

然ルニ大審院ノ判決ハ商法第六一二條ノ結果ニ於テ船船所有者ハ其反對給付タル再  
 運送契約ノ運賃ヲモ請求スルノ權利ヲ有ストイヘルハ商法ニハ單ニ船主ハ責任ス  
 トスルニ止マルニ大審院ハ抑モ如何ナル理由ニ依リテ其結果トシテ船主ハ權利ヲ有  
 ストイヒタルカ我民法商法ニハ或者カ責任ニ任ストスル規定ハ頗ル多キモ其度毎ニ其  
 結果トシテ其反對給付トシテ權利ヲ得セシムトセンカ極メテ不都合ナルヘシ惟フニ  
 大審院カ法ノ再運送ノ場合ニ於テ船主ニ權利アリト規定セサルニ此權利アリト斷定  
 シ而モ其理由ヲ示ササルハ其示スヘキ理由ナキニ由ラン然リ此ノ如ク解スヘキ理由  
 ナシ契約法ノ原則トシテ契約ノ當事者外ノ者ハ其契約ニ因リテ義務ヲ負フコトナシ  
 而シテ海商法ニハ再運送契約ノ荷送人ハ船主ニ對シテ運賃ヲ支拂フ義務ヲ負フトイ  
 ハルヲ以テ其義務ナキナリ換言スレハ船主ニ運賃請求權ナキナリ  
 然ラハ船主ハ荷送人ニ對シ第一運送契約ニ因ル運賃即チ備船料ヲ請求スルコトヲ得  
 ルカ余ハ船主ハ荷送人ニ對シ第一運送契約ヲ請求スル權利ヲ有セスト斷言ス第一運送契  
 約ト再運送契約トハ全然別個ノ契約ナルヲ以テ船主ハ第一運送契約ニ因リ備船料者ニ  
 對シ備船料ヲ請求スル權利ヲ得タリト第三者タル荷送人ニ其支拂ヲ請求シ得ル理  
 由モ存セズ假リニ船主ハ荷送人ニ對シテ再運送契約ノ履行ノ責ヲ負フ結果トシテ  
 其權衡上荷送人ニ對シテ再運送ノ運賃ヲ請求シ得トスルモ船主ハ備船料ヲ請求スル  
 權利ハ生セサルヘシ法ニハ船主ハ荷送人ニ對シ第一運送契約ノ履行ニ付キ責任ス  
 トセス故ニ船主ハ如何ナル方面又ハ如何ナル理由ヨリシテモ荷送人ニ對シテ第一運  
 送契約ノ運賃ヲ請求スルコトヲ得ス船主ハ備船料者ニ基キテ荷送人ニ備船料ヲ請求  
 シ得サルハ當然トス此ノ如クスルモ船主ハ損失ヲ蒙ルコトナシ何トナレハ民法第  
 二九五條ノ規定ハ船主ニモ適用アルヲ以テナリ船主ハ荷送人ノ物ヲ占有シ其物ヲ運  
 送シ備船料者ニ對シテ備船料ヲ請求シ得ルニ至レルモノナルヲ以テ荷送人ハ備船料ノ  
 辨濟ヲ提供スルマテハ物ヲ留置シ得ルナリ民法ノ規定ニ於テ留置權ノ目的トスル物  
 ハ債務者ノ所有物ナルト否ト問ハス又債務者ト物ノ所有者等トカ如何ナル關係ヲ  
 有スルカナ問ハス故ニ備船料者ハ荷送人ノ物ヲ積込ミタル場合ニモ船主ハ之ヲ留置ス  
 ルヲ得ルナリ從テ船主ヲレテ荷送人ニ對シテ備船料ヲ請求スル權利ヲ得セシメサル  
 モ可ナリトシ法ニ之ヲ與ヘルコトヲ規定セザリシナリ但荷送人ニ備船料支拂ノ義務  
 アルコトト荷送人カ備船料ヲ提供セザルトキハ運送品ノ引渡ヲ得サルコトハ明確ニ  
 區別スルヲ要ス

乙 船主ト再運送ノ荷受人ノ關係  
 船主ハ再運送契約ノ荷受人ニ對シテ第一運送又ハ再運送ノ運賃ヲ請求スルコトヲ得  
 ルカ本問ノ前提問題若クハ重要ナル關係問題トシテ先ツ運送契約カ一箇ナル場合即  
 チ普通ノ運送契約ニ於テ船主ハ荷受人ニ對シテ運賃ヲ請求シ得ルカ否カヲ決セサル  
 ハカラス運送契約ニ於テ荷受人カ備船料者ト同一ナル場合ハ運賃ヲ支拂フヘキモノハ  
 彼一人ナルヲ以テ何等ノ問題ヲ生セズ實論ハ常ニ荷受人カ備船料者ト別人ニシテ即チ  
 船主ト運送契約ヲ爲ササル者ナル場合ニ限ルナリ然ラハ此場合ニ荷受人ハ船主ニ對  
 シ備船料ヲ支拂フ義務ヲ負フカ曰ク然ラス荷受人ハ其義務ヲ負ハス船主ハ荷受人ニ  
 對シテ備船料ヲ請求スル權利ヲ有セズ荷受人カ運賃ヲ支拂フ義務ヲ負フハ自ラ之ヲ  
 負フ意思ヲ表示シタルトキナリ其意思表示ハ明示默示ナ問ハストシ默示ノ内ニハ身  
 體ノ行動モアリテ又其中ニハ運送品ノ受取ナル行動モアリ荷受人カ船主ノ運送シ來  
 リシ物品ヲ受取ルハ自ラ運賃ヲ支拂フ意思アルモノト推測シテ可ナリ而シテ多クノ  
 場合ハ其推測ハ事實ニ協ヒ又此如キ場合ニハ常ニ荷受人ヲシテ運賃支拂ノ義務ヲ負  
 ハシムルヲ可トスルヲ以テ海商法ハ之ヲ法ノ規定(商六〇六條)トシ荷受人カ運送品ヲ  
 受取リタルトキハ運送貨ヲ支拂フ義務ヲ負フトシタリ然ラハ再運送ノ場合ニ荷受人  
 ハ運送貨支拂ノ義務ヲ負フカト問フニ荷受人カ運送品ヲ受取ラサル場合ニハ何等ノ  
 義務ヲモ負ハス船主ハ之ニ如何ナル運賃ヲモ請求シ得サルコト明白ナリ船主ハ決シ  
 テ第一運送契約ノ當事者ニモアラス再運送契約ノ當事者ニモ非サル荷送人ニ對シテ  
 運賃ヲ請求スルコトヲ得ス此點ニ關シテハ一點ノ疑ナシ然ルニ大審院ハ荷受人ハ未

然ルニ大審院ノ判決ハ商法第六一二條ノ結果ニ於テ船船所有者ハ其反對給付タル再  
 運送契約ノ運賃ヲモ請求スルノ權利ヲ有ストイヘルハ商法ニハ單ニ船主ハ責任ス  
 トスルニ止マルニ大審院ハ抑モ如何ナル理由ニ依リテ其結果トシテ船主ハ權利ヲ有  
 ストイヒタルカ我民法商法ニハ或者カ責任ニ任ストスル規定ハ頗ル多キモ其度毎ニ其  
 結果トシテ其反對給付トシテ權利ヲ得セシムトセンカ極メテ不都合ナルヘシ惟フニ  
 大審院カ法ノ再運送ノ場合ニ於テ船主ニ權利アリト規定セサルニ此權利アリト斷定  
 シ而モ其理由ヲ示ササルハ其示スヘキ理由ナキニ由ラン然リ此ノ如ク解スヘキ理由  
 ナシ契約法ノ原則トシテ契約ノ當事者外ノ者ハ其契約ニ因リテ義務ヲ負フコトナシ  
 而シテ海商法ニハ再運送契約ノ荷送人ハ船主ニ對シテ運賃ヲ支拂フ義務ヲ負フトイ  
 ハルヲ以テ其義務ナキナリ換言スレハ船主ニ運賃請求權ナキナリ  
 然ラハ船主ハ荷送人ニ對シ第一運送契約ニ因ル運賃即チ備船料ヲ請求スルコトヲ得  
 ルカ余ハ船主ハ荷送人ニ對シ第一運送契約ヲ請求スル權利ヲ有セスト斷言ス第一運送契  
 約ト再運送契約トハ全然別個ノ契約ナルヲ以テ船主ハ第一運送契約ニ因リ備船料者ニ  
 對シ備船料ヲ請求スル權利ヲ得タリト第三者タル荷送人ニ其支拂ヲ請求シ得ル理  
 由モ存セズ假リニ船主ハ荷送人ニ對シテ再運送契約ノ履行ノ責ヲ負フ結果トシテ  
 其權衡上荷送人ニ對シテ再運送ノ運賃ヲ請求シ得トスルモ船主ハ備船料ヲ請求スル  
 權利ハ生セサルヘシ法ニハ船主ハ荷送人ニ對シ第一運送契約ノ履行ニ付キ責任ス  
 トセス故ニ船主ハ如何ナル方面又ハ如何ナル理由ヨリシテモ荷送人ニ對シテ第一運  
 送契約ノ運賃ヲ請求スルコトヲ得ス船主ハ備船料者ニ基キテ荷送人ニ備船料ヲ請求  
 シ得サルハ當然トス此ノ如クスルモ船主ハ損失ヲ蒙ルコトナシ何トナレハ民法第  
 二九五條ノ規定ハ船主ニモ適用アルヲ以テナリ船主ハ荷送人ノ物ヲ占有シ其物ヲ運  
 送シ備船料者ニ對シテ備船料ヲ請求シ得ルニ至レルモノナルヲ以テ荷送人ハ備船料ノ  
 辨濟ヲ提供スルマテハ物ヲ留置シ得ルナリ民法ノ規定ニ於テ留置權ノ目的トスル物  
 ハ債務者ノ所有物ナルト否ト問ハス又債務者ト物ノ所有者等トカ如何ナル關係ヲ

運送品ヲ受取ラサル以前ニモ運送支拂ノ義務ヲ負フトスルカ如キ判決文ヲ公表セ  
 リ吾人ハ荷送人カ備船者ト再運送契約ヲ爲シタル場合ニ於テスラ船主ニ對シテ第一  
 運送ノ運賃ハ勿論再運送ノ運賃ヲモ支拂フ義務ヲ負ハストイフモノナルヲ以テ荷送  
 人タル何等ノ契約ヲモ爲ササルモノカ運送品ノ受取ニ先ダテ備船者ヲ支拂フ義務  
 ナリトコトハ到底想像シ得サルナリ荷送人カ運送品ヲ受取リタルトキハ如何商法第  
 六〇六條ニ「荷送人カ運送品ヲ受取リタルトキハ運送契約ノ趣旨ニ從ヒ運送貨ヲ支拂  
 フ義務ヲ負フ」トスル規定ハ再運送ノ場合ニモ適用アルヤ之ニ對シテハ此規定ハ總テ  
 ノ運送ニ關シテ生シタル規定ナリ法ニ廣ク荷送人トイヒ又運送品トイヒ又運送契約  
 トイヒ特ニ普通ノ運送ニ限定スル主意ヲ示ササルヲ以テ總テノ運送ヲ包含スト解ス  
 ヘシ故ニ研究スヘキハ同條ニ於テ「荷送人カ運送品ヲ受取リタルトキハ運送契約ニ從  
 ヒテ運賃ヲ支拂フ義務ヲ負フ」トセル運送契約ハ第一運賃ナルカ再運賃ナルカ兩種ノ  
 運賃ナリカ又荷送人ノ相手ハ船主ナルカ備船者ナルカ双方ナルカ等ノ問題ヲ生ス余  
 ハ荷送人カ運送品ヲ受取リタル場合ニ支拂フヘキ運賃ハ自己ヲ荷送人トシテ其物品  
 ノ運送ヲ委託シタル者即チ荷送人カ備船者ト契約シタル運賃即チ再運送契約ノ運賃  
 ナリト解ス運送人ハ備船者タル運送者ト契約シタル物品ヲ荷送人ニ運送セシメ運賃ハ  
 荷送人ヲシテ支拂ハシムルコトヲ約シタルナリ然ルニ荷送人ハ此契約ノ當事者ニ非  
 サルヲ以テ彼等ノ定ムル運賃ヲ支拂フヘキ義務ナカリシニ運送ノ完成後其運送品ヲ  
 受取リタルヲ以テ其運賃ヲ支拂フ義務ヲ負フニ至リシナリ而シテ此運賃ヲ支拂フニ  
 止マリ船主ト備船者ト契約シタル備船料ヲ支拂フコトヲ要セス荷送人ハ運送品ヲ受  
 取ルモ備船料ヲ支拂フ義務ヲ負フコトナシ然ルニ大審院カ荷送人ハ備船料ヲ支拂フ  
 義務アリト解セルハ商法ノ誤解ナリ之ヲ總スルニ船主ハ備船者ト再運送契約ヲ取結  
 ヒタル荷送人ニ對シテ再運送ノ運賃ヲ請求スル權利ヲ有セス又荷送人ニ對シテ第一  
 運送契約ノ備船料ヲ請求スル權利ヲ有セス又再運送契約ノ荷送人カ自ラ荷送人ニ  
 非スシテ荷送人カ別ニ存スル場合ニ於テハ其荷送人ハ運送品ヲ受取ラサル以前ハ何

人ニ對シテモ第一運送ノ備船料モ再運送ノ運賃モ支拂フ義務ナシ而シテ運送品ヲ受  
 取リタル場合ニ於テハ再運送契約ノ備船者ニ對シテハ再運送ノ運賃ヲ支拂フ義務ヲ  
 負フモ船主ニ對シテハ之ヲ支拂フ義務ヲ負ハス而シテ第一運送ノ備船料ハ運送品ヲ  
 受取ルモ何人ニ對シテモ之ヲ支拂フ義務ヲ負ハサルナリ(法學博士松波仁一郎氏法學新報第二九  
 卷第四號三頁「再運送ニ於ケル船主ノ運賃請求權」要領)

【參照學說判例】

- 一 船船所有者ト備船者トノ間ニ備船契約カ成立シ備船者カ更ニ第三者ト運送契約ヲ締結シタル場合ニ於テハ船船所有者ハ備船料ノ請求權ヲ有スルコト當然ナリトス
- 二 船船所有者カ第三者ニ對シテ義務ヲ負フニ至ルハ法律ノ特別規定ニ依ル異例ナリ特別規定ニ依リ義務ヲ負フカ故ニ特別規定ナキモ權利ヲ有スト解スヘキ限據ナシ却テ特別規定ナキハ權利ヲ有セサルノ趣旨ト解スヘキモノトス
- 三 再運送ニ付キ船荷證券カ發行セラレタル場合ニ於テハ船船所有者カ其船荷證券ニ基テ直接荷送人ニ對シテ運送貨ノ支拂ヲ請求スル權利ヲ有スルモノトス
- 四 再運送ニ於ケル運送品ハ同時ニ備船契約ニ基キ船船所有者カ運送スル運送品タルカ故ニ船船所有者カ備船料ノ支拂ト引換ニ非サレハ其運送品ヲ引渡スコトヲ要セサルモノトス
- 五 荷送人ノ權利ハ陸揚ヲ爲シ得ヘキ状態ニ到リタル時ニ於テ發生スヘキモ其義務ハ第六〇六條第一項ノ明示スル如ク運送品受取ノ時ニ於テ發生スヘキモノトス(法學博士松本滋治氏法學協會雜誌第三七卷第一號一二七頁本書第七卷商法八三九頁)
- 六 船船所有者ト備船者トノ間ニ備船契約カ成立シ備船者カ更ニ第三者ト運送契約ヲ締結シタル場合ニ於テハ船船所有者ハ備船者ニ對シテ備船料ノ請求權ヲ有スルコト當然ナリトス
- 七 商法第六〇六條第二項ニ所謂運送貨トハ備船契約ノ場合ニ於テハ其備船料タルモノトス
- 八 再運送契約ニ基キ積込マルル物品ハ船船所有者ニ取リテハ尙ホ備船契約ニ因ル運送品ナルカ故ニ船船所有者ハ備船料ノ爲メニ其物品ヲ留置スルヲ得ヘキモノトス
- 九 再運送契約ノ荷送人カ運送品ヲ受取ルモ備船料ニ付テハ當然ニ其支拂義務ヲ負フノ所以ナク只同時ニ備船契約ニ於ケル荷送人タルトキハ之ヲ負フモノトス
- 十 商法第六一二條ハ特定ノ範圍内ニ於テ船船所有者ト其第三者トノ間ニ直接ノ法律關係ヲ生シ其結果トシテ船船所有者ハ反對給付タル再運送契約ノ運送貨ヲモ請求スルノ權利ヲ有スルニ至ルトナリ法律ノ精神ニ適スルモノトス(法學博士竹田省氏京都法學會雜誌第十三卷第十二號本書第七卷商法七六八頁)
- 十一 再運送契約ニ於ケル運賃ハ船船所有者ノ取得スル所ニ非スシテ備船者御リ之ヲ取得スルノミトス

再運送契約ノ運送品荷受人ハ備船契約ノ當事者ナラサル備船者カ船長ニ對シ備船料ノ支拂ヲ爲スマテハ其運送品ノ引渡ヲ求ムルコトヲ得サルモノトス(トクトルユウリス水口吉藏氏國家及國家學第六卷第九號一五頁本書第七卷商法七七二頁)

八 (一) 凡ソ再運送契約トハ備船契約ト獨立シテ存在スル別個ノ契約ナレハ船船所有者ハ船長カ再運送契約ノ目的タル運送品ノ引渡ヲシ運送品ヲラストキニ於テモ商法第六二條ニ依リ其船長ノ職務ニ屬スル範圍内(例商法第五六一條第五四條第五九三條第五四條第六〇五條第六二〇條)等ニ於テ第三者(再運送契約者)ニ對シ其履行ノ責ニ任スレトモ之ニ屬セサル事項ニ付テハ再運送契約ノ主體タル備船者及第三者間ニ其關係ヲ生シ船船所有者ト全然關知スルコトナシ

(二) 再運送契約者カ單ニ再運送契約ニ定メタル運賃ヲ船長ニ提供シテ物品ノ引渡ヲ受ケントスルモ船長ハ備船料全額ノ支拂ヲ受ケルニ非サレハ之ヲ引渡スコトヲ要セサルモノナリ

(三) 不當ナル假處分假押カ通常不法行爲ヲ構成スルヤ否ハ其決定ヲ申請スルニ至リタル事由カ故意又ハ過失ニ因リ生レタルヤ否ヤニヨリテ決セラルヘキモノナレハ假處分カ不當ナレハトテ一般ニ不法行爲ヲ構成スルモノニ非ス(法學士鹽田環氏法學志林二〇卷三號一六頁「再運送契約」要領本書第六卷商法八七四頁)

九 同一ナル物品運送ノ目的ヲ以テ第一ニ船主ト備船者トノ間第二ニ其ノ備船者ト第三者トノ間ニ運送契約成立シタル場合ニ於テ船主カ第一ノ契約ニ從ヒ運送ヲ了シタルモ運送貨ノ支拂ヲ受ケサルニ因リ運送品ノ上ニ留置權ヲ有スルトキハ第三者カ備船者ニ對シ第二ノ契約ニ從ヒテ既ニ運送貨ヲ支拂ヒタルトキト雖モ船主ハ運送貨ノ支拂ヲ受ケタルマテ第三者ニ對シテモ留置權ヲ主張シテ運送品ノ引渡ヲ拒ムコトヲ得(大審院民事判決明治四二年八五八頁)

商法第六二條ノ規定ハ備船者カ更ニ第三者ト運送契約ヲ爲シタルトキハ其契約ノ履行カ船長ノ職務ニ屬スル範圍内ニ於テ船主ナシテ其第三者ニ對シ履行ノ責ニ任セシメタルニ止マリ船主カ備船者ト契約シタル運送貨ノ支拂ヲ受ケサル爲メ運送品ノ上ニ有スル留置權ノ行使ニ制限ヲ加ヘタルモノニ非ス(同上)

一〇 (一) 元來備船契約ト備船者カ更ニ第三者ト爲ス再運送契約トハ全然別個ノモノニシテ商法六一二條所定ノ外ノ點ニ付テハ兩者全ク何等ノ關係ヲ有セサルモノナリ以テ縱令再運送契約ニ於テ運賃ヲ或額(例五百圓)ニ定メタルレハトテ右契約ノ當事者ニ非サル船船所有者ハ毫モ之ニ關連セラル理由ナキカ故ニ船船所有者ハ備船者トノ備船契約ニ定メタル運賃(例千圓)ノ支拂ト引換ニアラサレハ再備船者ニ對シ荷物ヲ引渡スノ義務ヲ交換スレハ荷受人ハ右金額ヲ支拂フニアラサレハ船船所有者ノ承諾ナキ限リ運送船ノ引渡ヲ受ケルコトヲ得サルモノトス

船荷證券トシテ發行セラレタル證券ニ重量又ハ容積及荷造ノ種類ニ付何等ノ記載ナキトキハ商法第六二條ノ要件ヲ缺キ船荷證券トシテハ效力ナキモノ單純ナル證據トシテ證據力アルモノトス

荷受人カ船船所有者ト備船者トノ間ニ於ケル備船契約ニ定メラレタル運賃カ一定額(例十圓)ニシテ此運賃ハ荷受人ニ於テ支拂フヘキ約旨ナルコト並ニ荷受人カ運送品ヲ受取ルニハ右金額ヲ支拂フコトヲ要スルモノナルコトヲ知リ居リシニ拘フス單ニ再運送契約ニ定メタル運賃(例五百圓)ヲ提供シテ運送品ノ引渡ヲ求メ船船所有者カ之ヲ拒絶スルハ前示運賃(五百圓)ト引換ニ運送品ノ引渡ヲ求權アリト主張シ此權利保全ノ爲メ假メ地位ヲ定ムル爲メ假處分ノ命令ヲ得其執行ニ依リ運送品ノ引渡ヲ

受ケ直ニ之ヲ處分シテ船船所有者ナシテ再ヒ其占有ヲ回復スルコトヲ得サレシメタルトキハ前示ノ處分ハ不當ニシテ船船所有者ハ運送品上ニ有スル占有權ヲ侵害セラレタルモノト謂ハサルヘカラス

(二) 荷受人カ運送品ノ受領ヲ怠リ又ハ運送貨等ノ支拂ヲ爲ササルトキハ船船所有者ハ該運送品ヲ賣賣シ其ノ賣得金中ヨリ優先シテ自己カ得ヘカリシ運賃等ノ支拂ニ充當スルコトヲ得

商法第六〇六條ニ所謂引渡ヘ荷受人カ引渡請求權アリト主張シ此權利保全ノ爲メ假處分ニ依リ引渡ヲ含ムモノニアラス(大阪控訴大正六年(キ)五六號同年一月二十二日民一部判決本書第六卷商法八六六頁)

本論ハ大審院カ會テ再運送契約ノ履行カ船長ノ職務ニ屬スル範圍内ニ於テ船船所有者ノミ其契約ヲ爲シタル第三者ニ對シ履行ノ責ニ任スヘキモノトセル商法第六一二條ノ規定ヲ解シテ右ノ範圍内ニ於テハ船船所有者ト其第三者トノ間ニ直接ノ法律關係ヲ生シ船船所有者ハ履行ノ責ヲ負フ結果トシテ其反對給付タル再運送契約ノ運賃請求權ヲ有スト爲セルヲ駁擊釋明セラレタルモノナリ吾人亦本來第一運送契約ト再運送契約トハ別箇獨立ナル契約ナルカ故ニ第一次的契約ノ當事者カ第二次的契約ノ法律關係ニ交渉ヲ有スル理ナク反對ニ第二次契約ノ當事者ハ第一次契約ノ權利義務ニ關係ヲ有セサルハ契約自體ノ本質上明ナル所ニシテ隨テ第一運送契約ノ當事者タル船主ハ再運送契約ノ當事者タル荷受人ニ對シ何等ノ法律關係ニ立ツモノニ非ス法第六一二條ニ於テ其責任ヲ認メタルハ再運送契約ノ目的物品カ船主ト雇備關係ニ在ル船長之ヲ船積シテ其運送ヲ實行スルモノナル點ニ着眼シタルニ過キスシテ責任ヲ認メタルカ故ニ進テ船主ニ再運送契約ノ當事者タル荷受人ニ對シテ運賃請求權有リ該荷主ニ於テ支拂義務

ヲ負フト爲スハ到底解釋ノ容ルル所ニ非サルカ故ニ異別ニ解セラレシ判例ノ趣旨ヲ以テ全ク同條ヲ曲解セルモノナリト斷シ曩ニ論評ヲ試ミタル所ナリ(本書第七卷商法七七五頁)從テ同一見解ヲ披瀝セラレタル論旨第一點第二點ノ高見ハ吾人ノ全然贊同スルトコロナリ爾餘ノ論點亦正當ナリト信ス

三三

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習法ナキトキハ民法ヲ適用ス  
四二七 生命保險契約ハ當事者ノ一方カ相手方又ハ第三者ノ生死ニ關シ一定ノ金額ヲ支拂フヘキコトヲ約シ相手方カ之ニ其報酬ヲ與フルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス  
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

保險業者間ニ保險會社カ將來保險契約成立ノ際ノ保險料ニ充ツルタメ假受金ヲ受領シタル場合ニハ遅クトモ二週間内ニ諾否ノ意思表示ヲ爲スヘク其意思表示ナキトキハ契約申込ヲ承諾シタルモノト看做ス慣習存在スルコトナキモノトス

訴外白木丹次郎カ被控訴會社ニ對シ大正五年六月十八日控訴代理人主張ノ如キ保險契約ノ申込ヲ爲シタルコト被控訴會社カ右白木丹次郎ヨリ金十九圓六十錢ヲ受領シタルコト及被保險者タル白木丹次郎カ大正五年九月二三日死亡シタルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ナルヲ以テ右保險契約ノ申込ニ對シ被控訴會社成立シタルヤ否ヤヲ案スルニ甲第二號證一、二ニ依レハ被控訴會社仙臺支店ニ於テ保險契約申込人タル白木丹次郎ノ爲メニ訴外内國生命保險會社ヨリ受取リタル金九十八圓九錢ノ内金十九圓六十錢ヲ本件保險契約ノ第一回保險料ニ充當シ從テ保險契約ノ成立シタルカノ如キ觀アリト雖モ其十九圓六十錢ノ受領證トシテ發行シタル甲第一號證ニハ右十九圓

【關係事項】

控訴棄却○保險金請求事件○控訴人白木小一郎法定代理人親權者白木とくよ訴訟代理人辯護士大井靜雄大澤一六

六十錢ハ從來保險契約成立シタルトキハ之ヲ保險料ニ充當スヘク申込ヲ承諾シタルトキハ同證ノ日附ヲ契約成立ノ時トシ保險證券ヲ作成スヘキ條件ノ下ニ之ヲ受領スル旨ノ記載アルヲ以テ右十九圓六十錢ハ成立シタル保險契約ニ基ク保險料トシテ授受サレタルモノニアラスシテ將來被控訴會社カ契約申込ヲ承諾シタル契約成立シタルトキハ之ヲ保險料ノ支拂ニ充當スル約旨ノ下ニ假ニ授受セラレタルモノト認ム從テ甲第一號證ニ依リテ本件保險契約ノ成立ヲ認ムルニ由ナク原審證人吉澤次郎ノ證書ニ依ルモ未ダ控訴人ノ主張ヲ正當ナルモノト認メ難シ控訴代理人ハ被控訴會社ニ於テ明示ノ承諾ナカリシモノトスルモ甲第一號證裏面記載ノ約束ニヨリ被控訴會社ハ遲滞ナク諾否ノ意思ヲ表示スヘキモノナルニ其承諾ノ意思表示ヲ爲サザリシハ暗黙ニ申込ヲ承諾シタルモノナル旨主張スルモ甲第一號證ニ依リテハ當事者間ニ被控訴會社ハ遲滞ナク諾否ノ意思表示ヲ爲スヘキ約束アリシモノト認メ難ク從テ其承諾ノ意思表示ヲ爲サザリシ一事ニ因リテ承諾ノ意思表示ヲ爲サザルモノト認ムルコトヲ得ス控訴代理人ハ尙ホ保險會社ハ契約申込ニ對シ承諾ノ通知ヲ爲サザルモノト第一回保險料ヲ領收シタル行爲ヲ以テ承諾ヲ爲シタルモノト爲シ將來契約成立ノ際ノ保險料ニ充ツル爲メ假受金ヲ受領シタル場合ニハ遅クトモ二週間内ニ諾否ノ意思表示ヲ爲スヘク其意思表示ヲ爲サザルモノトキハ契約申込ヲ承諾シタルモノト看做ス慣習存在シ本件當事者ハ之ニ依リタルモノナレハ本件保險契約ハ二週間内ニ被控訴會社ノ諾否ノ意思表示ヲ爲サザリテ成立シタルモノナル旨主張スルモ本件ニ於テ被控訴會社ノ受領セル十九圓六十錢カ第一回保險料トシテ授受セラレタルニアラサルコトハ前段説明シタル如クニシテ其假受金受領後二週間内ニ諾否ヲ通知スヘク通知ナキトキハ申込ヲ承諾シタルモノト看做ス慣習カ保險業者間ニ存在セサルコトハ當審鑑定人玉木爲三郎ノ供述ニ依リテ之ヲ認メ得ルヲ以テ右控訴人ノ主張ハ之ヲ正當ト認メ難シ(東京控訴院大正七年(ホ)第三五三號同八年一月二四日民三都岩本裁判長宇野水口各判事判決第四卷第六號四一頁)

○被控訴人帝國生命保險株式會社法定代理人取締役福原有信訴訟代理人辯護士青木徹二稻村眞介

(三四)

四五五 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  
五三七 第四四六條…第四五五條…第五一七條ノ規定ハ小切手ニ準用ス

手形ノ裏書ニ關スル規定ハ特殊ナル讓渡方法ヲ規定シタルモノタルニ止マリ之ヲ以テ直ニ他ノ方法ニ依ル讓渡ヲ全然除斥シタルモノニ非サルヤ勿論ナルカ故ニ持參人拂式小切手ノ讓渡カ裏書ノ方法ニ依ラスト雖モ其一事ヲ以テ該讓渡ノ效力ヲ否定スルコト能ハサルモノトス

按スルニ證人木津愛太郎ノ證言及甲第一號證(同號證ノ被告名下ノ印影ノ成立ハ當事者間ニ爭ナク其餘ノ部分ハ右愛太郎ノ證言ニ依リ其成立ヲ認ムルコトヲ得)ニ依リ本件小切手ノ振出支拂拒絶及其旨ノ記入ノ事實ヲ認定スルニ十分ニシテ其ノ後被告ヨリ金三百圓ノ内拂アリタル事實愛太郎カ大正七年六月二十八日該小切手ヲ原告ニ交付シテ右殘額千七百圓ノ本件小切手債權ヲ原告ニ讓渡シタル事實ハ證人木津愛太郎土井松太郎ノ證言ニ依リ之ヲ肯定スルニ足ルモノトス而シテ本件小切手カ持參人拂式ナルコトハ前示甲第一號證ニ徴シ明瞭ナルカ故ニ讓渡ニ對スル被告ハ本件讓渡ハ受授ニ依リ具備セラルヘキモノナルヤ言テ抗爭スルコトコトニシテ被告ハ本件讓渡ハ裏書ニ依ラザルモノナルカ故ニ無効ナリト抗爭スルモ裏書ニ關スル規定ハ特殊ナル讓渡方法ヲ規定シタルモノタルニ止マリ之ヲ以テ直ニ他ノ方法ニ依ル讓渡ヲ全然除斥シタルモノニ非サルヤ勿論ナルカ故ニ本件小切手ノ讓渡カ裏書ノ方法ニ依ラスト雖モ其一事ヲ以テ該讓渡ノ效力ヲ否定スルコト能ハサルモノトス

ル金一千四百圓及大正七年十月二十二日以降年六分ノ商法所定ノ利率ニ依ル損害金ヲ求ムル本訴請求ハ相當ナリ(東京地方大正七年(ワ)一四四三號同八年三月三十一日民一部大森裁判長山田典山各判事判決)

【關係事項】 原告勝訴○小切手金請求事件○原告上原福太郎訴訟代理人辯護士小藤寅吉被告古岡李次郎訴訟代理人鈴木千載外一人

【裏書以外ノ手形移轉ノ方法並ニ效力ニ關スル參照學說判例】

岡野博士  
松波博士  
松本博士  
山内博士  
田坂學士  
185 (商法)士

一 裏書ハ手形ノ唯一ノ移轉方法ニ非ス相續會社ノ合併競買ニ於ケル競落民事訴訟法ニ定ムル轉付命令皆手形移轉ノ方法タリ(法學博士岡野敬次郎氏日本手形法一九五頁)  
二 指圖書形ニ至リテハ裏書以外ノ方法ニテ之ヲ讓渡シ得ルカニ付キ議論アルモ手形債權ハ普通ノ方法ニ依リテ讓渡スモ手形債權ナリ普通ノ方法ニテ讓渡シタルハトテ變シテ普通債權ト爲ルコトナシ故ニ取得者ハ手形金額ノ支拂ヲ請求シ支拂ハレサル際前者ニ償還ヲ請求シ得ルナリ又取得者ハ其手形ヲ更ニ普通ノ方法ニテ讓渡スモ裏書ニ依リテ讓渡スモ可ナリ裏書ニ依リテ讓渡スルニハ其連續ヲ充タス爲メ自己ハ被裏書人ヨリ手形ヲ讓受ケタルコトヲ示ササルヘカラス(法學博士松波仁一郎氏日本手形法六七八頁)  
三 手形債權ハ差押ニ因リテ移轉スルコトアリ差押人カ手形ヲ占有シ差押ノ手續ヲ終了シ而シテ轉付命令ニ發スルトキハ手形債權ハ債權者ノ有ニ歸ス裁判所カ手形債權ヲ差押アルトキハ當事者ノ請求ニ從ヒ取立命令又ハ轉付命令ヲ下付スヘシ一旦支拂ニ代ヘ轉付命令ヲ出タストキハ其命令ヲ第三債務者ニ送達シ債權ハ當然債權者ニ移轉ス(同上六七九頁)  
四 手形法ノ認ムル方法以外ノ方法ニ依ル手形ノ移轉例ヘハ相續包括遺贈會社ノ合併競買ニ於ケル競落轉付命令等ノ效果トシテ手形ノ移轉ヲ生シタル場合ニ於テハ承繼人カ前主ノ權利ヲ承繼スルニ止マリ新ニ獨立ノ權利ヲ取得スルコトナキナリ(法學博士松本治氏私法論文集第二卷四四二頁)  
五 裏書ニ依ラシテ手形ヲ取得シタル者例ヘハ相續ニ因リテ手形ヲ取得タル者ハ更ニ相續ニ因リテ其手形上ノ債權ヲ他ニ移轉スルコトヲ得ルハ別問題トシ裏書ニ依リテ之ヲ他人ニ讓渡スルコトヲ得ス何トナレハ其者ハ裏書ニ依リテ手形ヲ取得シタル者ニ非サレハナリ(法學博士山内龍三郎氏手形法大正三年日大講一五六頁)  
六 手形法規ハ手形上ノ權利ノ移轉中其移轉カ當事者ノ意思ニ出テタルトキ即チ讓渡ニ基キタル場合ニ付テハ手形以外ニ於テ其讓渡ヲ認ムルコト手形上ニ取リ得ル第三債務者ノ意思ニ出テタルトキ即チ讓渡ニ基キタル場合ニ付テハ手形以外ニ於テ權利讓渡ノ一般法規ニ例外ヲ設ケ其讓渡ニ付キ裏書ナル一種ノ形式ヲ規定シ居レトモ手形債權ノ移轉カ法律ノ規定ニ依リタルトキ即チ相續ノ結果トシテ生シタル場合ニ付テハ敢テ如上ノ弊害ヲ生スル虞ナキヲ以テ別ニ何等ノ要求ヲ爲シ居ラサルナリ手形以外ニ於テ被相續人ノ死亡其他相續開始ノ事實カ證明セラルル以上ハ相續人ハ其證明ニ依リ手形債權ヲ執行スルニ何等ノ妨

ナシ(法學士田坂友氏法學志林第四五號七六頁)  
六 差押債権者カ轉付命令ノ效力ニ因リ取得シタル手形ニ基キ振出人ニ對シテ支拂ヲ請求スル場合ニ在リテハ裏書ヲ要スルモ  
ノニ非ス(大審院明治三八年(オ)一二九號同年四月二二日判決)  
七 手形ノ所持人カ券面金額ノ支拂ヲ請求スル權利ハ債權ノ一種ニ外ナラサレハ通則ニ依リ相續轉付命令等ニ基キ之ヲ取得シ  
得ルハ勿論債權讓渡ノ法規ニ從ヒ其權利ヲ移轉シ得ルモノナレハ假令裏書ノ形式ヲ讓渡シタルトスルモ其一事ヲ以  
テ讓渡ハ不適法トナルモノニ非ス然レトモ指圖式ヲ以テ發行サレタル手形ヲ讓渡スル場合ニ於テ裏書ヲ爲サレハ其讓渡ヲ  
債務者ニ對抗シ得サルモノトス(大阪控訴院明治四〇年(ワ)第七三六號同四年一月十七日判決法律新聞第四四七號一二頁)

(三五)

九一ノ二 會社ハ辨濟期ニ至ラサル債權ト雖モ之ヲ辨濟スルコトヲ要ス  
條件附債權又ハ存續期間ノ不確定ナル債權ハ裁判所ニ於テ選任シタル鑑定人ノ評價ニ從ヒテ之ヲ辨濟スルコトヲ要ス

一九九 社債ハ第二〇九條ニ定メタル決議ニ依ルニ非サレハ之ヲ募集スルコトヲ得ス

二〇一 會社ハ左ノ事由ニ因リテ解散ス

一 第七四條第一號第二號第四號第六號及第七號ニ掲ケタル事由

二 株主總會ノ決議

三 株主カ七人未滿ニ減シタルコト

二二六 會社カ解散シタルトキハ合併及ヒ破産ノ場合ヲ除ク外取締役其清算人ト爲ル但定款ニ別段ノ定アルトキ又  
ハ株主總會ニ於テ他人ヲ選任シタルトキハ此限ニ在ラス

前項ノ規定ニ依リテ清算人タル者ナキトキハ裁判所ハ利害關係人ノ請求ニ因リ清算人ヲ選任ス

二三四 第八四條第八九條乃至第九三條：民法第七九條第八〇條ノ規定ハ株式會社ノ清算ノ場合ニ之ヲ準用ス

民法五四一 當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサルトキハ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ若シ其期間内  
ニ履行ナキトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得

商法第二三四條第九一條ノ二ノ規定ニ依レハ株式會社カ解散シタルトキハ未タ  
辨濟期ノ至ラサル債權ト雖モ之カ辨濟ヲ爲スヘキ義務アルモノナルヲ以テ社債  
ニ付テモ解散ト同時ニ當然辨濟期到來シタルモノト謂ハサルヘカラスシテ解散

以後ニ於テ社債償還ノ方法タル入札若クハ抽籤ヲ爲スカ如キハ無用ノ手續ニ屬  
スルヲ以テ之ヲ爲サザリシトスルモ未タ以テ債務ノ不履行アリトスルヲ得ス從  
テ之ヲ理由トスル契約解除ハ失當ナルモノトス

被告會社カ大正三年五月ヨリ毎月十一萬圓ヲ下ラサル程度ニ於テ時期ヲ定メ入札ニ  
依リ其價格ノ低キモノヨリ償還スヘク若シ入札者ナキトキハ抽籤ニ依リ償還スヘキ  
規定ノ下ニ本件社債ヲ發行シタル事實被告會社カ大正五年六月及ヒ九月ノ兩度ニ於  
テ一部償還ヲ爲シタル儘ニ爾來之カ償還ヲ爲ササル事實原告カ大正七年九月十五日  
付テ以テ五日ノ期間ヲ定メ社債償還ノ方法タル入札若クハ抽籤ヲ執行スヘキ旨被告ニ  
催告スルト同時ニ右期間内ニ之カ執行ヲ爲ササルトキハ右社債ニ基ク契約ハ全解  
除スヘキ旨通知シタル事實ハ當事者間ニ爭ナキ處ナリ原告ハ被告會社ハ右催告期間  
内ニ債務ノ履行ヲ爲サザリシヲ以テ本件社債ニ基ク契約ハ右期間ノ満了ト同時ニ全  
部解除セラレタリ依テ社債金額八百五十圓中本訴ニ於テ五百圓ノ返還ヲ求ムト主張  
スレトモ被告會社カ大正五年九月九日解散シ目下清算中ナル事實ハ當事者間ニ爭ナ  
キ所ナリ而シテ商法第二三四條第九一條ノ二ノ規定ニ依レハ株式會社カ解散シタル  
トキハ未タ辨濟期ニ至ラサル債權ト雖モ之カ辨濟ヲ爲スヘキ義務アルモノナルヲ以  
テ本件社債ニ付テモ前記解散ト同時ニ當然辨濟期到來シタルモノト謂ハサルヘカ  
ス果シテ然ラハ右解散以後ニ於テ社債償還ノ方法タル入札若クハ抽籤ヲ爲スカ如キ  
ハ全ク無用ノ手續ニ屬スルヲ以テ被告會社カ原告ノ催告ニ依リ之カ執行ヲ爲サザリ  
シトスルモ未タ以テ被告會社ニ債務ノ不履行アリト指稱シ難シ從テ原告カ被告會社  
ニ債務不履行アルコトヲ理由トシテ爲ス本訴契約解除ハ失當ナルノミナラス右契約  
解除カ有效ナルコトヲ前提トシテ爲ス本訴原狀回復ノ請求モ亦其理由ナキモノト謂  
ハサルヘカラス依テ爾餘ノ爭點ニ付判斷スルマテモ原告ノ本訴請求ヲ失當ト認  
メ訴訟費用ニ付テハ民事訴訟法第七二條第一項ニ適用シ主文ノ如ク判決ス(大坂區裁判

所大正七年(八)第四六九七號同年一月二日三審判事判決例第四卷第六號三九〇頁)

【關係事項】

棄却○損害賠償請求事件○原告平田巖訴訟代理人辯護士森田茂中村昇○被告日本營業株式會社法定代理人清算人石黒行平訴訟代理人辯護士福島萬次郎

(三六)

一七六 取締役ハ監査役ノ承認ヲ得タルトキニ限リ自己又ハ第三者ノ爲メニ會社ト取引ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ民法第一〇八條ノ規定ヲ適用セズ  
民法七〇九 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任ス  
同七一五 或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責任ス但使用者カ被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルトキ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ損害カ生スヘカリシトキハ此限ニ在ラス  
使用者ニ代ハリテ事業ヲ監督スル者モ亦前項ノ責任ス前二項ノ規定ハ使用者又ハ監督者ヨリ被用者ニ對スル求償權ノ行使ヲ妨ケス

【裁判例】 商法第一七六條ハ取締役ニ對シ監査役ノ承認ヲ得シテ會社ト取引ヲ爲スコトヲ禁シタル規定ナレハ監査役ノ承認ヲ得ルハ會社ト取引ヲ爲ス取締役ノ法律上ノ義務ニ屬シ相手方タル會社ト代表スル他ノ取締役又ハ支配人ノ義務ニ屬セサルハ法文ノ解釋上疑ナク容レサル所ナリ

故ニ監査役ノ承認ヲ得サルニ因ル取引無効ノ結果第三者ノ被リタル損害ハ取引當事者タル取締役カ法律上ノ義務ニ違反シテ監査役ノ承認ヲ得サルニ原因スルモノト謂フ可ク之ヲ會社ト代表シタル他ノ取締役又ハ支配人カ監査役ノ承認ヲ得サルニ原因スルモノトシテ之ニ損害賠償ノ責ヲ歸スルヲ得ス(何トナレハ不作爲ト損害トノ間ニ因果關係アリト爲スニハ不作爲カ法律上ノ義務タル行爲ヲ爲ササル場合ナルコトヲ要スレハナリ)(大審院大正七年(オ)第五〇八號同年七月二日民一部判決本書第七卷商法六六一頁)

松本博士

商法第一七六條ノ文面ヨリ觀テ監査役ノ承認カ會社ト取引ヲ爲ス取締役ニ對シテ與ヘラルヘキモノナルコトハ明瞭ナルモ其承認ハ取引ヲ有效ナラシムル條件タルニ過キスシテ取引者カ積極的ニ承認ヲ求ムヘキ法律上ノ義務ヲ負フモノニ非ス

不法行爲ノ存否ハ各般ノ事情ヲ知悉スルニ非サレハ之ヲ判定スヘカラサルカ故ニ取引者タル取締役カ監査役ノ承認ヲ經スシテ爲シタル行爲ニ依リテ生シタル第三者ニ對スル損害ノ賠償責任ハ各場合ニ付キ其有無ヲ觀察スヘキモノトス故

本判決ヲ批評スルニ當テハ假ニ通説ニ從ヒ手形振出ヲ無効ト解シテ判旨ノ正否ヲ判定セムトス第一判旨ハ監査役ノ承認ヲ得ルハ會社ト取引ヲ爲ス取締役ノ法律上ノ義務ニ屬シ其取引ニ付キ會社ト代表スル者ノ義務ニ屬セストス商法第一七六條ノ文面ヨリ觀テ監査役ノ承認カ會社ト取引ヲ爲ス取締役ニ對シテ與ヘラルヘキモノナルコト略ホ明瞭ナリト雖モ其承認ヲ得ルヲ以テ其取締役ノ法律上ノ義務ト爲スハ當ラズ承認ヲ得シテ爲シタル取引ハ無効ナルカ故ニ有效ナル取引ヲ爲ス爲メニハ承認ヲ得ルコトヲ要スヘキモ其承認ハ取引ヲ有效ナラシムル條件タルニ過キスシテ取引者カ積極的ニ承認ヲ求ムヘキ法律上ノ義務ヲ負フモノト看做スヘカラス若シ夫レ會社ト取引ヲ爲ス取締役ハ其會社ト間ノ委任關係ニ基キ累テ會社ニ及ホスカ如キ行爲ヲ爲スヘカラサルカ故ニ監査役ノ承認ナクシテ會社ト取引ヲ爲ササルノ義務ヲ負フモノトスレハ是レ全ク別問題ニシテ之ト同一ノ義務ハ會社ト代表スル他ノ取締役又ハ支配人モ亦之ヲ負フヘク即チ監査役ノ承認ヲ得サル取締役ト取引ヲ爲スコトヲ避ケサルヘカラサルナリ  
第二判旨ハ其前提カ誤謬ナルニ件ヒ全部誤謬ナルコト多言ヲ須ヒスレテ明白ナリ余ヲ以テ之ヲ觀ルニ案件ニ於テ手形所持人丁カ甲會社ニ對シテ損害ノ賠償ヲ請求セルハ無効手形ノ振出ナル積極的作爲ニ付キテ支配人ニ不法行爲上ノ責任ヲ從テ甲會社ニモ亦其責任アリトセルニ因ルモノニシテ原審判決ハ乙支配人ノ振出行爲ニ法規ニ反レ又ハ公ノ秩序善良ノ風俗ヲ害スル違法ナシト云フナ理由トシテ丁ノ請求ヲ拒否セルモノノ如ク此點ニ付テハ尙ホ議論ノ餘地アリ余モ亦案件ノ場合ニ於テ必スシモ

丁ノ請求ヲ是認スヘシト主張スルニ非ス然レトモ本判決ノ如キ謬妄ノ論據ニ依リテ之ヲ拒否スルヲ不可トスルモノタリ(法學博士松本泰治氏法學協會雜誌第三七卷第三號一五〇頁以下「商法第一七六條違反ニ關スル損害賠償責任者」要領)

會社ト取締役トノ間ノ取引ニ對スル監査役ノ承認ハ會社ヲ相手方トスル取締役ニ於テ之ヲ求ムルノ義務ヲ負フト雖モ會社ヲ代理スル取締役又ハ支配人ニ於テ其義務ヲ負ハサルモノトス

我民法第七〇九條從テ第七一五條ハ不法行為ノ要件トシテ權利侵害ノ外特ニ禁令違反アルコトヲ要求スルモノニ非サルカ故ニ會社ヲ代理スル者ニ於テ右ノ違法ナシトスルモ而モ故意又ハ過失ニ因リ無効ノ取引ヲ爲スコトニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害スルトキハ尚ホ不法行為上ノ責任ヲ負フコトアルヘキモノトス

第一要旨ハ會社ト取締役トノ間ノ取引ニ對スル監査役ノ承認ハ會社ヲ相手方トスル取締役ニ於テ之ヲ求ムルノ義務ヲ負フト雖モ會社ヲ代理スル取締役又ハ支配人ニ於テ其義務ヲ負ハサルモノトスルモノニシテ正當ナリト上告ノハ商法第一七六條ヲ以テ(イ)一般ニ監査役ノ承認ヲクシテ會社ト取締役トノ間ニ取引ヲ爲スコトヲ禁シタル規定ニシテ且(ロ)監査役ノ承認ヲ求ムヘキコトハ會社ヲ相手方トスル取締役ノミナラス會社ヲ代理スル取締役又ハ支配人モ共ニ負擔スヘキ義務ナリトス然レトモ同條ハ「取締役ハ監査役ノ承認ヲ得タルトキニ限リ自己又ハ第三者ノ爲メニ會社ト取引ヲ爲ス事ヲ得」ト規定シ(イ)相手方タル取締役ノ行為ヲ禁シタルモノニシテ(ロ)且監査役ノ承認ハ其取締役ニ於テ之ヲ求ムヘキモノナルコト疑ヲ容ルルノ餘地ナシ尤モ監査役ノ承認ハ其取締役ヲ爲シタ會社取締役間ノ行為ハ無効タルヲ免レサルカ故ニ會社ハ代表スル支配人ハ

其取引ヲ爲スニ當リテハ果シテ必要ナル監査役ノ承認アリタリヤ否ヤヲ注意スルハ善良ナ管理者トシテ爲スヘキ義務ノ範圍ニ屬スヘシト雖モ之カ違反ハ單ニ會社ニ對スル契約上ノ義務ノ違反タルニ止マリ禁令違反ト謂フヘキモノニ非ス然レトモ會社又ハ之ヲ代理シタルモノニ於テ不法行為上ノ責任ヲ負フモノトスルカ爲ニハ右ノ如ク禁令違反アルヲ要スルヤ否ヤハ別問題ニシテ我民法第七〇九條從テ第七一五條ハ不法行為ノ要件トシテ權利侵害ノ外特ニ禁令違反アルコトヲ要求スルモノニ非ス從テ會社ヲ代理スルモノニ於テ右違法ナシトスルモノモ故意又ハ過失ニ因リ無効ノ取引ヲ爲スコトニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害スルトキハ尚ホ不法行為上ノ責任ヲ負フコトアルヘキコトニ於テ此意味ニ於ケル不法行為アリトスヘキヤ否ヤハ不明ニシテ殊ニ何ヲ以テ權利侵害ナリトスルモノナリヤハ之ヲ知ルコトヲ得スル第二要旨ハ事案ニ對スル判決トシテハ不當ナリトスルモノナリヤハ之ヲ知ルコトヲ得スル支那人カ監査役ノ承認ヲ得サルコトノ不作爲ヲ以テ不法行為ナリトシ會社ニ對シ損害賠償ヲ求ムルモノトモ會社ヲ代理スル支配人ニシテ監査役ノ承認ヲ求ムヘキ法律上ノ義務ヲ負フモノニ非サル以上損害ニ對シテハ因果關係ナシトスヘキコト本判決ノ言フ所ノ如シ然レトモ案件ニ於テ上告人ノ主張スル所ハ監査役ノ承認ヲ求メサリシ不作爲ヲ以テ不法行為ナリトスルニ非スシテ監査役ノ承認ヲ得シテ手形振出ナル取引ヲ爲シタルコト即チ作爲ヲ以テ不法行為ナリトスルニ在ルコト殆ント疑ナシ換言スレハ上告人ノ主張ハ(イ)會社代理人ノ爲シタル手形振出ナル行為ニ因リテ損害ヲ被ムリタリトスルモノニシテ(ロ)監査役ノ承認ヲ得サリシコトヲ以テ此取引ノ違法性ノ理由トナスニ過キス畢竟本判決ハ原告ノ主張スル事實ノ解釋ヲ誤リ法律ヲ不當ニ適用シタルモノト謂ハサルヘカラス(法學博士竹田省氏法學叢書第一卷第三號一六頁「取締役ト會社トノ間ノ取引ト監査役ノ承認」要領)

商法第一七六條ハ單ニ現實會社トノ取引ニ於テ會社ノ相手方ト爲リ取引當事者



ト爲レル者ノミニ付テノミ之カ適用アルモノトス」  
取締役カ商法第一七六條ニ依リ監査役ノ承認ヲ得スシテ爲シタル行爲ノ爲メニ  
第三者カ損害ヲ被リタリトシテ之ニ依リ其取締役カ第三者ニ對シ損害ヲ賠償ス  
ル義務ナシト雖モ取締役カ第三者ニ損害ヲ生セシムルノ目的ニ於テ承認ヲ得ス  
シテ會社ヲ相手方トシテ法律行爲ヲ爲シ依テ第三者ニ損害ヲ被スシメタルモノ  
ナル場合ハ取締役ハ一般不法行爲者トシテ其損害ニ付キ責任ヲ負擔スヘキモノ  
トス」

判旨ノ一ハ正當ナリ蓋シ商法第一七六條ニ所謂取締役ハ取締役ニ選任セラレタル者  
ヲ指稱スルハ勿論ナルモ取締役トシテ法律ノ規定スル會社ノ機關ト爲ル地位ニ置カ  
レタル者全體ヲ謂フモノニアラスシテ單ニ現實會社トノ取引ニ於テ會社ノ相手方ト  
爲リ取引當事者ト爲レル者ノミニ付テノミ之カ適用スヘク從テ取締役全員カ相手方  
ト成レル場合ハ全員ニ就テ監査役ノ承認ヲ必要トシ若シ其内ノ一員カ當事者ト爲ル  
場合ハ其者ノミカ承認ヲ得ルコトヲ必要トシ取引當事者ト爲ラサル取締役カ承認ヲ  
得ルノ必要ナキモノトス之同條規定ノ趣旨ヨリモ疑ナクモトス  
判旨ニ正當ナリ然レトモ取締役カ商法第一七六條ニ依リ監査役ノ承認ヲ得スシテ爲  
シタル行爲ノ爲メニ第三者カ損害ヲ蒙リタリトシテ之ニ依リ其取締役カ第三者ニ對  
シ損害ヲ賠償スル義務アリト爲スヘキヤニ付テハ予ハ之ヲ否定セントスル者ナリ第  
一七六條ノ義務ハ取締役カ其資格ニ於テ會社ニ對シ負擔スル法律上ノ義務ナリ故ニ  
其取締役ノ監査役ノ承認ヲ得スシテ爲シタル行爲ノ爲メニ會社カ損害ヲ被リタル場  
合ハ會社ハ取締役ニ對シテ損害賠償ヲ求メ得ヘシト雖モ第三者ノ權利ハ害セラレ  
コトナキヲ以テ之カ爲メニ第三者ニ損害ヲ生シタリト假定スルモ第三者ハ損害賠償

【前審判例】

商法第一七六條ハ自己又ハ第三者ノ爲メ會社ト取引ヲ爲ス取締役カ監査役ノ承認ヲ得ルコトヲ必要トシタルニ止マリ之カ相手  
方トシテ會社ト代表スル取締役又ハ支配人ニ對シ監査役ノ承認ヲ得ヘキコトヲ命シタルモノニアラス  
會社ノ支配人甲カ同會社ノ取締役乙ニ宛テ手形ヲ振出スニ當リ乙カ右手形ノ振出ヲ受クルニ付キ監査役ノ承認ヲ得サリシ事實  
ヲ知リ又ハ知ラサルニ付キ過失アルニ過キサル場合ニ於テハ假令之カ爲メニ第三者ニ損害ヲ及ボス虞アル場合ト生スルコトア  
リトスルモ右甲ノ手形振出ノ行爲ハ未タ以テ何等法ノ規定ニ違背シ又ハ公ノ秩序善良ノ風俗ヲ害スル違法ノモノト謂フコトナ  
得サルヲ以テ該行爲ハ適法行爲ニ屬シ不法行爲ニアラサルハ勿論ナリトス  
使用者カ被用者ノ行爲ニヨリ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スヘキコトヲ定メタル民法第七一五條ノ規定ハ同法第七〇九條ト相  
關聯シ被用者ニ不法行爲ノ責任アル場合ニノミ適用アルモノトス(東京控訴院大正六年(ネ)第六〇九號大正七年四月八日民一  
部判決本書第七卷商法二二七頁)

【商法第一七六條違反ト第三者ニ對スル取締役ノ責任ニ關スル參照判例】

取締役カ商法第一七六條ノ規定ニ背キ監査役ノ承認ヲ得スシテ會社ト取引ヲ爲シタル場合ニ於テハ或ハ會社ニ對シ特定ノ責任  
ヲ生スルコトアルヘシト雖モ他人ニ對シ直チニ不法行爲カ成立スルモノト論スルヲ得ス(取締役カ會社ヨリ監査役ノ承認ヲ得  
スシテ約束手形ヲ取得シ更ニ個人タル資格ニ於テ他人ニ裏書讓渡シタルトキハ其裏書行爲ハ取締役ノ職務ニ關セサルコト  
明白ナルヲ以テ假リニ裏書ヲ爲スニ當リ會社ノ振出ニ付キ監査役ノ承認ヲ得タル旨詐言シ他人カ之ニ欺カレテ其裏書ヲ受ケタ  
ルカ爲メ後日其損害ヲ受クルニ至リタリトスルモ會社ノ取締役カ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ對シ不法行爲ヲ爲シタルモノト云  
フヲ得ス)(東京地方大正六年一月三日民三部判決本書第六卷商法一七五頁)

商法第一七六條ノ規定ニ背キ監査役ノ承認ヲ得ルヲ要スル取締役トハ會社ヲ相

手方トシテ取引ヲ爲ス取締役自身ヲ指稱シ其行爲ノ相手方タルヘキ會社ヲ代表スル他ノ取締役又ハ支配人ヲ謂フモノニ非ストル松本竹田兩博士並ニ水口ドクトルノ論旨第一點ハ固ヨリ正當ニシテ疑義ヲ狹ム餘地ナシ但本條ノ所謂監査役ノ承認ヲ經ルコトハ該取締役ノ義務ナリヤ否ヤニ付キテハ竹田博士ハ判例ト與ニ之ヲ積極ニ斷セラルルニ反シテ松本博士ハ條件ナリト解セラルル惟フニ義務ト條件トノ差異ハ法律的強制ノ有無ヲ以テ之ヲ判定シ得ヘク或行爲ヲ爲スト否トハ當事者ノ意思ニ一任シ其者カ之ヲ爲ストキハ利益ヲ與フルモ之ヲ爲ササルニ於テハ此利益ヲ享受スルヲ得ス而シテ法律カ之ヲ爲スコトヲ希望シテ間接ニ強制スルニ止マルトキハ條件ナリトナスニ於テハ二者ノ異同ハ觀念上明確ナリト雖モ而モ之ヲ具體的條條ニ依當シテ義務ナリヤ條件ナリヤヲ制定スルハ必ラスシモ容易ニ非サルナリ吾人本條ノ解釋ニ付キ多少ノ疑義ナキ能ハスト雖モ取締役カ有效ニ會社ト取引ヲ爲サント欲セハ監査役ノ承認ヲ得ルヲ要スルモ會社ニ於テ之ヲ請求シ得ルニ非ス換言スレバ法律ハ之カ強制ヲ爲スモノニ非サルヲ以テ本條ノ承認ヲ目シテ一種ノ法定條件ナリト解スルヲ妥當トスヘシト信ス各論旨第二點ハ略ホ同一ノ高見ヲ開示セラレタルモノニシテ吾人異論ナキ所ナリ

(三七)

手形債權ハ手形ト引換ニ非サレハ其辨濟ヲ請求スルコトヲ得サルモノニシテ一種ノ抗辯ノ附着セル債權ナリ而シテ自働債權ニ抗辯アルトキハ相殺ヲ許ササルモノナルカ故ニ手形債權者ハ手形交付ノ提供ヲ爲スニ非サレハ相殺ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

判決ノ理由ニハ贊成スルコトヲ得ス抑モ相殺カ一方的ノ意思表示ニ依リテ爲サ得ヘキコトハ民法第五〇六條ノ定ムル所ニシテ手形債權ノ相殺ニ付テ別ニ要件ヲ認ムヘキノ根據ナシ手形債權カ自働債權タル場合ニ於テ手形債權者カ相殺ヲ爲シタルトキ又ハ手形債權者カ免除ヲ爲シタルトキハ其相殺又ハ免除ハ何レモ單獨行爲ニ因リテ直チニ效力ヲ生シ其後ニ於テ手形債權者カ商法第四八三條ノ類推ニ依リテ手形ノ交付ヲ請求スルコトヲ得ヘキニ過キス苟モ手形債權者ハ手形債權者ニ對シテ負擔スル債務ト手形債權ト相殺スルコトヲ得ヘキモノトスレハ其效果ニ於テモ手形債權者ノ爲ス相殺又ハ手形債權者ノ爲ス免除ニ付テ上述セル所ト異ルヘキノ理ナシ依テ余ハ他ノ理由ニ基キ本判旨ト同一ノ結果ヲ認ムト欲ス

四八三 支拂ハ爲替手形ト引換ニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ要セス  
支拂ヲ爲ス者ハ所持人ヲシテ爲替手形ニ其支拂ヲ受ケタル旨ヲ記載セシメ且之ニ署名セシムルコトヲ得

四九五 償還ハ爲替手形支拂拒絶證書及ヒ償還計算書ト引換ニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ要セス  
償還ヲ爲ス者ハ之ヲ受ケル者ヲシテ償還計算書ニ償還ヲ受ケタル旨ヲ記載セシメ且之ニ署名セシムルコトヲ得

民法五〇五第一項 二人互ニ同種ノ目的ヲ有スル債權ヲ負擔スル場合ニ於テ雙方ノ債務カ辨濟期ニ在ルトキハ各債務者ハ其對當額ニ付キ相殺ニ因リテ其債務ヲ免ルルコトヲ得但債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス

【裁判例】 手形債權者カ手形債務者ニ對シテ負擔スル債務ト手形債權ト相殺セントスル場合ニ於テハ商法第四八三條ノ準用ニ依リ手形ノ交付ヲ要スルモノト解スヘク從テ手形債權者ノ承諾ナキ以上ハ手形債權者カ手形ヲ交付シテ相殺ノ意思表示ヲ爲スニ非サレハ其效力ヲ生セサルモノト解スヘキモノトス(大審院大正七年(オ)第四百七七號同年十月二日民二部判決本書第七卷民法一〇五一頁)

近藤 謙  
士

債權消滅原因中ニ在リテ相殺ハ自働及ヒ受働債權ノ辨濟省略タル性質ヲ有スルモノナルカ故ニ特ニ辨濟ニ算スル規定ヲ準用スヘキ理由アリ手形債權者力手形債務者ニ對シテ負擔スル債務ト手形債權トヲ相殺セントスル場合ニ於テハ商法第四八三條ノ準用ニヨリ手形ノ交付ヲ要スルモノトス

從來自働債權ニ抗辯權カ附屬セル場合ノ相殺許否ニ關シテハ議論ノ存スル所ナレトモ本判旨ニ對シテハ亦異論ヲ免レサルヘキモ余ハ姑ク判旨ニ從ヒ相殺ニ付テハ商法四八三條ノ準用ニヨリ手形交付ノ提供ヲ爲スヲ要スルモノト解セント欲ス然レトモ余カ斯ク解セムトスル理由ハ單ニ相殺カ支拂ト同シク手形債權ヲ消滅セシムルモノタルカ爲メノミナラス債權消滅原因中ニ在リテモ相殺ハ自働及受働債權ノ辨濟省略タル性質ヲ有スルモノナルカ故ニ特ニ辨濟ニ關スル規定ヲ準用スヘキ理由アリト爲スニ基ク故ニ免除更改ノ如キハ之ト同一ニ論スルコトヲ得サルモノト解セントス但以上ハ單ニ當事者間並ニ惡意又ハ過失アル取得者ニ對スル關係ニ於テ債權消滅ノ效力ヲ生スヘキヤ否ヤノ問題トシテ之ヲ言フナリ(辯護士近藤謙氏日本辯護士協會錄事第二三八號五八頁「手形債權ノ相殺ト手形ノ交付」要領)

【自働債權ニ抗辯權附着セルトキハ相殺ヲ爲スコトヲ得ストノ學說判例】

- 一 相手方ノ抗辯ニ排斥セラルヘキ債權モ亦之ヲ相殺ノ用ニ供スルコトヲ得ス(法學博士横田秀雄氏債權總論九四八頁)
- 二 自己ノ債權カ抗辯ヲ以テ對抗セラルカ如キ不完全ナル效力ヲ有スルニ止マリ直チニ之ヲ立ツルコトヲ得サルニ拘ラス斯ノ如キ債權ニ依リテ相殺ヲ主張シ相手方ノ完全ナル債權ヲ消滅セシムルニ於テハ不當ニ相手方ノ利益ヲ害スルコト明白ナルニ因リ相殺ニ供スヘキ債權ハ必ス完全ノ效力ヲ有スルモノタルコトヲ要スルハ別ニ辯明ヲ俟タサル所トス(法學博士松波仁一郎氏同仁保龜松氏同仁井田益太郎氏民法正解債權篇六七二頁)
- 三 債權ノ效力ハ完全ニシテ例ヘハ抗辯ヲ以テ對抗セラルル如キモノタラサルコトヲ要スルハ勿論ナリト雖モ之レ固ヨリ言フヲ要セサルニ因リ新舊民法共ニ之ヲ明示セサルノミ(法學博士仁保龜松氏法典質疑問答一一一頁)
- 四 民法ニ於テハ相手方ノ期限ノ利益カ相殺ニ因リテ剝奪セラレサル事ヲ明示スルト雖モ相手方カ債權者ノ請求ヲ拒絕スル權利ヲ有スル場合ニ於テ其相手方ノ權利カ相殺ニ因リテ剝奪セラレサル事ハ之ヲ明示セス然シナカラ甲ノ場合ニ於テハ相手方ノ利益ハ之ヲ顧ミサル可ラサルモ乙ノ場合ニ於テハ之ヲ顧ミルノ必要ナキモノト解スル事ヲ得ス(法學博士川名兼四郎氏債權法論五六一頁)
- 五 自働債權ニ抗辯カ附着セサル事ヲ要ス從テ給付拒絕ノ抗辯(例ヘハ契約不履行ノ抗辯)ニ依リ相手方カ債權者ノ履行ヲ拒絕スルコトヲ得ル場合ニハ債權者ハ其債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得ス若シ此場合ニ相殺ヲ爲スコトヲ得ルモノトナストキハ相手方ハ其有スル抗辯ノ利益ヲ失フノ結果トナルカ故ナリ(法學博士石坂普四郎氏債權法大綱二六二頁)
- 六 自働債權ニ抗辯ノ附着セル場合ニ相殺ヲ許サザヤハ議論アリ獨佛ノ法典及ヒ學說ハ之ヲ許ササルモノトスレト我民法ニハ明文ナキヲ以テ之ヲ許スモノト解スル說アリ然レトモ相殺ヲ許ストキハ被相殺者ハ故ナクシテ抗辯權ヲ剝奪セラルルノ結果トナリテ頗ル不當ナリ寧ロ債務ノ性質上相殺ヲ許ササルモノト解スルヲ正當ト信ス(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法三三二頁)本來相殺ハ兩當事者共ニ辨濟ヲ受ケタルト同一ノ結果ヲ與ヘ其保護ニ偏頗ノ虞ナキヲ以テ特ニ法律カ之ヲ認メタルモノニシテ從テ法律ハ又其偏頗ノ虞アル場合ヲ想像シテ性質上相殺ヲ許ササル債權ヲ除外シタルナリ故ニ相殺ニヨリテ相手方ノ抗辯權ヲ喪失セシムル場合ニ於テハ之ヲ認メサルヲ正當ト信ス以上ハ主トシテ同時履行ノ抗辯權ニ關スル判例ニ付述ヘタルモノナルカ其他ノ抗辯權ニ付テモ固ヨリ同様ナリ(同上三三二頁)
- 七 判例カ債權者ノ保證人ニ對シテ有スル債權ハ催告抗辯權及ヒ檢索抗辯權ノ附着セルモノナレハ其絕對ニ履行ヲ求メ得ヘキコトノ確定シタル時期ニ達セサル間ハ性質上相殺ニ適セサルモノトシタルハ正當ナリ(同上三三三頁)
- 八 債權カ始メヨリ不成立無効ナルトキハ勿論絶對的抗辯ヲ帶ヒタルモノナルトキモ亦相殺權生セサルモノトス(法學博士榊原幾久若氏債權論大講四三四頁)
- 九 債權者カ保證人ニ對シ絶對ニ履行ヲ求メ得ヘキコトノ確定シタル時期ニ達セサル間ハ保證債務ハ其性質上相殺ニ適セサルモノトス(大正三年(オ)第三三〇號同年十一月十三日判決本書第三卷民法五八九頁)

横田博士  
三博士  
仁保博士  
川名博士  
石坂博士  
鳩山博士  
學士  
院大  
197(高法)

【同上反對説】

一 自働債權ニ抗辯カ附著セル場合ニ相殺ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤハ抗辯ノ種類ニ依リテ之ヲ區別スルコトヲ要ス抗辯ノ意義ヲ廣ク解シ所謂權利不發生ノ抗辯權利消滅ノ抗辯カ附著セル場合ニハ相殺ニ供スヘキ債權ハ存在セザルカ故ニ相殺ヲ爲スコトヲ得サルハ云フナ俟タス(法學博士石坂晋四郎氏日本民法下卷一五四頁)

二 狹義ノ抗辯カ自働債權ニ附著セル場合ニ相殺ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤハ議論ノ餘地アリ例ヘハ債務者カ同時履行ノ抗辯(第五三三條)ヲ有スル場合ニ債權者ハ其債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得ルヤ之ヲ實際ノ結果ヨリ論スレハ抗辯ノ附著セル債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得サルモノトナスコトヲ要ス蓋債權ニ抗辯カ附著スル場合ニハ債務者ハ其抗辯ノ援用ニ依リテ相殺ヲ拒ムコトヲ得ルニ拘ラス債權者カ相殺ヲ爲シタルトキハ債權ハ消滅スルノ結果トナリ而モ自己ノ債權ハ相殺ノ受クルコトヲ得サルニ至ル從テ抗辯ハ何等ノ用ヲ爲サズ債務者ハ損害ヲ被ムルコトナレシ例ヘハ買主タル甲ハ賣主タル乙ヨリ目的物ヲ引渡テ受ケサル間ハ代金ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得ルニ拘ラス乙ハ其代金債權ヲ以テ自ラ甲ニ對シテ負擔スル貸金返還債務ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲ得ルニ至ル(シ然レトモ我法典ハ此點ニ關シ規定ヲ缺クカ故ニ抗辯ノ附著セル債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得ルモノト解セサルヘカラス(同上)一五四頁)

三 抗辯ノ附著セル債權ハ現實ニ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘク抗辯ノ援用ニ依リテ始メテ阻止セラルルモノトス故ニ抗辯ノ附著セル債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得サルモノトナスカ爲メニハ特ニ明文ヲ要スルモノト解セサルヘカラス(同民法研究第四卷六八五頁)

手形債權者カ爲ス手形債權ノ相殺ニ付キ手形ノ交付ヲ要ストスルハ松本博士近藤辯護士竝ニ判例ノ論結其軌ヲ一ニスト雖モ其理論的構成ニ於テハ判例ト前二者ノ見解右ノ如ク相同シカラス惟フニ判例ノ見解ノ如ク相殺ヲ支拂ト同一ニ觀テ第四八三條準備説ヲ採ルハ相殺ノ本質ト相容レサルヤ論ナク近藤辯護士亦之ニ付キ相殺ハ辨濟省略タル性質ヲ有ストノ一片ノ理由ニ基キ等シク右準備説ヲ主張セララルルハ畢竟スルニ判例ノ見解ト五十歩百歩ノ議論タルニ過キサルモノナリト信ス吾人ハ自働債權ニ抗辯附著セル場合ハ相手方ノ利益ヲ失フカ故ニ相殺ヲ爲シ能ハストスルニ於テ松本博士竝ニ多數學者ノ見解ト之ヲ同シクシ手形

債權ハ一種ノ抗辯附着ノ債權ナリトシテ右歸結ニ到達スルヲ寧ロ論理ノ態ヲ得タルモノト思考シ敢テ松本博士ノ高見ニ左袒スル者ナリ

(三八)

四五二 振出人カ爲替手形ニ支拂地ヲ記載セザリシトキハ支拂人ノ氏名又ハ商號ニ附記シタル地ヲ以テ其支拂地トス

五二五 約束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

七 振出地

約束手形ニ振出地ヲ記載スルコトハ之ヲ必要トスルト雖モ其記載ヲ爲スニ當タリ必ラフシモ「振出地」ナル標記ノ下ニ一定ノ地域ヲ記載スルヲ要スルモノニアラスシテ振出地ト認メラルヘキ一定ノ地ノ表示アルヲ以テ足ルカ故ニ振出人ノ肩書ニ一定ノ記載アレハ之ヲ以テ振出地ノ記載アルモノトス」

大審院大正七年(オ)第一〇〇號同年二月二十四日民一部判決本書第八卷商法一六頁

判旨ハ正當ナリ約束手形ニ振出地ヲ記載スルコトハ之ヲ必要トスルト雖モ其記載ヲ爲スニ當タリ必ラフシモ「振出地」ナル標記ノ下ニ一定ノ地域ヲ記載スルヲ要スルモノニアラスシテ振出地ト認メラルヘキ一定ノ地ノ表示アルヲ以テ足ル從テ振出人ノ肩書ニ一定ノ記載アレハ之ヲ以テ振出地ノ記載アルモノト解釋スルヲ妨ケス蓋シ此場合ハ手形ノ記載ニ依ラスシテ解釋ヲ以テ記載アリト爲スニ非ス却テ記載其モノニ依リテ要件ノ記載アルモノト解釋シ手形ノ外觀ニ依リ其記載アルモノト爲スヲ以テナリ爲替手形ニ在テハ第四五二條ノ規定アリ而シテ商法ハ第五二九條ニ於テ第四五二條ヲ準用セザルト雖モ其準用スル旨ノ規定ナキノ故ナリ以テ約束手形ノ振出人ノ氏名ニ附記シタル地ヲ以テ振出地ト爲シ得サルモノト解釋スレハ非ナリ斯ル明文ノ規定

水口ト  
口ト

ナシト雖モ之ヲ同一ニ解スルハ事物ノ自然ニ適合スルモノニシテ手形ノ本質ト相容  
レサルモノニ非ス却テ手形ノ記載ニ依リ之ヲ判定セルモノニシテ手形ノ外觀解釋ノ  
原則ニ依リタルモノニ外ナラス(ドクトルユウリス水口吉成氏國家及國家學第七卷第四號九九頁「約束手形振  
出地ノ記載ノ判定」要領)

【參照學說判例】

本書第八卷商法一八頁以下

論旨ノ正當ナルハ吾人曩ニ細評シタル所ナリ(本書第八卷商法二一頁評論參照)

三九

- 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習法ナキトキハ民法ヲ適用ス
- 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
- 二六三 左ニ掲ケタル行爲ハ之ヲ商行為トス
- 四 手形其他ノ商業證券ニ關スル行爲
- 民法九二 法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異リタル慣習アル場合ニ於テ法律行為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

大審院判決

記名株式ヲ目的トスル賣買ニ付テハ賣主ハ買主ヲシテ完全ニ株主タル權利ヲ取得セシムル爲メ名義書換ノ手續ヲ履踐スヘキ義務アルコト勿論ナレトモ名義書換ノ手續ハ代理人ニヨリテ之ヲ履踐スルコトヲ得ルカ故ニ賣主カ名義書換ノ委任狀ヲ株券ニ添付シテ買主ニ引渡ストキハ買主ハ該委任狀ヲ使用シ隨意ニ當該株式會社ニ對シ名義書換ヲ請求シ完全ニ株主タル權利ヲ取得スルコトヲ得ルヲ以テ斯ル場合ニ於テ賣主ハ名義書換ニ協力スル義務ヲ免ルルモノトス

大審院判決

然レトモ記名株式ヲ目的トスル賣買ニ付テハ賣主ハ買主ヲシテ完全ニ株主タル權利ヲ取得セシムル爲メ名義書換ノ手續ヲ履踐スヘキ義務アルコト勿論ナレトモ名義書換ノ手續ハ代理人ニヨリテ之ヲ履踐スルコトヲ得ルカ故ニ賣主カ名義書換ノ委任狀ヲ株券ニ添付シテ買主ニ引渡ストキハ買主ハ該委任狀ヲ使用シ隨意ニ當該株式會社ニ對シ名義ノ書換ヲ請求シ完全ニ株主タル權利ヲ取得スルコトヲ得ルヲ以テ斯ル場合ニ於テ賣主ハ名義書換ニ協力スル義務ヲ免レタルモノト謂フヘシ(大審院大正七年(オ)第六四九號同年九月一六日民二部馬場裁判長田上磯谷鈴木三宅各判事判決法律新聞第一四九五號二六頁)

【關係事項】

棄却○原審東京控訴院○株券引渡請求事件○上告人米山合資會社法定代理人米山利之助訴訟代理人辯護士所澤貞太郎○被上告人井上長次郎

記名株式ニ名義書換ニ要スル委任狀ヲ添付シタル一事ハ未タ其賣主ニ名義書換義務ノ免除ヲ與フルモノニアラス

判旨後段ニ於テ聊カ異議ナキヲ得ス則チ記名株式ニ名義書換ニ要スル委任狀ヲ添付シタル一事ハ未タ其賣主ニ名義書換義務ノ免除ヲ與フルモノニアラス故ニ其委任狀カ毀滅又ハ紛失シタルカ或ハ其他ノ事由ニ依リテ無効ニ歸シ若クハ會社ニ於テ定款ノ規定ニ合致セス或ハ定款ニ於テ代理人ニ依ル名義書換ヲ禁止シタル等ノ事由ニ依リ名義書換ヲ拒絶シタル等ノ場合ニ於テハ賣主ハ買主ニ對シ更ニ其名義書換ニ必要ナル手續ヲ履行スヘキ義務アルモノトス只委任狀ノ毀滅喪失其他無効タルノ事由ヲ生セス且ツ定款ニ於テ代理ヲ禁スルコトナク其他會社ニ於テモ名義書換ヲ拒ムコトナキニ於テハ判決ニ謂ヘルカ如ク名義書換ノ手續ハ代理人ニ依リテ之ヲ履踐スルコトヲ得ルカ故ニ賣主ハ之以上更ニ名義書換手續ニ協力スルノ義務ナカルヘシ判決カ只漫然委任狀ヲ添付シタルノ一事ニ依リ賣主カ名義書換ニ協力スルノ義務ヲ免レタルモノト説明セルハ理由ノ不備タルヲ感セサルヲ得ス(辯護士猪股淇清氏日本辯護士協會錄事

猪股淇清氏

松本博士

竹田博士

水口博士  
大審院

【批評判例ノ前審判決】  
第三七號五三頁「委任狀附記名株式ノ買買ト書換協力ノ義務要領」

記名株式ノ目的トスル買買契約ニ在リテハ買主ハ買主ナシテ完全ニ株主タルノ權利ヲ取得セシムル爲メ名義書換手續ニ協力スルノ義務アリト爲スヘキハ當然ノ筋合ニシテ而シテ株主名簿ハ當該株式會社ノ本店ニ備付ケ置クテ普通ト爲スナリテ買主ハ當該株式會社本店ニ就キ斯ル手續ヲ爲スノ義務アルモノトス(東京控訴院大正七年(ホ)第一二號同年九月一三日民三部判決本書第七卷商法二四五頁)

【株式名義書換請求權等ニ關スル學說判例(二)共同請求必要說】

一本書第八卷商法五三頁六二頁參照  
一 白紙委任狀附記名株式ノ讓受人カ白紙委任狀ニ其氏名ヲ補充セサル限リハ名義人ノ代理人トシテ名義書換ヲ請求スルノ權限ヲ有スルコトナク他ノ方法ニ依リ名義書換ヲ爲スコトヲ得ヘカラス若シ正當ナル讓受人カ白紙委任狀ヲ喪失シタルトキハ名義人ニ對シテ會社ニ名義書換ヲ請求スヘキコトヲ請求セサルヘカラス名義人カ之ヲ拒絕スルトキハ名義人ノ會社ニ對スル名義書換請求ノ意思表示ニ代ハルヘキ判決ヲ得ルコトヲ要ス(法學博士松本滋治氏法協第三六卷第一〇號一一二頁本書第七卷商法六四三頁)

【同上(二)單獨請求可能說】

一 白紙委任狀附記名株式移轉ニ於テ株式取得者カ白紙委任狀ヲ失ヒタル場合ニ於テ尙ホ代理權ヲ有スルキヤハ一ニ取得者カ其有スル代理權ヲ他人ニ移轉シタリヤ否ヤヨリ判斷スヘク移轉行爲ニ因ラサル他ノ事由ニ依リテ白紙委任狀ヲ喪失シタル場合ニ於テハ白紙委任狀ヲ失フコトニ依リテ其代理權ヲ失フノ理由ナク白紙委任狀ヲ有セサルニ拘ハラズ其代理權ヲ證明シテ名義ノ書換ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(法學博士竹田省氏京師法學會雜誌第一三卷第八號八九頁本書第七卷商法六三八頁)  
二 白紙委任狀添付シテ株式ヲ讓渡シタルトキ其株式名義ノ書換ヲ爲スニ當リテ白紙委任狀ヲ利用スルコトヲトモ之ヲ會社ニ請求シ得ルモノトス(ドクトルユリス水口吉藏氏國家及國家學第六卷第八號九〇頁本書第十卷商法六三六頁)  
三 記名株式ノ讓渡ニ際シ之ニ名義人ノ白紙委任狀ヲ添付シタルトキハ其直接取得者ノミナラス第三取得者ト雖モ該白紙委任狀ニ代理人ノ氏名ヲ補充シテ名義書換ヲ爲シ得ヘキコトハ商慣習上認めラレル所ナリトス  
白紙委任狀ニ代理人ノ氏名ヲ補充シタル場合該代理人ヲ名義人ニ對スル關係ニ於テ直接代理人ノ關係ニ在ルモノト看ルヘキヤ

將又復代理人ノ關係ニ在ルモノト爲スヘキヤ問ハス株式ノ取得者ハ直接ノ取得者ト第三取得者トヲ論セス既ニ其ノ取得シタル株式ノ白紙委任狀ト共ニ他ニ移轉シタル後ハ該白紙委任狀ヲ利用シテ自己ニ名義書換ヲ爲シ得ヘキモノニ非サレトモ他ニ之ヲ移轉セスシテ其ノ株式名義ヲ自己ニ書換テ爲スニ當リテハ必ズシテ添付セラレタル白紙委任狀ニ依リテ白紙委任狀ニ依リテ非スシテ他ノ方法ニ依リテモ之ヲ爲スコトヲ得ヘク白紙委任狀ノミカ喪失其他ノ事由ニ依リテ無効ニ歸シタルカ如キ場合ニ於テハ株式取得者ハ白紙委任狀ニ依ラスシテ他ノ方法ニ依リ名義書換ヲ爲スヲ妨ケサルモノトス(大審院大正七年(オ)第六九八號同七年二月十四日判決本書第七卷民訴七三頁)

本判例竝ニ猪服辯護士カ株式名義書換請求ニ付キ讓渡人ノ協力義務ヲ認ムルハ俱ニ一ナリト雖モ該判例カ讓受人カ委任狀ト自己ノ名義ヲ補充シ會社ニ對シ名義書換ヲ請求スル場合ニ於テハ讓渡人ハ名義書換ニ協力スル義務ヲ免除サルト謂ヘルニ對シ同氏ハ記名株式ニ名義書換ニ要スル委任狀ヲ添付シタル一事ハ全然之ヲ以テ讓渡人ニ書換義務免除有リト爲ス能ハス該委任狀カ毀滅紛失其他ノ事由ニ依リテ無効ニ歸シタル場合ニ在リテハ讓渡人ハ讓受人ニ對シ書換協力ノ義務アリト反對ニ論シ以テ所謂共同請求必要說ノ見解ヲ一貫セリ然リト雖モ同氏カ右所論ニ於テ何等合理的準則ヲ示サザリシハ吾人ノ嫌厭タラサルヲ得サル所ナリ然リト雖モ是レ固ヨリ至難ノ事ニ屬スルカ故ニ世ノ等シク共同請求必要說ヲ固持主張スルモノニ付キテ見ルモ決シテ有力ナル根據ヲ開示スル所ナキナリ唯僅ニ立法的見地登記法トノ關係ヲ舉ケテ満足スルニ過キサザルナリ仍テ株式名義書換請求ニ付キ共同請求必要說單獨請求可能說ノ二者ノ是非ヲ考覈スルニ本邦我商法ノ下ニ在リテハ株式ノ讓渡ハ會社ノ承諾ノ有無ト關係ナク行ハレ自

由ニ社員ノ變更ヲ爲シ得ルトコロニシテ法律ノ名義書換請求ノ手續ヲ規定スル條規ニ於テモ亦請求權者ツノモノニ付キテハ何等ノ定ヲナササルナリ故ニ此點ヨリ稽フルトキハ共同請求必要説ノ一論據タル立法的地見地ヨリスルモノハ何等ノ躊躇ナクシテ之ヲ肯認スルコトヲ得サルモノナリト信ス而シテ又他ノ論據タル登記法トノ關係ニ付テ謂フモ登記法ニ在リテハ明文ノ存スルニ徴シ(不動産登記法第二六條第二七條)明文ナキ商法ノ下ニ於テハ直ニ之ト同様ニ論スルコト能ハサル可ク假ニ登記名義書換兩者手續ノ趣旨精神カ同一觀念ヲ以テ一律シ得ヘシトスルモ特別法ノ規定ノ觀念ヲ以テ直ニ規定ナキ商法ノ觀念ニ箴當セシムルハ決シテ穩當ナル解釋論ト云フ能ハスシテ十分反對論ヲ容ルルノ餘地アル可シト信ス故ニ右二論據ヲ以テノミハ吾人ノ疑念ヲ一掃スル能ハサルカ故ニ尙ホ研究ノ値アルニ拘ハラヌ吾人ハ理論上正當ト觀ル可キ單獨請求可能説ヲ採リテ會テ渝ラサルナリ(本書第七卷商法六五〇頁同第四卷一四九頁評論參照)惟フニ原則的觀念トシテ法律ニ別段ノ規定ナキ限り權利者ハ其自身權利ノ完成保存ヲ爲シ得ルモノナリトスルヲ正當トス可ク而モ此名義書換ノ請求ニ關シテハ性質上讓渡人讓受人ノ共同請求ヲ要ストノ理由存セサル限り株式讓渡人及讓受人共ニ之ニ依リテ免責上或ハ權利主張上利益ヲ有スルモノナレハ權利者各自書換請求ヲ爲シ得ヘキモノナリト言フコトヲ得ヘシト信ス果シテ然ラハ委任狀自體ハ本來

ハ必要ナルモノニ非サレトモ但タ定款ニ於テ特ニ名義書換手續ニ付キ讓渡人自身ノ請求若クハ讓渡人讓受人ノ共同請求ヲ必要トスト規定アル場合茲ニ始メテ之ヲ必要トスヘク其根本觀念ニ於テ右所説ノ何レニモ左袒スル能ハサルカ故ニ自ラ其歸結ヲ異ニセサルヲ得サルナリ然リト雖モ是レ尙ホ學界未決ノ問題タルヲ失ハサルカ故ニ吾人ハ不斷ノ研究ヲ續ケントスル者ナリ

四〇

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ヌ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ザリシトキハ此限ニ在ラス  
第三九九條ノ二第二項及ヒ第三九九條ノ三ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

傷害保險ノ一般ノ場合ニ就テ觀察スルニ保險契約締結ノ際常用交通器具又ハ遊戯娛樂トシテ馬匹騎乘ヨリ生スル傷害ニ付テハ保險者タル被控訴人ニ於テ保險金支拂ノ義務ヲ負擔セサル旨ノ特約ヲ爲シタルニ於テハ被保險者ノ右常用交通器具ノ種類如何遊戯娛樂ノ種類ノ如何等ヲ保險契約者ヨリ保險者ニ通知スルハ畢竟傷害ニ遭遇スル可然性ノ程度即所謂危險ノ大小ヲ測定センカ爲メニシテ要スルニ告知義務ニ關スル問題タルニ過キサルモノトス

控訴人主張ニ係ル本件契約(但馬匹騎乘ニ對スル傷害ニ付キテモ被控訴人カ保險金支拂ノ義務ヲ負擔スル趣旨ナリシトノ點ヲ除キ)ノ成立シタルコトハ被控訴人ノ自白スルトコロナリ然ルニ右契約ノ趣旨ニ據レハ被保險者死亡ノ場合ニハ傷害カ其直接唯

【關係事項】

控訴棄却○保險金請求事件○控訴人船橋せん訴訟代理人辯護士三隅正外一人被控訴人日本傷害保險株式會社法定代理人取締役栗津亮訴訟代理人辯護士眞銅芳太郎

(四一)

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習法ナキトキハ民法ヲ適用ス

一ノ原因タル場合ニ限リ保險金全額ヲ支拂フヘキ趣旨ニシテ傷害ト死亡トノ間ニ苟モ原因結果ノ關係アル以上如何ナル場合ニ於テモ前記保險金ヲ支拂フ可キ約旨ニ非サル事ハ甲第一號證ノ表面及裏面(第四條第一項)ノ記載ニ徴シ疑ヲ容レズ今之ヲ被控訴人ノ自白ニ照スニ被保險者カ控訴人主張ノ如キ傷害ヲ蒙リタルコトハ之ヲ認メサルヲ得サルモ控訴人ノ主張自體及甲第二號證ヲ彼此考察參酌スルトキハ被保險者ハ負傷後腸室扶助ニ罹リ其回復ヲ見ルニ至ラザリシ間ニ死亡シタル事ヲ認ム可ク而シテ原審證人小池重ノ鑑定ニ據レハ傷害ト死亡トノ間ニ何等因果關係無シト確言スルハ相當ナラサルコト明白ナルト共ニ傷害カ死亡ノ直接唯一ノ原因ナリシ事ハ到底之ヲ認ムルニ由ナキカ故ニ其他之ヲ認ム可キ何等ノ證據ナク此點ニ於テ已ニ本訴請求ハ不當ヲ免レス加之之ヲ傷害保險ノ一般ノ場合ニ就テ觀察スルニ保險契約締結ノ際被保險者ノ常用交通器具ノ種類如何遊戯娛樂ノ種類ノ如何等ヲ保險契約者ヨリ保險者ニ通知スルハ畢傷傷害ニ遭遇スル可然性ノ程度即所謂危險ノ大小ヲ測定センカ爲メニシテ要スルハ告知義務ニ關スル問題タルニ過キスト解スルヲ相當トス可キモ之ヲ原審及當審證人高橋直亮金丸嘉三郎ノ供述ニ徴スルトキハ本件保險契約締結ノ際常用交通器具又ハ遊戯娛樂トシテ馬四騎乘ヨリ生スル四害ニ付テハ保險者タル被控訴人ニ於テ保險金支拂ノ義務ヲ負擔セサル旨ノ特約ヲ爲シタルコトヲ認ムルヲ得ヘク而シテ當審證人高橋直亮ノ供述ニ據レハ被保險者タル船橋雅一ハ遊戯トシテ乘馬ヲ爲シタルコトヲ認ムルヲ得ヘク以上ノ各認定ヲ覆ス可キ何等ノ證據ナシ(東京控訴大正六年(ネ)第二八七號同八年四月五日民二部須賀裁判長前田細野各判事判決)

銀行業者カ預金手形ヲ振出スニハ預金ノ存在スルコト普通ナルモ預金ナキ場合ニテモ一旦預金存在ノ形式ヲ具備シテ振出シタル以上ハ之カ支拂ノ責ニ任スヘキ商慣習存在スルモノトス

成立ニ争ナキ甲第二號證ノ一及證人岡正臣ノ證言ト甲第一號證トヲ被控訴人對照考察スルトキハ被告ハ嘗テ商號ヲ株式會社木場銀行ト稱シ銀行業ヲ經營シ其法定代理人タル專務取締役飯塚傳之助ニ於テ訴外山田喜助ノ依頼ニ基キ預金ナキニ不拘大正四年十一月十七日山田喜助宛額面金參千五百圓ノ記名持參人拂ノ本件預金手形ヲ振出シ同人ニ交付シタル事實ヲ認ルニ足レリ證人飯塚傳之助同木村昌吉等ノ證言ニ依リテハ右認定ヲ覆ヘスニ足ラス仍テ右預金手形カ果シテ原告主張ノ如ク預金ノ有無ニ拘ラス不要因證券トシテ請求シ得ヘキ商慣習ノ存在セリヤ否ヤヲ案スルニ鑑定人久宗薫同菊本直次郎ノ鑑定ニ徴スレハ銀行業者カ預金手形ヲ振出スニハ預金ノ存在セル場合ニ限ル事普通ナルモ預金ナキ場合ニテモ一旦預金存在ノ形式ヲ具備シテ振出シタル以上ハ之カ支拂ノ責ニ任スヘキ商慣習存在セルコトヲ認ムルニ足レリ然ラハ本

二六五 商人カ其營業ノ爲メニスル行爲ハ之ヲ商行爲トス

商人ノ行爲ハ其營業ノ爲メニスルモノト推定ス

五三〇 小切手ニハ左ノ事項ヲ記載シ振出人之ニ署名スルコトヲ要ス

一 其小切手タルコトヲ示スヘキ文字

二 一定ノ金額

三 支拂人ノ氏名又ハ商號

四 受取人ノ氏名若クハ商號又ハ所持人ニ支拂フヘキコト

五 單純ナル支拂ノ委任

六 振出ノ年月日

七 支拂地



件預金手形ニハ「右金額正ニ預リ候」トアリテ預金ノ形式完備セルヲ以テ被告ハ商慣習ニヨリ支拂ノ責ニ任スヘキモノト云ハサルヘカラス而シテ右預金手形ノ振出ハ商法第二百六十五條ニヨリ反證ナキ限り被告銀行ノ營業ノ爲メニスルモノト認ムヘキヲ以テ商行爲ト謂フヘク原告ハ大正五年十二月十一日右手形ヲ被告ニ呈示シタルノ實ハ當事者間ニ争ナキヲ以テ被告ハ原告ニ對シ本件預金手形金參千五百圓及之ニ對スル呈示ノ日ヨリ年六分ノ割合ニヨル損害金ヲ支拂フヘキ義務アルコト明カナリ(東京地方大正七年(〇)第一五六四號同八年五月一二日民三部三橋裁判長金子服部各判事判決)

【關係事項】 原告勝訴○預金手形金請求事件○原告間末三郎訴訟代理人松田義隆外一人被告株式會社商業ビルプロカー銀行法律上代理人取締役上沼民太郎訴訟代理人辯護士横山寛平

四二

六五一 共同海損又ハ船舶ノ衝突ニ因リテ生シタル債權ハ一年ヲ經過シタルトキハ時効ニ因リテ消滅ス  
前項ノ期日ハ共同海損ニ付テハ其計算終了ノ時ヨリ之ヲ起算ス  
民法三一 失踪ノ宣告ヲ受ケタル者ハ前條ノ期間満了ノ時ニ死亡シタルモノト看做ス  
民事訴訟法二一七 裁判所ハ民法又ハ此法律ノ規定ニ反セサル限りハ辯論ノ全旨趣及ヒ或ル證據調ノ結果ヲ斟酌シ事實上ノ主張ヲ眞實ナリト認ム可キヤ否ヤ自由ナル心證ヲ以テ判斷ス可シ  
海上衝突豫防法二五 汽船狹隘ノ水道ニ於テ無難ニ通航シ得ルトキハ其ノ中流ノ右側即チ本船ノ右舷ニ當ル方ヲ航行スヘシ

死亡ノ推定ハ本件事案ニ對スル判斷ニ止マリ之ヲ以テ失踪宣告ノ如ク一般ニ死亡者トシテノ效果ヲ發生セシムルモノニアラサルカ故ニ裁判所カ自由ノ心證ヲ以テ之ヲ爲スモ何等ノ妨ゲナキモノトス」  
甲汽船カ乙汽船ノ右舷ニ當レルコトヲ知ルニ拘ラス針路ヲ轉セシテ却テ左轉シ遂ニ衝突ヲ惹起スルニ至リシハ海上衝突豫防法第二五條ノ所謂汽船狹隘ナル

水道ヲ無難ニ通航シ得ル時ハ其中流ノ右側即本船ノ右舷ニ當ル方ヲ航行スヘシトノ規定ニ違背シ左側ニ航路ヲ航行シ職務上ノ過失ニ基キタルモノト認ムヘキモノトス」

商法第六五一條第一項ノ船舶衝突ニ因ル債權ノ短期消滅時効ニ關スル規定ハ專ラ財産權上ノ損害ニ關スル債權ニ付テ定メタルモノニシテ人ノ生命身體ヲ害シタル爲メ生シタル債權ニ適用スヘキモノニアラス」

被告所有汽船大孤山丸ト訴外田中長兵衛所有汽船第二長久丸トカ香川縣仲多度郡銅島ト上二面島トノ水道ニ於テ衝突シ之カタメ第二長久丸ハ沈没シ當時同船ニ乗組ミ居タル阿部新之助伊藤芳次森三喜松及同船ニ便乗シ居リタル柳谷榮之助ノ四名カ海中ニ陥リ行衛不明トナリタルコト及大孤山丸ノ船長其他ノ船員カ被告ノ使用者タルコトハ被告ノ争ハサルトコロナリ而シテ本訴ノ主要ノ争點ハ第一右行衛不明トナリタル者ハ死亡シタルモノト推定シ得ヘキヤ否ヤ第二大孤山丸ト第二長久丸トノ右舷突ハ被告ノ使用者タル大孤山丸船長其他ノ船員ノ過失ニ基因スルヤ否ヤ第三若シ使用者ニ過失アリトセハ原告等ハ之ニ因リテ受ケタル損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘキ權利アリヤ否ヤ第四請求權アリトセハ原告等ノ主張ノ數額ハ相當ナリヤ否ヤニ在リトス  
彼テ先ツ第一ノ争點ニ付審按スルニ被告ハ右行衛不明者ハ死亡シタルモノニアラスト抗争シ成立ニ争ナキ甲第一號證ノ一乃至四ヲ採用スレバモ第二長久丸沈没當時ノ天候ハ晴天ノ暗夜ニシテ潮流ハ落潮ノ初期ナリシコトハ成立ニ争ナキ甲第八號證ノ記載ニヨリ明カニシテ右沈没ノ場所ハ鍋上二面島間ノ水道水深三十二等ノ處ニシテ鍋島燈臺迄ハ百二十五間ヲ距ル沖ナリシコトハ成立ニ争ナキ甲第三號證ニヨリ明カナリ而シテ同第九號證ノ一乃至四ノ記載ニ依レハ右沈没當時沈没場所附近ニ於テ第

二長久丸ノ船員ト推測シ得ヘキ男子ノ腐爛セル死體四個ノ浮流シ居リタル事實ヲ認  
 メ得ヘク右各事實ト行衛不明ノ事實トナ綜合考厥スレハ前記阿部新之助伊藤芳次森  
 三喜松柳谷榮之助ノ四名ハ孰レモ同海中ニ溺死シタルモノト推定シ得ヘシ從テ前記  
 甲第一號船各號ニ右四名ノ死亡シタル事實記載ナキハ未タ死亡ノ事實確定セス船員  
 沈没後三年ヲ經過セサルタメ失踪宣告ヲナスコト能ハサルニ因ルコト明カナルヲ以  
 テ之ノミヲ以テ行衛不明者カ生存セリトノ證左トナスコトハ能ハサルヤ勿論ナリ  
 被告ハ右行衛不明者ニ對シテハ失踪宣告ナキニ之ヲ死亡者ト推定シ得ヘキモノニ非  
 スト論難スレトモ前記推定ハ本件事案ニ對スル判斷ニ止マリ之ヲ以テ失踪宣告ノ如  
 ク一般ニ死亡者トシテノ效果ヲ發生セシムルモノニアラサルカ故ニ裁判所カ自由ノ  
 心證ヲ以テ之ヲ爲スモ何等ノ妨ケナキ所ナリトス次ニ第二ノ争點ニ付審按スルニ成  
 立ニ争ナキ甲第八號船ニ依レハ大孤山丸ハ播磨國明石郡垂水村ニ船籍港ヲ定ムル被  
 告所有ノ汽船ニシテ甲種船長ノ海技免狀ヲ有スル伊藤平吉カ船長トシテ乘組ミ木村  
 ナ塔載シテ大正五年八月二十四日午後六時九分後志國小樽ヲ發シ瀬戸内海ヲ經テ神  
 戶ニ到ル航行ノ途同月二十八日午後十一時十分頃高見島ノ北方距離約二分一海里ノ  
 所ヲ通過シ一時間約十海里ノ速力ニテ進行中同五十分頃牛島ノ突堤ノ北方距離四分  
 ノ一海里餘ノ所ヲ通過シ同五十分頃本島龜山鼻ノ南方距離約四分三海里ニ達シ船  
 首カ東東四分ノ三北ニ向ヒタルトキ船長平吉ハ稍右舷船首ニ方リ第二長久丸ノ橋燈  
 及綠燈ヲ認メ其針路ニテ約二分間航行シタル第二長久丸ノ方位ハ殆ト變更セスシテ  
 其兩舷燈ヲ表ハシ來リ間モナク綠燈隱滅スルニ至リタルモ平吉ハ水路ノ關係如何ニ  
 留意セス水路ノ右側ヲ航行スヘキ手段ヲ執ラスシテ單ニ汽笛短聲ニ發テ吹鳴シタリ  
 之ト殆ト同時ニ第二長久丸ハ汽笛短聲一發ヲ吹鳴シタルヲ以テ更ニ短聲ニ發テ吹  
 鳴シ舵柄右舷一杯ヲ令シタルモ其ノ效ナク翌二十九日午前零時二分頃船員燈臺ヨリ  
 約南西微南距離一鐘許ノ所ニ於テ本船船首カ東北東方ヲ向キタルトキ他船ノ左舷船  
 首ハ殆ト直角ニ衝突セリ一方第二長久丸ハ横濱市ニ船籍港ヲ定ムル田中長兵衛所

有總噸九百四拾九噸ノ汽船ニシテ甲種船長ノ海技免狀ヲ有スル鈴木幸三郎カ船長ト  
 シテ乘組ミ大正五年八月二十日午前拾時鐵類及鐵石煉瓦取合セテ塔載シ安藝國吳ニ  
 到ル目的ヲ以テ陸中國釜石ヲ發シ大阪ヲ經テ同月二十八日午後十一時二十四分頃備  
 震瀬戸大槌島ト小槌島トノ凡中間ヲ通過シ約西微南二分ノ針路ト爲シ一時間約八海  
 里ノ全速力ニテ進行中同十一時五十四分頃船長鈴木幸三郎ハ第二長久丸ノ右舷船首約  
 一點ニ方リ大孤山丸ノ橋燈及綠燈ヲ認メ其ノ儘約二分間航行シテ小與島ノ南方距  
 離約二分ノ一海里弱ノ處ニ達シタル際船首ヲ右轉シテ西ノ針路トナシ大孤山丸ノ橋  
 燈及綠燈ヲ少シク右舷船首ニ認メタル後約二分ヲ經過シ針路ヲ約西微北ニ轉シタル  
 ニ大孤山丸ハ依然綠燈ヲ表シ接近シ來ルニヨリ汽笛短聲一發ヲ吹鳴シ船首ヲ右轉ス  
 ルト同時ニ大孤山丸ハ短聲二發ヲ吹鳴シタルヲ以テ更ニ短聲一發ヲ吹鳴シ舵柄右舷  
 一杯ヲ命シ以テ機關ノ運轉ヲ全速後退ニ掛ケタルモ事既ニ遅ク大孤山丸ト衝突シタ  
 ルモノニシテ當時天候ハ晴天ノ暗夜ニシテ東ノ輕風吹キ潮流ハ潮落ノ初期ニ屬シ大  
 孤山丸ハ主甲板下ノ舷首外板右舷側ニ於テ三枚ニ亘リ凸傷ヲ生シ尙右舷船尾樓外板  
 ニ長四吋幅三吋ノ破孔ヲ生シ第二長久丸ハ局部ヨリ浸水シテ衝突約二分間ニシテ沈  
 没シ乗組員及便乗者總數二十八人ノ中四名溺死シ六名ハ行衛不明トナリ五名ノ負傷  
 者ヲ出シタル事ヲ認メ得ヘク又成立ニ争ナキ甲第八號船乃至第七號船ノ各記載ヲ綜  
 合スレハ本件衝突ノ現場タル鍋島上二面島間ノ水道ハ航行シ得ル箇所ノ幅員約四百  
 間ニ過キサル頗ル狹隘ナル場所ニシテ第二長久丸沈没ノ場所ハ鍋島燈臺ヲ距ル南東  
 約四分ノ一南百二十五間ノ所兩船衝突ノ位置ハ右水道中流ヨリ北流ニシテ鍋島燈臺  
 ナ距離南西約百間乃至百五十間ノ處ナリシコトヲ認メ得ヘク以上ノ各認定ヲ相對照  
 スル時ハ大孤山丸船長伊藤平吉ハ右舷船首ニ方リ第二長久丸ノ白綠燈ヲ認メ約二分間航  
 行ノ後同船ノ兩舷燈及綠燈ヲ認ムルニ至リシヨリ當時大孤山丸カ第二長久丸ノ右舷  
 ナ當ル事ヲ知ルニ拘ラス針路ヲ右轉セスシテ却テ左轉シ途ニ右衝突ヲ惹起スルニ至

リシモノニシテ當時大孤山丸ノ船行路ハ本水流ノ中流ヨリ北方即チ右側ニ偏シ居タルコトニ明カナルヲ以テ海上衝突豫防法第二十五條ノ所謂汽船狹隘ナル水道ヲ無難ニ通航シ得ル時ハ其中流ノ右側即本船ノ右舷ニ當ル方ヲ航行スヘシトノ規定ニ違背シ左側ニ航路ヲ執リシ職務上ノ過失ニ基キタルモノト認ムルヲ妥當ナリトス依テ進ンテ第三ノ争點ニ付審按スルニ原告阿部又三郎同マサカ前記阿部新之助ノ父母同トミが同人ノ妻同保江ヨ保三保吉カ何レモ同人ノ子女ナルコトハ成立ニ争ナキ第一號證ノ一ニ依リ原告伊藤丑治同キクカ前記伊藤芳次ノ父母ナルコトハ同號證ノ二ニ依リ原告柳谷久太郎カ柳谷榮之助ノ父ナルコトハ同號證ノ三ニ依リ原告森末吉同モトカ前記森三喜松ノ父母ナルコトハ同號證ノ四ニ依リテ洵ニ明カナリ而シテ或事業ノ爲メ他人ヲ使用スルモノハ使用人カ其事業ノ執行ニ付第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スヘキ責任アルモノニシテ唯使用人ノ選任及監督ニ付相當ノ注意ヲ爲シタルトキ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ損害カ生スヘカリシトキハ之カ責任ヲ免ルルコトハ法ノ明規スル所ニシテ本件被告ハ右使用人タル伊藤平吉ノ選任監督ニ付テハ何等立證セサルカ故ニ右伊藤平吉ノ過失ニ基キ第三者ニ生シメタル損害ヲ賠償スヘキ責任アルヤ當然ナレハ前記第二長久丸ノ乗組員又ハ便乗者トシテ右衝突ノ結果死亡シタリト推定シタル阿部新之助伊藤芳次柳谷榮之助森三喜松ノ遺族タル原告等ノ對シ其生シタル損害ヲ賠償スヘキ義務アリト謂ハサルヘカラス被告ハ原告等ノ訴カ一ケ年ノ時効經過過渡ニ係ルヲ以テ原告等ニ請求權ナシト抗爭スレトモ商法第六五一條第一項ノ船舶衝突ニ因ル債權ノ短期消滅時効ニ關スル規定ハ專ラ財產權上ノ損害ニ關スル債權ニ付テ定メタルモノニシテ人ノ生命身體ヲ害シタル爲カ生シタル債權ニ適用スヘキモノニ非スト解釋シ得ヘキヲ以テ本件原告等ノ被告ニ對シ有スル損害賠償ノ債權ハ人ノ生命身體ヲ害シタルニ因リテ生シタル債權ナルカ故ニ一ケ年ノ消滅時効ニ係ルモノニ非ス(神戸地方大正六年(イ)第四九八號第五一七號同七年二月二十五日民一部裁判長齋藤和田各判例判決律新開第一五三九號二〇頁)

【關係事項】

○一部却下○損害賠償請求事件○原告阿部又三郎外一三人訴訟代理人辯護士丸山名政市村富久○被告乾合名會社法定代理人乾新兵衛訴訟代理人辯護士松本堅吾

【判旨第三點ニ關スル同趣旨學說判例】

一 船舶ノ衝突ニ因リテ生シタル債權ハ一年ヲ經過シタルトキハ時効ニ因リテ消滅ス(六五)此時効ノ計算點ハ衝突ノ時ニアルハ勿論ナリ又此規定ハ廣ク船舶ノ衝突ニ因リテ生シタル債權ノ時効ヲ定メタルモノニシテ單ニ第六五〇條ノ場合ノミニ關スルモノニアラス例ヘハ船舶ノ一方ノ過失ニ因リテ衝突ヲ生シタル場合ノ債權ニ付テモ亦此規定ノ適用アルヘキハ勿論ナリ然レトモ此規定ハ人ノ生命身體ヲ害シタルニ因リテ生シタル債權ニハ其適用ナキモノト解スヘシ(法學博士松本滋治氏海商法一九七頁)

二 船舶ノ衝突ニ因リテ生シタル損害賠償請求權ハ商法第六五一條ニ所謂衝突ニ因リテ生シタル債權ニ含マサルモノトス(法學博士毛戸勝元氏京都學法會雜誌第一〇卷第九號八四頁本書第四卷商法二五六頁)

三 第六五一條第一項ノ船舶衝突ニ因ル債權ノ消滅時効ニ關スル規定ハ廣ク船舶ノ衝突ニ因リテ生シタル一切ノ債權ニ付テ定メタルモノニアラスシテ專ラ財產權上ノ損害ニ關スル債權ニ付テ定メタル法意ナリト解シ人ノ生命身體ヲ害シタルカ爲メ生シタル債權ノ如キハ之ニ包含セサルモノトスルヲ相當トス(大審院大正四年四月二〇判決本書第四卷商法一五一頁)

四 商法第六五一條ニハ汎ク船舶ノ衝突ニヨリテ生シタル債權トアルヲ以テ荷モ其債權カ船舶ノ衝突ニ基キタルモノナルニ於テハ其權利者カ船舶所有者ナルト否トチ區別セサルモノトス(大阪地方明治四五年二月二三日判決本書第一卷商法四三頁)

【同上異趣旨學說】

衝突債權ノ一年ノ消滅時効ハ衝突ヨリ生スル總テノ損害ニ關シテ適用アリ一年ノ短期時効ハ船舶ノ衝突ヨリ生シタル總テノ債權ニ適用シ其債權ノ如何ヲ問ハス衝突シテ相手船ニ損害ヲ齎シ其船主ニ債權ヲ生スルコトアリ相手船及自船ノ荷物ノ損害ヲ齎シ荷主ニ債權ヲ生スルコトアリ又相手船及自船ノ旅客ニ損害ヲ齎シ旅客又ハ其遺族ニ債權ヲ生スルコトアリ此等ノ債權ハ何レモ一年ノ時効ニ因リテ消滅ス法ニハ廣ク衝突ニ因リテ生シタル債權トシ船舶荷物ニ關スル債權トセス又身體生命ニ關スル債權ヲ除外スト云ハス故ニ特別ノ根據ナキ限リハ之ヲ或債權ニ限定スルヲ得ス(法學博士松波仁一郎氏日本海商法九七一頁)

論旨第三點ハ曩ニ表示セル吾人ノ卑見ト一致スルトコロニシテ吾人之ニ贊ス(本書第四卷商法一五二頁評論參照)蓋シ商法第六五一條ハ單ニ船舶ノ衝突ニ因リテ生シタル債權ト規定スルカ故ニ所謂船舶衝突ニヨリテ生シタル總テノ損害ニ關

松本博士

毛戸博士

大審院

大阪地方裁判所

松波博士

スル一切ノ債權ヲ包含スト形式的ニ論議シ得ヘシト雖モ本來法カ船舶衝突ニ付  
キ規定スルトコロハ船舶所有者間ノ責任範疇ヲ出テス加之右債權ニ關シテ特ニ  
短期消滅時効ヲ認メタル法ノ精神ニ照合スルニ吾人ハ寧ロ之ニ制限ヲ加ヘ財產  
權上ノ損害ニ關スル債權ノミヲ指稱スト爲スヲ正解トスヘシト信スレハナリ

四三

- 五〇 合名會社ノ定款ニハ左ノ事項ヲ記載シ各社員之ニ署名スルコトヲ要ス  
一 目的 二 商號 三 社員ノ氏名住所 四 本店及ヒ支店ノ所在地 五 社員ノ出資ノ種類及ヒ價格又ハ評價ノ標準
- 五四 會社ノ内部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
- 五八 定款ノ變更其他會社ノ目的ノ範圍内ニ在ラサル行爲ヲ爲スニハ社員ノ同意アルコトヲ要ス
- 一〇五 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
- 一〇六 合資會社ノ定款ニハ第五〇條ニ掲ケタル事項ノ外各社員ノ責任ノ有限又ハ無限ナルコトヲ記載スルコトヲ要ス

〔裁判判例〕 合資會社ノ内部關係ニ付テハ第一ニ定款ノ定ムル所ニ從フヘク定款ニ別段ノ定ナキ場合ニ於テ商法ノ適用ヲ見ルヘキモノナレハ内部關係ニ關スル商法ノ規定ハ補充的性質ヲ有スル任意規定ナリトス  
合資會社ノ定款ハ内部關係ニ屬シ之ニ關スル商法第一〇五條第五八條ノ規定ハ強行規定ニ非サレハ定款ニ別段ノ定ナキモ無効ナリト謂フヲ得ス  
既ニ定款ニ於テ社員總會ノ決議ヲ以テ定款ノ變更ヲ爲スヘキモノト定メタル以上ハ總會ノ決議ニ依リ定款變更ノ效力ヲ生ゼシメ之カ社員ノ出資ヲ増加シ其責任ヲ加重スルカ如キ不利益ナル場合ナルト否トニ依リテ總會ノ決議ヲ定款變更ノ效力ヲ生スル場合ト否ラサル場合トヲ區別スヘキモノニ非ス(大審院大正七年(夕)第一九〇號同年一〇月二九日民一部判決本書第七卷商法八六七頁)

合資會社ノ内部關係ニ關スル商法ノ規定ハ補充的性質ヲ有スル任意規定ナリトス

松本博士

法律カ合名會社及ヒ合資會社ニ付キ定款ノ變更ニ總社員ノ同意ヲ要スルモノトセルハ其社員相互ノ信用ヲ基礎トシテ成立スル比較的少數者ノ團體タルノ性質ニ鑑ミ多數ノ場合ニ於ケル團體員ノ意思ト實際ノ便宜トヲ參酌シテ立法セル規定タルニ過キスシテ其規定ハ固ヨリ亦内部關係ニ關スル任意規定ニ屬スルカ故ニ定款ヲ以テ別段ノ定ヲ爲スコトヲ妨ケサルモノトス  
定款ノ規定ニ依リ社員總會ノ決議ヲ以テ定款ノ變更ヲ爲スヘキモノトセル以上ハ社員ノ出資ヲ増加シ其責任ヲ加重スルカ如キ不利益ナル場合ト雖モ總會ノ決議ノ定款變更ノ效力ヲ生スルコトヲ妨ケサルモノトス

第一判旨カ合資會社ノ内部關係ニ關スル商法規定ヲ以テ補充的性質ヲ有スル任意規定ナリトセルハ正當ナリ  
第二判旨カ定款ノ變更ニ關スル商法第一〇五條第五八條ノ規定モ亦強行規定ニ非サルカ故ニ定款ノ規定ニ依リ同意ニ代ヘ社員總會ノ決議ヲ以テ變更ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトセルヲ妨ケストセルハ余ノ主張セル見解ニ合セサルモノナリ申見ニ依レハ社員ノ總會ハ依リテ定款ヲ變更シ得ルコトハ社團法人ノ本質ニ屬スルモノニシテ社員ノ同意ハ別段ノ定メナキ限りハ多數決ノ原則ニ依リテ表示セラレヘキモノトシテ法律カ合名會社及ヒ合資會社ニ付キ定款ノ變更ニ總社員ノ同意ヲ要スルモノトセルハ其社員相互ノ信用ヲ基礎トシテ成立スル比較的少數者ノ團體タルノ性質ニ鑑ミ多數ノ場合ニ於ケル團體員ノ意思ト實際ノ便宜トヲ參酌シテ立法セル規定タルニ過キス其規定ハ固ヨリ亦内部關係ニ關スル任意規定ニ屬スルカ故ニ定款ヲ以テ別段ノ定メテ爲スコトヲ妨ケサルモノトシテ合資會社ノ社員總會ハ法律明文ノ認ムルモノ

水ロドク  
トル

ニアラサルモ社員ノ總意ヲ表示スル機關タルヘキハ當然ニシテ其決議ニ依リテ定款ノ變更ヲ爲スヘキモノトスル定款規定ハ毫モ合名會社又ハ合資會社ノ本質ニ背反スルノ嫌ナキモノト謂フヘシ

第三判旨カ定款ノ規定ニヨリ社員總會ノ決議ヲ以テ定款ノ變更ヲ爲スヘキモノトセシ以上ハ社員ノ出資ヲ増加スルカ如キ不利益ナル場合ト雖モ總會ノ決議ノ定款變更ノ效力ヲ生スルコトヲ妨ケサルモノタルハ第二判旨ヨリ生スル當然ノ結論ニシテ之ヲ正當トセサルヘカラス

反對論者或ハ曰ハン社員ノ出資ヲ増加シ又ハ其責任ヲ加重スルカ如キハ社員ノ利害ニ關スルコト甚大ナルカ故ニ條規上多數決ニ依リテ之ヲ強制セシムヘカラスト然レトモ是レ定款ノ制定ニ當リテ生スヘキ立法論的議論ニシテ多數決ニ依ル定款變更ヲ認ムルトキハ同時ニ社員出資ノ増加又ハ責任ノ加重ニ社員ノ同意ヲ要スルモノト定ムルコト妥當ナルヘキモ既ニ此ノ例外ヲ定メスシテ絕對的ニ多數決ニ依ル定款變更ヲ認メタル以上ハ如何トモスヘカラス而シテ幸ニ合名會社又ハ合資會社ニハ株式會社ト異リ社員退社ノ制度アルカ故ニ不公平ナル結果ハ多少救済ノ途ナキニアラサルハシ(法學博士松本滋治氏法學協會雜誌第三七卷第五號一九九頁合資會社定款ノ變更要領)

合資會社ノ内部關係ニ關スル商法ノ規定ハ定款ニ別段ノ定ナキ場合ニ適用セラ  
ルヘキ補充規定タル性質ヲ有スルモノトス

商法第五八條ノ規定ハ定款ヲ以テ之ニ反スルヲ得サル強行規定ニ非スシテ任意  
規定ナリトス

定款ノ成立要件タル事項中ニ在リテ總社員ニ共通ノ關係ヲ有スル第五〇條ノ第  
一號乃至四號ノ事項ハ社員總會ノ決議ヲ以テ之ヲ變更シタルトキハ其變更ハ總

社員ヲ拘束スヘキヤ勿論ナリト雖モ否ラサル同條第五號及第一〇六條ノ事項ニ  
付テハ社員ノ責任ヲ變更スル定款變更タルノ效力ヲ生セサルモノトス

判旨一ハ正當ナリ合資會社ノ内部關係ハ各社員ノ表示シタル意思表示ヲ以テ定マレ  
ル定款ノ規定カ第一位ニ之ヲ決スヘキ準則ト爲リ定款ニ何等ノ定メナキトキ商法ノ  
規定ニ從フヘク若シ定款又ハ商法ニ規定ナキ場合ニハ組合ニ關スル規定ヲ準用スル  
コトトナルヲ以テ會社内部關係ニ關スル商法ノ規定ハ定款ニ別段ノ定ナキ場合ニ適  
用セラレヘキ補充規定タル性質ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラス

判旨二正當ナリ既ニ商法ノ規定ヲ補充規定ナリトスルトキ商法第五八條ノ規定ハ定  
款ヲ以テ之ニ反スルヲ得サル強行規定ニアラスシテ任意規定ナリト爲ササルヘカラ  
ス然レトモ其任意規定タル性質ハ單ニ定款ニ關スル規定ニ於テノミ之ヲ認メ得ヘキ  
モノニシテ其否ラサル場合ニハ強行規定タルハ勿論ナリ故ニ若シ定款ニ別段ノ定メ  
ナキトキハ社員總會ニ於テ過半數ノ決議ヲ以テ總社員ノ同意ヲクシテ爲シタル定款  
ノ變更決議ノ有效ナルコトヲ決議スルモ斯ル決議ハ何等ノ效力ヲ有スヘキニアラス  
シテ其定款ノ變更第五八條ニ反スルノ結果無効トス

判旨三ハ其前段ヘ之ヲ正當ト爲スヘキモノナルモ其後段ニ付テハ其正當ナルヤヲ疑  
フ蓋シ定款ニ於テ第五八條ト異リ社員總會ノ決議ヲ以テ定款ノ變更ヲ爲シ得ヘキモ  
ノト定メタルトキハ社員ハ豫メ之ヲ承認セサルモノナレハ定款變更ノ總會ノ決議ハ  
其效力ヲ生シ總社員之ニ拘束セラレヘシト雖モ之カ爲メニ其定款ノ所定ノ事項ハ其  
内容如何ニ關係ナク變更ノ效力ヲ生シ社員ヲ拘束スルモノト爲シ得ヘキニアラス蓋  
シ所謂定款ノ成立要件タル事項中ニ在リテモ總社員ニ共通ノ關係ヲ有スル事項ト否  
ラステテ各個ノ社員ノ會社内部ニ於ケル利害ニ關スル事項トアリテ第五〇條ノ一號  
乃至四號ノ事項ハ前者ニ屬シ第五號及第一〇六條ノ事項ハ其後者ニ屬スルモノニシ  
テ前者ノ事項ハ社員總會ノ決議ヲ以テ之ヲ變更シタルトキハ其變更ハ總社員ヲ拘束

岡野博士

松本博士

青木博士

二學士

岡野博士

松本博士

スヘキヤ勿論ナリト雖モ後者ノ事項ニ付テハ社員ノ責任ヲ變更スル定款變更タルノ  
效力ヲ生セサルモノト解スルヲ正當トスヘシ即チ若シ社員總會ニ於テ其決議ニ加  
ラサル有限責任社員ナシテ無限責任社員ト爲スノ決議ヲ爲シタリト假定セシムル  
論定款ノ變更ニ外ナラサルヲ以テ當該社員亦之ニ服從セサルヲ得サルカ如シト雖モ  
而カモ之明カニ當初有限責任ヲ以テ定款ニ署名シ社員ト爲リタル者ノ意思ニ反スル  
ヲ如何ニセン前ノ定款ノ承認ハ斯ルコトヲ豫期シテ爲シタルモノト認メ得ヘキニ  
ラス(下クトルユウリス水口吉蔵氏國家及國家學第七卷第三號七六頁「商法第五八條ノ任意性」要領)

【論旨第一點會社ノ内部關係ニ關スル規定ノ性質ニ關スル同趣旨學說】

一 學者對内部關係ニ關スル規定ヲ以テ任意の又ハ補充的ノ性質ヲ有スルモノナリト説明ス(法學博士岡野敬次郎氏會社法學  
院講義九〇頁)  
二 會社ノ内部ノ關係ニ關スル商法ノ規定ハ補充的性質ヲ有スル任意規定ナリ即チ對内部關係ニ於テハ當事者ノ意思ニ重キヲ置  
キ法律ハ定款ニ別段ノ規定ナキ場合ニ於テノミ其效力ヲ有スルモノトス(法學博士松本治治氏會社法講義九〇頁)  
三 會社ノ内部關係ニ付テノ商法ノ規定ハ補充的ニシテ所謂任意法規又ハ聽許法規ト稱スヘキモノナリ故ニ會社内部ノ關係ニ  
付テハ定款ニ別段ノ規定アルトキハ其定款ニ依リ若シ其定款ニキテ初メテ商法ヲ適用スルニ過キス之レ當事者ノ意思ヲ重シ  
ハナリ(法學博士青木徹二氏會社法論九六頁)  
四 會社内部ノ關係ノ如何ハ會社ト取引ヲ爲ス者ニ直接ノ影響ナキカ故ニ定款ヲ以テ任意ニ之レヲ定ムルコトヲ得ルナリ原則  
シ内部關係ニ付テノ商法ノ規定ノ多クハ定款ニ定ナキ場合ニ適用セラレヘキ補充的規定ナリ(法學博士吾孫子勝氏同矢部廉氏會  
社法通義七一頁)

【論旨第二點商法第五八條ヲ以テ非強行法規ナリトスル學說】

一 定款ノ變更ニ總社員ノ同意ヲ必要トスルハ固ヨリ命令的ノ規定ニアラサルカ故ニ定款ヲ以テ多數決ニ依ルヘキト定ムル  
妨ケス而モ其多數ヲ絕對的トスルヤ比較的トスルヤモ亦定款ノ定ムル所ニ從フ(法學博士岡野敬次郎氏會社法學院講義四〇頁)  
二 商法第五八條ハ強行規定ナルカ將タ定款ノ規定ニ依リ之ヲ變更スルコトヲ得ルカハ一問題ナリ伊商法及ヒ獨商法  
ハ會社ノ通常ノ營業ノ範圍ヲ超ユル行爲ニ付テハ多數決又ハ總社員ノ同意ヲ要スルモノトスルモ學者ハ之ヲ任意規定ナリトス  
我商法第五八條モ亦對内部關係ニ關スル規定トシテ同ク之ヲ任意規定ト觀テ可ナリ然レトモ定款ノ變更又ハ目的ノ範圍内ニ在ラ  
ル行爲ヲ爲スハ社團法人ノ性質上社員ノ總意ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ要スヘキヲ以テ例ヘハ社員ノ過半数ノ決議ニ依ルヘキモ  
ノト定ムルハ可ナルモ特定社員一個ノ意思決定ニ依ルヘキモノト定ムルカ如キコトヲ認ムヘカラサルナリ(法學博士松本治  
氏會社法講義一〇二頁)

【同強行法規ナリトスル學說】

一 定款ハ社員ノ過半数ノ同意ヲ以テ之ヲ作成シ又ハ變更スルヲ得ス會社設立ノ際總社員ノ同意ヲ以テ作成シタル定款ニ此  
定款ハ社員ノ隨意ニ變更スルコトヲ得トカ過半数ノ同意ニ變更スルコトヲ得ト定ムルモ無効ナリ(法學博士松波仁一郎氏會  
社法二六〇頁)  
稀ニハ之ヲ任意規定トシ社員ノ隨意ニ之ニ異ナル定款ヲ得ヘシトシ而シテ幾人ノ同意ヲ要スルニ關シテ絕對ノ過半  
數ヲ要スルカ比較多數ニ付テ可ナリトカ二人ノ同意ニテ足ルトカ一人ノ隨意ト定ムルモ可ナリトカ唱ヘテ爭ヒ遂ニハ社員外ノ  
者ニ其變更ヲ一任スルモ尙可ナリト云フ者アルモ吾人ハ悉ク之ヲ不可トシ根本ニ於テ論者ト意見ヲ異ニス(同上二六一頁)  
定款ヲ作成スルニモ總社員ノ同意ヲ要スレハ之ヲ變更スルニモ總社員ノ同意ヲ要ス此事ハ合名會社ノ性質ヨリ來ルモノニシテ  
強行の規定ナリ(同上二六〇頁)  
二 商法第五八條ハ強行規定ナリヤ之レヲ明示セサルカ故ニ疑ヲ生セリ或ハ之ヲ任意規定ナリト解シ總社員若クハ業務執行社員  
ノ過半数決ヲ以テ是ルトシ又ハ或社員ノ專決ニ任スト定ムルモ可ナリト論スル説アリ余ハ之ヲ以テ會社ニ關スル規定ナリト解  
ス故ニ定款ニ於テ反對ノ定款ヲ爲スモ無効ナリト信ス(法學博士青木徹二氏會社法論一一〇頁)  
蓋シ定款ハ會社ノ基礎ヲ定ムル要領ナルヲ以テ其變更ニ付テ特別ノ條件ヲ加重シタル法ノ精神ヨリ見ルモ反對特約ヲ認ムサル  
ヲ可トスルノミナラス定款其モノノ性質ヨリ見ルモ亦然ラサルヲ得ス定款ハ會社成立後ニ於テハ會社自身ノ規則ト爲ルモノナ  
レトモ元來總社員ノ契約ニ成ルモノニシテ其總意ノ合致アレハコソ法カ之ヲ以テ會社ノ規則トスルナリ然ルニ後日ノ變更ニ付  
テハ假令或社員ノ同意ヲ要セストスルカ如キハ定款ノ性質ニ反スル不當ノ論ナリ(同上)  
三 第五八條ハ強行規定ナリヤ換言スレハ定款又ハ總社員ノ同意ヲ以テ例ヘハ多數決ニ依リテ定款ヲ變更スヘキ旨ヲ定ムルコ  
トヲ得ルカ是レ一個ノ問題トシテ學說ノ岐ルル所ナリ須氏其ノ他獨國學者ノ多數ハ積極説ヲ採リ我國ノ積極説亦說明ノ根據カ  
内部ノ關係ナルカ故ニ任意規定ナリトスル點ニ置ク然レトモ余ハ消極説ヲ主張セムト欲ス(法學博士片山義勝氏會社法原論一  
〇四頁)  
四 定款ヲ以テ本條ニ反スル定款ヲ爲スコトヲ得サルモノトス(法學士吾孫子勝氏同矢部廉氏會社法通義七四)  
五 商法第五八條ノ規定ハ任意規定ナリト思考ス何トナレハ合名會社ノ内部關係ハ組合類似ノモノニシテ社員ノ意思ヲ以テ如  
何様ニ定ム得ヘキモノナレハナリ其結果(1)社員ノ過半数ヲ以テ定款ノ變更又ハ目的ノ範圍内ニ非サル行爲ヲ爲シ得ル旨ヲ  
定款ニ定ムルコトヲ得(2)極端ナル場合ヲ想像スレハ社員一人ノ意思ニ聚ラシムルモ可ナリ之レ亦總社員ノ意思ニ其クモノナ  
レハナリ松本博士(一〇二頁)カ過半数ノ決議ニ依ルハ可ナルモ特定社員一個ノ意思ニ聚ラシムルハ社團法人ノ本質ニ反スル  
ヲ以テ不可トセラレハ徹底セス(法學士田中耕太郎氏)

論旨第一點ハ異論ヲ見サル所ニシテ固ヨリ正當ナリ

松波博士

青木博士

片山博士

二學士  
田中學士

論旨第二點商法第五八條ノ規定ノ性質ニ關シテハ多數說ハ現時尙ホ之ヲ以テ強行規定ナリト爲スニ反シ松本博士ハ夙ニ任意規定ナリト解セラレシ所ナリ而シテ這般大審院カ後者ノ見解ニ贊同スルニ及ヒ水口ドクトル亦同說ヲ主張セラレタリ惟フニ本問ハ輕斷ヲ許ササルトコロニシテ本條ニ關スル我商法ノ沿革商法カ「總社員ノ同意ヲ要ス」トセル他ノ用例商法第六一條ノ二第七七條第八五條第一一四條等竝ニ本條ヲ任意規定ナリトシ定款ノ規定ニ依リ社員總會ノ決議ニヨリ定款ヲ變更シタル場合ニ於ケル該決議ニ加入セサル社員及決議ニ加ハリタル社員ニシテ之ニ不服ナル者ニ對スル救濟間然スルナキニ鑑ミ反對ノ見解ヲ容ルル餘地ナキニアラスト雖モ吾人ハ人的會社ノ本質上其内部關係ニ關スル商法ノ規定ハ補充的性質ヲ有スル任意規定ナリトノ見地ニ發足シテ此觀念ヲ一貫シ加之本條ハ畢竟スルニ多數社員ノ意思推測ノ規定ナリト解シ得ル限リ任意法規說ニ左袒セント欲スル者ナリ

倘シ夫レ本條ノ性質右ノ如ク論斷スルニ於テハ一部社員ノ利益不利益ヲ問ハス社員總會ノ決議ハ定款變更ノ效力ヲ生スト爲スヘク水口ドクトルノ場合ヲ分ツテ其歸結ヲ異ニスル高見ハ吾人贊意ヲ表スルニ躊躇スルトコロタラスンハ非サルナリ

(四四)

二三第一項 商號ト共ニ營業ヲ讓渡シタル場合ニ於テ當事者カ別段ノ意思ヲ表示セザリシトキハ讓渡人ハ同市町村内ニ於テ二〇年間同一ノ營業ヲ爲スコトヲ得ス

普通ノ財産ノ讓渡ハ財産ヲ組成スル箇々ノ目的物ニシテ包括的財産ノ移轉讓渡行爲成立スルコトナキニ反シ營業ノ讓渡ハ營業財産即チ營業ヲ組成スル包括的財産ノ讓渡ヲ目的トスル行爲ナリトス

營業讓渡ノ場合ニ於テハ之カ爲メニ讓渡人タル商人ノ營業財産ハ其積極的及消極的財産ヲ包括シテ讓受人ニ移轉スルノ法律上ノ效力ヲ生スルコトナク積極財産ニ付テハ其移轉ニ必要ナル行爲即チ各箇ノ營業財産ノ目的トナリタル物又ハ權利ノ讓渡ヲ目的トスル法律行爲ヲ竣チテ又消極財産ニ付テハ讓受人カ其債務ヲ承繼スルニ必要ナル法律行爲ヲ竣チテ始メテ移轉ノ效力ヲ生スルモノトス

營業讓渡契約ト普通ノ財産權讓渡契約トノ差異ハ其讓渡ノ目的ト爲リタルモノノ範圍ニ關スルモノトス即チ普通ノ財産ノ讓渡ハ財産ヲ組成スル箇々ノ目的物ノ讓渡ニシテ其讓渡ノ目的ト爲リタルモノカ數個アリトスルモ是レ箇々ノ財産ヲ集合レテ單一法律行爲ヲ以テ讓渡スルニ止マリ之カ爲メニ包括的財産ノ移轉讓渡行爲成立スルコトナキモノトス之ニ反シ營業ノ讓渡トハ營業財産ノ讓渡ノ意義ニ外ナラスシテ所謂營業財産ナルモノハ營業ヲ組成スル包括的財産ヲ指稱シ其財産中ニハ積極財産ノミナラス消極財産即チ債務ヲモ包含スルヲ以テ營業ノ讓渡ハ之等包括的營業財産ノ讓渡ヲ目的トスル行爲トス

我商法ハ營業ノ讓渡ヲ認ムト雖モ之ヨリ生スル法律關係ニ付テハ單ニ營業禁止ノ效力ヲ規定スルニ止マリ其他ノ效果ニ付テハ何等規定スル所ナク他方我民法ハ包括的

岡野博士

松本博士

【營業讓渡ノ意義ニ關スル參照學說】

一 營業ハ讓渡ノ目的タルコトヲ得ト云フハ營業ヲ客觀的ニ解シテ然ルナリ所謂營業財產ヲ組織スル所ノモノ一個ニ付キ之ヲ觀察スルモノコシテ其營業ノ讓渡ノ範圍ハ當事者自由ニ之ヲ定ムルコトヲ得ルナリ營業ノ主義ハ決シテ動カスヘカラスモノニ非ス當事者自由ニ其營業ニ屬スル財產ヲ取捨スルコトヲ得(法學博士岡野敬次郎氏商法總論明治三三年東大講四〇頁)

二 營業ノ讓渡ハ營業ヲ構成スル各種財產ヲ個別的ニ讓渡スル觀念ニ非ス又或ハ得意先其他ノ事實關係ノミヲ讓渡ストノ觀念ニモ非ス實ニ同一ノ商業ノ繼續ノ目的ト爲メニ一括シテ一團ノ營業財產ヲ讓渡スル觀念ナリ(法學博士松本滋治氏法學協會雜誌第三二卷第一號四五頁)

營業ノ讓渡ト謂フ場合ニハ客觀的意義ニ於ケル營業ヲ指稱スルモノトヒサレハ何等ノ意味ヲ爲サズ客觀的意義ニ於ケル營業即チ商人ノ營業上ノ財產トハ商人ノ利用財產ニ關スル一團ノ財產ヲ謂フ故ニ此意義ニ於ケル營業ハ積極部分ト消極部分トヨリ成ル積極ノ部分中ニハ店舗商品什器其他ノ動産不動産及ヒ有價證券營業ニ關スル各種ノ債權特許商標等ニ關スル無形財產權等ノ各種ノ財產權アルノミナラス其他營業上將來ニ於テ利益ヲ生スヘキ事實關係タル營業ノ秘訣得意等ヲモ包含スルモノナリ消極部分ハ即チ營業ニ關シテ生シタル總アル債務ナリ而シテ茲ニ營業ニ關スル債權又ハ債務ト謂フハ實ニ營業上ノ取引ヨリ生シタルモノノミヲ指スニ止マラスシテ營業ニ關シテ法律行為不法行為其他ノ原因ニヨリ生シタル一切ノ債權又ハ營業ニ關シテ讓受ケタル債權ヲ謂フ(同上商法原論二二頁)

青木博士

竹田博士

片山博士

柳川博士

飯島博士

西本氏

松本博士

【營業讓渡契約ノ法律上ノ性質ニ關スル參照學說判例】

一 營業讓渡ノ目的トスル契約ハ行為ノ目的トスル一種ノ有償又ハ無償ノ無名契約ト同一ノ效力ヲ生ス(法學博士松本滋治氏法學協會雜誌第一號六二頁)

營業讓渡ノ目的トスル契約ハ其法律上ノ性質ハ各個ノ具體の場合ニ依リテ一様ナラス多クノ場合ニ於テ複雜ナル併合契約タルモノナリ(同上同誌六三頁)

我商法ハ營業ノ讓渡ナルモノヲ認メタレトモ營業ノ讓渡ノ範圍ハ前述セル如ク決シテ一定セルモノニアラサレハ買賣贈與等ノ契約以外ニ別ニ營業讓渡ナル獨立ノ契約ヲ認メルモノト謂フヘカラス故ニ營業上ノ財產中財產權ニ付テハ有償ノ場合ニアリテハ買賣無償ノ場合ニアリテハ贈與アリ債務ニ付テハ讓渡人ニ代ハリテ辨濟スヘキ契約又ハ更改ノ豫約アリ得意營業上ノ秘訣

三 營業ヲ以テ讓渡ノ目的ト爲ストハ複雜ナル契約ヲ以テ營業ニ屬スヘキ諸成分ヲ同一ノ法律上ノ運命ニ服セシムルノ義ニ外ナラス營業ノ讓渡ト云ヘハ通常ハ少クトモ店舗商品營業簿及得意先等ヲ包含シテ移轉スルコトナルヘシ(法學博士青木敬二氏商法總論一七六頁)

四 營業ノ讓渡トハ營業ナル財產ヲ生前行為ニ依リ他人ニ移轉スルコトヲ謂フ故ニ營業ノ讓渡アリト云フニハ營業力一箇ノ組織的財產トシテ移轉セラルルコトヲ要ス

營業ニ屬スル各部ノ財產力數量ノ合計トシテ移轉ノ目的物タルニ過キサル場合ハ其分量力如何ニ大ナルモ單純ナル財產ノ包括的讓渡トシテ營業ノ讓渡ニ非ス要スルニ營業ノ讓渡ト營業ニ屬スル各部財產ノ讓渡トハ其目的物ニ於テ量ノ差アルニ非スシテ質ノ差アルナリ(法學博士竹田省氏商法總論二五四頁)

五 營業ノ讓渡トハ營業繼續ノ意思ノ表示ヲ以テスル靜的意義ニ於ケル營業財產ノ讓渡ヲ謂フ(法學博士片山義勝氏商法總論一八五頁)

六 營業ノ讓渡ト云フハ客觀的意義ニ於ケル營業ノ讓渡ナリ即チ商業財產ノ包括的移轉ナリ(法學博士柳川勝二氏商法論九頁)

七 營業ノ讓渡トハ營業ヲ組織スル財產ヲ一括シテ讓渡スルコトヲ謂フ(法學博士吾孫子勝氏同矢部廉氏商法通義二三頁)

八 營業ノ讓渡トハ商人カ其營業財產ヲ一括シテ他人ニ移轉スル行為ヲ謂フ即チ營業讓渡ナル觀念ハ個々ノ財產ヲ移轉スルニアラシテ營業財產全部ノ關係ニ付テノミ認メラルルモノナリトス畢竟營業ノ讓渡トハ此總括的移轉行為ヲ總稱スル名稱ニ過キサルカ故ニ其法律上ノ效果ハ之ヲ組織スル各個ノ分子ニ付キ一般私法ノ規定ニ依リテ之ヲ決セサルヘカラス(法學博士飯島裕平氏商法總論大正四年中大講五六頁)

九 營業ハ商人カ其商業ノ爲メニ有スル財產ニシテ其私用財產ト分離シテ管理セラルルヲ普通トシ商業ナル目的ヲ中心トシテ一個ノ組織體ヲ成スモノナルカ故營業ノ讓渡ト云ヘハ原則トシテ此組織體全部ノ讓渡ト解スヘキナリ(西本辰之助氏商法總論二二二頁)



青木博士

片山博士

西本氏  
東京控訴院

松本博士

【論旨第二點營業讓渡契約ト各種ノ權利義務移轉ニ關スル參照學說判例】

一 營業ハ一ノ權利體ニ非サルヲ以テ之ヲ目的トシテ質權ヲ設定シ又ハ之ヲ貸貸スルカ如キコトハ民法上認ムルコトヲ得ス然レトモ營業ヲ組成スル各物ノ物ヲ質入又ハ貸貸スルト同時ニ債務ノ辨濟ヲ解除條件トシ又ハ物ノ貸貸期間ノ満了ヲ終期トシテ得意營業上ノ秘訣其他ノ事實上ノ關係ヲ讓渡スルコトハ恰モ一括シテ營業ヲ質入又ハ貸貸シタルト同様ノ結果ヲ收ムルコトヲ得ヘシ(法學博士松本泰治氏商法原論一四〇頁)

營業ノ讓渡ニ付テハ其讓渡ノ目的トスル債權ノ基本行為ト其之ヨリ生シタル債務ノ履行ノ目的トスル物權給付行為トヲ區別セサルヘカラス營業讓渡ノ目的トスル債權契約ニ因リテ讓渡人ハ讓渡ノ爲メニ必要ナル權利ノ移轉其他ノ行為ヲ爲ス義務ヲ負フ其義務ノ履行ハ即チ多クハ權利移轉ノ目的トスル物權ノ給付行為ナレトモ其ノ他事實上ノ行為又ハ不作爲ヲ包含スルモノナリ(同法學協會雜誌第三二卷第一號五五頁)

營業上ノ權利義務ハ一括セラレテ處分サレマスカ其權利義務ノ移轉ニ付キマシテハ各個的ニ行為ヲ要シマス(同法學志林第一三卷第一二號一八頁)

西本氏  
東京控訴院

飯島學士

二學士

柳川學士

片山博士

竹田博士

營業讓渡ノ場合ニ於テハ之ヲ構成スル各種ノ權利義務ニ付キ法律ハ何等包括承繼ノ方法ヲ設ケザルヲ以テ當事者ノ意思表示ニ因リ各個的ニ其移轉ノ目的トスル行為ヲ爲ササルヘカラス(同氏法學協會雜誌第三二卷第一號五八頁)

二 營業ノ讓渡ノ目的トスル契約ニ因リ營業移轉ノ權利義務ヲ生シタルトモ營業ハ有利ノ目的ニ非ラサルカ故ニ物權的ニ處分スルコトヲ得ス之ヲ組成スル各財產ニ付キ營業移轉ノ結果ヲ生シタルコトヲ要ス物權債權其他ノ權利ハ之ヲ各別ニ讓渡人ニ讓渡シ事實關係ニ付テハ讓受人ナシテ之ヲ利用スルコトヲ得ルノ地位ニ置クコトヲ要ス(法學博士竹田省氏商法總論二六〇頁)

三 夫レ營業財產ヲ構成スル分子ハ一ニシテ足ラス動産アリ不動産アリ債權アリ有價證券アリ特許權實用新案權等ノ如キ無形財產權アリ從テ營業財產ハ必スシモ法律行為ノ單純ナル目的ト爲リ得ヘキモノニ非ス此結果トシテ多數ノ構成分子ニ付キ各別ニ其效力ヲ觀察スヘク而シテ讓渡人ハ讓受人ニ對シ完全ニ其各種ノ財產上ノ關係ヲ移轉スルニ必要ナル行為ヲ爲スノ義務アルハ事理ノ當然ナリ(法學博士片山義勝氏商法總論一九一頁)

四 營業ノ讓渡ハ商業財產ノ包括的移轉ノ行為ナレトモ其移轉ノ法律上ノ效果ハ移轉セラルヘキ商業財產ノ個々ノ構成分子ニ付テ各別ニ之ヲ論セザル可ラス(法學士柳川勝二氏商法論綱一〇〇頁)

五 當事者間ニ於テハ合意ノミニ因リ其效力ヲ生スレトモ其讓渡アリタルコトヲ第三者ニ對抗スルカ爲メニハ不動産ニ付テハ登記ヲ動産ニ付テハ引渡債權ニ付テハ民法四六七條以下ノ手續ヲ經ルコトヲ要ス(法學士吾孫子勝氏同氏商法總論二二三頁)

六 營業ノ讓渡トハ總括的移轉行為ヲ總稱スル名稱ニ過キサルカ故ニ其法律上ノ效果ハ之ヲ組成スル各箇分子ニ付キ一般私法ノ規定ニ依リテ之ヲ決セザルヘカラスサレハ營業ノ讓渡ノ效果ハ其箇々ノ組成分子ニ付キ論スヘキモノニ非スシテ營業讓渡ナル法律行為ニ依リ其財產全部力當然ニ移轉ノ效果ヲ生スルト爲ス説ハ余ノ探ラサル所ナリ(法學士飯島喬平氏商法總論大正四中大講五六頁)

七 財產ノ包括的讓渡ナルカ爲メニ別段ノ形式ヲ必要トセス然レトモ讓渡契約ノ履行行為カ特別ノ形式ヲ必要トスル行為ナル場合ナルトキハ讓渡契約又ハ各履行契約ニ於テ其形式ヲ具ヘサル可ラニ(西本辰之助氏商法總論二二五頁)

八 個人ニ於テ營業ヲ爲シタル株式會社組織ニ改メ會社カ其營業ヲ承繼シタル場合ニ於テハ營業ノ債務モ亦共ニ承繼シタルモノト推定ス從テ個人タル時代ニ振出シタル約束手形ニ付キ書替ノ時會社カ其營業ヲ爲シタルカ如キハ債務承繼ノ方法ニシテ會社營業ノ爲メニ爲シタルモノト云フコトヲ得ヘク會社ノ取締役ニ裏書ノ權能ナシト云フニアラス(東京控訴院明治四五年(未)第一六二號判決本書第一卷商法一五六頁)

九 營業ヲ讓渡シタル場合ニ營業組成スル財產中消極財產即チ營業上ノ債務ハ讓受人ノ承繼スル所ナルヤ否ヤハ畢竟當事者ノ合意ニ因リ定マルト雖モ反證ナキ限り承繼スルモノト推定セザルヲ得ス(同上)

一〇 營業讓渡契約ノ目的タル商事財產ニ積極財產アリ消極財產アルモノニシテ如何ナル財產カ此契約ノ目的トナルヤハ營業讓渡契約ノ解釋ニ依リテ定ムヘク疑ハシキトキハ商事財產ノ全部ナリト解釋スヘキモノトス(同上大正元年二月二四日判決)

本書第二卷商法一四一頁)  
一 鑑定人ノ供述ニ依レハ營業全部ノ讓渡アリタル場合ニ於テハ讓受人ハ讓渡人ノ負擔シタル債務ヲモ引受クヘキ商慣習アルコトヲ認ムルコトヲ得ヘク其商慣習法ノ趣旨ハ營業ノ讓受人ハ營業ノ開始ニ依リテ債權者ニ對シテ直接ニ債務ヲ負ヒ讓渡人タル舊債務者ニ對シテモ債權者ハ依然權利ヲ失ヒタルニ非ス即チ營業ノ讓受人カ所謂債務ノ添加的引受ヲナシタルモノトスルニアリト解スルヲ相當トス(同上二頁)

論旨各點正當ナリ蓋シ普通財産ノ讓渡ト營業讓渡トノ差異ハ前者ハ其物體ノ範圍自體ニハ廣狹アルモ畢竟スルニ箇々の財産ノ移轉ヲ目的トスルモノナリ而シテ營業讓渡ハ後者ハ營業財産ノ包括的移轉ヲ目的トスルモノナレハナリ而シテ營業讓渡ハ我法制上財産移轉ノ效力ヲ認メス讓渡人ハ單ニ包括シテ之カ移轉ノ義務ヲ負フニ過キサルカ故ニ各箇ノ權利義務ノ移轉承繼ハ其債務ノ履行ヲ目的トスル當事者間ノ行爲ヲ俟テ始メテ然ルモノナルハ寔ニドクトルノ高見ノ如ケレハナリ

(四五)

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ヌ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り又ハ過失ニ因リテ之ヲ知ラザリシトキハ此限ニ在ラス  
第三九九條ノ二第二項及ヒ第三九九條ノ三ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

被保險者ノ濕性肋膜炎カ保險契約締結當時既ニ全治シタリトスルモ其病症ハ生命ノ危險ヲ測定スルニ重要ナル事項ナルヲ以テ被保險者ハ保險契約ノ締結ニ際シ曾テ濕性肋膜炎ニ罹リタル事實ヲ保險者ニ告知スヘキ義務ヲ負フモノニシテ病症ノ全治ハ其義務ニ何等ノ影響ヲ及ホスモノニアラス

上告論旨ノ第一點ハ亡板垣藤治郎ノ既往症タル肋膜炎カ全治シ同人ノ體質健康ニシテ何等ノ痕跡ヲ殘サストモハ既往症ハ同人ノ將來ノ生命ノ危險測定ニ何等ノ影響ヲ及ホササルナルモノナリ若反之肥厚性癆瘵ヲ殘シ將來ノ生命ノ危險ヲ測定シ得ルモノトモハ其癆瘵ハ普通通醫ノ診察方法ニ依リ診定シ得ヘキモノナル事醫學上ノ法則ニ照シ明カナリ然ルニ原告ニ於テ亡藤治郎ノ體質極メテ健康ニシテ何等ノ既往症ノ痕跡ヲ殘ササルコトヲ認定シナカラ之ヲ以テ同人ノ生命ノ危險ヲ測定スルニ重要ナル事項ナリトシ他方ニ於テ生命ノ危險ヲ測定スルニ重要ナル事實ト認定シ乍ラ何等ノ既往症ノ痕跡ヲ殘ササル稀有ノ場合ニ該當スルモノナルカ故ニ被上告人會社ノ過失ニアラストセルハ相矛盾セルモノニシテ所謂證據ニ基カスシテ事實ヲ確定セル不法アルモノナリト云ヒ同第四點ハ肋膜炎ニアリテハ患者ノ體質極メテ健康ニシテ其病症カ全治且ツ何等ノ痕跡ヲ殘ササル場合ニアリテハ患者ハ何等ノ既往症ナカリシト同様にシテ右ノ如キ病症ハ患者ノ將來ノ生命ノ危險ヲ測定スルニ何等ノ重要ナル關係アルモノニアラス蓋シ上告人(控訴人)カ原告ニ於テ採用シタル鑑定人鹽谷卓爾ノ鑑定ノ如ク肋膜炎カ其全治後菲結核ヲ誘發スルハ肥厚性痕跡ヲ殘スニ基クモノニシテ其肥厚性痕跡ヲ殘ササル場合ハ即チ其病源ノ減失セルモノナルヲ以テ此ノ如キ場合ハ患者ノ將來ニ於ケル生命ヲ測定スルニ付重要ナル關係アリト稱スルヲ得サルヲ以テナリ然ルニ原判決ハ其理由(五)ニ於テ「鑑定人鹽谷卓爾ノ鑑定ニ依レハ中等度ノ濕性肋膜炎ニアリテハ其全治後ト雖トモ多クノ場合ニ於テ少クトモ二三年間ハ肥厚性痕跡ヲ殘スカ故通常醫ハ診察上比較的容易ニ之ヲ診斷シ得ルモノナレトモ患者其人ノ體質營養ノ良好ナルコト治療方法ノヨロシキヲ得ケルコト等ノ條件ニ從ヒ全ク痕跡ヲ殘ササル場合アリ(中略)之ヲ本件ニ付鑑ミルニ證人高橋良齋ハ被保險者亡板垣藤治郎ノ既往症ハ中等度ノ濕性肋膜炎ニシテ明治四十三年六月五月初診以來四ヶ月間ニシテ全治シ其經過ハ豫後共極メテ順調良好ナリシ旨證言シ證人大井泉吉ハ右板垣藤治郎ハ大正元年以前ニ於テハ身體頗ル頑健ニシテ總黨輪友會開催ノ自轉車競争ニ加入シ履

次優勝ノ賞ヲ受ケタル事アル旨證言シ證人佐藤伊左衛門ハ同板垣藤治郎ハ徵兵検査ノ際ニ於テハ甲種合格者タリ又大正二年頃ヨリ居村消防組合ノ部長代理トナリ次テ部長小頭ニ歴任シ大正三年中ニハ村内ヨリ選拔セシ都農會ノ馬耕競掣會ニ加入シ優勝ノ賞ニ與リタルコトアル旨證言シ證人渡邊慶太郎ハ同板垣藤治郎ハ性來極メテ強健ノ質ニシテ其ノ健康状態ハ普通ヨリ數等優良ナル體質ヲ備ヘ村内強壯者中ヨリ拔擢セラレ消防小頭ニ就任シ又常ニ運動ヲ好ミ馬耕競掣會又ハ自轉車競争ニ加ハリテ屢次賞ヲ受ケタルコトアル旨證言シ證人大澤茂八郎ハ大正元年十二月中被控訴會社ノ囑託醫トシテ亡板垣藤治郎ノ健康診斷ヲ爲シタルカ同人ハ健康ニシテ既往症ト認ムヘキ何等ノ徵候ヲモ發見シ得サリシ旨證言ス「ト説明シ」被保險者板垣藤治郎ハ其體質營養極メテ優良ノ人ニシテ且ツ前記既往症ニ對スル治療方法又宜シキヲ得タル事實ヲ認定シ乍ラ他ノ理由中(第二)ニ前記ノ状態ヲ以テ尙ホ被保險者亡板垣藤治郎ノ生命ノ將來ニ重大ナル危險アル旨判斷シタルハ理由ニ矛盾アルノミナラス吾人ノ日常ノ經驗法則ニ違背シ且ツ證據ニ基カスシテ事實ヲ確定シ法律ヲ不當ニ適用シタルモノナリ蓋シ本件ニ於テ本件病症カ患者ノ生命ノ危險ニ影響アリヤ否ヤ並ニ濕性肋膜炎カ肥厚性痕跡ヲ殘シ二三年位ハ診斷上之ヲ知ルコトヲ得ルヤ否ヤノ二個ノ事實ハ同一事實ヲ表裏兩面ヨリ觀察セントスルモノニ外ナラス之レ上告人カ原審ニ於テ此二項ヲ竝立セシメテ鑑定ヲ求メタル所以ナリ即チ濕性肋膜炎アリトセハ二三年間ハ少クトモ肥厚性痕跡ヲ殘スヘク若シ此痕跡ナカリシトセハ患者ノ病症ハ濕性肋膜炎ニアララストノ推定ヲ得ヘク假リニ濕性肋膜炎ナリシトスルモ全ク痕跡ヲ殘サス若シクハ殘ササルト同一健康状態ニアリ從テ其病症ハ何等同人ノ生命ノ將來ニ對シ危險ナキ結果トナル反對ニ痕跡ヲ殘シタリトセハ被上告人會社ノ過失アリト云フヲ得ヘシ其何レニスルモ被上告人會社ニ於テ保險金支拂義務アリトノ結論ニ達スヘシ然ルニ原審ニ於テ此相對立セル反對ノ事實ヲ認メタルハ到底破毀ヲ免レサルモノナリト確信スト云ヒ同第五點ハ御廳大正五年(オ)第六百六十七號ノ判決理由ニ依レハ(商法

第四百廿九條第二項ニ依リ生命保險ニ準用セララル同法第三百九十九條ノ三ニ依レハ保險契約ノ解除ハ將來ニ向テノミ其效力ヲ生スルヲ原則トスルモノニシテ危險發生後ニ解除ヲ爲シタル場合ハ保險者ヲシテ損害賠償ノ責ヲ免レシムト雖トモ保險契約者(生命保險ニ於テハ通常死亡後ナルカ故ニ其相續人タル控訴人)ニ於テ危險ノ發生カ其告ケ又ハ告ケサリシ事實ニ基カサルコトヲ證明シタルトキハ保險者(被上告人)ハ損害填補ノ責任アルモノナル旨判示セラレタルヲ以テ上告人ハ原審ニ於テ本件ニ於テ被保險者藤治郎ノ死亡ハ大正六年三月九日被上告人會社カ本件契約ヲ解除シタルハ四月七日ニシテ所謂危險發生後ニ屬ス而シテ被上告人ノ主張セル事實(原審ノ確定セル事實)ニ依レハ本件默秘シタリト稱セララル病症ハ肋膜炎ニシテ死因タル病症ハ肺結核ナルヲ以テ全然別個ノ病症ナルコトヲ主張シ且ツ右二個ノ病症カ更ニ因果關係ナキ旨ノ立證トシテ當事者ニ爭ヒナキ事實タル亡藤治郎ノ默秘シタリト稱セララル病症ハ明治四十三年六月初旬頃ヨリ四月ニシテ全治シ本件死因タル病症ハ大正六年春頃ノ發病タル事ヲ援用シ其間八ヶ月ニ經過シ何等原因結果ヲ見ル可キ者ナキノミナラス上告人カ原審ニ於テ援用シタル鑑定人ノ鑑定ニ依ルモ結核性肋膜炎ニアリテハ其全治後近キ將來ニ於テ肺結核ヲ誘發スル恐アリ而シテ其期間ハ原發セル肋膜炎治療後四ケ年以内ナリトストアルヲ以テ假リニ亡藤治郎ノ肋膜炎ハ結核性ノ者ナリト假定スルモ肋膜炎治療後其肋膜炎ニ誘發セラレテ發病スル肺結核ノ最長期四ケ年ヲ經過スルコト更ニ四ケ年ニ亘リ其間原因結果ノ關係ナキコト極メテ明白ナルニ拘ハラス原審ハ此點ニ關スル上告人ノ主張並ニ立證ヲ漫然排斥シタルハ理由不備タルト同時ニ違法タルヲ免レシ且法律上ノ因果關係ハ哲學上ノ因果關係ト異ナリ直接ノ關係タルヲ要スルモノニ拘ラス原審ハ間接ニ生命ノ危險ヲ將來スヘキ虞アルモノナルコト明瞭ナルヲ以テ重要事項ナリト判決セルハ法則ヲ不當ニ適用シタルモノナリト信スト云フニ在リ

然レトモ本件ノ被保險者板垣藤治郎ノ濕性肋膜炎カ保險契約締結ノ當時既ニ全治シ

タルコトハ原判決ノ確定シタル所ナレトモ其病症ハ板垣藤治郎ノ生命ノ危險ヲ測定スルニ重要ナル事項ナルヲ以テ同人ハ本件保險契約ノ締結ニ際シ曾テ濕性肋膜炎ニ罹リタル事實ヲ被上告會社ニ告知スヘキ義務ヲ負フモノニシテ病症ノ全治ハ其義務ニ何等ノ影響ヲ及ホスモノニ非ス又原判決ハ鑑定人鹽谷卓爾ハ鑑定其他ノ證據ニ據リ板垣藤治郎ノ死亡ノ直接原因ハ肺結核ニシテ其間接ノ原因ハ同人カ隠秘シタル濕性肋膜炎ナルコトヲ認定シタルコトハ判文上明白ナルヲ以テ其死亡ハ法律上濕性肋膜炎ニ基キタルモノト謂フヘシ要スルニ原判決ニハ上告人所謂ノ如キ違法ノ點ナキヲ以テ本論旨ハ總テ理由ナキモノトス(大審院大正八年(才)第九六號同年三月五日民三部橫田裁判長大倉磯谷鈴木松岡鬼澤各判事判決法律新聞第一五五三號一八頁)

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○保險金請求事件○上告人板垣藤治郎法定代理人太田文治訴訟代理人辯護士相馬昌三今井三吉○被上告人東洋生命保險株式會社法定代理人尾高次郎

(四六)

舊商法破産篇第九三 破産宣告ノ時ニ破産者及ヒ其相手方ノ未タ履行セス又ハ履行ヲ終ラサル雙務契約ハ孰レノ方ヨリモ無賠償ニテ其解約ヲ申入ルコトヲ得

舊商法破産編第九三條ニ依リ破産宣告當時ニ於テ雙務契約ノ當事者雙方カ未タ其履行ニ着手セス又ハ履行ヲ終ラサルトキハ當事者雙方ヨリ無賠償ニテ其解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得セシメタルハ專ラ契約當事者ニ於ケル負擔ノ公平ヲ保持シ且ツ破産手續ノ終了ヲ迅速ナラシメントノ趣旨ニ出テタルモノトス

右ノ場合當事者ノ一方又ハ雙方カ其契約上ノ債權ノ全部若クハ一部ヲ第三者ニ讓渡シタル後ト雖モ尚ホ任意ニ解除權ヲ行使スルコトヲ得ヘク豫メ第三者ノ同

意ヲ必要トセザルモノトス

上告論旨第二點ハ原判決ハ被控訴人ノ抗辯中喜代次郎カ破産宣告ヲ受ケタルトキ由太郎ニ於テ未タ右讓渡代金ノ支拂ヲ爲シアラザリシヲ以テ被控訴人ハ大正六年七月十日舊商法第九三條第一項ニ基キ同人ニ對シ解約ノ申込ヲ爲シタルニ依リ右兩人間ノ起業權讓渡契約ハ之カ爲メ解除サレ居ルヲ以テ被控訴人ノ請求ハ失當ナリトノ點ヲ按スルニ右讓渡契約カ所謂雙務契約ナルコトハ被控訴人ノ主張自體ニ徴シ明ニシテ又由太郎カ大正四年五月中ニ喜代次郎ニ對シ本件讓渡代金ヲ支拂ヒタリト稱スル控訴人主張事實ハ前説示ノ如ク肯定シ難キ而巳ナラス其後即チ喜代次郎ノ破産宣告當時マテ支拂ヲ爲シタル事實モ亦認メラレサルヲ以テ被控訴人ノ解約申込ニ依リ喜代次郎ト由太郎間ノ本訴起業權讓渡契約ハ解除サレタルモノト云ハサルヲ得ス左レハ右讓渡契約ノ存在ヲ前提トシ由太郎ニ代位シテ爲ス本訴請求ノ失當ナルコト論ヲ俟タス」ト説示シ以テ上告人ノ請求ヲ排斥シタリ然レトモ舊商法第九三條ニ所謂無賠償解約ハ民法ノ契約解除ニ關スル規定ニ對シ特別規定ナリト雖トモ解約ノ目的タル契約ハ雙務契約ニシテ且ツ解除權ヲ行使スヘキ當事者ノ一方ハ完全ニ其債權ヲ有スル者タルコトヲ要ス若シ契約ヲ解除セントスル當事者ノ一方カ其債權ノ一部ヲ第三者ニ讓渡シ又ハ擔保ノ目的ト爲シアル場合ニ於テハ該讓受人又ハ擔保權者ト共ニスルニアラザレハ契約ヲ解除スルヲ得ヘキモノニアラス然リ而シテ破産者成田喜代次郎カ訴外佐藤由太郎トノ間ニ於ケル本訴起業權讓渡契約ニ基キ取得シタル讓渡代金二千圓ノ債權中六千四百圓ヲ分割シ被上告人カ訴外佐藤由太郎ニ對シ解約ヲ通知シタル(解約通知ハ原判決ニ摘示セルカ如ク大正六年七月十日ナリ)以前ニ於テ訴外成田助作ナル者ニ讓渡セシコトハ被上告人ノ自陳スル所ニシテ原判決事實摘示ニ引用シタル第一審判決摘示中「由太郎ノ喜代次郎ニ支拂フヘキ代金二千圓ノ債權期ハ大正四年七月三十一日ナリシ處喜代次郎ハ右代金二千圓ノ内一千六百圓ノ債權ヲ同

五年三月二十四日成田助作ニ讓渡シ即日其ノ事實ヲ喜代次郎ヨリ由太郎ニ通知シ云々トアルニ徴シ極テ明白ナルカ故ニ被上告人カ舊商法第九百九十三條ニ基キ訴外由太郎トノ間ニ於ケル本訴起業讓渡契約ヲ解除セント欲セル前段所論ノ如ク讓渡代金一部ヲ讓受ケタル訴外成田助作ト共ニスルコトヲ要スルハ自明ノ理ナリ左レハ原審カ被上告人ノ請求ヲ排斥スルニ當リテハ須ラク破産者成田喜代次郎カ本訴讓渡代金ノ一部ヲ訴外成田助作ニ讓渡シタル事實竝ニ本訴契約解除ハ債權讓受人タル訴外成田助作ト共ニ之ヲ爲サレタルモノナリヤ否ヤノ事實ヲ審查確定スヘキ筋合ナルニ拘ハラズ全然之ヲ不問ニ付シ漫然被上告人ノ爲シタル契約解除ヲ有效ナリト爲シ以テ上告人ノ請求ヲ斥ケタルハ舊商法第九百九十三條ヲ不當ニ適用シタル違法アルモノトスト云フニアリ案スルニ舊商法破産編第九百九十三條ニ依リ破産宣告當時ニ於テ雙務契約ノ當事者雙方カ未タ其履行ニ着手セヌ又ハ履行ヲ終ラサルトキハ當事者雙方ヨリ無賠償ニテ其解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得セシメタルハ專ラ契約當事者間ニ於ケル負擔ノ公平ヲ保持シ且ツ破産手續ノ終了ヲ迅速ナラシメントノ趣旨ニ出テタルモノナルヲ以テ當事者ノ一方又ハ雙方カ其契約上ノ債權ノ全部若クハ一部ヲ第三者ニ讓渡シタル後ト雖モ尙ホ任意ニ解除權ヲ行使スルコトヲ得ヘク豫メ第三者ノ同意ヲ必要トスルモノニ非スト解スルヲ妥當トス蓋シ同條ノ解除權ハ如上ノ趣旨ニ基キ破産法上特ニ認メラレタル權利ニシテ同條ニハ其權利ノ行使ニ付キ何等制限スル所ナキヲ以テナリ然ラハ上告人所論ノ如ク訴外破産者成田喜代次郎カ本訴讓渡代金二千圓ノ一部千六十圓ヲ訴外成田助作ニ讓渡シタル事實アリトスルモ破産管財人タル被上告人ハ任意ニ解除權ヲ行使スルコトヲ得ヘク成田助作ノ同意ヲ必要トセザルヲ以テ原審カ此點ニ付キ判斷スル所ナシトスルモ何等不法ナケレハ本論旨ハ理由ナシ

【關係事項】

（大審院大正七年（オ）第八九七號同八年三月七日民一部田部裁判長榊原鈴三宅各判事判決法律新聞第一五五三號二四頁）  
 上告棄却○原審名古屋控訴院○海面埋立起業讓渡事件○上告人加藤録之丞辯護人打田傳吉○被上告人織田了

四七

舊商法九九〇 支拂停止後又ハ支拂停止前三十日內ニ破産者カ爲シタル贈與其他ノ無償行爲又ハ之ト同視ス可キ有償行爲期限ニ至ラサル債務ノ支拂、期限ニ至リタル債務ノ代物辨濟及ヒ從來負擔シタル債務ノ爲メ新ニ供スル擔保ハ財團ニ對シテハ當然無効トス  
 民法四八二 債務者カ債權者ノ承諾ヲ以テ其負擔シタル給付ニ代ヘテ他ノ給付ヲ爲シタルトキハ其給付ハ辨濟ト同一ノ效力ヲ生ス

代物辨濟ハ常に有償契約ニシテ且ツ實踐契約ナルカ故ニ舊商法九九〇條ニ所謂代物辨濟ニ關シ有償讓渡無償讓渡ノ區別ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス

舊商法九九〇條ニ曰ク支拂停止後又ハ支拂停止前三十日內ニ破産者カ爲シタル：  
 期限ニ至リタル債務ノ代物辨濟：ハ財團ニ對シテハ當然無効トスト蓋代物辨濟ハ債務ノ本來ノ給付ニ代ヘテ他ノ給付ヲ爲スコトニ因リテ債務ヲ消滅セシムル契約ナリ故ニ本來ノ給付ト異ナル給付ヲ爲スコトニシテ債務ノ本旨ニ適合セサル所謂變更辨濟ヲ爲スモノナリ故ニ債權者ニ對シテ特ニ利益ヲ與フルモノト認定セラル依テ之ヲ無効ト爲シタルモノナリ而シテ代物辨濟ニ於テハ債務者ハ必ス或他ノ給付ヲ爲スコトヲ要シ債權者モ亦其債權ヲ消滅セシムルコトヲ契約スルモノニシテ債權ヲ消滅セシムルハ即チ出捐ヲ爲スニ外ナラス故ニ代物辨濟ハ常に有償契約ニシテ且ツ實踐契約ナリ從テ即時ニ代物辨濟タル給付ノ所有權（本件ニ付テ云ヘハ公債證書ノ所有權）相手方ニ移轉セラレ同時ニ債權ハ消滅スルナリ之ニ關シ有償讓渡無償讓渡ノ區別ヲ爲スコトヲ得ス（法學博士加藤正治氏法學志林第二卷第四號三七頁「代物辨濟ノ否認」要領）

【代物辨濟ノ性質ニ關スル參照學說判例】

一 債權者カ他ノ給付ニ代ヘテ辨濟ヲ消滅セシムルト云フ一種ノ有償契約ナリ（法學博士富井章章氏債權總論明治四五東大講二四三頁）

二 代物辨済ハ單ニ債權消滅ノ原因タル一種ノ有償行爲ナリト見レハ充分ナリト信ス(法學博士方松氏債權下大正四東大講  
三〇頁)

三 代物辨済ハ有償契約ナリ蓋新ナル給付ハ元來ノ給付ニ代ヘテ爲サルモノニシテ債權者ハ之ニ對シ元來ノ給付ニ對スル債  
權ヲ消滅セシムルモノナレハナリ而シテ代物辨済カ有償契約ナルコトハ元來ノ債務ノ原因カ有償ナルト無償ナルトニ依リ異ナ  
ルナレ(法學博士方松氏法學新報第一七卷第一一號五四頁)

四 代物辨済ハ債權ノ目的ニ非サル給付ニ辨済ノ效力ヲ附スルコト目的トスル債權者ト債務者又ハ第三者トノ意思表示及ヒ斯  
ル給付内容トスルモノニ外ナラス從テ代物辨済ハ有償契約タルノミナラス現貨契約ナリト謂フヘシ(法學博士仁井田益太郎  
氏法學新報第二五卷第七號六五頁本書第四卷民法三六三頁)

五 代物辨済ニ在リテハ債權ノ目的タル給付ト債務者カ債權消滅ノ爲メニ現ニ爲ス所ノ給付ト同一ノモノニアラスシテ債務  
者ハ債權ノ目的タル給付ト異ナリタル給付ヲ爲シテ債務ヲ免脱スルモノナリ故ニ代物辨済ハ此點ニ於テ眞ノ辨済ト其性質ヲ異  
ニス蓋シ債務者カ其債務ヲ免カルル爲ニハ債權本來ノ性質ニ從ヒ債權ノ目的タル給付ヲ爲スコトヲ要スルハ勿論ナレトモ債權  
者カ債務者ヨリ他ノ給付ヲ受ケテ債務關係ヲ消滅セシムルコトヲ諾シ債務者カ現ニ其給付ヲ爲シタル以上ハ債權關係ハ茲ニ全  
ク消滅ニ歸シタルモノト爲ササルヘカラス(法學博士横田秀雄氏債權總論第十三版八五頁一八五六頁)

六 代物辨済ハ有償契約ナリ債務者カ本來ノ給付ニ代ルヘキ他ノ給付ヲ爲スニ對シ債權者ハ債權ヲ拋棄スルコトヲ要ス而シテ  
債權ヲ拋棄スルコトモ一ノ給付ナルカ故ニ雙方ノ當事者ハ各出捐ヲ爲スモノト云フコトヲ得ヘシ故ニ代物辨済ハ有償契約タル  
性質ヲ有ス(法學博士石坂晋四郎氏日本民法中一四六三頁)

七 代物辨済ノ性質ニ付キテハ議論アリ佛蘭西ノ學者ハ多ク即時ニ履行セラレタル更改ナリト説キ獨逸ノ學者ハ之レヲ以テ一  
種ノ有償契約ナリト論スルヲ常トス余ハ後ノ説ニ從フ蓋シ債務者カ先ツ他ノ給付ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔シ而シテ後即時ニ之レ  
ヲ履行シタルモノト説明スルハ當事者ノ意思ニ反シテ擬制ヲ用フルモノナリ寧ロ他ノ給付ヲ爲シタルニヨリテ債權ノ満足ヲ得  
タリト爲スコトヲ内容トスル契約ナリト解スルノ直截明瞭ナルニ若カサレハナリ(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法總論三六四  
頁)

八 代物辨済トハ債務者カ其負擔スル給付ニ代ヘテ他ノ給付ヲ爲シ之ニ因リテ債務ヲ消滅セシムルコトヲ債權者ト約スルモノ  
ニシテ之ヲ換言スレハ債權者ニ於テ債務者ヨリ本來ノ給付ト異ナリタル他ノ給付ヲ受領スルニ對シ債權者カ債權ヲ拋棄スルノ契約ニシ  
テ債權ノ内容ヲ實現スル行爲ニアラス(大審院大正五年(オ)第一〇六四號同六年二月七日民三三三號判決本書第六卷民法一七  
六頁)

論旨正當ナリ蓋シ代物辨済ハ常ニ有償契約ナルカ故ニ舊商法第九九〇條ノ代物  
辨済ニ關シテモ亦有償無償ヲ別チテ論斷ス可ラサルハ明ナレハナリ

(四八)

六七 會社ハ損失ヲ填補シタル後ニ非サレハ利益ノ配當ヲ爲スコトヲ得ス  
前項ノ規定ニ違反シテ配當ヲ爲シタルトキハ會社ノ債權者ハ之ヲ返還セシムルコトヲ得

一〇五 合資會社ニハ本章ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外合資會社ニ關スル規定ヲ準用ス

一九五 會社ハ損失ヲ填補シ且前條第一項ニ定メタル準備金ヲ控除シタル後ニ非サレハ利益ノ配當ヲ爲スコトヲ得  
前項ノ規定ニ違反シテ配當ヲ爲シタルトキハ會社ノ債權者ハ之ヲ返還セシムルコトヲ得

一九六 會社ノ目的タル事業ノ性質ニ依リ第一四一條第一項ノ規定ニ從ヒ本店ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲シタル後二  
年以上開業ヲ爲スコト能ハサルモノト認ムルトキハ會社ハ定款ヲ以テ開業ヲ爲スニ至ルマテ一定ノ利息ヲ株主ニ配  
當スヘキコトヲ定ムルコトヲ得但利率ハ法定利率ニ超ユルコトヲ得ス

二二六第二項 此他株式合資會社ニハ本章ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外株式會社ニ關スル規定ヲ準用ス

民法四二三 債權者ハ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ其債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得但債務者ノ一身ニ專屬スル  
權利ハ此限ニ在ラス

債權者ハ其債權ノ期限カ到來セサル間ハ裁判上ノ代位ニ依ルニ非サレハ前項ノ權利ヲ行フコトヲ得但保存行爲ハ  
此限ニ在ラス

同七〇三 法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財產又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケ之カ爲メニ他人ニ損失ヲ及ホシタル者ハ其  
利益ノ存スル限度ニ於テ之ヲ返還スル義務ヲ負フ

會社債權者カ直接株主ニ對シ不當配當額ヲ會社ニ返還セシムル權利ノ如キハ極  
メテ例外的ノモノニシテ法ノ明文ヲ待チテ初メテ生スルモノナルヘキヲ以テ會  
社債權者ハ工事利息ノ不當配當ニ關シ何等權利ヲ有スルコトヲ得唯會社カ不當  
利得ノ規定ノ結果返還請求ヲ爲シ得ル場合ニ民法第四二三條ノ規定ニ依リ會社  
ノ權利ヲ代リテ行ヒ得ルニ過キサルモノトス

商法第一九六條ノ規定ニ依ル工事利息ノ配當ハ第一ニ商法ノ規定ニ準據スルコトヲ  
要シ第二ニ定款ノ定ムル所ニ從フコトヲ要ス故ニ之等ニ違反シテ爲サレタル配當ハ  
無効ナリ而シテ其配當カ無効ナル結果會社ハ株主ニ對シテ不當配當額ヲ返還セシム

ル權利ヲ有ス之レ不當利得返還義務ノ規定ヲ適用ノ結果トシテ認メ得ヘキ所ナリ  
 會社カ工事利息ノ不當配當ヲ爲シタル場合ニ於テ會社債權者ハ如何ナル權利ヲ有ス  
 ルヤ利益ノ配當ニ付テハ法律ハ各種ノ會社ニ付テ規定ヲ設ケ不當配當ヲ爲シタルト  
 キハ會社債權者ハ之ヲ返還セシムルコトヲ得ルモノトセルモ工事利息ノ不當配當ノ  
 場合ニ付テハ規定ナキヲ以テ疑義ヲ生ス抑モ不當配當ノ利息ヲ返還セシムル債權者  
 ノ權利ハ如何ナル性質ノモノナルヤト昔フニ會社債權者ハ不當配當額ヲ自己ニ返還  
 スヘキコトヲ請求スルニ非スシテ之ヲ會社ニ返還スヘキコトヲ株主ニ請求スル權利  
 ナ有スルニ過キス此故會社自身ニ於テハ株主ニ對シ不當利息返還請求權ヲ有スルコ  
 トヲ前提トス而シテ會社債權者カ直接株主ニ對シ不當配當額ヲ會社ニ返還セシムル  
 權利ノ如キハ極メテ例外的ノモノニシテ法ノ明文ヲ待チテ初メテ生スヘキモノナル  
 ナ以テ會社債權者ハ之ニ關シ何等權利ヲ有スルコトナク只會社カ不當利得ノ規定ノ  
 結果返還請求ヲ爲シ得ル場合ニ民法第四二三條ノ規定ニ依リ會社ノ權利ヲ代リテ行  
 ヒ得ルニ過キス(法學士田中耕太郎氏法學新報第二九卷第六號九三頁「建設利息ノ不當配當ヲ受ケタル株主ニ對スル會  
 社債權者ノ權利存否」要領)

論旨正當ニシテ吾人之ニ贊ス蓋シ建設利息ノ不當配當ニ付キテハ商法ハ第六七  
 條第二項第一九五條第二項等ノ如キ別段ノ定メヲ爲ササルカ故ニ會社債權者ニ  
 於テ右法條ニ基ク同様ノ權利ヲ有セサルモノナリト論斷シ得可ク但タ會社ノ不  
 當利得返還請求權ヲ代位攝行シ得ヘキ場合アルニ過キササルハ寔ニ學士ノ說ノ如  
 ケレハナリ

本口  
トル

株主權ノ移轉ハ株式ノ移轉ニ因リテ行ハレ得ヘク株式ノ移轉ナケレハ株主權ノ  
 移轉生セサルヲ以テ一定ノ利益配當金額ヲ請求シ得ル債權タラサル株主トシテ  
 有スル利益配當請求權ハ之ヲ株主權ヨリ分離シテ讓渡シ得ヘキモノニアラス」  
 株主總會決議前ニ於テモ其決議ヲ條件トシテ發生スル利益配當金額支拂ノ請求  
 權ハ之ヲ讓渡シ得ルモノトス」

一九五第一項 會社ハ損失ヲ填補シ且ツ前條第一項ニ定メタル準備金ヲ控除シタル後ニ非サレハ利益ノ配當ヲ爲ス  
 コトヲ得ス

大正七年(オ)第七八一號同八年一月二四日民一部判決本書第八卷商法三二頁  
 判旨ハ正當ナリ蓋シ利益配當請求權ハ株主ノ株式會社ニ對スル金錢ノ支配ヲ求ム  
 ル請求權ニシテ株主ハ其資格ニ於テ當然之ヲ有スルト雖モ利益ノ配當ハ會社カ當該  
 年度ノ損益計算上損失ヲ填補シタル後ニ於テ之ヲ爲スモノナルヲ以テ利益生セサル  
 トキハ株主ト雖モ配當ヲ求メ得ヘキニ非ス故ニ株主カ現實會社ニ對シ債權トシテ一  
 定ノ金額ノ支拂ヲ求メ得ル利益配當請求權ナルモノハ總會ニ於テ利益トシテ一定ノ  
 金額ノ配當ヲ爲スヘキコトヲ決議シタルトキニ於テ初メテ發生スルモノニシテ其配  
 當決議前ニ於テハ會社ニ對シ利益配當金額ヲ求ムル債權ナルモノナク單ニ株主トシ  
 テ其資格ニ於テ利益ノ配當ヲ求メ得ル權利ヲ有スルニ過キスシテ未ダ獨立ノ請求權  
 ナ件フ權利トシテ之ヲ有スルコトナク株主權ノ一内容トシテ之ヲ有スルニ過キサレ  
 ハナリ株主權ノ移轉ハ株式ノ移轉ニ因リテ行ハレ得ヘク株式ノ移轉ナケレハ株主權  
 ノ移轉生セサルヲ以テ一定ノ利益配當金額ヲ請求シ得ル債權タラサル株主トシテ有  
 スル利益配當請求權ハ之ヲ株主權ヨリ分離シテ讓渡シ得ヘキモノニ非ス但其決議前  
 ニ於テモ其決議ヲ條件トシテ發生スル利益配當金額支拂ノ請求權ヲ讓渡シ得ヘキハ

勿論ナリ之其讓渡ハ利益配當決議アリタル學合ニ其效力ヲ生スル條件付ノモノナレハ之ヲ株主權ノ一内容ヲ讓渡スルニ非スシテ獨立ノ債權的請求權ヲ讓渡スルモノナレハナリ(ドクトルユリス水口吉藏氏國家及國家學第七卷第六號八五頁「利益配當請求權ノ讓渡」要領)

【配當請求權ノ發生ニ關スル學說判例】

本書第八卷商法三四頁

【配當請求ノ意義ニ關スル參照學說判例】

同上三五頁

【決議前ニ於ケル配當請求權讓渡ニ關スル參照學說判例】

同上三六頁

論旨第一點第二點ハ吾人曩ニ同一判例ニ付キ細評ヲ試ミタルモノト一致スルカ故ニ茲ニ再言ヲ贅セス(本書第八卷商法三六頁評論參照)

(五〇)

一七 有限責任社員カ死亡シタルトキハ其相續人ハ之ニ代ハリテ社員ト爲ル

有限責任社員ハ禁治産ノ宣告ヲ受クルモ之ニ因リテ退社セス

一八 第一項 合資會社ハ無限責任社員又ハ有限責任社員ノ全員カ退社シタルトキハ解散ス但有限責任社員ノ全員カ退社シタル場合ニ於テ無限責任社員ノ一致ヲ以テ合名會社トシテ會社ヲ繼續スルコトヲ妨ケス

甲ナル無限責任社員及ヒ乙丙丁ナル有限責任社員ノ四名ニテ組織セル合資會社ノ定款ニ無限責任社員死亡シタルトキハ其相續人ハ死亡社員ノ地位ヲ承繼スヘク會社ハ解散セサルヤ即チ其定款ハ有效ナリヤ否ヤ合資會社ニ在リテハ無限責任社員其人ノ信用其他ニ重キナ措クハ勿論ナリト雖モ其定款ニ無限責任社員死亡シタルトキハ其相續人ハ之ニ代リテ社員ト爲ル旨ヲ明揭スルカ如キハ之ヲ以テ無限責任社員ノ退社ト同一視スヘキニ非ス其實更迭ニ外ナラサルモノナルカ故ニ毫モ會社ノ存立ノ基礎ヲ危フスルモノトスルナリ得テ從テ商法第一一八條第一項ノ規定ニヨリ當然解散スヘキモノト謂フヘカラサルナリ同一一七條ハ有限責任社員ノ死亡ニ付キ云爲スル所アリテ無限責任社員ニ言及スル所ナシト雖モ本定款所定ノ場合ノ如キ又敢テ公序良俗ニ反スルモノト云フヘカラス依テ甲ナル無限責任社員及ヒ乙丙丁ナル有限責任社員ノ四名ニテ組織セル合資會社ノ定款ニ無限責任社員死亡シタルトキハ其相續人ハ之ニ代リテ社員ト爲ル旨ヲ定ムルカ如キハ有效ナリトス(法曹會大正七年二月一〇日決議法曹記事第二九卷第五號三四頁「商法第一一八條ニ關スル件」要領)

【合名會社ニ於テ相續人社員タルヘキ旨ヲ定メタル定款ノ效力ニ關スル參照學說】

一 豫メ定款ヲ以テ社員死亡ノ場合ニ於テハ其ノ相續人カ社員タルヘキコトヲ定メタル場合ニ於テハ相續人ハ被相續人ノ權利義務ヲ承繼シテ社員タル資格ヲ取得ス(法學博士岡野敬次郎氏會社法學院講七六頁) 定款ノ規定ハ相續人タル資格ヲ取得スル者アルヲ前提トスルモノニシテ定款ノ規定ヲ以テ相續人タルヘキヲ強制スルニアラサルハ明白ナリ故ニ相續ノ拋棄アリタル時ハ相續人ニ於テ社員タルコトナシ(同上七六頁) 二 會社ノ定款ニ於テ社員死亡シタルトキハ其相續人カ當然社員ト定ムルトキハ相續人ハ直チニ社員ト爲ル相續人カ被相續人ノ財産ヲ其儘ニ相續スルトキハ之ニ依リテ當然社員ト爲ルナリ(法學博士松波仁一郎氏日本會社法三九七頁) 三 社員ハ死亡ニ因リテ退社ス然レトモ社員ノ相續人カ社員ノ地位ヲ承繼スヘキコトハ豫メ定款中ニ規定スルコトヲ妨ケス此場合ニ於テハ相續人ハ相續ト同時ニ當然社員ノ地位ヲ承繼シ別ニ入社契約ヲ爲スコトヲ要セス(法學博士松本滋治氏會社法講義一三二頁) 四 會社定款ニ於テ相續人ハ當然社員タルヘキ旨ノ定メアルトキハ此限リニ非サルヘシ然シ此場合ト雖モ其相續人ハ此定款ノ



規定ニ拘束セラルヘキニ非ス其定款ノ規定ヲ承認シテ社員タルヘキ意思ヲ表示セサル限りハ社員タル資格ヲ得ルコトナカルヘシ(法學博士青木徹二氏會社法論一八頁)

五 相續人社員タルヘキ旨ノ定款ノ規定ノ法律上ノ效果如何相續人ハ右ノ定款ノ規定ニ依リ當然ニ社員ト爲ルカ曰ク然リ然レトモ相續人ノ有スル相續ノ承認及拋棄ノ自由ハ固ヨリ定款ニ依リテ制限セラルコトナシ(法學博士片山義勝氏會社法原論一六五頁)

定款ニ於テ死亡ト云フ退社事由ヲ除斥シタルトキハ一面ニハ相續ノ承認ニ依リ當然ニ社員ト爲ルノ地位ヲ相續人ニ與ヘ他面ニハ他ノ社員ニ相續人ノ社員タルコトヲ拒ムコトヲ得サラシムルノ效果ヲ生スルニ至ル(同上二六七頁)

相續人カ相續ヲ承認シタルトキニ他ノ社員ハ其ノ相續人ノ社員タルコトヲ拒ムコトヲ得ルカ曰ク然ラス定款ニ別段ノ定アルハ此場合ニ於テ異議ヲ述ヘサル旨ヲ定メタルニ外ナラサレハナリ(同上二六七頁)

決議ハ至當ニシテ吾人之ニ贊同ノ意ヲ表スルニ躊躇セサル者ナリ蓋シ問題ノ場合ニ付テハ商法中直接之ニ嵌當スヘキ何等ノ條規無シト雖モ而モ之ヲ積極ニ斷スルモ敢テ牴觸スル規定無ク又合資會社ノ本質ニ背理スル所ニモアラヌ加之合名會社ノ場合ニ比照シテ考覈スルモ何等ノ不都合ヲ發見スル能ハサル所ナレハナリ

(五一)

- 四四三 引受人又ハ約束手形ノ振出人ニ對スル債權ハ滿期日ヨリ三年所持人ノ其前者ニ對スル債權請求權ハ支拂拒絶證書作成ノ日ヨリ一年裏書人ノ其前者ニ對スル債權請求權ハ償還ヲ爲シタル日ヨリ一年ヲ經過シタルトキハ時效ニヨリテ消滅ス
- 四六八 引受ハ爲替手形ニ其旨ヲ記載シ支拂人署名スルニ依リテ之ヲ爲ス
- 支拂人カ爲替手形ニ署名シタルトキハ其引受ヲ爲シタルモノト看做ス
- 民法一四七 時效ハ左ノ事由ニ因リテ中斷ス
- 三 承認
- 同二七三 左ニ掲ケタル債權ハ二年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス
- 一 生産者卸賣商人及ヒ小賣商人カ賣却シタル產物及ヒ商品ノ代價

手形ノ引受ハ必ス手形自體ニ爲スコトヲ要スルモノニシテ符箋又ハ口頭ヲ以テ債務負擔ノ意思ヲ表示シ又ハ支拂ヲ爲スヘキ旨ノ意思表示ヲ爲スモ手形上引受ノ效力ヲ生スルモノニアラス

約束手形カ既存ノ賣掛代金債務ノ支拂方法トシテ振出サレタルモノナル以上ハ債權者ト債務者トノ間ニ於テハ先ツ該手形ニ依リ既存債務ノ支拂ヲ求メ其支拂ナカリシ場合ニ於テ既存債權ヲ行使スルコトヲ得ヘキ旨趣ノ下ニ右手形ノ授受ヲ爲シタルモノト認ムルヲ至當トス

約束手形カ既存賣掛代金債務ノ支拂方法トシテ振出サレタルモノニ係リ該債務ヲ更改シタルモノニアラサル以上右既存債務トハ併存スルモノナルカ故ニ右既存債務ニ付キ手形債務ニ關スル時効ノ適用ナキモノトス

連帶保證人カ其債務ヲ承認スルモ該承認ハ主タル債務者ニ對シ其效力ヲ生スヘキモノニアラサルカ故ニ右賣掛代金債務ノ連帶保證人カ其保證債務ヲ承認シタリトスルモ其承認ニ因テ該賣掛代金債務ノ時効中斷セラルヘキモノニアラス

- 同四三四 連帶債務者ノ一人ニ對スル履行ノ請求ハ他ノ債務者ニ對シテモ其效力ヲ生ス
- 同四五八 主タル債務者カ保證人ト連帶シテ債務ヲ負擔スル場合ニ於テハ第四三四條乃至第四〇條ノ規定ヲ適用ス
- 同五一三 當事者カ債務ノ要素ヲ變更スル契約ヲ爲シタルトキハ其債務ハ更改ニ因リテ消滅ス
- 條件附債務ヲ無條件トシ無條件債務ニ條件ヲ附シ又ハ條件ヲ變更スルハ債務ノ要素ヲ變更スルモノト看做ス債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行スル亦同シ

控訴人ト被控訴人藤本節トカ足袋織川綿絲ノ取引ヲ爲シ其賣買代金ノ支拂ニ關シ  
 大正三年三月廿五日右兩名ノ間ニ控訴人主張ノ如キ契約カ成立シ被控訴人徳太郎ニ  
 於テ其連帶保證人トナリタルコト並ニ控訴人主張ノ如キ各手形ノ振出アリタルコト  
 ハ當事者間ニ爭ナキトコロニシテ原審證人稻垣鶴三郎ノ證言ニ依レハ右各手形ハ被  
 控訴人節カ控訴人ニ對シテ手形金額ニ相當スル右綿絲賣掛代金ノ債務ヲ負擔シ居リ  
 タルカ爲メ前記大正三年三月廿五日ノ契約ニ基キテ振出サレタルモノナルコトヲ認  
 メ得ヘシ仍テ先ツ控訴人主張ノ爲替手形ニ付キ控訴人ニ本訴ノ請求權アリヤ否ヤヲ  
 案スルニ甲第一號證乃至第三號證タル本件爲替手形上ニハ支拂人タル被控訴人節ニ  
 於テ其手形ノ引受ヲ爲シタル事實ノ認ムヘキモノ存在セス只右手形ノ符箋ニ依リ右  
 節カ滿期日ニ支拂ヲ爲スヘキコトヲ約シ其旨該符箋ニ記シテ之ニ捺印シタルコトヲ認  
 メ得ルニ過キサルヲ以テ被控訴人節ハ右爲替手形ニ付テハ其手形上ノ債務ヲ負擔セ  
 サルモノト謂フヘク從テ縱令控訴人主張ノ裏書讓渡ニ關スル事實カ眞實ナリトスル  
 モ被控訴人等ハ手形債務ノ存在ヲ原因トスル控訴人ノ該手形金ノ請求ニ應スヘキ義  
 務ナキモノト謂フヘシ控訴人ハ叙上ノ如ク支拂人タル被控訴人節ニ於テ手形ノ呈示  
 ナ受ケ支拂ノ猶豫ヲ求メ若クハ符箋ニ其支拂ヲ爲スヘキ旨記載シタル以上該事實ハ  
 法律上手形引受ノ效力ヲ生スルモノナリト主張スレトモ手形ノ引受ハ必ス手形自體  
 ニ爲スコトヲ要スルモノニシテ符箋又ハ口頭ヲ以テ債務負擔ノ意思ヲ表示シ又ハ支  
 拂ヲ爲スヘキ旨ノ意思表示ヲ爲スモノトシテ排斥スヘキモノトス  
 ニ控訴人ノ右主張ハ理由ナキモノトシテ排拒スヘキモノトス  
 次ニ約束手形金ノ請求ニ付テ案スルニ本件約束手形カ既存ノ賣掛代金債務ノ支拂方  
 法トシテ振出サンアルモノニシテ該債務ヲ更改シタルモノニアラサルコト並ニ控訴  
 人力足袋織川綿絲ノ卸小賣ヲ業トスル商人ニシテ其賣掛代金ノ支拂方法トシテ右  
 約束手形カ振出サレタルモノナルコトハ控訴人ノ認ムル處ナリ故賣掛代金ノ債務ニ

付キ支拂期限ノ定メナキコトハ當事者間ニ爭ナキ處ナルカ故ニ右債務カ本件約束手  
 形ノ振出ニヨリテ承諾セラレ之ニ依リテ該債務ノ時効カ中斷セラレタルコトハ控訴  
 人主張ノ如クナレトキ甲第四、五號證タル本件各約束手形及符箋ニ依レハ被控訴人節  
 ニ於テ右各約束手形ノ滿期日ニ其當時ノ手形所持人タル株式會社額田銀行ヨリ支拂  
 ナ求ムル爲ニスル手形ノ呈示ヲ受ケ甲第四號證約束手形ニ付テハ同年三月廿五日迄支拂  
 日迄又同第五號證約束手形ニ付テハ同年三月廿五日迄支拂ノ猶豫ヲ求メテ遂ニ其支  
 拂ヲ爲ササリシコトヲ認メ得ヘク而シテ原審證人稻垣鶴三郎ノ證言ト乙第一號證乃  
 至第四號證ノ各記載トヲ綜合シ前示各約束手形ニ於ケル各第一、二次ノ裏書記載ニ對  
 照スレハ控訴人主張ノ控訴人ヨリ株式會社額田銀行ニ對スル裏書ハ取立委任ノ目的  
 ナ以テ爲サレタルモノニ係リ手形ノ所有權ハ之ヲ讓渡セスシテ只單ニ裏書ニ依リ被  
 裏書人ニ其名ニ於テ裏書人ノ爲メ手形上ノ權利ヲ行使スル資格ヲ與ヘタルモノナル  
 コトヲ認メ得ルト同時ニ同銀行ハ控訴人ヨリ與ヘラレタル右資格ニ於テ叙上ノ如ク  
 被控訴人節ニ對シテ手形金ノ支拂ヲ求メタルモノナル事ヲ認メ得ヘキヲ以テ前顯賣  
 掛代金債權ハ上示甲第四、五號證約束手形中ノ最後ノ猶豫期間ノ經過ノ時ヨリ起算ス  
 ルモノ本訴提起ノ日タル大正六年十一月七日迄ニハ全部二年ノ時効ニ因リテ消滅ニ歸  
 シタルモノト謂フヘク從テ縱令控訴人カ現時右手形上ノ權利者ナリトスルモ被控訴  
 人等ニ對シテ其手形金ノ支拂ヲ強要スルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス蓋シ本  
 件約束手形カ既存ノ賣掛代金債務ノ支拂方法トシテ振出サレタルモノナル以上ハ債  
 權者タル控訴人ト債務者タル被控訴人節トノ間ニ於テハ先ツ該手形ニ依リテ既存債  
 務ノ支拂ヲ求メ其支拂ナカリシ場合ニ於テ既存債權ヲ行使スルコトヲ得ヘキ旨趣ノ  
 下ニ右手形ノ授受ヲ爲シタルモノト認ムルヲ至當トスヘキニ依リテ控訴人カ株式會社  
 額田銀行ニ前段ニ說示シタルカ如キ資格ヲ與ヘ被控訴人節ニ對シテ手形金ノ支拂ヲ  
 求メシメタルモ其支拂ナカリシコト前說明ノ如クナルニ於テハ控訴人ハ前顯賣手形ノ  
 各支拂猶豫期間ノ經過スルト同時ニ既存賣掛代金債權ヲ行使スルコトヲ得ルモノト

謂フヘク從テ支拂期限ノ定メナキ該賣掛代金債權ノ消滅時効ハ時此ヨリ進行スヘキニ依リ右賣掛代金カ卸小賣商人タル控訴人カ賣却シタル商品ノ代金タルコトニ付キ爭ナキ本件ノ場合ニ於テハ該時効ハ其進行ノ時ヨリ二年ヲ經過シテ完成スヘク而シテ前顯賣掛代金債權ノ消滅時効カ完成シタル以上該債權ノ支拂方法トシテ振出サレタル本件約束手形ニ付キ被控訴人節ニ於テ之カ支拂ヲ拒ムコトヲ得ヘキハ當然ニシテ從テ被控訴人德太郎ニ於テモ之カ保證債務ヲ履行スヘキ責ナケレハナリ控訴人ハ既ニ本件手形ノ振出アリテ被控訴人節ニ於テ其呈示ヲ受ケ債務ノ承認ヲ爲シタル以上ハ既存賣掛代金ノ債務ハ其承認アリタル日ヨリ手形債務ノ時効期間ニ從ツテノミ消滅スルニ過キス尙被控訴人節ニ於テハ大正五年十二月廿七日控訴人ノ代人稻垣鶴三郎ニ對シ賣掛代金ノ存在スルコトヲ承認シ時効中斷セリト主張スレトモ本件約束手形カ既存賣掛代金債務ノ支拂方法トシテ振出サレタルモノニ係リ該債務ヲ更改シタルモノニアラサル以上右既存債務ト手形債務トハ併存スルモノト謂フヘク而シテ被控訴人節ニ於テ其手形債務ヲ承認シタルハトテ之ニ因リテ既存賣掛代金債務カ手形債務ニ變更セラルヘキ謂ハレナク依然賣掛代金債務タル性質ヲ保有シ手形債務ト併立スヘキヲ以テ右既存債務ニ付キ手形債務ニ關スル時効ノ適用ナキヤ勿論ナリト謂フヘシ若シ夫レ被控訴人節カ控訴人ノ代人稻垣鶴三郎ニ對シ賣掛代金ノ存在ヲ承認シタリト云フカ如キ事實ニ至リテハ之ヲ認ムルニ足ルヘキ何等ノ證據ナキカ故ニ控訴人ノ前示主張ハ採用スルニ山ナキモノトス尙控訴人ハ大正四年十二月廿二日被控訴人德太郎ニ於テ其債務ヲ承認シタルニ依リテ之ニ因リテ被控訴人節ノ負擔セル賣掛代金債務ノ時効中斷ノ效力ヲ生シタリト主張スレトモ連帶保證人カ其債務ヲ承認スルモ該承認ハ主タル債務者ニ對シ其效力ヲ生スヘキモノニアラサルカ故ニ被控訴人德太郎カ右賣掛代金債務ノ連帶保證人タル場合ニ於テ同人カ其保證債務ヲ承認シタリトスルモ其承認ニ因リテ該賣掛代金債務ノ時効中斷セラルヘキモノニアラス況ヤ被控訴人德太郎ハ本件約束手形ニ付キ民事上ノ連帶保證人トナリタルモノニシ

テ右賣掛代金債務ヲ保證シタルモノニ非サルニ於テチヤ故ニ控訴人ノ右主張モ亦採用スルコトヲ得サルモノトス然ラハ控訴人ノ本訴ノ請求ハ他ノ爭點ニ付キ判斷スルマテモノナク失當ニシテ控訴ノ理由ナキモノトス(大正七年第三二二號同八年四月二日東京控訴院民一部神谷裁判長尾佐竹長谷川各判事判決)

【關係事項】 控訴棄却○手形金請求控訴事件○控訴人足立仙次郎控訴代理人辯護士阿保淺次郎○被控訴人篠本節外一人訴訟代理人今泉新三

【論旨第一點爲替手形引受ノ方式ニ關スル學說】

- 一 引受ノ方式ハ手形行爲トシテ支拂人ノ署名ヲ必要トス而シテ引受ハ支拂人ニ於テ手形ニ引受ノ旨ヲ記載シテ之ニ署名スルヲ普通ノ形式トス(法學博士岡野敬次郎氏日本手形法二四四頁)
- 二 手形ノ正式引受人ハ爲替手形ニ引受ノ旨ヲ記載シ支拂人署名スルニ依リテ之ヲ爲ス形式ノ比較的ニ完全ナルヨリシテ安全引受ト稱ス(法學博士松波仁一郎氏日本手形法七七七頁)
- 三 引受ハ手形行爲ナルカ故ニ支拂人カ手形ニ署名シテコレヲ必要トス支拂人カ口頭ニヨリ支拂チナスヘキコトヲ約スルコト若クハ暗黙ノ引受ナルモノハ認メラレサルナリ又支拂人ハ果シテ引受ノ意思ヲ以テ之ヲシタリト認ムヘキヤ否ヤチ問ハス苟モ支拂人カ手形上ニ於ケル署名アルトキハ引受アリタルモノト云フコトヲ得ルモノナリ只支拂人カ裏書人トシテ署名シタル場合ノ如キハ素ヨリ此限リニアラサルナリ(法學博士松本政治氏手形法大正四年早大講一六三頁)
- 四 引受ノ旨ヲ表示スルニハ必スシモ引受ナル文字ヲ用ユルヲ要セス承諾承知等ノ文字ヲ用ユルモノ可ナリ(法學博士毛戸勝元氏法律大辭書二一四一〇頁)
- 五 引受ハ爲替手形ニ其旨ヲ記載シ支拂人署名スルニ依リテ之ヲ爲ス正式ノ引受ヲ爲スニ付テハ必スシモ引受ノ二字ヲ記スルヲ要セス承知トスルモ承諾トスルモ效力ニ差支ナシ(法學博士青木徹二氏手形法論五九八頁)
- 六 引受ハ手形ニ其旨ヲ記載シ支拂人之ニ署名シ又ハ記名捺印スルニ依テ爲スモノナリ(法學士山内確三郎氏手形編大正三年日大講一七八頁)
- 七 引受ハ爲替手形ニ其旨ヲ記載シ支拂人之ニ署名スルニ因テ成立ス(法學士柳川勝三郎商法論編七六二頁)
- 八 引受ハ爲替手形ニ其旨ヲ記載シ支拂人之ニ署名スルニ依リテ之ヲ爲ス從テ引受ナル手形行爲ノ成立ニハ常ニ支拂人ノ署名ヲキ所ニ引受ナク手形ノ上ニ爲サレタル署名ニアラサル限り引受ヲ認ムルヲ得サルナリ(法學士須賀喜三郎氏手形法大正四年中法講一四六頁)
- 九 完全ナル引受ノ方式ハ左ノ要件ナカルヘカラス(一)引受ノ記載スルコト(二)引受人ノ署名(三)引受ノ旨ヲ記載之レニ

岡野博士  
松波博士  
松本博士  
毛戸博士  
青木博士  
山内博士  
柳川博士  
須賀博士  
矢野博士  
245 (商法)

岡野博士  
松波博士  
松本博士  
毛戸博士  
青木博士  
山内博士  
柳川博士  
須賀博士  
二學士  
水口トク  
矢部博士  
大阪地方  
勸判所

署名スル書面ハ爲替手形ニ限ルコト是ナリ(法學士矢部廉氏手形要論二二七頁)  
一〇 引受ハ爲替手形ノ原本ニ引受ノ旨ヲ記載シ支拂人之署名スルニ依リテ之ヲ爲ス手形ニ右金額支拂ノ儀御引受仕リ候ト記載シ之ニ署名スルカ如キヲ云ヒ之ヲ正式引受ト云フ(ドクトルユウリス水口吉藏氏手形法論三八〇頁)

【同上騰本又ハ補箋ニ爲サレタル引受ノ効力ニ關スル學說判例】

- 一 騰本ニ引受ヲ爲スナリ得ヘキヤ否ヤニ付テハ獨國學者其說ヲ異ニス然レトモ騰本ニ爲ス引受ハ手形上ノ効力ナシトスルヲ定説ト稱シテ不可ナルナシ我商法ニ於テ消滅説ヲ正當トスルハ手形行爲ノ方式ニ關スル各條ヲ比較セハ明ナリ(法學博士岡野敬次郎氏日本手形法二四五頁)
- 二 引受ハ手形ノ主債務者ヲ作ルモノナルヲ以テ手形以外ノ物ニ爲サシムルハ不適當ナリ手形ニ限ルモ全部引受ナレハ一度ニテ足リ一部引受タリトモ屢々生スルコトニ非サルヲ以テ騰本又ハ補箋ニ爲スコトヲ許ス必要ナシ(法學博士松波仁一郎氏日本手形法七七九頁)
- 三 我國ニテハ騰本補箋等ニ引受ヲナスコトヲ得ス(法學博士松本蒸治氏手形法大正四年早大講一六三頁)
- 四 引受ハ騰本又ハ補箋ニ於テ之ヲナスコトヲ得ス(法學博士毛戸勝元氏法律大辭書二一四〇頁)
- 五 爲替手形ノ騰本ニ爲スコトヲ要スルハ故ニ引受ハ原本ニ之ヲ爲スコトヲ要ス又補箋ニ爲スコトヲ要ス無効ナリ故ニ引受ハ手形ノ本紙ニ之ヲ爲スコトヲ要ス之レ亦裏書及ヒ保證ト異ナル所ナリ(法學博士青木徹二氏手形法論五九九頁)
- 六 引受ハ手形ニ之ヲ記載スルコトヲ必要トス手形ノ騰本又ハ補箋ニ之ヲ爲スコトヲ要ス(法學博士山内權三郎大正三年日大講一七八頁)
- 七 引受ハ騰本又ハ補箋ニ之ヲ爲スコトヲ得ス(法學士柳川勝二氏商法論七六二頁)
- 八 外國ニ於テハ手形ノ騰本ノ上ニ爲シタル引受ノ有效ナルヤ否ヤニ付テ多少ノ議論アルモ我手形法ノ解釋トシテハ之ヲ消滅ニ解決スルニ付キ何等疑ヲ挾ムノ餘地ナシ蓋法律ハ明ニ手形ノ上ニ引受ヲ爲スヘキコトヲ命スレハナリ(法學士須賀喜三郎同大正四年中大講一四七頁)
- 九 引受ハ手形ニ之ヲ爲スコトヲ要シ裏書ノ如ク其騰本又ハ補箋ニ之ヲ爲スコトヲ得ス(法學士吾孫子勝氏矢部廉氏商法通義六四九頁)
- 一〇 爲替手形ノ騰本又ハ補箋若クハ別個ノ書面ニ爲シタル引受ハ無効ナリ(ドクトルユウリス水口吉藏氏手形法論三八一頁)
- 一一 裏書ニ於テハ必スシモ手形其者ニ之ヲナスヲ要セス騰本ニナスモ亦ハ補箋ニ之ヲナスモ妨サルモ引受ハ爲替手形ニナラサレハ假令實際引受ヲナス意思ナルモ全然無効ナリ(法學士矢部廉氏手形法要論二二八頁)
- 一二 手形ノ引受ハ商法第四六八條ニ於テ單ニ爲替手形ニ爲スコトヲ規定シ補箋ニ爲シ得ヘキコトヲ明示セサルヲ以テ引受ハ必ス爲替手形自體ニ爲ササル可ラス(大阪地方明治四四一八九號判決・法律新聞七一九號二五頁)

【同上電報口頭又ハ別證ヲ以テ爲ス引受ノ効力ニ關スル學說判例】

- 一 支拂人口頭ヲ以テ支拂ヲ爲スヘキヲ約シ若クハ手形以外ノ書面ヲ以テ債務負擔ノ意思ヲ表示スルハ引受ニ非サルナリ暗黙ノ引受ナルモノナキモ亦當然ナリ(法學博士岡野敬次郎氏日本手形法二四四頁)
- 二 今日ニテモ稀ニ引受ハ必スシモ手形ニ爲スコトヲ要セストカ或ハ引受ハ手形ニ爲スコトヲ要スルヲ原則トスルモ或場合ニハ例外トシテ默示口頭又ハ別紙ノ引受ヲ許スヘシト云フ者アレトモ時勢ハ漸々進歩シ手形行爲ハ凡テ手形ニ記載シテ爲サシムルニ至リ今ヤ引受ハ必ス支拂人ノ署名ヲ要スルコトヲ爲リタリ(法學博士松波仁一郎氏日本手形法七七六頁)
- 三 引受ハ必ス手形ニ署名スルニヨリテ之ヲナスコトヲ要ス口頭又ハ手形以外ノ書面ニ依テ引受ノ意思ヲ表示スルコトアルモ引受トシテハ其効力ヲ認ムルコトヲ得サルモノナリ況ンヤ默示ノ引受ナキコトハ言テ待タルナリ(法學博士松本蒸治氏手形法大正四年早大講一五七頁)
- 四 引受ハ口頭又ハ別證ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論ナリ(法學博士毛戸勝元氏法律大辭書二一四〇頁)
- 五 別書面又ハ口頭引受モ亦無効ナリ之多數諸國ニ於テ引受カ手形行爲タルノ當然ノ結果トシテ認ムル所ナリアルゼンチン商法ハ口頭及ヒ別書面ノ引受ハ唯々當事者間ニ於テノミ効力ヲ生スルモノトセリ吾手形法上斯ル引受ヲ認ムル餘地ナキモ其引受者ニ對スル民法上ノ効力ハ之ヲ認ムルコトヲ得ス(法學博士青木徹二氏手形法論六〇〇頁)
- 六 手形以外ノ書面又ハ口頭ヲ以テ爲シタル支拂人ノ手形債務負擔ノ意思表示ハ引受トシテ手形上ノ効力ナキコト勿論ナリ(法學士須賀喜三郎氏大正四年中大講一四七頁)
- 七 手形上ノ債務ハ手形行爲ニ依リテノミ發生スヘキコトハ手形ノ性質上明ニシテ手形ノ引受ハ商法第四六八ノ規定ニ從ヒ爲替手形ニ其旨ヲ記載シ支拂人之署名スルカ又ハ支拂人カ爲替手形ニ署名シタル場合ニアラサレハ成立スルモノニ非ス故ニ引受ノ旨ヲ所持人ニ向ツテ電報ヲ發スルモ引受ノ債務ヲ生スヘキモノニアラス(大阪控訴明治三六年キ四九五號同年七月二五日判決・新聞一五五號一三頁)

【論旨第二點既存債務ト約束手形發行ニ關スル參照學說判例】

- 一 本書第八卷商法一五二頁
  - 二 同上二五五頁以下
- 判旨各點正當ナリ蓋シ第一點ハ商法第四六八條ノ解釋上疑ナク第二點亦既存ノ債務ニ付キ約束手形ヲ發行シタル場合別段ノ意思表示無キ限り之ヲ以テ更改又ハ代物辨濟ト爲ス能ハサルトコロナルカ故ニ判例ノ趣旨ヲ以テ正解トスヘク(本

岡野博士  
松波博士  
松本博士  
毛戸博士  
青木博士  
須賀博士  
大阪控訴  
院

書第七卷民法七七八頁評論參照第三點ハ論理當然ノ歸結ナレハナリ若シ夫レ第四點ニ至リテハ連帶保證ニ付キ民法第四三四條ノ適用アリ本條ハ連帶債務者ノ一人ニ對スル履行ノ請求ニ付キ絶對的效力ヲ認メ其結果トシテ時効中斷ニ付テモ亦絶對的效力ヲ生スルモノナルコトヲ認メサルヘカラスト雖モ是レ固ト理論ニ反スル定メナレハ移シテ以テ債務承認ニ付キ同様ニ論斷スル能ハス單ニ相對的效力有ルノミナレハ畢竟スルニ連帶保證人カ其保證債務ヲ承認スルモ其承認ニ因リテ主タル債務ノ時効中斷ノ效力ヲ生セスト爲シ得ケレハナリ

(五二)

五二五 約束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  
七 振出地

振出地ノ記載ニ付テハ法律上其形式ヲ定メサルカ故ニ苟クモ手形ノ上ニ振出地ト認ムルニ足ル記載存スレハ足ルモノトス  
約束手形ニハ振出地トシテ「東京府」ト記載シアリト雖モ振出人ノ肩書ニ「東京府下西大久保十八番地」ト記載シアルヲ以テ之ニ依リ手形ノ振出地ハ「大久保町」ナルコトヲ認メ得ルモノトス

東京地方  
裁判所  
判決

甲第一號證(表面ハ當事者間ニ成立ニ付キ爭ナク裏面ノ裏書部分ハ第三者ノ作成ニ係リ眞正ニ成立シタルモノト認ム)ニ依レハ被告カ訴外飯島浩ニ宛テ大正八年二月十日原告主張ノ如キ本件約束手形一通ヲ振出シタルコト並ニ裏書ノ事實ヲ認ムルニ足レ

リ被告ハ本件約束手形ハ適法ナル振出地ノ記載ヲ欠缺セルヲ以テ無効ナリト抗爭スルモ振出地ノ記載ニ付テハ法律上其形式ヲ定メサルカ故ニ苟クモ手形ノ上ニ振出地ト認ムルニ足ル記載存スレハ足ルモノトス而シテ本件約束手形ニハ振出地トシテ「東京府」ト記載シアリト雖モ振出人ノ肩書ニ「東京府下西大久保十八番地」ト記載シアルヲ以テ之ニ依リ本件手形ノ振出地ハ「大久保町」ナルコトヲ認ムルニ難カラズ仍テ本件手形ハ其振出地ノ記載ナシト謂フ能ハス被告ハ假ニ本件約束手形ノ形式完備スルモノトスルモ右手形ハ被告ノ法定代理人常務取締役永井外吉ニ於テ受取人訴外飯島浩ノ詐言ニ基キ錯誤ニ陥リ手形發行ノ意思ナキニ不拘之カ振出ヲ爲シタルモノナルヲ以テ本件約束手形ノ振出ハ當然無効ナル旨抗爭スレトモ之ヲ認ムヘキ何等ノ立證ヲ爲ササルヲ以テ之ヲ採用スルニ由ナク結局被告ハ適法ノ證據方法ヲ以テ被告ノ義務タル立證ヲ爲ササルニヨリ被告ノ異議ハ爲替訴訟ニ於テ許スヘカラサルモノトシテ之ヲ却下ス然ラハ被告ハ原告ニ對シ本件約束手形金一千二百七十六圓及之ニ對スル右手形呈示ノ翌日ヨリ年六歩ノ割合ニ依ル損害金ヲ支拂フヘキ義務アルヤ明ナリ(東京地方大正八年(カ)第二六九號同年五月三〇日民三部三橋裁判長推野大原各判事判決)

【關係事項】

原告勝訴○手形金請求爲替訴訟事件○原告石原三郎訴訟代理人辯護士中島鵬六被告東京護謄株式會社法律上代理人取締役永井外吉訴訟代理人辯護士吉岡福忠

【關係事項】

- 一本書第八卷商法一一六頁八頁以下
- 二 同上二九九頁

(五三)

一七七 取締役カ其任務ヲ怠リタルトキハ其取締役ハ會社ニ對シ連帶シテ損害賠償ノ責ニ任ス  
取締役カ法令又ハ定款ニ反スル行爲ヲ爲シタルトキハ株主總會ノ決議ニ依リタル場合ト雖モ其取締役ハ第三者ニ對シ連帶シテ損害賠償ノ責ニ任ス

一八三 監査役ハ取締役カ株主總會ニ提出セントスル書類ヲ調査シ株主總會ニ其意見ヲ報告スルコトヲ要ス  
 一八六 監査役カ會社又ハ第三者ニ對シテ損害賠償ノ責ニ任スヘキ場合ニ於テ取締役モ亦其責ニ任スヘキトキハ其  
 監査役及ヒ取締役ハ之ヲ連帶債務者トス  
 一八九 第一七九條及ヒ第一七九條ノ規定ハ監査役ニ之ヲ準用ス  
 一九〇 取締役ハ定期總會ノ會日ヨリ一週前ニ左ノ書類ヲ監査役ニ提出スルコトヲ要ス

一 財産目録

二 貸借對照表

三 營業報告書

四 損益計算書

五 準備金及ヒ利益又ハ利息ノ配當ニ關スル議案

一九二 取締役ハ第一九〇條ニ掲ケタル書類ヲ定時總會ニ提出シテ其承認ヲ求ムルコトヲ要ス

一九三 定時總會ニ於テ前條第一項ノ承認ヲ爲シタルトキハ會社ハ取締役及ヒ監査役ニ對シテ其責任ヲ解除シタル  
 モノト看做ス但取締役又ハ監査役ニ不正ノ行爲アリタルトキハ此限ニ在ラス

民法第七二條第二項 被害者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スルコトヲ得

商法ノ規定ニ依レハ株式會社カ其利益ヲ配當スルニ當リテハ先ツ取締役ニ於テ  
 貸借對照表損益計算書營業報告書及配當ニ關スル議案ヲ作成シテ之ヲ監査役ニ  
 提出シ監査役ハ其確實ナルヤ否ヤヲ調査シテ之ヲ株主總會ニ報告シ依テ其承認  
 ヲ求ムヘキモノトス  
 銀行會社ニ於ケル貸借對照表ノ公告ハ會社債權者及ヒ一般公衆ヲシテ其資産及  
 營業狀態ヲ公告セシムル唯一ノ手段方法タルト同時ニ之ト預金其他ノ取引ヲ爲  
 シ又ハ繼續シ又ハ廢止セントスル者カ其資産信用ヲ判斷スル上ニ於テ通常供セ  
 ラルヘキ重要ノ資料タルコト一般普通ノ狀態ナリトス

銀行株券ノ市價ヲ調査セスシテ預金ヲ爲シタルコトハ之ヲ以テ直ニ預金者ノ過  
 失ト爲スコトヲ得サルモノトス

先ツ被告浦生達藏須田林之輔風間吉藏菊地忠次郎ニ對スル原告ノ請求ニ付キ其當否  
 チ案スルニ被告等カ原告主張ノ如ク各其期間株式會社旭貯金銀行ノ取締役又ハ監査  
 役ヲ爲シ居タル事實並ニ同銀行カ大正三年十一月二十一日支拂ヲ停止シ大正四年二  
 月二十六日破産ノ宣告ヲ受ケ其決定ノ確定シタル事實ハ當事者間ニ爭ナキ所トス而  
 シテ原告カ同銀行ニ對シ大正三年三月三十一日金四百圓同年九月五日金百五十圓ヲ  
 執レモ年七分ノ利率ノ約ニテ一箇年定期ヲ以テ預入レタル事實ハ甲第二三號證ニ數  
 シ明カニシテ又原告主張ノ右預金ニ對シ同銀行破産管財人ヨリ原告自認ノ如キ配當  
 金以外ニ辨濟アリタル事實ハ之ヲ認ムヘキ何等ノ證左ナキナリ以テ本訴請求ニ係ル金  
 額ハ未ダ支拂ナク返還不能ニ陥リ結局原告ノ損失ニ歸シタルモノト認定セサルヲ得  
 ス仍テ右損害カ被告等ノ不法行爲ニ基因スルモノナルヤ否ヤヲ審案スルニ株式會社  
 旭貯金銀行カ明治三十七八年頃ヨリ明治四十二年三月頃迄ノ間ニ數萬圓ノ缺損ヲ招  
 キ爾來其額加ハリ加之同銀行取締役高橋藤兵衛カ明治三十七八年頃ヨリ大正三年十  
 一月中ニ至ル迄ノ間ニ同銀行金十數萬圓ヲ横領シタル爲メ達ニ破綻ノ窮境ニ陥リ前  
 掲ノ如ク支拂ヲ停止シ破産ノ宣告ヲ受ケタルニ至リタル事實並ニ取締役タル高橋藤兵  
 衛高橋英一カ共謀シ右缺損及横領ノ事實ヲ隱蔽シ同銀行ノ資産ノ確實營業ノ健全ヲ  
 裝ハンカ爲メ會社債權者ヲ害スル意思ヲ以テ明治四十二年以來藤兵衛外數名ノ名義  
 ナ藉リ當座預金貸越引手形ニ依ル貸出等ノ形式ヲ假裝シテ日記帳引手形記入帳  
 等ニ虛偽ノ記載ヲ爲シテ商業帳簿ヲ偽造シ虛偽ノ利息及割引料ノ收入ヲ算出シ存在  
 セサル利益チ之アルモノノ如ク詐リ計上シ因テ虛偽ノ貸借對照表其他損益計算書等  
 作成シテ毎決算期ニ會社財産中ヨリ不法ニ年九分ヲ下ラサル利益ノ配當ヲ爲シ來  
 リタル事實ハ成立ニ爭ナキ甲第四號證ノ一、二、四、甲第六號證甲第八號證ノ一乃至三

第九號證ノ一、三、四、甲第十一號證第十四號證並ニ證人高橋英一ノ證言ヲ綜合考證シテ之ヲ認定スルニ足レリトス而シテ株式會社カ其利益ヲ配當スルニ當リ先ツ取締役ニ於テ貸借對照表損益計算書營業報告書及配當ニ關スル議案ヲ作成シテ之ヲ監査役ニ提出シ監査役ハ其確實ナルヤ否ヤヲ調査シテ之ヲ株主總會ニ報告シ依テ其承認ヲ求ムヘキモノナルコトハ商法ノ命スル所ニ係リ株式會社旭貯金銀行ニ於テモ右手續ヲ履踐シテ年二回ノ毎決算期ニ利益配當ヲ爲シ來リタルモノニシテ高橋藤兵衛高橋英一ハ勿論被告等ニ於テモ或ハ取締役トシテ或ハ監査役トシテ其都度叙上ノ各任務ニ參與シタルモノナルコトハ前記ノ各證據並ニ成立ニ爭ナキ甲第十七號證ニ依リ之ヲ認定スルヲ得ヘシ又株式會社旭貯金銀行カ其公告ノ方法トシテ明治四十五年三月十日以前ハ東京區裁判所ノ公告スル新聞紙ヲ指定シ其後ニ於テハ所轄裁判所ノ公告ヲ掲載スル新聞紙ノ一種ニ公告スル旨變更シ各其登記ヲ爲シタルコトハ成立ニ爭ナキ甲第十六號證ニ徵シ之ヲ認メ得ヘク而モ同銀行カ株主總會ノ承認ヲ經タル貸借對照表ヲ毎決算期ニ右所定ノ公告方法ニ從ヒ公告ヲ爲シ來リタルコトハ成立ニ爭ナキ甲十七號證並ニ證人高橋英一ノ供述ニ徵シ明カナリトス然リ而シテ銀行會社ニ於ケル貸借對照表ノ公告ハ會社債權者及ヒ一般公衆ヲシテ其資産及營業狀態ヲ公告セシムル唯一ノ手段方法タルト同時ニ之ト預金其他ノ取引ヲ爲シ又ハ繼續シ又ハ廢止セントスル者カ其資産信用ヲ判斷スル上ニ於テ通常供セラルヘキ重要ノ資料タルコト一般普通ノ狀態ナルカ故ニ反證ナキ限り原告ニ於テ株式會社旭貯金銀行ニ對シ本件預金ヲ爲シ之ヲ繼續シ敢テ事前ニ其回收ヲ爲サザリシ所以モ畢竟前記虛偽ノ貸借對照表ノ公告ニ依リ同銀行ノ資産信用ヲ誤信シタル結果ナリト認定スルヲ相當トスヘク此認定ヲ覆ヘスニ足ルヘキ證據左ナシ以上說示ノ如クナルヲ以テ高橋藤兵衛高橋英一ノ行爲ハ執レモ其故意ニ出テタルコト明白ニシテ而シテ被告蒲生達藏須田林之輔風間吉藏菊地忠次郎等カ直接高橋藤兵衛高橋英一等ノ前記不正行爲ニ加擔シ若レクハ故意ニ之ヲ認許シタリト認ムヘキ證據十分ナラスト雖モ蒲生達藏ハ取締役又ハ監

査役トシテ須田林之輔風間吉藏菊地忠次郎ハ各監査役トシテ其任務ニ參與シナカラ同銀行ノ實情ヲ調査スルコトナク漫然高橋藤兵衛高橋英一等ノ不正行爲ヲ看過シテ分ノ調査ヲ爲サシテ虛偽ノ貸借對照表及ヒ不法ナル利益配當ヲ承認シ惹イテ之ヲ公告セシムルニ至リタル過失アルコトハ前掲證據並ニ甲第九號證ノ二、甲第五號證ヲ綜合シテ之ヲ認定スルニ足ルヲ以テ被告蒲生達藏須田林之輔風間吉藏菊地忠次郎等ニ回數不能ニ陷ラシメタル原因ヲ爲スモノト斷スヘク從テ被告蒲生達藏須田林之輔風間吉藏菊地忠次郎ノ四名ハ商法第七十七條第八十九條第九十六條ニヨリ連帶シテ原告ノ前記損害ヲ賠償スヘキ責任アルモノトス被告等ハ貸借對照表ノ作成公告ニ直接關與シタルコトナキモノナレハ自己ニ賠償責任ナキ旨抗爭スレトモ假令作此抗辯ハ採用スルニ由ナシ又被告等ハ旭貯金銀行ハ原告預金當時株券ノ市價拂込額以下ニシテ信用聲價ノ全クナカリシコトハ明カナル事實ニシテ此クノ如キハ原告ノ最モヨク調査スヘキコトナルニモ拘ラス何等調査スルコトナクシテ本訴ノ預金ヲ爲シタルモノナルハ本訴ノ損害ハ原告自信ノ過失ニ基クモノナリト抗爭スレトモ假令銀行株券ノ市價ヲ調査セスシテ預金ヲ爲シタルハトテ之ヲ以テ直ニ預金者ノ過失ト爲スカ如キハ其當ヲ得タルモノト認ムルヲ得サルヲ以テ此抗辯モ亦採用シ難シ以上說明ノ如クナルヲ以テ原告ノ預金殘額ニ相當スル損害賠償ノ請求ハ全部正當ナリトス而シテ一件記録中各訴狀送達證書ヲ檢スルニ送達ノ日時ニ前後アルモ大正四年八月十三日午前八時二十七分被告菊地忠次郎ニ對スル送達ヲ以テ最モ先トナスヘク同人ニ對スル請求ハ連帶債務者タル其他ノ被告等ニ對シテモ其效力ヲ及ホスヘキモノナルカ故ニ右訴狀送達ノ翌日タル大正四年八月十四日以降年五分ノ利息損害金ノ請求モ亦正當ナリトス(東京地方大正四年(ワ)第一〇六五號同八年五月一九日民三部三橋裁判長金子大原各判事判決)

青木博士

大審院

松波博士  
廣島控訴  
院

【關係事項】

原告勝訴○損害賠償請求事件○原告小島花訴訟代理人辯護士高木益太郎外二名被告浦生達藏外四名訴訟代理人辯護士末廣良三郎外十四名

【貸借對照表ノ虚偽公告ト不法行為ノ成立ニ關スル參照學說判例】

一 株式會社ノ取締役ニ貸借對照表ノ公告ヲ命シタル規定ハ實ニ其會社ニ既存ノ關係ヲ有スル者ノ爲メノミナラス一般公衆ノ利益ヲ保護セシカ爲メニ設ケタルモノナリ以テ尙モ取締役及ヒ監査役ノ過失ニ原因シテ右規定ニ反スル虚偽ノ公告アリタル爲他人ニ損害ヲ及ボシタルトキハ不法行為ノ責ニ任セサルヘカラス(法學博士青木徹二氏新商法釋義二四七頁)  
二 株式會社ノ取締役ニ貸借對照表ノ公告ヲ命シタル規定ハ實ニ其會社ニ既存ノ關係ヲ有スル者ノ爲メノミナラス一般公衆ノ利益ヲ保護セシカ爲メニ設ケタルモノナリ以テ尙モ取締役及ヒ監査役ノ過失ニ原因シテ右規定ニ反スル虚偽ノ公告アリタル爲他人ニ損害ヲ及ボシタルトキハ商法中ノ改正規定施行前ニ在リテハ民法第七百九條ノ規定ニ依リ不法行為ノ責ニ任セサルヘカラス(大審院明治四十四年オ二五二號同四年五月六日判決・民錄四五四)  
株式會社タル銀行ニ始メテ預金ヲ爲サントスル者ハ貸借對照表ノ公告ヲ自ラ見タルト否トニ關セニ其公告ニ原因シテ生シタル信用聲價等ニ信賴シテ取引ヲ爲スニ至ルハ世間普通ノ情狀ナルヲ以テ右公告ト預金行為トノ間ニ因果關係ナカリシ事情アリトセハ之ヲ主張スル者ニ於テ立證ノ責ニ任セサルヘカラス(同上明治四十四年オ二五二號同四年五月六日判決・民錄一八輯四五四)

【貸借對照表ノ虚偽公告ト監査役ノ不法行為ノ責任ニ關スル參照學說判例】

一 監査役ハ虚偽ノ貸借對照表ノ公告ニ付キ過失ノ責ヲ負フモノトス(法學博士松波仁一郎氏法曹記事第二三卷九號九〇七頁・本書第二卷附法三四〇頁)  
二 銀行ノ貸借對照表ヲ公告スルコトハ取締役ノ職務ニ屬シ監査役ハ其職務上之ニ關係ナキモノトス從テ縱令虚偽ノ公告ヲ爲シタル結果預金者ニ損害ヲ蒙ラシメタリトスルモ監査役ニ於テ責任ヲ負フコトナシ監査役力職務懈怠ニ因リ預金者ニ對シテ責ヲ負フ範圍ハ其職務ノ懈怠ニ依リ防止シ得ヘキ場合ニ限ルモノトス(新聞七三三號三九・評論五卷商法一六二)

五四

一五二 株金ノ拂込ハ二週日前ニ之ヲ各株主ニ催告スルコトヲ要ス  
株主カ期日ニ拂込ヲ爲ササルトキハ會社ハ更ニ一定ノ期間内ニ其拂込ヲ爲スヘキ者及ヒ其期間内ニ之ヲ爲ササルトキハ株主ノ權利ヲ失フヘキ旨ヲ其株主ニ通知スルコトヲ得且其期間ハ二週間ナドコトヲ得ス  
前項ノ規定ニ依リ會社カ株主ニ對シ其權利ヲ失フヘキ旨ヲ通知スルコトキハ會社ハ其通知スヘキ事項ヲ公告スルコトヲ要ス

水口博士

商法第一五二條第二項ニ定メタル適法ナル通知アリタルニ拘ハラズ其通知ヲ受ケタル株主カ期間内ニ拂込ヲ爲ササルトキハ其株主ハ第一五三條第一項ノ規定ニ依リ當然株主權ヲ失フヘキモノニシテ公告ノ有無ハ其失權ヲ來タサシムルニ何等ノ影響ヲ及ボササルモノトス

一五三第一項 會社カ前條ニ定メタル手續ヲ踐ミタル株主カ拂込ヲ爲ササルトキハ其權利ヲ失フ  
一五三ノ二 前條第一項ノ規定ニ依リ株主カ其權利ヲ失ヒタルトキハ會社ハ遲滞ナク其株主ノ氏名住所及ヒ株券ノ番號ヲ公告スルコトヲ要ス

大審院大正七年(オ)第三二八號同年一月一日民一部判決本書第八卷商法六五頁  
改正法律ハ第一五二條ニ一項ヲ加ヘ以テ第三項ノ規定ト爲ルニ至リタルモノナルヲ以テ第一五三條第一項ニ所謂前條ノ手續中ニ第三項ヲ包含スルヤ否ヤノ疑問アリ而シテ第三項ノ規定ハ未拂株主ニ對シテ其一定ノ期間内ニ拂込ヲ爲スヘキ旨ノ通知ハ之ヲ通知ノ外公告ノ方法ニ依リテ爲ササルヘカラサルコトヲ規定シタルモノニ非サルコトハ其規定ノ文書ニ依リテモ之ヲ認ムルヲ得即チ若シ第三項ノ規定ヲシテ未拂株主ニ對スル拂込ノ催告通知ノ外公告ニモ依リテ趣旨ナリシトセハ第三項ニ於テ其旨ヲ明カニシ其各個ノ未拂株主ニ對スル拂込ニ對スル通知ヲ公告スヘキコトヲ規定スヘキ筋合ナルニ斯ル趣旨ノ見ルヘキモノナク單ニ通知スヘキ事項ヲ公告スルヲ以テ足ルカ故ニ公告ニハ敢テ未拂株主ノ氏名住所番號ヲ掲クル必要ヲ見ス單ニ一定期間内ニ拂込ヲ爲スヘキ旨ヲ公告スルハ失權スヘキ旨ヲ公告スルヲ以テ足ル從テ右公告ハ固ト株式ノ上ニ權利ヲ有スル第三者ヲシテ豫メ株主ノ失權スルコトアルヘキ旨ヲ知ラシメ其失權ニ因リテ被ムルコトアルヘキ不利益ヲ避クルノ機會ヲ得セシムルヲ爲メ會社ニ要求シタル手續ニ外ナラサルモノト謂フヘク從テ第二項ニ定メタル適法ナル通



知アリタルニ拘ハラス其通知ヲ受ケタル株主カ期間内ニ拂込ヲ爲サルトキハ其株主ハ第一五三條第一項ノ規定ニ依リ當然株主權ヲ失フヘキモノニシテ公告ノ有無ハ其失權ヲ來タサシムルニ何等ノ影響ヲ及ボササルモノトス(ドクトルユウリス水口吉藏氏國家及國家學第七卷第三號「株主失權ノ要件ト商法第一五二條第三項」要領)

【參照學說】

本書第八卷商法六七頁以下

株主失權ノ要件トシテ拂込ノ催告竝ニ失權通知ノ手續ノ外第一五二條第三項ノ公告ヲ必要トスルヤ否ヤハ一ノ疑問タルヲ失ハスト雖モ該公告ハ失權豫告ノ性質ヲ有スルモノトシテ兼テ次條トノ比較ヨリ解釋論トシテ本論ト反對ノ卑見ヲ有スルモノナルコトハ曩ニ詳論セル所ナリ(本書第八卷商法六八頁)

(五五)

四八三

支拂ハ爲替手形ト引換ニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ要セス

五二九

支拂ヲ爲ス者ハ所持人ナシテ爲替手形ニ其支拂ヲ受ケタル旨ヲ記載セシメ且之ニ署名セシムルコトヲ得

水口ドク  
トル

支拂請求ノ爲メニ手形ヲ呈示シ其支拂ナキニ拘ハラス手形ヲ債務者ノ手ニ留置セシメタルトキハ既ニ手形ヲセシメタルトキハ其後ニ到リ支拂ヲ求ムルニ當タリテハ敢テ手形ノ引換ヲ要スルモノニ非スシテ唯口頭ノ請求ヲ爲セハ足ルモノトス

大審院大正七年(ホ)第九三一號同年一月二五日民二部判決

判旨ハ正當ナリ手形ハ受戻證券ナルヲ以テ手形債務者ハ手形ト引換ニ非サレハ手形

所持人ノ支拂ヲ請求スルモ之カ支拂ヲ爲スヲ要セサレトモ支拂請求ノ爲メニ手形ヲ呈示シ其支拂ナキニ拘ハラス手形ヲ債務者ノ手ニ留置セシメタルトキハ既ニ手形ハ債務者ニ對シ所持人ヨリ支拂ヲ求ムルカ爲メニ手形ヲ呈示シテ之ヲ交付シタルモノナレハ引換ナル方式ハ存在セルモノニシテ債務者ハ更ニ同一手形ノ交付ヲ求メ得ヘキモノニ非サレハ其後ニ至リ支拂ヲ求ムルニ當タリテハ敢テ手形ノ引換ヲ要スルモノニ非スシテ唯口頭ノ請求ヲ爲スニ至ルモノトス(ドクトルユウリス水口吉藏氏國家及國家學第七卷第四號九六頁「手形債權ノ請求方法」要領)

本論ハ手形所持人カ一旦手形ヲ法定期間内ニ呈示シテ支拂ヲ求メ而モ其支拂ナキニ拘ラス手形證券ヲ債務者ニ留置シタル場合ニ於テハ再度同一手形ノ交付ヲ求メ得ヘキニ非サルカ故ニ爾後ノ請求ハ口頭ヲ以テ爲セハ足ルト論セラルト雖モ是レ唯其請求ヲ爲スヲ妨ケサルノミ之ヲ以テ償還請求權保全ノ條件タル所謂支拂呈示ソノモノト同一ニ取扱フ能ハサルハ疑無キ所ナリ何者前者ノ場合ニ於テ若シ債務者カ支拂ヲ拒絶シテ手形證券ノ還付ヲ肯セサルニ於テハ債權者ハ所有權ニ基ク返還請求權ヲ主張シ手形ヲ回收シタル後ニ非サレハ償還請求權ヲ行使シ得サルニ反シ後者ノ場合ニ在リテハ直ニ該權利ヲ實行シ得レハナリ果シテ然ラハドクトルカ右ノ場合既ニ引換ナル方式存在スト爲シ爾後口頭ノ請求ヲ爲セハ足ルトノミ説述サレシハ論旨自體ハ固ヨリ不當ニアラスト爲スキモ其措辭ニ於テ聊カ穩當ヲ欠キ且ツ其委曲ヲ盡シテ餘蘊ナク釋明サレタルモノト爲ス能ハサルナキ歟

一三三 發起人カ株式ノ總數ヲ引受ケタルトキハ會社ハ之ニ因リテ成立ス此場合ニ於テハ發起人カ遲滞ナク株金ノ四分ノ一ヲ下ラサル第一回ノ拂込ヲ爲シ且取締役及ヒ監察役ヲ選任スルコトヲ要ス此選任ハ發起人ノ議決權ノ過半數ヲ以テ之ヲ決ス

一三七 株式ノ申込ヲ爲シタル者ハ其引受ケヘキ株式ノ數ニ應シテ拂込ヲ爲ス義務ヲ負フ

一四四 株主ノ責任ハ其引受ケタル株式ノ金額ヲ限度トス

一五二 株主ハ株金ノ拂込ニ付相殺ヲ以テ會社ニ對抗スルヲ得ス

株主カ期日ニ拂込ヲ爲ササルトキハ會社ハ更ニ一定ノ期間内ニ其拂込ヲ爲スヘキ旨及ヒ期間内ニ之ヲ爲ササルトキハ株主ノ權利ヲ失フヘキ旨ヲ其株主ニ通知スルコトヲ得但し其期間ハ二週間ヲ下ルコトヲ得ス

前項ノ規定ニ依リ會社カ株主ニ對シ其權利ヲ失フヘキ旨ヲ通知スルトキハ會社ハ其通知スヘキ事項ヲ公告スルコトヲ要ス

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

讓渡人カ拂込ヲ爲ササルトキハ會社ハ株式ヲ競買スルコトヲ要ス此場合ニ於テ競買ニ依リ得タル金額カ滯納金額ニ滿タサルトキハ從前ノ株主ナ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

一六三 左ニ掲ケタル行爲ハ之ヲ商行為トス(以下省略)

一六四 左ニ掲ケタル行爲ハ營業トシテ之ヲ爲ストキハ之ヲ商行為トス但專ラ貨金ヲ得ル目的ヲ以テ物ヲ製造シ又ハ勞務ニ服スル者ノ行爲ハ此限ニ在ラス(以下省略)

一八五 商行為ニ因リテ生シタル債權ハ本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外五年間之ヲ行ハサルトキハ時効ニ因リテ消滅ス但他ノ法令ニ之ヨリ短キ時効期間ノ定アルトキハ其規定ニ從フ

民法一六七第一項 債權ハ十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス

株式ノ引受ハ第二六三條第二六四條所定ノ執レニモ該當セサルモノナルヲ以テ之ヲ絕對的ニモ相對的ニモ商行為ト爲スコトヲ得ス從テ該引受ヨリ生シタル債

權ニ第二八五條ノ適用アルヘキモノニ非ス

一般ノ株金拂込ノ義務ハ時効ニ因リテ消滅スヘキモノニ非ス

各個ノ拂込要求ニ基ク株金拂込義務モ株主タル資格ニ於テ之ヲ負擔スルモノナレハ其株主タル資格ヲ保有スル間ハ株主ハ假令拂込催告後十年ヲ經過スルモ拂込ヲ爲ス義務アルモノトス

株主權喪失ノ手續ニ因ル不足額拂込ノ責任ヲ課シタル事實ニ依リテ前ノ株金拂込義務消滅シ更ニ不足額拂込ノ責任トシテ之カ拂込ヲ爲ス義務ヲ負ヒ此義務ハ時効ニ因リテ消滅スルモノトス

判旨ハ正當ナリ商法第二八五條ハ商行為ニ因リテ生シタル債權ニノミ適用アルモ其他ノ債權ニ適用アルヘキニアラス而シテ株式ノ引受ハ第二六三條第二六四條所定ノ執レニモ該當セサルヲ以テ之ヲ絕對的ニモ相對的ニモ商行為ト爲スコトヲ得サルヤ明カトス從テ該引受ヨリ生シタル債權ニ第二八五條ノ適用アルヘキニアラス蓋シ株式引受行爲ハ法律行爲タルコト疑ナシト雖モ其引受行爲ハ株式會社設立當時ニ在リテハ會社設立ニ要スル資本ヲ齎出スル目的トシ會社設立ノ手續トシテ之ヲ爲スモノニシテ其行爲ノ本質ニ於テ商の性質ヲ有スルモノニ非サレハ之ニ商行為性ヲ認メ得ヘキモノニアラス而シテ又第二六五條ノ附屬的商行為ハ商人ノ營業ノ爲メニシタル行爲ニ就テノミ之ヲ認メ得ヘキモノニシテ會社設立ノ爲メノ株式引受ハ營業ノ爲メニシタル會社ノ行為ト認メ得ヘキモノニ非スシテ株式申込人ハ將來商行為ヲ爲スヲ業トスル會社設立ノ爲メニシタル行爲ナルヲ以テ之ニ第二六五條ヲ適用シテ商行為性ヲ賦與シ得ヘキモノニアラス

松波博士

【論旨第一點株式引受ハ商行爲ニ非ストスル同趣旨學說判例】

一 株式ノ引受ハ商行爲ナルヤ否ヤニ關シテハ稍議論アリ殊ニ會社力資本ヲ增加スル場合ニ於テハ議論アルモ今ハ殆ト之ヲ商行爲ニ非ストスルニ一定セントス(會社法七一七)

果シテ然ラハ株式義務ニハ民法ノ一般債權ノ消滅時効ニ關スル規定ヲ適用スヘキモノナルヤ一般ノ拂込義務ハ株主タル資格ニ伴ヒ負擔スル義務ナルヲ以テ其資格ヲ存スル間ハ株主ハ引受ケタル株式ノ株金ヲ拂込ムヘキ義務アルモノナレハ時効ニ因リテ消滅スヘキモノニ非サルコトハ異論ナカルヘシ但タ各個ノ拂込要求ニ基ク株金拂込義務カ時効ニ因リ消滅スヘキモノナルヤ否ヤハ問題ナリ拂込報告ニ基ク拂込請求權ハ純然タル債權ナリト立論スルニ於テハ其拂込義務ハ當然時効ニ因リ消滅スルモノト爲スヘキカ如シト雖モ爾ク速斷シ得ヘキモノニアラス何トナレハ各個ノ報告ノ拂込アルニアラサレハ敢テ拂込ヲ爲スノ要ナシト雖モ其報告ニ基キ拂込ヲ爲スヘキ義務モ依然トシテ株主タル資格ニ於テ之ヲ負擔スルモノナレハ其株主タル資格ヲ保有スル間ハ株主ハ假令拂込報告後十年ヲ經過スルモ拂込ヲ爲スノ義務アリト爲スヘキナリ法カ認ムル株主權喪失ノ手續ハ會社ハ之ニ依ルト否トハ會社ノ自由ナルヲ以テ此手續ニ依ラスシテ株主權ヲ保留シ拂込ヲ爲サシムルコトヲ妨ケラズルモノニアラスト謂フヘク而シテ拂込義務ハ株主タル資格ニ伴フモノナレハ其繼續スル間ハ之カ拂込義務アリト爲スヘキナリ然カモ之ノ手續ニ因リ消滅スルコトナク此手續ニ因リ消滅シタル事實ニ依リテ前ノ拂込責任ハ時効ニ因リ消滅スルコトナク且不足額拂込義務カ時効ニ因リ消滅シ得ルモノト解スヘキナリ蓋シ不足額拂込義務ハ法律カ失權株主ニ認メタル責任ニ基キ之ヲ負擔シ株主タル資格ニ伴ヒ之ヲ負擔スルモノニ非サレハ純然タル會社ノ有スル債權トシテ之ヲ認メ得レハナリ(ドクトルユウリス水口吉藏氏國家及國家學第七卷第四號九一頁「株式引受爲ノ性質」要領)

青木博士  
大審院  
東京控訴

【論旨第二點第三點株金拂込義務ノ時効ニ付テノ學說判例】

一 株主ノ出資義務ハ株主カ社員タル地位ヲ有スルニ因リテ會社ニ對シテ負ヘル義務ニシテ單純ナル債務ニアラス之ヲ特定ノ金額ノ拂込ヲ爲サシムヘキコトカ確定シタル場合ニ於テ其拂込ヲ爲スノ義務ト區別セサルヘカラス權利ノ側ヨリ云ヘハ株主ナシテ出資ヲ爲サシムルコトヲ得ルノ權利ト特定ノ金額ヲ請求スル債權ト區別セサルヘカラス故ニ特定ノ拂込金額請求權ハ民法第一六七條第一項ノ規定ニ依リテ時効ニ因リテ消滅スヘキ株主ナシテ將來ニ向テ出資ヲ爲サシムルコトヲ得ル權利ハ株主權ニ伴ヒ其消滅ニ至ルマテ存續スヘク時効ニ因リテ消滅スルコトナキモノナリ(法學博士松本滋治氏會社法講義二八八頁)會社カ株主ニ對シテ有スル特定金額ノ拂込ヲ爲サシムル請求權ハ株主ノ出資義務ニ對スル權利ニ基キ特定金額ノ拂込ヲ命シタルトキ發生スルモノトス

青木博士  
竹田博士  
法曹  
261 (商法)

二 株式申込ハ一ノ商事ナレトモ商行爲ニ非ス唯商人カ其營業ノ爲メニ之ヲ爲ストキニ附屬商行爲ト爲ル(會社法論三一九)三 株式會社ノ資本ハ會社構成ノ一要素ナ爲スモノニシテ會社設立ノ場合ニ於ケル株式引受ハ勿論既設會社カ資本增加ノ爲メニ發行スル新株式ノ引受行爲ハ執レモ商行爲ニアラサルコトハ商法中商行爲ニ關スル規定ニ照シ明ナリ(大正四年(オ)七三七號同年一月二日判決評論五卷商法二六頁)四 株金拂込ノ義務ハ株式引受ニ因リテ生スルモノトス而シテ株式ノ引受ハ商行爲ニ非ス(明治四三年(オ)二七一號同年一月三日判決民錄一六輯九三七頁)五 株金拂込ノ義務ハ株式ノ引受ニヨリテ生シ株式ノ引受ハ商行爲ニアラサルヲ以テ株金拂込ノ義務ニ付テハ商法第二八五條ノ適用ナク其義務ハ民法第一六七條第一項ニヨリテ十年ノ時効ニヨリテ消滅スヘキモノトス(大正五年三六四號同六年一月二日判決新聞一二五一判決二一頁)

一 株主ノ出資義務ハ株主カ社員タル地位ヲ有スルニ因リテ會社ニ對シテ負ヘル義務ニシテ單純ナル債務ニアラス之ヲ特定ノ金額ノ拂込ヲ爲サシムヘキコトカ確定シタル場合ニ於テ其拂込ヲ爲スノ義務ト區別セサルヘカラス權利ノ側ヨリ云ヘハ株主ナシテ出資ヲ爲サシムルコトヲ得ルノ權利ト特定ノ金額ヲ請求スル債權ト區別セサルヘカラス故ニ特定ノ拂込金額請求權ハ民法第一六七條第一項ノ規定ニ依リテ時効ニ因リテ消滅スヘキ株主ナシテ將來ニ向テ出資ヲ爲サシムルコトヲ得ル權利ハ株主權ニ伴ヒ其消滅ニ至ルマテ存續スヘク時効ニ因リテ消滅スルコトナキモノナリ(法學博士松本滋治氏會社法講義二八八頁)會社カ株主ニ對シテ有スル特定金額ノ拂込ヲ爲サシムル請求權ハ株主ノ出資義務ニ對スル權利ニ基キ特定金額ノ拂込ヲ命シタルトキ發生スルモノトス

二 株式申込ハ一ノ商事ナレトモ商行爲ニ非ス唯商人カ其營業ノ爲メニ之ヲ爲ストキニ附屬商行爲ト爲ル(法學博士青木徹二氏會社法論三版三一九頁)三 株主ニ對スル株金拂込請求權ハ所謂社員權ノ一作用ニシテ此請求權ハ定款ニ拂込時期ノ定メアルトキハ其時期ノ到來ニ因リ定款ニ定メナキトキハ其時期ヲ定ムル權限アル者ニヨリテ定メラレタル時ヨリ時効カ進行スルモノトス株主ニ對スル株金拂込請求權ハ商法第二八五條ノ短期時効ニ服スヘキモノニアラス(法學士竹田省氏京都法學會雜誌第二卷第百九頁)四 會社社員ノ出資義務並ニ株主ノ株金拂込義務ハ時効ニ因リテ消滅スヘキニ非ス(法曹會決議法曹記事第二卷第一二號九九頁本書第四卷商法四九〇頁)

東京控訴院

岡野博士

片山博士

大審院

東京地方裁判所

五 株式會社ノ資本ハ會社構成ノ一要素ヲ爲スモノニシテ會社設立ノ場合ニ於ケル株式引受ハ勿論既設會社カ資本増加ノ爲メニ發行スル新株式ノ引受行爲ハ孰レモ商行為ニアラサルコトハ商法中商行為ニ關スル規定ニ照シテ明ナルノミナラス既設會社カ營業ニ要スル流通資本ヲ増加スルノ目的ヲ以テ定款ノ規定ヲ變更シ資本増加シテ新株式發行スル場合ニ在リテ新株式發行シ之カ割宛ヲ爲ス行爲ハ商法第二六五條ニ所謂商人カ其營業ノ爲メニ爲スル行爲ニ該當セサルヲ論テ俟タサレハ株主カ其引受ケ又ハ讓受ケタル株金拂込ノ義務ニ對スル會社ノ債權ハ同法第二八五條ノ短期時効ニ服スヘキ債權ニ該當セス(大審院大正四年(オ)第七三號同年十一月二十日判決本書第五卷商法二六頁)

六 株金拂込ノ義務ハ株式引受ニヨリテ生シ株式引受ハ商行為ニ非サルヲ以テ株金拂込ノ義務ニ付テハ商法第二八五條ノ適用ナク其義務ハ民法第一六七條第一項ニヨリテ十年ノ時効ニヨリテ消滅スヘキモノトス(東京控訴院大正五年(オ)第三六四號同六年一月二日判決本書第六卷商法一三四頁)

【論旨第四點株主失權手續ニ依リ株主ノ義務消滅スルヤ否ヤニ關スル學說判例(一)積極說】

一 義務ノ方面ヨリ觀察スルニ學者ハ失權ノ後ニ於テモ尙ホ義務ヲ負擔スト論スト雖モ余ハ株主權ノ本質ヨリ論シテ株主權ノ喪失ハ尙ホ其株主ノ權利ノ消滅ヲ來スモノナラス義務モ亦消滅スト解スルヲ正當ナリト信ス(法學博士岡野敬次郎氏會社法法學院講二一四頁)

二 株主カ其ノ「權利ヲ失フ」ト謂ヘルハ權利ノミナシトモニシテ義務ハ消滅セサルモノナルカ曰ク然ラス夫レ權利ハ之ヲ失ヒテ義務獨リ殘存スト謂フハ株主權ノ性質ニ反ス株主トシテ權利義務ハ必ス合一スヘキ觀念ナリ故ニ法文ニ「權利ヲ失フ」ト謂ヘルハ株主權ヲ失フノ意ニ併セサルヘカラス即チ權利ヲ失ヒタル株主ハ最早株主ニ非ス株金拂込ノ義務ノ方面ノミノ關係ニ於テ株主タルニモ非ス絕對ニ株主ニ非サルナリ商法カ「從前ノ株主」ト謂ヘルハ現ニ株主ニ非サルコトヲ示ス此點ニ付キ反對說アリト雖モ誤レリ(法學博士片山義勝氏株式會社法論四八頁)

第一三五條第一項第三項ノ規定ハ其文字ノ示ス如ク「讓渡人」及「從前ノ株主」ノ保證的責任ヲ法定レタルモノニシテ株金拂込義務カ依然トシテ殘存スルコトヲ示スモノニ非ハ要旨スレハ株式讓渡人ハ其ノ讓渡ヲ以テ會社ニ對抗スルコトヲ得ル場合ニ於テモ尙一定ノ期間内ニ限り不足額辨濟ノ責任アルコトヲ定メタルニ過キキ會社ハ普通ノ場合ニ於テ讓渡人ニ對シテ拂込ヲ催告スルコトヲ得即チ株金拂込義務ノ殘存スルモノニ非サルナリ(同上株式會社法論四六九頁)

三 株主ノ權利トハ株式即チ義務ヲ包括スル一種ノ權利ヲ指稱スルニ外ナラサレハ株主ニシテ其權利ヲ失フ以上ハ株式エ付キ何等ノ關係ナキニ至リ其結果株主タル資格ヲ喪失スルモノトス(大審院明治三五年(オ)六八八號同三六年三月二日判決民錄九輯三三四頁)

四 同第五百三條第一項ニ依リ其權利ヲ失ヒタル者ハ單ニ其會社ニ對シ有セシ株主タルノ權利ノミヲ喪失シタルニ非スシテ

【同上(二)消極說】

一 株主カ失權スルトキハ所謂從前株主ト爲ル從前株主ハ株主ノ權利ヲ失フモ義務ハ之ヲ免レストシ屢其失權後ニ滯納金額ヲ辨濟スルコトアリ其場合ニハ彼ノ再ヒ株主ト爲ルモ可ナリ(法學博士松波仁一郎氏日本會社法八八〇頁)

二 株主カ失權ニ因リ其資格ヲ喪失スルモ既生ノ株金拂込義務ヲ免レシムルモノニアラス又株式讓渡不足金拂込義務ハ株金拂込ノ義務ニ外ナラサレハ該不足金ヲ拂込ムニ至ル迄ノ延滞利子ハ當然失効株主ニ於テ負擔スヘキモノトス(法學博士松本滋治氏法學協會雜誌第三五卷第四號一五九頁本論第六卷商法三七八頁)

三 株主ハ失權ノ制裁ヲ受クルト雖モ之カ爲メニ其義務ヲ免ルヘキニ非ス此點ニ付テハ我商法ニハ獨逸商法ノ如ク其旨ヲ明示セサルヲ以テ吾國裁判所ノ判決理由等ニ於テ往々反對ノ說明ヲ散見スレトモ後ニ述フヘシ該不足額辨濟ノ義務ヲ認メタル法意ニ照シテ斯ク決スヘキナリ即チ拂込懈怠ノ株主ハ株主タル權利ハ之ヲ喪失スレトモ義務者タル地位ハ之ヲ脫スル能ハサルモノト論セサルヘカラス(法學博士青木徹二氏會社法論四二五頁)

四 失權處分ヲ受ケタル株主ハ株主タル權利ヲ全然喪失スルコトト爲ルハ固ヨリナレトモ之レト同時ニ義務ヲモ全然免ルルモノニ非ラサルコトハ商法一五二條ノ規定ニヨリテモ明ナリ(法學博士三橋久美氏明治學報第一〇一號二五頁)

獨逸商法ハ此點ニ關シ明文ヲ置キ(二一九條四項末文)失權後ノ拂込ニ付テモ尙責任アルコトヲ規定スレトモ我商法ニハ斯ノ如キ規定ナキヲ以テ失權處分後ハ最早株金拂込ニ付テハ全然義務ヲ免ルモノナリト說明セルモノ多シト雖モ余ハ寧ロ商法一四四條及ヒ一七七條ヨリ且株主ト爲レルモノハ一五四條ノ場合ノ外ハ其後株主タル權利ヲ失フモ又或ハ株式讓渡スルトモ株金拂込ノ義務ヲ免レサルモノト信ス(同上二六頁)

五 株主カ株式ヲ讓受クルニ當リテハ株金拂込義務ヲ怠リタル場合ニ於ケル延滞利子ヲ支拂フヘキコトヲ承諾シタルモノト云フ可ク其拂込ヲ滯納シタルカ爲失權シタル後ト雖モ尙ホ株金拂込ノ義務ヲ免ルヘキモノニ非サルハ勿論之ニ附隨スル延滞利子支拂ノ義務ヲモ依然負擔セルモノト謂ハサルヲ得ス(東控大正二年(ネ)一一號同年七月十九日判決評論二卷商法二三五頁)

商法第一五三條第一項ノ規定ニ依リ失權シタル株主ト雖モ株主タル義務ヲ免ルモノニアラス故ニ其株主ノ有スル株式ヲ讓渡シ尙滯納金存スルトキハ從前ノ株主カ假令株式カ他人ヨリ讓受ケタルモノナリト雖モ其讓受ケタル株式ノ金額ヲ限度トシテ拂込義務ヲ負擔スルモノトス(同上明治四五年(ネ)四三五號大正元年(オ)二月二日判決新聞八三六號二三評論一卷商法二三八頁)

株金 拂込ヲ爲ササルニヨリ株主權ヲ失ヒタル場合ト雖モ其義務ハ免脱シ得サルモノナルカ故ニ定款ノ所定ニ從ヒ之ニ伴フ連

岡野博士

松波博士

松本博士

青木博士

柳川學士

約金ノ辨濟義務ヲ負フ(同上明治四三年二月一四日判決彙報六卷一三〇頁)  
商法第五十三條第一項ニ所謂株主カ拂込ヲ爲サルトキハ其權利ヲ失フトハ單ニ其株主ハ會社ノ利益ノ爲メニ其權利ヲ失フ  
トノ注意ニシテ其資格ヲモ之ヲ失フトノ旨趣ニアラス故ニ同條第三項ノ競賣ニ依リ競賣人カ取得シタル株式ハ同條第一項ニ所  
謂株主ノ移轉シタルモノニシテ該株主ハ即競賣人ニ對シテハ讓渡人ナリトス(同上明治三五年(ネ)六九八號同年一〇月一〇日  
判決新聞一〇〇號七頁)

【論旨第四點從前株主又ハ株式讓渡人ノ不足額拂込義務ニ關スル參照學說判例】

- 一 競賣ニ因リテ得タル代金カ滯納金額ニ滿タサル場合ニ於テハ其不足額ハ失權株主ナシテ之ヲ辨濟セシムルヲ得ヘク若シ二週  
間内ニ之ヲ辨濟セサルトキハ讓渡人ニ對シテ之ヲ請求スルヲ得(會社法學院講二二六頁)
- 株式競賣ニ因リテ得タル代金滯納金額ニ滿タサル場合ニ於テ失權株主其不足額ヲ辨濟セサル(カラサル義務アルト從來ノ義務  
ノ存スルニアラスシテ法律ノ特ニ命ジタル負擔ト云フヘシ)(法學博士岡野敬次郎氏會社法學院講二二四頁)
- 二 會社カ株式ノ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來ノ株主ナシテ其不足額ヲ辨濟セシムルコトヲ得若  
シ從前株主カ二週間内ニ不足額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(法學博士松波仁一郎氏  
日本會社法八九四頁)
- 三 若シ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ナ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(法學博士松本治氏會社法講義二  
九五頁)
- 四 競賣ニ因リテ得タル金額カ滯納金額ニ滿タサルトキハ會社ハ從前ノ株主(失權株主)ナシテ其不足額ヲ辨濟セシムルコトヲ  
得ヘシ蓋シ株主ハ株金拂込懈怠ノ結果株主タル權利ヲ失フモ絕對的ニ會社關係ヨリ離脱スル能ハスシテ其株主拂込義務ノミハ  
依然トシテ之ヲ負擔スルモノナルヲ以テ會社カ在ラズル手續ヲ履ムモ所受ノ金額ヲ取ル能ハサルニ於テハ更ニ從前ノ株主ニ復  
歸シテ請求セシムルヲ適當トスレハナリ此不足額請求權ハ最後ノ手續ナルヲ以テ其強制履行ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得ヘシ  
(法學博士青木徹二氏會社法論四三三頁)
- 株式讓渡人ハ株金拂込ニ關スル擔保責任ヲ負擔ス故ニ現在ノ株主カ前述ノ手續ニ依リ再度ノ催告ヲ受クルモ拂込ヲ爲サスシテ  
其權利ヲ失ヒタル場合ニ於テハ會社ハ二週間ヲ下ラサル一定ノ期間ヲ定メ株式ノ各讓渡人ニ對シテ其期間内ニ拂込ヲ爲スヘキ  
旨ノ催告ヲ發スルコトヲ要ス(同上四二六頁)
- 五 失權株主カ讓渡ニ因リテ株主ト爲リタルモノナルトキハ會社ハ其讓渡人ニ對シテ二週間以上ノ期間ヲ定メ其期間内ニ讓受  
株主ノ支拂ハサリシ株金額ヲ拂込ムヘキ旨ノ催告ヲ發スルコトヲ要ス但讓渡力相次イテ數回行ヘタルモノナルトキハ會社ハ  
其各相次讓渡人ニ對シテ右ノ催告ヲ爲スヘキモノナリ而シテ此場合ニ於テ催告ヲ受ケタル讓渡人中最先ニ株金ノ滯納額ヲ拂込  
ル者其株式ヲ取得スルニ至ルヘシ(法學士柳川勝二氏商法論二二九頁)

參考書  
大審院  
東京控訴院

六 現行商法一八二條ニ於テハ株金半額拂込前ノ株式讓渡人ニ限リ其株金未納額ノ擔保義務ヲ負フモノト爲スト雖モ此ノ如キ  
寛大ナル規定ハ株主ト會社トノ間ニ存スル利害ノ關係ヲシテ薄弱ナラシメ會社ノ資本ナシテ有名無實タラシメ株式ノ投機の取  
引ヲ獎勵スヘキカ故ニ本案ハ多數ノ立法例ニ倣ヒ株金全額拂込前ニ爲シタル株式讓渡人ナシテ盡ク擔保義務ヲ負ハシメタリ  
(修正案參考書一四三頁)

七 株式會社カ現株主以外ノ者ニ對シ株金ノ拂込ヲ請求スルノ權ハ商法第一五二條及ヒ第一五三條ノ手續ヲ踐ミタル後同條所  
定ノ株式讓渡人並ニ從前ノ株主ニ對シテノミ存スルモノニス(大審院明治三六年(オ)一六二號同年五月二三日判決民錄九輯六  
三七頁)

八 所謂株式ノ競賣ハ株主若クハ其前者タル株式讓渡人カ各自會社ニ對シ負擔セル株金ノ支拂若クハ其擔保義務ヲ履行セサル  
カ爲メ會社ノ蒙リタル損害賠償ノ方法トシテ履踐スヘキ手續ニシテ此競賣ニ依リ會社ノ取得シタル金額カ滯納金額ニ滿アルト  
キハ會社ハ其損害ヲ填補スルヲ得ヘキモノニ滿タサル場合ニ於テ所謂不足額ナルモノヲ生スルヲ以テ其支拂ヲ求ムルハ即チ會  
社カ株主及ヒ株式讓渡人義務不履行ニ基キ蒙リタル損害ノ填補ヲ求メントスル所以ニシテ其不足額ハ損害ニ該當スヘキモノト  
ス(東控明治四年(ネ)六〇四號同年一月一七日判決新聞六一六號一〇頁)

論旨第一點ハ結果ニ於テ贊同スルモ其論理的構成ニ於テ吾人聊カ嫌厭タラサル  
モノアリ即チ吾人ハ株式引受行為ヨリ生シタル債權ノ商法第二八五條ノ適用ナ  
キハ之カ商行為性ノ判定ヨリスルニ非スシテ該出資義務ハ結局社員權關係ニ立  
脚スルモノナルカ故ニ之ニ對スル權利ハ會社ノ消滅ト終始ス從テ消滅時効ニ關  
スル規定ノ適用問題發生セサルモノナリト爲スモノナリ蓋シ商行為性ノ判定論  
ヨリスレハ株式引受人カ其營業ノ爲メ株式ノ引受ヲ爲シタルトキハ附屬的商行  
爲ヨリ生シタル債權トシテ時効問題ト關聯ヲ有スルノ結果ニ墮スルコトアリト  
スレハナリ

同第二點ハ正當ナリ

同第三點ニ對シテハ左袒スル能ハス蓋シ吾人ハ株主ノ負擔スル一般の義務ハ株

主タル資格ト相伴フモノナルカ故ニ消滅時効ノ問題ヲ生スルコトナシト雖モ各  
個ノ具體的株金拂込義務ハ縱シ株主タル資格ヲ有シタルカ爲メ發生シタリトス  
ルモ既ニ會社ノ具體的請求權ト成リタル以上ハ純然タル一般債權ト其撰ヲ異ニ  
スヘキ理由ナキコト株主ノ有スル利益配當請求權ト同一ニ論スルコトヲ得ヘシ  
ト解スレハナリ(本書第五卷商法六七八頁第四卷商法四九一頁評論參照從テ又論  
旨第四點ニ付テモ吾人ハ所謂從前株主ノ不足額拂込義務ハ株主失權手續ニ依リ  
テ新ニ發生セル義務ニアラス既生ノ株金拂込義務ト同一ノモノナリト解シドク  
トルノ高見ト其軌ヲ同シウセサルナリ

五七

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習法ナキトキハ民法ヲ適用ス

一一九 株式會社ノ設立ニハ七人以上ノ發起人アルコトヲ要ス

民法六六七 組合契約ハ各當事者力出資ヲ爲シテ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス

出資ハ義務ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得

發起人團體ヲ以テ民法ノ組合ナリトナスハ妥當ナラスト雖モ發起人團體ハ既成  
典型契約中組合契約ニ最モ類似スルカ故ニ商法カ發起人ニ付キ特ニ定メタル規  
定及之カ適用ノ結果ニ抵觸セサル限リ組合ノ規定ヲ準用シ得ヘキモノトス

發起人カ株式會社設立ヲ目的シ相互ヲ羈束スヘキ契約ヲ締結シタル場合換言スレハ  
發起人團體ヲ組織シタル場合ニ其契約ノ性質如何之ニ對シテ民法上ノ組合ノ各當事  
者力出資ヲ爲シテ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ要スト雖モ其成立手續ノ遂行ヲ目シテ事

業ヲ營ム者ト謂フコトヲ得ヘカラストノ見解ハ輕ク肯定スヘカラス余ハ會社ノ設立  
ハ組合ノ目的タル共同事業タルヲ妨ケスト信ス乍併發起人ハ全員必ス常ニ設立ノ爲  
メ財產又ハ義務ノ出資ヲ爲スモノトノ主張ハ現在ノ實際社會ノ狀態ト一致セス蓋シ  
發起人中ノ或者ハ單ニ定款ニ署名捺印セル以外何等ノ財產又ハ義務ノ出資ヲ爲サザ  
ルコト決シテ稀ナラサレハナリ而シテ發起人カ其信用ヲ以テ株式ノ募集株金ノ拂込  
等設立ノ遂行ニ便スルハ今日實際ニ於テ頻繁ニ見ル事例タリ然レトモ之レ亦必スシ  
モ常ニ然リト爲スヲ得サルノミナラス信用ヲ以テ組合ノ出資トナシ得ルヤ否ヤニ付  
テハ今日尙未タ多大ノ異說アリテ速ニ決定スル能ハサルモノアリ殊ニ發起人カ單ニ  
定款ニ署名シ又ハ株式申込證ニ其名ヲ列記セシメタルヲ以テ直チニ信用ノ出資ナリ  
ト解スヘキヤ否ヤニ付テモ亦多大ノ疑義ナキ能ハス蓋シ發起人カ定款ニ署名シ又ハ  
株式申込證ニ其氏名ヲ掲記スルカ如キハ其本來ノ趣旨ニ於テハ單ニ自己カ發起人タ  
ルコトヲ確定又ハ明示スルニ止マリ偶々信用アルモノカ發起人タリシカ故ニ株式ノ  
募集又ハ株金ノ拂込等ニ利便アリシト云フカ如キハ單ニ其結果タルニ過キスシテ之  
ヲ以テ必スシモ發起人カ當初ヨリ其信用ヲ出資シテ之ヲ發起人團體ニ利用セシムル  
ノ趣旨ニ出テタルトナスヲ得サルヘシ尤モ今日ノ實際ニ於テハ信用アル發起人ノ氏  
名ヲ列記シ之ニ依リテ一般ノ信用ヲ博シ依テ以テ株式ノ募集株金拂込其他會社ノ設  
立ニ便セントスルハ甚ダ多キ事例ナリ然レトモ之亦必然的ニ常ニ然リト云フヲ得サ  
ルカ故ニ發起人ニシテ信用ヲ出資セサルカ如キモノナシトナスハ早計タリ加之法律  
カ一定ノ構成ヲ認メ之ニ或法律上ノ效果ヲ特定シタル場合ニハ其内容カ偶々多數ノ  
人カ出資ヲ爲シ共同ノ事業ヲ營ム事實アリトスルモ直チニ以テ民法ノ組合ナリト爲  
スヲ得サルヘシ例ヘハ財產共有及相次運送ノ或場合ノ如シ以上ノ理由ヨリシテ余ハ  
發起人團體ヲ以テ民法ノ組合ナリト爲スハ妥當ナラスト信ス然レトモ發起人團體ハ  
既成典型契約ニ最モ類似スルカ故ニ商法カ發起人ニ付キ特ニ定メタル規定及之カ適  
用ノ結果ニ抵觸セサル限リ組合ノ規定ニ準據シ諸般ノ問題ヲ決定スルヲ以テ適當ナ

リト信ス(辯護士著説清氏國家及國家學第七卷第六號七七頁「發起團體ノ性質」要領)

所謂發起人團體ノ性質ニ付テハ吾人ハ組合説ヲ把持スルモノナルコトハ曩ニ詳論セル所ニ繫ル(本書第八卷商法二八頁以下然ルニ本論ハ吾人ト異見ニ立チ準組合説ヲ主張セラル而シテ(一)組合ニ於テハ總員出資ヲ爲スヘキモノナルニ發起人ハ其全員常ニ會社設立ノ爲メ財產又ハ勞務ヲ出資スルモノニ非ラス(二)組合ニ在リテ所謂信用出資ヲ認メ得ヘキヤ否ヤハ先ツ疑問ニシテ假ニ之ヲ積極ニ斷スルモ財產又ハ勞務ノ出資ヲ爲ササル發起人ハ之ヲ目シテ總テ信用出資アリト爲ス能ハスト謂ヘルヲ其根據トナス右(一)點ノ正解ナルヤ論亡シ然リト雖モ吾人ハ民法組合ノ出資ニ付キ信用ヲ其客體ト爲シ得可キモノナルコトハ確信シテ疑ハサル所而シテ定款署名ノ發起人ハ固ト特定ノ目的ノ爲メニ結合スルモノナル限リ吾人ハ論者ノ言ノ如ク之ヲ以テ唯タ單ニ自己カ發起人タルコトヲ確定明示スルニ止マルト信スル能ハサルノミナラス斯ク解スルニ於テハ所謂信用出資ノ觀念ヲ徒ラニ不明ナラシムルモノナリト稽フルカ故ニ論者ノ高見ハ未タ以テ吾人ノ所信ヲ狂クルニ足ラス到底賛同ニ躊躇セサルヲ得サル所ナリ

(五八)

一〇八 有限責任社員ハ金錢其他ノ財產ノミチ以テ其出資ノ目的ト爲スコトヲ得  
 合資會社ノ有限責任社員ハ營業又ハ製造ニ關スル秘密ヲ以テ出資ト爲スコトヲ

得ス」

商法第一〇八條ニ所謂財產ノ何タルヤニ付テハ甚タ明確ヲ缺ケリト雖モ有體無體ノ財產ニシテ之ヲ出資シタルトキハ其財產ハ會社財產トシテ會社債權者ノ擔保タリ得ヘキモノナルコトヲ要シ勞務ハ其出資ノ目的ト爲リ得サルナリ而シテ營業又ハ製造ノ秘密ノ如キハ之ヲ利用スルトキハ之ニ因リテ會社財產ヲ増殖シ得ヘシト雖モ是等ノモノハ畢竟其出資ヲ爲ス人ノ勞務ヲ離レテ存在シ得ヘキモノニ非サレハ當然金錢ニ換價シテ會社債權者ノ爲メニ辨濟ノ資ニ供シ得ラルヘキ會社財產ナリト謂フコトヲ得ス從テ此點ニ於テ製造又ハ營業ノ秘密ハ出資者ノ智識才能ヲ出資ノ目的ト爲シタルモノト異ナルモノアルヲ見サルカ故ニ之等ノモノハ其出資ノ目的トナリ得サルモノナリ(法曹會決議大正八年一月二五日委員會第一科決議案(七)第一九一號)

【合資會社有限責任社員ノ出資ノ目的物ニ關スル參照學說】

- 一 獨法ニ於テハ學者概ネ會社ノ對内關係ト對外關係トヲ區別シ有限責任社員ノ財產出資ヲ限度トシテ責任ヲ負擔スルハ所謂對外關係ニ於テ然ルモノニシテ第三者ニ對シテハ其責任ノ限度タル額ヲ示ササルヘカラスト雖モ對内關係ニ於テハ如何ナル出資ヲモ定ムルコトヲ得ハシト解ス然レトモ我商法ニ於テハ勞務又ハ信用ニ對スル財產出資ニアラサレハ出資ノ目的ト爲スコトヲ得スト定ムルカ故ニ獨法ノ如ク第三者ニ對スル責任ヲ示スモノナリト解スルコトヲ得ス(法學博士岡野敬次郎氏會社法學院講一二〇頁)
- 二 有限責任社員ノ出資ノ目的ハ限定セラレ即チ金錢其他ノ財產ノミチ以テ其出資ノ目的ト爲スコトヲ得ルノミ(法學博士松波仁一郎氏日本會社法五四六頁)  
 財產トハ如何ナルモノナリヤ一般論トシテハ財產ハ人ノ資産ヲ組織スル總テノ權利ナリトカ金錢ニ見積リ得ヘキ一切ノ有形無形ノモノトセラル之ヲ本間ニ適用シテ財產ノ中ニ金錢動産不動産等ヲ入レ得ルコト明カナリ商號商標著作權等ノ入ルコトニモ異論ナシ然レトモ勞力及ヒ信用ハ之ニ入ラス財產ヲ廣ク解シテ人ノ資産ヲ組織スル權利トカ金錢ニ見積リ得ル一切ノモノトスルトキハ勞力及ヒ信用モ或ハ財產中ニ入ル理ナランモ本間ノ場合ニハ立法ノ主意ヨリ之ヲ排斥セサルヘカラスト(同上五四六頁)
- 三 合資會社ノ有限責任社員ノ出資ニ付テ制限ヲ設ケテ曰ク有限責任社員ハ金錢其他ノ財產ノミチ以テ出資ノ目的ト爲スコトヲ得ト而シテ本條ニ所謂財產カ信用ヲ包含セサルコトハ最モ明カナリ(法學博士加藤正治氏法典實錄商法四七頁)

岡野博士

松波博士

加藤博士

四 出資ニ付テハ合名會社ニ付テ逃ヘタル所ト略同様ナルモ唯一ノ特別規定アリ即チ無限責任社員ノ出資ノ目的ハ財産ノ外勞務又ハ信用ニテ可ナルモ有限責任社員ハ金錢其他ノ財産ノミチ其出資ノ目的トスルコトヲ得ヘク勞務又ハ信用ヲ以テ其出資ノ目的ト爲スコトヲ得ス(法學博士松本憲治氏會社法講義一七八頁)

五 有限責任社員ノ出資ノ目的ハ之ト異ナリ金錢其ノ他ノ財産ノミニ限ルモハ勞務モ亦財産的價值ヲ有スルカ故ニ之ヲ無形ノ財産ト爲シ有限責任社員亦勞務ヲ出資スルヲ妨ケスト説明スルモノアレトモ我商法ノ解釋トシテハ不通ノ論タリ蓋シ勞務モ理論上一種ノ財産ナリト雖モ商法カ明ニ「財産」ト「勞務」トヲ區別セル以上ハ解釋上之カ區別ヲ認メサルヘカラス(法學博士片山義勝氏會社法講義二五〇頁)

六 本條ハ無限責任社員ハ所謂財産出資ノミニ限ラス信用又ハ勞務ヲ以テ出資ヲ爲スコトヲ得レトモ之ニ反シテ有限責任社員ハ財産出資ヲ爲スコトヲ許サルルニ止マリ信用又ハ勞務ヲ出資ト爲スコトヲ許サレサルコトヲ示スモノニシテ蓋シ有限責任社員ノ人の信用ニ重キナ置カサルヨリ生シタル當然ノ規定ナリ(法學士矢部廉氏同吾孫勝氏商法通義一二五頁)

決議ハ至當ナリ蓋シ合資會社ノ有限責任社員ノ出資ノ目的物ニ關シテハ「金錢其他ノ財産ノミ」ト規定シ勞務又ハ信用ヲ包含セスト爲セハ異論ナキ所ニシテ勞務信用ト等シク無形ノ財産タル營業又ハ製造ニ關スル秘密ノ如キモ亦其出資ノ目的タリ得スト信スレハナリ

(五九)

- 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力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コトヲ得ス
- 三四〇 運送品ノ全部滅失ノ場合ニ於ケル損害賠償ノ額ハ其引渡アルヘカリシ日ニ於ケル到達地ノ價額ニ依リテ之ヲ定ム
- 運送品ノ一部滅失又ハ毀損ノ場合ニ於ケル損害賠償ノ額ハ其引渡アリタル日ニ於ケル到達地ノ價額ニ依リテ之ヲ定ム但延着ノ場合ニ於テハ前項ノ規定ヲ準用ス
- 運送品ノ滅失又ハ毀損ノ爲メ支拂フコトヲ要セザル運送貨其他ノ費用ハ前二項ノ賠償額ヨリ之ヲ控除ス
- 三四一 運送品力運送人ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ因リテ滅失毀損又ハ延着シタルトキハ運送人ハ一切ノ損害ヲ賠償スル責任ニ任ス

鐵道ハ旅客ヨリ運送ヲ託サレタル手荷物ノ滅失毀損ニ因ル損害額即チ商法第三四〇條ニ依リ定ムヘキ損害額カ百圓以内ナルトキハ其額之レヲ超過スルトキハ百圓ヲ最高限度トシテ賠償スヘキヲ通則トシ唯其滅失毀損カ鐵道ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ因ル場合ニ於テノミ商法第三四一條ニ從ヒ一切ノ損害ヲ賠償スヘキモノナレハ百圓ヲ超ユル損害額ヲ請求スル旅客ハ手荷物ノ滅失毀損カ鐵道ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ因ルコトヲ證明スヘキモノトス

按スルニ商法第三百五十一條ニ依レハ旅客ノ運送人ハ旅客ヨリ引渡ヲ受ケタル手荷物ニ付テハ物品ノ運送人ト同一ノ責任ニ任スヘキモノナレハ鐵道カ旅客ヨリ運送ヲ託サレタル手荷物ノ滅失毀損ニ因ル損害ニ付キ賠償ノ責任ニ任スヘキヤ否ヤハ商法第三百三十七條ニ依リ之ヲ定ムヘク其損害額ハ同法第三百四十條ニ從ヒ之ヲ定ムヘキモノナレトモ鐵道カ賠償ノ責任ニ任スヘキ損害額ノ範圍ニ付テハ鐵道營業法ハ特別ノ規定ヲ設ケ其第十三條ニ於テ惡意又ハ重大ナル過失ニ因ラサル手荷物ノ滅失毀損ニ付テハ鐵道ハ鐵道運輸規定ニ定ムル最高額迄ニ限り損害賠償ノ責任ニ任スト規定シ鐵道運輸規程第四十八條ハ鐵道ハ惡意又ハ重大ナル過失ニ因ラサル手荷物ノ滅失又ハ毀損ニ付テハ旅客一人ニ對シ價格百圓以内ニ限り損害賠償ノ責任ニ任スヘキモノトスト



規定セリ故ニ鐵道ハ手荷物ノ滅失毀損ニ因ル損害額即チ商法第三百四十條ニ依リ定ムヘキ損害額カ百圓以内ナルトキハ其額ヲ之ヲ超過スルトキハ百圓ヲ最高限度トシテ賠償スヘキヲ通則トシ唯例外トシテ其滅失毀損カ鐵道ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ因ル場合ニ於テノミ商法第三百四十一條ニ從ヒ一切ノ損害ヲ賠償スヘキ責ニ任スヘキモノナレハ百圓ヲ超過ル損害額ヲ請求スル旅客ハ手荷物ノ滅失毀損力鐵道ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ因ルコトヲ證明セサルヘカラス故ニ原判決カ本件手荷物ノ紛失ニ因ル損害トシテ百圓ヲ超過スル金額ノ賠償ヲ請求スル上告人ニ如上證明ノ責任ヲ歸シタルハ相當ナリ本件手荷物カ如何ナル事情ノ下ニ紛失スルニ至リタルヤハ不明ナレハ其紛失カ果シテ鐵道從業員ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ因ルヤ之ヲ知ルニ由テク手荷物カニ番形柳行李ニ容レタルモノニシテ見失ヒ難キモノナルノ故ノミヲ以テハ未ダ其紛失カ重大ナル過失ニ因ルコト明ナリト謂フヘカラス然レハ原判決カ其紛失ヲ以テ鐵道從業員ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ因ルモノナルヤ不明ナリトシテ被上告人ノ賠償スヘキ損害額ヲ百圓ニ限リタルコトモ亦正當ナリ(大審院大正八年(オ)第一一八號同年三月二日民一部田部裁判長柳原尾古鈴木三宅各判事判決)

(六〇)

【關係事項】一部破毀○原審東京控訴院○損害賠償請求事件○上告人大知元一訴訟代理人辯護士藤原三郎○被上告人國代表者床次竹二郎指定代表者石井滿外一名

四三七 偽造又ハ變造シタル手形ニ署名シタル者ハ其偽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

四八六 支拂人カ偽替手形ノ支拂ヲ爲サザリシトキハ所持人ハ其前者ニ對シテ償還ノ請求ヲ爲スコトヲ得  
偽造者變造者及ヒ惡意又ハ重大ナル過失ニ因リ偽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

書人ニ對シ手形債權ヲ有スルコトアルモノトス」  
手形所持人ハ被裏書人ニ對シ有スル償還請求權ヲ讓受ケタリトシテ其債權ヲ主張スルモノナレハ被裏書人カ果シテ裏書人ニ對シ之ヲ手形所持人ニ讓渡シタルヤヲ審究スルハ裁判上看過ス可ラサル事實ニ屬スルモノトス」

上告論旨第一點ハ原判決ハ甲第一號證ノ約束手形ハ其支拂期日ヲ變造セラレタルモノナリト認定シ果シテ然ラハ控訴人ハ同號證ノ變造前ノ文言ニ付テハ其責任ヲ免ルコト能ハサルヲ論テ俟タスト雖モ同號證ヲ以テ直チニ控訴人カ支拂期日大正四年一月十四日ナル約束手形中條倉庫株式會社ニ裏書讓渡シタリト被控訴人ノ主張ナレハ支拂期日ノ點ヲ除キ甲第一號證約束手形中條倉庫株式會社ニ裏書讓渡アリタルハ支拂期日ノ點ヲ除キ甲第一號證約束手形中條倉庫株式會社ニ裏書讓渡アリタルコトハ當事者間爭ナキ事實ニシテ假ニ判示ノ如ク甲第一號證ノ支拂期日大正三年九月二十日ト記載セラレアリタル大正三年九月十四日ト改竄セラレタルモノナリトスルモ被上告人ハ變造前タル大正三年九月二十日ヲ滿期日トセル本件手形債權ニ付責ヲ負ハサルヘカラサルコトハ商法第四百三十七條ニ依リ洵ニ明白ナル所ナリ然ルニ事茲ニ出テサリシ原判決ハ擬律錯誤ノ違法アルモノニシテ破毀ヲ免レスト信スト云フニ在リ

按スルニ原判決ニ依レハ本件手形ハ滿期日ヲ大正三年九月二十日トシテ振出サレタルモノニシテ被上告人カ之ヲ中條倉庫株式會社ニ裏書讓渡シタル後ニ於テ大正四年一月十四日ト變造セラレタルノ事實ナレトモ被上告人ハ變造前ノ文言ニ從ヒ責任ヲ負フヲ免レサレハ被裏書人タル中條倉庫株式會社ハ被上告人ニ對シ手形債權ヲ有スルコト無レトセス上告人ノ本訴請求ハ則中條倉庫株式會社カ被上告人ニ對シ有スル償還請求權ヲ讓受ケタリトシテ其債權ニ基キ主張スルモノナレハ同會社カ果シテ被

上告人ニ對シテ債權請求權ヲ有シ之ヲ上告人ニ讓渡シタルヤチ審究スルハ本件ノ裁判上看過ス可カラサルノ事項ニ屬ス何トナレハ右ノ事實ニシテ存在センカ本訴請求ハ他ニ之ヲ排斥スヘキ理由ナキ限リ之ヲ是認セサル可ラサレハナリ然ルニ原裁判所ハ被上告人ヨリ本件手形ヲ滿期日ノ變造セラレタル前ニ中條倉庫株式會社ニ裏書讓渡シタルノ事實ヲ認メナカラ偶上告人ニ於テ滿期日大正四年一月十四日ナル手形ヲ被上告人ヨリ中條倉庫株式會社ニ讓渡シタルト主張シタルヲ提ヘテ甲第一號證(本件手形)ニ依リテハ其主張ヲ認メ難シトシテ此理由ノ下ニ本訴請求ヲ排斥シテ前示看過スヘカラサル事項ヲ不問ニ付シ去リタルハ理由ナキ蓋ササルモノト謂フヘシ蓋シ原裁判所ハ滿期日變造前ノ手形ト變造後ノ手形トハ別個ノ手形ナリト見地ニ基キ原告タル上告人ニ於テ被上告人ヲ以テ大正四年一月十四日ヲ滿期日トセル手形ノ讓渡人ナリト主張スル以上ハ滿期日變造前ノ手形ノ裏書ニ因リ中條倉庫株式會社カ被上告人ニ對シ有スル債權請求權ハ上告人主張以外ノ手形ノ裏書ニ因ル債權ナルヲ以テ本件ニ於テハ其存否及ヒ讓渡如何ハ之ヲ問フナ要セストノ見解ヲ採リタルナラシラズンハ斯ル理由ヲ以テ本訴請求ヲ排斥シタル所以ナ解スル能ハス果シテ然リトセハ其不當ナルコト勿論ニシテ結局前示ノ不法アルヲ免レス(大審院大正七年(オ)一〇八〇號同八年五月二三日民一部田部裁判長尾古鈴木鬼澤三宮各判例決)

【關係事項】

破産程序○原審新潟地方裁判所○約束手形金請求事件○上告人大熊八十一訴訟代理人辯護士猪股洪清清水誠造○被上告人太田福太郎訴訟代理人辯護士中島鶴六小島智吾

【論旨第一點手形ノ變造ト變造前ノ署名者ノ責任ニ關スル參照學說】

岡野博士  
松波博士

一 一旦有效ナル手形行爲ヲ爲シテ債務確定ニ成立シタルトキハ之カ要部ノ變更アリタルカ爲メニ自ツカラ消滅スヘキ理アラサルナリ手形變造ノ依リテ依然トシテ手形タルノ外觀ヲ備フルニ於テハ所謂善意ノ取捨者ハ手形上ノ債權者タルヲ得サルヘカラス(法學博士岡野敬次郎氏日本手形法二七頁)

二 手形ノ變造前ノ署名者ハ後ノ變造カ手形ノ要件ニ係ルモ手形上ノ責ヲ負ヒ變造前ノ署名者ヲシテ變更前ノ手形ニ責ヲ負ハ

松本博士

竹田博士

伊東辯護士

大審院

東京控訴院

シメ變更後ノ署名者ヲシテ變造後ノ手形ニ責ヲ負ハシム即チ一枚ノ手形ニ二種ノ手形債務アラシムナリ(法學博士松波仁一郎氏日本手形法三九三頁)

三 手形ノ變造トハ手形内容ノ變更ヲ謂フニ外ナラス換言スレハ權利ナクシテ手形ノ署名以外ノ記載事項ヲ變更スルヲ云フ其變更セラレタル記載事項ハ手形ノ要件タルト否トナ分タス：手形變造ノ場合ニ於テ變造前ノ署名者ヤ變造セラレタル文言ニ從ヒテ其責ヲ負フヘカラサルハ當然ノ事理ナリ然レトモ其本來ノ責任カ變造ニ因リテ減免セララルコトナキヤ否ヤニ付テハ學說一定セス：我商法カ變造手形ノ署名者ヲ以テ變造前ノ署名シタルモノト推定シタルハ寧ろ變造前ノ署名者カ變造前ノ文言ニ從ヒテ其責任ヲ負フヘキコトヲ前提トセルモノト謂フヘク變造前ノ署名者ノ責任ハ變造ノ結果モ増減セララル所ナキモノト解スルヲ可トス：上述セル如ク變造前ノ署名者ノ責任ヲ増減スルコトナク變造前ノ署名者ハ變造後ノ文言ニ從ヒテ其責任ヲ負フコトナシ而シテ法律ハ此點ニ關シテ變造手形ノ署名者ハ總テ變造前ノ署名シタルモノト推定スヘキ旨ヲ規定セルニ依リ署名者ニ於テ手形ノ變造ノ事實ヲ立證スルコトキハ一應ハ變造後ノ文言ニ依ル責ヲ免ルヘク權利者ハ其變造後ノ署名ナルコトヲ立證スルニ非サレハ變造ノ文言ニ從ヒテ其權利ヲ主張スルコトヲ得サルナリ(法學博士松本治氏手形法七六頁以下)

四 手形署名者カ變造前ノ署名シタルコト確定セラルルモ其變造ニヨリ變造前ノ手形文言カ手形自體ニ於テ不明ナルトキハ文官ナキノ結果(イ)手形要件カ缺如スルニ至ラハ變造前ノ署名者ハ手形上ノ義務ヲ免レ(ロ)其文言ナシトスルモ手形要件ニシテ殘存セハ署名者ハ尙ホ手形上ノ義務ヲ負ヒ不明ノ文言ハ存セサルモノトシテノ手形文言ニ從ヒテ其責任スヘキモノトス(法學博士竹田省氏法學新報第二六卷第一號一一五頁本書第四卷商法四六九頁)

五 一旦有效ニ成立シタル手形行爲ノ效果ハ變造ノ爲メニ何等影響ヲ被ル可キモノニ非ス(辯護士伊藤秀壽氏法律評論第二卷商法五三九頁)

六 手形ノ變造ニシテ單ニ或文言ヲ添加シタルニ止マリ既存ノ文言ヲ變改シタルモノニ非サル場合ニ係ル部分ヲ除却セハ變造前ノ文言ハ依然存在スルヲ以テ手形上ノ權利關係ニ何等影響ヲ及ボサス從テ其前ニ署名シタル者ハ以前ノ文言ニ從ヒテ手形上ノ責ヲ負擔スヘキ當然ナリ(大審院明治三八年(オ)第一三六號同年五月二十七日判決)

七 手形ノ署名ノ後チ該手形ノ記載事項ノ全部又ハ其一部ヲ塗抹又ハ拭除ノ上ニテ變造サレタル場合ハ恰モ有形上手形カ如ク消滅シタル時ノ如ク其全部又ハ一部ハ之カ存在ヲ失ヒ毫ヒ手形ト認ムルヲ得サルニ到リタルモノナルヲ以テ前署名者ハ斯ノ如ク變造手形ニ基ク債務ハ之ヲ負擔セサルモノトス反之變造カ現存ノ文言ノ存在ヲ失ハス唯之ニ或附加(文字若クハ記號等)ヲ爲セルニ過キスシ舊文言カ尙ホ證券上ニ認ムルコトヲ得ヘキ場合ニシテ變更前ノ手形内容ハ依然存在スルコトキハ前ノ署名者ハ變造前ノ手形文言ニ從ヒテ責任ヲ負擔スヘキモノトス(東京控訴明治四二年二月六日民一部判決)

判旨第一點正當ナリ蓋シ案件手形變造ノ場合ニ於テ手形ノ裏書人カ該手形變造前ニ署名シタルモノナルトキハ其者ハ變造前ノ手形記載ノ文言ニ從ヒテ其責任ヲ負フヘキモノナルヤ理論上明白ナレハナリ尤モ此本來ノ責任カ變造ニ因リテ

増減セラルルコトナキヤ否ヤニ付キテハ固ヨリ反對論ノ存スル所ナレトモ吾人ハ商法第四三七條第二項ノ規定ノ趣旨ニ鑑ミ之ヲ消極ニ斷セント欲スルモノナリ(手形變造ノ意義ニ付テハ吾人ハ事前事後ヲ通シテ文書其モノノ改變ナク變造前ノ文書即變造後ノ文書ト云フヘキモノニシテ文書ノ變造ハ文書ノ消滅交替ヲ來タサスト解スル者ナリ)論旨第二點亦正當ナリト信ス

(六一)

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一四一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讓渡者ノ爲スコトヲ得  
民法七〇三 法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財產又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケ之カ爲ニ他人ニ損失ヲ及ボシタル者ハ其利益ノ存スル限度ニ於テ之ヲ返還スル義務ヲ負フ  
同七〇八 不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲シタル者ハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得但不法ノ原因力受益者ニ付テノミ存シタルトキハ此限ニ在ラス

未タ設立ノ登記ヲ經サル株式會社ノ株式ノ賣買ハ商法第一四九條但書ノ明カニ禁スルトコロニシテ法律上當然無効ノ行爲ト云フヘク右賣買ニ基キ代金ノ支拂ヲ受ケタルモノハ法律上ノ原因ナクシテ利得ヲ爲シタルモノナルカ故ニ之カ返還ノ義務アルモノトス  
民法第七〇八條ニ所謂不法原因トハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ背反スル事實ヲ稱スルモノニシテ縱令法律ノ禁止ニ違反スル行爲ト雖モ公序善良ニ反セサルモノハ尙不法原因ト云フコトヲ得サルモノトス

訴外中野勇平カ大正七年九月十三日被告ヨリ當時未タ設立ノ登記ヲ爲スニ至ラザリシ帝國製鋼株式會社ノ株式五百株ヲ買受ケ右代金四千八百五十圓ヲ同日被告ニ支拂ヒタル事實ハ當事者間ニ爭ナキトコロナリ仍テ案スルニ未タ設立ノ登記ヲ經サル株式會社ノ株式ノ賣買ハ商法第四百九條但書ノ明カニ禁スルトコロニシテ法律上當然無効ノ行爲ト云フヘク右賣買ニ基キ代金ノ支拂ヲ受ケタルモノハ法律上ノ原因ナクシテ利得ヲ爲シタルモノナルカ故ニ之レカ返還ノ義務アルコトハ固ヨリ論ヲ俟タズ被告ハ權利株ノ賣買ハ商法ノ強行的法規ニ違反スル行爲ナルヲ以テ之ニ基キ代金ノ支拂ハ民法第七〇八條ニ所謂不法原因ノ爲メノ給付ニシテ給付者ニ於テ其返還ヲ請求スル權利ナシト抗爭スルモ同條ニ所謂不法原因トハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ背反スル事實ヲ稱スルモノニシテ縱令法律ノ禁止ニ背反スル行爲ト雖モ公序善良ニ反セサルモノハ尙不法原因ト云フコトヲ得ス權利株ノ賣買カ法規違反ノ行爲タルヤ前說示ノ知シト雖モ其賣買ノ行爲自體ハ未タ以テ公序善良ニ反スルモノト爲スナリ得ス從テ之ニ基キテ支拂ヒタル代金ハ不法原因ノ爲メノ給付ニハアラザルナリ次ニ被告ハ訴外中野勇平ハ本件賣買ノ當初ヨリ該賣買ノ無効ナルコトヲ熟知セルモノナルカ故ニ其代金ノ返還ヲ請求スル權利ナシト主張スルモ同人カ其代金支拂ノ當時其債務ノ存在セサルコトヲ知り居タリト事實ハ之ヲ認定スヘキ何等ノ證據ナキヲ以テ右事實ニ基ク被告ノ抗辯亦採用スルコトヲ得ス(東京地方大正八年(ワ)二四四號同八年六月一日三淵裁判長平藤田各判事判決)

【關係事項】

原告勝訴○賣買代金返還請求事件○原告大關猪平訴訟代理人辯護士内田七郎治被告株式會社増田ビルヂョーカ  
銀行法律上代理人増田信一訴訟代理人辯護士近藤孝義外一人

【論旨第一點前段權利株賣買ハ無効ナリトノ同趣旨學說判例】

- 一 權利株ノ賣買ハ全然無効ナリ(法學博士松本波二郎氏日本會社法九二五頁)
- 二 讓渡ノ無効ナルハ勿論會社設立ノ登記前ニハ讓渡スヘシト豫約スルモ無効ナリ故ニ此契約ニ基キ履行ヲ求ムルコトヲ得サ

ルヤ勿論ナリ(法學士矢部廉氏同孫子勝氏商法通義一七六頁)  
 三 未登記會社ノ株式賣買無効ナルコトハ周知ノ法律ナリト推定ス(キヤ以テ知ラスト主張スルモノアルトキハ其者ニ於テ之カ立證ヲ爲ササルヘカラス(明治四二年(ナ)六八號同年一月二五判決新聞六三一號一頁))  
 四 會社設立登記前ノ株式ノ讓渡ハ無効ナリトス(東京控訴明治三八年一月二日判決法律新聞三五六號七頁)  
 五 登記前ニ爲シタル株式ノ讓渡ハ法律上禁止スル所ナリ(同上明治三四年四月一日判決法律新聞三二號五頁)  
 六 株式會社カ資本増加ヲ爲スモ未タ其登記ヲ爲ササル以上ハ其新株ノ讓渡又ハ豫約ヲモ爲スヲ得サルヲ以テ登記以前ニ爲シタル株式ノ讓渡又ハ豫約ハ無効ナリトス故ニ契約ヲ基本トシテ爲シタル賣買手付金ノ請求ハ其當ヲ得サルモノトス(同上明治三四年二月一五判決法律新聞三〇號五頁)  
 七 會社カ其設立登記ヲ爲ササル以前ニ於ケル株式所謂權利株ノ讓渡並ニ其豫約ハ假令如何ナル名義ヲ以テスルモ無効ナリ(同上法律新聞四一九號一頁)  
 八 權利株ノ賣買ハ法律上全然無効ナリ(大阪控訴明治三九年九月二二日判決法律新聞三八六號一七頁)

【論旨第一點後段同第二點權利株賣買ニ基ク代金ノ給付ハ不法原因ノ給付ニ非ストスル同趣旨學說判例】

一 權利株ノ讓渡ハ法ノ禁スル所ナリ然レトモ此讓渡行爲ハ必スシモ當然公益ヲ害スルモノニアラス讓受人ニシテ真正ニ會社ヲ經營スル意思ト奮力ヲ有スルモノナランニハ毫モ不都合ヲ生スルコトナカルヘシ唯タ夫レ然ラサル結果ヲ生スルノ虞アルヲ以テ法律ハ豫メ讓渡ヲ禁止スルニ過キサルノミ故ニ權利株ノ讓渡ニ於ケル給付ハ所謂不法原因ノ給付ト云フヲ得サルナリ(法學博士池田寅二郎氏法學協會雜誌第二卷第三號三九九頁)  
 二 會社設立登記以前ノ株式讓渡ニ關スル給付ハ公ノ秩序若クハ善良ノ風俗ニ反スル行爲ニ原因シタルモノト云フヲ得ス(大審院明治四三年(オ)第一九〇號同年七月四日判決民錄一六輯五〇一頁)  
 三 權利株ノ買入ハ法律上禁止スル所ニシテ此行爲ヲ委任スルハ即チ不合法行爲ヲ目的トセル委任契約ニシテ其效ナキヤ論ヲ俟タス而シテ其原因ハ單ニ不合法ナルニ止マリ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルコトナキヲ以テ其給付ヲ受ケタル利益ニシテ現存セハ被控訴人ニ返還セサル可カラス(東京控訴院明治四四年(ネ)第七二六號大正二年六月一九日判決本書第二卷民法四〇八頁)  
 四 權利株ノ賣買豫約ハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルモノニ非サルカ故ニ代金ノ給付ハ民法七〇八條ハ所謂不法ノ原因ニ因ル給付ト云フコトヲ得ス(同上明治四三年(ネ)第一七四號判決法律新聞六六號一頁)  
 五 權利株ノ賣買ハ法律上無効ナリト雖モ其行爲自體ハ敢テ醜惡ナル行爲ト認ムルコトヲ得サルニ因リ之ニ基キテ爲シタル給付ヲ以テ不法ノ原因ニ因ル給付ナリト云フコトヲ得ス(大阪控訴明治四三年一月一八日判決)  
 六 權利株ノ讓渡契約ハ法ノ禁スル所ナリト雖モ未タ以テ公ノ秩序又ハ善良ナル風俗ニ反スル行爲ナリト認ムルヲ得ス從テ其

賣買代金ハ不法ノ原因ノ爲メ給付シタルモノニシテ返還ヲ求ムルコトヲ得スト謂フコトヲ得ス(同上明治四二年(ネ)第四七八號同年一月一四日判決法律新聞六〇五號一三頁)  
 六 登記前ノ株式讓渡ノ行爲ハ法律上當然無効ノモノナリト雖モ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル行爲ニアラサルヲ以テ該株式ノ讓渡ニ基キ爲サレタル給付ヲ以テ民法七〇八條ニ所謂不法原因ノ爲メ爲サレタルモノト云フコトヲ得ス(同上明治四二年一月一二日判決法律新聞五五七號九頁)  
 七 所謂權利株ノ賣買ハ商法一四九條但書ニ反シ法律上當然無効ナリト雖モ敢テ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル行爲ニアラサルヲ以テ之レカ爲メ給付セシ代金ハ不當利得ヲ原因トシテ取戻ヲ求ムル權利ヲ有ス(同上明治四二年一月一二日判決)  
 八 本件賣買ハ前記商法ノ規定ニ依リ無効トセラレタルモノ何等公ノ秩序又ハ善良ナル風俗ニ反スルモノニアラサルカ故ニ之ニ基ク前記内拂金ヲ以テ不法ノ原因ニ基ク給付ト爲スコトヲ得サルナリ(東京地方大正三年(ワ)一三八五號同年八月二八日判決本書第四卷商法四七頁)  
 九 權利株賣買ハ法律上無効ナリト雖モ其行爲自體ハ敢テ公秩良俗ヲ害スル行爲ト認ムルコトヲ得サルニヨリ之ニ基キテ爲シタル給付ヲ以テ不法ノ原因ニ因ル給付ナリト云フコトヲ得ス(同上明治四三年一月一三日判決法律新聞七二四號一頁)  
 一〇 無効ノ行爲ニ基キ給付シタルモノハステ不法ノ原因ニ基ク給付ナリト云フコトヲ得ス其給付カ不法ノ原因ニ基ク給付ナルニハ其所爲自體カ直接ニ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル所爲ナラサルヘカラス本訴ニ於テ會社ノ本店所在地ニ於テ發行シタル株式讓渡ハ商法一四九條ニ依リ無効ナリト雖モ其行爲自體ハ直接ニ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スルモノト確定スルコトヲ得ス(同上明治三八年(ワ)一〇六六號同三九年一月一六日判決法律新聞三三五號二三頁)  
 一一 未登記會社ノ株式賣買即チ所謂權利株ノ賣買ハ商法一四九條但書ニ於テ禁止スル所ナレハ法律上無効ナレトモ之ヲ以テ公序良俗ニ反スル行爲ト看做サテ從テ該賣買ヲ原因トシテ支拂ヒタル代金ハ不法ノ原因ノ爲メ給付シタルモノニ非ス(法律新聞第四〇〇號九頁)  
 一二 舊商法支配ノ下ニ於ケル權利株ノ讓渡ハ其ノ性質當然醜汚ナル爲メ無効ナルニアラス舊商法一八〇條ノ規定ノ存スル爲メニ無効ナルニ過キス而レテ給付者カ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スル能ハサル場合ハ其行爲ノ性質カ給付ヲ爲シタル者又ハ當事者雙方ニ關シテ醜汚ナルコト彼ノ賭博ノ如ク又タ金錢ヲ授受シテ殺人行爲ヲ爲セルカ如キモノナルヲ以テ權利株ノ讓渡者ハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得サルモノニアラス(大阪地方明治三六年(ワ)一八號判決法律新聞第一六二號一〇頁)

【同上異趣旨學說判例】

一 權利株ノ賣買ハ商法ノ禁スル所ナリ此禁令ヲ犯シテ爲セル賣買ハ不法ナリ故ニ之ニ基キテ給付ヲ爲シタル者ハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス(會社法九二七頁)  
 權利株賣買ノ契約ヲ爲スモ買主ニハ代金支拂ノ義務ナキコト明カナリ然ラハ買主カ代金ヲ支拂ヒタルトキハ此規程ニ因リテ其

返還請求スルコトヲ得サルハ當然ナリ茲ニ擔濟者カ債務ノ存在セサルコトヲ知リタルトキモハ廣シ法ノ規定上債務ハ存在スルコトナシト知ル場合及ヒ事實上債權ハ存在セサルコトヲ知ル場合ノ兩者ナ合ミ何レノ意味ニ於テ債務ノ存在セサルコトヲ知リナカラ給付ヲ爲スモ其返還請求スルコトヲ得サルナリ(法學博士松波仁一郎氏日本會社法九二二頁)

二 權利ノ買主カ買主ニ支拂ヒタル代金ハ不法原因ニ基キ給付ナルヤ否ヤニ付キテハ學者間ニ議論アルモ權利ノ讓渡禁止ハ取引ノ安全ヲ保ツ公益上ノ理由ニ基キ讓渡其者カ公ノ秩序ヲ害スルモノナレハ其代金ヲ買主ニ支拂フハ不正ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲スモノト解ス(法學博士横田秀雄氏債權各論八三八頁)

三 商法一四九條但書ニ所謂權利ノ買主ノ如キハ法律ノ禁スル處ニシテ其約束ハ無効ナリ從テ之ヲ理由トシテ金錢ヲ與フルモ又過去ノ不法ナル事實ナ理由トスル給付ニシテ其不法ナル原因カ給付者ニモ存スルモノナリ故ニ其利得ノ返還ヲ請求スルコトヲ得サルニ至ルヘキモノナリ(法學博士川名兼四郎氏債權法要論七〇一頁)

四 大審院ハ權利ノ買主ハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルモノニ非サルヲ以テ給付シタル代金ノ返還ヲ求ムル場合ニハ民法第七〇八條ノ適用ナキモノトセリモ此判決ハ余之ヲ誤レリト解ス若シ代金ノ返還ヲ求ム得ヘキモノトスレハ其禁止ノ效力ヤ薄弱ナルヘケレハナリ(法學博士松本泰治氏會社法講義二九八頁)

五 禁止違反ノ行爲ニ基キテ爲シタル給付ハ民法第七〇八條ニ所謂不法原因ノ給付ナラザルヲ得ス從テ給付者ハ其ノ返還ヲ請求スルコトヲ得サルハ自然ノ理數トス(法學博士片山義勝氏株式會社法論四九八頁)

六 此讓渡ノ禁止ハ公益ニ關スルモノナルカ故ニ之ニ反スル行爲ハ不法ニシテ民法第七〇八條ノ適用ヲ受タヘキモノト謂ハサル可ラス(法學博士柳川勝二氏商法論二〇頁)

七 權利ノ買主夫レ自身公益ヲ害スルモノニアラス若シ權利ノ買主夫レ認メムカ漫リニ投機心ヲ挑發シ一國經濟ヲ紊亂シ延テ國家ノ損害ヲ生スルヲ以テ公益ヲ害スルコトヲ禁ズルノ禁止シタルモノナリ故ニ彼ノ權利ノ買主ノ如キハ公ノ秩序ヲ害スル行爲ト認ムルハ當然トス(法學博士西島晉氏法學志林第一二卷第九號二八頁)

八 權利ノ買主ニ基キ給付等ハ皆之カ返還ヲ請求シ得サルモノトス(法學博士末弘嚴太郎氏債權各論九八四頁)

九 株式會社ノ設立登記以前ニ株式ノ讓渡ヲ爲スハ公ノ秩序ヲ害スルモノト認メ之ヲ禁制シタルモノナレハ斯ル規定アルニ拘ラス控訴人ハ被控訴人ヨリ買受ケタルモノナルハ控訴人ハ自己ノ爲シタル不法行爲ノ原因トシテ其給付シタル金圓ノ返還ヲ求ムルハ法律上許スヘキモノニアラス(東京控訴院法律新聞第九七號一八頁)

一〇 權利ノ買主ノ豫約ハ法令ノ公益規定ニ違背セル不法ノモノニシテ此豫約ニ基キ給付シタルトキハ民法七〇八條ノ不法ノ原因ノ爲メ給付シタルモノニ當ラス然レトモ此不法ノ讓渡ノ豫約ヲ爲シタル者ノミニ存スルニアラスシテ其相手方タル讓受ケタル者モ亦不法ノ買受ケタルコトヲ得ス故ニ此不法ノ原因ノ爲メ代金ヲ給付シタル者ハ其給付ノ代金ノ返還ヲ請求スル權利ナキモノトス(大阪控訴院明治四一年(ホ)第二六五號同年七月一三日判決法曹記事第一八卷八號八六頁)

(六一)

廢罷訴權ノ訴ニ於テハ受益者又ハ轉得者ヲ以テ被告ト爲スヘキモノトス  
廢罷訴權ノ訴カ屬スル場合ニ於テ其債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ其訴訟ハ當然中斷スルモノトス

大阪控訴院大正六年(ホ)第二一四號同年一月九日民二部判決

廢罷訴權ノ訴ニ於テハ受益者又ハ轉得者ヲ以テ被告ト爲スヘキモノトセハ債務者ノ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ債務者ハ訴訟當事者ニ非サルカ故ニ該訴訟ノ中斷セラルルヤ否ヤハ疑アリ然レトモ廢罷訴權ノ行使ニ因リテ返還ヲ請求スヘキ財產ハ破産財團ニ屬スルコト疑ナク破産宣告後ニ在リテハ破産財團ノ管理及處分ノ權利ハ破産管財人ニ專屬スルカ故ニ廢罷訴權ノ行使モ亦債務者ノ破産宣告ニ在リテハ破産管財人ノ爲ササルヘカラス若シ然リトセハ廢罷訴權ノ訴モ亦債務者ノ破産宣告ニ由リ理論上中斷セサルヘカラス既ニ中斷スヘキモノトセハ破産管財人ニ於テ之ヲ受繼クヘキモノタルコトハ是亦明白ナリ(法學博士加藤正治氏法學志林第二卷第七號七一頁破産宣告後ニ於ケル民法廢罷訴權ノ行使要領)

【廢罷訴權ノ訴ニ於テ受益者又ハ轉得者ヲ被告ト爲スヘシトスル同趣旨學說判例】

- 一 廢罷訴權ノ被告トタルヘキモノニ付テハ現行民法ハ四二四條一項但書ニ受益者又ハ轉得者ニ對シテ出訴シ得ヘキヲ示セリ (法學博士方學氏債權總論九八頁)
- 二 現行民法ハ受益者又ハ轉得者ニ對シテ出訴シ得ヘキモノナルコトヲ示セリト雖モ之又何レカ一方ニ限リテ二者ヲ共同ノ被告トナスヲ得サルノ趣旨ニアラサルヘシ (債權法上大正四年東大講一八九頁)
- 三 取消ノ請求ヲ受ク可キ者ハ債務者カ法律行爲ヲ爲シタルニ依リテ利益ヲ受ケタル者又ハ轉得者ナリトス (法學博士松波仁一郎氏同仁保龜松氏同仁井田益太郎氏帝國民法正解債權二〇六頁)
- 四 債權者ノ取消ノ訴ハ受益者又ハ轉得者ニ對シテ之ヲ提起スヘキモノトス (法學博士仁井田益太郎氏法學協會雜誌第三一卷第一二號八六頁)
- 五 債務者ニ對シテハ取消ノ訴ヲ提起スヘキモノニ非ス (同上)
- 六 民法四二四條ノ規定ニ依リ債權者ノ取消權ノ目的タル行爲ハ受益者カ轉得者ト爲シタル法律行爲ヲ包含セス故ニ債權者カ受益者又ハ轉得者ニ對シテ取消權ノ行使ノ目的タル財產ノ回復又ハ之ニ代ルヘキ損害賠償ヲ求メント欲セハ其受益者又ハ轉得者ニ對シテ取消權ノ行使ノ目的タル財產カ受益者ノ手ヲ離レテ轉得者ノ有ニ歸シタル場合ニ於テハ債權者カ受益者ニ對シテ取消權ヲ行使スルト轉得者ニ對シテ之ヲ行使スルトハ其自由ニ屬スルモノトス (同上大正四年一月一日判決民錄第二一輯二〇三九頁本書第五卷民法一八五頁)
- 七 債權者カ民法四二四條ニ依リ請求シ得ヘキ取消權ハ絕對的取消ニ非スシテ其取消請求權ハ惡意ノ受益者又ハ轉得者ノミニ對シテ存シ債務者ニ對シテハ之ヲ行フコトヲ得サルモノトス (同上明治四四年一月一日判決民錄第一七輯五九三頁)
- 八 債權者カ債務者ノ財產ヲ讓受ケタル受益者又ハ轉得者ニ對シテ訴ヲ提起シ之ニ對スル關係ニ於テ法律行爲ヲ取消シタルトキハ該財產ノ回復又ハ之ニ代ルヘキ賠償ヲ得ルコトニ因リ其負擔保權ヲ確保スルニ足ルヲ以テ特ニ債務者ニ對シテ訴ヲ提起シ其法律行爲ノ取消ヲ求ムルノ必要ナキモノトス (同上明治四四年三月二四日判決民錄第一七輯一一七頁)
- 九 債權者カ債務者ノ財產ヲ讓受ケタル受益者又ハ轉得者ニ對シテ訴ヲ提起シ之ニ對スル關係ニ於テ法律行爲ヲ取消シタルトキハ該財產ノ回復又ハ之ニ代ルヘキ賠償ヲ得ルコトニ因リ其負擔保權ヲ確保スルニ足ルヲ以テ特ニ債務者ニ對シテ訴ヲ提起シ其法律行爲ノ取消ヲ求ムルノ必要ナキモノトス (東京控訴院大正元年二月二四日判決法律新聞第八四七號二二頁)
- 一〇 詐害行爲ノ取消ノ訴ニ於テハ債務者ヲ相手者ニ加フヘキモノニアラス (同上明治四五年五月一六日判決本書第一卷民法二〇五頁)
- 一一 民法四二四條ニ依リ詐害行爲ノ取消ノ訴ハ惡意ノ受益者又ハ轉得者ニ對シテ之ヲ行フヘキモノニシテ債務者ハ相手方タルヘキ適格ヲ有セサルモノトス (同上明治四三年(ホ)一四七號判決法律新聞第八五二號二〇頁)

【同上債務者受益者轉得者ナリトスル說】

- 一三 詐害行爲廢罷ノ效力ハ相對的ナルヲ以テ債權者ハ債務者ヨリ目的物ヲ讓受ケタル者ニ對シテ詐害行爲ノ取消ヲ提起シ讓受人ニ對スル關係ニ於テ法律行爲ヲ取消セハ其目的物ヲ回復又ハ之ニ代ルヘキ賠償ヲ得ルコトニヨリ擔保權ヲ確保スルニ足ルカ故ニ讓渡人ニ對シテハ取消ノ訴ヲ提起スコトヲ得サルモノトス (大阪控訴院明治四四年(ホ)二一〇號同判決法律新聞第七五四號二四頁)
- 一四 詐害行爲廢罷ノ訴ハ債務者ヲ相手方ト爲ス必要ナキモノトス (長崎控訴院明治四三年(ホ)二〇二號判決法律新聞第七六一號二六頁)
- 一五 抵當權ヲ書スル貸借契約ノ解除ヲ請求スル場合ニハ貸借人ノミヲ相手方ト爲スヘク貸借人ヲ相手方ト爲スコトヲ得ス (名古屋地方大正三年通五號判決法律新聞第九三三號二五頁)
- 一六 詐害行爲取消ノ訴ハ受益者アル場合ニ於テハ其受益者ヲ被告トシ之ニ對スル關係ニ於テ債務者ノ爲シタル法律行爲ノ取消ヲ請求シ債務者ノ財產ノ回復又ハ之ニ代ルヘキ賠償ヲ得ルヲ以テ足レリトシ債務者ニ對シ其爲シタル法律行爲ノ取消ヲ請求スヘキモノニ非ス (同上大正二年通六六號判決本書第四卷商法六七頁)
- 一七 取消ノ訴ハ惡意ノ受益者又ハ轉得者ニ對シテ訴ヲ提起スレハ足り取テ債務者ニ對シテ其法律行爲ノ取消ヲ主張スルノ要ナシ (東京地方大正三年八月二七日判決法律新聞九六一號七一七頁)
- 一八 詐害行爲ノ取消ノ訴ハ必スレモ債務者及受益者ヲ共同被告ト爲スコトヲ要セス (同上大正三年一月二八日判決本書第二卷民法八〇一頁)
- 一九 詐害行爲ニ對スル債權者取消權ハ債權者ヲ書スルコトヲ知リテ爲シタル債務者ノ法律行爲ヲ取消シ債務者ノ財產上ノ地位ヲ原狀ニ回復シ又ハ之ニ代ルヘキ賠償ヲ得ルニ因リテ債權者カ正當ニ辨濟ヲ受ケ得ヘキ債權ニ付キ擔保權ヲ確保スルヲ目的トス然ラハ債務者ノ財產ヲ讓受ケタルモノニ對シテ訴ヲ提起シ相對的ニ其法律行爲ヲ取消スニ依ツテ既ニ彼上ノ目的ヲ達スルヲ得ヘケレハ特ニ債務者ニ對シテ訴ヲ提起シ其法律行爲ノ取消ヲ求ムル必要ナキナリ故ニ債務者ハ本訴ノ適格ヲ有セス從テ之ヲ共同被告トナスヘキモノニアラス (同上大正三年一月二八日判決法律新聞第九三三號二四頁)
- 二〇 債務者トノ關係ニ於テ其行爲ヲ取消ササルモ受益者トノ關係ニ於テ之ヲ取消ストキハ債務者ニ對シテハ請求スルノ必要ナキモノトス (同上大正二年九月二九日判決本書第二卷民法七〇〇頁)
- 二一 債權者カ債務者ト受益者トノ間ニ於ケル債權讓渡ヲ詐害行爲トシテ其取消ヲ請求スルニ當リ債務者ト受益者トノ共同被告ト爲シタルトキハ債務者ニ對スル訴ハ不當ナリトス而シテ右ノ場合ニ於テ債務者ニ對スル訴ハ之ヲ棄却スルノ外ナシト雖モ之カ爲メニ受益者ニ對スル訴ヲ無効ナリト論スルコトヲ得ス (同上大正四年六月二六日判決本書第四卷民法六二頁)
- 二二 詐害行爲ノ取消ハ惡意ノ受益者又ハ惡意ノ轉得者ノミニ對シテ存シ債務者ハ右取消ノ訴ノ被告タル適格ヲ有セサルモノトス (水戸地方判決本書第六卷一號民法三一頁)

【同上債務者ノ法律行為ノ當事者ナリトスル學說】

一 吾人ハ取消ノ訴ヲ以テ法律行為ノ取消ヲ目的トスル訴トナスカ故ニ法律行為ノ當事者即チ單獨行為ニ在リテハ債務者契約ニ在リテハ債務者及ヒ受益者ヲ以テ被告トナスヘキモノト解ス(法學博士石坂博士四郎氏民法研究四卷五三三頁)
二 債務者ヲ以テ取消權行使ノ相手方タルモノト爲ササルヘカラス從テ債務者ハ常ニ取消ノ訴ノ被告タルモノト更ニ受益者カ債權者ノ行爲ノ相手方ナル場合ニハ受益者モ亦被告タルモノトス即債權者及受益者ヲ共同被告トシテ訴フルコトヲ要ス(同上民法研究二卷一四九頁)
三 四二四條ノ規定スル取消權ヲ以テ形成權ノ性質ヲ有スル法律行為ノ取消權ト解スルニ於テハ取消權ノ物件タル行爲ノ當事者ヲ以テ被告ト爲スコトヲ要ス取消權ノ物體タル法律行為ノ當事者ニアラザル者ヲ以テ被告ト爲スコトヲ得ス若シ取消權ヲ以テ利益返還請求權ト解スルトキハ或ハ利益ヲ有スル受益者若クハ轉得者ヲ以テ被告ト爲スコトヲ得ヘシ然レトモ法律行為ノ取消權ト解スルニ於テハ利益ヲ有スル者ヲ以テ被告ト爲スコトヲ得ス且反對利益ヲ有スル者ヲ以テ被告ト爲スコトヲ要ストノ見解ヨリスルモ受益者若クハ轉得者ヲ以テ被告ト爲スコトヲ得ス(同上京都法學會雜誌第九卷第七號一〇頁)
四 債務者ノ行爲ヲ取消ス場合ニハ取消權者ハ行爲者以外ノ第三者タリ故ニ債務者ヲ以テ取消權行使ノ相手方ト爲ササルヘカラス且債務者ハ常ニ被告タルモノトス即取消權ノ物體タル行爲カ債權者ノ單獨行為ナルトキハ債務者ヲ被告ト爲スコトヲ要シ契約ナルトキハ債務者及ヒ其相手方タル受益者ヲ以テ共同被告ト爲スコトヲ要ス之ニ反シ轉得者ハ如何ナル場合ニ於テモ被告

【同上受益者ナリトスル學說】

取消ノ訴ノ被告ハ受益者ナリ原告債權者ハ債務者ノ惡意ナルコトヲ證明セサルヘカラス被告即受益者ハ自己ノ善意ナリシコトヲ證明セサルヘカラス轉得者アル場合ニ於テハ轉得者ノ善意ナリシコトヲ證明セサルヘカラス(法學博士鳩山秀夫氏日本債權一八五頁)
要論二八〇頁)

【論旨第二點當事者ニ對スル破産宣告ト訴訟中斷ニ關スル參照學說判例】

一 凡ソ當事者ハ破産手續ノ繼續中破産財團ナ處分シ且ツ之ヲ管理スルコトヲ得サルモノナルカ故ニ當事者ノ財産ニ付破産手續ノ開始スルニ當リ訴訟手續カ破産財團ニ屬スルトキハ訴訟手續ノ中斷ヲ來スモノト爲ス必要アリ此場合ニ於テハ當事者カ訴訟代理人ヲ以テ訴訟手續ヲ爲ストキト雖モ破産手續ノ開始スルト共ニ訴訟手續ノ中斷ヲ來スモノナリ今若シ訴訟ノ結果カ破産財團ノ範圍ニ影響ヲ及ボスヘキトキハ訴訟手續ハ破産財團ニ關スルモノト謂フヘシ破産手續ノ開始セルニ依リテ生シタル訴訟手續ノ中斷ハ破産法ノ規定ニ從ヒテ訴訟ヲ受繼キ又ハ破産手續ノ終結シタルトキニ至リテ終了スルモノナリ(法學博士七井田益太郎氏民事訴訟法論上卷四五二頁)
二 訴訟カ繼續スルニ當リ其訴訟ノ原告又ハ被告ニ對シテ破産ノ宣言アリタル場合ニ於テ訴訟物タル權利カ破産財團ニ屬スヘキ時ハ訴訟手續ハ中斷ス(一七九)之破産宣告ヲ受ケタル原告又ハ被告ハ破産財團ニ屬スヘキ財團ヲ管理シ處分スル權利カ失ヒ(破産法九八五)從テ斯ル財産ニ關シ訴訟ヲ爲ス權能ヲ失フカ故ナリ換言セハ破産者ハ破産財團ニ屬スル財産ニ關スル訴訟ノ原告タリ被告タル適格ヲ失フカ故ナリ破産宣告ニ因リ生シタル中斷ハ破産法ノ規定ニ由リ管財人或ハ相手方カ訴訟手續ヲ受繼シ又ハ破産ノ停止アルマテ繼續ス(舊商九八五破産法原案六八七)又破産停止トハ破産ノ廢止又ハ終結ヲ云フモノナリ(法學博士維本朗造氏民事訴訟法中卷五六七頁)
三 原告若クハ被告ニ對シ破産決定ノ執行力ヲ生シタルトキハ被告カ破産財團ニ關スルナラハ訴訟手續ハ中斷ス中斷ハ商法ニ從ヒ手續ノ受繼若クハ破産ノ停止アルマテ繼續ス(第一七九條商法第九八五條以下參照)法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要三三二頁)
四 原告若クハ被告ノ財團ニ付キ破産ノ開始シタル場合ニ於テ若シ訴訟手續カ其破産財團ニ關スルトキハ破産ニ付テノ規定ニ從ヒ管財人ヨリ訴訟手續ヲ受繼ク迄又ハ破産手續ヲ停止スル迄其訴訟手續ハ中斷スルモノトス破産ノ開始トハ破産決定ノ確定ヲ謂フ宣告アリタルトキハ決定ノ確定ヲ必要トセス停止トハ破産手續ノ終了ヲ謂フ破産手續ノ停止(舊商九八二條)ハ中斷終了ノ原因ト爲ラス而シテ法人ニ對スル破産ニ付テモ適用アリ蓋シ宣告ニ因リ破産者カ破産手續ノ繼續中自己ノ財産ヲ占有シ管

理シ及ヒ處分スル權利ヲ失フモノナレハナリ(第一七九條破第九八五條)右ハ死亡シタル原告若クハ被告ノ遺產ニ付キ破産ヲ開始シタル場合ニ於テモ亦同一ナリトス(第一八一條)原告若クハ被告ノ家資分散ハ中斷ノ原因ニ非ス(法學士岩田一郎氏民事○訟法原論六二五頁)

五 訴訟ノ繫屬中其當事者一方ノ財産ニ付キ破産ノ開始アリタル場合ニ於テモ其訴訟力破産財團ニ關係ヲ有セサルトハ破産手續ノ中斷ナキモノトス會社ノ清算中其財産ニ付キ破産ノ開始アリタル場合ニ於テモ破産管財人ノ職務權限ニ屬スル事務ハ專ラ破産財團ニ關スルモノニ止マリ之ニ關セサル事務ハ依然清算人ノ職務權限ニ屬シ兩者各專屬ノ權限ヲ以テ並ヒ存スヘク從テ破産財團ニ關セサル訴訟ニ付テハ依然トシテ會社ヲ代表スヘキ清算人之ヲ行フコトヲ得ヘキヲ以テ其訴訟手續ハ中斷セサルモノトス會社ニ對シ株主總會決議無効ノ確認ヲ求ムル訴ハ破産財團ニ關係ヲ有セス(大審院大正三年(オ)第二七五號同四年二月一六日民一部判決本書第四卷民訴八五頁)

吾人ハ廢罷訴權ノ本質ニ付キ形成權說ヲ採用シ從テ論旨第一點廢罷訴權ノ訴ニ於テハ債務者ノ當事者適格ヲ否認スル者ニ非サルハ(第五卷民六六五頁同一九一頁第四卷六二五頁等)屢々陳ヘタル所ナルカ故ニ論旨第二點ニ付キテハ商法第九八五條第三項民事訴訟法一七九條ノ規定ノ解釋上當然訴訟中斷スルモノト爲ス者ナリ

六三

四五〇 満期日ハ左ニ掲ケタル種類ノ一タルコトヲ要ス

三一 覽ノ日

四六二 支拂拒絕證書作成ノ期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ハ手形上ノ責任ヲ負フコトナシ

四八六

支拂人カ爲替手形ノ支拂ヲ爲サリシトキハ所持人ハ其前者ニ對シテ償還ノ請求ヲ爲スコトヲ得

四八七

所持人カ前條ノ請求ヲ爲サント欲スルトキハ満期日又ハ其後三日内ニ支拂ヲ求ムル爲メ爲替手形ヲ支拂人ニ呈示シ若シ手形金額ノ支拂ナキトキハ同一期間内ニ支拂拒絕證書ヲ作ラシムルコトヲ要ス但此期間ニハ休日ヲ算入セス

所持人カ前項ニ定メタル手續ヲ爲サリシトキハ其後者ニ對スル手形上ノ權利ヲ失フ

五三二 小切手ハ一覽拂ノモノトス

五三三

小切手ノ所持人ハ其日附ヨリ十日内ニ小切手ヲ呈示シテ其支拂ヲ求ムルコトヲ要ス

五三七

所持人カ前項ニ定メタル呈示ヲ爲サリシトキハ其前者ニ對シテ償還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス

四四六

第四四六條ノ第四五九條乃至第四四六條ノ第四八六條乃至第四八九條ノ二…第五一七條ノ規定ハ小切手ニ之ヲ準用ス

小切手ハ常ニ一覽拂ノモノニシテ其呈示シタル時ニ支拂ヲ得ザリシトキハ之即チ支拂拒絕アリタルモノナルヲ以テ所持人ハ支拂拒絕證書ヲ作成シ前者ニ對シ償還請求ヲ爲シ得ヘキモノトス

小切手ニハ一覽ノ日即チ呈示ノ日ハ満期日ト爲ルヲ以テ支拂ノ爲メニ小切手ヲ呈示シタルトキハ其日又ハ其後二日内カ支拂拒絕證書作成期間ト爲ルモノト謂フヘク之ニ反シ小切手ヲ支拂呈示期間内ニ呈示スルコトナカリシトキハ法律上振出日附後十日ノ日カ法定ノ期日ニシテ其後ノ二日内ヲ拒絕證書作成期間ト爲スヘキモノトス

小切手ノ裏書カ一度支拂人ニ對シ支拂ノ爲ニ呈示シタルニ其支拂ヲ得スシテ其後二日ヲ經過シタル後ニ爲サレタルトキハ其裏書カ呈示期間經過前ニ係ル場合ト雖モ之ヲ支拂拒絕證書作成期間經過後ノ裏書ト爲シ第四六二條ノ規定ヲ準用スヘキモノトス

大審院大正八年(オ)第六五號同年三月三日民二部判決本書第八卷商法一三二頁  
本判旨ハ正當ナリ商法第五三七條ハ爲替手形ノ支拂拒絕書作成期間經過後ノ裏書ニ關スル第四六二條ノ規定ヲ小切手ニ準用セルヲ以テ小切手ノ裏書ニモ亦支拂拒絕證



書作成期間經過後ノ裏書存スルコト明カナリ然ルニ小切手ハ常ニ一覽拂ノモノニシ  
テ小切手ニハ滿期日ヲ記載スルヲ得ス縱令之ヲ記載スルモ手形上ノ效力ナク當然一  
覽拂ノモノトシテ呈示シタル時期ニ於テ之カ支拂ヲ存シ得ヘキコトト爲リ若シ其呈  
示シタル時ニ支拂ヲ得サリシトキハ即チ支拂拒絶アリタルモノナルヲ以テ所持人ハ  
支拂拒絶證書ヲ作成シ前者ニ對シ償還請求ヲ爲シ得ヘキモノトス然リ而シテ前示第  
五三七條ハ又第五八七條ヲ小切手ニ準用スルヲ以テ小切手ニ付テモ支拂拒絶證書ノ  
作成期間ナルモノ存在シ手形ノ支拂拒絶證書作成期間ハ滿期日後ノ二日內ナルモ小  
切手ニ滿期日ナク一覽ノ日即チ呈示ノ日ハ滿期日ト爲ルヲ以テ支拂ノ爲メニ小切手  
ト呈示シタルトキハ其日又ハ其後二日內ニ支拂拒絶證書ヲ作成スルコトヲ要スルコ  
トトナリ其支拂ノ爲メニ呈示シタル日以後ノ二日內カ支拂拒絶證書作成期間ト爲ル  
モノト謂フヘク之ニ反シ小切手ヲ支拂呈示期間內ニ呈示スルコトナカリシトキハ法  
律上振出日附後十日ノ日カ法定ノ期日ニシテ二日內チ拒絶證書作成期間ト爲スヘキ  
モノトス左スレハ小切手ノ裏書カ第四六二條ノ所謂期間後ノ裏書ト爲ルヤ否ヤハ支  
拂呈示期間內ニ呈示シタル場合ニハ其呈示ノ日如何ニ關係ナク呈示シタル日以後ノ  
二日內チ以テ支拂拒絶證書作成ト爲スヘキモノトス支拂呈示期間ハ支拂ノ爲メニ呈  
示ヲ要スル期間ニシテ此期間チ徒過スレハ所持人ハ前者ニ對スル償還請求權ヲ失フ  
ト雖モ此呈示期間ノ末日カ常ニ滿期日ト爲ルモノニアラスシテ一覽拂當然ノ性質ト  
シテ一覽ノ日ハ滿期日ト爲ルヲ以テ呈示期日內ニ於テモ滿期日到来シ從テ其後二日  
內チ支拂拒絶證書作成期間ト爲スヘキコトト爲ルモノトス  
果シテ然ラハ小切手ノ裏書カ一度支拂人ニ對シ支拂ノ爲メニ呈示シタルニ其支拂ヲ  
得スシテ其後二日チ經過シタル後ニ爲サレタルトキハ其裏書カ呈示期間經過前ニ係  
ル場合ト雖モ之チ支拂拒絶證書作成期間後ノ裏書ト爲シ第四六二條ノ規定ヲ準用セ  
サル可ラス支拂ヲ求メ得ヘク支拂人又有效ニ支拂ヲ爲スコトヲ得振出人ノ委託ヲ取  
消シ得サルノ事實ハ之ヲ以テ期間後ノ裏書ト爲スニ妨ナシ一度支拂ヲ拒絶シタル場

合ト雖モ其後ノ呈示期間內ニ爲シタル呈示ニ對シ支拂ヲ爲ストキハ素ヨリ小切手ノ  
正當ナル時期ニ於ケル支拂ナルヲ以テ之ニ一覽ノ支拂ニ伴フ效力ヲ認メサルヘカラ  
ス然レトモ之單ニ被裏書人ノ支拂人ニ對スル關係ニ於テノミ恰モ未ダ支拂拒絶ナカ  
リシト同一ニ取扱ハルルニ過キスシテ裏書人及前者ニ對スル關係ニ於テハ既ニ支拂  
拒絶アリタル後ニ於ケル拒絶證書作成期間經過後ニ係ルモノナルヲ以テ之ニ第四六  
二條ヲ適用セサルヘカラス之本判旨ヲ以テ正當トスノ所以ナリ(ドクトルユリス水口吉藏氏國  
家及國家學第七卷第六號八五頁「呈示期間內ニ於ケル呈示後ノ小切手ノ裏書讓渡」要領)

論旨第一點第二點俱ニ正當ニシテ吾人贊同ニ各ナラサル所ナリ蓋シ小切手ニ在  
リテモ償還請求ノ制アリ而シテ小切手ハ常ニ一覽拂ノモノナルコトハ第五三二  
條ノ明言スル所ニシテ一覽ノ日即チ呈示アリタル日ハ滿期日ト成ルモノナルヲ  
以テ小切手所持人カ手形ヲ呈示シテ支拂ヲ求メタル時ハ其呈示ノ日又ハ其後二  
日內カ支拂拒絶證書作成ノ期間タリ反之支拂呈示期間內ニ小切手所持人カ支拂  
呈示ヲ爲ササル場合ニ於テハ法ハ小切手ノ支拂證券タル性質ニ鑑ミ第五三三條  
ノ規定ヲ設ケ小切手ノ振出日附ヨリ其後十日ヲ法定期間ト明定セルカ故ニ此場  
合振出日附後十日又ハ其後ノ二日內カ該證書作成ノ期間タルコトハ寔ニ明白ナ  
レハナリ同第三點亦正解タルヤ疑念ヲ挾ム餘地ナシト信ス

六四

二八五 商行爲ニ因リテ生シタル債權ハ本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外五年間之ヲ行ハサルトキハ時效ニ因リテ  
消滅ス但他ノ法令ニ之ヨリ短キ期間ノ定アルトキハ其規定ニ從フ

四四四 手形ヨリ生シタル債権カ時効又ハ手續ノ欠缺ニ因リテ消滅シタルトキト雖モ所持人ハ振出人又ハ引受人ニ對シ其受ケタル利益ノ限度ニ於テ償還ノ請求ヲ爲スコトヲ得  
民法一六七第一項 債權ハ一〇年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス

商法第四四四條ニ所謂利益ハ爲替手形ニ在テハ引受人ニ付テハ手形ノ資金關係其振出人ニ付テハ時價及資金關係ヨリ來タル利益ニシテ約束手形ニ付テハ其受取人トノ間ニ於ケル時價關係ヨリ受ケタル利益ナリトス  
商法第四四四條ニ依ル利得償還請求權ハ手形行爲ニ因リ生スルモノニ非サルカ故ニ之ヲ商行爲ニ因ルモノト爲シ商法第二八五條ノ規定ヲ適用スルコト能ハス  
シテ一般債權ノ消滅時効ニ關スル民法ノ規定ヲ適用スヘキモノトス

大審院大正七年(オ)第一〇四六號同八年二月二六日民三部判決本書第八卷商法一三三四頁

判旨一ハ正當ナリ第四四四條ニ所謂利益ハ爲替手形ニ在リテハ手形ノ資金關係モ振出人ニ付テハ時價及資金關係ヨリ來タル利益ニシテ約束手形ニ付テハ其受取人トノ間ニ於ケル時價關係ヨリ受ケタル利益ナルヲ以テ約束手形ノ振出ニ因リ既存債務ヲ免レタルトキハ消滅的ニ手續ノ手續欠缺又ハ時効ニ因リ手形消滅ニ因リ振出人ハ其債務額ニ付キ利益ヲ得タルモノナルヲ以テ手形所持人ハ利得償還ヲ求メ得ヘキモノナレハナリ  
判旨二、三亦正當ナリ商法第四四四條ニ依ル利得償還請求權ハ手形行爲ニ因リ生スルモノニ非ス同條ノ特別規定ニ依リ手形所持人ニ認ラレタル權利ナリ蓋シ手形行爲ニ因リテ生シタル請求權カ消滅シタル結果法律ノ賦與スルモノナルヲ以テ之ヲ手形行爲ニ因ルモノト爲シ得サルハ勿論亦法律行爲ニ因リテ生シタル請求權ニアラサルヲ以テ之ヲ商行爲ニ因ルモノト爲シ得ヘキモノニアラス從テ之ニ商法第二八五條ノ規定ヲ適用スルコト能ハスレテ一般債權ノ消滅時効ニ關スル民法ノ規定ヲ適用スヘキ

モノナリ(ドクトルユリス水口吉藏氏國家及國家學第七卷第七號八一頁)手形利得償還請求權ノ發生ト時効期間(要領)

【論旨第一點商法第四四四條ニ所謂其受ケタル利益ノ意義ニ關スル參照學說】

本書第八卷商法一三四頁同一三七頁以下

【論旨第二點利得償還請求權ト消滅時効ニ關スル參照學說判例】

本書第八卷商法一三八頁

本論被評判例ニ對シテハ吾人曩ニ判旨各點ニ付キ贊同ノ意ヲ表シタル所ニシテドクトルノ高見ト吻合スルカ故ニ重ネテ贅言ヲ避ケント欲ス(本書第八卷商法一三九頁同第七卷商法三二二頁五二八頁評論參照)

(六五)

二六四 左ニ掲ケタル行爲ハ營業トシテ之ヲ爲ストキハ之ヲ商行爲トス但專ラ資金ヲ得ル目的ヲ以テ物ヲ製造シ又ハ勞務ニ服スル者ノ行爲ハ此限ニ在ラス

七 客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引

二七三 數人カ其一人又ハ全員ノ爲メニ商行爲タル行爲ニ因リテ債務ヲ負擔シタルトキハ其債務ハ各自連帶シテ之ヲ負擔ス

貸座敷營業ハ商法第二六四條第七號ニ所謂客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引ニ該當スル商行爲ナリトス

甲乙兩名カ乙ノ爲メニ商行爲タル貸座敷營業用トシテ係爭家屋ヲ借入レタル場合ニ於テ之ニ因リテ生シタル賃料支拂ノ債務ハ甲乙兩名連帶シテ負擔スヘキモノト爲シタルハ相當ナリ

松波博士

【關係事項】

然レトモ貸座敷營業ハ商法第二六四條第七號ノ客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引ニ該當シ商行爲ナレハ原院カ上告人コデん名義ノ貸座敷營業ヲ以テ商行爲ト爲シタルハ相當ニシテ本論旨ハ理由ナシ同第五點ハ原判決ノ摘示セル各証言ニヨレハ前項摘示ノ如ク所謂貸座敷營業名義人ハ伊藤コデんニシテ伊藤又ハニアラサルコト分明ナリ從テ貸座敷營業ノ爲メ本件家屋ヲ賃借シタルニ依リ商行爲タルヘキモノトスレハ即チコデんノ商行爲ヲ商行爲トスヘキモノ斷シテ又ハノ商行爲ニ及フヘキニアラス何トナレハ又ハハ營業者ニアラサレハナリ果シテ然ラハ上告人又ハハ賃借行爲ヲモ商行爲ナリトシテ連帶ノ義務ヲ負擔セシメタルハ商法規定ニ背キタル違法ノ裁判ナリ(御院判決大正三年(一)第六四五號參照)ト云フニ在リ

然レトモ數人カ其一人ノ爲メニ商行爲タル行爲ニ因リテ債務ヲ負擔シタルトキハ其債務ハ各自連帶シテ之ヲ負擔スルコトハ商法第二七三條ノ規定スル所ナレハ原院カ上告人兩名ハ上告人コデんノ爲メニ商行爲タル貸座敷營業用トシテ本件家屋ヲ賃入レタルモノトシ其賃借行爲ハ同人ノ爲メ商行爲ニシテ因リテ生シタル賃料支拂ノ債務ハ兩名連帶シテ負擔スヘキモノト爲シタルハ其賃借行爲カ上告人又ハノ爲メニ商行爲タル如ク說示シタルハ至當ナラサルモ如上ノ理由ニ依リ結局至當ニシテ本論旨ハ理由ナシ(大審院大正八年(オ)第一三五號同年四月二六日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡鬼澤各判事判決)

○被上告人吉田二郎

一 商法ニハ客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引ト云ヘル(一)又此行爲ノ商行爲タルニハ客ノ來集ヲ目的トスル場屋アルヲ要ス(二)場屋トハ一定ノ設備ヲ有スル場所ナリ客ノ來集ニ對スル設備アレハ足り必スシモ建物ヲ要ス通常ハ建物ナルモ相撲ノ如キ建物ナキ一定地域ノ區劃内ニテ舉行シ得ルモノアリ(三)場屋ニ二種アリ一ハ專ラ耳目ヲ樂シムルモノニシテ活動寫眞劇場、寄席、音樂會、相撲、競馬、動物園、展覽會等ナリ(四)又一ハ專ラ身體又ハ口腹ノ快感ヲ伴フモノナリ玉突、旅店、飲食店、浴場等ナリ(五)客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引ト云ヘル(六)又此行爲ノ商行爲タルニハ客ノ來集ヲ目的トスル場屋アルヲ要ス(七)此行爲ノ商行爲タルニハ取引ヲ要ス(八)場屋ノ取引ト云ヘル(九)場屋ナル有價物ヲ賣買交換スルニ非スシテ場屋取引ナル一種ノ商行爲ナリ當事者ノ一方ハ場屋設備ヲ利用セシムルコトヲ約シ相手方ハ之ニ對シテ報酬ヲ支拂フコトヲ約ス然ラハ何故ニ場屋ニ

松本博士

青木博士

片山博士

柳川學士

大審院判

關スル行爲トセザリシカ或ハ廣キニ失スルヲ恐レタルナランモ既ニ運送ニ關スル行爲出版ニ關スル行爲等トセハ技ニモ場屋ニ關スル行爲トスル可ナラン(法學博士松波仁一郎氏日本商行爲法一五一頁)

二 客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引ト云ヘル(一)又此行爲ノ商行爲タルニハ客ノ來集ヲ目的トスル場屋アルヲ要ス(二)場屋トハ一定ノ設備ヲ有スル場所ナリ客ノ來集ニ對スル設備アレハ足り必スシモ建物ヲ要ス通常ハ建物ナルモ相撲ノ如キ建物ナキ一定地域ノ區劃内ニテ舉行シ得ルモノアリ(三)場屋ニ二種アリ一ハ專ラ耳目ヲ樂シムルモノニシテ活動寫眞劇場、寄席、音樂會、相撲、競馬、動物園、展覽會等ナリ(四)又一ハ專ラ身體又ハ口腹ノ快感ヲ伴フモノナリ玉突、旅店、飲食店、浴場等ナリ(五)客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引ト云ヘル(六)又此行爲ノ商行爲タルニハ客ノ來集ヲ目的トスル場屋アルヲ要ス(七)此行爲ノ商行爲タルニハ取引ヲ要ス(八)場屋ノ取引ト云ヘル(九)場屋ナル有價物ヲ賣買交換スルニ非スシテ場屋取引ナル一種ノ商行爲ナリ當事者ノ一方ハ場屋設備ヲ利用セシムルコトヲ約シ相手方ハ之ニ對シテ報酬ヲ支拂フコトヲ約ス然ラハ何故ニ場屋ニ

關スル行爲トセザリシカ或ハ廣キニ失スルヲ恐レタルナランモ既ニ運送ニ關スル行爲出版ニ關スル行爲等トセハ技ニモ場屋ニ關スル行爲トスル可ナラン(法學博士松波仁一郎氏日本商行爲法一五一頁)

二 客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引ト云ヘル(一)又此行爲ノ商行爲タルニハ客ノ來集ヲ目的トスル場屋アルヲ要ス(二)場屋トハ一定ノ設備ヲ有スル場所ナリ客ノ來集ニ對スル設備アレハ足り必スシモ建物ヲ要ス通常ハ建物ナルモ相撲ノ如キ建物ナキ一定地域ノ區劃内ニテ舉行シ得ルモノアリ(三)場屋ニ二種アリ一ハ專ラ耳目ヲ樂シムルモノニシテ活動寫眞劇場、寄席、音樂會、相撲、競馬、動物園、展覽會等ナリ(四)又一ハ專ラ身體又ハ口腹ノ快感ヲ伴フモノナリ玉突、旅店、飲食店、浴場等ナリ(五)客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引ト云ヘル(六)又此行爲ノ商行爲タルニハ客ノ來集ヲ目的トスル場屋アルヲ要ス(七)此行爲ノ商行爲タルニハ取引ヲ要ス(八)場屋ノ取引ト云ヘル(九)場屋ナル有價物ヲ賣買交換スルニ非スシテ場屋取引ナル一種ノ商行爲ナリ當事者ノ一方ハ場屋設備ヲ利用セシムルコトヲ約シ相手方ハ之ニ對シテ報酬ヲ支拂フコトヲ約ス然ラハ何故ニ場屋ニ

三 客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引ト云ヘル(一)又此行爲ノ商行爲タルニハ客ノ來集ヲ目的トスル場屋アルヲ要ス(二)場屋トハ一定ノ設備ヲ有スル場所ナリ客ノ來集ニ對スル設備アレハ足り必スシモ建物ヲ要ス通常ハ建物ナルモ相撲ノ如キ建物ナキ一定地域ノ區劃内ニテ舉行シ得ルモノアリ(三)場屋ニ二種アリ一ハ專ラ耳目ヲ樂シムルモノニシテ活動寫眞劇場、寄席、音樂會、相撲、競馬、動物園、展覽會等ナリ(四)又一ハ專ラ身體又ハ口腹ノ快感ヲ伴フモノナリ玉突、旅店、飲食店、浴場等ナリ(五)客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引ト云ヘル(六)又此行爲ノ商行爲タルニハ客ノ來集ヲ目的トスル場屋アルヲ要ス(七)此行爲ノ商行爲タルニハ取引ヲ要ス(八)場屋ノ取引ト云ヘル(九)場屋ナル有價物ヲ賣買交換スルニ非スシテ場屋取引ナル一種ノ商行爲ナリ當事者ノ一方ハ場屋設備ヲ利用セシムルコトヲ約シ相手方ハ之ニ對シテ報酬ヲ支拂フコトヲ約ス然ラハ何故ニ場屋ニ

四 條文ハ場屋ノ取引ト云ヒ恰モ場屋其物ヲ目的トスルカ如キ外觀アリト雖モ解釋上特定ノ場所ヲ設備シテ客ノ來集ヲ目的トスル營業ノ行爲ト解セサルヘカラス例ヘハ旅人宿業「ビヤホール」「ミルクホール」其他飲食店ニ於ケル取引ノ如キ是ナリ家屋又ハ場屋ノ取引ト謂フニハアラス唯注意スヘキハ其取引カ違法タルコトヲ得ス故ニ賭場ヲ開場スルコトハ此ニ入ラス(法學博士片山義勝氏商行爲論中講一四頁)

五 劇場寄席相撲繪畫古器物ノ展覽會動物園等他人ノ勞務技藝ニ依リ又ハ物ノ展覽ニ依リ精神上ノ娛樂ヲ得セシムル目的ヲ以テスルト飲食店旅店下宿屋浴場等食品又ハ其他ノ物ヲ供給シ身體上ノ需要ニ應スル目的トスルトナリ客ヲシテ特定ノ設備ヲ利用セシムル契約ヲ客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引ト稱ス(法學士柳川勝二氏商法論三九四頁)

六六

四二七 生命保險契約ハ當事者ノ一方カ相手方又ハ第三者ノ生死ニ關シ一定ノ金額ヲ支拂フヘキコトヲ約シ相手方カ之ニ其報酬ヲ與フコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス

普通保險約款ニ於テ保險契約ハ保險料拂込期日後一定ノ猶豫期間ノ經過ニ依リ當然其效力ヲ失フト雖モ保險者ハ尙ホ一定期間保險契約者ノ書面上ノ請求ニ依リ被保險者ノ身體ヲ診査シ健康ニ異狀ナキ場合若クハ健康證明書ヲ提出シタル場合ニ限り保險契約ノ回復ヲ承認スヘキモノト爲シタルハ專ラ保險者カ契約締結當初ニ於ケル被保險者ノ生命ノ危險ヲ測定スルニ足ルヘキ生活機能ニ變更ナ

キヤ否ヤヲ審査シテ其間ニ於ケル健康状態ノ變動ニ因ル損害ヲ防止セントシ一ニ保險者ノ利益保護ノ目的ニ外ナラサレハ保險者ハ保險契約者ニ於テ契約回復ヲ希望スル意思ヲ表示スルトキハ必スシモ如上ノ手續ノ履踐ヲ竣タスシテ任意ニ保險契約ノ回復ヲ承認スルコトヲ得ルモノト解スルヲ相當トス

仍テ本訴ニ付キ原審ノ確定シタル事實ニヨリ之ヲ按スルニ被告ノ普通保險約款ニ依レハ保險契約ハ保險料拂込日以後三十日ノ猶豫期間ノ經過ニ依リ當然其効力ヲ失フ(第八條)ト雖モ保險者ハ尙ホ三箇年間保險契約者ノ書面上ノ請求ニ因リ被保險者ノ身體ヲ診査シ健康ニ異状ナキ場合若クハ三箇月内ニ於テハ健康證明書ヲ提出シタル場合ニ限リ保險契約ノ回復ヲ承認ス(第一八條)ヘキモノニシテ保險契約ノ承認ニ要スル如上ノ手續ハ蓋シ專ラ保險者カ契約締結當初ニ於ケル被保險者ノ生命ノ危險ヲ測定スルニ足ルヘキ生活機能ニ變更ナキヤ否ヤヲ審査シテ其間ニ於ケル健康状態ノ變動ニ因リ蒙ルコトアルヘキ損害ヲ防止セントスルノ趣旨ニ出テ一ニ保險者ノ利益ヲ保護セントノ目的ニ外ナラサレハ保險者ハ保險契約者ニ於テ契約回復ヲ希望スル意思ヲ表示スルトキハ必スシモ前示手續ノ履踐ヲ竣タスレテ任意ニ保險契約ノ回復ヲ承認スルコトヲ得ルモノト解スルヲ妥當トス從テ保險者カ猶豫期間經過後ニ至リ保險契約者ヨリ前示所定ノ手續ノ件ハサルニ拘ハラズ保險料ヲ受領シ其後久シキニ涉リテ何等異議ヲ述ヘサルトキハ他ニ特別ノ事情ノ存セサル限り保險契約回復ノ

承認ヲ爲シタルモノト推定スヘク保險者ハ保險事故ノ發生ニ因リ保險金支拂ノ責任スヘキモノトス本件ニ於テ訴外南場幸次カ大正三年十二月四日自己ヲ被保險者トシテ被上告人ト生命保險契約ヲ締結シ其第三回保險料ハ拂込日タル大正五年十二月四日及ヒ其猶豫期日タル大正六年一月三日ヲ經過シタル大正六年二月ニ至リ支拂ヲ爲シタルニ被上告人ハ異議ヲ止メシテ之ヲ受領シ且ツ幸次カ同年七月十一日死亡スルニ至ルマテ其間六箇月間ノ久シキニ涉リタルコトハ上告人カ第一審以來主張スル所ナルニ拘ハラズ原審ハ他ニ何等特別ノ事情ノ存スルコトヲ判示セス單ニ右ノ事實アリト假定スルモ之レノミヲ以テハ契約回復ノ承認ヲ推測スルニ足ラサル旨ヲ判示シ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ違法ニシテ原判決ハ此點ニ於テ破毀ヲ免レス上告ハ理由アルヲ以テ他ノ論旨ニ對スル說明ヲ省略シ民事訴訟法第四四七條第一項第四四八條第一項ヲ適用シ主文ノ如ク判決ス(大審院大正七年(オ)第一〇九二號同八年四月一日民一部田部裁判長橋原尾古鈴木三宅各判事判決)

【關係事項】 破毀差戻○原審東京地方○保險金請求事件○上告人南場ルリ外三名法定代理人南場モト訴訟代理人辯護士鈴木徳太郎○被上告人常盤生命保險株式會社法定代理人關本英作訴訟代理人辯護士小野田靜

(六七)

三七六 倉庫營業者ハ自己又ハ其使用人カ受寄物ノ保管ニ關シ注意ヲ怠ラサリシコトヲ證明スルニ非サレハ其滅失又ハ毀損ニ付キ損害賠償ノ責ヲ免ルルコトヲ得ス

判決ニ於テ相手方ノ反對給付ト引換ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ命スルニハ其反對給付ハ法律ノ規定ニ基クト法律行爲ニ基クトヲ問ハス其性質如何モ之ヲ問フヲ要セス唯引換ニ爲スヘキ給付タルコトヲ以テ足ルモノトス

倉庫業者カ寄託物ノ返還ヲ爲スコト能ハサルトキハ少ナクトモ之ニ代ルヘキ價

ヲ損害トシテ賠償スヘキハ當然ナレハ寄託者カ寄託物ノ所有者ニ非ラサルコトヲ以テ其賠償ヲ免カルヘキニ非ス又寄託者カ所有者其他ノ人ニ對シ損害ヲ賠償シタル後ニ非サレハ其責ニ任セサルヘキモノニモ非ス

(一) 判決ニ於テ相手方ノ反對給付ト引換ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ命スルニハ其反對給付ハ法律ノ規定ニ基クト法律行為ニ基クトナ問ハス其性質如何モ之ヲ問フテ要セス唯引換ニ爲スヘキ給付タルコトヲ以テ足ル被上告人ハ當事者間ノ特約上假庫入證ト引換ニ非サレハ貨物ノ引渡ヲ求ムルコトヲ得サレハ原判決カ假庫入證ト引換ニ貨物ヲ引渡スヘキコトヲ上告人ニ命シタルハ正當ニシテ假庫入證ノ給付ノ如キハ引換給付ヲ命スヘキ場合ニ於ケル反對給付タルノ性質ヲ有スルモノニ非ストノ上告所論ハ首肯シ難シ

(二) 倉庫業者カ寄託物ノ返還ヲ爲スコト能ハサルトキハ少ナクモ之ニ代ハルヘキ價ヲ損害トシテ賠償スヘキハ當然ナレハ寄託者カ寄託物ノ所有者ニ非ラサルコトヲ以テ其賠償ヲ免カルヘキニ非ス又寄託者カ所有者其他ノ人ニ對シ損害ヲ賠償シタル後ニ非サレハ其責ニ任セサルヘキモノニ非ス故ニ原判決カ寄託物ノ價格ニ相當スル損害額ノ賠償ヲ上告人ニ命シタルハ正當ナリ(大審院大正七年オ)第一〇三五號同八年三月二十八日民一部田部裁判長榊原尾古鈴木三各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審函館控訴院○寄託物引渡請求事件○上告人佐々木平次郎訴訟代理人辯護士岩田宙造同高橋泰同近藤氏雄被上告人内國通運株式會社訴訟代理人辯護士岡崎正也同澁川諭喜智

六八

五四四第一項 船舶所有者ハ船長カ其法定ノ權限内ニ於テ爲シタル行為又ハ船長其他ノ船員カ其職務ヲ行フニ當テ他人ニ加ヘタル損害ニ付テハ航海ノ終ニ於テ船舶運送貨及ヒ船舶所有者カ其船舶ニ付キ有スル損害賠償又ハ報酬

商法第六五一條ハ廣ク船舶ノ衝突ニ因リテ生シタル債權トスルヲ以テ其中ニハ財産ヲ害シタルカ爲メニ生シタル債權及ヒ生命身體ヲ害シタルカ爲メニ生シタル債權ヲモ含ムモノトス  
衝突債權ノ消滅時効ノ起算點ハ衝突ノ生シタル時ニシテ被害者カ加害者ヲ知りタル時ニ非ス

大審院大正三年(オ)第八三號同四年四月二〇日判決本書第四卷商法一五一頁

我商法ニハ船舶ノ衝突ニ因リテ生シタル債權ハ一年ヲ經過シタルトキハ時効ニ因リテ消滅スルコトセリ船舶カ衝突スル場合ニハ之ニ因リテ船舶ヲ滅失毀損スルコトアリ積荷其他ノ物品ヲ滅失毀損スルコトアリ或ハ旅客又ハ乗組員其他ノ者ノ生命身體ヲ害スルコトアリ其場合ニ船舶又ハ積荷ニ損害ヲ蒙リタル者ノ損害賠償請求權ハ一年ノ時効ニ因リテ消滅スルコト明白ナルモ生命身體ニ關シテ損害ヲ蒙リタル者ノ損害賠償請求權モ一年ノ時効ニ因リテ消滅スルカニハ疑アリ身體債權(生命身體ニ關シテ蒙ルリテ損害ノ賠償請求權ノ略稱)ニモ一年時効ノ適用アリテ此債權モ速ニ消滅スルモ

ノ請求權ヲ債權者ニ委付シテ其責ヲ免ルルコトヲ得但船舶所有者ニ過失アリタルトキハ此限ニ在ラス  
六五〇 船舶カ雙方ノ船員ノ過失ニ因リテ衝突シタル場合ニ於テ雙方ノ過失ノ輕重ヲ判定スルコト能ハサルトキハ其衝突ニ因リテ生シタル損害ハ各船舶ノ所有者平分シテ之ヲ負擔ス

六五一 共同海損又ハ船舶ノ衝突ニ因リテ生シタル債權ハ一年ヲ經過シタルトキハ時効ニ因リテ消滅ス  
前項ノ期間ハ共同海損ニ付テハ其計算終了ノ時ヨリ之ヲ起算ス

民法一六六 消滅時効ハ權利ヲ行使スルコトヲ得ル時ヨリ進行ス  
同六七 債權ハ十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス

債權又ハ所有權ニ非サル財産權ハ二年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス  
同七二四 不法行為ニ因ル損害賠償ノ請求權ハ被害者又ハ其法定代理人カ損害及ヒ加害者ヲ知りタル時ヨリ三年間之ヲ行ハサルトキハ時効ニ因リテ消滅ス不法行為ノ時ヨリ二十年ヲ經過シタルトキ亦同シ

ノト解ス  
 (一) 一年時効解釋(大審院判例批評)余ハ大審院判例ヲ不當ト信ス何トナレハ商法ニハ  
 「船舶ノ衝突ニ因リテ生シタル債權ハ一年ヲ經過シタルトキハ時効ニ因リテ消滅ス」ト  
 シ廣ク船舶ノ衝突ニ因リテ生シタル債權ハ一年ヲ經過シタルトキハ時効ニ因リテ消滅ス」ト  
 ニ生シタル債權及ヒ生命身體ヲ害シタル債權トスルヲ以テ其中ニハ財產ヲ害シタル債權  
 ノ正解ナリ若シ法ニ船舶ノ衝突ニ因リテ生シタル債權トスルハ其債權ノ中ニハ身體債權ヲ含  
 船ノ衝突ニ此ノ如キ制限若クハ除外ノ主意ヲ示ササル以テハ損害債權ノ中ニハ財  
 マサルモ法ニ此ノ如キ制限若クハ除外ノ主意ヲ示ササル以テハ損害債權ノ中ニハ財  
 産損害ト身體損害ノ二種ヲ含ムト解スルハ當然ナリ  
 (イ) 大審院ハ衝突債權ノ消滅時効ノ規定ノ置キ場所ヨリ論シテ此規定ハ海損ノ章中  
 二在リ又共同海損債權ノ消滅時効ト同項中ニ在リ而シテ海損ノ章中ニハ衝突ニ關ス  
 ルモノノ外ハ共同海損及ヒ準共同海損ノ規定アルノミ然ルニ其何レモ財產損害ニ關  
 スルヲ以テ衝突ニ關スル損害モ悉ク財產損害ニ關セリトイフナリ海商法第四章海損  
 ノ章ハ主トシテ財產上ノ損害ヲ規定ス然レトモ本章中ニハ便宜上衝突ノ規定ヲモ入  
 レ以テ衝突ニ因テ財產上ノ損害ヲ生シタル場合ノ外ニ身體上ノ損害ヲ生シタル場合ノコ  
 トヲモ規定スルナリ此レ不當ニ非ス畢竟ハ法編制ノ便宜ヨリ來ルナリ我商法ニハ  
 衝突ニ關スル規定ハ僅カニ二ヶ條ニモ足ラス(六五〇條及ヒ六五一條ノ一部分)故ニ之  
 カ爲メニ特別ノ章若クハ特別ノ節ヲ設クルハ不要若クハ不體裁ナリトシテ海損章中  
 二共同海損ト同居セシメタルナリ恰モ船舶ト船舶所有者ハ全然異ルモノニシテ一ハ  
 權利ノ目的タリ又一ハ權利ノ主體タルヲ以テ別ケテ別章ニ規定スヘキ理アルモ便宜  
 ノ爲メニ同章ニ同居セシメタルニ等シ而シテ我國ハ海商債權ノ時効ノ爲メニ別章又  
 ハ別節ヲ設ケスシテ債權自體ヲ規定スル際直チニ其消滅時効ヲ規定スル編纂ヲ採リ  
 タルナリ果シテ此ノ如シトセハ衝突債權ノ時効ハ海損章中ニ置クヨリ外ナシ然リ而  
 テ衝突ヨリ生スル債權ノ時効カ一年ナルトキハ同シク一年時効ナル共同海損

債權ノ時効ト同一ノ條文ニ合セ規定スルハ條文配置ノ最モ巧妙ナルモノトス現行法  
 ニ於テ衝突債權ノ消滅時効カ海損章中ニ在リテ且共同海損債權ノ消滅時効ト共ニ規  
 定セララルルハ此ノ如キ主意ニ出ツルナリ決シテ一年時効ノ適用ヲ受ケル衝突債權  
 財產債權ノミニ限定シテ身體債權ヲ除外セントシタルニ非ラス商法ニ衝突ニ因リテ  
 生シタル債權ハ一年時効ニ因リテ消滅ストスル債權ハ讀ミテ字ノ如ク衝突ニ因リテ  
 生シタル總テノ損害ヲ含ムコト恰モ免責委付ノ規定ニ於テ損害トイヘル中ニハ財產  
 損害及ヒ身體損害ヲ含ムニ等シ商法ニ船舶所有者ハ船員力其職務ヲ行フニ當タリ他  
 人ニ加ヘタル損害ニ付テハ航海ノ終ニ於テ船舶等ヲ債權者ニ委付シテ其責ヲ免ル  
 コトヲ得「トスル損害ノ中ニハ身體損害ヲモ含ミ又債權者ノ中ニハ身體債權者ヲモ含  
 ムナリ此免責委付ノ規定ノ前段ハ何レモ財產ニ關シ又免責委付ノ規定ハ船舶及船  
 船所有者ノ章中ニ在ルモ法ニハ廣ク損害トシ又債權者トスルヲ以テ吾人ハ之ヲ正解  
 トシテ損害中ニハ一切ノ損害又債權者中ニハ一切ノ債權者ヲ含ムトシ船主ハ船舶等  
 ヲ委付シテ身體債權者ニ對シテ免責ヲ免ルルコトヲ得トスルナリ此解釋ニ關テハ  
 蓋シ疑ヲ挿ム者ナカラン然ル衝突債權ノ規定ニ於テ法ハ同シク廣ク債權トシイヘル  
 ニ其中ニ身體債權ヲ含マスト解スルハ寧ロ怪訝ニ堪ヘス  
 (ロ) 大審院ハ一年時効ノ適用ヲ財產債權ニ限ラント欲シ船舶衝突ニ關スル規定ハ第  
 六五一條ノ外ニハ第六五〇條アルノミニシテ同條ノ規定スル所ハ專ラ船舶力雙方ノ  
 船員ノ過失ニ因リテ衝突シタル爲ニ生シタル損害ニ對スル船舶所有者間ノ責任ニ關  
 スルニ止マリ其他ニ及ハス「トイヘリ第六五一條ノ損害モ亦財產損害ニ限ルト解セサ  
 ルヘカラストノ意ナレハ其意ナルコト明示セサルヘカラスト明示セサルヘカラスト知リ難  
 シ又同時ニ同條ノ損害ハ財產損害ニ限ルトノ理由ヲ明確ニ示ササルヘカラスト同條ニ  
 ハ廣ク損害ト稱シ吾人ハ其中ニ財產損害及ヒ身體損害ヲ含ムト解スレハナリ大審院  
 ハ或ハ一年時効ノ適用ヲ受ケル衝突債權ハ船舶力雙方船員ノ過失ニ因ル損害ニ限ル  
 トスル意ヲ示ス主意ナルカ若シ然リトセハ本問ニ何等ノ關係モナシ其ハ損害ヲ生ス

ル原因ヲ説クモノニシテ損害自體若クハ損害ノ範圍ニ關係ナクシテ言ハハ本問トハ別ノ問題タルナリ而シテ別問トシテ別ニ評センニ若シ大審院ノ意思ニシテ一年時効ヲ適用スルノ意ナリトセハ此レ法ノ誤解ナリ商法ニハ廣ク船舶ノ衝突ニ因リテ生シタル損害トセルニ雙方過失ノ衝突ニ因リテ生シタルモノニ限ルハ不可ナリ又此ノ如ク限定スルトキハ非常ニ不權衡ノ結果ヲ生ス即チ衝突ノ原因カ雙方過失ナルトキハ其債權ハ一年時効ニ係ルニ一方過失ナルトキハ三年十年又ハ二十年トナレハナリ故ニ恐ラクハ大審院モ此ノ如ク解スルニ非スシテ一年時効ハ衝突ノ原因カ雙方過失ナルトキハ一方過失ナルトキハ問ハスシテ之ヨリ生スル債權ニ適用スルモノナラシメテ然リトセハ大審院カ一年時効ノ適用ヲ狭ク解シ身體損害ノ債權ニハ之ヲ適用セストスル理由トシテ商法ニ船舶ノ衝突ニ關シテ規定スル所ハ時効ノ規定ノ外ニ雙方過失ニ因ル衝突ヨリ生スル損害ノ規定アルノミトイヘルハ蛇足ナリ

(二) 一年時効ノ起算點衝突債權ノ起算點ハ何時ナリヤ衝突債權ハ船舶ノ一方又ハ雙方ニ過失アル場合ニ生スルモノトシ即チ不法行為ニ因ル損害賠償ノ請求權ナリ然ラハ不法行為ニ因ル請求權ニ關スル規定ヲ適用スルカ民法ニハ不法行為ニ因ル損害賠償ノ請求權ハ被害者又ハ其法定代理人カ損害及ヒ加害者ヲ知リタル時ヨリ三年間之ヲ行ハサルトキハ時効ニ因リテ消滅ス不法行為ノ時ヨリ二十年ヲ經過シタルトキ亦同シトセリ故ニ此規定ヲ適用スヘキ如ク見エ學者中ニハ之ヲ主張スルモノアリ或ハ之ニ反對シ衝突債權ノ消滅時効ノ起算點ハ衝突ノ生シタルトキニシテ被害者カ加害者ヲ知リタル時ニ非ストイフ者アリ吾人ハ後ノ解釋ヲ採ルモノトシ商法ニ衝突債權ノ消滅ニ關シテ特ニ一年ノ短期時効ヲ定メタル主意ヨリ之ヲ推解ス

法ハ一般ノ債權ニハ其消滅時効ヲ十年トスルモ不法行為債權ニハ特別ノ事由アリトシテ三年及ヒ十年ノ時効ヲ設ケ而シテ其起算點ヲ區別シテ債權者カ加害者ヲ知リタルトキハ其時ヨリ三年トシ知ラサルトキハ二十年トシタリ即チ法ハ不法行為債權ニハ三年ノ短期時効ヲ認メタルナリ然ルニ衝突ノ場合ニハ三年ノ時効モ長キニ失スト

【參照學說】

一本書第八卷商法二〇九頁

シテ一年ノ時効ヲ設ケタルナリ然ラハ法ノ精神ハ衝突債權ハ成ヘタ速ニ之ヲ消滅セシメントスルニ在ルヲ知ルヘシ然ルニ此際若シ衝突ノ被害者カ其加害者ヲ知ルトキハ民法ノ不法行為債權ノ規定ヲ適用シテモ消滅時効ヲ三年ニ延長ストイハハ誰カ其矛盾ヲ笑ハサルモノアラシヤ然リ而シテ民法ノ此ノ規定ハ不可分トシ不法行為債權ノ消滅時効ハ被害者ト加害者ヲ知リタルトキヨリ三年トスルモノナリ故ニ隨意ニ分離シテ衝突債權ニハ此不法行為債權ノ三年ノ期間ハ適用セサルモ時効ノ起算點ヲ被害者ノ知時トスルコトノミヲ適用ストイフヲ得ス故ニ衝突債權ノ一年時効ハ一般ノ原則ニ從ヒ其起算點ハ權利ヲ行使シ得ル時即チ衝突發生ノ時ト解スヘキナリ吾人ハ此ノ如キ理由ニ因リテ衝突債權ノ時効ノ起算點ヲ衝突發生ノ時ト解スヘキナリ吾人一年ノ短期時効ヲ設ケタル主意ヨリ解スルナリ故ニ若シ衝突債權中ニ一年ノ時効ヲ適用セサル債權アリトセハ其債權ノ消滅時効ノ起算點ハ被害者カ加害者ヲ知リタル時トナルヘシ吾人ニ商法ハ規定スル衝突債權ヲ廣ク解シテ財產債權及ヒ身體債權ヲ入ルルヲ以テ其時効ノ起算點ハ常ニ衝突ノ時トナルモ若シ大審院ノ如ク吾人ト反對ニ解シテ一年ノ消滅時効ハ財產債權ニ限リテ適用シ身體債權ニ適用セストスルトキハ身體債權ニハ如何ナル時効ヲ適用スヘキカノ問題ヲ生シ解決セラレテ不法行為債權ノ時効ヲ適用セラルルコトナリ之ニ伴ヒテ三年又ハ二十年トナリ前者ノ起算點ハ被害者知時トナリ後者ノ起算點ハ衝突ノ時トナルナリ換言スレハ商法ハ衝突債權ニハ財產被害者ノ債權ノミヲ規定シ身體債權ヲ規定セスト解スルモノハ損害債權ニハ一年時効ヲ適用シテ起算點ヲ被害者ノ知時トスカ或ハ二十年ノ時効ヲ適用シテ其起算點ヲ衝突ノ時トスルナリ不條理ニシテ且不一ト謂フヘシ(法學博士松波仁一郎氏法學協會雜誌第三七卷第七號一頁船舶衝突ノ身體損害ノ消滅時効ヲ論ス)要領)

二同上二一三頁

論旨第一點ハ吾人ノ素論ト異見ニ立ツモノニシテ評論甚太努メタルモノナリト雖モ未タ能ク吾人ノ所信ヲ托クルニ足ラス維然吾人ハ商法第六五一條ヲ實質的ニ解シテ所謂身體債權ヲ包含セサルモノト解スルナリ本書第八卷商法二一三頁同第四卷商法一五二頁所掲評論ヲ参照セラレタシ同第二點衝突債權ノ消滅時効ノ起算點ヲ船舶衝突ノ時ト解セラルル博士ノ高論ハ吾人賛同 各ナラサル所ナリ

六九

- 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著ニ付キ損害賠償ノ責ヲ免ルルコトヲ得ヌ
- 三四〇第一項 運送品ノ全部滅失ノ場合ニ於ケル損害賠償ノ額ハ其引渡アルカヘリシ日ニ於ケル到達地ノ價格ニ依リテ之ヲ定ム
- 三四一 運送品カ運送人ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ因リテ滅失毀損又ハ延著シタルトキハ運送人ハ一切ノ損害ヲ賠償スル責ニ任ス
- 三五一第一項 旅客ノ運送人ハ旅客ヨリ引渡ヲ受ケタル手荷物ニ付テハ特ニ運送貨ヲ請求セサルトキト雖モ物品ノ運送ハ同一ノ責任ヲ負フ
- 鐵道營業法一三 惡意又ハ重大ナル過失ニ因ラサル手荷物ノ滅失毀損ニ付テハ鐵道運輸規定ニ定ムル最高金額迄ヲ限リ損害賠償ノ責ニ任ス
- 鐵道運輸規程四八 鐵道ハ惡意又ハ重大ナル過失ニ因ラサル手荷物ノ滅失又ハ毀損ニ付テハ旅客一人ニ對シ價額百圓以内ニ限リ損害賠償ノ責ニ任スルモノトス

旅客運送業者ハ無貨託送手荷物ニ付キ物品運送人ト同一ノ責任アルヲ以テ商法

水ロドク  
トル

第三三七條ニ依リ其滅失毀損ニ付テ責ニ任シ而シテ同第三四〇條ニ依リ全部滅失シタル場合ノ損害賠償ノ額ハ其引渡アルヘカリシ日ニ於ケル到達地ノ價額ニ依リテ之ヲ定ムヘク運送人ニ惡意又ハ重大ナル過失アリタルトキハ同第三四一條ノ規定ニ依リ一切ノ損害ヲ賠償スル責ニ任スルコトト爲ルモノトス」  
鐵道カ賠償ノ責ニ任スヘキ損害額ノ範圍ニ付テハ鐵道營業法第一三條鐵道運輸規程第四八條ニ因リ其賠償額ハ百圓ヲ限度トシテ責任ヲ負擔スルニ止マルモ若シ鐵道ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ依リ手荷物ノ滅失又ハ毀損アリタルトキハ商法第三四一條ノ規定ヲ適用シ一切ノ損害ヲ賠償セサルヘカラサルモノトス」  
旅客カ百圓以上ノ損害ヲ賠償セシメントスルニハ手荷物ノ滅失毀損カ鐵道ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ因ルコトヲ證明セサル可ラス」

大審院大正八年(オ)第一一八號同年三月二日民一部判決本書第八卷商法二七一頁

判決ハ正當ナリ旅客運送業者ハ無貨託送手荷物ニ付キ物品運送人ト同一ノ責任アルヲ以テ(三五)商法第三三七條ニ依リ其滅失毀損ニ付テ責ニ任シ而シテ同第三四〇條ニ依リ全部滅失シタル場合ノ損害賠償ノ額ハ其引渡アルヘカリシ日ニ於ケル到達地ノ價額ニ依リテ之ヲ定ムヘク而シテ運送人ニ惡意又ハ重大ナル過失アリタルトキハ同第三四一條ノ規定ニ依リ一切ノ損害ヲ賠償スル責ニ任スルコトトナルモノトス而シテ一般的損害賠償ノ責任ニ付テハ運送人ニ於テ自己又ハ使用人其他運送ニ使用シタル者カ注意ヲ怠ラサリシコトヲ證明スルニ非サンハ之ヲ免ルル能ハサルモノトシテ託送手荷物滅失ノ場合ニ於テ旅客ハ此等ノ者ノ注意ヲ怠リタル爲メニ滅失シタルコ



トナ立證スル責任ナシト雖モ特別責任トシテ一切ノ責任ヲ負ハシムルニハ運送人ニ  
 惡意又ハ重大ナル過失アリシコトヲ立證セサルヘカヲサルモノトス即チ第三四一條  
 ノ場合ハ立證責任ハ旅客ニ在ルモノトス然レトモ鐵道營業法ハ手荷物ノ滅失毀損ニ  
 付テ特別規定ヲ爲セルヲ以テ鐵道營業法第一三條(鐵道運輸規定第四八條)其手荷物ニ  
 付テ運賃ヲ請求シタル場合ト否トナ問ハス此特別規定ニ依リ第三四一條ニ依リ損害  
 額ヲ算定スルハ勿論ナリト雖モ其賠償額ハ百圓ヲ限度トシテ責任ヲ負擔スルニ止マ  
 ル即チ損害額百圓以下ナル場合ハ其實損害額ニ依リ百圓ヲ超過スルトキハ百圓ヲ  
 賠償スルコトト爲ルモノトス然リ而シテ商法第三四一條ハ強行規定ナルヲ以テ之ニ  
 反スル契約ハ法律上效力ナキハ勿論ナルノミナラス運輸規程第四八條ノ規定ハ惡意  
 又ハ重大ナル過失ニ因ラサル滅失毀損ニ付テノミ之カ適用アルモノナルヲ以テ若シ  
 鐵道ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ因リ手荷物ノ滅失又ハ毀損アリタルトキハ商法第三  
 四一條ノ規定ヲ適用シ一切ノ損害ヲ賠償セサルヘカヲサルコトト爲ルモノトス  
 故チ以テ旅客カ託送シタル手荷物滅失シタルトキ鐵道ハ百圓ヲ賠償スルヲ以テ足ル  
 ヘク之カ責任ヲ免レントスルニハ鐵道カ手荷物ノ受取引渡保管及運送ニ關シ注意ヲ  
 怠ラザリシコトヲ證明スルヲ要シ若シ之ヲ證明セサルトキ若クハ證明スルコト能ハ  
 サルトキハ賠償責任ヲ負擔スルモノ百圓ヲ超過スルコトナキモノトス從テ又旅客カ百  
 圓以上ノ損害ヲ賠償センメントスルニハ運輸規程ノ適用ヲ受ケサル場合即チ商法第  
 三四一條ノ適用アル場合ナルコトヲ立證セサルヘカラス(ドクトルニリス永口吉藏氏國家及國家  
 學第七卷第七號八六頁「旅客手荷物ノ滅失ニ關スル鐵道ノ責任」要領)

論旨各點正當ニシテ吾人贊同ニ躊躇セス蓋シ論旨第一點ハ商法第三五一條第三  
 三七條第三四一條第三四一條ノ解釋上一點疑惑ヲ挾ム餘地ナク從テ鐵道運送ノ  
 場合ニ於テモ本來ハ其責任右各條規ニ依リテ定マル可キモノナルモ鐵道ニ付キ

テハ特別規定存在シ其賠償責任並ニ其損害額ノ範圍ヲ明定スルカ故ニ之カ最先  
 ニ適用ヲ生ス可ケレハナリ而シテ鐵道營業法及ヒ鐵道運輸規定ハ單ニ鐵道カ惡  
 意又ハ重大ナル過失ニ因ラサル場合ニ付テノミ規定シ惡意重過失アル場合ニ付  
 キ何等ノ定メヲ爲ササルカ故ニ其後者ノ場合ニ於テハ本來ノ觀念ニ立戻リテ商  
 法ノ規定第三四一條ノ適用ヲ生シ從テ此場合旅客カ之カ證明ヲ爲ササル可カラ  
 サルハ立證責任ノ原則上亦論ヲ須キサル所ナリ

(七〇)

一七六 取締役ハ監査役ノ承認ヲ得タルトキニ限り自己又ハ第三者ノ爲メニ會社ト取引ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於  
 テハ民法第一〇八條ノ規定ヲ適用セス  
 四三六 代理人カ本人ノ爲メニスルコトヲ記載セスシテ手形ニ署名シタルトキハ本人ハ手形上ノ責任ヲ負フコトナ  
 シ  
 民法一〇八 何人ト雖モ同一ノ法律行為ニ付キ其相手方ノ代理人ト爲リ又ハ當事者雙方ノ代理人ト爲ルコトヲ得ス  
 但債務ノ履行ニ付テハ此限ニ在ラス

手形行為ノ代理カ有效ナル爲メニハ代理人カ本人ノ爲メニスルコトヲ手形ニ記  
 載スルコトヲ要スト雖モ其記載ニ付テハ特ニ之ヲ規定シタルモノナケレハ手形  
 面ニ代理人ノ代理關係ヲ認識シ得ル程度ニ表示アルトキハ代理關係ノ記載トシ  
 テ妨ナキモノト解スルヲ相當トス」  
 手形署名者ノ肩書ニ何某代理人又ハ何々株式會社取締役等ノ文字アルトキハ書  
 代理關係ノ記載トシテ最モ著明ナリト雖モ斯ル著明ナル表示ナキモ署名者ノ肩

竝ニ印章等ニ依リテ署名者カ自己ノ爲メニ非スシテ本人ノ爲メニ手形行爲ヲ爲シタルコトヲ認識シ得ルトキハ代理關係ノ記載トシテ適式ナルモノニシテ本人ニ對シ其效力ヲ生スルモノトス」

取締役力監査役ノ承認ヲ得スシテ會社ト爲シタル取引ハ無効ナリトス」

商法第一七六條ニ所謂監査役ノ承認ハ事前ニ於テモ事後ニ於テモ之ヲ與フルコトヲ得ルモノトス」

(一) 案スルニ手形行爲ノ代理カ有效ナル爲メハ一般商行爲ノ場合ト異ナリ代理人カ本人ノ爲メニスルコトヲ手形ニ記載セザルヘカラサルコト商法第四三六條ノ規定ニ依リ明カナリト雖モ其記載ノ方式ニ付テハ特ニ之ヲ規定シタルモノナキヲ以テ手形面ニ於テ代理人ノ代理關係ヲ認識シ得ル程度ニ之カ表示アルトキハ代理關係ノ記載トシテ妨ナキモノト解スルヲ相當トス是レ當院判例ノ認ムル所ナリ(明治四十年(オ)第四號同年三月二十七日言渡當院判決參照)故ニ署名者ノ肩書何某代理人又ハ何々株式會社取締役等ノ文字アルトキハ代理關係ノ記載トシテ最モ著明ナリト雖モ斯ル著明ナル表示ナキモ署名者ノ肩書並ニ印章等ニ依リテ署名者カ自己ノ爲メニスルシテ本人ノ爲メニスル手形行爲ヲ爲シタルコトヲ認識シ得ルトキハ代理關係ノ記載トシテ適式ナルモノニシテ本人ニ對シ其效力ヲ生スルモノト謂フヘシ然ルニ原裁判所ハ本件手形ハ被上告會社ノ取締役タル大木仙太郎ノ振出シタルモノニシテ肩書ニハ日本給水株式會社ト記載アリテ名下ニ取締役ノ印章ヲ捺捺シアルヲ以テ同人カ被上告會社ヲ代表スルノ意思ヲ以テ之ヲ振出シタルモノト認メタルニ拘ラス「積極的ニ右會社ノ爲メニ之ヲ代表シテ振出す旨ノ記載ハ該手形面上ニ毫モ之ヲ見ルコトヲ得サルヲ以テ嚴正ナル手形取引ニ於テハ右ノ如キ手形ハ本人ノ爲メニスルコトヲ記載セザルモ

ノトス」ト説明シ手形行爲ノ代理關係ヲ手形ニ記載スルニ當リテハ何某代理人何々株式會社取締役等ノ著名ナル文字ヲ以テスルコトヲ必要トシ其他ノ表示方法ヲ許サザルモノノ如キ見解ヲ以テ右大木仙太郎ノ肩書文字及ヒ取締役ナル印章ノ捺捺ハ代理關係ヲ認識スルニ足ルヘキ表示タルヲ得ルヤ否ヤヲ判斷セシテ大木仙太郎ハ被上告會社ノ爲メニスルコトヲ記載セザリシモノナレハ被上告會社ニ責任ヲシト判示シタルハ法則ヲ不當ニ適用シ且ツ理由ニ不備アル不法ノ裁判ナリ

(二) 商法第一七六條ハ取締役ハ監査役ノ承認ヲ得ルニテアラスサレハ自己又ハ第三者ノ爲メニスル會社ト取引ヲ爲スコトヲ得スル規定シタルモノニシテ若シ監査役ノ承認ヲ得スシテ會社ト取引ヲ爲シタルトキハ其取引ハ無効ナルモノトス是レ曩ニ當院判例ノ示シタル所ナリ(明治四十二年(オ)第二七九號同年十二月二日言渡當院判決參照)然レトモ監査役ハ後日ニ於テ其取引ニ承認ヲ與ヘテ之ヲ有效ナラシムルコトヲ得サルヤニ付テハ解釋上疑義ナキニアラヌ仍テ之ヲ案スルニ商法第一七六條ハ第一取締役カ他ノ取締役ニ依リテ會社ト取引ヲ爲ス場合ト第二同一取締役カ同時ニ他ノ一方ニ於テ相手方タル會社ヲ代表シテ自己ト取引ヲ爲シ若クハ當事者雙方ノ會社ヲ代表シテ取引ヲ爲ス場合トヲ包含スルコトハ同條ノ本文並ニ但書ノ規定ニ照シテ明カナリ先ツ後ノ場合ニ就テ之ヲ觀ルニ是レ民法第一〇八條ノ適用ノ一ノ場合ニシテ取締役ハ株式會社ノ法定代理人ニシテ各自會社ヲ代表シテ目的ノ範圍ニ屬スル行爲ヲ爲スヘキ廣汎ナル權限ヲ有スルモノナレハ法理上ヨリ之ヲ觀レハ會社ヲ代表シテ自己ト取引ヲ爲シ若クハ雙方ノ會社ヲ代表シテ取引ヲ爲ス權限ヲ有セサル者ニ非ス又斯カルメ斯カル取締役ヲ爲ストキハ會社ト利害ノ衝突ヲ生シ往々會社ニ不利益ヲ來スノ虞アルヲ以テ取締役ニ斯カル取引ヲ爲ス代理權ナキモノト爲シ無權代理ノ一ノ場合ト爲シ豫メ監査役ノ承認ヲ得シテ之ヲ爲シタルトキハ之ヲ無効ト爲シタルモノナリトス是民法第一〇八條ノ解釋ニ付キ當院判例ノ是認スル所ナリ(大正三年(オ)第九二一號

大正四年四月七日言渡當院判決參照故ニ此場合ニ於テハ會社ハ民法ノ規定ニ從ヒ追認ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ニシテ監査役モ亦後日ニ至リ商法第一七六條ニ依リテ之レカ承認ヲ與フルコトヲ得ヘキモノト解スルハ相當トス何トナレハ取締役カ豫メ監査役ノ承認ヲ得シテ爲シタル右ノ取引ノ效力ハ浮動ノ情態ニアルモノナレハナリ次ニ取締役カ自己又ハ第三者ノ爲メ他ノ取締役ニ依リテ會社ト取引ヲ爲ス場合ニ就テ之ヲ考フルニ商法第一七六條カ之ヲ禁シタルハ公序良俗ニ反スルカ爲メニアラステトナレハ斯カル取引ヲ爲スハ國家社會ノ公益ニ害アルニアラサレハナリ即チ前ニ述ヘタル場合ニ於ケルカ如ク取締役ニ利益ナル行爲ハ會社ニ利益ナラサルコトアルヲ以テ會社ノ利益ヲ保護スル爲メ第一七六條ノ規定ヲ以テ取締役ノ行爲ヲ制限シタルモノト解スルハ相當トス果シテ然ラハ若シ監査役カ其取引ヲ相當ト認メタルトキハ之ヲシテ後日ニ於テ其承認ヲ爲サシメ取引ヲ有效ナラシムルモ法律ノ精神ニ反シタルモノト謂フヘカラス特ニ之ヲ民法第一〇八條ノ場合ト併セテ規定シタルニ由リテ觀ルモ法律カ此場合ノ取引ヲ以テ監査役ノ承認アル迄浮動ノ情態ニ在ルコト恰モ無權代理ニ於ケルカ如キモノト爲シタル趣旨ヲ知ルニ難カラサルヘシ是ニ由リテ之ヲ觀レハ商法第一七六條ニ所謂監査役ノ承認ハ事前ニ於テモ事後ニ於テモ之ヲ與フルコトヲ得ルモノニシテ事前ニ於テ之ヲ與フルトキハ取締役ノ取引行爲ハ初ヨリ有效ナリ若シ事前ノ承認ナキトキハ取締役ノ取引行爲ハ無効ナルモ確定ニ無効ナルニアラスシテ監査役カ承認ヲ爲シ又ハ承認ノ拒絶ヲ爲ス迄ハ浮動ノ情態ニ在ルモノニシテ之ヲ無權代理ノ場合ニ準スヘキモノト解スルハ相當トス然ルニ原裁判所カ被上告會社ノ取締役森尾新八ハ他ノ取締役大木仙太郎ヲ代表者トシテ被上告會社ヨリ本件約束手形ノ振出ヲ受ケタリトスルモ其當時監査役ノ承認ナク後日ニ至リ其承認アリタルモノナレハ其振出ハ無効ナル旨判示シタルハ商法第一七六條ノ規定ヲ不當ニ適用シタル不法アルモノナリ(大審院大正七年(オ)第一〇二七號同八年四月二十一日民二部馬場裁判長田上柳川岩田成道各判事判決)

【關係事項】

破毀差戻○原審神戸地方裁判所○約束手形金請求事件○上告人大久保米太郎訴訟代理人辯護士吉田三市郎同田阪貞雄阿保淺次郎同佐々木藤市郎被告上告人日本給水株式會社訴訟代理人辯護士前田長平

【論旨第一點第二點代理意思ノ表示方法ニ關スル學說判例】

- 一 第八卷商法四〇頁同四四頁
- 二 同四九頁以下

【論旨第三點商法第一七六條違背ノ行爲ノ效力ニ關スル學說判例(一)無効說】

- 一 取締役カ監査役ノ承認ヲ得シテ會社ト爲シタル取引ハ無効ナリ(法學博士松波仁一郎氏日本會社法一一二頁)
- 二 取締役カ本條ノ規定ニ違反シ監査役ノ承認ヲ得シテ會社ト爲シタル取引ハ當然無効ナリト解セサルヘカラス此規定ハ勿論強行規定ナレハナリ(法學博士松本蒸治氏會社法講義三四八頁)
- 三 取締役カ監査役ノ承認ヲ得ス又ハ之ヲ得ルモノ個々ノ場合ニ對スル有效ナル承認ヲ得シテ會社ト爲シタル取引ハ絕對ニ無効ニシテ取消ササルカ爲メニ有効ト變スヘキモノニ非ス(法學博士青木徹二氏會社法論五〇六頁)
- 四 監査役ノ承認ヲ得シテ爲シタル取引カ無効ナルハ事理ノ當然トス(法學博士片山義勝氏株式會社法論六七五頁)
- 五 監査役ノ承認ヲ得ルニアラサレハ自己又ハ第三者ノ爲メ會社ト取引ヲ爲スコトヲ得ス之ニ背クトキハ其行爲ハ無効ニシテ會社ハ責任ナシ(法學博士柳川勝二氏會社法論七版二九五頁)
- 六 取締役カ本條ノ規定ニ違反シテ爲シタル取引ハ取消シ得ヘキ行爲ニ非スシテ無効ノ行爲ナリ(法學士我孫子勝氏同矢部傳氏會社法通義二二二頁)
- 七 株式會社ノ取締役カ商法一七六條ノ規定ニ違背シテ爲シタル取引ハ取消シ得ヘキ行爲ニ非スシテ無効ノ行爲ナリトス(大審院明治四二年一月二日判決民錄第一五輯九二六頁)
- 八 現行商法第一七六條(改正ノ前後ヲ通シテ)ニハ取締役ハ監査役ノ承認ヲ得タルトキニ限り自己ノ爲メ會社ト取引ヲ爲シ得ヘキ旨規定シアルヲ以テ商法施行後取締役カ監査役ノ承認ヲ得シテ會社ト取引ヲ爲シタルトキハ其取引ハ無効ニシテ假令後日ニ至リ監査役ヲ得ルモ其效ナシ(大津地方大正六年(ツ)第四乃至九號同七年四月一日民事部判決)
- 九 株式會社ノ取締役カ會社ニ對シテ爲シタル手形ノ裏書行爲ハ會社監査役ノ承認ヲ得タルニ非サレハ當然無効ナルモノトス(大阪區大正七年(ハ)第三〇七一號同年七月一日判決)

【同上(二)取消說】

- 一 株式會社ノ取締役カ監査役ノ承認ヲ得シテ自己ノ爲メ會社ト取引シタルトキハ其行爲ハ當然無効ニ屬スヘキモノニ非ス

松波博士  
松本博士  
青木博士  
片山博士  
柳川學士  
二學士  
大審院  
大津地方  
大津地方  
大津地方  
大審院  
大審院  
309 (商法)

大阪控訴院

大阪地方裁判所

東京地方裁判所

水口博士

水口博士

青木博士

東京地方裁判所

ト雖モ會社ハ之カ取消ヲ求ムルノ權ヲ有スルモノトス(大審院明治三六年九月四日判決民録第一〇輯九七八頁)

二 取締役カ商法一七六條ノ規定ニ背反シテ會社ト取引ヲ爲シタル場合ト雖モ其行爲ハ當然無効ニ屬スルモノニ非ス會社ニ於テ之ヲ取消スノ意思ヲ表示シ始メテ其效力ヲ失フモノトス故ニ若シ會社カ其取引ヲ有效トシ之ニ因テ取得セル權利ノ實行ヲ求ムルトキハ其相手方タリシ取締役又ハ第三者ハ該取引ノ無効ヲ主張シ以テ會社ノ請求ヲ拒ムコトヲ得ス(同上明治三十七年同年六月二日判決民録第一〇輯九五六頁)

三 株式會社ノ取締役カ監査役ノ承認ヲ經スシテ自己ノ爲メ會社ト取引ヲ爲シタルトキハ其行爲ハ當然無効ニ非スト雖トモ會社ハ之カ取消ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(同上三十八年二月七日判決民録第一〇輯一三五頁)

四 取締役カ監査役ノ承認ヲ經ス其會社ト取引ヲ爲シタル時ハ其利益ノ爲メニ其手形行爲ヲ取消シ得ヘキ權利アリト雖モ其行爲ハ法律上當然無効ニアラス故ニ之カ取消手續ヲ爲ササル會社ハ手形所持人ニ對シ手形上ノ義務ヲ負フ(大阪控訴院明治四一年七月二日判決法律第五一三號二二頁)

五 假令取締役カ監査役ノ承認ヲ得シテ自己ノ爲メ會社ト取引ヲ爲シタルトモ之カ爲メ其取引ヲ無効ト爲スヘキモノニ非スシテ會社ハ之ヲ取消シ得ルニ過キサルモノトス(大阪地方明治四〇年(カ)三九號法律新聞九三號一三頁)

六 取締役カ監査役ノ承認ヲ經スシテ會社ト取引シタル場合ハ其契約ハ無効ニアラス取消スヘキモノトス何トナレハ商法一七六條ハ公益規定ニアラサレハ當事者之カ取消ヲ求メ得ルニ止マリ無効トナスヘキモノニアラス(東京地方明治三五年(オ)一二月二三日判決法律新聞第一二二號一八頁)

【同上(三)相對無効說】

法律ハ本人又ハ會社ノ利益保護ノ爲メニ民法一〇八條商法一七六條ノ規定ヲ爲セルモノナレハ之ニ違背シテ爲シタル法律行爲ノ效力ヲ本人又ハ會社ニ及ボスヘキモノニアラストスルノ趣旨ヲ認メサルヘカラス即チ吾人ハ此點ヲ制限シ其違背ノ效果ヲ認メ本人又ハ會社ニ對スル關係ニ於テ相對的ニ其效力ヲ認メサラントスル者ニシテ相對的無効說ヲ主張スルモノナリ(ドクトルユリス水口吉藏氏法學新報第二六卷第一一號四二頁)

【商法第一七六條違背ノ行爲ハ後日ノ追認ニ依リテ有效トナルヤ(一)消極說】

一 余ハ之ヲ以テ絕對的無効ト解スレカ故ニ後日監査役カ追認ヲ爲スモ其效力ヲ復活スルコトナシト信ス現時裁判所ハ大審院ノ取消說ニ從ヒ其追認ヲ認ムルモノノ如シ(法學博士青木博士會社法論五〇六頁)

二 裁判所取締役カ自己又ハ第三者ノ爲メ會社ト取引ヲ爲シタル後監査役ノ承認ヲ得ルモ之ヲ以テ會社ト取引ノ效力ヲ有效トナシムル能ハス(東京地方大正六年六月七日判決法律新聞第一二七二號二四頁)

【同上(二)積極說】

水口博士

神戸地方裁判所

松波博士

東京控訴院

大阪控訴院

ト雖モ會社ハ之カ取消ヲ求ムルノ權ヲ有スルモノトス(大審院明治三六年九月四日判決民録第一〇輯九七八頁)

二 取締役カ商法一七六條ノ規定ニ背反シテ會社ト取引ヲ爲シタル場合ト雖モ其行爲ハ當然無効ニ屬スルモノニ非ス會社ニ於テ之ヲ取消スノ意思ヲ表示シ始メテ其效力ヲ失フモノトス故ニ若シ會社カ其取引ヲ有效トシ之ニ因テ取得セル權利ノ實行ヲ求ムルトキハ其相手方タリシ取締役又ハ第三者ハ該取引ノ無効ヲ主張シ以テ會社ノ請求ヲ拒ムコトヲ得ス(同上明治三十七年同年六月二日判決民録第一〇輯九五六頁)

三 株式會社ノ取締役カ監査役ノ承認ヲ經スシテ自己ノ爲メ會社ト取引ヲ爲シタルトキハ其行爲ハ當然無効ニ非スト雖トモ會社ハ之カ取消ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(同上三十八年二月七日判決民録第一〇輯一三五頁)

四 取締役カ監査役ノ承認ヲ經ス其會社ト取引ヲ爲シタル時ハ其利益ノ爲メニ其手形行爲ヲ取消シ得ヘキ權利アリト雖モ其行爲ハ法律上當然無効ニアラス故ニ之カ取消手續ヲ爲ササル會社ハ手形所持人ニ對シ手形上ノ義務ヲ負フ(大阪控訴院明治四一年七月二日判決法律第五一三號二二頁)

五 假令取締役カ監査役ノ承認ヲ得シテ自己ノ爲メ會社ト取引ヲ爲シタルトモ之カ爲メ其取引ヲ無効ト爲スヘキモノニ非スシテ會社ハ之ヲ取消シ得ルニ過キサルモノトス(大阪地方明治四〇年(カ)三九號法律新聞九三號一三頁)

六 取締役カ監査役ノ承認ヲ經スシテ會社ト取引シタル場合ハ其契約ハ無効ニアラス取消スヘキモノトス何トナレハ商法一七六條ハ公益規定ニアラサレハ當事者之カ取消ヲ求メ得ルニ止マリ無効トナスヘキモノニアラス(東京地方明治三五年(オ)一二月二三日判決法律新聞第一二二號一八頁)

【同上(三)相對無効說】

法律ハ本人又ハ會社ノ利益保護ノ爲メニ民法一〇八條商法一七六條ノ規定ヲ爲セルモノナレハ之ニ違背シテ爲シタル法律行爲ノ效力ヲ本人又ハ會社ニ及ボスヘキモノニアラストスルノ趣旨ヲ認メサルヘカラス即チ吾人ハ此點ヲ制限シ其違背ノ效果ヲ認メ本人又ハ會社ニ對スル關係ニ於テ相對的ニ其效力ヲ認メサラントスル者ニシテ相對的無効說ヲ主張スルモノナリ(ドクトルユリス水口吉藏氏法學新報第二六卷第一一號四二頁)

【商法第一七六條違背ノ行爲ハ後日ノ追認ニ依リテ有效トナルヤ(一)消極說】

一 余ハ之ヲ以テ絕對的無効ト解スレカ故ニ後日監査役カ追認ヲ爲スモ其效力ヲ復活スルコトナシト信ス現時裁判所ハ大審院ノ取消說ニ從ヒ其追認ヲ認ムルモノノ如シ(法學博士青木博士會社法論五〇六頁)

二 裁判所取締役カ自己又ハ第三者ノ爲メ會社ト取引ヲ爲シタル後監査役ノ承認ヲ得ルモ之ヲ以テ會社ト取引ノ效力ヲ有效トナシムル能ハス(東京地方大正六年六月七日判決法律新聞第一二七二號二四頁)

【同上(二)積極說】

水口博士

神戸地方裁判所

松波博士

東京控訴院

大阪控訴院

【論旨第四點商法第一七六條ニ所謂承認ハ取引前ニ爲スヲ要スルヤ(一)積極說】

一 監査役ノ承認ハ取引ヲ爲ス前ニ之ヲ得サルヘカラス(法學博士松波博士會社法二二〇九頁)

取締役ハ各取引毎ニ承認ヲ得サルヘカラスモ必スシモ今現ニ實行セントスル取引ニ付キ之ヲ得ルヲ要セス實行ハ後ナルモ可ナリ單ニ契約ヲ爲スノミニテモ固ヨリ取引ナリトシテ例ハ取締役カ必要ニ應ジテ金千圓ヲ會社ヨリ借受クヘシトスル契約モ取引ト爲リ取締役カ之ヲ約スルニハ監査役ノ承認ヲ得ルヲ要ス又其承認ヲ得ルトキハ未ダ現實ニ金錢ヲ借受ケサルモ此取引ハ有效ナリ(同上二二〇七頁)

二 取締役カ會社ト取引ヲ爲シタル場合ニ於ケル監査役ノ事後承認ハ無効ノ行爲ナリ(東京控訴院明治四四年(オ)第三一四號判決法律新聞第七五六頁二五頁)

【同上(二)消極說】

取締役カ自己又ハ第三者ノ爲メ會社ト取引ヲ爲ス場合ニ於ケル監査役ノ承認ハ其取引アリタル後ニ於テ爲スモ有效ニシテ此場合ノ承認ハ民法ニ所謂追認ニアラス(大阪控訴院明治三九年一月二六日判決法律新聞第四七〇號九頁)

判旨第一點第二點贊同ス

同第三點ハ疑ノ存スル所ニシテ判例區々一致セス學者間亦論争ヲ絶タス而シテ大審院ハ從來之ニ對シテ屢々取消說ヲ主張シタルモ明治四二年聯合部判決ニ於テ翻然トシテ絕對無効說ヲ採用シ本判例ハ更ニ別異ノ見解ヲ判示セリ吾人亦久シク絕對無効說ヲ維持シタリト雖モ近時其當否ヲ疑フモノナルカ故ニ此機ニ於テ反省スル所アリ聊カ詳論ヲ試ミムト欲ス

商法第一七六條ニ違背スル取締役ノ行為ノ效力如何之ニ對シテハ絕對有效說取消說無權代理說相對無效說等有リ加フルニ本判例ノ趣旨タル效力浮動ノ行為爲出テ爾ク多岐ニ亘レリ就中絕對有效說取消說ハ近時其影ヲ潛メタリト雖モ下級裁判所ノ判例ノ此等ノ主張ヲ保持スルモノ必ラスシモ絶無ニ非ラス且ツ吾人ノ立論ノ過程ヲ明瞭ニシ其所說ヲ劃然タラシムル一助トシテ各主張ニ付キ論及スル所有ラムトス

絕對有效說ノ趣旨ハ本條違背ノ取締役ノ行為ハ絕對的ニ有效ニシテ其取締役ハ單ニ會社ニ對シテ損害賠償ノ責ヲ負フノミト爲ス而シテ其理由トスル所ハ本條ハ取締役ハ云々會社ト取引ヲ爲スコトヲ得ト規定スルノミニシテ取締役カ監査役ノ承認ヲ得スシテ無効トスト爲サスト云フニ在リ然リト雖モ本條ハ禁止制限ノ趣旨ヲ包含スルコト寔ニ本判例ノ起頭ニ謂フカ如クニシテ全ク此說ハ本條ノ真趣ニ觸レサル謬妄一顧ニ値セサルモノナリ

取消說ハ本條ハ會社ノ利益保護ヲ其立法ノ精神トスルカ故ニ其違背行為ハ當然無効ニ非ス會社ヲシテ之ヲ取消スコトヲ得セシメサル可ラト主張ス其ノ如何ナル理由ニ基キ之ヲ取消シ得ヘキ行為ト爲スモノナルヤニ付キテハ何等積極的論據ヲ開示シタルモノアルヲ視ス但タ會社ノ取消權自體ニ付キ此行為ヲ無効トスルトキハ會社ニ利益アル場合ニ會社ヲシテ取消シ得ヘキモノト爲ササレハ不都

合ノ結果ヲ來タスト述フ然リト雖モ本條ヲ目シテ會社ノ利益保護ヲ其唯一ノ目的ナリトスルハ獨斷ノ蔑ヲ免レサル所ニシテ加之民商法ヲ通シテ法カ取消權ヲ認ムル場合之ヲ明言スルノ趣旨ヲ窺知シ得ル限リ右ノ所說ヲ以テ吾人其正鵠ヲ得タルモノトシテ到底左袒シ得サル所ナリ

無權代理說亦吾人ノ採ラサル所ナリ何者本條違背ノ取締役ノ行為ハ常ニ無權代理行為ト成ラサルニ此主張ハ一括シテ之ヲ肯定スル誤謬ニ坐スルモノナレハナリ本判例モ亦此主張ト同一ノ謬見ニ陷レルカ故ニ這般ノ事理ヲ釋明ス可シ抑モ無權代理行為トハ代理權ナクシテ爲シタル代理行為ナリ之ヲ内別スレハ(1)代理權消滅ノ場合(2)代理權ノ全然存在セサル場合(3)代理權ノ範圍踰越ノ場合(4)其他ノ場合トナル而シテ民法第一〇八條違背ノ行為ハ大審院ハ無効說ヲ採リ本判例亦之ヲ維持スル所ナレトモ吾人ハ之ヲ以テ無權代理行為ト爲スモノナルコトハ以下ニ述フルカ如キナリ本判例カ商法第一七六條ノ適用ノ各場合ヲ判旨シテ(一)取締役カ他ノ取締役ニ依リテ會社ト取引ヲ爲ス場合(二)同一取締役カ同時ニ他ノ一方ニ於テ相手方タル會社ヲ代表シテ自己ト取引ヲ爲ス場合(三)民法第一〇八條ニ所謂相手方ノ代理人ニ該ル(四)若クハ當事者雙方ノ會社ヲ代表シテ取引ヲ爲ス場合(五)民法第一〇八條ニ所謂當時者双方ノ代理人ニ該ル(六)若クハ果シテ然ラハ商法第一七六條違背ノ行為ニシテ民法第一〇八條ニ該當スルモノハ右(一)(二)(三)(四)ノ場合タ

ルナリ而シテ本條カ此場合ニ於テ民法第一〇八條ノ規定ヲ適用セスト其末段ニ謂ヘルハ本條違背ノ行為ニシテ民法第一〇八條ニ該當スル場合之ニ依ラサルコトヲ明言シ疑ヲ除去シタルモノニシテ改正商法ノ追補シタル所ナリ本條ト民法第一〇八條トノ關係既ニ右ノ如シトセハ前記(一)ノ場合ハ取締役カ個人トシテノ資格ニ於テ會社ト取引スル場合ナルカ故ニ所謂無權代理行為ニ理論上該ラサルナリ故ニ第一〇八條ノ行為ニ付キ假ニ無權代理說ヲ採リタリトスルモ商法第一七六條違背ノ行為ノ全部ニ付キ一括シテ無權代理行為ナリトスルハ全然謬見ニシテ本判例カ民法第一〇八條ノ見解ニ付キ無効說ヲ採リ前示(一)ノ場合モ之ヲ推及シテ同様ニ論斷シタルハ沿革ヲ無視シ論理ニ乖離スルモノナリト論定シ得ヘク重大ナル失陥タルヲ免レスト信ス

相對無効說ノ維持ス可ラサル又前記諸說ニ劣ラサルモノト稽フ蓋シ第三者對抗云々ノ問題ハ本條違背ノ行為ニ付テ理論上發生セサル所ナレハナリ論シテ茲ニ到レハ無効說ハ最モ有力ナル見解タルヲ失ハス蓋シ本條ハ徒ニ會社利益ノ保護ヲ目的トスルノミナラス之ト同時ニ取締役ノ專橫防止株主及ヒ債權者ノ利益保護ノ趣旨ヲ包含スルカ故ニ公益規定ナリ既ニ之ヲ公益規定ナリトセハ之ニ違背スル行為ハ絕對無効ナラサル可ラスト言フモノナレハナリ實ニ吾人ノ曾テ主張シタル所ニ繋ルモノナリ然リト雖モ吾人之ニ慊厭タラサルモノアリ

以下疑義ヲ提シテ釋明スル所アリ併セテ吾人ノ所信ヲ述ヘムト欲ス夫レ商法第一七六條規定ノ趣旨ノ無効說ノ謂フカ如キモノアルハ吾人之ヲ首肯ス單ニ之ヲ會社保護取締役專橫ノ豫防ト謂フカ如キ所謂内部的利益ノ保護ニ止マラストスルニ於テハ吾人亦此點ニ於テ舊日ニ淪ラサルナリ然リト雖モ公益ヲ主眼トスルノ規定カ理論上當然強行規定ニ非サルヤ深ク論ヲ須キサル所ナリ蓋シ法典ノ各規定何レカ公益ト背理スルモノアル可キ之ヲ採ツテ以テ所謂公益規定ナリト謂フニ於テハ痴愚ノ言嗤笑ヲ買フニ過キサレハナリ然ラハ其判定ノ標準ハ主トシテ或ハ專ラ公益ニ着眼シテ規定セラレ當事者ノ意思ヲ以テ之カ適用排除ヲ認ム可ラサルモノカ始メテ此性質ヲ具存スルノ法規ナリト論斷シ得ヘシ今之ヲ民法第一〇八條ニ就テ謂ハシテ所謂双方代理ハ理論上不能ニアラサルノミナラス公益上不當ナルニモアラスシテ利益衝突ノ防止ヲ目的トスルモノナルカ故ニ吾人ハ之ヲ以テ代理權ノ禁止ニアラスシテ其制限ナリト解シ夙ニ無權代理權說ヲ採リタル所ナリ(本書第七卷民法一二三六頁評論參照)而シテ更ニ商法第一七六條ニ蒞マムニ本條ノ適用範圍ハ民法第一〇八條ノ適用範圍ト同一ナラス加之此兩條ノ立法ノ趣旨ニ於テ同一ニアラサルハ又論亡キ所ナルカ故ニ兩條ノ違背行為ノ效力ノ異ナルヤ自然ノ理數ナリ即チ商法第一七六條違背ノ行為ハ無効ナリト斷セサル可ラサルナリ然リト雖モ本條違背ノ行為ハ總テ其ノ性質上公

序良俗ニ反スルニ非サレハ又意思表示ノ成立ナキ行爲ニアラス之ヲ以テ所謂絶對無効ト見ル可キ歟否カハ容易ニ輕斷ヲ許ササル所ナラスンハアラス夫レ本條ハ「承認ヲ經タルトキ」ハ云々ト云フ本條承認ノ本質如何之ヲ以テ代理權ノ授權行爲ト解スルハ該ラサルナリ蓋シ授權行爲ハ我民法ノ觀念トシテ此契約說ヲ採ルモノナルニ本條ニ所謂承認ハ單獨行爲ナルヤ一點疑ナキ所ナレハナリ加之監查役ハ所謂會社ノ代表者ニアラサルカ故ニ理論上代理權ノ授與ヲ爲シ得サルノミナラス又複代理權ノ行使ヲ認ムル餘地ナケレハナリ即チ本條ニ所謂承認トハ吾人曩ニ陳ヘタルカ如ク一種ノ法定條件效力條件ト解スルナリ即チ取締役カ自己又ハ第三者ノ爲メニ會社ト取引ヲ爲サント欲セハ監查役ノ承認ヲ經ルヲ要スルモノナルモ其承認ヲ經ルコトハ何等法律的強制ヲ伴フモノニアラサルカ故ニ固ト取締役ノ義務ニ非スシテ唯タ有效ニ取締役カ會社ト取引ヲ爲シ利益ヲ享受セントセハ此條件ヲ充實スルコトヲ要スルモノナリ(本書第八卷商法一九四頁)即チ民法第六一二條ニ規定スル貸貸人ノ「承諾」ト其性質ヲ同シウスルモノナリ果シテ然ラハ取締役カ此條件ヲ經ルコトナク該行爲ヲナシタル場合ハ所謂無効ノ行爲トシテ效力浮動ノ状態ニアリ爾後監查役ノ承認アルトキハ此條件ヲ充實シテ有效トナルモノナリト謂ハサル可ラサルモノト信ス

或ハ事後ノ承認ヲ否定スルモノ有ル可キモ商法第一七六條ニ所謂「承認ヲ得タル

トキニ限り」トアルハ民法第六一二條ニ所謂「承諾アルニ非サレハ」ト差異アルニアラス隨ツテ多少ノ疑アルモ本條ハ承認ノ時期ニ付テ何等ノ規定ヲ爲ササルモノト解スルカ故ニ反對論ハ採ルニ足ラサルナリ又吾人ノ右ノ所說ニ對シテハ效力浮動ノ行爲ト謂フカ如キハ法ノ秩序維持ノ原則ニ背理スルモノトシテ非難スルモノアル可キモ取消シ得ヘキ行爲時効不援用ノ行爲ト對照シテ考フルトキハ爾ク解スルニ於テ必スシモ法ノ目的ヲ無視スルモノニアラサルモノト信ス

要之吾人ハ本判例ト均シク本條違背ノ行爲ヲ以テ效力浮動ノ行爲ト爲シ事後ノ承認ヲ認ムルコト亦判例ト同結果ナリト雖モ其言論ノ過程根據ハ決シテ其軌ヲ一ニセサルナリ

(七一)

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り又ハ過失ニ因リテ之ヲ知ラザリシトキハ此限ニ在ラス

第三九九條ノ二第二項及ヒ第三九〇條ノ三ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

被保險者カ梅毒症ニ罹リ遂ニ腦ヲ侵サレテ精神ニ異狀ヲ來シタル既往症ノ存スル事實ハ生命ノ危險ヲ測定スルニ付キ重大ナル關係アルモノト云フヘク從テ商法第四二九條第一項ニ所謂重要ナル事實トシテ保險契約者又ハ被保險者ハ之ヲ保險者ニ告知スヘキ義務アルモノトス

訴外佐藤三左衛門ト各被告會社トノ間ニ原告主張ノ年月日訴外佐藤俊朗ヲ被保險者トシ原告ヲ被保險金受取人トシテ原告主張ノ如キ各保險契約ノ成立シタル事實並ニ被保險者カ大正四年八月十一日腦膜炎ニテ死亡シタル事實ハ本件各當事者間ニ爭無シ各被告會社ハ本件各保險契約ノ被保險者訴外佐藤俊朗ハ明治四十二年頃ヨリ淋毒性舉丸炎並ニ梅毒症ニ罹リ遂ニ腦ヲ侵害セラレ一月頃ヨリ精神ニ異狀ヲ來シ精神病者トシテ取扱ハレタルモノナルニ本件保險契約ノ保險契約者及被保險者ハ本件各保險契約ノ當時惡意又ハ重大ナル過失ニ因リテ之ヲ被告會社ニ告知セザリシモノナルヲ以テ被告會社ハ右告知義務違反ヲ理由トシテ本件各保險契約ヲ解除シタリト抗辯シ原告ハ之ニ對シ本件被保險者ハ被告會社主張ノ如キ既往症ヲ有スル者ニアラズ從テ被告會社ノ契約解除ハ其效力ナシト主張ス仍テ此點ニ付キテ審案スルニ證人下橋末吉ノ證言並ニ各成立ニ爭ナキ乙第一號證ノ一乃至十一、十四及十五丙第二號證丁第一號證ノ一乃至六及第四號證戊第一號證ノ一乃至六第六號證庚第一號證ノ一乃至十一、十四乃至十八、二十四及二十六癸第一號證乃至第十六號證及第十九號證乃至第二十二號證ニ徴スレハ被保險者訴外佐藤俊朗カ明治四十二年頃ヨリ梅毒症ニ罹リ遂ニ腦ヲ侵サレテ大正元年十一月頃ヨリ精神ニ異狀ヲ來シタル事實ヲ認定スルヲ得ヘク原告提出ノ甲號各證並ニ其援用ノ證人小林喜一ノ證言ノミヲ以テシテハ未ダ右認定ヲ覆ヘスニ足ラサルモノトス而シテ被保險者ニ以上ノ如キ既往症ノ存スル事實ハ生命ノ危險ヲ測定スルニ付キ重大ナル關係アルモノト云フヘク從テ商法第四百二十九條第一項ニ所謂重要ナル事實トシテ保險契約者又ハ被保險者ハ之ヲ保險者ニ告知スヘキ義務アルモノト解セサルヘカラス(東京地方大正七年(ワ)第一二二號同八年七月一〇日民二部三瀧裁判長細川松本各判事判決)

【關係事項】 請求棄却○保險金請求事件○原告佐藤大輔訴訟代理人辯護士泉田吉次郎外四人被告東洋保險株式會社外八名

一五三 株金ノ拂込ハ二週間前ニ之ヲ各株主ニ催告スルコトヲ要ス  
株主カ期日ニ拂込ヲ爲ササルトキハ會社ハ更ニ一定ノ期間内ニ其拂込ヲ爲スヘキ旨及ヒ其期間内ニ之ヲ爲ササルトキハ株主ノ權利ヲ失フヘキ旨ヲ其株主ニ通知スルコトヲ得其期間ハ二週間ヲ下ルコトヲ得ス  
前項ノ規定ニ依リ會社カ株主ニ對シ其權利ヲ失フヘキ旨ヲ通知スルトキハ會社ハ其通知スヘキ事項ヲ公告スルコトヲ要ス  
一五三 會社カ前條ニ定メタル手續ヲ踐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其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(以下略)  
一五三 第一項 會社カ事業ニ着手シタル後株主取締役又ハ監査役カ其設立無効ナルコトヲ發見シタルトキハ之ヲ以テノミ其無効ヲ主張スルコトヲ得  
民法九十七條第一項 隔地者ニ對スル意思表示ハ其通知ノ相手方ニ到達シタル時ヨリ其效力ヲ生ス

設立發起人カ其資格ニ於テ訴ヲ以テ會社設立ノ無効ヲ主張シ得スト雖モ同發起人ハ株主タル資格ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス」

商法第一五二條第一項所定ノ二週間ノ期間ハ隔地者ニ對スル催告ノ場合ニ於テハ催告ノ通知到達ノ日ヨリ之ヲ起算スヘキモノナルコト同條項ノ字句竝ニ民法第九七條第一項ノ一般原則ニ徴シ明白ナリト雖モ之ニ反シテ同法第二項ニ所謂二週間ヲ下ラサル期間ハ催告ヲ發シタル日ヨリ之ヲ起算スヘキモノトス」

株主カ商法第一五二條第一、二項ニ從ヒ適法ナル拂込ノ催告竝ニ失權豫告ノ通知ヲ受テ其拂込ヲ爲ササルトキハ同法第一五三條第一項ニ從ヒ右第二回催告ニ定メタル期間ノ滿了ト同時ニ當然株主タルノ權利ヲ喪失スヘキモノニシテ會社ニ於テ商法第一五二條第三項ノ公告ヲ爲スト否トハ右失權ノ效果ノ發生ニ何等ノ影響ヲ及ボササルモノトス」



第一被告ハ原告松下晋次郎ハ發起人ナルヲ以テ本訴提起ノ權ナシト抗辯スルヲ以テ先ツ此點ニ付案スルニ設立發起人カ其資格ニ於テ訴ヲ以テ會社設立ノ無効ヲ主張シ得サルコトハ商法第二百三十二條第一項ニ徵シ明白ナリト雖モ本訴請求ハ同原告カ株主タルノ資格ニ於テ爲スモノナルコト其主張自體ニ徵シ洵ニ明ニシテ同原告カ株主タルシコトハ當事者間ニ爭ナキ所ナルノミナラス眞正ニ成立シタルト認ムル乙第一號證ノ三ニ徵シ明カナルヲ以テ同原告カ設立發起人ナリトスルモ株主タル資格ニ於テ本訴提起ハ固ヨリ正當ナリトス從テ該抗辯ハ理由ナシトシテ第二次ニ原告等ハ被告抗辯ノ如ク株主タル權利ヲ喪失シタリヤ否ノ爭點ニ付キ案スルニ眞正ニ成立シタルト認ムル乙第二號乃至第四號證ニヨレハ被告會社カ大正五年四月廿一日原告等ニ對シ同年五月七日迄ニ第二回株金ノ拂込ヲ爲スヘキヲ催告シタルニ拘ハラヌ原告等ハ執レモ右期日ニ其拂込ヲ爲サザリシヲ以テ被告會社ハ更ニ同月八日原告等ニ對シ同月廿三日迄ニ其拂込ヲ爲スヘキコト並ニ右期日迄ニ之カ履行ヲ爲サザルトキハ株主タル權利ヲ失フヘキコトヲ通知シ且ツ同月八日右失權處分ニ關スル事項ヲ大阪時事新聞ニ掲載シ以テ其公告手續ヲ履踐シタリ然ルニ原告等ハ執レモ右期日迄ニ其拂込ヲ爲サザリシヲ以テ各原告ノ何レモ商法第二百五十二條第一、二項第五十三條第一項ノ規定ニ基キ右期間ノ滿了ト同時ニ當然各株主タル權利ヲ喪失シタルコトヲ認メ得ヘシ原告柳井茂夫松下廣三郎ハ同原告等ニ對スル前示第二回拂込催告ハ大正五年五月一日原告ニ到達シタルニヨリ法定ノ期間ヲ具備セザル不合法アリト抗辯スレトモ商法第二百五十二條第一項所定ノ二週間ノ期間ハ隔地者ニ對スル催告ノ場合ニ於テハ被告ノ通知到達ノ日ヨリ之ヲ起算スヘキモノナルコト同條項ノ字句並ニ民法第九十七條第一項ノ一般原則ニ徵シ明白ナリト雖モ之ニ反シテ同法條第二項ニ所謂二週間ヲ下ラサル期間ハ被告ヲ發シタル日ヨリ之ヲ起算スヘキモノト解スルナ至當ナリトス蓋シ會社ハ既ニ第一回ノ催告ヲ受クルモ尙未ダ其拂込ヲ爲サザル株主ニ對シ其拂込義務ノ履行ヲ強制スル手段トシテ斯ル失權手續ヲ爲シ得ヘキコトヲ法律カ規定シタル

モノナレハ右第二回催告ハ恰モ契約不履行者ニ對シ債權者カ解除權行使ノ前提トシテ爲ス履行ノ催告ト同シク單ニ失權處分ノ前提トシテ爲サルヘキ手續ニ過キサレハ業ニ拂込ヲ爲サザル可カラサルコトヲ確知セル株主ニ對シ最後ノ催告ヲ爲スヲ以テ足ルモノトス從テ其履行期間ハ第一回催告拂込期間ト其趣旨ヲ異ニセルモノト解セサルヲ得ヌ又之ト右各法條ノ字句ヲ對比スルモ將又商法第二百五十三條第二項ノ規定ト照應シテ考量スルモ叙上ノ解釋ノ相當ナルコト明白ナリトス果シテ然ラハ前記認定ノ如ク第二回催告ヲ發シタルハ大正五年五月八日ナルヲ以テ同日ヨリ起算シ其拂込期日ナル同月廿三日迄ハ法定ノ期間ヲ具備セザルハ明カナルヲ以テ各原告等ニ對スル前記失權手續ハ執レモ適法ナリトス從テ此點ニ關スル原告ノ抗辯ハ理由ナシ又原告ハ右失權ニ關スル公告ノ手續カ不合法ナル旨抗辯スレトモ株主カ商法第二百五十二條第一、二項ニ從ヒ適法ナル拂込ノ催告並ニ失權豫告ノ通知ヲ受ケ乍ラ其拂込ヲ爲サザルトキハ同法第五十三條第一項ニ從ヒ右第二回催告ニ定メタル期間ノ滿了ト同時ニ當然株主タル權利ヲ喪失スヘキモノニシテ會社ニ於テ商法第二百五十二條第三項ノ公告ヲ爲スト否トハ右失權ノ效果ノ發生ニ何等ノ影響ヲ及サザルモノトス蓋シ右公告ハ株式ノ上ニ權利ヲ有スル第三者ヲシテ株主ノ失權アルヘキコトヲ豫知セシメ以テ其失權ニ依リテ蒙レルコトアルヘキ不利益ヲ避クル機會ヲ得セシメンカ爲メ會社ニ要求シタル手續ナレハナリ從テ商法第五十三條第一項ニ所謂前條ニ定メタル手續トハ商法第五十二條第一、二項ノ手續ヲ指示シ同條第三項ノ公告手續ハ不合法ナリトスルモ原告等ノ前記失權ノ效果ノ發生ニ何等ノ消長ヲ及サザルモノナレハ此點ニ付テ審究ノ要ナキモノトス果シテ然ラハ各原告ハ執レモ叙上ノ如ク株主タル權利ヲ喪失シタルコト明カナルニヨリ爾餘ノ爭點ノ判斷ヲ爲ス迄モナク本訴請求ハ既ニ此點ニ於テ失當ナリトス仍テ民事訴訟法第七十二條第一項ヲ適用シテ主文ノ如ク判決ス(大阪地方大正七年(ワ)第六六號同八年五月九日民三部坂部裁判長和田片山各判事判決法律新聞第一五六號二

松本博士  
青木博士  
柳川學士  
東京控訴院  
東京地方裁判所  
大阪地方裁判所

○頁

【關係事項】原告收訴○會社不成立確認請求事件○原告松下廣三郎外五人訴訟代理人辯護士松岡歸豐安井藤士榎田梅吉○被告日本信託株式會社法定代理人小野澤克巳訴訟代理人辯護士中塚正信

【論旨第二點後段商法第一五二條第二項ニ所謂第二回拂込催告ノ期間ノ起算點ニ關スル異趣旨學說判例】

- 一「催告スルコトヲ要ス」トハ隔地者間ニ於テハ催告ノ通知ノ到達ヲ必要トセルモノナルコトヲ注意セサルヘカラス(法學博士松本丞二氏法學協會雜誌第二二卷第二號二〇〇)
- 二二週間ノ期間ノ起算點ハ拂込ノ催告ヲ受ケタル時ニ在リ之レハ催告ハ單獨行為ニシテ吾民法ハ一般ノ意思表示ニ關シ受信主義ヲ原則トスレハナリ故ニ催告ノ通知ヲ同時ニ發スルモ各株主ノ受信ノ日ハ必スシモ同日ナラサルヘク從テ履行期日ハ總テノ株主ニ付キ均一ナルコトヲ得ス(法學博士青木徹二氏會社法論四一九頁)
- 三株主ニ對スル拂込ノ催告ハ其到達シタル日ヨリ二週間猶豫期間ヲ置クニ非サレハ適法ナラス故ニ此二週間ノ期間ハ拂込ノ催告カ株主ニ到達シタル日ヨリ起算スルヲ要ス(法學士柳川清三氏商法論二二三頁)
- 四株主名簿ニ記載アル住所ニ宛テ株主拂込ニ關スル催告並ニ失權通知ヲ發シタルニ該郵便物カ其發信人ニ戻ラサルトキハ反證ナキ限り受信人ニ到達シタルモノト推斷スルヲ當然トス(東京控訴院大正二年(ナ)第三一號同年五月五日判決本書二卷商法一一〇頁)
- 五株金拂込ノ催告ハ株主ニ到達セザレハ其效ナキモノトス(明治四四年(ワ)四八一號同四四五年一月四日判決新聞八〇〇號二一評論一卷商法一一五頁)
- 六株金拂込ノ催告タル株主ニ對スル意思表示ニ外ナラザレハ若シ隔地者ニ對スル場合ニ於テハ民法第九十七條第一項ニ依リ其催告ノ相手方ニ到達スルヲ要スルヲ俟タス商法ハ前述ノ意思表示ノ法則ニ關シ何等除外例ヲ規定セザルカ故ニ會社ハ須ラク株主ノ住所ヲ確カメ株金拂込ノ催告ヲ爲サ要スルモノトス(明治三九年ワ四四六號四〇年一月二八日判決新聞四〇九號一九頁)

【論旨第三點ニ關スル參照學說判例】

- 一本書第八卷商法六五頁六七頁以下
- 二同上二五五頁

(七三)

五〇 合名會社ノ定款ニハ左ノ事項ヲ記載シ各社員之ニ署名スルコトヲ要ス

- 五 社員ノ出資ノ種類及ヒ價格又ハ評價ノ標準
- 五四 會社ノ内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
- 五八 定款ノ變更其他會社ノ目的ノ範圍内ニ在ラサル行為ヲ爲スニハ總社員ノ同意アルコトヲ要ス
- 六一 定款又ハ總社員ノ同意ヲ以テ特ニ會社ヲ代表スヘキ社員ヲ定メサルトキハ各社員會社ヲ代表ス
- 六一ノ二第一項 會社ハ定款又ハ總社員ノ同意ヲ以テ數人ノ社員カ共同シ又ハ社員カ支配人ト共同シテ會社ヲ代表スヘキ旨ヲ定ムルコトヲ得
- 七七 會社ノ合併ハ總社員ノ同意ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得
- 八三ノ二 合名會社ハ總社員ノ同意ヲ以テ其組織ヲ變更シテ合資會社ト爲スコトヲ得
- 八五第一項 解散ノ場合ニ於ケル會社財產ノ處分方法ハ定款又ハ總社員ノ同意ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得此場合ニ於テハ解散ノ日ヨリ二週間内ニ財產目錄及ヒ貸借對照表ヲ作ルコトヲ要ス
- 一〇五 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
- 一〇六 合資會社ノ定款ニハ第五十條ニ掲ケタル事項ノ外各社員ノ責任ノ有限又ハ無限ナルコトヲ記載スルコトヲ要ス
- 一一四 定款又ハ總社員ノ同意ヲ以テ特ニ會社ヲ代表スヘキ無限責任社員ヲ定メサルトキハ各無限責任社員會社ヲ代表ス
- 一一八ノ二 合資會社ハ總社員ノ同意ヲ以テ其組織ヲ變更シテ之ヲ合名會社ト爲スコトヲ得此場合ニ於テハ前條第二項ノ規定ヲ準用ス
- 二〇八 定款ハ株主總會ノ決議ニ依リテ之ヲ變更スルコトヲ得
- 定款ノ變更ニ關スル議案ノ要領ハ第一五六條ニ定メタル通知及ヒ公告ニ之ヲ記載スルコトヲ要ス

合名會社從テ合資會社ノ定款變更ニ關スル商法第五八條ハ強行的規定ニシテ任意規定ニ非ス

大審院大正七年(ク)第一九〇號同年一月二九日民一部判決本書第七卷商法八六七頁)  
合名會社及ヒ合資會社ノ内部關係ニ關スル法律ノ關係ハ任意規定タルヲ原則トス蓋シ會社ノ内部ニ關スル規定ハ通常専ラ社員ノ利益ニ關スルモノニシテ直接ニ一般第

竹田博士

三者ノ利害ニ關係ナキカ故ニ社員ノ任意ノ處分ニ對シ法律ハ強イテ之レニ干渉スルノ必要ナキヲ以テナリ然レトモ右ノ理論ニ基キ商法第五八條モ亦當然ニ任意の規定ナリトスルハ吾人ノ與ミスル能ハサル所ナリ蓋シ會社ノ内部關係ノ規定カ任意の規定タルコトハ一ノ原則ニ過キスレテ例外ナキ絕對的法則ニ非ス別段ノ理由ヨリ強行的規定ト認ムヘキモノアルヲ妨クヘキ理由存セザレハナリ

吾人ノ解スル所ヲ以テスレハ合名會社從テ合資會社ノ定款變更ニ關スル商法第五八條ハ強行的規定ニシテ任意の規定ニアラサレハ(イ)商法第五八條ハ合名又ハ合資會社ノ所謂人的會社タル性質ニ基キ定款變更ノ如ク重要ナル事項ニ付テハ各社員ノ意思ヲ尊重シテ多數者ノ意思ヲ以テ小數者ノ意思ヲ壓倒スルコトナカラレムルノ趣旨ニ出テタルモノト解スルヲ至當トシ從テ之ヲ強行的規定ト爲ササルヲ得サレハナリ(ロ)上述ノ如ク合名合資會社ニ於テハ各社員ノ意思ヲ尊重シテ社員ノ意思ニ依ルヘキモノトスルハ獨リ定款變更ノ場合ニ於テ限ラス(1)會社組織ノ變更ニ付テモ亦同一ニシテ而モ組織ノ變更ハ其本質ニ於テハ一種ノ定款變更ニ付テモ同一ニ解スル更ニ就テハ常ニ總社員ノ同意ヲ要ストル以上ハ定款ノ變更ニ付テモ同一ニ解スルヲ至當トスルノミナラス(2)會社代表社員ノ選定(3)會社解散ノ場合ニ於ケル會社財產ノ處分方法(4)會社ノ合併ニ就テモ亦總社員ノ同意ニ依ルヘキモノトシ而モ是等ノ規定ハ皆同時ニ定款ノ規定ヲ以テ總社員ノ同意ト同視ス若シ定款カ多數ノ決議ヲ以テ變更スルコトヲ得ルモノトセハ是等ノ規定ハ特ニ定款ノ規定ヲ以テ總社員ノ同意ト同列ニ置クト調和セス又(ハ)若シ反對ノ解釋ヲ採リ商法第五八條ヲ以テ任意規定ナリトセハ必スシモ總會ノ決議ニ依ルヘキモノトスルコトヲ要セス例ヘハ定款又ハ總會ノ決議ニ依リ特定ノ者ヲシテ裁定セシムト謂フカ如キモ亦適法トセザルヘカラサルヘシ何トナレハ既ニ商法第五八條ヲ以テ任意規定トセハ荷モ團體ノ總意ニ基因スト認ムヘキ限リ任意ノ方法ニ依リ定款ヲ變更スルコトヲ得サルヘカラサルナリ論者或ハ商法第五八條ヲ以テ任意規定トスルモ而モ定款ノ變更ハ社員ノ總意ニ依ルコトヲ

要シ例ヘハ一個人ノ裁定ニ依リテ定款ノ變更ヲ爲スヘキモノトスルカ如キハ不當ニシテ少クトモ總會ノ決議ニ依ルヘキモノト爲スヲ要ストス然レトモ豫メ定款ニ其旨ノ規定アリ又社員ノ總會ニ於テ特定人ノ裁定ニ依ルヘキモノトスル場合ニ其變更ヲ以テ社員ノ總意ニ基カスト爲スヲ得ス零口株式會社ニ關スル商法第二〇八條ハ強行的規定ニシテ定款ノ規定ヲ以テ總會ノ決議以下ノ方法ニ依リテ定款ノ變更ヲ爲スヲ得ヘキモノトスルヲ許サザルト同様に合名會社ニ於ケル第五八條ヲ以テ任意の規定ナリトスルトキハ株式會社ニ付テハ上述ノ如ク斯クノ如キ制限スラモナキコトナリ甚シキハ其制限ヲ失ス況ンヤ合名及ヒ合資ニ在テハ株式會社ニ於ケルカ如ク社員力會社ニ對シテノミ有限ノ出資義務ヲ負フニ止マル旨ノ法律上ノ制限ナク定款ノ變更ニ依リテ其出資義務ヲ増減スルヲ得ヘキニ於テハ殊ニ然リトス吾人ハ本規定カ會社ノ内部關係ニ關スル法律ノ規定カ任意規定ナリトイフ單純ナル理論ノ下ニ商法第五八條ヲ以テ任意規定ナリトセルヲ以テ誤謬ナリトスルニ躊躇セザルモノナリ第三要旨ハ社員總會ノ決議ヲ以テ定款ノ變更ヲ爲スヘキモノトセル以上ハ社員ノ出資ヲ增加シ其責任ヲ加重スルカ如キ不利益ナル場合タルト否トニ依リ定款變更決議ノ效力ニ差異アルヘキニ非ストセルハ商法第五八條ヲ以テ任意規定ト解スルヨリ生スル當然ノ結論ニシテ本決定ノ探レル前提ノ下ニ於テハ騎虎ノ勢認メサルヘカラサル所ニ屬ス(法學博士竹田省氏法學論叢第二卷第一號一三五頁合資會社ノ定款變更要領)

【參照學說判例】

- 一 本書第八卷商法二一四頁二一六頁
- 二 同二一八頁

吾人博士ノ高見ト反對ノ見解ヲ把持スルモノナルハ最近ニ論評ヲ試ミタル所ナルカ故ニ其所掲ヲ參照セラレタシ(本書第八卷商法二二〇頁)

二八六第一項 商人間ノ賣買ニ於テ買主カ其目的物ヲ受取ルコトヲ拒ミ又ハ之ヲ受取ルコト能ハサルトキハ賣主ハ其物ヲ供託シ又ハ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲シタル後之ヲ競買スルコトヲ得此場合ニ於テハ遲滞ナク買主ニ對シテ其通知ヲ發スルコトヲ要ス  
民事訴訟法二二一第一項 裁判所ハ申立テタル事物ヲ原告若クハ被告ニ歸セシムル權ナシ

商法第二八六條ノ如ク相當ナル期間ヲ定メテ催告ヲ爲スヘキ旨ノ規定ハ催告ヲ受クル者ノ利益ヲ保護スル旨趣ニ出テタルモノナレハ若シ其催告カ相當ノ期間ヲ定メサルモノナルトキハ被催告者ハ其催告ノ無効ヲ主張スルコトヲ得ヘシト雖モ被催告者ニ於テ其期間ノ長短ニ付キ爭ハサルトキハ裁判所ハ進ンテ其期間ノ相當ナルヤ否ヤヲ審判スルモノニ非ス

【上告理由】 原判決ハ商法第二八六條ニ違背セル不當ノ判決ナリ原判決ハ競買ノ前提條件タル催告ニ付キ如何ナル期間ヲ定メタルヲ具體的ニ判示セサルヲ以テ之ヲ知ルニ由ナシト雖モ今假リニ此點ニ付キ被上告人ノ主張ヲ是認シ「村松清市ハ同年同月二十六日上告人ニ對シ翌二十七日上告人營業所ニ於テ代金引換ニ該株券ヲ引取ラレタキ旨催告シタル」モノト認ムル意味ナリト解釋スルモ右二十六日附ノ催告ノ通知カ如何ナル時ニ上告人ニ達シタルヤハ不明ナルノミナラス假令之ヲ即日到達セルモノトスルモ二十六日ニ於テ二十七日ニ履行セヨト催告スルカ如キハ商法第二八六條ニ所謂相當期間ヲ定メタル催告ニ該當セザルヤ勿論ニシテ右法文ノ趣旨ニ違背セルモノナレハ結局右競買ハ不法ノモノト言ハサルヘカラス殊ニ前記ノ如ク僅ニ催告ノ履行トノ間ニ數時間ヲ存スルニ過キサル急遽ノ場合ニ於テハ催告狀ノ到達ノ時間ハ最も重大ナル關係アルニ拘ハラズ判文ニ之カ認定ヲ缺ケルハ理由ニ不備アルヲ免レス

【判決理由】 案スルニ商法第二八六條ノ如ク相當ナル期間ヲ定メテ催告ヲ爲スヘキ旨ノ規定ハ催告ヲ受クル者ノ利益ヲ保護スルノ趣旨ニ出テタルモノナルカ故ニ若シ其催告カ相當ノ期間ヲ定メサルモノナルトキハ被催告者ハ其催告ノ無効ナルコトヲ主張スルコトヲ得ヘシト雖モ之ニ反シテ被催告者ニ於テ其期間ノ長短ニ付キ爭ハサル場合ニハ裁判所ハ進ンテ其期間ノ相當ナルヤ否ヤヲ審判スヘキモノニ非ス而テ本件催

七四

【關係事項】 上告棄却○原審大阪控訴院○買貸代金殘額請求事件○上告人株式會社浪速ビルプロカー訴訟代理人辯護士馬越重作池田卓二被上告人榮崎利三郎

告ニ付キ其期間カ相當ナラストノコトハ上告人ニ於テ毫モ原審ニ之ヲ主張シタル形跡之レナキヲ以テ原判決カ此等ノ點ニ關シ何等ノ判斷ヲ與ヘサルハ相當ナリ論旨理由ナシ(八審院大正八年(オ)第二三四號同年四月二十三日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡鬼澤各判事判決)

七五

一二九第一項 株式總數ノ引受アリタルトキハ發起人ハ遲滞ナク各株ニ付キ第一回ノ拂込ヲ爲サシムルコトヲ要ス  
一三一第一項 各株ニ付キ第一二九條ノ拂込アリタルトキハ發起人ハ遲滞ナク創立總會ヲ召集スルコトヲ要ス  
一三六 引受ナキ株式又ハ第一二九條ノ拂込未済ナル株式アルトキハ發起人ハ遲滞シテ其株式ヲ引受ケ又ハ其拂込ヲ爲ス義務ヲ負フ株式ノ申込カ取消サレタルトキ亦同シ

縦令創立總會ノ終結スルモ第一回ノ拂込完了セスシテ其拂込欠缺ノ程度大ニシテ拂込ミタル資本ヲ以テハ會社資本鞏固ト事業ノ遂行トヲ期シ得ヘカラサルモノナルトキハ會社成立スルモノニアラス

其拂込ミタル金額ヲ以テ會社資本ノ鞏固ト事業ノ遂行トヲ期シ得ヘキモノナルヤ否ヤノ狀況ハ會社設立ノ當初ノ時期即チ創立總會終了ノ時ヲ標準トシテ之ヲ決スヘキモノトス

控訴會社ハ資本金拾萬圓一株ノ金額五拾圓總株數貳千株ノ組織ニシテ株式第一回ノ拂込金額四分ノ一即チ拾貳圓五十錢ニシテ計貳萬五千圓ナリシコト大正四年三月二十九日創立總會終了シ其後間モナク事業ニ着手シタル同年八月五日株式六百株ヲ消却シ資本金ヲ七萬圓ニ減少シタルコト被控訴人三名カ控訴會社ノ株主タルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ナリ而シテ第一回拂込アリシモノト稱スル株式ノ數ニ付テハ當事

ルトコロニシテ乙第二號證ノ一ニ依レハ大正四年三月二十九日ヨリ同年四月三十日ヲ即チ設立後一ヶ月ノ計算ニ依レハ控訴會社ハ創立費ニ壹千三百八十二圓五十錢同設備ニ金壹百六十九圓三十六錢創立委員慰勞金トシテ金四百拾七圓家屋敷金トシテ金三百圓旅行案内勘定金貳百十四圓設立登記料壹百三十九圓諸税金拾八圓什器及備品費四百四圓四十八錢雜費十二圓七十七錢五厘印刷費貳拾八圓拾錢其他ニ金拾三圓ヲ支出シ其三千五百五十三圓餘ニ連セルコトヲ認ムルヲ得乙第二號證ニ依レハ借家料一ヶ月金壹百拾圓給料三百三圓乃至五百七十二圓ナルコトヲ認ムルヲ得ルニ此等書證ニ依レハ又四月ニハ何等ノ營業的収入ナクテ五月ニハ僅ニ四十一圓餘ノ收入アリシモノナルコトヲ認ムルヲ得即チ四月ノ狀態ハ家賃給料ハ收益ヲ以テハ支辨レ得ヘカラサルモノニシテ四月末ニ於テ拂込額七千七百五十圓ヨリ前記三千五百五十三圓ヲ控除スルトキハ四千五百九十七圓ヲ剩スノミ加フルニ控訴會社ハ一萬貳千圓ヲ營業財產受ノ代金トシテ帝國旅行株式會社ニ支辨ハサルヘカラサル地位ニ在リシモノナレハ前示拂込金額ハ此代金ノ額ニモ達セサルモノナレハ之ヲ以テハ到底資本ノ鞏固ト事業ノ遂行トナリ得ヘキモノニアラス其控訴會社成立ノ事情力控訴代理人主張ノ如クニシテ右代金ノ支辨義務ハ帝國旅行株式會社カ控訴會社株式引受人ノ爲メニ第一回拂込ヲ爲ス爲メニ振出シタル小切手金額ト差引決濟セラレタリトスルモ斯ル拂込方法ハ法律ノ認ムル所ニ非サルコトハ既ニ説明レタル如クナルノミナラス其拂込タル金額ヲ以テ會社資本ノ鞏固ト事業ノ遂行トナリ得ヘキモノナルヤ否ヤノ狀況ハ會社設立ノ當初ノ時期即チ創立總會終了ノ時ヲ標準トシテ之ヲ決スヘキモノニシテ控訴會社カ帝國旅行株式會社ノ營業ヲ讓受ケテ會社事業ヲ經營スルコトハ營業ノ爲メニ讓受代金支辨ニ確定セルモノナレハ控訴會社ハ其成立ノ當初ニ於テ事業經營ノ爲メニ讓受代金支辨ニ供スル一萬貳千圓ノ金額ヲ必要トシ之ナケレハ會社ノ目的タル事業ヲ經營レ得サリシ狀況ニ在リシモノナレハ前示七千餘圓ノ金額ヲ以テハ控訴會社ノ資本ノ鞏固ト事業ノ遂行トナリ得ヘカラサルヲシテ得ヘカラサルシテ得ヘカラサルシテ得ヘカラサルシテ得ヘカラサル

者間爭アル處ナルモ暫ク控訴代理人ノ答辯事實ニヨリテ之ヲ觀ルニ總株式千株中第一回拂込金拾貳圓五十錢カ現金ヲ以テ拂込ミテ完了シタル株式ノ數ハ六百貳拾株ナリキヲ以テ此金額七千七百五十圓ニ過キスシテ殘餘ノ株式ニ付テハ五百拾六株ハ一株ニ付キ貳圓五十錢ツツノ拂込アリ其餘ノ株式ニ付テハ現金ノ拂込ナク小切手又ハ約束手形ヲ振出シ拂込ミニ充テタルモ創立總會終結ノ當時ニ於テ小切手又ハ約束手形金額ノ支辨ハレタルコトナカリシ事實明カナルヲ以テ創立總會招集ノ要件從テ又會社成立ノ要件タル第一回ノ拂込ミアリタルモノハ六百二十株此金額七千七百五十圓ニ過キサルモノトス蓋シ一株ニ付キ貳圓五十錢ツツノ拂込ハ第一回ノ拂込ノ要件タル四分之一即チ拾貳圓五十錢ノ拂込ニ非サルヲ以テ之ヲ第一回ノ拂込アリシモノト解スヘキニアラス又株式ノ拂込ハ現金ノ拂込ヲ要スルヲ以テ其株金拂込ノ爲メニ振出セル小切手又ハ約束手形カ創立總會終結當時未ダ支辨ヘレサリトキハ拂込アリシモノト爲シ難ク本件ニ於テハ大正四年三月二十九日ノ創立總會終結當時其支辨ハレサリシコトハ控訴代理人ノ之ヲ認ムルコトナラナリ以テ此部分ノ株式ハ未ダ拂込ナカリシモノト謂ハサルヲ得サルヲ以テナリ

仍テ右現金拂込アリタル七千七百五十圓及五十六株ニ對スル貳圓五十錢ツツ拂込ミタル金百四十圓ハ控訴會社ノ成立ヲ妨クヘキモノナルヤ否ヲ案スルニ縱令創立總會ノ終結スルモ第一回ノ拂込完了セシテ其拂込欠缺ノ程度大ニシテ拂込ミタル資本ヲ以テハ會社資本鞏固ト事實ノ遂行トナリ得ヘカラサルモノナルトキハ會社成立スルモノニアラスト解スヘキモノナルヲ以テ本件ニ於テハ更ニ進ンテ右金額ヲ以テ控訴會社ノ資本ノ鞏固ト事業ノ遂行トナリ得ヘカリシモノナルヲ案スルニ要ス然ルニ拾萬圓ノ資本ヲ以テ設立セラレタルモノニシテ控訴會社定款所定ノ目的タル事業ヲ營ムカ爲メニハ右金額ハ資本ノ鞏固ト事業ノ遂行トナリ得ヘキモノニ非サルノミナラス控訴會社ハ訴外帝國旅行株式會社ノ營業ヲ繼承シテ事業ヲ營ム計畫ノ下ニ設立セラレ同會社ノ營業權ヲ代金壹萬貳千圓ヲ以テ買受ケタルコトハ控訴代理人ノ之ヲ認ム

松波博士

松本博士

竹田博士

【關係事項】 棄却○株式會社設立無効確認請求控訴事件○控訴人内外旅行株式會社法律上代理人辰野雄一、辯護士吉田三市郎、外五人被控訴人前田卯之助、外二人訴訟代理人辯護士岸井辰雄、外一人

【株式引受又ハ株金拂込ノ欠缺程度ト會社ノ成否ニ關スル學說判例】
一 發起人カ引受ナキ株式ヲ引受ケテ拂込マシキ株式ヲ拂込ムマテハ會社ノ設立ヲ續行スヘカラス之ヲ續行スルコトハ總株ノ引受及ヒ第一回拂込ヲ創立總會招集ノ前提條件トシタル主意ニ反ス假ニ或事務ハ續行シ得トスルモ少クトモ創立總會ハ決シテ終結スルコトナシ總會ハ此以外ノ總株ノ事ヲ爲シテハ事實上始テ終結スルモ法律上終結シタリトセス會社ハ成立セズ故ニ登記ヲ許サズ誤テ登記スルモ會社ハ成立セザル限リ總會カ未拂株ヲ發見シ得シテ終結シ之ニ伴ヒテ會社ノ設立ヲ登記シタル場合ナレハ會社ヲ成立セシムルトシ必スシモ不發見ノ爲メニ不成立ヲ惹起セザルモ引受又ハ拂込ノ完了セザルヲ知リナカラ其儘ニ續行シテ總會ヲ終結セシムル得ズ此トハ異ナレリ反對者ハ「此間ニ區別ヲ爲スヘカラス拂込カ事實上完了セザルモ總會ヲ終結シテ會社ヲ成立セシムル得トスレハ其不拂ノ發見カ創立總會中ニ於ケルト其終結後ニ於ケルト問フヘカラス假ニ理論上區別シ得トスルモ實際ニ益ナシ何トナレハ實際ニ於テハ取締役等ハ總會中ニ未拂株ヲ發見スルモ發見セザル眞似シテ總會ヲ終結スルニ至ラント云フモ非ナリ實際ニ惡事ヲ爲ス者アレハトテ爲メニ法ノ解釋ヲ曲クヘカラス」(法學博士松波仁一郎氏日本會社法七五七頁)

一 旨注意シ置カンニ商法第一三六條ニハ「引受ケナキ株式アルトキハ發起人ハ連帶シテ其株式ヲ引受ケル義務ヲ負フ」トセルヲ以テ恰モ引受ナキ總株ノ場合ヲ包含シ發起人カ株式ヲ募集スルモ僅少ノ應募者ニ止マルトキ即チ初ヨリ引受ナキ場合ニモ發起人ヲシテ之ヲ引受ケシムル如ク見ルモ然ラズ若シ此ノ如クナルトキハ何人モ會社ヲ發起シ得ザルニ至ラン此規定ノ主意ハ發起人カ株式總數ノ引受アリトシテ創立總會ヲ招集シタルニ調査ノ結果引受ナキモノ又ハ引受テ取消サレタルモノヲ發見シタル場合ニ發起人ヲシテ之ヲ引受ケシムルニ在リ拂込マシキモノノ拂込義務ニ關シテ云フモ亦同シ(同上七五五頁)

二 株式會社ノ募集設立ノ場合ニ於テ一般社會觀念ニ基キ株式全部ヲ引受ナキモノ又ハ同視スヘキ場合ニ於テハ設立無効ヲ生スルモノニシテ又發起人カ第一回ノ株金拂込ヲ爲サシムヘキ手續ヲ取ラズ第一回ノ株金拂込カ形式上全然存在セザリシトキハ設立ノ無効ヲ來スヘキモ其拂込ノ全部又ハ一部カ實質上有效ニ行ハレタルヤ否ヤハ設立無効ノ問題 直接關係ナキモノトス(法學博士松本治氏本書第六卷商法三四三頁)

三 商法第一三六條ノ趣旨ハ幾分ノ株式ノ引受又ハ第一回拂込終ラサルモノ存スルトキニモ創立總會ヲ終リタル以上ハ會社ノ

片山博士

和仁學士

柳川學士

成立ナシテ無効ナラシメサルニ在リ故ニ引受又ハ拂込ナキ株式ノ數カ甚シク多數ナラス從テ計畫セラレタル會社ノ經濟上ノ地位ニ重要ナル影響ヲ及ボササルモノト認ムヘキ範圍ニ於テ會社ノ成立ヲ妨ケトスルヲ以テ至當ナリトス(法學博士竹田省氏本書第六卷商法三四五頁)

我商法ノ如ク株式ノ引受ト第一回拂込トニ付キ全ク同様ナル規定ヲ設クルモノニ在テハ會社設立ニ關スル兩者ノ意義ハ同一ニ取扱ハレタルモノト解セザルヘカラス(同氏本書第六卷商法六六六頁)

四 創立總會ノ招集ハ各株式ノ總數ニ對シテ第一二九條ノ拂込アリタル後ニ於テ之ヲ爲スヘシトセハ該總會ニ於テ引受ナキ株式アルコト又ハ第一回拂込ノ未済ナル株式アルコトヲ發見セラレタルトキハ該總會ハ之カ爲メニ無効ナリト解スヘキヤ曰ク然ラス商法第一三六條ニ於テ此ノ如キ場合ニ付キ發起人ノ連帶責任ヲ定ムルカ故ニ總會ノ無効ト云フ問題ト生セザルモ之ヲ然スヘシ判例ノ示ス所成ナリト然シ其發起人カ故意ニ引受ナキ株式アルコト又ハ第一回ノ拂込ナキコトヲ知シタルモ之ヲ法定ノ要件ヲ具備シタルモノトシテ招集シタルトキハ如何余ハ其ノ招集ハ無効ナリト斷セント欲ス此ノ點ハ多少ノ疑アリ然レ共發起人カ第一二九條及第一三〇條ノ規定ニ違フシテ始メテ招集ヲ爲スヘキ法ノ精神トスルハ論ナク第一三六條ハ發起人ノ連帶責任ヲ規定スト雖モ此精神ヲ沒却スルモノ可ナリトスルノ趣旨ト解シ第一三六條ハ過失又ハ申込人ノ側ヨリスル取消等ノ爲メニ生スルニ至ラズ欠付キ連帶責任ヲ負ハシメテ創立總會無効ノ結果ヲ救済シタルモノト解セザルヘカラス然ラザレハ第一三六條ハ結果ニ於テ第一二九條又ハ第一三〇條ノ規定ノ目的ノ大半ヲ打破スルコトナルヘシ(法學博士片山義勝氏株式會社法論二六八頁)

五 各株式ニ付第一回ノ拂込ヲ爲サシムルハ創立總會招集ノ前手續ナリト雖モ其手續ノ欠缺ハ直ニ創立總會ノ不成立ヲ生セシメ總會ニ於ケル決議ヲシテ全ク法律上ノ效力ヲ有セシメサルモノニ非ス蓋シ創立總會ニ於テ取締役及ヒ監察役ヲ選任シ取締役及ヒ監察役ニ於テ拂込ナキ株式アルコトヲ發見シタルトキハ發起人ハ商法第一三六條ニ依リ連帶シテ其拂込ヲ爲ササルヘカラス是レ各株式ニ付第一回ノ拂込ナキ場合ニ於テ招集セラレタル創立總會ノ不成立ノモノニ非サルコトヲ是認シタル證左ト爲スコトヲ得ヘシ然ラハ第一回拂込ニ關スル手續ヲ全然欠缺シ催告サヘ爲サザリシ場合ニ於テ創立總會ノ成立及ヒ其決議ノ效力如何ハ稍疑アリト雖モ余輩ハ之ヲ以テ前段ニ舉ケタル一部株式ニ付キ拂込ナカリシ場合ニ比シ程度ノ問題ナリト認メ後ノ場合ニ於テ亦創立總會ノ成立及ヒ決議ノ效力ヲ是認セントス(法學士和仁吉氏法學志林第一卷第一號七二頁)

六 發起人ハ引受ナキ又ハ引受テ取消サレタル株式アルトキハ連帶シテ引受ケヘキ責任アルト同時ニ引受株式ノ拂込ナク引受人失權シタルトキモ亦連帶シテ其拂込ナキ株式ヲ引受ケサル可カラサルコト上述ノ如ク而カモ此責任ハ發起人カ其作成シタル定款ノ規定ニ從ヒ會社ヲ成立セシメ株式引受人ノ豫期ニ背カサルコトヲ力ムヘキ義務アルヨリ生スル當然ノ結果トシテ見ヘキノミナラス引受ナキ株式又ハ第一回拂込ナキ株式アルニ拘ハラズ創立總會ヲ開キタル故ヲ以テ其總會ヲ無効トスルハ實際上不便ニシテ亦株式引受人ノ利益タルヘキヲ以テ發起人ニ右ノ責任ヲ負ハシメタルモノト見サル可ラス然ラハ如上發起人ノ責任ハ創立總會以前ニ於テ存スルノミナラス又創立總會終結後ト雖モ存在スルモノト謂ハサル可ラス故ニ創立總會終結シテ會社成立シタル後ニ於テ引受適法ニ取消サレ又ハ引受無効ノ株式アルコトヲ發見シタルトキ若クハ拂込無効ノ株式アルコトヲ

發見シタルトキハ發起人ナシテ之レカ引受又ハ拂込ノ責任ヲ負ハシメ會社ノ設立ヲシテ無効ニ歸セシメサルヲ以テ法意ニ適スルモノト認メサルヘカラス(法學士柳川勝二氏商法論編一四一頁)

七 商法第一三六條カ引受又ハ拂込未済ノ株數ヲ限定セサルト同條カ募集設立ノ手續ニ關スル規定中ニ在リテ同條ノ後ニモ尙其手續規定ノ存スルヨリ見ルモ創立總會召集當時ニ於ケル引受又ハ拂込未済株式ノ數ハ法律ノ顧慮セサル所ナルモ發起人ハ單ニ其引受又ハ拂込ノ義務ヲ負フノミナラス創立總會召集前必ス其引受又ハ拂込ヲ爲シテ之ヲ創立總會ニ報告シ取給役及ヒ監査役又ハ検査役ハ商法第一三四條ニ依リテ果シテ其引受及ヒ拂込アリタリヤ否ヤヲ調査シテ報告スヘク此手續ハ之等役員ヨリ定全ナル引受及ヒ拂込アリタルコトノ報告アルマテ何ニテモ繰返スヘキモノニシテ畢竟引受及ヒ拂込ハ會社成立ノ要件ヲ爲スモノナリトス(法學士岡村玄治氏法學志林第二〇卷第三三三頁本書第七卷商法一八二頁)

八 株式會社ノ募集設立ニ在リテ(一)全然株式ノ引受ナキカ又ハ資本半額以上ノ株式引受ナキ場合ニハ創立總會終了スルモ會社成立セズト雖モ(二)株金第一回ノ拂込ノ欠缺場合ニハ其欠缺カ全部ニ亙ルモ尙會社ハ有效ニ成立セルモノトス(ドクトルユリス水口吉藏氏本書第六卷商法八七頁)

九 株式會社ノ募集設立ニ於テ創立總會カ終結シタルトキハ發起人カ各一株ヲ引受ケ且其以前ニ株式申込證ヲ以テスル株式ノ申込ニ依ル一株ノ引受アルコトヲ最小限度トシテ會社ハ成立スルモノトス(法學士大森洪太氏本書第六卷商法六六七頁)

一〇 株式會社ノ成立ニ關シ株式引受ト其拂込トハ全然同一ニ取扱フナ得ストセラレ發起人カ第一回ノ拂込ヲ爲サシムヘキ手續ヲ取リタル以上ハ拂込ノ欠缺株式ノ全部ニ亙ルモ會社成立ニ妨ケナシト解スル者アレトモ第一二九條第一項第一三一條第一項ノ規定ヲ見ルニ引受及ヒ拂込ハ同條ニ會社設立手續ノ必要要件ヘカラス一部トシテ規定セラレ其一二九條第一項第一三一條第一項ノ注意ヲ發見スルコト能ハス且又實質ノ伴ハサル單ナル形式ノ手續ヲ取ルコトノミナリテ是レリト解スル根據モ存セサルモノトス

又其主タル理由トシテ單純設立ノ場合ニ於テ會社ハ第一回ノ拂込以前ニ成立スル事實ヲ採用セラルル者アレトモ是レ法カ復雜設立ヲ單純設立ト區別シ其特種ノ事情ヨリ株式ノ拂込ヲ設立手續ノ一段階トシテ要求シタル事實ヲ無視スルモノト謂ハサル可カラサルモノトス

如何ナル程度ノ拂込カ會社設立ニ必要ナルヤハ第一ニ拂込ノ欠缺カ株式總數ニ比シテ重要ナラサル程度ノモノナリヤ否ヤノ客觀的事實ニ依リ決スルコトヲ要シ縱令拂込ノ欠缺カ株式總數ニ比シテ重要ナラサル程度ノモノナルモ發起人カ拂込ナキ株式ノ存在スルコトヲ知リテ創立總會ヲ召集シタル場合ニ於テハ會社ノ設立ヲ認ムルハ不當ナリトス

第二ニ發起人カ拂込未済ノ株式アリタルコトヲ知リテ創立總會ヲ召集シタルモノナリヤ否ヤノ主觀的事實ヲモ考量ニ入ルヘク若シ知リテ之ヲ爲シタルトキハ縱令拂込ノ欠缺極メテ僅少ナルモ會社ハ成立セサルモノト解ス可キモノトス(法學士田中耕太郎氏法學新報第二九卷第二號九頁本書第七卷商法八九七頁)

一一 株式會社ノ募集設立ノ場合ニ其第一回ノ株式ノ拂込カ全然ナカリシトキ若クハ其拂込ミタル株式カ僅少ニシテ全部ノ拂込欠缺ニ準スヘキモノナルトキハ縱令創立總會ノ終結スルモ之ニ依リ會社ハ成立スルコトナク會社ノ設立ヲ無効トスヘキモノトス

トス

其設立無効ナルヤ否ヤハ創立總會終了ノ時期ヲ標準トシテ之ヲ判定スヘキモノナルコト商法第一三九條ノ規定ニ依リ明カナラシキ以テ株式ノ拂込欠缺ノ爲メニ生スル會社ノ設立無効モ亦此時期ニ於ケル株式拂込ノ額ニ依リテ之ヲ決スヘキモノニシテ其後ニ於ケル拂込額ニ依リテ之ヲ決スヘキモノニアラス(大審院大正七年(オ)第三三號同年三月二〇日民三部判決本書第七卷商法一八六頁)

申込ニ依ル一株ノ引受アルコトヲ最小限度トシテ會社ハ成立スルモノトス(法學士大森洪太氏本書第六卷商法六六七頁)

一二 株式會社ノ發起人カ株式ノ總數ヲ引受ケタルトキ未ダ株式總數ノ引受ナク又ハ株金ノ四分ノ一ノ拂込ヲ終ラサルニ拘ラズ創立總會ヲ開キ之カ終結ヲ爲シタルトキ會社カ成立スルヤ否ヤハ引受又ハ拂込ニ關スル缺陷カ會社資本ノ鞏固ト事業ノ遂行ニ障礙ヲ與フルト否トヲ標準トシテ判定スヘキモノトス

而シテ其引受又ハ拂込ノ缺陷カ會社資本ノ鞏固ト事業ノ遂行ニ障礙ヲ與フルモノナリヤ否ヤハ會社ノ目的資本ノ總額其他諸般ノ事情ヲ綜合シテ判斷スヘキモノトス(同上大正六年三月八日判決本書第六卷商法八九頁)

一三 株式會社ニ在リテ其發起人カ總株式ノ引受ヲ爲ササル場合ニ於テハ定款作成ノ外株式ノ引受申込ヲ募集シ總株式ノ引受及ヒ其第一回ノ拂込完了シタル上發起人ノ召集シタル創立總會ノ終結ニ因リ該會社ノ成立ヲ告クヘキモノニシテ引受又ハ拂込ノ完了セサル場合ハ假令創立總會ヲ召集シ議事ヲ終結スルモ會社ハ成立スルモノニ非ス

唯商法第一三六條カ引受ナキ株式又ハ第一回ノ拂込未済ノ株式アル場合其引受若クハ拂込ニ付キ發起人ノ連帶責任ヲ認メ之ニ依リテ設立條件ヲ充實セサル株式會社モ法定ノ手續ヲ經テ創立總會ヲ終結シタル以上ハ必スシモ其成立ヲ妨クルモノニ非サル趣旨ヲ示シタルトモコハ其未済カ株式總數ニ比シテ重要ナラサル場合ニ限ルト爲ス正當トスヘク株式全部ニ付テ其引受ナク又拂込ナキ場合ハ勿論附シト之ト同視スヘキ程度(勿論其程度ハ社會ノ一般觀念ニ基キ決定セラルヘシ)ノ引受又ハ拂込アリタルニ過キサル場合ノ如キハ假令創立總會終結スルモ其成立ヲ認ムヘキモノニ非スト斷セサルヘカラス(同上大正五年一月二五日判決本書第六卷商法八四頁)

一四 商法第一二九條第一三一條第一項ノ規定ニ違反シテ創立總會ヲ召集スルトキハ發起人ハ同法第一三六條ノ規定ニ從ヒ連帶シテ引受ナキ株式ヲ引受ケ又ハ第一回ノ拂込ナキ株式ヲ拂込ムヘキ義務ヲ負フヘキモノ創立總會カ法定ノ手續ヲ經テ終結スルトキハ會社ハ之ニ因リテ成立スヘク先キ第一二九條第一三一條第一項ニ違反シタルノ理由ニ依リテ會社ノ設立ヲ無効ト云フナ得サルモノトス(同上大正三年一月二十二日判決本書第四卷商法第二九頁)

一五 凡ソ株式ノ募集ニ因ル會社設立ノ場合ニ於テハ各株ニ付キ株金四分ノ一ヲ下ラサル第一回ノ拂込ヲ完了シタルトキハ創立總會ノ終結ニ因リ會社ノ成立ヲ告クヘキモノナルコト商法第一二五條以下第一三九條ノ規定スル所ナリ然レトモ若シ此規定ニ違背シ未ダ株式總數ノ引受ナク又ハ株金四分ノ一ノ拂込ヲ完了セサルニ拘ラス創立總會ヲ開キ之カ爲メニ會社ノ欠陥ヲ理由トシテ一旦適法ニ終結シタル創立總會ノ決議ノ無効トシ會社ヲ不成立ニ歸セシムヘキモノニアラス要ハ株式引受又ハ株金ノ總額ニ關スル缺陷ノ程度カ會社資本ノ鞏固ト事業ノ遂行ニ障礙ヲ與ヘ資本團體タル株式會社ノ基礎ヲ脆弱ナラシムル程度ノモノ

ナリヤ否ヤチ標準トシテ會社設立ノ有效無効ヲ決スヘキモノトス  
 資本金二千萬元ヲ以テ銀行業ヲ營ムトスル株式會社ノ設立ニ當リ第一回株金ノ拂込ナラシタル株式會社カ總株式ニ對シ僅ニ其三分ノ一強其拂込金額カ資本額ノ百二十六分ノ一強ニ過キサル如キニ於テハ右株金拂込ノ缺陷ハ會社資本ノ鞏固ト事業ノ遂行ニ碍障ヲ與フル程度ノモノト認ムヘク沒收證據金十一萬三千三百四十四圓ノ存在ハ未ダ以テ以上ノ缺陷ヲ補足スルニ足ラサルモノト謂ハサルヘカラス

創立總會カ既ニ其前提條件タル株金拂込ニ關シ重大ノ缺陷アル無効ノモノナル以上該無効ノ總會ニ於テ定款ヲ變更シ資本ノ減少ヲ爲シ因テ以テ未済株式ノ消却ヲ爲スモ該決議ハ其效力ヲ生ゼサルヲ以テ右株式消却ノ決議ニヨリ創立總會ノ前提タル株金拂込ニ關スル缺陷ヲ補足セラルル理由ナキコト勿論ナリトス

資本金一千萬元ヲ以テ銀行業ヲ營ムトスル株式會社ノ第一回株金四分ノ一ヲ拂込シテ十五萬八千三百七十五圓支拂ハレタリトセハ拂込マルヘキ金額二百五十萬圓ト對照スルキハ其百分ノ六強ニ該リ而モ資本額ノ六十三分ノ一強ニ相當シ之ヲ會社ノ目的等ト綜合スルニ會社資本ノ鞏固ト事業ノ遂行ニ碍障ヲ與ヘル重大ナル缺陷アルモノニシテ假沒收證據金十一萬三千三百四十四圓ノ存スルアリトスルモ未ダ以テ右缺陷ヲ補足スルニ足ラサルモノト認定スルヲ相當トス(東京控訴大正六年一〇月二十九日判決本書第六卷商法七二三頁)

一六 商法一三六條ニハ拂込未済ナル株式アルトキハ發起人ハ連帶シテ其拂込ヲ爲ス義務ヲ負フ旨規定スルカ故ニ若干株ニ付拂込未済アルモノ有テ創立總會ニシテ其終結ヲ告ケタル以上ハ會社ノ成立ヲ妨ケサル場合アルコトハ之ヲ想像スルニ難カコトモ若シ右ノ規定ヨリ直ニ株式全部ニ付テ拂込ナキカ又ハ若干ノ拂込アルモノ頗ル僅少ニシテ全部ノ拂込ナキ場合ニ準スヘキトキト雖モ尙且ツ創立總會ノ終結ヲシテ常ニ會社ノ成立ヲ見ルモノナリト論議センカ法カ同總會ノ招集迄ニ株金ノ拂込ヲ命スル趣旨ハ之レカ爲メ全然沒却セラルルニ至ルヲ以テ株式會社ノ資本團體タル性質ニ鑑ミ全株ノ拂込ナキカ又ハ之ト同一視スヘキ程度ノ僅少ナル拂込ニ止ルトハ縱令創立總會終結スルモ會社ノ有效ニ成立セサルモノト論議スルヲ適當ト認ム

而シテ拂込ミタル株金額ニシテ當該會社ノ經濟的基礎ヲ鞏固ニスルニ足ラス又其目的タル事業ノ遂行ニ十分ナラサルモノナラシニハ株式全部ニ付テ拂込ナキ場合ニ準スヘキモノト認ムヘキモノトス

會社ノ株數二千五百株ノ内創立總會終結迄ニ拂込ナラシタルモノ僅ニ三百五十三株ニ過キシテ會社ノ目的カ毛織物販賣業ニシテ其資本額ヲ五萬圓株金全部一時拂込ト定メカ右事實ニ鑑ミ右拂込ノ金額ヲ以テテ到底其目的タル事業ヲ遂行スルニ足ラサルモノト認ムヘキハ勿論又會社ノ經濟的基礎ヲ鞏固ニスルニ十分ナラサルモノト認定スルヲ相當トス(結局株金拂込ハ全部ノ拂込未済ニ準スヘキモノト斷セサルヲ得ス(同大正六年一月三〇日民二部判決本書第六卷商法七二八頁))

一七 株式ノ全部ニ付テ株金ノ拂込ナキ場合ニ於テハ假令創立總會ノ終結シタル事實アリトスルモ會社ハ成立セサルモノト爲サルヘカラス

株式會社カ株金第一回ノ拂込ナキ爲メ創立總會ノ終結スルモ不成立ニ歸スル場合其不成立ニ歸シタルコトノ確定スルハ創立總會ノ終結シタルトキナリトス

株式會社ノ發起人カ會社ノ設立費用トシテ借入レタル金額ハ會社カ不成立ニ歸シタルトキハ發起人ニ於テ連帶シテ之ヲ清セサルヘカラス(同大正六年三月一四日民三部判決本書第六卷商法二〇九頁)

一八 會社ノ創立總會終結當時株式ノ多數ニ付テ引受人ヨリ第一回ノ拂込ヲ爲サス會社ニ現存スル金額カ僅少ナル場合ト雖モ大藏大臣ノ認可ヲ絕對ニ期待シ得ヘカサルモノト爲スコトヲ得ス從テ此ノ如キ會社ト尙成立シ得ヘキモノトス(同上大正五年(キ)第九號同年七月八日判決本書第五卷商法六八九頁)

一九 創立總會カ第一回ノ株金拂込ナキニ拘ハラサス會社ノ設立ヲ決議シ又發起人カ商法ノ規定ニ反シ創立總會ヲ招集シタル違反アルモ創立總會ニ於テ會社ノ設立ヲ決議シタルトキハ總會ノ終結ニ因リ會社成立スルモノトス(同上大正三年(キ)第三二二號同年十二月二十二日判決本書第五卷商法五〇八頁)

二〇 會社成立以前ニ株金四分ノ一ノ拂込ヲ完了セサル株式アルモ會社成立ノ無効ヲ來タスモノニアラス(同上四年判決本書第一卷商法二二四頁)

二一 商法第一二九條第一三一條ノ規定ニ依レハ第一回ノ拂込ハ募集設立ノ場合ニ於ケル創立總會招集ノ要件ナリト云フヲ得ヘキモノ同第一三六條第一三七條ノ規定ノ趣旨ヨリ推考スレハ發起人ニ於テ一旦株式全部ニ對スル第一回ノ拂込アリトシテ創立總會ヲ招集シ取締役及ヒ監査役モ亦其報告ヲ爲シ以テ創立總會ヲ終結シタル以上ハ其後ニ至リ一ノ株式ニ付テ拂込ナカシモノアルコトヲ發見スルモ之カ爲メ會社資本ノ鞏固ヲ危クスルノ虞アラサル限りハ其總會ヲ無効トスルコトナク會社ハ其總會ノ終結ニ因リ成立スルモノトス(同上四年三月二二日判決最近會社法例八四頁)

二二 株式會社カ創立總會ヲ法定手續ヲ經テ終結シタル以上ハ第一回未済ノ株式アリトスルモ是レ唯發起人ニ對シ商法第一三六條所定ノ責任ヲ負擔セシムヘキ原因タリ得ルニ止マリ會社ノ設立無効ヲ來サシムヘキ原因タリ得ス(東京控訴大正五年一月七日判決本書第六卷商法一五一頁)

二三 株式會社ノ募集設立ノ場合ニ在リテハ會社ハ創立總會ノ終結ニヨリテ成立スヘキモノナルコト商法第一三九條ノ規定ニ徴シ明白ニシテ假令發起人カ同法第一二九條第一三一條ノ規定スル所ニ違背シ株式總數ノ引受又ハ第一回ノ株金拂込ノ完了セサルニ拘ハラサス創立總會ヲ招集シタル場合ト雖モ其違背ハ會社ノ設立ノ無効ヲ來スヘキ事由タラスシテ單ニ發起人ナシテ同法第一三六條ノ規定ニ從ヒ連帶シテ引受ナキ株式ヲ引受ケ及拂込ナキ第一回ノ株金拂込ノ義務ヲ負ハシムルニ止マルモノトス(同上大正四年(キ)第一九二號民三判決法律新聞第一〇八六號一六頁本書第五卷商法二六五頁)

二四 形式上第一回即チ株金四分ノ一ノ拂込アリテ正當ニ創立總會ヲ開キ會社ノ成立シタル後ニ至リ偶々二ノ拂込カ法律上無効ナリシコトヲ發見シタル場合ニ於テ直チニ該總會ヲ無効トシ會社成立セサルモノト爲スヘキモノニ非ス(同上三十九年十月九日民三部判決商法判決例七一頁)

二五 創立總會カ適法ニ終結シタル以上假令其株式ノ引受拂込カ總株式ノ一部ニ止マリ其一部ノ無効カ創立總會成立後ニ於テ發見セラレタリトスルモ株式ノ引受カ合計一萬二千六百五十株ニシテ總株數四萬株ノ約三分ノ一ニ當リ從テ又株金第一回拂込金額カ合計十五萬八千二百二十五圓ニシテ總株金第一回拂込金額五十萬圓ノ約三分ノ二ニ相當スルトキハ之ヲ其會社ノ目的資本



ノ總額ニ對照シ右株式引受及株金第一回ノ拂込アルニ於テハ其ノ餘ノ引受未滿ノ株式並ニ拂込未済ノ株金第一回拂込金ハ法規  
上發起人ナシテ連帶シテ引受ケ拂込マシムルコトヲ得ルヲ以テ同會社ノ資本ノ鞏固ヲ危フシ資本團體タル株式會社ノ本質ヲ害  
スルモノニアラスト認ムルコトヲ得(大阪控訴院大正五年(キ)第三四號同七年二月一日民部判決本書第七卷商法一〇八頁)

二六 荷モ商法所定ノ認格者タル發起人ニ於テ株式總數ノ引受アリ且引受株式ノ總數ニ付キ其第一回拂込ヲ了シタルモノト  
シテ創立總會ヲ開キ該總會ニ於テ會社ノ設立ヲ議決シタル以上ハ從シヤ株式ノ申込ニ取替アリテ當然ノ無効又ハ取消ニヨリ無  
効ニ歸シタルト若クハ其實適法ナル株金ノ拂込ナク又ハ之レト同視スヘク從テ商法第一一九條ニ定メタル創立總會ヲ開會スヘ  
キ前提委任ニ欠缺アル場合ニ於テモ會社ハ有效ニ成立スルモノトス(名古屋控訴院大正四年五月二十二日判決本書第四卷商法一  
七九頁)

二七 株式會社ノ募集設立ノ場合第一回株金ノ拂込カ總株式ノ半數ニ達セサル如キ重大ナル欠陥アル場合ニハ株式會社ノ資本  
團體タル性質ニ鑑ミ縱令創立總會ヲ終結シタリトスモ其設立無効ナリト解スヘキモノトス(東京地方大正六年(ワ)第一七一  
四號同七年四月三〇日民部判決本書第七卷商法一八七頁)

二八 荷モ形式上會社ノ成立シタル以上ハ其株式ノ引受ノ有無多少ヲ論セス當ニ必ス其成立ヲ有效トスルノ趣旨ニ非スト解ス  
ヘク株式全部ニ付キ拂込ナキ場合ハ勿論始ト之ト同一視スヘキ程度ノ拂込アリタルニ過キサル場合ニ於テ創立總會ノ終結ニ因  
リテ會社ノ成立ヲ認ムルハ會社ヲシテ其目的タル事業ヲ遂行スルコト能ハサラシムル同時ニ資本團體タル株式會社ノ本質ヲ  
害シ其基礎ヲ毀壞ナラシメ株式ノ募集ニ依リ會社資本ノ充實ヲ強制シタル法意ニ低觸スルノミナラス株主及ヒ會社債權者ノ利  
益ヲ害スル等經濟社會ヲ攪亂スルノ外何得ル所ナキヲ以テ斯ル會社ハ假令創立總會終結スルモ其成立ヲ認ムヘキニ非ス  
一株式會社カ家屋ノ建築請負ヲ目的トシ其資本金五十五萬圓株式總數一萬株一株ノ金額五十五圓ニシテ創立總會當時ニ株金ノ四分  
ノ一ノ第一回拂込アリタルモノ二千三百株ニ過キスシテ其餘ノ千七百株ニ對シテハ其拂込ナカリシトキハ其創立總會ノ終結  
ニ因リテ設立シタルモノト爲ス(同上大正六年七月七日民部判決本書第六卷商法七三二頁)

二九 株式會社ノ募集設立ニ際シ未ダ株式總數ノ引受ナキカ又ハ各株金四分ノ一以上ノ拂込ヲ了ラサルニ拘ハラズ創立總會ヲ  
開キ之カ終結ナラシメタルトキ其會社カ成立スルヤ否ヤハ株式ノ引受又ハ株金ノ拂込ニ關スル欠缺ノ程度如何ニ依ルモノニシテ  
若シ其欠缺ノ程度輕微ニシテ之カ爲メニ會社資本ノ鞏固ト事業ノ遂行トニ障礙ヲ生セサル場合ニ於テハ會社カ成立スルモノニ反  
シ若シ其欠缺ノ程度重大ニシテ之カ爲メニ會社資本ノ鞏固ト事業ノ遂行トニ障礙ヲ與フルモノナルトキハ會社カ成立ヲ認ムヘキ  
モノニ非ス

株式會社ノ設立當否ヲ論スルハ其創立總會終結當時ノ株式ノ引受又ハ拂込如何ニ依リテ決ス可キモノニシテ其後資本ノ減少ニ  
ヨリテ未済株式ノ消却ヲナスモ創立總會ノ前提ニ於ケル欠缺ノ毫モ補充セラル可キモノニアラス(東京地方大正六年四月一〇  
日民部判決本書第六卷商法二一〇頁)

三〇 創立總會終結シタル時ハ假令引受ナキ株式又ハ第一回拂込ナキ株式アルモ其會社ノ報告ヲ無効ナラシムルモノニ非ス  
(同上大正二年三月二日判決本書第二卷商法一二七頁)

三一 商法第一三六條ニ依リハ引受ナキ株式アルトキハ發起人ハ連帶シテ其株式ヲ引受タル義務ヲ負フモノナレハ設立登記ヲ  
經タル後ニ於テ引受ナキ株式アリタル事實ヲ發見スルモ之カ爲メ株式會社ノ設立ハ無効トナルヘキモノニ非ス(同上四二年三  
月四日判決最近會社法判例八三頁)

三二 商法ノ所謂引受ケナキ株式中ニハ株式申込書カ偽造ナルカ或ハ虛偽ニ屬スルモノアリテ株式ノ引受ナキニ歸シタル場合  
ヲモ包含スルモノトス故ニ此等ノ場合ニ於テモ發起人ハ連帶シテ其株式ヲ引受タルノ義務アルカ故ニ之カ爲メ會社ノ成立ヲ妨  
クルモノニ非ス(大阪地方四二年判決同上八三頁)

三三 單一株式總數ノ引受ナカリシトノ一事ハ毫モ會社成立ノ支障トナルモノニアラス(大阪地方四十年二月十五日商法判決  
實例七一頁)

株式會社ノ募集設立ノ場合ニ於ケル第一回株金拂込未済カ會社ノ成立ニ及ボス  
影響如何ニ付キテ本判決カ其拂込欠缺ノ程度大ニシテ拂込ミタル資本ヲ以テハ  
會社資本ノ鞏固ト事業ノ遂行トヲ期シ得ヘカラサルモノナルトキハ會社ノ不成  
立ヲ來タスト判示セサルハ最近ニ於ケル大審院判例(大正七年三月二日宣告)ヲ始  
メ多數判例ノ見解ト其軌ヲ一ニスルモノナルモ由來本問ニ關シテハ株式引受未  
済ノ問題ト關聯シテ學者間定説無ク吾人亦數回ニ亘リテ詳論絮說シタル所ニシ  
テ吾人ノ卑見其結果ニ於テ本判例ト異説ニ起ツモノニアラサルカ故ニ茲ニ重ネ  
テ論評セサルヘシト雖モ但タ本判例カ多數判例ヲ換骨脱體シタルノミニテ其合  
理的準則ヲ開示シテ立論ノ構成ヲ明ニスル所ナキハ吾人ノ慊厭タラサルヲ得サ  
ルトコロナリ(本書第六卷商法九七頁同第七卷商法九〇〇頁)

四三六 代理人カ本人ノ爲メニスルコトヲ記載セスシテ手形ニ署名シタルトキハ本人ハ手形上ノ責任ヲ負フコトナ  
(七六)

代理人トシテ手形ニ署名スル者カ本人トノ代理關係ヲ表示スルニ付法律上一  
セル形式存セサルヲ以テ本人其人ヲ認識シ得ヘキ程度ノ記載アレハ足ル從テ裏  
書ナル手形行爲ノ代理ニ付キ復代理人ノ存スル場合ニ於テモ復代理人トシテ署  
名シタル者カ本人ノ復代理人タルコトヲ認識シ得ル程度ノ記載アルヲ以テ十分  
ナリトス

成立ニ争ナキ甲各號認ニ依レハ原告ノ主張事實全部ヲ認ムルコトヲ得依テ本件ニ對  
スル被告ノ抗辯ヲ按スルニ凡ソ代理人トシテ手形ニ署名スル者カ本人トノ代理關係  
ヲ表示スルニ付法律上一定セル形式存セサルヲ以テ本人其人ヲ認識シ得ヘキ程度ノ  
記載アレハ足ル從テ裏書ナル手形行爲ノ代理ニ付復代理人ノ存スル場合ニ於テモ復  
代理人トシテ署名シタル者本人ノ復代理人タルコトヲ認識シ得ル程度ノ記載アルヲ  
以テ十分ナリトス而シテ被告ノ本件抗辯ニ係ル成立ニ争ナキ甲第一、二號認ノ本件各  
手形ノ裏書ノ部分ヲ檢スルニ株式會社第百銀行通旅籠町支店支配人代理青良三トア  
リテ同人ハ本人タル前記第百銀行ノ復代理人タルコトハ同銀行支配人ノ氏名ノ記載  
ヲ俟タスシテ之ヲ認識スルニ十分ナリ故ニ該裏書ハ之ヲ不適法ナリトイフヲ得サ  
レハ該裏書ニ於テ支配人ノ氏名ノ記載ナキ該裏書ハ不適法ナルヲ以テ本件各手形ノ  
裏書ハ其連續ヲ欠キ原告ハ手形上ノ權利ヲ有セストノ被告ノ抗辯ハ理由ナキヲ以テ  
之ヲ採用スルヲ得ス因テ原告ノ本件請求ヲ正當トス(東京地方大正八年(カ)第二五二號同年五月一  
〇日民四部宮内裁判長岡松山各判事判決法律新聞第一五七號一九一頁)

【關係事項】 被告敗訴○爲替手形金請求爲替訴訟事件○原告小山義松訴訟代理人辯護士小野富雄○被告宮七製鋼株式會社代  
理人藤井茂太訴訟代理人辯護士松岡虎吾

【代理意思ノ表示方法ニ關スル學說判例】

本書第八卷商法四八頁

判旨正當ナリ

七七

四四ノ三第一項 會社ハ合併ヲ爲スコトヲ得  
一七〇第一項 定款又ハ株主總會ノ決議ヲ以テ取締役中會社ヲ代表スヘキ者ヲ定メヌ又ハ數人ノ取締役ノ共同シ若  
クハ取締役カ支配人ト共同シテ會社ヲ代表スヘキコトヲ定メサルトキハ各自會社ヲ代表ス  
民法一三三 代理權ヲ有セサル者カ他人ノ代理人トシテ爲シタル契約ハ本人カ其追認ヲ爲スニ非サレハ之ニ對シテ  
其效力ヲ生セス  
追認又ハ其拒絕ハ相手方ニ對シテ之ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ其相手方ニ對抗スルコトヲ得ス但相手方カ其事實ヲ  
知リタルトキハ此限ニ在ラス

株式會社ノ取締役ハ一般ニ會社代表ノ權限ヲ有スルモノナリト雖モ是レ固ヨリ  
會社ノ營業ノ目的ノ範圍内ノ行爲ニ限ラルルモノニシテ合併ノ權義ヲ生セシム  
ル契約ノ如キハ會社營業全部ノ處分ヲ目的トシ當然ニ會社ノ解散ヲ來スコトヲ  
目的トスルモノナルヲ以テ會社ノ營業ノ目的ノ範圍ニ屬セサルカ故ニ株式會社  
ノ取締役ハ此ノ如キ契約締結ノ代理權ヲ有スルモノニアラス

代理權限ヲ有セサル取締役ハ締結シタル權限外ノ契約ハ是レ無權代理人ノ爲シ  
タル契約ニ外ナラサルカ故ニ會社ノ追認ナキ限り其效力ヲ生スヘキモノニアラス  
追認ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲スヲ本則トスルモノナルカ故ニ  
假リニ兩會社ノ株主總會カ特別決議ノ形式ヲ以テ如上取締役ノ爲シタル合併契

約ノ承認ヲ爲シタリトスルモ是レ會社内部ノ關係ニ過キスシテ或ハ之ニヨリテ  
取締役ニ對シテ合併契約締結ノ代理權ヲ授與スルノ效果ヲ生スルコトアルヘシ  
ト雖モ決議自體ニヨリテハ何等追認ノ效果ヲ生スヘキ限ニアラス

被告會社取締役ト原告會社ト原告會社取締役トノ間ニ大正二年十一月三十日兩會社  
合併ニ關スル申合ヲ爲シ申合書(甲第一號證)ヲ作成シタル事實ハ當事者間ニ爭ナシ原  
告ハ右申合ハ兩會社ニ合併ノ權義ヲ生スル契約ナリト主張シ被告ハ右申合ヲ單純ナ  
ル申合ニ過キスシテ何等合併ノ權義ヲ生スヘキ契約ニ非スト主張スルニ付キ按スル  
ニ甲第一號證證人申田藤藏ノ證言並ニ甲第二號證乃至甲第四號證ニ依ルニ右申合ハ  
原告會社並ニ被告會社ニ互ニ合併ノ權利ヲ生シ義務ヲ負ハシムルノ債務的契約ナリ  
ト解シ難シ單ニ原告會社取締役並ニ被告會社取締役間ニ兩會社ヲシテ合併ノ方向ニ  
進轉セシムヘキ機運ヲ作ルノ申合ヲ爲シタルモノニ過キサルモノト解スヘキモノナ  
リトス姑ク右申合カ原告主張ノ如ク原告會社ニ被告會社間ニ互ニ合併ノ權義ヲ生セ  
シムル債權的契約ナリト解スル得ルトスルモ株式會社ノ取締役ハ右ノ如ク合併ノ  
權義ヲ生スルノ債權的契約ヲ締結スルノ代理權ヲ有スルヤ否ヤ未タ確ク之ヲ肯定ス  
ルヲ得ス凡ソ株式會社ノ取締役ハ一被ニ會社代表ノ權限ヲ有スルモノナリト雖モ是  
レ固ヨリ營業ノ目的ノ範圍内ノ行爲ニ限ラズルモノニシテ合併ノ權義ヲ生セシムル  
契約ノ如キハ會社營業全部ノ處分ヲ目的トスルモノナリト以テ會社ノ營業ノ目的ノ  
範圍ニ屬セサルコト明白ナルカ故ニ株式會社ノ取締役ハ此ノ如キ契約締結ノ代理權  
ヲ有スルモノニアラスト解スル相當トス從テ右申合契約ハ當然ニ原告兩會社ヲ關  
東スルモノニアラスシテ此ニヨリテ原告兩會社ハ何等合併ノ權義ヲ有スルモノニア  
ラサルコト明白ナリ若シ原告兩會社ノ特別決議ニヨリテ各其取締役ニ合併ノ權義ヲ  
生セシムル契約締結ノ代理權ヲ授與シタル事實アリトセハ其間ニ締結セラレタル契  
約ハ兩會社ヲ關東スヘキコト當然ナルモ兩會社カ此ノ如キ代理權ヲ各取締役ニ授與

シタル事實ハ毫モ之ヲ認ムルニ足ラサルカ故ニ兩會社ノ取締役カ此ノ如キ權義ヲ生  
スルノ契約ヲ締結シタリトスルモ兩會社ニ原告主張ノ如キ合併ノ權義ヲ生セシムル  
モノニアラスコト明白ナリトス甲第六號證ニ依ルニ原告會社第三十六回定時株主  
總會ニ於テ原告會社ノ總株主ノ半數以上ニシテ資本ノ半額以上ニ當ル株主カ出席シ  
テ本件申合書ヲ承認シタル事實ハ認ムル得ヘク甲第五號證ニ依ルニ被告會社第六  
回定時株主總會ニ於テ總株主ノ半數以上ニシテ資本ノ半額以上ニ當ル株主カ出席シ  
タルコトハ被告ノ認ムル所ナリ本件申合書承認ノ件ヲ附議シ取締役ヨリ經過ノ大要  
ヲ説明シ株主ノ承認ヲ得タル事實ハ之ヲ認ムル得ヘシ而シテ右申合ハ原告主張ノ  
如キ合併ノ權義ヲ生スル契約ナリト解スル得ルモノト假定スルトキハ之ニ對シテ  
前述ノ如キ承認ヲ與ヘタル以上右承認ト右申合契約ト相合シテ茲ニ右契約ハ有效ニ  
兩會社ヲ關東スルノ效力ヲ生スルニアラサルヤノ疑ナキニアラサルモ本件申合ニシ  
テ前段ニ説明シタルカ如ク代理權限ヲ有セサル取締役カ締結シタル權限外ノ契約ナ  
リトセハ是レ無權代理人ノ爲シタル契約ニ外ナラサルカ故ニ兩會社ノ追認ナキ限リ  
其效力ヲ生スヘキモノニアラス而シテ追認ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ  
爲スル本則トスルモノナルカ故ニ假リニ兩會社ノ株主總會カ特別決議ノ形式ヲ以テ  
之カ承認ヲ爲シタルトスルモ是レ會社内部ノ關係ニ過キスシテ或ハ之ニヨリテ取締  
役ニ對シテ合併契約締結ノ代理權ヲ授與スルノ效果ヲ生スルコトアルヘシト雖モ決議  
自體ニヨリテハ何等追認ノ效果ヲ生スヘキニ限リニ非ス而シテ其代理權ニ基キ兩會  
社ノ取締役カ爾後合併ノ權義ヲ生セシムヘキ契約ヲ締結シタル事實ハ原告ノ主張セ  
サル所ナリ或ハ之ニヨリテ取締役ニ追認ヲ爲スヘキ代理權ヲ授與スルノ效果ヲ生ス  
ルコトアルヘシト雖モ決議自體ハ前述ノ如ク會社内部ノ關係ニ過キサルカ故ニ之カ  
爲メ何等追認ノ效果ヲ生スヘキ限リニアラス而シテ其代理權ニ基キ兩會社ノ取締役  
カ追認ヲ爲シタリトノ事實モ亦原告ノ主張セサル所ニシテ何等之ヲ認ムルニ足ラス  
加之前掲兩會社ノ定時株主總會ニ於ル所謂承認ナルモノカ此ノ如キ代理權ヲ授與ス

岡野博士  
青木博士  
柳川博士  
松本博士

ルノ意思表示ヲ包含シタルモノナリトハ前掲書證ニヨリテハ到底之ヲ認ムルニ足ラサルノミナラス寧ろ單純ナル事實ノ承認ニ過キサルモノト認ムルノ外ナキモノトス或ハ兩會社ノ特別決議ニ依ル承認ヲ條件トシテ合併ノ權義ヲ生スヘキ契約ヲ締結シタル事實アリトセハ其承認如何ニヨリテハ其承認アリタルト共ニ契約ハ其效力ヲ生スルコトアルヘシト雖モ本件申合カ姑ク法律上ノ效力ノ發生ヲ意欲シテ締結セラレタル契約ナリト假定スルモ兩會社ノ特別決議ニヨル承認ヲ條件トシテ合併ノ權義ヲ生セシムヘキ趣旨ノ下ニ締結セラレタルモノナル事實ハ原告ノ舉ケテ證據方法ニヨテリハ毫モ之ヲ認ムルニ足ラス却テ單純ナル無條件ノ申合ニ過キサルモノト認ムルノ外ナキヲ以テ株主總會ノ承認ノ意義如何ニ論ナク其承認ト共ニ兩會社ニ合併ノ權義ヲ生セシムヘキ限リニアラス(東京地方大正六年(ワ)第六一三號同七年一月二十六日)三部三淵裁判長恩部律師寺各判例第四卷第七號四二五頁)

### 【關係事項】

原告敗訴○契約確認並ニ計算書提出請求事件○原告九州電燈株式會社法定代理人伊丹彌太郎訴訟代理人辯護士高根義人○被告九州水力電氣株式會社法定代理人岡比谷平左衛門訴訟代理人辯護士原嘉道有馬忠三郎

### 【論旨第一點前段取締役ノ會社代表權限ノ範圍ニ關スル參照學說】

一 取締役ハ會社ノ代表機關ナリ會社ノ營業ニ關スル一切ノ裁判上及裁判外ノ行爲ヲ爲ス權限ヲ有シ而モ此代表權ハ取締役各自ニ於テ之ヲ有スルナリ(法學博士岡野敬次郎氏會社法學院講義二四五頁)  
二 代表機關トシテ取締役ノ權限ハ各合資會社ノ代表社員ニ同シ即チ會社ノ營業ニ關スル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行爲ヲ爲ス權限ナリ(法學博士青木徹二氏會社法論四九九頁)  
三 取締役ハ代表機關ナリ取締役ハ株式會社ノ代表社員ニ屬スル一切ノ裁判上及裁判外ノ行爲ヲ爲ス權限ヲ有ス此權限ノ範圍ハ法律ノ規定ニヨリ定ムルト雖モ其ノ代理權ノ發生自身ハ法律ノ規定ニ因ルモノニ非スシテ會社ノ決定表示スル株主總會ノ選任シタル株主總會ノ決議ハ當然代理權授與ノ意思表示ヲ包含スルモノトス(法學博士柳川勝二氏商法論二二八頁)

### 【合併契約ノ性質ニ關スル參照學說】

一 合併契約ハ會社ニ特有ナル契約ナリ自然人相互間ニ此ノ如キ契約アルコトヲ得ズ合併ハ普通ノ雙務契約ニ非ス其契約當事者ノ一方又ハ雙方ハ其契約ノ效果トシテ契約ノ締結ト共ニ消滅シ其財産ノ包括的ニ當事者ノ一方又ハ他ノ新會社ニ移轉スルモノナリ故ニ合併ハ之ヲ以テ普通ノ自然人相互間ニ於ケル契約ト同視スルコトヲ得ズ又合併契約ニ因リテ合併後存續スル會社ニ付テハ資本ノ增加其他ノ變更ヲ生シ合併ニ因リテ成立セラルル會社ニ付テハ其設立ヲ生ス是レ亦自然人相互間ニ於ケル契約ニ比類ナキ所タリ(法學博士松本治氏會社法論七二頁)

二 合併契約ハ當事會社ノ積極消極ノ財産ノ包括的移轉ト他會社ノ社員ノ收容トノ效果ヲ生スルコトヲ目的トスルモノナルヲ以テ買賣其他普通一般ノ雙務的行爲トシテ見ルコトヲ得ズ一種特別ノ契約ナリト爲ササルヘカラス(法學博士片山義勝氏株式會社法論一〇四七頁)

### 【論旨第三點會社合併契約ト合併決議トノ關係ニ關スル參照學說】

一 商法ニハ或會社カ合併ノ意思ヲ作成スルニハ如何ニスヘキカ合併ナリ自己ノ債權者ニ對抗スルニハ如何ニスヘキカヲ規定スルニ止マリ合併スルニ他ノ會社ニ對シテ何ヲ爲スヘキカナクハサレテ恰モ二個ノ會社カ各自ニ合併決議ヲ爲ストキハ合併ハ直チニ成ル如ク見ユルモ決シテ然ラス意思ノ通セサル者ノ間ニ合併ヲ生スルコトナシ(法學博士松波仁一郎氏日本會社法一五八頁)

二 吾商法ハ合併ノ決議ニ付キ規定スルニ止マリ合併契約ニ付キ何等ノ規定ヲ設ケスト雖モ其必要ナルコトハ疑ナク容レズ何トナレハ決議ハ會社内部事項ナレハ之ニ因リテ會社間ノ行爲タル合併ノ成立スル理ナケレハナリ(法學博士毛戸勝之氏京都法學會雜誌第四卷第七號二七頁)  
三 内部ノ要件 合併契約ノ基礎ヲ爲スモノニシテ固ヨリ契約行爲其物ニ非ス換言セハ右ノ決議又ハ同意ハ合併ヲ爲サントスル會社ノ意思ヲ決定スル方式ナリ合併ノ決議又ハ同意ハ合併其モノト理論上全然別箇ノ觀念ナリ(法學博士片山義勝氏會社法原論五五頁)

(七八)

松波博士  
毛戸博士  
片山博士

一五二 株金ノ拂込ハ二週間前ニ之ヲ各株主ニ催告スルコトヲ要ス  
株主カ期日ニ拂込テ爲ササルトキハ會社ハ更ニ一定ノ期間内ニ其拂込ヲ爲スヘキ旨及ヒ其期間内ニ之ヲ爲ササルトキハ株主ノ權利ヲ失フヘキ旨ヲ通知スルコトヲ得但し其期間ハ二週間ヲ下ルコトヲ得ス  
前項ノ規定ニ依リ會社カ株主ニ對シ其權利ヲ失フヘキ旨ヲ通知スルトキハ會社ハ其通知スヘキ事項ヲ公告スルコトヲ要ス

一五三ノ二 前條第一項ノ規定ニ依リ株主カ其權利ヲ失ヒタルトキハ會社ハ遲滞ナク其株主ノ氏名住所及ヒ株券ノ番號ヲ公告スルコトヲ要ス  
商法改正法律附則二 本法ノ規定ハ本法施行ノ日ヨリ其施行前ニ生シタル事項ニモ亦之ヲ適用ス但從前ノ規定ニ依

松本博士

竹田博士

リテ生シタル效力ヲ妨ケス  
 同八 第一五二條第三項及七第一五三條ノ二規定ハ本法施行前ニ第一五二條第一項ノ催告ヲ爲シタル場合ニモ亦之ヲ適用ス  
 民事訴訟法七六〇 假處分ハ争アル權利關係ニ付キ假ノ地位ヲ定ムル爲ニモ亦之ヲ爲スコトヲ得但其處分ハ殊ニ繼續スル權利關係ニ付キ著シキ損害ヲ避ケ若クハ急迫ナル強暴ヲ防ク爲メ又ハ其他ノ理由ニ因リ之ヲ必要トスルトキニ限ル

【批評判例】 會社ノ爲シタル失權通知ノ效力カ改正商法施行前ニ發生シタル以上ハ會社ハ改正商法第一五二條第三項第一五三條ノ二ニ依リテ株主權喪失ニ關スル公告ヲ爲ス義務ヲ負フモノニ非ス  
 失權通知後ノ請求手續カ假處分命令ニ依リテ延期セラレ改正商法施行後ニ於テ實行セラレタリトスルモ之カ爲メニ會社ハ假處分命令ノ義務ヲ負フモノニ非ス(大審院大正七年(オ)第五二八號同年九月四日民三部判決本書第七卷商法七八〇頁)

商法改正法施行前ニ失權ノ通知力爲サレタル場合ハ商法改正法附則第八條ノ規定ノ結果假令失權ノ通知後ニ於テ拂込ヲ爲スヘキ期間力滿了スヘキ場合ニ於テモ公告ヲ爲スノ必要ナク假處分命令ノ有無ノ如キハ何等影響無キモノトス

本判決ハ其結果ニ於テハ全然正當ナルモ理由不備ナルカ如シ商法改正法附則第八條ハ特ニ明文ヲ設ケ「第一五二條第三項及七第一五三條ノ二ノ規定ハ本法施行前ニ第一五二條第一項ノ催告ヲ爲シタル場合ニモ亦之ヲ適用ス」ト定ムルヲ以テ改正法施行前ニ株金拂込ノ催告力爲シタルニ過キサル場合ニハ改正法第一五二條第三項及七第一五三條ノ二ノ公告ヲ爲ス必要アルト同時ニ施行前ニ既ニ失權ノ通知力爲サレタル場合ニハ其公告ヲ爲ス必要ナキコト明文上疑ナク存セス故ニ假令失權ノ通知後ニ於テ拂込ヲ爲スヘキ期間力滿了スヘキ場合ニ於テモ公告ヲ爲スノ必要ナク假處分命令ノ有無ノ如キハ何等影響無キモノトス本判決ノ此附則ノ規定ヲ引キテ明白ニ如上ノ斷言ヲ試ミサリシハ徹底ヲ缺クノ憾ナレトセサルナリ(法學博士松本滋治氏法學協會雜誌第三卷第四號一二九頁「株主失權ニ關スル公告ノ要否」要領)

失權豫告附催告力舊規定ニ從ヒテ爲サレ且失權催告トシテノ效力ヲ生シタル以

上ハ恰モ改正法附則第二條但書ノ從前ノ規定ニ依リ其效力ヲ生シタル場合ニ該當シ改正法ニ從ヒ之カ公告ヲ爲スヲ要セサルモノトス  
 株金拂込期限經過前ニ其手續カ假處分ニ依リ停止セラレタルトキハ其停止中ハ株金ノ拂込ヲ爲シ又ハ之ヲ求ムルコトヲ得ルモノニ非サルカ故ニ假處分ノ取消アルマテ拂込期限ハ進行セサルモノト解ス可ク從テ假處分ノ取消力改正法施行後ノコトニ屬スルトキハ拂込期限力經過シ株主失權ノ效果ヲ生スルコトモ亦當然改正法施行後ノコトトナルカ故ニ此失權ニ付テハ改正法第一五三條ノ二ノ公告ハ之ヲ必要トス

本判決ハ失權豫告ノ效力カ商法改正前ニ發生セルトキハ改正後ニ其拂込請求手續カ續行セラルル時ト雖モ改正前ニ從ヒ失權豫告ノ公告(商法第一五二條第三項)及ヒ失權ノ公告(商法第一五三條ノ二)ヲ爲スヲ要セストスルト雖モ何カ故ニ然ルヤノ理由ニ至テハ全然之ヲ示スコトナシ吾人ノ解スル所ヲ以テスレハ此問題ハ專ラ改正法附則第二條ニ依リ決セラルヘキモノナルカ故ニ附則ニ依リテ之ヲ定ムルヲ要ス而シテ同條ニ依レハ(1)改正法施行後ニ生シタル事項ニ付テハ當然改正法ヲ適用スヘク(2)改正法施行前ニ生シタル事項ニ付テハ舊(a)規定ニ從ヒ既ニ其效力ヲ生シタルモノハ改正法ニヨリテ其效力ヲ妨ケラルルコトナシト雖モ(b)然ラサル事項ハ尙ホ改正法ノ支配ヲ受クヘキモノナリ從テ失權豫告後ノ公告ニ付テモ改正法ニ從ヒ之ヲ爲スヲ要スルヤ否ヤハ先ツ其公告スヘキ事項カ改正法施行前ニ生シタル事項ニ屬スルヤ否ヤヲ見ルヲ要ス而シテ失權豫告ノ公告(第一五二條第三項)ト失權ノ公告(第一五三條ノ二)トハ各其公告事項ヲ異ニスルカ故ニ各別ニ觀察スルヲ必要トス

(一) 案件ニ於テ失權豫告ノ公告ニ於テ公告スヘキ事項カ商法改正後ノ發生ニ係ルヤ否ヤヲ決スルニハ又之ニ先チ失權豫告ノ公告スヘキ事項ノ何タルカヲ見ルヲ要ス通説ハ此公告ヲ以テ第一五三條ノ二ノ失權ノ公告ト同様第三者ニ對スル警告ナリトス若シ此解釋ニ從ハハ失權豫告ノ公告ハ右ノ如キ危險事實ノ公告ニ外ナラサルカ故ニ失權豫告カ商法改正前ニ爲サレタルトキト雖モ其危險事實ニシテ改正法施行後ニモ繼續シ存スル以上ハ改正法ニ從ヒ之カ公告ヲ必要トスト解セサルヲ得サルヘシ然レトモ吾人ハ第一五三條第三項ノ公告ハ寧ロ株主ニ對スル失權豫告ノ方法タルモノト解セント欲ス換言スレハ滯納株主ヲシテ株主權ヲ喪失セシムルカ如キ重大ナル結果ヲ生セシムルニハ單ニ株主ニ對スル特定ノ失權豫告ノミナラス尙一般的ニ其公告ヲモ必要トシタルモノト解セントスルモナリ尤モ此公告ニ依リテ第三者モ失權ノ危險アルコトヲ豫知スルヲ得ヘシト雖モ是レ公告ヨリ生スル副作用ニシテ本項ノ公告ニ固有ノ目的ト謂フヲ得サルナリ今此解釋ニシテ正當トセハ第一五三條第三項ノ公告ハ舊規定ニ於ケル株主ニ對スル失權豫告ノ方法ヲ變更シ從來ハ株主ニ宛テタル各個ノ催告ヲ以テ満足シタルニ加重シ公告ニ依ル催告ヲ併セ爲サレシトシタルモノニ外ナラス從テ條件ニ於ケルカ如ク右ノ催告カ舊規定ニ從ヒテ爲サレ且失權豫告トシテノ效力ヲ生シタル以上ハ恰モ附則第二條但書ノ從前ノ規定ニ依リ其效力ヲ生シタル場合ニ該當シ改正法ニ從ヒ之カ公告ヲ爲スヲ要セサルモノタルヤ明カナリ

(二) 次ニ第一五三條ノ二ノ失權公告ハ失權アリタル旨ノ公告ニシテ從テ失權ノ效果發生ノ時期カ改正法施行前ノコトニ屬スルトキハ改正法ニ從ヒ其公告ヲ爲スヲ要セスト雖モ改正法施行後ニ屬スルトキハ改正法ニ從ヒ其公告ヲ要スルハ當然ナリ然ルニ本判決ハ失權ノ時期如何ヲ問ハス失權豫告ノ效力ノ發生ノ時期カ商法改正前ニ屬スルトキハ之カ公告ヲ要セストセルハ到底正當ト謂フヲ得サルナリ而シテ案件ニ於テハ何時失權ノ效果ヲ發生シタルヤハ明確ナラスト雖トモ上告人ノ所論ヨリ推スニ

水口トドク

拂込期限經過前ニ其手續カ假處分ニ依リ停止セラレタルモノナルカ如シ果シテ然リトセハ其停止中ノ株金ノ拂込ヲ爲シ又ハ之ヲ求ムルコトヲ得ルモノニアラサルカ故ニ假處分ノ取消アルマテ拂込期限ハ進行セサルモノト解セサルヲ得テ假處分ノ取消カ改正法施行後ノコトニ屬スルトキハ拂込期限カ經過シ株主失權ノ效果ヲ生スルコトモ亦當然改正法施行後ノコトナリ從テ此失權ニ付テハ改正法第一五三條ノ二ノ公告ハ之ヲ必要トスト謂ハサルヘカラス

以上要スルニ條件ノ事實ノ關係ニ於テモ明確ナラサル所アリト雖モ假處分事實ノ下ニ於テハ第一五三條第二項ノ公告ハ之ヲ必要トセスト雖モ第一五三條ノ二ノ公告ハ之ヲ必要トス只第一五三條ノ二ノ公告ハ失權後ノ手續ニシテ失權ノ要件ニ非ス從テ其公告ヲ爲サスシテ爲レタル失權競賣手續モ亦有效ニシテ之ヲ無効ト論スヘキモノニ非サルナリ(法學博士竹田省氏法學叢書第一卷第四號一〇一頁)「商法改正前ノ株主失權手續停止ノ假處分ト商法改正後ノ失權公告」要領)

改正前ノ法律ニ從ヒ爲シタル失權通知カ改正法施行前ニ既ニ其效力ヲ發生シタル以上ハ其效力ハ改正法ノ爲メニ之ヲ妨ケラルルコトナキヲ以テ二週間ノ拂込期間内ニ拂込ヲ爲サルカ爲メニ期間ヲ定メテ更ニ拂込ヲ催告シ且其拂込ナキトキハ失權スヘキ旨ノ通知ヲ爲シタル場合ニハ舊法ノ規定ニ依レハ其期間内ニ拂込ナキトキ失權スルモノニシテ既ニ通知其モノカ效力ヲ生シ失權スルニ至リタル後ハ敢テ改正法ノ規定ニ從ヒ失權通知ノ公告ヲ爲スヲ要セサルモノトス

改正商法施行前ニ爲サレタル失權通知カ其效力ヲ生シ失權シタル場合ハ改正法律附則第八條ノ規定ノ適用ノ結果會社ハ第一五三條ノ二ノ規定ニ依リ失權ノ公

告ヲ爲ササル可ラサルモノトス

判旨一ノ中第一五二條第三項ニ關スル說明ハ正當ナリ商法改正法律附則第八條ニ依  
 レハ荷クモ拂込催告ニシテ改正法律施行前ニ爲サレタル場合ニハ失權通知ヲ爲シ且  
 失權シタル後ト雖モ改正法ニヨル公告ヲ必要トスルカノ如キ觀アリト雖モ前記附則  
 第二條ノ但書ニハ從前ノ規定ニヨリテ生シタル效力ヲ妨ケサル旨ノ規定アルヲ以テ  
 改正前法律ニ從ヒ爲シタル失權通知力改正法施行前ニ既ニ其效力ヲ發生シタル以上  
 ハ其效力ハ改正法ノ爲メニ之ヲ妨ケラレルコトナキモノニシテ從テ二週間ノ拂込期  
 間内ニ拂込ヲ爲ササル爲メ期日ヲ定メテ更ニ拂込ヲ催告シ且其拂込ナキハ失  
 權スヘキ旨ノ通知ヲ爲シタル場合ニハ舊法ノ規定ニ依レハ其期間内ニ拂込ナキハ失  
 權スルモノニシテ既ニ通知其モノカ效力ヲ生シ失權スルニ至リタル後ハ敢テ改正  
 法ノ規定ニ從ヒ失權通知ノ公告ヲ爲スヲ要セサルモノトス  
 反之失權後ノ手續未タ終了セサル以上改正法附則第二條但書ヲ適用スヘキニ非サル  
 ナリ以テ同上第八條ニ依ラサルヲ得テ從テ失權ノ通知力其效力ヲ生シ失權シタル場合  
 ト雖モ會社ハ第一五三條ノ二ノ規定ニ依リ失權ノ公告ハ之ヲ爲ササルヘカラサルモ  
 ノトス勿論第一五三條ノ二ノ公告ハ失權ノ要件ニモ失權株式競賣ノ要件ニモ非サル  
 ナリ以テ公告ナキカ爲メニ失權及競賣ノ無効ヲ惹起スルモノニ非スシテ取締役カ特別  
 ノ責任ヲ負擔スルニ過キサルモノトス故ニ第一五三條ノ二ノ公告ハ失權通知カ其効  
 力ヲ生シタル後ハ之ヲ要セサルモノトスル判旨ハ誤レルモノニシテ其之ヲ要セサル  
 ハ競賣ヲ了シタル場合ナリト解スルヲ正當トナササルヲ得ス(トクトルニウリス水口吉藏氏國  
 家及國家學第七卷第二號八頁商法改正法律附則第八條ノ適用ノ要點「要領」)

商法改正法施行前ニ失權ノ通知カ爲サレタル場合ニ於テ會社ハ商法第一五二條  
 第三項並ニ第一五三條ノ二ノ公告ヲ爲ス義務ヲ負擔スルモノナリヤ否ヤニ關シ

本被評判例カ何等其論據ヲ開示スルコトナクシテ之ヲ消極ニ斷シタルハ到底理  
 由不備ノ譏ヲ免レスト雖モ其結果ノ當否ニ付キテハ吾人ハ松本博士ト同シク之  
 ヲ肯認セント欲スル者ナリ惟フニ本問ハ商法中改正法律附則第二條第八條ニ因  
 リテ決セラレヘキモノニシテ即チ附則第二條ハ改正法カ其施行前ニ生シタル事  
 項ニ付キ同法施行ノ日ヨリ適用ヲ生スルモ舊規定ニヨリテ生シタル效力ハ改正  
 法ニ因リテ妨ケラレサル旨ヲ規定シ同第八條ハ第一五二條第一項ノ催告ヲ爲シ  
 タルニ止マル場合ハ如上二ノ公告ヲ要スル旨ヲ明定シタルモノナリ仍テ改正法  
 施行前ニ既ニ第一五二條第二項ニ基ク失權通知ノ效力發生シタルニ於テハ舊規  
 定ニ因リテハ株主失權手續カ完了セラレタルモノニシテ而シテ此效力ハ妨ケラ  
 レサルモノナルカ故ニ失權豫告公告ハ勿論失權公告モ亦之ヲ要セサルモノナリ  
 ト謂ハサル可ラサルナリ從テ水口ドクトルカ失權豫告公告ト失權公告トヲ區別  
 シテ論セラレシハ吾人ノ採ラサル所ニシテ尙ホ失權通知ノ效力發生後失權  
 ノ效果發生前假處分命令カ發セラレ其取消カ改正法施行後ニ屬スルトキハ失權  
 公告ヲ要ストセラルル竹田博士ノ高見ニ對シテモ本件假處分命令ノ内容ヲ審ニ  
 スル能ハサルカ故ニ多少ノ疑アルモ吾人ハ改正法施行前ニ失權通知ノ效力發生  
 後ハ該公告ヲ要セサルモノナリト解セントスル者ナリ

生命保険ニ於テ被保険者ノ生命危険ヲ測定スル資料ト爲ルヘキ事項ハ保險契約締結當時ニ於ケル被保険者ノ現在症ノミナラス既往症ヲモ包含スルモノナレハ其既往症ハ全治シテ現時何等ノ痕跡ヲ留メサルモノト雖モ既往ニ於テ疾病ニ罹リタル事實ハ其被保険者ノ生命ノ危険ヲ測定スル資料ト爲ルヘキモノニシテ其事項ニ重要ナルモノハ保險契約者ニ於テ保險契約締結ニ際シ之ヲ告知スヘキモノトス

大審院大正八年(オ)第九六號同年三月五日民三部判決本書第八卷商法二二六頁  
生命保険ニ於テ被保険者ノ生命ヲ測定スル資料ト爲ルヘキ事項ハ保險契約締結當時ニ於ケル被保険者ノ現在症ノミナラス既往症ヲモ包含スルモノナレハ其既往症ハ全治シテ現時何等ノ痕跡ヲ留メサルモノト雖モ既往ニ於テ疾病ニ罹リタル事實ハ其被保険者ノ生命危険ヲ測定スル資料ト爲ルヘキモノニシテ其事項ニ重要ナルモノハ保險契約者ニ於テ保險契約締結ニ際シ之ヲ告知スヘキモノトス  
ニ罹リタル事實アリタルトキハ其人ノ健康状態ハ現時疾病全治シ而カモ何等其痕跡ヲ留メサル程度ニ全治シタル場合ト雖モ將來ニ於ケル生命ノ危険ヲ測定スル重要ナル資料ト爲ルモノナルコトハ醫學上助膜炎カ肺結核ヲ誘發スルニ至ルハ事實ニ照ラシ疑ナキ所ナレハ之ヲ告知スル義務アルモノニシテ之ヲ告知セザルニ於テハ告知義務違背ノ責任ヲ免ルヘキモノニ非ス從テ其疾病ノ全治ハ告知義務ヲ免レシムルモノニ非ス仍テ判旨ハ正當ナリ(下タトルニユリス水口吉藏氏國家及國家學第七卷第七號八四頁「全治既往症ノ告知義務」)

四二九 保險契約ノ當時保險契約者又ハ被保険者カ故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り又ハ過失ニ因リテ之ヲ知ラザリシトキハ此限ニ在ラス  
第三三九條ノ二第二項及ヒ第三三九條ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

論旨ノ正當ナルヤ一點疑ヲ容レサル所ナルカ故ニ吾人ドクトルノ見解ニ全然賛同セント欲ス何者生命保険ニ所謂重要事項中ニハ晉ニ現在症ノミナラス既往症ヲモ包含スルモノナルコトハ曾テ異説アルヲ聽カサルトコロニシテ而シテ既ニ之ヲ包含スルモノトセハ其既往症ノ重要事項ニ該當スルモノナリヤ否ヤハ一ニ其自體カ生命危険ノ測定ニ重要ナリシヤ否ヤニヨリテ之ヲ決ス可ク既往症ノ全治不全治ハ之カ判定ニ何等ノ影響ヲ及ホス可キモノニアラサルハ敢テ嘖々ヲ要セサレハナリ

(八〇)

九一第四項 民法第八一條ノ規定ハ合名會社ノ清算ノ場合ニ之ヲ準用ス  
九一ノ二第一項 會社ハ辨濟期ニ至ラサル債權ト雖モ之ヲ辨濟スルコトヲ要ス  
民法八一第一項 清算中ニ法人ノ財産カ其債務ヲ完済スルニ不足ナルコト分明ナルニ至リタルトキハ清算人ハ直チニ破産宣告ノ請求ヲ爲シテ其旨ヲ公告スルコトヲ要ス

解散シタル合資會社ノ清算人ハ會社ノ財産カ總テノ債權者ノ債權ヲ完済スルニ充分ナル場合ニ於テハ解散前ニ於ケル會社ノ抵當債務辨濟ノ方法トシテ債務負擔付ニテ抵當ノ目的物ヲ賣却シ債權者ト第三取得者ト債務者ノ交替ニ因ル更改契約ニ同意ヲ爲スコトヲ得

會社ノ財産ヲ以テ他ノ一切ノ債權者ノ債權ヲ完済スルコトヲ得ヘキ場合ハ辨濟期ノ到來セサル債權ト雖モ解散會社散之カ辨濟ヲ爲スコトヲ要スルコトハ商法第九一條



ノ二第一項ノ規定スル所ニシテ從ツテ解散シタル合資會社ノ清算人カ解散會社ヲ代表シテ會社カ解散前ヨリ所有セシテ不動產ニ抵當權ヲ設定シ甲債權者ヨリ借用シ居ル債務ノ辨濟方法トシテ該不動產ヲ債務負擔付ニテ乙ニ賣却シタル後甲債權者ト乙ナル第三取得者ト債務者ノ交替ニ困ル更改契約ニ同意シタル行為ハ清算ノ目的ノ範圍内ニ屬スル行為ナルヲ以テ清算人ハ有效ニ會社ヲ代表シテ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ(法曹會大正八年四月五日委員會第一科決議案(五)第一三八號法曹記第二九卷六號二九頁)

決議ハ至當ナリ蓋シ會社財産ヲ以テ會社債權ノ一切ヲ完済スルコト能ハサル場合ハ清算人ハ會社ノ破産宣告ヲ請求セサル可ラスト雖モ然ラサル場合ハ會社ハ辨濟期ニ至ラサル債權ト雖モ辨濟スルコトヲ要スルモノニシテ本問清算人ノ爲シタル行為カ其職務權限ニ違背セサルコト明瞭ナル以上有效ナルヤ疑ヲ容レサレハナリ

(八一)

一五〇 記名株式ノ移轉ハ取得者ノ氏名主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  
 民法五七〇 賣買ノ目的物ニ隱レタル瑕疵アリタルトキハ第五五六ノ規定ヲ準用ス但強制競賣ノ場合ハ此限ニ在ラス

大審院判

白紙委任狀附株式ノ賣買ハ買主又ハ轉得者カ隨時其委任狀ヲ使用スレハ故障ナク株式ノ名義書換ヲ爲シ得ヘキコトヲ豫期シ之ニ依リテ其完全ナル權利移轉ノ目的ヲ達セント欲スル當事者共通ノ意思ヲ以テ行ハルルヲ普通トス」  
 賣買ノ株式ニ添付セル白紙委任狀ノ株式名義人名下ノ印影カ其名義人ヨリ豫テ

當該株式會社ニ届出テタル印鑑ト相違スルカ爲メニ其名義書換ノ請求ヲ拒絕セラレタル場合ニ於テハ如上普通ニ行ハルル白紙委任狀附株式賣買ノ事例ト異リタル特別ノ事由ナキ限りハ賣主ハ未タ其完全ナル權利移轉ノ義務ヲ盡ササルモノナルヲ以テ買主ニ對シ更ニ株式名義ヲ故障ナク書換フルコトヲ得ヘキ白紙委任狀ヲ交付スルカ又ハ他ノ方法ヲ以テ其權利移轉ヲ完全ニスルノ義務アルモノト謂ハサル可カラス」

白紙委任狀附ノ株式賣買ハ畢竟記名株式ノ讓渡ヲ目的トスルモノニ外ナラスシテ之ニ白紙委任狀ヲ添付スルハ隨時其白紙委任狀ヲ利用シテ名義書換ヲ爲スコトヲ得ルノ便宜ニ供センカ爲メニ過キサレハ其白紙委任狀ハ株式賣買ノ目的物中ニ包含スルモノニアラス」

(一) 案スルニ本件ノ事實ハ原裁判所ノ認定シタル所ニ依レハ上告人ハ訴外申辻義晴所有名義ノ本件株式ヲ受任者ノ氏名年月日何時ニテモ記入シ得ヘキ餘白ヲ存セル右義晴ノ署名捺印アル名義書換ノ委任狀附ニテ被上告人ニ賣渡シタルモノナリ而シテ斯ノ如キ「白紙委任狀附株式」賣買ハ買主又ハ轉得者カ隨時其委任狀ヲ使用スレハ故障ナク株式ノ名義書換ヲ爲シ得ヘキコトヲ豫期シ之ニ依リテ其完全ナル權利移轉ノ目的ヲ達セント欲スル當事者共通ノ意思ヲ以テ行ハルルヲ普通トス又本件ノ如キ賣買ノ株式ニ添付セル委任狀ノ株式名義人名下ノ印影カ其名義人ヨリ豫テ當該株式會社ニ届出テタル印鑑ト相違スルカ爲メニ其名義書換ノ請求ヲ會社ニ於テ拒絕スルハ斯カル取引關係ノ實情ニ照シ當然ノ事ナレハ其印影相違ノ爲メニ名義書換ノ請求ヲ拒絕セラレタル場合ニ於テハ如上普通ニ行ハルル白紙委任狀附株式賣買ノ事例ト異

リタル特別ノ事由ナキ限りハ賣主ハ未タ其完全ナル權利移轉ノ義務ヲ盡ササルモノナルヲ以テ買主ニ對シ更ニ株式名義ヲ故障ナク書換フルコトヲ得ヘキ白紙委任狀ヲ交付スルカ又ハ他ノ方法ヲ以テ其權利移轉ヲ完全ニスルノ義務アルモノト謂ハサル可カラズ蓋シ斯カル賣買ノ株券ニ添付セル白紙委任狀ニシテ真正ニ成立シタルモノナル以上其委任成立ノ事實ヲ證明スルニハ理論上必スシモ委任狀ニ依ルコトヲ要セスシテ尙ホ其他ノ方法ニ依ルコトヲ得ルヤ論ヲ俟タスト關モ普通ニ行ハルル白紙委任狀附ノ株式賣買ニ於テハ叙上ノ如ク當事者ハ單ニ委任狀ノミニ依リテ名義書換ヲ爲シ得ヘキコトヲ豫期スルモノニシテ其名義書換ヲ爲スヘキ會社ニ對シ書換ヲ請求スルニ當リ委任成立ノ事實ヲ證明スルニ委任狀ニ依ラステ他ノ方法ヲ以テスルカ如キハ株式ノ賣買轉讓流通ノ簡便迅速ニ行ハレ且安全圓滑ナランコトヲ期スルカノ實情ニ適セスシテ通常當事者ノ合意上豫想セサル所ナレハナリ本件當事者間ノ賣買ニハ普通ニ行ハルル白紙委任狀附株式賣買ノ事例ト異ナリタル特別ノ事由存セザルコトハ原判文上自明ニシテ其ノ賣買アリタル後ニ該株券ハ買主タル被上告人ヨリ更ニ賣買ニ因リ當初ノ白紙委任狀附ノ儘順次數人間ニ轉讓シタルモ其各賣買ハ何レモ順次解除セラレテ該株券カ被上告人ノ手ニ復歸シタルコトハ原裁判所ノ認定シタル事實ナレハ本件當事者間ノ賣買ニ因リ上告人ハ該株券ニ付キ被上告人ニ對シ完全ナル權利ヲ移轉スルノ義務ヲ負擔スルモノト謂フ可ク從テ原判示ノ如ク其賣買ニ添付セル白紙委任狀ノ印影カ會社ニ届出テアル印鑑ト相違スル爲メ名義書換ヲ拒絕セラレタル以上ハ上告人ハ被上告人ニ對シ更ニ原判示ノ如キ方法ヲ以テ其權利移轉ヲ完全ニスルノ義務ヲ負擔スルモノト謂フヘシ故ニ原判決ハ正當ナリ

(二) 白紙委任狀附ノ株式賣買ハ畢竟記名株式ノ讓渡ヲ目的トスルモノニ外ナラスシテ之ニ白紙委任狀ヲ添付スルハ隨時其白紙委任狀ヲ利用シテ名義書換ヲ爲スコトヲ得ルノ便宜ニ供センカ爲メニ過キサレハ其白紙委任狀ハ株式賣買ノ目的中ニ包含スルモノニアラス故ニ本件賣買ノ株式ニ添付セラレタル白紙委任狀ニ瑕疵アレハトテ

之ヲ爲メニ其賣買ノ目的物ニ瑕疵アルモノト謂フコトヲ得サレハ上告論旨ハ採ルニ足ラス(大審院大正八年(オ)第一三三號同年五月六日民一部田部裁判長榊原尾口鈴木三宅各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審大阪控訴院○不當利得金返還並損害賠償請求事件○上告人春木岩市訴訟代理人辯護士牧野龍男同丸山良策同並木信政上告人今川保太郎

【參照學說判例】 本書第一卷商法二〇頁以下參照

四 本法ニ於テ商人トハ自己ノ名ヲ以テ商行為ヲ爲スヲ業トスル者ヲ謂フ

二六五 商人カ其營業ノ爲メニスル行為ハ之ヲ商行為トス商人ノ行為ハ其營業ノ爲メニスルモノト推定ス

民法一四六 時効ノ利益ハ豫メ之ヲ拋棄スルコトヲ得ス

同五八八 消費貸借ニ因ラスシテ金錢其他ノ物ヲ給付スル義務ヲ負フ者アル場合ニ於テ當事者カ其物ヲ以テ消費貸借ノ目的ト爲スコトヲ約シタルトキハ消費貸借ハ之ニ因リテ成立シタルモノト看做ス

時効ノ利益ノ拋棄ハ既ニ時効ノ完成シタル事實ヲ知ルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

時効ノ完成シタル事實ヲ知ルニハ單ニ債務發生ノ時又ハ其辨濟期ヨリ一定ノ年月ヲ經過シタルコトヲ識ルヲ以テ足ラス必ス此一定ノ年月ノ經過ニ因リ時効期間滿了シタルコトヲ識ルヲ要スルモノトス

商法第四條ニ自己ノ名ヲ以テ商行為ヲ爲ストハ自己カ法律上商行為ヨリ生スル權利義務ノ主體ト爲ルヲ謂フモノニシテ營業者トシテ行政官廳ニ届出アルト否トハ之ヲ問ハサルモノトス

商人カ其債務ヲ準消費貸借ノ目的ト爲スハ商行爲ナリト推定スヘキモノトス

(一) 時効ノ利益ノ拋棄ハ既ニ時効ノ完成シタル事實ヲ知ルニアラサレハ之ヲ爲スコトヲ得サルモノニシテ(大正三年(オ)第八一九號大正四年三月十一日言渡當院判決参照)時効ノ完成シタル事實ヲ知ルニハ單ニ債務發生ノ時又ハ其辨濟期ヨリ一定ノ年月ヲ經過シタルコトヲ識ルナリテ足レリトスヘカラス必ス此一定ノ年月ヲ經過スレハ時効完成スルコトハ一應債務者ニ於テ之ヲ知レルモノト推定スヘキモノナレトモ原裁判所ハ證人末永太一ノ證言ハ之カ反證トナルヘキモノト認メ被告人貞百合ハ時効ノ完成シタルコトヲ知ラザリシヲ以テ時効ノ利益ヲ拋棄シタルニアラスト判斷シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ

(二) 然レトモ商法第四條ニ自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲ストアルハ自己カ法律上商行爲ヨリ生スル權利義務ノ主體トナルヲ謂フモノニシテ營業者トシテ行政官廳ニ届出アルト否トニ拘ハラサルモノナルヲ以テ訴外三原文二郎ノ妻モトテ貸座敷營業者トシテ行政官廳ニ届出アザルモトハ單ニ名義人タルニ過キスレテ實際上商行爲ヲ營業ト爲シ其權利義務ノ主體トナル者ハ文二郎ナルトキハ文二郎ハ營業者トシテ行政官廳ニ届出アザルモ商法第四條ニ所謂自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲ストアルハ自己カ法律上商行爲ナリト謂フコトヲ得ヘシ故ニ原裁判所カ右ノ事實ニ基キ三原文二郎ハ貸座敷營業者ニシテ即チ客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引ヲ業トスル商人ナルモトハ商人ニアラザル旨判示シタルハ相當ナリ

(三) 三原文二郎カ商人ナルコトハ原判決ノ認定シタル所ニシテ商人カ其營業ノ爲メニスル行爲ハ商行爲ニシテ商人ノ行爲ハ其營業ノ爲メニスルモノト推定スヘキモノナルコト商法第二六五條ニ依リ明カナレハ三原文二郎カ訴外律田ツヤノ三口ノ債務ヲ準消費貸借ノ目的ト爲シタルモ亦商行爲ナリト推定スヘキモノトス故ニ原判決ニ

於テ右準消費貸借ニ因リテ生シタル債權ハ商行爲ニ因リテ生シタル債權ナレハ之ニ適用スヘキ時効ハ商法ノ規定ニ依ルヘキモノナリト判斷シタルハ相當ナリ(大審院大正八年(オ)第七一號同年五月十九日民二部馬場裁判長田上禰原柳川成道各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審山口地方裁判所○貸金請求事件○上告人林八藏訴訟代理人辯護士中村了詮被告上告人津田眞一外人訴訟代理人辯護士中村德重同伊藤駿一

【判旨第一點ニ關スル參照學說】

- 一 既ニ完成シタル時効ノ利益ヲ拋棄スルハ有效トス(法學博士富井政章氏民法原論總則五五八頁)
- 二 時効ノ效力ヲ受クルヤ否ヤハ當事者ノ意思ニ因ル當事者ノ採用ナケレハ裁判上之ヲ認ムルヲ得サルカ故ニ當事者ハ又成就セル時効ヲ拋棄スルコトヲ得(法學博士岡松參太郎氏民法總則講四〇四頁)
- 三 時効ノ完成後ニ至リテ之ヲ拋棄スルコトヲ妨ケサルモノトス(法學博士仁井田益太郎氏民法總則明大講二九八頁)
- 四 時効完成後ノ拋棄ハ之レヲ許ス之レ本條ノ裏面解釋ニヨリ明ナル處ナリ通常時効ノ利益拋棄トハ此場合ヲ指ス(法學博士中島玉吉氏民法釋義總則八〇七頁)
- 五 時効ノ利益ハ既ニ時効完成ノ後ハ其利益ヲ拋棄スルト否トハ公益ニ何等ノ關係ナキヲ以テ論ハ普通ノ利益ノ如ク自由ヲ拋棄スルコトヲ得ルモノトス(法學博士鈴木英太郎氏民法總則講五六三頁)
- 六 時効完成後ニ於テ完成シタル時効ヲ拋棄スルコトハ法律ノ禁スル所ニアラス又時効ノ完成ヲ容易ナラシムル法律行爲例ハ時効期間ノ短縮ハ時効制度ノ目的ニ適スルヲ以テ之ヲ許スモノトス(法學博士嘉山幹一氏民法總論大正四年中大講三四七頁)
- 七 既ニ完成セル時効ノ利益ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得(法學博士鳩山一郎氏民法總則日大講四三〇頁)

【判旨第三點ニ關スル參照學說】

- 一 自己ノ名ヲ以テストハ自己カ直接ノ權利義務者ト爲ル意ナリ(法學博士松波仁一郎氏日本商法四〇頁)
- 二 自己ノ名ヲ以テストハ法律上ニ於テ自己カ權利義務ノ主體ト爲ルコトヲ謂フ單ニ通常ノ意義ニ於テ自己ノ名ヲ以テストト謂フト同シカラス(法學博士松本潔氏民法原論八六頁)
- 三 自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲ストハ法律上ニ於テ自己カ權利義務ノ主體ト爲ルノ謂ニシテ必スモ自ラ手ヲ下シテ業務ヲ執行シ商行爲ヲ爲スヲ要セザルモノトス(同上法學新報第一三卷第六條三三頁)
- 四 法律上自己ノ名ヲ以テストハ自己ノ氏名ヲ示シテ取引ヲ爲スノ意ニ非スシテ其行爲ヨリ生スル權利義務ノ負擔者ト爲ルノ謂ナリ(法學博士青木徹二氏民法總論一四六頁)
- 五 自己ノ名ヲ以テストハ自ラ其法律行爲ノ權利義務者ト爲ルコトヲ謂フ(法學博士竹田省氏民法總論一八五頁)

富井博士 岡松博士 仁井田博士 中島博士 鈴木博士 嘉山學士 鳩山學士 松波博士 松本博士 青木博士 竹田博士 357 (商法)士

六 自己ノ名ニ於テストハ自己ノ名義ニ於テ行フノ意義ニ外ナラス(法學博士青島博士商法總論三五頁四〇頁)  
七 自己ノ名ヲ以テストハ其行爲ヨリ生スル權利義務カ自己ニ歸屬スルノ謂ナリ換言スレハ其權利義務ト爲ルノ謂ナリ(法學博士片山博士商法總論六九頁)  
八 自己ノ名ヲ以テ爲ストハ自己ノ名ヲ以テ爲ストハ自己カ商業ノ主事者トシテ第三者ニ對シ直接ニ權利ヲ得義務ヲ負フノ意ヲ以テ行爲スルコトナリ(法學博士柳川學士商法論三三八頁)  
九 自己カ行爲ノ當事者トナルト云フ意味ニシテ其行爲ヨリ生スル權利義務カ其者ニ歸屬スル場合ヲ云フナリ(法學博士三橋久美氏商法大意大正四明大講六頁)  
一〇 自己ノ名ヲ以テスト云フハ法律上商行爲ニ因リテ生シタル權利義務ノ主體タルコトヲ意味ス(法學博士飯島喬平氏總論大正四中大講三六頁)  
一一 自己ノ名ニ於テトハ商行爲ニヨリテ生シタル法律關係ノ當事者トナルヲ云フ(西本辰之助氏商法總論一〇一頁)  
一二 自己ノ名ヲ以テストハ自己カ法律行爲ノ主體タルコトヲ云フモノニシテ其法律行爲ノ結果タル利害ノ歸屬者タルコトヲ必要トセス自己ハ内實利害關係者タル地位ニ立タスルモ表面上法律行爲ノ主體タル以上ハ自己ノ名ヲ以テストモノナラコトヲ妨ケス(增田鳴彦氏法學志林第五四號六〇頁)

八三

一六三 總會招集ノ手續又ハ其決議ノ方法カ法令又ハ定款ニ反スルトキハ株主取締彼又ハ監査役ハ訴ヲ以テノミ其決議ノ無効ヲ主張スルコトヲ得  
株主ハ總會ニ於テ決議ニ對シ異議ヲ述ヘタルトキ又ハ正當ノ理由ナクシテ總會ニ出席スルコトヲ拒マレタルトキニ限り又株主カ總會ニ出席セサル場合ニ於テハ自己ニ對スル總會〇集ノ手續カ法令又ハ定款ニ反スルコトヲ理由トスルトキニ限り前項ノ訴ヲ提起スルコトヲ得  
第九十九條ノ三及ヒ第九十九條ノ四ノ規定ハ前二項ノ場合ニ之ヲ準用ス

株主總會ニ出席シタル株主ノ提起スル總會決議無効ノ訴ヲ理由アリトナスニハ  
同株主カ總會ノ決議ニ對シ異議ヲ述ヘタルコトヲ前提トスルモノトス

被控訴會社ハ資本金一萬圓ノ株式會社ニシテ控訴人ハ其一株主ナリ有スル株主ナルコト  
同會社ハ大正六年十一月二十一日存立期間ノ滿了ニ因リ解散シ取締役伊藤五郎八高  
須米三郎野口兵吉山田卓爾ノ四名清算人トナリタルコト大正七年六月十五日ノ株主

【關係事項】

控訴棄却〇株主總會決議無効確認請求事件〇控訴人村井善平被控訴人中遠委託倉庫株式會社法律上代理人高須米三郎

【參照學說】

一 株主カ決議ノ無効訴訟ヲ提起シ得ル場合左ノ如シ(一)其株主カ總會ニ於テ決議ニ對シ異議ヲ述ヘタルトキ(二)其株主カ正當ノ理由ナクシテ總會ニ出席スルコトヲ拒マレタルトキ(三)其株主ニ對スル總會招集ノ手續カ法令又ハ定款ニ反スルトキ株主

總會ニ於テ控訴人主張ノ如ク右清算人ヨリ豫メ監査役ノ承認ヲ得タル財産目録貸借對照表ノ承認ト清算人ノ改選ニ關スル事項トニ付キ決議アリタルコト前示四名ノ清算人ト監査役石川武平密岡惣三郎ノ二名トカ共ニ同決議ニ加ハリタルコト並ニ控訴人カ同株主總會ニ出席シタルコトハ當事者間ニ争ナキ所ナリ抑モ株主總會ニ出席シタル株主ノ提起スル總會決議無効ノ訴ヲ理由アリトナスニハ同株主カ總會ノ決議ニ對シ異議ヲ述ヘタルコトヲ前提トナスカ故ニ控訴人ハ其主張ノ如ク本件株主總會ニ於テ前示清算人並ニ監査役ノ右決議ニ加ハルノ不法ナルヲ述ヘ異議ヲ唱ヘタルヤ否ヤヲ判斷セサルヘカラス仍テ案スルニ成立ニ争ナキ乙第一號證(株主總會決議錄)ニハ本件株主總會ニ於テ事務報告貸借對照表財産目録ノ承認ニ關スル事項ニ付キテハ異議ナク株主ノ承認ヲ得清算人改選ノ件ニ付テハ控訴人ヨリ解任說ヲ主張シタルモ探決ノ結果多數ヲ以テ解任セサルコトニ決議シタル旨ノ記載アリテ同記載ト證人鎌田與市石川氏東密岡惣三郎ノ各證言ヲ參照スルニ控訴人カ唯清算人ノ會社ニ對スル處置ヲ攻撃シ改選ノ要アルコトヲ主張シタル迄ニ止マリ前示清算人並ニ監査役カ其職權ヲ行使シテ右決議ニ加ハルコトニ付テ異議ヲ述ヘタル事實ノ存セサルコトヲ認定スルニ餘アリ證人永井良平倉島貞市ノ右認定ニ反スル供述ハ信ヲ措カス證人神谷吉十石川武平ノ各證言並ニ甲號各證モ亦孰レモ前示ノ認定ヲ左右スルニ足ラズ然ラハ則チ本訴請求ハ此點ニ於テ失當トシテ排斥セララルヘキモノナルニヨリ控訴ハ理由ナキモノトス(東京控訴院大正九年(ホ)第五二五號同年三月一九日民一部神谷谷判長谷川渡邊各判事判決)

ノ無効訴訟ヲ提起シ得ル場合ナリ此ノ如ク限定シタルハ此以外ニ之ヲ許ス必要ナク又之ヲ許ストキハ濫訴ノ弊ヲ生スルニ由ル  
 (法學博士松波仁一郎氏日本會社法一一〇八頁)

二 訴ヲ起ス者ハ株主取締役又ハ監査役タルコトヲ要ス且株主ハ總會ニ於テ決議ニ對シ異議ヲ述ヘタルトキ又ハ正當ノ理由ナクシテ總會ニ出席スルコトヲ拒マレタルトキニ限リ又株主カ總會ニ出席セサル場合ニ於テハ自己ニ對シ總會召集ノ手續力法令又ハ定款ニ反スルコトヲ理由トスルトキニ限リ此訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ(法學博士松本政治氏會社法講義三三四頁)

三 適法ナル召集ヲ受ケテ作ラシ總會ニ出席セザリシ株主及ヒ出席シタルモ決議ニ對シテ異議ヲ述ヘザリシ株主ハ決議無効ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス(法學博士青木徹二氏改正新商法釋義二一九頁)

四 總會ニ於テ決議ニ對シ異議ヲ述ヘタルトキハ其ノ一ナリ法文既ニ異議ヲ述ヘタルトキト云フカ故ニ單ニ決議ノ事項ニ對シテ反對ノ投票ヲ爲シタリト云フヲ以テ是レリトセテ積極的ニ決議ヲ爲スコト又ハ爲シタルコトニ付キ異議ヲ述ヘタルコトヲ要ス(法學博士片山義勝氏株式會社法論六二二頁)

五 異議ハ必スシモ理由ヲ述ヘタルコトヲ要セス又其異議ハ必ス決議ノ前後(又ハ當時)ニ於テ之ヲ述ヘサルヘカラス或ハ決議ノ前ナルコトヲ要スストル説アリト雖モ不可ナリ(同上六二二頁)

六 異議ヲ述ヘタルニ拘ハラズ何等ノ留保ヲモ爲スコトナクシテ例ヘハ賛否ノ議決權ヲ行使シタリト云フ場合ニ於テ此ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルヤハ一箇ノ問題ナリ Teilmann ノ説ニ謂ハク苟クモ賛否ノ意思ヲ表示シテ議決ニ加ハリタルトキハ即チ此ノ訴權ヲ拋棄シタルモノニシテ會議ヲ承認スルノ效果アレトモ余ハ此ノ説ヲ採ラス(同上六二二頁)

七 議決權ノ有セザル株主ト雖モ異議ヲ述フルノ權利ヲ有ス一六一條四項ニ於テ總會ノ決議ニ付キ特別ノ利害關係ヲ有スル者ハ其ノ議決權ヲ行フコト能ハストク議決權ヲ行使スル能ハサル株主ハ總會ニ於テ向キ異議ヲ述フルコトヲ得ルヤ疑ヒアリト雖トモ無効請求權ハ議決權トハ獨立シタル權利ニシテ共ニ社員權及ヒ持分權ヨリ流出シタルモノナルコトヲ是認スル以上ハ決議權ヲ有セザル株主モ向キ異議ヲ述フルコトヲ得ト解セサルヘカラス(法學士鳥賀陽然良氏京都法學會雜誌第九卷第八號五一頁)

八 當該株主ハ無効請求ノ目的タル決議ヲ爲シタル總會ニ出席シタルコトヲ要ス出席ナル觀念ノ中ニハ代理人ヲ以テ總會ノ決議ニ參與シタル場合ヲ包含ス代理アリト謂フニハ代理權ヲ證スル書面カ會社ニ提出セラルルコトヲ要ス(同上四八頁)

九 株主ハ異議ヲ述ヘタルコトヲ要ス故ニ株主カ決議ニ對シ同意ヲ爲シ若クハ其後明カニ其決議ヲ承認シタルトキハ無効請求權ヲ喪失スルモノトナフ(同上四九頁)

一〇 異議ハ決議ニ對シテ爲サレタルコトヲ要ス一六三條二項ノ法文ヲ嚴格ニ解スルトキハ「決議ニ對シ」云々ト在ルカ故ニ決議後ナルコトヲ要スルカ如ク理解セラルレトモ然ラス異議カ既ニ議案討論ノ確定後繰リ返サラルコトヲ要スルニ非ス(同上五〇頁)

至當ノ判決敢テ言議ヲ挾ム餘地ナシト信ス

二二第一項 商號ト共ニ營業ヲ讓渡シタル場合ニ於テ當事者カ別段ノ意思ヲ表示セザリシトキハ讓渡人ハ同市町村  
 内ニ於テ二十年間同一ノ營業ヲ爲スコトヲ得ス  
 民法四二〇 當事者ハ債務ノ不履行ニ付キ損害賠償ノ額ヲ豫定スルコトヲ得此場合ニ於テハ裁判所ハ其額ヲ増減ス  
 ルコトヲ得ス  
 賠償額ノ豫定ハ履行又ハ解除ノ請求ヲ妨ケス  
 違約金ハ之ヲ賠償額ノ豫定ト推定ス

營業讓渡ニ伴ヒ其營業ヲ組成セル各箇ノ權利義務ノ讓受人ニ移轉シタル場合ニ於テモ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ權利義務ノ對抗條件トシテ法律上必要トセラルル方式ヲ履踐セサルヘカラス」

遲延ニ因ル賠償額ノ豫定ニシテ若シ履行ニ代ル損害賠償額トシテ豫定セラレシモノナランニハ債權者其豫定賠償額ノ請求外ニ尚ホ履行ニ代ル損害トシテ契約代價ト賠償セル時價トノ差額ヲ賠償トシテ請求スルヲ得サルハ勿論ナレトモ賠償額ノ豫定カ遲延損害ノ賠償額トシテ豫定セラレタルモノトスレハ民法カ賠償額ノ豫定ハ履行及解除ノ請求ヲ妨ケサルモノト規定シ豫定遲延賠償額ノ請求ト併セテ履行ノ請求ヲ爲スヲ許シタルニ見テモ其履行ノ請求ニ代ヘテ債權者カ履行ヲ受ケタランニハ當然得ヘカリシ利益ヲ喪失シタル其填補トシテ契約代價ト其騰貴セル時價ノ差額ノ賠償ヲ求ムル請求ト豫定遲延賠償額ノ請求トヲ併セナスコトハ法律上認容セラレタルモノト謂ハサルヘカラス」

(一) 被控訴人主張ノ如キ第一第二ノ二個ノ米利堅針賣買契約カ控訴人賣主被控訴人買主トシテ當事者間ニ締結セラレタルコトハ爭ナキ所ニシテ控訴代理人ハ控訴人ヘ右二個ノ賣買契約後大正六年八月三十一日其製針販賣營業ヲ訴外東亞製針株式會社ニ讓渡シ同會社ハ大正六年九月三日更ニ其營業ヲ訴外東亞製針株式會社ニ讓渡シ從テ本件賣買契約ノ賣買トシテ控訴人ノ權利義務モ亦タ東亞製針株式會社ニ承繼スル所トナリ被控訴人ハ大正六年十一月二十八日之ヲ承諾シタルヲ以テ控訴人ハ本訴契約ニ付キ何等ノ義務ヲ負擔セスト抗辯スルヲ以テ按スルニ真正ニ成立シタルモノト認メ得ヘキ乙一號證ノ一、二ノ記事及ヒ原告證人志村榮七ノ證言ニ徴スレハ控訴人ハ大正六年八月三十一日其ノ針製造販賣營業ヲ訴外小銀治製針合名會社ニ讓渡シ同會社ハ更ニ同年十月二十二日其營業ヲ訴外東亞製針株式會社ニ讓渡シ從テ其營業讓渡行爲ノ履行トシテ控訴人ノ被控訴人ニ對スル本件賣買ノ權利義務モ右ノ順序ニ依リ小銀治製針合名會社ヲ經テ東亞製針株式會社ニ於テ之ヲ承繼シタルコトヲ認メ得レ共營業讓渡ニ伴ヒ其營業ヲ組織セル各箇ノ權利義務ノ讓受人ニ移轉シタル場合ニ於テモ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ權利義務移轉ノ對抗條件トシテ法律上必要トセララルル方式ヲ履踐セサルヘカカラサルコトハ勿論ニシテ此點ニ於テ控訴代理人ハ本件賣買契約上ノ控訴人ノ權利義務カ前記ノ順序ヲ經テ東亞製針株式會社ニ承繼セラレタルコトニ付テハ被控訴人履行ニ代ヘル損害賠償トシテ契約代價ト贖賞シタル時價トノ差額ヲ請求スルニ付テハ右減額シタル契約上ノ代價ヲ以テ其ノ標準トナスナリ時價總額壹萬三千八百四十圓トノ差額四千二百四十七圓五十錢ハ被控訴人ノ得ヘカリシ利益ニシテ控訴人ノ債務不履行ノ結果被控訴人カ之ヲ喪ヒタルモノナルニ依リ控訴人ハ被控訴人ニ對シ右金額並ニ本件訴狀ノ送達ニ依リ控訴人カ遲滞ニ付セラレタル大正七年一月十一日以後年六分ノ商法上ノ利息ノ支拂(本件取引カ商行為ナルコトハ爭ナシ)ヲ求ムル被控訴人ノ本訴請求ハ全部正當ナリ(四)控訴代理人ハ契約原價

ト贖賞セル時價トノ差額ハ依然控訴人カ賣主トシテ契約履行ノ責任アルモノト謂ハサルヲ得スシテ控訴人ノ本抗辯ハ是認シ難シ  
 (二) 控訴代理人ハ契約原價ト贖賞セル時價トノ差額ハ得ヘキ利益ノ最大限度ナルカ故ニ被控訴人カ此差額ノ賠償ヲ請求スル以外尙ホ履行遲延ニ因ル賠償額ノ豫定ト見ルヘキ代金減額ヲモ加算シタルハ失當ナリト論ス而シテ甲一號證一、二中ノ代金減額ノ各條項カ遲延賠償額ノ豫定ナリトハ認メサレトモ假ニ控訴人主張ノ如ク遲延ニ因ル賠償額ノ豫定ナリト解スヘキモノトスルモ被控訴人ハ此豫定賠償額ノ請求ト共ニ履行ニ代ル損害ノ賠償トシテ契約原價ト贖賞セル其後ノ時價トノ差額ヲ併セ請求スルニ付テ何等妨ケナキモノトス蓋シ其賠償額ノ豫定ニシテ若シ履行ニ代ル損害賠償額トシテ豫定セラレシモノナランニハ債權者其豫定賠償額ノ請求外ニ尙ホ履行ニ代ル損害トシテ契約代價ト贖賞セル時價トノ差額ヲ賠償トシテ請求スルヲ得サルハ勿論ナレトモ賠償額ノ豫定カ遲延損害ノ賠償トシテ豫定セラレタルモノトスレハ民法カ賠償額ノ豫定ハ履行及解除ノ請求ヲ妨ケサルモノト規定シ豫定遲延賠償額ノ請求ト併セテ履行ノ請求ヲ爲スヲ許シタルニ見テモ其履行ノ請求ニ代ヘテ債權者カ履行ヲ受ケケタランニハ當然得ヘカリシ利益ヲ喪失シタル其填補トシテ契約代價ト其贖賞セル時價トノ差額ノ賠償ヲ求ムル請求ト併セテ請求トナシ併セ爲スコトハ法律上認容セラレタルモノト謂ハサルヘカラス而シテ本件第一第二ノ各契約上ノ原價總計金壹萬壹千圓ヨリ前記大正七年一月四日當時ノ贖賞セル時價トノ差額ニ對シ其五分ノ一割五分若クハ二割ヲ豫定遲延賠償額トシテ計上シタルハ金壹千五百七圓五十錢ト外ニ右契約原價ト前記大正七年一月四日當時ノ贖賞セル時價トノ差額二千七百三十圓トヲ合算スルトキハ其總額ハ前同様金四千二百四十七圓五十錢トナルヘキハ算數上明白ニシテ計算ノ方法ナ異ニスルモ其歸スル所ハ同一ナルヲ以テ此點ヨリ算數上被控訴人ノ本訴請求ハ全部正當ニシテ控訴人ノ所論ハ到底採用シ難シ然レハ即チ原判決カ大正七年一月四日ノ時價ヲ%記號品一萬本二十三圓%。%記號一

萬本各二十二圓トシ又契約上ノ原代價ト時價トノ差額ノミノ請求ヲ認メ代金減額ヲ加算セザリシハ失當ニシテ控訴ノ理由ナク附帶控訴ハ理由アリ依テ民事訴訟法第七八條第七七條第七二條ヲ適用シテ主文ノ如ク判決ス(大阪控訴院大正七年八月三日第三六三號同八年五月二日民三部多喜澤裁判長天野中込各判事判決法律新聞第一五七號二五頁)

【關係事項】 控訴棄却附帶控訴廢棄○損害賠償請求事件(控訴人(附帶被控訴人)小銀治市左衛門訴訟代理人辯護士澤邊浩被控訴人(附帶控訴人)ラルフ、ベンシヤミン、レームンド訴訟代理人辯護士大島恒三郎大島好太郎)

【論旨第一點營業讓渡契約ト各種ノ權利義務移轉ニ關スル參照學說判例】

一本書第八卷商法二二頁二三四頁以下

(八五)

五二五 約束手形ニハ左ノ事項ヲ記載シ振出人ニ署名スルコトヲ要ス

七 振出地

東京府南足立郡ニハ北千住町ト號スル行政區劃ハ存在セスト雖モ北千住ト稱スルハ同郡千住町ノ俗稱ナルコトハ當裁判所ニ於テ顯著ナル事實ニシテ且本件手形ニ於ケル振出人ノ肩書地トシテハ明ニ南足立郡千住町ト記載アリテ彼此相對照スルトキハ前示北千住町ナル記載ハ右千住町ヲ指稱スルモノナルコト極メテ明瞭ニシテ假令振出地トシテ特定ノ市町村ノ正確ナル名稱ヲ掲記セザルモ現ニ記載セラレタル所ヨリ明カニ一定ノ市町村ヲ推知シ得ヘキトキハ其推知シ得ル市町村カ振出地トシテ記載セラレタルト同一ニ解シ振出地ノ記載トシテ有效ナリトス

被告ノ故障申立ハ適法ナリ

成立ニ付キ當事者間ニ爭ナキ第一號證ニ依レハ被告カ原告主張ノ日ニ原告主張ノ如キ約束手形ヲ振出シタル事實並ニ右約束手形ノ受取人カ三洋商事株式會社ニ同會社カ更ニ被告ニ各自地裏書讓渡シタル事實及ヒ原告カ其所持人トシテ滿期日ニ支拂場所ニ於テ被告ニ右手形ヲ呈示シテ其支拂ヲ要求シタルモ被告ノ之ニ應セザリシ事實ハ之ヲ認ムルコトヲ得被告ハ右約束手形ハ其振出地東京府南足立郡北千住町ト記載シアリ而シテ斯ノ如キ行政區劃ハ實際ニ存在スルコトナキヲ以テ手形ノ要件ニ欠缺アリト謂フヘク從テ右手形ハ無効ナリト抗爭スルニ依リ此點ニ付キ審究スルニ東京府南足立郡ニハ北千住町ト號スル行政區劃ノ存在セザルコトハ被告所說ノ如シト雖モ北千住ト稱スルハ同郡千住町ノ俗稱ナルコトハ當裁判所ニ於テ顯著ナル事實ニシテ且本件手形ニ於ケル振出人ノ肩書地トシテハ明ニ南足立郡千住町ト記載アリテ彼此相對照スルトキハ前示北千住町ナル記載ハ右千住町ヲ指稱スルモノナルコト極メテ明瞭ニシテ假令振出地トシテ特定ノ市町村ノ明確ナル名稱ヲ掲記セザルモ現ニ記載セラレタル所ヨリ明カニ一定ノ市町村ヲ推知シ得ヘキトキハ其推知シ得ル市町村カ振出地トシテ記載セラレタルト同一ニ解シ振出地ノ記載トシテ有效ナリト謂フヘク本件手形ニ於テモ同法ニ於テ千住町ナル振出地ノ記載アリ何等其要件ニ欠クル所ナシト認ムヘキヲ以テ如上被告ノ抗辯ハ其理由ナシ(東京地方裁判所大正八年カコ第二九三號同年七月十日民三部三淵裁判長井上藤田各判事判決)

【關係事項】 約束手形金請求爲替訴訟事件(原告柴田きよ訴訟代理人辯護士上野登輝雄外一人被告駒見富五郎訴訟代理人辯護士岡田博)

【參照判例】

振出地トシテ「上野國山田郡桐生新町」ト記載シアルモ上野國山田郡内ニハ桐生新町ト稱スル町名ナク桐生新町ハ桐生ノ大字ニシテ振出地タル市町村ヲ指シタルモノト認ムルヲ得ス(前橋地方明治三十七一九號同年一月五日判決新聞第二四五號一七頁)

松波博士

- 一四四第一項 株主ノ責任ハ其引受ケ又ハ譲受タル株式ノ金額ヲ限度トス
- 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譲渡スコトヲ得但第一四一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譲渡シ又ハ其譲渡ノ豫約ヲ爲スコトヲ得ス
- 一五三第二項 前項ノ場合ニ於テハ會社ハ株式ノ各譲渡人又ハ其譲渡ノ豫約ヲ爲ス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譲渡人株式ヲ取得ス
- 一五四 第一五三條ニ定メタル譲渡人ノ責任ハ譲渡人ノ姓名簿ニ記載シタル後二年ヲ經過シタルトキハ消滅ス
- 二〇九第一項 定款ノ變更ハ總株主ノ半數以上ニシテ資本ノ半數以上ニ當タル株主出席シ其議決權ノ過半數ヲ以テ之ヲ決ス但第一六一條第二項ノ規定ニ依リテ株券ヲ供託セサル者ハ總株主ノ員數ニ之ヲ算入セス

株式ノ譲渡ヲ禁止スル定款ハ無効ナリ

商法ハ法文ヲ以テ株式譲渡禁止ノ定ハ無効ナリト明言セスト雖モ法カ株式會社法ノ全部ヲ通シテ株式ノ譲渡性ヲ前提トシテ多クノ規定ヲ爲スヨリ推解シテ株式ニハ譲渡性アルモノトシ之ヲ株式ノ性質トス

商法第一四九條ニ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譲渡スコトヲ得トセルハ株式ハ會社ノ承諾ナクシテ譲渡スコトヲ得但定款ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラストナリ此規定ヨリ我商法ハ會社ハ定款ヲ以テ株式ノ譲渡ヲ禁スルコトヲ得ストセルモノト解ス

株式會社ニ於テハ株式ノ自由譲渡ヲ原則トシ株主ハ自己ノ隨意ニ其株式ヲ譲渡シ得ルモノトシ之カ爲メニ會社ノ承諾ヲ要セス又譲渡ニ關シテ何等ノ條件若クハ制限ヲ受ケサルナリ之ヲ原則トス然レトモ會社ハ定款ヲ以テ之ニ異ル定メテ爲スコトヲ得例ハ法(一四九)ニ株式ハ定款ニ別段ノ定メナキトキハ會社ノ承諾ナクシテ之ヲ他人

ニ譲渡スルコトヲ得トスルハ此意義ナリ此等ノ點ニ關シテハ何人モ異議ナキモ會社ハ定款ヲ以テ其株式ノ譲渡ヲ絕對ニ禁止シ得ルカ否カ換言スレハ株式譲渡禁止ノ定メハ有效ナルカ無効ナルカニ關シテハ解釋二分ス余ハ夙ニ日本商法ノ下ニハ株式ノ譲渡ヲ禁止スル定款ノ定メハ無効ナリト論セリ即チ此如キ定メハ我商法カ株式ノ性質トシテ多クノ規定ヲ爲スヨリ推解シテ株式ニハ譲渡性アルモノトシ之ヲ株式ノ性質トヤト問フニ哈ト株式會社法ノ全部ヲ通シテ之ヲ見ルコトヲ得今單ニ株式ト題スル節ニ於テ而モ譲渡又ハ譲受ケタル文字ヲ用フルモノミナ示スモ其數頗ル多シ例ハ株式ノ責任ハ其譲受ケタル株式ノ金額ヲ限度トス株式ハ之ヲ他人ニ譲渡スコトヲ得株式ハ設立登記マテハ之ヲ譲渡シ又ハ其譲渡ノ豫約ヲ爲スコトヲ得會社ハ株式ノ各譲渡人ニ對シ拂込ノ催告ヲ爲スヘキ旨ノ催告ヲ發スルコトヲ要ス譲渡人ノ責任ハ譲渡ハ若シ株式ノ譲渡力禁止セラルルニ於テハ毫モ其適用ナキモノナリ固ヨリ此一事ヲ以テ本問ヲ決スルヲ得スト雖モ然レトモ株式ノ譲渡ニ關スル此等多數ノ規定ト株式會社ノ性質トヲ綜合スルトキハ我商法ハ株式ノ譲渡ヲ其性質ト認ムルモノト解スルニ十分ナリ株式會社ノ性質亦株式ノ譲渡性ヲ説明スルモノトス我國ニテハ株式ノ譲渡ヲ禁止スル定款ノ無効ナルコトハ商法ノ法文ノ解釋ヨリシテ之ヲ知ルコトヲ得法(一四九)ニ「株式ハ定款ニ別段ノ定メナキトキハ會社ノ承諾ナクシテ之ヲ他人ニ譲渡スルコトヲ得トセリ余ハ之ヲ以テ譲渡禁止ノ無効ヲ論スル根據



ト爲スナリ反對論者ハ商法ハ株式ハ定款ニ別段ノ定メナキトキハ之ヲ他ニ讓渡スル  
 コトヲ得トスルナリ定款ニ別段ノ定メナキトキハ讓渡ヲ原則トスルモ定款ノ別段ノ  
 定メテ以テ其讓渡ヲ禁スルコトヲ得トスルナリ法ニ別段ノ定メナキトキハト云フハ  
 別段ノ定メテ以テ讓渡ヲ禁シ得ルコトヲ反示スルモノナリト論セリ非ナリ若シ此法  
 文ニシテ「株式ハ定款ニ別段ヲ定メナキトキハ之ヲ他人ニ讓渡スルコトヲ得」トスルモ  
 ノトセハ吾人モ論者ト同一ニ解スヘシ然レトモ此法文ハ論者ノ示ス如キモノニ非ス  
 シテ前記ノ如キモノナリ決シテ「別段ノ定メナキトキハ讓渡スルコトヲ得」トスルニ非ス  
 シテ別段ノ定メナキトキハ會社ノ承諾ナクシテ讓渡スルコトヲ得トスルナリ即チ此規  
 定ハ株式ノ讓渡ハ原則トシテ會社ノ承諾ナクシテ讓渡スルコトヲ得トスルナリ即チ此規  
 式ハ原則トシテ讓渡シ得ルモノナルカ否カヲ規定スルニ非ス此法文ヲ解スルニ當リ  
 テハ決シテ法文ニ「會社ノ承諾ナクシテ」トスル文句ヲ看過スヘカラス此文句ハ此ノ規  
 定ノ最も重要ナル部分ナリ否此規定ハ全ク此點ヲ決スル爲メニ設ケタルナリ商法ニ  
 「株式ハ定款ニ別段ノ定メナキトキハ會社ノ承諾ナクシテ」トシテ他人ニ讓渡スルコトヲ得」  
 トセル規定ハ之ヲ換言スレハ「株式ハ會社ノ承諾ナクシテ讓渡スルコトヲ得」トシテ  
 段ノ定アルトキハ此限ニ在ラストナルナリ吾人ハ此規定ヨリシテ我商法ハ會社ハ定  
 款ヲ以テ株式ノ讓渡ヲ禁止スルコトヲ得セルモノト解シテ我商法ニ別段ノ定メ  
 ナキトキハ會社ノ承諾ナクシテ讓渡スルコトヲ得トイヒシハ株式ノ自由讓渡ヲ前  
 提トスルナリ若シ株式ハ讓渡シ得セルモノト承諾ヲ要スルカ否カハ無意味ナリ  
 又會社ハ定款ヲ以テ株式ノ讓渡ヲ禁止シ得ルモノトセハ定款ヲ以テ株式ノ讓渡ニ會  
 社ノ承諾ヲ要スルコトヲ定メ得ルハ旨ナリ然ルニ之ヲ定メシテ法ハ定款ニテ株式ノ讓渡  
 ナ禁止シ得ルコトヲ定ムレハ旨ナリ然ルニ之ヲ定メシテ法ハ定款ニテ株式ノ讓渡ニ會  
 社ノ承諾ヲ要スルコトヲ定ムレハ旨ナリ然ルニ之ヲ定メシテ法ハ定款ニテ株式ノ讓渡  
 キナリ法ハ或ル範圍内ノ事ヲ許ス明文ヲ置クトキハ其範圍外ノコトハ許サル主意ト承  
 ト解スルハ法律解釋ノ常態ナリ故ニ商法ニテ會社ハ別段ノ定メテ以テ株式ノ讓渡ニ

會社ノ承諾ヲ要スト定ムルコトヲ得ストスル規定ヨリ解シテ會社ハ別段ノ定メテ以テ  
 株式ノ讓渡ノ期間ヲ制限シテ株主總會ノ開會前二週間ハ其讓渡ヲ停止スル事ヲ得ト  
 イフカ如キハ可ナルモ株式讓渡自體ヲ禁止スルコトヲ得トイフハ不可ナリ若シ法カ  
 定款ノ定メテ以テ株式ノ讓渡ヲ禁止シ得ルコトヲ得トイフハ其法文ニ「株式ハ定款  
 ニ別段ノ定メテ以テ瑞西ニテ他人ニ讓渡スルコトヲ得」トスルナラン瑞西債務法ニハ此如  
 クスルヲ以テ瑞西ニテ他人ニ讓渡スルコトヲ得トスルナラン瑞西債務法ニハ此如  
 獨逸法ノ商法ノ下ニハ之ト同一ニ論スルヲ得同一ニ論スルヲ得獨逸ノ學者ハ法ヲ誤解  
 スルモノニシテ之ヲ做フ我國ノ學者亦同一ノ誤解ヲ爲スモノナリ吾人ハ如上ノ理由  
 ニ基キ會社ハ定款ヲ以テ株式ノ讓渡ヲ禁止スルコトヲ得スト解ス  
 本問ニ關シ吾人ト反對ノ說ヲ採リテ會社ハ定款ヲ以テ株式ノ讓渡ヲ禁スルコトヲ得  
 トスレハ更ニ過ンテ會社ハ定款ヲ以テ株式ノ讓渡ヲ禁スルコトヲ得ルカ之ニ關シ說  
 二分ス(甲)會社ハ定款ヲ以テ相續ヲ禁スルコトヲ得其移轉ノ讓渡ニ因ルト相續ニ因ル  
 トナ問ハス法ハ之ヲ區別セス又之ヲ區別スル理由ナシ(乙)會社ハ定款ヲ以テ株式ノ相  
 續ヲ禁止スルコトヲ得株式ノ讓渡ハ生者間ニ隨意ニ爲ス事ニシテ之ヲ禁スルモ妨  
 ケナク亦時トシテハ之ヲ禁止スル必要アルモ相續ハ之ニ異ナレリ相續ハ株主ノ意思  
 ニ依ル移轉ニ非サルヲ以テ之ヲ禁スルコトヲ得ス而シテ此說ノ理由トシテ株式ノ相  
 續ヲ禁スルトキハ株主ノ死亡後其株式ヲ如何ニスルカヲ知ラス會社ニ歸屬セシムル  
 ハ會社法ノ規定ニ反シ無主物トスルハ不當ナリ又株式ノ相續ヲ禁スルトキハ何人モ  
 其成行キテ氣使ヒテ株式ヲ取得セサルニ至ルト云フニアリ畢竟スル所ハ株式ノ性質  
 上其相續ハ禁止シ得サルモノトスルナリ然ラハ何故ニ之ト同一ハ類似ノ理由ヲ以  
 テ會社ハ定款ヲ以テ株式ノ讓渡ヲ禁スルコトヲ得ストイハサルカ固ヨリ株式ノ讓渡  
 ト其相續ト全然同一ノモノニアラザルトモ會社カ定款ヲ以テ之ヲ禁シ得サルカ否ヤ  
 ノ點ニ於テノ兩者ハ同一ニ論スルコトヲ得トシ又同一ニ論セサルヘカラス法ニ「株式  
 ハ別段ノ定メナキトキハ會社ノ承諾ナクシテ」トシテ之ヲ讓渡スルコトヲ得「讓渡ノ  
 コトヲ得」トスルコトヲ得トスルコトヲ得トスルコトヲ得トスルコトヲ得トスルコトヲ得

相續ノコトハ示ササルヲ以テ或ハ相續ニ關シテハ讓渡ト異ナル如ク解シ株式ハ會社  
ノ承諾ナクシテ相續スルコトヲ得必ス會社ノ承諾ヲ要ストムルコトヲ得ト假令  
社ハ定款ヲ以テ株式ノ相續ニ會社ノ承諾ヲ要ストムルコトヲ得ト假令  
スルモ之ハ會社ノ承諾ノ有無ノコトナリ相續ヲ爲スコトニ關スル條件ノコトニシテ  
相續自體ノコトニアル法ニハ決シテ明文ニテ會社ハ定款ヲ以テ株式ノ相續ヲ禁  
ルコトヲ得スト規定セルニ非ス然ルニ多數ノ論者ハ株式ノ性質及ヒ相續ノ性質等  
リシテ株式ノ相續ハ禁止スルコトヲ得ストスルモノトセハ讓渡ニ關シテモ亦同一  
論セサルヘカラス此點ニ於テ讓渡ト相續トヲ區別スル理由ヲ發見セス吾人ハ反對論  
者ニ對シ其十分ノ理由ヲ示サント望ム  
更ニ進ンテ反對論者ニ問ハン會社ハ定款ヲ以テ株式ノ讓渡ヲ禁スルコトヲ得トスル  
者ハ其定ハ普通ノ方法タル株主總會ノ特別決議ニテ足ルトスルカ即チ總株主ノ半數  
以上ニシテ資本ノ半數以上ニ當タル株主出席シ其議決權ノ過半數ヲ以テ決スルコト  
ヲ得トスルカ若シ此ノ如クナルトキハ株主ハ株式ノ自由讓渡ヲ信シテ之ヲ取得シタ  
ルニ其取得後ニ株式ヲ讓渡シ得ル權利ヲ有シ之ヲ非常ノ困難ヲ感セン茲ニ於テカ學  
者中ニハ株主ハ株式ヲ讓渡シ得ル權利ヲ有シ之ヲ非常ノ困難ヲ感セン茲ニ於テカ學  
多數決ニテ奪フコトヲ得ス株式ノ讓渡ヲ禁スルニハ株主總會ニ於ケル株主ノ一致ヲ  
必要トストイフ者アリ或ハ此ノ如キ重大ナル事項ハ定款ノ變更ニ依リテ之ヲ爲ス事  
ヲ得ス必スヤ會社設立ノ初メニ存スル定款即チ最初ノ定款ニ定ムルヲ要ストイフ者  
アリテ其中更ニ分レテ其定款ノ定ハ創立總會ニ於ケル通常ノ決議即チ株式引受人ノ  
半數以上ニシテ資本ノ半數以上ニ當ル者出席シ其議決ヲ要ストイフ者ト爲ル或ハ更  
ニ進ンテ此ノ如キ方法ニテモ不十分ナリ株式讓渡ノ禁止ハ株主ノ固有ノ權ヲ侵害スル  
重大ノ事項ナルヲ以テ各人ナシテ最初ヨリ之ヲ承諾セシメサルヘカラス從テ之ヲ原  
始定款即チ發起人ノ作成スル定款ニ定メ株式引受人ナシテ株式申込ム前ニ豫メ覺  
悟セシメサルヘカラストイフ者アリ然レトモ苟モ會社ハ定款ヲ以テ株式ノ讓渡ヲ禁

【定款又ハ總社員ノ同意ヲ以テ株式讓渡ノ絕對禁止ヲ爲シ得ルモノナリトスル異趣旨學說】

スルコトヲ得トイフ以上ハ其定款ノ定ハ商法ニ規定スル方法ニテ之ヲ爲スヘク又其  
方法ニテ爲セハ足ルトセサルヘカラス然ルニ商法ハ創立總會ニ於ケル原始定款ノ變  
更ハ出席者ノ過半數ニテ決ストシ又會社ノ成立後ニ於ケル定款ノ變更ハ株主總會ノ  
特別決議ニテ之ヲ爲スコトヲ得トシ其中事業ノ變更ノミハ絕對ノ特別決議ヲ要シ其  
他ノ事項ハ相對ノ特別決議ニテ足ルトシ如何ナル場合ニモ定款ノ定ハ爲スニ總株主  
ノ一致若クハ出席株主ノ一致ヲ必要トスルコトナシ換言スレハ我商法ノ下ニハ定款  
ノ定ニ總株主ノ一致若クハ出席株主ノ一致ヲ必要トスルモノナキナリ然カラハ株主  
讓渡ノ禁止ヲ定ムル場合ニモ法ニ定ムル方法ニヨリテ決スルヲ要シ又其方法ニテ足  
ルト見ルハ當然ナリ之ヲ我商法ノ正解トスルモ果シテ此ノ如クナルトキハ株主ハ多  
數決ニ依リテ自己ノ意思ニ反シテ其財產ヲ處分スル權利ヲ剝奪セラレハ不當ナル  
結果ヲ生スルナリ故ニ多數ノ者ハ此結果ヲ患ヒテ種々ニ苦心シ遂ニハ法ヲ曲解シ株  
式讓渡ヲ禁スルニハ株主總會ノ一致ヲ要ストカ最初ノ定款ヲ以テスルニ限ルトカ原  
始定款ニ記載スルヲ要ストイフナリ苦心ハ諒トスルモ曲解ハ免レズ即チ會社ハ定款  
ヲ以テ株式ノ讓渡ヲ禁スルコトヲ得トスル論者ハ實ニ「チレンマ」ニ掛リシナリ會社ハ  
株式ノ讓渡ヲ禁スルコトヲ得トイハンカ其定ハ總會ノ多數決ヲ以テ爲シ得トイハン  
カ非常ニ不條理ナル結果ヲ生シ法ニ豫想セサル不當ノ結果ヲ生スルナリ如何ニセント  
イフ難地ニ陷レルナリ然リ而シテ此ノ如キ難地ニ陷ルハ畢竟其說ノ誤レルヲ證ス會  
社ハ定款ヲ以テ株式ノ讓渡ヲ禁シ得サルニ之ヲ定ムルコトヲ得トイフカ故ナリ寧ロ  
根本ニ週リテ其說ヲ改メ吾人ト等シク株式會社ニ於テハ定款ノ定ヲ以テ株式讓渡ヲ  
禁スルコトヲ得ストイヒテ此苦境ヲ解脱セヨ(法學博士松波仁一郎氏日本法政雜誌第一六卷第七號一頁)

一 定款ノ規定ヲ以テ全然讓渡ヲ禁止スルコトヲ得ルヤト謂フニ獨逸學者ノ通説ニ依レハ會社設立ノ際ニ定メタル定款又ハ總株主ノ同意ニ依リ定メタル定款ノ規定ニ依ルトキハ全ク株式ノ讓渡ヲ禁止スルコトヲ得ヘキモノトシ我商法ノ解釋トシテハ或ハ株式ノ讓渡ノ禁止ヲ認ムヘカラストシ或ハ之ヲ認ムヘキモノトスルモ獨逸學者ノ通説ト同様ニ於テ之ヲ認ムヘシトスルノ説行ハルレトモ余ハ第一四九條ハ定款ノ別段ノ規定ニ依リテ讓渡ヲ禁止スルコトヲ妨クルモノニ非スト解スルト同時ニ其定款ノ規定ハ通常ノ定款變更ノ手續ニ依リテ之ヲ定ムルコトヲ得ヘキモノト解ス(法學博士松本治氏會社法講義二九八)

二 會社關係者ノ都合上株主ノ變更ヲ好マサルトキハ法ハ自由讓渡ノ原則ヲ強行スル必要ナキヲ以テ會社定款ヲ以テ之ヲ禁止シ又ハ之ヲ制限スルコトヲ許セリ(第一四九條本文)即チ絕對的ニ株式ノ讓渡ヲ禁止シ又ハ會社ノ承諾ヲ要スルノ類之ナリ絕對的ニ株式ノ讓渡ヲ禁止スル場合ニハ株券ナルモノノ効用殆ント無ク又株式ノ讓渡ニ會社ノ承諾ヲ要スル場合ニハ無記名株券存在ノ餘地ナカルヘシ株式ノ讓渡ヲ禁止シ又ハ之ヲ制限スル定款ハ發起人ノ作成セシ定款(原始定款)タルヲ要スルヤ又ハ創立總會若クハ株主總會ニ於テ變更シタル定款ニテモ可ナルヤニ付テハ學者ノ見解一致セザレトモ余ハ原始定款ニ限ルヘキモノト信ス即チ發起人ノ作成セシ定款ニ何等ノ禁止又ハ制限ナクシテ商法ノ原則通り株式ノ自由讓渡ヲ認メタル以上ハ後ニ創立總會又ハ株主總會ニ於テ定款ヲ變更シタル定款ニテモ禁止又ハ制限ナクシテ商法ノ原則通り株式ノ自由讓渡ヲ認メタル以上ハ後ニ奪スルモノニシテ總會ニ於ケル多數決ヲ以テ強制シ得ヘキ事項ニ非ザルヲ以テナリ又實際ニ於テモ若シ之ヲ許スモノトセハ決議前後ニ於ケル買賣無記名株式ノ處置等ニ付キ言フヘカラスル混雜ヲ生セン(法學博士青木徹二氏會社法論三九四頁)

三 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種ナル制限ヲ附スルコトヲ得ルモノトス(法學博士竹田省氏法學新報第二二卷第八號一頁)法律評論第一卷商法一三六頁)

四 定款ヲ以テ株式ノ讓渡ヲ絕對ニ禁止スルコトヲ得ルカ或ハ絕對禁止ハ株式ノ性質ニ反スト論スト雖モ余ハ之ニ服セス蓋シ株式ノ法律上ノ性質ハ法律ニ依テ定ムルモノナラカ故ニ絕對禁止ノ可否論ハ取リモ直サス株式ノ性質論ノ一タラサルヲ得ル是ノ故ニ單ニ株式ノ性質ニ反スト論斷シ去ルハ問題ヲ以テ問題ニ對フルモノニ外ナラス：我商法ニ考フルニ畢竟立論ノ根據ニ第百四十九條ノ規定ニ求ムルノ外ナク而シテ該條ハ「定款ニ別段ノ規定ナキトキハ會社ノ承諾ヲ要スルコトヲ得ル」云云ト明定シ令若シ法律ノ精神カ定款ヲ以テ如何ナル制限ヲ爲スモ自由ナリト爲シ且ツ適シテ讓渡ノ絕對的ニ禁止スルコトヲ認ムルニ在リトセンカ即チ「會社ノ承諾ヲ要スル」ナル文字ハ全然其ノ存在ノ意義ヲ有セサルニ至ル是ノ故ニ定款ヲ以テ爲スコトヲ得ヘキ制限一會社ノ承諾ヲ要スル旨ヲ定メ得ルニ止マリ絕對的禁止ヲ爲スコトハ法律ノ認メサル所ナリト解スルヲ妥當ナリトス

然レトモ是唯法律カ確保シタル讓渡自由ノ地位ヲ蹂躪スヘカラスト謂フノミ固ヨリ公益ニ關セス株式會社ノ本質ニ關セス故ニ全株主ノ一致ニ基キテ絕對的禁止自由ノ毫毛支障ナキナリト之ヲ會社ノ承諾ヲ要スル旨ヲ定ムル場合ト同一視スヘカラス承諾ヲ要スル旨ハ法文ノ結果トシテ多數決ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得ル絕對的禁止ハ則チ然ラス之ヲ要スルニ株式會社ノ法律ノ株主ニ與ヘタル一種ノ特別權ナリ故ニ法文上明白ニ認メラレタル範圍内ニ於テハ讓渡ノ制權ヲ爲スニ付キ多數決ヲ以テ之レヲ強行スルコトヲ得ルモ讓渡ノ絕對的禁止ヲ爲スコトハ總株主ノ同意ニ基クニ非ザルヨリハ之ヲ爲スコトヲ得ル此ノ趣旨ヨリシテ更ニ一步ヲ進メテ論ストキハ會社設立ノ際ニ於ケル定款ト雖總株式引受人ノ同意ニ依ルニ非サレハ絕對的禁止ヲ爲

スコトヲ得スト謂フヲ至當トスヘシ余ハ一方ニ全株主ノ同意ヲ必要トスルコトヲ云云シツツ猶且漫然創立ノ際ノ定款ノ絕對的禁止ヲ有效トスル獨逸ノ通説及ヒ之ニ賛同スル我國ノ學說ニハ未ダ賛同ノ意ヲ表スル能ハス蓋シ創立總會亦多數決ヲ以テ定款ヲ決議スルニ於テ株主總會ト實質上ノ差異アラサルノミナラス又此ノ禁止若クハ制限ノ如キハ株式申込證ニ記載スヘキ事項ニモ非ザルヲ以テナリ(法學博士片山義勝氏株式會社法論五〇七頁)

五 株式ノ定款ニ別段ノ規定ナキトキハ會社ノ承諾ヲ要スル旨ヲ定ムル旨ニテ之ヲ讓渡スルコトヲ得ルモノ(一四九)持分ハ他ノ社員ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ之ヲ讓渡スルコトヲ得ル旨ヲ定ムル旨ニテ之ヲ讓渡シ得ヘキ株式ニ依リテ組織セラルルハ株式會社ノ特質ニシテ株式會社カ他ノ會社ニ比シ經濟上最モ有力ナルハ蓋シ此特質アルカ爲メニ外ナラサレハ原則トシテ株式ノ自由讓渡ヲ認メ株式會社ノ特色ヲ發揮セサルヘカラス但會社ハ其ノ最初ノ定款又ハ定款變更ノ手續ニ從ヒ變更シタル定款ニ於テ株式ノ讓渡ニ會社ノ承諾ヲ要スル旨ヲ爲シ其他株式讓渡性ヲ妨ケサル範圍内ニ於テ單純ナル制限ヲ爲スカ如キハ妨ケナク場合ニヨリ自衛ノ爲メ斯ク定ムルノ必要アルヘキヲ以テ定款ニ別段ノ規定ヲ設クルコトヲ得ヘシ

株式ノ讓渡ノ絕對的禁止ニ於テハ斯ル禁止定款ニ規定スルヲ得ヘシ故ニ株式會社株式會社ノ發起人ノ作成セル定款ニ於テ株式ノ讓渡禁止ヲ定メ創立總會ニ於テ之レカ變更ヲ議決セサルトキハ其事項ハ有效モノトシテ株主ヲ羈束スヘシ會社設立後ノ株主總會ニ於テ總株主ノ一致ノ決議アルトキ亦同シ(法學士柳川勝二氏商法論一八九頁)

六 株式ノ讓渡性ハ絕對的ニ非シテ定款ノ別段ノ規定ヲ以テ之ヲ制限スルコトヲ得ルモノトス第百四十九條ハ定款ノ別段ノ定メニ依リ單ニ會社ノ承諾ヲ要スルモノト爲サザレバ止マラス讓渡ヲ禁止スルコトヲ得ルモノト解スルヲ正當トス讓渡禁止ノ株式讓渡ハ無効ナリ而シテ讓渡禁止定款ニ記載シタル場合ニ於テモ登記ノ手續ナキヲ以テ民法第四百六十六條但書ノ類推ニ依リ善意ノ第三者ニ對抗スルヲ得サルコトト爲ルヘシ(法學士田中耕太郎氏會社法大正六年中大講二〇一頁)

株式ノ絕對讓渡禁止ヲ定メタル定款ノ效力如何ニ付キテハ學說紛々トシテ歸一セサル所ナリ然ルニ此點ニ關シ博士ハ從來全然消極ニ解セラレシ唯一人ニシテ本論亦同一趣旨ノ下ニ辯難攻撃最トモ強力ニ自家ノ主張ヲ開示セラレタリ由來吾人ハ博士ト見解ヲ異ニスル者ナルカ故ニ茲ニ博士ノ意見ニ接スルニ方リ熟讀考覈スル所アリシモ吾人遂ニ其蒙ヲ啓ク能ハスシテ其所信ヲ托クル所以ヲ識ラサルヲ憾ムモノナリ今一々之ヲ詳述セサル可シト雖モ聊カ疑義ノ存スル所ヲ直

截簡明ニ陳ヘテ以テ再教ヲ仰カント欲ス夫レ吾人亦商法上株式讓渡自由ノ原則的觀念ヲ認ムト雖モ果シテ之ヲ以テ絕對ノ原則ト認メ定款ニ之ヲ定メタル場合該定款ヲ無効ト爲シ得ヘキヤ否ヤ疑無キ能ハス博士ハ商法第一四九條竝ニ商法カ株式讓渡ヲ前提トシテ規定シタル幾多ノ條規ヲ論據トシテ徹頭徹尾之ヲ消極ニ解スルモノナリト雖モ第一四九條ニ關スル解釋ハ暫ク措キ株式讓渡ヲ前提トシテ定メタル商法ノ規定ヲ以テ無効說ヲ維持セラルルハ理論上固ヨリ間然スルモノニ非ス蓋シ商法ハ既ニ商法第一四九條ノ規定ヲ設ケタルカ故ニ此等ノ規定ヲ爲シタルモノナリト謂フコトヲ得ヘク畢竟間接根據ヲ形成スルニ過キサレハナリ故ニ問題ハ株式ノ讓渡ニ關スル根本法規タル商法第一四九條自體ノ解釋ニ待ツ可キモノニシテ本論ノ骨子亦此ノ範圍ニ出テサルハ寔ニ故アルナリ惟フニ博士ハ商法第一四九條ノ解釋ニ付キ論旨第三點ニ謂フカ如ク述ヘラルト雖モ吾人到底之ヲ肯認シ得サル所ナリ換言スレハ本條ノ解釋ニ關スル博士ノ高見ハ何人ヲ以テモ異論ヲ挾ム餘地ナシト爲ス能ハサルモノナリト信ス故ニ此點ニ關シ片山博士カ法律ノ精神カ定款ヲ以テ株式讓渡ヲ絕對ニ禁止スルコトヲ認ムルニ在リトセハ會社ノ承諾ナクシテナル文字ハ全然其ノ存在ノ意義ヲ存セサルニ至ルト云ヘルモノニ對シテモ本論同様直チニ吾人ノ首肯ニ値セサル所ナラスンハ非ス如上此ノ根本ニ於テ吾人博士ノ高見ニ贊同ヲ躊躇スルモノナル以上其歸

結ヲ異ニスル蓋シ自然ノ數ナリ博士カ相續ノ方面並ニ定款變更ノ方面ヨリ更ニ自家ノ主張ヲ維持セラレタル點ニ付キテモ吾人其反省ス可キ所以ヲ發見シ得サルナリ之ヲ要スルニ吾人ハ一派ノ學者ト同シク有効論ヲ主張スル者ニシテ其定款ノ效力ハ原始定款タルト否トヲ區別スルコトナク論斷セント欲スル者ナリ

(八七)

四二九第一項 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ヌ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り又ハ過失ニ因リテ之ヲ知ラザリシトキハ此限ニ在ラス  
民法九五 意思表示ハ法律行為ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ無効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効ヲ主張スルコトヲ得ス

被保險者カ保險契約當時肺結核ニ罹リタル事實ノ有無カ人ノ生命ノ危險ヲ測定スルニ付キ重要ナル關係ヲ有スヘキ事實ナルコトハ顯著ナル事實ナルヲ以テ右ノ如キ事實ハ商法第四二九條ニ所謂重要ナル事實ニ該ルモノトス  
被保險者ノ父タル原告カ保險契約ノ締結ニ際シ被保險者ニ右ノ病症ノ存在セル事實ヲ知りタルニ拘ラス之ヲ告知セザリシハ原告ノ惡意又ハ少クトモ重大ナル過失ニ出テタルモノト解スルヲ相當トス  
保險契約當時被保險者ノ右ノ病症ハ普通ノ醫師カ相當ノ注意ヲ以テ診察セハ容易ニ發見シ得ヘキ症狀ニアリシコトヲ認メ得ヘク從テ保險者カ之ヲ知ラザリシハ其過失ニ基クモノト認メ得ヘキモノトス