松波博士
東京控訴院
函館控訴院
東京地方裁判所

項ノ催告ヲ爲シタル事實ヲ認定シ株式讓受人間長作ニ對シ同種ノ催告手續ヲ反覆セサリシコトヲ以テ適法ナリト判示シタルハ元ヨリ正當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ（大審院大正八年（オ）第二四九號同年十一月十八日民一部田部裁判長尾古鈴木鬼澤三宅各判事判決）

【關係事項】上告棄却○原審廣島控訴院○株式金拂込不足額請求事件○上告人西崎傳造訴訟代理人辯護士中松市藏被上告人三幡輕便鐵道株式會社訴訟代理人辯護士兼房重太郎同關藤安夫

【論旨第二點ニ關スル同趣旨學說判例】

一　催告トハ請求ノ通知ヲ爲スコトナリ通知ハ株主名簿ニ記載シタル株主ノ住所又ハ其者カ會社ニ通知シタル住所ニ宛テテ之ヲ爲セハ足ル（法學博士松波仁一郎氏日本會社法八四八頁）

二　株金拂込ノ催告竝ニ失權ニ關スル通知ハ共ニ相手方タル株主ナシテ其催告通知ノ事實ヲ知リ得ヘキ狀態ニ置カサルヘカラサルモノナルカ故ニ會社カ株主ニ對シ右ノ催告通知ヲ爲スニ當リテハ株主カ現實生活ノ本據ト爲セル住所ニ宛ツヘキハ條理上當然ノ筋合ナリト謂フヘシ故ニ株主ヨリ會社ニ對シ住所變更ノ通知アリタル場合ト雖モ其場所ニシテ眞ノ住所ニアラサル以上ハ株主名簿ニ記載シアル其眞ノ住所ニ宛テ右催告及ヒ失權ノ通知ヲ爲ササルヘカラス（東京控訴大正二年ナ三一號同年五月五日判決・新聞八九七條二七頁）

三　會社ハ株主名簿ニ記載シタル株主ノ住所ニ宛テ通知又ハ催告ヲ爲シタルトキハ會社ニ於テ其手續ヲ盡シタルモノト謂フコトヲ得ヘシ（大正元年ネ六四四號同二年七月三日判決・新聞八八六號二三頁）

四　株金拂込ノ催告及失權ノ通知ハ株主名簿ニ記載セラレタル株主ノ住所ニ於テ爲スヘキモノトス（大正元年レ二〇三號同二年二月二一日判決・本書第二卷商法四〇頁）

四四〇　手形ノ債務者ハ本編ニ規定ナキ事由ヲ以テ手形上ノ請求ヲ爲ス者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由ハ此限ニ在ラス

四四五　爲替手形ハ其記名式ナルトキト雖モ裏書ニ依リテ之ヲ讓渡スコトヲ得但振出人カ裏書ヲ禁スル旨ヲ記載シタルトキハ此限ニ在ラス

五二九　第四百五十六條……第四百五十三條乃至第四百六十四條……ノ規定ハ約束手形ニ之ヲ準用ス

民法九五　意思表示ハ法律行爲ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ無效トス但表意者ニ重大ナル過失アリタルトキハ表意者自ラ其無效ヲ主張スルコトヲ得ス

手形債權ハ裏書ト證書ノ交付ニ依リテ轉轉スルモノニシテ被裏書人カ振出人ト裏書人タル原債權者トノ間ニ如何ナル事由ノ存在スルヤヲ調査スルノ義務ヲ有スルモノニ非サレハ縱令振出人カ原債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由ヲ有スルモ苟モ其事由ノ存在ヲ知悉セス善意ニ裏書ヲ受ケタル手形取得者ニ對シテハ其事由ヲ以テ對抗スルコトヲ得サルモノトス」

鑛業試掘權賣買代金ニ代ヘテ振出シタル手形ノ被裏書人丙ハ該試掘權ノ賣買ノ際賣主タル乙ノ代理人トシテ其契約ニ關與シタルモ鑛石ノ見本ハ係爭鑛區ヨリ採取シタルモノト確信シ居リ他ノ鑛區ヨリ採取セラレタルコトハ毫モ之ヲ知ラス從テ賣買カ要素ノ錯誤ニ因リ無效ニ歸シタル事實ハ全然之ヲ了知セサルヲ以テ振出人甲ハ右賣買ノ無效ニ歸シタル事由ヲ以テ原債權者タル乙ニ對抗スルコトヲ得ルモ之ヲ知悉セサル被裏書人タル丙ニ對抗スルコト能ハサルモノトス」

案スルニ手形債權ハ裏書ト證書ノ交付ニ依リテ轉轉スルモノニシテ被裏書人ハ振出人ト裏書人タル原債權者トノ間ニ如何ナル事由ノ存在スルヤヲ調査スルノ義務ヲ有スルモノニ非サルカ故ニ假令振出人カ原債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由ヲ有スルモ苟モ其事由ノ存在ヲ知悉セス善意ニ裏書ヲ受ケタル手形取得者ニ對シテハ其事由ヲ以テ對抗スルコトヲ得サルヤ言ヲ俟タス本件ニ付キ上告人カ原審ニ於テ主張シタル所ハ原判決ニ記載スルカ如ク本件試掘權ノ賣買ハ見本ニ因ル賣買ニシテ見本ノ鑛石カ本件ノ鑛區ヨリ採取シタルモノナルコトハ契約ノ要素ト爲シタルニ拘ハラス該見本ハ全ク他ノ鑛區ヨリ採取シタルモノナリシヲ以テ本件賣買契約ハ法律行爲ノ

要素ニ錯誤アル無效ノモノナリ而テ本件手形ハ右寶買代金ニ代ヘテ振出シタルモノナルカ故ニ上告人ハ其寶主タル訴外松葉經壽ニ對シテ其支拂ヲ爲スノ義務ナク從テ右寶買ニ寶主ノ代理人トシテ關與シ親ク其事情ヲ知悉スル被上告人ニ對シテモ亦其支拂ヲ爲スノ義務ナシト云フニ在リ而テ原判決ノ認定シタル所ハ被上告人ハ前記寶買ノ際寶主タル松葉經壽ノ代理人トシテ其契約ニ關與シタルモ右鑛石ノ見本ハ本件鑛區ヨリ採取シタルモノト確信シ居リ他ノ鑛區ヨリ採取セラレタルコトハ毫モ之ヲ知ラス從テ本件寶買カ要素ノ錯誤ニ因リ無效ニ歸シタル事實ハ全然之ヲ了知セスト云フニ在ルヲ以テ右寶買ノ無效ニ歸シタル事由ハ上告人ハ之ヲ以テ原債權者タル松葉經壽ニ對抗スルコトヲ得ルモ毫モ其事由ヲ知悉セサル被裏書人タル被上告人ニ對抗スルコト能ハサルヤ明カナリ然レハ則チ叙上ノ理由ト同一趣旨ニ出テタル原判決ハ相當ナリ（大審院大正八年（オ）第八一〇號同年十一月二十六日民三部横田裁判長大倉礒谷鈴木鬼澤各判事判決）

（一八〇）

【關係事項】上告棄却○原嫁東京控訴院○約束手形金請求事件○上告人村上長藏訴訟代理人辯護士成瀨彬被上告人面川安太郎

【論旨第一點第二點直接抗辯ノ範圍ニ關スル參照學說判例】

本書第八卷商法五五七頁

四四五　爲替手形ニハ左ノ事項ヲ記載シ振出人之ニ署名スルコトヲ得

四　受取人ノ氏名又ハ商號

四四九　爲替手形ハ其金額三十圓以上ノモノニ限リ之ヲ記名式ト爲スコトヲ得

金額ヲ一金六百圓也ト記載シ其次行ニ右金額殿又ハ指圖人ヘ此手形引換ニ御支拂可被成候也ト記載シ右金額ナル文字ト殿又ハ同人指圖人ナル文字トノ間ニ受取人ノ氏名又ハ商號ヲ記入シ得ヘキ程度ノ空間ヲ存スルコトヲ認メ得ヘシト雖モ該手形ノ振出ニ際シ振出人カ殊更ニ受取人ノ氏名又ハ商號ヲ記入セサリシ事實ヨリ推考スレハ右手形ハ所持人ニ支拂フヘキ意思ヲ以テ振出サレタルモノト認メ得ル以上之ヲ實ヨリ推考スレハ右手形ハ所持人拂ノ趣旨ニテ振出サレタルモノト認ムルヲ相當トス」

商法第四四九條ニ於テハ爲替手形ハ其金額三十圓以上ノモノニ限リ之ヲ無記名式ト爲スコトヲ得ト規定セルノミニシテ特ニ別段ノ形式ヲ定メサルヲ以テ手形ノ外觀上所持人ニ支拂フヘキ意思ヲ以テ振出サレタルモノト認メ得ル以上之ヲ以テ無記名式手形ナリト謂フニ何等ノ支障ナキモノトス」

甲第一號證ノ一ニ於ケル成立ニ爭ナキ表面ノ記載ニヨレハ被告カ大正八年六月五日原告主張ノ如キ爲替手形ヲ振出シ同日該手形ニ引受ヲ爲シタルコト明白ナリ被告ハ本件手形ハ指圖式ニテ振出サレタルモノナルニ拘ハラス受取人ノ氏名又ハ商號ノ記載ナキ故手形ノ要件ヲ缺如スル無效ノモノナル旨主張スルヲ以テ按スルニ右甲第一號證ハ一ニ依レハ金額ヲ一金六百圓也ト記載シ其次行ニ右金額殿又ハ指圖人ヘ此手形引換ニ御支拂可被成候也ト記載シ右金額ナル文字ト殿又ハ同人指圖人ナル文字トノ間ニ受取人ノ氏名又ハ商號ヲ記入シ得ヘキ程度ノ空白ヲ存スルコトヲ認メ得ヘシト雖モ該手形ノ振出ニ際シ被告カ殊更ニ受取人ノ氏名又ハ商號ヲ記入セサリシ事實ヨリ推考スレハ本件手形ハ所持人拂ノ趣旨ニテ振出サレタルモノト認ムルヲ相當トス而シテ商法第四四九條ニ於テハ爲替手形ハ其金額三十圓以上ノモノニ限リ之ヲ無記名式ト爲スコトヲ得ト規定セルノミシテ特ニ別段ノ形式ヲ定メサルヲ以テ手形ノ外觀上所持人ニ支拂フヘキ意思ヲ以テ振出サレタルモノト認メ得ル以上之ヲ以テ無記名式手形ナリト謂フニ何等ノ支障ナシ仍テ本件手形ハ原告主張ノ如ク無記名式トシテ振出サレタルモノト認ムヘク右手形ノ支拂委託ノ文言中殿又ハ同人指圖人ヘナ

ル文句ハ全ク之ヲ無用ノ記載ト認ムルヲ相當トスヘキカ故ニ被告ノ抗辯ハ採用シ難シ果シテ然ラハ本件手形ニ引受ヲ爲シタル被告カ手形上ノ責任ヲ免カルヘカラサルヤ勿論ニシテ又本件手形カ原告ノ手裡ニ存スル事實ニ徴シ原告ヲ以テ右手形ノ正當ナル所持人ナリト推定スヘキヲ以テ被告カ原告ニ對シ手形金六百圓ヲ支拂フ義務アルコト明白ナリトス（東京地方裁判所大正八年(カ)第八七三號同年一二月二六日民三部三橋裁判長神垣芝崎各判事判決）

【關係事項】被告敗訴○手形金請求爲替訴訟事件○原告金澤寅次訴訟代理人辯護士星野宗治被告稻葉省三訴訟代理人辯護士原孫六外二名

【同趣旨判例】本書第八卷商法六二七頁六二八頁六七八頁

吾人ハ右判旨ト同一見解ノ判例ニ對シ曩ニ詳論絜說セル所ナルカ故ニ其所揭ヲ參照セラレタシ（本書第八卷商法六三〇頁以下評論）

（一八一）

東京地方裁判所

【四五】株式ノ金額ハ均一ナルコトヲ要ス

株式ノ金額ハ五十圓ヲ下ルコトヲ得ス但一時ニ株金ノ全額ヲ拂込ムヘキ場合ニ限リ之ヲ二十圓マテニ下スコトヲ得

會社ハ其株主ノ一部ノミニ對シ株金拂込ノ義務ヲ負ハシメ若シクハ株主間ノ義務ニ差等ヲ設クルカ如キハ之ヲ爲シ得サルトコロナリト雖モ取締役會ノ決議其他ニ於テ一般株主ニ對シ均一的ノ義務ヲ負擔セシメタル以上ハ其履行請求ノ方法ニ關シ一部株主ニ對シテノミ訴ヲ以テシ他ノ株主ニ對シテハ他ノ方法ヲ以テスル等ノ差異アルモ毫モ所謂株主平等ノ原則ニ反スルモノニ非ラス」

第一商事株式會社ノ資本金額株式總數一株ノ金額並ニ其第一回拂込金額カ原告主張ノ如クナルコト及ヒ被告カ右會社ノ三百株ノ株主ナルコト並ニ同會社ノ規定ニ依レハ同會社ノ株主ハ取締役會ノ株金拂込ノ決議ニ基キ現實ニ株金ヲ拂込ムノ義務ヲ負フニ至ルモノナルコトハ當事者間ニ爭ナク大正七年二月一二日ノ同會社取締役會ニ於テ一株金十圓ノ第二回株金拂込ヲ決議シタルコトハ成立ニ爭ナキ甲第一號證ニヨリ之ヲ認ムルニ足ル而シテ右決議ニ基キ原告主張ノ如キ株金拂込ノ催告アリタル事實並ニ大正七年三月一二日ノ同會社取締役會ニ於テ一株金五圓ノ第三回株金拂込ヲ決議シ同月一四日原告主張ノ如キ催告アリタル事實及右催告ハ到レモ被告ニ到達セラレタルコトハ當事者間ニ爭ナキトコロナルヲ以テ被告ハ原告會社ノ三百株ノ株主トシテ有拂込金額合計四千五百圓及ヒ之ニ對スル右金額拂込期日以後タル大正七年八月一四日ヨリ法定利率ニヨル損害金ヲ支拂フ義務アルモノトス而シテ被告ハ原告カ被告及ヒ訴外中村八郎ニ對シテノミ訴ヲ以テ前記株金拂込ヲ請求シ其他ノ株主ニ對シテ之ヲ爲ササルハ株主平等ノ原則ニ反スト主張スルヲ以テ此點ニ付キ案スルニ會社ハ其株主ノ一部ノミニ對シ株金拂込ノ義務ヲ負ハシメ若シクハ株主間ノ義務ニ差等ヲ設クルカ如キハ之ヲ爲シ得サルトコロナリト雖モ取締役會ノ決議其他ニ於テ一般株主ニ對シ均一的ノ義務ヲ負擔セシメタル以上ハ其履行請求ノ方法ニ關シ一部株主ニ對シテノミ訴ヲ以テシ他ノ株主ニ對シテハ他ノ方法ヲ以テスル等ノ差異アルモ毫モ所謂株主平等ノ原則ニ反スルコトナキハ明ナリ從テ第一商事株式會社カ前揭取締役會ノ決議ニ於テ株主全部ニ對シ株金拂込ノ義務ヲ負ハシメ且ツ全部ノ株主ニ對シ其旨ノ催告ヲ爲シタルコトハ甲第一號證ノ記載ニ徴シ明瞭ニシテ一般株主カ平等ニ負擔シタル右株金拂込義務ノ履行請求方法ニ付キ原告カ被告並ニ訴外中村八郎ニ對シテノミ訴ヲ以テ之カ請求ヲ爲スト雖モ何等法律上失當ナラサルコト言ヲ俟タサルトコロニシテ被告ノ本抗辯ハ排斥ヲ免レス仍テ原告ノ本訴請求ハ理由アリ（東京地方裁判所大正七年(ワ)第一二六〇號民二部三淵裁判長藤田小藤各判事判決）

【關係事項】被告敗訴○株金拂込請求事件○第一商事株式會社破産管財人原告青木徹二訴訟代理人辯護士稻村眞介同上村通被告山下作次郎訴訟代理人辯士益太田護岱

【株主平等ノ原則ノ意義ニ關スル參照學說判例】

片山博士

一　株主ノ平等ト謂フハ株主トシテノ法律上ノ地位ニ於テ各株主平等ナリト云フノ謂ナリ換言スレハ或株主ト他ノ株主トノ間ニ其ノ待遇ヲ異ニスヘカラストスルノ觀念ナリ（法學博士片山義勝氏株式會社法論三六四頁）

東京控訴院

二　株式ハ平等ナリトノ意義ハ株主ハ其資格ニ於テ他ノ株主ト平等ノ權利義務ヲ有ストノ義ニ過キサルヲ以テ取締役カ個人トシテ取締役ニ非サル株主ヨリ過大ノ權利義務ヲ有スルモ株主平等ノ原則ニ反セサルコト明ナリ（東京控訴大正元年ネ七一號同二年四月九日判決本書第二卷商法七〇頁）

東京控訴院判決

（一八二）

四二九　保險契約ノ當時保險契約者又ハ被保險者カ惡意又ハ重大ナル過失ニ因リ重要ナル事實ヲ告ケス又ハ重要ナル事項ニ付キ不實ノ事ヲ告ケタルトキハ保險者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得但保險者カ其事實ヲ知リ又ハ過失ニ因リテ之ヲ知ラサリシトキハ此限ニ在ラス

第三百九十九條ノ二第二項及ヒ第三百九十九條ノ三ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

民事訴訟法第一一第二項　明カニ爭ハサル事實ハ原告若クハ被告ノ他ノ陳述ヨリ之ヲ爭ハントスル意思カ顯ハレサルトキハ自白シタルモノト看做ス

生命保險契約ノ拒絶ハ保險業者カ被保險者ノ生命ニ關スル危險ヲ測定シ不利益ト認メタル場合ニ存スルヲ通常トス可キカ故ニ被保險者カ以前他ノ保險業者ヨリ契約ノ申込ヲ拒絶セラレタル事實ノ如キハ商法第四二九條ノ所謂重要ナル事實ニ該當スルヲ以テ其後保險契約ヲ締結スルニ際シ保險者ニ之ヲ告知スル義務アルモノトス」

如上保險契約申込拒絶ノアリタルハ大正四年五月中ニシテ該保險契約ノ締結セ

ラレタルハ同年七月九日ナレハ其間僅ニ三ケ月ヲ出テサル場合ノ如キハ被保險者カ保險契約申込拒絶ノ事實ヲ告知セサルニ付キ尠クトモ重大ナル過失アルモノト認ムルヲ相當トス」

保險業者ニ保險金ノ支拂ヲ請求スルニハ前記生命保險契約拒絶其ノモノト被保險者ノ死亡トノ間ニ因果關係ナキ理由ヲ主張スルヲ以テ足ラス寧ロ前記拒絶事實ノ不告知ニヨリ隱蔽セラレタル被保險者ノ身體ノ不良ト被保險者ノ死亡トノ間ニ何等ノ因果關係ナキコトヲ證明スルヲ要スルモノトス」

本件保險契約者ニシテ且ツ被保險者タル右中谷友次郎カ本件契約締結前ナル大正四年五月中訴外日本生命保險株式會社ニ對シ自己ヲ被保險者トスル保險契約ノ申込ヲ爲シタル所同會社ハ其診査醫ヲシテ右友次郎ノ身體ヲ診査セシメタル結果身體不良ナルモノト認メ右友次郎ニ對シ其申込ヲ拒絶シタル事實アルコトハ眞正ニ成立セリト認ム可キ乙第六號證當審證人田中弟稻ノ證言ニ依リテ之ヲ認定シ得可ク被控訴人ハ右事實ヲ否認スルモ其立證ニ供スル當審證人大釜谷藏ノ證言ハ措信シ難ク其他之ヲ認ムルニ足ル可キ何等ノ證左ナキヲ以テ被控訴人ノ前記否認ハ之ヲ採用スル由ナキ所ナリ而シテ生命保險業者カ被保險者ノ生命ニ關スル危險ヲ測定シ不利益ト認メタル場合ニ存スルヲ通常トス可キカ故ニ被保險者カ以前他ノ保險業者ヨリ契約ノ申込ヲ拒絶セラレタル事實ノ如キハ商法第四二九條ノ所謂重要ナル事實ニ該當スルヲ以テ其後保險契約ヲ締結スルニ際シ保險者ニ之ヲ告知スル義務アルモノト云ハサルヘカラス從テ右中谷友次郎カ本件保險契約締結ニ當リ前記認定ノ生命保險契約申込拒絶ノ事實ヲ控訴會社ニ告知セサリシコト本件當事者間ニ爭ナク且ツ前記申込拒絶ノアリタルハ大正四年五月中ニシテ本件保險契約ノ締結セラレタ

ルハ同年七月九日ナレハ其間僅カニ三ケ月ヲ出ナサル本件ノ場合ニ於テハ右友次郎カ前記保險契約申込拒絶ノ事實ヲ告知セサルニ付キ尠クトモ重大ナル過失アルモノト認ムルヲ相當トス可キカ故ニ右友次郎カ告知義務ニ違背セルモノトシテ控訴會社ハ本件保險契約ヲ解除シ得ルモノト認メサルヘカラス此點ニ付キ被控訴人ハ控訴會社ハ生命保險會社協會ニ入會シ居リテ同協會ヨリ通知ヲ受ケ前記保險契約申込拒絶ノ事實ヲ了知シナカラ本件保險契約ヲ締結シタルモノナルカ故ニ解除權ナキ旨抗爭スルモ保險契約不成立ニ終リタル事實アルトキハ其保險申込ヲ受ケタル保險會社ヨリ保險會社協會ニ之ヲ通知シ該協會ハ更ニ協會ニ加入セル各保險會社ニ其旨ヲ通知スル事實ハ當事者間ニ爭ナキ所ナリト雖モ眞正ニ成立セリト認ムヘキ乙第五號證ニ依レハ控訴會社ハ其主張ノ如ク大正四年六月一八日保險會社協會ニ入會シタル事實ヲ認定スルニ足ルカ故ニ前記當事者間ニ爭ナキ事實ノミヲ以テハ未タ控訴會社カ右協會ニ加入前ノ事實ニ屬スル本件保險契約申込拒絶ノ事實ニ付キ該協會ヨリ其通知ヲ受ケタルモノナル事實ヲ認定スルニ足ラス其他被控訴人ノ提出援用シタル各證據ニ依リテハ之ヲ是認スルニ由ナキヤ以テ前記抗辯ハ排斥ヲ免カレス次ニ被控訴人ハ控訴會社ハ前記ノ通知ヲ受ケサリシトスルモ保險會社協會ニ問合ヲ爲シタルニ於テハ容易ニ右保險契約申込拒絶ノ事實ヲ了知シ得タル次第ナルカ故ニ之ヲ知ラサルニ付キ過失アルモノナリト抗爭スルモ控訴會社ニ過失アルモノト認メ得サルコト論ヲ俟タサルヲ以テ該抗辯モ亦失當ナリ更ニ被控訴人ハ控訴會社ノ診査醫カ右友次郎ノ身體ヲ診査スルニ當リ普通醫師ノ注意ヲ以テスレハ同人ノ病狀ヲ容易ニ發見シ得ヘカリシモノナルカ故ニ之ヲ知ラサルニ付キ過失アルモノト云フ可ク從テ前記保險契約申込拒絶ノ不告知ヲ解除スル權利ナキ旨抗辯スレトモ當審證人笹川滿平ノ證言及ヒ同證言ニ依リ直ニ成立セリト認ムル乙第三號ヲ綜合シテ認メ得ヘキ右友次郎カ大正四年七月五日肺結核ニ罹リ大正五年五月五日該疾患ノ爲メ死亡シタ

ル事實ノミニ依リテハ何等右友次郎ノ身體ノ不良又ハ異狀ニ付キ告知ナカリシコト爭ナキ本件ノ場合ニ敢テ未タ控訴會社ノ診査醫カ普通醫師ノ注意ヲ以テ診査セハ右友次郎ノ病狀ヲ發見シ得ヘカリシモノト認定スルニ十分ナラス其他被控訴人ノ提出援用シタル右證據ニ依リテハ到底之ヲ是認スルニ足ラサルヲ以テ被控訴人ノ前記抗辯モ亦失當ナリ次ニ被控訴人ハ前記生命保險契約申込拒絶ノ事實ト右友次郎ノ死亡トノ間ニハ何等因果關係ナキ所ナルヲ以テ控訴會社ハ保險金支拂ノ義務ヲ負擔スル旨主張スルモ凡ソ被保險者カ以前他ノ保險業者ニ生命保險契約ヲ申込ミ拒絶セラレタル事實ヲ以テ商法第四二九條ニ所謂重要ナル事實トシ該事實ノ不告知ヲ以テ告知義務違背ト解スル所以ノモノハ生命保險契約ノ拒絶ハ保險業者カ被保險者ノ生命ニ關スル危險ヲ測定シ不利益ト認メタル場合卽チ被保險者ノ身體不良ト認メタル場合ニ存スルヲ通常トシ右生命保險契約拒絶ノ不告知カ被保險者ノ身體不良ナル事實ノ不告知ニ該當スルカ爲メナリ從テ被控訴人ハ前記生命保險契約拒絶其モノト被保險者ノ死亡トノ間ニ因果關係ナキ理由ヲ主張シテ保險者タル控訴會社ニ保險金支拂ノ責ヲ負ハシムルヲ得ス寧ロ前記拒絶事實ノ不告知ニ依リ隱蔽セラレタル被保險者ノ身體ノ不良ト被保險者ノ死亡トノ間ニ何等ノ因果關係ナキコトヲ證明スルトキニ限リ控訴會社ニ對シ保險金ノ支拂ヲ請求シ得ヘキモノト云ハサル可カラス而シテ右中谷友次郎カ當時身體不良ナリシ事實ハ前記生命保險契約拒絶事實ニヨリ之ヲ推認スルニ難カラサル所ナルノミナラス前記乙第六號證及ヒ當審認人田中弟稻ノ證言ニ依リ之ヲ確認スルニ足ル以上何等反對事實ノ立證ナキ本件ノ場合ニ於テハ前記乙第三號證ニ依リ明白ナル當時未タ滿三十三歲ニ達セサル被保險者友次郎ノ肺結核ニ因ル死亡カ前記友次郎ノ身體不良ニ基カサルモノト認定スルヲ得サルカ故ニ被控訴人ノ前記抗辯モ亦排斥ヲ免レス而シテ控訴會社カ本件ノ口頭辯論ニ於テ前記生命保險契約拒絶ノ事實ニ關スル告知義務違背ノ理由ニ依リ本件生命保險契約解除ノ意思表示ヲ爲シタルコト明白ニシテ而カモ前記解除原因ヲ知ッタルトキヨリ一ケ月內ニ爲サ

レタルモノナリトノ控訴會社ノ主張事實ニ付キテハ被控訴人ノ明ニ爭ハサル所ニシテ被控訴人ノ他ノ陳述ヨリ之ヲ爭ハントスル意思ノ顯ハレサル所ナルカ故ニ被控訴人之ヲ自白シタルモノト看做ス可ク從テ控訴會社ノ爲シタル前記契約解除ノ意思表示ニ依リ本件生命保險契約ハ法律上有效ニ解除セラレタルモノト認定ス(東京控訴院大正六年(ネ)第七四號同八年一二月一六日民二部野澤裁判長水口細野各判事判決)

【關係事項】廢棄(保險金請求控訴事件○控訴人神國生命保險株式會社法律上代理人取締役飯田延太郎訴訟代理人辯護士有馬忠三郎被控訴人中谷友吉法律上代理人親權者中谷セツ訴訟代理人辯護士菊江久治

一三八　創立總會ニ於テ定款ノ變更又ハ決定ノ廢止ノ決議ヲモ爲スコトヲ得

會社ノ目的其他定款事項ノ變更ハ創立總會ニ於テモ決議スルコトヲ得ルモノトス」

創立總會ハ株式會社ノ原始定款ニ於テ定メタル會社ノ目的本店所在地及會社カ公告ヲ爲ス方法ヲ變更スルコトヲ得ルヤ例ヘハ目的「本會社ハ旅客ノ運送ヲ目的トス」ト「本店甲市乙町一番ルヲ「本會社ハ汽船ヲ購入シ貨物及旅客ノ運送ヲ爲スヲ目的トス」ト「本店甲市乙町一番地」トアルヲ「甲市丙町一番地」ト會社カ公告ヲ爲ス方法「本店ノ店頭ニ掲示ス」トアルヲ「本店ノ店頭ニ掲示シ及ヒ何ニ新聞紙ニ掲載ス」ト變更スルカ如シ本問變更ノ目的タル各種ノ事項ハ何レモ定款事項ニシテ定款事項ノ變更ハ創立總會ニ於テ決議スルヲ妨ケサルコト商法第一三八條ノ規定ニ照シ明白疑ヲ容レス(法曹會決議法曹記事第二九卷第一一號三二頁「株式會社創立總會ノ決議事項ニ關スル件」要項)

【異趣旨學說】創立總會ハ其ノ會社ノ目的ヲ變更スルコトヲ得ルカ電氣供給事業ヲ目的トシテ株式ノ引受ヲ完了シタルニ拘ハラス創立總會ニ於テ一轉シテ運送ヲ目的トスルコトニ變更スルヲ得ルカ此ノ事タル縱シ多數意思ナリトスルモ少數ノ引受人ハ運送事業ナラハ株式ノ申込ヲ爲ササリシコトモアルヘシ實際ニ於テ根本的ニ目的ヲ變更スルコトハ甚タ穩當ヲ缺クノ嫌アリ是ノ故ニ理論上ヨリ之ヲ云ヘハ株式申込證ニ記載シタル事項ニシテ株式申込ノ前提條件ト爲リタル事實ハ總株式引受人ノ同意ニ依ル非サレハ之ヲ變更スルコトヲ得スト爲スヲ妥當トス(法學博士片山吉勝氏株式會社法論二九〇頁)

決議ハ至當ニシテ吾人贊同ニ吝ナラサル者ナリ蓋シ創立總會ノ決議事項ノ範圍ニ關シテハ商法規定ノ事項ニ限定ス可キヤ否ヤハ爭アレトモ定款ノ變更ハ法文ノ明定スル所ニシテ目的變更カ定款變更ナル限リ之ヲ積極ニ斷セサル可ラサレハナリ或ハ此場合株式申込人カ之ニ依リ不利益ヲ被ルコトアル可キヲ理由トシテ反對論ヲ主張スル者無キニ非サレトモ斯ノ如キハ設立後ノ會社ニ於テモ生ス可ク設立中ノ會社ニ付キ特ニ之ヲ異別ニ解ス可キ形式上並ニ實質上ノ理由存セサルモノナリト信ス矧ンヤ法ハ創立總會ニ於テ設立廢止ノ決議ヲ認ムルニ於テハ株式申込人ノ右ノ如キ不安ハ此場合ニ於テモ生スルモノナルカ故ニ之レノミヲ理由トシテハ吾人ハ到底法文ノ制限的解釋ヲ許ササルモノト稽フ

一八四

四三五　手形ニ署名シタル者ハ其手形ノ文言ニ從ヒテ責任ヲ負フ

四三七　僞造又ハ僞造シタル手形ニ署名シタル者ハ其僞造又ハ變造シタル手形ノ文言ニ從ヒテ責任ヲ負フ

變造シタル手形ニ署名シタル者ハ變造前ニ署名シタルモノト推定ス

僞造者變造者及ヒ又ハ重大ナル過失ニ因リ僞造又ハ變造シタル手形ヲ取得シタル者ハ手形上ノ權利ヲ有セス

四四五　爲替手形ニハ左ノ事項ヲ記載シ振出人之ニ署名スルコトヲ要ス

六　振出ノ年月日

四五七　裏書ハ爲替手形其謄本又ハ補箋ニ被裏書人ノ商號氏名又ハ及ヒ裏書ノ年月日ヲ記載シ裏書人署名スルニ依

松波博士

リテ之ヲ爲ス

裏書ハ裏書人ノ署名ノミヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ爾後爲替手形ハ引渡ノミニ依リテ之ヲ讓渡スコトヲ得

四六二 支拂拒絶證書作成ノ時間經過ノ後所持人カ裏書ヲ爲シタルトキハ被裏書人ハ裏書人ノ有シタル權利ノミヲ取得ス此場合ニ於テハ其裏書人ノ手形上ノ責任ヲ負フコトナシ

五二九 第四四六條……第四五三條乃至第四六四條……ノ規定ハ約束手形ニ之ヲ準用ス

振出ノ日附ハ眞實ノ日附タルト否トヲ問ハスシテ振出ヲ成立セシメ振出ヨリ生スル當事者ノ權利義務ノ有無大小等ハ悉ク振出ノ日附ヲ基トシテ決スルモノトセハ裏書ニ付テモ之ト同樣ニ論ス可ク從テ等シク裏書行爲ナルニ於テハ期間前ノ裏書ニハ眞實ノ日ヲ問ハサルニ期間後ノ裏書ニ限リテ之ヲ問ヒ且期間前ノ裏書ニ付テハ裏書ノ有效無效又ハ裏書ノ連續ノ有無ヲ決スルハ一ニ裏書ノ日附ニ依ルニ期間後ノ裏書ニ於テノミ日附ニ依ラスシテ眞實ノ日ニ依ルト區別スルハ何等法律上ノ根據ナキモノトス」

若シ裏書成立ノ日ハ手形關係者ニ權利義務ノ影響ヲ及ホスカ故ニ其日ハ眞日ナルヲ要シ記載日ヲ以テ決スヘカラストスレハ期間前ノ裏書タリトモ眞日ニ依リテ決スルカ記載日ニ依リテ決スルカニ從ヒ當事者ノ權利義務ニ大影響ヲ及ホスコトアリ期間前ノ裏書ト期間後ノ裏書トノ間ニ區別ナキモノトス」

僞造手形ニ所謂僞造トハ事實ヲ僞ハリテ手形ヲ造ル一切ノ場合ヲ包含シ或日ニ手形ヲ振出シナカラ僞ハリテ他ノ日ヲ記載スルコト或ハ或日ニ裏書シナカラ僞

ハリテ他ノ日ヲ記載スルコトヲモ僞造トス」

期間後裏書人ハ常ニ手形面ニテ滿期日ヲ見裏書ノ日附カ遡記セラルルトキハ直ニ其日附カ眞日ト異ナルコトヲ知ルヲ以テ惡意ノ取得者トナリ手形上ノ權利ヲ有セサルモノトス」

【被評判例】 手形行爲カ方式的要件ヲ具備スルヤ否ハ一ニ其要件カ手形ニ記載セラレタルヤ否ニ依リ決スヘク其記載カ眞實ニ符合スルト否トハ之ヲ問ハストスルハ只手形ニ記載シタル手形行爲ノ要件事項カ眞實ニ符合セサルモ手形行爲ノ成立ニハ影響スル所ナキヲ謂フニ過キサレハ此論理ヲ他ニ推及シ如何ナル場合ニ於テモ一ニ手形ニ記載シタル所ニ從フヘク其記載ノ眞實ニ符合スルト否トヲ問フヲ得サルモノト論スルコトヲ得ス

手形ニ記載シタル手形行爲ノ要件事項カ眞實ニ符合セサルトキハ手形行爲ノ成立ニ關セサル點ニ於テ當事者ノ權利義務ニ影響ヲ及ホスヘキ場合ニ在リテハ手形ニ記載シタル所ニ依ラスシテ眞正ノ事實ニ從フヘキモノトス

手形ノ裏書カ手形ニ記載シタル日ニ成立シタルニ非スシテ眞實裏書ノ成立シタルハ支拂拒絶證書作成期間經過後ナリトセハ被裏書人ハ裏書人ノ有シタルノミヲ取得スルニ過キス從テ眞實裏書ノ成立シタル日如何ハ被裏書人ト裏書前ノ手形債務者トノ間ノ權利關係ニ影響ヲ及ホスモノナレハ支拂拒絶證書作成期間經過後ノ裏書ナリヤ否ヤハ眞實裏書ノ成立シタル日ニ從ヒテ之ヲ決スヘキモノトス（大審院大正七年（オ）第七一一號同八年二月一五日民事聯合部判決本書第八卷商法一一七頁）

新判決ノ精神ニ於テハ贊スルモ其理論ノ徹底セサル點ニ於テ批評セサルヲ得ス大審院ハ手形ノ要件事項カ眞實ニ符合スルヤヲ分ツハ其事項カ手形行爲ノ成立ニ關スルカ否カニアリトシ成立ニ關スル點ニ於テ當事者ノ權利義務ニ影響ヲ及ホス場合ニハ眞實ヲ問ハサルモ成立ニ關セサル點ニ於テ影響ヲ及ホス場合ニハ眞實ヲ問フトスルニ在リ例ヘハ手形ノ振出ノ日附カ眞實ニ協フヲ要ストスルトキハ僞日ノ記載アルニ於テハ振出行爲ヲ成立セスシテ爲メニ手形ノ取得者ヲ無權利者トスルヲ以テ振出ノ日附ハ眞實ニ符合スルト否トヲ問ハサルモ期日後ノ裏書ニハ僞日ヲ記載スルモ裏書行爲ノ成立ニ影響ヲ及ホサス唯其日附ノ日ヲ裏書讓渡ノ日トスルニ於テハ手形債務者ハ不利益ヲ蒙リ權利義務ニ影響ヲ及ホスヲ以テ期日後裏書ノ日ニ關シテハ手形ニアル日附ヲ其儘採用セスシテ裏書　渡ノ眞ノ日ヲ問フトイフナリ然レトモ此ノ如ク

區別スル法律上ノ根據ハ何レニアリヤ振出ノ日附ハ眞實ノ日附タルト否トヲ問ハスシテ振出ヲ成立セシメ而シテ振出ヨリ生スル當事者ノ權利義務ノ有無大小等ハ悉ク振出ノ日附ヲ基トシテ決スルニ裏書ニハ何故ニ眞實ノ日ヲ問フヤ又等シク裏書行爲ナルニ期間前ノ裏書ニハ眞實ノ日ヲ問ハサルニ期間後ノ裏書ニ限リテ之ヲ問フヤ期間前ノ裏書ニ於テハ裏書ノ有效無效又ハ裏書ノ連續ノ有無ヲ決スルハ一ニ裏書ノ日附ニ依ルニ獨リ期間後ノ裏書ニ於テノシ日附ニ依ラスシテ眞實ノ日ニ依ルト區別スル法律上ノ根據ヲ示サスシテ單ニ「當然ノ事理ナリ」トイフニ止マルモ此ノ如キ區別ハ單ニ當然ノ事理ナリト放言スルノミニテハ明白ナラス

大審院ハ此區別ノ理由ヲシキモノヲ示シテ「手形ノ裏書ハ記載日タル期間前ニ成立シタルニ非スシテ期間後ニ成立シタリトスレハ被裏書人ハ裏書人ノ有シタル權利ノミヲ取得スルニ過キス從テ裏書成立ノ日ノ期間前タルト期間後タルトハ被裏書人ト手形債務ニ影響ヲ及ホスカ故ニ期間後ノ裏書ナルカ否カハ眞ノ日ニ從ヒテ之ヲ決セサルヘカラストイフモ此レ亦此區別ノ理由トナラス若シ裏書成立ノ日ハ手形關係者權利義務ニ影響ヲ及ホスカ故ニ其日ハ眞實ナルヲ要シ記載日ヲ以テ決スヘカラストスレハ期間前ノ裏書タリトモ眞實日ニ依リテ決スルカ記載日ニ依リ決スルカニ從ヒ當事者ノ權利義務ニ大影響ヲ及ホスコトアリ此點ニ於テ期間前ノ裏書ノ有無ヲ裏書ノ日附ニ依リテ決スヘキモノトナレハ裏書人ハ裏書ノ日附ヲ期間後ノ裏書ノ有無ヲ裏書ノ日附ニ依リテ決スヘキモノトノ間ニ區別ナシ大審院ノ期間前ニ遡記シテ被裏書人ニ期間前ノ裏書ニ依ルト同一ノ權利ヲ取得セシメ以テ不當ニ手形債務者ヲ害スルヲ以テ眞實ノ日ニ依リテ決セサルヘカラストイフモ此レ亦眞日ヲ見ル點ニ於テ期間前ノ裏書ト期間後ノ裏書トヲ區別スル十分ノ理由ナラス此ノ如キ理由ニ基キテ期間後ノ裏書ノ日ハ眞ノ日ニ決セサルヘカラストイフトキハ期間後ノ裏書ノ外ニモ多クノ手形行爲ニハ必ス眞ノ日又ハ眞ノ地ヲ問ハサルヘカラサルニ至ラン例ヘハ一覽後定期拂ノ手形ニ於ケル引受ノ日ノ如シ又大審院ハ「期間後ノ裏書ノ有無ヲ裏書ノ日附ニ依リテ決スヘキモノトス

レハ裏書人ノ日附ヲ遡記シテ被裏書人ニ期間前ノ裏書ニ依ルト同一ノ權利ヲ取得セシメテ不當ニ手形債務者ヲ害ス」トイフモ必スシモ然ラス手形ノ被裏書人カ前者タル手形債務者ニ償還ヲ請求スルニハ支拂拒絕證書ヲ作成シテ之ヲ呈示セサルヘカラスシテ拒絕證書ニハ之ヲ作成セシ當時ノ被拒絕者卽チ裏書ノ最後ノ被裏書人ヲ記載セルヲ以テ之レヨリ以後ノ被裏書ハ此ノ證書ニ依リテ最後ノ裏書ノ被裏書タル手形所持人トシテ償還請求權ヲ行使シ得シ得サルコト手形面ヨリ明白トナレハナリ

尙大審院ハ「手形ニ記載シタル手形行爲ノ要件事項カ眞實ニ符合セサル場合ニ當事者ノ權利義務ニ影響ヲ及ホスヘキ場合ニ於テハ眞正ノ日ニ從ハサルヘカラサルハ當然ノ事理ナリトイヒテ手形行爲ノ要件事項ニ限リ例ヘハ記名裏書ニ於ケル日附ヲ眞正ノ事實ニ從ハサルヘカラストスルモ何故ニ之ヲ要件事項ニ限リテ他ニ及ホササルカ例ハ手形ノ裏書地ハ手形法ニ規定シタル事項ニシテ裏書人ハ之ヲ記載シタルトキハ手形上ノ效力ヲ生スル(四八八條ノ三)何故之ニハ眞ノ裏書地ヲ調査シテ其眞ノ地ニ依ラシメサルカ裏書ノ日ハ眞正ノ日タルヲ要スルモ裏書ノ地ハ眞正ナラサルモ可ナリト區別スル理由何レニアリヤ大審院ハ之ヲ區別スル理由ナシトシテ裏書地モ眞ノ地ニ從ハシムル意ナルヤ蓋シ然ラサル

大審院ハ手形ノ裏書ノ日附カ期間前ナルニ拘ハラス控訴院ハ裏書ノ眞ノ日ヲ以テ其效力ヲ決セントシ之ヲ期間後ノ裏書ノ裏書ト認定シタルハ違法ニ非ストイヘリ卽チ裏書ノ日ハ手形上ノ記載ニ依リテ決セスシテ手形外ノ證據ニ依リテ決スルコトヲ得トシタルナリ余ハ此判決ハ大審院自ラ其理由トシテ述フルモノニ矛盾セサルカヲ疑フ大審院ハ其判決ハ前段ニ抽象的ノ理由トシテ「手形ニ記載シアル手形行爲ノ要件事項カ眞實ニ符合セサルトキハ手形行爲ノ成立ニ關セサル點ニ於テ當事者ノ權利義務ニ影響ヲ及ホスヘキ場合ニ在リテハ手形ニ記載シタル所ニ依ラスシテ眞正ノ事實ニ從ハサルヘカラス」トイヒ手形行爲ノ成立ニ關セサル點ニ於テハ當事者ニ影響ヲ及ホスヘキ場合ニハ眞正ノ事實ニ從フトシ之ヲ具體的ニ適用シテ期間後ノ裏書ニ在リテハ眞實

ノ裏書ノ日ニ依リ決ストイヒ恰モ期間後ノ裏書ハ手形行爲ニ非ス又裏書ノ日附ハ裏書ノ成立ニ關セサル如クイフ傾アルモ果シテ然ルニヤ若シ然リトセハ斯ノ誤解ナリ手形ノ裏書ハ期間後ニ之ヲ爲スモ裏書ナリ而シテ手形行爲ナリ期間後ノ裏書ノ效力ハ期間前ノ裏書ノ效力ト異ナルモ裏書ナル手形行爲タル點ニ於テハ異ナル所ナシ支拂拒絶證書作成期間後ニ於ケル手形自體ノ效力又ハ其讓渡方法ヲ如何ニスヘキカ之ヲ期間前ニ於ケルト同一ニスヘキカ或ハ大ニ異ニスヘキカ等ニ關シテハ世界ノ立法主義分ルルモ我國ハ期間後ニ於テモ手形ハ從來ノ如ク存續セシメ又其讓渡方法ニ關シテハ裏書ヲ排セサルナリ然ラハ裏書ノ方法及ヒ效力ニ關シテ期間後ノ裏書ニ特別ノ規定ナキ限リハ普通ノ裏書ノ規定ハ從ハシムル主意ト解スヘク從テ期間前ノ記名裏書ニ日附ヲ必要スレハ期間後ノ裏書ニモ之ヲ必要トスヘク又期間前ノ裏書ニ僞日ヲ記載スルモ裏書ヲ成立セシムトセハ期間後ノ裏書ニ僞日ヲ記載スルモ亦裏書ヲ成立セシムヘキナリ

大審院ハ其判決ニ於テ本件手形ノ裏書ヲ以テ手形ニ記載シタル日附カ支拂拒絶證書ノ作成期間滿了前ナルニ拘ハラス眞實裏書ノ完成シタル日ニ從ヒテ拒絶證書ノ作成期間經過後ノ裏書ナリト認定シタルハ違法ニ非ストイヘルヲ見レハ大審院ハ此裏書ヲ期間後ノ裏書トシテ有效ト解スルニ似タリ玆ニ於テハ更ニ疑問ヲ生ス曰ク若シ裏書人カ期間前ニ裏書シナカラ其日附ニ期間後ノ日附ヲ記載スルトキハ如何此場合ニハ大審院ハ事實ニ基キテ之ヲ期間前ニ爲ス裏書ナルヲ以テ裏書ノ日ハ日附ニ依ルト解スルトキハ其ト見ルカ若シ期間前ニ爲ス裏書ナルヘシ然ラハ實質ヲ採リ日附ハ期間後ナルモ眞實ノ裏書結果却テ期間後ノ裏書トナルヘシ然ラハ實質ヲ採リ日附ハ期間後ナルモ眞實ノ裏書ハ期間前ナリトシテ期間前ノ裏書トセンカ手形ノ裏書ハ總テ眞實ニ依リ記載ニ依ラサルコトトナリテ一般ノ形式主義ニ反スヘシ大審院ノ意見ハ後說ノ如キモノナルカ曰ク或ハ然ラン大審院ノ意見ニシテ果シテ此ノ如キ程度ニテ實質主義ヲ採用スルモノトセハ寧ロ一歩ヲ進メ裏書ノ日附ハ眞實タル事ヲ要シ僞日ナルトキハ其裏書ヲ無

效ト解シテハ如何或ハ我手形法ノ下ニハ日附ハ記名裏書ノ要件ニ非スト解シテハ如何裏書ノ日附ヲ無視シテ他ノ日ヲ裏書ノ日トシナカラ而カモ其裏書ニハ日附アリテ記名裏書ノ要件ヲ具備シテ手形行爲ヲ成立セシムトイフハ一種ノ矛盾ナラスヤ要スルニ大審院ノ精神ハ右ノ如ク解シテ期間後ノ取得者ヲシテ手形上獨立ノ權利ヲ得セシメ仍テ以テ手形債務者ヲ保護セントスルニ在ルモ此ノ如キ獨斷ハ不可ナリ若シ大審院ニシテ期間後ノ手形取得者ニハ手形上獨立ノ權利ヲ得セシメント欲セハ寧ロ僞造手形ヲ余カ解スルト等シク解スヘシ余ノ僞造手形ノ解釋ハ著シク通說ト異ナルモ余ハ之ヲ正解ト信シ又本問ノ如キ場合ニ實際ノ情況ニ適應シ得ル長所ヲ有スルモノナリ

本題ハ大審院ノ判決ヲ批評スルモノニシテ自己ノ學說ヲ述フルニ非サルヲ以テ僞造手形ノ說明ハ略述スルニ止メンニ余ハ僞造手形ノ範圍ニ付キ一般通說ノ觀念ト全ク其ノ說ク所ヲ異ス法ハ僞造トイヘルヲ以テ事實ヲ僞リテ手形ヲ造ルトキハ悉ク僞造ナリトシ或日ニ手形ヲ振出シナカラ僞リテ他ノ日ヲ記載スルコト或日ニ裏書シナカラ僞ハリテ他ノ日ヲ記載スルコトモ僞造トス法ハ裏書人ヲシテ裏書日ヲ記載セシメ之ヲ手形行爲ノ要件トセルニ其日ハ僞日ナルモ可也トイフハ法ノ規定ヲ無視スルナリ唯手形ノ流通上手形ニ記載スル日ハ必ス眞日タルヲ要シ若シ異ナルニ於テハ其手形ニ爲ス手形行爲ヲ悉ク無効トスルトキハ手形ノ流通ヲ害スルヲ以テ此如キ手形ニ署名シタル者ヲシテ其文言ニ從ヒテ責任ヲ負ハシメ而シテ善意ノ取得者ヲシテ手形上ノ權利ヲ得セシムルモ唯夫レ善意ノ取得者ニ權利ヲ得セシムルノミ自ラ僞日ヲ記載シタル者ハ手形ノ僞造者ナリトシ又其僞日タルコトヲ知リテ之ヲ取得シタル者ニ僞造手形ノ惡意取得者トシテ權利ヲ取得セシメス余ハ之ヲ以テ振出裏書其他ノ手形行爲ノ僞造ヲ說明セントシ裏書ヲ說クニ當リテモ之ニ據ルナリ而シテ此點ニ於テ裏書ノ期間前ノモノナルトキハ期間後ノモノナルトヲ區別セス唯實際ニハ裏書カ期間前ナルトキハ裏書ノ眞日ト僞日トヲ區別シ難キヲ以テ殆ント常ニ記載日ハ其儘ニ眞日ト

セラルルモ若シ手形債務者ニ於テ裏書ノ日附ト眞日トハ異ナルコト及ヒ被裏書人カ其事ヲ知ルコトヲ證明スルニ於テハ其者ニ對シテ責ヲ負ハス否其者ハ惡者トシテ手形上ノ權利ヲ有セサルナリ期間後ノ裏書ニ關シテイフモ理論ハ亦同一ナリ然レトモ期間後裏書ノ場合ニハ被裏書人ハ常ニ手形面ニテ滿期日ヲ見而シテ裏書ノ日附カ遡記セラルルトキハ直チニ其日附カ眞日ト異ナルコトヲ知ルヲ以テ惡意ノ取得者トナリ手形上ノ權利ヲ有セサル也此如クシテ大審院ノ希望スル如ク期間後ノ被裏書人ニハ獨立ノ手形上ノ權利ヲ得セシメスシテ手形債務者ヲ保護スルコトトナル(法學博士松波仁一郎氏法學協會雜誌第三七卷第七號一一三頁「期間後裏書ノ日附ノ虚僞」參項)

期間經過後ノ裏書ニ就キ之ヲ通常ノ裏書ト認ムヘキヤ將又滿期後ノ裏書ト認ヘキヤハ手形日附ニ依リ決セスシテ眞ノ裏書アリタル日ニ依テ決スヘキモノトス』

何カ故ニ裏書日附ハ眞ノ裏書ノ日タルコトヲ要セサルカハ裏書日附ナルモノハ裏書アリタル事實ノ日附ニ非スシテ手形行爲者ノ意思表示ノ內容タルモノニ過キス換言スレハ裏書日附ナルモノハ其日ニ於テ裏書アリシ旨ノ事實ノ記載ニ非スシテ其日附ニ於テ裏書アリタルモノトシテノ法律上ノ效果ヲ欲スル處分ニ過キサルカ故ナリトス』

商法第四六二條ハ「支拂拒絕證書作成期間經過ノ後所持人カ裏書ヲ爲シタルトキハ」ト規定シ所謂滿期後裏書トハ裏書行爲ノ時カ期間經過後ノモノヲ謂フコト明ナルカ故ニ期間經過後ニ日附ヲ遡記シタル裏書ハ其滿期後裏書タルコト亦明

白ナリト謂ハサルヘカラス』

日附ニ就テハ或ハ手形記載ノ日附ヲ標準トスルコトアリ(例日附後定期拂手形ニ於ケル滿期日ノ計算一覽拂手形小切手ノ支拂呈示期間及ヒ一覽後定期拂手形ノ引受呈示期間)或ハ行爲ノ時ヲ標準トスヘキモノアリ(例手形行爲者カ行爲能力ヲ有セシヤ否ヤ手形ノ振出カ破産宣告後ニ係ルヤ否ヤ)此後ノ場合ハ意思表示ノ內容ノ問題ニ非スシテ行爲ノ日ノ何時タルカノ問題ニテ如上期間經過後ニ日附ヲ遡記シタル裏書カ滿期後裏書ナリヤ否ヤハ後ノ場合ノ一ナリトス』

商法第四六二條ハ期間經過後ノ裏書ノ效力ヲ制限シ當事者ノ意思ノ如何ヲ問ハス被裏書人ハ裏書人ノ有シタル權利ヲ取得スルコトヲ得トスルニ止マルモノニシテ從テ日附ヲ記載シタル裏書ニ於テハ當事者ノ意思表示トシテハ日附通リノ裏書ノ效果ヲ欲シタルニモセヨ商法第四六二條ノ適用アリ其裏書ハ滿期後ノ裏書タル效力ヲ有スルニ止マルト共ニ滿期後裏書トシテノ效力ハ之ヲ有スト解スヘキモノトス』

手形ノ滿期日到來後滿期日前ノ日附ヲ附シテ爲シタル裏書ニ關シ滿期後裏書ナリヤ否ヤハ手形記載ノ裏書日附ニ從ヒ決スヘキモノニ非スシテ眞ニ裏書行爲ノ成立シタル日ニ依ルヘシトシタルハ吾人ノ歡迎ヲ禁セサル所ナリ然レトモ其理由トスル所ニ依リテハ何等合理的根據ナシ (イ)何カ故ニ手形行爲ノ成立ノ問題ニ付テハ眞ノ事實ニ依ラスシテ一ニ手形ノ記載ニ依ルカ此點ヲ明カニセサルカ故ニ (ロ)其記載事項カ

當事者ノ權利義務ニ影響ヲ及ホスヘキ場合ニハ手形ノ記載ヲ無視シテ眞ノ事實ニ從フヘキハ當然ノ事理ナリトシテ怪シム所ナシ然レトモ(1)苟クモ手形ノ要件ノ記載タニアラハ成立ストスル以上ハ却テ其記載通リノ權利義務ヲ生スルモノトシテ成立スト解スヘキハ寧ロ當然ニシテ判決ノ如ク權利義務ノ問題ハ外ナリトスルニハ特別ノ理由アルコトヲ要ス蓋シ手形ノ成立ノ要件ノ存否ハ一ニ手形ノ記載ニ依テ之ヲ定メ眞ノ事實ニ適合スルヤ否ヤヲ問ハストスルハ普通ニ論セラルカ如ク第三者ヲシテ其記載カ眞ノ事實ニ符合スルヤ否ヤノ實質的調査ヲ須ヰス直チニ手形ノ記載ニ信頼シ安ンシテ其取引ヲ爲スヲ得シメンカ爲メナリトセハ此ノ目的ノ爲メニハ當事者ハ其記載通リノ權利ヲ得義務ヲ負フト爲スコトヲ要シ本判決ノ如ク權利義務ハ之ヲ別問題トシ眞ノ事實ニ從フヘキモノトスルハ目的ノ破壞ト謂ハサルヲ得サルナリ(2)加之判決ノ如ク成立問題ト權利義務ノ問題トヲ分離シ權利義務ニ影響ヲ及ホスヘキ場合ニ於テハ眞ノ事實ニ從フヘシトスルハ實際ノ結果ヨリ見ルモ極メテ不當ナリ判決ハ此標準ニ基キ期間經過後ノ裏書人ノ取得スル權利ノ內容ヲ異ニスルカ故ニ此場合ハ手形記載ノ裏書年月日ニ依リテ決セスシテ眞ノ事實ニ依ルヘキモノナリトス然レトモ此意味ニ於テハ獨リ裏書ノ年月日ニ限ラス總テノ手形要件又ハ裏書要件ハ皆當事者ノ權利義務ニ影響ヲ及ホサレハナリ從テ是等ノ事項ニ付テモ亦常ニ眞ノ事實ニ從ヒテ其效果ヲ定ムヘキコトトナラサルヘカラス

右ノ如ク判決ノ理由ハ到底之ヲ採用スルニ堪ヘスト雖モ期間經過後ノ裏書ニ就キ之ヲ通常ノ裏書ト認ムヘキヤハ手形記載ノ裏書日附ニ依リ決セスシテ眞ノ裏書アリタルヲ日ニ依テ決スヘシトスル結果ノ正當ナルハ前述ノ如シ而シテ(イ)何カ故ニ裏書日附ハ眞ノ裏書ノ日タル事ヲ要セサルカ是レ裏書日附ナルモノハ裏書アリタル事實ノ日附ニ非スシテ手形行爲者ノ意思表示ノ內容タルモノニ過キサルカ故ナリ即チ裏書日附ナルモノハ其日ニ於テ裏書アリタル者ノ事實ノ記載ニ非スシテ其日附ニ於テ裏書アリタルモノトシテノ法律上ノ效果ヲ欲スル處分ニ過キス此點ハ手形ナルモノハ

事實ヲ記載スル證據證書ニ非スシテ手形記載通リノ手形上ノ權利ナルモノヲ發生セシメントスル處分證券タルコトヨリ生スル當然ノ結果タルノミナラス他ノ手形要件タル事項カ皆手形上ノ意思表示ノ內容ヲ爲スヨリ見ルモ振出又ハ裏書日附ニ就テモ亦斯ク解スルコトヲ要ス即チ手形記載ノ金額ヲ以テ給付ノ目的トシ其記載ノ滿期日ヲ以テ履行アルヘキ日トシ其記載ノ支拂地ニ於テ亦其記載スル支拂人ヲシテ支拂ヲ爲サシメントスルコトカ手形上ノ意思表示ノ內容ヲ爲スト同シク其振出又ハ裏書ノ日附ナルモノモ亦其日附ニ於テ振出アリタルモノトシテノ手形上ノ權利ノ發生ヲ欲スル意思表示タルモノト認メサルヲ得サル也吾人ノ信スル所ヲ以テスレハ是レ實ニ振出又ハ裏書ノ年月日ナルモノノ振出又ハ裏書行爲ヲ爲シタル日ト同一ナラサルヲ得ル所以ニシテ振出又ハ裏書ノ日附カ事實ノ記載タルモノトセハ斯ノ如キ結果ハ到底之ヲ認ムルニ由ナキナリ(ロ)然ラハ期間經過後ニ日附ヲ遡記シタル裏書ハ之ヲ滿期後裏書ト認ムヘキヤ否ヤ右ニ述ヘタル如ク手形記載ノ裏書日附ナルモノハ意思表示ノ內容ヲ爲スモノニ外ナラサルカ故ニ此日附ト又斯ノ如キ內容ノ裏書ヲ爲シタル行爲ノ日トハ觀念上別箇ノモノタルハ論ヲ俟タス而シテ問題ノ裏書ハ滿期後ノ裏書ナリヤ否ヤハ所謂滿期後裏書トハ行爲ノ時ヲ標準トスルカ意思表示タル記載ヲ標準トスルカヲ明カニスルニ依リテ自ラ解決セラルヘキ問題タリ元來日附ニ就テハ(イ)或ハ手形記載ノ日附ヲ標準スルコトアリ(例ヘハ日附後定期拂手形ニ於ケル滿期日ノ計算)商法第四五〇條第二號)一覽拂手形(第四八二條)及ヒ小切手(第五三三條)ノ支拂呈示期間及ヒ一覽後定期拂手形ノ引受呈示期間(第四六六條等)而シテ商法第四六二條ハ「支拂拒絕證書作成期間經過ノ後所持人カ裏書ヲ爲シタルトキハ」云々ト規定シ所謂滿期後裏書トハ裏書行爲ノ時カ期間經過後ノモノヲ謂フコト明白ナルカ故ニ案件ノ裏書ハ其滿期後裏書タルコト亦明白ナリト謂ハサルヘカラス或ハ然ラスシテ(2)專ラ行爲ノ時ヲ標準トスヘキモノアリ(例ヘハ手形行爲カ行爲能力ヲ有セシヤ否ヤ又ハ手形ノ振出カ破產宣告ノ後ニ係ルヤ否ヤ(破產法第九八五條第九九〇條等)此ノ場合ハ意思

表示ノ内容ノ問題ニ非スシテ行爲ノ日ノ何時タルカノ問題タレハナリ而シテ案件滿期後裏書ナリヤ否ヤノ如キハ後ノ場合ノ一タルニ外ナラサルナリ

右ノ如ク裏書日附ヲ以テ意思表示ノ内容ヲ作スモノトシ日附ヲ遡記シタル期間經過後ノ裏書ナル物ハ滿期後裏書トシテ而モ通常ノ裏書タルノ效果ノ發生ヲ欲望シタルモノトセハ此裏書ハ滿期裏書滿期裏書後裏書トシテ效力ヲモ有セス全然無效トナラサルヤノ疑ナキニ非サルヘシ然レトモ商法第四六二條ハ期間經過後ノ裏書ノ效力ヲ制限シ當事者ノ意思ノ如何ヲ問ハニ裏被書人ハ裏書人ノ有シタル權利ヲ取得スル事ヲ得トスルニ止マルモノ也從ツテ日附ヲ記シタル裏書ニ於テハ當事者ノ意思表示トシテハ日附通リノ裏書ノ效果ヲ欲シタルニモセヨ商法第四六二條ノ適用アリ其裏書ハ滿期後ノ裏書タル效力ヲ有スルニ止マルト共ニ滿期後裏書トシテノ效力ハ之ヲ有スト解セサルヘカラス(法學博士竹田省氏法學論叢第二卷第五號一〇〇頁「裏書日附ノ遡記ト滿期後裏書」要領)

水口ドクトル

手形ノ記載事項カ法定ノ要件ニ缺クル所ナケレハ其事項カ眞實ニ合致スルヲ要セストノ原則ハ手形ノ成立從テ又手形行爲ノ成立スルヤ否ヤヲ判定スルニ際シ據ルヘキ原則ニシテ手形行爲ノ方式ハ手形ノ外觀ニ依リテ之ヲ決スヘキコトヲ明カニスルニ止ルヲ以テ既ニ成立シタル手形行爲ノ效力ニ影響ヲ及ホスヘキ事項ヲ判定スル場合ニ之ヲ適用スヘキモノニ非ス」

事實ニ符合セサル裏書年月日ノ記載ハ裏書ノ要件ニ缺クル處ナク從テ裏書行爲ノ成立ヲ妨クルモノニ非サルモ其裏書行爲ノアリシ年月日カ其行爲ノ效力ニ影響ヲ及ホスヘキ場合ニハ記載ヲ標準トセスシテ眞實ヲ標準ト爲ササルヘカラス」

期間後裏書ノ效力ニ關シテハ一ニ實際ノ年月日ヲ標準ト爲スヘキモノトス」

裏書讓渡カ成立スルニハ裏書ヲ具ヘタル手形ノ交付ヲ必要トシ此交付カ法律行爲ノ本體ヲ爲スモノニシテ玆ニ相手方ニ對スル意思表示ノ存在ヲ認メ得ヘキコトト爲ルヲ以テ裏書署名ノ日ト手形交付ノ日ト異ナルトキハ其交付ノ日カ裏書讓渡ナル手形行爲ノ成立シタル日ナリトス」

判旨第一點ハ正當ナルヤ論ヲ俟タス手形ノ記載事項カ法定ノ要件ニ缺ク所ナケレハ其事項カ眞實ニ合致スルヲ要セストノ原則ハ手形ノ成立從テ又手形行爲ノ成立スルヤ否ヤヲ判定スルニ際シ據ルヘキ原則ニシテ手形行爲ノ法式ハ手形ノ外觀ニ依リテ決スヘキコトヲ明カニスルニ止マルヲ以テ既ニ成立シタル手形行爲ノ效力ニ影響ヲ及ホスヘキ事項ヲ制定スル場合ニ之ヲ適用スヘキモノニアラス既ニ成立シタル手形行爲ヨリ生セル效力カ一定ノ事由ノ爲メニ影響ヲ受クヘキ場合ニハ一般ノ原則ニ依リ之ヲ判定スヘキモノニシテ其一般ノ原則ニ依レハ一ニ眞實ノ事項ヲ以テ制定ノ基礎ト爲スヘキコトトナル而シテ手形行爲ニ於テ其方式トシテ手形ニ記載シタル事頁ト眞正ノ事實ト一致セスシテ行爲ノ效力ヲ及ホスヘキモノハ振出裏書等手形行爲ノ地及年月日ノミニシテ手形金額ノ如キニハ記載以外ニ手形金額ナキヲ以テ所謂事實ト符合セサル場合ヲ生スルコトナキモノナルモ振出地及年月日ハ實際ト相反スル記載ヲ爲スコトアリ從テ其地及年月日カ手形行爲ノ效力ヲ判定スヘキ標準ト爲ルヘキ場合ヲ生スルモノニシテ此等ノ場合ニハ眞實行爲アリシ地及年月日ニ依據スヘキモノトス

裏書ノ年月日ニ付テモ右說述シタル所ニ依ルヘキモノニシテ事實ニ符合セサル裏書年月日ノ記載ハ裏書ノ要件ニ缺ケル所ナク從テ裏書行爲ノ成立ヲ妨クルモノニ非サルモ其裏書行爲アリシ年月日カ其行爲ノ效力ニ影響ヲ及ホスヘキ場合ニハ記載ヲ標準トセスシテ眞實ヲ標準ト爲ササルヘカラス商法支拂拒絕證書作成期間經過前ト後

トニ依リ裏書讓渡ノ效力ニ差異ヲ認ムルヲ以テ支拂拒絶證書作成期間後ニ期間經過前ノ年月日ヲ記載シタル場合裏書ノ成立ヲ害スルコトナキモ其效力ニ影響ヲ及ボスヘキ事項タル期間經過前後ナルヤノ事實ヲ確定スルカ爲メニハ實際其裏書讓渡ノアリタル年月日ニ依リ其年月日カ期間經過後ナル場合ハ期間後ノ裏書トスヘキモノトス

予ハ前示先例タリシ判決ノ評論ニ際シ善意ノ第三者ニ對スル關係ニ於テハ記載モ亦其裏書ノ效力ヲ判定スヘキ標準トナルヘキモノナリト論シタルコトアリシモ期間後裏書ノ效力ニ關シテハ斯ノ如ク論スルモ何等第三者保護ノ實益ノ存在ヲ認メ得サルヲ以テ一ニ實際ノ年月日ヲ標準ト爲スヲ以テ正當トシ本判旨ニ全然贊意ヲ表スルモノナリ

然ラハ如何ナル事實アリシ日ヲ以テ裏書行爲アリシ日ト解スヘキカ裏書トシテ手形ニ要件ヲ記載スルニ依リ裏書ナル方式ハ完成スルモ此裏書ナルモノハ方式ナリ手形ノ讓渡若クハ手形權利ノ移轉ヲ目的トスル法律行爲ノ方式ナリ之ニ依ルニアラサレハ手形上ノ效力ヲ生セシムルニハ此方式ヲ履踐スルヲ要ス然レトモ此方式ノ完成ノミニ因リ裏書讓渡行爲成立スルコトナシ手形ニ裏書署名ヲ爲スニ因リテ裏書ナル方式完成スルト雖モ方式ハ法律行爲ニ非スシテ事實的行爲ナリ之ニ依リテハ裏書行爲成立セス裏書讓渡カ成立スルニハ裏書ヲ具ヘタル手形ノ交付ヲ必要トス此交付カ法律行爲ノ本體ヲ爲スモノニシテ玆ニ相手方ニ對スル意思表示ノ存在ヲ認メ得ヘキコトヲ爲ルヲ以テ裏書署名ノ日ト手形交付ノ日ト異ルトキハ其交付ノ日カ裏書讓渡ナル手形行爲ノ成立シタル日ナリト解スヘキモノニシテ商法第四五五六條ニ「裏書ニ依リテ之ヲ讓渡スルコトヲ得」ノ文詞ハ之ヲ示シテ餘リアリト謂フヘシ第四六二條ニ「裏書ヲ爲シタルトキ」ト（「裏書ニ依ツテ讓渡シタルトキ」ト同義ナルヲ以テ交付ノ日時如何ニ依リ期間經過後ナルヤ否ヤヲ決スヘキコトハ之ヲ疑フヘキ餘地ナシ之單リ裏書ニ限ルヘキニ非スシテ一切ノ手形行爲ニ適スルモノナレハ

擬出シノ場合ニモ亦爾ク解セサルヘカラサルモノナリ（ドクトルユリス水口吉藏氏國學及國家學第七卷第五號六一頁「後裏書認定ノ標準及後裏書ト第四四〇條ノ關係」要領）

【參照學說判例】

本書第八卷商法一二〇以下

後裏書遡記ノ効力如何ノ問題ニ關シ大審院カ手形ニ記載シタル手形行爲ノ要件事項カ眞實ニ符合セサルトキハ手形行爲ノ成立ニ關セサル點ニ於テ當事者ノ權利義務ニ影響ヲ及ホスヘキ場合ニ在リテハ手形記載面ニ依ラスシテ眞正ノ事實ニ從フヘシト謂ヘルハ何等理由無キモノナリト爲シ以テ駁擊セラレタル松波竹田兩博士ノ高見ハ吾人ノ敬服ストコロナリ而モ竹田博士ハ其立論ノ方法ヲ異ニスルモ其結論ハ大審院ノ見解ト其軌ヲ一ニシ復タ水口トクトルノ高見ト一致スルモノニシテ此場合後裏書ナリヤ否ヤハ眞實裏書ノ成立シタル日ニ從ヒテ之ヲ決スヘク記載日附ニヨリテ判定スヘキモノニ非ストセラレ吾人ノ素論トモ吻合シ贊同ニ躊躇セサル所ナリ（本書第八卷商法一二一頁評論參照）然ニ松波博士ハ由來此問題ニ對シ獨特ノ見解ヲ有セラルルトコロニシテ手形僞造ノ觀念ヲ以テ說明セラルル所也卽チ手形僞造トハ他人ノ名義ヲ僞リテ手形行爲ヲ爲ス場合ノミニ止マラス汎ク手形要件ノ事實ヲ僞リテ手形ヲ造ル一切ノ場合ヲ指稱スルモノト爲シ裏書カ日附ヲ僞リテ爲サレタルトキモ手形行爲ノ僞造ナリトシ隨テ此場

合其手形行爲ハ善意ノ第三者ニ對シテハ有效ナレトモ惡意ノ第三者ニ對シテハ無效ナリト解カル然リト雖モ手形僞造ヲ爾ク採ル能ハサルハ洵ニ竹田博士ノ敍說セラレタル所ニテ明瞭ニシテ裏書日附ハ手形行爲者ノ意思表示ノ內容タルモノニ過キス換言スレハ其日附ニ於テ裏書アリタルモノトシテ被裏書人ニ手形債權者タラシメントスル法律上ノ效果ヲ欲シテ爲サルルニ過キス裏書アリタリトノ事實其モノノ記載ニ非サレハ裏書日附ヲ僞記スルコトハ所謂僞造ノ觀念ヲ容レサルモノナリ更ニ詳言スレハ僞造ハ事實ヲ僞リテ記載スルモノナレトモ之ハ事實ヲ僞ルモノニ非サルカ故ニ僞造ニ似テ而モ之ニ該當セサルモノナリ吾人ハ松波博士ノ高說ニ因リテ末タ反省スヘキ所以ヲ識ラサル者ナリ

（一八五）

一四九 株式ハ定款ニ別段ノ定ナキトキハ會社ノ承諾ナクシテ之ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得但第百四十一條第一項ノ規定ニ從ヒ本店ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲スマテハ之ヲ讓渡シ又ハ其讓渡ノ豫約ヲ爲スコトヲ得ス

民法三六四第二項　前項ノ規定ハ記名ノ株式ニハ之ヲ適用セス

同四六六　債權ハ之ヲ讓渡スコトヲ得但其性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス

前項ノ規定ハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタル場合ニハ之ヲ適用セス但其意思表示ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

高根博士

株式會社ノ定款ニ於テ株式ノ讓渡ハ會社ノ承諾ヲ要ストシ又ハ承諾ナクシテ讓渡スコトヲ得スト規定シテ株式讓渡ノ自由ヲ制限シタル場合ニ承諾ナクシテ讓渡シタル場合ニハ株主權ハ移轉セサルモノトス」

原始定款ニ於テ株式ノ讓渡ハ會社ノ承諾ヲ要スト定メタ場合ノ效力如何此場合ニハ其定款ノ效力ヲ考フルニ先チテ明ニシテ置カネハナラヌ事ハ此ノ規定ハ無記名式ニ就テハ適用ナイコトヲアルサテ一口ニ株式ノ讓渡ニハ會社ノ承諾ヲ要スル旨ノ規定ト云フテモ單ニ豫メ會社カ株式讓渡ノ事實ヲ知リ得ル便宜ノ爲メニ讓渡人タル株主ニ承諾ヲ求ムル義務ヲ負ハスル目的モ絕無テナイテアラウ此ノ場合ハ會社對當該株主丈ケノ干係テ株式ノ讓渡自體ニ何等影響ヲ及ホサナイ趣旨テアリ得ル事モアルト思考スル然シ乍ラ問題トスルノハ若シ會社ノ承諾ナシニ株式ノ讓渡ヲシタナラハ其讓渡ハ無效トスル意味ノ規定即チ承諾ナキ讓渡ヲ禁止スル意味ノ規定ヲ設ケタル場合ニハ畢竟株式ノ讓渡ニ制限ノ效力ニ關スル問題テアル斯ル規定ヲ定款ニ設ケタ場合ニハ畢竟株式ノ讓渡ニ制限ヲ附スルノテアルカ然ラハトレタケノ制限ヲスル效力カアルカ而シテ此問題ヲ解決スルニハ此定款ノ規定ニ違反シテ會社ノ承諾ヲ得スシテ株式ヲ讓渡シタ場合ニ其讓渡ノ效力如何ト云フ點ヲ明ニスルノヲ便宜トスル我國ノ多數說ハ此場合讓渡行爲其モノハ讓渡人讓受人ノ間ニ於テハ有效テアルカ會社ニ對シテ其讓渡ヲ對抗シ得ナイト說イテ居ル即チ多數說ニ依ルト「會社ノ承諾ナクシテ株式ヲ讓渡スルコトヲ得ス」「株式ノ讓渡ハ會社ノ承諾ヲ要ス」等ノ定款ノ規定ハ株式ノ讓渡ノ效力ノ會社ニ對スル對抗要件ヲ定ムルモノテアルト云フテモ單ニ豫メ會社カ株式讓渡ノ事實ヲ知リ得ル便宜ノ爲メニ讓渡人タル株主ニ承諾ヲ求ムル義務ヲ負ハスル目的モ絕無テナイテアラウ此ノ場合ハ會社對當該株主丈ケノ干係テ株式ノ讓渡自體ニ何等影響ヲ及ホサナイ趣旨テアリ得ル事モアルト思考スル然シ乍ラ問題トスルノハ若シ會社ノ承諾ナシニ株式ノ讓渡ヲシタナラハ其讓渡ハ無效トスル意味ノ規定即チ承諾ナキ讓渡ヲ禁止スル意味ノ規定ヲ設ケタル場合ニハ畢竟株式ノ讓渡ニ制限ノ效力ニ關スル問題テアル斯ル規定ヲ定款ニ設ケタ場合ニハ畢竟株式ノ讓渡ニ制限ヲスル效力カアルカ而シテ此問題ヲ解決スルニハ此定款ノ規定ニ違反シテ會社ノ承諾ヲ得スシテ株式ヲ讓渡シタ場合ニ其讓渡ノ效力如何ト云フ點ヲ明ニスルノヲ便宜トスル我國ノ多數說ハ此場合讓渡行爲其モノハ讓渡人讓受人ノ間ニ於テハ有效テアルカ會社ニ對シテ其讓渡ヲ對抗シ得ナイト說イテ居ル即チ多數說ニ依ルト「會社ノ承諾ナクシテ株式ヲ讓渡スルコトヲ得ス」「株式ノ讓渡ハ會社ノ承諾ヲ要ス」等ノ定款ノ規定ハ株式ノ讓渡ノ效力ノ會社ニ對スル對抗要件ヲ定メ定款ノ規定ハ株主タル讓渡人ヲ羈束スルノミナラス第三者タル讓受人ヲモ羈束シ讓受人カ善意タルト惡意タルトヲ問ハス此ノ要件ヲ滿ササル以上ハ會社ニ讓渡ヲ對抗シ得ナイ法律上ノ地位ニ立ツコトニナルノテアル其理由如何ヲ見ルト大體二ツアルト思ハレル第一ニハ商法上株式ノ讓渡ヲ律スル原則ヲ發見スルコトカ出來ナイカラ民法ノ規定ヲ參照シナ解釋シナケレハナラナイ我民法ニ於テハ株式ヲ債權視シテ居ル（民法第三六四條第二項）少クモ債權ノ部ニ規定シテ居ル現今ハ一種ノ團體權トシテ債權トハ別ニ考フル樣ニナツタカ民法ノ排列カラ見ルモ精神ニ於テモ株式ノ讓渡ハ前記法條ノ精神ニ則ツテ解セネハナラヌノテアツテ此ノ方針ニヨツテ解釋スレハ讓渡人讓受人間

ノ譲渡行爲自體ハ有效トシナケレハナラヌト云フ點テ第二ハ合名會社合資會社ノ有限責任社員ノ持分ヲ他ノ又ハ全部ノ無限責任社員ノ承諾ヲ得スシテ讓渡シタル場合ニハ會社ニ對抗スルコトヲ得サルニ止マリテ讓渡其モノヲ無效トシテ居ナイノト對照スルトキハ人タル要素ニ重キヲ置カナイ株式會社ノ株式ノ讓渡ハ讓渡行爲ノ當事者間ニ於テハ有效トシ唯會社ニ對抗スルヲ得ストスルノカ正當タトスルノテアル

第一ノ方ハ商法ノ規定ト民法規定ノ間ノ權衡論テアルカラ第一ノ方ノ債權ノ讓渡ノ規定ニ準シテ解スヘシトスル方カ重イ論據テアルト考ヘラルル然ラハ民法ノ債權讓渡ノ規定ニ依レハ債權者債務者カ讓渡ノ禁止其他讓渡自由ニ反對ノ意思ヲ表示シタトキ(債權者ノ承諾ヲ要ストシタ場合モ含ムトシテ)ニハ其定メハ善意ノ第三者ニハ對抗カ出來ナイトシテアルノニ株式讓渡ノ場合ニ云ハハ債務者ノ立場ニアル會社カ反對ノ定メニ當ル「承諾ヲ要スルコト」ヲ善意ノ第三者タル讓受人(惡意ノハ勿論(ニハ對抗シ得ル事トスルノテアルカ加之定款ナルモノハ會社內部ノ規定ナルニ拘ハラス會社以外ノ讓受人ニ對シテ善意ナル場合ニ於テモ定款ノ定メテアル承諾ノ欠缺ヲ理由トシテ讓渡ノ無效ヲ對抗シ得ルノテアルカ疑問ト云ハナケレハナラナイ玆ニ於テ少數說カ成立シテ來ル夫レハ定款ニハ本問ノ如キ規定アルニ拘ハラスコレニ違背シテ株式ヲ讓渡シタ場合ニハ讓渡行爲其モノカ有效カ無效カハ場合ニ依テ異リ若シ讓受人カ善意テ定款ニ斯ル規定アル事ヲ知ラナカツタトキニハ會社ハ制限ヲ對抗シ得ナイ若シ讓受人カ惡意テアルナラハ會社ハ制限ヲ主張シテ對抗シ得從テ讓渡ハ其效力ヲ生シナクナルト云ハ云フニアル前記少數說ニ從フ時ハ惡意ノ讓受人タケノ讓渡カ無效ニナルト云フノテハ實際上ハ殆ント讓渡ノ有效ナ場合ノミヲ生スル事トナツテ株式讓渡自由ノ制限トハナラナイ加之成程本問ノ場合ノ解決ニ民法債權讓渡ノ場合ヲ參考シテ論スルノハ宜イカ理論上ヨリ株式ト全然同視スヘキテハナイカラ債權讓渡禁止ノ場合ト全ク同一ニ論スルニハ及ハナイ是ハ矢張商法第一四九條其モノノ解釋ニヨツテ決スル外ナク其立法ノ趣旨ヲ汲ンテ論究スルノカ至當トスル而シテ同條ハ一面

ニ於テ株式讓渡ノ自由ノ原則ヲ宣明スルト同時ニ此ノ原則ニ對スル例外ヲモ定メタル規定テアル即チ一方ニ株式ハ自由ニ讓渡シ得ルカ一方ニ於テ或場合ニハ自由ニ讓渡シ得ナイコトヲ規定シテ居ル其自由ニ讓渡シ得ナイ場合タル以上ハ讓渡行爲ヲ爲シテモ其讓渡ハ成立シ得ナイモノタルヘキハ深ク論スル迄モナイト信スル本問ノ如ク定款ニ反對ノ定メヲ爲シ株式ノ讓渡ニハ會社ノ承諾ヲ要ストナシテアルノテアルカラ其承諾ヲ得スシテ爲シタル讓渡ハ人ノ惡意善意ヲ區別セスシテ悉ク承諾シ得ルマテハ其效力ヲ生セスト云ハネハ商法ノ制限ヲ許シタル目的ヲ達セラレナイト思フ斯ク解スルトキハ會社ノ內部ノ規定タル定款ヲ以テ定メタ承諾ヲ要ストイフ事カ登記事項テモナキニ株主會社以外ノ第三者ヲモ羈束スルコトニナツテ不都合テナイカトイフ論モアルテアラウカ是レハ定款ノ定メテソノモノカ會社ヤ株主以外ノ第三者ニ羈束力ヲ及ホスノテナクテ商法ノ規定カ效力ヲ及ホスノテアル良シ又定款ノ定メカ讓受人ヲ羈束スルノテアルカラハ其定款ノ定メカ株主以外ノ讓受人ヲ羈束スルコトヲ商法第一四九條カ許シテキルト見テモ同一テアル故ニ予輩ハ株式會社ノ定款ニ於テ株式ノ讓渡ハ會社ノ承諾ヲ要ストシ又ハ承諾ナクシテ讓渡スルコトヲ得スト規定シテ株式讓渡ノ自由ヲ制限シタ場合ニ承諾ナクシテ讓渡シタ場合ニハ株主權ハ移轉シナイ承諾ヲ得レハ其時カラ讓渡カ充分ノ效ヲ生スル承諾ヲ得ラレサル場合ニ讓受人及讓渡人間ノ關係ハ如何ニナルカト云フニ其レハ兩者ノ最初ノ合意如何ニ依ルノテ若シ承諾ヲ要スル株式タルコトヲ承知シテ讓受タルトキハ讓受人ハ何等ノ請求ヲ爲スヲ得サルモ讓渡人ハ普通ノ株式ノ如クシテ讓渡シタルトキハ不承諾ノ爲メ讓受ノ效力ヲ生シタル損害ヲ負フヘキハ勿論ナリト思フ(法學博士高根義人氏日本辯護士協會錄事第二四七六號頁「株式讓渡自由ノ制限ニ就テ」要領)

【同趣旨無效說】

一 株式ノ讓渡ハ全然之ヲ禁止スルコトヲ得ルノミナラス讓渡ノ制限ハ會社ノ承諾ノ外種々ナル制限ヲ附スルコトヲ得ルモノ

東京控訴院

トス（法學博士竹田省此法學新報第二二卷第八號本旨第一卷商一三六）

二 株式會社ノ定款ニ「本會社ノ株式ハ取締役會ノ承諾ヲ得ルニアラサレハ株主以外ノ者ニ賣買讓渡スルヲ得ス」ト規定シアラハ同會社ノ株式ハ取締役會ノ承諾ヲ得ルニアラサレハ之レヲ株主以外ノ者ニ讓渡スコトヲ禁止セラレタルモノトス（東京控訴大正五年（ネ）第三七〇號同年一一月一五日民一部判決本書第六卷商法三頁）

【同上有效說 —— 讓渡ハ有效ナルモ會社其他ノ第三者ニ對抗シ得ストスル學說判例】

松波博士

一 會社ノ定款ニ株式ハ會社ノ承諾ナクシテ之ヲ讓渡スコトヲ得ストセルニ或株主カ會社ノ承諾ヲ經スシテ之ヲ讓渡シタルトキハ其讓渡ハ當事者間ニ有效ナルモ會社ニ對抗スルヲ得ス

之ヲ無效トスル者アルモ法ハ合名會社ノ社員カ他ノ社員承諾ヲ得スシテ持分ヲ讓渡シタルトキハ其讓渡ヲ會社ニ對抗スルコトヲ得スト明言シ又合資會社ノ有限責任社員ハ無限責任社員ノ承諾アルトキハ持分ヲ讓渡スコトヲ得トシ承諾ナキトキハ讓渡スコトヲ得サルヲ示シ而モ之ニ反シテ持分ヲ讓渡スモ其讓渡ヲ無效トセス單ニ會社ニ對抗スルヲ得サルニ止ムトセハ株式ニ付テモ同一ニ解スルハ至難ナリ（法學博士松波仁一郎氏改正日本會社法九一九頁新日本商法四三七頁）

片山博士

二 會社ノ承諾ヲ要スル旨ヲ定メタル場合ニ於テ會社ノ承諾ヲ得スシテ株式ヲ讓渡シタルトキハ其ノ行爲ハ有效ナリヤ曰ク然リ此ノ點ニ付テハ矢張リ民法第四六六條第二項ノ規定ノ精神ニ鑑ミテ其ノ讓渡行爲ヲ有效トセサルヘカラス（法學博士片山義勝氏株式會社法論五〇四頁）

大阪控訴院

三 株式會社タル銀行定款ニ豫メ同行ノ承諾ヲ得ルニアラサレハ同行發行ノ記名株式ノ讓渡ヲ許ササル旨ノ規定ノ存スルニ之ニ背キ豫メ銀行ノ承諾ヲ得スシテ同行ノ記名株式ヲ賣買讓渡スルニ於テハ之ヲ以テ會社タル銀行ニ對抗スルコトヲ得サルコトハ言ヲ俟タス（大阪控訴院大正五年（ネ）二八七號同六年五月一四日判決・本書第六卷商法五〇三頁）

京城覆審法院

四 定款ニ株式讓渡ニ關スル制限ノ規定ヲ設ケタル場合ハ當然無效ナルニ非スシテ只會社ニ對抗スルヲ得サルニ過キサルニヨリ該定款ノ規定款ノ規定カ其效力ヲ失フト同時ニ斯ル取得者モ亦會社ニ對シ讓渡行爲ノ存在ヲ主張シテ商法第一五〇條ノ手續ヲ求ムルコトヲ得ルニ至ルヘシ（京城覆審院大正四年民控一九號二判決・本書第四卷商法一三六頁）

五 民法ハ株式ヲ債權視セルコト同法第三六四條第二項ノ規定ニ依リテ明ニシテ株式ハ原則トシテ自由ニ讓渡シ得ルモノナルカ故ニ會社ノ內部關係ノ定メニ過キサル讓渡制限ノ定款ノ規定ハ民法第四六六條第二項但書ノ法意ニ據リ善意ノ第三者ニ之ヲ對抗スルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス（横濱地方大正五年（ワ）五〇號同年五月三日判決・本書第六卷商法一頁）

横濱地方裁判所

【同上外國參照學說】

スタウブ氏

一【スタウブ】 記名株式ノ讓渡ハ定款ヲ以テ會社ノ同意ヲ要スト定ムルコトヲ得此同意ヲ得スシテ爲シタル株式ノ讓渡ハ無效ナリ尤モ斯ノ如キ場合ニ於テ此制限ヲ受クル社員權タル株主權ノ讓渡ニシテ財產權ノ購入ニ基ク請求權利益配當權ニ基ク請求權ノ如キハ讓渡スルヲ得更ニ一歩ヲ進メテ言ヘハ定款ヲ以テ讓渡ヲ制限セル株式ノ讓渡ニ關スル債權的契約ハ當然有效ナリタタ會社ノ同意ヲ得サレハ履行ノ不能存スルノミ（Staub, "Kommentar gum Handelsgesetzbuch" I. S. 829）

レ氏

二【レイマン】 定款ヲ以テ株式ノ讓渡ヲ制限シ又ハ全然禁止スルコトヲ得而シテ實際上重要ナル場合ハ定款ヲ以テ記名株式ノ讓渡ニハ會社ノ同意ヲ要スト規定セル場合ナリ此場合ニ於テ記名株式カ已ニ裏書ニヨリテ移轉スルモ株式名簿ニ於ケル書換カル株式取得者ニ株主タル資格ヲ賦與スル場合ハ定款ヲ以テ必要トセル會社ノ同意ハタタ書換行爲ニノミ關スルカ又ハ裏書行爲ニ關スルカノ問題生ス疑ハシキ場合ニ於テハ裏書ニ關スルモノト認ムヘキモノナリ何トナレハ株主權ノ讓渡ハ已ニ裏書ニヨリテ完成スルカ故ナリ夫故ニ此場合ニ會社ノ同意ナキ間ハ裏書人ハ記名株式ノ所有者トナルコトナシ（Lehmann, "Das Recht der Aktiengesellschaften" IIS, 111—113）

レヒリ氏

三【レイマン!リンク】 定款ヲ以テ記名株式ノ讓渡ヲ全然又ハ或標榜ニヨリテ排除シ又ハ會社機關ノ同意ヲ要スト定ムルヲ得此場合ニ同意カ與ヘラレサル間ハ讓渡行爲ハタタ當事者間ニノミ認メラレ會社ニ對シテハ認メラレス定款ヲ以テ讓渡ヲ禁止シ又ハ必要ナル同意ヲ拒絕セルトキハ讓渡ハ當事者間ニ於テモ亦無效ナリ（Lehmann-Ring, "Handelsgesetzbuch" II. S. 89）

ビ氏

四【ビンナー】 株式ノ讓渡シ得ルコトハ强行規定ニアラサルカ故ニ定款ハ讓渡ヲ任意ニ制限スルコトヲ得夫故ニ例ヘハ定款ヲ以テ株主ニアラサル者ニ株式ヲ讓渡セル場合ニハ株主ハ先買權ヲ有スト定メ而シテ此定メアルニ拘ラス株式ヲ讓渡セル場合ハ其讓渡ハ會社ニ對シテハ無效ナリト定ムルヲ得定款ヲ以テ株式ノ讓渡ヲ禁止セルトキハ讓渡契約ハ當事者間ニ於テ無效ナルノミナラス第三者ニ對シテモ無效ナリ株式讓渡制限ノ重ナル場合ハ株式ノ讓渡ニハ會社ノ同意ヲ要スト定メタル場合ナリ此場合ニハ此讓渡契約ハ當事者間ニ於テハ當然有效ナルモタタ會社ニ對スル效力カ抑止セラルルモノト認ムヘキナリ（Pinner, "Das Deutsche Aktienrecht." S. 116. 117.）

プ氏

五【プラント】 定款ヲ以テ記名株式ノ讓渡ハニ會社ノ同意ヲ要スト定ムルヲ得此場合ニハ會社ノ同意ヲ得スシテ爲シタル株式ノ讓渡ハ會社ニ對シテハ無效ナリ乍併讓渡者及取得者間ニハ讓渡ハ正當ニ成立ス夫故ニ例ヘハ讓渡者ハ利益配當ヲ取得者ニ返濟シ取得者ノ指圖ニ從ヒテ總會ニ出席スル等ノ義務アリ（Braud, "Das Handelsgesetzbuch." S. 573, 574）

會社カ株式讓渡ノ自由ヲ禁止スル趣旨ヲ以テ定款ニ株式讓渡ハ會社ノ承認ナクシテ之ヲ爲スコトヲ得ス又ハ其讓渡ハ會社ノ承諾ヲ要スト定メタル場合之ニ反シテ爲サレタル行爲ノ效力如何ニ關シ吾人ハ夙ニ絕對無效說ヲ固守シテ渝ラサリシニ本書第四卷商法一四八頁同第六卷商法五〇七頁評論參照）玆ニ博士ノ同一

ノ高見ニ接シタルハ蓋シ吾人ノ所信ヲ强固ナラシム所以ナラスンハ非ス惟フニ多數說ハ本問ヲ解シテ讓渡自體ハ有效ナルモ之レヲ以テ會社ニ對抗スルヲ得スト爲シ所謂相對無效說ヲ主張スルモノナリ之ヲ合資會社有限責任社員持分ノ讓渡ニ關スル商法第一一二條ノ比較解釋ニ其根據ヲ置クノ理由ナキハ敢テ贅セサルヘシト雖モ同シク相對無效說ヲ把持スル者ニシテ本來定款ハ會社ノ內部關係ヲ規定スルモノナルカ故ニ社員對第三者間ノ行爲ノ效力ヲ左右スルモノニ非ス株式ハ所謂團體權ヲ表彰スルモノナルモ民法ハ之ヲ債權ト同視スルカ故ニ(三六四第二頁)債權讓渡ニ關スル規定ヲ準用シテ其效力ヲ判定ス可キモノナリト爲スハ形式的理論上ハ一見不可無キ如キモ既ニ社員權ト債權ト本質上ノ差異アル限リ社員權ノ讓渡ヲ債權ノ讓渡ト同樣ニ解スル要無キノミナラス假令之ヲ債權視スルモ法カ特ニ之カ讓渡ニ關シ別箇ノ規定ヲ爲セル以上其讓渡ハ之ヲ定ムル法規ニヨリテ律ス可キハ理論上當然ノ歸結ナリト謂ハサル可ラサルナリ果シテ然ラハ商法第一四九條ハ直接株式讓渡ニ付キ規定スルモノナルカ故ニ同條ハ本問ノ場合ヲ覇束シ得ヘキヤ若シ覇束シ得ヘシトセハ該行爲ノ效力ハ一ニ同條ニ依リテ決セサル可ラサルヤ必セリ抑モ株式讓渡自由ノ原則的觀念ハ株式ノ本質上之ヲ認メ得ヘキ所ニシテ敢テ商法ノ規定ヲ待テ然ルモノニ非ス故ニ同條ハ一面的ニ云ヘハ此當然ノ理ヲ明言セルモノニシテ此意義ニ於テ一ノ注意的規定ナリト謂フヘシ然リト雖モ株式讓渡自由ノ原則ナルモノハ本來相對的意味ヲ有スルニ過キスシテ定款ヲ以テ絕對ニ之カ讓渡ヲ禁止シ得ルモノニシテ此事タルヤ實ニ同條自體ヨリ解シ得ヘキ所ナリ(本書第八卷商法二七三頁以下評論參照)而シテ同條ハ更ニ定款ニ別段ノ定メヲ爲シ得ル旨ヲ定メタル限リ株式讓渡ニ關シ自由ニ定款ヲ以テ規定シ得ル所也從テ會社ノ承諾ナク株式ノ讓渡ヲ爲スコトヲ得ス ト定款ニ定ムルカ如キ本問ノ場合モ同條ノ範圍內ノ問題ニ屬シ從テ其效力ノ如何モ亦同條規定ノ適用ノ畛域外ニ出テサルナリ果シテ然ラハ定款ニハ株式讓渡ノ禁止ノ旨趣ヲ規定シタル以上此禁止ニ反シテ爲サレタル行爲ハ無效ナリト斷スルヲ得ヘシ

一　商事ニ關シ本法ニ規定ナキモノニ付テハ商慣習法ヲ適用シ商慣法ナキトキハ民法ヲ適用ス

四二　本法ニ於テ會社トハ商行爲ヲ爲スヲ業トスル目的ヲ以テ設立シタル社團ヲ謂フ營利ヲ目的トスル社團ニシテ本編ノ規定ニ依リ設立シタルモノハ商行爲ヲ爲スヲ業トセサルモノヲ會社ト看做ス

四四第一項　會社ハ之ヲ法人トス

六二第二項　民法第四十四條及ヒ第五十四條ノ規定ハ合名會社ニ之ヲ準用ス

民法三三　法人ハ本法其他ノ法律ノ規定ニ依ルニ非サレハ成立スルコトヲ得ス

同三四　營利ヲ目的トスル社團ハ商事會社設立ノ條件ニ從ヒ之ヲ法人ト爲スコトヲ得

前項ノ社團法人ニハ總テ商事會社ニ關スル規定ヲ準用ス

同四三　法人ハ法令ノ規定ニ從ヒ定款又ハ寄附行爲ニ因リテ定マリタル目的ノ範圍內ニ於テ權利ヲ有シ義務ヲ負フ

法第四三條ノ規定ハ商法第一條ノ規定ニ依リ當然商法ノ會社ニ適用アルモノ

ニ非ス然レトモ商事會社ニ付テモ民法第四三條ノ規定スル所ト同一ナル法則適用セラルヘキモノトス』

商法第一條ニ依レハ商事ニ適用セラルヘキ特別法規ニシテ民法ハ一般法規タル事ヲ得ヘク而シテ商事トハ商法ニ規定セラルル法律事項ヲ稱スルモノナレハ會社ニ關スル事項ニ付テモ商法ニ規定ナク民法ニ規定アルモノニ付テハ民法ノ規定之ニ適用セラルヘキモノナリ商法第四二條ハ本法ニ於テ會社トハ商行爲ヲ爲スヲ業トスル目的ヲ以テ設立シタル社團ヲ謂フト規定シ民法ハ法人ヲ分チテ社團及財團ノ二トナシ法人ハ法律ノ規定ニ依リテノミ成立スル事ヲ得ヘキモノト爲シテ公益法人ニ關シ規定ヲ爲シ社團ニシテ營利ヲ目的トスルモノハ商事會社設立ノ條件ニ從ヒ法人ト爲スコトヲ得且此種社團法人ニハ商事會社ニ關スル規定ヲ準用スルヲ以テ商事會社ハ民法第三三條ノ所謂他ノ法律ニ依リ成立スル法人ナルコト明カナリ而シテ商法ノ會社ハ社團ニシテ營利法人ニシテ其目的カ商業ヲ營ムニ存スル點ニ於テ他ノ營利法人ト異ルノミナルヲ以テ法人ニ關スル民法規定ハ商事會社ニ適用セラルヘキカ如シト雖モ民法カ法人ニ關シ規定セル事項ハ主トシテ法人中ノ公益法人ニ關スルモノナルコト其規定ニ徴シ明ナリ他方其公益法人ニ關スル民法第四四條第一項第五四條ヲ商法第六二條ニ於ニ合名會社ニ適用スル旨規定セルコトニ徴スレハ商事會社ニハ公益法人ニ關スル規定ヲ適用スルノ趣旨ニ於テ商法カ特別規定ヲ爲シタルニ非スシテ公益法人ニ關スル民法ノ規定ニ對立シテ商事會社ハ等シク社團法人ナリト雖公益法人ニ關スル民トヲ看取スルヲ得ヘシ故ニ商事會社ハ等シク社團法人ナリト雖公益法人ニ關スル民法ノ規定ハ一般法規トシテ商事會社ニ適用セラルヘキモノニアラスト爲スコト我商法ノ趣旨ナリト解スルヲ以テ正當トス從テ民法第四三條ノ規定カ當然商事會社ニ適用アルモノト解スヘキニアラス蓋シ第四三條ハ法人中ノ一種ナル公益法人ニ關スル規定ニシテ商事會社ハ之ニ對立スル營利法人ト解スヘキモノナレハ準用ノ明文ナク當然適用アルモノト爲スハ解釋ノ原理ニ反スレハナリ但タ之ト同一ノ法則ハ商事會社ニモ適用サルヘキコトヲ容認セサルヘカラス即チ商事會社亦定款ニ定メタル目的ノ範圍內ニ於テ權利ヲ有シ義務ヲ負フヘキモノナリ蓋シ法人ハ法律ノ規定ニ依リテ成立スルモノニシテ其存立ノ目的ハ定款ニ依リテ定マルヲ以テ商事會社カ法人トシテ權利義務ノ主體ト爲リ得ル範圍モ亦其定款ニ定メタル目的ノ範圍內ナラサルヘカラス其定款ニ定メタル目的ノ範圍以外ニ逸出シテ尙ホ私權享有能力アリト爲スヘキニアラサレハナリ要之商事會社ハ定款ニ定メタル目的ノ範圍內ニ於テ商人タル權利義務ヲ有スルニ止マリ其範圍外ニ於テ商人タルコトヲ得サルモ商事會社ハ營利法人ニ外ナラスシテ自然人ト等シク財產上ノ權利義務ノ主體タルモノナレハ目的タル商行爲又ハ其範圍ニ屬スル他ノ行爲以外ノ行爲ニ因リテ權利ヲ取得シ義務ヲ負フヘキコト自然人タル商人カ其營業以外ノ行爲ニ因リテ猶ホ權利ヲ有シ義務ヲ負擔スルヲ得ルト異ラサルモノニシテ此點ニ於テ公益法人ニ關スル民法第四三條ノ規定ト同一ナル法則カ商事會社ニ適用セラルルニ付キ其適用ノ範圍ニ彼此ノ差異サ認メサルヲ得サルモノトス(ドクトルユリス水口吉藏氏法學新報第二九卷第一〇號八八頁「民法第四三條ト商法上ノ會社」要領)

松本博士
青木博士

會社ト民法法人ノ規定ノ適用關係竝ニ民法第四三條カ會社ニ適用セラルルヤ否

「ヤニ關スル同趣旨學說」

一 會社ニハ民法中ノ社團法人ニ關スル規定ノ適用アリヤト云フニ民法ノ法人ニ關スル規定中ニ就テ三三條及ヒ三六條ノ如キハ總テノ法人ニ適用アルヘキ一般的ノ規定ナレトモ其他ノ規定ハ專ラ民法上ノ公益法人ノミニ關スル規定ニシテ商法中ノ會社ニ關スル規定ニ對スル一般規定ト論スルコトヲ得ス(法學博士松本烝治氏會社法講義三一頁)

二 民法三四條及ヒ三五條ハ公益法人ト營利法人トヲ劃然二分シテ公益法人ニ關シテハ民法ノ規定ニ從フヘキモノトシ營利法人ニ關シテハ總テ商法中ノ會社ニ關スル規定ニ從フヘキモノトセルカ故ニ此ノ二種ノ規定ハ兩々竝行ハルルモノニシテ特別法ト一般法トノ關係ナキモノト云ハサルヘカラサルヲ以テナリ(同上三一頁)

三 民法ノ法人ニ關スル規定ハ商法ノ會社法規ニ對シテ補充的性質ヲ有セサルヲ以テ文明ナキ場合ニハ之ヲ適用スルタ得ス例ヘハ法人カ目的ノ範圍內ニ於テノミ權利ヲ有シ義務ヲ負トトノ民法ノ原則ノ如何ハ商法ニ明文ナキヲ以テ會社ニハ適用セラレ

サルナリ之ヲ適用セントスルニ〻特ニ明文ノ存在ヲ必要トス（法學博士青木倣二氏會社法論一六頁）

富井博士

【同上異趣旨學說判例】

一　民法一編第二章法人ニ關スル規定ハ如何ナル種類ノ法人ニ適用スヘキヤハ未タ充分ニ究明セラレサル一問題ナルカ如シ日常屢々聞ク所ノ說ニ依レハ民法三四條ニ揭ケタル所謂公益法人ニ付テノミ其適用アルモノトス是レ蓋シ商事會社ニ關シテハ商法ニ其以外ノ營利ヲ目的トスル法人ニハ設立其他ノ一切ノ事項ニ就キ商法ノ規定ヲ準用スヘキコトノ明文アルヨリ自然ノ見解ニシテ無理ナラスト雖モ法人ニ關スル各條ノ規定ヲ通讀スルニ孰レモ汎ク法人トアリテ其何種ノ法人タルコトヲ示サス從テ其規定ハ總テ公益法人ニノミ適用スヘキモノトスカ如キハ甚タ偶狹且危險ナル解釋ニシテ固ヨリ其當ヲ得サルモノト謂フヘキナリ（法學博士富井政章氏法律新聞第三一〇號五頁）

松波博士

二　法人ノ權利能力ノ範圍ヲ定メタル民法四三條ノ規定ノ如キハ決シテ公益法人ノミニ關スルモノニアラスシテ廣ク廣博ナル適用アルモノトフヘシ公益法人カ商業ヲ營ム如キ其本來ノ目的以外ノ行爲ニ因テ權利ヲ得義務ヲ負フコトナキハ毫モ疑ヲ容レス是レ即チ商法一條ニ因リテ民法四三條ノ規定カ營利法人ニ適用セラルルモノニ外ナラサルナリ（同上號　頁）

三　會社ニハ民法ノ法人ノ規定ヲ適用セストノ說モ立テトモ左トテ全然之ヲ適用セサルトキハ法ノ規定ニ基キテ會社ノ性質ヲ知リ得サルニ至リ且法ノ適用ニ多クノ不都合ヲ感會セシ會社ノ生シタ沿革ヨリスルトキハ之ヲ民法ヲ適用セスト云フニ一理アルモ今ヤ會社ハ商法中ニ規定セラレ而シテ我商法ノ如キハ民法ト同時ニ制定セラレタルヲ以テ兩者相待チテ適用スヘク殊ニ法人タル本質ニ關シテ然リトス（法學博士松波仁一郎氏會社法二二四頁）

志田博士

四　民法ニハ公益法人ノ凡テニ共通スル規定アリ例ハ法人ハ法律ノ規定ニ非サレハ成立スルコトヲ得ス外國法人ハ其成立ヲ認許ヒス但法律又ハ條約ニ依リテ認許セラレタルモノハ此限ニ在ラス法律ハ法律ノ規定ニ從ヒ定款又ハ寄附行爲ニ因リテ定マリタル目的ノ範圍內ニ於テ權利ヲ有シ義務ヲ負フトスル如シ何レモ會社ニ適用アリ又營利ヲ目的トスル社團ハ商事會社設立ノ從ヒ之ヲ法人ト爲スコトヲ得トスル規定モ會社ニ適用アリ（同上二二六頁）

五　民法ノ規定中主務官廳ノ許可ニ關スル事項主務官廳ノ監督ニ關スル事項主務官廳ニ對スル報告ニ關スル事項主務官廳ニ對スル屆出關スル事項ノ規定ハ何レモ社團法人ノ設立ニ主務官廳ノ許可ヲ要スルモノト爲シタル結果ナルヲ以テ設立ニ主務官廳ノ許可ヲ要セサル社團法人卽營利ヲ目的トスル社團法人又ハ會社ニ之ヲ適用スヘカラサルヤ勿論ナリ然レトモ其他ノ規定ハ營利ヲ目的トスル社團法人又ハ會社ニ關スル別段ノ規定アルトキハ先ツ其規定ヲ適用スヘキハ勿論ナリ本文論スル所ハシ但シ營利ヲ目的トスル社團法人又ハ會社ニ關スル別段ノ規定ナキトキニ限ル（法學博士志田鉀太郎氏會社編二八頁）

片山博士

六　商法ハ民法ニ對スル特別法ニシテ例外法ニ非ス故ニ其ノ解釋方法亦普通ノ原理ニ準據スヘク必スシモ狹ク解スヘキニ非ス從テ縱令直接ノ規定ナシトスルモ苟モ或規定ノ解釋ヨリ生スル當然ノ結論ハ郎明文アルモノト謂ハサルラス（法學博士片山義

大審院

大阪控訴院

勝氏會社法原論四頁）

七　舊商法施行中會社ノ法定代理人カ其目的以外ノ事項ニ關シ會社名ヲ以テ爲シタル行爲ハ會社ニ對シ效力ヲ有スルヤ否ヤニテ付キ同法ニ何等ノ規定存セサルヲ以テ該行爲當時ノ法ノ規定ニ依リ之ヲ決セサルヘカラス（大審院明治二五年（オ）第五九七號同三六年一月二九日判決・民錄第九輯一〇二頁）

八　合資會社ニアリテハ一定ノ方式ニ從ヒタル社員ノ總會ヲ開クヘキ規定モ亦之ナケレハ一定ノ方式ニ從ヒ必ス社員ノ總會ヲ開カサルヘカサル民法法人ノ規定ニ關スル六二條ノ如キハ之レヲ本件ノ場合ニ準用スルコト能ハサルコトハ勿論元來商法法人ニ對シテ準用シ得ヘキモノトモ云フヲ得サルヲ以テ良シヤ五日以前ニ民法六二條ノ要スル適式ノ通知ナシトスルモ之レカ爲メ違法ト云フヲ得ス（大阪控院明治三六（ネ）第九八八號同三七年四月二七日判決法律新聞二一二號七頁）

民法第四三條ハ商事會社ニ適用アリヤ否ヤ民法法人ニ關スル規定中第三三條第三六條ハ直接商事會社ニ關シ規定スルモノナルカ故ニ之等ノ法條カ之ニ適用ヲ見ルヤ疑ヲ容レスト雖モ其他ノ法條ニ至リテ民法カ嚴ニ公益法人ト私益法人トヲ甄別シ後者ニ付キテハ商事會社ニ關スル規定ヲ準用スト定メタルヲ以テ其他ノ法條ハ總テ公益法人ニ關スル規定ニシテ會社ニ適用ナキモノナリト爲スヲ正解トスヘク加之民法法人ノ規定カ會社ニ準用セラルル場合商法ハ特ニ其旨ヲ規定セルニ徵シ（商法六二條民法四四・五四）這般ノ事理ヲ窺フニ足ルモノト信ス然リ而シテ民法第四三條法人ノ本質上當然歸納セラルル所ニシテ同條ハ一ノ注意規定ト解スヘク會社モ法人ナル以上同一ノ法則カ之ニ適用サルルモノト稽フ敢テ多數說ヲ排シトクトルノ高見ニ左袒スル所以ナリ

重要ナル事項ニ付キ不實ノ事ヲ告ケタルトキハ保險者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得但保險者カ其事實ヲ知リ又ハ過失ニ因リテ之ヲ知ラサリシトキハ此限ニ在ラス

民法九二　法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行爲ノ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フ

保險業者間ニ於テ保險契約ノ締結ニ關シ被保險者ニ結核性腹膜炎ノ既往症アラハ保險契約ヲ締結セサル慣習存在セリトスルモ斯ル慣習ヲ以テ直チニ保險業者ニアラサル普通人カ之ニ依ルノ意思ヲ有セリト推定スルニ足ラサルモノトス

【上告理由】　原判決ハ上告人ノ提出シタル第一點ノ主張ニ對シ「保險業者間ニ於テ假リニ控訴人（上告人）主張ノ如キ慣習アリトスルモ保險業者ニ非サル被控訴人（被上告人）ニ對シ斯ル慣習ニ從フ意思アリシモノト推定シ難ク寧ロ保險契約者ニ於テハ被保險者ノ既往症ニ關係ナク保險契約ヲ成立セシムルコトヲ希望シ契約締結ノ申込ヲ爲スヲ以テ普通トスルコト顯著ナル事ナレハ所論ハ採ルニ足ラス」ト判示セラレタリ惟フニ保險契約者ノ單ナル利害問題ヨリスレハ保險契約者ハ被保險者ノ既往症ニ關係ナク保險契約ヲ成立セシムルコトヲ希望シ契約ノ申込ヲ爲スヲ以テ普通トスト認ムルニ難カラスト雖モ保險業者間ニ於テ保險契約ノ締結ニ關シ被保險者ニ結核性腹膜炎ノ既往症アラハ保險契約ヲ締結セサル慣習アリトセハ相手方タル保險契約ハ暫ク叙上ノ利害問題ヲ捨テ其慣習ニ從フヘキ意思ヲ以テ保險契約ヲ締結シタルモノト解スヘキハ其慣習カ保險契約ノ締結ニ關スル締結ニ關スル慣習ナルニ徵シ蓋シ當然ナリト謂ハサルヘカラス現行商法カ保險契約者又ハ被保險者ニ對シ危險測定上ニ於ケル重要ナル事實又ハ事項ニ關スル告知義務（不告知又ハ不實ノ告知ヲ爲スヘカラサル義務）ヲ負ハシメタルニ考慮セハ生命保險契約ノ締結ニ際シテハ單ニ保險契約者ノ利益希望ニノミ着眼スヘカラスシテ却テ保險者ノ利益ヲ主眼トスヘキモノナルヲ思ハシム保險者カ保險契約者又ハ被保險者ノ告知義務違背ヲ理由トシテ保險證契約ノ解除ヲ爲シ得ルハ保險者ニ對スル保護ヲ完フセント期スルカ爲メニシテ其意好點ナル保險契約者又ハ被保險者ヲ制裁スルニ外ナラス知ル可シ保險者ノ利害ヲ度外視スヘカラサルヲ然ルニ原判決カ事玆ニ出ラスシテ前示ノ如キ判斷ヲ下シ以テ上告人ノ主張ヲ排斥シタルハ右慣習ノ性質ヲ誤解シタルノメナラス保險契約ノ本質ヲ遺忘シタルモノニシテ結局法則ヲ不當ニ適用シタル違法アリト謂ハサルヘカラス

【判決理由】　然レトモ保險業者間ニ所論ノ慣習存在セリトスルモ斯ル慣習ヲ以テ直チニ保險業者アラサル普通人カ之ニ依ル意思ヲ有セリト推定スルニ足ラサルハ勿論也蓋ノ慣習ニ依ルノ意思ハ法律行爲ノ當事者双方ニ之ヲ有セサル可ラサルヲ以テ其一

カ自己ノ從事セル業務上ニ生シタル慣習ニシテ其業務ニ從事セル者ノ間ニ之ニ依ルノ意思アルヲ通常トスル場合ト雖モ斯ル慣習ニシテ獨リ業務ニ關係セル者ノミナラス一般當該法律行爲ヲ爲ス者ニ於テ如上ノ慣習アルコトヲ了知シ之ニ依ルノ意思アルコトヲ明カニセサル以上斯ル業務ニ關係ナキ普通人タル他ノ一方ニ於テ當然契約締結ニ際シ之ニ依ルノ意思アリト推定スルコトヲ得サルヲ以テナリ然ラハ原判決ニハ所論ノ如キ不法ナキヲ以テ論旨ハ理由ナシ（大審院大正八年（オ）第九三四號同年十二月五日民一部田部裁判長大倉榊原尾古三宅各判事判決）

【關係事項】　上告棄却○原審東京控訴院○保險金請求事件○上告人萬歲生命保險株式會社訴訟代理人辯護士加瀨禧逸同永井英兒被上告人吉田彙次

舊商法九九六　債務者カ債權者ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ爲シタル權利行爲ハ相手方カ情ヲ知リタルトキニ限リ其日附ノ如何ヲ問ハス之ニ對シテ異議ヲ逸フルコトヲ得

民法四一六　損害賠償ノ請求ハ債務ノ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ノ賠償ヲ爲サシムルヲ以テ其目的トス特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ト雖モ當事者カ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見ヘルコトヲ得ヘカリシトキハ債權者ハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得

同五三三　双務契約當事者ノ一方ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得但相手方ノ債務カ辨濟期ニアラサルトキハ此限ニ在ラス

同五四五第一項　當事者ノ一方カ其解除權ヲ行使シタルトキハ各當事者ハ其相手方ヲ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フ但第三ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス

同五四六　第五三三條ノ規定ハ前條ノ場合ニ之ヲ準用ス

舊商法第九九六條ニ依リ破産管財人カ債務者ニ爲シタル權利行爲ヲ否認シタル場合ニ於テ相手方ノ破産財團ニ對スル破産財團ノ反對給付返還義務トハ契約解除又ハ双務契約履行ノ場合ノ如ク同時履行ノ抗

辯權ヲ認ムヘキモノニ非スシテ先ツ相手方ヨリ否認ニ因ル返還義務ヲ履行スヘキモノトス而シテ其結果破産財團ハ二重利得ヲ爲シ不當ノ利得ノ結果ヲ生シタル場合ニ於テ相手方ニ對シ反對給付返還ノ義務ヲ發生スルニ至ルモノトス」

否認權行使ノ場合ニ於テ返還スヘキ現物存在セサルカ爲メニ賠償スヘキ給付ノ額ハ原狀回復ノ主義卽チ破産法ノ規定ニ依リテ定ムヘキモノナリト雖モ爾後ノ給付ノ方法ニ付テハ民法債權一般ノ效力ノ規定ニ依リテ支配セラルルニ至ルモノトス而シテ其不履行ノ場合ニ於テハ更ニ民法第四一六條ノ規定ノ適用アルニ至ルモノトス」

大正五年(ネ)第一一七號同六年一〇月一九日大阪控訴院民三部判決

判旨第一點ハ贊同ス舊商法第九九六條ニ依リ破産管財人カ債務者ノ爲シタル權利行爲ヲ否認シタル場合ニ於テ破産財團ヨリ相手方ニ對シ或財産ノ返還ヲ要スルハ其否認セラレタル權利行爲(本件ノ場合ニ於テハ賣買契約)ニ付相手方ヨリ反對給付アリタル場合ニ於テ之レ有ルヲ觀ルナリ然ルニ其反對給付ノ返還ハ否認權利行使ノ場合ニアリテハ契約解除ノ場合ノ如ク又ハ双務契約履行ノ場合ノ如ク同時履行ノ原則ニ依ルモノナリヤ否ヤ本判決ハ之ヲ消極ニ斷シ予輩モ亦其趣旨ニ贊成スルモノナリト雖モ少シク其説明ヲ要ス蓋シ民法ニ於テ契約解除ノ場合又ハ双務契約履行ノ場合ニ付キ同時履行ノ原則ヲ認メタルハ契約當事者ヲ同時ニ保護スル爲メニ契約當事者ノ一方ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ供提スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ト爲シタルモノナリ然ルニ否認權ノ場合ニ在リテハ斯ル抗辯權ハ存在セス蓋シ否認權ヨリ生スル請求權ノ根據如何ニ付テハ學説區區ニ岐ルト雖モ法律カ衡平及ヒ目的觀念

ニ從ヒ人的信用維持ノ爲メニ特ニ債權者ニ與ヘタル權利ナリ　解スルヲ正當トス故ニ否認ノ結果相手方カ財産ヲ破産財團ニ返還スヘキ義務ハ法律ノ規定ニ基ク義務ニシテ契約解除ノ規定ヲ適用スヘキモノニアラス蓋シ賣買契約ヲ否認スルモ破産財團ニ對スル關係ニ於テ破産財團ヲ利益ノ爲メニ其行爲ノ效力ヲ否認スルニ止マリ賣買契約ヲ根柢ヨリ無效トシ又ハ之ヲ解除スルコトヲ目的トスルモノニアラサレハナリ然リ而シテ双務契約否認ノ場合ニ於テ相手方ノミヲシテ財産ヲ破産財團ニ返還セシメ破産財團ヨリ其反對給付ノ返還ヲ爲ササル時ハ破産財團ハ二重利得ヲ爲シ不當利得ヲ爲スニ至ルヘシ故ニ相手方ニ對シ反對給付ヲ返還スヘキ必要アルニ至ルモノトス然レトモ其不當利得ヲ爲スハ相手方カ財團ヲ破産財團ニ返還シタルトキ又ハ返還シタル限度ニ於テ始メテ之ヲ生スルモノトス故ニ法律ニ前段ノ規定ナキ場合ニ於テハ相手方ヨリ先ツ破産財産ヲ原狀ニ回復スル義務ヲ履行スヘキモノトス蓋シ法律ノ規定ニ基ク嚴格ナル返還義務ニ外ナラサレハナリ

本旨第二點ニ於テ之ヲ遙ヘンニ否認ニ因リ破産財團ニ返還スヘキ目的物カ特定物ナル場合ニ於テ其特定物カ現存スルトキハ其現物ヲ返還スヘク若シ現物存在セサルトキハ之ニ對スル價額ノ賠償ヲ爲スコトヲ要スルコトハ一般ニ認メラルル所ナリ而シテ其額ハ如何ニシテ之ヲ定ムヘキモノナリヤ現行破産法ニハ何等ノ規定ナシト雖モ否認權ノ行使アリタル場合ニ於テハ右我草案第九七條ノ定ムル如ク破産財團ヲ原狀ニ回復スルコトヲ目的トシ我國判例ニ於テモ其趣旨ハ既ニ之ヲ認ムル所ナリ既ニ原狀ヲ回復スヘキモノトスレハ否認セラルヘキ行爲ナクシテ破産財團ニ否認ニ因リ返還セラルヘキ財産カ破産者ノ手裡ニ存在シタリトスレハ如何ナル價値ヲ有スルカヲ考察スヘキナリ然レトモ本件ノ如ク賣買セラルヘキ目的物タル以上ハ其賣買當時ニ於ケル其物ノ交換價額及ヒ爾後ノ之レニ因リテ生シタル利得ヲ包含セシムルヲ適當ト爲スナリ然リ而シテ本判決ニ於テハ否認ノ目的物滅失ノ場合ニ於テ否認ノ相手方カ破産財團ニ對シテ賠償スヘキ損

害額ハ直ニ債務不履行ニ因ル損害賠償額算定ノ規定シタル民法第四一六條ノ規定ニ依リ算定スルコトヲ得ヘキモノト考ヘタルモノノ如シ然レトモ予輩ハ採ラス元來民法廢罷訴權ノ場合ニ於テモ亦破産法上ノ否認權ノ場合ニ於テモ其廢罷又ハ否認ノ目的物現在セサル場合ニ於テ相手方カ執行財團又ハ破産財團ニ對シテ如何ナル賠償ヲ爲スヘキカハ問題トスル所ナリ而シテ如何ナル賠償ヲ爲スヘキカハ問題トスル所ナリ而シテ之ニ付テハ廢罷訴權又ハ否認權ニ基ク請求權ノ性質如何ニ依リテ定マルナリ即チ既ニ述ヘタル如ク若シ之ヲ以テ不法行爲準不法行爲不當利得等ニ基ク請求權ナリトセハ即チ各是等ノ規定カ其請求權ノ範圍ヲ定ムルニ付キ適用セラルヘキナリ然レトモ吾人ノ主張ノ如ク廢罷訴權又ハ否認權ニ基ク請求權ハ不法行爲ノ原因ニ基ク請求權ニ非スシテ寧ロ法律ノ規定ニ因ル請求權ナリトセハ不法行爲等ノ規定ヲ之ニ適用スルコトヲ得サルナリ而シテ民法廢罷訴權ノ場合ニ於テモ亦破産法上ノ否認權ノ場合ニ於テモ目的トシテ之ヲ定ムヘキモノニシテ直ニ民法上ノ債務不履行ニ因ル損害賠償ノ規定ニ依ルヘキモノニ非サルナリ而シ右賠償請求權ハ返還スヘキ現物存在セサル場合ニ於テ廢罷訴權又ハ否認權ノ行使ニ因リテ始メテ生ス而シテ否認ノ結果既ニ請求權發生シタル後ニ在リテハ民法一般ノ債權ノ效力ノ規定シ適用セラルルモノニシテ相手方不履行ノ場合ニ於テハ民法第四一五條以下ノ規定之ニ適用セラルルニ至ルモノトス(法學博士加藤正治氏法學志林第二一卷第七號五七頁「否認ノ相手方ニ對スル反對給付ノ返還否認ノ目的物ノ賠償額及ヒ否認權ニ專スル時效ノ適用」要領)

論旨第一點否認權行使ニ基ク相手方ノ原狀回復講求權ノ本質ヲ解シテ直接法律ニ基ク權利ナリト爲セルハ通說ノ認ムル所ニシテ且吾人ノ卑見ト一致スルモノニシテ(本書第六卷商法三〇七頁評論參照)異論ナク而シテ縱令否認ノ客體ト爲レル行爲カ双務契約ナリトスルモ契約解除又ハ双務契約履行ノ場合ニ於ケルカ如

ク同時履行ノ抗辯權ヲ認ムル能ハスト論セラレタルハ吾人ノ贊同ニ躊躇セサル所ナリ然リト雖モ所謂破産財團ノ反對給付返還義務カ相手方ノ原狀回復義務履行後新ニ發生スト論定セラルルハ博士ノ否認權ノ性質ニ關スル見解カ全ク他ト其選ヲ異ニスル結果ニ基クモノナラスンハ非ス蓋シ否認權ハ廢罷訴權ト同一性質ヲ有スルモノト理解セラレ此兩箇ノ權利ノ性質ニ付テハ取消權說(物權說)債權說等ノ諸說アル所ナレトモ博士ハ所謂債權的相對無效說ヲ主張セラレ廢罷訴權否認權ハ共ニ法律行爲其モノノ取消權ニ非スシテ法律行爲ヨリ生スル效力ヲ或點ニ於テ否認スル權利ナリト說述スルモノナレハナリ(富井先生還曆祝賀論文集一二三三頁以下參照)二點否認權行使ノ結果相手方ニ現物存在セサル場合ニ於ケル返還義務ノ範圍カ一般不當利得若クハ不法行爲ニ因ル賠償ノ範圍ヲ以テ定ムル可ラストスルハ該請求權ヲ目シテ法律ノ授與スル特種ノ權利ナリトスル當然ノ歸結ナリト信ス

四九

一〇五 合名會社ヲ設立スルニハ定款ヲ作ルコトヲ要ス

合資會社ニハ本章ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外合名會社ニ關スル規定ヲ準用ス

民法四二四 債權者ハ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但其行爲ニ因リテ利益ヲ受ケタル者又ハ轉得者カ其行爲又ハ轉得ノ當時債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラサリシトキハ此限ニ在ラス

前項ノ規定ハ財産權ヲ目的トセサル法律行爲ニハ之ヲ適用セス

合資會社設立行爲ニ基キ爲シタル現實ノ出資行爲ハ詐害行爲トシテ取消スコトヲ得ヘキモ所謂出資約束卽チ設立行爲自體ハ之ヲ取消スコトヲ得サルモノトス

【被評判例】 出資約束ナルモノハ我國法上會社設立行爲ノ一部ト解スルヲ相當トス

我國法上會社設立ノ場合ニ於ケル出資義務發生ノ原因ハ設立行爲ニ外ナラスシテ此行爲ノ外ニ別ニ出資ノ約束ト稱スル特種ノ契約存スルモノニ非ス故ニ出資義務發生ノ原因タル上告會社ノ設立行爲ヲ詐害行爲ナリト認メ之カ取消ヲ命スルハ不法ニ非ス

會社カ詐害行爲ニ依ル受益者タル場合ニ於テ其會社カ債權者ヲ害スル事實ヲ知リタルヤ否ヤノ問題ハ會社ノ社員其他ノ代表者カ之ヲ知リタルヤ否ヤニ依リ決スヘキモノトス

會社ノ設立行爲カ詐害行爲ナル場合ニ於テハ設立者カ債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知リタルトキハ會社ニ於テ之ヲ知リタルモノト認ムルヲ相當トス(大審院大正七年一〇月二八日民二部判決)

合資會社ノ社員ノ爲シタル會社設立行爲ハ民法第四二四條ノ詐害行爲トシテ取消スコトヲ得ルヤ本判決ハ結局之ヲ取消スコトヲ得トスルモノナリト雖モ吾人設立行爲ニ基キ爲シタル現實ノ出資行爲ハ詐害行爲トシテ取消スコトヲ得ヘキモ所謂出資約束卽チ設立行爲自體ハ之ヲ取消スコトヲ得サルモノトス

(一) 第一要旨ハ吾人モ之ヲ正當トス出資約束ト會社設立行爲(設立者ノ會社設立ニ參與スル行爲)トハ法律上各獨立ノ存在ヲ有スト見ルヘキヤ吾人ハ本判決ト同シク所謂出資約束ナルモノハ設立行爲ヲ爲スニ過キスシテ獨立ノ法律行爲ヲ成スモノニ非ストス案スルニ觀念上設立者ノ出資義務負擔ノ意思表示ト會社ノ創設ヲ目的トスル意思表示トハ之ヲ區別スルコトヲ得ルハ論ヲ俟タス然レトモ成法上ハ此兩者ヲ給合シ出資義務負擔ノ意思表示ヲ以テ設立行爲ノ內容トスルモ亦敢テ妨クル所ニ非ス我商法上ハ出資義務ノ引受ハ恰モ設立行爲ノ內容ヲ爲シ設立行爲ノ外ニ獨立ナル出資義務負擔行爲ノ存在ヲ認ムルコトヲ得ス

(二) 第二要旨ニ付テハ設立行爲カ性質上廢罷訴權ノ物體タル事ヲ得ストスル前提ノ下ニ於テハ吾人モ判決ノ結果ヲ認ムルヲ可トス而シテ判決カ (1)出資約束ハ設立行爲以外獨立ノ契約ニアラサルカ故ニ出資約束ノミノ取消ヲ求ムルコトヲ得ス却テ設立行爲自體ノ取消ヲ求ムルヲ要ストスルハ固ヨリ正當ナリト雖モ尙ホ進ミテ (2)社員ノ一人ノ設立行爲カ詐害行爲タルヘキ場合ニ於テ何カ故ニ設立行爲全體ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ルヤノ理由ハ之ヲ脫漏シタルモノト謂ハサルヘカラサルヘシ然レトモ判決ノ認ムル結果ハ結局正當ナス何トナレハ會社ノ設立行爲ハ所謂合同行爲ノ一種トシテ各社員ノ設立參加ノ意思表示ヨリ構成セラレ各社員ノ意思表示ハ畢竟會社設立行爲ノ各條件ヲ爲スモノナリ而シテ社員ノ一人カ債權者詐害ノ目的ヲ以テ其意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テ所謂詐害行爲トシテ取消ノ物體タルモノハ當該社員ノ意思表示カ取消ノ物體タルモノト解スルヲ正當トスヘシ然レトモ設立行爲自體ハ各社員ノ意思表示ヲ以テ其要件トスル限リ社員ノ一人ノ意思表示カ取消サルルトキハ設立行爲自體ハ要件ノ取消ヲ求ムルト結果ニ於テ異ルナシ故ニ法律モ必スシモ理論ニ拘泥セス例ヘハ瑕疵ヲ原因トスル各社員ノ意思表示ノ取消ニ依リ設立カ無效トナルモノト認ムヘキ場合ヲ以テ設立ノ取消ト謂フコトアルニ徵シ(商法第一〇〇條)廢罷訴權ニ付テモ理論上ハ各意思表示ノ取消ヲ求ムヘキ場合ニ於テモ直チニ設立自體ノ取消ヲ求メ得ヘキモノトシタルモノト解スルハ必スシモ不當ト爲スヘカラス

(三) 第三要旨ハ固ヨリ正當ナリ但シ判決カ「會社カ債權者ヲ害スルノ事實ヲ知リタルヤ否ヤハ「會社ノ社員其他ノ代表者カ之ヲ知リタリヤ否ヤニ依リ之ヲ決スヘシトシ代表者ノ外ニ一般ニ社員タル者カ之カ知リタルトキハ會社之ヲ知リタルモノトスヘシトスルカ如キ語氣ヲ示セルハ其何タルカ不明ナリ

(四) 會社カ受益者タル場合ニ於テ詐害事實ノ知不知ハ會社代表者ニ付キテ決スヘシトスルノ正當ナルコトハ上述ノ如シ然レトモ本判決ハ進シテ (イ)設立行爲ノ詐害行爲タルヲ得ルコトヲ認メ (ロ)且ツ此場合ニ於テハ詐害事實ノ知不知ハ會社設立者ニ付キテ之ヲ決スヘシト謂フハ吾人ノ與ミスル能ハサル所ナリ卽チ (イ)判決ハ設立行

爲自體カ詐害行爲タルヲ認ムト雖モ到底正當ト謂フヲ得ス蓋シ（1）純理ヨリ謂ハヽ一般ニ法人設立行爲ハ性質上人格創設ヲ目的トスル人格權行爲ニシテ財產權的行爲ニアラス從テ設立行爲自體ニ依リテハ直チニ債權者ノ不利益ノ債務者ノ資力ヲ薄張ナラシムルカ如キ結果ヲ生スルモノニアラス只タ商事會社ニ在リテハ設立行爲ハ同時ニ財產的意義ヲ有シ人格的權利タル社員權ノ取得ニ因リ出資義務ヲ生ス而シテ出資義務ハ純然タル債務ニアラスト雖モ債務者ノ資力ヲ害スル點ニ於テハ純然タル債務ト多ク異ナルナキカ故ニ債務者ヲ害スル行爲タルコトヲ得ヘキコトハ吾人モ之ヲ認ム（2）然レトモ法典ニ所謂詐害行爲トシテ取消スコトヲ得ルカ爲メニハ單ニ債務者ニ詐害ノ目的アルヲ以テ足レリトセス其受益者ニ於テモ亦其事實ヲ知ルコトヲ要ス然ルニ會社設立行爲ハ合同行爲ノ一種ニシテ相手方アル行爲ニアラス從テ絕對ニ所謂詐害行爲タルヲ得ルノ餘地アルコトナシ而モ此點ハ設立行爲ヲ以テ合同行爲トセス其他ノ如何ナル行爲ト解スルモ結果ニ於テ異ナルナシ何トナレハ之ヲ相手方ナキ單獨行爲トスルモ將又設立者間ノ契約トスルモ出資義務ノ負擔ニヨリ利益ヲ受クヘキ者ハ會社タルコトハ疑ナク而モ會社ハ設立行爲ノ當事ニ於テハ未タ存在セス債權者詐害ノ事實ヲ知ルヘキ謂レナケレハナリ（ロ）然ルニ判決ハ此當然ノ結果ヲ認メス設立行爲カ詐害行爲タル場合ニ於テハ會社設立者カ詐害ノ事實ヲ知リタルトキハ會社ニ於テ之ヲ知リタルモノト認ムヘキモノトス然レトモ會社設立者カ知リタルトキハ何カ故ニ會社カ知リタルモノトスヘキヤ其理由ヲ知ルコトヲ得ス又會社設立者トハ他ノ社員タラントスル者ノ全員ヲ謂フカ又ハ其一人ニテモ足ルカ總テ之ヲ知ルヘカラス或ハ株式會社ニ於ケルカ如ク其設立前ニ於テモ法律カ之ヲ一種ノ團體的存在ヲ認メ且特ニ發起人ナル者ヲ認メテ設立前ノ團體ノ機關タル地位ヲ有セシメル者ニ在リテハ詐害行爲ノ存在ヲ認ムルコトヲ得ヘキモ合名又ハ合資會社ニ於テハ設立者ハ固ヨリ會社ニアラス又機關ニアラサルカ故ニ他ノ設立者ハ固ヨリ會社ニアラス又機關ニアラサルカ故ニ他ノ設立者ニ於テ詐害ノ事實ヲ知ルトスルモ之ヲ會社ト僧

務者トノ間ノ詐害行爲トスヘキ等ノ理由アルコトナシ判決ハ或ハ會社カ成立シ居レハ詐害行爲トナルヘキニ拘ラス偶々會社カ形式上成立シ居ラサルカ爲メ之ヲ詐害行爲トナスヘカラストスルハ不都合ナリトシタルモノナルヘシト雖モ詐害行爲カ詐害行爲トシテ取消ヲ免レサルハ實ニ行爲者ニ於テ詐害ノ意思アルカ爲メナリ換言スレハ受益者ノ有無又ハ害意ノ如何ヲ問ハス債務者ニ詐害ノ意思タニアラハ性質上詐害行爲ヲ爲スニ非ス却テ始メヨリ相手方アリ且其相手方モ惡意ナルカ爲メ之ヲ詐害行爲トシテ取消スコトヲ得セシメ累ヲ第三者（即チ受益者）ニ及ホスコトヲ肯テスル所以ナリ從テ相手方ナキ行爲ニ付キテハ縱令債務者ノ方面ニ於テハ詐害行爲タルトキト同一ノ特徵ヲ具フルトキト雖モ之ヲ詐害行爲ト爲スヲ得ス相手方ナキ行爲カ詐害行爲タルヲ得サルハ敢テ奇トスヘキニ非サルナリ右ニ反シ出資義務ノ履行トシテ爲サルル現實ノ出資ハ詐害行爲タルヲ得ヘキハ多ク疑ハレス而シテ現實ノ出資ハ出資義務ト異ナリ必ラス會社ノ相手方トシテ爲スコトヲ要シ會社成立前ニハ之ヲ得サルノミナラス出資義務ノ負擔カ債權者ヲ害スル目的トシテ爲サレタル場合ハ之カ履行タル現實ノ出資ハ亦當然ニ同一ノ目的ノ下ニ爲サルルモノト認ムルヿヲ得ヘキカ故ニ會社ノ代表者（又ハ代理人）ニ於テ詐害ノ非實ヲ知ル限リ之ヲ取消スヿヲ妨ケナク出資義務ヲ取消スコトヲ得ストスルモ實際ノ結果ニ於テ格別ノ不都合ヲ生スルコトナシ尙ホ現實ノ出資カ取消サレタル場合ニ於テモ設立行爲自體ハ之カ爲メ何等ノ影響ヲ受クルコトナク會社ハ依然存立シ唯タ其社員ノ出資ノ拂込ナキニ歸スルニ止マル（形成權說ヲ假設ス）從テ會社ハ更ニ其社員ニ對シ更ニ出資ノ拂込ヲ求ムルコトヲ得ヘキハ論ヲ俟タサル所ナリ（法學博士竹田省氏法學論叢第二卷第三號一一六頁「出資約束ト詐害行爲」要領）

【參照學說判例】

一　會社ノ設立行爲ハ取消スコトヲ得ルヤ若シ得ストセハ取消ニ關スル規定ヲ直チニ此場合ニ適用スルヲ得サランモ幸ニ會社ノ設立行爲ハ取消シ得ルモノナリ（法學博士松波仁一郎氏日本會社一五四頁）

石坂博士
雉本博士

債權者カ廢罷訴權ヲ主張シテ會社ノ設立ノ取消ヲ請求スルニハ受益者カ詐害ノ事實ヲ知ルヲ要ス然ルニ本場合ノ受益者ハ會社ニシテ其會社ハ詐害ノ事實ヲ知ルヲ以テ被害者ハ取消ヲ請求スルコトヲ得或ハ會社ハ債務者之ヲ設立スルマテハ成立セス故ニ受益者ト爲ラス詐害ノ事實ヲ知ルヲ得スト思フ者アランモ債務者カ他人ト會社ヲ設立シテ其會社ニ出資スルハ會社ニ利益ヲ與ヘタルナリ會社カ成立セサラハ出資ヲ爲サス成立シタルカ故ニ出資シ債務者ノ財産ヲ其會社ノ財産トシタルヲ以テ會社ハ設立行爲ノ受益者ナリ且詐害ノ事實ヲ知ルナリ（同上）

詐害行爲ノ共同者ハ共同設立者タル個人ナルコトアレハ成立スル會社ナルコトアリ多クノ場合ニハ債務者カ他人ト會社ヲ設立スル合意ヲ爲スハ詐害行爲ノ着手ニシテ會社ニ財産ヲ移轉スル時ハ詐害行爲ノ完成期ナリ故ニ會社ハ詐害行爲ノ當時其詐害ノ事實ヲ知レルナリ……廢罷訴權ノ行使ニハ會社自ラ詐害ノ事實ヲ知ルヲ要スル外ニ共同設立者モ悉ク之ヲ知ルヲ要スルヤ否ヤニハ稍議論アルモ余ハ共同設立者ハ之ヲ知ルヲ要セス又其中ノ一人モ之ヲ知ルヲ要セス會社カ之ヲ知レハ足ル會社ハ此行爲ノ受益者ナレハナリ（同上一五五頁以下）

債務ノ辨濟ヲ免カレントシテ財産ヲ出資シ以テ合名會社ヲ組織シ之ニ因リテ債權者ニ損害ヲ加フルトキハ所謂詐害ノ法律行爲ヲ爲シタルモノトシテ債權者ハ其設立行爲ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス（同上本書四卷商法三頁）

二　二四條ニ依レハ取消ノ物體タルモノハ債務ノ法律行爲ナリトス故ニ單獨行爲タルト契約タルトヲ問ハスコレヲ取消スコトヲ得法人設立ノ寄附行爲モ亦之ヲ取消スコトヲ得（法學博士石坂音四郎氏日本債權法上卷二七四頁）

三　合名會社及合資會社）ノ成立行爲中（一）會社ノ目的商號並ニ本店及ヒ支店ノ所在地ヲ示シテ之ヲ署名スルコト即法人格ノ創設ヲ欲スル各社員ノ意思表示（狹義ノ設立行爲）ト（二）出資ヲ爲ス義務ヲ負擔スルコト（出資　約束）トハ全然之レヲ區別スヘキモノトス

一社員ノ出資約束ハ他ノ社員ノ出資約束ト合同スルコトヲ要セス獨立シテ其效力ヲ生スルコトヲ見ル結合行爲タル狹義ノ設立行爲トハ別個ノ行爲ヲ爲スコトハ疑ヲ容レス

狹義ノ設立行爲即チ會社ヲ創立スル各社員ハ廢罷訴權ノ目的タルヲ得サルモ出資約束財産出資ノ約束ハ廢罷訴權ノ目的タルヲ得サルモノトス

出資ノ約束自體カ詐害ノ意思ニ出タルトキハ之ニ因リテ爲ス出資行動自體モ亦廢罷訴權ノ目的タルコトヲ得ルモノトス

財産出資ノ約束ハ設立セラルル會社ニ對シテ財産上ノ給付ヲ目的トスル債務ヲ負擔スル行爲ニシテ債務者タル社員ノ辨濟資力ヲ減少スル行爲ナルカ故ニ苟クモ債務者カ詐害ノ意思ヲ以テ其債務ヲ負ヒタルトキハ債權者カ之ヲ取消スヲ得ルコトハ固ヨリ論ヲ俟タス

出資ノ約束ハ設立セラル會社ノ受領ヲ要スル意思表示ナリ故ニ會社カ成立シ其意思表示ヲ受領シタル當時ニ於テ其會社ノ代表社員カ債權者ヲ害スヘキ事項ヲ知ラサリシコトヲ立證シタルトキハ債權者ノ取消ヲ免カルルコトヲ得

勞務又ハ信用ヲ出資スヘキ約束ハ債權者之ヲ取消スコトヲ得ス何トナレハ勞務又ハ信用ヲ出資スルモ直接ニ債權者タル社員ノ辨濟資力ヲ減少スルモノニ非ス

鳩山博士
名古屋地方裁判所
宇都宮地方裁判所

社員ノ出資ノ約束ニ依リ債權ヲ取得スル者卽受益者カ設立セラルル會社ナルコトハ論ヲ俟タス（法學博士維本朗造氏法學新聞第九八六號本書第四卷六頁）

四　債務者カ債務ヘ辨濟ヲ免レントシテ財産ヲ出資シ合名會社合資會社ヲ設立シタルトキハ此設立行爲ハ詐害行爲トナルヤ解釋上議論アリ成立行爲其モノカ詐害行爲トナルトイフ說アリ出資ノ約束及ヒ出資行爲ノミヲ取消シ得ト解スル說アリ後說ヲ正當トス（法學博士鳩山秀夫氏日本債券法二七六頁）

五　合資會社ノ設立ヲ目的トスル契約ヲ締結シタル結果會社成リ後ニ於ケル出資ノ義務ヲ負擔スルモノナル以上若シ他ニ債務ヲ負擔セル者ニ於テ合資會社設立契約ヲ締結シ其結果出資義務ヲ負擔スルカ如キコトアリトセンカ爲メニ債務者ノ一般擔保ヲ減少スルコトアルハ當然ノ事理ナルヲ以テ斯ノ債務者ノ行爲カ他ノ要件ヲ具備スルトキハ民法四二條ニ所謂詐害行爲ト稱スルコトヲ得ルモノトス

民法四二四條ニ依レハ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ト雖モ受益者カ債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知リタルトキニアラサレハ之ヲ取消スコトヲ得サルニ依リ合資會社設立契約ニ因リテ利益ヲ受クルモノトセハ其何人ナルヤニ付キ之ヲ按スルニ右設立契約ノ主眼トスル所ハ合資會社ノ設立ニ在リテ會社成立後ニ於ケル出資義務ハ右契約ニ依リ負擔スル所ノ主要ノ義務ナレハ此出資ヲ爲サシムヘキ權利ヲ取得スル所ノ合資會社カ則チ設立契約ニ因リ利益ヲ受クルモノナリト解スルヲ相當トス（名古屋地方大正二年通一六六號判決本書第四卷商法六七頁以下）

六　合資會社ハ定款ノ作成卽チ會社ヲ成立セシムルコトヲ目的トスル一方的意思表示ノ集合ニヨリ成立シ出資ノ約束並ニ其約束履行タル出資ノ提供行爲ハ共ニ既ニ成立セル會社ニ對シ社員ノナスヘキ行爲ナルヲ以テ出資ノ約束及出資ノ提供行爲ハ合資會社設立行爲ト何等關係ナキモノトス債務者カ債權者ヲ詐害スルノ意思ヲ以テ合資會社ナ設立シ同人唯一ノ財産タル物件ヲ會社ニ出資スヘキ約束ヲナシ其約束ニ基キテ右物件ヲ同會社ニ出資提供スルハ詐害行爲トシテ取消サルヘキモノトス（字都宮地方大正五年(ワ)第四一號同年一二月一四日判決本書第六卷審法一三八頁）

會社設立行爲ト廢罷訴權トノ牽聯問題ニ關シテハ學說判例紛糾錯綜シテ歸一スル所ヲ識ラス蓋シ此問題ハ更ニ設立行爲ノ性質論ト關係ヲ有スル所ナルニ而モ設立行爲ノ本質ニ付キ論議一定セサル其當然ノ結果ナラスンハ非ス然リ而シテ此點ニ關スル從來ノ見解ヲ通覽スルニ(甲)設立其モノカ詐害行爲トナルト謂フ說(乙)出資ノ約束及出資行爲ノミ取消シ得ト爲ス說(丙)出資約束從テ設立行爲モ廢罷訴權ノ物體トナルト解スル說ノ三說アリタル所ナルニ博士ノ本論ハ(丁)現實ノ出

資行爲ノミ詐害行爲トシテ取消シ得ルモノナリト爲シ前記何レノ說ニモ該當セサルモノナリ顧フニ(甲)說ヲ主採スル者ハ設立行爲ノ本質ニ付キ契約說ヲ採リ(乙)說ヲ維持スル者ハ設立行爲ト出資約束トヲ全然別箇ニ觀察スル所ニシテ(丙)說ハ出資約束ハ設立行爲ノ一部ヲ爲スニ過キスシテ獨立ノ法律行爲ニ非スト爲スモノナリ而シテ博士ハ前記(丙)說ニ依據スルモノニシテ而モ其結果ヲ異ニスル所ナリ而シテ(丙)說ハ實ニ吾人ノ抱懷スルモノタリ(本書第四卷商法一四頁)

甲說ノ理由ナキハ敢テ玆ニ贅言セス出資約束カ設立行爲ト區別シ得ヘキヤ否ヤハ難問ニ屬スル所ニシテ博士カ此點ニ關シ觀念上ハ之ヲ分離シ得ルモ商法ノ解釋トシテハ其獨立性ヲ認ムル能ハスト謂ヘルハ正ニ吾人ノ曩ニ論斷セル所ト吻合スル所ナルカ故ニ復詳言セサランカ廢罷訴權ノ客體ト爲ルモノニ非ストセラルルハ詐害行爲トシテ取消シ得ルカ爲メニハ單ニ債務者ノ詐害ノ意思アルノミヲ以テハ足ラス受益者ニ於テモ其事實ヲ知ルコトヲ要スルモノナルニ會社設立行爲ノ場合ハ設立行爲當時會社ハ未タ存在スル事ナク從テ受益者カ詐害ノ事實ヲ知ル謂ハレナシト謂フヲ立論ノ骨子トセラル然リト雖モ廢罷訴權ノ成立要件トシテ所謂受益者ノ惡意ヲ要スルハ受益者ノ存スル場合ニ於テノミ謂フ可ク受益者ナキニ於テハ此者ノ惡意ヲ要セサルカ故ニ本問ノ場合ハ此後者ニ屬スルモノトシテ何等之ヲ要求スルニ非サル

ノト信ス博士カ此點ニ關シ一言無カリシハ吾人ノ極メテ腑ニ落チサル所ニシモテ未タ遽ニ博士ノ高見ニ左袒スルヲ躊躇スル所以ナリ

（一九〇）

五四　會社ノ內部ノ關係ニ付テハ定款又ハ本法ニ別段ノ定ナキトキハ組合ニ關スル民法ノ規定ヲ準用ス

九二　會社ニ現存スル財產カ其債務ヲ完濟スルニ不足ナルトキハ淸算人ハ辨濟期ニ拘ハラス社員ヲシテ出資ヲ爲サシムルコトヲ得

民法六七四　當事者カ損益分配ノ割合ヲ定メサリシトキハ其割合ハ各組合員ノ出資ノ價額ニ應シテ之ヲ定ム

利益又ハ損失ニ付テノミ分配ノ割合ヲ定メタルトキハ其割合ハ利益及ヒ損失ニ共通ナルモノト推定ス

同六八八　淸算人ノ職務及ヒ權限ニ付テハ第七八條ノ規定ヲ準用ス

殘餘財產ハ各組合員ノ出資ノ價額ニ應シテ之ヲ分割ス

合名會社ノ內部關係ニハ商法第五四條ニ依リ民法組合ニ關スル規定ヲ適用サルモノト雖モ合名會社ノ淸算人カ商法第九二條ニ依リ出資ヲ求ムル場合ニハ民法第六七四條第六八八條ノ規定ニ依リ出資ノ割合ニ按分スルコトヲ要セサルモノトス」

大審院大正六年(オ)第二四六號同年八月三〇日民二部判決本書六卷商法七四二頁

判決及松本藤田兩博士ノ見解ハ共ニ商法第五四條ニ依リ會社ノ內部干係ニハ民法組合契約ニ干スル規定ヲ適用サルルヲ以テ第九二條ニ依リテ出資ヲ求ムル場合ニハ民法第六七四條第六八八條ノ規定ニ依リ出資ノ割合ニ按分スヘキモノ也ト謂フモ疑ナキヲ得ス商法第五四條ノ規定アルヲ以テ民法組合ニ干スル規定ノ第六七四條第六八八條等ノ規定ヲ合名會社ノ內部干係タル社員間ニ適用セラルルコト明カナリ故ニ之ヲ合名會社ニ適用スルニ依リ各社員ノ持分ハ各自ノ出資額ニ依リ之ヲ算定スル事ト

為リ玆ニ衡平ヲ得ルモノトス然レトモ各社員カ負擔スル出資義務ノ履行ヲ求ムルニ當リ各其割合ヲ以テスルヲ要シ否ラサル一人ニ對シ一時ニ全部ノ出資ヲナスヘキコトヲ求メ他ノ者ニ對シテ一部ノ出資ヲ爲スコトヲ求メ若クハ全然之ヲ求メサル場合ニハ衡平ヲ失スルトノ結果ヲ生スルモノニ非ス之會社營業ヨリ生スル利益ハ出資シタルモノヲ營業資本トシテ利用シタルニ因リ生スルモノニシテ其出資シタル會社財産其ニ超過スル資産カ利益トナルモノナルヲ以テ之カ分配ヲ爲スニ當リテ出資ヲ爲シタル者シタルモ現實出資ヲ爲ササル者ニ對シ之ヲ分配スルコトナク現實出資ヲ爲シタル者ノミニ對シ之ヲ分配スヘキモノトス之實ニ衡平ヲ得タルモノニシテ反對ニ定款ヲ標準トシテ配分スルハ明カニ衡平ヲ得タルモノニ非ス殘餘ノ財産ノ分配ニ付テモ亦同一ナラサルヘカラス若シ夫レ損失ニ付テハ之ヲ全然出資額ニ割當ツルニ因リテ公平ヲ得タルコト勿論ナリ斯ク觀察シ來レハ出資ヲ求ムルニ當リ之ヲ出資ノ割合ニ依ラシムルニ非サレハ公正ヲ期シ難キモノニアラサルコト明カナルヘシ民法第六七四條第六八八條ハ事業其モノヨリ生シタル利益又ハ損失等ノ結果ニ付キ公平ヲ期シタルモノニシテ此規定アルカ爲メニ出資ヲ爲スニ出資額ノ割合ニ依ラサルモ持分ノ平等公平ヲ期シ得ルモノトス故ヲ以テ此規定ヲ出資ハ各社員ヲシテ同時ニ又其出資スヘキ額ヲ割合ニ依リテ爲サシムヘキコトヲ定メタルモノト爲スハ同條規定ノ趣旨ニ副ハサル其範圍外ニ逸出シタル解釋ト爲ササルヘカラス反對論ハ社員ノ持分カ平等ナル觀念ニ眩惑シ社員ハ會社ニ對シテ出資義務ヲ負擔スルコトヲ忘却シタルモノト謂フノ外ナシ然リ而シテ社員ハ會社ニ對シテ出資ヲ爲スノ業務ヲ負擔スルモノナリ故ニ出資額ニ付キ其拂込ヲ爲スヘキ方法及時期ニ付キ定款ヲ以テ定マリタル出資額ニ付キ定メヲ爲ササル限リハ會社ハ何時ニテモ各社員ニ對シ又ハ總社員ノ同意ヲ以テ特別ノ定メヲ爲ササル限リハ會社ハ何時ニテモ出資額全部ノ拂込ヲ求メ得ルト同時ニ社員亦之カ拂込ヲ爲スノ權利アルモノト謂フヘシ而シテ此義務ノ履行ハ會社解散前ニ於テハ割合ニ依ルヘキモノニ非サルコトニ疑ナキコト之對論者ト雖モ異論ナカルヘシ蓋シ株式會社ノ如ク株式ノ拂込ニ關シ

テ特別ノ規定ナキ場合ニハ會社ハ總社員ヲシテ金額ヲ拂込マシメ得ヘキモノナリ而シテ其社員ニシテ拂込ヲ爲ササリシ者アルトキ他ノ社員ノ出資ニ依リテ營業ヲ爲シ利益ヲ生シタル場合ニ全額拂込ヲ爲シタル者カ多額ノ利益分配ヲ受クヘク出資ニヲ爲ササル者ハ之ヲ受クル能ハスト雖モ何等衡平ヲ破壞スルモノニ非ス之前述シタル如ク其利益ハ出資シタル額ニヨリテ割合ヲ定ムルナリ若シ夫レ出資ヲ爲ササリレ者アランカ此等ノ者カ利益ノ分配ニ與ルヲ得サルハ其出資ノ提供ナカリシカ爲メナリ之ニ與カラントセハ出資ヲ爲セハ可ナルモノニシテ社員ハ何時ニテモ出資ヲ爲シ得ルモノニシテ會社ハ出資ヲ拒ミ得ヘキモノニ非サルヲ以テ出資ナキモノニ對シ利益分配ヲ爲ササルハ毫モ公平ヲ失スルモノニ非スト謂フヘシ社員ノ出資義務ハ定款ニ依テ定マリ會社ハ之カ出資ヲ求ムル權利ヲ有スルヲ以テ會社解散ノ場合ニ於ケル社員ノ出資義務ニ付テモ右ノ原則ニ依ルヘキモノナリ但タ會社ノ一般債權ノ取立ト異ナルハ一般債權ハ期限到來前ニ於テハ之ヲ爲シ得サルモ出資ノ取立ハ辨濟期ノ定メアル場合ト雖モ清算ノ爲メニスル場合ハ期限ヲ無視シテ之ヲ爲シ得ルニ在リ商法第九二條カ準用セラルル株式會社ニ於テ各株式ニ付キ均一拂込ヲ爲サシムルハ株式ノ拂込ニ關スル特別規定ヨリ來タルモノニシテ之ヲ合名會社社員ノ出資義務ニ付テモ同一觀セントスル太審院ノ見解ノ如キハ兩者間根本ノ差異アルコトヲ忘却シタルモノトス

反對論ノ根據トスル民法第六七四條ノ規定カ出資義務ニ關スル規定ニ非スシテ單ニ損益分配ノ標準ヲ規定シタルニ止マリ組合員ノ出資義務ハ同條ニ依ルコトナク契約ノ效果トシテ之ヲ履行セサルヘカラサルモノナルコトヲ是認セハ合名會社ニ於テモ亦社員ノ出資義務ハ定款ニ於テ出資ヲ爲シタル效果トシテ存在スルモノト爲ササルヘカラス既ニ民法第六七四條ノ規定カ出資ヲ爲スヘキ場合ニ出資額ノ割合ヲ定ムル標準ヲ定メタルモノニ非ストセハ組合ノ規定適用サルル合名會社社員カ出資ヲ爲スニ當リテ出資額ニ依リテ爲スヘキヤ否ヤノ解決ハ之ヲ出資義務ノ觀念ニ求ムルノ外

ナシ何トナレハ此點ニ關シ民法ハ勿論商法ニ何等之ヲ明定スルモノナケレハナリ而レテ組合契約ニ於テ組合員ハ他ノ組合員ノ出資セサルヲ理由トシテ出資ノ請求ヲ拒絶スル同時履行ノ抗辯權ヲ有スルモノナルヤニ付テハ疑アリ假ニ抗辯權ヲ有スルモノトスルモ之ヲ會社ニ適用シ得ヘキモノ非ス蓋シ社員ノ出資ハ組合ノ如ク地ノ社員ニ對シ之ヲ爲スノ義務ヲ負擔スルモノニアラスシテ會社ニ對シ之ヲ負擔スルモノナリ且社員相互間ニハ組合關係アリトスルモ會社ト各社員間ニハ團體關係アルノミニシテ組合關係ナシ故ニ團體ノ一員トシテ團體ニ對シ負擔スル義務ハ他ノ一員ノ義務如何ニ關係ナク之ヲ履行セサルヘカラス從テ他ノ社員カ出資ヲ爲ササル場合ニ於テモ自ラ之ヲ出資スルヲ要スル事ト爲ルモノトス果シテ然ラハ會社解散ノ場合ハ清算人カ出資ヲ爲サシムルニ付テモ何等ノ制限ヲ受クル事ナク社員ニ對シ拂込ヲ爲サシメ得ヘク社員ハ他ノ社員カ拂込ヲ爲ササルノ故ヲ以テ之ヲ拒絶シ得サルト同時ニ他ノ社員ヲシテ拂込ヲ爲サシムルヲ不當トシテ之ヲ拒絶シ得サルハ勿論清算ノ爲ニ必要ナル額ヲ出資ニ按分スヘキモノナリトノ理由ヲ以テ出資ヲ强要セラルル不公平ヲ生スト雖モ然カモ之出資義務ノ本質ヨリ來タルモノナレハ株式ノ如キ特別規定ナキトキニハ斯ク解スルヲ以テ正當トスヘシ況ンヤ清算人ノ職務ハ能ク各社員間ニ於ケル損失負擔ヲ公平ナラシムルヲ得ルニ於テオヤ惟フニ清算事務ヲシテ敏速終了セシムルニハ一人ニ對スル出資額全部ノ出資義務ヲ認ムルヲ以テ最モ適當トスルモノニシテ第九二條カ辯濟期ニ拘ハラス出資清爲サシムル所ノモノハ之カ爲メニ外ナラス若シ之ヲ割合ニ依リ出資セシムルモノトセハ其一人ノ出資義務ヲ履行セサルノ結果ハ更ニ之カ追徵ノ爲メ復ヒ他ノ社員ニ對シ割合出資ヲ爲サシムルコトヲ繰返ササルヲ得サルニ至リ債務ノ完濟ハ遲延シ清算事務進捗セサルニ至ルヘシ若シ夫レ會社解散前ニ社員ノ一人ハ既ニ業ニ出資ヲ爲サシムルコトカ如何ニ其社員ノ爲メニ不公平ナル結果ヲ生スヘキカ之ヲ知ルニ難カラサルヘシ何トナレハ斯クスル結果ハ其社員ノミ多大ノ損失ヲ負擔シ他ノ社員ハ債務完濟ニ必要ナル額ニ付テ割合出資ヲ爲スヲ

松本博士
竹田博士

以テ足リ殘額ハ出資スルヲ要セサレハナリ反對論ニ依レハ社員ハ會社債務ヲ完濟スル爲メニ出資ヲ爲ス義務アルヘシト雖モ其意外ニ出資ヲ爲ス義務アラサルヘケレハナリ(ドクトルユリス水口吉藏氏國家及國家學第七卷第七號七一頁「商法第九二條ニ依ル社員ノ出資義務」要領)

【反對學說】

一 商法第九二條ノ規定ニ依リ出資ヲ請求スルニハ各社員ノ出資義務額ノ割合ニ應シ各社員ニ對シテ之ヲ請求スルコトヲ要スルモノトス(法學博士松本蒸治氏法學協會雜誌第三六卷第四號一一四頁本書第七卷商法二一四頁)

二 商法第九二條ニ所謂社員ハ出資義務アル總テノ社員ヲ指ホスルモノニシテ所要全額ヲ各社員ノ出資義務ニ按分シ各社員ニ對シ其割合ニ相當スル出資ヲ請求スヘキコト會社事業カ社員ノ共同ノ事業タルコト民法第六七四條ノ規定ヨリ之ヲ認ムルコトヲ得(法學博士竹田省氏京都法學會雜誌第一三卷第四號一〇六頁本書第七卷商法二一六頁)

ドクトルハ合名會社各社員カ負擔スル出資義務ヲ履行セシムルニ當リ其出資額ノ割合ニ據ラストスルモ公平ヲ失スルモノニ非ストセラルルモ商法第九二條ニ依リテ清算人カ出資ヲ求ムル場合ハ會社ノ現存財產カ其債務ヲ完濟スルコトヲ得サル場合ナルカ故ニ特定ノ社員ノミヲシテ出資ヲ爲サシムルトキハ其社員ハ殊余財產ノ分配ニ依リテ出資額ノ返還ヲ受クルコト能ハサル狀態ニ在リ公平ヲ失スル結果ヲ招致ス可ク加之民法第六七四條第六八八條ハ直接ニ各組合員ノ出資額ノ割合ヲ定メタルモノニ非ラストスルモ尠クモ利益又ハ損失ノ分配負擔ノ公平ヲ期シタルモノナル限リ反面的ニ之ニ關シテ規定セルモノト謂ヒ得ヘク從テ吾人ハ合名會社ノ出資義務ノ請求ハ合社員ノ出資義務額ノ割合ニ應シテ爲サルヘキモノナリト爲シドクトルノ高見ト反對ノ見解ヲ有スル者ナリ(本書第六卷

商法二一七頁評論參照然リト雖モドクトルノ說ハ一烱眼タルヲ失ハス其正否ニ關シテハ尙研鑽ノ上他日評論紹說スル所アラント欲ス

（一九一）

七四　會社ハ左ノ事由ニ因リテ解散ス
五　社員カ一人ト爲リタルコト
八七第一項　清算ハ總社員又ハ其選任シタル者ニ於テ之ヲ爲ス
八八　第七四條第五號ノ場合ニ於テハ裁判所ハ利害關係人ノ請求ニ因リ清算人ヲ選任ス

利害關係人トハ一定ノ事實ニ法律上ノ利害ノ關係ヲ有スル者ヲ謂ヒ商法第八八條ニ所謂利害關係人ノ利害關係モ亦法律上ノモノヲ指稱シ經濟上ノモノヲモ指稱スルモノニ非ス」

水ロドクトル

商法第八八條ノ利害關係人トハ會社解散ノ結果ニ付キ法律上ノ利害關係ヲ有スル者ヲ指稱スルヲ以テ殘存社員ノ相續人及ヒ會社債權者ヲ包含スルモ社員ノ債權者ハ法律上ノ利害關係ヲ有セサルヲ以テ利害關係人ニ非ス」

大審院大正八年(ク)第五二號同年六月九日民二部判決本書第七卷商法四六六頁

予ハ本決定ノ正當ナルヲ疑フ抑モ利害關係人トハ一定ノ事實ニ法律上ノ利害ノ關係ヲ有スル者ヲ謂フト爲スヲ以テ正當トスヘシ一定ノ事實ニ對シ利害ヲ有スルコトナク經濟上ノ利害ヲ有スル一事ハ未タ以テ法律上ノ利害關係人タラシムルモノニ非ス商法第八八條ニ所謂利害關係人ノ利害關係モ亦法律上ノモノヲ指稱シ經濟上ノモノヲ指稱スルモノト解スルヲ得ヘキニ非ス然ルニ大審院決定ノ理由ニ依レハ明カニ法律上ノ利害關係ヲ有セスシテ單ニ經濟上ノ利害關係ヲ有スルニ止マルモノヲ以テ利

害關係人ト爲ササルヲ得サルニ至ルヘシ何トナレハ社員カ殘餘財產ノ分配ヲ受クルコトハ之ニ依リ社員ノ債務者カ其分配財產ニ就キ辨濟ヲ受ケ得ヘキ經濟上ノ利益ヲ爲スモノニ過キスシテ債權者トシテ其分配ニ關シテ法律上利害關係ヲ有スルモノニ非サレハナリ加之第八八條ノ利害關係人ハ會社解散ノ結果ニ付キ利害關係ヲ有スル者ヲ指稱スルモノト謂フヘシ即チ解散ノ結果ニ付キ法律上利害ノ關係ヲ有スルモノヲ指ス即チ第八八條ハ社員一人ト爲リタル場合ニ於ケル清算人ノ選任ニ關スル規定ニシテ第八七條ノ規定ニ對スル例外規定ナリ蓋シ社員一人ト爲リタル場合ニ猶第八七條ニ依リ殘存社員ヲシテ請算人タラシムルトキハ清算ノ公平ヲ期シ難キヲ以テ却テ裁判所ニ其選任權ヲ與ヘタルモノトス而シテ之ヲ利害關係人ト爲シクル所以ノモノハ社員トシテ殘存スル者ハ一人ノミナルニ其他ノ者ヲシテ清算人選任ヲ申出ツルコトヲ得セシメサルトキハ會社解散スルニ拘ハラス請算ヲ爲スコトナク殘存社員ノ私曲ヲ擅マニスルコトナキヲ保セサルヲ以テ利害關係人ニ申立權ヲ與ヘタルモノトス即チ第八八條ノ規定ハ殘存社員ノ行爲ヨリ生スヘキ會社財產ニ來ス不利益ヲ除去スル爲メニ規定セラレタルモノニシテ之ニ依リテ社員ノ債權者ノ利益ヲ保護セントシタルモノニアラス故ニ社員カ受クル殘餘財產ノ分配ノ爲メニ利益ヲ受クル者ハ其受クル利益ニ付キ利益ヲ減スルモ會社解散及ヒ之ヨリ生スル結果ニ付キ何等利害關係ヲ有スル者ハ殘存社員又ハ其相續人及會社債權者ノミトス社員ノ債權者トシテ何等利害ヲ認ムヘキ法律上ノ關係ナキモノトス而シテ法律ハ清算ニ於テ社員ノ債權者ヲ以テ利害關係人ナリト認ムヘキ何等ノ規定ナモ爲ススコトナク却テ第一位ニ會社債權者ヲ保護シ以テ社員ノ利益ヲ保護スル規定ヲ爲セルヲ以テ法律ノ規定スル如ク清算ノ行ハルルト否トハ社員又ハ會社債權者カ有スル法律上ノ利益即チ權利ニ影響ヲ及ホスヲ免ルルヲ得スシテ法律上ノ利害關係ノ存在ヲ認メ得ルト雖モ社員ノ債權者ニハ斯ル關係ノ存在ヲ認メ得サルヲ以テ前者ハ利害關係人ナルモ後者ハ利害關係人ニ非スト爲スヘキナリ要之第八八條ノ利害關係人

トハ解散ノ結果ニ付キ法律上ノ利害關係ヲ有スル者ヲ指稱スルヲ以テ社員ノ相續人及ヒ會社債權者ハ利害關係人ナルモ社員ノ債權者ハ法律上ノ利害關係ヲ有セサルヲ以テ利害關係人ニ非スト爲スヘキナリ而シテ第八八條ノ規定ハ合資會社ニ準用サルヘキモノナルヤ以テ判旨第二ノ前半ハ正當ナルモ其後段ニ至テハ吾人ト所見ヲ異ニスル所ニ係ルモノトス(ドクトルユリス水口吉藏氏國家及國家學第七卷第一〇號九一頁「商法第八八條ノ利害關係人」要領)

【參照學說】

本書第八卷商法四六八頁

本論ニ對シテハ吾人曩ニ論評ヲ試ミタル所ナリ(本書第八卷商法四七八頁評論參照)

(一九二)

三八六　保險金額カ保險契約ノ目的ノ價額ニ過超シタルトキハ其超過シタル部分ニ付テハ保險契約ハ無效トス

三九一　保險價額ノ一部ヲ保險ニ付シタル場合ニ於テハ保險者ノ負擔ハ保險金額ノ保險價額ニ對スル割合ニ依リテ之ヲ定ム

三九三　保險者カ塡補スヘキ損害ノ額ハ其損害ノ生シタル地ニ於ケル其時ノ價格ニ依リテ之ヲ定ム

前項ノ損害額ヲ計算スルニ必要ナル費用ハ保險者之ヲ負擔ス

三九四　當事者カ保險價額ヲ定メタルトキハ保險者ハ其價額著シク過當ナルコトヲ證明スルニ非サレハ其塡補額ノ減少ヲ請求スルコトヲ得ス

六五三第二項　海上保險契約ニハ本章ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外第三篇第十章第一節第一款ノ規定ヲ適用ス

六五六　船舶ノ保險ニ付テハ保險者ノ責任カ始マル時ニ於ケル其價額ヲ以テ保險價額トス

左ノ場合ニ於テハ被保險者ハ保險ノ目的ヲ保險者ニ委付シテ保險金額ノ全部ヲ請求スルコトヲ得

六七一　一　船舶カ沈沒シタルトキ

二　船舶ノ行方カ知レサルトキ

三　船舶カ修繕スルコト能ハサルニ至リタルトキ

四　船舶又ハ積荷捕獲セラレタルトキ

五　船舶又ハ積荷カ官ノ處分ニ依リ押收セラレ六ケ月解放セラレサルトキ

六七五第一項　委付ハ單純ナルコトヲ要ス

水口ドクトル

委付ハ商法第六七一條ニ掲クル法定事由ノ一存スルトキハ當然之ヲ爲シ得ヘク且同條第一號及第三號ノ事由ハ併存スルコトヲ得從テ一度沈沒ヲ原因トシテ委付ヲ爲シタル後ニ至リ船舶引揚完了シタルモ修繕不能ニ至リタルトキハ之ヲ事由トシテ更ニ委付ヲ爲シ得ヘキモノトス」

如上ノ場合第二回ノ委付ハ全ク第一回ノ委付カ效力ヲ生セサルトキ若クハ生セサル場合ヲ慮リ更ニ第二ノ事由ヲ以テ若クハ之ヲ追加シテ既ニ爲シタル委付ノ意思表示ヲシテ效力ヲ生セシムル目的ヲ以テ爲サレタルモノト認ムヘク第二回ノ委付ヲ爲ス被保險者ハ主觀的ニ第一回ノ委付其效ナカリセハ後ノ委付ニ因リテ其效果ヲ生セシメントスル意思アルモ毫モ第二回ノ委付ニ條付ヲ附シタルモノトシテ單純ナラサル委付ヲ爲シタルモノト爲スコトヲ得サルモノトス」

保險契約當事者間ノ保險價額ノ協定著シク過當ナルモ保險者ニ減額請求權ヲ生スルノミニシテ保險契約者ハ之ニ拘束セラルルモノナルヲ以テ之カ爲メ協定一部效カナシト雖モ協定ナカリシモノト爲ルコト無キモノトス」

保險契約ノ目的ノ實價カ九萬五千圓ナルニ之ヲ十二萬ト協定シ保險金額ヲ九萬

五千圓ト定メ全損ヲ生シタルトキハ保險者ハ保險金額九萬五千圓ノ塡補責任ヲ負擔スルモノトス」

大審院大正七年(オ)第八〇七號同八年六月二四日民一部判決本書第八卷商法三八七頁

判旨ハ正當ナリ原判決確定ノ事實ニ依レハ被保險者ハ一度船舶沈沒シテ救援ノ見込ナキモノトシテ委付ノ意思表示ヲ爲シタル後更ニ復タ修繕不能ナ事由トシテ委付ノ意思表示ヲ爲シタルモノニ係ルヲ以テ其意思表示カ商法第六七五條第一項ノ單純ナル委付ナルヤ否ヤハ其各個ノ意思表示自體ニ付キ之ヲ判定スヘキモノニシテ若シ其意思表示ニ條件若クハ其他ノ制限ナキ場合ニハ之ヲ單純ナルモノト爲ササルヘカラス而シテ委付ハ商法第六七一條ニ掲クル法定事由ノ一存スルトキハ當然之ヲ爲シ得ヘク且ツ同條第一號及第三號ノ事由ハ必スシモ併存シ得サルニ非ス即チ沈沒シタルトキ之ヲ引揚ケタルモ修繕スルコト能ハサルニ至リタル場合ノ如キハ沈沒並ニ修繕不能ヲ事由トシテ委付ヲ爲シ得ヘキモノトス從テ又一度沈沒ヲ原因トシテ委付ヲ爲シタル後ニ至リ船舶引揚完了シタルモ修繕不能ニ至リタルトキハ之ヲ事由トシテ更ニ委付ヲ爲シ得ヘシ而シテ此場合ニ於ケル第二回ノ委付ハ全ク第一回ノ委付カ其效力ヲ生セサルトキ若クハ生セサル場合ヲ慮リ更ニ第二ノ事由ヲ以テ若クハ之ヲ追加シテ既ニ爲シタル委付ノ意思表示ヲシテ效力ヲ生セシムル目的ヲ以テ爲サレタルモノト認ムヘキモノトス故ニ第二回ノ委付ヲ爲ス被保險者ハ主觀的ニ第一回ノ委付其效ナカリセハ後ノ委付ニ依リテ其效果ヲ生セシメントスル意思アルモ毫モ第二回ノ委付ニ條件ヲ附シタルモノトシテ單純ナラサル委付ヲ爲シタルモノト爲ルコトナシ

判旨(二)ハ亦正當ナリ保險契約當事者ハ保險契約ニ際シ保險價額ノ協定ヲ爲スコトヲ得ヘク保險契約締結後ノ意思表示ヲ以テモ猶ホ之ヲ協定ヲ爲スコトヲ妨ケス而シテ一度協定成立シタルトキハ其協定ハ保險ノ目的物ノ價額ニ關スル當事者ノ意思表示

ナルヲ以テ其協定價額ハ當事者ヲ拘束スヘキモノニシテ詐欺錯誤等ノ事由ニ因テ之ヲ取消シ得ヘキ場合ハ格別然ラサル限リ其協定價額カ眞實ノ價額ト一致セサル場合ト雖モ其協定價額ニ依ルヘク唯其價額ノ著シク過當ナル場合ニ限リ保險者之ヲ證明シテ減額ヲ求メ得ヘキノミ改ニ著シク過當ナル價額ノ協定モ絕對的ニ無效ニ非ス單ニ保險者ニ減額請求權ヲ生スルノミニシテ保險契約者ハ之ニ拘束セラルルモノナルヲ以テ協定價額過當ナルカ爲メニ協定一部效力ナカリシモノト爲ルコトナシ左レハ本件協定價額ハ過當ナリトスルモ塡補スヘキ損害額ノ算定ハ商法第三九三條ニ依ルヘキニアラスシテ第三九四條ニ依ルヘキモノトス

判旨(三)ハ保險ノ根本理論ヲ無視スルノ非理ヲ生ス保險ノ根本理論トシテ保險金額ハ契約上保險者ノ責任ノ最高限度ヲ定ノ保險價額ハ法律上ノ保險者ノ責任ノ最高限度ヲ生セルモノト認メラレ保險者ハ保險金額以上ニ責任ヲ負フコトナキト同時ニ復タ保險價額以上ニ責任ヲ負フコトナキモノトス故ニ保險金額ハ自カラ保險價額ニ依リ制限ヲ受クルコトヲ免レスト雖モ保險價額ノ範圍內ニ於ケル保險金額ノ協定ハ絕對的ニ有效ニシテ保險價額ト均シキトキハ之ヲ全部保險トシ全損生シタルトキハ保險金額全部一部損害生シタルトキハ其損害ニ相當スル割合ノ保險金額一部ノ支拂ヲ爲ササルヘカラス若シ保險價額ニ達セサルトキハ之ヲ一部保險トシテ損害ノ塡補額ハ保險金額ノ保險金額全部カ塡補額ト爲リ一部損害ノ場合ニハ右割合ニ依リテ算出シタル保險金額以下ノ額カ塡補額ト爲ルモノトス左レハ本件事實ニ於テハ保險金額ハ協定保險金額ニ達セサル一部保險ナルモ損害ハ全部ナルヲ以テ保險金額九萬五千圓ヲ支拂ハサルヘカラサルモノニシテ其協定價額拾貳萬圓ハ過當ニシテ九萬五千圓カ實價ナリトスルモ尙ホ保險金額ハ保險ノ目的タル船舶ノ價額ニ超過スルコトナク保險契約書ハ事實九萬五千圓ノ損害ヲ受ケタルモノナレハ依然トシテ九萬五千圓ヲ請求シ得サルヘカラス其拾貳萬圓ト協定シタルコトカ過當ナル事實ハ一部保險ニ於ケル全額ニ於テ其保險金額カ

實價格以下ニ在ルトキ保險額全部ノ請求ヲ爲スヲ妨ケラルルモノニアラス之毫モ保險ノ原則ヲ無視スルモノニ非スシテ却テ其原則ニ依據シタル解釋ナリ若シ之ヲ判決ノ如ク七萬餘圓ヲ塡補スルヲ以テ足ルトセハ實際ノ保險價額九萬五千圓ニ付キテノ保險金額九萬五千圓ハ毫モ超過保險ニ非スシテ全損シタルトキハ現實ニ損害額ハ九萬五千圓ナルヲ以テ保險契約者ハ全損生シタルニ拘ラス保險金額全部ノ請求ヲ爲シ得サルニ至リ保險金額九萬五千圓ト定メタルカ爲メニ貳萬餘圓ヲ損スルコトトナリ却テ保險金額ヲ協定保險價額ト同一ニ拾貳萬圓ト定メ實價額ニ比シテ超過保險ヲ生スル場合ニハ實際ノ損害額即チ九萬五千圓ヲ請求シ得ヘキニ比レ明カニ其協定シタルコトニ依リ保險價額以上ノ金額ヲ獲得センコトヲ目的トシタルコトナキニ法律ノ保護薄キヲ覺エシムル不都合ヲ生スヘシ之レ豈ニ正當ナル解釋ト謂ヒ得ヘケンヤ（ドクトルユリス水口吉藏氏國家及國家學第七卷第一二八四八頁「過富ナル保險價額ノ協定ト其效力」要領）

【參照判例】

本書第八卷商法三八九頁

論旨一點二點三點論無シト雖モ同四點ニ對シテハ吾人疑ヲ挾ム者ナリドクトルハ保險金額カ保險ノ目的ノ實價ニ超過セサル限リ過當ニ保險價額ヲ協定スルモ全損ノ場合保險者ハ其保險全額ニ從ヒ塡補責任ヲ負フヘキモノナリトシ是レ保險ノ原則ニ依據スル解釋ナリトセラルルモ本來保險價額ノ協定カ著シク過當ナル場合ハ保險者ニ於テ塡補額ノ減少ヲ請求スルコトヲ得ル所ニシテ協定保險價額ニ對スル保險金額ノ定メハ一部保險ナルカ故ニ案件ノ場合協定シタル保險金額ニ對スル比例ヲ以テ其實價ニ應スル保險金額ヲ定メテ塡缺額ヲ減少セシムル

大審院判決

コトカ保險契約當事者間ノ意思ニ合致シ毫モ保險ノ原理ヲ無視スルモノニ非スト信ス

（一九三）

一五三　會社カ前條ニ定メタル手續ヲ履ミタルモ株主カ拂込ヲ爲ササルトキハ其權利ヲ失フ

前項ノ場合ニ於テハ會社ハ株式ノ各讓渡人ニ對シ二週間ヲ下ラサル期間内ニ拂込ヲ爲スヘキ旨ノ催告ヲ發スルコトヲ要ス此場合ニ於テハ最モ先ニ滯納金額ノ拂込ヲ爲シタル讓渡人株式ヲ取得ス

讓渡人カ拂込ヲ生サトルトキハ會社ハ株式ヲ競賣スルコトヲ要ス此場合ニ於テ競賣ニ依リテ得タル金額カ滯納金額ニ滿タサルトキハ從前ノ株主ヲシテ其不足額ヲ辨濟セシムルコトヲ得若シ從前ノ株主カ二週間内ニ之ヲ辨濟セサルトキハ會社ハ讓渡人ニ對シテ其辨濟ヲ請求スルコトヲ得

前三項ノ規定ハ會社カ損害賠償及ヒ定款ヲ以テ定メタル違約金ノ請求ヲ爲スコトヲ妨ケス

株主カ株式ヲ讓渡シタル場合ニ於テ其株主タル權利ハ讓渡契約ノ效力トシテ讓渡人ヨリ讓受人ニ移轉スルハ勿論ナリト雖モ株金拂込ノ義務モ亦同時ニ之ニ因リ移轉スヘキモノニアラス」

株金拂込ノ義務ト雖モ普通ノ義務ト同シク其性質上義務者單獨ノ意思ニ依リ之ヲ免ルルコトヲ得ルモノニ非サルヲ以テ株式讓渡人カ株金拂込ノ義務ヲ免ルルニハ例ハ權利者タル會社ニ於テ之ヲ免除スルカ又ハ定款若クハ法律ノ規定ニ依リ其義務ヲ免除スルカ如キ特別ノ事由存スルコトヲ要スルモノトス」

株主カ株式ヲ讓渡シ之ヲ株主名簿ニ記載シタルトキハ株金拂込ノ義務ヲ免レ單ニ第一五三條第二項第三項ニ規定スル擔保的ノ義務ヲ負擔スルニ過キサルモノトス」

株式讓受人ハ株主名簿ニ讓渡ヲ記載シタル時ヨリ原始的ニ拂金株込ノ義務ヲ負

擔スルモノト解スルヲ相當トス」

株金拂込ノ義務ヲ負擔スル者ハ必ス株主名簿ニ記載アル現在ノ株主ノミニシテ株式讓渡人ハ株金拂込ニ付キ既ニ催告ヲ受ケタル解合ナルト否トヲ問ハス其拂込ヲ爲ス義務ナキモノトス」

株式讓渡人ハ商法第一五三條第二項及ヒ第三項ニ定メタル義務ヲ負擔スルニ過キスシテ同條末項ノ損害賠償及ヒ違約金ノ支拂ヲ爲スカ如キハ株式讓渡人ノ義務ノ範圍ニ屬セサルモノトス」

(一) 案スルニ株主カ株式ヲ讓渡シタル場合ニ於テ其株主タル權利ハ讓渡契約ノ效力トシテ讓渡人ヨリ讓受人ニ移轉スルコト勿論ナルモ株金拂込ノ義務モ亦同時ニ之ニ因リ移轉スヘキモノニアラス株金拂込ノ義務ト雖モ普通ノ義務ト同シク其性質上義務者單獨ノ意思ニ依リ之ヲ免ルルコトヲ得ルモノニアラス故ニ株式讓渡人カ株金拂込ノ義務ヲ免ルルニハ例ヘハ權利者タル會社ニ於テ之ヲ免除スルカ又ハ定款若クハ法律ノ規定ニ依リ其義務ヲ免除スルカ如キ特別ノ事由存スルコトヲ必要トス此點ニ付キ我商法ノ規定ヲ覽ルニ株主カ株式ヲ讓渡シ之ヲ株主名簿ニ記載シタルトキハ株金拂込ノ義務ヲ免レ單ニ同法第一五三條第二項第三項ニ規定スル擔保的ノ義務ヲ負擔スルニ過キサルモノト解スル事ヲ得ヘシ又株式ノ讓受人タル新株主ハ前示ノ如ク讓渡人ノ株金拂込ノ義務ヲ承繼スルモノニ非サルヲ以テ株式讓渡人カ如何ニシテ株金拂込ノ義務ヲ負擔スル株金拂込ノ義務ヲ免ルルヤノ問題ト株式讓受人カ如何ニシテ株金拂込ノ義務ヲ負擔スルヤノ問題トハ全然別個ノ問題ニ屬スルモノト謂ハサルヲ得ス而シテ商法第一四四條第一項第一五三條第一五四條ノ規定ニ依レハ株式ヲ引受ケタルト讓受ケタルトヲ問ハス株主名簿ニ株主トシテ記載アル現在ノ株主ハ法律上原始的ニ株金拂込ノ義務

負擔スルモノト推測スル事ヲ得ヘキヲ以テ株式讓受人ハ株主名簿ニ讓渡ヲ記載シタル時ヨリ原始的ニ株金拂込ノ義務ヲ負擔スルモノト解スルヲ相當トス要之我商法ノ規定ニ依レハ株金拂込ノ義務ヲ負擔スル者ハ必ス株主名簿ニ記載アル現在ノ株主ノミニシテ株式讓渡人ハ株金拂込ニ付既ニ催告ヲ受ケタル場合ナルト否トヲ問ハス其拂込ヲ爲ス義務ナキモノトス然ルニ本件ニ付原院ノ確定スル所ニ依レハ被上告人ハ大正六年五月十二日其名義ニ屬スル株式全部ヲ讓渡シ株主名簿及株券ノ名義書換ヲ了シタル事實ナレハ原院カ株式讓渡人タル被上告人ニ本件株金拂込ノ義務ナシト判示シタルハ結局相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ

(二) 然レトモ株式讓渡人ナルモノハ商法第一五三條第二項及ヒ第三項ニ定メタル義務ヲ負擔スルニ過キスシテ同條末項ノ損害賠償及ヒ違約金ノ支拂ヲ爲スカ如キハ株式讓渡人ノ義務ノ範圍ニ屬スルモノニアラス右損害金及ヒ違約金支拂ノ義務ハ同條ニ所謂從前ノ株主若クハ請求當時ノ現在ノ株主失權手續ニ依ラサル場合）ノ義務ニ屬スルモノト解スルヲ相當トス故ニ原院カ株式讓渡人ニシテ現在ノ株主ニアラサル被上告人ニ本件損害賠償ノ義務ナシト爲シタルハ結局相當ニシテ論旨理由ナシ（大審院大正七年（オ）一〇三二號同八年十二月二日民一部田部裁判長大會尾古鈴木三宅各判事判決）

【關係事項】 上告棄却○原審大阪控訴院○株金拂込請求事件○上告人關西製粉株式會社訴訟代理人辯護士後藤德太郎同川島銀平同米田吉次郎被上告人奥田甚三訴訟代理人辯護士牧野賤男同阪本彌一郎同中村敏雄同丸山良策同並木信政

（一九四）

三二一 運送取扱人トハ自己ノ名ヲ以テ物品運送ノ取次ヲ爲スヲ業トスル者ヲ謂フ

運送取扱人ニハ本章ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外問屋ニ關スル規定ヲ準用ス

鐵道營業法八 鐵道ハ直ニ運送ヲ爲シ得ヘキ場合ニ限リ貨物ヲ受取ルヘキ義務ヲ負フ

鐵道運輸規定八三第二項 荷送人ハ鐵道ノ承諾ヲ得テ停車場其ノ他ノ鐵道地内ニ自己ノ責任ヲ以テ發送迄一時貨物ヲ留置スルコトヲ得此場合ニ於テ鐵道ハ相當ノ留置料ヲ請求スルコトヲ得

運送取扱人カ貨物ノ運送ヲ引受ケタルトキハ其運送ヲ爲スニ至ルマテ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ之ヲ保護スルコトヲ要シ其貨物ノ滅失毀損ヲ防クカ爲メニ相當ナル注意ヲ爲スノ義務ヲ存スルモノトス」

鐵道營業法第八條鐵道運輸規定第八三條第二項ニ依ルトキハ鐵道院ハ直ニ運送ヲ爲シ得ヘキ場合ニ限リ貨物ヲ受取ルヘキ義務ヲ有シ直ニ發送スルコト能ハサル場合ニハ貨物ノ搬入ヲ許サヽルノ規定ナレトモ若シ鐵道院ノ承諾ヲ得タルトキハ便宜上停車場構内ニ搬入スルコトヲ得ヘシト雖モ右ハ固ヨリ鐵道院ニ於テ保管ノ義務ヲ負擔スルモノニ非スシテ其搬入ヲ爲シタル運送取扱人ニ於テ保管ノ責任ヲ負ヒ其留置ヨリ生スル一切ノ危險ハ運送取扱人ニ於テ自ラ負擔スルモノト云ハサルヘカラス」

案スルニ運送取扱人カ貨物ノ運送ヲ引受ケタルトキハ其運送ヲ爲スニ至ルマテ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ之ヲ保管スルコトヲ要シ其貨物ノ滅失毀損ヲ防クカ爲メニ相當ナル注意ヲ爲スノ義務ヲ有スルモノトス原判決ノ認ムル所ニ依レハ大正七年四月五日被上告人ハ荷送人タル訴外藤本清吉ヨリ但馬國城崎郡竹野村米田龜太郎ニ送付スヘキ「コールタン」六十罐ヲ受取リタルカ當時鐵道院兵庫驛ハ運送荷物輻湊シ同驛構内ニ搬入シタル荷物ハ特ニ鐵道院ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ即日發送スルコト能ハサルノ事情ニ在リタルニ拘ハラス被上告人ハ鐵道院ノ承諾ヲ得テ當日發送ノ手續ヲ爲スコトナク其儘該荷物ヲ同驛構内ニ搬入シテ荷物留置場ニ存置シタルニ翌六日同驛構内ノ他ノ貨物ヨリ發火シ終ニ本件荷物ヲ類燒セシメタリト云フニ在リ依テ敍上ノ場合ニ於テ被上告人ハ果シテ運送取扱人ノ義務タル保管ノ責任ヲ全フシタルモノト云フコトヲ得ヘキヤ否ヤニ付キ審案スルニ鐵道營業法第八條ニハ鐵道ハ直ニ運送ヲ爲シ得ヘキ場合ニ限リ貨物ヲ受取ルヘキ義務ヲ負フトアリ又鐵道運輸規定第八三條第二項ニハ荷送人ハ鐵道ノ承諾ヲ得テ停車場其他ノ鐵道地内ニ自己ノ責任ヲ以テ發送迄一時貨物ヲ留置スルコトヲ得此場合ニ於テハ鐵道ハ相當ノ留置料ヲ請求スルコトヲ得トアリ此等ノ法規ニ依ルトキハ鐵道院ハ直ニ運送ヲ爲シ得ヘキ場合ニ限リ貨物ヲ受取ルヘキ義務ヲ有シ直ニ發送スルコト能ハサル場合ニハ貨物ノ搬入ヲ許ササルノ規定ナレトモ若シ鐵過院ノ承諾ヲ得タルトキハ便宜上停車場構内ニ搬入スルコトヲ得ヘシト雖モ右ハ固ヨリ鐵道院ニ於テ保管ノ義務ヲ負擔スルモノニ非スシテ其搬入ヲ爲シタル運送取扱人ニ於テ保管ノ責任ヲ負ヒ其留置ヨリ生スル一切ノ危險ハ運送取扱人ニ於テ自ラ負擔スルモノト云ハサル可カラス果シテ然ラハ被上告人カ本件貨物ヲ兵庫驛構内ニ搬入シ之ヲ留置スルニ當リ其滅失毀損ヲ防クヘキ相當ナル注意ヲ用ヒタリヤ否ヲ審理シ以テ運送取扱人タル被上告人ノ本件責任ノ有無ヲ判斷セサル可カラサルニ原判決玆ニ出テス被上告人カ該貨物ヲ兵庫驛構内ニ搬入シタルノ一事ヲ以テ直ニ其保管ノ責任ヲ免脱セラレタルモノノ如ク解シ依テ類燒ニ依リテ生シタル本件損害ニ付キ賠償ノ義務ナキモノト判定シタルハ失當ニシテ原判決ハ破毀ヲ免カレス（大審院大正八年(オ)第八二二號同年十二月六日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡鬼澤各判事判決）

【關係事項】破毀差戻○原審神戸地方裁判所○損害賠償請求事件○上告人早川享太郎被上告人荒井廣三郎

【參照學判說例】

一　運送取扱人ハ注意シテ其義務ヲ履行スヘシ若シ注意ヲ怠リテ運送品滅失毀損スルトキハ損害賠償ノ責ヲ負フ（法學博士松波仁一郎氏日本商行爲法七一〇〇）
運送取扱人ハ委託者ノ物ヲ保管スルコトヲ要ス其保管ニ付テハ多クノ注意ヲ爲サヽルヘカラス（同上七一一頁）

二　運送取扱人ハ委託ノ本旨ニ從ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ委託事務ヲ處理スヘキ義務アリ（法學博士青山象司氏商法總論及商行爲大正七中大講二九八頁）

三　運送取扱人ハ委託者ニ對シ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其委託ノ行爲ヲ完了スル義務アリ（法學士柳川勝二氏商法論綱四

八二頁)

四 運送取扱人ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ運送ノ取次ヲ爲ササル可ラス(慶大教授西本辰之助氏日本商行爲法六五頁)

五 運送取扱人ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其委託事務ヲ處理スヘキモノナレハ運送取扱ノ委託ヲ受ケタル貨物ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ之カ保管ノ責ヲ盡ササルヘカラス(大審院大正二年(オ)四四一號同五年三月一七日判決・本書五卷商法三六頁)

一九五

一五〇 記名株式ノ移轉ハ取得者ノ氏名住所ヲ株主名簿ニ記載シ且其氏名ヲ株券ニ記載スルニ非サレハ之ヲ以テ會社其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

民法五六〇 他人ノ權利ヲ以テ賣買ノ目的ト爲シタルトキハ賣主ハ其權利ヲ取得シテ之ヲ買主ニ移轉スル義務ヲ負フ

同五六一 前條ノ場合ニ於テ賣主カ其賣却シタル權利ヲ取得シテ之ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサルトキハ買主ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得但契約ノ當時其權利ノ賣主ニ屬セサルコトヲ知リタルトキハ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス

株式賣買ノ場合ニ於テ當事者間ニ別段ノ意思表示ナキ限リハ賣主ハ其義務ノ履行トシテ單ニ株式名義負擔ノ爲メニスル完全ナル委任狀ヲ買主ニ交付スルヲ以テ足レリトセス尚ホ買主ヲシテ完全ニ株式ヲ取得セシムルコトヲ要シ從テ第三者タル株式會社ノ承諾ヲ得ルコト能ハサルカ爲メニ株式ノ名義間換ヲ爲スコト能ハサルトキハ賣主ノ株式移轉ノ義務ハ完全ニ履行セラレサルモノニ歸スルヲ以テ買主ハ賣買契約ヲ解除シテ既ニ支拂ヒタル代金ノ返還ヲ受クルコトヲ得ルモノト解スルヲ相當トス」

案スルニ原審ニ於テ確定シタル本件ノ事實ハ當事者間ニ株式會社京都貿易銀行株式ヲ白紙委任狀附ニテ賣買スル契約成立シ既ニ其代金ノ授受ヲ了シ買主タル上告人ハ

同銀行ニ對シ該株式ノ名義書換ヲ請求シタル處同銀行ハ其承諾アルニ非サレハ株式ノ讓渡ヲ許ササル旨ノ定款ノ規定ニ基キ該株式ノ名義書換ヲ拒絶シタルカ爲メニ上告人ハ該株式ヲ取得スルコト能ハサルニ至リシモノナリ而シテ民法ノ賣買ニ關スル規定ニ依レハ賣主ハ賣買ノ目的タル財産權ヲ買主ニ移轉シ買主ヲシテ完全ニ之ヲ取得セシムヘキ義務ヲ負擔シ若シ完全ニ之ヲ移轉スルコト能ハサルトキハ買主ニ對シテ擔保ノ責任ヲ負ヒ殊ニ他人ノ權利ヲ以テ賣買ノ目的ト爲シタル場合ニ於テハ賣主カ其賣却シタル權利ヲ取得シテ之ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサルトキハ買主ハ常ニ契約ヲ解除シテ代金支拂ノ義務ヲ免カレ又ハ既ニ支拂ヒタル代金ノ返還ヲ受クルコトヲ得ルモノトス如上規定ノ趣旨ヨリ類推スレハ本件ノ如キ株式賣買ノ場合ニ於テモ當事者間ニ別段ノ意思表示ナキ限リハ賣主ハ其義務ノ履行トシテ單ニ株式名義書換ノ爲メニスル完全ナル委任狀ヲ買主ニ交付スルヲ以テ足レリトセス尚ホ買主ヲシテ完全ニ株式ヲ取得セシムルコトヲ要シ從テ第三者タル株式會社ノ承諾ヲ得ルコト能ハサルカ爲メニ株式ノ名義書換ヲ爲スコト能ハサルトキハ賣主ノ株式移轉ノ義務ハ完全ニ履行セラレサルモノニ歸スルヲ以テ買主ハ賣買契約ヲ解除シテ既ニ支拂ヒタル代金ノ返還ヲ受クルコトヲ要シ從テ第三者タル株式會社ノ承諾ヲ得ルコト能ハサルカ爲メニ株式ノ名義書換ヲ爲スコト能ハサルトキハ賣主ノ株式移轉ノ義務ハ完全ニ履行セラレサルモノニ歸スルヲ以テ買主ハ賣買契約ヲ解除シテ既ニ支拂ヒタル代金ノ返還ヲ受クルコトヲ得ルモノニ非ストノ理由ニ基キ判決ヲ爲シタルハ違法ニシテ上告ハ其理由アリ(大審院大正八年(オ)第五四一號同年十二月九日民一部田部裁判長榊原尾古菟淵三宅各判事判決)

【關係事項】 破毀差戻○原審大阪控訴院○賣買代金返還請求事件○上告人中西雅之訴訟代理人辯護士牧野充安被上告人淵野德右衛門訴訟代理人辯護士鹽田義太郎

三三四ノ二　貨物引換證ヲ作リタルトキハ運送品ニ關スル處分ハ貨物引換證ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス

三三五　貨物引換證ニ依リ運送品ヲ受取ルコトヲ得ヘキ者ニ貨物引換證ヲ引渡シタルトキハ其引渡ハ運送品ノ上ニ行使スル權利ノ取得ニ付キ運送品ノ引渡ト同一ノ效力ヲ有ス

三三九　數人相次テ運送ヲ爲ス場合ニ於テハ各運送人ハ運送品ノ滅失毀損又ハ延着ニ付キ連帶シテ損害賠償ノ責ニ任ス

三四四　貨物引換證ヲ作リタル場合ニ於テハ之ト引換ニ非サレハ運送品ノ引渡ヲ請求スルコトヲ得ス

民法四一五　債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲サルトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ

同七〇九　故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス

大審院判決

貨物引換證記載ノ運送品カ滅失シタルトキハ運送品ノ上ニ存在スル所有權其他ノ物權ハ當然消滅スルヲ以テ貨物引換證ニ依リ其運送品ノ所有權ヲ取得スルコトハ法律上不能ナリトス從テ貨物引換證ヲ發行シタル運送人カ運送品ヲ貨物引換證ト引換ヘスシテ他人ニ引渡シ之ヲ滅失セシメタル後ニ於テ其運送品ノ所有權ヲ取得スル契約ノ下ニ貨物引換證ヲ讓受人ハ當初ノ運送人ヨリ運送ノ下請負ヲ爲シタル運送人ニ對シテハ其權利ヲ行使シ其權利ヲ主張スルコトヲ得サルモノトス

如上ノ場合貨物引換證ノ讓受人ハ運送人カ運送品ニ對スル讓受人ノ所有權ヲ侵害シタリト主張シテ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ單純ニ貨物引換證ヲ讓受ケタルモノハ他ニ特別ノ事情ナキ限リ讓受ノ效力トシテ運送人ニ對シ運送品ノ引渡請求權ヲ取得スルヲ以テ讓受人ハ運送人ニ對シテ其權利ヲ行使シ既ニ運送人カ不法ニ其運送品ヲ滅失セシメタル場合ニ於テハ履行不能ニ因ル損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘク此請求權ハ運送契約ノ當事者タル運送人ニ對シテハ勿論相次イテ運送ヲ爲シタル各運送人ニ對シテモ之ヲ主張スルコトヲ得ヘク之ニ反シテ貨物引換證ノ讓受人ハ當初ノ運送人ヨリ運送ノ下請負ヲ爲シタル運送人ニ對シテハ權利ヲ主張スルコトヲ得サルモノトス」

案スルニ貨物引換證記載ノ運送品カ滅失シタルトキハ運送品ノ上ニ存在スル所有權其他ノ物權ハ當然消滅スルヲ以テ貨物引換證ニ依リ其運送品ノ所有權其他ノ物權ヲ取得スルコトハ法律上不能ナリ從テ貨物引換證ヲ發行シタル運送人カ運送品ヲ貨物引換證ト引換ヘスシテ他人ニ引渡シ之ヲ滅失セシメタル後ニ於テ其運送品ノ所有權ノ取得ヲ目的トスル契約ノ下ニ貨物引換證ヲ讓受ケタルモノハ讓受ノ當時運送品滅失ノ事實ヲ知ラスト雖モ之ニ因テ運送品ノ所有權ヲ取得スル失ノ事實ヲ知ラスト雖モ之ニ因テ運送品ノ所有權ヲ侵害シタリト主張シテ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ單純ニ貨物引換證ヲ讓受ケタルモノハ他ニ特別ノ事情ナキ限リ讓受ノ效力トシテ運送人ニ對シ運送品ノ引渡請求權ヲ取得スルヲ以テ讓受人ハ運送人ニ對シテ其權利ヲ行使シ既ニ運送人カ不法ニ其運送品ヲ滅失セシメタル場合ニ於テハ履行不能ニ因ル損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘク此ノ請求權ハ運送契約ノ當事者タル運送人ニ對シテハ勿論相次イテ運送ヲ爲シタル各運送人ニ對シテモ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ之ニ反シテ貨物引換證ノ讓受人ハ當初ノ運送人ヨリ運送ノ下請負ヲ爲シタル運送人ニ對シテハ其權

大審院判決

利ヲ主張スルコトヲ得ス何トナレハ下請負ヲ爲シタル運送人ハ貨物引換證發行ノ原因タル運送契約ノ當事者ニ非サレハ之ニ對シテ貨物引換證ニ基ク義務ヲ負擔セシムルニハ特別ノ法規ヲ必要トスルニ斯ノ如キ法規存在セサルヲ以テナリ然リ而シテ被上告人ノ本訴請求ノ原因ハ原判決ノ事實摘示及ヒ其引用シタル第一審判決ノ事實摘示等ヲ對照シテ之ヲ審査スルニ被上告人ハ本件ノ貨物引換證ニ依リ運送品タル小手亡豆ノ所有權ヲ取得シタルニ到達地ノ運送人タル上告人カ本件ノ貨物引換證ヲ取得スル以前不法ニ小手亡豆ヲ滅失セシメテ被上告人ノ所有權ヲ侵害シタリト云フノ趣旨ナリヤ將タ被上告人ハ單純ニ貨物引換證ヲ裏書ニ依テ讓受ケ運送品ノ引渡請求權ヲ取得シタルニ上告人ハ本件運送ノ相次運送人若クハ下請負人トシテ不法ニ引渡義務ノ履行ヲ不能ナラシメタリト云フノ趣旨ナリヤ不明ナリ斯ノ如ク請求ノ趣旨不明ナルトキハ裁判所ハ釋明權ヲ行使シテ其意義ヲ明瞭ナラシメタル後ニ審理裁判スヘク若シ本訴請求ノ趣旨ハ前者ナリトセハ敍上說明ノ如ク其請求ハ不當ナレトモ其趣旨後者ナリトセハ上告人ハ相次運送人ナリヤ將タ其抗辯セル如ク下請運送人ナリヤヲ判斷シテ請求ノ當否ヲ決セサルヘカラス然ルニ原裁判所ハ本訴請求ノ趣旨ヲ明瞭ナラシメスシテ裁判シタル不法アルヲ以テ原判決ハ此點ニ於テ破毀セラルヘキモノトス（大審院大正八年（オ）第五八八號同年十二月二十日民三部横山裁判長大倉礒谷松岡鬼澤各判事判決）

【關係事項】破毀差戻○原審函館控訴院○損害賠償請求事件○上告人內國通轉株式會社訴訟代理人辯護士岡崎正也同溢川論喜智被上告人佐々木○次郎訴訟代理人辯護士岩田貞造同近藤民雄

（一九七）

株式ノ拂込ハ定款ニ別段ノ定メナキ限ハ金錢ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノニシテ小切手ハ法律上之ヲ金錢ト同一視スヘキモノニ非サレハ小切手カ株式ノ拂込トシテ授受セラレタル場合ニハ其小切手カ金錢ヲ以テ支拂ハレタル時ニ始メテ株式ノ拂込ハ完了セルモノト謂フヘシ小切手ノ支拂ハ其小切手カ金錢ヲ以テ支拂ハレタル時ニ始メテ株式ノ拂込ハ完了セルモノト謂フヘク小切手ノ支拂ナキ限リ株式ノ拂込ハ完了シタルモノト謂フヘキ得ス小切手ニ對スル資金カ既ニ支拂人ニ送付セラレタルト所謂支拂保證ノ文言カ小切手面ニ記載セラレタルト將タ小切手ノ所持人カ第三者トノ特約ニ依リ之ヲ金錢ト看做シテ其第三者ニ交付シタル事實アルト否トハ株式拂込ノ成否如何ニ何等ノ影響ヲモ及ホスモノニ非サレハ則チ原裁判所カ上告會社ノ設立ニ付キ株式ノ第一回拂込トシテ授受セラレタル小切手ハ創立總會終結ノ當時未タ支拂ハレサルモノニシテ其株式ノ拂込アリト謂フヲ得サル旨說明シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ（大審院大正八年（オ）第七二〇號同年十二月二十四日民三部横田裁判長大倉礒谷松岡鬼澤各判事判決）

【關係事項】上告棄却○原審東京控訴院○株式會社設立無效確認請求事件○上告人內外旅行株式會社訴訟代理人辯護士吉田三市郎同田坂貞雄同阿保淺次郎佐々木藤市郎同長野國助同白川龍一被上告人前田卯之吉外二人訴訟代理人辯護士岸井辰雄同鈴殷洪清

【前段株式拂込ハ現金ヲ以テスルコトヲ要ストスル同趣旨學說判例】

デ授受セラレタル場合ニ於テハ其小切手カ金錢ヲ以テ支拂ハレタル時ニ始メテ株式ノ拂込ハ完了セルモノト謂フヘク小切手ノ支拂ナキ限リ株式ノ拂込ハ完了シタルモノト謂フヲ得ス小切手ニ對スル資金カ既ニ支拂人ニ送付セラレタルト所謂支拂保證ノ文言カ小切手面ニ記載セラレタルト將タ小切手ノ所持人カ第三者トノ特約ニ依リ之ヲ金錢ト看做シテ其第三者ニ交付シタル事實アルト否トハ株式拂込ノ成否如何ニ何等ノ影響ヲ及ホスモノニ非ス」

案スルニ株式ノ拂込ハ定款ニ別段ノ定メナキ限リ金錢ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノニシテ小切手ハ法律上之ヲ金錢ト同一視スヘキモノニ非サレハ小切手カ株式ノ拂込トシテ授受セラレタル場合ニ於テハ其小切手カ金錢ヲ以テ支拂ハレタル時ニ始メテ株式ノ拂込ハ完了セルモノト謂フヘク小切手ノ支拂ナキ限リ株式ノ拂込ハ完了シタルモノト謂フヲ得ス小切手ニ對スル資金カ既ニ支拂人ニ送付セラレタルト所謂支拂保證ノ文言カ小切手面ニ記載セラレタルト將タ小切手ノ所持人カ第三者トノ特約ニ依リ之ヲ金錢ト看做シテ其第三者ニ交付シタル事實アルト否トハ株式拂込ノ成否如何ニ何等ノ影響ヲモ及ホスモノニ非サレハ則チ原裁判所カ上告會社ノ設立ニ付キ株式ノ第一回拂込トシテ授受セラレタル小切手ハ創立總會終結ノ當時未タ支拂ハレサルモノニシテ其株式ノ拂込アリト謂フヲ得サル旨說明シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ（大審院大正八年（オ）第七二〇號同年十二月二十四日民三部横田裁判長大倉礒谷松岡鬼澤各判事判決）

【關係事項】上告棄却○原審東京控訴院○株式會社設立無效確認請求事件○上告人內外旅行株式會社訴訟代理人辯護士吉田三市郎同田坂貞雄同阿保淺次郎佐々木藤市郎同長野國助同白川龍一被上告人前田卯之吉外二人訴訟代理人辯護士岸井辰雄同鈴殷洪清

【前段株式拂込ハ現金ヲ以テスルコトヲ要ストスル同趣旨學說判例】

本書第八卷商法四七六頁以下

【株式拂込ハ手形ヲ以テスルヲ得ストスル學說判例】

本書第八卷商法四七八頁

【中段株式拂込ハ小切手ヲ以テスルモ無效ナリトスル同趣旨學說判例】

本書第八卷商法四七九頁以下

判旨ノ正當ナルハ吾人曩ニ論定セル所ナリ（本書第八卷商法四八〇頁以下評論參照）

東京控訴院判決

（一九八）

三三七　運送人ハ自己若クハ運送取扱人又ハ其使用人其他運送ノ爲メ使用シタル者カ運送品ノ受取引渡保管及ヒ運送ニ關シ注意ヲ怠ラサリシコトヲ證明スルニ非サレハ運送品ノ滅失毀損又ハ延着ニ付キ損害賠償ノ責ヲ免ルルコトヲ得ス

商法第三三七條ハ凡ソ運送ノ事ニ當リタル者ノ行爲ニ付テハ其者カ運送人ノ直接ノ使用人タルト否トニ論ナク總テ運送人ニ於テ其責ニ任セサルヘカラサルコトヲ規定シタルモノトス」

商法第三三七條ニ依レハ運送人ハ此等所謂使用人ノ無過失ヲ立證スヘキ責任アルカ故ニ此等ノ者ニ過失アルコトヲ明認セラレタル場合ハ云フ迄モナク過失ノ有無ハ竟ニ之ヲ明認スルヲ得サル場合ニ於テモ亦其責任ヲ辭スルヲ得サルモノトス」

被控能人ハ從參加人ナシテ運送ヲ請負ハシメ從參加人ハ更ニ清水竹次郎ナシテ運送ノ事ニ當ラシメ清水竹次郎ハ其使用人タル船頭ナシテ日ノ出丸ヲ操縱セシメタル事實ナリトノ事ハ控訴人ノ明カニ爭ハス又他ニモ之ヲ爭フノ意思顯カナラサルトコロナリ而シテ此日ノ出丸カ控訴人主張ノ日時及場所ニ於テ帆船東愛丸ト衝突シ其左舷船腹ニ穿孔ヲ生シタル爲メ積荷ナル記名會社所有ノ砂糖ニ浸水シ玆ニ運送品全部ノ滅失ト云フ結果ヲ招クニ至リタルコトハ此亦當事者間ニ爭ナキトコロナリ被控訴人ハ果シテ此滅失ニ對シ其責任ヲ負フヘキモノナリヤ否ヤ

商法第三三七條ハ凡ソ運送ノ事ニ當リタル者ノ行爲ニ付テハ其者カ運送人ノ直接ノ使用人タルト否トニ論ナク總テ運送人ニ於テ其責ニ任セサルヘカラサルコト」ヲ規定シタルモノト解スヘキカ故ニ本件運送ニ關シ被控訴人ト船頭藤代德太郎トノ關係前段記載ノ如クナル以上被控訴人ハ藤代ノ行爲ニ付キ其責任ヲ負フヘキ地位ニ在ル者ナル事多言ヲ俟タス尙同條ニ依レハ運送人ハ此等所謂使用人ノ無過失ヲ立證スヘキ責任アルカ故ニ此等ノ者ニ過失アルコトカ明認セラレタル場合ハ云フ迄モナク過失ノ有無ハ竟ニ之ヲ明認スルヲ得サル場合ニ於テモ亦其責任ヲ辭スルヲ得サルコト此亦多言ヲ俟タス（東京控訴院大正三年（ネ）第五九一號同八年六月二〇日民二部須賀裁判長前田細野各判事判決）

【關係事項】　損害賠償請求控訴事件○控訴人日本海上保險株式會社法定代理人取締役右近和作訴訟代理人辯護士上座鹿造同市村富久久被控訴人長澤延次郎訴訟代理人辯護士岩田寅造從參加人井田勇造訴訟代理人辯護士水野豐

【論旨第一點ニ契スル參照學說判例】

一　運送使用者トハ運送ノ爲メニ使用スル者ナリ廣義ノ運送使用者中ニハ運送人ノ使用人モアレトモ彼ニハ使用人ナル法律上ノ名稱アルヲ以テ使用者ノ中ニハ彼ヲ入レサルヲ通常トシ從テ使用者ハ狹義ト爲シ使用人ニ非スシテ使用セラルル者ト爲ルナリ（法學博士松波仁一郎氏日本商行爲法八〇六頁）

使用者ハ單ニ一時的ノ勞務ニ服スル者ニシテ相手方ヲ主人トスルニ必セス故ニ使用者ノ範圍ハ極メテ廣ク高等ノ技術者モアレハ劣等ナル勞役者モアリ而シテ何人カ之ヲ使用スルカヲ問ハサルヲ以テ運送人カ直接ニ雇傭スル者アレハ運送人ノ使用人カ隨意ニ使用スル車ノ後押ノ如キ者モアリ即チ運送人ハ自ラ任命セス又自ラ實見ダモセサル多數ノ使用者カ注意ヲ怠ル場合ニモ責

ヲ負フ（同上八〇七頁）

二　運送ノ爲メ使用シタル者トハ臨時補助ノ爲メ主人ノ商業上ノ實務ニ從事スル者ヲ謂ヒ主人トノ關係ハ純然タル雇傭ニシテ其一時的ナルコトヲ以テ使用人トノ相違ノ點トス（法學士須賀喜三郎氏商行爲大正六年明大講二五〇頁）

三　運送人ノ指圖ニヨリ貨物ノ運送ヲ爲ス者ハ商法第四三七條ニ所謂運送ノ爲メ使用シタル者トス（東京控訴大正三年（オ）第四〇號同年一一月一六日判決・本書第三卷商法三〇八頁）

四　運送人カ移入貨物ノ通關手續ヲ他人ニ委託シタル場合ニ其受任者ノ不注意ニ因リ貨物カ滅失シタル場合ニ於テハ即チ運送ノ爲メ使用シタル者ノ不注意ニ基因スル損害トシテ運送人ハ之カ賠償ノ責ヲ免ルルヲ得ス（大阪地方大正四年（レ）第二〇二號判決判例第一卷民事判例二八〇頁）

一點素ヨリ正當ニシテ疑ヲ容レス二點亦贊同ニ吝ナラス何者本來商法第三三七條ハ運送人ニ對シテ無過失賠償責任ヲ認メタルモノニ非ス從テ民法ノ原則的觀念ニ例外ヲ爲スモノニ非スシテ唯單ニ立證責任ヲ顚倒シテ運送人ニ無過失證明ノ責任ヲ負擔セシメタルモノナリ故ニ運送人ハ運送品ノ滅失毀損又ハ延着ニ付キ賠償ノ責ヲ免レントセハ其ノ受取引渡及運送ニ關シテ注意ヲ怠ラサリシコトヲ積極ニ證明セサル可ラサルモノニシテ過失ノ有無判明セサル場合ト雖モ此立證無キ限リ責任ヲ免除サレサルモノナレハナリ

（一九九）

東京控訴院判決

四四五　爲替手形ニハ左ノ事項ヲ記載シ振出人之ニ署名スルコトヲ要ス

四　受取人ノ氏名又ハ商號

爲替手形カ其振出ノ當時受取人ノ記載ヲ缺キタルトキハ反證ナキ以上右手形ハ受取人ノ記入ヲ其手形ノ所持人ニ委託シテ振出サレタル白地式ノモノナリト認ムルヲ相當トス」

白地手形ノ振出ヲ爲シタル場合ニ於テハ特別ノ意思表示ナキ限リ振出人ニ於テ振出ノ際受取人又ハ其後ノ所持人カ支拂ヲ請求スル迄ニ隨時之ヲ補充スルトキハ初メヨリ補充アリタル手形ニ署名シアルト同樣ノ責任ヲ負擔スヘキ意思ヲ以テ振出サレタルモノト認ムヘキカ故ニ縱令期日後ニ於テ其補充アリタル場合ト雖モ振出人ハ初メヨリ完全ナル手形ニ署名シタルト等シク該手形ノ文言ニ從ヒ手形上ノ責任ヲ負擔セサルヘカラサルモノトス」

成立ニ爭ナキ甲第一號證ニ依レハ被控訴人ハ大正七年一二月九日金額三千七百九十二圓二十錢支拂期日大正八年二月八日支拂地東京市支拂場所株式會社三十四銀行東京支店支拂人伊藤健輔ナル自己拂ノ爲替手形ヲ訴外古田與曾三郎ニ對シ振出シ自ラ支拂ノ引受ヲ爲シタル事實控訴人カ同與曾三郎ヨリ白地裏書ヲ受ケテ之カ所持人トナリタル事實及控訴人カ大正八年六月六日之ヲ支拂場所ニ於テ支拂ノ爲メ呈示ヲ爲シタルモ支拂ヲ拒絶サレタル事實ヲ認定スルニ足ル被控訴人ハ右手形カ其振出ノ當時受取人ノ記載ヲ缺キタルモノナルヲ其裏書後控訴人ニ於テ受取人ノ記入ヲ爲シタル無效ノ手形ナリト抗辯シ本件手形振出當時受取人ノ記入ナカリシコトハ控訴人ノ認ムルトコロナルヲ以テ反證ナキ以上本件手形ハ受取人ノ記入ヲ其手形ノ所持人ニ委託シテ振出サレタル白地式ノモノナリト認ムルヲ相當トスヘク又甲第一號證ニ依レハ其後控訴人ニ於テ受取人ノ記載ヲ補充シテ支拂ノ爲メノ呈示ヲ爲シタルコトヲ認メ得ヘシ被控訴人ハ又假リニ白地式ノ手形ナリトスルモ受取人ノ氏名補充ハ滿期日後ニ爲サレアルモノナルヲ以テ其效ナシト抗辯スレトモ白地手形ノ振出ヲ爲シタル場合ニ於テハ特別ノ意思表示ヲキ限リ振出人ニ於テ振出ノ際受取人又ハ其後ノ所持人カ支拂ヲ請求スル迄ニ隨時之ヲ補充スルトキハ初メヨリ補充アリタル手形ニ署

名シアルト同様ノ責任ヲ負擔スヘキ意思ヲ以テ振出サレタルモノト認ムヘキカ故縱令滿期日後ニ於テ其補充アリタル場合ト雖モ振出人ハ初メヨリ完全ナル手形ニ署名シタルト等シク該手形ノ文言ニ從ヒ手形上ノ責任ヲ負擔セサルヘカラサルモノトス

依リテ控訴人ノ請求ハ正當ニシテ原判決ハ廢棄ヲ免カレサルモノトス（東京控訴院大正八年（オ）第五九六號同八年一二月二四日民二部岩本判長宇野水口各判事判決）

【關係事項】 廢棄○爲替手形金請求ノ爲替訴訟手續ニ依ル控訴事件○控訴人逸見敎溫訴訟代理人辯護士池田卓二同額賀二郎被控訴人伊藤健輔訴訟代理人辯護士廣瀨繁太郎同益本千家

（二〇〇）

東京控訴院判決

四　本法ニ於テ商人トハ自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲スヲ業トスル者ヲ謂フ

合資會社ノ無限責任社員ハ事實會社ノ營業部類ニ屬スル商行爲ヲ爲シ得サルモノニ非サルカ故ニ之ヲ業トスルニ於テハ獨立ノ商人ト認定スルヲ妨ケス」

抗告人ハ合資會社ノ無限責任社員ナルカ故ニ獨立ノ商人トシテ本件ノ商行爲ヲ爲スヘキ謂ハレナレト抗爭スレトモ合資會社ノ無限責任社員ナレハトテ事實會社ノ營業部類ニ屬スル商行爲ヲ爲シ得サルモノニ非ラサルカ故ニ之ヲ業トスルニ於テハ獨立ノ商人ト認定スルヲ妨ケス（東京控訴院大正八年（ラ）第五八號同九年二月五日民二部須賀裁判長吉田宇野各判事決定）

【關係事項】 棄却○破産決定ニ對スル抗告事件○抗告人久保庄左衛門代理人辯護士相川正造相手方高知尾健次郎代理人辯護士後藤新次郎

（二〇一）

六八〇　左ニ掲ケタル債權ヲ有スル者ハ船舶其屬具及ヒ未タ受取ラサル運送賃ノ上ニ先取特權ヲ有ス

大阪控訴院判決

八　船舶カ其賣買又ハ製造ノ後海未タ航ヲ爲ササル場合ニ於テ其賣買又ハ製造並ニ艤裝ニ因リテ生シタル債權及ヒ最後ノ航海ノ爲メニスル船舶ノ艤裝食　並ニ燃料ニ關スル債權

商法第六八〇條第八號ニ所謂艤裝ニ因リテ生シタル債權トハ艤裝請負者ノ債權ハ勿論船舶所有者カ他人ヲ使用(手間賃ニテ)シテ自ラ艤裝ヲ爲ス場合ニ其所有者ニ艤裝品又ハ其備付ニ必要ナル物品ヲ賣渡シタル代金債權ヲモ指ス趣旨ナリトス」

控訴人ハ掛間梅吉ニ對シ金物賣却代金參千四百四拾八圓四拾參錢ノ債權ヲ有シ居リ而モ右金物ハ該船舶ノ艤裝ニ供セラレタルモノナルカ故ニ先取特權ヲ有スト稱シ配當要求ノ申立ヲ爲シ大阪區裁判所ハ之ヲ認メテ右債權全額ノ全員ヲ配當スヘク被控訴人ノ抵當債權元利貳拾五萬參千參百四拾圓拾參錢ニ對シテハ其次順位ニ於テ貳拾萬四千五百五拾八圓九錢五厘ヲ配當スヘキ旨ノ配當表ヲ作成シ大正七年九月十九日ノ配當期日ニ被控訴人ヨリ異議申立アリタルニ不拘即日配當ヲ實施シタル事明白ナリ依テ控訴人ハ前掲賣掛代金債權ニ付商法第六百八十條第八號所定ノ先取特權ヲ有スルヤ否ヤヲ案スルニ原審證人大根長松ノ證言ヲ一部當審證人高谷清吉ノ證言及乙第一號證甲第二號證ニ當審證人竹之下舊武ノ證言並ニ其證言ニ依リ成立ヲ認メ得ヘキ乙第三號證ヲ參照スルトキハ該船舶ハ大正七年二月頃進水シタルヲ以テ掛間梅吉ハ大阪ニ於テ竹本定次郎ヲ使明(手間賃ニテ)シテ右船舶ノ艤裝ヲ爲スニ付控訴人ヨリ甲第二號證記載ノ金物等ヲ控訴人主張ノ價格ニテ買入レ之ヲ乙第一號證記載ノ箇所ニ使用シテ艤裝ヲ爲シタルモノニシテ就中甲第二號證記載ノ物件中ステー等ハ夫自體艤裝タルノミナラス其以外ノ物モ艤裝品ヲ備付クル爲ニ使用セラレタルモノナル事ヲ認メ得ヘク而シテ商法第六百八十條第八號ニ所謂艤裝ニ因リテ生シタル債權トハ艤裝請負者ノ債權ハ勿論右認定ノ如ク船舶所有者カ他人ヲ使用(手間賃ニテ)シテ自ラ艤裝ヲ爲ス場合ニ其所有者ニ艤裝品又ハ其備付ニ必要ナル物品ヲ賣渡シタル代金

神戸地方裁判所判決

債權ヲモ指ス趣旨ナリト解スルヲ相當トスルカ故ニ控訴人カ掛間梅吉ニ賣渡シタル本件金物代金債權ハ纖裝ニ因ル債權ニシテ先取特權ヲ以テ擔保セラルルモノナリトス原審證人大根長松ノ矢野辱良カ本件金物ヲ取付ケタリトノ證言ハ措信セス然ラハ控訴人ハ前記賣買代金債權ニ付商法所定ノ先取特權アリトシ被控訴人ノ抵當債權ニ先チテ配當ヲ受ケタルハ相當ニシテ被控訴人ノ本訴請求ハ理由ナシ（大阪控訴院大正八年（ネ）第八五號民一部中尾裁判長櫻田幾田各判事判決）

【關係事項】 葉却○不當利益金請求控訴事件○控訴人石井榮吉許訟代理人辯護士中村儀藏被控訴人戸田實訴訟代理人辯護士松本堅吾

（二〇二）

九九ノ六 設立ヲ無效トスル判後カ確定シタルトキハ解散ノ場合ニ準シテ清算ヲ爲スコトヲ要ス此場合ニ於テハ裁判所ハ利害關係人ノ請求ニヨリ清算人ヲ選任ス

一二六第一項 設立ヲ無効トスル判決ハ會社ト第三者トノ間ニ成立シタル行爲ノ効力ニ影響ヲ及ホサス株式ノ申込ヲ爲サントスル者ハ株式申込證二通ニ其引受クヘキ株式ノ數及ヒ住所ヲ記載シ之ニ署名スルコトヲ要ス

一二七 株式ノ申込ヲ爲シタル者ハ其引受クヘキ株式ノ數ニ應シテ拂込ヲ爲ス義務ヲ負フ

二三二 會社カ事業ニ著手シタル後株主取締役又ハ監査役カ其設立ノ無效ナルコトヲ發見シタルトキハ訴ヲ以テノミ其無效ヲ主張スルコトヲ得

第九九ノ三乃至第九九條ノ六及ヒ第一六三條ノ二第三項ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

株式會社ニ對スル設立無效ノ判決カ確定シタル場合ニ付商法第二三二條第二項ニヨリ準用セラルル同法第九九條ノ六ニ依レハ設立ヲ無效トスル判決ハ會社ト第三者トノ間ニ成立シタル行爲ノ效力ニ影響ヲ及ホサストアリテ會社アルコト從ヒテ株主アルコトヲ擬制シ尚會社ト第三者トノ間ノ法律關係ヲ擬制的ニ存在セシメ以テ第三者ヲ保護セントシ何等其場合ニ付制限スル所無キヲ以テ株式申

込ノ法定要件ヲ具備セサルカ爲メ該立無效ノ判決アリタル場合ヲモ包含シ斯ル法定要件ニ欠缺アル株式申込ニヨリ引受ケアリタル株式拂込義務ヲ肯定セルモノト解スルヲ妥當トス」

株式申込ノ法定要件ノ欠缺カ會社設立ノ無效ヲ來ササル場合ニ於テハ該申込ニヨリ株式ヲ引受ケタルモノ及該株式ノ承繼人ニ株金拂込ノ義務ナシト雖モ該要件欠缺ニ職由シテ會社設立無效ノ判決アリテ其判決確定センカ此等ノ株主ハ右法律擬制ニ依リ株金拂込ノ義務ヲ負擔スルニ至ルモノトス」

案スルニ控訴人カ關西共榮無盡株式會社ノ株主ニシテ一株金五十圓ノ內金二十五圓拂込濟未拂込株金二十五圓ノ株式一株ヲ有シ被控訴人カ破產管財人タル右關西共榮無盡株式會社カ控訴人等ノ有スル株式ノ株式申込證ニ法定要件ノ欠缺アリシタメ設立無效ノ判決ヲ受ケ其判決カ大正七年十一月二十二日確定シタルコト及從是前同月三日同會社ニ對スル破產宣告ノ確定シ目下其破產手續ノ進行中ナルコトハ執レモ當事者間ニ爭ノ存セサル所ナリ然ルニ控訴人ハ株主ハ商法第九十九條ノ六ニ所謂第三者ニ非サルヲ以テ此點ノミヨリスルモ本訴請求ニ應スル義務無キノミナラス株式申込證ニ法定要件ノ欠缺アルトキハ本件ニ於ケルカ如ク之カタメ會社設立ノ無效トナリタル場合ハ勿論設立有效ノ場合ト雖モ株主ニ株金拂込ノ義務無キ旨抗爭スルヲ以テ審究ヲ遂クルニ株式會社ニ對スル設立無效ノ判決カ確定シタル場合ニ付キ商法第二百三十二條第二項ニ準リ準用セラルル同法第九十九條ノ六ニ依レハ設立ヲ無效トスル判決ハ會社ト第三者トノ間ニ成立シタル行爲ノ效力ニ影響ヲ及ホサストアリテ會社アルコト從ヒテ株主アルコトヲ擬制シ尚會社ト第三者トノ間ノ法律關係ヲ擬制的ニ存在セシメ以テ第三者ヲ保護セントシ何等其場合ニ付制限スル所無キヲ以テ本

件ニ於ケルカ如ク株式申込ノ法定要件ヲ具備セサルカ爲メ設立無效ノ判決アリタル場合ヲモ包含シ斯ル法定要件ニ欠缺アル株式申込ニヨリ引受ケアリタル株式拂込義務ヲ肯定セルモノト解スルヲ妥當トスルヲ以テ株式申込ノ法定要件ノ欠缺カ會社設立ノ無效ヲ來ササル場合ニ於テハ該申込ニヨリ株式ヲ引受ケタルモノ及該株式ノ承繼人ニ株金拂込ノ義務ナキコト洵ニ控訴人所論ノ如シト雖モ該要件欠缺ニ職由シテ會社設立無效ノ判決アリテ其判決確定センカ此等ノ株主ハ右法律ノ擬制ニ依リ株金拂込ノ義務ヲ負擔スルニ至ルモノトスサレハ之ニ抵觸スル控訴人ノ前記抗辯ハ採用セス蓋シ右法定要件ヲ具備セサル株式ノ申込カ會社ノ設立無效ヲ惹起スルコトナキ場合ニ於テハ發起人カ株式引受無效ノ責任ヲ負フコトヲ以テ法律ノ滿足スル所ナルヘシト雖モ該法定要件ニ欠缺スル所アル株式ノ申込カ會社設立無效ノ判決ヲ招來シ其判決確定シタルトキハ該判決ハ職トシテ右要件ノ欠缺スル所アル株式申込ノ多數ナルニ由ルモノナレハ發起人チシテ前記責任ヲ負ハシムルニ依リテハ未タ右第九十九條ノ六ノ規定ニ於ケル第三者保護ノ精神ヲ貫徹スルヲ得サル場合訴多ナルヘケレハナリ然リ而シテ前記會社カ破產宣告ヲ受ケ其宣告ノ確定セル後該會社ノ設立ヲ無效トスル判決ノ確定シタルコト竝ニ右破產手續ノ進行中ナルコトニ付當事者間ニ爭無キコト前說示ノ如クナル以上ハ右會社ノ破產管財人タル被控訴人ハ設立無效ノ判決ノ確定後ニ爲サルヘキ準淸算手續ヲ破產手續ニ吸收シテ株式ヲシテ未拂込株金ヲ拂込マシムルコトヲ得ルモノト謂ハサル可ラス從テ被控訴人ノ請求ヲ認容シタル原判決ハ結局正當ニシテ本件控訴ハ理由ナキカ故ニ民事訴法第四百二十四條ニ則リ控訴ヲ棄却スヘキモノトシ控訴費用ニ付同法第七十七條ヲ適用シ主文ノ如ク判決ス(神戸地方大正八年(レ)第一三六號同年一一月一四日民二部岩佐裁判長森田武川各判事判決法廢新聞第一六三二號二〇頁)

【關係事項】 控訴棄却○株式拂込金請求事件○控訴人南秀吉訴訟代理人辯護士黑田莊次郎○被控訴人佐野春五

大正十五年十月十五日印刷
大正十五年十月二十日發行

法律學說判例評論全集第八卷上下奧付

定價金二十三圓
但分賣定價一割增

著作權者 高窪喜八郎
發行者 高窪靜江 東京市神田區小川町五十三番地
印刷者 根本力三 東京市牛込區市谷加賀町一丁目十二番地
印刷所 株式會社秀英舍 東京市牛込區市谷加賀町一丁目十二番地

發行所 東京神田小川町 電話神田二七二一番 振替東京一六一六七番 法律評論社
發賣所 東京本郷駒込淺嘉町 電話小石川六三六八番 振替東京二四八九九番 酒井書店

禁漢譯
不許複製

終