

決ニハ「民法第八百七十九條ニ依リ親權者ハ未成年ノ女子カ婚姻シタル後ト雖モ依然トシテ其監護及ヒ教育ノ義務ヲ有スルニ拘ハラス民法第八百九十條但書ノ養育ノ費用ハ其子ノ財産ノ收益ト之ヲ相殺シタルモノト看做ストノ規定ハ其適用ナク反テ收益ヲ爲ス夫ハ監護教育ノ義務ナキノ不公平ヲ生ス可シト心配スレドモ是レ亦杞憂タルヲ免レナイ女子婚姻ノ後ハ夫ト同居スル義務ガアルニ因ツテ勢ヒ親權者ノ監護權ハ有名無實ノモノデアアル又教育ハ結婚前ニ施スベキモノデアツテ結婚後之ヲ施スハ變則デアアル法律ハ斯ノ如キ變則ノ場合マデモ慮ツテ規定シタモノトハ思ハレヌ然ラバ法定財産制ニ於テハ原則トシテ夫カ婚姻ヨリ生スル一切ノ費用就中夫婦ノ共同生活ノ費用ヲ負擔スベキデアアルカラ(民七九八一項)即チ民八九〇但書ニ云フ「養育ノ費用ハ夫ノ負擔ニ歸スルコトトナツテ其代リニ妻ノ財産ノ收益ヲ得ルコトトナルノガ至當デアアル(民七九九一項)之ヲ要スルニ解釋論トシテハ右ノ判決ノ誤ッテ居ルコトハ一點ノ疑モナイト思フ

民七九一ノ解釋ニ關シ志方鍛君ニ答フ

法學博士梅謙次郎君ハ現ニ東京帝國大學法科大學教授ノ榮職ニ在リ餘力ヲ以テ私立法政大學ヲ總理スル者其地位ヨリシテ之ヲ觀ルモ法律ニ關スル博士ノ意見ハ一世ヲ風靡スルモノ有リ況ヤ其多年法典調査會ニ在リテ最モ力ヲ譜法典ノ起草ニ致シタル閱歴アルニ於テナヤ其判例批評ノ如キ法曹界ニ重テ爲スヤ誠ニ明ナリ余近頃法學志林第四十九號ヲ讀ミ中ニ博士カ民法第七百九十一條ノ解釋ニ關スル大審院ノ判決ヲ批評シタルモノ有ルヲ見通讀一遍忽チ疑團ノ胸間ニ蟠ルヲ覺フ

博士ハ其評語ノ冒頭ニ於テ先大審院カ下シタル判決ハ誤ッテ居ルト喝破シ更ニ結尾ニ至リ解釋論トシテハ右ノ判決ノ誤ッテ居ルコトハ一點ノ疑モナイト思フト斷案ヲ下シタルニ拘ラス其理由トスル所ハ唯大審院ノ判決ニ採用シタル民法第七百九十九條第八百一一條第八百七十九條第八百九十條第九百二條ノ規定ニ關シテ云云シタル外ハ未成年者ニ對スル後見人カ親權ノ全部又ハ一部消滅ノ上テナクハ存シ得ナイト云フコトカ明カテアル以上ハ後見人ノ職務ナルモノモ亦其場合テナクハ存シ得ナイト云フコトハ明カテアルヲ思フ然ルニ法文ニハ後見人ノ職務ニ均シキ事ヲ行フト云ハスシテ直チニ後見人ノ職務ヲ行フト云ヘル以上ハ自ラ親權ノ全部又ハ一部カ消滅シテ後見カ開始シタ場合ヲ前提トシテ居ルコトカ

明カテアルト思フ唯禁治産ノ場合ノ如ク夫ヲ以テ後見人トセスシテ單ニ後見人ノ職務ヲ行フトシタルハ蓋シ婚姻ヲ爲シタル婦人ハ通常既ニ成年ニ垂タル者テアルカラテ夫ヲ以テ後見人トセストモ唯事實ニ於テ後見人ノ事ヲ行フ者カアレハ善イカラト云フノテアラウノ數語ニ過キス

抑大審院ノ判決ハ其效力關係事件ノ外ニ及ハサルコトハ勿論ナレトモ下級裁判所ハ規矩ヲ此ニ取ルヲ常トスルヲ以テ實際ニ於テハ利害ノ關スル所極メテ廣シ故ニ之ヲ批評スル者慎重ノ用意アルヘキコト勿論ナレハ博士ノ批評モ亦其豐富ナル學殖ト明敏ナル才識トヲ以テ十分研鑽ヲ經タルモノト看做ササルヲ得ス然レハ則チ博士ノ批評ハ所謂語簡ニシテ意深キモノ歟非歟余不敏ニシテ博士ノ說ニ惑ナキコト能ハス敢テ所信ヲ此ニ披瀝シテ敢テ乞ハント欲スル所以ナリ

梅博士ハ民法第七百九十一條ニ「妻カ未成年者ナルトキハ成年ノ夫ハ其後見人ノ職務ヲ行フ」規定シタル親權消滅シテ後見開始セサレハ後見人ノ職務存スヘキ理ナシトノ二項ヲ以テ妻ノ後見開始シタル場合ニ非サレハ民法第七百九十一條ノ適用ヲ爲スコト能ハサルノ理由ト爲スモノニ似タリ仍テ余ハ先此二項ノ果シテ有力ノ理由トスルニ足ルヤ否ヤヲ考察セント欲ス
後見人ノ職務ニ均シキ事ヲ行フノ語ハ法律ノ條文トシテ果シテ適當ノ文詞トスルヲ得ルヤ否此ノ如キ調和ヲ缺キタル語ハ恐クハ博士唯嗟ノ造語ニシテ深思ノ末ニ出テタルモノニ非サルヘキヲ以テ特ニ窮追スルノ要ナシト雖モ果シテ博士ノ說ノ如ク第七百九十一條ノ規定

ハ親權消滅シテ妻ノ後見開始シタル場合ニ限リテ適用スヘキ法意ナリトセハ何ノ妻カ未成年者ニシテ後見ノ開始シタル場合ニ於テハ成年ノ夫ハ其後見人ノ職務ヲ行フトノ意義ニ規定セシテ汎然妻カ未成年者ナルトキハ成年ノ夫ハ其後見人ノ職務ヲ行フト規定シタルヤ若シ前者ノ如ク規定スレハ法意極メテ明晰ニシテ今日ノ紛々ヲ惹起スル餘地毫モ存スルノ憂アルヘカラス法典調査會ハ實ニ朝野知名ノ明法家ヲ以テ組織セシモノ斯學ニ關シテ當時濟々多士ノ稱アリ其本條規定ノ討議ニ際シ豈一人トシテ此ノ如キ簡明ノ一語ヲ挿入スルニ思到ル者ナキ理アラシキ然レハ則チ本條ノ成文中ニ後見ノ開始アリタル場合ニ限ルヘキ趣旨ヲ明ニセサレハ當時民法ノ編纂ニ從事シタル人士皆今日博士ノ懷抱セラルル所ト同一ノ意見アリシニ非サルコト得テ推知スルニ足ル由是之ヲ觀レハ博士ハ徒ニ後見人ノ職務云云ノ語ニ拘泥シテ其說ヲ立テタルモノト云フ者アラシキ余ハ之ヲ辯護スル所以ノ詞ヲ知ラサルナリ

親權消滅シテ後見開始セサレハ後見人存スルヲ得ス後見人存スルヲ得サレハ後見人ノ職務モ亦存スルノ理ナシトハ實ニ梅博士ノ論法ニシテ卒然之ヲ聽クトキハ如何ニモ論理痛快人耳ヲ聳動シ易キヲ覺フ然レト畢竟是レ第七百九十一條ニ所謂後見人ノ職務トハ實在スヘキ後見人ノ職務ヲ指シタルモノト解釋スルヨリ出テタル論議ニシテ該條ニ後見人ノ職務ト云ヘルハ法律ニ於テ後見人ノ職務ナリト規定シタル事務ヲ指シタルニ外ナラスト解釋スレハ後見人ノ存在スヘキ場合ナルト否トニ拘ラス之ヲ適用スルニ妨ナキハ多辯ヲ映ダスシテ明ナルヘシ此ノ如キ用語例ハ之ヲ他ニ求ムルヲ要セス直ニ民法中ニ於テ之ヲ指摘スルヲ得ヘシ

即チ第八十六條ニ「日本ノ領事ノ駐在スル地ニ在ル日本人カ公正證書又ハ秘密證書ニ依リテ遺言ヲ爲サント欲スルトキハ公證人ノ職務ハ領事之ヲ行フ」ノ規定アリテ其所謂公證人ノ職務ヲ指シタルモノニシテ又其各條ノ公證人トハ日本ノ公證人ノ謂ナルコトハ言ヲ待タスシテ明ナリ若シ第八十六條ノ解釋ヲ爲スニ當リ梅博士ノ論法ヲ假リテ日本ノ領土ニ非サレハ日本ノ公證人存スルヲ得ス日本ノ公證人存セサレハ其職務モ亦存スルノ理ナシ故ニ本條ハ日本ノ公證人存スルヲ得ヘキ場合ニ非サレハ之ヲ適用スルコトヲ得スト云ハ、誰カ其無稽ノ甚シキニ驚カサル者アラシヤ由是之ヲ觀レハ第七百九十一條ニ後見人ノ職務トアルヲ以テ直ニ親權消滅ヲ前提トシタル規定ナリト斷言スルヲ得サルコト自ラ明ナルヘシ未成年者ノ後見人ハ親權ノ全部又ハ一部ヲ消滅シタル場合ニ非サレハ存スルヲ得サルコトハ誠ニ博士ノ言ノ如シ而シテ未成年ノ女子カ婚姻スルモ親權消滅即チ後見開始ノ原因トナラサルコト勿論ナリ是大審院ノ判決ニモ列示シタル如ク第七百九十一條ニ「妻カ未成年者ナルトキハ成年ノ夫ハ其後見人ノ職務ヲ行フ」ノ規定シ以テ「ハ妻ノ親權者存在スルトキハ婚姻ニ因リテ其親權消滅セサルコトヲ暗示シ」ハ妻ノ後見開始スルト否トヲ問ハス成年ノ夫ハ後見人ノ職務ヲ行フヘキコトヲ明定シタルニ非サ何トナレハ後見人ト爲ルノ語ヲ用ユルトキハ後見開始ノ場合ヲ指スヘキコトハ第九百條ノ規定ト相照シテ自ラ明ナルニ第七百九十一條ノ規定此ニ出テサレハナリ此ニ付テ博士ハ「蓋シ婚姻ヲ爲シタル婦人ハ通常既ニ成年ニ垂タル者テアルカラ

特ニ夫ヲ以テ後見人トセストモ唯事實ニ於テ後見人ノ事ヲ行フ者カアレハ善イカタト云フノテアラウト辯明シタルトモ果シテ然ラハ若シ未成年ノ妻婚姻ヲ爲ストキ既ニ其後見人存スル場合ニ於テハ如何例之ハ未成年ノ女戸主アリテ成年ノ男子ヲ入夫トセンニ其婚姻以前ヨリ後見人アリタル場合ニ於テモ亦第七百九十一條ノ規定ニ依リ夫カ後見人ノ職務ヲ行フコトハ博士ノ異議ナキ所ナルヘシ然レハ則チ事實ニ於テ後見人ノ事ヲ行フ者カアレハ善イカラト云フノテアラウト理由ハ此場合ニ於テ半文錢ノ價值ナキニ歸ス博士ハ何ノ必要アリテ本條ノ規定ヲ斯ノ如ク狹隘ニ解釋セント欲スルヤ或ハ曰ク若シ未成年ノ妻ノ後見開始セシテ親權者儼存スルニ拘ラス成年ノ夫其後見人ノ職務ヲ行フヘキモノトスレハ親權ヲ制限スルコトモ亦甚太シ夫親權ハ親權者カ之ヲ濫用シ若クハ著シキ不行跡アル場合ニ限リ裁判所ノ宣告ヲ以テ始メテ喪失スヘキ(第八百九十六條)モノニシテ法律ノ之ヲ尊重スルハ頗ル大ナリ今法律ノ明文ナキニ拘ラス親權ニ服スル女子カ婚姻シタル一事ヲ以テ當然親權ノ喪失スルト殆ト均シキ制限ヲ加ヘントスル解釋ハ暴モ亦甚シカラスヤト然レトモ法定財產制ニ關スル第七百九十九條ノ規定ハ自ラ親權制限ノ結果アルコトハ大審院ノ判決ニモ見ヘタル如ク又前示設例ノ場合即チ後見人ノ既ニ定マリタル未成年ノ女戸主カ成年ノ男子ヲシテ入夫トスルトキハ第七百九十一條ノ適用ニ依リ後見人ハ全然其職務ヲ曠廢セサルヲ得サル結果生スルコトハ親權者ノ存在スル場合トモ異ナル所ナシ蓋シ後見人ノ任務ハ一ノ義務ナルコト勿論ナレトモ正當ノ理由アルニ非サレハ之ヲ免黜スルヲ得サル所ヨリ之ヲ觀レハ其反面ニ於テハ一ノ權利タルコトヲ失ハス故ニ後見

人ノ職務ノ範圍内ニ於テ之ヲ論スレハ親權者ト後見人トノ間ニ優劣ヲ分ツ理アルヘカラス然レハ則チ親權ヲ制限スルコト太甚シキナ理由トシテ第七百九十一條ノ適用ヲ妻ノ後見開始シタル場合ニ制限セント欲スルハ所謂五十歩ヲ以テ百歩ヲ笑フト異ナラサルノミナラス其論理ノ一貫セサルヲ如何セン

其他大審院ノ判決ニ援用シタル民法第七百九十九條第八百一一條第八百七十九條第八百九十二條ノ規定ニ付テ大審院ノ判示シタル理由ト梅博士ノ批評シタル所トハ其是非長短之ヲ讀者諸君ノ明鑑ニ一任シテ余ハ強テ此ニ比較論評スルコトヲ爲サス別ニ第七百九十一條ノ解釋ニ付テ緩ルヘカラサル理由ニ條アルコトヲ左ニ開陳スヘシ

一 第七百九十一條ノ規定ハ婚姻ノ效力ノ一ニ居ル均シク是妻ハ未成年者ニシテ夫ハ成年者ナル場合ナルニ親權者アルトキハ婚姻ハ夫カ後見人ノ職務ヲ行フ效力ヲ生セスシテ後見開始シタルトキハ後見人ノ有無ニ關セス夫カ後見人ノ職務ヲ行フ效力ヲ生スルトハ抑何ノ理由ニ因ルヤ同一ノ條件ヲ有スル夫妻ノ間ニ婚姻ノ效力ヲ異ニスルハ余ノ解スル能ハサル所ナリ蓋シ親權ト後見トハ其存立ノ理由發生ノ原因相異ナルノミナラス權利ノ範圍自ラ廣狹ノ差ナキニ非サレトモ單ニ其未成年者ノ關係ヨリ之ヲ觀レハ彼此ノ間著シキ差異アルヲ見ス故ニ親權者ノ存スルト後見人ノ存スル(又ハ後見人ノ存スヘキ場合)トニ因リテ婚姻ノ效力ニ差異ヲ生スヘキ理由ハ到底之ヲ發見スルコト能ハス大審院ノ判決ニ民法第七百九十一條ハ婚姻ノ效力ノ規定中ニ存シテ云トアルハ或ハ本項ノ同一ノ趣旨ナルヤニ思ハルレトモ惜ムラクハ措詞極メテ簡ニシテ之ヲ知ルニ苦ム故ニ(理由トシテ特ニ

之ヲ掲ケレトモ大審院ノ判旨ヲ闡明シタルモノト看做スモ亦可ナリ)

二 第七百九十一條ノ規定ハ實ニ命令ニ出ツルノ弊ヲ避クルヲ以テ大主義ト爲シタルコトハ梅博士モ亦其著民法要義ニ於テ明ニ説述シタル所ナリ既ニ命令ニ出ツルヲ防カント欲シテ本條ノ規定アリトスレハ未成年ノ妻ニ親權者アルト後見人アルトニ因リテ差別ヲ爲スノ理アルヘカラス

以上數項ノ理由ヲ綜合スルトキハ民法第七百九十一條ノ規定ハ妻カ未成年者ナルトキハ後見開始シタル場合ナルト否トチ分タス成年ノ夫ハ其後見人ノ職務ヲ行フトノ趣旨ナリト解釋スルハ斷シテ其失當ナラサラサルコトヲ信ス

終ニ臨ミテ尙ホ一言スヘキハ凡ソ法律ノ解釋ハ其字句ニ拘泥センヨリハ寧之ヲ實際ニ應用シテ其利多ク害少キヲ尙フコトハ特ニ暇々スルヲ待タサルコト是ナリ現行民法ハ梅博士ノ如キ博學宏才ノ人士畢生ノ心血ヲ傾注シテ大成シタル法典ナレハ一字一句モ苟クモセザリシニ相違ナシト雖モ其滑溜ナル條項中ニハ時ニ白璧ノ微瑕トスヘキ字句ナキニシモ非ス是故ニ假ニ第七百九十一條中後見人ノ職務ヲ行フノ文詞ハ後見開始ノ場合ニ非スシテ之ヲ適用セントスルハ穩當ヲ缺ク嫌アリトスルモ余ハ尙ホ此ヲ以テ白璧ノ微瑕ト看做シテ其規定ヲ後見ノ開始シタル場合ナルト否トチ問ハス適用セント欲ス何トナレハ是其利多ク害少クシテ法律ヲ活用シタルコトヲ疑ハサレハナリ然リ而シテ他ノ用語例ト對比スレハ之ヲ失當ノ文詞ト云フヲ得サルノミナラス此ノ如ク解釋スルヲ以テ正鵠ヲ得タリトスルコトハ前既ニ述フル所ノ如クナルヲ以テ到底梅博士ノ説ニ服スルコト能ハス然リト雖モ博士ノ學殖豐

富ナルト其才識ノ明敏ナルトハ世既ニ定論アリ其既ニ昂然大審院ノ判決ハ錯誤ナリト斷言シテ揮ラサルヲ觀レハ必スヤ他ニ高遠微妙ノ説アララン願クハ讀者諸君ト共ニ其再評ノ出ツルヲ待タン哉明治三十六年〇月〇日法曹記事一四五號志方鍛氏所掲

益友志方鍛君ハ「法曹記事」一四五號三九頁以下ニ於テ予ガ法學志林四九號一頁以下ニ論ジタル大審院判決ノ批評ノ批評ヲ掲ゲラレタノハ予ガ深ク謝スル所デア
ル勿論我邦ノ最高法術ガ予ノ説ニ反スル判決ヲ下シタ位デアルカラ天下ノ人皆
予ノ説ヲ是トスルコトヲ望ム譯ニハ往カヌコトヲ覺悟シテ居ルノデアッテ今更志
方君ノ反對説アルヲ怪ム者デハナク或ハ予ノ説カ誤ッテ居ルカモ知レヌト思フガ
不幸ニシテ志方君ノ詳細ナル反駁アルニ拘ハラヌ未ダ予ノ説ヲ翻スコトガ出來
ヌノデアアル今予カ前論ニ言ハザリシ論點ヲ左ニ掲ゲ併セテ志方君ノ駁論ニ答ヘ
ヤウト思フ

一 未^〇成^〇年^〇者^〇ニ^〇付^〇テ^〇ハ^〇親^〇權^〇ト^〇後^〇見^〇ト^〇ハ^〇兩^〇立^〇ス^〇ベ^〇カ^〇ラ^〇ザ^〇ル^〇モ^〇ノ^〇ナ^〇リ^〇 大審院ノ判
決ニ於テモ志方君ノ論說ニ於テモ未成年ノ妻ニ親權者アルトキハ其親權者ハ
親權ヲ失フコトナキニ拘ハラヌ夫ハ妻ニ對シテ後見人ノ職務ヲ行フモノトシ

テ居ルヤウデアアルガ是ハ到底不能ノ事デアラウト思フ成程二個ノ類似シタル
權力ガ同時ニ行ハルル場合ニ於テハ其一ガ他ノモノヲ制限スルコトハ法律上
珍シカラザル事デアッテ遠ク其例ヲ民法外ニ求メナクトモ禁治產者ニ對スル親
權ト後見妻ニ對スル親權ト夫權(問題タル後見人ノ職務ヲ除キ)家族ニ對スル戶
主權ト親權後見又ハ夫權準禁治產ニ對スル保佐ト親權後見又ハ夫權等ノ如キ
ハ其適例デアアル即チ禁治產者ノ親權者ガ其後見人ニ非ザル場合ニ於テハ禁治
產者ガ成年者デアレバ親權者ハ懲戒權(民八八二)ヲ行フダケデアッテ實際之ヲ行
フコトハ稀デアラウケレドモ後見人ハ財産ノ管理ト療養看護トノ權利義務ヲ
有スルノデアアルガ(民九二二、九二三)親權者ノ懲戒權ノタメニ幾分ノ制限ヲ受ク
ルコトガアル禁治產者ガ未成年者デアレバ未成年者トシテハ親權ニ服シ禁治
產者トシテハ後見ニ服スルノデアアルガ財産ノ管理權及ビ代表權ハ重複スルノ
デアアルカラ禁治產者ナル特別身分ニ關スル規定ガ所謂「特別法」ニ屬スルモノト
シテ「普通法」ニ先ッテ適用セラレ後見人ガ之ヲ行フベキデアアル而シテ此場合ニ於
テハ兩者ガ互ニ制限ヲ受クルノデアアル又妻ニ對シテ親權者ト夫トアル場合ニ

於テハ妻ガ成年者デアレバ親權者ハ矢張懲戒權ヲ行フダケデ夫ハ妻ノ法律行爲ヲ許可スル權之ト同居スル權及ビ法定財產制ニ於テハ妻ノ財產ヲ使用收益管理スル權ヲ持ッテ居ルノデアアルガ(民一四七八九一項七九九八〇一)一項矢張親權者ノ懲戒權ノ結果デ幾分ノ制限ヲ受クルコトガアル妻ガ未成年者デアレバ假ニ予ノ說ニ從フトキハ親權者ハ原則トシテ親權ノ全部ヲ行フケレドモ夫ハ上ノ場合ト同ジク妻ニ對スル權利ヲ行フガ故ニ互ニ制限セラルルノデアアル今其著シキモノヲ言ヘバ妻ハ夫ト同居スル義務アル故ニ親權者ハ夫ノ居所以外ニ妻ノ居所ヲ定ムルコトハ出來ヌ(民八八〇參照)又法定財產制ニ於テハ夫ハ妻ノ財產ノ收益及ビ管理ヲナス權ヲ持ッテ居ル故ニ親權者ノ收益權及ビ管理權ハ實際行ハレヌノデアアル併シ民八〇二ノ行爲ニ付テハ親權者ガ妻ニ代ッテ承諾ヲ與ヘ又ハ妻ノ承諾ニ同意ヲ與フベキデアアル又家族ニ對シテ戶主ト親權者後見人又ハ夫トアル場合ニ於テハ互ニ制限ヲ受クルノデアアルガ主トシテ居所ヲ定ムル權ニ付テ戶主ハ夫ノ居所ト異ナル場所ニ妻ノ居所ヲ定ムルコトヲ得ズ又親權者若クハ後見人ガ戶主ノ定メタル場所以外ニ未成年者ノ居所ヲ定ムルト

キハ戶主ヲシテ扶養ノ義務ヲ免レシムル制裁ヲ甘ジナケレバナラス(民七四九一項二項七八九一項八八〇九二一參照)又準禁治產者ノ保佐人ト其親權者後見人又ハ夫トガ別人デアルトキハ準禁治產者ガ成年者ナラバ親權者ハ矢張懲戒權ヲ有スルダケデアアルカラ之ト保佐人ノ權力ト抵觸スル恐ハナイ又夫ハ若シ法定財產制ニ依ッテ婚姻ヲナシタ者デアラバ夫ガ管理權ヲ持ッテ居ルタメ通常妻自ラ法律行爲ヲナサスカラ保佐人ノ同意ヲ求ムベキ場合ガナイヤウデアアルガ唯民八〇二ノ場合ニ妻ガ承諾ヲ與フルニ付キ保佐人ノ同意ヲ求メナケレバナラス夫ガ管理權ヲ持タナイ場合ニ於テハ夫ト保佐人ト兩者ノ同意ガ必要デアアル(民一二一四參照)若シ準禁治產者ガ未成年者デアラバ準禁治產者ガ民一二ノ行爲ヲナスニハ保佐人ト親權者又ハ後見人ト兩者ノ同意ヲ必要トスルガ如キ相互間ノ制限ガアルガ併シ未成年者ニ付テ若シ親權ト後見トアルト曰フナラバ其一方ハ必ズ他ノ一方ヲ併吞スルモノト謂ハナケレバナラス何トナレバ其職務ノ範圍ガ全ク同一デアアルカラデアアル(民七三七二項七四三七五一八七九乃至八八五八八八八九二八五九九〇五九一五四號九二二九三三九三四)

九三六等參照、唯親權者ガ管理權ヲ有セザル場合ニ於テハ親權ノ及バザル事項即チ產財ノ管理ノミニ付テ後見人ヲ置クコトハアルガ(民八九七、一項、八九九、九〇〇、一號、九三五、此場合ニハ兩者互ニ多少ノ制限ヲ受クルコトハアルケレドモ相抵觸若クハ重複スルコトハナイ、又法文ニ後見人ノ職務トシテ規定シテ居ル事項ニ付テ親權者ニ同一ノ權アルコトヲ言ハナイ例ハ尠クナイガ、是ハ親權者ノミナラズ他ノ父母其他ノ親族皆同一ノ權利義務ヲ有スルカラデアテ、後見人ノ職務ニ屬スル事項ニシテ親權者ガ之ヲナスコトヲ得ナイ場合ハナイ(民七、七二、九四四、九四八等參照、其他ハ唯職務ヲ行フ方法及ヒ附隨ノ權利義務ニ同ジカラザルモノガアルダケデ職務ノ範圍ニ差異ハナイ、成程民九〇一ノ規定ハ後見人ノ有セザル親權者ノ權利ヲ定メタルモノニ相違ナイケレドモ、是ハ親權者ガ死亡シテ新ニ後見人ノ出來ル場合ニノミ適用アル規定デアルカラ、此兩者ノ重複ヲ想像スルコトハ出來ヌノデアテ、本間ニハ關係ナキモノデアアル、是ニ因テ之ヲ觀レハ同一ノ未成年者ニ對シテ同時ニ親權ト後見トガ存スルコトハナイ筈デアアルガ故ニ(親權者カ管理權ヲ有セザル場合ニハ職務ノ種類ヲ異ニシテ兩

者ノ併立スルコトアルベキハ既ニ論ジタル如クデアアルガ、此場合ニハ民七九一ノ適用アルコトニ付テ疑ガナイノデアアルカラ、之ヲ度外ニ措イテ論ズルノデアアル(民九〇〇、一號ニ於テ「未成年者ニ對シテ親權ヲ行フ者ナキトキ又ハ親權ヲ行フ者カ管理權ヲ有セザルトキ」ニ限リ後見ノ開始スベキコトヲ定メタノデアアル、故ニ此點ニ關スル大審院及ビ志方君ノ見解ハ確ニ誤テ居ルト思フ、乃チ妻ニ親權者アル場合ニ民七九一ノ適用アリトスルナラバ必ず親權ハ消滅スルト曰ハナケレバナラヌ筈デアアル

二 親權ノ消滅ニハ文明ヲ要ス。親權ノ消滅ニ付テハ必ずシモ直接ノ明文アルコトヲ要スト曰フニハ非ザレドモ、亦確然據ルベキ明文ガナケレバナラヌコトハ蓋シ疑ヲ容レヌ所デアラウ、何トナレバ民八七七ニ最モ概括的ニ子ハ其家ニ在ル父又ハ母ノ親權ニ服スベキコトヲ明定シテ居ルカラデアアル、尤民八九六以下ニ於ケルガ如ク直接ニ親權ノ全部又ハ一部ノ消滅ヲ規定シテ居ル場合デナクテモ、他ノ法文カラ間接ニ併シ明瞭ニ其消滅スベキコトガ現ハレテ居レバヨイノデアアル、例ヘバ親權者ガ其家ヲ去レバ親權ノ消滅スベキコトハ明カデアアル、

何トナレバ民八七七ニ家ニ在ル父母ト云テ居ルカラデアル又同一ノ理由ニ因
 ヲテ子カ其家ヲ去レバ親權ノ消滅スベキコト明カデアル又親權者若クハ子ガ死
 亡シタルトキハ親權ノ主體又ハ客體ガ消滅スルニ因テ親權ノ消滅スベキコト
 最モ明カデアル是ハ法文ニ子及ビ父若クハ母ノ存スルコトヲ前提トシテ居ル
 ニ由テモ分ルト謂ヘル又親權者ガ心神喪失生死不明其他ノ原因ニ因テ親權
 ヲ行フコト能ハザルニ至タトキハ親權ノ消滅スルコト蓋シ疑ヲ容レヌデアラ
 ヲ先ヅ父ニ付テハ民八七七ニ項ニ明文ガアルト謂テモヨカラウ何トナレバ此
 場合ニハ「家ニ在ル母」ガ親權ヲ行フトアル而シテ親權者ガ同時ニ二人アルベカ
 ラザルコトハ最モ明カデアルト思フカラデアアル然ルニ父ニ付テ是ガ親權消滅
 ノ原因デアアルナラバ母ニ付テモ亦其消滅原因デナケレバナラスコトハ疑ヲ容
 レザル所デアアルノミナラズ民九〇〇一號ト相對照シタナラバ最モ明カニ分ル
 デアラウト思フ(民八七七ニ項參觀)此ノ如ク親權ノ消滅原因ハ皆法文上ノ根據
 ガナケレバナラス然ルニ民七九一ニハ「妻カ未成年者ナルトキハ成年ノ夫ハ後
 見人ノ職務ヲ行フトアルダケテ其後見人ノ存スベキ場合ニ夫ガ其職務ヲ行フ

ノデアアルト解スルノガ普通ノ解釋デアッテ毫モ是ガ親權消滅ノ原因ヲ暗ニ定メ
 タルモノデアアルト解スルニ足ルベキ意味ヲ發見スルコトハ出來ヌト思フサレ
 バコソ大審院及ビ志方君モ親權ハ消滅ジナイト曰ハルルノデアラウ然ラバナ
 ビニ子等ノ説ヲ探テ本條ハ妻ノ後見人ノ存スベキ場合即チ親權者ノ存セザル
 場合ニ適用スベキモノデアアルト曰ハレヌダラウカ聊カ了解ニ苦シム所デアアル
 三 何故ニ民七九一ニ於テ親權者ナキ場合ニ限ル旨ヲ明言セザルカ 今日大審
 院及ビ志方君ガ民七九一ノ解釋ニ付キ起草者ノ意思ニ反シタル見解ヲ採ラル
 ルヲ見レハ法文ノ不備ヲ認メテバナラスケレドモ起草ノ當時ニ於テハ「妻カ未
 成年者ナルトキハ成年ノ夫ハ其後見人ノ職務ヲ行フト云ヘバ其後見人アルベ
 キ場合ニ於テ夫ガ其職務ヲ行フト云フ意味デアアルコトハ疑ナイ積デアッタノデ
 アル尤後見人アルベキ場合ガ例外デアアルナラバ固ヨリ他ニ法文ノ書キヤウノ
 アルコトハ言フコトヲ待タヌケレドモ(志方君ノ言フヤウニ)後見ノ開始シタル
 場合ニ於テ「トハ書カナカッタカモ知レヌガ兎ニ角親權者ナキ場合ニ限ル旨ヲ言ッ
 タデモアラウ)大多數ノ場合ニ於テハ親權者ナク後見人アルベキ場合デアアルカ

ラ假ニ民七九一ノ條文ガ文字ノ上ニ於テ親權者アル場合ヲ包含スルモノトシ
 テモ法ハ多數ノ場合ニ存スル事實ニ依ッテ規定スルヲ常トシテ居ルカラ (Unit de co quod plenarie fit) 尠クモ他ノ規定ト對照シテ親權者アル場合ハ之ヲ包含
 セヌト解釋セテバナラスト思フ而シテ大多數ノ場合ニ於テ親權者ガナイト云
 フ譯ハ(第一)最モ普通ノ場合タル妻ガ夫ノ家ニ入ル場合ニ於テハ(民七八八一項)
 妻ニ親權者ハナイノデテアル(想像ヲ違クスレバ妻ガ養家カラ實家ノ嫁トナッテ
 而モ實家ニ其實父又ハ實母ガ生存スルト云フコト又ハ妻ガ私生子デアッテ夫ノ
 家ニ其實父又ハ實母ガアルト云フコトモナイトハ限ラヌガ實ニ稀ナル場合デ
 アルコトヲ認メテバナラスト又入夫ノ場合ニハ妻ハ通常未成年者デハナク、養
 子ノ場合ノミガ比較的頻繁ニ本間ノ場合ニ該當スルノデアルカラ、本間ノ場合
 ハ固ヨリ例外ノ場合デアルト謂ハテバナラスト故ニ立法者ガ其場合ニ對スル例
 外規定ヲ忘レタカラト云ウテ苟モ他ノ規定カラ其意味ガ分ルナラバ必ズシモ
 大ナル立法者ノ過失ト謂フコトハ出來ヌ、抑立法者ハ一切ノ場合ヲ想像シテ規
 定ヲ設クルト云フコトハ出來ヌ、是ハ苟モ立法事業ニ關係シタル者ハ皆實驗上

承知シテ居ル所デアアルガ、歐米各國ニ於テモ皆サウデアアル、法文不正確ノ譏ヲ受
 ケテ居ル佛國ニ於テハ勿論法文正確ノ名アル獨逸ニ於テモ意外ニ「法ハ多數ノ
 場合ニ存スル事實ニ依ッテ規定ス」ト云フ格言ニ依ッテ解釋ヲナサンケレバナラヌ
 場合ガ多イノデアアル、故ニ立法者ガ想像シナカッタ場合又ハ立法者ガ法文ヲ記載
 スルニ方ッテ考へ及バナカッタ場合ニ付テハ他ノ規定其他ノ助ヲ假リテ解釋ヲナ
 サンケレバナラヌコトハ法學者ガ一般ニ首肯スル所ノ解釋法デアアル

四 「後見人ノ職務」ノ意義如何 予ガ前論ニ於テ「法文ニハ後見人ノ職務ニ均シキ

事ヲ行フト云ハズシテ直チニ後見人ノ職務ヲ行フト云ヘル以上ハ自ラ親權ノ
 全部又ハ一部ガ消滅シテ後見ガ開始シタ場合ヲ前提トシテ居ルコトガ明カデ
 アルト思フ「ト曰ッタノヲ志方君ハ大ニ攻撃セラレタノデアアルガ、後見人ノ職務ニ
 均シキ事ヲ行フト云フ文字ハ固ヨリ志方君ノ言フガ如ク「咄嗟ノ造語」ニ相違ナ
 イノデ、尙ホ深思熟考シタナラバ今少シハ好キ文字モ發見シタデアラウガ、原來
 假設ノ語デ單ニ其意味ヲ有スル文字ト解シテ貫ヒタイノデアアル、併シ「後見人ノ
 職務」ト云ヘバ「後見人アルベキ場合」ニ於ケル其職務」ノ意味デアアルコトハ前二項

ニ論ズルガ如クデアッテ、今仍ホ之ヲ維持スルノデアアル志方君ハ領事ガ「公證人ノ職務ヲ行フ場合ヲ援用シテ、予ノ論法ニ依レバ」日本ノ領土ニ非サレハ日本ノ公證人存スルヲ得ス日本ノ公證人存セサレハ其職務モ亦存スルノ理ナシ故ニ本條ハ日本ノ公證人存スルヲ得ヘキ場合ニ非サレハ之ヲ適用スルコトヲ得ストト謂ハキバナルマイト冷評セラレタガ、是ハ聊カ論理ニ缺點ガアルヤウニ思フ、日本カ公正證書又ハ秘密證書ニ依リテ遺言ヲ爲サント欲スル場合ハ公證人が干與スベキ場合デアアルカラ「公證人ノ職務」ト云フモノモ存スルノデアッテ（民一〇八六ヲ看ミ、若シ公證人ノ干與スベキ場合デナイナラバ決シテ「公證人ノ職務」ナルモノハナイノデアアル、今未成年ノ妻ハ親權者ナキ場合ニ於テコソ後見人ナル者ガ之ヲ保護スルタメニ其職務ヲ行フノデアアレ、若シ親權者ガアレバ後見人ナル者ガアリ得ナイカラ、從ッテ「後見人ノ職務」ナルモノハアリ得ナイト曰ッテコソ論理ニ合フデアラウト思フ

五

何故ニ夫ヲ後見人トセザリシカ。志方君ハ予カ前論ニ於テ「蓋シ婚姻ヲナシタル婦人ハ通常既ニ成年ニ垂タル者デアアルカラ特ニ夫ヲ以テ後見人トセズト

モ唯事實ニ於テ後見人ノ事ヲ行フ者ガアレバ善イカラト云フノデアラウト曰ッ
 タノヲ拉ヘテ「婚姻以前ヨリ後見人アリタル場合ニ於テモ亦第七百九十一條ノ規定ニ依リ夫カ後見人ノ職務ヲ行フ」ノデハナイカ、故ニ予ノ論ハ「半文錢ノ價値」ガナイト冷罵セラレタガ、如何ニモ予ノ文ガ拙イ故ニ此冷罵ヲ買ッタノデアアルケレドモ、予ノ趣意ハ「後見人ノ事ヲ行フ適當ノ者ガアレバ善イ」ト云フノデアッタノデ假令婚姻前ヨリ後見人ガアッテモ之ヨリハ夫ノ方ガ適當デアアルカラ、前ノ後見人ヲ罷メテ夫ヲシテ其職務ヲ行ハシムルノデアアルガ、僅ノ間ダカラ特ニ之ニ「後見人」ト云フ名ヲ附サズトモヨカラウト云フ立法ノ理由デアッタラウト思フ、併シ此場合モ矢張後見人ノ存スベキ場合デアアルカラコソ夫カ後見人ノ職務ヲ行フノデアアレ、而シテ前後見人ノ職務カ終了スベキコトハ固ヨリデアッテ、決シテ其者ガ依然後見人トシテ存シテ居ルノデハナイコトハ次項ニ論ゼント欲スル所デアアル、故ニ志方君ハ此場合ト親權者アル場合トヲ比較シテ親權者モ存スルニ拘ハラヌ夫カ後見人ノ職務ヲ行フ場合ノ類例トセラレタケレドモ、予ハ寧ロ前後見人ガ其職ヲ罷メノ夫カ後見人ノ職務ヲ行フノト同ジク親權ガ消滅シナケレ

六 夫が後見人ノ職務ヲ行フコトハナイト曰ハント欲スルノテデル
後見人ノ職務ヲ行フ者ハ一人ニ限ル。此事ハ純然タル後見人ニ付テハ民九

〇六ノ明文モアツテ疑ノナイ所チアルガ夫が後見人ノ職務ヲ行フ場合デアツテモ
同様デアアルコトハ多分議論ハナカラウト思ウテ居タノニ、今志方君ハ反對ノ見
解ヲ採ラルルヤウニ見ユルカラ、一言此ニ辯ジテ置カウト思フ、凡ソ同一ノ範圍
ノ職務ハ二個同時ニ併立セザルコトハ既ニ第一項ニ於テ論ジタル如クデアアル
而シテ二個ノ後見ガ其職務ノ範圍ヲ同ジウスルコトハ親權ト後見ト其範圍ヲ
同ジウスルヨリモ明カデアアルカラ、其兩立スベカラザルコトハ一層明瞭デアラ
ウト思フ、成程後見ノ終了ニ付テハ親權ノ消滅ノ如ク必ズシモ明文アリト云フ
譯デハナイ、是ハ兩者ノ性質大ニ異ナル所ガアルカラデアアル(範圍ハ同ジデアツテ
モ)親權ハ沿革上又事實上父又ハ母ノ權利ト視テ居ルノデアアル、故ニ公力ヲ以テ
之ヲ消滅セシムル場合ニハ必ズ裁判所ヲシテ其喪失ヲ宣告セシムルノデアアル
(民八九六、八九七)之ニ反シテ後見ハ單ニ一ノ職務ト視テ居ルノデアアル、故ニ公力
ヲ以テ之ヲ終了セシムル場合ニハ必ズ之ヲ免黜スルノデアツテ其喪失ノ宣告ナ

ルモノハナイノデアアル(民九一一、一項、尤民九〇八、四號ニハ兩者ニ對シテ免黜ナ
ル語ヲ用ヒテ居ルケレドモ、親權者ニ付テハ親權喪失ノ宣告ガアツタ場合デアアル
コトハ疑ナイ、又同八號ニハ「喪失」トモ「免黜」トモ云ツテ居ラスケレドモ實際必ズ免
黜ノ語ヲ用フルヲ例トシテ居ルヤウデアアル)故ニ明文ノ據ルベキモノガナイカ
ラ必ズシモ後見ガ終了シナイトハ謂ヘナイ、他ニ現後見人ヨリ先ニ同一ノ職務
ヲ行フベキ者が出ヅレバ自ラ其職務ハ終了スルノデアアル、是ハ民九〇七、三號ノ
場合ニ特ニ辭任ノ原因トシテ居ルカラ裏面論法ヲ以テ原則ノ反對ナルコトヲ
證スルコトモ出來ルト思フ、例ヘバ未成年者ガ他ノ養子トナッタ場合ニ養親ガ之
ニ對シテ親權ヲ行フベキハ勿論デアアルト思フガ、此場合ニ實家ニ存セシ後見人
ガ依然存シテ居ルト曰タラバ、何人モ其不當ナルコトヲ認ムルデアラウ、併シ之
ニ關スル明文ハナイノデアアル、又未成年者ガ家ヲ轉ジタ場合ニ前ノ家ニ於テ戸
主ニ非ザル後見人カアツタトシテ後ノ家ノ戸主ガ成年者デアツタナラバ(民七三七、
九〇三、九〇四、九〇八、一號參照)其戸主ガ後見人トナルベキコトハ蓋シ疑ナイデ
アラウガ(民九〇七、三號ノ裏面解釋ニ依ツテモ分ル)此場合ニ前ノ家ニ於ケル後見

人ガ仍ホ存シテ居ルト曰ッたらバ、人皆其不當ヲ鳴ラスデアラウ、之ト同ジ理由デ、未成年者ガ他家ニ嫁シテ夫ガ後見人ノ職務ヲ行フ場合ニ實家ニ於ケル後見人ガ仍ホ依然トシテ存シテ居ルト曰ッたらバ、固ヨリ不當デアルト謂バチハナルマ、イ、然ラバ假令志方君ノ設例ノ如ク女戸主ニ後見人ノアッタ場合デモ、入夫ヲ迎ヘレバ夫ガ後見人ノ職務ヲ行フコトトナッテ前後見人ノ職務ハ終了スルコト疑ナイデアラウト思フ

其他志方君ハ(一)民七九一ノ規定ハ婚姻ノ效力ノ一デアアルカラ親權者ノ有無ニ拘ハラズ適用スベキモノデアアルト曰ハルケレドモ、如何ナル規定デモ他ノ規定ノ結果ニ因ッテ其適用ヲ制限セラルルコトハ免レナイ所デ、其例證ハ固ヨリ枚舉ニ違アラヌノデアアルカラ、深ク之ヲ論ゼヌデモ以上ノ論點ニ由ッテ自ラ明カニナッテ居ルト思フ、(二)予カ民法要義(四卷一五〇頁)ニ於テ命令ニ出ヅル弊ヲ避クルガ宜イト申シタノヲ拉ヘテ親權者ガアッテモ夫ニ後見人ノ職務ヲ行ハシメタ方ガ其趣意ニ副フデハナイカト論ゼラレタケレドモ、其ハ能態新ニ後見人ヲ置イテ命令ニ出ヅルヤウナ事ヲセヌ方ガヨイト曰ッタノデ、既ニ親權者アル場合ニ、能態其權利

ヲ奪ッテマデモ此目的ヲ達セテバナラスト云フ趣意デハナカッタノデアアル要スルニ予ハ不幸ニシテ未ダ志方君ノ軍門ニ降參スルコトガ出來ヌノデアアル

七 離婚ノ訴ト一定ノ申立

案スルニ婚姻ハ當事者相互ノ意思ノ合致ニ因リ成立セル男女ノ結合ナリ此結合ヲ別離セシトスル離婚ハ當事者相互ノ意思ノ合致ニ因ルカ(協議上ノ離婚)然ラサレハ其結合ノ別離ヲ命令スル裁判ニ因ラサル可ラス(裁判上ノ離婚)協議若クハ裁判ニ依ラサル離婚ハ法律ノ認ムル處ニアラス本訴ハ協議上ノ離婚ニ關係ナキコト明ナレハ之ヲ論スルヲ要セス仍テ本訴ハ裁判上ノ離婚ノ請求トシテ適法ナルヤ否ヤヲ案スルニ裁判上ノ離婚ハ前示ノ如ク當事者タル男女ノ結合ノ別離ヲ目的トスルカ故ニ裁判所カ當事者タル男若クハ女ノ一方ニ對シ別離ヲ命令スルモ他ノ一方ニ對シ何等命令スル處ナケレハ別離ノ目的ヲ達スル能ハス是男若クハ女ノ一方ニ對スル命令ハ他ノ一方ヲ拘束スル力ナケレハ命令ノ執行ニ因リ別離ノ目的ヲ達スル能ハサルニ因ル若シ夫レ命令ヲ受ケサル男若クハ女カ別離ノ意思ヲ表示スルカ如キハ命令ニ何等關係ナ有セサレハ一個ノ意思表示ナリ然リ而テ假令斯ノ如キ意思表示アリト雖モ男若クハ女ノ一方ニ對スル命令ハ尙ホ裁判上離婚ノ目的ヲ達スル能ハス何トレハ此場合ハ當事者ノ一方ハ命令ノ執行ヲ受ケ他ノ一方ハ之ニ合意スルニ外ナラサレハ其中ハ裁判ニ基キ其中ハ協議ニ基クモノナリ斯ノ如キハ裁判上ノ離婚ニモアラス協議上ノ離婚ニモアラス

シテ法律ノ認メサルモノニ屬スレハナリ之レヲ要ルニ裁判上ノ離婚ハ裁判所カ當事者雙方ニ對シ命令スルニアラサレハ離婚ノ效ヲ生セサルコト明白ナル法理ナリトス然ルニ本訴原告ノ一定ノ申立ハ被告岡本繁吉ハ原告岡本ハナト離婚スヘシト判決ヲ求ムト云フニアリテ當事者ノ一方タル男ノミニ對シ離婚スヘシトノ命令ヲ求ムルモノナレハ其一定ノ申立カ法律上理由ナキコト前段説明ニ依リ自ラ明ナリ故ニ本訴ハ事實ノ審按ヲ要セスシテ裁判ヲ爲スニ熟スルモノト認メ直ニ原告ノ請求ヲ却下スヘキモノト議決シ云云明治三十五年五月十三日名古屋地方裁判所第一民事部判決理由

明治三十五年五月十三日名古屋地方裁判所ガ下シタル判決ハ其當ヲ得ザルモノト思フ今其判決ノ要旨ヲ擧グレバ「裁判上ノ離婚ハ當事者タル男女ノ結合ノ別離ヲ目的トスルカ故ニ裁判所カ當事者タル男若クハ女ノ一方ニ對シ別離ヲ命令スルモ他ノ一方ニ對シ何等命令スル處ナケレハ別離ノ目的ヲ達スル能ハス」ト云フ理由デ、被告ハ原告ト離婚スヘシトノ判決ヲ求ムト云フ一定ノ申立ヲ爲シタル離婚ノ訴ヲ却ケタノデアアル、法律新聞九一號一五頁ニ據ル、抑我邦ノ言語文章ハ歐米ノ言語文章ノ如ク精確ナル意義ヲ有セザルヲ常トスルガ故ニ「離婚スヘシ」ノ文字ハ果シテ「離婚」ト云フ法律行爲ヲナスベシト云フ意義ニテ用ヒタルモノガ、又ハ「離婚

ノ状態ニ在レト云フ意義ヲ持ツノカ、幾分不明ノ嫌ハアルガ併シ第一ノ意義ナラバ協議上ノ離婚デナケレバナラヌノニ、協議ガ調ハチバコソ裁判所ニ訴ヘテ來タノデアアルカラ、名古屋ノ裁判所デモ無論此意義デナイト云フコトハ認メタノデアアル、然ラバ第二ノ意義ナルコトハ最早疑ナイモノトシテ何處ニ缺點ガアルデアラウカ、判決ノ理由ニ據レバ右ハ被告ノミニ對スル命令ヲ求ムルモノデアアルカラ不當デアルト云フノデアアルガ、果シテ右ノ文字ヲ斯ノ如ク讀ムベキデアラウカ、予ハ虛心ニ讀ンデ雙方ニ對スル命令ヲ求ムルヤウニ讀メルガ、訴狀ヲ覽ザルニ因リ單ニ判決ノ理由ニ據ッテ論ズ、是ハ或ハ水掛論ニナルカモ知レヌカラ、更ニ進ンデ假令右ノ文字カ普通ノ意味ニ於テ被告ノミニ對スル命令ヲ求ムル意味ニ持ツトシテモ、元來離婚ナルモノガ一方ノミニノ關係ニ於テ爲シ得ラレザルモノ、換言スレバ一方ノミニガ離婚ノ状態ニ在ルト云フコトヲ許サザル性質ノモノデアアルカラ、之ヲ希望シテ訴マデ起シテ來タ當事者ニ對シテモ效力アルベキ命令ヲ求ムル意デアアルコトハ無論デアアルト解センケレバナラスト思フ、文字ハ竟畢人ノ思想ヲ言現ハス道具ニ過ギヌノデアアルカラ、苟モ其文字ヲ用ヒタ人ノ思想カ常識ヲ以テ知り得ラル

レハツレニテ満足シナケレバナラス、訴訟人カ大學者デナイ以上ハ其用フル文字ガ總テ毫末ノ缺點ナキ譯ニハ往カヌ、然ルニ文字ノ些細ノ缺點ヲ捉ヘテ直チニ訴訟ヲ却クルガ如キハ職務ヲ忠實ニ行フ判事ノナスベキ事デハナイト思フ、況ヤ右ノ一定ノ申立ノ如キハ必ズシモ缺點アリト謂フコトヲ得ザルニ於テヲヤデア

八 婚姻登記前ノ子ノ出生登記ニ就イテ

本件申請ノ要旨ハ抗告人ノ父母ハ明治三十年一月十六日ニ婚姻シタルモ其届出ヲ忘リ明治三十二年五月二十二日ニ至リ始メテ届出登録ヲ經タリ抗告人ハ明治三十一年二月十六日ニ出生シタルモ當時未タ父母婚姻ノ届出ナカリシヲ以テ明治三十三年二月十七日生トシテ同月二十二日ニ届出登録ヲ爲シタリ然レトモ是レ皆事實ニ反スルモノナルヲ以テ已ニ登録セラレタル出生ノ年月日ヲ明治三十一年二月十六日ト變更スルカ爲メ裁判所ノ許可ヲ求ムト云フニ在リ惟フニ民法施行前ニ於テハ婚姻ノ成立ニハ必ズシモ戸籍ノ登録ヲ要スルコトナク實際上夫婦ノ關係ヲ認メ得ヘキ場合ニ於テハ婚姻アリタルモノト爲ヘキコト、從來大審院判決例ノ認ムル所ニシテ動かカスヘカラス故ニ本件ニ於テ抗告人ノ父母ノ婚姻カ果シテ其主張ノ如ク明治三十年一月十六日ニ成立シ抗告人ハ其翌三十一年二月十六日ニ出生シタルモノナランニハ抗告人ハ即チ父母ノ婚姻中ニ出生シタルモノニシテ嫡出子タル身分ハ戸籍ノ

如何ニ拘ラス抗告人カ實體法上當然取得シタルモノナリ從テ抗告人ハ戸籍上出生年月日ノ變更ノ爲メ此身分ヲ喪失スル謂レナク又戸籍上眞實ニ反スル事項ノ登録アルトキハ之レカ更正ヲ求ムルコトヲ得サルヘカラス然レトモ其手續タルヤ必ズ戸籍法ニ依リ認メラレタルモノナルコトヲ要ス抗告人ノ本件申請ハ戸籍法ノ認ムルモノナルヤ否ヤ審案スルニ身分登記ノ目的ハ戸籍簿上各人ノ身分ノ關係ヲ明確ニスルニ在リ故ニ婚姻ト嫡出子トノ關係ニ就テ云ヘハ戸籍上先ツ婚姻成立ノ登記アリテ其後嫡出子ノ出生ノ登記アルヲ順序トシ此順序ニ從ハサル登記ハ戸籍法ノ認メサル所ナリト言ハサル可ラス民法施行前ニ於ケル婚姻ノ成立ニハ届出ヲ要セサルヲ以テ其成立ノ日ト届出ノ日トハ必ズシモ同一ナラスト雖モ婚姻ノ登記アリテ後嫡出子ノ登記アルヘキノ理ニ至リテハ民法施行後ニ成立シタル婚姻ノ關係ト異ナル所ナシ本件ニ於テ抗告人ノ父母ノ婚姻ハ明治三十二年五月二十二日ニ届出登録セラレ實際其以前ニ成立シタルモノナルコトハ戸籍上モ認メ得ヘカラス故ニ今若シ抗告人ノ申請ニ從ヒ單ニ出生年月日ノ登記ヲ變更スルトキハ實際ハ宛ニ角戸籍上嫡出子タル抗告人ノ父母ノ婚姻前ニ出生シタルコトトナリ忽チ戸籍ノ順序ヲ失フニ至ルヘシ如此ハ戸籍ノ紊亂ヲ生シ法律ノ認メサル所ニシテ原裁判所カ抗告人ノ申請ヲ許容スヘカラサルモノト判断シタルハ相當ナリ(明治三十七年五月二十日東京控訴院第一民事部決定理由)

明治三十七年五月二十日東京控訴院決定(ニ據レハ民法施行前ニ於テハ婚姻ノ成立ニハ必ズシモ戸籍ノ登録ヲ要スルコトヲ實際に夫婦ノ關係ヲ認メ得ヘキ

場合ニ於テハ婚姻アリタルモノト爲スヘキモ婚姻ノ登記前ニ生レタル子ノ出生ヲ其登記後ニ生レタルモノトシテ登記シタルトキハ其登記ヲ訂正シテ眞ノ出生ノ年月日ヲ記載スルコトヲ不能トシテ居ルヤウデアアルガ(法律新聞二一三號二四頁)是ハ大ナル謬デアアルト思フ、第一民法施行前ニ在ッテ果シテ登録セザル婚姻ガ法律上有效デアッタカドウカ、殊ニ民事上ニ於テ有效デアッタカドウカハ大ニ疑フベキ所デアアルガ(八年太政官達二〇九號、十年司法省達丁四六號参照)假ニ判決ニ言フガ如ク之ヲ有效トシタナラバ縱令登記ハ何時アツテモ其子ハ嫡出子デアアルト謂ハテバナラス、故ニ子ノ出生登記ガ婚姻登記ノ前ニナッタ所ガ子ノ嫡出子タルニ妨ゲナイノミナラス、縱令婚姻ハ登記前ニハ無効デアアルトシテモ民八三六ノ規定ニ依ッテ子ハ嫡出子トナルノデアアル、尙進ンデ論ズレバ、嫡出子トナルト否トハ法律ノ結果デアツテ、何モ登記ニ因ッテ嫡出子トナルノデアハナイカラ、苟モ當事者ガ出生ノ年月日ノ登記ニ誤アルコトヲ證明シタナラバ登記變更ノ許可ヲ與ヘナケレバナラスノデアアル、之ニ因ッテ戶籍上其子ガ庶子ニナルトシテモ、タメニ身分登記ノ變更ヲ許サナイ理由トハナラスノデアアル、故ニ右ノ決定ハ徹頭徹尾謬ッテ居ルト思フノデアアル

九 民八八六、二號ノ借財ノ意義

仍テ按スルニ親族者タル母カ未成年者ノ子ニ代リ法律行爲ヲ爲スニ當リ親族會ノ同意ヲ得ヘキ事項ヲ規定スルハ民法第八百八十六條ニハ「手形振出ナル文詞ナシト雖モ同條第二號ニ謂フ借財トハ單ニ貸借關係ニ基ク借財ノミヲ指シタルモノニアラス金品給與ノ債務ヲ負擔スル總テノ行爲ヲ指稱セシモノト解スルヲ相當トス何トナレハ同條ハ元ト未成年者タル子ノ財産ニ危険ヲ及ホスヘキ金品給與ノ債務ヲ負擔行爲ノ濫行ヲ防止スル精神ニ出テタルモノナレハ危険ヲ生スヘキ同種ノ債務ヲ負擔スル行爲ナル以上ハ貸借行爲ナルト其他ノ行爲ナルトニ因リ區別ヲ爲サ、ルノ法意ナルコトヲ推知スルニ餘リアルヲ以テナリ而シテ約束手形ノ振出人ハ振出行爲ニ因リ金錢支拂ノ債務ヲ負擔スルモノナレハ其同條ニ云フ借財ニ該當スルコト勿論ナリ然ルニ上告人ハ約束手形ニ密債務ノ辨濟ノ爲メニ振出サレ其振出ニ依リ更改ヲ生スル場合アルヲ以テ強チ其行爲ヲ借財ナリトノミ論斷スヘキモノニアラスト論スルモ或ル行爲カ借財行爲即チ債務負擔行爲ナルヤ否ヤハ其行爲自體ニ付テ決定スヘキモノニシテ其行爲ヲ爲スニ至ラシメタル緣由ノ如何ニ因リ定ムヘキモノニアラサレハ手形振出行爲ニシテ債務負擔ノ行爲ナリトスル以上ハ之ヲ振出スニ至リタル緣由カ現存債務ヲ消滅セシムルニアルモ爲メニ其振出行爲カ債務負擔ノ行爲タルニ密モ影響ヲ有スヘキモノニアラス云云(明治三十六年六月二十七日大審院第一民事部判決理由)

明治三十六年六月三十日(法學志林法律經濟ニハ)二十七日「トアリ」大審院ノ判決ト

シテ法律新聞ニ掲載スル所ニ據レバ民八八六、二號ノ借財トハ金品給與ノ債務ヲ負擔スル總テノ行爲ヲ指稱セシモノ「 DEALトシテ居ルヤウデアアルガ」法律新聞一五二號一九頁、法學志林四九號六四頁、法政大學講義錄三學年二號雜報八頁、和佛法律學校講義錄三十六年度二部二七乃至三〇號雜報九八頁、法律經濟二九號四六頁、予ハ斷ジテ之ヲ不當トスルノデアアル、抑「借財」ナル文字ハ通俗語トシテ從來用ヒ來タモノデアアテ「借入金」ト粗同一ノ意味デアアルコトハ人ノ皆知ッテ居ル所デアアル、故ニ「金錢其他之ニ準ズベキモノノ消費借」ヲ意味スルコトハ多分疑ノナイ所デアラウト思ッテ予ガ起草ノ際ニモ之ヲ用ヒタノデアアル、成程「借財ガアル」ト曰フ場合ニハ少クモ金錢上ノ債務ヲ總稱スルコトガ多イカモ知レヌガ、借財ヲ爲ス」ト曰ヘバ必ズ右ニ述べタル意味ニ用フルモノト思フ、殊ニ是ハ新民法ニ於テ始メテ用ヒタノデアアルハナウテ舊民法ニ於テ用ヒテ居ッテ語ヲ其儘襲用シタノデアアルガ（人事編一九四、一號）是ハ佛語ノ「アンブルン」(emprunt)ト云フ字ヲ譯シタモノデアアルト、謂ッテモヨカラウト思フ、即チ佛民四五七、一項、四八三、四九九、五一三、等ニ用ヒテアル「アンブルン」ト云フ字ニ相當スルノデアアルガ、此字ガ右ニ述べタル「借財」ノ意義ヲ有スルコトハ多

分疑ガナカラウト思フ (Hug, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, III, n^{os} 425 et suiv., p. 405 et suiv.) 殊ニ「借財」ガ判決ニ云フガ如ク債務負擔行爲ノ意味デアアルナラバ、民一一、一項二號及ビ八八六、二號ニ「借財」又ハ保證ヲ爲スコトトアル筈ガナイ、何トナレバ保證モ亦一ノ債務負擔行爲デアラカラデアアル（保證債務ガ金錢其他之ニ準ズベキモノヲ目的トセザル場合モ想像ハ出來ルガ是ハ稀デアアル）又民一一、一項三號ニ「不動産又ハ重要ナル動産ニ關スル權利ノ取得ヲ目的トスル行爲ヲ掲ゲテ居ルケレドモ、其取得ガ無償取得ヲ意味シナイコトハ同七號ニ「負擔附ノ贈與若クハ遺贈ヲ受諾スルコト」ヲ掲ゲテ居ッテ暗ニ純然タル無償ノ贈與若クハ遺贈ヲ受諾スルニハ準禁治産者モ保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セヌコトヲ示シテ居ルカラ明カデアアル、然ラバ其取得ハ有償取得ノ場合デアアル、此場合ニ於テハ大抵債務負擔行爲ヲナスノデアアル、故ニ「借財」ガ債務負擔行爲ノ意味ヲ有スルナラバ第二號ト第三號ト重複スル所ガアルノミナラズ、第二號デハ一切ノ債務負擔行爲ニ付キ保佐人ノ同意ヲ要スルモノトシ第三號ニ於テハ單ニ「不動産又ハ重要ナル動産ニ關スル權利ノ取得」ニ付テノミ之ヲ要スルコトトナリ聊カ抵觸ノ嫌アリト謂ハテバナラ

又其他同八號モ殆ド全部債務負擔行為デアリ第九號ノ賃借モ債務負擔行為デア
 ルニ是モ第六百二條ニ定メタル期間ヲ超ユルモノノミニ付テ保佐人ノ同意ヲ要
 スルト曰フハ聊カ第二號ト重複且抵觸ノ嫌アリト謂ハ子バナラヌ又民八〇ニ
 於テモ借財ノ外妻ノ財産ヲ擔保ニ供スル場合ヲ掲ゲテ居ルガ若シ借財ガ債務負
 擔行為ヲ意味スルナラバ擔保ヲ供セナイ場合デアツテモ夫ハ妻ノ承諾ヲ得ナケレ
 バナラヌノデアアルカラ妻ノ財産ヲ擔保ニ供スル場合ヲ掲グルノハ殆ド其必要ガ
 ナイト謂ハ子バナラヌ之ヲ要スルニ立法者ガ判決ニ云フガ如キ況イ意味ヲ以テ
 「借財」ノ文字ヲ用ヒナカッタト云フコトハ最モ明カデアルト思フ
 成程本件ニ於ケル約束手形ノ振出ハ隨分危險ノ多イモノデアアルカラ母ガ未成年
 ノ子ノタメニ之ヲナスニハ親族會ノ同意ヲ要スルモノトスル方ガ宜イト云フ立
 法論ハ固ヨリ一應ノ理由アルコトデ現ニ獨逸ノ如キハ親權者及ビ後見人ガ手形
 ニ署名スルニハ裁判所ノ許可ヲ要スルモノトシテ居ルノデアツテ(獨民一六四三、一
 項一六八六、一六九〇、一八二二、九號)予ガ起草ノ際ニモ十分考ヘタコトデアツタガ兎
 ニ角我民法デハ之ヲ必要トシナカッタノデアアル故ニ約束手形ノ振出其レ自身ニ付

テハ親族會ノ同意ヲ要セヌノデアアルガ若シ是ガ右ニ論ジタル意味ノ「借財」ノ方法
 デアルコトガ證據立テラレタナラバ借財トシテ親族會ノ同意ヲ要スルノデアアル
 之ニ反シテ既存ノ債務ヲ承認シテ約束手形ヲ振出シ又ハ更改ノ結果之ヲ振出シ
 タ場合デアアルナラバ(振出人ト受取人トノ間ニ存セシ金錢債務ヲ手形債務トスル
 タメ約束手形ヲ振出シタルトキハ更改トナラヌコトハ民五一三、二項ノ裏面論法
 デ明カデアアル)其同意ヲ要セヌノデアアル
 要スルニ大審院ノ判決ニハ同意スルコトガ出來ヌノデアアル

「借財」ノ意義ニ關シテ志方鍛君ニ答フ

畏友法學博士梅謙次郎君ハ法學志林第五十三號最近判例批評欄内ニ於テ借財ノ意義ト題シ
 昨年六月三十日大審院カ民法第八百八十六條二號ニ所謂借財中ニハ約束手形振出ノ行為ヲ
 包含スル旨判示シタルヲ批評シテ其失當ナルコトヲ斷言セラレタリ(法學志林第五十三號三
 一頁乃至三五頁)予ハ不幸ニシテ此批評ニモ亦敬服スルコト能ハサル所アルヲ以テ敢テ辯ヲ
 好ムニハ非サレトモ少シク鄙見ヲ述ヘント欲ス
 博士ハ大審院ノ判旨ヲ以テ民法第八百八十六條二號ニ所謂借財トハ金品給與ノ債務ヲ負擔
 スル總テノ行為ヲ指稱セシモノト爲シタル如ク思惟セラレ居ルニ似タレトモ予カ問題ノ範

圖ヲハ約束手形振出ノ行為ハ借財ニ該當スルヤ否ニ判定シタルハ大審院ノ判旨ニ準據シタルニ外ナラサレハ之ヲ明確ニスル必要アリト信ス仍テ博士批評ノ題案トナリタル大審院判決(明治三十六年オ第三百四十三號同年六月三十日判決)ノ上告論旨ト其判文トヲ茲ニ抄出スヘシ(大審院判決録第九輯第六卷民事判決録八二四頁乃至八二七頁)

上告理由ノ第一ハ原院ニ於テハ甲第一號證ノ手形ヲ被上告人ノ親權者ニ於テ振出シタル事實ヲ認メナカラ「手形振出ハ一定ノ期限ニ於テ其所持人ニ券面額ヲ支拂フ義務ヲ有スルモノナレハ手形ノ振出ハ即チ民法第八百八十六條第二號ノ借財ヲ爲スコトト在ルニ當リ」云々トノ理由ヲ付シ親族會ノ同意ヲ得サル上ハ容易ニ之ヲ取消シ得ヘキモノノ如ク判定セリ而カモ民法第八百八十六條ニ所謂借財トハ普通一般ニ消費借貸ノ意味スルモノニシテ手形ノ振出ハ必スシモ消費借貸ノ爲メニスルモノニアラス故ニ原院カ單ニ其所持人ニ券面額ヲ支拂フヘキ義務ヲ有スル點ノミニ着眼シ手形ノ振出ヲ以テ直ニ借財ト同視シタルハ券面額ヲ支拂フ不備アルモノニシテ殊ニ民法第八百八十六條ノ法則ヲ不當ニ適用シタルモノナリト云フニ在リ

然レトモ民法第八百八十六條ニ親權ヲ行フ母カ未成年ノ子ニ代リ借財ヲ爲スニ付キ親族會ノ同意ヲ得サルヘカラサルモノト規定シタル所以ハ借財ノ結果タルヤ辨濟ノ義務ヲ生シテ未成年ノ子ノ財産上ニ取リテ甚々危險ナル結果ヲ生スルニ因ル而シテ約束手形ノ振出ハ手形金額支拂ノ義務ヲ生スルモノナレハ消費借貸ニ因リ辨濟ノ義務ヲ生スルニ比シテ財產ノ危險ニ至リテハ或ハ重大ナルコトアルモ輕微ナルコトナカルヘシ然レハ消費借貸ニ因ルト

手形ノ振出ニ因ルトハ固ヨリ方法ヲ異ニスルモ之レニ因リテ生スル所ノモノハ等シク借財ナリトス故ニ原院カ手形ノ振出ハ民法第八百八十六條第二號ノ借財ヲ爲スコトト在ルニ當ルモノト判示シタルハ相當ニシテ上告所論ノ如キ不法アルニアラス由是之ヲ觀レハ大審院ノ判旨ハ民法第八百八十六條第二號借財ノ文詞ハ金品給與ノ債務ヲ負擔スル總テノ行為ヲ包括スルヤ否ヤト云フカ如キ抽象的ノ問題ヲ解決セントシタルニ在ラズシテ所謂借財中ニハ約束手形振出ノ行為ヲ包含スルヤ否ヤト云ヘル具體的ノ問題ヲ解決スルニ在リシコトハ炳焉トシテ火ヲ暗ルヨリモ明ナリ然レハ則チ博士カ大審院ノ判旨ヲ以テ所謂借財トハ金品給與ノ債務ヲ負擔スル總テノ行為ヲ指稱セシモノテアルトシテ居ルヤウテアルト掲言シタルハ其果シテ何ニ由リテ斯ク斷言シタルヤ予ノ大ニ惑フ所ナリ然リト雖モ大審院ノ判旨ハ唯約束手形振出ノ行為ハ民法第八百八十六條第二號ニ所謂借財中ニ包含スルヤ否ヤノ問題ヲ解決シタルニ外ナラサルコト既ニ明ニシテ絲毫ノ疑ヲ容ルヘキ餘地存セサルコト上述ノ如クナルヲ以テ予ハ問題ノ範圍ヲ此點ニ制限シタリ(以下論述スル所ハ民法第八百八十六條第二號ノ借財ニ關シテ立論スルニ止マレトモ同法第十二條一項二號第八百二條及ヒ商法第五百五十三條一項五號ニ所謂借財ニ付テモ同一ノ問題發生スヘキハ勿論ニシテ予ハ此等諸條ノ場合ニ於テモ亦一ノ論旨ヲ維持スルニ踟躕セサルナリ)博士ハ借財ノ文字ハ通俗語トシテ從來用ヒ來リシモノニシテ金錢其他之ニ準スヘキモノノ消費借貸ヲ意味スルモノナリト爲シ借財カアルト云ヘハ少クトモ金錢上ノ債務ヲ總稱スルコト多キヲ知レサレトモ借財ヲ爲スト云ヘハ必ス消費借貸ニ限ルト斷言シタリ如何ニモ借財ノ文字ハ俗間ノ

通用語ニシテ法律ノ規定ニ之ヲ製用シタルコト及ヒ通例借財ト云ハハ消費貸借ノ謂ナルコトハ予モ亦疑ハサル所ナリ然レトモ消費貸借成立ノ際貸借證書ノ授受ニ代フルニ約束手形ノ振出ヲ以テシ或ハ借金辨濟ノ途ニ窮シテ漫ニ約束手形ヲ振出スカ如キハ民間現時ノ常態ナルコトハ少シク世間ノ實情ニ通スル者ハ皆熟知スル所ナレハ借財ノ文字カ現時通俗語トシテ消費貸借ノ形式ヲ以テスルノミナラス約束手形ノ振出ニ因リテ債務ヲ負擔スルコトヲモ亦包含シタル意義ヲ有スト云フヲ以テ却テ適實ナリト云フヲ得ヘシ蓋シ通俗語ハ術語ノ如ク終始一定ノ意義ヲ有スルモノニ非スシテ世態ノ變遷ニ應シ其意義ヲ自ラ伸縮スルコトヲ免レス例之ハ唐人唐物ノ語ハ當初支那人支那品ヲ指稱スルニ用ヒシナランモ當今外國ノ交通盛ナルニ及ヒ世人概シテ外國ノ人民物品ヲ指シテ之ヲ唐人唐物ト稱シテ怪マサルヲ見テ之ヲ知ルヘシ然レハ則チ借財ノ文字カ通俗語ナリトノ一事ハ未タ以テ其意義中ニ約束手形振出ノ行為ヲ包含セサル論據トスルニ足ラサルノミナラス寧ロ之ヲ包含セシムルヲ以テ現時通俗語タル借財ノ意義ニ適スルコトハ必ス世人ノ首肯スル所ナルコトヲ信ス

博士カ借財トハ佛國民法第四百五十七條第一項第四百八十三條第四百九十九條第五百十三條ニ用ヒタル「アンプルン」(anplun)ノ語ニ相當スヘシトシタル借財トハ一切ノ債務負擔行為ヲ指稱スルヤ否ヤノ問題ニ對スル論據トシテ免モ角モナレトモ約束手形振出ノ行為ハ借財ノ字義中ニ包含スルヤ否ヲ解決スルニ付テハ之ヲ援用スルモ恐ラクハ徒勞ニ屬センコトヲ何トナレハ約束手形振出ノ行為ハ「アンプルン」ノ語ニハ包含セサレトモ之カ爲ニ佛國民法ニ於テ後見人カ未成年者ノ爲メニ約束手形ヲ振出スニハ親族會ノ許可ヲ要セス(第四百五十七條

一項)後見免除ノ未成年者カ約束手形ヲ振出スニハ親族會ノ協議ト裁判所ノ認可トヲ經ルノ要ナク(第四百八十三條)浪費者若クハ補佐人ヲ付セラレタル者カ約束手形ヲ振出スニハ補佐人ノ立會ヲ要セス(第四百九十九條)第五百十三條)トノ結論ヲ生スルコト能ハサレハナリ蓋シ消費貸借ハ因テ以テ借主カ債務ヲ負フノ不利アリト雖モ其行為ニ因リテ一旦利益ヲ得ルヤ疑ナシ之ニ反シテ約束手形ノ振出ハ振出人モ利益ヲ得ルコトナクシテ唯其債務ヲ負フニ止マルコト有リ得ヘキ性質ノ行為ナルヲ以テ自由ニ消費貸借ニ因リテ債務ヲ負フコトヲ得サル者ハ進一層ノ理由ニ因リテ自由ニ約束手形ヲ振出スコトヲ得スト推論スルコトヲ得ヘキコトハ當然ニシテ此ノ如キ論理ハ佛國民法ノ解釋ニハ最モ必要缺クヘカラサルコトハ特ニ予ノ暇々スルヲ待タス故ニ知ル若シ博士カ大審院ノ判旨ハ唯約束手形振出ノ行為ハ民法第八百八十六條二號ノ借財ニ包含スト云フニ外ナラサルコトヲ領得セシナラハ前掲佛國民法ノ諸正條ヲ援用スルノ舉ニ出テサリシコトヲ

博士カ民法第十二條一項二號第八百八十六條二號ニ借財又ハ保證ヲ爲スコトアルヲ援用シ又民法第十二條一項三號七號八號及ヒ第八百八十二條ヲ援用シテ論述セラレタルハ猶其佛國民法ヲ援用シタルカ如ク惜ムラクハ均シク是徒勞ニ歸スルヲ免カレサルコトヲ何トナレハ其論スル所ハ渾テ借財トハ一切ノ債務負擔行為ヲ指稱シタルニ非サルコトヲ發揚スルニ止マリ其所謂借財ノ意義ニ約束手形振出ノ行為ヲ包含スルヤ否ノ問題ニ付テハ直截ニ駁シテ及ホス所ナクハナリ蓋シ約束手形振出ノ行為ハ消費貸借以外ナル債務負擔ノ一行爲ニ相違ナシト雖モ民法第八百八十六條第二項ニ所謂借財トハ一切ノ債務負擔行為ヲ指シタルモノ

○非○ス○ト○論○結○シ○タ○リ○ト○テ○直○ニ○其○借○財○ノ○意○義○中○ニ○約○束○手○形○振○出○ノ○行○爲○ヲ○包○含○セ○サ○ル○斷○案○ト○ス
 ○ル○ニ○足○ラ○ス○何○ト○ナ○レ○ハ○借○財○ト○ハ○一○切○ノ○債○務○負○擔○行○爲○ニ○非○ス○ト○云○ヘ○ル○語○ハ○直○ニ○借○財○ト○ハ○消○費
 ○貸○借○ノ○謂○ナ○リ○ト○ノ○意○味○ヲ○有○ス○ル○コ○ト○能○ハ○サ○レ○ハ○ナ○リ○是○故○ニ○如○上○博○士○ノ○言○議○ニ○關○シ○テ○予○ハ○多
 ○小○述○ヘ○ン○ト○欲○ス○ル○意○見○ナ○キ○ニ○非○サ○レ○ト○モ○本○題○ノ○解○決○ニ○必○要○ナ○ラ○ス○ト○信○ス○ル○ニ○因○リ○茲○ニ○贅○辯
 ○セ○サ○ル○ヘ○シ

博士ハ「約束手形ノ振出ハ随分危険ノ多イモノテアルカラ母カ未成年ノ子ノ爲メニ之ヲ爲ス
 ニハ親族會ノ同意ヲ要スルモノトスル方カ宜イト云フ立法論ハ固ヨリ一應ノ理由アル云々
 予カ起草ノ際ニモ充分考ヘタコトテアツタカ兎ニ角我民法ヲハ之ヲ必要トシナカッタノテア
 ルト述ヘラレタレトモ予カ嘗テ論シタルコト有ルカ如ク起草者一人ノ所思ハ必スシモ編纂
 者全員ノ意思ナリト云フヲ得ス況ヤ其必スシモ立法者ノ意思ニ一致スルコトヲ期スヘケン
 ヤ故ニ縱令起草者ハ借財ノ字義中ニ約束手形振出ノ行爲ヲ包含セシメサル意思ナリシトス
 ルモ前既ニ述フル如ク現時通俗語タル借財ノ字義ニハ約束手形振出ノ行爲ヲ包含セシムル
 ナリテ適實ナルモノトスレハ本題ハ立法論ニ非スシテ法律ノ解釋論ナリト斷言スルヲ妨ケ
 ス加之立法ノ主義果シテ博士ノ述フルカ如キ事實ナリト假定スルモ予ハ尙本題ノ如ク法律
 ノ解釋論トスヘキ餘地アル場合ニ於テハ徒ニ立法萬能ノ主義ニ拘泥センヨリハ寧ロ法律解
 釋ノ問題トシテ之ヲ研究スルコト予置法曹ノ本分ニシテ所謂法律ノ活用實ニ此ニ在リト信ス
 又博士ハ「約束手形ノ振出其レ自身ニ付テハ親族會ノ同意ヲ要セメノテカルカ若シ之カ右ニ
 論シタル意味ノ借財ノ方法テアルコトカ證據立テラレタナラハ借財トシテ親族會ノ同意ヲ

要スルノテアル云々」ト論セラレタリ果シテ此ノ如クナレハ母カ未成年者ノ爲メニ約束手形ヲ
 振出シタル場合ニ於テハ假令其消費貸借ニ原因シタル事實ノ證明アリトモ予ハ民法第八百
 八十六條ニ於テ未成年者ノ利益ヲ保障シタル趣旨半ハ其目的ヲ達スルコト能ハサルヲ恐ル
 今誠ニ博士ノ見解ニ從ヒ消費貸借ニ付テハ親族會ノ同意ヲ要スレトモ約束手形ノ振出ニ付
 テハ之ヲ要セサルモノト假定スレハ未成年者ノ母カ親族會ノ同意ヲ得シテ他ヨリ若干ノ
 金額ヲ借入レ之ニ交付スルニ約束手形ヲ以テシタル場合ニ於テ其事相果シテ如何ト釋ヌル
 ニ當事者間ニ於テ親族會ノ同意ヲ得ル手續ノ煩ヲ避ケテ約束手形ノ振出ヲ爲スノ舉ニ出タ
 ル假託ノ事實ハ常ニ存スヘケレトモ必スシモ之ヲ指シテ虚偽ノ意思表示ナリト云フヲ得ス
 何トナレハ振出人(未成年者ノ母)ト相手方タル受取人トノ間ニハ或ハ約束手形ヲ振出シタレ
 トモ其實唯消費貸借ノ關係ヲ生セシムル意思ニ出テ手形債務ヲ成立セシムル意思ナキコト
 有ルヘク(虚偽ノ意思表示)又或ハ相互ノ間眞ニ手形債務ヲ成立セシムル意思ニ出ツルコト有
 ルヘケレハナリ抑虚偽ノ意思表示ニ出テタル約束手形ハ其無効タルヲ勿論ナレトモ善意ノ
 第三者ニハ其無効ヲ對抗スルヲ得サルヲ以テ被裏書人カ善意ニ該約束手形ヲ取得シタルト
 キハ之ニ對シテ振出人ハ到底手形上ノ債務ヲ免ルルヲ得ス虚偽ノ意思表示ニ因ル無効ノ約
 束手形ト雖モ尙此ノ如クナレハ親族會ノ同意ヲ得シテ爲シタル消費貸借ナルヲ理由トシ
 テ未成年者又ハ其法定代理人カ取消ノ意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テ其取消ハ善意ノ第三
 者タル被裏書人ニ對抗スル能ハサルハ蓋シ自明ノ理ナリト信ス何トナレハ通例約束手形ノ振
 出ニ付テ親族會ノ同意ヲ要セサルモノトスレハ第三者タル被裏書人ノ見地ヨリ之ヲ云フト

キハ此場合ニ於ケル約束手形モ亦其實質形式一トシテ適法ナラサルハ無キヲ以テナリ(約束手形ノ振出ニ付テ親族會ノ同意ヲ要スル説ニ從ヘハ其同意ヲ得サル理由トシテ取消ノ意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テ取消ノ效力ハ獨振出人ト受取人トノ間ニ生スルニ止マラス善意ノ被害者人ニモ亦對抗スルヲ得ルハ勿論ナリ何トナンハ未成年者ノ母ハ親族會ノ同意ヲ得サルトキハ絶對ニ約束手形ヲ振出スコト能ハサレハナリ)果シテ然レハ約束手形ハ融通ヲ以テ其本來ノ性質ト爲スモノナレハ永ク受取人ノ手ニ留マルコトハ極メテ稀ニシテ第三者ニ裏書セラルルヲ通例トスヘキハ必至ノ狀勢ナリト云ハサルヲ得ス是故ニ未成年者又ハ其法定代理人カ取消ノ效力ニ因リテ手形債務ヲ免レント欲スルハ殆ト難シト云ハサルヲ得ス是予カ民法第八百八十六條ノ規定タル未成年者保障ノ目的半ハ之ヲ達スルコト能ハサルヲ恐ルトト云ヒタル所以ナリ上來論述シタル所ハ記名式手形ニ付テ觀察シタルニ外ナラサレトモ未成年者ノ爲メニ寒心スヘキコト既ニ少シトセス若シ夫手形カ無記名式ニテ振出サレタル場合ニ於テハ未成年者ノ危險一層甚シキモノ有ルハ復多言ヲ待タズ嗟夫未成年者ノ危險此ノ如ク甚深ナルニ拘ラス約束手形ノ振出ニ付テハ立法者カ冷眼之ヲ看過シテ親族會ノ同意ヲ得ルノ要ナク未成年者ノ母カ自由ニ振出スコトヲ得ルモノト爲シタリトハ到底予ノ信セント欲シテ能ハサル所ナリ

以上梅博士ノ論旨ニ對スル評語中ヨリシテ民法第八百八十六條二號ニ所謂借財ニハ約束手形振出ノ行爲ヲ包含ストノ論旨ヲ維持スル資料ニ供スヘキモノニ項ヲ摘示スルヲ得ヘシ即チ約略左ノ如シ

- 一 借財ノ文字ハ現時ノ通俗語トシテハ約束手形振出ノ行爲ヲ包含スル意義アリトスルヲ以テ社會ノ實情ニ適切ナリトスヘキコト
 - 二 未成年者ノ母カ約束手形ヲ振出スニ付テハ親族會ノ同意ヲ得ルヲ要セサルモノトスルトキハ其約束手形ノ振出ヲ以テ消費貸借ノ方法ト爲シタル場合ニ於テ民法第八百八十七條ノ規定存スルモ未成年者カ手形上ノ義務ヲ免ルルコト殆ト稀ニシテ其不幸危險誠ニ寒心ニ堪ヘサルコト
 - 予ハ更ニ第三及ヒ第四ノ論據トシテ民法第八百八十六條中ノ規定ニ就テ之ヲ指摘スヘシ
 - 三 同條二號ニ「借財又ハ保證ヲ爲スコト」ヲ列記シ即チ借財ニ對シテ保證ヲ掲ケタルハ頗ル注目ノ價アリ抑所謂保證トハ獨民法ニ規定シタル保證債務ヲ指シタルニ止マラスシテ手形ノ保證(商法第四百九十七條乃至第四百九十九條)モ亦之ヲ包含スルコトハ殆ト疑ナキコト、信ス夫既ニ未成年者ノ母カ手形ノ保證ヲ爲スニ付テハ親族會ノ同意ヲ要スルモノトスレハ其自ラ未成年者ノ爲メニ手形ヲ振出スニ付テ親族會ノ同意ヲ要セサルノ理果シテ焉ニカアルヤ
 - 四 同條二號ノ借財トハ果シテ消費貸借ノ謂ナリトスレハ同條ニ於テ消費貸借及ヒ重要ナル動産ニ關スル權利ノ喪失ヲ目的トスル行爲若クハ之ニ關スル和解又ハ仲裁契約ヲ爲スニ付テ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要スト爲シタルニ拘ラス約束手形ノ振出ニ付テ其必要ナシトスルハ權衡ヲ失スルコト亦太甚シ
- 如上四項ノ理由ニ依リ民法第八百八十七條二項ニ借財ト在ルハ獨消費貸借ヲ指稱シタルニ

止マラス約束手形ノ振出ニ因リテ債務ヲ負擔スルコトモ亦其中ニ包含スルモノト解釋スル
說ハ予ハ斷シテ其河漢ノ言ニ非サルコトヲ知ル

益友志方鍛君ハ「法曹記事」(二五〇號二九頁以下)ニ於テ予ガ法學志林(五三號三一
頁以下)ニ掲ゲタル判例批評ニ對シ反對說ヲ述ベラレタガ不幸ニシテ其說ニ甘
服スルコトガ出來ヌ故早速之ニ對スル卑見ヲ公ニセウテ思ウテ居タケレドモ、
當時公務多忙ノタメ例月ノ判例批評サヘモ休載シタ位デアツタカラ、七月發兌ノ
分ニハ是非載セタイト思ウテ居タ處是レ亦諸學校ノ試験デ忙シク僅ニ短簡ナ
ル判例批評ヲ掲グルコトヲ得タニ過ギナイ仕合デ、遂ニ本月マデ延引シタ段ハ
志方君及ビ讀者ニ謝セテバナラヌ

本篇ノ初ニ於テ先ヅ斷リ置カテバナラヌ事ハ予ガ批評シタル判決ト志方君ノ駁
論ニ引用セル判決トハ同一テナイト云フコトデアル、是ハ予ガ「法律新聞」ノ誤記ニ
據ッテ「三十六年六月三十日大審院判決」ヲ引イタ所ヨリ生ジタル齟齬デアツテ、其責ハ
予ニ在ルニ相違ハナイガ併シ予ハ他ノ「法學志林」及ビ「法律經濟」ニ同月二十七日ノ
判決トシテアルノヲ見テ其孰レガ正シキカヲ判ジ兼テ故特ニ括弧中ニ此事ヲ

掲ゲテ置イタノデアルカラ、此ノ如キ齟齬ヲ生ジャウトハ豫期シナカタノデア
ガ、兎ニ角予ノ不調ヨリ之ヲ生ジタルデアルカラ、深ク志方君及ビ讀者ニ謝セテバ
ナラヌ

右様ノ次第デ予ガ批評シタ判決ニハ明カニ「借財トハ……金品給與ノ債務ヲ負擔
スル總テノ行爲ヲ指稱セシモノト解スルヲ相當トス」ト書イテアル故ニ、之ニ對ス
ル志方君ノ駁論ニ答フル必要ハナカラウト思フ、唯假ニ問題ヲ約束手形ノ振出ダ
ケニ限ッテ論ジテモ予ノ意見ハ毫モ變ラヌノデアルカラ、此點ノミニ付テ志方君ニ
答ヘヤウト思フ

志方君ガ約束手形ノ振出ヲ借財ナリトセラルル主タル論據ハ二ツアルヤウデア
ル、其一ハ借財ノ文字ガ通俗語トシテ約束手形ノ振出ヲ包含スルト云フコト、其二
ハ約束手形ノ振出ハ危険ナルガ故ニ之ヲ借財中ニ包含セズトスレバ消費貸借其
他ノ行爲ニ關シ能力權限ニ制限ヲ加ヘタルト權衡ヲ得ヌト云フコトデアル、以下
順次之ヲ駁論シャウト思フ

一 「借財」ハ通俗語トシテ約束手形ノ振出ヲ包含セズ

志方君ハ「借財」ノ文字ハ現時ノ通俗語トシテ約束手形振出ノ行爲ヲ包含スル」ト曰
 ハルレドモ其證左ヲ舉ゲラレヌカラ頗ル君ノ言ヲ信ズルニ踟躇スルノデアアル予
 ノ平素交際スル所ハ敢テ大審院判事諸公ヨリ狹シトハ信ゼヌノデアアルガ未ダ會
 テ約束手形ノ振出其自身ガ借財デアルト云フコトハ聞カヌノデアアル且志方君ノ
 論說中ニモ寧ロ反對ヲ證スル言ガアル志方君ノ曰ハルルニハ「消費貸借成立ノ際
 貸借證書ノ授受ニ代フルニ約束手形ノ振出ヲ以テシ或ハ借金辨濟ノ途ニ窮シテ
 漫ニ約束手形ヲ振出スガ如キハ民間現時ノ常態ナルコトハ少シク世間ノ實情ニ
 通スル者ハ皆熟知スル所ナレハ借財ノ文字カ現時通俗語トシテ消費貸借ノ形式
 ヲ以テスルノミナラス約束手形ノ振出ニ因リテ債務ヲ負擔スルコトヲモ亦包含
 シタル意義ヲ有スト云フヲ以テ却テ適實ナリト云フヲ得ヘシ」トノ事デアアル右ノ
 前提中前段ハ固ヨリ予ガ爭ハザル所デアアルガ法學志林五三號三五頁後段ノ「借金
 辨濟ノ途ニ窮シテ約束手形ヲ振出ス」ノハ決シテ新ニ債務ヲ負擔スルモノデナウ
 テ既存ノ債務ヲ承認スルニ方リ手形法ノ制裁ヲ受クルコトヲ甘ジ債權者ニ手形
 法ヨリ生ズル一切ノ利益ヲ與フルモノデアアテ恰モ私署證書ニ依テ債務ヲ負擔セ

シ者ガ期限ニ至リ延期ヲ得ルタメ公正證書ヲ作ラシムルノト其趣ヲ同ジウシテ
 居ルノデアアル此場合ガ新ニ債務ヲ負擔スル所ノ借財デアルト云フコトハ必ズシ
 モ予ガ寡聞ナルガタメ未ダ聞カザル所デアアルトハ信ジ難イノデアアル
 志方君ハ予ガ「借財」ノ文字ハ佛語ノ「アンブルン」(empty)ヨリ來タノデアラウト論
 ジタノニ對シテ之ヲ援用スルモ恐ラクハ徒勞ニ屬センコトヲ何トナレハ約束手
 形振出ノ行爲ハ「アンブルン」ノ語ニハ包含セサレトモ之カ爲ニ佛國民法ニ於テ後
 見人カ未成年者ノ爲メニ約束手形ヲ振出スニハ親族會ノ許可ヲ要セス後見免除
 ノ未成年者カ約束手形ヲ振出スニハ親族會ノ決議ト裁判所ノ認可トヲ經ルノ要
 ナク浪費者若クハ補(佐)人ヲ付セラレタル者カ約束手形ヲ振出スニハ補佐人ノ
 立會ヲ要セストノ結論ヲ生スルコト能ハサレハナリ」ト曰ハレタルガ予ハ之ニ對
 シテニツノ言フ事ガアル一ハ既ニ志方君ガ「約束手形振出ノ行爲ハ「アンブルン」ノ
 語ニ包含セザル」コトヲ自白スル以上ハ「アンブルン」ノ譯語ト視ルモ差支ナキ「借財」
 ノ中ニハ約束手形ノ振出ヲ包含セザルコトヲ認メ予バナラヌト云フコト一ハ志
 方君ガ佛國民法ニ於テ約束手形ノ振出ニ借財ト同一ノ能力權限ヲ必要トセルガ

如ク論ゼラルルノハ少クモ通説ニ反スルヤウデアルト云フコトデアアル實ハ四五ノ著書ヲ緋イタノデアアルガ直接ニ此問題ヲ論ジテ居ルノヲ發見シタノハ「ボエーダ」ノミデアアルガ (Boudant, Cours de droit civil français, I, et at la capacité des personnes, II, n 988, P. 517) 他モ同説ノヤウニ見ユル

二 約束手形ノ振出ノ危険ヲ言ヒ他ノ行爲トノ權衡ヲ論ズルハ立法論ナリ
立法論トシテ手形ニ署名スルニ付テハ「敢テ」約束手形ノ振出ト曰ハズ(借財ヲナスト同一ノ能力權限ヲ要スルモノトスル理由ナキニ非ザルコトハ前論既ニ述ベタル通デアアルガ) 我民法ハ行爲ノ實質ヲ視テ、民一二、一項、八〇二、八八六、商五五三、一項ニ掲ゲタル行爲ノタメニナシタル手形行爲ナラバ、此等ノ規定ヲ適用スベク、其他ノ場合ニ於テハ他ノ方法ヲ以テ債務ヲ負擔スルノト同ジ事ト視テ特ニ制限ヲ設ケナカッタモノト認メナケレバナラヌ、或ハ斯ノ如クニテハ第三者ノタメニ危険デアルト曰フカモ知レヌガ、無能力者又ハ權限ニ制限アル代理人ト取引ヲナシ又ハ此等ノ者ノ署名アル手形ヲ授受スル者ハ常ニ其邊ノ注意ヲナスベキ筈デアッテ之ガタメニ善意者ガ損失ヲ被ムルコトハ滅多ニナカラウト立法者ハ思ウタノデア

ラウ(因ニ云フガ、前論ニ「予」ガ起草ノ際ニモ十分考ヘタ云々ト云ヒシヲ志方君ハ起草者ノ所思ヲ以テ立法者ノ意思トスル者ト誤解セラレタヤウデ、タメニ數百言ヲ費ヤサレタケレドモ、是ハ予ガ意外トスル所デアアル、起草者ノ意思ハ立法者ノ意思ニ非ズト云フコトハ予ガ殆ド口癖ニ申ス程ノ事デ、ソウ云フ考ハ夢想ニモ浮バナカッタ事デアアルガ、唯予ハ乏シキヲ法典起草ノ任ニ承ケタ故、時ト事情トノ許ス限リハ微力ヲ盡シタ積デアアル、然ルニ能力及ビ權限ニ關シテ規定ヲ設クルニ方ッテ、手形行爲ニ關スル制限ヲ存スベキヤ否ヤト云フガ如キ大問題ニ心付カズシテ之ニ關スル規定ヲ設ケナカッタアッテハ予ノ責任容易ナラザル譯デアアルカラ、一言此事ヲ辯ジタマデデアアル、此類ノ事ハ今後トモ毎度アルデアラウカラ、豫メ志方君及ビ讀者ノ誤解ナカラントヲ希望シテ置クノデアアル)

併シ志方君ハ消費貸借ノ場合ニ於テ約束手形ヲ振出ストキハ自ラ二個ノ行爲ヲ成シテ、消費貸借ヲ取消シテモ約束手形ノ振出ヲ取消スコトハ出來ヌトシテ居ルヤウデアアルガ(志方君ハ全ク本文ノ如ク言ッテ居ルノデハナイケレドモ、之ヲ本文ノ如ク解センケレバ論旨ガ貫カヌヤウニ見ユルノミナラズ、假ニ志方君ノ論旨茲ニ

在ラズトスルモ、此點ハ殆ド予ガ説ニ對スル唯一ノ攻難點デアルベキモノト思フ故ニ、特ニ問題ヲ本文ノ如ク定ムル必要ガアル。勿論是ハ二個ノ行爲トシテ視ラレスコトハナイケレドモ、我民法ハ此主義ヲ取ラナカッタヤウデアアル、何トナレバ若シ此主義ヲ取レバ能力及ビ權限ニ關シテ手形行爲ノ事ヲ規定シナイ筈ガナイカラデアアル、抑、我民法ハ能力及ビ權限ニ關シテハ主トシテ佛法主義ヲ取ッタノデアアルカラ、矢張佛國ニ於ケルガ如ク手形行爲ニ付テモ之ガ能力、權限ヲ定ムルニハ常ニ行爲ノ實質ヲ視テ、借財ノタメニ手形ヲ發行スル者ハ借財ニ關スル能力、權限ヲ要スルモノトシ、保證ノタメニ手形ニ裏書スル者ハ保證ニ關スル能力、權限ヲ要スルモノトシタノデアアルト解スルヲ至當トシナケレバナラス。

序ニ保證ニ付テ一言スルガ、志方君ハ、民法第八百八十六條二號ニ、借財又ハ保證ヲ爲スコトヲ列記シ即チ借財ニ對シテ保證ヲ掲ケタルハ頗ル注目ノ價アリ抑所謂保證トハ獨民法ニ規定シタル保證債務ヲ指シタルニ止マラスシテ、獨民一八二二、一〇號(同一六四三)一項、一六八六ニ掲ゲタル保證債務 (Bürgschaft) 中ニハ理論上手形ノ保證ヲモ包含スルコトハ明カデアアルケレドモ、獨手形法八一、手形ノ行爲ニ付

テハ別ニ同條九號ノ明文アルガ故ニ、自ラ其適用ガナイノデアアル(手形ノ保證モ亦之ヲ包含スルコトハ殆ト疑ナキコトト信ス夫既ニ未成年者ノ母カ手形ノ保證ヲ爲スニ付テハ親族會ノ同意ヲ要スルモノトスレハ其自ラ未成年者ノ爲メニ手形ヲ振出スニ付テ親族會ノ同意ヲ要セザルノ理果シテ焉ニカアルヤ)ト痛論セラレタノデアアルガ、是ハ志方君ノ御辭トモ覺エヌ、普通ノ債務ニ在ッテハ借財ノ場合ノ外未成年者自身ノタメニ債務ヲ負擔スルニハ親族會ノ同意ヲ要セザルヲ本則トスルコトハ志方君モ認メテ居ラルルデハナイカ、然ルニ未成年者ニ代ハッテ他人ノタメニ保證ヲナスニハ其原因ノ何タルヲ問ハズ親族會ノ同意ヲ要スルノデアアルカラ、手形ニ在ッテモ未成年者自身ノタメニ之ヲ振出スニハ親族會ノ同意ヲ要セザルニ拘ハラズ、他人ノタメニ之ガ保證ヲナスニハ親族會ノ同意ヲ要スルモノトシタ處デ、何ノ怪シムベキコトガアラウカ。

一〇 親族會ノ違法決議

當然ノ家督相續人タル者ナキカ爲メ、適法ニ招集セラレタル親族會カ民法第九百八十二條ノ

規定ニ則リ既ニ其決議ヲ以テ被上告人ヲ家督相續人ニ選定セシモノタル上ハ其決議上相續
順序ノ變更ニ關シ遵守スヘキ同法第九百八十三條ノ規定ニ違背セシ點アリト假定スルモ該
決議ニ對スル不服ノ訴ヲ提起シ之カ取消ノ裁判ヲ受ケサル限りハ其選定ヲ當然無効トスル
ヲ得ス是レ同法第九百五十一條ノ規定アル所以ナリ(明治三十六年四月七日大審院第一民事
部判決理由)

明治三十六年四月七日大審院判決トシテ「法學志林四四號(八三頁)ニ掲ゲタルモノ
ハ誤テ居ルト思フ(尙ホ和佛法律學校講義錄三十六年度一部一六號高等科一二號
ヲ看ヨ)右ノ判決ニ據レバ親族會ガ民九八三ノ規定ニ違背シテ家督相續人ヲ選定
シタル場合ニ於テモ民九五一ノ規定ニ依リ不服ノ訴ヲ起サナケレバ其決議ハ無
效トハ謂ヘヌトシテ居ルヤウデアアルガ是ハ全ク民九五一ノ規定ヲ誤解シタルモ
ノデアルト思フ、民九五一ハ親族會ノ決議ハ適法ナルモ其實質ニ付キ不服ナル者
例ヘバ民九八二ノ場合ニ於テ家女タル配遇者ナキトキハ兄弟中誰ヲ選ブモ適法
デアアル、然レドモ年長ニシテ才覺アル者ヲ含キテ年少ナル愚鈍ノ者ヲ選ンダナラ
バ其決議ノ不當ナルコトハ殆ド明カデアアル、此場合ニ於テ親族會員中ノ一人其他
ノ利害關係人等ヨリ不服ヲ訴フルニハ民九五一ニ依ルベキモノトシタノデアッテ、

其決議ガ全ク違法、不法ノ時ニモ矢張不服ノ訴ガナケレバ有效デアルト曰フハ全
ク誤テ居ルト謂ハチバナラヌ、然ルニ本件ニ於テハ親族會ガ民九八三ニ依リ裁判
所ノ許可ヲ得ルコトナクシテ民九八二ノ順序ヲ變更シタリト曰フノデアアルカラ、
其決議ノ違法、不法ナルコトハ一點ノ疑モナイ(若シ事實ガ證明セラレタナラバ)抑、
親族會ハ一ノ法律上ノ機關デアッテ其權能ハ法律ニ由テ限定セラレテ居ルカラ、其
權能以外ニ於テハ法律上ノ存在ナキモノデアアル、然ルニ法律ハ漠然ト家督相續人
ノ選定權ヲ之ニ與ヘタノデハナウテ明カニ親族會ハ左ノ順序ニ從ヒ家族中ヨリ
家督相續人ヲ選定ス(ト曰ヒ)次ノ條ニ至ッテ「正當ノ事由アル場合ニ限り裁判所ノ許
可ヲ得テ前條ニ掲ゲタル順序ヲ變更スルコトヲ得ル旨ヲ規定シテ居ルノデアアル、
然ルニ此規定ニ反シテ選定シタル相續人ガ民九五一ノ不服ノ訴ナケレバ、即チ一
个月ヲ過グレバ有效トナッテ仕舞フト曰フナラバ全ク家族ナラザル他人ヲ選定シ
テモ有效デアルト謂ハチバナラズ、甚シキハ民九六九ノ缺格者ヲ選定シテモ亦有
效デアルト謂ハチバナルマイ、如何ニ民法ガ不完全デアッテモ斯程マデニ亂暴ナル
事ヲ認ムルモノトハ解シ難イノデアアル、先ヅ文理解釋トシテモ民九五一ニ「親族會

ノ決議ニ對シテ「ト云フハ既ニ決議ノ存在スルコトヲ意味スルノデアラカラ、右ノ諸例ノ如キ不法ニシテ法律上ノ存在ヲ有セザル決議ニハ適用スベキモノデナイト解スルノガ普通ノ解釋デアアル、又論理解釋トシテハ斯ノ如キ不法ナル決議ガ僅カ一ヶ月間不服ヲ訴フル者ガナケレバ有效トナツテ仕舞フト規定シタモノトハ思ハレヌ、故ニ右ノ判決ハ全ク不當デアルト謂ハチバナラヌ」(法典質疑錄六六號一五頁民一四一三號問題參觀)

一一 親族會決議全部ノ無效

依テ按スルニ親族會員三名アル場合ニ於テ其會員中ノ一名闕席セルトキト雖モ會員ノ過半數(即チ二名)ノ一致ヲ得ルトキハ其決議ハ有效アルコト勿論ナルモ議事ニ付表決ノ數ニ加ハルコトヲ得サル者カ其數ニ加ハリタルトキハ其決議ノ全部カ無效ニ歸スヘキハ辯チ俟タサル所ナリ故ニ原院カ係爭決議ハ民法第九百四十七條第二項ニ違背シタルモノニシテ其全部無效ニ屬スル旨ノ判斷ヲ爲シタルハ毫モ不法ニアラス依テ本論旨モ亦理由ナシ云々(明治三十五年十月二十五日大審院第一民事部判決理由)

明治三十五年十月二十五日大審院判決ノ要旨トシテ法典質疑錄(五七號七五頁)ニ

掲グル所ノモノハ不當デアアルヤウニ見ユル、即チ親族會ノ議事ニ付キ表決ノ數ニ加ハルコトヲ得ザル者ガ其數ニ加ハリタルトキハ該決議ノ全部無效ニ歸スルモノトス「トアルガ是ハ原則トシテ謬ッテ居ルト謂ハチバナラヌ、原則トシテハ唯表決ノ數ニ加ハルコトヲ得ナイ者(多分民九四七、二項ノ者)ノ表數ヲ控除シテ多數ノ計算ヲスレバヨイノデアアル、何トナレバ「議事ニ干與スルコトヲ得ス」ト書イテナイカラデアアル、而シテ本件ニ於テハ親族會員三名ノ中一名ガ表決ノ數ニ加ハルコトヲ得ナイ者デ他二名ノ意見ノ一致シテ居ル場合ノ如ク見ユルカラ、假令決議書ニハ「全會一致」ト書イテアツテモ其一人ハ決議ノ點カラ觀レバ全ク出席シテ居ラヌモ同ジ事デアアル、唯無記名投票ノ場合ニ於テ一人ノ投票如何ニ因ッテ可否ノ決スベキトキニ其投票者ノ一人ガ表決ノ數ニ加ハルコトヲ得ナイ者デアツタナラ、果シテ多數決ガアツタカ、ナカッタカ分ラヌカラ、未ダ決議ノアツタモノトハ謂ハレヌ、即チ決議ハ無效デアルト謂ッテモヨカラウト思フ

一一一 三タビ親族會ノ決議ニ對スル不服ノ訴ヲ論ズ

其決議假令法令ノ規定ニ違背スル所アルモ當然無効ナルモノニ非ス其無効ハ必スヤ裁判所ノ宣言アルコトヲ要ス故ニ若シ本訴請求ノ趣旨ニシテ無効ノ宣言ヲ求ムルニ在ラスシテ被上告人ナシテ決議ノ無効ヲ確認セシメント欲スルニ在ラハ其訴ハ不適法タルコトヲ免レス云々(明治三十七年六月十八日大審院第一民事部判決理由)

明治三十七年十一月十七日同院同部ノ判例ノ殆ト全文ハ博士ノ批評中ニ引用セラレアルヲ以テ之ヲ略ス(編者)

予ハ親族會ノ決議ニ對スル不服ノ訴ノ目的ニ付キ既ニ再度法學志林ニ論ジタノデアル(五一號三四頁以下五六號三〇頁以下)又法典質疑錄六六號一五頁然ルニ不幸ニシテ大審院ハ前説ヲ固執シテ其判決例ヲ改メナイニ因ッテ(三十七年六月十八日判決法學志林六二號九〇頁)法政大學講義錄三十八年度三號雜報六頁法典質疑錄七卷一〇號判例摘要集五七頁同年十一月十七日判決法學志林七卷一號七二頁法政大學講義錄三十八年度二一號雜報四一頁尙ホ法律新聞二五〇號一二頁ニハ

同月二十四日判決トシテ同一ノ判決ヲ掲ゲタリ孰レガ正シキカ予ハ茲ニ三タビ此問題ヲ論ズルノ已ムヲ得ザルニ至ッタノデアアル

予ハ先ヅ左ニ三十七年十一月ノ判決ノ理由ノ殆ト全文ヲ掲グルコトトシヤウ親族會ノ決議ニ對シテハ民法第九百五十一條ノ規定ニ從フニ非ザレバ不服ヲ訴フルコトヲ得ザルモノトス何トナレバ法律ガ特ニ民法第九百五十一條ヲ規定シタルノミニテ他ニ何等ノ規定ヲ設ケザルニ由テ之ヲ見レバ他ノ方式ニ依リ出訴スルコトヲ許サル法意ノ存スルコトヲ知ルニ難カラザレバナリ而シテ同條ニ所謂親族會ノ決議ハ實質上無効ナルモノト取消シ得ベキモノトヲ區別セズ苟モ親族會ノ爲シタル決議ハ總テ包含スルモノナルコトハ解釋上毫モ疑ヲ容レズ蓋シ親族會ノ決議ハ假令實質上無効ナリトスルモ形式上存在シ之ヲ執行シ得ベキモノナレバ法律ノ規定ニ從ヒ之ニ對シ不服ヲ唱ヘ之ガ救濟ヲ求ムルニ非ザレバ之レヲ動カスコトヲ得ザルハ猶民事裁判所ノ判決ハ假令其實質ニ於テハ無効ナリトスルモ上訴又ハ再審ノ方式ニ依リ之ガ救濟ヲ求ムルニ非ザレバ之ヲ動カスコト能ハザルガ如シ既ニ實質上無効ナル親族會ノ決議

ニ對シテモ裁判上ノ救済ヲ要ストセバ民法第九百五十一條ヲ狹義ニ解釋シテ
 獨リ親族會ノ有效ナル決議ニ對スル救済方法ノミヲ定メタルモノト爲シ決議
 取消ノ訴ノミヲ提起スルコトヲ許シ決議無効ノ訴ヲ許サルモノト爲ス可カ
 ラザルヤ固ヨリ論ヲ俟タズ若之ヲ斯ノ如ク狹義ニ解釋スルトキハ實質上無効
 ノ決議ニ對シテハ他ニ何等ノ規定ナキヲ以テ裁判上救済ヲ求ムルコトヲ得ザ
 ルガ如キ不當ノ結果ヲ來タスベク云々

予ハ前二稿ニ於テ民九五一ノ規定ハ本來不法ニシテ無効ナル決議ニ對スル救済
 方法ニ非ズシテ本來有效ナルモ不當ナル決議ニ對スル救済方法ナルコトヲ詳論
 シタノデアアルカラ右ノ判決ニ對シテハ唯一言スレバ宜イト思フ其ハ外デモナイ
 ガ親族會ノ決議ニ對シテ不服ヲ訴フルコトヲ得ルノ規定ハ民九五一ノミデア
 カラ若シ同條ガ有效ナル決議ニ對スル救済方法ノミデアアルナラバ無効ナル決議
 ニ對シテハ一切訴フル途ガナクナルト云フ議論ニ就イテデアアル然ラバ予ハ大審
 院ニ反問セウ債權者ガ債務者ノ法律行爲ヲ攻撃スルコトヲ得ルノ規定ハ民四二
 四ノミデアアルカラ假令無効ナル法律行爲デモ債權者ガ之ヲ攻撃スルニハ矢張民

四二四ニ依ラナケレバナラヌデアアラウカト願フニ無効ナル行爲ハ法律上ハ成立
 セザルモノデアアテ恰モ何等ノ行爲モナクカト同ジデアアル故ニ態々之ヲ無効ト
 スルタメ訴ヲ起ス必要ハナイノデアアルガ唯利害關係人ガ之ヲ争フ場合又ハ之ヲ
 争フ恐アル場合ニ於テ豫メ之ヲ確認セシムル必要アルガ爲メ所謂確認ノ訴ヲ起
 スノデアアル譬ヘバ商一六三ノ總會決議無効宣告ノ訴ノ如キハ學者ニ依リテハ取
 消ノ訴デアアルト曰フ位デ無効ノ宣告アルマデハ法律上假ニ成立シテ居ルモノト
 視ナケレバナラヌ其レ故ニ特ニ無効ノ宣告ヲ必要トスルノデアアル而シテ此場合
 ハ總會召集ノ手續又ハ其決議ノ方法カ法令又ハ定款ニ反スル場合デアアテ其決議
 事項ガ不法ナル場合ニ於テハ無効ノ宣告ハイラヌノデ利害關係人ハ必要アル場
 合ニ於テハ何時ニテモ其無効ヲ主張スルコトヲ得ルノデアアルガ唯豫メ之ヲ確認
 セシムル必要ノアル場合ニハ確認ノ訴ヲ起スノデアアル親族會ノ決議ニ就イテハ
 召集ノ手續又ハ其決議ノ方法ガ違法ナル場合ニ於テ特ニ無効ノ宣告ヲ請求スベ
 キ規定ガナイカラ是ハ形式ノ不法ナル場合ト實質ノ不法ナル場合トヲ問ハズ當
 然無効即チ不成立デアアル抑不服ヲ訴フルト云フノハ權力アル機關ノ行爲ニ對シ

テ服從シ難キ理由ガアルノデ之ヲ訴フルノデアアル然ルニ不法ノ決議ハ法律上不成立デアアルガ故ニ權力アル機關ノ行爲トシテ視ルコトハ出來ヌノデアアル隨ツテ之ニ對シテ不服ヲ訴フル必要ハナイノデアアル大審院ハ親族會ノ決議ヲ裁判所ノ判決ニ比シテ「假令其實質ニ於テハ無効ナリトスルモ」上訴又ハ再審ノ方式ニ依リ之ガ救済ヲ求ムルニ非ザレバ之ヲ動かスコト能ハザルガ如シト曰ツテ居ルケレドモ、裁判所ノ判決ハ決シテ當然無効ナル場合ハナイノデ、上訴又ハ再審ニ由ツテ廢棄セラル、マデハ法律上有效デアアル故ニ此ニ對シテ不服ヲ訴フルノデアアル決シテ之ヲ親族會ノ無効決議ニ比スベキデハナイ

終リニ大審院ノ判決ハ如何ニ不當ナル結果ヲ惹起スカラ證スルタメ一ノ場合ヲ想像シヤツ、親族會ガ民九〇四ニ依ツテ後見人ヲ選ブニ方ツテ民九〇八ニ該當スル者ヲ選ンダトシヤウ、大審院ノ判決ニ據レバ此決議モ民九五一一ニ依ツテ不服ヲ訴フルノ外ナイノデ、一个月ヲ過グレバ最早奈何トモスルコトハ出來ヌト謂ハズバナラナイ、併シ九〇八ノ場合ニハ適法ニ選バレタル後見人デサヘモ自ラ其職ヲ失フベキデアアルカラ、大審院ト雖モ是ガ有效デアアルトハヨモヤ曰ハヌデアラウ、若シ此

場合ニ決議ガ無効デアアルナラバ例ヘバ民九六九、九八二、九八三、九八五ノ規定ニ違反シタル決議モ亦無効デアアルト謂ハズバナナルマイ、然ラバ他ノ不法決議モ皆無効デアアルト謂フベキハ必然ノ結論デハナイ

一三 親族會ガナシタル家督相續人ノ選定

ニ對シ其選定ヲ不適當トシテ不服ヲ

訴フルコトヲ得

本案被相續人亡尾關榮太郎ノ相續人選定ハ民法第九百八十五條第一項ニ該當スルコトハ本案訴訟記録ニ徴シテ明カナリ此場合ニ於テハ父系母系如何ニ論ナク親族會ハ該第九百八十五條第一項ニ明記セラレタル者ノ中ニ於テ相續人ヲ選定シ得ヘク且親族會ハ民法第九百四十七條ノ規定ニ從ヒ過半數ヲ以テ議決スヘキモノトス故ニ親族會ノ選定決議カ該法文ニ背展セサル限リハ假令上告人等ニ於テ其選定ヲ適當ナラストスルモ之ヲ以テ該決議ニ對シ不服ヲ唱フルノ理由トナラサルモノトス(明治三十六年十一月十日大審院第一民事部判決理由)民法第九百五十一條ノ規定ハ必シモ親族會ノ決議カ法令ニ違背シタル場合ニ限リテ不服ノ訴ヲ許シタル法意ニ非サルコトハ本論旨ノ如クナリト雖モ同法第九百八十五條ノ規定ニ從ヒ親族會カ家督相續人ヲ選定スル場合ニ於テハ親族會カ同條ニ掲記シタル者ノ中ヨリ其適

第一編 民法 丁 親族 一三 親族會ガナシタル家督相續人ノ選定ニ對シ其選定ヲ不適當トシテ不服ヲ訴フルコトヲ得 二二三

當ナリト思惟スル者ヲ以テ家督相續人ニ選定スル專權ヲ有スルモノニ對シテ其選定シタル家督相續人ノ適當ナルヤ否ノ事實ニ對シテハ裁判所ノ干渉スヘキ限ニ在ラズ何トナレハ若シ之ヲ否ラストスレハ親族會ハ家督相續人ノ選定權ヲ有スル名アリテ其ノ實ヲ失フ結果ヲ生スレハナリ由是之ヲ觀レハ民法第九百八十條ニ依リ家督相續人ヲ選定シタル親族會ノ決議ニ付テハ同條及ヒ其他ノ法令ニ違背シタル場合ニ在ラサレハ裁判所ハ其決議ヲ取消スコトヲ得サルハ勿論ナレハ原判決ハ相當ニシテ本論旨ハ上告ノ理由ト爲ラス(明治三十七年一月二十八日大審院第一民事部判決理由)

明治三十六年十一月十日及ビ同三十七年一月二十八日大審院判決ニハ反對ノ見解ヲ取ツテ居ルケレドモ(法學志林五二號七七頁、法律新聞一九二號一〇頁)予ハ之ニ同意スルコトガ出來ヌノデアアル、抑、民九五ノ規定ハ親族會ノ決議ガ違法デアツテ無効ナル場合ニ適用スベキモノデハナウテ、其實質ノ不當ナル場合ニ不服ヲ訴フルコトヲ得セシムルタメニ設ケタモノデアアル(法學志林五一號三四頁、法典質疑錄六六號一五頁、民一四一三號問題ヲ看ヨ)然ラズバ訴ノ期間ヲ「一个月」ト云フガ如キ短期ニ定ムル筈ガナイ、何トナレバ如何ニ不法ナル決議ト雖モ「一个月」ヲ過グレバ最早之ヲ攻撃スル道ガナイト曰ッタラ何人モ皆其不當ヲ鳴ラスベキデアルカラデ

アル、故ニ民九五ノ規定ハ親族會ノ決議ノ實質ヲ不當トスル者ノタメニ設ケタモノデアアル、而シテ法律ハ場合ヲ限定セナイカラ、總テノ場合ニ不服ヲ訴フルコトガ出來ルト謂ハチバナラス、然ラバ民九五ニ依ツテ家督相續人ヲ選定シタ場合ニ於テモ亦之ガ不服ヲ訴フルコトガ出來ルノハ殆ド疑ヲ容ルル餘地ガナイト思フ、大審院ハ其デハ「親族會ハ家督相續人ノ選定權ヲ有スル名アリテ其實ヲ失フヤウニナルト曰フケレドモ、決シテサウデハナイ、若シ裁判所ガ親族會ノ決議ヲ取消シテ自ラ相續人ヲ選ブコトガ出來ルナラバ、親族會ノ選定權ハ有名無實デアルト謂ヘルカモ知レヌケレドモ、裁判所ハ唯其決議ヲ不當トスレバ之ヲ取消スノミデアルカラ、親族會ハ更ニ他ノ適當ナル者ヲ選ブ自由ヲ持ツテ居ルノデアアル、元來民九五ノ規定ハ佛法系ノ立法例ニ倣ウタモノデアアルガ、佛國ニ於テハ決議ノ實質ニ付テ不服ヲ訴フルコトヲ得ルコトハ毫モ疑ナイ所デアアル、唯少數説トシテ或種類ノ決議ニ對シテハ不服ヲ訴フルコトハ出來ヌト云フ説ガアルケレドモ、一般ニハ之ヲ採用シナイノデアアル(佛國ニ於テハ形式ノ缺點ニ付テモ同一ノ手續ヲ以テ不服ヲ訴フルコトガ出來ルコトニナツテ居ルケレドモ、其代リ期間ノ定ハナイノデアアル、

第一編 民法 丁 親族 一三 親族會ガナシタル家督相續人ノ選定ニ對シ其選定ヲ不當トシテ不服ヲ訴フルコトヲ得 二三五

戊 相 續

一 推定家督相續人が家業ヲ嫌疑スルヲ以テ廢除ノ正當ノ事由トナスコトヲ得

被告カ原告ノ養子ニシテ其法定ノ推定家督相續人タルコトハ甲第一號證ニ依リ原告カ適法ニ成立シタル親族會ノ同意ヲ得テ本訴請求ニ及ヒタルコトハ甲第二、三號證ニ依リ之ヲ認ム然レトモ原告カ本訴廢除ノ原因トシテ主張スル所ハ要スルニ被告ハ性商業ヲ營ムヲ欲セスシテ養モ原告ノ家業ヲ承繼スルノ意ナキコト及被告ハ外國ニ於テ事業ヲ起シ一生ヲ外國ニテ過サントノ希望ナルコトノ二點ニ歸着スルモ是等ノ事實ハ皆共ニ法定ノ推定家督相續人ヲ廢除スルニ付テノ正當ノ事由ナリト認ムル能ハス依テ此點ニ於テ原告ノ請求ヲ棄却ス可キモノトシ云(明治三十七年〇月〇日東京地方裁判所第一民事部判決理由)

「法律新聞」二二七號二二頁ニ掲ゲタル東京地方裁判所ノ判決ニ據レハ推定家督相續人が被相續人ノ家業ヲ承繼スルノ意ナク且外國ニ於テ事業ヲ起シ一生ヲ外國ニテ過サントノ希望ナルコトハ以テ其廢除ノ正當ノ事由トナスニ足ラストシテ居ルノデアアルガ予ハ此判決ニ服シ難イノデアアル、勿論推定家督相續人が家業ヲ嫌

第一編 民法 戊 相續

一 推定家督相續人が家業ヲ嫌疑スルヲ以テ廢除ノ正當ノ事由トナスコトヲ得 二三七

忌スルヲ理由トシテ本人ノ意ニ反シテマデ之ヲ廢除スルコトヲ得ルトハ曰ハヌ
 ノデアルガ本件ニ於テハ本人モ之ヲ希望シテ居ルヤウデアルカラ此ニツノ事實ガ
 アレバ予ハ廢除ノ正當ノ事由アルモノト視ルノガ至當デアルト思フ況ヤ本件ニ
 於テハ一生ヲ外國ニ過サント欲スル者デアルト云フカラ猶更デアアル^〇原來^〇正當^〇ノ
 事由ナル文字ハ漠然タル文字デ勢ヒ裁判所ノ認定如何ニ因ルコト、ナルノハ已
 ムヲ得ナイノデアアルガ予ガ立法者ノ真意ト解スル所ニ據レバ一ハ家ノ利益ヲ視
 一ハ本人ノ利益ヲ視テ廢除ノ正當ノ事由アルヤ否ヤヲ定メナケレバナラヌノデ
 アル故ニ家ノ利益ノミヲ視レバ廢除ノ理由アルガ如ク見エテモ本人ノ利益ニ反
 スル場合ニハ未ダ以テ廢除ノ正當ノ事由トナスニ足ラヌコトハアル然ルニ本件
 ニ於テハ既ニ家ノ利益ヨリ言ッテ家業ヲ變更スル不利益及ビ戸主ガ一生ヲ外國ニ
 過サントスルノ不利益アル上ニ本人ノ利益ヨリ言ッテ本人ガ寧ロ廢除セラルルコ
 トヲ望ム位デアルカラ法律ヲ以テ之ヲ束縛スルノハ何等ノ利益モナキ事デアッテ
 正ニ立法者ノ真意ニ反スルデアロウト思フ

二 隱居ノ留保財産ハ家督相續人ニ對シテ

モ確定日附ヲ要ス

按スルニ甲第一號證ニヨレハ原告カ被告家ノ戸主トナリタルハ明治二十九年五月ニシテ隱
 居シタルハ明治三十六年三月ナルコトヲ認ムヘク同第二號證ノ一乃至三ニヨレハ本訴ノ物
 件ハ總テ原告カ近藤家ノ戸主タリシ間ニ他ヨリ買得シタルモノナルコトヲ認ムルニ足ル而
 シテ近藤喜祿ノ證言ニヨレハ原告カ退隱スルニ當リ親族立會ノ上被告ト協議ヲ遂ケ其戸主
 タリシ間ニ新タニ取得シタル財産ハ家督相續人ニ移轉セシムルコトナク悉皆原告ノ特有ト
 ナスコトニ取極メタルモノナルコトヲ認ムヘク則チ本訴ノ物件ハ原告退隱ノ際留保シタル
 モノナルコト明ナレハ被告カ之レニ關シ家督相續ニヨル所有權移轉ノ登記ヲ爲シタルハ失
 當ニシテ原告ノ請求ハ其理由アリト云ハサル可ラス被告代理人ハ原告カ留保ヲ爲スニ當リ
 確定日附アル證書ヲ作製セサリシカ故ニ其效ナキモノ、如ク論争スルモ家督相續人ニアラ
 サル第三者ハ留保ノ意思表示アリタル時期ヲ了知スルコトナク從テ容易ク其效力ヲ論争シ
 得ヘキ地位ニアラサルカ故ニ之レ等ノ者ニ對シテハ之レヲ保護スル爲メ隱居者ヲシテ確定
 日附アル證書ヲ以テ證明セシムルヲ必要トスヘシト雖モ家督相續人ハ留保ノ意思表示ヲ受ク
 ヘキモノニシテ時期ニ後レタル留保ニ對シテハ直チニ其效力ヲ争ヒ得ヘキ地位ニアルモノ

ナレハ之レニ對シテハ確定日附ノ證書ヲ以テ證明セシムルヲ必要トセサルモノナルヲ以テ
 隠居者カ留保ヲ爲スニハ確定日付アル證書ヲ以テスルヲ要スル旨ノ規定ハ家督相續人ニ對
 シテハ其適用ナキモノト解釋スルヲ相當ナリトス從テ此點ニ付テハ被告代理人ノ抗辯ハ其
 理由ナシ又被告代理人ハ本訴不動産ハ近藤家在來ノ資金ヲ以テ購買セシモノニシテ原告所有
 ニ歸セシムルノ契約ヲ爲スヘキ謂ハレナシト云フモ本訴ノ不動産ハ近藤家在來ノ資金ニテ
 買入レタルモノナルコトヲ認ムヘキ證據ナリ却テ最モ價値アリト認メラルヘキ南堀江通三
 丁目ノ土地家屋ノ如キハ原告カ木村フサヨリ金員ヲ借受ケテ買入レタルモノナルコトハ甲
 第二號證ノ抵當權登記ニ徴シテ判明ナルノミナラス證人笹木德松モ本訴ノ物件ハ或條件ヲ
 以テ原告ノ特有トスヘキコトニ合意成立シタリト供述スルニ至レル狀況ニ徴スルモ原告主
 張ノ如ク之レヲ留保シタルモノナルコト明ナリトス證人笹木德松ハ本訴物件ヲ原告ノ所有
 トナスニ付テハ明治三十六年四月中ニ原告ヨリ金參千五百圓ヲ被告ニ支拂フヲ以テ條件ト
 ナシ其證書ヲ作成セシモノト如ク證言スルモ果シテ斯クノ如キ證書ノ成立シタルコトヲ認
 ムヘキモノナキノミナラス甲第五號證ノ一及ヒ近藤喜祿ノ證言ニヨリテ明ナル如ク近藤家
 在來ノ財産タル立賣堀北通三丁目ノ土地家屋ニ對スル抵當權ヲ消滅セシメン爲メ原告ハ退
 隱數日前金千五百圓ヲ支出シテ其抵當權ヲ消滅セシメタルモノナルニ證人德松ノ證言ニヨ
 レハ財産分割ノ目的ヲ以テ原告名義ノ財産ノ價格ヲ見積ルニ當リ右ノ支出ハ全然度外ニ措
 キテ計算セルモノ、如シ然レトモ斯クノ如ク謂レナク原告ニ不利益ナル計算ヲ爲スヘシト
 ハ思料シ難シ要スルニ此レ等ノ點ニ付テノ同人ノ證言ハ信憑スルニ足ラスト認ムルヲ以テ

採用セス云(明治三十六年十一月二十六日大阪地方裁判所第三民事部判決理由)

明治三十六年十一月二十六日大阪地方裁判所判決トシテ「法律新聞」二八三號七頁
 ニ掲グル所ニ據レバ家督相續人ニ對シテハ留保財産ニ關シ確定日附アル證書ヲ
 必要トセストシテ居ルヤウデアアルガ是ハ認テ居ルト思フ如何ニモ確定日附ハ第
 三者ノタメニ之ヲ必要トスルヲ常トシテ居テ(民四六七、二項、五一五、民施四等)本件
 ノ如ク留保ニ關シ當事者タルノ觀アル家督相續人ニ對シテ之ヲ必要トスルト云
 フノハ一見奇ナルガ如クデアアルケレドモ元來隠居者ガ財産ヲ留保スル行爲ハ常
 ニ單獨行爲デアッテ且必ズシモ家督相續人ニ對シテ其意思表示ヲナスベキモノト
 シテナイ故ニ(民九八八)家督相續人ニ對シテモ確定日附ヲ必要トシテ置カ子バ、隠
 居後隠居者ガ勝手ニ留保財産ノ證書ヲ作爲シ其日附ヲ遡記シテモ家督相續人ハ
 其詐欺ヲ證明スルコトヲ得ナイノガ普通デアアルカラ此點ニ於テハ第三者ト少シ
 モ變ルコトハナイ否寧ロ第三者デアルト謂テ宜イ故ニ之ニ對シテ確定日附ヲ要
 スルノハ當然デアアル然ラバ本件ニ於テ隠居ノ際隠居者ガ留保シタリト稱スル財
 産ハ當然家督相續人ノ財産タルベキモノデアアルカト云フニ決シテソウデハナイ

今其理由ヲ左ニ述ベヤウト思フ

二四二

本件ニ於テハ隱居者ト家督相續人ト隱居ノ際ニ一ノ契約ヲナシ之ニ由ッテ相續財産ノ一部ヲ隱居者ニ與フルコトヲ定メタノデアアル此契約ハ他ノ契約ト同ジヤウニ當事者ヲ束縛スルノデアアルカラ家督相續人ハ確定日附ナキヲ奇貨トシテ其履行ヲ拒ムコトハ出來ヌ或ハ相續開始前ニ於テハ家督相續人ハ未ダ相續人トナッテ居ラヌカラ斯ノ如キ契約ヲ結ブコトハ出來ヌト曰フカモ知レヌケレドモ我法律ハ決シテ斯ノ如キ契約ヲ禁ジテ居ラヌ成程外國ニハ之ヲ禁ジテ居ル例ハ尠クナイケレドモ我邦ニハ之ヲ禁ズル明文ナク且公ノ秩序ニ反スルモノデナイカラ其契約ヲ無効トスルコトハ出來ヌノデアアル予ヲ以テ見ルトキハ是ハ自己ガ相續人トナッタラバト云フ條件ヲ附シテ家督相續人ガ其相續財産ノ一部ヲ隱居者ニ讓渡シタモノト視ナケレバナラヌ此契約ハ他ノ條件附契約ト同ジヤウニ有效デアッテ而モ單ニ當事者間ニ於テノミナラズ第三者ニ對シテモ債權者ノ取消權ガアリ得ルノ外有效デアルト謂ハチバナラヌ或ハ又第三者ヨリ視レバ此場合ト財産留保ノ場合ト變ハルコトハナイカラ矢張確定日附ヲ必要トシナケレバナラヌト曰フ

カモ知レヌガ家督相續人ノ同意ヲ得テ或財産ヲ隱居者ノ財産トスルコトハ隱居後ニ於テモ出來ルノデアッテ此場合ニハ原則トシテ確定日附ヲ必要トセヌカラ隱居前ノ場合デモ同様デアルト謂ハチバナラヌ唯留保財産デナイカラ不動産ニ付テハ登記債權ニ付テハ大抵確定日附アル通知又ハ承諾ガ必要デアアル成程登記ハ依然隱居者ノ名義ニナッテ居ラウケレドモ家督相續人ノ債權者其他ノ第三者ハ其不動産上ノ權利ガ既ニ相續ニ因ッテ家督相續人ニ歸シタコトヲ主張スルコトガ出來ル而モ家督相續人ガ隱居者ニナシタル讓渡ハ未ダ登記シテナイナラバ之ヲ以テ家督相續人ノ債權者其他ノ第三者ニ對抗スルコトハ出來ヌ債權ニ付テモ同様ノ次第デアアル唯動産ハ引渡ノミヲ以テ第三者ニ對抗スルコトガ出來ルカラ所謂簡易ノ引渡ニ由ッテ讓渡ヲ第三者ニ對抗スルコトガ出來ル

第二編 商法

甲 總則

一 商法ノ登記期間ハ登記事項ヲ知リタル

時ヨリ起算スベキニ非ズ

依テ案スルニ抗告人廣塚卯兵衛カ住所ヲ移轉セシハ明治三十七年二月一日ニシテ其移轉ノ爲メ變更登記ノ申請ヲ爲セシハ同年五月三日ナレハ事故發生ノ當時ヨリ起算スレハ業ニ已ニ申請ヲ爲スヘキ法定ノ期間ヲ經過スルヲ以テ故意怠慢等其責ニ歸ス可キ事實ノ介在セシニハ正ニ商法ノ規定ニ基キ制裁セラルヘキ者ナリ而シテ卯兵衛ハ旅行不在ノ爲メ轉居ノ事ヲ知ラス知リテ後チ期間内ニ手續ヲ爲シタル者ナリト抗爭スルニアレ共其旅行ノ事實ハ證セラレサルノミナラス假リニ實在トナスモ彼ノ日毎ニ歩ヲ轉シ居テ移スカ如キ旅行ニ非サルヨリハ通信其他ノ方法ニヨリ自家ノ事ヲ知ルハ最モ容易ニシテ卯兵衛カ旅行先ナリト云フハ新潟地方ナリト一定ノ場所ヲ指スヲ以テ視レハ一處不定ノ旅行ニアラサリシコトヲ推知スルニ難カラス而シテ住所ノ移轉ハ公私萬般ニ影響スル所アルヲ以テ家人ハ豫メ若クハ直ニ之ヲ通報スヘキハ勿論ナレハ轉住後普通通信ノ到達スル最近ノ日時ニ於テ已ニ之ヲ詳

第二編 商法 甲 總則 一 商法ノ登記期間ニ登記事項ヲ知リタル時ヨリ起算 二四五
 スベキニ非ズ

知スヘキハ新鴻ハ僅カニ數日ニシテ通信ニ接シ得ル道程ナレハ十日ノ日數ヲ出テスシテ之ヲ知リ居リタルモノト見做シ得ヘキニヨリ本申請ニ關シ怠慢ノ責ヲ免カラルコトヲ得サルモノトス

抗告論旨第二點ハ假リニ抗告人廣塚卯兵衛ハ自己ノ知ルヘキヲ知ラサリシ過怠アリトスルモ同人カ住所ノ移轉ヲ會社ニ届出テタルハ右ノ如ク明治三十七年四月三十日ニシテ他ノ抗告人ハ其以前ニ於テハ之ヲ知ルニ由ナク又之ヲ知ラサルハ自己ノ過怠ニモアラサレハ之ヲ知ル可カリシ時日ハ届出ノ日即チ前記ノ日時ニシテ夫レヨリ起算シテ二週間内ナル五月五日登記ヲ了シタルモノナレハ何等ノ制裁ヲ蒙ル可キ筈ナシト云フニ在リ

依テ案スルニ抗告人横山善之北村太兵衛木村常七等ハ卯兵衛カ轉居ノ届出ヲ爲ス以前已ニ其事實ヲ詳知シタリト認ムヘキ何等ノ根據ナケレハ其届出ニ接シテ始メテ之ヲ知リタリトノ主張ハ是認セラル可キモノトス元來商法ニ於ケル登記申請ノ期間ハ事故ノ發生スルト同時ニ開始セラルヘキモノナリト雖モ他人ノ自由行動ニ屬シ毫モ之ニ關與セス若クハ當然關與スヘキモノニアラサル本件事故ノ如キハ其發生ヲ知ラサルコトアル可キハ免カラル可カラサル事柄ニシテ加之法律上ニ頁ヘル義務トシテ知ルヲ要スヘキ事項ニモアラサレハ其發生ヲ知ラサルヲ以テ怠慢ナリト爲スコトヲ得ス然ルニ若シ事故發生ノ時ヲ以テ確定的ニ期間ノ開始セラルルモノト爲サンカ怠慢ノ實ナキ者ニ責ムルニ制裁ヲ以テスルカ如キ慘酷ノ結果ヲ惹起スルニ至リ穩當ノ處置ナリト云フヲ得ス故ニ本件ノ如キ場合ニハ之ヲ知リタル時ヨリ期間ノ開始セラルル者ト爲スヘキモノトス果シテ然ラハ明治三十七年四月三十日ノ届

出ニ接シタル善之太兵衛常七等ハ同年五月三日ニ至リ其手續ヲ爲シタルモノナルヲ以テ期間内ノ申請ニシテ商法違反ノ所爲ナキモノトス(明治三十七年〇月〇日大阪控訴院第三民事部判決理由)

「法律新聞」(三三〇號五頁)ニ掲ゲタル大阪控訴院判決ニ據レバ商法ノ登記期間ハ登記事項ヲ知リタル時ヨリ起算スベキモノトシテ居ルヤウデアアルガ是ハ聊カ謬ッテ居ルト思フ、登記期間ハ登記義務者ガ登記事項ヲ知ルト否トニ拘ハラズ其事項發生ノ時ヨリ起算スベキモノデアアル、故ニ其期間内ニ登記ノ申請ヲナスコトガ事實上出來ルノニ之ヲシナカッタラバ、假令其事項ヲ知ッタノハ其發生後デアッテ而モ之ヲ知ラナカッタノガ過失デナクテモ、登記ヲ怠ッテ者ニ相違ナイカラ過料ニ處セラレテモ仕方ガナイ、唯期間經過後又ハ期間ノ將ニ經過セントスル間際マデ其事項ヲ知ラナカッタ者ハ未ダ登記ヲ怠ッテ者デナイカラ、其後相當ノ期間内ニ登記ノ申請ヲナセバ之ヲ過料ニ處スルコトハ出來ヌ、從來ノ判例ニモ兎角怠慢ノ事實ヲ究メズシテ徒ラニ期間ノミニ拘泥スル傾ガアルヤウデルカラ、特ニ前掲ノ判決ニ就イテ一言シテ置クノデアアル

一 歐文商號ノ登記

按スルニ抗告人ハ横濱市内ニ於テ一種ノ營業ニ付二箇ノ商號ヲ使用スル爲メ歐文ヲ以テ一
 ハ「ベリック」ヲ「ザース」ニハ「ベリック」商會ト記載シ歐文ノマ、其登記ヲ受ケンコトヲ申請シ
 タル者ナリ抑商號ハ商人カ商業上ノ自己ヲ表示スルカ爲メニ使用スル名稱ニシテ商號ト爲
 シ得ヘキ者ハ商人ノ氏名其他ノ名稱タルヘキコトハ商法第十六條ノ規定スル所ナリ故ニ
 商號ハ一名稱即チ言語ニシテ文字ニアラス文字ハ名稱ヲ表彰スル記號タルニ過キス商法第
 十七條ニ會社ノ商號中ニハ云々ノ文字ヲ用ユルコトヲ要ストアリ又同第十八條ニ會社ニ非
 スシテ商號中ニハ云々ノ文字ヲ用ユルコトヲ得ストアルヲ以テ商號ハ一定ノ文字ナリト解
 スルモノアリト雖モ此等ノ法條ハ商號ヲ表示スル文字ニ制限ヲ加ヘ從テ商號ヲモ制限セシ
 トシタルモスナリ即チ商號ヲ其表示スヘキ文字ノ方面ヨリ制限シタルモノト解スヘクシテ
 一定ノ文字ヲ以テ直ニ商號ナリト爲シタルモノト云フ可ラス然レトモ商號ハ文字ニ依ルニ
 非サレハ之ヲ外形ニ表示スルコト能ハサルカ故ニ文字ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ登記スル
 ナ得ス而シテ之ヲ登記スルニ當リ如何ナル文字ヲ以テ表示スヘキカハ手續法ノ定ムル所ニ
 從ヒテ決セサル可カラズ非訟事件ノ手續法及商業登記取扱手續法通覽スルニ殊ニ商業登記
 取扱手續第二十五條參照商號ノ登記ヲ有シ又ハ其登記申請書ヲ作成センニハ邦文ヲ以テス
 ヘキノ趣旨タルヲ明瞭ナリトス而シテ法文中外國語ハ一般ニ我國ノ文字ヲ假用スルヲ例ト

シ條約ヲ初メ法律命令等ノ公文書ニ於テモ亦之ニ從フノ慣例ナルニ前記手續法ニハ外國語
 ノ記載方法ニ付何等ノ規定ナキヲ以テ商號ノ登記ニ於テモ其登記申請書ノ作成ニ於テモ同
 シク此慣例ニ遵據スヘキモノト解釋セサル可ラス然ルニ本件抗告人ノ登記申請書ニハ商號
 ハ一ハ外國語一ハ外國語ト邦語トヲ結合シタルモノニシテ其申請書ニハ之ヲ表示スルニ總
 テ歐文ヲ以テシ其登記申請書ニハ歐文ヲ以テセンコトヲ申請スルモノナレハ其申請ハ共ニ適法ナラ
 ス則チ原裁判所カ之ヲ許スヘカラサルモノトシテ却下シタルハ相當ニシテ抗告ハ理由ナシ
 ト認ム云云(明治三十六年五月二十五日横濱地方裁判所第二民事部決定理由)

法律新聞「四二號」(四頁)ニ據レバ横濱地方裁判所ハ「商號ヲ登記スルニ當リ如何
 ナル文字ヲ以テ表示スベキカハ手續法ノ定ムル所ニ從ヒテ決セザル可ラス非訟
 事件手續法及商業登記取扱手續法通覽スルニ商號ノ登記ヲ爲シ又ハ其登記申請
 書ヲ作成センニハ邦文ヲ以テスベキノ趣旨タルヲ明瞭ナリトス而シテ邦文中外
 國語ハ一般ニ我國ノ文字ヲ假用スルヲ例トシ條約ヲ初メ法律命令等ノ公文書ニ
 於テモ亦之ニ從フノ慣例ナルニ前記手續法ニハ外國語ノ記載方法ニ付何等ノ規
 定ナキヲ以テ商號ノ登記ニ於テモ其登記申請書ノ作成ニ於テモ同シク此慣例ニ
 遵據スヘキモノト解釋セサル可ラス故ニ商號ノ登記ヲ歐文ヲ以テセントスル申

請ハ適法ナラズト決定シタヤウデアアルガ予ハ之ニ同意スルコトガ出来ヌノデア
 ル如何ニモ登記申請書ハ概シテ邦文ヲ以テスベキコトハ手續法ノ規定ニ依ッテ分
 ルケレドモ商號ノ表示ニ付テハ何等ノ制限ガナイカラ假令歐字ヲ以テ之ヲ表示
 スルモ敢テ差支ナイノデアアル成程條約法律命令等ノ公文書ハ邦文ヲ以テ公布セ
 ラルルノガ通例デアアルガ是ハ唯主トシテ日本臣民ニ對シテ公布セラルルモノデ
 アルカラ邦文ヲ以テ之ヲ公布セラルルノガ當然デアアルケレドモ而モ歐字ヲ挿入
 セラルル例モ頻繁デアアル此等ハ畢竟便宜問題ニ過ギヌノデアアル殊ニ條約ノ如キ
 ハ臣民一般ニ公布セラルルノハ邦文ニ譯シタルモノデアアルケレドモ條約トシテ
 效力ノアルハ大抵歐文デアアル今商號ヲ歐字ニテ表示スルハ多數ノ日本人ノタメ
 ニハ商號タル用ヲナサヌカモ知レスケレドモ若シ登記申請者ニシテ歐文ヲ解ス
 ル者ノ間ニ於テノミ用ヲナセバ可ナル考ニテ之ガ登記ノ申請ヲナスナラバ其登
 記ヲ拒ムベキ理由ハナイト思フ然ラズバ何何洋行ナドト云フ支那風ノ商號モ之
 ガ登記ヲ拒マテバナルマイ偶、登記官吏ガ何何洋行ヲ讀ムコトハ出来テ歐字ノ商
 號ヲ讀ムコトハ出来ヌカラ甲ハ之ヲ適法トスルケレドモ乙ハ之ヲ不適法トスル

ト云フ譯ニハユクマイト思フ故ニ予ハ右ノ決定ヲ以テ其當ヲ得ザルモノト認ム
 ルノデアアル

乙 會 社

一 株金拂込請求權ノ讓渡

控訴人ハ株式會社讀坂琴平銀行カ其株主タル被控訴人兩名ニ對シ第三、四回ノ株金拂込ニ付有スル債權ヲ同銀行ノ清算人ヨリ讓受ケタルニヨリ其支拂ヲ請求スト云フニアレトモ抑モ株式會社ニ於ケル株式ニ關スル權利關係ハ其會社ト株式ノ引受ケ又ハ讓受ケタル株主間ニ止マルモノニシテ其權利ノ一部即チ本件銀行カ被控訴人ニ對シ有スル第三、四回株金拂込ノ請求權ニ限リ之ヲ分離シ一ノ債權トシテ他人ニ讓渡スルカ如キ會社ニアラサル者ヨリ株金ノ拂込ヲ請求シ株主ハ會社以外ノ者ニ對シ株金ノ拂込ヲ爲スノ結果ヲ生シ株式ノ性質ニ反スルノミナラス法律上ニ於テモ之ヲ許容シタル規定ナキカ故ニ被控訴人抗辯ノ如ク其讓渡ハ不適法ナリト謂ハサル可ラス既ニ然ラハ控訴人カ讓受權利ニ基キ本訴請求ノ不當ナルハ勿論ニシテ他ノ論點ニ對シテハ説明ノ要ナキモノトス而シテ新辯論ニ基キ爲ス判決ハ邊ニ言渡シタル岡席判決ト符合スルニ付キ云云(明治三十六年四月十六日大阪控訴院第一民事部判決理由)

〔法律經濟二四號(四六頁)ニ據レバ大阪控訴院ハ株式會社ニ於ケル株式ニ關スル權利關係ハ其會社ト株式ヲ引受ケ又ハ讓受ケタル株主トノ間ニ止マルモノニシテ

其權利ノ一部即チ一、二回ノ株金拂込ノ請求權ニ限リ之ヲ分離シ一ノ債權トシテ他人ニ讓渡スルカ如キハ株式ノ性質ニ反スルノミナラス法律上ニ於テモ之ヲ許容シタル規定ナキガユヘニ其讓渡ハ不適法ナリト判決シタヤウデアアルガ予ハ之ニ同意スルコトガ出來ヌノデアアル株式會社ノ資本會社タルコトハ既ニ學者ノ定論ト謂テモ宜イ所デアアルカラ會社ト株主トノ關係ガ身上的(personnel, persönlich)ナイコトハ今更喋喋スル必要モナカラウト思フ故ニ會社ハ畢竟株金ヲ得サヘスレバヨイノデアアルカラ直接ニ之ヲ株主ニ請求スルト一旦其債權ヲ第三者ニ讓渡シ間接ニ之ヲ請求セシムルトハ單ニ會社ノ利害問題デアッテ法律ガ特ニ之ヲ禁ゼザル以上ハ其讓渡ガ出來ナイト云フ理由ハナイノデアアル故ニ右ノ判決ハ誤ッテ居ルト思フ

二 株式ハ有價證券トシテ動産ノ競賣ニ關スル規定ニ依ッテ競賣スベキモノナリ

競賣法第二章ハ其題名「動産ノ競賣」ト標シアレハ其所管ノ動産ニ在ルヤ明クシ被控訴人ハ本

第二編 商法 乙 會社 二 株式ハ有價證券トシテ動産ノ競賣ニ關スル規定ニ依 二五三
ツテ競賣スベキモノナリ

訴株式モ亦一ノ動産タリト論スルニ由リ之ヲ按スルニ凡ソ動産トハ物ヲ謂ヒ物トハ有體物ニ限ルコト民法八十六條八十五條ニ明示スル所ナレハ右八十六條三項以外ニ有體物トシテ動産タルモノ有ル可ラス今本訴ノ株式ハ無體ノ權利タルニ外ナラスシテ本來物ニ非ス其株券モ亦往々權利ノ記號タルニ止マリ民法八十六條三項ノ限外ニ屬シ法律ハ之ヲ物ト看做サス左レハ右執レモ動産タラサルコト勿論ナリトス而シテ右競賣法第二章ヲ通覽スルニ其第五條十條乃至十五條十九條等ニ於テ物ノ所在ト云ヒ物ノ數量品質ト云ヒ或ハ製品金銀ト云ヒ執レモ有形ノ物品ノミヲ掲ケテ絶テ無形ノ權利債權ヲ謂サルニ據レハ本章全部ノ所管トナリテ有體動産ニ限り無體ノ債權ニ及ハス夫ノ標題ノ決シテ偶然ナラサルコトヲ曉知スヘシ是ヲ以テ其第三條特ニ「動産ノ競賣」云々ナリト規定シタルハ本件所論ノ株式及株券ヲ包含セサルノ意ヲ解釋セサルヘカラス故ニ本件ノ如ク會社カ商法第百十三條ニ依リ株式ヲ競賣スルニハ競賣法ニ依ル可キ限リニ在ラスト判定ス

被控訴人ハ原裁判所ノ見解ヲ贊シ控訴會社ヲシテ競賣法第三條ニ依ラス隨テ株式ヲ競賣セシメ得ルモノトセハ株式及ヒ權利利益ヲ害スルニ至ル可キヲ以テ法律ノ精神ニ於テ一人ノ競賣ヲ禁ス可シト論辯ス依テ之ヲ審按シ控訴會社カ本件競賣シタル手續ヲ歴視スルニ先以テ乙一號乃至三號甲二號乃至五號ノ如ク反覆丁寧ニ株金拂込ヲ催告シ若シ拂込サルトキハ競賣スヘキ旨ヲ告知シ而ル後甲六號乃至八號ノ如ク京都區裁判所カ平常競賣公告ノ機關トスル京都日出新聞紙ヲ撰ミ之ニ競賣ノ方法及條件ヲ細示シテ公告シ左ニ規定ノ期限及場所ニ於テ甲六號ノ如ク前同一ノ方法及條件ヲ遵守シ重沼以下掛員一同出席シ嚴格ニ競賣ヲ

實行シタル事實ナリ此等ノ手續ハ執達吏ノ競賣ト雖モ復々加フ可キ莫ク株主等ノ權利利益ハ既ニ十分ニ注意セラレタルコトヲ見ル且全體控訴院ハ發行ノ株式ヲ公賣スル事ナレハ之ヲ低價ニ放賣スルハ取モ直サス自社ノ信用及聲價ヲ失墜スル事トナリ其上換價金ノ不足スルタケ他日株主ヨリ辨償ヲ得ルノ煩累ヲ増ス可キヲ以テ成ル可ク高價ニ賣却シ以テ自己ノ不利ヲ免レント務ム可キハ自然ノ情勢ニシテ尋常一様抵當權者等カ執達吏ニ託シテ競賣セシムル場合ト其趣ヲ異ニシ自己ノ利益ヲ謀ル爲メニハ勢ヒ株主等ノ利益ヲ増加セサルヲ得サル状態ニ在ルナリ左レハ本件ノ如ク商會社ヲシテ自ラ競賣セシメタリトモ爲メニ不拂株主ノ利益ヲ害スルノ理由ナシトス而シテ京都商業會議所會頭西村治兵衛ハ證人トシテ受託裁判所ニ出頭シ不拂株式ハ其當該會社カ本訴同様ノ手續ヲ追テ競賣スルコト京都地方ノ慣習ナリト證言スレハ其事例ハ該地方一般ニ行ハルモノニシテ且法律ニ觸レズ條理ニモ反セサルコト前頭説明ノ如クナルヲ以テ之ヲ一箇ノ商慣習ト認メテ妨ナキモノトス之ヲ以テ被控訴人ノ論旨ハ之ヲ採ラス明治三十六年三月六日神戸地方裁判所第一民事部判決理由

明治三十六年三月六日神戸地方裁判所ガ下シタル判決ハ從來ノ多數ノ裁判例ニ從ツタモノノヤウデアアルケレドモ予ハ之ヲ不當ト思フノデアアル今法律新聞ノ報ズル所ニ據レバ其判決ノ要旨ハ「競賣法ニハ動産ノ競賣ニ關スル規定ハアレドモ無體物ナル株式ノ競賣ニ關スル規定ナシ故ニ會社ガ商一五三ニ依リ株式ヲ競賣ス

ルニハ會社自ラ適當ノ方法ニ由リ之ヲ競賣スレバ可ナリト曰フニアルヤウデア
 ルケレドモ(法律新聞一三一號二頁)予ハ株式ハ有價證券トシテ動産ノ競賣ニ關
 スル規定ニ依テ競賣スベキモノデアルト思フ(第一)競賣法ハ如何ニ急速ニ出來タ
 法律デアアルカト云フコトハ此法律ノ全體ヲ覽レバ明カデアツテ民法、商法ヲ施行ス
 ルタメ一時ノ間ニ合ハセニ出來タ法律デアルト云フコトガアリト分ルノデ
 アル、此ノ如キ法律ハ他ノ比較的長日月ヲ費シテ編纂シタ法律トハ大ニ其解釋法
 ヲ異ニセテバナラヌ、恰モ佛國法典ノ如キ不完全ナ法典ハ獨國法典ノ如キ精密ナ
 法典トハ自ラ其解釋法ヲ異ニスルガ如クデアアル、故ニ新民法ニ於テ物トハ有體物
 ヲ謂フト云ヒ(民八五)隨テ動産モ亦無記名債權ノ外ハ皆有體物デアルト云フ單純
 ナ議論ヲ以テ(民八六)二項、三項競賣法ノ(動産)中ニ有價證券ヲ含マナイト云フ斷定
 ヲ下スコトハ出來ヌト思フ、第一ニハ民法ニモ、本法ニ於テ物トハ云云トアツテ必ス
 シモ之ヲ他ノ法律ノ解釋ニ用フル譯ニハ往カヌ、勿論競賣法ニシテ相當ノ日月ヲ
 費シテ編纂シタモノデアアルナラバ、元來競賣法ハ民法、商法等ノ施行ニ付テ必要ナ
 法律デアツテ且民法ト同時ニ公布施行セラレタモノデアアルカラ(民法ノ一部ハ前ニ

公布セリ)成ルベク用語ヲ一定スベキ筈デアツタケレドモ競賣法ハ前ニ述べタ事情
 ノタメ急速ニ出來タ法律デアアルカラ其等ノ點ガ十分ニ行届イテ居ルトハ斷言シ
 難イ、然ルニ若シ競賣法ニ依テ有價證券ノ競賣ガ出來ヌトシタナラバ予ハ商一五
 三、三項ノ規定ノ如キハ全ク動カヌコトニナルト思フ、會社ガ自儘ニ賣却スルノ法
 律ニ所謂「競賣」ニ非ザルコトハ次段ニ論ズル積デアアル、競賣法ガ如何ニ急速ニ出來
 タトシテモ商一五三、三項ノ如キ適用ノ頻繁ナルベキ、關係ノ重大ナル規定ヲ看落
 シタモノト解スルハ確ニ予ノ解釋ヨリハ立法者ヲ侮辱シタモノデアラウト思フ、
 假ニ起草者ガ之ニ心付カナカッタトシタ所デ、起草者ノ意思ガ立法者ノ意思デナイ
 コトハ辯ズルマデモナイ、併シ予ノ解釋ニ何等ノ據ガナイナラバ之ヲ採ル譯ニ往
 カヌケレドモ立派ニ據ガアルノデアアル、即チ競賣法ニ最モ多ク準用シテ居ル民事
 訴訟法ニ於テ競賣法七、四項、二二、二項、二四、四項、二五、三項、二六、二項、二九乃至三二、三
 四、三九、四一、三項、四六、四七、二項、四九)明カニ有價證券ヲ有體動産トシテ居ルノデア
 ル、同法六編二章一節二款ノ標題ニ「有體動産ニ對スル強制執行」トアツテ中ノ五ハ一
 ニ「執達吏有價證券ヲ差押ヘタルトキハ相場アルモノハ賣却日ノ相場ヲ以テ適宜

ニ之ヲ賣却シ其相場ナキモノハ一般ノ規定ニ從ヒテ之ヲ競賣ス可シトアリ又五
 八二ニ有價證券ノ記名ナルトキハ執行裁判所ハ買主ノ氏名ニ書換ヲ爲サシメ及
 ヒ此カ爲メ必要ナル陳述ヲ債務者ニ代リ爲ス權ヲ執達吏ニ與フルコトヲ得トア
 ルニ因テ明カデアアル然ラバ何故ニ之ヲ競賣法ニ準用シナカッタカト云フト其ハ必
 要ガナイカラデアアル甲ノ規定ハ競賣法一二ニ汎ク取引所ノ相場アル物ニ付テハ
 競賣ノ日ノ相場以上ノ代價ヲ以テ任意ニ之ヲ賣却スルコトヲ得ト規定シテアル
 タメ不用デアリ乙ノ規定ハ當然競賣ノ委任中ニ含まレテ居ルモノト視ルベキデ
 アルカラ不用デアアル此頃公ニナッタ民事訴訟法改正案ニモ動産ニ對スル強制執行
 ノ規定中ニ有價證券ニ關スル規定ヲ掲グ(七二一乃至七二三)之ニ關スル二个條ノ
 特別規定ノ外總テ有體動産ニ關スル規定ニ依ルベキモノトシテ居ル(七二二)而シ
 テ民事訴訟法改正案ノ起草者ノ一人ハ即チ競賣法ノ起草者デアルト云フ事實ニ
 據テ考ヘタナラバ予ノ解釋ガ決シテ立法者ノ意思ニ違フコトハナカラウト思ハ
 ル(判決文ニ物ノ所在物ノ數量品質等法文中ノ文字ガ株式等ニ嵌マラスコトヲ
 云云シテ居ルケレドモ是ハ殆ド駁スル價ノナイ事ト思フ物ノ所在ハ固ヨリ有價

證券ニモ所在ガアルガ物ノ數量ハ株式ナラバ「幾株」ト云フゴト又「品質」ハ株式ニハ
 ナイト謂ヘルガ其ハ「競賣委任者ノ氏名」トアツテモ法人ニハ氏名ガナイヤウナモノ
 デ法律ニ記載シタル事項ニテ適用ノナイ事ハ記載セズモ宜シイ故ニ有體物デモ
 書籍ノ如キハ通常品質ハナイ若シ單ニ本綴假綴又ハ新本古本ノ如キヲ品質ト云
 ヘバ株式ニモ記名無記名又ハ新株舊株ノ別ハアル(第二會社自ラ株式ノ競賣ヲナ
 スベシトスル見解ハ聊カ驚カチバナラヌ抑法律ガ單ニ「賣却」ト曰ハズシテ「競賣」ト
 曰フ以上ハ其競賣ハ公正ニ行ハルベキ法律上ノ擔保アル方法デナケレバナラヌ
 筈デアアルサレバコン動産ト云ハズ不動産ト云ハズ有體財產ハ總テ競賣法ニ依ッテ
 競賣スベキモノデアアルノニ(競賣法三一項二二一項三九)唯リ株式ノミ(他ノ債權等
 ニ付テハ多分適用ナカルベシ)ハ利害關係人ノ或者即チ會社ガ勝手ニ之ヲ競賣シ
 テ宜シイモノデアルト云フノハ頗ル奇妙ナ事ト謂ハチバナラヌ本件ニ於テハ會
 社ガ鄭重ナル手續ヲ以テ競賣ヲナシタルガ故ニ可ナリト云フガ如キモ其鄭重ト
 不鄭重トハ何ヲ標準トシテ區別スルノデアアルカ又一旦會社自ラ競賣ヲナシテ可
 ナリト云フ主義ヲ執ル以上ハ苟モ「競賣」ト謂ヒ得ベクンバ假令其手續鄭重ナラザ

ルモ可ナリト謂ハチバナラヌ筈デアアル、又會社ガ株式ヲ低價ニ賣ルハ不利益ナルガ故ニ其恐ナシト云フモ若シ從前ノ株主若クハ讓渡人ニ十分ノ資力アレバ之ヲ低價ニ賣ルモ會社ニ損失ナキコト多キガ故ニ成ルベク簡易ノ方法ニテ之ガ賣却ヲナサントスルハ蓋シ人情ノ常デアラウ、或ハ其手續ガ慣習ニ從ウテ居ルカラ宜シイト云フヤウデアアルケレドモ、抑、株式ノ競賣ニ付テ既ニ一定ノ慣習ガ存シテ居ルト云フコトハ信ズルコトハ出來ヌガ、假ニ之アリトスルナラバ勿論新商法施行後ニ生ジタルモノトシテハ益、承認スルコトガ出來ヌカラ多分舊商法時代ニ生ジタルモノデアラウ、然ルニ舊商法ニ於テハ、株式ヲ公賣スル云云トアッテ(舊商二一四)而モ「公賣法」ト云フモノモ「競賣法」ト云フモノモナカッタカラ勢ヒ公ニ賣リサヘスレバヨイト謂ハチバナラナカッタノデアアル、之ヲ「競賣法」ノ存スル今日ニ於テ法律ガ株式ヲ競賣スル云云ト曰フニモ拘ハラズ舊法時代ト同一ノ方法ニテ可ナリト云フハ予ガ服セザル所デアアル(法學協會雜誌二一卷六號七八五頁權利質ニ準用スヘキ規定ノ範圍ヲ論ス第三百四十九條ノ拙文ヲ參觀セヨ)

三 株金ノ拂込ナキ場合ニ於ケル株式讓渡人ノ義務ハ民法ノ所謂保證債務ト觀ルベキモノニ非ズ

第一被告カ本訴ノ金額ヲ原告ニ辨償スルノ義務ヲ承認シタリトノ原告主張ハ毫モ證據ナキヲ以テ其理由ナシ第二凡ソ株式所有者カ株金ノ拂込ヲ爲ササルトキハ會社ハ其株式ヲ競賣シ其滞納金額ニ滿タサル不足額ニ付キ株主名簿ニ記入シタル株式讓渡人ニ對シ其辨償ヲ請求シ得ヘキコトハ商法第百五十三條ニ規定スル所ナリ而シテ該規定ハ株式讓渡人ノ責任ヲ明ニシテ以テ株式拂込ヲ確實ニセントスル現行商法ノ主義ト、又同條ト其立法ノ趣旨ヲ同クスル舊商法第百八十二條ノ規定トヲ參酌シテ之ヲ推考スレハ株式所有者ノ未納額全部ニ付キ各讓渡人ニ擔保ヲ負擔セシメタルモノニシテ其義務ハ民法ノ所謂保證債務ニ外ナラサルコト疑ナ容レサル所ナリ從テ自己ノ出捐ヲ以テ共同ノ免責ヲ得タル者ハ他ノ株式讓渡人ニ對シテ之カ求償權ヲ有スルコト亦明瞭ナリトス然ルニ被告ハ之ニ對シ各株式讓渡人ハ右未納額支拂ニ付テ絕對ノ義務ヲ負擔スル者ナルニ因リ特別ノ規定ナキ限リハ之カ求償權ヲ行使スルコトヲ得スト主張スレトモ抑商法第百五十三條カ會社ヲシテ各讓渡人ニ對シ未納額全部ノ拂込ヲ請求スルコトヲ得セシメタルハ畢竟會社保護ノ爲メ會社對株式讓渡人ノ關係

第二編 商法 乙 會社 三

株金ノ拂込ナキ場合ニ於ケル株式讓渡人ノ義務ハ民法ノ所謂保證債務ト觀ルベキモノニ非ズ 二六一

ナ規定シタルニ止リ之ヲ以テ直チニ各譲受人間ノ關係ヲモ規定シタルモノト謂フコトヲ得サルノミナラス其他被告ノ主張スル如キ重大ナル特別義務ヲ各譲渡人ニ負擔セシメタリト見ルヘキ法律上ノ根據毫モ存スルコトナシ從テ各株式譲渡人間ニ於テハ民法ノ規定ニ依リ互ニ求償權ノ行使ヲ妨クルモノニアラサルコト前説明スルカ如シ今ヤ之ヲ本訴ノ争ナキ事實ニ徴スルニ原告ハ自己ニ本訴金額ヲ出捐シ被告其他二人トノ共同免責ヲ得タルモノナルニ付キ前示ノ理由ニ依リ被告ニ對シテ其平等負擔部分(本訴金額ノ四分ノ一)ニ付キ求償スルノ權利アルハ勿論ナルモ其餘ノ原告請求ハ其理由ナキモノトス云云明治三十六年二月六日大阪地方裁判所民事第四部判決理由)

明治三十六年二月六日大阪地方裁判所ガ下シタル判決ハ聊カ誤ッテ居ルト思フ、今法律新聞ノ報ズル所ニ據レバ右ノ判決ニハ、株金ノ拂込ナキ場合ニ於ケル株式譲渡人ノ義務ハ民法ノ所謂保證債務ニ外ナラズ、故ニ譲渡人數人アル場合ニ於テハ未納額全部ヲ拂ヒタル譲渡人ハ他ノ者ニ對シテ頭數ニ割當テタル金額ヲ請求スルコトガ出來ルトアルヤウデアアルガ(法律新聞一三一號一〇頁、法律經濟二二號三九頁)株式譲渡人ノ義務ヲ保證債務トシ隨ッテ其義務ヲ各譲渡人間ニ分割スベキモノトシタノハ誤ッテ居ルト思フ、今假ニ商法ニ何等ノ規定モナカッタトシタナラバ株

主ハ其權利ヲ讓渡スコトハ出來ルケレドモ其義務ヲ讓渡スコトハ出來ヌ、故ニ株金ノ拂込ナキ場合ニ於テハ會社ニ對スル債務者ハ原株主デアッテ、其譲受人ニ對シテハ民四二三ニ據ル所謂間接訴訟權シカナイ筈デアアル、而シテ原株主ト其譲受人トノ關係ニ於テハ譲受人ハ原株主ニ代ッテ株金ノ拂込ヲナスコトヲ約シタ者デアアル、然レドモ商法ハ最モ實際ノ便宜ヲ重ズルガ故ニ、(第一)會社ニ對シテモ株金拂込ノ義務ガ譲受人ニ在ルモノトシ、(第二)譲渡人ハ譲受人ガ其義務ヲ履行セザルトキニノミ拂込又ハ不足額辨濟ノ義務ヲ負フ者トシタノデアアル(商一四九、一五二、一五三)、然レドモ商法ノ規定ハ判決ニモ言ヘル如ク會社ト讓渡人トノ關係及ビ一判決ニハ言ハヌケレドモ(之ヲ言フ必要ガナカッタカラ)會社ト讓受人トノ關係ノミヲ定メタモノデ、讓渡人ト讓受人トノ關係ニ付テハ何等ノ規定スル所ガナイカラ、一般ノ原則ニ依ッテ問題ヲ決セテバナラヌ、左スレバ右ニ論ジタル如ク讓受人ハ讓渡人ニ代ッテ株金ヲ拂込ム義務ヲ負擔シテ居ルノデアアル、故ニ株式ガ帳轉シテ最後ノ株主ニ至ルマデニ數人ノ讓渡人ガアル場合ニハ最後ノ株主(甲)ハ其讓渡人(乙)ニ對シ、乙ハ其讓渡人(丙)ニ對シ、丙ハ其讓渡人(丁)ニ對シ、丁ハ其讓渡人(戊)ニ對シ各、株金全額

第二編 商法 乙 會社 三 株金ノ拂込ナキ場合ニ於ケル株式譲渡人ノ義務ハ 二六三
民法ノ所謂保證債務ト觀ルベキモノニ非ズ

ヲ拂込ム義務ヲ負フガ故ニ、若シ戊ガ株金ノ拂込又ハ不足額ノ辨濟ヲナシタナラバ直接ニハ丁ニ對シテ其全額ヲ請求スルコトヲ得ベク、間接ニハ丙ニ對シテ同ジク全額ヲ請求スルコトヲ得ベク(民四二三)、又丙ノ權利ニ代位シテ乙ニ、乙ノ權利ニ代位シテ甲ニ對シテモ間接訴權ヲ有スルノデアル、若シ丁ガ之ヲ拂フタナラバ直接ニハ丙ニ對シテ其全額ヲ請求スルコトヲ得ベク、間接ニハ乙ニ對シテ同ジク全額ヲ請求スルコトヲ得ベク、又乙ノ權利ニ代位シテ甲ニ對シテモ間接訴權ヲ有スルノデアル、以下此類デアル、故ニ各讓渡人ガ右ノ金額ヲ分擔スルコトハ決シテナイノデアル

四 株式讓渡人ノ責任

本訴所争ノ要點タル被告ハ株式讓渡人タル責任ヲ免レタル者ナルヤ否ヤニ在リ依テ審按スルニ株式讓渡人ノ責任ハ其讓渡ヲ株主名簿ニ記載シタル後二年ヲ經過シタルトキ消滅ニ歸スルコトハ商法第五百五十四條ニ規定スル處ナリ即チ本訴ノ争點ヲ解決スルニハ右二年内ニ會社カ現在ノ株主ニ對シ拂込ヲ催告シタルヲ以テ足レリトスルヲ將又該期間内ニ株式讓渡人ニ對シテ拂込ヲ請求スルヲ要スルヤチ論究スルヲ要ス之ヲ我商法ノ母法タル獨逸商法ノ

規定ヲ參照スルニ株式ノ被承繼人ノ義務ハ持分權ノ讓渡ヲ株主名簿ニ届出ヲ爲シタル日ヨリ二個年ノ期間内ニ株式ニ對シテ請求セラレタル金額ニ制限セラレヘキモノトシ(第二百二十條)讓渡人ノ責任タル二個年内ニ現在ノ株主ニ對シテ拂込ヲ催告スルヲ以テ足レリトノ趣旨ニ外ナラス元來現在ノ株主ハ其拂込ニ關シ會社ニ對シテ主タル責任ヲ負擔スルモノニシテ株式讓渡人ノ責任タル其主タル責任ヲ擔保スル從タルモノナルコトハ疑ナ容ルヘキニアラス然リ而シテ其從タル責任トハ主タル責任者カ其義務ヲ履行セサル場合ニ於テ之ヲ擔保スルカ爲メニ存スルモノナルコトハ明確ナルヲ以テ主タル責任カ其義務ヲ履行スヘキ状態ニアルトキ即チ現在ノ株主ニ對シテ會社カ拂込ヲ催告シタルトキヲ以テ從タル責任ノ存否ヲ決定スルノ標準ト爲ササルヘカラス故ニ株式ノ讓渡ヲ株主名簿ニ記載シタルトキヨリ二年ヲ經過セサル間ニ現在ノ株主ニ對シテ拂込ヲ催告シタル以上ハ假令讓渡人ニ對スル催告ハ右期間ヲ經過シタル後ナルモ讓渡人ハ素ヨリ其責任ヲ辭スル能ハサルモト解スルヲ以テ相當ナリト 今ヤ本件ニ於テ被告カ其持株ヲ長谷川公平ニ讓渡シ之ヲ株主名簿ニ記載シタルハ明治三十三年十一月三十一日ニシテ原告會社カ公平ニ對シ一株ニ付三圓ノ拂込ヲ催告シタルハ明治三十四年二月中ニ係リ一株ニ付三圓二十五錢ノ拂込ヲ催告シタルハ同年三月中ナルコトハ當事者間ニ争ヒナク即チ二個年ノ期間内ニ原告會社ハ現在ノ株主ニ對シテ拂込ヲ催告シタルモノナルヲ以テ被告ハ讓渡人タル責任ヲ免脱シタルモノニアラサルニヨリ本訴請求ニ應スヘキハ勿論ナリト云云(明治三十六年七月十日大阪地方裁判所第四民事部判決理由)

第一被告ノ第一抗辯ニ付審按スルニ被告ハ初メ原告會社ノ百株以上ノ株主ナリシニ其後之ヲ他ニ讓渡シタルコトハ認メテ異議ナキ所ナリトス而シテ原告ノ請求ニ基キ甲第一號證委任狀中被告名下ノ印影ト對照檢眞スルニ二者全ク同一ナリト認ム從テ甲第一號證委任狀ハ眞正ニ成立シタルモノナルコト疑ヒテ容レス然リ而シテ該證ニハ年月日ノ記載ナキニヨリ被告ノ交付シタルモノニアラスト主張スレトモ株式會社ノ株主ハ其引受ケタル若クハ讓受ケタル株式ヲ依然保有シ會社ヨリ受クベキ配當ヲ以テ利益ヲ取得セントスル者少クハ時價ノ騰貴スルヲ待テ之ヲ他ニ轉賣シ以テ利益ヲ得ントセルモノナルコトハ現代社會ノ普通ノ狀態ナリトス而シテ此目的ヲ達スルニハ年月日及ビ代理人ノ氏名ヲ記載セス單ニ署名捺印ノミ爲シタル名義書換委任狀即チ所謂白紙委任狀ヲ株券ニ添附シ以テ株式讓渡スルモノニシテ讓受人ニ於テ名義書換ヲナサントスルトキハ右委任狀ニ自由ニ讓渡人ノ代理ヲ選任記入シ且其年月日ヲ記載シ以テ其手續ヲ了セシムルモノナリトス蓋シ本件甲第一號證ノ委任狀モ亦此方法ニヨリ被告ニ於テ他ニ株式讓渡スル際其株券ニ添附シ置キタルモノニ係リ而シテ讓渡人ニ於テ原告會社ニ株券及ヒ株主名簿ノ名義書換ヲ請求スルトキ年月日ヲ記入スルコトヲ遺忘シタルモノト認ムルヲ以テ相當ナリトス然リ而シテ甲第一號證請求書ニヨレハ被告名義ノ株式六百四十株ハ明治三十三年十二月十八日土井三郎名義ニ書換ヘラレ同第二號證ニヨレハ土井三郎名義ノ内百株ハ川本右太郎名義ニ書換ヘラレ同第二號證ニヨレハ被告ハ原告會社ニ對シ右兩人ノ株式讓渡人タル責任ヲ辭スルコトヲ得サルモノトス而シテ原告會社ハ株

主ヲシテ株金ヲ拂込シムル必要アルヲ認メ明治三十四年一月二十五日付同年三月五日ヲ期限ト爲シ一株ニ付金三圓宛同年三月十六日同年四月五日ヲ期限ト定メ一株ニ付金三圓二十五錢ノ拂込ヲ現在株主タル川本右太郎ニ對シ催告シタルコトハ證人仙田専次郎ノ共述並ニ甲第三、四號證ニヨリテ明白ニシテ右太郎カ拂込ヲ爲ササリシ爲メ原告會社ニ於テ商法第五百二十二條第二項第五百三十三條第二項第三項ノ手續ヲ川本右太郎及ヒ被告ニ對シテ適法ニ履行シ結局本訴請求ニ係ル八百三圓六拾二錢ノ不足金ヲ生シタルコトハ證人月館直太郎並ニ甲第五號乃至第十號證ニヨリ明白ナリトス故ニ被告ノ第一抗辯ハ其理由ナシ第二本件株金拂込金ハ既ニ前段ニ於テ論定シタル如ク一ハ明治三十四年一月二十五日付同年三月五日ヲ期限トナシ一ハ明治三十四年三月十六日付同年四月五日ヲ期限ト定メ催告シタルモノニシテ原告會社カ主務省ヨリ解散ノ認可ヲ受ケタルハ同年十月三十一日ナルコトハ致テ爭ヒナキ事實ニ係リ即チ解散以前ニ要求シタルモノナリトス抑モ株式會社カ株主ニ對シテ有スル未拂込株金ニ關スル權利ハ定款ノ規定乃至總會ノ決議ニ基キ拂込ヲ爲サシムルコトト爲シ解散前其權利ヲ行使シタル以上ハ所謂現存財產ノ一部トナル者ナルヲ以テ爾後拂込ヲ要スルニ至ラシメタル事由ノ消滅スルト否トハ其權利ノ行使ヲ妨グルモノニアラス蓋シ清算ノ爲メ詳言スレハ解散後清算人カ始メテ株主ニ對シテ株金ノ拂込ヲ要求スル場合ニハ商法第二百三十四條第九十二條ノ規定ノ存スルニヨリ一旦拂込ヲ要求スルモ其後事情ノ變更ニヨリ拂込ノ理由消滅スルトキハ最早其權利ヲ行使スルコトヲ得サルハ勿論ナリト雖モ解散以前ノ拂込ニ付テハ右ノ如キ制限ノ規定存セサルノミナラス解散以前ノ拂込ニ關シテ

モ清算ノ場合ニ於ケルト同一ノ規定ニ依ルモノトセハ理由ナキ苦情ヲ唱ヘ拂込ヲ延滞シタル者カ偶々解散ノ一事ニヨリ其義務ヲ免カラルニ至リ解散前催告ニ應ジ誠實ニ拂込ヲ了ヘタル株主トノ間ニ權衡ヲ失スルニ至レハナリ夫レ然ラハ即チ本件株金ノ拂込ハ解散前既ニ原告會社ノ現存財産ノ一部トナリ他ノ債權ト同シク清算人ハ之カ取立ニ從事スヘキモノナリトス故ニ清算人ニ於テ新ニ拂込ノ催告ヲ爲スヘキモノニアラサルニヨリ解散以前ノ手續ヲ承繼シ以テ株式ヲ競賣ニ付シタルハ洵ニ至當ノ措置ニシテ毫モ違法ノ靡ナシ即チ被告ノ第二抗辯モ亦其理由ナシ第三被告ノ第三抗辯ニ付審察スルニ元來法律カ會社ニ對スル株式讓渡人ノ責任ヲ認メタル所以ノモノハ會社保護上現在株式會社ニ對シテ負擔スル拂込ノ責任ニ關シ之ヲ擔保スル爲メ從タル關係ニアラシメタルモノト解スルヲ以テ相當ナリトス然リ而シテ其從タル責任トハ主ナル責任者カ其義務ヲ履行セサル場合ニ於テ之ヲ擔保スルカ爲メニ存スルモノナルコトハ明確ナルヲ以テ主タル責任者カ其義務ヲ履行スヘキ状態ニアルトキ即チ現在ノ株主ニ對シテ會社カ拂込ヲ催告シタルトキキテ從タル責任ノ存否ヲ決定スルノ標準ト爲ササルヘカラス故ニ株式ノ讓渡ヲ株主名簿ニ記載シタルトキヨリ二個年ヲ經過セサル間ニ現在ノ株主ニ對シテ拂込ヲ催告シタル以上ハ假令讓渡人ニ對スル催告ハ右期間ヲ經過シタル後ナルモ讓渡人ハ素ヨリ其責任ヲ辭スル能ハサルモノトス今ヤ本件ニ於テ被告カ其持株ヲ土井三郎ニ讓渡シ之ヲ株主名簿ニ記載シタルハ既ニ第一點ニ付説明シタル如ク明治三十三年十二月十八日ニシテ原告會社カ現存ノ株主川本右太郎ニ對シ一株ニ付金三圓ノ拂込ヲ催告シタルハ明治三十四年一月中旬ニ係リ一株ニ付三圓二十五錢ノ拂込ヲ催

告シタルハ同年三月中旬ニ係リ即チ二個年ノ期間内ニ原告會社ハ現在ノ株主ニ對シテ拂込ヲ催告シタルモノナルヲ以テ被告ハ讓渡人タル責任ヲ免脱シタルモノニアラス故ニ被告ノ第三抗辯モ亦其理由ナシ右説明スル如ク被告ノ抗辯ク一モ採用スヘキモノナキニヨリ原告ノ本訴請求ニ應スヘキハ勿論ナリトス云云明治三十六年十月七日大阪地方裁判所第四民事部判決理由

〔法律新聞〕ノ報ズル所ニ據レバ、大阪地方裁判所ハ三十六年七月十日及び同年十月七日ノ判決ヲ以テ、株式讓渡人ハ現株主ノ從タル債務者ナルガ故ニ、現株主ガ拂込ノ催告ヲ受ケタル時ニ讓渡ヲ株主名簿ニ記載シタル後二年ヲ經過シテサヘ居ラナケレバ、其讓渡人ガ催告ヲ受ケタル時ハ二年ヲ過ギテ居テモ其責任ヲ免ル、コトハ出來ヌトシタヤウデアアルガ(法律新聞一五六號一四頁、一六六號六頁)予ハ之ニ同意スルコトガ出來ヌノデアアル商一五四ノ法文ニハ明カニ「讓渡人ノ責任ハ讓渡ヲ株主名簿ニ記載シタル後二年ヲ經過シタルトキハ消滅ス」トアルカラ、其二年ヲ經過シタル後即チ責任ガ消滅シタル後ニ請求ヲナシテモ無駄デアルト云フコトハ一點ノ疑モナイヤウニ見ユル、成程判決文ニハ、讓渡人ノ責任ハ從タル債務デアアルカラ、主タル債務者、即チ現株主ガ右ノ期間内ニ請求ヲ受ケテ居レバ宜イト云ッテ居ルケレドモ、是ハ果シテ如何ナル法文ニ據ッテ主張スルノデアアラウカ、先ヅ讓渡人

ガ從タル債務者デアルト云フ見解モ大ニ議スベキ所ガアルト思フケレドモ、假ニ之ヲ從タル債務者トシテモ、如何ナル法文ニモ主タル債務者ニ對シテナシタル履行ノ請求ハ從タル債務者ニ對シテモ其效力ヲ生ズルモノデアルト云フ概括的規定ハナイノデアアル、唯從タル債務者中ノ一種ナル保證人ニ付テノミ同様ノ規定ガアルノデアアルガ(民四五七、一項)同シ大阪地方裁判所ハ曾テ株式讓渡人ヲ以テ保證人トシタコトガアルケレドモ、其謬デアアルコトハ既ニ予ガ法學志林ニ於テ辯ジタ所デアアル(法學志林四七號三頁)又、連帶債務者ノ一人ニ對スル履行ノ請求ハ他ノ債務者ニ對シテモ其效力ヲ生スルモノトシテアルケレドモ(民四三四)株式讓渡人ハ現株主ト連帶シテ其義務ヲ負ウテ居ル者デハナイ、或ハ商二七三、一項ニ依ッテ連帶ガアルト曰フ者ガアルカモ知レヌケレドモ(第一)株式ノ引受讓渡又ハ讓受ハ商行爲デナイコトガ多イ(第二)商二七三、一項ハ數人ノ債務者ガ一個ノ商行爲ニ由ッテ義務ヲ負擔スル場合ニノミ適用スベキモノデアアルコトハ予ガ曾テ法學志林ニ論ジタル所デアアル(法學志林五三號二三頁)佛國ニ於テハ「現株主中間ノ讓受人及ビ株式引受人ハ株金ニ付キ連帶義務ヲ負フ」ト云フ明文ガアル故ニ(千八百九十三年四月

一日法ヲ以テ改メタル千八百六十七年會社法三、五項)株式讓渡人ノ責任期間ハ現株主ニ對シテ催告ヲナシタ時ヨリ起算スベキモノトナッテ居ルノデアアル(同上六項) *Thaller, Traité élé-mentaire de droit commercial, 2^e éd., no 624, P. 337*

又七月十日ノ判決文ニハ獨逸商法二二〇ヲ援用シテ居ルケレドモ、是ハ聊見當違ト謂ハチバナラヌ、判決文ニ言フ如ク獨商二二〇ニハ明カニ讓渡人ノ責任ハ二年ノ期間内ニ株式ニ付キ請求シタル金額ニ限ルモノトシテ居ルノニ (Makower, *Han delsgesetzuch*, 12. Aufl., S. 471) 我商法ニハ單ニ讓渡人ノ責任ハ讓渡ヲ株式名簿ニ記載シタル後二年ヲ經過シタルトキハ消滅ス」ト書イテ居ルノデアアルカラ、其解釋ノ異ナルベキハ當然デアアル、元來裁判所ガ獨逸ノ商法ノミヲ取ッテ我商法ノ解釋ノ材料トシタノガ誤デアッテ、殊ニ之ヲ「我商法ノ母法」ト稱スルニ至ッテハ、一言辯ジナケレバナラヌ、我新商法ハ決シテ獨逸ノ商法ノミヲ模範トシタモノデハナク、少クモ十餘國ノ法律ヲ參考シテ編纂シタモノデアアルカラ、單ニ一國ノ法律ニ據ッテ我商法ヲ解釋スルノハ危險デアアル、抑、彼我條文ガ全ク同一デアッテ、而モ他ノ關係規定モ亦同一デアアル場合ニハ模範法ノ意義ニ據ッテ我法文ヲ解釋スルコトガ出來ルケレドモ、條

文ガ少シニテモ違ヒ又ハ他ノ關係規定ガ異ナル場合ニハ濫ニ模範法ニ據ルコトハ出來ヌノデアアル況ヤ何レガ模範法デアアルカ判然セザルニ一ノ外國法ヲ捉ヘテ直チニ我法律ノ解釋ニ資セントスルノハ聊輕率ノ嫌アルヲ免レヌト思フ蓋シ我商法一五四ノ規定ハ必ズシモ獨逸カラ來タモノト視ルコトハ出來ヌ何トナレバ舊商法一八二ニ既ニ株金半額拂込前ノ株式ノ讓渡人ハ讓渡後二個年間會社ニ對シテ其株金未納額ノ擔保義務ヲ負フト云フ規定ガアツタカラデアアル唯新商法ニ於テハ株金ノ半額ダケニ付テ責任ヲ負ハスノハ理由ニ乏シイカラ此制限ヲ削リ讓渡後ト云フノハ舊商一八一ニ由テ讓渡ヲ株主名簿ニ記載シタル後ノコトデアアルノハ略明カデハアルケレドモ念ノタメ之ヲ明言シ又所謂擔保義務ハ如何ナルモノカト云フコトガ舊商法ニハ明カニナツテ居ラナカッタノミナラズ解釋上ハ現株主ガ一應拂込ノ催告ニ應ジナケレバ直チニ之ニ代ハツテ拂込ヲナスベキ旨ヲ各讓渡人ニ請求スルコトガ出來ルヤウニ見ユルカラ此等ノ點ヲ新商法一五三二項三項ニ規定シタノデアアテ跡ハ同ジコトデアアル而シテ右ノ讓渡後二個年間ナル文字ハ舊商法一部施行ノ際民法商法施行取調委員ニ於テ挿入シタルモノデ當時ノ事情

ヨリ觀レバ能々範ヲ獨逸ニ取リニ往ツタモノデハナイト謂ッテヨカラウト思フ(獨逸舊商法一八四〇二項ハ新商法二二〇二項ト同一デアアル)
要スルニ大阪地方裁判所ノ見解ハ其當ヲ得ナイト思フノデアアル

五 株主總會通知ノ記載事項

商法第百五十六條第二項ハ株主ナシテ總會ノ目的及ヒ其總會ニ於テ評決セラレヘキ事項如何ヲ豫知スルコトヲ得セシメ其決議權ヲ行フニ付キ十分ノ準備ヲ爲サシムル規定ナルヲ以テ會社カ株主ニ爲ス總會ノ通知ニハ其議事日程タルヘキ事項如何ヲ了解スルコトヲ得セシムルニ足ル記載アルコトヲ要ス今抗告人ノ發シタルモノナリト云フ通常總會ニ關スル通知ニハ「第七期諸計算書並ニ利益金配當ニ關スル件」トアリテ第七期計算及ヒ利益金配當ニ關スル件カ議事トナルヘキコトヲ推知セシムルコトヲ得ヘシト雖モ如何ナル計算ニ因リテ如何ナル割合ノ利益配當ト爲ルヘキヤ其計算ハ果シテ相當ナルヤ否等總會ノ決議ニ付スヘキ事項ニ至リテハ之ヲ知ルニ由ナキモノナルヲ以テ右商法ノ規定ニ違背スルコト瞭然タリ何トナレハ斯ル通知ニ依ルモ株主ハ決議ヲ爲サ、ルヘカラサルモノトセンニハ議事ノ何タルヲ研究スルニ違ナカリシ株主ナシテ違カニ評決ノ數ニ加ハラシムルコトヲ強要スルト異ル所ナク決議事項ヲ豫知セシメントスル立法ノ趣旨ヲ貫徹スルコトヲ得サレハナリ又其臨時總

會ノ招集ニ付キ發シタリト云フ通知ヲ見ルニ故副總裁片山遠平君ニ功勞金贈與ノ件トアルヲ以テ其功勞ニ報スル爲メ金圓ヲ贈與スルコトヲ決議スル目的ノ總會ナルコトヲ推知シ得ルモ贈與セントスル金額ハ果シテ若干ナルヤヲ知ラシムルコトナク株主カ決議スヘキ事項ノ表示ヲ爲スニ足ラサルカ故ニ此通知モ亦違法ナリトス而シテ抗告代理人カ右見解ヲ不當ナリトシテ引用スル例示ノ場合ニ於テモ新ニ選任スルト再選ヲ爲ス等決議事項異ルコトナキニ非ラス又慣習ハ法律ニ規定シタル事項ニ付テハ其效力ヲ有スルモノニ非サルコトハ法例第二條及ヒ商法第一條ニ依リ明ナルヲ以テ本案通知ノ如キ違法ノ通知ニ因リ總會ヲ開キタル幾多ノ實例アリトスルモ商法第五十六條第二項ノ規定ヲ除外セシムル效力ヲ有スルコトナシ(明治三十五年七月八日大審院第一民事部決定理由)

明治三十五年七月八日大審院ガ下シタル決定ハ有名ナル商法違反事件ニ關スルモノデ株式會社ノ株主總會ノ通知ハ此決定ニ據レバ大率商法違反デアルトテ實業家ハ大ニ騒ギ居ルヤウデアアルガ世ノ法律家中ニハ大審院ノ決定ヲ全然可トスル者モアルヤウデ彼法律新聞ノ如キモ之ニ滿腹ノ同意ヲ表シテ居ルヤウデアアル(法律新聞九九號一三頁一〇二號一九頁)然レドモ予ハ右ノ決定ニ同意スルコトガ出來ヌノデアアル今其決定ノ要旨ト云フヲ聞クニ商法第五十六條第二項ハ株主ヲシテ總會ノ目的及ヒ其總會ニ於テ評決セラルヘキ事項如何ヲ豫知スルコトヲ

得セシメ其決議權ヲ行フニ付十分ノ準備ヲ爲サシムル規定ナルヲ以テ會社カ株主ニ爲ス總會ノ通知ニハ其議事日程タルヘキ事項如何ヲ了解スルコトヲ得セシムルニ足ル記載アルコトヲ要スト云フ理由ニテ(第一)日本勸業銀行ガ通常總會ニ關スル通知ニ第七期諸計算書並ニ利益金配當ニ關スル件トセルヲ不法トシ第七期計算及ヒ利益金配當ニ關スル件カ議事ト爲ルヘキコトヲ推知セシムルコトヲ得ヘシト雖モ如何ナル計算ニ因リテ如何ナル割合ノ利益配當ト爲ルヘキヤ其計算ハ果シテ相當ナルヤ否等總會ノ決議ニ付スヘキ事項ニ至リテハ之ヲ知ルニ由ナシト云ヒ(第二)同銀行ガ臨時總會ノ招集ニ付キ發シタル通知ニ故副總裁片山遠平君ニ功勞金贈與ノ件トセルヲ不法トシ其功勞ニ報スル爲メ金圓ヲ贈與スルコトヲ決議スル目的ノ總會ナルコトヲ推知シ得ルモ贈與セントスル金額ハ果シテ若干ナルヤヲ知ラシムルコトナク株主カ決議スヘキ事項ノ表示ヲ爲スニ足ラスト云フノデアアル(法學志林三四號七三頁ニ據ル)予ノ見ル所ヲ以テスレバ是ハ決議スベキ事項ト決議ノタメニ豫メ知ルコトヲ要スル事項トヲ混ジテ居ルヤウデアアル何トナレバ商法第五十六條第二項ニハ總會ノ目的及ヒ總會ニ於テ決議スヘ

キ事項トノミアルノニ是ハ「決議權ヲ行フニ十分ノ準備ヲ爲サシムル規定」デア
 ルト云ヒ、又「如何ナル計算ニ因リテ如何ナル割合ノ利益配當ト爲ルベキヤ其計算
 ハ果シテ相當ナルヤ否等」ガ分ラヌカラ「總會ノ決議ニ付スヘキ事項ヲ知ルニ由ナ
 シ」ト云ヒ、又「贈與セントスル金額ハ果シテ若干ナルヤヲ知ラシメス」トテ「株主カ決
 議スヘキ事項ノ表示ヲ爲サス」トセルカラデアアル、然レドモ此二者ハ全ク別デアッテ、
 總會ノ通知ハ唯決議スベキ事項ヲ知ラシムルモノデ、決議ノタメニ豫メ知ルコト
 ヲ要スル事項ハ或ハ財産目錄、貸借對照表、營業報告書、損益計算書ニ依リ、或ハ監査
 役ノ報告書ニ依リ、或ハ検査役ノ調査報告書ニ依ッテ知ルコトヲ得ルモノデアアル、其
 ガタメニ商法第百五十八條、第百八十一條乃至第百八十三條、第百九十條、第百九十
 一條、第百九十八條等ノ規定ガアルノデアアル、若シ大審院ノ説ノヤウデアレバ總會
 ノ通知ト共ニ此等ノ書類ヲ各株主ニ送付セシメテバナラス、左スレバ第百九十條
 ノ書類及ビ監査役ノ報告書ヲ備ヘ置イテ之ヲ株主ノ閱覽ニ供スル必要ナキノミ
 ナラズ、商一九二、第百九十條ニ據レバ總會ノ一週間前ニ同條ニ掲ゲタル書類ヲ監
 査役ニ提出シ、第百九十一條第一項ニ據レバ總會ノ會日前三(即チ前日ニテモ可ナ

リ)監査役ノ報告書ト共ニ之ヲ本店ニ備フレバヨイトシテアル故ニ、之ヲ二週間前
 ニ發スベキ總會ノ通知ト共ニ各株主ニ送付スルコトハ到底不能デアルト謂ハチ
 バナラス、今進ンデ本件ノ通知ガ適法ナリシヤ否ヤヲ看ルニ、第一ノ「第七期諸計算
 書」竝ニ「利益金配當ニ關スル件」ハ文字ノ上ニ於テハ如何ニモ不穩當デアアル、何トナレ
 バ直接ニ議決スベキ事項ヲ示シテ居ラスカウデアアル、然レドモ會社ガ苟モ議決ス
 ベキ事項トシテ此文字ヲ掲ゲタル以上ハ之ニ由ッテ議事日程ノ意味ガ分リサヘス
 レバヨイトセチバナラス、然ルニ「計算書」トハ如何ナル書類カト問ヘバ是ガ通常總
 會デアアル以上ハ商法第百九十條ニ掲ゲタル各種ノ計算書デアルト云フコトハ明
 カデアラウト思フ、而シテ之ニ關スル件「トハ漠然タルニハ相違ナキモ苟モ是ガ決
 議事項デアアル以上ハ之ニ關スル議決デアルト云フコトハ疑ナカルベク、而シテ是
 ガ通常總會ニ於テデアアルカラ第百九十二條ニ規定スル所ノ「承認」ノ件デアアルコト
 ハ明カデアアルダラウト思フ、故ニ右ノ通知書ノ文字ハ極メテ不完全デアルト云フ
 コトハ爭ハヌケレドモ決議事項ヲ掲ゲザルモノトシテ之ヲ違法トスルハ酷ニ失
 スルモノト思フ、第二ノ「故副總裁片山遠平君ニ功勞金贈與ノ件」ハ洵ニ穩當ナル通

知方デアルト思フ、大審院ノ言フヤウニ金額ヲ掲ゲテバナラヌモノトスレバ役員選舉ノ時ニハ必ズ候補者ヲ定メテバナラヌト謂フベキデアアル、全ク功勞金ヲ贈與スルヤ否ヤガ問題デアアルノニ是非重役ニ於テ原案ノ金額ヲ定メテ通知シナケレバ決議事項ヲ通知セザルモノニシテ違法デアルト云フノハ實ニ了解ニ苦ムノデアアル、箇様ナル議論ヨリスレバ原案ニ金額ヲ掲グレバ之ヲ可決スルカ否決スルカノ外ナク金額ニ修正ヲ加フルコトモ出來ヌト謂ハテバナラヌ(澳國維那控訴院千八百七十七年三月十五日判決ニ據レバ百分ノ十ノ株金拂込ヲ議事日程トシテ通知シタルニ百分ノ十五ノ拂込ヲ議決シタルハ違法ナリトセリ Endemann, *Handbuch des Deutschen Handels-Recht und Wechselrechts*(altm.), I, s. 366, A. 23) 故ニ却テ「功勞金贈與ノ件」トシテ通知シ置キ、一旦大體ヲ可決シタル後又ハ其前ニ議場ニ於テ或ハ重役ヨリ或ハ一株主ヨリ金額ノ原案ヲ發議シ、總會ハ之ヲ可決シ、否決シ又ハ修正議決スルヲ妥當トスベキデアアル、尙ホ序ニ論ジテ置クノハ第五十六條第二項ノ「總會ノ目的」及ヒ總會ニ於テ決議スヘキ事項」ト云フ文字ノ意味デアアル、是ハ或ハ重複ノ嫌ガアルケレドモ姑ク舊商法ノ文字ヲ襲用シタノデアアル、蓋シ舊商法ノ下ニ於テ差支ナク行

ハレテ居ッタ規定デアアルカラ濫ニ文字ヲ改メテ新ニ疑問ノ種ヲ蒔ク必要モナイカラデアッタラウ、唯舊商法第九十九條ニハ「會議ノ目的及ヒ事項」トアツテ文字ガ如何ニモ不備デアアルカラ之ヲ補ッダケデアアル、今此文字ノ出處ヲ釋スレバ、獨逸舊商法第九十九條第二項及ビ第二百三十八條第二項(新商法二五六、一項、二項、三二〇、三項)ニ株式合資會社及ビ株式會社ノ總會招集ノ場合ニ其目的(Zweck)ヲ示スベク(是ハ株式會社ニ在ッテハ二週間前、獨舊商二三八、一項、同新商二五五、一項)豫メ通知セザル事項(Gegenstande)ニ付テハ決議ヲナスコトヲ得ヌト規定シテアツテ、是ハ株式會社ニ在ッテハ一週間前ニ通知スレバ宜イトアル、獨舊商二三八、二項、同新商二五六、二項)株式合資會社ニ在ッテハ結局「目的」事項トハ同一物トナリ、株式會社ニ在ッテモ殆ド同様デアアルガ唯招集ノ通知ニハ漏レタル事項デモ一週間前ニ之ヲ通知スレバ有效ナル決議ヲナスコトガ出來ルト云フコトニ歸著スルノデアアル、故ニ極端ヲ言ヘバ招集ノ際ニハ毫モ其目的ヲ示サズシテ一週間前ニ之ヲ通知シテモ決議ハ無効デナイト云フコトニナル(Mankover, *Das allgemeine Deutsche Handelsgesetz* (alte), II. Anh., s. 266, A. 19; Endemann, *op. cit.*, s. 366, 2.) 其ヲ「ロースレル」氏ガ漠然ト「會議ノ目的」及ヒ事項(…des

Zweckes und des Gegenstandes der Berathung. 草案二二七トシタノデ、其説明ヲ看ルニ總會ノ招集ニ於テ會議ノ目的及ビ事項、即チ例ヘバ計算ノ報告、承認、借財、配當ノ許可、取締役ノ選舉等ヲ明カニ舉示シナケレバナラス云云トアツテ、毫モ「目的」ト事項トノ區別ヲシテ居ラスノデアル、又他ノ國ニ於テモ斯ノ如キ區別ヲシテ居ル例ハナク、皆招集ノ際決議事項ヲ通知セテバナラスコトノミヲ規定シテ居ルノデアル、(匈牙利商法一七七、瑞西債務法六四六、二項、伊太利商法一五五、二項、三項、羅馬尼商法一五七、三項、四項、葡萄牙商法一八一、白耳義千八百七十三年五月十八日法六〇、三項、英吉利千八百六十二年八月七日法五二、準則一、A表三五、三六、佛ニハ明文ナシ、尙ホ各國ノ法律ニ參考トナルベキ規定尠カラザレドモ本問ニ必要ナキガタメ論ゼズ)之ヲ要スルニ我商法第百五十六條第二項ノ「總會ノ目的」ト「總會ニ於テ決議スヘキ事項」トハ必ズシモ別物デアルトハ云ヘヌガ、甲ノ語バカリデハ「定時總會」又ハ「定款變更」ト云ツテモ濟ムヤウニ見エルケレドモ乙ノ語アルガタメ通常ノ慣例トナツテ居ルト聞クガ如ク「第何期營業報告、貸借對照表、損益計算書、財産目錄ノ承認及利益金分配ノ件」(法學志林三五號八五頁、法律新聞一〇二號一九頁)ト書キ又ハ「定款中變更スベキ

點ヲ示サテバナラスコトトナルノデアル

六 再ビ株主總會召集ノ通知記載事項ニ就テ

本件ニ付キ判決ス可キ主要ノ爭點ハ被告會社ノ第十一回定時總會並ニ引續キ開會サレタル臨時總會カ適法ニ召集セラレタリヤ否ヤニアリ案スルニ株式會社カ總會ヲ召集スルニハ各株主ニ對シ總會ノ目的及ヒ總會ニ於テ決議ス可キ事項ヲ記載シタル通知ヲ發スルコトヲ要スルハ商法第百五十六條第二項ノ規定スルトコロナリ商法ニ此規定アルハ株主ヲシテ豫メ總會ニ於テ決議ス可キ事項ノ如何ヲ知ラシメ且其準備ヲ爲サシムルノ法意ナルヲ以テ其通知ニハ總會ノ議事日程タルヘキ事項ノ内容ヲ知り得ル程度ノ記載アルコトヲ要ス今本件ニ於テ成立ノ爭ナキ甲第一號證ニヨレハ明治三十五年七月十四日被告會社カ前後ニ總會召集ノ日時場所並ニ總會ノ種類ヲ記載シ後段ニ株主定時總會議題トシテ「三十五年上半年ニ屬スル事業報告ノ件」「財産目錄貸借對照表並ニ損益計算ニ關スル件」「準備金役員賞與金及ヒ利益配當ニ關スル件」又株主臨時總會議題トシテ「取締役三名監査役二名任期満了ニ付キ改選ノ件」ト記載シタル通知書ヲ發シタルコトヲ認ムルヲ得被告會社ハ之ニヨリ總會ハ適法ニ召集セラレタリト主張スルモ之レ法律カ要求スル條件ヲ完備セル通知アルモノト云フヲ得ス何トナレハ株主定時總會議題トシテ記載シアル事項ノミニテハ株主ハ此等ノ諸件カ議事ニ附セラルヘキコトヲ推知スルヲ得ルニ止マリ會社財産並ニ貸借ノ現況如何、如何ナル計算ニヨリ

テ損益ヲ生シタリ又幾何ノ準備金ヲ積立テ如何ナル割合ノ賞與金ヲ與ヘ利益ノ配當ヲ爲ス中等ニ至リテハ一モ之ヲ知ルニ由ラシ是豈ニ決議事項ヲ豫知セシメントスル立法ノ趣旨ニ適フモノナランヤ特ニ此等ノ事項ハ定時總會ノ專屬事項ニシテ且不可分ノ性質ヲ有スルモノタルコトハ商法第九十條第九十二條ニヨリテ明カナルニヨリ已ニ定時總會ノ召集アレハ此等ノ事項カ當然議事ニ附セラル可キコトヲ豫知スルヲ得ヘキヲ以テ被告ノ主報ニ從ヘハ株主ハ總會ノ目的ニヨリ其決議事項ヲ推知スルノ結果トナルヘク從テ法律カ此二ツノモノヲ通知ノ要件トスルノ必要ナキニ至ル可シ然レトモ法律カ特ニ總會ノ目的及決議事項ヲ通知ノ要件トシテ其竝記ヲ命スル所以ハ各自獨立ノ效用ヲ認メタルモノナリト解スルヲ穩當トスルヲ以テ被告會社カ株主定時總會議題トシテ掲ケタル諸件ハ適法ナル決議事項ノ通知ナリト云フヲ得ス已ニ決議事項カ適法ニ通知セラレサルトキハ其總會ノ成立カ違法ナルヲ以テ其決議ノ全部カ無効ナリト云ハサルヲ得ス又株主臨時總會議題トシテ掲ケタル事項モ總會召集ノ目的カ取締役三名監査役二名任期満了ニ付キ改選ノ爲メナルコトヲ推知スルヲ得ルニ止マリ何人カ任期満了シタルヲ知ルニ由ナキニヨリ是亦決議スヘキ事項ノ記載アル適法ノ通知ナリト云フ可カラス從テ其召集ノ手續カ適法ナラサルヲ以テ以上論述シタル理由ニヨリ云云(明治三十五年十二月十三日東京地方裁判所第二民事部判決理由)

明治三十五年十二月十三日東京地方裁判所ガ下シタル判決ハ予ガ法學志林三六號一頁ニ批評シタル大審院ノ決定ト同一趣旨ノモノデアッテ下級ノ裁判所ガ之ヲ

襲踏シタルハ怪ムニ足ラヌケレドモ苟モ帝國首府ノ地方裁判所デアアルカラ單ニ大審院ノ判例ヲ追ウタモノデモアルマイシ又大審院ニ於テモ前日ノ判例ガ其當ヲ得ナイト思ッタナラバ決シテ前説ヲ固執スルモノデナイコトヲ信ジテ疑ハナイノデアアルカラ予ハ更ニ簡短ニ反對ノ意見ヲ述ベヤウト思フ

(第二)右ノ判決ニハ株主定期總會議題トシテ「一、三十五年上半期ニ屬スル事業報告ノ件」一、財産目錄、貸借對照表並ニ損益計算ニ關スル件」一、準備金、役員賞與金及利益配當ニ關スル件」ト記シタルヲ違法トシ其理由ニ「株主定時總會議題トシテ記載シタル事項ノミニテハ會社財産並ニ貸借ノ現況如何如何ナル計算ニヨリテ損益ヲ生ジタリヤ又幾何ノ準備金ヲ積立テ如何ナル割合ノ賞與金ヲ與ヘ利益ノ配當ヲ爲スヤ等ニ至リテハ一モ之ヲ知ルニ由ナシ」ト云ヒ又「已ニ定時總會ノ召集アレバ此等ノ事項ガ當然議事ニ附セラル可キコトヲ豫知スルヲ得ベキヲ以テ被告ノ主張ニ從ヘバ株主ハ總會ノ目的ニヨリ其決議事項ヲ推知スルノ結果トナルベク從テ法律ガ此二ツノモノヲ通知ノ要件トスルノ必要ナキニ至ル可シ」ト云ッテ居ルノデアアルガ(法律新聞一二〇號一七頁ニ據ル)法文ニハ總會ニ於テ決議スヘキ事項ト

ハ云ウテ居ルケレドモ(商一五六)二項決シテ「會社財產並ニ貸借ノ現況如何、如何ナル計算ニヨリテ損益ヲ生ジタリヤ」ヲ通知セヨトハ云ウテ居ラヌノデアル、此等ノ事項ハ少クモ商一九〇ニ掲ゲタル「財産目録、貸借對照表、營業報告書、損益計算書」ヲ一覽シナケレバ分ラヌノデアルガ、是ハ同條ニ據レバ「總會ノ會日ヨリ一週間前ニ監査役ニ提出スレバ宜シイモノデ、又商一九一、一項ニ據レバ「會日前ニ本店ニ備レバヨイモノデアルノニ、會日ヨリ二週間前ニ通知スベキ總會ノ招集ト同時ニ之ヲ通知セヨトハ明カニ法意ニ背イテ居ルト思フ(商一五六)一項、又幾何ノ準備金ヲ積立テ如何ナル割合ノ賞與金ヲ與ヘ利益ノ配當ヲ爲スヤ」ハ「決議事項」ナリト謂ヘヌ事ハナイガ、是モ商一九〇、五號ニ據レバ「會日ヨリ一週間前ニ監査役ニ提出シ、商一九一、一項ニ據レバ「會日前ニ本店ニ備レバヨイモノヲ必ズ二週間前ニ通知セ子バナラヌト云フノハ果シテ法律ノ解釋トシテ採用スルコトガ出來ルデアラウカ、殊ニ準備金ハ法律ノ命ズル所デアルカラ苟モ多少ノ利益アレバ必ズ之ヲ積マ子バナラスガ、賞與金ヤ配當金ハ果シテ之ヲ拂フベキヤ否ヤサヘ決議ニ由ッテ極マルノデアッテ假ニ重役カラ其案ヲ提出シタ所デ是ハホンノ參考ニ供スルニ過ギヌ

モノデアアル、若シ然ラズトセバ或一派ノ人ノ論ズルガ如ク其金額又ハ定率ヲ通知シテ置イタナラバ總會ニ於テハ重役ノ原案ヲ其儘可決スルカ又ハ其儘否決スルノ外ナイト謂ハナケレバナラヌヤウニナッテ來ルデアラウ、又予等ノ論ズルガ如クナレバ單ニ定時總會ヲ開ク旨ヲ通知スレバヨイノデ、法文ヲ觀レバ其決議事項ハ自ラ分ルデアラウト云フガ、其ハ其通デアアル、故ニ英國ノ如キハ定時總會ニ於テ配當案ノ議決及ビ計算、貸借對照表、取締役ノ通常ノ報告ノ承認ヲナスタメニハ豫メ決議事項ヲ通知スルコトヲ要セヌトシテ居ル(英千八百六十二年八月七日法五二、準則一、A表三六)然レドモ一ニハ定時總會ニ於テ他ノ事項ヲ議シ得ルカラ果シテ法律ニ掲ゲタル必要事項ノミデアアルカドウカト云フコトヲ明カニスルタメ(本件ニ於テ同時ニ臨時總會ヲ開キ重役ノ改選ヲナシタノハ世ニ本文ニ反對ノ說ヲ執ル者ガアルカラデアラウガ實ハ愚ナ事デアッタト思フ)、一ニハ株主ガ一一法文ヲ披見セズトモ決議事項ヲ知ルコトノ出來ルヤウニシテ置ク方ガ便利デアルタメ、必ズ決議事項ヲ通知セシムルノデアル、是ハ英國ヲ除キ大抵各國皆同ジキ所デアアル(獨商二五六、二項、澳商二三八、二項、匈商一七七、瑞西債務法六四六、二項、伊商一五五、二

項三項羅馬尼商一五七三項四項葡商一八一、自千八百七十三年五月十八日法六〇三項

(第二株主臨時總會議題)トシテ「一、取締役參名、監查役貳名任期滿了ニ付改選ノ件」ト記シタルヲ違法トシ、其理由ニ「何人カ任期滿了シタルヤヲ知ルニ由ナキニヨリ是レ亦決議ス可キ事項ノ記載ナキモノデアルト云ツテ居ルガ、是ハ實ニ了解ニ苦ム事デアル、若シ或重役ヲ罷メルカ罷メヌカト云フ問題ナラ或ハ其何人タルカヲ知ラテバ決議事項ガ分ラヌトモ謂ヘヌコトハナイガ、後任者ヲ選ブノガ議決スベキ事項デアアルノニ前任者ノ氏名ガナイカラ議決スベキ事項ガ分ラヌトハ聊カ分ラヌ論デハナイカト思フ、殊ニ決議事項ノ通知ヲ覽テ決議ニ必要ナル準備ヲナス程ノ株主ガ滿期トナツタル重役ノ何人タルカモ知ラヌト云フコトハ萬アルベカラザル事デアアルカラ、之ヲ通知セヌタメニ決議ガ無効デアルト云フガ如キハ唯我我ヲシテ吃驚仰天セシムルノデアアル(尙ホ法學志林三六號一頁拙論ヲ看ヨ)

七 取締役ハ定數ノ株券ヲ監查役ニ供託ス

ル以前ト雖モ取締役トシテノ權限ヲ有ス

商法第二百十條第五號第六十八條ノ規定ヲ參照スルトキハ取締役ハ必ラヌヤ定數ニ定メタル員數ノ株式ヲ所有シ而カモ其株式ハ之ヲ監查役ニ供託スルコトヲ要スルヲ以テ其規定ニ從ハサル取締役ハ有效ニ其行為ヲ爲スコトヲ得スト論結スルヲ至當トス而シテ定數第二十六條(甲第一號證)ニ依レハ取締役ハ其所有ノ株式三十株ヲ監查役ニ供託スルコトヲ要スルヲ以テ控訴會社ノ取締役山口藤三郎ハ當サニ其所有ノ株式三十株ノ監查役ニ供託セサルヘカラサルニ乙號證ニ徵スルニ右山口藤三郎ハ其名義ノ所有株式僅ニ二十株ヲ供託シタルニ止マルヲ以テ取締役トシテハ有效ニ行為ヲ爲スコトヲ得サルニ付キ同人カ招集シタル明治三十三年十二月十三日ノ臨時株主總會ハ招集ノ手續ニ於テ適法ナラサルモノアリト謂ハサルヘカラサルニ依リ其招集ニ基キ爲シル決議ニ對シテ被控訴人ヨリ無効宣告ヲ請求スルハ理由アリト認ム然ルニ控訴人ハ、取締役山口藤三郎ハ右二十株ノ外ニ中西廣藏ヨリ買受ケタル十株ニ株主名簿登錄書換ノ請求書ヲ添付シ之ヲ監查役ニ供託シタルヲ以テ定數ニ定メタル員數ノ株式ヲ供託シタルモノナリト主張スレトモ假令名義書換ノ停止申ナルニモセヨ又會社ニ於テ名義書換ノ請求ト共ニ供託ヲ受ケタルニモセヨ商法第五十條ノ規定ニ徵シ明白ナルカ如ク苟モ名義書換ノ手續ノ完了セサル以上ハ會社其他ノ第三者ニ對シテ其所有タル

第二編 商法 乙 會社 七 取締役ハ定數ノ株券ヲ監查役ニ供託スル以前ト雖 二八七
モ取締役トシテノ權限ヲ有ス

コトヲ對抗スルヲ得サル筋合ナルヲ以テ從テ右十株ニ付テハ取締役山口藤三郎ノ所有株式ナルコトヲ論定スルニ由ナシ然ルニ控訴人ハ若シ山口藤三郎ニ取締役ノ權限ナシトセンカ先ツ本訴ニ於テ山口藤三郎ヲ會社ノ代表者トシテ起訴シタルハ不適法タルヲ免レスト論辯スレトモ會社ニ對シテ訴訟ヲ提起スヘキ場合ニ在リテハ會社ヲ代表スヘキモノヲ相手取ラサルヲ得サルニ付其代表者ハ前顯ノ如ク瑕疵アルニモモヨ取締役トシテ登記セラレアル以上ハ代表者トシテ起訴セラル、コトヲ妨クルモノニアラサルヲ以テ訴訟ノ形式上ニ於テモ違法アルモノニアラス而シテ本訴ハ明治三十四年一月十一日ノ起訴ニシテ明治三十三年十二月十三日ノ臨時株主總會ニ於テ爲シタル決議ノ無効宣告ヲ請求スルニアルヲ以テ法定ノ期間内ニ提起セラレタル適法ノ訴訟ナリトス(明治三十四年〇月〇日大阪控訴院第一民事部判決理由也)

法律新聞八十九號ニ據レバ大阪控訴院ハ取締役ガ定款ニ定メタル員數ノ株券ヲ監査役ニ供託スルマデハ取締役ノ資格ナシト判決シタルガ如ク見ユルガ亦予ガ一驚ヲ吃シタル所デアアル成程取締役ハ定數ノ株券ハ監査役ニ供託スル義務ハアルガ此義務ヲ盡ス以前ト雖モ他ノ資格ニ缺クル所サヘナケレバ取締役トシテ十分ノ權限ヲ有スルコトハ、チャツド取締役ハ商法第七十一條第一項ニ依リ株主名簿ヲ備ヘ置ク義務ハアルガ此義務ヲ盡ス前ト雖モ他ノ資格ニ缺クル所サヘナケレバ

取締役トシテ十分ノ權限ヲ有スルノト一般デアアル殊ニ株主總會ノ招集ニ付テハ其招集ヲ爲シタル取締役ニ資格ガナイカラ其總會ノ決議ガ無効デアルト云ヒナガラ訴訟ニ付テハ會社ヲ代表スル資格アリトハ何等ノ矛盾デアラウカ尤本件ニ於テハ或ハ取締役ガ定數ノ株式ヲ有シナイ事實カアリハセヌカト思ハルル節モアレドモ(商一五〇)ノ手續ヲ踐ムマデハ會社ヨリ視レバ株式ノ讓渡ナキモノナルコトハ判決ノ通右ノ判決ハ主トシテ供託ノ不足ナルコトニ基イテ決議ヲ無効トセルヤウ見ユルガ故ニ此點ハ確カニ謬ッテ居ルト云フコトヲ明言セバナラヌ、

八 取締役ガ監査役ノ承認ヲ經ズシテ會社ト爲シタル法律行爲ノ效力

本件ノ消費貸借ハ會社ノ取締役カ監査役ノ承認ヲ經ズシテ會社ト契約ヲ爲シタルモノニシテ法律上無効ノモノナルヤ否ヤニ存ス商法第七十六條ニ取締役ハ監査役ノ承認ヲ經タルトキニ限り自己又ハ第三者ノ爲メニ會社ト取引ヲ爲スコトヲ得トアレトモ之レ公益ノ規定ニアラスシテ會社ノ利益ヲ保護スルノ目的ニ出ツルモノナリ私法上當事者ノ利益ヲ保護スル爲メ行爲ノ制限ヲ爲ス規定ハ之ニ違犯シタル場合ニ於テ其保護ヲ受クル當事者之カ取消

ヲ求メ得ルニ止マリ其利益ニ反シテ當然無効ト爲ス如キコトナキナ一般ノ法規トス本條既ニ公益規定ニアラスシテ會社保護ノ規定タル以上ハ之ニ違犯スルモ當然無効ニアラスシテ會社ハ之ヲ理由トシ其契約ヲ取消サシムルニ止マルノ法意ト解釋セサルヘカラス(明治三十五年十二月二十三日東京控訴院第四民事部判決理由)

明治三十五年十二月二十三日東京控訴院判決ハ其當ヲ得スト思フ、今法律新聞ノ報ズル所ニ據レバ會社ノ取締役ガ監査役ノ承認ヲ經ズシテ會社トナシタル契約ハ單ニ取消シ得ベキモノニシテ無効デハナイト判決シタヤウデアアルガ(法律新聞一、二一號一八頁)是ハ謬ッテ居ルト思フ商一七六ハ民一〇八ノ例外デアッテ其規定以外ニ在ッテハ全ク代理權ナキモノデアアルカラ無効デアルト謂ハテバナラヌ、殊ニ取消シ得ベキ行爲ハ明カニ之ヲ規定シテ居ルノデ、其明文ナキニ行爲ノ取消ヲ認ムルコトハ出來ヌ、元來同一ノ法律行爲ニ付キ其相手方ノ代理人ト爲リ又ハ當時者雙方ノ代理人ト爲ルコトヲ得ナイト云フノハ(民一〇八)通常一ノ法律行爲ガ當事者ノ一方ノタメニ最モ利益デアルトキハ他ノ一方ノタメニハ不利ナルコトガ多イノデアアル、然ルニ同一ノ人ガ其雙方ノ資格ヲ以テ法律行爲ヲナストキハ或ハ孰レカノ利益ヲ多ク圖ルカ、或ハ孰レノタメニモ十分利益ト思ハヌ所ニ満足セテ

バナラヌ、此ノ如キ事ヲ許スノハ弊ノミアッテ利ノナイモノト立法者ハ視テ居ルノデアアル、唯株式會社ニ在ッテハ往々其必要アルコトヲ認メ、且會社ノ代表者タル取締役ニ對シテ之ヲ監督スベキ監査役ガアルカラ是ガ承認シタル取引ハ會社ノタメニハ不利ナルコトナク隨テ取締役モ安ジテ自己ノ正當ノ利益ヲ圖ルコトガ出來ルモノト認メテ、特ニ之ヲ許シテ居ルノデアアル、然レドモ監査役ノ承認ナキ場合ニハ民法ノ本則ニ返ルカラ其取引ハ無効デアルト謂ハテバナラヌ

九 監査役ノ承認ヲ經ザル取締役ト會社トノ取引

控訴人ハ甲第一號證約束手形ハ振出シタルコト更ニ之レナシト主張スレトモ證人西川由次ハ甲第一號證ハ同人カ控訴會社專務取締役ノ資格ニテ會社ヲ代表シテ振出シタルニ相違ナキ旨證言シ此供述ハ信認シ得ルカ故ニ本件約束手形ハ控訴人ニ於テ振出シタルモノト認ム又控訴人ハ甲第一號證中奈夏市池ノ町足立秀太郎方ニテ支拂可申候西川由次トアル文言ハ振出人カ同地ニ於テ支拂フコトヲ約シタルモノト解スルヲ得ス假令然ラストスルモ單ニ支拂場所ヲ記載シタルニ過キスト主張スレトモ西川由次ナル此署名ハ同手形中控訴會社專務

取締役西川由次トアル他ノ署名ト同一筆蹟ナルコト一見明瞭ナルノミナラス其名下ニハ二者何レモ專務取締役西川由次ト刻シタル同一ノ印章捺捺シアリテ此點ヨリ推考スルニ西川由次カ取締役トシテ記載シタル文言ニシテ即チ振出人カ同地ニ於テ支拂ヲ爲スコトヲ約シタルモノナルコトヲ知リ得ヘク又支拂場所ハ支拂地以外ニ指定シ得サルコトハ商法第五百二十九條ニ依リ約束手形ニ準用セラル、同法第四百五十四條ノ規定ニ徴シテ明ナレハ若シ果シテ控訴人主張ノ如クナリトセハ前記ノ文言ハ手形上ノ效力ヲ生セサル無効ノ記載ヲ爲シタルモノト謂ハサル可カラズ然レトモ本院ハ手形ニ記載セル文言ハ之ヲ無効トスルヨリハ寧ロ有效ニ解釋スルヲ相當ナリトスルニヨリ奈良市ハ支拂地ニシテ同市池ノ町足立秀太郎方ハ支拂場所ナリト認ム但シ乙第二號證ニ依レハ被控訴人ハ名古屋控訴院ニ提出セル書面中ニ前記ノ文言ハ支拂場所ヲ記載シタルニ止マリ手形上何等ノ效力ヲ生セサル記事ナル旨主張シタルコト明ナレトモ本院ニ於テハ之ニ反シテ支拂地並ニ支拂場所ヲ記載セルモノナリト供述セリ元來手形ノ文言ハ所持人タル被控訴人ノ意見ニ因リテ其意義ヲ左右セラルヘキモノニアラサルノミナラス其文言ハ有效ニ解釋スヘキモノナルコト前段說明ノ如クナレハ前記文言ノ意義ニ適セサル乙第二號證ハ之ヲ排斥セサルヲ得ス

又控訴人ハ原裁判所ハ本訴ノ管轄裁判所ニアラスト主張スレトモ奈良市カ支拂地タルコトハ前說明ノ通りニシテ本訴ハ當初爲替訴訟トシテ提起セラレタルモノナレハ同市ヲ管轄スル原裁判所ハ民事訴訟法第四百九十五條ニ從ヒ支拂地裁判所トシテ本訴ニ付キ裁判權ヲ有スルヲ論テ俟タス

又控訴人ハ爲替訴訟トシテ適法ナルヤ否ヤ未タ定マラサル間ハ通常訴訟ニ變更スルヲ得ス假リニ變更シ得ルモノトスルモ爲替訴訟トシテ支拂地裁判所ハ通常訴訟トシテ本訴ヲ管轄スルノ權能ナシト主張スレトモ本件ノ訴狀ニハ約束手形金請求ノ爲替訴訟ト題シ甲第一號證約束手形ヲ以テ主張ノ事實ヲ立證スル旨ノ記載アリ且ツ約束手形ノ謄本ヲ添付シアリテ爲替訴訟タルノ要件ニ缺クル所ナクハ固ヨリ適法ナリ假リニ控訴人主張ノ如ク支拂地呈示監査役承認ノ事實ニ適切ナル書證備ハラサルカ故ニ不適法ノ訴ニシテ隨テ此等ノ點ヲ書證ニテ證明シ得ルヤ否ヤ定マラサルモノトスルモ本訴ハ通常訴訟トシテノ要件ハ完全ニ具備シ居ルニ因リ原裁判所カ被控訴人ノ申立ニ因リ通常訴訟ノ手續ニ變更シテ審判シタルハ相當ナリ又爲替訴訟ヲ通常訴訟ニ變更スル場合ノ裁判管轄ニ付キテハ民事訴訟法中特別ノ規定ナクハ同法第九十五條ノ規定ニ從ヒ爲替訴訟ニ依リ生シタル權利拘束ノ效果トシテ一タヒ定マリタル原裁判所ノ管轄ハ通常ノ手續ニテ訴訟ヲ繫屬セシメ爲替訴訟ヲ止ムルモ之カ爲メニ變更ヲ來スモノニアラス

又控訴人ハ本訴約束手形ノ呈示ヲ受クタルコトナシト主張スレトモ成立ニ爭ヒナキ甲第二號證ニ依レハ被控訴人ハ本訴約束手形ノ満期日ニ愛知縣花田村ナル控訴會社ニ到リ取締役西川由次ニ本訴手形金ノ請求ヲ爲シタルモ之カ支拂ヲ拒絶セラレタルコト明ナリ而シテ本訴手形金ノ支拂場所ハ被控訴人ノ住所ト同縣下ナル奈良市ニシテ近キ所ナレハ控訴人カ満期日支拂ノタメ同所ニ出頭シタリトセハ被控訴人ハ同所ニ於テ控訴人ニ手形ヲ呈示シテ支拂ヲ求ムヘキハ世間普通ノ情態ニシテ何チ苦ンテカ遠ク愛知縣ナル控訴會社ニ立越スヘキ

ノ理アラシキ故ニ被控訴人カ本訴手形ノ満期日ニ手形金ノ支拂ヲ求ムルタメ前記支拂場所ニ立越シ手形ヲ呈示シタルモ控訴人ニ出會セザリシカ故ニ已ムヲ得ス遠ク控訴會社ニ到リタリトノ供述ハ信認シ得ヘシ既ニ手形金ノ支拂ヲ求ムルタメニ支拂場所ニ出頭シタリトノ事實ヲ認メ得ル以上ハ又若シ控訴人カ同所ニ出頭スルニ於テハ被控訴人ハ手形ヲ示シ之ト引換ニ手形金ヲ受取ルノ準備即チ手形ノ呈示ト看做スヘキ行為ヲ爲シタルコトヲ推定シ得ヘシ故ニ此抗辯モ亦採用スルニ足ラス

又本訴手形ノ受取人横田孫一郎ハ當時控訴會社ノ取締役ナリシニ手形ノ受授ニ付キ監査役ノ承認ヲ經タル證左ノ見ルヘキモノナキハ控訴人主張ノ如クナレハ控訴人ハ此事由ニ因リ同人ニ對抗シ得ヘシト雖モ之ヲ以テ善意ニ本訴手形ノ裏書讓受人トナリタル被控訴人ニ對抗スルヲ得サルモノトス何トナレハ若シ如此理由ニ依リ手形取得者ニ對抗シ得ルモノトセハ手形ヲ受授スルニ當リ手形關係人ノ職業監査役ノ承認ノ有無等チ一々調査セサルヘカラスシテ甚シク手形流通ノ圓滑ヲ缺クニ至リ手形法ノ精神ニ背戾スレハナリ又控訴人ハ控訴會社ノ取締役西川由次ハ代表者トシテ手形振出ノ能力ナキコトハ商法第七十六條ノ精神ニ照シ明ナレハ本件手形ハ少クモ控訴人ノ承諾ニ瑕疵アル行為タルコト勿論ナリ仍テ右取消行為ノ意思ヲ表示スト言フモ商法第七十六條ハ取締役ノ權限ヲ防キ會社ノ利益ヲ保護スルタメニ設ケタル規定ニ外ナラザレハ之ニ違背シタルハトテ直チニ取締役カ手形振出ノ能力ヲ失シ承諾ニ瑕疵アル行為トナルモノニアラス唯タ監査役ノ承認ヲ經サルヲ理由トシテ其取引ヲ取消シ得ルニ過キス而シテ此取消ハ善意ノ裏書讓受人タル被控訴人ニ對抗シ得

サルコト前段説明ノ如シ隨テ亦同一ノ理由ニ依リ控訴人カ右手形行為取消ノ意思表示ハ被控訴人ノ本訴請求ニ對シ何等ノ影響ヲ及ホスヘキモノニアラス

以上説明セルカ如ク控訴人ノ抗辯ハ一モ採用スルニ足ラス而シテ被控訴人ハ甲第一號證約束手形ニ依レバ最後ノ裏書讓受人ニシテ現ニ之ヲ占有シ居リ其所持人タルコト明ナレハ右手形ニ基ク被控訴人ノ本訴請求ハ至當ニシテ控訴人ハ之ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス

又控訴人ハ假執行停止決定ノ取消ヲ求ムル申立ヲ爲シタルモ民事訴訟法中ノ本案ノ如キ場合ニ判決ヲ以テ假執行停止決定ノ取消ヲ命スヘキ規定存セサルカ故ニ其中立ハ許ス可ラサルモノトス明治三十六年三月十九日大阪控訴院第一民事部判決理由

明治三十六年三月十九日大阪控訴院ノ判決中聊カ其當ヲ得ナイ所ガアルト思フ、
 今法律經濟ノ報ズル所ニ據レバ同控訴院ハ「手形ノ受取人ガ振出人タル會社ノ取締役ナリシニ手形ノ受授ニ付キ監査役ノ承認ヲ經ザルモ之ヲ以テ善意ニ本訴手形ノ裏書讓受人ニ對抗スルコトヲ得ザルモノ」ト判決シタヤウデアアルガ(法律經濟二三號二四頁)之ハ予ガ同意シ兼テル所デアアル、元來商一七六ノ規定ハ先ヅ民一〇八ノ規定ト牽連スルモノデアッテ民一〇八ニ據レバ同一人ガ一ノ法律行為ニ付キ自己ノ資格ト相手方タル他人ノ代理人ノ資格トヲ兼テ又ハ當事者雙方ノ代理人タル資格ヲ兼ヌルコトヲ得ナイノデアアルガ商一七六ニ據レバ株式會社ノ取締役

ハ監査役ノ承認サヘ經ルナラバ右ノ民法ノ原則ニ從ハヌデモ宜シイノデアル尙
 ホ同一會社ノ甲取締役ガ自己ノ資格ニ於テ會社ヲ代表セル乙取締役ト取引ヲナ
 スコトハ敢テ民法ノ規定ニハ牴觸セヌケレドモ各取締役ハ殆ド異身同體ノ關係
 アルガ故ニ此場合ニ於テモ特ニ監査役ノ承認ヲ必要トシタノデアル此ノ如キ次
 第デアルカラ此條件ヲ缺ケバ其行爲ノ全ク無効ナルコトハ恰モ民一〇八ノ規定
 ニ反シタル行爲ガ無効デアルト同一デアアル判決文ニハ若シ如此理由ニ依リ手形
 取得者ニ對抗シ得ルモノトセハ手形ヲ受授スルニ當リ手形關係人ノ職業監査役
 ノ承認ノ有無等ヲ一一調査セサルヘカラスシテ甚シク手形流通ノ圓滑ヲ缺クト
 云テ居ルケレドモ苟モ手形ノ振出人又ハ受取人ガ株式會社デアアル以上ハ本件ニ
 於テハ會社ガ手形ノ振出人デアアル其會社ノ取締役ガ誰誰デアアルカト云フコトハ
 必ズ之ヲ調べタ上デナケレバ其手形ヲ讓受クルコトハ出來ヌ筈デアアル然ラズバ
 手形ノ署名者ガ果シテ正ニ其會社ノ取締役デアアルヤ否ヤヲ確ムルコトガ出來ヌ
 カデアアル其ガタメニ取締役ノ氏名ハ商業登記簿ニ登記シテアルノデアアル而シテ
 一旦手形ノ受取人又ハ振出人ガ其會社ノ取締役ノ一人デアアルコトヲ知ツタナラバ

必ズ監査役ノ承認ノ有無ヲ調べナケレバナラヌ(商一七六)故ニ此ノ如キ場合ニハ
 監査役ノ一人ガ手形ニ承認ノ旨ヲ記シテ署名スルノガ適當デアルト思フ若シ夫
 レ立法論トシテハ手形ニ關シテ善意者ヲ保護スル特別規定ヲ設クル方ガ或ハ便
 利デアアルカモ知レヌガ其代リ之ガタメニ會社ノ保護ハ薄弱トナルカラ大ニ考フ
 ベキ所デアラウト思フ兎ニ角解釋論トシテハ以上論ズル所ノ如クデナケレバナ
 ラヌコトハ蓋シ疑ヲ容レヌ所デアアル

本文ヲ印刷ニ廻シタル後法律新聞一六九號(二四頁)ヲ閱スルニ大審院ハ三十七
 年十月三日ヲ以テ取締役ガ監査役ノ承認ヲ得ズシテナシタル取引ハ當然無効
 ニ屬スベキモノニアラズ單ニ會社ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得ルモノナリト判
 決シタヤウデアアルガ之ヲ本文ノ大阪控訴院ノ判決ニ較ブレバ一段ノ進歩ト謂
 ハテバナラヌケレドモ取消ノ規定ナキニ取消ノ場合ナリトセル點ハ予ガ同意
 シ難キ所デアアル

一〇 再ビ監査役ノ承認ヲ經ザル取締役ト

第二編 商法 乙 會社 一〇 再ビ監査役ノ承認ヲ經ザル取締役ト會社トノ取 二九七
 引ニ就テ

會社トノ取引ニ就テ

商法第七十六條ノ規定ハ會社ノ利益ヲ保護セントノ目的ヲ以テ設ケラレタルモノナレハ同條ニ所謂監査役ノ承認トハ一切ノ取引ヲ爲スコトヲ豫メ承認スト云フ如キ概括的ノ承認ヲ指スモノニ非スシテ特定ノ取引ニ付特ニ與ヘラレタル承認ヲ指示スル者ト解セサル可ラス何トナレハ或取引カ果シテ會社ノ爲メ利益ナルヤ否ヤハ現實其取引自體ニ就キ考量スルニ非サレハ之ヲ知得シ難クレハナリ故ニ原院カ「商法第七十六條ノ規定ハ監査役方特定ノ取引ニ付利益ヲ考量シテ承認ヲ與フルノ趣旨ニ出タルヲ以テ其取引ノ如何ニ拘ラス豫メ一般ニ承認ヲ與フル如キハ同條規定ノ趣旨ニ反スル者ト認ム」トノ理由ヲ以テ上告人提出ノ「岸田俊次郎ノ取締役就職中會社ト取引ヲ爲シ得ヘキ旨監査役ノ概括的承認アルヲ以テ本件手形ノ裏書讓渡ハ有効ナリ」トノ主張ヲ排斥シタルハ正當ナリ然レトモ前段説明ノ如ク商法第七十六條ノ規定ハ會社ノ利益ノ爲ニ設ケラレタル者ナレハ該規定ニ背反シタル行爲ト雖トモ當然無効ニ屬スルモノニアラス會社ニ於テ之ヲ取消スノ意思ヲ表示シ始メテ其效力ヲ失フモノトス故ニ若シ會社カ其取引ヲ有效トシ之ニ因テ得タル權利ノ實行ヲ求メンカ其相手方タリシ取締役又ハ第三者ハ該取引ノ無効ヲ主張シ以テ會社ノ請求ヲ拒ミ得ル者ニアラス今本件ニ於テ上告會社ハ取引當時其取締役タリシ岸田俊次郎カ監査役ノ承認ヲ得スシテ上告會社ト爲シタル取引ニ因リ得タル權利ノ實行ヲ求ムルモノナレハ該取引ヲ有效トセルモノ

ナルヲ以テ第三者タル被上告人ハ其無効ヲ主張シ得ヘカラサルヲ明ナリ然ルニ原院カ云云「假令被控訴人(上告人)主張ノ如キ概括的承認アリトスルモ之ヲ以テ商法規定ノ承認アリタリト云フヲ得ス然ラハ即本件手形ノ裏書讓渡ニ關シテハ監査役ノ承認ナキニ歸スルヲ以テ其取引ハ無効ナリト云ハサル可ラス」云々ト説示シ上告會社ト岸田俊次郎間ニ爲シヨル係争取引ハ絶對的無効ノ者ノ如ク認メ以テ上告會社ノ請求ヲ排斥シタルハ不法タルヲ免カレヌ(明治三十七年六月二十一日大審院第一民事部判決理由)

本問題ニ付テハ既ニ法學志林五〇號一六頁ニ於テ予ノ意見ヲ公ニシタノデアルケレドモ爾來大審院ハ其判例ヲ改メズ近クハ三十七年六月二十一日判決ヲ以テ「商法第七十六條ノ規定ハ會社ノ利益ノ爲メニ設ケラレタルモノナレハ該規定ニ背反シタル行爲ト雖モ當然無効ニ屬スルモノニアラス會社ニ於テ之ヲ取消スノ意思ヲ表示シ始メテ其效力ヲ失フモノトス」トシテ居ルヤウデアアルガ(法律新聞二二〇號一八頁法學志林六二號九二頁法政大學講義錄三十七年度二學年三六號三十八年度五號)予ハ到底之ニ服スルコトガ出來ヌノデアアル委曲ハ既ニ前論ニ述べタカラ再ビ茲ニ繰返ス必要ハナイケレドモ抑々取消ナルモノハ有效ナル法律行爲ヲ無効ニ歸セシムルモノデアッテ而モ原則トシテハ初ヨリ無効ナリシモノト

看做スノデアルカラ(民一二)法律ニ明文ガナケレバ出来ヌモノデアル、今商一七六ニハ「取締役ハ監査役ノ承認ヲ得タルトキニ限り自己又ハ第三者ノ爲メニ會社ト取引ヲ爲スコトヲ得」トアル、之ヲ解釋シテ監査役ノ承認ヲ得ザル取締役ト會社トノ取引ヲモ有效トスルナラバ、之ヲ取消スコトヲ得ナイノハ勿論デアルガ、監査役ノ承認ヲ得タルトキニ限り……會社ト取引ヲ爲スコトヲ得」トアルカラ、其承認ヲ得ナイ取引ヲ有效トスル者ハナイデアラウ、然ラバ違法ノ行爲デアルカラ、無效デアルト曰フノ外ハナイ、判決ニハ「商法第七十六條ノ規定ハ會社ノ利益ノ爲ニ設ケラレタル者」デアルト云ッテ居ルガ、是ハ必ズシモソウデハナイ、同一人ガ利害ノ異ナルコトアルベキニ拘ハラズ、自己ノ資格ト他人ノ代理人タル資格トヲ兼テ一ノ法律行爲ヲナスト云フコトハ甚ダ困難ナル事デ、人情ニ戻ル事デアアルカラ民一〇八ニ之ヲ禁ジテ居ルノデアル(二人ノ代理人トナッテ一人ニテ一ノ法律行爲ヲナスコトモ出来ヌノデアアルケレドモ、是ハ本問ニ要ナキユヘ、説カヌ)商一七六ハ全ク民一〇八ノ例外デアルトハ曰ハヌケレドモ、其例外トナル場合モアルシ、又假令直接ニ其例外トナラズトモ、精神ニ於テ同様デアアルコトハ前論既ニ委シク述ブル所

デアアル、故ニ判決ノ右ノ理由モ未ダ會社ニ取消權ヲ與ヘタルモノデアルトスルニハ足ラヌノデアアル

一 監査役ノ再選

依テ案スルニ監査役ハ株主總會ニ於テ選任スルコトハ商法第八十九條第六十四條ニ依リ明カニシテ而シテ其選任ノ時期ニ付テハ明定セラレサルヲ以テ荷モ總會ノ選任カ法令ニ抵触セサル以上ハ何時ニテモ選任シ得ヘキモノト云ハサルヘカラス即チ豫メ總會カ監査役ノ選任ヲ爲スモ其選任ニシテ商法其他ノ法令ノ規定又ハ其趣旨ニ背反セサル選任ナル以上ハ效力ヲ有スルモノト爲スヲ相當トス然レトモ再選ノ場合ニ付テハ殊ニ商法第八十條後段ニ其任期滿了ノ後之レヲ再選スルコトヲ妨ケスト規定シアルヲ以テ必ズ其選任ハ前任期滿了後ナラサルヘカラス蓋シ同條前段ハ抗告人所論ノ如ク單ニ監査役ノ任期ヲ規定シタルニ止マリ致テ其選任時期ヲ限定シタルモノニアラサルモ後段ニ於テ殊ニ再選ノ場合ヲ限定シタル所以ノモノハ前段ニ於テ任期チ一年トシタルモ尙ホ其監査役ニシテ前任期中誠實ニ任務ヲ盡シ且取締役等ト結托シ情實ニ昵ミ諸種ノ弊害ヲ醸ス等ノ恐レ毫モ之ナキニ於テハ必ズシモ引續キ同一人ヲ監査役トスルコトヲ禁スルノ必要ナキノミナラス却テ會社ノ業務進行上便利ナリト認メタルモノニシテ而シテ任期中果シテ此ノ如キ情弊ナカリシヤ否ヤヲ定ムルニハ必ズヤ其任期滿了後ニアラサルハ知悉シ得ヘカラサルヲ以テナリ加之若シ抗告

人主張ノ如ク後段モ尙ホ選任時期ヲ限定シタルモノニアラスト解セハ任期滿了後ナル文字ハ全ク不要ノ文字ヲ記入シタルモノト云フニ歸着スヘケレハナリ雖テ本件ヲ審査スルニ抗告人カ變更登記ヲ申請シタル監査役齋藤滿平外二人カ孰レモ抗告會社ノ監査役トシテ再選セラレタルモノナルコトハ同人等ノ承諾書ト題スル書面ニ重任ノ儀云々ト記載シアルニ照シ明カニシテ而シテ其選任カ前任期滿了後ニ爲サレタルモノニアラサルコトハ前記承諾書及株主總會議事録ニ徴シ認メ得ヘキニ依リ其選任ハ商法第百八十條後段ノ規定ニ違反シタル不適法ノ選任ナリト云ハサルヘカラス然ラハ原裁判所登記官カ抗告人ノ變更登記申請ヲ不適法ノ選任ニ基ツク申請トシテ却下ノ處分ヲ爲シタルハ相當ニシテ本抗告ハ其理由ナキモノトス(明治三十六年〇月〇日横濱地方裁判所第二民事部決定理由)

監査役ノ再選ニ付テハ商法第百八十條但書ニ其任期滿了後之ヲ再選スルコトヲ妨ケスト明示シアレハ任期ハ滿了前ニアリテ再選スヘキニアラスト解釋セサルヘカラス然ルニ抗告人ハ此文詞ヲ以テ全ク意味ナキ枕詞ニ過キスシテ之ヲ以テ選任ノ時期ヲ定メタルモノニ非スト主張スレトモ法律ノ文詞ヲ全ク意味ナキ空文ト解スル能ハサルノミナラス其任期滿了後ニ再選セシムルハ任期ヲ限定シタル趣旨ニ徴シ任期間ノ任務ノ適否ヲ認メタル上ニテ再選セシムルヲ以テ最モ適當ト認メ斯ル規定ヲ爲セルモノト解釋セサルヘカラス故ニ其規定ハ再選ノ時期ヲ定メタルモノト云フ可ク從テ其任期滿了前ニ再選ヲ爲シタルハ原決定ノ認メタル如ク全ク不法ニシテ本抗告ハ其理由ナシ(明治三十六年〇月〇日東京控訴院第一民事部決定理由)

「法律新聞」三七號(一九頁)ニ横濱地方裁判所ノ決定トシテ掲ゲタルモノ及ビ其再抗告ニ對シ東京控訴院ガ下シタル決定トシテ同一四一號(一七頁)ニ掲ゲタルモノニ據レバ監査役ノ再選ハ必ズ前任期滿了後ナラザルベカラズトシテ居ルヤウデア^ルガ^は誤^ッテ居^ルト思^フ、如何ニモ商一八〇ニ監査役ノ任期ハ之ヲ一年トス但其任期滿了^〇後^〇之ヲ再選スルコトヲ妨ケ^ストアルカラ文理解釋トシテ任期滿了前ノ再選ハ無効デア^ルト曰ハ^ルルヤウデア^ルケレドモ是ハ餘リニ文字ニ拘泥シタル解釋デア^ルト思^フ、元來役員ノ改選ハ前者ノ任期滿了ルト同時ニ後者ヲ選ブノガ本則デア^ルテ前者ノ任期中ニ後者ヲ選ブノハ便宜上ノ變則デア^ル、故ニ全然之ヲ無効トスルト云フ議論ナラバ兎ニ角論理ヲ貫イタ議論デア^ル、ケレドモ新選ノ場合ニハ豫メ之ヲ選ンデ置クモ差支ナイガ、再選ノ場合ニハ前任期滿了後デナケレバナラスト曰フハ予ガ了解シ兼テル所デア^ル、蓋シ前者ノ任期中後者ヲ選ブハ變則ニハ相違ナケレドモ、法律上差支ナイコトハ横濱地方裁判所ガ明カニ認ムル通デア^ル、何トナレバ法律ハ株主總會ノ決議ニ期限又ハ條件ヲ附スルコトヲ禁ジテ居ラスカラデア^ル、故ニ再選ノ場合ニ於テモ前任期滿了後ニ效力ヲ生ズルタメ

豫メ決議ヲナスニ何ノ差支ガアラウカ、效力ノ上カラ言ヘバ前任期滿了後ニ再選ヲナシタノト同シ事デアルカラ、敢テ商一八〇ノ規定ニ反スルトハ謂ハレヌダラウト思フ、然ラバナゼ「任期滿了ノ後ナル文字ヲ加ヘタデアラウカ、單ニ之ヲ再選スルコトヲ妨ケス」ト曰ヘバヨカッタデハナイカト云フ論難ガ出ルガ、是ハ唯文章上ノ都合デアアル、若シ本文ニ「監査役ノ任期ハ一年ニテ滿了ス」トデモアッタラバ單ニ「但之ヲ再選スルコトヲ妨ケス」ト承ケルコトガ出來タガ、監査役ノ任期ハ之ヲ一年トスト曰ッタカラ單ニ「但之ヲ再選スルコトヲ妨ケス」ト曰テハ文章ノ接續ガ悪イ、ソレデ餘儀ナク「其任期滿了ノ後ナル文字ヲ入レタノデアアル、是ハ取締役ニ關シテ商一六六ニモ同様ニナッテ居ル所デ、全ク舊法以來ノ字句デアアル(舊商一八五、一項、一九二)而シテ今「ロ、エスレル」氏ノ草案及ビ其説明ヲ觀ルニ、草案二二四ニハ取締役ニ關シ單ニ再選ノ有效ナルコトヲ掲ゲルノミデ(……jedoch ist Wiederwahl statthaft) 同二三〇ニハ監査役ニ關シ任期滿了後再選ノ有效ナルコトヲ掲ゲテ居、テ(……auf die Dauer von je 2 Jahren, nach deren Ablauf Wiederwahl statthaft ist) 而モ其説明ニハ草案二二四ニ付テハ單ニ再選ノ必要ナルコトヲ説クノミデア、テ同二三〇ニ付テハ再選ニ關シ何等ノ説

明スル所ナキ位デアアル(Roesler, Entwurf eines Handelsgesetzbuches für Teutschland, I, S. 323 u. 326) ソコデ舊商法ノ成文ニハ文章上ノ都合デ兩ナガラ「其時期滿了ノ後ナル文字ヲ加ヘタノデアラウ、新商法ニ於テモ同一ノ理由ニ因テ之ヲ襲ウテ「其任期滿了ノ後」ナル文字ヲ入レタモノト解スルノガ穩當デアアル、然ラズンバ單ニ「再選スルコトヲ妨ケス」ト曰フ筈ハナイ、何トナレバ「妨ケス」語ハ注意的規定ニ慣用スル所デアアルガ、論者ハ特ニ商一八〇但書ヲ以テ滿期前ノ再選ヲ禁ジテ居ルト曰フノデアアルカラ、禁止的規定ノ形ヲ具ヘソウナモノデアルト謂ハテバナラヌカラデアアル、蓋シ前任ノ監査役モ亦株主デア、テ他ノ株主同様後任ノ監査役ニ選バルベキ資格アルコトハ反對ノ明文ナキ以上ハ疑ナキ所デアルケレドモ萬一ノ疑ヲ防グタメ注意的ニ加ヘタル但書デアアルカラ、單ニ「妨ケス」ト曰タノデアアル、ソレガ他ノ株主ナラバ前任期中ニ豫メ之ヲ監査役ニ選ンデ置クコトガ出來ルガ、前任ノ監査役大テ豫メ之ヲ選ンデ置クコトハ出來ナイト云フ例外的規定デアルト曰フハ文理解釋トシテモ果シテ其當ヲ得タルモノト謂ヘルデアラウカ、予ハ甚ダ之ヲ疑フノデアアル、思フニ法文ハ正則ナル滿期後ノ再選ノミヲ考ヘテ文章ノ都合上、任期滿了ノ後ナル文

字ヲ加ヘタモノト解スルノ外ナイノデアル
 又論理解釋トシテハ論者ハ監査役ノ「任期ヲ限定シタル趣旨ニ徴シ任期間ノ任務
 ノ適否ヲ認メタル上ニテ再選セシムル」ノデアルト曰フケレドモ、ソレハ必ズシモ
 一年ガ一日缺ケテモ其適否ガ分ラヌト云フコトハナイ、而シテ滿期ノ時ヨリ數月
 前ニ再選シテ置クガ如キコトハ實際アツタ例ヲ聞カヌガ、假ニアツタトシタ所ガ、何時
 ニテモ之ヲ解任スルコトガ出來ルカラ別ニ差支ハナイ(商一六七、一八九)然ルニ斯
 ノ如キ事ヲ顧慮シテ法律ガ特ニ滿期後デナケレバ再選ガ出來ナイト規定シタル
 モ、デアルト曰フハ頗ル膠柱ノ譏アルヲ免レヌト思フ

一二 監査役ノ豫選ハ有效ナリ

監査役ハ商法第百六十四條ノ規定ニ依リ必ズ株主總會ニ於テ直接ニ選任セラレタルモノ
 ナラサルヘカラス然ルニ本件ニ於テ監査役ニ就任シタリト稱スル田島信夫ハ曾テ商法カ何
 等ノ權利資格ヲ認メタルコトナキ豫備監査役ナルモノニ選舉セラレタルコトアルニ止マリ
 未ダ曾テ商法ノ所謂監査役トシテ之カ選任ヲ受ケタルコトナシ、而シテ會社定款第十六條ニ
 依レバ役員ノ補缺ニ備フルカ爲メ豫備監査役ナルモノヲ選定シ、缺員アル毎ニ得點數ノ

多キ者ヨリ順次ニ監査役ニ就任スヘキ旨ノ規定アルモ之カ爲メ直チニ株主總會ニ於テ監査
 役トシテ選任ヲ受ケタルモノト云フコト能ハサルノミナラス假令豫備監査役ナルモノノ選
 任ハ即チ監査役ノ選任ナリトスルモ其選任ナルモノハ豫選ニアラサレハ條件附選舉ニ外ナ
 ラス此ノ如キハ現在ノ株主總會ノ權利ニ屬セサル未來ノ監査役ノ選任ヲ爲スモノニシテ全
 ク商法ノ認メサル所ナルヲ以テ斯ル定款ノ規定ハ其效力ヲ有スヘキモノニアラス蓋シ役員
 選舉權ナルモノハ其各選舉期ニ相當スル株式總會獨リ之ヲ行フヘク、而カモ其選任ハ直チニ
 之カ效果ヲ生スヘキ狀態ニ於テ行ハレサルヘカラサレハナリ若シ夫レ商法ニ之カ禁止ノ規
 定ナキ故チ以テ現任役員ノ存在スル間ニ於テ豫選若クハ條件附選任ノ名ノ下ニ數年後ニ就
 任スヘキ役員ノ選任ヲ爲シ得ヘシト爲スカ如キハ後ニ來ルヘキ各選舉期ニ於テ株主總會カ
 行フヘキ權利ノ拋棄ヲ豫メ許スモノニアラサレハ則チ其將來ノ選舉期ニ來ルヘキ株主ノ享
 有スヘキ選舉權ヲ侵奪スルモノニシテ法律ノ精神ヲ沒却スル之ヨリ甚ダシキハナシ之ヲ以
 テ本申請ニ添付セル株主總會ノ決議錄ナルモノハ田島信夫ニ對スル監査役選任ノ決議トシ
 テ其效力ナキモノト認メ非訟事件手續法第百八十八條第二項同第百五十一條第一項ノ規定
 ニヨリ云云(明治三十六年十一月十一日橫濱區裁判所決定理由)

「法律新聞」ニ三十六年十一月十一日橫濱區裁判所ノ決定トシテ掲グルモノモ亦其
 當ヲ得ナイト思フ(法律新聞一七二號一八頁)其決定ニ據レバ監査役ノ豫選ハ無効
 デアルトシテ居ルヤウデアアルガ、是ハ謬ッテ居ルト思フ、凡ソ法律行爲ハ法律ニ反對

ノ規定ナキ限ハ之ニ期限又ハ條件ヲ附スルコトヲ得ルノデアアルガ株主總會ノ決議モ亦一ノ法律行為(人ニ依ッテハ數多ノ法律行為ノ集合ト視ルデアラウ)デアアルカラ法律ガ特ニ之ヲ禁ゼザル限ハ期限附又ハ條件附ノ決議ヲナスコトヲ得ルト謂ハチバナラヌ而シテ監査役ノ選舉ニ付テ之ヲ禁ジタル明文ナキコトハ決定ニモ認ムル如クデアアルカラ監査役ノ豫選即チ現任者ノ任期満了後ニ就任スベキ監査役ノ選任(期限附)又ハ缺員ヲ生ジタル場合ニ就任スベキ監査役ノ選任(條件附)ハ固ヨリ有效デアルト謂ハチバナラヌ決定ニハ「役員選舉權ナルモノハ其各選舉期ニ相當スル株主總會獨リ之ヲ行フヘク云云」ト云ッテ居ルケレドモ若シ其趣意ガ役員ハ常ニ現時ノ株主總會ノ意思ニ副ウタ者ヲ置カチバナラヌト云フニ在ルナラバ其ハ固ヨリデアルト謂ハチバナラヌガ其タメニハ役員ハ何時ニテモ株主總會ノ決議ヲ以テ解任スルコトガ出來ルトナッテ居ル(商一六七、一八九)故ニ豫選シタル監査役ガ後日ノ株主總會ノ氣ニ入ラヌナラバ之ヲ解任スレバ宜シイ此意味カラ言ヘバ他ノ決議デモ同ジ事デアアル或ル時期ニ於ケル株主總會ガナシタル決議ヲ後ノ株主總會ガ是認セヌナラバ反對ノ決議ヲナシテ前ノ決議ヲ將來無効ニ歸セシ

ムルコトガ出來ルノデアアル決定ニハ「豫選若クハ條件付選任ノ名ノ下ニ數年後ニ就任スヘキ役員ノ選任ヲ爲シ得ヘシトナスカ加キハ後ニ來ルヘキ各選舉期ニ於テ株主總會カ行フヘキ權利ノ拋棄ヲ豫メ許スモノニアラサレハ則チ其將來ノ選舉期ニ來ルヘキ株主ノ享有スヘキ選舉權ヲ侵奪スルモノニシテ云云」ト云ッテ居ルケレドモ株主總會ハ一旦ノ選舉ニ由ッテ束縛セラルルコトナク何時ニテモ解任ヲナスコトガ出來ルカラ權利ノ拋棄又ハ侵奪ナドト云フコトハ決シテナイノデアアル而シテ豫選ノ殊ニ必要ナノハ改選期ニ於テ若シ豫選ヲ許サナカッタラバ必ず前任者ノ任期満了後ニ後任者ヲ選バナケレバナラヌ左スレバ殆ド何時デモ其間ニ役員ノ全ク缺ケテ居ル時期ガアルニ相違ナイ此場合ニ於テハ學說ニ依ッテ説明ヲ異ニスルニ拘ハラズ前任者ガ急迫ノ處分ダケハ之ヲナスコトガ出來ルケレドモ役員ノ權限ヲ以テ行動スル者ハ全ク缺クル由ニナルカラ滿期前ニ改選ヲナス場合ガ多クデアッテ其有效ナルコトハ曾テ横濱地方裁判所ニ於テモ認めタル所デアアル(法學志林五一號二六頁)然レドモ是ハ矢張豫選デアアル若シ豫選ガ無効デアルト云フナラバ一日前以宜シイ方十日前以宜シイトカ三週間前以宜シイガ三

个月前ハイケナイ、一年前ハイケナイト云フ譯ニハユカス、成程立法論トシテハ期間ノ長短ニ依テ區別スル理由ハ十分アルケレドモ、明文ナキニ期間ニ依テ區別スルコトノ出來ヌコトハ疑ノナイ事デアル、而シテ何故ニ立法者ガ長期前ノ豫選ヲ禁ジナカッタカト云フト、(第一)何時デモ解任ガ出來ルカラ宜シイト云フト、(第二)取締役又ハ監査役ノ全員ヲ數年前ヨリ豫選シ置クガ如キコトハ嘗テ聞カザル所デアツテ別ニ弊害アルコトヲ認メナイト云フトノ二ツノ理由ニ因ツタモノデアラウ

丙 商行爲

一 銀行營業ノ目的中ニハ他人ノ債務ノ保

證ヲモ包含ス

法人ハ法令ノ規定ニ從ヒ定款又ハ寄附行爲ニ因リテ定マリタル目的ノ範圍内ニ於テ權利ヲ有シ義務ヲ負フ、民法第四十三條ニ規定スル所ナレハ株式會社ノ取締役ハ其定款ニ定メタル目的以外ノ業務ヲ爲スコトヲ得サルモノニシテ若シ取締役カ定款ニ定メタル目的以外ノ行爲ヲ爲シタリトモ其行爲ハ會社即チ法人ノ爲シタル行爲ト爲ラスシテ獨リ取締役ノ責任タルニ止マルコトハ商法第七十七條ノ規定ニ依リ明瞭ナリトス、而シテ本件ニ於テ被上告銀行ノ營業科目ハ甲第三號證ナル定款ノ如クニシテ其中ニハ他人ノ債務ヲ保證スルコトノ記載アラサルニ因リ被上告銀行ノ取締役カ登記シタル營業ノ目的カ乙第一號證ノ如ク銀行營業トアリテ其意義汎博ナリトモ其登記ハ取締役カ過失ニテ爲シタルモノト見ヨリ外ナシ隨テ取締役カ登記簿ニ被上告銀行ノ營業科目ヲ誤リテ汎博ニ登記スルモ之カ爲メ被上告銀行ノ營業科目カ變更セラル可キモノニ非ス此場合ニ於テモ亦被上告銀行ノ營業科目ハ依然定款ニ定メタルモノニ外ナラサルカ故ニ被上告銀行ノ取締役カ定款ニ反シ其營業科目ニ屬セサル本件係争ノ荷爲替ノ保證ヲ爲シタルコトニ關シ被上告銀行ハ責任ヲ有セサルモノ

明治三十七年五月二十三日大審院(判決ニハ被告銀行ノ定款ニ掲ゲタル營業科目中ニ他人ノ債務ヲ保證スルコトノ記載アラザルニ因リ被告銀行ノ取締役ガ荷爲替ノ保證ヲナシタルハ定款ニ反スルモノデアルト云テ居ルヤウデアアルガ(法律新聞二二三號二三頁)此判決ニハ定款ニ掲ゲタル營業科目ヲ列舉シテ居ラヌカラ、判決ノ可否ヲ言フ譯ニハ行カヌケレドモ、定款ノ解釋ニ付キ餘リニ狹隘ナル見解ヲ取ル傾ガ往判例ニ見ユルヤウデアアルカラ、此機會ヲ以テ一言シテ置カウト思フ、凡ソ行爲ニハ直接ノ目的ト間接ノ目的トガアルカラ、縱令直接ノ目的カラ言ヘバ定款ニ掲ゲタル營業科目ニ屬セザルモノデモ若シ間接ノ目的ガ之ニ屬スルナラバ矢張定款ニ反セザルモノト視ナケレバナラヌ例ヘバ銀行營業中ニ不動産ノ賣買ヲ包含セヌコトハ何人モ異議ノナイ所デアラウ、併シ銀行モ建物ガナケレバ營業ガ出來カザル營業所ニ充テラザル不動産ヲ買入コトモモラウ隨テ不用ニナレバ之ヲ賣ルコトモアラウ、其ダカラト言テ何人モ是レ定款違反ナリトハ曰ハヌデアラウ、其ト同シ事デ、銀行ハ金錢ヲ預カリ又ハ貸スコトヲ營業トシテ居ル

結果既シテ、其預金ヲ以テ預主以テ支拂ヲサシム定款違反デアリイコト蓋シ、擬シテ斯ガアラウ、何トサレハ小切手ノ運用ニ涉リ此行爲ノ目的トシテ居ルカラデアアル、又貸金ハ必ズ直接ニ借主ニ交付シテサシムテ居ルニシテ、極力テ居ルカラ、之ヲ以テ借主ノ債權者ニ辨濟シテモ、敢テ定款違反ト曰フ者ハナカラ、然ラハ銀行ガ直チニ其支拂ヲ以テ代リテ先ヅ取引先ノ債權者ニ支拂ノ約、陳テナス、敢テ定款違反ト申サレヌ、而シテ其約束ノ方法ハ保證契約デアラウトモ、少シモ差支ハナイノデアアル、故ニ本件ノ定款ニハ何ト書イテアルカ知ラヌガ、多分預金及ビ貸金ノ事ハ記載シテアルデアラウト思フカラ、其結果トシテ他人ノタメニ保證ヲナスコトガ出來ルト謂ハチバナラヌト思フノデアアル

二 流通シ得ヘキ荷物送狀

依テ審檢スルニ本件ノ甲第三號證(送狀)カ原院ノ說示スルカ如ク指圖式ナリシ場合ニ於テ流通證券タル性質ヲ有スヘキモノナラハ記名式ナル場合ニ於テモ亦裏書ニ依リ轉讓不可キモノタル可キハ勿論ナリトス、故ニ原院カ甲第三號證ニ對シテ、前略其指圖式ニアラスシテ反テ記名式ナルコトハ甲第三號證其物ノ明示スル所ニシテ本件ノ事實發生ノ當時送狀ヲ以テ荷物

丁 手 形

一 荷爲替手形モ亦爲替手形ナリ

本件ハ控訴人カ被控訴人ニ對シ荷爲替契約ニ基キ荷爲替金錢額荷爲替附帶費用並ニ立替金ノ支拂ヲ求ムルモノニ係ル仍テ先ツ當事者間ニ荷爲替契約ノ成立シタルヲ否ヤヲ案スルニ抑荷爲替ナルモノハ荷主カ隔地者ニ對シ貨物ヲ送付スルニ方リ其貨物ヲ擔保トシテ銀行ヨリ代金ノ融通ヲ受クルコトヲ目的トスル一種ノ消費貸借ヲシテ荷爲替取組ノ結果荷主ニ於テ爲替手形ヲ振出スハ荷主カ荷受人ニ對シ銀行又ハ其指名人ニ手形面ノ金額ヲ支拂フヘキ旨ノ指圖ヲ爲スノ趣旨タルニ止リ手形ヲ振出シタル爲メ荷主ト銀行トノ間ニ手形上ノ權利義務ヲ發生スヘキモノニアラス從テ荷爲替手形ニ添付スル貨物證券及擔保證書ノ如キモ亦專ラ消費貸借ニ因ル銀行ノ債權ヲ確實ナラシメシテ手形債權ヲ擔保スルノ趣旨ニアラス然ルニ控訴人カ據テ以テ荷爲替契約ノ成立ヲ證明セントスル甲第一號證券品差入證ニハ一モ荷爲替若クハ消費貸借ノ關係上該證券差入レタルモノト認ムヘキ文詞ナク反テ新運羅白米三百袋上海粉白米一百袋右ハ明治三十二年十一月二十五日濱田楠太郎ヨリ振出シタル第三號爲替手形金貳千參百圓ノ支拂擔保トシテ差入レ申候云トアリ加之乙第一號證券品差入レ中請求金額壹千五百拾圓爲替手形殘金云々乙第二號證券品差入レ中昨三十二年十月二十五日付貴股振出遺藤徳右衛門宛ニシテ住友銀行神戶支店ノ所持ニ係ル額面金貳千

參百圓也ノ爲替手形金支拂期日ニ至リ支拂人ニ於テ支拂ヲ爲サザルニ付テハ貴股方ニ對シ償還ノ請求ヲ爲シタルモ其義務履行無之云々ノ記載ニ依レハ控訴人ハ當初手形債權者トシテ權利ヲ主張シ居タルコトヲ認メ得ヘキ故ニ甲第一號證券品差入レ被控訴人主張ノ如ク手形債權ニ對スル擔保證書ニシテ荷爲替ニ關スルモノニアラスト判定セザルヘカラス而シテ控訴人ノ提出ニ係ル他ノ證據方法中一モ荷爲替關係ノ成立ヲ認知セシムルニ足ル確證ナキヲ以テ荷爲替契約ニ基ク本件請求ハ其理由ナキコト論テ俟タヌ既ニ此點ニ於テ控訴人ノ請求ヲ失當ナリトスルニヨリ附餘ノ爭點ニ對シテハ別ニ判斷ヲ與ヘス云云(明治三十六年十二月二十六日大阪控訴院第一民事部判決理由)

荷爲替契約ハ荷送人ト銀行トノ間ニ於テハ一種ノ消費貸借關係ヲ生スルコトハ實ニ荷爲替契約ニ關スル法理トシテ本院ノ是認スル所ナリ而シテ荷爲替契約ハ我國ニ於テ商法施行前ヨリ存在シタル行爲ナルヲ以テ荷爲替手形ハ必スシモ商法ニ規定シタル爲替手形タルコトヲ要セザルヲ自ラ明ナリ是故ニ原院カ甲第一號證券品差入レ爲替手形ノ債務ニ對スル擔保證書ニシテ荷爲替契約ニ關スルモノニ非スト判斷シタルハ其專權タル事實ノ認定ニ外ナラスシテ荷爲替契約ノ性質ヲ誤解シタルモノト云フヲ得ス明治三十七年六月十四日大審院第一民事部判決理由)

明治三十六年十二月二十六日大阪控訴院判決法律經濟三二號二二頁及七同三十七年六月十四日大審院判決法律新聞二二〇號一一頁ハ荷爲替手形ヲ以テ爲替手

形ニ非ストシテ居ルケレドモ、是ハ謬テ居ルト思フ、成程右ノ兩判決ガ認ムル如ク荷爲替ハ擔保附消費貸借ノ結果デ之ヲ振出スコトモ稀デハナイガ、併シ擔保附ニテナシタル債權讓渡ノ結果デ之ヲ振出スコトモアルケレドモ此等ハ皆手形振出ノ民法上「手形法上」ニ對シテ言フノ原因ニ過ギヌノデ、其手形ハ荷モ爲替手形ノ形式ヲ具フル以上ハ純然タル爲替手形デアル、是ハ佛蘭西杯デハ誠ニ頻繁ナモノデ書類附手形 (traite documentaire) ト曰フノデアアル、蓋シ船荷證券ノ如キ書類ガ添ウテ居ルカラデアアル (Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2^e éd., IV, n^{os} 106 et 107, p. 80 et 81) 又法律辭書二冊荷爲替手形ヲ看ヨ、獨逸ニ於テハ或ハ佛蘭西杯ホド荷爲替ガ發達シテ居ラヌノカ、通常ノ著書ニハ詳シク論ジテナイケレドモ、矢張行ハレテハ居ルヤウデアアル (Erdmann, *Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts*, IV, 2. Abt., § 39, 4, S. 152; vgl. Makover, *Handelsgesetzbuch*, 12. Aufl., IV, § 647, 2, S. 124) 勿論我商法ニ於テハ擔保ハ全ク手形法外ノモノデアアルケレドモ之ヲ供シタル者ト之ヲ受ケタル者及ビ其權利ヲ承繼シタル者トノ間ニ於テハ手形債權ノ擔保トナルノデアアルカラ、悉ク當事者ノ目的ヲ達スルコトガ出來ルノデアアル、殊ニ大審院ノ判決文中ニ荷爲

替契約ハ我國ニ於テ商法施行前ヨリ存在シタル行爲ナルヲ以テ荷爲替手形ハ必ズシモ商法ニ規定シタル爲替手形タルコトヲ要セザルヤ自ラ明ナリトアルノハ吾人ヲシテ一驚ヲ吃セシメタノデアアル、如何ニモ荷爲替契約ハ我國ニ於テ商法施行前ヨリ存在シテ居ッタケレドモ、其ヲ言ヘバ、爲替手形モ商法施行前ヨリ存在シテ居ッタノデアアル、故ニ荷爲替手形モ亦爲替手形デアアルト云フコトガ明カデアアル以上ハ、商法施行前ニハ當時ノ手形法ニ依ラナケレバナラナカッタト同ジク、商法施行後ハ商法ノ規定ニ依ラナケレバナラヌ、否之ニ依ラヌナラバ荷爲替手形デナイト謂ハテバナラヌ、要スルニ荷爲替手形ハ一ノ擔保附爲替手形ニ過ギヌノデアアル

二 保證ノ目的ヲ以テ手形ノ裏書ヲナシタル場合ニ於ケル求償權

被告ニ於テ本訴ハ一事再理ナリト抗爭スルヲ以テ先以テ明治三十六年七月二日當事者間ニ確定シタル訴訟事件ト其請求原因ノ同一ナリヤ否ヤヲ審究スルコトヲ要ス仍テ案スルニ凡ソ訴訟法上請求原因トハ原告カ被告ニ對シテ主張スル權利ノ因テ以テ生シタル法律關係ヲ

云フモノニシテ其法律關係ノ發生スルニ至リタル事實關係ヲ指示スルモノニアラス之本件訴訟狀及乙第一號證トニ徴スルニ貯蓄銀行カ原告ハ銀行ト協定ノ未貯金銀行ノ究追ヲ救済セシカ爲メ明治三十四年五月二十八日貯蓄銀行ヨリ無擔保ニテ拾貳萬餘圓ヲ出金シ其代リ或條件ノ下ニ貯金銀行振出原告八銀行裏書アル同日付ノ手形ヲ越ヘテ六月五日ニ作成シテ之ヲ貯蓄銀行ニ交付シタルニ其後期限ヲ經過スルモ結局貯金銀行ニ於テ其辨濟ヲ爲サ、ルヨリ遂ニ原告等カ同行ニ代リ辨償シタリトノ事實關係ハ前後兩訴ニ於テ其同一ナルヲ認ムト雖モ抑々此事實關係ニ因リテ如何ナル法律關係ヲ發生スルニ至リタルヤハ二者其見テ異ニス即チ前訴ニアリテハ右原告ノ辨償ハ原告カ貯蓄及貯金兩行間ニ於ケル消費貸借契約ニ付キ負擔シタル保證債務ヲ履行シタルモノトシ債權者ニ代理シテ求償權ヲ行使セントスルニアリ然ルニ本訴ニ於テハ前記原告ノ辨償ハ法律上ノ原因ナキ即チ其辨濟ニ付キ正當ノ利益ヲ有セサル第三者ノ辨濟ナレハ之ニ因リテ利益ヲ得タル被告ニ對シ不當利得ノ原則ニ依リ固有ノ求償權ヲ行使セントスルニアリテ其主張スル權利ノ發生シタル法律關係ヲ異ニスルヲ以テ所謂請求原因ハ二者同一ナリト云フコトヲ得サルヤ勿論ナリ故ニ本訴ハ一事再理ニ非ス

訴訟ノ本案ニ入テ其當否ヲ案スルニ原告ハ不當利得ノ原則ニ基キ固有ノ求償權ヲ行使セントスルモノナルカ故ニ先少原告ノ爲シタル辨償ハ法律上ノ原因ナキ即チ正當ノ利益ナクシテ爲シタル第三者ノ辨濟ナリヤ否ヲ審究スルノ必要アリ原告ノ援用スル各證言ニ依テ之ヲ觀ルニ原告各銀行ハ貯蓄銀行頭取外山修三ト共ニ預金取付ニ遇ヒ究追以狀態ニアル貯金

銀行ヲ救済セシカ爲メ同行ノ財産ノ狀況ヲ調査シタルニ其結果拾九萬餘圓ヲ出金セサレハ其目的ヲ達シ難ク而シテ其内金七萬圓ハ擔保ノ供スヘキモノアリタルモ爾餘ノ拾貳萬參千五百圓ニ付テハ無擔保ノ貸出ヲ要スヘキコト明トナリシナリテ右無擔保貸出ノ分ニ付テハ原告八銀行ヨリ保證ヲナスコトト定メ貯蓄銀行ヨリ保證ヲナスコトニ協定シ之ニ對シ右金額ヲ八分シタル各其一分ヲ目的トスル八通ノ手形ヲ作成シ貯金銀行之カ振出人トナリ原告各銀行ハ之ニ裏書シテ貯蓄銀行ニ差入レタルコトハ各證言ノ一致スル所ナレハ原告銀行ハ右出金ニ對シ保證債務ヲ負擔シタルコト明瞭ナリ而モ之ト同時ニ發行シタル前記手形ニ付テハ原告ニ於テ單ニ債權證書トシテ作成シタルコトヲ主張スルノミナラス證人橋本壽一耶及同高谷恒太郎ノ各供述ニ徴スルモ唯割引料トシテ利子ヲ先引スルコトヲ得ルノ利益アリタルカ爲メ貯蓄銀行ノ請求ニヨリ普通債權證書ニ代ヘテ發行シタル事情ヲ見ルニ足ルト尙前記拾九萬餘圓ノ出金中七萬圓ハ既ニ擔保ノ提供スヘキモノアリテ之ヲ差入レタルハ最早此分ニ付テハ特ニ單純ナル手形關係ト爲ス利益若シクハ其他ノ事由モ存セサルニモ拘ラス尙且前記八通ノ手形ト共ニ之ニ對シ手形ヲ發行セシメタル事情ヲ參酌推考スレハ蓋シ此際同時ニ發行シタル手形ニ付テハ關係者間ニ於テ手形關係ヲ發生セシムルノ意思ナク單ニ證明ノ具トシテ普通債權證書ニ代ヘテ發行シタルモノナルコト亦毫モ疑ナク容レサル處ナリ果シテ然レハ原告ノ所謂前記辨償ハ即チ名ヲ裏書義務ノ償還ニ藉リテ其實自己ノ負擔スル前記保證債務ヲ履行シタルニ外ナラスシテ其辨償ハ法律上ノ原因ナキモノト云フコトヲ得ス仍テ此一事ニ因リテ本訴不當利得ノ請求ハ其理由ナキニ歸ス(明治三十六年十一月二十七日大

明治三十六年十一月二十七日大阪地方裁判所判決ノ理由ニハ聊カ其當ヲ得ナイ所ガアルヤウデアアル、今法律經濟三一號四〇頁ノ報ズル所ニ據レバ、右ノ判決ニハ(第一)關係者間ニ於テ手形關係ヲ發生セシムルノ意思ナク單ニ證明ノ具トシテ普通債權證書ニ代ヘ發行シタル約束手形ニ在テ裏書人ノ辨償ハ即チ名ヲ裏書義務ノ償還ニ藉リテ其實自己ノ負擔スル保證債務ヲ履行シタルニ外ナラストアルガ、事實ノ認定ハ固ヨリ裁判所ノ自由心證ニ依ルモノデアアルケレドモ(或ハ本件ノ事實ガ特ニ此心證ヲ與フベキ理由ヲ具ヘテ居タカモ知レヌ)判決文ニ見ハレテ居ル事實ダケニ依レバ、予ハ保證ノ目的ヲ以テ手形ノ裏書ヲナシタルモノデアアルト思フ、隨テ手形ガ素ト消費貸借ノ結果トシテ振出サレ、其裏書ガ保證ノ目的ヲ以テナサレタモノナルコトハ疑ナイヤウデアアルガ、併シ其ダカラ手形關係ガ生ジナイト云フコトハナイノデ、手形債務ヲ生ゼシムルニ至タ原因ハ消費貸借及ビ保證デアッテ、當事者間ニ於テハ手形債務ニ關シ此原因ニ本ク抗辯ヲ對抗スルコトハ出來ルケレドモ(商四四〇)其借主及ビ保證人ハ同時ニ手形上ノ權利義務ヲ爲スベキモ

ノデアアルト謂ハキバナラヌヤウデアアル

(第二)保證債務ノ辨償ハ法律上原因ナキモノト云フコトヲ得ス仍テ不當利得ノ請求ハ其理由ナキニ歸ストアルガ、此理由ハ理由トナラヌノデアアル、保證債務ハ素ト債權者ニ對スル債務デアッテ主タル債務者トノ關係ハ委任若クハ不當利得デアアル、唯一般ノ委任又ハ不當利得ノ規定ノミニ依ルコトヲ得ナイノハ保證ニ關シテ特別ノ規定ガアルカラデアアル(民四五九乃至四六三)故ニ保證人ガ辨償ヲナシタルトキハ債權者ニ對シテハ常ニ債務ノ履行デアアルケレドモ、主タル債務者ニ對シテハ委任ニ因テ保證ヲナシタ場合ナラバ同ジク債務ノ履行デアアルガ、其他ノ場合ニ於テハ主タル債務者ハ法律上ノ原因ナクシテ保證人ノ財産ニ因リ利益ヲ受ケ之ガ爲メニ保證人ニ損失ヲ及ボシタル者デアアルガ故ニ、不當利得ニ因ル義務ヲ負擔スル者デアアル、然ラズバ抵當不動産ノ第三取得者ガ其讓渡人ナラザル債務者ニ對シテ、抵當權ノ行使ヨリ生ズル損害ニ付キ、債務者ノ利益トナリタル限度即チ其債務ヲ消滅セシメタル限度ニ於テ求償權ヲ持タヌト謂ハキバナルマイ、何トナレバ民法中不當利得ニ關スル規定ノ外此場合ニ適用スベキ規定ハナイカラデアアル、然レ

ドモ此場合ニ求償權アルコトハ蓋シ何人モ争ハヌデアラウ(民五〇〇、二號、三號ハ之ヲ前提トスルガ如シ)尤本件ノ事實ハ委任ノアツタ場合ノヤウデアアルカラ、判決ノ主文ハ至當デアアルヤウニ見ユルケレドモ、其理由ハ聊カ不備タルヲ免レヌヤウデアアル

三 爲替手形引受ノ約束

手形上ノ債務ハ手形行爲ニ依リテノミ發生スルモノニシテ該行爲ニ依ラズシテ發生スヘキモノニアラス是手形ノ性質上明カナル所トス而シテ手形ノ引受ハ商法第四百六十八條ノ規定ニ從ヒ爲替手形ニ其旨ヲ記載シ支拂人之ニ署名スルカ又ハ支拂人カ爲替手形ニ署名シタル場合ニアラサレハ成立スルモノニアラス然レハ即チ假令被控訴人カ控訴人ニ對シ本件手形ノ引受ヲ爲スヘキ旨ノ電報ヲ發シタルニセヨ是レ固ヨリ手形行爲ニアラサルカ故ニ何等手形引受ノ債務ヲ生スヘキモノニアラス從テ控訴人ニ於テ手形行爲タル手形引受ノ手續ヲ爲スヘキコトヲ強要シ得ヘキモノニアラサルヤ言テ俟タヌ況ヤ抑ク手形ノ引受ナルモノハ將來ノ支拂ヲ確ムルヲ目的トセルモノナレハ満期日ニ至ラハ之ヲ求ムルコトヲ得ルモノニアラサルニ満期日後數多ノ月日ヲ經過シタル後ニ於テ之カ請求ヲ爲スニ於テチヤ依テ控訴人ノ請求ハ何レノ點ヨリスルモ是認スルヲ得ス既ニ其請求ノ不當ナル上ハ損害金ノ辨償ヲ

求ムルヲ得サルヲ勿論ナリ云云明治三十六年七月二十二日大阪控訴院休暇第一判例決理由

「法律經濟」三三三六年七月二十二日大阪控訴院判決トシテ掲ゲテ居ル判決ノ理由中ニ其當ヲ得ナイ所ガアル(法律經濟二八號三三頁右ノ判決ニ據レバ爲替手形ノ引受ヲナスベキ約束ハ固ヨリ手形行爲ニ非ザルガ故ニ手形引受ノ債務ヲ生ズベキモノデナイトシテ居ルヤウデアアルガ是ハ聊混同ヲナシテ居ルヤウデアアル爲替手形ノ引受ハ一ノ手形行爲デアツテ其方式ハ法文ニ明カナルコト判決ニ言ヘルガ如クデアアルガ爲替手形ノ引受ヲナス約束ハ必ず手形法外ノモノデ此約束ヲ履行シテ始メテ手形債務ヲ生ズルノデアアル故ニ引受ノ約束ハ決シテ約束者ヲ引受人トハシナイガ併シ是ハ他ノ契約ト同ジク約束者ヲ拘束スルノデアツテ其相手方ニ對シテ引受ヲナス義務ヲ負フノデアアルカラ、若シ之ヲ履行シナケレバ相手方ハ法廷ニ訴ヘテ其履行ヲ求メ又ハ損害ノ賠償ヲ請求スルコトガ出來ル、而シテ引受ヲナスベシト云フ判決ガ下ツタナラハ縱令敗訴者ガ引受ヲナサズトモ之ヲナシタモノト看做サルルノデアアル(民四一四、二項、民訴七三三、二項、七三六)併シ多クノ場合ニ於テ損害賠償ノ請求ヲナスデアラウ(本件ニ於テモ然リ)是ハ丁度甲ガ乙ニ對シテ其

保證人トナルベキコトヲ約シタ場合ニ、保證契約ハ債權者ト保證人トノ間ノ契約デアルカラ、其契約ヲナスマデハ未ダ保證人デハナイケレドモ、甲ハ乙ニ對シテ保證人トナルベキ義務ヲ負擔シテ居ル故ニ、若シ此義務ヲ履行シナケレバ、乙ヨリ訴ヘラレテ保證契約ヲナスカ損害ヲ賠償スルカシナケレバナラヌコトトナルト一般デアル、要スルニ右ノ判決ハ引受其物ト引受ヲナス契約トヲ混同シタモノト謂ハチバナラヌ

四 手形ノ振出地ニ關スル新判例ヲ聞イテ

甲第一號證約束手形ヲ因スルニ淺草新猿屋町十七番地ニ於テ此手形ヲ振出候トアルノミニテ東京市ナル文字ノ記載ナキカ故ニ本件手形ハ振出地ノ記載ナキ無効ノ手形ナリト云ハサルヲ得ス從ツテ原告ノ請求ハ其理由ナシ云云明治三十四年四月十三日東京地方裁判所第二民事部判決理由

案スルニ商法ニ所謂振出地支拂地ノ地ハ東京ト云ヒ大阪ト云ヘルカ如キ一定ノ經濟的地域ヲ指稱スルモノニシテ其地域内ニ於ケル區町番地ノ如キ域内ノ小區畫若クハ地點ヲ謂フモノニアラス是商法第四百五十四條ニ於テ用語上ニ於テ判然地下場所トテ區別シ一ハ地域ヲ

示シ一ハ地點若クハ之ニ類スルモノヲ示シタルヲ知ルニ足ルヘキモノナルコト同第四百五十三條第四百九十一條ノ趣旨ヨリ推シテ以上ノ論定ヲ下スコトヲ得ヘシ本件係争ノ約束手形ヲ檢スルニ該手形ハ振出人ノ届書ニ神田區旅籠町一丁目二十三番地ノ記載ヲ見ルニ止マリ前段ニ示セル振出地ノ記載アルナシ是商法第五百二十五條ノ規定セル約束手形ノ要件ナク欠缺セルモノニシテ無効ナル手形ナリト謂ハサルヲ得ス或ハ右手形面ニ記載シアル神田區ハ東京市内ニ在ル區ナルコト分明ニシテ該手形ハ東京ヲ以テ其振出地トナシタルコト容易ニ推知シ得ヘキカ如キモ手形ノ性質上券面ニ明記ナキ事項ハ推測シテ之カ效力ヲ保タシムルコトヲ得ズ然レハ本件約束手形ハ其要件タル振出地ノ記載ヲ缺キ全然無効ナル手形ニシテ之ニ基ツテ原告ノ本訴請求ハ不當ナリトス云云明治三十四年六月六日東京地方裁判所第三民事部判決理由

被控訴人ニ於テ甲一號證中控訴人氏名ノ届書ニ「日本橋區蠣殼町壹丁目二番地」トアルハ本件約束手形ノ振出地ヲ記載シタルモノナリト主張スレトモ商法第五百二十五條第七ニ所謂振出地トハ一般ニ對スル獨立ノ地名ヲ指スモノニシテ即チ一定ノ地域ヲ示スモノナリ例ハ東京又ハ大阪ノ如シ而シテ其地域内ニ在ル何區若クハ何町ノ如キハ區分ノ名稱タルニ過キスシテ一般ニ對スルモノニアラサレハ單ニ之ヲ記載シタルノミニテハ振出地ヲ掲ケタルモノト云フヲ得ス故ニ本件約束手形ノ控訴人氏名ノ届書ニ「日本橋區蠣殼町壹丁目二番地」ト記載シアルモノヲ以テ一ノ地域ナル振出地ヲ掲ケタルモノト爲ス能ハス其他甲一號證中振出地トシテノ記載ナキヲ以テ本件約束手形ハ法律上一要件タル振出地ヲ掲ケサル無効ノモ

トトス
以上説明スルカ如ク本件約束手形ハ其成立要件ヲ具備セサル無効ノモノナルヲ以テ被控訴
人カ該手形ニ基ク本訴請求ハ不當ナリトシ云云(明治三十四年六月四日東京控訴院第二民事
部判決理由)

本篇ハ予ガ一場ノ談話ヲ速記者築氏ノ速記シタルモノニシテ予自ラ筆ヲ取
リシモノニ非ス讀者之ヲ諒セヨ

最近ノ裁判例ニ依レハ手形ニ日本橋區麴町區ノ如キ區名ヲ掲ケテ東京ナルコト
ヲ冠セサルモノハ手形ノ效力ヲ有セストセルモ拙者ノ見ル所ヲ以テスレハ誤ツ
テ居ルト思ハルル新商法ニ振出地トイヒ舊商法ニ振出ノ場所トイフノハ固ヨリ
漠然タル文字ニハ相違ナキモ要スルニ振出ノ市場ヲ意味スルニ外ナラス而シテ
其市場ハ法律上一定ノ名稱ヲ有スルニハ非ス唯東京大阪ノ如キ自ラ慣習上ノ區
域ヲ有スルモノテアル然ルニ日本橋區麴町區ノ如キハ東京内ニ在ルコトハ最モ
明瞭ニシテ苟モ東京ナル市場ヲ知レル者ナラハ日本橋區麴町區ノ東京内ニ在ル
コトヲ知ラテハナラヌノテアル然ラハ特ニ東京ト記載セストモ之ヲ記載シタル
ニ均シイト謂ハテハナラヌ蓋シ日本橋區麴町區ナルモノハ全國テ東京内ニイミ

存スルノテアル假ニ此等ノ地名カ他所ニモ存スルトシテモ是ニ由テ必スシモ手
形カ無効テアルトハ言ハレヌ何トナレハ東京モトンキント讀メハ日本國內テハ
ナイ福岡トイフ土地モ一箇所テハナイ故ニ普通ノ事情ヨリシテ振出ノ市場カ知
レサヘスレハソレニテ足レリトシナケレハナラヌ單ニ東京ナル文字ナキ爲メ手
形ヲ無効ト爲スカ如キハ但諺ニ所謂杓子定木ノ解釋ニシテ是ハ法律ヲ殺シテ解
釋スルモノト謂ハテハナラヌ抑法律ナルモノハ活キタル社會ヲ支配スルモノテ
アルカラ其法律モ亦活キテ働カナケレハナラヌ法律ノ文字ハ如何ニ精密ト爲ル
トモ社會ノ事事物物ニ付テ微細ノ點マテ規定スルコトハ出來ルモノテナイ今問
題ト爲ツテ居ル振出地支拂地等ノ如キ事項ニ付テモ必スシモ市名ヲ掲クヘシ區
名ヲ掲クヘシナトト定ムルコトノ出來ヌノハ言フヲ俟タヌコトテアル其證據ニ
ハ外國ノ法律ニ於テ如何ニ詳細ナル規定ヲ設クルモノテアツテモ此ノ如キ事柄
ヲ規定シテ居ル例ハ會テ聞イタコトカナイ此等ノ事項ハ法律ヲ解釋スル者カ常
識ニ訴ヘテ適當ノ解釋ヲ下スヨリ外ニ仕方ハナイノテアル近來我法官ハ動モス
レハ文字ノ末ニ拘泥シ法律ヲ殺シテ解釋スル弊ノアルノハ實ニ痛嘆ニ堪ヘサル

五 再ビ手形ノ振出地ニ關スル新判例ニ就テ

近時裁判所ノ法律ヲ適用スルヤ、動モスレハ新テ喜ヒ奇ヲ街ヒ、法文ノ趣旨ヲ常識ノ外ニ解釋シ、意表ノ判決ヲ下シテ、社會ノ慣習ヲ破壞シ、民人ノ便利ヲ阻塞シ、自ラ以テ學理應用ノ道ヲ得タリト爲スモ、少シトモ、是レ本會ノ夙ニ慨歎シテ措ク能ハサル所ナリ、手形振出地ノ記載ニ關スル問題ノ如キ、亦其一ニ居ラスンハアラス

振出地ハ約束手形ノ要件ナルカ故ニ之ヲ記載セサルヘカラサルハ固ヨリ論ナシト雖モ、其振出地タルニハ區町名ヲ掲ケタルノミナリトス可キ乎、將タ東京若クハ東京市ノ文字ヲ冠スルニ非サレハ以テ振出地ヲ記載シタルモノト謂フ可カラサル乎。最近ノ判決例ハ脱テ後者ニ取リ、東京若クハ東京市ノ文字ヲ脱シタル約束手形ハ振出地ノ記載ヲ缺キタルモノニシテ手形タルノ效力ナシト判定シ、東京控訴院及ヒ東京地方裁判所ハ殆ント將ニ其意見ヲ一定セントスルノ傾アリ。今其說ヲ聞クニ曰ク

手形ノ效力ハ其文言ニ因テ定マルモノナルカ故ニ荷モ之ニ記載セサル事項ハ假令ヒ推知スルコトヲ得ヘキモノト雖モ、之ヲ以テ手形ノ效力ヲ定ムルノ標準ト爲スコトヲ得ス。故ニ東京市ヲ以テ振出ノ場所トシ約束手形ヲ振出シタルニモ拘ハラズ、東京市ノ名稱ヲ記載セサル本件ノ手形ハ、法律上ノ要件タル振出ノ場所ヲ掲ケサルモノニシテ、即チ舊商

法第八百一十一條ニ適合セサルモノナルヲ以テ同法第七百六條ニ依リ無効タルヘキモノトス(東京控訴院民事第二部判決)

ト、此判決ハ舊商法ノ下ニ於ケル約束手形ノ效力ヲ断定シタルモノナリト雖モ、其論理ニ至リテハ之ヲ新商法ニ適用シテ些ノ軒輊スル所アルヲ見サルノミナラス、東京若クハ東京市ノ文字ヲ缺如シタル手形ノ無効ヲ主張スルノ說ハ、畢竟皆此趣旨ヲ敷衍スルニ外ナラサルヲ、以テ左ニ其誤謬ヲ論セントス

京橋區ト云ヒ日本橋區ト云フカ如キ、東京以外ノ地ニ於テ絶テ之アルコトナキハ何人モ之ヲ知ル、神田區小川町ト云ハ誰カ京都市内ノ區ナリト謂フ者アラシキ、麹町區内幸町ト云ハ誰カ大阪市内ノ區ナリト謂フ者アラシキ、即チ是等ノ區町名ヲ掲ケルトキハ、何等ノ推定ヲモ須フルノ要ナクシテ其東京ナルコトヲ知ルヲ得ヘシ夫ノ振出人ハ支拂人又ハ振出地ノ若キ特ニ振出人支拂人又ハ振出地ナル文字ヲ証セサルモ、手形上ノ記載ニ依リテ其振出人タリ支拂人タリ又ハ振出地タルコトヲ知ルヲ得ケルハ則チ足レリト爲スハ、蓋シ何人モ疑ヲ挾マサル所ナリ。然ラハ則チ區町名ノ記載ニ依リ推定ヲ須ヒスシテ其東京ナルコトヲ知リ得ヘキキトハ、亦振出地ノ記載アリトスルニ於テ容モ不可ナルモノアルヲ知ラス。若シ尙ホ東京若クハ東京市ノ文字ヲ記載セサル可カラスト謂ハン乎、東京ハ後印度ノ東京ナルヤモ亦未ダ知ル可カラサルヲ以テ、大日本東京府東京市ト記載セサル可カラサルニ至ラントス、迂モ亦甚シ且ツ夫レ從來行ハルル所ノ振出地ノ記載ハ振出人ノ肩書トシテ之ヲ掲ケルヲ例トス、而シテ其肩書地ハ之ヲ嚴格ニ解釋スルトキハ振出地ヲ記載シタリト云ハンヨリハ、寧ロ振出人ノ住所

地ヲ記載シタルモノト解釋セサル可カラズ。然レトモ明治十六年一月大藏省告示ヲ以テ爲替
 手形及約束手形ノ書式ヲ定メタルヨリ以來振出人ノ住所地ヲ以テ振出地ト看做スノ慣習成
 立シタリ。而シテ區町名ヲ掲ケルトキハ住所地タルニ於テ更ニ何等ノ支悟スル所ナキコト明
 カナルカ故ニ、荷モ住所地ヲ以テ振出地ト看做スノ慣習ニシテ存在スル以上ハ之ヲ以テ振出
 地ヲ記載シタルモノト解セサル可カラサルハ蓋シ論ヲ俟タサルナリ
 其他振出地ハ市町村等一定ノ區域ヲ云フト爲シ(明治三十四年一月十七日大審院民事第一部
 判決)或ハ一般ニ對スル獨立ノ地名ヲ指スト云ヒ(明治三十四年六月四日東京控訴院民事第二
 部判決)又或ハ經濟的地域ナリ若クハ商業地ナリト稱シ、區町名ヲ掲ケタルノミニテハ未タ以
 テ振出地ヲ記載シタルモノト謂フ可カラズト論スルモノアリト雖モ、荷モ手形面ニ區町名ヲ
 掲ケタルニ因リテ何人モ其手形ノ振出地ヲ知ルコトヲ得可キ限リハ、所謂一定ノ區域一般ニ
 對スル獨立ノ地名、經濟的地域若クハ商業地ノ何タルヲ問ハス、區町名ヲ掲ケタル手形ヲ無効
 トスヘキ理由アルヲ見ス
 又或ハ外國ノ事例ヲ引用シ、手形ノ振出地ハ伯林巴里倫敦ト云フカ如キ大地名ヲ掲ケ何區何
 町ト云フカ如キ小地名ヲ記セスト云フヲ以テ、其說ノ根據ヲ確メントスルモノナキニアラス。
 然レトモ泰西諸國ニ於テハ、普通書翰ト雖モ其肩書ニ大地名例ヘハ於巴里於伯林若クハ於倫
 敦ト記載スル一般ノ慣例ナルヲ以テ、此慣例カ手形上ニ行ハルルハ敢テ異ムニ足ラス。論者偶
 彼我事情ノ異同ヲ辨別スルコトヲ直ニ泰西ノ事例ヲ取リテ我國ニ應用セントス、抑亦誤レ
 リ

夫レ手形ハ信用證券ノ一ニシテ其發達モ亦信用ノ上ヨリ來ル、而シテ信用ハ手形金額ノ相違
 ナク支拂ハルル點ニ存ス、決シテ過嚴ノ方式奇矯ノ理論ニ依リテ維持セラルルモノニ非サル
 ナリ。是故ニ假令振出地ノ記載ニ關シ法律上強ヒテ多少ノ疑義ヲ挾ムコトヲ得サルニ非サル
 手形アリトスルモ、取引者間ニ於テ振出地ニ何等ノ疑念ヲ置カス、偏ニ其支拂ノ相違ナキヲ信
 用シテ圓滿ニ流通セラレン乎、是レ誠ニ經濟社會ノ慶事ニシテ、敢テ之ニ向テ手形ノ無効ヲ宣
 言スルノ必要ナキノミナラス、此ノ如キ宣言ハ徒ラニ經濟社會ヲ攪亂スルアルノミ。我國明治
 五年十二月ヲ以テ初メテ爲替手形及ヒ約束手形條例ヲ發布セラレタル以來此ニ二十年、其間
 新舊商法ノ過渡ヲ因シタリト雖モ未タ曾テ振出地ノ記載ニ東京若クハ東京市ノ文字ヲ脱シ
 タルヲ理由トシテ其交付ヲ受クルヲ拒ミタルモノアルヲ聞カス、未タ曾テ其缺如ヲ辭柄トシ
 テ其無効ヲ抗辯シタルモノアルヲ聞カス、而シテ又未タ曾テ之ヲ無効トシタル判決アルヲ聞
 カサリキ。然ルニ獨リ何ノ意ノ一朝嬌激奇異ノ說ヲ拈出シテ二十年來ノ慣習ヲ破壞シ、經濟社
 會ノ秩序ヲ攪亂シ、以テ其恐慌ヲ惹起セシメントス、本會ノ痛歎スル所ナリ
 或ハ法律ノ改正ヲ爲シ東京若クハ東京市ノ文字ヲ冠セサルモ振出地ノ記載アリトシ其手形
 ナ有效ナリトスルノ規定ヲ設ケンコトヲ唱道スル者アリ。然レトモ法律ノ改廢ハ決シテ容易
 ニ企ツ可キモノニ非ス若シ判例ニシテ法律ノ解釋ヲ誤リタルモノアラン乎、須ラク其解釋ヲ
 正道ニ復歸セシメ以テ判例ノ改善ヲ圖ラサル可カラズ。是ヲ之レ爲サス、一判例ノ出ツル毎ニ
 直ニ法律ノ改正ヲ爲サン乎、法律ノ改正ハ日モ亦足ラサルニ至ルヤ必セリ。蓋者署名問題ノ世
 ニ喧傳セラルルヤ、本會ハ之ヲ自認ヲ要スルノ意義ニ非ストシテ其意見ヲ公表シタルコトア

リ。然ルニ當時一判例ノ出ツルニ過ヒ、狼狽シテ法律ノ改正ヲ企テタルハ識者ノ私カニ惜ム所ニシテ又本會ノ取ラサル所ナリ。殊ニ況ンヤ、本問振出地ノ記載ニ關シ從來ノ慣例ヲ維持スルコトヲ法文ニ明示セントセハ、細微ノ規定ヲ設ケサル可カラサルニ至リテ爲メニ法典ノ體裁ヲ損スルニ於テナキ

法律ハ治國ノ要具ナリ、法官ノ法ヲ執ル固ヨリ學理ニ準據セサル可カラスト雖モ、社會ノ慣習、民人ノ便利モ亦常ニ其懷ニ遺ル可カラサルナリ。故ニ苟モ法律ノ解釋ニシテ能フヘクンハ慣習便利ヲ維持センコトヲ勉メサル可カラズ、好ンテ嬌激奇異ノ說ヲ弄シ、慣習ヲ破壞シ便利ヲ阻塞シ、以テ自ラ得タリト爲ス、是レ法律ノ精神ニ非ス、而シテ又法官ノ本領ニ非サルナリ。當路者願クハ此ニ顧慮スル所アリ、洒然トシテ其說ヲ棄ツルコト弊履ヲ棄ツルカ如クシ、速ニ判例ヲ一變シテ經濟社會ノ紊亂ヲ將ニ生セントスルニ防遏シ、金融機關ノ安全ヲ將ニ破レントスルニ保障シ、以テ新民ヲシテ其堵ニ安ンセシメントナリ、是レ本會ノ切望シテ止マサル所ナリ

(明治三十四年五月五日日本辯護士協會意見書)

手形振出地ノ問題ハ大ニ世論ヲ喚起シ諸說紛紜タルカ如シト雖モ予ハ「振出地」ノ地ハ畢竟市場ヲ指スモノト解シ隨テ振出地トシテ市場ヲ記載セサル約束手形ハ要件ヲ缺クニ因リテ無効ナリト信スル者ナリ、是レ法文ノ上ニ於テ此ノ如ク解セサルヘカラサルノミナラス之ヲ手形ノ沿革ニ照セハ益々疑ナキ所トス

先ツ法文上ヨリ之ヲ論センニ商法第四百九十一條第二項ニ「前項ノ金額ハ償還ノ請求ヲ受クル者ノ住所地方支拂地ト異ナル場合ニ於テハ支拂地ヨリ償還ノ請求ヲ受クル者ノ住所地方ニ

宛テ振出シタルニ覽拂ノ爲替手形ノ相場ニ依リテ之ヲ計算ス若シ支拂地ニ於テ其相場ナキトキハ償還ノ請求ヲ受クル者ノ住所地方ニ最近キ地ニ宛テ振出シタルニ覽拂ノ爲替手形ノ相場ニ依リテアリ此規定ハ地カ異ナルトキハ其兩地間ニ通常爲替相場ノ存スルモノトシテ設ケタル規定ニシテ爲替相場カ地ト地ノ間ニ生スルコトヲ前提トセルモノナリ然ルニ爲替相場ナルモノハ市場ト市場ノ間ニ生スルモノニシテ市場ナル觀念ヲ離レテ爲替相場ヲ想像スルコトヲ得サルカ故ニ法文ニ所謂地トハ畢竟市場ヲ指スモノナリト解セサルヘカラス而シテ商法ニ「振出地」支拂地又ハ住所地下旨ヘル場合ノ地ノ字カ常ニ同一ノ意義ニ用ヒラルルコトハ法文ヲ通覽スルトキハ毫モ疑ナク容レサル所ニシテ立法者カ同一ノ文字ヲ異ナリタル意義ニ用ヒタリトスルニハ確固タル理由ナカルヘカラスト雖モ毫モ此ノ如キ理由存セサルノミナラス若シ之ヲ異ナリタル意義ニ解スルトキハ適用上頗ル奇怪ナル結果ヲ生スルカ故ニ此點ニ付テハ蓋シ何人モ異論ナカルヘク且此規定ハ商法第五百二十九條ニ依リ約束手形ニ準用セラルルカ故ニ約束手形ノ振出地ニ付テモ所謂地トハ市場ヲ指スモノナリト解スルノ外ナキモノトス故ニ「振出地」ノ字カ市場ノ意義ニ用ヒラレタルコトハ少クトモ右ノ規定ニ照シテ等フノ餘地ナキモノナリ

人或ハ「振出地」ノ地ヲ解シテ市場ト爲ストキハ僻陬ノ村落ニ於テハ約束手形ヲ振出スコトヲ得サルノ結果ト爲リ不便言フヘカラス此ノ如キハ決シテ商法ノ精神ニ非スト雖スル者アリト雖モ元來手形ニ記載スヘキ「振出地」ナルモノハ實際其手形ヲ振出シタル地ヲ記載スルコトヲ要スルモノニ非ス支拂其他ノ便宜ニ依リ適宜ノ地ヲ記載スルコトヲ妨ケサルカ故ニ振出

人ハ便宜ノ市場ヲ記載スレハ足り敢テ不便ヲ感セサルノミナラス縱令僻陬ノ村落ト雖モ之ヲ市場ト認ムルコトヲ得ル場合少カラサルヲ以テ此ノ如キ批難ハ固ヨリ當ラサルモノトス次ニ之ヲ手形發達ノ沿革ニ徴スルニ手形ナルモノハ元ト市場ト市場トノ間ニ行ハレタルモノニシテ手形ノ振出地又ハ支拂地ナルモノカ常ニ市場ヲ意味セシコトハ沿革上争フヘカラサル所ナリ例ヘハ佛蘭西ノ「プラン」(Plan)即チ地ニ當ル文字カ「巴里馬耳塞里昂」ト云フカ如キ市場ヲ意味スルコトハ學說判例ノ一定スル所ニシテ又獨逸ノ「オルト」(Ort)即チ地ノ字カ市場ヲ意味スルコトハ既ニ千八百七十三年四月八日ノ帝國最高等商事裁判所ノ判決同判決録第九卷二百六十二頁參照ニ於テ認ムル所ナリ尙ホ英吉利ニ於テハ振出地ノ記載ヲ必要トセサル點ニ於テ其趣ヲ異ニスルモノアリト雖モ振出地カ市場ヲ意味スルノ點ニ於テハ敢テ異ナルコトナシ是ヲ以テ今日西洋諸國ニ於テハ振出地カ市場ヲ指スモノナルコトハ何人モ疑テ措カサル所ナリ故ニ手形ノ沿革上ヨリ之ヲ觀ルモ振出地ハ市場ヲ指スモノナリト解セサルヘカラス

或ハ曰ク外國ノ事例ハ以テ我法律ノ解釋ヲ定ムルニ足ラスト然レトモ我邦ノ手形法ハ我國ニ於テ始メテ湧出シタルモノニ非スシテ遠ク其源ヲ歐洲ノ手形法ニ酌ムモノナリ例ヘハ舊爲替手形約束手形條例ノ如キハ全ク佛蘭西法ヲ模範トシタルモノニシテ新舊商法モ亦其範ヲ佛獨其他泰西ノ法律ニ採リシコト勿論ナリ故ニ我手形法ヲ解スルニ當リテハ全然西洋ノ沿革ヲ度外ニ措クコトヲ得ス況ヤ手形法ナルモノハ萬國共通ノ性質ヲ有スヘキモノナルカ故ニ立法者カ之ヲ制定スルニ際リテモ深ク此點ニ留意シタルモノト謂フヘク之ヲ解スル者

モ亦此意ヲ體シカメテ萬國共通ノ意義ニ解スルヲ穩當トス

以上述ヘタル如ク振出地カ市場ヲ意味スルコトハ法文上又沿革上疑ナキ所ナリ然ラハ振出人ノ肩書ニ「日本橋區蠟燭町一丁目二番地」トノミ記載シ「東京」ナル文字ヲ記載セサル約束手形ハ振出地ノ記載アルモノト謂フコトヲ得サルヤ否ヤ蓋シ此場合ニ於テハ市場タル「東京」ノ記載ナク單ニ其一區分タル日本橋區ノ記載アルニ過キサルヲ以テ直チニ市場ノ記載アリト謂フコトヲ得ス唯問題トスル所ハ日本橋區カ東京内ニ在ルコトヲ推定スルコトヲ得ルカ故ニ裁判官ハ之ヲ以テ市場ノ記載アルモノト認定スルコトヲ得ルヤ否ヤニ在リト雖モ手形ハ最モ嚴峻ナル方式ヲ要スル形式證券ナルカ故ニ縱令其記載シタル區名カ或市場内ニ在ルコトヲ推定シ得ヘシトスルモ民事訴訟法ノ解釋トシテ裁判官ハ之ヲ以テ市場ノ記載アルモノト認定スルコトヲ得スト信ス故ニ振出人ノ肩書ニ「日本橋區蠟燭町一丁目二番地」トノミ記載シ「東京」ナル文字ヲ記載セサル約束手形ヲ無効トシタル判決ハ予ノ同意スル所ナリ

然レトモ振出人ノ肩書ヲ振出地ト解スヘキヤ將タ住所ト解スヘキヤノ點ニ付テハ予ハ慣習上振出地ト解セサルヘカラストノ說ニモ賛成スルコトヲ得ス又常ニ之ヲ住所ト解スヘシトノ說ニモ同意スルコトヲ得ス別ニ一說アリ何トナレハ一派ノ論者ハ明治十五年ノ布告第五十七號及ヒ同十六年大藏第八號告示ヲ援キ同布告及ヒ告示アリシ以來振出地ヲ振出人ノ肩書トシテ記載スルノ慣習ヲ生シタルヲ以テ振出人ノ肩書ハ之ヲ振出地ト解セサルヘカラスト主張スルモ凡ソ慣習ナルモノハ法令ニ明文ナキ場合ニ於テ始メテ法律ト同一ノ效力ヲ有シ之カ適用アルコトハ商法第一條及ヒ法令第二條ニ照シテ明カナルカ故ニ縱令商法施行前

ニ於テ此ノ如キ慣習アリシトスルモ商法ノ施行ト同時ニ業ニ既ニ廢止セラレタルモノト謂ハサルヘカラス故ニ慣習上振出人ノ肩書カ振出地ナリトノ説ハ到底同意スルコトヲ得ス次ニ振出人ノ肩書ハ常ニ住所ナリトスルノ説モ民事訴訟法ノ解釋上之ニ賛成スルコトヲ得ス蓋シ裁判官ハ市場ノ記載ナキニ拘ラス其記載アルモノト認定スルコトヲ得サルコト前段論シタルカ如シト雖モ或市場ノ記載アル場合ニ於テ其記載カ約束手形ノ要件タル振出地ト其要件ニ非サル住所トノ兩様ニ解スルコトヲ得ル場合ニ於テ之ヲ其要件タル振出地ト認定スルコトヲ得ルハ勿論ニシテ又此ノ如ク認定スルナリト信ス故ニ予ハ「日本橋區云云」ト記載シ「東京」ナル文字ノ記載ナキ約束手形ハ振出地ノ記載ナキモノトシテ無効ナリトスルモ若シ之ニ「東京」ナル文字ヲ冠スルトキハ其肩書ハ振出地ノ記載アルモノトシテ其手形ヲ有效ナリト解スル者ナリ

終ニ一言ス或一派ノ論者ハ市場内ノ區ヲ掲ケテ市場ヲ掲ケサル約束手形ヲ無効ナリトスルハ常識ヲ缺クモノナリト冷評スルモ予ハ手形法ノ規定ヲ無視シ手形ノ沿革ヲ顧ミサル自稱常識論ノ寧ロ常識ヲ脱セサルカヲ疑フ者ナリ蓋シ法文上ニ根據ヲ有スル常識ハ眞ノ常識ナリト謂フコトヲ得ンモ論者ノ如ク法文ヲ無視シ市場ヲ掲ケサルモノヲモ尙ホ市場ヲ掲ケタルト同一視スヘキモノトセハ手形法ノ嚴格ナル規定ハ殆ト空文ニ屬シ手形ノ形式ハ全ク紊亂スルノ極通常ノ書面ト雖モ時ニ之ヲ手形ナリト謂ハサルヘカラサル場合ヲ生スルニ至ルヲ以テ予ハ論者ノ常識論コソ却テ常識外ニ在ルモノナリト評セント欲ス(明治三十四年八月二十五日富谷法學博士法學志林二二號所掲)

約束手形振出地ヲ記載スルニ例ヘハ日本橋區又ハ西區トノミ記載シテ東京市又ハ大阪市ノ文字ヲ加ヘサルモ有效ナリヤト云フ問題ニ付キ世論囂囂タリ今知名ノ法學者ノ説トシテ諸新聞紙上ニ記載セルヲ試ミニ論評センカ

其前ニ振出地ノ解釋ニ關スル根本ノ誤謬アルコトヲ辯シ置カサルヘカラス元來手形ハ其初途金ノ目的ニ使用セラレタリシモノナリシカ現今ハ金融ノ要具ト爲リシニモ拘ハラズ歐洲ノ法律中ニハ舊時代ノ規定ヲ墨守スルモノ少カラズ例ヘハ爲替手形ノ振出地ハ支拂地ト異ナラサルヘカラス其異ナル程度ハ少クモ爲替相場ニ差異アルタケノ距離ヲ要セル所謂「ブスタンシア、ロー」ノ規則ノ如キ其最ナルモノナリ(佛國商法第百十條、和蘭商法第百條及百一條、西班牙商法第百二十九條)此規則ニ據レハ手形ノ振出地モ支拂地モ一定ノ市場地域ヲ意味スヘキモノトナリ居レトモ此規定ノ本家タル佛國ニテモ決シテ字面ノ通りニ強行セラレ居ラサルニ尙更爲替手形ニ其源ヲ發シタル解釋ヲ其儘ニ約束手形ニ應用シテ振出地ヲ市場地域ニ限ルコトノ不當ナルハ多辯ヲ用ヒス、ザレハ振出地、支拂地、ノ地ト云フハ市場區域ナリト稱スルハ歐洲用法ノ精神ヲ以テ我法律ヲ解セント欲スルモノナリ

梅博士ノ意見トシテ傳ヘラレ「商法ニ所謂振出地トハ固ヨリ漠然タル文字ナレドモ要スルニ振出ノ市場ヲ意味スルニ外ナラズシテ其市場ハ法律上一定ノ名稱ヲ有スルモノニアラズ唯東京大阪ノ如キ自ラ慣習上ノ區域ヲ有スルモノニ過ギズシテ日本橋區、麴町區ノ如キハ東京市内ニ在ルコト明瞭ナレバ特ニ東京ト記載セズトモ之ヲ記載シタルニ均シト云ハザルベカラズ」ト云ハルルモ又富谷博士ノ意見トシテ傳ヘラレ「商法ニ所謂振出地支拂地トハ市場

區域ノ意味ニシテ手形ノ表面ニハ市場地域ヲ記入スレハ足り又必ス之ヲ記入セサルヘカラ
ス下云フ解釋モ正シク前記佛國流ノ解釋ヲ襲ハレタルモノニテ商法特ニ手形法ニ於テハ最
モ進歩セル英國法カ已ニ百餘年前ニ葬リ了リタル舊説ナリトス、茲ニ奇異ナルハ本問題ニ就
キ結局ハ有效説ヲ採ラレル梅博士ト無効説ノ富谷博士ト同一ノ解釋ヲ其論據トセラレシコ
トナリ、元來佛法ニ精通セラレル兩博士ノ事ナレハ其長スル所ニ偏シテ力負ノ氣味ナキニ非
ラサルヘキ歟

商法ニ精通セラレル岡野博士ノ意見トシテ傳ヘラレルヲ見ルニ岡博士ハ住所地下振出地下
ヲ混視スヘカラサルコトヲ切論セラレタル末、住所地下ハ區名ヲ記スルモ町名ヲ記スルモ差支
ナキニ拘ハラズ振出地下ハ必ラス地ヲ掲ケ場所ヲ掲ケ可カラスト云ハレタリ、博士ノ説ニ據レ
ハ區ノ範圍ニテモ商法ノ住所地下ニ該當スヘキモノナリ、然ルニ商法第四百五十二條ニ據レハ
爲替手形ノ振出人カ爲替手形ニ支拂地ヲ記載セサリシ時ハ其爲替手形ニ記載シタル支拂人
ノ住所地下ヲ以テ其支拂地下定ムトアルニ據リ區名番地ノミチ單獨ニ支拂地下トシテ記載シタ
ルトキハ東京市ノ附記ナキ故ニ支拂地ヲ缺キタル手形トシテ無効ニ歸スヘケレトモ同一ノ
區名番地ヲ支拂人ノ肩書ニ住所トシテ記載シタルトキハ同條ニ依リ其手形ハ有效ナリト云
フ兒戲ニ類セル不都合ノ解釋ヲ生セサルヲ得ス、要スルニ俗ニ云フ住所ト住所ノ地ヲ誤解セ
ラレタルモノナルヘシ

岡野博士ハ又論評シテ「各國ハ場所ヲ異ニスルモ地ヲ同ウスル爲替手形ハ法律上效力ナシト
規定セリ」ト立派ニ言ヒ切ラレタル様ニ傳ヘラレタリ成程佛國其ノ他之レニ倣ヒタル諸國ノ

法律ニハ前記ノ如キ明文アレトモ佛國法系ニ屬スル伊太利商法スラ其第二百五十一條ニ於
テ之ヲ否定シ獨逸手形法ノ解釋トシテハ同地手形(ブラツツ、ウエキセル)トシテ振出地下支拂地
ノ同一ナル手形ヲ認ム英國ニテハ爲替手形ノ振出地下支拂地モ手形ノ有效要件トセサル最
モ進歩セル主義ヲ採リ居レハ斯ル規定ノ有ルヘキ理ナシ、思フニ是ハ全ク筆記者ノ誤記ニシ
テ之ヲ以テ其累ヲ口述者ニ及ボスヘキモノニアラザラン、唯有力ナル商法學者ノ説トシテ斯
ノ如キ明白ナル誤謬ノ流布スルハ世人ヲ惑ハスノ恐アレハ岡博士カ筆記訂正ノ勞ヲ惜マレ
サランコトヲ切望スルノミ(編者曰ク東京日日新聞ニ掲グル岡野氏ノ議論ハ岡氏ノ自筆ニ係
ル寄稿ナリト云フ)

商法ニ所謂振出地下支拂地住所地下ト云フハ場所ト同一義ニ解スヘキモノニ非ス、現ニ商法
第四百五十四條ニ「振出地下爲替手形ニ其支拂地ニ於ケル支拂ノ場所ヲ記載スルコトヲ得」ト規
定シ明ニ地下場所ハ異ニシテ地下場所ヨリモ區域ノ廣キヲ示セリ、此點ニテハ予モ岡野博士
ト同説ニシテ昔時手形ノ振出地下支拂地ニノミ限ラレタル途金主義ノ法律ノ解釋ニ倣
ヒ其地ヲ商業地若クハ市場區域ニノミ限ルヘキモノニ非スト思フ、例ヘハ今日ハ村落ニテモ
手形ヲ振出ス場合ナシト云フ可ラス、サレハ我新商法ニ就テハ別ニ解釋ヲ求メサルヘカラス
余ハ一定ノ區域ヲ有スル地區ト解スルヲ穩當ナリト考フ、現ニ大審院ニテハ斯ク解シタル例
アリ而シテ其地域ノ廣狭ハ場合ニ依リテ決スヘシ東京市、大阪市ノ如キハ一地區ヲ爲スモノ
ニシテ其地域内ノ各區ハ其區域内ノ一部ト見做スヘシ、獨逸ニテハ他所拂約束手形ニ關シテ
ハ地ヲ行政上ノ單位區劃ト解スレトモ斯クテハ膠柱彈琴ノ嫌アリ且若シ行政區劃ニ依ルト

キハ東京市ニ市制ヲ實施セラレスシテ十五區ヲ一統スル行政區劃確立セサル時代ニ於テハ各區モ亦手形上ノ地ト見做ササルヘカラス、斯ク行政法ノ變改ニ伴ヒテ商法ノ解釋ヲ異ニスルハ危險ナレハ唯一定ノ地域ト解シ置クヲ穩當ト思フ

元來手形ハ形式ニ重キヲ置クヘキモノナレト元來執筆者ノ弊ハ形式ヲ重ニスルニ過キサルカヲ疑フ要スルニ手形面ニテ分明ナルコトハ強イテ疑ヲ挾ミテ之ヲ無効ニスル要ハ無キナリ、本問題ノ如キ日本橋區タケニテハ固ヨリ手形法ニ所謂振出地ノ明記アリトハ解ス可ラサルモ全ク振出地ノ記載ナシトハ云フヘカラス、此場合ニ決スヘキ問題ハ此記載方ニテハ手形ヲ無効ニセテハナラヌ程ニ手形地ノ明確ヲ害スルヤ否ニ在リ、余ハ手形面ヲ一讀シ、其振出地ノ何地ニ在ルカヲ知ルヲ得ル迄ニ記載シアル以上ハ明確ヲ害セス從リテ之ヲ無効トスルニ及ハスト思フ、萬一其争アル時ハ東京市ノ日本橋區タルコトヲ證明セシメテ可ナリ、唯此場合ニハ當事者カ手形訴訟ノ便法ニ依ル能ハサルノミ若シ二三ノ日本橋區ナル地名アル爲ニ明確ヲ害ストモハ倫敦、伯林、ナトモ手形ノ地名トハ爲スヘカラス、何トナレハ合衆國ニハ同名ノ市存スレハナリ、況ヤ東京ト言フモ亞細亞大陸佛領ニハ東京ト同字ニテ記載スル地名アルニアラヌ、此例ヲ推サハ署名ニモ同姓同名ノ人アル爲幾多ノ手形ハ之ヲ無効トセサル可カラサル場合アルヘシ一步ヲ進メテ之ヲ論スレハ元來余ハ手形ノ振出地支拂地ヲ手形ノ要件トスルハ送金時代ノ遺物ニシテ今日之ヲ法律ニ規定スル必要ナキコトヲ主張スルモノナリ、此事ハ已ニ八九年前余ノ著書手形法綱要及ヒ法學協會雜誌等ニ論セシ所ニシテ其理由ハ規定ナクトモ必用アラハ實際上商人ハ之ヲ記載スヘク萬一之ヲ記載セサル場合ニ其手形ヲ無効

トスル經濟及ヒ法理上ノ必用最早存セストイフニ在リキ、例ヘハ支拂人ヲ日本銀行本店ト記シタルノミニテ其支拂地ノ東京タルコトヲ記ササル手形ヲ無効トスル理由更ニナシ其爲ニ辨濟ヲ欲セサル債務者ヲ利スルコトアルヘキナ云ヘリ

余ハ當時此點ニ就テハ最モ進歩セル英國手形法ニ倣フヘキコトヲ主張セリ、然ルニ現商法ハ百年以前ニ制定セラレタル佛國商法及ヒ之ニ倣ヒテ五十餘年前ニ發布セラレタル獨逸手形法ヲ範トシ此不要ノ要件ヲ加ヘタル爲不幸余ノ預言ハ的中シテ現在數百ノ不幸ナル商業家ヲ生スルニ至レリ立法ノ事豈慎マサル可ケンヤ(明治三十四年〇月〇日高根法學博士大阪朝日新聞所掲)

頃日約束手形ノ振出地カヒトク喧マシキ問題ト爲リ法律雜誌ニ新聞ニ種種ノ議論カ見エマスカ私ノ考ニハ少シク要領ヲ得テ居ラヌ様ニ思ハレル其問題ノ起ハ手形ニ記載スヘキ振出地ニハ東京トカ大阪トカ謂フ地名ヲ附スルカ必要アル地名ヲ附セサレハ振出地ノ指定トシテハ不完全テアル從テ法律ニ於テ約束手形ノ必要條件トスル振出地カ缺ケテ居ルカラ手形トシテ其效力カナイト謂フ判決カアツタカラテ其判決カ正シキモノトスル時ハ從來行ハレタ約束手形テ法律上無効ト爲ルモノカ尠カラヌト謂フ所カラ當業者モ俄カニ騒キ出シ果シテ其解釋カ正當ナルヤ否ヤカ今日ノ問題トナツタ譯テアル今日マテハ此問題ニ關スル判決ヲ見テモ又昨今新聞雜誌ニ載セテアル學者ノ所說ヲ見テモ皆振出人ノ肩書ニ記載シタルモノヲ以テ振出地ト解釋スルヲ得ルモノト前提シテ居ルノテアツテ他ノ語ヲ以テ謂ヘハ肩書ニ地名ヲ冠スレハ盡ク有效ナリトスルノ說ニ歸著スルノテアル私ハ其前提カ果シテ其當

ヲ得タモノテアルカトウカヲ疑フノテアルカ卑見ヲ述フルニ先タテテ手形法ノ所謂「地」ナル文字ニ付キ參考マテニ聊カ説明スル方カ便利ト思フ固ヨリ「地」ノ解釋ハ本題ニ直接ノ關係ナキカ如クナレトモ論者ノ中ニハ「地」トハ必スシモ東京トカ大阪トカ謂ヘル地名ニ限ラス東京中ニテモ日本橋區京橋區モ亦「地」タルヲ得ヘシトノ解釋ヲ採ル者モアルカラ一言辯セント欲スルノテアル

手形發達ノ沿革ハ詳細之ヲ述フルノ暇ナシト雖モ昔時手形ヲ以テ貨幣ノ輸送ヲ省クノ具トシタル時期ニ在リテハ所謂異地雜句語 *Distantia loci* 獨逸語 *Ortsverschiedenheit* ヲ以テ手形ニ缺クヘカラサル要件トシタルモノニテ其異地トハ振出地ト支拂地ト相異ナルノ謂ニシテ異地ヲ以テ手形ノ要素トスルトキハ所謂同地手形ハ之ヲ無効トスルノ外ナキニ歸スル道理テアル現行ノ商法又ハ手形法ハ概テ同地手形ノ有效ナルヲ認ムルモ和蘭陀ノ商法ニテハ尙ホ舊思想ヲ脱セス依然トシテ一地ヨリ他地ニ振出サルル (*d'un lieu sur un autre*) ヲ必要トス而シテ佛法ニ於テハ千八百九十四年ニ異地ヲ必要トセザルコトニ改正シタルモ其以前佛學者テモ自國ノ法律ノ此點ニ於テ不可ナルコトヲ論シタル者モアレトモ解釋論トシテハ如何トモスル能ハス其論シタル所ヲ見ルニ巴里ヨリ巴里ニ振出サレタル手形モ亦巴里ヨリ龍動ニ振出サレタル手形ト同様ニ流通シ同様ノ作用ヲ爲スコトカ出來ル然ルニ二者ヲ區別シテ前者ヲ無効トシ後者ヲ有效トスルハ甚タ不條理ノ極テアルト説明シテ「*lieu*」ナル文字ハ巴里ヲ指スモノト認メテ居ル佛商法ノ解釋トシテハ學者ノ間ニハ異論アルヲ聞カナカツタノテアル又獨國ノ手形法ハ原則トシテ同地手形ヲ有效トスレトモ振出人カ自己ヲ支拂人トシテ發行スル爲

替手形即同一人カ振出人ト支拂人トノ二ツノ資格ヲ併有スル者ハ振出地ト支拂地トハ相異ナレルヲ必要トス學者中此規定ヲ批議スル者アレトモ伯林ニ於テ振出シ伯林ニ於テ支拂ヲ爲スヘキ時ハ振出人ト支拂人トカ同一人ナル爲替手形ヲ認ムルニ及ハス本店カ支店ニ對シ支店カ支店ニ對シ手形ヲ振出ス時又ハ振出人カ振出地ニ非サル地ニ於テ支拂ヲ爲サントスル時ニノミ其種ノ手形ヲ認ムルノ要アリトスル立法上ノ理田ニ基ク者テアルコトハ何レノ著書ニモ見エテ居ル而シテ其振出地 (*Ausfallungsort*) ト謂フ支拂地 (*Zahlungsort*) ト謂フモ皆「*Ort*」ナル文字ヲ用ユル此文字ノ定義ヲ與ヘタルモノアレトモ茲ニ詳述スルコトハ煩ハシクシレハ省クカ私ノ見ル所定義トシテ精確ナリト認ムヘキモノヲ見サルハ頗ル遺憾トスル所テアル然レトモ伯林ニ於テ振出シ伯林ニ於テ支拂フヘキトキハ振出地ト支拂地ト同一ナリトスルノ點ニ於テハ是亦判決學說共ニ認ムル所テアルコレハ著シキ例ヲ舉クテ説明シタノテアルカ「*lieu*」及「*Ort*」ナル文字カ巴里トカ伯林トカヲ謂フモノトシテ始メテ「*Ortsverschiedenheit*」ヤ「*premise de place en place*」ト謂ヘル文字ノ正當ノ解釋カ得ラレラレトモ否認セラレヌ果シテ然リトセハ我商法ニ於ケル「地」カ東京大阪ト謂ヘルカ如キ地ヲ指スニ非ストスルノ理由ナカルシ固ヨリ我商法ノ文字ヲ解釋スルニ強ク外國ノ文字ノ解釋如何ニ依ルモノテハナケレトモ手形法ノ如キハ大體ニ於テ萬國共通ノ性質ヲ有スルモノテアツテ殊ニ「地」ノ解釋ノ如何ニ依リテハ音ニ振出地支拂地其モノノ意義ニ止マラス手形法ノ全體ニ通シテ外國ノ法律ト大ニ異ナレル主義ニ基テ解釋ナサテハナラヌ事トナルノテアル

ルカハ地ノ解釋如何トハ別問題アルカ其表示ノ方法ニ付テモ種種判決例モアルカ本問題ノ實質ニ付テ私ノ論セントスル所ニハ直接ノ關係カナイカラ略スルカ唯市町村ノ如キ名稱ヲ附スルヲ要セスト定マツテハ居ラヌト謂フコトタケチ一言シテ置クノテアル尙ホ「地」ノ表示如何ノ問題ニ付テハイツレ他日卑見ヲ述ヘ様ト思フ

是ヨリ私ノ考ヲ述ヘレハ約束手形ノ振出人カ特ニ振出地ヲ記載セサルトキハ其肩書ニ記載シタルモノヲ振出地ト解釋スルカ果シテ穩當テアルカトウカヲ疑フノテアル近頃新聞紙ニ種種學者ノ論カ掲ケテアルカ皆肩書ノ記載ヲ以テ振出地ナリト解スルコトヲ得ヘキモノト前提シテ居ル如ク見エル唯例ヘハ東京大阪ノ如キ文字ヲ用ユルノ要否如何ニ付テ説ク所カチカツテ居ルノミテアルカ私「地」ノ表示如何ノ問題ヲ離レテ全體此議論ノ前提トスル所カ正シクナイト倍シテ居ルノテアル試ニ其理由ヲ舉ケレハ

- 第一、振出地トシテハ手形ヲ發行シタル地ヲ記載スルヲ當然トシ住所ノ所在地ニ示スタメテアル今我邦ノ慣習ヲ見ルト氏名ノ肩書ニ記載スルハ謂ハハ自己居住ノ場所ヲ示スノ意テアツテ決シテ手形ノ發行行為ヲ爲シタル地ヲ示スノ意テハアルマシシテ見ルト特ニ振出地ヲ記載セサル場合ニ於テ肩書ノ地ヲ以テ振出地ト解スルハ其ノ趣意ニ合ハヌ無理ノ論テハアルマイカ
- 第二、爲替手形ニ在リテハ支拂地ヲ必要條件トシテ振出人カ特ニ支拂地ヲ記載セサルトキハ手形ニ記載シタル支拂人ノ住所地ヲ以テ支拂地トスルノ規定アリ(商法第四百五十二條)然ルニ約束手形ニ在リテハ振出地ヲ缺クヘカラサルモノトシ之カ記載ナキ場合ニ於テ

振出人ノ住所地ヲ以テ振出地トスルノ規定ハナイノテアル一方ニハ明文アリ一方ニハ明文ナキニ振出地ノ記載ナキトキハ振出人ノ住所地ヲ以テ當然振出地ナリトスルノ解釋ハ決シテ妥當ナリトハ思ハレヌ譯テアル

第三、爲替手形ニ於テ所謂他地拂手形ト稱スルモノハ手形ノ支拂地カ支拂人ノ住所地ト相異ナレル手形ヲ謂フノテ(商法第四百五十三條)第四百七十二條ニモ第四百九十條ニモ「支拂地カ支拂人ノ住所地ト異ナル」云云ト明定シテアル約束手形ニモ他地拂ナルモノカアルノテ第四百二十九條ニ於テ第四百五十三條モ第四百九十條モ約束手形ニ準用シテアルノテ第四百五十三條ヲ準用シタルノ結果他地拂約束手形ト謂ヘハ手形ノ支拂地カ振出人ノ住所地ト異ナルモノト解セシハナラヌ今振出人ノ住所地(甲地)ニ非サル地(乙地)ヲ支拂地トシタルトキハ他地拂手形ト爲ルハ勿論ナレトモ特ニ支拂地ヲ掲ケスシテ住所(甲地)ニ非サル地(乙地)ヲ振出地トシテ掲ケタルトキハ其振出地カ法律ノ規定ニ依リテ支拂地ト爲ル(商法第五百二十六條)カラ此場合ニモ恰モ住所地ニ非サル地ヲ以テ支拂地ト記載シタルト同シク他地拂手形ト爲ルノテアル之ニ由テ觀テモ振出地ト住所地トハ獨立ノ作用ヲ爲スコトハ法律ノ規定ノ上ニモ誠ニ明白テアルト謂ハシハナラヌト倍スルノテアル

第四、尙ホ振出人肩書ノ地ヲ以テ振出地ト解スルノ不當ナル理由ヲ述フレハ今振出人其肩書ニ甲地ヲ記載シ乙地ヲ支拂地トシタルトキハ他地拂手形ト爲ルノテソハ甲地カ振出人ノ住所地トシテ支拂地ト異ナルカ爲テアルコレハ爲替手形ニ於テ支拂人ノ肩書ニ記載シタル地カ支拂地ト異ナルトキハ他地拂手形ト爲ルト同一ノ理テアル若シ其肩書ノ地ヲ

住所地下解スルカモトモト誤テアルト論スル者アレハ全ク他地拂手形ナルモノノ性質ヲ了知セサルモノト謂ハテハナラヌコト今振出人カ支拂地モ掲ケス振出地モ掲ケサルトキハ肩書ノ地カ振出地下爲ルトセハ同一ノ趣意テ同一ノ文字ヲ以テ記シタルモノカ全ク關係ナキ支拂地ノ記載ノ有無ニ依リテ或ハ住所地下爲リ或ハ振出地下爲ル所ノ如キ理由ハ到底アルマシキコトト謂子ハナラヌ

以上ノ如ク論スレハ住所ノ所在地ヲ示ス爲メニ記載シタル地方振出地タルノ効力ヲ有スルトノ説ハ如何ニシテモ首肯スルコトカ出来ヌコトハ明瞭テアラウト思ハレル要スルニ彼ノ問題ト爲リタル判決モ新紙ニ散見スル學說モ私ノ考ヨリ謂ヘハ皆其根本ニ於テ容ルスヘカラサル謬ヲ含ンテ居ルノテハアルマイカ我商法ノ解釋トシテハ誠ニ止ムヲ得ヌ事テアル私ハ何故ニ住所地方果シテ振出地タルノ効力ヲ有スルヤ否ヤノ根本問題ヲ講究スル者カナイカト不審ニ堪ヘヌノテアルトウカ十分ニ此ノ點ヲ討究シテ欲シイト思フ畢竟スルニ肩書ニ東京トカ大阪トカ地名ヲ記載スルカトウカハ末ノ問題テアツテ住所地下振出地タルノ効力ナシトスレハ縦令地名ヲ冠スルモ形式ノ備ハレル手形トハ謂ハレヌ譯テアル此論ノ大要ハ拙著手形使用心得ニ掲ケテ置イタノテアルカアマリ人カ深ク考ヘテ吳レヌ様テアルハ頗ル遺憾ニ思フ

解釋上ハ止ムヲ得ヌトスレハ從來行ハレ來タツタ約束手形ノ多數ハ手形トシテ無効ト爲ルトノ懸念モアルカト思フクレトモコレハ詮方ナキコトニテ今更謂フテモ返ラヌコトテアル法律ヲ正當ニ解釋スルノ結果テアルカラ據テイコトテ立法論トシテ我商法ノ規定ヲ批評ス

レハ唯本問ニ付テノミテハナイ隨分他ニ是非ヲ述ヘテ見タイコトカアルケレトモアマリ長クナルカラ他日ニ譲リマス(明治三十四年七月六日岡野法學博士)

岡野法學博士カ本月六日ノ東京日日新聞紙上ニ約束手形ノ振出地ニ就テノ所見ヲ述ヘラレタルノチ一讀シタ其要領ハ多數學者カ約束手形ニ就テ振出人ノ肩書ニ記載シタルモノヲ以テ振出地下解釋スルヲ得ルモノトノ前提ヲ置クヲ不當トシ振出人ノ肩書ハ別トシテ必ス振出地ヲ記載セテハナラヌモノナリト論定セラレタモノテアル本題ニ入ルニ先タチ博士ハ手形上ノ所謂「地」ナル文字ニ關シ外國ノ例ヲ援キ一ト通りノ説ヲ下サレタリ如何ニモ他國ハ暫ク欄キ佛國ノ如キ千八百九十四年迄ハ爲替手形ハ甲地ヨリ乙地ヘ仕向ケラレルヲ要件ト定メラレタルニヨリ實際家ハヒドク不便ト感シ遂ニ必要上「マンダ」(Mand)ト稱スル當地拂ノ爲替手形(勿論當時ノ法律ニテハ爲替手形ニアラス)ヲ發行シタル位ノコトナレトモ其「地」ニ相當スル「How」ト云フ文字ハ巴里トカ龍動トカヲ指シタルモノトシテ異論ナカツタノテアル之ニ就キ博士ハ吾商法ニ於ケル「地」モ亦東京トカ大阪トカヲ指スモノナリト説カレ次ニ其「地」ノ表示ハ他日ヲ竣ツテ教示セラルル筈ト相成リ居ルニツキ之ハ是非早ク承リ度イ事テアル倍本題ニ入り博士ハ今日迄ノ判決例及ヒ學者カ振出人ノ肩書ニ記載シタルモノヲ以テ振出地下解釋スルヲ得ルモノトノ前提ハ謬マレルモノナリトコトヲ四段ニ分チ論シラレタ余輩ハ之ニ反シ右ノ前提ハ不當テナイト信シテ居ルニヨリ博士ノ尊嚴ヲ冒シテ少シク卑見ヲ陳ヘテ見タイト思フ尤モ以下陳フル所ノモノハ「東京」トカ「大阪」トカヲ附ケル附ケヌト云フノカ別問題ト成テ居ル時ナレハ問題ヲ多岐ニ涉ラセメニ肩書ニハ「東京」「大阪」ノアルモノ

トシテ論シタイト思フ

第一 博士ハ吾邦ノ習慣トシテ氏名ノ肩書ニ記載スルモノハ必ス住所テアルトノ前提ヲ置キ手形ノ振出地トシテハ是非發行シタル地ヲ記載セ子ハナラヌモノテアル故ニ肩書ニアル場所ヲ以テ振出地ト解スルハ其趣意ニ合ハヌ無理ナ論テアル

ト論定セラレタ右ノ肩書ハ必ス住所テアルトノ前提ハ少クトモ手形ニ對シテハ正鶴ヲ失シテ居ラヌカト疑フノテアル如何ニモ吾邦ノ習慣トシテ住所ハ肩書ニ記載セラレコトトナツテ居ルカ手形ニ於テ氏名ノ肩書記載ハ發行地テナイ必ス住所地テアルト論定スルハ服スルコトカ出來ヌ點テアル手形ハ要式法律行為テアツテ其成立要件トシテ何何ノ事項ヲ記載セ子ハナラヌトイフコトハ何人モ知ル所テアル固ヨリ法律ニ記載方法ノ雛形ヲ示シタル譯テナイカラ謂ハハ紙ノ上テサヘアレハ何處ニテモ要件丈ケノモノヲ書キサヘスレハヨイノテアル故ニ肩書ニ住所トモ何トモセスニ單純ニ一定ノ地區ヲ記載シタルトキハ法律ニ照シテ之ヲ振出地ト解釋スルヲ至當タト思ハルル又法律行為ハ住所又ハ營業所ニ於テ起ルモノトスルヲ普通ノコトト見ナケレハナラヌ然ルニ第三項ニ説カレタ如ク手形發行ノ行為地ハ住所地ト獨立ニ存在スヘキ答ノモノテアルカラ肩書ノ地ハ發行地ト解釋出來ヌト論斷セラレハ餘リ狭キ考テハアルマイカ余置ハ寧ロ發行ノ地ト住所トハ獨立ニ存在シ得ヘキモノナレトモ兩者相一致スル場合カ却テ普通ノ情態テアルマイカト思ハルルノテアル

若シ肩書ニ「東京(町名番地無シ)ト」ニ記載シタルトキハ如何ナル解釋ヲ下サルルテアラウ

カ假リニ左ノ二ツノ答ヲ掲ケテ見ヨウ

- 一、此記載ハ肩書テアルカラ吾邦ノ習慣上東京ノ一部分ニ住テ居ルコトヲ意味スル爲メニ記載シタルモノテアツテ矢張り振出地テナイ
- 二、肩書ニ「アレント」之ニハ町名番地カナイ故住所ト見ルコト出來ヌ正サシク振出地テアル

右「一」ノ答ノ様ニスレハ餘リ肩書ト云フコトニ拘泥シ過キタ様ニ思ハルル若シ之カ氏名ト少シ離レテ居ルナラハ振出地ト見密接シテ居タラハ住所地ト見ル様ニナリ其結果此ノ一葉ノ書面ノ效力ノ上ニ雲泥ノ差ヲ生セシムルコトトナル尤モ自然ノ結果テアツテ致シ方ナイト云ヘハ夫レ迄ナレト畢竟吾邦テハ定マツタ雛形カナイノテアル否是迄ノ處テハ振出地ヲ肩書ニ書クト定ツテ居ルト言フテモ宜シイ僅カノ書キ様ノ相違カラシテ有效無効ノ區別ヲ生スルハ餘リ形式ニ偏シ過キタル見解ト謂ハ子ハナラヌト思ハル

「二」ノ答ノ如クナレハ只書様ノ精粗ニヨリテ其意味ヲ異ニスルコトトナリ甚タ不條理カト思ハルル「東京」トイフコトカアレハ之ニ如何ナルコトヲ附記スルモ記載事項(即チ東京トイフコト)ヲ打消ササル限リハ效力ニ於テ變ハルコトハ無カラウト思フ

前記ノ如キ次第ナレハ古キ言ヒ草ナレト法律上ノ解釋ハ凡テ無効ナランヨリ有效ナル方ニ解釋シテ行クノカ當然テアルトセハ肩書ニ特ニ住所トモ何トモ記載シナイ以上ハ普通ノ書類ニ於テハ住所地ト見ラレヘキ形式ナレト住所地ノ記載ハモトモ手形ノ要件テナ

イノニ之ヲ記載シテ要件ヲ捨テタモノト見解チ下タスコトハ無理タラウト思フ故ニ肩書ハ之ヲ振出地ト解釋スルヲ穩當ナリト信ス、テアルカラ博士カ肩書地ヲ以テ住所地下見做スニ限ルモノトノ前提ニ服シ難キ所テアル

尙ホ一ツ此場合ニ言ヒ度イコトカアルチ極端カハ知レヌカ默ツテ肩書ニスルト住所ト見ラレルニヨリ何處カ處チカヘテ書カ子ハナラヌ其レモ西洋諸國ノ様ニ眞ツ最初ニ書クトイフ様ニ極ツテ居レハヨイカ吾邦ニテハ肩書ヨリ外ニ書クコトハ極ツテ居ラヌ故マ一云ハハ書ク處カナイ夫レ故ニ必ス振出地ト云フ表題ノ下ニ書子ハナラヌコトトナルコトハ筆法カラ云ヘハ振出ノ年月日モ亦々其表題ノ下ニ表記セテハ權衡チ得ナイコトトナリ非常ニ窮屈ナモノトナリ了ハル心カスル

第二 博士ハ爲替手形ニハ振出人カ特ニ支拂地ヲ記載セサルトキハ手形ニ記載シタル支拂人ノ住所地ヲ以テ支拂地トスレト約束手形ニハ要件タル振出地ノ記載ナキトキハ振出人ノ住所地ヲ以テ振出地トスルノ規定ナキ故振出人ノ住所地ヲ以テ當然振出地ナリトスルハ妥當テナイ

ト言ハレタ如何ニモ法律ニハ振出人ノ住所地ヲ以テ當然振出地下見做ストイフコトハナイカ前項ニ陳ヘタル如ク振出人ノ肩書カ振出地テアルカラ其結果爲替手形ト同シク支拂地ノ記載ナキ時ハ肩書地ヲ以テ支拂地トナシテ差支ナイコトトナル

第三 博士ハ約束手形ニモ爲替手形ト同シク他地拂手形カアル他地拂手形トハ支拂地カ振出地下異ナルモノト解釋セ子ハナラヌソコテ例ヘハ東京ノ商人カ大阪ヲ支拂地下シタ

ル時ハ他地拂手形トナルハ勿論ナレトモ特ニ之ヲ掲ケスシテ大阪ヲ振出地下シテ掲ケタル時モ亦大阪カ支拂地下ナル此ノ場合ニ於テハ恰モ大阪ヲ支拂地下記載シタルト同シク他地拂手形トナルノテアルカラ振出地下住所地下ハ獨立ノ作用チナスモノナリ

ト説カレタ右ノ御説ハ御尤ト言ハ子ハナラヌカ第一項ニ陳ヘタル通り肩書カ振出地テアリ又支拂地テアリ得ルト論定シタル結果ニヨリ此場合ニモ東京商人カ肩書ニ記載シタル地ハ大阪テアルト想像セ子ハナラヌ(即チ此場合ニハ肩書ト一致セス)ソコテ此約束手形ハ住所ノ記載ナキモノナレハ當地拂カ他地拂カ分ラヌカラ不都合ナリトノ反對モアラウカ夫レハ一向構ハヌコトト思フ大體住所ノ記載ハ約束手形上必要テナイ(爲替手形ハ違フ處カアル)文ケテアツテ其記載ナクトモ他地拂タリ得ヘキモノト思フ畢竟住所ハ事實ニ依リテ決セラルヘキモノテアリ又手形ノ實益ハ支拂地ニ多ク存スルモノテ住所ハ餘リ重要ナモノテナイ知名ノ商人ナラハ住所ノ記載ナクシテズン、通ルモノテアル又知名ノ商人テナケレハ屹度最初ニ記載サセルテアラウシ又被裏書人トナル者モ名前ノミテ住所ノ分カラヌ者ノ手形ヲ取ル事モ餘リ無カラウト思ハル要スル所約束手形ニハ他地拂テアルカ否ヤヲ知ルカ爲メニ必ス住所ヲ記載セ子ハナラヌコトナラ肩書ハ一般ノ習慣ニ基キ住所ト見子ハナラヌコトト爲ルカモ知レヌカ之ハ法律上ニテモ實際上ニテモ必要トセヌカラ肩書ハ振出地テアルト見ルニ於テ毫モ差支無カラウト思フ

第四 此第四項ノ博士ノ所論ハ余輩不敏ニシテ少シク了解ニ苦シム處カアル上段ニ今振出人其肩書ニ甲地ヲ記載シ乙地ヲ支拂地下シタル時ハ他地拂手形トナルノテソハ甲地カ

振出人ノ住所トシテ支拂地ト爲ルノテアルトアリ下段ニ今振出人カ支拂地モ掲ケス振出地モ掲ケサルトキハ肩書ノ地カ振出地ト爲ルトセハ云云トアルヲ以テ見レハ上段ノ場合モ全ク振出地ナキ手形ヲ想像セラレタルモノノ如クニモアリ左スレハ振出地ナキ手形ヲモ有教視シテ他地拂手形ト爲ルト断定セラレタルトナリ大ニ解シ兼ナル處テアルカラ多分ソウテアルマイ然ラハ第二ノ見解トシテ考ヘテ見レハ後段ニ今振出人カ振出地モ掲ケス云云トアルニヨリ前段ハ無論振出地ヲ掲ケタルモノナリト解スヘキカ果シテ然リトセハ末尾ノ「餘リ關係ナキ支拂地ノ記載ノ有無ニ依リテ同一ノ趣意ヲ同一ノ文字ヲ以テ記載シタルモノカ(肩書ニ於テ)或ハ住所地トナリ或ハ振出地トナルト論定セラレハ如何テアラウ何トナレハ此場合ニ肩書ノ住所地以外ニ尙大關係アル振出地カ有ルト無イトノ區別モアルノテアルカラ是非之モ支拂地ノ記載ノ有無ト同シク末尾ノ論斷ノ材料ニ供セラレル答テアルト思ハルル故テアル

若シ前見解ノ如ク振出地カ別段ニ記載ナキモノトセハ第一項所説ノ如ク支拂地ノ有無ニ拘ハラヌ初メカラ肩書地カ振出地テアル故ニ住所地トナリ又振出地トナルコトハナイ又後ノ見解ノ如ク上段ニハ別ニ振出地ノ記載アルモノトセハ其時ハ肩書ハ當然住所テアルカ振出地ノ記載ヲ除去シタル時ハ振出地トナル譯テアルサレト是ハ無關係ナル支拂地ノ記載ノ有無ニ由ルニ非スシテ大關係アル振出地ノ別段記載ノ有無ニ依リテ生スル結果テアル博士ハ同一ノ趣意ヲ同一ノ文字ヲ以テ記シタルモノカ住所地トナリ或ハ振出地トナルト論定セラレタルモ余輩ノ見解ニヨレハ同一ノ文字ナレトモ同一ノ趣意ニ記載セラレ

タルニ非サルヲ以テ異ル結果ヲ生スルハ當然テアルト云フノテアル

右述フル所ハ要スルニ約束手形ニ於ケル振出人ノ肩書ノ地カ法律行為ノ起リシ處トシテ振出地ト見ルヲ至當トシ又々或ハ事實上肩書ノ地カ行為ノアリシ地ト異ナル場合モアルタラウカソレハ手形法ノ渉外的關係ノ原則トシテ表見事實ヲ認メ子ハナラヌコトナレハ實際ニハ差支ナイト思ハル博士ノ慣習上ノ原因ニ基キ肩書ヲ單ニ住所トハカリ解セラルルノ前提ニ就キ見解ヲ異ニスル所カアルノテ聊カ卑見ヲ述ヘテ大方ノ教ヲ乞ヒタイト思フノテアル

(明治三十四年七月十一日十二日津久井學士東京日日新聞所掲)
 蓋ニ東京日日新聞ニ「約束手形ノ振出地ニ付テト題スル一編ヲ寄セテ手形法ニ於テハ住所地下振出地下ハ獨立ノ作用ヲ爲スモノナルコトヲ述ヘタルニ法學士津久井茂君ハ同新聞ニ私ノ所説ヲ批評セラレタ私モ一讀シタカ法律家ノ所謂爭點カ然シテ居ラヌト考ヘラル私ハ元來約束手形ノ振出人ノ肩書ニ記載スル地ハ手形法ノ所謂住所地テアツテ其住所地下振出地タルノ效力ヲ有スル能ハサルコトヲ説明シタノテアツテ即チ大體ニ於テ肩書ノ地ノ住所地下ナルコトヲ前提シテ立論シタノテアル然ルニ學士ハ肩書ノ地ハ振出地下解釋スルヲ正當トスルノ意見ヲ以テ私カ義ニ項ヲ分チテ論シタ所ヲ批評セラレタカラ論點ノ合ハヌハ當然テアル又私カ項ヲ分チテ説明シタルモノノ中學士カ了解シ難シト謂ハレルモ當然テアルト思フ此點ニ付テハ學士ノ批評中或ハ論理ノ如何テアラウカト疑フヘキ箇所ヤ法律規定ノ適用ノ誤ツテ居ルト思フ點モ所ニ在レトモ根底ノ前提カ一致セサル結果ナルヘケレハ強テ辯明モモス又不要ノ反駁モモス

要スルニ振出人其肩書ニ地名ヲ記載シ住所地下モ振出地下モ明示セサルトキハ之ヲ法律上住所地下解スルカ將振出地下解スルカ先決問題ト謂ハチハナラヌ私ハ住所地下解スルカ正當ナリト信スルノテ其理由ニハ實際上ト法律上トノ二ツカアル實際上ノ理由トハ手形ニ限ラス總ヘテ書類ニ署名シタル者カ其氏名ノ右傍ニ記載スルハ住所ノ所在地ヲ示ス爲メテアルコトハ我邦古來ノ慣習テアツテ他ニ解釋ノ餘地ハアルマシト思フ例モハ東京ノ商人カ大阪ニ於テ證書ヲ作り之ニ署名スルトキハ其肩書ニハ大阪トセス必ス東京云ト記載スルテアラウ又何人ト雖モ右ノ如キ證書ヲ一覽シタルトキハ東京ニ於テ作りタルカ大阪ニ於テ作りタルカノ事實ハ別問題トシテ東京ノ商人ノ證書ナリト信スルテアラウト思フ如斯慣例テアルカラ手形ヲ發行スル者カ其肩書ニ地名ヲ記載シタル場合ニ於テハ之ヲ住所地下ナリトスルハ洵ニ自然ノ實狀ニ適テ居ルモノト謂ハチハナラヌ固ヨリ振出地ニシテモ住所地下ニシテモ事實上ノ地タルト否トハ手形ノ效力ニ關係ナキモノナルハ茲ニ説明スルノ要ハナカルヘシ

法律上ノ理由トハ畢竟實際上ノ理由ヨリ生スルモノナレトモ爲替手形ノ支拂人ノ肩書ニ東京トカ大阪トカ記載スルノ實例ハ決シテ尠カラス振出人カ特ニ支拂地ヲ定メサル場合ニ於テ其肩書ノ地ヲ以テ手形ノ支拂地ナリトスルコトニテハ嘗テ異論アルヲ聞カス之ヲ支拂地ナリトスルハ即チ商法第四百五十二條ノ「振出人カ支拂地ヲ記載セザリシトキハ手形ニ記載シタル支拂人ノ住所地下ヲ以テ支拂地トス」ト規定スルカ故テアツテ肩書ノ地カ住所地下ナリ住所地下ナルカ故ニ法律上支拂地下爲ルト謂フ關係テアラウ又爲替手形ノ振出人カ支拂地下トシ

テ甲地ヲ掲ケ支拂人ノ肩書ノ地カ乙地ナルトキハ之ヲ他地拂ノ手形ナリトスルコトモ人ノ疑ハヌ所ト信スル是ハ支拂地カ支拂人ノ住所地下ト異ナルカ爲メテアル若シ之ヲ疑ハヌモノトスレハ支拂人ノ肩書ノ地ハ住所地下ナレトモ振出人ノ肩書ノ地ハ振出地ニシテ住所地下ニ非ストスルノ理由何ニ在ル爲替手形ノ支拂地爲スヘキ者ハ支拂人ニシテ其肩書ノ地カ住所地下ニシテ約束手形ノ支拂地爲スヘキ振出人ノ肩書ノ地ハ住所地下ニ非ストスルハ理論一貫セサルノ譏ヲ免レサルヘシ又他地拂約束手形ハ支拂地カ振出人ノ肩書ノ地下ト異ナル手形ヲ謂フモノナルハ商法第四百五十三條ヲ約束手形ニ準用シタル自然ノ結果ト謂ハチハナラヌ然ルニ學士ハ第三項ニ於テ住所ノ記載ハ約束手形上必要テナイ(爲替手形ハ違フ處カアル)丈アツテ其記載ナクモ他地拂タリ得ヘキモノト思フト論シ住所カ手形ノ流通ニ深キ關係ヲ有セサル所以ヲ説明セラレタルカコレハチト學士ノ論トシテハ受取レナイ少シク冗長ニ渉ルノ嫌アレトモ學士ノ「爲替手形ハ違フ處カアル」ノ意味不明ナレトモ爲替手形ニハ住所カ法律上ノ要件テアルトノ意ナレハ法律規定ノ上ニ於テ全く根據ノナイ說テアル亦他地拂手形ト爲ルニ爲替手形ニテハ住所ノ記載カ必要テアルカ約束手形ニハ必要テナイトノ意ナレハ是ハ他地拂手形ナルモノノ性質ヲ知ラサルノ論ト謂ハチハナラヌ殊ニ手形ノ他地拂ナルヤ否ヤハ手形所載ノ文言ニ依テ決スヘキモノナルハ特ニ辯スルマテモナキコトニテ其原則ニ於テ爲替手形ト約束手形トノ間ニ區別ノアルヘキ理由ハナイノテアル第四百五十三條第四百九十條ヲ約束手形ニ準用シタルヲ知ラハ學士カ二者間ニ區別ヲ設ケントスルノ謬ナルハ瞭然テアルト信スル

少シク岐路ニ入ルカ商法第四百五十二條ニハ「手形ニ記載シタル支拂人ノ住所地下謂ヒ第
四百五十三條ニハ「支拂地カ支拂人ノ住所地下其ナルトキ」ト謂ヒテ手形ニ記載シタルノ文
字ヲ用非ス去レト手形法一般ノ原則ヨリ論シテ第四百五十三條ニテモ手形ニ記載シタル
住所地下解スルノ正當ナルハ說明スル迄モナカルヘシ

以上説明シタル所ニ依リ振出人ノ肩書ノ地方住所地下示スモノテアルコトハ明白ナリト信
スルノテアル而シテ其住所地下特別ノ振出地ノ記載ナキ場合ニ於テ法律上振出地タルノ效
力ヲ有スルモノト謂フヘキヤ否ヤカ即チ第二段ノ問題テアル莫ニ論シタルハ此第二段ノ問
題テアツテ第二項ヨリ第四項マテ皆其趣意ヲ敷衍シタノテ更ニ加フヘキコトモナケレハ重
テテ説明セス學士ハ先決問題ヲ以テ此第二段ノ問題ニ關スル說明ヲ批評セラレタルカ故ニ
議論カ食ヒ合ハヌコトト爲ツタノテ甚々遺憾ニ思フノテアル

約束手形ノ振出人ノ肩書ノ地ハ住所地下アルト解スルチ正當トシ又其住所地下ハ振出地下ハ
法律上全然別箇ノモノニシテ振出地タルノ效力ヲ有セシムル能ハストスルハ莫ニモ論シタ
ル如ク我商法ノ解釋論トシテハ私ノ確信スル所テアル然レドモ立法上如何ト謂ヘハ我商法
ノ規定ハ此點ニ於テモ理論ノ一貫セサル非難ガアラウト思フ固ヨリ十分ニ調査ヲ遂ケテ子ハ
容易ニ判斷チ下シ難キモ試ニ私ノ案ヲ述フレハ大方左ノ趣意ニテ差支ナカラウト思フ
約束手形ニモ支拂地ヲ必要トシ振出人ガ支拂地ヲ記載セサルトキハ手形ニ記載シタル振
出人ノ住所地下ヲ以テ支拂地下トス
右ノ趣意ヲ以テ振出地ヲ要件トスルノ主義ヲ改メテハ如何テアルカ

爲替手形ニテハ振出人カ支拂地ヲ記載セサルトキハ支拂人ノ住所地下ヲ以テ支拂地下トスルノ
テ即チ其住所地下カ普通支拂地ヲ爲スノ地タルト認メタノテアツテ其地カ商業上ノ交通ナキ地
ナル場合ニ於テ特ニ他ノ地ヲ選定シテ之ヲ支拂地下トシタルトキハ則チ他地拂手形ト爲ルナ
リ蓋シ普通支拂地ヲ爲スヘキ地ニ非サル地ヲ以テ手形ノ支拂地下トスレハナリ約束手形ニ付テ
モ我商法ハ同一ノ理論ヲ採テ居ルカト謂ヘハ遺憾ナカラ然ラスト答ヘ子ハナラヌ其理由ヲ
略述スレハ振出人カ支拂地ヲ記載セサルトキハ振出地ヲ以テ支拂地下トスル規定セル第五百
二十六條ヨリ推測セハ振出地カ普通支拂地ヲ爲スヘキ地ナリト認メテ居ルモノト謂ハ子ハナ
ラヌ然ルニ又第五百四十三條第四百九十九條ヲ約束手形ニ準用シ手形ノ支拂地カ振出人ノ住
所地下異ナルモノヲ他地拂ノ約束手形トスルノ趣意ヨリ論スレハ振出人ノ住所地下ヲ以テ普
通支拂地ヲ爲スヘキ地ト認メテ居ルモノト爲ル道理テアツテ恰モ約束手形ニハ普通支拂地ヲ爲
スヘキ地カ二様アルノ奇觀ヲ呈シテ居ルノテアル若シ前述ノ趣意ニ改メタレハ如斯不都
合モナク理論上ノ非難モナカラウト思フノテアルコレハ學士ニ答フル所テナケレトモ序ナ
カラ茲ニ一言ス(明治三十四年七月十七日十八日岡野法學博士東京日日新聞所掲)
岡野法學博士ハ莫ニ約束手形ノ振出地ニ就テ所見ノ一稿ヲ東京日日新聞紙上ニ寄セラレタ
夫ニ就キ少シク見解ヲ異ニスルノ點アルニヨリ自ラ憚ラス卑見ヲ述ヘタルニ博士ハ之ニ對
シ再ヒ教ヲ垂示セラレタルハ余置後進者ノ大ニ多トスル所テアツテ博士ニ向ツテ謝スル
所テアル博士ハ今回ノ寄書ヲ以テ批評者ハ論點ヲ異ニスルモノトシテ一言ノ下ニ排斥セラ
レタ如何ニモ論點ハ異ルコトモアラン博士ハ肩書ハ即チ住所ナリトノ習慣論ヲ絶對的ニ固

守シテ約束手形ニモ適用シ余輩ハ肩書ハ他ニ關係スル所ナクレハ住所トモ見得ヘキモ約束手形ノ如キ要式法律行為トシテ其要件ハ法律上炳然タル規定アル以上ハ行為者ハ普通ノ習慣ニ反シテ之ヲ振出地トシテ掲載スルノ意思テナイト云フコトモ保セラレサルヘク却テ前稿ニ述ヘタル如ク一般ノ推測ヨリスレハ其意思テ書カレタモノトスルヲ妥當タト卑見チ下シタル迄テアツテ二者其前提ニ於テ見解チ異ニスル所テアル而テ博士ハ其前稿ノ所論ノ第二項以下ハ第一項ヲ敷衍シタルニ過キサルコトヲ揚言セラレテ居ルカ夫レハ判ツテアル去リ乍ラ第二項以下ハ博士カ第一項ヲ説明スル爲ニ獨占セラルルノ説テハナクシテヨシ之レアリトモ爲ニ卑見ニ對シテモ抵牾スル所カナイト云フノ次第チ自説第一項ヲ擁護セムカ爲メ辯シタルコトテアツテ敢テ第二項以下ヲ批評シタルモノテナイツマリ議論ハ第一項ノ前提ノ可否ニ止マルノテアル

右前提ノ可否論ニツキ今一ツノ説カアル舊商法モ新商法ト同シク約束手形ニ振出ノ地(尤モ舊法ニハ場所トアリ)ヲ記載スルコトカ要件トナツテ居ル實例ハ振出ノ地トシテ今日ト同ジク皆肩書ニ記載スルコトトナツテ居ル舊商法實施以來年所ヲ閱スルコト數々ナルニ拘ラス未タ曾テ法廷ニ於テ之ヲ爭ハレタルコト又之ヲ否定シタル判決ノアリシコトヲ聞カナイ元來習慣ハ法廷ニ認メラレテ始テ確立スルノカ普通テアル左レハ約束手形ニ就テハ肩書ハ住所地テアルト云フヨリモ寧振出地テアルトノ習慣アリト云フノカ至當テアルト信シテ居ルノテ尙ホ前説ヲ維持スルタメ一言チ加ヘテ置キタイ

辯疏的ノコトハ何度云フモ利益カナイカラ此位ニシテ前稿ニハ餘リ多岐ニ渉ルチ懼レテ控

ヘテ置イタカ今度機會チ得テ一ト通り述ヘテ見タイト思フノハ余輩ガ前稿第三項ノ下リノ括弧内ニ爲替手形ハ違フ所カアルト斷リチ致シ置キタル點テアル元來爲替手形ニ在テハ支拂地ヲ定ムルヲ要件トシ若シ之レナキトキハ手形ニ記載シタル支拂人ノ住所地ヲ以テ支拂地トスル(第四百五十二條)旨ノ規定アルヲ以テ爲替手形ニハ支拂地ノ記載カ要件トナリ支拂人ノ住所地記載カ補足要件トナツテ居ル即チ支拂地カ又ハ支拂人ノ住所地カトチラカチ記載セキハ手形カ無効トナル然ルニ約束手形ニハ支拂地ノ記載又ハ之ニ代ルヘキ振出人ノ住所地ノ記載ハ一モ必要トシナイ是レ約束手形カ爲替手形ト違フ所カアルト云フ譯テアルソコテ其結果ハ振出人ノ住所地カ約束手形ニ記載ナクトモ他地拂タルコトヲ得ト論定シタル次第テアル

右論斷ニ對シ博士ハ其再稿ニ於テ殊ニ手形ノ他地拂ナルヤ否ヤハ特ニ辯スルマテモナキコトニテ其原則ニ於テ爲替手形ト約束手形トノ間ニ區別ノアルヘキ理由ハナイノテアル第四百五十三條第四百九十條ヲ約束手形ニ準用シタルヲ知ラハ學士ガ二者間ニ區別ヲ設ケントスルノ謬ナルハ瞭然テアルト言ハレタ蓋シ該二條ハ第四百五十二條ノ如ク手形ニ記載シタルトノ文字ナシト雖當然之アルノ趣意ト解セキバナラヌ而テ之ヲ約束手形ニ準用シタルモノテアルカラ約束手形ニモ手形ニ記載シタル振出人ノ住所地カ支拂地ト異ルヲ必要トスルノ謂ヒテアラウト思ハレル如何ニモ手形法一般ノ原則トシテハ左モアラン又ナケレハナラヌト思ハレルガ吾現行商法ノ解釋トシテ約束手形ニハ此原則ノ適用ヲ見ルコトカ出來ナイト思フナセナレハ爲替手形ニハ第四百五十二條ニ「振出人カ爲替手形ニ支拂地ヲ記載セザリ

シトキハ其爲替手形ニ記載シタル支拂人ノ住所地ヲ以テ支拂地トスルアルニヨリ之ヲ受ケタル次條第四百五十三條及ヒ同一ノ趣旨ニ於ケル第四百九十九條ニ別段其爲替手形ニ記載シタルノ文字ナクモ恰モ之レアルモノノ如ク解スルハ當然ナレトモ約束手形ニ於ケル第五百二十六條ニハ振出人ガ約束手形ニ支拂地ヲ記載セザリシトキハ振出地ヲ以テ其支拂地トスレテアリテ其約束手形ニ記載シタル振出人ノ住所地云々ノ規定ナシ然ラハ此受ケタル準用條文第四百五十三條及ヒ第四百九十九條ニ爲替手形ト同様ノ意義ヲ有タシメントハ思ヒモヨラヌコトアル抑、條文ノ準用トハ同一又ハ相似ノ事項ヲ規定スルニ當リ同一又ハ相似ノ文字ヲ列擧スルノ煩ヲ避クル爲メ前掲ノ文字ヲ後ニ移送スルコトテアツテ前後ノ法規ノ性質ガ相抵觸スル部分ハ此移送條文カラ除外シテ適用セザラヌモノテアル夫レ故ニ余輩ノ見ル所ニテハ爲替手形ノ第四百五十三條第四百九十九條ト約束手形ノ第四百五十三條第四百九十九條トハ意義ヲ異ニシテ隨テ適用ノ結果ヲ異ニスルモノテアルカラ二者ノ間ニ於テ他地拂タルコトノ記載事項ニ差異ヲ生スルハ已ムテ得ナイコトアルト思フノテアル故ニ右二條準用上ノ駁撃ニ降服スルコトカ出來ヌ次條テアル

博士ハ此回ノ寄稿ニ約束手形法規ノ不備ナルヲ説カレタカ其通テアル今其原因如何ニト尋ヌルニ余輩ノ推測ニヨレハ全ク立法者ノ不注意カラ起リタルコトト思フナセナレハ第四百五十二條ノ規定ハモト舊商法ニハ無カツタモノヲ約束手形ニ關シ第八百十三條ニ於テ支拂地ノ記載ナキ場合ニハ振出ノ場所ヲ支拂ノ場所トスル旨ノ規定アリシニヨリ一方ニ有テ一方ニ無キハ權衡ヲ得ナイトノ趣旨ヲ爲替手形ニモ此ノ種ノ規定ヲ創設シタノテアル(商法修

正案參考書)約束手形ニ於テハ單ニ「振出地」ヲ以テ支拂地トスルト字句ニ修正ヲ加フルニ止メ前後ノ關係ヲ見ルコト疎略ニ失シタルコトテアツテモト、同様ノ趣旨ニ書ク積リテアツタノカ偶然ニモ今ノ如キモノカ出來タモノテナイカト思ハルル舊商法ハ爲替手形ノ方ハ絕對的ニ支拂地ノ記載ヲ要件トシテ便宜法ヲ取ラヌ約束手形ニノミ之ヲ採川シタルテアルカラ第八百十三條現行商法第五百二十六條ニ當ルヲ特設シテアツタカ現行商法ニテハ爲替手形ニ既ニ其主義ヲ採川シテ第四百五十二條ヲ設ケタル以上ハ何故ニ別段ニ一條ヲ置カスニ約束手形ニ準用シナカツタノテアルカ而モ之レカ小切手ニ準用シテアルノニ是レ余輩ノ常ニ怪訝ニ堪ヘサル處テアル假リニ機會アリトセハ立法者ニ質問シタイト思フノテアル之ハ制法上ノ議論テアツテ本問題ニハ關係ナイ所テアルカ事ノ序ニ附言シテ大方ノ教ヲ乞ハントスルノ次第テアル若シ一筆ノ勞ヲ惜マレスハ三々博士ノ教示ヲ下サルルノ光榮ヲ擔ハンコトヲ希フノテアル(明治三十四年七月二十一日津久井法學士東京日日新聞所掲)

今日マテ回テ重子テ論辯シタル所ヲ顧ミレハ學士ト説ク岐ルル點モ明瞭トナリ互ニ其論據トスル理由モ判然シ讀者モ隻方意見ノ存スル所ヲ知悉セラレタルナラント思ヘハ更ニ亦彼是批議スルノ必要ヲ見ナイノテアル加之反テ議論カ岐路ニナリ幾回論シテモ窮マル所ナキニ至リ畢竟無益ニ終ルノ嫌ナシト謂ハレナイノテアル然レトモ學士ノ熱心尙ホ余輩ノ答辯ヲ促サルルニ默シテ言ハサルハ或ハ其熱心ニ酬ユル所以ニ非サルノ憾アルヲ以テ之ヲ最後トシテ重子テ一言答辯スルノテアル

第一 約束手形ノ振出人ノ所書ニ記載スル地ハ住所地ナリト解スルハ我邦ノ慣例上正當テ

第二編 商法 丁 手形 五 再ビ手形ノ振出地ニ關スル新判例ニ就テ

三六三

アルト謂フコトハ再ヒ説明セス外國ノ法律ニテモ爲替手形約束手形ニ振出地ノ記載ヲ必要トスルモノ其例ナキニ非ス縱令明文ヲ以テ規定セサルモ實際ニ於テ其地ヲ記載セサルハナカルヘシ而シテ之ヲ記載スルノ方法ハ手形ノ上部或ハ左方或ハ右方ニ日附ト共ニ記載スルノテ例セハ Berlin, den 23. Juli 1901. トカ又ハ Paris, le 23. Juillet 1901. ト記載スルカ一般ノ慣例テ我邦ニテモ正金銀行ヲ第百銀行カ發行スル歐文ノ手形ニハ Tokyo, den 21 July 1901. ノ形式ヲ採用シテ居ル此伯林、巴里、東京ハ手形發行爲ノ地テアルコトハ何人モ疑ハヌコトト思フ余置モ亦之ヲ住所ナリトハ論シナイノテアル是ハ手形ニ限ラス書狀ヲ認ムルニモ皆同條ノ書方ニ依ルノテ總テ其行爲ヲ爲ス地ヲ記載スルノ趣意テアル故ニ伯林ニ住所ナ有スル者カ巴里ニテ文書ヲ認ムル場合ニハ伯林トセス巴里トスルカ當然テアルカラ法律ニ明文ナキモ皆之ヲ振出地ナリト解ス蓋シ一般ノ慣例上自ツカラ法律上ノ意義モ定マツテ居ルノテアル然ルニ我邦ノ慣習ニテハ氏名ノ肩書ニハ住所ヲ記載スルカラ他ノ地テ文書ヲ認ムル場合ニ於テモ其他ノ地ヲ掲ケスシテ住所ノ所在地ヲ掲ケル例ヲ以テ謂ヘハ東京ノ商人カ大阪ニテ手形ヲ發行スルトキニハ肩書ニハ東京何區何町何番地ト記載シ商事會社ナレハ其商號ノ肩書ニ東京ト記載スルカ一般ノ慣例テアル如斯慣例カ異ナツテ居ルカラ一概ニ論定スルハ無理テアル此點ハ學士ニ答フル所テナイカ序ニ一言スルノテアル而シテ慣例カ異ナツテ居ルニ拘ハラス同シ様ニ手形ノ要件ヲ定メタル立法上ノ利害ハ全ク別問題テアルカラ茲ニハ述ヘス」

學士ハ「肩書ハ他ニ關係スル所ナケレハ住所トモ見得ヘキモ約束手形ノ如キ要式法律行爲トシテ其要件ハ法律上炳然タル規定アル以上ハ行爲者ハ普通ノ習慣ニ反シ之ヲ振出地トシテ

掲載スルノ意思テナイト云フコトモ保セラレサルヘク一般ノ推測ヨリスレハ其意思テ書カレタモノトスルチ妥當タ云云」ト論セラレルカ事實問題ト法律ノ地ニ附スル意義效力トハ嚴然之ヲ區別スルチ要スルハ説明スルマテモナキコトニテ肩書ニ記載スルハ法律上住所地ナリトスルカ慣例上正當ノ解釋ナル以上ハ事實ニ於テ肩書ノ地カ住所地ニ非サルモ法律ハ住所地ナリト看做スヘキモノト總ヘテ當事者ノ意思如何事實上果シテ住所地ナルチ否チハ法律ノ間フ所テナイノテアル更ニ進テ論スルトキハ手形法ノ理論ヲ講釋スルコトトナルカラ止メルカ要スルニ住所地ナレハ住所地振出地ナレハ振出地ト絕對的ニ確定セチハナラヌ各手形ニ付テ意思ノ如何事實ノ如何チ問フトナレハ手形ノ流通ハ期セラレヌ譯トナル

又前稿ニ爲替手形ノ支拂人ノ肩書ノ地ハ法律上其ノ住所地テアルコトハ何人モ疑ハサルニ約束手形ノ振出人ノ肩書ノ地カ住所地ニ非ストスルハチト分ラヌ說ナルヘシト述ヘタルカ學士ノ一言モ此點ニ論及セラレサルハ物足ラヌ心地カスル學士ハ果シテ支拂人ノ肩書ノ地ヲ如何ニ解釋セラレルカ

第二 學士ハ他地拂手形ノ性質ヲ説明シ爲替手形ト約束手形トハ法律ノ規定上區別シテアルカラ隨テ其記載事項ニモ差異ヲ生スルハ已ムチ得ナイコトテアルト極メテ叮嚀ニ準用シタル文字ノ意義マテモ講釋セラレタカ是ハ法律規定ノ上ニ於テモ全ク根據ノナイ議論テ之ニ對シテ辯明スルノ勇氣カ出ナイ唯爲替手形ニテモ約束手形ニテモ他地拂タルチ否チ決定スルニ手形ノ記載事項ヲ措キテ何ノ標準ニ依ラルルヤチ學士ニ問ヒタイノテアル法律上ノ意義ニ於ケル支拂地ト住所地爲替手形ニ在ツテハ支拂人約束手形ニ在ツテハ振出人トカ手

形面ニ於テ異ナツテ居ルモノヲ他地拂手形ト謂フノテアルコトハ余輩ハ少シモ疑ハヌノテ
 アル他地拂手形ナルト否トカ單純ナル形式上ノ問題テアツテ當事者ノ權利義務ニ影響スル
 コトカナリ其爲スヘキ手續ニ毫末ノ差異モナケレハ全ク空論テ實際之ヲ論スルノ必要カナ
 イノテアルカ之ヲ説明スルハ無益ノ業テアルカラ略スルコトトシテ他地拂ナルトキハ當事
 者ノ權義ニ變態ヲ生ストセハ授受ノ際如何ニシテ識別スルヲ得ルカ凡ソ手形上ノ法律關係
 ハ手形ノ文言ニ從テ決定スヘキモノテアツテ他地拂手形ニ付テモ事實上ノ異地ハ法律ノ間
 フ所ニ非ス住所地下支拂地カ異ナルモ其異ナレルコトカ手形ニ表ハレテハ他地拂ニ非ス又
 二地相同シキモ異ナレル地ヲ記載シタルトキハ法律上他地拂手形タルナリト謂フ所以テア
 ル此理論ヲ採ラス事實ニ依リテ決スルモノトスレハ手形ノ效力手形上ノ法律關係ハ甚タ不
 確實トナルノテアル余輩ハ第四百五十二條ト第四百五十三條トノ文字上ノ關係ヲ爲替手形
 ニ關スル第四百五十三條ヲ約束手形ニ準用シタルトカ謂ヘル薄弱ナル理由ヲ云云スルノテ
 ハナイ亦實際手形流通ノ形蹟ニ付テ考フレハ學士ノ所説ノ誤謬タルハ明白テハアルマイカ
 此點ニ於テモ學士ノ反省ヲ求メテハナラヌ

第三 學士ハ亦立法論トシテ我商法ノ規定ヲ批評シ第四百五十二條ヲ設ケタル以上ハ何故
 ニ別段ニ一條ヲ置カスニ約束手形ニ準用シナカツタノテアルカ而モ之カ小切手ニ準用シテ
 アルノハ是余輩ノ常ニ怪訝ニ堪ヘサル處テアル假リニ機會アリトセハ立法者ニ質問シタイ
 ト思フノテアルト平生疑ハレテ居ル所ヲ述ヘ余輩ノ立法上ノ意見ニ賛同スルノ意ヲ表セラ
 レタカハ是ハ余輩ノ甚タ怪訝ニ堪ヘサル所テアル余輩ハ約束手形ノ振出人ノ肩書ノ地ハ法律

上住所地下アルトノ見解ヲ執ツテ居ルカラ振出人カ支拂地ヲ記載セサリシ時ハ手形ニ記載
 シタル振出人ノ住所地下ヲ以テ支拂地トスルノ趣意ヲ以テ簡單ニ第四百五十二條ノ規定ヲ約
 束手形ニ準用スルノ理由モ明瞭テアル(固ヨリ第五百二十五條第七號ノ「振出地」ヲ支拂地下改
 ムルハ前回ニ論シタルカ如シ)ノテ換言スレハ此立法論ハ振出人ノ肩書ノ地ヲ以テ住所地下
 リトノ前提ノ上ニ樹テラレタノテ其前提ヲ正當ナリトシテ始メテ理論カ貫クコトニナルノ
 テアル然ルニ學士ハ振出人ノ肩書ノ地ハ法律上振出地ナリト解釋セラレテ居ルノテ單ニ第
 四百五十二條ヲ約束手形ニ準用スルノミニテ直チニ其肩書ノ地カ住所地下ト解釋スルコトカ
 出來ルトハ無理ノ議論ト謂ハチハナラヌ學士カ余輩ノ商法修正意見ノ趣意ニ賛成セラレタ
 理由カ甚タ分ラヌモノトナルカト思ハレル先ツ肩書ノ地ヲ以テ住所地下トストノ一條ヲ設ケ
 テ然ル後第四百五十二條ヲ準用セサレハ學士ノ説ニハ適ハヌ殊ニ今回ノ寄書ニハ元來習慣
 ハ法廷ニ認メラレテ始テ確立スルノカ普通テアル左レハ約束手形ニ就テハ肩書ハ住所地下
 アルト云フヨリモ寧ロ振出地テアルトノ習慣アリト云フノカ至當テアルト信シテ居ルト所
 謂前提ノ可否論ニ付テ一ツノ理由ヲ加ヘラレタノテ余輩ハ固ヨリ此習慣ヲ是認スルノテハ
 ナイ寧ロコレハ誤ツテ居ルカラ改メタイト謂フ意見ナルカ宛モ角モ學士ハ是レカ我邦ノ習
 慣ナリト認メテ居ラルルモノト見ユルカ法律ニ振出人カ支拂地ヲ記載セサリシ時ハ手形ニ
 記載シタル振出人ノ住所地下ヲ以テ支拂地トスルノ趣意ヲ採用スルト直チニ振出人ノ肩書ノ
 地カ法律上住所地下ナリテ習慣カ忽ニシテ其效力ヲ失フニ至ルトハチト服シ難キ論テハア
 ルマイカ大方コレハ何等カノ誤解テアロウト信スルノテアル要スルニ余輩ノ立法意見ニ賛

成セラレタノハ余輩ノ歡迎スル所テアルカ理由ノ不明ナル賛成ハ難有味カ少ナイノテアル
(明治三十四年七月二十五日岡野法學博士東京日日新聞所掲)

予ハ法學志林二〇號ニ手形ノ振出地ニ關スル新判例ヲ聞キ一驚ヲ吃シタレバ
取り敢ヘズ卑見ヲ述ベタレドモ實ハ一場ノ談話ヲ速記者ガ書キトリタルモノ
ニシテ固ヨリ論文ノ體ヲ成セルモノデハナカツタ其後此問題ニ就キ種種ノ議
論モ出デタルガ中ニ岡野兄ノ説ハ先キノ判例ヨリモ一層狹隘ナル説デ而モ商
法起草者ノ一人ニシテ商法家ノ泰斗ト仰ガレタル岡野兄ノ説デアルカラ是ニ
對シテ予ノ見ル所ヲ述ベテ學者及實際家ノ參考ニ供セント思フノデア
ル「振出地」ノ意味ニ就テハ前號ニ論ジタル如ク全ク岡野兄ト同意見ヲ取ルノデア
ルカラ再ビ論ゼヌ

唯岡野兄ハ振出人ノ肩書トシテ記載シタル地名ガ必ズ住所ヲ意味シ振出地ヲ意
味シナイト論ズルモ三十四年七月六日及ビ同十七日十八日ノ東京日日新聞是ハ
千慮ノ一失ト思フ成程署名者ノ肩書ハ我邦ノ慣習ニ於テ住所若クハ居所ヲ意味
スル場合ガ多イノデアアルガ併シ是ハ絕對デハナイ例ヘバ書翰ノ發送人ガ自己ノ

氏名ノ肩書トシテ記載シタル地名ハ往往發信地ヲ意味スルノデアアル而シテ手形
ニ就テハ從來法令上此末ノ慣例ニ依レルコトハ明治十六年大藏省第八號告示ヲ
以テ示シタル手形書式ニ由ッテ明カデアアル今試ニ其書式ヲ左ニ掲ゲヤウ

番號 爲替手形

印紙

一金、〃、〃、圓

右金額來何月何日 御一覽次第日 御一覽後幾日何某殿又ハ同人指圖人へ此手形引換ニ御仕拂可被成候也

何縣何村何番地

年月日

何 某 印

何縣何村何番地

何 某 殿

是ハ爲替手形ノ書式デアアルガニ後ニ必要ガアルカラ先ヅ之ヲ掲グルノデア
番號 約束手形

印紙

第二編 商法 丁 手形 五 再ビ手形ノ振出地ニ關スル新判例ニ就テ

一金、一圓也

右金額來何月何日貴殿又ハ貴殿ノ指圖人へ此手形引換ニ無相違支拂可申候也

何府何町何番地

年月日

何 某 印

何縣何村何番地

何 某 殿

此書式ハ一告示ヲ以テ示シタルモノデアルケレドモ明治十七年第十一號布告證券印稅規則第二條ニ依リ手形用紙ヲ用ヒ子バナラヌヤウニナッテカラ強制的ノモノデアッタコトヲ記憶セテバナラヌ

今明治十五年第五十七號布告爲替手形約束手形條例第二條ヲ覽ルニ其第二號ニ「振出ノ場所」ヲ記載スベキモノトシテアルガ振出人ノ住所モ居所モ必要トシテハナイ而シテ其書式ニハ別ニ「振出ノ場所」ナル欄ハナクテ唯振出人ノ肩書ニ地名ガアル然ラバ其地名ノ「振出ノ場所」タルコトハ蓋シ疑ナキ所デアル約束手形ニ就テ

ハ爲替手形ニ關スル第二條ノ如キ規定ハナケレドモ同時ニ公布セラレタル書式中ニ同一ノ形式ヲ採ッテアルノヲ見レバ其振出人ノ肩書モ亦「振出ノ場所」デアルト云フコトハ岡野兄モ首肯セラルルデアラウト思フ

其後明治二十三年法律第三十二號商法第七百十六條第一號及ビ同第八百十一條第一號ニ於テ矢張爲替手形及ビ約束手形ニ「振出ノ場所」ヲ記載スベキコトヲ規定シ別ニ振出人ノ住所若クハ居所ヲ記載スベシトハシナカッタノデアアルガ明治二十年法律第九號ヲ以テ改正シタル商法ニ於テモ此點ハ改メナカッタノデアアル而シテ明治三十二年マデハ證券印稅規則ガ改マラナカッタカラ依然強制的ニ明治十六年ノ書式ヲ用ヒシメテ居ッタノデアアル故ニ舊商法ノ下ニ於テモ振出人ノ肩書ハ「振出ノ場所」デアルト云ハナケレバナラヌ

然ルニ新商法ニ於テハ爲替手形ニハ振出地ノ記載ヲ必要トセズ唯約束手形ニ之ヲ必要トシタノデアアル而シテ「振出ノ場所」ト云ハズシテ「振出地」ト云ヒタルハ「場所」ナル文字ハ曖昧ニシテ或ハ一市場中ノ一定ノ地點ヲ意味シ勢ヒ町名番地マデモ記載シナケレバナラヌカノ疑ヲ生ズルモ實際其レハ必要ナク唯手形ヲ振出シタル

市場ノ名ヲ書ケバ足ルノデアアルカラ新商法ニハ振出地ト云ヒ場所ナル文字ハ一定ノ地點ノ意味ニ用ヒタノデアアル(例四五四)故ニ解釋上ハ舊商法ノ振出ノ場所ト新商法ノ振出地トハ同ジモノデアアルト云ハテバナラヌ然ラバ今日一般ニ振出地ヲ振出人ノ肩書トスル慣例トナツテ居ルノハ至當ノ事デ予ノ如キモ商法起草者ノ一人デアリナガラ是マデ常ニ振出地ヲ肩書トシテ手形ヲ振出シテ居ッタノデアアル故ニ岡野兄ノ説ヲ採レバ天下ノ約束手形大抵皆無効トナルデアラウ而モ全國ノ約束手形振出人受取人等ガ皆商法ヲ知ラズシテ振出地ノ缺ケタル約束手形ヲ有効ノモノト思フテ居ッタトハ岡野兄モ言ハレヌデアラウト思フ何トナレバ其中ニ予ヲ始メトシテ法律家モ澤山アルカラデアアル

岡野兄ハ支拂人ノ肩書ガ住所デアアルカラ振出人ノ肩書モ住所デナケレバナラヌト云ハルルモ是ハ少シク無理デアラウト思フ宛名ノ肩書ハ慣習上必ズ其人ノ住所又ハ居所ヲ意味スルノデアアル手形以外ニ於テ宛名ノ肩書ガ支拂地ヲ意味スルコトハナイノデアアル故ニ明治十六年ノ書式ニハ宛名ノ肩書ヲ支拂地トセルヤウデアアルケレドモ爲替手形約束手形條例二三號是ハ不明デアアルカラ新商法第四百

五十二條ヲ以テ特ニ之ヲ支拂地ト看做スノ規定ヲ設ケタノデアアル

以上論ズル所ニ據レバ手形ノ振出人ノ肩書ハ振出地デアアルト云フコトハ最早一點ノ疑モナカラウト思フ然ラバ是ハ決シテ住所ヲ意味スルコトハナイカト云ヘバ多クノ場合ニ於テ慣習上住所ヲモ意味スルト思フ然レドモ是ハ唯事實上ノ問題デ法律上ニ於テハ振出人ノ住所ハ之ヲ記載スル必要ナキガ故ニ肩書ガ當然住所デアアルト云フガ如キ法律問題ハ生ゼヌノデアアル岡野兄ハ他所拂手形ニ在ッテハ住所ノ記載ガ必要デアアルト云ハルルモ是ハ根據ナキ説ト謂ハテバナラヌ如何ニ手形ガ形式的ノモノデ必要ナル事ハ皆手形ニ書カテバナラヌモノデアアルト云ッテモ一切手形ニ記載シナイ事實ヲ認メヌト云フ譯ニハ往カヌ例ヘバ無能力者ガ署名シタル手形ヨリ生ジタル債務ヲ取消スコトヲ得ルハ第四百三十八條ノ規定ニ依ッテ見テモ明カデアアルガ併シ手形ニ未成年者「禁治産者」等ト書イテ大ケレバナラヌトハ岡野兄ト雖モ言ハヌデアラウト思フ而シテ第四百五十二條ニハ爲替手形ニ記載シタル支拂人ノ住所地下云ヒ次ノ第四百五十三條ニ於テ單ニ支拂地カ支拂人ノ住所地下異ナルトキト云ヘルヲ見テモ他所拂手形ニハ必ズシモ支拂人約