

○滯納金請求ノ件

明治四十三年(癸)第二百七十一號  
明治四十三年十二月十三日第一民事部判決

○判決要旨

一 相殺抗辯ハ民事訴訟法第四百十六條ノ所謂請求ニ該當スルモノト  
ス(判旨第一點)

(參照) 新ナル請求ハ第九十六條第二號及ヒ第三號ノ場合又ハ相殺スルコトヲ得ヘ  
キモノニシテ且原告若クハ被告ガ其過失ニ非スシテ第一審ニ於テ提出シ能ハザリシ  
コトヲ疏明スルトキニ限り之ヲ起スコトヲ得(民事訴訟法第四百十六條第)

一 株式會社ノ定款ヲ以テ豫定シタル株金拂込ニ關スル損害賠償額ハ  
會社ニ生シタル損害ノ賠償金額ト看做スヘキモノニシテ株金ノ拂  
込ト其性質ヲ同ウセス(判旨第二點)

一 當座預金ノ債權ニ付テハ別段ノ契約ナキ限其債權者ハ何時ト雖モ  
拂戻ヲ請求シ得ヘキ地位ニ在ルヲ以テ其債權ニ對スル時効ハ預金  
關係ノ生シタル時ヨリ之ヲ起算スヘキモノトス(判旨第三點)

一 株金拂込ノ義務ハ株式引受ニ因リテ生スルモノトス而シテ株式ノ  
引受ハ商行為ニ非ス(判旨第四點)

一 商法第五十三條第三項ニ所謂競賣トハ競賣法ノ規定ニ依ルヘキモノヲ指稱シ之ニ據ラサル競賣ハ當然無効ナリトニ而シテ其無効ハ何人ト雖モ之ヲ主張スルコトヲ妨ケス(判旨第五點)

(參照) 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ヲシテ其不足額ヲ辨濟セシムルコトヲ得若シ從前ノ株主カ二週間内ニ之ヲ辨濟セサルトキハ會社ハ讓渡人ニ對シテ其辨濟ヲ請求スルコトヲ得(商法第三百五十條第三項)

一 商法第四百十四條第二項ノ規定ハ會社ノ資本充實ノ爲メ現實拂込ヲ爲サシムル必要ニ基因シタルモノナレハ株式讓渡人カ負擔セル株金辨濟ノ義務ヲ履行スル場合ニモ亦之ヲ適用スヘキモノトス(判旨第六點)

(參照) 株主ハ株金ノ拂込ニ付キ相殺ヲ以テ會社ニ對抗スルコトヲ得ス(商法第四百十四條第二項) 一 清算中ノ會社ト雖モ其債務ノ履行ニ付キ必要ナリトスルトキハ株金拂込ノ請求ニ關スル規定ニ從ヒ株主及ヒ株式讓渡人ニ對シテ其權利ヲ實行スルコトヲ得(判旨第八點)

第一審 名古屋地方裁判所岡崎支部 第二審 名古屋控訴院

上告人 株式會社豐橋銀行

右法定代理人 西村源三郎 訴訟代理人 (石山) 淺野三彌 (山田) 田 豐秋平

被上告人 永井仙十 訴訟代理人 (鈴木) 中村了五 (中村) 了五 證六

右當事者間ノ滯納金請求事件ニ付名古屋控訴院カ明治四十三年六月十四日言渡シタル判決ニ對シ上告人ヨリ一部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シ被上告人ハ上告ヲ棄却シ附帶上告トシテ一部破毀ノ申立ヲ爲シ上告人ハ附帶上告棄却ノ申立ヲ爲シタリ

判決

被上告人ノ附帶上告ハ之ヲ棄却ス 原判決中「其餘ノ被控訴人ノ請求ハ之ヲ却下ス訴訟費用ハ第一、二審トモ各自辨トス」トアル部分ヲ破毀シ更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ本件ヲ名古屋控訴院ニ差戻ス

理由

上告論旨ノ第一ハ本件上告人ノ請求債權ニ對シ被上告人カ明治四十二年六月十五日第二審ニ於テ始メテ乙第三、五號證ノ債權ヲ以テ相殺ノ抗辯ヲ爲シタルニ付上告人ハ右相殺ハ被上告人カ其過失ニアラ

相殺抗辯ノ實質

スシテ第一審ニ於テ提出シ能ハサリシコトヲ疏明セサルモノニ係ルヲ以テ民事訴訟法第四百十六條ニ依リ之ヲ許容スヘキモノニアラスト論争シタルニ原審ハ「控訴人(被上告人)ノ前記相殺抗辯ハ防禦方法トシテ提出シタルニ止マリ新ナル請求ヲ爲スモノニ非サルハ勿論」云云ト説明シ以テ上告人ノ主張ヲ排斥シタルハ法律ヲ誤解シタル不法ノ判決ナリ何トナレハ同條ニハ新ナル請求ハ原告若クハ被告カ其過失ニアラスシテ第一審ニ於テ提出シ能ハサリシコトヲ疏明スルトキニ限り之ヲ起スコトヲ得ト明定シ被告ヨリ抗辯トシテ之ヲ提出スル場合アルコトヲ想像シ居ルヲ以テ其被告ヨリ爲ス新ナル請求トハ單ニ反訴ノ如キ場合ノミニ限ラス抗辯トシテ相殺ヲ主張スル場合モ一ノ新ナル請求ヲ爲スモノニシテ亦同條ノ適用ヲ受クヘク且相殺ハ雙方ノ債務カ辨濟期ニ在ルトキ各債務者カ其對當額ニ付其債務ヲ免ルルモノナルヲ以テ其實質ニ於テ一ノ新ナル請求ナルコト一層明白ナリ而シテ民事訴訟法制定ノ當時ハ任意上法律上又ハ裁判上ノ相殺ノ區別アリテ相殺ハ反訴ノ手續ニ因ラサレハ之ヲ許ササルノ主義ナリシモ意思表示ノミニ依リテ相殺ノ行ハルヘキ旨ヲ規定シタル現行民法ノ主義ト調和シテ之ヲ解釋スルトキハ單ニ抗辯トシテ相殺ヲ主張スル場合モ一ノ新ナル請求ニシテ亦同條ノ適用ヲ受クヘキモノト爲ササルヘカラサレハナリ(御院明治四十二年(オ)第九十號事件同四十二年五月五日判決參照)ト云ヒ」之ニ對スル答辯ハ上告理由第一點ハ被上告人カ第一審ニ於テ相殺ノ抗辯ヲ爲サスシテ第二審ニ於テ之レヲ爲シタルハ新ナル請求ナルニ依リ民事訴訟法第四百十六條ニ依リ許容スヘキモノニアラ

ス然ルニ原審ニ於テ之ヲ許容シタルハ不法ナリト云フニ在リ然レトモ民事訴訟法上請求ナル文字ハ之ヲ判決ヲ受クヘキ請求ト解釋スヘク從テ攻撃防禦ノ方法トハ自カラ差異アルモノナリ而シテ被上告人カ原審ニ於テ相殺ノ抗辯ヲ爲シタルハ反訴等ノ形式ニ基キ判決ヲ受クヘキ新ナル請求ヲ爲シタルニアラス單ニ防禦ノ方法トシテ之レカ抗辯ヲ提出シタル事原審ニ於テ認定セラレタル如クナルヲ以テ民事訴訟法第四百十六條ノ適用ヲ受クヘキ答ナク上告理由ハ理由ナシト信ス此點ニ關シ上告人ハ民事訴訟法制定ノ當時ニハ相殺ハ反訴手續ニ依ラサレハ之ヲ許ササルノ法規ナリシ處民法ノ制定セラルルヤ意思表示ノミニ依リ相殺ノ行ハルルニ立至リタルモノナレハ解釋上ノ調和ヲ計リ單ニ防禦方法タル相殺ノ抗辯モ新ナル請求トシテ同條ノ適用ヲ受クヘキモノナリト主張スルモ元來實體法ノ改正ノ結果手續法上ノ一二ノ條文カ其適用ノ範圍少ナキニ至ルカ如キハ當然ノ結果ニシテ規定自體ニ於ケル文句ヲ曲解シテ迄解釋上ノ調和ヲ計ルヘキモノニアラサル而已ナラス凡ソ法文ノ解釋ヲ爲スニ當リテハ其法文制定當時ノ事情ヲ斟酌シテ解釋スヘキモノナリト信ス而シテ民事訴訟法制定當時ニ於テハ上告人主張ノ如ク反訴即チ請求ノ形式ニ依ルニアラサレハ相殺ノ主張ヲ爲シ得ラレサリシ法制ニシテ民事訴訟法ハ審級制度ニ依リ制定セラレ第一審ニ於テ判決ヲ受ケサル請求ニ付第二審ニ於テ判決スルハ其制度ニ反スルヲ以テ之ヲ許ササルカ原則タリ然レトモ時期ニ依リ此原則ヲ嚴格ニ適用スル能ハサル必要ニ迫リ同法第四百十六條ノ如キ例外的規定ノ制定セラレタルモノナリ乃チ民事訴訟法制定當時ニ於テハ相

殺ノ主張ハ常ニ反訴ノ形式ニ於テ之ヲ爲スヘキモノナレハ審級制度原則上第二審ニ於テ新タニ其請求ヲ爲ス能ハサルハ當然ナルモ時ニ此原則ヲ適用スルハ當事者ニ對シ苛酷ニ過クル事情存スルノ故ヲ以テ例外トシテ相殺スルコトヲ得ヘキモノハ時期ニ依リ第二審ニ於テモ新ナル請求ヲ爲シ得ヘキ事ヲ定メラレタルモノナレハ其後實體法ノ改正ニ依リ相殺ハ意思表示ノミニ依リ行ハレ單ニ防禦ノ方法トシテ之レカ抗辯ヲ提出スルモ審級制度ノ原則ニ背馳スル所ナキニ至リタル今日尙ホ審級制度ノ原則ニ對スル例外規定ヲ反面ヨリ曲解シテ原審ノ判決ヲ非難スル上告人ノ主張ハ其理由ナキヤ明カナリト信ス加之民法ニ於テハ相殺ハ意思表示ニ依リ始メテ效力ヲ生スヘキモノニシテ意思表示ナキ前ニ於テハ相殺ノ效力ナク從テ之レカ主張ヲモ爲シ得サルコトハ明カナル所ナリ而シテ其意思表示ハ訴訟カ如何ナル審級ニ繫屬スルト又判決ノ既ニ確定シタル後ナルトヲ問ハス之ヲ爲シ其效力ノ主張ヲ爲シ得ヘキモノナルコトハ御院判例ノ示ス所ナリ(明治四十一年(オ)第四百八十一號同四十二年四月十七日言渡)而シテ上告人カ原審ニ於テ主張シタル相殺ノ抗辯ハ原審ニ於テ始メテ其意思表示ヲ爲シ之レカ效力ノ主張ヲ爲シタルモノナレハ民事訴訟法第四百十六條ノ適用ヲ受クヘキ筋合ナキハ當然ノ筋合ナリト信スト云フニ在リ

判旨第一點

按スルニ第二審ニ至リ始テ相殺ノ請求ヲ爲スニハ第一審ニ於テ之ヲ提出スルコト能ハサリシコトヲ疏明スルニ非サレハ許容セラレサルコトハ民事訴訟法第四百十六條後段ニ規定スル如クニシテ相殺抗辯

ト稱スルモノカ右條文ニ謂フ請求ニ該當スルコトハ當院カ從來判例トシテ是認スル所ナリ(明治四十三年(オ)第九十號同年五月五日判決參照)現行民法ニ依レハ相殺ハ當事者ノ意思表示ニ依リ爲スヘキモノナルヲ以テ其施行後ニ於テハ相殺抗辯ハ民事訴訟法上一ノ防禦方法ト解スヘキモノニシテ所謂請求ナルモノニ非ストノ說ハ民法ノ規定ニ依リ當然手續法規ノ廢止セラレタルコトヲ認メ現存法規ヲ無視スルモノト謂ハサルヲ得ス蓋シ裁判上相殺ノ意思表示ヲ爲スコトヲ是認シ之ヲ前提トスル以上ハ相殺スヘキ債權ノ存否ニ付キ裁判上判斷ヲ受クルコトヲ要スル本件ノ如キ場合ニ在リテハ民事訴訟法上所謂請求アリト云フコトヲ妨ケサルナリ原院カ本件ニ付キ確定セル事實ニ依レハ被告(被上告人)ハ第二審ニ於テ始テ原告(上告人)ノ請求ニ對シテ相殺スヘキ債權アリトノ請求ヲ爲シタル場合ニ在ルヲ以テ第一審ニ於テ之ヲ提出スルコト能ハサリシ事實ヲ疏明スルコトヲ要ス然ルニ原院カ其疏明ノ有無ヲ審理セス相殺ハ第二審ニ至リ新ニ提出スルコトヲ得ヘキ抗辯ナリトノ理由ノミヲ開示シ之ヲ許容シタルハ上告論旨ノ如ク民事訴訟法第四百十六條ノ規定ニ違背セル不法ノ裁判ナリト謂ハサルヲ得ス

其第二ノ趣旨ハ原審ハ本件滯納金ノ請求ハ株金拂込ト同性質ナルヲ以テ被上告人カ上告人ニ對スル債權トノ相殺ハ之ヲ認容スルヲ得サルモ被上告人カ株金ノ拂込ヲ怠リタル爲メ定款ノ規定ニ依リ支拂フヘキ利子ハ一種ノ豫定損害賠償金ニ外ナラスシテ株金ノ拂込ニアラサレハ此金額ニ對シテハ相殺ヲ爲

スヲ得ヘント爲シ上告人ノ請求スル利子中明治三十四年四月二十六日ヨリ本件第二審ノ口頭辯論終結ノ日即チ明治四十三年六月七日迄ノ利子總計一千七百三十七圓八十八錢二厘ハ乙第三、五號證ノ債權殘額合計二千百圓十錢ト其對當額迄相殺ニ依リ消滅シタル旨判示シタルモ元來株金拂込ニ付相殺ヲ許ササルハ會社資本ノ充實ヲ計ル公益上ノ理由ニ基キ其拂込ヲ強要セントノ趣旨ナルコト勿論ナルヲ以テ右強要ノ一手段ト看做シ得ヘキ株金不拂ノ場合ニ於ケル損害利子賠償ノ約款ハ株金拂込ト同一ノ條件ニ服スヘキモノニシテ普通貸金ノ遲延利子ノ如ク元金ト分離シテ之ヲ觀察スヘキモノニアラス從テ本件損害利子ノ請求ニ付テモ被告ノ相殺ハ之ヲ認容スヘキモノニアラスナリ商法第五百三條第四項ニ於テ特ニ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ヲ妨ケサル旨ヲ明定シタルモ亦此趣旨ニ外ナラス又株金拂込ニ付相殺ヲ禁シタル法律ノ精神ニ徴スレハ株金拂込ノ請求權ハ之ヲ讓渡シ又ハ減免スルヲ許ササルコト洵ニ明白ナリ若シ原審ノ判示スル如ク株金ノ拂込ヲ怠リタル場合ノ損害利子ハ株金ト其性質ヲ異ニシ一種ノ豫定損害賠償金ニ過キストセハ會社ハ右損害利子ノ請求權ノミ株金拂込ノ請求權ト分離シテ他ニ之ヲ讓渡シ又ハ之ヲ減免シ得ルノミナラス商法第五百三條ニハ株主カ拂込ヲ爲ササル爲メ失權者ト爲リタル時ハ會社ハ株式讓渡人ニ對シ拂込ヲ爲スヘキ旨ヲ催告シ此催告ニ應シ最先ニ滯納金ノ拂込ヲ爲シタル讓渡人ハ右株式ヲ取得スル旨規定アリ此場合ニ於テ右滯納金ノ中ニハ損害利子ヲ包含セストセハ一種ノ裏書保證人タル讓渡人ハ讓受人タル失權株主カ

前ニ負擔シタル損害利子ノ支拂ヲ爲サスシテ直ニ株式ヲ取得シ右損害利子ノミニ付會社ハ裏書保證人タル讓渡人ヲ差措キ失權株主ニ對シ別途ニ之ヲ賠償セシメサルヘカラサルカ如キ不理不便ニ陥ルニ至ラン是ニ據テ之ヲ觀ルモ本件ノ如ク定款ノ規定ニ依ル損害利子ノ請求ニ付テハ株金拂込ノ場合ト等シク被告人ハ相殺ヲ主張シ得サルモノナルニ拘テス原審ノ判決茲ニ出テサリシハ法律ヲ誤解シタル不法ノ判決ナリト云フニ在リ

判旨第二點

然レトモ定款ヲ以テ定メタル株金拂込ニ關スル豫定ノ損害賠償額ハ會社ニ生シタル損害ノ賠償金額ト看做スヘキモノニシテ商法第五百三條第四項ニ該當シ株金ノ拂込トハ其性質ヲ異ニスルコトハ明白ナリ故ニ原判決ノ理由ニハ上告論旨ノ如キ不法ナシ

其第三ノ趣旨ハ被告人カ相殺ヲ主張シタル乙第三號證ノ債權ハ同號證ニ記載ノ如ク明治三十四年四月十五日成立金三千圓ノ上告人ニ對スル當座預金（此内一千九百七十九圓九十錢ハ支拂濟ニテ差引一千二十圓十錢支拂不足アリトノコトハ被告ノ認ムル所ナリ）ニシテ其支拂期限ノ定メナキモノナレハ若シ被告人カ右預金ノ即時ヨリ支拂ヲ請求セント欲セハ之ヲ爲シ得ヘク從テ該債權ノ消滅時効ハ民法第六十六條ニ規定スル如ク權利ヲ行使スルコトヲ得ル時ヨリ進行スヘキモノナルカ故ニ預金ノ時即チ明治三十四年四月十五日ヨリ起算シ商法所定ノ時効期間五ヶ年ヲ經過シタル明治三十九年四月十四日ニ於テ既ニ時効ニ依リ消滅シタルヲ以テ被告上告人カ第二審ニ於テ明治四十二年六月十五日始

メテ右債權ヲ以テ相殺セントスルハ不當ナル旨上告人ノ論争シタルニ拘ラス原審ハ「又被控訴人（上告人）ハ右乙第三號證ノ債權ハ商法ニ規定スル時効ニヨリ消滅シタリト云フモ該證ニハ右金員御入用ノ節此證引換ニ相渡シ可申旨記載シアリテ支拂期限ノ定メアラサレハ時効ハ該證成立ノ時ヨリ進行スヘキモノニ非スシテ控訴人（被上告人）カ其辨濟ヲ求メタル時ヨリ進行スヘキモノト謂ハサルヲ得ス而シテ控訴人（被上告人）カ其辨濟ヲ求メタルハ本訴ニ於テ右債權ト被控訴人（上告人）ノ本訴請求金ト相殺スヘキ抗辯ヲ提出シタル明治四十二年六月十五日ニ在リト謂ハサルヲ得ス從テ時効ハ同日ヨリ進行スヘキ筋合ナルヲ以テ時効ニヨリ消滅シタリト被控訴人（上告人）ノ主張ハ採用シ難シ故ニ乙第三號證ノ金額中控訴人（被上告人）カ受領シタルコトヲ認ムル内入金ヲ控除シタル殘元金一千二十圓十錢ハ今尙控訴人（被上告人）ノ債權トシテ存在スルモノト認ム」ト判示シ民法第六十六條ニ所謂權利ヲ行使スルコトヲ得ル時トノ法文ハ實際被上告人カ辨濟ヲ求メタル時ノ意ナリト誤解シタル不法ノ判決ナリト云フニ在リ

判旨第三點

按スルニ乙第三號證ニ掲クル當座預金ノ如キ債權ニ付テハ別段ノ契約ナキ限ハ其債權者ハ何時ト雖モ拂戻ヲ請求スルコトヲ得ル地位ニ在ルヲ以テ其債權ニ對スル時効ハ民法第六十六條ニ依リ預金關係ハ生シタル時ヨリ起算スヘキモノト解セサルヘカラス故ニ此點ニ係ル上告論旨ハ正當ニシテ原判決ノ説明ハ誤謬トス

判旨第四點

附帶上告論旨ノ第一ハ被上告人ハ原審ニ於テ株金拂込ノ義務ハ商法第二百八十五條ノ規定ニヨリ五年ノ商事時効ニ因リテ消滅スヘキモノナル旨抗辯シタル處原院ハ該債務ハ株式引受行為ヨリ生スルモノニシテ商行爲ニ因リテ生シタル債務ニアラストノ理由ヲ以テ之レヲ排斥セリ然レトモ商法第二百六十五條ニハ「商人カ其營業ノ爲メニスル行為ハ之ヲ商行爲トス」ト規定シアリ上告人會社カ商人タルコトハ當事者間争ヘナキ事實ニシテ商人カ自己ノ營業ヲ爲スニ付必要ナル資本ヲ充實スル爲メニ爲ス借財其他ノ行為ハ何レモ商人カ其營業ノ爲メニスル商行爲タルヤ一點ノ疑ナク其商人カ會社タルト一人タルトニ於テ又何等ノ差別ナシト信ス而シテ本件ニ於テ上告人會社カ被上告人ニ對シ請求スル株式滯納金ノ債權ハ商人タル上告人會社カ其營業資本ヲ作ル爲メ株式ノ募集ヲ爲シ其拂込ヲ請求シタルニヨリ生シタルモノニシテ會社タル商人ノ營業資本充實ノ爲メニ爲ス法律行為ニ因リテ生シタル債權ナルコト明カナリ然ルニ原院カ之ヲ商行爲ニ因リテ生シタル債權ニアラストシ被上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ不法ナリト信スト云フニ在リ

然レトモ株金拂込ノ義務ハ株式引受ニ因リテ生スルモノニシテ株式ノ引受カ商行爲ニ非サルコトハ原院判示ノ如シ株金ノ拂込ハ上告會社カ其營業ニ要スル資本ヲ充實スル爲メニスルモノナレハ商法第二百六十五條ニ定メタル商行爲ニ該當スヘシトノ論旨ハ上告會社ハ被上告人ヲシテ株金辨濟ノ義務ヲ履行セシメテ其支拂ヲ受クルニ過キス乃チ同條ニ謂フ營業上ノ行為ヲ爲ス場合ニ非サルコトニ注意セサ

ルヨリ生シタル見解ニ外ナラス

其第二ノ趣旨ハ被告ノ原告人ハ原審ニ於テ被告ノ原告人ノ會テ所有タリシ株式ハ曩キニ既ニ競賣ニ付セラレ訴外山田順ニ競落シ上告人會社ノ株主名簿ニモ其旨登錄セラレタルモノナルニ更ラニ此ノ株式ヲ再ヒ競賣ニ付シタル上告人ノ行爲ハ不法ナル旨抗辯シタル處原院ハ曩ニ山田順カ競落シタル競賣ハ上告人カ競賣法ノ規定ニ依ラスシテ爲シタル競賣ナレハ上告人カ之ヲ取消シ更ラニ競賣法ノ規定ニ基キ之ヲ競賣シタルハ不法ニアラストシ被告ノ原告人ノ抗辯ヲ排斥セリ然レトモ會社ノ株主カ株金ノ拂込ミヲ爲ササルカ爲メ會社ニ於テ適法ノ手續ヲ爲シ株主カ株主タルノ權利ヲ失ヒタルトキハ該株式ハ會社ノ所有ニ歸スル事ハ法規上竝ニ從來ノ判例ニヨリ明カナル所ニシテ從テ其後ニ於ケル株式ノ處分即チ競賣ハ會社カ隨意ニ之ヲ爲スモノニシテ前キニ株主タリシモノノ關知シ得サル所ナリ而シテ競賣法制定ノ趣旨ヲ按スルニ競賣ニ依リ公平ノ價格ヲ得關係人ニ不測ノ損害ヲ來タササラシメン事ヲ期シタルニ過キサル事明カナルヲ以テ會社カ既ニ自己ノ所有ニ歸シタル株式ヲ競賣ニ付スルニ當リ競賣法ノ規定ヲ遵守シタリヤ否ヤハ從前ノ株主其他利害關係人ニ對スル對抗要件ニ過キスシテ會社自カラ無効又ハ取消ノ對抗ヲ爲シ得ヘキモノニアラサル事明カナリ然ルニ原審カ此點ニ關スル被告ノ主張ヲ排斥シタルハ違法ノ判決タルヲ免レサルモノト信スト云ヒ」第三ハ原院判決ハ又前項ノ抗辯ヲ排斥スルニ當リ上告人會社ハ訴外山田順ト合意上株式ヲ取戻シ云ト説示スルモ其合意上取戻ヲ爲シタルト否トハ前項

被告ノ原告人ノ原審ニ於ケル抗辯ヲ排斥スルノ理由ト爲スニ足ラサル而已ナラス上告人カ山田順ト合意上株式ヲ取戻シタルトノ點ニ付テハ尙ホ判決中何等證據上ノ説明ナシ從テ假リニ合意上株式ノ取戻ヲ爲シ更ラニ之レヲ競賣ニ付スルハ差支ヘナシトスルモ原院判決ハ理由不備ノ不法アルヲ免レサルモノト思料スト云ヒ」第六ハ原院判決ハ原審ニ於ケル爭點ノ一タリシ「株式ノ競賣ハ競賣法ニ依ラサルモ一般法律行爲ノ無効又ハ取消ノ原因存セサル限りハ謂レナク無効トナリ又ハ取消サルヘキモノニアラス然ルニ本訴ハ一旦株式ノ競賣ヲ爲シ訴外山田順ニ株式ノ競落シタル後更ニ競賣ヲ爲シ其賣得金ニテハ滯納金ニ充タサルヨリ其不足額ヲ請求スルモノナレハ支拂ノ義務ナシ」トノ被告ノ原告人ノ抗辯ヲ排斥スル理由トシテ「訴外山田順カ控訴人（即被告ノ原告人）ノ所有タリシ株式ヲ競落シタル競賣ハ競賣法ノ規定ニ依ラサル不適法ノモノナリシヨリ被控訴銀行（即被告ノ原告人）ニ於テ先キノ競賣ヲ取消シ更ニ競賣法ニ基キ適法ニ競賣シタルトノ被控訴人ノ供述ハ控訴人ノ爭ハサル所ナリ從テ被控訴銀行ハ山田順ノ所有ニ歸シタル株式ヲ擅ニ競賣シタルニ非スシテ前キノ競賣ニ依リ山田順ニ競落シタル株式ヲ合意上取戻シ更ニ適法ニ之ヲ競賣シタルモノナル事ヲ推知シ得ヘキヲ以テ其賣得金ヲ控訴人ノ滯納金中ヨリ控除シ本訴ニ於テ其不足額ヲ請求スルハ固ヨリ相當ニシテ控訴人ハ之カ辨濟ノ義務アルヤ論ヲ俟タス云云」ト判示セラレタルニ付テハ既ニ記載ノ第二、第三ノ論旨ノ如キ違法アルノミナラス尙右判示ハ前ノ競賣ハ競賣法ノ規定ニ依ラサル不適法ノモノナルカ故ニ當然無効ニシテ後ノ競賣ハ有效ナリトセシ判旨

ナリトセン乎將タ前ノ競賣ヲ取消シ若クハ前ニ競賣シタル株式ヲ該競落人ヨリ合意上取戻シテ更ニ競賣シタルニヨリ後ノ競賣ハ有效ナリトセシ判旨ナリトセン乎其意義曖昧ニシテ明確ナラス蓋シ前ノ競賣不適法ナラハ當然無効ニシテ之ヲ取消スニ由ナカルヘク若シ果シテ之ヲ取消シテ株式ヲ取戻シタルモノトセハ前ノ競賣ハ敢テ無効ナラザリシモ當事者ノ合意上之ヲ取消シタルモノナルヘク此點ニ於テ被控訴人(上告人)ノ主張ノ自體ニ於テ既ニ矛盾スル所アルニ拘ハラヌ原判決亦一面前競賣ヲ當然無効トスルノ主張ヲ認容シタルカ如ク見ユルト同時ニ一面ハ當事者ノ合意上前競賣ヲ取消シ株式ヲ取戻シタル上更ニ競賣シタルカ故ニ後ノ競賣ハ有效ナリト判示シタルハ結局理由齟齬ノ違法ヲ免レサル裁判ナリト思料スト云ヒ」第七ノ趣旨ハ被上告人ハ原審ニ於テ被上告人カ上告人會社ノ株主タル權利ヲ失ヒタル際被上告人ノ所有タリシ株式ヲ上告人ニ於テ競賣ニ付シ訴外山田順ニ競落シタル行爲ハ假令競賣法ニ依ラサルモ絕對的無効タルニアラス只競賣不足金ヲ請求スルノ條件ニ關スル而已ナル趣旨ノ抗辯ヲ爲シタル處之ヲ排斥セラレタリ然レトモ民法第九十五條但書ニ依レハ法律行爲ノ要素ニ錯誤アル意思表示ト雖モ表意者ニ於テ重大ナル過失アルトキハ表意者自カラ無効ヲ主張シ得サル事ヲ規定セラレアリ而シテ本件ノ如キ從前ノ株主タル被上告人ハ株主權ヲ失ヒ該株式ハ一時上告人ノ所得ニ歸シ上告人自カラ之ヲ處分シタル場合ニ於テ上告人ニ重大ナル過失アリタルヤ否ヤハ重要ノ問題ナリト信ス寧ロ法律ノ擬制ニ依ル會社カ法規ニ基キ失權株式ヲ處分スルニ當リ據ルヘキノ手續法ヲ遵守セザル

カ如キハ重大ナル過失ナリト云フニ於テ不可ナカルヘシト信ス今被上告人カ原審ニ於テ主張シタル株式ヲ競賣ニ付スルニ當リ競賣法ニ依ラザリシトスルモ絕對的無効タルニアラス競賣不足金ヲ請求スルノ條件ニ關スル而已トノ抗辯ヲ考フレハ上告人會社ヨリ其競賣ノ無効ヲ主張シ得ヘキノニアラザル事ノ抗辯ヲ爲シタルモノナル事明カナルヘシ然ルトキハ上告人會社即チ株式ヲ競賣ニ付スルノ法律行爲ヲ爲シタルモノカ競賣法ヲ遵守セザリシ爲メ其行爲ノ無効ヲ主張シ得ヘキヤ否ヤ即チ重大ナル過失ナル過失ノ有無ニ付判斷ヲ要スヘキ筈ナルニ原審ニ於テ之レカ判斷ヲ爲サザリシハ理由不備ノ不法アルモノト信スト云フニ在リ

判旨第五點

然レトモ商法第一百五十三條第三項ノ競賣トハ競賣法ノ規定ニ依ルヘキノヲ謂ヒ之ニ依ラサル競賣ハ當然無効ニシテ成立セサルモノナリトノ解釋ハ當院判例ノ是認スル所(明治三十九年(オ)第三百十八號同年十一月十五日判決參照)ニシテ其無効ハ何人ト雖モ之ヲ主張スルコトヲ妨ケス故ニ第二及第七論旨ハ理由ナシ又從フテ第三及第六論旨ノ如キ不法アリト假定スルモ原判決ニハ何等影響ヲ及ホスコトナシ

其第四ノ趣旨ハ被上告人ハ原審ニ於テ被上告人カ上告人ニ對シ有スル債權ヲ以テ相殺ノ抗辯ヲ爲シタル處原院ハ株式ノ競賣不足額ハ結局株金ノ拂込ヲ求ムルモノナルニ依リ相殺シ得ヘキノニアラストシ之ヲ排斥セリ然レトモ債權ノ相殺シ得ヘキノタルコトハ民法上ノ原則ニシテ商法第四百十四條第



二項ハ之レカ例外規定タルヲ以テ嚴格ノ解釋ヲ採ルヘキ事當然ナリ而シテ商法第四百四十四條第二項ハ「株主ハ株金ノ拂込ニ付キ云云」ト規定セラレ同條ニ依リ相殺禁止ノ適用ヲ受クヘキモノハ株主タル事其債務ハ株金ノ拂込タル事ヲ要ス然ルニ本件ニ於ケル被告上告人ハ既ニ上告人會社ノ株主タル權利ヲ失ヒタルモノニシテ株主ニアラス又被告上告人ノ債務ハ會社ノ損害ヲ填補セントスルモノニシテ株金ニアラサルナリ假ニ其債務ハ株金ナリトスルモ被告上告人カ株主ニアラサル以上ハ同條ノ適用ヲ受クヘキ筈ナキニ原院カ相殺ヲ許スモノニ非スト判決シタルハ違法ナリト信スト云フニ在リ

列旨第六點

按スルニ株金支拂ノ義務ハ株式ヲ讓渡スルニ因リテ免ルヘキモノニ非サルコトハ商法第四百四十四條第一項同第五百十三條第二項及ヒ第三項ニ依リ明白ニシテ株金拂込ニ付キ相殺ヲ以テ會社ニ對抗スルコトヲ得サルコトハ同第四百四十四條第二項ニ規定スル所ナリ蓋シ本項ニハ株式ヲ讓渡シタル者即前株主ニ係ル文字ヲ缺クカ故ニ滯納金額支拂ノ義務又ハ競賣不足額辨濟ノ義務ニ付テハ其適用ナシト云フ如キ推斷ヲ容ルヘキニ似タリ然レトモ此規定ハ會社ノ資本充實ノ爲メ現實拂込ヲ爲サシムル必要ニ基因シ會社ニ對シ相殺ヲ對抗スルコトヲ禁スルモノナレハ株式讓渡人カ負擔セル株金辨濟ノ義務ヲ履行スル場合ニモ亦適用スヘキモノト解セサルヲ得何トナレハ若シ此場合ニ右規定ノ適用ナシトスルトキハ會社ニ對シテ債權ヲ有スル株主ニシテ相殺ヲ對抗シ以テ現實拂込ヲ避ケントスル者ハ其株式ヲ讓渡シ容易ニ右禁止的規定ノ適用ヲ妨クルコトヲ得テ立法ノ趣旨ヲ貫徹スルコト能ハサラシムルノ虞アル

ハナリ況ンヤ株主トシテ負擔セル株金支拂ノ義務ハ株式讓渡ニ因リテ免ルルヲ得サルコトヲ明カニシタル前掲條文ノ規定アルヨリ推考スレハ商法第四百四十四條第二項ノ株主ナル文詞ハ株式讓渡人ヲ除外セル意義ヲ有スルモノト解スルノ不條理ニシテ其株金拂込ナル文字ハ廣ク株金辨濟ノ場合ヲ示ス意義ナリト解スルヲ以テ正當ナリトスル理由アルニ於テオヤ故ニ本論旨亦採ルニ足ラス（明治四十三年（オ）第七號同年十一月二十七日判決參照）

其第五ノ趣旨ハ原判決ハ原審ニ於テ被告上告人ヨリ提出シタル「本訴請求ノ債權ハ明治三十八年中訴外瀧本茂吉ニ讓渡シタル旨ノ通知アリタルヨリ今更被告控訴銀行（即チ上告人）ノ請求ニ應スヘキ義務ナシ」トノ抗辯ニ對シ「滯納ニ係ル株金ノ不足額ノ請求權ハ即チ株金拂込ノ請求權ニ外テラスシテ會社專屬ノ債權ナレハ性質上之ヲ他ニ讓渡シ得ヘキモノニ非ス故ニ被告控訴銀行カ本訴請求ノ債權即チ株金ノ拂込ヲ受クル權利ヲ瀧本茂吉ニ讓渡シタルノ通知ヲ控訴人ニ爲シタル事實アリトスルモ其讓渡ハ固ヨリ無効ナルヲ以テ被告控訴銀行カ本訴請求ヲナシタルハ失當ニ非ス」ト判示シ以テ該抗辯ヲ排斥シタルモ元來金錢ニ關スル債權ハ其性質當然之ヲ讓渡シ得ヘキモノナレハ法律ニ於テ特ニ之ヲ禁止セサル以上ハ民法ノ原則ニ從ヒ之レカ讓渡ヲ爲シ得サルヘキ筈ナシ然ルニ原判決ニ於テハ所謂金錢ニ關スル債權ニシテ何等ノ特別ノ性質ヲ有セサル本訴株金不足額拂込ノ請求權ヲ以テ漫然他ニ讓渡シ得ヘカラサルモノト斷シタルハ債權讓渡ニ關スル法則ニ違背セル不法ノ裁判ナリト思料ス（法律新聞第一八六號

梅博士ノ大阪控訴院判例ニ對スル評論參照ト云フニ在リ

然レトモ株式會社カ株主ニ對シテ有スル株金拂込ノ請求權ハ社團組織ナル特種ノ關係ニ於テ資本ヲ組成スル爲メ會社ニ專屬スル權利ナルカ故ニ民法第四百六十六條第一項但書ニ該當スル性質ノ權利ナリト解セサルヘカラス(明治三十九年(オ)第三十號同年四月十日判決參照)故ニ原判決ニハ論旨ノ如キ不法ナシ

其第八ノ趣旨ハ被上告人ハ原審ニ於テ相殺ノ抗辯ヲ爲シタル處株式ノ競賣不足金ハ株金ニ外ナラス株金ハ商法第四百四十四條第二項ニ依リ會社ニ對抗シ得ラレサル旨ヲ以テ排斥セラレタリ然レトモ上告人會社カ現時解散シテ清算中ナル事ハ訴狀始メ凡ヘテノ一件書類ニ依リ顯著タル事實ナルヲ以テ民事訴訟法第二百十八條ニ依リ證明ヲ要セサル所ナリ而シテ商法第四百四十四條第二項立法ノ趣旨ヲ按スルニ株式會社ハ株主ノ拂込ミニ係ル株金ヲ營業資本トシテ諸般ノ取引ヲ爲スモノナレハ之レカ資本ノ必要ヲ感シ株金ノ拂込ミヲ爲サントスルニ際シ株主カ相殺ヲ以テ會社ニ對抗シ其拂込ミヲ爲ササルトキハ會社ノ營業ニ支障ナキヲ保セス故ニ之ヲ禁シタルモノニシテ要スルニ會社ノ營業保護タルニ過キサルモノナリト信ス從テ同條ハ株主ヨリ相殺ヲ以テ對抗スル事ヲ禁スルト雖モ會社ヨリ相殺ノ對抗ヲ爲スヲ禁セサルナリ然ルニ會社ノ解散シタル場合ニハ會社ハ何等ノ營業ナク單ニ清算ノ目的ノ範圍内ニ於テ存在スルモノナレハ營業資本ノ必要モナキ次第ナルヲ以テ同條ノ適用ヲ受クヘキ筋合ナシト解釋ス

判旨第八點

ルヲ至當ナリト信ス然ルニ原審ニ於テ同條ノ適用ヲ受クヘキモノトシテ判決セラレタルハ違法タルヲ免レスト信スト云フニ在リ  
然レトモ清算中ノ會社ハ其清算ノ目的ノ範圍内ニ於テハ尙ホ存續スルモノニシテ清算ノ爲メ株金ノ拂込ヲ爲サシムル必要アルトキハ其拂込ヲ請求スヘキコト商法第二百三十四條ニ同第九十三條ヲ準用スル定アルニ徴シ一點ノ疑ヲ容レズ蓋シ會社ノ資本ハ營業用ニ供スルモノナルト同時ニ其債權者ノ共同擔保タルヘキモノナレハ清算中ノ會社ト雖モ其債務ヲ履行スルニ付キ必要ナリトスルトキハ株金拂込ノ請求ニ關スル規定ニ從ヒ株主及ヒ株式讓渡人ニ對シテ其權利ヲ實行スヘキハ言ヲ俟タス  
上來説明スル如ク原判決中ニハ上告論旨第一ニ對シテ論シタル如キ破毀ノ理由アルヲ以テ此點ニ關スル論旨ノ省畧スヘキモノヲ除キ主文ノ如ク判決シタリ

○第六七八號登錄實用新案權利確認請求ノ件

明治四十三年(オ)第三百三十九號  
明治四十三年十二月十五日第一民事部判決

○判決要旨

一 登録ニ係ル實用新案ノ權利ハ必スシモ該新案ノ登録願書ニ添附シ

タル圖面若クハ別紙ニ請求ノ範圍トシテ記載セル所ノ全體ニ及フ  
モノニ非サレハ其權利ノ範圍ニ付キ争アルニ當リ他ノ證據ヲ參照  
シテ之ヲ判定スルモ違法ニ非ス

原 審 特許局

上 告 人 藤井喜兵衛 訴訟代理人 岸 清 一

被 上 告 人 川 内 駒 吉 訴訟代理人 伊 藤 秀 雄

右當事者間ノ第六七八號登録實用新案權利確認請求事件ニ付明治四十三年七月二十六日特許局カ言渡  
シタル審決ニ對シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シ被上告人ハ上告棄却ノ申立ヲ爲シタリ

判 決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

上告ニ係ル訴訟費用ハ上告人之ヲ負擔ス可シ

理 由

上告理由ハ原審決ハ被請求人(上告人)所有ノ登録實用新案第六七八號ハ其請求範圍ニ依レハ足甲ノ  
下半部ト甲及指先部分踵部トヲ包被シ得ヘキ袋狀ヲ造リ前部ニ指股ヲ設ケ之ヲ底ニ縫着シ袋狀ノ上口  
周縁ヲ足袋又ハ指股附靴下ヲ履キタル足ヲ包緊スルニ適スヘク裁チ周縁ニハ「カガリ」糸ヲ縫着シテ

一層完全ナラシメタル構造ナルコトヲ認メ乍ラ該登録請求範圍中上口周縁ニ「カガリ」糸ヲ縫着スル  
他ハ從來公知ニ屬シタル踏込足袋ト同一ナルヲ以テ請求人(被上告人)ノ製造販賣スル甲第一號證足  
袋「カバー」ト同一構成ニ係ル部分即チ從來公知ニ屬スル部分ニ對シテハ登録權利ノ存在ヲ認ムル克  
ハスト審決セラレタリ然レトモ本件被上告人ノ請求ハ實用新案法第十八條二項ノ二ニ依ル實用新案權  
利範圍ノ確認ヲ求ムルニアルコトハ一件記録ニ徴シ明ニシテ且原審モ亦權利範圍ノ確認ノ請求トシテ  
處斷セラレタルモノナリ元來權利確認ノ審判ニ於テハ登録セラレタル請求範圍ノ如何ヲ決スレハ足ル  
モノニシテ其權利範圍中ニ法定ノ事由ニ依リ無効タルヘキ部分ノ存否ハ登録無効審判ニ於テ決スルハ  
格別ナレトモ苟モ一旦登録ヲ受ケタル權利ハ法定ノ事由ニ依リ其登録ヲ無効ト決セラレサル以上ハ權  
利ノ存續ヲ否認セラルヘキモノニアラサルヲ以テ請求範圍中ニ公知其他法定ノ事由ニ依リテ登録ノ存  
在ヲ否認スヘキ部分アルヤ否ハ權利範圍確認審判ノ目的トナルヘキモノニアラス是實用新案法第十八  
條ニ於テ無効審判ト確認審判トヲ區別シ且無効審判ハ第十一條ノ規定ニ依ル登録ノ無効ヲ請求スルモ  
ノナリト規定セラレタルニ徴シ明瞭ナル所ナリ然ルニ原審決カ前掲ノ如ク被上告人ノ製造販賣スル足  
袋「カバー」カ上告人ノ有スル登録實用新案權範圍ト衝突スル部分ハ公知ニ屬ストノ理由ニ依リ此部  
分ハ權利範圍ニ屬セサルモノナリト審決セラレタルハ法則ヲ不當ニ適用シタル不法ノ審決ナリ(參照  
明治四十三年八月二十五日發行官報所載審判番號第一三七二號請求人北村幸一郎外一名被請求人御木

本幸吉間ノ特許權利確認審判事件審決理由參照) 茲ニ(本年九月二十七日發行官報所載抗告審判第六五號事件審決理由參照) ト云フニ在リ

然レトモ登録ニ係ル實用新案ノ權利ハ必スシモ該新案ノ登録願書ニ添附シタル圖面若クハ別紙ニ請求ノ範圍トシテ記載セル所ノ全體ニ及フモノニ非サルカ故ニ權利ノ範圍ニ付爭アルニ當リ唯其記載ノミニ依ラス他ノ證據ヲ參照シテ之ヲ判定スルモ素ヨリ違法ニ非ス本件ニ於テ原審ハ足甲ノ下半部ト甲及指先部分踵部トヲ包被シ得ヘキ袋狀ヲ造リ前部ニ指股ヲ設ケ之ヲ底ニ縫着セル構造カ上告人ノ實用新案第七六八號登録前ヨリ公知公用ノモノタルコトヲ認ムルト同時ニ其上口周縁ニ「カガリ」糸ヲ縫着セル點カ上告人ノ新規ノ考案タルコトヲ認メ依テ上告人ノ第七六八號實用新案權ノ範圍ハ其上口周縁ニ「カガリ」糸ヲ縫着セル部分ニ限り他ノ部分ハ該權利ノ範圍ニ屬セスト判定シタルモノニシテ審決理由中「被請求人所有ノ登録實用新案第七六八號ハ其請求範圍ニ依レハ(云云)シタル構造ナリ」トアルハ圖面ニ斯カル記載アルヲ謂ヒタルニ止マリ之ヲ以テ權利ノ範圍ト爲シタルニ非ス故ニ甲第一號證足袋カバート同一ノ構成ニ係ル部分カ上告人ノ權利範圍内ニ在ルヲ認メナカラ公知公用ニ屬ストノ理由ニ依リ之ヲ其範圍ニ屬セスト審決シタリトセル本論旨ハ原審ノ判旨ニ副ハサルト同時ニ原審ノ職權ニ屬スル證據ノ取捨ヲ論難スルモノニシテ上告ノ理由タラス

○苗木賣掛代金請求並賣掛代金請求ノ件

明治四十三年(ホ)第二百三十二號  
明治四十三年十二月十九日第二民事部判決

○判決要旨

一 債務者カ自己ノ債務ヲ履行スヘキ日ニ其履行ヲ怠リタルトキハ債權者ハ之カ爲メニ同日ヨリ損害ヲ被フルモノナレハ債務者ニ於テ其日ヨリノ損害ヲ賠償スルヲ當然トス

第一審 東京地方裁判所 第二審 東京控訴院

上告人 岩谷松平 訴訟代理人 竹下延保

被上告人 中田源七 訴訟代理人 (ト部) 喜太郎  
外一名 (御子) 榮季之助

右當事者間ノ苗木賣掛代金請求並賣掛代金請求事件ニ付東京控訴院カ明治四十三年五月二十四日言渡シタル判決ニ對シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シ被上告人ハ上告棄却ノ申立ヲ爲シタリ

判決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

債務不履行ニ因ル損害利子ノ起算日

上告ニ係ル訴訟費用ハ上告人之ヲ負擔ス可シ

理由

上告論旨第一點ハ本件ノ爭點ハ種苗類ノ販賣ヲ營ム商號岩谷團ナルモノハ上告人ノ經營セルモノナルヤ將又上告人外他人ノ經營ニ屬スルモノナルヤ否ヤニ在リ原院ハ此點ニ對シ甲第五號天狗雜誌ヲ引用シ同雜誌ノ末尾ニ岩谷松平（上告人）名義ノ振替貯金用紙ヲ使用シテ取引ヲ爲セル事由ヲ捉へ上告人ノ營業ニ屬スルモノナリト判定セラレタリト雖モ同雜誌ニハ岩谷團ヲ組織スル各員ハ上告人ニアラスシテ全ク他人數名ニ在ルコト明白ニ記載アリテ被上告人モ之ヲ認メ居ル事實ナリトス而モ右ノ記載ハ上告人カ原院ニ於テ之ヲ引用シテ以テ抗爭セルコトハ一件記録ニ徵シ明瞭ナリ左スレハ右ノ記載カ何故ニ無効タルヘキカ須ラク其理由ヲ說示セサルヘカラス蓋シ假ニ右岩谷團ノ事業ハ内實上告人ノ經營ニ係ルモノナリトスルモ世間ニ對シ匿名シタル以上ハ或ル特別ノ理由條件（例ヘハ匿名組合員カ第三者ニ對シ責ヲ負フトキノ如キ）アラハ格別否ラサル場合ニ在リテハ其匿名者ニ於テ法律上何等ノ義務ヲ有スルモノニアラサルカ故ニ先ツ以テ甲第五號證ニ岩谷團ノ組合員トシテ公示セラレタル各員ハ全ク架空タルカ將タ又他ノ理由ニテ無効タルヤ否ヤヲ決スルニアラサレハ得テ問題ヲ判定スルニ足ラサレハナリ然ルニ原院ハ此點ヲ審究セスシテ單ニ岩谷團ハ上告人ノ經營スルモノナリト速斷シタルハ理由不備ノ瑕瑾ヲ免レサル不法ノ裁判ナリト信スト云フニ在リ

依テ審按スルニ證據判斷事實ノ認定ハ事實承審官ノ專權ニ屬スルモノナレハ之ヲ非難シテ上告ノ理由ト爲スヲ得ス然ルニ本論旨ハ原院カ甲第五號證ヲ論旨事項判斷ノ資料ニ供シタルヲ非難スルモノナレハ上告ノ理由ト爲スヲ得ス

上告論旨第二點ハ原判決ハ被上告人菅澤軍治ト上告人間ノ賣買行爲ハ明治四十年五月二十四日其引渡ヲ了シタルモノト認メ得ルヲ以テ上告人ハ同日ヨリ本件判決執行濟ニ至ル迄損害金ヲ支拂フヘキ旨判決セラレタレトモ本件賣買物件カ五月二十四日引渡シタルモノトセハ上告人ハ引渡ノ翌日ヨリ損害金ノ支拂ヲ爲スヘキ筋合ノモノニシテ決シテ引渡當日ヨリ之レカ損害金ヲ支拂フヘキモノニアラス然ルニ原院ニ於テ引渡當日ヨリノ損害金ノ負擔ヲ命シタルハ違法ナリ殊ニ本件ノ事實ハ甲第一號證ニ明記シタル如ク岩谷團整理員總會結了ノ後本件代金ヲ支拂フヘキヲ約シ被上告人菅澤軍治ニ於テモ亦之ヲ承諾シテ甲第一號證ヲ受取り居ル以上ハ即チ菅澤軍治ハ右總會結了迄ハ本件債務ノ支拂方猶豫シ居ルモノナルコト一見明瞭ナルニ不拘原院ニ於テ此事實ヲ無視シテ上告人ニ對シ五月二十四日ヨリ損害金ノ負擔ヲ命シタルハ違法ナリト云フニ在リ

依テ審按スルニ原院ノ確定シタル所ニ據レハ本件當事者間ノ苗木賣買ノ契約ハ同時履行ニシテ甲第一號證成立ノ日即チ明治四十年五月二十四日被上告人軍治ハ上告人ニ注文苗木ノ引渡ヲ了シタルニ拘ハラス上告人ハ其代金四百六圓ヲ辨濟セサルモノナリ而シテ債務者カ自己ノ債務ヲ履行スヘキ日ニ其履

行ヲ怠リタルトキハ之カ爲メニ債權者ハ其日ヨリ損害ヲ被フルモノナレハ債務者カ其日ヨリノ損害ヲ賠償スヘキハ當然ナリ依テ原院カ同一ノ趣旨ニ從ヒテ上告人カ履行ヲ怠リタル日ヨリ上告人ニ損害利子ノ賠償ヲ命シタルハ相當ニシテ本論旨第一項ハ採用スルヲ得ヌ又上告人カ被上告人ノ提出シタル甲第一號證ヲ援用シタルコトハ記録上明白ナレトモ其立證ハ原院カ上告人ノ爲メニ之ヲ採用セザリシニ過キサルモノナレハ論旨第二項モ採用スルヲ得ヌ

上告論旨第三點ハ原判決ハ被上告人中田源七ニ對スル部分ニ關シ控訴人ハ岩谷團若クハ岩谷種苗部ナル名稱ノ下ニ種苗販賣事業ヲ經營シ居リ同事業ノ爲メ被控訴人源七ヨリ其主張ニ係ル年月日ニ苗木ヲ買入レ之レカ引渡ヲ受ケタリトノ事實ヲ認定シ上告人ニ對シ敗訴ノ言渡ヲ爲シタリ然レトモ被上告人提出ノ甲第四號證ニ依レハ單ニ其主張ニ係ル年月日種目代金ノ記載ヲ認ムルニ止マリ進ンテ之レカ引渡ヲ爲シタリトノ事實ニ付テハ何等ノ記載ナク又同證ニ四月十八日トアルハ同日賣買ノ契約アリシ事實ハ之ヲ認メ得ルトスルモ遠距離ニ於ケル當事者間ニ於テ果シテ其日ニ引渡ヲ爲シタルヤ否ヤハ不明ナリトス要スルニ原院ハ何等ノ證據ナキニ不拘物件引渡ヲ了シタルモノナリトノ事實ヲ認定シ更ニ右引渡當日ヨリ損害金ノ支拂ヲ命シタルハ違法ナリト云フニ在リ  
依テ審按スルニ本論旨ハ原院カ甲第四號證ヲ判決記載ノ他ノ證據ト參照シテ被上告人主張ノ年月日被上告人ヨリ上告人ニ苗木ノ引渡ヲ了シタリト認定シタルヲ非難スルモノナレハ右第一點ニ説明スルト

同一ノ理由ニ依リ本論旨ハ採用スルヲ得ヌ  
以上説明スルカ如ク本件上告ハ理由ナキヲ以テ民事訴訟法第四百五十二條ニ依リ棄却スルモノトス

○離婚請求ノ件 明治四十三年(ホ)第三百四十六號  
明治四十三年十二月十九日第二民事部判決

○判決要旨

一夫カ相當ノ理由ニ依リ其妻ニ犯罪行爲アルコトヲ確信シタル場合ニ於テ之ヲ告訴スル如キハ必スシモ不當ノ行爲ニ非サレハ單ニ檢事カ該事件ニ付キ不起訴ノ處分ヲ爲シ又ハ告訴ノ事實カ眞實ニ吻合セサル事由ノミニ依リ直ニ其行爲ヲ以テ民法第八百十三條第五號ノ所謂重大ナル侮辱ニ該當スルモノト爲スヲ得ヌ

(參照) 夫婦ノ一方ハ左ノ場合ニ限リ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサル虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ(民法第八百十)  
第一審 浦和地方裁判所熊谷支部 第二審 東京控訴院  
妻ニ對スル重大ナル侮辱

上告人 永井行藏 訴訟代理人 (今井千代松 横山勝太郎)  
被上告人 永井セイ 訴訟代理人 新井要太郎

右當事者間ノ離婚請求事件ニ付東京控訴院カ明治四十三年六月十三日言渡シタル判決ニ對シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シ被上告人ハ上告棄却ノ申立ヲ爲シタリ  
立會檢事中川一介ハ意見ヲ陳述シタリ

判決

原判決ヲ破毀シ更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ本件ヲ東京控訴院ニ差戻ス

理由

上告論旨ノ第一點ハ原院ハ上告人カ被上告人ニ對シ文書偽造行使詐欺取財罪ノ告訴ヲ爲シタル事實ヲ目シテ妻ニ對スル重大ナル侮辱ナリト判示シタルトモ告訴ハ法律上許可セラレタル一種ノ訴訟行爲ニ屬シ決シテ重大ナル侮辱ナリト謂フヲ得ス此ノ點ニ於テ原判決ハ法則ヲ誤解シタル不法ノ裁判也ト云ヒ」第二點ハ原判決ノ理由ニ依レハ「然レトモ控訴人カ明治四十一年十二月十二日被控訴人外一名(小宮源二郎ヲ指ス)ニ對シ文書偽造行使詐欺取財罪ノ被告人トシテ浦和地方裁判所熊谷支部檢事局ニ告訴シタルコトハ甲第十一號證ニ依リ明ナルヲ以テ此點ニ付キ審按スルニ夫カ其妻ニ對シ事實ノ眞否ヲ究メス輕卒ニモ犯罪行爲中最モ耻辱トス可キ文書偽造行使詐欺取財ノ汚名ノ下ニ之ヲ告訴シ縲繼

ノ辱ヲ與ヘ囹圄ノ人タラシメントスルカ如キハ其動機ノ如何ヲ問ハス妻ニ對スル甚ダシキ侮辱ニシテ該告訴ニ對シ明治四十二年二月二十六日不起訴ノ處分アリタルコトハ同號證ニ依リ明ナレハ右告訴事實カ眞實ニ吻合セス控訴人ノ輕卒ナル行動ニ出ツルコトヲ認メ得ヘキヲ以テ以上ノ行爲ハ民法第八百十三條第五號ニ所謂重大ナル侮辱ニ該當スルモノト謂ハサルヘカラス云云」ト判示シタルトモ甲第十一號證自體ニテハ所謂告訴事實ノ存否ヲ知ルニ由ナキモノタリ蓋シ當今檢事局ノ起訴不起訴ノ處分タルヤ犯罪事實ノ存否ト必然ノ關係ヲ有セシメヌ所謂微罪不檢舉、起訴猶豫等一派ノ刑事政策ヲ用ユルハ我司法部ニ於ケル極メテ顯著ナル現象ニシテ犯罪ノ實跡顯然タル場合ナリト雖モ示談或ハ事後ノ賠償、親族故舊等微罪ト目ス可キ關係ヨリシテ不起訴處分ヲ見ルコト往往ニシテ之レアリ方今ノ刑事政策ノ主義方針ヨリ論スレハ微罪不起訴ハ決シテ例外的現象ニアラスシテ寧ロ專ラ我司法部ニ採用セラレ廣ク全國ノ檢事局ニ於テ施用セラルル原則ナリト謂ハサル可カラス從テ不起訴ナル結果ヲ一瞥シテ直チニ告訴事實ノ虛無ナルコトヲ推斷スルカ如キハ論理上常識上決シテ其當ヲ得タルモノニ非ス況ンヤ本件ノ告訴ハ夫婦親族間ノ紛紜ナルヲ以テ檢事局カ刑事政策上ノ方針ヨリ不起訴處分ヲ爲シタルコトヲ推按スルコトヲ得ル一層高度ノ理由アルニ於テオヤ按スルニ若シ告訴ヲ以テ重大ナル侮辱ナリトセンニハ宜シク進ンテ事實ノ審按ヲ爲ササル可ラサルニ原院カ事茲ニ出テス單ニ不起訴處分ナル結果ノミニ着眼シ直チニ「右告訴事實カ眞實ニ吻合セス控訴人ノ輕卒ナル行動ニ出ツルコトヲ認メ得ヘキ

ヲ以テ云云」ト速断シタルハ理由不備若クハ證據ノ法則ニ背戾セル不法ノ裁判也ト云フニ在リ  
 按スルニ夫カ其妻ニ犯罪行為アリト確信シ且之ヲ確信スヘキ相當ノ理由アル場合ニ於テ之ヲ告訴スル  
 カ如キハ必スシモ不當ノ行為ニアラサレハ單ニ檢事カ告訴事件ニ付キ不起訴ノ處分ヲ爲シ又ハ告訴ノ  
 事實カ眞實ニ吻合セサルノ事由ノミニ依リ直ニ告訴ノ行為ヲ以テ民法第八百十三條第五號ニ所謂重大  
 ナル侮辱ニ該當スルモノト謂フヲ得ス原審口頭辯論調書ヲ査閲スルニ上告人カ被上告人ニ犯罪行為ア  
 リト信スヘキ相當ノ事情アリシカ爲メ告訴ヲ爲シタル旨主張シタルコトハ乙第十六號證ノ立證趣旨ニ  
 徴シ推知スルニ足ル然ルニ原院ハ單ニ其告訴事件ニ付キ不起訴ノ處分アリタルノ一事ヲ根據トシテ其  
 告訴ハ眞ノ事實ニ吻合セス上告人ノ輕卒ナル行動ニ出テタルモノト認メ其之ヲ爲スニ至リタル相當ノ  
 事情アリシヤ否ヤヲ審査セスシテ直ニ之ヲ以テ民法第八百十三條第五號ノ重大ナル侮辱ニ該當スルモ  
 ノト断定シタルハ理由不備ノ違法アルヲ免レス本件上告ハ此點ニ於テ其理由アルヲ以テ民事訴訟法第  
 四百四十七條及ヒ第四百四十八條各初項ノ規定ニ從ヒ主文ノ如ク判決ス

○擔保品引渡請求ノ件

明治四十三年(オ)第三百六十七號  
明治四十三年十二月二十日第一民事部判決

○判決要旨

一 占有物タル米穀カ換價處分ニ因リテ金員ト爲リタル場合ト雖モ占  
 有回收ノ訴ニ基キ之ヲ占有者ニ歸屬セシムルニハ恰モ米穀トシテ  
 存在シタル時ノ如ク其引渡ヲ命スルヲ當然トス

第一審 宇都宮地方裁判所 第二審 東京控訴院

上告人 福田覺平 訴訟代理人 石山彌平

被上告人 古谷喜平

右當事者間ノ擔保品引渡請求事件ニ付東京控訴院カ明治四十三年五月十二日言渡シタル判決ニ對シ上  
 告人ヨリ一部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シタリ

判 決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

理 由

上告理由第一點ハ原判決ハ判旨第二點ニ於テ乙第七號證ヲ上告人ノ利益ノ證據ニ採用セリ然ルニ右證  
 據ハ上告人ノ提出シタルモノナレハ上告人ノ利益ニ説明スルハ格別被上告人ノ援用セサルモノニ對シ

占有物換價後ニ於ケル回收訴訟ノ判決



之ヲ被上告人ノ利益ニ採用シタルハ不法ナリ殊ニ乙第七號證原院援用ノ部分ハ巡查ノ直接ニ見聞シタル事實ノ記載ニアラスシテ全ク第三者ヨリ傳聞シ若クハ想像セル事實ノ記載ニ係リ決シテ證據トシテ採用スヘカラサルモノニ屬ス然ルニ漠然之ヲ證據トシテ上告人ニ不利益ノ判斷ヲ爲シタルハ不法ナリト云ヒ」其第四點ハ原判決ハ理由第一ノ部ニ於テ乙第十六號證小玉次郎吉訊問調書ノ記載ヲ採テ被上告人ノ利益即チ米穀ヲ以テ擔保トシテ貸金セリトノ事實認定ノ材料ニ供用セリ然レトモ右調書ハ上告人カ訴外高久徳次郎カ小玉次郎吉ヲ雇入レ米穀ヲ積込マセ且其雇賃ヲ支拂ヒ且他ニモ徳次郎カ右次郎吉ヲ雇入レ米穀運搬ノ事實アリタル立證ニ供シタルノミニシテ被上告人カ右證據ヲ特ニ援用シタル申立ナシ然レハ則チ原判決ハ舉證者ノ申立ニ背キ援用ノ申立ヲ爲ササル被上告人ノ利益ノ爲メニ強テ證據ヲ採用シタル缺點アリ即チ訴訟手續ノ規定ニ背キタル不法アルモノトスト云フニ在リ

然レトモ證據方法ニシテ一旦法廷ニ提出セラレタル以上ハ當事者雙方ノ主張事實何レニ對シテモ共通ニ其認定ノ資料ニ供シ得ヘキ事ハ本院判例ノ認ムル所ナレハ上告人ノ提出ニ係ル證據ヲ被上告人ノ利益ニ之ヲ採用スルモ不法ニアラス既ニ然ル以上ハ提出者ノ趣旨トセシ所ノモノニ局限シテ之ヲ採用セサルヘカラサル理由アルヘカラス要スルニ本論旨ハ原院ノ職權ニ屬スル證據ノ取捨判斷ニ對シ不服ヲ唱フルニ外ナラサレハ上告適法ノ理由トナラス

上告理由第二點ハ本件占有ハ荷馬車ニ積載スルト同時ニ被上告人ノ手ヲ離レタル申立ニ對シ原院ハ判旨第二點ニ於テ被上告人ハ其子庄平ニ附添セシメタリト認定シタレトモ當初積出ノ當時ハ暫ク措キ其狀態ノ繼續セス上告人カ訴外高久徳次郎ノ附添ニヨリ之ヲ買受ケ被上告人ノ子庄平ノ追及ナカリシ狀態ハ爭フヘカラサル事實ナレハ少クトモ中間ニ於テ被上告人ノ占有繼續ノ意思若クハ所爲ハ中斷セラレタルニ拘ラス原院カ此點ヲ無視シテ占有ノ繼續ヲ被上告人ニ在リト認メタルハ不當ニ事實ヲ確定セラル不法アルモノナリト云フニ在リ

然レトモ原院ハ本件ノ米穀ヲ荷馬車ニ積載セシヨリ鬼怒川渡船場ニテ徳次郎カ庄平ノ隙ニ乘シ荷馬車ヲ輓キ戻シ其積載米穀全部ヲ侵奪シタルマテハ被上告人カ其子庄平ヲシテ荷馬車ニ附添ハシメテ現ニ事實上ノ支配ヲ爲シタルモノニシテ即チ其荷馬車ヲ輓キ戻シタルマテハ米穀ノ占有ハ被上告人ニ於テ繼續シタリトノ事實ヲ認定セリ本論旨ハ要スルニ右ノ事實認定ヲ非難スルニ外ナラサレハ上告適法ノ理由トナラス

上告理由第三點ハ原院ハ判旨第三點ニ於テ上告人カ惡意ノ承繼人ナリト推定シタレトモ其援用セル證據ハ何レモ斷片的ノ申立ニ係リ且傳聞又ハ想像ノ部分多シ然ルニ若シ原判決ノ說明ヲ相當トセハ當時被上告人ハ上告人ヲ刑事被告トシテ高久徳次郎ノ共謀者ト告訴シ之カ不起訴ニ終リタル事實ヲ證據ニ呈出シ知情者ニアラサル立證ニ供シ前項證據ト兩立セサルニ拘ハラス何等ノ說明ヲ付セサルハ重要ナル事實ヲ遺脱シテ不當ニ事實ヲ確定セルモノナリト云フニ在リ

然レトモ原院ハ事實認定ノ資料トセサル證據ニ付テハ一一其排斥ノ理由ヲ付スヘキ責任アルコトナシ故ニ單ニ何等説明スル所ナシトテ之ヲ以テ直チニ重要ナル事實ヲ遺脱シタリト云フヘカラス故ニ本論旨ハ上告適法ノ理由ナシ

上告理由第五點ハ原判決ハ判旨第二點ニ於テ乙第七號證原巡查ノ報告書ナルモノヲ證據ニ採用シ且乙第三號證寺門徳太郎ノ證人供述乙第十三號證金谷長吉證人供述ナルモノヲ證據ニ採用シタルトモ一件記録ニハ原巡查ナル者ノ報告證人寺門徳太郎金谷長吉ノ民事廷ニ於ケル證人供述ナルモノナシ然レハ則チ原判決ハ虛無ノ證據ヲ採用セル不法アリト云フニ在リ

然レトモ上告人ハ乙第三號證トシテ證人寺門徳太郎調書乙第十三號證トシテ證人金谷長吉調書ト題スル書證ヲ提出シアルヲ以テ其書證中ノ記事ヲ引證スルニ付キ寺門徳太郎ノ證人供述金谷長吉ノ證人供述ト表示シタルモノニシテ殊ニ乙第三號證ニハ云云乙第十三號證ニハ云云ト記載シアルニ依テ毫末ノ疑ナシ故ニ本論旨ハ全ク謂ハレナシ

上告理由第六點ハ上告人ハ訴外徳次郎カ荷物ト共ニ上告人方ニ至リ且目前ニ於テ運賃ヲ支拂ヒ且荷馬車輓連中ハ徳次郎カ雇入レ被上告人カ干與セサリシ事實ヲ擧ケテ少クトモ占有ノ移轉ヲ主張セリ故ニ此行為ハ何故ニ上告人ニ對シ占有カ徳次郎ニ移リタリト認ムルニ足ラス若クハ被上告人ニ對抗シ得サルヤノ説明ヲ付スヘキ必要アリ然ルニ原判決ハ是等ノ説明ヲ爲スコトナク一方ニ於テ徳次郎カ積込ノ

指圖ヲ爲シ且ツ運賃支拂ノ事實庄平カ間斷ナク附添セサル事實ヲ認メナカラ占有カ被上告人ニ存在スル旨ノ認定ヲ爲シタルノミナラス其外形ノ行為ナキ場合ノ事項ヲ援引シテ以テ上告人ニ對抗シ得ルカ如キ判斷ヲ爲スニ至リタルハ事實認定ノ理由ヲ缺如シタル不法アルモノナリト云フニ在リ

然レトモ原院ハ諸種ノ證據ヲ掲ケ被上告人カ其子庄平ヲシテ荷馬車ニ前後シテ附添ハシメタルハ事實上ノ支配ヲ徳次郎ニ移スノ趣旨ニ非スシテ庄平カ被上告人ノ爲メニ現ニ事實上ノ支配ヲ爲シタルモノト認メ終ニ右徳次郎カ侵奪行為ヲ爲シタルマテ被上告人カ占有ヲ繼續シタルモノト認メタル以上ハ判決ノ理由ニ於テ欠クル所アルコトナシ要スルニ本論旨ハ辭ヲ構ヘテ原院ノ職權ニ屬スル事實ノ認定ニ對シ論難ヲ試ミルニ外ナラスシテ上告適法ノ理由トナラス

上告理由第七點ハ又原判決判旨第二點ニ依レハ乙第七號證及乙第八號證ニ依リ徳次郎ハ「古谷庄平ノ前ニ行過キタルヲ見テ二人輓キノ人力車ヲ雇ヒテ急行シ鬼怒川渡船場ニテ荷馬車ニ追及シ庄平ノ隙ニ乘シ該荷馬車ヲ輓キ戻シ之ニ積載セル米穀全部ヲ侵奪シタルモノト認メ得ヘキヲ以テ云云」ト認定シタルトモ乙第七號證ハ全ク傳聞ノ事項ニシテ乙第八號證ニ依レハ此ノ如キ事實ヲ見ルニ至ラス仍テ兩證ヲ綜合スルモ尙ホ侵奪ニ非サル事實ヲ推定スヘキ記載アルニ拘ハラヌ此ノ如キ認定ヲ爲シタルハ證據ニ反シテ事實ヲ確定シタル不法アリト云ヒ」其第九點ハ原判決ハ判旨第三點ニ於テ上告人カ相當時價ヲ以テ賣買ノ約ヲ爲シ内金六百圓ヲ徳次郎ニ渡シ殘金三百三十七圓餘ハ自己ノ手ニ保留シ不正ノ利

得ヲ爲サント企テタリト疑ハルヘキカ故ニ侵奪者ノ惡意ノ承繼人ナリト認メタレトモ其列舉シタル證據ニ依レハ代金全部授受ノ事實ヲ擧ケ其證言等ハ之ヲ反對ニ推定スヘキ旨ノ理由ヲ付セスシテ前記ノ判斷ヲ爲シタルモノニ付結局原判決ハ此點ニ於テ證據ニ反シテ事實ヲ確定シ且證據取捨ニ關スル理由ヲ付セサル不法アリト云フニ在リ

然レトモ本論旨ハ全ク原院ノ職權ニ屬スル證據ノ取捨判斷ニ對スル非難ニ外ナラサレハ上告適法ノ理由トナラス

上告理由第八點ハ原判決ハ判旨第三點ニ於テ「賣買ノ前日祖母井ノ齋藤某外一人カ控訴人方ニ參リ米ノ賣買ヲ爲シタル事實アルコト」(郡ノ證言)ト認定シ恰モ證人郡武彌カ右證言ヲ第一、第二審裁判所ニ於テ爲シタル如ク認メタルモ同人調書ニハ決シテ斯ル陳述ノ記載ナシ仍テ原判決ハ虛無ノ證據ヲ採用セル不法アリト云フニ在リ

然レトモ郡武彌ノ證人訊問調書ヲ見ルニ「自分(證人)カ被告(控訴人即チ上告人)宅ヘ參リ手代熊ナル者ヲ取調ヘタルニ實ハ前日ニ祖母井ノ齋藤某外一人カ來テ米ノ賣買ノ話アリタルモノナルコトハ供述シタルモ云云」トアレハ原院カ此記事ヲ引證シタルコト及其趣旨ノ同一ナルコト明カナレハ本論旨ハ全ク謂ハレナシ

上告理由第十點ハ原判決ハ判旨第四點ニ於テ換價處分後ノ金錢ニモ占有回收ノ請求權アル旨ヲ説明シタリト雖モ右説明ハ上告人カ恰モ占有移轉ヲ換價當時ニ行ハレタリト主張シタルカ如ク妄斷シテ假定的ノ根據ノ下ニ前顯説明ヲ爲シタルモノニテ誤謬ノ見解タルヲ免カレス上告人ノ主張ハ原院ノ最初ニ認メタルカ如ク被告上告人ノ倉庫ヨリ米穀積出ノ時ヨリ占有權ハ事實上法律上移轉セルコトヲ主張シ後賣買ニヨリ其占有ハ上告人ニ移リタルモ上告人ハ換價處分ニヨリ最早其物ノ占有ヲ爲ササルニ付占有繼承ノ意義ニ於ケル占有回收ノ請求ヲ上告人ニ對シ繼續セントスルハ失當ナリト主張シタルモノナリ故ニ原判決ノ駁論的説明ハ無意義ノモノタリ上告人ノ主張ハ物權的請求ニ付テハ物件ノ消滅ト共ニ訴訟ノ消滅ヲ來シ別途ノ手續ニ依ル可キコトヲ申立タリ民事訴訟法第九十六條第二項第三號ノ場合ノ如キ所有權主張ニ付損害賠償ノ請求トセハ格別本件ノ如ク占有ノ訴訟回收ノ訴訟ハ單ニ所有權ノ一部即チ占有ノ爭訟ニ屬スルヲ以テ物ノ存否ニ依リ訴訟ノ成否ヲ決定スヘク物ノ性質變更アルモ尙ホ同性質ノ訴訟遂行ヲ許スヘキモノニアラス若シ原判決ノ意味ヲ擴張セハ占有回收ノ訴訟形式ニ依リ訴訟以前物ノ性質ヲ變シ甲ヨリ乙トナリ若クハ物カ金錢トナリシ場合モ亦右請求ヲ許容スヘキモノト云ハサルヘカラス而シテ民法第三百五十條第三百四條ニハ訴訟以前ノ物品性質變更ニ關スル手續ノ規定アルモ尙ホ物品ヨリ金錢トナリシ場合ニハ差押手續ヲ要シ無條件ノ請求ヲ許サス原判決ノ法律適用ハ此法條ニ依ルニアラス然ラハ則チ一般債權者ニ對スル權衡上特別ノ法文ナキ以上ハ原判決ノ如キ獨斷的見解ヲ以テ本件關係ヲ律スルヲ得サルヤ論ヲ待タス乃チ原判決ハ此點ニ於テ上告人ノ申立ヲ誤解シ法則

ノ適用ヲ誤リタル不法アルモノトスト云ヒ」其第十一點ハ本件第一審判決ハ「被告ハ原告ニ對シ金八百八十圓ヲ支拂フヘシ」ト言渡シ被告上告人ハ原審ニ於テ其缺點ヲ覺リ明治四十三年四月七日附ヲ以テ「控訴人ハ玄米百十五俵云云ノ換價處分ニ因ル供託金八百八十圓ヲ被控訴人へ引渡スヘシ云云」ト更正セリ然ルニ原審ハ上告人ノ抗辯アルニ拘ハラヌ第一審判決ヲ是認セリ若シ夫レ第一審判決ヲ相當ナリトセハ上告人ハ一般的資産ニ依リ之カ辨濟ヲ爲ササルヘカラス然ルニ占有回收ハ特種ノ物件ニ對スル請求ニ屬スルヲ以テ其判決ノ趣旨ハ徒ニ請求ノ擴張ヲ許シ且申立ニ添ハサル缺點アリ又被上告人カ更正シタル申立ヲ適當ナリトシ原判決モ亦此意義ニ於テ被告上告人ノ請求ヲ是認シタリトセン乎換價處分ニ依ル執達吏ノ保管金ハ所謂當事者以外ノ占有ニ屬シ上告人ノ行爲ニ依テ左右シ得サルノミナラヌ上告人ノ一般債權者ハ執達吏ヲ第三債務者トシテ請求ヲ爲シ得ルノミナラス執達吏ト金庫ノ關係上執達吏ノ有スル權利ハ同人ノ債權ナルヲ以テ同人ニ對スル一般債權者ハ又之ニ對シテ辨濟ノ請求ヲ爲シ得ルモノト云ハサルヘカラス是即チ此ノ如キ不都合ヲ豫見スル結果民法第三百四條ノ如キ規定アリテ特ニ差押ノ手續ヲ要スル所以ナリ然ルニ原判決ハ單ニ本件當事者ノ關係ヲ視テ他ノ法規關係及占有回收ノ名ニ於テ一般資財ニ及フヘキ關係等ヲ精査セス一般ニ依リ性質ヲ變シタル他人占有ノ金錢ニ付尚ホ請求ノ是認シ得ヘキ趣旨ヲ採リ前記諸點ノ不調和ヲ看過シ漫然判旨第五、第六點ニ於テ第一審判決ヲ是認シタルハ理由不備ノ不法アルモノトスト云フニ在リ

然レトモ原院カ本件ノ米穀換價處分後ノ金錢ニ對シテモ占有回收ノ請求ノ行ハルルモノト判斷シタルハ上告人カ米穀ノ占有移轉ハ換價當時ニ行ハレタリト主張シタリトシテニアラスシテ徳次郎カ荷馬車ヲ輓キ戻シタルトキ其占有ヲ侵奪シ而シテ上告人ハ其惡意ノ特定承繼人ナリト認メ上告人ニ對シテモ占有回收ノ訴ニ依リ米穀ノ返還ヲ請求スルノ權利アルコトヲ說示シ既ニ差押ヲ爲シタル米穀ニ付テ其保存方法トシテ爲シタル換價處分ニ因リ得タル代金ハ米穀ニ代ルモノニシテ即チ米穀ノ上ニ存シタル占有權ノ效力ハ當然其代金ノ上ニモ及フヘキモノト爲シタルモノニシテ誠ニ相當ナリト云ハサルヘカラス故ニ米穀カ換價處分ニ因リ金員ト爲リタル場合ニ在テモ占有回收ノ訴ニ基キ右金員ヲ被告上告人ニ歸屬セシムルニハ恰モ米穀トシテ存在セシ場合ノ如ク其引渡ヲ命スヘキハ當然ナリ而シテ原院カ本件ノ控訴ヲ棄却シテ上告人（被告）ニ金八百八十圓ヲ支拂フヘキ旨ノ言渡ヲ直チニ是認シタルハ聊カ穩當ヲ失スト雖モ本件金員ニ對スル被告上告人ノ請求權ハ米穀ノ上ニ有セシモノト同一ナルコトヲ反覆說示スル所ニ依テ見レハ原院ノ判決ハ上告人ノ一般的資産ニ依リ金八百八十圓ヲ支拂ハシムルニアラスシテ執達吏カ保管スル金員ヲ引渡スヘキ旨ヲ命スル意味ニ於テ本件ノ控訴ヲ棄却シタルノ趣旨ナルコト甚タ明カナレハ前示不穩當ノ廉アリトスルモ之ヲ以テ原判決ヲ破毀スルノ理由トナスニ足ラス右ノ理由ニ依リ民事訴訟法第四百二十九條第一項ノ規定ニ從ヒ主文ノ如ク判決ス

○地所明渡請求ノ件

明治四十三年(オ)第二百十八號  
明治四十三年十二月二十三日第二民事部判決

○判決要旨

一明治三十三年法律第七十二號第二條ハ同第一條ニ依リ地上權者ト推定セラルヘキ者ハ同法施行前及ヒ其施行後一年內ニ其使用スル土地ニ付キ權利ヲ取得シタル第三者ニ對シテハ同法施行ノ日ヨリ一年ヲ過キタル後ト雖モ尙ホ登記ナクシテ其地上權ヲ對抗シ得ル法意ナリトス

(參照) 本法施行前他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲其ノ土地ヲ使用スル者ハ地上權者ト推定ス(明治三十三年法律第七十二號第一條)

第一條ノ地上權者ハ本法施行ノ日ヨリ一箇年內ニ登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(明治三十三年法律第七十二號第二條第一項第七)

第一審 札幌地方裁判所小樽支部 第二審 函館控訴院

上告人 淺草觀音寺

右代表者 田中朴山

訴訟代理人 〔江木末繁 木次郎〕

被上告人 田中重兵衛

訴訟代理人 〔花井卓重 野金重〕

右當事者間ノ地所明渡請求事件ニ付函館控訴院カ明治四十三年四月二十二日言渡シタル判決ニ對シ上告人ヨリ一部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シ被上告人ハ上告棄却ノ申立ヲ爲シタリ

判決

原判決ヲ破毀シ更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ本件ヲ函館控訴院ニ差戻ス

理由

上告論旨第一點ハ原院ハ上告人(控訴人)ノ係争地ニ對シ明治三十三年法律第七十二號ノ規定ニヨリ地上權ヲ有スル旨ノ抗辯ヲ排斥シテ謂フ「地上權者トシテ第三者ニ對抗スルニハ明治三十三年法律第七十二號第二條ニ從ヒ本法施行ノ日ヨリ一箇年內ニ登記ヲ爲スコトヲ要シ否ラサレハ第三者ノ善意惡意ヲ問ハス對抗スルコトヲ得サルハ明ナルヲ以テ」云云ト然レトモ上告人カ係争土地ノ使用ヲ開始シタルハ明治二十九年中ナル事實ハ原院判決ニ於テモ明認セラルル所ナリ而シテ被上告人カ係争土地ヲ買受ケタルハ明治三十二年中ナルコトハ訴狀竝ニ本件甲第一號證ニヨリ明白ナル事實ナリトス即チ上告人カ土地ノ使用ヲ開始シタル時期モ被上告人カ之レヲ買受ケタル時期モ何レモ該法律發布以前ノ事實ニ屬ス繼テ該法律ノ規定ヲ按スルニ其第二條一項ニハ「地上權者ハ本法施行ノ日ヨリ一箇年內ニ登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」トアリ而シテ該條ノ所謂第三者トハ該法施行後ニ權利ヲ取得シタル者ヲ指稱スルモノナルコトハ明文上明白ナルノミナラス幾多既往ニ於ケル

御院判例ノ確認セラルル所ナリ（御院判決録明治三十四年度第三輯四十八頁同明治三十七年（オ）第四百十三號同年四月二十日言渡明治三十八年（オ）第四百四十五號同年四月二十八日言渡）唯夫レ同條第二項ニヨリ該法施行以前ニ於テ善意ニテ取得シタル第三者ノ權利ヲ害スルコト能ハサルモ本件ニ於テハ被上告人カ係争土地取得當時ニ於テハ堂堂タル寺院ノ建設セラレアリテ到底被上告人ノ善意ヲ認ムル能ハサルノミナラス若シ被上告人ノ善意ヲ理由トシテ上告人ノ推定地上權ノ對抗力ヲ阻止セントセハ被上告人ハ先ツ其事實ヲ主張シ之ヲ立證セサルヘカラス是レ蓋シ同條第二項ハ同條第一項ノ例外的規定ナレハナリ（御院判例明治三十六年（オ）第二百十八號同年五月二十二日言渡）然ルニ被上告人ハ何等ノ立證ヲモナシタルコトナシ要之本件上告人ノ土地使用ハ明治三十三年法律第七十二號以前ニシテ從テ地上權ノ推定ヲ受クヘキモノナリ而シテ被上告人ノ所有權取得ハ上告人ノ使用開始後ニシテ且ツ該法發布以前ニ係ルヲ以テ上告人ハ何等登記ヲナサシテ被上告人ニ對シ推定地上權ノ對抗ヲナシ得ヘキモノタルコト寔ニ疑ナシ然ルニ原院カ上述ノ如ク單ニ登記ナキヲ唯一ノ理由トシテ上告人ノ抗辯ヲ排斥セラレタルハ尤モ不法ノ甚シキモノニシテ破毀ノ理由アルモノト確信スト云ヒ」被上告人ノ之ニ對スル答辯ハ上告理由第一點ハ明治三十三年法律第七十二號ノ推定地上權者ハ該法發布以前ニ權利ヲ取得シタル第三者ニ對抗スル爲メニハ何等登記ヲ要セサルモノナルニ原院カ登記ナキノ理由ヲ以テ上告人ノ地上權ノ對抗力ヲ否定シタルハ不法ナリト云フニ在リ然レトモ明治三十三年法律第七十二號

第一條ハ本法施行前ヨリ他人所有ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ其土地ヲ使用スル者ハ地上權者タルノ推定ヲ受クルコトヲ規定シ其第二條ニ於テ右推定ヲ受ケタル地上權者ハ本法施行ノ日ヨリ一箇年内ニ於テハ登記ナクトモ本法施行前ニ惡意ニテ土地ノ權利ヲ取得シタル第三者及ヒ善意ナルト惡意ナルトヲ問ハス本法施行ノ日ヨリ一箇年内ニ於テ土地ノ權利ヲ取得シタル第三者ニ對シテ其權利ヲ對抗シ得ヘキコトヲ規定シタルモノナリトス而シテ該法律カ斯ノ如キ意義ナルコトハ御院判例ノ夙ニ認メラルル所ナリトス然リ而シテ本件被上告人カ係争土地ノ所有權ヲ得タルハ明治三十二年ニシテ該法律ノ發布前ナルコトハ争ナキ事實ナルカ故ニ上告人ニ於テ被上告人ニ對シ其推定地上權ヲ以テ對抗セントスルニハ被上告人カ該法施行前惡意ニテ土地ノ權利ヲ取得シタルコトヲ主張シ其立證ヲ爲ササルヘカラス該法律ハ其施行前ニ土地ノ權利ヲ取得シタルモノハ總テ惡意ナリトノ推定ヲ爲サス又惡意ノ推定ヲ爲ササルハ法律上ノ原則ナリトス然リ而シテ本訴ニ於テハ上告人カ地上權ヲ對抗主張スルモノニシテ其主張ヲ維持センニハ被上告人カ惡意ノ權利者ナルコトヲ主張セサルヘカラサル地位ニ在ルモノナルヲ以テ被上告人ノ權利ノ取得カ惡意ナリトノコトハ上告人ニ於テ之ヲ主張シ立證スヘキ箇合ナリトス左レハ原判決カ上告人ノ地上權ヲ以テ法律第七十二號施行前ニ土地ノ權利ヲ取得シタル被上告人ニ對抗スルヲ得ストシタルハ結局相當ニシテ上告趣旨ハ理由ナシ且又法律第七十二號ハ地上權ニ關スル紛争ヲ根絶センカ爲メ便宜的ニ制定セラレタルモノナルヲ以テ原判決判示ノ如ク該法

律施行後一年ヲ經テ登記ヲ爲ササルニ於テハ其地上權ヲ以テ絶對ニ第三者ニ對抗スルヲ得ストスルヲ法律ノ精神ニ適合シタルモノト信ス尙ホ原判決ハ明治三十七年四月以後數回被上告人ハ上告人ニ對シ地所ノ明渡ヲ請求シ上告人ハ其明渡猶豫ヲ申込タル事實ヲ認定シアレハ上告人カ地上權ヲ有セサルハ右判示ニ依リ明カニシテ畢竟上告人ノ地上權ノ主張ハ何等理由ナク結局原判決ハ不法ナシト信スト云フニ在リ

按スルニ明治三十三年法律第七十二號第二條ハ同法ニ依リ地上權者ト推定セラルヘキ者ハ同法施行後一年內ニ登記ヲ爲スニ非サレハ其後ニ其使用スル土地ニ付キ權利ヲ取得シタル第三者ニハ登記ナクシテハ地上權者トシテ對抗スルヲ得サルコトヲ規定シタルモノニシテ其反面ニ於テ同法施行前及ヒ其施行後一年內ニ權利ヲ取得シタル第三者ニハ同法施行後一年ヲ過キタル後ト雖モ尙ホ登記ナクシテ對抗シ得ルコトヲ表明シタルモノナリ是レ當院カ從來執ル所ノ見解ニシテ當院明治三十三年(オ)第五九九號同三十五年(オ)第一四一號同三十七年(オ)第一四三號同三十八年(オ)第一四五號同四十年(オ)第一七二號ノ判決ヲ通シテ一貫スル所ナリ而シテ上告人ニシテ前示法律ニ依リ本件土地ノ地上權者ト推定セラルヘキ者ナリトセハ被上告人カ本件土地ノ所有權ヲ取得シタルハ明治三十二年十二月二十二日ニシテ同法施行前ニ在ルヲ以テ上告人ハ其施行後一年內ニ地上權ノ登記ヲ爲サス以テ今日ニ至リシト雖モ尙ホ之ヲ以テ被上告人ニ對抗スルコトヲ得ルハ前示法意ニ照シテ明ナリ然ルニ原院カ地上權者トシ

テ第三者ニ對抗スルニハ明治三十三年法律第七十二號第二條ニ從ヒ同法施行ノ日ヨリ一个年內ニ登記ヲ爲スコトヲ要シ否ラサレハ第三者ノ善意ナルト惡意ナルトヲ問ハス對抗スルコトヲ得サルモノト爲シ上告人カ右期間內ニ登記ヲ爲ササリシノ故ヲ以テ地上權者トシテ被上告人ニ對抗スルコトヲ得スト判示シテ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ法律ヲ誤解シ之ヲ正當ニ適用セザルノ不法アルヲ免レス原判文ニ明治三十七年四月以後數回控訴人(上告人)ニ係争地所ノ明渡ヲ請求シ控訴人ヨリ明渡猶豫ヲ申込ミタルヲ以テ云云トアルハ上告人カ被上告人ノ所有權ヲ承認シタルコトヲ認メタルモノナルコト判文上自ラ明ナレハ被上告人カ之ヲ以テ上告人ニ地上權ノ存セサルコトヲ認定シタルモノト解シ上告人ノ地上權ノ主張ハ何等理由ナク結局原判決ハ正當ナリト論スルハ其理由ナキモノトス以上説明スルカ如ク本件上告ハ理由アルヲ以テ他ノ上告論旨ニ對スル説明ヲ畧シ民事訴訟法第四百四十七條第一項第四百四十八條第一項ニ依リ主文ノ如ク判決ス

○預金取戻請求ノ件 明治四十三年(オ)第二百四十二號 明治四十三年十二月二十三日第二民事部判決

○判決要旨

一 數名ノ發起人カ設立費用ヲ負擔シテ會社ヲ設立セントスル行為ハ組合契約ニ酷似スルヲ以テ之ニ其規定ヲ準用スヘキモノトス(判旨第一點)

一 組合ニ於テ其契約事項ヲ變更シ又ハ組合員ノ脱退加入アリタル場合ト雖モ最初ノ契約ハ依然存立シ唯其一部分ノミ變更セラレタルニ過キサルモノトス(同上)

一 發起團體ハ會社ノ前身ナルヲ以テ其發起ノ爲メニ生シタル權利義務ハ會社成立シ且之ヲ承認シタル場合ニハ其會社ニ承繼スルヲ當然トス從テ發起團體カ引受證據金及ヒ拂込株金ヲ他ニ預金ト爲シタルトキハ會社ハ直接ニ預金ノ債務者ニ對シテ之ヲ請求スルコトヲ得(判旨第五點)

第一審 東京地方裁判所 第二審 東京控訴院  
 上告人 株式會社百三十八銀行

右法定代理人 坪井源三郎 訴訟代理人 高橋木八郎  
 被上告人 東洋製糖株式會社 岡村嘉輝 道彦助郎

右法定代理人 佐竹作太郎 訴訟代理人 齋藤二郎

右當事者間ノ預金取戻請求事件ニ付東京控訴院カ明治四十三年五月十七日言渡シタル判決ニ對シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シ被上告人ハ上告棄却ノ申立ヲ爲シタリ

判決

本件上告ハ之ヲ棄却ス  
 上告ニ係ル訴訟費用ハ上告人之ヲ負擔ス可シ

理由

上告論旨第一點ハ株式會社ノ設立手續ニ於ケル各行爲即チ發起人間ニ於ケル會社ノ設立ヲ目的トスル意思表示定款ノ作成株式ノ引受等ノ法律上ノ性質ニ付テハ種種ナル學說アリト雖モ一種ノ契約ナリトノ說ヲ以テ最モ我商法ノ精神ニ適合スルモノト信ス故ニ前記各行爲ノ成立效力消滅變更等ニ關シテハ商法ニ特別ノ明文ナキ以上ハ一般契約ノ原則ヲ適用セラル可キモノトセサルヲ得ス現ニ商法第三百零八條ニ創立總會ニ於テハ定款ノ變更ヲ決議スル事ヲ得ヘキ旨ヲ定メ株式會社ノ設立手續カ創立總會迄

會社ヲ設立スル發起行為ノ性質○組合契約ノ一部變更○會社發起ノ爲ニ生シタル權利義務ノ承繼 九八三



進行シタル以後ハ定款ノ變更ニ付キ契約ノ原則ヲ適用スル事ヲ要セサル規定ヲ設ケタル法意ヨリ推究スルモ創立總會以前ノ手續ニ於ケル各行爲ニ付テハ普通ノ原則ニ一任シタル事ヲ推知スルニ難カラス而シテ特定ノ當事者間ニ一旦契約成立シタル以後ニ於テ更ラニ契約ノ當事者ヲ増減シ又ハ契約ノ内容ヲ變更スル意思表示アリタル時ハ當事者ノ意思如何ニ不拘前契約ハ消滅シ新契約ノ成立ス可キハ法ニ特別ノ明文アル場合ハ格別否ラサル時ハ例外ナキ契約法上ノ原則ナリトス故ニ株式會社ノ發起人カ定款ヲ作成シ株式ノ引受、第一回株金ノ拂込ヲ了リタル後更ニ發起人ノ數ヲ増減シ定款ノ内容ヲ修正シタル時ハ商法ニ何等ノ明文ナキヲ以テ前記契約ノ原則ニ依リ舊設立契約及定款ハ當然消滅シ新設立契約及新定款成立シ發起團體ノ資格ニ變更ヲ生スルモノトセサルヲ得ス本件ニ於テハ原判決ノ認ムル如ク臼井儀兵衛外二十七名カ明治四十年一月中乙第二號ノ定款ヲ作成シ株主ノ募集、株式ノ引受、株金第一回ノ拂込ヲ終リタル後同年七月ニ至リ更ニ佐竹作太郎外二十五名カ乙第一號證二ノ定款ヲ作り新ニ株式申込證書ノ作成、株主ノ募集、株式ノ引受、株金第一回拂込等ノ手續ヲ爲シ設立シタルモノナリ而シテ前後ノ發起行為ヲ對照スル時ハ發起人ノ一部ニ移動アリタルノミナラス會社ノ資本額、目的株式ノ數、第一回拂込金額、會社ノ存立期限等ニ幾多ノ修正アル事明カナリ故ニ佐竹作太郎外二十五名カ發起人ノ一部ヲ變更シ乙第二號ノ定款ヲ乙第一號ノ二ノ定款ニ修正スル意思表示ヲ爲シタル時ハ契約ノ當事者及内容ヲ變更スル表意アリタルモノナルヲ以テ假令臼井儀兵衛外二十七名ノ發起行為ヲ

繼續スルノ意思アリタルモノトスルモ法律上前設立契約、定款等ハ當然消滅シ新設立契約、新定款ノ成立シタルモノト云ハサル可カラズ然ルニ原判決ニ於テ發起人ノ異動、資本ノ減少等定款ノ内容ニ修正アリタル事實ヲ認メ乍ラ臼井儀兵衛ヲ創立委員長トセシ發起團體ト佐竹作太郎ヲ創立委員長トセシ發起團體トハ其資格上目的上ニ於テ差異ヲ設クル當事者ノ意思ナカリシ一事ヲ以テ新定款ハ單ニ舊定款ヲ變更シタルモノナリト認メ設立契約及其他ノ設立行為ハ法律上前後同一ナリトシテ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ法律ノ適用ヲ誤リタルモノナリ或ハ株式會社ノ設立行為ハ一種ノ組合ニシテ組合ニ於テハ組合員ノ異動、資本ノ減少等ヲ爲スモ組合契約ノ變更ヲ來スニ過キスシテ舊組合契約ノ消滅ス可キモノニ非ルヲ以テ原判決ハ正當ナルカ如シト雖モ然レトモ株式會社ノ設立行為ハ常ニ必スシモ組合ノ性質ヲ有スルモノニ非ルヲ以テ若シ原判決カ組合ノ法律ヲ適用シタルモノトセハ先ツ本件ノ設立行為カ組合ノ性質ヲ有スル事ヲ説明セサル可カラズ然ルニ此點ヲ説明セシテ直ニ組合ノ法理ヲ適用シタルモノトセハ理由ノ不備タルヲ免レスト云ヒ」第七點ハ原判決第一ノ中段ニ（尙ホ本件ニ於ケル新舊定款ノ作成ノ月日及株式申込期限等ヲ異ニシ且ツ被控訴會社ノ株主ハ新定款ニ因リテ新ナル株式申込ヲ爲シタル事實アリト雖モ云云）トアリ又同中段ニ（之ヲ前認定ノ資料ト爲リタル各證據ニ徴スレハ發起人及株式引受人等ハ定款ノ變更ヲ爲シタル日ヲ以テ新ニ定款ヲ作成スヘキモノトナシ株式申込ノ如キモ亦形式上之ニ應スヘキ手續ヲ爲シタルニ過キスシテ舊發起行為ト法律上全ク別異ノ發起行為

ヲ爲シタルモノト認メ難シトアリテ原判決ハ明カニ新舊定款ノ作成、株式ノ申込、株金ノ拂込等ノ異別ナル事實ヲ認メタルモノニシテ只其新定款ノ作成等ハ舊定款等ヲ變更スルノ意思ヲ以テ形式上之ヲ爲シタルニ過キスト云フニ外ナラス元來株式會社ノ發起及設立ハ法律上嚴格ニ其形式手續ヲ規定シアルヲ以テ其形式手續ニ依ラサルモノハ假令發起人等ニ如何ナル意思アリトスルモ有效ノモノニ非サルコトハ論ヲ俟タズ即チ本件ニ於テ新發起人等ハ單ニ舊發起人等ノ作成セル舊定款等ヲ變更スルノ意思ニ出テタルモノナリシトスルモ苟モ形式上新ニ定款ノ作成其他ノ手續ヲ爲シテ會社設立ノ登記ヲ爲シタル以上ハ是レ即チ法律上新ナル發起行為ニ因リテ設立セラレタルモノナルヲ以テ其會社ノ權利關係ハ新定款新手續ニ依テ決定セラルヘキモノナリ若シ然ラスシテ舊定款舊手續ニ依テ設立セラレタルモノトセンカ其新定款及形式上ノ手續ハ總テ無効ニ歸シ從テ設立ノ登記モ亦無効ニ歸シテ會社ハ存立セサルニ至ルヘシ之ヲ要スルニ原判決ハ本件ニ於テ形式上新定款ノ作成等ヲ認メタルニモ拘ラス之ヲ以テ舊定款舊手續ノ繼續變更セラレタルモノトナシタルハ事實ト理由ノ齟齬セル不法アルモノニシテ又法律ノ適用ヲ誤リタル不法アリト信スト云ヒ」第九點ハ我商法ノ株式會社設立ニ關スル規定ハ學者ノ所謂準則主義ニ據リタルモノニシテ苟モ株式會社ヲ設立セントスルモノハ必ス準守スルコトヲ要スル強行の規定タルコトハ勿論ナレハ利害關係人ノ合意ニ依リ此規定ニ拘ラス會社ノ設立シ得ヘキモノニ非ス而シテ我商法第二百十條ニ依レハ會社ノ設立スルニハ發起人ニ於テ同條所定ノ要件ヲ具備シタ

ル定款ヲ作成シ之ニ署名スルコトヲ要シ其要件中第五號乃至第七號ニ限リテハ後日創立總會又ハ株主總會ニ於テ之ヲ補足スルヲ許スノ明文アルモ之ヲ外ニシテ一旦發起人カ同條ノ規定ニ依リ作成シタル定款ハ創立總會前ニ利害關係人ノ合意ニ依リ之ヲ變更スルコトヲ認容シタル條文アルコトナシ加之同法第二百六條ニ依レハ發起人カ株式ヲ募集スルニハ同條所定ノ申込證ヲ作成スルコトヲ要シ其申込證ニハ定款作成ノ年月日、定款所載ノ事項、各發起人カ引受ケタル株式ノ數、第一回拂込ノ金額ヲ掲クルコトヲ要件トセリ而シテ此申込證ニ依リ株式總數ノ引受アリタル後遲滯ナク第一回ノ拂込ヲ爲サシメ其拂込アリタルトキハ遲滯ナク創立總會ヲ開キ此總會ニ於テ初メテ發起人ノ定メタル定款ノ規定ヲ變更スルコトヲ得セシムルモノタルコト同法第三百三十五條第三百三十八條ノ定ムル所ニシテ之ヲ外ニシテ發起人カ株式募集ノ基礎ト爲シタル定款ノ規定ヲ變更シ得ルノ條規ヲ發見セス原審ハ株式引受人ノ承諾アルニ於テハ發起人ハ定款ヲ變更シ得ル旨ヲ説明スルモ株式引受人ハ創立總會ニ於テ其議決權ヲ行ヒ得ルノ外我商法上會社ノ設立行為ニ關與シ得ヘキ何等ノ權利ヲモ有スルモノニ非ス故ニ株式引受人ノ承諾アルトキハ定款ヲ變更スルヲ得ヘシト云フカ如キハ毫モ其根據ヲ有スルコトナシ却テ本件ニ於ケルカ如ク總株式ノ引受アリ第一回ノ拂込アリタル後發起人ヲ變更シ資本金ヲ變更シ第一回拂込金額ヲ變更シタリトセハ商法第二百十條所定ノ要件ニ變更アリテ第二百二十六條第二項第二號乃至第四號ノ事項ハ盡ク株式申込證ノ記載ト相異ナルニ至リタルノミナラス原判決ニ認ムル如ク株式引受人モ

亦異なるニ至リタルヲ以テ（原判決ニハ株式ノ引受ヲ取消シタルモノニハ拂込金ヲ返還シテ定款ヲ變更シタリトアリ）如何ニスルモ發起人カ最初ニ作成シタル定款ニ依リ商法第二百二十五條第二百二十六條第二百二十九條第三百一一條ニ準據シテ會社ヲ設立シタルモノナリトハ謂フヲ得ス原判決ハ發起人及株式引受人等ハ定款ノ變更ヲ爲シタル日ヲ以テ新ニ定款ヲ作成スヘキモノト爲シ株式申込ノ如キモ亦形式上之ニ應スヘキ手續ヲ爲シタルニ過キスシテ舊發起行為ト法律上全ク別異ノ發起行為ト認メ難シト說明シテ恰カモ前記ノ如キ定款ノ變更ヲ爲スモ法律上新ナル定款ヲ作成スルヲ要セス新ナル株式申込ノ手續ヲ要セサルモノノ如ク說明シタリ果シテ然ラハ商法第二百二十條ニ定メタル定款ノ要件ハ總株引受後創立總會前ニ之ヲ變更シ株式申込證ノ記載ハ一モ事實ニ符合セス株式申込證ヲ差入レタル株式引受人中既ニ株式引受人タラサル者アルニ拘ラス新發起人ノ署名アル新定款ヲ作ラス又新定款ニ符合スル株式申込證ヲモ作ラス全然事實ニ符合セサル變更前ノ定款、株式申込證等ヲ添附スルモ會社設立ノ登記ハ之ヲ爲スヲ得ルト云フヤ（非訟事件手續法第八十七條第二項第一號第二號第三號）之ヲシモ爲シ得ヘシト謂ハハ我商法ノ株式會社設立ニ關スル規定ハ全ク無用ニ歸シ詐欺的會社ノ設立ヲ監督セントスル準則主義ノ法制ハ其根底ヨリ打破セラレタルモノト謂ハサルヘカラス之ニ反シ發起人ヲ變更シ定款ノ要件ヲ變更シタル上ハ商法第二百二十條ニ依リ新發起人ハ新タニ定款ヲ作成シテ之ニ署名シ同法第二百二十六條ニ依リ新ニ株式申込證ヲ作り定款變更ニ同意シタルモノヨリ新株式申込證ヲ差入レン

メ然ル後第一回ノ拂込ヲ爲シタルコトトシテ創立總會ヲ開キ其議決ヲ經テ新定款、新申込證ヲ添附シテ設立登記ヲ申請スヘキモノトセハ利害關係人ノ意思若クハ經濟的觀念ヨリスレハ舊發起行為ノ繼續ナリトスルモ我商法ノ上ヨリ見レハ新定款ノ作成以後ノ行為コソ成立シタル會社ノ設立行為ニシテ其以前ニ行ハレタル一切ノ事項ハ該會社設立行為ニハ何等ノ關係ナキモノトス故ニ原判決ノ確定シタル事實則チ株式總數引受後ニ於テ（一）發起人ノ變更（二）定款要件ノ變更（三）株式申込書要件第三號第四號ノ變更（四）株式引受人ノ變更アルトキハ法律上當然新發起行為ト舊發起行為トハ別異ノ法律行為ニシテ新定款、新株式申込證ノ作成ハ必要行為ニ屬シ決シテ單ニ形式上無用ノ手續ヲ爲シタルモノニ非ス此事タルヤ純然タル法律上ノ問題ニシテ當事者ノ意思等ヲ根據トシテ認定スヘキ事實上ノ問題ニ非スト信ス加之原院ハ定款作成ノ日ハ定款ニ記載スヘキ要件ニ非サルヲ以テ之ニ定款ヲ變更シタル日ヲ記載スルモ之ヲ以テ新舊發起行為ニ區別ヲ生スルモノニ非スト說明セルモ定款作成ノ日ハ定款ニ記載スヘキ要件ニハ非サルモ株式申込證ニ記載スヘキ要件タルコトハ商法第二百二十六條第二項ノ明定スル所ニシテ我商法ハ何レノ時ニ作成セラレタル定款ニ基キ株主ヲ募集シ會社ヲ設立シタルカヲ明確ニスルコトヲ必要ト認メタルハ明カナレハ株式申込證記載ノ日以外ノ日ニ於テ定款ノ作成アリタリトスルカ如キハ法律ノ許ササル所ナリ然ラハ發起人カ新定款ヲ作成シ其作成ノ日ヲ新定款及ヒ新株式申込證ニ掲ケタル上ハ此日附コソ發起行為ノ基礎タル定款作成ノ日ニシテ此日附以前ニ定款ノ作成アリトス

ルカ如キハ我商法ノ規定ヲ無視スルモノタルヲ免カレヌ要スルニ原判決ハ如上ノ事實ヲ認メタルニ拘  
ハラス尙ホ新定款、新株式申込證ヲ作成シタルハ新發起人カ無用ノ手續ヲ爲シタルモノノ如ク見做シ  
以テ舊發起行為ト新發起行為トハ別異ノ發起行為ニ非スト説明シタルハ商法及ヒ非訟事件手續法ノ規  
定ニ違背シ不法ニ事實ヲ確定シタル不法ノ判決ナリト思量スト云ヒ」第十點ハ原判決ハ株式會社ノ發  
起團體ハ一ノ組合ヲ爲スモノナリト外國學說ニ基キ發起人ノ變更、定款要項ノ變更、株式引受人ノ  
變更ハ組合員ノ脱退加入等ニシテ組合其モノニ變更ナシトシタルヤニ解セラレサルニ非ス然レトモ組  
合員ノ變更ヲ以テ組合ノ解散ナリトスル外國法制ノ下ニ在テハ株式會社ノ發起團體ヲ一ノ組合ト見做  
スモ發起人ニ變更アルトキハ別ニ新發起團體ヲ組織シタルコトナルヲ以テ敢テ支障ヲ感セサルヘキ  
モ我民法ノ如ク組合員ノ脱退ヲ認ムル法制ノ下ニ在テハ發起團體ニ組合ノ法則ヲ適用スルトキハ前點  
ニ述ヘタル如ク商法及非訟事件手續法ノ會社設立ニ關スル規定ト扞格ヲ來タスヲ免カレヌ加之我民法  
ノ組合ハ民法第六百六十七條ニ於テ各當事者カ出資ヲ爲シテ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ約シタル場合ヲ  
謂フモノナルニ株式會社ノ發起團體ハ斯ル契約ヲ爲スモノニアラス株式會社設立ナル行為ヲ指シテ共  
同ノ事業ヲ營ムモノト謂フヲ得ルヤ甚タ疑ナキニアラサルモ假ニ之ヲ共同ノ事業ヲ營ムト謂フヲ得ヘ  
シトスルモ之カ爲メニ共同ノ出資ヲ爲スコトハ我商法上發起行為ノ要件ニアラス發起人ハ株式ノ幾部  
ヲ引受クル義務アルモ株金ノ拂込ハ會社設立後ノ資金ヲ供出スルモノニシテ固ヨリ會社ノ設立行為ヲ

爲ス爲メノ出資ト謂フヘカラス而シテ會社ノ設立行為ニ必要ナル資金ハ設立費用ナルモ此設立費用ハ  
會社設立後ハ會社ノ負擔ニ歸スヘキモノニシテ發起人ハ必スシモ設立費ヲ出資スルコトヲ約スルヲ要  
スルモノニアラス(商法第二百二十二條第五號參照)果シテ然ラハ株式會社ノ發起團體ハ我民法ノ組合  
ニ該當セサルコト明カニシテ外國ノ學說ハ我現行法制ノ下ニ在テハ直チニ之ヲ採用スルヲ得ヌ又株式  
引受人ト發起人トノ間ニ生スル關係ハ一ノ契約關係ナルヤ否ヤサハ議論ノ存スル所ニシテ之ヲ契約關  
係ナリトスルモ株式引受人ハ會社ノ設立費用ヲ負擔スルコトナキハ論ヲ俟タサレハ株式引受人ト發起  
人トノ間ニ於テハ我民法ニ所謂組合ノ成立スヘキ理由ナシ既ニ然ラハ發起人ニ異動ヲ生シ法律ノ規定  
ニ依ラスシテ株式引受人ニ異動ヲ生スルモ尙ホ發起行為ハ前後一貫シテ一ノ發起行為ナリトノ説明ハ  
我法制上組合ノ理論ヲ以テハ之ヲ是認スルニ由ナシ結局原判決ハ前點論述ノ如ク法律上別箇ノ發起行  
爲タルヘキ事實ヲ確定シナカラ之ヲ一箇ノ發起行為ナリト判定シタル不法ノ裁判タルヲ免カレスト思  
量スト云フニ在リ

判旨第一點

依テ審按スルニ會社ヲ設立スル發起行為カ法律上如何ナル性質ヲ有スルカハ商法ニ規定スル所ナケレ  
ハ之ヲ民法中ニ求ムルニ本件ノ如ク發起人カ設立費用ヲ負擔シテ會社ヲ設立セシメントスル事ハ組合  
契約ニ酷似スルカ故ニ之ニ其規定ヲ準用スヘキハ當然ナリトス而シテ組合ニ於テハ其契約事項ヲ變更  
シ死亡破産等ノ爲メ組合員カ脱退スルハ外組合員ノ合意ニ出テタルトキハ其他ノ事由ニ依ルモ脱退シ

若クハ他ノ者ヲ加入セシムルコトヲ得キモノニシテ、其契約事項ヲ變更シ、組合員ノ脱退加入アリタル場合ニ於テハ其以前ノ契約ヲ消滅シテ新ナル契約ヲ成立スルニ非スシテ、最初ノ契約ヲ存立シ、其中或部ヲ變更セラレタルニ過キササルモノトス、而シテ本件ニ於テ原院ノ認メタル事實ニ據レハ明治四十年一月附乙第二號證定款ハ資本金二百萬圓ニシテ創立委員長曰井儀兵衛外二十七名創立委員ナリシ處後チ其中曰井儀兵衛ハ脱退シ同年七月附乙第一號證ノ二ナル定款ノ如ク殘員佐竹作太郎外二十五名創立委員トナリ尙ホ堀田正忠モ其委員中ニ加ハリ資本金ヲ五十萬圓ニ減シタルモノニシテ後ノ定款ハ前ノ定款ヲ變更シタルニ止マリ新舊二箇ノ各別ナル發起行為ノ存スルニアラス、而シテ裁判所カ法律ヲ適用スルニ當リテハ其確定シタル事實ニ對シテ單ニ相當ノ法律ヲ適用スレハ足ルモノニシテ論旨ノ如ク特ニ適用スヘキ法律ノ性質ヲ說示スルコトヲ要セザレハ原院カ本件ニ於テ適用シタル法律ノ性質如何ヲ說示セザリシハ違法アルコトナシ要スルニ本件ノ事實ヲ前後二箇ノ發起行為ノ各別ニ成立シタルモノトノ見解ニ基キタル本論旨ハ採用スルヲ得ス

上告論旨第二點ハ株式會社ノ定款成立以後ニ於ケル株式申込證書ノ作成、株主ノ募集、株式ノ引受、株金第一回拂込等ノ手續ト雖モ其會社ノ設立ニ付テハ各唯一ノ手續ニ依ル事ヲ要シ内容ヲ異ニスルニ様ノ手續ヲ以テスルカ如キハ我商法ノ許ササル所ナリトス本件ハ原判決説明ノ如ク曰井儀兵衛ヲ創立委員長トスル發起團體ト佐竹作太郎ヲ創立委員長トスル發起團體トハ其資格上目的上同一ニシテ乙第一號ノ二ノ新定款ハ乙第二號ノ舊定款ノ變更ナリトスルモ其以後ノ手續即チ株式申込證書ノ作成、株主ノ募集、株式ノ引受、株金第一回拂込等ノ行為ハ前發起團體カ乙第二號舊定款ニ基キ爲シタルモノト後ノ發起團體カ乙第一號ノ二ノ新定款ニ基キ爲シタルモノト様ノ手續ニ出テタルモノニシテ而モ其手續ハ各内容ヲ異ニスル事ハ原判決モ認ムル所ナリ而シテ上告人ノ之ニ對スル抗辯ハ明治四十三年一月二十二日附ノ準備書面第一ニ記載シタル如クニシテ假リニ發起人等カ實質上前手續（株式申込證書ノ作成、株主ノ募集、株式ノ引受、株金第一回拂込等）ヲ繼續シテ設立スル意思ヲ以テシタリトスルモ更ニ之ニ異ル株式申込證書ヲ作成シ、株主募集、株式引受、株金第一回拂込等ノ手續ヲ爲シタル以上ハ我商法ノ精神上前手續ハ消滅シ會社ハ後ノ手續ニ依リテ設立セラレタルモノトセサル可カラス若シ然ラストシテ被上告會社ハ實質上曰井儀兵衛ノ創立委員長タル設立行為ニ基キ設立シタルモノニシテ佐竹作太郎等ノ爲シタル後ノ手續ハ單ニ形式上爲シタルモノニ過キストセハ被上告會社ノ設立ハ無効ニシテ其設立登記モ亦無効ナリト云ハサル可ラス（本抗辯ノ趣旨ハ新舊定款ハ原判決説明ノ如ク改廢ニ非スシテ單ニ變更ナリトスルモ同一ニ歸着ス）是ヲ以テ原裁判所ニ於テ上告人ノ抗辯ヲ排斥セント欲セハ先ツ被上告會社ハ曰井儀兵衛ヲ創立委員長トスル發起團體ノ爲シタル前手續（株式申込證書ノ作成、株主ノ募集、株式ノ引受、第一回拂込等ヲ云フ）ニ依リ設立セラレタルモノナルカ又ハ佐竹作太郎ヲ創立委員長トスル發起團體ノ爲シタル後ノ手續（株式申込證書ノ作成、株主ノ募集、株式

ノ引受、第一回拂込)ニ依リ設立セラレタルモノナルカ將タ又前後二様ノ手續ヲ以テ設立セラレタルモノナルカヲ判示セサル可ラス然ルニ原裁判所ハ單ニ前後ノ發起團體ハ其資格上目的上同一ニシテ新舊定款ハ改廢ニ非スシテ變更ナル旨及佐竹作太郎等ノ爲シタル株式申込證書ノ作成、株主ノ募集、株式ノ引受、株金拂込等ノ手續ハ發起人等カ定款變更ノ日ヲ以テ定款作成ノ日ト爲シタルヨリ形式上之ニ應ス可キ手續ヲ爲シタルニ過キスシテ舊發起行為ト法律上全ク別異ノ發起行為ヲ爲シタルモノト認メ難シト説明シタルノミニテ定款成立後ノ手續ハ前後何レノ手續ヲ基本トシテ設立セラレタルモノナルカヲ判示セサルハ理由ノ不備ナル判決ナリト云ハサル可ラス假リニ一步ヲ讓リ原判決ノ趣旨ハ被告會社ハ實質上白井儀兵衛ヲ創立委員長トスル發起團體ノ爲シタル手續(株式申込證書ノ作成、株主ノ募集、株式ノ引受、第一回拂込ノ手續ヲ云フ)ニ基キ設立シタルモノニシテ佐竹作太郎ヲ委員長トスル發起團體ノ爲シタル手續ハ單ニ形式上不必要ナル手續ヲ爲シタルモノニ過キストノ意ナリトセハ被告會社ノ設立登記ハ無効ナリトセサルヲ得ス何トナレハ該設立登記ハ乙第一號證ノ示ス如ク此形式上ノ設立手續ニ基キ爲シタルモノナルヲ以テナリ之ニ反シテ被告會社ハ前後二様ノ手續(何レモ有效ニ存在スルモノトシテ)ニ依リテ設立セラレタルモノナリトノ趣旨ナリトセハ冒頭ニ陳ヘタル理由ニヨリ本設立手續ハ根本ニ於テ無効ナリト云ハサル可カラス若シ又被上告會社ハ佐竹作太郎ヲ創立委員長トスル發起團體ノ爲シタル後ノ手續ニ依リ設立セラレタルモノナリトノ趣旨ナリトセハ白井儀

兵衛ヲ創立委員長トスル發起團體ノ爲シタル前手續ハ法律上當然消滅シ之ニ基キ拂込タル株金(會社ノ資本金)ハ其性質ヲ變更シ從テ之ヲ後ノ拂込ニ利用スルニハ特種ノ法律行為ヲ要スルノミナラス原判決ニ於テ佐竹作太郎等ノ爲シタル株式申込等ノ如キハ發起人等カ定款變更ノ日ヲ定款作成ノ日ト爲シタルヨリ之ニ應スル爲メ形式上ノ手續ヲ爲シタルニ過キスシテ舊發起行為ト法律上全ク別異ノ發起行為ヲ爲シタルモノト認メ難シトノ説明ト矛盾スルニ至ルヘシ以上ノ理由ニ依リ原判決ハ何レノ趣旨ナリトスルモ違法タルヲ免レスト云フニ在リ

依テ審按スルニ株式會社ノ設立ニ關スル發起行為ニ付キ一旦定メタル定款中ノ事項ヲ其株式引受人及ヒ發起人合意ノ上變更スルヲ得ザルカ如キ規定ノ存セサルノミナラス前示ノ如ク發起團體ニ於テ論旨ニ掲クルカ如キ定款中ノ事項ノ變更ヲ爲スハ適法ナリトス而シテ原院ハ前點ニ説明スルカ如ク本件會社ノ發起行為ハ二箇各別ノモノニ非ス唯一ノモノニシテ後ノ定款ハ前ノ定款ヲ變更シタルニ過キサルモノト判示シタル以上ハ本件ノ發起行為ハ前定款成立ノ時ニ成立シタルモノト判定シタルニ外ナラサルモノニシテ原判決ハ論旨ノ如キ違法アルコトナシ

上告論旨第三點ハ上告人ハ被告上告人ノ請求ニ對シテ明治四十三年一月二十二日附準備書面及同日附口頭辯論書記載ノ如ク被告會社ハ其設立手續ニ於テ無効ナルノミナラス設立登記モ亦無効ナル旨主張セリ而シテ會社ノ設立手續ハ法律上有效ナリトスルモ其設立登記手續ニシテ無効タル以上ハ會社ノ

設立ヲ以テ第三者ニ對抗スルヲ得サルハ論ヲ俟タス（商法第四十五條）嗣テ本件設立登記申請書類タル乙第一號證ヲ見ルニ本件設立登記ハ上告第二點ニ於テ陳ヘタル如ク根本的無効ナルノミナラス登記申請ノ事由トシテ記載シタル所ヲ見ルニ發起人伊藤幹一外二十五名ハ明治四十年七月二十日定款ヲ作成シ同時ニ株式申込證書ヲ作成シ其全員ニテ引受ケタル株式四千七百二十株以外ノ株式ヲ募集シ同年十月二十五日悉ク引受濟ト爲リ各株ニ付キ金二十五圓ノ拂込ヲ同年十一月二日結了云云トアリテ原判決ノ所謂被上告會社ノ基本トナリタル曰井儀兵衛カ創立委員長タリシ發起團體ノ爲シタル定款作成其他ノ手續ニ付テハ之ヲ記載セズ定款變更ノ日ヲ以テ定款作成ノ日トシタル等虛偽ノ記載ヲ爲シ又添附書類タル株式引受證ノ如キモ前發起團體ノ作成シタルモノヲ添附セズ原判決ノ所謂形式上ノ手續ニ於テ作リタルモノヲ添附セル等該設立登記手續ニハ實質形式共ニ著明ナル缺點アリ是ヲ以テ原判決ニ於テ上告人ニ對シテ敗訴ノ判決ヲ爲スニハ單ニ設立行爲ノ有效ナルコトヲ判斷スルヲ以テ足レリトセス更ニ進テ其設立登記ノ有效ナリヤ否ヤヲ判斷セサル可ラス然ルニ原裁判所カ控訴代理人（上告人）ノ主張スル被控訴會社ハ曰井儀兵衛ノ發起行爲ニ關係セズシテ新定款ニ基キ成立シタルモノナリ若シ然ラスシテ同人等ノ定款ノ變更ニ依リ設立セラレタルモノトセハ其設立ハ無効ナリトノ抗辯ハ之ヲ採用セストノミ説明シ設立登記ノ有效ナリヤ否ヤヲ判示セサルハ必要ナル爭點ヲ遺脱シタル不法ノ判決ナリトスト云フニ在リ

依テ審按スルニ本論點ニ於テ論スル事項ヲ上告人カ原院ニ提出論爭シタルコトハ原院ノ法廷調書ニ徴シテ明瞭ナレトモ原判決理由第一ノ末段ニ「前畧若シ然ラスシテ同人等ノ作成セシ定款ノ變更ニ因リ設立セラレタルモノトセハ其設立ハ無効ナリトノ抗辯ハ之ヲ採用セス」トアリテ上告人カ被上告會社ノ設立及ヒ登記ノ無効ヲ主張シテ原院ニ提出シタル論旨ハ右排斥セラレタル抗辯中ニ包含スルコト自カラ明カニシテ原判決ハ論旨ノ如ク爭點ヲ遺脱シタル違法ナシ

上告論旨第四點ハ原判決ハ曰井儀兵衛カ創立委員長ノ資格ヲ以テ爲シタル乙第三號ノ二ノ特約ハ將來成立スヘキ會社ノ資本金ヲ以テ會社ノ債務ニ非サル儀兵衛ノ債務ヲ支拂フ事ヲ目的トセルモノナルカ故ニ會社ニ對シテ其效力ヲ有スルモノニ非ス從テ之ニ基キ爲シタル控訴銀行ノ差引計算モ亦タ其效力ヲ生セストセラレタリ然レトモ株式會社發起團體ノ創立委員長ナル者ノ資格及權限ハ法律上特定スルモノニ非スシテ發起人間ニ於ケル意思ニ基クモノナルヲ以テ儀兵衛カ創立委員長トシテ爲シタル乙第三號ノ二ノ特約ヲ以テ會社ニ對シテ無効ナリトスルニハ先ツ儀兵衛ハ創立委員長トシテ如何ナル資格及ヒ權限ヲ有スルモノナルカヲ決セサル可カラズ（上告銀行ノ差引計算ヲ爲シタルハ會社成立以前ナリ）然ルニ原判決ハ其資格權限ヲ判示セスシテ單ニ將來成立ス可キ會社ノ資本金ヲ以テ儀兵衛ノ債務ニ支拂フ契約ナリトノ一事ヲ以テ會社ニ對シテ無効ナリトセラレタルハ理由不備ナリトス假リニ原判決ハ前陳ノ如キ理由ノ不備ナシトスルモ乙第三號ノ二ノ特約及三萬七千五百圓ノ差引計算全部ヲ無効

ナリトセラレタルハ法律ノ適用ヲ誤リタルモノト云ハサル可ラス蓋シ株式會社發起團體ノ第三者ニ對スル債權ハ假令將來成立ス可キ會社ノ資本ト爲ル可キモノナリトスルモ會社成立以前ニ於テハ商法ニ特別ノ規定ナキヲ以テ多數當事者ノ債權ナリト云ハサル可カラス從テ當事者間ニ別段ノ意思表示アリタル事實ナキニ於テハ其債權ハ民法第四百二十七條ノ規定ニ依リ各發起人平等ノ割合ヲ以テ權利ヲ有スルモノトセサルヲ得ス而シテ各發起人ニ屬スル權利ハ法律ニ處分ヲ禁シタル明文ナキヲ以テ普通ノ原則ニ從ヒ相殺讓渡其他ノ處分ヲ爲ス事ヲ得ヘシ（處分ノ結果發起人ノ資格及其他發起人ニ對シ別種ノ法律關係ヲ生スルハ格別ナリ）故ニ乙第三號ノ二ノ特約及之ニ基ク差引計算ハ全部有效ナリトセサルモ儀兵衛ニ屬スル部分ニ付テハ有效ナリト云ハサル可カラス然ルニ原判決ハ全部會社ニ對シテ無効ナリトセラレタルハ違法ナリトス又發起團體ノ債權ヲ以テ團體員間ニ於ケル普通ノ共有債權ナリトスルモ共有者ハ自由ニ自己ニ屬スル持分ヲ處分スルコトヲ得ルヲ以テ曰井儀兵衛ニ屬スル部分ニ付テハ前同一ノ結論ヲ生ス若シ又發起團體ヲ以テ民法ノ組合ナリトシ其債權ハ組合財產ナリトノ趣旨ナリトセハ本發起團體ハ組合ノ要件ヲ具備スルモノナル事ヲ決定セサル可ラス故ニ原判決ハ何レノ點ヨリ見ルモ法律ノ適用ヲ誤リ又理由ノ不備アル違法ノ裁判タルヲ免レヌト云フニ在リ

依テ審按スルニ發起人ノ爲シタル發起行為ニ依リ會社カ成立シタルトキハ發起中ニ株式ノ引受人ヨリ拂込ミタル金員ハ會社ノ株金タルヘキモノニシテ引受人ヨリ之ヲ領受スル發起人ハ後日成立スヘキ會

社ノ株金ヲ組合員トシテ領受シタルモノニシテ發起人ナル個人ノ有ニ非サレハ之ヲ以テ發起人ナル個人ニ對スル債務ノ支拂ニ充テ若クハ其債務ト相殺スルヲ得サルヤ勿論ナレハ原院カ同一ノ趣旨ニ基キテ本論旨ニ於ケル上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ相當ニシテ本論旨ハ上告ノ理由ト爲ヌヲ得ス

上告論旨第五點ハ本件ニ付キ審究スヘキ點ハ發起團體カ爲シタル行為ハ成立セル會社カ當然其權利義務ヲ承繼スヘキモノナリヤ否ヤニ在リトス抑モ發起團體カ第三者ト爲シタル行為ノ效力カ當然成立會社ニ對シ影響ヲ及ホスニハ法律ノ規定若クハ發起團體ト第三者トノ間ニ於ケル契約ノ存在スルニ非サレハ當然其效力ヲ有スル事ナキコトハ法理上何等疑ナキ所トス（志田鈿太郎氏著日本商法論第二編會社上卷第四版百六十四頁大審院判決錄第十四輯第七卷報酬金請求事件四十一年（オ）第二十四號同年三月二十日第二民事部判決民法第七十二條商法第八十二條同第二百二十五條同第二十一條同第二十三條御參照）而シテ原院説明ノ如ク上告人ト東洋製鹽株式會社發起團體ノ創立委員長タル曰井儀兵衛トノ間ニ被上告會社株式申込證據金及第一回株金拂込ノ取扱方ノ契約ヲ爲シタルトセハ該拂込金ハ上告人カ發起團體ニ對シ之ヲ引キ渡スヘキモノナルコトハ疑ナシト雖モ成立會社ニ引キ渡スヘキ旨ノ雙方間ニ契約ナキ以上ハ被上告人ニ引キ渡スヘキ義務ナキモノト謂ハサルヲ得ス而シテ株式會社ノ漸次設立ノ場合ニ於テハ發起人ハ株式引受人ヲシテ株金ノ拂込ヲ爲サシメ若シ之ヲ拂込マサルトキハ拂込ノ催告其他失權ノ手續ヲナスヘキ旨ノ我商法ノ規定アルヨリ之ヲ觀察スレハ發起團體ハ其資格ニ於テ株金



ヲ拂込マシムル義務アルモノニシテ發起團體カ上告人ニ對シ株金拂込ノ取扱方ヲ委託シタル本件ノ場合ノ如キハ所謂發起團體自己ノ責任ニ於テ便宜上自己ノ機關トシテ上告人ニ株金拂込ノ取扱ヲ爲サシメタルモノニシテ創立總會ノ決議ニ依リ會社カ成立シタル際發起團體ハ上告人ヨリ之ヲ受領シ成立會社ニ引キ渡スヘキモノナリ我商法カ合併ノ場合ニ當然解散セル會社ノ權利義務ハ合併ニ依リテ生シタル會社カ之ヲ承繼スヘキ特別ノ規定ニ依リテ見ルモ以上ノ推論ハ我商法ヲ解釋スルニ於テ最モ妥當ナリト信ス之ヲ要スルニ原判決ハ法理ノ適用ヲ誤解シタル不當ノ判決ニシテ破毀ノ原由アルモノナリト思料スト云ヒ」上告論旨第十一點ハ原判決ハ株式總數ノ引受アリ第一回ノ拂込アリタル後發起人ニ異動アリ定款ノ要件ニ變更アリ第一回拂込金額ニ變更アリ株式引受人ニ變更アルモ尙ホ會社ハ舊發起行爲ニヨリ設立セラレタルモノナリト説明セリ假リニ此説明ヲ是認スルトスルモ尙ホ原判決ハ理由不備ノ不法アルヲ免カレス何トナレハ既ニ發起人ニ異動ヲ生シ資本金ニ變更ヲ生シ拂込金額ニ變更ヲ生シ株式引受人ニモ異動ヲ生シタル上ハ其變更異動前ニ發起人團體ト第三者トノ間ニ生シタル權利義務ハ全部會社設立ト共ニ會社カ取得スヘキノ理由アルコトナシ例ヘハ二百萬圓ノ資本金ニシテ第一回拂込金五十萬圓ノ會社ノ發起團體カ其拂込金ノ半額宛ヲ或二箇ノ銀行ニ預入レタリト假定シ後ニ其發起團體カ發起人ヲ變更シ資本金ヲ五十萬圓トシテ第一回拂込金ヲ半額トシ株式申込人ニモ異動ヲ生シタリトスレハ銀行預金中二十五萬圓ハ發起團體ニ於テ之ヲ脱退シタル發起人、株式引受人ハ勿論引續キ株

式引受人タル者ニモ拂戻ササルヘカラサルヲ以テ假令會社設立セララルルニ至リタリトモ其會社ハ二銀行ニ對スル二十五萬圓宛ノ金額ニ付キ當然權利ヲ取得シ得ヘキ理由ナク之ヲ取得スルニハ發起團體トノ間ニ讓渡其他ノ取得原因ヲ要スルハ論ヲ俟タサルヘシ果シテ然ラハ本件ノ如ク資本金二百萬圓ノ時代ニ其四分ノ一ヲ拂込マシメ拂込金ノ一部ヲ上告銀行ニ預入レタル場合ニ於テモ上告銀行ハ發起團體ニ對シテコソ其預入原因ノ如何ニ拘ハラヌ預入額ニ對シ債務ヲ負ヒタルモ後ニ設立セラレタル會社ハ資本金額、發起人、株式引受人ニ異動ヲ生シタル爲メ必スシモ舊發起團體ノ有シタル權利ノ全部ヲ當然取得シ得ヘキモノニアラサル上ハ上告銀行ニ對スル債權ニ就テハ特ニ發起團體ヨリ之ヲ取得シタリトノ事實アリ且之ヲ以テ第三者タル上告銀行ニ對抗シ得ヘキ理由アルニ非サル限リハ直チニ其發起團體ニ依リ設立セラレタル會社ナリトノ一事ニ依リ上告銀行ニ對シ債權ヲ有スヘキ理由ナシ或ハ發起團體ノ取得シタル權利ハ將來設立セラルヘキ會社(第三者)ニ對シ給付スヘキ場合(民法第五百三十七條)ニ該當スルモノナリトノ學說アルモ本件ノ如ク資本金額、發起人、株式引受人ノ異動ノ爲メ發起團體ノ有シタル權利全部カ必スシモ當然新ニ設立セラルヘキ會社ノ爲メニ存立スルモノト謂フヲ得サルカ如キ場合ニハ前記ノ學說ヲ是認スルモ亦直ニ上告銀行ニ對スル債權カ被上告會社ニ屬スヘキ債權ナリト謂フ能ハス果シテ然ラハ本件ノ如ク被上告會社ハ白井儀兵衛等カ上告銀行ニ預金ヲ爲シタル時以後ニ於テ資本金額、發起人、株式引受人ヲ變更シテ設立セラレタルモノナルコト爭ナキ場合ニ於テハ

假令發起行為ノ繼續アリトスルモ發起行為繼續ノ事實ノミニテハ直ニ發起團體ノ有シタル債權ハ被上告會社ノ債權ナリト謂フヲ得サルニ原院ハ本件債權ハ如何ニシテ被上告會社ニ歸屬シタルヤヲ説明セシテ直チニ上告銀行ニ債務ノ辨濟ヲ命シタルハ裁判ニ必要ナル理由ヲ付セサル不法アルモノナリト信スト云フニ在リ

判旨第五點

依テ審按スルニ發起行為ノ目的ハ會社ヲ成立セシムルニ在リテ發起團體ハ會社ノ前身ナレハ其發起ノ爲メニ生シタル權利義務ハ會社ヲ成立シ且之ヲ承認シタルトキハ成立シタル會社ニ承繼スヘキコトハ其性質上當然ナリ依テ發起團體カ本件ノ如ク引受證據金及ヒ拂込株金ヲ他ニ預金ト爲シタルトキハ其債權ハ成立シタル會社ニ屬シ會社ハ直接ニ預金ノ債務者ニ對シテ請求スルコトヲ得ヘキモノトス(明治四十一年三月二十日言渡當院同年(オ)第二十四號報酬金請求事件ニ付發起團體ノ負擔シタル債務ニ對シ之ヲ承認シタル會社ト第三者タリシ債權者トノ關係ニ對スル判旨參照)而シテ上告人ハ會社設立ノ發起ヲ爲ス者ニ對シテ株式引受ノ申込ヲ爲シタル者カ定款ノ變更アリタルカ爲メニ引受ヲ取消シタル場合ニ於テ其引受人ト發起人及ヒ第三者トノ間ノ關係ヲ論スレトモ此問題ハ本件ノ爭ヲ決スル爲メニハ關係ヲ有セサルモノトス要スルニ原院カ以上說示スル所ト同一ノ趣旨ニ依リ判示シタルハ相當ニシテ本論旨ハ上告ノ理由ト爲ヌヲ得ス

上告論旨第六點ハ本件ノ爭點ハ被上告東洋製鹽株式會社カ其創立委員長白井儀兵衛外二十七名ノ發起

ニ依リ明治四十年一月中定款ヲ作成シ株式ノ申込ヲ爲シ且ツ第一回株式ノ拂込ヲ結了シタル發起行為ニ因リテ設立セラレタルモノナリヤ將タ又佐竹作太郎外二十五名ノ發起ニ依リ明治四十年七月二十日新ニ定款ヲ作成シ株式ノ申込ヲ爲シ第一回株式拂込期限ヲ同年十月二十五日ト定メ其拂込ヲ結了シタル發起行為ニ因リテ設立セラレタルモノナリヤ否ヤニアリトス上告人ハ右後段ノ事實ヲ主張シテ之ヲ證明スル爲メニ乙第一號證ノ一ヲ提出シ被上告會社ハ之カ成立ヲ認メタルモノナリ而シテ右乙第一號證ノ一ハ被上告會社カ設立ノ登記ヲ爲シタル申請書ニシテ其第四項登記事由ニ(發起人伊藤幹一外二十五名ハ明治四十年七月二十日定款ヲ作成シ同時ニ株式申込書ヲ作成シ其全員ニテ引受ケタル株式四千七百二十株以外ノ株式ヲ募集シ同年十月二十五日悉ク引受濟トナリ各株ニ付キ金二十五圓ノ拂込ヲ同年十一月二日結了シ云云同年十一月十八日會社ヲ設立セシニ付登記ヲ求ム)トアリテ即チ被上告會社ハ此申請ノ理由ニ依リテ登記ヲ得タルモノナルコト論ヲ俟タサルノミナラス該申請書中ニハ明治四十年十一月一月中白井儀兵衛外二十七名カ爲シタル定款ノ作成、株式ノ申込、株金ノ拂込等ヲ爲シタル事實又ハ之カ變更ヲ爲シタル事實ヲ記載セス故ニ乙第一號證ノ一ハ上告人ノ主張ニ符合セル唯一ノ證據ナルヲ以テ原院カ本件ノ爭點ヲ判決スルニ付テハ第一若ニ此乙第一號證ヲ審究シテ其採否ノ理由ヲ明示セサルヘカラス何トナレハ乙第一號證ノ一ニシテ排斥セラレンカ該申請ノ理由ハ上告人ノ所論ノ如ク悉ク虛偽ノモノトナリ之ニ依リテ爲シタル登記ハ全然無効ニ歸スヘキモノナルヲ以テナリ然ルニ原

判決ハ乙第一號證ノ一ニ對シ何等排斥ノ理由ヲ付セス漫然新定款ノ作成ハ舊定款ノ變更ニシテ其餘ノ手續ハ形式上ノモノナリトシテ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ爭點ニ必要ナル證據ヲ遺脱シ隨テ爭點ニ對スル判決ヲ遺脱セル不法アリト思考スト云フニ在リ

依テ審按スルニ原院ハ判決理由第一ニ於テ曰井儀兵衛ヲ發起ニ付創立委員長トシタル明治四十年一月附ノ定款ト同年七月附ノ定款トハ彼此別箇ノ發起行為ニ關スルヤ將タ此ハ彼ヲ變更シタルモノナルヤノ論點ヲ判示スルニ當リ乙第一號證ノ二ヲ乙第二號證ニ對照シ彼是此兩號證ニ對シテ判斷ヲ爲シタルコトハ右理由ニ明示スル所ニシテ只々同號證ヲ上告人所論ノ趣旨ニ採用セザリシニ過キサリシノミ左レハ本論旨ハ原判旨ニ副ハサルモノニシテ上告ノ理由ト爲スニ足ラス

上告論旨第八點ハ原判決ハ其第一理由ノ後段ニ於テハ新舊定款ノ作成ノ月日及株式申込期限等ヲ異ニシ且被控訴會社ノ株主ハ新定款ニ因リテ新ナル株式申込ヲ爲シタル事實アリト雖モ是等ハ發起人及株式引受人等カ定款ノ變更ヲ爲シタル日ヲ以テ新ニ定款ヲ作成ス可キモノト爲シ株式申込ノ如キモ亦タ形式上之ニ應ス可キ手續ヲ爲シタルニ過キスシテ舊發起行為ト法律上全ク別異ノ發起行為ヲ爲シタルモノト認メ難シ而シテ定款作成ノ日ハ定款ニ記載スヘキ要件ニ非サルヲ以テ之ニ定款ヲ變更シタル日ヲ記載スルモノヲ以テ新舊發起行為ノ區別ヲ生スルモノニ非ス故ニ控訴代理人ノ主張スル被控訴會社ハ曰井儀兵衛ノ發起行為ニ關係セスシテ新定款ニ基キ成立シタルモノナリ若シ然ラスシテ同人等ノ

作成セシ定款ノ變更ニ因リテ設立セラレタルモノトセハ其設立ハ無効ナリトノ抗辯ハ之ヲ採用セスト說明セラレタリ右判決ニ所謂新舊發起行為トハ如何ナル意義ヲ指シタルモノナルカ若シ發起人間ニ於ケル會社設立契約又ハ定款ノ作成若クハ變更行為ノミヲ以テ發起行為ト爲シ其以後ノ手續タル株式申込證書ノ作成、株主募集、株式引受、株金拂込等ノ行為ハ包含セサルノ意ナリトセハ上告人ノ抗辯ヲ誤解シタル違法ノ裁判ナリト云ハサル可ラス蓋シ上告人ノ抗辯ハ明治四十三年一月二十二日附準備書面記載ノ如ク曰井儀兵衛外二十七名ヲ以テ企テラレタル東洋製鹽株式會社設立手續即チ定款作成及株主募集、株式引受、株金拂込等ノ行為ハ廢止セラレ佐竹作太郎外二十五名ニ於テ新タニ定款ヲ作成シ株主募集、株式引受、株金第一回拂込等ノ手續ヲ爲シタルモノナリ假リニ一步ヲ讓リ發起人等カ若シ舊發起行為ヲ繼續スルノ意思ヲ以テ被上告會社ヲ設立セシメタリトスルモ苟モ新タニ定款ヲ作成シ株主募集、株式引受等ノ手續ヲ爲シタル以上ハ我商法ノ規定上會社ハ後ノ手續ニ依リテ設立セラレタリトセサル可ラス若シ被上告會社ハ實質上曰井等ノ爲シタル設立行為（定款ノ作成、株式申込證書作成、株主募集、株式引受、株金拂込）ニ依リテ設立セラレタルモノニシテ佐竹作太郎等カ新タニ爲シタル是等ノ行為ハ單ニ形式上ノ手續ニ過キササルモノナリトセハ被上告會社ノ設立ハ無効ナリト云フニアリ即チ上告人抗辯ノ趣旨ハ單ニ定款ノ廢止ノミナラス其以後ニ於ケル株主募集、株式引受等ノ行為ニモ改廢アリタル事ヲ主張セシモノナリ而シテ本件ハ假リニ原判決説明ノ如ク前後發起團體ノ資格目

的ハ同一ニシテ新舊定款ノ變更ニ過キサレモ其以後ニ於テ前手續ヲ廢止シ新タニ株式申込證書ノ作成、株主ノ募集、株式ノ引受、株金第一回ノ拂込等ノ手續ヲ爲シタル以上ハ其法律上ノ結論ヲ異ニスル事明ナルヲ以テ原判決ハ宜敷此點ニ對シテ前後手續ノ變更ニ付法律上如何ナル影響アルカヲ説明セサル可ラス然ルニ上告人ノ抗辯ヲ單ニ定款ノ廢止ナルヤ否ヤノ點ノミノ如ク認メラレタルハ必要ナル抗辯ヲ遺脱シタル不法アリト云ハサル可カラス之ニ反シ原判決ニ所謂新舊發起行為トハ定款ノ作成變更ノミナラス其以後ニ於ケル株主募集、株式引受、株金拂込等ノ行為ヲモ包含スルモノナリトノ意ナリトセハ新舊發起行為ヲ法律上同一ナルカ如ク認メタルハ頗ル不當ノ認定ナリトセサルヲ得ス何トナレハ白井儀兵衛等ノ爲シタル株式申込證書ノ作成、株主募集、株式引受、株金拂込等ノ手續ト佐竹等カ新ニ爲シタル是等ノ手續ハ各其内容ヲ異ニシ獨立ノ效力ヲ有スルヲ以テ之ヲ法律上同一ノ行為ト見ル事能ハサルヲ以テナリト云フニ在リ

依テ審按スルニ原判決ニ舊定款トアルハ明治四十年一月ノ作成ニ係ルモノ新定款トアルハ同年七月ノ作成ニ係ルモノナルコトハ其判示スル所ニ依リテ明瞭ニシテ後ノ定款ハ前ノ定款ヲ變更シタルニ過キスト判示シアリテ此ノ如キ變更ノ法律上有效ナルコトハ第一點ニ說示シタルカ如クニシテ原判決ハ論旨ノ如キ違法ナケレハ本論旨ハ採用スルヲ得ス

以上説明スルカ如ク本件上告ハ理由ナキヲ以テ民事訴訟法第四百五十二條ニ依リ主文ノ如ク判決スル

モノトス

〇第一一三〇七號實用新案登録無効請求ノ件

明治四十三年(オ)第三百五十二號  
明治四十三年十二月二十六日第二民事部判決

〇判決要旨

一實用新案ノ無効審判ヲ請求シタル者カ抗告審ニ至リ其請求ノ理由タル無効原因ヲ變更スルハ前審ノ審決ヲ經サル事件ニ付キ新ニ審判ヲ求ムルモノニシテ法律ノ許ササル所ナリ

原 審 特許局

上 告 人 植 木 精 一 訴訟代理人 阿曾沼恒齋

被 上 告 人 中 村 伊 三 郎 訴訟代理人 南 部 皆 治

右當事者間ノ第一一三〇七號實用新案登録無効請求事件ニ付特許局カ明治四十三年八月五日與ヘタル審決ニ對シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シ被上告人ヨリ上告棄却ノ申立ヲ爲シタリ

判 決

抗告審ニ於ケル請求理由ノ變更

原審決ヲ破毀シ更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ本件ヲ特許局ニ差戻ス

理 由

上告論旨第三點ハ原審決ハ抗告ニ關スル法則ヲ適用セサル違法アリ穢テ被告ノ審判請求ノ原因事實如何ヲ按スルニ被告審判請求ハ「甲第一號證ノ如ク莫大小「シヤツ」ノ實用新案權ヲ有シ四十年一月二十一日第四二九三號ヲ以テ登録ヲ受ケタルコトハ同年二月十三日發行ノ實用新案公報第八十七號ニ依リ普ク公示セラルル所ナリ（審判請求書理由第一項）然モ此相違ハ第四二九三號實用新案ヲ其儘踏襲シ之レニ最モ單純ナル加工ヲ爲シタルモノニシテ此ノ如キハ第一一三〇七號（上告人ノ登録番號ナリ）實用新案ノ登録出願前即チ明治四十一年十二月四日以前ニ於テ公刊物タル實用新案公報第八十七號ニ掲ケラレタル第四二九三號實用新案ニ依リ容易ニ應用スルコトヲ得ヘク又之レト類似スルモノニシテ固ヨリ新規ノ考案ニアラサルヲ以テ實用新案法第一條第二號（第二項ノ脱字アラン）ニ該當シ登録ヲ受ク可カラズ（請求書ノ末項）」ト云フニアリテ即チ上告人ノ登録カ第四二九三號ノ登録ヲ侵害ストノ趣旨ナリ又之レニ對スル審決ハ「要スルニ登録實用新案第一一三〇七號（上告人ノ登録番號）ヲ以テ實用新案公報第八十七號所載登録實用新案第四二九三號ニヨリ其出願前公刊物ニ記載セラレタルモノト類似シ實用新案法第一條第二項第二號ニ該當ストナス請求人（被告上告人）ノ主張ハ其當ヲ得ス」ト被告上告人ノ審判請求ノ趣旨ニ副ヘリ然ルニ抗告審判ノ要旨ハ「故ニ實用新案登録第一一

三〇七號ハ實用新案登録願第一五五一〇號ノ衛生莫大小「シヤツ」ニ類似スルモノト認メ得ヘク而モ其後願ニ係ルヲ以テ實用新案法第五條ニ違反シ同法第十一條ニ依リ無効タルヘキモノトス」ト説明シ抗告審判請求及其審判ノ原因タル甲第一號證ノ登録權侵害ノ事實ヲ外ニシテ甲第二號（第一五五一〇號）未登録ノ侵害事實ニ基キ審決セラレシハ恰モ初審ニシテ抗告ニ關スル違法ナリ尤モ被告上告人ハ審判請求書ニ登録願第一五五一〇號「シヤツ」ノ圖面ヲ甲第二號證トシテ呈出シアレトモ其趣旨タルヤ他ナシ甲第二號證ハ甲第一號證ト類似ナリトノ理由ニテ出願ヲ拒絕セラレタリ左スレハ上告人ノ登録「シヤツ」ハ甲第二號證ト類似シアレハ隨テ甲第一號證トモ類似スル筋合ナリトノ比較論旨ニ供シタル迄ニシテ甲第二號證侵害ヲ併セテ審判請求ノ原因トナスコトニ一ツモ言及シアラサルコトハ上來所論ノ如キナリト云フニ在リ」被告上告人ノ之ニ對スル答辯ハ上告人ハ原審決ハ抗告ニ關スル法則ヲ適用セサル違法アリトナシ被告上告人ノ審判請求ハ甲第一號證ヲ基礎トシタルモノナルニ却テ甲第二號證未登録ノ分ニ關スル事實ニ基キ審決シタリト稱スレトモ甲第二號證ノ被告上告人請求ノ原因タリシコトハ審判請求書中ニ「前面中央ヲ卸止トナシ兩側ニ「ポケット」口ヲ設ケタル點ハ甲第二號證ニ同シク」云云ト記載シ又上告人ノ答辯書ニ於テモ「況ンヤ甲第二號證ト甲第三號證トハ尙甲第一號證ト甲第三號證トノ相違スルト同様ナリ」ト抗辯スルニ徴シテ明ナリ故ニ此點ニ關スル上告論旨モ亦其理由ナシト云フニ在リ

按スルニ實用新案ノ無効審判ヲ請求シタル者カ其請求ノ理由タル無効原因ヲ抗告審ニ至リ他ノ無効原因ニ變更スルハ前審ノ審決ヲ經タル事件以外ノ事件ニ付キ新ニ審判ヲ求ムルモノニシテ審級制度ノ趣旨ニ反シ許ス可ラサルモノトス是レ實用新案法第二十條ニ依リ之ヲ實用新案ニ關シ準用スヘキ特許法第八十三條第一項ニ抗告審判ニ於テハ其事件ニ付キ審決スヘシト規定シタル所以ナリ故ニ抗告審判官ニシテ如上原因ノ變更ヲ容レ前審ノ審決ヲ經タル無効原因以外ノ原因ニ依リテ請求ノ當否ヲ審決センカ即チ他事件ニ付キ審決シタルモノニシテ前示規定ニ反スル不法ノ措置ト謂ハサル可ラス今本件ニ於テ被告上告人ハ上告人ノ受ケタル第一一三〇七號實用新案登錄ノ無効ヲ請求スルモノニシテ其請求ノ理由トシテ第一審ニ於テ主張シタル所ハ被告上告人ノ實用新案莫大小シャツハ明治四十年一月二十日第四二九三號ヲ以テ登錄ヲ受ケ同年二月十三日發行ノ實用新案公報第八十七號ニ依リ公示セラレ容易ニ應用スルコトヲ得ヘキモノナリ而シテ上告人カ莫大小シャツニ付受ケタル前示實用新案ハ右公報發行後ノ出願ニ係リ被告上告人ノ實用新案ニ類似スルモノニシテ舊實用新案法第一條第二項第二號ニ該當シ新規ノ考案ニ非サルヲ以テ其登錄ハ無効ナリト云フニ在ルコト審判請求書及第一審ノ審決書ニ徴シテ明ナリ然ルニ其抗告審ニ於テ主張シタル所ハ原審決書ニ明ナルカ如ク上告人ノ實用新案ハ被告上告人カ曩ニ登錄ヲ出願シタルモノ之ヲ拒絕セラレタル實用新案ニ類似シ而モ後願ニ係ルヲ以テ其登錄ハ實用新案法第五條ニ違背シ無効ナリト云フニ在リテ抗告審ニ於テハ其前審ニ於テ主張シタル無効原因ニ代フル

ニ他ノ無効原因ヲ以テシタレハ抗告審判官タル者ハ宜シク之ヲ新ナル事件トシテ却下シ前原因ノ存否ヲ審査シテ請求ノ當否ヲ判定スヘキニ事茲ニ出テスシテ其變更ヲ認容シ實用新案法第五條ニ違背シタルモノナリトノ理由ヲ以テ上告人ノ受ケタル實用新案ノ登錄ヲ無効ナリト審決シタルハ實用新案法第二十條特許法第八十三條第一項ニ違背シタルノ不法アルヲ免レス

以上説明スルカ如ク本件上告ハ理由アルヲ以テ他ノ上告論旨ニ對スル説明ヲ畧シ實用新案法第二十條特許法第八十五條第二項民事訴訟法第四百四十七條第一項第四百四十八條第一項ニ依リ主文ノ如ク判決ス

# 大審院民事判決錄

## 第十六輯 終







