが故に債務免除をなすも不當にあらざる場合ありといふを得べし、然れども債權者を保護する爲にはこの免除をなほ正當とする能はざる場合あらん要は個々の場合において判断するの外なきなり

昭和二年(オ)第三百八十七號

然れとも原裁判所は被告人が原告人に對する株金拂込請求權



を消費貸借の目的と爲したる事實を認め之を法律上の效力を生ぜずと爲したるものにして此の判断は不法に非ず何となれば株金拂込の義務は法律の規定に依るの外金銭を以て拂込を爲すか又は會社の承諾を得て會社に對する債權と相殺するにあらざれば消滅するものに非ずして假令拂込義務者と會社との間に合意あるも代物辨濟又は更改等に依り之が消滅せしむることを得ざるは當院の判例とする所なれば(明治三十九年(オ)第百八十八號同年九月二十二日當院判決參照)株金拂込請求權を消費貸借の目的と爲すも之に依りて株主の拂込義務を消滅せしむること

### 六二二 失權株の競賣は強行

昭和二年(オ)第一號

株主が株金の拂込を爲さざる結果商法第五十二條第百五十三條第一項の規定に依りて其の權利を失ひ會社が該株式の各讓渡人に對し二週間を下らざる期間内に拂込を爲すべき旨の催告を發し讓渡人之に應ぜざる時は會社は右株式を競賣するを要すること同法第百五十三條第二項第三項の明かに規定する所なりされば期間は其の滿了前に於ては會社之を延長することを得る

催告期間後は競賣を強行すべき性質のもの故假令會社が其後拂込を督促猶豫中競賣しても有效

を得ざるものなればなり上告人は本件準消費貸借は取締役の決議に基き一定金額の給付請求權となりたるものを目的としたるものにして此の準消費貸借に基き債權を讓渡したるものなりと論ずれども此の一定金額の給付請求權が株金拂込請求權に非ざること原判決の認めざる所なれば其の給付請求權が株金拂込請求權に非ざるもの如く主張し之を前提として原判決を攻撃する所論は原判旨に副げざる所論にして採用するに足らず依つて右上告論旨は理由なし以上説明の如くなるを以て民事訴訟法第四百三十九條第一項に依り主文の如く判決す

も滿了後に於ては延長することを得ず、而して滿了後と雖も競賣前に於ては讓渡人其の拂込を爲すことを得るも其の拂込なき限り會社は株式の競賣を爲すことを要し、其の競賣前更に期間を定めて再三催告を爲すことあるも其の期間の定めは會社に對して法律上の拘束力を生ぜざるものと解するを相當とす、蓋し商法第百五十三條は強行法規にして其の規定に依りて既に發生したる競賣權の拋棄又は制限は法律の許さざる所なりと解すべ

きものなればなり、今原判決を見るに上告人(控訴人)は大正九年五月十四日訴外山本厚三より被上告會社の本件株式一百株の讓渡を受けたるも第二回第三回の株金拂込を爲さず、會社が商法第百五十二條に定めたる手續を踐みたるも猶其の拂込を爲さざる結果上告人は其の權利を失ひ、會社は大正十一年二月二十

### 六一三 銀行整理と株金拂込

問、一、銀行及一般株式會社に於ける株金拂込は株主總會に於て決定するや又は取締役會にて決議するや又は商法第何條に該當するものなりや

二、小株主が集つて資本の十分の一以上となつた場合は商法第一六〇條の規定に依り重役に對し、株主總會の招集を請求し該總會に於て取締役拂込決議を否定し其の無効を主張することができるや

三、商法第一七四條の規定に依り會社財産が資本の半額以上缺損になつた場合は直に株主總會を招集して其の報告をなすべき筈である、然るに某會社は閉店休業を爲さればならぬ程の大缺損を生じて居るに拘らず突然株金の拂込通知を發した此

株金拂込決議は普通重役會に於てされるが少數株主權を行使して右決議に異議を稱ふる事も可

日讓渡人山本厚三に對し同年二月十五日迄に右株金を拂込むべき旨催告を發したるも同人が其の拂込を爲さざるに依り、大正十二年二月十二日右失權株式を競賣したることは原院の確定したる所なり、故に論旨理由なし

場合株主は之を如何ともすることが出来ぬか、重役よりは「會社の不始末は重役達の不徳である」との申譯狀は數回株主に通知して居るが之によつて見ると會社が休業をしても商法第一七四條の規定を履行せずともよろしきものなるや

答一、株金の拂込は重役會で決するのが普通である、商法には明かに株主總會にてきめよと規定してないし定款に一任してあるから定款の定むる處に従つて普通は重役會で決定されるのである若し定款にて「株金拂込の儀は必ず株主總會の決議を経べし」と定めたなら勿論これに従はねばならぬ、従つて株主は定款にこの旨を規定すべしとの定款變更運動を起すも一策である二、少數株主權を行使して未拂額拂込に關する事項を株主總會



に持出すことは最も良き方法である、併しそれまでにせずとも少数株主権行使をなすべき旨を高調して威嚇の武器に使用し依つて株金拂込を撤回せしむることも出来ると思ふ現に此方法にて目的を達して居る例も少くないのである、併し有効確實の方法は前項に述べた良策である、株主は取締役を相手取り訴へを起すことが出来る(商法第一七七條第一七八條参照)銀行が休業閉店したとて第一七四條の適用は免れることは出来ぬが必

### 六一四 株主の隠居と未拂込金支拂義務

問 甲は株金支拂ひ不能休業状態同様になりつゝある銀行の株主にて數月前未拂株其儘他整理案の通知を受け居るも最早七十歳以上の老體故未拂株は其儘所持し自分は隠居せり其の後未拂株拂込通知を受くるも財産は皆隠居と同時に相續人に歸しある故隠居者には拂込の義務なし株は株主の專屬なるも相續人に於て支拂ふ義務ありと思ふ又た銀行が破産し破産管財人の手に於て整理する場合は如何なるものなりや至急御教授を願ひます

答 一、「株は株主の專屬」云々は如何なる意味なりや株券の讓渡は之を禁止しありとの意味なりや

二、禁止しありとするも相續人に移轉する一般承繼を妨げ得る

すしも常に絶対にこれに従はねばならぬことばない、なぜならば法律は社會の秩序を維持するのが目的で殊に罰則はこの使命をより多く負ふて居る然るに昨年の財界に起りしパニックの如き社會秩序に重大な經濟現象の發生を無視して右の法條が行はるゝものとはせよ由々數社會問題を惹起すべき虞があるから相戒めて恐慌の因たるこの種の訴へを起すことは避けなければならぬ

- ものにあらす
- 三、隠居のとき確定日附ある證書を以て財産を留保せざるときは財産及債務は相續人に移轉するものとす
  - 四、本件隠居者は多分財産を留保せずに隠居したる者なるべし
  - 五、然らば財産及債務はそつくり相續人に相續せらる
  - 六、本件銀行は相續人及隠居者に對して同時に又順次に株金拂込を請求することを得(民法第七八九條参照)
  - 七、即ち相續人にも支拂義務あり
  - 八、銀行が破産し破産管財人が整理する場合と雖右の法理に變りあることなし

### 六一五 拂込催告期間に關する商法規定の趣旨

昭和三年(ヲコ)第二四五九號

拂込催告期間に關する商法第五十二條の規定は株主をしてその株金に付現實の拂込を準備せしむるの必要上存することを要し少くとも催告到達の日の翌日より起算して二週間を存し以て株主の利益を保護すると同時に株式會社資本の充實を期するを

その目的とする強行法規と解するを至當とすべく株式會社が該期日より短き催告期間を以て拂込の催告を爲したる場合にはその催告は既に無効なりといふべきを以て縱令株主において期限の利益を放棄するもこれが爲にその催告の有効となるの理なし(東地判決)

### 六一六 設立無効の場合も株主に拂込義務あり

昭和五年(ヲ)第八號株式會社に於て其の設立を無効とする判決確定するが如き場合には會社は解散の場合に準じ清算を爲すべきものなる事は商法第九十九條の六の規定により明なる處にして此場合に株主は清算に必要な限度に於て未拂株金の拂込をなすの義務あること解散による清算開始の場合と何等選ぶ所な

く素より設立無効を以て拂込を拒否し得べきものに非ざるが故に株金拂込不足の故を以て會社の設立を無効なりとし該判決確定したりとするも株主は猶且清算の限度に於ては拂込義務を免るるを得ざるものとす(同上)

### 六一七 記名株式讓渡人は株主名簿及株券の名義書換前は株金拂込義務あり

昭和五年(ヲ)第二〇五號

記名株式讓渡の當事者が株券株主名簿の名義書換に要する一切

の行爲を完了して會社に其の書換を請求したる場合に於ては會社は正當の理由なくして之を拒絶し得べきものに非ざるを以て



讓渡當事者は裁判所に對し之が強制履行を請求し得べしと雖任意履行に依ると強制履行に依るとを問はず苟も事實上會社に於て株主名簿及株券の名義書換を完了せざる以上讓渡當事者は株金拂込義務其他株主としての權利義務の移轉を會社に對抗し得べきものに非ず蓋し株式會社は社員團體なるを以て株主名簿及株券の名義書換に依り社員たる權利義務の主體の移動を明確

にするに非ざれば業務の執行を妨げらるる虞あればなり從て株主名簿に讓渡人の氏名住所の記載なき以上縱令讓渡當事者に於て名義書換を要する一切の行為を完了したるものとするも讓渡人は未だ會社に對し株金拂込義務を免るべきものに非ずと解するを相當とす(同上)

### 六一八 商法第一五三條の趣旨

大正十五年(ホ)第一〇四二號  
商法第五十三條所定の催告は失權株式の各讓渡人に對し滯納金額の拂込を爲さしむる機會を與へ因て以て會社資本の充實を期せんとするの趣旨に外ならずして各讓渡人に右拂込の債務を負担せしめたるものにあらざること同條第三項に依り右拂込なき場合においては會社は必ず株式の競賣手續を執らざるべから

ざりに徴し明瞭なるが故に同法第五十四條は同條所定の株式競賣不足金の辨濟責任に關し適用あるも右讓渡人の滯納金額拂込に關しては之が適用なきものと謂ふべく從て會社は株主失權の場合にはその株式の各讓渡人に對し常に之が拂込の催告を發するを要す(東控判決)

### 六一九 讓渡禁止株式取得者は會社に對抗權なし

昭和四年(ア)第三〇一七號  
株式會社の定款に於て株式の讓渡に付一定の制限を爲し得ることと商法第四十九條の解釋上明白にして斯の如き株式讓渡制

限の定款の規定に違反して爲されたる株式の讓渡は少くとも會社に對し讓渡は讓受人善意なる場合と雖も其效なきのみならず讓渡を制限せられたる株式の上に設定せられたる質權は民法第

三百四十三條第三百六十二條の規定に依り無効にして該質權の實行に因り其目的たる株式を競落したる第三者も亦該株式の取

得を以て會社に對抗することを得ざるものと解すべきものとす(東地判決)

### 六二〇 記名株式を以て質權の目的となしたる場合と第三者に對する對抗要件

昭和三年(レ)第七五〇號  
記名株式を以て質權の目的となしたるときは之を表彰する株券を質權者に交付するに因り其の效力を生ずるものなりと雖も右質權を以て第三者に對抗する方法に付ては民法及商法中に何等

規定するところなきにより該株券を發行したる會社においてその事實を承認するに非ざれば該會社その他の第三者に對抗することを得ざるものと解するを相當とす(同上)

### 六二一 會社合併方法の株式併合と強行規定

昭和四年(ロ)第八〇五號  
商法が會社合併の方法として株式の併合を爲すことを許容したる結果株式併合を遂行する手續上一部株式を失權せしむることにより商法の強行規定に反する結果を排除する目的の下に商法第二百二十條の三第二百二十五條の規定を設定したるものと

謂ふべく株式併合に際し併合に適せざる一部株式を失權せしむるに方つて商法の強行規定に反することあるも斯の如きは商法の豫定する所なれば株式併合の手續を遂行する上において部分株を失權せしむることありとするも商法の認めたる所にして之を強行規定違背として無効なりと謂ふべからず(同上)

### 六二二 株式引受人の責任並株金拂込欠缺と會社の成否

昭和五年(リ)第二〇號

株式會社は資本團體にして形式的株式の引受を認めず株式は現



物出資の外現貨に其の支拂を爲すことを必要とし會社に對する債權との相殺を爲し又は株主が第三者に對する債權を以て拂込金に充當するが如きは法の禁する所なり偶々發起人の一二名が之を承諾したればとて株主は之を以て會社に對抗する能はず株式引受人が創立總會に至る迄一回株金の支拂を爲さざる場合發起人に於て之が失權手續を爲し得べきは理の當然なるも亦強制履行をも爲し得べき權限あるが故に創立總會後第一回の株金の拂込を爲さざる株式引受人は當然失權し其の拂込義務なしと

### 六二三 會社合併の際拂込額を異にする二種の株式併存決議は有效

昭和四年(オ)第六百六十號  
會社が合併したる場合において拂込金額を異にする二種の株式を併存せしむる合併決議の有効なるは勿論合併前の會社の株主に對する拂込は他の會社の株主の株金拂込額が金三十七圓五十

### 六二四 株主に非ざる者が參加したる株主總會決議

昭和參年(ヨ)第九四四號  
株式會社が破産の宣告を受けたる場合において未拂込株金の存するときは其未拂込株金は破産財團に屬し而して破産財團の管

理及び處分の權限は破産管財人に專屬するを以て管財人は必要に應じ其拂込の時期及び額を定むることを得べく其拂込の催告に應ぜざる株主に對しては其拂込の履行を強制する權限あるこ

と明白なり商法第百五十二條第百五十三條は株金の拂込に應ぜざる株主に對し所謂失權手續を爲し得べきことを規定したること該手續たるは株金拂込履行の一方法として簡便なる換價方法を規定すると共に株式の譲渡人に對する擔保的責任を負擔せしめたるものなるを以て右手續も亦破産管財人の專權に屬するものなること毫も疑なし

株式會社に於て株主名簿に株主として記載せられたる者に對し商法は株金拂込の催告を爲したる場合には株主の拂込義務は茲に特定して其拂込期日の經過と共に株主は拂込義務履行遲滯の責を負ひ會社は其履行を又強制することを得べく失權手續を執ることを得るものなるを以て拂込義務の特定したる後に於て株式の譲渡せられたる場合には株式會社の資本充實に關する原則

### 六二五 増資株主は失權後も増資無効の訴の原告たり得る場合あり

問 一、増資によりて株主となりたるも後日株式を譲渡したる譲渡人及び失權によつて従前株主となりたる者が増資無効確認訴訟を起して會社よりの不足請求訴訟に對抗せんとす右は現在株主にあらざるも原告となり得るや

は云ひ難し

株式會社に在りて株金四分の一拂込を完了せざるに拘らず創立總會を開催し之が終結を爲したる場合該會社が成立するや否やは株金拂込に關する欠缺の程度如何に依りて之を決すべきものにして右欠缺が會社の經濟的基礎の鞏固と其の目的とする事業の遂行に支障を來たさざる程度のものなるときは特に其の設立を無効と爲すべし理由なく發起人に於て其の責に任じ又は株式引受人之が履行を爲すを以て足るべきものとす(同上)

錢に達したる後において之を爲すことを要件とする合併決議も亦固より之を無効とすべき理由なく斯かる場合においては敢て株主平等の原則を害するものと解するを得ず

並に株主の株金拂込義務と名義書換請求權との間に存する牽連關係を考察すれば會社は事情に依り或は其讓渡人承認し株主の名簿の書換を爲したる上讓受人に對し更に拂込の催告を爲すことを要せずして直に其履行を求ることを得べく又或は名義書換を拒絕し其讓渡人ヲ株主なりとして直に強制履行又は失權手續を爲すことを得るものと解せざるべからず而して此の理は株式の任意讓渡ありたる場合たと競賣に依る移轉ありたる場合に依り差異なきものとす株主總會に株主に非らざる者が真正の株主なるが如く假裝して出席し決議に参加したりとするもそれは總會の決議を當然無効たらしむるものに非ず單に決議の方法に瑕疵あるものに過ぎざるを以て商法第百六十三條に則り訴を以てのみ其無効を主張することを得るものとす(同上)

### 六二五 増資株主は失權後も増資無効の訴の原告たり得る場合あり

答 一、増資行為の無効が何人に對しても無効となるときは利害關係者其利害關係を證明して何人にも何時にても増資行為無効確認の訴を提起するを得べく、特に株主たることを要する理由なし然れども其の決議の内容自體に關せず召集の手續



「決議の方法」が法令又は定款に反することを理由とする決議無効の訴の提起なるときは原告たるのは無制限にあらず、即株主たることを要す蓋し株主にあらざれば争効權又は否認權を有せざればなり又決議當時株主にして起訴當時又株主たることを要するのみならず判決に至る迄株主たる資格の繼續を要す、蓋し之を無効とするは株主として利益を享受せんが爲なればなり

### 六二六 記名株式質權實行の要件

昭和四年(オ)第二百三十號  
記名株式に付株主より質權の設定を受けたる質權者が該株券を占有中會社が資本減少の實行として百圓拂込濟の各株に付二十五圓を切捨て二十五圓を拂戻したる場合において質權者が右拂戻金に付その權利を行使して之を請求せむとせば民法第三百五

リ(同趣旨、青木、岡野、松本、松波、片山、鳥賀陽氏)  
(長崎控訴大正十一年(ア)三〇五號同趣旨)  
◎反對説、名古屋地方大正十年(ウ)五一七號  
要旨未拂込株式の讓渡人甲は讓受人乙が失權して甲が不足額拂込義務を負ふ場合を保し難く從て決議確定を求むるに附利害關係あるを以て原告適格あり

十條第三百四條の規定に則り必ず拂戻前に差押又は假差押を爲すことを要し右の差押又は假差押は株式會社において質權者の存することを知ると否とに拘らず質權者の拂戻請求の要件として之を缺如することを得ざるものとす

### 六二七 合併と株主の負擔

株主の負擔加重なる場合は一人の反對でも合併は不能となる合併決議と合併契約は別關係也

(法學博士 松本蒸治氏判批摘要)  
大正一一(オ)七四六號一二、六、二八、民二)  
(判旨)上告人主張の事實が證據上明瞭なるときは本件日本水

の合併決議は無効である、何となれば株式會社の株主の負擔する株金拂込の責任は其の引受けたる株式の數に依り限定せらるるものにして其の責任を加重するには必ず株主の承諾を得ざる

べからず、會社の合併を目的とする決議に依るも之を強制することを得ず、從て本會社の株主たる上告人が同會社の合併に因る株式の割當を拒絶したりとせば本會社の合併決議は無効なりと謂ふべく、其の無効の決議を前提とする本件日本水會社の合併決議は無効なることは論理上當然なればなり「原判決は上告人の主張事實に付き何等具體的の判斷を爲さずして單に株式會社の合併決議は其の會社と株主との間に直接に私權關係を生ずるものに非ず、株主は合併の決議に従ひ株式の引受を爲すに因りて始めて株金拂込の義務を負ふ者にして、上告人が本會社より割當てられたる株式の引受を拒絶したりとて同會社の決議の無効を來たすものに非ざる旨の説明を爲し、之に基きて叙上の事實を論據とする上告人の抗辯を排斥したるもの如しと雖、株式會社の合併決議が有効ならば直接に株主を拘束すべく無効ならば拘束せざるは法理上當然にして、本會社の株主たる上告人が合併の決議に因り割當てられたる株式の引受を拒絶したると否とは前述せる如く本件日本水會社の合併決議の效力に影響するものなれば原判決の形式的説明は上告人の抗辯を排斥する理由としては不當なりと謂はざるべからず」

(評釋) 本判決が株主責任の加重は合併の決議に依るも之を加

重することを得ずとせる點は正當であること多言を要せざる所である、(拙著會社法一六五頁)株主有限責任の原則に反し其責任を加重する結果を生ずべき決議は株主全員の同意を待ちて始めて其效力を生じ得べきものである、故に上告人が本會電氣の株主として株式の割當を拒絶せる以上は同社の合併決議は無効に歸したるものと謂はねばならぬ、原審判決は合併の場合に於ても株主は株式の引受を爲すに因り始めて株金拂込の義務を負ふものなりとの前提に基き合併決議の無効ならざる旨を判示して居るやうであるが之は會社合併の法理を誤解せるものであつて採るに足らぬ、合併の場合に於て、存續會社又は新設會社が解散會社の社員を收容するは合併當然の效力に因るものであつて其社員個々の意思に基くものではない即ち解散會社の社員は株式の引受を爲すことなく當然存續會社又は新設會社の株主と爲るものである(前掲拙著一七八頁註三、一六八頁)本判決が原審判決を破毀して上述せる理論を明かにせるは多とするに足るものと謂つて可いと思ふ、而して本判決は此點に關し

「一二少數の株主が責任の加重を理由として株式の割當を拒絶するが爲に會社合併の目的を實現すること能はずとせば他の多數の利害關係人に至大の影響を及ぼすべしと雖も株主の權利は



法律の認許したる方法に依るに非ざれば之を制限することを得ざると共に権利として存在する限り権利の主體たる株主が少数なる否とを問はず同等に之を保護せざるべからず之が爲に多數の利害關係人が豫期の目的を達すること能はざる不便を生ずるは法律共同生活に於ける當然の現象にして洵に己むを得ざる所なり

と云つてあるのは尤も千萬である、併し乍ら本判決は木曾電氣の合併決議が、無効なる以上は、之を前提とする、本件日本水力の合併決議の無効なるは理論上當然なりと判示して居るので

### 六二八 株券の再下付と舊株券

大正十五年(オ)第一七〇號

原審は成立に争ひなき乙第五號證及同第六號證に依り上告會社の定款には株券を紛失したる場合には上告會社所定の取扱手續に依るべきことを定め、更に上告會社の内規たる株式取扱手續には株券を喪失したるときは株主は其の事由を詳記し二名以上の保證人連署の上株券の再交付を請求すべく、上告會社は右の請求を受けたるとき其の必要と認むる新聞紙に其の旨を公告し六十日以上を經過して支障なしと認むるときは新に其の株券

あるが、之は明瞭に誤解であると思ふ、木曾電氣の合併決議が無効なる以上は之を前提とする本件合併自體が無効であることは理論上當然であるが、日本水力の合併決議が無効であるとの論結を生ずべき理由は毫も存せぬ合併會社の合併決議は各別個に存在して居るのであつて其一が無効なる故を以て他も亦當然無効たるべき譯はないのである、此點に於いて本判決が合併會社の合併契約と其前提たる各會社の合併決議とを混同する論理上の誤りを爲して居るのであつて洵に惜しむべきものと謂はればならぬ

を交付すべきことを定めたる事實を認定し、尙乙第七號證並に甲第一號證一、二に依り上告會社は右定款所定の手續を履踐し本件株券を無効なりとして之に代はる新株券を發行したる事を認定したりと雖も、會社が斯かる手續に依りて株券を無効ならしむるには眞に株主が株券を紛失したる場合に限るべき疑ひを容れざる所にして従つて株主が株券を他に譲渡したるに拘はらず之を紛失したりと稱し會社に對し新株券の交付を請求したる場合に於ては會社が前記の手續を履踐し新株券を發行したり

とするも、之に依りて譲受人が適法に取得したる株券を無効ならしむることを得ざるものとす、若之を否らすとせむか、叙上の場合に於て株券の譲受人は單に會社の爲したる公告に氣付かずして異議を申立てざりし一事に依り適法に取得したる株券の

無効を招來するに至り、爲に適法なる株券の譲受人をして不測の損害を被らしめ、株券取引の安全を阻害するに至るべきこと明かなるを以て前記の解釋を以て正當なりと云はざるべからず

### 六二九 株券の再交付と舊券

新聞廣告等により新券發行されたりとしても除權判決の如く確定の效力なし新券現出で失効す

問 一、甲會社の株券を乙なる者買求め、名義書替を依頼致し候處、従前届出の實印持參無事終了致し候後日前の印餘りに粗末の爲め、此度相當の品を以て新調致し印鑑變更の旨會社に通知致し、更に買求めたる株式持參致し候處、役場の印鑑證明必要に付其の證明書相添へ提出せられ度しとの事、名義變更に付いて不要印鑑變更に付此度規則改正に相成申候や、聞く處に依れば銀行等が變更する場合には印鑑證明等全然不要なりと銀行家申居り候、果して然りとすれば個人には必要にて銀行等には不要と云ふ異なる状態と存候

右改正に相成申候や御伺申上候

二、甲會社の株券所有者乙あり、丙なる者に融通し、失念致し候に乙死亡せり相續人は株券あらざる爲め紛失せしものと考



得ず、往々第三者の好策行はるゝ事あれば也、會社は其本人と懇意にて間違ひなき事を確信せらるゝ時は、證明書不要とす、要は後日間違ひを起してはならぬ故會社用心するものとす

二、乙相續人が株券紛失と信じ新券を交付されしとするも、

### 六三〇 株券と他の有價證券

昭和二年(オ)第百八十三號

上告論旨原審に於て上告人は「本訴株券は株主名義人立石文次郎の白紙委任狀付のものにして、商法第二百八十二條に所謂金錢の給付を目的とする有價證券に該當し、上告人は該株券を善意無過失にて買受け占有したるものなるが故に同法第四百四十一條の規定により、被上告人は之が返済を請求すること能はざるものなり」と主張したることは、原判決事實摘示により明確なるところなり、而して白紙委任狀付記名株券が商法第二百八十二條に所謂金錢其の他の物の給付を目的とする有價證券にして、同法第四百四十一條を準用せらるるものなりや否は、一般取引の實狀と商法第二百八十二條に於て同法第四百四十一條に準用せる趣旨を考究して判定すべきものなることは勿論なり、

### 株券は公社債の如き有價證券と異なり金錢給付の目的物に非ざる故善意でも取返さるること有

舊券を有効に他の者が所持し存在する以上再交付券は無効のものとする、除權判決等にて無効とせしものは新券有効となれど株券には右除權判決なる手續なし、單純に任意の廣告等により再交付するもの故確定的の有効となる事なし、丁に權利ありとす

株券の有價證券なることは證券自體經濟的價值を有し、一般取引上有價證券として取扱はるるのみならず、判例學說の共に認めて異論なきところなるも株券が商法第二百八十二條に、所謂金錢其の他の物又は有價證券の給付を目的とする有價證券なりや否に付ては、從來の判例學說の多くは、株券は株主權を表彰する有價證券にして、其の株主權中には、會社に對し、利益配當を請求する權利及會社解散の場合に於ける、殘餘財産の分配を請求する權利を包含するは勿論なるも、之を以て商法第二百八十二條の所謂金錢其の他の物又は有價證券に該當するものと解するを得ず(御院(オ)第五百四十一號事件判決)との理由を以て同條の有價證券中より除外したり、併し乍ら商法第二百八十二條に所謂有價證券は單純に金錢其の他の物又は有價證券の

給付のみ目的とする證券に限定せる法意と認むべき何等根據なきを以て苟くも金錢其の他の物又は有價證券の給付を目的とする以上は、同時に他の權利義務を目的とする證券と雖も之と同條の金錢其の物又は有價證券の給付を目的とする有價證券となさざるべからず、抑も有價證券とは取引上經濟的價值を有する證券を指稱するものなるが故に、有價證券の目的とする價值の内容如何は一般取引上に於ける經濟的觀念に依り、必然的に定まるものにして之を法律的觀念により定め得べきものにあらず、従つて株券が有價證券として一般取引の目的となるは其の株主權を表彰する點に存するか、將た又財産的請求權(利益配當及殘餘財産分配請求權)を表彰する點に存するかは亦實際取引の現狀より觀察して定めざるべからず、而して今日一般取引上に於ける株券の取得者は之に依りて當該會社の株主となり財産請求權以外の株主權を行使せんとするものにあらずして、一の有價品として取引するに過ぎざることば東京株式取引所新株五十四萬株に對し大正十五年度に取引せられたる積算株數三千三百七十七萬四千五百三十株なるに徴し明白にして、而も株式取引所に於ける取引相場の高低騰落は一に其の利益配當率の多少に依りて支配せらるる事實は、株券の有價證券として一般

取引の目的たるは株主權を表彰する爲にあらずして、財産請求權を表彰する爲なること、換言すれば株券は有價證券としての價值は株主權を證券化したる價值にあらずして、財産請求權を證券化したる價值なる事を證明して餘りありと云ふに在り然れども商法第二百八十一條には金錢其の他の物又は有價證券の給付を目的とする有價證券とあるを以て、同條の有價證券たるには必ずや其内容は金錢其の他の物又は有價證券の給付を目的とするものたらざるべからざること明かなり、株券は其の記名式なるも無記名式なるを問はず、株主の有する株主權を表彰する有價證券にして、株主は會社に對し利益配當を請求する權利及會社解散の場合に於ける殘餘財産の分配を請求する權利を有するも、株券は此等の權利を表彰するものに非ず、又斯る給付を内容とするものにあらずが故に、株券を以て商法第二百八十二條に規定したる有價證券と云ふことを得ず、従つて商法第四百四十一條の準用なきものと解するを相當とす(大正四年(オ)第五百四十一號、大正五年三月六日當院判決參照)



### 六三一 契約不履行に基く義務も取締役連帯責任の範囲也

昭和五年(オ)第七十五條

(判旨第一)

有價証券割賦販賣業法第七條が、會社の取締役をして會社の債務に付連帯債務を負担せしめたるは、單に會社の爲したる販賣契約の履行のみを確保せんが爲の目的に出でたるものにあらず廣く買入契約者が會社の債務不履行の爲、被る可き損失を防止

し以て買入契約者の地位を保護せんとする趣旨なるを以て、右法條に割賦販賣契約に基く會社の債務と云ふは販賣契約上の債務そのものは勿論、販賣契約の不履行に基因して民法上當然認められたる損害賠償義務、或は原状回復義務の如き固より之を包含せるの意なりと解するを相當とす

### 商行爲たる契約解除原状回復義務不履行に因る

#### 損害金の利率は年六分也

(判旨第二)

商法第二百七十六條に所謂商行爲に因りて生じたる債務とは、實に商行爲の效力として生じたる債務のみならず、一旦有效に成立したる商行爲が解除に因り其の效力を失ひたるが爲に生じ

たる原状回復の義務をも包含するものと解するを相當とす、従て本來の債務を商行爲に因りて生じたるものと認めたる以上、其の依て基く契約解除に因る原状回復義務の不履行より生ずべき損害金の利率を、年六分と定めたるは違法と云ふべからず

### 六三二 定款に取締役五名以内と定めたるは三名以上五名以内の趣旨也

昭和四年(オ)第五百五十三號

株式會社の定款に於て取締役を五名以内と定めたる場合は、其

の定款上の取締役の員数は三名以上五名以内と定めたる趣旨と解するを相當とす、固より此の範囲内に於て株主總會は適宜員

數を定めて取締役を選任し得べしと雖、之が爲選任したるときに其の選任せられたる員數が、定款所定の員數と確定的に限定され、爾後退任者生ずる以上、假令残存取締役が三名を缺かざるも商法第六十七條の二に所謂定款に定めたる員數の取締役なきに至りたるものなりと云ふは當らず、抑定款中に右の如き定めを爲す所以は取締役の最大員數を定め置き會社の狀況如何に依り、或は多く或は少く増減按配せしめ、從て右の範囲内たる

限り即ち五名なるも四名なるも又三名なるも等しく定款に定めたる取締役の員數とするに妨なからしむるが爲めと見るべきなり、然らば會社の定款に取締役五名以内と定めたるは三名以上五名以内と解すべく、株主總會に於て一旦四名の取締役を選定したればとて其の後取締役中の一人退任することにより前記法條に所謂定款に定めたる員數なきに至りたるものと云ふを得ず

### 商法九二條と清算人の權限 (判旨第二)

商法第二百三十四條、第九十二條は株式會社の清算人が新に株金の拂込を請求する場合に於ける制限規定にして、既に解散前に發生したる具體的確定債權例へは第六回株金拂込は會社解散

以前株主に對し適法に之が催告を爲され、具體的確定債權となりたるが如しの取立を禁止せる趣旨のものに非ず

### 六三三 取締役辭任後の會社債權取立行爲の責任

昭和五年(オ)第九五號

取締役が會社を辭任したる後に於て尙取締役と稱して第三者よ

り會社に對して損害を加ふるも、會社は元取締役たる資格に於て損害の賠償を求むるを得ず

### 六三四 資本減少と重役會

大正十四年(オ)第五九五號

第二章 商事 第一節 會社法の部

資本減少は其方法と共に總て株主總會に於て決すべく方法を重役會に一任すとの如きは無効也

資本減少は株式會社定款の重要なる變更にして、之が爲めには



株主總會に於て定款變更の規定に従ひ其の決議を爲すべく、且該決議に當りては併せて特に其の如何なる方法に依りて資本の減少を爲すべきやを決議するを要すること商法第二百二十條第一項の明定するところにして、同條の趣旨たるや資本減少の方法は其の株式の消却たるを併合たるを其の如何なる方法に依るとを問はず、會社並に株主の利害に重大なる影響あるものなるを以て、株主總會自身其の方法を決定すべく、之を他の機關に委任するを許さずと謂ふに在りと解せざる可からず、蓋し若し然らずとするときは是等機關に對し過當に重要なる決定権を與ふることとなり、之が爲動もすれば會社又は株主に對し不測の不利を蒙らしむることある結果を惹起することなきを保せざる可く、之特に此の決定を株主總會に留保し、以て這般重要な事項に關する決議の慎重を期すると共に少數機關の專横を防止せんとしたる所以なり、故に本件に於て上告會社の株主總會が會社資本の減少を議決するに方り、減資方法の決定を全然

取締役會に一任したるは、正に商法の明文に抵觸する不法の決議たるを免れざると共に、取締役會が該決議に據り任意採擇したる株式消却の方法も亦當然其效なきものと謂はざる可からず然らば其の實行の結果株式を消却せられたる、株主は依然として尙其の株主たるの地位を失はざること宛に原判決説示の如くなるものと謂ふ可く、從て如上判示を攻撃する上告理由は總て其の採用に値せざるものなり、然れども株金の拂込は必ずしも總株主に對し同時に之を請求することを要するものに非ず、其の催告に當り取扱上の便宜故障或は過失の爲偶催告の時期を異にするが如きことあればとて、其の請求に付き特に各株主を不平等に取扱ふ事情の認む可きなき限り、此の如き催告を以て直に之を株主平等の原則に反するものと做すべきにあらず、從て已に催告を受けたる株主は單に如上理由を捉へて其の義務たる拂込を拒否し得べきものにあらざるものとす

### 六三五 法人は重役に不能

甲が乙丙兩會社の社長で乙會社の株を丙會社に譲渡したる時は甲は乙會社重役失格丙會社を代表して甲會社の重役は不能也

問 乙會社々長在任中の株主たる個人甲が、其所有株式全部を

甲の代表せる丙會社の名義に書替へたる場合に於て、乙會社に

於ける甲の社長なる資格は任期中依然存続せらるゝや、然りとすれば舊株主たる一個人の身分に於てなりや丙會社の代表者たる身分に於てなりや、果して甲が丙會社の代表者たる身分を以て乙會社々長に止まり得るものとしたる場合又は選舉に依り乙會社々長に擧げられたる場合に於て、甲が乙會社を代表する文書に用ゆる記名様式は何等丙會社代表たるの身分を表示する事なく、單に乙會社々長甲と署名して適法のものなりや、若し然らずとせば適法の代表記名法式は如何

答 乙會社の取締役社長たる甲が其の持株全部を甲社長たる丙

### 六三六 資格の消滅と委任状

法曹會決議(大正十四年十二月四日)

問 株式會社の取締役が就任中に作成したる不動産買取登記申請書の委任状は、其の取締役解任又は死亡に依り資格消滅したる場合に於ても(既に該資格消滅登記済なり)尙有效なりや否やに付左の兩説あり、理由を附したる貴會の評決を仰ぎ度候

(イ)有效説 其の理由とする所は株式會社の取締役として就

第二章 商事 第一節 會社法の部

取締役解任し資格消滅後でも先に發行せる委任状有效なりや否やは殘務職責ありや否やで區別

會社に移轉せる時は、甲は乙會社の取締役を失格するものとす丙會社を代表して甲取締役たるを得ざる也、丙會社を乙會社の取締役に選任したるものに非ざれば也、假りに其選任を爲したりとするも無効也、何となれば法人は會社重役たるの能力なきものなれば也、乃ち取締役は自然人のみ選任せらる可き也、法人も重役能力ありとせば、其事上の機關は其法人の代表者となる譯なれども我法制の解釋に於ては會社の取締役たる能力者は自然人に限るものと解せらるゝこと定説なるを以て、質疑件の如き問題は起らざるものとす

任中右會社を代表し、不動産買取の契約を爲したるものなれば該不動産引渡し又は代金受領に至る迄の事務は所謂殘務の終了なり、然れば其の不動産に對する登記申請の委任状は取締役たる資格消滅後と雖も尙有效なり

(ロ)無効説 退任後尙取締役の權利義務を有する場合、商法第六十七條の二の場合に限定せられたるものにして、辭任解任又は死亡等に基く資格消滅の登記を爲したる上は資格消



減と同時に委任も消滅す、仍て無効なり  
 決 取締役が退任するも其退任の爲に残存する取締役の員数が法律又は定款に定めたる員数を缺くに至るときは、右退任取締役は辭任の取締役が就職する迄取締役たる権利義務を有すべきこと商法第六十七條の二により明かなるが故に、本問の場合にして賣買登記の委任状を作成せし取締役の退任の爲め、殘存取締役の数が定員数を缺くに至るとせば、右退任の取締役は尙取締役として會社を代表する權利を有し、従つて兼に作成した

委任状は效力を持続すべし、之に反して商法第六十七條の場合に該當せざるときは委任状は最早效力なし、尙こゝに所謂退任中には解任、死亡は包含せざるものと解するを適當とす、蓋し解任なるものは殘務を執らしめざる趣旨にて爲さるゝものなるが故に、解任に拘はらず尙商法第六十七條の二の適用ありとするは亦法の精神に反し、又死亡の場合には爾後職務を執り得る餘地なきこと當然なればなり

### 六三七 重役の満期と後任

法曹會決議(大正十五年七月六日)

株式會社取締役が任期満了したるも會社怠惰の結果、數ヶ月又は數年間其の儘に爲し置き其の後漸々思ひ當り株主總會を召集して選舉を爲したる場合に於て、商法第六十七條の二の規定の適用方に付甲乙兩説あり、何れが正當なるや

甲説 本問の場合に於ても商法第六十七條の二の規定を適用し、新任取締役が就任する迄取締役は權利義務を有し隨つて登記事項には何等變更を生ぜざるものとす

後任就職まで何年經過しても先の取締役に於て權利義務を有するものとす變更登記の要なき也

乙説 本問の場合に於ては、商法第六十七條の二の規定は適用せざるものとす、何となれば取締役に任期が満了するときには商法第六十六條の趣旨に依り株主總會を開き新任に選任せざるべからず、而して選任せられたる取締役が都合上若くは旅行中の爲め直に就任承諾の出來得ざる場合に於て適用すべきものにて、本問の如き任期満了せるにも拘はらず選舉を爲さず即ち商法に違反せるもの迄を救済すべき規定にあらず、尤も商法第六十七條の二は明治四十四年十月一日商法改正のとき同

法第六十四條第二項の規定と同時に生じ、第六十七條の二の規定なかりせば新任に選任せられたる取締役が或る事故の爲め直に就任出來ざるときは取締役たる機關を中斷するが故に設けられたるものと思せらる、且つ又本問の場合にも適用すべきものとすれば例へば取締役の任期満了後十ヶ年も經過し、漸く取締役の改選を爲したる場合に於ても何等商法に違反せず、隨つて登記事項にも何等の變更も生ぜざる結果となり結局商法第

六十六條の規定は全く空文に過ぎないことになる  
 決 商法第六十七條の二の規定は、株式會社の取締役が任期満了するも新任に取締役の選任せられざる限り退任したる取締役の權利義務を有すべきことを定めたるものにして、會社に於て後任の取締役選任手續を怠ること長年月に亘る場合と雖も其適用を除外すべきものに非ず而して新任取締役が就任するまで變更登記を爲すに及ばず

### 六三八 退任の重役と死亡届

法曹會決議(大正十五年七月六日)

問 商事株式會社の取締役の任務が辭任に因ると又は任期満了に因るとを問はず、終了したる後新任に選任せられたる取締役が就職するまでの間に於て死亡したるときは、其の死亡に因る取締役の變更登記申請をなすべきものなりや(本問題中の辭任とは辭任したるも其の辭任登記せざる場合なり)

卑見、變更登記を爲すべきものと思せらる、何となれば前任者が死亡すれば後任者が就職するまでの間六ヶ月以上又は一年以上に及ぶことあり、其の間取締役が現に在らざればなり、百

退任後死亡しても其登記前なる時は不取敢死亡による變更登記を爲すべき也然らざれば不合理

商法第六十七條の二の後段に新任に選任せられたる取締役が就職するまで尙ほ取締役の權利義務を有すとあるは、死亡したる場合は包含せざるべし、死亡すれば後任者就職するまで權利義務を有せしめ會社の義務の繼續に支障なきを保全とする意義に反すればなり、登記申請期間は後任が就職したる日より起算するも之れ亦前任者が後任者の就職するときまで生存するものと解せざる可からず、然らば取締役の死亡によりて既に登記事項の變更を生じたるは商法第四十一條及同條二項により同法第五十三條を準用したる結果、自明の事理に屬す、今假りに一



歩を譲りて常識により考ふるも、死亡したるものを登記を爲すは事理當然の歸結にして敢て商業登記の意義の説明を俟つて知るの要なきなり、死亡の事實を知らざる善意の第三者に取締役は死亡したるにも拘はらず、尙生存して會社の事務に服しつゝありと誤認せしむる虞れあり

反對論者は任務終了後死亡したるも其の死亡の事實を以て任務

### 六三九 銀行重役の責任

取締役監査役等の怠慢其他背任的行爲により銀行に缺陷を生じる時は預金者は直接に賠償權有

終了に影響を及ぼさず、商法第六十七條の二は退任者が單に權利義務を有するに過ぎざればなりと右監査役の場合も同様なりと解す  
決 取締役又は監査役の退任したる場合に於て未だ其退任の登記を爲さざる間に是等の者が死亡したるときは死亡に因る變更登記を爲すべきものとす

(學士伊澤孝平氏判例評釋)(大正一四(オ)三七三號、一五・一二〇、民三集五卷三號一一五頁)

(判旨) 法令又は定款に違反したる行爲を爲したる取締役が一般の規定に依り、第三者に對し直接に損害賠償の義務を負担する場合は、假令其の行爲が總會の決議に基きたればとてその内部の關係なり、之を辭として其の責を免るを得ざるは當然なり、従つて商法第七十七條第二項は斯かる場合を指すものに非ず、法令又は定款に反したる行爲ありたる爲取締役は會社に對して損害賠償の義務を生じて、取締役の此の行爲に原因して第三者は會社に對して損害賠償請求權を有する場合に於て、會

社の責力其の他の事情等より會社に對して其の責を問ふのみにて、第三者は或は其の權利の満足を得るに於て遺憾あるべきを慮かり、當該取締役に對する直接の請求權をも第三者に與へたるもの、即ち前記法條なりと解するを以て相當なりとす、然からば即ち被告若しくは其の先代等の行爲に依り間接に損害を蒙りたるものに過ぎざるものなるを以て、同節條規の場合に該當せずと爲したる原判決は、此の點に於て違法なり  
(評釋) 判旨に賛成である  
商法第一七七條第二項は、株式會社の健全なる活動、第三者の保護なる政策的見地から設けられたものであつて、取締役の此

此の責任は本條の規定から生ずる特殊のものである事は發起人の商一四二條の二第二項の損害賠償責任と同一である、本條本項の責任は不法行爲のその如く其發生に故意若しくは過失及び權利侵害を必要とせず、苟くも取締役が法令又は定款に反する行爲を爲したるときは、第三者は權利侵害の有無に拘はらず、損害を生じたることをのみを理由として其の賠償請求をなし得るのである、これ第三者の利益を保護する所以であり、他方取締役をして職務に忠ならしむる目的に叶ふものである、取締役が對内的に業務の執行權を有することは對外的に無限の責任を負ふ所以であつて之を以て苛酷なる法の要求とは言へない、本條の立法趣旨にして上述の如しとすれば、取締役等に於て法令又は定款違反の行爲あらばその行爲と相當因果關係ある損害に就ては其取締役等は連帶して損害賠償の責に任すべきであつて、直接損害間損害と言ふ境界の不明瞭な概念を以て本條の適用範圍を限定するは不可である本件の損害も或ひは之を間接損害なり(原院)とし或ひは直接損害なり(上告理由)として居り、觀察點の相違で何れとも言ひ得られることは、法律語として曖昧不適當なるを示すものである、兎に角本條本項の損害を會社の損害とは別個の當該第三者に生じたるものみに局限するは

立法の趣旨に副はぬものと考へる  
原院と同様なる見解としては、明治四三年廣島控訴院判決(法律新聞三號二三頁)があり、松波博士も亦同様の見解を支持されて居る(松波博士日本會社法一二二四頁參照)  
本條本項の適用範圍に關しては損害の意義に就ての判例は前掲のもの以外にはないやうであるが、取締役が會社を代表する場合に於て勿論内部關係に於て會社の業務を執行する場合にも適用ありとする大森院判決あり(大正一二・三・九・民集三卷四號一三三頁、判例民事法大正十二年度二六事件、一〇五頁山尾時三氏評釋、烏賀陽博士法學論叢第一二卷第四號一二頁以下參照)之を要するに本條本項の立法趣旨に鑑みる時は、損害の直接間接を論じて賠償請求權の存否を判定するは明に不當である、判示は是認さるべきものと考へる



### 六四〇 監査役と貸借対照表

監査役が貸借対照表に精査済を記載し署名捺印した以上其取引は承認若くは追認した事になる

昭和三年(ク)第三百十六號  
原審決定書理由第二項に「然れども本件記録中に存する抗告人の提出に係る大正十五年六月三十日付株式会社大磯銀行貸借対照表のみに依りては、未だ以て右會社の監査役が明に右取引を承認または追認したりとは認め難く(中略)假に抗告人主張の如く、右會社の監査役が進んで右取引無効を主張するの舉に出でざりしものとするも、單にこの一事のみに依りては未だ直に右監査役において明示または黙示に右取引を承認または追認したるものと速断すべからざるや勿論なり」と然れども訴外株式会社大磯銀行と相手方との本件債務(抗告人が轉付を受く)は大正十二年八月二十二日貸付けられたるものにして、右會社の主たる營業に屬し毎年二期の決算においてこれを資産勘定に包含計上し居り、監査役等はこれを認知して財産目録貸借対照表等を調査報告しながら一言だにその無効を主張せざるはこれ暗黙の承認ならずや假に一步を譲り暗黙の承認なしとするも元來本債務は會社の主たる營業に屬し會社自身の利益を目的とし

債權擔保に十分なる抵當權の設定を経て右會社二宮支店長が貸付けたるものにして、この取引のため毫も會社の不利益を生ずるものにあらず、商法第七十六條の所謂取引とは専ら取締役と會社との利害相反する行爲に付、取締役が會社の犠牲において自己の利益を圖ることあるを防がんとする趣旨に出でたる規定なれば、取締役と會社との間の取引にして、性質上會社の利益の犠牲において取締役の利益を圖るの餘地なきものに付いては、同條に適用すべき限りに非ざることは御院判例及び學說の是認する所なり(大審院民八年(オ)第八八六號同九年一月二十日民一部判決、竹田博士法學論叢六卷五號一〇六ページ、評論九卷商法四一ページ、同十卷商法五一七ページ)即ち本件債務は擔保に充分なる抵當權を設定したる貸借にして、會社の犠牲において取締役が利得をなすものに非ず、故に商法第七十六條を適用する限りに非ず有效なる債務なり、況や右規定は會社保護を目的とする規定なるにおいてをや、若し本件債務を無効と解し、會社の有する抵當權をも剝奪せんか、却て會社は大

損害を蒙る結果を生じ、立法の目的に違ひ妥當を失すべし 二  
なほ本件取引に付監査役の承認なかりしものとせば、無効とせんか畢竟監査役の承認は該取引(法律行爲)の要素をなすが故に取締役たる相手方が會社との間に法律行爲たる取引を爲すに當り、監査役の承認なきに拘らず、これあるものと誤信しあるひはこれを要せざるものと誤信したるはこれ身荷も會社取締役の位置にある相手方の重大なる過失に因るものといふべし、然らば原決定理由書末項に「(前略)しかもこれをなすに付表意者において重大なる過失ありたる場合ならんか、表意者において重大なる過失に依つて法律行爲の要素に錯誤を來したるものなるが故に、自らこれが無効を主張することは得ざるべしと雖も」に該當し原決定は違法なりとすといふにあり、本件記録

### 六四一 發起人と未拂込金支拂の責任

大正十五年(ウ)第二八五號  
株式引受人が商法第二百二十九條所定の拂込金の支拂を怠りたるが爲めに、發起人において右未拂込金支拂の責に任すべき義務を負擔するは發起人が株式引受人をして創立總會開催の日迄に右未拂込金の拂込を爲さしめざりし結果に出づるものなれば、

中なる貸借対照表の末尾には「當銀行の帳簿證憑書及び財産を精査し前記の通り相違これ無くと確認候也」と記載し監査役兩名の署名捺印あり、今この記載にして虚偽なるか若しくは本件債權は銀行の帳簿に記入漏れとなり居りしが、若しくは他に何等か特別の事情の存せしか、しからざる限り貸借対照表における前記記載に依れば本件債權に關する取引は事前において監査役の承認あり若しくは事後におけるその追認ありし事實は自らこれを肯定せざるを得ざる次第なるに拘らず、原裁判所はこれをしからずと列示しながらそのしからざるの理由に至りては、一もこれを説明するところ無し、これ理由の不備に非ざれば即ち事實認定の違法なるものといはざるを得ず、原決定は失當にして本件抗告は理由あるに依り主文の如く裁判したり

發起人に對するこの拂込金請求權は創立總會開催の日を経過すると同時に、既に發生したる確定債權なりと謂ふべく、これが拂込前に會社の解散することありとするも、會社の發起人に對する地位に變動を生ずるものにあらず  
凡そ株式會社設立の無効が發起人において株式引受人をして第



一回の拂込を爲さしむべき法律上の義務に違背したるに基くとき、發起人はその無効を主張して商法第三百三十六條に基く拂込義務を回避する抗辯と爲すことを得ざるものと解すべきものとす

商法第三百三十六條に規定する發起人の拂込義務に付ては發起人

### 六四二 一定の書面と法定数の發起人署名が定款の成立要件也

昭和五年(オ)第七百六十九號

株式會社を設立するに當りては發起人によりて先づ定款の作成さるる事を必要とし、其の定款なる物は實質的には内容たる事項なれども、形式的には一定の書面成、故に一定の事項が發起人の協議によりて定まりたりとする之を書面に記載し少くも法

が株式引受人をして創立總會開催の日までに、第一回拂込金を拂込ましむべき法律上の義務に違背したる結果に出づるものと解するを相當とするが故に、發起人は前記拂込金に付創立總會終結の日の翌日より遲滞の責に任すべきものとす(東地判決)

### 六四三 會社成立と發起費

昭和元年(オ)第一千三百六十九號

按ずるに發起人が株式會社の爲にする行爲には、其の設立事務の執行に必要な行爲と然らざる行爲とある物にして、右の設立事務の執行に必要な行爲に付ては發起人は會社を成立せ

創立總會に於て承認したる以上債權者に通知なくも當然會社の負擔となり發起人責任なきなり

しむることを目的とし、既に成立したる上は其の行爲の一切の效力を之に歸屬せしめんとするの目的を以て、之を爲すものなれば、會社が成立し其の創立總會に於て發起人の爲したる行爲を承認したるときは發起人の第三者と爲したる契約より生ずる

權利義務は、其の性質上當然會社に移轉し發起人は其の法律關係より脱退するものとす、會社の設立事務の執行に付必要なる行爲の主要なるものは株式の引受けを爲さしむること、株金の第一回拂込を爲さしむること等にして、發起團體が受取りたる引受証據金拂込株金が當然會社に移轉することに付ては曩に當院の判示したる所なり(明治四十三年(オ)第二百四十二號同年十二月二十三日大正十一年(オ)第八十號同年六月十四日當院判決参照)而して發起人が株主を募集する爲新聞紙に其の旨の廣告を爲し、之が費用を支拂ふことを約するは會社の爲株式引受

人を求め、資本を充實せしむる方法たるに外ならざれば、株式を引受けしめ株金を拂込ましむると同じく、會社設立事務の執行に必要な行爲なりと云はざるを得ず、然り而して右の廣告費用は商法第二百二十二條第五號に所謂會社の負擔に歸すべき設立費用に屬するを以て、其の金額が定款に記載せられありて創立總會に於て之を承認し、商法第三百三十五條に掲ぐる變更の手續を爲さざる限り右廣告に關する契約より生ずる權利義務は、當然會社に移轉し、會社は廣告料支拂の義務を負担すべく、發起人は全く其の義務を負担せざるものと謂はざるを得ず

### 六四四 發起人の過失と株主

大正十五年(オ)第九百八十五號

然れども發起人が會社の設立に關し其の任務を怠りたる場合に於て、會社が發起人に對し損害賠償を請求することを得べきは商法第四百十二條の二第一項の規定に依り明かにして、株式會社の利益は實質上株主の利益なるを以て會社にして損害賠償を得たるときは同時に株主の利益も保護せらるべしと雖も、之に依りて株主固有の損害の未だ賠償せられざるものなきにあらず

發起人の重過失又は不正の賠償は會社外株主其他の第三者に對しても責任あるものたること當然也

のみならず、會社が權利を行使すると否とは其の自由に屬するが故に、會社に於て損害賠償の請求權を拋棄したるときは株主は之を如何ともすることを得ざるものとす、即ち株主も亦發起人に對する損害賠償を請求し得べきものとするに非ざれば、株主固有の損害を救済するに由なきを以て商法第四百十二條の二第二項の規定は、株主に對しても損害賠償請求權を認容したるものにして、從つて同規定の第三者中には株主をも包含する



ものと解するを相當とす、特に右の第三者中には株式申込人を包含する當院判例(大正十四年(オ)第二百四十五號、大正十五年二月二十五日當院判決參照)の趣旨に依るも亦斯く解釋すべきものとす、而して發起人が會社に對して既に損害の賠償を爲したるときは、更に同一の損害に基き株主に賠償を爲すの義務なきを以て上告人所論の如き二重の賠償負擔の結果を生ずることなきものとす、本件に於て上告人(被控訴人)は資本總額百萬圓一株の金額五十圓なる岩代興業株式會社の發起人となり、設立に關する事務を行ひ、各に付四分の一の金額に相當する第一回拂込ありたるものとして創立總會を終了と大正九年七月九日設立の登記を爲したるも、現實に拂込ありたるは總數

二萬株の中僅二千七百二十九株に過ぎずして、其餘は凡て適法の拂込なかりしこと、此の場合に於ては第一回の株金拂込は全然之を欠缺したる場合に準すべきものなりとの理由に依り、設立無効の判決ありたること並に被上告人が右會社には如上の不正事實なきのみならず、却て之を將來有望の會社なりと信じて該會社の株式五十株を譲受けて株主となりたること、原判決の確決したる所なれば、原院が商法第四百二十二條の第二項に所謂第三者中には株主を包含するものと解し、上告人は會社の設立に關し其の任務を怠りたるものにして、且之に付重大なる過失あるものなりと認め、被上告人の損害賠償請求を認容したるは不法に非ず、上告論旨は理由なし

### 六四五 發起人に對する要償

拂込缺如の爲め會社設立無効の判決ありたる時  
株式申込人は直接發起人に對し損害要償權あり

(學士田中誠二氏判例評釋)(大正一四(オ)二四五號、一五・三・二五、民一、集五卷四號二〇六頁)  
(事實) 被告澤田良知先代七三郎は他の被告と共に資本金二十萬圓、一株の金額二十圓、全額拂込なる大日本殖産株式會社の設立を發起し、募集設立の方法に依り發起人引受株以外の七千

株を公募することとした、大正五年七月一日に定款を作成し、原告は各株式申込を爲し證據金又は株金全額を拂込み、大正六年一月三十日創立總會を開き、取締役監査役を選任し、此の者は滿株引受あり、且全額拂込済なる旨を總會に報告し、其の承認を受け無事創立總會を終了した、夫で會社成立せるものと

て同年二月十日設立登記をなした、然るに創立總會に於ける報告は全然虚偽であつて、當時實際上現實に拂込ありたる株金は僅かに一萬八千八百八圓に過ぎず、就中發起人たる前述澤田七三郎外四名の者は、全然其の拂込を爲さなかつたのみならず、其の事實を隱蔽するため株式會社商業銀行と結託し振替預金名義を以て現實拂込ありたる如く假裝し、取締役等をして創立總會に對し前述の如く虚偽の報告を爲さしめ、創立總會を欺いたのである、此の爲め大正十年五月二十七日、廣島地方裁判所に於て會社設立無効の判決があり、清算手續に入ったが會社に少とも資産なく原告等は次に損害を被つた

込の有無に付き創立總會に其の報告を爲すに當り、自ら何等の調査を爲すことなく特に自己の引受株に付いてすら現實拂込を了したるや否やをも確むることなく漫然申込及び拂込の全部完了したる旨を報告する如きは重大なる過失あるものと云ふべきものと爲した、次に被告等は之に抗辯して百四十二條の第二項の第三者中には原告の如き株式申込人は包含せず原告は本條に基づき直接發起人に對し損害賠償を請求し得ずと主張したのである

夫で原告は發起人たる被告に對し、拂込株金の取戻及び損害賠償を請求して本訴となつた、主として問題となつたのは損害賠償に就てである、被告は會社に對し損害賠償の義務を負ふとするも株主たる原告に對し直接損害賠償の義務を負ふべき理由なし、又本件の場合に百四十二條の第二項を適用するとするも被告に悪意重過失なしと主張した原院は原告を敗訴せしめた、夫で原告は上告して争つたが原告の上告論旨は被告等の行爲は百四十二條の第二項に、所謂惡意重過失あるものであると主張した、即ち發起人の最も重要な責務たる株式の申込及び拂

(判旨) 上告論旨を採用して破毀差戻しを爲した判旨も原告被告兩方の上告論旨に對して二つに分れる、第一點は上告論旨の如き事實あるときは、發起人の重大なる過失ありと認め得ると決した、第二點は百四十二條の第二項は廣く第三者と規定し株式申込を除外して居らないから、株式申込人も包含するものと解すべしと決した

(評釋) 前述の如く本判決の決定したる、事項は二ある、第一は本件の如き事實あるときは發起人に重大なる過失ある場合に該當し、百四十二條の第二項の主觀要件を充たすに足ることである、第二は百四十二條の第二項の第三者中には株式申込人も含むとし其の客觀的要件に關する疑義を明かにしたこ



とである

先づ第一點に付て考ふると、本件の如きは重大なる過失ありと云ふことを得ると思ふので、此の點に於て判旨に賛成である、發起人が株式總數に對する引受あつたか又は拂込あつたかを認定することは其の職務の第一のものであつて、之を發起人中の一二の者に一任して、毫も其の事務に關與せず、殊に甚しきは自己の引受けたる株式に對し拂込を爲したるや否やをも關知せざるときは重大なる過失と云ふことを妨げないと思ふ

第二點に付いては從來判例なく學說上は二說に分れて居る第三者中に株式申込人(株式引受人株主も同様)を含むとする説は第三者とは會社以外の者を總て含むと爲す、(松波博士日本會社法六五五頁、松本博士會社法講義二七四頁、田中氏會社法概論二九二頁)反之第三者中に株式申込人を含まずとの説がある、(竹田博士、京法五卷一〇號一七頁同說西本博士會社法二七九頁)此の説に依れば(1)用語上會社法上株主を指すには株

主の語を用ふるを常とすること、(2)實質株式會社の利益は株主の利益なるが故に會社が發起人に對し損害賠償を得れば同時に株主の利益も回復せられるものだから、特に株主に直接請求權を與へざるべからざる理由なきことに在る、思ふに法文上四十二條の二、第一項第二項の對照上第二項の第三者中には會社以外の者は總て入ると解するを穩當とし、又實質上の理由として會社が發起人に對し損害賠償を請求し得ると共に株式申込人が獨立に發起人に對し得ると爲すは大に實益存し發起人に對し賠償を請求するためには取締役監査役に對しては少數株主權に依る訴へを認むると異なり此場合には之が認められて居らぬから、株主總會の多數決を以て發起人の責任解除を決議したときには個々の株式申込又は株主は如何ともすること能はず、從つて會社の請求權以外に株式申込人又は株主の獨立の直接請求權を認める必要が大である、以上の二理由から見て第二點に付いても余は判旨に賛成する

### 六四六 創立總會と取締役監査役の報酬

昭和三年(ロ)第四五八號  
創立總會は會社の創立前法律の規定により、招集せられたる株

式引受人より成る組織體にして、株式會社設立手續の最後の段階をなしこれを完成するものなれば、株主を以て組織せらるる

株式總會が廣く會社の業務に付き議決權限を有すると異り、早に會社設立に關し議決を必要とする事項に關し議決をなすの權限あるに止るものとす、而して商法は特定の事項を創立總會の權限に屬するものとして規定せしめ、必ずしもこれのみが創立總會の權限として限定せられたるものと謂ふべからず、然共商法第七十九條、第八十九條は取締役または監査役が受くべ

き報酬に付、特別の規定をなし定款にその額を定めざりしときは株主總會の決議を以て定むべき旨規定するを以て、定款にその規定なき會社においてはこれが決定は必ず株主總會の決議によるべく、創立總會においてこれを決議するもその效なきものと謂はざるべからず

### 六四七 社債募集と株主總會の決議

昭和三年(ロ)第二〇五五號

商法第九十九條には社債は同法第二百九條に所謂特別決議に依るに非れば之を募集することを得ずと規定しあるのみにて、社債の總額その募集の時期方法、その他の條項及之に關聯する細目に亘つて、盡く具體的に決議するを要するや否やに付別段之を定むることなきも、尠くとも社債募集の總額に付ては具體的に決議するの要あるや、右規定を設けたる趣旨に徴し明白なるところなり、然れどもその他の事項にありては、株主總會において之を具體的に決議するところ無く、適正且妥當なる時期方法その他の細目を財界の推移に適應善處せしむる趣旨を以て擧げて、之を取締役に委任する旨決議することは何等不當に非

ず、我商法は第二百九條に所謂特別決議を必要とする場合は、特に之を明記しあるに拘らず、社債募集を保護する場合に付ては該規定を適用若くは準用して爲すべき旨の定めなし、殊に同法第六十一條第一項には總會決議は本法又は定款に別段の定めある場合を除く外、出席したる株主の議決權の過半数を以て之を爲すと規定しあるより見れば、寧ろ右第二百九條の所謂特別決議を必要とせるものなること、何等疑を容るる余地なきは明白なり、尤も右特別決議は會社及株主を保護する爲嚴正慎重ならしむるに用てたるものなるを以て、所謂通常決議を以て足るべきを敢て特別決議を以て議案を可決したりとて、該決議を無効と爲すべき謂はれ無きは勿論なり



### 六四八 創立總會決議事項と重役報酬

昭和四年(ホ)第四九六號  
 創立總會にて決議し得べき事項に付ては商法はその事項を列挙すと雖も、創立總會は株式会社種設立の場合における設立手續最終の構梯として會社設立に關し特に認められたる決議體たる事明瞭なるを以て、右商法の列挙は之を制限的列挙事項と解すべきに非ず、その權限の範圍は須く會社設立に關し決議を必要とする一切の事項に及ぶべきものと解するを相當とすべし、商法第百三十三條が創立總會においては取締役及び監査役を選

任することを要すと明定したるは、結局之等取締役等の選任は會社設立に關し必要なる事項に外ならざるが故に、之を法文に明示したるに過ぎざるものと謂ふべく、從て假令商法上創立總會において取締役又は監査役の報酬に付、決議し得べき旨の規定なしとするも、已に取締役監査役を選任するの權限を創立總會に附與したる以上、その報酬の定めをなし得べきこと當然の事なりと解せざるべからず

### 六四九 株主總會決議の無効と株主の權利

昭和三年(ケ)第一二九號、第一八七號、第二二七號  
 株主總會招集の手續又は決議の方法が法令又は定款に反するに因りその決議の無効宣告を求め得る株主の權利は、其株主の有

する株式の數の多少に拘らず、之を行使し得べく又その決議が會社の總株主又は總株數の過半數に依りて爲されたる事實に依り何等制限せらるべき理由なし

### 六五〇 會社の解散及清算豫知法

問 會社に對する債權者は如何にしてその會社が不知の間に解散し及び清算を終了することを防止すべく候哉

答 一、會社の解散または清算を豫知することは唯會社債權者のみならず、利害關係ある者は皆これを必要または便利に感ず

る所なり

二、會社債權者がその權利を擁護するには、會社の解散等を事前に知るを要するは勿論、その事由の發生を豫知する方法を講ずるを要す(商法第二二一條以下、第七四條以下)之を豫知するには常に會社の事業經營方法等に注意するを要するが故に債權者は營業時間内會社の書類(定時總會の決議録株主名簿社債原簿等)を閲覧して常に會社の業態を監視、注意すること肝要なり、之は月に一回も行へば大よその見當は着くばずなるも

會社が瀕死の状態にあるときは適當なる時期にこれを行ふことを要するものとす(商法第七一條参照)

三、清算終了に付ても直接會社に就て状況を怠りなく監視すること必要なり  
 四、清算終了の延期も必要なる事由を示して、直接清算人を牽制するを得べく、その方法は個人よりも團體の力によるを可とするが故に債權者團體を作るを良策とす

### 六五一 會社の解散と復活

大正十五年(ク)第三百三號

大正十五年三月二十九日附静岡地方裁判所の爲したる抗告棄却の理由は(一)解散したる會社が株主總會の決議に依りて、復活せんとするには、特別の明文なき限り是を許さずとし、(二)會社解散後株主總會に於て會社存続の決議を爲すも斯の如きは法の許さざる處なりと解するも、現行商法其の他の關係法規を視るも是を許さずとの明文なし、然り是が禁止條項なき限り立憲法清國の原則として公序良俗に反せざる範圍内に於て國民と

會社解散すれば消滅して清算となるのみ之を復活して會社繼續の如き法規之を認めず故に不能

して自由なるべく、殊に現行會社法中株式会社は株主總會を法人の意思機關として尊重し、恰も市町村會の如く株式會社の株主總會は會社たる法人の意思發動の根元なれば、一旦解散したる會社と雖も株主が存在する限り是が意思も又存在するものと解すべく、而して該意思が存在するものと解する以上、株主總會の決議によりて解散したるものならば其の株主總會が前に爲しに解散決議を取消す決議も亦爲し得べきや明かなり、然るに静岡地方裁判所は前障の通り一旦解散したる會社は復活する



を得ざる旨及解散したる會社の株主總會は會社存続の決議を爲すことを得ずとの明文なきに拘はらず、法が之を許さずと牽強附會の解釋を下し抗告棄却の決定を爲したるは失當にして抗告人は是に服する能はずと云ふに在り  
然れども株式會社にして解散したるときは、茲に法人たる資格消滅し、只現務の結了債權の取立及債務の辨濟並に殘餘財産の分配等を爲し、清算の目的の範圍内に於てのみ存続するものと

看做さるゝものなることは、商法第二百三十四條第八十四條の規定により明瞭なりとす、從つて株式會社に於て解散の決議を爲したる以上は叙上清算の目的の範圍内に於てのみ行動し得るに止まり、株主總會に於て清算を爲すに代へ更に存続の決議を爲すが如きは商法の許容せざる所にして、該決議は無効なりと謂はざるべからず

### 六五二 合資會社の清算人

無限社員又は其選任者に限る有限社員が多數決で清算人を選任しても違法無効となるものとす

大正十五年(オ)第六百四十四號

商法は合名會社解散の場合に付第八十七條第一項に於て、清算人は總社員又は其の選任したる者に於て之を爲すと規定す、惟ふに合名會社に在りては各社員何れも會社の業務を執行し、且會社を代表すべき權利義務を有するを原則とし、隨つて會社解散の場合には總社員又は其の選任したる者に於て清算を爲すを相當とするが故に、商法は右の如く規定したるものなり、然るに合資會社に在りては無限責任社員は會社の業務執行及代表に付合名會社の社員と同様の權利義務を有するに反し有限責任社員

は會社の業務を執行し、又は會社を代表することを爲さるものなれば、會社解散の場合に斯かる有限責任社員が突如として清算の範圍内に於て業務の執行及會社の代表を爲すべき權利義務を有する清算人となるべき何等相當の理由あることなし、故に同法第百〇五條に依り第八十七條の規定を合資會社の清算に準用する場合に於ては、同條に所謂社員は無限責任社員のみを意味して有限責任社員を含まず、即ち合資會社解散の場合に於ては清算は無限責任社員全員又は其の選出したる者に於てのみ爲すべきものと解するを正當とす

### 六五三 合資の解散は總同意

三分の二以上の決議で爲す旨定款に定めありても効なし商法の規定により必ず總社員の同意要

法曹會決議(昭和二年四月二十八日)

合資會社に左の如き規定あり

一、本社は社員の三分の二以上の同意を得るにあらざれば、解散することを得ず

二、本社の決議は總て社員の三分の二以上の同意を得るにあらざれば決議することを得ず

右の如き定款の定めにより有限責任社員のみにも個々に賛同を求め、其三分の二以上の數に達したる時は其殘餘の社員(無限責任社員を含む)には賛否を求めずして決議することを得るものに候や、或は總社員集會し總社員の同意なかりし場合三分の二以上の同意決議を認めたるものに候や、斯る場合其決議は業務執行社員が發議するものなりや、

清算人の選任方法は前述の如く、總社員に賛否を求めず共其同意が社員の三分の二以上に達すれば、無限責任社員の賛否の意見を求めず共、決議選任する事を得候哉、又は銜接の關係ある無限責任社員より清算人の選任を發議し、總社員に賛否を求め

其時總社員の同意なく共過半数亦は三分の二以上の決議を認めたるものに候哉

決 元來合資會社の解散は總社員の同意によりて爲すべく、又合資會社に於ける清算人の選任は總社員の過半数を以て之を決すべきことは、商法第百五條第七十四條第八十七條に徴し明白たり、然るに本件定款の規定の如く特に社員の三分の二以上の同意を得るに非ざれば解散することを得ず、又總て決議は社員の三分の二以上の同意あるに非ざれば爲すを得ざる旨定めたるは想ふに右の商法の規定を特に變更する趣旨に出でたるものならん、然れども解散は必ず總社員の同意を必要とし、之に違ふを得ず、而して右定款の如く單に社員と云ふ時は無限責任社員たる有限責任社員たるを區別せざる物と解するを相當とするが故に、有限責任社員のみにも同意を爲せる者の數が總社員の三分の二以上なる以上は該定款に所謂社員の三分の二以上の同意を得たる物と解して可なるべく、此同意を得るに當りては必ずしも總社員一堂に會合して決議する事を要せず、個々の



社員に就て同意を求むるを妨げず、亦發議は社員たる以上何人  
にても可なり、業務執行社員に非ざれば發議し得ざるの理なし

れば以上説く所は清算人選任の決議に際しても敢て異ならず

### 六五四 株主平等の標準は客觀的に定むべし

昭和四年(ヲ)第四九三六號

元來株金拂込の義務は株主の最も重要な義務にして、其負擔  
は各株主に對し平等なるものと謂はざるべからざるは疑の餘地  
なし、尤も株金の拂込は必ずしも總株主に對し同時に其の催告  
を爲すことを要するものに非ず其の催告に當り取扱上の便宜故  
障或は過失の爲其の催告の時期を異にするが如きは、株主に對  
し事實上の不便を與ふることありと雖も、拂込期日が同一な  
る限り各株主の負擔する拂込義務自體に何等の差異なきを以て  
未だ以て株主平等の原則に反するものと謂ふべからず、又假令  
多數株主に對し催告したる株金拂込期日の經過後に至り、前同  
様の事情に依り初めて一部株主に對し拂込催告を爲したるが如

き場合と雖も、其の株式數が極めて少數に限られたる如き場合  
には會社一般の利益と株主各個の利益との調和上、先に催告を  
受けたる株主が之を以て株主平等の原則に反するものとして拂  
込義務を拒否し得ざるものと解するを相當とす、叙上の如き場  
合を除き會社が株主に對し拂込金額及期日等に關し不平等なる  
催告を發したるときは、其の催告は株主平等の原則に違反する  
ものにして無効なりと謂はざるべからず、而して斯くの如き場  
合に不平等なりや否やは株主の爲め客觀的に之を考究すべき  
のにして、會社に於ける取扱者の主觀的意思の如きは、毫も顧  
慮すべきに非ざることば此の原則が株主の利益を保護するが爲  
に存する事由に鑑み當然なりとす

### 六五五 資本増加の原則に對する例外

昭和四年(オ)第千六百六十九號

商法第二一〇條において會社の資本は株金全額拂込の後非ざ

之を増加することを得ずと規定せる所以は、目的たる事業を經  
營する資金のなほ徴收し得べきものあるに拘らず、之を爲さず

して更に増資するが如きは必要なく、却つて弊害あるとの理由  
によれるものなれば、資金の徴收し得べきものなき場合は固よ  
り増資し得べく、而して現物出資の場合に於て出資者より既に  
その出資の目的物が全部會社に提出せられ、最早會社において

出資者より徴收し得べき餘剰なき以上、營業資金の必要あらば  
之を資本増加の方法に仰ぐことは、毫も右法條に反することな  
し

### 六五六 株主平等の原則に對する例外

昭和四年(オ)第八百三十九號

株主平等の原則は株式會社に關する商法の諸規定を一貫する原  
理にして、株式會社において之に背馳するを得ざるは言を俟た  
ざる所なるも、會社に新舊二種の株式ありてその拂込済金額を  
異にする場合において株式の合併に依る資本の減少を爲すに當  
り、一切の標準に依り絶體に平等なることを要するものとする

ときは、右の減資は遂に到底之を實行することを得ざるに至る  
場合を生ずべく、所謂株主平等の原則は斯る不能事を強要する  
趣旨のものに非ざるは當然の事由に屬し、要は出來得る限り合  
理的に株主の利益を平等ならしむるを以て足れりとするものと  
いはざるべからず

### 六五七 株主平等の原則と資本減少方法の決議

株主平等の原則は株式會社に一貫する所の原則にして、法律に  
特別の規定ある場合を除くの外、定款の規定を以てする株主總  
會の決議を以てするも、之を左右するを許さず、株主總會が資  
本減少の方法の決議をなすに當りても素より之が適用あり、株  
主總會は右原則に反せざる範圍内においてその方法を決議し得

るも、之に違背する點あるときはその決議は當然無効なるもの  
と解するを相當とす  
株主平等の原則は、株主有限責任の原則の如く、株式會社に本  
質的且絶對的のものにあらず、之が適用に付ては自ら限界あり  
當該事項の全體を通過してその根幹において各株主間に平等な



るにおいては假令その技業の點に付些少の等差ありとするも、以て株主平等の原則に反せざるものと爲さざるを得ず、單に形式的の平等あるを以て足ると爲すべからざると共に、絕對に實質的の平等を求むるは時として不能を強ふる場合あるに至るべく、更に會社の依て達成せんとする事項の目的より觀てその目的の重大なるに比し、不平等の結果が輕微にして株主の利害に影響する處僅少なる場合においては、しかしてその不平等なるに因り事の全體を無効とするときは著しく會社の目的を阻害するが如き場合に在りては、右の不平等は之を無視するも已むを得ざるところにして、不利益を受くる株主は會社の爲め之を忍ばざるべからざる所なりと謂ふべし、資本減少は法律上之を舊會社の解散と新會社の設立との併合せられたるものと目するは素より正當ならずといへども、これを經濟上より觀察するときには恰も舊會社を解散しその株主に分配せらるべき殘餘財産を以

て新たに會社を設立すると同様にして、その資本は當然損失の填補に充てらるべきものなり、しかして株主は各その株金拂込額に應じ利益又は利息の配當を受け、又解散の場合殘餘財産の分割を受け得ることは商法第九十七條及第二百二十九條の明定せる所にして、この精神より推すときは損失分擔の割合も各その株金拂込額に應じ決定すを最も妥當なりとす  
損失補償の爲にする資本減少は、結局株主をして從來の損失に對する分擔額を負擔せしめ、その損失を填補せんとする趣旨なること疑を容れざる所なれば、資本減少の方法を議するに當り最と着目すべきは即ち拂込株金の切捨に付各株主の間差等なきや否やの點にありて、その他の點に付ては假令小許の點に付差等ありとするも全體より通觀して利益不利益相補ひ結局過不足なきに至るときはこれを默認して問はざるものとす

### 六五八 合名の出資と特許權

法曹會決議(大正十五年七月六日)

特許出願權又は特許發明の實施權も出資の目的と爲すことを妨げず

問 合名合資會社の社員は特許出願權又は特許發明の實施權を以て其の出資の目的と爲すことを得るや、特許法第一條の規定に依れば新規なる工業的發明を爲したる者は、其の發明に付特

許を受くることを得と規定し、其の第十二條第一項には特許を受くるの權利は之を移轉することを得とあるを以て、特許出願權即ち特許を受くる權利は之を財産權の一種なりと認むることを得べし、果して然りとすれば特許出願權を以て出資の目的と爲し得べきこと固より論なき所なりとす  
以上の如く特許出願權にして財産出資の目的と爲し得べくんば

權利移轉の可能性を有する特許發明の實施權、特許法第五十二條も亦出資の目的と爲すことを得るものなりと謂はざるを得ず  
決 特許出願權に特許發明の實施權は、孰れも之を他人に移轉することを得るが故に、財産の一種と解し得べく從つて合名會社合資會社の社員が之を財産出資の目的と爲すことを妨げざるべし

### 六五九 合資と拂込の按分

解散したる合資會社の各社員は未拂込出資に付按分比例を以て會社債權者に辨濟責任あるのみ

大正十五年(オ)第七十二號  
按するに合名會社若くは合資會社の清算人が商法第九十二條の規定に依り、社員に對し出資を請求するには其の所要の金額を各社員に按分し其の割合に依るべきものなることは、當院の判例とする所なり(當院大正六年(オ)第二四六號、同年八月三十日言渡判決參照)而して本件被告上告人の請求の趣旨は、被告上告人は訴外竹内式鐵筋コンクリート合資會社に對し、手形債權を有する所、同會社は解散して清算中に屬するも同會社には社員に對する出資請求の債權以外に、他に財産を有せざるに拘はらず、清算人は社員に對し出資の請求を爲さざるに依り、民法

第四百二十三條の規定に依り、社員たる上告人に對し出資の拂込請求を爲すに在ること原判決事實摘示に依り明かなるを以て本件上告人の出資に付ても亦右の如き各社員の出資額に按分したる割合に依るべきものとす、然るに原審は被告上告人が竹内式鐵筋コンクリート合資會社の社員にして、九萬五千圓の出資義務あること並に被告上告人が同會社に對し手形債權一萬二千七百七十六圓五十錢及之に對する年六分の割合の損害金の債權を有し同會社の財産を以て之を完済するに足らざることを確定したるのみにて、被告上告人以外の他の社員の出資額に付何等之を確定する所なく、清算人が商法第九十二條に従ひ社員に對し出資拂込



を請求したる場合に於ては其の請求額が會社所要の金額を各社員の出資義務額に按分し、其の割合以上なるとき社員に於て其の超過部分の支拂を拒絶し得るに過ぎずと列示して、被上告人の主張する債権額と同一なる出資を上告人に命じたるは、結局

### 六六〇 會社の持分は停止條件附財産權也

昭和五年(八)第二〇二號

商法所定の各合名會社又は合資會社の各社員が、會社に對して有する持分の意義に付ては、同法中直接之が定義を與へたる明文なきも、持分の性質が社員たる資格そのものと同一にあらざること蓋し疑を容れざるところなり、即ち社員たる資格は會社設立行為の完了により之を取得し、その取得したる社員たる資格に伴ひ社員が會社に對し商法所定の各個の權利を有し義務を負ふに至るものとす、斯くの如く社員が社員たる資格を前提として會社に對して有する財産的又は非財産的權利義務そのものが之即ち持分なり商法第百十二條第百五條第五十九條第七十一條に所謂持分とは、社員が會社に對して有する一の財産的請求權の謂にして、當該財産權は會社解散又は社員退社の場合における一定の財産の拂戻請求權並に利益配當請求權を以てその

清算中の會社所要の金額を各社員の出資額に按分せず、上告人をして單獨に全部を出資せしむるに歸するものにして、前示法則の適用を誤りたると共に審理不盡、理由不備の不法あるを免れず

内容と爲すものとす、然れども右に所謂持分は常に如上の具體的請求權を伴ふものにあらず、時として全然かかる財産的請求權を發生せずして、終るべきことあり得るのみならず、解散又は退社の場合において却つて反對に社員より社會に對し一定の財産を支拂ふべき義務を負担することなしとせず、果して然らば現に一定の財産の拂戻又は利益配當の請求權が具體的に發生せざる場合における持分は、之を一の停止條件附財産權なりと解すべきものとす、而かもこの意義における持分はその状態において該持分の全部又は一部を他人に讓渡し得るは、商法がその第五十九條第百五條第百十二條において、既に之を認容せるところなり、之を法文において讓渡を認められたる持分が會社解散又は社員退社の場合において現に發生若くは利益配當請求權として、現に發生したる具體的に獨立したる性質を有す

る各個の請求權の讓渡を指したるものにあざること、之亦疑なかるべし、蓋し斯る具體的に獨立したる財産權は前示商法

### 六六一 合資會社々員の持分差押

御誌本年四月一八號三頁に依れば、合資會社持分に對しては民訴六二五條に依り差押へ可能なる旨御回答有之も、疑義有之候に付御教示下され度御願ひ申上候

記

一、差押へ出來得るとするも商法第五九條に依り競賣不能とすれば、會社解散の時期まで差押へのま、捨置かればならぬや(この邊詳しく御教示願ひ度し)  
一、なほ又右競賣に對しては第一債權者より配當割込みすることを得るや

一、持分に對しては假處分の申請をなし得るや  
一、會社財産は債權者より差押へは不能としても、先づ差押へをなし然る上債權者より會社財産の故を以て異議を申立すべきものなるや、右甚だ御手数敷恐れ入り候へ共至急御回答下され度願ひ上候  
一、債權者を破産にすることが前提故、第三者の配當加入

第二章 商事 第一節 會社法の部

の明文を俟つまでもなく、當該權利者において處分し得べきこととは一般的规定に依り自明の理なればなり

も總て強制競賣手段は停止又は禁止せらるることとなるこれが四月號の趣旨である

二、破産せずには退社せず、退社せざる以上持分拂戻し請求權(商法第七一條)は發生せざるの理なり、故に四月號の分は破産を前提とする手段にて單純に持分差押へをなしたりとて、何の役にも立つものではない、唯他の社員の同意あればその時より競賣可能となる希望あるに過ぎざるものなれば、退社せしめず目的を達することは不可能である

三、持分の差押への、可能論と不能論は何れも理由がある、依つてこの兩論を外にして、社員を退社せしめず差押へ競賣の出來る方法を述べて見やう、それは持分中の利益配當、持分拂戻し殘餘財産分配の請求權またはその期待權を差押ふるのである、之ならば議論の餘地がない、その代り利益配當がなければ何れもならぬことあらうし、解散まで待たればとれない持分拂戻しや殘餘財産の分配請求權の持ちぐされになることもあら



う、即ちその期待権であり特權であるに過ぎないものを差押へ、又は競賣するも何の價値もないことあらう、たゞその差押へが可能である、競賣ができるといふだけのことである、尤もよい會社の持分で配當が毎期とれるやうな場合は、その請求權は價値ある故強制執行して見込があることになる

四、假處分は係争物に對する執行保全の手續故、係争物なるときは假處分も出来るの理である

五、末項の質問の意味は不判明であるが、會社財産を差押へ不能といふことはいはずである、持分は會社財産ではないから混同せざる様願ひます、差押へ不能のものを先づ差押へするといふも不可解である、債務者より異議云々の債務者といふは會社の債務者か否や再質問ありたし、要するに本項は意味不判明である

### 六六二 合資會社の清算人は無限社員が原則

昭和五年(ワ)第三八號(六、二、二十三、盛地)

合資會社に在りては無限責任社員は會社の義務を執行し、又は會社を代表すべき權利義務を有するに反し、有限責任社員は斯る權利義務を有せざるものなることは、商法第九條第百十四條第百十五條等の規定に徴し明白なるところなれば、會社解散の場合に斯る有限責任社員が突如として清算の範圍内に於て業務の執行及會社の代表を爲すべき權利義務を有する清算人となるべき、何等相當の理由あることなし、從て商法第五條に依り、同第八十七條の規定を合資會社の清算に準用する場合に於ては同條に所謂社員は無限責任社員のみを意味し有限責任社員

を含まず、乃ち合資會社解散の場合に於ては、清算は無限責任社員又は其の選任したる者に於てのみ爲すべきものと解するを正當とす

### 六六三 無限責任社員を有限社員に變更可也

昭和四年(ホ)第一四九三號

(判旨第一)

我商法上無限責任社員が退社し更に有限責任社員として入社し得ること敢て論なき所にして、無限責任を有限責任に變更するは結局無限責任社員が退社すると同時に有限責任社員として入社すると何等の差違あることなし、寧ろ退社と入社との二個の手續を爲すより責任變更なる一個の手續を爲して以て同一結果を得るの便宜なるに如かざるべし、而かも我商法中此の如き場

合を禁止する規定の存するなく、又毫も公序良俗に反する所なきを以て商法に責任變更に關する規定存在せずと雖も、合資會社の社員は責任の變更及其登記は法律上有效なりと稱するを相當とす

商法第八十三條の二は合名會社を合資會社に其會社の組織を變更する場合に關する規定にして、個々の社員が退社若くは責任變更を爲したる場合に關する規定に非らざるを以て、個々の社員は責任變更の場合に準用若くは類推適用すべき限りに非ず

### 會社への請求は社員への請求とならず

(判旨第二)

合資會社の無限責任社員か、其責任を有限責任に變更する場合に於ける無限責任社員としての責任の存続期間に付ては、商法第七十三條を類推適用し其責任變更の登記の時より二年を経過するによりて消滅するものと解するを相當とす、商法第七十三條は無限責任社員は退社後其登記及二年間登記前に生じたる會社の債務に付、其責任を負ふべきも此二年内に無限責任社

員が直接の請求を受けざるときは、其後は絶対に其責を免かるべき旨を規定したるものにして、固より其性質は民法上の保證とは全然其性質を異にするを以て、保證債務に於けるが如き主たる債務従たる債務とは、軌を一にして論すべからず、從て會社の債權者が無限責任社員退社の登記後二年以内に會社に對して請求を爲すと雖も、之が爲退社したる無限責任社員に對し請求を爲したると同一の効果を生ずる理由なきものと解するを相



### 六六四 合資會社の無限責任社員責任變更並有限責任社員責任

昭和四年(ワ)第四三九九號

我商法上合資會社の無限責任社員責任變更を禁止したる何等の規定なきのみならず、却て合資會社の無限責任社員は何時にても會社を退社し、無限責任社員として入社することを得べきことば我商法上一點の疑なきところなるが故に、此場合と其實質を殆んど同じくする責任變更を、右の場合に準じ我商法上之を許容すべきものと解するを相當とす、合資會社は無限責任社員責任變更を無限責任社員が退社して有限責任社員として入社したる場合に準じ、之を許容すべき限り叙上の場合に於ても亦商法第五條第七十三條を類推適用し、責任變更の登記後二年間は無限責任社員としての責任を負擔するも、右期間を経過したるときは該責任は消滅すべきものと解するを相當とす

### 六六五 保險會社の包括移轉

問 一、〇〇生命保險株式會社が今度營業免許取消命令を受け

保險契約の包括移轉は會社から同種の他の會社に對して行はる契約者の委任狀は不用である

その代理店が多數集まつて保險契約者の權利擁護のため、他の

保險會社に保險契約の包括移轉運動を開始致しました

二、そして私共の處へも委任狀を送れさもなくば實行運動に参加せよと申します、若しこれを拒んで参加もせず、委任狀も送らば何か法律上不利なことがありますが(三、一〇、二〇日中都會員)

答 一、貴下は右の實行運動に参加することもまた委任狀をかくこともいらぬことであり、右の様なことをせねばならぬ法律上の義務も責任もありません、絶対に貴下の御自由です、傍觀に限りませう

二、また傍觀して居ても該運動功を奏した處が奏せぬ處が運動参加者または委任狀提出者と同じ運命に歸するのであるから御安心なさい、その理由を少しく述べませう

### 六六六 商法第七三條の責任と其範圍

大正十五年(ワ)第七四六號

商法第七三條の規定は無限責任社員が有限責任社員に變更したる場合に、また類推適用せらるべきものとす、商法第七三條第一項後段にこの責任はその登記後二年を経過したるときは消滅すとの責任は、登記後二年前に請求することを要する趣旨に

第二章 商事 第一節 會社法の部

して、既に二年内に訴を提起し裁判上の請求を爲したる場合において、判決の言渡は何年後において爲さるゝもその責任に影響するところなし



### 六六七 會社の目的外の保證並株式引受は詐害行爲

昭和三年(ヲ)第二四號

會社は其定款に定められたる目的の範圍内の行爲並に其目的たる事業を遂行するに必要なる行爲を爲し得る能力を有するに止まり、其外を行爲は之を爲すも無効たるを免れざるものにして船具、諸機械類、計量器の販賣其他一切の附帶事業を營むことを目的とせる資本金五萬圓の合資會社が一個人の爲め十八萬數千圓と云ふが如き巨額の貸借に付、連帶保證債務を負擔する行爲は、會社の目的遂行上に付何等かの關係ありと認むべき資料

の存せざるに於ては、其の目的の範圍内に在らざるものと認むる外なし  
金錢を株式に換ふるは一般債權に對する辨濟實力を薄弱ならしめ、若くは困難ならしむるものにして、詐害行爲の目的となること明かなり  
拂込行爲なるものは引受行爲の存するにより、法律上履行せざる可からざるものに係り、其行爲自體は詐害行爲を以て目すべきに非ず(東地判決)

### 六六八 利害關係の衝突なき場合の會社と取締役の取引

昭和四年(オ)第千三百五十八號

商法第七十六條に所謂取引は會社と取締役間の利害關係の衝突を惹起すべき取引を意味し(大正九年(オ)第八八六號同年二月二十日大審院判決参照)會社と取締役とか例へば互に金錢債務を負擔して双方の債務が辨濟期に在る場合は、會社の債務に抗辯權の附隨する如き特別の事情なき限り、之が相殺を爲すが如きは何等の弊害を生ずることなく、兩者間に利害關係の衝突

を惹起すべき取引なりといふを得ざるを以て、同條に所謂取引に屬せざるものとす

### 六六九 外國會社登記前の行爲

昭和二年(オ)第千八十五號

我國の商事會社が成立後未だ登記をなさざる間にしたる行爲は、その登記ありたる後におしては會社の行爲としてこれを認めざるべからざると同じく、外國會社が我國に支店を設け未だその登記なき間にしたる行爲といへども、既に登記ありたる以上は何人もこれを否認し得ざるや論を俟たざる所にして、例

(外國會社の相手方が前記の登記前においてその成立を否認したる場合においても、その理を異にせざるものといふべく「商法第二百五十七條に所謂外國會社が始めて日本に支店を設けたるときは、その支店の所在地において登記をなすまでは、第三者はその會社の成立を否認することを得ると規定せる趣旨、また實にこゝに存するものと謂はざるべからず

### 六七〇 難を虞れて一族の合名

問 某會社取締役たる甲は該會社の債務に對し、他取締役等と共に連帶個人保證を爲し居たり、然るに該會社破綻に瀕し全財産を以てしても全負債を辨濟するに足らず、依りて甲は會社の累の及ぶを虞れ、最近に至り自己一族及自己財産を包括して合名會社を組織したり、會社は無力なるにより訴追するも見込なし、此際連帶保證人たる甲に對して請求するには如何なる方法をとるべきか、又甲の會社組織は詐害行爲となるものによらざるべきか、又甲の會社組織は詐害行爲と爲すべく、然るときは合名

詐害行爲としての取消訴訟も可能なれど立證上面倒故破産宣告を申請して根本より顛覆可なり

への出資も管財人より取消されることあるべし時には又財産隠匿等を以て刑事上の制裁を與へらるべし、此手續を以て臨むときは必ずや親族等に於て出捐し示談を講ずべき也、右連帶保證人への請求は株式會社への執行後なることを要せず、又其個人等に對する請求訴訟及判決執行等を爲さずして、いきなり破産の申請出来るなり、詐害行爲としての取消訴訟も出来るけれど之は面倒にして時日を要すべく、其よりは迅速なる破産手續並に刑事上の制裁件ふ處の前記手段を可とす



### 六七二 戸籍件で財産契約

家産保全の合名會社組織は可なるも身分上の變更の場合失權契約は人身自由束縛となる故無効

間 甲家あり、一家の財産保全の爲め資本金十萬圓の左の目的の合資會社を設立し、其家族の中戸主妻叔母の三名は無限責任社員となり、外親族三名は有限責任社員となりたり。但當家族は右三名(戸主妻叔母)の外長男長男の妻孫女の三名ありませす。

一、會社の目的 動産不動産の取得並に貸借、而して右資本金にて無限責任社員三名名義の不動産(田地)の内より此額に相當する價格丈けを買受け、其出資割に充當しました、尤も全財産の四分の一を移轉したる故、追々全財産をも資本金増資の上所有權移轉を爲す筈です。

二、有無限責任社員中今後萬一甲家より家出をなすか、又は離籍又は分籍等なる場合は、會社に對する出資金額の返還を求めざるは勿論、(退社の場合に於ても)利益配當を受くる等一切の權利を拋棄する事の契約を今日に於て爲し置き有效なりや。但此場合は右の交換條件として家出したる者に對し、甲家より毎年相當の生活費用を支給致すべきものなり。

三、右無限責任社員死亡の場合による家督相続人、又は遺産相続人は入社せざること、並に出資金の拂戻を受けざる事の契約又は定款變更は有效なりや。

右社員一同は甲家の先祖よりの財産保存を目的とするもの故に如何程の契約又は定款に記載して契約するも、一同々意の上なり、以上の事實故公正契約又は定款變更して出來得るものなれば何卒其理由を付し御教示不され度願上候。

答 離籍分家等の場合出資權云々の定款記載は無効なるべし、右等の場合社員は或者と或者との間に何等か交換的條件に譲渡の契約をなすは有効也、戸籍上の事を以て財産權を制限し、身分上の變更自由を束縛するは法の認めざる處也。

社員死亡の場合に入社を認めぬ契約即ち定款は有効也、社員は其人に重きを置くものなれば也、但し其持分の拂戻し權の相續を否認すとの約款は無効也、斯かる相續權を無視する契約の不法なるは勿論、先代の契約の爲め相續人が與へられある權利を奪ふことを得ざるものなれば也、死亡と同時に持分の幾分の權

利を何某に贈與すとの契約又は遺言は相続人の遺留分權(二分)

の二)を害せざる程度に於て有效なり

### 六七三 會社の登記前に取引

大正十四年(オ)第千三號

商法第四十六條は會社が其の本店の所在地に於て開業の準備に着手することを禁ずるのみにして、此の禁令に反したる行爲の效力なきことを規定したるものにあらず、會社にして右規定に反する行爲を爲すときは、其の業務執行社員又は取締役等が同法第二百六十二條の二第五號に依る制裁を受け或は右行爲に依り、會社に損害を蒙らしむるときは業務執行社員又は取締役等は會社に對し之に依る損害を賠償するの義務を負ふことあるに

會社より第三者に對抗力なきも第三者より會社の成立を認め其取引を有効とすること妨げなし禁令と罰金は取引效力に無關係也

止まり、前記行爲の效力に至りては之等の規定に依りて何等の影響を受くるものにあらず、而して同法第四十五條は會社設立の登記は會社が其の成立を以て第三者に對するの條件たることを定むるも、既に會社にして成立せる以上其の登記を爲さざるも第三者が會社に對し成立を對抗するを禁じたる法規なきを以て、原判決が本件賣買を以て被上告人等の上告會社に對抗し得べきものなりと判示したるは相當なり

### 六七三 會社を個人に管理

會社の事業を一切個人に管理せしめ一定の収益を圖ること違法に非ず外部關係は經營なれば也

大正十五年(オ)第七百七十五條

接するに原審は上告會社は博愛濟世を旨とする醫業を營むを目的とし、株式會社設立の條件に従ひ設立せられたる營利を目的とする社團法人なる事實、並に上告會社は被上告人との間に上

告會社が其の目的とする醫業經營の關係を絶ち、被上告人に於て上告會社の存立期間満了に至る迄上告會社の病院設備を利用し、自ら醫員等を雇入れ被上告人の營業として醫業を行ひ、之に依りて得る利益は被上告人に歸せしめ、契約當時に於ける會



社の債務は被上告人に於て引受辨済し、會社の有する薬價其の他の債權に因る収入は總て被上告人の取得とし、被上告人は右設備利用の損料として、毎年四百圓を病院改良費に充つる爲提出すべき約旨の契約を締結し、醫員の届出及株主總會招集等の手續は會社の名に於て爲したる事實を認定し、尙法律上の見解として營利を目的とする社團法人は法人自ら營利事業を經營し且之に依りて得たる利益を社員に分配することを必要と爲し、此の前提の下に叙上の本件當時者間に締結せられたる契約は營利を目的とする社團法人なる上告會社の本質と相容れざる無効のものなりと判示したり、然れども會社が外部の關係に於て全然其の目的とする事業を廢止したるに非ざる以上、内部關係に於ては一般商人と同様必ずしも常に會社自ら該事業を經營管理することを要せず、之を契約に依り他人に一任することは敢て妨げなき所なり、又營利を目的とする社團法人なればとて必ずしも年々所謂利益配當を爲すことを要せず、苟くも法人に於て

収益を爲し因つて以て解散の際社員に分配すべき殘餘財産を増殖するに妨げなき契約なるに於ては、營利法人たる會社の本質と相容れざるものと謂ふべからず、而して叙上原審認定の如き事實なるに於ては上告會社は内部關係に於て契約に依り其の目的とする事業の經營管理を被上告人に一任したるに止まり、外部關係に於ては全然其の目的とする事業を廢止したるものと謂ふべからず、又該約旨に従ふときは上告會社は年々社員に對し所謂利益配當を爲すこと不能なるべきも、被上告人に於て上告會社の既存の債務を引受辨済し且年々病院改良費四百圓を提出すべきが故に、上告會社解散の際社員に分配すべき殘餘財産は爲に増殖せらるゝ利益なしと速断すべからず、然らば本件契約は必ずしも營利法人たる會社の本質と相容れざるものと斷すべからざるに、原審が叙上の如く判示したるは理由不備の違法あるものにして、本論旨は其の理由あり、原判決は破毀すべきものとす

### 六七四 創立總會で資本減

創立總會に於ては定款の變更を爲し得るもの故  
資本減少の決議を爲し得ること當然とすべき也

法曹會決議(大正十四年四月二十二日)

問 株式會社の創立總會に於て資本減少の決議を爲し得るや

商法第三百三十八條には創立總會に於て、定款變更の決議を爲すことを得ることを規定し、同百二十條に定款記載の事項を定め其の中に資本の總額あり、而して百三十八條に資本變更を爲すことを得ざる特別規定なきに依て、創立總會に於て資本減少の決議を爲すことを得るものなりと信す  
右仰御決議候也

決 創立總會は定款の變更を爲し得べく、而して資本の變更は定款變更の一種なるが故に、創立總會に於て資本減少即ち資本の變更を爲すを妨げず、但し其減少の方法が株式引受人の權利を全然剝奪するが如き場合には許されざるところと解すべきなり

### 六七五 病院を營利會社可

會社々員株主又は社團の社員に收益分配目的の  
病院經營は矢張營利事業故會社法により設立可

法曹會決議(大正十四年十一月四日)

問 (一)單に診察治療を爲すを以て目的とする普通の病院又は醫院は商法第四十二條第二項に依り株式會社として設立することを得るや  
問 (二) 醫院の經營を目的とする合資會社を設立することを得るや、例へば甲醫師は勞務を出資し無限責任社員となり、乙は金銭出資をなし有限責任社員となり會社を設立するが如し吾人は左の理由により本同會社に之を設立することを得ざるものなりと思考す  
古來醫業行爲者に對し營業税を課せざるは、醫たる行爲を慈善

事業の一種と認めたるが故ならん、果して然らば醫業行爲は營利を目的とする行爲に非ざれば、之を商法に所謂商行爲を以て目すべきものにあらず、然り而して醫院の經營と醫業行爲とは別個のものなるが如きも、醫たる行爲を事業と爲すが爲めに醫院を經營するものなれば、醫業行爲と分離して醫院を經營することは絶對的不可能に屬す、されば醫院の經營なる行爲も亦慈善事業中に包含するものなりと謂ふべく、従つて營利を目的とする商事會社として其の設立を許容すべきものにあらず  
決 商法第四十二條第二項に營利を目的とする社團とは、民法第三十五條第一項の營利を目的とする社團を指すものにして、



其の所謂營利とは社員の經濟的利益を圖るを以て終局の目的とすることを意味し、即ち社團が財産上の利益を得るは手段に過ぎずして、其の利益は社員間に分配さるるものを云ふなり、従つて社團の爲す事業そのものは一面に於て公益に關するものにして、其の事業上の収益が結局社員間に分配さるる趣旨にて組織されたる場合には、營利を目的とする社團と解すべきなり、故

### 六七六 片面的に完全の會社

大正十五年(オ)第八二七號

按ずるに株式會社の設立に關し株式の引受又は拂込の未済が會社資本の鞏固と其の目的としたる事業の遂行に障礙を與ふる程度のものなるときは、假令創立總會終結するも株式會社は成立するものと認むべきにあらず、若然らずとせば、資本團體たる株式會社の基礎を脆弱ならしめ、資本の充實を強制する商法第二百二十五條以下第三百三十九條の規定は全然徒法空文に歸し、立法の趣旨にあらざること明かなればなり、當院從來の判例特に大正五年(オ)第九百一號大正六年三月八日第三民事部判決も如上の趣旨を明かにしたるものに外ならず、而して株式の引受又

十萬圓の株式會社設立を五萬圓で募集を中止し  
創立總會で減資して設立は根本から無効とさる

は拂込の未済の程度が會社資本の鞏固と事業の遂行に障礙を與ふるものにあらざる場合にありても創立總會終結するときには常に必ずしも會社が成立するものなりと云ふを得ず、商法第三百三十一條第二項は、創立總會には株式引受人の半數以上にして定款所定の資本の半額以上を引受けたる者出席し、其の議決權の過半數を以て一切を決議する旨規定し、創立總會には前記所定數の株式引受人の出席を必要とすること明かなれば此の定足數の株式引受人の出席を缺く創立總會は適法なる構成を缺き、會社を設立せしむるの能力を有せざるものと解するを正當とすべきが故に、斯る創立總會が終結するも未だ以て之に依り會社は

成立するものにあらず、従つて其構成に右の如き缺陷ある創立總會が定款を変更して總株式數を減少して、資本の減少を決議し、其の變更したる定款に従へば該創立總會が商法第三十一條第二項所定の定足數の株式引受人の出席したる場合に該當するるときと雖も、右定款の變更に因り該創立總會は其の能力を追究せらるべきものにあらず、蓋し商法第三百三十八條は創立總會に於ては定款變更の決議をも爲す事を得と規定するも、同條に所

### 六七七 會社の行爲能力

會社の行爲能力を嚴格に制限し代表者の行爲を無効とするが如きは取引の安全を顧みぬ誤判也

(博士岩田宙造氏判批摘要)

大審院大正十一年(オ)第一三九號、同年七月十七日言渡第二民事部の判決理由に曰く

本件に於て上告會社は、綿糸の製造販賣及各種織物の製造販賣加工請負其の他に關する一切の附帶事業を爲すを目的とする會社にして、本件手形に於ける上告會社名義の裏書は、單に訴外日本クレイフ株式會社に金融を得せしむるの目的を以て爲されたることは原審の確定せる事實なれば、右裏書は上告會社の目的たる事業遂行に必要なりとすることは、之を主張する被上告

人に於て立證する責あるものとす、何となれば會社は定款に依りて定まりたる目的の範圍内に屬する行爲、及其の目的たる事業を遂行するに必要な行爲を爲すの權利能力を有するも、其の目的たる事業の遂行に必要な行爲なりや否やは、各場合に付判定すべき事實問題に屬し、反證なき限り直に會社事業の遂行に必要な行爲なりと推定することを得ざればなり、然るに原審は論旨摘録の如く判示して上告人の抗辯を排斥し、依つて以て上告人に敗訴の言渡を爲したるは立證の責任を誤りたる不法あるものにして、本論旨は其の理由あり、原判決は此の點に



於て破毀を免れず、大審院の右判決は左の三個の趣旨を包含す  
(一) 會社は定款に依りて定まりたる目的の範圍内に屬する  
行爲及其の目的たる事業を遂行するに必要な行爲に付いての  
み行爲能力權利能力を有するものなること

(二) 會社の行爲が其の目的たる事業の遂行に必要なもの  
なりや否やは、具體的事實問題として決定すべきものなること  
(三) 會社の行爲が其の目的たる事業の遂行に必要なもの  
なりとの事實は、之を主張する者に於て立證の責を負ふものな  
ること

右の三個の判旨は何れも正當なりや否や

(一) 我判例從來の傾向は一般法人の行爲能力の範圍を極め  
て狹義に解せんとし、最初は之を定款に規定せる目的自體の範  
圍内に限局し(明治三五年(オ)第五九七號同三六年(オ)第五八  
〇號同三年(オ)第三九九號)後漸次擴張して定款に規定せる目  
的自體に屬せざるも、其の目的たる事業の遂行に必要な行爲  
は同じく其の行爲能力の範圍に屬するものと爲せり(明治四〇  
年(オ)第五〇二號大正元年(オ)第二號同二年(オ)第五二二號同  
五年(オ)第八四七號同九年(オ)第四八號)本判決も亦從來の  
判例を踏襲したるものにして、予は第一判旨に對しては大體に

於て異論なきも、唯其の目的たる事業を遂行するに「必要なる  
行爲」に限り「有益又は便利なる」行爲を除外したるは狭きに失  
するの憾みなきを得ず、蓋し其の目的たる事業を遂行する手段  
方法數多ある場合に、其一を實行したるとき、又は他に一層有  
利なる方法あるに拘はらず、比較的有利ならざる方法を採用し  
たる如き場合に在りては其實行し若くは採用したる手段方法は  
之を嚴格なる意味に於て、其の目的たる事業の遂行に必要な  
行爲と言ふことを得ざるも、而も斯の如き行爲が會社の行爲能  
力の範圍に屬すべきものたることは、何人も異論なき所なる可  
ければなり、故に判決が其の目的たる事業を遂行するに「必要  
なる行爲」と言へるは少くとも用語に於て適切ならざるものあ  
ることを免れず

(二) 會社の或行爲が果して其の行爲能力の範圍内に在りや  
否やを決するに當り、其標準を抽象的行爲の性質に求めずして  
具體的事實の上に置かんとする第二判旨に對して、予は遺憾な  
がら賛意を表すること能はず、元來會社の行爲能力の範圍を定  
むる關係に於て「定款に依りて定まりたる目的」と言ひ又其の  
目的たる事業を遂行するに必要な行爲」と言ふは何れも抽象  
的觀念を有するに止まり、具體的事實關係に於て言ふものに非

ず、會社の行爲能力の問題としては會社の代表者は會社の爲め  
に如何なる行爲を爲し得るやを決定すれば足るべく、眞實會社  
の爲めに爲したりや否やを決定することを要するものに非ず、  
換言すれば會社の代表者が會社の爲めにすることを示して爲し  
たる行爲が其抽象的性質に於て會社の目的たる事業の遂行に必  
要なるべき性質を有する以上は、其行爲は會社の行爲能力の範  
圍に屬するものとして會社に對し當然其效力を生ずべく、假令  
眞實其代表者が會社の爲めに爲す意思を有せず、又會社の目的  
たる事業の遂行に必要なざりしとするも、之が爲め其行爲を  
以て會社の行爲能力の範圍外なりとし、従つて會社に對し其効  
力を生ぜざるものと爲す可きに非ず、何となれば具體的事實關  
係に於て如何なる行爲が會社の目的たる事業の遂行に必要な  
やは會社の事業を執行する會社の機關のみよく之を知ることを  
得べく、到底會社と取引を爲す相手方の知り得べき所に非ず、  
況んや第三者に於ておや、故に若し或る行爲が會社の行爲能力  
の範圍内に屬するや否やを決することが、具體的事實に基き其  
行爲が、眞實會社の目的たる事業の遂行に必要なりしや否やに  
依り定まるべきものにして、其の行爲の種類性質の如何に拘は  
らず、眞實必要なりしときは會社の行爲能力の範圍外として

會社に對し、當然其效力なきものとせむか、會社は如何なる行  
爲に對しても、苟くも會社に不利益なる結果を來したる場合に  
は其行爲は眞實會社の目的たる事業の遂行に必要なざりしこ  
とを主張して、其責を免ることを得べく、斯くして其の行爲  
が會社の行爲能力の範圍外なりと認めらるるときは、相手方は  
如何に善意にして過失なく其の行爲が會社の爲めに爲されたる  
ものと信すべき正當なる理由を有したりとするも、民法第一一  
〇條の保護をも受くることを得ざるは勿論、此の如くむば遂に  
何人も安んじて會社と取引を爲すものなきに至るべし、到底右  
判旨に賛成する能はざる所以なり

(三) 會社の行爲が其の目的たる事業の遂行に必要なりとの  
事實は之を主張する者に於て立證の責に任すべきものと爲す第  
三判旨は其所謂「必要」なりと言ふ意味を其の行爲の抽象的性  
質に於て「必要あり得る趣旨」と爲すときは、原則としては正當  
なるべし、然れども實際問題としては營利會社に對しては財産  
に關する行爲は多くは其の目的たる事業の遂行に必要なり得る  
ものにして、性質上必要あり得ざる行爲は寧ろ例外に屬すべき  
が故に結局性質上必要なき行爲たることを主張する者に於て、  
反證を擧ぐるの地位に立つを普通とすべし、本件に於ける事實



の如く綿糸の製造販賣及各種織物の製造販賣加工請負、其の他に關聯する一切の附帯事業を目的とする上告會社が、訴外會社に金融を得せしむる目的を以て手形に裏書を爲すことは兩會社の間に於ける取引關係如何に依り、上告會社の目的たる事業の遂行に必要あり得る性質の行爲なることは立證を俟たずして顯著なる事實なるが故に、其裏書が上告會社の行爲能力の範圍内に屬し、有效なる行爲なることを主張する者は、更に其以上兩會社間の取引關係等の具體的事實を立證するの必要なきもの

と言はざる可からず、又斯の如き立證を兩會社以外の第三者に要求するは不能を強ゆるものと謂ふべきのみならず、第三者は豫め此の如き證據を準備したる後に非ずむば如上の手形を完全に取得することを得ざるものと爲すは、取引の安全を根柢より覆へさむとするものにして、取引の實際を無視したる極めて不當の判決と言はざるを得ず、故に予は第三判旨に對しては理論に異議なきも其適用に付ては全然反對にして、却て原院判旨に贊意を表するものなり

### 六七八 社債の不償還で質問

#### 株式や新社債に應ずる義務なし成行を見て單獨權利實行得策也回収困難の時破産で脅せば解決

同、私債某製菓株式會社第三回社債募集の折二百圓也、應募仕り去る十二月一日が償還期限にて候處、期日に至り突然現金償還不可能故増資新株(十期間優先一割配當)を以て代りとして受取れ、若し不希望なれば社債發行餘力六十萬圓を發行するから之に乗替へよとの事なるも、果して一割配當出来るや否や疑問若し出来たとするも其期間を過ぐれば普通株となり、株價は現狀より推して殆ど無價值のものとなるは必定、又社債に乗替へても期限三年經過して又々償還不可能ならん、然れば何れも不

利なり(一度は普通便を以て現金償還を催促したるも不能の旨回答來る)依て左記の箇條御尋す  
一、株券も社債乗替へもせず、絕對的に現金償還せしむる方法なきや  
二、訴訟により請求するとすれば如何なる方法宜敷や、且つ其費用の概算  
三、債務者に對して訴訟費用等は請求する事出来ざるや  
四、發行餘力の六十萬圓を他の社債所有者乗替へ、残りなき

時は是非共株券を受取らざるべからざるや、若し其際株券を受取らざる時は如何

五、訴訟は一個人にて出来るや、又社債債権者共同ならざれば出来ざるや候

籌 株式に應ずる義務もなし、新社債を引受くる義務もなし、否な斯ることに應ずるよりは此儘成行を見て單獨債權實行に取掛るを可とすべし、質問の如き状態の會社にては、大抵結末が良くなって終ることば世上幾多の實例也、裁判上の和議とか云

### 六七九 設立登記前の會社契約

(田中誠二教授 判例評釋)(大正一四(オ)一〇〇三號、一五、七、一七、民三、集五卷九號六三三頁)

(判示) 商法第四六條は會社が其本店の所在地に於て登記を爲す以前に於て開業の準備に着手する事を禁ずるも、同條は唯此の如き行爲を爲す事を禁ずるのみにして、此禁令に反したる行爲の效力なき事を規定したるものに非ず、會社にして右規定に反する行爲を爲す時は其業務執行社員又は取締役等が同法第二百六十二條の二第五號に依り制裁を受け、或は右行爲に因り會

ふ如き嚴重な條件の下に整理を待つは得策のことあれど、然らざる限り一時を糊塗する方法としか思はれず、宜しく排斥して權利實行に取掛るを得策とすべし、單獨にても訴訟毫も差支なし、執行しても回収困難の時は破産の申請をして嚴重なる手續の下に清算せしむるを可とすべし、訴訟費用の印紙代や日當は相手方より取る權利あり、代理人に支拂ひたる報酬等は其割に回収は困難也、取立高の二三割位損すると思へば大差なかるべし

#### 會社が設立登記前に開業せば取締役は制裁又は賠償の義務あるも第三者等の契約は有效である

社に損害を蒙らしむる時は業務執行社員又は取締役等は會社に對し之に依る損害を賠償するの義務を負ふ事あるに止まり、前記行爲の效力に至つては之等の規定に依りて何等の影響を受くるものにあらず、而して同法第四五條は會社設立の登記は會社が其成立を以て第三者に對抗するの條件たる事を定むるも、既に會社にして成立せる以上は其登記を爲さざるも第三者が會社に對し會社の成立を對抗するを禁じたる法規なきを以て、原判決が本件買買を以て、被上告人等の上告會社に對抗し得べきも



のなりと判示したるは相當にして、論旨は理由なし  
 (評釋) 第一に氣が付くのは本件に付ては大審院判例集の判決  
 要旨の抽出の仕方が誤つて居る事である、判決要旨は上述判旨  
 の後の部分即ち説立登記前に於て爲された契約は、第三者より  
 は會社に對し對抗し得ると云ふ事のみを抽出して居るが、實は  
 之では足りないもので、前の部分即ち四六條の開業着手前の行爲  
 で效力に關する判旨をも併せて示さなければならぬ、否むし  
 る此方が判旨に於ては重きを置かれて居り、争點と爲り得る機  
 會、從つて先例を必要とする機會もすつと多いものである、判  
 例集の作成に當りては判決要旨の抽出に付き如何なる手續に依  
 り爲され、何人が責任者なるかは詳かでないが、判決要旨の抽  
 出の仕方は往々誤れる事を見る、是は將來の裁判及び法學に對  
 し至大の影響あるものであるから其作成者は慎重の上にも慎重  
 の態度を採られん事を望む

次に判旨内容の批評としては、第一點たる四六條違反の行爲の  
 效力は有效であつて、只夫以外の裁判あるに過ぎぬとの點は先  
 例たる判決はない、余は之に對し賛成である、只判旨は其理由  
 を少しも説明して居らないが、余は夫を此規定の立法趣旨に求  
 むべきである、此規定は會社設立登記を遲滞なく爲さしめる事

が公益に關するので、其強要方法の一として定られ強行法に屬  
 するが其違反の不利は之を爲さざりし會社當務者又は會社自  
 體に對してのみ及ぼすを適當とし、其開業準備の相手方に及ぼ  
 す事は取引の安全動的安全を害し設立登記を強要する趣旨に却  
 て反する事となり、かゝる制裁を定めたものとは解し難いので  
 ある、此事は次に述べる四十五條の規定が設立登記を對抗要件  
 とし第三者より會社の設立を登記前に於ても主張し得る事から  
 も明かである、之を要するに四十六條の規定は効力的規定に非  
 ずして命令的規定である、此點に於て學說の結論は一致して居  
 る只余は從來我國私法學者が強行法中に効力的規定と命令的規  
 定との區別を説かないのを遺憾と思ふもので、此事は特に會社  
 法學の方法としては重大であると思ふ、今此實例を見たので此  
 機を利用して、更に此兩規定の區別研究の必要を絶叫したいと  
 思ふ

次に判旨の第二點に付いても余は判旨に賛成する、我私法上  
 に於ける對抗する事を得ずとの意味に付いては、既に通説判例  
 の定まつて居る事であり特に異説を挟む必要を見ない、即ち設  
 立登記前に於ては會社よりは設立を主張し得ず、第三者よりは  
 設定を主張し或は設立無効を主張し得るものと解する、或は商

事に付いては斯る曖昧なる法律關係を生ずるは不便であるとの  
 異説あらんも少くとも四十五條に於ては第三者の動的利益は害  
 せられる事なく、差支なしと思ふ、會社又は社員の靜的利益の

害せられる事は自ら設立登記を怠りたる事又は斯る會社の出資  
 者たる事に基き、當然と云ふ外ないのである

### 六八〇 會社合併と七八條の知れたる債權者の意義

昭和四年(丙)第三二八一號(六、二、十七、東地二民)

抑々會社が合併する場合に於ては合併後存續會社は合併に因り  
 解散する會社の積極財産は勿論、其消極財産をも同時に承繼す  
 るものなれば、其結果合併後の存續會社の資産状態が時として  
 合併前の會社に比し薄弱となり、之が爲め會社債權者に於て不  
 慮の損害を蒙むることなしとせず、依て商法は斯る弊害を防が  
 んが爲七八條を設け債權者をして異議を述ぶるの機會を得せし  
 め、以て不慮の危険より保護せるものと謂ふべし、故に右の精  
 神より推し考察するときは、茲に所謂知れたる債權者とは金錢  
 債權者の如く原因及數額の知れたる債權を有する者と認むるを  
 相當とすべく、殊に同法第七十九條第二項に於て異議を述べた  
 る債權者に對しては辨濟を爲し、又は擔保を供すべき旨規定せ  
 る點より觀るも其所謂知れたる債權者は、之を前段認定の如く  
 解するを以て至當なりと謂ふべし

(會社重役は、商才より士魂・國民法律社)



### 第二節 手形法の部

#### 六八一 手形の時効と満期日

約手の振出人爲手の引受人は三年裏書人小切手の振出人は一年で時効完成し満期日は算入せず

手形の時効は満期日に付いては過日大いに参考となるべき大審院の判決があつた、左に簡単に解説して見ませう

わが商法の規定には爲替手形の引受人に對する債権は、満期日から三年を経過したら時効に依つて消滅するとある、何故に手形債権は一般債権に比してその期間が短いといふと、御承知の通り手形は商業上の流通證券であるから、これに署名した者は特別の場合を除きその原因がどうであらうとも、これに對して責任を負ふべきもので、一般の債権に比し署名者の責任は非常に重い譯である、従つてこの重い責任を一般債権と同じ期間負擔せしめるといふことは、署名者にとりて甚だ氣の毒であると同時に、敏速や融通を尙ぶ商業界において督促もしない債権に長く責任を負はすは取引を沈衰せしむるといふことなどが主なる理由でかく手形の有効期間は短くされて居るのである、然らばその三年といふ期間は何時から始まるかといふと、商法に

は單に満期日より三年を経過した時は時効に因つて消滅すると定めてあるので、その満期日は果して時効期間の中に算入すべきものであるか否かといふ疑問が起るのである、それを先般大審院は満期日は算入すべきものでない、その翌日から計算すべきであると判決を下したのである(理由の説明は省略す)

以上は爲替手形に付て説明したのであるが、各手形につき有効期間を説明すれば左の如くになつておる、

爲替手形の引受人  
約束手形の振出人  
爲替手形の裏書人  
約束手形の裏書人  
小切手の振出人

に對しては三年間  
に對しては一年間

何れも大審院の判決に従ひ満期日の翌日から計算する、但し小切手は振出日から十日經過後から數へるのである(本社記者)

#### 六八二 手形の時効と呈示

手形の時効中斷の爲めには手形を呈示して請求が必要なれど其呈示は持參せば不在でも有效説

(辯護士小野久氏判例評釋)

(判旨) 手形所持人の爲す呈示には、裏書人に對する償還請求權保全の要件たる呈示と然らざる呈示とがあり、其の所持人が振出人に對し支拂を受くる爲支拂拒絶證書作成期間内に爲す呈示は、即ち裏書人に對する償還請求權保全の要件たる呈示なるが故に、所持人が支拂を受くる爲右期間内に其の呈示を爲すべき場所に手形を持參したるも、振出人が不在の爲事實上呈示すること能はざるが如き場合に於ては右償還請求權保全の要件たる呈示ありたるものと、すべきこと疑ひなき所なるも、之が爲時効中斷の事由たる請求、即ち催告ありたるものと解すべきに非ず

所持人が裏書人に對し償還の請求を爲す爲、其の請求を爲すべき場所に手形を持參したるも、裏書人不在にして、現實之を呈示して償還の催告を爲すこと能はざる場合に於ても、亦時効の中斷の理由たる請求ありたるものと謂ふを得ざるものとす(大審院大正十五年(オ)一七二號二年三月八日判決)

(上告理由の要旨) 某が上告人の依頼を受け、甲第一號約束手形を呈示請求に赴きたるも、被上告人不在の爲め之に面會することを得ざりしもの也、而して手形時効進行中に於て偶々時効中斷の爲手形を持參請求に赴きたるも、被請求者不在の爲之に面會することを得ざりし場合に於ては、之を呈示請求したるものと認むるを相當とす

(評釋) 手形上の權利に付き時効中斷の事由たる催告には、常に必ず手形の呈示を伴ふことを要することは學說判例の共に一致するところであるが(大審院大正十三年(オ)四一號松本博士手形法九一頁等)此の場合の呈示と償還請求權保全の要件たる呈示との間に、判決の謂ふが如き嚴重なる區別があるであらうか疑ひなきを得ないのである

判決に依れば時効中斷の事由たる請求に伴ふ手形の呈示は、現實に相手方に爲さればならぬ故に相手方不在の爲め現實の呈示を爲すこと能はざる場合は、時効中斷の事由たる請求ありと云ふを得ずとして、極めて嚴重に解せらるゝのである、一般の場



合に於ては必ずしも不當の結果を生じないけれ共、故意に不在とし又は在宅しながら面會を回避して居る様な相手方に對しても常に同一の結論を爲すことが正當であらうか、判決を正面から觀れば斯の如き場合に於ても現實の呈示が無いのであるから催告としての效力は無いと解せらるゝのである、

手形の呈示は各場合に依つて異なるけれ共、一般的に謂へば、手形を提供して相手方をして其上に或る行爲を爲し得べからしむる機會を與ふることの意味するものと考へらるゝのである、即ち一、手形を相手方に提供すること 二、手形の上に或行爲を爲し得べからしむる機會を與ふることとを以て足れりとするのであるから、敢て相手方が之に應じて或種の行爲を爲したることは必要としない、要は手形所持人が自己に於て爲すべき全部爲し得べき全部を盡して、右の要件を具備する事項を爲すを以て足るものと信ずる

而して手形の呈示が意思表示であるとするならば、民法上の一般原則に依つて容易に解決し得らるゝのであるから、例令相手方が故意に不在とし、或は不在と稱して面會を回避するも、其意思表示は相手方に到達し又は了知せられ(對話者間の場合)たるものと看做し得べき場合のあることは論なき所であるが、

手形の呈示は意思表示では無いのであるから、此意思表示の理論を直接に適用することは出来ない、併し乍ら私は判決に所謂現實の呈示には相手方が故意に不在とし、或は面會を避け其他現實の呈示を妨ぐる場合に於ても、所持人が手形の呈示として爲したる場合は時効中斷の效力を認むるのが正當では無いかと考へる、蓋し斯く自己の爲すべき全部を盡しても尙且法律が此者を保護せずして是に懈怠の責任を負擔させることは、所謂不能を強ふると何等異るところなきのみならず、他の總ての場合に於て法律の探らざるところであるから、私は斯く觀るのが正當だと考へる、又一面斯の如き不信不誠實なる相手方は毫も法律の保護に値せず、其外に置いて然るべきものであると信ずるのである

### 六八三 震災と手形の時効

大正十二年九月中震災地支拂期の手影は時効の點に於ても總て六十日間は自然延長されあるものとす

大正十五年(オ)第六百九十二號

手形所持人が支拂拒絶證書の作成を免除したる裏書人に對する償還請求權の消滅時効は、所持人が拒絶證書を作成せしめざりし場合に在りては、該手形の拒絶證書を作成し得べき最後の日より一年を経過したるときに完成すべきものと解するを相當とす、而して大正十二年勅令第四百四號及第四百二十九號に依れば手形に關し大正十二年九月一日より同年同月三十日迄の間に於て震災地區に於て權利保存の爲に爲すべき行爲は其の行爲を爲すべき時期より六十日之内を爲すに因りて其の效力を存すべきものなるを以て、大正十二年九月一日より同年同月三十日迄の間に於て、震災地區に於て爲すべき拒絶證書の作成は、其の行爲を爲すべき時期即ち手形の満期日の後二日より六十日以内に之を爲すに因り、其效力を有すべきものにして、従つて同期間内は拒絶證書を有効に作成し得べきものなること論を俟たず然り而して本件手形は訴外小柳市太郎が大正十二年七月十八日上告人を受取人とし金額千圓満期日大正十二年九月十一日

支拂地東京市と定め、自己宛に振出し、即日其の引受を爲したるものにして、上告人及訴外住吉貞治郎が拒絶證書の作成を免除し、該手形を順次裏書にて譲渡し、被上告人が其の所持人と爲りたることは、原判決の確定したる事實なるを以て、本件手形は前示勅令の適用を受くる場合に該當するものと解すべく、従つて本件手形の拒絶證書作成期間満了の日たる大正十二年九月十三日より六十日以内、即ち大正十二年十一月十二日迄は有効に拒絶證書を作成し得べき事疑ひなき所なり、然らば所持人が拒絶證書を作成せしめざりしこと明かなる本件手形の償還請求權の消滅時効は、拒絶證書を作成し得べき最後の日たる大正十二年十一月十二日より一年を経過したる大正十三年十一月十二日の満了を以て完成すべきものと云はざるべからず、果して然らば之を同一趣旨に出でたる原判決は正當なり



### 六八四 手形の時効と新償還権

昭和六年(オ)第九百二號

手形債権が時効により消滅したる結果、利得償還請求権を取得すべきものは時効完成當時の手形所持にして利得償還請求権と手形債権とが別個の債権なること疑ひなしと雖、利得償還請求権は手形債権の時効消滅の結果取得する権利なるを以て、手形債権の代償物たることも亦論を俟たず、從て所論の手形が本件債務の擔保の爲被上告人に裏書譲渡せられたるものにして、手形上の権利は上告人に歸屬するも、其の内部關係に於ては擔保

手形が擔保に入れある時は時効失權後の償還権も擔保たるなり

の目的により制限を受くるものなるに於ては、其の手形上の権利が時効により消滅したる結果、上告人の手形振出人に對して取得する利得償還請求権の代償物として、同じく擔保の目的に依り制限を受くるものなること明なるを以て、擔保提供者たる被上告人は右手形債権が時効により消滅を來したりとすると代償物たる利得償還請求権の存在する限度に於ては何等損害を受くるものに非ずと謂はざるべからず

昭和六年十二月一日

大審院第二民事部

### 六八五 一、約手の時効による無効後の訴訟

#### 一、貸金營業者の債権の時効

問 一、約束手形の時効は三年に之有候哉  
二、時効が三年なりとせばその後債権が無効と相成候哉 または手形としてのみ無効となるに留まり、普通の債権として有効に之有候哉す換言すれば爲替訴訟としては可能に候哉  
三、その場合の訴名は貸金返還に候哉、不當利得返還に候哉

答 一、約手の時効は満期日より三年なり、但しこれば振出し人に對する手形債権の時効なり  
二、所持人より前者に裏書人より前者に對する償還請求権の時効は拒絕證書作成の日より償還をなしたる日より一年なり  
三、貸金營業者の債権は五年の時効に候哉、十年に候哉

三、以上の債権が時効に罹りたるときは消滅す、故に手形債権なるものなく、手形は無効なり

四、從つて手形訴訟は提起することを得ず、併し所持人は振出し人に對し手形を振出したるため受けたる利益の限度において有限責任を負ふものとす(商法第四四四條)これを「利得償還請求権」といふ、これは手形債権消滅の日の翌日より十年の時効なり、訴訟は普通訴訟なること勿論なり

五、振出人が利益を受たるや否やは權利者これを立證せざるべからず

六、しかして若し約手振出の基本關係が貸金債権の支拂のためなりとせば「利得償還請求権」と貸金債権と併存し、若し貸金に代へて振出たるものとせば、更改又は代物辨済により貸金債権は消滅し前者ならば貸金訴訟を起すべきもの後者なりとせば貸金債権は更改等によりて消滅するを以て、利得償還請求

### 六八六 手形の時効中斷と呈示

問 一、自宅拂約束手形は支拂期日に呈示の補筆を付し置かずしても差支無之候哉

二、時効を中斷するには豫め三年内に右の補筆を付し置く必

第二章 商事 第二節 手形法の部

要有之候哉  
三、呈示を證する方式は補筆を手形に付するに限るか又は手形と離れたる獨一の書面にて差支無之候哉



一、自宅拂の手形にても支拂期日に呈示を證する補箋を付すべきものとす

二、呈示は補箋を以てせよとの法の規定なき故他の方法にて差支なきの理なるも、便宜といふ點より從來補箋を用ふるの例なり

三、時効中斷は一般民法の規定に従ふべく、たゞ手形が呈示證券たる性質上判例學說の多數は呈示は裁判外にのみ必要なりとせり、又裁判上の請求には呈示を要せずして訴訟又は支拂命令の送達あれば可なりといふを正當とする傾向あり

### 六八七 白地手形と善意取得者の權利

昭和五年(オ)第九百二十七號(五、十、廿三、一民)

問 白地手形とは行爲者が手形行爲を爲す意思を以て、手形となるべき紙片に署名し、其の要件の全部又は一部を補充することとを他人に委任したるものを指稱するものに係り、單に之を一個の紙片として目すべきものに非ずして、商法上白地補充權の附着したる一種の手形として有效なるものとす、從て之が取得に付ては、商法手形編の規定に基き律すべきものと爲すを相當とす、蓋斯の如く爲すに非ざれば白地手形を有效と認めたる趣

四、從て三ヶ月内に補箋を付することは即ち呈示を證するものにして「裁判外の請求」として一の中斷事由なり、然れども六ヶ月間に裁判上の請求をなすの必要あるものとす

五、右中斷の良法は呈示によりたゞ「請求」するに止めず、補箋に「手形上の權利存在の事實自覺」の意思表示を爲さしむることとなり、これ最も良策にして別に裁判上の請求をなすを要せざるものなり

六、呈示を證する方式は補箋に限らず手形外にても差支なきこと前述の如ししかし不便なることは成るべく避くるを可とす

旨を貫徹することを得ざればなり、故に悪意又は重大なる過失なくして白地手形を取得したる者は、縱令之を譲渡したるものが正當なる權利者に非ずとするも、同法第四百四十一條の規定に準據し、該手形と共に白地補充權を取得し、之に基き白地振出又は引受を爲したる者に對して手形上の權利を行使することを得るものと謂はざるべからず、故に白地手形に付正當の權利者に非ざる者より、其の事實を知らずして善意に該手形を取得したりしとせば取得者は白地補充權をも取得するものなるを以

て、原審は須く其の善意にて取得したるや否やを審究せざる可

からず

### 六八八 白地手形補充は時期自由

昭和六年(オ)第二千三百七十七號

然れども爲替手形の支拂人が受取人の氏名又は商號の記載なる所謂白地手形に引受署名を爲して、之を手形所持人に交付したる場合に、引受人に對する關係に於ては右受取人の氏名又は商

滿期日迄に爲さざる可らずと云ふ理由なし何時でも可なるなり

號の補充が假令滿期日後に於て爲さるるも時効期間經過前に於ける右補充は有效にして、引受人は該手形債務を負擔すべきものなること當院の判例とする所なり(大正九年(オ)第六一一號同年十二月二十七日言渡)

### 六八九 受取人氏名欄のみの白地手形と

#### 支拂拒絶證書作成期間經過後の效力

昭和四年(オ)第九百七十四號

爲替手形の債務者は支拂拒絶證書の作成期間の満了に至るまでの間當該手形が流通に依り轉帳せらるべきことは、固より之を豫期するところなると共に、該期間經過後は事物普通の順序として支拂濟となり流通の終息すべきことを豫期して、その債務を負擔したるものなるを以て、右期間經過後手形にして轉帳する以上手形取得者に對して固より手形に基く責任は之を負擔せざるべからずと雖、その責任範圍限度に之が爲加重せらるゝが

如きことなからしめざるべからず、即之を詳言すれば該期間經過後の手形取得者は所謂獨立なる手形上の權利を取得するに由なく、手形債務者より該期間前の手形所持人に對して主張し得べかりし抗辯は總て、その對抗を受くるを免れざるものとなさしめざるべからず、商法第四百六十二條の趣旨は蓋し是れに外ならずして、即同條は苟も支拂拒絶證書作成期間經過後手形を取得したる者はその裏書に依る取得者なると將たその他の取得者なるとを問はず、總て前所持人の有せし權利のみを取得する



に過ぎざることを定めたるものにして、その支拂拒絶證書作成期間經過後所持人が裏書を爲したるときは被裏書人は云々といへるものは竟畢手形の取得は裏書に依る通常とするが故に、之を擧げて他は之を推さしむるの趣旨に出でたるものに係り、その他の取得の場合を除外したるものに非ずと解するを相當とす(大正十五年(オ)第六〇一號、同年七月二十二日判例参照)從て右規定は夫の無記名式裏書ある手形無記名手形、若し記名持參人拂手形を支拂拒絶證書作成期間經過後引渡に依りて取得したる者に對して適用せらるべきこと勿論なると同様に、受取人氏

### 六九〇 手形の補充者と當事者

昭和六年(オ)第二千六百九十六號  
 原判決の認定する所に依れば上告人(控訴人被告)は受取人欄を後日補充すべく、白地の儘と爲したる本件爲替手形を、自己引受の下に振出し、之を訴外淺野國次郎に交附し、同人より岡喜藏を経て被上告人(被控訴人)に交附したるものとす、而して白地手形は手形行爲を爲す意思を以て手形となるべき紙片に署名し、後日其の要件の全部又は一部を補充することを他人に委

名を除くの外満期日その他の要件は全部之を記載し、受取人氏名欄のみを白地とせる手形の所持人をして支拂拒絶證書作成期間經過後右白地欄に自己氏名を記載せしめて、該手形の交付を受けたる者の如きも、また右規定の適用を受くるものと解せざるを得ず、蓋彼此俱にその支拂拒絶證書作成期間經過後の手形取得者たるの點において何等差異あることなく、從つて又その間毫もその取扱を別にすべき理由を發見するを得ざるを以てなり

### 白地手形の取得者が自己を受取人としても第三者ゆる内容不關

任したるものに係り、白地補充権の附着したる一種の手形なれば、之が讓渡に付ては商法手形編の規定に依りて律すべきものなることは當院判例の認むる所なりとす(昭和五年(オ)第九二七號同年十二月二十三日當院判決參照)故に最後の所持人たる被上告人が其の補充権に基き手形の受取人欄に自己の氏名を記入して手形上の權利を行使したりとて、上告人と被上告人間に直接手形を接受したるものと謂ふを得ず、即上告人に對する手

形接受の直接當事者は前示の淺野國次郎なりと謂はざるを得ず從て上告人と被上告人間に手形の對價が接受せられたるや否は被上告人の手形上の權利の行使に何等の影響を及ぼすことなし然らば原院が對價に關する審究を爲さずして、被上告人の請求を容認したるは不法に非ず、上告人が白地手形は補充せられたる時より、手形上の効力を生ずるものにして、被上告人は手形接受の直接當事者なりと論するは當を得ず、其の上告人の

### 六九一 裏書連續と其の斷絶

問 商法四六四條中所持人は其の裏書が連續するにあらざれば其の權利を行ふ事を得ず  
 但し署名のみを以てなしたる裏書あるときは、次の裏書人は其の裏書により爲替手形を取得したるものと看做す  
 右により疑義を生ず左の例に付て

- (表) 約 東 手 形
- 一金……圓也
- 支拂期日……
- 支拂地……
- 支拂場所……

論旨は此の所論を前提とするものにして採用するに足らず、之を要するに原判決には審理不盡の點あることなく、又原院は手形法に關する解釋を誤りたるものに非ず、即本件上告は理由なきを以て民事訴訟法第四百一條第九十五條第八十九條に依り主文の如く判決す

昭和七年五月三十日

大審院第一民事部

右金額貴殿又ハ貴殿ノ指圖人へ此ノ手形引換ニ支拂可申候也  
 十月一日

振出人 住所

甲 某

乙 某 殿

(裏)

表面ノ金額丙某殿又ハ其ノ指圖人へ御支拂可被成候也

十月一日

乙 某



表面ノ金額丁殿又ハ其ノ指圖人へ御支拂可被成候也

十月一日

丙 某

表面ノ金額戊殿又ハ其ノ指圖人へ御支拂可被成候也

十月一日

丁 某

表面ノ金額銀行殿又ハ其ノ指圖人へ御支拂可被成候也

十月一日

戊 某

一、右の手形によると甲は乙へ手形を渡し、金圓を受取る乙は丙へ手形を渡し金圓を受取る、丙は丁に手形を渡し金圓を受取る、丁は戊へ手形を渡し金圓を受取る、戊は銀行へ手形を渡し金圓を受取る、此に於て手形所持人たる銀行は期日に甲より金圓を受取りて結末終る、即ち裏書人たる丙丁戊は商法第四六四條の裏書の連続なり

然るに甲は右の順序をなさずして、乙丙丁戊に裏書の署名捺印を依頼承諾せしめ、此の手形を以て甲は直接銀行に至り、手形の割引をなし、金圓を受取りたるものなり、即ち連続なる行爲よりすれば丁は銀行に行き手形割引をなさしめ、丁は銀行より

金圓を受取るべきものなり、而して銀行は期日に至り甲へ支拂請求をなすべきものなり、然るを順序に出でずして乙丙丁戊は事實金圓の授受をなさざるを以て、連續を欠きたる無効手形となるものならずや、但し銀行は甲を戊の代理と見做して甲に金圓を渡したるものなるや、連續の理由并に舉例御教示を乞ふ

一、此の手形に對し甲は其の後事業に失敗し、破産状態となり、支拂の能力なし依て銀行は乙丙丁戊の四人の内より支拂を受けんとするものなり、然るに丁は九月二十日に死亡しなりて手形發行は十月一日なり、此に於て丁の相續人は丁の死亡後發行の手形なるを以て丁に於て責任なし、從て丁の相續人に於ても責任あることなしと主張せり

然れども甲の曰く、手形發行は丁の死亡後なるも、丁生存中即ち九月一日丁は承諾の上裏書せられたるものにして、其の後金策の都合上十月一日に發行使用したるものなり、故に有効の裏書人なりと主張せり、此に於て丁の死亡後發行の手形と雖も、丁の相續人は裏書の責任ありと言ふ説と、又責任なしと言ふ説とあり、如何に解すべきや理由御教示を乞ふ

商法四六四條の但し書きは如何なる場合を指すものなるや、例を擧げて御教示を乞ふ

答 一、金圓の授受は手形裏書の連續に關係なし

二、又形式上連續すれば足る、事實丁が死亡後他人が丁名義にて裏書したりとするも、手形の連續に支障なし

三、商法第四六四條但書の意味は署名のみの裏書、即ち白地裏書は裏書の連續に付ては裏書は斷絶することとなるも、手形上の權利行使をなし得るとの趣旨なり

例は

(表面ノ金額丙殿又ハ其ノ指圖人へ御支拂可被成候也

六九二 無記名式手形裏書の效力

記名式の手形債權は即ち無記名債權に屬し、民法第八十六條第三項に依り動産と見做され、無記名式持參人拂の手形は商法第四百四十九條の二、第五百二十九條第五百三十七條に依り、無記名式のものと同じの效力を有するものなるが故に、無記名式または記名式持參人拂の手形は民法第七十六條に依り、意思表示のみを以て讓渡することを得べく、その引渡しは只第三者に對する對抗要件たるに過ぎざるものとす、しかして商法第四百三十五條に依れば、手形に署名したる者はその手形の文言に從ひて責任を負ふものにして、署名者が無記名式手形または無

十一月一日)

(同文句) 丁 殿

十一月一日)

(同文句) 戊 殿

十一月一日)

(同文句) 丁 殿

指す

乙 某

丙 某

丁 某

記名式持參人拂の手形の所持人に對して手形金支拂の責に任ずるは即ち手形の文言に從ひてその責に任ずるものなるも、記名式の手形に在りては記名せられたる受取人以外の者に對して、支拂の責に任ずるは手形の文言に從ひてその責に任ずるものといふを得ず、故に斯る手形の受取人以外の者に對してもなほ署名者が支拂の責に任ずるものとなすには、特別の明文あるを要す、しかしてかゝる手形といへどもこれを讓渡し得るものとす以上、署名者がその讓受人に對して支拂の責任を負ふべきは當然の歸結なり、しかして商法第四百五十五條の規定が第五百



二十九條により約束手形に第五百三十七條に依り小切手に準用せらるゝが故に、記名式手形に署名したる者は債権者の何人なるかといふ點に付いては手形の文言に従ふに非ざるも、なほ被裏書人たる所持人に對して支拂の責任に任すべきものなりとすこれに反して指圖式の手形に署名したる者が、被裏書人に對して支拂の責に任ずると同様、全く手形の文言に従ひてその責に任ずるものなるが故に、第四百五十五條は特に記名式の手形に付いて設けられたる規定にして、「その記名式なる」ときと雖も」とあるを見れば、指圖式の手形が裏書により譲渡し得るものなることはその指圖式なるに鑑みて當然なることを言外に示すものといふべし、されば同條の規定あるの故を以て無記名式または記名式持參人拂の手形が裏書に依り譲渡し得るものといふを得ざるや論を俟たず、而してかゝる手形の裏書に依りて譲渡し得るものと解すべき根據は他に存在することなし、然らば譲渡を目的とすることなく、單に償還の責任を負担することのみを目的とする裏書をなすことを得べき乎、惟ふに償還の責任を負担する者は商法第四百八十六條を適用し、または準用する場合における所謂前者ならざるべからず、然るに振出人または少くとも形式上手形の譲渡人たる裏書人にして、其裏書をなすに

當り手形上の責任を負はざる旨を記載せざる者が、所謂前者なることは疑ひなき所なるも、形式上譲渡人たらずまた振出人にもあらずして單にその手形に署名したる者あるも、その者が所謂前者に屬すと解するに到底穩當なるものといふを得ず、假に前者に屬するも斯る署名者二人以上ある場合に、その相互の關係において何れを前者とすべきかを決すべき標準なきを見るも斯る者は所謂前者に非ずと解するを相當とす、而して所謂前者に非ざる限り手形法上裏書人として責任を負ふべきものに非ざるや言ふを俟たず、殊に商法第四百六十四條第五百二十九條第五百三十九條に依れば、裏書ある手形の所持人はその裏書を連續するに非ざればその權利を行ふことを得ず、署名のみを以て爲したる裏書あるときは次の裏書人はその裏書によりて手形を取得したるものと見做さるゝものにして、右法條の適用を除外する裏書あることは法律の規定せざる所なるが故に、右法條は裏書ある總ての手形に、その適用あるものといふの他なきものとす、然るに無記名式の手形に在りては受取人の記載なきが故に、これに裏書をなす者ありとするもその裏書は常に連續を欠き所持人はその權利を行ふことを得ざることとなり、商法が無記名式の手形を認めたる精神に背馳するが故に、商法は無記名

式手形の裏書を認めず、振出し人以外の者がこれに署名するも、その署名は裏書きたる效力を生ずることなきものと解するを相

當とす

### 六九三 取立の爲の手形裏書の性質

問 一、佐野は約手を受取り取立のため第一裏書に示す如く、甲銀行に取立のため裏書をなし（取立のためとは記載せず）甲は更に取立のため乙銀行に裏書をなし、取立をなさしめたる處振出人等は支拂をなさず、（乙の第二裏書は抹消す）

御鑑定相成度候  
甲の證明書約束手形の表示  
佐野 甫殿

(一) 佐野は已を得ず右手形を受取り甲銀行への裏書を抹消せず、振出人等へ對して請求の手續きをなしたる處佐野は正當なる手形所持人に非ずとの理由の許に敗訴の確定判決を受けた

右約束手形金取立委任に付大正十五年九月七日貴店より約束手形の裏書を経て受取り更に同年同月七日該約束手形金取立のため株式会社乙銀行に裏書をなしたるも結局振出人等はこれが支拂をなさざりしものなり

三、茲において佐野は第一裏書自ら抹消し、且甲銀行の證明書を添付し振出人に對し新に出訴したり  
四、然るに判事は勝訴の見込なき暗示を與へかつ他に方法あるが如き意見なり

右約束手形金取立委任を取れたることあるも、權利譲り渡しまたは割引等の裏書を受けたることなし、從て該約束手形の權利が本行に移りたることなし、但しこの場合取立委任の文字を記載せざりしものなり、右の通り證明候也云々

五、又此の場合被告は取下に同意せざるものと思料す、かつこの際取下て更に出訴せんとする時は手形として時効（支拂日より滿三ヶ年を経過）となり不利なる點有之候に付御含みの上

第一、取立裏書なる旨を記載せず、裏書せる場合の效力は信託行爲として有效なりとの説と資格授與行爲として有效なりとの説とあるも、要は當事者の意思が那邊にありしかによつて決すべく、本件は銀行の證明により明に資格権能のみの授與なり



しを推知するに定るものであると解する

然らばその裏書は手形上の権利を譲渡せざるものなれば、該権利は依然として裏書人たる佐野に存する、然らば敗訴したるはその證明なかりしがためであらう、第二回の訴へにおいて該證

書を添付して出訴せば勝訴すべき筋合のものであるから、ドシ／＼進行せられよ、なほ大正十五年(オ)第三一一一號大審院判例を見られよ

### 六九四 取立目的の裏書効

記載は通常裏書でも被裏書人は制限されたる権利者故裏書人に於て債務者に對し處分は有効也

大正十五年(オ)第三百十一號

手形所持人が取立委任の目的を以て裏書を爲したるも、手形に其の目的を記載せざりし場合に於て、其の裏書によりて生ずべき権利關係は、必ずしも一様ならず、當事者は或は手形上の権利を譲渡するの意思を以て如上の裏書を爲すことあるべし、此の場合に於ては被裏書人は完全なる手形上の権利者として第三者たる手形債務者に對し、所持人として手形上の権利を行使することを得べく、唯直接の裏書人に對し其の間に存する特約の趣旨を遵守すべき債務を負ふに過ぎざるべし、又當事者が手形譲渡の意思を有する場合に於ても一定の解除條件假令委任の消滅、其他取立の目的に反する権利行使等の場合に直に手形上の権利が裏書人に復歸する條件の下に、裏書を爲すことあるべ

く、此の如き場合に在りては其の條件の成就に因り手形上の権利は裏書人に復歸するに至るべし、又或は當事者は手形譲渡の意思を有せず、單に裏書に依り被裏書人に手形上の権利を行使する権能を授與せんと欲したるに止まることあるべし、此の如き場合に在りては被裏書人は手形上の権利を取得することなく手形上の権利は依然として裏書人に殘存し、被裏書人は單に自己名義に裏書せられたる手形を占有し、自己の名を以て手形上の権利を裁判上又は裁判外に行使する権利を有するに過ぎざるべし、従つて取立委任の目的を以て爲されたる通常の裏書に依り、如何なる権利關係を生ずべきやは一に當事者の意思に依りて決すべき事實問題に外ならざるなり、而して當事者の意思明かならざる場合に於て、單に通常の裏書を爲したる一事に依り

て直に當事者間に手形上の権利譲渡の意思あるものと推斷することを得ざるものとす、蓋し當事者の意思明かならざる場合に於ては當事者の達せんと欲する目的に鑑み其の目的を達成するに必要にして且十分なる限度と認めらるゝ行爲を爲す意思を有するものと解釋するを相當とすべければなり、果して然らば、當事者の目的とする所は手形の取立委任に存する以上、其の目的は手形上の権利を譲渡せず、單に被裏書人に自己の名を以て手形上の権利を行使する権能を授與する方法に依り、十分に達し得るを以て、假令其の目的を手形に記載せず、通常の裏書を爲したる場合と雖も當事者は叙上の意思を有するものと推定するを相當とすべく従つて右の場合に於ては前段説明の如く手形上の権利は依然として裏書人に存するを以て、裏書人は手形

債務者に對して手形上の権利を拋棄することを得べく、又手形債務者は裏書人に對抗することを得べき抗辯は、總て之を以て被裏書人に對抗し得べきものと解せざるべからず、然らば原審が本件手形に付訴外青柳猶吉の爲したる普通裏書は取立委任の目的の爲に爲されたる事實及其の後裏書人たる訴外青柳猶吉は手形債務者たる被上告人との間に示談を爲し、青柳猶吉は手形金の請求權を拋棄し、被上告人に手形を返還すべきことを約したる事實を確定し、手形債務者たる被上告人は裏書人たる青柳猶吉に對して有する、右の抗辯を以て被裏書人たる上告人に對抗し得る旨説明し、被上告人の抗辯を採用したるは正當にして論旨は其の理由なし

### 六九五 取立裏書と権利者

取立裏書は一方の方便なる故最後の裏書人でなく中間の裏書人でも権利行使並に手續有効とす

大正十五年(オ)第三百五十七號

手形の取立委任裏書の被裏書人が更に同一の目的を以て他人に之が取立委任裏書を爲したる場合に於て、前の取立委任裏書の被裏書人が自ら手形上の権利を行使せむとせば、完全なる手形

所持人が取立委任裏書を爲したる場合に於て、直接其の権利を行使せんとする場合と異り、後の取立委任裏書人より更に取立委任の裏書を受くるか、又は自己の爲したる取立委任裏書を抹消したる後にあらざれば之を爲し得ざるものと云はざるべから



す、何となれば完全なる手形所持人が取立委任裏書を爲したる場合に於ては固より手形の譲渡を生ずることなく、即ち裏書人の有する手形上の権利は被裏書人に移轉せらるゝものにあらずるを以て、裏書人自ら手形上の権利を行使せんとする場合に於ては特に被裏書人をして、手形の戻裏書を爲さしめ、又は自己が爲したる裏書の抹消を爲すの嚴格なる手續に出ずることなく、單に手形を回收することに依りても之を爲し得るものと解するも敢て支障なしと云ひ得べきも、取立委任裏書の被裏書人が更に同一の目的を以て他に裏書を爲したる場合は、其の裏書は代理權移轉の效果を生ずるものと解すべく、從つて其の裏書人は前の取立委任裏書に依り自己が得たる権利を自己が爲したる後の裏書に依り被裏書人に移轉せしめたるものなれば、後の取立委任裏書に依る被裏書人の権利を存続する以上、前の取立委任裏書の被裏書人は前の取立委任裏書に依り自己が前に有し居たる権利を尙引續き存続するものとして直接手形上の権利を行使すること能はざるなり(中略)と云ふに在り

然れども商法第四百六十三條第二項に依れば、取立委任の被裏書人は更に同一の目的を以て、其の手形の裏書を爲すことを得べきものにして、右被裏書人が第二の取立委任裏書を爲して手

形を其の被裏書人に交付したるときは、手形上の権利を行使し其の保全行爲を爲すことを得る者は、第二の被裏書人にして第一の被裏書人に非ずと雖も、第一の被裏書人は全く其の取立權及拒絶證書作成の權利等を失ひたるものに非ず、唯其の權利の行使を妨げられたるに過ぎざるを以て、後日第二の裏書人より其の手形の返還を受け、占有を回復したるときは復從前の手形上の権利を行使し、保全行爲を爲し得べきものと謂ふべく、第二の取立委任裏書を抹消せられたると否と、第二の被裏書人より戻裏書ありたると否とに拘はらざるものとす、原判決の確定したる事實に依れば本件爲替手形は所持人たる被上告人に於て大正十四年六月五日訴外株式會社産業銀行に取立委任の裏書を爲し、更に同日同銀行より訴外株式會社加島銀行に取立委任の裏書を爲したるものに係り、満期日の翌々日なる同年六月二十二日に至り、株式會社産業銀行は右銀行より其の手形を回收して引受人齋藤光守に對する呈示を爲し、且拒絶證書を作成せしめたるものとす、然らば原院が此等の行爲を適式なりと列示し株式會社加島銀行に對する第二の取立委任裏書が抹消せられたるや否、同銀行より株式會社産業銀行に對する戻裏書ありたるや否やを判断せずして、上告人に收訴を言渡したるは不法にあ

らず、依つて上告論旨は理由なし

### 六九六 手形と取立の裏書

取立の爲の裏書でも普通の裏書たる以上手形債務者は裏書及被裏書人間の内部關係を云爲不能

大正十四年(オ)第五十九號  
手形所持人が取立委任の目的を以て信託裏書を爲したるも、手形に其の目的を記載せずして通常の譲り渡裏書を爲したるときは、被裏書人は手形上の権利者となりたる者なるを以て、第三者たる手形債務者に對し所持人として自己の名を以て手形上の権利を行使することを得べく、唯直接の裏書人に對し、其の間に存する特約の趣旨を遵守すべき義務を負ふに過ぎず、故に該裏書人より取立委任を解除せられたるときは、被裏書人は該裏書人との關係に於て手形上の権利を行使することを得ずして、手形の返還を爲すべき義務を負ふべしと雖も、是唯兩者間の内部關係たるに止まり第三者に對しては完全に手形上の権利を行

### 六九七 共同振出人は連帶債務者

一、甲は乙丙共同振出しの約束手形を有したところ、便宜上乙獨りを起訴して後法廷和解をなしたるも履行なきため乙

に對して強制執行をなし、競賣は延期したり、後に丙は不動産抵當を設定せし故差押へ物件は解放せり、而してこの間一方丙



よりの依頼により丙の不動産を右手形債権の擔保として抵當權を設定したるも、その價格債權額の十分の一にも足らざるため他に保證人を付け、更に消費貸借公正證書を作成したり、然れ共債務更改の意思表示は爲さず、二、甲は更に乙の動産に對し再び強制執行をなしたる處乙より異議あり、その主張は甲は丙と債務を更改し不動産抵當をも設定しあり、かつ公正證書も作成しある故乙に對して再度の強制執行は不法なりといふにあり前記の如き場合、即ち約束手形共同振出し債務に對しても民法第四百三十五條を適用し得べきや

### 六九八 手形と拒絶證の免除

大正十四年(オ)第九百七十一號  
約束手形の所持人が振出人に支拂を求むる爲手形の呈示を爲すも、満期日又は其の後二日以内に支拂拒絶書を作成せしめざるときは、裏書人に對する償還請求權を失ふものにして、其例外たる拒絶證書の作成を免除せられたる場合に限るを以て、所持人が拒絶書を作成せしめずして、償還請求權を行ふことを得るには前示の期間内に之が作成を免除せられたることを要するも

拒絶書作成の免除は呈示期間内に記載せざる可らず失權後の免除は償還權回復不能なり

のとす、何となれば所持人が其の期間内に拒絶證書を作成せしめざりし場合に於て、償還請求權を失ふや否は、該期間内之が作成を免除せられたるや否に依りて定まるものなればなり、故に所持人に於て右期間内に拒絶證書を作成せしめざりし爲償還請求權を失ひたるるときは、後日に至り其の作成を免除せらるるも其の效力を生ぜず、既に失ひたる償還請求權を回復するに由なきものとす、而して原判決の趣旨は上告人(控訴人)が拒

絶證書の作成の免除文句を補充する權限を有し、之を補充したるときに其の免除の效力を生ずるものとすも、其の補充は拒絶書作成期間經過後なるを以て免除の效力を生ぜず、從つて

上告人の償還請求權は消滅せりと云ふに在りと解し得べきを以て、其の列示は不法に非ず

### 六九九 拒絶書を口頭で免除

大正十五年(オ)第七十三號

手形所持人が其の前者に對する償還請求權を行使するには、法定の期間内に支拂拒絶書を作成せしむることを要することは商法第四百八十七條第五百二十九條の規定する所なれども、其の作成を免除したる者に對しては、該拒絶證書を作成せしめざるも手形上の權利を失はざることは同法第四百八十九條第五百二十九條の規定に依り明かにして、支拂拒絶證書の作成免除は

手形の拒絶證書を作成せざるも可なりとの裏書人の特約は手形外の記載でも口約でも可なる也

手形要件にあらざるのみならず、之が方式に付いては何等の規定なきを以て、必ずしも之を手形に記載することを要せず、或は別個の書面に記載して、之を爲すことを得べく或は口頭を以て之を爲すことを得べく、唯此等の方法を以て作成免除を爲したるときは、其の效力は其の意思表示に係りたる直接の當事者に限らるるに過ぎざるものとす

### 七〇〇 拒絶證書作成免除の形式及時期

昭和五年(オ)第五百六十九號

支拂拒絶證書の免除は法律に其の形式を規定せざるが故に、苟も其の意思表示ありたる以上手形面に之が記載あると否とに拘らず、直接の當事者間に於ては免除の效力を生ずと雖、直接の

當事者に非ざる後者に對する關係に於ては、手形に其の記載を爲すに非ざれば免除の效力を生ぜざるものとす、又支拂拒絶證書作成の免除は其の作成期間の經過せざる以前之を爲すことを要するものなれば、手形の裏書人が自ら支拂拒絶書作成の免



除を手形に記載することなく、之が記載を被裏書人に委託し其の被裏書人の取得せし補充権が、更に裏書に因り手形上の権利と共に他に轉讓したる場合に於ても、右補充権を取得したる手

### 七〇一 手形金額支拂の期間

商慣習は一年以下、併し借用證書代用の如きは長年にても有効なり

問 約束手形の振出日と支拂期日の間隔は如何程の長期にわたるも制限之無く候や

答 一、手形要件たる「一定の満期日」の内定期拂手形の満期日即ち「確定の日」は振出の日より一年以内たることを要すとの説と一年以上を定めたるときは一年とすとの説と、一年以上にても有効とすとの三説が立ち得る

二、一年以内説は商法四八二、五二九、五二七條に呈示期間は法定のものば一年、振出人の定むるものはこれより短き呈示期間云々と定めあるを以て見れば、手形は永く不確定に所持人の意思のみにかからしむるは、振出人や償還義務者を遇すること酷にして、延いて一般取引を害するといふ點の顧慮から規定したものである、然らば「確定の日」も振出日より一年以内に定めればならぬことは法意に合致するといふべきである（小切手

形の所持人は支拂拒絶證書作成期間の経過せざる間に、除外の文句を記入することを得るに止まり、該期間の経過したる後に於ては之が補充を爲すことを得ざるものとす

は別以下同じ）

三、一年以上は一年とすとの説も理由は右と同一である

四、一年以上にても有効といふ説は、期限は債務者の利益の爲に存するものと民法第一三六條の規定よりするも、これを手形債務者にも適用すべきであつて、これを除外すべき理由はないから一年以上に定むるも有効である云々

以上三説は何れも道理がある、併し手形の如き商慣習なるもの支配を受くるものば、この商慣習を無視するは宜しくない、予は第一説乃至第二説を是認する、蓋し手形の商慣習上妥當なりと思はるるからである、併し借用證書代用の約束手形の如きは支拂期日を數年の後に定むるも、之を無効とすべき理由はないから一概には論斷するを得ない

### 七〇二 手形諸問題

問 手形の満期日は一年先にても十年先にても手形として有効なりや

答 一、「拒絶證書の作製を要せず」と記載なきときは拒絶證書作製せれば訴訟手續不可能なりや

二、振出人三名ある場合一人が金額を支拂ひたり、他の二名に對し三分の二の求償権ありや、其の時効何年なりや

三、支拂期日經過の手形所持者及宛名人は裏書讓渡不可能なりや不可能とせば如何なる方法にて債權讓渡をなすや、普通債權に變更すれば手形の效力なきや、訴狀の請求原因記載方如何

四、手形振出人に對して支拂期日後三ヶ年裏書人に對しては支拂期日後一年間は有効なりや

五、約束手形を「浦山商店宛」振出したるものは有効なりや

六、手形の満期日を振出の年月日より何年又は何ヶ月以下にせよと云ふ明文なき故、何年の後にても差支なきの理なり、普通は六ヶ月以内位とする例なり（前項参照）

七、支拂拒絶證書は前者に對し償還請求權を行使する條件なれば、「主たる債務者」たる約手の振出人、爲替手形の引受人

に對しては之を作成せずとも請求し得るを原則とす（但し支拂擔當者の記載ある手形に付ては引受人に對しても請求權なきに至る、商法第四九〇條）

三、三人振出人ある場合に一人が金額を支拂たる場合、他の二人に三分の一つの求償権あるや否やは、手形法上の問題に非らず、事實三人が平等の割合を以て負擔すべき筋合の事項なりや否やにより定まるものとす

四、期間後裏書も有効なり、唯被裏人は裏書人の有したる權利のみを取得することとなり、又裏書人は手形上の責任なきに至るものとす（商法第四六二條）從て其の裏書人は民法上の責任のみを負擔することとなる、訴狀請求の原因の記載は其の事實をありのままに記載すれば足る、尙具體的事件に付て質問せらるれば書式を示すべし

五、手形時効期間は約手の振出人に對しては三年裏書人に對しては一ヶ年とす、時効なるが故に中斷事由あれば又更新することとを忘るべからず

六、約手の宛名を單に何々商店としたる場合は商號の記載な



れば記名式手形と見るを得べく、其の有効なるや論なし 以上

### 七〇三 裏書の撤回と變更

裏書の撤回及抹消に付ては別段の方式なし被裏書人の氏名のみを變更し其他を利用するも可也

昭和二年(オ)第四百三號

約束手形の裏書人は其の被裏書人と協議して、其の裏書を撤回し、更に第三者に裏書せんとするとき其の裏書を抹消し、手形の所持を回復するにより其の目的を達し得べきことは商法第五百二十九條に依り約束手形に準用せられたる同法第四百六十四條第二項の規定に徴し明瞭なり、而して裏書の抹消は手形に於ける其の裏書部分の裏書人の署名、其の他の記載事項を消滅除去することを云ふに外ならざるを以て、或は裏書部分を化學的方法に依り腐蝕せしめ、或は紙片を貼付し又は紙片を削り去るが如き事實上の除去方法に依りて、之を爲すと又或は裏書部分に單に線を引きて該部分を消滅除去するの意思を表示して爲すと、又或は裏書欄内又は欄外に其の裏書部を削る旨を表示して之を爲す等、其の方法は之を問はず均しく裏書の抹消なりと云はざるべからず、然り、而して約束手形の裏書人が其被裏書人と協議して裏書を撤回し更に第三者に之を裏書せんとする

場合にありては、先づ其の撤回せんとする裏書欄全部を抹消したる後更に別欄を以て、第三者に對し手形の裏書行為を爲すを通常とすれども、抹消せんとする裏書欄に於ける被裏書人の氏名部分を抹消し、之に代ゆるに更に裏書せんとする被裏書人の氏名を記入する方法に依りても之を爲すを妨げず、蓋し裏書の抹消に當り先づ裏書欄内に於ける被裏書人の記載部分を抹消し、然る後他人を被裏書人として記入して、同人に對する裏書に付既存の裏書人の署名其の他の記載を利用して、裏書を完成したるときは、此れと同時に既に抹消せられたる被裏書人に對する裏書の記載としては消滅除去するの趣旨にして、而も其の趣旨は前記の他の裏書に關する利用に依り自ら表明せられたるものと爲すべきが故に、恰も裏書欄の記載を抹消する旨、手形に附記する方法に依り、其の記載を抹消したる場合と毫も異なる所なし、而して斯くの如き方法に依る裏書の抹消を認むるも何等手形取引上弊害を生ずべきものにあらざるを以て、之を禁

止すべき筋合にあらざるは論を俟たず、又約束手形の裏書に付既存の裏書人の署名、其の他の記載を利用して之を爲すことは

毫も妨げざる所なれば、前記の方法に依るも裏書の抹消並に第三者に對する裏書ありと解すべければなり

### 七〇四 未成品の手形を濫用

金融を試むる爲め引受署名のみせる手形を所持人が勝手に要件補充しても善意取得者對責任有

大正十五年(オ)第二百三十二號

手形に署名したる者は其の文言に従ひ、責任を負ふべきものなるを以て、爲替手形に引受署名を爲したる支拂人は、其の資格に於て手形記載の金額の支拂を爲す責に任すべきものにして、白地手形の引受の有効なることは、商慣習法上認めらるる所なるを以て、未だ手形の要件完備せざる手形用紙に豫め支拂人として引受署名を爲したる者は、後日其の用件補充せられたるとき其の補充の文言に従ひ責任を負担せざるべからざるものと謂ふべし、本件に於て原審の確定したる事實に依れば、被上告人は爲替手形用紙に手形金額を記載し、支拂期日等の他の要件は之を記入せず、振出し人並引受人として署名して該手形に因りて金融を試むる目的を以て之を中村萬之助に交付し、其の金融即ち割引可能なる場合に被上告人自ら他の手形要件を記入すべきことを約したるものとす、故に被上告人は自己宛爲替手形の

支拂人として、手形要件完備せざる振出し署名ある爲替手形用紙に引受署名を爲したるものに外ならざるものなれば、該引受は白地手形の引受として其の效力を生ずべきものとす、殊に其の署名は該手形に依りて割引の可能なるやを試むる目的の下に爲されたることの當然の結果として、後日振出し要件完備したる場合、其の文言に従ひ引受人として手形上の責任を負担する意思を以て振出し人をして要件を記入せしむる趣旨の下に、之を爲したるものなれば、其の引受署名を以て手形の引受を爲す意思なかりしものと云ふべからず、果して然らば原審認定の如く被上告人が中村萬之助に對し該手形の要件補充権を與へるものに非ずとするも、既に被上告人に於て叙上の如き手形金額を記載し、振出し人並に引受人として自己の署名せる白地手形を同人に交付したる以上は、中村萬之助に於て被上告人との間に於ける委託の趣旨に反し、自ら支拂期日支拂場所等を記入し之



を流通せしむるやも計られざる危険を豫想し居りたるものと認むるを妥當とすべきに因り、中村萬之助に依りて要件を補充せられたりとするも、被上告人は引受人として善意取得者に對して手形上の責任を負はざるべからざるものとす、蓋し手形所持人にして要件の補充が不法に爲されたることを知りて、手形を取得したるものなる場合には、白地手形の署名者は斯かる悪意の手形取得者に對して之を對抗し得べしと雖も、善意取得者に對して之を對抗し得ざるべければなり、是手形は流通證券にして轉々性を有するを以て、其の機能を發揮せしむる爲に善意取得者を保護する必要あればなり、本件に於ては上告人は既に要件補充せられたる後本件手形を裏書に依りて譲り受けたる第三

者として、引受人たる被上告人に對し手形上の請求を爲すものなれば、上告人の本件手形上の請求を拒否せんとするには、上告人が本件手形の取得に際し中村萬之助に於て不法に要件を補充したるものなることを知りたることを確定するを要す、然るに原審は此の點に付何等審究を爲すことなく、漫然中村萬之助が被上告人の委託の趣旨に反し、自ら支拂期日及支拂場所等を記入したるを事由とし、被上告人に於て手形債務負擔の意思なかりしとの理由の下に上告人の請求を排斥したるは不法にして本論旨は結局其の理由あり、即ち原判決は此の點に於て全部破毀を免されるものとす

### 七〇五 會社の手形と承認

爲替手形の引受の如きは商法に所謂監査役の承認を要すと云ふ取引に該當せずと判例に反對論

(學士田中耕太郎氏判批摘要) (大正一三年(オ)三三〇號一三・九・二四、民三、集三・一〇・四三三頁)

(事實) 株式會社鈴木商會の取締役たる上告人(控訴人被告)鈴木八郎は其取締役たる資格に於て、大正十年十月二十五日金額二千五百八十七圓五十錢、支拂地東京市、満期日大正十年十二

月二十日、受取人株式會社田宮商會、支拂人上告人たる鈴木自身と定めた爲替手形を作成し、其手形を受取人に交付する以前に鈴木が即日支拂場所を株式會社八十四銀行下谷支店と定めて引受を爲し、受取人に交付し(被上告人控訴人原告)たる五十嵐今次郎は受取人の裏書に依り、右手形所持人となつた、五

十嵐は満期日に上告人に對し支拂を求めたが上告人は之に應じなかつたために本訴になつたのである

(判旨破毀) 爲替手形支拂が其手形に引受行爲を爲すや否やは固より其の任意に屬し、振出人の振出行爲に依りて拘束を受くることなきものなりと雖も、振出人は支拂人に對して手形金額支拂の委任をなすものなれば、支拂人が其の手形に引受行爲を爲すは振出人の支拂の委託に應ずるものに外ならずと云ふべし故に爲替手形の引受は一面所持人に對する關係に於ては、債務負擔の意思表示たるに過ぎずと雖も、他面振出人に對する關係に於ては其の支拂の委託に應じたるものと解するを妨げざるべし、然らば即ち株式會社の取締役が自己を支拂人として振出たる爲替手形に自己自ら爲したる引受行爲は、商法第七十六條に所謂取締役自己と會社との間の取引に該當するものなりと解するを相當とす……

(評釋) 本判決は手形の引受と商法第五十六條の關係に付き大正十二年七月十一日判決(集二卷一〇號四七七頁以下)の誤謬を其儘繰返したるのみならず、更に引受の法律上の性質に論及し之に就て全然不當なる解釋を下した、最も拙劣なるものと謂はなければならぬ

一、先づ最初は太審院は手形の引受行爲の性質を見誤つてゐないかと考へる、大正十二年の判決は引受を以て取引に該當するものとし、振出しの場合と異なる所がないものと爲してゐる、之を振出になぞらへることは全然間違つてゐるのであるが、此點は暫らく措き、大審院は本件の判決に於て引受を取引と認むる立場を更に辯明せんと試み「爲替手形の引受は一面所持人に對する關係に於ては債務の負擔意思表示たるに過ぎずと雖も、他面振出人に對する關係に於ては其の支拂の委託に應じたるものと解し引受を取締役自己と會社との間の取引と斷定し、商法第七十六條の適用を認めたのである、十二年判決の場合には引受を以て引受人と所持人との間の契約の如く解してゐるやうであるが、今度は引受を所持人に對する關係に於ては債務負擔の意思表示に過ぎずと校正し、他面引受は引受人が支拂の委託に應じたるものと解してゐる、一方に於て改むると同時に他方により拙なる誤りに陥つたものである、引受の性質に付ては議論がないではない、日本の學說としては多數は單獨行爲説を採り志田、毛戸、須賀、矢部の諸氏、契約説は松波博士及青木博士のみに止まる、私は手形の引受は手形なる有價證券を完全ならしむる行爲として創造説の立場に於て、引受を以て單獨行



爲と爲さんと欲するのである、此意味に於て私は契約説に左祖することに躊躇するものである、故に原審が引受を以て控訴人が同會社と取引を爲したるものと認むるを得ずとし、又爲替手形に於ける支拂委託の記載は形式上の要件に過ぎずして、支拂人の引受け其の委託に對する受諾の意思表示に非ず」と爲したのほ極めて正當であると言はなければならぬ

二、大審院の如き結論を採ることに依り、引受け取引として監査役の承認を要し之れなくして爲された引受けが商法第七十六條の結果無効となり、手形取引の不安を惹起するに至り、殊に此結果は從來の判決に依り、善意の被裏書人にも對抗し得ることとなり、此不安は自乗せられる譯である、私は松本博士が前掲評釋其他に於て採られた結論に對して賛成せざるを得ないのである、殊に本件の如き場合に於ては引受けを爲したる者が一人たる資格に於ての取締役である、故に會社との間の利害衝突を來すが如きことは全然なく、其の引受けに就て監査役の承認を要するものとは常識からも考へ得られぬのである、尙手形債務者が自己の信用を利用して手形を流通せしめ、而して自己の行爲に存する缺點を口實として其の行爲の無効を主張し、支拂を拒むことは現今の手形に關する争訟の大半を占むる病弊である

(判例民事法大正十二年度八〇頁拙稿参照)本件の如き場合も其の著しき例で、大審院は其の手に乗つたのである、手形嚴正なる觀念は取引の爲必要であるが決して機械的に應用すべき利器ではなく、極めて慎重に適用しなければならぬ、況んや本件の場合に於て引受けは如何なる意味に於ても第七十六條の取引中に包含せられざるに於てをや

三、本件に付て私の結論は上述の通りであつて、松本博士に一致するものである、然しながら私は更に一步を進めて、商法第七十六條の取引に屬するや否やの問題と、手形學説上に於て引受けの性質を、或は契約と解し或は單獨行爲と解する問題とを何故に關聯して考へなければならぬかを疑問とするものである、此點に關する詳細の論議を別稿に譲ることとし、此所に結論のみを掲ぐれば、私は從來の學說判例とは全然反對に手形に關する行爲は商法第七十六條の取引中に全然包含しないこと詳言すれば同條の取引は取引自體即ち實質的行爲に限るものであつて、債務の履行に類すべき手形に關する行爲は一般に既存の法律關係の結果として爲さるゝ手段的形式的のものである故、同條の取引中に包含せざるものと爲すものである、此のことは振出裏書引受け其他の手形に關する行爲に付て一様に言は

れ得る、然らば取締役が手形に關する行爲に付き監査役の承認を経るを要せざることに依り、例へば會社が個人たる取締役に振出したる手形は有効となり、會社は取締役に對し手形上の債務を負擔するに至り不都合の結果を生ずると人は懸念するであらうけれども、會社と取締役との間に於ては會社が取締役に對し原因關係たる取引に關し商法第七十六條の承認を経ざりし

人的抗辯を以て對抗し得るが故に、此の危惧は除かれるであらう、加之斯く解するときは會社と取締役との關係、會社と善意の第三者との關係も一樣に解決することが出來、何が故に善意の第三者が保護さるべきかを極めて圓滑に説明し得るの利益がある

### 七〇六 手形と各種の義務

#### 共同振出及保證は連帶責任との事多數説なれど 反對説可との論各署名者と時効及び免責の關係

(學士田中耕太郎氏説述摘要)

商法は手形債務者が連帶責任を負ふ旨を何等規定せぬ故、手形債務者間に連帶關係が存するものに非ざることには、何等の疑問を生ずることがない譯である、然るに商法第二百七十三條第一項の規定を手形債務者相互の關係にまで推及するを得るものと誤信し、同條に依り手形債務者相互間に連帶關係を認めたる下級審の判決がある、然しながら元來第二百七十三條第一項の規定は數人が一個の行爲に依りて債務を負擔した場合に限るものであつて、手形行爲の如く相互に時を異にし、獨立して成立する場合には適用がないこと勿論である、又數人の振出人が存在す

る場合に於て同條に依り此等の者の間に連帶關係を認めんとするものが多數説である、私は少數説に従つて數人の振出人は連帶債務者たらずとするものであるが、其の理由は第二百七十三條第一項は行爲法即ち商取引自體に關する法であつて、商取引の手段に關する手形上の行爲、即ち組織的の關係には適用ないと解するものである、此のことは數人の裏書人又は引受人間の關係に付いても同様である

手形關係に於ては法が多數の債務を併立せしむるものであるが問題となるは此等の債務相互の關係である、此等は決して連帶債務の場合の如く平等の地位に於て併存してゐるものではなく



互に複雑な關係を爲すものである、元來手形關係に於ける債務は其主體の數だけ存在し、假令當事者が共同して振出又は引受の如き手形行爲を爲す場合に於ても同様であるが、其等の各個の債務は皆同一の目的に向けられたるに拘はらず、其間に主従先後の關係あり、微妙なるユニオンスを爲してあるものである此等の手形上の義務者に二種あることに注意しなければならぬ手形上の義務者の第一種は自ら支拂の約束を爲したる者であり約束手形の振出人、引受人、參加引受人及此等の者の保證人である、此等の者の義務の間には勿論差等あり、約束手形の振出人、引受人及其等の保證人の一群の者は無條件に手形金額の支拂の義務を負ひ、之に反し參加引受人及其保證人等の一群の者は、此等の者に依る支拂が得られざりし場合に於て、條件附に支拂の義務を負ふものであるが、要するに所持人に對し第一次的に満期日に於て手形金額支拂の義務を負担するものなる點に於て變りはない、手形上の義務者の第二種は擔保義務者である此中には爲替手形の振出人、裏書人及其等の保證人を包含するものであつて、此等の者は手形關係の主たる債務者、即ち直接に手形關係の目的たる支拂を爲すべき者ではなくして、此目的が達せられなかつた場合に於て、之に代る手段を備ふる爲めに

い、又償還義務者の一人に對して爲したる債務の免除、斯る者と爲したる更改、一人の爲めの時効の完成は連帶債務の場合（民四三七條四三九條）と異り他の償還義務者の義務の範圍に影響を及ぼすことはない、但此等の場合には債務を免れたる者の下流にある者全部は、手形關係の特質からして責を免るゝものである、又引受人に對する債務の免除、之との間の更改に付いては場合を分ちて考へなければならぬ、未だ支拂拒絶證書の作成なく支拂が爲さるゝ代りに、債務の免除又は更改等が、爲さるゝ場合に於ては、支拂の場合と同様全手形關係は消滅し、從つて擔保義務者の債務は未だ具體的となる暇なくして消滅する

### 七〇七 違法の手形と所持人

（博士島賀陽然良氏判例批評）

大正十二年四月五日大審院第二民事部判決

（判決要旨） 手形行爲は獨立性を有するを以て振出行爲の效力の有無は裏書行爲の效力に影響を及ぼすことなし

手形署名行爲（單に手形行爲と謂ふ）は如何なる種類に屬するを問ふことなく全然獨立して不羈なるものとす、之を稱して手形

第二章 商事 第二節 手形法の部

存する第二次的の義務者に外ならぬ、此等の者の一群は手形の所持人（狹義の所持人及償還を爲して、手形を取得したる所持人）の爲めに存するものである

上述の如く債權者に二つの群がある結果、債務の履行の效果に付いて連帶の場合との差異を生ずる、連帶債務の場合に於ては債務者の一人が爲したる辨濟は絕對的效力を生じ、全債務が消滅に歸するものであるけれども手形關係に於ては何人が支拂を爲すやに依つて差異を生ずる、上述の債務者中第一種の者に依る支拂又は之と同一視すべき事情は手形關係を絕對に消滅せしむるものであつて、其結果前者全員は償還義務を免るゝ、然るに第二種の債務者、即ち擔保義務者が支拂に代るべき償還義務を履行する場合に於ては之と異り、第一種の債務者は責を免るるものではない、第二種の債務者相互間に於て免責的效力を有するや否やは償還を爲す者の裏書連鎖上に於ける地位に依りて各別に決しなければならぬのであつて、其者の下流にある債務者全員のみが免責的效果を受くるに止まり、其上流にある他の債務者には及ばないのである

次に時効の中断は其事由の生じたる債務者に對して、獨り效力を生ずるに止まり、他の手形債務者には影響を及ぼすことがな

のである、支拂拒絶證書作成後に於ては如何と言ふに、引受人は勿論依然債務者であるが故に、所持人は其債務を免除し、又之と更改を爲すことを得る、此の場合に於ては振出人裏書人等第二次的債務者は責を免るゝものである、但此處に注意することを要するのは、此二種の場合に於ては免除を受け更改を爲したる引受人は、其手形を回收することを要するのであつて、然するに非ざれば完全なる效力を生ぜず、單に當事者間の人的抗辯を生ずるに過ぎぬことである、何となれば回收なきときは手形は依然流通すべく、從つて善意の第三者保護請求權の行使の問題を残存せしむることになるからである

### 監査役の承認を得ずして振出したる手形でも所持人は其裏書人に對し完全の權利を有するなり

行爲の獨立不羈の原則と謂ふ、固より此の原則の行はるゝが爲めには既に外見上手形形式に付き正當なる基本手形の存在を前提とするや當然なりとす故に所謂獨立とは手形所持人が善意にて手形を取得したる以上は自己の利益の爲めに手形上に眞實なる署名を爲したる者に對して、手形上の義務履行を請求し得るの意味を表すものにして、之を反面より説明すれば手形上に其



の義務負擔の意思を以て眞實に自己の署名を爲したる者は、善意なる手形所持人の爲めに手形上の義務を負担するものなることを包含す、而して不羈と謂ふは該手形上に記載しある他の手形署名が手形上の義務負擔の効果を齎すや否やを顧慮せざることを意味するものとす、判旨に於ける手形行爲の獨立性と謂ふは、叙上の二個の本性を併稱したるものと謂はざるべからず、更に之を詳言せんか、手形行爲の獨立性は決して手形の形式上に於ける獨立性を意味するものに非ずして、寧ろ債務負擔の點に於て其の實質上の獨立性を指すものと解せざるべからず、例へば形式上正當なる手形上に振出人の署名存し、或る原因により其の拘束力を受けざることもあるも之が爲めに引受人及び裏書人の義務に何等の影響を及ぼさざることあるが如し、各種の手形行爲が獨立することは恰も各種の署名が各別なる證券上に記載せらるゝが如く考察せらるゝものにして、手形上の義務負擔は其の署名者の眞實なる署名行爲存するが爲めに生ずる責任にして、他人が其の責に任するが故に自己亦其の責に任するものに非ざるなり、従つて手形上の他の署名が偽造に係る場合と雖も眞實なる署名者は其の責に任せざるべからず、吾商法上手形行爲の獨立性を認めたる法上の根據は第四百三十八條第四百九十

七條並に第四百三十七條を見て之を發見することを得今案件の事實を見るに、恰も叙上の理論を適用し得べき場合に於て、案件に於ける約束手形の振出人は某會社にして其代表者が自己を受取人として受けたるものに係り、而も商法第七十六條に從ひ自己行爲として監査役の承認を受くべきものなるに拘はらず、之が承認を受けずして該約束手形を振出したるものなるが故に、此の點に於て該會社を拘束せしむるの效力を有せず、是れ上例に於て或る原因の爲めにと述べたる原因に該當するものにして、會社の代表者にして且受取人たる者は、該會社に對して手形義務履行の請求を爲し得ざるものたるや論を俟たず、然れども其受取人並に其後者に依りて爲されたる裏書署名に依る責任は該手形の善意取得者の利益の爲めに何等の影響を受けざること叙上に説明したるが如し、然れば上告理由として該手形の如き商法第七十六條に違背して振出したる無効なる手形によりて、代表者にして且受取人たる者は手形權利を取得せず、従つて又其の裏書譲り渡を爲す權利を有せざるものにして、爾後の裏書人も亦同様なれば、手形所持人たる者も亦裏書譲り渡に依り手形權利を取得すべき理なく、従つて手形所持人の請求は不當なりと論するも、斯の如きは手形行爲の獨立性

を無視したる所論たるのみならず、被裏書人の手形より生ずる權利の取得が善意なるに拘はらず、前裏書人の權利を繼承して取得するものなりとの意味を主張するものにして、裏書の移轉作用として前者の瑕疵を繼承せざるの理を葬り去りたる甚だしき誤謬の見解なりと評せざるべからず、更に大審院の再考を煩はさんとして附加したる償還請求權の點に付き「結局最前の裏書人のみ償還を得ざる不幸を見るべし」と説述したるが如き殆んど何の爲めの上告理由なるやを怪しむ、商法第七十六條に違背して該手形を取得したる代表者にして、且受取人たるものゝ損失に歸するは蓋し已むを得ざる所にして、若し此の上告論旨を是認するものとせんか、善意の取得者に對し全然何等の保

護を與へざるの結果を生ず、手形の流通性を認めたる以上は善意の取得者を保護すべきは當然の事理に非ずや、上告人は切に「絶対無効の手形」と謂ひ「根本的無効手形」と稱するも何を以て斯の言辭を弄したるやを解するを得ざるなり、商法第七十六條に違背して振出したる手形なるも手形としての形式的基本條件を完備せる以上は、手形の流通上何等の支障なきものにして、善意の取得者を保護するの要亦茲に生ずるものと謂はざるべからず、上述の如く上告理由の一も探るべき所なきを以て、大審院が一々説明の勞を採らずして、手形行爲の獨立性を明示して振出行爲の實質的效力の有無を以て裏書の效力に影響を反ぼさずとなしたるは洵に正當なりと評すべきなり

七〇八 隠居と手形の書換

手形の書替は一部入金で額面變更の場合と雖も特別意思なき限り前の延期手形と見るを可とす

(博士島賀陽然良氏判批摘要)

大正十二年六月十三日第三民事部判決

(判決要旨) 手形の書換ありたる場合に於て更改の成立するや否やは當事者の意思を解釋して決すべき問題にして、單に手形金額に變更ありたるの故を以て當然更改ありたるものと謂

ふことを得ざるものとす上記の判旨のみを以て判断するときば、其の正當なることを信すれども、判決理由中に於て聊か不穩當なりと認むべき點あるを遺憾とするものなり

案件の事實として原告たる上告人の主張する所に依れば、訴外



某の振出したる手形に付き被上告人の先代たる第一審に於ける被告(此者は控訴せず)との間に於て其の被告が支拂の責任を負擔すべき旨を約し上告人は訴外某の振出せる手形(舊手形の書換手形)に付き振出と同日に引受けたる手形を受取り更に其後内入金を支拂を受け、更に手形金額と満期日を變更したる書換手形を受取り、更に其の後同様なる方法にて三回の書換を爲したる手形を受取り、最後の書換手形に基き其の満期日に至りて引受人たる被告に對し、手形を呈示して其の支拂を求めたるも拒絶せられたり、然るに他方に於て該被告は第三回の書換手形の満期日前に隠居を爲し、被上告人に於て其の家督を相續したるを以て、先代たる被告の爲したる支拂責任負擔の契約に基き上告人は被上告人に對し最後の手形に依る手形金額の支拂を請求したるものに屬す、之に對して被上告人は家督相續を爲したる事實、並に先代が手形の支拂義務を負擔したる事實は之を認むるも、該契約は既に第一回の書換手形振出の翌日に於て、合意上解除を爲したるものなり、故に其後の手形書換に付き先代が引受署名を爲したるも引受負擔契約に基くものなるや不明なり、先代の隠居前に於て訴外某の振出したる手形は辨濟せられ手形の返還ありたるが故に、上告人は現に手形の所持人に非ず

假りに本件請求に係る手形が書換手形なりとするも、既に家督相續以後に作成せられたる手形なるを以て、被上告人(相續人)に對しては手形所持人なりと謂ふことを得ず、先代の隠居前に於ける手形を隠居後に書換ふるには、被上告人たる相續人に於て之を爲さざるべからざるものにして、不知の間に先代の爲したる手形行爲に付き被上告人に對し請求するは失當たるのみならず、本件手形は前の手形と金額を異にするが故に、後の手形に前の手形の書換手形なりと謂ふことを得ずと論じたるものとす

叙上の事實に對して原院は先代の約したる債務引受契約の解除が第一回の書換手形後に於て爲されたる事實を認め、之れ以前に振出に係る手形に付ては、被上告人は相續人として責任あるも、其の後の書換手形に付き殊に本件の手形に付き責任を負ふべきものに非ず、即ち内入金を支拂ひ以て手形債權を消滅せしめ同時に債權者に交付したる手形は新債權關係を創造するものと爲し延期手形たるには本來の手形の支拂期日を延期する爲め其の満期日のみを變更したる新なる手形を發行したる場合のみにして、本件の如く其の手形金額にも變更ありたる場合に於ては前手形と何等の關係なき別個獨立の手形なりと判示し、被上

告人の申立を認めたるものとす、

上告人は本件の手形は畢竟第一回の書換手形よりの延期手形たるに過ぎず、前手形の消滅を來たさざるものなりとして争ひ、所謂延期手形なりや否やは其の手形債務に付き更改を生ずるや否やの問題なるを以て、固より各場合に應じ當事者の意思を探求して判定すべき問題にして、延期手形は唯其の満期日のみを變更したる場合に限り之を認むべきものに非ざるなりと主張し支拂期日のみを變更して新し手形を振出したる場合と、手形金額の一部に付き支拂ありたるが爲めに其の手形金額と支拂期日とを變更して新し手形を振出したる場合とを區別すべき理由なしと説き、其の根據として手形金額の一部に付き支拂たる後と雖も其の殘額に手形債權として同一性を有することは、商法第四百八十四條に於て一部支拂の旨を手形上に記載すべきを命じ、其の殘額に付き手形債權を行使せしめたるを見ても明かなりと論じ、一部辨濟を伴ひたる場合と然らざる場合とに依りて延期手形たるに何等相異なきことを主張せり

大審院は上告人の主張を全然容認し、既存の手形に代へて新なる手形を振出し之を前手形の所持人に交付したる場合、即ち所謂手形の書換を爲したる場合に於て、其の新なる手形の振出が

前手形債務を更改したるものなるや、將た前手形債務に對する支拂を延期するの手段として爲されたるものなるやは、各場合に於ける當事者の意思を解釋して決定すべき問題にして、意思明瞭ならざるるときは支拂延期の手形として振出されたるものと推定すべきものとす、何となれば手形の書換なるものは満期日に至り更に其の期日を延長するの目的を以て之を爲すを普通とするものなればなりと説明して以て、手形の書換は更改意思の明瞭ならざる限りは延期手形なりと推定すべきものなりと斷じ而して延期手形の場合には手形金額其の他を變更せずして、満期日のみを變更する場合と手形金額に對する一部の辨濟を爲し其の殘額に付き支拂を猶豫するの目的を以て爲す場合との二あることを認めたる點に於て明瞭なる裁決を下したるものとす

大正九年三月二十四日大審院第三民事部の判決に依れば、手形の書換なるものは満期日に至り、更にその期日を延長するの目的を以て之を爲すを普通とし、舊手形債務を消滅せしめ新なる手形債務を發生せしむるに非ざれば此の場合に更改の法則を適用すべきものに非ずと判示せられたるものを、更に本判決に依りて一層明確に爲されたる點に於て數段の進歩をなしたる跡を見る、然れども手形の書換は更改意思の明瞭ならざる限りは延



期手形なりと推定すべきものなりとの断定に對しては疑ひを容るゝの餘地なしとせざるなり、思ふに既存の債務に於ける支拂期日の到達せるに拘はらず、其債務消滅の方法を講ぜずして新なる手形を發行し之を債權者に交付する場合に於て其新し手形を稱して延期手形といふものなるが故に、既存の債權關係は其の本質を變更することなきを以て、本則とせざるべからず、故に所謂延期手形の發行ある場合に於ては、債務消滅の原因たる更改の存すべき理なし、之を逆に論ずれば、更改の意思明かにして更改ありとなす以上は、新に發行せられたる手形は茲に所謂延期手形に非ざるなり、是故に新なる手形の發行が前債務を更改したるものなるや、將た又前債務に對する支拂を延期するの手段となされたるものなるやは判決理由に述ぶるが如く、各場合に於ける當事者の意思を解釋して決定すべき問題たること固より當然なりと雖も、意思明瞭ならざるときは支拂延期の手段として振出されたるものと推定すべきものなりと斷定するに至りては果して正當なりや、各場合に於ける當事者の意思を解釋して決定すべきものなりと爲す以上は諸般の狀況を考慮して、徹底して當事者の意思を探求せざるべからず、此の手段を採らずして徒らに意思明瞭ならざるときは延期手形として推定

すべきものとなし、其の根據として手形の書換なるものは満期日に至り、更に其の期日を延長するの目的を以て之をなすを普通とするものとなすに至りては、其間に聊か撞着の點あるを覺ゆ、卑見に依れば當事者の意思明瞭ならざればこそ意思の解釋をなすの必要を生ずるなれ、意思の明瞭なるに於ては毫も解釋の問題を生ずることなし、意思の解釋に付ては各場合に於て決定すべき問題なりとなす以上は、濫りに之れを推定すべき理由なしと謂はざるべからず、當事者間に存する諸般の事情に顧み至り、更に期日延長の目的を以てなざるを普通とすといふ客觀的標準を採用するに至りては、毫も各場合に於ける當事者の意思を解釋して決定したるものと稱するを得ざるなり、立法論としては兎に角とするも、適川論としては是認すべからざるものと謂はざるべからず

然れども案件に表れたる事實を綜合して、當事者の意思は各般の事情に顧みて充分に延期手形を振出したるものと決定するに足るものと信するが故に、判決の下されたる結論に對し、其正鵠を得たるものとして賛同するに吝ならざるなり、既に案件に於ける請求權の本體たる手形が延期手形なりと決定せられたる

以上は、當事者は履行に代ふる意思ありと推定すること能はざるが故に、民法第五百十三條第二項末文に定むる更改ありと看

做さるゝの餘地なきものと論ぜざるべからず

### 七〇九 欺かれて手形に署名

問 會社の支配人が重役を欺き、會社の爲め約二千圓の金融を銀行よりする故、裏書を爲し呉れと申入れ、金額は出来れば三千圓借りると稱して之を記入せざる儘裏書せしめ、後に五千圓と記入して他人より借入れて着服せる事が發覺した、此場合に重役は金高も借入先も違ひ、且私消せしものなりとて責任なき事を主張し得るや

金額や借入先を偽つて手形に署名させられ又其金を私消されても手形文言に従つて支拂義務有

答 手形は不要形式證券にして、之に署名したる者は其手形の文言に従ひて責任を負はねばならぬ、本問重役は手形に署名したるの故、其事情は如何にせよ手形上の責任を免れる事は出来ぬ、結局重役は五千圓の債務支拂の義務がある（商法第四三五、四三七條）唯其支配人に對しては詐欺横領罪等の刑事問題が起るのは勿論である

### 七一〇 手形貸金と月賦證書

問 甲が最初乙に對して約束手形を以て金を貸付け、後に至り其債務の辨濟方法を變更して月賦證書に書換へたる場合には、法律上元の手形債務は絶対に消滅し、月賦證書の債權債務のみとなるものに候や

約束手形で貸金した後月賤の辨濟證書を作つても手形債權は消滅せぬ故手形の請求差支なし

答 本問の場合に於て後に作成の月賦證書は債務辨濟の方法を

協定したものに過ぎない故、之が爲め前の債務が消滅する事はない、即ち手形債權は存続する故乙が月賦證書により支拂を怠つたならば、甲は其約束手形に基いて請求が出来るのである、然し若し後の證書が辨濟方法の契約でなく手形の貸借をやめて新に月賦證書を作つたものならば既に手形の權利は消滅したる



もの故、此の手形に基いて請求する事は出来ぬのである

### 七一 手形と支拂地の解釋

大正十四年(オ)第六百八號

小切手には之が要件として支拂地の記載を要することは商法第五百三十條第七號に規定する所にして、振出人が特に支拂地を記載せざりしときは支拂人の氏名又は商號に附記したる地を以て支拂地と爲すべきことは則法第五百三十七條により準用したる第四百五十二號の規定により明瞭なりとす、然り而して其の所謂支拂地又は支拂人の氏名又は商號に附記したる地とは、市町村の如き獨立したる最小行政區域を指稱するものなることは本院が約束手形の振出地に付、屢次宣言したる判例に徴して疑ひを容れず、然らば其の支拂地は支拂人の氏名又は商號に附記したる地を小切手に表示するには如何なる方法に依るべきや、本院從來の判例によれば支拂地又は振出地を表示するには、單に手形面に獨立したる最小行政區域たる地域を推知し得べき文字を記載するを以て足れりとせず、必ず其の地域を表示する文字を記載すべきものとなしたり(大正二年(オ)第九二號同年十

最小行政區域たる地域を推知し得べき記載を以て足る必ずしも其區域の嚴格表示を要せざる也

月二日第二民事部判決參照)是畢竟手形は其の性質上記載事項は手形面に於て明確ならざるべからずとの理由に基因するものに外ならず、然れども斯の如きは嚴に失し、却て手形の流通を阻害するの虞れあるのみならず、法律は單に支拂地又は振出地を記載することを要求するに止まり、之が表示方法に付ては特に規定する所なきを以て苟くも手形面の記載により所謂獨立したる最小行政區域たる地域を推知するに足る以上は、支拂地又は振出地の記載あるものと爲すを以て相當なりとす、從つて此の點に關する前示判例は之を變更するの必要ありと認む、本件に於て上告人が振出したる甲第一號の小切手には、特に支拂地の記載なきも支拂人として株式會社深川銀行本所支店なる表示あることは原院の認むる所にして、其の所謂本所支店なる文字は本所區内に存在する株式會社深川銀行を表示するものに係り即ち前示第五百三十七條第四百五十二條に規定せる支拂人の氏名又は商號に附記したる地を表示するの意義に外ならざるもの

と解すべきものとす、然り、而して本所區が東京市内に存することとは明白なるを以て、右の記載は畢竟獨立したる最小行政區域なる東京市を表示したるものと認め得べきにより、原院が之と同趣旨の理由の下に本件小切手には支拂地の記載なしとの上告人の抗辯を排斥し、法定の要件を具備したるものと判斷したるは洵に相當なり、又原院が本件小切手に支拂地東京市の表示ありと爲したるは、特に支拂地として其の表示ありと爲したる

### 七二 先附の小切手と善意

大正十五年(オ)第九百九十一號

支拂は實現せられたる信用にして、信用は期待に繋かれる支拂なり、兩者は要するに作用の別のみ故に支拂の望み無きものは信用證券として健全なる流通を爲すに由無く、信用を度外視して支拂證券の圓滑なる授受は之を期すべくもあらず、信用證券と云ひ支拂證券と云ふこと、其の主たる作用を表すが爲の講學上の用語に外ならず、固より一の理論的觀念に屬す、之に據りて以て直に取引の實際を律せむとするときは所謂方底圓蓋其の相容れざるを生ずるは蓋し自然の數にして、抑々又之を

先日附の小切手を取得せる者の善意惡意を決する時期は實際の受授日による可く日附到來不要

にあらず、本件小切手には支拂人として株式會社深川銀行本所支店なる記載あり、右は東京市本所區所在の深川銀行支店を表示せるものにして、前示商法第五百三十七條第四百五十二條の規定に基き支拂人の商號に附記したる本所なる文字より推知し得べき東京市が支拂地となる旨を判示したるものに外ならざること、其の判文上自ら明かなるにより原院決は毫も所論の如く不當に事實を確定したる違法あるものに非ず

して相容れしめむとするの誤れるなり、何者信用證券なるものと支拂證券なるものと各其作用を異にすと云ふも、開は遂に程度論のみ截然たる分界の素と其の間に存するありて、爾るにあらざればなり、現に法律上より云はゞ日本銀行振出の一覽拂且つ無記名式約束手形に外ならざる兌換券は、支拂の要具として貨幣そのものと何等の徑庭なき働きを爲せるに非ずや、今夫れ小切手は其の日より十日以内に支拂を求むる爲に之を呈示せざるべからずとのことは法條の嚴存するところなり、此の事固より小切手が所謂支拂證券たるの作用に立脚したる規定に外な



らす、其の先日附の小切手なるものは其の事實上の振出日と其の呈示の日との間に十日以上を置かんとするものにして、正に右の規定に背反するものゝ如しと雖も、抑々斯る小切手の取引上現に授受せられつゝありて、而も何等被害の未だ観るべきもの無きことも亦一般に著明なる状態なり、是畢竟此の種小切手も又取引界に存立し得る一の經濟的性能を具有するの致すところならずんばならず、而も小切手振出の日附が事實に吻合するところとは始めより法律の要求せざるところにして、又小切手は支拂證券なりとの觀念之を執つて以て、取引の實際に臨むことの遂に机上の論に過ぎざるは前述の如くなる以て、先日附小切手なるものゝ存在を法律上否定せんこと何等の理由あるべからず、其の有効にして而も小切手上的の權利義務は、事實振出のありたる時より已に發生し、唯支拂を求むる爲の呈示は記載に係る振

### 七一三 小切手の保證は無効

大正十五年(オ)第四百三十七號  
案するに原判決の確定したる事實に依れば上告人は訴外早川徳三郎の振出しに依る同人の爲め被上告人外一人に於て、各振出

小切手に保證文言の記載あるも手形上の効力なき故取得者に此請求權なしとは沒識の判決なり

人の爲め保證を爲す旨を記載したる小切手を取付し、同證券記載の支拂人株式会社愛知農商銀行別院前支店に其の支拂を求めたるも拒絶せられたるに依り、被上告人に對し民法上の保證債

務として小切手金額及損害金の支拂を求むと云ふに在れども、右保證の記載が手形上の効力を有せざる事は商法第四百三十九條の明文並びに商法第五百三十七條に於て、小切手には爲替手形に關する保證の規定を準用せざりしに徴し明白にして、而して若し上告人主張の如く如上保證文言の記載ある小切手の取得に依り直接の當事者に非ざる上告人と、被上告人との間に民法上の保證債務成立する者とせば、保證文言の記載者は小切手の轉讓と共に總ての取得者に對し保證債務を負擔する結果と爲り該特約の記載を以て手形上の効力を生ぜしめたるを相擧ぶ所なきに至り、如上手形法の精神に反する結果を見るに至るべく、

### 七一四 期間後の手形取得者

大正十五年(オ)第六百一號  
商法第四百六十二條には支拂拒絶證書作成の期間經過の後、所持人が裏書を爲したるときは、被裏書人は裏書人の有したる權利のみを取得すと規定しあるを以て、白地裏書ある手形を引渡に依りて取得したる者に付いては、右規定の適用なきものゝ如しと雖も、同條の規定は支拂拒絶證書作成期間經過後に於ては

善意惡意を問はず前者の有せる權利しかなし白地手形でも然り前者が或事由で無權の時損害也

其の手形所持人は單に自己の有する權利のみを讓渡し得べきものにして、手形取得者は獨立なる權利を取得するを得ざることを定めたるの趣旨なるを以て、白地裏書ある手形を右期間經過後引渡の方法に依り讓渡したる場合に於ても、之を普通の裏書に依りて讓渡したる場合と同じく、讓受人をして讓渡人の有したる權利のみを取得せしむるの法意なりと解するを相當とす、



而して手形の譲受人が譲渡人の有したる権利のみを取得するに過ぎざる以上は譲受人の善意なるを悪意なるを區別すべき理由あることなし、又商法第四百四十一條は手形所持人が手形法の規定に依らざる事由に基き手形を失ひたる場合に於て其の取得者に悪意又は重大なる過失あらざるときは手形所持人は手形上の権利を失ふべき旨を定めたる規定にして、第四百六十二條の場合に適用することを得ざるものとす、原判決の認めたる事實に依れば本件爲替手形は被上告人の振出引受に係り受取人の神谷啓三に於て白地裏書に依りて之を加藤陽康（前名憲三）に交付し加藤陽康は更に白地裏書に依りて之を尾崎鐵之助に交付し、尾崎鐵之助は辯護士後藤早倭三に依頼して引受人に對する請求並に支拂拒絶證書の作成を爲さしめ、被上告人に對し償還請求の通知を發せしめたる物にして、其の後後藤早倭三は該手形を

### 七一五 手形債權の一部で相殺

昭和六年（オ）第七百二十五號  
案するに手形の所持人が手形債權を自働債權として相殺を爲すには、其相殺に依り手形債權の全部が消滅すべき場合に限り、

此場合は通知のみにて可也全部相殺の時にのみ交付を要する也

相殺の意思表示以外に手形を相手方に交付することを必要とすべきも、其の手形債權の金額が受働債權の金額を超過し、從て之が相殺あるも手形債權は對當額たる一部のみ消滅すべき場合

引渡に依り山下兼吉に譲り渡し、山下兼吉も亦引渡に依り之を被上告人に譲渡したるものとす、而して被上告人は尾崎鐵之助の實兄片岡竹三郎に對する約束手形に基き債務の見返り擔保として本件爲替手形を振出し、叙上神谷加藤兩名の白地裏書を得て之を片岡竹三郎の代理人たる尾崎鐵之助に交付したるものにして被上告人が該約束手形金の支拂を爲したるときは、同人より本件爲替手形の返還を受くべき事を約したるものとす、故に原院が被上告人に於て右約束手形金の支拂を爲したる事實を認定し、後藤早倭三以下の手形取得者は尾崎鐵之助の有する権利のみを取得したるものにして、尾崎鐵之助が本件手形金の請求權を有せざる結果上告人は本件請求權を有せざる旨を判斷し、上告人の善意悪意を審査せずして其の請求を排斥したるは不法に非ず

には、相殺の意思表示以外に手形の交付を必要とするものに非ず、蓋し手形債務者は手形金額の全部の支拂を爲す場合には商法第四百八十三條第一項、第五百二十九條に依り之と引換に手形の交付を受くべき權利を有すべきも其の一部の支拂を爲す場合には斯る權利を有せず、從て自働債權たる手形債權全部を消滅

### 七一六 手形上代理認識の爲他人證據參酌可也

昭和四年（オ）第三百六十一號

他人のために代理人として手形行爲をなす場合には、本人のためにすることを手形に記載して署名すること必要なれども、その本人のためにすること即代理關係を記載する方法に付ては、別に法律上制限する所なきが故に、苟もその記載にして本人のためにすることを認識し得らるゝ程度なる以上可なりと解すべく、而してこの認識し得らるゝ程度といふことは、必ずしも一見明瞭といふ義に非ざるが故に、一見明瞭ならざる場合にもなほ認識し得らるゝ程度の場合存すべし、然れどもこの場合には他の證據を參酌してその記載の意義を明にするの已み難きことあり、例へば記載が兩様の趣旨に解せられ得べき場合の如き署名者が果してその孰れの趣旨にて記載したるものなるやを明

せしむべき相殺を爲す場合には右商法の規定の準用に依り、手形の交付を要するものと解すべきも、自働債權たる手形債權の一部のみを消滅せしむべき相殺を爲すには、手形の交付を必要とすべき理由なければなり

にせざるべからず、この場合には他の證據を參酌するの要あり而してこれをなしたればとて、これがため手形の記載の意義を明にするに當りては如何なる場合にても手形面に記載せられたる所のみを専ら資料として決すべく、他の證據は毫も參酌することを許さずとなすが如き見解は是認し難し



七二七 信託法第三條第二項は手形の信託裏書讓渡に適用なし

昭和四年(オ)第五十三號

信託財産は信託の目的を達すべき資料なるを以て、之を受託者の有に歸せしめたる場合においても、右財産は受託者固有の資産状態の影響を受けざるものと爲すにあらざれば、信託究極の目的を達するを得ざるものなるを以て、信託法は其の第十四條乃至第十八條等において信託財産を受託者の固有財産と區別して取扱ふ可きことを命じたるも、受託者に屬する或財産が信託財産なるや將固有財産なるやば、第三者より之を見れば其の限界必ずしも明瞭ならざるを當とし、總ての信託財産を受託者の財産と認め得ざるものと爲すときは、其の信託財産なることを知らざる第三者は兩者の紛淆に依り不測の損害を被ることなきを保せざるが故に、信託法は信託財産中の或種のものに付此の區別を外形的に明白ならしむると共に、外形上明白なるもの

七二八 手形金の讓渡方法を誤る

問 一、甲が乙に對し額面五百圓の約束手形を振出し、乙は即日丙に裏書讓渡したり、然るに支拂期日に其支拂を爲さざるに

に就てのみ其の信託財産なることを第三者に對抗し得可きものと爲さんことを期し、その第三條を規定したるものなるを以て同條第二項において、有價證券に付ては、信託證券に信託財産なることを表示するに非ざれば、之を以て第三者に對抗することを得ずと規定したるの意は、單に有價證券が信託財産なりとせば證券にその旨の表示を爲すに非れば、信託當事者はその證券に關し信託財産として前記各法條の如き特別の取扱を對世的に主張し得ると云ふに止まるものと解釋するを相當とし、從て同項は信託の目的物たる有價證券の表示する權利の實行とは何等の交渉を有せざるものなるが故に、彼の受託者が委託者より信託の目的を達するが爲裏書讓渡を受けたる手形上の權利を手形債務者に對し行使するが如き場合に、その適用を見る可きものにあらざるや言を俟たず

より丙は拒絶證書作成の上、乙に償還請求の通知を發したるが其後乙は丙に利息として幾分の支拂を爲したるも、元金の支拂

を爲さずして數ヶ月を経過したり

二、然るに丙は丁に負債あり、其支拂に代へ右手形上の債權を讓渡することになりしが、支拂期日經過後の手形故裏書讓渡は出來ざるものと思ひ、普通債權と同様の手續を以て讓渡することになしたり

債權讓渡書

一、甲が乙に對し昭和年月日振出し同日乙より拙者(丙)が裏書讓渡を受けたる額面金圓支拂期日何年月日支拂場所云々の約束手形上の債權を本日貴殿に讓渡致候也

年 月 日 丙 印

丁 殿

債權讓渡通知書

昭和年月日貴殿が乙に宛て振出し同日拙者丙が裏書讓渡を受けたる額面何圓支拂期日何年月日支拂場所何々の約束手形上の債權を何年月何日丁に讓渡したり、依て爾後同人に支拂相成度此段御通知候也

年 月 日 丙 印

甲 殿

但し乙にも同様通知し此通知は何れも書留内容證明郵便にて

發したり

然して丁は甲乙に對し約束手形金請求の訴を提起したる所、裁判上右債權讓渡は法規上無効なれば法律専門家に聞き合せよと云はれたり、右の次第に付此債權讓渡は違法なりや否や、若し違法とすれば此訴訟を此儘進行せんとするには如何なる方法にて訂正して宜しきやの御鑑定御教示を願上候

答 一、支拂拒絶證書作成期間經過後の裏書(期限後裏書)と雖も手形債權の讓渡の效力を生ずるものとす、然るに之を誤解して讓渡の效力なきものと思料し民法指名債權讓渡の手續を履みたるは拙なるものと信す

二、右の讓渡は債務者たる甲には對抗し得ざるものにして、このことは民法第四六九條の明定する所なり、即指圖債權の讓渡は其の證書に讓渡の裏書を爲して之を讓渡人に交付するにあらざれば、之を以て債務者其他の第三者に對抗し得ざるものとす蓋し手形は指圖證券にして手形債權は指圖債權なり、假令期限後の手形と雖も指圖證券なる手形にして之により表彰せらるる債權は依然として手形債權なればなり

三、然るに丁は之を甲に對抗し得るものと誤解し、無効なる讓渡手續を取りたるものなれば、訴は敗訴たるを免れず、宜し



く丙は改めて裏書により丁に手形債権の譲渡をなし、然る後訴

訟を起すべし、現訴訟は取下ぐるを可とす

### 七一九 手形と時効起算日

満期日の履行期は午前零時より事實上始まらざる故初日は算入すべきに非ず翌日より起算の事

大正十五年(オ)第四百九十六號

依つて按ずるに商法第四百四十三條に依れば爲替手形の引受人に對する債権は、満期日より三年を経過したるときは時効に因り消滅すべしと雖も、同條は手形債権の時効期間に關する特別規定たるに止まるを以て、其の期間の計算に付いては民法第四百十條に依るべきものとす、而して同條に依れば期間の初日は之を算入せず、例外として期間が午前零時より始まる場合に於てのみ、初日も算入すべきものなるを以て、爲替手形の引受人に對する債権の時効期間三年を計算するに付いては、其の初日たる満期日は之を算入せず、其の翌日より之を計算せざるべからず、蓋し手形所持人は満期日に於て手形を呈示して、支拂を求め得べきものなるも手形所持人が手形上の權利を行使し得るは満期日に於ける取引時間の初刻以後なるに付、其の消滅時効は民法第六十六條に因り、同日の取引時間の初刻より進行すべきものにして、午前零時より進行すべしものに非ざればなり(當院明治三十四年(オ)第四百七號同年十一月二十八日判決參

照)加之原審の確定したる事實に依れば、被上告人は本件手形の引受を爲すに當り、支拂場所を株式会社光正銀行と附記したるものに係る、而して銀行條例第六條に依れば銀行の營業時間は午前九時より午後三時迄なるを以て、本件手形に付いては満期日たる大正十一年十一月二十五日の午前九時以後始めて支拂場所たる銀行に於て被上告人に對し有效に手形を呈示して支拂を求め得べく其の以前に於て支拂を求め得べきものに非ざれば時効期間に付ても其の初日たる満期日の午前零時より進行を始めるに由なきものと爲さざるべからず、然るに原審は本件時効期間を算定するに當り期間の初日たる満期日を算入して三年を経過したるものとして、手形債権は時効に因り消滅したるものと判定したるは所論の如く法律に違背したる不法あるものにして、原判決は之を破毀すべきものとす、  
銀上の理由に依り民事訴訟法第四百四十七條第一項、第四百四十八條第一項に従ひ主文の如く判決す

### 第三節 雜 部

#### 七二〇 支店長と代表權

取締役又は支配人に非ざるも支店長なる者は矢張り一切を代表する權限ありとすること慣習法也

(學士田中耕太郎氏判批摘要)

(判旨) 「株式會社たる銀行支店の長は其取締役若は支配人に非ざる者と雖、當該支店の一切の行務を處理し特別の事情なき限り該支店の營業に關する行爲殊に手形取引に關しては銀行を代理する權限を授與せられ、之を爲すものなること銀行營業に關する實験法則上毫も疑を容れざれば、本件に就て原院が……同銀行が同人(中野)を代理人として右裏書を爲したるものと推斷したるは相當にして……」云々

(評釋) 右判旨は正當である、嚴格なる形式論より見れば上告論旨の言ふが如く、支店長なる稱號は法律上の術語ではないのであつて、其れ自身何等權限の範圍を示すものでない、故に當然手形取引に付て銀行を代表する權限を有するものと言ふことは出来ない、商法第三十三條は主人が番頭又は手代に營業に關する或種類又は特定の事項を委任すること番頭、又は手代は其

委任を受けたる事項に關し、一切の行爲を爲す權限を有することと規定してあるが、支店長に付ては何等の規定をも存しない蓋し法律が支配人以外には番頭又は手代に付てのみ規定し、支店長の如き者の權限に付規定しないのは個人たる商人の使用人のみを眼中に置き、從來の用語を踏襲したものであつて、會社の使用人ことに支店長の如きものを豫想せず、斯る點に於て現行商業使用人の規定に重大なる缺陷あるものと言はなければならぬ

然れども商の實際は支店長なる制度を發生せしめた、實際に於ては支店長は支配人たるが通常であるが、支店長にして支配人でなければ支店の營業を行つて行く事は出来ぬ、此故に支店長は支配人の實質的方面と認むるを得る、銀行の支店長は判決理由の言ふが如く取締役若くは支配人に非ざるものであつても、其支店の一切の行務を處理し、特別の事情なき限り該支店の營



業に關する行爲に關し、銀行を代理する權限を授與せられ、之を爲すものと認められて來た、判決が「銀行營業に關する實験法則」ありと言つてゐるのは銀行支店長が手形取引に關し權限を有する商慣習を認めたものといふべきである、若し斯る商慣習法が存在しないとすれば、民法第百十條を適用する外はないであらう、要するに商取引の必要は支店長に斯る權限を認め、それが慣習法となり而して之は結局成文法化せられなければならないのである。

### 七二一 支配人は飽迄代理人也

昭和六年(オ)第七百四號

商法第三十條第一項は支配人の代理權の範圍を定めたるものなれば、同條に依り支配人は主人の營業に關する訴訟に付、訴訟代理人たることを得べしと雖、其の訴訟の當事者たる資格を有するものと解することを得ず、又支配人が右訴訟に付自由に訴訟代理人を選任することを得る所以は、同條に依り廣汎なる代理權を有するに因るものにして、支配人が其の訴訟の當事者なるが爲には非ず、尙支配人が其の代理權に基き訴訟代理人の選

之を當事者として被告に表示し  
負傷手當を要求せるは失當とす

任を爲す場合に於ては、其の選任は主人に代りて之を爲すものにして、復代理人の選任に非ざるが故に之に付民法第百四條の適用なきものとす、而して民事訴訟法中支配人が主人に代り自己の名に於て訴へ又は訴へらるることを得る旨を定めたるものなきが故に、支配人は主人の營業に關する訴訟に付主人に代りて其の當事者たる資格を有せざるものと解せざるべからず、記録に依れば本件は上告人に於て汽車製造株式會社東京支店所屬工場に勤務中被災たる業務上の負傷を理由として、工場法所定

の扶助料の支拂を請求するものなる處、上告人は同會社東京支店支配人たる被上告人に於て同會社に代りて訴訟の當事者たる資格あるものとし、同人を被告として本訴を提起したるものな

るを以て、原判決が論旨に摘録せる理由に依り上告人の請求を排斥したるは相當なり  
昭和六年十月十日 大審院第四民事部

### 七二二 區域の變更と商號

區域が變更せられ他の區域に編入せられたる場合  
合既存の商號登記は新區域全部に效力存する也

司法省回答(大正十四年四月二十九日)

問 左記事項疑義相生に候に付至急何分の御垂示相仰き候也  
第一項 大阪市の或區の一部が他の區に編入せられたる場合に被編入區域内に營業所を有する商人の商號登記の效力は、従前の所屬區及新所屬區の何れに於ても消滅するものと解すべきものなるや、若し然りとせば其商號の登記は商業登記取扱手續第四十二條に依り抹消すべきものなるや  
第二項 町村の全部が大阪市の或區に編入せられたる場合に、被編入區域内に營業所を有する商號登記の效力は新所屬區の地域全部に對し商號登記の效力を及ぼすものなるや、若し然りとせば新所屬區に既に同一營業の爲め同一商號の登記あるも各々其效力を有するものなるや  
第三項 第一項の場合に申見の通り取扱ふべきものとせば、

第二章 商事 第三節 雜の部

被編入區域内に本店を有する會社の商號に付ても其商號登記の效力、即ち商號專用權は第一項同様消滅すべきものと解すべきものなるや、若し然りとせば其會社の商號に付従前の所屬區に於て商號登記の效力を保持せしめんとするには、其地域内に本店を移轉するの外なかるべきも、新所屬區に於て商號登記の效力を有せしめんとするには如何なる手續を爲すべきものなるや商號登記取扱手續第四十二條には區域變更の爲め商業登記の效力の消滅したる場合に關する手續を定めありて、第一項の如き場合に適用を生ずるものなりと思料せらるるも、實體法上其商號登記の效力の消滅すべき、直接の規定之れ無く却て登記の效力が尙有效に存續するやに論ずるものあり、又會社の商號に付いては特に商號登記を爲さざるも、會社登記に依り商號登記の效力をも生ずるものにして、其商號の效力に付いては個人商號



たと、會社の商號たるにより二者區別なかるべく、従つて其效力の消長に付いても同一に解すべきものなりと思料せらるゝも、其手續に關する規定なきが右疑義を生ず

答 本年四月二十七日日記第一、三六三號問合に係る商號登記取扱に關する件は左の通り思考致し候

第一項 問合面の場合商號登記の效力は新所屬區に於て存續す

### 七二三 廢業の商號は抹消さる

問 一、甲が〇〇ホテル商號を二十年以前に登録せしも地名の箇所に家屋なく、名義者死亡せり

一、乙が同地箇所に家屋を有し、日本旅館を營み甲ホテル商號を登録せんとするも、登記所に於て拒絶せられたり、甲の商號登録を取消すに如何なる方法を講ずべきか

一、ホテルと旅館の意義區別洋式なき日本旅館は、ホテルと稱し得ざる乎

右御手數恐れ入候へ共御回答相願度

答 商號は其商號に基く營業を廢止するときは自然に消滅する者故廢業者又は其相續人より遲滞なく、其登記の抹消を請求す

るものと解するを相當とす、而して其の登記取扱手續第三十一條第三十二條の規定の趣旨に準じ、舊所屬區の登記を新所屬區の登記簿に移記すべし

第二項 見解の通り第三項第一項に依り了知相成度右及回答候也

廢業者の商號のみ存し他に同商號を使用せんとする者あるも登記不能の時先の商號抹消出来る

べきことになり居る者とす(商法二十四條)之を怠りて爲さざる場合同一商號を使用せんとする利害關係の如きは右抹消を爲すべきこと其相續人に命ぜらるゝ様裁判所に請求し得べきものとす(同條)然るときは裁判所は一定の期間を置きて通知を爲し夫々處置さるべく、抹消義務者の、居所不明でも公告して實行さるゝものとす(訴訟手續法一六三條一五一條等)

ホテルは旅館の義也、日本館にホテルと名稱を付すること何等差支なし、但し一般の實例は多少洋式を交へたる場合に使用され居るものゝ如し、世人亦爾信じ居るを以て成可く名實叶ふ様計らひ置くを自他の便益とすべき也

### 七二四 未成年者と獨立權

商業上獨立を許されたる未成年者は其商業上必要の支配人選任及其登記等單獨出来るものとす

法曹會決議(大正十四年十二月七日)

問 未成年者が商業を營むに付親權を行ふ母の同意を得且つ其登記を爲したる場合に於ては未成年者は更に親權者の同意を得ずして、自ら其の營業に關し支配人を選任し、其の登記を申請することを得るや、本問の場合に於ては民法第四條同八百八十六條第一號の規定に依り、更に親權者の同意を得ることを要する旨主張するものあれども、民法第六條第一項との關係上前示第四條第八百八十六條は本件に付ては自然其の適用なきものと

### 七二五 質屋營業者は商人か?

問 一、商法第二七一條は商人がその營業の部類に屬する云々と有之候へば、質屋が代理商を兼業する場合に質屋は商人ではなく、代理商は商人なれば質屋營業の部類に屬する申込みを受けし場合は、商人でなき故右二七一條の適用なく、代理商營業の部類に屬する申込みを受けし場合は商人なるが故に右二七

す、何となれば民法第六條第一項の規定に依れば一種又は數種の營業を許されたる未成年者は、其の營業に關しては成年者と同一の能力を有するものなれば、未成年者が商業を營むに付親權者の同意を得且つ其の登記を爲したる以上は商人として完全なる營業能力を有するものなるを以て、更に親權者の同意を得ることを要せずして、自ら支配人を選任し其の登記を申請するものなりと信すればなり

決 貴見の通り

商法第二六四條の商行爲銀行取引中には金融を媒介する行爲を包含し質屋營業も之に屬する也

條の適用を受けるものと解すべきか、また質屋としては商人でないが代理商として商人である以上は質屋營業の部類に屬する行爲も商人の行爲として右二七一條の適用あるものなりや(三、一〇、二〇岐阜縣特別會員)

答 質屋營業者が假に商人でないとして見れば質屋營業の部類



に属する申込みを受けた場合は、民法五二一條以下の適用はな  
 い  
 二、たとひ代理商を兼ねて居たからとて、その人は質屋とし  
 ては商人でないことになる、例へば農業者が保険の代理店を開  
 いて居るとする、その人が農作物を收穫してこれを他に賣却す  
 る程澤山な米穀を所持して居る、この人が米穀の買入申込みを受  
 けたとして考へて見ればよく分ることと思ふ  
 三、次に貴下は質屋業者は商人でないといふが、私は商人

### 七二六 商業帳簿保存義務違背の制裁

問 商法第二十八條の商業帳簿及營業に關する信書の保存義務  
 に對しては、制裁規定罰則ありや、條文を掲げて御教示願ひ上  
 候  
 答 商法第二十八條の商業帳簿及營業に關する信書の保存義務  
 には制裁を伴ふ一般的规定なし  
 二、併しこれは通常の場合のことにて、若し商人が破産する  
 ときは破産法第三七四條第三號、第四號、第三七五條第四號、  
 第五號により債務者たる商人が破産宣告の前後を問はず、法律  
 上作製すべき商業帳簿を毀棄したるときは自他の利益を圖るか

だと思ふ、質屋營業は銀行取引に屬するとの直接の判例見當ら  
 ずと雖も學説は多々ありて松本、青木、竹田の諸博士は皆積極  
 説を採用せり、判例の傾向は明治四十一年頃は銀行取引と解し  
 大正六年頃には金錢及び有價證券の轉換を媒介する行爲と擴張  
 し居りて、ほゞ質屋營業も暗々裡に銀行取引と見るの傾向を有  
 せり、故に質屋業者も今日はこれを商人といふを正當と信す

債権を害する目的の有無如何によりて五年以下の懲役又は五千  
 圓以下の罰金(第三七五條)が、五年以上の懲役(第三七四條)  
 に處せらるゝものとす  
 所謂詐欺破産罪と稱せらるゝものこれなり、即ち破産罪の一な  
 りとす  
 四、右の適用範圍は一般商人又は商人と同一に看做さるゝ民  
 間會社を包含するものと解す、商業にても所謂小商人を除外せ  
 らるゝは注意すべし(商法第八條)  
 五、なほ商人中會社に付財産目録等の備付けをなさざる爲の

處罰規定は本件十年以上の保存義務違背の罰則と異なることを  
 注意すべし

六、制裁なる意味を一層廣義に解するときは民事訴訟法上不  
 利益の推定を受くる場合の如き、又一つの制裁たるを失はず、

### 七二七 会社の商號は差押不能也

昭和六年(ク)第五百十號

案するに商法が讓渡し得べき商號に付明文上制限するところな  
 き故を以て、法人たる會社も亦其の商號を讓渡し得べきものと  
 せむも、元來會社の商號は自然人の氏名と類似の性質を有し、  
 法人に必ず具有せらるべきものなるのみならず、又定款に定め  
 置くことを要する事項なるが故に、之が讓渡は須く定款變更の  
 手續を経代はるべき新商號を選定したる上に爲さるべく、之を  
 定めずして唯單に在來の商號を讓渡することは法の許さざると  
 ころなりと云はざる可からず、然り而して叙上の手續の下に新  
 商號を選定することは特別の事由なき限唯當該會社のみ能くし  
 得るところにして、他より之を強要し得ざるものなれば、從て  
 會社に對して金錢債権を有するに過ぎざる者の如きは、其の會

即ち商業帳簿の提出を命ぜられたる者がこれを所持せざる旨を  
 申立つるときは、裁判所は提出命令を發しこれに従はざるとき  
 は相手方の主張を眞實なりと認めらるゝ虞れあるものとす(民  
 訴第三一六、三一七條)  
 手續して讓渡は可能なれど他か  
 ら差押へて讓渡を強制は不能也

社商號の移轉を強制し得ざるに歸し、結局該商號は強制執行の  
 目的たり得ざるものと云ふべし、然らば本件に於て抗告人が債  
 務者合名會社鹽瀨總本家に對する金錢債権の強制執行として、  
 右債務者の有する商號の差押命令を申請したるは失當にして許  
 す可からざるものなるにより、之と同趣旨に於て抗告を棄却し  
 たる原決定には何等法令違背の廉なく、正當なりと云ふべし、  
 仍て抗告を理由なきものとし主文の如く決定したり  
 昭和七年一月十一日 大審院第一民事部



### 七二八 商號權侵害差止めと支店

一、他町村に何々堂と云ふ商號を以て數年前より營業しある店が當市へ支店又は出張所を建設せり  
 二、當市には、同業にて同一商號を以て拾年前より開業し（當區裁判所へ登記済）引續營業しつゝあるA店あり  
 無論姓名は異なるが同一商號なるが故に、姓又はマークを附記しても紛しく之が防止の方法如何  
 三、當市已ならず道内他町村迄も何々堂の權利を獲得する事出來得候哉  
 警 一、商號は登記することによりて商號專用權を生ず、專用なるが故に、他人が同一又は類似の商號を使用することを禁止する權あり、但し不正の競争の目的を以て使用するものに對しのみ禁止權あり

### 七二九 記名式證券の危険

有價證券——記名式有價證券と商法第二百八十二條の適用商二八二條

（田中耕太郎民判批摘要）（大正一四（オ）一〇七一號一五・三・五

二、而して同一市町村内に於て同一の營業の爲に、他人の登記商號を使用するものは、不正の競争の目的を以て使用するものなりとの法の推定を受くるものとす  
 三、故に本件のA店が登記済の商號を使用して營業をなすに同市内に同一營業の爲に同一の商號を使用するB店あるときはA店はB店に對し之が差止めを請求することを得るものとす  
 四、但し舊商法施行前より使用する者に對しては、此の權利を行使して差止むるを得ざるものとす（商法施行法第十三條二項）  
 五、道内各町村に支店を設け各町村毎に登記すれば各町村毎に權利を取得すべし  
 以上

民二、集五卷、三號一六四頁）

（判旨） 商法第二百八十二條は廣く金錢其の他の物又は有價證券の給付を目的とする有價證券と規定するを以て、一見其の有

價證券の記名式なると否とを區別せざるが如しと雖も、改正前の商法第二百八十二條には第四百四十一條、第四百五十七條、第四百六十一條及第四百六十四條の規定は、金錢其の他の物の給付を目的とする指圖證券に之を準用す」とありたるを、商法に於て第四百四十九條の二の新規定を設けたるが爲之を準用規定に加ふると同時に「指圖債權に之を準用す」とありたるを有價證券に之を準用す」と改めたるものなること明かなるを以て右の有價證券を包含するは勿論、無記名式のものと同じの效力を有する有價證券を包含すること疑ひなし、而して既に無記名式のものと同じの效力を有する有價證券を包含する以上は、無記名式の有價證券も亦右改正の結果として之に包含するものと解すべきは勿論にして、此點に付ては夙に當院判例（大正五年（オ）第八五八條大正六年三月二十三日第一民事部判決參照）の存する所なり、然らば同條の有價證券は指圖式無記名式及無記名式のものと同じの效力を有するもの三者にして、換言すれば證券の裏書又は引渡に依りて其の權利の讓渡を爲し得べき有價證券を意味し、記名式の有價證券を包含せしむる趣旨に非ざることば、回法改正の趣旨に照して明瞭なる所なり、或は記名有價證券の權利者が任意に其の證券の名義書換に必要なる處分

承諾書及白紙委任狀を作成し、之を證券に添付して他人に交付したるときは、證券の權利者は爾後其の證券及添付書類を善意無過失にて取得したる第三者に對しては、當初證券及添付書類を交付したる理由の如何に拘はらず、其の證券に付承諾書若くは委任狀に記載補充せられたる處分行爲を爲したるものと看做さるる商慣習ある場合に於ては、記名有價證券の善意取得者は右の商慣習に依り保護を受くることありと雖も、添付せられたる委任狀及處分承諾書が眞正に成立せざるか又は其の證券及附屬書類の受授が正當權利者の任意に出でざるが如き場合に在りては、叙上の商慣習に依る保護をも受くることを得ざるものなりと云はざるべからず、然らば原判決か……債務擔保の爲權利質を設定し……白紙委任狀を偽造し……競落取得したる事實を確定したるに拘はらず、訴外船引信示は商法第二百八十二條及第四百四十一條に依り適法なる質權を取得したるものと爲し、又被上告人は右規定に依り原始的に本件國庫證券の所有權を取得したるものと爲しなるは失當にして、本論旨は此の點に於て理由あり」  
 （評釋） 右判旨に對し余は遺憾乍ら大なる疑問を懷かざるを得ぬ



先づ大審院は商法第二百八十二條が有價證券中指圖式無記名式及び所謂選擇無記名式のものに適用あり、記名式の有價證券に適用せられざることを規定の沿革を引いて、長々と述べて居るが、此のこと自體には誤りはないと考へる、何となれば第四百四十一條(善意無重大過失者の保護)第四百五十七條(裏書の方法)第四百六十一條(白地裏書)第四百六十四條(裏書連續)の規定は其等の性質裏書又は引渡に依りて轉讓し得べき證券即ち上記三種のものに限られてゐると認むべきであるからである然しながら本件の問題は此の點には存しない、本件國庫債券が記名式なるが故に、直に第二百八十二條及び第四百四十一條の適用を認むべからずとするは、上告理由と同じく、論理に飛躍がある、幸に大審院は次の問題に推移してゐる、即ち問題は白紙委任状及び處分承諾書附記名證券が果して第二百八十二條の適用から記名式のものとして除外せらるべきものなりや否やに存する

此の最後の點に關し大審院は白紙委任状及處分承諾書附記名證券の流通に關する慣習法に關し、證券の權利者が任意に之を交付したる場合のみに於て善意者の保護を認め、交付が任意に出でず、又委任状が偽造に係る場合に於ては此の慣習法の保護

を受くることを得ずとする見解を白紙委任状附記(株式)付き早くより——明治三十六年以來——頑強に支持し今日に至るまで動かない、此の見解が如何に有價證券の取引を不安ならしむるか、一方に於て白紙委任状附記名株式の流通に關する商慣習法を商法第五十條の強行法規に違反するとの非難を受けながら、大に取引の實狀に顧みて承認しながら、而も其の承認は任意交付を前提とし、然らざる場合には第四百四十一條の取得を認めずとする中間的の所に止まり、結局白紙委任状を認めた精神を貫徹せず、英國式折衷主義に陥つてゐるのは予が既に再三論難した所である(拙稿判例民事法十二年度四七事件一九三頁以下、同十三年度一〇八事件四九四頁以下參照)此の十三年度一〇八事件の場合(所有者の無能力に依る取消の場合)及本件の場合共に下級審が善意の第三者の取得を保護せんとする甚だよき傾向が現れてゐるにも拘はらず、大審院は此等を破毀してゐるのである、要するに記名證券の白紙委任状自體を禁止するか、若し之を認むるならば徹底的に任意交付の如き理論的に非ざる制限を撤廢し、白紙委任状の添附によりて流通に關する範圍に於て、記名證券は無記名化することを認むるか、總てか或は無か」の二途を出でぬものである(前掲拙稿十三年度五〇〇

頁參照)

此の故に予は本件の場合に於ても第二審及び第一審判決を是認せざるを得ずして、大審院が破毀差戻しを爲したのには遺憾に堪へぬのである

尙上管理由中に於て質權設定無効又は對抗し得べからざることを理由として、競賣の無効又は對抗し得べからざることを論じ

### 七三〇 貨物滅失後の引換證讓受

昭和六年(オ)第七百四十號

上告論旨は貨物引換證は手形又は消費貸借證書の如く、代替物の引渡を約する證書に非ずして、引換證表示の特定物の引渡を約する證書なるを以て、貨物を離れて引換證のみ效力を有する筋合なく、貨物滅失すれば引換證により引渡を約したる目的物消滅するにより、或は責任の有無に依り、損害賠償の問題は生ずるならんも、貨物の引渡義務なるもの存在せず、從て引渡義務不履行なるものなし、本件に於て被上告人の裏書前者にして運送委託者たる諸新平が引換證を所持する間に於て、運送貨物は引換證と引換に非ずして、貨物の受取人に交付せられ其の時

第二章 商事 第三節 雜の部

であるが、余の如き立場に於ては質權設定が有效なるを以て問題とならぬ、第二百八十二條が質權設定に付いても適用あることに關しては判例が存する(大判大正六年二二輯三九二頁以下)假に此の點が問題となるにしても、最後の取得者に付いては亦第二百八十二條が競賣の有効無効に拘はらず適用ある故に問題とはならぬのである

### 損害請求權も證券に化體し居るもの故其裏書により該權利取得

に於て最早運送貨物存在せず、然して上告人に於て諸新平に對し損害賠償を爲すべき責任ありとすれば、唯之が賠償請求の債權存するのみ、損害賠償の債權の讓渡は普通の債權讓渡の法則に従ふべきものにして、貨物引換證の裏書ありたればとて引換證表示の貨物にあらざる債權の移轉あるべき筋合なく、假に之により損害賠償の債權が讓渡されるものとするも、事運送に關する事項に非ざるにより、商法第三百三十四條の適用を受くべきものに非ずして、一般債權讓渡の原則に従ひ讓渡前者に對抗し得べき事由は、之を以て讓受人にも亦對抗し得べきものなりと謂はざるべからず、原判決は貨物引換證に關する法則並商法



第三百三十四條を不當に適用したる失當の判決なりと信ずと云ふに在り

仍て按ずるに、貨物引換證は運送人に於て證券記載の運送品を受取りたることを承認し之を返還すべきことを約したる證券に外ならずと雖、尙一筋の有價證券として運送品返還請求權、從て運送人の故意又は過失に因り滅失したる場合に於ける損害賠償の請求權は其の證券に化體し、證券を離れて之を行使することを得ざる性質を具有するものなることは、商法の規定に徴して明なりとす、故に貨物引換證を適法に讓受け、之が所持人となりたる者は該證券讓受當時其の運送品が運送人の故意又は過失に因り滅失し、從て運送品返還請求權が變じて損害賠償請求權となりたるるときと雖、該權利を有効に取得することを得るものとす

昭和六年十一月十三日

大審院第五民事部

### 七三一 運送人と保管義務

運送人及取扱人は運送物に對し最善の保管義務あれど訴訟迄して保全義務なしとの判決は是也

(博士鳥賀陽然良氏判例批評)

(判決要旨) 運送品が他人の爲めに差押へられたる場合に於ては運送人又は運送取扱人は第三者として異議の訴を提起するの義務を負ふものにあらず

原告たる上告人は貨物引換證の所持人と爲りたるに拘はらず、他方に於て運送人たる被告上告人の選定に係る運送取扱人は荷受人が運送品を受領せざりしが爲め、右運送品を某倉庫に寄託し其の保管中運送取扱人の債權者は、同人に對する債務名義に基き、同運送品を同人の貨物として差押へ強制競賣を爲さしめた

るものにして、運送人及び運送取扱人は之に對して第三者異議の訴を提起することなくして競賣手續を完了せしめ、遂に釐落せらるゝに至りたり、之が爲めに上告人は損害を受けたるものにして、是れ畢竟被告上告人及び運送取扱人の過失に基因するものに外ならずと爲し、損害賠償の請求を求むるものに係る論點は運送人又は運送取扱人が自己の取扱に係る運送品上加ふべき保管義務に付き、如何なる程度の注意を施せば足るものなりや、是れなり、上告の理由とする所は運送人又は運送取扱人は運送契約に從ひて貨物の運送を爲すの義務を負担するものな

れば運送品に對し滅失毀損其他の損害を加ふるものあるときは之を排除するの權義あるや言を俟たずと前提し、運送の終了せざる間に於て運送品上に何等權利なき者が運送品に對し強制執行を爲したる場合に於て、所謂引渡を妨ぐる權利あるものとして民事訴訟法第五百四十九條に據り強制執行異議の訴へを提起し得る權能あると同時に之を提起して損害を排除する義務あるものとす、之れ運送契約の遂行上必要なる權義なりと論ずるにあり、固より前段所論の如く運送人又は運送取扱人は夫れ夫れ商法第三百三十七條と第三百二十二條に従ひ、運送品の受取引渡保管、及運送に關して相當の注意を拂ひ、故なく運送品に對し攻撃するものに對しては之を防止すべきは勿論なるも、斯る權義あるの故を以て直に運送人又は運送取扱人に強制執行異議の訴へを提起して、損害を排除すべき義務ありと論ずることゝを許さざるなり、運送人又は運送取扱人の注意は所謂善良なる管理者の程度の注意にして、普通運送人又は運送取扱人として

の注意を拂へば足るものと謂ふべく、訴訟提起の如き特別な手續を採るが如きは民事訴訟法第五百四十九條に基き、縱令其の權限あるにせよ、運送人等は斯る手續を採るべき義務までも負擔するものと論ずるを得ず、蓋し此の義務は普通の運送人又は運送取扱人として拂ふべき保管上の注意の程度を越へたるものと論じ得べければなり、然れば大審院が下せる理由中に於て運送品が他人の爲めに差押へられたるときは、運送人又は運送取扱人は運滞なく荷主又は貨物引換證の所持人に其の事實を通知すべき義務を負ふと述べたるは、蓋し正當なる保管上の注意義務と解したるものと謂はざるべからず、運送契約其のものよりして、運送人等に是れ以上に第三者異議の訴を提起すべき義務を負担せしむるが如きは運送業者の營業として締結せる運送契約の法律價值を過大視したるの誹りを免れざるものと信ずるものなり

### 七三二 運送と高價品の責任

商法第三百三十八條と運送人の不法行為上の責任——債務不履行と不法行為との競合の問題(大正一四(オ)九五四號一五・二)

第二章 商事 第三節 雜の部

二・三民三集五卷二號一〇四頁(松本亟治博士判例摘要)

(判旨) 商法第三百三十八條は高價品の運送なるに於ては、



送人は特別の注意を施す可かりしに、荷送人より此の點の明告なかりしに付普通品と同一の取扱を爲したる結果、滅失毀損を生じたるものとせば、此の場合に尙運送人に損害賠償の責を負はしむるは苛酷なりとし、運送契約上の責任を免れしむるに止まり、而して凡そ荷送人が同時に貨物の所有者なる場合に於て、其の貨物が運送人の過失に依り滅失したるときは、運送人は荷送人に對し債務不履行と爲ると同時に所有者に對し不法行爲と爲り、契約上の請求權と不法行爲上の請求權とが相競合するものなれば、如上高價品の運送に於て運送人が債務不履行の責任を免るるも一般普通人の爲すべき注意を怠りたるが爲に、所有者に生ぜしめたる不法行爲上の責任を免れ得べきものに非ず

(評釋) 同一行爲が契約違反と不法行爲との何れの要件をも具備する外觀を有する場合に於て、行爲者は如何なる責任を負ふものであるかに付ては、請求權競合説と法規競合説との二説がある、請求權説は此場合に二個の請求權が競合して發生し、行爲者が契約上及び不法行爲上の責任を負ふものとし、法規競合説は之に反し此場合には一行爲が兩法規に觸るるのであつて、一個の請求權が發生するに過ぎないものとして居る、而して此

二説には各種々の分派があつて、請求權競合説又は法規競合説中の極端の二派の間の差異は却て他説の或派との間の差異よりも大きく、請求權競合説中の或派の議論は結果に於ては殆ど法規競合説中の契約上の請求權のみが發生するとする説と同一である

我邦學者間の通説は請求權競合説であつて(中島博士民法論文集一二四頁以下、加藤博士海法研究二卷三七頁以下、鳩山博士法學志林一八卷一二號三三頁以下、横田博士債權各論八六〇頁、末弘博士債權各論一一一五頁以下)、大審院從來の判例も亦同様である(民錄一八輯二八四頁、同三一五頁、二三輯一八二八頁)、而して右の判例中明治四十五年三月二十三日民事聯合部判決(前掲一八輯三一五頁)と大正六年十月二十日第二民事部判決(前掲二三一八二八頁)とは本判決と同じく簡單に請求權競合の可能を認めて居るものであつて、此後の判決は適用の結果に於ては誤判であると思はれる、之に反し四十五年五月二十三日第一民事部判決(前掲一八輯二八四頁)は詳密なる説明を試みたる好判決であつて、大體に於て妥當なるものである(隣道博士京都法學會雜誌一三卷八號七九頁以下參照)本判決が請求權競合説を採つたことに付ては、異議はないの

であるが、貨物が運送人の過失に因つて滅失したる場合に於て常に所有者に對する不法行爲を成立せしむるものと解せるが如き語氣ある點は同意することを得ない、例へば運送人が貨物を盜取消費し又は恣に之を自用に供したる際に、他人に盜取せられ若くは毀滅したる場合の如きは固より不法行爲上の責任を生ぜしむべきものであるが、通常の運送中の取扱上の過失に因つて毀滅を生じたる場合の如きは、運送契約上の債務不履行のみあつて不法行爲の成立を觀るべき理由はないと考へる、若し運送人に過失ある以上常に不法行爲上の責任ありとすれば商法第三百四十條及び第三百四十一條が運送人の輕過失に因る運送品の毀滅に付いて損害賠償額を一定し、之を制限して居ることゝ矛盾するのである、即ち運送人は不法行爲上の請求を受くる以上、常に一切の損害を賠償すべきものであつて、制限額の賠償を以て其責を免るゝことを得ないことに立到るのである、事案の場合には運送人の使用人の不注意に因つて貨物が他人に盜取されたに止まつて居る、即ち貨物の滅失は保管上の注意の缺乏に因つて生じたのであつて、契約上の保管義務の違反あることは明瞭であるが、其以外に不法行爲の存在すべき理由はない、判決は「一般普通人の爲すべき注意を怠りたるが爲に、所有者

に生ぜしめたる不法行爲上の責任を免れ得べきものに非ず」と言つて居るが、一般普通人は街路に置かれたる荷車の積荷を他人が盜取せざるやうに注意を爲すべき理由はないのであつて、此場合運送人の使用人が契約上の注意義務を怠つたことは、恐らくは疑ひない所であるが、一般普通人の爲すべき注意は毫も怠つたものではないのである、故に不法行爲の成立を來すべき根據は全然存して居らぬ、判決の所謂一般普通人の爲すべき注意とは若し上述と異り運送人たるの善良なる管理者の注意といふ意味なりとすれば、其注意を怠りたることは契約違反を生ずるに止まつて、此場合に不法行爲を生ぜしむべき理由を認むることを得ないのである



### 七三三 荷受人の支拂義務

運送人並に取扱人等は立替費の爲め留置權  
あれど荷受人に交付後當然請求し得る立替  
費は運送上に關するものゝみに限るなり

大正十五年(オ)第千三百二十八號

按ずるに商法第三百四十三條第二項に依れば、荷受人が運送品を受取りたる時は運送人に對し運送貨其の他の費用を支拂ふ義務を負ふものにして、運送品を受取るに際し右費用の存否種類數額等を知れると否とを問はざるものなるが故に、同條の規定を第三百三十條に依り運送取扱營業に準用する場合と雖も、所謂費用は、運送に關する費用のみを意味し、其の他の費用、例へば運送取扱人が運送品を受取る前に生じたる該物品の生産費、賣買代金の立替金の如きは之を包含せざるものと解するを相當とす、蓋し運送に關する費用は通常荷受人の豫期し得る所にして荷受人が運送品を受取りたる以上、運送取扱人又は運送人保護の爲、之が支拂の義務を負ふものとするも、敢て不當なることなしと雖も、運送取扱人が運送品を受取る前に生じたる生産費賣買代金の如きものまでも運送取扱人又は運送人に於て之を立替へたるの故を以て、其の立替金をも所謂費用なりと解し運送品を受取りたる荷受人が之が支拂の義務を負ふものとす

るときは、殊に運送取扱人又は運送人が右の如き立替あることを告げずして引渡したる場合に、荷受人は實に意外にして、且大なる損害を受くることあるべく、著しく妥當を缺き商法の精神に反すること明かなればなり、尤も商法第三百二十四條は運送取扱人は運送品に關し受取るべき報酬運送貨其の他委託者の爲に爲したる立替、又は前貸に付てのみ其の運送品を留置することを得と規定し、同條は第三百四十九條に依り運送人に準用せらるるも右は唯運送取扱人又は運送人の留置權を認めたるに止まり、何人に對して其の辨濟を請求し得るやを定めたるものにあらざるが故に、運送取扱人又は運送人は其の留置權を有するの故を以て當然右の立替又は前貸に付荷受人に對して辨濟を請求し得るものと云ふを得ざるや勿論なり、然るに原院の確定せる所に依れば、訴外田居清三郎は上告人に送付すべき替丸太の運送取扱人訴外丸百運輸倉庫支店營業主中田梅次郎に委託し同人が之を運送するに當り、被上告人が相次運送取扱人として之を荷受人たる中田梅次郎は田居清三郎の委託に依り、右運送

取扱を爲したる際、該替丸太の山掛り金合計千四十圓を立替へ支拂ひたるものにして、被上告人は商法第三百二十五條第一項の規定に依り前者たる中田梅次郎に代りて其の權利を行使し、上告人に對し右立替金の償還を請求するものなり、故に若し所謂山掛り金の立替金が運送に關する費用なるときは其の請求は正當なれども、若し山掛り金の運送取扱着手前に生じたる費用にして、論旨主張の如く伐木製材の費用の如きものなりとせば其の立替金は到底運送に關する費用なりと云ふを得ざるが故に被上告人の請求は理由なきものと爲さざるべからず、然るに原

院が其の山掛り金の如何なる費用なるかを確定することなく、商法第三百四十三條に所謂其の他の費用中には右山掛り金の立替金の如きものをも包含すること、同法第三百二十四條との對照上明かなりと解し、被上告人の請求を認容したるは同法第三百四十三條第二項の解釋を謬り、且確定すべき事實を確定せずして裁判したる違法あるものと云ふべく、原判決は破毀を免れず、依つて民事訴訟法第四百四十七條第一項、第四百四十八條第一項に則り主文の如く判決す

### 七三四 相次運送と中繼運送

昭和六年(オ)第二七五三號

上告理由第二點は數人が運送に關與することありと雖、直に相次運送なりと斷することを得ざるは勿論なり、即數人の運送人が内部關係に於て各自一定區間の運送を實施するもの、部分運送共同運送下請運送等は相次運送にあらざることは論なき處と信ず(御院大正八年(オ)第五百八十八號御院判決錄第二十五輯二三八八頁)故に本件に於て上告人の關與範圍は貨物が小樽港

前者は元發運送人と次餘の運送人とが荷送  
人の爲にする意思を以て相次で運送を引受  
くるを云ふも後者は必らずしも然らず

より海送し來りたるものは、青森港に於て之を陸揚の上陸送に変更し、發送したるものを取扱ひたるものにして稱して「中繼運送取扱」を爲したるものに過ぎざるなり、然るに原院に於て「中繼運送人即商法の所謂數人相次で運送を爲す場合の運送人として取扱ひたる云々」と判示せられて相次運送なりと斷せられたるも上告人が相次運送を爲したるものなりと斷するに、上告人が本件の運送行爲に對し如何なる態様に於て其の運送に



参加したりしや、如何なる部分の運送を爲したりしか、元發運送人との運送契約の内容は如何、荷送人と元發運送人との契約内容は如何等を判断せざるべからざるに不拘、原院は事の故に出でずして「中繼運送人即相次運送人」なりと判示したるは審理不盡又は理由不備の違法あるものと信ずと云ふに在り  
 仍て審按するに、商法第三百三十九條に所謂數人相次で運送を爲す場合は、或運送人が荷送人より引受けたる運送に付他の運送人が荷送人の爲にする意思を以て、相次で運送を引受くる場合を謂ふものにして、當初の運送人が運送の全部を引受け、後の運送人は右の運送人の受託者若くは下請負人として運送を爲すが如き場合は、之を包含せざることは夙に當院判例の示す所（明治四十四年（オ）第三四一號明治四十五年二月八日判決）なるを以て、上告人に相次運送人としての責任ありとせむには單に其の中繼運送人なることを確定するのみを以て足れりとせず、須らく其の行爲が前掲二場合の前者に該當するものなることを確定するを要す、然るに原審は「控訴人（上告人）が前記貨物の中繼運送人即商法の所謂數人相次で運送を爲す場合の運送人として取扱ひたることは、成立に争ひなき甲第一號證云々乙第四號證に於て控訴人が自ら其の事實を認め居る事實云々を綜

合考察して之を認定するに足れり」と判示し、毫も如上事實に付確定する所なく、上告人は中繼運送人なることを認め得可きか故に相次運送人たることを認め得べしと爲し、以て轉く其の責任を負はしめたるは、理由不備なるものと謂はざるを得ず、若し夫れ原審にして所謂中繼運送なる語を前掲相次運送に該當する場合を指稱するものとして用ひ、上告人の行爲は之に該當すとの認定を下したる趣旨なりとせば、乙第四號には上告人が「其事」即如上場合に該當する行爲を爲したることを自認したる記載あること無く、爾餘の引用證據を以てするも亦判示事實を認むるを得ずして、其の認定は證據に基かざるに歸す、然らば即ち原判決は此の點に於ても亦違法あり、論旨理由あるものとす

以上説明の如くにして原判決は破毀を免れざるを以て民事訴訟法第四百七條第一項に則り主文の如く判決す  
 昭和七年五月十八日  
 大審院第三民事部

### 七三五 運送人の責任原因は相當注意の證明欠缺也

昭和五年（オ）第六百四十一號  
 商法第三百三十七條には運送人は自己若くは運送取扱人又は其の使用人、其他運送の爲使用したる者が運送品の受取、引渡保管及運送に關し注意を怠らざりしことを證明するに非ざれば運送品の滅失、毀損又は延着に付損害賠償の責を免るることを

得ずとありて、是等の者に全然過失なかりしことを運送人に於て立證し得ざる限りは損害賠償の責任あるものと解すべく、是等の者に對する選任監督に付、注意を怠らざりしことを證明し得れば直に損害賠償の責任を免るるものなりとは解すべからず

### 七三六 船主のみでは無關係

大正十五年（オ）第六百六十一號  
 船舶を所有する者と雖も自ら之を航海に依り營業の目的に利用したることなく、又同船舶の船長其他の船員を選任又は指揮命令したるに非ずして、他人に於て同船舶を使用し、船長其他の船員を選任し、且之を指揮命令して而して同船運用上の事故に因り他人に損害を來したる場合に於て、前記所有者が其の責に任することなきは、民法第七百十五條の規定上自明に屬するものと云ふべく、當院が曩に商法第五百四十四條に付所謂船舶所有者とは船舶を所有し、自ら其の船舶を航海に依り營業の

航海上の損害事故に付責任あるは船舶の利用者ならざる可らず單純なる所有者は無關係たる也

目的に使用する者を指稱し、單に船舶を所有するのみにして、自ら之を利用せざるものは、同條に所謂船舶所有者に該當せずと爲したるも、亦此の趣旨に外ならず（明治三十五年（オ）第五百二十四號明治三十六年三月三十一日第一民事部判決）而して本件に於て訴外池本作平は被上告人に對し債務の支拂を確保する爲、本件船舶を信託的に譲り渡し、即ち當事者間に於ては未だ所有權を移轉を爲さざるも、第三者の關係に於てのみ本件船舶の所有權を移轉し置き、右作平に於て該船舶を自己の名に於て利用し、自己の計算に於て運送業を營み、自ら船長及船員の任



免は勿論、航海に付いての指揮命令をなし航海に關する一切の費用を負担し來りたる事實は、原審の確定したる所なれば、被上告人は第三者に對する關係に於ては本件船舶に付所有權者たりと雖も、同船舶を航海に依り營業の目的に使用する者に非ざ

るが故に、本件船長又は船員の過失に因り本件船舶の衝突を起し、上告人に對し損害を生じたりとするも、固より其の責に任ずべきものに非ざるが故に、上告人の本訴請求は既に此の點に於て失當にして、排斥を免れざるものとす

### 七三七 運送品全部滅失せば船主に運賃請求權なし

昭和四年(オ)第七百二十七號

商法第百十三條第二項に於て船舶所有者に所謂割合運賃の請求權を認めたるは、運送契約に因り當然生ずる效力に非ずして、法律が公平を維持する見地より、特に船舶所有者に與へたる權利に外ならずと雖、同條項には運送品の價格を超えざる限度とありて、右は船舶が航海の途中に於て第五百八十七條第一項に掲げたる事由の生じたる場合に、之に積載したる運送品が救助其の他の事由に基きて現存することを前提となし、其の現存したるは運送品の價格を超えざる限度の意義なりと解すべきものとす

とす、蓋若然らずして運送品の全部が右第五百八十七條第一項に掲げたる事由の發生したる爲、全部滅失し何等殘存するものなきに拘らず、尙當初其の船舶に積載したる運送品の價格の限度の趣旨なりとせんか、備船者は何等得る所なきに拘らず、獨り船舶所有者のみを利することとなり、公平の觀念に反するにより、前記の如く解するを正當と爲すのみならず、第六百十九條に於て、第三百三十六條の規定を船舶所有者に準用するにより明なればなり

### 七三八 船荷證券不引換貨物引渡の銀行の保證限度は損害額也 (判旨第一)

昭和四年(オ)第七百六號

運送業者が銀行の保證に因り船荷證券と引換に非ずして、貨物

を引渡す場合に在りては、其の銀行が一定の金額を標準として保證料を定め、之を對價として保證を引受けたりとするも、之

が爲銀行は反證なき限り、右の金額を以て保證の限度と爲す意思を有するものと認むべくして、之に幾十倍する金額に付ても仍ほ責任を負ふ意思を有するものと爲すを得ざるは、條理上當然なりと云ふを得ず、寧ろ却て前示の如き引渡に因り運送業者に生ずることあるべき損害が、萬一右保證料の標準となりたる

金額の幾十倍に達する事あるも、銀行は之が賠償の責に任ずべき約旨にて保證するに非ざれば、運送業者は右の引渡を肯ぜざるべく從て反證なき限り銀行も斯る約旨にて保證するものとなすを條理上當然とす

### 運送業者が銀行保證を得船荷證券不引換に貨物引渡の

#### 商慣習は適法也 (判旨第二)

運送業者が船荷證券と引換に非ずして、貨物を引渡すも何等船荷證券所持人の利益を害せざるべきことを信じ、只其の害すべき萬一の場合を豫想し、此の場合に於ける損害の賠償に付銀行の保證を得て、右の引渡を爲し萬一其の引渡に因りて所持人の權利を害したる場合には、自己の過失の有無を問はず、所持人に對して之に因る損害の賠償を爲すの商慣習あることは當院に顯著なる事實にして、近世發達したる海運に依る商業取引の實

際に鑑みれば此の商慣習は公序良俗に反せず、商法第六百二十九條に依りて船荷證券に準用せらるる場合に於ける同法第三百四十四條の規定も、此の商慣習を排斥するものに非ずして此の商慣習に即適法なる商慣習なりと解するを妥當とす故に此の商慣習に従ひ運送業者が銀行の保證を得船荷證券と引換に非ずして、貨物を引渡すは適法の行爲に非ずして右保證の有効なること言ふを俟たず

### 七三九 船荷證券と記載の不備

昭和六年(オ)第五百五十二號

記載事項の一二を缺くも必然無效とすべきに非ず事情で決定可

案するに商法第六百二十二條の規定は、是唯船荷證券に通常記



載すべき事項を列挙したるに止まり、其の記載を具備せざるときは常に其の證券を無効と爲すべしとの法意に非ず、右の事項中例へば船舶の名稱運送品の種類重量若しは容積備船者又は荷送人の表示等の如く、船荷證券の本質上之が記載を缺くことを得ざるものあるは勿論なりと雖、右の事項中偶々其の記載を缺くも船荷證券の本質を害せざるものに付ては其の記載なきの一事に因り證券は無効と爲らぬものと解するを正當とす、蓋し船荷證券は其の發行に因り物品運送の權利義務を創設するもの非ず、既に成立せる運送契約の履行を確實ならしむるが爲發行するものにして、運送品の船積ありたることを證し、該運送品に關する船舶所有者及證券所持人間の法律關係を定むるもの以外ならざるが故に、苟も當事者が船荷證券として發行し證券の記

### 七四〇 船長職務範圍の再運送契約と船主の責任

昭和三年(オ)第七百二十六號

商法第六百十二條には船舶の全部又は一部を以て運送契約の目的と爲したる場合において、備船者が更に第三者と運送契約を爲したるときは、その契約の履行が船長の職務に屬する範圍内において、船舶所有者のみその第三者に對して履行の責に任

載事項及總ての事情に於て船荷證券として觀察し得べきものなる以上は、證券を無効なりとする何等の理由存せざればなり、而して船荷證券に於ける運送貨の記載の如きは之を缺くも、船荷證券としての觀察を妨ぐるものに非ざるを以て、其の記載の缺如は船荷證券の本質效力に影響なきものとす、果して然らば本件に於て原審が論旨掲記の如く列示し、係争船荷證券は運送貨の記載を缺くが故に無効なりと論斷したるは違法にして、論旨は何れも其の理由あるを以て、原判決は此の點に於て到底破毀を免れざるものとす、仍て爾餘の論旨に對する説明を省略し民事訴訟法第四百七條第一項に則り主文の如く判決す

昭和七年五月十三日

大審院第二民事部

すべき旨を規定するを以て、苟も再運送契約の履行が船長の職務に屬する範圍内において、船舶所有者をして直接履行の責に任ぜしむるものにして、船長が運送品の受取又は船荷證券の發行に依りその履行を引受けたるときに限り始めて船舶所有者の責任を生ずるものと解するを得ず、固より再運送契約が個品

運送契約なる通常の場合においては、船長が運送品を受取りたる以上に非ざれば、同條に依る船舶所有者の責任を生ぜざるべしといへども、夫は船長が運送品を受取ることに依り始めて再運送契約の履行が船長の職務に屬する範圍内なりと謂ふことを得べきが爲にして、これを以て再運送契約の總ての場合に船長が運送品を受取りたる場合に非ざれば前記法條に依る船舶所有者の責任を生ぜざるものと解すべきに非ず、例へば再運送契約

### 七四一 備船契約の態様と商法第六一二條

昭和二年(オ)第一千五百二十二號

備船契約又は「チャーターパーティ」なる名稱の下に通常締結せらるる契約は、その内容とする所必ずしも一様ならざるものにして、船舶所有者は備船者のために運送をなすことを約する運送契約たるに限定せらるべきものにあらず、即ちあるひは船舶所有者が船舶を兼装して賃借人においてその引渡しを受け、船長その他の船員を選任し、または雇入れて自らこれを航海に使用する場合、換言すれば備船契約の名義を以て純然たる船舶の賃貸借を締結することあり、あるひは船舶所有者が船長その他の船員を選任し、または雇入れてこれを兼装したる船舶に附し

が備船契約なる場合においてはその契約の履行が運送品の船積以前に着手せらるることなきに非ず、此如き場合においては運送品の船積なしといへどもその契約の履行が船長の職務に屬する範圍内においては、船舶所有者をして商法第六百十二條に依り直接再備船者に對して履行の責に任ぜしむるものと解せざるべからず

て賃借人に引渡し、賃借人において右船員を役使して該船舶を航海に使用する場合、即ち備船契約の名義を以て賃貸借と勞務供給契約との混合契約をなすことあり、これ等の純然たる賃貸借または混合契約の場合においてはその船舶を使用する、所謂備船者は船舶を占有し自己の計算を以てこれを航海に使用するものなれば、第三者と運送契約を締結したるときは自ら運送契約より生ずる一切の責任を負担すべきものにして、船舶所有者においてこれを負擔すべきものにあらず、なほ混合契約の場合においては、船舶所有者は適當なる船員を乗組しめて航海の安全を擔保するの義務を負ひ、右備船者は該船員を役使するの



權利を有するものとす（通常定時備船契約と稱する者は多くは混合契約なりとす）故に賃貸借または混合契約たる備船契約は運送契約たる備船契約とその性質及び效力を異にするものと謂

はざるを得ず、しかして商法第六百十二條の規定は船舶の全部または一部に付運送契約たる備船契約の締結せられたる場合にのみ適用せらるべきものとす

### 七四二 保險醫の責任苛酷

既往症を患者が隠蔽せる場合診察簿其他に依り調査を要すべく然らざれば過失との此判例は酷

大正十四年（オ）第三百十五號

案するに保險契約締結の當時保險契約者又は被保險者が惡意又は重大なる過失に依り、重要な事實を告げざるときと雖も、保險者が其の事實を知り又は過失に依りて之を知らざりしときは、保險者は契約の解除を爲すことを得ざることを商法第四百二十九條第一項の規定に依り明かにして、生命保險契約を締結するに當りては保險者は其の囑託せる醫師をして被保險者に對し生命の危険を測定するに付、重大なる關係を有する現在症並に既往症あるや否を診査せしむるものなれば、右の診査に従事したる醫師が被保險者の現存症並に既往症を知り、又は過失に依りて之を知らざりしときは保險者に於て其の責任を負担すべきものにして、即ち前示法條但書の適用を受くるものと謂ふべく（大正十一年二月六日當院判決参照）而して其の囑託を受けたる

醫師が診査を爲すに當りては被保險者の現在症に付てのみならず、既往症に付ても細心の注意を爲さざるべからざるものなるを以て、其の醫師が從來該被保險者を診察投薬したる場合に於ては、其の診察の結果をも診査の資料と爲すべきものとす、従つて其の醫師に於て被保險者を診査するの際嘗て其の者を患者として診察したる場合に於ける診察の結果と相俟ちて、生命の危険を測定するに重大なる關係を有する既往症現在症あることを判断したるときは、前示法條の但書に所謂其の事實を知りたるものとして、保險者之が責任を負担すべく、右の醫師が既往の診察の結果と相俟ちて被保險者に如上の疾病あることを診査し得たりしに拘はらず、不注意に依り既往の診察の結果に關する調査を怠りたる爲に、如上の疾病を判断することを得ざりしときは、其の診査に付過失あるものなれば、前示法條の但書に

所謂過失に依り之を知らざりしものとして、保險者は之が責任

を負担せざるべからざるものとす

### 七四三 震災と保險の判決例

震災を除外せる各保險會社の約款は有效なるのみならず未經過保險料拂戻す義務なしとの判決

大正十四年（オ）第七百九十二號

按するに商法第四百十九條は火災保險契約に於ては火災によりて生じたる損害は、同法第三百九十五條及第三百九十六條の場合を除き、其の火災の原因如何を問はず、保險者に於て之を補填する責に任すべきことを明定すと雖も、之れ單に保險者の負擔すべき危険につき保險契約の當事者に特別の合意なかりし場合に於て、一般に保險者の補填すべき責任ある損害の範圍に關する原則を示したるに止まり、此の原則規定は保險業法其他の強行法に反せざる限り、前記法條に基き保險者が補填の責ある一般の損害より或特殊の原因に基き火災に由來するものを除外すべき特約を禁止するの趣旨にあらず、蓋し此の如き特約を有する契約も亦何等火災保險契約の本質に背反するところなきのみならず、已に其の約款に付保險業法に従ひ主務官廳の認可を受け、且其の目的とする事項にして不法ならざる限り其の效力を認めざるべき理由なきを以てなり、而して原判決の確定

するところによれば、本件火災保險契約に於ては其の契約の當初に於て當事者間に「原因の直接なると間接なるとを問はず、地震の爲め生じたる火災及延焼其他の損害に付ては、保險者たる被上告會社が其の損害補填の責に任ぜざる旨の特約ありて、右は主務官廳の認可を受けたる被上告會社の普通保險約款なり」と謂ふに在りて、此の如き特約を付したる保險約契は、何等火災保險契約の本旨に悖らず、且毫も公の秩序善良の風俗に反することなく、其他何等之を禁じたる法規なきが故に、已に主務官廳が普通保險約款として之に基き契約の締結を認可したる以上、其の締約は全く當事者の自由に委ねられたるものと謂はざるべからず、上告人は如上の特約を有効と解するときは、震災に依りて多數の民衆が其の保險の目的物を失ひ、困厄の極に達せるに拘はらず、火災保險會社は一般に巨額の未經過保險料を利得することとなり、殊に關東地方の如きに於ては歴史上幾多の事例に依り事前には如上の結果を豫想し得られざるに非



ざるを以て、斯の如き特約は保險會社に於て之等罹災者に對し  
道徳上正當と認むべき範圍の見舞金の支拂を爲すべき制限ある  
ものと解釋するに非ざれば、公の秩序善良の風俗に反する無救  
のものたるを免れずと謂ふも、保險契約に依り擔保せらるる危  
險は保險期間中隨時に發生せざることを保し難きものにして、  
其の期間中の各時期に従ひ、之を分割して考ふべからざるもの  
なれば、已に保險者の責任が始まりたる後に於ては假令保險の  
目的物が保險期間中に不可抗力に依り滅失することあるも保險  
者は危險を負担せざりしものと謂ふを得ざるものにして、保險  
料も亦如上危險を負担すべき對價に外ならざれば已に保險者が  
其の損害補填の責を負ふべき危險を負担したことある以上、保  
險者は保險期間内の全保險料を收受し得べく、保險者にして已  
に之を受け取りたる時は保險契約者は其の何等の名義を以てす

### 七四四 肺患者の未亡人と保險

大正十五年(オ)第三百二十三號

生命保險契約に於ける商法第四百二十九條に基く保險契約者、  
又は被保險者の告知義務は、被保險者の生命健康に關聯する事

從て其の生命の危險測定に重要な事實存する限りは、其の告  
知せらるるを要するや當然なりと雖も、果して前配偶者の健康  
狀態、死亡の原因が被保險者自身の生命に如何なる程度の影響  
を及ぼす虞れありや、又其の虞れが如何なる程度に現存すべき  
やは固より前配偶者の健康狀態、及死亡原因の種類及性質並同  
棲の期間最後の同様より經過したる年月等、諸般の事情を斟酌  
して之を定めざるべからず、而して肺結核は他人に感染し易き  
疾患なるが故に、被保險者の前配偶者が該疾患により死亡した  
る事實あるときは、之と數年間に亘り同様したる被保險者は之  
に感染したるやの根據ある嫌疑あるが故に、通常斯くの如き前  
配偶者の死亡原因は被保險者の生命の危險を測定するに重要な  
事實なりと解すべきも、此の事實たる一に疾病感染の嫌疑に  
存するが故に、相當年月を経過し其の同様者たりし者の健康に

### 七四五 重複の保險と承認

「火災保險約款に保險契約者又は被保險者に於て當會社の  
保險したる目的に付重ねて他の保險者と保險契約を締結せんと  
するときは兼め當社に申出で保險證券に承諾裏書を受くべし」

第二章 商事 第三節 雜の部

るを問はず、之が返還を求めざるは保險の性質上當然の事理に  
屬し、目的物の滅失に依る損害の大小、保險料額の多寡に依り  
て其の理を異にするものにあらず、所謂未經過保險料の取得巨  
額なるの故を以て、本件契約を不法なりと見做し難きと共に、  
之に依り本件契約の解釋を左右するを得ざるは多言を俟たずし  
て明かなり、本件保險契約者等が稀有の大震災に遭遇し、家を  
燒き財を失ひたるの不幸は素より多大の同情に値するものあり  
て、道般事變は我國に於ては必ずしも之を豫想し得ざるものと  
謂ふことを得ざるも、已に本件火災保險契約に於て保險者が填  
補すべき損害中より、此の如き事由に基く火災に原因するもの  
を除外したる事實ある限り、其の事故に依る損害の補償を保險  
者に求むべからざるは亦止むを得ざるものにして、論旨は總て  
其の理由なし

### 夫死亡後十餘年も經過して保險契約の際は必ずしも過去の經歷を告ぐるを要せず程度問題なり

情にして、其の生命の危險測定に重要な事實の告知を凡て包  
含するものなれば、被保險者の前配偶者の健康狀態特に死亡の  
原因等にして被保險者自身の生命に影響を及ぼすべき虞れあり

付右嫌疑ある疾病の症狀を見出さざるときは、疾病感染の疑ひ  
は漸々減少し、十數年と云ふが如き長年月經過後に於ても尙嫌疑  
ある疾病の症狀を發見すること能はざるに至りては、特別な  
る事情の存せざる限り該疾病感染の嫌疑は極度に遞減し、最早  
被保險者の生命の危險を測定するに付、重要ならざるに至りた  
るものと解するを妥當なりとせざるべからず、然れば原審が本  
件保險契約に於ける被保險者と數年間同様したる前配偶者は本  
件保險契約締結當時より、十數年以前肺結核症に因り死亡した  
る事實を認め、此の事實を以て被保險者の生命の危險を測定す  
るに付重要な事實なりと判定し、該事實の告知義務違背を事  
由とする被上告人の本件契約解除を相當なりとして上告人の本  
訴請求を排斥したるは不法なりと云はざるべからず

他の保險者にも契約したるとき云々の約款  
は必ずしも保險會社に限らず弊害同一なれ  
ばなり但し共濟組合の如きは別ならん

とあり、ところで火災保險會社と契約あるものが火災保險會社  
に非ざるものにして、火災の損害を填補する機關(例へば火災  
共濟組合又は其他のもの)と重複契約する場合は右の約款の適



用を受くるや否や、右約款は他の保険者と云々とする故、保險會社以外の機關と重複契約する場合は右約款の手續をする必要なきことと解釋せらるゝが如何、但し右約款の精神が價格超過の契約を禁壓する目的なりとすれば、保險者に非ざるものと契約たる場合でも契約保險會社へは前記約款の手續するが妥當と解せらるゝが、一面右約款が保險者とする以上、保險會社間へ重複契約する場合のみ右約款の適用を受け、保險會社へ契約あるものが其他の機關と契約する場合は右約款の適用を受けずと解釋するが正當の解釋と存せらるゝが如何

### 七四六 破産財團へ求償權で相殺

一、保證人が民法五百條により保證債務を辨済し債權者に代位して主たる債務者に對して有する債權は、破産法百四條第三號但書に法定の原因に基き、取得したる債權に該當するや否や  
 二、親權者が金錢を借受くるに當り、意思能力なき未成年者の姓名を連帶保證人として記名捺印せる場合は、親權者が未成年者を代表せるものと見做し得ざるや（親權者何某と云ふ記載なき）

質問の保險約款は超過保險の弊害を豫防し、且つ共同保險による分擔割合等の計算必要上より承認を得ることを要するものも也、従つて他の保險者と云ふは保險會社のみならず、其他の保險者は何人でも包含するもの也、但し保險を營業とするものは保險の株式會社が相互會社ならざる可からず、共済組合の如きは單に見舞程度のものに非ざるか、若し燒失の全損を填補する目的のものとせば約款により保險會社の承認を得ざれば無効とさる可き也

破産者の保證人は代位辨済の債權又は求償の條件附債權で破産財團に對し相殺妨げなかるべし

し、只未成年者の姓名のみ記載せり）又右の如く親權者が未成年者と共に連帶債務を負擔するは民法八八條に利益相反する行為に該當するや否や  
 一、保證人が民法五〇〇條の法定代位辨済による債權の取得は破産法一〇四條に所謂法定原因に基き取得に該當すべし、破産宣告後でも又代位辨済せざる場合でも、保證人の右求償權は條件付債權に該當するもの故、相殺を妨げざるものとす（破

二三條、一〇〇條）要するに破産法の公平分配は全然無關係の他人債權を譲り受け相殺する事を禁ぜるものにして、保證人の如き右條件付債權の相殺までも禁ずる趣旨のものに非ず、斯る事は故意に急に作る事を得ざる既定の權義なれば也  
 二、未成年者の名義のみを記載し、親權者代表を記載せざる

### 七四七 破産と債權の届出

破産手續は商事非訟事件と言はんよりは訴訟事件と解するを相當故債權届出も民訴印紙で廿五錢

（博士加藤正治氏意見摘載）

破産債權の届書には印紙を貼用することを要するや、若し印紙を貼用することを要するものとせば之を貼用せざる時は如何なる處置を取るべきやとの件に付、加藤博士の曰く  
 破産債權届出書に印紙を貼用すべきや否やの問題は、曾て舊法時代に法曹會に於て印紙貼用を要せずとの決議を爲したることあり、當時法曹會に於て其の決議を爲すに際し甲乙丙の三説ありたり、甲説は商事非訟事件印紙法第三條第二號に所謂其他の處分を申立に該當するものとして同條に依り金二十錢（現今の法律は二十五錢を貼用すべし）となし乙説は民事訴訟用印紙法第一〇條を適用し金二十錢（現今の法律は二十五錢）を貼用す

も親權者によりて記載せられたるものなる以上、實質に於て代表されたるもの故、子の義務として完全なり、尙子と連帶借用は民八八條利益相反行為なりと論ずる學者（藤道博士）もあれど、然らずとする解釋を正當とすべし（大正八年四月十九日法曹會決議然り）

べしとなし、丙説は債權の届出は商事非訟事件印紙法第三條第二號に所謂、處分を申請するものに非ず、又同法第八條第二項にも依ることを得ず、何となれば商事非訟事件に關する書面に印紙を貼用するとは商事非訟事件印紙法に依りて定まり、民事訴訟用印紙法を準用すべきものに非ざればなり然るに商事非訟事件印紙法中には債權届出に印紙を貼用すべき旨の規定なきを以て、印紙貼用を要せずとなせり、而して法曹會は當時丙説を採用し以て債權届出書に印紙貼用を要せずと決議したるものなり（明治二十八年十一月九日決議法曹記事四八號三〇頁）案するに舊破産法は商法の一部として立案せられ、破産事件を以て商事非訟事件と看做さるゝも亦一理なきに非ず、少くとも



破産事件に關する印紙貼用の點に就ては、商事非訟事件印紙法に準據するを正當とせしなり、而して現今と雖も破産事件に關する印紙貼用に關し、特に法律を設けざる以上は解釋上破産事件に關し從來の如く商事非訟事件印紙法を適用すべきは當然なりとす、殊に同法第四條の規定の如きを然りとす

然れども新破産法は商人のみならず、一般に破産宣告を爲すの主義を採りたるを以て(第一二六條)新法の下に於ては破産を以て商事と見るは當たらず、又其の性質は理論上之を非訟事件と見るべきものに非ずして寧ろ之を訴訟事件と見るべきものとす、故に新法の下に於ては破産事件に付き民事訴訟用印紙法を適用すべきは當然の事とす、故に新法の下に於ては債權届出に付き民事訴訟用印紙法第十條を適用すべきものと解釋するを正當とす、從つて債權届出額金二十圓以下なる場合には二十錢の印紙を貼用すべく、金二十圓を超過する場合には二十五錢の印紙を貼用すべきものなりとす

(註) 債權届出書に印紙を貼用すべきや否やの問題に付ては通説としては寧ろ法曹會議決議の如く貼用を要せずと解釋せられたり、竹野判事破産法原論下巻七四三頁、齋藤常三郎氏訴訟記録新訂破産手續三一九頁、青木博士破産法説明第二二八條四七

〇頁、拙著破産法講義四一九頁同破産法研究第五卷三六九頁、皆貼用不要説を採れり

然れども予輩は新破産法の下に於ては、前説を改め印紙貼用を要すとの見解を正當と信ず、司法省の回答に於ても現今は印紙貼用説を採れり、又破産事件を以て訴訟事件と見るべき點に付ては拙著破産法講義二七頁、同破産法研究第一卷二〇四頁三四六頁を參照

上述の如く債權届出書には印紙を貼用すべきものにして、貼用せざるときは不合法なる届出とす、此の届出に必要な事項の記載なき場合の如き、又届出が代理人に依りて爲されたる場合に於て其の委任狀の提出なきときの如きは皆不合法なる届出とす、届出が不合法なる場合に於ては一應命令を以て之を補正すべきことを命じ、若し其の命令に従はざるときは決定を以て届出を却下すべきものとす(第一〇八條民訴一九二條)而して其の決定は職權を以て之を送達することを要す、而して其の決定に對しては即時抗告を爲すことを得(第一一條第一二條)べき也

### 七四八 破産と共同債務者

將來の請求權につき破産債權者となれば破産宣告後の利子等は自から除外さるべきもの也とす

(博士加藤正治氏意見摘要)

破産債權に附隨する破産宣告後の利息は、破産法第三八條第一號の規定に依り之を不届出債權と爲し、破産手續上に其債權を行ふことを得ずと雖も、之が爲めに破産債權より破産宣告後の利息の進行的發生を終止するものにあらず、却て其利息は破産宣告後も非破産債權として依然進行的に之が發生するものにして、破産外に於ける破産者の利息債務に關する責任に變更なく何ら之に影響なきものなり、隨つて破産債權者は破産外に於ては破産宣告後の利息債權に付其權利を行ふことを妨げず、之を例せば債權者が斯る利息債權に基き破産者の新取得財産に對し假差押へ又は個々の強制執行を爲すことを得べし、加之斯る利息付債權に關する擔保責任を負擔せる者、例へば第三者にして擔保を提供したる質權抵當權設定者、連帶債務者、連帶保證人單純保證人又併存的債務引受人等は、其擔保債權より生ずる破産宣告後の利息に對しても擔保責任を有し、且其利息債權を負ふものと謂はざるべからず(舊商破法九八九條)然りと雖も

斯る利息債務の辨濟を爲すに付正當の利益を有する前掲擔保債務者が破産宣告後の利息を辨濟したる爲め、民法第五〇〇條の法定代位に關する規定に依り當然債權者に代位し其辨濟したる債權を取得するも、之が破産債權者として其權利を行ふことを得ざる也、蓋し斯る代位辨濟者は單に本來の債權者が其權利を行ふことを得べかりしと同一の地位に於てのみ其權利を行ふことを得るものなればなり、尤も其擔保債務者が主たる債務者(破産者)の破産宣告前に其の者の爲めに豫め破産宣告後に亘る利息をも前拂したる場合に於ては、破産宣告の當時既に擔保債務者は破産者に對し該求債權を有するが故に、之が破産債權者として其の權利を行ふことを得るものと謂ふべし

共同債務者の破産者に對する將來の求債權と、破産宣告後の利息との關係に付之を考究するに法律は數人が各自全部の履行を爲す義務を負ふ場合に於て、其の全員又は其の中の數人若くは一人が破産の宣告を受けたるときは、破産者に對して將來行ふことあるべき求債權を有する者は其金額に付、破産債權者とし



て其権利を行ふことを得るものと認むるが故に(破法二六條一、三項二七條)一見破産者の連帶債務者、保證人不可分債務者等共同債務者は現に債権者に對し債務の全部又は一部の辨濟をなし居らざるに拘はらず、將來自己の共同債務を辨濟すべき責任上一應は他の共同債務の破産手續に破産者に對する將來の求償權の全額、即ち元本債權は勿論利息に關しても亦破産宣告後の利息に付ても其権利を行ふことを得るに似たりと雖も、余は破産法上の所謂「將來の求償權」又は「將來の請求權」には破産宣告後の利息を包含せざる趣旨に解するを以て、共同債務者も亦斯る利息を將來の求償權として其破産債権者たる權利を行ふことを得ざるものと解するものなり、而して破産法第二六條に所謂「將來行ふことあるべき求償權」には破産宣告後の利息を包含せざることと同條第一項但書及第二項の規定より之を推理す

### 七四九 支拂停止後の受拂

支拂停止後に受入れたる預金に基づく拂渡は債権者團を害するものに非ざる故有效と解釋可也

(博士加藤正治氏意見摘載)

問 銀行が支拂を停止したる後又は破産の申立を受けたる後新に預金の受入を爲し、而して隨時之が支拂を爲すも後日銀行が

ることを得べし、即ち其但書には「債権者が其債權の全額(共同債務者に對する債權)に付破産債権者として其の權利を行ひたるときは此限りにあらず」と規定し、茲に債権者の債權の全額と同條第一項本文の共同債務者の將來行ふことあるべき求償權の全額とは同一の債權且同一の數額、即ち同一の債權額に該當するや疑ひを容れざるを以て、本來の債権者の債權が破産債權として其の權利を行ふことを得るものは、元本債權及其の破産宣告日迄の利息に限るものにして、決して破産宣告後の利息も破産債權と爲すものに非ざるが故に(破法第三八條一號)之を適用して破産債權として其の權利を行ふべき共同債務者の破産者に對する將來の求償權にも亦破産宣告後の利息を排除すべきものと論斷せざるべからず

爲し、而して之が支拂を爲すことを得ざるに至る、換言すれば其の營業を爲すことを得ざるの結果を生ず、斯かる結果を生ずるも亦已むを得ざるものと見るべきや

答 曰く然らず、銀行が支拂停止後又は破産の申立を受けたる後新なる預金の受入をなし、之が支拂を爲したる場合に於て後日假令破産の宣告を受くるも其の支拂たるや否認せらるべきものに非ず、其の理由左の如し

若し右の支拂が否認せらるべきものとすれば、第七二條中第二號に依るか又は第四號に依らざるべからず

然れども第二號に所謂擔保の供與債務の消滅に關する行爲は、何れも破産債権者を害する行爲の例示として、茲に之を掲げたるものなり、然るに新に預金の受入をなし而して之が支拂を爲すは其の受入れたる辨濟資金を以て、之が支拂を爲するものなるが故に、毫も他の債権者を害するものに非ず、是れ猶破産者が小賣業者なる場合に於て假令破産の申立を受けたる後とは云へ、其の營業上の行爲として相當代價を以て商品の買入を爲し之が爲めに代金を支拂ひ又相當の利潤を見て之を他人に賣却し、代金の支拂を得て其の物品を相手方に引渡すが如きなり斯かる營業上の行爲は、債権者を利益することこそあれ、決して之を害するものに非ず、故に銀行が新なる預金の受入をなし之が支拂ひを爲すが如きは第一號中に包含するものと解すべからざるは明かなり



免るゝに至るべきを以てなり、故に支拂停止後若くは破産申立後又は其の前三十日内に苟くも破産者の義務に屬せず、又は辨済の方法若くは時期が破産者の義務に屬せざりしものに付いては、斯かる危殆時期に故らに義務に屬するものと成し、以て辨済するも否認を免るゝことを得ざるものと解すべきなり

右述の如く支拂ひ停止後、若くは破産の申立ありたる後、又は其の前三十日内に即ち危殆時期に入りて、故らに義務に屬するものとして辨済したるものは否認を免るゝことを得ざるものと謂ふべし、若し然りとすれば本間の場合の如く支拂ひ停止後又は破産の申立ありたる後、又は其の前三十日内に新に債務を負擔し義務に屬するものとして、之が辨済を爲したるものも、亦第四號の本文に包含し本文に依りては否認せらるべきものと謂ふべし、然れども但書の規定の末段に依りて「破産債権者を害すべき事實を知らざりし」として否認を免るゝことを得ると謂ふべし

何が故に然るか云ふに支拂停止後若くは破産の申立ありたる後、又は其の前三十日内の辨済なりと雖も、其の辨済たるや其の期間内に新に受入ありたる預金に對して爲されたるものにして、預金其のものが辨済資金を成し毫も他の債権者を害するも

のに非ず、蓋し新なる預金に依る利鞘は以て他の債権者を利益することこそあれ、害すること無きは疑ひなき所なり、故に但書の後段に所謂「破産債権者を害すべき事實を知らざりし」として否認を免るゝことを得るなり

之を要するに本間の預金支拂ひたるや、銀行の義務に屬するものなるが故に、當然第四號の本文に包含せざるが如き外觀あり従つて第四號の本文に依りては當然否認すべからざるの外觀あり、然れども其の義務に屬するものとなりたるは支拂停止後若くは破産申立ありたる後、又は其の前三十日内なる所謂危殆時期に於て新に義務を負擔したるに過ぎずして、従前より義務に屬したるものに非ず、故に本間の支拂ひたるや第四號の本文に包含せられ、否認せられ得るものに屬するものなるも、其の新に義務を負ひたるは預金の受入に依りたるものにして、支拂資金を特に受領して、而して義務を負擔するが故に毫も他の債権者を害せず、従つて本號但書後段の規定に依りて本間の支拂ひたるや、否認を免るゝことを得るものと云ふべきなり

### 七五〇 附屬的商行爲と推定商行爲

一、附屬的商行爲と推定の商行爲の差を説明ありたし、而して商人が營業資金として借入れたる場合は附屬的商行爲にして、田を買入れたるために借入れたる場合は附屬的商行爲に非ずとせば、前者は五年後者は十年の時効となるや

答 附屬的商行爲とは商人が營業の爲にする法律行爲又は意思表示を指し或具體的法律行爲又は意思表示が商人によりてなされたる場合一應之を附屬的商行爲と推定せらる、故に附屬的商行なりや否や不判明なる商人の行爲が、商人の營業の爲に非ら

すとの反證ある迄、之を附屬的商行爲として取扱はるる場合に、この行爲を推定の商行爲と云ふ、即ち一は確定的なる商行爲なるも一は反證により非商行爲となることあるべき商行爲なりと言ふを得

(一)營業資金借入は附屬的商行爲(二)田を買ふ行爲は推定の商行爲(三)共に時効五年なり、但し(二)のものは反證ある迄の運命なり

### 七五一 競業禁止約と得意先範圍

昭和七年(オ)第二十一號

案するに營業の得意先なる詞は通常の意義に於て商人が營業上取引の相手方たりし者との間に、將來更に取引を爲して利益を受くべき機會を有する事實關係を指稱するものとす、故に此の意義に於ける得意先の關係は商人と將來取引を爲すことあるべき人との間に存在すべきものにして、人格なく從て取引の當事

得意先は人格者なり其範圍中のものは特約なき限り禁止に包含

者たるべき能力なきものとの間に存在すべきものに非ず、若し或人が其經營せる特定の事業に關してのみ、或商人と將來取引を爲すことあるべき關係存する場合には、其經營者と商人との間に存する得意先の關係の範圍が其の事業に關して爲さるべき取引のみに制限せらるるに過ぎずして、其の事業と商人との間に得意先の關係存するものには非ず、又或人と商人との間に既



に得意先の關係存し其の範圍に付特別の制限なき場合は其の人が後日開始すべき事業に關する取引に付ても、右商人との間に得意先の關係存するものと爲さざるべからず、蓋得意先は商人

と將來の取引の相手方たるべき人との關係にして何等人格なき事業との關係に非ざればなり

### 七五二 商行為債權の時効

問 材木の卸小賣商人が消費者に對する商品代金の時効の期間は民法一七三條によるべく候や、又は商法二八五條によるべく候や

なり

答 一、本件材木の卸小賣商人が其商品たる材木を賣買する行為は商行為なるを以て商法二八五條により五年の時効に罹るを原則とす(第一項)然るに商行為に付き他の法律命令においてこれより短き時効に罹るべきことを定めたるものあるときは、この原則に従はずして其定めに従ふべきものとす(第二項)

- 三、即ち本件時効は五年にあらずして二年なりとす
- 四、然り而して本件時効の二年なることは商法二八五條第二項の適用の結果として、民法第一七三條に従ふべきものなりと斷することを得べきものとす、尤も兩條の何れによりたるものなりやとの間に對しては、左の二様の回答をなし得るものとす、但し結果に變りなし
- (一) 商法の右の規定を適用して民法の右の規定に従ふものとす
- (二) 商法の規定の有無にかゝらず、民法の規定を適用すべきものとす

二、しかして民法第一七三條を見るに、卸賣商人及小賣商人が賣却したる商品の代金債權は二年を以て時効に罹るものと定めたり、されば本件材木賣却代金債權はこの二年の時効に罹るものとなる、何となれば商法二八五條第二項には他の法令に五年より短き時効の特則の定めあるときは之に従ふ旨の規定あり、而して右民法の規定は即ちその特則と見るべきものなれば

五、若し商法二八五條第二項なりせば、民法と商法とは正に矛盾を生ずべかりしなり、さすれば困難なる問題となるべき性質のものなれども幸ひにしてこの憂ひなきも以て右(一)を

なるとも(二)を探るも何等の支障なく、同一の結果を得らるることとなるも、本件に付ては(一)を可とす、何となれば民法は

一般私法にして商法は商行為等の特別私法なれば、本件の如き商行為に付ては商法によるべきものなればなり

### 七五三 盜難と株券や公債の回復性

問 盜品や遺失品は詐欺横領品と異なり、被害者は二ヶ年間其物の所持者に對し返還を請求し得ることとなるが、勸業債券や公債證書の如きでも然る可きものなるや否や伺ひ候也(府下)

普通動産と違ひ回復は不能なり  
但株券の委任狀偽造は失權せず

答 一般動産品は然りであるが、勸業債券や公債の如き有價證券は手形と同様現所持者が惡意又は重大なる過失によりて取得したるに非ざる限り、其者に對しては返還を請求し得ないことになつて居ります(商法二八二條四一條)之は有價證券の流通圓滑を圖る爲めの民法一九三條に對する例外的規定であります、株券でも白紙委任狀付のものは右と同一性質なれど右商法

四四一條の有價證券に該當せざる故、法文によりては同一扱ひを受くること困難なれど之は一般商取引界の慣習上よりして矢張り同様に處理さるゝものと斷定されます、尤も委任狀等が偽造に係り無効のものなる時は假令會社に於て既に書換濟のものとも雖も、其取消並に返還を請求出来るものであります、之は無効なる委任狀によりては權利移轉なしと云ふ理由からであります、無記名公債の如く交付によりて權利移轉するものと違ひます

### 七五四 原料買入及其の製品販賣と絶對的商行為

昭和四年(オ)第五百四十一號  
商法第二百六十三條第一號は利益を得て讓渡す意思を以てする動産の有價取得又はその取得したるもの、讓渡を目的とする行

爲を、商行為なりと規定し、右法條はこれ等行為に付必しもその取得したるものをその儘他に讓渡することを要件と爲さざるのみならず、讓受たる物品をその儘讓渡するに依り利を圖ると



之に加工を爲し、あるひは之を原料として他の物品を製造し讓渡して、以て利益を營むとに因り特にその商行爲たる否とを區別すべき理由を認めざるを以て、右法條所定の商行爲には

### 七五五 不正競争と刑事と民事

乙 一手販賣権者(但し大阪市内)

丙 一手販賣権者(但し東京市内)

右甲本店の品物を乙丙共何れも販賣し居るものなり、その一手販賣権者は何れも他市内たる他の一手販賣権者の存在する場所において自己の品物を賣るために、勝手に販賣店を設置する事は勿論、不可能の事に有之候次第なり

然る處丙は乙の販賣區域たる大阪市へ、販賣店を設置して品物を賣却する場合、乙は如何なる方法を以てこれに對抗するが便利なるや、なほ乙は何れへ追るが便利なるや、また刑事民事何れの訴訟がよろしく候や、管轄裁判所等詳細を、合せて該當條文を示されたし

答 一、甲本店と乙丙兩人とは如何なる契約をなしたるや、丙が乙の區域に侵入したるとき丙に對する妨害排除權は乙之を有するは右の契約如何に拘らず民法の不法行爲の規定に基き一手

土を買入れ之を以て瓦を製造販賣するが如き營利行爲をも包含するものと解するを相當とす

販賣権の侵害としてこれを排除することを得べきものとす

二、右の外乙は甲に對して若し丙が右の如き區域侵害者ある場合においては、之を差止めよと請求するを得べき差止請求權ありや否やは、一に甲乙間の契契趣旨に従はざるべからず、右の契約の寫を送られよ、更に適切なる鑑定をなすべし

三、右契約に關係なく乙は丙に對して一手販賣権の侵害として民事訴訟を起すことを得べし、それにはその侵害の事實と損害額との證明するに足る證據なかるべからず、この證據なければ乙は提訴するとも勝訴の見込なし、蓋し不法行爲なるものは損害を生ずるによりて成立するものなれば、之を立證する責任は乙に存するを以てなり

四、丙が刑事責任を負ふが爲には威迫を用ひたるや否やにあり、但し警察犯處罰令第二條第五號には、單に惡戯又は妨害とありて之には該當するやも不知、警察の人事相談に持込み刑事

止を催告するを妥當とす 以上

### 七五六 商人間の賣買申込と承諾

事件となる見込たゞは直に刑事問題とせらるべし、其には内容證明を以て丙に不正競争による營業妨害の事實を舉げて之が避

賣方甲とし買方乙とす、乙は甲より砂糖一百俵乙驛着値段

…にて電信往復契約す、何月限りとし期限以後は金利藏敷買

方乙負擔(金利藏敷料商慣習)乙は内五十俵丈け送付方指圖す、甲は直に出荷計算時發行その後右は一向着せず、一ヶ月程経過し甲は「積合せ便ない右は一車積として契約に付至急積送る場合少敷は運賃高となる」といふ、乙は回答せず、少し日數立ち

甲の店員乙店へ来て別に小麥粉三百五十袋、何月限とし注文受たる如く記載し歸る當時乙はこの契約分書取交しなし、三、四ヶ月経過し甲は砂糖小麥粉共引取方再三嚴しく請求す、乙は砂糖丈け契約あるので一百俵期限後金利藏敷料乙一ヶ月負擔交渉す、甲承認す、乙直ちに積方砂糖一百俵指圖す、甲は(契約條

項以外)の入金請求し積送るといふ、乙品見本請求し右品に塊等有つては不向に付拜見しからと回答す、見本小包にて着乙は積送方指圖してあるのだから、甲が積送るだらうと思ひそのまゝ一ヶ月経過し、甲は再三右の入金方請求し着金なし、誠意

なしとし(砂糖小麥粉共)他に轉賣したり、乙は直ちに内容證明にて小麥粉買契約いたしたる事實なしと通知す、甲は乙に轉賣日までの損金(金利藏敷料値合金)請求し來る、もし甲の手

元小麥粉の方を乙が引取る云々の書面有りたる場合、對策と右砂糖共乙の對策如何すれば宜敷や御教示下され度願ひ上候

答 一、本社は法律の倫理化を主義使命とす、法律は徳義の範圍内に於ける存在也(商人は商才より、士魂を尊べ)

二、本件甲乙間の抗争の如きも、互に今少し誠意を以て事に當れば問題を未然に防ぐを得たる筈なり

三、しかし既に問題となりたる以上は、極力事件化訴訟化を避けて圓滿裡に解決せしめんことを心掛け、互に讓歩して示談解決せられんことを望む

四、次に法律的に鑑定を下げば、甲は契約條項以外の金員(手金ならんか)を要求するといふが、これは商法の申込に當るべし、しからは相當の期間に乙が承諾の通知を發せざるときは乙



は承諾したるものと見なさる(商法第二七一條参照)故に乙はこの契約より生ずる入金義務を負担し甲に之を支拂ふの義務あるものとなる

五、よつて甲のとるべき手段は契約不履行による契約の解除を爲し、しかる後之によりて生じたる損害を乙に對して請求する権利あるものとす、勿論損害が何程になりしや甲に立證責任ありとす

六、その商品を甲が契約解除後において、他に轉賣すると否とは自由なり、乙は右の損害の請求に對して賠償の義務あるものとす

乙の策としては誠意をしめして甲に示談の申込みをなす可と

### 七五七 牛馬の賣買と非營業

法曹會決議(昭和二年三月十二日)

問 牧場經營者が牧場所産の牛馬を長期間賣却反覆する行爲は牛馬商取締規則第一條所定の營業となるや

決 牛馬商取締規則第一條に牛又は馬の賣買交換、又は其の周旋等の商行爲を爲すを營業とするの意義なること、本則の名稱

牛馬商取締は其賣買營業の取締也故に牧場經營者が所産牛馬を賣却する如き非營業は無關係也

及取締の目的とする所に依り明かなるのみならず、家畜市場法第七條に此等の行爲を業とする者は家畜市場附近の區域内に於て市場開催日及其の前後の期間中、其の市場の取扱ふ家畜の賣買交換を禁止したる趣旨より見るときは愈明かなる所なりとす而して牧場經營者が牧場所産の牛馬を賣却するの行爲は、例へ

長期に亘りて反覆施行せられたりと雖も牛馬の生産業に附隨する行爲たるに止まり、商行爲を爲すを業としたりと稱し得ざる

### 七五八 権利の移轉と對抗力

昭和二年(オ)第二百四十三號

被上告人は委付に依る権利の取得は、法律の規定に依るものなるを以て對抗條件の具備を要せずと云ふも、商法第六百七十七條は権利の創設規定に非ず、保險者が被保險者の保險目的に就き有したる権利を取得する規定にして、其の取得は委付に依るものにして法作物に非ず、唯法は委付効果を規定したるものに止まるものなり、斯の如く委付は権利の移轉取得にして其の物權の移轉取得は物權の移轉取得に關する對抗要件を具備し、其の債權の移轉取得は債權の移轉取得に關する對抗要件を具備せざるべからず、蓋し權利の移轉取得に關し對抗條件を具備することを要するは、我立法上の主義原則なり、從つて特に例外規定を設けざる限りは、凡そ權利の移轉取得に就き對抗條件の具備することを要するものなり、委付に限り對抗條件の具備することとを必要となさずとの理由あることなし、商法第一條の規定を

七、小麥粉は契約書なしとするも眞に口頭の契約ありとすれば、これが買取義務あるものとす、甲がその店員を代理人としての注文取ならば甲は該代理事項に付、これを證人として立證するを得べく、乙は契約不成立を主張するを得ざるものとす從つてこの點についても乙の立場は不利益なれば、逸早く甲に誠意を示して示談申込みを可と信す

八、但し乙が遅滞なく甲の入金なるものを斷れば、地位轉倒して甲は契約解除權を生ぜず、かへつて乙に買取權行使の利益あり、從つて順次乙の爲に有利に事件の解決はつくはづなりこの點よく熟考せられよ、主眼點はこゝにあり

が故に、其の行爲は牛馬商取締規則第一條所定の營業と稱し得ざるものとす

債權讓渡の如き契約によるものは通知を對抗要件とすれば法律上當然移轉には如此手續不要也

存せずとも商法規定外の事項に就きては普通法たる民法の規定に依りて之を支配せざるべからず、況んや該法條を存するが故に民法に規定したる物權及債權の移轉取得に關する對抗條件を具備せざるべからざるや容疑の餘地なしと云ふに在り

然れども商法第六百七十七條第一項には、保險者は委付に依り被保險者が保險の目的に付有する一切の權利を取得すと規定しありて、之を陸上保險に關する商法第四百十五條に被保險者が其の目的に付有せる權利を取得すと規定しあるに對照するときは、委付に依り取得すべき權利の範圍の廣汎なることを知るに難からざるべく、且保險委付を認めたる立法の趣旨に依りて之を觀れば、保險委付は保險者をして委付せられたる物に關し、被保險者と同一の地位に立たしめんとするを目的とする物にして、被保險者の有する總ての權利を保險者に移轉せしめんとするに在るを以て、損害が第三者の行爲に依りて生じたる場合に



於ても此の第三者に對して被保險者の有する損害賠償請求權は委託に依り當然保險者に移轉するものと解するを相當とす、然り、而して民法第四百六十七條の規定は當事者の契約に依り、指名債權を譲渡したる場合に關する規定なるのみならず、辨濟者が債權者の承諾を得て之に代位する場合に付いては、民法第四百六十七條の準用あるも（民法第四百九十九條參照）當然債權者に代位する場合に付いては、其の準用なきに依りて之を觀

れば（民法第五百條參照）債權が法律上當然移轉する場合に於ては民法第四百六十七條の適用及準用なきものと云ふべく、從つて商法第六百七十七條の規定に依り委託の效力として被保險者の加害者に對する損害賠償請求權が法律上當然保險者に移轉する場合に於ては、債務者に對する通知を爲し又は債務者の承諾を得ざるも其の移轉を以て第三者に對抗することを得べきものと解するを相當とす

### 七五九 産業組合と時効

營利目的に非ずとしても商行爲に準せらるるを以て普通の賣掛代金の債權と同様二年の時効也

昭和二年（オ）第五百四十四號

産業組合法第五條に産業組合には商法及商法施行法中商人に關する規定を準用すと規定しあるを以て、商法第二百六十五條の規定は産業組合に準用せらるるものと謂ふべく、即ち産業組合が其の事業の爲にする行爲は本來商行爲の性質を有せざるものと雖も、商行爲と看做さるるものにして、從つて商行爲に基く債權の時効に關する商法第二百八十五條の規定も亦之に準用せらるるものなることは當院の判例とすところなり（大正九年（オ）第九百九十四號大正九年十月二十一日第二民事部判決參照）

而して商法第三百八十五條は其の本文の規定のみならず、但書の規定も亦準用せらるべきこと明かなるを以て、商行爲に基く債權に付他の法令に五年より短き時効期間の定めあるときは、其規定に従ふべきものにして、民法第七十三條第一號に依れば卸賣商及び小賣商人が賣却したる商品の代價の債權は二年間之を行はざるに因りて消滅する旨規定しあるを以て、右の規定も亦産業組合が其の事業の爲にする行爲に基く債權に準用せらるべきものとす

## 第三章 民 訴

### 第一節 競 賣 の 部

#### 七六〇 無番地の建物を競賣

國有無番地内の未登記建物に對し競賣する時は地目坪數を表示して建物登記を囑託し差押記入

法曹會決議（大正十四年十月二十八日）

問 一、國有無番地の上に在る建物所有者其建物に抵當權設定契約を爲し、公正證書を作成せるも敷地の地番無き爲め建物の保存登記を爲し難く、從つて抵當權も未登記なる建物あり右の如き場合に於て債權者は抵當權實行の競賣申し立を爲し得るや、又斯る建物に對し民事訴訟法に基き競賣申し立を爲し得るや、不動産競賣の方法に依るべきものとせば、差押へ記入並に所有權移轉等の登記手續は如何にすべきや、若し不動産競賣手續に依るを得ずとせば、如何なる執行方法に依るべきや

二、耕地整理に依り従前の土地數個に對し一個の換地を交付したる場合に、従前の土地の一筆に抵當權登記ありて之を換地登記簿へ轉寫したる爲め、一筆の土地の或一部分のみが抵當權

の目的となれる土地あり、之が抵當權の實行を爲さんとするには一筆の有形部分に付所有權移轉登記の方法なきを以て、豫め抵當權の目的と爲れる部分を分割し、分割登記を爲したる上ならでば、競賣申し立を爲すを得ざるものと思考するも、斯くするに於ては折角耕地整理に依り土地の區劃を整理せられたるに拘はらず、更に之を分割するは耕地整理の効果を没却し、且つ分割に付きては尠からず手續を要するを以て、債權者をして抵當權實行を困難ならしむるも止むを得ずと解すべきや

右分割手續は債權者に於て債務者に代位し得べきや  
決 一、本問の場合に於ても債權者は抵當權の實行として競賣法の規定に従ひ競賣の申し立を爲すことを得べく、又債務名義存するときは民事訴訟法の規定に従ひ、強制競賣の申し立を爲



すことを得べし、此の場合に競賣又は執行裁判所が競賣の申し立ありたることの記入を管轄登記所に囑託するには、建物の敷地は無番地なるを以て之に代ふるに其の敷地の地目段別又は坪数等により、其の敷地を表示し、而して登記所は不動産登記法第九條の規定に従ひ、其の建物の所有権の登記を爲したる後競賣申し立ありたることの登記を爲し、斯くして競賣又は執行裁判所より競落人の所有権の登記囑託ありたるときは、通常の

### 七六一 一重の競賣開始

大正十四年(ク)第八百九十七號

競賣の申立を爲す権利を有する者数人ある場合に、何人か先づ申立を爲すときは他の者は之に依りて其の申立権を失ふと云ふが如きは有るべからざる道理なると共に、申立の都度夫々開始決定を爲し、以て競賣手續を併行するが如きは無用なるのみならず、彼此抵觸を生ずる虞れあり其の許すべからざるは論無きが故に、新に申立を爲したる者は之を已存の手續に加入せしめ以て配當要求を爲すを得せしむるのみならず若も已存手續が取消されることあらば自ら開始決定を受けたると同一の效力を生

第二の分は書類添付により配當加入の効あらし  
第一が取消の時は其儘續行せしむるの効あり

規定に従ひ登記すべきものとす  
二、耕地整理完了後換地の交付を受けたる者は、爾後其の土地を分割することを妨げざるを以て、本問の場合に於ても先づ一筆の土地の内抵當権の目的となれる部分を分割し、之が登記を完了したる後其の部分に對し競賣の申し立を爲すべきものとす  
右分割の手續は債権者に於て債務者に代位し得べきものとす

裁判所としては宜しく速かに申立を一件記録に添付するの舉に出づべきは殆んど云ふを須ひざるところなり、但其の未だ之を廢棄せざる間に當初の開始決定が何等かの事由に依り、廢棄せられたるときは如何と云ふに、此の場合に於ては第二の開始決

じ其の儘手續を進行するを得せしむるを相當とするは殆んど云ふを俟たざるところなり、民事訴訟法第六百四十五條は此の趣旨を表明したるものに外ならず、唯斯る地位を付與するに付ては其の旨の決定を爲すを要するや、抑々亦申立を一件記録に添付するを以て足れりとするやと云ふが如きは、寧ろ執務の形式に過ぎず、前記法條は此後の方法を採りたるものなり、然らば即ち裁判所に於て第二の申立に對し別に開始決定を爲したりとせむか、其の廢棄は之を免るゝを得ると共に、之が爲當初の手續に加入するの権利は、固より失はるべきものに非ざるを以て

定は之を廢棄すること無く、當然之に基く手續を進行すること  
を以て法規の精神に合すと解すべきは以上の判示に照し自ら之を諒し得られむなり

### 七六二 競賣中の債權讓渡

大正十五年(ク)第三百五十一號

依つて按ずるに債權を擔保する抵當権の實行として之が目的たる不動産に對し、競賣手續進行中、該債權と共に抵當権を讓り受け該競賣手續上申立人たる地位をも取得したる讓受人の、競賣手續の受繼に付ては競賣法中何等規定する所なしと雖も同法に特別の規定なき限りは民事訴訟の規定を準用すべきものなることは、本院判例の示す所にして、同法第五百十九條によれば執行力ある正本は債権者の承繼人の爲にも之を付與することを得べきにより、債権者の特定承繼人は自己に對する執行文の付與を受け、之に基き強制執行を開始し又は續行し得べきを以て債權と共に抵當権を讓受け、競賣手續上申立人たる地位を取得したる者に付ては、右の規定を準用し裁判所に於て讓受人の證

訴訟中の債權讓渡は手續の承繼とならざれど競賣は強制執行と同一なる故讓受人手續承繼可也

明に依り其の事實を認めたるときは、此の者の爲に競賣手續を續行すべきものと解するを相當とす、然らば本件に於て原裁判所が抗告人に於て競賣申立人にして抵當権者たりし株式会社江陽銀行より其の目的たる不動産に對し、競賣手續進行中債權と共に抵當権を讓受けたる該競賣手續の受繼を許容したること  
を認めながら、競賣法には競賣手續の受繼を許容したる規定なきを理由となし、競賣裁判所たる小田原區裁判所の爲したる競賣許可決定を廢棄し、競落不許可の決定を爲したるは失當にして抗告は其の理由あり、原決定は廢棄すべきものとす、右の理由なるにより主文の如く決定す



### 七六三 強制執行權の拋棄

執行權や訴權は公權なるが故に拋棄を有效とす  
べきに非ず唯相對に不作爲の義務あるに過ぎず

(博士加藤正治氏判例意見)(大正一四年(オ)第九七〇號一五・二  
二四・民三判決、集第五卷第五號二三・三五頁)

(事實) 本訴は被告(被告)被控訴人が原告(原告、控訴人)に對する爲替訴訟の假執行の宣言ある判決に基きて爲したる強制執行に對し、原告より提起したる請求に關する執行異議の訴へであるが、其の異議の原因とする事實は右の判決ありたる後當事者間に於て該判決に基き強制執行は之を爲さざるべしとの特約が成立したといふにある、被告は斯かる特約を否認し、右の手形金請求事件は通常訴訟手續として繫屬中にある

控訴院は爲替訴訟に於ける留保判決に基き執行を爲す場合に於ける民訴法第五四五條第二項の執行異議の原因は、留保判決の口頭辯論終結後では無く、爾後の手續たる通常訴訟手續の口頭辯論終結後に生ずることを要すといふ理由の下に本訴を却下した、之に對し原告より上告した

(判旨) 債権者が判決に基き執行を爲さずとの特約を爲したる

でない、従つて判旨は此の點に於て不當である

唯強制執行を爲さぬといふ契約は、債権者が強制執行に依る權利行使の方法を自ら任意に制限する意味に於て、當事者間にありては私法上有效の契約である、従つて之に違約して強制執行を開始すれば損害賠償の責に任ざればならぬ

然らば強制執行を爲さぬといふ契約ある場合には、民訴法第五四五條に基き請求に關する異議の訴へを許すべきものなりや否やを考ふるに、若し之を許すとせば恰も強制執行請求權の拋棄を許すと同一の事なるから、之を許すべきで無いことは明かである、故に強制執行を爲さぬといふ契約の構成は國家に對する關係に於て強制執行請求權を拋棄せざる範圍以外に於て、債権者は強制執行をなすと否との選擇の自由を有するが故に、自ら單に債務者との關係に於てのみ其の自由を制限したるものと解するを相當とする、換言すれば國家に對する關係に於て強制執行請求權は之を拋棄せずして、背面に保有し乍ら而も債権者が強制執行を爲すと否との權利行使の方法に對する制限を任意上自ら之をなすことは固より之を妨げない、又債務者に於ても強制執行請求權は全然之を拋棄せしむることは訴訟法上不能の事であるから、若し債権者が任意の制限に違約して強制執行を開

にも拘はらず、執行を開始したるときは民訴法第四四條に依り、執行の方法に關する異議を主張すべきもので、請求權に關する第五四五條に依る執行異議の訴へを起すべきものでは無いといふ理由を以て、大審院も亦本訴を却下した

(評釋) 訴權又は強制執行請求權は國家が訴訟法に依りて債權保護の爲めに債権者に寄與したる公權であつて、債權其のものより當然發生する民法上の實體的効果では無い、此の點に關する詳細は拙著破産法研究第二卷三六頁以下に譲つて茲に之を述べないが、右の權利が公權たる以上は當事者が任意に之を處分し得ざるは勿論、之を拋棄し得るや否やは訴訟法に依りて決せねばならぬ、然るに訴訟法にありては訴へに付ては仲裁契約ある場合の外、必ず之を認めて居り、強制執行に付ては債務名義ある限り、必ず之を許す、故に假令當事者間に強制執行を爲さずとの契約あるとも、國家に對する關係に於ては強制執行請求權の拋棄とならぬから、債権者が債務名義に基きて爲す執行は違法とならぬ、依つて執行の方法に關する異議は許すべきもの

始するならば、損害賠償の請求をなすの外他に救済の方法は無い、即ち強制執行其ものを停止若しくは排除せしむることは契約の當初より出来ない事と覺悟して居りたるものと云はればならぬ、又よし特定の當事者が現實には斯かる覺悟無かりしとするも、法律上に於ては覺悟ありたると同一に見ればならぬ、故に請求に關する強制異議の訴へも亦之を許すべきではない

次に訴へ又は強制執行は之を爲さぬといふ特約、所謂自然債務なるものを自由に設定し得ざることも、右の所論によりて明かとなると思ふ

次に本件控訴審に於ては民訴法第五四五條第二項に所謂「口頭辯論の終結後」といふ意義は留保判決の場合には爾後の手續に於ける口頭辯論の終結後と解して本訴を却下した、蓋し留保判決も形式上は確定するが、爾後の手續の繫屬中は實體的には請求權が確定せぬから控訴審の本條に對する解釋は正當と思ふ



### 七六四 税金の差押と競賣

抵當競賣又は強制競賣を爲すには税金の立替辨濟を爲して手續の外なし。法制の不備已を得ず

問 債務者甲に債権を有し、今般債務者所有不動産に對し強制競賣申立をなせし處左記の意見により受理せられず

一、強制競賣に附すべき物件が既に國稅徵收法第十條により〇〇郡〇〇村が差押へを爲せるにより、同一物件に對し更に競賣開始決定をなし、差押へを爲すを得ずと

(以上は大正六年九月十四日司法民第一四九〇號通牒も之有又大阪地方民事四十五年判例もあると)

右の通りに之有就いては如何にすれば此の債権を回収し得べきや、御教示を乞ふ

參考 債務者不動産は滞納税金並に當方に對する債務を支辨して餘りあり

### 七六五 同時競賣權の性質

問 抵當權設定の後、その設定者が抵當地に建物を築造したる後その建物を賣却したる場合に土地の抵當權者はその買受人に對して民法三八九條のその同時競賣權を實行し得られ候哉

答 抵當權設定以後の建築にかかる建物なるときは、抵當權實行に際し債権者は該建物が抵當權實行前に他人の所有に歸したると否とを問はず、その同時競賣權を行使し得ることは別段の

規定なき以上明白にして、疑ひなし

二、右は文理解釋上の論として首肯するに價す、然れども右の同時競賣權なる抵當權者の權利は如何なる性質の權利なりや對世權なりや對人權なりや、多少疑問なき能はざるものとす

三、法は特に「其設定者が」と制限したるを以て「其設定者以外の者」の築造したる家屋は之を除外したるものと見ることを得、蓋し法は設定者の心理及び抵當權者との對人關係を見てこの例外規定を設けたるものにして、設定者以外の者にこの例外的不利益を蒙らしめざるの法意なりと解するを正當とせん、即ち對人權なりと云ふべし

四、然らば設定者が築造したりとするも之を設定者以外の者に譲渡したるときは、その者は設定者にあらずが故にこれま

た例外規定の不利益に甘受せしむることは法意に反するものと云ふを得べきに似たり、然れども斯く解する時は設定者は同條の不利益を免れんが爲に常に競賣前之を轉賣することゝならんか、抵當權者を保護する條文は空文に等しからんとする結果となるなからずや、かつ轉得者は抵當權設定者の地位の其土地に付て存する部分を承繼するものと見る事抵當權者の利益擁護の法意に適するものといはざるべからずと信す、したがつて、本件は依然として正文の通りに解して支障なく、むしろこれを正解なりといふべし、すなはち本權は對世權なりといふことを得五、以上の次第なるを以て、この同時競賣權は相對的對世權乃至相對的對人權なりといふを適當とす

### 七六六 抵當權者の強制競賣

抵當權者は其實行を爲さず債務名義に基き強制競賣も出来る競賣延期して更に爲す時亦十四日

法曹會決議(昭和三年六月二十七日)

問 一、抵當權者が抵當不動産に對し、抵當權の實行をなさずしてその債権の債務名義に基き抵當不動産に對し強制競賣の申立をなす事を得るや

二、裁判所が競賣期日を延期したる場合において、更になす競賣期日は公告より競賣期日までには十四日の期間を存する、とを要するや

甲說 延期に依り更になすべき期日の公告も、亦これ競賣期日



の公告なり、故に民事訴訟法第六百五十八條第六百五十九條に従ひ既になしたる第一の公告と同じく、法定の各要件を具備し及び十四日の期間を存することを要す

乙説 期日の延期は第一公告に要したる十四日の期間に延期を來すに過ぎず、而して公告に要する十四日の期間はその性質周知期間なるを以てこれを延長するも周知期間を設けたる目的に

### 七六七 買戻約款附強制競賣

強制競賣は債務者に代り債務者の名に於て實施せらるゝ一種の賣買契約故理論上買戻約款可

記

間 一、私は或醫者から金を借りて抵當に自分の家屋を入れましたが、商賣思ふ様に行かざるためその醫者から競賣を申立られ、私は醫者は仁術だといふのに不都合だと憤慨しましたが、一策を案出して地上権を得てこれで對抗することに致しました  
二、醫者もこれには困り競賣當日妥協しやうぢやないかといふので、私は承諾しました、それから四日過ぎて左記の通りの契約書を作りました、處が醫者はその後地代を私に拂ひません、この場合私は建物取拂ひの申請ができますか(三、一〇、二三 日東北部會員)

一、醫者(甲)は抵當權實行の上競落せる建物を私乙に金〇圓にて賣戻すこと  
二、甲は地代金〇圓を買戻し期日まで毎月末日までに乙に支拂ふこと  
三、乙が買戻し代金を全部辨済したるときは、期間満了と同時に建物の所有權を登記と共に乙に移轉すること  
答 一、強制競賣の際買戻し約款を附することは、現行制度上規定なきを以て、頗る疑問と言はねばならぬ、併し強制競賣の賣主は政府にあらず、また債權者にもあらず、債務者自身なる

ことは學說判例の殆ど一致する處なるのみならず、その性質一種の賣買契約と選ぶ處なしと解すべきを以て、理論上は買戻し約款を附すること決して不可能にあらずといふべし(民訴六六三條參照)  
二、然れど 競賣の場合に買戻し約款を附してこれが實施をなすときは、競賣手續きを複雑困難ならしむるのみならず、競落人を容易に得べからざるは賭易き道理なり、故に現行法上これを認めざるものと消極に解すべきものなりと信ず

三、本件は甲乙が買戻し契約をなしたりといふも、これは再賣買の豫約と見るを正當とす  
四、然らば一方に乙は地上權を有し、甲にこれを轉貸し地代を請求するも甲が履行せざるの故を以て、直に契約を解除し家屋收去土地明渡の請求をなし得べしと即斷すべからず  
五、蓋し再賣買豫約により甲乙は三年後に再賣買をなすべき義務を負ふが故に、これを無視して土地轉貸契約を解除するも退去請求をなし得ざるものと解す

### 七六八 強制競賣の取下と繼續

執行力ある正本にて配當要求申立ある時は矢張り競賣進行適法

間 不動産強制競賣に對し執行力ある正本に基く配當要求の申立ありたる後強制競賣申立の取下ありたる時は、右競賣事件は消滅し完結するものなるや、將た強制競賣申立取下と同時に配當要求申立は該不動産に付き競賣開始決定を受けたる效力を生じ、曩の競賣は取下になるも事件完結せず、競賣を進行すべきものなるや

右に對する御高見何上度し

本問題に付ては國民法律第二十三卷六月號十七頁に於て、法曹

會決議として執行力ある正本に依り、配當要求の場合に假令競賣申立取下となるも配當要求は競賣開始決定の效力を生ずるに付き、事件完結せず進行すべきものなる旨掲載有之候へ共右意見に聊か服する能はざる點あるに付き前文相伺ふ次第なり、法曹會の決議は執行力ある正本に因る配當要求申立も民訴第六百四十五條を適用して決定したるものらしく候が  
民訴に於ては配當要求申立は、競賣取下の場合に於て競賣開始決定を受けたると同一效力を生ずる旨の規定ある事なし、只競



賣申立競合の場合に於ては再び同一物件に對し、競賣開始決定を爲し得ざるを以て、此場合に於ては後の申立を競賣記録に添付するに依り配當要求の效力を生じ、又先の競賣申立取下になりたる場合は後の申立は同時に開始決定を受けたると同一の效力を生ずる事の規定あり、此規定を配當要求申立に適用するは其當を得ざるが如くに被存申候

法曹會決議の理由は  
本問の配當要求は

畢竟執行力ある正本に因り、債權の滿足を強制強賣の結果得んとするものなれば、民訴第六百四十五條二項を適用して申立取下ありたる場合は、開始決定を受けたる效力を生ずとの事なり右理由の正否及び實際裁判所に於て取扱ひ居る例は如何になり居る哉の點

答 一、「執行力ある正本に基く配當要求」は先の差押取下となるとき獨立して競賣開始決定を受けたる效力を生ずるものとすとの見解は正當なり

二、蓋し配當要求の申立をなすは前に差押あるが故にして、之なくば執行力ある正本に基き獨立して強制強賣を申立つべき筈なるを普通とす、されば六四五條により更に開始決定の要件

たる能はざる申立をなすも可、又配當要求をなすも亦可也、而して其の後者の場合に付て、先件取下げの爲に更に手續をなさざるべからずとするが如き不權衡なる解釋は、正當にあらず宜しく異名同伴の如き兩者は同一に取扱ふを正當とす、而して明文の徴すべきなくば宜しく六四五條を類推適用して右の正當なる解釋を採ること法解釋の常道となす

若し夫れ民訴上明文なきことが消極説の理由なりとせば予輩は反對の明文（即配當要求の申立も亦其の效力を失ふなる明文）なきを理由として、第六四五條の類推適用の可能性あることを主張せざるを得ず

又「之を訴訟用印紙法第六條の二第九號と第十條とを對比すれば、蓋し思半ばに過ぎん」と云ふに難からず（九號は配當要求申立、十號は強制強賣申立共に二十錢又は四十錢）

### 七六九 競落も覆さるゝ危険

（大正十五年（オ）第二百六十六號

競賣は權利實行の方法に過ぎざるを以て、其の基本たる抵當權にして本來無効なる以上、其の競賣は實質上無効にして之に依り實體上所有權移轉の効果を發生するものに非ず、従つて其の眞正の所有者は競賣手續完結後に於ても其の無効なることを主張して、所有權移轉の效力を争ふことを得るは當院判例の認む

裁判上公然競落した不動産でも其競賣する根本權が無効なる時競落人の確得權も覆さる不合理

る所にして（大正十年（オ）第七六五號同十一年九月二十三日民事聯合部判決參照）本件の如く裁判上の和解が實證上無効なる場合に在りて、其の和解調書は實質上債務名義たる效力なきものなるを以て之に基きて爲したる競賣に依り上告人が競落人と爲りたりとするも、亦同じく實體上所有權取得の効果を發生せざるものと解せざるべからず

### 七七〇 競賣通知不備と競賣無効

昭和七年（ク）第八十九號

競賣法に依る競賣事件に於て競賣期日は之を利害關係人に通知するを要するが故に、此の通知無き限り期日は之を開くに由無し、従つて縱令之を開きたる場合に於て許すべき競賣價額の申出無ければとて、之を以て最低競賣價額低減の理由と爲すを得ざるは多言を俟たず、蓋し期日にして已に適法に開かれざる以上、競賣申出の有無と云ふが如きは始めより問題と爲り得る餘

期日通知に手落ある時は違法の競賣となる故競賣も無効とさる

地無きは勿論なればなり、然らば則ち本件に於て始めて適法に開き得たる昭和六年十月十三日午前十時の競賣期日に於ては、最低競賣價額は須らく之を當初の金八萬七千五百二十圓とすべきに拘らず之を金四萬二千八百八十五圓としたるは第一の失當たるを免れず、従つて又同日何人よりも競賣の申出無かりしことを理由として最低競賣價額を金三萬三千三百八圓に低減し、同年十一月七日午前十時の競賣期日を開きたる末右價額を申出



でたる競賣人（本件競賣申立人）に對し本件競落許可決定を爲したるは因て生じたる第二の失當たるを免るるに由無し

昭和七年四月二十三日

大審院第四民事部

### 七七一 競落確定後でも異議

大正十五年（ク）第八百八十四號

抗告人陳述の趣旨は原判決の抗告棄却の理由を見るに本件競賣事件に付いては大正十四年十二月十日競落許可決定言渡され、該決定は大正十五年六月二日確定したるを以て、抗告人が本件抗告によりて其の取消又は變更し能はざるに至りたるものなるを以て、本件抗告は既に目的を失ひたるものなるを以て理由なきものとして抗告を棄却すべきものなりと云ふに在り、然れども競賣開始決定と競落許可決定とは全然別個のものにして、競落許可決定確定するも競賣開始決定にして、取消變更の理由ありて取消又は變更さるるときは其の結果として當然競賣手續の取消又は變更を爲すべきことは當然の法理なりとす、不動産に對する競賣手續は競落許可決定確定するも未だ代金納入支拂所有権移轉登記囑託等の完了せざる間は完結せざるものなれば、競賣開始決定にして取消さるる時は競賣手續の取消を爲さざる

競落確定後でも代金の納入配當等完結せざる間は競賣事件未終了と云ひ得る故競賣の異議成立

べからざるに至るべく、競落許可決定をも亦當然取消すべき性質なりと確信す、競賣手續完結前に於ては假令競落許可決定確定するも尙開始決定に關する抗告を許容すべき目的と實益の存在すること、及之を許さざる旨の規定なきに照し、原決定は違法なるものと確信す、若斯くの如くんば執行裁判所は常に競賣手續開始決定異議却下に對する抗告事件を、抗告裁判所に移さずして競賣を實施し、競落許可決定を爲し其の確定後右異議却下に對する抗告事件を抗告裁判所に送致し、抗告裁判所は競落許可決定確定を理由として抗告を棄却するに至り、右抗告事件は常に必ず棄却されて其の内容の審理を受けざるに至り、不合理なること明々白々なりと信す、少くも右開始決定異議却下に對する抗告事件の終了確定迄は競賣手續の完結を爲すべきものにあらず、而して右抗告事件に付競落許可決定の確定を理由として棄却すべき性質のものにあらず、原決定は以上の如く

競落許可決定及開始決定の性質を誤解したる違法あるものにして廢棄すべきものなりと確信す、依つて原決定を廢棄し更に相當の御裁判を仰ぐと云ふに在り

依つて按ずるに、競落許可決定の效力として目的物の所有権が競落人に移轉するも、賣得金の交付又は配當の終了せざる間は賣得金が競賣の目的物に代る地位を有し、競賣手續は尙存続するものなるを以て、之に對し異議を述べ競賣不許の宣言を求む

### 七七二 競賣開始と差押效力

昭和二年（ク）第四百四十四號

競賣法に依る競賣開始決定も亦差押への效力を生ずることば、民事訴訟法に於けるそれと異るところ無く、而して此の差押への效力は競賣申立の登記ありたるときを以て發生することば當院の判例とするところなり（大正四年（ク）第五百五十號同年九月八日決定）蓋し不動産に關する取引を爲さむとする第三者は先づ登記簿を一覽するを普通とするが故に、右の如き登記あるときは第三者の當該不動産に付ては已に競賣手續の開始せられたることを知るを得べく、それを以て不慮の損害を蒙らし

開始決定の送達又は登記によりて第三者に對しても差押の效力を生ずるものとす孰れでも可也

むるの手段は已に盡され居るを以てなり、然らば即ち競賣法の場合と等しく競賣の申立を登記する民事訴訟法に依る競賣手續に在りても、亦此の登記の差押への效力を生ずと解せざるを得ざるは當然の歸結なり、蓋し若し然らざれば此の登記なるものは民事訴訟法上何の爲に之を爲すやを知る能はざるに至るべければなり、然るに競賣法の場合に於ても亦競賣開始決定は當該不動産の所有者にも送達せらるること民事訴訟法の場合に右の決定は債務者、即ち所有者に送達せらるると結局の趣旨に於て相通するものあり、而して民事訴訟法に依れば差押への效力は



此の送達に依りて之を生ずとあり、是固より其の處なり何者不動産に付取引を爲さむとする者は先づ其の所有者に就きて當該不動産に關する事情を探索するは普通の狀態なるを以て、已に所有者に對し競賣の開始を通告し置く以上第三者に對する公示方法も自ら之を具備したりと云ふを得なければなり、然らば即ち競賣法の場合に於ても亦所有者に對する前記決定の送達は民事訴訟法に於けるそれと同一の效力を生ずと解せざるべからざること、殆んど事理の當然に屬す、之を要するに差押への效力

### 七七三 假處分と競落登記

假處分の登記があつても其前の抵當權により競賣せらるゝこと致方なし故に競落登記も可能也

(博士加藤正治氏意見摘要)(大正一四年(ク)第三一號一四年三月五日民一)

(事實) 抗告人は井手某が本件地上に自己の建物を所有し、不法に其の土地を占據せるを理由として土地明渡の訴へを提起せんとし、先づ其の執行保全の爲め該建物に付買讓渡其の他一切の處分を禁示するの假處分命令を申請し、其の命令は大正十三年十月六日登記せられた、然るに之に先だちて該建物に付債權者石井某の爲め抵當權の設定ありたるを以て、同人より競賣

の申立を爲し、大正十三年六月十七日神戸區裁判所に於て競賣開始決定あり、同年九月十九日淺井實乘兩合名會社の爲め競落許可決定の言渡があつた、而して同年十月七日該兩會社の爲め競落に因る所有權移轉の登記があつた、仍て抗告人は假處分命令の登記ありたる後は、競落に依る所有權移轉登記を爲すことを得ざるものと主張して、登記官吏の處分に對し抗告を爲したるもので、原地方裁判所は登記官吏の處分を相當と認め、抗告を棄却した、然るに大審院へ再抗告を爲したるに、大審院も

亦原決定を正當と認め抗告を棄却した  
(決定理由) 不動産に付前示の如き處分命令ありたるときは之を受けたる債務者が其の命令の趣旨に違反して、任意に所有權移轉其の他の處分行爲を爲したる場合に於て、之を假處分債權者に對抗することを得ずとの效力を生ずるに過ぎざるを以て、右假處分命令を登記以前に登記せられたる抵當權の實行に依り不動産を競落したるときは該假處分命令登記以後競落に依る所有權移轉登記を爲すを妨ぐるものに非ず

(評釋) 假處分命令は既往に遡りて其の效力を發揮することの出来ないのは當然である、唯假處分命令以後の行爲を防止する

### 七七四 判決で他人の物競落

債權者の名義となり居る不動産を假差押へ、其後競賣の手續に及び候、意外にも右の不動産は大正二年某地方法院に於て所有權の訴訟にて債務者は敗訴し居れり、土地臺帳には債務者の名義としてあり、若し第三者に競落なりたる後に於て、勝訴者より異議の訴へありたる場合は如何になるや、御教示を乞ふ  
答 勝訴となれる原因により區別せざる可からず、乃ち其勝訴

他人の物なりと云ふ判決確定し居りても其理由如何によりて取返さるゝ場合と否との場合あり

に止まるのである、然るに本件の抵當權たるや假處分命令前に設定せられ、且つ登記せられて居るから何人にも對抗し得る權利である、従つて其の權利の實行として競賣開始の申立を爲し之を競落せしめ、其の所有權移轉登記をも爲さしめ得るは當然の事である、若し之が出来ないとしたならば、其抵當權たるや後日の假處分命令に依り其の實行が出来ない結果に陥り、第三者に對抗し得ざる權利となりたるに至る、是は登記に依り何人にも對抗し得るとなしたる權利設定の目的に反くこととなるから斯の如き結果を生ぜしむることは到底之を認むることば出来ない、故に判旨は疑ひもなく正當である

となれる原因が例へば現在名義者の登記は無効のもの故勝訴者の名義に引直すべしと云ふ場合は、勝訴者が登記を延引したる爲めに失權となる事なし、故に競落者に對しても更に根本より洗ひ其競賣並に競落の無効を理由として抹消請求出来る、若し之に反し現名義者の登記が無効のものでなく、唯勝訴者に對し賣渡契約等ありし爲め移轉を命ぜられあるものなる時は、勝訴



者が其假處分假登記をも爲さずにより、又本登記をも怠れる爲め其の間に第三者に賣却又は差押へられたる爲め、競落等となり未登記者と利害衝突する第三者を生ずるに至れるものなる時は之れ乃ち登記なければ第三者に對抗力なきの規定により、勝訴者乃ち實質上の権利者なりしとするも、競落後最早取返す權なきものとす、此の場合に債務者に對し不當利得を理由として其價額の請求を訴ふるの外なきものとす、不當利得とは乃ち眞

實自己の所有に非ざる物件により、自己の債務を辨濟し所謂他人の財産により自己に利得したる事となる道理なれば也、本間が第一の場合の如く根本無効により勝訴者となりたる時は、其者より競落者に對し登記回復を訴ふる事となるべく、然る時は競落被害者は配當を受けたる債權者に對し不當利得を原因として償還を訴ふる事となるものとす

### 七七五 破産宣告と競賣金

債務者の財産を競賣し金圓を配當せざる間に債務者破産の宣告を受けたる時は其金を管財人へ

(博士加藤正治氏意見摘要)

問 債務者の破産宣告を受ける前に或債權者が債務者の動産に對して強制執行を開始し、執達吏が之を差押へ既に競賣を終り競落物と引換に其の代金を領收したり、然るときは民訴第五七九條に依り債務者より債權者に支拂を爲したるものと看做さる此の場合に執達吏が其の代金を領收したる後債務者破産宣告を受くるときは、其の代金は當該執行債權者に引渡すべきものなりや、將た破産管財人に引渡すべきものなりや

ものに非ずして破産管財人に引渡すべきものなりと解す  
民訴第五七四條(獨民訴第八一五條)に於て執達吏が債務者所有の金錢を差押へたる場合に付いて規定を設け、其の第二項に於て執達吏が金錢を取立てたる時は債務者より支拂を爲したるものと看做すと云ひ、民訴第五七九條(獨民訴第八一九條)に於ては執達吏が債務者所有の動産を差押へ、之を競賣に付したる場合に付いて規定を設け、執達吏賣得金を領收したるときは債務者より支拂を爲したるものと看做すと云へり  
右の規定に依れば、執達吏が金錢を取立て又は競落代金を領收

する時は債務者より債權者に支拂を爲したるものと看做され、金錢の所有權は直に債權者に移轉し、債權は直に消滅し他の債權者は配當要求を爲すことを得ず、又第三者は民訴法第五四九條に依る執行異議の訴へ又は民訴法第五六五條に依る優先權主張の訴へを起すことを得ざるが如き外觀あり

然れども予輩の觀る所に依れば、民訴法第五七四條第二項又は第五七九條の規定たるや、單に債務者と債權者との關係を規定したるに過ぎず、即ち債務者對債權者の關係に於ては他に何等制限的效力の規定なき限り、之に依り其の金錢に對する危険が債權者に移轉し、又債務者は其の責任を免るることを得る旨を規定したるものなりとす

然れども況く第三者に對する關係、殊に他の債權者に對する關係を規定したるものに非ず、故に第三者殊に他の債權者に對する關係に於ては其の權利を害せざる範圍に於てのみ右の適用あるに過ぎず、換言すれば右二箇條の規定たるや第三者に對する關係を定めたる他の規定に依りて制限を受けるものとす

即ち民訴法第五七四條第一項の規定の存するより之を見るも、執達吏が金錢を差押へ又は代金の受領を爲したるが爲めに、金錢の所有權が直に債權者に移轉するものに非ず、金錢の所有權

は執達吏より債權者に引渡を爲したるときに於て始めて移轉するものとす、従つて執達吏の手に金錢が存在する間は第三者又は他の債權者に對する關係に於ては執行が未だ完全に終了せりと云ふことを得ず、故に第三者は民訴法第五四九條に依り執行異議の訴へを起すことを得べく、又同法第五六五條に依り優先的辨濟を受ける權利を主張する爲めの訴へを起すことを得べし  
唯配當要求に付いては、金錢差押への場合に在りては金錢が債權者に未だ引渡されざる間は之を爲すことを得べきも、動産差押への場合に在りては民訴法第五九二條に明文の存するありて競賣期日の終りに至るまで、之を爲すことを得るに過ぎず、之を要するに執達吏が金錢の取立を爲し、又は代金の受領を爲すも未だ債權者に引渡さざる間に在りては、執行が終了せりと謂ふべからざるなり

以上述ぶるが如く執達吏が金錢を取立て、又は動産競賣代金を領收するも之れを債權者に引渡さざる間は、執行は未だ終了せりと謂ふべからざるが故に、其の際債務者が破産の宣告を受くるときは破産法第七〇條に依り、其の強制執行たるや破産財團に對する關係に於て、其の效力を失ふものとす、故に執達吏は其の受領せる金錢を執行債權者に引渡すべきものに非ずして破



産管財人に引渡すことを要するものとす

### 七七六 競賣手續完了前の債務辨済と競落許可決定の效力

昭和四年(ク)第八〇四號

競賣法に依る競賣手續において、競賣手續完了前に債務の辨済あり、競賣手續の基本たる抵當權消滅するに於ては、縱令競落許可確定するも競落に因る所有權移轉の效力を生ずるに由なき

ものなれば、斯る場合には競落代金の受領又は交付の如き爾後の競賣手續の續行すべからざるは勿論にして、從て又既に確定せる競落許可決定は遂にその實効なきに歸したるものと謂はざるべからず

### 七七七 競落確定後に返金

斯くて競落人の權利を失はしむるは不純理なれど判例は然る也

問 拙者居住の建物が家主に於て永年金利不拂の爲め抵當權者の申立により競賣となりたるを以て、拙者は親類其他より漸やく調金して極めて安き値段を以て競落し、其決定も確定し代金拂込の通知を待ち居る許りなりしに、何ぞ圖らん家主の親類等は餘りの安價なるを聞込み、急に慾が出て其家主をして債權者に辨済を爲さしめ、拙者の競落を無効にする手續を爲し、之が爲め裁判所に於ても兎角議論ありし由なるが、結局拙者に對し拂込を通知せず自然消滅として競賣手續を終了せしむることに爲り居れりと云ふ、競賣法廿三條には競落期日迄は最高價競買

人の同意ある時に限り、競賣を取下ぐることを得る旨記載し、競買人の權利を認めたり、本件は競落期日後十日以上も經過し其競落決定確定して拙者の權利確實となり居るにも拘らず、尙債務者が返金して此競賣を無効たらしむるを得るものなるや、甚だ解し難きにつき何ふ次第也  
答 御尤もの質問也、之に就ては種々の議論あり、記者も問者と同意見にて、競落確定後は假りに競落者の同意ありても明文上取下不能故此場合は結局競落人と妥協し、代金を拂込ましめず、再競賣手續に移し而して取下を爲すの外なきものと解せら

るものなれど、近時の大審院判例にては競落人が代金拂込を爲し所有權を取得する迄は競賣手續未了時代と稱するを得るもの故、此間は何時でも根本の抵當權を消滅せしめ、其競賣手續を全部無効とし右競買人の權利を剝奪しても差支なきものと

斷定を下しあり(五、一、一一、大民三判決、四、七、廿四、大民三判決)故にお氣の毒なれど現時の判例上にては如何とも致方なしと回答の外なき也

### 七七八 迂つかり土地のみ競落

問 一、同時設定の土地及建物同一所有者に對する抵當權實行として土地建物を各別に賣買に付した結果、甲は三千圓を以て建物を乙は二萬圓を以て土地を各々競落取得するに至つた、此の場合甲は民法第三八八條に依り、法定地上權を取得するものと解すべきや否や

分離されたる建物は法定地上權を取得することとなる故土地の買主は意外の馬鹿を見ることあり

二、法定地上權は其設定登記なくも第三者に對抗し得べきや即ち建物競落人が法定地上權を取得せる各種の場合に於て、地上權設定未登記の儘土地の第三取得者に對抗し得るでせうか  
答 一、民三八八條の法定地上權は建物取拂ひなる不經濟を保護する爲め設けられたるものなれば、可成之を廣く解釋するを可とす、反對説として富井、三藩兩博士の著書以外鳩山博士の東大講三〇五頁にもあるが、判例賛成説として横田中島博士

の外各控訴院、地方裁判所等多数の判決ありて殆んど定説也、大判としては御示しの如きもののみなるが、同條を可成廣く解釋せる判例に大正十二年十二月十日の聯合裁判あり、之は土地を抵當に入れたる後建物を他に譲り其後土地が競賣と爲れる時(乃ち此時同一所有者に非ず)でも矢張り法定地上權を與ふべきものなりとの趣旨也、從來は此場合地上權なしとせしむ、右判例にて廣く適用する事に變更せられたる也、以て同條に關する大審院の意嚮察せらるべき也、若し反對論者の如く斯かる例外的規某は狹義に解すべきものとせんか、同條は抵當權の規定故に競賣の場合のみに限定すべきものとせざる可からず、之も大審院の判例(大正三、四、一四日)に反する事となるべし、質問者は斯くては土地競落し人損害甚だしと云ふも然らず、



家を共に買ふか又は競かするて而し、地所の方を廉く落すべき也、此事を知らずして高く買ふたとせば、之れ法律を知らざる爲めの誤解による損失と諦むるの外なし、土地抵當後に築造したるものなる時は第三八九條により共に賣却するの権あり、又貸地したるものなる時は土地競落人に長期の借地権對抗力なし、孰れにしても土地の抵當権者は損害なき筈也

二、此法定地上権と雖も第三者に對抗の爲め登記を要する事勿論也、然れども地上権取得の際の競落人、地主は當事者也、乃ち之に對し權利を取得する也、其後の分のみ第三者となる也

### 七七九 代位辨濟と先の競賣申立

昭和六年(ウ)第一千二百七十六號

抗告理由第一點「債權の辨濟に付正當の利益を有するものが辨濟をなしたるときは辨濟により當然債權者に代位すべき事は、民法第五百條の規定するところなれば、辨濟により代位したる債權者は舊債權者に於て抵當權實行の爲既に競賣の申立を爲し該手續進行中なりとせば、之が手續を承繼し之を進行し得べきことば明なるも」云々と説明し、代位辨濟は抗告人主張の如く

の爲最早之を續行することを許さざるに至りたるものと解するを相當とす」云々と説明し、以て代位辨濟者は舊債權者の權利を拋棄するも、亦代位辨濟を以て抵當權の消滅を主張するも共に自由なりとし、代位辨濟者の爲したる競賣廢棄請求を以て基本抵當權の消滅となしたる如く推斷し、抗告棄却の裁判を爲したるは、其の前提に於て代位辨濟を以て法律に因る債權抵當權の移轉と認めたる説明と矛盾撞着し、理由不備の不法あるのみならず、代位辨濟に關する法規の精神に違背したる不當の裁判と云はざる可からずと云ふに在り

### 七八〇 山林の競落と立木

大正十四年(オ)第六百八十號

接するに土地に定着して之と一體を爲す樹木は、不動産たる性質を有するものなりと雖も、立木に關する法律の適用を受けるものにあらざれば土地と分離し獨立して抵當權の目的と爲すことを得ざるは同法律第二條の規定により明瞭なるのみならず、抵當權は其の目的たる不動産に附加し、之と一體を成したる物

而して又建物所有の爲めの地上権は其建物の登記さへあれば乃ち未登記物に非ざる限り借地権(地上権又は賃借權)の登記なくも第三者に對抗力を持たせられる(明治四十二年建物保護法第一條)故之れ亦心配なき也、唯焼失滅失の時對抗失權となる憂ひあるのみ也(同二條第二項)登記しあれば斯る事なし

三、地代は競落代金又は時價を標準とし、且つ附近の地代を參酌し決定さるべく、諸稅差引き純利率三四分位にさるべし公債利より低きなり、年々元本の地價昂騰を見越さるゝを以て也而して又先々値上げの訴訟も出来る也

### 代位辨濟により先の競賣申立に影響なし正式に取下迄は有效也

法律に因る債權及抵當權の移轉なることを認めながら、其の後段に於て「一面代位債權者は辨濟に因り承繼したる舊債權者の債權を拋棄し得ることも亦當然なるが故に、代位債權者の爲したる辨濟の目的が競賣手續の廢止を企圖し、代位債權者が右辨濟を以て基本抵當權の消滅を主張し、競賣手續の廢棄を請求したる場合に於ては之を以て代位債權者は競賣遂行の權利を拋棄したるものと謂ふべく、一方競賣手續は基本たる抵當權の消滅

したるときは、其の者は之に因り當然債權者に代位するも、舊債權者の抵當權は之が拋棄を爲さば格別、代位辨濟に因り當然には消滅せざること民法第五百條の法意に徴して明なるを以て舊債權者に於て抵當權實行の爲既に競賣の申立を爲し、該手續進行中なりし場合に於ては裁判所に對する競賣申立取下の手續に依るに非ざれば該手續の廢止は之を求むることを得ず、然らば則ち代位債權者が辨濟を以て基本抵當權の消滅を主張し、競賣手續の廢棄を請求するも之によりて競賣手續の進行は廢止せらるべきにあらず

昭和六年十二月十八日

大審院第二民事部

### 山林を抵當とせる時は反對の特約なき限り立木を包含當然とす従つて競落人の所有權たるなり

に及ぶ旨を規定したる、民法第三百七十條に於て、抵當地上に存する建物を除外したるに止まり、其の地上に存する樹木を除外せざりし趣旨に徴するも、疑を容れざる所なりとす、故に山林を抵當權の目的となしたる場合に其の地上に生立する樹木にして立木に關する法律の適用を受けざるものなる以上は、特に之を除外する旨の意思を表示せざる限り抵當權は單に地盤のみ



に止まらず、之と一體を成す樹木にも及ぶものなりと解するを 相當とす

### 七八一 競落土地と登記なき作物立木はどうなる

問 小作の登記を経ずに他人の土地や山林を作つて居りました處、それが強制競賣で他の人が買受けました、右引渡しは何時せればならぬのですか、そしてその地上の小作物や山林の毛上は何時まで小作人の自由になりますか

答 一、小作の登記を経ざるときは爾後その不動産には物權を取得したる者に對して小作權、即ち債權を對抗するを得ざるものである(民法第六〇五條)従つて本件不動産に付所有權を取渡したる競落人に對し債權を以て對抗し得ざる筋合のものとなる

二、従つてまた民訴第六八七條により競落人が代金を支拂ひ該不動産の引渡を求むるときは舊所有者はこれが引渡をなすの

義務がある

三、また小作人も競落人がその所有權に基きて引渡し請求し來れるときはこれを引渡し義務がある、登記をしておかないから止むを得ないのである

四、そこで小作人の所有作物はこれを取拂て明渡すべきである、他の毛上も一切同様である

五、しかしながらこれがために賃借人は賃借人に對して有する使用收益權を失ふものではないから、これを賃借人に對して請求し、作物等取拂をせずには盡力する事を請求する事ができる、賃借人が若しこれに應ぜざるにおいては小作人は賃借人に對し民法四一五條により損害賠償を請求する事ができる

### 七八二 競落の場合と造作買取義務

問 競落されたる家屋の借家人は競賣前の家主に對し有する敷金返還造作買取請求權を競落人に向つて行使することを得候哉

答 一、敷金債權は對世的性質なく、従つて競落人たる新家主

に對して請求することを得ざるものとす、蓋し家屋の競落人は敷金返還債務を當然に承継すべき理由なければなり、本社は從來舊家主と新家主とその借主とは當事者の交替による更改と解

し居れり

二、建物の競賣はその性質一の賣買にして、建物所有權は競落許可決定によりて競落人へ取得するものとす、而して借家法第一條によれば賃借人が家屋の引渡しを受けたるときは爾後の家屋所有權取得者に對抗することを得べき對世的保護を受くべきものなれば、造作買取請求權もまた對世的保護を受くるものと解するを正當と信すまた同法第五條には「貸主の同意を得て取付けたる造作は賃貸借終了のときにおいてその際における貸主に對し買取請求權ある」旨を規定し、家主の交替によりてこの權利に消長なきことを明定し、家主の交替の原因如何を問

はざるを以て見ればいよいよ益々論議の正鵠を得たるものなることを主張するに足るものありといふべし、即ち家主交替による家屋の所有權の歸屬の性質が原始制度なると承継制度なるとを問はざることを明にしたる明文を設けたる律義に徴し、本件競落に依れる場合においても借主の同權利に消長なきこと明なり(借地法借家法施行區域外は必らずしも然らず)

因に借家法第五條のその際における貸主といへるは原始取得と承継取得とにより議論の生ずるを避けんが爲なること明かなり、しかして競落の性質も原始取得と承継取得とある故この點をも顧慮したる立法者の用意を窺ふに足るものあり

### 七八三 競落賃貸家屋の承繼人は敷金返還義務をも承繼す

昭和四年(オ)第千五百五十七號

競落に因り取得したる家屋の所有權者は賃借人と前所有者との關係に於て、借家法の適用を受くべきものなること勿論にして同法第一條に依れば新所有者は右家屋の所有權を取得すると同時に、借家人との關係に於ては當然に賃借人としての地位を承繼し、借家人と舊所有者との間に成立せる賃貸借關係は依然兩者の間に存續すること明なれば、借家人より舊所有者に差入あ

りたる敷金にして既に借家人に返還せられ、又は延滞料に充當せらるる等敷金の消滅を來せる事情の存在せざる限り、敷金關係も亦當然に新所有者に移轉せるものと做すを正當とす、故に新所有者にして敷金關係をも承繼したるものと做す以上、其の當然の結論として舊所有者より現實敷金の引渡を受けたるや否を問はず賃借人に對する關係に於ては舊所有者の地位を承繼し賃貸借終了の曉、延滞賃料等控除すべきものあらば其の差引を



爲したる敷金額を貸借人に返還すべき義務あるものと断ぜざるを得ず

### 七八四 競買人の保證金の歸屬

競買人が競買の際保證金を納入したる後落者が決定したるも、競落代金を皆納せざるときは、その保證金は何人に歸屬すべく候や

一、最高競買人の供託したる保證金の性質は競買人が義務不履行の結果再競買を爲すにより生じたる損害を擔保することを目的とするものにして、前の競落人をして不足額及び手續きの費用を負担せしむべき場合に裁判所はこれを賣却代金に算入せらるゝものとす(民訴第六九四條)

二、その保證金すなはち擔保金の法律上の性質は「若し競落人が代金不拂の結果再競買に付し、損害が生ぜざりしならば」

### 七八五 競落人の買取請求權

一、借地人の地代延滞中にその建物が競落されたる場合は地主はその競落者に對して、延滞地代の代位辨済を強要するの權能無之候哉(右は過日無しとの御示教を頂戴し居れり只本間の場合における順序として記載するのみ)

といふ條件の下にその競落人が裁判所に對して有する擔保還付請求權の客體たるものなりと、同時に若し右損害が生ぜしならばといふ條件の下に、これをその損害の補填に充當することを得べき賣主たる債務者において有する停止條件付債權の客體たる性質を有するものにして、再競買において競落代金の減少したるときに該金錢所有權は賣主に移轉するものなりと解す、從つて競落人はその保證金を以て損害賠償に充當せられたる殘餘の部分に對し返還請求權を行使し得ることとなるも、殘餘なくば返還請求權もまた全然消滅するものとなる

二、その場合に地主は競落者に對して土地の貸付を拒絶することを得れども、その場合には買取義務の發生を見候哉

三、地主はその建物の競落者の納入する代金に對して、配當加入を爲し得候哉

四、第一項の場合において建物の債權者が競賣の申請を爲さざる以前に地主が自己の地代を完全に收受せんがために該建物に對して何等かの措置をとり得られ候哉、及びその方法

一、本件は議論の餘地あり、左にこれを述べん

(甲説) 競落者は當然借地權を承継す、從つて借地權の讓渡の問題を生ぜず、蓋し競落者は地主に對し賃借人としてそのまゝ土地使用の權利ある者と解するにあらざれば、建物のみを抵當とすることは實際行はれず、また一般世人が不動産所有者として家主を遇することを前提とする諸多の信用關係は、ために脅かされるの結果となるべく、はたまた國家經濟上の見地に立脚して定めたるわが法制上の精神にも反すればなり、即ち民法三八八條の法定地上權、第三八九條の建物同時競賣權の如きまた第三九八條の抵當權を保護する否認權の如きその一端なりといふべきなり(大正十四年大審院判例參照)

(乙説) 競落者に買取請求權ある蓋し借地法第十條には上物取

### 七八六 競落人の借地契約解除對策

抵當權の實行に基づく建物の競落者に對して地主が該建物はこれより先延滞地代のため、借地契約を解除せられたるもの

に付、その建物を取毀して持ち去れとの抗議に接したる場合には、競落者は如何にして自衛の策を講ずべく候や

得者とし取得原因の競落によると否とを區別せず、且國家經濟の點より借地法の買取請求權を認めたることによりて競落人は十分保護を得べき筋合なればなり  
以上二説の何れによるも本間の場合においては地主の防禦權は認めらる、即ち甲説によるときは買取義務なきことによりて、買取請求に對して拒否權あり、乙説によるときは買取義務ある代りに借地權消滅請求權ありといふの結果となる  
二、配當加入權は之あるものとす、特に地代なるが故にあらす  
三、競賣申立前地主は地代に付先取特權をその建物に附屬せしめたる借主の動産に付て行使する爲假差押へをなすときは當然競賣の場合に付配當加入をなしたることとなる(板倉氏同説但し之は競賣開始後においても許さるゝものとす(民訴六四五條參照))



但し登記簿には賃借権の登記なく、また解除の登記なし  
 答 一、借地権存在の確認の訴を起して争ふときは勝訴疑ひなし、蓋し競落者は建物として買受たるものにして「タキツケ」や「マキ」として競落せるにあらず、然るに前家主の滞納のため地主より契約を解除せられたりとするも、そは唯當事者間の關係に止まり、第三者取得者たる競落人に對抗し得ざるものといはざるべからず、蓋し賃借権の登記なくまたその解除の登記なきにおいては、第三者のその關係を知るに由なきは勿論、無登記の事實を楯として競落者を脅すが如きは許すべきにあらず、法

が抵當權なるものを土地と離れて建物のみに付き設定し得る旨を定めまた民法第三八八條等の規定を以て競落者を保護したる精神よりするも、右賃借権の解除を以て競落人に對抗し得ざるものといはざるべからざればなり(同趣旨判例)  
 二、また登記手續を履みたる形跡ありとするも競落者は家屋として競落するものなる以上は、同一の結果となり地主の解除なるものは無効となるべきの理なり、唯その解除登記が競賣の前なるときは競落人はこれを知悉し得べき筈のものなるを以て別論なり

### 七七七 三人連名の土地の競落と持分

問 私は甲所有の土地に抵當權を設定せしめ、金六百圓を貸渡しました、その後甲は右土地に二順位の抵當權を設定し乙より金三百圓を、又三順位の抵當にて丙より金百圓を借受けました期日に至り辨済しません、よつて私は競賣の申立をしました、そこで競賣に際し債權者の私並びに乙丙の三人にて相談の結果各自債權額を出金し、代金一千圓にて三人共同にて競賣することとなり、三人連名にて競落したのです(三人連名ゆへ土地に對する權利義務とも三人平等と思ひます)ところが今日に至り

ましては出金額が違ひますので、權利が平等では種々の事につき困るので、これを出金額に相當する各自持分の割合を定め登記簿に記載したいのですが如何すれば各自の持分を登記簿に現す事が出来ませうか  
 答 一、三人連名にて競落したりとて各自の權利義務が常に平等なりと限らるゝ筈なきものとす、蓋し競落者數人あるときはその物件の權利は共有に屬すること勿論なるも、その競落許可の決定は各共有者の持分を平等に決定する效力あるものと限ら

ざればなり、その持分の割合如何は各共有者が適宜に協定することを得べく、本件の如く特に明示の協定なき場合と雖も、各競落人の出捐額乃至出金額に比例したる持分を有すべき默約あるものと見るを相當とす、即ち特にその出捐の比例に従はざる旨の特約なき限りは、その比例に應ずるの意思あり、この意思に基づいて各競落人はその持分を定むるの意思を有するものと見るに社會的妥當性ある觀察ともいふべきなり、故に本件は競落の時出捐額に比例したる持分を各自取得したるものと見る

べく、これ民法いふ處の持分平等の推定に適合するものといふべし(民法第二五〇條)  
 二、登記申請の場合に右各自の持分の割合を明記するに於いては、容易に目的を達するを得べし、その明記の書類は「登記原因書」なりとす、而してその持分の表示方法は法令に別段の定めなきを以て「何分の何」「何割何分」等とするをさまたげざるや勿論なり

### 七八八 競賣と利害關係人

假登記權者も利害關係人と判例を變更されてから種々起る諸問題孰れにしても弊害故立法必要

(大正一四(ク)二八七號、一四・六・一六、民二、集四卷八號三七一頁菊井維大氏批判摘要)

(事實) 一、債權者武藤重太郎は債務者宮澤長藏に對し大正十三年七月二十六日本件不動産につき、抵當權の實行として競賣の申立をなした、横濱區裁判所は大正十三年十一月二五日競落許可を決定した

二、抗告人宮澤みつは大正十三年一月二十二日本件不動産を宮澤長藏より買受け所有權取得の假登記を了し、爾後之を占有

して居るものであるから、競賣法第二十七條第三號に該當する利害關係人である  
 三、しかるに執行裁判所は宮澤みつに對して競賣期日の通知をなさず、手續を進行せしめ、競落許可決定を爲したのは同二十七條第二項に違背したるもので、不當であるとして適法した原裁判所は利害關係人に非ずと判斷して抗告を不適法として棄却したので再抗告に及んだ  
 (判旨) 競賣の目的たる不動産に付競賣の申立ありたることを



登記簿に登記する前所有権取得を爲したる者は、其の所有権の取得を以て第三者に對抗し得るものなるを以て、競賣法二十七條三項三號の利害關係人に該當するものと解せざるべからず

(評釋) 一、競賣の利害關係人中不動産上の権利者の意義に關し、從來大審院は第三者に對抗し得べき、本登記ある擔保物権者及所有権者と解し來つたことは既に私が嘗て報告した所である(民事法十二年度十五事件四七〇頁)従つて最近までは少くとも競賣申立登記ある以前に於て、既に権利取得の假登記を了した者と雖も、爾後本登記を了するに非ざれば之を利害關係人として見ることを拒み、従つて抗告期間經過前本登記を爲し終つた者のみ辛ふじて利害關係人として抗告を提起することが出來たのである(民事法十二年度五三事件二一三頁一五事件四七〇頁)然るに最近に至つて俄然態度を一變して、假登記利権者を以て無條件にその利害關係人なりと認めんとし來つたのである(上告論旨に引用する判例大正一三・八・二・大正一四・一・二〇の外大正一四・一〇・七新開二四八〇號、抵當權假登記利権者に就いて)

二、けれどもその態度たるや「競賣申立登記前假登記をなしたる者は其所有権の取得を以て第三者に對抗し得る」ことを以

て理由としひたすら傳統的解釋の範圍を超へざらんとするに止まり、少しも新しい實質的理由を展開せざることは結論の當否は暫らく之を措き、頗る遺憾に堪へない

三、嘗て私が利害關係の範圍につき、大正十三年度一一五事件に於て、從來の大審院の見解に賛成し「本登記」即ち第三者に對抗しうべきこと擔保權なる標準を以て、法文に所謂利害關係人の範圍に制限を加へることを正當としたのは競賣手續の利害關係人の範圍を一元的に解し、法文に所謂利害關係人は凡て配當手續に於て配當に與る者でなければならぬから、配當を受くる資格のないものは利害關係人でない、といふこと、即ち配當を中心にして考へると共に債務者と共謀して徒らに利害關係人なりと稱へ、抗告につぐに抗告異議につぐに異議を以てし、競賣手續が著しく遅延せしめられることを虞れたからであつた

四、然しながら配當に與らず然も利害關係人として異議を申立つべき利益を有する権利者にして、法文に所謂利害關係人として列擧する者の中に包含せしむることを、文理解釋上必ずしも不可能としない人々のあることは言ふ迄もないのであらう、則ち敢て擔保權者に限らず(但し他の凡ての権利者と言ふ意味ではない)本登記たると、假登記たるとの區別なく、更に進ん

では登記なき者と雖も、競賣手續が少くとも競落許可決定確定まで適法に行はるゝに付利害の關係を有するが故に(若し競落不許可決定ありたるときのことを考へよ)不當なる競賣による利益の喪失を豫防すべき手段を與へられて然るべきであると思ふ、で私の提案せんとするのは、競落許可決定に對する抗告期間の最終日を中心として競賣手續を二分し、該最終日以前に於ける利害關係人の範圍を廣く解すると共に、其後の手續に於ては從來の大審院のとってきたつた範圍が墨守せらるべきものと解したいと言ふにある(従つて大正十二年度一一五事件に述べた見解は訂正を必要とする譯であるが、尙本提案についても推度の餘地があるから斷案を避けたいと思ふ)

### 七八九 競賣で取得者への通知

問 民法第三百八十一條により第三取得者に對し、抵當權實行通知をなしたる所、居所不明にして其の送達を爲す能はず、依つて判決例其他に依つて見るに單に通知を爲すべきことの要件なることば之有候も、通知書の送達を爲すこと能はざる場合に付何等の判例之無く候

五、法文の體裁から見ても一元的に解する説の有力なることは疑ひはない、しかし斯る解釋を以てしては假令假登記権利者の問題は、大審院のそれよりもつと實質的な理由で解決せられそれで不都合がないとしても尙前示期間以内の取扱に付いての對案なくば、完全なりと云ひ難いのみならず、擔保權者以外の権利者の保護は從來の判例の型では到底救済し切れないと思ふからである、この意味に於て前記提案はあながち無意味ではなからう、兎に角利害關係人の範圍については屢々問題とせられ且相當重要なものである以上、企てられんとしつゝある強制執行法の改正に際して相當の考慮を煩はしたい

抵當權實行に先だち第三取得者ある時爲すべき通知が住所不明にて到底不能でも進行可ならん

右の場合如何にして競賣の申立をなすことを得らるべきや、右御通知下され度願上候

答 抵當權者が競賣を實行せんとする時、其擔保物件が第三者に移轉しある場合、之に對して豫告する爲め通知を要する所通知不能の場合に關し何等特別の規定なし、競賣開始決定の如き



を債務者に送達する場合に其住所不明なる時は民訴の公示送達の方法あれど、裁判外の手続たる右通知に付ては此の規定を適用するを得ず、さればとて之が爲め競賣を不能ならしむるは不合得の次と第す、故に右豫告の立法精神に鑑み即ち第三取得者の濫除権行使の機会を與ふる保護趣旨なることに鑑み、其第三取得者が登記簿上に自己の住所變更をなさざる爲め、其不明な

### 七九〇 住所不明は無送達で競賣

昭和六年(ク)第百三十號  
抵當権者が抵當権を實行せんと欲して登記簿記載の第三取得者の住所に宛て抵當権實行の通知を發したるも、第三取得者の住所不明にして、其の通知の到達せざる場合には抵當権者は其の通知の通常到達すべかりし時より一ヶ月内に第三取得者より債務の辨濟又は濫除の通知を受けざる時に於て、始めて抵當不動産の競賣を請求し得るものと解するを相當とす、蓋此の場合に若し右通知の到達せざる限り競賣を請求し得ざるものとせば、抵當権者は第三取得者が住所變更に依る登記を爲さずして其の所在を不明ならしめたる結果抵當権の實行を妨げらるゝが如き

來したる場合の如きは自ら此保護を受くる利益を顧みざるものとして法律は之を保護する必要なし、故に斯る場合は登記簿上の住所地に内容證明郵便等を以て發信したる事さへ證明せば、競賣實行可なるものと解するを妥當とすべし、之と略類似の判決は明治三十八年三月廿日東京控訴院にありたり結局斯く解する外法の活用なるべしと信ぜらる(次項參照)

### 濫除権者たる第三取得者の住所不明の時公示送達せずに競賣可也

不當の結果を生ずべきを以て、右通知の實際到達せざるも競賣を請求し得るものと爲すの必要あると同時に、此の場合にも第三取得者が右通知の通常到達すべかりし時より一ヶ月内に濫除の通知を爲し得るものと爲すも抵當権者に何等不利益を生ぜず此の濫除通知を無効とすべき何等の理由なければなり、故に右の通常到達すべかりし時より一ヶ月内に於ては第三取得者は尙濫除の通知を爲し得べきが故に、抵當権者は競賣を請求することを得ず、從て此の期間經過前抵當権者の申立てたる競賣は許すべからざるものにして、假令該申立に基き競賣手續を開始し已に競落許可決定あり、該決定迄に前記一ヶ月の期間經過し其

の間に第三取得者より濫除の通知なかりしときと雖、之が爲め其競賣を適法なりしものと爲す能はず(昭和三年(ク)第八二八號同四年七月六日當院決定參照)唯右第三取得者に於て濫除権を拋棄し又は抵當権を否認するが如き行爲に因り、濫除の通知を爲さざるの意思明確なりと認むべき場合に於ては、抵當権者は前記一ヶ月の期間經過前と雖、競賣を請求し得るものと解するを相當とするが故に、此の場合に限り該期間經過前に抵當権者

### 七九一 競賣申立後の第三取得者

昭和七年(ク)第五百十六號  
民法第三百八十一條に所謂第三者取得者とは競賣申立前に其の地位を得、且其の事實を抵當権者に對抗し得べき者を指稱するものにして競賣申立後に其の地位を得たる者は勿論、競賣申立後に於て始めて抵當権者に其の事實を對抗し得るに至りたる者をも包含せざることば當院の判例とするところなれば(昭和七

の申立てたる競賣は許すべきものにして、之に基き爲したる競落許可決定は適法なるべしと雖、抵當権者の發したる抵當権實行の通知が第三取得者の所在不明なる爲到達せざりし一事に依りて直に第三取得者に於て濫除の通知を爲さざるの意思明確なりしものと認むる能はず  
昭和六年十二月十一日  
大審院第五民事部

### 開始決定前でも申立後なる時は其取得者は濫除権を有せざる也

年五月二十三日同年(ク)第四一號決定參照) 抗告人は第三取得者に該當せずと云ふべく、從て之と問題旨に於て抗告人の抗告を棄却したる原決定は相當にして、再抗告は其の理由なきものとす、仍て民事訴訟法第八十九條第九十五條に依り主文の如く決定す  
昭和七年五月三十日  
大審院第一民事部

### 七九二 競賣公告に表示なき賃貸借と競落人の對策

問 土地の競落人は競落代金納入以前にその土地に執行裁判所

の公告にもその記録にも表示しあらざる賃借権の存在し居るを



發見せし場合には如何にして自分の不當の損害を免るべく候や  
(民法三八八條法定地上權にあらず)

答 一、地所競賣の場合債権者がその地所に付貸借に關する  
證書の添付をなすべきに民訴第六四三條は訓示的の規定にして  
競賣申立の要件を定めたるものにあらず、従つてこれが取調べ  
申請なきときは裁判所は職權調査をなすべき筋合のものに非ず  
裁判所は貸借なきものとして手續きを進行すべきものとす  
(判例同説)

二、従つて競賣期日の公告には必ずしもこれを掲ぐるの要な  
く、これあるを知らずして競落することあるもまた止むを得ざ  
るの結果となる、然らばその救済は民法第五六八條に行くべき  
かといふに、同條は第五六六條を指示するを以て、その第二項  
後段を見るに「登記したる貸借ありたる場合」にのみ救済を

### 七九三 競賣と貸借と要素の錯誤

問 競賣法により不動産の競賣を爲すに當り、申立人が該法二  
四條によりその準用にかゝる民訴六四三條三項により、貸借  
の有無を取調ぶることを執行裁判所へ申請し、執達吏はこれが  
取調べを爲したる結果土地に貸借無しと報告し、裁判所はこ

認め本件の如き競落人の知らざる登記なき地所の貸借の場合  
を包含せず

二、されば登記せざる隠れたる貸借ありたればとて、合法  
的に損失救済の途なき結果となる、これ民法第五七〇條に隠れ  
たる瑕疵ある目的物に付ては五六六條を準用するにかゝばらず  
強制競賣の場合を除外したると一脈相通する點にして、要は保  
護に値せずといふ事に歸するものと解す、蓋し競賣の場合の代  
價として支拂はるゝ對價は通常これあるを豫想し之あるを計算  
に入れて算出せられ、従つて著るしく低廉なりとの理由に由る  
ものなるべし、今日のところにては地所の競落人たらんとする  
程の者は賣却條件中に明示なきも貸借の有無を自ら取調べた  
る上競落するの要あり

の旨を公表し、競落人はこれを信じて競落したるところ、その  
後に至り右公告は事實に相違して貸借がその半面積に及び居  
るを發見せしときは、民法五六八條を外にするも同法九五條に  
よりてその無効を主張するを得候哉

答 一、貸借なしといふことが競落者が、競落をする意思  
の成立に欠くべからざるものであり、また「普通人が皆そうあ  
る」ものであるならば本件「貸借あり」といふことが民法い  
ふ所の法律行為の要素の錯誤を成立せしむるものである「折衷  
説」この説は現今の學界の通説でありまた判例もこれに隨從し  
て居る

二、判例は抵當貸金の場合に貸主が若し該抵當なりせば貸  
金をなさざりしものならば、この事情は要素の錯誤であるとい  
ふて居る(大正十一年東控)その他折衷説(大正十一年大審院)  
等がある

三、本件貸借の存在は未登記にて民法第五六八條第五六六  
條より除外せられて居り、自然一般原則たる民法第九五條に持  
行くことも出来るものと思考する、しかし民法第五六六條の  
「契約をなしたる目的を達すること能はざる場合」に限り契約を  
則除することを得とあるは第九五條により元來は無効なるべき  
ものを一應有効として契約解除の自由を與へたるものと解する  
ことが出来る(同説藥師寺氏)

四、然りしかうして登記なき貸借はこの解除權を認められ  
の結果一應有効と見られてゐないから、その有効なるや否やは

要素の錯誤を成立するや否やを具體的事實毎に檢査するの要が  
ある

五、しかしして、民法五七〇條の場合に競賣の場合を除外して  
居る法意よりするときは、登記なき貸借の存在も最大多數の  
場合において有効なるものと解し、民法第九五條に該當せざ  
るものと解するを正解なりと信ずる

六、しかし反對説を立つることも出来て、しかも仲々有力な  
理由が立ち得る故それを一言して御參考に供する  
民訴法第六四三條第六五八條第三號第六四九條の消極解釋によ  
り貸借を競賣に關する重要事項とする法意よりすれば、民法  
第五七〇條の物の隠れたる瑕疵と同列に見るを得ずと解すべく  
常に競賣の要部をなすものと解するを正當とすとの説である、  
確かに道理を含むの論である、故に予は最大多數の場合といふ  
て絶対とせざる次第で予の説は一の折衷説である 以上



### 七九四 増價競賣と送達方

相手方に到達を必要條件とする時は殆んど不能の場合あり殊に相手が居所を晦ます場合の如き

(博士末弘殿太郎氏判例反駁摘要)(大正一四(ク)四六一號、一四・七・一八、民三)

(事實) 一、鳥居重吉は田中政治本田秋四郎の兩名に金錢を貸付け、其擔保として兩名所有の田地に付抵當權の設定を受けた所が債務者は期限を経過しても辨済を爲さないのみならず却て井本米一に對し右不動産上に永小作權を設定し、而して井本から鳥居に對し右抵當權の滌除を求めて來た、併し鳥居は之を拒絶して井本に宛て「増價競賣の請求書を發送し次で豊橋區裁判所は増價競賣の申立に基き本件不動産に付き競落許可決定を爲した」

二、依つて井本は「自己に宛てられた前記請求書は現實に到達した事實がない、従つて本件増價競賣の申立は違法である、然るに裁判所が競落許可決定を爲したのは失當である」との理由によつて名古屋地方裁判所に抗告した所、同裁判所は「請求書不着の事實を認め競賣申立を失當と爲し、原決定を廢棄し競落許可は之を許さずと決定した」

三、所で本來右の増價競賣請求書は——抵當權滌除請求書に井本の住所として記載された——「愛媛縣宇摩郡新立村大字馬立乙五百七十九番地」に宛て、送達されたのであるが、其以前井本は既に右住所を離れて千島占守島片岡灣別所方に轉居して居た爲め、右請求書は終に送達不能に終つたのである、依つて鳥居は「競賣請求書は滌除請求書に記載してあつた井本の肩書住所に宛て、發送したのである、然るに井本が故意に其住所を轉換して請求書の到達を不能ならしめたのであるから、不着の責は寧ろ同人に於て之を負ふべきである、かゝる場合には「債權者は其の發したる増價競賣請求書が第三取得者に到達せざるも所轄裁判所に對し競賣の申立を爲すことを得るもの」であるとの理由により競落を許さずとの原決定は失當である」と主張して大審院に抗告を提起した

(判示) 一、民法第三百八十四條により債權者が第三取得者に對して爲す所の増價競賣の請求は、第三取得者に對して爲す意思表示なるが故に、其の通知が相手方に到達したる時に效力を

生すべきものにして、請求書にして相手方に到達せざる以上は債權者は裁判所に對し増價競賣の申立を爲すを得ず、従つて右請求書の到達せざることが偶々相手方に於て住所を轉換したるが爲なるとも雖も、亦已むを得ざるべし

二、若夫第三取得者に於て故意に請求書の到達を妨害する目的を以て、居所を不明にするが如き場合には債權者は公示送達の方法により通知の目的を達し得べく自ら救済の途あり、蓋し競賣法第四十條第一號に依れば増價競賣の請求を發送したる時より三日内に競賣の申立を爲すべきことを定めありて、之によれば債權者が第三取得者に對して爲す所の前記増價競賣の請求は送達の方法に依ることを得べきこと明白にして、執達吏規則第二條に依れば執達吏は當事者の委任によりて告知及催告を爲し得べく、又執達吏職務細則第二十條に依れば執達吏が民事事件に關し爲す送達に付いては民事訴訟法の規定に従ふべきが故に公示送達の方法により前記増價競賣の請求を相手方に對して爲し得べきものと解し得らるればなり

(評釋) 一、民法第三八四條に所謂増價競賣の請求は一ヶ月内に發信せらるゝを以て足るか、又は第三取得者に到達することを要するかに付いては大に疑問を容れる餘地がある、大審院は

同請求が「第三取得者に對する意思表示なるの故を以て到達を要すべきこと勿論なるが如くに説いて居るけれども、若しも競賣法第四十條に所謂「送達」を以て送達の完成即ち書類の到達交付なりと解するときは例へば遠隔の地に送達する場合の如き「競賣の請求を發送したる日より三日内に抵當不動産所在地の區裁判所に競賣の申立を爲す」ことは事實上殆ど不可能である加之第三取得者は擔保の許否に關する裁判の期日には必ず呼出を受けるのであるから、(競賣法第四二條第二項)全く彼の不知の間に増價競賣手續を済まされて仕舞ふやうなことは絶対にあり得ない、果して然らば増價競賣の請求書は單に上記一ヶ月の期間内に發信するを以て足ると解するのが——滌除に對して抵當權者を保護する必要の多いことに鑑みて——至當の解釋ではあるまいか

二、假りに大審院の主張するが如く到達説をとるとして、不到達相手方即ち第三取得者の責に歸すべき事由に基く場合にまで相手方を保護せんとするが如きは抑々民法が意思表示に關して到達主義を認めた精神にも反するものと言はればならない元來本件は明かに滌除權濫用の一事例である、債權者としては滌除請求書に記載された第三取得者の住所地に宛て増價競賣請



求書を發送した以上彼の側に於て爲すべきことはすべて爲されたりと見ればならぬ、然るに第三取得者は其間に前記の住所を離れて千島占守島に轉居し、之によつて送達を不能に終らしめたのであるから、不到達の責は寧ろ彼にありと謂はねばならぬ殊に、一旦愛媛縣の住所に宛て發信された請求書が右轉居の故を以て更に占守島へ轉送せらるゝや、其途中北海道根室郵便局は大正十三年九月二十九日附を以て「占守島片岡灣は翌年六月迄航海之無き」旨の符箋を施して之を返送したのである、それにも拘はらず其同じ十三年十二月下旬第三取得者井本が原住所へ歸參して名古屋地方裁判所に抗告を提出して居るが如き、井本の偽計悪意を推測するに足るべき事由は充分に存在するのである、然るに大審院は「第三取得者に於て故意に請求書の到達を妨害する目的を以て居所を不明にするが如き場合には、債権者は公示送達の方法に依り通知の目的を達し得べく自ら救済の道あり」従つて債権者がかゝる途を執らなかつたのは自業自得

であつて、保護に値せざる事を説いて居るのば甚だ不當である、成程判旨の説いて居る通り増價競賣の請求は公示送達の方法（民訴一五六條）によつて之を爲し得るであらう、けれども公示送達は始めより相手方の現在知れざるときに許されたる非常の救済手段であつて、本件の如く本來正當なる住所に宛て發信された請求書が相手方の偽計によつて法定期間内に到達し得ざりし場合に、別に公示送達の方法あることを舉示して債権者の保護を拒むが如きは頗る當を得ない、何となれば、相手方の轉居其他によつて郵便が再三轉送されてゐる間に、法定期間を空過するやうなことがあれば別に公示送達の方法が定めてあつても債権者は終に之を利用すべき機會をすら與へられないこととなり得るからである、要するに何れの點から見ても私は本判決に賛成すべき何等の理由をも發見することが出来ないのである

### 七九五 賃借登記地所の競賣

問 畑地を借りて小作して居りました處地主はこの土地に抵當

土地の賃借契約を登記するときは爾後該土地に權利を有する者に對し其賃借權を對抗し得る

權を設定しました、この程抵當權者が右畑を競賣して甲なる者

に競落致しました、私の小作權は消滅しますか、又小作年限は三年にて其三年分の小作料は前納済であります、私は右賃借契約の時より二年目で競賣になつたのであとの一年分は前地主から取戻したいと思ひますが如何のものでしょうか  
答 小作のため畑の賃借契約をなし、その契約を登記すればその畑に抵當權を取付した者その他競落により所有權を取し得た者に對しても右の賃借借の契約に定めた内容を主張し得るものである、従て右小作權即ち賃借權は契約の時より三年は右の

可畑の第三取得者即ち競落人に對抗することが出来るものである賃借借契約より生じたる小作權即ち賃借權は第三取得者が競落した後でも當然消滅するものではない  
右賃借借の登記に三年分賃料支拂の事實をも登記したるものならば殘期一年分に對しても右競落者甲に對抗することが出来る若し右賃料に付いての登記なきときは前主に對して、返還を求め後主即ち甲に對してこれを支拂ふことにするがよい

### 七九六 偽造の債權で競賣

競落は無効として抹消さるべく配當權者は不當利得として返還此回復權を代位行使で實行目的

問 丙は自己所有地を抵當とし乙より金を借用せり、其後丁なる者乙の讓渡證委任狀を偽造して乙の抵當權を戊に移轉登記を爲し、戊は其抵當權に基き競賣の結果已に競落し、現在己己の所有となり居るものなり、然るに甲は乙に對し損害賠償の債權を有するも乙は今は無財産なり依つて左記質問申上候  
一、乙は自己の抵當權回復出来るに非ずや  
一、右出來得るとせば相手方に對し如何なる訴訟を提起せば可なるや

一、乙は無財産故甲は自己の債權を乙より回收する爲め、乙に代り乙の右抵當權回復の訴訟提起爲し得ざるや  
一、右甲に於て訴訟出來るとせば甲の勝訴の判決確定せる時甲は其判決を以て登記手續爲し得るや  
一、兎に角甲に於て乙に代り乙の抵當權回復の良策なきや  
右御手数數乍ら御教示下され度御願申上候  
答 乙抵當權者、の債權讓渡證並に委任狀を偽造して、戊に移轉登記したるは無効なれば、之に基き競賣も無効也、従つて乙



は競落者己に對し所有權移轉登記の抹消並に競落登記により、  
抵當登記を抹消せる登記の抹消及戊に對しては抵當權移轉登記  
の抹消等を請求し得るものとす、共同被告として可也、此權利  
を乙に於て行使せざる時は乙に對する債權者甲は乙に代位して  
出訴出来る、而して原狀に回復したる後甲は乙に對する債權を

以て乙の抵當債權を差押へ轉付を受けたる後自ら競賣申請を爲  
すも可、又は乙に代位して競賣を申立て配當金を差ふるも可也  
以上は大體の理論並に筋合を記したるもの也、之を實行せんと  
する時は専門家でも餘程の精通家に依託せざれば手續上缺點を  
生じ進行に支障を來す事あるべし

### 七九七 鑛業權に對する執行

鑛業法十五條に依り鑛業權に對する強制執行は  
不動産に關する規定を準用すべきに付管轄又同

(法學博士末弘嚴太郎氏評釋)

(判旨) 鑛業法十五條によれば鑛業權は物權として不動産に

(事實) 矢野鑛業會社に對する債權者日信株式會社は公正證書  
の執行力ある正本に基き債務者所有の鑛業權(鑛區所在地愛媛  
縣喜多郡大和村)に對し民事訴訟法第六二五條に依つて大阪區  
裁判所に差押へ命令並びに管理命令の申請をなし、同裁判所は  
これを許容した依つて債務者は「鑛業權に對する強制執行は民  
事訴訟法第六四一條以下に定むる不動産の差押へに關する規定  
に従ひてこれをなすべく、同法第六二五條の規定に従ふべから  
ず」との理由を以て執行方法に關する異議を申立てた、然るに  
大阪區裁判所はそれを却下し、大阪地方裁判所またそれに對す  
る抗告を棄却した、本件は更にその決定に對する再抗告である

關する規定を準用すとあるを以て鑛業權は不動産に關する規定  
を準用せらるゝ權利たること明かなり、しかして不動産に關す  
る規定とは不動産所有權に關する規定の義たること當然なれば  
結局鑛業權は不動産の一と解すべく、從て鑛業權に對する強制  
執行は民事訴訟法第六四一條以下の規定によるべきなり」  
「原告が本件鑛業權に對する強制執行は民事訴訟法第六百二十  
五條によるべきものなりとの前提の下になせる決定は鑛區所在  
地に非ざる大阪區裁判所の管轄を是認することとなり、重要な  
訴訟手續きに違反す」  
(評釋) 「鑛業權は鑛區において鑛物採取をなし得べき物權で

あり鑛區とは鑛物採取の目的を以て、區分された地表の一部で  
ある、それは同じく地表の區分である「土地」と法律上全然別  
物であるけれども、同じく地表の區分たる點において二者は極  
めて類似の性質をもつてゐる、これ鑛業法第十五條が「鑛業權  
は物權とし不動産に關する規定を準用す」と規定してゐる所以  
であるしかしてこゝに「不動産に關する規定」中には不動産に  
關する民事訴訟法の規定も含まれて居ること素より當然である  
果して然らば鑛業權に對する強制執行に就ては「不動産に對す  
る強制執行に就ては、その不動産所在地の區裁判所執行裁判所

としてこれを管轄す」(民事六四一)等不動産に對する強制執行  
の規定を準用すべきことを要せずして明かである  
これを實際に就て考へても、元來不動産に對する強制執行を所  
在地區裁判所の管轄にして居るのは、不動産の性質上その所在  
に付いて所在地裁判所をして、直接差押へその他當該不動産に  
關する各種の處置をなさしめる方が便利だからである、それな  
らば同じく不動産的の權利である鑛業權に對する強制執行に付  
いても、全然同じ事情あるものと考へる事が出来るのであつて  
この點から言ふても本決定は正當である

### 七九八 滌除金の不拂と競賣

滌除通知に對し増價競賣せぬからとて滌除權者  
が供託も支拂もせざる時は普通の競賣出来る也

問 小生民法第三八三條の抵當權滌除の通知を受けたるも増價  
競賣を請求せずして一ヶ月を経過したる處、第三取得者は提供  
金額の供託も支拂も爲さざるに因り、第三取得者に對し七日の  
期間内に滌除をなすべしとの催告を爲したり、されど之を實行  
せざるに因り抵當不動産に對して競賣申立を爲さんとするに付  
左の點御教示相成度候

(一)右に付第三取得者が民第三八三條の通知に對し債權者が

増價競賣を請求せずして一ヶ月を経過したるも、第三取得者が  
滌除を爲さざる場合は、念の爲め督促し尙之に應ぜざる場合は  
債權者は普通の競賣申立を爲す事を得との事なるも、普通の競  
賣申立とは抵當權實行の事なりや又は第三取得者が提供したる  
金額を得る爲めの競賣なりや  
(二)前回貴社の御回答に依れば「第三取得者が提供したる金  
額に係はらず元金及二年分の利子請求出来る、尙二番三番等の



關係者無き限り二年分以上の利子をも請求出来る也」との事なるも、裁判所にては債権者は民法第三八三條の通知を受けてより一ヶ月以内に増價競賣を請求せざるにより、同法三八四條の適用により第三取得者の提供を承諾したることとなるものなれば、第三取得者が遅滞して提供金額を支拂はざるにより、競賣申立つるも債権者は第三取得者の提供したる金額以上の利息損害金の請求は許さぬとの事なり、貴社の御回答と相違する點あり、故に小生は貴社の御説明の通りに請求し、區裁判所に於て受理されざる時は抗告なさんとするに付再び質問致し候次第也

答 (一) 普通の競賣とは抵當權實行の競賣の事也、第三取得者が提供したる金額云々に固より關係なし

(二) 第三取得者の滯除が效力を生じても遲滞なく右金額を拂渡すか又は供託せざれば結局滯除權を行はざる事に歸着し、自然消滅となる故抵當權者は單純の競賣を申請する事を得る也、大正四年(ウ)第五五號同年十一月二日の大審院判例に曰く

第三取得者が抵當權滯除の通知を爲し抵當權者が之に對して増加競賣の申出を爲さざりし場合に於て、第三取得者が遲滞なく滯除に付申出たる金額の辨濟又は供託を爲さざる時は抵當權者は其抵當權の實行を爲す事を妨げざるものとす云々

又第三取得者に對しては二年分の利子云々の制限適用なし、乃ち抵當權設定者の承繼人故、他の債権者其他の利害關係者を保護すべき右の制限を適用するの必要なきものなれば也、大正四年(オ)第四九四號同年九月十五日の大審院判例に曰く

抵當權を設定したる債務者又は第三者は抵當權者に對し元本債權と共に満期となりたる定期金の金額を辨濟するに非ざれば、抵當權を消滅せしむること能はざるを以て、之が地位を承繼したる抵當不動産の第三取得者も亦、之と同一金額の代位辨濟を爲すに非ざれば、抵當權者に對し抵當權消滅を原因として之が登記抹消を請求すべき權利なきものとす云々

右の如く滯除通知者が遲滞なく供託又は辨濟せざる限り債権者は競賣申請出来ること、(増加競賣に非ざる故普通の競賣也)以外の特別な競賣申立なるものなし)而して第三取得者に對しては二年分の利息と云ふ制限なき事以上の判例によりても明瞭なるべし、御地區裁判所が何によりて制限を附せんとするか其眞意解するに苦む、滯除の條件を加味したる競賣なるもの何等法規上見るべきものなし、又説論を耳にしたる事なし、宜しく其蒙を啓くことに努むべき也

### 七九九 競賣と質權の消滅

抵當競賣の場合に於て抵當權に優先する質權は競賣によりて消滅せざるも然らざるは全部消滅

大正十四年(オ)第三百三號

競賣法第二條第四項には競買人は留置權者競買人に對して優先權を有する質權者及其の質權者に對して優先權を有する債権者に辨濟するに非ざれば、競賣の目的物を受取ることを得ずと規定するを以て、抵當權の實行に因る競賣の場合に於て競賣を申立てたる抵當權者に對して優先權を有する不動産質權者の質權は、競落に因りて消滅することなしと雖も、競賣申立抵當者に對して優先權を有せざる不動産質權者の質權は競落に因りて當然消滅するものなること該規定の解釋上疑ひを容れざる所なり

競賣法第二條第二項には競賣の目的の上に存する先取特權及抵當權は競落に因り消滅すと規定するを以て、或は一見所論の如

く競賣の目的の上に存する不動産質權は、競落に因りて消滅せざるが如き觀ありと雖も、右規定は競賣の目的の上に存する一切の先取特權及抵當權は假令競賣申立債権者に對して優先權を有するものなるに否とに拘はらず當然競落に因りて消滅するものなることを規定したるに止まり、總ての不動産質權が競落に因りて消滅せることを規定したる趣旨に非ざること同條第三項の規定と對照して容易に之を肯定することを得べし、然らば上告人の不動産質權が被上告人の有する抵當權に對し、優先權なきこと明かなる本件に於て原判決が叙上説示の理由に依り、上告人の質權は競落に因りて當然消滅したりと判決したるは正當なり

### 八〇〇 金貨の惡辣な手段

一方が素人なるに乘じ道具屋と結托して安く買取り法外の値で債務者へ賣付く。此救濟策なし

問 甲債務者が乙債権者より金子二百圓の債務あり、約束利息年二割四分、此の支拂をなさざる爲め支拂命令を受け命令書に

は利息を引直しあり、夫れに内入金を數度なしたるに矢張年二割四分の利息を引去り、餘りを元本に内入とし元金殘八百圓か



になり、有體物件の差押へをせられたり、其後又二百圓からの入金なし仲人ありて差押へ物件を債権者が競落したること、其物件を貸借公正證書に依り使用しつゝあり内約は元本に對し年二割四分の利息を毎月支拂元本へ毎月五十圓つゝ返済する筈なるに、手都合上一ヶ月支拂を遅れた爲め、千二百圓の正本により元本五百餘圓の爲め物件を差押へ、其儘八十圓計り入金し猶採ら請ひたるも承諾なく、次の競賣期日に執達吏の見積り額五百餘圓の物件全部を債権者が引率したる買人が三百三十圓で競落せられ、此の物件を競賣人より買戻す譯になり買戻し額六百五十圓一文も引かぬと言ふ、涙ながらに六百五十圓にて買戻し其の外入夫や何かの損害として七圓何十錢を支拂ひたり、此の如き利息計算及公正證書の物件差押へと言ひ三百何十圓で買取りたるものを、一夜の中に六百五十圓で買戻さなければならぬ羽目に立至りたるは法律を辨へざるが故なるべきも、

### 八〇一 辨濟期前に競賣

利息延滞の時期限利益喪失の特約登記なくも第三者關係なき場合は競賣實行可能と解釋が可也

問 一金一千圓也、大正十二年十一月二十八日貸付、同日抵當權設定登記辨濟期大正十三年十二月二十日

利息支拂期 毎年六月、十二月の各二十日（大正十二年十二月及十三年六月の利息支拂期に不拂）

之等の事件を保護する救濟的手段無之ものなるや、執達吏は目信ある見積り額の半分にも達せざる額に競賣するも差問へなきものなるや

答 執達吏の安く賣りし點、道具屋より高く買はせられたる點今更如何とも救濟の途なし  
斯る件は元來競賣期日前に異議の訴訟を起し保證金を積んで競賣を停止せしめ、而して利息及び元本内入其他貸借等の點に付争ひつゝ示談を圖るか、又は競賣の際親戚其他よりの負債に付、配當加入を爲さしめ、債権者を困らす方法を採り示談の外なきものとす、尙競賣の際競る事も出来る、又道具屋の買取りしものを必要なしと見せかけ、持行かしまる態度を示し安く買取る事も出来るものなりし也、孰れにしても今に於ては如何とも方法なし

特約一本書契約々款に違反の時は抵當權の行使は勿論、之に先だち他の總財産に對し直ちに法規により執行せらるゝも、決して異議なき事（但此項の登記なし）

右の場合某裁判所は辨濟期到來せず、而して特約登記なき故競賣申立受理せずと却下、余は第九項特約により此項登記なきも競賣申立受理すべきものと思料す、詳細なる御垂教願上候  
但右の一番抵當の登記あるのみにて二番抵當の登記等一切なし尤も大正十三年五月十五日付二十ヶ年の永小作權及貸借の設定登記あり

（參照） 抵當權を以て擔保せられ各債権に付一回たりとも年賦辨濟を怠りたるときは、期限の利益を喪ふ旨の特約あるも其登記なきに於ては該特約に基き競賣の手續を開始するを得ず  
法曹會決議法曹記事第二十六卷第四號三六頁（大正五年四月發行）

### 八〇二 抵當競賣と利子

利子が最後の二年だけに制限と云ふとは第三者關係に於ての事務者に對しては何年分でも可

問 甲は大正八年七月一日乙に金百圓を貸與し、利息年一割と定め土地を擔保として抵當權設定の登記を經たり、然るに元金

百圓及利子六ヶ年間分六十圓延滞したるを以て、甲は抵當權實行として請求金額元金百圓、利子は最後二ヶ年として二十圓合



計百二十圓に對し競賣申立を爲したるに、乙は右競賣申立の金額元金百圓利子二十圓合計百二十圓を辨済の爲め供託したり、依つて甲は之を受領し競賣申立は取下を爲し而して受領金は民法の規定に依り法定充當（民法第四九一條）を爲し即ち内金十圓を競賣費用に金六十圓を未拂利子に殘餘の五十圓を元金に充當し其旨の通知書を乙に發送したり、右は法律上有效なりや否や

又右の行爲に對し乙は元金百圓及利子最後二ヶ年分二十圓、即ち甲が抵當權實行として競賣申立書に記載したる請求の元利金を辨済したるを以て抵當權を遂行したると同一の結果なる故に假令利子は尙四ヶ年の未拂あるも抵當權は消滅しあるを以て、甲は抹消の登記を爲すべき義務ありと云へり、

甲は前述の如く受領金は法定充當を爲し、尙元金五十圓殘存せるを以て債權消滅せず、従つて抵當權は消滅せざるを以て再び殘存元金五十圓に對し抵當權實行として競賣申立を爲し得らるゝものなり。云へり、右何れが法律上正當なりや否や、前項乙の主張を正當とし抵當權消滅せりとせば尙殘存せる利子四ヶ年分四十圓及未拂の競賣費用十圓は如何なる方法に依つて訴求し得らるゝや

答 供託には元金一百圓、利子何年何月より何年何月迄二年分として明記しあるもの故、之を受領せるものは其條件にて受取りたる事となるものとす、辨済の充當方法を勝手に指定するを得ず、其通知は何等效力を有せざる也

右金圓を受領しても尙利子に不足あるを以て、競賣申立を續行し得べき也、取下たるは債權者の勝手故後に其申立費用を請求する權なし、利子の時効は支拂期より滿五年とす、六年經過とせば一年分だけ失効となり居れど、時効は債權者に於て抗辯せざる限り、當然無効のものに非ざる故裁判所は干渉せざる也、尙利子二年だけ云々は第三者に對する關係上に於て制限さるゝのみ債務者のみの關係に於ては五年分でも六年分でも其競賣代金より取得し得るものとす  
本件は利子の殘金皆済なき故未だ抵當權消滅せず、登記抹消義務なし、競賣再申請出來るべし

### 八〇三 滌除の通知洩れと競賣

昭和二年（ク）第百八十六號

按ずるに民法第三百八十三條には不動産の第三取得者抵當權を滌除せんと欲するときは、登記を爲したる各債權者に同條第一號乃至第三號の書面を送達することを要する旨の規定ありて、之に依れば滌除の通知は必ずしも同時に之を爲すの要なしと雖も、該通知に基き次條以下の效力を生ぜしめんが爲めには尠くも登記を爲したる總ての抵當權者に對して、右書面を送達して之を爲すことを必須の前提と爲し、若其中一人にても之が送達を受けざるものあるに於ては其他の者に對する通知は何等の效力を生ぜざるべき法意たること明瞭なり、蓋し同條には明かに右の書面は登記を爲したる各債權者に送達せらるるを要する旨を規定するのみならず、滌除は不動産上の擔保物權を一掃し以て第三取得者の權利を保護せんが爲に存する制度なるが故に、凡ての抵當權を一齊に消滅せしめざる限り一部の抵當權の滌除を認むるも其の目的を達するを得ざるを以てなり

各抵當權者全員に對し通知せざる可らず通知洩れの時は増價競賣の申立は無効となり競落取消

（強製執行は妨害に利なく、涙に益あり・國民法律社）



第二節 差押の部

八〇四 明渡の執行と病人の仕末

一度は中止さるも永引く時醫師を帶同して他に收容を講じ斷行

問 家屋明渡の強制執行を爲すに際し、其家屋に病人のある時は之れを中止すべき法規上の正條がありますか

答 一、病人あるときは明渡を中止すべしとの正條あることなし  
二、從て近來明渡の際醫師を帶同して現狀に臨み、病人ある

ときは之を診し、假病者は執行妨害者として取扱ふを得る場合多かるべく、又本病者は適當の病院に收容して家屋を明渡可能なる状態に置くこと考へられ、實施せらるゝ實情なり、但し病人あるときは中止する實例を多しとす、本社も從來この例によりてのみ實施し居れり

八〇五 戸主の債務の爲に家族の物を差押

之を防ぐ良法如何  
占有改定の意義等

問 一、貴誌第二十卷四月號に動産の對抗要件とある質問に對する鑑定は四五六の三項に涉りて占有の改定をなさしむるを要す云々とあり、改定とは如何なる意義なるや及び其の手續如何  
二、債權者甲の爲に債務者戸主乙が其所有動産を差押へられ之れを競賣せられ、乙の家族丙が之を競落したり  
三、後日戸主乙の債務の爲めに右丙の物品を差押へらるゝ場

合、丙が之に對抗する方法如何  
四、前同様の場合に他人の名義にて買取り賃貸借の契約を公正證書にて作成したる時は其の效力如何  
五、一般に他人の債務の爲自己の動産を差押へられざる様にするには平素如何になし置けば良しきや  
答 占有改定とは初め自分の爲に占有して居た物を今後は他の

人の爲に占有すると云ふことを言明したときに其の他人に占有が移ることを云ふのである、言ひ換れば「今迄は自分の物を自分の爲に占有して居た物を今度他人の人に賣つたとかやつたとかで他の人の物となつたときに、其の他人の代理人となつて占有する旨を其の他人に對し意思を表示したるときは、この意思表示のときより占有は自分から他人に移轉するのである、從て占有は移轉するが物は依然として自己の手にあるのである、之れが占有の改定と云ふのである、そして「占有の改定」は物の引渡の一場合であることを注意のこと

二、されば物が依然自己の手にあるにかかはらず、其の物は引渡しがあつたと同一の效力があるのである  
三、甲債務者の物を差押へて競賣せられ、乙家族が之を競落し後日其の物を甲の物として差押られたる場合に乙がそれは自己の物なりと主張して差押を拒むことは當然すぎる程當然に出来る筈である、對抗するを得るやと云ふは、右の拒むことであ

八〇六 執達吏と同行の貸主の入室を拒むを得ず

問 一、甲は大正十四年頃迄雑品小賣商を開業し乙は甲に對し雑品を販賣し賣掛代金債權を有す

二、甲は貸母丙に營業名義を書換へ、其の所有店舗及び家財道具其他を他へ賣却して之を賃借し、他の番地にて借家し丙の



營業名義で營業し居れり

- 二、丙は以前より戸主たり甲は自由労働者となれり
- 三、甲は大正十五年より、毎年二期に乙に買受代金の一部づゝを支拂居りしに乙は去日甲に對し支拂命令を發したり
- 四、乙が支拂命令確定を待つて執達吏をむけ、甲の財産差押をなす時は丙戸主の對策如何
- 五、甲は無一物なり丙は甲の前負債を負擔する義務なしと解す、もし乙が差押に當り執達吏と同行して丙の居宅に入りて座敷倉庫二階等執達吏を案内し、執行に便宜を得ざるの特権ありや

- 六、丙は右乙の同行をこぼむ権ありや
- 七、執達吏は丙の財産まで執行し得るや、動産は甲が大正十五年某より公正證書にて賃借し、目下丙使用し居れり、之が差

押は右公正證書にてこぼむ事を得るや

答 一、執達吏は他人の財産なること判明すれば之を差押ふることなし、故に公正證書を示して之を拒むこと肝要なり、それにて執達吏が公正證書を信ぜずとして執行するが如きは殆ど之なきものとす、假りに之を執行したりとせば該動産買受人は「目的物に對する異議の訴を起し勝訴の上之が執行を解放せしめ損害あれば第一に執達吏に之を請求することを得べきものとす

- 二、丙は甲の債務を負擔する理由なし、從て乙は丙の營業を差押ふるを得ず
- 三、乙が執達吏と同行する場合執達吏が人夫又は立會人として乙を使用するときは甲は如何とする能はず

### 八〇七 公正證書による明渡は不可

問 家屋の貸貸に付公正證書にて契約しあり、借家人は家賃を支拂はずかつ明渡しにも應ぜざる場合に公證人の執行文の效力は單に賃料のみの執行に限り候哉、または明渡しの執行力をも包含いたし候哉

答 一、公證人の作りたる證書が強制執行に適する債権名義たる場合におけるその執行の範圍左の如し

- 1、一定の金額の支拂または他の代替物又は有價證券の一定の數量の給付を以て目的とする請求なること

2、證書に直に強制執行を受くべき旨の記載あること(民訴第五九條)

二、家屋の明渡しなるものは右の一定金額の給付にあらず、代替物又は有價證券の給付にもあらず、從つて公正證書の強制

### 八〇八 保證金還付に相手方が同意せざる場合と單獨請求權

昭和四年(オ)第四百四十六號

假處分命令を得たる者(保證供與者)は假處分手續終了後相手方(保證權利者)の同意を得て、保證の還付を申請することを得可きもその相手方が理由なく同意を拒み且つ相當の期間内に其權利を行使せざるときは保證供與者は相手方の同意を俟つことなく、單獨にて保證の還付を申請するを得と解すべきことほとんど事理の當然とする所なるも、相當の期間の何たるやば固より爾く判然自明の事柄に非ず、又その果して相當なりや否やは何人が如何なる際に之を判断す可きものなりや、抑々又相手方において相當期間の未だ經過せざること主張せむとする

### 八〇九 一個の假處分の競合と其の效力

昭和四年(オ)第三百七十八號

第三章 民訴 第二節 差押の部

債權者の爲にする處分禁止の假處分命令ある場合、之に違背し

執行の範圍が右の如くは金錢給付その他の代替物の給付のみに限らるゝ以上家屋の明渡しは公正證書によりては執行不可能なり

- 三、近時家屋賃貸借に公正證書の無力を感じ當事者間に争ひ存するものとして即決和解をなすはこれがためなり

きは、何人に對し如何にして之を爲す可きや、これ等の諸點に關し幾多の疑問の生ずるを免れざるが故に、所謂相當の期間は宜く之を下文の如き趣旨に解せざる可からず、即保證を命じたる裁判所は保證供與者の申出でに依り相當の期間を定め相手方に對し此期間内に還付の同意を與ふるか、爾らざればその權利の行使例へば訴の提起を爲すべき旨を命じて、而して相手方に於いていづれの道にも出づること無く、期間を徒過したるときは保證供與者は相手方の同意を要せずして保證の還付を申請するを得と解すること即是なり