

320.4

H174h

Y



0011893000

0011893-000

320.4-H174h-Y

法学博士花岡敏夫遺稿論文集

安平政吉・編

巖松堂書店

1938

ACA

謹呈

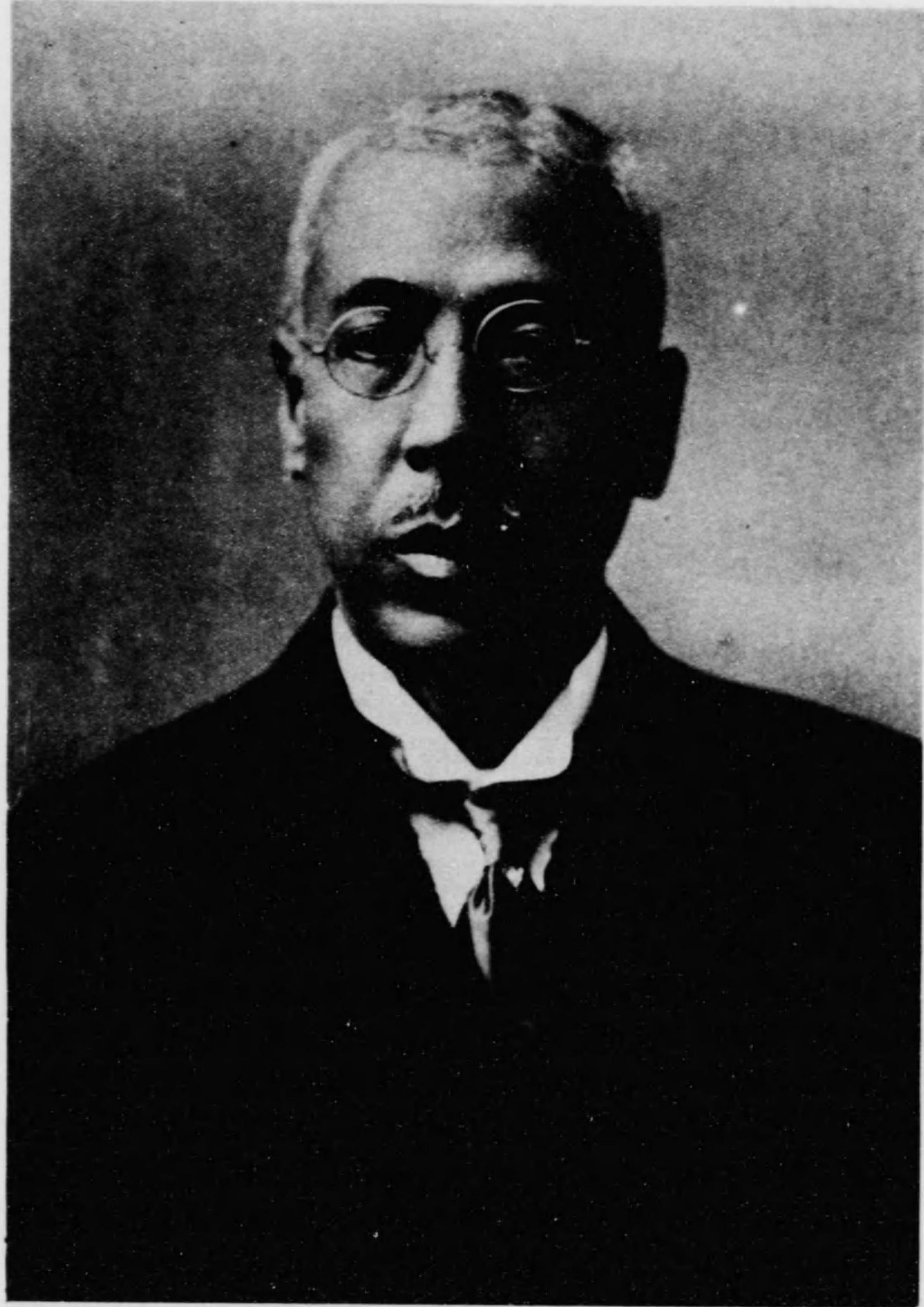
法學博士 花岡敏夫遺稿論文集

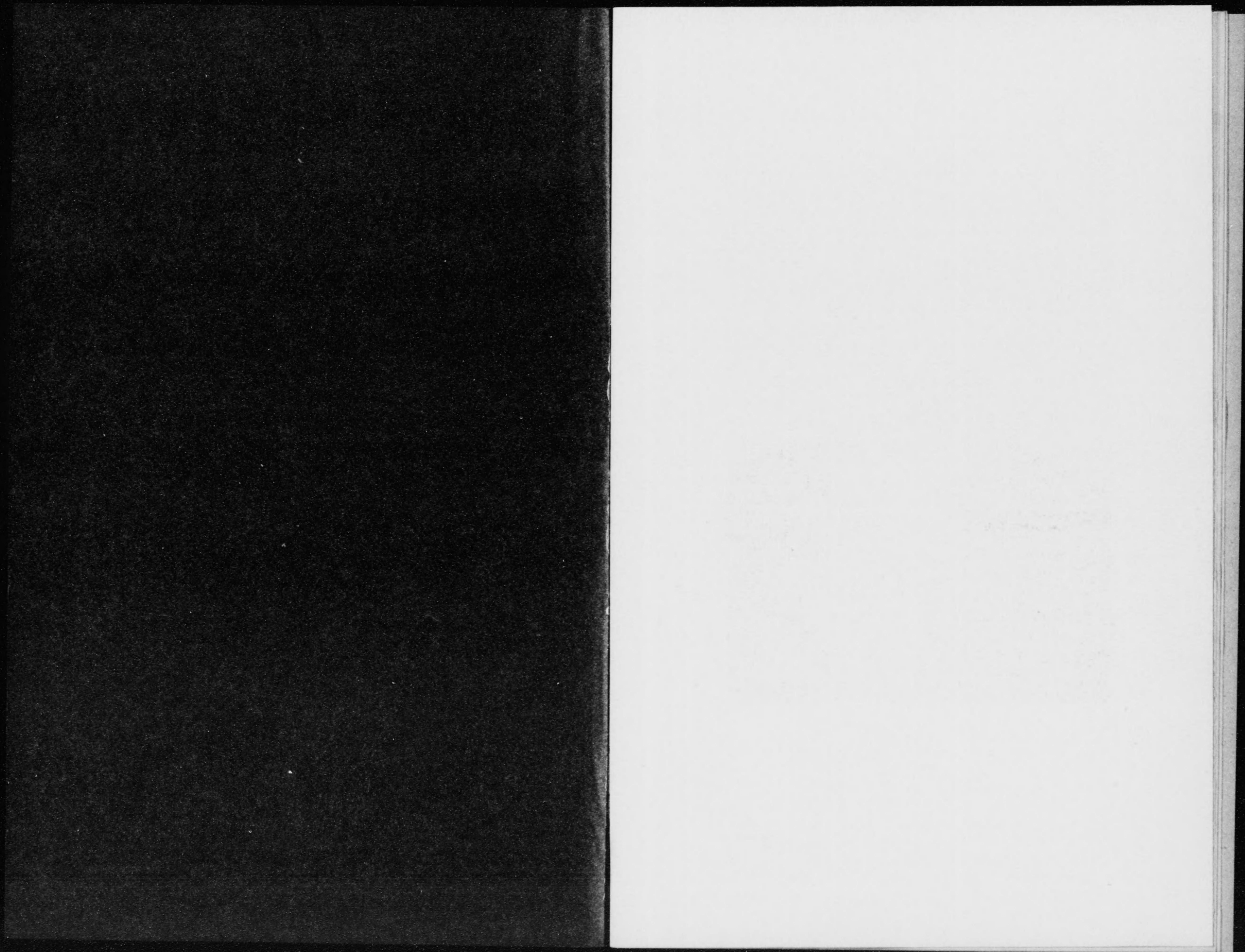
法學博士
花岡敏夫遺稿論文集



282591

329.4 H174R Y





花屋縫子

もろの

あはれ

はれ

い

た

卷頭に題して

昨夏私の實兄故辯護士花岡敏夫の長逝に際して、舊知友人各位の故人に寄せられました御懇情に對しては、親族一同の洵に感謝に堪へざる所であります。尙ほ其の當時各位より、故人の遺稿論文集を出版することを御勧め下されました。遺稿諸論文は、主として民事商事の法律問題に關聯する故人の研究なので、若し此等が學術上なり實務に多少なりとも貢獻し得るものならば、親族一同舉つて此の刊行を結構な事と存じたのであります。何分にも研究の内容が専門に屬し、一族中には其の取捨撰擇の任に當りかねるものあり、多少躊躇致して居りました所、幸に故人と師弟の間柄なる臺北帝大教授安平政吉君が切に其の公刊を勸告せられ、且つ同教授及び多年故人と共に法律事務に従事せられたる辯護士大内、後藤兩氏、其の他が、其の編纂事務を御引受下することとなり、御多用中にも拘らず、非常な御盡力の下に、校定出版されたのが本書であります。

茲に右編輯をお任せした安平教授並に大内、後藤、長瀬諸辯護士、原田千代治氏

其の他各位の御努力に對し、花岡家一同に代り厚く御禮申上ぐると共に、本書が斯學の研究に幾分なりとも御參考になれば望外の仕合せと存じ、又故人の靈もさぞかし喜ぶ所と存ずる次第であります。

昭和十三年七月

亡兄の一周年忌に際して

花岡止郎

はしがき

茲に故花岡博士の遺稿論文二十二篇を蒐めて世に贈る。著者が生前諸雜誌に寄稿したものの内より比較的新しい部分のみを蒐集再録したものである。主として我が商法に關するもの、及び民事法一般に關する論文、其の他公法關係並に英法に關する研究の若干を含む。

故著者は、英法研究者の一人であり、商法專攻の一學究であり、同時に熱心な法律實務家の一人として、其の多忙なる一生を理論と實務との間に畢へたのであつた。明治三十四年東京帝國大學法科大學(英法科)を卒業後、引續き同大學院に入り商法を專攻し、次いで辯護士となり、明治三十七年夏、獨立して法律事務所を開きて以來三十有四年、始終一貫して多忙なる法律實務に従事するの傍ら、孜孜としてその好愛する英法書の研究に没頭し、我が商法その他民事法一般に對して、實踐よりする理論的檢討を怠らなかつたのであつた。著者は常に門下を教へて曰く、實務に長じて學ばざるは賤しと。その學的勞作は遂に尤大なる英國

會社法その他となり、勞は酬いられて大正七年四月「エストツベル」禁反言に關する論文等により、學位を授けられたのであつた。

著者の思想なり、法律理論は、固より各個の場合によりその表現形式を異にするも、その最後の據り所には一定不變の原理が極めて鮮かに存在してゐた。それは結局、人間としての「信義誠實、法律としての正義の主張、法理としての普遍的合理的、自然法理論の展開」といふこと以外ではなかつた。信義誠實といふことと、自然法の思想並に正義の觀念こそは、著者がその必らずしも短かからざる六十有餘年の生涯を通じて、片時も忘れず、その法律事務にあれ、法律學的理論にあれ、社會的生活にあれ、私的生活に於てあれ、その生活の一切を通じて、身を以て實踐に導いたところであり、いな著者の人格それ自體を構成してゐるところの動かし難き部分であつたのである。著者はこの思想を以て、その法曹としての少壯時代を、當時我が法學界及び實務を支配してゐた獨法流の理論主義、概念主義に對し、眞正面より抗争を續け抜いたのであつた。本書はその尊き孤軍奮闘の記念碑として、苦戰の跡が内容を作してゐるのである。いまや時代の文化と、時

代の法律觀は、我が邦に於ても區々たる論理的の争ひを離れて、人としては、人間そのもの「法律としては信義則、法理としては、國家全體の秩序、法律全體の精神」といふことが高調されんとしてゐる。ゆゑに著者多年に亙る主張は、ここに勝利を獲てゐるのであつて、時代は擧げて切實に著者等の思想を歓迎し、謳歌するところとなつてゐるのである。

うべなる哉、著者佛祖正傳の大戒を受けて法號を「法蓮院實溫悟敏居士」といふ。授戒者曹洞宗師家萬隆寺住職來馬琢道師の解明に曰く、法蓮の二字は、法を以て生涯と爲し、人格は蓮華の泥水より出でて清きが如く、而も其の最も盛なる夏期に逝けるを示し、實溫の實は、其の學位論文なるエストツベルの意味を禁反言より轉じて、信義誠實と意譯して、其の最後の文字を取り、溫は後人を誘掖し、社會の凡ゆる人々と交つて常に溫情を以て掖したる事を現はし、悟敏の二字に於て、學に努め業を勵み、遂に禪門の大事を悟り了れる事を示すなり」と。墨痕鮮かなる故著者の法號を眺めて、法の燈の前に於ける人事終局裁斷のいかに嚴肅なるかに思はず襟を正すもの、ただに編者等の心裡のみに止まらなからう。

昭和十三年七月三十日は、故著者逝いてまさに一周年の忌辰に該る。靈前に本書編輯の結果を報じて、その遺靈を慰むると共に、世の人々に多少なりとも故著者の精神をも傳へ、惹いては邦家司法思想開發の一資料たらしめんと念願するもの、ひとり編者の私情のみに止まらないであらう。

昭和十三年七月二十日

編者識す

目次

商法改正法律案論評

一	總則	五
二	會社	九
一	總則	九
二	合名會社	一〇
三	合資會社	一五
四	株式會社	一六
五	株式合資會社	一六
六	外國會社	一六
七	罰則	一七

禁反言の法理に關する概論

目次

- 一 禁反言の性質..... 五
- 二 禁反言の種類..... 五
- 三 禁反言思想の發達..... 五
- 四 禁反言に關する研究の内容..... 九

英國總括會社條例に就いて..... 一〇五

- 一 總括會社條例の成立..... 一〇七
- 二 私會社の制度..... 一〇九
- 三 會社の成立..... 一一
- 四 公示主義..... 一一
- 五 資本の充實増加..... 一二
- 六 定款の變更..... 一四
- 七 株式及株主..... 一六
- 八 會社の機關..... 一六
- 九 會社の計算..... 一九
- 一〇 社債の制度..... 二三
- 一一 會社の解散..... 二三
- 一二 會社の改造及合併..... 二六

一三 外國會社の取締..... 二七

英國會社法に於ける Private Companies の觀念に就いて..... 二九

- 緒論..... 二九
- 一 公會社私會社の區別及私會社の繁盛..... 三三
- 二 私會社の定義..... 三三
- 本論..... 三三
- 一 私會社なる觀念の沿革..... 三三
- 二 私會社の特質..... 三四
- 三 公會社と私會社との組織變更..... 三五

我商法に於ける株金拂込請求權と株式質權との關係を論じ

英國會社法の Lien on Shares 觀念に及ぶ..... 一五三

- 一 緒言..... 一五
- 二 株式質權者の地位..... 一五
- 三 一般の第三者と質權者との比較..... 一五
- 四 Lien on Shares 一六

株式會社の起源に關して福田博士の教を乞ふ

一六七

- 一 福田博士の株式會社起源としての和蘭説……………一六七
- 二 株式會社の濫觴は英國東印度會社にあらずや……………一七三
- 三 銀行にして株式會社の濫觴は英蘭銀行なりや……………一七五
- 四 英米株式會社は佛國の傍系なりや……………一七五

白紙委任狀附株券の輾轉に付きて

一七七

- 一 白紙委任狀附株券の輾轉と我が判例……………一七七
- 二 經濟的狀勢は立法的解決を必要とす……………一八〇
- 三 現行法の範圍に於ける運用方法……………一八二
- 四 株券の再發行と記名社債の取扱方法……………一八三

記名株式の質權と失權の効果

一八三

- 一 質權設定の記名株式失權の効果と大審院判例……………一八五
- 二 立法上質權者保護を考ふるの要なきや……………一八六

運送人、運送取扱人の責任と荷送人の責任

一八九

- 一 運送人、運送取扱人の責任に關する一判例……………一九二
- 二 貴重品の運送に關する商法第三三八條……………一九一
- 三 貴重品運送に關する大審院判決理由……………一九三

預證券記載事項に關する倉庫營業者の責任の範圍

一九五

- 一 倉庫營業者は預證券記載物内容に付き責任を負ふや……………一九七
- 二 預り證券の記入に關する立法論的一要請……………一九八

我法律解釋より見たる地震約款の效力を論ず

一九九

- 一 上田博士の「經濟政策より見たる火災保險問題」……………二〇五
- 二 青山博士の「火災保險問題の解釋と地震約款に對する時論の批判」……………二〇二
- 三 藤本博士の「地震約款論」……………二〇三

地震免責約款の效力に關する東京地方裁判所の判決を論評す

二〇七

- 一 當事者の意思解釋に付きて……………二〇七
- 二 商法第四一九條の沿革、解釋、理論……………二〇七
- 三 反公序良俗性と反公益性との關係……………二〇七

表見代理に關する判例的研究

一 表見代理の立法理由……………二四九

二 表見代理制の目的……………二五〇

三 表見代理と本人の一定行爲……………二五三

四 代理人としての意思表示……………二五五

五 表見代理責任と第三者の保護……………二五七

六 表見代理と法定代理との關係……………二五九

七 表見代理の成立と犯罪行爲……………二六〇

八 表見代理と本人の過失……………二六一

九 表見代理と第三者の過失……………二六二

一〇 表見代理と基礎的代理權の有無……………二六三

根抵當の性質及び登記手續に付きて

一 根抵當は法律上有效なり……………二七五

二 根抵當の登記は之を根抵當として本登記を爲すを要す……………二七六

三 登記は眞正の事實と符合せざるべからず……………二七八

詐欺の手段を以て騙取したる動産は民法第一九三條に所謂

盜品と謂ふを得るや

一 胃序……………二八五

二 本論……………二八七

不當認定判決と損害賠償との關係を論じて
民事訴訟法の改正に及ぶ

一 我裁判例の傾向……………二九七

二 聯合審判による判旨は曖昧……………三〇一

三 聯合審判の判旨に對する批評……………三〇三

四 現行法の不備と記録禁反言……………三〇五

雄本博士「裁判の無効」を讀む

一 其の沿革論に就いて……………三二七

二 其の現行法解釋論に就いて……………三三〇

自己の義務履行回避の爲めにする無効行爲の抗辯

一 本論評の目的たるべき判決理由……………三五七

二 判決理由に關する商法上の謬見……………三六二

三 判決理由の骨子たる無効行為の抗辯……………三六三

四 條理の適用と無効の行為……………三六五

五 自由法説の當否……………三六五

文書偽造罪に關する大審院刑事部總聯合判決を評す……………三六九

緒論

本論……………三七二

- 一 形式主義と文書作成の權限……………三七五
- 二 形式主義と第三者の保護……………三八〇
- 三 偽造文書と其の私法的效果……………三八五
- 四 支配人に對する代理權制限の效力……………三八七
- 五 結論……………三八九

特許法に於ける審決の效力……………三九一

- 一 特許法に於ける審決の效力問題……………三九三
- 二 審決と再審……………三九四
- 三 審決の實質的確定力……………三九五

- 四 特許法第八八條に就いて……………三九九
- 五 訴訟關與の第三者と審決の效力……………四〇〇

印度に於ける動物虐待防止條例……………四〇一

- はしがき……………四〇三
- 一 一八九〇年法律第一一號……………四〇三
- 二 一九一七年法律第一四號……………四〇九

辯護士と實社會の要求……………四一一

— 目次了 —

商法改正法律案論評

緒言

第一編 總則

第一章 總則

第二章 合名會社

第三章 合資會社

第四章 株式會社

第一節 設立

第二節 株式

第三節 會社の機關

第四節 會社の計算

第五節 社債

第六節 定款の變更

第七節 會社の整理

第八節 解散

第九節 清算

第五章 株式合資會社

第六章 外國會社

第七章 罰則

緒言

現行商法は明治三十二年の制定に係り、其の後實際に運用の結果は、幾多の不備缺陷と不便の點を發見するに至り、爲めに實施後十二年を経たる明治四十四年一部の修正を見たものであるが、其の修正は單に當面の急を要したる範圍に止められたる結果、其の當時に於てさへも既に不充分の觀を免れなかつたものである。特に之を其の當時既に發表せられてゐた英國會社法等の實例に比較するとき、はたまた我が財界の實際に鑑みると、當時の改正立法としても、不備缺陷に於て甚だ尠からざるものを存してゐたのであつた。而して歐洲大戰以來、我が社會狀勢の急激なる變化と發達とに伴ひ、益々其の不備缺陷が痛感せられ、別して既成會社の改造及び整理、會社財産及び帳簿の整理觀念、社債權者の保護等に關して根本的改正の必要が切實に感ぜらるるや、時恰も昭和九年一月、手形法及び小切手法の改正ありたるを契機として、其の全部的再改正が先づ昭和四年十月法制審議會の議題に附せられ、商法改正要綱の諮問及び決議あり、次で

昭和七年十月商法改正調査委員会の設置となり、茲に同十一年一月第一編總則、第二編會社の兩編に付き、改正案が愈々確定案として發表せられ、第七十次通常議會に提出せらるゝ運びとなつたのであつた。

いま其の改正案なるものを觀るに、先づ目次の外觀に於ては、現行商法と殆んど大差なく、唯「社債」に就いて「社債權者集會」なる第二款を設け、其他第七節「會社の整理」を新たに規定し、且つ第九節「清算」の下に、第二款として「特別清算」なる項目を新設したる程度に過ぎないものであるが、其の改正の趣旨に於ては、明治三十二年の商法制定以來の我が邦に於ける商法運用の實際を考慮し、改正の加へられむとしてゐる一事は蓋し難き事實であり、此の一事は、我が將來の商法が從來の如き獨逸商法の模倣より次第に離脱し、我が邦特有の商法的色彩を帯び來らむとする事實を物語るものであつて、今次の改正案の起案に従事せられたる司法當局者等が、また事態を此の方向に導かしむるに至つた其の功績を、吾々は認めざるを得ぬ次第である。而して其の改正案として現はれたるものゝ實質が、次第に益々多く英國會社法の内容に接近し、一般株主及び債權者の利益を擁護し

て裁判所の監督を嚴にしたることは、特に社債、會社の計算、會社の整理、特別清算の規定に於て之を見得べく、何れも商法の新规定として最大に注目せらるべきものである。

以下改正の大綱に付き、且つ主として改正の眼目とする諸規定をば、我國に於ける實際の事實問題に照らして、之を論評することゝしよう。さうして現行法と同一なる點は説明を省くこととする。

〔附記〕 茲に「商法改正法律案論評」として著者の論ずるところは、曩に法律時報第八卷第五、八、十號に掲載せられたるものに係り、當時の商法改正案は、昭和一三年第七三議會を通過し、現在に於ては改正商法第一編及び第二編となつた。故に本論の内容は現行商法第一編、第二編に對する論評たるものである。

第一編 總 則

一 總則に於て改正の加へられたる點は甚だ少い。唯商號に關する保護規定及び營業讓渡に對する第三者保護の規定を特に追加したることが其の最も

著しき點である(改正案第二一條乃至三一一條)。本來商號は商法の下に規定せられ、商標は商標法の下に規定せらるゝも、孰れも信用を維持し、不正競争を防止するを目的とするものであるから、最早や今日に於ては不正競争防止法を完全にして之を統一することが、事の當を得たものと考へる。

二「營業讓渡」に就いては、從來の如く營業のみの讓渡を認めざることをし、商號は營業と共にする場合、又は營業を廢止する場合に限り、之を讓渡することを得るものと爲し(案二四條)、尙ほ營業の讓受人が、讓受商號を續用する場合には讓渡人の營業に因りて生じたる債務に付いては、特に讓受人が責任を負はざる旨を登記又は通知したる場合以外は、讓受人をして連帶せしむることを本則とし(案二六條)、且つ其の責任期間を二ヶ年と爲した(案二九條)。更に營業の讓受人に爲したる辨濟は、讓渡人の營業に因りて既に生じ居れる債權に付きては、其の第三者が善意にして且つ重大なる過失なかりし時に限り、其の效力を有するものとし、營業讓渡の場合に於ける讓渡人の地位を明らかにすると同時に、第三者保護の規定を設くるに至つた(案二七條)。

改正案第二一條は、不正ノ目的ヲ以テ他人ノ營業ナリト誤認セシムヘキ商號ヲ使用スルコトヲ得ス」と爲して、營業の主體を誤認せしめんとする目的に出でたる商號の使用を禁止してゐるが、之は不正の商號及び商標其の他類似の表示使用に關する不正競争防止方法として、昭和九年法律第一四號「不正競争防止法」第一條に依る商品の混同、原産地の誤認及び信用防害を生ぜしむる不正の競争を目的とする行爲の禁止規定と共に相並ぶべきものであり、主として商號保護殊に營業主體保護の立場より其の補充を爲したものである。殊に其の保護を與ふる範圍は、從來の商法の如く、登記したる商號のみに限らないのである。改正案第二二條は、之が違背に對して登記ある商號保護の爲めの罰則であり、改正案第二三條は、自己の氏名又は商號を使用して營業を爲すことを他人に許諾し、之により第三者をして自己を營業主なりと誤認して取引を爲さしめたる者に對する第三者保護の規定であり、斯の如き許諾者は、其の商號使用者と連帶して辨濟の責に任ずべきものと爲して居る。改正案は「商號」に付き第三〇條に於て、登録商號と雖も二年間之を使用せざるときは其の商號を廢止したるものと看

做すと爲し、商標法と同様であるが、更に一步を進め、積極的に之を廢止シタルモノト看做スとの規定を設けてゐるのは、寧ろ干涉に失してゐる様に思はれ、廢止商號の抹消請求規定で充分ではなかつたかと考へられる。改正案第二八條に於ける營業讓受人が、讓渡人の營業に因つて生じたる債務を引受くる旨を廣告したるときは、讓渡人の商號を續用せざる場合に於ても辨濟責任ありとの新規定の如きは、當然のことであり、全く蛇足の條項なりと考へられる。

三 改正案は、商業帳簿に付き、第三三條第四項を以て、財産目録及び貸借對照表には作成者の署名を要件としてゐる。之は洵に妥當の規定である。

改正案第三四條第二項には、固定財産の記載價格に付き、其の取得價格又は製作價格より相當の減損額を控除したる價格を附することを得となしてゐるが、之は現行法に於ける、其價格は財産目録調製の時に於ける價格に超ゆることを得ずとの規定に對比し、今更ら改正の必要ありとも考へられないものである。

四 次に改正案は、第六章「商業使用人」の章に於て、第四二條乃至第四四條を追加し、其の第四二條に於て、現行商法施行當時屢々訴訟問題となりたる「本店又は

支店の營業主任」なるもの、權限を明示し、支配人と同一の權限を有するものと看做し、但し裁判上の行爲に付ては此の限にあらざると爲してゐる。又改正案第四三條は番頭、手代、其の他營業に關する使用人の權限に付き、其の營業に關する特定の事項に付ては一切の裁判外を行爲を爲す權限を有するものと定め、更に同第四四條は、店舗の使用人の權限に付き、其の店舗に在る物品の販賣に關しては當然の權限を有するものと看做してゐる。要するに此等改正案第四二條乃至第四四條の立法趣旨なるものは、支配人以外の使用人の權限を明白ならしめたものと云ひ得るであらう。

第二編 會社

第一章 總則

一 總則の部分に於て改正案第五七條が凡て「會社ハ本店ノ所在地ニ於テ設立ノ登記ヲ爲スニ因リテ成立ス」と規定したることは頗る重要なる改正と云はねばならぬ。從來會社は其の種類により設立時期を異にし、合名會社、合資會社

は定款の作成に因り直に成立し株式會社に在りては、發起人が定款を作成し株式總數を引受けたるときは直に成立し、又發起人が株式總數を引受けざりしときは創立總會の終結に因りて成立すとせられ、其の設立の時期を異にしてゐたのであるが、改正案は本條を以て會社設立の時期を凡て登記に因りて成立すと爲すに至つたことは注目に値ひする。

二 尙ほ現行法第四七條第四八條に依れば、會社が正當なる事由なくして其の成立後六ヶ月内に開業を爲さざるとき、竝に會社が法令又は公の秩序又は善良の風俗に反する行爲を爲したる場合に於ては、裁判所は之が解散を命ずることを得ることになつてゐるが、改正案第五八條は、會社が正當の事由なくして其の成立後一年内に開業を爲さず、又は一年以上營業を休止したるときは、裁判所は利害關係人若くは檢事の請求に因り又は職權を以て其の解散を命ずることを得べく、會社の業務執行社員、取締役又は監査役が法令又は公の秩序善良の風俗に反する重大なる行爲を爲したるとき亦同じとし（同條一、二項）新らしく其の第三項に於て、右の場合、解散命令前と雖も管財人の選任、其の他會社財産の保全

に必要な處分を爲すことを得べき旨を規定してゐる。

第二章 合名會社

合名會社に就いては、改正の加へられたる點必らずしも多くはないが、次の如き重要なものを存する。

一 改正案第七九條は、會社が社員に對し、又は社員が會社に對し訴を提起する場合に於て、其の訴に付き會社を代表すべき社員なき場合往々存在するを以て、此の場合には他の社員の過半數を以て之を定むるを要すと爲し、訴訟代表者を明白にして居る。

二 第四節「社員の退社」に付き、改正案第八六條は、「社員ノ除名ハ他ノ社員ノ過半數ノ決議ヲ以テ之カ宣言ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」と爲し、從來他の社員の一致を以て之を爲し得るものと規定してゐたのを、裁判所の判決に依るべきものと改正したのである。是れ他の社員の一致を得ることは必ずしも公平ならざるのみならず、其の決定を裁判所の裁判に俟つべきものと爲したることは

妥當の改正と云はねばならぬ。而して社員の除名に關する斯かる改正は、業務執行權若は代表權喪失に就いても同様の取扱を爲すべきものとし、且つ判決確定したる時は之が登記を命じてゐるのである(案八六條二、三項)。

改正案第九〇條及び第九一條は「社員ノ持分ニ對スル差押及び其の差押の效力範圍竝に社員の持分に對する執行方法を規定したものであり、是れ亦頗る必要なる改正規定である。此の規定は、合名會社、合資會社の社員となつて債務を免れんとする者に對する執行方法を明かにしたものであるが、此の場合に、第九一條の規定に依れば、社員の持分を差押へたる債權者は、營業年度の終りに於て其の社員を退社せしむることを得べく、但し會社及び其の社員に對し、六月前の豫告を要するものとす(九一條一項)」。が、此の場合其の豫告に因り當然に退社の效力を生じ、持分を返還することになるのであるか、又はそれには判決を要するのであるか、稍不明瞭の規定と謂はねばならぬ。尙ほ改正案第九二條は、退社員の氏名が會社の商號中に使用せられ居る場合、退社員は爾後其の使用を止むべきことの請求を爲し得る旨の規定を設くるも、之は當然のことである。

三 第五節解散に付き案第一〇四條以下に於て、會社の合併の無効は訴を以てのみ之を主張し得べきものとし、輕率に會社の合併の無効を主張し得ざらしめてゐることは、現行商法の一部修正が、往年來、合名會社に付き、設立無効の主張を訴にのみ依らしめ、株式會社に付き、株主總會の決議無効等の主張を訴にのみ依らしめたると同一の軌に出でたるものであり、而も其の内容に於て株式會社の創立總會の無効に關する訴の規定と殆んど同様のものあり、詳細を規定する(案一〇四條乃至一一一條)。特に改正案第一〇七條に於て、合併無効の訴提起後に於ても、合併無効の原因たる瑕疵が補完せられたるとき、又は會社の現況其他一切の事情を斟酌して、合併を無効とすることを不適當と認むるときは、裁判所は其の請求を棄却することを得と規定してゐるのは、大局より見て微細なる不備を飽くまでも追究するが如きことなからしめむとする精神に出でたることと明白であり、所謂會社荒しの如き揚足取りを防がんとしたものに外ならぬ。

四 第六節「清算」の規定として、前述したる社員の持分の差押ありたる場合に於ける清算の進行上に關する規定を、改正案第一一七條第四項及び第一一九條

に於て設けてゐるのは是れ亦當然と云ふべきである。改正案第一二五條は、從來の清算規定が、現行法第九一條の二に示せるが如く、清算の場合には辨濟期に至らざる債權と雖も、直に之を辨濟することを要すとありたるを緩和して、辨濟期ニ至ラサル債權ト雖モ之ヲ辨濟スルコトヲ得ト改むるに至つたことは、民法定むる期限の利益の見解と相違するは格別として、今日の商法の規定の下に於ては、洵に當然の改正なりと云ふべきであらう。尙ほ此の點に關連し、無利息債權に付いては、期限前に辨濟せんとするときは、法定利息を控除し得べきこと、及び利息附債權に對しては、其の利率より法定利率を減じたるものを加算して辨濟すれば足りる趣旨と定めてゐるが、案一二五條二三項、之が記述の方法を逆にしてゐるのは、却て通讀に不便の煩ひなしとしないであらう。尙ほ改正案は「清算」の規定に付き第一二七條に於て、會社の營業の全部又は一部を讓渡するには社員の過半數の決議あることを要すとなしてゐるのは、清算人の權限と云ふものを考へたる上よりして相當の制限なりと考へられる。

改正案第一三六條が、會社の設立無效の訴提起の期限を、其の成立の日より二

年以内に制限したのは、妥當である。尙ほ改正案第一四〇條は、會社の設立の取消は訴を以てのみ之を請求することを得とし、設立取消の主張方法を制限すると同時に、真正なる債權者を保護するが爲めに改正案第一四一條を以て、社員が其の債權者を害することを知りて會社を設立したるときは、債權者は其の社員及び會社に對する訴を以て、會社の設立の取消を請求することを得と爲してゐるのは、從來債務を免れんが爲めに合名會社、合資會社を設立したる悪弊を防がんとする趣旨に出でたるものとして、固より至當である。

第三章 合資會社

一 合資會社に就いては、改正案第一五八條は、有限責任社員の出資額減少の場合に於ける其の登記前に生じたる債務の責任を規定し、此の場合には、畢竟、合名會社社員と同様に、其の持分の變更登記ありたる後、二ヶ年間責任を負ふべきものと爲して居る。

二 改正案第一六一條は、合資會社の有限責任社員が死亡し、其の相續人數人

ある場合に於ては株式會社の株式が數人の共有に屬したる場合と同様に之を取扱ふべき旨を定む。妥當である。

三 以上を以て、合名會社及び合資會社に關する改正の大要を説明した。以下更に株式會社に關する説明を試みたく思ふ。今回の改正案の主要なる點は寧ろ株式會社の規定に置かれてゐるのである。

第四章 株式會社

第一節 設立

一 改正案は株式會社の設立に付き、其の第一六六條に於て、現行法第一二〇條第五號に於ける「取締役が有すべき株式の數なるものを削除するに至つた。是れ蓋し、改正案第二四五條に於て、取締役たるべき者は、株主總會に於て選任せられたる者を以て足り、現行法の如く必ずしも株主たることを要せず、會社と取締役との關係は、委任であることを明にしたる當然の結果と謂はねばならぬ。尙ほ定款記載事項中に、會社の公告は、官報又は日刊新聞に掲げて爲すべきもの

と爲したことは、從來小資本の株式會社に在つては、店頭廣告を以て之を爲す事例あり、判例としても、法律に何等の制限なかりし爲め、之を制限し得ないものがあつた。仍て之が改正規定を設くるに至つたのである。改正案第一六七條は新規追加の規定であり、定款ハ公證人ノ認證ヲ受クルニ非サレハ其ノ效力ヲ有セス」と制限してゐるのであるが、之は株式會社設立の基礎たる定款の曖昧なるを防がんとする公益的趣旨に出でたものであり、至當である。

二 改正案第一六八條第二號に於て、數種ノ株式ノ發行竝ニ其ノ各種ノ株式ノ内容及數なる新規規定を設けてゐるのは、既に現行法に於ても認められたる記名株式、無記名株式、並に優先株式、其の他合併等に依り、拂込金額を異にする株式等種々あり、之を定款に記載せしむるの必要あるに因る。又定款記載の必要事項として同條第六號に、會社ノ成立後ニ讓受クルコトヲ約シタル財産、其價格、及讓渡人ノ氏名なる記載を設けてゐるのは、現物出資の規定の嚴格なるを避けんが爲めに、今日多數に行はるゝ事例として、會社の成立後に讓受くることの約定ある財産に付き、一旦現金拂の形式を踏み、會社成立後其の約定財産を取締役に

於て任意賣買を爲すの事例に鑑み斯くの如きは現物出資規定に對する脱法行爲なりとの見解に出でたるものなるべく、固より會社設立の基礎を強固ならしむる上に於て、妥當の規定と云はねばならぬ。

三 改正案第一六九條は、發起人の株式引受も亦之を書面に依るべきものと爲し、株式申込證に依らずとするも、必らず引受書面の作成を必要としてゐる。是れ其の會社の發起と株式の引受とは、必ずしも相隨伴すべきものと見ざる結果であるが、發起人の引受株式の數を定款を以て明白ならしむることは、本條に所謂書面に依る引受と解して差支ないであらう。

改正案は既に述べたるが如く(案五七條)會社の成立には之が登記を必要とする次第であるが、尙ほ其の發起人が株式總數を引受けたる場合に於ても、先づ各株に付き第一回の拂込を爲し且つ取締役、監査役を選任し、其の取締役は拂込の完了並に現物出資の給付其の他の事項に付き調査せしむる爲め、検査役の選任を裁判所に請求することを要し(案一七三條一項)、裁判所が検査役の報告を聽き、改正案第一六八條即ち定款の必要的記載事項を不當と認めたるときは、之が

變更を加へ、各發起人に通知し得べきものとし(案一七三條二項)、現行法に於て同時設立の場合に其の検査役の選任申請並に裁判所の通知は取締役に對して爲されたるものを、かく發起人に對するものと爲したるは、會社設立時期の改正せられたる結果として當然の論結と云ふべきであらう。此の場合に其の検査役の報告を聽き、裁判所が變更通知を發したる場合其の變更に服せざる發起人は其の株式の引受を取消すことを得とし、又株式の引受を取消したる者なき場合に於ても之が通告に従ひ定款は變更せられたるものと看做さるゝ結果、案一七三條三、四項、此の場合に於ても其の變更せられたる定款を全部の發起人が承認せざる以上、未だ會社の設立確定せざることとなるのであるが、之は當然である。尙ほ改正案第一七一條は、額面以上の價額を以て株式を發行したる場合の額面超過額拂込時期は、第一回の株金拂込と同時に之を拂込むことを要すと爲し(同條三項)、又改正案第一七二條は、現物出資に依る財産の給付時期を第一回の拂込期日迄とし、但し登記登録其の他權利の設定移轉に因る第三者對抗要件行爲は、會社成立後に之を爲すことを妨げざるものと規定して居る。以上を

要するに、改正案は發起人が株式の總數を引受けたるときと雖も、會社の資産状態を確實ならしめるが爲めに、之に裁判所の干渉を認めてゐるのである。改正案第一七五條は、株式申込證に關する規定であつて、其の記載事項の第五號を以て、株式ノ讓渡禁止若クハ制限、株券ノ裏書禁止、又ハ株主ノ議決權ノ制限ヲ定メタルトキハ其ノ規定を記載すべき要ありとし、特に第六號に於て、株金ノ拂込ヲ取扱フヘキ銀行又ハ信託會社及ビ其ノ取扱ノ場所を明示すべきものとし、且つ後日其の取扱銀行若クは會社を變更せんには、特に裁判所の許可を得ることを要するものと爲してゐる(案一七八條)。

四 發起人が株式の總數を引受けざる場合の會社設立規定は、前記株式申込證に關する規定以外は、現行法に大同小異である。只創立總會に於て、検査役の報告事項により不當と認めたる場合には、創立總會は之を變更することを得る點は現行法と同一なるも、其の場合に株式の引受を取消し得るものと爲したることは、從來現行法の規定に於ける不明なる點を明白にしたものと云はねばならぬ(案一八五條二項)。改正案第一八九條の株式會社設立の登記事項は、大體に

於て定款の必要的記載事項及び相對的記載事項の範圍であり、之は當然の規定であるが、其の第八號に於て、株主ニ配當スヘキ利益ヲ以テ株式ヲ消却スヘキコトヲ定メタルトキハ其ノ規定なる事項を設け、之に因る資本減少を最初より定款に規定することを認むるに至つたことは、改正案の一特色である。固より第三者に其の效力を對抗し得るには資本減少手續として、異議ある債權者に支拂を要することは云ふまでもない(案三七六條二項)。

改正案第一九〇條は、從來とても株金の拂込を取扱ひたる銀行又は信託會社は、實際には發起人又は取締役の請求に依り、拂込金の保管に關する證明書を作成してゐたのであるが、改めて證明書交付の義務あるものとし、且つ其の證明したる拂込金額に付いては、拂込ナカリシコト又ハ其ノ返還ニ關スル制限ヲ以テ會社ニ對抗スルコトヲ得ス」と規定するに至つた。之は從來屢々行はれたる株金拂込に關する預合を防止せんとする趣旨に出でたものであつて、資本充實の上よりして當然であるが、從來裁判所に現はれたる多數の事例なるを以て、特に之が規定を設けたるものと解せらる。

五 改正案第一九一條は、權利株に關する賣買禁止の規定である。然しながら、此の規定は改正案第二〇四條第二項に於て、株券の發行前に爲したる株式の讓渡は、會社に對し其の效力を有せずとの規定と重複せるものにあらざるやを疑ふ。尙ほ改正案第一九一條第二項には、發起人は株式引受に因る權利を讓渡することを得ずと規定し、發起人の責任を特に重からしめむとしてゐるのであるが、同條第一項との差異は、實際として只讓渡代金の取戻を讓受人に認め得ざるの點に過ぎざるやを思ふ。

改正案第一九六條及び一九七條は、發起人並に取締役、又は監査役が會社の設立に關する責任並に其の訴の提起を規定したものであり、會社設立に關し、此等の者の不正行爲を防止せんとし、其の責任期間を特定し、且つ其の免除決議を制限せんとする趣旨に出でたものである。改正案第一九八條は、發起人たるや否やに付き曖昧の立場に在る者をして、發起人と同一の責任を負はしめむとするもの、尙ほ發起人の特別責任に關し、後述第二節株式の規定の下に、改正案第二一九條第二項を以て、特に發起人が會社の設立に關して引受けたる株式に付ては

會社の成立後五ヶ年間其の株式に付き拂込責任を負擔せしむる旨の規定を設けてゐるのは注目すべき一點である。

第二節 株式

一 改正案第二〇一條は、假設人ノ名義ヲ以テ株式ヲ引受ケ又ハ讓受ケタル者の責任及び他人の承諾を得ずして、其の名義を利用したる者の責任並に他人と通謀して其の名義を利用したる者の株金拂込義務に關する特別規定を設けてゐるのであるが、斯くの如きは、一九〇八年英國會社法が既に明示せる所であり、それが漸く我が改正案にも認められたるに過ぎず。尙ほ前に一言したる如く、改正案第二〇四條第二項に於て、株券ノ發行前ニ爲シタル株式ノ讓渡ハ會社ニ對シ其ノ效力ヲ生セスとの規定を設けてゐるのは、現行法第一四九條但書に於て、株式は本店の所在地に於て登記を爲す迄は之を讓渡し又は其の豫約を爲すことを得ずとあるのを修正したものである。元來此の規定なるものは、會社に對抗し得ざるも、當事者間に於ける效力を認むるに妨げなきものとして、從來

裁判所に於ける實際問題として屢々争ひのあつた著しい事例の一つである。而して改正案は前に其の第一九一條に就て述べたるが如く、株式引受に因る權利は、唯會社に對して其の效力を生ぜざるに過ぎずと爲して、當事者間に於ける效力を認めたるものであるが、此の規定と本條とは、多少重複の觀なきやを思ふのである。

二 改正案第二〇五條は、記名株式ノ讓渡ハ株券ノ裏書ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得るものと定むるに至つた。之は言ふ迄もなく會社に對抗問題とは別個に、當事者間の效力としての方式を規定したものである。而して記名株式の讓渡及び移轉に付き、改正案が特に第二〇六條を第一項と第二項とに分ち、株式を裏書移轉し得る場合と否とに分割し規定したる點は、些か煩雜に失するの嫌ひなきを得ないであらう。されば改正案第二〇六條第三項が、株金ノ滯納アル株式ニ付テハ會社ハ其ノ名義書換ヲ拒ムコトヲ得と爲したるは、斯の如き制限を定款に定めざる場合の補充規定として、頗る重要な意義を有するものと考へる。現行法に於て定款に此の拒絶規定なき場合に付き、大審院の判例としては

株金の滯納ある株式と雖も名義書換を拒み得ざる結果、讓渡人と讓受人との間に其の滯納株金の拂込責任問題に付き、屢々訴訟を惹起したのであつたが、立法者は此の點に鑑み、斯る規定を設くるに至つたものと考へられる。

改正案は、株式を以て質權の目的と爲したる場合に付き、特に其の第二〇七條乃至第二一一條を以て、株式に關する重要現象の一たる質權の目的とせられたる場合の規定を設く。即ち案第二〇七條は、質權の目的と爲すには、交付及び占有を必要とし、案第二〇八條を以て、質權の目的たる株式が消却資本減少、併合又は轉換ありたる場合には、其の株式に代るべきものに質權が代位する旨の規定を爲して居る。蓋し妥當の規定と云ふべきである。案第二〇九條は、記名株式を質權の目的と爲したる場合に於ける質權の登録規定であり、之に依り、其の質權設定を登録したる場合に、之が質權者を完全に保護する規定である。案第二一〇條は、會社が例外的に自己の株式を取得し又は質權の目的として之を受くることを得べき場合を列擧したものであり、現行法の下に於ては、此等列記の諸場合は解釋上當然とされてゐるのであるが、現行商法第一五一條に於ては、其

の禁止規定を掲げたるのみなるが故に、之が誤解を避けんとして、此の態度に出
てゐるのである。殊に、合併又ハ他ノ會社ノ營業全部讓受ニ因ルトキの如きは
最も普通に生じ得べき事態である。案第二一一條は、前條に依る會社が自己の
株式を取得し、又は質權の目的として受取ることの特殊事態を速に處理すべき
ことに關する規定である。

三 改正案第二一三條は、株金の拂込及び之に應ぜざる株主に對する處置の
規定であるが、従來は拂込を爲さざる株主に對しては、株主權の喪失即ち失權通
知を發してゐたが、改正案は株式を處分すべき旨を通知することを得と爲すに
至つた。然しながら此の規定は株主權の喪失に非ずして單に株式處分を爲す
ことの通知義務を認めたるに過ぎざるや多少疑ひを存する。が、此の點は改正
案第二一四條第二項に於て、會社は株式處分に因りて得たる金額より、滯納金額
及び違約金額を控除したる殘餘を従前の株主に拂戻すことを要すと爲してゐ
るのであつて、斯くの如きは、明らかに株主權を喪失するものに非ざること前
提としてゐるのであるから、此の規定に鑑みて、是れ亦株主權の喪失に非ずとの

見解に基きたるにあらずやと想像される。さはれ如斯き殘額なるものは、實際
の經濟事情としては存在し得ざる所なるべく、若し之が存在し得べき場合には
敢て不拂により株式處分を受くる結果を見ること稀なるが現實であらう。さ
れば右の如き立法は、法理論としては理解し得んも、實益に乏しき改正規定なり
と考へられる。改正案第二一五條第二項の規定の如きも、實益稀れなる規定と
云ふべきである。

改正案第二一四條は、拂込を爲さざる株式の處分は、原則として競賣に依るべ
きも、但書を以て裁判所の許可を得れば、他の方法に依り之を賣却することを妨
げざる旨の除外例を設けたものであり、改正案第二一六條は、拂込を爲さざる株
式の競賣を爲したるも、其の結果を得ざる場合の特別規定であつて、従來斯の如
き事例は多數に存在したるも、會社は其の處置に窮したる場合鮮少ならざりし
が故に、改正案は本條を以て、斯の如き場合には會社は資本減少の規定に従つて
其の株式を消却することを得る旨を規定するに至つたのである。之は洵に事
宜に適した規定なりと云はねばならぬ。改正案第二一八條は、是れ亦株式が質

權の目的たる場合に、株主が株金拂込を爲さざることの結果を規定したものであり、斯くの如きは從來とても其の事例頗る多きものであつた。改正案が如き場合、其の株主竝に株主名簿に記載ある質権者に對し、株券を提出すべき旨の通知を、會社をして負はしむるに至つたことは、此の場合に於ける株主竝に質権者に對する警告の趣旨に出でたるものとして、妥當と思料される。

四 改正案第二一九條は、株式讓渡人の責任は、其の讓渡後二ケ年なるも、發起人が會社の設立に際し引受けたる株式に付いては、特に五ケ年間其の責任を負擔せしめたるものであり、是れ亦改正案が發起人の責任を加重することに因り會社存立の安固を計らんとする趣旨に出でたるものとして、固より至當である。改正案第二二〇條は、多數の株式讓渡人ある場合に、之が競賣不足金を辨濟したる株式讓渡人は、其の前者に對して償還請求權を有すとの規定を設く。之は怖らく手形の裏書取得人に準じたる立法ならんも、如斯きは、徒らに技巧に失したるの規定と云ふべく、之が爲め却つて株式競賣に關し、屢々不徳義漢を簇出せしむるに非ざるやを思ふのである。立法が徒に机上の空論に走ることは注意す

べき事柄であつて、我國の立法中には、特に如斯き、所謂理論倒れの概念論を展開すること、從來餘りにも屢々なるを見受けるのである。

改正案第二二一條は、株金の拂込期日後に於ける株式の讓渡を警戒した規定であるが、如斯き株式讓渡を認むることは、却つて實際の取引に於て混雜を來すべく、既に改正案第二〇六條第三項に於て、株金の滯納ある場合に、會社は其の名義書換を拒むことを得となしてゐる限り、最早之を以て充分と考へる。蓋し滯納株式の移轉を本條に依り、連帶責任の下に之を認むるが如きは、是れ徒らに責任關係を複雑ならしめ、却つて株式の取扱を煩雜ならしむるに過ぎざることとなるからである。改正案第二二二條は、會社が數種の株式を發行したる場合に於て、利益若くは利息の配當又は殘餘財産の分配に付き、株式の種類に従ひ格別の定を爲すことを得べき旨を規定したものであり、固より至當である。

五 改正案第二二三條の株券に記載すべき事項は、既に説明したる所に依り當然なる規定であり、改正案第二二七條は、從來無記名式の株式は、株金全額の拂込ありたるときは、株主に於て當然之を請求し得べかりしものなるも、實際の取

引上無記名式の株券は、一般に實際上の要求少かりしが故に、之を原則とせず、只定款に認めたる場合に限り、其の發行を要求することを得と變更したのである。改正案第二二九條は、小切手法第二十一條ノ規定ハ株券ニ之ヲ準用ス」とあり、之は甚だ法理的の用例であるが、實際問題としては、立法技術上用語の當否に疑ひなきを得ぬのである。元來本條項は、原則として株式の取得と、有價證券の取得とを同一に取扱はむとするも、株式に關しては同條第二項に依り、其の裏書の調査責任を其の取得者に負擔せしめたものであり、斯の如きは今日の一般用例たる白紙委任狀附占有の移轉に因りて行はるゝ事例に反せるものと云ふべく、却て取引の圓滑を害する虞れなきやを疑ふのである。

改正案第二三〇條は、株券を喪失したる者は、除權判決を得るに非ざれば、其の再發行を請求するを得ずと爲すに至つた。之は今日實際の取引に於ける多數の事例に反するものであるが、余の意見としては、本改正の趣旨は洵に相當なりと考へる。蓋し株式喪失の届出を爲したる場合に、輕率に之が再發行を認むることは甚だ危険であるからである。

第三節 會社の機關

第一 株主總會

一 會社の機關としては、從來と同じく株主總會、取締役及び監査役の三者を認める。株主總會に關しては、先づ第二三一條を以て、其の招集者を規定し、本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外取締役之ヲ招集スとの規定を設く。是れ現行法第一五七條の定時總會並に第一五九條の臨時總會は、取締役之を招集すとあるを統一したるものに過ぎず。而して現行法第一八二條に於ける「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ノ招集ヲ爲スコトヲ得」との規定は、改正案第二三五條二項に保留しあり、畢竟改正案は、從來取締役及び監査役の規定中に散在して設けられたる總會招集權者に付き、只之を統括的に規定するに至りたるものに過ぎず。改正案第二三三條が、「總會ハ定款ニ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外本店ノ所在地又ハ之ニ隣接スル地ニ之ヲ招集スルコトヲ要ス」との規定を新設するに至つたことは、從來往々會社の重役が株主總會に於ける

非難攻撃を避けんが爲めに、其の總會開催地を遠隔不便の場所に定め、不正の意思を遂ぐる虞れありたる事例に鑑み、固より正當且つ必要なる規定と考へる。尙ほ改正案第二三六條が特に、取締役又ハ監査役カ總會ヲ招集スルニハ各其過半數ノ決議アルコトヲ要スとの規定を設けたのは、從來取締役が各自會社を代表すべきことを原則とせる結果、法律又は定款に特別の規定なき限り、各自恣に株主總會を招集し、取締役間の紛議を直に株主總會に現はさしむるが如き實情に在つたことに鑑み、之が總會招集權限に就いて特に斯る制限を設けたことは是れ亦至當の修正と信ずる。

改正案に於ては、株主總會の決議には、特別の利害關係ある者は、議決權を行使することを得ずとするは、現行法と同様であるが、此の場合に議決權を行使することを得ずと爲すのみでは、其の議決權行使を爲し得ざる株主の爲めには勿論、亦會社の爲めにも甚だしき不利益を加ふる結果となる。故に、改正案は後述の如く、其の第二五三條に於て、此の場合の救濟規定を設くるに至つた。但し、其の條文の排列位置は甚だ拙劣と思惟する。尙ほ利害關係ある株主の議決權

行使を制限したる場合に、其の制限せられた議決權の數は、出席の議決權の數に算入せざることを明らかにせむが爲めに、改正案は第二四〇條を設けてゐるが、之は當然の事柄であり、敢て條文を設くる迄もないことであらう。若し態々之を新設する以上は、第二四一條第二項に於ける會社の有する自己の株式に付ても之と同様の規定を必要とするであらう。

從來株主總會開催の問近に於て、株式を取得して株主總會に出席し、總會をして紛議に陥らしめたる實例の尠くなかつたことは周知の事實である。仍て改正案第二四一條は、現行法第一六二條の株主議決權に對する制限として、株式ノ讓受ヲ株主名簿ニ記載シタル後六ヶ月ヲ超エサル株主ニ議決權ナキモノトスルコトヲ得との旨を定款を以て定め得るものと爲すに至つた。是れ右の從來屢々行はれたる會社荒しの弊を防がむとしたるものであり、固より妥當の改正である。只欲を言へば、寧ろ一步進め、之を絶対的規定とするに若かずと考へる迄である。尙ほ改正案第二四一條第二項に於て、會社ハ其ノ有スル自己ノ株式ニ付テハ議決權ヲ有セスとの規定を設くるに至つたことは、現行法第一六一條

第四項に規定せる總會の決議に付き、特別の利害關係を有する者の類推解釋上當然の事柄であり、之を只明白にした迄である。

二 改正案第二四三條に於て、總會ニ於テハ延期又ハ續行ノ決議ヲ爲スコトヲ得」と規定したのは、總會なるものの本質に鑑み當然である。但し、此の場合に更にその延期は、可否以外の決議なりや否やの議論を生じ、又續行は之と同一總會と見るべきものなりや否やの議論を生じ、從て其の延期又は續行に付き、株主に對する新規の通知を要せざるや否やに關しては、從來屢々疑義を生じたる爲め、同條後段に規定するが如く、之が延期又は續行總會に就ては、其の通知を發する必要な旨、從て亦其の續行又は延期の總會迄には、二週間の間隔を要せざるものなることを明かにしたのである。

改正案第二四四條は、總會ノ議事ニ付テハ議事録ヲ作ルコトヲ要ス」との規定を設けたのは、既に現行法第一七一條並に改正案第二六三條にも明示せる所よりして當然であるが、改正の要點は、同條第二項を以て總會議事録の内容を特定したことに在るのであり、其の作成義務に就いては、後に案第二六三條を以て、取

締役の備置義務を認めてゐる。而して其の内容として、議事ノ經過ノ要領及其ノ結果を記載せしめ、且つ其の署名者を特定して、議長、並に出席シタル取締役及監査役の責任事項としてゐるのは、現行商法に於ける議事録の内容及び其の署名義務者の明白ならざりしを修正せんとする趣旨に外ならぬ。之は從來、議事録の作成甚だ無責任なる場合多きに鑑み、適當の規定と云ふべきであらう。

改正案第二四五條は、現行法に於て定款變更の外、更に總會の特別決議を要する事項を明確ならしむる爲め、之を列舉したもので、營業の讓渡、營業の讓受、又は營業全部の賃貸及び委任經營、其の他に準ずる契約の締結、變更又は解約、取締役又は監査役の責任免除に關する場合を擧げる。尙ほ改正案第二四六條は、會社の設立に付き、現物出資に關する規定を免れむが爲めに、する行動を禁止せんが爲めに、會社カ其ノ成立後二年内ニ其ノ成立前ヨリ存在スル財産ニシテ營業ノ爲ニ繼續シテ使用スヘキモノヲ資本ノ二十分ノ一以上ニ當ル對價ヲ以テ取得スル契約ヲ爲ス場合ニ之ヲ準用ス」との規定を設けてゐるが、之は前述したる改正案第一六八條第六號と同一の精神であり、頗る微細な制限規定である。固

より現物出資の脱法行爲を防ぐ趣旨より言へば、斯る制限を設け會社の内容充實を確實ならしむることは洵に妥當なことであるが、只他方より考ふれば、如斯き煩雜なる干涉規定を設けて保護する必要ある株主なるものは、寧ろ會社事業に初めより株式引受を爲さざるを得策とすべく、されば斯くの如き立法は、却て角を矯めて牛を殺すの譏りを免れざるものと考へる。

三 改正案第二四七條が、總會招集の手續又は決議の方法、法令若くは定款に違反せざるも、其の實質上著しく不公正なる場合に其の取消を請求し得べき場合として、從來の如く法令又は定款に違背せる場合の外に、又ハ著シク不公平ナルトキを附加したのは、單に法令若くは定款違背にのみ制限することが實際の事情に即せざる場合屢々あり、會社の當局者を悩ましたる實例に鑑み、固より正當である。尙ほ此の點に付き、反對に改正案第二五一條に於て、決議取消の訴の提起ありたる場合に關して、決議ノ内容、會社ノ現況其ノ他一切ノ事情ヲ斟酌シテ其ノ取消ヲ不適當ト認ムルトキハ裁判所ハ請求ヲ棄却スルコトヲ得との規定を設けてゐるのは、同一精神に基き事體を表裏より規定したるものであり、改

正案の丁寧慎重を推するに足る一點である。同様なる趣旨は、案第二五二條を以て、總會決議ノ無効確認ヲ請求スル訴に付きても之が準用規定を設けてゐる點に徴しても認められ得る所であり、法律濫用者を防がむが爲めの規定なることは甚だ遺憾ではあるが、現時の弊風を妨遏せんとする趣旨は、實に汲むべきである。

改正案第二五三條は、現行法第一六一條第四項案二三九條四項に、總會ノ決議ニ付キ特別ノ利害關係ヲ有スル者ハ其ノ議決權ヲ行フコトヲ得ス」とあり、特別の利害關係を有するが爲めに、全然何等の救済を與へざるは、條理上却つて不當の場合あるが故に、本條を以て之が特別救済として、決議カ著シク不當ニシテ其ノ株主カ議決權ヲ行使シタルトキハ之ヲ阻止スルコトヲ得ヘカリシモノナルニ於テハ、其の株主は訴を以て決議の取消又は變更を請求することを得べきものと爲したものであり、是れ亦妥當の追加規定と謂ふべきである。

第二 取締役

一 改正案は第二五四條を以て、現行法第一六四條に規定せらるる、株主中

リ取締役を選任すべき制限規定を削除するに至つた。之は法律論としては注目すべき重要な改正であるが、實際上の問題としては左迄重要視すべき事柄ではない。蓋し取締役に此の資格を必要とするときは、現に白紙委任状附株式名義書換委任に依り之を實行してゐる所であり、此の改正は實際上重大なる事項に非ざるのみならず、斯る一種の合理主義に拘泥せる改正は、却つて現實なる社會事實に則しての有價値なる立法と稱し得ざるものがあるのである。蓋し取締役たる者の資格として株主に限らしむることは、寧ろ其の直接なる利害關係を有せしむる意味に於て却て、得策の場合が多いからである。何れにせよ、此の問題は、謂はゞ何れにしても可なる程度のものに過ぎぬ。

取締役が任期満了又は辭任に因り退任したる場合に、其の法定員數を缺くに至るときは、一時退社取締役をして依然取締役としての權利義務を有せしむることは、既に現行法に規定せられてゐる所であるが、如斯き特別の場合に於て、若し監査役其の他利害關係人の請求に依り、裁判所が必要ありと認むる場合には、一時取締役ノ職務ヲ行フヘキ者を選任することを得るものと爲す。之は改正

案第二五八條第二項に規定せられたる趣旨であるが、斯くの如きは、假の處分として當然の處置であり、敢て追加規定を設くるの必要なきもので、畢竟同項は其の末段に於て規定せる「裁判所ノ選任シタル一時取締役の職務ヲ行フヘキ者に付いても、其の登記を爲さしめざるは、第三者との交渉上甚だ曖昧たるを免かれざる上よりして、其の登記の必要ありと爲したる點に、寧ろ重點の存するものと考ふべきである。而して同様の趣旨は尙ほ、退任シタル取締役カ新ニ選任セラレタル取締役ノ就任スル迄尙取締役ノ權利義務ヲ有スル場合に於ても必要である。されば改正案が、其の登記の必要を裁判所が選任したる取締役の職務代行者の場合のみに制限したことは、却つて狭きに失するものと云はねばならぬ。

改正案第二六一條は、會社代表取締役を定むるに付き、定款若くは株主總會の決議を以てせる場合のみに制限せずして、尙ほ、定款ノ規定ニ基キ取締役ノ互選ヲ以テ會社ヲ代表スヘキ取締役ヲ定ムルコトヲ妨ケス」として、從來實際に行はるゝ如き取締役の互選を以て、代表取締役を定むることを定款に規定するときは、之を法定の代表取締役と認め得る旨を定めてゐる。

二 改正案第二六二條は、是れ亦現在の實例に於て使用せらるゝ用語なる社長、副社長、専務取締役、常務取締役等の名稱を附したる場合の責任關係を明白にしたものである。但し注意すべきは、取締役會長の如き名稱は、只取締役會の會長と云ふに過ぎざるが故に、會社代表の權限を有するものと、其の意義を異にする一事である。取締役の兼業禁止としては、現行法第一七五條に、同種ノ營業ヲ目的トスル他ノ會社ノ無限責任社員となることを得ざる規定あるのみであるが、改正案第二六四條は、尙ほ同種の營業を目的とする會社の取締役となることをも株主總會の認許なき限り禁止するに至つた。此の點は、實際の事實としては頗る重要な改正として注目せらるべきものである。予は理論としても又實際としても、改正案の如き制限は相當なりと信ずる。蓋し濫りに同種の營業を目的とする會社を設立し、其の取締役を兼ねるが如きは、單に會社經營の費用を節約し得るの口實を興ふるに過ぎず、斯くの如き同種の營業を目的とする會社を設立し、其の取締役を兼ねしむるが如きを獎勵するの必要を認めないからである。

改正案第二六七條は、一旦株主總會の決議に依り、取締役に對して提起した訴に付ては其の取下、和解、又は請求の拋棄を爲すことも亦株主總會の決議に依らねばならぬことを規定したものである。是れ從來取締役に對する訴の結末に付ては、妥協、或は買收等の行はれる場合が甚だ多いので、斯くの如き事例を防止せんとする趣旨に外ならない。尙ほ現行法第一七八條に依れば、資本の十分の一以上に當る株主は、株主總會の決議に於て取締役に對して訴の提起を爲すことを否決したる場合に於ても、監査役に對し、訴の提起を請求し得たのであるが、改正案第二六八條は、其總會ノ會日ノ三月前ヨリ引續キ株主タルコトを要件として、訴の提起請求を認むることとした。是れ亦所謂會社荒しの弊害を防がんとした趣旨に出でたものであり、同様の制限は、監査役に對して、株主總會が訴を提起することを決議した場合にも認められる(案二七九條)。

三 改正案第二七〇條第一項は、取締役の選任決議の無効又は取消の訴の提起ありたる場合に、裁判所が、假處分ヲ以テ取締役ノ職務執行ヲ停止シ又ハ之ヲ代行スル者ヲ選任スルコトヲ得と規定してゐるのであるが、斯くの如き規定も

亦民事訴訟法上、假處分制度當然の適用として、此の場合に取締役の職務執行停止を命じ、又は代行者を選任することの規定を設けてゐるのであるが、其の假處分の變更又は取消に付き、一々之が登記を爲さしめざる時は、其の命令の存在不明となる。故に之が登記を爲さしむる必要があるものであつて、改正案は此の點を主眼として規定したものであり、畢竟同項は、其の第三項に於て規定せる登記の必要に重點を存するものと云はねばならぬ。

改正案第二七一條は、前條に規定された取締役の選任決議の無効又は取消の訴があつたことを前提とし、裁判所が選任したる取締役の職務代行者の權限を明示した規定である。即ち此場合に於ける、取締役職務代行者ハ假處分命令ニ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外、會社ノ常務ニ屬セサル行爲ヲ爲スコトヲ得ス」と規定し、其の權限範圍を明示して居る。但し特に本案の管轄裁判所の許可を得たる場合は、此の限に在らずとして、必要ある場合には常務以外の行爲をも裁判所の許可を得て爲し得る旨を規定し、且つ同條第二項を以て、職務代行者が此の規定に違反したる場合と雖も、會社は善意の第三者に對して其の責に任ずべき

旨を定めて居る。是れ職務代行者の責任を明にすると共に、善意の第三者の保護を一層重んじたものである。既に職務代行者の權限が第一項の如く別段の定めある場合の外、會社の常務に屬せざる行爲を爲し得ざるものなる限り、其の取引の相手方を特に厚く保護する必要はなきもの如くである。畢竟此の第三者保護規定は、本末を顛倒せる無益の規定と思惟される。改正案第二七二條は、取締役ノ解任ヲ目的トスル總會ノ招集ヲ請求シタル者ハ其取締役ノ職務執行ノ停止又ハ職務代行者ノ選任ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」と云ふに在るも、是れ亦假處分當然の事柄であり、斯くの如きは蛇足の改正規定と云ふの外はない。

第三 監査役

監査役に關する規定に付ては、改正案は現行法と大差なく、従つて多く論ずるの要を見ない。

第四節 會社の計算

一 會社の計算に關する規定に付き、取締役が作成すべき書類は、現行法と同一であり、財産目録、貸借對照表、營業報告書、損益計算書、準備金及び利益又は利息の配當に關する議案の五種であるが、此等の書類を監査役に提出すべき時期を改正案第二八一條は「定時總會ノ會日ヨリ二週間前」と改正し、現行法に一週間前とありたるものを變更するに至つた。又改正案第二八二條は、此等の書類及び監査役の報告書の本店備付の時期に付き、現行法には定時總會の會日前としてゐたのを、「一週間前」と改正し、其の定時總會前に於ける備付期間を延長するに至つた。之は實際に於て其の準備の爲めに、定時總會の開會日を遅れしむる虞れあり、従つて定時總會の決議を以て確定すべき配當支拂期日を遅延せしむるに至る不便を生ぜしむる。然し苟くも會社の計算を精確且つ公明ならしめ株主及び債権者の保護を實證せんとする立場よりしては、洵に至當の規定と謂はねばならぬ。尙ほ改正案第二八二條第二項は、株主及び會社の債権者は前項に掲ぐる書類の閲覽を求め得るのみならず、其ノ謄本若クハ抄本ノ交付ヲ求ムルコトヲ得」と定め、現行法には只營業時間内閲覽を求むることを得と在るに一步を

進め、其の謄本若くは抄本の交付請求權を認め、取締役をして、其の作成書類に對する責任を嚴格ならしめてゐる。更に改正案第二八四條は、定時總會に於て財産目録、貸借對照表等に關する承認ありたる後も、尙二ヶ年間は取締役及び監査役に對して、其の責任解除に至らしめざるものとす。

二 改正案第二八五條は、財産目録に記載する財産價格の計上方法の規定であり、營業用ノ固定財産ニ付テハ其ノ取得價格又ハ製作價格ヲ超ユル價格、又「取引所ノ相場アル有價證券ニ付テハ其ノ決算期前一月ノ平均價格ヲ超ユル價格」を附することを得ずと爲して居る。此の點は改正案第三四條に於ける一般商業帳簿に記載すべき價格に關する規定と、殆んど同趣旨であり、多少重複の觀なきを得ない。須らく之を統一し規定すべかりしものである。

改正案第二八六條は、新に改正案第一六八條第一項第七號の規定、即ち「會社ノ負擔ニ歸スヘキ設立費用及發起人カ受クヘキ報酬ノ額」として支出したる金額及び設立登記の爲めに支出したる税金額は、之を貸借對照表の資産の額に計上し得べき旨を規定する。蓋し此等の支出は、資産として計上し得べきものなり

や否や疑問であり、又設立登記の税額は之を設立費用の中に包含せしめて支出せしむべきや、現行法の下に於て議論の存する所であり、尤も改正案に依れば會社は登記に因り初めて設立せらるゝものなるが故に、之を設立費用の内に包含せしむべきものなるも、尙ほ之を設立費用とするも、資産として計上し得べきものなりや、議論の存する所であるが結局改正案は折衷策として一方に資産としての計上を認め、且つ其の場合には此等の支出金額、又會社が建設利息の配當を爲す場合には其の配當を止めたる後五ヶ年以内に毎決算期に於て均等額以上の消却を爲すことを要するものと規定して、一時的事項は已むを得ざるも、斯くの如き資産課目は厳正なる資産でないものであるから、一定の年限内に之を消却せしめ、永遠に純資産の保持を目的とせしめたものである。尙ほ同様の精神を以て、建設利息の配當を爲す場合に關し、後述改正案第二九一條第三項の如く、年六分ヲ超ユル利益ヲ配當スル毎ニ其ノ超過額ト同額以上ノ金額ヲ償却スルコトヲ要スとの特別制限を設くるに至つた。

改正案第二八七條は、社債權者に償還すべき金額が、社債の募集に因つて得た

る實額を越ゆるときは、其の差額は結局會社の損失に歸すべきものであるが、今日多數に行はるゝ貸借對照表の作成に關する兩立主義を認め、特に其の差額を資産の部に一時計上することを得せしめ、之と同時に、社債償還ノ期限内ニ毎決算期ニ於テ均等額以上ノ償却ヲ爲スコトヲ要スと規定して、是れ亦其の差額償却を爲さしめ、結局帳簿上にも純資産を完全に保有せしむることの主義を採用して居る。改正案第二九三條は、利益又ハ利息ノ配當ハ定款ニ依リテ拂込ミタル株金額ノ割合ニ應シテ之ヲ爲スと規定してゐるのであるが、之は甚だ曖昧であり、修正すべきものと考へる。尙ほ其の配當ノ日に於ける拂込み株金額の割合に應ぜしむることは、嚴格に論ずるときは多少の不合理なるも、取扱には頗る便宜であらう。

三 改正案第二九四條は、現行法第一九八條に於て、資本の十分の一以上に當る株主は、何時にても検査役の選任を裁判所に申請するを得る旨の規定を制限して、(イ)會社の業務執行に關し、不正行爲又は法令若くは定款に違反する重大なる事實あることを疑ふべき事由あるとき、(ロ)且つ其の資本の十分の一以上に當

る株主が三ヶ月前より引續き株主たることの二條件を附加するに至つた。會社の紛議を濫りに生ぜしめざらむとする趣旨よりして適當の改正と云ふべきであらう。案第二九五條は、會社と使用人間の雇傭關係に基いた債權其の他身元保證金の返還を目的とする債權に付き、先取特權の規定を設けたもので、民法第三〇六條と同一趣旨に出でたものであるが、特に之を明白ならしめむとする趣旨に出でたものである。只、予の意見としては、此等の債權者は共益費用の内にも、清算又ハ配當ニ關スル費用に優先せしむべきを相當と考へる。然らずして、清算費の後とすれば甚だ酷なる結果を生ずるからである。

第五節 社債

一 社債の總額は、原則として拂込まれたる株金額を超ゆることを得ず、且つ會社に現存する純財産額を超ゆることを得ないことは、改正案も亦現行法に同じである(案二九七條一、二項)。然し社債借換の便宜の爲めに、改正案第二九七條第三項は、舊社債償還ノ爲メニヌル社債ノ募集に就いては、之が除外例を設けて

ゐることは注目に値ひする。改正案第二九九條第二項に規定せられたる社債金額に關する條項は、其の用語に於て甚だ拙劣の憾みがある。即ち同一種類ノ社債と云ひ、又、最低額ヲ以テ整除シ得ヘキモノと云ふが如きは、妥當の用語とは思はれない。之は外國法の直譯語であらう。

改正案第三〇一條は、社債申込證に關する規定であるが、其の記載事項の改正としては同條第十四號に、社債募集ノ委託ヲ受ケタル會社アルトキハ其ノ商號を記載せしめ、以て其の委託會社の責任を明かならしめたる點と、第十五號に於て「社債の應募額が總額に達せざる場合に於て、委託會社が其の殘額を引受くべきことを約したるときは、豫め其旨を社債申込證に記載せしめたる點とであり、兩者共に社債の信用を明白ならしめんとする趣旨に出でたものである。

二 改正案第三〇九條は、社債募集の委託を受けたる會社の權限を明かにし「社債權者ノ爲メニ社債ノ償還ヲ受クルニ必要ナル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行爲ヲ爲ス權限ヲ有ス」と定め、尙ほ同條第二項を以て、受託會社が社債の償還を受けたる場合の處置、特に社債權者に對する通知義務を明白ならしめて居る。

改正案第三一〇條乃至第三一四條は、社債募集の委託を受けたる會社自體に關する規定であり、同第三一五條は、無記名社債償還の場合、未だ支拂期の到來せざる利札が欠缺せる場合に、之が相當金額を償還額より控除すべきものとし、之と同時に其の期限未到來の欠缺利札所持人に對しては、何時にても之と引換に其の控除金額の支拂を請求し得る旨の規定を設けて居る。之は無記名社債に關しては、その利札が獨立して利用せらるゝ慣行を認めたる當然の規定である。尙ほ社債償還の时效に付き其の社債償還請求權を十年とし、利札の时效期間を五ヶ年と爲してゐることは、民法と同じであるが（案三一六條）、改正案は便宜の爲め、尙ほ之を明示したものに外ならない。更に改正案第三一七條は、社債原簿に記載すべき事項の内容を特定してゐるが、是れ亦近時社債の發達増加に伴つた當然の追加規定と云ふべきである。社債募集の委託を受けたる會社が辭任し得べき場合の規定（案三一二條）、又其の不適任なるときの解任若しくは受託會社なきに至りたる場合の事務承繼者（案三一三條、三一四條）に付き、債權者集會の權限として、社債の總則中に之を規定してゐる一事は、注意を要する。

三 改正案は社債に關する第二款として、その第三一九條乃至第三四一條を以て、社債權者保護の爲めに、社債權者集會に關する規定を設け、其の招集者、其の議決權行使の方法、並に其の決議に對する裁判所の認可及び其の效力、決議事項の決定及び決議の執行者、社債の總額に付き期限の利益喪失の場合、社債募集の委託を受けたる會社の代表者又は執行者に對して與ふべき報酬及び事務處理の費用の決定、會社が或る社債權者に對して爲したる辨濟、和解、其の他、著しく不公正なる取扱に對して、受託會社が提起し得べき行爲取消請求訴訟等に付き順次規定を設けてゐる。思ふに、此等社債に關する總則並に社債權者集會の規定なるものは、近時我國經濟界の發展に伴ひ社債の發行、其の事故の發生の激増に因り必要に迫られた合時代的の立法として賛同せざるを得ないものである。

第六節 定款の變更

一 改正案第三四五條第一項は、現行法第二一二條の優先株を發行したる場合の規定に、若干の擴張と修正とを加へたものである。「會社カ數種ノ株式ヲ發

行シタ場合ニ於テ定款ノ變更カ或種類ノ株主ニ損害ヲ及ホスヘキトキハ株主總會ノ決議ノ外、其ノ種類ノ株主ノ總會ノ決議アルコトヲ要ス」と爲したのは、固より相當の修正であるが、此の場合に付き、其種ノ株主ノ總會ノ決議ハ……其ノ議決權ノ三分ノ二以上ノ多數ヲ以テ之ヲ爲ス（同條二項）としてゐるのは、他の特別決議に比し、特に異つた規定として注意を惹く。而して改正案第三四七條に、同種類ノ株式中ニ拂込額ヲ異ニスル二種以上ノモノアル場合ニ、改正案第二二條第三四五條第三四六條ヲ準用ス」と在るを以て考ふれば、改正案は單に拂込額を異にする株式を發行した場合に就いても亦、其の種の株主總會の決議を個々に要するものとするが如くである。拂込済の株式と未拂込なる株主との立場上、利害關係を異にするは明白であるが、之が爲めに別々の總會決議を認むることは、實際に於ては繁雜に過ぐるものと思料される。改正案としては多少考慮を要する點と思ふ。

二 改正案第三四八條第一號乃至第四號の規定は、資本増加の決議に關する規定であるが、此場合に於ても其の第三號を以て、資本ノ増加後ニ讓受クルコト

ヲ約シタル財産あるときは、其の價格及び讓渡人の氏名を豫じめ決議自體の内に特定せしむべきものと爲してゐることは、會社設立の際に於ける規定と其の精神を同じくする取締規定と解される。又改正案が、現行法第二一〇條第二一條の規定を削除した結果として、會社の資本は、株金全額拂込の後に非ざるも之を増加することを得るのみならず、優先株の發行は、資本増加の場合のみに限られざることとなつた。尙ほ改正案第三五三條を以て、會社ノ成立後二年内ニ其資本ヲ増加スル決議ヲ爲シ又ハ資本ヲ倍額以上ニ増加スル場合ニ於テ、現物出資又ハ資本増加後ニ財産ヲ讓受クルコトヲ定メタルトキは、會社新設の場合と同じく、取締役は之に關する調査を爲さしむる爲め、検査役の選任を裁判所に請求することを必要とする旨の制限を設ける。

改正案第三五九條が、資本増加の場合に於て、株主が其の引受けたる新株を他の種類の株式に轉換することを請求し得べき旨を豫じめ定款を以て定め得べき旨の規定を設けてゐるのは、特色ある改正であるが、此の場合には勿論定款に其の轉換を請求し得べき期間及び轉換に因つて受くべき株式の内容を規定す

る必要があるのである(同條後段)。改正案第三六〇條乃至第三六三條は、前記の株式の種類轉換を請求し得べき場合に於ける轉換方法竝に轉換に因りて發行すべき株式の内容及び其の轉換請求期間を制限したものである。而して之と相類似せる規定として、既に發行せる社債を株式に轉換し得べき旨に關しては改正案第三六四條乃至第三六九條に規定する。

三 改正案第三七〇條は、資本増加の場合に準用すべき株式申込及び其の拂込等に關する規定であり、同第三七一條は、資本増加の無効を主張し得べき期間を資本増加の登記を爲したる日より六ヶ月の期間に限り、訴を以てのみ主張し得べき旨を規定したものである。資本減少の登記を爲したる場合に關しても同様の制限を設けて居る(案第三八〇條)。改正案第三七三條及び第三七四條は、資本増加を無効とする判決が確定したる場合の效力に關する規定であり、同第三七五條は是れ亦、會社カ資本ノ増加後二年内ニ其増加前ヨリ存在スル財産ニシテ營業ノ爲メニ繼續シテ使用スヘキモノヲ増加資本ノ二十分ノ一以上ニ當ル對價ヲ以テ取得スル契約ヲ爲ス場合に關する規定である。が、斯る特種的徴

細なる點に關して、殊更に干涉的規定を設くる必要ありや否やは、多少疑ひなきを得ぬであらう。

四 改正案第三七六條は、資本減少に關する規定である。其の第一、二項は現行法第二二〇條第一、二項に規定する所と大差はないが、其の第三項を以て、社債権者が資本減少に對し、異議を述ぶるには、個々に之を主張することを許容せず、社債権者集會の決議に依ることを要するものと爲すに至つた。斯くの如きは固より適當の改正であるが、只社債権者を以て一般債権者と異つた集團的取扱を爲さしむるものとして特色を持つ。此の場合に、社債権者を一團として取扱ふことは、一應統制上よりして便宜であらうが、其の異議を社債権者集會の通常決議に依らしむることは、他の一般債権者と差別せんとする趣旨となり、此の點は一考を要すべき問題であらうと思ふ。

改正案第三七八條は、株式ノ併合アリタル場合ニ於テ舊株券ヲ提出スルコト能ハザル者アルトキに付き、現行法第二二〇條ノ三に依れば、其の權利を失ふべきものとし、且つ此の場合に、會社は新に發行したる株式を競賣し且つ株數に應

じて其の代金を従前の株主に交付することを要するもの、斯る株主を保護せんが爲めに、其の株主の請求に因り、利害關係人ニ對シ異議アラハ一定ノ期間内ニ之ヲ述フヘキコトヲ公告シ、其ノ期間經過後ニ於テ新株券ヲ交付スルコトヲ得べき旨を規定する。が、之は請求者に交付するのであるか、利害關係人に交付するのであるか、不明瞭の非難を免れざるべく、若し請求者に交付するが如きは固より不當の甚だしきものと云はねばならぬ。此の場合に、舊株券を提出すること能はざるものは、多くは既に他に質權を設定したる者なるが故に、余は此の場合、寧ろ利害關係人の地位を保護すべきものと信ずる。

第七節 會社の整理

一 新しく設けられた第七節「會社の整理」及び第九節「清算の第二款特別清算」の規定は、共に商法改正案中重要事項の一つである。「會社の整理」とは、支拂不能又は債務超過の疑ある場合、及び之に陥る虞ある場合に、裁判所の特に監督の下に行はるゝ整理方法を謂ふのである。又特別清算とは、是れ亦同様なる場合に

裁判所の特に監督の下に行はるる清算規定であり、債權者間に協定の見込あるときは、破産手續を行ふに優れりとするのである。

先づ「會社の整理」の規定に就いて見る。既に現行商法實施以後に於て、和議法並に破産法中、強制和議の規定を設けたる上に、更に今次の改正案に於て、會社の整理に關する規定を新しく設けたることは、整理の見込あるものに對しては相當であるとしても、之が爲めに名を「會社の整理」に藉り、破産に瀕せる會社の資産状態を一層紛糾せしむるときは、其の弊害も亦大と云はねばならぬ。現に今日、和議法並に強制和議の規定に就いて、既に屋上屋を重ねとの非難さへ鮮少なからざるに鑑みるも、之を推知し得るのである。現行法第一七四條第一項には、會社が其の資本の半額を失つたときは、取締役は遅滞なく株主總會を招集するを要すとの規定あり、而も之が制裁規定として、會社編罰則第二六二條ノ二第一〇號に於て、之が違背の場合に、五圓以上五百圓以下の科料に處すべき規定あるも、實際に於ては之が運用を見る場合稀であり、其の制裁も甚だ輕きに失する。更に又、現行法第一七四條第二項に於ける會社財産を以て會社の債務を完済するこ

と能はざるに至りたるときは、取締役は直ちに破産宣告の請求を爲すことを要すとの規定の如きは、會社編罰則第二六二條第六號に依り、十圓以上千圓以下の料料に處すとあるも、是れ亦其の適用を見たことがない。右現行法第一七四條第二項破産宣告の請求の如きは、之を取締役に責むること難きに失するものであるが、第一項の資本半額を失ひたるべきの總會招集及び報告義務の如きは、甚だ當然の規定なるにも拘はらず、實際に之が運用を見ざることは、立法者として大いに考慮を要すべき點であらうと思ふ。

兎もあれ改正案第三八一條には、會社ノ現況其ノ他ノ事情ニ依リ、支拂不能又ハ債務超過ニ陥ルノ虞アリト認ムルトキハ、裁判所ハ取締役、監査役三月前ヨリ引續キ資本ノ十分ノ一以上ニ當ル株式ヲ有スル株主又ハ拂込株金額ノ十分ノ一以上ニ當ル債權者ノ申立ニ因リ、會社ニ對シ整理ノ開始ヲ命スルコトヲ得。會社ニ支拂不能又ハ債務超過ノ疑アリト認ムルトキ亦同シ」とあり、同條一項、其の拂込株金額の十分の一以上に當る債權者の申立に因り、整理開始命令の申請を認めたるは、現行破産法が其の破産申立債權額の數額如何に拘らず、之を許容

したる趣旨に對比するとき、適當な制限であつて、此の點は均衡上、須らく破産法の規定を改正すべきなりと信ずる。尙ほ改正案第三八二條は、整理開始を命じたときは、之が囑託登記を爲すべき旨の規定である。

二 改正案第三八三條、第三八四條は、整理開始の申立又は通告のあつた場合に於ては、其の效力として、必要ありと認むるときは、裁判所は破産手續及び和議手續の中止を命ずることを得べく、又整理開始の命令のあつたときは、破産若くは和議の申立又は新に強制執行、假差押若くは假處分を爲すことを得ざるのみならず、又既に爲したる此等處分をも中止すとあり、且つ競賣法に依る競賣手續の中止をも命ずることを得と爲して居る。殊に改正案第三八六條は、整理開始の命令ありたる場合に於て、必要ありと認むるときは、會社に對し、同條第一號乃至第一一號の如き處分の制限、其他、行爲の制限的干渉を爲し得る旨を規定する。又改正案第三八八條乃至第三九〇條は、業務及び財産に對する検査の命令並に之を爲すべき検査役の選任及び其の報告を爲すべき義務規定を設け、同第三九一條は、整理又は和議に關する立案の爲めに整理委員を選任することを得とし

同第三九二條第三九三條は、整理の實行又は和議の爲め、取締役は株金の拂込を爲さしむることの確定を裁判所に請求すること及び拂込金額に付き裁判所の認可ありたるときは直ちに強制執行を爲すことを得せしむ。之は會社整理の如き迅速を要する場合に於ては洵に相當な規定であるが、尙ほ如斯き干涉的積極的の行動は、其の運用の適正を得るに頗る困難なるべく、寧ろ不正重役をして順良なる株主を苦しましむるの具と化せしむるの虞れ大なるべしと信ずるのである。

三 改正案第四〇一條は、整理開始の命令の在りたる場合に於て、裁判所は債権者の一般利益の爲め、必要ありと認むるときは、和議の申立を爲すことを認可することを得る旨を規定し、又同第四〇二條に於て、整理の見込なきときは、職權を以て破産法に従ひ破産の宣告を爲すことを要すとあるが如き、其の規定の精神に於ては至當であるが、之が運用を爲すに付き殊に其の運用の適切且つ迅速なるを要する上よりして、結局裁判所の手腕の如何に俟つべきもの大なるものがある。若し其の手腕なき場合に於ては、徒に屋上屋を重ねるの非難を免れな

いであらうことは、現行和議法及び破産法の運用に照し明白であつて、此等各法規と、其の運用の實際に付ては、更に考慮を要すべきものがあるのである。

第八節 解散

一 會社の解散に就いては、改正案第四〇四條は、現行法に於ける「株主カ七人未滿ニ減シタルコト」の制限を削除し、且つ改正案が取締役を株主中より選任すべきことの制限をも削除せんとする結果として、社員が一人とならざる限り四號之を以て解散の事由と認めざることゝ爲した。更に、營業全部ノ讓渡を以て會社解散の事由と爲したことは、解散以前に、營業全部の讓渡を認められたものであり、従つて取締役が營業全部を賣却し得ることを肯定したものと云ひ得る。

二 改正案は、會社の合併を現行法と同様に解散の下に規定してゐるが、現行法が其の第二二五條に於て規定したる所を以て不充分なりとし、案第四〇八條乃至第四一六條の下に詳細なる規定を設く。即ち改正案第四〇八條は、新に合併手續を規定し、會社の合併を爲すには、先づ合併契約書を作成し、株主總會の承

認を経ることを必要とし、要式行爲と爲した。案第四〇九條は、一方の會社が合併後存続すべき場合の合併契約書記載事項を、同第四一〇條は、新設合併の場合に於ける合併契約事項を規定する。案第四一一條は、合併を爲す會社の一方又は雙方が合名會社又は合資會社にして、存続會社又は新設會社が株式會社なる場合に作成すべき合併契約書には、會社の組織變更なるを以て、總社員の同意を必要とする。固より當然の規定である。案第四一二條は、吸収合併に付き、第四一三條は、新設合併に付き、その存続する會社の取締役又は新設會社の取締役は、案第一〇〇條に依る異議債權の催告を爲し、之が異議債權者に對する手續終了後、更に株式の併合に適せざる株式の處分を爲したる後、其の終了を待つて吸収合併に付きては合併に關する事項の報告を爲すべく、株主總會を、又新設合併に付きては創立總會を、各招集すべきことを規定する。而して案第四一四條は、合併に依る登記、第四一五條は、合併無効の訴を提起し得る者に付き規定を爲し、案第四一六條は、解散したる會社の登記、其の他本改正案會社編第二章合名會社の解散の下に於ける規定を準用すべき旨を規定する。

第九節 清算

一 改正案は、清算の規定を分ちて、第一款總則、第二款特別清算の規定と爲し、清算に關し、種々なる特別干渉規定を設けて居る。即ち、現行法が第八節清算の下に規定したものは概ね改正案に於て、第一款總則の下に、其の儘之を承繼する。改正案第四二三條の下に債權申立期間内は、清算人に於て辨濟を爲し得ざることを明言し、特に少額の債權及び擔保ある債權、其の他之を辨濟するも他の債權者を害する惧なき債權に限り、裁判所の許可を得て前項の制限に拘らず辨濟を爲すことを得べき旨を規定する。改正案第四二四條は、清算より除斥せられたる債權に對する辨濟に付きては、殘餘財産に對してのみ辨濟を請求し得る旨の規定を設け、又株主に對する分配に付いては、他の株主に對しても同一の割合を以て分配財産を特に控除し置くべきものと爲すの趣旨を明かにして居る。案第四二五條は、殘餘財産の分配は定款に依りて拂込みたる株金額の割合に應じて、之を分配すべきものと爲してゐるが、其の定款ニ依リテ拂込ミタル株金額ノ

割合なる規定の趣旨は、必ずしも明白なものではない。

二 改正案第四二六條に於て、清算人は裁判所の選任したるものを除くの外、何時にても株主總會の決議を以て解任し得べく、又は重要な事由あるときは、監査役又は株主は裁判所に對し、之が解任を請求することを得べきものと爲してゐるが、此の場合に於ても之を請求し得る株主は、三ヶ月前より引續き資本の十分の一以上に當る株式を有する株主なることを要件とする。改正案第四二八條に於て、會社の設立無効の訴は、其の成立の日より二ヶ年内に制限したる如きは、大體既に第一節設立の下に規定したものと、其の趣旨を同じくするものである。

更に第二款特別清算として、案第四三一一條乃至第四五六條は、新しき規定を設く。即ち案第四三一一條は、特別清算の開始命令を爲すべき場合に關し、且つ其の申立人を特定した規定であり、案第四三二條は、特別清算開始前に於ける會社財産の保全處分、株式名義書換禁止、又は發起人、取締役、監査役の財産に對して、保全處分を爲し得る旨(後述四五四條)を規定したものと、案第四三三條は、曩に第七節會

社の整理の下に説明した整理開始の效力に關する中止規定案三八二條乃至三八五條)を準用し得べき旨を定めたものである。案第四三四條は、特別清算の場合に於ける清算人の義務が、獨り會社に對するのみならず、其の株主及び債權者に對しても誠實なるべき立場に在ることを規定したものである。而して特別清算の規定は、裁判所が特に干渉を爲し得べきもので、清算人の解任(案四三五條)清算事務及び財産狀況の報告義務(案四三六條)、財産保全處分(案四三七條)等に付き裁判所の監督權を定めてゐるのであるが、改正案第四三八條に於て、債務の辨濟は其の債權の割合に應ずべきことを規定してゐるのは、敢て規定を俟つまでもないであらう。此の場合に、少額の債權に付いては、裁判所の許可を得て之を辨濟し得べき旨を規定してゐるが、如斯きは、既に案第四二三條に於て一般的に清算規定として明瞭な所であるから、之を繰返し規定する必要はなかりしものと考へる。

三 債權者集會に就いては、案第四三九條乃至第四四二條を設けてゐるが、其の規定の内容たる招集者、招集通知、議決權の行使、決議等に就いては特に説明を

要すべきものはない。尙ほ債権者集會の内容に關し、案第四四三條は、清算人は會社の業務及び財産の狀況調査書、財産目録並に貸借對照表を債権者集會に提出し、且つ清算の實行方針並に見込に關し意見を述べべき義務ありと爲し、案第四四四條は、監査委員の選任解任の規定と共に、其の選任解任の決議は、裁判所の認可を得たる上にて有効と爲して居る。

清算人の地位は、破産法に於ける管財人と同じく、清算事務の執行であり、其の處分行爲に付いては、案第四四五條を以て、破産管財人よりも一層其の權限を廣汎とし、價格三千圓以上の場合に非ざれば、監査委員の同意若くは債権者集會の決議を要せざるものと爲して居る。且つ縱令之が同意若くは決議を経ざりし場合と雖も、會社は善意の第三者に對しては其の責に任ずべきものと爲す。尙ほ清算人が財産換價の爲めに競賣に依りたるときは、監査委員の同意又は債権者集會の決議を要せざるものとし、殊に此の特別清算の下に於ては、清算人が監査委員の意見を聽きたる上、債権者集會に對して協定の申出を爲すの權限を規定する。

四 特別清算に關し、清算人が爲す協定の申立なるものに付いては、其の條件の平等なるべきこと、案四四八條、協定案の作成に付き別除權者の參加要求(案四四八條)、協定案の決議、認可及び實行等(案四四九條乃至四五一條)を規定して居る。該協定が債権者集會に於て可決せられ、且つ裁判所の認可を得たるときは、之を債権者の全員に對して強制力あるものと爲す(案四五〇條三項)。而して、一旦特別清算開始の命令ありたる場合に於て、協定の見込なきときは、案四五五條に依り、裁判所は職權を以て破産の宣告を爲すを要するものとす。此の場合特に裁判所の認可を必要としてゐるのは、破産法第三二一條、同第三二六條に規定せる強制和議と同様の精神に出でむとするものであらうが、其の不認可の場合を明示してゐないのは、破産法の規定との權衡上、曖昧に失することゝならう(破産法三〇〇條參照)。

尙ほ改正案の特別清算に付いては、案第四五二條乃至第四五四條に於て、検査役の申請及び職權に因る選任並に其の調査の結果に對する報告書並に其の検査の結果に依り、裁判所が會社財産又は發起人、取締役、監査役、清算人等の財産に

對して干渉を爲し得べき場合、及び其の必要處分の内容に付き、各規定を設けてゐる。

第五章 株式合資會社

株式合資會社の規定は、我が國の實際に於ては殆んど其の必要を見ない所であり、之に徴するも、徒に外國法に倣ひ實用なき會社を規定するが如きは、寧ろ害ありて益なきものと云はねばならぬ。改正案が、株式合資會社に關して、殆んど何等の修正をも加へなかつたのは、其の規定を以て實用なしと考へたものなるべく、決して其の完備を承認した故ではないであらう。蓋し改正案に於ては、第四六四條を新に追加し、創立總會に於て定款變更に付き無限責任社員の一致なきときは、設立の廢止を決議したものと看做すとの規定を設けたるが如きは、益如斯き會社組織の必要なことを立法者自ら認めたる結果と謂ひ得べきものと考へるからである。

第六章 外國會社

外國會社に關しては、案第四八四條第一項を以て、外國會社が支店設置の登記を爲した後、正當ノ事由ナク一年內ニ營業ヲ開始セス若クハ一年以上營業ヲ休止シタルトキ又ハ支拂ヲ停止シタルトキには、之が閉鎖命令を發し得べき旨を規定し、現行法第二六〇條に依る閉鎖命令を發し得べき場合を増加するに至つたことは、敢て不都合ではないが、斯くの如きは改正案に依る會社編第一章總則に於ける第五八條の準用を以て足るものと考へる。但し改正案の趣旨は、案第四八五條に於て、外國會社の支店に對し、閉鎖命令を發したる後に於ける處置の規定を設けんとするに在るのであらう。即ち此の場合に於て、日本ニ在ル會社財産ノ全部ニ付キ清算ノ開始ヲ命スルコトヲ得と爲すに在つたのでなからうか。其の限りに於て固より右の規定には反對すべきものはない。

第七章 罰則

現行法には、其の第七章として、罰則の規定を設けてゐるが、改正案は之を發表未了と爲したのは、其の必要なしと認めたるが爲めではなく、刑法改正との關係を考慮し追て改正案が帝國議會に提出せらるゝ以前に於て發表すべき趣旨と想像される。この點、大體に於て予は、從來の刑罰程度は甚だ輕きに失すると信ずる。蓋し財産犯罪に付ては、其の金錢上の罰則を重からしむることを以て相當なりと信ずるのみならず、尙ほ英國會社法の如きは、違背事項に對しては其の繼續中、一日に付き幾磅以下づつの罰金科料に處すべきものと規定してゐるのであつて、如斯き規定を以て最も適切なるものと考へるのである。(了)

(昭和十一年四月五日稿)

禁反言の法理に關する概念

はしがき

緒言

- 一 禁反言の必要
- 二 禁反言に關する著書
- 一 禁反言の性質
- 一 禁反言の定義及び法理上の根據
- 二 禁反言と證據法上の原則
- 三 禁反言と債務承認及び保證契約
- 四 禁反言に關するコーク卿の原則
- 二 禁反言の種類
- 一 禁反言の種類と其の沿革
- 二 記録に依る禁反言
- 三 證書に依る禁反言
- 四 法廷外の行爲に依る禁反言
- 三 禁反言思想の發達
- 一 禁反言に對する嫌忌の態度
- 二 禁反言に對する近時の思想
- 四 禁反言に關する研究の内容

はしがき

禁反言なるものは、英米法に於ける特有の法理なり。固より他の法系に於ても其の個々の實質は、若干存在せざるにあらざるも、英米法の如くに之を統一したる一定の原則として存在せるものを見ず。而して之が研究に付き有名なるコーク卿は此の法理を以て優秀にして、而も奇妙なる研究事項 (The excellent and curious kind of learning) なりと稱せり。余は我國に於ても之が研究を促さんが爲めに、茲に其の概念を述べんとするものなり。

緒言

一 禁反言 (Estoppel) なるものは、英米法學界に於ける重要な一法理として認めらるゝ所にして、嘗てブラムウエル卿は *Simm v. The Anglo-American Telegraph Co.* (1879) 事件判旨に於て、若し禁反言の原則の存在を法律上に於て承認せざるときは、殆んど吾人の日常生活は圓滿に行はれ難しと迄斷言せし所なるが、然れども亦た從來多數の有力なる學者間に於ても、此の原則の存在を認め乍ら、實際に於ては、之を以て事實の真相を阻止するものなるが故に、決して歡迎すべきも

緒言

のにあらずとの思想を懐き、之が爲めに裁判に對して確固たる基礎を與へ、又能く詐欺を防ぎ、訴訟を減ぜしむるの裨益あることを無視せり(第三段の禁反言の思想の發達參照)。

二 禁反言に關する法理は、英米法學界に於ては特に一大原則として論ぜらるる所なるも、之に關する著書に乏しく、英國に於ては僅かに、エベレスト氏及びストロード氏共著「禁反言論」(第一版は一九〇七年)あり、又米國にては是より先きに、ビゲロー氏著「禁反言論」(第一版は一九一二年)ありて、同書は英米法學界を通じて禁反言に關する著書としては、最もオーソリテーターとせらるるものなり。禁反言の法理として、近時特に發達したる「不實ノ表示ニヨル禁反言論」に付きては、エワルト氏の著書あり(註一)。

(註一) Everest and Shrode, The Law of Estoppel; Bigelow, On Estoppel; Lwart, The Principles of Estoppel by Misrepresentation.

三 但し禁反言なるものは、從來證據法中の一原則として一般に認めらるゝを以て、證據法(Law of evidence)を論述したる學者は、其の著書の一部として皆多少之に就き其の説明を試むるなり。而して、禁反言に關する法理を單に證據

法の問題とせず、更に進んで反對事實の申立を禁止し得べき權利なりとして實體法の部類、殊に之を契約法の一部として論ずべきものなりと主張せる者なきにあらざるも(Bigelow氏は Misrepresentation による禁反言を以て、契約による禁反言なり)と稱し、之を契約の一種として主張せるなり。第四段同書目次參照)、禁反言の性質としては、訴訟手續上の抗辯と爲すを禁止するを以て主たる目的とし、未だ權利として保護するを主たる目的と認められざるが故に、之を證據法上の一原則として論ずるを相當なりとす(第一段參照)。

一 禁反言の性質

一 禁反言に關する定義及び法理上の根據

(一) 本來 Estoppel なる文字は、佛蘭西の Estoupe より始まりしものにして、嘗て判事ヨーク卿 Sir Edward Coke の下したる從來の定義に依れば、自己の行爲若くは承諾 (acceptance) の爲めに訴訟上に於て、爾後自己の口より眞正の事實を主張することを禁止せらるゝものなり。即ち法律上に於ける事實の斷定 (conclusion) 若くは結果 (result) なりとす(註一)(註二)。

(註一) コーク卿の此の定義の爲めに、禁反言の法理は、從來學者及び裁判官の間に之を以て、事實の真相を阻止するものなりとして嫌忌せられたるは、之を後に第三段の二に述べんとす。

(註二) 自己の行爲若くは承認なるものには、自己が直接に之を行ひたる場合と、法律上之を行ひたるものと見做さるゝ場合とあり。又之に關係せる者を拘束すべき場合に於ては、直接の當事者にあらざるも、其の繼承者に對しても禁反言を發生すべきものなり(第二段の二、各種の禁反言参照)。

(二) 又禁反言に關する有名なる判例として、*Aspittel v. Bryan* (1863) 事件に於て、與へられたる禁反言なる文字の定義を見るに、或者カ自己ノ行爲若クハ證書ノ記載ニ反對セル發言ヲナスコトヲ法律上禁止セララル場合ヲ云ヒ、假令ヒ其ノ發言カ眞實ヲ主張スルモノナルヤ否ヤハ全然問フ所ニアラス」と説明せり。而して *Bigelow* 氏の與へたる説明に依れば、禁反言とは、第一事實即ち直接事實 (Primary or immediate facts) より推斷せらるゝ第二事實、即ち推斷的事實 (Secondary or inferential facts) の一種なり。而して直接事實なるものは、法律上之を抗爭することを認めらるゝも、此の推斷的事實なるものは、法律上抗爭の餘地なきものと

せらる。

(三) 尙ほ判事 *Coke* 卿は、進んで禁反言を認むる法理上の根據として、説明して曰く、「何人モ訴訟上ノ抗辯トシテ眞實以外ヲ申立ツ可カラサルモノナリ。而シテ一旦抗辯シタル事實ハ法律上眞實ナリト見做サル結果トシテ、之ニ矛盾スルコトヲ得サルナリ (allegans contraria non est audiendus)」。殊ニ事實ノ一定セサル以前ニハ法律ノ適用ニ由ナク事實ノ確定ハ最重要ナリ。又タ事實ノ真相 (truth) ハ證據方法ニ依ルノ外、ハ之ヲ發見スルコトヲ得サルナリ。故ニ或種ノ證據方法ハ之ニ反對スル立證ヲ許ササル程ニマデ確定的ノ性質ヲ有スルモノトシテ之ヲ取扱フヲ相當 (reasonable) トス」と論じたり。

而して今日に認めらるゝ禁反言の法理なるものは、決して眞實を排斥するの精神を有せずして、寧ろ眞實 (truth) の發見に努むるものにして、益々發達して其の内容は擴張せられたり。而して法廷外の行爲に依る禁反言 (Estoppel in Paris) なるものは、コーク卿時代以後に於て、法律上頗る重要にして、且つ趣味あるものとして發達せる所なり(第二段、禁反言の種類、第三段)。

二 禁反言は單に證據法に關する法理にして訴訟の原因と爲すことを得ず。

(一) 有名なる判事 Lindley 氏は、*Low v. Bouverie* (1891) 事件の判決に於て、禁反言の性質を説明して、禁反言ハ訴訟ノ原因(a cause of action)タルモノニアラス單ニ證據法上ノ一原則(a rule of the law of evidence)トシテ自己ノ豫メ爲シタル意思表示ノ爲メニ眞實ヲ主張スルコトヲ禁止セラルルモノナリ」と述べたり。

(二) 又判事ボーガン・ウィリアム氏は、*Williams v. Pinckney* (1897) 事件判決に於て禁反言の普通法上の原則(Common law rule)は、全然對人的(personal nature)にして直接に其の行爲の當事者たる者の間にのみ行はるゝものなり。此の法理は證據法に屬する問題にして、衡平法の原則(equitable law rule)にあらず。従つて之を以て原告として訴訟を提起するの理由と爲すことを得ずと説明せり。

(三) 又 *West London Commercial Bank v. Kiston* (1884) 事件の判旨を見るに、若し或る意思表示が虚偽なることを知りつゝ自ら之を行ひ、爲めに損害を他人に生ぜしめたる場合には、單に證據法上の問題たるに止まらずして、所謂訴訟の原因ともなるものなりと説明しあれども、之が爲めに禁反言の法理を證據法上の問

題たらずと云ふを得ず。此の場合は、更に不法行爲に因る損害賠償の問題を別に生じたるなり。

(四) 然し乍ら *Bigelow* 氏禁反言論を見るに、保險契約の際、被保險人が重要事實の陰蔽を爲すときは、保險契約者は之が取消を爲し得るものにして、斯の如き禁反言を quasi-estoppel 又は equitable estoppel なりと稱せり。且つ同氏は進んで禁反言なるものを以て、實體法上の權利なりと迄論斷せしも、一般の學者は之を歓迎せざりしなり。

三 禁反言と債務の承認及び擔保契約との差異 禁反言と相似たる觀念にして、而も之が區別を要するものは、債務の承認(admission)及び擔保契約(Warranty)なりとす。

(一) 禁反言は債務の承認に似たれども、之と區別せざるべからず。蓋し、(イ)事實に對する明示若くは默示の承認(admission)に依る結果として禁反言を生ずれども承認必らずしも禁反言を生ずるものと云ふを得ず。又(ロ)禁反言は其の訴訟當事者及び其の權利の承繼者(their privies)に對して拘束力を有するのみな

れども、債務の承認は其の訴訟の關係者以外の者に於ても之を援用し得るなり。又(ハ)判事テンダーデン氏は、其の區別の事例として、受取書は單純なる承認に過ぎずして、之を作成したる者に對しては反證たることを得れども、之を以て絶對的效力ある證據と爲すことを得ず。而して其の受取書に捺印あり、且つ之を正式に交付したる事實あるときは、禁反言の效力を生ずれども、單純なる受取書は承認に關する一證據材料たるに過ぎざるなりと爲せり(註一)。

(註一) 禁反言は、承認(Admission)若は法律上之と等しく取扱ふべきものなりとは、コーク卿及び判決例集の著者として有名なるSmith氏の唱へたる所なり。

(二) 禁反言と相似たれども之と區別を要するものは、擔保契約(Warranty)なり。即ち、(イ)擔保契約とは、土地又は家屋を擔保とせる對物契約にして、何人も其の承繼者は被承繼者が爲したる擔保契約を無視して、其の不動産の完全なる所有權を主張することを得ざるなり。然るに禁反言は、特定人に對するものなり。故に假令被承繼者としては禁反言の制限を受くる場合に於ても、其の承繼者は此の制限を受けざることあり、例へば、母に對して禁反言ありしも、其の承繼を父

より受けたる財産部分に對しては之に及ばざるが如し。又擔保契約は保證行爲なるを以て、法律上其の成立を保護せんとするの傾向あれども、禁反言は寧ろ眞實の判明を阻止するものなりとして、法律上努めて之を制限せんとする傾向あるなり(エベレスト及びストロー)。

四 コーク卿に於ける禁反言に關する重要原則

(一) 禁反言の法理に付き、始めて詳細なる研究を爲し、且つ今日に至る迄も之に關し、權威ある地位に立てるはコーク卿なりとす。而して其の論じたる所は勿論今日より見れば、未だ充分ならざるものありと雖も、同氏が禁反言に關する主なる原則として列擧したるものは、次の九項目なり。

第一則 禁反言は、交互的(mutual or reciprocal)なるものにして、且つ其の效力を當事者間に制限せらるゝものなり。従つて第三者は、之を利用し得ざるのみならず、又之が拘束をも受けざるなり。

第二則 禁反言は、最早眞實を主張することを終結せしむるものなり。故に確定的なるを要し、議論又は推論の餘地あることを許さず。換

言すれば、概括的なるを得ずして、特定のなるを要す。

第三則 禁反言は、嚴正に確的 (a precise affirmative) なるを要し、不特定人に對すべきものにあらず。

第四則 禁反言は、直接且つ主要の目的として主張せし事項に對せざるべからず。

第五則 假令承諾を爲すも、未だ之が爲めに相手方に權原を發生せざる以前に於ては、事實を斷定せしめらるゝものに非らず。

第六則 假令禁反言を抗辯とし得る場合に於ても、相手方が之に對して更に禁反言を主張し得べき場合、即ち二箇の相牴觸せる禁反言を生じたるときには之を無効とす。

第七則 訴訟に於て假定的に主張したる事實は、其の後に訴訟取下となりたるときは斷定を生ぜず。唯判決を受けたる後に於てのみ斷定を生ず。然れども其の他の主張事實は、假令取下を爲すも既に禁反言を生ず。

第八則 同一記録中に、眞實の事實が明白なる場合には、相手方は其の眞實なる事實を援用することを禁止せられざるなり。

第九則 人の身分、能力に關する禁反言を生ずべき記録は、何人に於ても之を援用し得れども、其の他の記録は、第三者に於て之を援用することを得ず。

二 禁反言の種類

一 禁反言の種類と其の沿革

(一) ヨーク卿は、禁反言を別ちて記録に依る禁反言 (Estoppel by Record) 證書に依る禁反言 (Estoppel by Deed) 及び法廷外の行爲に依る禁反言 (Estoppel in Pais) の三種とせり。尙ほ其の後リットルトン氏は、地方慣習に依る禁反言なるものを法廷外の行爲に依る禁反言の一種とせり。而して此の三種の分類は、今日に於ても尙ほ一般に使用せらるゝ所なるが、第三の Estoppel in Pais に屬せしめらるゝものは、爾來其の範圍頗る發達したるを以て、今日に於ては到底其の字義に

依りて直接に之が性質を充分に表はすに足らざることは、Bigelow氏 Ewart氏等の明言せる所なりとす。

(11) Bigelow氏は、其の著禁反言論に於て、此の三種の禁反言に關する發達の時期を大體に於て三期に區劃し、第一期とは、先づ記録に依る禁反言なるものの發達したる時代を云ひ、第二期とは、證書に依る禁反言及びコーク卿の時代に至る迄に發達したる法廷外の行爲に依る禁反言の時代を云ひ、更に第三期とは、法廷外の行爲に依る禁反言の現時に於ける發達を云ふと爲し、而して第一期とは、裁判所の組織が確立したる時期に始まり、第二期とは、英國法律が始めて成文的に編成せられたる時期(紀元一千三百二十七年乃至一千三百二十六年)に起り、第三期とは、未だ僅かに一世紀をも經ざるものにして、現今盛んに其の發達を見つゝある所なりと論ぜり。本稿は單に禁反言の概念を説明せんとするに在るを以て、茲には其の一般的性質を略述するに止めむ。

二 記録に依る禁反言 とは、裁判所の記録に一旦記入せられたる事項に對しては、最早其の反對事實を主張することを禁止するものなり。而して其の禁

反言が發生すべき場合としては、イ或事實が特に管轄權を有する下級判事の裁判に依りて當事者間に確定せられたる場合、ロ完全なる裁判所に依りて裁判せられたる場合、又は、ハ對物的判決 (Judgment in rem) に於ける主要なる争點として、身分關係又は對物關係が判斷せられたるが爲めに、其の效力を何人にも及ぼし得る場合に於て生ずるなり。而して對物的判決及び對人的判決の效力に關しても、之を内國裁判所に依りて言渡されたる場合と、外國裁判所に依りて言渡されたる場合とにては、其の禁反言の效力に付きても差異なきを得ざるなり。此の種禁反言の法理は、我國に於ては判決の既判力の性質及び範圍等を研究するには頗る好資料なりと信ず(註一)(註二)(註三)(註四)。

(註一) 英國の裁判所組織として完全なる裁判權を有するものは、King's Courtにして其の訴訟手續は、總て記録 (Record) として登録し、之を保存せらるゝものなり。故に又之を "Court of record" と稱す。然るに下級判事 (Tribunal) の與へたる判決は、記録として保存するの必要なきものなり。故に又之を "Court not of record" と稱す。而して Tribunal は、特に法律を以て命ぜられたる事項に付てのみ裁判權を有するなり。

(註二) 而して記録に依る禁反言を別ちて "Courts of record" の判決に依りて生ずる禁

反言、即ち“Estoppel of record”と“tribunal”の與へたる判決に依りて生じたる禁反言、即ち“Estoppel quasi of record”とを二種とす。

(註三) King's Court とは、地方裁判所(The High Court of Justice)控訴院(The Court of Appeal)及び帝國議會に依る裁判所(The High Court of Parliament)の三者を含むは勿論なるが、尙ほ區裁判所(Country Court)、臨時管轄裁判所(The Court of Summary Jurisdiction)、其他 The Courts of Quarter Sessions, The Court of Arches, The Consistory Court をも包含せるものなり。

(註四) 一般に記録に依る禁反言は、其の效力を當事者間に限らるゝものなれども、對物的判決(Judgement in rem)に依り、身分關係又は對物關係が判斷せられたるときは、其の效力を何人にも及ぼし得るものなること、我民事訴訟法の下に於ても同様なることは、大審院判事岩田一郎氏及び仁井田博士等の意見相一致を見る所なるに徴して明白なりと信ず。岩田氏民事訴訟法原論、第六版第四五一頁に論ずる所に據れば、判決の確定力は當事者間にのみ存するものなりと雖も、身分關係の如き當事者が任意に處分することを得ざる判決に付ては、確定力の效力を第三者に對しても及ぼさしめざるべからず。是れ民事訴訟法に於て特に第三者に對し判決の效力を認めたる所以とす(民事訴訟法第一八條、第二六條、第三九條)と。又仁井田博士民事訴訟法要論第五六八頁には、「判決の既判力は當事者間に於てのみ存在するものとす。凡そ判決は當事者の一方の利益に於て他の一方に對し之を爲すものなるが故に、其の性質上第三者に對して既判力を有すべきものに非らず。加之、第三者は訴訟手續に干與するものに非らざるが故に、判決をして之に既判力を及

ぼさしむるは其の當を得ざるものと謂ふべし。是れ即ち此の原則を認むべき所以なり。然れども法律は例外の場合に限り、判決の既判力を第三者に及ぶ旨を定めたり(五五、六二、人訴一八、三九)。就中民事訴訟に於ける或種類の判決は、別段の規定に依り第三者に對して效力を有する爲め、其の目的物たる法律關係の存否を確定する點に於ては、第三者に既判力を及ぼすべきものと謂ふべしと。

三 證書に依る禁反言 とは、當事者間に作成したる捺印證書に依りて一の事實が表示せらるゝときに生ずるものなり。即ち契約證書中、最も嚴正なる形式を要し、且つ正當に授受せられたることを要するものにして、之れに對して後日苦情を述ぶることを禁止するは、假令形式に拘泥するものなりと雖も亦た紛争を避くるに相當の方法なりと信ず。而して此の種の禁反言が、訴訟に於て法律上の抗辯として提出せられざりしときに、其の證書を以て單純に事實の證據と爲し得るや否やは、從來頗る議論ありし所なるが、今日に於ては之を單純に事實の立證と爲すことを得るものとして取扱はるゝに至れり。此の種の禁反言を生ずるには、(イ)其の證書の成立が有效なる場合ならざるべからず。又(ロ)其の作成が之を作成し得べき完全なる能力者に依りしことを要するは勿論なりと

す。故に家婦又は未成年者の作成せる捺印證書に在ては禁反言を發生せず、其の他にも尙ほ此の種禁反言の發生に關する制限ありとす。即ち、(ハ)其の證書の主要なる記載事項たるべきこと、(ニ)控付證書は、其の作成者側のみを禁反言に依りて拘束すること、ホ)禁反言に對する禁反言あるときは之を消滅せしめ、(ヘ)同一證書中に其の禁反言と相容れざる文句あるときも亦之を消滅せしむる等の點なり。而して此等の制限に照らすも、決して眞實を排斥するの主旨に非ざるのみならず、眞實の發見せらるゝことに努むるものなること明らかなりとす。而して此の種の禁反言には、一方的なる禁反言(片務契約の場合)と、雙方的なる禁反言(雙務契約の場合)と、總ての繼承者に對する禁反言とあり。

然れども、禁反言の法理が從來種々非難を加へられ、之を以て嫌忌すべき原則なりとせられたるは、主として此の種の禁反言に關するものなり。殊に從來の沿革的判例に拘束せられ、往々眞實の發見を阻害せるもの亦少なからざるなり。蓋し證據法上、自由心證主義は一般に英米法に於ても既に尊ばるゝ所なりと雖も、一方には何等の研究をも加へられざる自由心證主義なるものは頗る放漫に

して、却つて一定の形式を重んずべき禁反言なりと雖も、之が發達したる原則を、所謂 *Estoppel by Deed* なるものより研究し、其の包含せる眞理を明らかにせば、却つて採證の法理に關しても亦得る所決して鮮なからずと信ず。

四 法廷外の行爲に依る禁反言 (*Estoppel in Pais*) とは、證書に依る禁反言の如く、嚴正なる形式を履まざれども、殆んど之に等しき嚴正の性質を有するを以て、之に對して禁反言の效力を認むるを相當としたるなり。然れども昔時の裁判例に於ては、特定の當事者間の關係を定めたるが爲めに、其の關係に反對することを得ざりし特種禁反言を云ふものなりとして、頗る制限せしなり。例へば、地主と小作人間の禁反言、寄託者と受託者との間に於ける禁反言、特許權者との禁反言、權利借用者との間に於ける禁反言等の如し。而して地主と小作人間の禁反言なるものに於ては、小作人は、地主の土地所有權を否認し得ざるものと爲すが如き是なり。然れども近時に至り、商業の發達に従ひて信用を尊び、且つ法學の進歩は努めて條理を重んずるに至りして、以て、此の種法廷外の行爲に依る禁反言の觀念は頗る發達を見るに至り、既に述べたるが如く、其の字義に依りては之

が性質を到底言ひ表はすに足らざるなり。殊に Ewart 氏の如きは、其の著書に於て E. by misrepresentation なるものは、コーク卿の時代には未だ存在せざりしものなりと迄斷言せる所なり。

(一) 法廷外の行爲に依り禁反言の發生する場合とは、從來一般に説明せられたる所に據れば、或者が他人に對して言語若は行爲に依りて自ら其の眞實ならざることを知れるにも拘らず、又は他人が之を信すべきことを豫期して或事實の表示を爲すときに生ずるものと、又自己の表示したる事實の結果として、他人が相當なる注意を用ゆるも、必らず或る事實を前提として行動を爲し、不利益なる地位に陥るべきことを豫期して或事實の表示を爲すときに發生するものあり。而して此の種の禁反言の成立要件として、(イ)此等の豫期したる場合に於て、(ロ)相手方が之が爲めに、(ハ)現に其の豫期の如くに行動して、(ニ)損害を受けたるときは、一旦其の表示したる行爲を以て、最早眞正の事實に非らずと主張することを禁止するなり(註一)。

(註一) Ewart 氏の禁反言論には、前記の如き自己が眞實ならざる事實を直接に表示

する場合を、Estoppel by personal misrepresentation と稱せり。又“*The Laws of England*”に掲載せる Sir Joseph Walton 氏等の禁反言に關する論文には、判例集の著者として有名な Smith 氏が用ひたる分類に倣ひて、此の法廷外の行爲に依る禁反言を文書に依る場合 (by statement)、所爲に依る場合 (by conduct)、懈怠に依る場合 (by negligence) とに別ちて説明せり。而して是れ亦相當なる分類にして、其の E. by negligence は、前記エワルト氏の “assisted misrepresentation” に該當せるなり。

(二) 尙ほ此の種禁反言を發生せしむべき意思表示に付きては、必らずしも故意に出でたることを要せず、唯相手方に於て一方の意思を當然に斯くの如く推測するに至らしむべきときは、禁反言を生ずるに充分なりとして、一般に多數の學者に依り認めらるゝ所なりとす。蓋し人は社會の爲めに自ら注意を爲すべき必要あるものなりとの見解を認めたるものなり。又假令行爲者に不實の意思あるも、相手方が錯誤に陥らざるときは、禁反言は發生せざるなり。即ち其の不實の意思表示を前提として相手方が之が爲めに行動したることを必要とす。例へば、相手方が未だ錯誤に陥らざる以前に之を取消し、又は訂正したる場合の如きは禁反言を生ぜず (Vagliano v. Bank of England (1891) 事件判決 Chadwick v. Manning。如きは禁反言を生ぜず (1886) 事件判決 White Church v. Cavanagh (1901) 事件判決)。

而して前段の註に掲げたる如く、The Laws of England に依る分類として、第一の文書に依る禁反言 (Estoppel by statement) とは例へば流通證券に署名したるに依り生ずる禁反言の如き、又船荷證券を作りたるときは、其の證券記載の事項に従つて禁反言を生ずるが如き皆な然りとす。又第二の行爲に依る禁反言とは不實の意思を以て或行爲を爲したるが爲めに生ずる禁反言の如き、其の最も著しき事例にして、我民法に於ける詐欺に因る意思表示に付き、表意者の側より見て取消權を認むれども、英米法は、其の詐欺を行ひたる者の側に對して、禁反言の制限を加ふるなり。又第三の懈怠に依る禁反言とは、不作爲に依る沈黙を以て、他人を錯誤に陥らしむるものなり。

三 禁反言思想の發達

一 禁反言の思想は嘗て嫌忌せられたり。

(一) 從來禁反言に對しては、法律上嫌ふべき原則なりとして之を嚴正に解釋すべきものとせられたり (Palmer v. Ekino (1729) 事件判決)。然れども、主として此の

判例は記録に依る禁反言、又は證書に依る禁反言にのみ適用せられたり (註一)。

(註一) 嘗てカムプベル卿は、Howard v. Hudson (1853) 事件に於て、他の從來より認めらるる禁反言と同様に、此の種の斷定(不實の表示に依る禁反言)も亦眞實を阻止するものなるを以て、之を嫌ふべく又は之を嚴正に解釋せざるべからず (Like the ancient estoppel, this conclusion (Estoppel by misrepresentation) shut out the truth, and is adious and must be strictly made out.) と主張したるが、其の際クロムプトン氏は、之に反對して、「余は此の種の禁反言を以て、常に嫌ふべきものなりとは思はず。寧ろ多くの場合には、此の法理に従つて行動するを以て最も條理的なりと信ず」と述べたり。又 Smith 氏が有名なる其の著 "Selection Leading Cases" に於て論じたる所に據るも、從來判例は商業上の取引より生ずる禁反言に對しては、一般に之を保護する傾向なりと説明せり。

判事ブラウウエル氏 (氏は既に緒言に述べたるが如く禁反言) は、禁反言は嫌ふべきものなるが故に、此の法理は必要且つ止むを得ざる場合の外は、之を適用すべからずと論じたり。又ヨーク卿は、擔保契約は人が自ら爲す保護なるを以て、法律上其の效力を奨励すべきものなれども、禁反言は法律の強制に基づけるを以て嫌ふべきものなりと論じ、又判事ブラット氏は、禁反言は憎むべきものにして被告が自己の作成せる證書の文言に依りて當然に拘束せらるゝは酷なり。故に

假令自己が合意したるものとして法律上其の文言に因りて制限を受くべきものとするも、其の制限は主要なる文字に關することを必要とすべきなりと論じ、又判事ケニヨン氏は、禁反言は眞實の闡明を阻止する傾向あるを以て、一般に之を歓迎すべきものに非ずして、成文規定(Positive rule)の存在せるものに限りて之を適用すべきなりと論じ、又有名なる判事サーチッセル氏は、The General Finance Co. v. Liberator Building Society (1878) 事件判決に於て、證書に依る禁反言が論點となりし場合に、禁反言の原則は不實が眞實の效力を有すべき法理なるを以て、努めて之を制限すべしと論じ、又ベーコン氏は、禁反言なる普通法上の法理は普通法裁判所が、昔時其の權限の擴張に腐心せし時代に考案したるものに過ぎずと論じ、又ブレット氏は、證書に依る禁反言なる文字を使用するは、單に其の證書を眞正に解釋すべきことを要求するの文意に外ならずと論じたり。

二 禁反言に對する近時の思想

(一) 前述の如く、禁反言の法理は之を漫りに布衍すべきことを嫌ふべきものなりとの論旨は、コーク卿時代に於て頗る有力なりしのみならず、卿自らも亦之

を嫌ふべきものなりと述べたるにも拘らず、卿は一方には、既に之が存在の必要あることに付き法理上の根據をも認められたることは、第一段の(三)に於て述べたる所なり。或種類主として證書に依る禁反言は、場合に依りては、之を嫌ふべきものありと雖も、而も是れ單純なる禁反言の性質より生ずと云はむよりは、寧ろ之と相抱合せる不動産に關する固有の法理より生ずるものと云ふを相當とせるなり。殊に記録に依る禁反言の如きは、裁判に確固たる基礎を與へ、公益を保護する上より見るも、毫も嫌ふべき性質を有せざるなり。従つて之を證書に依る禁反言の如く、特に狹義且つ嚴正に解釋すべき必要なきものとす(註一)。

(註一) 英米法に於ける判決に依る禁反言の論據は、前記の如く裁判に確固たる基礎を與へ公益を保護するが爲めに當事者を拘束して反對主張を許さざるに在り。而して此の點は、判決の既判力として我民事訴訟法も亦同様の趣旨なることは、大審院判事岩田一郎氏及び仁井田博士等の意見相一致せる所なるに照らして明白なりと信ず。岩田氏著、民事訴訟法原論第六版第四四八頁に曰く、「羅馬に於ては、一たび裁判所が保護を與へたる請求に付ては、再び審理して更に保護を與ふる必要なしとの理由に據り、一事不再理の原則を認め、之を裁判所の職權調査の事項に屬せしを以て、確定判決の存在は、訴訟關係の成立を缺くに至るものなり(中略)。我

訴訟法に於ては確定判決の存在は、訴訟の成立要件を缺くものに非らず。然れども判決の實質的確定力は、即ち一事不再理の抗辯の基礎となるものなり。唯一事不再理の意義が羅馬法に於けると異なるのみ。一事不再理の原則を認むる理由は、確定力を生じたる判決が、其の訴訟物たる當事者間の法律關係の真相と一致するものと看做すが故に非ずして、國家の權力に因り、其の法律關係の眞實なると否とを問ふことなく、一たび當事者間の法律關係を確定したる以上は、再び其の確定に對して反對の主張を許さざるの趣旨に出づるものなり。蓋し此の如き效力を認めざる時は當事者間の法律關係は常に不確定状態に陥るべければなり」と。

又仁井田博士民事訴訟法要論第三版第五五四頁には、「判決の既判力とは、或事項の確定に關し新なる訴訟に於て、當事者を拘束する判決の拘束なるが故に、判決が既判力を有するときは、當事者は判決に依りて確定したる事項に關し、新なる訴訟に於て有効に其の趣旨に反する主張を爲すことを得ざるものとす(中略)。故に判決の既判力を以て、新なる訴訟に於て裁判所を拘束する判決の效力なりとするの理由と爲すに足らざるべし」と論じ、又同書第五六九頁に、「判決の既判力は、當事者をして新なる訴訟に於て、其の趣旨に反する主張を爲すことを得ざらしむるものに外ならざるが故に、判決は既判力を有するも、更に同一の訴を提起することを得ざらしむるものにあらず。果して然らば、判決の既判力の有無は、同一の訴を許すと否とに關せざるものと謂ふべく、且つ所謂一事不再理の原則は現行法上裁判所が新

なる訴訟に於て、前判決の趣旨に反する當事者の主張に基きて判決を爲すことを得ざるの義に外ならずと謂ふべし(以下略)」と。

(二) 更に又法廷外の行爲に依る禁反言時としては之を衡平法上の禁反言と稱する者あり Bigelow, — on Estoppel) の如きは、絶えず日常其の必要を生ずるものなり。蓋し其の性質たるや條理的なるを以て、毫も之を嫌ふべきものに非ずして、衡平法裁判所に於ても、悦んで迎へらるべきものなり。有名なるセルボーン卿は、*The Citizen's Bank of Louisiana v. First National Bank of Orleans* (1873) 事件判旨に於て述べたるが如く、「法廷外の行爲に依る條理的禁反言の法理は、契約合意、若くは衡平法上の讓渡等と其の法理上の性質を異にし、且つ最も重要な法理の一なり。例へば有償行爲に於て、或る者が現存せる事實に關して、或る意思を表示したるときに、其の意思が完全に表示せらるれば契約となり、又其の表示が不完全にして、法理上契約となるを得ざる場合に、如斯き意思表示も、衡平法裁判所に於ては其の表示が完全なりしものとして取扱はれ、之が爲めに賠償義務を生ずるに足れりとせらる」と論じたり。又有名なるブラックバーン卿は

Burkinshaw v. Nicolls (1878) 事件判旨に於て、此の種の禁反言に關して、下の如くに述べたり。曰く、禁反言の法理に對して非難の聲を聞くも、其の性質上差別なきを得ず。蓋し行爲に依る禁反言の法理も等しく、他種の禁反言に對する非難を蒙むれども、若し之を正確に觀察するときは、頗る條理的にして、且つ此の法理を無視するときは、英國の法律は完全に圓滿に行使せられ得ざることを知るべし。例へば、或る者が他人に對して、自己は斯々の物が存在することを認む、而して足下も亦之が存在を前提として或る行爲を爲せと申出たる結果、其の相手方が此の前提を標準として或る行爲を爲したるときに、此等雙方の當事者間には之を以て相互の權利を調節すべき最高の正義 (The very essence of Justice) と云ふべきなり。則ち是れ假令實在の事實 (The real state of the facts) に反することあるも、當事者が合意を以て行爲の標準としたる協定的狀態にして、是れ所謂 Estoppel in Pais なるべし。

四 禁反言に關する研究の内容

既に第二段に於て各種の禁反言に付き、其の性質の概要を述べると同時に、之が觀念を我法律と比較せり。即ち記録に依る禁反言は、判決の既判力を論ずるに參考とすべく、又證書に依る禁反言は、自由心證主義なるもの、研究に資すべく、又法廷外の行爲に依る禁反言は、條理より見たる公益上の保護規定として代理人の權限外の行爲、詐欺に依る意思表示等の效力を始めとして、株券及び流通證券の效力、其の他の點に於て、彼我の法制に付き、比較研究上頗る裨益する所あるべしと信ず。故に最後に、禁反言に關する各種の著書及び論文の内にて、其の目次の最も簡にして要を得たるもの、事例として “The Laws of England” に掲げらるる Sir Joseph Walton 氏等の禁反言論の目次を茲に附記して、之が概念を窺ふの參考に資せんとす。

(附 記) (目 次)

第一章 定義、性質、分類

第一節 定義

第二節 禁反言の種類

第二章 記録に依る禁反言

四 禁反言に關する研究の内容

禁反言の法理に關する概念

100

- 第一節 記録に依る禁反言を發生せしむるもの
- 第一 總論
- 第二 對物的判決(Judgements in rem)
- 第三 對人的判決(Judgements in personam)
- 第四 既判事項の抗辯(A plea of res Judicata)
- 第五 判決の確定力(Judgement recovered)
- 第二節 禁反言を受くべき當事者
- 第一 對物的判決に依り禁反言せらるる當事者
- 第二 對人的判決に依り禁反言せらるる當事者
- 第三節 禁反言に依り保護せらるべき者
- 第一 總論
- 第二 詐欺言の抗辯は提出を要す
- 第四節 禁反言を無効ならしむべき事由
- 第一 總論
- 第二 詐欺
- 第三 管轄權の缺乏
- 第四 眞正の事實が同一記録に依り明白なる場合
- 第五 記録と矛盾せる主張

282591

- 第六 記録に表示せられざる事項
- 第七 終局判決以外の記録
- 第八 禁反言に對する禁反言
- 第九 前記の判決以前に於ける再訴
- 第三章 準記録に依る禁反言
- 第一節 記録を保存せざる裁判所の判決
- 第二節 同一證據物を採用し乍ら一方に之を排斥することを要す
- 第四章 證書に依る禁反言
- 第一節 總論
- 第二節 其の拘束を受くべき當事者
- 第三節 除外例
- 第一 詐欺
- 第二 錯誤
- 第三 未成年者、妻、法人
- 第四節 證書の禁反言に關する效力
- 第五章 法廷外の行爲に依る禁反言
- 第一節 初葉に於ける意義
- 第二節 意思表示(Representation)に依る禁反言

四 禁反言に關する研究の内容

101

第一 總論

第二 文書(statement)に依る禁反言

第三 行爲(conduct)に依る禁反言

第四 懈怠(negligence)に依る禁反言

第三節 特殊の關係者間の禁反言

第一 地主と小作人

第二 寄託者と受託者

第三 會社と株券所持人

第四 特許權者とその權利借用人

(以上、茲に禁反言の法理として記録に依る禁反言及び證書に依る禁反言の二者に付きては、各學者の説明する所を對照するに、其の内容及び方法及び方法に付き敢て甚しき差異なしと雖も、前述せる“Estoppel in Pais”に關しては、一方に漸く近時裁判例の趨勢に於て著しき進歩あるのみならず、禁反言の法理中、最も複雑なる部分なるを以て、各著者により、其の説明する所も亦著しき差異ありとす。故に尙ほ參考として、茲に禁反言論の著者として、一方に最も權威ありとせらるゝのみならず、禁反言を以て實體法上の權利なりと説明せる Bigelow 氏の著書に付き、特に此の種禁反言に關する部分の目次を左に掲げ置かんとす。)

(目次)

第三編 Estoppel in Pais

總論

第一 契約に因る禁反言

(第一) 合意若くは當事者間に眞實なりと協定せられたる事實

(一) 總則

(二) 法人の權限外の行爲

(受領濟なることの承認)

(商業證券)

(三) 前者の署名の眞正ならざることの禁反言

(四) 署名能力

(五) 小切手保證

(責任發生後に於て手形を取得したる裏書人の爲す讓渡)

(第二) 契約履行の法律上の效果……占有取得に伴ふ效果

(一) 小作人が地主の權限否認に關する禁反言

(二) 賣買契約の下に買主が負ふべき禁反言

(三) 受託人が負ふべき禁反言及び物の受領者の禁反言

(四) 雇人、權利の讓受若くは借用人が負ふべき禁反言……特許の場合

(五) 遺言及び無遺言に依り死者の財産取得に關する禁反言

四 禁反言に關する研究の内容

禁反言の法理に関する概念

第二 行爲に依る禁反言

- (第一) 衡平法上の禁反言
- (一) 其の分類
- (二) 總則
- (三) 意思表示
- (四) 沈黙
- (五) 禁反言の責任を發生すべき事實覺知の程度
- (六) 禁反言を主張し得べき者の事實不知の程度
- (七) 相手方を陥れんとする意思
- (八) 相手方が其の意思表示に基づき行動せしことを要す
- (九) 行爲に依る禁反言の效力
- (一〇) 沈黙に依る禁反言………懈怠
- (第二) 權利拋棄と禁反言
- 第三 兩立し得べからざる地位及び其の選擇
- (一) 兩立し得べからざる地位に於ける選擇
- (二) 兩立し得べからざる地位

(以上) (大正三年九月稿)

英國總括會社條例に就いて

はしがき

- 一 總括會社條例の成立
- 二 私會社の制度
- 三 會社の成立
- 四 公示主義
- 五 資本の充實増加
- 六 定款の變更
- 七 株式及株主
- 八 會社の機關
- 九 會社の計算
- 一〇 社債の制度
- 一一 會社の解散
- 一二 會社の改造及合併
- 一三 外國會社の取締

はしがき

英國會社法は、曩に一八六二年に一旦總括編纂せられたるも、其の後更に種々之が修正及び變更を加ふるが爲めに發布せられたる條例少なしとせず、殊に多年裁判例を以て、實際上に現はれたる事例の解釋は勿論、又其の可否をも論及して、遂に其の得たる結果は再度一九〇八年「會社總括條例」の編纂となりて、茲に殆ど大成せられたるに近しとす。而して其の規定の詳細に付きては、固より彼我國情の差異に因り、直ちに之に倣ふを得ざるものあるは勿論、尙ほ同法が其の沿革に拘束せられたる結果、法理上論議すべきものも少しとせざるが、其の内容の豊富なる、殊に其の實質の完備せるとは、我法學界及び經濟界より觀て頗る注目すべき値ありと信ず。殊に吾人の如き日常商法法規の運用を任とする者より觀るときは、一層興味を感ずるものあり。然るに從來我國に於て、同法規を説明したるもの稀なるは頗る遺憾に堪へざる所なるを思ひ、不敏を顧みずして、茲に聊か右會社條例の長所を我國に紹介せんと欲す。

一 總括會社條例の成立

英國の法制は法典の形式を採らず、成文條例(Statutes)としては單に各時代の要求に應じて個々に之を發布するに止まりしが、十九世紀の後半に至りては其

の經濟界の發達に伴ひ、成文條例の發布愈々繁く、且つ歐洲大陸諸國に於て、法典の思想益々盛なるに促されて、英國に於ても各種の條例は、次第に統一類纂せらるゝの傾向を生ぜり。而して英國に於ける會社法規に關しては、一八六二年一旦從來行はれたるものを悉く統一したりしが、其の後屢々之が變更修正の爲めに新會社條例の發布せられたるもの少なからず、殊に一九〇〇年及び一九〇七年に於ける會社條例は、從來の自由不干涉主義の反動により著しく監督規定を設けたり。尙ほ其の他にも、幾多の關係條例の存するありて、實際上不便甚だしきを以て、遂に一九〇八年に於て、再び此等の諸條例を悉く總括類纂して、總括會社條例 (The Companies Consolidation Act) 大成し、翌一九〇九年(明治四二年)四月一日より之を實施せり (目的としたることも、成文律となりし結果、法文の文理解釋上多少の變更を生じたるものなしとせず、例へば會社改造に關して、外國會社に會社財産を賣却するは無効なりとて Thomas v. United Butter Companies of France (1919) 事件に於て、新判例を生じたるが如きあり。又株式譲渡に付き、其目的が拂込を免れんとするにあるも、定款に制限なき以上は取締役は之が登記を拒絶することを得ずとて、Discoveries Finance Corporation Ltd. v. Lar's Case (1910) 事件の如し)。

爾來同會社法規は、此の統一に因りて研究に便なるのみならず、又實に最近の

立法例たり。而して其の成條發達の根據は、概ね實際上の裁判例に因由せるを以て、假令一方には從來の沿革に拘束せらるゝもの及び不備なりと認むべきものあれども、亦頗る豊富なる實質を有し、殊に該法規の經濟界に於ける勢力としては、本法の適用を受くべき會社總數は、一九〇七年三月十四日英國貴族院に於て Lord Granard の述ぶる所に據れば、當時既に英本國のみにて、其の數四萬以上にして、其の拂込資本總額貳拾億磅を超え、又社債の總額は五億磅を超えたり。且つ其の法系的支配範圍としては、英本國は勿論、尙ほ北米各州、加奈陀、濠洲、新西蘭、印度等の諸國に於ける會社法規の基礎を爲せるものなり。

二 私會社の制度

英國會社法が、會社の種類として私會社 (Private Companies) の組織を認めたるは、我商法に比して特種の點なりとす。蓋し此の制度は、我舊商法に依る合資會社及び獨逸の有限責任會社の組織に似たるものなるが、英國にては最近に一九〇七年會社條例に依り、始めて公に認められたるものなり。即ち其の發達の沿

革より之を觀るに、本來の株式會社制度は、嚴格なる監督規定及び内情公示の義務ありて不便且つ不利なるを以て、一方に人的團體たる觀念を調和し、其の義務を緩やかにせり。而して之を英國の有限責任組合若くは我商法の合資會社に比較するに、其の有限責任社員なるも業務執行に干與し得るの觀念を與へたるは、資本家の爲めに大なる便宜ありと信ず。

尙ほ茲に一言すべきは、私會社に於て、社員を除名は他社員十分の九以上の同意あれば足れりとせる一事なり。從來一般の觀念としては、定款變更任意退社、社員除名、解散等に付き、總社員の同意を要すと規定せることは、我商法第五八條、同六九條、同七〇條、同七四條ノ三、同第二二一條ノ一等の如し。然れども、余は從來一旦成立したる以上は、常に團體的觀念を議論の出發點とすべきものにして更に其の以前の狀態に遡及し總社員の同意に付き必要なしと信ず。故に除名若くは解散の如き根本問題と雖も、必ずしも總社員の一致を要すべき關係なしと信じ居たりしが、英國會社法が前記の如き觀念を採用したるは、注目に値ひする。

三 會社の成立

一 我商法に於ては、株式會社の成立は少くとも全部の株式引受ありたる以後ならざるべからず（商法第一三九條）。然るに英國會社法に於ては、定款の登記を爲さば、會社成立證明書を交付し、之に因りて直に法人格を認む。而して此の會社成立證明書は、株式募集以前に交付するものにして、之を我商法に付きて云はば、恰も會社の發起團體に對して、人格を認むるが如し。即ち英國に於ては、株式の募集を爲すものは法人としての既存會社なりとす。故に我國に於ける發起團體、發起委員等の地位が曖昧且つ不便なるの弊害を免がれ得るなり。

此の會社成立證明書の交付に因り法人格を認められ、其の以後に於て會社は更に目論見書若くは之に代るべき書類を發行して株式を募集し、之を全部募集し終りたる時、若くは其の最少限度の引受ありたるときは、之を商務院に報告し、茲に事業開始證明書の交付を得たる上、會社は完全に其の目的事業の開始を爲し得るものとす。

特に一言すべきは、英國會社法に於ける目論見書の制度は、其の發起行爲の取締上、我商法に於ける株式申込證の制度に一步を進めたるものにして、之に詳細に當該會社の内容及び將來の計畫を記載せしめ、目論見書記載の事項に對しては、會社の發起人及び取締役をして特に其の責任を負擔せしめ、且つ其の記載事項の不實に付ては、責任を免れんとする發起人及び取締役等をして、自ら過失なきことを立證すべき義務ありと爲せり。

二 英國に於ては社債の募集に付きては勿論なるが、尙ほ株式の募集に付きても、下請(Underwriting)募集なる觀念を認む。従て株式又は社債の募集に關しては、手数料を支拂ひ得べきことを認めたり。而して割引を以て株式を發行することは不法なりとせり。然れども英國に於ても、株式募集に對して下請手数料を支拂ふこと、株式の割引發行とは、實際に於て之が區別を爲すに困難の場合少なからざるを以て、此の點に關して議論としては可否を争ふ者少なからず。

四 公示主義

一 會社内容の公示方法 我商法は、會社の内容に關する公示方法としては單に定款の必要的記載事項商法第五一條、第五三條、第一〇五條、第一四一條及び社債の登記事項を登記せしめ、又會社の計算に關して、貸借對照表を公告せしむるに止め、其の他の點に關しては殆ど放任主義を採れり。而して我修正商法は更に公示主義を加へ、第一五二條第二項及び第一五三條ノ二を以て、株主の失權通知を公告せしめ、又株式併合に際し同一條項を準用せしめたるの外、第一六三條ノ二ノ第三項を以て總會決議無効の訴に付き之を公告せしめたり。然るに英國は、從來民間の行爲に對しては不干涉を主義とせしにも拘らず、其の會社法規に付きては頗る干涉主義を採り、定款全部及び目論見書を公告せしめ、株式分配、社員名簿等に關する報告書は勿論、各株主總會に關する報告、其の他貸借對照表、財産目錄、株主移動簿、毎年度報告書等をも悉く登記官吏に届出でしめて之が公示主義を採り、又此等一切の書類及び擔保權設定登録簿等をも、會社に保存せしめ、之を社員は勿論公衆の閱覽に供すべき義務ありとし、且つ基本定款の變更は勿論、其の他重要な行爲に付ては一々裁判所若くは商務院の認可を必要と

し、任意解散に對しては狀況報告書を提出せしめ、其の他種々の公示方法及び監督方法に付き頗る干渉的なるは、第三者株主をも含むの保護上、特に其の必要ある所にして、我國に於ても頗る注目すべき點なりと信ず。

二 定款全部の公示主義 尙ほ定款公示に關し一言すべきものあり。我商法に於ては、定款を以て株式の譲渡を禁止し得るにも拘らず、此の點を會社の登記事項とせざりしは、第三者保護の爲め著しき缺點なりと信ず。而して進んで英國會社法の如く、定款全部の公示主義を採るは最も相當なりと信ず。尙ほ英國に於ては、何人も會社に對して定款の謄本を請求し得べき權利あることを特に規定せるなり。

五 資本の充實増加

一 資本の充實 我商法に於ては、株式會社の資本充實に付きて注意する所深く、特に株式讓渡人に對しては遡及的義務を規定し、以て株式拂込の義務を免れんとするものを防ぎ、又會社設立の登記以前に於ける株式の譲渡を禁止して

投機熱を抑制せんとしつつも、無能力者名義に依る株式申込若くは虚偽の氏名に依る株式申込に付き、立法上注意を拂はざりしは不備なりと信ず。即ち此等の株式申込を爲す者は、一朝會社の悲運に遭遇せば、忽ち其の申込の效力を争ふは今日多數に見るの事實なりとす。英國會社法は、此等の申込に付き事實上、其の申込を爲す者を以て株主と看做して、株主名簿に登録せしむるなり。而して我國に於ては、申込と同時に戸籍謄本、印鑑證明等を添へしむるは、相當の處置なるのみならず、能く立法の趣旨に適へるものなりと信ず。

二 資本の増加 資本増加に關して英國會社法は、全然株主總會の意思に任せり。我商法第二一〇條に於ては、株金全額拂込の後に非ざれば之を増加することを得ずとあるも、是れ假令幾分か投機心の助長を防がんとするものにあれども、寧ろ無益の干渉にして、現に鐵道條例、保險業法等に於ては、其の除外例を設けあるのみならず、殊に會社改造及び會社の吸收合併の爲めには、株式の未拂込ある會社と雖も、新株を發行し資本を増加するの便宜を與ふべき必要ある場合少なからず。即ち其の新株式を對價として、他會社を買収するの必要あるが如

し。但し獨逸商法第三〇五條にも、會社合併の爲めにする資本増加に對しては例外規定を設けたり。

六 定款の變更

我商法は定款變更に關し、第二〇九條第四項に於て、會社ノ目的タル事業ノ變更なる汎き規定を設けあるに依り、其の變更に付き制限なきものと認めらるゝも、如斯旨趣は甚だ不當なりと信ず。而して英國會社法は、之を特定の範圍に制限せるなり。本來會社の目的なるものは、一旦之を定めたる以上は、單に株主の便宜の爲めのみ定まるに非ずして、第三者殊に債權者の爲めにも定まれりと爲す英國會社法の精神を相當なりと信ず。現に一九一〇年ブルッセルに開催せられたる株式會社法規に關する國際會議に於ける多數の意見は、此の濫用を防止するの必要を論じたり。

七 株式及株主

一 社印の制度 我商法は、過般修正案に於て、株券の作成に關し、原則として記名捺印の制度を廢止せんとせしが、斯くの如きは我國の實際に行はるる慣行に反するのみならず、英國に於ては、從來より社印の制度を認め、殊に新會社法を以て、成文律として其の規定を設けたり。

二 自己の株式に對する最高擔保權 英國會社法に依れば、會社が其の定款規定を以て自己の株式に對して最高擔保權を有し、之を衡平法上の權利者に對抗するを得べしと爲せるは、株式に對する質權の效力問題より見て、頗る注目すべき特徴なるが、是れ英國會社法にては定款全體を公示せしむる結果、此の如き規定が行はれ得るものなれども、我商法の如く、單に登記事項のみに制限して公示せしむるものありては、之を定款に規定するも同様の效力ありとするは、株式に對する權利質の效力を危くするものなるが故に、法律上有效の規定なりと云ふを得ずと信ず。尙ほ我商法に於て定款の登記事項中に列擧なきにも拘らず、第一四九條に依れば、定款を以て株式移轉の自由を隨意に制限し得るものとせることは債權者の爲め頗る危険なる觀念なりと信ず。我商法の下に於ては、

定款に拂込義務の到來せる株式は、之を完済するに非ざれば讓渡することを得ずと規定せるは、勿論有效なりと云はざるべからず。而も其の効力は資本充實の上より視るに單に消極的に止まれり。故に寧ろ英國會社法の如く、株式に對する最高擔保權の制度を認むるに如かざるなり。

三 株主に對する通知 英國會社法は、既に一八六二年會社總括條例を以て株主及び社債權者にも對する通知に付き便宜なる方法及び效力を規定せり。即ち株主總會の招集は勿論、其の他株金拂込株式の沒收等に關して、我修正商法第一二六條ノ二及び第一七二條ノ二を以て、始めて規定したるものと同一趣旨の規定を爲したり。即ち株主名簿に記載したる株主の住所又は其の者が會社に通知したる住所に宛つるを以て足れりとし、且つ其の通知の効力は、通常到達すべかりし時に到達したるものと看做し、殊に外國に居住せる株主に對する通知に付ても、株主名簿に記載したる英本國に定めたる届出住所に宛つるを以て足れりとせり。英國新會社法には、尙ほ同様の規定を設けあるも、英國に於ける一般の學者及び實際家は、本條の規定を以て、株主に對する通知が通常到達すべ

かりし期間を調査すべき不便ありとして、多數の事例は、通常定款を以て、株主に對する通知は之を發したる時より二十四時間の経過を以て、其の通知が送達せられたるの効力あらしむべき規定を設けたり。然のみならず、外國に居住せる株主に對しては通知の義務を負擔せざることをの旨をも規定せるなり。故に如斯き必要にして且つ便宜なる規定に付き我商法が最近に修正を加へたるの際、此等の點に着眼せざりしは頗る遺憾とする所なりとす。

八 會社の機關

一 取締役會の制度 我商法が取締役の員數を三人以上に制限せるにも拘らず、常に各自會社を代表すべきものとなしたるは、其の本末を顛倒したる規定と云ふべきなり。尤も過般修正商法に依りて共同代表の規定を認められたるも、共同代表は單に其の共同すべき一二の取締役の一致あれば足れりとするものにして、單獨代表との差異は程度論に過ぎず、即ち取締役總員なるもの若くは取締役會なるものを眼中に置かざるの嫌あり。且つ登記を以て、常に共同代表者

を特定し置くは、往々不便少なからず。故に寧ろ英國會社法の如く、取締役會として行動すべきを本則とし、其の決議たることを必要に應じて證明せしむるの便宜にして且つ法理的なるに若かずと考ふ。尙ほ對内關係としても我商法には、僅かに第一六九條を以て、業務執行は取締役の過半數を以て之を決すと規定せるのみにして、取締役總員としての其の團體的觀念を認め居れども、頗る薄弱なり。故に須らく之を統一すべき取締役會に付き、法文に規定を設くべきものなりと信ず。

二 調査役の制度 調査役 (Inspectors) の制度は英國に於ては從來之に重きを置かず、漸く一八七九年會社條例以來之が規定を設けたるが、尙ほ其の職務は主として計算の調査に止まりて、業務上の調査其の他を爲すに非ざること、我國の監査役と異れり。且つ他に、公許計算人なるもの、規定を設けありて、若し計算上の單純なる調査を爲すには之に託するを以て足れりとす。是れ蓋し取締役に其の人を得れば、敢て調査役を置くの必要な所にして、英國人の誠實なる資質は、反つて此の點に關する發達を見ざりしものと考へらる。又英國會社

法に於て、會社の業務をも検査すべき權限ある機關は、検査役 (Inspectors) なれども、是れ單に必要に應じて設くる一時的検査機關たるに過ぎざるなり。

三 監査役 我國の實況として監査役の地位、有名無實にして取締役の業務執行を監督し得ざる者多きも、其の弊根は職務權限の不完全なるに非ずして、其の員數少なき結果なりと信ず。蓋し法文には取締役の員數に付てのみ三人以上とすべき制限あり乍ら、監査役の數は之を制限せざりしが爲め、殊に舊商法には監査役の定員數を三人以上と規定しありたるものを、無益の支出を免るゝことを得べしとの口實の下に、之を削除せし沿革の結果として、遂に監査役の員數を減ずるが如き弊根を生じたるものなりとす。而して監査役の員數少なき結果は、其の選舉の際、取締役を推薦せんとする者の側に於ける鼻息を常に窺ふの必要ある所以なりとす。故に監査役の員數をして必ず取締役の員數以上たらしむるを急務と信ず。殊に英國に於ては取締役の數多きときは業務上の統一を缺き且つ無責任となるの怖れありとして之を嫌ふの風ありとす。

九 會社の計算

一 會社財産狀況の公示 英國會社法に於ては、株主總會に關する議事其他一切の報告は、之を商務院に提出することを要す。且つ毎年社員年表報告(Annual list of membership)をも届け出づべき義務ありとせり。即ち之に依りて毎年度に於ける社員の異動及び會社財産の狀況等を詳細に、株主は勿論第三者に對しても公示せしむるの主義を採りて、株式會社に對する公示主義を嚴守し居れり。即ち我商法に規定せるが如く、單純に貸借對照表を公告せしむるものと、其の公示の程度を異にせり。

二 株主總會決議の種類 株主總會の決議の種類としては、通常決議(Ordinary resolution)、臨時決議(Extraordinary resolution)及び特別決議(Special resolution)の三種とせり。而して臨時決議とは、豫め臨時決議を要すべき事項として通知を爲したる株主總會に於て、決議權の四分の三以上の多數を以てする決議にして、我商法に依る定款變更の決議と同様なるが尙ほ英國會社法には殊に重要な事

項を決議する爲め特別決議なるものを認む。是れ先づ臨時決議と同様なる方法を以て決議したる後、更に通知を爲して開きたる第二回の株主總會に於て、其の出席者の決議權の過半数に依りて確認せられたる決議を云ふ。故に臨時決議の更に一層重要なるものなり。

三 優先株式の性質 會社の利益分配に關して優先株式の性質は、特別の規定なき限りは單に利益の分配に關するものとし、殘餘財産に對する優越的地位を認めざるを本則とせり。又其の利益分配の方法に關しても、特別の規定なき限りは、或年度に於て優先株の配當率に達せざりしときは、更に其の後の年度に於ける利益を以て之を補充するを本則とせり。即ち定款に特別の規定なき限りは、優先株の利益分配は、堆積的(Cumulative dividends)なるものとす。

一〇 社債の制度

社債の制度は、本來英國の經濟界に於て發達したる觀念にして、歐洲大陸法系を模範としたる我商法の規定は、從來之に關し不完全なりしのみならず、社債の

多くは之を英國に於て募集するの事實より見るも、英國に於ける社債の觀念は特に注意すべき事項なりとす。而して修正商法が第二〇三條乃至第二〇五條に互りて詳細なる規定を設けたるは、之が結果に外ならず。且つ又我擔保附社債信託法の如きも、既に先年單獨なる法規として英國會社法の觀念を移入したるものなり。尙ほ英國會社法に於ける浮動擔保 (Floating charges) の觀念は、我國に於ては未だ之を見ざる所なり。而して浮動擔保の觀念は、實に英國會社法の特質にして、能く經濟界の實情に適し、特定の擔保の觀念と相對立して行はるゝ所にして、歐洲大陸法系に於ける擔保財團制度に優れる妙用ありとす。

一一 會社の解散

一 英國會社法は、會社解散に付き任意解散の外に、強制解散及び監督解散の制度を認め、破産手續に依らざるも公平なる分配を爲すの目的を達せしめたり。殊に此の強制解散及び監督解散の場合には、會社に對する訴訟手續及び執行手續を一般に停止すべき效力ありとし、又任意解散手續に於ても此の停止命令を

申請し得べき場合を認めたり。是れ蓋し解散手續の際に此等の手續を停止せざれば無擔保債權者は先を争ひて到底公平に平等分配を爲し得ざればなり。而して是れ亦我商法に存せざる所なるも、破産手續の如く形式に流れず、頗る簡にして要を得たる洵に相當の觀念なりと信ず。其の他、解散手續即ち我商法の所謂清算手續に關して、債權者の意思を重んずるが爲めに、一般に債權者集會なるものを認めたるが如き觀念、及び解散に於て利息を停止すべき觀念、及び清算人が會社の發起人又は舊重役を宣誓の上訊問し得べきことを認めたるが如き觀念は、何れも頗る重要なものと信ず。

二 英國會社法に於ては、會社解散の場合に清算人をして繼續中の會社に對する訴訟及び執行手續の停止命令を申請するを得せしめたり。殊に強制解散の場合に於ては此等の訴訟及び執行手續の停止は當然に起るべきものとせらる。勿論此の場合に於ても、裁判所の許可を得て進行し得べき優先的效力あるものは停止を免るゝを得るなり。是れ清算中各個の債權者が互に先を争ふ場合には、清算は頗る困難にして、完全に其の目的を達し難きこと明なればなり。

一一二 會社の改造及合併

會社の改造及び合併は、經濟界の變動及び發達に伴ひて現はるべき必然の結果なり。而して英國會社法は、從來定款の變更を認めざりしを以て、必然的に我商法に比して一層會社改造の觀念に付きては發達を見たるものとす。

我商法に依れば、合併の本旨たるべき清算を爲さずして、會社財産を包括的に處分し得るの範圍は、尙ほ未だ狹隘なりと信ず。即ち我商法に依れば、會社の合併に對し異議ある債權者に對しては、總て辨濟を爲し、又は擔保を供すべき義務あるなり。而して英國會社法には、協諧契約(arrangement)の規定を設け、債務者たる會社をして、必ずしも異議ある總債權者に對して此の如き義務を負はしめず、各債權者をして債權者總會の四分の三以上の決議にして、且つ裁判所に於て相當なりとして認められたるものに對しては、之に服従すべきものとせしが如きは、頗る注目すべき價值ありと信ず。殊に英國會社法が、協諧契約の觀念を合併の際及び會社解散以後は勿論、尙ほ解散以前に對しても、一般に汎く之を認めたる

るは頗る便宜なりと信ず。今日我國に於て會社の債務を整理せんとするに際し、此の包括的觀念なきが爲めに、痛切に其の不便を感ずる所なりとす。會社改造の方法は、拂込資本額の一部を削減して、更に之が拂込を爲さしむる場合、又は會社の合併に似たるも、其の資本額を随意に定めんとする場合等には、頗る注目すべき觀念なりと信ず。

一一三 外國會社の取締

英國會社法に於ては、外國會社に付き、總ての有限責任會社は英國の株式會社と同様に、其の社員年表及び毎年度報告書等を届出でしめ、之に依りて其の資産、負債、損益計算等、會社の狀況を明確にし得べからしめ、公示主義を採れるが、我商法には其の規定なく、單に支店設立の際に登記公告を命じ、其の他は、株式及び社債の發行に付てのみ、多少の監督規定を商法第二五九條に規定せるに止まれるが、之は外國會社に對する取締上未だ充分ならずと信ず。

(法學協會雜誌大正二年一月號所載)

英國會社法に於ける Private Companies
の觀念に就いて

—附、獨逸の有限責任會社との比較—

緒論

- 一 公會社私會社の區別及私會社の繁盛
- 二 私會社の定義

本論

- 一 私會社なる觀念の沿革
 - 一 私會社なる用語の沿革
 - 二 One man company
 - 三 會社組織及組合組織の不便
 - 四 私會社は會社の變態
- ## 私會社の特質
- 一 總論
 - 二 私會社の業務執行社員
 - 三 私會社々員の除名
 - 四 私會社に關する除外規定
- 三 公會社と私會社との組織變更

緒論

一 公會社、私會社の區別及私會社の繁盛

公會社(Public company)、私會社(Private company)なる文字は、何れも一九〇七年の會社條例第三十七條を以て、會社法上始めて成文に使用せられたるものなり。而して公會社とは、從來會社法上に認められたる總ての會社、即ち無限責任會社、有限責任保證會社及び有限責任株式會社を總稱せるものなり故に特別條例の Act of Parliament に依りて設立せられたる會社の如きは之を包含せざるなり。

英國會社法に於て、私會社の制度を成文を以て認めたるは、漸く一九〇七年以來のことに屬し、爾來僅かに三、四年の經過に過ぎざるも、其の間長足の進歩を爲し、特に現時盛運に向へる會社にして、其の組織を變更して私會社と爲すもの頗る多く、既に其の數に於ても、英國に於ける登記せられたる會社總數の三分の一以上に達し、又パーマー氏の著書、私會社法論は、一八七八年に出版せられて以來、僅かに三十年間にして二十五版を重ねたるが如き狀況なりとす。唯其の制度

が法文に認められたる以來久しからざるを以て、之に關する裁判例未だ稀れであり、從て詳細の問題に付きては、會社法の他の部分の如く判例に依り、其の趣旨を説明し得ざる次第なり。

二 私會社の定義

私會社の設立に關しては、新會社法一九〇八年總括會社條例第二條に依り、二人若くは二人以上の者が基本定款(memorandum)及び通常定款(articles)を作成し之を登記するに因りて組織することを得(註一)。而して又私會社の規定に關する新會社法第二百一十一條は、一九〇七年會社條例第三十七條を承繼したるものにして、同條第一項には私會社なるものゝ定義として、左の如き要件を其の通常定款(articles)に於て規定すべきものとせり。

- (一) 株式讓渡(transfer)の權利を制限せること。
- (二) 社員の數を五十人以下に制限せること、但し會社の使用人を除外す。
- (三) 會社の株式及び社債に關する公衆募集を禁止せること。

(註一) 英國會社法に於ては、其の定款に通常定款(即ち articles of association)なるもの外に、基本定款(memorandum of association)なるものありて、基本定款に規定せらるべき必要事項は、新會社法第三條を以て特定せられたるが如く、社名、事務所所在地、會社の目的、社員の責任の程度及び資本事項等にして、其の他の事項は之を其の何れに記載すべきやに就ては何等の制限なし。而して私會社に關する特質は、之を必ず通常定款に記載するを必要とせるに在り。

新會社法第二百一十一條に規定せられたる私會社なるものゝ定義は、前記の如きも、是れ單に新會社法中、私會社に關する成條に規定せらるゝ所に過ぎざるなり。而して該定義は、會社法上の他の會社と關係的に私會社を區別せんには充分ならんも、吾人より見れば未だ説明として充分ならずと信ず。故に其の特質を明白にせんには、先づ之が發生に關する沿革を述べ、次いで英國會社法上に認めらるゝ他の會社即ち公會社と之を比較對照するの必要ありと信ずるを以て、更に本論に於て詳述すべく、茲には單に本條の説明のみに止めんとす。

一 株式讓渡の制限 株式讓渡の制限を爲すは、漫りに第三者の加入するを防ぐの趣旨に出でたるものなり。然れども、其の讓渡は制限にして、敢て絶對的

禁止にあらず。而して其の制限方法に就ては、其の法文に如何なる方法を以てすべき制限なるや明示せず。此の點に關し、バーマー氏の説明する所を見るに、社員中に株式譲受に付き優先權を認むるに在りとすとし、其の例示として監査役が定めたる相當の價格を以て、若くは仲裁に依りて決定せらるべき相當價格を以て、若くは株主總會に於て毎半期に定めたる標準價格を以て、若くは毎年度の平均利益分配金の十倍を以て、若くは過去三ヶ年間の平均利益の割合を以てせる價格にて、他の株主に先づ其の株式引受を交渉したるも、拒絶せられたる場合にあらざれば、第三者に其の株式を譲渡することを得ざるものと爲すを普通の事例とすと説明せり。又此の點に關して、トッバム氏は、其の譲渡制限とは社員の数五十人以上たらしめざる制限權を取締役に於て有すれば足れりと説明せり。尙ほバーマー氏は、取締役は第三者の加入に付き同意を爲すことに關する廣き裁量的權限を有する場合に、其の許否を決するの自由を有すれども、其の制限は總ての株式に對して一般的に且つ公平に行使せざるべからずと説明せり。株式の讓渡 (transfer) を制限せるは、株式の承繼 (transmission) をも制限する

の意義にあらず。即ち相續、遺贈、婚姻に因る變更は差支なきものとす (Attorney-

General v. Jameson, 1604)。

二 社員の數は五十人 以下とす。若し數人にて或株式を共有する場合に於ては、之を一人の社員として取扱ふものなり (新會社法第一條第三項)。

無記名式株式所持人は、嚴格の意味に於ては社員にあらず。但し定款に規定を設け、之を社員なりと看做すことは法の禁止する所にあらず。然るにスミス氏會社法論には、之を社員なりと説明し、且つ若し定款を以て社員にあらずと規定せる場合には、登記官吏は其の會社を私會社として登記するを拒むものなりと説明しあれども、其の當否に付ては疑なきを得ず。現に無記名式の株式を發行したる場合には、其の所持人の氏名を會社株主名簿より削除し、單に株式番號及び發行の日を記載するのみなりとす (新會社法第三條第四項)。

法文には社員の數は使用人を除外して五十人を超ゆるを得ずとあり。故に使用人にして株主たることあるも、英國會社法にては之を社員として計算せざるなり。而して此の場合に其の使用人が地位を喪失したるときは、其の株式を

他人に譲渡すべき旨を豫め定款に規定し置くことを要すとは、トッバム氏の説明する所なり。又秘書役は使用人なれども、取締役は使用人にあらずと判示せられたり(Cairny v. Back, 1906)。

三 株式及び社債に付き公衆募集の禁止 公衆募集の禁止に付き、バックレ―氏會社法論に據れば、公衆とは、現在の株主又は社債権者以外の者を意味せることは、目論見書に關する新會社法第八十一條第七項の主旨に照して明瞭なりとす(Burrows v. Matabelle Gold Co., 1901)。尙ほ同書には目論見書に、全く私信にして公表を禁止すべき旨を記入して、會社の或取締役が、其の友人に之を發送したる事實は、公衆募集に非ずとして(Sherwell v. Combined Incandescence Syndicate, Limited, 1907)事件の判例を援用せり。又トッバム氏會社法論に據れば、其の株式引受の交渉は、會社より發したるものたることを要す。故に例へば、會社改造の際、舊會社の清算人が新會社の株式を引受けんとするが如きは、是れ亦、公衆募集に應じたるものに非ずと判示せりとす(Booth v. New Africander Co., 1903)事件の判例を援用せり。

本 論

一 私會社なる觀念の沿革

一 私會社なる用語の沿革 私會社なる文字は、一九〇七年會社條例に依りて始めて成文に認められ、且つ其の意義を特定せられたることは、先きに緒論に於て之を述べたり。然れども其の實質は、既に三十年以前より世に現はれたるものにして、英國會社法の大家バーマー氏が其の著書 "Private companies and syndicates" を始めて公にしたるは一八七八年のことなり。又此の私會社なる文字が裁判例に使用せられたることは、既に一八八一年 British Seamless Paper Box 事件に於て、コットン判事が株式の公衆募集を爲さず、且つ其の設立當時の株主以外に株式を分配せざるものは私會社なりと説明せる所なり。其の後一八九五年 George Newmann & Co. 事件に於て、リンドレー判事も亦此の文字を使用し、一九〇七年 Salomon v. Salomon 事件に於ては、マクノートン卿も之を使用し、私會社を設立する主要の理由は、破産の不便を避け、且つ金銭借入権限を自由な

らしめんと目的に出づるものなりとして説明しゐるが如く、其の成文法條に使用せられたるもの以前に既に學者及び裁判所に於て屢々使用せられたる所なりとす。殊に一九〇〇年の會社條例に在りては、株式の公衆募集を爲す會社と之を行はざる會社との間に於て、會社設立に關する法定の報告書(同法第二條)株式分配に關する制限(第四條)營業開始に關する制限(第六條)目論見書記載事項に關する要件(第十條等)に付きては之を適用するものと否との區別を設けたり。故に今日所謂私會社の規定は、其の實質に於ては會社法上從來既に會社と稱せられたる今日所謂公會社の一種に外ならざるなりとは、スミス氏會社法論に説明せる所なり。

一九〇七年會社條例は、成文を以て始めて私會社の組織を認めたるのみならず、之が設立に付き他の會社に比し一層の便宜を與ふるに至りたるものなるが殊に從來一人會社 (One man company) と稱せられたるものを違法なりとせし意見を排止せしめたるものにして、從來認めたる種類の會社に比し、(イ)其の設立は七人を要せず、僅に二人の社員を以て足れりとし、(ロ)其の活動の便宜を與へ尙

ほ(ハ)一般會社法規を適用せざる場合を規定せしもの少なからず、總て此等の要旨は之を後に説明せんとす。

二 One man company 從來會社法上の會社の設立には、七人以上の株主を必要とせり。然れども既に一八七七年會社條例委員會に於て、ラッセル氏が會社は社員の數を七人以下と爲し、二三人にても充分完全に有限責任組織を爲し得ざることなしと主張せる所にして、亦バーマー氏の如きも、其の私會社法論第一版に於て、既に一八七八年以來之を主張せる所なりしが、實際に於ては、未だ之は採用せられざりしを以て、假令事業の性質によりては、更に少數にて會社組織と爲すを便宜とせる場合あるも、表面上は常に七人の株主を設け乍ら、實際に於ては其の資本の大部分は僅かに一、二の社員に所有せられ、其の他の社員は單に一株を所有し、主たる株主の爲めに被名義人たるに過ぎざりし組織は、既に一八八一年の British Seamless Paper Box 事件以來、實際に行はれたるもの少なからざりしが、遂に一八九四年の Broderip v. Salmon 事件に關し、斯の如き組織の會社、即ち所謂一人會社の組織は法律上之を有效ならずとして、地方裁判所に於て判決

せられたり。而して翌年該事件が訴訟院に表はるゝや、多數の判事の意見として會社法に於て必要とせる七人の社員とは、各自獨立の意思を有し、且つ會社事業に關し實際上の利害關係を有するものたらざるべからざるとの意見を抱きたりしを以て、之に反する所謂一人會社なるものは、會社法規の濫用なるを以て無効なりとし、其の主たる社員は直接に會社の債務に對して責任を負ふべきものと判決せり。

然れども此の見解は、法律の真正なる解決に非ずとして、遂に一八九七年貴族院に於て破毀せられたり。即ち其の判決理由に據れば、社員にして一株以上を所有せる限り、七人の社員あるときは、適法に會社を組織し得るものにして、法文には何等其の他の要件を必要とせざるなり。故に其の引受株式の多少及び株主間に於ける信託關係の存否は之を問ふ所に非ずとせり。而して遂に一九〇七年の會社條例第二條に依り、之を私會社なる法語の下に、二人以上の署名にて之を設立し得るものとして公に認むるに至りし次第なり。是れ私會社發達に關する重要事由の第一なりとす。

三 會社組織の不便及組合組織の不便 從來會社法上の會社を組織せんに、必ず七人以上の社員を必要とし、假令無限責任會社と雖も英國にては七人以上を必要とせり。故に此の點に於ては社員の数七人以下とせんには、組合を組織するの外なかりしなり。然かのみならず、會社は廣く世人に行はるゝに従ひ種々なる弊害を生じ、殊に會社の發起人及び取締役等の不誠實なる結果、屢々會社の濫設及び紊亂を生じたる爲め、數次會社條例を發布して之が取締に關する規定を設けたるが、殊に一九〇〇年會社條例以後に於ては、之が取締の爲めに内情公示の義務を一層多く特定して頗る干渉主義を採用せり。故に其の手續煩雜なるのみならず、内情を公示するの不利益を感ずる所なるは、後に私會社に關する除外規定の下に之を述べんとす。而して此等の不利益を避けんが爲めに、新會社法第二百一十一條即ち一九〇七年會社條例第三十七條の制限の下に、私會社なる觀念が公に認めらるるに至りしものにして、是れ重要事由の第二なりとす。

然るに亦組合なる觀念は英國に於ても遠く且つ廣く行はれたる所なるが、商

工業の發達に従ひ、其の性質上の不便を感ずる所少なからず。即ち(1)獨立の人格を有せざる結果は、財産の主體たるを得ざる不便あり。又訴訟能力をも有し得ざる不便あり。(2)組合員の持分は、他の組合員の同意なき限り、之を讓渡し得ざるものなり。(3)組合員は外部に對して無限責任を負はざるを得ざるなり。又(4)組合に於ては、自ら業務を執行せんには、無限責任の地位に居らざるを得ず、故に資本家として業務を監督し、自ら安心せんには不適當なりとす。尙ほ(5)組合としては、組合員の死亡と相離れて永久存在(Immortality)の目的を達することを得ず。而して此等の法律關係は、若し會社組織を採用するときは、總て之を免れ得るの便益ある所なりとす。從て會社組織中、最も便宜なるものを資本家としては選擇せんとする次第なり。

四 私會社は會社の變態なり 既に述べたるが如く、從來の資本組織としては一方に會社組織あり、同時に組合組織存せしと雖も、何れも其の不便を感じたるものあり、此處に於て、私會社なる組織は、家族會社なる名稱又は法人的組合なる名稱を以て會社と組合との中間に發生せしも、之を本來の性質より論ずれば、

會社の變態にして組合の變態にあらず。而して等しく會社と組合との中間に存する資本組織として、私會社の認められたると同時に、一九〇七年に認められたる有限責任組合なるもの有りて、是れ組合の變態なりとす。即ち英國に於ては、從來の會社組織と組合組織との中間に、一九〇七年に至り、會社の變態として私會社を認め、組合の變態として有限責任組合なるものを認めたるなり。而して獨逸に於ける有限責任會社は、株式會社と合名會社との中間に位せるものなるが、此の獨逸に於ける有限責任會社及び英國に於ける私會社の組織は、兩者共に等しく近世の事業界の要求に迫られて發達したるものなりとす。

然れども、上述の如く、既に會社法中に私會社なるものを認めたる以上は、組合に對して更に有限責任組合なるものを認むるは理論上左迄重要なりと考へられざるのみならず、尙ほ有限責任組合に於ては、業務執行者たらんとするには、必ず無限責任たるを要するは實際上不便とする所にして、現に Pollock 氏の如き大家は、之を以て無用の法律なりと論斷せしが、一般英國人の保守的思想固くして、既に發達し來れる普通法上の組合觀念を捨つるに忍びざりし結果なりと信ず。

而して此の有限責任組合なるものは、我現行商法に認めらるゝ合資會社と頗る相似たり。即ち普通組合員の責任有限にして業務執行に當る組合員のみが無限責任組合員たることを要するなり。又其の持分の讓渡は、單に無限責任組合員の同意のみにて足れりとせるなり。從て此の點より見るも、我國に於ける合資會社組織の重要ならざることを論斷するに有力なる一材料たるものとす。

二 私會社の特質

一 總論 既に私會社觀念の沿革として述べたるが如く、私會社は從來會社條例に認められたる會社と異りて、僅かに社員二人以上を以て組織することを得べく、而も其の内情公示に付きては頗る寛大なる取扱を受け、從て種々之が手續上に於て簡便なる所ありとす。而して私會社法に關する制限としては、緒論に於て述べたるが如く、僅かに三ヶ條の要件を具ふべきものにして、其の他の點に於ては特に制限せらるゝ所なし。

私會社法の發達の沿革及び法律の制限する所は既に之を述べたり。即ち社

員の責任の程度に付きては何等制限する所なきを以て、之が社員責任を有限と爲すも、無限と爲すも、將又特に社員中、或る者を有限とし、他の者を無限と爲すことに關しても、敢て法文に制限なく、之を何れにも決定し得るものとす。即ち從來會社法に認められたる無限責任會社、有限責任保證會社及び有限責任株式會社の三と同様なる責任組織を以て、而も社員二名以上にして、私會社を組織することを得るは、理論上當然の結果にして、之はスミス氏會社法論の説明する所なれども、英國人の實際的頭腦は、斯の如き哲學的空論を好まず、實用的思想を尊べる結果、此等の點に迄論究したるものは、余の見たる英國會社法に關する多數の著書中、僅かに前記スミス氏あるのみなりとす。殊に私會社の發達に關する沿革は、會社組織に關する此等の缺點を補はんとするに在りしを以て、實際上の事實としては、私會社は殆んど皆其の有限責任たり得ることを利用して、少人數にて會社を組織し、其の結果に於ては、獨逸の有限責任會社と同様なれども、本來私會社の内容としては必ずしも有限責任にのみ制限するものに非ざるなり。即ち私會社に關する法律上の特質としては、社員責任の程度問題に非ずして

少人數にて會社を組織し得ること、及び内情公示の責任の寛大なるを歓迎せるの結果なりとす。

而して獨逸有限責任會社は英國の有限責任なる私會社に頗る類似せるも、唯だ其の會社債權者の利益を保護せんが爲めに、各自の引受出資額の外、尙ほ他の社員の出資額に付きては法定の保證人として補充的責任を負はしめらるるも、英國の私會社には斯の如き制限なし。此の保證責任に關しては、會社の信用上必要なりとせらるるよりも、寧ろ却て有限責任會社の缺點として、獨逸に於ても論ぜらるる所とす。又獨逸有限責任會社は、社名には、必ずず G. m. b. H. なる文字を附加すべきものなれども、私會社には特別の制限なく、公會社たるしと爲すに過ぎざる點は、獨逸に於ける有限責任會社の規定を以て相當なりと信ず。殊に私會社の特質は、單に通常定款を以て之を規定せば足れりとせる以上は、一層之が區別を外形上より明白ならしむるの必要ありと信ず。

二 私會社の業務執行社員 私會社と一般には稱すれども、實際に於ては公

會社としての有限責任株式會社と相等しき組織を採れるなり。故に資本家たる株主は、自ら業務を執行及び監督し得るものにして、公會社の如く利益の配當を目的とし、業務の執行監督に干與することを主要なる觀念の一とせざるものと相異れり。即ち私會社に於ては、資本家が會社の業務を自ら執行せんとするものにして、而も其の有限責任たるを得るは、最も完全の投資手段なりとして歡迎せらるゝ所にして、資本家と業務執行權とが頗る密接の關係を有するものなり。故に株式會社の如く、其の代理者たる取締役に依りて業務を執行するに非ずして、資本家が自ら會社の業務を執行するものなり。

三 私會社員の除名 會社の目的及び業務に關して、社員の一致は團體事業に於て最も重要な所にして、之が爲めに株主の大多數、例へば十分の九と云ふが如き同意あるときに、少數株主に對し、社員を除名を爲し得る旨を定款に規定したる場合には有効なりとす。而して此場合に於ては、相當なる價格を支拂ひて之が持分を買收するにありと雖も、全然無條件にて沒收し得るものにあらず。元來我商法の下に於ては、株式會社には除名なる規定なく、合名會社、合資會社

には假令除名なる觀念あれども、總社員の同意を必要とせり。然れども法理上、法人なる觀念と總社員の一致なるものとは必ずしも分離し得ざるにあらざるのみならず、實際の便宜より云ふも、總社員の同意なるものは頗る不便なり。故に私會社に關する社員の除名なるものは實際上妥當の規定なりと信ず。

四 私會社に關する除外規定 既に述べたるが如く、私會社の性質は公會社の變態なるを以て、之が取締上、公會社と同様なる規定を適用せらるべきことを本則とす。然れども公會社と異なりて、種々の點に於て其の監督上頗る寛大なりとす。従て其の内情公示に關する責任を制限するのみならず、其の取扱手續に於ても頗る簡便なるものありとす。即ち左に掲ぐるものは、其の主なるものなり。

(一) 私會社は事業の開始以前に最少限度の株式引受を終りたることを要せず、單に memorandum 及び articles を作成して登記官吏に届出で、法人設立證明書を得るときは、直に事業を開始することを得(第八十七條第六項)。

(二) 私會社は、公會社の如く登記官吏に對し、毎年貸借對照表の届出を爲し、之

に依りて資本、會社財産及び債務其の他固定資本の價格等の摘要を毎年報告すべき義務なし(第二十六條)。

(三) 會社の創立經過を公示せしめむが爲めに、第一回の法定株主總會に際し、會社の狀況に付き、株主に豫じめ送付すべき報告書を登記官吏に届出づべき義務なし(第六十五條)。

(四) 株式及び社債の發行に付き、目論見書若しくは之に代るべき書面の届出を爲すべき必要なし(第八十二條)。

(五) 公會社に於けるが如く、優先株主及び社債權者に對して、通常株主と同様に會社の貸借對照表を受領し、且つ検査すべき權限を附與するの必要なし。

(六) 又清算手續に於ける貸借對照表の毎年度の届出及び之が公衆閱覽に關する規定の適用を受けざるなり(第六十一條)。

勿論英國に於ても一部の學者は、私會社を以て其の内情を詳密に外部に發表せざるが故に弊害を生じ易く殊に會社債權者を害するの虞れありと論ずるものあること、亦獨逸に於ける有限責任會社に對する批評と同様なれども、之を相

當の制限規定の下に認むるは、弊害を防ぎ得るのみならず、之を認むることの便益は頗る多大なりとして一般に是認さるゝ所なりとす。

三 公會社と私會社との組織變更

新會社法第二百一十一條第二項に依り、私會社は其の定款の規定を以て禁止し非ざるときは、特別決議に依り之を公會社と爲すことを得。但し此の場合には公會社が事業開始前に提出すべき法定の報告書及び株式分配以前に發行すべき目論見書に代はるべき書面を登記官吏に提出することを要す。

私會社は、新會社法第二百一十一條第一項に依る其の定款に定めたる三個の必要條件を變更したるときは、其の私會社としての存在を失ふものなるが、然し定款違背に關しては、法文に特別の禁止規定存在せざるを以て、若し會社の定款に違背して、取締役が漫りに株式の譲渡を行ひたるるとき、又は社員の数が五十人以上となるも、直に其の存在を失ふものと云ふを得ずとは、パーマー氏の會社法論に説明せる所なり。

私會社としての便宜を享有せんが爲めに、從來公會社として存続したるものを、私會社に組織變更を爲すもの鮮なからざるなり。而して之が組織變更を爲さんと欲せば、新會社法第二百一十一條第一項に依る私會社の特質たる社員の数に關する制限、株式及び社債の公衆募集に關する制限及び株式譲渡に關する制限に付き、特別決議を以て定款の變更を爲し、其の他之に伴へる變更を爲すときは、之を私會社と爲すことを得るなり。而して獨逸に於て、有限責任會社の制度が、一八九二年に認められたるの時に於て、從來の個人事業、其の他、合名會社、合資會社、株式會社より其の組織を變更したるもの多きと同一現象なりと信ず。(了)

(法曹協會雜誌大正三年五月號所載)

我商法に於ける株金拂込請求權と
株式質權との關係を論じ英國會社
法の Lien on Shares 觀念に及ぶ

- 一 緒言
- 二 株式質権者の地位
- 三 一般の第三者と質権者との比較
- 四 Lien on Shares

一 緒言

株金の拂込強要に關する規定は、資本を充實せしめ、會社の存立を強固ならしむるが爲めに設けられたるものなるを以て、其の規定の實質は、株式會社の根本的重要問題たること、敢て辯明を待たずと雖も、徒らに之が重要なことの聲に驚きて、公平なるべき立法及び解釋を無視すべからざるは勿論なりとす。

今我商法第一五二條第二項、同第一五三條第一項に依れば、株主が株金の拂込を爲さざるに因る第二回の拂込催告に於ては、其の拂込を爲さざるときは、株主を爲さざるに因る第二回の拂込催告に於ては、其の拂込を爲さざるときは、株主を失權せしむべき旨を豫告し、之を怠りたる場合には、當然其の株主たる權利を失權せしめ得るなり（失權を以て株式消滅なりと説く者あれども、會社が取得するを見れば、消滅にあらざるべしと信ず）。従つて此の場合に於ける未拂込株式に對する質権者は、僅かに失權に關する公告を見得るの保護あり、之に依りて不充分なれども、代位辨濟を爲すの便宜を有せるが、若し之を辨濟せざれば、質権は全く消滅せしめらるるなり（余の意見として株式質権は此の場合に於ても、尙

ほ消滅せざるものと解すれども、多數の意見は消滅説を採れるなり。故に其の地位頗る薄弱にして、其の名は質權なりと雖も、其の物權的對抗力に乏しく、恰も物の消滅と同一に取扱はるるなり。而も會社は獨り自ら其の株式を完全なる形態の下に收得するを得、且つ其の收得以後に於ける地位に付きても、法律が敢て干渉する所なきは、果して株式拂込強要權としても相當なりや、是れ茲に本論を草する所以なり。

二 株式質權者の地位

此の點に付き從來の沿革を一言せむか、先づ我立法者は最初單純なる頭腦を以て、現行民法成立の際、議會が強て修正を加へ、記名株式に對する權利質の場合には質權設定の通知を要せず、單に株式の交付のみにて足れりと爲したること、即ち民法第三六四條第二項を設けたるの結果として、株式質權者の地位を保護するに適當の途なしとし、其の後、我商法も亦之に倣ひて單純に考へ、株主が株金拂込請求に應ぜざるときは、株式質權者の地位も亦法律上全く保護の途を與へ

ざるも、已むを得ざるものなりとせらるるに至れり(註一)。

(註一) 余が此の如き斷定を爲して、我商法を非難せる所以は、蓋し當時既に行はれたる獨逸現行商法第二百十九條第二項には、明かに質權者其の他利害關係者保護の爲めに、我商法が過般修正を加へたるよりも更に一層深く注意し、株式失權の豫告は之を三回公告することを要し、且つ其の第一回公告は、拂込の爲めに定めたる期間以前、少くとも三箇月前たるを要し、又最終の公告は、少くとも一箇月前たることを要すとの明白なる規定の存せしにも拘らず、特に之を無視し、過般商法の一部修正に於て、漸く獨逸商法に倣ひたればなり。

然れども此の如き粗雜なる立法は、固より今日の我經濟事情を無視せるものなりとの非難の聲高く、遂に過般商法修正に際し、獨逸商法に倣ひて、第一五二條に第三項を追加し、又第一五三條に同條の二なるものを追加したり。即ち、會社が株主に對し、其の權利を失ふべき旨を通知するときは、會社は其の通知すべき事項を公告することを要す(第一五二條第三項)、前條第一項の規定に依り、株主が其の權利を失ひたるときは、會社は遲滯なく其の株主の氏名住所及び株券の番號を公告することを要す(第一五三條ノ二)と。

蓋し此等追加條項は、立法者が從來の單純なる會社本位に加ふるに株式質權者の地位を多少なりとも保護すべき融和手段を採りたるものなれども、固より失權豫告の公告は質權者の爲めのみならず、白紙委任狀附にて株式を取得したる者をも保護するに在れども、未だ獨逸商法に於ける質權者、廣く利害關係者、保護の程度にすら劣れるのみならず、依然として株金拂込請求權の爲めに株式質權は當然喪失するものなりとの單純なる思想に過ぎずと信ず。何となれば此の場合に、會社は其の失權せしめたる株式を、獨り自ら完全なる(即ち質權設定なき)地位に於て取得し、且つ競賣に附すべき絶對の制限なく、且つ其の時期に就ても制限なきを以て、(1)必ずしも常に競賣に附するの義務なく、却て會社の利益を本位として適當の時期に於て一層高價に若くは會社の便宜に賣却し得るのみならず、(2)若し之を競賣に附して、剩餘金あるときは、自ら之を利得するを得るは、質權者の地位と比較して其の權衡を失せるのみならず、此の如きは怠慢ある株金拂込義務者に對する制裁を、殊に質權者に迄及ぼさんとする不條理あるものと信ず(註二)。

(註一) 株式競賣を爲すは、不足額を請求せんとする場合に必要な條件なれども、若し會社にして此の不足額請求權を行使するの必要なしとせる場合には、會社は自ら相當なりとする時期に至る迄之を取得し、且つ適當なる方法の下に賣却し得るものと解釋せざるを得ず。勿論法文には競賣すべき規定あれども、何等の責任若くは制裁なく、又其の競賣すべき時期を遷延するが如きは、理論上不當なること明かなれども、特別の條文なき限りは、勢ひの然らしむべき結果なりと云はざるを得ず。而して此等の點は、現今株式會社の實際に於ける一大惡弊なりと雖も、本論に直接の關係なきを以て、他日更に論難せんとす。

(註二) 株式競賣に依る剩餘金は、之を自ら利得し得るや否やは、直接の明文なきを以て疑問とせられたるも、今日に於ては一般に積極説を採ることに、學說裁判例共に一致せるが如し。然れども、株式失權に依る消滅論を採らざる以上は、剩餘金は之を失權者に交付すべく、殊に質權者に給付せらるるは相當なりと信ず。

三 一般の第三者と質權者との比較

本來株式會社の資本を充實せしむるは、會社信用の基礎にして、第三者の利益を保護する上より見て當然のことなれども、其の所謂第三者なるものの範圍及び保護の程度に付きて之を考覈するに、株式質權者なるものの利害關係は、直接

且つ明確にして、之を株式會社に關する一般債權者、即ち間接且つ漠然たる利害關係人と相比較するときは、果して我商法に認むるが如き優劣を相當とせるや否やは頗る疑問なりと信ず。何となれば、資本の充實より生ずる利害關係、即ち一般債權者の利害なるものは、例へば資本金壹百萬圓の會社にして、現實なる拂込金貳拾五萬圓なる場合に、其の未拂込資本たる金七拾五萬圓の會社財産なるものは、之を現金若くは之に等しき價值を有する七拾五萬圓の現實財産に比すれば、其の輕重大小の差異甚だしきは、何人も熟知せる所なるのみならず、株主は一旦其の將來の拂込を恐るる場合には、何時にても之を他人即ち無資力者の名義に變更して、假令法文の規定ありと雖も、事實上殆んど其の追奪を免かるるに近き結果を生じ得べきなり。是れ株式の自由讓渡を制限せざる限りは、必然の結果にして、畢竟未拂込株式金額を一般債權者に對する頗る強度にして且つ正確なる擔保なりと云ふが如きは、殆んど實際を洞察せざる者の言に過ぎず(註一)。

(註一) 我舊商法にては、失權株主の責任に付き株式金額半額拂込前の株式讓渡人のみに付て擔保の義務を認めたるが如きは、却て常識に適へる點なくんばあらず。

然るに現行商法が、徒に資本充實の空論の下に、絶對的拂込義務を認めたる結果は、今日の實際に於て、未拂込株金ある會社の株式を惡漢等が買占めて、會社を乗り取りたる後、着實なる資本家を苦しむるは多數の事例として、吾人の平素遭遇する所なりとす。

更に又論者或は未拂込株式に對する金融、即ち其の質權を獎勵するは、徒らに投機の弊風を助長するものなりとか、株主は其の株式引受と共に早晚全部の拂込義務を負擔せることを自覺せるものなりと云ふが如き、單純なる頭腦を以てしては、到底經濟界の發達及び實況を俱に談ずるに足らざるなり。殊に我國の如き、未だ資本に乏しき經濟状態に於ては、一方に資本に對する金融關係を熟慮すると同時に、現に獨逸に行はるるが如く、未拂込ある株式の定期賣買を禁止するを相當なりとして、一般に認むるに至らざる限りは、未拂込株式に對する質權者の地位は、特に慎重なる研究を要すべきものなりと信ず。

四 Lien on Shares

前述の如く、我商法が失權株式に付き、會社に於て無條件に之を收得せしむる

ことは至當ならずと考ふるのみならず、之に對する質權をも絶對に消滅せしめ且つ剩餘金を自ら收得せしむるが如きは、經濟上よりするも、亦法理上よりするも不當なりと信ず。是れ余が英國會社法に於ける株式に對して、會社の有する擔保權 (Lien on the shares) の觀念を更に述べんとする所以なり。

英國會社法に依れば、會社は未拂込株金、其の他の債權請求に付き、定款を以て其の株主の有する株式に對し、第一優先擔保權 (The first and paramount lien) を有すと規定するを常とす(會社法附錄模範定款第九條)。而して此の特別規定なき場合には、會社は株式に對して、當然に此の物上擔保權 (Lien on shares) を有するものにあらず。是れ即ち我商法に於て、未拂込株金の爲めに、會社が當然に其の株式に對する質權者に優越せんと爲すのみならず、其の質權を消滅せりと爲せる規定と、其の根本の見解を異にせる所なりとす。

次に、此の種擔保權が第三者に對する效力としては、此の種擔保權發生以前に其の株式に對する請求權其の株式に對する質權設定若くは賣買に依る所有權移轉を生じ、之を登録したる場合には、其の第三者の地位を以て優越せりと爲す

は勿論なるが、更に論究の必要あるは、未だ其の登録手續なきの際に、本件擔保權の規定を設けたる場合是れなり。而して此の場合に於ける優劣問題の解決は前述の如き未だ登録なき權利、即ち英法に所謂衡平法上の請求權に對して、會社が免責せられ得ることの規定が定款に設けありしや否やに依りて決すべきなり。即ち定款に此の種擔保權の爲めに衡平法上の請求權を否認し得べき免責規定あるに非ざれば、此の種擔保權を以て、會社は第三者に對抗し得ざるなり。故に若し定款に、單に此の種擔保權の規定を設くれども、特に衡平法上の請求權を否認し得べき免責規定に及ばざる場合には、此の種擔保權は第三者の有する衡平法上の請求權に優越することを得ざるなり。是れ蓋し株主が株式を第三者に擔保に供し得る權利を成るべく制限せしめざらんとするに出でたるものなり。

更に英國會社法に於ても、株式に對する第三者の權利にして、設定登録を請求し得るものとは如何なるものなるやは、議論ある所にして、嘗て Bradford Banking Co., v. Briggs (1887) 上訴事件に於て、株式に對して占有を取得して質權を設定し、

之を會社に通知したる場合には、之を信託の通知 (Notice of a trust) に非ずとの旨趣を以て登録すべきものなりとし、而して同會社の定款には擔保權條項あれども、第三者の衡平法上の請求權を否認し得べき免責規定 (Exemption clause) の設けあらざりしを以て、本件株式擔保權に對抗し得るものなりと判決せられたり。

此の種擔保權の實行方法は、多くは之を定款に規定し、之に依りて其の株式を賣却し、又必要なる場合には、會社は買主名義に株式を變更することを得、又若しも本件擔保權の實行方法に關する規定なきときは、之が實行を爲すには豫じめ裁判所の認可を受けざる可からず、而して此の種の擔保權は衡平法上の擔保權にして、其の實行方法としては直接に株式を沒收すべき旨を規定することを得ず、即ち本件の擔保權と株式沒收とは、別個の性質を有することは、*Salt v. Marthapton* (1892) 事件の判示せる所なり、殊に英國會社法にては、株式を沒收したるときは、最早其の以後に於ては不足金を追徴し得ざるを本則とするなり。尙ほ此の種擔保權の效力範圍は、單に株式拂込金に關するものなるのみならず、其の利益分配金に對しても效力あるものとす。而して本件擔保權の効果として注意す

べきは、會社が自ら此の種の擔保權を有し得べき株式は、之を定期市場に於て賣買することを得ざるに在り、第三段に述べたるが如く、獨逸にては未拂込株式の定期賣買を禁止せるなり。又此の種擔保權は、會社が其の株式の移轉を認めて他人の名義に登録したるときは、最早消滅すべきものなり。左に參考として千九百八年英國新會社法附錄模範定款に掲げられたる "*Lien on shares*" に關する規定を示さんとす。

第九條 會社は未だ全部拂込済とならざる株式に對して、其の株式に關する現在又は將來の未拂込金の爲めに又は其の株式に對して、會社が請求權を有せる一切の債權の爲めに擔保權を有す。但し取締役は何時たりとも、本條の擔保權の全部又は一部を解除することを得。

會社が株式の上に有する擔保權は、又其の株式に對する總ての分配金にも及ぶものとす。

第一〇條 會社は取締役が適當と認むる方法に於て擔保權を有する株式を賣却することを得。但し其の擔保權の發生原因たる金額が、即時に拂

込むべきものなるか、若くは其の金額拂込請求の通知後十四日以上を経過したる後ならざるべからず。

第一一條 會社が其の擔保權を有する株式を賣却したる時は、先づ其の擔保權を生じたる全額の支拂に充當し、其の殘餘あるときは、其の株式に對して賣却の日迄に支拂期限の到來したる債權にして、同様に擔保權あるものの辨濟に充當すべきものとす。(丁)

(法學新報大正三年六月號所載)

株式會社の起源に關して
福田博士の教を乞ふ