

求ヲ妨止スル爲其通知ハ早ク之ヲ爲シ置クモ其真意ノ存スルトコロハ次回ノ保險料支拂期日マテハ保險事故發生セサルトキハ該期日ニ於テ始メテ契約ヲ解除セムトスルニ在リト觀ルチ相當トスヘシ即本件ニ於テハ別様ノ意思ヲ認メ得サル限リ次回保險料支拂期日タル大正三年十一月三十日マテニ前記タミカ死亡セサルトキハ同日ニ於テ契約ヲ解除スヘキ旨ヲ豫メ同月四日ヲ以テ通知シタルモノト解セサルヘカラス而シテ成立ニ爭ナキ乙第一號證ノ一、二及ヒ被告ノ利益ニ援用スル甲第一號證ノ一、二ニ依ルモ該解除力絕對無條件ニ十一月四日ヲ以テ直ニ效力ヲ生スルモノナルコトヲ認メ得サルカ故ニ前記タミカ死亡シタルコトニ付キ當事間ニ爭ナキ十一月九日ハ右十一月三十日ノ到來以前ニシテ從テ業ニ原告ノ豫告シ置キタル解除ハ遂ニ其效力ヲ發生セサルモノトナリ被告ハ右タミカ死亡ト共ニ當然保險金支拂ノ責ニ任スヘキモノト斷定セサルヲ得ス(東京地方大正三年(ワ)第一五三九號同四年三月四日民二部三淵裁判長細野大森各判事判決)

【關係事項】

保險金請求事件○原告吉田孝太郎訴訟代理人辯護士關直彦外二名被告神國生命保險株式會社法律上代理人取締役飯田延太郎訴訟代理人辯護士有馬忠三郎外一名

至當ノ認定ナリト信ス

(三一)

一六三第一項 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役又ハ監査役ハ訴ヲ以テ之ニ其決議ノ無効ヲ主張スルコトヲ得

一八二 監査役ハ株主總會ヲ招集スル必要アリト認メタルトキハ其招集ヲ爲スコトヲ得(以下略)

二〇九

定款ノ變更ハ總株主ノ半數以上ニシテ資本ノ半額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
前項ニ定メタル員數ノ株主カ出席セサルトキハ出席シタル株主ノ議決權ノ過半數ヲ以テ假決議ヲ爲スコトヲ得此場合同ニ於テハ各株主ニ對シテ其假決議ノ趣旨ノ通知ヲ發シ且無記名式ノ株券ヲ發行シタルトキハ其趣旨ヲ公告シ更ニ一個月内ニ第二回ノ株主總會ヲ招集スルコトヲ要ス
第二回ノ株主總會ニ於テハ出席シタル株主ノ議決權ノ過半數ヲ以テ假決議ノ認否ヲ決ス
前二項ノ規定ハ會社ノ目的タル事業ヲ變更スル場合ニハ之ヲ適用セス

(一) 定款變更ノ假決議ヲ無効トスル旨ノ判決確定シタルトキハ其假決議承認ノ總會ニ於ケル假決議承認ノ決議モ亦無効トナルモノトス

(二) 無効ノ決議ニ基キ變更シタル定款ニ從ヒ選任セラレタル監査役ハ真正ノ監査役ニアラス故ニ同人カ監査役トシテ招集シタル株主總會ハ監査役ニ非サル者ノ招集シタル株主總會タルヲ免レサルヲ以テ其總會ノ決議ハ無効トス

保爭ノ大正二年十二月三十日ヲ以テ閉會セル被控訴會社ノ株主總會ハ被控訴會社當時ノ監査役タル増田功藏及基太村摩ノ名ヲ以テ招集シタルモノナルコトハ當事者間ニ爭ナキ所トス然ルニ右監査役二名ハ被控訴會社カ大正二年七月十五日ノ株主總會ニ於テ從來定款ニ監査役二名トアリシヲ三名ニ増員スル定款變更ノ議案ニ付キ假決議ヲ爲シ更ニ同年八月十日ヲ以テ招集シタル被控訴會社第二回ノ總會ニ於テ右假決議ヲ承認スル決議ヲ爲スト同時ニ變更シタル定款ノ下ニ選舉セラレタルモノナルコト及大正二年七月十五日ノ株主總會ノ決議ハ之ヲ無効トスル旨ノ判決確定シタルコトハ被控訴代理人ノ認ムル所ナルヲ以テ右確定判決ニ依リ大正二年七月十五日ノ被控訴會社ノ監査役増員ノ定款變更ノ假決議ハ無効ト爲リ決議ナカリシト同一トナル

モノトス從テ同年八月十日ノ被控訴會社ノ右假決議承認ノ總會ニ於ケル假決議承認ノ決議モ亦無効ナリト云ハサル可カラズ而シテ右第二回ノ總會ニ於テ出席株主ノ數總株主ノ半數ニ達セザリシコトハ被控訴人ノ認ムル所ナレハ其決議ハ商法第二〇九條第一項ノ規定ニ依リ其效力ヲ生スルコトヲ得サルヲ以テ右ノ如ク假決議ノ無効ノ效果トシテ均シク亦無効トス左レハ監査役増員ノ定款變更ナカリシト同一ニ歸スルヲ以テ右無効ノ決議ニ基キ變更シタル定款ニ從ヒ選任セラレタル監査役増田功藏及基太村肇ハ監査役ニアラサルモノトス故テ以テ同人カ監査役トシテ召集シタル被控訴會社ノ係争株主總會ハ監査役ニ非サル者ノ召集シタル株主總會タルヲ免レス從テ其總會ノ決議ハ無効ト云ハサルヘカラス(東京控訴大正三年(ホ)第二四〇同四年三月十五日民一部遠藤裁判長西郷水口各判事判決)

【關係事項】

株主總會決議無効宣告請求事件○控訴人川島濠藏外二名訴訟代理人辯護士田島德三郎被控訴人駿遠鐵道株式會社代表者取締役江間俊一訴訟代理人辯護士鶴田忠

【第一點參照學說】

一 決議ヲ無効トスル判決ハ當事者ニ非サル社員ニ對シテ其效力ヲ有ス此點會社ノ設立ヲ無効トスル判決ニ等シク彼ノ規定ヲ此ニ準用スルナリ(法學博士松波仁一郎氏日本會社法一一一六頁)
 二 決議無効ノ宣告力確定シタルトキハ其效力ハ絕對ニシテ何人ニ對シテモ又何人ノ爲ニモ其效力ヲ及ボスモノト云ハサルヘカラス若シ單ニ訴訟當事者ヲ拘束スルニ止マルモノト解スレハ全然意味ナキモノト爲ルヘシ故ニ法律ハ無効ノ宣告ノ效力カ訴ノ當事者以外ノ株主ニ及フコトヲ規定セリ是レ此訴ノ通常ノ民事訴訟ト全然其性質ヲ異ニスル所ナリ(法學博士松本滋治氏中央大學講義錄會社法二六七頁)
 三 決議無効ノ宣告アリタルトキハ其決議ハ初メヨリ存在セザリシモノト爲ル此效力ハ獨リ不服ヲ申立テタル株主ニ對シテモミナラス一切ノ株主ニ對シテ發生ス(法學士柳川勝二氏商法論綱二六一頁)
 四 決議ヲ無効トスル判決ハ當事者ニ非サル總株主ニ對シテモ其ノ效力ヲ生ス(法學士片山義勝氏會社法原論三九〇頁)

松波博士
松本博士
柳川學士
片山學士

【第二點參照學說判例】

一 決議ノ無効訴訟ヲ提起シ得ル場合左ノ如シ
 (一)總會召集ノ手續カ法令又ハ定款ニ反スルトキ
 例ハ召集ノ通知ハ二週間前ニ發スルヲ要スルニ一週間前ニ發シ通知ハ各株主ニ發スルヲ要スルニ或株主ニハ發セス通知ニハ總會ノ目的タル事項ヲ記載スルヲ要スルニ之ヲ記載セザルカ如シ
 (二)總會ノ決議ノ方法カ法令又ハ定款ニ反スルトキ(法學博士松波仁一郎氏日本會社法一一〇一頁)
 例ハ總會ノ決議自體カ法令中ノ公益規定又ハ定款ノ規定ニ違背シタル場合ニ於テハ其決議ハ法律上當然無効ニシテ從テ決議無効ノ訴ヲ起スコトヲ要セスシテ其效力ヲ止ム此場合ニ於テハ別ニ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ決議無効確認ノ訴ヲ起スコトヲ得ルハ勿論ナリ又初ヨリ法律上效力アル決議ト認ムヘキモノナカリシトキ例ハ總會召集ノ權限ナキ者カ其召集ヲ爲シタルトキ又ハ全然召集ナカリシトキ如キハ其決議ナルモノハ當然無効ニシテ無効ノ訴ヲ起テ始メテ無効ト爲ルモノニアラス此場合ニ於テモ決議無効確認ノ訴ヲ起スコトヲ得ヘキナリ(法學博士松本滋治氏中央大學講義錄會社法二六五頁)
 三 決議カ適法ニ爲サレザリシトキ即チ總會ノ召集手續及ヒ其決議ノ方法カ法令又ハ定款ノ定ムル所ニ適合セザリシトキハ(例ハ株主ニ非サル者カ出席シテ決議權ヲ行ヒタルトキ代理權ナキ者カ表決ニ加ハリタルトキ無記名株主カ株券ヲ供託セスシテ決議權ヲ行使シタルトキ株主カ召集ノ通知ヲ受ケザリシトキ議事ニ付キ適法ニ通知ナカリシトキ)株主取締役又ハ監査役ハ其決議ノ無効ヲ主張スルコトヲ得但無効ノ主張ハ必ス訴ニ依ルコトヲ要ス(法學士柳川勝二氏商法論綱二五八頁)
 四 此規定(一六三)ハ總會召集ノ手續又ハ其決議ノ方法カ法令又ハ定款ニ違反シタル場合ヲ定ムルノミ故ニ例ハ決議ノ內容自體カ公序良俗ニ反スル爲メ無効ナル場合ハ此規定ノ支配ヲ受ケス何人ニテモ其決議ノ無効ヲ主張スルコトヲ得(法學士片山義勝氏會社法原論三八八頁)
 五 株主總會ノ決議カ裁判所ノ宣告ニ因リ無効ト爲ル場合ハ商法第一六三條ノ規定スル所ニシテ同條ニ依レハ召集ノ手續及ヒ決議ノ方法其モノカ法令又ハ定款ニ反シタル場合ニ限定セルカ故ニ決議カ實質上ニ於テ違法ナル場合ハ當然無効ニ屬シ裁判所ノ宣告ニ因リテ始メテ無効トナルモノニ非ス例ハ總會召集ノ權利ナキ者カ總會ヲ召集シタル場合ノ如シ(廣島地方四十五年二月六日判決最近會社法判例一六三頁)
 六 株主總會カ實質上ニ於テ違法アルカ如キ場合ハ決議無効ノ宣告ヲ裁判所ニ請求スヘキモノニ非ス又株主總會召集ノ權限ナキモノノ爲シタル總會ノ召集ハ召集ノ手續其モノカ法令又ハ定款ニ反スルニ非スシテ總會ノ召集自體カ實質上其根底ニ於テ違法アルモノニシテ總會ト稱スルコトヲ得ス(同上四十五年二月六日判決法學新報第七七七號二三頁)

第一點ハ正當ナリ蓋シ總會ノ決議無効宣告ノ裁判カ確定シタルトキハ其效力絕對ナルヲ以テ此絕對無効ノ決議タル假決議ヲ追認スル決議ノ不適法ナルハ言

松波博士
松本博士
柳川學士
片山學士
廣島地方
裁判所

ヲ俟タス其ノ決議モ亦無効ナルヘキハ明ナリ第二點ハ正當ナラスト信ス何トナ
レハ不適法ノ定款ニ從ヒテ選任セラレタル監査役ハ真正ノ監査役ニ非サルコト
判旨ノ如シト雖トモ而カモ此ノ前提ニ於テスレハ該監査役ノ招集シタル總會ハ
畢竟無權限者ノ招集シタルモノニ外ナラザレハ之ニ基キテ爲シタル總會ノ決議
ハ當然無効ニシテ敢テ裁判所ノ無効宣告ヲ俟テ無効タルヘキニアラス只利害關
係人ハ必要ニ應シテ無効確認ノ裁判ヲ訴求シ得ヘキノミ學者或ハ第一六三條ノ
總會招集ノ手續ヲ廣義ニ解シ斯カル場合ヲモ含マシメントスルモノアレトモ之
レ吾人ノ採ラサル所ナリ

一四

四九 合名會社ヲ設立スルニハ定款ヲ作ルコトヲ要ス
一〇五 合名會社ニハ本章ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外合名會社ニ關スル規定ヲ準用ス
民法四二四 債權者ハ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行為ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ
得但其行為ニ因リテ利益ヲ受ケタル者又ハ轉得者カ其行為又ハ轉得ノ當時債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラザリシトキ
ハ此限ニ在ラス
前項ノ規定ハ財産權ヲ目的トセサル法律行為ニハ之ヲ適用セス

(一) 合資會社ハ定款ノ作成ニ依リテ成立シ定款ハ合資會社設立ノ當事者間ニ於ケ
ル契約ノ履行トシテ作成セラルモノナレハ合資會社ノ設立ニ付テハ先ツ設
立當事者間ニ於テ合資會社ノ設立ヲ目的トスル契約ヲ締結スルコトヲ必要ト
シ次ニ其契約ノ履行トシテ定款ノ作成アルコトヲ要スルモノトス

(二) 合資會社ノ設立ヲ目的トスル契約ヲ締結シタル結果會社成立後ニ於ケル出資
ノ義務ヲ負擔スルモノナル以上ハ若シ他ニ債務ヲ負擔セル者ニ於テ合資會社
設立契約ヲ締結シ其結果出資義務ヲ負擔スルカ如キコトアリトセンカ爲メニ
債務者ノ一般擔保ヲ減少スルコトアルハ當然ノ事理ナルヲ以テ斯ル債務者ノ
行為カ他ノ要件ヲ具備スルトキハ民法第四二四條ニ所謂詐害行為ト稱スルコ
トヲ得ルモノトス

(三) 民法第四二四條ニ於ケル受益者ノ善意惡意ハ債務者ノ詐害行為當時ニ於テ之
ヲ判別スヘキモノニアラスシテ受益當時ニ於テ之ヲ決定スヘキ法意ナリト解
スヘキモノトス

(四) 詐害行為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為ノ取消ヲ訴求シ債務者ノ財産ノ回復又
ハ之ニ代ハ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
行為ノ取消ヲ訴求スヘキモノニ非ス

合資會社ハ定款ノ作成ニ依リテ成立シ定款ハ合資會社設立ノ當事者間ニ於ケル契約
ノ履行トシテ作成セラルモノナレハ合資會社ノ設立ニ付テハ先ツ設立當事者間ニ
於テ合資會社ノ設立ヲ目的トスル契約ヲ締結スルコトヲ必要トシ次ニ其契約ノ履行
トシテ定款ノ作成アルコトヲ要スルハ疑ナキ所ナルヲ以テ合資會社設立契約ノ締結
ト會社成立トノ間ニ多少ノ時間ノ存スルコトヲ要シ從テ合資會社設立契約ノ締結ト

合資會社成立後ニ於ケル社員ノ出資義務ノ履行トノ間ニハ更ニ多クノ時間ノ存スル
 コトハ數ノ免カレサル所ナリト雖モ苟モ合資會社ノ設立ヲ目的トスル契約ヲ締結シ
 タル結果會社成立後ニ於ケル出資ノ義務ヲ負擔スルモノナル以上ハ若シ他ニ債務ヲ
 負擔セル者ニ於テ合資會社設立契約ヲ締結シ其結果出資義務ヲ負擔スルカ如キコト
 アリトセンカ爲メニ債務者ノ一般擔保ヲ減少スルコトアルハ當然ノ事理ナルヲ以テ
 斯ル債務者ノ行爲カ他ノ要件ヲ具備スルトキハ民法第四百二十四條ニ所謂詐害行爲
 ト稱スルコトヲ得ルヤ多言ヲ要セサル處ナリ而シテ同條ニ依レハ債務者カ其債權者
 ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ト雖モ受益者アル場合ニ於テハ其受益者カ
 債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知リタルトキニアラサレハ之ヲ取消スコトヲ得サルニ依リ
 合資會社設立契約ニ因リテ利益ヲ受クルモノアリヤ否ヤ若シ利益ヲ受クルモノアリ
 トセハ其何人ナルヤニ付キ之ヲ按スルニ右設立契約ノ主眼トスル所ハ合資會社ノ設
 立ニ在リテ會社成立後ニ於ケル出資義務ハ右契約ニ依リ負擔スル所ノ主要ノ義務ナ
 レハ此出資ヲ爲サシムヘキ權利ヲ取得スル所ノ合資會社カ則チ設立契約ニ因リ利益
 ヲ受クルモノナリト解スルヲ相當トスルヲ以テ債務者カ合資會社設立契約ニ依リ債
 權者ヲ害セントスル場合ニ於テハ其受益者タル會社ニ於テモ亦債權者ヲ害スヘキ事
 實ヲ知リタルトキニアラサレハ之ヲ取消スコトヲ得サルモノナリト謂ハサルヘカラ
 ス然ルニ合資會社ノ成立ハ常ニ設立契約ノ履行タル定款作成ノ時ニアリテ詐害行爲
 タル設立契約締結ノ後ニアルコトハ冒頭説明ノ如クナルニ拘ハラズ民法第四百二十
 四條ニハ債權者ハ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ノ取消
 ナ裁判所ニ請求スルコトヲ得其行爲ニ因リテ利益ヲ受ケタル者カ其行爲ノ當時云々

【關係事項】

トアルヲ以テ若シ受益者タル合資會社ノ詐害事實ニ對スル善意惡意ハ設立契約當時
 ニ於テ之ヲ判別スルコトヲ要スルモノトセハ到底不能ノ業タルヤ勿論ナリト雖モ第
 四百二十四條ニ於ケル受益者ノ善意惡意ハ債務者ノ詐害行爲當時ニ於テ之ヲ判別ス
 ヘキモノニアラスシテ受益當時ニ於テ之ヲ決定スヘキ法意ナリト解スヘキヲ以テ受
 益者タル合資會社ノ善意惡意ハ定款作成ニ依リ會社カ成立シ社員ヲシテ出資ヲ爲サ
 シムヘキ權利ヲ取得シタル時ニ於テ之ヲ決定スヘキモノナリト謂ハサルヘカラズ然
 リ而シテ詐害行爲取消ノ訴ハ債權者ヲ害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産上ノ地位ヲ其法律行爲ヲ爲シタル以前ノ狀態ニ復セシメ以
 テ共同擔保ヲ保全スルコトヲ目的トスルモノニシテ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
 者ノ財産ノ回復又ハ之ニ代ハ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アラス今本件ニ付キ之ヲ按スルニ原告ハ
 被告常太郎ニ對シ債權者有シタル處常太郎ハ之ヲ辨濟セスシテ他ノ被告等ト共ニ室
 谷組織物合資會社ヲ設立シタルヲ以テ其設立行爲ノ取消ヲ請求スト云フニ在リテ而
 カモ此場合ニ於ケル受益者ノ會社ナルコト前來説明シタル所ノ如クナル以上ハ原告
 ハ須ラク受益者タル室谷組織物會社ヲ被告トシ常太郎ノ爲シタル設立行爲ノ取消ヲ
 求ムヘキ筋合ナルニ拘ハラズ事故ニ出テスシテ債務者タル常太郎其他ノ設立契約當
 事者ヲ被告トシ本訴ヲ提起シタルカ如キハ洵ニ失當ノ甚シキモノナリト謂ハサルヘ
 カラス(名古屋地方大正二年通一六六號篠原裁判長西川崎各判事判決)

約束手形金請求爲替訴訟事件○原告鈴木爲三郎訴訟代理人辯護士莊田要二郎被告室谷常太郎外四名訴訟代理人辯護士藤田誠太郎

【第一點參照學說】

本書第四卷商法一〇頁松本博士柳川片山兩學士學說

【第二點參照學說】

本書第四卷商法三頁五頁

【第三點參照學說】

梅博士
川名博士

一 本文(民法第四二四條)ニ受益者ト云ヘルハ大抵相手方ナリト雖モ第三者ノ利益ヲ目的トスル契約ニ在リテハ受益者ハ其
第三者ナリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義卷ノ三債權編八四頁)

二 債權者ノ取消權ハ第四〇條件トシテ債權者ノ法律行爲ニヨリテ利益ヲ受ケタルモノ又ハ轉得者カ債權者ノ行爲カ債權者ヲ
害スヘキ事實ヲ知ルコトヲ必要トス債務者ノ法律行爲ニヨリテ利益ヲ受ケタルモノト云フハ或ハ債權者ノ法律行爲ノ相手方
タルモノヘク或ハ然ラサルモノナルコトアリ即債務者カ第三者ノ爲ニスル契約ナシ場合ニ第三者カ即チ該ニ利益ヲ受ケ
タルモノニ當ル之等ノ者ヲ受益者ト稱ス轉得者ト云フハ債權者ハ法律行爲ニヨリテ直接ニ物權上ノ利益ヲ得タルモノヨリ物權
上ノ利益ヲ得タルモノヲ意味ス……其受益者又ハ轉得者カ債權者ノ行爲ノ債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ルコトカ必要也
即チ債權者ノ財產カ債權者ニ十分ナル満足ヲ與フルヲ得サルノ狀態ニアルコトヲ知ラサルヘカラス即惡意ナルコトカ必也其
惡意ハ其受益又ハ轉得ノ當時ニ於テ存在スルコトヲ必要トス此ノ要件アル故ニ取消權ノ發生原因ハ債權者ノ不法行爲ニ基クモ
ノニ非スト云フ也(法學博士川名兼四郎氏東大講義應宣本債權總論下三三頁)

三 受益者ハ債務者ノ行爲ノ當時其事(債權者ヲ害スヘキ事實)ヲ知ルコトヲ要ス故ニ行爲ノ後ニ至リ之ヲ知ルモ取消ノ適
用ナシ債務者ノ行爲ノ時タルヲ要スルカ故ニ其行爲カ契約ナル場合ニハ行爲ノ時ハ即受益者ノ受益ノ時ナリト云フヲ得ヘシ然
レトモ行爲カ債權者ノ單獨行爲ニシテ受益者カ獨立ノ行爲ニ因リテ利益ヲ取得セル場合ニハ行爲ノ時ト受益ノ時トハ異ナルカ
故ニ債務者ノ行爲ノ當時受益者カ惡意ナルコトヲ要ストナスハ適當ニアラス此場合ニハ受益ノ當時與意ナルヲ要ストナスヲ
適當トス故ニ法典カ債務者ノ行爲ノ當時惡意ナルヲ要ストナセルハ適當ナリト云フヲ得ス(法學博士石坂晋四郎氏日本民法債
權第二卷七一頁)

石坂博士

【第四點參照學說 判例】

本書第二卷民法七二頁一〇一頁六五四頁六九頁八〇一頁同第一卷民法二〇五頁

(一) 會社設立契約ト設立行爲トヲ區別スヘキコトハ吾人ノ曩ニ論シタル所ナリ(第
四卷商法一四頁)(二) 設立契約ハ其ノ效果トシテ設立行爲ヲ産ミ茲ニ債權者ヲ害ス
ルコトトナルモ設立契約其モノハ未タ債權者ヲ害スル行爲ニアラス債權者ヲ害
スルハ設立行爲之ヲ精確ニ言ヘハ財產出資ヲ目的トスル場合ノ設立行爲自體ナ
レハ詐害行爲トシテ廢罷訴權ノ物體タルヘキモノハ前者ニ非スシテ後者ナリト
イハサル可ラス(三) 抑モ詐害行爲廢罷ノ問題ハ民法上重大ナルモノニシテ從テ之
ニ關スル學者ノ論說ノ夥多ナル枚擧ニ違アラスト雖モ受益者ノ意義及其ノ惡意
ノ時期ニツキテハ前掲三個ノ學說ノ外殆ト皆漠然タル債權者ノ相手方——債務
者行爲ノトキナル觀念ノ下ニ看過セラルモノノ如キニ判決カ特ニ受益者ハ必ス
シモ債務者ノ相手方ナラス其惡意ノ時期ハ必スシモ債務者ノ行爲ノトキニ非サ
ルヲ明示シタルハ注意周到ナリトイフヘキ也(四) 廢罷訴權ノ被告トスヘキモノニ
ツキテ右判決ハ從來大審院ノ判例及一部學者ノ所說ト一致スルモノナレトモ吾
人ノ採ラサルコトハ屢々論シタル所ナリ前掲各所ニツキ參照セラレタシ

(一五)

四四五 爲替手形ニハ左ノ事項ヲ記載シ振出人之署名スルコトヲ要ス
一、其爲替手形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、受取人ノ氏名又ハ商
號、五、單純ナル支拂ノ委託、六、振出ノ年月日、七、一定ノ満期日、八、支拂地

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

- (一) 爲替手形ヲ振出スニ當リ一先ツ金額ヲ千二百三十五圓ト記載スルモ割引ヲ爲シ吳ルル者ニ交渉ノ末若シ割引ヲ受ケ得ルニ於テハ之ヲ四千圓臺ニ改ムルコトヲ許容シテ人ニ託シタルトキ託セラレタル者カ割引ヲ求ムル際「千」ノ上部ニ「四」ノ字ヲ加ヘ金額ヲ四千二百三十五圓ト改メタルトキハ「四」ノ字ハ「千」ノ上部ニ金額ノ記載ヲ爲シタルモノト認ムヘキカ故ニ斯クノ如ク改メタル時ニ手形行爲完成シ手形振出ノ効力ヲ生シタルモノト認ムルヲ相當トス
- (二) 爲替手形ノ振出以前ニ引受人トシテ手形用紙ニ署名シタル者カ將來他人ノ之ニ手形要件ヲ記載シ振出行爲ヲ完備シタルトキ其記載スル所ニ從ヒ手形上ノ責任ヲ負擔スヘキ意思ヲ以テ他人ニ交付セル以上ハ其ノ交付ヲ受ケタル者カ振出行爲ヲ完成スルト同時ニ右引受行爲モ完全ニ其効力ヲ發生スルモノト認ムヘキモノトス

控訴人井上市兵衛カ店務一切ヲ舉ケテ井上金作ニ委任シ尙控訴人名義ニテ手形ノ振出又ハ引受ヲ爲スコトヲ許容シタルコト井上金作カ之ニヨリ控訴人小川又吉ニ依頼シ同人ヲシテ井上市兵衛ヲ支拂人ト爲セル自己宛爲替手形ヲ振出サシメ之ニ井上市兵衛名義ニテ引受ヲ爲シ竹内祐次郎ノ周旋ニヨリ割引ヲ受ケ以テ井上市兵衛ノ爲メ金融ヲ圖リタルコトハ證人井上金作竹内祐次郎ノ證言ニヨリ之ヲ認ムルニ足レリ而

シテ右兩證人並ニ證人松谷友次郎ノ各供述及甲第一、二號證ノ各一ヲ綜合考査スルハ本件ニ通リ爲替手形共井上金作カ井上市兵衛ノ爲メ金融ヲ圖ル目的ニテ小川又吉ニ依頼シ振出サシメタルモノニシテ小川又吉ハ振出人トシテ署名シタルコト並ニソノ當時甲第一號證ノ一ノ金額ハ千二百三十五圓甲第二號證ノ一ノ金額ハ千二百三十二圓トアレトモ割引ヲ爲シ吳ルル者ニ交渉ノ末若シ四千圓臺ト爲スモ割引ヲ受ケ得ルニ於テハ之ヲ改ムルコトトシテ一ト先ツ右金額ヲ記載シタルモノニシテ其後竹内祐次郎松谷友次郎ヲ介シテ被控訴人ニ割引ヲ求メ手形金ヲ四千圓臺ト爲スモ割引ヲ受ケ得ルコト明カトナリタル爲メ竹内祐次郎ヲシテ「千」ノ上部ニ「四」ノ字ヲ加ヘ甲第一號證ノ一ノ金額ヲ四千二百三十五圓甲第二號證ノ一ノ金額ヲ四千二百三十二圓ト改メココニ確定的ニ手形金額ノ記載ヲ爲シタルモノト認ムヘキカ故ニ斯クノ如ク改メタル時ニ手形行爲完成シ右時期ニ於テ本件爲替手形振出ノ効力ヲ生シタルモノト認定スルヲ相當トス然ラハ本件手形金額ノ四千ノ「四」ノ文字カ小川又吉ノ振出後ニ於テ何人カニヨリ記入セラレタルモノニシテ手形ハ變造セラレタルモノナリト控訴人等ノ抗辯ハ理由ナク控訴人小川又吉ハ本件ニ通リ爲替手形ニ付キ振出人トシテ當然手形上ノ責任ヲ負擔スヘキモノト云ハサルヘカラス而シテ甲第一、二號證ノ各一ノ引受欄ニ於ケル井上市兵衛ノ氏名及ヒ其印影ハ井上金作カ井上市兵衛ノ許容セル所ニヨリ記載捺印セルモノナルコトハ證人井上金作ノ證言ニヨリテ明カナレハ結局控訴人井上市兵衛ハ引受人トシテ本件手形ニ署名ニ代ル記名捺印ヲ爲シタルモノト云ハサルヘカラス而シテ右記名捺印ハ小川又吉カ振出人トシテ署名セサル以前ニ係ルコトハ證人井上金作竹内祐次郎ノ證言ニヨリ認メ得ヘシト雖モ爲替手形ノ振出以前ニ

引受人トシ手形用紙ニ署名シタルモノカ將來他人ノ之ニ手形要件ヲ記載シ振出行爲ヲ完備シタルトキ其記載スル所ニ從ヒ手形上ノ責任ヲ負擔スヘキ意思ヲ以テ他人ニ交付セル以上ハ其ノ交付ヲ受ケタル者カ振出行爲ヲ完成スルト同時ニ右引受行爲モ完全ニ其效力ヲ發生スルモノト認ムヘク而シテ證人井上金作竹内祐次郎ノ供述ニヨリ井上市兵衛ハ小川又吉ノ振出行爲ヲ完成シタルトキ其記載スル處ニ從ヒ手形上ノ責任ヲ負擔スヘキ意思ヲ以テ甲第一、二號證ノ各一ノ引受欄ニ記名捺印シテ交付シタルモノト認ムヘキヲ以テ前段認定セル如ク小川又吉ノ振出行爲完成シタルトキ之ト同時ニ市兵衛ノ引受モ其效力ヲ發生シ同人ハ引受人トシテ手形上ノ責任ヲ負擔シタルモノト云ハサルヘカラス從テ井上市兵衛ノ引受後本件手形金額ノ四千ノ「四」ノ文字ヲ何人カ記入シ手形ハ變造セラレタリトノ控訴人等ノ抗辯ハ理由ナシト云ハサルヘカラス乙號證並ニ丙號證及各控訴人ノ採用セル證人ノ供述鑑定人ノ鑑定ハ前記認定ヲ覆スニ足ラス而シテ甲第一號證ノ一、二、三ニヨレハ控訴人小川又吉ハ大正二年四月三十日控訴人井上市兵衛ヲ支拂人トシテ金額四千二百三十五圓支拂期ハ同年七月九日ト定メタル自己宛爲替手形ヲ振出し同日井上市兵衛ノ引受ヲ得テ同日之ヲ被控訴人ニ裏書シ被控訴人ハ同年五月一日之ヲ合名會社中井銀行ニ裏書シ同銀行ハ同年七月九日更ニ被控訴人ニ裏書シ被控訴人ハコトニ再ヒ該手形ノ所持人トナリ支拂期日ニ至リ支拂場所第百銀行通旅籠町支店ニ赴キ手形ヲ呈示シテ支拂ヲ求メタルモ引受人ハ支拂ヲ爲サザリシコト之カ爲メ被控訴人ハ同年七月十一日公證人ナシテ拒絕證書ヲ作成セシメ同日振出人タル控訴人小川又吉ニ對シ償還請求ノ通知ヲ發シタルコトヲ認ムルニ足レリ又甲第二號證ノ一、二、三ニヨレハ控訴人小川又吉ハ大正二年五月

九日控訴人井上市兵衛ヲ支拂人トシテ金額四千二百三十二圓支拂期日大正二年七月十五日ト定メタル自己宛爲替手形ヲ振出し同日控訴人井上市兵衛ノ引受ヲ得テ同月十日之ヲ三菱合資會社ニ裏書シ同會社ハ同年七月十四日之ヲ被控訴人ニ裏書シ被控訴人ハ該手形ノ所持人トナリタルヲ以テ支拂期日ニ至リ支拂場所第百銀行通旅籠町支店ニ赴キ手形ヲ呈示シテ支拂ヲ求メタルモ引受人ハ之カ支拂ヲ爲サザリシコト及ヒ之カ爲メ被控訴人ハ同日公證人ナシテ拒絕證書ヲ作成セシメ同日振出人タル控訴人小川又吉ニ對シ償還請求ノ通知ヲ發シタルコトヲ認ムルニ足レリ然ラハ被控訴人カ各控訴人ニ對シ右手形金額及ヒ之ニ對スル手形支拂期日ノ翌日以後支拂濟迄ノ年六分ノ利息ヲ請求スル本訴ハ正當ニシテ控訴人等ノ控訴ハ理由ナシ(東京控訴大正三年(本)第四九八號同四年二月十六日民二部須賀裁判長渡邊三橋各判事判決)

【關係事項】

爲替手形金請求事件○控訴人小川又吉外二名訴訟代理人辯護士清水有國同小川平吉被控訴人堀川寅次郎訴訟代理人辯護士新井要太郎

【第一點參照學說判例】

一 白地手形ニ付テハ余ハ補充ノ週及力ヲ説クヨリ寧ロ法律關係ノ成立ハ署名ノ當時ヲ以テ之ヲ決スヘキモノト論スルヲ當レリトス是ヲ以テ署名者死亡シ破産若クハ禁治産ノ宣告ヲ受ケ其他代理權消滅スルモ署名者ニ於テ補充スル所ニ從ヒテ債務ヲ負擔セントスル意思ニ影響ナク及ホスノ理ナキナリ(法學博士岡野敬次郎氏日本手形法一八一頁)
 補充ノ方法ニ付テハ固ヨリ當事者間ニ於テ豫メ約セル所ニ從フヘキナリ手形金額滿期日等署名ノ當時尙ホ未定ナルトキハ金額ニ付テハ其最高限度ヲ約シ滿期日ニ付テハ其最長若クハ最短期限ヲ約シテ手形ヲ授受ス斯ノ如キ制限ヲ設ケタルトキハ之ヲ約率スヘキハ論ナク又當事者間明約スル所ニキト雖モ慣例ノ認ムル普通ノ方法ニ依リテ補充セサルヘカラスナリ……白地引受モ白地手形行爲トシテ前述セル一般ノ原則ニ從テ之ヲ論スヘキナリ(同上)
 二 補充權ヲ有スル者カ其權利ヲ行使シテ白地ヲ補充スルトキハ手形ヲ成立シ署名者ハ手形上ノ責任者ト爲レナリ而シテ署名

ノ有效無効ハ署名當時ノ事實ニ依リテ決スルモ手形行爲ハ署名ノ時ニ過リテ効力ヲ生スルニ非ス或學者ハ白地ノ手形行爲ハ署名ノ際ニ成立スルヲ以テ署名者ハ署名ノ時ヨリ手形上ノ責任ヲ負フモ然ラス手形上ノ責任ハ署名ノ時ヨリ生ズルニ非ス(大審院民事判決四十年六〇五頁)

三 白地手形ノ署名者ハ後日他人カ補充スルトキハ手形債務ヲ負擔セントスル意思ヲ表示スルモノニシテ一旦補充アリタルトキハ此意思表示ノ効力トシテ手形債務ヲ負擔スルニ至ルモノナリ故ニ手形債務ハ補充ノ時發生スト雖モ能力問題及代理權問題ハ補充ノ時ニアラスシテ白地手形行爲ノ時ヲ以テ決スヘキモノトス(法學博士毛戸勝元氏京都法學會雜誌第二卷第九號九頁)

四 白地手形カ補充セラレタル時ハ其發行ノ當時ニ過リテ其効力ヲ生スト云フ說アルモ余ハ特別ノ法文ノ此ヲ認ムルモノナキ以上ハ其手形カ補充ナルハ補充ノ時ニアルモノニシテ補充ノ時以後ニ於テ手形タル効力ヲ有スト思惟ス乍併白地手形カ補充ナル者ハ其完全ナル手形トナルコトヲ條件トシテ署名セルモノニシテ署名者ノ行爲ハ署名ノ時ニ終レル故署名ノ能力ノ有無ハ署名當時ニ在テ判斷スヘキモノナリ(法學博士松本浩治氏大正元年東大講義書本手形法一〇〇頁)

五 一旦不備要件ノ補充ヲ爲シタルトキハ其効力ハ振出ノ當時ニ過ルモノトス其補充カ委任ノ本旨ニ反シタル場合亦同シ即チ振出ノ初ノ交付ノ時ニ義務負擔ノ意思表示アリタルモノト爲ルヘシ故ニ能力問題ヲ決スルニ付テモ補充ノ時ヲ標準トセスシテ最初ノ交付ノ時ヲ標準トスヘキナリ(法學博士青木徹二氏手形法論三四頁)

六 手形ノ振出人カ故意ニ其要件ノ或部分(例ハ受取人ノ氏名)ヲ記載セス後日受取人ヲシテ之カ補充ヲ爲サシムル意思ヲ以テ其手形ノ紙片ニ署名シテ他人ニ交付スルコトアリ之ヲ白地手形ト云フ此場合ニ於テ手形ノ効力ヲ害セサルヘキコト疑ナキモノ効力ヲ發生スト解セサル可ラス蓋シ受取人カ之ヲ補充スルモノニアラシテ受取人カ之ヲ補充シタル時ニ於テ完全ナル手形爲シ其補充ニヨリ振出人ニ對シ手形上ノ權利ヲ有スル意思ヲ以テ之ヲ爲スモノニ外ナラザレハナリ(法學博士柳川勝二氏商法論七七一頁)

七 吾人ハ署名者ノ意思ノ効力ヲ認メ白地手形モ亦補充スル所ニ依テ過及的ニ其有效ナル所以ヲ認メサルヘカラス(法學博士竹三吾氏法學志林第十卷第一號四四頁)

八 白地手形カ要件ノ補充ニヨリ其効力ヲ生スルハ其振出人ノ意思ニ依リ相手方ニ與ヘタル補充權ノ效果トシテ生スルモノニシテ其意思ハ白地手形ノ振出行爲ニ含蓄スルモノナルヲ以テ其補充ニ依リ生スル手形ノ成立及効力ハ白地手形行爲ノ時ニ過ルモノトモトセサル可ラス(ドクトル、ユリス水口吉藏氏手形法論二八九頁)

九 手形要件ノ記載ナキ手形用紙ニ裏書ヲ爲シタル者カ振出人タルヘキ者ニ之ヲ交付シ手形要件ノ記載ナキ任シタル場合ト雖モ後日其振出人タルヘキ者カ手形要件ノ記載シ振出行爲ノ形式ヲ備シテ他人ニ交付シタルトキハ其任シタル場合成シ之ト同時ニ右裏書行爲モ亦完全ニ其効力ヲ發生スルモノトス(大審院民事判決四十五年四〇六頁)

手形用紙ニ裏書ヲ爲シタル者カ振出人タルヘキ者ニ手形要件ノ記載ナキ任シタル場合ニ於テ

【第二點參照學說判例】

テ振出人カ其補充ヲ濫用シテ制限ヲ超過スル手形金額ヲ記載シタルトキト雖モ裏書人ハ適法ニ手形ヲ取得シタル善意ノ第三者ニ對シテハ補充權ノ濫用ヲ主張シ以テ其責任ヲ免ルルコトヲ得ス(同上)

一〇 振出人カ受取人ノ氏名ノ記載ヲ欠キタル手形ヲ受取人ニ交付シ受取人ヲシテ其氏名ヲ記入セシメタルトキハ手形ハ其記入ノ時ヨリ効力ヲ生ス(同上三十八年五七頁)

一 白地引受モ白地手形行爲トシテ白地手形一般ノ原則ニ從テ之ヲ論スヘキナリ(法學博士岡野敬次郎氏日本手形法一八二頁)

二 引受トハ手形ノ所持人ヨリ請求シテ支拂人ノ手形ヲ通常トスルモ手形カ未タ受取人ニ交付セラレズ隨テ手形ノ完成セサル前ニ引受ノ爲メノ署名ヲ爲スモ有效ナリ引受ノ手形トハ引受ノ署名カ手形要件ヨリ先キニ爲サレタルト後ニ爲サレタルトナリ問ハス手形ノ引受トイフヲ以テ未タ受取人ノ署名スルモ引受ト成サスヨリ恰モ手形ニ署名シタル者ハ其文官ニ從ヒテ責任ヲ負フトイフヲ以テ振出人ハ手形上ノ義務ヲ負ハス振出人ハ手形ニ署名シタルニアラズ未タ手形トナラサルモノニ署名シ署名後ニ手形ヲ生スレハナリト言フト等シク誤ナリ(法學博士松波仁一郎氏日本手形法五三九頁)

支拂人カ手形ニ引受ノ旨ヲ記載シテ署名スルトキハ引受ノ方式ヲ完成ス然レトモ此レノミニテ未タ引受ヲ生セス引受ヲ生シテ支拂人ヲ引受人トスルニハ其手形ハ所持人ニ交付セラレルヲ要ス(同上五四二頁)

三 引受ハ手形ニ爲スコトヲ必要トスルモ其手形タルヤ引受ノ當時形式ヲ完備シタルモノナルコトヲ要セス即チ引受ハ必スシテ完成セル手形ノ所持人ノ請求ニ應ジテ之ヲ爲ス場合ニ限ラス(法學博士青木徹二氏手形法論六〇一頁)

四 白地引受人ノ手形上ノ意思表示ハ直接ニ引受人ノ手形上ノ義務ヲ發生セシメス手形上ノ義務ハ寧ろ完全ナル有效手形ノ成立スル迄法定停止條件ニ發生ス此停止ハ其根據ヲ手形ノ創設ノ特質ニ汲ムモノナリ(法學博士西脇普氏法學志林第一〇卷第四號二二頁)

五 白地手形ヲ以テ爲ス行爲ハ獨リ振出ニ限ラス引受及裏書ニ付テ存スルモノトス例セハ爲替手形ニ付キ振出人ノ既ニ署名セルト否トナ問ハス要件完備セサル手形用紙ニ支拂人引受ノ旨ヲ記載シテ振出人ニ交付シ振出人要件ヲ補充シ之ヲ完成セシメテ他人ニ振出ス場合及約束手形ニ付キ其受取人カ要件完備セサル手形用紙ニ裏書ヲ爲シ融通ノ爲メニ之ヲ振出人ニ交付シ振出人要件ヲ補充シ之ヲ裏書人ニ交付スル場合ノ如キ共ニ白地手形行爲存スルモノニシテ其引受人又ハ裏書人ハ手形要件補充セラレタル場合其手形ニ依リ債務ヲ負擔セントスル意思ヲ以テ手形行爲ヲ爲シタルモノトス(ドクトルユリス水口吉藏氏手形法論二八四頁)

六 爲替手形ノ振出以前ニ引受人トシテ紙面ニ署名シタル者カ將來他人ノ之ニ振出要件ヲ記載スル所ニ從ヒ手形上ノ債務ヲ負擔スヘキ意思ヲ以テ其書面ヲ他人ニ交付シタルトキハ手形行爲トシテ有效ナルモノトス(大審院民事判決四十年六〇五頁)

至當ノ判決ナリト信ス蓋シ判旨第一點ハ白地手形ノ理論ヲ以テ之ヲ決スヘク第

松本博士

二點ハ一般ノ白地引受ニシテ其ノ正解ナルヘキハ學說判例ノ一致スル所ナリトス

(一六)

三四四

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

運送業者カ運送品到達地ニ於テ貨物引換證ト引換ニアラスシテ相當ノ擔保ヲ供セシメテ運送品引渡ヲ爲シタル行爲(所謂保證渡)ハ商法上債務ノ辨濟ヲ爲シタルモノニ非サルノ結果貨物引換證ノ正當ナル所持人ニ對シテハ其責任ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス

運送業者カ運送品到達地ニ於テ貨物引換證ト引換ニアラスシテ相當ノ擔保ヲ供セシメテ運送品引渡ヲ爲シタル行爲(所謂保證渡)ハ商法上債務ノ辨濟ヲ爲シタルモノニ非サルノ結果貨物引換證ノ正當ナル所持人ニ對シテハ其責任ヲ免ルルコトヲ得ヘカラス尙ホ運送人カ刑法上ノ責任ヲ負フヘキカ否ヤハ別問題ニ屬ス但當ニ背任罪ヲ構成ストスル説ハ俄ニ贊成スルコトヲ得ス(法學博士松本丞治氏法學志林第一七卷第四號八一頁以下要領)

【參照學說判例】

一 商法第三三四條ノ二ト第三四四條ヲ照合シテ見ルト荷受人ニ對シテ貨物ヲ引渡スコトハ商法第三三四條ノ二ノ處分トイフ中ニ包含サレテ居ナイト解セネハナラヌト從テ運送品ノ引渡ニ付テ貨物引換證ヲ必要トスルハ引渡ヲ請求スル者ノ方面ニ在ルノ引渡ヲ爲ス方面ニハ其必要カナイコトニナルヨリ貨物引換證ノ性質上運送人カ貨物引換ニ非スシテ貨物ヲ引渡シタル場合ニ於テハ引換證ノ所持人ニ對シテ過失ニ基ク損害賠償ノ責任ヲ生スルコトハ一般ノ場合ニ於テ當然テアラウケレモ商法ト第三四四條ハ運送人カ引換證ト引換ニ非スシテ引換ヲ爲シ得ル場合ヲ全ク排除シテ居ルモノト見ルコトカ出來ナイノデア

牧野博士

柳川學士

須賀學士

大審院

東京控訴院

ル(法學博士牧野英一氏法學志林第一七卷第四號五三頁)保證渡ハ民事上運送人ノ責任ヲ免除セシムルモノテナイ否保證渡ハ其名ノ示スカ如ク民事上ノ責任ヲ認メテ居ルモノデアリ...新シイ思想ニ於テハ一方ニ於テ商法ナル行爲カ地方ニ於テ損害賠償ノ義務ヲ生スルノ事由トナルコトカアルノデアリ(同上五四頁)

二 貨物引換證カ流通證券ニシテ其證券所持者カ證券上ノ權利者ト看做サル結果ニシテ貨物引換證ヲ作リタルトキハ權利者ハ之ト引換ニアラサレハ其運送品ノ引渡ヲ請求スルヲ得ヌ又運送人モ之ト引換ニ非サレハ運送品ヲ引渡スコトヲ得ヌ(三四四條)故ニ運送人ハ引換證ト引換ニ運送品ヲ引渡シタルトキハ全然義務ヲ免カレモ引換證ナクシテ引渡シタルトキハ引換證ノ所持人ニ對シテ損害賠償ノ責任ヲ負フコトヲ得ヌ(法學士柳川勝二氏改正商法論四七一頁)

三 運送人ハ貨物引換證ノ交付ニ對シテ運送品ノ引渡ヲ爲スコトナリ貨物引換證ハ運送品受取ノ權利トハ離ルヘカラスル關係ヲ有ス(法學士須賀喜三郎氏商行為法二五六頁)

四 荷受人カ運送契約ニ從ハサルカ又ハ貨物引換證ト引換ニ引渡ヲ請求セサル以上ハ運送人ハ運送品ノ引渡ヲ拒絕シ得ルモノニシテ又之ヲ拒絕スヘキコトハ荷受人若クハ貨物引換證ノ所持人ニ對スル運送人ノ責任ナリトス(大審院民事判決錄三十七年三九九頁)

五 抑モ運送契約ニ於テ貨物引換證ノ發行アリタル場合ニハ運送人ハ之ト引換ニアラサレハ運送品引渡ノ請求ヲ拒絕シ得ルモノナラス又之レヲ拒絕セサルヘカラスルコトカ運送人ノ義務ナルコト貨物引換證ノ本質ニ鑑ミ且ツ商法第三三四條第三三四條ノ規定ニ徴シテ明瞭ナリトス從テ運送人カ貨物引換證ト引換ヘルコトナクシテ運送品ノ引渡シタルトキハ之ヲ以テ商法第三四一條ニ所謂運送品ノ滅失ニ該當スルモノト論斷スルヲ至當トス(ヘク...貨物引換證ノ發行セラレタルコトヲ知リナカラ其引換證ニ依ラスシテ該運送品ヲ荷受人ニ引渡シタル以上之レニ因リテ貨物引換證所持人ノ被リタル一切ノ損害ハ運送人ニ於テ之ヲ賠償スヘキ責任アルコト勿論ト謂ハサル可カラス(東京控訴院四十四年(ネ)第三一二號民二判決本書第一卷商法一八三頁)

商法第三四四條カ引渡請求者ノ方面ヨリ立言シタルヨリ運送人ハ貨物引換證ト引換ニ非ストモ適法ニ引渡ス權能アリト説ク學者牧野博士(前掲)アレトモ貨物引換證ノ流通性ニ鑑ミレハ運送人モ亦同證券引換ニ非サレハ貨物ノ引渡ヲ爲スヘカラスル責務アルモノト解スルヲ至當トスヘク之ヲ忘レハ民事上賠償責任ヲ免ル可ラサルモノトイフヘキナリ吾人ハ博士ノ本論ニ賛同ス

八三ノ二第一項 合名會社ハ總社員ノ同意ヲ以テ其組織ヲ變更シテ之ヲ合資會社ト爲スコトヲ得
書類ニ個人經營ノ銀行ヲ合資會社ニ組織ヲ變更スル旨ノ記載アリトスルモ自然人タル商人ハ組織ヲ變更シテ法人トナスコトヲ得サルヲ以テ其眞ノ意義ハ個人經營ノ銀行ヲ廢業シ之レト同時ニ新ニ合資會社ノ銀行ヲ設立セントスルニ解スルヲ相當トスルヲ以テ是レニヨリ直チニ營業讓渡アリタルコト從ツテ債務ノ引受アリタルコト等ヲ認ムルヲ得サルモノトス

合資會社山本銀行ノ定款カ明治三十九年八月十四日作成セラレ同年八月三十一日大藏大臣ヨリ同銀行ノ營業認可アリタルコト同年九月一日其設立ノ登記アリタルコト同銀行カ其後合資會社千曲銀行ト改稱シタルコト當事者間ニ爭ナキ所ナリ依テ被控訴銀行ハ山本弘ノ經營シタル山本銀行ノ營業ニ關スル債務ヲ引受ケタルヤチ案スルニ信憑スヘキ證人木内吾市及内藤信弘ノ證言ニヨレハ被控訴銀行ノ設立者ハ資本金五千萬圓以上ヲ以テアスルニアラサレハ新ニ銀行ヲ設立スルコトヲ得サルモ廢業シタル少額資本ノ銀行アルトキハ之ニ代ヘテ新ニ銀行ヲ設立スルハ差支ナキ旨ヲ聞知シ山本弘カ個人トシテ經營スル山本銀行ヲ廢業スルニ當リ之ニ代ヘテ被控訴銀行ヲ設立シタルモノニシテ其際右山本銀行ノ營業ヲ讓渡ケタルモノニアラス又其營業ニ因リ生シタル債務ヲ引受ケタルモノニアラサルコトヲ認ムルコトヲ得ヘシ控訴代理人ハ甲第一號證ノ二、三ニ山本銀行ヲ合資會社ニ組織ヲ變更スル旨ノ記載アルニ依リ營

【關係事項】

金員支拂義務確認並ニ義務履行請求事件○控訴人佐路萬次郎訴訟代理人辯護士岩田宙造外三名被控訴人合資會社千曲銀行法定代理人代表社員木内榮司訴訟代理人辯護士原嘉道同井本常治

業ノ讓渡アリタルコトヲ證セントスルモ自然人タル商人ハ組織ヲ變更シテ法人トナスコトヲ得サルヲ以テ其眞ノ意義ハ山本銀行ヲ廢業シ之レト同時ニ新ニ被控訴銀行ヲ設立セントスルニアリト解スルヲ相當トスルヲ以テ營業ノ讓渡アリタルコトヲ認ムルニ足ラサルモノトス此點ニ關スル證人小澤秀也ノ證言ハ信ヲ措クニ足ラス又控訴代理人ハ右山本銀行ノ廢業及ヒ被控訴銀行ノ設立認可申請ハ虛偽ノ意思表示ナリト主張スレトモ何等ノ立證ナキノミナラス虛偽ノ意思表示ニアラサルコトハ前記木内吾市内藤信弘ノ證言ニ依リテ明カナリトス從テ縱令山本弘カ山本銀行ノ營業上控訴人ニ對シ本件控訴代理人主張ノ如キ債務ヲ負擔シタリトスルモ被控訴銀行ハ之ヲ引受ケザリシモノト謂フヘシ特ニ乙第三號證ナル被控訴銀行ノ第一期營業報告書ニ本件債務ノ記載ナキヲ以テ觀ルモ然カク認定スルヲ相當トス證人高野平吉ノ證言ハ信用セス甲第一號證ノ一、四、五、六證人川端近藏ノ證言ニ依リテハ債務引受ノ事實ヲ證スルニ足ラス從テ甲第二號證乃至甲第四號證並ニ控訴人採用ノ各鑑定ニ付テハ判斷ノ要ナシ然ラハ控訴人ノ本件請求ハ不當ニシテ控訴ハ理由ナシ(東京控訴大正二年(ホ)第六一三號同四年一月廿六日民三部松岡裁判長成道小川各判事判決)

個人カ組織ヲ變更シテ會社ト爲ルコト能ハサルハ論ナシ然レトモ組織變更ト營業讓渡トハ自ラ別ナリ前者ハ特殊ノ營業讓渡トモ稱スヘキ場合ニ法ノ擬制ヲ以テ人格承繼ヲ認メラレタルモノニシテ後者ハ人格承繼ノ觀念ヲ交ヘスシテ權義

一團ノ承継ノ場合ニ生ス而シテ個人經營ノ事業ヲ廢止シテ新設會社ニ於テ之ヲ承継シ依テ營業讓渡ノ行ハルルコトアルハ世間往々聞睹スルトコロナレハ法律ニ通セサル者ノ用語トシテ組織變更ナル文詞ヲ用ヒタルハ固ヨリ正確ナラスト雖モ寧ロ營業讓渡ノ觀念ニ基クモノト認ムヘキニアラサルカ吾人ハ判決ノ當否ヲ疑フモノナリ

(一八)

六四一第一項 船長カ船舶及積荷ヲシテ共同ノ危險ヲ免レシムル爲メ船舶又ハ積荷ニ付キ爲シタル處分ニ因リテ生シタル損害及ヒ費用ハ之ヲ共同海損トス

松本博士

商法第六四一條ニ所謂處分ナル語ハ單ニ船長ノ措置ヲ指スノ意味ニシテ事實上ノ行爲法律行爲共ニ包含スルモノトス

共同海損ノ場合ニ於テ船長カ船舶又ハ積荷ニ付キ爲ス處分ハ多クノ場合ニ於テハ事實ノ行爲タリ(例積荷ノ投棄權又ハ鎖鎖ノ切斷)然レトモ共同海損タル費用ハ法律行爲ニ因リテ發生スルコト多シ(例海難ニ際シテ船長カ救助者ト救助契約ヲ締結シタル結果救助料ヲ支拂フニ至ル場合)商法第六四一條ニ所謂處分ナル語ハ單ニ船長ノ措置ヲ指スノ意味ニシテ總テ上述セルカ如キ場合ヲ包含スルモノトス(法學博士松本善治氏法學新報第二十五卷第四號七四頁以下要領)

至當ノ見解ナリト信ス何トナレハ共同海損ノ場合ニ於テ船長ノ船舶又ハ積荷ニ

付テ爲ス處分ニツキ事實上ノ行爲ト法律上ノ行爲トノ間ニ區別ヲ設クルノ理由ナキノミナラス處分ノ字義亦妄リニ之ヲ狹ク解スヘキノ謂ハレナケレハナリ殊ニ之ヲ第五六五條ノ處分ニ比照考覈スルモ亦明ラカナリ

(一九)

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
同九六一 前條ニ掲ケタルモノノ外債務者カ支拂停止後破産宣告前ニ財團ノ損害ニ於テ爲シタル總テノ支拂及ヒ權利行爲ハ相手方カ支拂停止ヲ知リタルトキニ限り財團ノ計算ノ爲メ之ニ對シテ異議ヲ述フルコトヲ得
然レトモ手形支拂ヒタル場合ニ於テハ爲替手形ヲ振出シ又ハ振出サシムル際支拂停止ヲ知リタル振出人又ハ振出委託人ヨリ又約未手形ニ在テハ裏書讓渡ノ際支拂停止ヲ知リタル第一ノ裏書讓渡人ヨリ其拂込金額ヲ償還スルコトヲ要ス

諸般氏

舊商法第九九〇條ニ所謂從來負擔シタル債務ノ爲メ新ニ供スル擔保トハ元來債務者ノ義務ニ屬セス又ハ其方法若クハ時期カ債務者ノ義務ニ屬セサルニ提供シタル擔保ヲ指スト解スヘキモノトス

舊商法第九九〇條ニ所謂從來負擔シタル債務ノ爲メ新ニ供スル擔保トハ如何例ヘハ債務者カ從來負擔シタル債務ノ擔保トシテ質權抵當權ヲ設定スヘキ債權的契約ヲ締結シ其後數ヶ月ヲ經テ該契約ニ基キ質權若クハ抵當權ノ如キ物權ヲ設定シタルニ此後ノ擔保物權設定ノ日ヨリ三十日以後ニ債務者カ支拂停止ヲ爲シ遂ニ破産宣告トナリタルカ如キ場合ニ於テ該擔保物權ハ同條ニ所謂新ニ供シタル擔保トシテ否認權ノ目的タルヘキヤ否ヤ此點ニ付キ獨逸破産法第三〇條及我破産法案第八十五條ハ此種

行爲ニシテ否認權ノ目的タルニハ債務者ノ義務ニ屬セス又ハ其義務ニ屬セサル方法若クハ時期ニ於テ供シタルモノナルコトヲ明定シ居ルモ我現行法ハ全ク解釋ニ一任シタルヲ以テ學說判例其揆ナニセス或ハ豫メ擔保ヲ供與スヘキ約束アリタルト否トナ問ハス支拂停止後又ハ支拂停止前三十日以内ニ始メテ現實擔保ノ供與ヲ受ケタル場合ヲ汎ク指稱セシモノト解スルヲ相當トストナスモノアリ之ニ反對スル者ハ曰ク元來第九九〇條ハ債務者ニ於テ擔保ヲ供スル義務ナキニ自ラ進ンテ之ヲ提供シ以テ他ノ債權者ヲ害スル行爲ヲ制裁シタルニ止マリ從來負擔セシ擔保提供ノ義務ノ履行トシテ差入レタルモノモ尙無効トナス意義ニアラスト前者ノ說ハ「新ニ」ナル文詞ヲ全然無意義タラシメントスルモ元來債務者ハ單ニ債務ヲ負フト言フノ一事ニ因リテ其資產ヲ管理處分スル自由ヲ失フモノニアラスト第九九〇條ノ如キハ衡平ノ要求ニ合センタメノ特段ナル例外的規定ニシテ之ヲ嚴格ニ解スヘキハ特ニ制限ノ一項目タル新ニナル文字ヲ無意義ニ解スルカ如キハ其當ヲ得サルモノトス然ラハ新ニ供スト擔保トハ如何余ハ前記調逸破産並ニ我破産法案ノ如ク元來債務者ノ義務ニ屬セス又ハ其方法若クハ時間カ債務者ノ義務ニ屬セサルニ提供シタル擔保ヲ指スト解シ後者ノ說ニ贊成セントス殊ニ同條ハ期限ニ至リタル債務ノ本旨ノ履行ヲ無効トセス只支拂停止後破産宣告前ニ於テ爲シタル支拂ハ相手方ニ於テ支拂停止ノ事實ヲ知リタルトキニ限り同法第九九一條ニ依リ取消シ得ルニ過キス然ラハ債務者カ支拂停止ヨリ三十日以前ニ於テ金錢若クハ物件給付ノ債務ヲ負擔シ支拂停止前三十日以内ニ於テ期限到來シタル際其本旨ニ從ヒタル履行トシテ金錢若クハ物件ノ所有權ヲ債權者ニ移轉スルハ有效ナリト云ハサルヘカラス然ルニ均シク支拂停止ヨリ三十日以前ニ

負擔シタル義務ノ履行トシテ支拂停止前三十日以内ニ其本旨ニ從ヒ質權抵當權ノ如キ物上擔保權ヲ設定スルハ何カ故ニ無効ナリヤ到底解スヘカラサルナリ(辯護士猪股淇清氏法律新聞第一〇〇三號九以下要領)

【同趣旨學說判例】

一 第五號(破産法草案第八五條)ニ所謂債務ノ消滅及ヒ擔保ノ供與ハ元來債務者ノ義務ニ屬セス又ハ其方法若クハ時期カ債務者ノ義務ニ屬セサルモノヲ豫想セルモノニシテ現行法ニ所謂期限ニ到ラサル債務ノ支拂期限ニ到リタル債務ノ代物辨濟及ヒ從來負擔シタル爲メ新ニ供スル擔保トハ是レ亦其債務ノ消滅ノ方法及ヒ擔保ノ供與カ總テ債務者ノ義務ニ屬セサルモノヲ豫想スルモノナリ(法學博士加藤正治氏破産法講義二四三頁)

二 從來負擔シタル債務ノ爲メ新ニ供スル擔保トハ破産者カ擔保設定ノ請求權ヲ有セサル或債權者ニ特別ノ利益ヲ授與スルノ意見ヲ以テ破産財團ニ屬スル財團ニ付キ設定シタル質權抵當權等ノ如キ一切ノ物上擔保ニ外ナラス(法學士松岡義正氏法政大學講義破産法三四四頁)

三 舊商法第九九〇條ニ於テ新ニ供スル擔保ヲ無効ト爲シタルハ債務者ニ於テ擔保ヲ供スル義務ナキニ自ラ進ンテ之ヲ提供シ以テ他ノ債權者ヲ侵害スルノ行爲ヲ制裁シタルニ止マリ從來擔保セシ擔保提供ノ義務ノ履行トシテ差入レタルモノモ尙無効トナス意義ニアラス(大阪地方裁判所判決法律新聞第一一八號)

【參照判例】

一 舊商法第九九〇條ノ規定ハ破産ノ場合ニ於ケル特別ノ制裁ニシテ支拂停止又ハ支拂停止前三十日以内ニ爲シタル行爲ヲ受益者カ他ノ債權者ヲ害スル事實ヲ知ルト否トヲ論セス法律上總テ之ヲ知レルモノト看做シ當然無効タルヘキモノト爲シタルナリ(大審院民事判決錄三十四年卷八一頁)

二 藤吉ノ支拂停止前數日ナル四十四年十月二十一日ニ藤吉ノ商品ニ對シ新ニ質權ヲ設定シタルモノト認ムルヲ相當トス然ラハ本件質權ハ舊商法第九九〇條ノ規定ニ從ヒ破産財產ニ對シテハ當然無効ナルコト明白ナリ(東京地方大正二年七月七日民三判決本書第二卷商法二二頁)

至當ノ見解ナリト信ス

五七一

左ノ場合ニ於テハ船舶ハ修繕スルコトヲ能ハサルニ至リタルモノト看做ス

(二〇)

加藤博士

松岡學士

大阪地方

大審院

東京地方

一、船舶カ其現在地ニ於テ修繕ヲ受クルコト能ハス且其修繕ヲ爲スヘキ地ニ到ルコト能ハサルトキ
 二、修繕費カ船舶ノ價額ノ四分ノ三ニ超ユルトキ
 前項第二號ノ價額ハ船舶カ海中毀損シタル場合ニ於テハ其發航ノ時ニ於ケル價額トシ其他ノ場合ニ於テハ其毀損
 前ニ有セシ價額トス
 六七 一、左ノ場合ニ於テハ被保險者ハ保險ノ目的ヲ保險者ニ委付シテ保險金額ノ全部ヲ請求スルコトヲ得
 一、船舶カ沈没シタルトキ(以下略)

(一) 船舶保險ニ付キ約款中委付ヲ爲シ得ル場合ヲ規定シタル甲條ノイ號ニ「船舶カ沈没ニヨリ全ク救助救援ノ見込ナキトアルトキハ商法第六七一條第一號船舶カ沈没シタルトアル規定ヲ制限シタル約旨ナリト解釋スヘキモノトス」救助救援ノ意義ハ改正前ノ商法ノ用語例ニ依リタル者トシテ物理上ノ意義ヲ有シ經濟上ノ意義ヲ有セタル者ト解スヘク且ツ救助救援ノ見込ノ有無ハ本來委付當時ノ狀況ヨリ之ヲ觀察スヘキモノナレトモ特ニ「全ク」ノ文字ヲ記入シアルヨリ見レハ絕對ニ救助救援ノ重ナキ場合ニ限り委付ヲ爲スノ意ナリト解スヘキモノトス」

(二) 右甲條ロ號ニ「船舶カ修繕スルコト能ハサルニ至リシトキ」ト記載シアルトキハ特別約款ナカリセハ商法第五七一條ニ掲ケタル二個ノ場合ヲ包含スルモノト解釋スヘキモノナリト雖モ甲條ノ次條乙條ニ「救助又ハ救援費假修繕費及本修繕費カ修繕後ニ有スヘキ價格ニ超過スルトキハ其船舶ハ修繕スルコト能ハサルモノト看做ス」トアルトキハ之レ商法第五七一條第二號ニ「修繕費カ船舶ノ價格ノ四分ノ三ニ超ユルトキ」トアル規定ニ牴觸スルヲ以テ乙條ハ此商法ノ規定ニ異リタル特別約款ヲ爲シタルモノト解スルヲ相當トスルカ故ニ甲條ロ號ニハ商法第五七一條第二號ノ場合ヲ包含セサルモノトス即チ甲條ロ號ハ商法第五七一條第一號ノ場合及ヒ救助又ハ救援費假修繕費及本修繕費カ修繕後ニ有スヘキ價格ニ超過シタル場合ヲ包含スルモノト解釋スヘキモノトス」

右乙條ノ次條丙號ニ「船舶カ修繕スルコト能ハサルニ至リタルモノト看做ス」トアルニ於テハ本證券ニ記載セル價格ヲ以テ修繕後ニ有スヘキ船價ト看做ス「トアルハ直チニ乙號ヲ承ケタルモノナルノミナラス本條ニ「看做ス」トアルヲ反證ヲ許ササルモノナリトセハ丙條ハ乙條ノ「修繕後ニ有スヘキ價格」ノ意義ヲ説明シタルモノニシテ單ニ假修繕後ニ有スヘキ船價ヲ評定スルニ付キ一應ノ標準ヲ示シタルモノト解スルコトヲ得サルモノトス」

約款ニ於テ修繕後ニ有スヘキ船價ヲ相當以上ニ協定シタルモ其協定ハ全然無効トナルモノニ非スシテ相當ノ範圍ニ於テ有效ナリトス」

(三) 保險價格ハ損害ノ危險ヲ測定スルニ付キ重要ナル事項ニアラサルヲ以テ假令惡意又ハ重大ナル過失ニヨリ其實價ヲ告ケサリシトスルモ保險契約ノ無効ヲ惹起スヘキモノニアラス」

一、控訴人カ其所有ノ海船東照丸ニ付キ明治四十年八月七日被控訴人ト甲第一號證

ノ如ク保險契約ヲ締結シタルコト該船舶カ明治四十一年六月二日午前四時韓國黃海道釜島附近ニ於テ沈没シタルコト其後該船舶カ同年八月中引揚ラレタルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ナリ控訴人ハ右船舶カ沈没シテ全ク救助ノ見込ナカシコトト事由トシ又船舶ノ修繕不能ヲ理由トシテ委付ヲ爲シタリト主張スルヲ以テ先ツ第一ノ事由ニ基ク委付ノ正當ナルヤ否ヤヲ案スルニ甲第六號證ニ依レハ控訴人カ明治四十一年七月十三日日本件東照丸ノ沈没ニ因リ全ク救助ノ見込ナキモノトシテ委付ヲ爲シタルコトヲ認ムルコトヲ得ヘシ然レトモ甲第一號證約款中ノ第七條第二號ニ「船舶カ沈没ニヨリ全ク救助救援ノ見込ナキトキ」トアルハ商法第六七一條第一號ニ「船舶カ沈没シタルトキ」トアル規定ヲ制限シタル約旨ナリト解釋スヘキモノトス而シテ改正前ノ商法ニ於テ救助ト云フハ遭難ニ因リ船舶又ハ積荷カ既ニ乘組員ノ占有ヲ離レ沈没又ハ漂流セル場合ニ之ヲ救フヲ稱シ救援ト云フハ遭難中第三者カ乘組員ノ占有中ニアル船舶又ハ積荷ヲ乘組員ニ協力シテ救フヲ稱シタルヲ以テ甲第一號證第七條第二號ニ救助救援ト云フモ亦此意義ニテ使用セリト認ムヘク從テ物理上ノ意義ヲ有シ經濟上ノ意義ヲ有セサルモノトス且ツ救助救援ノ見込ノ有無ハ委付當時ノ狀況ヨリ之ヲ觀察スヘキモノナレトモ特ニ「全ク」ノ文字ヲ記入シアルヨリ之ヲ見レハ契約當事者ハ十中ノ八九救助救援ノ望ナキヲ以テ足レリセス絶對ニ救助救援ノ望ナキ場合ニ限リ委付ヲ爲スノ意思ナルコト明カナリ故ニ第七條第二號ハ委付當時ヨリ察シテ物理上如何ナル方法ヲ以テスルモ救ヒ得ル望ナキコトヲ謂ヒ物理上ハ不能ニアラサルモ引上費カ引揚ラレタル船舶ノ價格ニ超過スヘキカ爲メ經濟上引揚ヲ爲ス能ハサルコトヲ謂フニアラサルモノト解釋スルヲ相當トス控訴人ハ「若シ然リトセハ第七條第二號

ハ絶對的全損即チ所謂現實全損ノ場合ニ該當スルヲ以テ委付ノ必要ナキノミナラス多クノ場合ニ於テハ委付スヘキ目的物ナキヲ以テ委付スルニ由ナシト主張スレトモ委付ノ制度ヲ設ケタル理由ハ現實全損ニアラサル場合ニ被保險者ヲシテ損害額ヲ確定スル時間ヲ待ツコトナク保險金ノ金額ヲ得セシムル爲メナルコトアリ又現實全損ナルヤ否ヤ疑シキ場合ニ於テ現實全損ヲ證明スルノ困難ヲ避ケシムル爲メナルコトアルヲ以テ現實全損ト委付トハ決シテ兩立シ難キモノニアラス從テ現實全損ノ場合ニ於テハ被保險者ハ其現實全損ヲ立證シテ保險金額ヲ請求スルコトヲ得ヘク又委付ヲ爲シテ保險金額ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノトス故ニ第七條第二號カ現實全損ノ場合ニ該當シタリトテ委付ノ必要ナキモノト云フヲ得ス

又控訴人ハ甲第十五號證ヲ提出シテ本件保險約款ハ英國海上保險法第六〇條ニ則リタルモノナリト主張スレトモ之ヲ甲第一號證ニ對照スルニ一部分類似ノモノナキニアラサレトモ同法第六〇條第一項第二項第一號ノ規定ハ本件保險約款ニ於テ採用レタルモノト云フコトヲ得ス故ニ右ノ規定ヲ引用シテ本件船舶ノ引揚費カ引揚ラレタル船舶ノ價格ニ超過スルトキハ解釋全損ナリト解スルヲ得ス又解釋全損ノ場合ニ限リ委付ヲ屬スコトヲ得ルモノト解スルコトヲ得サルナリ從テ縱令東照丸ノ引揚當時ノ價格カ八千圓ニシテ引揚ヲ要シタル費用カ貳萬參千七百五拾圓ナリトスルモ甲第一號證第七條第二號ニ該當スルモノト云フヲ得ス尙ホ又證人今村二郎ノ證言ニ依リテハ明治四十一年七月十三日即チ委付當時ニ於テ東照丸カ如何ナル方法ヲ以テスルモ物理上概看ニ救助スヘキ望ナキ狀態ニ在リシモノト認ムルヲ得ス甲第十二號證即チ訴外山科禮藏ト被控訴人間ノ救助請負契約書ニハ救助成效期限ハ本契約締結ノ日

ヨリ向フ三十日間トス而シテ此期間ニ救助成效セサルトキハ救助不成功ト看做シ云々ト記載シアレトモ其但書ニハ「特別ノ事情ニ依リ不得止場合ト認ムル時ハ多少延期スル事アルヘシ」ト定メアリテ其救助期限ノ延期セラレタルコトハ争ナキ所ナレハ之レニ依リテ委付當時全然救助ノ見込ナカリシコトヲ證スルニ足ラサルモノトモ其他甲第二號證甲第四號證甲第六號證甲第十一號證甲第十八號證甲第十九號證ニ依リテモ未ダ全然救助ノ見込ナカリシコトヲ認ムルニ足ラス證人今村二郎ノ證言ニ依リテモ亦然リトス甲第七號證甲第八號證乙第二號證ノ五證人渡邊慎二郎青木鏡男ノ證言ニ依リテハ前記ノ認定ヲ認スニ足ラス依テ本件船舶ノ救助不能ヲ事由トスル委付ハ正當ナリト云フコトヲ得サルモノトス

二 次ニ本件船舶ノ修繕不能ヲ事由トスル委付ノ正當ナルヤ否ヤヲ審案スルハ甲第六號證ニ係リテハ控訴人カ明治四十一年七月十三日修繕不能ヲ事由トシテ本件船舶ヲ委任シタルコトヲ認ムルヲ得サレトモ甲第十號證ニ依レハ控訴人カ左ノ事由ヲ以テ本件船舶ヲ委任シタルコトヲ認ムルヲ得サレトモ甲第十號證ニ依レハ控訴人カ明治四十一年九月七日右ノ事由ヲ以テ本件船舶ヲ委任シタルコトヲ認ムルヲ得ヘシ而シテ此等委付ノ當否ヲ判斷スルニハ先ツ是第一號證中ノ第七條第三號ノ意義如何ヲ判斷スルコトヲ要ス右第七條第三號ニ「船舶カ修繕スルコト能ハサルニ至リシトキ」ト記載アルハ特別約款ナカリセハ商法第五七一條ニ掲ケタル二箇ノ場合ヲ包含スルモノト解釋スヘキモノナリト雖モ第八條ニ「救助又ハ救援費假修繕費及本修繕費カ修繕後ニ有スヘキ價格ニ超過スルトキハ其船舶ハ修繕スルコト能ハサルモノト看取ス」トアルハ商法第五七一條第二號ニ「修繕費カ船舶ノ價格ノ四分ノ三ニ超ユルトキ」ト

規定ニ抵觸スルヲ以テ右第八條ハ商法ノ規定ニ異リタル特別約款ヲ爲シタルモノト解スルヲ相當トス故ニ第七條第三號ニハ商法第五七一條第二號ノ場合ヲ包含セサルモノトス從テ之ヲ包含スル約款ナリト控訴人ノ主張ハ理由ナシ然ラハ第七條第三號ハ商法第五七一條第一號ニ所謂「船舶カ其現在地ニ於テ修繕ヲ受ケルコト能ハス且其修繕後ニ有スヘキ價格ニ超過シタル場合」及ヒ救助又ハ救援費假修繕費及本修繕費カ修繕後ニ有スヘキ價格ニ超過シタル場合ヲ包含スルモノト解釋スヘキモノトス甲第五號證ニハ船舶價四分ノ三以上ノ修繕費ヲ要スルトキハ會社ハ責任ヲ負擔スヘキ旨ノ記載アレトモ是レ被控訴人ノ訴訟代理人カ證據保全ノ申請ヲ爲スニ當リ第一號證ナ眼ニ置カスシテ法律上ノ意見ヲ述ヘタルニ過キササルヲ以テ甲第五號證ハ右ノ認定ニ對スル反證ト爲スニ足ラス依テ明治四十一年九月七日即チ委付當時東照丸カ現在地仁川港ニ於テ修繕ヲ受ケルコト能ハス且其修繕後ニ有スヘキ價格ニ超過シタルハサリシヤチ案スルニ原審ニ於ケル證人渡邊慎二郎青井鏡男ハ孰レモ仁川港ニ於テモ内地ヨリ人及ヒ材料ヲ送レハ假修繕ヲ爲スコトヲ得ヘク假修繕ヲシタルトキハ曳船シテ内地ニ來リ本修繕ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ證言スルヲ以テ東照丸カ當時現在地ニ於テ修繕ヲ受ケルコト能ハス且修繕後ニ有スヘキ價格ニ超過シタルコト能ハサルモノト認ムルコトヲ得サルナリ乙第二號證ノ五ニ依テモ亦然リトス甲第二號證ノ記載ハ信用セス其他此點ニ關スル控訴人ノ立證ナキヲ以テ商法第五七一條第一號ノ事由ニ基クテ修繕不能ハ之ナキモノ認ムルヲ相當トス次ニ本件船舶ノ救助又ハ救援費假修繕費及本修繕費カ修繕後ニ有スヘキ價格ニ超過シタルヤ否ヤヲ審案スルニ甲第一號證第九條ニ「船舶カ修繕スルコト能ハサルニ至リタルモノト看做ス場合ニ於テハ本證券ニ記

載セル價格ヲ以テ修繕後ニ有スヘキ船價ト看做ス「トアルハ直チニ前條ヲ承ケタルモ
 ノナルノミナラス第九條ニ「看做ス」トアルハ反證ヲ許ササルモノナルコト爭ナキ所ナ
 レハ同條ハ第八條ノ「修繕後ニ有スヘキ價格」ノ意義ヲ證明シタルモノニシテ控訴人主
 張ノ如ク修繕後ニ有スヘキ船價ヲ評定スルニ付キ一應ノ標準ヲ示シタルモノト解ス
 ルコトヲ得サルモノトス第九條カ明治三十九年以後ニ追加セラレタルモノト解ス
 控訴人主張ノ如ク解釋スルコトヲ得ス控訴人ノ採用スル乙第六號證寫ニ依ルモ亦控
 訴人ノ解釋ヲ是認スルニ足ラス控訴人ハ若シ第九條カ第八條ノ意義ヲ證明シタルモ
 ノトセハ第八條ハ單ニ「救助又ハ教授費假修繕費及本修繕費カ本證券ニ記載セル價格
 ニ超過スルトキハ云々」ト云ヒ第九條ヲ省クヘカリシナリト再抗辯スレトモ此兩條ヲ
 設ケタルハ被控訴人主張ノ如ク不定價保險ノ場合ニ第八條ノミヲ適用シ不定價保險ノ
 場合ニ第八條第九條ヲ適用セントスル趣旨ナリト解スルヲ相當トス「尙ホ控訴人ハ明
 治四十五年四月二十四日ノ調書中ニ記載アル被控訴人ノ陳述ヲ引用シ不定價保險ハ
 本邦ニ行ハレサルヲ以テ甲第一號證ハ不定價保險ニ適用スヘキモノニアラスト再抗
 辯スレトモ被控訴人ノ陳述趣旨ハ本邦ニ於テ不定價保險ノ行ハルルコト少シト云フ
 ニアリテ絶無ナリト云フニアラサルヲ以テ甲第一號證約款カ不定價保險ニ適用セラ
 レサルコトヲ自白シタルモノニアラス加之不定價保險ハ商法ノ認ムル所ナレハ甲第
 一號證約款カ不定價保險ニモ適用セラレヘキモノナリト解スルモ不當ニアラス依テ
 再抗辯ハ理由ナシ「而シテ第九條ニ本證券ニ記載シタル價格ト云フハ保險ノ目的タル
 東照丸ノ價格即チ保險價格ニシテ拾貳萬圓ナリトス然レトモ當事者間ニ協定シタル
 保險價格カ實際ノ價格ヨリモ超過シタルトキハ其超過シタル部分ハ無効ナルコト其

船船ノ價格ハ明治四十年八月八日正午ニ於ケル實價ニ據ルヘキコトハ曩ニ中間判決
 於テ判斷シタル處ナリ依テ其實價如何ヲ案スルニ甲第二十二號證ニ依レハ本件東照
 丸ハ明治三十七年一二月頃大阪小野鐵工所ニ於テ製造セラレタルコトヲ認ムルヲ得
 ヘク甲第二十一號證ニ依レハ明治三十九年一月控訴人カ訴外茂龜四郎ト共ニ之ヲ金
 拾貳萬圓ニテ買受ケタルコトヲ認ムルヲ得ヘク保險契約當時控訴人カ本訴船船ノ所
 有者タルコト爭ナキ處ニシテ證人宇田友四郎ノ第二審ノ證言ニ依レハ汽船ノ毎年ノ
 減價價却ハ四分又ハ五分ナルコトヲ認メ得ヘキヲ以テ此等ノ事情ヲ參酌シ明治四十
 年八月八日正午ニ於ケル船船所有者ノ方面ヨリ觀察シタル本件東照丸ノ經濟上ノ價
 格ハ之ヲ金九萬五千圓ト認定スルヲ相當ナリトス被控訴人ノ採用スル證人宇田友四
 郎今村一郎ノ證書ニ依リテハ被控訴人主張ノ價格ヲ認ムルニ足ラス被控訴人ハ大正
 二年四月二十四日ノ辯論調書ニ於ケル控訴代理人ノ「拾萬圓餘ナリ」トノ供述ヲ引用ス
 レトモ此供述ハ賣買價格ヲ指シタルモノナルコトハ賣買價格ニ付キ爲セル證人ノ證
 言ヲ採用セルニヨリテ明カナルヲ以テ中間判決ノ趣旨ニ副ヘル自白ナリト認メ難シ
 故ニ甲第一號證第九條ノ約款ニ於テ協定シタル修繕後ニ有スヘキ船價中九萬五千圓
 ノ部分ハ有效ナリトス控訴人ハ協定ノ價格カ不實ナルトキハ協定ノ全部無効ナリト
 主張スレトモ其採用スル乙第六號證寫及鑑定人松波仁一郎ノ鑑定ニ依リテハ之ヲ認
 ムルニ足ラス然ラハ則チ甲第一號證第九條ニ依リ本件船船カ委付當時修繕スルコト
 能ハサル狀態ニアリタルヲ定ムル標準ハ救助費假修繕費本修繕費ノ總額カ九萬五
 千圓ヲ超過スル見込アリシヤ否ヤニアリトス從テ控訴人主張ノ如ク修繕後ノ現實ノ
 價格ヲ標準トスヘキモノニアラス故ニ修繕後ノ價格カ六萬二千五百圓ナルヤ否ヤハ

判斷ノ要ナシ而シテ甲第七號證ノ六、七ニ依レハ控訴人ノ明治四十一年九月七日委付
 ナシタル當時要シタル本件船舶ノ救助費ハ貳萬參千七百五十圓ナリシコトヲ認ム
 ルヲ得ヘク證人渡邊慎二郎ノ證言ニ依レハ右委付ノ當時假修繕費四千圓廻航費五千
 圓本修繕費四萬四千七百圓ヲ要スヘキ見込ナリシコトヲ認ムルコトヲ得ヘシ故ニ廻
 航費カ甲第一號證第九條ニ掲ケタル假修繕費若クハ本修繕費ノ何レカニ包含スルモ
 ノトスルモ救助費假修繕費及本修繕費ヲ併セテ合計七萬七千四百五十圓ニ過キサル
 ナリテ前項本件船舶ノ修繕後ニ有スヘキ價格九萬五千圓ニ超過スルト云フコトヲ得
 サルモノトス然ラハ甲第一號證第七條第三號ニ所謂船舶カ修繕スルコト能ハサル場
 合ニ該當セサルヲ以テ控訴人ノ明治四十一年九月七日爲シタル委付ハ正當ニアラサ
 ルナリ

三 被控訴人ハ保險價格ハ重要ナル事實ナルヲ以テ控訴人カ保險契約締結ノ際本件
 船舶ノ實價ヲ告ケサリシハ惡意又ハ重大ナル過失ニ因ルモノナレハ保險契約ハ無効
 ナリト抗辯スレトモ保險價格ハ損害ノ危險ヲ測定スルニ付キ重要ナル事項ニアラサ
 ルヲ以テ縱令惡意又ハ重大ナル過失ニヨリ其實價ヲ告ケサリシトスルモ保險契約ノ
 無効ヲ惹起スヘキモノニアラス假リニ重要ナル事項ナリトスルモ本件船舶ニ付テハ
 控訴人ノ買受前宇田アヨカ明治三十八年四月五日ヨリ明治三十九年四月五日マテ船
 價拾貳萬圓トシテ被控訴會社ト保險契約ヲ締結シタルコト爭ナキ所ナレハ控訴人ハ
 其實價ヲ告ケサルニ付キ惡意又ハ重大ナル過失アリタルモノト云フコトヲ得サルモ
 ノトス

以上説明ノ如ク控訴人ノ爲シタル委付カ執レモ正當ニアラサル以上ハ本件保險金ノ

請求ハ其理由ナキモノト謂ハサルヲ得ス(東京控訴大正元年(ホ)第七一五號同四年二月
 十八日民三部松岡裁判長成道水口各判事判決)

【關係事項】

保險金請求事件○控訴人鐵船米藏訴訟代理人辯護士高木益太郎外二名從參加人川崎鐵三郎訴訟代理人辯護士宮村隆治外一名被
 控訴人日本海上運送火災保險株式會社法定代理人取締役右近權左衛門訴訟代理人辯護士原嘉道外二名

(一一)

二六五第二項 商人ノ行爲ハ其營業ノ爲メニスルモノト推定ス

商法第二六五條第二項ハ商人ノ行爲カ其營業ノ爲メニスル行爲ナルヤ否ヤニ付
 テノ無益ノ爭ヲ避クルカ爲メニ一應之ヲ其營業ノ爲メニスルモノト推定スルノ
 規定ナルカ故ニ其行爲カ營業ノ爲メニスルコトヲ許ササル性質ノモノニ非ル限
 リハ此推定ヲ受クヘキモノトス

從テ商人カ爲シタル死因贈與若クハ商人カ其家族ヲ被保險者トシテ結ビタル生
 命保險契約ノ如キ商人ノ營業ノ爲メニスルコトヲ許ササル性質ノ行爲ニ付テハ
 之ヲ商人ノ營業ノ爲メニスルモノト推定スルコト能ハサルモ金錢ノ貸借ノ如キ
 ハ商人カ其營業ノ爲メニスルコトモアリ然ラサルコトモアルモノニシテ營業ノ
 爲メニスルコトヲ許ササル性質ノモノニアラサルヲ以テ商人カ金錢ノ貸借ヲ爲
 シタル場合ニハ商法第二六五條第二項ニ依リ之ヲ營業ノ爲メニスルモノト
 推定セサルヘカラス

【上告諭旨】 御院ハ嘗テ商法第二六五條第二項ヲ解シテ商人ノ行爲ハ如何ナルモノヲ問ハス其營業ノ爲メニスルモノトセハ其行爲ノ性質上商人ノ營業ト相關セサルコト明白ナルニ拘ハラズ尙ホ之ヲ營業ノ爲ニスル行爲ト推定スルノ不條理ヲ來スナリ以テ同條項ハ商人ノ行爲カ其營業ノ爲メニスルヤ否ヤ疑ハシキ場合ニ之ヲ適用スヘキ規定ナル旨ヲ判示セラレタリ(四四年(オ)七三號)故ニ同條項ハ行爲ノ性質上營業ト相關セサルコト明白ナル場合ニ之ヲ適用スヘカラサルヤ勿論ナリ本件當事者ハ貸借當時太物商人タリシニセヨ金錢ノ貸借ハ商行爲ニ非スシテ(商二六、三二六、四)其性質ノ民法行爲タルコト明白ニシテ(御院三八年(オ)四四五號及四二年(オ)二四八號判例)且金錢ノ借入ハ通常太物商業ト相關スル所ナシ果シテ然ラハ金錢ノ借入自體ハ其性質上寧ろ營業ト相關セサル行爲ト爲ササルヘカラス唯其借入ニ際シ借入金ヲ營業資金若クハ取引債務ノ辨濟金ニ供スルカ如キ營業ニ關シテ爲スモノト疑フヘキ事實ノ相伴フ場合ニ於テ始メテ同條ノ推定ヲ爲スヘキノミ然ルニ原審ハ太物商人ハ其營業ノ爲メニ金圓ノ借入ヲ爲スコトモアルヘク云云ト云ヒ太物商人ニ取リテ未必且稀有ノ架空的事例ヲ想像シ毫モ貸借當時ノ實際ニ就キ果シテ其借入金營業ニ關シテ爲シタルコトヲ疑フヘキ事實アリシヤ否ヤヲ認メスシテ直ニ同條項ノ推定ヲ爲シタルヲ以テ乃チ原判決ハ理由ノ不備ト同時ニ法則ヲ不當ニ適用シタル不法アリト信ス

【判決理由】 商法第二六五條第二項ハ商人ノ行爲カ其營業ノ爲メニスル行爲ナルヤ否ヤニ付テノ無益ノ爭ヲ避クルカ爲メニ一應之ヲ其營業ノ爲メニスルモノト推定スルノ規定ナルカ故ニ苟モ其行爲カ營業ノ爲メニスルコトヲ許ササル性質ノモノニ非ル限リハ常ニ此推定ヲ受クヘキモノナリ從テ商人カ爲シタル死因贈與若クハ商人カ其

家族ヲ被保險者トシテ結ビタル生命保險契約ノ如キ商人ノ營業ノ爲メニスルコトヲ許ササル性質ノ行爲ニ付テハ之ヲ商人ノ營業ノ爲メニスルモノト推定スルコト能ハサルモ金錢ノ貸借ノ如キハ商人カ其營業ノ爲メニスルコトモアリ然ラサルコトモアルモノニシテ營業ノ爲メニスルコトヲ許ササル性質ノモノニアラサルヲ以テ商人カ金錢ノ貸借ヲ爲シタル場合ニハ商法第二六五條第二項ニ依リ之ヲ營業ノ爲メニスルタルモノト推定セサルヘカラス當該ノ場合ニ之ヲ營業ノ爲メニスルモノニアラスト爲サンニハ反證ヲ舉ケテ法律ノ推定ヲ破ルノ外ナキモノトス若シ上告人所謂ノ如ク商行爲ニアラス且通常營業ト關セサル行爲ニ付テハ商法第二六五條第二項ノ推定ナキモノトセハ其推定ヲ受クヘキ場合ハ皆無ナルニ至ラン蓋シ商法第二六三條ノ絕對的商行爲及同第二六四條ノ營業的商行爲ハ固ヨリ同第二六五條第一項ノ附屬的商行爲ニアラス而カモ商人ノ行爲カ直接間接ニ營業ニ關係ヲ有スルコト明カナルトキハ直ニ之ヲ以テ同第二六五條第一項ノ附屬的商行爲ト爲スヘク同條第二項ノ推定ヲ爲スノ餘地ナケレハナリ左レハ原判決カ太物商タル被上告人カ金錢ノ借入ヲ爲シタル場合ニ商法第二六五條第二項ノ推定ヲ用キタルハ正當ニシテ上告ノ理由ナシ(大審院大正三年(オ)第八五八號同四年三月二十四日民三部横田裁判長大倉禰原嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審山形地方裁判所○貸金請求事件○上告人阿部茂助訴訟代理人辯護士廣山寛平被上告人高橋榮助

【參照學說判例】

一 商人ノ行爲ハ悉ク營業ノ爲メニスルモノト推定ス決シテ商人ノ行爲中ノ或モノニ限ルニ非ス故ニ商人ノ行爲ニ關シテ此推

松本博士
青木博士
柳川學士
須賀學士

竹田學士

西本氏

大森院

定テ否定セント欲スル者ハ必ス常ニ反證ヲ舉ケサルヘカラス商法ニハ毫モ商人ノ行爲中ニ區別ヲ設ケス唯實際ニ或行爲ニハ營業ノ爲メニスルモノニ非ストノ反證忽チ舉カリ他ノ行爲ニハ容易ニ舉カラサル差アルノミ(法學博士松波仁一郎氏改正日本商行為法一九七頁)

二 商人ノ行爲ハ其營業ノ爲メニスルモノト推定ス(二六五、二)此推定ハ一般ニシテ其商人ノ爲メニスルモノハ其相手方若クハ第三者ノ爲メニスルモノ同一ノ效力ヲ有シ何人モ之ヲ援用スルコトヲ得(法學博士松本泰治氏商法行爲法四九頁)

三 商人ノ行爲ハ營業ノ爲メニスルモノニ非ストノ反對ノ證據ナキ限りハ常ニ商行爲トシテ之ニ關スル規定ノ適用ヲ受ク(法學博士青木徹二氏商法教科書一五頁)

四 法律ハ一般ニ商人ノ爲メニスル行爲ハ疑アル場合ニ於テ其營業ノ爲メニスルモノト推定シタリ而シテ之ニ付言スヘキハ右法律ノ推定ハ絕對的ニアラサルカ故ニ總テノ證據方法ニヨリ此推定ヲ打破スルヲ得ヘキコト之レナリ(法學士柳川勝二氏改正商法三八頁)

五 推定の商行爲ヲ認メタル理由ハ全ク實際取引上ノ便宜ヲ慮カリタルカ爲メニシテ既ニ前記ノ附屬的商行爲ヲ認メタル以上商人ノ爲メニスル行爲ニ付テハ一々其營業ノ爲メニスルモノナルヲ否ヤチ辨別シ其行爲カ商行爲アルヲ否ヤチ決定セサルヘカラサル必要アリ然レトモ如此ハ事頗ル煩雜ニ失シ實際上ノ不便少クニアラサルヲ以テ法律ハ此點ニ鑑ミ且ツ商人ノ一切ノ行爲ヲ商行爲ト爲メニ付キ別ニ何人ヲ害セサルヘキヲ慮カリ商人ノ行爲ハ其營業ノ爲メニスルモノト推定スト規定シ商人ノ一切ノ行爲ニ商行爲性ヲ賦與スル方針ニ出テ此處ニ推定の商行爲ナル商行爲ノ一種別ヲ生スルニ至リタル次第ナリ(法學士須賀喜三郎氏早稻田大學講義錄商行爲四七頁)

六 商法ハ別段ノ規定ヲ設ケ商人ノ行爲ハ其營業ノ爲メニスルモノト推定セリ(商法第二六四條第二項)此推定ハ商人ニ對シテノミナラス商人ノ爲メニスル適用アリ故ニ商人ハ別段ノ證明ヲ須キスシテ自己ノ行爲ナリト主張スルコトヲ得但此規定ハ推定ニ過キサルカ故ニ反證ヲ許スハ勿論始メヨリ營業ノ爲メニスルモノニ非サルコト分明ナル場合ニハ適用セラルヘキモノニ非ス(法學士竹田省氏商法總論一六〇頁)

七 商人ノ行爲ハ總テ其營業ノ爲メニスルモノト推定セラル此推定ハ一般ニ對シテモ又何人ノ爲メニスルモノ存スルモノナリ故ニ商人ノ或行爲ニアラサルコトヲ主張スル者ハ商人自身タルト及其相手方タルト間ハ舉證ノ責任ヲ負フモノナリ又商人カ其營業ノ爲メニスル行爲ハ相手方カ之ヲ知ルト否ト問ハス補助商行爲ナルカ故相手方カ之ヲ知ラザリシ事ヲ證明スルモ未ダ右ノ推定ヲ覆スニ足ラス(西本辰之助氏商法總論九八頁)

八 商人カ金錢ノ消費寄託ヲ受クルカ如キハ其營業ノ爲メニスルモノト以テ通常トシ必スシキ營業ノ性質種類ヲ問フノ要ナキモノトス(大森院大正二年十二月二十四日民二部判決本書二卷商法四四四頁)

九 原判決ハ洋服商人タル被告ノ常習ニ付商法第二六五條第二項ヲ適用シ一應本件消費貸借ヲ以テ同人カ營業ノ爲メニスルモノト推定シ然レ後當事者間ニ爭ナキ他ノ事實ニ基キ其推定ヲ打破シ本件消費貸借ハ同人カ營業ノ爲メニスルモノト非サル旨事實ヲ確定シタルモノナルコト判又上明白ナレハ本論旨ノ前段ハ其理由ナシ(大森院大正二年六月十四日民一部判決)

東京控訴院

東京控訴院判決

本書第二卷商法二二二頁)

一〇 商人ノ借入金ハ營業ノ爲メニスルモノト推定スヘキモノナルニ因リ五ヶ年ノ時効ニ因リテ消滅ス(東京控訴院民三部判決法律日一六七號判例集二四二頁本書第一卷商法四二頁)

判決カ事案ノ場合第二六五條第二項ヲ適用スヘキモノト爲シタルハ是ナリト雖モ判決カ性質相許ササルトキハ同條項ノ適用ナキモノト爲スカ如キハ多數ノ學者ト共ニ吾人ノ採ラサル所ニシテ性質云々ハ只反證ノ難易ニ關スルノミト思惟ス

(三二)

二八二 第四四一條(中略)ノ規定ハ金錢其他ノ物又ハ有價證券ノ給付ヲ目的トスル有價證券ニ之ヲ準用ス

四四一 何人ト雖モ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ手形ヲ取得シタル者ニ對シ其手段ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス

四四九 爲替手段ハ其金額三十圓以上ノモノニ限り之ヲ無記名義ト爲スコトヲ得

民法八六第三項 無記名債權ハ之ヲ動産ト看做ス

同一九二 平穩且公然ニ動産ノ占有ヲ始メタル者カ善意ニシテ且過失ナキトキハ即時ニ其動産ノ上ニ行使スル權利ヲ取得ス

同一九三 前條ノ場合ニ於テ占有物カ盜品又ハ遺失物ナルトキハ被害者又ハ遺失主ハ盜難又ハ遺失ノ時ヨリ二年間占有者ニ對シテ其物ノ回復ヲ請求スルコトヲ得

一 記名株券ハ白紙委任狀付ニテ日々轉々流通シ其取引頻繁ニシテ一々委任狀ノ眞否ヲ調査決定スルハ煩ニ堪ヘサルトコロナレハ若シ注意ヲ拂フテ白紙委任狀ニ押捺セラレアル印影ノ眞否ヲ調査シタリトセハ直チニ其委任狀ハ偽造ニ係ルコトヲ發見スヘキモ此注意ヲ缺キ委任狀ノ眞否ノ調査ヲ爲サザリシトスルモ斯カル懈怠ハ單ニ經過失トナスヘク未タ以テ重大ナル過失アルモノト認

ムルコトヲ得サルモノトス」

(二) 質入ノ方法ニ關スル規定ト其効力ニ關スル規定トハ兩者之ヲ區別スヘキモノナレハ有價證券ニ關シ商法中規定ナシトスルモ質入ノ効力ニ關シ規定シタル第二八二條第四一條ノ特別規定存スルカ故ニ當然之ヲ適用スヘキモノトス」

(三) 商法第二八二條第四一條ニヨレハ惡意又ハ重大ナル過失ナク金錢其他ノ物又ハ有價證券ノ給付ヲ目的トスル有價證券ヲ取得シタル者ハ其返還ノ義務ナキモノニシテ茲ニ有價證券ノ取得者トハ證券ノ占有ヲ取得シタルモノト解スヘキモノトス」

(四) 商法ハ無記名式ノ手形ヲ認ムルカ故ニ其手形ノ質取主ハ交付ノミニヨリテ質權ヲ取得シ得ヘキカ故ニ善意無重大過失ナル場合ハ當然同第四一條ノ保護ヲ受クルモノトス」

(五) 株券記名者カ白紙委任狀ヲ作成シ株券ト共ニ之ヲ他人ニ交付スルニ於テハ其株券ノ委任狀ト相待テ轉讓流通シ其作用恰モ無記名株ト異ラサルハ一般公知ノ慣行ニシテ斯カル記名株券ハ商法第二八二條ノ所謂有價證券ニ外ナラサレハ同第四一條ヲ準用スルノ結果同株券ニ付キ質權ヲ取得シタルモノハ善意無重大過失ナル以上ハ其占有ノ保護ヲ受ケ何人ニ對シテモ返還ノ義務ナキモノト云フヘク其委任狀ノ偽造ナルト將タ質權設定者カ正當ナル權限ヲ有セザ

ルトハ敢テ之ヲ問フトコロニアラサルモノトス」

(一) 案スルニ被控訴人ハ先代細川護成ノ家督相續ヲ爲シタルコトハ當事者間ニ爭ナキ所トス而シテ本訴係争ノ證券ハ被控訴人先代ノ所有品ニシテ公訴被告人澁井松雄カ之ヲ竊取シタルモノナルコト控訴人中井銀行ハ亡石井拾三郎ヨリ手形割引ノ擔保品トシテ被控訴人請求ニ係ル證券ヲ受取り占有スルコト又東京銀行ハ右拾三郎ヨリ引受人岡崎瀧之丞名義爲替手形ノ割引ノ擔保品トシテ被控訴人先代細川護成名義ノ日本銀行株百株ヲ同人名義偽造白紙委任狀ト共ニ受取り又同銀行カ石井拾三郎名義ヲ以テ締結セラレタル當座貸越契約ノ擔保品トシテ被控訴人先代名義ノ擔正金銀行株百株ヲ前同様偽造ノ白紙委任狀ト共ニ右拾三郎ヨリ受取り何レモ之ヲ占有セルコト又其他ノ控訴人等ハ金融仲介業者小林清一郎ヨリ夫レノ手形割引ノ擔保品トシテ被控訴人請求ニ係ル證券ヲ受取り占有セルコト並ニ東京銀行ヲ除キ其他ノ各控訴人ハ右證券ヲ占有スルニ付キ何レモ善意且無過失ナリシコトハ本件公訴記録各證據ニヨリ之ヲ認定ス公訴人東京銀行カ前記株券ヲ占有スルニ付キ善意ナリシコトハ同證據ニヨリ明白ニシテ其過失ノ有無ニ關シテハ同行カ占有シタル擔保品タル株券ハ白紙委任狀ヲ添付セラレタル被控訴人先代名義ノ株券ナルヲ以テ同銀行ニシテ若シ注意ヲ拂フテ白紙委任狀ニ押捺セラレアル印影ノ眞否ヲ調査シタリトセハ直チニ其委任狀ハ偽造ニ係ルコトヲ發見スヘク從テ該株券ハ如何ニシテ同銀行ニ對シ擔保ニ供セラレタルカノ消息ヲ容易ニ了知スルコトヲ得ヘカリシニ事茲ニ出テサリシハ確實ナル取引ヲ旨トスル銀行業者トシテ其注意ヲ怠リタルモノト云ハサルヘカラス然レトモ記名株券ハ白紙委任狀付ニテ日々賑々流通シ其取引頻繁ニシテ一々委

任狀ノ眞否ヲ調査決定スルハ類ニ堪ヘサルトコロナレハ叙上ノ注意ヲ缺キ委任狀ノ眞否ノ調査ヲ爲サザリシトスルモ亦恕スヘキ點ナキニアラサルヲ以テ斯カル懈怠ハ單ニ輕過失トナスヘク未ダ以テ重大ナル過失アルモノト認ムルコトヲ得ス仍テ叙上認定ニ反スル當事者双方ノ代理人ノ各抗辯ハ之ヲ採用セス而シテ各控訴代理人ハ各控訴人カ保爭證券ヲ占有スルハ控訴人各自ノ債權ノ擔保トシテ之ヲ各擔保品差入人ヨリ交付ヲ受ケル際擔保ノ目的ヲ以テ其ノ所有權ノ信託的讓渡ヲ受ケタル結果ナリト抗辯シ當審ニ於ケル各鑑定人ノ鑑定ヲ採用スルモ其鑑定人ノ鑑定ニヨルモ現今我國ノ取引界ニ於テ有價證券ヲ擔保ニ供スルニ當リ信託的讓渡ノ形式ヲ以テ擔保ノ目的ヲ達セントスル慣習ノ存スルコトヲ認メ得サルノミナラス公訴記録ノ各證據ニヨレハ却テ各控訴人ハ質權ノ目的トシテ本訴保爭證券ヲ取得シタルコト炳トシテ明カナルヲ以テ右抗辯ハ採用スルコトヲ得ス

二 被控訴代理人ハ我民法上無記名債權ハ動産ト看做ササルカ故ニ無記名債權タル公債證書ノ上ニ存スル質權ノ得喪ニ就テハ民法動産ニ關スル規定ヲ適用セザルヘカラスト主張スルヲ以テ此點ニ付キ案スルニ控訴人杉田駿カ商人ナルコトハ公訴記録第二卷三百二丁ノ證書ニヨリ之ヲ認メ其他ノ各控訴人ハ銀行業者ニシテ商人タルコト多言ヲ埃ダサル所ニシテ被控訴人カ其商人タル各控訴人(東京銀行ヲ除ク)ニ對シ質權ニヨリ占有ヲ取得セル流通證券タル有價證券ト認ムヘキ保爭證券ノ返還ヲ求ムルニアレハ先ツ第一ニ商法ヲ適用スヘク商法ニ當該法條ナキニ於テ初メテ民法ヲ適用スヘキ案件ナリト云ハサルヘカラス然ルニ被控訴代理人ハ本件有價證券ノ質入ニ關シ商法中之ヲ支配スヘキ規定ナキカ故ニ商法第一條ニヨリ當然民法ノ支配ヲ受クヘ

キモノナリト主張スルモ質入ノ方法ニ關スル規定ト其效力ニ關スル規定トハ兩者之ヲ區別スヘキハ當然ニシテ其質入ノ方法ニ關シ商法中規定ノ存セサルハ明確ナルモ復段説明スル如ク有價證券ノ質入ノ效力ニ關シ規定シタル商法第二八二條第四一條(主トシテ質入ノ效力ノミヲ規定シタルモノニアラサルハ勿論ナリトス)ノ特別規定存スルカ故當然之ヲ適用スヘキモノニシテ被控訴代理人ノ主張ハ採用スヘキ限リニアラス

(三) 商法第二八二條第四一條ニヨレハ惡意又ハ重大ナル過失ナク金錢其他ノ物又ハ有價證券ノ給付ヲ目的トスル有價證券ヲ取得シタル者ハ其返還ノ義務ナキ事ヲ規定セリ茲ニ有價證券ノ取得者トハ證券ノ占有ヲ取得シタルモノト解スヘキナリ蓋シ右規定ハ民法第一九二條ト其法意ヲ同シウシ善意ニシテ過失ナキ占有權ヲ保護スルニアリ唯手形其他ノ有價證券ハ其流通ノ敏活安全ヲ必要トスルコト普通ノ動産ヨリ一層緊切ナル者アルカ故商法ニ於テ特別規定ヲ設ケタルモノナレハナリ故ニ善意無重大過失ナル有價證券ノ占有權ハ有價證券ノ取得力所有權取得ノ爲メナルト質權取得ノ爲メナルトヲ問ハス凡テ其占有ニヨリテ保護ヲ受クヘキヲ以テ有價證券ノ上ニ所有權ヲ取得スルノ意思ヲ以テ有價證券ノ占有權ヲ取得シタル者ハ其所有權ヲ取得シ又證券ノ上ニ質權ヲ設定セシムヘキ意思ヲ以テ其占有權ヲ取得シタル者ハ其證券ニ付キ質權ヲ取得シ何人ト雖モ之ニ對シ其有價證券ノ返還ヲ請求シ得サルモノトス(四) 被控訴代理人ハ我現行商法ニ於テハ手形ノ質入裏書ヲ認メサルカ故手形ヲ質入取リタル者ハ商法第四一條ノ保護ヲ受クルコトヲ得ス從テ有價證券ヲ質入取リタルモノモ亦其規定ヲ準用セル第二八二條ノ適用ヲ受クルコトヲ得スト主張スルモ商

法ハ無記名式ノ手形ヲ認ムルカ故其手形ノ質取主ハ交付ノミニヨリテ質權ヲ取得シ得ヘキカ故善意無重大過失ナル場合ハ當然同第四一條ノ保護ヲ受クルモノト解セサルヘカラス唯商法第四六三條ノ削除ニヨリ指圖式手形ノ質入ハ商法ノ適用ヲ受クルコト能ハサルヤノ疑問ヲ生シ得ヘシト雖モ改正前商法第四六三條質入ニ關スル規定ハ手形質入ノ方法形式ヲ規定シタルモノニシテ質入ノ效力ヲ規定シタルモノニアラス從テ改正法カ右規定ヲ削除シタルハ手形質入方法トシテ特ニ如斯形式ヲ認ムル必要ナシトシタル爲メ指圖式手形ノ質入ヲ爲スモ手形ノ效力ナシトシタルニ過キスシテ決シテ商法ハ凡テ手形ノ質入ヲ禁止シ手形ノ質入ハ如何ナル方法ヲ以テスルモ商法上之ヲ質入トシテ認メスト云フ趣旨ニ解ス可ラサルナリ特ニ無記名式手形ニ在リテハ指圖式手形トハ全然其流通ノ形式ヲ異ニスルヲ以テ指圖式手形ニ關スル質入裏書ノ規定カ商法改正ニヨリ削除セラレタレハトテ裏書流通ニ關係ナキ無記名式手形ノ流通形式ニ影響ヲ及ホスノ理ナキナリ以テ商法改正ノ前後ヲ問ハス無記名式手形ニ付テハ引渡ノ方法ニヨリテ有效ニ手形ノ質入ヲ爲スコトヲ得ヘク從テ商法第四四一條ノ適用アルハ論ヲ埃タサル所ナリ又之ヲ無記名式手形ノ所有權ヲ取得シタルモノニ對スル權衡上ヨリ之ヲ觀察スルモ無記名式手形ヲ所有ノ意思ヲ以テ讓受ケルモノカ同條ノ保護ヲ受ケサルモノトシテ兩者ノ間ニ差別ヲ設クヘキ理由毫モ在セサルモノトス

(五) 次ニ被控訴代理人ハ控訴人東京銀行ハ形式上本件記名株券ヲ岡崎瀧之丞ヨリ質權ノ目的トシテ取得シタルコトニナリ居ルモ同人ハ右法律行爲ニ干與セス亡石井捨

三郎カ同人名義ヲ濫用シ且ツ被控訴人先代ノ委任狀ヲ偽造シテ質權ヲ設定シタルモノナレハ適法ニ質權ヲ取得シ得サルモノト主張スルモ株券記名者カ白紙委任狀ヲ作成シ株券ト共ニ之ヲ他人ニ交付スルニ於テハ其株券ノ委任狀ト相待テ轉讓流通シ其作用恰モ無記名株ト異ラサルハ一般公知ノ慣行ニシテ斯カル記名株券ハ商法第二八二條ノ所謂有價證券ニ外ナラザレハ前段説明スル所ニヨリ同第四一條ヲ準用スルノ結果同株券ニ付キ質權ヲ取得シタルモノハ善意無重大過失ナル以上ハ其占有ノ保護ヲ受ケ何人ニ對シテモ返還ノ義務ナキモノト云フヘク其委任狀ノ偽造ナルト將々質權設定者カ正當ナル權限ヲ有セザルトハ敢テ之ヲ問フトコロニアラサルモノトス蓋シ善意ニシテ重大ナル過失ナク株券ニ付キ質權ヲ取得シタルモノハ原始的ニ其占有權ヲ取得シ相手方ノ權利ヲ承繼スルモノニアラザレハナリ果シテ然ラハ被控訴代理人ノ右主張ハ採用スルコトヲ得サルハ多言ヲ要セスシテ明白ナリ

被上説明スル所ニヨリ被控訴人ノ主張ハ一モ理由ナク各控訴代理人ノ商法第二八二條第四一條ヲ援用シ本訴請求ニ係ル證券ヲ被控訴人ニ對シ返還スヘキ義務ナシトノ抗辯ハ相當ナルヲ以テ被控訴人ノ請求ハ棄却セザルヘカラス(東京控訴大正四年四月廿七日刑二部西川裁判長遠藤後藤各判事判決)

【關係事項】

盜贓品回復請求事件○控訴人合名會社中井銀行外六銀行訴訟代理辯護士高木益太郎、原嘉道、青木徹二、岩田宙造、上原鹿造、岡崎正也、三浦大五郎、有馬忠三郎、高木金之助、原孫六、被控訴人細川護立訴訟代理人辯護士高根義人、井本常治、尾越辰雄

【參照學說判例】

本書第四卷一號商法一頁論說七頁

本事件發生以來盜品タル有價證券質入ノ効力ニ關シテハ吾人ノ屢々論シタル所
詳細ハ前掲論說ノ參照ヲ乞フ尙又株券カ商法第二八二條ニ所謂金錢其他ノ物又
ハ有價證券ノ給付ヲ目的トスル有價證券ト稱スルコトヲ得ルヤ否ヤニ至リテハ
本判決ニ反シ吾人ハ從來消極說ヲ主張スル所ニシテ名古屋地方裁判所ハ吾人ト
其見ヲ一ニシ東京地方裁判所ハ本判決ト其見ヲ一ニスルモノナリ(本書第三卷商
法二九二頁二三三四頁參照)

二三

破産手續ニハ民事訴訟法ヲ適用スヘク非訟事件手續法ヲ適用スヘキモノニ非サ
ルカ故ニ抗告裁判所カ當事者ノ申請ヲ許可シ在廷證人ヲ取調ヘタリトスルモ之
ヲ不法ト謂フヲ得ス

抗告裁判所ノ裁判ニ對シテハ其裁判ニ因リ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生シタルトキニ
非サレハ更ニ抗告ヲ爲スコトヲ得サルモノトス然ルニ抗告理由第一點及第二點ハ徒
ラニ抗告人ノ見解ヲ以テ原裁判理由ヲ非難スルニ止マリ之ヲ以テ原裁判ニ因リテ生
シタル新ナル獨立ノ抗告理由ト云フヲ得ス抗告理由第三點ニ關シテハ破産手續ニハ

舊商法九七八 商人カ支拂ヲ停止シタルトキハ裁判所ハ本人又ハ債權者ノ申立ニ因リ決定ヲ以テ破産ヲ宣告ス裁判
所ハ口頭辯論ヲ經シテ裁判ヲ爲スコトヲ得此裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得
舊商法施行條例二四 商法及本條例ニ依リ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキ場合ニ於テハ其期間ハ裁判書ノ送達ヲ受ケ
タル日ノ翌日又ハ裁判ノ言渡ヲ受ケタル日ノ翌日ヨリ起算シテ七日トス
同二五 前條ニ掲ケタルモノノ外抗告ニ關スル手續ニ付テハ民事訴訟法第四五五條第四六〇條第一項第二項第四六
五條及ヒ第四六六條第一項第二項第四項ヲ除ク分總テ同法第三編第三章ノ規定ヲ準用ス

民事訴訟法ヲ適用スヘク非訟事件手續法ヲ適用スヘキモノニ非サルカ(明治四十一年(タ)
第一三七號同年十一月二十六日決定參照)故ニ原審カ當事者ノ申請ヲ許可シ在廷證人
ヲ取調ヘタリトスルモ之ヲ不法ト謂フヲ得サルカ故ニ此理由モ亦原裁判ニ因リテ生
シタル新ナル獨立ノ抗告理由ト謂フヲ得ス仍テ商法施行法第一四七條明治二十三年
法律第五九號商法施行條例第二五條民事訴訟法第四五六條第二項ヲ適用シ主文ノ如
ク決定ス(大審院大正四年(タ)第二三號同月一月二十一日民二決定)

【關係事項】

抗告棄却○原審大阪控訴院○破産宣告申立却下ノ決定ニ對スル抗告事件○抗告人安積忠一訴訟代理人辯護士菅原喬

【參照判例】

破産手續ハ強制執行ノ範圍ニ屬スルヲ以テ其性質ヨリ之ヲ言フモ非訟事件手續法ノ規定ヲ適用若クハ準用スルヲ得サルノミナ
ラス其抗告手續ニ付テハ明治二十三年法律第五十九號商法施行條例ニ特別ノ規定アルモノヲ除ク外民事訴訟法中抗告ニ關スル
規定ヲ準用スヘキコトハ其第二五條ニ於テ規定スル所ナリ(大審院民事判決錄明治四一年一二三八頁)

至當ノ判決ナリ

二四

商法第四一九條ノ規定ハ任意規定ナルヲ以テ保險事故ヲ生スル危險ヲ特種ノモ
ノニ制限スルコトノ可能ナルハ勿論同條所定ノ責任免除ノ範圍ヲ擴張スルコト
亦素ヨリ爲シ得ヘキ所ニ屬スレトモ斯ル制限若クハ擴張ハ保險契約當事者力之
ヲ契約ノ内容トシタル意思ノ合致シタル場合ニ限り其効力ヲ生シ若シ特別ノ意

四一九 火災ニ因リテ生シタル損害ハ其火災ノ原因如何ヲ問ハス保險者之ヲ填補スル責任ニ任ス但第三九五條及ヒ第
三九六條ノ場合ハ此限ニ在テス

思表示アラサルトキハ當然第四一九條ニ依リ保險者ノ損害填補ノ責任ヲ判定スヘキモノトス」

我内國會社ノ普通保險約款中ニ掲グル事例ナキ免責條項ハ保險契約成立前契約者ニ之ヲ記載セル保險約款ヲ交付シ若クハ其條項ノ存在ヲ告知シタルコトナケレハ契約者カ右保險約款ノ免責規定ヲ保險契約ノ内容トスルノ意思表示ヲ爲シテ契約申込ヲ爲シタルモノト認ムルヲ得ス」

假令保險申込書中會社ノ保險約款ヲ承認シ申込ヲ爲ス旨ノ記載アルモ申込書カ會社ニ於テ印刷ニ附シタル保險申込用紙ナルトキハ保險申込人ハ單ニ重要事項ヲ記入スルニ止マルモノナレハ此記載ノミニ因リテ契約者カ約款ヲ承認シ契約ノ内容タラシムル意思表示アリシモノト認ムルヲ得ス」

又保險申込前ニ契約者ニ交付サレタル會社ノ保險營業案内ニ保險金ノ支拂ハ會社ノ保險約款ノ條項ニ抵觸セサル範圍内ニ於テ之ヲ爲ス旨ヲ掲グルト雖モ同案内書ニ其所謂保險約款ノ條項ヲ掲グルコトナキ以上ハ之ニ依リテ契約者ニ會社ノ右免責約款ニ據ルノ意思アリシモノト認ムルヲ得ス」

當事者間火災保險契約ノ目的ト爲リタル控訴人所有ノ家屋カ保險期間中ナル明治四十四年五月十七日火災ニ因リ燒失シ及保險金額五百圓タルコトハ當事者爭ナシ依テ被控訴會社カ保險者トシテ本件火災ニ因ル損害ヲ填補スル責任アルヤチ案スルニ被

控訴代理人ハ被保險會社ノ普通保險約款ニハ樹林ノ火災又ハ森林ノ燃焼ヨリ起ルル損害ニ付テハ會社ハ責任ヲ負ハサル旨ヲ規定シアリテ本件火災ノ損害ハ之ニ該當スルモノナレハ損害填補ノ責任ナシト抗辯スルヲ以テ本件家屋ノ燒失カ右樹林火災又ハ森林ノ燃焼ニ因レルモノナレヤ及本件保險契約ニ於テ森林火災ヨリ起レル損害ハ保險者ノ責任ヨリ除外スルヲ以テ契約ノ内容ト爲シタルヤハ本件訴訟ノ争點トス證人成田本一ノ證言ニ依レハ本件保險ノ目的ト爲リタル家屋ト共ニ稚内町ヲ全燒スルニ至リタル火災ハ明治四十四年五月十二日頃天鹽國上「サルヘツ」方面ヨリ燒來リタルモノト「ニイチ」ト「ク」ト「ネベツ」原野ニ火入ヲ爲シ失火シタルモノカ合シテ山火ト爲リ十六日ニ至リ稚内町ヲ去ル一里許ノ大曲附近ニ於テ一時消止メ得タリシモ十七日ニ至ル烈風ノ爲メ一度撲マリタル火ハ再ヒ勢ヲ盛リ返シテ益々盛ント爲リ消防ノ力及ハスシテ稚内町背後ノ森林ニ燃付キ周圍三里程一面ノ火ト爲リ遂ニ稚内町ニ及ヒタルノ事實ヲ認メ得ルヲ以テ本件家屋ノ燒失カ森林火災ノ延燒ニ因ルモノナルコト明カナリトス而シテ保險會社カ斯ル火災ニ付キ其責任ヲ負ハサル約款ヲ附スルハ森林火災ノ如キ其範圍擴大シ消防ノ途ナク人力ノ如何トモ爲シ難ク爲メニ人家ニ延燒スルコト人力ノ避ケ得サル所ナルコトアルヲ以テ斯ル火災ニ因ル損害ニ付キ其責任ヲ免レントスルノ目的ニ出ツ然ルニ本件家屋燒失當時稚内町ニ延燒シ來リタル森林火災ノ火勢猛烈ニシテ消防ノ途ナカリシコトハ前掲證人成田本一ノ證言ニ依リ認メ得ルヲ以テ本件家屋ノ燒失カ右約款ニ所謂樹林火災又ハ森林ノ燃焼ニ因レルモノナルコト之ヲ疑フヘキ餘地ナシ然ラハ保險約款ニ規定スル森林火災ニ因ル損害ニ付キ被控訴會社ノ責任ヲ除外スルコトカ本件契約ノ内容ト爲リタルヤ否ヤチ案スルニ火災保險

契約ニ於テ保險者カ特種ノ火災ノ危險負擔ニ任スル場合ハ格別否ラサルトキハ保險者ハ火災ノ原因如何ヲ問ハス火災ニ因リ生シタル損害ヲ填補スル責ニ任スルヲ原則トシ唯タ戰爭其他變亂ニ因リ生シ又ハ保險ノ目的ノ性質若クハ瑕疵及保險契約者又ハ被保險者ノ惡意者クハ重大ナル過失ニ因リ生シタル損害ニ付キ責任ヲ負ハサルモソナルコトハ我商法第四一九條ノ規定スル所ナリ而シテ此規定ハ任意規定ナルヲ以テ保險事故ヲ生スル危險ヲ特種ノモノニ制限スルコトノ可能ナルハ勿論前掲責任免除ノ範圍ヲ擴張スルコト亦素ヨリ爲シ得ヘキ所ニ屬ス然レトモ斯ル制限若クハ擴張ハ保險契約當事者カ之ヲ契約ノ内容トシタル意思ノ合致シタル場合ニ限り其効力ヲ生シ若シ特別ノ意思表示アラザルトキハ前掲第四一九條ニ依リ保險者ノ損害填補ノ責任ヲ判定スルモノトス而シテ本件ニ於テハ當事者間ニ右商法ノ規定ニ異リ保險者ハ右商法ノ規定ニ從ヒ本件火災ノ損害ニ付テモ之ヲ控訴人ニ填補スルノ責任アルモトノス勿論乙第一號證ノ被控訴會社ノ普通保險約款ニハ其第三條ニ於テ被控訴代理ノ抗辯スルカ如キ規定ノ存スルヲ見ルト雖モ證人堀江又二ノ證言ニ依リ保險契約成立前ニ控訴人ニ對シ乙第一條證ノ保險約款ヲ交付シタルコト若シクハ被控訴會社ノ保險約款中ニ係争ノ免責條項ノ存在ヲ告知シタルコトナカリシ事實ヲ認メ得ルヲ以テ控訴人カ右保險約款ノ免責規定ヲ保險契約ノ内容トスルノ意思表示ヲ爲シテ契約申込ミヲ爲シタルモノト認ムルヲ得ス從テ乙第三號證ノ本件保險申込書中中被控訴會社ノ保險約款ヲ承認シ申込ミヲ有ス旨ノ記載アルモノ同申込書ハ其ノ用紙ノ示ス如ク被控訴會社ニ於テ印刷ニ附シタル保險申込用紙トシテ保險申込人ハ單ニ重要事項

ヲ記入スルニ止マルモノナレハ此記載ノミニ因リテ控訴人カ約款承認シ契約ノ内容ヲラジムル意思表示アリシモノト認ムルヲ得ス又保險申込前ニ控訴人ニ交付サレタル被控訴會社ノ保險營業案内書ニハ保險金ノ支拂ハ被控訴會社ノ保險約款ノ條項ニ抵觸セサル範圍内ニ於テ之ヲ爲ス旨ヲ掲クルト雖モ同案内書ニハ其所謂條項ノ條項ヲ掲クルコトナキヲ以テ之ニ依リテ控訴人ニ被控訴會社ノ右免責約款ニ依ルノ意思アリシモノト認ムルヲ得テ却テ被控訴會社ノ係争免責約款ハ我内閣會社ノ普通保險約款中ニ之ヲ掲クル事例ナキコトハ鑑定人野守廣ノ鑑定書中ニ記述スル如クナルヲ以テ被控訴會社カ保險契約ヲ締結スルニ當リテ右免責約款ヲ契約ノ内容トシメントスルニハ豫メ前掲免責約款ノ存スルコトヲ保險申込人ニ告知スルカ若クハ保險約款ヲ交付シテ知ラシムルノ方法ヲ講スルコトハ取引上信義ノ要求スル應ナルニ被控訴會社カ本件保險契約ニ付キ手續ヲ採リタルモノト認メ得サルコト前掲堀江又二ノ證言ニ依リ明カナレハ其約款ノ規定ヲ知ラサル控訴人ニ於テハ少クとも我國火災保險會社ノ責任ヲ負フヘキ損害ニ付テハ被控訴會社ニ於テモ責任ヲ負ヒ保險金ノ支拂ヲ得ヘキモノト思惟シ從テ森林火災ノ延焼ニ付テモ損害填補ノ責ニ任スヘク毫モ被控訴會社ノ責任ヲ免スルコトヲ以テ契約ノ内容ト爲スノ意思ナカリシヲ以テ該約款ニ反スル意思ヲ表示スルコトナカリシモノト認ムルコト取引ノ通念ニ適スルモノナレハ控訴人カ商法ノ規定ニ反シ森林火災ノ延焼ニ因ル損害ニ付キ被控訴會社ヲシテ責ニ任セザラシムルノ意思表示ヲ爲シタルモノト認ムルヲ得ス被控訴代理入ハ控訴人ハ其知ルト否トニ拘ラス被控訴會社ノ普通保險約款ニ拘束サルモノナリト論スルモ商法カ保險關係ニ付キ規定スル所ト異ル保險約款ノ規定カ保險契約

ノ内容ヲ成シ其保險關係ヲ決スルコト爲ルニハ前述ノ如ク商法ノ規定ニ異ル特別ナル意思表示トシテ當事者間ノ契約ノ内容ヲ成シタル場合ニ限ル故ニ假令普通保險約款ノ規定存スル場合ト雖モ保險會社カ保險契約者ト合意シ此約款ノ規定ニ反スル特約ヲ爲スヲ妨ケス唯タ其特約ナキトキハ保險會社ハ其普通保險約款ニ據ル意思ニ基キ保險契約ヲ爲シタルモノト認ムヘキノミ而シテ保險契約者ノ方面ニ於テモ保險約款ノ條項ヲ知悉シ反對ノ意思ヲ表示スルコトナクハ其保險約款ニ據ルノ意思ヲ以テ契約ノ申込ヲ爲シタルモノト認ム可ク茲ニ初メテ保險約款ノ規定ヲ保險契約ノ内容ヲ爲シ之ニ依リ商法ノ規定ニ異ル保險契約上ノ權利關係發生スルモノトス左レハ普通保險約款ハ法規ト異リ保險契約ヲ爲シタルノ一事ニ因リ保險契約者ヲ羈束スルコトナク之ニ據ルノ意思表示ヲ認メタルトキニ限り羈束力アルモノトス本件ニ於テ被控訴會社ノ商法ノ規定ニ異リ保險者トシテノ責任ヲ除外スル規定ノ存スル右約款ヲ控訴人ナシテ知ラシムルノ方法ヲ講シタルコトナク又控訴人ニ於テ斯ル内容ノ保險契約締結ノ意思アリシコトヲ認メ得サルコト既ニ説明シタル如クナルヲ以テ被控訴會社ノ右普通保險約款ノ規定ハ控訴人ヲ羈束スルコト能ハス保險契約ヨリ生スル權義關係ハ商法ノ規定ニ準據スヘキモノトス(東京控訴大正三年(ネ)第二七二號同四年三月十七日民一部遠藤裁判長前田水口各判事判決)

【關係事項】

保險金請求事件○控訴人島崎久夫同福田又吉訴訟代理人辯護士川島任司同高木隆雄被控訴人リバパール、エント、ロンドン、エント、グロリア保險株式會社法律上代理人支配人アール、シングル、ハラスト訴訟代理人辯護士澤田洪憲

【參照學說】

松波博士

柳川學士

一 當事者ハ特約ヲ以テ或原因ニ因リ損害ヲ填補セスト約スルコトヲ得震災ノ如キハ其波及スルヲ大ナリトシテ保險セサルコト多シ：地震ヲ除外スル特約ヲ地震約款ト稱ス會社獨逸ノ保險營業者ハ地震約款ハ當然保險契約中ニ包含スト決議シタルモ此カル決議ハ效力ナシ會社米國桑港ニ大地震ヲ生シ其損害五億圓ニ上ホリタル際保險者ハ種々ノ口術ヲ設ケテ填補ノ責ヲ免カレントシ獨逸營業者ノ此決議モ其動機ヨリ出テタリト云ハル(法學博士松波仁一即氏日本商行為法一三九〇頁)

二 火災保險トハ火災ノ危險ニ因リ生シタル損害ヲ保險者ニ於テ填補スヘキ契約ヲ謂フ火災ト謂フハ高熱ノ作用ニヨリ燃焼災害ヲ惹起シタルヲ云フモノニシテ特約ナキハ燃焼結果カ如何ナル原因ニヨリ生シタルモノニテモ保險者ハ其損害ヲ填補セサル可ラス(法學士柳川勝二氏商法論網六二二頁)

大體ニ於テ正當ノ判決ナリト信ス尙ホ吾人ノ解スル所ニヨレハ內國會社ノ保險約款ト雖トモ必シモ當事者ヲ拘束スヘキモノニアラサル場合アルヲ信ス

(二五)

島實陽學士

一 九四第一項 會社ハ其資本ノ四分一ニ達スルマテハ利益ヲ配當スル毎ニ準備金トシテ其利益ノ二十分の一以上ヲ積立ツルコトヲ要ス

一 九五第一項 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ス

二 七 年二回以上利益ノ配當ヲ爲ス會社ニ在リテハ毎配當期ニ：：：財産目録及ヒ貸借對照表ヲ作ルコトヲ要ス

(一) 商法株式會社ノ計算ト題セル節中ニ於テ使用セル利益ナル文字ノ意義少クトモ其範圍ハ二様ニ解スヘキモノニシテ即チ一ハ利益ノ配當ト稱スル場合ニ於ケル利益他ハ準備金トシテ積立ツヘキ一源泉タル利益ニシテコハ異ル觀念ヲ以テ解スヘキモノトス

(二) 法定準備金トシテ積立ニ充テラルヘキ所謂利益即チ純益ハ或營業年度ニ於テ營業上生シタル所得即チ企業上ノ純益ノミヲ指スモノニアラスシテ貸借對照

表ヨリ生スル純益ヲ稱シ而シテ前營業年度ヨリ當年度ニ送りタル利益繰越金ハ之ヲ純益ト見ルヘキモノトス

從テ法定準備金ハ利益ノ配當ヲ爲ス場合ニ限り前營業年度ノ利益繰越金ヲ包含シタル貸借對照表上ニ現ハレタル貸方ノ超過額ヲ標準トシテ其二十分ノ一ヲ積立ツヘキモノトス

(三) 會社カ株主ニ配當シ得ヘキ利益ハ法律又ハ定款ニ從ヒ貸借對照表上生シタル利益中ヨリ例之法定準備金又ハ任意準備金等ヲ控除シ更ニ役員賞與金後期繰越金ト爲スヘキ部分等ヲ差引キタル残存部分ニシテ現ニ配當シ得ヘキモノトシテ確定セラレタル金額ヲ指スモノトス

(一) 利益テフ言葉ハ種々ナル法規ノ中ニ使用セララルルヲ見ル而シテ其總テニ通スル對一的意義ヲ下スコトハ蓋シ容易ノ業ニ非サルヘシ予ハ唯僅カニ商法殊ニ株式會社ノ計算ト題セル節中ニ於テ使用セララルル利益ナル文字ニ關シテ陳述セント欲スルノミ而シテ予ハ其利益ノ意義少クトモ其範圍ニ至リテハ必シモ同一ナラス法典ニハ二ノ用法アリ從テ之ヲ二様ニ解スヘキモノト信ス即チ一ハ利益ノ配當ト稱スル場合ニ於ケル利益ト他ハ準備金トシテ積立ツヘキ一源泉タル利益トハ之ヲ異ナル觀念ヲ以テ理解スヘキコト是レナリ第一九四條第一項ニ於テハ「利益ヲ配當スル毎ニ」及ヒ「其利益ノ二十分ノ一ヲ積立ツルコトヲ要ス」トノ二ケノ用法ヲ併セ規定シタルモノナルト同時ニ同條ニ於ケル利益ノ觀念ニ關シテハ世ノ實際家ノ間ニモ種々ナル見解ノ下ニ

區區タル取扱ノ存スルコトヲ聞知シタルヲ以テ該ニ獨斷的卑見ヲ吐露セントスル所

(二) 法定準備金ニ組入レラルヘキ利益ニ就テ實際界ニ於テハ貸借對照表ヲ作成スルニ當リ幾多ノ見解存スルモノノ如シ即チ(甲)株式會社ノ一營業年度ニ於ケル營業上ノ純益トノ説(乙)株式會社カ株主ニ配當ヲ爲スヘキ金額トノ説(丙)株式會社ノ貸借對照表上ニ表ハレタル利益ニシテ一營業年度ノ純益ニ前營業年度ノ利益繰越金ヲ加ヘタルモノトノ説(丁)株式會社ノ貸借對照表上ニ表ハレタル利益ニシテ一營業年度ニ於ケル純益ニ前營業年度ノ利益繰越金ヲ加ヘ更ニ後ノ營業年度ニ繰越スヘキ利益金額ヲ控除シタルモノトノ説等アリ今是等ノ諸説ヲ當否ヲ斷スルニ先チテ主ナル學說ニ付キ參照センニ佛法學者ハ全ク企業上ノ純益ニ解スルモノノ如ク之ニ反シテ獨逸ノ學者ハ多クハ貸借對照表上ヨリ生スル利益ノ義ニ解スルモノノ如シ然ルニ我國ノ學者ハ此點ニ付テ多ク論及セラレサルモノノ如キモ唯志田博士ハ利益ヲ以テ貸借對照表上ニ生スル利益ノ意ニ解セララルモノノ如シ而シテ今是等ノ學說ノ當否ニ付テ積フルニ獨法學者ノ說ヲ以テ穩當ヲ得タルモノナリト信ス蓋シ我商法第二七條ニ於テ年二回以上利益ノ配當ヲ爲ス會社ニ在リテハ毎配當期ニ財産目錄及ヒ貸借對照表ヲ作成スヘキコトヲ命スルカ故ニ財産目錄殊ニ貸借對照表カ利益配當ニ基礎タルコトヲ推知スルニ足ルヘク又實際界ニ於テモ常ニ貸借對照表上現ハレタル利益ヲ基礎トシテ其處分案ヲ決スルヲ習ヒトスレハナリ然リ而シテ純益ハ貸借對照表上ニ生シタル消極財産ニ超過スル積極財産ノ超過額ニ限ラルコトハ誤リナキ前提ト爲シ前營業年度ヨリ當年度ニ送りタル利益繰越金ハ之ヲ純益ト見ルヘキヤ否ヤニ關シテハ二説ニ

分岐ス(一)消極説…純益ヲ以テ其營業年度ノ利益ニ限ルモノト爲シ前營業年度ノ利益
 繰越金ハ其年度ニ於ケル純益ニ非サルカ故ニ之ヲ顧慮スルコトヲ要セスト爲スモノ
 ナリ(二)積極説…前營業年度ノ利益繰越金ハ之ヲ當該年度ノ純益中ニ算入セシメサル
 ヘカラスト爲スモノニシテ消極説ヲ批難シテ曰ク毎年度ノ純益ナル語ヲ以テ唯當該
 年度ノ利潤ノミヲ指シ且ツ前營業年度ノ利益繰越金カ本年度ノ純益ニ屬セサルノ故
 ナ以テ之ヲ顧慮スルノ要ナキニ至ラム果シテ然ラハ當然貸借對照表上利益ヲ生セサル營
 業年度ニ於テモ亦損失繰越金ヲ顧慮セサル結果法定準備金ヲ積立ツル義務ヲ生スル
 ニ至ルモノト論セサルヘカラスト是レ豈ニ正當ナラムヤト積極説ヲ以テ正鵠ヲ得タル
 モノト爲ササルヘカラスト然レトモ此見解ニ依リ前營業年度ノ利益繰越金ヲ利益ナリ
 ト解スルトキハ當該年度ニ於ケル利益中後期繰越金ノ部分ハ幾重ニモ後ニ來ルヘキ
 營業年度ニ涉リ法定準備金ノ財源ヲ爲スモノト論セサルヘカラストニ至ルト雖モ既
 ニ利益ヲ以テ貸借對照表ヨリ生スル貸方(積極財産)ノ超過額ナルコトヲ是認スル以上
 ハ是レ亦己ムコトヲ得サルノ結果ナルヘシ
 前述スル所ニ依リテ法定準備金ハ利益ノ配當ヲ爲ス場合ニ限リ前營業年度ノ利益繰
 越金ヲ包含シタル貸借對照表上ニ現ハレタル貸方ノ超過額ヲ標準トシテ其二十分ノ
 一ヲ積立ツヘキモノナルコト明カナリ然ルニ我國ノ學者ノ間ニハ法定準備金ノ基礎
 ナ配當セラルヘキ利益ニ置ク者アリ予モ亦曾テ第一九四條ノ文字ノ解釋トシテ同一
 結果ヲ主張シタリト雖モ今ヤ之ヲ探ラス蓋シ斯ノ如ク解スルトキハ配當利益ノ金額
 定マリタル後ニ非サレハ法定準備金ノ積立金額ヲ爲スコトヲ得サルノ結果ヲ生ス是

【第一點參照學說】

レ明カニ第一九四條第一項ニ法定準備金ヲ控除シタル後ニ非サレハ利益ノ配當ヲ爲
 スコトヲ得スト定メタル精神ト撞着スル嫌ヒアレハナリ第一九四條第一項ニ於ケル
 「利益ヲ配當スル毎ニ」トアルハ「現實ニ利益ノ配當ヲ爲サントスル年度ニハ」ト解スヘク
 又其利益ノ二十分ノ一ト記載スルモ是レ畢竟立法者力用語ノ精緻ヲ缺キタルニ因ル
 モノニシテ唯漠然其ナル文字ヲ使用シタルモノナリ
 (三) 會社カ株主ニ配當シ得ヘキ利益ハ其範圍ニ於テ法定準備金ノ計算ノ基礎タル利
 益ト異ナルコト前述スル所ニ依リテ自ラ明瞭トナリタルモノト信ス配當利益ハ法律
 又ハ定款ニ從ヒ貸借對照表上生シタル利益中ヨリ例之法定準備金又ハ任意準備金減
 價消却金養老保護基金等ヲ控除シ更ニ役員賞與金後期繰越金ト爲ルヘキ部分等ヲ差
 引キタル殘存部分ニシテ現ニ配當シ得ヘキモノトシテ確定セラレタル金額ヲ指スニ
 外ナラス是故ニ漫然利益ヲ配當スト謂フモ其意義ヲ作サス先ツ配當ニ關スル諸種ノ
 法律上及ヒ定款上ノ制限ニ服シテ始メテ配當シ得ヘキ利益意義ヲ生スルモノト謂フ
 ヘシ(法學士鳥賀陽然良氏京都法學會雜誌第十卷第五號九四頁以下要領)

一 利益トハ營業ニ於ケル總收入ヨリ總支出ヲ控除シタル餘額ナリ觀察ヲ變シテ云フトキハ營業者ノ總財産(積極財産)ヨリ資
 本額ニ當ルモノヲ除キタル餘額アリ若シ營業者ガ債務ヲ負擔スルトキハ其中ヨリ債務額ヲモ控除シタル餘額ナリ此餘額ヲ利益
 トシ自然ナルトキハ之ヲ自己ノ利益勘定ニ入レ會社ナルトキハ社員ニ分配ス法ニ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トセルハ殆ト無意味ナリ若シ夫レ收入ヲ直チニ利益トシテ配當スヘカラスト又前年度ニ損失アルトキハ
 先ツ之ヲ填補セサルヘカラストスル意トセハ必スシモ蛇足ニ非ス(法學博士松波仁一郎氏改正日本會社法一三八頁)
 一 利益トハ會社財産ノ貸方及ヒ借方ヲ對照計算シ借方ニ超過セル貸方ノ部分ヲ指ス…故ニ會社ニ損失ヲ生シタルトキハ其
 損失ヲ填補シタル後ニ非サレハ利益アリトシテ配當スルハ違法ニシテ會社ノ債權者ハ分配ヲ受ケタル社員ヲシテ之ヲ會社ニ返
 還セシムルコトヲ得ヘシ(六七條)特ニ株式會社ニ在テハ資本ハ債權者ノ唯一ノ擔保ナルヲ以テ嚴ニ之ヲ維持スルノ必要アリ從

松波博士

【第二點參照學說】

テ事實上ノ利益ヲ悉ク株主ニ配當シ終リ些少ノ剩餘タモ貯存セサルトキハ他日會社力損失ヲ受ケタル場合ニ於テ之ヲ填補スルニ由ナク忽チ資本ノ缺損ヲ來タシシ會社ノ債權者ハ勿論各株主ノ利益ヲモ害スルコトト爲ルヘキヲ以テ法律ハ株式會社ニ於ケル利益ノ配當ハ全然株主總會ノ決議ニ放任スヘキモノニアラストシ此點ニ於テ一個ノ重要ナル制限ヲ設ケタリ即チ株式會社ハ其資本ノ四分ノ一ニ達スルマテハ利益ヲ配當スル毎ニ準備金トシテ其利益ノ二十分ノ一以上ヲ積立ツルコトヲ要スルモノトシ此準備金ヲ控除シタル後ニアラサレハ株主ニ利益ヲ配當スルコトヲ得サルモノト爲セリ是ナリ(一九四條一項一九五條一項)之ヲ法定準備金ト稱ス(法學士柳川勝二氏改正商法論編一九六頁)

松本博士

片山學士

【第三點參照學說】

一 我商法ハ配當主義ナリ我商法ノ解釋ニ關シテハ議論アリテ或ハ法ノ精神解釋上又ハ佛獨等ノ比較上我モ亦利益額主義ナリトシ又法ニ會社ハ利益ヲ配當スル毎ニ其利益ノ云云トセリ其會社ノ得タル利益ナリト云フ者アレトモ然ラス主義ノ可否ハ別トシ我商法ハ配當主義ヲ採リタリト解スヘシ商法ニハ會社ハ利益ヲ配當スル毎ニ其利益ノ二十分ノ一ヲ積立ツルコトヲ要ストセリ其利益トハ利益ヲ配當スル毎ニ其利益ノ二十分ノ一ヲ換言スレハ配當スヘキ利益ナリ或ハ解シテ法文ニ「利益ヲ配當スル毎ニ」トセルハ積立ヲ爲ス時期ヲ定メタルニ止マリ積立ツヘキ金額ノ基本ヲ定メタルニ非スト云ハンモ然ラス時期ヲ定メタル同時ニ金額ノ基本ヲ定メタルナリ(法學博士松波仁一郎氏改正日本會社法一三七〇頁)
二 法定準備金ハ二種ノ財源ヨリ積立テラル一ハ利益ヲ配當スル毎ニ其二十分ノ一ヲ積立ツヘキモノニシテ一ハ株式ノ額面以上ノ發行ノ場合ニ於ケル額面超過額ヲ積立ツヘキモノナリ(一九四)利益ノ二十分ノ一トハ貸借對照表ニ於テ利益トシテ生シタル額ノ二十分ノ一ノ意味ナリ事實上配當セラルヘキ金額ノ二十分ノ一ノ意味ニアラス法文ノ文字上稍曖昧ノ虞アレトモ先ツ法定準備金トシテ積立ツヘキ金額ヲ控除スルニアラサレハ利益ノ配當ヲ爲スコトヲ得サルヨリ見レハ(一九五)法律ノ精神ハ分明ナリト云フヘシ(法學博士松本波治氏會社法中央大學四十五年演講錄二八八頁)
三 法律ノ定メタル計算ハ一營業年度ヲ通シテノ計算ヲ意味シ箇箇ノ行爲ニ關スル計算ヲ意味セス而シテ其ノ利益及損失ハ一ニ資本ニ對スル比較ニ於テ之ヲ謂フモノニシテ前營業年度ニ比スルノ謂ニ非ス故ニ或營業年度ノ欠損ハ次年度ノ利益ヲ減殺シ又ハ其ノ損失ヲ増大ス又或年度ノ利益ハ次年度ノ利益ヲ増加シ若クハ損失ヲ減殺ス(法學士片山義勝氏會社法原論四一九頁)積立ツヘキ二十分ノ一ヲ算出スヘキ基礎タル利益額如何ハ多少ノ疑アリ例ヘハ二十萬圓ノ利益ノ中十萬圓ヲ配當セントスルキハ十萬圓ノ二十分ノ一ヲ謂フカ將タ二十萬圓ノ二十分ノ一タルコトヲ要スルカ配當ヲ爲ササルトキハ之ヲ積立ツルコトヲ要セサル點ヨリ之ヲ見レハ法ノ精神ハ十萬圓ノ二十分ノ一ニ在リト解スヘキナリ(同上四二五頁)

一 會社ノ純財産中ヨリ資本及前年度ニ於ケル法定準備金ノ額ヲ控除シタル殘額ハ即チ利益ナリ而シテ利益中ヨリ法定準備金トシテ積立ツヘキ金額ヲ控除シタル殘額ハ之ヲ株主ニ配當スルコトヲ得ヘシ(一九五第一項)然レトモ會社力定款ヲ以テ役員賞

片山學士

【第一點參照學說】

一 法定準備金ノ財源ニ關シテ所謂配當主義ヲ採ラサル限リ當然ノ結果ナルヘシ
二 法定準備金ノ財源ニ關シテ所謂配當主義ハ法文ニ「利益ヲ配當スル毎ニ」其利益ノ二十分ノ一トアリテ文理上一顧ニ値スレトモ利益ノ配當ハ法定準備金控除ヲ前提トス(第一九五條第一項)ルヲ思ヘハ右「其」トハ利益ヲ配當スル毎ノ年度ヲ指スノ外特別ノ意義ナシト解スル學士ノ所論ヲ論理上可トスヘシ然レトモ利益額主義ヲ採ルトスルモ學士ノ如ク直チニ法定準備金ノ財源ヲ單純ニ貸借對照表上總純益ニ覓ムヘキヤ換言スレハ前年度ノ利益繰越金ヲ加算セシムヘキヤハ疑ヒナキ能ハス若シ之ヲ加算スルモノトセハ順次繰越ノ場合ハ同一部分カ幾重ニ準備金ノ財源トナリテ奇怪ノ現象ヲ呈セサルカ否單ニ奇怪トイフニ止マラス株主ノ利益ヲ剝奪スルノ結果トナラサルカ法ハ利益ノ配當ニ先テ利益ノ二十分

與金トシテ役員ニ利益ヲ幾分ヲ與フヘキコトヲ定メ又ハ前二述ヘタル利益株主認ムルトキハ利益ノ幾分ヲ割キテ是等ノ支出ヲ爲ササルヘカラサルヲ以テ株主ハ全部ノ配當ヲ受クルコトヲ得サルニ至ルヘシ法文ニ「損失ヲ填補シ」トアルモ損失ヲ填補シタル後ニアラサレハ正確ナル意義ニ於ケル利益ナルモノト生セサルナリ(法學博士松本波治氏會社法四十五年度中大學講義錄二九二頁)
二 利益トハ貸借對照表ニ現ハルル利益ニシテ會社ノ純財産力資本額ヲ超過スル場合ニ於テ其ノ超過額ハ即チ利益ナリ此利益ハ會社債權者ニ對スル公表ノ擔保タル資本以外ノ剩餘ナルヲ以テ之ヲ處分スルモ不當ニ會社債權者ヲ害スルモノニ非ス從テ此利益ハ自由ニ之ヲ株主ニ分配スルコトヲ得然レ共法定準備金カ法定ノ額ニ達セサル間ハ法定準備金トシテ積立ツヘキ金額ヲ其中ヨリ控除セサルヘカラス(說四七六・四七七)詳言スレハ損失ヲ填補シ且法定準備金ヲ控除スルニ非サレハ利益ノ配當ヲ爲スコトヲ得ス(法學士片山義勝氏會社法原論四二七頁)

ノ一ヲ法定準備金トシテ積立ツヘキコトヲ強要スルモ一度之ヲ控除シタル殘餘ハ之ヲ會社ノ任意處分ニ委スルヲ以テ全部配當スルモ將タ其一部ヲ配當平準々備金トシテ積立ツルモ利益繰越金トシテ次年度ニ廻ハスモ其ノ欲スル所ニ從ハシム而シテ既ニ配當シタル場合ハ勿論任意準備金トシテ積立テタル場合ハ次年度ニ於テ再ヒ法定準備金ノ財源タラサルコト明ナルニ會々繰越金トシテ計上セラレタルトキハ復タ法定準備金ノ財源トナリ其一部(二十分ノ一)ハ任意處分ノ目的ヨリ離脱ストハ一面奇怪ナル現象トイフヘク他面依テ以テ株主ハ配當ヲ受クヘカリシ財源ヲ制限セラルルコトトナルヘシ尤モ法定準備金ノ完成ハ早メラレ會社ノ基礎ハ強固ナルヲ得ンモ法カ法定準備金トシテ積立ヲ強要スル範圍ノモノハ利益中任意處分ニ委スル部分ニ對比シテ或率(Percentage)ニ止マルノミ敢テヨリ以上ヲ欲スルモノニアラス然リ而シテ株主カ一度其ノ利益ノ爲メニモ認メラレタル法律上ノ地位ハ妄リニ之ヲ剝奪スヘキニ非サレハ先キニ其任意處分ニ委セラレタル利益ハ年度ノ變換ニヨリテ其性質ヲ異ニスヘキ謂ハレナク次年度ニ繰越サレタルノ故ヲ以テ任意處分權ヲ失フモノトナサンハ法ノ精神ニ戻ラサルカ説聞吾人ノ疑ニ基ク學士反對ノ結論ハ却テ通説ナリト(松波博士日本會社法一三六八頁)暫ク記シテ研鑽ニ俟タン

(三) 配當スヘキ利益ノ範圍カ法定準備金算定ノ基礎タル利益ノ範圍ト異ルヘキハ

印者ニツキ利益額主義ヲ採ル當然ノ結論ノミ

(二六)

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、取締役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リ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招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リ前項ノ訴ヲ提起スルコトヲ得

民法九〇 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス

同九一 法律行為ノ當事者カ法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ

(一) 株主總會ノ決議カ法令又ハ定款ニ反スルトキト雖モ其決議ハ當然無効ニアラス

(二) 株主總會ノ決議ハ法律行為ニシテ法律關係ニアラサルコト勿論ナレハ確認ノ訴ノ目的トナルコトヲ得サルモノトス

大審院明治四十五年(オ)第二二一號判決(本書第二卷商法二一六頁所載)

(一) 商法第一六三條ノ訴カ總會ノ決議ノ無効ヲ確認スル判決ヲ要求スル訴ニハ非スシテ判旨ノ認ムル如ク無効ト爲ス判決即チ形成判決ヲ要求スル訴ナルコトハ疑ナク容レテ學說ニ於テモ亦之ヲ認メタリ而シテ學說ニ於テ本條ヲ以テ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場合ニ限リ適用セラルヘキモノナリトシ從テ總會ノ決議ノ内容カ法令又ハ定款ニ反スルトキハ其決議ハ當然無効ナリト爲スハ判旨ニ於ケルト異ナルコトナシ然レトモ吾人ハ右反對解釋ノ當否ヲ疑ヒ寧ロ勿論解釋ニ依ルヘキモノナリトス蓋總會招集ノ手續又ハ決議ノ方法カ法令又ハ定款ニ反スル

トキハ總會ノ決議ナルモノハ法律上ニ於テハ存在セス然ルニ尙ホ判決ヲ以テ無効ト爲スコトヲ要スルモノトセハ總會決議ノ成立ニハ何等ノ違法ナクシテ單ニ其内容カ法令又ハ定款ノ規定ニ反スルカ爲メ其效力ヲ生スヘカラサル場合ニハ一層強キ理由ヲ以テ之ヲ無効トスル形成判決ヲ要スルモノト解スヘキカ如シ

(二) 株主總會ノ決議ハ出席株主ノ合同行爲殊ニ集合行爲タル法律行爲ナルコトハ疑ナク容レ且法律行爲ハ廣クノ法律上ノ事實ニ屬シ其自體法律關係ニ非サルコトモ亦論ナシ然ルニ確認ノ訴ノ目的ハ法律關係ニ限ル故ニ總會ノ決議自體即法律行爲其自體ハ確認ノ訴ノ目的物トナルコトヲ得サルモノト解セサルヘカラス判旨ニ於テモ亦之ヲ認ムルカ故ニ(1)株主總會決議無効確認ノ訴ヲ釋明シテ「株主カ該決議ニ依リテ拘束セラルヘキ私法的法律關係ノ不存在ノ確認ヲ求ムル」ナリトシタリ然ルニ判旨末段ニ於テ「右決議ニ拘束セラルヘキ私法的法律關係ノ存在セサルコト即チ右決議ノ無効ヲ確定スルニ付キ」法律上ノ利益ヲ有スルモノト爲スハ自家擅着ト云ハサルヘカラス且(2)一ニノ株主カ自己ト會社トノ間ニ存ストセラルル該法律關係ノ不存在ノ確認ヲ求ムルコトヲ得ルヤ論ナシト雖モ他ノ株主ト會社トノ間ニ存スル該法律關係ノ不存在ノ確認ヲ求ムルコトヲ得サルハ疑ナク容レ是レ他ノ株主ト會社トノ間ノ法律關係ノ確認ヲ求ムヘキ法律上ノ利益ナク又斯ル訴ノ原告タルヘキ資格ヲ有セサルカ故ナリ此點ヨリ見ルモ一ニノ株主カ會社トノ間ニ存スル法律關係ノ不存在ノ確認ヲ求ムルハ決シテ總會ノ決議ノ無効ナルコトノ確認ヲ求ムルモノニ非サルコトヲ知ルヘシ(法學博士雄本朗造氏京都法學會雜誌第一卷第二號一三三頁以下要領)

【參照學說】

松本博士

一 株主カ商法ニ基キテ株主總會ノ決議ノ無効ヲ主張シ得ルハ總會召集ノ手續又ハ其決議ノ方法カ法令又ハ定款ニ反スル場合ニ限ルナリ故ニ其他ニ無効確認ノ訴ヲ起シ得ルニ非サルハ十分ニ株主ヲ保護スルヲ得サルヘシ故ニ一般ニ決議ノ無効確認ノ訴權ヲ世人ニ與フルト等シク株主ニモ亦之ヲ與フルナリ(法學博士松本朗造氏「一〇二頁」)

ナ刺奪スル主意ニ非ス(法學博士松本朗造氏「一〇二頁」)

決議カ當然無効ニシテ株主カ應シテ其無効確認ノ訴ヲ起シ得ル場合頗ル多シ例ヘハ株主カ集合シテ公益ニ反スル決議ヲ爲スコト株主外ノ者カ集合シテ會社ノ資本減少ノ決議ヲ爲スコト總會ヲ召集スル權ナキ者ノ召集ニ於テ決議ヲ爲スコト等ナリ：決議無効確認ノ訴ハ株主ニ限ラス苟クモ其決議ニ利害關係ヲ有スルトキハ株主外ノ者ト雖モ之ヲ主張スルコトヲ得(同上「一二四頁」)

松本博士

二 總會ノ決議自體カ法令中ノ公益規定又ハ定款ノ規定ニ違反シタル場合ニ於テハ其決議ハ法律上當然無効ニシテ從テ決議無効ノ訴ヲ起スコトヲ要セスシテ其效力ナシト唯此場合ニ於テハ別ニ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ決議無効確認ノ訴ヲ起スコトヲ得ルハ勿論ナリ(法學博士松本朗造氏「大正元年度中央大學講義會社法二六五頁」)

青木博士

三 決議自體カ法令又ハ定款ニ反スル場合ニハ其決議ハ當然無効ニシテ訴ヲ提起セサルカ爲メニ有效ト變スヘキモノニアラス例ヘハ株主有限責任ノ原則ニ反シテ株主金額增加ノ決議ヲ爲シ株主金額拂込前ニ資本増加ノ決議ヲ爲シ其他全ク召集權ナキ者ノ召集ニ係ル總會ノ一切ノ決議ノ如キハ當然無効ニ屬スルヲ以テ商法第一六三條ノ關スル所ニ非ス此場合ニ其無効ヲ主張シテ自己ノ利益ヲ防衛セント欲スル者ハ訴訟法ノ一般規定ニ從ヒ總會ノ無効確認ノ訴ヲ提起スヘキナリ(法學博士青木徹二氏會社法論四八二頁)

片山學士

四 株主總會ハ會社最高ノ機關ナレトモ固ヨリ法令定款ノ下ニ在リ法令定款ニ違反シテ組織セラレタル株主總會カ總會タルノ效力ナキハ勿論法令定款ニ違反スル決議タルノ效力ヲ有セサル亦論ナシ凡ソ這般ノ無効原因ハ一列舉スヘキニ非ス而シテ其無効ハ何時ニテモ之ヲ主張シ得ルハ論ヲ俟タス(法學博士片山義勝氏會社法原論三八七頁)

吾人ハ第一點ノ見解ニ反對ス蓋シ博士所論ノ如ク内容ノ不法ナル決議カ當然無効ニアラストセハ公ノ秩序ヲ無視シタル決議モ其無効ノ宣言ナキ限り有效ノ決議トシテ法律ノ保護ヲ受クルコトトナルヘク又商法第一六三條ハ株主總會ノ意思表示ノ方法ノミニ關スル規定ニシテ既ニ成立シタル意思表示ノ内容ニ關スル規定ニアラサルヤ明カナレハナリ

二點決議無効ノ確定トイフ語ヲ其本來ノ意義ニ解セハ法律關係ノ發生原因タル法律行為ノ効力ヲ確定スルノ意義トナリ從テ確定訴訟ノ目的物トナリ得サルコト洵ニ博士所論ノ如シト雖モ吾人ハ決議無効確定ノ訴ナルモノハ常ニ決議ノ無効ヲ理由トシテ其決議ヲ有效トセハ發生スヘカリシ法律關係ノ不在ノ確定ヲ求ムルノ義ナリト解シ又決議ハ無効トスレト表示シタル判決ノ確定力ハ決議ノ無効ナルコトニ存セスシテ右法律關係ノ不在ナルコトニ存スルモノト爲サント欲ス是レ訴狀判決等ニ於ケル表示ヲ簡明ナラシムル實際ノ便宜ニ基クモノナリ尙一例ヲ舉クレハ今日訴訟ノ實際ニ於テ洽ク行ハルル契約無効確定ノ訴トハ契約ノ無効ヲ主張シテ其契約ノ有效ナルニ基ク法律關係ノ不在ノ確定ヲ求ムルノ義ナリ是レ嚴密ナル理論ヨリスレハ法律事實ト法律關係トヲ混同スルニ似タルモ既ニ法律事實ノ確定ハ絕對ニ訴訟ノ目的物タルコトヲ得ストナス以上法律關係ノ不在カ直接其原因タル法律事實ノ無効又ハ不成立ニ根據スル場合ニ法律事實ノ無効又ハ不成立ヲ以テ法律關係不存在ノ表示ニ充ツルモ敢テ支障ナシト信スルナリ

二二 登記スヘキ事項ハ登記及ヒ公告ノ後ニ非サレハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス登記及ヒ公告ノ後ト雖モ第三者カ正當ノ事由ニ因リテ之ヲ知ラザリシトキ亦同シ

六二第二項 會社ヲ代表スヘキ社員ハ會社ノ營業ニ關スル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行為ヲ爲ス權限ヲ有ス
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
民法四三 法人ハ法令ノ規定ニ從ヒ定款又ハ寄附行為ニ因リテ定マリタル目的ノ範圍内ニ於テ權利ヲ有シ義務ヲ負フ

(一) 代表社員タル登記カ未タ抹消セラレサル以上其者カ會社ヲ代表シ締結シタル消費貸借ハ假令代表社員辭職申出ノ後ニ成立シタルモノト雖モ其事情ヲ知ラサル相手方ニ對シテハ會社ノ行為トシテ有效ニ成立スルモノトス

(二) 實用新案登録バナマ織布及ヒ人工藤ノ製造販賣ヲ目的トスル會社ト雖モ其資金ノ融通ヲ計ル爲メ金錢ノ貸借ヲ爲シ得ヘキハ勿論ナレハ反證ナキ限り金錢ノ消費貸借ハ會社ノ目的ノ範圍内ニ屬スルモノト謂ハサルヘカラス

(一) 控訴人ニ於テ主張スルカ如ク中澤慶次ノ代表社員トシテノ登記カ未タ抹消セラレザリシ以上會社外部ニ於テハ尙ホ同人ヲ以テ控訴會社ノ代表者ト認ムルノ外ナキカ故ニ同人カ控訴會社ヲ代表シ締結シタル本件消費貸借ハ假令同人カ代表社員辭職申出ノ後ニ成立シタルモノナリトスルモ其事情ヲ知ラサル被控訴人ニ對シテハ控訴會社ノ行為トシテ有效ニ成立シタルモノト云ハサルヘカラス
(二) 控訴會社ハ實用新案登録バナマ織布及人工藤ノ製造販賣ヲ目的トスルコト明カナルモ斯ル會社ト雖モ其目的ヲ遂行スルカ爲メニ資金ヲ要スヘキハ當然ニシテ其資金ノ融通ヲ計ル爲メ金錢ノ貸借ヲ爲シ得ヘキハ勿論ナルカ故ニ反證ナキ限りハ金錢ノ消費貸借ハ會社ノ目的ノ範圍内ニ屬スルモノト云フヘク原告證人田部信成ノ證言

ハ之レカ反證ト爲スニ足ラス而シテ中澤慶次ヲ以テ當時ノ代表社員ト認ムヘキヲハ前説明ノ如クナルカ故ニ同人ニ於テ控訴會社ノ目的ノ範圍内ニ屬スル本件消費貸借ヲ爲ス權限ヲ有スルコト勿論ナルニヨリ控訴會社ハ之ニヨリ生シタル債務ヲ負擔スヘク控訴人ノ此ノ點ニ干スル主張モ亦採用スヘキノ限リニアラス(東京控訴大正二年(ネ)第五五六號同四年二月二十五日民二部須賀裁判長渡邊三橋各判事判決)

【關係事項】

強制執行異議事件○控訴人業平綜合會社代表社員森助十郎訴訟代理人辯護士所澤貞太郎被控訴人宮越みき訴訟代理人辯護士福岡伯

至當ノ判決ナリト信ス

商法第四二九條ノ規定ハ強行的性質ヲ有スルモノト解スヘキモノナルヲ以テ保險者ハ之レニ異ル約款ニ基キ其責ヲ免ルルコトヲ得ス

四二九 保險契約ノ當時保險契約者又ハ被保險者カ惡意又ハ重大ナル過失ニ因リ重要ナル事實ヲ告ケス又ハ重要ナル事項ニ付キ不實ノ事ヲ告ケタルトキハ保險者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得但保險者カ其事實ヲ知リ又ハ過失ニ因リテ之ヲ知ラザリシトキハ此限ニ在ラス
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備ス
三九九ノ三第二項 保險者ハ危險發生ノ後解除ヲ爲シタル場合ニ於テモ損害ヲ填補スル責ニ任セス若シ既ニ保險金額ノ支拂ヲ爲シタルトキハ其返還ヲ請求スルコトヲ得但保險契約者ニ於テ危險ノ發生カ其告ケ又ハ告ケザリシ事實ニ基カサルコトヲ證明シタルトキハ此限ニ在ラス
民法九八 意思表示ノ相手方カ之ヲ受ケタル時ニ未成年者又ハ禁治產者ナリシトキハ其意思表示ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得ス但其法定代理人カ之ヲ知リタル後ハ此限ニ在ラス

被保險者カ契約締結ノ日ヲ去ルコト遠カラサル時期ニ官廳周圍炎ニ罹リ十數日間凡ソ隔日毎ニ醫師ノ診察ヲ受ケ其間引續キ服藥シ當時下腹部ニ痛ミアリ其後ハ輕微ナル痛ミトナリ患部ヲ押壓セサレハ痛ミヲ感セサル程度ニ至リシ如キ病症ハ生命ノ危險ノ測定ニ關シ重要ナル事項ナリ然ルニ被保險者カ契約締結ノ當時右ノ既往症ヲ保險者ニ告知セサルハ假令其病名ヲ知りタルト否トヲ問ハス少クトモ重大ナル過失ニ因ルモノト認メサルヘカラス
第四二九條ノ契約解除ノ意思表示ハ保險契約者ノ死亡後ハ其相續人未成年者ナルトキハ其親權者ニ對シテ有效ニ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス
右意思表示カ保險契約者死亡後ニ其ノ相續人宛ノ郵便ヲ以テ爲サレ相續人カ當時二歳ノ幼者ナルカ如キ場合ニ於テハ本人カ郵便物ヲ受取ルコトモ亦本人ニ配達スルコトモ之レナカルヘケレハ右通知書ハ本人宅ニ於テ通常ノ事理ヲ辨別スル者カ之ヲ受領シ殊ニ書留郵便ナレハ其者カ本人ノ後見人ナラサルトキハ其者ヨリ更ニ後見人ニ交付セラルルニ至リ右ノ通知書ハ直チニ本人ノ後見人ニ到達シタルモノト認ムルヲ相當トスヘク從ツテ契約ハ亦有效ニ解除セラルルモノトス

被控訴人先代前田仁平カ各控訴人ト被訴人主張ノ如キ各生命保險契約ヲ締結シタル事右各生命保險契約者ニシテ且ツ其被保險者タル前田仁平カ大正二年六月十四日死

亡シタルコト及控訴人神國生命保險株式會社トノ生命保險契約ノ保險金受取人タル
 前田ひめカ大正二年十一月十一日死亡シ被控訴人カ其遺產ヲ相續シタル事實ハ各當
 事者間ニ爭ナシ被控訴人東洋生命保險株式會社ハ其保險約款第三條ニ保險契約者又
 ハ被保險者カ保險契約締結ノ際重要ナル事實ヲ告ケス又ハ重要ナル事項ニ付キ不實
 ノ事ヲ告ケタル時ハ保險契約ヲ無効トストノ定メアリ然ルニ前田仁平ハ控訴人ニ對
 シ保險契約ノ申込ヲ爲ス僅カニ二ヶ月前盲腸周圍炎ニ罹リ醫藥ヲ受ケタルニ拘ラス
 契約締結ノ際此事實ヲ告知セザリシモノナレハ右保險契約ハ無効ナリト主張シ前田
 仁平カ右約款ニ從テ本件保險契約ヲ締結シタル事ハ被控訴人ノ爭ハサルトコロナリ
 而シテ契約ハ原則トシテ自由ナレハ此ノ如キ約款モ亦有效ナルカ如キモ商法第四二
 九條ハ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
 ナレ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ル旨ヲ定ム故ニ保險契約者又ハ被保險者カ生命ノ危險測定ニ
 關スル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事ヲ理由
 トシテ契約上ノ義務ヲ免レンニハ保險者ハ常ニ同條ノ規定ニ依リ契約ノ解除ヲ爲ス
 コトヲ要スルモノニシテ同條ノ規定ハ強行的性質ヲ有スルモノト解スヘキモノナル
 ナリ以テ保險者ハ同條ノ規定ニ依ル契約ノ解除ヲ爲サスシテ右ノ理由ヲ主張シテ契約
 上ノ責任ヲ免カルルコトヲ得サルモノトス故ニ保險契約者ト保險者トノ間ニ同條ノ
 規定ニ異ル契約ヲ爲スモ其契約ハ效力ナキモノトス故ニ東洋生命保險株式會社ノ約
 款第三條ハ無効ノモノナレハ之ニ基ク同人ノ右ノ抗辯ハ其理由ナシ依テ次ニ各控訴
 人ノ契約解除ノ當否ニ付キ接スルニ原審證人松井實ノ證言ニ依レハ前田仁平ハ盲腸

周圍炎ニ罹リ明治四十五年七月十七日ヨリ同月二十九日迄凡ソ隔日毎ニ同人ノ診察
 ナ受ケ同月末日迄引續キ服藥シタルモノニシテ當時下腹ニ痛ミアリ同月二十九日頃
 ハ輕微ナル痛ミトナリ患部ヲ押壓セザレハ痛ミヲ感セサル程度ノモノトナリタルコ
 トヲ認メ得ヘク右ノ病症ハ生命ノ危險ノ測定ニ關シ重要ナル事項ナルコト當院ニ顯
 著ナルトコロナリ然ルニ前田仁平カ本件各保險契約締結ノ當時右ノ既性症ヲ各控訴
 人ニ告知セザリシコトハ被控訴人ノ爭ハサルトコロニシテ右仁平ノ罹病ハ本件各保
 險契約締結ノ日ヲ去ルコト遠カラス且ツ右罹病ノ節ハ患部ノ痛ミヲ感セシモノナ
 レハ仁平カ其病名ノ盲腸周圍炎ナルコトヲ知リタルト否トナ問ハス之ヲ告知セザリ
 シハ少クトモ重大ナル過失ニ因ルモノト認メサルヘカラス原審ノ證人黒川辰五郎ノ
 證言ニ依リテ眞正ニ成立シタリト認ムヘキ甲第一號證及ヒ同證人並ニ原審ノ證人高
 本與吉ノ各證言ニ依テハ右ノ認定ヲ覆スニ足ラス而シテ神國生命保險株式會社カ大
 正二年九月六日右告知義務違反ノ事實ヲ知り同月九日前田ひめニ對シ保險契約解除
 ノ意思ヲ表示シタルコトハ被控訴人ノ爭ハサルトコロニシテ同人ノ援用スル乙第二
 號證ニ依レハ其意思表示ハ保險金受取人タル前田ひめニ對シテ爲サレタルコト明カ
 ナレトモ前田ひめカ當時保險契約者前田仁平ノ相續人タル被控訴人ノ親權者ナリシ
 コトハ被控訴人ノ爭ハサルトコロナルヲ以テ右ノ意思表示ハ仁平ノ相續人タル被控
 訴人ニ對シテ右保險契約解除ノ效力ヲ生スルモノトス又東洋生命保險株式會社カ大
 正二年十二月三十日右告知義務違反ノ事實ヲ知りタルコトハ被控訴人ノ爭ハサルト
 コロニシテ同日前田仁平家督相續人ニ宛テ保險契約解除ノ通知書ヲ發シタルコトハ
 丙第二號證ノ一ニヨリテ之ヲ認ムルコトヲ得ヘシ被控訴人ハ右通知書ノ受送達者ハ

仁平ノ相續人タル當時二歳ノ被控訴人本人ニシテ其後見人ニアラサルヲ以テ右ノ通知ハ其效力ナキモノナリト主張スレトモ丙第二號證ノ二ニヨレハ右前田仁平相續人宛ノ解約通知書カ同月三十一日配達セラレタルコトヲ認メ得ヘク二歳ノ幼者カ郵便物ヲ受取ルコトモ亦二歳ノ幼者ニ郵便物ヲ配達スルコトモ之レナカルヘケレハ右通知書ハ被控訴人宅ニ於テ通常ノ事理ヲ辨別スル者カ之ヲ受領シ殊ニ書留郵便ナレハ其者カ被控訴人ノ後見ナラサルトキハ其者ヨリ更ニ後見人ニ交付セララルニ至ル右ノ通知書ハ直チニ被控訴人ノ後見人ニ到達シタルモノト認ムルチ相當トス然ラハ東洋生命保險株式會社トノ保險契約モ亦有效ニ解除セラレタルモノナリ(東京控訴大正三年(六)第六五二號同四年三月十六日民三部松岡裁判長成道岩本各判事判決)

【關係事項】

保險金請求事件○控訴人神國生命保險株式會社法律上代理人取締役飯田延太郎訴訟代理人辯護士有馬忠三郎。同控訴人東洋生命保險株式會社法律上代理人取締役尾高次郎訴訟代理人辯護士高野金重。兩事件被控訴人前田まさを法律上代理人後見人杉田京松訴訟代理人辯護士太田熊藏

【第一項參照學說判例】

一 商法ノ改正規定カ告知義務違反ノ制裁ヲ解除トシタルニ關シ新舊規定ノ過渡ノ際ニ注意スヘキ事アリ开ハ保險會社ノ現在ノ保險約款ハ商法ノ舊規定ニ從ヒテ作り多クハ保險契約者カ告知義務ニ違反スルトキハ其契約ヲ無効トストセルヲ以テ其儘ニスルトキハ當事者ハ法ノ規定ヲ特約ニ變更シタルモノト見サルヘカラス而シテ特約ハ有效ナルヲ以テ其約款ノ下ニ保險契約ヲ取結フトキハ告知義務ノ違反ハ契約ノ無効ヲ惹起スヘシ故ニ若シ此違反ノ結果ヲ解除ト爲サント欲セハ速カニ約款ヲ改メテ解除主義トシ以テ改正規定ト一致セシムヘシ(法學博士松波仁二郎氏改正日本商行為法一四九五頁)
二 告知義務不履行ノ事實アルモ解除權ヲ行使セサルヘキ旨ノ特約ヲ爲サテ妨ケス而シテ故ニ付言スヘキハ保險者ハ第三九條ノ二但書ノ場合ト雖モ保險契約者ニ告知義務ノ不履行アルトキハ契約ヲ無効トシ若クハ解除スルヲ得ヘキ旨ヲ特約スルコトヲ得ヘキヤ否ヤノ問題ナリ此點ニ付テハ其特約カ保險者ノ已ニ知リタル事實ニ關シテハ效力ヲ生セサルヘキモ知ルコトヲ得ヘカリシニ過失ニヨリ之ヲ知ラザリシ事實ニ關シテハ有效ナルコトヲ疑ハス(法學士柳川勝二氏改正商法論編五八二頁)

松波博士

柳川學士

大審院

三 商法第四二九條(改正前)ハ強制的規定ニ非サルヲ以テ之ニ異ナル別段ノ意思表示ヲ爲スコトヲ妨ケス而シテ其意思表示ノ内容ハ當事者ノ任意ニ決定シ得ヘキモノナレハ重要事實タルヘキ既往病症ヲ重要ナラサルモノトシ又ハ之ヲ重要ナルモノトスル場合ニ於テモ其告知ヲ爲ササル結果ニ付キ該規定ニ異ル意思ヲ表示シ保險者ノ選擇ニ從ヒテ契約ノ效力ヲ定ムルコトヲ得(大審院民事判決錄四十年一〇二五頁)
商法第四二九條ヲ強行的規定ナリトスル判決ノ趣旨ニハ賛同シ難ケレトモ其他ハ大體ニ於テ當ヲ得タルモノト信ス

(二九)

松本博士

甲カ乙ノ署名ヲ偽造シテ爲替手形ヲ振出シ丙ヲ欺キ之ニ引受ヲ爲サシメタル後乙ノ署名ヲ拭除シテ自己ノ署名ヲ挿入シ其手形ヲ丁ニ割引セシメタルトキ丁ニシテ重大ナル過失ナシトスレハ丙ニ對シテ手形上ノ權利ヲ主張スルコトヲ得ルモノトス

甲カ乙ノ署名ヲ偽造シテ爲替手形ヲ振出シ丙ヲ欺キ之ニ引受ヲ爲サシメタル後乙ノ署名ヲ拭除シテ自己ノ署名ヲ挿入シ其手形ヲ丁ニ割引セシメタルトキ丁ニシテ重大ナル過失ナシトスレハ丙ニ對シテ手形上ノ權利ヲ主張スルコトヲ得ルモノトス
四三五 手形ニ署名シタル者ハ其手形ノ文言ニ從ヒテ責任ヲ負フ
四三七 第一項 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
四四一 何人ト雖モ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ手形ヲ取消シタル者ニ對シ其手形ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス
ニシテ積極消極ノ二說ヲ生スヘキ餘地存セリ消極論者ノ最モ有力ナルモノヲ想像スレハ曰ク丙カ手形ニ引受ノ署名ヲ爲シタルハ事實ナレトモ其手形ハ形式上ニ於テ乙ヲ振出人トセルモノナリ然ルニ其ノ手形ハ乙ノ署名ヲ拭除シテ甲ノ署名ニ代ヘタル

時ニ於テ消滅シタルモノナリ丙ノ署名ヲ以テ甲ヲ振出人トセル手形ニ轉用セルハ丙ノ署名ノ偽造ニ外ナラス丙ハ被偽造者トシテ其手形ニ付キ手形上ノ責任ヲ負フヘキ理由ナキモノタリト然レトモ丙ノ署名シタル爲替手形ハ其振出人ノ署名ノ變換ニ因リテ同一性ヲ失フコトナシ丙ハ形式ヲ具備シタル手形ニ引受人トシテ署名シタルコトニ因リテ絕對的ノ手形債務ヲ負擔シタルモノニシテ他ノ署名者ノ責任ヲ負フト否トハ丙カ負擔スル責任ニ付テハ沒交渉ナリ假令乙ノ署名カ偽造ナルモ又乙ノ署名カ眞正ナル場合其手形行爲ヲ取消スモ丙ハ其責任ヲ免ルルコトナシ(四三七、四三八)乙ノ手形行爲カ法律上全然無効ナル場合亦同シ(大審院民事判決錄三十七年三二二頁)苟モ手形ニ眞正ノ署名ヲ爲シタル者ハ恰モ各署名者カ獨立シテ新し手形ヲ發行シタルト異ルコトナシ果シテ然ラハ丙ハ乙ノ署名カ甲ノ署名ト變換セラレタルコトヲ根據トシテ其眞正ニ署名シタル手形ヨリ生シタル引受人ノ責任ヲ免ルヘキ理ナキナリ丙ノ署名シタル手形ハ乙甲ノ署名ノ變換以外ニ於テハ手形金額ニ付テモ満期日ニ付テモ其他ノ要件ニ付テモ同一用紙トシテ其儘ニ存在スルモノナリ丙ハ其手形ニ付キテ引受人タル責任ヲ負擔スル意思ヲ以テ署名シタル以上ハ乙ノ署名ノ存否ニ拘ハラズ依然トシテ手形上ノ責任ヲ負擔スヘク乙甲ノ變換ナル偶發的ノ事實ニ因リテ之ヲ免ルヘキノ想ナシ此ノ如クニシテ手形ニ眞正ノ署名ヲ爲シタル者ノ獨立の責任ヲ認ムルハ實ニ所持人ノ權利ヲ確保スル所以ニシテ手形授受者ハ自己ノ熟知セル手形行爲ノ署名ノミニ信賴シテ手形ヲ受取ルコトヲ得ヘク之ニ因リテ手形交通ノ安全ヲ庶幾スルコトヲ得ヘキナリ(法學博士松本蒸治氏法學新報第二十五卷第五號八三頁以下要領)

本問ハ博士ノ言ハルル如ク眞ニ一大難問ニシテ輒ク之ヲ斷シ能ハサレトモ其人

ハ博士ノ積極說ニ對シテ疑ヲ有スルモノナリ

(一)手形ハ振出人ノ名義ヲ變換スルニヨリテ更替スルコトナキカ之レ蓋シ本問ニ對スル見解ノ分岐點ナリ博士カ丙ノ署名シタル爲替手形ハ其ノ振出人ノ變換ニ因リテ同一性ヲ失フコトナシト說カレタルハ思フニ苟モ一旦成立シタル以上券面上ノ或ル記載事項ヲ變換スルモ手形ナル文書ハ依然トシテ繼續シ只一部ノ變換ニ外ナラスト爲スモノナラン之レ固ヨリ理據ナキニ非スト雖モ手形ニ於ケル振出人ノ署名ハ手形成立ノ基本行爲ナルカ故ニ少クトモ他ノ手形行爲ト區別シテ觀察スルヲ要セサルカ即チ裏書引受等ノ如キハ既存手形上ノ行爲ナルカ故ニ其署名ヲ抹消シ變換スルモ手形ハ消滅セズ又更替セラレルコトナシトスルモ振出人ノ署名ハ之ヲ抹消スルニヨリテ手形ハ其成立ノ基礎ヲ失ヒテ消滅シ振出人ノ變換ニヨリテ成立ノ根底ヲ更新セラレ別手形ノ發生ヲ認ムヘキモノニアラサルナキカ

(二)甲カ其初メ乙名義ヲ冒用シテ手形ヲ振出シタルハ其振出行爲ニ於テ手形偽造タルヘク行使ノ目的ニ出テタルモノトセハ刑事上有價證券偽造行爲タルヘキハ言ヲ竣タス故ニ割引當時手形ノ同一性ヲ失ハストセハ依然タル振出行爲ニ關スル偽造手形ナリト言ハサル可カラサルモ之レ果シテ妥當ナリヤ甲丁間手形授受ノ形式ハ甲カ自己ノ名義ヲ以テ手形ヲ振出シテ之ヲ丁ニ交付シ丁又甲振出ノ手

形トシテ之ヲ收受シタルモノナルコト明カナルニ之ヲシモ振出ニ關スル偽造アリト爲シ得ヘキカ
(三)乙振出名義ノ偽造手形ハ乙ノ署名ヲ拭除シタル瞬間ニ於テ消滅シ甲ノ署名ヲ加ヘタルニヨリテ振出名義ニ於テハ真正ナル新し手形ノ成立ヲ認ムルヲ理論上正當トセスヤ或ハ甲ハ先キノ手形ノ偽造者ナレハ手形上何等ノ權利ヲ有スル能ハス乙名義ノ拭除權ナキヲ以テ假令事實上之ヲ拭除スルモ何等ノ效力ナシトイフモノアラシモ少クトモ自己ノ名義ヲ以テ手形ヲ新ニ發行スルノ權ヲ否認スルノ謂レナカラン而シテ茲ニ新し手形ノ成立ヲ認ムルトキハ其券面上表ハレタル引受ハ舊手形ニ爲サレタルモノヲ其儘利用(偽造)シタルモノニ外ナラスシテ刑法上有價證券偽造罪中ノ所謂虛偽記入ニ該リ(本卷刑法九四頁評論參照)被記入名義人タル丙ハ證券(新し手形)上何等ノ責ニ任セサルモノト解ス可キニ非サルカ

三〇

五二五

約束手形ニハ左ノ事項ヲ記載シ振出人ノ署名スルコトヲ要ス(以下略)

約束手形ノ振出其他ノ場合商人ハ商號ヲ以テ署名スルコトヲ得ルモノトス

署名トハ名前主カ其名ヲ自署スルヲ謂ヒ商號トハ商人カ營業上自己ヲ表彰スル名ヲ謂フヲ以テ約束手形ノ振出其他ノ場合商人カ商號ヲ以テ署名スルコトヲ得ルヤ疑ナシ(法學博士毛戸勝元氏京都法學會雜誌第一〇卷第六號一三六頁要領)

毛戸博士

松波博士

水口博士

大審院

浦和地方

【參照學說判例】

- 一 署名トハ氏名商號又ハ法律上之ト同視スヘキ名稱ヲ自書スルコトナリ(法學博士松波仁一郎氏日本手形法二四一頁)
 - 二 署名ハ自己ノ氏名又ハ商號ヲ自署スルコトヲ云フ而シテ署名又ハ記名ニハ自己ノ氏名又ハ商號ノ記載ヲ必要トスルカ誤字略字ノ如キハ差支ヘナキモノナリ唯會社ノ場合ニハ會社ノ商號ト會社ノ印ノミニテハ足ラスシテ代表シテ行爲ヲナスヘキモノカ自署スルカ又ハ記名捺印セサル可ラス(法學博士松本滋治氏東大正元年度講義手形法講義版五一頁)
 - 三 署名又ハ記名ハ登記上ノモノタルヲ要セス蓋シ難通稱有效ナルコトハ支拂ニ付テ説明シタル處ニ同シ故ニ商人カ手形ヲ振出ス場合ニハ商號ヲ以テ署名スルコトヲ得ヘシ商人ハ商號ヲ以テ商業上ノ一切ノ法律行爲ヲ爲スコトヲ得レハナリ然カモ商號登記ノ有無ノ關係ナシ(ドクトルユリス水口吉藏氏手形法論二四四頁)
 - 四 商法第五二五條ノ約束手形ニハ振出人署名スルコトヲ要スル旨ノ規定ハ必スシモ其氏名ヲ自署スルコトヲ要スルモノト解ス可ラス其商號ヲ記載スルモ亦手形ノ要件ヲ具備スルモノト爲スナ相當トス(大審院大正三年十一月十六日民二判決本書第三卷商法三五三頁)
 - 五 約束手形ニ於ケル振出人ノ表示ハ必スシモ公簿上ノ氏名又ハ登記セラレタル商號タルコトヲ要セサルモノトス(浦和地方大正三年二月廿六日判決同上九一頁)
- 商號ハ商人カ營業上自己ヲ表彰スル名稱ニ外ナラサレハ手形ノ振出其他ノ營業ニ關聯スル私法行爲ノ署名ニ使用シ得ト爲スハ妥當ニシテ之レ判例ノ評論ニ於テ豫テ吾人ノ同趣旨ノモノニ賛同スル所ナリ

三一

- 一四九 株式ハ定款ニ別段ノ定ナキトキハ會社ノ承諾ヲクシテ之ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得(但書略)
- 一五〇 記名株式ノ移轉ハ取得者ノ氏名、住所ヲ株主名簿ニ記載シ且其氏名ヲ株券ニ記載スルニ非サレハ之ヲ以テ會社其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
- 民法四三 法人ハ法令ノ規定ニ從ヒ定款又ハ寄附行爲ニ因リテ定マリタル目的ノ範圍内ニ於テ權利ヲ有シ義務ヲ負フ

(一)凡ソ定款ハ法令ノ範圍内ニ於テノミ其效力ヲ有スヘキモノナレハ其規定ノ内容カ法令ノ旨趣ニ抵觸スルトキハ何等ノ效力ヲ有セサルモノトス

京城覆
審法院
135(商法)

(ロ) 株主ノ權利ヲ剝奪スルカ如キ事項ハ絕對ニ定款ニ規定スルコトヲ許ササルノ旨趣ナルコトハ商法第一五五條ノ二第一五三條第一項第二二〇條ノ三第一四九條第一六二條ノ規定ニ徴シ疑ヲ容レズ

(ハ) 定款ノ改正ニヨリ株主資格ヲ限定シ現在ノ無資格者及將來ノ失格者ヲシテ當然株主權ヲ喪失セシムルカ如キハ畢竟定款ヲ以テ株主權ノ全部ヲ剝奪セントスルモノニシテ右商法ノ精神ニ違反シ當然無効ナリト謂ハサルヘカラス

(ニ) 定款ニ株式讓渡ニ關スル制限ノ規定ヲ設ケタル場合ニ於テ之ニ反スル讓渡行爲ハ當然無効ナルニ非スシテ只會社ニ對シ對抗スルヲ得サルニ過キサルニヨリ該定款ノ規定カ其效力ヲ失フト同時ニ斯ル取得者モ亦會社ニ對シ讓渡行爲ノ存在ヲ主張シテ商法第一五〇條ノ手續ヲ求ムルコトヲ得ルニ至ルヘシ

(ホ) 記名株式ノ讓受人ハ商法第一五〇條ノ手續完結前ニ於テハ未タ株主タル地位ニ伴フ權利ヲ會社ニ對抗スルコトヲ得サルヘシト雖モ讓渡行爲ノ存在ヲ主張シ會社ニ對シ同條所定ノ手續ヲ請求スルニハ單ニ適法ナル讓渡行爲ノ存在ヲ必要トスルノミナルヲ以テ讓渡行爲ハ右手續ノ完了シタルト否トヲ問ハス常ニ當事者間ニ實際成立シタル日ニ行ハレタルモノト認ムヘキモノトス

(ヘ) 適法ニ記名株式ヲ所得シタル者ハ之ト同時ニ會社ニ對シ商法第一五〇條ノ手續ノ踐行ヲ求ムル一種ノ權利ヲ取得シ此權利ハ法律ノ規定ニ因リ直接付與

(二) セラレタルモノナルカ故ニ定款ノ規定ヲ以テ之ヲ奪フコトヲ得ス

(イ) 一五〇條ニハ記名株式ノ移轉ノ對抗條件ヲ定ムルト同時ニ第一四八條第一七一條第一七二條ニハ取締役ニ對シ株券及株主名簿ノ作成備付ヲ命セルカ故ニ適法ナル株式讓渡行爲ノ當事者ハ右各法條規定ノ結果會社ニ對シ第一五〇條ノ手續ヲ請求スルノ權利ヲ與ヘラレタルモノト解スルヲ相當トス

(ロ) 右請求權ノ行使ニ付テハ法律上何等ノ制限ナキカ故ニ讓渡行爲ノ當事者ハ各自株式移轉ノ事實ヲ證明シテ何時ニテモ會社ニ對シ右ノ手續ヲ請求スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス

(一) 凡ソ定款ハ法令ノ範圍内ニ於テノミ其效力ヲ有スヘキモノナレハ其規定ノ内容カ法令ノ旨趣ニ抵觸スルトキハ何等ノ效力ヲ有セサルコト論ヲ俟タス依テ改正定款ノ規定カ法令ニ抵觸スル所ナキヤ否ヲ審査スルニ商法ノ規定ニ依レハ株式會社ノ株主ハ會社ニ對シ各種ノ權利ヲ有シ(商法第一五五條第一五六條第一六一條第一六三條第一九七條第二二九條參照)之レカ制限及剝奪ハ法律ノ規定ヲ以テノミ之ヲ爲スナ原則トシ只特殊ノ事項ニ付テノミ定款ヲ以テ之ヲ制限スルコトヲ許シ殊ニ株主ノ權利ヲ剝取スルカ如キ事項ハ絕對ニ定款ニ規定スルコトヲ許ササルノ旨趣ナルコトハ同法第一五五條ノ二第一五三條第一項第二二〇條ノ三第一四九條第一六二條ノ規定ニ徴シ疑ヲ容レズ然ルニ改正定款ノ規定ハ朝鮮ニ住所ヲ有セサル朝鮮人及但書ニ該當セサル内地人ノ株式所有ヲ禁止シ何等ノ除外例ヲ設ケサルカ故ニ現在ノ無資格者及

將來ノ失格者ヲシテ當然株主權ヲ喪失セシムルノ旨趣ナリト解セサルヲ得ス此ノ如キハ畢竟定款ヲ以テ株主權ノ全部ヲ剝奪セントスルモノニシテ右商法ノ精神ニ違反シ當然無効ナリト謂ハサルヘカラス商法第一四九條ニ依レハ定款ヲ以テ株式讓渡ニ對スル制限ヲ定メタルモノニ非スシテ一定ノ人ニ對シ株式ノ所有ヲ禁止シタルモノナレハ同條ニ依リ定款ニ規定スルコトヲ許サレタル事項ト認ムルヲ得ス此點ニ付テハ反對ノ見解ヲ主張スル者ナキニ非ス其所論ノ要旨ハ右定款ノ規定ハ現在及將來適法ニ株式ヲ取得シタル者ノ權利ニハ何等ノ影響ヲ及ボサシメサルノ旨趣ニシテ單ニ所定ノ資格ヲ有セサル者ニ對スル讓渡ヲ制限シタルモノニ過キサカ故ニ商法第一四九條ニ依リ有效ナリ而シテ此制限ニ反スル讓渡行為ハ當然無効ナルモノニシテ尙定款ノ效力發生時期以前ニ株式ヲ取得シタル者モ未ダ商法第一五〇條ノ手續ヲ完了セザリシトキハ當然該改正規定ノ支配ヲ受ケ其取得行為自ラ無効ニ歸シ爾後商法第一五〇條ニ依ル對抗條件具備ノ手續ヲ爲スコトニ至ルト謂フニ在リ然レトモ此ノ如キ見解ハ第一明ニ本件定款ノ意義ヲ曲解スルモノナリ蓋シ本件定款ノ規定ハ其文詞昭乎トシテ右ノ如キ曲解ヲ試ムルノ餘地ナシ該規定ノ結果トシテ自ラ無資格者ニ對スル讓渡ヲ制限スルノ結果ヲモ生スヘシト雖モ之只其附隨ノ結果ニ過キス一部附隨的ノ結果ヲ捉ヘテ全般ノ規定ノ旨趣ヲ推論スルコトヲ許サズ殊ニ定款中ノ不可分の一箇ノ規定ヨリ生スル一部ノ附隨的結果カ偶々法律ノ許容スルコトヲ理由トシ該效果ヲ生スル限度ニ於テ其規定ノ效力ヲ認ムルカ如キハ畢竟別箇ノ規定ヲ新設スルト何等擇フ所ナク解釋ノ範圍ヲ超越スル不法アルモ免レス又前示ノ如キ見解ハ第二ニ定款ニ於ケル株式讓渡制限規定ノ效力ヲ誤解シタルモノナリ何トナレハ定款ニ株

式讓渡ニ關スル制限ノ規定ヲ設ケタル場合ニ於テ之ニ反スル讓渡行為ハ當然無効ナルニ非スシテ只會社ニ對シ對抗スルヲ得サルニ過キサカ故ニ商法第五九條第一一、二條第一〇五條ノ旨趣ヨリ當然推論シ得ル所ナレハナリ故ニ該定款ノ規定カ其效力ヲ失フト同時ニ斯ル取得者モ會社ニ對シ讓渡行為ノ存在ヲ主張シテ商法第一五〇條ノ手續ヲ求ムルコトヲ得ルニ至ルヤ明白ナレハ本件定款ノ規定カ假リニ讓渡ノ制限ヲ規定シタルモノトスルモ該規定ハ農工銀行令ノ施行ニ因リ當然其效力ヲ失ヒ之ニ反スル讓渡行為モ亦會社ニ對シ其存在ヲ主張シ得ルニ至リタルモノト解スルヲ相當トス又右見解ノ誤謬ノ第三ハ株式移轉ノ事實ヲ主張スルニ付テハ條件トナ混同セル點ニ在リ蓋シ論者ハ株式移轉ノ效果ヲ會社ニ對抗スルニハ商法第一五〇條ノ手續ヲ完了シタルコトヲ要スル點ヨリ推論シ讓渡行為ノ存在ヲ主張スルニ付テモ亦當然該手續ノ完了シタルコトヲ要スルモノトシ會社其他ノ第三者ノ方面ヨリ觀察スレハ讓渡行為ハ右手續完了ノ日ニ行ハレタルモノト看做ササルヘカラスト解シ授キテ定款變更前ノ讓渡行為モ亦右手續完了セザリシ場合ニハ定款變更後ニ行ハレタルモノト擇フ所ナキカ故ニ變更セラレタル定款ノ支配ヲ受ケサルヘカラストノ誤レル結論ニ到達シタルモノナリ然レトモ商法第一五〇條ハ記名株式移轉ノ效果即チ讓渡人ノ方面ヨリ觀察スレハ株主タル地位ノ喪失ヲ讓受人ノ方面ヨリ觀察スレハ株主タル地位ノ取得ヲ對抗スルニ付テハ條件ヲ定メタルモノニシテ讓渡行為ノ存在ヲ主張スルニ付テハ條件ヲ定メタルモノニ非ス故ニ記名株式ノ讓受人ハ同條ノ手續完結前ニ於テハ未ダ株主タル地位ニ伴フ權利ヲ會社ニ對抗スルコトヲ得サルヘシト雖モ讓渡行為ノ存在ヲ主張シ會社ニ對シ同條所定ノ手續ヲ請求スルニハ單ニ適法ナル讓渡行為ノ

存在ヲ必要トスルノミ從テ讓渡行爲ハ右手續ノ完了シタルト否トナ問ハス當ニ當事者間ニ實際成立シタル日ニ行ハレタルモノト認ムヘク右見解ノ如キ推論ハ到底之チ是認スルコトヲ得ス殊ニ右見解ノ許スヘカラサル所以ノ第四ハ論者カ一面定款ノ效力ヲ制限シタル解釋ヲ採用シナカラ更ニ其效力ヲ擴張シ之カ爲メニ再ヒ該定款ノ命令ニ牴觸スルノ結果ヲ惹起スルコトヲ顧慮セサルノ點ニ在リ蓋凡ソ適法ニ記名株式ヲ取得シタル者ハ之ト同時ニ會社ニ對シ商法第一五〇條ノ手續ノ踐行ヲ求ムル一種ノ權利ヲ取得シ此權利ハ法律ノ規定ニ因リ直接付與セラレタルモノナルコト後段説明ノ如クナルカ故ニ定款ノ規定ヲ以テ之ヲ奪フコトヲ得ス然ルニ改正定款ノ旨趣論者ノ説ク所ノ如シトセハ定款ノ規定ヲ以テ此權利ヲ剝奪セントスルモノニシテ一面他人ノ權利ヲ侵犯シ一面會社ノ法律上ノ義務ヲ免脱スルノ結果ニ歸シ公ノ秩序ニ反スル當然無効ノ規定ナリト論セサルヲ得サルニ至レハナリ

(二) 商法第一〇五條ニハ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ト規定シ以テ記名株式移轉ノ場合ニ於ケル對抗條件ヲ定ムルト同時ニ同法第一四八條第一七一條第一七二條ニハ取締役ニ對シ株券及株主名簿ノ作成備付ヲ命セルカ故ニ適法ナル株式讓渡行爲ノ當事者ハ右各法條規定ノ結果會社ニ對シ前記商法第一五〇條ノ手續ヲ請求スルノ權利ヲ與ヘラレタルモノト解スルヲ相當トス而シテ右請求權ノ行使ニ付テハ法律上何等ノ制限ナキカ故ニ讓渡行爲ノ當事者ハ各自株式移轉ノ事實ヲ證明シテ何時ニテモ會社ニ對シ右ノ手續ヲ請求スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス(朝鮮總督府京城覆審院大正四年民控第一五二號民事第二部補裁判長吾

子吉田各朝鮮總督裁判決判決)

【關係事項】

控訴棄却○控訴人 株式會社漢湖農工銀行法律上代理人取締役白完燻訴訟代理人辯護士杉本正寬被控訴人眞田壽助訴訟代理人眞田茂吉

【第一點(一)參照學說判例】

一 民法第一編第二章法人ニ關スル規定ハ如何ナル種類ノ法人ニ適用スヘキヤハ未タ充分ニ究明セラレサル一問題ナル如シ日常屢々開クトコロノ説ニ依レハ該章ノ規定ハ民法第三四條ニ掲ケタル所謂公益法人ニ付テノミ其適用アルモノトスレ蓋商事會社ニ關シテハ商法ニ其規定アリ又其以外ノ營利目的トスル法人ニハ設立其他一切ノ事項ニ就キ商法ノ規定ヲ準用スヘキコトノ明文(民三五條)アルヨリ自然ニ起ル見解ニシテ無理ナラスト雖モ法人ニ關スル各條ノ規定ヲ通讀スルニ執レモ汎ク法人トアリテ其何種ノ法人タルコトヲ示サズ從ツテ其規定ハ總テ公益法人ニノミ適用スヘキモノト爲ス如キハ甚ダ偏狹且ツ危險ナル解釋ニシテ固ヨリ其當ヲ得サルモノト謂フヘキナリ惟フニ民法ニ掲ケタル法人設立ノ要件業務ノ執行並ニ監督ノ方法解散ノ原由及ヒ清算等ニ關スル規定ハ實際公益法人以外ノ法人ニ適用スヘキモノト殆ト稀ナルヘシ其理由ハ是等ノ事項ニ關シテハ法人ノ種類ニ依リテ各々特別法ニ其規定アリ營利法人ハ商法産業組合ハ産業組合法相互保險會社ハ保險業法ト云フ如ク各々特別法ノ規定ニ從ヒテ活動スルコトヲ得ヘシ然リト雖モ民法ハ私法中ノ普通法タルコトヲ忘ルヘカラス故ニ是等ノ特別法ニ規定ナキ事項ニ就テハ民法ノ通則ヲ適用スヘキコトヲ疑ヒテ存セサルナリ(商一條拙著民法原論一卷五版一九七項參照)今茲ニ一ニ例證ヲ舉ケンニ法人ノ權利能力ノ範圍ヲ定メタル民法第四三條ノ規定ノ如キハ決シテ公益法人ノミニ關スルモノニアラスシテ最モ廣博ナル適用アルモノト謂フヘシ公益法人カ商業ヲ營ム如キ其目的以外ノ行爲ヲ爲スコトヲ得サルニ同シク商事會社其他ノ營業法人ト雖モ其定款ニ定メタル目的以外ニ於ケル代表者ノ行爲ニ因リテ權利ヲ得義務ヲ負フコトヲキハ毫モ疑ナク容レシ是レ即チ商法第一條ニ因リテ民法第四三條ノ規定カ營利法人ニ適用セララルモノニ外ナラサルナリ(法學博士富井政章氏法律新聞三〇〇號二九九頁)

二 稀ニハ法人ノ權限定ムル民法ノ規定ハ(民四三)公益法人ニノミ適用セラレ營利法人若クハ會社ニ適用又ハ準用セラレスト力準用セララルモノ適用セラレスト力云フ者アルモ吾人ハ大審院ト等シク此ノ規定ハ總テノ法人ニ適用ストスルヲ以テ正當ナリト信ス(法學博士松波仁一郎氏改正日本會社法七四頁)

三 法人カ法令ノ規定ニ從ヒ定款又ハ寄附行爲ニ因リテ定マリタル目的ノ範圍内ニ於テ權利ヲ有シ義務ヲ負フヘキコトハ民法之ヲ定ム(民三四)此規定ハ通常會社ニ對シテモ當然適用セララルヘキモノト解セラルルモ余ハ此規定ハ民法ノ法人ノ特別規定ニシテ當然ニハ會社ニ適用ナキモノト解スル者ナリ然レトモ會社ハ原則トシテ定款ニ因リテ定マリタル目的ノ範圍内ニ於テノミ權利能力ヲ有スルコト及法律ヲ以テ之ヲ制限スルコトヲ得ヘキコトハ當然ノ事理ニシテ別ニ規定ナク待タズシテ明ナル所ナリ唯會社ニ付テハ民法上ノ法人ノ如ク通常ノ命令ヲ以テシテハ其權利能力ヲ制限スルコトヲ得サルモノトスレ民法第四三條カ會

富井博士

松波博士

松本博士

【第一點】參照學說

一 固有權ノ意義ハ獨逸ニ於テラ一定セストセハ我國ニテ一定セサルハ勿論ナリ大體ニ於テ固有權ハ其之ヲ有スル株主ノ同意ナクシテ變更シ得サルモノトシ其果シテ如何ナルモノカ之ニ當ルカハ場合ニ隨ヒ決スルトス...

【第一點】參照學說

一 會社ハ定款ヲ以テ株式ノ讓渡ニ條件又ハ制限ヲ附スルコトヲ得例ハ株式ノ讓渡ニハ會社ノ承諾ヲ要ストカ外國人ニ讓渡スルコトヲ禁ズトスル如シ又夫又ハ妻ニ讓渡スヘカラストスルモ有效ナリ全然ノ禁止ニ等シキ制限ヲ爲スヘカラストスルモノハ本會社ノ株式ハ百歳以上ノ老人ニ非サレハ讓渡スナ得ストカ前大臣ニ非サレハ讓渡スナ得ストカ必ス本社ト何十年引續キ取引ヲ爲シタル者ニノ讓渡スルコトヲ得トスルハ不可ナリ...

三 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トスル類之ナリ

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ト無ク又株式ノ讓渡ニ會社ノ承諾ヲ要ストスル場合ニハ無記名株券存在ノ余地ナカレ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式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式總會ニ於テ定款ヲ變更シテ之ヲ禁止シ又ハ制限スルコトヲ得サルモノト解ス之レ蓋シ株主ノ既得ノ權利ヲ剝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サ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實質無記名株式ノ處置等ニ付キ首ヲヘカテサル混雜ヲ生セン(法學博士青木徹二氏會社法論三九四頁)

四 株式ノ自由讓渡ハ法律ノ株主ニ與ヘタル權利ナリ故ニ明文上其ノ讓渡ニ付キ會社ノ承諾ヲ要スル旨ノ制限ハ多數決ヲ以テ之ヲ強行スルコトヲ得ルモ他ノ制限條件ヲ附シ又ハ絕對的ニ禁止スルコトハ總株主ノ同意ニ基クニ非サルヨリハ之ヲ爲スコトヲ得スト斷セサルヘカラス此趣旨ヨリシテ更ニ一步ヲ進メテ論ズルコトハ會社設立ノ際ニ於ケル定款ト雖モ總株式引受人ノ同意ニ依ラズンハ絕對的禁止ヲ爲スコトヲ得スト謂ハサルヲ得ス從テ余ハ一方ニ總社員ノ一致ヲ云フ猶且漫然創立ノ際ノ定款ノ絕對的禁止規定ヲ有效トスル獨斷ノ通説及青木博士ノ同説ニハ未タ充分ノ贊同ヲ表スル能ハス(法學士片山義勝氏會社法原論三四七頁)

五 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モ會社ノ承諾ノ外種々ナル制限ヲ附スルコトヲ得例ヘハ外國人ニハ讓渡スヘカラストシ又ハ株主タル者ニノミ讓渡スコトヲ得トシ又ハ二期間内之カ讓渡ヲ禁スルカ如シ但法令ノ規定ニ反スル制限ヲ附スヘカラスルハ勿論ニシテ例ヘハ甲株主ハ自由ニ讓渡シ得ヘキモ乙株主ハ會社ノ承諾ヲ要ストスルカ如キハ株主平等ノ原則ニ反スルカ故ニ其定款無効ナルカ如シ又某會社ノ社員タル者ニ對シテノミ株式ヲ讓渡スルヲ得トスルハ妨ケナキモ其社員タル資格ヲ失フトキハ其者ハ株式ヲ他ノ社員タル者ニ讓渡スルコトヲ要ストムルカ如キモ無効ナリ何トナレハ此場合ハ實ハ株式讓渡ノ制限ニ非スシテ株主權ノ剝奪ヲ規定スルモノナレハナリ(法學士竹田省氏法學新報第二二卷八號西頁)

【第一點(一) 參照學說】

一 會社ノ定款ニ株式ノ會社ノ承諾ヲ付シテ之ヲ讓渡スルコトヲ得セルニ或株主カ會社ノ承諾ヲ經スシテ之ヲ讓渡シタルトキハ其讓渡ハ當事者間ニ有效ナルモ會社ニ對抗スルコトヲ得ス之ヲ無効ト解スル者アルモ法ハ合名會社ノ社員カ他ノ社員ノ承諾ヲ得スシテ持分ヲ讓渡シタルトキハ其讓渡ハ會社ニ對抗スルコトヲ得スト明旨シ又合資會社ノ有限責任社員ハ無限責任社員全員ノ承諾アルトキハ持分ヲ讓渡スルコトヲ得トシ承諾ナキトキハ讓渡スルコトヲ得サルヲ示シ而モ之ニ反シテ持分ヲ讓渡スルモ其讓渡ヲ無効トセス單ニ會社ニ對抗スルヲ得サルニ止ムトセハ株式ニ付テモ同一ニ解スルハ至當ナリ(法學博士松波仁一郎氏改正日本會社法九一九)

二 會社ノ承諾ヲ要スル旨ヲ定メタル場合(其ノ他ノ場合亦同シ)ニ於テ會社ノ承諾ヲ得スシテ爲シタル讓渡行為ノ効力如何曰ク固ヨリ有效ナリ會社ハ其ノ株主ニ對シテ定款違反ノ責任ヲ問フコトヲ得ヘシト雖モ其ノ讓渡ヲ否認スルコトヲ得ス此點ニ關スル松波博士ノ說ハ此ノ如キ株式讓渡ハ合名會社ニ於ケル持分ノ讓渡ト同様ニシテ從テ之レヲ以テ會社ニ對抗スルコトヲ得スト謂ニ在リ(松波博士六〇頁)ト雖モ余ハ解釋上之ニ贊同スル能ハス夫レ株式ハ純理上債權ノ範圍ニ屬セスト雖モ少クモ民法ハ明カニ之ヲ債權ト爲セルカ故ニ法ノ適用上之ニ債權視スルハ解釋上止ムヲ得サルナリ而シテ右ノ株式讓渡ニ對シテ制限ハ形式上單純ナル意思表示ニ非スト雖モ少クモ民法第四六條第二項ノ適用ヲ受ケルモノニシテ即チ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サル場合ナリト謂ハサルヘカラス唯其ノ讓渡人ハ會社ニ對シテ賠償ノ責任ヲ免ルルコトヲ得サルノミ(法學士片山義勝氏會社法原論三四八頁)

【第一點(二) 參照學說判例】

一 此名義書換等ハ單純ナル對抗ノ條件タルノミ當事者間ノ移轉ノ効力ニ關係ナシ(法學士片山義勝氏會社法原論三五〇頁)

二 商法第一五〇條ノ規定中ニ存スル對抗スルコトヲ得ストアルハ株式ノ讓渡人若シクハ讓受人ハ同條規定ノ手續ヲ了スルニアラサレハ會社及ヒ其他ノ第三者ニ對シテ讓渡行為ノ効力ヲ利用スルコトヲ得サル趣旨ヲ聲明シタルニ外ナラスシテ會社及ヒ其他ノ第三者ノ爲ニハ其行為成立セストノ趣旨ニ非サルコト明ナリ故ニ會社ハ同條規定ノ手續未了ノ前ト雖モ讓渡人ニ對シテ讓渡行為ノ存在ヲ主張スルコトヲ得ヘシ(大審院三十八年十一月二日判決最近會社法判例一一七頁)

【第一點(三) 參照學說】

會社ハ或期間株券ノ名義書換ヲ停止スルコトヲ得稀ニハ「會社」ハ之ヲ停止スルコトヲ得ス株式ハ株主ノ隨意ニ之ヲ讓渡シ又ハ其讓渡ヲ對抗シ得ルモノナリ而シテ之ヲ對抗スルニハ名義書換ヲ要ストセハ株主ハ會社ニ對シテ何時ニテモ此書換ヲ請求シ得ルハ當然ナリ社會ハ決シテ書換ヲ拒ムコトヲ得ス之ヲ許ストキハ株主ノ自由讓渡權ノ効力ヲ殺クニ至リ又取締役ノ任意ニテ株主ヲ害スルニ至ラン事ハ公益ニ關シ且株式ノ性質ニ關スルヲ以テ定款ヲ以テモ名義書換ヲ停止スルヲ得ス又之ヲ爲ス習慣生シタリシトスルモ其慣習ハ効力ナシ苟クモ株式ノ讓渡ハ隨意ニスル以上ハ決シテ名義書換ヲ停止スヘカラス之ヲ停止セント欲セハ其源ニ遡リ定款ヲ以テ株式讓渡其ノモノヲ制限セサルヘカラスト云フ者アルモ其論不可ナリ前述ノ理由ニ依リ相當ノ期間名義書換ヲ停止スルハ適法ナリ之ヲ停止スル慣習ハ有效ナリ(法學博士松波仁一郎氏改正日本會社法九七五頁)

【第二點(一) 參照學說判例】

一 會社ヲ株式讓渡ノ當事者ヨリ名義書換ノ請求ヲ受ケタルトキハ之ニ應シテ其手續ヲ爲ササルヘカラス會社ハ當事者ノ請求アル時ハ名義書換ヲ爲ササルヘカラス然レトモ其際ニ會社ハ讓渡ノ眞偽ヲ調査スル事ヲ得(法學博士松波仁一郎氏改正日本會社法七九二頁)

一 株主ノ自益權ハ株主カ自己ノ利益ノ爲ニ行使スル權利ニシテ即チ次ノ如キモノナリ……五株券ノ書換ヲ求ムル權(一〇五)
(法學博士松本滋治氏四十五年度中央大學講義錄會社法二三頁)
三 株式ハ會社ノ承諾ヲクシテ之ヲ他人ニ讓渡スルコトヲ得ルノ結果トシテ會社ハ讓渡人ヨリ株主名簿ニ於ケル名義書換ノ請求
ヲ受ケタルトキハ之ニ應ジテ其書換ヲ爲ス義務ヲ負擔ス。法學博士青木徹二氏會社法四〇〇頁)
四 株券ノ名義書換請求權ハ株式ニ隨伴シテ之ヲ消長ヲ共ニスヘキモノナレハ株式ノ消滅セサル限りハ存在シ其請求權ノミ獨リ
時効ニ因リ消滅スルモノニ非ス(大阪地方裁判所四十四年五月八日判決最近會社法判例一〇〇頁)
五 株式ノ讓渡ハ讓渡人ナシテ會社及ヒ其他ニ對シテ有效ニ株主ト地位ヲ取得セシムヘキ義務アルト共ニ會社モ亦當事者ノ
請求ニ因リ株式讓渡ヲ完全ナラシムル義務アルヲ以テ會社ハ其名義書換ヲ爲スコトヲ要スルモノトス(東京控訴院四十四年判
決最近會社法判例一〇〇頁)

【第二點(ロ)參照學說】

一 當事者カ名義書換ヲ請求スルニハ讓渡人及ヒ讓受人ノ共同ヲ要スルヤ換言スレハ名義書換ハ共同行爲ナリヤ之ニ關シテ三
說ヲ生ス甲讓渡人又ハ讓受人ハ何レモ單獨ニ名義書換ヲ請求スルコトヲ得トノ說、乙讓受人ノミ之ヲ請求スルコトヲ得トノ說
丙讓渡人及ヒ讓受人共同シテ之ヲ爲スコトヲ要ストノ說是ナリ而シテ三說中理論トシテハ甲說正シ株式ノ移轉アリタルトキハ
其移轉者ハ之ヲ他人ニ對抗セント欲スルハ通常ニシテ法ニ之ヲ許スナリ而シテ其手續ハ成ヘタ容易ニシ且單獨ニ爲シ得セシメ
サルヘカラス商法ハ名義ノ書換ハ共同ニ爲スヲ要スト規定セス又其意ヲ暗示セサルナリ理論ハ此ノ如キモ共同ニ請求セシムル
ヲ便トシ且安全トス故ニ會社ハ定款ヲ以テ之ヲ定ムヘシ其場合ニモ名義書換ノ白紙委任狀アルトキハ受任者ハ一人ニテ自己ト
讓渡人トノ共同行爲ヲ爲シ得ルナリ(法學博士松波仁一郎氏改正日本會社法九七一頁)
二 讓受人カ會社ニ對シテ名義ノ書換ヲ求ムルニハ讓渡人ノ共同スルコトヲ要スルヤ我商法ノ如ク株式ノ讓渡隨テ社員ノ變更
ハ會社ノ承諾ナクシテ行ハルルコトヲ稱トスルモノニアリテハ名義ノ書換ハ會社ニ對シテ對抗條件ヲ作ルニ過キス吾人ハ我商
法ノ解釋トシテ讓受人ヨリ其請求ヲ爲スヲ以テ是リ讓渡人ノ協力ヲ要セサルモノト信ス(法學士竹田省氏法學新報第二卷八
號二〇頁)

(一) 有力ナル同趣旨學說判例アレトモ吾人ハ贊セス蓋シ商法會社編ノ規定ハ民
法法人ノ規定中第三三條第三六條ヲ除ク外ニ對シテハ彼此互ニ對立シ普通法特
別法ノ關係ナキヲ以テ商法第一條モ其適用ヲ見ル能ハス商法ニ於テ民法ノ規定
ヲ準用セサル限リ當然ニ民法ノ規定ニ從フヘキモノニアラサルカ故ニ民法第四

三條ヲ以テ會社ノ權利能力ヲ決定スルコト能ハス定款ノ如キハ法律ノ配下ニア
リト雖モ普通ノ命令下ニ在リト爲ス事能ハサルナリ(ロ)株主ノ權利中奪フ可ラサ
ルモノアルハ疑ナク只其ノ範圍ニツキテハ學說必スシモ相一致セサレトモ要ハ
會社ノ本質法律ノ強行規定存否ニ鑑ミテ決スヘキノミ(ハ)定款ノ改正ニヨリテ株
主資格ヲ限定スルコトハ株主ノ奪フ可ラサル權利ノ侵害トナラサルヤ否ヤハ結
局株式讓渡自由ノ原則ハ如何ナル範圍ヲ有スルヤニ歸スルモノニシテ現行法第
一四九條ノ解釋上論争セラルル所ナリ然レトモ吾人ノ見ヲ以テスレハ株式讓渡
ノ絕對禁止ハ假令原始的定款ヲ以テスルモ之レ株式會社ノ本質上許容スヘキモ
ノニ非サルト同時ニ株式資格ヲ限定スルコトハ限定セラレタル範圍カ甚シク狹
少ニシテ事實上殆ト禁止ニ近キモノトナラサル限り原始的定款ヲ以テスルモ將
又定款改正ニヨリテモ之ヲ定ムルコトヲ得ルモノナリト信ス彼ノ右法條ニ所謂
別段ノ定ヲ會社ノ承諾ト對應セシメ自由讓渡ノ制限ハ會社ノ承諾ヲ要件トスル
以外之ヲ認ム可ラストイフカ如キハ文理ヲ曲解シタルモノニシテ法ノ精神ハ定
款ニ別段ノ定ナキトキハ讓渡ノ絕對自由何人ニ對シテモ且ツ無條件ニ讓渡シ
得ヘキコト並ニ定款ノ規定ヲ以テスレハ此自由ヲ制限シ讓受人方面ノ制限讓渡
行爲方面ノ制限ヲ爲シ得ルコトヲ示サント欲シタルモノナラサルヤ吾人ハ株
主資格ノ限定ハ原則トシテ株主權ノ侵害トナラストスルモ爲メニ現在株主ノ全

部一部ノ失格ヲ來スカ如キハ之レ單純ナル自由讓渡ノ制限ニアラスシテ株主タル地位ノ剝奪ニ外ナラサルカ故ニ本人ノ承諾又ハ法ノ明文例第二〇ノ三條ヲ俟タサレハ之ヲ爲シ能ハサルモノト解ス(ニ)定款ヲ以テ株式讓渡ヲ有效ニ制限シタルトキニ之ニ反スル行爲ノ效力ヲ單ニ會社ニ對抗シ得サルモノナリト爲シ商法第五九條等ヲ之レカ根據ト爲スハ吾人ノ採ラサル所ナリ抑モ制限ハ制限ノ範圍ニ於ケル禁止ナリ禁止ニ違反スルノ行爲ハ之ヲ無効ト解スヘキヲ條理トス只特別規定ニヨリテ之ヲ絕對的無効トセス相對的效力ヲ認ムル時始メテ之レカ反對ノ解釋ヲ爲シ得ルモノニシテ例ヘハ商法第七九條ハ第二項ニ「債權者カ異議ヲ述ヘタルトキハ會社ハ之ニ辨濟ヲ爲シ又ハ相當ノ擔保ヲ供スルニ非サレハ合併ヲ爲スコトヲ得ス」ト規定シ同第三項ニ「前項ノ規定ニ反シテ合併ヲ爲シタルトキハ之ヲ以テ異議ヲ述ヘタル債權者ニ對抗スルコトヲ得ス」ト規定セルカ今若シ右第二項ノミアリテ第三項ナキモノトセハ果シテ當然第三項ノ約束ヲ生スヘキヤ吾人ハ第三項ノ規定ヲ竣テ此約束ヲ認メ得ト解セントスルモノニシテ第五九條ノ如キモ亦此見解ニヨリテ引用スルトキ反對說ノ根據トナラスシテ却テ吾人ノ言ヲ援クルモノナルヘキヲ思フ(ホ)共ニ正當ナリ只(ヘ)ノ理由トシテ法ノ直接與ヘタル權利ナリト言フハ未タ盡サス權利ヲ與ヘタル法ノ規定ハ強行規定タルカ故ナリトイフヘシ

(二)イ)正當ナリ(ロ)學說分歧スト雖モ吾人ハ本判決ヲ至當ナリト信ス蓋シ株式移轉對抗要件ヲ經ルコトハ株式讓渡人及讓受人共ニ之ニヨリテ或ハ免責上或ハ權利主張上其利益ヲ有スルモノナレハ請求手續ニツキ何等ノ制限ナキ限リ權利者各自之ヲ爲シ得ルモノト解スルヲ法意ニ適フモノト信スレハナリ

三二

一四五第二項 株式ノ金額ハ五十圓ヲ下ルコトヲ得ス但一時ニ株金ノ金額ヲ拂込ムヘキ場合ニ限リ之ヲ二十圓マテニ下スコトヲ得

商法第一四五條第二項但書ハ貳拾圓以上拂込アリタル場合ヲモ含ムモノニアラサルカ故ニ拂込済ノ株式ト雖モ其金額ヲ五拾圓以下ニ減少スルコトヲ得サルモノトス

商法一四五條二項ハ「株式ノ金額ハ五拾圓ヲ下ルコトヲ得ス但一時ニ株金ノ金額ヲ拂込ムヘキ場合ニ限リ之ヲ貳拾圓マテニ下スコトヲ得」ト規定シ一時拂込ノ場合ニ株金ヲ貳拾圓マテ下スコトヲ許シタルヲ以テ貳拾圓以上拂込アリタル株式ノ金額ヲ貳拾圓マテニ減少スルコトヲ許ササルハ聊カ權衡ヲ失スルノ嫌ナキニ非ス乍併之レカ爲メ同但書ハ貳拾圓以上拂込アリタル場合ヲモ含ムモノナリト論スルハ解釋ノ範圍ヲ超フルモノナリ故ニ拂込済ノ株式ト雖モ其金額ヲ五拾圓以下ニ減少スルコトヲ得スト云ハサルヘカラス(法學博士毛戸勝元氏京都法學會雜誌第一〇卷第六號一三六頁要領)

【同趣旨學說判例】

一 會社ハ漸次拂込済ノ五十圓株ヲ分割シテ二十五圓株ニ個ト爲スコトヲ要ス或者ハ「法ニ一時ニ全額ヲ拂込ム可キ場合ニ限リ二十圓マテニ下スコトヲ得トセルハ二十圓ノ拂込カ充實スレハ可ナリトノ意ナリ故ニ少額宛拂込ムモ現ニ二十圓ト爲リ居レハ一株トスルヲ得」ト云フモ然ラズ法ニハ一時ニ株金ノ全額ヲ拂込ムヘキ場合ニ限リ二十圓ニ下スコトヲ得トスルナリ故ニ漸次ニ拂込ミテ五十圓ト爲リシモノヲ二十圓株ト爲スハ立法ノ主意ニ反ス道ハ第一回ノ拂込ニ二十圓未滿ヲ拂込ミタルト二十圓以上ヲ拂込ミタルトニ依リ異ル所ナシ二十圓株ニハ一時ニ株金ノ全額ヲ拂込ムヘキニ五十圓株ニ二十圓ヲ拂込ムハ株金ノ五分ノ拂込ナレハナリ法ハ株ニ二條ノモノヲ認メ漸次拂込ノモノハ五十圓以上一時拂込ノモノハ二十圓以上トシ會社シテ其執レカ一ヲ探ラシムルナリ故ニ一時ニ全額ヲ拂込ムモノトシテ初ヨリ二十圓ノ株式ヲ作ルハ可ナレトモ五十圓株トシテ第一回ニ其五分ニ拂込ミナカラ後ニ改メテ二十圓株トスルヲ得ス曲解ヲ試ミ法ニハ「一時ニ全部ヲ拂込ムヘキ場合ニ限リ之ヲ二十圓マテニ下スコトヲ得」トシ「一時ニ全部ヲ拂込ムヘキ場合ニハ」トセザルヲ以テ事實上一時ニ拂込ミタルニ非サル場合ニモ二十圓マテニ下スコトヲ得ト論スルコトナキヲ要ス同一ノ主意ニ依リ漸次拂込ノ株式ハ金額拂込済ノ後モ之ヲ下シテ五十圓未滿ノモノトスルヲ得ス五十圓株ニシテ二十五圓宛ヲ兩度ニ拂込ミタルモノハ之ヲ分割シテ二十五圓株二個トスルヲ可トスル實情アルモ法ノ解釋トシテ之ヲ許サズ又五十圓株ヲ漸次ニ拂込ミテ二十圓ニ達シタル際定款ヲ改メテ二十圓株トシ拂込済トセルモノトスルコトモ不可ナリ會社カ一時拂込ノモノトシテ二十圓株ヲ發行シタルトキハ後ニ新株ヲ發行スルニ當リテモ必ず一時拂込ノ二十圓株トセザルヘカラス漸次拂込トスルトキハ五十圓株ト爲リテ株金額ノ不均一ヲ來セハナリ佛國ニテハ異種ノ株式ヲ生スルモ可ナルモ我國法ハ株式ノ均一主義ヲ貫通ス(法學博士松波博一氏改訂日本會社法八三二頁)

二 法律ハ株式ノ金額カ五十圓以上ナルトキハ之ヲ數回ニ分割シテ拂込ムコトヲ許ス然ラサレハ必ず一時ニ其金額ヲ拂込ムコトヲ要スルコトヲ以テ一株ノ金額ヲ五十圓ト定メ數回ニ分割シテ二十圓ヲ拂込ミタル場合ニ資本減少ノ方法トシテ當初ノ株金額ヲ減少シテ之ヲ二十圓ト爲スカ如キハ違法ナリト謂ハサル可ラス(法學士柳川勝二氏商法論一八四頁)

三 株金額五十圓未滿廿圓以上ナルコトハ會社設立ノ場合ニ付キ一時拂込ヲ條件トスルノ例外ナルハ青木博士ノ反對説ノ外曾テ異論アルヲ聞カス其ノ反對ノ論旨ニ謂ハク五十圓以上ト二十圓トハ原則例外ノ關係ナシ廿圓ヲ例外ト解スルハ文辭ノ順序ニ固執セル皮相ノ見ナリ既ニ例外ニ非サルヲ以テ狭ク解スルノ必要ナシ故ニ資本減少ノ方法トシテ株金額ヲ減スル場合ニハ二十圓マテニ下スコトヲ得ト然レトモ非ス此説ニ服セス原則ノ區別ナリ一ニ法ニ根據ヲ索メサルナリ得必スシモ文辭ノ順序ニ拘泥スヘキニ非ス法律ノ主タル精神ノ存スル所目シテ之ヲ原則トセザルヘカラス博士ノ説ハ即チ原則例外ヲ俱ニ否認スルノ説ニ外ナラス縱シ此點ニ付キ姑ク此説ニ從フトスルモ商法施行法第五條ノ規定ノ如キハ明ニ商法施行前ノ株式會社ニ付テモ株金額ノ變更ニ當リテハ之ヲ五十圓以上トシタルモノトシテ商法ノ主タル精神カ五十圓以上ニ在ルコトハ炳乎疑ヲ容レザルナリ且夫更ニ一步ヲ譲リテ拂込額百圓ニ達シタルトキト雖モ之ヲ分割シテ拂込ミタル場合ニ於テ之ヲ法文ノ所謂一時ニ株金額ヲ拂込ミタルモノト謂フコトヲ得ヘキカ資本減少ノ場合又ハ株式ノ分割ノ場合ニ付キ此二十圓ノ許スノ精神ニ非サル更ニ多辯ヲ須キサルヘシ(法學士片山義勝氏會社法原論二八二頁)

四 商法第二四五條第二項ノ本文ハ分割拂込即チ一般ノ場合ニ關スル規定ニシテ其但書ハ一時拂込ノ場合ニ關スル規定ナリ

【反對趣旨學說】

レハ本文ノ規定カ原則ニシテ但書ハ例外ナリトス
 商法第一四五條第二項但書ニ株金ノ全額ヲ拂込ムヘキ場合トハ會社ノ新設又ハ新株發行ノ場合ノ如ク新ニ株式ヲ發行スル場合ニシテ而カモ株金ノ分割拂込ヲ許サル場合ニ限ルモノトス從テ一旦五十圓以上ノ株式ヲ發行シタル後其株金額ヲ變更スヘキ場合ノ如キハ之ヲ包含セザルモノトス(大審院大正三年十二月十六日民二判決本書第三卷商法三四七頁)

株式ノ金額ハ五十圓ヲ下ルコトヲ得ス一時完納ノ場合ハ二十圓マテニ下スコトヲ得トノ法文(第一四五條二項)ヲ讀下スルトキハ五十圓ハ原則ニシテ二十圓ハ例外タルカ如キ感想ヲ生スヘシト雖モ決シテ然ラス執レカ原則ニシテ執レカ例外タルカハ單ニ文辭ノ前後ニ依リテ之ヲ區別スヘキニ非ス此法條ハ之ヲ書キ換フレハ「株式ノ最少金額ハ二十圓トス但シ一時ニ其金額ヲ拂込マシメサルトキハ之ヲ金五十圓トス」ト云フト同一ニシテ何等原則例外ノ關係ナ有スルコトナシ然レニ余ハ現時一般ノ通説ニ從ヒ本書ノ初版再版ニ於テ「二十圓マテニ下スコトヲ得ルコト」ヲ例外ト解シ從テ其規定ヲ狹義ニ解スヘキモノトシ其一例トシテ資本減少ノ場合ニ五十圓株ヲ五十圓以下ニ下スコトヲ得スト論シタルトモ之ハ單ニ文辭ノ順序ニ固執セル皮相ノ見解ニシテ今ハ其無意味ナルヲ發見シタルヲ以テ上述ノ如ク訂正セリ故ニ資本減少ノ一法トシテ株金額ヲ減スル場合ニハ之ヲ二十圓マテニ下スコトヲ得ルモノトス(法學博士青木徹二氏會社法論三三三頁)

至當ノ見解ナリ之レ前掲同趣旨判例ノ評論ニ於テ吾人ノ賛同セシ所トス

三三三

六五二第一項

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
 第六五二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非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身體生命ヲ害シタルカ爲メ生シタル債權ノ如キハ之ニ包含セザルモノトスルヲ相當トス

商法ハ第六五二第一項ニ於テ共同海損ニ因ル債權ト船舶ノ衝突ニ因ル債權トニ付テ同一ノ短期ノ消滅時効ヲ規定シ之ヲ海損ノ一章中ニ設置シ又同章ニ於テ規定スル

所ハ船舶ノ衝突ニ關スルモノノ外ハ皆共同海損及ヒ之ニ準スヘキ海損ニ關スルモノ
 ニシテ財産權上ノ損害ニ關セサルモノアルコトナシ且其船舶衝突ニ關スルモノハ前
 示法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カ双方ノ船
 員ノ過失ニ因リテ衝突シタルカ爲メ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是ニ由テ之ヲ觀レハ第六五一條第一項ノ船舶衝突ニ因
 ル債權ノ消滅時效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
 テ定メタルモノニ非スシテ專ラ財産權上ノ損害ニ關スル債權ニ付テ定メタル法意ナ
 リト解シ人ノ身體生命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
 トスルヲ相當トス而シテ本件ハ上告人カ被上告人ノ所有ニ係ル船舶ノ衝突ニ因リ自
 己ノ身體ヲ害セラレタルコト原因トシテ損害賠償ヲ請求スルモノナレハ其請求權
 ノ消滅時效ニ付テハ商法第六五一條第一項ノ規定ヲ適用スヘキ限ニ在ラス然ルニ原
 院カ同法條ヲ適用シテ本件損害賠償ノ請求權消滅シタル旨判定シタルハ違法ナリ(大
 審院大正三年(才)第八三號同四年四月二十日民一部田部裁判長神原尾古鈴木岩田各判
 事判決)

【關係事項】

破毀差戻○原審大阪控訴院○損害賠償請求事件○上告人阿南余男訴訟代理人辯護士高根義人同森本清被上告人石田佐太郎訴訟
 代理人辯護士高倍權太郎

法文ハ單ニ船舶ノ衝突ニ因リテ生シタル債權ト規定シ何等ノ制限ナシト雖モ商
 法ノ船舶衝突ニ付テ規定スル所ハ船舶所有者間ノ責任ニ關スルモノナルコト第
 六五〇條ニヨリテ推知シ得ヘキカ故ニ判決ノ如ク解スルコトヲ當レリト信ス乍

(三四)

併第六五一條第一項カ獨リ第六五〇條ノ場合ヲ受ケタル場合ニ止マラス其他船
 舶カ一方ノ船員ノ過失ニ因リテ衝突シタル場合ノ債權ニ付テモ之レカ適用アル
 ヘキハ大審院亦之ヲ認ムル所ナリ(大審院民事判決錄四十年一六頁參照)

二六五第二項 商人ノ行爲ハ其營業ノ爲メニスルモノト推定ス
 三〇 支配人ハ主人ニ代ハリテ其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ヲ有ス
 (第二項略)支配人ノ代理權ニ加ヘタル制限ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
 會社ノ支配人カ會社ノ爲メニ金錢ヲ借入レタル場合ニ付キ商法二六五條第二項
 ヲ適用センニハ先ツ其借入カ商人ノ行爲タルコトヲ定ムルコトヲ要シ其之ヲ定
 ムルニ當リテハ借入カ支配人ノ權限ニ屬スルヤ否ヤヲ決スルヲ要ス

大審院明治四十一年二月十七日ノ判決ハ米穀鹽肥料薪炭ノ賣買ヲ業トスル會社ノ支
 配人カ會社ノ爲メニ金錢ヲ借入レタル場合ニ付キ商法二六五條第二項ヲ適用シ其借入
 ハ支配人ノ權限ニ屬スルモノト推定セリ是レ明ニ誤判ナリ何トナレハ同項ヲ適用ス
 ルニハ先ツ其借入カ商人ノ行爲タルコトヲ定ムルヲ要シ其之ヲ定ムルニ當リテハ
 借入カ支配人ノ權限ニ屬スルヤ否ヤヲ決スルヲ要スレハナリ(法學博士毛戸勝元氏京
 都法學會雜誌第一〇卷第六號一三〇頁要領)

【參照學說判例】

一 本卷九五頁以下
 二 商人ノ行爲ハ其營業ノ爲メニスルモノト推定スヘキ規定ハ會社ニ付テハ係争行爲カ其目的タル事業ヲ遂行スルニ必要ナル
 トキ即チ會社ノ權利能力ノ定マリタル後ニ適用ス可キモノニシテ會社ノ目的遂行ノ爲メニ必要ナルヤ否ヤヲ定ムルニ付テ適用

ス可キモノニアラス(大審院大正三年六月五日民二判決本書第三卷商法一四四頁)
至當ノ見解ナリト信ス只茲ニ所設支配人ノ權限ノ範圍ハ支配人本來ノ權限即何等制限ナキモノヲ指稱スルコトヲ注意セサル可ラス而シテ支配人ノ權限カ若シ會社即主人トノ間ニ於テ制限セラレタル場合ニ於テハ第三〇條第三項ノ適用セラルル結果如何ニモ第二六五條第二項ノ適用ニヨリテ却テ支配人ノ權限アリト推定セラルルカ如キコトナルヘシ

(三五)

一六四第二項 會社ト取締役トノ間ノ關係ハ委任ニ關スル規定ニ從フ
一七七第一項 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

取締役ハ法律上會社ノ代表並ニ義務執行ノ固有ノ機關ナレハ會社ニ對シ善良ナル
ル管理者ノ注意ヲ以テ法律上負擔セル義務ヲ履行シ會社共同ノ利益ヲ圖リ損失ヲ豫防
ヲ豫防セサルヘカラサル責務アルヤ勿論ナレハ此義務ニ違背シテ會社ニ損害ヲ
生セシメタルトキハ之カ賠償ノ責ニ任セサルヘカラサルコト多言ヲ要セス而シ
テ其損害ノ發生ノ原因カ自己ニ責任ナキ特定ノ取締役ノ行為若クハ不法行為ニ
基因スル場合ハ格別取締役總員若クハ數人ノ共同ニ出テタル任務懈怠ニ基ク
キハ其取締役カ連帶シテ賠償ノ責ニ任セサルヘカラサルハ至當ノ條理ニシテ商
法第一七七條第一項ハ此理義ヲ明ニシタルニ外ナラサルモノトス

取締役ハ法律上會社ノ代表並ニ業務執行ノ固有ノ機關ナレハ會社ニ對シテ善良ナル
管理者ノ注意ヲ以テ法律上負擔セル義務ヲ履行シ會社共同ノ利益ヲ圖リ損失ヲ豫防
セサルヘカラサル責務アルヤ勿論ナレハ此義務ニ違背シテ會社ニ損害ヲ生セシメ
ルトキハ之カ賠償ノ責ニ任セサルヘカラサルコト多言ヲ要セス而シテ其損害發生ノ
原因カ自己ニ責任ナキ特定ノ取締役ノ行為若クハ不行爲ニ基因スル場合ハ格別取締
役總員若クハ數人ノ共同ニ出テタル任務懈怠ニ基クキハ其取締役カ連帶シテ賠償
ノ責ニ任セサルヘカラサルハ至當ノ條理ニシテ商法第一七七條第一項ハ此理義ヲ明
ニシタルニ外ナラス本件ニ付キ原院ノ確定セル所ニ依レハ上告人先代治作カ明治三
十年八月ヨリ同四十三年三月マテ株式會社相川銀行ノ取締役トシテ在職中同三十七
八年頃ヨリ同四十年ニ亘リ行員中ニ行金ヲ費消シタルモノアリテ銀行ハ數萬圓ノ損
害ヲ蒙リタルヨリ同四十二年十月中治作及ヒ被上告人等重役一同ハ其損害ヲ賠償
スル爲メ連帶シテ金四萬圓ヲ銀行ニ提供スルコトヲ銀行ト協定シ其各自ノ負擔部分
ハ之ヲ深井康邦ノ指定ニ一任スヘキコトヲ重役等間ニ於テ契約シ其結果同月十五日
治作ノ負擔額カ金三千五百圓ト定メラレタルニ同人ハ之カ出金ヲ爲サシ爲メ同月
三十一日被上告人等カ右治作ノ出金額ヲ其各自ノ負擔額ニ割當テ本訴金員ヲ銀行ニ
辦濟シタリト云フニ在リテ株式會社相川銀行ノ定款ニハ專務及ヒ常務取締役選任ノ
規定アリテ上告人先代治作ハ直接會社ノ常務ニ干與セザリシトスルモ其取締役トシ
テ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ法律上負擔セル會社ノ業務及ヒ會社財産ノ狀況ヲ調
査シ以カ會社共同ノ利益ヲ圖リ損失ヲ豫防セサルヘカラサル義務アルニ拘ハラヌ其
任務ヲ怠リ明治三十七八年頃ヨリ同四十年ニ亘リ行員ノ行金費府ヲ看過シ會社ニ對

シ數萬圓ノ損害ヲ蒙ラシムルニ至リタルモノナレハ先代治作ハ直接會社ノ業務ヲ執掌シタル他ノ取締役ト共ニ會社ニ對シ連帶シテ之カ損害ヲ賠償スヘキ義務アルヤ勿論ナリ況ンヤ治作ハ明治四十二年十月中被上告人等重役一同ト共ニ會社ニ對シ其損害ノ賠償トシテ金四萬圓ヲ連帶シテ會社ニ提供スヘキコトヲ契約シタルモノナレハ連帶債務者タル被上告人等カ其負擔額以上ノ賠償ヲ爲シタルニ依リ生シタル本訴求債債務ニ對シ治作ニ支拂義務アルヤ自明ナレハ假令治作カ右連帶契約締結前ナル明治四十一年九月中隱居ヲ爲シ上告人カ其家督相續ヲ爲シタリトスルモ被上告人等ノ右賠償當時迄會社並ニ被上告人等ニ對シ民法第七六一條所定ノ通知手續ヲ履踐セザリシコトハ原判決ノ確定セル所ナレハ治作ノ隱居ハ之ヲ以テ債權者タル會社並ニ被上告人等ニ對抗セルコトヲ得サルモノナルヲ以テ治作ノ相續人タル上告人カ右求償債務ノ履行ノ責ニ任スヘキヤ言テ俟タス然ラハ會社ノ定款ニ依リ業務ノ執行ニ付キ制限ヲ受ケタル取締役ニハ會社ノ業務ニ關スル注意義務ノ程度ニ差等アルモノナリトノ前程ノ下ニ原判決ニ於ケル上告人主張事實ノ指示ヲ批難シ原院ノ證據申請採否ノ當否ヲ論難スルモ理由ナク又取締役ノ會社ニ對スル賠償義務ノ性質ニ付キ當時ノ商法ニ連帶責任ノ規定ナシトノ理由ヲ以テ原院ノ法理上ノ解釋ヲ非難スルモ亦理由ナシ(大審院大正三年(オ)第五八一號同四年三月十日民三部橫田裁判長大倉禎原嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○代位辨濟金請求事件○上告人齋藤菊次郎訴訟代理人辯護士岡崎正也同鈴木於用被上告人淺香周次郎外六名

【參照學說】

松波博士

青木博士

柳川學士

片山學士

一 取締役カ其任務ヲ怠リタルトキハ責ヲ負フハ至當トシ其責任ハ單獨的ナルカ連帶ニシテ常ニ總テノ取締役ニ連帶ナルカ意務者間ニノミ連帶ナルカ監査役等ノ責任トノ關係如何等ニ關シテ種々ノ立法論アリ中ニ就キ我商法ハ怠務ノ取締役ノミ連帶シテ責ヲ負フトシテ而シテ監査役モ會社ニ對シテ其責任スヘキハ其監査役ト連帶シテ損害賠償ノ責ヲ負ハシム(一八六)此等ノ定ハ舊規定ニナカリシヲ以テ種々ノ疑問ヲ生シ稀ニハ法ノ精神解釋ヨリシテ現行規定ト略同一ニ解シタル者アリシモ強辯ニ過タル所アリキ次ニ改正規定ヲ以テ之ヲ明定シ最早疑ヲ容レサルモノト爲レリ立法論トシテモ之ヲ可トス(法學博士松波仁一郎氏改正日本會社法一一二〇頁)

二 舊商法(第一八八條)ニハ取締役ハ其職分上ノ義務ヲ盡スコト及ヒ定款並ニ會社ノ決議ヲ遵守スルコトニ付キ會社ニ對シテ自己ニ責任ヲ負フヘキ旨ヲ定メタルニ新商法(改正前)ニハ何等ノ規定ナシ然レトモ法理上取締役ハ會社ニ對スル受任者ナルヲ以テ其職務ノ本旨ニ從ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ會社ノ事務ヲ處理セサルヘカラス(民法六四四條)即チ會社事務ヲ處理スルハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テスルコトト其職務ノ本旨ニ從フコトトノ條件ヲ守ラサルヘカラス(民法六四四條)即チ會社事務ヲ處理スル所ナシ職務ノ本旨ニ從フコトトハ法令定款又ハ株主總會ノ決議ノ旨趣ニ從ヒテ其職務ヲ行フノ謂ナリ故ニ取締役カ法令定款又ハ株主總會ノ決議ニ反スル行爲ヲ爲シタルトキハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ會社ニ賠償セサルヘカラス(民法第四一五條)(法學博士青木徹二氏會社法論五一頁)

三 取締役ノ會社ニ對スル責任ハ委任ニ關スル一般ノ規定ニ由ルモノナリト雖モ一般ノ規定ニ從ヘハ取締役間ニ當然連帶アリト爲スナ得サルヲ以テ(不法行為ニ因ル場合ハ格別)改正商法ハ特ニ右ノ場合ニ於テハ取締役ノ責任ヲ連帶トシ會社ノ爲メ忠實ニ且至大ノ注意ヲ以テ事ニ從ハシメシメタルノ期セリ(法學士柳川勝二氏改正商法論綱二七七頁)

四 舊規定ハ單ニ取締役ニ賠償責任アルコトヲ定メタルノミナルカ故ニ民法ノ規定ニ依リテ連帶スル場合ノ外連帶セザリシモノト謂ハサルヲ得ス故ニ此點ノ改正ハ畢竟連帶ヲ法定シタル主眼トス(法學士片山義勝氏會社法原論四〇一頁)

商法第一七七條第一項ノ規定ヲ法理當然ノ注意的規定ナリトナスハ吾人ノ首肯シ能ハサル所ナリ抑モ取締役ノ會社ニ對スル法律關係如何ハ商法改正前純法理トシテハ改正後モ同シ學者間ニ論争セラレタルトコロニシテ取締役選任ノ性質ハ一方行爲ナリト爲スモノアリ双方行爲ナリト爲スモノアリ其双方行爲ナリトスル者ノ中ニ於テモ委任說準雇傭說無名契約說等多岐ニ分レタレトモ取締役カ

毛戸博士

其内外職務ノ執行ニ際シテ會社ノ爲メ善良ナル管理者ノ注意ヲ拂フ責務ノ存スヘキハ性質上推論シ得ル所ニシテ商法改正ニヨリ委任ニ關スル規定ニ從ハシムルヲ竣テ始メテ然ルモノニアラサルハ明ナリ然レトモ爲之數人ノ取締役カ共同ニ出テタル任務懈怠ニ基ク賠償義務カ直チニ連帶責任アリト爲スハ其理由ヲ解スルニ苦シム連帶ハ法律ノ規定當事者ノ意思ニ基ク外之ヲ認ムル能ハストチス吾人ハ第一七七條第一項ハ事理ノ必要ニ鑑ミテ設ケラレタル新規定ナリト解スルカ故ニ改正前ノ事實ニ付テハ同様ノ判定ヲ爲シ得サルモノト信ス

三六

四六三第一項 所持人ハ裏書ニ依リテ爲替手形ノ取立ヲ委任スルコトヲ得此場合ニ於テハ裏書ニ其目的ヲ附記スルコトヲ得ス

隠レタル委任裏書取立委任ノ爲メ其目的ヲ附記セスシテ爲シタル裏書ノ解釋ニ付テハ古來幾多ノ見解アリ其會テ行ハレ又ハ現ニ行ハルル者ヲ舉ケレハ五アリ第一說(假裝說)ハ隠レタル委任裏書ハ取立委任ノ爲メ表面上讓渡ノ爲メニスルカ如ク假裝スルモノニシテ無効ナリトス第二說(相對的讓渡說)ハ隠レタル委任裏書ノ内部關係裏書人ト被裏書人トノ關係ト外部關係第三者ニ對スル關係トチ分チ内部關係ニ於テハ取立

隠レタル委任裏書取立委任ノ爲メ其目的ヲ附記セスシテ爲シタル裏書ト手形ヲ讓渡ス裏書ニシテ被裏書人ハ内外兩關係ニ於テ手形權利者トナルモ手形金額ヲ取立テテ之ヲ裏書人ニ引渡ス債務ヲ負フモノトス

ノ委任ニシテ外部關係ニ於テハ讓渡ナリトス第三說(羅馬法的信託讓渡說)ハ隠レタル委任裏書ハ手形ヲ讓渡ス裏書ニシテ被裏書人ハ内外兩關係ニ於テ手形權利者トナルモ手形金額ヲ取立テテ之ヲ裏書人ニ引渡ス債務ヲ負フモノトス第四說(獨逸國有法信託讓渡說)ハ隠レタル委任裏書ハ取立委任ノ終了又ハ取立委任ノ目的ニ反スル手形ノ使用ヲ解除條件トスル手形所有權ヲ讓渡スモノニシテ條件成就スレハ手形ハ當然裏書人ニ復歸スルモノトス第五說(資格說)ハ隠レタル委任裏書ハ自己ノ名ヲ以テ手形上ノ權利ヲ行フ資格ノミヲ被裏書人ニ與フルモノニシテ手形ヲ讓渡スモノニ非ストス以上ノ中第一第二第四第五ノ見解ハ我手形法上效力ヲ生セスシテ獨リ第三ノ見解(羅馬法的信託讓渡說)カ當事者ノ目的ヲ達スルニ近シ故ニ一觀ニハ當事者ハ其目的ヲ達スルニ近キ羅馬法的信託讓渡ヲ爲スモノト認メサルヘカラス斯ク解スルトキハ被裏書人ハ内外兩關係ニ於テ手形權利者ト爲リ裏書人ハ手形上ノ權利ヲ行フコト能ハスト云ハサルヘカラス(法學博士毛戸勝元氏京都市法學會雜誌第一〇卷第六號一二四頁以下要領)

【參照學說】

一 信託行爲ノ法律上ノ性質ヨリ推論シ當事者ノ真意手形ノ所有權ヲ移轉スルニ在リトスルナリ當事者所有權移轉ノ意思アリ其意思ニ從テ所有權移轉ノ形式ヲ履行ス取立委任ノ目的ヲ以テスル固有ノ裏書ハ意思形式共ニ具ヘレル所有權移轉ノ裏書ナリ(法學博士岡野敬次郎氏日本手形法二二八頁)
二 取立委任ノ目的ヲ以テ普通裏書ヲ爲スコトアリ實質ニ於テ取立ノ爲メナルヲ以テ被裏書人ハ之ニ依リテ取立代任權ヲ得ルニ止マルモ形式ニ於テ普通ノ裏書ナルヲ以テ被裏書人之ヲ他人ニ裏書シタルトキハ善意ノ取得者ハ手形上ノ權利ヲ取得シ所持人ハ失權スヘシ(法學博士松波仁一郎氏日本手形法第二版五一六頁)
三 裏書人カ裏書ニ依リテ手形ヲ讓渡ス意思ヲ以テ裏書ヲナシ此ト同時ニ被裏書人トノ内部ノ關係ニ於テ被裏書人カ裏書人ニ對シテ有スル債權實行ノ爲メ又ハ裏書人ノ爲ニ手形金額ヲ取立ツル爲メニ其手形上ノ權利ヲ行使スヘキ義務ヲ負フテ居ル時ハ債

阿野博士
松波博士
松本博士
159(商法)士

青木博士

柳川學士

須賀學士

山内學士

大審院

託行為ノ場合ニシテ此ヲ信託裏書ト稱シテ可ナラント思フ此場合ニ於テハ被裏書人ハ純然タル手形所有者ニシテ債務者ハ裏書人ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ人の抗辯ヲ以テ直ニ被裏書人ニ對抗スルコトヲ得サルナリ又被裏書人ノ破産ノ場合ニ於テハ手形ノ破産財團ニ屬スルモノナル故ニ裏書人ハ何等別除權ヲ有スルコトナシ唯タ被裏書人カ裏書人ニ對スル關係ニ於テ手形ヲ濫用セサル義務ヲ負フニ止ル然レトモ裏書人カ手形讓渡ノ意思ヲ有セスシテ單ニ依リテ被裏書人ニ手形上ノ權利ヲ行使スルノ資格ヲ與ヘント欲シタルニ止マルトキハ被裏書人ハ第四百四十一條ニ依リテ原始的ニ手形ヲ取得スル例外ノ場合ノ外ハ手形ノ所有者トナルヘキ理由ナシ此ノ如キ場合ニ於テハ裏書人カ依然トシテ手形所有者ナル故ニ債務者ハ裏書人ニ對抗スルヲ得ヘキ人の抗辯ヲ以テ被裏書人ニ對抗スルコトヲ得ル譯ナリ(法學博士松本滋治氏大正元年度東大講義手形法一三三頁)

四 裏書ノ目的如何ニ拘ハラス固有裏書ノ形式ヲ用ヒタルトキハ被裏書人ハ完全ナル手形所持人トシテ權利ヲ行使スルコトヲ得可シ唯被裏書人トノ相對的關係ニ於テ其目的ニ適應スヘキ債務ヲ負擔セルノミ此債務ノ如何ハ被裏書人ノ債務者其他ノ第三者ニ對スル關係ニ影響ヲ及ホスコトナシ(法學博士青木徹二氏改正手形法論第四二八頁)

五 取立委任ノ裏書ハ裏書ニ目的(取立ノ爲メナルコト)ヲ附記セサル可ラス此附記ナキトキハ取立委任ノ爲メニスル裏書ト爲ヌテ得シテ普通ノ裏書ト見做ササル可ラス勿論裏書人及ヒ被裏書人間ニ在リテハ反證ヲ舉ケテ取立委任ノ裏書ナルコトヲ主張スルヲ妨ケス取立委任ヲ受ケタル被裏書人ハ必スシモ自カラ手形債權ノ實行ヲ爲ス更ニ同一ノ目的ヲ以テ同二ノ附記ヲ爲シ之ヲ他人ニ裏書スルコトヲ得ヘシ(法學博士柳川勝二氏增訂改正商法論第七六〇頁)

六 裏書ニ取立委任ノ目的ヲ附記セサル限リ裏書人ノ意思如何ヲ問ハス手形上ノ權利ノ效力ヲ絕對ニ手形記載ノ文言ニ係リ決定セラルヘキ當然ノ結果之ヲ普通裏書ト解スルノ外ナシ(法學博士須賀喜三郎氏大正元年度中央大學講義二二八頁)

七 裏書ノ眞ノ目的ハ取立ノ委任ヲ爲スニアレトモ而カモ受任者ヲシテ名義上ノ權利トシテ手形上ノ權利ヲ取得セシメ其權利行使ヲ爲サシメタルニ依リテ其者ヲシテ委託事務ヲ處理セシムルノ便宜ヲ圖ルハ世上少シトセス固ヨリ斯ノ如キ場合ニ於テハ單純ノ裏書ヲ爲スモノニシテ受託者ノ關係ニ於テハ其裏書ノ形式如何ニ拘ハラス手形ノ所有權ヲ移轉スル效力ナキハ勿論ナレトモ其ハ固ヨリ手形外ノ關係ニシテ一度其手形カ善意ノ第三者ニ移轉シタルトキハ其者ハ所有權ヲ移轉ノ裏書カ形式上存續シタルモノトシテ獨立ノ手形上ノ權利ヲ取得スルモノニシテ信託ノ裏書ヲ爲シタル者ハ其第三者カ善意ニシテ重過失ナキ以上ハ其者ニ手形外ノ關係ヲ對抗スルコトヲ得サルナリ(法學博士山内確三郎氏大正元年度日本大學講義商法手形法一七五頁)

八 手形ノ所持人カ取立委任ノ裏書ヲ爲シタル場合ニ其目的ヲ附記セス所謂信託ノ讓渡裏書ヲ爲シタルトキハ當事者間ニ於テ取立委任ノ效力ヲ生スルト同時ニ第三者ニ對スル關係ニ於テハ手形權利移轉ノ效力ヲ生シ被裏書人カ手形上ノ權利者タルモノナルヲ以テ裏書人ハ第三者ニ對シテ其權利ヲ主張スルコトヲ得サルモノトス(大審院大正三年五月一日民二判決本書第三卷商法一一三頁)

手形ノ隱レタル委任裏書ハ一種ノ信託行為ナリ而シテ信託行為ノ效力ニツキテ

ハ吾人ハ從來内外ノ別ヲ立ツルモノニシテ(第二卷民法一四九頁參照此ノ點ニ於テ博士ト其見ヲ異ニス

(三七)

東京地方
裁判所

商法第五二六條ニ所謂支拂地ヲ記載セストハ手形面上支拂地ヲ推測スルニ足ル何等ノ記載ナキ場合ヲ謂フモノニシテ支拂場所ヲ通シテ手形面上支拂地ヲ認知シ得ヘキ場合ニハ支拂場所ハ同時ニ支拂地ヲ記載シタルモノト認ムルヲ妨ケス

被告等ハ本件手形ノ支拂場所ノ記載ハ支拂地以外ノ地ナルヲ以テ不適法ナリ從ツテ

右支拂場所ニ於ケル呈示拒絕證書ノ作成償還請求モ亦不適法ナリト抗辯スルモ成立

ニ争ナキ甲第一號證ニ依レハ本件手形ニ特ニ支拂地トシテノ記載ナキハ被告等主張

ノ如キモ商法第五二六條ニ所謂支拂地ヲ記載セストハ手形面上支拂地ヲ推測スルニ

足ル何等ノ記載ナキ場合ヲ謂フモノニシテ支拂場所ヲ通シテ手形面上支拂地ヲ認知

シ得ヘキ場合ニハ支拂場所ハ同時ニ支拂地ヲ記載シタルモノト認ムルヲ妨ケス果シ

テ然ラハ本件手形ニ於テ其支拂場所タル東京府荏原郡蒲田村蒲田新宿四番地株式會

社東海商業銀行蒲田支店ノ記載ハ同時ニ其支拂地ヲ記載シタルモノト認ムヘキニ依

リ本件手形ノ支拂地ハ東京府荏原郡蒲田村ナリトスルヲ當トス依リテ本件手形ヲ

五二五

約束手形ニハ左ノ事項ヲ記載シ振出人之署名スルコトヲ要ス

一 其約束手形タルコトヲ示スヘキ文字、二 一定ノ金額、三 受取人ノ氏名又ハ商號、四 單純ナル支拂ノ約束

五 振出ノ年月日、六 一定ノ満期日、七 振出地

五二六

振出人カ約束手形ニ支拂地ヲ記載セザリシトキハ振出地ヲ以テ其支拂地トス

支拂場所ハ支拂地内ニアルヲ以テ適法ナリ(東京地方大正四年ワコ第五八〇號同年五月卅一日民四部田山裁判長沼山崎各判事判決)

【關係事項】

約束手形金請求事件○原告株式会社東海商業銀行法定代理人取締役新谷貞次郎訴訟代理人辯護士若林成昭被告吉田相吉同内田鈴次郎訴訟代理人辯護士渡邊武左衛門同古山愛胤

【參照學說判例】

本卷二四頁以下

至當ノ判決ナリト信ス蓋シ法ハ支拂地ノ記載ニツキ一定ノ形式ヲ定メサルカ故ニ苟モ支拂地ノ記載ナリトシテ認メ得ヘキモノアレハ足ルヘシ然レトモ記載面ニ表ハレスシテ纔ニ之ヲ推測シ得ルニ過キササル如キハ之ト區別セサル可ラス

(三八)

一九八第一項 裁判所ハ資本ノ十分ノ一以上ニ當タル株主ノ請求ニ因リ會社ノ業務及ヒ會社財産ノ狀況ヲ調査セシムル爲メ検査役ヲ選任スルコトヲ得

二三四 前略第一九一條乃至第一九三條及ヒ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

商法第一九八條ハ株式會社カ其目的事業ヲ營メル間則チ解散前ニ於テ其業務及ヒ財産ノ狀況ヲ調査スルコトニ關スル規定ナルコトハ該規定ノ明文及ヒ地位ニ徴シテ疑ヲ容レス而シテ清算ノ場合ニ該規定ヲ準用スル旨ノ法規存セサルヲ以テ清算ノ場合ニ在テハ該規定ニ從ヒ検査役ノ選任ノ請求ヲ爲スヲ得サルモノトス

商法第一九八條ハ株式會社カ其目的事業ヲ營メル間則チ解散前ニ於テ其業務及ヒ財産ノ狀況ヲ調査スルコトニ關スル規定ナルコトハ該規定ノ明文及ヒ地位ニ徴シテ一點ノ疑ヲ容レス故ニ清算ノ場合ニ該規定ヲ準用スル旨ノ法規存セサルニ於テハ清算ノ場合ニ在テハ該規定ニ從ヒ検査役ノ選任ノ請求ヲ爲スヲ得サルモノナリ然ルニ我商法第二三四條ニハ清算ノ場合ニ準用スヘキ規定ハ一々之ヲ列舉セルニ拘ラス其列舉中ニ第一九八條ヲ缺クテ以テ之ヲ觀レハ其同法ニ於テハ清算ノ場合ニハ第一九八條ニ依リ検査役適任ノ請求ヲ許ササルモノナリト謂ハサルヘカラス第一九八條ヲ清算ノ場合ニ準用セザリシ所以ヲ考フルニ蓋シ清算人ノ執ルヘキ事務ハ現務ノ終了債權ノ取立及ヒ債務ノ辨濟殘餘財産ノ分配ニ止マリ取締役ノ執ルヘキ業務ノ如ク廣汎ニアラス從テ會社財産ノ狀況モ亦解散前ニ於ケルカ如ク至大ノ變化ヲ見ルヘキモノニアラサルカ故ニ商法ハ清算人カ第二二七條ノ二ニ依リ提出シタル書類ヲ調査セシムル爲メ同第二三四條第一六〇條ノ二ニ依リ總會ニ於テ特ニ検査役ヲ選任スルコトヲ得ルモノト爲スニ於テ監督ノ實ヲ舉クルニ十分ナリト爲シタルモノナリ要スルニ清算ノ場合ニハ第一九八條ニ依ル検査役選任ノ請求ヲ爲シ得ヘキモノニアラサルヲ以テ之ト同趣旨ニ出テタル原決定ハ正當ナリ(大審院大正四年ク第一一五號同年三月二十四日民三部横田裁判長大倉神原嘉山三宅各判事決定)

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○検査役選任申請事件○抗告人松村貞一外二十三名代理人辯護士山本周輔

【參照學說判例】

一 清算中株主ノ權利ニ付テハ會社カ營業能力ヲ失フノ結果株主カ利益又ハ利息ノ配當ヲ求ムルノ權利ハ當然消滅スヘキモ其

他ノ權利ハ消滅スルコトナシ又株式ノ讓渡ハ會社清算中ト雖モ勿論之ヲ爲スコトナクテ法律ハ第二三四條ニ於テ株主總會取締役及監査役ニ關スル特定ノ規定ヲ掲ケ之ヲ清算ノ場合ニ準用スヘキモノトセル結果或ハ是等列舉以外ノ規定ハ適用ナキヤノ疑ヲ抱ク者アレトモ非ナリ是等ノ列舉セラレタル規定ニ取締役ナル文字アリ法律ハ之ヲ清算人ニ準用センカ爲ニ是等ノ規定ヲ舉ケタルノミ此他ノ規定ハ其性質ノ許ス限リハ當然適用アルナリ例ハ清算中ノ會社ト雖モ清算ヲ必要ナル限リハ定款ノ變更ヲ爲スナ得ルカ如シ(法學博士松本照治氏四十五年度中央大學講義録會社法三二六頁)

二 商法第一九八條ハ會社解散前ニ關スル規定ナルヲ以テ其解散後ニ於テハ同條ニ依リ検査役ヲ選任スルコトヲ得ルモノニ非ス(大審院四十三年二月二十二日判決最近會社法判例二〇〇頁)

三 商法第一九八條ハ會社解散前ニ關スル規定ニシテ解散後ハ同條ニ依リ検査役ヲ選任スルコトヲ許ササルモノトス(大阪控訴院四十三年五月十八日判決最近會社法判例二〇〇頁)

至當ノ見解ナリト信ス蓋シ第一九八條ニ所謂會社ノ業務及ヒ會社財産ノ狀況トハ之ヲ不可分のニ解スヘク而シテ會社ノ業務ハ營業能力ノ存在ヲ前提トスレハナリ然レトモ判決カ論據ノ一トシテ掲ケタル第二三四條ニ於テ第一九八條ヲ準用セザリシコトハ必スシモ有力ナルモノニ非サルヘシ何トナレハ準用ニ漏レタルモノト雖モ營業能力ヲ前提トセサル事項ノ規定ハ清算中ト雖モ當然適用アルヘク例令株式ノ讓渡定款ノ變更ノ如キハ何等妨ケサルヘシ彼ノ第二三四條カ特ニ株式會社ノ規定中或條項ヲ準用セルハ會社ノ法定代理人カ取締役ヨリ清算人ニ代リタルノ結果前者ニ適用アルモノヲ後者ニ準用スルカ爲メナリト解スルヲ妥當トスヘキカ如シ

三九第一項

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

商法第四二九條ニ所謂重要ナル事實又ハ重要ナル事項トハ被保險者ノ生命ニ關シ危險ヲ測定スルカ爲メニ必要ナル事實又ハ事項ニシテ保險者カ之ニ依リ契約ヲ締結スルヤ否ヤ又ハ約定ノ條件ニテ契約ヲ締結スルヤ否ヤヲ決スルニ付キ影響ヲ及ボスヘキモノヲ指稱スルモノトス

人生ノ天壽疾病ノ原因ヲ以テ獨リ後天性ノミナラズ尙ホ其遺傳性ニ基クコト多キヲ認ムル現時醫學上ノ狀況ニ在リテハ血族殊ニ尊屬親ニ遺傳的疾病ノ存スルヤ否ヤ又ハ其健否死亡年齡其死因等ノ如何ハ卑屬親ノ生命ニ關シ危險ヲ測定スルカ爲メニ必要ナル事實又ハ事項トイフヘキモノトス

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

商法第四二九條ニ所謂重要ナル事實又ハ重要ナル事項トハ被保險者ノ生命ニ關シ危險ヲ測定スルカ爲メニ必要ナル事實又ハ事項ニシテ保險者カ之ニ依リ契約ヲ締結スルヤ否ヤ又ハ約定ノ條件ニテ契約ヲ締結スルヤ否ヤヲ決スルニ付キ影響ヲ及ボスヘキモノヲ指稱スルモノトス而シテ人生ノ天壽疾病ノ原因ヲ以テ獨リ後天性ノミナラズ尙ホ其遺傳性ニ基クコト多キヲ認ムル現時醫學上ノ狀況ニ在リテハ血族殊ニ尊屬親ニ遺傳的疾病ノ存スルヤ否ヤ又ハ其健否死亡年齡其死因等ノ如何ハ卑屬親ノ生命ニ關シ危險ヲ測定スルカ爲メニ必要ナル事實又ハ事項ニシテ保險者カ之ニ依リ契約ヲ締結スルヤ否ヤ又ハ約定ノ條件ニテ契約ヲ締結スルヤ否ヤヲ決スルニ付キ影響ヲ及ボスヘキモノナルコト疑ナク容レス然ラハ此等ノ事實又ハ事項ニ付キ保險契約者又

ハ被保險者カ惡意又ハ重大ナル過失ニ因リ不實ノ告知ヲ爲シタル場合ニハ同條但書ニ該當スル場合ノ外被保險者ハ契約ノ解除ヲ得ルコトモ亦明ナリトス本件ニ付キ上告人カ原審ニ於テ被保險者遠藤コウカ訴外遠藤なを高料丈吉ノ間ニ出生シタルモノナルニ保險契約者遠藤多十及ヒ被上告人間ノ實子ナリト虚偽ノ告知ヲ爲シテ直系尊屬タル實父母祖父母並ニ兄弟ノ血統事實其健否死亡年齡等生命ノ危險測定ニ最モ重大ナル關係ヲ有スル事實ニ付キ惡意若クハ重大ナル過失ヲ以テ不實ノ告知ヲ爲シタルヲ以テ上告會社ハ大正三年三月二十五日其事實ヲ知了シ之ヲ理由トシテ同年四月六日契約解除ノ意思表示ヲ爲シタリト主張シタルコトハ原審ニ於ケル上告人提出ノ準備書面口頭辯論調書ノ各記載並ニ原審判決事實摘示ニ徴シ明ナルニ原審ハ此點ニ對シ單ニ其親族ナルヤ否ヤハ生命ニ關スル危險ヲ側定スルニ付キ影響ヲ及ホスヘキ事項ト云フヲ得スト説示シテ轉ク上告人ノ主張ヲ排斥シタルハ法規ノ解釋ヲ誤ル不法アルモノト謂ハサルヘカラス(大審院大正三年(オ)第四五二號同四年四月十四日民三部横田裁判長大倉入江嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

破毀差戻○原審東京控訴院○保險金請求事件○上告人太陽生命保險株式會社訴訟代理人辯護士末廣良三郎同中島寛二被上告人遠藤きん訴訟代理人辯護士川崎崔次

至當ノ見解ナリト信ス

(四〇)

一五二 株金ノ拂込ハ二週間前ニ之ヲ各株主ニ報告スルコトヲ要ス
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但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

一五三 第一項 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
民事訴訟法七五六 假處分命令其他ノ手續ニ付テハ假差押ノ命令及ヒ手續ニ關スル規定ヲ準用ス但以下數條ニ於テ差異ノ生スルトキハ此限ニ在ラス
同七四四 債務者ハ假差押決定ニ對シ異議ヲ申立ツルコトヲ得
此異議ニ付テハ假差押ノ取消又ハ變更ヲ申立ツル理由ヲ開示スヘシ
異議ノ申立ハ假差押ノ執行ヲ停止セス
同七四五 第二項 裁判所ハ終局判決ヲ以テ假差押ノ全部若クハ一分ノ認可變更又ハ取消ヲ言渡シ又自由ナル意見ヲ以テ定ムル保證ヲ立ツ可キコトノ條件ヲ附シテ之ヲ言渡スルコトヲ得
同七五八 第一項 裁判所ハ其意見ヲ以テ申立ノ目的ヲ達スルニ必要ナル處分ヲ定ム

(一) 記名式ノ株式ニ對シ質權ヲ設定シタル場合ニ於テハ其質權ノ目的タル權利ハ株主ノ權利ナルヲ以テ商法ノ規定ニ依リ失權ノ通知アリタル爲メ株主タル權利喪失シタル以上ハ質權ノ目的タル權利消滅シタルモノナルヲ以テ質權モ之ニ因リ當然消滅スヘキモノトス

(二) 假處分命令ヲ以テ會社カ株主ニ對シテ爲シタル株金並ニ日歩ノ請求及ヒ株主權利喪失ノ催告ノ效力ノ發生ヲ一時停止シタル場合ニ於テ後日本案ニ於テ請求ヲ理由ナキモノト認メ之ヲ却下スル旨ノ確定判決アルカ又ハ其本案判決前假處分命令ニ對スル異議ノ結果該命令取消サルルニ至リタルトキハ假處分命令ニ因ル催告及ヒ失權通知ノ效力停止ハ始ヨリ無カリシコトトナリ拂込期間ノ滿了ニ因リテ當然失權ノ效力ヲ生スルモノトス

(一) 記名式ノ株式ニ對シ質權ヲ設定シタル場合ニ於テハ其質權ノ目的タル權利ハ其主ノ權利ナルヲ以テ商法ノ規定ニ依リ失權ノ通知アリタル爲メ株主タル權利喪失シタル以上ハ質權ノ目的タル權利消滅シタルモノナルヲ以テ質權モ之ニ因リ當然消滅スヘキモノト解スルヲ相當トス上告人ハ(一)質權ノ目的タル株式ハ全然消滅スルニアラスト主張スレトモ質權ノ目的タル株主ノ權利カ絕對ニ消滅スルコトハ前示ノ如シ會社ハ失權シタル株主ノ權利トハ何等ノ關係ナク別ニ法律ノ規定ニ因リ株式ヲ取得スルニ過キサルモノナルヲ以テ之ニ依リ質權尙ホ存続スルコトヲ主張スルヲ得ス(二)上告人ハ質權者カ株式競賣代金ニ對シ權利ヲ實行スルモ株主ノ有セサル權利ヲ行使スルモノト謂フヲ得スト主張スレトモ失權株式ヲ競賣シタル場合ニ於テ株主ハ其失權株式ノ賣得金ニ對シ權利ヲ實行スルコトヲ得ルモノトセハ株主ノ有セサル權利ヲ行使スルモノト謂ハサルヲ得ス(三)上告人ハ又本件競賣ハ記名株式ニ關スルモノニシテ上告人ノ主張モ記名株式ニ係ルモノナルニ拘ハラズ原裁判所カ單ニ無記名株式ノ場合ノミチ説明シ記名株式ノ場合ニ關シ何等説明スル所ナキハ理由不備ナリト謂フト雖モ元來本件ノ場合ハ上告人主張ノ如ク記名式ノ株式ニ關スルモノナルノミナラス無記名式ノ株式ニ付テハ商法第一五五條ノ規定ニ徴シ同法第一五三條ノ失權手續ナルモノヲ想像スルコト能ハサルヲ以テ原判決中「無記名株式ニ對スル質權ノ設定ハ云云」トアルハ「記名株式云云」ノ誤記ナリト認ムルヲ相當トス故ニ論旨ハ理由ナシ

(二) 元來假處分裁判所ハ其意見ヲ以テ自由ニ假處分ノ申立ノ目的ヲ達スルニ必要ナ

ル處分ヲ定ムルコトヲ得ルモノトス而シテ本件假處分命令ニハ記録添附ノ謄本ニ依リ明カナル如ク「被申請人(被告)カ申請人等(加藤安次郎等)ニ對シテ爲シタル株主並ニ日歩ノ請求及株主權喪失ノ催告ハ本案判決確定ニ至ル迄假リニ之ヲ取消ス」トアリ原裁判所ハ此假處分命令ヲ以テ本案ノ判決確定スルマテ假リニ命令書記職ノ各行爲ノ效力ヲ停止スル趣旨ト認メタルモノトス故ニ本件假處分命令ハ上告人主張ノ如ク株金拂込ノ催告及ヒ失權ノ通知ヲ全然取消シタルモノニアラス單ニ此等ノ行爲ノ效力ノ發生ヲ一時停止スルニ過キサルモノトス然レハ後日本案ニ於テ請求ヲ理由ナキモノト認メ之ヲ却下スル旨ノ確定判決アルカ又ハ其本案判決前假處分命令ニ對スル異議ノ結果該命令取消サルニ至リタルトキハ請求權執行保全ノ目的トスル假處分ノ性質上右假處分命令取消ノ判決又ハ本案判決確定ノ日ヨリ失權ノ效力ヲ生スルモノニアラス假處分命令ニ因リ催告及ヒ失權通知ノ效力停止ハ始メヨリ無カリシコトトナリ拂込期間ノ滿了ニ因リテ當然失權ノ效力ヲ生スルモノト解セサルヘカラス是レ假處分裁判所カ其自由ナル意見ヲ以テ假處分申請ノ目的ヲ達スル爲メニ必要ナリトシテ定メタル假處分ノ效力ニ外ナラスシテ假處分命令取消ノ判決ノ效力カ既往ニ過リタルニアラス故ニ上告人主張ノ如キ判決ノ效力カ既往ニ過ルヤ否ヤ又ハ其判決ノ效力カ第三者ニ及フヤ否ヤノ問題ヲ生セス又本件ノ場合ニ於テハ前示ノ如ク假處分命令ニ因リ催告及ヒ失權通知ノ效力ノ停止カ初メヨリ無カリシコトトナルハ該命令ノ當初ヨリノ目的トスル所ナルヲ以テ判決ノ假執行宣言取消ノ場合ト同一ニ論スルヲ得ス尙ホ前段説明ノ如ク本件催告及ヒ失權ノ通知ハ本案判決ノ確定ニ至ルマテ假處分命令ニ因リ其ニ過キスシテ效力ノ發生ヲ停止セララルル敢テ此等ノ行爲カ取消

【關係事項】

サレタルモノニアラサルヲ以テ上告人主張ノ如ク法律行為取消ノ場合ニ於ケル法律ヲ以テ論スルヲ得サルモノトス(大審院大正三年(オ)第七九四號同四年三月八日民二部馬場裁判長田上大倉入江鈴木各判事判決)

【第一點參照學說判例】

上告棄却○原審東京地方裁判所○株式名義書換請求事件○上告人伊坂重兵衛訴訟代理人辯護士水野豊被上告人株式會社八十九銀行

一 株主カ拂込ノ催告ニ應セスシテ失權スルトキハ其株式ノ上ニ存スル質權ハ消滅ス而モ質權者ハ株式ノ競買ノ買得金ヲ先取スルヲ得ス質權者ハ質物ニ付キ他ノ債權者ニ先テ辨濟ヲ受クル權利ヲ有スルヲ以テ若シ會社ノ株主ノ普通債權者ト見ルヲ得トセハ質權者ハ優先シテ株式ノ買得金ヲ先取シ得ルモ會社カ拂込ニ關シテ株主ニ對シテ有スル權利ハ普通ノ債權ト同視シ得サルヲ以テ質權者ハ買得金ヲ先取スルヲ得サルナリ質權ハ株式ニ追隨ストスルモ株主カ法ノ規定ニ依リテ失權スルトキハ質權ハ消滅ス株主カ失權スルトキ一時株主ナキニ至リ或點ニ於テ恰モ株式ナキカ如クナルヲ以テ質權ヲ消滅セシムルナリ若シ會社ニシテ株主ノ株式ヲ競買スルモノトセハ或ハ質權者トノ競合問題ヲ生シ質權者ヲ優先トセサルヘカテサランモ株主ノ失權後ハ會社ハ自己ノ株式ヲ競買スルモノナルヲ以テ此競合問題ヲ生セス爲メニ質權者ハ損害ヲ蒙ルモ己ムテ得サルナリ法ハ此點ニ關シテ株主ノ債權者ヲ保護スルカ會社及ヒ會社ノ債權者ヲ保護スルカニ關シ後者ヲ保護スル方針ヲ採リタリ(法學博士松波仁一郎氏改正日本會社法一〇二七頁)

二 株式ヲ買入シタル場合ニ於テハ其質權ハ株主ノ失權ト共ニ消滅スヘキカニ付テハ多少ノ疑ヲ抱ク者アルヘク現ニ株主失權ノ結果株式カ競買セラレタルトキハ其代金ニ對シテハ會社ト質權者ト何レカ優先權ヲ有スルカト謂フ問ヲ發スル者アリ然レトモ余ノ信スル所ニテハ株主カ株式ノ上ニ設定シタル質權ハ其株式ノ失權ト伴ヒテ當然消滅スヘク從テ此ノ如キ問題ヲ生スヘキノ理由ナシトス若シ質權ニハ追及權アルヲ以テ株式カ會社ニ歸屬スルモ質權ハ尙存在スト論セムカ其質權ハ第一五三條第二項ノ拂込又ハ同條第三項ノ競買ニ因リ第三者カ株式ヲ取得シタル後ニ於テモ尙存在スト論セムカ其質權ハ第一五三條第二項ノ買入ハ株券ノ交付ノミニ因リテ其效力アルヲ以テ此ノ如キ解釋論ヲ採ルトキハ善意ノ取得者ハ意外ノ損害ヲ被ルヘク又株式ノ買入カ一經ニ知ラレタル場合ニハ株主ノ拂込又ハ競買ニ因リテ之ヲ取得スル者ナク其結果消納金額ハ會社ノ損失ニ歸シ法律カ會社資本ノ充實ナ期スル爲メニ設ケタル株主失權ニ關シ規定ハ質權ノ設定ニ依リテ其目的ヲ達スルヲ得サル空文ニ歸スルコトト爲ルヘシ此ノ如キハ共ニ法律ノ精神ニ反スル所ナリ株主ノ失權ニ因リ質權消滅ストスレハ一見或ハ質權者ニ酷ナルカ如キモ株主ノ失權ハ通常株式ニ價值ナキコトヲ表明スル者ナルコトヲ考フレハ其然ラサルコトヲ知ルニ難カラサルヘク假ニ質權

松波博士

松本博士

大阪區裁判所判決

片山學士
東京地方

至當ノ見解ナリト信ス

(四一)

ノ追及の效力カ消納金額拂込後ノ株式ニ及フモノトスレハ質權者ハ却テ不當ノ利益ヲ受クル者ト爲ルヘシ唯株主カ株式ヲ買入セルニ因リ其株式ニ相當ノ價值アルハ拘ハラヌ拂込ヲ怠リテ失權スルニ至リタル場合ニ於テハ質權者ハ不測ノ損失ヲ受タルコトアルヘキモ此ノ如キハ天災ニ因ル質物ノ滅失同様株主全額拂込前ノ株式ヲ買入取リタル者ノ不覺ニテ何トモ致方ナキコトト謂ハサルヘカラス況ヤ質權者カ注意家ナルトキハ失權スヘキ旨ヲ通知アリタルコトヲ探知スルニ難カラサルヘキヲ以テ株主ニ代リテ株金ノ拂込ヲ爲シテ失權ヲ免レ其拂込ミタル金額ハ株主ナシテ之ヲ辨濟セシメ結局損害ヲ被ラサルコトヲ得ヘキナリ(民法第九九條第三五〇條第三六二條第二項)唯立法論シテ株主カ失權スヘキコトヲ質權者ニ知ラシムヘキ方法ヲ設ケルヲ可トスルハ前ニ説キタル所ナリ(法學博士松本治民法學協會雜誌第二二卷第二號二〇八頁)

三 夫レ失權手續ハ株主ヲシテ其ノ株主權ヲ失ハシムルノミ其ノ株式自體カ消滅シテ更ニ新タニ株式ヲ創設スルモノニ非ス株主ハ失權スレ共株式ハ消滅セス夫レ此ノ如ク質權ノ目的ハ尙存在ス從テ質權ノ物權的效力ニ付キ別段ノ規定ナキ以上ハ其ノ追及力ヲ否認スヘキ理由ナキナリ(法學士片山義勝氏會社法原論三五二頁)

四 會社ハ失權株主ニ對シ原始的ニ新ナル權利ヲ取得スモノナルカ故ニ其權利ニハ何等ノ負擔アルヘキノ理ナシ故ニ記名株式ヲ目的トスル質權ハ株主ノ失權ニ因リ理論上當然消滅スルモノトス(東京地方大正三年六月二十九日民一部判決本書第三卷商法一九六頁)

- 一四二ノ三第一項 會社カ成立セサル場合ニ於テハ發起人ハ會社ノ設立ニ關シテ爲シタル行為ニ付キ連帶シテ其實ニ任ス
- 二二六第二項 株式申込證ハ發起人之ヲ作り之ニ左ノ事項ヲ記載スルコトヲ要ス
- 五 一定ノ時期マテニ會社カ成立セサルトキハ株式ノ申込ヲ取消スコトヲ得ヘキコト

商法第一四二條ノ三ニ所謂會社カ成立セサル場合トハ會社カ成立セサル事ノ確然トナリタル場合ニ限ラス株式引受申込證ニ記載セル一定ノ時期迄ニ會社カ成立セサル場合モ包含セルモノトス

發起人ハ自己カ發起人團ニ加盟シタルトセサル以前ニ係ハルトヲ問ハス又自己カ發起人ノ事務ヲ執リタルト否トヲ論セス發起人カ會社存立ニ關シタル行為ナ

ルニ於テハ連帶シテ其實ニ任スヘキモノトス

商法第四二條ノ三ニハ會社ハ成立セサル場合ニ於テハ發起人ノ會社ノ設立ニ關シテ爲シタル行爲ニ付キ連帶シテ其實ニ任スル旨ヲ規定セリ而シテ同條ニ所謂會社カ成立セサル場合トハ會社カ成立セサル事ノ確然トナリタル場合ニ限ラス株式引受申込證ニ記載セル一定ノ時期迄ニ會社カ成立セサル場合モ包含ル者ト解スヘク又發起人カ會社ノ設立ニ關シ爲シタル行爲ニ付キ連帶シテ其實ニ任スト規定セル以上自己カ發起人團ニ加盟シタルトセサル以前ニ係ハルトテ間ハス又自己カ發起人ノ事務ヲ執リタルト否トテ論セス發起人カ會社存立ニ關シ爲シタル行爲ナルニ於テハ連帶シテ其實ニ任スヘキモノトス而シテ株式引受ケノ申込ヲ受ケ其證據金ヲ領收スル行爲ハ會社ノ設立ニ關スル行爲ナル事勿論ナルヲ以テ原告ハ株式引受ノ申込ヲ爲シタルハ被告カ發起人團ニ加盟シ發起人トナラサル以前ナリトスルモ又被告ハ發起人ノ事務ヲ執ラサリシトスルモ之カ爲メニ被告ハ其責ヲ免ルヘキモノニアラス(大阪區裁判所大正三年(ハ)第五八五六號織田判事判決法律新聞第一〇一六號二六頁)

【關係事項】

【第一點參照判例】

株式申込證據金返還請求事件○原告佐山徳治郎訴訟代理人辯護士松本靜史被告蓬萊林太郎訴訟代理人辯護士西山廣榮
會社成立セサル爲メ株式ノ申込カ取消サレタル場合ニ於テハ會社ノ發起人ハ連帶シテ拂込タル株金ヲ返還スル責ヲ負フモノトス(東京控訴大正二年七月十五日民三判決本書第二卷商法二五三頁)

【第二點參照學說】

讀者カ定款ニ署名シタルトキハ實際ニ設立ニ盡力セサルモ之ヲ發起人トスルカ固ク然リ會社ノ原始定款ニ署名シタル者ハ之ニ

依リテ世上ニ其發起人タルコトヲ表示シタルナリ故ニ之ヲ發起人タル責任ヲ負ハシム殊ニ他ノ發起人ト共ニ株式申込證ヲ作成スルニ於テハ一層明白ナリ世人ハ之ニ信賴シテ株式ヲ申込ミ以テ會社ノ從タル設立者ト爲リ或ハ彼等ヲ發起人トシテ取引スレハナリ然ラハ署名者ハ設立ノ眞意ナキヲ口述トシテ其實ヲ免カルルヲ得ス定款ニ署名シタル者ハ會社設立ノ眞意アリテ之ヲ外ニ表示シ且會社ノ設立ニ着手シタルモノトス(法學博士松波仁一郎氏改正日本會社法六三五頁)

(一) 贊同セス第一四二ノ三條ハ發起人カ其任務ヲ全フセサル場合第三者保護ノ爲メニ發起人ニ對シ重責ヲ負ハシメタルモノナレハ單ニ第三者ノ保護ノ點ヨリイヘハ會社不成立ノ意ヲ廣義ニ解スルコト當ヲ得タルカ如シト雖モイ發起人ニ連帶責任ヲ負擔セシメントスル同條ノ規定ハ責任ノ原則ニ關スル例外規定ナレハ之ヲ嚴格ニ解釋スルノ要アリ而シテ會社カ成立セサル場合トハ固ト會社カ成立シタル場合ニ對應スヘキ用語ナルヘキト(口)第一二六條第二項第五號ニ所謂一定ノ時期ニ會社カ成立セサルトキト雖モ株式申込ハ必スシモ之レカ取消ヲ爲サルルモノニアラス又假令一部ノ取消アリトスルモ會社ハ爲メニ成立シ能ハサルニ非ス(第一三六條參照然ルニ第一四二ノ三條第一項ヲ承ケタル同第二項ハ全然不成立ノ場合ヲ豫想セルモノト解シ得ヘキコトヲ思フハ寧ロ狹義ニ不成立ノ確定セル場合ノミ 解スヘキカ如シ果シテ然ラハ會社成立後先キノ株式申込取消者ニ對スル拂込金返還等ノ法律關係ノ當事者ハ何人ナリヤ即チ發起人(正格ニ言ヘハ先キノ發起人)ナリヤ會社ナリヤハ次ニ來ルヘキ問題ニシテ疑ナキニ非スト雖モ吾人ハ會社ノ成立ニヨリテ發起人カ設立行爲ニ關シテ有シタル對外的法律關

係ハ一切會社ニ於テ承繼シ其ノ當事者トナルモノナリト解セント欲ス第一三七條カ第一三五條第一三七條ノ外尙ホ發起人ニ對スル損害賠償ノ請求ヲ許容シタルモノ之等ヲ豫想スルモノナラザランヤ
(二) 至當ノ見解ト信ス

四二

舊商法九七八第一項 商人カ支拂ヲ停止シタルトキハ裁判所ハ本人又ハ債權者ノ申立ニ因リ決定ヲ以テ破産ヲ宣告ス

破産宣告ヲ爲スハ支拂停止ヲ爲シタル商人ノ生存中ニ限り其死亡後相續財産ニ對シテ之ヲ爲スヲ得サルモノトス

政吉ハ本件審理中大正三年十一月八日死亡シ被申立人其家督ヲ相續シタルヲ以テ其相續財産ニ對シ破産宣告ヲ爲スヘキモノナリト云フニ在リ被申立人代理人ハ申立人ノ申立ヲ却下セラレタシト申立テ其理由トシテ先代須田政吉カ支拂停止ヲ爲シタル事實ヲ否認シ尙政吉ノ死亡後被申立人ノ相續財産ニ對シ破産ノ宣告ヲ求ムルニハ不當ナリト述ヘタリ依テ案スルニ商法ハ商人カ支拂ヲ停止シタルトキニ本人又ハ債權者ノ申立ニ因リ破産ヲ宣告スヘキコトヲ規定セルモ支拂ヲ停止シタル商人カ破産宣告ノ申立ヲ受ケ其審理中死亡シタル場合ニ仍ホ相續財産ニ對シ破産宣告ヲ爲スヘキヤ又ハ其死亡後ト雖モ相續人又ハ債權者ヨリ相續財産ニ對シ破産宣告ノ申立ヲ爲シ得ヘキヤニ付キテハ同法中何等明文ノ存スルモノナキヲ以テ商法ニ依リ破産宣告ヲ爲スハ支拂停止ヲ爲シタル商人ノ生存中ニ限り其死亡後相續財産ニ對シテ之ヲ爲ス

字都宮地
方裁判所
決定

松岡學士

加藤博士

ヲ得サルモノト解スルヲ相當トス(宇都宮地方大正三年(ツ)第七號同四年三月四日民事部眞鍋裁判長福永野澤各判事決定)

【關係事項】

破産事件○申立人赤堀惠助訴訟代理人辯護士岡野三被申立人須田仲平親權者須田セツ訴訟代理人辯護士鯉沼平四郎

【參照學說】

一 商人カ支拂停止後破産宣告前死亡シタル場合ニ於テ破産宣告ヲ爲シ得ヘキヤ否ヤ商人破産主義ノ模範タル佛商法ニ於テモ常ニ問題ヲ生シ始メ破産宣告ヲ爲シ得トノ積極的ノ判例アリタリ然レトモ疑問ニ屬スルカ故ニ其後法典ヲ修正シテ商人死亡後一年間ニ限り尙ホ破産宣告ヲ爲シ得ルモノト爲セリ我現行法ニハ明文ナク死亡後ハ破産ノ宣告ヲ受ケヘキ當事者ヲ缺クナリ以テ破産宣告ヲ爲スコトヲ得サルモノト謂フヘシ
唯我民訴第四六條ニハ相續人未定ノ遺產ニ對シテ訴ヲ起スコトヲ許シ此場合ニ法律上代理人アラサルトキハ場合ニ依リ特別代理人ヲ任スルコトアル旨ヲ定ム仍テ此手續ニ依リ此場合ニハ破産宣告モ亦之ヲ爲シ得ヘキカ如シト雖モ予輩ハ之ヲ探ナス蓋シ若シ其遺產ニ對シ破産宣告ヲ爲シ得ヘシトセハ破産原因ハ何ナリヤ又破産者ハ何人ナリヤヲ定メサルヘカラスト雖モ商人破産主義ノ我破産法ノ下ニ在リテハ若シ遺產ニ對シ破産ヲ宣告セハ商人カ死亡前爲シタル支拂停止ヲ破産原因トシ死亡セル商人ヲ破産者ト判斷セサルヘカラスト何トナレハ相續財産ハ法人ニ非サルノミナラス法人タルモ商人ニ非サレハナリ然ルニ死亡セル商人ヲ死亡後破産者ト決定シ得ルニ付テハ法律ノ擬制ニ基クノ外無ク明文無クハ能ハサル處ナリ(法學博士加藤正治氏破産法講義三〇三頁)
二 商人タル能力ヲ有セサル者即チ未成年者禁治產者及ヒ妻ニ對シテハ縱令事實上商業ヲ營ムトキト雖モ破産宣告ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ商人タルノ能力ヲ有セサル者ハ法律上商人ニ非サルノミナラス不當利得ノ限度ニ於テ其責任スルニ止マレハナリ但適法ニ商業ヲ營ム未成年者及ヒ妻ハ此限ニ在ラス又商會社以外ノ公私法人ニ對シテ破産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ス支拂停止後破産宣告前ニ死亡シタル商人ニ對シテ亦然リ(現行法ニ於テハ別段ノ規定ナキヲ以テ死者ニ對シ破産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ス相續財産ニ對シテ亦然リ)(法學士松岡義正氏法政大學破産法講義錄四二〇頁)

至當ノ判決ト信ス蓋シ商人破産主義ヲ採レル現行法ノ下ニ於テハ擬制的ノ特別明文ナキ限り遺產ニ對シテ破産手續ノアルヘキ謂レナケレハナリ

四三

毛戸博士

二七三第二項 保證人アル場合ニ於テ債務者カ主タル債務者ノ商行爲ニ因リテ生シタルトキ又ハ保證カ商行爲ナルトキハ主タル債務者及ヒ保證人カ各別ノ行爲ヲ以テ債務ヲ負擔シタルトキト雖モ其債務ハ各自連帶シテ之ヲ負擔ス

四九七 爲替手形ヨリ生シタル債務ヲ保證スル爲メ爲替手形其原本又ハ補償ニ署名シタル者ハ其債務カ無効ナルトキト雖モ主タル債務者ト同一ノ責任ヲ負フ

民法四四二 連帶債務者ノ一人カ債務ヲ辨済シ其他自己ノ出捐ヲ以テ共同ノ免責ヲ得タルトキハ他ノ債務者ニ對シ其各自ノ負擔部分ニ付キ求償權ヲ有ス

前項ノ求償ハ辨済其他免責アリタル日以後ノ法定利息及ヒ避クルコトヲ得サリシ費用其他ノ損害ノ賠償ヲ包含ス

手形行爲ハ商行爲ナレハ同一ノ手形債務者ノ爲メニスル數人ノ保證人ハ手形保證人ナルト民事保證人ナルトナリトハス商法二七三條二項ニ依リテ連帶保證人ナリト云ハサルヘカラス保證人カ各自獨立シテ債務ヲ負フノ事實ハ二七三條二項ノ適用ヲ排斥スルモノニ非ス故ニ余ハ當然民法四四二條ヲ適用スヘキモノトス(法學博士毛戸勝元氏京都法學會雜誌第一〇卷第六號一三五頁要領)

【參照學說判例】

- 一 余ハ保證人ナリシテ連帶債務者トセス人動モスレハ保證ノ商行爲ナルノ故ヲ以テ二七三條第二項ニ依リ保證人ト連帶債務者ト解ス是手形行爲ノ本質ニ反スル論ナリ(法學博士岡野敬次郎氏日本手形法二六七頁)
- 二 所持人ハ先ツ主債務者ニ請求シテ不履行ヲ確メタル上ニ非サレハ保證人ニ請求シ得サルカ如キモ然ラス直チニ保證人ニ請求スルヲ得ルナリ商法ニ主債務又ハ保證債務カ商行爲債務ナルトキハ主債務者及ヒ保證人カ各別ノ行爲ヲ以テ債務ヲ負擔シタルトキト雖モ其債務ハ連帶ナリトス(ルヨリシテモ(二七三)斯ク解シ得レハ手形ノ性質及ヒ手形法ノ規定ヨリシテモ斯ク解スルヲ得(法學博士松波仁一氏日本手形法七〇九頁)
- 三 手形保證ハ手形ニ關スル行爲ニシテ商行爲ナルカ故ニ二七三條第二項ノ適用ヲ受ケ保證人ハ主タル債務者ト連帶シテ其

岡野博士
松波博士
須賀學士

水口博士

大審院

債務ヲ負擔スルニ至ルト云フモノアルモ是レ保證カ手形行爲ノ一トシテ手形上ノ權利關係ノ發生原因ヲ爲スモノナルコトヲ無視シ民法上ノ保證ノ理論ヲ以テ手形ノ保證ニ臨ムモノニシテ固ヨリ不當ノ見解ナリ況ヤ此見解ニ從フトキハ主タル債務カ無効ナルトキト雖モ保證カ其效力ヲ生スヘキ理由ヲ説明シ得ラレサルニ於テナヤ(法學士須賀喜三郎氏手形法中央大學講義錄二一七頁)

四 保證人ハ先訴ノ抗辯ヲ有セス手形所持人ハ主タル債務者ニ請求スルコトナク直ニ保證人ニ其請求ヲ爲スヲ得然レトモ之ヲ以テ保證人ト主タル債務者トナリテ連帶債務者ト解ス可キニアラス保證人カ始此責任ヲ負フハ保證カ手形行爲タル性質ヨリ來ルモノニシテ商法第二七三條ノ規定ニ基キ負擔スルニアラズ(ドクトルルユリス水口吉藏氏手形法論四八八頁)

五 手形保證人ハ各自獨立シテ其保證シタル金額ニ對シ債務ヲ負擔スル者ニシテ連帶債務者ニ非ス又手形保證人ト民法上ノ保證ヲ爲シタルモノト間ニモ連帶債務ノ關係ヲ生セサルモノトス各手形保證人カ各振出人ノ爲メニ保證シ且各自債權者ニ對シ手形金全額ヲ辨済スヘキ特約アルトキハ民法第四四五條第一項ノ場合ニ該當スルモノナルヲ以テ保證人ノ一人カ債務全額ヲ辨済シタルトキハ同第四四二條ヲ準用スヘキモノトス(大審院大正三年七月三日民二判決本書第三卷前法一八九頁)

贊同セス博士ハ手段保證ニツキ商法第二七三條第二項ノ適用アルカ如ク說カルレトモ之レ誤レリ何トナレハ同條項ハ保證契約ニヨリテ發生スル債務ニ關スル規定ナレハ所謂民事保證ニハ其適用アルヘキモ手段保證ハ一個ノ手形行爲ニシテ債務ノ發生ハ手形行爲其レ自體ニ因ルモノナレハ右條項ノ適用範圍外ナリトイハサル可ラス尤モ手形保證人ハ催告ノ抗辯檢索ノ抗辯ヲ有セサルコト連帶保證人ニ異ナラスト雖モ之レ手形保證ノ特質ヨリ生スル效果ニシテ連帶保證ナルカ故ニ非スサレハ民法第四四二條カ當然ニ其適用アリトナスハ吾人ノ採ラサル所ナリ

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

四四

二七五第一項 商人間ニ於テ金錢ノ消費貸借ヲ爲シタルトキハ貸主ハ法定利息ヲ請求スルコトヲ得
舊商法六 商人其營業上ニ於テ取結ヒ又ハ他ノ商人若クハ作業人ト取結ヒタル取引ハ反對ノ證ナキトキハ之ヲ商取
引ト看做ス

舊商法施行以前ニ於テハ如何ナル行爲カ商行爲ナルヤニ付特別ノ法規存セザリ
シト雖モ商人カ營業ノ爲メニスル行爲ノ商行爲タルヘキコトハ條理上當然ニシ
テ而シテ商人間ニ於ケル金錢ノ消費貸借ノ如キハ其營業ノ爲メニスルヲ以テ通
常ト爲スカ故ニ反證ナキ限り營業ノ爲メニスルモノト推定スヘキモノトス

舊商法施行以前ニ於テハ如何ナル行爲カ商行爲ナルヤニ付特別ノ法規存セザリシト
雖モ商人カ營業ノ爲メニスル行爲ノ商行爲タルヘキコトハ條理上當然ニシテ而シテ
商人間ニ於ケル金錢ノ消費貸借ノ如キハ其營業ノ爲メニスルヲ以テ通常ト爲スカ故
ニ如上ノ行爲ハ反證ナキ限り營業ノ爲メニスルモノト推定スヘキモノトス本件貸借
ハ明治二十五年五月十二日及ヒ明治二十七年四月二十一日成立シタルモノナルモ當
事者双方カ其當時商人ナリシコト及ヒ右貸借ニ關シ特別ノ事情ノ認ムヘカラサルコ
トハ原判決ノ確定セル所ナレハ之ヲ商行爲ト斷定セルハ不法ニ非ス(大法院大正三年
オ)第九七五號同四年五月十一日民一部田部裁判長榊原尾古岩田三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審水戸地方裁判所○貸金請求事件○上告入松浦治右衛門訴訟代理人辯護士木村半之助被上告人鶴巳之助

【參照判例】

商法施行前ニ於テハ如何ナル行爲カ商行爲ナルヤ否ヤニ付キ特別ノ法規存在セザリシト雖モ商人カ營業ノ爲メニスル行爲ノ商
行爲タルコトハ當然ノ條理ナリトス(大法院民事判決錄三十九年一三二八頁)

(四五)

一三九 發起人カ株式ノ總數ヲ引受ケザリシトキハ會社ハ創立總會ノ終結ニ因リテ成立ス
一三九第一項 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
一三六 引受ナキ株式又ハ第一二九條ノ拂込ノ未済ナル株式アルトキハ發起人ハ連帶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
一一〇 發起人ハ定款ヲ作リ之ニ左ノ事項ヲ記載シテ署名スルコトヲ要ス
八 發起人ノ氏名、住所
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ヲ負

- (一) 苟モ商法所定ノ適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第一回拂込ヲ完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縱シヤ株式ノ申込ニ瑕疵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一二九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
- (二) 株式會社ノ定款ニ發起人トシテ住所氏名ヲ記載シ且ツ之ニ署名捺印ヲ爲シタル者ニアラサレハ發起人ナリト云フヲ得ス
- (三) 會社ノ定款ハ會社ノ權義能力及ヒ其範圍ヲ限定スル等會社ノ生存活動並ニ消滅ニ關スル種メテ重要ナル文書ニ屬スルヲ以テ商法第一二〇條等此點ニ關スル規定ハ定款自體ニ各命令スル所ノモノヲ遵守シ其要件ヲ具備スルコトヲ必要トナシタルモノニシテ附箋又ハ別紙ニ依リ之ヲ補充スルコトヲ許サザルモ

ノトス

(四) 適法ナル會社ノ發起人タル資格ヲ有セサルニ拘ハラズ之レアルモノトシ而モ右誤信ハ辯護士等法律家ノ所説ニ從ヒタルニ因ルモノナリトスルモ過失アリト論シ得ヘキ場合アルニ因リ發起人トシテ其職務ヲ執行シタルトキハ不法行為ヲ成立セシムルコトアルモノトス

(一) 商法第一三六條ニハ引受ナキ株式又ハ第一二九條ノ拂込未済ノ株式アルトキハ發起人ハ連帶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力取消サレタルトキ亦同シトアリテ之レヲ商法第二編第四章第一節ノ各法條ヲ對照シ注意ノアルトコロヲ尋釋スルトキハ我商法ハ株式會社ノ設立ニ關シテ通常ノ場合ヲ律スヘキ民商法ノ規定ヲ多少寛和シ苟モ商法所定ノ資格者タル發起人ニ於テ株式總數ノ引受ケアリ且ツ引受株式ノ總數ニ付キ其第一回抑込ヲ完了シタル者トシ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(創立總會ノ決議力取消サレタル場合ハ姑ク之ヲ別問題トス)縱シヤ右株式ノ申込ニ瑕疵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式ノ拂込ナク又ハ之レト同視スヘク從テ商法第一二九條ニ定メタル創立總會ヲ開會スヘキ前提要件ニ欠缺アル場合ニ於テモ公益上會社ノ設立ヲ無効ナリト爲サス却テ之レヲ有效ナリト看做スト同時ニ發起人ヲシテ連帶シテ引受ナキ株式(當然無効ナルト取消ニ因リ無効ニ歸シタルトナ問ハス)且ツ拂込未済ノ株式ニ付テハ之ヲ拂込ムヘキ旨命シタルモノトナルニ因リ會社ノ創立總會カ其前提要件タル第一回株式ノ拂込ヲ完了セサルニ拘ラス之ヲ開會シタル一事

【關係事項】

ニ依據シ會社ハ不成立ナリト論斷シ株式拂込金ノ返還及ヒ拂込以後ノ法定利息ヲ請求スルハ其理由ナキモノト謂ハサル可ラス
(二) 株式會社ノ定款ニ發起人ノ住所氏名ヲ記載シ且ツ右發起人カ之ニ署名捺印スルヲ要ストハ商法第一二〇條ノ明定スル處ニシテ定款作成ニ關スル所謂絕對的必要事項ニ屬シ其一ヲ缺クトキハ縱シヤ或者ニ於テ外部ニ對シ其發起人タル旨發表シ且ツ商法所定ノ發起人ノ爲スヘク亦爲ササル可ラサル行動ヲ執リタル事實アリシトスルモ其者ハ同法ニ所謂發起人タル資格ヲ有セサルモノト論スヘキモノトス
(三) 會社ノ定款ナルモノハ會社ノ權義能力及ヒ其範圍ヲ限定スル等會社ノ生存活動並ニ消滅ニ關スル極メテ重要ナル文書ニ屬スルヲ以テ商法第一二〇條等此點ニ關スル規定ハ定款自體ニ各命令スルモノヲ遵守シ其要件ヲ具備スルコトヲ必要トナタルモノニシテ附屬又ハ別紙ニ依リ之ヲ補充スルコトヲ許ササルモノト解釋スルヲ以テ正鵠ヲ得タルモノト爲ス
(四) 適法ナル會社ノ發起人タル資格ヲ有セサルニ拘ラス之レアルモノトシ而モ右誤信ハ辯護士等法律家ノ所説ニ從ヒタルニ因ルモノナリトスルモ之ヲ法律上ヨリ觀察スルトキハ過失アリト論シ得ヘキ場合アルニ因リ發起人トシテ其職務ヲ執行シタルトキハ不法行為ヲ原因トシテ損害ノ賠償ヲ請求セラルコトアルヘキモノトス(名古屋控訴大正四年五月二十二日浦部裁判長大久保澄藤各判事判決法律新聞第一〇〇九號二二頁)

株式拂込金請求事件○控訴人近藤小三郎外十五名訴訟代理人辯護士加藤正衛被控訴人村上先外五名訴訟代理人辯護士丸山良策

片山 學士
大審院

東京控訴 院
東京地方 裁判所

松波博士

毛戸博士

外一名同鈴木久五郎訴訟代理人辯護士牧野賤男同加藤垣維外四名訴訟代理人辯護士藍川清成外一名同日向輝武氏外一名

【第二點同趣旨學說判例】

- 一 發起人ノ姓名住所ハ之ヲ定款ニ記載シ且署名スルコトヲ要スルヲ以テ發起人タルヤ否ヤハ實質ト定款トニ依リテ決スヘキナリ事實發起人ノ行為ニ該掌スルモ法定ノ事項ヲ定款ニ記載セス且署名ヲ爲ササル以上ハ法律上其ノ者ハ發起ニ非ス(法學士片山義勝氏會社原論二一三頁)
- 二 定款ニ發起人トシテ署名又ハ之ニ代ハルヘキ記名捺印ヲ爲ササル者ハ假令會社ノ設立ニ付キ實際發起人ノ如ク行動シタ事蹟アリトスルモ法律上株式會社設立ノ發起人ト看做スコトヲ得サルモノトス(大審院大正二年(オ)第四五三號同三年三月十二日民一判決本書第三卷商法二八頁)
- 三 株式會社ノ設立ニ際シ事實上發起人ノ如キ狀態ニ於テ行動シタル者アルモ其氏名ヲ定款ニ記載セス且之ニ署名セザルトキハ其者ハ法律上會社設立ノ發起人ト云フヲ得ス(大審院民事判決錄四一年二二頁)
- 四 定款ニ署名シ其作成ニ干與セルモノニシテ始メテ商法ニ所謂發起人ト言ヒ得ヘキモノニシテ發起人タル資格ハ定款ノ作成ヲ以テ定マルモノナリ(東京控訴院大正二年三月一日民四部判決本書第二卷商法一八九頁)
- 五 商法上發起人ハ定款ヲ作成シ其住所ヲ之ニ記載セザル可カラサルコトハ同法第一二〇條ノ要求スル所ナリ然ルニ反證ナキ限り眞正ニ成立シタリト認ムヘキ乙第二三號證ニヨルモ發起人ノ一人トシニ告ノ氏名カ定款ニ掲ケラレアルヲ見ス然ラハ被告カ甲第一號證表示ノ借入行為爲シタルトキハ商法ニ所謂發起人トシテ之ヲ爲シタルモノニ非スシテ單ニ發起人行爲ノ準備行爲トシテ單純ナル民事上ノ債務ヲ負擔シタルモノニ過キスト認ムルヲ妥當トス(東京地方四五年(ワ)第六號元年十一月五日民二判決本書第二卷商法二二頁)
- 六 定款ニ發起人トシテ署名セザル者ハ假令株式會社ノ設立ニ付キ實際發起人ノ如ク行動シタル事蹟アリトスルモ法律上株式會社設立ノ發起人ト看做スナリ得サルモノトス(東京地方三(レ)第一六三年十月廿七日民二判決本書第三卷商法二七五頁)

【第二點異趣旨學說判例】

- 一 理論トシテハ定款ニ署名セザル者ハ發起人ニ非ストスルヲ可トセン然レトモ立法ノ主意ヨリ見ルトキハ發起人ヲ廣ク解シテ第三者ノ保護ヲ厚クスルヲ可トス之ヲ發起人トセストノ說ヲ採ルトキハ苟クモ定款ニ署名セザル以上ハ發起ニ關スル多クノ事ヲ爲スモ發起人トシテノ責任ヲ負フコトナキニ至リ不都合ナリ或者カ他人ニ發起人ノ名義ヲ貸シ借受人カ貸主ノ氏名ヲ申込證ニ記載シテ株式募集スルモ貸主ハ發起人トシテノ責任ヲ負フコトナク爲メニ第三者ヲ害スルニ至ラン故ニ此ノ如キ者ニ發起人ト同一ノ責任ヲ負ハシムヘク更ニ之ヲ發起人トスヘシ我商法ノ解釋トシテモ之ヲ發起人トスルコトヲ得ルナリ(法學博士松波仁一郎氏改正日本會社法六三七頁)
 - 二 發起人ハ第一二〇條ノ規定ニ從ヒ定款ニ其氏名住所ヲ記載スルコトヲ要スト云フニ在リ乍併同條ハ發起人ハ定款ニ署名スル旨ヲ定メタルモノニシテ定款ニ署名シタルモノヲ以テ發起人トスル旨ヲ定メタルモノニ非ス發起人ハ定款ニ署名スルコトヲ要スト云フ以上ハ發起人ナルモノハ定款ニ署名スル前ニ存スヘキ理ナリ故ニ余ハ同院ノ判旨ニ贊成スル能ハス(法學博士毛戸勝元氏京都法學會雜誌第九卷第七號一七頁本書第三卷商法一四〇頁)
 - 三 發起人トハ株式會社設立ノ意思ヲ有シ且一一般取引社會ノ見解ニ依リ會社設立ニ關スル手續ノ形式ニ依リ其意思ヲ表示シタル者ヲ謂フモノトス(辯護士猪股洪清氏法律新聞第九七四號六頁本書第三卷商法二七三頁)
 - 四 控訴人ハ定款ニ署名捺印セザルヲ以テ發起人ニ非スト抗辯スレトモ當審證人小松川ノ證言ニ依リハ發起人等ニ於テハ發起人中若干名ノ氏名ヲ株式申込證其他ノ書面ニ記載シ居タリシコトヲ認ムルヲ得ルヲ以テ假ニ控訴人抗辯ノ如キ事實アリトスルモ控訴人カ發起人ニ非スト云フヲ得ス(東京控訴院四五年(ネ)第三三五號二年七月一日民三判決本書第二卷商法二五五頁)
- 至當ノ判決ナリト信ス第二點ニツキテハ吾人ノ屢々論シタル所第二卷商法一八九頁一五三頁第三卷商法二八頁一四〇頁第二七三頁ニシテ詳細ハ第三卷商法一四〇頁ニ讓ル

(四六)

猪股洪清 士
東京控訴 院

扁桃腺炎ハ生命ニ關スル危險測定ニ重要ナル事項ニ非サルモノトス

本件ニ在リテハ被控訴人主張ノ如ク其先代逸見信助カ控訴會社ト自己ヲ被保險者トシ其相續人ヲ被保險金受取人ト爲シタル被保險金千圓及二千圓ノ二個ノ被保險契約ヲ爲シ

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保險者カ其事實ヲ知り又ハ過失ニ因リテ之ヲ知りタルトキハ此限ニ在ラス

四二一

保險期間中危險カ保險契約者又ハ被保險者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ著シク變更又ハ増加シタルトキハ保險者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得但し其解除ハ將來ニ向テノミ其效力ヲ生ス

四三三

(前略) 第四一一條ノ規定ハ生命保險ニ之ヲ準用ス

タルコト及ヒ右信助カ大正二年七月二十一日死亡シ被控訴人カ其相續人ト爲リタルコトハ爭ナキ事實ナリ然ルニ控訴人ハ第一ニ右信助ハ明治四十三年二月右側肋膜炎ニ罹リ醫師ノ診察ヲ受ケ數週間服藥シ且斯ル疾病カ生命保險契約上重要ナル事項ナルニ拘ラス明治四十四年二月十七日保險金千圓ノ本件保險契約ヲ締結スルニ際シ之ヲ告知セス却テ既往三ヶ年内ニ疾病ノ爲メ服藥シ又ハ醫藥ヲ受ケタルコトナキ旨ヲ告知シ又明治四十五年一月兩側扁桃腺炎ニ罹リ且斯ル疾病カ生命保險契約上重要ナル事項ナルニ拘ラス明治四十五年六月一日保險金二千圓ノ本件保險契約ヲ締結スルニ際シ其旨及ヒ疾病ニ罹リタル旨ヲ告知セス却テ既往三ヶ年内ニ疾病ノ爲メ服藥シ又ハ醫藥ヲ受ケタルコトナキ旨ヲ告知シタリ故ニ保險金千圓ノ本件契約ハ改正前ノ商法第四二九條及ヒ之ト同旨ナル控訴會社約款第一〇條第一號ニ依リ又保險金二千圓ノ本件契約ハ同約款第一〇條第一號ニ依リ無効ナリト抗辯スト雖モ右信助カ控訴人主張ノ如キ肋膜炎ニ罹リタルコトハ乙第四號證並ニ三上剛太郎ノ證言ニ依リテ之ヲ認ムルコトヲ得ス又扁桃腺炎ノ如キハ生命ニ關スル危險測定ニ重要ナル事項ニ非ラサルコト鹽谷不二雄ノ鑑定ニ依リテ明白ナリ故ニ本件二個ノ保險契約ハ控訴人主張ノ事由ニ依リテ無効ナリト認メ難シ第二ニ右信助ハ保險金二千圓ノ本件保險契約ノ申込ヲ爲シタル後扁桃腺炎ニ罹リ扁桃腺ノ肥大ヲ來シ且輕度ノ咳嗽及咽喉ノ疼痛ヲ訴ヘタル事實アルニ拘ラス控訴會社ニ之ヲ告知シ其承諾ヲ受ケタルコトナクシテ明治四十五年六月一日第一回ノ保險料ノ拂込ヲ爲シタルヲ以テ右契約ハ控訴會社約款第一〇條第二號ニ依リ無効ナリト主張スト雖モ乙第三號證ニ依リテ該契約ハ所謂被保險者ノ身體若クハ精神ニ異狀ヲ生シタルトハ被保險者ノ生命ニ關スル危險測

定ニ重要ナル異狀ヲ指示セルコトハ同第一〇條第一號ノ趣旨ト比較シテ明白ナレハ扁桃腺炎ノ如キ輕微ナル身體上ノ異狀ヲ包含セスト解セサルヲ得サルヲ以テ假リニ右約款カ有效ナル慣習ニ基クモノトスルモ之ニ依リ此點ニ關スル抗辯ヲ正當ナリト認メ難シ第三假リニ本件ノ契約ヲ無効ナリトスル前示約款カ其效ナシトスルモ本件二個ノ保險契約ハ何レモ大正二年十月九日解除シタリト抗辯スト雖モ前顯說明ノ如ク右信助ニ於テ本件二個ノ保險契約ノ當時被保險者ノ生命ニ關スル危險測定ニ重要ナル事項ヲ告知セサルノ事由ナキヲ以テ右解除ハ其效ナシ(東京控訴大正三年(未)第六〇三號同五月廿日民三部松岡裁判長成道岩本各判事判決)

【關係事項】

保險金請求事件○控訴人共濟生命保險株式會社法律上代理人取締役安田善三郎訴訟代理人辯護士高野金重被控訴人逸見忠助法律上代理人親權者逸見ヒサ訴訟代理人辯護士菊池儉輔

(四七)

四九七 爲替手形ヨリ生シタル債務ヲ保證スル爲メ爲替手形其原本又ハ補綴ニ署名シタル者ハ其債務カ無効ナルトキト雖モ主タル債務者ト同一ノ責任ヲ負フ
五二九 第四四六條…第四八〇條乃至第四九九條…ノ規定ハ約束手形ニ之ヲ準用ス
民法四四六 保證人ハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニ於テ其履行ヲ爲ス責ニ任ス
同五二六第二項 申込者ノ意思表示又ハ取引上ノ慣習ニ依リ承諾ノ通知ヲ必要トセサル場合ニ於テハ契約ハ承諾ノ意思表示ト認ムヘキ事實アリタル時ニ成立ス

手形債務ヲ保證スル旨ヲ記載シテ債權者ヲ指名セサル別證ヲ手形債權者ニ交付スルハ其受付後ニ於テ手形債權ヲ取得スル者全員ニ對シテ爲ス保證契約ノ申込ニシテ手形取得者ハ手形ト同時ニ保證書ヲ取得スルニ依リテ其申込ヲ承諾シ其

手形取得者ト保證人トノ間ニ保證契約成立スルニ至ルモノトス

別證ヲ以テ手形債務ヲ保證スル者カ特定ノ手形債權者ニ對シテノミ保證ヲ爲サントスルトキハ保證書ニ債權者ヲ指定スヘキヲ以テ手形債務ヲ保證スル旨ヲ記載シテ債權者ヲ指名セサル別證ヲ交付スルハ單ニ其交付ヲ受ケタル手形債權者ニ對シテ保證スルニ止マルモノニ非サルヤ明ナリ而シテ右ノ如キ保證書ヲ以テ保證ヲ爲ス者ハ保證當時ノ手形債權者ノ權利ヲ確保シ且ツ手形ノ流通ヲ圖ラント欲スルモノナレハ現在及ヒ將來ノ手形債權者ニ對シテ保證セントスルモノニシテ過去ノ債權者ニ對シテモ保證セントスルモノト認ムルコト能ハス故ニ手形債務ヲ保證スル旨ヲ記載シテ債權者ヲ指名セサル別證ヲ手形債權者ニ交付スルハ其交付後ニ於テ手形債權者ヲ取得スル者全員ニ對シテ保證ヲ爲スノ意思ヲ表示スルモノト云ハサルヘカラス而シテ此意思ヲ表示スルヤ保證契約ノ申込ニシテ手形取得者ハ手形ト同時ニ保證書ヲ取得スルニ依リテ其申込ヲ承諾シ其手形取得者ト保證人トノ間ニ保證契約成立スルニ至ルナリ(法學博士毛田勝元氏京都法學會雜誌第一〇卷第六號一三四頁)

【參照學說】

- 一 單ニ保證債務ヲ負擔スルハ別箇ノ書面ヲ以テスルモ可ナリ唯手形上ノ保證タルノ效力ヲ生セサルノミ(法學博士岡野博士郎氏日本手形法二六六頁)
- 二 手形債務ハ手形保證ヲ以テ擔保シ得ル外通常保證ヲ以テモ擔保スルコトヲ得恰モ手形債權者ハ手形ノ裏書ヲ以テ轉讓シ得ル外通常ノ讓渡ヲ以テ轉讓シ得ルニ等シ手形保證ヲ爲スニハ手形ニ署名スルヲ要スルモ通常保證ハ他ノ方法ヲ以テ爲スコトヲ得(法學博士松波仁一郎氏日本手形法七一頁)
- 三 舊商法ノ別紙書面ヲ以テ保證スルヲ許セルハ之ニ依リテ手形ノ信用ヲ傷ケシムルカ爲メニシテ商法力之ヲ認メサルハ手形法上ノ手形ニ關スル行爲ノ種類ヲ整頓センカ爲メナルヘシ然レトモ商法ノ下ニ於テモ別紙書面ヲ以テ爲シタル保證ハ手

岡野博士
松波博士
青木博士

水口トク
大審院

大審院
判決

形上ノ保證タル効力ナキニ止マリ一般私法上ノ保證トシテノ効力ハ之ヲ認ムヘキモノナリ(法學博士青木徹二氏改正手形法論五一八頁)
四 保證ハ必ス手形ノ原本謄本又ハ補箋ヲ以テ之ヲ爲ス其以外ノ文書ヲ以テ爲シタル保證ハ手形保證タル効力ヲ生セスシテ單ニ普通ノ債務保證タル効力ヲ生スルニ過キス(トク水口吉藏氏手形法論四八四頁)
五 保證人カ一定ノ手形債務ヲ保證スル旨ヲ記載シ特ニ債權者ヲ指名セサル證書ヲ手形債權者ニ交付シタルトキハ其交付以後ニ於テ手形上ノ權利ヲ取得シタル者全員ニ對シテ保證ヲ爲スノ意思ヲ表示シタルモノニテ其保證契約ハ手形債權者ト爲リタルモノノ承諾ト同時ニ成立スヘキモノト解スルヲ相當トス(大審院大正三年七月三日民二部判決本書第三卷商法一八九頁)
手形債務ニツキ保證(人的擔保)ヲ爲スニハ手形ニ認メラレタル手形保證ノ外一般ノ保證契約(所謂民事保證)ヲ以テモ之ヲ爲シ得ヘキコトハ何人モ之ヲ疑ハス而シテ手形證券ヲ離レタル別證ヲ以テ之レカ申込ヲ爲シ得ルコトハ亦法理ノ容スヘキコト勿論ナルカ之ニ對スル承諾ハ如何ナル時期ニ於テ如何ナル形式ニ於テ爲サルヘキヤ必スシモ明確ナリトイフコトヲ得ス然レトモ今日社會ノ實情ニ鑑ミレハ民法第五二六條第二項ハ正ニ本場合ニ其適用ヲ見ルヘク博士ノ說ヲ以テ正肯ヲ得タルモノト信ス

四八

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

商法第二六五條第二項ハ商人ノ行爲カ營業ノ爲メニスルモノナルヤ否ニ付キ疑アル場合ニ於テ一應ノ推定ヲ爲シタル規定ナルカ故ニ商人ノ行爲自體ヨリ觀察シテ營業ノ爲メニスルニ非サルコトノ當初ヨリ疑ナキ場合ニ適用セラルヘキモ

ノニ非ス

商法第二六五條第二項ハ商人ノ行為カ營業ノ爲メニスルモノナルヤ否ニ付キ疑アル
場合ニ於テ一應ノ推定ヲ爲シタル規定ナルカ故ニ商人ノ行為自體ヨリ觀察シテ營業
ノ爲メニスルニ非サルコトノ當初ヨリ疑ナキ場合ニ適用セラルヘキモノニ非ス然ラ
ハ原審カ本件消費貸借ノ行為自體ヨリ觀察シテ營業ノ爲メニスル行為ナルコトヲ疑
フノ餘地存セスト爲シタル場合ニ同條ノ規定ヲ適用セザリシハ正當ナリト謂フヘク
又何等舉證ノ法則ヲ顛倒シタルモノト謂フヲ得ス(大審院大正四年(オ)第二〇五號同年
五月十日民二部馬場裁判長田上入江鈴木岩田各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審横濱地方裁判所○貸金請求事件○上告人櫻井直治訴訟代理人辯護士松田義隆被上告人谷川竹藏

【參照學說判例】

本卷商法九五頁以下

吾人ハ本判決ノ趣旨ニ賛同セサルコト九九頁ニ論シタリ

(四九)

- 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
- 四八九ノ二 支拂拒絶證書ノ作成ヲ免除シタル者ニ對シテハ所持人ハ支拂拒絶證書作成ノ期間内ニ支拂ヲ求ムル爲メ爲替手形ヲ呈示シタルモノト推定ス
- 民法九二 法令中ノ公ノ秩序ニ關セザル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行為ノ當事者力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

大阪市内ニ於テ手形取引ヲ爲ス商人間又ハ商人ト銀行間ニ於テハ手形ノ裏書ヲ

爲スニ當リ支拂拒絶證書作成免除ヲ記入セス裏書欄ノ目的又ハ附記ノ下ニ餘分
ニ印章ヲ押捺シ以テ爾後ノ手形取得者ニ支拂拒絶證書作成免除ノ記入ヲ委任シ
スル手形ヲ取得シタル者ハ直接當事者ニ非サル場合ト雖モ必要ニ應シ支拂拒絶
證書作成免除ト記入シ得ル商慣習アルモノトス

鑑定人岩崎潤治郎西村季之北村吉之助ノ鑑定ニ依レハ大阪市内ニ於テ手形取引ヲ爲
ス商人間又ハ商人ト銀行間ニ於テ手形ノ裏書ヲ爲スニ當リ支拂拒絶證書作成ヲ免除
スル場合ニ於テモ特ニ支拂拒絶證書作成免除ヲ記入セス裏書欄ノ目的又ハ附記ノ下
ニ餘分ニ印章ヲ押捺シ以テ爾後ノ手形取得者ニ支拂拒絶證書作成免除ノ記入ヲ委任
シスル手形ヲ取得シタル者ハ直接當事者ニ非サル場合ト雖モ必要ニ應シ支拂拒絶證
書作成免除ト記入スル商慣習アル事實ヲ認メ得ヘシ(大阪區大正四年(ハ)第一〇三八號
同年三月三十一日織田判事判決)

【關係事項】

約束手形金請求事件○原告田中市松訴訟代理人辯護士内藤正剛被告小澤宇三郎訴訟代理人辯護士但馬直吉

(五〇)

- 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
- 民法九二 法令中ノ公ノ秩序ニ關セザル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行為ノ當事者力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
- 同九七第一項 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

(一)郵便物ハ常ニ宛名人ニ到着シ途中ニ紛失スルカ如キ事ハ稀有ノ事實ニ屬ス

ルヲ以テ當事者ノ一方ヨリ發送シタル郵便物ハ相手方ニ配達セラレタル者ト認ムヘキモノトス

二 大阪堂島米穀取引所ニ於テハ仲買人カ委託者ノ注文ニ基キ定期米ノ賣建又ハ買建ヲ爲シタル場合ニ委託者カ證據金ヲ差入レサルカ又ハ其差入ヲ遲延シタル時ハ仲買人ニ於テ勝手ニ轉賣又ハ買戻ヲ爲シ得ヘキ商慣習アルモノトス

(一) 我國ニ於ケル郵便集配ノ現狀并ニ實驗ニ照セハ發送シタル郵便物ハ常ニ宛名人ニ到着シ居リ途中ニテ紛失シ到着セサルカ如キ事ハ稀有ノ事實ニ屬スルヲ以テ原告カ發送シタル前記第四種郵便物ニ被告方ニ配達セラレタル者ト認ルヲ穩當トス
(二) 大阪堂島米穀取引所ニ於テハ仲買人カ委託者ノ注文ニ基キ定期米ノ賣建又ハ買建ヲ爲シタル場合ニ委託者カ證據金ヲ差入レサルカ又ハ其差入ヲ遲延シタル時ハ仲買人ニ於テ勝手ニ轉賣又ハ買戻ヲ爲シ得ヘキ商慣習アル事ハ裁判上顯著ナル事實ナリトス(大阪區大正四年ハ)第三九七號織田判事判決)

【關係事項】

【第一點參照判例】

定期米賣買計算金請求事件○原告木谷菊次郎訴訟代理人辯護士東良三郎同原告大森光雄訴訟代理人辯護士深川重義
一 債權讓渡ノ通知ニ關スル書面ヲ郵便ニ付シテ發送シタル事實アルトキハ反證ナキ限り右書面ハ其當時相手方ニ到達シタルモノト認ムルヲ相當トス(東京控訴院大正四年二月五日民三判決本卷民法二一五頁)
二 本卷商法一二七頁

第一點ニツキテハ吾人其當否ヲ疑フコト曩キニ述ヘタルコトアリ(本卷民法二一

九頁就テ參照セラレタシ

銀行ノ貸付金ニツキ保證債務ヲ負ヒタル者カ銀行ヲ代表スル取締役ニ金圓ヲ贈與シテ其任務ニ背キ右債務ヲ減額セシメタル場合ニ於テハ贈與ノ金圓ハ不法ノ原因ノ爲メ給付シタルモノトシテ之レカ返還ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス

民事原告人壽平ハ曩ニ株式会社飯山銀行ノ取締役頭取トシテ在職中同銀行ノ篠井長太郎ニ對スル貸付金四千九百圓ニ付保證債務ヲ負ヒ明治四十二年五月同銀行ニ對シ其減額ヲ請求シタル處當時民事被告人カ取締役トシテ銀行ヲ代表シ極メテ強硬ノ態度ヲ以テ該交渉ノ衝ニ當リタル爲同月下旬頃民事原告人壽平ハ自己ノ利益ヲ圖リ民事被告人ナシテ其任務ニ背キ前記保證債務四千九百圓ヲ三千圓ニ減額セシムル爲メ八百圓ヲ贈與スルコトヲ約シ其後約ニ從ヒ之カ減額ヲサシメ該八百圓ヲ二回ニ民事被告人ニ給付シタルモノナリ然ラハ右八百圓ハ不法ノ原因ノ爲メ給付シタルモノナルコト明カナルニヨリ民事原告人壽平ハ民事被告人ニ對シ之カ返還ヲ請求スルコトヲ得サルモノナリトス(東京控訴院大正四年六月十二日荻淵裁判長岡田白井各判事判決法律新聞第一〇二二號二三頁)

【關係事項】

一六四第二項 會社ト取締役トノ間ノ關係ハ委任ニ關スル規定ニ從フ
民法六四四 受任者ハ委任ノ本旨ニ從ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ委任事務ヲ處理スル義務ヲ負フ
同七〇八 不法ノ原因ノ爲メ給付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

詐欺被告事件附帶損害賠償請求私訴事件○民事原告人春日壽平訴訟復代理人谷ヶ崎治助民事原告人株式會社飯山銀行法定代理人取締役松山榮藏訴訟代理人瀧澤末治民事被告入川口養治訴訟代理人辯護士末繁彌次郎同赤羽根銀作
銀行ヲ代表スル取締役カ債務者ヨリ賄賂(刑法上ノ用語ニ非ス)ヲ得テ銀行ノ債權ニツキ故ナク減額ヲ承諾スルカ如キハ之レ刑法上ノ背任行爲ナリ其債務者ノ給付スル賄賂カ民法第七〇八條ニ所謂不法原因ノ給付タルハ明ニシテ返還ヲ請求シ能ハサルヤ言フ俟タサルヘシ

(五二)

五九二 船舶所有者ハ特約ヲ爲シタルトキト雖モ自己ノ過失船員其他ノ使用人ノ惡意若クハ重大ナル過失又ハ船舶カ航海ニ堪ヘサルニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ヲ免ルルコトヲ得ス

松本博士

商法第五九二條ニハ廣ク損害トアレトモ船舶所有者カ特約ニ因リ其責任ノ減免ヲ計ルハ畢竟運送品ノ減失毀損及延著ニ關スル損害賠償ノ義務ニ外ナラサレハ同條特約ノ制限ハ專ラ此種ノ損害賠償義務ニ關スルモノトス

商法第五九二條ニハ廣ク自己ノ過失船員其他ノ使用人ノ惡意若クハ重大ナル過失又ハ船舶カ航海ニ堪ヘサルニ由リテ生シタル損害トアレトモ船舶所有者カ特約(多クハ船荷證券上ノ免責文句ニ依ル)ニ因リ其責任ノ減免ヲ計ルハ畢竟運送品ノ減失毀損及延著ニ關スル損害賠償ノ義務ニ外ナラス(商法六一九條三三七條)故ニ第五九二條ノ特約ノ制限ハ專ラ此種ノ損害賠償義務ニ關スルモノト觀察シテ可ナリ(法學博士松本治氏法學新報第二五卷第七號九〇頁以下要領)

【參照判例】

長崎控訴院

商法第五九二條ハ物品運送ニ關スル船舶所有者ノ責任ヲ定メタルモノナレハ無効ナル運送契約ニ基キ船積シタル貨物ヲ船員ニ於テ劫取シ積荷主ニ損害ヲ加ヘタリトスルモ船舶所有者ハ商法第五九二條ニ依リ賠償ノ責ナキモノトス(長崎控訴院九年五月十日判決商法判例集三三二頁)

至當ノ見解ナリト信ス由來船舶所有者ノ責任ハ重大ナルノ反撥トシテ中世紀以降モ半獨占的地位ヲ濫用シテ自己ニ有利ナル免責ノ特約ヲ爲スノ慣習起リ船舶契約書又ハ船荷證券中ニ種々ノ免責文句ヲ挿入シテ其責任ヲ免レンコトヲ易メ判例亦多ク之ヲ有效ト爲シタルノ結果十九世紀ノ初メニハ幾多ノ悲慘ナル實例起リ船舶所有者ハ運送貨ヲ得ルノ外義務ヲ負ハストノ冷語ヲサヘ生シヌ於是コハ屢々國際法會議ノ問題トナリ遂ニ一八八八年ブルツセルノ會議ニ於テ船舶所有者ノ免責ノ特約ニ付テハ制限ニ關スル我商法第五九二條ノ如キ趣旨ノ決議ヲ見ルニ至リ爾來之ヲ立法例ニ於テ斟酌スルモノ多ク我國法亦之ニ倣ヘリ而シテ沿革上及今日ノ實例ニ徴スルモ船舶所有者カ特約ニヨリテ責任ヲ免レントスルハ積荷ノ減失毀損延著ニ付キ其ノ全部又ハ一部ニ在ルモノナレハ之レカ制限ノ規定モ亦之ニ着眼シタルモノト解スヘキモノナルヘシ

(五三)

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
二八二 第四一條ニ規定ハ金銀其他ノ物又ハ有價證券ノ給付ヲ目的トスル有價證券ニ之ヲ準用ス
四四一 何人ト雖モ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ手形ヲ取得シタル者ニ對シ其手形ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス
法例二 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メラレタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項

ニ關スルモノニ限リ法律ト同一ノ效力ヲ行ス
(一)記名株券ハ商法第二八二條ニ所謂金錢其他ノ物又ハ有價證券ノ給付ヲ目的ト
スル有價證券ニ非サルヲ以テ假令控訴人カ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ之
カ交付ヲ受テタリトスルモ同條ニヨリ商法第四四一條ヲ準用シテ株券返還ノ
義務ナキモノト爲ス能ハス

(二)白紙委任狀付記名株券ヲ讓受ケタルモノニ對シテハ假令其委任狀ノ偽造ナル
場合ト雖モ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ之ヲ讓受ケタル以上ハ株券ノ返還
ヲ請求シ得サル商慣習アリトスルモ之レ公ノ秩序ニ反スル結果ヲ生スルカ故
ニ此ノ如キ慣習法ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス

(一)控訴人ハ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ本件株券ヲ取得シタルモノナレハ商法
第二八二條同第四四一條ニ依リ被控訴人ハ控訴人ニ對シ其返還ヲ請求スルコトヲ得
スト抗辯スレトモ記名株券ノ如キハ商法第二八二條ニ所謂金錢其他ノ物又ハ有價證
券ノ給付ヲ目的トスル有價證券ニ非サルヲ以テ假令控訴人カ惡意又ハ重大ナル過失
ナクシテ之カ交付ヲ受ケタリトスルモ同條ニ依リ商法第四四一條ヲ準用シテ株券返
還ノ義務ナキモノト爲ス能ハス

(二)控訴人ハ白紙委任狀付記名株券ヲ讓受ケタルモノニ對シテハ假令其委任狀ノ偽
造ナル場合ト雖モ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ之ヲ讓受ケタル以上ハ株券ノ返還
ヲ請求シ得サル商慣習法アリト抗辯スレトモ若シ斯ノ如キ慣習アリテ讓受人カ白紙
委任狀ノ偽造ナルニ拘ハラズ其讓渡ニ因リテ株券ニ對スル權利ヲ取得シ從テ株式

取得スヘキ場合アリトセハ讓受人ハ此偽造ノ白紙委任狀ヲ補充シ之レカ行使ニ依リ
名義書換ヲ爲シ得ヘキ結果ヲ生シ其公ノ秩序ニ反スルモノナルコト明カニシテ即此
ノ如キ慣習法ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス
(大阪地方大正三年(ワ)第三〇八號同四年四月十七日民一判決法律世界第一八五號一三頁)

【關係事項】

株式返還請求事件○控訴人松野種吉訴訟代理人辯護士岸本晋亮被控訴人天野喬一郎訴訟代理人辯護士松本靜史

【一點參照判例】

一 株券記名者カ白紙委任狀ヲ作成シ株券ト共ニ之ヲ他人ニ交付スルニ於テハ其株券ト委任狀ト相待テ轉讓流通シ其作用恰モ
無記名株ト異ラサルハ一般公知ノ慣行ニシテ斯カル記名株券ハ商法第二八二條ノ所謂有價證券ニ外ナラサレハ同第四四一條ヲ
準用スルノ結果同株券ニ付キ質權ヲ取得シタルモノハ善意無重大過失ナル以上ハ其占有ノ保護ヲ受ケ何人ニ對シテモ返還ノ義
務ナキモノト云フヘキ其委任狀ノ偽造ナルト將タ質權設定者カ正當ナル權限ヲ有セザルハ敢テ之ヲ問フトコトニアラサルモ
ノトス(東京控訴大正四年四月廿七日刑二部判決本卷商法一〇〇頁)
二 株式賣買業者ヨリ其者名義ノ株式ヲ取得スルカ如キハ重大ナル過失アリト認メ難キヲ以テ其株式ヲ取得シタル者ハ商法第
二八二條第四四一條ニヨリ何人ニ對シテモ之カ返還ヲ爲スヘキ義務ナキモノトス(東京地方大正三年七月七日民四部判決本卷
第三卷商法二三四頁)
三 株券ハ商法第二八二條ニ所謂金錢其他ノ物又ハ有價證券ノ給付ヲ目的トスル有價證券ニ非サルヲ以テ之ニ同條ヲ適用シ同
第四四一條ヲ準用スヘキモノニアラス(名古屋地方大正二年民二部判決本卷商法二九二頁)

【二點參照判例】

記名株券ハ白紙委任狀付ニテ日轉々流通シ其取引頻繁ニシテ一々委任狀ノ眞否ヲ調査決定スルハ煩ニ堪ヘサルコトナレハ
若シ注意ヲ拂フテ白紙委任狀ニ捺捺シラレアル印影ノ適否ヲ調査シタリトセハ直チニ其委任狀ハ偽造ニ係ルコトヲ發見スヘキ
モ此注意ヲ缺キ委任狀ノ眞否ヲ調査ナクサリシトスルモ斯カル懈怠ハ單ニ輕過失トナスヘク未タ以テ重大ナル過失アルモノ
ト認ムルコトヲ得サルモノトス(東京控訴大正四年四月廿七日刑二部判決本卷商法九九頁)

株式カ商法第二八二條ノ有價證券ニ該ラサルコトハ吾人ノ屢々述ヘタル所ニシ

テ本判決ヲ以テ當ヲ得タリト信ス又記名株式ニ添付セラレタル名義書換ノ委任
狀カ偽造ナルモ取得者カ善意無重大過失ナルトキハ偽造ヲ以テ取得者ニ對抗シ
得ストナスハ明ニ公秩ニ反スルモノト言ハサル可ラス何トナレハ此ノ如キハ委
任狀附株式ヲ以テ一種ノ證券的有價證券視シ偽文書ニ内容ニ從ツタル效力ヲ認
ムルモノニ外ナラスシテ法ノ明文又ハ第四四一條ノ準用等ニ依ルニ非スンハ到
底認容シ能ハサル所ナレハナリ故ニ此點ニ於テモ吾人ハ本判決ニ賛同スルモノ
ナリ

(五四)

一九四第一項 會社ハ其資本ノ四分ノ一ニ達スルマテハ利益ヲ配當スル毎ニ準備金トシテ其利益ノ二十分ノ一以上
ヲ積立ツルコトヲ要ス

會社カ特別積立金ヲ爲ス目的ハ或ハ事業擴張ノ資ニ供シ或ハ利益配當ノ平準ヲ
期スル等幾多ノ理由ニ基クト雖モ單ニ特別積立金ヲ爲ス經濟上ノ目的タルニ止
マリ定款ノ規定上何等ノ目的制限ヲ付セサル以上ハ之ヲ以テ直チニ法律上ノ效
力ヲ律スルノ理由ト爲スニ足ラサルヲ以テ名ハ特別積立金ト稱スルモ其實質效
力ニ至リテハ會社カ各營業年度ノ利益金ノ一部ヲ割キ遂次後年度ノ事業上ノ計
劃其他ニ資スル所謂繰越金ニ外ナラスト認ムルヲ相當トス
一營業年度ノ損益ハ一切ノ收入支出ヲ計上シテ始メテ之ヲ知ルヘキハ勿論ニシ

テ前年度ヨリノ繰越金ヲ其收入中ニ計上スヘキハ當然ナリトス

案スルニ成立ニ争ナキ乙第一號被控訴會社定款第三三條ニハ「純益金ハ左ノ順序ニ
從ヒ之ヲ分配ス但場合ニ因リ後年度へ繰越金ヲ爲スコトアルヘシ」ト定メ其第五ニ「特
別積立金」ト掲ケアルニ徴スレハ特別積立金ト稱スルハ各營業年度ノ利益中株主ニ配
當セスシテ其一部ヲ會社ニ留保シタル數額ニ外ナラサルコト疑ナク客レスト雖定款ノ
規定中特別積立金ニ關シ一定ノ目的及使途ヲ定メタルモノナク又其處分方法ヲ制限
シタルモノアルヲ見サルカ故ニ特別積立金ノ性質ヲ解シテ概スク控訴人ノ主張スル
如ク定款上會社ノ基本的財産トシテ特別非常ノ場合ニ株主總會ノ決議ニ因リ定メラ
レタル用途ニノミ使用シ得ヘキ效力ヲ有スルモノト爲スヲ得ヌ尤モ會社カ特別積立
金ヲ爲ス目的ハ或ハ事業擴張ノ資ニ供シ或ハ利益配當ノ平準ヲ期スル等幾多ノ理由
ニ基ケルハ想像ニ難カラスト雖單ニ特別積立金ヲ爲ス經濟上ノ目的タルニ止マリ定
款ノ規定上何等ノ目的制限ヲ付セサル以上ハ之ヲ以テ直チニ法律上ノ效力ヲ律スル
ノ理由ト爲スニ足ラサルヲ以テ寧ロ被控訴代理人ノ解スル所ノ如ク名ハ特別積立金
ト稱スルモ其實質效力ニ至リテハ前示定款第三三條但書ニ所謂繰越金ト異ナルコト
ナク會社カ各營業年度ノ利益金ノ一部ヲ割キ遂次後年度ノ事業上ノ計劃其他ニ資シ
タル通俗ニ所謂繰越金ニ外ナラスト認ムルヲ相當トス而シテ一營業年度ノ損益ハ一
切ノ收入支出ヲ計上シテ始メテ之ヲ知ルヘキハ勿論ニシテ前年度ヨリノ繰越金ヲ其
收入中ニ計上スヘキコトノ當然ナルハ亦言ナ俟タサルカ故ニ本件ニ於ケル株主總會
カ特別積立金ヲ其收入中ニ計上シタル損益計算ヲ承認シ其計算ニ基キ利益分配ノ決
議ヲ爲シタルハ決シテ損益計算ノ本義ニ違フモノト爲スニ足ラス大阪控訴大正四年

岡野博士

松本博士

柳川學士

片山學士

【關係事項】
(*) 第一一〇號同年五月十七日民三部多喜澤裁判長櫻田齋藤各判事判決)

株主總會決議無效確認請求控訴事件○控訴人三田勝俊被控訴人共同生命保險株式會社法律上代理人取締役堀貞訴訟代理人辯護士守屋孝藏

【參照學說】

一本卷商法一三頁以下
二 準備金ノ額ハ借方ノ項目トシテ之ヲ貸借對照表ニ掲ケサルヘカラサルハ論ナシト雖貸方ニ掲ケル特定財産ノ之ニ當ルモノアルニ非ス只準備金カ借方ノ項目タル以上他ノ借方各項目ノ總額ニ超ユル會社財産アルニ非サレハ會社ノ自由ニ處分スルコトヲ得ヘキ剩餘ヲ生セサルナリ(法學博士岡野敬次郎氏法學新報第一九卷第九號九頁)
三 平均配當ノ準備金ハ貸借對照表ノ借方ニ入ルヲ通常トス配當スヘカラサルモノハ借方ニ入ルトスルハ通説ナレハナリ(法學博士松波仁一氏改正日本會社法一三八一頁)
四 法定準備金ノ外會社ハ定款ノ規定又ハ總會ノ決議ニ依リ準備金ヲ積立ツルコトヲ得ヘク之ヲ稱シテ任意準備金ト云フ其目ノ種類アリテ或ハ事業擴張ノ爲ニシ或ハ配當平均ノ爲ニシ或ハ不時ノ災厄ノ爲ニシ或ハ株式銷却ノ爲ニシ或ハ社債償還ノ爲ニスル等其目ノ一々之ヲ枚擧スルコトヲ得ス利益ノ一部ヲ次年度ニ繰越ス所謂繰越金モ亦一時ノ任意準備金ト見ルヘキナリ是等ノ任意準備金ハ定款又ハ總會ノ決議ノ定ムル所ニ依リ自由ニ之ヲ支出スルコトヲ得ヘキモノナリ例ハ定款ノ規定ニ依リテ配當平均ノ爲ニ積立ツル準備金ハ其目ノ爲ニ支出スルコトヲ得ヘク又若シ定款ヲ變更スルコトキハ他ノ目ノ爲ニ流用スルモ妨クル所ニアラサルナリ準備金トハ貸借對照表ノ借方ノ一ノ項目タルニ過キスシテ純然タル數額タルニ止マリ之ヲ控除シテ配當スヘキ利益ヲ算出スル金額タルニ過キサルコト是ナリ株式會社ノ貸借對照表論ノ著者ナルレームハ會社ノ資本及準備金ハ即チ控除項目ナリト言ヘリ是レ或ハ極テ適當ナル命名ナルヘシ故ニ準備金タル特別ノ財産ノ存スルモノト見ルハ觀ナリ準備金ハ之ニ相當スヘキ財産カ現存スヘキコトヲ示ス數額タルニ過キス準備金ハ或ハ家屋什器或ハ商品有價證券ノ如キ會社財産ノ全部ニ互リテ存在ス其財産中ノ如何ナル部分カ即チ準備金ナルヤハ之ヲ區別セサルコトヲ常トス(法學博士松本滋治氏中央大學四十五年度講義錄合本會社法二九一頁)
五 任意準備金ハ豫メ定款ヲ以テ之ヲ規定スルヲ得ヘク又定款ニ反對ノ規定ナキトキハ株主總會ノ決議ヲ以テ之ヲ補足スルヲ得ヘシ斯ル準備金ノ積立ハ固ヨリ會社ノ自由ニシテ之ヲ積立テサルモ違法ニアラス從テ此種ノ準備金ハ定款ニ反對ノ規定ナキ限リ株主總會ノ決議ヲ以テ異ナリタル目ノ爲ニ流用スルモ妨ナシ(法學博士柳川勝二氏改正商法論一八九頁)
六 任意準備金ハ法律ノ干涉セサル所ニシテ固ヨリ目ノ及金額ノ如何ヲ問ハス從テ或ハ事業擴張ノ資ニ供スル爲メ或ハ配當平均平準スル爲メ或ハ株式銷却ノ爲メ等皆其ノ欲スル所ニ從ヒ其金額亦固ヨリ自由ナリ但タ之ヲ積立テタル場合ニ於テハ其ノ一定

ノ目的ノ爲メニスルニ非サレハ之ヲ用ユルコトヲ得サルハ當然ニシテ之ヲ他ニ流用スルニハ定款ノ變更又ハ新ナル決議ヲ必要トス若夫レ其ノ準備金ノ廢否乃至變更ノ自由アルコトニ付テハ說明ノ要ヲ見ス唯一言注意スヘキハ所謂減價準備金(減價資金)等カ技ニ所謂任意準備金ニ非サルコト是ナリ減價準備金トハ財産カ使用ニ因リテ減價スルヲ見込ミテ其ノ減價格ヲ積立テ其ノ代リニ其ノ財産ノ價額ヲ固有ノ數額ニ計上スルモノナリ從テ準備金ニ非ス單純ナル財産ノ計算方法タルノミ(法學博士片山義勝氏會社法原論四二六頁)

(五五)

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
四六四 第一項 裏書アル爲替手形ノ所持人ハ其裏書カ連續スルニ非サレハ其權利ヲ行フコトヲ得但署名ノミヲ以テ爲シタル裏書アルトキハ次ノ裏書人ハ其裏書ニ依リテ爲替手形ヲ取得シタルモノト看做ス

大審院判

手形ヲ裏書讓渡スル權利ハ手形行爲ニ因リ手形ヲ取得シタル者ノミニ專屬スルモノニ非スシテ相續人ハ相續ニ因リ之ヲ承繼スルコトヲ得ヘキモノトス
手形ノ所持人タリシ甲ノ相續人乙カ該手形ノ裏書ヲ爲スニ當リ其ノ肩書ニ甲ノ相續人ナルコトヲ表示シタルトキハ裏書ノ連續ヲ缺クモノニ非ス

手形ヲ裏書讓渡スル權利ハ手形行爲ニ因リ手形ヲ取得シタル者ノミニ專屬スルモノニ非スシテ相續人ハ相續ニ因リ之ヲ承繼スルコトヲ得ヘキモノトス商法第四五六條ハ振出人引受人又ハ裏書人カ裏書ニ依リテ爲替手形ヲ讓受ケタル場合ト雖更ニ裏書ニ依リテ之ヲ讓渡シ得ヘキコトヲ規定シタルニ外ナラサレハ上告論旨ノ根據ト爲ルヘキモノニアラス隨テ相續人ハ被相續人ノ取得シタル手形ヲ裏書ニ因リ讓渡スルコトヲ得ルモノトス故ニ原審ニ於テ本件手形ニ付キ受取人石井清助ニ屬シタル手形上ノ權利ハ相續ニ因リ石井理助ニ移轉シ同人カ被上告人ニ裏書讓渡シタルコトノ有效

ニシテ且手形裏面ニ於ケル石井理助ノ肩書ニ石井清助ノ相續人ナルコトヲ表示シアルカ故ニ本件手形ハ裏書ノ連續ヲ缺クモノニ非サル旨ヲ判示シタルハ正當ナリ(大審院大正四年(オ)第六七號同年五月二十七日民二部馬場裁判長田上大倉入江鈴木各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○約束手形金請求事件○上告人鈴木兵右衛門訴訟代理人辯護士名井楨夫被上告人關戸清次郎

【參照學說】

相續ニ依リテ手形ヲ取得シタル場合ニハ手形ノ外觀上裏書ノ連續ヲ缺クト雖モ之ヲ以テ間斷アルモノト認ムヘキニアラス從テ相續人カ裏書ヲ爲シタルトキハ其裏書ハ有效ニシテ裏書ノ連續ヲ保ツモノト云ハサル可ラス勿論此場合ニ所持人ハ裏書ノ間斷ハ裏書人カ相續ニヨリ手形ヲ取得シタル爲メニ生シモノナルコトヲ證明シ以テ連續ノ存スルコトヲ明ニセサル可ラス而シテ手形ニハ相續人タルコトヲ明ニスルヲ必要トスルコトナシ(ドクトルユリス水口吉藏氏手形法論四五七頁)

水口ドク
トル

手形所持人ノ有スル權利ハ專屬性ノモノニ非サルコト言フ俟タサレハ相續ニヨリテ相續人カ之ヲ承繼スヘキヤ明ナリ從テ相續人ハ該手形ヲ裏書讓渡スルノ權利ヲ享有スヘキコト當然ナリト言ハサル可ラス(手形ヲ裏書讓渡スルコトヲ得ルハラス之ニツキ權利承繼アルカ)然レトモ此場合ニ於ケル相續人ノ裏書ハ裏書連續ノ斷絶ヲ來スコトナキヤ人或ハ之ヲ疑ハンモ吾人ハ相續人ハ相續ニヨリテ被相續人ノ地位ニ代ルヘキ性質ノモノナルカ故ニ相續人ノ裏書ハ恰モ被相續人ノ裏書ヲ爲シタルト同様ノ效力ヲ有シ裏書連續ヲ破ルモノニ非スト信ス只相續ノ證明ハ事手形ノ記載事項ニ非サルヲ以テ之レカ證明ノ要アルトキハ手形證券以外ニ

ヨリテ爲ササル可ラス判決カ相續人カ裏書ヲ爲スニ當リテ前ノ被裏書人ノ相續人タル旨ノ肩書ヲ爲セハ裏書ノ連續ヲ缺カスト言ヒタルハ其眞意ヲ汲ムニ苦シムト雖モ若シ此肩書ナクンハ裏書ノ連續ヲ缺キ又此肩書ニヨリテ相續ヲ證明シ得ルモノナリトセハ吾人ノ採ル能ハサル所ナリサレト吾人ト雖モ斯ノ如キ肩書ヲ記入スルコトカ爾後手形ヲ取得スル者其他ノ利害關係人ノ注意ヲ喚起シ手形ノ流通上甚タ便宜ナルヘキハ之ヲ認ムルニ躊躇セサルナリ

(五六)

四二第一項 本法ニ於テ會社トハ商行爲ヲ爲スヲ業トスル目的ヲ以テ設立シタル社團ヲ謂フ

二六三 左ニ掲ケタル行爲ハ之ヲ商行爲トス

一 利益ヲ得テ讓渡ス意思ヲ以テスル動産不動産若クハ有價證券ノ有價取得又ハ其取得シタルモノノ讓渡ヲ目的トスル行爲

民法四三 法人ハ法令ノ規定ニ從ヒ定款又ハ寄附行爲ニ因リテ定マリタル目的ノ範圍内ニ於テ權利ヲ有シ義務ヲ負フ

取引所法一八 取引所ノ買賣取引ハ直取引延取引及ヒ定期取引ノ三種トス

取引所ニ於ケル取引モ物品販賣ノ一種ナリト云フヲ妨ケサルカ故ニ右取引ハ物品販賣ノ目的トスル會社ノ目的ノ範圍内ニ屬スルモノトス

控訴人カ株式会社東京米穀商品取引所ノ仲買人タル事及九方カ被控訴會社ノ代表社員タル事ハ當事者間爭ナキ所ナリ仍テ被控訴代理人ノ本件取引ハ被控訴會社ノ目的タル營業ノ範圍ニ屬セザレハ該取引ハ被控訴會社ニ對シ效力ヲ生シ得ヘキモノニアラストノ抗辯ニ付キ案スルニ乙第一號證ニヨレハ物品販賣業ハ被控訴會社ノ目的ノ

東京控訴
院判決

一ナルコト明白ナリ其物品ノ販賣トハ同號證ニ何等ノ制限ノ文字ノ記載ナキニヨリ
 商事會社ノ目的ノ意義トシテ廣ク利益ヲ得テ讓渡ス意思ヲ以テ取得シタルモノヲ讓
 渡ス行爲ヲ指スモノト解スヘク其讓渡ハ物品取引ノ原因并ニ其讓渡行爲ノ如何ヲ問
 フヘキニアラサルヲ以テ取引所ニ於ケル取引モ右物品販賣ノ一種ナリト云フヲ妨ケ
 サルカ故本件取引ハ被控會社ノ目的ノ範圍ニ屬スルモノト云ハサルヘカラス被控
 訴代理人ハ被控會社ノ營業所ハ千葉縣僻處ノ地ニシテ平素ノ顧客ハ農夫若クハ漁
 夫其販賣スル處ハ此等顧客ノ日常生活ニ必要ナル物品ナレハ實際取引狀態ヨリスル
 モ取引所ノ取引ハ被控會社ノ目的ニ屬セスト主張スルモ被控會社ノ平常ノ取引
 狀態ヲ以テ直チニ其目的ノ範圍ナリト論斷スルコトヲ得サルノミナラス其取引狀態
 ナ認ムヘキ證左ナキヲ以テ右主張ヲ採用スル事ヲ得ス又被控訴代理人ハ取引所ニ於
 ケル取引ハ轉賣買戻ノ方法ニヨリ決濟セラレ現物ノ授受ナキヲ以テ物品ノ販賣ト爲
 スコトヲ得スト云フモ取引所ニ於ケル定期取引ト雖モ現物ノ授受ナキ目的トシ之レカ
 受渡アルノミナラス差額計算ニヨリ賣買ヲ終了スルモ其賣買履行ノ一方法ニ外ナラ
 サレハ之ヲ以テ賣買ノ目的ノ範圍外ノ行爲ト云フヲ得サルニヨリ右論旨モ採用スル
 限リニアラス(東京控訴大正三年(ネ)第八八號同四年五月五日民一部遠藤裁判長前田水
 口各判事判決)

【關係事項】

契約履行損害金請求事件○控訴人畑中傳兵衛訴訟代理人辯護士岸清一同堀江專一郎被控訴人丸合資會社法律上代理人無限責任
 社員丸方訴訟代理人辯護士板倉中同中山錫之助

至當ノ判決ナリト信ス

商法第一九六條ニ所謂開業トハ株式會社ノ目的タル事業ノ全部ノ開業ニシテ其
 一部ノ開業ニアラス

被控會社カ控訴人主張ノ如ク東海道富士驛ヲ起點トシ大宮町身延山ヲ經テ甲府ニ
 到ル鐵道營業ヲ目的トシ尙ホ附屬事業トシテ静岡縣富士郡加島村ヨリ大宮町ヘ及同
 郡鈴川ヨリ長澤ヘノ鐵道馬車營業ヲ爲ス株式會社ニシテ明治四十五年四月十六日成
 立シ其定款第三六條ニ第一回株金拂込ノ翌日ヨリ營業開始ノ日マテ株式拂込金額ニ
 對シ一ヶ月百分五ノ利息ヲ配當スルコトヲ得ル旨ヲ規定シ同年五月四日右規定ニ付
 キ東京地方裁判所ノ認可ヲ受ケ同年八月十日設立登記ヲ爲シタルコト被控會社カ
 大正二年一月一日ヨリ附屬事業トシテ鈴川大宮間並ニ富士驛間ノ馬車鐵道營業ヲ開
 始シタルコト及ヒ被控會社カ大正二年六月二十七日ノ定時總會ニ於テ右定款ニ基
 キ拂込金ニ對シ年五分ノ割合ニ依ル建設利息ノ配當ヲ爲スヘキ旨ヲ決議シタルコト
 ハ爭ナキ所ナリ故ニ本件控訴ノ當否ハ右決議カ控訴人主張ノ如ク違法ナルヤ否ヤヲ
 審究スルニ依リテ定マルモノトス案スルニ商法第一九六條ハ所謂建設利息ヲ配當ス
 ルコトヲ得ル旨ヲ規定シタル法條ニシテ同條ニ所謂開業ハ株式會社ノ目的タル事業
 ノ全部ノ開業ニシテ其一部ノ開業ニアラス元來同條ノ趣旨ハ畢竟スルニ株式會社カ

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し其利率ハ法定利率ニ超ユルコトヲ得ス
 前項ニ掲ケタル定款ノ規定ハ裁判所ノ認可ヲ得ルコトヲ要ス

其目的タル事業ニ依リ利益ヲ得之ヲ株主ニ配當スルコトヲ得ルマテハ株主ニ對シ何等ノ金錢的給付ヲ爲スコトヲ得サルトキハ設備ニ長キ年月ヲ要スル大事業ヲ目的トスル株式會社カ其株式ノ應募者ヲ得ルコト頗ル難ク爲メニ斯ル會社ノ成立ヲ妨ケ延テ公益ヲ害スルニ至ル故ニ定款ヲ以テ開業ヲ爲スニ至ルマテ法定ノ利率ヲ越エサル一定ノ利息ヲ株主ニ配當スヘキコトヲ定ムルコトヲ得セシメ以テ株主ノ應募ヲ容易ナラシメ斯ル會社ノ成立ヲ容易ナラシムルトニ他ナラス故ニ株式會社カ其目的タル事業ニ付キ一部ノ開業ヲ爲スニ止マリ未ダ全部ノ開業ニ依ル營業上ノ利益ヲ株主ニ配當スルコトヲ得サル間ハ所謂建設利息ノ配當ヲ爲スヲ妨ケサルノ法意ト解スルチ正當トス然ラサレハ一部ノ開業ニ依リテ得ル利益カ建設利息額ニ及ハサルトキト雖モ建設利息ノ配當ヲ止メサルヲ得サルヲ以テ容易ニ株式ノ應募者ヲ得ルノ法意ニ副ハサルニ至ラン果シテ然ラハ控訴人主張ノ如ク一部ノ開業ヲ爲シタルニ止マル被控訴會社ニ於テ商法第一九六條定款第三六條ニ則リテ爲シタル前項ノ決議ハ有效ニシテ之ヲ無効ナリト云フヲ得ス(東京控訴大正四年(ホ)第二一一號同年六月十七日民三部松岡裁判長成道岩本各判事判決)

【關係事項】

株主總會決議無效確認請求事件○控訴人富田道生訴訟代理人辯護士森吉三郎外一名被控訴人富士身延鐵道株式會社法律代理人取締役小野金六訴訟代理人辯護士青木徹二外一名

【參照學說判例】

本卷商法四二頁以下

贊同ス(詳論四七頁參照)

舊商法一〇三八第一項 法律上ノ義務ヲ履行シタル破産者ニシテ有罪破産ノ判決ヲ受ケス又其審問中ニ在ラサル者ハ破産主任官ノ認可ヲ受ケ第一ノ集會ニ於テ債權者ニ協議契約ヲ提供スルコトヲ得又十分ノ理由アルトキハ以後ノ集會ニ於テモ之ヲ提供スルコトヲ得然レトモ其提供ハ一回ニ限ル
 同一〇三九 協議契約ヲ承諾スルニハ出席シタル債權者ノ過半數ノ承諾ヲ要ス其過半數ハ議決權アル總債權額ノ四分三以上ニ當ルコトヲ要ス
 管財人及ヒ議決權ヲ有スル債權者又後ニ至リ債權ノ確定シタル債權者ハ協議契約ニ對シテ十日内ニ理由ヲ附シタル異議ヲ裁判所ニ申立ツルコトヲ得
 同一〇四〇 債權者ノ承諾シタル協議契約ハ裁判所ノ認可ヲ得テ始メテ法律上有效トス(以下略)

破産シタル會社ハ自然人ト等シク法律上協議契約ノ當事者タルコトヲ得ルモノトス
 破産管財人ハ破産財團ノ管理及處置ニ關スル事項ニ付キ其權限ヲ有スルニ止マリ破産會社ヲ代表シテ協議契約ヲ提供スルコトハ其權限ニ屬セス
 破産會社ノ爲メ會社ヲ代表シテ協議契約ヲ提供シ得ル權限ヲ有スルモノハ株式會社ニ在リテハ取締役トス
 株式會社カ破産ニ因リテ解散スルモ協議契約ノ提供ヲ爲スカ如キ破産會社自ラ處理スヘキ事項ニ付テハ取締役ノ資格ハ依然トシテ繼續スルモノトス
 取締役ノ死亡解任其他ノ事由ニヨリテ更ニ新々ナル取締役ヲ選任スルノ必要ヲ生シタルトキハ破産宣告後ト雖モ株主總會ノ決議ヲ以テ有效ニ其選任ヲ爲スコトヲ得ヘキノミナラス若シ協議契約ノ内容カ會社ノ定款ヲ變更スルノ必要アル

事項ニ關スルトキハ株主總會ハ協諧契約ノ確定ヲ條件トシテ定款變更ノ決議特別決議ヲモ有效ニ之ヲ爲シ得ヘク而シテ此決議ハ協諧契約ノ認可アル迄ニ之ヲ爲セハ足ルモノトス

案スルニ破産シタル能勢電氣軌道株式會社ノ提供シタル協諧契約カ大正四年三月一日ノ債權者集會ニ於テ出席債權者ノ過半數ニシテ且ツ議決權アル總債權額ノ四分ノ三以上ニ該ルモノ、承諾アリタルコトハ記録上明瞭ニシテ右協諧契約ノ提供ハ破産會社ノ取締役全員即チ栗本勇之助外六名カ會社ヲ代表シテ爲シタルコト及右取締役中中西徳三郎ヲ除ク以外ノ六名ハ會社ノ破産宣告後ノ株主總會ニ於テ選任セラレタルモノナルコトモ記録上疑ナク相手方代理人ハ會社ノ破産シタル場合ニ協諧契約ヲ爲スコトハ法ノ許サ、ル所ナリト主張スレトモ舊商法第一〇三八條ハ汎ク破産者ハ一定ノ條件ノ下ニ協諧契約ノ提供ヲ爲シ得ヘキ旨ヲ規定シ破産者ノ自然人ナルト會社ナルトヲ區別セサルノミナラス會社ノ破産ニ付キ協諧契約ヲ許サストスル法意ニ出テタル規定ヲ見サルカ故ニ破産シタル會社ハ自然人ト等シク法律上協諧契約ノ當事者タルコトヲ得ルモノト解スルヲ當然トス唯タ法律ハ會社ノ破産シタル場合ニ何人カ會社ノ爲メニ有效ニ協諧契約ヲ提供スヘキヤヲ規定セサレトモ破産管財人ハ破産財團ノ管理及ヒ處置ニ關スル事項ニ付キ其權限ヲ有スルニ止マリ破産會社ヲ代表シテ協諧契約ヲ提供スルカ如キハ固ヨリ其權限ニ屬セサルコト明白ニシテ又會社破産ニ依リテ解散シタル場合ニ清算人ナルモノ、存セサルコトハ商法第八六條第二二六條第二四八條ノ規定ニ徴シ知ルコトヲ得ヘク且ツ協諧契約ノ確定シタルトキ

ハ其效力トシテ破産會社ハ當然其權利能力ヲ回復シ破産宣告前ノ狀態ニ於テ會社ヲ繼續シ得ルモノナルカ故ニ斯ル效力ヲ有スル協諧契約ノ提供ヲナスコトハ元來會社ノ清算ノ範圍ニ屬スル事項ナリト認ムルヲ得ス從テ破産會社ノ爲メニ會社ヲ代表シテ協諧契約ヲ提供シ得ル權限ヲ有スルモノハ本件ノ如キ株式會社ニ在リテハ取締役ヲ提供テ他ニ之ヲ求ムヘカラサルヲ以テ株式會社カ破産ニ因リテ解散スルモ協諧契約ノ提供ノ如キ破産會社自カラ處理スヘキ事項ニ付テハ取締役ノ資格ハ依然トシテ繼續シ會社ノ破産ニ因リテ當然消滅ニ歸スルモノニアラスト解スルヲ相當トスルト同時ニ破産ニ因リ會社ノ解散シタル場合ニ苟クモ一定ノ範圍ニ於テ尙取締役ノ代表權ヲ認ムヘキモノトスル以上ハ取締役ノ死亡解任其他ノ事由ニヨリテ更ニ新ナル取締役ヲ選任スルノ必要ヲ生シタルトキハ破産宣告後ト雖モ株主總會ノ決議ヲ以テ有數ニ其選任ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトスルハ當然ノ論結トシテ是認セラルヘキ法理ナルノミナラス若シ協諧契約ノ内容カ會社ノ定款ヲ變更スルノ必要アル事項ニ關スルトキハ株主總會ハ協諧契約ノ確定ヲ條件トシテ定款變更ノ決議(特別決議)ヲモ有效ニ之ヲ爲シ得ヘキモノト言ハサルヲ得ス何トナレハ此場合ニ於テ株主總會ノ權能ヲモ否定スヘキ何等理由アルヲ見サルハ勿論若シ然ラズンハ會社ハ有效ニ定款ノ變更ヲ爲シ得サル結果會社ノ協諧契約ノ成立ヲ著シク至難ナラシメ會社ニ付テモ協諧契約ニ因ル破産ノ終結ヲ認メタル法律ノ目的ハ殆ント之ヲ貫徹スルニ由ナキニ至ルヘケレハナリ但シ協諧契約ノ提供ニ付豫テ株主總會ノ決議ヲ要ストスヘキ法ノ規定ナク協諧契約ノ内容カ會社ノ定款ヲ變更スルノ必要アル事項ニ關スルトキト雖モ株主總會ノ決議ハ畢竟協諧契約認可ノ前提ヲ爲スニ過キヌシテ其認可アル迄ニ之ヲ具備ス

ルヲ以テ足ルモノト解スルヲ至當トスルカ故ニ本件協諾契約ニ於テ會社ヲ代表セル
前示取締役中ノ一部ト破産宣告後ニ召集セラレタル株主總會ノ選任ニ係ル者ニシテ
而カモ株主總會ノ決議ヲ經テ協諾契約ノ提供ヲ爲シタルニアラサルモ右取締役選任
ノ爲メニセル株主總會ヲ以テ他ニ違法ナリト認ムヘキ事蹟ナキ本件ニ於テハ前示取
締役ノ全員ヨリ本件協諾契約ノ提供ヲ爲シタルコトノ至當ナルハ固ヨリ明白ナリト
ス(大阪控訴大正四年ラ)第三五號第三六號第三七號同年五月二十一日民三部多喜澤裁
判長櫻田齋藤各判事決定)

【關係事項】

協諾契約棄却決定ニ對スル抗告事件○抗告人能勢電氣軌道株式會社外八十五名相手方東尾古吉三郎外二名

【參照學說】

一 強制和議ハ唯破産者ノミ之カ提供ヲ爲スコトヲ得破産管財人破産債權者等ヨリ之カ提供ヲ爲スコトヲ得又各種ノ法人
ニ在リテハ其代表者ヨリ之カ提供ヲ爲スヘシ即民法ノ規定ニ依ルル法人及ヒ産業組合ニ在リテハ理事會名會社合資會社及ヒ株式
合資會社ニ在リテハ無限責任社員舊商法ノ規定ニ依リテ設立シタル合資會社ニ在リテハ業務擔當社員株式會社及ヒ相互保險會
社ニ在リテハ取締役ノ一致ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得(法學博士加藤正治氏破産法講義四九一頁)
二 協諾契約ハ主トシテ破産者ノ利益ノ爲メニ存ス(商法第一〇三八條)「破産者ニシテ」故ニ唯破産者ノミカ協諾契約
ノ申込ヲ爲スコトヲ得管財人各破産債權者及ヒ破産主任官等ハ之ヲ爲スコトヲ得ス但破産者ニ對シ協諾契約ノ申込ヲ爲スヘキ
旨ヲ勸誘スルコトヲ得ルヤ言ヲ俟タズ是ヲ以テ破産者カ訴訟能力者ナルトキハ其本人又ハ其相續人カ協諾契約ノ提供ヲ爲スコ
トヲ得破産者カ法人其他訴訟無能力者ナルトキハ其法定代理人カ破産者ニ代リテ其權限タル協諾契約ノ提供ヲ爲スモノト知ル
ヘシ(法學士松岡義正氏法政大講義破産法五八四頁)

協諾契約ハ一般法人ト雖モ之ヲ爲シ得サルノ理ナク只此行爲ハ破産者本人ノミ
獨リ之ヲ爲シ得ヘキモノニシテ破産管財人ノ權限ニ屬セスサレハ株式會社ニ在
リテハ取締役ニ之カ權限アルモノト言ハサル可カラズ或ハ會社ハ破産ニヨリテ

加藤博士

松岡學士

大審院判

解散シ營業能力ヲ喪失スルカ故ニ取締役ナル機關ハ當然消滅スルニ非サルカヲ
疑ハシムルモ破産ノ場合ハ他ノ解散原因ノ場合ト異リ清算人ノ如キ從來ノ會社
代表機關ニ代ル機關ヲ設置スル規定ナキヲ以テ取締役ハ依然存續スルモノト解
スヘキナリ只破産財團ノ管理處置ハ管財人ノ職權ニ屬スルヲ以テ取締役ノ職務
ハ殆ト數フヘキモノナシト雖モ會社自ラ爲スヘキ對外的行爲ハ之ニヨリテ始メ
テ爲スコトヲ得ヘク而シテ協諾契約ノ如キハ實ニ其適例タルヘシ果シテ然ラハ
取締役ノ任期選任等ニ付テモ從前ト異ルヘキ筈ナク又株主總會ノ開會權限等カ
破産手續ト抵觸セサル範圍ニ有效ニ行ハレ得ルコト明カナリト謂ハサルヘカラ
ス判決ハ當ヲ得タルモノナリト信ス

五九

九四 清算人ハ就職ノ後遲滞ナク會社財産ノ現況ヲ調査シ財産目錄及ヒ貸借對照表ヲ作り之ヲ社員ニ交付スルコト
ヲ要ス
清算人ハ社員ノ請求ニ因リ毎月清算ノ狀況ヲ報告スルコトヲ要ス

商法第九四條ニ所謂會社財産ノ現況調査財産目錄及貸借對照表ノ作成並ニ交付
清算狀況報告等ノ行爲ハ清算人カ其權限ニ基キ會社ヲ代表シテ爲スヘキ行爲ニ
アラスシテ清算人カ其職務トシテ自ラ爲スヘキ行爲ナリトス

【上告理由】會社ノ清算トハ會社解散後ニ會社財産ヲ處分スル包括行爲ナルヲ以テ清
算ハ會社解散ノ時ヨリ財産分配ノ終結ニ至ルマテニ爲ス可キ數多ノ行爲ヲ總合シ其

中ニハ現務ノ終了債權ノ取立債務ノ辨濟殘餘財産ノ分配等アリ而シテ會社カ解散スルトキハ法人ハ消滅シ法人消滅スルトキハ其權利義務カ無主物トナル理ナルモ社員タリシモノチ相續人ノ如ク見テ會社ノ權義ヲ承繼セシメ唯直接ニ之ヲ承繼セシムルトキハ會社ノ債權者及社員各自ノ債權者ニ損害ヲ齎スコトアリ且會社ヲ法人トシタル主意ニ反スルヲ以テ他ノ處分方法ヲ規定ス而シテ清算ノ便宜ヨリシテ會社ノ存在スルモノノ如クシ商法ハ其第八四條ニ會社ハ解散ノ後ト雖モ清算ノ目的ノ範圍内ニ等テハ尙ホ存續スルモノト看做スト規定シタルモノト信ス此ノ如クナルヲ以テ商法第八五條解散ノ場合ニ於ケル會社財産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産目録及貸借對照表ヲ作ルコトヲ要ス云云ト規定シ以テ任意清算ノ場合ニ於テハ會社カ財産目録及貸借對照表ヲ作ルモノト爲シ法定清算ノ場合ニハ同法第八六條前條ノ規定ニ依リテ會社財産ノ處分方法ヲ定メサリシトキハ合併及破産ノ場合ヲ除ク外後一五條ノ規定ニ從ヒテ清算ヲ爲スコトヲ要ストアリテ後ノ一五條ニハ清算ノ範圍及方法ヲ規定シ同法第八七條清算ハ總社員(所謂生レナカラノ清算人ナレハ清算ヲ辭スルコトヲ得ス)又ハ其選任シタル者ニ於テ之ヲ爲ス清算人ノ選任ハ社員ノ過半数ヲ以テ之ヲ決スト規定シ又社員一名ト爲リタルトキハ同法第八八條ニ第七四條第五號ノ場合ニ於テハ裁判所ハ利害關係人ノ請求ニ依リ清算人(第三者)ヲ選任ストアルヲ以テ清算人ハ總社員ノ委任ニヨリ清算ノ目的ノ範圍内ナル同法第八七條乃至第一〇一條ニ規定シタル行爲ヲ爲スヘキモノナルカ故ニ同法第九四條清算人就職ノ後遲滞ナク會社財産ノ現況ヲ調査シ財産目録及貸借對照表ヲ作リ之ヲ社員ニ交付スルコトヲ要ス清算人ハ社員ノ請求

ニ因リ毎月清算ノ狀況ヲ報告スルコトヲ要ストアル此行爲ハ清算ノ目的ノ範圍内ナルヲ以テ清算人カ會社ヲ代表シテ爲スヘキ行爲ナリト信ス然ルニ原審ニ於テ同條ニ規定セル會社財産ノ現況調査財産目録及貸借對照表ノ作成交付清算狀況報告ノ如キ行爲ハ之ヲ清算人ノ職務トシテ清算人自ラ爲スコトヲ要スルモノニシテ會社カ爲スヘキモノニアラサルコトハ同條ノ法意ニ照シテ疑ナク且會社ニ對シスル義務ヲ認メタル法規ナキニ依リ譬ヘハ其強制履行ヲ裁判所ニ請求シ得ヘキモノトスルモ之ヲ被控訴會社ニ要求スル本訴ハ正ニ其對手ヲ誤リタルモノニシテ請求自體ヲ不當ナリトシ控訴ヲ棄却シタルハ會社ハ法人ナルヲ以テ清算人ヲ選任シ之ニ會社ノ行爲ヲ爲サシムルモノト爲シタル法律ヲ誤解シタル不法ノ裁判ナリ

【判決理由】 商法第九四條ニ所謂會社財産ノ現況調査財産目録及貸借對照表ノ作成並ニ交付清算狀況報告等ノ行爲ハ清算人カ其權限ニ基キ會社ヲ代表シテ爲スヘキ行爲ニアラスシテ清算人カ其職務トシテ自ラ爲スヘキ行爲ナルコトハ同條ノ規定ニ依リ明カナリト認ム故ニ論旨ハ理由ナシ(大審院大正三年(オ)第九六一號同四年五月十三日民一部馬場裁判長田上入江鈴木三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審宮城控訴院○會社清算狀況報告請求事件○上告人渡邊元吉外二名訴訟代理人辯護士山本正路同菊池倫輔被上告人富久山製紙合資會社法定代理人清算人高田久兵衛外三名

廣ク清算人ノ職務ト稱スルトキハ商法第九一條第一項列舉ノモノ(現務ノ終了債權ノ取立及債務ノ辨濟殘餘財産ノ分配)ノ外第九四條ノ事項モ之ヲ含マシムルコトヲ得レトモ前者ト後者トハ大ニ其趣ヲ異ニシ前者ハ會社ノ機關トシテ之ヲ行

フモノナルコト事務ノ性質及同條第二項以下ノ法文ニ徴シテ明カナレトモ後者ハ清算人其者ニ課セラレタル義務ニシテ會社ヲ代表シテ爲スヘキ行爲ニアラサルコト規定法條ノ位置及其文詞ニヨリテ之ヲ推知スルニ難カラス吾人ハ判決ノ正當ナルヲ信スルモノナリ

(六〇)

二二九 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額面以上ノ價額ヲ以テ株式ヲ發行シタルトキハ其額面ヲ超ユル金額ハ第一回ノ拂込ト同時ニ之ヲ拂込マシムルコトヲ要ス

二三一 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
二三六 引受ナキ株式又ハ第一二九條ノ拂込ノ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力取消サレタルトキ亦同シ

毛戸博士

引受又ハ第一回ノ拂込ナキ株式アリタルニ拘ハラズ召集シタル創立總會モ當然無効ナルニアラス從テ會社ノ設立モ無効トナルモノニ非スシテ單ニ發起人ノ責任ヲ生スルニ止マルモノトス

引受又ハ第一回ノ拂込ナキ株式アリタルニ拘ハラズ召集シタル創立總會ハ無効トナリ從テ會社ノ設立モ無効トナルヤ又ハ單ニ發起人ノ責任ヲ生スルニ止マルモノナリヤハ研究ノ餘地アリ抑モ株式會社ノ設立ニ際シテ引受又ハ第一回拂込ノナキ株式ノ一箇ヲモ存セサルコトヲ期スルハ殆ント不可能ナリサレハ法律カ株式總數ノ引受及ヒ第一回拂込ノ完了ヲ以テ創立總會ノ要件從テ設立ノ要件トセリトハ容易ニ認ムルコト能ハス加之商法一三六條ノ規定ハ反對ノ旨即チ株式總數ノ引受及ヒ第一回拂込

大審院判

【參照學說判例】

本卷商法二九頁以下

吾人ハ博士ト同一ノ見解ヲ持スルコト曾テ論シタル所ナリ(三一頁參照)

(六一)

舊商法九八五第三項 破産者ノ動産不動産ニ關スル訴及ヒ執行ハ特リ管財人ヨリ又ハ管財人ニ對シテ之ヲ起シ又ハ繼續スルコトヲ得

會社カ破産ヲ宣告セラレ某カ其管財人ニ選定セラレタル以上ハ其決定ノ取消サレサル限りハ某ハ會社ノ破産管財人トシテ其職務ヲ行フコトヲ得ルカ故ニ其職務上會社ノ權利ヲ主張スル訴訟ヲ提起シ得ヘキ權能ヲ有スルモノトス
破産決定ハ第三者ニ對シテモ效力アルノ結果第三者ハ右某ノ破産管財人タルコトヲ爭フヲ得サルヲ以テ某ニ訴提起ノ權能ナシトノ訴訟抗辯ヲ提出スルコトヲ

得サルモノトス

上告人大倉正ハ川島合名會社ノ設立無効ナル以上ハ之ニ對スル破産決定無効ナルノ結果破産管財人ノ選定モ無効ナルカ故ニ被上告人ハ川島合名會社ノ破産管財人トシテ本訴ヲ提起スルノ權能ナキ旨ノ抗辯ヲ爲シ會社設立無効ノ抗辯ハ其前提トシテ提出シタルモノナリ然レトモ川島合名會社カ會社トシテ破産ヲ宣告セラレ被上告人カ其管財人ニ選定セラレタル以上ハ其決定ノ取消サレサル限りハ被上告人ハ川島合名會社ノ破産管財人トシテ其職務ヲ行フコトヲ得ルカ故ニ其職務上會社ノ權利ヲ主張スル本訴ヲ提起シ得ヘキ權能ヲ有スヘキハ當然ナリ而シテ破産決定ハ第三者ニ對シテモ效力アルノ結果上告人大倉正ハ被上告人カ川島合名會社ノ破産管財人タルコトヲ爭フヲ得サルヲ以テ被上告人ニ本訴ヲ提起スルノ權能ナシトスル抗辯ハ到底之ヲ認容スルヲ得サルモノトス(大審院大正三年(才)第三九七號同四年五月二十五日民一部田部裁判長神原尾古入江岩田各判事判決)

【關係事項】

破産差戻○東京控訴院○建物所有權登記抹消請求事件○上告人川島次三郎外一名訴訟代理人辯護士北井波治日同渡部龍一郎被上告人上原鹿造訴訟代理人辯護士大橋誠一從參加人松本光太郎外一名訴訟代理人辯護士木内傳之助同近藤孝義

破産管財人ノ性質ニツキテハ學說岐ルト雖モ少クトモ法ノ明定スル職務權限ニツキテハ其終任原因ノ發生スル迄之ヲ行使シ得ヘキハ明カナレハ判決ハ至當ナリト信ス

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
株主カ期日ニ拂込ヲ爲ササル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キハ會社カ其通知スヘキ事項ヲ公告スルコトヲ要ス

商法第一五二條第一項ニ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トアリ同條第二項ニ株主カ期日ニ拂込ヲ爲ササルキハ云々トアリテ第一項ノ催告ヲ爲スニハ株金拂込ノ期日ヲ定ムルコトヲ要スルカ如キモ同條ノ要求スルトコロハ株金ノ拂込ニ付キ各株主ニ均シク二週間以上ノ準備期間ヲ得セシムルコトニアルヲ以テ期間ヲ定メテ催告ヲ爲スモ其期間ノ末日迄ニ二週間以上ノ時間ヲ存スル以上ハ其催告ヲ以テ商法ノ規定ニ違反スルモノト爲ス能ハス

控訴人ハ株金拂込ノ第一回催告ニ付テハ其拂込期日ヲ定ムヘキコト商法及被控訴會社ノ定款ニ定ムルトコロナリ然ルニ被控訴會社ハ本件第一回催告ニ於テ催告書到達ノ日ヨリ十六日以内ニ拂込ムヘキ旨ヲ定メ拂込期日ヲ定メサルヲ以テ右ノ催告ハ不適法ナリト主張セリ依テ此點ニ付キ按スルニ商法第一五二條第一項ニ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トアリ同條第二項ニ株主カ期日ニ拂込ヲ爲ササルキハ云々トアリテ第一項ノ催告ヲ爲スニハ株金拂込ノ期日ヲ定ムルコトヲ要スルカ如キモ同條ノ要求スルトコロハ株金ノ拂込ニ付キ各株主ニ均シク二週

間以上ノ準備期間ヲ得セシムルコトニアルヲ以テ本件ノ如ク期間ヲ定メテ催告ヲ爲
スモ其期間ノ末日迄ニ二週間以上ノ時間ヲ存スル以上ハ其催告ヲ以テ商法ノ規定ニ
違反スルモノト爲ス能ハス又控訴人ノ採用スル甲第四號證ノ一(被控訴會社定款)ノ第
一四條ニ當會社新株式ノ拂込ハ必要ニ應シ取締役ノ決議ヲ以テ其金額及期日ヲ定メ
十四日前ニ各株主ニ通告スルモノトアレトモ其趣旨ハ商法ノ規定ノ趣旨ト同様
ナリト解スルヲ以テ右ノ催告ハ被控訴會社定款ノ規定ニ違反スルモノニアラス(東京
控訴大正四年本)第五七號民三部松岡裁判長成道岩本各判事判決)

【關係事項】

株式不足金請求事件○控訴人内藤源助訴訟代理人辯護士中村兵之助被控訴人王城炭礦株式會社法律上代理人取締役川合昇訴訟
代理人辯護士狩野山義一

立法ノ精神ニ鑑ミテ至當ノ判決ナリト信ス會社ノ實例亦之ニ依ルモノ尠カラサ
ルナリ

(六三)

三三三 運送人ハ荷送人ノ請求ニ因リ貨物引換證ヲ交付スルコトヲ要ス
貨物引換證ニハ左ノ事項ヲ記載シ運送人ノ署名スルコトヲ要ス

一 前條第二項第一號乃至第三號ニ掲ケタル事項(一)運送品ノ種類重量又ハ容積及ヒ其荷造ノ種類個數並ニ記載

二 到達地三荷受人ノ氏名又ハ商號 二 荷送人ノ氏名又ハ商號 三 運送貨 四 貨物引換證ノ作成地及ヒ其作
成ノ年月日

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

改正前商法三三五 裏書ニ依リテ貨物引換證ヲ讓渡シタルトキハ運送品ノ讓渡ト同一ノ效力ヲ有ス

(一)貨物引換證ノ名宛人ヲ何人ニ爲スヤハ之ヲ請求スル荷送人ノ撰ム所ニ從フ可
キモノニシテ荷送人ハ場合ニ依リ自己ヲ以テ名宛人ト爲サシムルコトヲ得
此場合ハ運送人ハ貨物ヲ荷送人又ハ引換證ノ讓受人ニ引渡スヘキ義務ヲ負擔
スルモノニシテ名宛人即チ荷受人ナリ名宛人ノ外ニ引換證ニ荷受人ヲ記載ス
ルモ無用ノ記載ナレハ其記載ハ引換證ノ效力ヲ害スヘキモノニ非ス
(二)改正前ノ商法第三三五條ニ所謂運送品ノ讓渡トハ所有權ノ移轉ノミナラス占
有ノ移轉ヲモ包含スルモノニシテ貨物引換證ノ所持力運送品ノ間接占有ト同
一ノ效力ヲ有スルモノトス

(三)貨物引換證ヲ裏書ニ依リテ讓受タタル甲ハ其貨物ノ所有權ヲ取得シ其引渡ヲ
受タタルモノナレハ該貨物ノ換價金ハ其所有ニ屬スヘク乙カ丙ニ對スル判決
ノ趣旨ニ從ヒ其執行トシテ右換價金ヲ受領シタルモ判決ハ第三者ニ其效力ヲ
及ホスヲ得サルヲ以テ判決ノ執行ニ依リ得タル換價金カ甲ノ所有ナル以上甲
トノ關係ニ於テハ法律上ノ原因ナクシテ被上告人ノ財産ニ因リ利益ヲ受ケ之
レカ爲メニ被上告人ニ損失ヲ及ホシタルモノト謂フ可シ(判決ノ執行力不當利
トハ其當事者間ニ然ルモノニシテ第三者
トノ關係ナ律ス可カラサルモノトス)

(一)貨物引換證ノ名宛人ヲ何人ニ爲スヤハ之ヲ請求スル荷送人ノ撰ム所ニ從フ可キ
モノニシテ荷送人ハ場合ニ依リ自己ヲ以テ名宛人ト爲サシムルコトヲ得故ニ荷送人

ヲ名宛人ト爲スハ違法ニ非ラス荷送人ハ荷爲替ヲ取組ムノ必要ヨリ貨物引換證ノ發行ヲ請求スル場合ノ如キハ自己ヲ以テ名宛人ト爲サシムルノ必要存ス送送人ヲ名宛人トシテ貨物引換證ヲ發行シタルトキハ運送人ハ貨物ヲ荷送人又ハ引換證ノ讓受人ニ引渡スヘキ義務ヲ負擔ス此場合ニ於テハ名宛人即チ荷受人ナリ名宛人ノ外ニ引換證ニ荷受人ヲ記載スルモ無用ノ記載ナレハ其記載ハ引換證ノ效力ヲ害スヘキモノニ非ラス

(二) 運送中ノ貨物ハ運送人ニ於テ荷送人ノ爲メニ占有シ荷送人ニ於テ之ヲ處分スルコトヲ得ルカ故ニ之ヲ取得スル者ノ權利安全ナラスシテ運送中ニ於ケル貨物ノ融通ヲ妨クルモノアリ貨物引換證ノ制度ハ此融通ヲ圓滑ナラシムル目的ニテ設ケラレタルモノニシテ改正前ノ商法三五條ニ裏書ニ依リ貨物引換證ヲ讓渡シタルトキハ運送品ノ讓渡ト同一ノ效力ヲ有スト規定シタルハ此目的ニ於テ貨物取得者ノ權利ヲ安固ナラシムルニ出テタルモノナレハ其所謂運送品ノ讓渡トハ所有權ノ移轉ノミナラス占有ノ移轉ヲモ包含スルモノト解スルヲ正當ナリトス何トナレハ其所有權移轉スルモノ之ヲ占有セザレハ他ニ貨物ヲ讓受ケ其占有ヲ得タル者アルニ於テハ之ニ對抗スルヲ得ザレハナリ商法改正前ニ在テ貨物引換證ノ所持カ運送品ノ間接占有ト同一ノ效力ヲ有スルコトハ既ニ當院ノ判例ニ於テモ認メタル所ナリ故ニ原院カ右法條ノ解釋上貨物引換證ノ讓渡ヲ以テ貨物ノ引渡ト同一ノ效力アリト爲シタルハ正當ヲ得タルモノス

(三) 被上告人ハ本件貨物引換證ヲ裏書ニ依リテ讓受ケ之ニ因リテ其貨物ノ所有權ヲ取得シ其引渡ヲ受ケタルモノナレハ其換價金ノ被上告人ノ所有ニ屬スルコト論ヲ換

タス上告人ハ森田徳次郎ニ對スル判決ノ趣旨ニ從ヒ其執行トシテ右換價金ヲ受領シタレトモ判決ハ其當事者間ニ效力アルニ止マリ第三者ニ其效力ヲ及ホスト得ザレハ判決ノ執行ニ依リ得タル換價金カ被上告人ノ所有ナル以上ハ被上告人トノ關係ニ於テハ法律上ノ原因ナクシテ被上告人ノ財產ニ因リ利益ヲ受ケ之レカ爲メニ被上告人ニ損失ヲ及ホシタルモノト謂フ可シ判決ノ執行カ不當利得ノ原因トナラサルハ其當事者間ニ於テ然ルモノニシテ第三者トノ關係ヲ律ス可カラス原院カ上告人ノ換價金受領ヲ以テ法律上ノ原因ナキモノトシ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ畢竟右ノ趣旨ニ出テタルモノニシテ何等間然スル所ナシ(大審院大正三年(才)第五一八號同四年五月十四日民一部田部裁判長大倉禰原尾古岩田各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○不當利得金返還請求事件○上告人田中辰次郎訴訟代理人辯護士中村秋三郎同久須美幸松被上告人牧藤太郎訴訟代理人辯護士日山彦十郎

【參照學說判例】

一 貨物引換證ハ何人ニ宛テテ發行セラルヘキカ換言セハ何人カ引換證ノ受取人タルヘキカニ就テハ從來學者間ニ論争セラレタル問題ナレトモ余ノ信スル所ニ依レハ貨物引換證ハ荷送人ノ請求ニ因リ運送人ノ發行スルモノナルカ故ニ荷送人ニ宛テ發行セラルヘキモノナリ引換證ニ記載スヘキ要件トシテ荷受人ノ氏名商號ヲ掲ケアルモ這ハ荷受人ヲ指定權利者トシテ他人ニ宛テ發行セラルヘキモノトスルトキハ運送人ヨリ之カ交付ヲ受ケタル荷送人ハ自己ノ手ヨリ自己ノ融通ノ爲メ之ヲ他人ニ交付スコトヲ得ス又此方法ニヨリ貨物代金ノ支拂ヲ確實ナラシムルヲ得ス結局運送人ヲシテ貨物引換證ヲ發行交付セシメタル目的ヲ貫徹スル能ハサルニ歸スヘシ貨物引換證ノ活用ハ主トシテ荷爲替ノ場合ニ現ハル然ルニ荷送人ハ常ニ引換證ヲ荷受人ニ交付スヘキモノトセス貨物引換證ノ活動作用ハ全然滅却セラレルコトト爲ルヘシ又貨物引換證カ荷受人ニ宛テ發行セラルモノトスルトキハ荷受人ハ貨物到達以前貨物ヲ處分スルコトヲ得ヘク運送契約ニ因ル荷送人ノ權利ヲ取得スルカ如キ不都合ナル結果ヲ見ルヘキナリ(法學士柳川勝二氏改正商法論綱四六九頁)

二 指圖式貨物引換證は、普通の場合ナリ此場合ニ於ケル名宛人如何余置ハ一荷受人可ナリ(二)荷受人マダ可ナリ(三)否ラスシテ直チニ銀行ヲ名宛人トスル又不可ナカルヘシト信ス即チ請求者タル荷受人ノ選擇ニ任シテ敢テ差支ナカルヘキヲ云フ法條マダ決シテ之ヲ禁止セス(法學士嘉山幹一氏花岡法學士著貨物運送ト其判例一四頁法律日誌第一二二號)

三 貨物引換證ニ其氏名又ハ商號ヲ記載セラレタル荷受人ハ貨物引換證ノ流通上運送品ノ所有者ニシテ且ツ運送品ノ引渡ヲ請求スル權利者ナリト豫定セラレタルモノナルカ故ニ該證券ノ發行ヲ受ケタル荷受人ハ荷受人以外ノ者ニ交付シテ之ヲ流通状態ニオカシメサルヘカラス換言スレバ貨物引換證ヲ裏書ニ依リ讓渡スル場合ニハ其第一裏書人ハ必ス荷受人ナラサルヘカラスナリ(法學士須賀三郎氏早稻田大學四十五年度講義錄商行為二四九頁)

四 引換證ノ名宛人ハ之ヲ何人トスヘキヤハ之ヲ明言セサルカ故ニ荷受人ノ希望スル所ニ從ヒ何人ヲ名宛人トスルモ差支ナシト信ス必スシモ荷受人ナラサルヘカラス又ハ荷受人ナラサルヘカラスト云フコトナシ(法學士三橋久美氏同上二一五頁法學協會雜誌第二七卷第七號一〇〇頁)

五 貨物引換證ノ名宛人ハ何人タルヘキヤ吾人ノ所見ヲ以テスレバ此問題ハ問題自身ノ意味ヲ解スルコトニ依リテ自ラ解決セラルヘキモノナリ元來名宛人ナル者ハ我商法カ貨物引換證ニ關シテ認メタル觀念ニ非ス故ニ名宛人ハ名宛人トシテ法律上一定ノ意義ヲ有スルコトナリ茲ニ問題トスル所モ單ニ名宛人ハ何人タルヘキヤト云フニ非スシテ一定ノ意味ニ於テ名宛人ハ何人タルヘキヤト云フニ在リ然ラハ問題タル名宛人ノ意味如何運送人カ貨物引換證上書狀ノ形式ニ於テ指定シタル證券上ノ第一權利者ノ意味ナリ所謂名宛人ニシテ右ノ如キ者ヲ謂フトスレバ其者ハ荷受人タルヘキコトハ殆ト自明ノ理ナリ何トナレハ運送法上荷受人ナル者ハ運送品ノ受取人トシテ指定セラルル者ノ謂ナレハナリ商法六二二條第五號ニ「荷受人ノ氏名若クハ商號又ハ所持人ニ運送品ヲ引渡スヘキコト」トアルニ對比シテ商法三三三條ニ於ケル荷受人ナル者モ運送人カ其者ニ對シテ運送品ヲ引渡スヘキ者ノ意タルヲ知ルヘシ故ニ此約東カ名宛ノ形式(貴殿)ニ於テ與ヘラルトセハ其名宛人タルヘキ者ハ荷受人ナラザルコトナリ(法學士竹田省氏法學新報第二〇卷第一一號七四頁)

六 理論上ヨリ見ルニ引換證ノ交付請求權者カ荷受人タル以上ハ一般普通ノ觀念トシテモ特ニ之ヲ他人ニ宛テ發行スヘキ規定ナキ以上ハ荷受人ニ宛テ發行スルハ當然ノコトナリト考ヘラル(法學士花岡敏夫氏貨物運送ト其判例一六二頁)

七 貨物引換證ノ名宛人ハ荷受人ナルヘキモノニシテ荷受人ナルヘキモノニアラスト思料ス何トナレハ貨物引換證ハ荷受人ノ請求ニ依リテ運送人カ荷受人ニ交付スヘキモノニシテ荷受人ハ荷受人ノ代理トシテ受領スルニ非ラス自己獨立ノ權利トシテ自己ノ交付請求權ニ依リテ自己ニ交付セシムル以上ハ其名宛人ヲ自己ナラシムヘキハ自明ノ論ニシテ現ニ商法ニハ此普通ノ法理論ヲ變更スヘキ即チ荷受人名宛人トシテ發行スヘキ主旨ノ條文ヲ見サルナリ然レモミナラス若シ萬一荷受人名宛人トシテ發行スヘキモノトナサハ貨物引換證ハ荷受人ノ手ニ入りテ後ニ到達地ニ於テ始メテ轉々スル事ヲ目的トスルニ至リ恰モ倉庫證券ノ如ク一定ノ場所ニアル貨物ノ物權的證券トナリ頗ル奇怪ナル結果ヲ生スヘシ(大審院民事判決錄四十一年七四八頁花岡學士著貨物運送ト其判例三四頁)

八 貨物引換證ナルモノハ運送契約ノ效力トシテ運送人カ荷受人ニ交付スル一ノ證券ニシテ其債務ノ内容ハ到達地ニ於テ證券

【二】同趣旨學說

所持人ニ托送貨物ヲ引渡ス義務ヲ負フモノトス而シテ證券ノ所持人ハ證券ヲ占有スル名宛人(又ハ指圖式ノ場合ニ於テハ名宛人若クハ被裏書人)ナルコト論テ俟タスト雖モ右名宛人ハ荷受人トナルヘキカ將荷受人ナルヘキカト云フニ抑モ運送契約ハ到達地ニ於テ荷受人ニ托送貨物ヲ引渡ス義務ヲ負ハシムルモノニシテ契約ノ當事者タル荷受人ニ運送品ヲ引渡ス義務ヲ負フ契約ニアラサルコト固ヨリ論テ俟タサルコトナレハ運送契約ノ效力トシテ運送人ノ發行スル貨物引換證ニ於テモ運送人カ負フ所ノ義務ハ到達地ニ於テ荷受人運送品ヲ引渡スノ義務ニシテ荷受人ニ引渡スノ義務アラサルヲ明カナルヲ以テ貨物引換證ハ荷受人ニ宛テ發行スヘキモノトスヘキモノニアラスト斷セラルヘカラス(東京控訴四十年(二)四九號四十二年三月民二判決花岡學士著貨物運送ト其判例二五頁松波博士日本商行為法九四三頁)

九 原告ハ本件貨物引換證ノ所持人ナリヤ否ヤニ付接スルニ貨物引換證第二ノ裏書人ハ必ス第一ノ債務者ナラサルヘカラスハ事理ノ當然ナリ而シテ第一ノ債務者ハ其證書ノ交付ヲ受ケタルモノノ何人タルヲ問ハ必ス其運送契約ノ當事者タル荷受人ナラサルヘカラスハ貨物引換證ノ性質上自ラ明ナルコトナリ(東京地方三十八年ワ第二九三號民二判決花岡學士著貨物運送ト其判例七頁)

一 裏書ニ依リテ證券ノ處分ハ全ク貨物自身ノ處分ニ等シ證券ノ裏書ヲ爲スノ目的ニ依リ貨物ニ對スル物權的效果定マル而シテ證券ノ引渡ハ貨物ノ引渡ヲ代表スルニ止マラス全ク貨物ノ引渡ト同一效力ヲ有ス(法學博士岡松太郎氏内外論叢第三卷第二號一〇一頁)

二 預證券ヲ裏書ニ依リテ債權者タルコトノ證明セラルル者ニ證券ヲ引渡シタルトキハ寄託物ノ引渡ト同一ノ效力ヲ生シ債權者ハ寄託物ノ所有權ヲ取得シ且之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得(三六五)此點ハ白地裏書アル證券又ハ無記名式ノ證券ナリ債權者タルコトノ證明セラルル者ニ引渡シタルトキモ同一ナリ併シナカラ三六五條ヲ準用セル三三五條ハ「裏書ニ依リテ貨物引換證ヲ讓渡シタルトキハ運送品ノ讓渡ト同一ノ效力ヲ有ス」ト規定スルニ止マリ一見此ノ如ク解釋シ得ラレサルカ如シト雖モ其實然ラス抑々吾民法ハ物權ノ移轉ト其第三者ニ對スル對抗トヲ區別セルヲ以テ本條ハ當事者間ニ於ケル物權ノ移轉ヲ規定スルモノノ如ク見ヘ又現ニ此說ヲ採ル學者(法學協會雜誌二卷一〇號所載岡野博士論物權的ナ效力ヲ有スル有價證券)アリト雖モ若シ此ノ如ク解スルトキハ當事者間ニ反對ノ意思表示アリタルトキハ之ニ依ラサルヘカラスハ從テ本條ハ一ノ推測規定タルニ止マルヘシ然ルニ貨物引換證ヲ讓渡ス者ハ同時ニ運送品ヲ讓渡ス意思ヲ有スヘク而カモ物權ハ意思表示ノミニ依リテ移轉シ得ヘキヲ以テ本條ノ規定ハ必要トナルノミナラス當事者間ニ於ケル物權ノ移轉ハ殆ト自明ノ理ニ同シクシテ貨物引換證ノ所持人ノ權利ヲ保護スルニ足ラス故ニ「運送品ノ讓渡ト同一ノ效力ヲ有ス」トハ第三者ニ對スル關係ニ付テ云ヘルモノト解セサルヘカラス此ノ如ク裏書讓渡ハ第三者ニ對シテ運送品ノ讓渡ト同一ノ效力ヲ有スルトセハ其裏書讓渡ハ第三者ニ對抗シ得ルモノナラサルヘカラス而シテ裏書讓渡ハ證券ニ裏書シテ之ヲ讓受人ニ交付スルニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルヲ以テ(民四六九)「裏書ニ依リテ貨物引換證ヲ讓渡シタルトキ」トハ「貨物引換證ニ讓渡裏書ヲ爲シ之ヲ讓受人ニ交付シ

荷受人ヲ受取人ヨリ除外シ得トセハ荷受人ノ地位ハ之ヲ如何ニ解スヘキカ既ニ
 證券ノ發行アリタルトキハ荷受人ト雖モ證券所持人トナラサル限り運送品ノ引
 渡ヲ求ムルコトヲ得サルヘク而モ證券ハ他ノ證券權利者ニヨリテ任意ニ流通シ
 荷受人ハ必スシモ之ヲ取得スルノ機會アリトイヒ得サルヲ以テ荷受人ノ記載ハ
 遂ニ一片ノ形式ニ過キササルニ終ラン之商法カ證券ノ一要件トシテ擧ケタル精神
 ヲ没却スルモノト云ハサル可ラス荷送人説ヲ採ル者カ荷受人説ニ對スル反駁ヲ
 要約セハ一荷送人ハ證券請求者ニシテ運送人ヨリ直接ニ證券ヲ受クルモノナリ
 之ヲ措キテ第一ノ所持人アル可ラス二荷送人カ證券ノ所持人ナラストセハ荷爲
 替ノ取組不能トナラン三荷送人ハ證券ヲ發行セサレハ運送品ニ關スル處分權ヲ
 有スルニ會々證券ヲ發行スルトキハ之ヲ所持スルモ所持人タル資格ナシトセハ
 處分權ヲ有スルコト能ハサルヲ以テ甚シク權衡ヲ失セントイフニアルカ如シ然
 レトモ其一ハ證券發行ノ請求權者ト證券面上ノ權利者トヲ混淆セントスルモノ
 ニシテ探ルニ足ラス其二ハ荷送人ハ證券上荷受人タル地位ヲ兼スル能ハストノ
 前提ニ立タスンハ何等價值ナキ議論ニシテ而カモ斯カル前提ノ據ルヘキ所ヲ知
 ラサルナリ吾人ノ見ニヨレハ荷送人ニシテ荷爲替ノ取組其他ノ方法ニヨリテ證
 券ヲ直チニ流通ニ置クノ要アラハ自己ヲ荷受人トシテ指定セハ乃チ足ルモノニ
 シテ只此場合ニ於テハ荷受人タル資格ハ荷送人タル資格ヲ離レタル別個獨立ノ

地位ヲ有スルノミ其三ハ第三四二條第三四四條ノ規定ニヨル結果ナレトモ而カ
 モ論者ノ憂フルカ如キ不都合ヲ生スルモノニアラス何トナレハ證券ヲ發行シタ
 ルモ自ラ貨物處分ノ必要ヲ生シタルトキハ何時ニテモ之ヲ運送人ニ還付シテ更
 ニ荷送人トシテノ固有ノ權利ヲ回復スルコトヲ得ヘク一旦證券ヲ發行シタルノ
 故ヲ以テ此權能ヲ否定スル理アル可ラサルナリ(D)右(ハ)説(ニ)説ヲ採ル者ハ曰ク荷
 送人ハ證券發行ノ請求權者ナレハ荷送人ハ之ヲ請求スルニ當リテハ何人ヲ權利
 者トシテ發行セシムルモ其自由タラサル可ラス從テ何人ヲ名宛人トナスモ可ナ
 ラサル可ラスト夫レ然リ豈夫レ然ランヤ商法ニハ名宛人ノ文字ニ於テハ其何人
 タルヘキカヲ要求セス荷送人カ名宛人即受取人ノ撰擇ニ付テ自由ヲ有スルハ明
 カナレトモ其自由トハ何人ヲ以テ名宛人即受取人ト爲スヘキヤノ點ニシテ受取
 人ヲ荷受人以外ニ指定シ得ルカノ點ニアラス即チ荷送人ハ自己又ハ貨物到達地
 ニ於テ受取ラシメント豫期スル者(證券發行セサレハ當
 然荷受人タルヘキ者)又ハ其他ノ者ヲ以テ名
 宛人——受取人タラシムルコトヲ得ヘキモ其被指定者ヲ措テ證券上他ニ荷受人
 ナルモノヲ求ム可ラサルナリ尤モ貨物受取人外ニ尙ホ貨物到達地ニ於テ受取ラ
 シメント豫期スル者ヲ記載スルコトアリトスルモ之レ名稱ノ如何ニ拘ハラズ後
 者ハ法律上荷受人ニ非ス荷受人ハ前者ニシテ證券上ノ效力トシテハ此者カ到達
 地ニ於テ貨物受取者トシテ權利付ケラレタルモノトイハサル可ラス大審院判決

ハ其前項ニ於テハ(ハ)又ハ(ニ)ノ説ニヨリタル如キ觀アルモ後項ニ於テ名宛人即チ荷受人ナリト斷シタルハ正ニ吾人ノ見解ト同一ニ歸結スヘク吾人ハ同院カ會テ前掲參照判例荷送説ヲ採リタルヲ改メタルヲ憚フモノナリ

(二)改正前ノ第三三五條ノ運送品ノ讓渡ノ效力ニ占有ノ移轉ヲモ含ムモノト爲スヘキカ否ヤハ亦議論ノ岐レタル所ナレトモ吾人ハ債權説ニヨル本判決ニ賛同スル能ハサルモノナリ之レ我法制上動產權利ノ讓渡ト其ノ第三者對抗要件タル目的物占有者ノ移體トハ明カニ區別セラルル所ナレハ改正前ノ法文ニ於テ證券ニヨリ運送品ノ讓渡ヲ爲シ得ルコトヲ認メラレタルノ故ヲ以テ之レカ當然ニ占有移轉ノ效力ヲ含ムト爲スハ不當ノ擴張解釋ト思惟セラルレハナリ

(三)貨物ノ所有權カ當然ニ其換價金ニ及フトハ吾人ノ解スル能ハサル所ナリ事案カ如何ナル場合ナリシカ之ヲ詳ニシ難キモ他人カ貨物所有者ノ代理代表ノ權限ニ基キテ換價シタルニ非サル限リハ換價金カ原物所有者ニ屬スヘキノ法理アラサレハナリ而シテ其ノ所有權ノ及ハス且他人カ換價金上所有權ヲ取得スルニヨリテ始メテ不當利得ノ關係ヲ生スルモノナリト信ス

六四

一九 他人カ登記シタル商號ハ同市町村内ニ於テ同一ノ營業ノ爲メニ之ヲ登記スルコトヲ得ス
 二〇 商號ノ登記ヲ爲シタル者ハ不正ノ競争ノ目的ヲ以テ同一又ハ類似ノ商號ヲ使用スル者ニ對シテ其使用ヲ止ムヘキコトヲ請求スルコトヲ得但損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

商號專用權ハ商號登記簿ニ商號ヲ登記スルニ依リ發生スル權利ニシテ未ダ登記ヲ爲ササル商號ノ使用者ハ同市町村内ニ於テ他人カ同一營業ノ爲メニ同一商號ヲ登記スルコトヲ排斥シ且ツ不正ノ競争ノ目的ヲ以テ同一又ハ類似ノ商號ヲ使用スル者ニ對シ其使用ヲ止ムヘキコトヲ請求シ得ヘキ權利ヲ有セサルモノトス

商號專用權ハ商號登記簿ニ商號ヲ登記スルニ依リ發生スル權利ニシテ未ダ登記ヲ爲ササル商號ノ使用者ハ同市町村内ニ於テ他人カ同一營業ノ爲メニ同一商號ヲ登記スルコトヲ排斥シ且ツ不正ノ競争ノ目的ヲ以テ同一又ハ類似ノ商號ヲ使用スル者ニ對シ其使用ヲ止ムヘキコトヲ請求シ得ヘキ權利ヲ有セサルモノトス

條ニ商號登記ノ效果トシテ其專用權ヲ特ニ規定シタル趣旨ニ徴シ明ナルヲ以テ原審ノ確定スル如ク訴外辻井みわヨリ未登記商號ヲ承繼シタル後自己ニ於テ始メテ其登記ヲ爲シタル上告人カ商法第二〇條ノ規定ニ從ヒ被上告人ニ對シ不正競争ノ目的ヲ以テセル類似商號ノ使用差止ヲ請求スル本件ニ於テ原審カ被上告人ノ類似商號ノ使用ハ不正ノ競争ノ目的ニ出ツルモノニアラスト確定シタル以上ハ未登記商號ノ承繼ノ性質ニ關スル原院ノ解釋如何ハ原判決ノ結果ニ影響ナキヲ以テ論旨ハ理由ナシ(大審院大正三年(オ)第五五一號同四年六月五日民四部横田裁判長大倉禎原嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○商號使用禁止及謝罪廣告請求事件○上告人荒川留吉訴訟代理人辯護士牧野充安被上告人王永榮吉訴訟代理人辯護士吉田三市郎

松本博士

松本博士

松岡博士

柳川博士

中山博士

竹田博士

安藤氏

【參照學說】

- 一 登記前ノ商號權ハ殆ント特別ノ權利タル價値ナシ登記セサルトキハ他人ハ之ト同一ノ商號ヲ登記シ其以前ヨリ有スル者ヲシテモ之ヲ使用スルコトヲ得サレハナリ又登記セサルトキハ他人カ不正ノ目的ヲ以テ同一ノ商號ヲ使用スルモ商法ノ規定ニ依リ之ヲ禁スルヲ得サレハナリ(法學博士松波仁一郎氏改正日本商法七二頁)
- 二 登記前ノ商號ニ付テハ何等ノ權利ナキヤト云フニ法律ハ登記セサル商號ヲ認メテ之レニ付テ種々ノ規定ヲ設ケタリ故ニ登記前ノ商號ト雖モ法律上無意味ノモノトハ稱スヘカラス登記前ノ商號ニ關シテハ商號權者ハ之レヲ專用シテ他人カ其商號ト同一ノ商號ヲ選定スルコトヲ排斥スル力ナキモ其ノ商號ト同一ナル商號ヲ有セサル他人カ此ノ商號ヲ濫用スルコトハ之レヲ排斥スルコトヲ得サルヘカラス之レ恰カモ氏名權ニ類スル一種ノ人格權ナリ(法學博士松本憲治氏東大四十四年度法學商法總論講義本一〇六頁)
- 三 商號權ハ一個ノ人格權ナリ故ニ其保護方法ハ人格權保護ノ方法ニ異ナラス唯登記ヲ經タル商號權ニ限リ保護ノ程度厚キノミ……商號ノ登記ヲ爲ササル者ハ不法行爲ノ原則ニ從ヒ不正ノ競争ノ目的ヲ以テ同一又ハ類似ノ商號ヲ使用スル者ニ對シテ其使用ヲ止メ且損害賠償ヲ請求スルコトヲ得前示ノ推定ハ商號ノ登記ヲ爲ササル者ノ爲メニ存在セス故ニ此者ハ相手方ノ不正競争ノ爲メニ同一又ハ類似ノ商號ヲ使用シタル事實ヲ立證セサルヘカラス(法學士松岡義正氏法曹記事第二一卷第一一號一四頁以下要領)
- 四 我現行法ハ未登記商號ニ付テ何等保護ノ規定ヲ設ケサルヲ以テ他人ニ自己ノ使用スル未登記商號ヲ使用スルコトアルモ夫レ自體ニ於テ何等救済ノ途ナキモノト謂ハサルヘカラス(法學士柳川勝二氏改正商法論八二頁)
- 五 抑モ權利ノ本質ニ付テハ學說多端ニシテ固ヨリ其詳論スヘキニ非ラト雖モ余ハ法律ノ保護シタル或モノナルコトヲ信スル者ナリ而シテ法律ノ保護アリト謂フトキハ必ス其裏面ニ於テ或程度又或範圍ノ排他的又ハ禁止的效力アルカ又ハ或程度ノ強制的效力アルコトヲ意味ス何他人ノ行爲又ハ不行爲ノ自由ヲ制限スルコトヲクシテ權利ノ本體アリト云フハ到底了解スヘカラサルナリ今夫レ登記セサル商號ハ秋毫モ此種ノ效力ヲ有セス此見地ヨリシテ余ハ登記セサル商號ニ付テハ真正ノ意義ニ於ケル商號權ノ存在セサルコトヲ斷セント欲ス(片山法學士商法總論一六九頁)
- 六 登記前ニ於テモ商號ノ使用ヲ法律上認メラレタル制度タル以上ハ商人ハ何人ヨリモ其使用ヲ妨ケラレサルノ使用權ヲ有シ其使用ヲ害シタル者ハ一般ノ不法行爲ノ原則ニ從ヒ責任ヲ免レサルモノト解スルヲ至當トスヘシ例ヘハ商號ノ署名ヲ署名トシテ否認スルトキノ如シ尤モ登記前ノ商號權ニハ他人ノ使用ヲ排斥スルノ權能ナシト雖モ單ニ排他力ノ有無ニ依リテ一チ權利トシテ他チ權利トセサルハ正當ニアラサルヘシ而シテ此權利ハ自己ノ人格ヲ表章スル關係ヲ以テ其内容トスルカ故ニ氏名權ト同シク一ノ人格權ナリト解スヘシ(法學士竹田省氏商法總論二一五頁)
- 七 商號權ハ商號ノ登記ヲ爲シタルト否トナ問ハス共ニ絕對權ニシテ且ツ財產權ナリ唯登記ヲ經タル場合ハ之ニ附隨シテ所謂商號專用權ヲ生スルノミ(辯護士安藤憲七氏本書三卷商法四九七頁)

未登記商號ノ性質效力ハ必スシモ明確ナラサルモノナレトモ吾人ハ其性質ニ關シテハ一種ノ人格權ナリトスル多數學說ニ左袒セントスルモノナリ(本書第二卷商法五〇頁)サレハ商法第一九條第二〇條ノ適用ヲ受ケスト雖モ人格權トシテ法律ノ保護ヲ受クヘキコト明カニシテ他人カ不正ニ之ヲ侵害スルトキハ一般不法行爲ノ原則ニヨリテ其救済ヲ求ムルコトヲ得ヘク爲之ニハ或ハ同一商號ノ登記ヲ排斥シ或ハ商號使用ヲ差止メ其他損害ノ賠償ヲ請求シ得ルモノナリトイハサル可ラス判決ニシテ若シ之等ノ權利ヲ否認セントスルモノナリトセハ吾人ノ服セサル所ナリ然レ共茲ニ注意スヘキハ此等ノ請求ハ商號權其モノノ效力ニ非スシテ相手方ノ不法行爲ニ基ク債權トシテ行使スルモノニ外ナラサレハ商法第一九條第二〇條ニ何等ノ交渉ナク請求者ハ不法行爲ノ立證責任ヲ負擔スヘキコト勿論ナリ

(六五)

- 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

記名株式ニ對シ設定セラレタル質權ハ株主ニ變更アルカ爲メ當然消滅スルモノニ非スト雖モ株主カ失權手續ニ依リテ其權利ヲ失ヒタルトキハ當然消滅スルモノトス

記名株式ニ對シ質權ヲ設定シタル場合大審院ハ質權ノ目的ハ株主ノ權利ナルヲ以テ株主カ失權手續ニ依リ其權利ヲ喪失シタルトキハ質權モ當然消滅スルモノト解スルヲ相當トスト説明ス(一卷商法一六七頁掲載)蓋シ其意ハ株式ノ質權ハ株主ニ變更アルカ爲メ當然消滅スルモノニ非スト雖モ株主カ失權手續ニ依リテ其權利ヲ失ヒタルトキハ當然消滅スルモノト解スルヲ相當トスト云フニ在ルモノノ如ク余モ亦之ニ賛成ス作併同院カ斯ク解スルヲ相當トスル理由ニ言及セサルハ余ノ遺憾トスル所ナリ此點ニ關スル余ノ所見ハ下ノ如シ商法ハ最モ先ニ滯納金額ノ拂込ヲ爲シタル讓渡人又ハ競落人カ取得スル株式ハ何等ノ優先權ノ存セサルモノナルコトヲ前提トス何トナレハ若シ然ラストセンカ質權ノ存スル虞アル爲メ拂込又ハ買得スル者ナカルヘキヲ以テ商法カ失權株主又ハ讓渡人ニ請求スルニ先テ讓渡人ニ株式ヲ提供シテ拂込ヲ催告シ次ニ株式ヲ競賣シテ拂込ヲ受クヘキモノトセルハ無意味トナレハナリ故ニ株式ノ質權ハ當該株主ノ失權ニ因リテ消滅スト解セサルヘカラサルノミナラス之又能ク株式會社ノ性質ニ適合スルモノト云フヘシ抑モ株式會社ニ於テハ一面株式ノ讓渡ヲ容易ナ

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

ラシメ他面資本ノ實現ヲ圖ルコトヲ要ス株式ノ讓渡ヲ容易ナラシムルニハ可成讓渡人ノ責任ヲ輕減セサルヘカラス而シテ爲之ニハ會社ナシテ株式ヲ競賣シテ滯納金額ノ支拂ヲ受ケタル後ニ非サレハ讓渡人ニ請求スルコトヲ得ストスルヲ要シ其競賣ヲ爲サシムルニ付テハ我商法及ヒ多數ノ立法例ハ株主ナシテ失權セシメ會社ノ有トシテ之ヲ爲サシムル方法ヲ採ル然ルニ若シ當該株式ノ質權存續シ質權者ハ會社ニ先テテ競賣代金ヨリ辨濟ノ受クルコトヲ得トセンカ會社ハ殆ント專ラ株式讓渡人ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ要スルニ至リ讓渡人ノ責任重ニ過キ株式ノ讓渡ヲ困難ナラシムヘシ是レ余カ株主失權ニヨリ質權モ亦消滅ストスルヲ株式會社ノ性質ニ適合スト云フ所以ナリ(法學博士毛戸勝元氏京都市法學會雜誌第一〇卷八號一〇〇頁以下要領)

【參照學說判例】

本卷商法一六七頁以下

至當ノ見解ニシテ豫テ吾人ノ贊同スル所ナリ(前掲頁參照)

六六

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
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

爲替取引ヲ爲セル銀行業者間ニ於テハ號メ取替ハセ置タル手形用紙見本並ニ印鑑ニ照ラシ印影用紙ノ同一ナルカ爲メ偽造ノ手形タルコトヲ覺知シ得スシテ支拂ヒタル場合ニハ其損失ハ振出名義銀行ノ負擔タルヘキ慣習即チ振出名義銀行

ノ債務トシテ計算ヲ遂クヘキ慣習存在セルモノトス

明治三十二年六月三日控訴銀行銚田支店ト被控訴銀行トノ間ニ爲替取引約定ヲ締結シ双方ヨリ爲替資金ヲ豫メ定メ供給シ置クト同時ニ或限度ノ貸越高ヲ豫約シ其限度迄ハ相互ニ貸越ヲ爲スコトト定メ爾來數多ノ取引ヲ爲シタル後明治四十三年八月六日契約關係ヲ終了シタルコトハ當事間ニ爭ナシ甲第一號證甲第二號證乙第四號證乙第五號證ヲ綜合スレハ控訴銀行銚田支店事務員出久根留五郎横田六助ノ兩名カ同店支配人田山三郎兵衛ノ印章ヲ盗用シ控訴銀行銚田支店ノ小切手用紙ヲ使用シ同店振出名義被控訴銀行支拂ノ小切手百十七通金額四萬八千六百十三圓ノモノヲ偽造行使シタルコト並ニ被控訴銀行カ前記爲替取引約定ニ基キ該偽造小切手ノ所持人ニ支拂ヒタル小切手金額ハ何レモ之ヲ控訴銀行ノ負擔トシテ計算ナラシタルコトヲ認ムルニ足レリ控訴人ハ右小切手偽造ノ事實ヲ被控訴銀行ニ於テ知リ乍ラ支拂ヲ爲シタリト主張スレトモ被控訴銀行カ支拂ヲ爲スニ當リ小切手偽造ノ事實ヲ知リ居リタリトノ事實ハ之ヲ認ムヘキ何等ノ證據ナシ然ラハ被控訴銀行カ右小切手ノ支拂ヲ爲スニ當リ過失アリタルヤ如何ト考フルニ乙第四、五號證甲第一、二號證並ニ第三號證ノ一ヲ綜合スレハ被控訴銀行カ本件小切手ノ支拂ヲ爲スニ當リ相當ノ注意ヲ爲シタルニ拘ラスソノ偽造ナルコトヲ知リ得サリシ事實ヲ認メ得ルカ故ニ過失アリタルモノトハ認メ難シ仍テ進ンテ斯クノ如キ甲乙兩銀行間ニ爲替取引ヲ爲シ一方ノ銀行カ過失ナクシテ他方ノ銀行ノ用紙ニ印章ヲ盗用シ其振出名義ニ係ル偽造小切手ヲ支拂ヒタル場合ニ兩銀行間ニ於テハ振出名義銀行又ハ支拂銀行間ニ於テ孰レノ損失負擔ニ歸スヘキ乎ヲ按スルニ被控訴人ハ銀行者間ノ爲替取引ニ關シ用紙印章等ヲ盗用偽造シタ

ル小切手又ハ送金手形アリタル場合ニ支拂銀行ハ相當ノ注意ヲ爲スモ知ルコトヲ得スシテ支拂ヒタルトキハ其損失ハ振出名義銀行ノ負擔タルヘキ商慣習存在シ本訴當事者モ亦右慣習ニ依ル意思アリタリト主張シ乙第一號證並ニ鑑定人池田謙三濵澤榮一米山梅吉ノ各鑑定ニヨレハ被控訴人主張ノ如キ商慣習カ本訴當事者間ノ本件爲替取引ヲ開始セル以前ヨリ引續キ銀行業者間ニ行ハレシコトヲ認ムルニ足レリ控訴人ハ池田謙三濵澤榮一等ノ鑑定ノ趣旨ハ斯ノ如キ場合ニ支拂銀行ハソノ被リタル損害ノ賠償ヲ振出名義銀行ニ對シ求メ得ル慣習アリト云フニ止マリテ振出名義銀行ノ債務トシテ計算ヲ遂クヘキ慣習アリト趣旨ニ非ラスト陳述スレトモ兩鑑定人ノ鑑定趣旨ハ孰レモ爲替取引ヲ爲セル銀行業者間ニ於テ豫メ爲替取置ケル手形用紙見本並ニ印鑑ニ照ラシ印影用紙ノ同一ナルカ爲メ偽造ノ手形タルコトヲ覺知シ得スシテ支拂ヒタル場合ニハ其損失ハ振出名義銀行ノ負擔タルヘキ慣習即チ振出名義銀行ノ債務トシテ計算ヲ遂クヘキ慣習存在セリトノ趣旨ナリト認ムルニ十分ナリ既ニ本件爲替取引當時右ノ如キ商慣習カ一般銀行業者間ニ行ハレタリト認ムヘキ以上ハ反證ナキ限り銀行業者タリ本訴當事者モ亦此慣習ニ依ル意思アリシモノト認メサルヲ得ス控訴人ハ乙第一號證ニ特ニ振出名義銀行ノ責任ニ關スル約款ヲ明記スルニ反シ甲第三號證ノ一乃至六ニ斯クノ如キ記載ナキ點ヨリ推シ本訴當事者カ本件爲替取引約定ヲ爲スニ際シテハ右ノ如キ慣習ニ依ル意思ノ存セザリシコトヲ知リ得ヘシト主張スレトモ甲第三號證ノ一乃至六ハ何レモ明治三十五年七月以前ニ作成セラレタル契約書ナルヲ以テ鑑定人濵澤榮一ノ振出名義銀行ノ責任ニ關シ明約ヲ爲スニ至リタルハ明治三十四五年頃ナラスモソレ以前トテモ責任ニ關スル取扱ハ同一ナリトノ供述

ヲ参照スルトキハ甲第三號證ニ責任條項ノ明記ナキハ寧ロ當然ニシテコノ記載ナキ一事ヲ以テ當事者カ特ニ右ノ如キ慣習ニ依ル意思存セザリシモノトハ認メ難シ然テハ本訴當事者間ニ於テハ本件偽造小切手ノ支拂ニ關スル損失ハ前記商慣習ニヨリ控訴銀行ノ負擔ニ歸シタルモノト認メサルヘカラス從テ爲替取引關係ヲ結了スルニ當リ右小切手金額ヲ控訴銀行ノ負擔トシテ被控訴銀行ト計算ヲ遂ケタルハ固ヨリ當然ニシテ之カ爲メ被控訴銀行カ法律上ノ原因ナクシテ利益ヲ受ケ之ニヨリ控訴銀行ニ損失ヲ及ホシタリトハ云フヲ得ス(東京控訴大正二年(本)第四四八號同四年六月二十二日民二部須賀裁判長渡邊三橋各判事判決)

【關係事項】

不當利得金返還請求事件○控訴人株式会社大正銀行法定代理人取締役塚本正之助訴訟代理人辯護士岡崎正也外一名被控訴人株式会社東海銀行法定代理人取締役菊池長四郎訴訟代理人辯護士山口憲

(六七)

三 當事者ノ一方ノ爲メニ商行爲タル行爲ニ付テハ本法ノ規定ヲ双方ニ適用ス

二八五 商行爲ニ因リテ生シタル債權ハ本法ニ別段ノ規定アル場合ヲ除ク外五年間之ヲ行ハサルトキハ時後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

商法第二八五條ノ規定ハ債權者ノ爲メニ商行爲タル行爲ニ因リテ生シタル債權ノミナラス債務者ノ爲メニ商行爲タル行爲ニ因リテ生シタル債權ニ付テモ同法第三條ニ依リ當事者雙方ニ適用セラルヘキモノトス

大審院カ過日商法第二八五條ノ規定ハ債權者ノ爲メニ商行爲タル行爲ニ因リテ生シタル債權ノミナラス債務者ノ爲メニ商行爲タル行爲ニ因リテ生シタル債權ニ付

テモ同法第三條ニ依リ當事者双方ニ適用セラルヘキモノトス(本卷商法二五頁掲載)ト判決シ上告人主張ノ如ク商法ノ規定中商行爲ニ因リテ生シタル債權トアル規定ハ債權ノ爲メニ商行爲タル場合ニノミ適用スヘク又商行爲ニ因リテ生シタル債務トアル規定ハ債務者ノ爲メニ商行爲タル場合ニノミ適用スヘキモノト解セシハ商法ノ精神ニ適合セスト認ムト云ヒタルハ余ノ贊成スル所ナリト雖モ其認定ノ理由ヲ示サザルヲ以テ充分ナリト云フコトヲ得ス以下上告人主張ノ解釋カ不都合ノ結果ヲ生スル旨ヲ述ヘテ大審院ノ説明ヲ補足スヘシ(一)法定利率ニ關スル規定ノ適用多キハ遲延利息ナリ遲延利息ハ損害賠償ノ性質ヲ有スルヲ以テ主トシテ債權者ノ方面ヨリ觀察シテ其利息ヲ定ムヘキモノナルハ二七六條カ債權者ノ爲メニ商行爲タルカ爲ニ因リテ生シタル債務ニ關シテ適用ナシトスルノ不都合ナルヤ明ナリ(二)履行ノ場所ニ關スル民法四八四條ト商法二七八條一項ト異ナル主要點ハ法定ノ履行所ナリニ關スル債權者ノ商行爲ニ因リテ生シタル債權ノ場合ニハ二七八條一項ノ適用ナシトセハ履行所ヲ商法ニヨラス民法ニヨルコトナリソノ不合理ナルヤ明ナリ(三)流質禁止ニ關スル民法三四九條ノ立法上ノ理由ハ債權者カ債務者ノ困窮ニ乘シテ不當ノ約款ヲ強ユルコトヲ防クニ在リ乍併是レ一ヲ知リテ二ヲ知ラサルモノナリ金錢ノ需要切ナル者ハ流質契約ニ依リテ金錢ヲ借入ルルニ非サルハ一層大ナル不利益ヲ蒙ルルコトアルヘシ商法二七七條ノ規定アル所以ナリ故ニ債務者ノ商行爲ニ因リテ生シタル債務ヲ擔保スル爲メニ設定シタル質權ニ同條ヲ適用セザルノ不當ナルヤ明ナリ(四)抑モ債權ノ消滅時効ヲ定ムル主たる理由ハ永年經過ノ後二重拂ヲ爲ササルヲ得サルニ至ルヨリ生スル取引界ノ不安ヲ除クニ在リ故ニ時効期間ヲ定ムルニ當リテハ債權者ノ

利益ヲ保護スルヲ要スルヤ勿論ナリト雖モ主トシテ債務者方面ノ事情ヲ斟酌セサルヘカラス商行爲ヲ爲ス者ハ概ネ幾多ノ商行爲ヲ爲シ從テ其商行爲ニ關スル證據ノ如キモ民事行爲ノ場合ニ於ケルカ如ク永ク且鄭重ニ保存スルコトヲ得ス故ニ自己ノ爲メニ商行爲タル行爲ニ因リテ生シタル債務ニ付テハ短期時効ヲ要スル理ナリサレハ債務者ノ商行爲ニ因リテ生シタル債務ニ付キニ八五條ノ適用ナシトスルノ不都合ナルヤ明ナリ(法學博士毛戸勝元氏京都法學協會雜誌第一〇卷第八號九四頁以下要領)

【參照學說判例】

本卷商法三五頁以下

至當ノ見解ナリト信ス吾人ハ博士批評ノ主題タル大審判決ニ對シ既ニ贊意ヲ表シタルコトアルモノナリ

(六八)

二二〇

發起人ハ定款ヲ作り之ニ左ノ事項ヲ記載シテ署名スルコトヲ要ス
一 目的 二 商號 三 資本ノ總額 四 一株ノ金額 五 取締役力有スヘキ株式ノ數 六 本店及ヒ支店ノ所在地 七 會社カ公告ヲ爲ス方法 八 發起人ノ氏名住所

(一) 定款作成ハ財産上ノ行爲ナルカ故ニ代理ヲ許ササルノ理ナク發起人カ他人ヲシテ代理署名セシムルモ有效ナルモノトス

(二) 商法第一二〇條ハ定款ニ具備スヘキ要件ヲ定ムルモ其文書ノ形式ニ關シテハ何等指定スル所ナク只會社ノ本店ニ備附クヘキ文書ニ屬スルヲ以テ苟モ備附ク得ル文書タルニ於テハ其體裁ニ制限ナキモノト云ハサル可ラス故ニ社會的知識

孫殿氏

ニ於テ定款ト認メ得ルニ於テハ附箋別紙モ定款自體トイフヘク從テ定款記載要件ヲ之ニ添綴セル委任狀ノ記載ヲ以テ補充スルヲ得ルモノトス

發起人カ株式會社ノ定款ヲ作成スルニ當リ他人ヲシテ代理セシムルコトヲ得ルヤ否ヤ及ヒ定款ノ要件タル發起人ノ住所氏名ノ記載ハ定款添付ノ委任狀ノ記載ヲ以テ補充スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ關シ名古屋控訴院ハ大正四年五月二十二日控訴代理人ハ發起人ノ署名捺印ハ必スシモ定款自體ニ之ヲ爲スヲ要セス本件ノ如ク被控訴人等右會社ノ發起人ハ何レモ署名捺印シ且ツ其住所ヲ記載シタル委任狀ヲ右會社ニ交付シ發起人タル加藤増雄及ヒ徳光好文ニ於テ之ニ基キ被控訴人等ノ代理トシテ右定款ニ其記名捺印ヲ爲シタル以上ハ同會社ノ定款ハ有效ニシテ被控訴人等ハ何レモ其發起人タル資格ヲ有スル旨論スルモ會社ノ定款ナルモノハ會社ノ權義能力及ヒ其範圍ノ限定スル等會社ノ生存活動並ニ消滅ニ關スル極メテ重要ナル文書ニ屬スルヲ以テ商法第一二〇條等此點ニ關スル規定ハ定款自體ニ各命令スル所ノモノヲ遵守シ其要件ヲ具備スルコトヲ必要トナシタルモノニシテ符箋又ハ別紙ニ依リテ之ヲ補充スルコトヲ許ササルモノト解釋スルヲ以テ正鵠ヲ得タルモノト爲スニ因リ控訴代理人ノ右論旨ハ是認スルニ由ナシト判示シ本問ヲ否定シタリ今左ニ之ヲ分チテ批評セン

(一) 發起人カ定款ヲ作成スルニ付キ他人ヲシテ代理セシメタルヲ無効トセルハ反對ナリ蓋シ株式會社ノ定款作成行爲ハ其性質議論アリト雖モ其私法上ノ效果ノ發生ヲ目的トスル法律行爲タルコトニ付テハ何人モ疑ナク且ツ定款作成等會社設立行爲カ財産上ノ行爲タルコトニ付テハ未ダ異論アルヲ聞カス而シテ財産上ノ行

爲ニ就テハ一般ニ代理ヲ許容スルモノナレハ之カ代理ヲ許ササルヘキ理ナシトイフ
 ヘシ或ハ法律カ自署ヲ求ムル行爲ニ就テハ代理ヲ許サストノ學說ト商法第一二〇條
 ノ發起人ハ……署名スルコトヲ要ストノ規定トナ附合シテ定款作成行爲ハ代理ヲ許
 サスト論セントスルモノアルモ法律カ自署ヲ要求スル場合ハ法律上當事者本人カ自
 ラ意思ヲ決定スルコトヲ要件トスル行爲並ニ本人ノ現在ヲ必要トスル要式行爲(例
 如離婚遺言)ノ如キヲ指シ會社設立行爲ノ如キ財產上ノ行爲ニシテ其性質上特ニ本人
 ノ現在又ハ自ラ意思ヲ決定セシムル必要ナキ行爲ニ就テハ法律カ自署ヲ要求スヘキ
 理由ナシ或ハ又代理ハ法律行爲ニ限リ許サルヘキモノニシテ單純ナル事實行爲ニ付
 イテハ之ヲ認メス而シテ定款ニ於ケル署名ナル行爲ハ單純ナル事實行爲ニシテ法律
 行爲ニ非ス故ニ代理ヲ許容スヘキニ非ストナスモノアラシモ誤矣何トナレハ定款ニ
 於ケル署名ハ定款ノ作成ヲ完了スル行爲ニシテ現ニ其必要事項ノ如キハ後日之ヲ補
 充スルヲ許サレサル重大ナル法律上ノ效力ヲ發生スル行爲ナリ故ニ之ヲ以テ單純ナ
 ル事實行爲ト同視スヘカラサルナリ

(二) 定款ニ記載スヘキ要件ヲ之ニ添綴セル委任狀ノ記載ヲ以テ補充スルヲ得ストノ
 判定ニモ亦反對ナリ判旨ハ第一二〇條所定ノ要件ハ定款自體ニ具備スルヲ必要トナ
 スモ其所謂定款自體トハ如何ナルモノヲ指シヤナ明示セス蓋シ商法第一二〇條ハ定
 款ニ具備スヘキ要件ヲ定ムルモ其文書ノ形式ニ關シテハ何等規定スル所ナシ只定款
 ハ會社ノ本店ニ備附クヘキ文書ニ屬スルヲ以テ苟モ備附ケ得ル文書タルニ於テハ其
 體裁ニ制限ナキモノト云ハサルヘカラス故ニ或ハ之ヲ一卷冊ニ編綴シ又ハ數卷冊ニ
 分綴スルヲ妨ケス從テ附箋ニ依ル補充別紙ニ依ル追録又取テ拒否スヘキニ非ス要ハ

社會的智識即チ實生活ノ經驗則ヨリシテ之ヲ定款ト認メ得ルヤ否ヤニ依リ區別スヘ
 キノミ換言スレハ附箋別紙ヲ包容シテ一ノ定款ト見得ルニ於テハ附箋別紙又定款自
 體ナリト云ハサルヘカラス而シテ發起人ノ代理人カ定款ヲ作成スルニ當リ其本人即
 チ發起人ヨリノ授權ヲ證明スル爲メ之ニ添綴セル委任狀ノ如キハ其代理人カ何處ノ
 何某ノ代理人トシテ如何ナル權限ヲ有スルヤナ證明シ以テ定款ノ有效的完成ヲ圖リ
 タルモノナレハ該委任狀ニ於ケル授權者即チ發起人ノ住所氏名ハ定款ニ記載セル本
 人即チ發起人カ何處ノ何某ナルカチ明確ニスルモノナリ故ニ此點ニ於テハ當然定款
 ノ内容ヲ補充スヘキ文書ニシテ定款ノ從屬的一部分トナスモノト云ハサルヘカラス或
 ハ一定ノ書面記載ニ限ラレタル要式行爲ニ在リテハ他ノ附屬書面ヲ以テ其要件ノ欠
 缺ヲ補充スル能ハサルモノナリトナシ手形ノ要件ヲ附屬書面ヲ以テ補充スルヲ得サ
 ルヲ引テ例トナサントスルモ流通證券タル手形ヲ以テ流通證券ニアラサル定款ヲ犯
 ス可ラス或ハ又委任狀ニ於ケル發起人ノ住所氏名ハ單ニ其代理人ニ對スル授權ヲ證
 明セントスルノ意ニ出テ之ヲ以テ直チニ定款ニ於ケル自己ノ住所氏名ノ記載トナス
 ノ意ニ出テタルモノニ非ストナスモノアラシモ委任狀ハ必ス定款ニ添付シ依テ代理
 人ノ權限ヲ證明スルカ爲メニ交付スルモノニシテ委任狀ノ住所氏名ノ記載ハ代理人
 ニ依リ作成セラレタル定款ニ於ケル本人カ何處ノ何某タルカチ明瞭ナラシムルモノ
 トス而シテ商法第一二〇條カ定款ニ發起人ノ住所氏名ヲ記載スヘキヲ命シタルハ只
 單ニ何處ノ何某カ發起人タルカチ明カナラシムルノ趣旨ニ出ツルニ過キサレハ添綴
 セル委任狀ノ記載ニ依リ發起人ノ何處何某タルコトヲ確知シ得ルニ於テハ法律ノ要
 求ニ合スルモノト云ハサルヘカラス(辯護士猪股洪清氏日本辯護士協會錄事第一九九

號二九頁以下要領)

(一) 定款ノ作成ハ會社設立行爲又ハ其ノ一部ナルヲ以テ之ヲ財産上ノ行爲ト稱スルハ正シカラシ(本卷商法一四頁評論參照)故ニ代理行爲ヲ許ササルノ理ナシトイフモ不可ナキカ如シ然レトモ事案ノ場合ハ果シテ真正ナル代理行爲ト言フヘキモノナリシヤヲ疑フ判決文簡ニシテ明瞭ヲ缺ケトモ所謂代理人ハ代理人ノ名義ニ於テ署名セシニ非スシテ本人ノ名義ニ於テ記名シタルモノナラサルカ若シ然リトセハ吾人ハ之ヲ代理行爲ト視サルナリ之レ手形ノ代作ニ關シテ吾人ノ既ニ論シタル所本卷商法五一頁ニシテ吾人ハ代理ノ觀念ニ關スル今日ノ代理人行爲說又ハ代表說ヲ敷衍スルトキハ代理人ノ名義ニヨル意思表示ナキトコロ代理關係ナシト信スルカ故ナリ然レトモ斯ル場合ハ本人ノ機械的行動アリタルモノナレハ本人ノ意思ニ基キタル範圍ニ於テ之ヲ本人ノ爲シタル記名捺印トシテ其效力ヲ認メ得ヘキコトアルハ別ナリ

(二) 商法ハ定款ナル書面ノ形式ニツキテ特ニ指定スルコトナキハ所論ノ如シ故ニ其體裁ニ至リテハ制限ナキモノトイフヘク社會的知識ニ於テ定款ト認メ得ヘキモノナレハ乃チ足ラン然レトモ委任狀ノ如キ別個獨立ノ文書ヲ構成スル性質ノモノヲ添綴シテ尙之ヲ單一ナル書面ト視ルコトカ果シテ社會的知識ト認容スヘキ所ナルヤ否ヤ聊カ疑ナキヲ得サルヘシ

(六九)

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

一二〇 發起人ハ定款ヲ作り之ニ左ノ事項ヲ記載シテ署名スルコトヲ要ス

一 目的 二 商號 三 資本ノ總額 四 一株ノ金額(以下略)

一二二ノ二 發起人ハ會社ノ設立ニ關シ其任務ヲ怠リタルトキハ其發起人ハ會社ニ對シ連帶シテ損害賠償ノ責ニ任ス

發起人ニ惡意又ハ重大ナル過失アリタルトキハ其發起人ハ第三者ニ對シテモ連帶シテ損害賠償ノ責ニ任ス

一二二ノ三 會社カ成立セサル場合ニ於テハ發起人ハ會社ノ設立ニ關シテ爲シタル行爲ニ付キ連帶シテ其責ニ任ス

前項ノ場合ニ於テ會社ノ設立ニ關シテ支出シタル費用ハ發起人ノ負擔トス

松波博士

- (一) 發起人トハ會社ヲ發起スル者換言スレハ會社ノ設立ヲ主唱シテ其ノ實行ニ從事スル者ナリトス
- (二) 發起人ハ會社ノ設立ニ關シ其任務ヲ怠リタルトキトハ發起人カ爲スヘキコトヲ爲ササルコトニシテ必スシモ不法行爲ノ成立スル場合ニ限ラサルモノトス
- (三) 發起人ノ連帶責任ハ任務ヲ怠リタル發起人間ニ於テノミ認メラルルノミトス
- (四) 發起人ハ會社ノ成立セサルトキ第三者ニ對スル損害ノ賠償責任ハ適法行爲ニ基クモノモ免ル可ラサルモノトス
- 第三者トハ發起人ト取引セル總テノ者ヲ包含シ株式引受人ハ其ノ重ナルモノトス
- (四) 所謂發起ノ性質ハ組合又ハ組合ニ準スヘキモノナリ故ニ商法ニ特別ノ規定ナキ限り民法組合ノ規定ヲ適用シ又ハ準用シテ可ナルモノトス

(一) 我大審院ヲ初メ多クノ裁判所ハ發起人ヲ狭ク解シテ發起人ハ原始定款ニ署名シタル者ニシテ之レニ限ルトスル様テアル而シテ其ノ根據トスルトコロハ商法(一)二〇條(二)發起人ハ定款ヲ作リ之ニ左ノ事項ヲ記載シテ署名スルコトヲ要ス」トスルモノニアル如クテ他ニ何等ノ根據ヲ示サナイ然レトモ此ハ薄弱テアル定款ノ作成者ハ發起人トセラルトシテ發起人ノ何タルカヲ示スモノト見ラレ得ルカ此レトモ必スシモ發起人ヲ定義スルノテハナイ又發起人ヲ限定スルノテモナイ定款ハ何人ノ作ルモノナルカノ間ニ答ヘテ開ハ發起人ナリトスル様ナモノテアル法ニ發起人ノ定義ナキトキハ發起人トハ會社ヲ發起スル者ナリト換言スレハ會社ノ設立ヲ主唱シテ其ノ實行ニ從事スル者ナリト謂フハ至當テアラウ其ノ中ニアリテ定款ヲ作成シテ署名スル者ハ固ヨリ發起人ナリトシテ可ナリテアラウ又實際ニハ發起人ノ大多數ハ定款ノ作成署名者テアラウ然シナカラ之レニ限ルトスルノハ穩當テナイ定款ノ作成者ト等シタ會社ノ發起ニ從事スル者ヲ發起人トシナケレハナラヌ然ラサレハ會社發起ニ關シテ種々ノ行爲ヲ爲シ其實ニ於テ定款ノ作成署名者ヨリモ有力且ツ有爲ナルニ單ニ定款ニ署名セサルノ一事ヲ以テ發起人タル責任ヲ免カレルコトト爲リ姦惡ノ徒ハ故ラニ之レヲ活用シテ惡事ヲ爲ス虞カアル故ニ立法論トシテモ此ノ如ク狭クシテハナラヌ獨逸カ其ノ草案ニ發起人ヲ定款作成者ノミト爲シタルニ確定法ニテ現物出資者ヲ加ヘタルニ依リテモ發起人ノ範圍ヲ狭クスルコトノ不當ナルヲ知ルヘキテアル幸ニ我法ハ發起人ノ定義ヲ示サナイカラ事宜ニ協フ様ニ解シナケレハナラヌ余ハ我商法ニ發起人ノ定義ナキハ英國會社法ニ定義ナキト等シク各場合ノ情況ニ應シテ適當ノ解釋ヲ爲シ得ル餘地アルモノト解セントスルノテアル少クトモ發起人ノ何タルヤハ一

部論者ノ謂フ如ク明白ニ決定セラレタノテハナイ我商法ニテハ發起人トハ原始定款ニ作成署名シタル者ナリト定マツタノテハナイノテアツテ尙ホ議論ノ餘地ノ存スルモノナルヲ知ラネハナラヌ

(二) 發起人ハ會社ノ設立ニ關シ其ノ任務ヲ怠リタルトキハ會社ニ對シテ損害賠償ノ責ニ任ス是レハ會社ノ成立シタ場合ノコトテアル會社力成立セサレハ人格ヲ得ス從ツテ何人モ會社ニ對シテ責任ヲ負フコト能ハサルカ故ナリ而シテ之レハ全ク法ノ規定ニ依リテ生スル發起人ノ責任テアル契約若クハ單獨行爲ノ如キ意思表示ニテハ充分ニ説明スルコトヲ得ナイノテアル發起人ハ會社ヲ設立セントスル者テアツテ會社力成立スレハ其ノ職務ハ終ルモノナルカ故ニ會社ト併立シテ會社ニ對シテ責任ヲ負フコト能ハサルハ當然ノ事テアル故ニ畢竟ハ會社ヲ設立セントシテ種々ノ行爲ヲ爲シ之レニ依リテ會社力成立シタル後即チ自己カ發起人タル資格ヲ消滅シタル後其ノ以前ノ行爲ニ付イテ責任ヲ負フノテアル例ハ引受ナキ株式アルニモ拘ハラヌ第一回ノ拂込ヲ請求シタリ或ハ株式中ニ第一回拂込ノ未済ノモノアルニ拘ハラヌ創立總會ヲ召集シテ會社ニ損害ヲ被ムラシムルトキ又自己カ特別ニ多クノ利益又ハ報酬ヲ受ケ或ハ設立費用ヲ不當ニ請求シテ得タル等ノ場合ニ責任ヲ負フノテアル是レ等ノ事ハ多クハ不法行爲ニ因ルモノテアル然レトモ必ラスシモ然ラス不法行爲ナリトスレハ民法ニテモ其ノ責任ヲ負ハシメ得レトモソレニテハ足ラヌトシテ會社法ニテ其ノ責任ヲ重クシタノテアル尙ホ一般ニ發起人カ會社ノ設立ニ關シテ其ノ任務ヲ怠ルトキニ賠償ノ責任ヲ負フナリ此責任ハ極メテ廣キ範圍ヲ有スルノテアル然ラハ任務トハ何ソヤト云フコトハ之レヲ定義スルコト甚タ困難テアルカ畢竟ハ發起人カ爲スヘキ

コトヲ爲サストイフ事ニ歸シ各場合ニ付イテ判斷スヘキモノテアル或ハ定款ノ作成ヲ誤マルコトモアレハ株式ノ募集或ハ割當ニ關シ或ハ創立總會ノ招集ニ關シテ不都合ナルコトヲ爲スコトモアル又會社ノ目論見書ヲ作成スル場合ニ過失アルカ或ハ過失トイフニ至ラサルモ不注意トイフヘキ行爲アルトキモ常ニ其ノ行爲ニ付イテ責任ヲ負ハナケレハナラヌ又此等ノ場合ノ責任ハ悉ク連帶トセラレルノテアル尤モ是レハ固ヨリ任務ヲ怠リタル發起人間ニ於テノミ連帶トセラレルニ過キナイノテ而シ實際ヲ見ルニ發起人ハ常ニ發起團ナル組合様ノモノナナスノテアルカラ發起人中ノ或ル者ノミ任務ヲ怠リ他ノ者ハ毫モ其ノ任務ヲ怠ラストイフカ如キ事ハ甚少ナカラシテ以テ殆ント常ニ總テ發起人ハ連帶シテ其ノ責任ヲ負ハナケレハナラヌコトニナル

(三) 發起人ハ第三者ニ對シテモ責任ヲ負フノテアル第三者トイフハ畢竟ハ社會ノ公衆ヲ指スノテアル發起人ナシテ公衆ニ對シテ責任ヲ負ハシムルコトニ依リテ法ハ公衆ヲ保護スルノテアル會社カ成立セサル場合ニ在リテハ發起人ハ任ヲ負ハナケレハナラヌ法ハ此場合ニハ發起人ノ責任ヲ全ク消滅セシムトノ規定ヲモ設ケス又タ發起人ヨリシテ他ニ移ストモ規定セサルヲ以テ發起人自ラ其ノ責任ヲ負フヨリ他ニ途カナイ而シテ發起人ノ責任ニハ適法ノ行爲ニ基クモノアリ(責任トイフハ聊カ語弊アレトモ)即チ寧ろ義務ト云フヘキモノアリ發起人カ會社ヲ設立セント欲シテ法律家ニ其ノ調査ヲ囑託スルトキハ自ら調査料ヲ支拂フ義務アルヘク株式ヲ募集スルトキハ新聞社ニ廣告料ヲ支拂フ義務アルヘシ既ニ第一回ノ拂込ヲ終リタルトキハ株式引受人ニ對シテ創立總會ヲ招集スル責任ヲ負フヘク何レモ法ノ規定ニ依リテ生シタル適法行

爲ニ因ル責任テアル更ラニ不法行爲アルトキハ民法ノ一般規定ニ依リテ責任ヲ負ハナケレハナラヌ茲ニ社會ノ公衆若クハ第三者トイフハ發起人ト取引セル總テノ者ヲ包含スルノテアルカ其ノ中テモ最モ重ナルモノハ株式引受人テアル會社カ成立スレハ發起人カ適法ノ行爲ニ付イテ何等ノ義務モ責任モ負ハサルコトニナルノテアル只タ不法行爲アル際ニ一般ノ規定ニ依リテ第三者ニ對シテ責任ヲ負フノミ元來ナレハ其場合ニ於テモ銘銘別別ニ其ノ責任ヲ負フコトハ通常テアルケレトモ法ハ發起人ノ責任ヲ特ニ重クスルカ爲メニ若シ其ノ損害カ發起人ノ惡意又ハ大過失ニ因ルトキハ其ノ發起人ナシテ第三者ニ對シテ連帶シテ責任ヲ負ハシムルコトトスル

(四) 發起人ノ責任ヲ述フルニ當リテ見逃カス可カラサルコトハ發起人ハ必ス一ノ發起團體ヲ爲スコトテアル團體ヲ爲スカラ責任モ亦之レニ準シテ研究シナケレハナラヌ何ノ國ニ於テモ株式會社ヲ發起スルニハ數人以上ノ發起人ヲ要ストシ我國及ヒ英國ニテハ七人以上トシ獨逸ニテハ五人以上トシテ居ル斯クノ如ク株式會社ノ發起ニ付イテハ發起人ハ數人以上テナケレハナラヌトスル理由ハ一ツハ株式會社ヲ設立スルニハ種々ノ行爲ヲ爲スニ要スルカラ其ノ發起人ノ數カ僅カ二三人ノミニテハ手カ足リナイ又株式會社ノ取締役及ヒ監査役ハ我國ニ於テハ必ス株主中ヨリ選ハナケレハナラヌ故ニ之レヲ願ミル所アリ又タ會社カ存続スルニハ數人ノ株式ヲ要スルカ故ニ發起ノ際ニモ夫レ丈ケノ數ヲ以テヤラシムル理由モアル然シテナカラ此レ等ノ理由ヨリ更ラニ大ナル理由ハ會社ノ設立ハ社會ノ多數ノ者ニ對シテ大ナル影響ヲ及ホスコトテアルカラ其設立主唱者ノ數ヲ多クシ即チ其ノ責任者ヲ多クシ以テ公衆ヲシテ其ノ惡リ難ル所ヲ多ク得セシムル點ニアル會社ノ設立ニハ發起設立即チ同時設立

ト募集設立即チ漸次設立トアルカ問題ノ最モ多ク起ルノハ募集設立テアルカラ之レチ主トシテ説明センニ株式引受人ハ發起人チ信用シテ株式申込ムノチアル發起人ノ數ハ一人ヨリ二人三人ト多ケレハ多キ程信用ハ増加スル此ノ如ク發起人カ數人アリ從ツテ其ノ數人ハ自ラ一團ヲ爲スノテアル吾輩ハ之レチ名ケテ發起團ト稱ス各發起人ノ責任ハ發起團ノ性質如何ヲ決スルコトニ依リテ影響ヲ受クルノテアル然ラハ發起團トハ何ソヤ會テ種々ノ議論モアリ又今モ尙ホ議論力一致シテハ居ラヌカ余ハ之レチ組合又ハ組合ニ準スヘキモノト解ス大審院モ亦此ノ說ヲ採ルニ至ツタカラ今ハ深ク之レチ論スルコトヲ止ム若何等特別ノ規定モナキトキハ民法ノ組合ノ規定ヲ適用シテ足ルノチアル發起人ノ責任ノ如キモ殆ント之ニテ知リ得タルトイフヲ得我カ商法ノ舊規定ハ殆ント之レニ依リタルモ時勢ノ進歩ト會社ニ關スル種々ノ弊害ノ生スルヲ認メテ改正規定ニ於テ特ニ發起人ノ責任ニ關スル規定チ會社法中ニ入レタリ然シナカラ決シテ發起團チ改メテ特別ノモノトナシタルニ非ス故ニ商法ニ特別ノ規定ナキ限リ民法ノ組合ノ規定ヲ適用シ又ハ準用シテ可ナルモノトアル尙ホ發起人ノ會社及ヒ第三者ニ對スル責任ニ第三者ニ對スル責任ハ發起人カ發起團チ脫スルコトニ依リテ直チニ消滅スルヤ否ヤ更ラニ選リテ發起人ハ何時ニテモ發起團チ脫スルコトヲ得ルヤ否ヤ又他人ハ加入シ得ルヤ否ヤ等ノ問題ハ悉ク發起人ノ責任ニ牽連シテ生スル問題テアル此等ノ問題ニ付イテハ先ツ商法ノ特別規定ニ改正規定ニ依リテ發起人ノ責任ヲ見其法律上ノ性質ヲ明カニシ然ル後ニ決スヘク直チニ民法ノ組合ノ規定ヲ適用スルカ如キ輕率ヲ爲スヘカラス(法學博士松波仁一郎氏法律新聞第一〇二七號三頁以下、一〇二九號、三頁以下、一〇三〇號三頁以下、一〇三一號三頁)

以下要領)

【一同趣旨學說】

一、商法第一二〇條ハ發起人ハ定款ニ署名スル旨ヲ定メタルモノニシテ定款ニ署名シタル者ヲ以テ發起人トスル旨ヲ定メタルモノニ非ス發起人ハ定款ニ署名スル旨ヲ定メタル旨以上ハ發起人ナルモノハ定款ニ署名スル前ニ存スヘキ理ナリ(法學博士毛戶勝元氏京都市議會雜誌第九卷第七號一七頁以下要領本書第三卷商法一四〇頁)

二、發起人トハ株式會社設立ノ意思ヲ有シ且ツ一般取引社會ノ見解ニ依リ會社設立ニ關スル手續ノ形式ニ依リ其意思ヲ表示シタル者ヲ謂フモノトス(辯護士猪股清氏法律新聞第九七四號六頁以下要領本書第三卷商法二七三頁)

三、控訴人ハ定款ニ署名捺印セサルヲ以テ發起人ニ非ス抗辯スレトモ當審證人小松川ノ證言ニ依リハ發起人等ニ於テハ發起人中若干名ノ氏名ヲ株式申込書其他ノ書面ニ記載シ居タリシコトヲ認ムルヲ得ルヲ以テ假ニ控訴人抗辯ノ如キ事實アリトスルモ控訴人カ發起人ニ非スト云フヲ得ス(東控大正二年七月十五日民三部判決本書第二卷商法二五五頁第三卷商法二五五頁)

【反對趣旨學說判例】

一、發起人ノ氏名住所ハ之ヲ定款ニ記載シ且署名スルコトヲ要スルヲ以テ發起人タルヤ否ヤハ實質ト定款トニ依リテ決スヘキナリ事實發起人ノ行爲ニ映掌スルモ法定ノ事項ヲ定款ニ記載セス且署名ヲ爲ササル以上ハ法律上其ノ者ハ發起人ニ非ス(法學士片山義勝氏會社法原論二一三頁)

二、定款ニ發起人トシテ署名又ハ之ニ代ハルヘキ記名捺印ヲ爲ササル者ハ假令株式會社ノ設立ニ付キ實際發起人ノ如ク行動シタ事蹟アリトスルモ法律上株式會社設立ノ發起人ト看做スコトヲ得サルモノトス(大審院大正三年三月十二日民一部判決本書第三卷商法二八頁)

三、定款ニ署名シ其作成ニ干與セルモノニシテ始メテ商法ニ所謂發起人ト言ヒ得ヘキモノニシテ發起人タル資格ハ定款ノ作成ヲ以テ始マルモノナリ(東控大正二年三月一日民四部判決本書二卷商法一八九頁)

四、定款ニ發起人トシテ署名セザル者ハ假令株式會社ノ設立ニ付キ實際發起人ノ如ク行動シタル事蹟アリトスルモ法律上株式會社設立ノ發起人ト看做スナ得サルモノトス(東京地方大正三年十月二十七日民二部判決本書第三卷商法二七五頁)

【參照學說】

一、假令會社ハ設立セラレタリト雖モ其設立ニ關シ發起人ニ任務上過意アリタルトキハ之カ爲メ會社ハ其財産上ニ損害ヲ被ムルコトアルヘク會社ノ債務者モ亦會社財産ノ減少ニヨリ其債權ノ實行上損害ヲ被ムルコトアルヘキカ故ニ過意アリシ發起人チシテ會社及ヒ債權者ニ對シ損害賠償ノ責任ヲ負ハサル可ラス但シ發起人ハ會社ニ對シテハ其利益ヲ代表シテ事ニ從フヘキ特殊ノ

毛戶博士
猪股氏
東京控訴
片山學士
大審院
東京控訴
東京地方
裁判所
柳川
學士
247 (商法)

關係アルヲ以テ普通ノ注意ヲ怠リタル損害モ亦其實ニ任セシムルコトヲ要スルモ會社ノ債權者トハ何等特殊ノ關係ヲ有セザルヲ以テ之ニ對シテハ發起人ハ惡意又ハ重大ナル過失アリタル場合ニ限リ責任ヲ負フヘキモノトス而シテ以上會社並ニ第三者ニ對スル發起人ノ責任ハ其過意アリ又惡意若クハ重大ナル過失アリタル發起人等ノ連帶負擔タルヘク右ノ事由ナキ發起人ニ於テ責ヲ負フヘキモノニ非ス(法學士柳川勝二氏改正商法論一六七頁)

【三】 參照學說

一 會社カ設立セラレザリシ場合ニ於ケル發起人ノ責任ニ關シテハ法律ハ特ニ規定ヲ設ケ會社カ成立セザル場合ニ於テハ發起人ハ會社ノ設立ニ關シテ爲シタル行爲ニ付キ連帶責任ヲ負フヘキモノトス又設立費用ハ發起人之ヲ負擔スヘキモノトス(法學士松本丞治氏明治四十五年中大講義錄會社法二二二頁)

二 會社カ成立セザル場合ニ於テハ其設立ノ事ニ從ヘル發起人全員ハ過失ノ有無ヲ問ハス當然其設立ニ關シテ爲シタル行爲ニ付テ株式引受人及ヒ會社債權者ニ對シテ連帶シテ責任ヲ負擔セザル可ラス其責任ノ内容ハ株式引受人ニ對シテハ其擔期シタル會社ノ設立ヲ見サル爲メ損失シタル株式ノ拂込金其他ノ損害ノ賠償ニアルヘク會社債權者ニ對シテハ其債權ノ辨濟ヲ受ケル能ハサルニ至リタルヨリ生シタル損害ノ賠償ニアルヘシ(法學士柳川勝二氏改正商法論一六八頁)

三 創立總會ハ會社ノ設立ヲ廢止スルコトアリ或ハ創立總會ヲ開クニ至ラズシテ不成立ニ了ルコトアリ這般會社不成立ノ場合ニ於テ發起人ハ如何ナル責任ヲ負擔スルカ抑モ發起人カ發起設立ヲ企テ其事成ラサル場合ニ於テ其企圖ニ付キ要シタル費用又ハ其他ノ法律關係ニ付キ責任ヲ負フヘキモノトス自明ノ理ナリ然レ共募集設立ノ場合ニ於テ一旦株式引受人亦其責任ヲ分ツヘキカノ疑ヲ挾ムモノアリ乍併余ノ所信ニ依レハ此ノ如キ場合ト雖モ發起人ハ性質上當然ニ會社不成立ノ危險ヲ負擔スヘキモノニシテ其ノ拂込マレタル第一回ノ株金返還ノ義務並ニ設立ニ關スル一切ノ費用ハ當然ニ發起人ノ頭上ニ存スト謂ハサルヲ得然レ共此種類ノ關係ニ於テ發起人カ株式引受人及ヒ其他ノ第三者ニ對シテ連帶シテ其責任ヲ負フヘキモノトス(法學士片山義勝氏會社法原論二七六頁)

四 第一四二條ノ三ニ所謂會社ノ設立ニ關シテ爲シタル行爲トハ會社設立ノ爲メニ爲スル行爲ノ謂ニシテ將來成立スヘキ會社ノ爲メ營業物件ノ買入ヲ爲スルカ如キ行爲ヲ包含スルモノニアラス從テ此買入代金ニ付他ノ發起人ニ責ヲ負ハシムルコトヲ得ス(東控大正二年六月二十四日民二部判決本書第二卷商法二六三頁)

【四】 參照學說

一 發起人組合ト各個人ノ發起人トヲ區別セザルヘカラス發起人ハ全員カ共同シテ即チ發起人組合トシテノミ發起人タル地位ヲ有ス各個ノ發起人ハ發起人タルノ地位ヲ有セザルナリ而シテ各個ノ發起人ト發起人組合トノ關係ハ總テ民法中組合ニ關スル規定ニ從フヘキモノナリ(法學博士松本丞治氏明治四十五年中大講義錄會社法二一七頁)

二 發起人間ノ法律關係ノ性質如何ハ極メテ困難ナル問題ニシテ異說湧出ノ中心點ナリ各發起人ハ法律ノ規定ニ準據シテ株式會社ヲ設立スヘキ同一ノ目的ヲ以テ互ニ會社設立行爲ヲ爲スコトヲ約スルモノニシテ其設立行爲ハ民法第六六七條ニ所謂共同ノ事業ヲ營ムニ該當スルモノト解シ得ヘシ假令其設立ノ事業ハ會社ノ設立ト同時ニ其終ヲ告グル一時的ノモノナルモ恐ラクハ之ヲ事業ト解スルニ妨ケナカルヘシ然レトモ各發起人ハ其設立事業ノ爲メニ何等ノ出資ヲ爲スコトナキヲ以テ民法ノ組合タル要件ヲ缺クモノト云ハサルヲ得勿論會社設立ノ手續ハ煩雜ニシテ幾多ノ事務ヲ辦セザルヘカラス以テ之カ爲メニ相應ノ費用ヲ要スヘク從テ便宜上或一ニ發起人ニ於テ之ヲ立替フルノ事實ハ通常之ヲ見ル所ナレトモ之ヲ以テ出資ト解スヘカラスハ自明ノ理ニシテ假令發起人ヨリ多少ノ費用ヲ抽出シタル場合ト雖モ之ニ異ナルナシ況ンヤ其費用ハ之ヲ以テ設立事業ノ資本ナリト觀察スルニ由ナキニ於テヤ故ニ發起人間ノ法律關係ハ民法ノ組合ニ類似セル一種ノ契約關係ナリト解スルノ外ナカルヘキカ(法學博士青木徹二氏會社法論二八二頁)

三 發起人ハ先ツ會社ノ設立ヲ目的トスル組合ヲ組織シ其組合契約ノ實行トシテ定款ヲ作成シ株式引受人ヲ募集ス此募集ニ應セントスル引受人ハ引受申込ニヨリ該組合ニ加入シ設立者ノ一人トシテ爾後ニ於ケル設立行爲ノ實行ニ加効スヘキモ設立事務ノ處理ハ舉ゲテ之ヲ發起人ニ委任シ發起人ハ自己及ヒ引受人共同ノ組合ノ爲メニ設立行爲ノ實行ニ任スルモノナルカ故ニ發起人ト株式引受人トノ間ニ發起人相互間ニ於ケル同シク一種ノ組合關係ヲ惹起スヘク發起人ハ組合事務ノ處理者トシテ又株式引受人トノ間ニ委任ノ關係ヲ生スヘキナリ發起人カ株式引受人ニ對シテ株金ノ拂込ヲ求ムルカ如キハ其會社設立テ受任事務ノ執行ノ爲メニスルモノニシテ株金ノ拂込ハ引受人カ引受申込ニ因リ設立契約ニ加入セル結果負擔セル義務ノ履行ニ外ナラサルナリ(法學士柳川勝二氏改正商法論一七一頁)

四 發起人團體ハ其性質民法上ノ組合ニ非ス從テ發起人相互ノ關係ハ契約一般ノ法律ト會社法規トニ依リテ判斷スルノ外ナキナリ而シテ發起人カ共同シテ會社設立行爲ヲ遂行スヘキハ自明ノ理ナルカ故ニ明白且特別ナル相互ノ委任ナクシテ一切ノ設立行爲ハ總テ共同シテ之ヲ爲スヘキモノト解セザルヘカラス故ニ例ヘハ創立委員長ノ名ヲ以テ事務ヲ爲スモ發起人相互間ニ委任ノ關係ナクシテ之ヲ以テ發起人ノ行爲ト目スルコトヲ得ス(法學士片山義勝氏會社法原論二七四頁)

(一) 發起人ノ意義ニツキテハ吾人ハ之ヲ嚴格ニ解シ定款ニ署名捺印シタルモノノミヲ指稱スルモノナリト解スルコト屢々論シタル所第三卷二七三頁一四〇頁二八頁第二卷二五三頁一八九頁茲ニ更メテ詳論スルコトヲ避クト雖モ只一言スヘ

キハ博士ノ説ノ如キハ如何ナル範圍ノ設立事務關與者カ發起人タル資格ヲ有スルモノナルヤ其標準ヲ知ルニ苦マサルヲ得サルコト是ナリ
(二) 任務ヲ怠ルノ意ハ讀テ字ノ如ク任務懈怠ニシテ不法行為ノ成立スルコトヲ要セサルハ明ナリ又發起人カ任務懈怠ニ基ク損害賠償ニ關スル連帶責任ハ其任務懈怠者間ニ限ルコト法文ノ其任務ヲ怠リタトキハ其發起人ハ云々ノ其ニヨリテ窺フコトヲ得ヘク之レ第一三六條ニ於テ認メラレタル發起人ノ連帶責任ト趣ヲ異ニスル所ナリ

(三) 會社不成立ノ場合ニ於ケル發起人ノ第三者ニ對スル責任ハ設立事務ニ關シテ爲シタル一切ノ行為ノ效果ヲ發起人ニ於テ負擔スルコトニ外ナラサレハ適法行為ニ基クモノヲ含ムハ當然ニシテ此場合ハ之ヲ損害賠償トイフハ用語必スシモ適格ナラサルコト博士ノ言ハレタルカ如シ次ニ第三者ノ意義亦博士ノ説ヲ正當トスヘシ

(四) 發起人團(發起團體)ノ性質ニツキテハ學說岐レサルニ非サルモ博士ノ説ク所今日ノ通説トモイフヘク吾人亦其不可ヲ見サルナリ

七〇

八四 會社ハ解散ノ後ト雖モ清算ノ目的ノ範圍内ニ於テハ尙ホ存續スルモノト看做ス
九一 清算人ノ職務左ノ如シ
一 現務ノ終了 二 債權ノ取立及ヒ債務ノ辨濟 三 殘餘財産ノ分配

清算人カ其職務ノ遂行ニ必要ナリトシテ會社ヲ代表シテ爲シタル行為ハ行為自體カ清算ノ目的ノ範圍ニ屬セサル場合(例ヘハ新ニ支店ヲ設置シ又ハ商號ヲ變更スル場合)又ハ清算人カ其職務ノ遂行ニ必要ナラサル行為ナルトキト雖モ會社ハ相手方カ清算人ノ職務外ニ使用スヘキ眞意ヲ知り又ハ知り得ヘカリシ事實ヲ立證スルニアラサレハ其清算人ノ行為ニ對シ責ヲ免レサルモノトス

會社ヲ代表スヘキ清算人ハ前項ノ職務ヲ行フ爲メニ必要ナル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行為ヲ爲ス權限ヲ有ス
清算人ノ代理權ニ加ヘタル制限ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
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

會社ハ其解散後ト雖モ清算ノ目的ノ範圍内ニ於テ尙ホ存續シ會社ヲ代表スヘキ清算人ハ其目的ノ範圍内ニ於テ自己ノ職務ノ遂行上必要ナル一切ノ行為ヲ爲ス權限ヲ有スルヲ以テ清算人カ其職務ノ遂行ニ必要ナリトシテ會社ヲ代表シテ爲シタル行為ハ行為自體カ清算ノ目的ノ範圍ニ屬セサル場合例ヘハ新ニ支店ヲ設置シ又ハ商號ヲ變更スル如キ明カニ會社ノ營業ノ存續ヲ前提トスル行為ナル場合又ハ清算人カ其職務ノ遂行ニ必要ナラサル行為ナルニ拘ハラス之ヲ必要ナリトセル場合ニ相手方カ清算人ノ眞意ヲ知り又ハ知り得ヘキ場合ノ外會社自ラ第三者ニ對シ其責任セサルヘカラス本件強制執行ノ債務名義タル乙第一號證公正證書ニ基ク金員貸借契約ハ株式會社奈良商業銀行ノ清算人タリシ訴外山本精六外一名カ其職務ノ遂行上必要ナリトシテ會社ヲ代表シ被上告人トノ間ニ締結シタルモノニシテ上告人ハ其債務ニ付キ連帶保證債務ヲ負擔シタルコトハ原審ノ確定スル所ナルヲ以テ假ニ清算人ノ受領シタル

金員カ清算ノ事務ニ使用セラレサリシトスルモ金員消費貸借契約ハ夫自體清算ノ目的ニ背馳セサル行爲ナルコト勿論ナレハ上告人ニ於テ契約締結當時清算人カ職務外ニ使用スヘキ眞意ヲ有シタルコト及ヒ被上告人カ其眞意ヲ知り又ハ知り得ヘカリシ事實ヲ立證スルニアラサレハ會社ハ清算人ノ行爲ニ對シ責ニ任スヘキモノナレハ之カ連帶保證債務者タル上告人モ亦其保證債務ヲ免カルコトヲ得サルヤ言テ俟タス然ラハ原判決ノ說示ハ法規ノ解釋ヲ誤リ又ハ理由不備ノ不法ナキヲ以テ論旨ハ理由ナシ(大審院大正四年(オ)第一三一號同年六月十六日民三部橫田裁判長田上大倉嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○強制執行異議事件○上告人八木逸郎外一名訴訟代理人辯護士牧野充安被上告人山原新太郎

【參照判例】

代理人ノ爲シタル意思表示カ其權限内ノ事項ニ付キ本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタルモノナル以上ハ代理人ノ意思カ眞ニ本人ノ爲メニスルニ在リシヤ或ハ其地位ヲ濫用シテ不正ニ自己ノ利益ヲ計ラントスルニ在リシヤ否ヤヲ問ハス當ニ民法第九九條ノ規定ニ依リ本人ニ對シ其效力ヲ生スルモノトス(大審院大正四年二月十五日民二部判決本卷民事訴訟法六四頁)

清算人ノ爲シタル行爲カ會社ノ爲メニ效力ヲ生スルニハ其行爲ノ性質カ客觀的ニ清算ノ目的範圍ニ屬シ清算人カ代理意思ニ基キテ爲シタルコトヲ要スルト同時ニ之ヲ以テ足ルヘシ其ノ行爲カ果シテ職務行爲ノ遂行ニ必要ナリシヤ否ヤハ之ヲ問フノ要ナシサレハ清算人カ其眞意ニアラサルコトヲ知りテ爲シタル意思表示ヲ爲シ相手方カ之ヲ知り又ハ知り得ヘカリシヤ否ヤニヨリテ清算人ノ行爲

トシテ成立シ從テ會社ニ對シテ效力ヲ生スルヤ否ヤノ決セラルルハ本清算人ノ代理意思即效力ヲ會社ニ對シテ生セシムル意思ノ有無ニ拘ハルモノニシテ敢テ職務行爲ノ遂行ニ必要ナリヤ否ヤ信念ニ關スルモノニ非ス故ニ此點ヲ明ニセス漫然之ヲ混淆セル嫌アル本判旨ハ吾人ノ贊同スル能ハサルモノナリ

(七一)

一四一第一項 會社ハ發起人カ株式ノ總數ヲ引受ケタルトキハ第一二四條ニ定メタル調査終了ノ日ヨリ又發起人カ株式ノ總數ヲ引受ケサリシトキハ創立總會終結ノ日ヨリ二週間内ニ其本店及ヒ支店ノ所在地ニ於テ左ノ事項ヲ登記スルコトヲ要ス

八 會社ヲ代表スヘキ取締役ヲ定メタルトキハ其姓名

九 數人ノ取締役カ共同シ又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タルトキハ其代表ニ關スル規定

一七〇 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ス又ハ數人ノ取締カ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取締役ハ各自會社ヲ代表ス

株式會社ノ取締役三人中二人ニ對シ共同代表ノ登記ヲ爲シタルトキハ他ノ一人ノ取締役ハ代表權ヲ有セサルモノトス

株式會社ノ取締役三人中二人ニ對シ共同代表ノ登記ヲ爲シタルトキハ他ノ一人ノ取締役ハ代表權ヲ有セサルヤ問題ニ謂フ「共同代表ノ登記」トハ商法第一四一條第九號ノ登記ヲ指スノ旨趣ナリト解スルコト相當ナルヘシ然ルトキハ此登記ハ同第一七〇條ニ謂ハユル「定款又ハ株主總會ノ決議ヲ以テ(中略)數人ノ取締役カ共同シ(中略)會社ヲ代表スヘキコトヲ定メタル場合ニ關スルモノニシテ同條ハ共同代表ヲ定メサルトキニ限リ取締役ハ各自會社ヲ代表スルモノトスルカ故ニ本問ノ場合ニハ他ノ一人ノ取締役ハ代表權ヲ有セサルモノトス

締役ハ代表權ヲ有セサルモノトス(法曹會決議法曹記事第二五卷第八號六一頁以下要領)

【參照學說】

商法第一四一條第一項第八號及第九號ハ別個ノ事項ナルヲ以テ別々ニ登記スルコトヲ要スト解スヘキモノナラン今五人ノ取締役中二人ノ共同代表ニ關スル規定ヲ登記スルニ止マルモノトスレハ寧ロ他ノ三人ノ取締役ハ各自代表權ヲ有スルコトナルヘシ(法學博士松本蒸治氏法學志林第一三卷第一〇號八〇頁)

取締役ノ共同代表ノ方法ハ何等ノ制限ナキヲ以テ取締役ノ一部ヲ共同代表トシ殘部ヲ單獨代表ト爲シ又タ一部ニ代表權ヲ認メス殘部ニツキ共同代表ヲ爲サシムルモノニ會社ノ決スル所ニ據ルヘシ而シテ今取締役三名中二名ニツキ共同代表ヲ登記シタルトキハ右何レノ精神ニ該ルヘキヤ聊カ疑ナキニ非スト雖モ商法第一四一條第一項ニ於ケル第八號ト第九號トヲ嚴ニ區別シ登記ニ際シテハ苟モ取締役中代表權ヲ認メラレサル者アルトキハ第九號登記ノ有無ニ拘ハラズ必ス別個ニ第八號ノ明示ヲ要スルモノトセハ登記セラレサル一名ハ單獨代表ノ權ヲ保有スルモノナリト解スヘキモノナランモ此兩號ハ之ヲ概括シテ登記セラレサルノ明文モ條理モナケレハ本問ノ如キ場合ニハ登記者ノ意思ヲ探究シテ決スヘク而シテ此ノ如キハ一面登記セサル取締役ノ代表權ヲ奪ヒ他面登記セル取締役ノ共同代表ヲ定メントスルモノナルコト通常ナルヘシ故ニ吾人ハ本決議ノ妥當ナルヘキヲ思フモノナレトモ時トシテ疑義ノ餘地アルヘケレハ實際ニ當ルモノ

ハ宜シク心シテ右第八號第九號ノ登記事項ヲ明確ナラシムヘキナリ

(七二)

一六四第二項 會社ト取締役トノ關係ハ委任ニ關スル規定ニ從フ
一七七第一項 取締役力其任務ヲ怠リタルトキハ會社ニ對シ連帶シテ損害賠償ノ責任ヲ負ス

(一) 商法改正前ニ於テモ取締役ハ會社ノ業務執行機關ニシテ善良ナル管理人ノ注意ヲ以テ業務ヲ執行スル義務ヲ負ヒタルモノニシテ自ら業務執行ニ關與セサルトキト雖モ善良ナル管理人ノ注意ヲ以テ會社ノ業務及財産ノ狀況ヲ調査シ會社ノ利益ヲ圖ル義務ヲ免レサルモノトス

(二) 商法改正前ニアリテハ取締役力共同ニ任務ヲ怠リ會社ニ損害ヲ與ヘタルトキト雖モ其損害賠償ニツキテハ連帶ノ責任ナキモノトス

(一) 會社ト取締役トノ關係カ契約關係ニ委任關係ナルヤ否ヤニ付テハ商法改正前ニ於テハ議論存シ學者ハ殆ント皆積極說ヲ採リタルニ反シテ大審院ハ消極說ヲ採リタリ乍併何レノ說ニ從フモ取締役ハ會社ノ業務執行機關ニシテ善良ナル管理人ノ注意ヲ以テ業務ヲ執行スル義務ヲ負フ故ニ取締役ハ專務取締役又ハ常務取締役ナルモノアリテ執行シ自ラ之レニ干與セサルトキト雖モ苟モ取締役タル以上ハ業務ノ執行ニ關スル一般ノ注意義務即チ善良ナル管理人ノ注意ヲ以テ會社ノ業務及財産ノ狀況ヲ調査シ會社ノ利益ヲ圖ル義務ヲ免レス
(二) 連帶責任ナルモノハ法律ノ規定又ハ契約ニ因リ始メテ生スルモノナレハ取締役力共同ニ任務ヲ怠リテ會社ニ損害ヲ加ヘタル場合ト雖モ法律又ハ契約ニ其旨ノ規定

アルニ非サレハ連帶シテ損害賠償ノ責ニ任スヘキモノニ非ス故ニ商法改正前ニ於テハ吾人ノ如ク會社ト取締役トノ關係ヲ委任關係ナリトスル者ニ在リテモ取締役ノ責任ハ連帶ニ非スト謂ハサルヘカラス(法學博士毛戸勝元氏京都法學會雜誌第一〇卷第九號七八頁要領)

【參照學說判例】

- 一 本卷商法一五四頁以下
- 二 株式會社ノ取締役力會社ノ機關及ヒ其法定代理人トシテ之ニ對シ種種ノ義務ヲ負擔スルハ契約關係ニ非シテ法律ノ規定ニ基ク一種ノ義務ナリトス故ニ取締役力此義務ニ違背シ會社ニ損害ヲ生セシメタルトキハ其賠償ノ責任ヲ免ルルコトヲ得ス(大審院民事判決錄四十一年二九頁)

贊同ス(一五二頁參照)

七三

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

船舶ノ衝突ニ因リ身體ヲ害セラレタルコトヲ原因トス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レサルモノトス

船舶ノ衝突ニ因リ身體ヲ害セラレタルコトヲ原因トスル損害賠償請求權ハ六五一條ニ所謂衝突ニ因リテ生シタル債權ナリヤ否ヤ大審院ハ之ヲ消極ニ決シタリ(本卷商法一五一頁揭載)其理由トスル所ハ六五一條ハ海損ノ章中ニ存シ且同章ニ規定スルトコロハ何レモ財產權上ノ損害ニ關セサルハナシト云フニ在リ余ハ此等ノ理由ヲ承認スルト同時ニ沿革上ノ理由ヲ附加セントス六五一條ハ舊商法九七六條ヨリ來レルモノ

贊同ス(一五二頁參照)

七四

ニシテ同條ニ海損ニ因リテ生シタル債權トハ共同海損又ハ衝突其他ノ事由ニ因リテ船舶又ハ積荷ニ生シタル財產上ノ損害ニ關スル債權ヲ指シタルヤ同九三〇條乃至九四二條ニ照シテ明ナリ新商法六五一條ハ只之ヲ共同海損又ハ船舶ノ衝突ニ因リテ生シタル債權ト改メタルニ過キササルニミ(法學博士毛戸勝元氏京都法學會雜誌八四頁以下要領)

二六五第二項 商人ノ行爲ハ其營業ノ爲メニスルモノト推定ス

商法第二六五條第二項ノ規定ハ商人ノ行爲カ營業ノ爲メニ爲サレタルヤ否ヤ疑ハシキ場合ニ適用スヘキモノニシテ營業ノ爲メニ爲シタルモノニ非サルコト疑ナキ場合ニハ適用スヘキモノニ非ス

商法二六五條二項ノ規定ハ商人ノ行爲カ營業ノ爲メニ爲サレタルヤ否ヤ疑ハシキ場合ニ適用スヘキモノニシテ營業ノ爲メニ爲シタルモノニ非サルコト疑ナキ場合ニハ適用スヘキモノニ非ス蓋シ營業ノ爲メニ爲シタルコト明白ナルニ拘ハラズ之ヲ營業ノ爲メニ爲シタルモノト推定スルカ如キハ沒條理ノ極ナレハナリ(法學博士毛戸勝元氏京都法學會雜誌第一〇卷第九號八五頁要領)

【參照學說判例】

本卷商法一八七頁九五頁以下

賛同セス(九九頁参照)

(七五)

一九八 裁判所ハ資本ノ十分ノ一以上ニ當タル株主ノ請求ニ依リ會社ノ業務及ヒ財産ノ狀況ヲ調査セシムル爲メ検査役ヲ選任スルコトヲ得

検査役ハ其調査ノ結果ヲ裁判所ニ報告スルコトヲ要ス此場合ニ於テハ裁判所ハ必要アリト認ムルトキハ監査役ヲシテ株主總會ヲ召集セシムルコトヲ得此總會ニ於テハ前項ノ調査ヲ爲サシムル爲メ特ニ検査役ヲ選任スルコトヲ得

非訟事件手續法二二九ノ二 商法第一九八條ノ規定ニ依リ検査役ノ選任ニ關スル裁判ヲ爲ス場合ニ於テハ裁判所ハ取締役及ヒ監査役ノ陳述ヲ聽クヘシ

前項ノ裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得

毛戸博士

會社清算ノ場合ト雖モ株主ハ商法第一九八條ノ規定ニ從ヒテ検査役ノ選任ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得ルモノトス

商法一九八條ノ規定ハ清算ノ場合ニ之ヲ準用シ検査役選任ノ請求ヲ爲スコトヲ得ザルモノトスル大審院決定(本卷商法一六二頁掲載)ハ明治四十三年二月二十二日言渡ノ決定ト同シク商法一九八條ノ規定ハ其明文及ヒ地位ヨリ明カナルカ如ク會社ノ解散前ニ限リ適用スヘキモノナリトスト雖モ余ノ首肯スル能ハサル所ナリ規定ノ地位トハ同規定カ「會社ノ計算」ト題スル第四節中ニアルコトヲ指スモノナルヘシ「會社ノ計算」ナル文字及同節中ノ他ノ規定カ總テ解散前ニ關スル規定タルコトハ余モ亦之ヲ認ムレトモ一九八條ノ規定ハ専ラ會社ノ計算ニ關スルモノニ非サレハ本來「會社ノ計算」ト題スル節中ニ收ムヘキモノニ非サルモ之ニ關聯スルコト多キ爲メ同節中ニ設ケタルニ過キス次ニ規定ノ明文トハ同規定ニ會社ノ業務ナル文字ノ存スルヲ指スモノナルヘシ乍併調査セシメントスル會社ノ業務ハ現在ノ業務ニ限ラレス既往ノモノニテモ

大審院

【參照學說判例】

一 本卷商法一六三頁以下

二 裁判所ハ資本ノ十分ノ一以上ニ當ル株主ノ請求ニ因リ検査役ヲ選任スルコトヲ得ル旨規定セル商法第一九八條カ會社解散前ニ關スル規定タル同第一九〇條乃至第一九七條ト共ニ會社ノ計算ト題スル第四節中ニアルト非訟事件手續法第一二九條ノ二第一項ニ商法第一九八條ノ規定ニ依リ検査役ノ選任ニ關スル裁判ヲ爲ス場合ニ於テハ裁判所ハ取締役及ヒ監査役ノ陳述ヲ聽クヘシトアリテ此場合ニ清算人ノ陳述ヲ聽クヘキ旨ノ規定ナキニ由テ之ヲ觀レハ商法第一九八條ハ會社解散前ニ關スル規定タルコト明カナリ然リ而シテ其解散ノ場合ニ於テ清算ニ關シ同條ヲ準用スヘキ旨ノ規定亦存セサルノミナラス同條ニ依リ検査役ノ選任ハ會社ノ業務及會社財産ノ狀況ヲ調査セシムル爲メナルニ解散後ハ其業務ナルモノナク又會社財産ノ狀況ハ商法第二二七條第一項ノ規定ニ依リ清算人カ就職後選任ナク調査シテ財産目録及ヒ貸借對照表ヲ作り之ヲ株主總會ニ提出シテ其承認ヲ求ムヘク前シテ同條第二項及ヒ第一五八條第二項ニ依リ株主總會ハ検査役ヲ選任スルコトヲ得ルヲ以テ此場合ニ尙ホ裁判所ニ於テ

可ナルヲ以テ解散後ト雖モ解散前ニ於ケル業務ヲ調査セシメントスル場合ニハ一九八條ノ適用アリト謂ハサルヘカラス又前掲四十二年ノ決定ハ非訟事件手續法第一二九條ノ二カ商法一九八條ニ依リ検査役選任ノ裁判ヲ爲ス場合ニハ取締役及ヒ監査役ノ陳述ヲ聽クヘシト規定スルハ商法一九八條カ解散前ニ關スル規定タルノ證ナリトナセトモ手續法ヨリシテ實體法ノ精神ヲ解釋セントスルハ最モ危險ナル解釋法ニシテ慎マサルヘカラス最後ニ本決定ハ第一九八條ヲ清算ノ場合ニ準用セザリシ理由ヲ考フルニ云々總會ニ於テ特ニ検査役ヲ選任スルコトヲ得ルモノト爲スニ於テ監督ノ實ヲ舉クルニ十分ナリト爲シタルモノナリト云フ乍併少數株主カ裁判所ニ申請シテ検査役ヲ選任セシムルト總會カ之ヲ選任スルトハ調査ノ目的タル會社ノ事務及ヒ會社財産ノ狀況カ複雑ナルト否トニ繫ルモノニ非サレハ此理由ハ當ラズ現ニ獨逸商法ハ我商法一九八條ニ應當スル二六六條二項ヲ清算ノ場合ニ適用スヘキ旨ヲ明言セリ(獨逸商法一九九條二項)(法學博士毛戸勝元氏京都法學會雜誌一〇卷第九號八〇頁以下要領)

検査役ヲ選任スルノ必要ナケレハ解散ノ場合ニ於テハ商法第一九八條ノ規定ニ依リ検査役ヲ選任セシメサルノ法意タルコト疑
ナ容ル可カラス(大審院民事判決録明治四十三年一一頁)

賛同セス(一六四頁參照)

(七六)

四〇一 保險契約ハ他人ノ爲メニモ之ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ保險契約者ハ保險者ニ對シ保險料ヲ支拂フ義
務ヲ負フ
四三三第一項：第四〇一條：ノ規定ハ生命保險ニ之ヲ準用ス
四二八ノ二第一項 保險金額ヲ受取ルヘキ者カ第三者ナルトキハ其第三者ハ當然保險契約ノ利益ヲ享受ス但保險契
約者カ別段ノ意見ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ
民法五三八 前條ノ規定ニ依リテ第三者ノ權利カ發生シタル後ハ當事者ハ之ヲ變更シ又ハ消滅セシムルコトヲ得ス
五三九 第五三七條ニ掲ケタル契約ニ基因スル抗辯ハ債務者之ヲ以テ其契約ノ利益ヲ受クヘキ第三者ニ對抗スルコ
トヲ得
四五〇 契約又ハ法律ノ規定ニ依リ當事者ノ一方カ解除權ヲ有スルトキハ其解除ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依
リテ之ヲ爲ス
前項ノ意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得ス

保險契約満期ノ際保險契約者カ尙ホ生存スルトキハ同人ヲ若シ死亡シタルトキ
ハ第三者ヲ保險金受取人トスル保險契約ハ普通ノ契約ト第三者ノ爲メニスル契
約トヲ相關聯セシメタルモノニシテ保險契約者カ死亡シタルトキハ純然タル第
三者ノ爲メニスル契約トナリ其第三者ハ其時ヨリ保險金請求權ヲ取得スルモノ
ナリ

從テ此場合保險者ニ於テ該契約ニ基因スル抗辯ヲ主張セントスルトキハ直チニ

第三者ニ對シ之レヲ主張シ得ヘキコト論ヲ埃タスト雖モ民法第五三九條ニ所謂
抗辯トハ權利關係ノ存在ヲ認メテ其行使ヲ阻却スル事由ヲ指スハ勿論無能力者
若クハ詐欺又ハ強迫ニ因ル意思ノ如ク意思表示ノ瑕疵ニ基ク事由ヲモ包含スル
モ契約解除權ノ如キ契約ノ完全ナル存在ヲ前提トシ而カモ他ノ契約又ハ法律ノ
規定ニ依ル新ナル事由ニ基キ發生スルモノニシテ直接契約者其者ニ基因シ若ク
ハ其瑕疵ニ基クモノニアラサルモノハ之ヲ包含セサルモノト解セサルヘカラサ
ルカ故ニ保險者ハ解除權ヲ以テ第三者タル保險金受取人ニ對抗スルコトヲ得ス
又第三者ノ爲メニスル契約ノ第三者ハ契約上ノ當事者トナルモノニアラサルヲ
以テ保險者ハ民法第五四〇條ノ原則ニ基キ契約ノ相手方ニ對シ解除ノ意思表示
ヲ爲スヘク若シ相手方死亡シタルトキハ其相續人ニ對シ之ヲ爲ササルヘカラス

保險契約者カ契約満期ノ際尙ホ生存スルトキハ同人ヲ若シ死亡シタルトキハ第三者
ヲ保險金受取人トスル保險契約ハ普通ノ契約ト第三者ノ爲メニスル契約トヲ相關聯
セシメタルモノニシテ保險契約者カ死亡シタルトキハ純然タル第三者ノ爲メニスル
契約トナリ其第三者ハ其時ヨリ保險金請求權ヲ取得スルモノナリ從テ此場合保險者
ニ於テ該契約ニ基因スル抗辯ヲ主張セントスルトキハ直チニ第三者ニ對シ之レヲ主
張シ得ヘキコト論ヲ埃タスト雖モ抑民法第五百三十九條ニ所謂抗辯トハ權利關係ノ
存在ヲ認メテ其行使ヲ阻却スル事由ヲ指スハ勿論無能力者若クハ詐欺又ハ強迫ニ因
ル意思ノ如ク意思表示ノ瑕疵ニ基ク事由ヲモ包含スルモ契約ノ解除權ノ如キハ之ヲ