

<論説>明治四四年会社法改正の歴史的展開と会社法  
学説史・第一部：明治末期における会社法学の歩み  
(村井衡平教授退職記念号)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-02 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2297/10677">http://hdl.handle.net/2297/10677</a>

# 明治四四年会社法改正の 歴史的展開と会社法学説史・第一部

——明治末期における会社法学の歩み——

浅 木 慎 一

## 一、緒言

二、研究の手掛かり——寺尾元彦の明治四四年会社法改正小括

三、企業社会を中心とした動向

- ① 会社法施行前後の経済環境
- ② 明治三四年恐慌
- ③ 日露戦争
- ④ 戦後の概況
- ⑤ 株式投資熱の高揚
- ⑥ 企業勃興熱の高まり
- ⑦ 明治四〇年恐慌と経済界

⑧ 明治四一年以降  
四、明治三〇年代中葉以降の会社法学に関する主要論稿

- ① 明治三四年
- ② 明治三五年
- ③ 明治三六年
- ④ 明治三七年
- ⑤ 明治三八年
- ⑥ 明治三九年
- ⑦ 明治四〇年
- ⑧ 明治四一年
- ⑨ 明治四二年
- ⑩ 明治四三年

一、緒言

私は、先に公表した論稿において、まず昭和一三年会社法改正の歴史的展開を追い、大正期から昭和一六年末に至る会社法改正論議の素描を試みた。<sup>(1)</sup> 追いで、明治三二年の新商法ことに会社法制定の経緯を、旧商法の制定過程に溯って、明治初期から同三二年までを概観した。<sup>(2)</sup>

以上ふたつの研究の間には、残された課題として明治四四年会社法改正の経緯を探る作業が存在する。この作業をなすことによって、右のふたつの研究の間の時系列を連続させ、かつ、わが国の会社法の第二次大戦前の改正経緯を一応描き切ることになるわけである。そこで今回、明治三二年から明治四四年に至る一〇余年間の会社

法をめぐるわが国の事情をまとめることとした。

先の論稿で述べたように、これまでの研究は、わが国の会社立法史に関する共同研究の一環としてまとめたものであるが、今回の論稿は、私の個人的な興味に基づくものである。したがって、前二回の研究よりも自由な形式で、明治末期の会社法説の概観等も含めて研究することにした。

(1) 拙稿「昭和一三年会社法改正の歴史的展開・第一部―第三部」神戸学院法学二五巻一号(平成七年)二二頁以下、同二号一頁以下、同三号一頁以下。

(2) 拙稿「明治三二年会社法制定の歴史的展開・本編および補論」神戸学院法学二六巻二号(平成八年)一頁以下、同三号一頁以下。

\* 本稿の文献引用にあたっては、原文に適宜濁点を付した。また、先達個人に対する一切の敬語的表現を省略した。

二、研究の手掛かり——寺尾元彦の明治四四年会社法改正小括

周知のように、現行商法は、明治三二年(一八九九年)三月九日、法律第四八号として公布され、同年六月一六日に施行された。会社法は、その第二編に収められたものである。

明治四四年会社法改正は、右の新商法施行後、約一〇年を経て浮上したものである。今日では、その改正の意義については、規定の不備・欠陥および解釈上の疑義に対処するため、ならびに、日露戦争後の泡沫会社の乱立に対処するために、応急的になされた改正であったとの評価が一般的である。<sup>(3)</sup>

明治三二年以降の一〇余年の経緯を最も簡明に小括したと評価しうる記述が、寺尾元彦教授が大正一〇年(一九二一年)に著した会社法の体系書中に見うけられる。以下、その部分を引用してみよう。

「新商法会社編ハ主トシテ独逸旧商法及び其新商法草案ヲ参酌シタルモ英国会社法ノ長所ヲ採択スルコトヲ忌リタルハ欠点タルヲ免レズ。又之ヲ独逸新商法ト比較スルモ種々ナル点ニ遜色アリト雖ドモ若シ、我商法ガ第十七、八世紀以来、欧州諸国ノ當メタル苦キ経験ノ結果ニ鑑ミテ制定セラルルコトナクンバ奚ンゾ能ク此域ニ達スルコトヲ得ンヤ。殊ニ新商法ハ日露戦役ノ後ニ活況ヲ呈シタル経済界ノ實際的試練ヲ経テ独自ノ経験ヲ得タリ。他ノ経験ヲ採テ自家ノ鑑戒トスル賢智ト共ニ輸入法ノ弊害ヲモ体験シタリ。新商法施行後十二個年ヲ経テ商法學界ノ進歩ト實際的経験トニ基キ明治四十四年商法改正法成り、同年十月一日ヨリ施行セラレ<sup>(4)</sup>。」

要するに、経済上の実体験を経ずにそのまま移植された新会社法の施行後に、わが国が独自に味わった経済上の体験をふまえて明治四十四年の会社法改正が成ったと小括されているわけである。したがって、まず、新会社法施行後の、わが国の企業をめぐる社会動向を概観する必要がある。

(3) 北沢正啓「株式会社の所有・経営・支配」現代法と企業(岩波講座現代法第九巻)七一頁(昭和四一年)、上柳克郎他編・新版注釈会社法(1)一一—一二頁(上柳克郎)(昭和六〇年)、同・新版注釈会社法(2)一七頁(河本一郎)(昭和六〇年)など。

(4) 寺尾元彦・会社法提要六三—六四頁(大正一〇年)

### 二、企業社会を中心とした動向

#### ①会社法施行前後の経済環境

日清戦争後、明治二八年(一八九五年)から同二九年にかけて、わが国は本格的な企業勃興期を迎えている。

明治三一年(一八九八年)の軽微な不況期を経て、新商法が成立・施行された同三二年から同三三年春にかけて、

わが国は再び企業勃興期を迎えていた。<sup>(5)</sup> その点から言えば、明治三二年という商法施行の時期は、さほど悪い経済環境下ではなかったと言えよう。

しかし、翌明治三三年(一九〇〇年)には、わが国の経済環境は一転して、悪化の途をたどり始める。同年五月、清国において義和団の乱が発生し、これが拡大する。六月一日、わが国は、列強とともに清国派兵を決定した(北清事変)。六月二日、清国は北京出兵の列強八か国に宣戦布告し、わが国は事実上、清国と戦争状態に至る。当時のわが国企業は、対外輸出市場のほとんどを清国に依存していたため、対清輸出の途絶は大きな打撃であった。<sup>(6)</sup> 事実、綿糸紡績業界は、早くも同年六月一七日、大幅な操業短縮を決議している。<sup>(7)</sup>

#### ②明治三四年恐慌

明治三三年末から同三四年(一九〇一年)にかけ、各地に銀行動揺が広まった。<sup>(8)</sup> 大規模な銀行取り付け騒動、恐慌状態に陥ったのである。これによって、日清戦争後の企業勃興の幕が閉じられる。銀行業に限って言えば、わが国の銀行数が最大であったのが明治三四年一二月(普通銀行一、八九〇行)である。<sup>(9)</sup> 以降、銀行数がこの数値を上回ることにはなかった。明治三四年の恐慌により、少なからぬ事業が泡沫会社として淘汰され、資金調達が途絶して事業中止に追いこまれる企業も続出した。<sup>(10)</sup>

日清戦争後に初めて到来した企業熱の勃興は、その圧倒的部分が新設会社によって支えられていた。当然、これらの会社企業は、一般に、経営においても少なからず未習熟であった。この状況下で近代的恐慌に襲われたわけであるから、企業の困難と経営の苦心は容易なものではなかった。<sup>(11)</sup> しかし、こうした苦い経験と、経験の集積とによって、わが国企業の経営能力は少なからぬ成長を示し、恐慌後の事業整理の完了によって、企業意欲は再び立ち直るべきさしを見せていた。<sup>(12)</sup>

## ③ 日露戦争

北清事変を契機に満州に出兵したロシアは、事変終息後も満州占領を継続するとともに、韓半島に対する影響力をも強化する意図を鮮明にしていた。このことは、韓国市場の確保を目指すわが国にとって大きな脅威であった。明治三五年（一九〇二年）に締結された露清条約により、ロシアは満州からの段階的撤兵に同意したが、翌三六年三月、同国は第二次撤兵を履行しなかった。ここに至って、日露間の緊張は一気に高まった。同年六月六日から、満韓の特殊権益をめぐる日露交渉が開始されたが、妥協に至らず、翌三七年（一九〇四年）二月五日、わが国はロシアとの国交を断絶、二月六日、交戦状態に入った。対露宣戦布告は二月一〇日であった。

日露戦争は、わが国にとって激しい消耗戦となったが、明治三八年（一九〇五年）一月二日、旅順開城、三月一〇日、奉天占領、五月二七日から二八日、日本海海戦等を経て、ロシアの内部崩壊やわが国の対外工作の成功などの要因も加えて、この戦争はわが国の辛勝に終わった。

同年九月、日露講和条約（ポーツマス条約）が締結された。これによって、わが国は韓国市場を完全に確保するとともに、旅順・大連の租借権および南満州鉄道をロシアから譲り受けた。さらに、慶応三年（一八六七年）にロシアから樺太島仮規則を強要されたことによって奪われていた樺太（サハリン）に対する主権のうち、北緯五〇度以南のそれを回復した。しかし、経済界が期待していた多額の賠償金を獲得することはならなかった。

## ④ 戦後の概況

日露戦争の戦費の大部分を外債に依存したことによって、これを返済するために、またロシアの復讐戦に備える必要上、国防費を賄うために、戦後のわが国にとっては、経済力の一大発展が官民あげての最大の課題となった。<sup>15</sup> 他方、既存のわが国企業も、先に述べた明治三四年恐慌の克服による近代企業経営への自信を深め、加えて、

日露戦争中の軍需景気で取得した利潤によって、その基盤を固めていた。これらのことが、戦後の企業勃興に対する大きな刺激となった。<sup>14</sup> さらに、日露戦争の勝利によってもたらされたわが国の国際的地位の向上は、戦後経営の国策の大きな柱であった外資導入政策を容易ならしめ、これが企業勃興の資金源の基礎となった。<sup>15</sup> たとえば、日本興業銀行は、明治三九年（一九〇六年）二月一七日、増資七五〇万円のロンドンでの募集を決定している。<sup>16</sup>

## ⑤ 株式投資熱の高揚

明治三九年に到来した国民の株式投資熱の契機となったのが、南満州鉄道株式会社への投資である。明治三九年六月八日、政府は南満州鉄道株式会社設立に関する勅令を公布した（勅令第一四二号）。この勅令に基づき、児玉源太郎を委員長とする設立委員会の下で設立手続きが進められた。

このとき、第一回募集の国内公募九万九、〇〇〇株に対し、応募総数は一億六七三万余株、実に一、〇七八倍に達し、その保証金は五億三千余万円の巨額を算した（ちなみに、日露戦争のためにロシアの国庫が支出した戦費総額が一五億七、〇〇〇万円であったそうであるから、この保証金額がいかに巨額であったかがうかがえよう）。そして、五円払込みの権利株価は、一時四二円と、払込金に対し八倍余の高値を示した。<sup>18</sup> 右の熱狂的人気は、その他の各種株式にも波及し、株式投資人気を大いなおおることとなった。

なお、南満州鉄道株式会社は、明治三九年一月二七日に創立総会を開いている。

## ⑥ 企業勃興熱の高まり

この時期の企業勃興熱は、熱狂的な株式投資（投機）人気に支えられたものであったが、それだけでなく、たとえば海運業界などは、わが国の領土および勢力圏の拡大にともなう定期航路の開設等で活況を呈し、資金需要も高まっていた。その模様を、三宅雪嶺は以下のように伝えている。すなわち、明治三九年は「海運に於ける試

驗期とも、冒険期とも云ふべき年なり。大阪商船は戦役中の事業拡張資金を増資に仰ぎ、戦後は社債に依るを有利とし、事業拡張資金八百万円、並に旧社債四百五十万円の借款、合計千二百五十万円の社債を募集するの計画を立て、之が実行に商法の規定上資本金を増加する必要を生じ、本年七月千六百五十万円に増資す<sup>(19)</sup>。

さらに、三宅雪嶺の筆は、明治四〇年（一九〇七年）の企業勃興を次のように伝えている。

「日露戦役は日清戦役と同じく戦勝を以て終れるも、前戦役に償金を得たる代り、三国干渉にて外国資本家を警戒せしめ、外資の流入を見ること少く、後戦役には償金をこそ得ざれ、世界の畏れたる露国に勝ち、日英同盟にて安定を保証するの形あり、三十六年末外資輸入現在高が一億九千五百万円なりしものが、本年末に一四億円に上り、企業の勃興を促すこと多し。開戦当初銀行界が警戒し、戦勝と外債成立とにて樂觀し、樂觀に過ぎて悲観し、本年三月静岡県百三十八銀行を始め、仕払を停止するもの二十三行に及べるが、企業熱は頗る旺んにして、……〔三宅雪嶺は、株式会社帝國ホテル、麒麟麦酒株式会社、東京火災海上保険株式会社など、明治四〇年間に設立された主要一〇六社を具体的に列挙している〕……が設立せらる。新設の株式会社中、盛衰の一ならざるも、産業興隆の勢の疑ふべくもなく、実に戦役を機として飛躍の運を示せる<sup>(20)</sup>」。

#### ⑦明治四〇年恐慌と経済界

日露戦争後の企業勃興熱は、明治四〇年（一九〇七年）の恐慌によって大きな打撃を受けることになる。この間の経済事情を、渋沢栄一はきわめて鮮やかに描写している。

彼の言によれば、「明治二十九年は約つて云ふと、日本の総ての方面が少しく熱に浮かされて、かるはづみの行動が多かったと言はねばならぬやうに思ひます<sup>(21)</sup>」とし、日露戦争による軍需景気の結果、「それが一年も続く」と戦争の関係であるといふことを知りつつも、隣の店では是に應ずる供給をズンズン遣れば我店がそれに劣るとど

うしても市場に勢力を失ふ。信用も減ずるといふ訳になるから、勢ひ増設を図らなければならぬ。増設ばかりではない、新規の計画も生ずる。それで平常の任用といふだけの設備でなしに不相当なる設備が……行はれたといふことは免かれぬ勢ひであつたらうと思ふ。殊に日本は三十九年の夏から秋へ掛けて盛んな勢ひで其有様が膨張して行つた。そこで諸株式などが限らない勢ひを以て進んで行つた。けれどもそれは虚勢であつて、固より永續すべき性質のものでないから、直ちに四十年の初めには是が崩れて来た。……吾々が三十九年に於て其事を前知し得なんだのは所謂凡夫の悲しさで、注意の到らなかつたのを悔むの外ないのです。……悪くいふと、日本全体を挙げて皆目前の有様に眩惑されて、全体の實力の視察に少し見誤りがあつたと言はねばならぬのです。……虚構の組立は自然と皆破れてしまった。又中には満更の所謂泡沫でないものまでも、余り過度の施設であつたか、若くは其仕組の強固でなかつたものは成立んとして破れてしまったものが幾らもあります<sup>(22)</sup>」。

右の渋沢の分析によれば、日露戦争後の企業勃興期に少なからぬ泡沫会社が存在したことが示唆されていよう。また別に、当時、投機熱に乗じて不都合きわまる権利株狙いが跋扈し、これらの者を指して、「実業家」に対する「虚業家」という新語が作られたとの指摘もなされている<sup>(23)</sup>。

實際、政府は、明治三十九年の企業勃興熱に対して、日清戦争後に生じた泡沫会社現象の再燃を懸念し、明治三十九年八月二三日、大蔵大臣名で日本銀行、日本興業銀行および日本勧業銀行に対し、次のような内訓を發して注意を促している。すなわち、わが経済界は戦時および戦後を通じて順調であり、商工業の進運に向いつつあるのは喜ぶべきところであるが、「稍々事業熱の起らんとする兆候なきにあらず、是れ固より自然の趨勢にして、其成行に任すの外なき次第なれども、既に事業熱と称する上は、多少常識の判断を踰越したる場合を意味し、従うて遂には無意味の競争となり、無謀なる投機的の計画も之に加はり、往々資本を徒消し、金融逼迫の反動を喚起

し、一時経済界の調和を乱るに至ることなきを必ずべからず<sup>(24)</sup>。右の大蔵省内訓に対して、同年一月一日に公表された日本銀行等の答申は、必ずしも大蔵省の懸念に同調するものではないと思われる。

日本銀行の答申においては、「玉石往々混淆の弊を生ずるは事業勃興の際に於いて到底免れ難き理勢なり。然れども今日の企業家は日清戦役の実に鑑み、大いに此辺に注意し、其事業性質も概して有用なる者多きが如し<sup>(25)</sup>」とされている。そして「此等の点より考ふるときは、今日の程度に於ける事業拡張新設の計画に対し、漸次資金の払込を為すに於いては未だ遽に憂慮す可きに非ざるを認むるなり<sup>(26)</sup>」と分析している。

日本興業銀行の答申中には、「今日まで計画せられたる事業は概して注意を加へたるが為め、未だ甚だしく投機的の性質を帯びざるに似たり<sup>(27)</sup>」との表現が見うけられる。ただ、今後は不確定な会社が起こらないとも限らないので、念のため注意すべきであるという趣旨が述べられているにすぎない。

明治四〇年恐慌に際しても、経済界の姿勢は意外にも自信に満ちたものであった。それを如実に物語るのが、当時の東京商業会議所会頭中野武管が同年六月に公表した意見の以下の一節である。

「昨夏以来事業急に勃興して、新資金の所要額十数億に上りしも、其多くは既成事業の拡張にして、新事業と雖も企業家は十年前の覆轍に鑑み、無謀なる計画を為す者なく、孰れも堅実なるものを撰び其方法又確実なる手段に出て、之を数期に分ち其第一期に於て多少の利益を見たる後に於て、更に第二期、第三期と漸を追ひ完成せんことを期し、集資の方法に於ても先づ四分の一の払込に止め、残部は之を事業進行の他日に譲れり。されば呼称する所は十数億の巨額に上ると雖も、事実差当り資金を要するは其四分の一に過ぎず。而して其事業の性質たる資金を固定せしむること少なきのみか、其材料は之を内地に求むべく、縦令外国に仰ぐべき分と雖も、前日

(注・日清戦争後の企業勃興期)の資金の過半を挙ぐるが如き甚だしきに至らず。然も旧事業の拡張は勿論新事業に於ても、長年月を待たずして、利益を挙ぐるべきもの多く、之加日露の衝突は既に解決されて再び東洋に風雲を見る虞なきに至りしを以て、堰の決せし如く外資の滔々として傾注されんとするあり。我経済界自体に於て強大を加へたるのみならず、四圍の状況斯の如く前日と其趣きを異にしたれば、株式の下落、人気の沈衰も、唯一時の神経作用に止まりて日ならず恢復すべきものと信じたり<sup>(28)</sup>。

以上、さまざまな資料が示すところによれば、日露戦争後の経済過熱の中にあつても、わが国の企業は比較的堅実かつ健全であつたことが示されているのはなからうか。株価の大暴落についても、「株式価格の変動は唯一方に於て利すれば、他の一方に於て損するに止まり、全体の上より之を打算するに、之がため特に富の減少を来したるにはあらず、されば孰れの点より見るも我経済界は健全にして悲観すべき所あらざるなり<sup>(29)</sup>」と評されている。これが当時の実態であるなら、もはや明治四〇年前後にあつては、泡沫会社現象はすでに克服された過去のものであつたと言ふことができるのではなからうか。わが国の企業社会は、それだけ成長を遂げていたわけである。

#### ⑧明治四一年以降

明治四〇年恐慌は、翌明治四一年(一九〇八年)あたりが最悪期であつたが、当時の桂内閣の外資導入計画の成功もあつて、明治四三年(一九一〇年)頃から、わが国の景気は回復への途を歩み始めることとなる<sup>(30)</sup>。

最後に、「虚業家」という造語まで生んだほど、会社の私物化、蝸配当、権利株で私腹を肥やすなど無責任な経営者が出現したことに對し、財界の大御所として成熟期を迎えた渋沢栄一の戒めの弁を見ておこう。以下に引用した彼の経営理念は、今日における企業の社会的責任観念の前段階的思想であつたと評価されている<sup>(31)</sup>。以下の

彼の意見は、明治四二年（一九〇九年）に公表されたものである。

「いやしくも株主から選ばれて会社経営の局に当る者は、名譽も資産もことごとく多数から自分に囑托されたものという覚悟がなくてはならぬ。そうしてこれに自分の財産以上の注意を払わなければならぬことはもちろんであるけれども、又一方において重役は常に会社の財産は他人の物であるということを念頭におかなくてはならぬ。一朝自分が株主から信用を失った場合には、何時でもその会社を去らなければならぬ」という覚悟が必要である」<sup>32)</sup>。

取締役の義務を見事に表現している。渋沢の先見性が十分にかがえよう。

- (5) 高橋亀吉・日本の企業——経営者発達史四〇頁（昭和五二年）。
- (6) 同前参照。
- (7) 日本銀行金融研究所・日本金融年表〈増補・改訂版〉六五頁（平成五年）。
- (8) 同前参照。
- (9) 同前六六頁。
- (10) 高橋・注（5）前掲四七—四八頁参照。
- (11) 同前四八—四九頁参照。
- (12) 同前四九頁。
- (13) 同前。
- (14) 同前参照。
- (15) 同前五〇—五一頁。
- (16) 日銀金融研究所・注（7）前掲七四頁。
- (17) 東京朝日新聞明治三九年一月八日記事。

- (18) 高橋・注（5）前掲五一—五二頁。
- (19) 三宅雪嶺・同時代史第三巻四七八—四七九頁（昭和二五年）。
- (20) 同前五〇—五一頁。
- (21) 渋沢栄一「明治四十二年の経済界（明治四二年一月演説）」高橋亀吉編・財政経済二十五年史第六卷六八四頁（昭和七年）。
- (22) 同前六八五頁。
- (23) 高橋・注（5）前掲五四頁。
- (24) 大蔵省「事業勃興に関する内訓（明治三九年八月三日）」高橋亀吉編・財政経済二十五年史第六卷八二五頁（昭和七年）。
- (25) 日本銀行「事業勃興に関する答申（明治三九年二月一日）」高橋亀吉編・財政経済二十五年史第六卷八二六頁（昭和七年）。
- (26) 同前八二七頁。
- (27) 日本興業銀行「事業勃興に関する答申（明治三九年二月一日）」高橋亀吉編・財政経済二十五年史第六卷八二八頁（昭和七年）。
- (28) 中野武瑩「経済界の現状及其救済（明治四〇年六月）」高橋亀吉編・財政経済二十五年史第六卷六六四頁（昭和七年）。
- (29) 池田謙三「所謂財界救済に就て（明治四〇年六月）」高橋亀吉編・財政経済二十五年史第六卷六六七頁（昭和七年）。
- (30) 高橋・注（5）前掲五五頁参照。
- (31) 野田信夫・日本近代経営史四〇二頁（昭和六三年）。



(32) 同前四〇二—四〇三頁。

## 四、明治三〇年代中葉以降の会社法学に関する主要論稿

この当時に公表された会社法関連の論稿は相当数に上るが、新法施行から日も浅かったために、解説の域を出ないものや質疑応答集に近いもの等がかなり含まれている。以下では、論説と評価するにふさわしいものを中心に主要なもののみを概観しておこう。

## ① 明治三四年

1. 最も注目すべきは、岸本辰雄の「会社改良論」と題された論稿<sup>(33)</sup>（正確には講演録）である。この論稿は、会社をめぐる法と現実との乖離をふまえ、新会社法の精神を生かすために、現実をどのように改善すべきかを説くものであり、会社法を改正すべきではなく、実際の事物こそを改善すべきであるとの立場を貫くものである。

岸本はまず、明治初頭以来の会社立法への努力と、明治三二年会社法成立までの経緯を小括して、「会社ニ関スル法律ハ……最モ早く存立シ数次ノ改正ヲ経テ以テ今日ニ至リシモノニシテ之ヲ商法中ノ他ノ部分及ビ民法等ニ較スレバ畜<sup>な</sup>ニ存立ノ大ニ久シキノミナラズ之ニ伴フ経験ノ賜モノアリ、備<sup>よ</sup>サニ改良ヲ得テ頗ル完美ヲ極メ文明諸国ノ法律ニ比シテ寧ロ駕シテ軼<sup>わ</sup>スルモノ」であると賛美し、「我邦ノ会社ハ此ノ此ク完美ナル法律ニ依リ支配シ監督サレツツアリ」と言い、「何ゾ其ノ多幸ナルヤ」とまで述べている。<sup>(34)</sup> 右のように法を賛美する一方で、「熟々<sup>ま</sup>々<sup>ま</sup>会社ノ実況ヲ観ルニ其設立ヤ管理ヤ往々ニシテ法律ノ規定ト矛盾シ柄鑿<sup>ぜいさく</sup>スルモノアリ」として、<sup>(35)</sup> 会社の実況は決して法律のように完美なものではないと評している。

岸本は、株式会社制度を共和政体に喩え、言わば取締役は國務大臣にあたり、株主総会は国会にあたると説き、

共和国の主権が人民にあると同様に株式会社の意思は株主総会の決議にあり、國務大臣が国会の決議を執行する責務があるのと同様に取締役は総会の決議を執行する責務があり、取締役とは要するに会社の公僕であると新会社法の精神を説明する。<sup>(36)</sup> しかるに、「我邦会社ノ現状ヲ観ルニ取締役ハ株主総会ヲ左右シ籠絡シ甚シキハ之ヲ無視シ宛然会社ノ主人ヲ以テ自ラ居リ恬トシテ顧ミズ……恰モ……藩閥政府ノ大臣若クハ知事ノ如キ看アリ」と現状を分析し、このままでは「会社将来ノ運命ヲ想フテ寒心ニ堪エズ」と述べる。<sup>(37)</sup>

右のような視座から、岸本は、会社を法律の精神に副わしめるべく、株式会社管理の方法を具体的にいくつか提言している。その意味では、この論稿は、企業統治に関するわが国で最も古い論稿のひとつであるとの位置づけも可能である。ともあれ、その内容から、当時の一人の商法学者が理想とした会社像が浮き彫りにされる。

岸本は、徹底した株主総会中心主義の立場から、まず会社収支の予算を定めて、株主総会の議決を経るべきであると提言する。<sup>(38)</sup> その文脈の中で、株式会社の情報開示について以下のように述べている。「商業上固ヨリ秘密ヲ尚<sup>た</sup>ブベキモノ無キニ非ズ、然レドモ資産ノ事、収支ノ事過度ニ之ヲ秘密ニセントスルハ我邦封建時代ヨリ因襲セル一般ノ陋習ニシテ爾カク甚シク秘密ニスベキモノニ非ズ、殊ニ株式会社ノ如キ其本質上ヨリスルモ法律ノ精神上ヨリスルモ務メテ公開的ナルベキモノナルヲヤ」。<sup>(39)</sup>

次いで彼は、取締役が機動的に営業の衝にあたることは必要であるとしつつも、定款によって、取締役の権限をある程度内部的に制限して、専断的行為を防止すべきであると説く。すなわち、「實際上ニ於テモ其制限ハ必シモ直チニ重役ヲシテ敏活ノ行動ヲ得サラシムルモノト為スコカラズシテ却テ其ノ専横ヲ防遏<sup>ぼく</sup>スルノ実益アリ」<sup>(40)</sup> と述べている。彼は、当時の現実社会における取締役の専横という弊害をきわめて深刻に評価していたものと思われる。「蓋シ法律ガ取締役ノ権限ヲ無制限ト為シタルハ専ラ第三者ノ利益ヲ保護センガ為メニ過ギズ、故ニ会

社内部ノ關係上之ヲ制限スルハ固ヨリ法律ノ精神ニ背カズ寧ロ却テ其ノ精神ニ副フモノタルナリ<sup>(41)</sup>としてゐる。

次いで彼は、株主總會の活性化を説く。すなわち、「我那現今諸会社ノ株主總會ヲ通觀スルニ概ネ尽ク儀式的總會ニシテ有レドモ無キニ同ジ<sup>(42)</sup>」と述べ、そうなたつた社会的背景を以下のように分析している。「蓋シ株主中或ハ心アル者アリ、總會ニ臨ミテ忌憚ナク言動スルトキハ重役ト他ノ株主否ナ世人ハ却テ之ヲ目シテ野心家ト為シ彼ノ社会ノ耳目ヲ以テ自ラ任ズル者ノ如キモ尚之ヲ冷笑シテ厄鬼運動ト為ス、是ヲ以テ気骨ナキ者ハ涙ヲ吞シテ盲従シ気骨アル者ハ憤懣シテ株式ヲ讓渡シ其会社ヲ脱退スルニ至リ会社ノ重役亦暗ニ其脱退ヲ誘フ、而シテ残ル所ノ株主ハ尽ク陰柔ニシテ猫ノ如クニ重役ノ指顧ニ従フノミ<sup>(43)</sup>」。さらに彼は、会社主導の總會委任状の勧誘、収集を辛口に批判する。新法は、總會出席の代理人資格を株主に限つておらず、代理人選任を容易にしているにもかかわらず、会社側において、「来ル某月某日總會ヲ某所ニ開クヲ以テ出席スベシ、若シ出席セザレバ委任状ヲ会社ニ送付セヨ」あるいは「……出席セザレバ他ノ株主中ニ委任セヨ、株主中若シ知人ナクバ委任状ヲ会社ニ送付セヨ、会社ハ之ヲ相当ノ株主ニ委任スベシ」といった文例で總會招集通知を發している。多数の株主はこれを怪しむことがない。このことが、株主總會の形骸化を生じていると述べている<sup>(44)</sup>。その対策としては、「個々ノ株主其人ノ奮起ヲ待ツノ外ナキモ応急ノ手段トシテハ定款ヲ以テ委任状ヲ会社又ハ重役ニ送付スルコトヲ嚴禁シ且重役ヲシテ一々詳細ニ議案ノ説明ヲ為スノ責務ヲ負ハシムベシ<sup>(45)</sup>」と提言している。岸本の感覺によれば、会社の過去一年間の事実を認否し、将来一年間の方針を審議する總會の議事は「少クモ数日乃至十数日渉ルニ至ラザル可カラズ<sup>(46)</sup>」とされている。これが彼個人の認識なのか当時の学者の一般的認識であるのか必ずしも明らかでないが、總會中心主義の徹底ぶりに驚かされる。

さらに岸本は、監査役の選任に慎重さを求めている。当時の監査役の実状は、以下のように描写されている。

「今ノ監査役ヲ見ルニ報酬少ク地位卑キノミナラズ取締役タル者ハ自家ニ阿諛シ付従スベキ者ヲ挙テ監査役ノ選ニ充テントシ甚シキハ自家ノ朋友親戚ヲ推シテ憚ラス<sup>(47)</sup>」。「今日ノ實際ニ於テハ監査役タル者概ネ無能無力且無責任ヲ極メ平生ニ於テ監査ノ職務ヲ曠廢スルノミナラズ多クハ總會前僅々数日間監査ノ事ニ從ヒ専ラ取締役ノ説明ヲ聞キテ捺印シ其ノ甚シキハ初ヨリ所謂盲印ヲ捺スルノミ<sup>(48)</sup>」。これに対して、会社法の精神によれば、「抑々監査役ノ責任ハ固ヨリ重大ニシテ取締役ノ業務執行ニ付キ一々監視査閱スルヲ要シ取締役トハ利害反対ノ位置ニ在リ寧ロ互ニ反目スルモ決シテ相親狎スベカラズ<sup>(49)</sup>」べきものであるから、岸本は、「監査役ノ報酬ヲ多クシ其ノ地位ヲ高クシ殆ド<sup>(50)</sup>之ヲ取締役以上ニ置キ且取締役以上ノ人物ヲ選任シ以テ其ノ責任ヲ全フセシムベク定款ニ於テ詳細ニ其ノ権限及ビ責任ヲ規定スルコト亦頗ル必要ナルベシ<sup>(51)</sup>」と説いている。

最後に岸本は、会社は法定の積立金以上に内部に積立金を留保すべきではないと説く。必要以上に積立金を留保することは、決して会社の基盤を強化することにならないと述べている。その理由を以下のように述べている。「蓋シ各種ノ積立金ハ其ノ名ノ如ク積立テ置クベキモノニシテ之ヲ会社事業ノ資本トシテ運用スル能ハズ、故ニ会社管理者ハ唯之ニ付テ利殖ノ方法ヲ採ルニ過ギズ、故ニ積立金益々多ク<sup>(52)</sup>レバ利殖ヲ謀ルノ処置益々多ク極端ノ弊トシテハ会社ハ殆ド金貨業ト為リ会社本来ノ目的タル營業其ノモノヨリモ金貨ノ容易ニシテ且安全ナルヲ喜ビ進取ノ氣象、勤勉ノ慣習ヲ銷磨シ去ルニ至ラム、是レ最モ陥リ易キ傾向ニシテ余輩ノ最モ恐ルル所ナリ<sup>(51)</sup>」。要するに「管理者ハ必要ノ資本ノミヲ以テ着実ニ熱心ニ会社本来ノ目的タル營業ノミニ勉ムベク而シテ利益アレバ法定ノ積立金以外ハ尽ク之ヲ株主ニ配当シ去ルベク利益多ク<sup>(52)</sup>レバ配当亦多ク利益少ク<sup>(52)</sup>レバ配当亦少カルベシ<sup>(52)</sup>」とするのである。

以上のような株式会社像の実現のため、岸本は、会社定款を緻密なものにすべきであると結論づけている。

「欧米諸国ノ会社ニ於ケル定款ヲ見ヨ、慎重緻密ニシテ用意ノ周到ナル驚クベキモノアリ、之ニ反シテ我邦会社ノ定款ヲ見ヨ、商法其他法令ノ会社ニ係ル規定ハ多クハ聽許法ニシテ定款ニ特別ノ規定ナキ場合ノ為ニ標準ヲ与フルモノニ過ギザルニ我邦会社ノ定款ハ概ネ法令ノ規定ヲ模写セシニ止マリ毫モ法令以外又ハ法令以上ノ規定ヲ為サズ杜撰粗漏亦驚クベシ、是レ我邦ニ於テ始メテ会社ナルモノヲ設置セシ時代ニ於テ会社ニ関スル知識ノ尚甚ダ幼稚ナルヨリ其定款モ亦甚ダ簡略ナリシニ爾後之ヲ因襲シテ遂ニ定例ヲ成シ進歩改良スル所ナキニ出デ時トシテハ他日重役タラントスル發起人ガ自家他日ノ便宜ヲ子想シ故サラニ定款ヲ粗漏ニスル者亦之レ無シトセズ、其ノ孰レニ論ナク速ニ改善セザル可カラザルナリ」。

詳細な定款とこれに基づいた自覚ある株主による総会の運営を望んでいるわけである。「即チ今日ノ法律ハ既ニ完美ヲ極メテ決シテ改正スベカラズ、改正スベキハ実ニ独リ会社ニ存ルナリ」と訴えている。法と現実との乖離という会社法学者が背負う苦悩は、すでにわが国の会社法学発展の揺籃期から存在していたのである。

2. その他の論稿としては、株主権の本質は利益配当請求権と残余財産配分請求権にあるから、その実質は債権であつて、いわゆる共益権は右二つの権利に当然付随する法律上の権利であると、株主権の性質を考察したものがあつた。<sup>(55)</sup> また、一九〇一年（明治三四年）一月一日から施行された一九〇〇年英国会社法の内容を紹介したものがあつた。<sup>(56)</sup>

## ② 明治三五年

1. まず、当時の法律雑誌に掲載された、会社をめぐる法務事情がうかがえる記事を概観しておこう。

おそらく法曹実務家によるものと推測される解説中に以下のような記述がみられる。すなわち、「余輩が破産若くは解散したる幾多の会社に就て殊に所課株式会社に就て親しく調査する所に拠れば之れ等の会社は殆むと適

法に成立せざるが如き感想を懐くを禁ずる能はず。彼等（会社を設立しようとする実業家を指している）の株主を募集するや恰も保険会社の曖昧なる勧誘者が甘言被保人を誘導するが如く種々なる口約を為して以て株式の申込証に調印せしむるなり。現に東京市中に於て稍盛なりし会社の發起人の如き「貴殿に於て二百株を引受相成られ候に付ては会社設立の上は必ず拙者に於て引取り可申」との証書を差入れ、而してこの株金の如きも實際の現金又は之に相当する有価物に非ずして、已に解散せる他の会社の株式にして新会社株式の申込人の名義に係る株式を以て之に充つるの手段を取り、斯の如くして一の会社に代へて他の会社を存立せしめ以て旧会社の債務を新会社の株金に変じ旧会社の株主に支払ふ可きものを支払はず、却て二回若くは三回以後に於ては更に株主より出資せしむるの策を取るなり。株主は商法に通ぜざるのみならず、一般概念さへ知らざる者寧ろ多数を占むる有様なれば創立者と会社と全然別個の主体たるを覚らず、創立者に対する権利は会社に対してても亦対抗し得可きものと信じ、遂に申込の法律上の効力に束縛せられて意外の損失を蒙るに至るものなり。」<sup>(57)</sup> このような詐欺まがいの株式申込の勧誘が株金請求事件訴訟が後を絶たない一因であると解説されている。

2. また検査役の制度の運用が必ずしも円滑になされていないことを指摘する記事がある。すなわち、裁判所が商法一九八条に基づき資本の一〇分の一以上に当たる株主の請求によつて会社の業務及び財産状況を調査させるべく検査役を任命したところ、被選任者が病氣や能力不足を理由に辞任を申し出ることがある。この場合、裁判所は、検査役選定の決定に不服がある場合に準じて抗告手続をとるよう要求して辞任を許さない。検査役の職務放棄に関する制裁規定がないので、面倒な抗告手続がなされずそのまま放置され、検査役選任の目的が達せられないという事態が少なからず生じている。検査役の増員の申立ても、裁判所は同様に抗告手続によることを強要しているから、きわめて不便であると述べられている。<sup>(58)</sup>

3. 検査役の検査に関しては、彼が簿記等の専門知識を有する者を助手として用いた場合、調査の経緯を記録する書記をともなった場合、これら助手書記の雇入れの費用をどうするのか、検査役自身の報酬をどうするのか。裁判所は申立人から受け取るよう指導するが、申立人は言を左右にして支払を渋るので、実際に検査役が困惑しているとの指摘もなされている。<sup>(59)</sup>

4. 次に、学術論文のいくつかを概観しておこう。

外国会社に関する商法の規定に論評を加えた志田鉦太郎の講演録がある。<sup>(60)</sup> わが商法には、外国会社の何たるかにつき直接もしくは間接に決定すべき何らの規定が存しない。逆に内国会社については、二五五条に「日本ニ成立スル云々」と言い、二五八条に「日本ニ於テ設立スル会社云々」との表現がある。これらは、成立・設立という別の観念を立てたものではなく、ただ日本において成立する会社をわが商法上の内国会社と定義する趣旨にすぎないと説く。<sup>(61)</sup> そして、かかる内国会社の定義を可とするか否かは立法政策の問題であると述べている。<sup>(62)</sup> 次に、商法上の外国会社の規定の通用を受ける対象範囲に関し、営利を目的とする商事会社を除く外国の社団法人および外国会社であつて法人でないものについても外国会社に関する規定の適用または準用があると述べている。<sup>(63)</sup> 国際私法上の会社の国籍問題にも言及し、会社の国籍は、その自由選択にかかる住所にあると解するのが妥当であるとの論旨を展開している。<sup>(64)</sup>

5. 大審院明治三五年七月八日決定民録八輯七巻五〇頁（後掲資料の【17】判例）に対する梅謙次郎の評釈にも言及しておこう。事案・判旨の概要は資料に譲るが、梅は、この決定が「決議すべき事項」と「決議のために予め知ることを要する事項」とを混合していると批判している。すなわち、株主総会の通知は「決議すべき事項」を知らしめれば足りるのであり、「決議のために予め知ることを要する事項」は商法中に開示規定が存するので

あるから、通知では議事日程の意味が分かりさえすれば十分であるとしている。

6. 当時の民事会社は商法上の会社ではなく、単に会社に関する規定の準用を受けたのにとどまっていた（民三五条二項）。このために、商事会社が、その設立後に、定款を変更して民事会社となることができるとい問題<sup>(65)</sup>を論じた論稿も存在する。否定的結論を採っている。

7. 商法一五三条に基づく株式競売がなされて余剰金が生じたとき、これが誰に帰属するかを論じた松本丞治の論稿がある。<sup>(67)</sup> 株主が払込を怠ったときの処分方法について、商法は一五二条および一五三条に規定を設けていた。すなわち、株主が期日に払込をなさないときは、その株主に対して株主の権利を失う旨を通知するという手続きをふんだうえ、なお彼が払込をしないときは権利を失うものとされ、この場合にはその株式を競売し、もし競売額が滞納金額を満たさなければ、従前の株主にその不足額を弁償させることができる<sup>(68)</sup>とされていた。しかし、競売によって得た金額が滞納金を超過した場合についての規定を欠いていた。そこで実務上は、会社によって、超過金額を従前の株主に返還したり、会社の利益金に加える等、その扱いを異にしていたようである。松本はこの問題に関し、最終的に払込をしなかった株主は明らかに株主権自体を失うものであり、このとき当該株式はいったん会社に帰属するのであるから、その株式を競売して得た余剰金も当然に会社に帰属すると明快に説いている。<sup>(68)</sup>

8. 合資会社の有限責任社員<sup>(69)</sup>の責任について、有限責任社員は単に会社に対する出資義務を負うにとどまり、直接に会社債権者に対して責任を負わないとする趣旨の論稿がある。その他、経済社会における株式会社制度の長所・短所を論じたものがある。<sup>(70)</sup>

③明治三十六年

1. 明治三二年会社法は、主として独法を範とするものであった。当時、東京帝国大学でドイツ法教師を務めていたレーンホルム (Löhnhorn) は、日本商法を英・仏・独語に翻訳して欧州に紹介したようである (しかし、各国語訳の間には齟齬があったようである)。主としてその独語訳に基づき、ハレ (Halle) 大学教授のパウル・レーメ (Paul Rheme) 博士が一九〇一年 (明治三四年) にドイツの商法雑誌 (Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht) に日本商法の一部の評論を試みている。ちなみに、レーンホルムも日本政府に招かれて来日 (明治三二年・一八八九年) する前にハレ大学に学んでいた。右の日本商法評論が、明治三六年から、明治法学誌上に紹介されている (岡本芳二郎訳)。ここでは、会社法に関するその評論の一部を掲げておこう。

母法たる独法学者として、レーメは日本商法を以下のように評している。すなわち「此法典ハ母法ノ長所ヲ継受シ、各条規ノ規定簡明ニシテ理解シ易ク、且一般ニ日本ニ於ケル法律学ノ幼稚ナルニ比シテ、好良ノ作ト云ハザルベカラズ」。

会社総則に関してレーメが注目したのは、日本商法がすべての会社を法人としたことである。この点につき、レーメは以下のように評している。「日本ノ立法者ハ商社会社ノ法律上ノ性質ヲ確定スル必要アリトナシ四四条第一項ニ於テ『商社会社ハ之ヲ法人トス』と云ヒ仏国ノ多数学説ヲ踏襲セリ、而シテ独逸法ニ於ケル合名会社合資会社及ビ株式会社ハ法人ナラザルヲ以テ之ニ関スル規定ハ撞突矛盾ヲ避クルガ為メ多クノ点ニ於テ母法ト異リタル規定ヲ設ケタレドモ尚ホ法定ノ構造ト三会社ノ個々ノ規定トハ充分調和セリト云ヒ難ク所々ニ母法ノ構成ヲ発現シ得ベシ」。

レーメがある程度好意的に評していると思われるのは、会社設立に関する規定である。「会社ノ設立ニ関スル規定ハ最モ趣味アリ。合名会社及ビ合資会社ト株式会社及株式合資会社トノ規定ヲ異ニスル独逸法ノ規定ヲ混合シテ新タニ共通ノ形式ヲ作製セリ」として、その立法に感心している。

レーメの評論のわが国における紹介は、合名・合資会社および匿名組合の部分をもって終了しているようである。このうち、合資会社に関する以下の評論を掲げておきたい。すなわち、「日本商法ノ規定ニ於テ合資会社ノ本体截然表出セラレザルハ吾人ノ奇異ニ感ズル所ナリ、此点ニ関スル唯一ノ規定ニ曰ク、合資会社ハ有限責任社員ト無限責任社員トヲ以テ之レヲ組織スト (日商一〇四)、之レニ由テ見ルトキハ有限責任社員ハ会社債務ニ対シ単ニ其出資ノミヲ以テ責任ヲ負担スルガ如キ觀アリ、然レドモ或者ノ有限責任ヲ規定スル近世ノ法律ニ於テ其責任ノ種類ヲ拳ゲズ又其責任ハ総テノ債権者ニ対シテ存スルモノナルヤ將タ一定ノ債権者ニノミ限リテ存スルモノナルヤ明言スルコト無キハ他ニ其ノ類ヲ見ズ」。

2. 次いで、この年に公表された主要な論稿を概観しておこう。

当時の商法一六三条に基づく株式会社の総会決議の無効宣言に関する手続のあり方を考察した富谷銆太郎の講演録がある。富谷によれば、かかる無効宣言を請求するのは訴訟事件手続によるべきであるとしている。無効宣言によって諸般の法律上の関係に影響が及び変更を来すことになることがその理由である。またこの訴訟は、直接に金銭的訴訟を目的とするものでないから常に地方裁判所が管轄すべきものであるとし、一六三条の文理上、訴を提訴すべき株主資格に制限はなく、被告たるべきは当然に会社であると説いている。たとえ取締役選任決議無効の宣言を求める訴においても、被告たる会社を代表するのはその決議によって選任された取締役であるとしている。訴を受けた会社が担保の供出を求めうるのは妨訴の抗弁ではないこと、無効宣言の効力は将来に向かつて無効たることを宣言するにとどまるものであること、この宣言は対世的効力を有することが説かれている。

3. 株式会社の清算に際しての残余財産の分配方法を検討した岡野敬次郎の論稿がある。

岡野は、「残余財産ハ定款ニ依リテ払込ミタル株金額ノ割合ニ応シテ之ヲ株主ニ分配ス」と規定した当時の二九条と「利益ノ配当ハ定款ニ依リテ払込ミタル株金額ノ割合ニ応シテ之ヲ為ス」と規定した当時の一九七条とが文章上も実質上も牽連するとして、右の「定款ニ依リテ」の意味を次のように解釈する。すなわちこれは、株主が払い込む株金額を必ずしも一律に同額としなくてもよい旨を定款によって定めることができるものとする趣旨であるとしている。<sup>(86)</sup>この解釈を前提に、以下のような具体例によって、残余財産の分配方法を説いている。

資本金一〇〇万円の会社で、完納株主グループ（甲グループ）は総計五〇万円を払込済であり、半納株主グループ（乙グループ）は総計二五万円を払込済であるとする。残余財産が一五〇万円あればこれをどう分配するか。払込金額につき株主間で別異の扱いをする定款の定めがあるときは、定款に従って右の払込がなされたわけであるから、甲グループは一〇〇万円、乙グループは五〇万円の分配を受ける。定款にそのような定めのないときは、残余財産一五〇万円のうち、甲グループが乙グループに比して余分に払い込んだ二五万円を控除して、これをまず甲グループに分配し、残額一二五万円を全株主に株式数に応じて分配することになる。<sup>(87)</sup>

同じ例で残余財産が三〇万円しかないとき、払込金額が別異であるとの定款の定めがあれば、甲グループに二〇万円、乙グループに一〇万円が分配される。定款に定めがないときは、三〇万円中、二五万円を控除のうえこれをまず甲グループに分配し、残り五万円を全株主に分配する。<sup>(88)</sup>残余財産がゼロのときは、乙グループは一二五〇〇〇円を甲グループに与えなければならない。<sup>(89)</sup>

岡野の右の論稿は法学志林上に公表されたものである。かつての法典論争において、英法学派の中心のひとりであった岡野敬次郎が仏法学派の牙城であった和仏法律学校政法大学の紀要上に論稿を寄せているという点に、この頃には法典論争がもはや過去のものであったという事実がうかがえる。

4. このほかにも、岡野敬次郎は、「商法雑題」と称する一連の論稿<sup>(90)</sup>を公表し、会社法関連の諸問題を論評している。

社団法人の社員権に関しては、共同営業という觀念に基づいてその性質を説明しようと述べ、社員権を債権とする説を批判している。<sup>(91)</sup>

合名会社の社員の持分は、会社解散もしくは退社の場合にはじめて意義を持つものであり、その積極的持分は社員の会社および他の社員から補償せしむ実額を意味し、消極的持分は社員が会社に対して支払うべき実額を意味するものであり、要するに社員間の計算上の数額を示すにすぎないものであると説く。<sup>(92)</sup>

会社の解散につき、清算会社の人格は清算前の人格と異なるものではない旨を説く。<sup>(93)</sup>株式の消却は株主権除斥がその本質であると述べ、株金額完納後において純益をもって株式を消却するのは、資本減少ではなく、このような消却を許すのは「資本ノ額ハ株金ノ総額ニ同シ」との原則に対する例外を設けたものであると説明している。<sup>(95)</sup>

社債の法的性質に関しては、消費貸借類似の一種の無名契約であると解している。<sup>(96)</sup>次に、株式併合に関する立法上の不備を説いたこの年の岡野敬次郎の論稿<sup>(97)</sup>は、明治四四年改正に大きな影響を与えたものと思われる。

当時の商法は、どのような方法が資本減少の方法として適法であるか、必ずしも明らかではなかった。岡野は、会社が株式併合によって資本減少をなす方法を選択したとき、端株を有する者にどのような処分を課すべきかを検討しようとした。主として、端株の所有者に対し「併合ニ適スベキ株式ヲ取得スベシ、然ラザレバ会社ニ於テ其株主ノ計算ヲ以テ株式ヲ売却スベシ」との方法を採用することが当時の商法の下で可能であるか否かを考察し

ている。

岡野は、端株主に対し、株主権喪失の制裁を設けて、それを免れようと欲すれば株式を取得しなければならぬといふのは、言わば脅迫と同様であると述べる。端株主をして、有限責任を超えて義務なき出損をなさなければ株式を喪失するという境遇に陥れて二者択一をせまるのは、決して任意取得ではないと説く。<sup>(98)</sup>

株主をして、その意に反して株式の譲渡を強制させるといふ方法は、すでに株式の消却において法律が認めるところであるが、株式消却の場合はすべての株主が等しく株主権喪失の危険を負担しているのに対し、併合の場合には、併合に適する株式を有する者とそうでない者とが全くその地位・運命を異にするものであつて、保有する株式数によつて、株主間の扱いに差異を設けるのは、同等待遇の原則に反する疑いがあると述べる。<sup>(99)</sup>

端株を有する者を併合に適する範囲で株式の共有者とする方法も適当ではないと述べる。<sup>(100)</sup>

結局、岡野の結論は、明確な規定を欠く当時の商法下においては、株式併合の端株の処理に関する適当な処理方法を見出し難く、その解決は立法に待つよりほかにないといふものである。<sup>(101)</sup>

6. 株式会社と取締役または監査役との関係は契約による委任関係であると説く松本丞治の論稿を挙げておく。<sup>(102)</sup>

当時の大審院は、後掲資料【24】や【32】に見られるように、取締役の選任は単独行為であるから選任決議のみによつてその効力を生じ、被選任者の承諾を要しないと解していた。学説上も、たとえば志田鉦太郎は、「会社ノ機関タル者ト会社トノ間ニ於テ委任契約ノ成立スルニハ会社ヨリ会社ノ機関タル者ニ対シテ法律行為其他ノ事務ヲ為スコトヲ委託シ会社ノ機関タル者ガ之ヲ承諾スルコトヲ要シ会社ハ法人ニシテ自ラ意思ヲ表示スルコト能ハザルガ故ニ会社ノ法定代理人ガ会社ノ為メニ法律行為其他ノ事務ヲ為スコトヲ委託スルコトヲ要ス……株主

總會ハ会社ヲ代表スルモノニ非ザルヲ知ラバ……会社ノ機関タル者ト会社トノ間ニハ委任契約成立スルノ余地ナキヤ明瞭ナリ」と述べていた。松本は、右のような考え方に對して論駁を加えている。

松本は、志田の説に對し「(志田説は) 法人擬制説の觀念に基き株主總會は会社の意思を表示することを得ず取締役は会社の唯一の法定代理人なりと謂ふ独断的前提を創出し之に拠りて輕々に論じ去れるものにして其株主總會取締役及び監査役を以て会社の機関と稱し之を最高機関・執行機関・代表機関及び監査機関に分ちたるに對照すれば自家の撞着を示すものなり」と攻撃する。<sup>(103)</sup>そして、「株主總會の選挙が会社の意思を表示して申込を為し被選挙者之を承諾するに因りて会社と取締役との間の關係を生ずるときは之を法律行為と謂ひ之を契約と謂ふに何の妨ぐる所かある」と述べている。<sup>(104)</sup>

さらに松本は、「我商法は合名会社又は合資会社の業務を執行する社員に付ては委任に関する規定の準用あるべきことを定め是等の問題(業務執行社員に民法六四四条、六四六条、六五〇条、六五一条の適用があるか)を生ずるの途を杜絶せり(商法第五四条民法第六七一条)。余は立法者を以て取締役又は監査役に付き同様の問題を生ずべきことを忘れ之を解決すべからざる状態に残留するが如き遺漏失態を演じたる者と信ずること能はず、余は契約關係を否認する論者及び契約關係を認め而も委任契約を否認する論者が如何なる言辭を以て此の如き不權衡を弁解せむとするかを聴かむと欲する者なり、一國の成法は偶ま自家独断の解釈に適合せざるの故を以て直に之を以て杜撰なり孟浪なりと罵去ることを許さず、余は司直の最高府たる大審院及び一世の法律思想を啓発指導すべき法学者が何を苦みて立法者を陥擠して常識を無視し法理に背戻し而も矛盾失衡の法規を制定したる者と為すか其理由を知るに惑ふ者なり」と述べている。<sup>(105)</sup>

松本丞治はこの年二六歳であると思われるが、その存在感は圧倒的である。

7. 右に関連して、株式会社とその取締役との間に委任契約が存在することを否定する立場から、取締役の会社に対する責任の性質を論じたものを挙げておこう。当時の商法は、株式会社の取締役に關して、会社に対する義務の明確な規定を欠いていた。すなわち、合名・合資・株式合資の各会社のように業務執行社員たる取締役が民法六四四條の善管注意義務を負うことが条文中必ずしも明確にされていなかった。

会社取締役間に委任契約の存在を否定する論者(井上健一郎)は以下のように述べている。すなわち、「取締役ハ一種ノ法定代理人タル特別ノ地位ヨリシテ法律上当然会社ニ対シ誠実ニ一切ノ業務ヲ執行ス可キ一種ノ義務ヲ負ヘルモノナリ、……委任代理ニ付テハ既ニ民法六四四條ノ規定アリ、法定代理ニノミ独リ此ノ義務ナシトセザラムヤ、特ニ明文ナキハ他人ノ事務ニ任ズルモノハ善良ナル管理者ノ注意ヲ為スノ義務アル一般ノ原則ニ讓リタルモノニシテ此義務ハ法定代理ノ場合ニ於テモ亦其地位ヨリシテ法律上当然発生シタル特別債務ナリ」。

8. さらに、取締役は株式会社の法定代理人であるという立場から、取締役の辞任の問題を検討した岸本辰雄の論稿にも触れておこう。

岸本は、商法に解任の規定があつて辞任の規定がないのは「是レ商法ガ重役ノ解任ヲ認メテ辞任ヲ認メザルガ為メニ外ナラズ」と述べる。株式会社の取締役に民法六五一條の適用がないことを前提に「法定代理人タル会社重役ニ付テハ解任ノ明文アリテ辞任ノ明文ナキコト、是レ決シテ立法者ノ遺忘脱漏ニ非ズシテ、重役ニハ委任ニ因ル代理人ニ於ケルガ如ク、任意ノ辞任ヲ認サザルノ法意ナルヲ見ルニ足ル」としている。

岸本は、取締役の就任と辞任とを比較して次のように述べる。「抑或株主ガ株主總會ニ於テ重役トシテ選任セラレタル場合ニ、其選任ヲ受諾シテ就任スルト否トハ、固ヨリ株主其人ノ自由ナリ、是レ後見人ト異ナル所ニシテ、後見人トシテ選任セラレタル者ガ、故ナク就任ヲ拒ムヲ得ザルコトハ、法ニ特別ノ明文アルニ因ル、然ルニ会社ノ重役ハ、同ジク法定代理人ナリト雖、特別ノ明文ナキヲ以テ、一般ノ法理上其就任ヲ強要セラルルコト無く、有効ニ之ヲ拒絶スルコトヲ得ベシ、然レドモ就任ノ諾否ニ付キ、此ノ如キ自由アルノ故ヲ以テ、既ニ就任セシ重役ガ辞任ノ自由アリト為スハ、是レ前後ノ差異ヲ無視セルモノナリ、由來重役ノ選任ヲ受諾スルコトハ、即チ一定ノ期間(任期)其任務ヲ執ルコトヲ承諾スルコトナリ、即チ自ら其義務ヲ負担セシモノナリ、……義務者ガ自己ノ任意ニ其義務ヲ免ルルコトヲ得ザルハ、吾人ノ贅言ヲ俟タズ」。

こう述べて岸本は、取締役がその職を辞するには、必ず会社(株主總會)に対して解任請求をなす必要があると説いている。

9. 右の問題については、株式会社と取締役・監査役との間に契約関係が存在することを前提としつつも、取締役・監査役からする一方的な辞任の意思表示に必ずしも絶対的効力を認めないとする主旨の論稿も存在する。

10. 次に、会社属人法につき本店所在地法主義の立場から、外国会社に關する商法二五八條を批評した山田三良の論稿を挙げておこう。

わが国に本店を設ける会社は、純然たる内国会社として、当然にわが商法の規定に服すべきであるから、二五八條の「日本ニ本店ヲ設ケ」という規定は無意義であること、同條は、日本法の適用を避けるために外国に仮装の本店を置く擬似外国会社を規制する意味を有するもの、外国に現実の本店を設けてわが国に營業の中心を有する会社については、民法三六條の例外として、これを外国会社としてその成立を認許しないことを規定する主旨にすぎないこと、等を述べたものである。

11. 右に關連して、この年の梅謙次郎の商法二五八條に關する論評を掲げておこう。

「外国で設立はしたが本店は日本に置いてさうして營業をする、斯う云ふ会社であるならばは確かに日本に



於て組織するのが当然であるのですが、日本の法律に依るまいと云ふので態態<sup>わざわざ</sup>外国で設立したものとしか見えな  
い、さう云ふものは矢張日本の法律に従はなければ会社とし法人とし我邦の法律は之を保護しない、又本店は仮  
りに外国に置いてても、其營業の主たる場所を日本に定むる即ち日本に於て重に營業をすると云ふ目的であるなら  
ば、是亦日本で設立するのが当然であるのを、態態日本の法律を潜る為めに外国に設立したものとしか思はれな  
い、依つて斯う云ふ場合でも日本の法律を適用すると云ふ事になつて居る、此日本に本店を設ける所の会社、日  
本に於て營業を為すを主たる目的として居る所の会社が、果して外国会社であるか日本会社であるかと云ふこと  
は或は問題であらうと思ひますが、理論からは是は外国会社である、併し<sup>し</sup>今述べたる理由に依つて外国会社たる  
にも拘らず、日本会社と同じやうに日本の法律に従はなければならぬと云ふことに定めたものと見るのが穩当で  
あらうと思ひます<sup>(119)</sup>。

12. 判例評釈として、会社・取締役間の監査役の承認なき手形行為の効力の問題を扱つた大阪高判明治三六年  
三月一九日法律経済二三号二四頁に対する梅謙次郎のそれを挙げておこう<sup>(120)</sup>。後掲の【33】大審院判決より約半年  
早いもので、調べた限りでは、会社・取締役間の取引の効力の問題を扱つた最も古い評釈のひとつであると思わ  
れる。

大阪控訴院は「手形ノ受取人が振出人タル会社ノ取締役ナリシニ形ノ受授ニ付キ監査役ノ承認ヲ経ザルモノ之ヲ  
以テ善意二本訴手形ノ裏書讓受人ニ對抗スルコトヲ得ザルモノ」と判決した。その理由は「若シ如此理由ニ依リ  
手形取得者ニ對抗シ得ルモノトセバ手形ヲ受授スルニ当リ手形關係人ノ職業、監査役ノ承認ノ有無等ヲ一調査  
セザルベカラズシテ甚シク手形流通ノ円滑ヲ欠ク」と言うものであつた。梅謙次郎は、右の判旨に反対している。  
梅によれば、当時の商法一七六条は、双方代理に関する民法一〇八条の特別規定であり、会社・取締役間の取

引について監査役の承認を欠けば「其行為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為ガ無効デア  
ルノト同一テアル<sup>(121)</sup>」としている。たとえ手形取引であつても、「苟モ手形ノ振出人又ハ受取人が株式会社デア  
ル以上ハ其会社ノ取締役ガ誰ニアルカト云フコトハ必ず調べタ上デナケレバ其手形ヲ讓受クルコトハ出来又答テ  
アル、然ラズバ手形ノ署名者ガ果シテ正ニ其会社ノ取締役デアアルヤ否ヤヲ確ムルコトガ出来ヌカデアアル<sup>(122)</sup>」とす  
る。もつとも「若シ夫レ立法論トシテハ手形ニ関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、其代リ之ガタメニ会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<sup>(123)</sup>」としている。しか  
し、「兎ニ角解釈論トシテハ以上論ズル所ノ如クデナケレバナラヌ<sup>(124)</sup>」と述べている。

13. この他の主たる論稿として、商法一六三条の適用を論じる富谷銈太郎のものがあつた<sup>(125)</sup>。先に述べた同人の  
講演録と同旨である。募集設立においては必ずしも株式を引受けない発起人を認めてもよいとする趣旨の論稿も  
存在する。志田鉦太郎が会社法論の一部を法学協会雑誌に公表している<sup>(126)</sup>。会社設立を論じている。

#### ④明治三七年

1. 株式会社取締役が、何時でもその意思に基づいて辞任することができるか否かに関して、片山義勝と松  
本丞治との論争がある。

片山は、会社と取締役との間には、委任と雇用とを併合する契約が存すると解するようである<sup>(128)</sup>。これを前提と  
して、契約の解除がなぜに委任の規定のみによつて断ずることができるのかと松本に問うた<sup>(129)</sup>。

右に対して松本は、会社と取締役との間は委任および準委任の關係となせばよく、規定を異にする雇用を持ち  
出す必要がないこと<sup>(130)</sup>、このことは、合名会社また合資会社の業務執行社員と会社との關係に異なるところがない  
こと<sup>(131)</sup>、取締役と会社との關係が委任でも雇用でもない独立の契約と言ふなら格別、委任と雇用とを併合する契約

と解するならば、委任および雇用に関する規定は共に適用があるのだから、片山説に立つても取締役は何時でも辞任しうるといふ結論になること、このことは、支配人が何時でも辞任しうることからも明らかであること、等を論じている。

2. 松本丞治は、この時期きわめて精力的に論稿を公表している。以下、この年に公表された主要なものを挙げておこう。

まず、自己株式の取得を論じたものを挙げる(134)ことができる。この問題に関するこの時期の松本の考えの総まとめ的な論稿と評価できるものである。

明治二六年の旧商法二一七条は、自己株式の取得・質受を原則的に禁じつつも、会社が取得した自己株式を特定の期間内(三ヶ月内)に公売すべきことを命じていた。これに対し、当時の商法一五一条一項は、自己株式の公売という方法を捨て、その取得・質受の原則禁止を貫くという政策を採った。この立法政策を松本は以下のよう(135)に評している。すなわち、「我商法ハ大体ニ於テ多ク独逸法ニ倣ヘリ、然ルニ此点ニ於テ独逸学者ノ非難セル旧法ノ規定ヲ採リ千八百八十四年(明治十七年)以後ノ立法例ニ従ハザリシハ頗ル怪ムベシ、此ノ如キ修正ハ改良ニ非ズシテ改悪ナリ、喬木ヲ去リテ幽谷ニ下ルモノナリ、余輩其可ナル所以ヲ知ラス」。

同条項の評価は評価としておき、松本は、同条項の解釈上の問題点へと論を進める。

解釈上、例外的に会社が自己株式の取得を許されるのは、第一に株主の失権によって株式が会社に帰属する場合、第二に資本減少の規定に従いまたは定款に定める所によって株主に配当すべき利益をもって株式の任意的消却をなす場合、稀有な例としては合併によってたまたま自己株式を取得する場合に限られるとする(136)。そして、商法一五一条一項に反して自己株式を取得・質受した場合の行為の効力は、違法にして無効であると解している(137)。

株主の失権によって会社が自己の株式を取得し、競売をなすも競売人がないときには、会社は自らの株式を保有することにならざるをえないが、このような場合には、自己株式といえども時価を有する限りは財産であると捉えることができるから、時価を付して財産目録および貸借対照表の貸方欄に記載できるとする(138)。また、会社はその株式から生じる利益または利息の配当を受けることができる(139)と解している。自己株式につき会社は議決権を行使しえず、新株引受権も当然に停止すると述べている(140)。

3. 松本丞治の次の主論稿として、会社設立行為の法律上の性質について考察したものを挙げよう(141)。

当時は会社設立行為を組合契約の一種と解する説が少なからず提唱されていたようであるが、松本は、「法人設立行為ハ即チ新人格者ヲ創設シテ之ガ社員ト為ルノ行為ニシテ行為者相互間ニ於テ權利ヲ得義務ヲ負フコトヲ目的トスル契約ト異ル、勿論設立者相互間ニ於テハ会社ノ設立ヲ目的トシテ組合契約ヲ締結スベシト雖モ会社ノ設立ヲ目的トスル組合契約ト会社ノ設立行為トガ別個ノ行為ナルコトハ数人が共同シテ財団法人ヲ設立セントスル組合契約ト財団法人設立ノ為メニスル寄附行為トガ別個ノ行為ナルト毫モ區別スベキ所ナキナリ、而シテ……会社ノ設立行為モ亦単独行為ニ帰スルモノナリ」と述べている。

株式会社設立に際して、発起人が会社に対して出資義務その他の義務を負担するのは、発起人が締結した組合契約の内容として、未来の法人たる会社の利益のためにする契約が存在するからであると解する志田鉦太郎(142)説に対し、松本は、「設立者ガ会社ニ対シテ義務ヲ負フニ至ルハ恰モ財団法人ノ設立者ガ寄附行為ニ因リテ法人ニ対スル義務ヲ負フニ至ルト同ク会社設立行為自体ノ効果ニ外ナラズト解スルモノナリ、苟モ会社ノ設立行為ナル単独行為ヲ認ムル以上ハ其会社ノ設立ト同時ニ発生シタル会社社員トノ間ノ法律關係ハ此行為ノ当然ノ効力ニ外ナラズト説明シテ始メテ論理ノ貫徹ヲ期スルコトヲ得ベシ」と反論している(143)。

松本は、さらに志田説を批判して、志田は株式の引受の法律上の性質を引受が發起人相互間のみに行われる場合と株主を募集する場合とによって異なるものとし、發起人相互間の引受は契約であり、株主申込人のなす引受は一種の単独行為と解するようであるが、<sup>(15)</sup>「株式ノ引受ハ二種ノ行為ノ併合ニシテ發起人相互間又ハ發起人ト申込人トノ間ノ契約ト将来ノ会社ニ対スル入社的ノ単独行為トヲ包含シ引受人ト会社トノ間ノ法律關係ハ總テ此単独行為ノ効力トシテ發生スルモノナリトス」と述べている。

4. 次いで松本は、取締役の法的性質について考察した論稿を公表している。

法人の機関とは法人という人格者の組織の一部分であつて独立の人格者ではない、つまり取締役たる人が自己の資格において独立した人格者であることは言うまでもないが、会社機関としての取締役は会社の組織の一部分であつて独立の人格者ではない。取締役は言わば会社の手足口舌であるから、その取締役によってなされた法律行為はすなわち会社の法律行為であり、彼によってなされた不法行為はすなわち会社の不法行為であると説明している。<sup>(16)</sup> 続けて「民法上ノ普通ノ代理關係ト混同スルハ非ナリ、代理トハ他人ノ為シタル行為ガ直接ニ本人ニ対シテ其効力ヲ及ボスヲ謂フ、取締役ハ会社ノ機関ニシテ独立ノ人格者ニ非ズ、取締役ノ行為ハ即チ会社ノ行為ニ外ナラズ」と述べ、<sup>(17)</sup> 取締役は会社の代理人ではないとしている。これを前提として、「我法典ガ公益法人ノ理事及ビ会社ノ取締役等ニ付テ代理權ナル語ヲ用ヒタルハ余輩ノ嫌焉<sup>(18)</sup>タラザルヲ得ザル所ナリ（商法第六二条、第一七〇条第二項、民法第五四條）」と述べる。

取締役が法定代理人か否かについて、代理と代表とを区別すればかかる問題を考察する必要はないが、わが法典がこれを代理人とみたことにより、この問題を決する必要があるとして、<sup>(19)</sup> この問題を考察している。松本は、「法定代理人ヲ以テ法律上欠クベカラザル代理人ヲ指スモノトスレバ取締役ノ法定代理人タルハ疑ヲ容レズ」と<sup>(20)</sup>

したうえで、以下のように述べている。「我民法ハ法定代理人ニ対スルニ委任代理ヲ以テシ代理權ガ委任ニ因リテ授与セラレタルトキハ之ヲ委任代理トシ然ラザルトキハ之ヲ法定代理トスルモノノ如シ、此ノ如キ意義ニ於テ法定代理ト謂フトキハ取締役ガ法定代理人ナリヤ否ニ付テ疑ヲ生ズ、然レドモ余輩ノ信ズル所ニ依レバ取締役ノ代理權ハ始ヨリ其取締役ナル地位ニ付着シテ存スル所ニシテ委任ニ因リテ取締役員ニ授与セララルモノニ非ズ、取締役ハ当然会社ノ法定代理人タリ……故ニ此意義ニ於テモ取締役ハ法定代理人ナリト謂フ可トス」と。<sup>(21)</sup> そして、「取締役ガ法定代理人タルコトト取締役員ト会社トノ關係ガ委任ナルトハ同時ニ併立スルコトヲ得ベク各別個ノ觀念ニシテ互ニ相矛盾スルモノニ非ザルナリ、此点ニ付テハ余輩ハ取締役ハ委任代理人ナリトセル前説ヲ撤回スルモノナリ」と結論づけている。

5. 右の松本の論稿に対しては、取締役を会社の機関と論じつつさらに法定代理人と位置づけた関係がやや不明確であるとの指摘がある。すなわち、「機関ナリトノ説ハ主トシテ法理的ニ立論シ法定代理ナリトノ説ハ解釈上ヨリ論述セラレタルモノノ如シト雖一ノ論題ノ下ニ相異リタル二説ヲ取り共ニ取締役ナル性質ニ擬シ之ガ取捨ヲ決セザルガ如キハ果シテ論体其宜シキヲ得タルモノナリヤ否ヤ」と指摘されている。<sup>(22)</sup> そして「会社ト取締役員トノ關係ハ委任關係ニシテ取締役ト会社トノ關係ハ法定代理關係ナリト云フニ至リテハ余輩大ニ疑惑ニ打ラレザルヲ得ズ」と述べている。ただ付言しておけば、この論者（小林銀造）は、会社・取締役間に委任契約の存在を否定する立場に立っているようである。

6. この年の松本丞治のその他の主要論稿としては、株金不払による株主失権手続を規定した当時の商法一五二条、同一五三條に関して精緻な解釈論を展開したものが<sup>(23)</sup>ある。その中で、後掲資料の大審院判決【26】【35】を支持している。また、法人實在説の立場から法人擬制説を批判した法人論に関するものも公表されている。財

産目録に記載すべき財産とその評価に関する論稿<sup>(109)</sup>もあるが、これは商法総則分野の業績として評価されるべきものであろう。

7. 次いで、松本丞治以外のこの年の主要論稿に移ろう。

まず、合名会社の社員でない者は、業務執行者たりえないという主題を論証した松波仁一郎の論稿<sup>(160)</sup>を挙げておこう。右の主題自体に関する論証には言及する必要はなからう。この論稿において、株式会社<sup>(161)</sup>の取締役を株主中から選任すべしとした当時の商法一六四条の立法政策に対して述べられた部分のみを紹介しておこう。以下のよう<sup>(162)</sup>に記述されている。「株式会社ニハ株主總會ナリ意思機關アリ監査役ナル監督機關アルヲ以テ何人ヲ取締役トスルモ濫用ノ余地割合ニ少ナキヲ以テ何人ヲ取締役トスルモ可ナルベク又株式会社ハ人ヨリモ財産ニ重キヲ置キテ設立シタルモノナルヲ以テ株主中ニハ適當ノ者ナキ場合アルヲ以テ株主外ノ者ヲ取締役ト為シ得ルコト彼ノ何人ヲ財団法人ノ理事ト為スモ可ナルモノニ類スルニ会社全体ノ利害ト社会公衆ノ保護ヨリシテ必ズ之ヲ株主中ヨリ選任セシムルモノト<sup>(163)</sup>」したのが同条の主旨である。

8. 株式引受の性質について論じたものがある。株式申込人による株式申込は設立中の会社への入社契約の申込であり、発起人による割当はその申込に対する承諾と解する見解に対して、株式の割当方法は発起人の自由であるから、株式申込に対する割当は必ずしも符号していないのであり、割当は申込に対する承諾ではなく理論上は新たな申込であるとの主張である。株金の払込によって入社契約が成立すると解するようである。<sup>(164)</sup>

9. 梅謙次郎による会社法関連判例評釈がいくつかあるが、ここでは横浜区裁判明治三六年一月一日決定法律新聞一七二号一八頁に関するものを挙げておこう。裁判所は「役員選挙権ナルモノハ其各選挙期ニ相当スル株主總會独リ之ヲ行フベク」という理由で、監査役の予選決議を無効としたようである。梅は、株主總會の決議も

法律行為の一種であるから、とくに法律が禁じていない限り、期限付または条件付の決議は許されるとして、右決定に反対している。<sup>(165)</sup>株主總會は何時でも役員を解任できるのだから、予選した人物が気に入らなければ解任すればよいと述べている。<sup>(166)</sup>

#### ⑤明治三八年

1. 会社<sup>(167)</sup>の入社能力を論じた片山義勝の論稿をまず挙げる事ができる。会社は自ら自己の社員たることを得るか、会社は他の会社の社員たることを得るか、について論じたものである。

株式会社<sup>(168)</sup>の自己株式取得禁止規定を、資本団体としての株式会社の特徴から説明するのではなく、会社が自己の会社の社員たりえないとする入社能力を欠くという側面から構成しようと試みている。<sup>(169)</sup>

言及すべきは、とくに合名会社が他の合名会社の社員たることを得るかという主題に対する考察である。理論上これを排除する理由はないとして、「苟クモ財産上ノ能力アル者ニシテ合名会社ノ社員タルヲ得ズト云フノ理ナシ<sup>(170)</sup>」と述べ、会社は他の会社の無限責任社員たりうると結論づけている。無限責任社員がみずから業務の執行に当りうる者でなければならぬという点についても「其業務執行ノ如何ノ如キハ寧ロ技業ノ問題ナリト信ス<sup>(171)</sup>」と述べている。

2. 右の問題に関しては、立法論としてはともかく、解釈論としては会社は一般的に他の会社の社員たることを得ると解すべきであるとする宮代又治の論稿<sup>(172)</sup>も存在する。

3. 松本丞治もまた、法人の能力を一般的に論じた論稿<sup>(173)</sup>の中で、右の問題に関連して以下のように述べている。「我法律ニ於テモ法律若クハ法令又ハ定款若クハ寄附行為ニ別段ノ定ナク且定款若クハ寄附行為ニ因リテ定メラルタル目的ノ範圍ヲ超エザル限りハ法人ト雖モ他ノ法人ノ社員ト為ルヲ得ベキモノト解シテ可ナリ、例ヘバ株式

会社ノ株主ト為リテ其株式ヲ有スルハ財産利用ノ一方法タルニ過ギザルヲ以テ公益法人ト雖モ其財産ヲ利用スル一方法トシテ株式会社ノ株式ヲ取得シ其株主ト為ルコトヲ得ベシ、之ニ反シテ会社ノ無限責任社員ト為ルハ全財産ヲ会社事業ニ傾倒スルモノナルヲ以テ公益法人ハ之ト為ルヲ得ザルモノト解シテ可ナルベシ<sup>(16)</sup>。このように松本は、公益法人が他の会社の無限責任社員たりえないと説く。会社について明確な言及はないが、おそらく他の会社の無限責任社員たりえると解するのであろう。

4. 次いで松本丞治は、株式引受の法的性質を考察した論稿を公表している。これは、明治三十七年に公表された彼の会社設立に関する論稿（本稿注14）の続編とも言うべきものである。

松本は、「株式申込人ノ申込ニ対スル発起人ノ承諾アリテ始メテ株式ノ引受アルモノト謂フハ最モ充当ナル解釈ナルベシ<sup>(16)</sup>」とし、「株式引受人ト発起人トノ間ノ関係ハ契約ノ觀念ヲ以テスルニ非ザレバ<sup>せんが</sup>闡明シ難キモノ少カラズ、殊ニ会社ガ設立セラレザリシ場合ノ如キニ於テ然リトス<sup>(16)</sup>」と述べ、契約の存在を肯定する。そのうえで、「株式ノ申込ハ一方ニ於テ会社設立ノ為メニスル単独行為ヲ包含ス、株式引受人ガ会社ニ対シテ義務ヲ負ヒ会社ノ社員タル地位ヲ取得スルハ其単独行為ノ効果ナリ、又他方ニ於テハ発起人ニ対スル申込ヲ包含ス、発起人ガ株式ノ割当ニ拠リテ之ニ対スル承諾ヲ為シタルトキハ株式申込人ト発起人トノ間ニハ会社ノ設立ヲ目的トスル一種ノ契約ヲ生ズベク株式申込人ハ之ニ拠リテ株式引受人ト為ル、株式引受人ト発起人トノ間ノ法律関係ハ此契約ニ拠リテ生ズルモノト解スベキナリ、株式ノ申込ハ其形式ニ於テハ一個ノ行為ナルガ如キモ實質ニ於テハ此二個ノ異種ノ行為ノ併合ナリ<sup>(17)</sup>」と述べて、いわゆる両性説ないし二行為並立説に添った主張を完成させている。

5. この他の主要論稿として、有限責任を解説した高根義人の論稿<sup>(18)</sup>と岡野敬次郎の論稿<sup>(19)</sup>を挙げておく。後者においては、合資会社の有限責任社員責任は直接責任であると説かれている<sup>(18)</sup>。

6. 梅謙次郎が再び会社・取締役間の取引の効力に関する大審院明治三十七年六月二一日判決民録一〇輯九五六頁（後掲資料の【44】判決）に対する評釈<sup>(18)</sup>をしている。当時の商法一七六条違反の取引の効力について大審院は、会社がその行為を取り消す意思を表示してはじめて無効となると判示した。これに対し、梅は次のように批判している。

「抑取消ナルモノハ有効ナル法律行為ヲ無効ニ帰セシムルモノデアツ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為メニ会社ト取引ヲ為スコトヲ得』トアル、之ヲ解釈シテ監査役ノ承認ヲ得ザル取締役ト会社トノ取引ヲモ有効トスルナラバ之ヲ取消スコトヲ得ナイノハ勿論デアアルガ『監査役ノ承認ヲ得タルトキニ限り……会社ト取引ヲ為スコトヲ得』トアルカラ其承認ヲ得ナイ取引ヲ有効トスル者ハナイデアラウ、然ラバ違法ノ行為デアアルカラ無効デアルト曰フノ外ハナイ<sup>(18)</sup>」と。

#### ⑥ 明治三九年

1. この年に活躍が目立つのは松波仁一郎である。彼の論稿のうち、まず明治四四年改正にかかわりのあるものから概観しておこう。記名株の譲渡禁止に関する商法二二三条二項の立法政策の是非を論じたものがある<sup>(18)</sup>。

当時の商法二二三条は、その一項において、会社が合併しようとするときはその旨を公告して株主総会の会日前一か月を超えない期間および開会中は記名株の譲渡を停止することができるものとしていた。同条二項は、株主総会において合併の決議をしたときはその決議の日から合併に必要な登記をするまで株主がその記名株を譲渡することができない旨を規定していた。とりわけ同条二項の右の禁止規定があるために合併の際には株式の譲渡が一時途絶して金融を妨げる結果を招くので、実務界から、この規定の削除を求める声が出ていたようである<sup>(18)</sup>。

松波は右条項の是非を検討している。

右条項が定められた理由の主たる点は、總會において自ら合併を主張賛成しながら直後に自己の株式を譲渡するのは、会社に対して忠実でないということにあった。<sup>(185)</sup>松波は、この理由は譲渡禁止規定を維持するのに不十分であると以下のように述べる。すなわち、この理由は、合併に反対した者に譲渡禁止を課することを説明できない。株主間で譲渡の自由について差異を設けることが困難であるから統一的に譲渡しえないものと規定したにしても、この弁解は一般的な禁止理由としては不十分である。<sup>(186)</sup>自ら合併を主張しこれに賛成しながら決議の直後に株式を譲渡する者は「薄志弱行ノ徒」であろうが、「道徳論及び品性論ヲ以テ本問題ヲ処スルハ不可」である。<sup>(187)</sup>

さらに同条の一項と二項を比較して、一項において会社は總會中の譲渡は自らの判断で停止することも自由に放置しておくことも出来るのに対し、二項においては法律によって譲渡を一率に禁じているが「總會中ノ譲渡ハ公益ニ反セズシテ總會後ノ譲渡ハ公益ニ反スト認ムルハ此二者ノ間ニ過大ノ差異ヲ生ズルモノナリ」と説いている。<sup>(188)</sup>加えて、合併決議後といえど無記名株については自由譲渡を認めているのであるから、この点でも均衡を欠くと主張している。<sup>(189)</sup>

結局松波は、商法二三三条を「会社カ合併ヲ為サント欲スルトキハ其旨ヲ公告シテ株主總會ノ会日前一ヶ月ヲ超ヘサル期間開會中及ヒ合併決議ノ日ヨリ合併登記ノ日マテ記名株ノ譲渡ヲ停止スルコトヲ得」と規定するのが穏当であると提言している。<sup>(190)</sup>

2. 松波仁一郎のその他の論稿として、次いで私法上の「代表」の意義について考察したものがあつた。<sup>(191)</sup>当時の民法学者が代理と代表とを必ずしも厳密に区別して使い分けていないのではないかとして、代表の意義を探ろうとしたものである。商法会社編において会社の社員または取締役が会社を代表するとまず規定され、後に直ちに

彼らの代理権について規定されているという構成は、法人の理事に関する民法の構成に等しいとして、民商法に代表者と規定された者の性質を代表の当事者という側面と代表権の内容という側面から探るとする手法をとっている。

法律関係の当事者という側面できくに言及しておくべきは、私法上の代表者は必ずしも社団中の一員であることを要しないと述べ、商法上会社代表者が社員から選任されているのは立法政策上の問題であると明確に指摘されている点であろう。<sup>(192)</sup>

権限の内容という側面からは、代表権は代理権とその他の権限とを含む代理権よりも広い権限を含み、法律行為をなすことにとどまるものではないこと、<sup>(193)</sup>代表権に包含される代理権は法定の総括的代理権であること、<sup>(194)</sup>代表権は雇用を根拠とするものではないこと、<sup>(195)</sup>が指摘されている。

3. 松波の主要論稿として、次に取締役選任論を挙げておこう。大審院はこの時期に至っても、取締役の選任を単独行為と解する姿勢を改めていない（先に述べた後掲資料【24】【32】の先例を維持している）が、東京控訴院等では契約説を採る判決例も現われはじめたようである。松波も、学説の趨勢に従って契約説を支持する論稿を公表したのである。

松波が契約説を支持する主たる理由は以下のとおりである。「株式会社ハ財産会社ニシテ株主ノ義務ハ殆ド払込ノ一事ニ止マリ各株主ニ義務執行ノ義務ヲ負ハシムベキニアラズ、会社法ニ於テ特ニ会社ノ機関ヲ規定シ取締役ナル者ヲシテ特ニ執行機関ヲシメタルヨリ見テモ各株主ニ執行ノ権利義務ナキヲ知ルニ足ル、株主ニハ總會ニ出席スル義務アリトイヒ得ザル程ナレバ業務執行ノ義務アリトハ一層言ヒ難シ、從テ（總會の選任決議を承諾しないで）何人モ取締役トナラザルトキハ他ニ業務執行ノ義務者ナシ」。「或株主ヲ取締役ニ選任シ其者ノ意思

如何ヲ問ハズシテ之ヲ取締役トスルハ株主ノ平等ヲ破ブリテ或株主ニ特殊ノ義務ヲ負ハシムルモノナリ<sup>(198)</sup>。  
 4. 右の選任論と対をなす形で、松波は取締役辞任論をも公表している<sup>(199)</sup>。取締役は、その自由意思によって辞任できない旨を主張するものである。

松波説は、取締役選任契約が委任でも雇用でもない無名契約であることを論拠としている。選任契約は、委任・準委任を含む広義の委任契約の側面を有するものの、雇用に類する労務提供義務をも発生せしめる無名契約である。したがって、期限の定めのある契約の一般法理に従い、随意に解約することは許されないと説く<sup>(200)</sup>。さらに、商法一六七条は、会社が株主総会の決議をもって何時でも取締役を解任することができる旨規定しているが、委任説を採れば、会社は何時でも取締役を解任できることは言うまでもないことであり、同条が有用であることを説明し難いと述べて、委任説の批判を試みるようである<sup>(201)</sup>。

5. 取締役の辞任に関して、右の松波の論稿でも言及されているが、梅謙次郎の説を示しておこう。梅は、取締役の選任行為につき契約説を採らない。判例の単独行為説を前提として、取締役は絶対的に辞任できないものではないと説いている。すなわち、「予ヲシテ言ハシムレバ委任、雇用ノ如キ受任者又ハ勞務者ノ承諾ニ因ツテ成立シタルモノデサヘ或制限ヲ以テ辞任ガ出来ルノニ（民六二八、六五一）、取締役ノ意思ニ拘ハラズ之ヲ選任シタルモノガ絶対ニ辞任ガ出来ヌトハ殆ドアリ得ベカラザル事デアルト謂ハネバナラヌ<sup>(202)</sup>」。

6. 岡野敬次郎は、当時の商法一五三条の解釈に関して、大審院明治三八年六月二日判決民録一一輯九五四頁（後掲資料の【54】判例）の構成を批判する論稿を公表している。

岡野は、右判決を失権株主の不足額弁済の義務を従前の株主として負担した株金払込義務と捉え、したがってその義務の不履行に基づき失権株主に損害賠償責任があると判示したものと評価している<sup>(204)</sup>。

岡野は、株主権とは権利のみならず義務をも含む概念であり、株主権の喪失とは権利義務双方が消滅することであると説く。そして、商法一五三条三項においてとくに失権株主に不足額弁済の責任がある旨明定したのは、従前の株主として負担した株金払込義務それ自体を指すのではなく、法律が特段に失権株主に課した負担と解すべきであるとしている<sup>(203)</sup>。そして、この法定義務を履行しなかったことにより、滞納者が損害賠償義務を負うと解すべきであると説いている<sup>(205)</sup>。

7. なお、この年には日本興業銀行法（明治三三年法律第七〇号）が改正された（明治三九年法律第二号）。同行は、改正法に基づく増資手続を行った。このとき、同行は商事会社としてわが国で初めて無記名株を発行したということをとくに付言しておく。右の改正法における増資手続を解説した論稿がある<sup>(206)</sup>。

8. 法人論としては、法人实在説の立場から擬制説批判を試みた志田鉦太郎の論稿がある<sup>(207)</sup>。

9. その他の論稿としては、民事会社と商事会社の関係を論じ、現行法上、民事会社の取引上の行為は民法の支配を受けるから、一個の会社が商行為と非商行為の双方を目的とする場合に民商法の適用につき複雑な問題を生じると指摘するものがある<sup>(208)</sup>。会社が他の会社の機関たりうるかにつき、これを肯定的に論じたものがある<sup>(209)</sup>。合名会社の社員が他の社員の同意を得ることなく持分の譲渡をした場合、譲受人が民法四二三条の債権者代位権によって、たとえば会社に対する利益配当請求権等を行使しうるかにつき、肯定的見解を述べたものがある<sup>(210)</sup>。会社合併の性質論および合併の際の少数反対株主の保護等の不十分性を示唆したものがある<sup>(211)</sup>。株金払込に関する諸問題を論じたものがあるが、とくに会社の破産が定款上に定められた株金払込義務の内容を変更するか否かにつき（破産に際し、当時の商法九二条が準用されるか否か）、これを変更しないと解する梅説に反対の立場をとったものであるという点に言及しておく。

⑦明治四〇年

1. 当時、實際界で少なからず行われていたと思われる「事実上の合併」方式を考察した片山義勝の論稿がある。<sup>(25)</sup>

事実上の合併とは、以下のようなものである。甲乙両株式会社が合併と同一の実を挙げる目的で、まず甲社の株主総会において、乙社が解散後その財産を包括的に承継すること、その対価として乙社の株主だった者に対して乙社の株主として有していた株式数に応じて新株を配付することを条件として乙社の資本金額と同額の資本増加をすること、を決議する。一方、乙社の株主総会において、乙社株主は現に有する株式数に応じて甲社から新株の配布を受け、これに対して解散後直ちに包括的に会社財産を甲社に譲渡することを条件に解散決議を行う。<sup>(26)</sup> 片山は、このような手続の効力を検証している。

右のような方法は、会社法の合併規定を潜脱して、会社債権者の保護に欠ける。<sup>(27)</sup> 解散会社に対して商法が命じる法定清算手続を排除してしまっている。<sup>(28)</sup> かりに清算手続を排除してはいないと解するにせよ、清算行為ではない包括的処分をあえて行っている。<sup>(29)</sup> 多数決をもって奪うことのできない株主の残余財産分配権を蹂躪している。<sup>(29)</sup> 以上の理由により片山は、事実上の合併方式は法律上無効であると主張している。

2. 会社・取締役間の取引の効力を論じた岡野敬次郎の論稿<sup>(22)</sup>を挙げておくべきであろう。

岡野は、当時の商法一七六条の適用範囲について、まず大審院判例の不統一を指摘している。すなわち「取締役自己又ハ第三者ノ為メ会社ト取引ヲ為ス場合」とは、甲が取締役として一方で会社を代表し、他の一方で自己の資格において取引をなす場合と、甲が自己の資格においてし会社を代表する者は乙取締役である場合と二つの場合を共に含むことが明瞭であるのに、これを正しく解釈している大審院明治三七年二月二〇日判決民録一〇

輯一七三頁（後掲資料の【38】判例）と、後者の場合に限ると解したと思われる大審院明治三八年二月七日判決民録一〇輯一〇七頁（後掲資料の【47】判例）と趣旨において抵触する判例があると指摘している。<sup>(22)</sup>

手形行為が同条の適用を受けるか否かに関しては、特段の理由を付すことなく、「手形行為ノ法律上ノ性質ニ付テハ大ニ議論アリトハ云へ商法第百七十六條ノ取引ナルコトハ何人モ争ハヌ所デアラウ」と述べ「手形行為自体ハ商法第百七十六條ニ所謂取引ノ一種ナルハ大審院ノ認ムル所デアアル……兎モ毛モ商法第百七十六條ヲ適用スルモノトスルヲ予ハ正解ナリトスルノデアアル」としている。<sup>(23)</sup>

同条違反の取引の効力に関して、当時の大審院の態度に理解を示しつつも（後掲資料の【44】【48】判例を用いている）解釈論としては反対せざるをえないとして、以下のように述べている。

「取締役タル甲ガ一面ニ会社ヲ代表シ一面自己ノ資格ニ於テ取引ヲ為シタル場合……ハ民法ノ原則ヨリ論ズルトキハ応ニ第百八條ノ一人ガ同一ノ法律行為ニ付キ其相手方ノ代理人ト為リタルニ当レルモノデアツテ全然無効タルベキハ毫モ疑ヲ容レヌ、然ルニ」商法一七六條の定めがある。「即チ民法ノ規定ニ照シテ無効タルベキ取引ガ商法ノ特別規定ニ依リテ監査役ノ承認アレバ其ノ効力ヲ認メラルルノデアアルトノ趣意ハ明瞭デハアルマイカ、商法ハ監査役ノ承認アリタル場合ニ限りテ民法ノ適用ヲ受ケシメザルコトヲ示シテ居ルノデアアルカラ若シ商法ノ必要トスル条件ガ備ハラザル場合ニハ此特別ニ依ラズ一ニ民法ノ規定ニ依リテ其効力ヲ決スルコトト云ハネバナラヌ、……既ニ此場合ニ於テ監査役ノ承認ナキトキハ会社ト取締役トノ間ニ於ケル取引ハ全然無効ナリト論ズルヲ正シトセバ取締役タル甲ガ同時ニ会社ヲ代表セザル場合ガ同一条文ノ支配ヲ受クルニ拘ラズ無効ニ非ズシテ唯会社ニ於テ取消権ヲ有スルニ過ギズト解釈ヲ異ニスルノハ固ヨリ謂ハレガナイノデアアル」<sup>(25)</sup>。以上のように無効説を主張している。



3. 合資会社の有限責任社員責任が直接責任なのか間接責任なのかに関し、「間接責任説ヲシテ解釈上ノ定説ヲシムルノ一助ト爲サント欲」して公表された志田鉀太郎の論稿がある。

直接責任説の論拠は、合名会社の社員責任に関する当時の商法六三条が同一〇五条によって合資会社の有限責任社員を含む社員責任に準用されるといふものであったらしい。<sup>(27)</sup> 志田は、六三条は有限責任社員責任に準用されるべきでない主張する。準用ありとすれば、有限責任社員相互間ならびに彼らと無限責任社員との間に未だ拠出なき出资额を限度する変種の連帯を認めざるをえないから法律関係が複雑となるし、出資の度毎の公示方法もないので会社債権者保護にも十分ではないとしている。<sup>(28)</sup> 何と云っても出資は内部関係の問題であつて、外部関係たる社員間の連帯債務の目的のためには特別の条文が存しなければならぬと説く。<sup>(29)</sup> 有限責任の根本観念はすべての会社に共通であり、「会社ガ法人タルコトヲ言明シタル立法例ニ在テハ会社ノ債務ハ会社財産ヲ弁済スベク特別ノ条文ナキ限り社員ハ其弁済ノ責ニ任ゼザルヲ以テ本義ト爲スベキ」であるとしている。<sup>(30)</sup>

4. 記名株式の担保に関する石原三郎の論稿がある。<sup>(31)</sup> 当時の記名株式の質権設定は、もっぱら民法の権利質の規定によつた。周知のように、民法三六四一条一項は、同四六七条の規定に従い第三債務者に対する通知または第三債務者の承諾を指名債権質の對抗要件としたが、同条二項は「前項ノ規定ハ記名ノ株式ニハ之ヲ適用セス」とした。民法施行後数年を経て、株式質に民法三六四一条一項の適用がないのは不便という意見も生じたようである。民法施行後数年を経て、株式質に民法三六四一条一項の適用がないのは不便という意見も生じたようである。石原の論稿は、かかる削除が適当か否かを考察しようとしたものである。

実際には質権設定者たる株主から会社に対して質権設定を書面で通知したり、承認を求めたり、あるいは「貴行台帳に質入記入之程願上候」と登録すら求める例もあつたようである。質権者の不安心から質権設定者に交渉してこのような手続が試みられたのである。しかし、会社当局者としては、法律の規定によるものではないとして、通知書の受理を拒否することもあつた。<sup>(32)</sup> 削除論には右のような事情も関係していた。一方で、株式仲買業者が当座取引や手形割引の担保として自己が扱う株式を、ひんばんに取換・引換を繰り返しつつ、銀行の担保に供する場合や、銀行が金融の都合上、担保にとつた株式を再担保に供する場合などは、民法三六四一条二項の存続が好ましいとされてきた。<sup>(33)</sup>

石原によれば、右のような事情を勘案すれば存廃それぞれに一長一短があり、学理上も、たとえば記名社債質の規定（民法三三五条）と比較すれば権衡を欠くが、取引上、株券と社債とが担保として流通輾転する実情を思えば、規定を異にしても直ちに不権衡とはいひ難いのではないかと指摘している。<sup>(34)</sup> 逆に、会社に質権設定を確認させれば、たとえば不心得な債務者が株券の紛失を理由に株券の再交付を受けて法律関係が複雑になるのを防止しうるし（当時の商法には、公示催告による無効宣言や除権判決後の再発行に関する規定は存在しなかつた。定款において「新株券ヲ交付シタルトキハ旧株券ヲ無効トス」との規定を置く例が最も多かつたようである）、会社合併のときや、会社解散の場合に質権者が害されるおそれが少なくなると説いている。<sup>(35)</sup>

結局石原は、民法三六四一条二項の削除・存置のいずれにも与せず、株式質には指名債権質對抗要件の一般手続を適用しないことを本則としつつ、当事者がその手続に従ふことを便宜として適法の手続をしたときは、会社が株主名簿にこれを記入すべきものと修正するのが穏当であるとしている。<sup>(36)</sup>

なお右の論稿の中で、会社合併の際における株式質の効力が問題となつた東京地裁に係属した事件が紹介されている（言渡年月日は明らかではない）。当時の銀行業界に相当の波紋を生じた事件であつたらしい。参考のため事実の概要と東京地裁の判旨を掲げておこう。

X銀行は、訴外Aに融資するにあたり、Aの有するB<sub>1</sub>会社の記名株式の質入れを受け、この株券を占有していた。ところがB<sub>1</sub>会社は、B<sub>2</sub>会社およびB<sub>3</sub>会社と合併し、Y会社が新設されるに至った。やはりAの債権者であった訴外C銀行は、AのY社に対する新株交付請求権を差し押さえ、次いで取立命令を得たので、Y社に対して新株券を交付しよう要求した。Y社は、この命令を適法であると認め、旧株券との引換を求めることなく執達吏に新株券を交付してしまった。C銀行は直ちにこれを競売に付し、競落金を自己のAに対する債権に充当した。これを知ったX銀行は、直ちに自己の占有するB<sub>1</sub>社の株券を競売に付し、自己競落のうえ、Y社に対して名義書替と新株の引渡を請求した。Y社がこれを拒絶したため、X銀行が本訴に及んだ。なおX銀行とは横浜正中銀行である。B<sub>1</sub>社は日本麦酒株式会社であり、B<sub>2</sub>・B<sub>3</sub>社は、札幌・朝日の各株式会社である。Y社とは、大日本麦酒株式会社である。

東京地裁は以下のように述べて、X銀行の請求を退けている。「合併ハ既存ノ会社ヲ消滅セシムルト同時ニ一会社ヲ新設スル手續ナルヲ以テ合併ニヨリテ新設シタル会社ハ消滅会社ノ変更ニ非ズシテ全然別個ノ会社ナリ、而シテ会社ノ株式ハ会社ノ消滅ト共ニ消滅スルモノナルヲ以テ元B<sub>1</sub>社ノ株式ハ右ノ合併ト同時ニ消滅スルモノト云フベク從テY社ノ株式ハ元B<sub>1</sub>社ノ株式トハ全ク別物ナルガ故ニ訴外Aガ元B<sub>1</sub>社ノ株式ヲ有セシコトハ当事者間ニ争ナク原告X銀行ガ同人ニ対スル債権ニヨリ右株式ニ就テ質権ヲ取得シタルコトハ甲第一号証ニヨリ之ヲ認め得ベキモ其質権ハ右株式ノ消滅ト同時ニ消滅シタルモノナリ」。これに付加して、次のように述べられている。「尤モ訴外Aガ得タル被告Y社株式ハ元B<sub>1</sub>社株式ノ消滅ニヨリテ得タルモノナルヲ以テ原告X銀行ガ民法第三〇四条、第三五〇条、第三六二条ノ二項ノ規定ニヨリ差押ノ手續ヲ行ハバ原告ハ訴外Aノ右被告会社株式ニ就テモ質権ヲ得タルモノト認ムルヲ得ベケレドモ原告ハ右ノ手續ヲナシタルコトヲ主張セザルヲ以テ之ヲ認ムルニ由ナ

シ。

石原は、合併の場合に旧会社の株式について取得した質権は旧会社の消滅によつて消滅するものではなく、新会社の株式に対しても当然その効力を及ぼすものであり、差押も不要であると右判決を批判している。<sup>(20)</sup>

5. 判例評釈として、大審院明治三十九年一〇月一九日判決民録一二輯一三七七頁（後掲資料の【70】判例）を批評した岡野敬次郎のものがある。<sup>(21)</sup>

右判例が、計算書類の承認は当然に取締役および監査役に対する責任解除の効力を有すると判示したことは正当であると評価している。<sup>(22)</sup>しかし、右判例において、会社が損害賠償に関する取締役の責任を免除させたくないと思ふときは、総会において承認を与えないか、又は、取締役をして依然責任を負うべき旨を特約させる必要があるとした点については、以下のように述べて、批判している。この判決は、計算書類の承認と責任解除とを混視しているようである。すでに発生している損害を取締役に賠償させるか否かは計算書類の承認とは別問題であつて、総会において書類を承認ししかも取締役は賠償させるべき旨を議決することは妨げられない。<sup>(23)</sup>また、計算書類の承認をして取締役に対する請求権を留保する方法を通常の方法として認めるべきであり、取締役が任意に会社に対して責任を負うべきことを約するといった方法はむしろ異例に属するべきである。<sup>(24)</sup>

6. その他の論稿として、日露戦争後の会社勃興期にきわめて悪質な手口を用いて暗躍した「会社製造業者」の跳梁を鮮やかに活写したものが法学志林に掲載されている。<sup>(25)</sup>これは、学術的に分析するよりも、むしろ記録的作品（ドキュメンタリー）として興味深いものであると思われる。

#### ⑧ 明治四一年

1. 取締役の選任行為について、契約説を批判して単独行為説を主張する梅謙次郎の講演録がある。<sup>(26)</sup>

梅によれば、この問題は立法当時多少の問題ではあったが、とくに規定を設けず、民法の規定に委ねたのは立法者の意思であったと述べている。<sup>(247)</sup>そして、民法学者の立場から以下のように論じている。わが民法の代理については、各種の代理に関する通則を規定しているのであるから、取締役もまたこの通則の支配を受ける。民法上、代理には法定代理と委任代理の二種があるが、法律の規定による特定の機関たる株主総会が選任した取締役はすなわち法定代理人となる。法定代理人たる以上、委任代理の觀念を容れる余地はない。<sup>(248)</sup>以上のように述べて「是レ予カ我国現行私法全体ノ精神ヲ討究シテ単獨行為說ヲ採ラザルベカラズト主張スル所以ナリ」としている。<sup>(249)</sup>

株主総会の決議の法的性質について、梅は、「其決議ノ性質ニ付テハ議論ノ存スル所ナリト雖モ予ハ意思表示ナリト解ス、只夫レ意思表示ト云フト雖モ法人ノ意思表示ナリト為シ或ハ株主総会ノ意思表示ト為スハ非ナリ」と述べ、「各株主ガ有スル意思ヲ表決シタルモノハ即チ此決議ナル意思表決ヲ構成スルモノニシテ……強テ言ヘバ不特定人ニ対スル意思表示ナリ」としている。<sup>(251)</sup>そして、特定人に対する意思表示でない以上、取締役の選任決議を契約の申込と構成することは適当でないと述べている。<sup>(252)</sup>

単獨行為說によれば、選任決議によつて選任された取締役は自らの意思に反して責任を負わざるをえないといふ批判に対し、梅は次のように述べている。「若シ夫レ責任重キ故ヲ以テ取締役タルコトヲ欲セザル者ノ如キハ直ニ辞任セバ則チ可ナリ、予ノ說ニ從ヘバ辞任モ亦直ニ効力ヲ生ズルガ故ニ選任ヲ知ルト同時ニ辞任セバ由テ以テ自己ノ欲セザル重キ責任者タルコトナキヲ得ベシ、或ハ取締役ハ辞任スルコトヲ得ズト云フ者アレドモ偏見ニ非ザルナキカ、蓋シ彼ノ後見人及ビ親権者ノ如キハ辞任ヲ許サザルヲ本則トスルモ是レ公益上民法ニ特別ノ明文ヲ設ケタルニ因ルモノニシテ……斯ル特別規定ナキ場合ニ於テハ同一ニ論ズルコトヲ得ザルナリ、思フニ株主ノ主タル義務ハ株金ノ払込ニシテ取締役タルコト其他株主權行使ノ如キハ附随ノ權義ナルガ故ニ之ヲ強要スルコト

ヲ得ズ」<sup>(251)</sup>。

右の梅の主張は、明治四一年五月二四日に法政大学で開催された連合討論会でなされたものであったが、取締役選任行為の法的性質の問題は、明確な規定を欠いていた当時の大きな争点であったことがうかがえよう。

2. 次いで、株式会社設立無効に関する当時の商法二二二条の解釈について論じた志田鉦太郎の論稿を挙げ<sup>(254)</sup>ておこう。当時の二二三条は「会社カ事業ニ着手シタル後其設立ノ無効ヲ発見シタルトキハ解散ノ場合ニ準シテ清算ヲ為スコトヲ要ス此場合ニ於テハ裁判所ハ利害關係人ノ請求ニ因リ清算人ヲ選任ス」とのみ規定していた。設立無効の訴えに関する規定もなく、また会社と第三者との間にすでに成立した取引行為の効力等に関する規定も欠いていた。

志田は、同条の「解散ノ場合ニ準シテ清算ヲ為スコトヲ要ス」という文言からは、会社が事業に着手した後設立の無効を発見したためにかつて会社の名において第三者との間でなされた法律行為がその効力を有するといふ意義を汲みとることはできず、この文言は単に会社解散の場合の清算規定を準用して善後処分をなすべき旨を規定したにすぎないと解釈すべきであると述べている。<sup>(255)</sup>同じく会社の名においてなされた第三者との法律行為にかかわらず、事業着手前であれば無効であつて事業に着手後は有効になると解するのはおかしいからであるとの理由付けがなされている。<sup>(256)</sup>法律上も無効の行為を有効とみなすとの規定を欠いており「我輩ノ解釈ノ正鵠ヲ射タルモノナルヲ知ルニ足ルベシ」としている。<sup>(257)</sup>

さらに志田は、「会社ト取引シタル第三者ハ会社ノ設立ガ無効ナリシコトヲ理由トシテ其法律行為ノ無効ヲ主張シ得ベキモ株主ト清算人トノ間ニ於テハ何レヨリモ之ヲ主張スルコト能ハズト解釈スベキ」<sup>(258)</sup>であると述べている。その理由は、「一方ニハ会社ト第三者トノ間ノ法律行為ヲ有効トスル旨ノ規定ナク他方ニハ解散ノ場合ニ於

ケル清算ノ規定ノ準用上当然株主及ビ株主總會ノ二者ヲ前提中ニ加ヘザルヲ得ザレバナリ」としている。また、清算人から第三者に対して会社の名においてなした法律行為の無効の對抗を許すか否かについては、「論理上積極説ヲ可トスレドモ公平上消極説ヲ是認スル者多カルベシ」とのみ述べている。

3. 民法上の営利社団と商事会社との関係を説いた岡野敬次郎の論稿がある。

岡野は、民法上の営利社団も商法上の会社もその本質は全く同じであり、単にその事業が商行為であるか否かによって法律上区別されているにすぎないことを指摘する。そのうえで、現行法に根本的な改正を施すことなく民法の営利社団を商法上の会社とみなし、これに商事会社を商人として適用を受けるべき商法の規定を適用することを提唱している。

岡野は、民法三五条の趣意は、営利を目的とする社団は商行為を業とすると否との別なく同一の法規をもつて律しようとする点にあるとし、同条の「商事会社に関する規定」の解釈につき、その範囲を商法第二編会社のみに限るのは必ずしも適當ではなく、その境界を画するのは難問というより不可能というべきであると述べている。そうであれば、大体において営利社団をして全て商法の規定に従わしめるのが簡明便宜であつて、種々の難問を解決するのに多大の効果があるから、民法三五条をきわめて広く解釈すべきであると主張している。

なお、岡野の論稿中に、民事会社と商事会社との関係について、次のような具体的な混乱が存在したことが指摘されているので、参考のために掲げておく。鉱業会社は、自ら採掘した鉱物を製錬加工して販売しても、その行為は商行為ではないから商事会社ではない。そこで「曾て農商務省は鉱業法の上から解釈したのであるか商事会社には鉱業権を与ふべからずと政策を定めた時期に在て同一の会社が二つの看板を掲げたことがあつた。蓋し民事会社と商事会社との二つの資格を併有するの謬見に従つたのであるか或は農商務省に対する権宜の策として殊

更に斯くしたるか知れざれど兎に角當時識者間の一笑柄であつた。岡野は右のように述懐している。

4. 二名の社員からなる合名会社において、一方が他方の社員を除名しうるか否かについて考察した前田直之助の論稿がある。当時の商法は、社員が一人となつたときの会社の継続に関する規定を欠いていた。

前田は、社員の除名に関する当時の商法七〇条の規定の意義は「正々堂々有害ナル分子ヲ駆逐スル方法」であつて、「獅子身中ノ虫ヲ退治スルニ外ナラ」ないものであり、会社の事業を継続することを前提としたものであつたと説く。よつて、解散とは相容れないものであるから、「從ヒテ合名会社ノ社員ガ二人ナル場合ニ於テハ其人ヲ除名スレバ会社ノ解散ハ当然ニ伴ハルベキガ故ニスル場合ニハ除名ノ規定ハ其適用ナシ」と結論づけている。なお当時の裁判所は、一般に当時の商法七〇条にいう「社員ノ一致」とは、除名されるべき社員以外に複数の社員が存在があることを前提とした規定と解していたらしく、その旨は大審院明治四二年一〇月一三日判決民録一五輯七七二頁（後掲資料の【97】判決）において確認されることとなつた。

5. 法人が会社の監査役に就任する能力を有するか否かにつき、肯定的に論じた清瀬一郎の論稿がある。

右の問題に関する当時の学説の趨勢は、消極説であつたようであるが、清瀬はこれに反論を唱えている。監査役の行為に対して処罰規定があることを根拠に、監査役を自然人に限るとする考え方に対しては、商法の罰則規定は監査役のみならず発起人の行為に関する処罰をも定めているが、学説判例は法人も発起人たりうることを認めているのであるから、処罰規定は根拠にならないと述べ、「本問題ノ如キ場合ニハ宜シク法律ヲ改正シシ法人ガ監査役ト為リタル場合ニモ其違反行為ニ対シテ有効ニ処罰シ得ルノ規定ヲ設ク可キノミ、偶々之ヲ欠クノ故ヲ以テ法人ニ該被選能力ヲ否認スルハ前後ノ序ヲ転倒スルモノト言ハザル可カラズ」としている。また、能力の上からも信用の上からも、法人たることが監査役の欠格事由にならないと論じている。

6. 山田三良が外国会社に関する規定を次回の改正の際に考慮すべきであるとすする主旨の論稿を公表している。このうち当時の商法二五八条の規定に関しては、すでに明治三六年に彼が公表した論稿（本稿注115）の論旨の再述である。加えて、法人格を有しない外国会社に関する規定の不備を指摘している。

商法第二編第六章にいう外国会社と民法三六条にいう外国商事会社が同一であるか、すなわち外国会社とは外国において法人格を有する商事会社を指すのか、あるいは本国において法人格がない場合でも社名を有するものは外国会社中に包含すべきか、について山田は以下のように述べる。第一に、わが商法において会社はすべて法人とするにもかかわらず、外国会社の規定に限りて法人でないものを会社とするのは文理上許されない、第二に、いかなる外国語をもって「会社」の訳語に該当するものとすべきか、必ずしも明らかではない、第三に、商法の外国会社の規定は、外国法人の認許に関する民法三六条の規定を前提としない限り理解できない、よって、商法の外国会社は民法三六条の外国商事会社と同一であって、本国において法人格を有する外国会社のみを意味すると解すべきである。<sup>(275)</sup>したがって、本国において法人格を有しない外国会社に関する規定の整備が必要であると述べている。<sup>(276)</sup>

7. その他の論稿としては、「商法雑題」の連作として、資本増加の説明に関する岡野敬次郎のものがある。また会社法関連分野の論稿として、取引所の改善について述べた戸田海市のものがある。<sup>(278)</sup>

8. 最後に、わが国の経済発展をふまえて、今後の立法のあり方に言及した仁保亀松の論稿の一節を掲げておこう。「我国近時ノ立法策ハ概ネ法律ヲシテ経済ニ対シ干涉的開発ノ関係ニ立タシメタリト雖モ経済ノ強固ナル発達ハ其自働自発ノ発展ニ存スルコト勿論タルニ因リ経済界ノ進歩ニ從ヒ法律ヲシテ益々非干涉的認定ノ関係ニ立タシムルニ止メ経済其モノノ自由発展ヲ期セザルベカラズ」。<sup>(279)</sup>

### ⑨ 明治四二年

1. まず、株式合資会社制度の廃止を唱えた松波仁一郎の論稿を挙げるべきであろう。

かつて欧州において株式会社に免許主義が採られたのは、この会社には無限責任社員が存しないので、その濫設によって公益が害されるのを防止することにあつた。松波は、株式合資会社が案出されたのは、かかる株式合社法の免許主義を潜脱する目的にあつたことは明白であると指摘する。<sup>(282)</sup>この沿革をふまえて、株式会社に免許主義を廃している今日、株式合資会社を設立する必要はないと述べる。<sup>(283)</sup>

わが国が会社法を制定するにあつて株式合資会社の導入の是非が検討された際、一人以上の無限責任社員が存することにより世人の信用が厚くなること、合資会社の持分の譲渡の不自由性ゆえに合資会社によって巨額の資本を集めることが困難であること、等が指摘され、導入論者は、これは空理ではなく実理であると主張したようである。<sup>(284)</sup>一方、松波は、立法当時から、右は空論であると主張していた。

有名無実の無限責任社員を生じれば、この会社制度の長所は無い。また、この会社の株主は直接間接に業務執行に参与できず、業務執行はたとえきわめて拙劣であつても無限責任社員がこれをなし、彼を解任することもできない。そうとすれば「此ノ如キ会社ニ出資スルヨリモ自ら業務執行者ヲ任免シ且ツ自らモ業務執行者トナル資格ヲ有スル株式会社ニ出資スルハ人情ナリ」。<sup>(285)</sup>

株式合資会社を設立して自ら無限責任社員となり、多くの株主を制御する実力のある者は、株式合資会社を發起しても多数の株主を得ることができよう。このような者は合資会社を設立しても多くの有限責任社員を得ることができよう。逆に、株式合資会社を發起する実力のない者は、株式合資会社を設立しようとしても、これに応じる者はないであろう。<sup>(286)</sup>現に「商法実施以来既二十年ヲ経過シ其間既ニ数万ノ会社ヲ生ジタルモ株式合資会社ハ寥寥」<sup>(287)</sup>

「暁星ノ如キ有様ナリ」<sup>(287)</sup>。したがって、「此ノ如キ実用ナキモノノ為メニ商法ニ特別ノ一章ヲ設ケテ他ノ有益ナル規定ノ余地ヲ縮少スルハ不可ナリ」<sup>(288)</sup>。以上のように主張している。

2. 取締役の責任に関して広く論じた西脇晋の論稿がある。この論稿は、取締役の法律上の地位につき、わが商法は代理人主義を採っており、しかも委任代理と解釈するのが正当であるとの前提に立つものである<sup>(289)</sup>。

取締役の会社に対する責任については、その業務執行に関して会社と取締役との間に委任契約が存在するから、取締役は民法六四四条の善管注意義務を負うとする。「我が商法ニ於テハ斯ノ如キ明文ナシト雖モ取締役が会社ノ業務ヲ執行スルニ付テハ善良ナル管理者ノ注意ヲ要スルモノト解釈セザル可ラズ、而シテ立法論トシテハ疑ヲ避クル為メニ明文ヲ置ク可トス」<sup>(290)</sup>と述べている。

しかし、取締役が株主総会の決議に従って業務を執行し、その結果会社に対して損害を与えた場合には、責任を負わないとしている<sup>(291)</sup>。なお、法令または定款に反する行為をしたときはたとえ株主総会の決議に従った場合であつても第三者に対する責任を免れないとする当時の商法一七七条とはその趣旨を異にすると、とくに言及している<sup>(292)</sup>。

取締役が数人あるとき、一人の取締役の善管注意義務違反に対し、他の取締役も連帯責任を有するかに關しては、「我民法及商法ニ於テハ連帯ヲ推定セザルヲ原則トシ且商法取締役ノ責任ニ関スル連帯ノ規定ナキヨリ見レバ取締役ノ連帯責任ハ之ヲ認めザルト解スルヲ正当トス」<sup>(293)</sup>と述べている。

取締役の会社債権者その他第三者に対する責任に関して、当時の商法一七七条が「法令又ハ定款ニ反スル行為」と限定していることに鑑みて、取締役の受任義務懈怠から生じた損害に対して、第三者に賠償請求権はないと解されると述べている<sup>(294)</sup>。

右の西脇の論稿は、現行法の解釈としては、以上のようになると述べているのであるが「吾人ハ商法ニ於ケル取締役ノ責任ニ関スル規定ノ不備ヲ数フルニ躊躇セズ」<sup>(295)</sup>との観点から論述されたものであることを付言しておく。

### 3. 会社の合併に関する毛戸勝元の論稿がある。

わが商法が、異種会社間の合併を認めているか否かに關し、毛戸は以下のように述べている。「異種会社ノ合併ヲ認ムルハ少ナクトモ一会社ニ付テハ組織ノ変更ヲ認ムルニ同じ、故ニ広く会社組織ノ変更ヲ認めザル吾商法ノ下ニ於テハ異種ノ会社ノ合併ハ許サザルモノト解スルヲ穩當トスベシ」<sup>(296)</sup>。また、合併の効果に關する当時の商法八二条を引いて、八二条は「合併後存続スル会社又ハ合併ニ因リテ設立シタル会社ハ合併ニ因リテ消滅シタル会社ノ権利義務ヲ承継ス」と規定しているが、同条の「会社」はその規定の位置上合名会社を指すものであるから、同条は合名会社同士との合併を規定したものと解される、そして同条は他の種類の会社の合併に準用されるのであるから、わが商法は同種類の会社の合併のみを認めていると言ふべきであると述べている<sup>(297)</sup>。

もつとも、異種会社間の合併を認めるか否かは、もつぱら立法論の問題であるとしつつ、株式会社が他の会社と合併して株式会社となるのは考慮を要するとする。株式会社合資会社の株主の地位が株式会社のものに比して劣ることをその理由とする<sup>(298)</sup>。それゆえ、「若シ株式会社ト他ノ会社トヲ合併シテ株式会社ト為スコトヲ許サント欲セバ不同意ノ株主ニ持分払戻ノ請求権ヲ与ヘザルベカラズ」<sup>(299)</sup>としている。

合併の際の会社債権者保護手続に關して、会社債権者を保護するために商法が要求する手続(当時の二二六条、二二五条、一〇五条、七八条、七九条、八〇条)は、単に対抗要件にすぎないとされているが、これは法律關係を複雑にさせることになるので、イタリア法にならって、この手続を合併の成立要件とすべきであると提唱している<sup>(300)</sup>。

4. 次に、一九〇八年（明治四一年）七月一日施行の英国会社法中の私会社（private company）が早くも松波仁一郎によって紹介されている。<sup>(303)</sup> この紹介論稿自体は、直ちにわが国会社法制に対する具体的提言をなすものではない。しかし、その目的は少人数からなる簡易な会社制度の必要性を示唆することにあつたようである。このことは、右の論稿における次のような指摘からうかがうことができよう。

「会社ハ多人数ノ集合ナリ、通常ハ多人数ノ存スルモノトス、然レドモ同時ニ少人数ノ会社アルコトヲ忘ルベカラズ、或ル事業家ハ単独ニテ事業ヲ成スコトヲ好マズ左リトテ多人数ヲ集合シテ為スコトモ好マズ唯少数ノ知人ト合シテ為サント欲スルコトアリ、富豪ニ於テ多ク此例ヲ見ル、現ニ我国ニ於テモ三菱合資会社ハ岩崎久弥及比岩崎小弥太ノ二人ヨリ成リ三井合資会社ハ三井一家ノ一人ヨリ成ル如シ、然ルヲ強テ法律ニテ会社ヲ為スニハ多人数ヲ要ストスルニ於テハ資本家ハ自己ノ欲スル会社ヲ設立スルヲ得ズ、強テ設立セントスルキハ無理ニモ法律ノ外形ヲ充タサント欲シ實際ニハ二人ナルニ表面上妻子兄弟使用人数等ヲ株主トシテ世ヲ瞞着スルニ至ルベシ」。<sup>(304)</sup>

5. 松波は、右の他にこの年英国および独国の会社法の紹介稿を公表しているが、とくにわが国の商法に対する提言を含むものではない。

6. この年のその他の論稿として、岡野敬次郎が依然として「商法雑題」を連載している。<sup>(305)</sup> とくに合資会社の有限責任社員の問題に関して、当時の商法六三条の準用を肯定して、直接責任説を主張している点に言及しておくべきであろう。<sup>(306)</sup> 他、会社法関連分野のものとして、取引所の意義を扱う長満欽司の論稿がある。<sup>(307)</sup>

#### ⑩明治四三年

1. 株主の固有権について論じた竹田省の論稿がある。<sup>(308)</sup> まず、株主の権利中どのような権利を固有権と認める

かについて、統一的な標準を立てることが可能か否かを考察している。

竹田は、統一的な基準を立てることが無益であることを説く。すなわち、法律が株主の固有権というものを定めるのは、ひとえに便宜と実際の必要とに従つたまでのことであるから、解釈としては各規定および定款の定める所にしたがつて各権利につき個別にこれを決する他ないと述べている。<sup>(309)</sup> ただ、法律は一方において特別決議をもって定款の変更を許容していることに鑑みれば「株式会社ノ本質、例へば株主ノ責任ノ有限又ハ其株主ノ権利ノ平等、ヲ破ラザル限リ別段の依ルベキ規定ナキトキハ固有権ヲ為サズト云ハザルベカラザルナリ」と述べている。<sup>(310)</sup>

右をふまえて、各個の株主の権利につき概略的な考察をしている。株主の議決権（当時の商法一六二条）、総会決議の無効宣言を求める権利（同一三六条）、会社帳簿の閲覧権（同一九一条二項）その他いわゆる少数株主権等については、強行規定に依る権利であるから固有権であるとしている。<sup>(311)</sup> 株券交付請求権については「吾人ハ吾商法ハ之ヲ絶対ニ必要トスト解スルヲ至当ト信ス」と述べている。

定款の定めによる株主の権利について、定款自体が定款の変更方法を定め、株主全員の同意または当該株主の同意がない限り定款の変更を許さないとした場合には、定款による株主の権利はすべて固有権となるとしている。<sup>(312)</sup>

定款変更の方法につき別段の定めのない場合または任意規定に関して定款に別段の定めをしなかつた場合については、一般の基準が無いので各場合につき決せざるをえないとする。<sup>(313)</sup> いくつかの例を検討しているが、発起人の受くべき特別の利益やいったん法律または定款の規定によって定められた大株主の議決権の制限の変更等の、ある株主に特別の利益は、その株主の同意がなければ変更することができないので、固有権と解するようである。<sup>(314)</sup> 株主が株券の種類を維持する権利、たとえば無記名株の全部又は一部を発行した後これを強制的に記名株に変

更することが、株主の同意なしになしうるかについて、固有毒でないとして肯定するようである。<sup>(37)</sup> 株主の自由譲渡の禁止または譲渡要件の加重についても通常の定款変更手続によって可能としている。<sup>(38)</sup> 利益の配当または残余財産分配権については、これらを固有毒と認める理由はないが、株式会社の営利法人たる性質上、多数決をもってこれらの権利を奪うことは許されないもので、株主の営利と相容れない程度においては、原始定款をもってしても、利益の配当および残余財産の分配をしないことはできないと解している。<sup>(39)</sup>

2. この年も梅謙次郎は、取締役の選任の性質について、わが商法の解釈論としては単独行為説に依らざるをえないとする主張を繰り返している。<sup>(40)</sup> しかし、注目すべきは、立法論としては、取締役に委任の規定を準用するのが便宜であるとの見解を新たに表明した点であろう。すでに、この年に行われていた会社法改正作業との関連で梅は以下のように述べている。

「此意見（取締役に委任の規定を準用すること）ハ法典編纂ノ当時ヨリ懐抱シテ居ツタ所ノ意見デアツテ、當時ハ行ハレナカッタノデアアルガ、只今御承知デアラウガ法律取調委員ナルモノヲ設ケテ商法ノ改正案ヲ調査シツツアル、私モ其席末ニ列ナツテ居ルノデアリマスガ、其法律取調委員会ニ於テ商法改正ノ必要アリト致サバ此等ノ点ハ或ハ改正ヲ要スル点デアアル、少ナクトモ今度商法ノ改正案ガ出ルニ付テハ此問題ハ一ノ大問題トシテ何トカ解決セラルルノデアラウト私共ハ想像致シマス」。<sup>(41)</sup>

梅は、取締役に委任の規定を準用することが以下の点で便宜であると述べている。「取締役に責任ト云フトモノハドウ云フモノデアアルカ、取締役ハ会社ノ事務ヲ執ル上ニ於テ如何程ノ注意ヲシタナラバ宜イモノカト云フコトハ問題ニナツテ居ルノデアリマス、私ハ民法ノ第六百四十四条ノ規定ヲバ此場合ニ特ニ準用セズトモ解釈上略ホ同ジ事ニ帰着スルト思ヒマスケレドモ、兎ニ角此問題ヲ明カニシテ居ラヌト云フコトハ明カニ法典ノ欠点デア

ルト思ヒマス……私共ノ意見カラ申スト委任ノ規定ヲ準用スルトシタナラバ此六百四十四条ガ準用セラルルカラシテ、即チ取締役ハ恰度委任ヲ受ケタル代理人ノ如ク善良ナル管理者ノ注意ヲ払ハナケレバナラヌト云フコトニナツテ都合ガヨイ、即チ便宜デアアル」。<sup>(42)</sup> 加えて、民法六五四条を準用する利点についても以下のように述べる。「任期ガ満チタ後或ハ辞任ヲ致シタル場合ニ取締役ハ何モ出来ナイト云フコトハナイ、後デモ急迫ナル事情アラバ必要ナル処分ヲ為ス事ガ出来ル、会社ニ対シ打棄テテ措ケヌ事ハシテヨロシイ、就中總會ヲ開ク必要アラバ開クコトガ出来ルトシタナラバ大變便利デアアル、サウナレバ議論ノ起リヤウガナイコトニナル」。<sup>(43)</sup>

結局梅は、「吾々ハ正シイ解釈ヲ取レバ単独行為説ヲ採ラナケレバナラヌ、ケレドモ……何ウモ夫レダケデア實際ニ於テ足ラヌカラシテ、此度商法ヲ改正スルニ当ツテ之レヲ改メ委任ニ関スル規定ヲ準用スル」<sup>(44)</sup> としている。しかし梅は、「性質ハ違フケレドモ委任ニ関スル規定ヲ取締役ノ選任ニ関シテ準用」<sup>(45)</sup> するとしているから、取締役の選任の性質に関しては、従来の単独行為説を維持したものと思われる。

3. 株式会社の監査役制度の改革について私見を述べた岡野敬次郎の論稿がある。<sup>(46)</sup>

岡野は、商法典の監査役制度について「立法上ノ見地ヨリ利害ノ講究スベキ余地アルノミナラズ修正ノ已ムベカラザルモノアリト雖我商法ノ主趣ハ大体ニ於テ敢テ不備ト云フベカラザルガ如シ」<sup>(47)</sup> と肯定的評価を与えている。しかし、監査役の現状は「法律ノ監査役ニ期待スル所一トシテ行ハレズ」<sup>(48)</sup> として、取締役の歛心を得なければその地位さえおぼつかず、常に取締役の鼻息をうかがい迎合し、計算書類には盲判を押しして事足りりとしていると分析している。<sup>(49)</sup>

右をふまえて、岡野は私論を展開するのであるが、まず「監査役ノ全廃ハ現状ヲ悲観スルノ甚シキモノニシテ予ハ之ニ与スル能ハズ又会社ノ監査ヲ私人ヨリ殺キ之ヲ国家ニ託セムトスルハ恰モ株式会社ノ設立ニ免許主義ヲ



復活スルト同ジク害アリテ益ナキノ拙策ナリ」と述べている。<sup>(30)</sup>

監査役の資格を株主に限るか否かに関しては「予ハ株主タルノ資格ハ法律ノ要件トセズ之ヲ各会社ノ便宜ニ委スルノ辦法タルヲ信ズル者ナリ」と説く。同一人が多数会社の監査役たることを制限すべきかについては、各会社の営業や資本の状況は区々であり、各人の能力もまた相異なっているから「一様ニ之ヲ律セムトスルハ拘子定規タルヲ免レザルノミナラズ之ヲ強行スルハ不可能ナリ」と述べる。<sup>(32)</sup> 監査役がその任務を分掌すべきかに関しては「予ヲ以テ之ヲ見レバ唯計算ノ調査ニ付イテハ監査役ハ必ズシモ団体トシテ行動スルヲ要セズ各員独立シテ監査権ヲ行フコトヲ得ベキノ意ヲ明ニシ職務ノ分担ニ関スル規定ハ總テ定款ニ譲ルノ外ナカルベシ、而シテ縦令分業ノ制ヲ定ムルモ監査役ノ一体トシテ責任ヲ負担スルノ原則ニ至テハ変更ヲ加フルノ限ニ在ラズ」とする。<sup>(33)</sup> 監査役の専門性に鑑みてその資格を法律によって定めるべきかについては「法律ヲ以テ画一ノ制ヲ命ズルハ絶対的不能ト云ハザルベカラズ」と説いている。<sup>(34)</sup>

4. 監査役制度の改革に関しては、松本丞治も一編の論稿を公表している。この論稿は、世上の監査役制度改正論は、おおむね英国会社法の常任検査役 (Auditor) を参照して、わが国の監査役制度の改正を唱えるものと評価しえるが、沿革および法制を異にする点をまったく看過した改正論であるから、直ちに賛同しがたいという姿勢で論じられたものである。

松本は、独法を範とするわが国の監査役制度が、会社重役の相談的立場にあつた大株主会が変遷の末に会社の監督機関たる監査役に進化したという沿革をふまえたものであり、したがって株主の利益のために会計の正否だけでなく業務監督権限をも有するものであることを指摘する。<sup>(36)</sup> これに対し、英国においては大株主会は最終的に重役会と合同するに致つたため、株主のために会計の正否を検査するために、常任検査役が生まれ、し

たがって常任検査役には業務監督権限が無いと説いている。<sup>(35)</sup> 右のような法制・沿革上の違いがあるのだから、英法の常任検査役を参考にしてわが国の監査役制度の改正を唱えるのは「恰モ英国ノ牛ヲ以テ我國ノ馬ニ比較シテ我産馬ノ改良ヲ計ラントスルガ如キ暴論ナリト謂ハザルベカラズ」と述べる。<sup>(38)</sup>

さらに進んで松本は、世上の監査役改正論者が提案した具体的意見の検討を行っている。

第一に、監査役を株主以外の者から選任することを可能にせよという提案について、以下のように考察している。監査役を株主に限るとしているわが商法の政策は、沿革上は根拠があるものであるが、「立法論トシテハ：大ニ考究ノ余地アリトス」。<sup>(39)</sup> しかし、怪訝に思うのは、わが商法は監査役と同様に取締役も株主中から選任せよとしているにもかかわらず、取締役の方について改正を唱える声がないことである。「適当ノ人材ヲ得ルニ難キノ点ハ監査役ヨリモ取締役ニ付テ一層切実ニ感ゼラレルベシ、……監査役ノミニ付テ株主ニ被選資格ヲ限定スルノ不可ナルコトヲ論ジ一言ヲモ取締役ニ及ボサザルハ蓋シ世上ノ改正論ノ浅薄ナルモノナルコトヲ表明スルモノト謂フベキカ」。<sup>(40)</sup> こう述べて、取締役をも含めて「余ハ取締役及ビ監査役ニ通ジテ法律ヲ以テ其被選資格ヲ株主ニ限局スルノ必要ナシト信ズ、之ヲ各会社ノ定款ニ任シテ可ナリ、株主中ニ適当ノ人物ヲ有セザル会社ハ株主以外ノ者ヨリ重役ヲ選任スルコトヲ得ルニ至リ實際上ノ便宜多カルベシ」と提言している。<sup>(41)</sup>

第二に、公許計算人制度を設けて、このような資格者を監査役に当てるという政策の是非を以下のように検討している。わが国の監査役は、英法上の常任検査役と異なり、「重要ナル会社業務ノ一般ノ監督機関ニシテ会社業務ノ全体ニ通曉関知セルモノニ非ザレバ十分ニ其職責ヲ尽クスコトヲ得ベカラズ」。<sup>(42)</sup> このような意義での監査役制度を廃止するなら別問題であるが、現行の重責を「職業的ノ計算人ニ託スルハ余ハ其可ナル所以ヲ知ラザルナリ」。<sup>(43)</sup> さらに、かかる専門家に監査役を委ねれば「却テ会社ノ計算上ヨリ得タル知識ヲ濫用シテ私利ヲ営ムガ

如キ者ヲ生ズルノ虞ナキヤ」<sup>(34)</sup>。こう述べて、消極論を展開している。

5. 株式会社において、株金払込の割合が異なる場合の利益配当および残余財産分配方法に関して、商法の改正を主張する毛戸勝元の論稿がある。<sup>(35)</sup>

当時の商法一九七条本文は「利益又ハ利息ノ配当ハ定款ニ依リテ払込ミタル株金額ノ割合ニ応シテ之ヲ為ス」と定めていた。毛戸はこれを改め、株金額と払込金額の双方を斟酌すべきであるとの主張を展開する。およそ以下のようなものである。

企業所得は、資本の利息・企業者の労力の報酬および企業利得の三つに分ちうるが、株式会社にあつては、企業者の労力の報酬は取締役および監査役に与えるべきもので、資本の利息および企業利得が株主に帰すべきものである。前者は放資額に応じ、後者は危険の程度に応じて株主に帰すべきものであろう。株式会社において株主は株金額に応じて危険を負担しており、株金全額を払い込んだ者もその四分の一を払い込んだ者も等しく株金額を失う危険を負担している。したがって、払込完了の株式と払込未了の株式とがあるときは、まず利益中から払込金額に応じて普通の利息分を配当し、その残額は株金額に応じて配当すべきである。一方で、利益が右の利息を配当するに足らないときは、少額の払込をした株主はその差額を他で運用しうるものであるから、まず多額の払込をした株主に払込の差額に応ずる利息を配当し、企業の利益がその配当をするにも不足するときは、割合に応じて配当額を減少させ、その不足額はこれに利息を付して次の営業年度の利益から優先的に支払うのが公平である。<sup>(36)</sup>

さらに当時の商法二二九条本文は、「残余財産ハ定款ニ依リテ払込ミタル株金額ノ割合ニ応シテ之ヲ株主二分配スルコトヲ要ス」と定めていた。毛戸は、わが商法上、残余財産とは会社の総資産から未払込額を控除したも

のであることは明白であるが、こう解しても右の主張は不公平であるとして以下の主張を展開している。

右の主義によれば、解散の直前に払込を命じるか否かによって、恣意的に一部の株主を利し、他の株主を害するという状況を生むことができる。かりに資本金二〇〇万円、内一〇〇万円は払込済の五〇円株から成り、他の一〇〇万円は株金四分の一払込の五〇円株から成ると仮定する。残余財産が五〇万円であれば、わが商法の規定に従えば、払込株金額一円に対する分配額は四〇銭(500,000÷1,250,000)であるから、全額払込済の株主は一株につき二〇円、四分の一払込の株主は一株につき五円の分配を受ける。しかし、もし解散直前に未払込株金七五万円を払い込ませると、残余財産は一二五万円となる。このとき、払込株金額一円に対する分配額は六二銭五厘(1,250,000÷2,000,000)となり、全株主が三一四二五銭の分配を受けることになる。そうとすれば、新たな払込をした株主は一株につき一一円二五銭の損失を被り、すでに全額を払い込んでいた株主は同額の利得を得ることになる。逆に、残余財産が二〇〇万円以上るときは、払込をなさせるか否かによって、右と反対の有利不利が生じる。したがって、株主間の公平を保つためには、残余財産中から、まず払込株金額を返還し、残額は株金額に応じて分配し、もし残余財産が払込金額を返還するのに不足するときは、その不足額を損失として株金額に応じて分配し、このために必要な額に限って払込未了の株主に払い込ませるべきである。<sup>(37)</sup>

6. 次いで、会社の組織変更は、その種類を問わず相互に自由に許されるべきであると主張する松波仁一郎の論稿がある。<sup>(38)</sup>

当時の商法は、一一八条において合資会社が有限責任社員欠缺の場合に合名会社として存続することを認め、二五二条において株式会社が進んで株式会社に組織変更することを認め、二四七条において株式合資会社が無限責任社員欠缺の場合に株式会社として存続することを認めるのみであった。以上に加えて松波は、二四六条

に株式会社合資会社が合資会社と同一の事由によつて解散するという旨の規定があるのを受けて、合資会社解散に関する右一一八条を準用して、わが商法の解釈上、株式会社合資会社が株主欠缺の場合に合名会社として存続することを認めると説くが、<sup>(34)</sup> いずれにせよ、当時の商法は、会社の組織変更をきわめて限定的に認めるにすぎなかつた。松波は、現在の立法はきわめて窮屈であるとして、より広範に会社の組織変更を認めるべく、類似主義、広認主義、無制限主義を比較検討する。

類似主義とは人的会社相互間、物的会社相互間の組織変更を各々自由に認めるといふものである。松波は、現行法が株式会社合資会社が進んで株式会社となるのを許容するにもかかわらず、合名会社が進んで合資会社となることおよび株式会社が進んで株式会社となることを認めないのは権衡を失すると主張している。<sup>(35)</sup> そして「今や此組織変更論ニ異議ヲ唱フル者少ナシ」と述べる。合名会社の社員は会社債権者の同意なく自由に退社できるのであるから、無限責任を負う者が減少して会社債権者に影響を与えることは通常の場合にも生ずるのであり、懸念があるならば、会社債権者保護規定を設ければ済むことであるとしている。<sup>(36)</sup> ただし、株式会社を株式会社に変更することについては以下のように述べている。「吾人ハ立法論トシテ株式会社合資会社ノ全廢ヲ企望シ現在成立セルモノヲ株式会社ニ変更スルハ認ムルモ最早新ニ株式会社ヲ設立シ或ハ既存ノ会社ヲ株式会社合資会社ニ変更スベカラズトイフモノナリ、然レドモ苟モ法律ガ株式会社ヲ良好ナリト認メテ株式会社ト併存セシムトセバ株式会社ヨリ変ジテ株式会社ト為スコトヲモ許サザルベカラズ」。松波は、類似主義にある程度の評価を与えつつも「変更ヲ之ニ止ムルハ狭隘ニ失ス」と述べている。

広認主義は組織変更をより広範に認め、さらに合名会社が株式会社または株式会社合資会社になること、合資会社が株式会社または株式会社合資会社になること等をも認めるものである。松波は、現実に三井合名会社が株式会社組織として再出発しようとした際にきわめて不便を感じたという例を引いて「会社ノ社員ガ会社ノ組織ヲ変更スルコトニ一致シ会社ノ債権者ハ何等ノ異議ヲ唱ヘザリシニ法律ニ組織変更ヲ認メザリシ為メ困難ヲ感ジタリ、此ハ決シテ一ノ三井合名会社ニ限ラズ、他ニモ多クアリ得ベシ、故ニ法律ニテ此変更ヲ許スベシ」と述べる。松波は、「類似論者ガ会社ハ組織ヲ変更シテ類似ノ会社ト為スコトヲ得ルモ異類ノ会社ト為スコトヲ得ズトイフ二十分ノ根拠ナシ」と断じ、会社債権者を害することを防止すれば足りるのであるから「余ハ広汎主義ニ賛成シ唯此ノ主義モ尚狭隘ニ失ストシテ採ラザルノミ」としている。<sup>(37)</sup>

無制限主義とは、およそ会社の組織変更をまったく自由であるとするものである。「未ダ我国ニ於テ之ヲ主張シタルモノヲ聞カス」と述べつつも、松波は「余ハ無制限主義ヲ主張ス」とする。外国では種々の沿革上の支障があつて一定の範囲でのみ組織変更を認めることがあつても「幸ニ我国ニハ沿革的故障ナキヲ以テ法理ニ協ヒ實際ニ便宜ナルコトハ直ニ実行スルヲ得」と述べている。その根拠として、合併について無制限主義を採る以上、組織変更についても無制限主義でよいと説いている。<sup>(38)</sup> さらに、わが現行商法の組織変更の規定が狭隘に失し、時勢に合わないがために「類似主義ヲ生ジテ類似会社ノ組織変更ノミニテハ尚時勢ニ合セズトシテ広認主義ヲ生ジタリトセバ何故ニ一歩ヲ進メテ無制限ト為サザルカ」と主張する。同族会社または少人数で組織した会社が物的会社として発足したときに、人的会社に組織変更する必要性を感じる場合もあるはずであると述べている。<sup>(39)</sup>

松波は、わが商法が会社の組織変更の性質論についてどのような主義を採っているかに関して、「会社が其組織ヲ変更スルトキハ実質ニ於テハ同一会社同人法人トシテ継続シ毫モ解散ヲ為サズ、而シテ形式ニ於テ旧会社其蹟ヲ止メズ新会社成立スルヲ観アリ、故ニ解散ト定款変更ノ折衷ナリトシ尤モヨク理論ト便宜ヲ調和シタルモノトス、要ハ此ノ如クシテ会社ト社会公衆ノ利益ヲ慮カリ而モ会社社員ノ少数者及ビ会社ト取引シタル第三者ヲ害セ

ザルニアリ、我商法ハ或会社ニ付キ此主義ヲトリ左ノ規定ニ其意ヲ示セリ<sup>(367)</sup>として、一一八条、二四七条、二五  
 四条に言及している。右の法意を活かして無制限主義を導入するにあたり、組織変更手続をいかに立法すべきか  
 に関し、松波は、あらゆる組織変更につき「理想上ノ公平ヲ得ルコト到底不能ニシテ之ニ近キモノヲ得ントスル  
 モ却テ煩雜ニ失スルヲ以テ或点マデセハ一律ニ規定スベシトノ論ヲ生ズ<sup>(368)</sup>」と述べる。会社が進んで組織変更をす  
 る場合に最も肝要なのは会社債権者の保護であるから「吾人ハ諸変更ノ間ニ統一ヲ得ル為メ且債権者ヲ保護スル  
 為メニ凡テノ場合ニ公告催告ヲ為サシメンコトヲ望ム……又財産目録貸借対照表ノ如キハ会社ノ組織変更ノ際ニ  
 ハ必ず作製セシムルヲ可トス……之ニ依リテ組織変更当時ノ会社財産ノ状況ヲ正確ニ知ルハ何人ニモ利益ナルベ  
 シ<sup>(369)</sup>」と説いている。そして、会社がやむをえず組織変更して存続する場合と会社が進んで組織変更する場合の手  
 続きを同一にするか否かはしばらく置き、少なくとも会社が進んで組織変更する場合の手続きは「各種ノ変更ニ  
 通ジテ同一ナルベシト主張ス、而シテ此共通ノ規定トシテ会社ノ組織変更ニハ会社ノ合併ノ規定ヲ準用センコト  
 ヲ主張ス<sup>(370)</sup>」と述べる。合併規定の準用が組織変更手続に資する旨を考察し、その主張をしめくくっている。

7. 右の論稿に関連して、会社の組織変更については、岡野敬次郎も「商法雑題」中で言及している<sup>(371)</sup>。おそら  
 く、岡野は、松波の右の論稿を目にすることなく組織変更を考察したのであるう、無制限主義については「予ノ  
 寡聞ナルノ故カ未ダ学説トシテ之ヲ知ラズ又立法トシテ嘗テ其ノ例ヲ知ラザルナリ<sup>(372)</sup>」と述べている。

岡野は、人的会社と物的会社の組織変更を否定する立場から、三井合名会社の例も参照しつつ、以下のように  
 述べている。「資本的組織ト個人組織（前後の文脈から物的会社と人的会社を指すようである）トハ全然其ノ  
 服従スル法規ヲ異ニスルモノニシテ其ノ間共通ノ思想一トシテ存スルモノナキハ我商法ノ所定ヲ通覽セバ法律家  
 ニ非ザル者モ尚ホ能ク之ヲ看取スルヲ得ベキナリ、予ハ茲ニ其ノ例証ヲ挙示スルノ愚ヲ為サズト雖二者相互的変

通ノ途ヲ啓クハ所謂空中ノ樓閣タルニ過ギズ、予ハ真ニ実益ノ那辺ニ存スルカヲ窺フ能ハズ、近者三井合名会社  
 方数個ノ株式会社ト為リタルノ例ヲ捉へ来テ直チニ之ヲ実業界ノ活問題トシ而シテ更ニ進デ此ノ場合ニ処スルノ  
 規定ヲ法典ニ設ケムトスルハ法理ヲ顧ミズ事体ノ真相ヲ窮メザル輕挙ト断ズルニ躊躇セザルナリ<sup>(373)</sup>」。

8. 次に、端的に「会社重役厳罰論」と題する松並仁一郎の論稿<sup>(374)</sup>を挙げる事ができる。

会社の取締役は会社の受任者として業務を執行するのであるし、大多数の信任を受けて巨額の財産を左右する  
 からには、通常の善管注意義務以上の義務を負うべきであるから、「其地位ト責任ヲ省ミス其任務ニ背キ会社ニ  
 損害ヲ加フルトキハ之ヲ厳罰スルハ至当ナリ<sup>(375)</sup>」と述べ、民法上の不法行為責任といった制裁のみで満足すること  
 はできず、「此外ニ民事罰又ハ商事罰ヲ科シ進デ刑法ヲ適用シテ刑事罰ヲ科シ遂ニ普通刑法ノ規定ニテ足ラズ  
 トシ特ニ会社法ニ嚴重ナル規定ヲ設クベシトイフモノナリ<sup>(376)</sup>」としている。

明治四〇年の刑法がその二四七条に背任罪を設けたことにつき「一般人ノ背信方面ニ於テ此進歩アリトセバ取  
 締役ノ背信方面ニ於テモ或進歩ナカルベカラズ<sup>(377)</sup>」と述べる。そして「時勢ニ応ジテ会社ノ重役ヲ適当ニ処罰セン  
 ニハ刑法以外ノ法令ニ適當ノ規定ヲ為サザルベカラズ、故ニ吾人ハ会社ノ重役ニハ刑法ニ規定スルモノヲ適用シ  
 得ル限りハ之ヲ適用シ足ラザルモノハ特別法令ニテ規定スベシ、又刑法ニ規定スル行為ニシテ会社ノ重役ガ為ス  
 場合ニ刑法刑罰ヲ適用スルハ輕キニ失ストスレバ特別ノ厳刑ヲ規定スベシトイフナリ<sup>(378)</sup>」とする。規定の設置につ  
 き「刑法以外ニ会社ノ重役ヲ処罰スベキ規定ヲ設クトセバ之ヲ会社法中ニ置クベシ……刑罰ノ規定ヲ商法中ニ置  
 クハ公私法ノ混合ナリト難ズル者アルモ公私ノ規定ヲ混合スルモ不可ナシ<sup>(379)</sup>」と主張する。

会社法中に厳罰を規定すれば、外国人がわが商業道德を疑うのではないかという批判に対しては、「我國ノ実  
 業界ヲ革新シテ我公衆ヲ保護スル為メニハ外国人トノ取引ヲ犠牲トスルモ止ムヲ得ザルナリ<sup>(380)</sup>」とまで述べるが、

厳罰規定を設けることにより「却テ之ガ為メニ日本会社ノ信用スベキ理由ヲ見テ漸々取引ヲ多クスルニ至ラン」と説いている。右のように断じるほどであるから、松波の眼に「不幸ニシテ現在ノ我国ニ不徳ノ重役多ク又不正ヲ為ス重役多シ」と映った状況は、相当地に深刻なものであったと思われる。

こうして松波は、特別背任罪を設けることを強く主張している。その構成要件や刑罰の程度に至るまで具体的な提言をしているが、本稿においては省略する。

9. その他の論稿として、営利法人の観念について論じた松本丞治の論稿<sup>(382)</sup>がある。また会社法それ自体と直接の関連はないが、松本は、この年に「民商二法統一論」と題する論稿<sup>(383)</sup>を著わしている。また、フランス株式会社法の改正およびロシア会社法改正の事情が紹介されている。

(33) 岸本辰雄「会社改良論」明治法学三三号(明治三四年)一頁以下。

(34) 同前三頁。

(35) 同前。

(36) 同前四頁。

(37) 同前四―五頁。

(38) 同前七頁。

(39) 同前八頁。

(40) 同前一〇頁。

(41) 同前一頁。

(42) 同前。

(43) 同前。

(44) 同前二―三頁。

(45) 同前三頁。

(46) 同前四頁。

(47) 同前五頁。

(48) 同前。

(49) 同前四―五頁。

(50) 同前一六頁。

(51) 同前一九頁。

(52) 同前二頁。

(53) 同前二―三頁。

(54) 同前四頁。

(55) 山本宮市「株主権ハ債権ナリヤ否ヤ(1)―(2)」法学新報一二〇号(明治三四年)七二頁以下、同二二七―三頁以下。

(56) 雑報「英国の新会社法」法学新報一二八号(明治三四年)五六頁以下。

(57) 会説「株金請求事件と実業家」明治法学四九号(明治三五年)三一―四頁。

(58) 雑報「検査役の辞任及増加」法学志林三五号(明治三五年)七九―八一頁参照。

(59) 雑報「検査役の報酬と費用」法学志林三五号(明治三五年)八一―八二頁参照。

(60) 志田鉦太郎「外国会社」法学志林三八号(明治三五年)一四頁以下。

(61) 同前一八―二二頁参照。

(62) 同前二頁。

- (63) 同前二二一—二五頁参照。
- (64) 同前二六—二七頁参照。
- (65) 梅謙次郎「判批」法学志林三六号(明治三五年)一頁以下。
- (66) 和仁貞吉「会社ノ營業」明治法学三七号(明治三五年)一一頁以下。
- (67) 松本蒸治「株式競売」(商法第五百三十三條)ニ因リテ生シタル余剰金ノ帰屬權利者ニ就テ」法学新報一二卷五号(明治三五年)一八頁以下。
- (68) 同前二—二三頁参照。
- (69) 市村富久「有限責任ニ付テ」法学協會雜誌二〇卷(明治三五年)八五九頁以下。
- (70) 甲野吉蔵「現今經濟社会ニ於ケル株式会社ヲ論ス」明治法学三四号(明治三五年)九頁以下。
- (71) 岡本芳二郎「レーメー博士日本商法評論(1)―(7)」明治法学五三号(明治三六年)九頁以下、同五四号二二頁以下、同五七号二八頁以下、同五八号三二頁以下、同六一号三三頁以下、同六三号二九頁以下、同七七号(明治三七年)一三頁以下。
- (72) 同前五三号一一頁。
- (73) 同前五八号四二頁。
- (74) 同前四三頁。
- (75) 同前七七号一三一—一四頁。
- (76) 富谷銚太郎「株式会社ノ總會決議ノ無効宣言ヲ目的トスル手續規定」法学志林四四号(明治三六年)二二頁以下。
- (77) 同前二六頁参照。
- (78) 同前二七—二八頁参照。
- (79) 同前二九頁参照。
- (80) 同前参照。
- (81) 同前三〇頁参照。
- (82) 同前三二頁参照。
- (83) 同前三—三三頁参照。
- (84) 同前三四頁。
- (85) 岡野敬次郎「株式会社清算ノ場合ニ於ケル損益分配」法学志林四七号(明治三六年)八頁以下。
- (86) 同前一〇—一一頁参照。
- (87) 同前一三一—三四頁。
- (88) 同前一四—一六頁。
- (89) 同前一六頁。
- (90) 岡野敬次郎「商法雜題」法学新報二三卷一号(明治三六年)三一頁以下、同二号一〇頁以下、同六号一頁以下。
- (91) 同前一号三—三三頁参照。
- (92) 同前三五—三六頁参照。
- (93) 同前二号一三一—三四頁参照。
- (94) 同前六号一頁。
- (95) 同前五頁参照。
- (96) 同前八—九頁参照。
- (97) 岡野敬次郎「株式会社資本ノ減少ニ就テ」法学新報二三卷五号(明治三六年)一頁以下。
- (98) 同前一三頁。
- (99) 同前一二頁。

- (119) 梅謙次郎「外国法人ニ就テ」法学志林四六号(明治三六年)五六頁。
- (120) 梅謙次郎「判批」法学志林五〇号(明治三六年)一六頁。
- (121) 同前一七頁。
- (122) 同前一七一―一八頁。
- (123) 同前一八頁。
- (124) 同前。
- (125) 富谷銈太郎「商法第六十三条ノ適用ニ就テ」明治法学六四号(明治三六年)二四頁以下。
- (126) 則井平吉「株式ヲ引受セサル発起人ヲ認ムルヤ」明治法学五七号(明治三六年)五五頁以下。
- (127) 志田鉦太郎「会社法論」法学協会雑誌二卷(明治三六年)一三頁以下、一八〇頁以下、三四二頁以下。
- (128) 片山義勝「取締役又は監査役と会社との關係に就て松本法学士の高教を仰ぐ」法学協会雑誌二卷(明治三七年)二二―二三年頁。
- (129) 同前一二六頁。
- (130) 松本丞治「取締役又は監査役と会社との關係に付き片山君に答ふ」法学協会雑誌二卷(明治三七年)三九五頁。
- (131) 同前。
- (132) 同前三九六―三九七頁。
- (133) 同前三九七頁。
- (134) 松本丞治「会社ノ自己ノ株式ノ取得ヲ論ス」法学志林五五号(明治三七年)一〇頁以下。
- (135) 同前一九頁。
- (136) 同前一九―二〇頁。
- (137) 同前一〇頁。

- (100) 同前一六一―一八頁。
- (101) 同前一八頁。
- (102) 松本丞治「取締役又は監査役と会社との關係に就て」法学協会雑誌二卷(明治三六年)一七七〇頁以下。
- (103) 志田鉦太郎・日本商法論第二編会社(第七版・明治三五年)五一八―五一九頁。
- (104) 松本・注(102)前掲一七七四頁。
- (105) 同前一七七五頁。
- (106) 同前一七七七頁。
- (107) 井上健一郎「取締役ノ責任ニ付テ」明治法学五三号(明治三六年)六七頁以下。
- (108) 同前六九―七〇頁。
- (109) 岸本辰雄「会社重役ノ辞任ニ関スル慣例ノ誤ヲ正ス」明治法学五五号(明治三六年)七頁以下。
- (110) 同前九頁。
- (111) 同前九―一〇頁。
- (112) 同前一一―一二頁。
- (113) 同前一二―一三頁参照。
- (114) 片山義勝「取締役及監査役の資格發生及び消滅の時期を論じて大審院及び東京地方裁判所の判決に及ぶ」法学協会雑誌二卷(明治三六年)一六〇四頁以下、とくに一六一四頁参照。
- (115) 山田三良「商法第二百五十八條ニ就テ」法学協会雑誌二卷(明治三六年)六五九頁以下。
- (116) 同前六六八頁参照。
- (117) 同前六七三―六七五頁参照。
- (118) 同前六七五―六七六頁参照。

- (138) 同前二二頁。
- (139) 同前。
- (140) 同前三三頁。
- (141) 松本丞治「会社ノ設立ヲ論ス」法学新報一四卷一―一四頁以下。
- (142) 同前一〇一―一四頁、なお一四頁。
- (143) 志田・注(127)前掲二二頁。
- (144) 松本・注(141)前掲一五頁。
- (145) 志田・注(127)前掲一八四頁。
- (146) 松本・注(141)前掲一五―一六頁。
- (147) 松本丞治「取締役ノ法律上ノ性質」法学新報一四卷六号(明治三七年)一三頁以下。
- (148) 同前一三一―四頁参照。
- (149) 同前一四一―五頁。
- (150) 同前一五一―六頁。
- (151) 同前一八頁。
- (152) 同前。
- (153) 同前一八一―九頁。
- (154) 同前一九頁。
- (155) 小林銀造「取締役ノ法律上ノ性質ニ付テ松本学士ニ質ス」法学新報一四卷七号(明治三七年)七二頁。同前。
- (156) 同前。
- (157) 松本丞治「株金不払ニ因ル株主ノ失権ニ就テ」法学協会雜誌二二卷(明治三七年)一九六頁以下。
- (158) 松本丞治「法人ノ本質ヲ論ズ」法学志林五七号(明治三七年)一頁以下。
- (159) 松本丞治「財産目録ニ記載スベキ財産及ヒ其評價」法学志林六一号(明治三七年)一六頁以下。
- (160) 松波仁一郎「合名会社ノ社員ニ非ザル者ヲ業務執行員ト為スコトヲ得ズ(1)―(2)」明治法学六六号(明治三七年)九頁以下、同六七号二〇頁以下。
- (161) 同前六七号二一―二二頁。
- (162) 淡薔薇「株式の配当は申込に対する承諾なる乎」明治法学六八号(明治三七年)四八頁以下。
- (163) 同前五〇頁参照。
- (164) 梅謙次郎「判批」法学志林五五号(明治三七年)七頁以下。
- (165) 同前七―八頁。
- (166) 同前八頁。
- (167) 片山義勝「会社ハ会社ノ社員タルコトヲ得ルカ(1)―(2)」法学新報一五卷二二号(明治三八年)二四頁以下、同二三号五三頁以下。
- (168) 同前一二号二五頁、二八頁、三〇頁等参照。
- (169) 同前一三号五九頁。
- (170) 同前六〇頁。
- (171) 宮代又治「法人ノ入社能力」明治学報八八号(明治三八年)六一頁以下。
- (172) 松本丞治「法人ノ能力ヲ論ズ」法学志林七卷二号(明治三八年)七頁以下。
- (173) 同前九―一〇頁。
- (174) 松本丞治「株式引受ノ法律上ノ性質」法学新報一五卷一号(明治三八年)一三頁以下。
- (175) 同前一九頁。



- (176) 同前二〇頁。  
 (177) 同前二頁。  
 (178) 高根義人「有限責任論(1)―(2)」法学新報一五巻一―二頁(明治三八年)一頁以下、同一三―四頁以下。  
 (179) 岡野敬次郎「商法雜題」法学新報一五巻一―二頁(明治三八年)六頁以下。  
 (180) 同前九頁。  
 (181) 梅謙次郎「判批」法学志林七巻三―四頁(明治三八年)三八頁以下。  
 (182) 同前三八―三九頁。  
 (183) 松波仁一郎「記名株讓渡ノ禁止」明治学報一〇三―四頁(明治三八年)四八頁以下。  
 (184) 同前四九頁参照。  
 (185) 同前五頁。  
 (186) 同前五四頁参照。  
 (187) 同前五五頁。  
 (188) 同前五六頁。  
 (189) 同前五七―五八頁参照。  
 (190) 同前六〇―六一頁参照。  
 (191) 松波仁一郎「私法上ノ代表ヲ論ス」法学志林八巻三―四頁(明治三九年)一頁以下。  
 (192) 同前一八頁参照。  
 (193) 同前三〇―三二頁参照。  
 (194) 同前三三頁参照。  
 (195) 同前三四―三五頁参照。  
 (196) 松波仁一郎「取締役選任論」法学新報一六巻四号(明治三九年)一頁以下。  
 (197) 同前二三頁。  
 (198) 同前一四頁。  
 (199) 松波仁一郎「取締役辭任論」法学新報一六巻六号(明治三九年)一頁以下。  
 (200) 同前一〇―一一頁、七頁参照。  
 (201) 同前一五―一六頁参照。  
 (202) 梅謙次郎「判批」法学志林八巻三―四頁(明治三九年)五六頁、同「取締役辭任論」ニ関シ松波君ニ答フ」法学志林八巻六号(明治三九年)五六―五七頁参照。  
 (203) 岡野敬次郎「失権株主ノ義務ノ性質」法学新報一六巻四号(明治三九年)五三頁以下。  
 (204) 同前五三―五四頁。  
 (205) 同前五五―五六頁参照。  
 (206) 同前五六―五七頁参照。  
 (207) 高橋繁三「日本興業銀行改正法ト商法」法学協会雜誌二四巻(明治三九年)九六七頁以下。  
 (208) 志田鉦太郎「法人ハ擬制ニ基ツクモノニ非サル所以ヲ論ス(1)―(2)」法学新報一六巻四号(明治三九年)三〇頁以下、同一一―四頁以下。  
 (209) 一関泰彦「民事会社ト商事会社トノ關係」明治学報一〇七号(明治三九年)四九頁以下。  
 (210) 篠崎昇「会社ハ他ノ会社ノ機關トナルコトヲ得ルカ」法学協会雜誌二四巻五五頁以下、同一八二頁以下。  
 (211) 佐々木与三「合名会社ノ持分讓受人ト間接訴權」明治学報一〇一―二頁(明治三九年)六一頁以下。  
 (212) 佐竹三吉「会社ノ合併ヲ論ス」法学新報一六巻七号(明治三九年)一〇頁以下。  
 (213) 三橋久美「株金払込ニ就テ」明治学報一〇一―二頁(明治三九年)一五頁以下。

- (214) 梅謙次郎「判批」法学志林八巻一号(明治三九年)四二―四三頁参照。
- (215) 片山義勝「謂ユル株式会社ノ事実上ノ合併ヲ論ス」法学新報一七巻二号(明治四〇年)八頁以下。
- (216) 同前九頁参照。
- (217) 同前一〇―一一頁参照。
- (218) 同前一二―一四頁参照。
- (219) 同前一五―一六頁参照。
- (220) 同前一六頁参照。
- (221) 岡野敬次郎「株式会社ト其取締役トノ間ニ於ケル取引及ヒ其効力ニ就テ」法学新報一七巻七号(明治四〇年)一三頁以下。
- (222) 同前一四―一五頁参照。
- (223) 同前一五頁。
- (224) 同前一六頁。
- (225) 同前一八―一九頁。
- (226) 志田錚太郎「合資会社ニ於ケル有限責任社員ノ責任」法学志林九巻一号(明治四〇年)二五八頁以下。
- (227) 同前二六〇―二六一頁参照。
- (228) 同前二六一頁参照。
- (229) 同前参照。
- (230) 同前二六三頁参照。
- (231) 石原三郎「記名株式ノ担保ニ就テ」法学志林九巻一〇号(明治四〇年)四五頁以下。
- (232) 同前四八頁参照。
- (233) 同前四八―四九頁参照。
- (234) 同前五〇―五一頁参照。
- (235) 同前五二頁。
- (236) 同前五四―五六頁参照。
- (237) 同前五六頁。
- (238) 同前五九頁。
- (239) 同前六一頁参照。
- (240) 同前六一―六四頁参照。
- (241) 岡野敬次郎「判批」法学新報一七巻一号(明治四〇年)四二頁以下。
- (242) 同前四三頁。
- (243) 同前四三―四四頁。
- (244) 同前四四頁。
- (245) 柏木山人「株式会社不成立の場合に於ける發起人の責任」法学志林九巻九号(明治四〇年)五三頁以下。
- (246) 梅謙次郎「取締役ノ選任ハ単独行為ナルカヲ待テ承諾ヲ待テ始メテ成立スルカ」法学志林一〇巻六号(明治四一年)四九頁以下。
- (247) 同前五三頁。
- (248) 同前参照。
- (249) 同前五四頁。
- (250) 同前。
- (251) 同前。

- (252) 同前五四―五五頁。
- (253) 同前五七頁。
- (254) 志田鉦太郎「株式会社カ事業ニ着手シタル後其設立ノ無効ヲ発見シタル場合ニ為スヘキ清算ヲ論ス」法学協会雑誌二六巻(明治四一年)二七二頁以下。
- (255) 同前二七七頁。
- (256) 同前二七七―二七八頁。
- (257) 同前二七八頁。
- (258) 同前二七九頁。
- (259) 同前。
- (260) 同前二八〇頁。
- (261) 岡野敬次郎「営利社団と商事会社」法学新報一八巻一〇号(明治四一年)一頁以下。
- (262) 同前四―五頁参照。
- (263) 同前五頁。
- (264) 同前六―七頁参照。
- (265) 同前一三頁参照。
- (266) 同前八頁。
- (267) 前田直之助「二名ヨリ成ル合名会社ニ於ケル社員ノ除名」明治法学二二六号(明治四一年)一一頁以下。
- (268) 同前一六―一七頁参照。
- (269) 同前一七頁。
- (270) 清瀬一郎「法人ハ会社ノ監査役ニ選任セラルルコトヲ得サルヤ」京都法学会雑誌三巻八号(明治四一年)一二八頁以下。
- (271) 同前一三一頁。
- (272) 同前一三〇頁。
- (273) 同前二二―二三頁参照。
- (274) 山田三良「商法修正案ト国際私法的規定」法学協会雑誌二六巻(明治四一年)七二六頁以下。
- (275) 同前七二〇頁参照。
- (276) 同前七二〇―七二二頁。
- (277) 岡野敬次郎「商法雜題」法学新報一八巻一号(明治四一年)三一頁以下。
- (278) 戸田海市「取引所改善策」京都法学会雑誌三巻二二号(明治四一年)一頁以下。
- (279) 仁保亀松「法律ト経済ノ關係ニ付テ」京都法学会雑誌三巻一〇号(明治四一年)一頁以下。
- (280) 同前一二頁。
- (281) 松波仁一郎「株式会社存廢論(1)―(2)」法学新法一九巻八号(明治四二年)二〇頁以下、同九号二三頁以下。
- (282) 同前八号三一―三二頁。
- (283) 同前九号二三頁。
- (284) 同前三―五頁参照。
- (285) 同前二四頁。
- (286) 同前二五頁参照。
- (287) 同前二六頁。
- (288) 同前。
- (289) 西脇晋「取締役ノ責任ヲ論ス」法学志林一一巻四号(明治四二年)一頁以下。

頁以下。

- (290) 同前二二三頁。  
 (291) 同前五頁。  
 (292) 同前七七八頁。  
 (293) 同前八頁。  
 (294) 同前九頁。  
 (295) 同前一四一一五頁参照。  
 (296) 同前二頁。  
 (297) 毛戸勝元「会社合併論」京都法学会雑誌四卷七号(明治四二年)二二頁以下。  
 (298) 同前二六頁。  
 (299) 同前参照。  
 (300) 同前参照。  
 (301) 同前二六一二七頁。  
 (302) 同前三二頁参照。  
 (303) 松波仁一郎「英国新会社法ノ私会社」法学志林一一卷一号(明治四二年)七頁以下。  
 (304) 同前一頁。  
 (305) 松波仁一郎「英国会社法論」法学新報一九卷四号(明治四二年)一頁以下、同「独逸会社論」法学協会雑誌二七巻(明治四二年)六七頁以下。  
 (306) 岡野敬次郎「商法雜題」法学新報一九卷二号(明治四二年)二四頁以下、同九号六頁以下、同一〇号一頁以下。  
 (307) 同前一〇号五—六頁参照。  
 (308) 長満欽司「取引所ノ意義及性質(1)―(2)」法学志林一一卷七号(明治四二年)三五頁以下、同八号二九頁以下。  
 (309) 竹田省「株主ノ固有権ヲ論ス」京都法学会雑誌五卷七号(明治四三年)四三頁以下。  
 (310) 同前五八—五九頁参照。  
 (311) 同前五九頁。  
 (312) 同前五九—六〇頁。  
 (313) 同前六〇頁。  
 (314) 同前六一頁。  
 (315) 同前六二頁参照。  
 (316) 同前六二—六三頁参照。  
 (317) 同前六三—六四頁参照。  
 (318) 同前六四—六五頁参照。  
 (319) 同前六六—六七頁参照。  
 (320) 梅謙次郎「取締役ノ選任ノ性質」法学志林一一卷八号(明治四三年)一頁以下。  
 (321) 同前一一—一二頁。  
 (322) 同前三三頁。  
 (323) 同前二五頁。  
 (234) 同前二五—二六頁。  
 (235) 同前二六頁。  
 (326) 岡野敬次郎「株式会社ノ監査制度ニ就テ」法学協会雑誌二八巻(明治四三年)三六頁以下。  
 (327) 同前三八頁。  
 (328) 同前。

- (349) 同前七五三頁参照。
- (350) 同前七五六頁参照。
- (351) 同前七五八頁。
- (352) 同前七五八―七五九頁。
- (353) 同前七六〇頁。
- (354) 同前七六一頁。
- (355) 同前七六一―七六三頁。
- (356) 同前七六三頁。
- (357) 同前。
- (358) 同前七六四頁。
- (359) 同前。
- (360) 同前。
- (361) 同前参照。
- (362) 同前。
- (363) 同前七六六―七六七頁。
- (364) 同前八九二頁。
- (365) 同前八九四頁。
- (366) 同前八九六―八九七頁。
- (367) 同前八九八頁。
- (368) 同前八九九―九〇六頁参照。

- (329) 同前三八―三九頁参照。
- (330) 同前三九頁。
- (331) 同前四〇頁。
- (332) 同前四一頁。
- (333) 同前四二―四三頁。
- (334) 同前四四頁。
- (335) 松本蒸治「監査役制度ノ改正問題ニ付テ」法学協会雑誌二八巻(明治四三年)七八一頁以下。
- (336) 同前七八二頁参照。
- (337) 同前七八二―七八三頁参照。
- (338) 同前七八三頁。
- (339) 同前七八六頁。
- (340) 同前。
- (341) 同前七八七頁。
- (342) 同前。
- (343) 同前。
- (344) 同前七八八頁。
- (345) 毛戸勝元「株式会社ノ利益及残余財産分配ノ割合ヲ論ス」京都法学雑誌五巻三号(明治四三年)一頁以下。
- (346) 同前四一五頁参照。
- (347) 同前七一八頁参照。
- (348) 松波仁一郎「会社組織変更論(1)―(2)」法学協会雑誌二八巻(明治四三年)七四四頁以下、同八八七頁以下。

- (369) 岡野敬次郎「商法雑題」法学新報二〇巻六号(明治四三年)一頁以下。
- (370) 同前五頁。
- (371) 同前。
- (372) 松波仁一郎「会社重役厳罰論」京都法学会雑誌五巻九号(明治四三年)一頁以下。
- (373) 同前三頁。
- (374) 同前。
- (375) 同前四頁。
- (376) 同前六頁。
- (377) 同前六一七頁。
- (378) 同前八頁。
- (379) 同前九頁。
- (380) 同前七頁。
- (381) 同前三頁以下参照。
- (382) 松本丞治「営利法人ノ觀念(1)―(2)」法学協会雑誌二八巻(明治四三年)三五―五四頁以下。
- (383) 松本丞治「民商ニ法統一論(1)―(2)」法学志林二二巻一号(明治四三年)一一頁以下、同四号一六頁以下。
- (384) 時報「仏国株式会社の修正」京都法学会雑誌五巻一号(明治四三年)一七四頁以下、雑報「仏国株式会社法の改正」法学新報二〇巻一号(明治四三年)一一三頁以下。
- (385) 雑報「露国会社法改正意見」法学新報二〇巻一号(明治四三年)一一九頁以下。  
(平成一〇年四月一九日稿・未完)

資料1 大審院会社法関連判例の概観——明治三

三年から明治四三年

以下に掲げた判例は、明治三二年商法(明治三二年法律第四八号)施行後における会社法に関連する大審院判例である。もちろん、これらの中には今日的観点からは顧みる価値すら無いものも含まれている。これらをまとめたのは、当時の会社法務事情を素描する資料とするためである。明治三六年までは、旧商法に関連するものも取り上げている。引用にあたっては、適宜、濁点および読点を付してある。条文に関しては、明治四四年改正前商法〇条と記すべきところ、すべて単に商法〇条と記してある。

【1】大審院明治三三年四月一六日決定民録六輯四巻七〇頁

商法五三条の解釈に関するものである。商法五三条は、会社の登記事項(商五一条一項)に「変更ヲ生シタルトキハ」二週間以内に本店および支店の所在地で登記をしなければならぬ旨を定めていたが、ある株式会社が支店を廃止したにもかかわらず、二週間以内の登記を怠ったため、

取締役らが過料に処せられた。取締役らはこれを不服として抗告したものである。取締役らの主張は、商法一五条は「登記シタル事項ニ変更ヲ生シ又ハ其事項力消滅シタルトキハ当事者ハ遅滞ナク変更又ハ消滅ノ登記ヲ為スコトヲ要ス」と定めており、この条文の表現との対比において、五三条の「変更」には「消滅」が含まれないというものである。

「商法第五十三条ニハ第五十一条第一項ニ掲ゲタル事項中ニ変更ヲ生シタルトキハ云々其登記ヲ為スヲ要ストノミアリテ消滅ニ関スル場合ニ付何等ノ規定ヲ設クル所ナシ、然レバ第五十一条ニ由リ登記シタル事項ニ異同ヲ生シタルトキハ其異同ハ単ニ変更ニ係ルト将タ廃止ニ係ルトヲ問ハズ総テ変更登記トシテ登記スベキ律意ナリト解スルヲ相当トス、又第十五条ニアル登記シタル事項が消滅シタルトキハ云々消滅ノ登記ヲ為スコトヲ要ストノ規定ハ第五条第七條等ニ由リ登録シタル事項が全ク無用ニ帰シ消滅シタルガ如キ場合ニ適用スベキモノニシテ本件ノ如キ場合ニ応用スベキモノニアラズ」。

【2】大審院明治三三年七月二日決定民録六輯七巻四頁ある株式会社の株主が、当該会社の創業以来の業務およ

び会社財産の状況を調査させる目的で裁判所に検査役の選任を求めたところ(商一九八条)、原審において、一九八条の法意は、会社の現在の状況を調査させるために検査役の選任請求が認められるにすぎないものと判断されたことを受けて、株主が抗告したものである。

「商法第九十八条ノ株主ノ請求ニ因リ会社ノ業務及ビ会社財産ノ状況ヲ調査セシムルコトニ付テハ法律上別ニ何等ノ制限アラザルヲ以テ独リ現在ノ事ニ止マラズ必要アルニ於テハ既往ニ遡リ調査セシム可キモノト解セザル可カラズ、何トナレバ此規定ハ株主保護ノ為メニ設ケ株主ヲシテ会社ノ事ニ関シテハ既往及ビ現在ノ事ヲ知ルコトヲ得セシムル為メナレバ単ニ現在ノ事ノミヲ調査セシムルノミニテ既往ノ事ヲ調査セシムルコトヲ得ザルモノトスルトキハ事ノ既往ニ関スルモノハ毫モ知ルコトヲ得ズ、從テ現在ノ事ヲ詳悉スルヲ得ザルコト之レアル可ケレバナリ」。

【3】大審院明治三十三年二月一日判決民録六輯一一卷一頁

旧商法一六七条および一六八条によれば、株式会社が会社設立の免許を得たときは、株主にすみやかに各株式につき少くとも四分の一の金額を払い込ませ、その払込みの完

ある株式会社の所在地の住所表示が変更された際に、商法五三条にもとづく変更登記を怠ったとして過料に処せられた取締役が、商法五一条一項に掲げた事項の「変更」を、登記にかかる住所表示の変更をも含めて広義に解するのは不当であるとして抗告したものである。

「第五十三条ノ規定ハ事項其モノ即チ本支店ノ位置ニ變更ヲ生ジタル場合ト解シ得ルノ外該文詞中原裁判ノ如ク広義ニ之ヲ解スルノ余地存セザルモノトス」。

【5】大審院明治三十四年二月四日決定民録七輯二卷二四頁

前掲【4】と同様の事案に関するもので、同旨をくりかえし述べたものである。

【6】大審院明治三十四年三月一九日判決民録七輯三卷六五頁

事実の概要は必ずしも明らかではないが、株式会社の清算人が、株主に対して未払株金の払込みを求めたものである。清算人らは、会社に現存する財産が会社の債務を完済するのに不十分であるから、払込金を払込むよう求めたのである。その際、商法九二条の「会社ニ現存スル財産」の解釈が問題となった。清算人らは、「現存スル」という文

了後、一四日以内に設立登記をなすべきことになっていたところが、四分の一の株金の払込みがなかったにもかかわらず、設立登記のなされた会社があった。事実の概要は必ずしも明らかではないが、その会社には法人資格が認められないはずなのに、原審が当該会社の法人資格ひいては訴訟当事者資格を認めて判決を言い渡したことが違法であるとして、上告がなされたものである。

「株式会社設立ノ登記ヲ為スニ当リ各株式ニ付キ少クモ四分ノ一ノ金額払込アルニ非ザレバ其登記ノ適法ナラザルコトハ旧商法第六十七条及ビ第六十八条ノ規定ニ依リテ明白ナリト雖モ之ガ為メ登記ハ当然無効ニ帰スベキ規定存ザルヲ以テ苟モ其登記ノ取消サレザル間ハ会社ノ法人資格ハ株主及ビ他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ベキハ固ヨリ論ヲ待タズ、何トナレバ会社ノ法人資格ハ其設立免許ヲ得タル時ニ於テ発生シ而シテ登記ハ其第三者ニ對抗スル効力ヲ生ゼシムルニ必要ナル方式ニ過ギザルニ由リ登記ノ無効若クハ取消トナラザルトキハ一旦生ジタル登記ノ効力消滅スル理ナキヲ以テナリ」。

【4】大審院明治三十三年二月二六日決定民録六輯一一卷一三三頁

言が冠されている以上、同条の財産とは、動産、不動産、有価証券のようないつでも換価できるもののみを指し、裁判の確定や執行の終了を待って收受できるようなものは含まれないと解されるべきであると主張した。

「商法第九十二条ニ所謂「会社に現存スル財産」トハ会社財産中ヨリ社員ヲシテ出資ヲ為サシムベキ債権ヲ取除キタルモノヲ指称スル文字ナルコトハ商法第二百二条第二項ノ法文ヲ参照スルモ明白ニシテ毫モ疑ヲ容レズ、而シテ所謂会社財産ハ其動産タルト不動産タルト債権タルト將又其他ノ財産タルトヲ問ハズ会社ガ現ニ有スル総テノ財産ヲ包含スルヤ固ヨリ論ヲ俟タズ、只破産者若クハ無資力者ニ対スルガ如キ債権ニシテ全ク価格ヲ有セザルモノハ之ヲ財産ト称スルコトヲ得ザルノミ」。

【7】大審院明治三十四年六月二日決定民録七輯六卷五三頁

株式会社五名の取締役の一人が死亡したにもかかわらず、変更登記をしなかったことによる過料の処分を不服として争われたものである。商法五三条の解釈につき、前掲【1】の決定と同旨をくり返したものである。

【8】大審院明治三十四年七月八日決定民録七輯七卷三七

商法五三条の変更登記を怠つたとして過料に処せられた株式会社取締役らがこれを不服として抗告したものである。当該会社で監査役が選任されたが、その選任登記をなすべき期間の起算点が問題となつた。原審はこれを決議の日からと解したが、取締役らは、監査役に選任された者は就任を承諾して初めて監査役となるわけであるから、登記期間の始期は、承諾の日からであると主張した。

「商法第百四十一条及び第五十三条ノ規定ニ於ケル二週間ノ期間タルヤ監査役ニ当選セラレタル者ノ承諾ヲ俟テ後始メテ起算ス可キモノニアラズ、原院ノ解釈スル如ク其選任ハ總會ノ決議ニ依リ定マルベキモノナレバ其選任ノ日即チ其決議ノ日ヨリ之ヲ起算ス可キヲ相当トス、又同法第百四十一条第七号ニ取締役及ビ監査役ノ氏名住所トノミアリテ其任期ヲ登記ス可キ規定ナシト雖モ再選スレバ更ニ之ヲ登記ス可キ法意ト解釈セザルヲ得ズ、何トナレバ同一ノ者ガ再ビ其監査役ニ選任セララルモ是全ク改選ノ結果ニシテ即チ監査役ニ変更アリタルモノニ該当スレバナリ」。

【9】大審院明治三十四年七月一〇日決定民録七輯七巻五三頁

スルコトハ同法第七十六條第七十九條第八十條等ノ規定アルニ徴シテ判然タリ、何トナレバ若会社ノ合併決議ヲ以テ即チ合併ヲナシタルモノトセバ第七十六條ノ如ク会社ガ解散シタルトキニ二週間内ニ其登記ヲナスベキコトニ付キ特ニ合併ノ場合ヲ取除クノ必要ナク第七十九條第二項ニ債権者ガ異議ヲ述ベタルトキハ云々トアリテ其第三項ニ前項ノ規定ニ反シテ合併ヲ為シタルトキハ云々トアリ即チ合併スベキ会社ガ同第三項ノ手續ヲ為シ適法ニ合併ヲ為サントスルニハ必ず第七十八條第二項ノ公告又ハ催告ヲ為スコトヲ要スルガ故ニ合併ノ決議ヲ以テ即チ合併ナリト為サバ異議ヲ述ベキ債権者アル会社ハ到底適法ノ合併ヲ為スコト能ハズ、法律ハ固ヨリ斯ノ如キ難キヲ責ムル規定ヲ設クル筈ナク又決議ヲ以テ直チニ合併シタルモノト為スノ法意ナラバ第七十九條第二項ノ手續ヲ為サズシテ合併シタルモノニ対シ其第三項ニ於テ前項ノ規定ニ反シテ合併ヲ為シタルトキハ云々ト掲ゲ之ヲ指シテ法律ニ違背スルモノト為スベキ道理ナシ、又第八十條ニ会社ガ第七十八條第二項ニ定メタル公告ヲ為サズシテ合併ヲ為シタルトキハ云々トアルヲ以テ之ヲ觀レバ立法ノ精神ハ公告ヲ為シテ然ル後合併スルモノアルヲ予想シタルノミナラズ公告ヲ為シテ然ル後合併スル

甲乙兩株式会社は、明治三十三年九月二日に各々の株主總會で合併決議をなした。兩社は、直ちに、商法七八條二項に基づき、会社債権者に対して、異議申出のための公告を、申出期間を同年九月二日から十一月二日までとしてなした。そして、同年十一月十六日に商法八一条に基づく合併登記を申請した。ところが原審は、商法八一条にいう「会社カ合併ヲ為シタルトキ」というのは、会社が合併決議をしたときを指すのであるとし、そこから二週間内に登記すべきところ、この登記を怠つたとして、会社取締役らを過料に処した。原審は、商法二二三条には「株主總會ニ於テ合併ノ決議ヲ為シタルトキハ其決議ノ日ヨリ第八十一条ノ規定ニ從ヒ本店ノ所在地ニ於テ登記ヲ為スマテハ」といった表現があり、これらに照らしても、合併のときは、合併決議のときと解すべきである等の理由を付している。当然、取締役らはこれを不服として抗告したものである。

「商法第八十一条ニ会社ガ合併ヲ為シタルトキハ云々トアルハ同法第七十八條ニ会社ガ合併ノ決議ヲ為シタルトキハ云々トアル其決議ヲ為シタル時ヲ指スノ法意ニアラズシテ決議ヲ為シタル後實際合併ヲ為シタル時ヲ意味スル規定ト解釈セザルベカラズ、其法意ノ彼レニアラズシテ此ニ存モノヲ適法ノ合併ト認ムルノ法意ナルコト疑ナシ、然ラバ則会社ノ合併ハ決議ノトキニアラズシテ實際合併ヲ為シタルトキト為サザルベカラズ、從テ其成立ノ時ヨリ起算シテ二週間内ニ登記スルヲ以テ足ルモノトス」。

【10】大審院明治三十四年一〇月二八日判決民録七輯九巻一六八頁

ある銀行の定時株主總會において、たとえばある株主はわずか五八の議決権しか有していないのに五三八の議決権を行使したり、委任状によって二重または三重に権利を行使する者がいたり、正当なものとはいえない委任状に基づいて議決権を行使したり、といった事態が続出した、また、この總會の決議方法は、記名投票とされてきたが、株主たる秋田県の投票（県知事の代理人による）が秋田県以外の別名義によってなされたものであった。これらを理由に、株主が總會決議無効の宣告を求めて提訴したようである。原審は、總會における議決権行使に多くの違法行為があったと認定しつつ、無効投票分を控除してもなお議決の結果は変わらないから、決議を無効とする実益はないと判断した。また別名義の投票も、他の証拠に基づいて秋田県の投票であると判定した。株主が原告。



「株主総会招集ノ際株主ニ開会ノ通知ヲ為サズ又ハ総会ニ出席シタル株主ノ入場ヲ拒ナク拒絶シタルガ如キ場合ニハ其株主権ノ行使ヲ妨グルモノナルヲ以テ其総会ニ於テ為シタル決議ヲ無効ト為サザルベカラザルコトハ上告論旨ノ如シ、然レドモ出席株主自己ノ有スル権利数以外ノ投票ヲ為シ又ハ正当ノ委任状ヲ有セザルモノガ投票ヲ為シ又ハ二重ニ投票シタルニ於テハ仮リニ正数以外ノ投票ヲ無効トシ又ハ相当ノ委任状ヲ有セザル者ノ投票ヲ除却シタリトテ別ニ株主権ノ行使ヲ妨害スルモノニアラザレバ之レガ為メ總會ノ決議ヲ無効トスベキ理由ナシ」。

「投票ハ其自体ニ於テ何人ノ投票ナルヤヲ知り得ル為メ其氏名ヲ正確ニ記載スベキハ勿論ナルモ其記載正確ナラズ又ハ誤記アル場合ニ他ノ証拠ニヨリ何人ノ投票ナルヤヲ明確ニ知り得ルニ於テハ其投票ヲ無効トスベキ条理ナシ、何トナレバ投票者ノ判然明確ナラザル場合ニ他ノ証拠ニ依リ之ヲ証明スルヲ得ズトノ法則ナク又条理上ヨリ観察スルモ他ノ証拠ニ依リ証明セシムル為メ投票者又ハ他ノ利害関係人ノ権利ヲ妨害スル所ナケレバナリ」。

【11】大審院明治三四年二月二日判決民録七輯一一卷七六頁

主名簿および該株券の名義の書換請求を受けていた。Y会社は、当該株券の番号や展転の順序までもが株主名簿に一致していたこともあって、株券の偽造に気づくことなく、前株主とされていた者からAへの名義書換えに依っていた。Xは、Y会社がそのような名義書換えに依じたことは、株券の真正を保証したも同然であるとして、Y会社に対する損害賠償請求を訴求したものである。

「凡ソ株式会社ハ其株式ニ関シテハ真正ノ株主ニ対スルノ外責任ヲ負フニアラザルコト勿論ナルヲ以テ会社ガ株券ヲ偽造シタルモノノ欺罔ニ依リテ株券ノ名義書替ヲ為シタルト偽造ノ情ヲ知ラズシテ之ヲ譲受ケタルモノノ請求ニ依リテ書替ヲ為シタルトニ論ナク苟シクモ其書替ヲ為シタル株券ノ偽造物タル限リハ会社ガ書替ヲ為スニ当リ不注意ノ過失アリト謂フヲ得ザル場合即偽造ノ精巧ニシテ普通ノ鑑識ヲ以テハ其偽造タルヲ発見スル能ハザル場合ナルト否トヲ問ハズ会社ガ真正ノ株券ナリト誤信シテ名義ノ書替ヲ為シタリトテ会社ハ其書替ヲ受ケタル者又ハ第三者ニ対シテ責任ヲ生ズベキ道理アルコトナシ、何トナレバ会社ガ株券ノ名義ヲ書替ヘルハ株券ノ真正ナルコトヲ保証スルニアラズシテ株主ノ変更ヲ承認スルニ過ぎズ、然ルニ其書替ヲ為

民法施行前、すなわち民法四三条が存在していないときに、運送業を営むことを目的とする会社が、その営業と直接関係のない保証契約を締結し、保証人となった。当該保証契約の効力が争われたものである。会社の能力に関する民法施行前の判例である。

「民法第四十三條に依レバ法人ハ法令ノ規定ニ從ヒ定款又ハ寄附行為ニ因リテ定マリタル目的ノ範圍内ニ於テ權利ヲ有シ義務ヲ負フベキモノナレバ商事会社モ民法施行後ハ其目的ノ範圍内ニ於テハ權利義務ノ主体タルコトヲ得ルモノニ非ルハ固ヨリ論ヲ俟タズト雖モ民法施行前ニ於テハ別段此ノ如キ規定ナカリシガ故ニ商事会社ハ目的タル營業ノ範圍外ニ於ケル民法上ノ法律行為ト雖モ絶対ニ之ヲ為スヲ得ザルモノニ非ルコトハ本院ガ從來判例トシテ是認シタル法理ナリトス」。

【12】大審院明治三五年二月二八日判決民録八輯二卷一一八頁

X銀行は、融資の担保として、AからY会社の株券（記名株式）の差入れを受けた。その株券はきわめて精巧に偽造されたものであった。これより前、Y会社は、Aから株

シタル株券ハ偽造ニシテ實際其株券ニ対スル株主ノ存セザルトキハ株主変更ノ承認モ固ヨリ徒為ニシテ何等ノ効果ヲ生ズルコトナケレバナリ」。

【13】大審院明治三五年五月二一日判決民録八輯五卷一〇二頁

事案自体は、ある会社の臨時株主総会においてなされた解散決議が、総会招集手続きに違反があるから無効であるとして、株主が無効宣告を求めたものである。これに関連して、株主が総会決議無効宣告請求の訴訟を提起する際に要求される株券供託手続き（商法一六三条三項）、清算会社における「現務ノ結了」の意義（商法九一条一項）および会社解散後の決議無効の訴における会社代表機関について、判断を求められたものである。

「商法第六十三條第二項ニハ「云々決議ノ日ヨリ一个月内ニ之ヲ為スコトヲ要ス」トアリ其第三項ニハ「云々其株券ヲ供託シ且会社ノ請求ニ因リ相当ノ担保ヲ供スルコトヲ要ス」トアリテ右第二三項ノ条件ハ第一項ノ規定ニ依リ訴ノ要件タルコトハ其明文ニ依リ明ナルヲ以テ若シ其要件ヲ欠キタルトキハ其訴訟ハ不成立ニ帰ス可キモノトス、然レドモ第三項ノ株券ヲ供託ス可キ条件ハ起訴ト同時ニ其手

続ヲ為サザルモ訴訟進行中何時ニテモ其手続ヲ為シ之ヲ追補スルコトヲ得可シ、如何トナレバ右条件ノ如キハ原判決説明ノ如ク訴訟ノ濫用ヲ妨ギ且株主タルノ資格ヲ証明セシムルノ律意ニ基キタルモノナレバ訴訟進行中之ヲ供託スレバ其訴ヲ完全ナラシムルニ足ル可キヲ以テ其手続ハ第二審ニ於テ之ヲ為スモ其訴訟ノ成立ニ何等ノ妨ゲアル可キ筋合ナキ以テナリ。

「商法第九十一条第一項第一号ニ所謂「現務ノ了結」トハ会社解散後ニ於ケル現在ノ事務ヲ了スルト云フノ意義ニ外ナラザレバ解散以前ニ於ケル總會ノ決議無効ヲ理由トシテ他ヨリ訴ヘラルル如キハ直ニ右ノ規定ニ該当スルモノト云フヲ得ズ、然レドモ本件訴訟ハ其第二項ノ「清算人ハ前項ノ職務ヲ行フ為メニ必要ナル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行為ヲ為ス権限ヲ有ス」トアルニ該当スルモノト云ハザル可カラズ、何トナレバ会社解散ニ関スル決議ノ有効無効ハ清算人方前項第一二三号ノ職務ヲ行フニ付キ第一ニ之ヲ確定セシム可キ必要ナル事項ニシテ之ヲ確定セシムルニアラザレバ会社ノ存否未ダ定ラズ其職務ヲ行フコトヲ得可カラザル筋合ナルヲ以テナリ、然ラバ原裁判所ガ「商法第九十一条ニ所謂現務ノ了結トアルニ該当ス」ト説明シタルハ

の債務を弁済した後でなければ会社の財産を社員に分配しないとする商法九五条の意義に関するものである。

「商法第九十五条ニ所謂清算人ハ会社ノ債務ヲ弁済シタル後ニ非ザレバ其財産ヲ分配スルヲ得ズトハ会社ハ其負担スル債務ヲ悉皆償却シタル後ニアラザレバ其財産ヲ分配スルヲ得ズトノ意ニシテ抗告人所論ノ如ク相当ノ金額ヲ準備シ置クトキハ負債弁償前ニ在テモ財産ヲ分配スルヲ得トノ律意ニアラズ、何トナレバ本条ハ債権者ヲ保護スル為メ設ケタル規定ナルニ抗告論旨ノ如ク清算人ニ斯ル臨機ノ取扱ヲ為ス権限アルモノトスルトキハ決シテ債権者ヲ完全ニ保護スルコトヲ得ザレバナリ」。

【16】大審院明治三五年七月四日判決民録八輯七卷一九頁

事案そのものは、ある会社でなされた株式公売の取消請求訴訟であるらしいが、概要は必ずしも明らかではない。ある会社が、明治三〇年四月一日、すなわち旧商法時代に株主總會を開催し、そこで会社役員が選出された。しかし、その会社の株主名簿はきわめて不備なものだったため、株主總會もとうてい真正の株主を招集してなされたものとは言い難いものであった。旧商法には株主總會の決議無効

不当ナルモ清算人ガ会社ヲ代表シテ本件ニ於ケル訴訟行為ヲ為スノ権限ヲ有スルモノト為シタルハ相当ナルヲ以テ本点ノ論旨モ亦採用スルニ足ラズ」。

【14】大審院明治三五年六月一七日判決民録八輯六卷九四頁

いわゆる白紙委任状附記名株式の譲渡の商慣習を認めたと判例として、株式譲渡方法の変遷史においてよく言及、参照されるものである。すなわち、株主名簿上の株主たる譲渡人が、受任者欄白地の名義書換えのための委任状を作成し、株券および当該委任状とを譲受人に交付すると、さらに彼が当該株券と当該委任状を交付することによって、株券を流通に置くという方法である。すでに旧商法の時代から、この慣習は存在していた。

「然レドモ名義書換又ハ質入等ヲ委任スル事項ノミ記載アリテ年月日及ビ宛名ノ記載ナキ委任状ヲ添付シ記名株券ノ輾転流通ヲ為ス商慣習ガ違法ノモノニアラザルコトハ本判ノ判例ニ於テ既ニ認ムル所ナリ」。

【15】大審院明治三五年六月二五日決定民録八輯六卷一三六頁

事実の概要は必ずしも明らかではないが、清算人は会社の訴えに関する規定が存在しない。そこで、そのような總會の無効はいつでも主張を許されるはずであると、無効の株主總會において選出された役員がなした株式の公売処分決定も無効である旨、主張されたようである。

「凡ソ株式会社ノ總會招集ノ手續又ハ其決議方法ガ不法ナルノ故ヲ以テ總會ノ決議ヲ無効ト為スニハ旧商法ニ依リタルモノナルト新商法ニ基キタルモノナルトヲ問ハズ訴ヲ以テ無効タルノ宣告ヲ受ケザル可カラザルモノニシテ無効ノ宣告ヲ受ケタル事実ナキ總會ノ決議ニ対シ漫ニ之ヲ無効視スルコトヲ得ザルコトハ商法第六十三条第一項ニ「總會招集ノ手續又ハ其決議ノ方法カ法令又ハ定款ニ反スルトキハ株主ハ其決議ノ無効ノ宣告ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」トアリ其第二項ニハ「前項ノ請求ハ決議ノ日ヨリ一个月内ニ之ヲ為スコトヲ要ス」トアリ尚ホ商法施行法第四十八条ニハ「商法第六十三条第一項及第二項ノ規定ハ旧商法ノ規定ニ依リテ招集シタル創業總會ノ決議ニ之ヲ準用ス但同条第二項ノ期間ハ商法施行前ニ決議ヲ為シタル場合に於テハ其施行ノ日ヨリ之ヲ起算ス」トアルニ依リ自ラ明ナリ」。

【17】大審院明治三五年七月八日決定民録八輯七卷五〇

頁

ある銀行が定時株主総会の招集の通知の際に、単に「第七期諸計算書並ニ利益金配当ニ関スル件」につき決議を求めるとのみ記し、計算書の内容や利益配当金額の原案を通知しなかった。また臨時株主総会の招集の際に、単に「故副総裁片山遠平君ニ功勞金増与ノ件」につき決議を求めるとのみ記し、金額の原案を通知しなかった。このことが、商法一五六条二項の、総会招集の通知には総会の目的および決議事項を記載しなければならないという要件に反するとされ、取締役（銀行総裁）が過料に処せられた。この処分が不服であるとして、抗告されたものである。

「商法第五十六條第二項ハ株主ヲシテ總會ノ目的及ビ其總會ニ於テ評決セラルベキ事項如何ヲ予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為サシムル規定ナルヲ以テ会社ガ株主ニ為ス總會ノ通知ニハ其議事日程タルベ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」。

【18】大審院明治三十五年九月二十五日決定民録八輯八卷三八頁

事実の概要は必ずしも明らかではない。合資会社の清算

ある株式会社は、その定款において、取締役に選任された株主は三〇株を監査役に供託すべきことになっていた。当該会社の取締役は、供託義務を怠っていた、すなわち商

法一六八条違反の状態にあった。このような取締役は、取締役として有効に行爲をなすことができないはずであるから、彼の招集した株主総会は違法であるとして、総会決議無効の宣告を求める訴が提起された。

「商法第六十八條ニ取締役ハ定款ニ定メタル員數ノ株券ヲ監査役ニ供託スベキコトヲ規定シタルモ之ヲ以テ取締役タル資格ヲ得ルノ要件ト爲シタルニアラズ又其供託ヲ爲シタル後ニアラザレバ取締役ノ任務ニ屬スル行爲ヲ爲スコトヲ得ザル規定ナシ、而シテ第六十四條ニ取締役ハ株主總會ニ於テ株主中ヨリ之ヲ選任ストノ規定アリテ他ニ取締役ガ就任スルニ當リ何等ノ条件ヲ要スルコトノ規定アラザルヲ以テ株主總會ニ於テ株主中ヨリ選任セラレタル取締役ハ第六十八條ノ株券ヲ供託スルト否トニ拘ハラズ取締役ノ任務ヲ有効ニ行フコトヲ得セシムル法意ト解釈セザルベカラズ」。

【20】大審院明治三十六年一月二七日判決民録九輯七九頁  
白紙委任状附記名株式の流通の保護に関するものである。

人に対し、商法二六二条一〇号の規定（民法七九条の期間内にある債権者に弁済をなした清算人は過料に処せられる）の適用があるかどうかに関するものである。

「民法第七十九條ノ規定ハ株式会社及株式合資会社ノ清算ノ場合ニ之ヲ準用スベキモノナルモ合名会社及合資会社ノ清算ノ場合ニハ之ヲ準用スベキモノニ非ズトス、何トナレバ商法ニ於テ民法第八十一條ノ規定ハ各種ノ会社ノ清算ノ場合ニ又同法第七十九條及第八十條ノ規定ハ株式会社及株式合資会社ノ清算ノ場合ニ準用スベキコトノ規定アルモ之ヲ合名会社及合資会社ノ清算ノ場合ニ準用スベキ規定ナキヲ以テ同条ノ規定ハ合名会社及合資会社ニハ之ヲ準用セザルノ法意ナリト解釈スルヲ相当ト爲セバナリ、商法第二百六十二條第十号ハ清算人ガ民法第七十九條ノ期間内ニ或債権者ニ弁済ヲ爲シタル場合ニ於ケル制裁ヲ規定シタルモ是レ固ヨリ民法第七十九條ヲ準用スベキ株式会社及株式合資会社ノ清算ノ場合ニノミ適用スベキ規定ナルガ故ニ之ヲ以テ同条ヲ合名会社若クハ合資会社ノ清算ノ場合ニ準用スベキ論拠ト爲スニ足ラズトス」。

【19】大審院明治三十五年二月二日判決民録八輯一一卷一一〇頁

Xは、A銀行にあてて約束手形を振り出したが、その担保のために白紙委任状附の株券三〇〇株をAに差し入れた。その後、手形は決済されたため、XはAから株券の返還を受けることができることになったが、Aが当該株券をYに質入れしてしまった。Yは、XA間で当該株券を手形と分離して処分できない旨の合意が存在することにつき善意であった。Xは、記名株券に民法一九二条の適用はないとして、Yに当該株券の返還を求めるものである。

「原判決ノ確定シタルガ如ク株券記名者ガ被任者ノ氏名及ビ年月日ヲ記載セザル株券名義ノ書換其他一切ノ処分代理人ヲ以テ爲サシムル旨ヲ記載シタル所謂白紙委任状ヲ添付シ株券ト共ニ之ヲ他人ニ委付スルニ於テハ其株券ハ委任状ト相待テ転讓流通スル慣習ノ存スル以上ハ仮令直接ノ當事者間ニ於テ秘密ノ契約ヲ爲シ或ル制限若クハ条件ノ下ニ於テノミ白紙委任状ヲ利用シテ株券ヲ処分スルコトヲ許シタル場合ト雖モ其事情ヲ知ラズ且之ヲ知ラザルノ過失ナキ第三者ガ白紙委任状ノ添付シタル株券ヲ正当ニ所持スル者ヨリ慣習ニ從テ該株券ニ付キ權利ヲ取得シタルトキハ其權利ヲ無効ニ帰セシムルコトヲ得ザルハ全ク原判決ノ説示スルガ如シ、何トナレバ第三者ニ於テハ白紙委任状ノ添付ス

ル株券ヲ正当ニ所持スル者ハ何時ニテモ該委任状ヲ利用シ其株券ヲ自己ノ名義ニ書換フルコトヲ得、從フテ該株券ノ処分權ヲ有スルモノト信認スベキハ当然ナリ、而シテ苟モ自己ノ行為ニ因リ第三者ヲシテ或事実ノ存在スルコトヲ信認セシメ因テ以テ或ル法律行為ヲ為サシメタルニ拘ラズ後日ニ至リ其事実ノ虚妄ナルコトヲ主張シテ右法律行為ヲ無効ニ屬セシムルガ如キハ法理ノ許容スベキモノニ非ザレバナリ」。

【21】大審院明治三十六年一月二十九日判決民録九輯一〇二頁

会社の目的の範囲外の行為の効力に関するものであり、会社の能力に関する判例の変遷史でよく参照されるものである。旧商法施行下における事件であるが、【11】と異なり、民法施行後のものである。会社の創業以来、とくに功勞があつた者に対する金銭贈与契約の有効性が争われたものである。

「而シテ会社ノ法定代理人ガ其目的以外ノ事項ニ関シ会社ノ名ヲ以テ為シタル行為ハ会社ニ対シ効力ヲ有スルモノナルヤ否ノ事項ニ関シテハ旧商法中更ニ何等ノ規定存セザルヲ以テ其事項ハ民法ノ規定ニ因リ之ヲ決セザルベカラズ、

然リ而シテ本件係争契約締結當時既ニ施行セラレタル現行民法第四十三條ニ依レバ法人ハ其目的ノ範圍ニ於テノ權利ヲ得又ハ義務ヲ負フモノニシテ其目的以外ニハ人格ヲ有セザルモノナレバ其目的ノ範圍外ニ於ケル業務担当社員ノ行為ハ縱令ヒ会社ノ名義ヲ以テ為サレタルトキト雖モ之ヲ会社ノ事務ナリト云フベカラズ、既ニ会社ノ事務ニアラザル以上ハ其行為ガ会社ニ対シ効力ヲ生ジ得ベキモノニアラザルヤ勿論ナリトス」。

【22】大審院明治三十六年二月二十八日判決民録九輯二二四頁

旧商法施行下における増資手続きに関するものである。旧商法下において、ある株式会社（銀行）で増資決議がなされた。旧商法は、増資方法に関する規定が存在するだけで、他に特別の規定はなかった。増資株について総額の引受がなかったにもかかわらず、手続きは進められ、増資の登記まで進んだ模様である。その後、この会社は破産したらしい。破産管財人は、一部の引受をした株主に払込請求を行い、取締役らには損害賠償請求を行ったようである。本件は、一部の引受をなした株主に対して、払込請求が可能なかが争われたものである。

「然而シテ旧商法時代ニ於テモ株式会社ガ資本増加ヲ為スハ或目的ヲ達シ以テ其利益ヲ得ンガ為メニシテ其募集ニ応ズル株主モ亦会社ガ其目的ヲ達スルニ因リ得ル所ノ利益配当ヲ受ケンガ為メニ外ナラザルヲ以テ総株数ノ引受ナキニ於テハ会社ハ予定ノ資金ヲ得ル能ハズ從テ予定ノ目的ヲ達スルヲ得ザルニ因リ株主モ亦予定ノ利益配当ヲ得ルノ望ミナキニ至ルヤ必セリ、故ニ総株数ノ引受アラザルニ於テハ既ニ引受ヲ為シタル株主ニ於テモ其払込ヲ拒絶スルノ權ヲ有スベキハ洵ニ当然ニシテ既ニ本院ノ判例ニ於テ認ムル所ナリ（明治三十一年第二百一十一号三十二年一月三十一日本院ノ判決参照）」。

【23】大審院明治三十六年三月一〇日判決民録九輯二九九頁

發起人がなした設立のために必要な物品の注文行為に基づく権利義務関係が、いかなる法律構成に基づいて成立後の会社に帰属するかを判示したものである。あわせて商法四六条の開業の準備行為の意義についても判示している。設立中の会社の効用に関する最も古い判例である。

「第三者ノ為メニスル契約モ亦一ノ契約ナルガ故ニ自己ノ為メニスル契約ト同ジク之ニ因テ生ズル債務ニ期限若ク

ハ条件ヲ附着セシメ得ルモノトス、而シテ他日成立スベキ会社ノ為メニ締結スル契約ハ則チ其会社ノ成立ヲ条件ト為シタル契約ニ外ナラズシテ斯カル場合ニハ其利益ヲ享受スベキ第三者ハ其契約當時必ラズ現存スルヲ要スルモノニアラズ」。

「又商法第四十六條ニ謂フ開業ノ準備ニ着手スルコトヲ得ズトノ規定ハ会社ノ目的トスル事業ニ直接ナル準備行為ヲ為シ得ズトノ趣旨ニシテ本訴係争給付ノ享受ノ如キハ上告会社ノ目的トスル事業ニ直接ナル準備行為ニアラザレバ本論旨ハ理由ナシ」。

【24】大審院明治三十六年三月一四日決定民録九輯三〇七頁

株主総会において適法に取締役に選任された者が、その就任に不承諾を唱えたにもかかわらず、総会における取締役の選任が単独行為であるから取締役としての責任を負うとした原院の決定を不服として争うものである。

「株式会社ノ株主総会ニ於ケル取締役ノ選任決議ノ効力ハ委任關係ヲ生ズルモノニ非ズ、故ニ其効力ハ被選任者ノ承諾ヲ待タズシテ發生スルコト勿論ナレバ原決定ハ相当ニシテ本論旨ハ其理由ナシ」。

【25】大審院明治三六年三月一四日判決民録九輯三二二頁

炭鉱会社において、坑道の技師や通風係らの過失で窒息死した者が出た。取締役がこれらの者の選任または監督に過失ありとされたが、取締役に不法行為があるとき、当該会社が損害賠償義務を負うか否かに関するものである。

「民法第四十四条第一項ニ於テ法人ハ理事其他ノ代理人ガ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ズト規定セラレタリ、而シテ該規定ハ商法第七十条ニ依リ株式会社ノ取締役ニ準用スベキモノナルガ故ニ本案上告会社ノ取締役ノ不法行為ニ因リ他人ニ加ヘタル損害ニ付テモ亦該第四十四条第一項ノ準用ニ依リ法人タル上告会社ガ其責ニ任ズベキハ勿論ナリトス」。

【26】大審院明治三六年三月二日判決民録九輯三三二頁

X社は、商法一五二条に基づき、株主Yに対して株金の払込みを催告し、さらに期間で払込みをしないときは株主たる権利を失う旨を通知した。結局、Yは払込みをしなかったために、その権利を失った（商法一五三条一項）。最終的に、X社は当該株式を競売に付したが、競売によつ

て得られた金額は滞納金額に満たなかった。そこでX社は、Yが商法一五三条三項にいう「譲渡人」に含まれるとして、競売株式の譲渡人として不足額を弁済せよと請求したものである。会社による自社株競売の法構造を説示したものである。

「商法第五十三條第一項ハ株式会社ガ株主ニ対シ同法第五十二條ノ手續ヲ踐ムモ尚其株主ガ株金ノ払込ヲナサザルトキハ其払込ヲ為スベキ期間ノ經過ト同時ニ当然株主ノ権利ヲ失フベキコトヲ規定シタル法文ナルコト明白ニシテ毫モ他ノ解釈ヲ容ルベキ余地ナシ、而シテ株主ノ権利トハ株式即義務ヲ包括スル一種ノ権利ヲ指称スルニ外ナラザレバ株主ニシテ其権利ヲ失フ以上ハ株式ニ付キ何等ノ関係ナキニ至リ其結果株主タル資格ヲ喪失スベキハ固ヨリ論ヲ俟タズ、然リ而シテ同法第五十三條第二項及第三項ノ規定ニ因レバ株式会社ハ同法第一項ニ依リ株主ガ其権利ヲ失フタル株式ニ付テハ一定ノ期間ヲ定メ株式ノ各譲渡人ニ対シ払込ヲ為スベキ旨ノ催告ヲ發シ若シ譲渡人ガ払込ヲ為サザルトキハ其株式ヲ競売ニ付スベキコトヲ規定シタルヲ以テ株主ガ其権利ヲ失フタル株式ハ法律上其後依然トシテ存在スルコトハ頗ル明白ナリト謂フベシ、然ラバ株主ガ其権利

ヲ失フタル株式ハ其後何人ノ有ニ属スルヤト云フニ株式ハ義務ヲ包括スル権利ニシテ之ヲ有スル者ナキニ至レバ当然消滅ニ帰スベキモノナレバ之ヲ有スル者ナキニ拘ハラズ其株式ノ存在ヲ認ムルガ如キハ法理ノ許サザル所ナリ、而シテ従前ノ株主ハ前段説明スルガ如ク其株式ヲ失フモノト為サザルヲ得ザル以上ハ我商法ノ解釈上該株式ハ株式会社ノ有ニ帰属スルモノト謂ハザルベカラズ、換言スレバ法意ハ株主ヲシテ会社ノ利益ノ為メニ其株式ヲ失ハシテ而シテ会社ヲシテ其各譲渡人ニ対シ払込ノ催告ヲ為シ最先ノ払込者ニ其株式ヲ取得セシメ若各譲渡人ガ其払込ヲ為サザルトキハ之ヲ競売ニ付セシムル目的ヲ以テ一時之ヲ取得セシメタルモノト解釈スルノ他ニ相当ノ解釈ヲ為スノ余地ナシ、故ニ会社ハ株式ノ競落人ニ対シテ売主即譲渡人ノ地位ニ在ルモノニシテ従前ノ株主ハ法律ノ規定ニ因リ其株式ヲ失フモノニシテ決シテ競落人ニ対シ譲渡人ノ地位ニ在ルモノニ非ズトス」。

【27】大審院明治三六年四月六日判決民録九輯三八三頁  
株主総会決議無効宣告請求の訴の意義に関するものである。株主が総会における解散決議の無効宣告を求めた訴訟において、会社を代表する者が誰であるかが問題になって

いる。原判決は、総会決議無効宣告の請求は一種の取消権であるから、株主がこの権利を行使して決議無効の宣告が出されるまでは解散決議は有効であり、会社も解散会社の状態にあるとして、解散前の取締役は本件訴訟代理人たりえないと判示した。株主は、総会決議無効宣告請求訴訟は、初めから無効な状態を確認して有効を主張する者の異議を排除する趣旨のものであるから、本件では解散決議前の取締役が会社の訴訟代理人であると主張して上告した。

「然レドモ商法第六十三條ニ於テ總會ノ決議無効ノ宣告ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ株主ニ許シタル規定ハ上告論旨ノ如キ法意ニアラズシテ株主ノ取消権ヲ認メ之ニ基テ其取消ヲ為サシムルモノナルコトハ同法第二項ニ於テ取消ヲ請求スル期間ヲ限定シ其期間經過ノ後ハ決議ノ有効ニ確定スベキモノナルコトヲ示シタルニ依テ明瞭ナリ」。

【28】大審院明治三六年四月一八日判決民録九輯四五四頁

株金の払込みをしなかったため、商法一五三条一項に基づいて失権した従前の株主が、会社による競売によって得られた当該株式の代り金に滞納金を超える余剰が生じたとして、その余剰金分の引渡しを会社に求めたものである。

「然り而シテ第五十三條ノ規定ニ依リテ株主ガ其權利ヲ喪失スルハ其義務タリシ払込ヲ為サザリシ制裁ナルコトハ前既ニ述ブルガ如クナレバ其株式ハ会社ニ帰属スベキハ当然ノ結果ナリト云ハザルヲ得ズ、夫既ニ法律ノ規定ニ依リテ株式ガ会社ニ帰属スルモノトセバ其競売ノ結果滞納金額ヲ控除シテ余剩ヲ生ズルコトアルモ其金額ヲ会社ガ利得スルハ畢竟法律ノ規定ニ因ルモノナレバ之ヲ目シテ不当利得ト云フヲ得ザルハ固ヨリ言ヲ待タズ、之ヲ競売ニ依リテ得タル金額ガ滞納金額ニ満タザルトキ従前ノ株主ヲシテ其不足額ヲ弁済セシムル規定ニ対比スレバ彼此權衡ヲ得ザル觀ナキニ非ズト雖モ是レ払込ノ義務ヲ怠リタル株主ニ対スル制裁ノ規定トシテ誠ニ止ヲ得ザルモノト謂フベシ、故ニ如上不權衡ノ一事ハ第五十三條ノ法律論トシテハ会社ヲシテ剩余金額ヲ従前ノ株主ニ返還セシムベキ理由トスルニ足ラズ。」

【29】大審院明治三六年五月九日決定民録九輯五五二頁  
 会社がその設立後に支店を設けたときは、支店所在地において二週間内に登記をなす必要があるが（商法五一条二項）、その起算点を明らかにするものである。

【商法第四百四十一条第二項ノ規定ニ依リ株式会社ニ準用ハ当然株主タルノ權利ヲ失ヒ其株式ハ一旦会社ノ有ニ帰シ従テ商法第五百三十三條ニ基ク競売ノ讓渡人ハ会社ニシテ従前ノ株主ニアラザルコトハ既ニ本院判例ノ認ムル所ナリ。】

【31】大審院明治三六年七月九日決定民録九輯九〇八頁  
 商法五三条の解釈に関するもので、【一】と同趣旨である。

【32】大審院明治三六年八月二八日決定民録九輯九四八頁  
 株主總會で取締役を選任された者が、就任を受諾せず、したがって取締役の変更登記をしなかったことよって過料に処せられた。これを不服として争うものである。【24】の判旨を再確認したものである。

「右取締役選任ノ決議ハ単獨行為ナルヲ以テ被選者ノ受諾就任ニ依リ始メテ効力ヲ生ズルモノニ非ズシテ其決議ノミニ依テ選任ノ効力ヲ生ジ法定ノ期間内ニ変更登記申請ノ義務ヲ生ズルコト原院ガ判定スル所ノ如シ。」

【33】大審院明治三六年九月四日判決民録九輯九七八頁  
 会社・取締役間の取引の効力に関するもので、今日の商法二六五條違反の取引の効力に関する学説・判例の変遷史の中で必ず言及されるものである。しかも本件は、会社・

スベキ同第五十一条第二項ニ所謂会社設立後支店ヲ設ケタルトキトハ株主總會ニ於テ新ニ支店ノ設立ヲ決議シタルトキヲ謂フニ非ズシテ其決議後現支店ノ開設アリタルトキヲ指スモノトス、而シテ支店ヲ開設シタル以上ハ現ニ其業務ヲ開始スルト否トヲ問ハズ開設ノ時ヲ以テ登記期間ノ起算点ト為スベキモノトス。」

【30】大審院明治三六年五月二三日判決民録九輯六三七頁  
 株主Yが第二回払込株金を払い込まなかったのでX社は当該株式を競売に付し、Aが競落人となった。その後X社は破産し、未払込株金全部の払込請求をしなければならなくなったが、Aが無資力であったため、払込みがなされなかった。そこでX社は、Yが商法一五三条にいう「讓渡人」であるとして、弁済請求をなしたものである。先の【26】の判旨を再確認したものである。

「株式会社ガ現株主以外ノ者ニ対シ株金ノ払込ヲ請求スルノ權ハ商法第五百二十二條第五百三十三條ニ規定ノ手續ヲ踐ミタル後同第五百三十三條所定ノ株式讓渡人竝ニ従前ノ株主ニ対シテノミ存スルモノトス、而シテ株主ハ会社ガ商法第五百二十二條ノ手續ヲ踐ムモ尚ホ株金ノ払込ヲ為サザルトキ取締役間ノ手形行為に関するものである。Y社は取締役Aを受取人として約束手形を振り出したが、その際、商法一七六條による監査役の承認を受けなかった。Aから手形を取得したXが、Y社に手形金を請求したものである。」

「株式会社ノ取締役ハ監査役ノ承認ヲ得ルニアラザレバ自己ノ為メ会社ト取引ヲ為シ得ザルコトハ商法第七十六條ノ規定ニ依リ明ナリ、而シテ同規定ハ会社ノ利益ヲ保護セントノ趣旨ニ出タルモノナケレバ若シ取締役ニ於テ監査役ノ承認ヲ得ズシテ自己ノ為メ会社ト取引シタルトキハ其行為ハ当然無効ニ属スベキモノニアラズト雖モ其取消ヲ求ムルノ權ハ会社ニ存スルモノト云ハザルベカラズ、何トナレバ若シ会社ニ其權利ナキモノトセバ同條ノ目的ヲ達シ得ザルコト多カルベキヲ以テナリ、而シテ法律行為ノ取消ハ其當事者ニ対シテ当初ヨリ成立セザリシモノト同一ノ効力ヲ生ズルヲ以テ会社ノ取締役ガ監査役ノ承諾ナクシテ自己ニ対シ会社ヲシテ手形債務ヲ負担セシメタル場合ニ会社ガ其債務ヲ取消シタルトキハ未成年者ガ其負担シタル手形債務ヲ取消シタル時ト同ジク手形所持人ハ（縱令善意ナルトキト雖モ）会社ニ対シテ手形上ノ權利ヲ有スベキモノニアラズ。」

【34】大審院明治三六年九月二二日判決民録九輯九八四頁

株金払込みの仮装に関するものである。Yは、A社（銀行）に対して株金の現実の払込みをなさず、その代わりにA社から融資を受けた形にして、A社に借用証書を差入れた。A社から当該貸付金債権の譲渡を受けたとするXが、Yに対して返済を請求するものである。A・Y間の約定により、Aの払込義務が消滅して本件消費貸借契約が成立することになるのか否かが問題となった。

「因テ株金ノ払込ハ必シモ現実ニ金銭ヲ以テ払込ヲ為スコトヲ要セザルヤ否ヤヲ審按スルニ商法上株金払込ノ債務ハ一種特別ノ性質ヲ有スルガ故ニ法律規定ニ因ルノ外ハ金銭ヲ以テ払込ヲ為スカ又ハ会社ノ承諾ヲ以テ会社ニ対スル債権ト相殺スルニ非ラザレバ消滅セザルモノト謂ハザル可カラズ、随テ仮令当事者間ニ承諾アルモ代物ヲ以テ之ヲ弁済シ又ハ其履行ニ代ヘテ手形若クハ債務証書ヲ授受スルモ之ガ為メ株金払込ノ債務ハ消滅ニ帰スルモノニ非ズ」。

【35】大審院明治三六年一〇月二九日判決民録九輯一一八六頁

株式譲渡人の払込担保責任に関するものである。Yは、ノ規定ニ依リ法律上当然其権利ヲ失却スベク如上ノ手續ヲ履シ株主ガ適法ニ其権利ヲ失却シタル場合ニ到着シ始メテ其責任ガ発生スルモノトス、故ニ此手續ニ従ハズシテ縱令株主ニ於テ強制執行其他ノ方法ニ依リ支払不能ノ事実ガ確定シタルニモセヨ之ヲ以テ譲渡人ノ責任ガ発生シ得ベキモノニアラス、必ズ株主ヲシテ株金払込ヲ為サシムル為メ法律ニ於テ特定シタル其手續ヲ履シタル後ナラザルベカラズ」。

「然レドモ株式会社ノ平常ノ場合ハ勿論破産ノ場合ニ於テモ譲渡人ノ負担スベキ担保ノ責任ハ商法第五百二十二条第百五十三条ノ規定ニ従テ定メザルベカラザルモノトス、何トナレバ既ニ説明セシ如ク譲渡人ノ其責任ハ該法条ノ規定ヲ履シタルニ因テ始メテ発生スベキモノナレバナリ」。

【36】大審院明治三十七年二月六日判決民録一〇輯一三七頁

事実の概要は必ずしも明らかではないが、株式譲渡人の株金払込担保責任の性質論に関するものである。株式が輾転流通し、したがって譲渡人が数名存在していたが、そのうちの一人が商法一五三条に基づく当該株式の競売不足金を会社に弁済した。その者は、以下のように主張したよう

AにX社の株式を譲渡した。そしてその譲渡を株主名簿に記載した。株式を譲り受けたAは、強制執行を受けるなど無資力になって当該株式の株金払込みが不可能となったことが明らかになり、さらにAとX社との交渉により、Aは株主権の失権に合意した。これらは、Y・A間の譲渡が株主名簿に記載された後二年内に生じたものであった。そこでX社（すでに破産して、破産管財人の管理下にある）は、Yの払込担保責任を根拠に、Yに対する株金払込請求訴訟を提起した。Aにおいて右のような事実が生じたときは、X社は商法一五二条二項の手續きを踏むことなく、Yの責任を追求できるのか、また商法一五二条および一五三条が、会社破産の際にも適用されるのか、が問題となったものである。

「然レドモ商法第五百十三条第二項第三項ニ於ケル譲渡人ノ負担スベキ担保義務ノ責任ハ其前条即チ第五百二十二条ノ規定ニ従ヒ先ツ株主ニ対シ二週間前ニ株金払込ノ催告ヲ為シ株主ガ其期間内ニ払込ヲ為サザルトキハ更ニ二週間以上ノ期間内ニ払込ヲ為スベキ旨及其期間内ニ払込ヲ為サザルトキハ株主ノ権利ヲ失フベキ旨ヲ通知シ尚且株主ニ於テ其期間内ニ払込ヲ為サザルトキハ商法第五百十三条第一項である。他の譲渡人は、自分が弁済したことによって共同の免責を受けたわけであるから、その割合に応じて求償に應じるべきであるし、そうでなければ、同条項に基づく弁済義務は一種の担保債務であるから、自分の直接の譲渡人のみならず、自分の後者全員に対して求償しうるはずである。判旨は、この主張に答えたものである。

「而シテ右第五百十三条ノ規定ノ基ク所ハ一ハ其譲渡ニ因リ会社ニ損害ヲ被ムラシメザルノ趣旨ト一ハ株金ノ未払ニ係ル株式ノ譲渡人ハ株主タル権利ヲ譲渡人ニ移転スルト同時ニ株式ニ附従ノ債務モ亦之ヲ譲渡シ譲受人ニ株金払込ノ債務ヲ負担セシムルノ意思ヲ有シ譲受人ハ亦株主タル権利ヲ取得スルト共ニ株金払込ノ債務ヲ引受け譲受人ニ代リ之ヲ履行スルノ意思ヲ有セシモノトノ推定ニアルヲ以テ順次相次ギ數回ノ譲渡アリタル場合ニ於テ会社ニ対シ譲渡人ノ負担セル債務ハ一ノ担保債務ニハ相違ナシト雖モ民法ニ謂フ保証人ノ債務ト異ナリ分割義務ニアラスシテ全部義務ナリト云ハザルベカラズ、……又其譲渡人中会社ニ対シ不足額全部ヲ弁済シタルモノアルトキハ其譲渡人ハ求償権ヲ有スルハ勿論ナリト雖モ其求償権タルヤ直接ノ譲受人ニ対シテノミ之ヲ有スルモノニシテ（但シ不当利得ヲ原因トシ

従前ノ株主ニ求償シ得ルハ勿論ナリ之ヲ為シ得ベキモノニアラザルコトハ前記理由ニ徴シ明ナリ。

【37】大審院明治三十七年二月一七日判決民録一〇輯一五七頁

株主が訴をもつて会社の増資未成立の確認請求をすることが可能であるか否かに関するものである。株主の主張によれば、増資に対する株式の募集にあつて株式引受数が定数に満たなかつたので、会社が引受書を偽造し、その株数についても株金の四分の一の払込みがあつたかのように仮装して、増資の登記を済ませてしまつたようである。株主は、増資未成立の確認と登記の抹消を求めて提訴したようである。

「凡ソ株主ガ会社内部ノ行為ニ関与スルコトハ商法ニ規定セル場合ノ外法律ノ認許セザル所ナリ」。

「然レドモ上告人(株主)ノ請求中株式申込及ビ其株金四分ノ一払込ノ終了セザルコトハ單純ナル事實關係ニシテ事實關係ノ確認ハ訴訟法上之ヲ許スベカラザルコトハ原判決ニ説示シタル通りナリ」。

【38】大審院明治三十七年二月二〇日判決民録一〇輯一七三頁

社ノ利益ヲ損傷スベキ処ハ依然トシテ存スレバナリ」。

「然レドモ株式会社ノ取締役ハ各自会社ヲ代表スル權限ヲ有スルコトハ商法第七十條ニ於テ明ニ規定スル所ナレバ二人以上ノ取締役アル場合ニ於テ仮令取締役中同法第七十六條ノ規定ニ遵由セザル者アリトスルモ他ノ取締役ガ適法ニ会社ヲ代表シテ為シタル法律行為ハ之ガ為メニ其効力ヲ妨ゲラルベキ理ナシ」。

【39】大審院明治三十七年三月二四日判決民録一〇輯三二二頁

Y合資会社の業務担当社員Aが受取人をAとする会社名義の約束手形を振り出した。当該手形を取得したXがY社に手形金を請求したものである。相対無効説とも取れる表現がある。

「原判決ニ認メタル所ニ據レバ被告細野申三八本件ノ約束手形ニ合資会社旭商會ノ業務担当社員トシテ署名シ同商會ヲ代表シテ之ヲ自己ニ宛テ振出シタルモノナリ、然バ則チ申三八民法第八八條ノ規定ニ背キ同商會ヲ代表スルコト能ハザル場合ニ其資格ヲ冒シテ之ヲ振出シタルモノナレバ其手形行為ノ無効ナルコト勿論ナリト雖モ既ニ形式上手形ノ要件ヲ具ヘテ振出シタル以上ハ悪意又ハ重過失ナク

事實の概要は必ずしも明らかではない。会社・取締役間の取引に関するものである。

Aは、甲乙両会社の取締役であり、したがって、甲乙両会社の代表権を有する。甲乙間の取引において、Aは甲社を代表して行為したが、乙社を代表したのは別の取締役Bであつた。このとき、乙社において当該取引につき、監査役の承認を要するかという点が第一の問題点である。

監査役の承認を要する契約を複数の取締役が共同で会社を代表して締結したとき、一部の取締役に於ては承認がないことが明らかであるが、他の取締役に於ては承認があるときの、当該取引行為の効力が第二の問題点である。

「一人ニシテ一面ニ於テハ株式会社取締役タル資格ヲ有シ他ノ一面ニ於テハ該会社ノ相手方トナリテ取引行為ヲ為スガ如キハ到底利害相容レザル恐アリテ之ヲ放任スルハ会社ノ利益ヲ保全スル所以ノ道ニ非ズ、商法第七十六條ノ規定ハ實ニ如上ノ理由ニ因リ会社ノ利益ヲ保全セシムルガ爲メ設ケタルモノニシテ其規定ハ民法第八八條ト精神ヲ同ジウスレドモ同條ノ例外規定ナリト云フヲ得ズ、何トナレバ株式会社ノ取締役ガ自己又ハ第三者ノ為メニ其会社ト取引ヲ為ス場合ニ於テハ仮令自ら其会社ヲ代表セザルトキト雖モ會

シテ裏書ニ依リ之ヲ讓受クル者ナキヲ保スベカラズ、而シテ其讓受人即チ被裏書人ニ對シテ振出人ノ本人タル同商會及ビ保証人トシテ之ニ署名シタル被告上告人ハ手形振出行爲ノ無効ナル事由ヲ以テ對抗スルコト能ハザルガ故ニ原院ニ於テ其無効ナル事由ヲ以テ上告人ノ請求ヲ排斥センニハ尚ホ上告人ガ悪意又ハ重過失ニ因リ之ヲ讓受ケタルコトヲ判示セザルベカラズ」。

【40】大審院明治三十七年四月二二日判決民録一〇輯五二二頁

事實の概要は必ずしも明らかではない。会社解散請求の訴に関連して、商法七四七条七号、同八三三條の解釈が示されたものである。

「商法第七十四條ハ總テ商法ノ支配ヲ受クル会社ニ於ケル解散ノ場合ヲ悉皆列挙シタルモノニシテ此他ニ解散ノ場合アルコトヲ認メザル法意ナルコトハ同條ノ規定及ビ法文上自ラ明瞭ナリ、故ニ其第七号裁判所ノ命令トアルハ獨リ商法第四十七号第四十八條ノ命令ノミナラズ同法第八十三條ノ規定ニ基ク裁判所ノ判決ヲモ包含スルモノト解釈セザルベカラズ、又同第八十三條ニ依ル会社解散ノ請求ハ会社ニ對シテ為スベキモノニシテ個人タル社員ヲ相手取ルベキ



モノニアラズ、何トナレバ会社ノ解散ハ即法人タル会社ヲ廢罷スルモノナレバ縦令総員ト雖モ個人タル社員ニ於テ其責ニ任ズルヲ得ベキ処分ニアラザレバナリ」。

【41】大審院明治三十七年五月二日判決民録一〇輯五八九頁

定時株主總會招集の通知内容が不備であったとして、総会決議無効宣告請求の訴がなされたものである。前述の【17】の判旨をそのまま繰り返し述べたものである。

【42】大審院明治三十七年五月二日判決民録一〇輯五九四頁

会社が株主に対して商法一五三条一項に基づく株金払込みの催告をなした。その後には会社は解散によって清算会社となった。この場合に会社の社員に対する株金払込に関する権利がどうなるかを判示したものである。

「尤モ清算人ガ株主ニ対シ弁済期ニ拘ハラズ株金ノ払込ヲ為サシムルニハ同第九十二条ニ依リ会社ニ現存スル財産ガ其債務ヲ完済スルニ不足ナルコトヲ証明セザル可ラザルハ勿論ナリト雖モ本件ノ如ク被告会社ガ其解散前ニ於テ既ニ株主ニ対シ株金ノ払込ヲ適法ニ催告シタル以上ハ株主タル原告人ハ被告会社ニ対シテ其義務ヲ履行スベキ地位

ニ在ルモノナルガ故ニ其後被告会社ガ解散ニ因リ清算ノ時期ニ移ルモ之ガ為メ原告人ノ地位ニ変動ヲ来タスベキモノニアラズ」。

【43】大審院明治三十七年五月一〇日判決民録一〇輯六三八頁

会社の能力に関するものであるが、会社の定款に記載された営業科目と登記された営業科目に不一致がある場合のものである。登記上の営業目的の方が定款記載上の営業目的よりも広範囲であった。このとき、会社は、定款記載上の営業目的の範囲外であるが、登記上の営業目的の範囲内の行為につき責任を負うか否かが問題となった。加えて、会社の取締役は、どのような争いについても会社を代表して和解する権限があるかという点も問題となっている。

「本件ニ於テ被告銀行ノ営業科目ハ甲第三号証ナル定款ノ如クニシテ其中ニハ他人ノ債務ヲ保証スルコトノ記載アラザルニ因リ被告銀行ノ取締役ガ登記シタル営業目的ガ乙第一号証ノ如ク銀行営業トアリテ其意義汎博ナリトモ其登記ハ取締役ガ過失ニテ為シタルモノト見ルヨリ外ナク随テ取締役ガ登記簿ニ被告銀行ノ営業科目ヲ誤リテ汎博ニ登記スルモ之ガ為メ被告銀行ノ営業科目ガ変更セラ

ル可キモノニ非ズ、此場合ニ於テモ亦被告銀行ノ営業科目ハ依然定款ニ定メタルモノニ外ナラザルガ故ニ被告銀行ノ取締役ガ定款ニ反シ其営業科目ニ属セザル本件係争ノ荷為替ノ保証ヲ為シタルコトニ関シ被告銀行ハ責任ヲ有セザルモノトス」。

「銀行ノ取締役ガ和解ヲ為スニハ其営業科目ニ関スル事項ニシテ取締役ノ権限ニ属スルモノニ非ザレバ有効ニ之ヲ処理スルコトヲ得ズ」。

【44】大審院明治三十七年六月二日判決民録一〇輯九五六頁

会社・取締役間の取引の効力に関するもので、【33】と同様、会社・取締役間の手形行為（ただし本件は裏書譲渡）に関するものである。行為の効力については、【33】と同様の趣旨を述べている。加えて、本件では、会社・取締役間の取引に対する監査役の包括的承認の効果についても判示されている。

「商法第七十六条ノ規定ハ会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バ同条ニ所謂監査役ノ承認トハ一切ノ取引ヲ為スコトヲ予メ承認スト云フ如キ概括的ノ承認ヲ指スモノニアラズシテ特定ノ取引ニ付特ニ与ヘ

ラレタル承認ヲ指示スルモノト解セザルベカラズ、何トナレバ或取引ガ果シテ会社ノ為メ利益ナルヤ否ハ現実其取引自体ニ就キ考量スルニアラザレバ之ヲ知得シ難ケレバナリ」。

「然レドモ前段説明ノ如ク商法第七十六条ノ規定ハ会社ノ利益ノ為メニ設ケラレタルモノナレバ該規定ニ背戾シタル行為ト雖モ当然無効ニ属スルモノニアラズ、会社ニ於テ之ヲ取消スノ意思ヲ表示シ始メテ其効力ヲ失フモノトス、故ニ若シ会社ガ其取引ヲ有効トシ之ニ因テ得タル権利ノ実行ヲ求メンガ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会社ノ請求ヲ拒ミ得ルモノニアラズ」。

【45】大審院明治三十七年七月七日判決民録一〇輯一〇三七頁

清算会社の清算人が商法一五二条に基づく株金払込みの催告および失権の通知の手続きをなしているか、その場合、株主は同一五三条によって失権するかという点が問題となつたものである。

「会社ハ解散ノ後ト雖モ清算ノ目的ノ範囲内ニ於テハ尚存続スルモノト看做ストハ実ニ商法第八十四条ニ於テ明ニ規定スル所ニシテ此規定ハ株式会社解散ノ場合ニ準用セラ

レバ則チ解散シタル株式会社ト雖モ清算ノ目的ノ範圍内ニ於テハ同法第五百五十二條第五百五十三條ノ規定ヲ準用スルヲ得ベキコトハ自ラ明ナリト云フベシ」。

【46】大審院明治三十七年一〇月一日決定民録一〇輯一 二二七頁

商法四八条に基づいてなされた会社解散命令に対する抗告事件である。同条にいう「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル行為」の解釈を示したものである。

「商法第四十八條ニ会社ガ公ノ秩序ニ反スル行為ヲ爲シタルトキハ云々トアルハ独リ会社ノ目的トシテ爲ス行為ガ公ノ秩序ニ反スル場合ノミニ止マルベキモノニ非ズ、縦令会社設立ノ目的ハ適法ナリト苟モ其会社ノ行為ガ公ノ秩序ヲ紊スガ如キ場合ニ在リテハ裁判所ハ檢事ノ請求又ハ職權ニ因リ之ガ解散ヲ命ズルコトヲ得ルハ言フ俟タズ」。

【47】大審院明治三十八年二月七日判決民録一一輯一〇七頁

会社・取締役間の手形行為の効力を無効と判示したものであるが、民法一〇八条に依拠した構成をとるものである。会社・取締役間の取引のうち、民法一〇八条に該当するものと、商法一七六条との関係についても述べられている。

【33】の判旨を再確認したものである。本件はむしろ、法人の手形署名に関するものとして、手形法分野で参照されることの多いものであろう。

【49】大審院明治三十八年四月一日判決民録一一輯四九 九頁

ある株式会社が別の会社に営業の全部を譲渡して解散を決議した。一部の株主が、総会決議が無効であるとして、解散決議時の取締役および清算人らと相手に、総会決議の無効を確認して、同社の解散および清算人の登記を抹消するとともに、同社の原状回復手続きをとることを求めて提訴したものである。かかる訴訟が成り立ちうるかに関するものである。

「然レドモ株主ガ会社内部ノ關係ニ於テ会社ニ対シ請求スルニ非ズシテ直接ニ其取締役若クハ清算人ニ対シ訴訟ヲ爲スコトヲ許シタル法令存スルコトナシ、商法ノ規定ヲ按ズルニ株主ガ其資格ニ於テ直接ニ訴訟ヲ爲スコトヲ得ル場合ニ付テハ第六十三條ニ依リ又清算人ノ場合ニハ第二十三條ニ依リ第六十三條ノ規定ヲ準用シ会社ニ対シ總會決議無効ノ宣告ヲ請求スルコトヲ得ル旨ノ規定アルニ過ギズ取締役若クハ清算人ニ対シテハ第七十八條ニ依リ又

Y株式会社の取締役Aが自己を受取人としてY社名義の約束手形を振り出し、転得者XがYに手形金の支払を請求したものである。手形行為の効力に関しては【39】と異なる判断をしたように思われる。

「民法第八八条ニ「何人ト雖モ同一ノ法律行為ニ付キ其相手方ノ代理人ト爲リ又ハ當事者双方ノ代理人ト爲ルコトヲ得ス」トアリテ此規定ニ違背シタルトキハ其法律行為ノ無効タルコト勿論ナリトス、本件ニ於テ原院ノ認メタル所ハ小澤武雄ハ被告会社ノ取締役トシテ之ヲ代理シ而シテ一個人タル小澤武雄ニ対シ手形行為ヲ爲シタルモノナルガ故ニ小澤武雄ハ同一ノ法律行為ニ付相手方ノ代理人ト爲リタルモノナルコト明カナレバ其手形行為ノ無効ナルコト勿論ナリトス、商法第七十六條ハ会社ノ取締役ノ職ニ在ル者ガ自己又ハ第三者ノ爲メ会社ト取引ヲ爲ス場合ヲ規定シタルモノニシテ本件ノ場合ノ如ク取締役ガ一面会社ヲ代表シ一面自己ノ資格ヲ以テ一個ノ法律行為ヲ爲シタル場合ヲ規定シタルモノニ非ズ」。

【48】大審院明治三十八年二月七日判決民録一一輯一三五 頁

会社・取締役間の取引の効力に関するものであり、前述清算人ノ場合ニ於テハ第二十三條ニ依リ第七十八條ノ規定ヲ準用シ同条ノ定ムル条件ヲ具備スルトキニ限リ会社ヲシテ訴ヲ提起セシムルコトヲ得ル場合アルモ株主ニ於テ直接ニ訴訟ヲ爲スコトヲ得ル旨ノ規定アルヲ見ズ、故ニ株主ハ其資格ニ於テ直接ニ取締役若クハ清算人ニ対シ訴訟ヲ爲スノ權利ナシト謂ハザル可カラズ、蓋株式会社ハ多数ノ株主ヨリ成リ其株主ノ權利ハ直接ニ会社ニ対シ有スルモノニシテ取締役若クハ清算人ニ対シテハ直接ニ權利ヲ有スルモノニアラズ、而シテ取締役若クハ清算人ハ直接ニ会社ニ対シ其職務執行ノ義務ヲ負担スルモ株主ニ対シテ直接ニ之ヲ負担スルモノニアラズ、且取締役若クハ清算人ガ株主總會ノ決議ヲ執行シタルトキハ当然会社ニ対シ其効力ヲ生ジ其結果ハ其会社ヲ組織スル総株主全体ニ及ボスモノナルヤ論ヲ俟タズ」。

【50】大審院明治三十八年四月一日判決民録一一輯五〇 二頁

合資会社がその社員に対して有する出資履行の請求権について、会社債権者が差押転付命令を得た。かかる転付命令の取得が有効であるか否かが争われたものである。

「会社ニ対スル出資ナルモノハ原院ノ説示セル如ク会社

ガ其事業ヲ經營スル資本トシテ会社成立ニ必要欠クベカラザルモノナリト雖モ其目的トスル所金銭又ハ物件ニ在リテ既ニ弁済期ニ在ルモノノ支払ヲ求ムル權利ハ一ノ債権ニ外ナラズシテ其性質讓渡ヲ許サザルモノニアラズ、故ニ特別規定ナキ以上ハ会社ニ対スル強制執行ノ目的物ト為シ得ベキモノナルヲ以テ若シ其目的ニシテ金銭ニ存スルトキニハ之ヲ金銭上ノ債権トシ会社ニ対スル強制執行ノ目的物ト為スニ妨ナキモノトス、何トナレバ会社ガ其債権ノ行使ニ因テ得ル金銭ハ必ズシモ之ヲ直接ニ会社ノ目的事業ニ使用セザルベカラザルモノニアラズ其債務ノ弁済ニモ亦之ヲ使用シ得ベキモノナレバ其金銭取得ノ原因タル債権自体ヲ債務ノ弁済ニ充ツル為メ之ヲ債権者ニ転付スルモ固ヨリ条理ニ違フ所アラザレバナリ」。

【51】大審院明治三十八年四月一七日判決民録一一輯五〇六頁

オットライメルス商会というドイツ合名会社の日本支店に訴訟当事者能力があるか否かに関するものである。外国会社に関する商法二五五条が問題となった。

「外国会社ニ関スル事項ヲ規定シタル商法第二百五十五條ニ依レバ外国会社ガ日本ニ支店ヲ設ケタルトキハ日本ニ

成立スル同種ノモノ又ハ最モ之ニ類似セルモノト同一ノ登記及ビ公告ヲ為シ日本ニ於ケル代表者ヲ定メ其氏名住所ヲ登記スルコトヲ要シ又第六十二條ノ規定ハ外国会社ノ代表者ニ準用スルモノニシテ此規定ノ適用ニ付キ外国会社ガ法人タルト否トノ區別ナケレバ日本ニ支店ヲ設ケタル外国会社ガ法人タラザル場合ニ於テモ第二百五十五條ノ規定ハ適用ス可キモノトス、而シテ同條ニ於テ此場合ニ準用セラレタル第六十二條ニ依レバ日本ニ支店ヲ設ケタル外国会社ノ代表者ハ会社ノ營業ニ関スル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行為ヲ為スノ権限ヲ有スルモノナレバ其本國ニ於テ法人タラザル外国会社ガ日本ニ於テ訴訟能力ヲ有スルコト寸毫ノ疑ナシトス」。

【52】大審院明治三十八年四月一九日判決民録一一輯五二六頁

会社の解散を決議した株主總會決議無効確認訴訟において会社を代表する者が、解散前の取締役であるか決議後の清算人であるかに関するものである。前述【27】の系譜に属する。

「取締役ナル者ハ会社ヲ代表シ其本来ノ目的タル業務ヲ執行スル為メ選任セラルル者ナレバ会社ガ解散スルト同時

ニ其執行スベキ業務消滅スルヲ以テ當然会社ヲ代表スル資格ヲ喪失スルコトハ商法第二百二十六條ノ法意ニ依リ明晰タリ、又清算ノ目的ノ範圍内ニ於テノミ存続スル会社即チ清算中ニ在ル会社ニ在リテハ清算人会社ヲ代表シ其清算ニ関スル職務ヲ行フ為メ必要ナル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行為ヲ為ス権限ヲ有スルコトハ商法第二百三十四條第九十一條ノ規定スル所ナルヲ以テ清算中ニ在ル会社ニ対シ訴訟ニ依リ其解散ニ関スル議決ノ無効ナルコトヲ確認セシメントスルニハ清算人ヲ以テ会社ノ代表者トスベク清算人ハ其職務権限ヲ以テ会社ヲ代表シテ之ニ応訴スベキ職責アルハ多言ヲ要セザル所ナリ、何トナレバ此場合ニ於テハ清算人先ヅ解散議決ノ有効無効ヲ確定セシムルハ清算ノ職務ヲ行フニ付キ最モ必要ナル事項ニシテ之ヲ確定セシムルニアラザレバ其職務ヲ行フコト能ハザレバナリ」。

【53】大審院明治三十八年四月一九日判決民録一一輯五三〇頁

株主總會の決議に非株主および代理資格のない者が加わったとき、これが商法一六三条に言う決議の方法が法令に違反する場合に該当し、したがって總會決議無効確認訴訟の原因となりうるか否かに関するものである。

「商法第六十三條ニ所謂其決議ノ方法トハ単ニ表決権アル者ノ決議及ビ表決等ニ関スル方法ヲ指スノミナラズ其評議評決等ヲ為ス者ノ適格者ナルコト即チ表決ノ權利若クハ権限ヲ有スル者ニ限り評議評決ヲ為シ其權利権限ナキ者ハ其評議評決等ニ関与セザルコトヲモ包含スルモノト解スルヲ当然ナリトス、故ニ株主總會ニ於テ株主ニ非ザル者及ビ其代理人ニ非ザル者ガ其決議ノ數ニ加ハリタルコトハ同法ノ所謂決議ノ方法ガ法令ニ反スル場合ニ外ナラザルヲ以テ其事ヲ訴訟ノ原因トシテ總會決議ノ無効ナルコトヲ確定セント欲スル株主ハ同法條ノ規定ニ依リ訴訟ヲ為スコトヲ得ルノ外ニ途アルコトナシ」。

【54】大審院明治三十八年六月二日判決民録一一輯九五四頁

ある会社の株主が第四回の株金払込みをなさなかつたため、会社は当該株主に失権の通知をなし、当該株式を競売に付した。しかし、競落人が不存在だったため、会社は何人に対しても第五回以降の払込みをさせることができなかつた。そこで会社は、第四回の払込みをしなかつた従前の株主に対し、債務不履行に基づく損害賠償を請求したものである。

「依テ商法第二編第四章第二節（株式ニ関スル事項）ヲ按ズルニ其第五百五十二條ハ株金払込ニ関シ或ル期間内ニ各株主ニ株金払込ヲ催告スルコトヲ要シ且株主ガ期日ニ払込ヲ為サザルトキハ会社ハ更ニ一定ノ期間内ニ其払込ヲ為スベキ旨及び其期間内ニ之ヲ為サザルトキハ株主ノ権利ヲ失フベキ旨ヲ其株主ニ通知スルコトヲ得ベキ規定ニシテ同法第五百五十三條第一項ハ前条ニ定メタル手續ヲ踐ミタルモ株主ガ払込ヲ為サザルトキハ其權利ヲ失フ規定ニ係リ其第二項ハ前項ノ場合ニ於テハ会社ハ株式ノ各譲渡人ニ対シ或ル期間内ニ払込ヲ為スベキ旨ノ催告ヲ發スルコトヲ要スル規定其第三項ハ譲渡人ガ払込ヲ為サザルトキハ会社ハ株式ヲ競売スルコトヲ要シ此場合ニ於テ競売ニ依リ得タル金額ガ滞納金額ニ滿タザルトキハ從前ノ株主ヲシテ其不足額ヲ弁済セシムコトヲ得若シ從前ノ株主ガ二週間内ニ之ヲ弁済セザルトキハ会社ハ譲渡人ニ対シテ其弁済ヲ請求スルコトヲ得ト規定セリ、是等ノ規定ニ依ルトキハ株主ガ払込ヲ為サザルニ於テハ会社ガ右等ノ規定ニ從ヒ其手續ヲ履踐スルニ因リ從前ノ株主ハ其株主タルノ權利ヲ失却スト雖モ該株式ヲ競売シ尚ホ滞納金存スルトキハ從前ノ株主ハ其義務者タルノ地位ヲ脱却スルヲ得ズ、即チ從前負フタル株式払込ノ

四七頁

白紙委任状附記名株式の譲渡の商慣習を強く擁護するものである。Yは、ある会社の記名株式を白紙委任状を添付して、Aに交付した。Xは、当該株式を白紙委任状とともにAから債権担保として取得した。その後、Xは当該株式を自己競落した。Xは、会社に名義書換請求をしたが、その前に、Yが会社に対して改印届を提出しており、会社に現存する印影と委任状の印影とが異なっていた。Yは名義書換の阻止を試みたわけであるが、Xは、右のようなYの干渉の排除と名義書換を求めるものである。

「株券記名者ガ被任者ノ氏名及ビ年月日ヲ記載セザル株券名義書換等總テ代印ヲ以テ為サシムル旨ヲ記載シタル所謂白紙委任状ヲ添付シ株券ト共ニ之ヲ他人ニ委付スルニ於テハ其株券ハ委任状ト相待テ輾転流通スル慣習アルヲ以テ第三者ガ之ニ從テ該株券ニ付權利ヲ取得シタルトキハ其權利ヲ無効ニ帰セシムルコトヲ得ザルハ当然ナリ、如何トナレバ第三者ニ於テハ白紙委任状ノ添付スル株券ヲ正當ニ所持スル者ハ何時ニテモ該委任状ヲ利用シ其株券ヲ自己ノ名義ニ書換フルコトヲ得從テ該株券ノ処分權ヲ有スルモノト信認スベク該委任状ヲ添付シテ株券ヲ輾転流通ノ状態ニ置

債務不履行ノ地位ニ在ルベキ法意ナリト解釈セザルヲ得ズ、故ニ同法第四項ニ前三項ノ規定ハ会社が損害賠償及ビ云々ノ請求ヲ為スコトヲ妨グズトアルハ右株主ノ滞納金タル債務不履行ニ因リ会社ガ其弁済ヲ請求スルニ当リ其遅延利息ヲ損害賠償トシ又ハ競売ノ費用等ヲ損害賠償トシテ請求スルヲ妨グズト云フノ法意ナリト解釈スルヲ相当トス、而シテ本件ニ付キ原院ノ認メタル事實ニ依レバ当事者間ノ關係ハ商法第五百五十三條第一項乃至第三項ノ規定ニ於ケル手續ヲ上告人タル会社が履踐シタルモ殊ニ株式ヲ競売シタルモ尚ホ從前ノ株主タル被上告人ニ滞納金ノ債務存スルモノト認メ得ベキニ因リ上告人ハ被上告人ニ対シ該債務不履行トシテ之ガ請求ヲ為スハ格別ナレドモ損害賠償トシテノ本訴請求ハ之ヲ採用スルヲ得ザルモノトス」。

【55】大審院明治三十八年六月二三日判決民録一一輯一〇一四頁

商法一五二條に株金の払込は二週間前に株主に催告しなければならぬと規定しているが、その期間については、民法の期間計算方法に従うべきものであるとしたものである。

【56】大審院明治三十八年六月二七日判決民録一一輯一〇一四頁

キタル名義人モ亦自己ノ行為ニ因リテ第三者ヲシテ右ノ如キ信認ヲ為サシメ因テ以テ或法律行為ヲ為サシメタルニ拘ハラズ後日ニ至リ其事實ノ虚妄ナルコトヲ主張シテ右法律行為ヲ無効ニ屬セシムルガ如キハ法理ノ許容スベキモノニアラザレバナリ」。

【57】大審院明治三十八年一月二日判決民録一一輯一五三九頁

記名株式の譲渡につき、譲受人の氏名を株主名簿と株券に記載しなければ会社その他の第三者に「対抗スルコトヲ得ス」とした商法一五〇條の意義に関するものである。すでに株式を譲渡してしまつたが、未だ株主名簿上は株主として記載されている者が、会社に対して配当金の支払を請求したものである。会社は、譲受人を株主として扱い、譲受人に配当金を支払つたようである。

「按ズルニ商法第五十條ノ規定中ニ存スル對抗スルコトヲ得ズノ語ハ民法第四百六十七條及ビ第四百六十九條ニ存スル同一ノ用語ト均シク株式ノ譲渡人若クハ譲受人ハ商法第五十條ニ規定シタル手續ヲ了スルニ非ザレバ会社及ビ其他ノ第三者ニ対シテ譲渡行為ノ効力ヲ利用スルコトヲ得ザル趣旨ヲ聲明シタルニ外ナラズシテ会社及ビ其他ノ第

三者ノ為メニハ其行為成立セズトノ趣旨ニ非ザルコトハ前掲民法ノ規定其他民法商法中ニ散見スル同一ノ用語例ニ參酌スルトキハ自ラ明瞭ナルベシ、是ヲ以テ会社ハ商法第百五十条ノ手続未了ノ前ト雖モ讓渡人ニ対シテ讓渡行為ノ存在ヲ主張シテ以テ自己ノ利益ヲ防護スル権利アルベキコト復多言ヲ要セズシテ明ナリト謂フベシ」。

【58】大審院明治三十八年二月一九日決定民録一一輯一六九一頁

ある銀行で減資の決議がなされた。この決議がなされたときは、二週間に財産目録と貸借対照表を作る必要があった(商法二二〇条二項、同七八条一項)。取締役がこれを作成しなかつたため過料に処せられた。取締役は、この間、監獄に収監されていたため作成が不能であつたとして抗告したものである。さらにこの銀行は、二度目の減資の決議をした。二度目の減資決議の際、株主総会は二度開催され、一度目の総会終了後に財産目録と貸借対照表が作成されたが、一度目の総会を補足追完すべく開催された二度目の総会終了後にはこれらの書類が作成されなかつた。この二度目の総会終了後の書類不作成に基づいて取締役が過料に処せられたが、一度目の総会終了後に書類が作成され

ており問題ないとして取締役が抗告したものである。

「按ズルニ株式会社ノ財産目録及ビ貸借対照表ヲ作成スル事務ノ如キハ其責任ハ取締役ニ歸スルト雖モ必ズシモ躬親<sup>タ</sup>ラ其作成ニ從事スルコトヲ要スルモノニ非ズ、而シテ商法第二百六十二条ニハ發起人会社ノ業務ヲ執行スル社員取締役云々ハ左ノ場合ニ於テ八十円以上千円以下ノ過料ニ処セラレル(中略)ニ第七十八条乃至第八十条ノ規定ニ違反シテ合併会社財産ノ処分資本ノ減少又ハ組織ノ変更ヲ為シタルトキト規定シタルニ止マリ本件ノ如キ場合ニ於テ實際減資処分ニ与ラザリシ取締役ヲ寛假スベキ文意存セザルヲ以テ仮令抗告人ハ本論旨ノ如キ在監ノ事実アリシトスルモ前掲法条ノ制裁ヲ免ルルコトヲ得ザルモノト云ハザルヲ得ズ」。

「然レドモ法令ノ規定ニ依リ株式会社ガ財産目録及ビ貸借対照長ヲ作成スルコトヲ要スル場合ハ主トシテ株主及ビ利害関係人ノ利益ヲ保証スルヲ以テ其目的トスルコト勿論ナレバ仮令本論旨ノ如ク明治三十七年三月十五日ニ於ケル株式会社鴨川銀行株主総会ハ同年一月三十一日ノ株主総会決議ニ胚胎シ之ヲ補足確定シタルニ外ナラズ又前決議ノ後作成シタル財産目録及ビ貸借対照表アリシトスルモ株主及ル所ナリ、故ニ二週間前ニ為サザル株金払込ノ催告ハ其要件ヲ具備セザルガ為メ無効ニ属スルモノナルコト論ヲ俟タズ」。

「依テ按ズルニ二週間前ニ為サザル株金払込ノ催告トシテ其効力ヲ生ゼザルコトハ既ニ前段説示ノ如シ、而シテ其無効ハ右二週日ノ期間ガ株金払込ノ猶予期間ナルト株金払込義務發生ノ要件ナルト否トニ依リ影響ヲ受クベキモノニアラザレバ右期間ガ猶予期間ナルヤ若クハ払込義務發生ノ要件ナルヤ否ハ今茲ニ論定スルノ要ナシ、然リ而シテ其二週日ノ期間ヲ与ヘザル催告ガ法律上無効ナル以上ハ縱令ヒ事實二週間ヲ経過シタル後チ再ビ其払込ヲ催告スルモ其事実ガ商法第百五十二条第二項ニ謂フ通知ノ効力ヲ生ズルモノニアラザルコト誠ニ明瞭」ナリ。

【60】大審院明治三十九年二月二七日判決民録一一輯二九四頁

会社・取締役間の取引に関するものである。株式会社の取締役が一方で会社を代表し、その一方で取引の相手方となつて会社と取引をする行為に民法一〇八条の適用を認め、たとえ監査役の承認があつてもこれを無効とするものである。前述【47】の系譜に属するものであるが、本件は

七利害関係人ハ該財産目録及ビ貸借対照表ニ依リテ後ノ決議ノ際ニ於ケル会社財産ノ状況ヲ確知スルコトヲ必スベカラズシテ法律ノ期待シタル保障ノ趣旨ニ違フモノト云ハザルヲ得ズ、然レバ即チ明治三十七年三月十五日株主総会ノ決議アリシヨリ二週間に財産目録及ビ貸借対照表ヲ作成セザリシ事実ハ商法第二百六十二条第二号ニ該当スル違反行為タルヲ免レズ」。

【59】大審院明治三十九年一月二〇日判決民録一一輯六四頁

会社の株主に対する株金払込催告ならびに失権通知および株主競売不足金請求に至る一連の手続きをめぐる商法一五二条に関するものである。ある会社が、同条一項に反して、事前に二週間に満たない期間で株金払込催告をなした後、同条二項以下の失権、競売手続きを行い、従前の株主に対して株式競売不足金を請求した訴訟である。請求を受けた株主は、同条一項に反する催告に始まって同条二項以下の手続きがなされたわけであるから、未だ失権していないとして争うものである。

「按ズルニ株金払込ノ催告ハ各株主ニ対シテ二週間前ニ之ヲ為スコトヲ要スルハ商法第百五十二条第一項ノ規定ス

手形行為ではなく、消費貸借契約である。

「民法第八八条ニ於テ何人ト雖モ同一ノ法律行為ニ付キ其相手方ノ代理人ト為ルコトヲ得ザル旨ヲ規定シタル所以ノモノハ蓋シ同一法律行為ノ当事者ハ常ニ個々利害相反スル地位ニ在ルモノナルニ其一方ニ對シテ其相手方ノ代理人ト為リ一人ニテ同一法律行為ヲ為スコトヲ許ストキハ代理人ハ往々自己ノ利益ヲノミ是レ計リ本人ノ利益ヲ其犠牲ニ供スルノ弊害ヲ生ジ易ク到底代理人タルノ任務ヲ正実ニ尽シ得ルモノト認メ得ラレザルヲ以テナリ、而シテ如上ノ弊害ハ株式会社ノ取締役ガ一面其会社ヲ代表シ一面ニハ会社ノ相手方ト為リ会社ト取引スル場合ニ於テモ亦同ジク存スルモノナレバ株式会社ノ取締役ニ限り一面自カラ当事者ト為リナガラ其相手方タル会社ノ代理人タルコトヲ許スノ理由モ存セザルニ因リ商法第七十六條ハ民法第八八條ノ例外ヲ規定シタルモノニアラズシテ単ニ株式会社ノ取締役ガ自カラ会社ヲ代表セズシテ会社ト取引スル場合ヲ規定シタルニ外ナラザルモノト解スベキモノトス、依テ若シ上告人ガ被告会社ヲ代表シ自ラ其相手方ト為リ本件貸借ヲ為シタルモノトセバ民法第八八條ニ依リ無効ニ屬スルモノナレバ縦令監査役ノ承認ヲ得タリトテ有効ニ成立スベキモノ

ニアラズ」。

【61】大審院明治三十九年四月一〇日判決民録一二輯五二四頁

株式会社ガ株主に對して有する株金払込請求權に對する差押轉付命令ガ有効カ否カ、すなわちこの債權ガ性質上讓渡を許されるものカ否カガ争われたものである。前掲【50】の判例において大審院は、合資会社ガその社員に對して有する出資履行請求權について差押轉付命令を有効としたガ、本件株式会社ノ株金払込請求權については、異なる結論を採った。【50】との関連についても言及している。

「然レドモ債權ノ性質ガ讓渡ヲ許サザルトキハ讓渡スルコトヲ得ルノ限ニ在ラザルコト民法第四百六十六條ノ法文ニ明カナル所ナリ、然リ而シテ債權ノ性質ガ讓渡ヲ許スト否トハ特別ノ關係ガ債權發生ノ原因タルト否ト若クハ債權者ノ特別ノ行為ヲ要スルトキナルト否トニ繫ルモノニシテ債權ノ目的ガ金錢支払ナルト否トノ如キハ毫モ之ニ影響スルモノニアラズ、抑株式会社ガ其株主ヲシテ株金ヲ払込マシムル權利ヲ有スルハ株主ヲ以テ組織セラレタル社団ナルニ因リ兩者ノ間特別ノ關係アルニ基因スルモノナルガユヘニ此權利ハ会社成立ノ上ハ払込催告ノ前後ニ拘ハラズ独

リ会社ノミ之ヲ有スルコトヲ得ルモノナレバ即チ其性質ガ讓渡ヲ許サザルモノタルコト疑ヲ容ル可ラズ、而シテ債權ノ性質ガ讓渡ヲ許サザルトキハ假令裁判所ノ命令ヲ以テ其債權ヲ轉付スルモ轉付ノ効力ヲ生ゼザルコト勿論ナレバ会社ガ其株主ニ對シテ有スル株金払込請求權ハ之ヲ轉付スルモ亦其効力ナキモノタルコト更ニ多言ヲ俟タザルベシ、故ニ原院ニ於テ上告人ガ東京区裁判所ノ轉付命令ニ因リ取得シタリト主張スル東京常産株式会社ノ被告人ニ對スル株金払込請求權ヲ其性質ガ讓渡ヲ許サザルモノトシ轉付ノ効ナシト判定シタルハ結局正当ニシテ上告人ノ援用セル明治三十八年才第十三号同年四月十五日言渡ノ本院判例ハ合資会社ニ関スルモノニテ本件ノ場合ト趣ヲ異ニスル所アルガ故ニ之ニ依テ原判決ヲ不法ナリト為スヲ得ザレバ本上告論旨ハ其理由ナシ」。

【62】大審院明治三十九年三月三一日判決民録一二輯五四五頁

株式讓渡人の株金払込担保責任に關するものである。商法一五四条によれば、この責任は讓渡を株主名簿に記載した後二年の経過によって消滅する。ある株式讓渡人の讓渡が明治三四年六月二六日に株主名簿に記載された。会社は、

当該讓渡人に對して、株式競売後の不足金を弁済するよう明治三六年五月二二日に催告した(商法一五三条三項に基づく請求)。しかし、当該讓渡人に對する本訴の提起は、株主名簿記載後二年以上を経過しており、かつ弁済催告後六か月以上を経過したものである。

「商法第五十三條第二項ニ規定シタル株式讓渡人ニ對スル株式会社ノ催告ハ一面ニ於テハ会社ニ付与セラレタル權利ナルコト勿論ナリト雖モ同條第三項ニ規定シタル讓渡人ニ對スル求償權ヲ行ハント欲スレバ必ず如上ノ催告ヲ為スコトヲ要スルノミナラズ其催告ニ依リテ滞納金額ノ払込ヲ為シタル讓渡人ハ株式ヲ取得スルヲ得即チ讓渡人ノ為メニ設ケラレタル一ノ特例タルコトヲ失ハズ、故ニ他ノ一面ニ於テハ会社ノ義務ト云フコトヲ得ベキノミナラズ縦令讓渡人ガ其催告ヲ看過シテ払込ヲ為サザルモ会社ハ直ニ強制履行ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得ザルハ同條ノ法文ニ徴シテ自明ナリ、之ニ反シテ同條第三項ノ求償權ハ讓渡人ガ競売不足額ヲ弁済セザル場合ニ於テハ会社進ミテ強制履行ヲ請求スルコトヲ得、然レバ則チ会社ガ讓渡人ニ對シテ有スル第二項ノ權利ト第三項ノ權利トハ其内容自ラ異なるノミナラズ第二項ノ催告ハ未ダ以テ讓渡人ヲシテ競売不足額

ノ弁済ニ付テ遅滞ノ責ニ任ゼシムルニ足ラザルヲ以テ第二項ノ催告ヲ為シタル一事ヲ以テ同法第五十四條ノ法定期間ノ内外ヲ問ハズ会社ハ讓渡人ニ對シテ第三項ノ求償權ヲ行フコトヲ得ベント論斷スルハ妄ト云ハザルヲ得ズ、是故ニ原判決ニ会社ガ株式ノ讓渡ヲ株主名簿ニ記載シタル後二年内ニ讓渡人ニ對シテ同法第五十三條第二項ノ催告ヲ為シタル事實アルトキハ同條第三項ノ請求ヲ二年内ニ為シタルト否トニ拘ラズ讓渡人ハ第五十四條ノ免責ヲ主張スルコトヲ得ザル旨判示シタルハ失当タルコトヲ免レズ、然リト雖モ原判決ノ確定シタル事實ニ依レバ被告会社ガ本訴株式ノ讓渡ヲ株主名簿ニ記載シタルハ明治三十四年六月二十六日ニシテ讓渡人タル上告人ニ對シテ競売不足額ノ支払催告ヲ為シタルハ明治三十六年五月二十二日ニシテ其間二年ニ滿タザルコト明確ナルヲ以テ縱令本訴ノ提起ハ明治三十四年六月二十六日ヨリ起算シテ二年以上ヲ經過シ又前記ノ支払催告ヨリ六月以上ヲ經過シタル後ニ在ルモ上告人ハ第五十四條ニ規定シタル免責ノ利益ヲ有スル理アラズ、何トナレバ讓渡人ガ競売不足額弁済ノ請求ヲ法定期間内ニ受クルトキハ其時ヨリ遅滞ノ責ニ任ズベク而シテ催告ハ一ノ請求行為ナルヲ以テ六个月内ニ訴訟提起ヲ伴ハザル場合ト

雖モ債務者ヲシテ遅滞ノ責ニ任ゼシムル効力ニ付テハ特別ノ規定アラザル限りハ裁判上ノ請求ニ比シテ優劣アルベキ理由ナケレバナリ」。

【63】大審院明治三十九年五月二二日決定民録一二輯七八一頁

ある会社の監査役が死亡したが、取締役はしばらくの間その事実を知らず、したがって変更登記をなすことなく放置したため、過料に処せられた。これを不服とする抗告事件である。

「株式会社ノ取締役ガ会社ノ監査役死亡シテ之レガ変更登記ヲ為スコトヲ怠リタル理由ヲ以テ之ヲ過料ニ処スルニハ其過失ニ因リ法定ノ期間内ニ登記ヲ為サザリシ事實ノ存スルコトヲ要ス、何トナレバ商法第二百六十一條第一項第一号ニ本編ニ定メタル登記ヲ為スコトヲ怠リタルトキトアルニ依テ甚ダ明カナリ」。

【64】大審院明治三十九年六月二一日判決民録一二輯一〇一〇頁

株式会社が破産したとき、破産法に規定がない点について、精算の規定が適用されるか否かが問題となったものである。具体的には、会社に現存する財産が会社債務を完済

するのに不足するとき、清算人が株主に未払込株金の払込みをなさせようという商法二三四条によつて準用される同九二条の適用が問題となったものである。

「会社ノ清算トハ会社解散ノ場合ニ於テ其現務ヲ結了シ債權ヲ取立テ及ビ其債務ヲ弁済シ若シ残余財産アルトキハ之ヲ引渡ス等ノ如キ解散ノ場合ニ於ケル会社財産ノ処分ヲ指稱スルモノトス、而シテ破産ノ宣告ハ会社ノ解散ヲ惹起シ其破産手続ハ破産宣告ニ因リ解散シタル会社ノ現務ヲ結了シ債權ヲ取立テ債務ノ弁済ヲ為ス等ノ如キ会社財産ノ処分ヲ主たる目的トスルモノナルヲ以テ他ノ場合ニ於ケル清算ト手続上多少ノ差異アルモ其實質清算ニ外ナラザレバ会社ノ破産手続ハ破産宣告ニ因リ清算ト云フヲ得ベシ、既ニ其實質清算ニ外ナラザル以上ハ明治二十三年法律第三十二号破産法ニ規定ナキ本件ノ如キ事項ニ付テハ商法第二百三十四條ニ依リ同法第九十二條ヲ適用スベキハ当然ニシテ破産法中ニ之ヲ準用スル旨ノ規定アルヲ要セズ」。

【65】大審院明治三十九年六月二八日判決民録一二輯一〇四八頁

合資会社がその社員に対して有する弁済期未到来の未出資金請求権に対する差押転付命令が有効か否かが争われた

ものである。前掲【50】において争われた合資会社の社員未出資金請求権に対する差押転付命令は、債權の弁済期が到来していたものであったのに対し、本件は弁済期未到来である点が異なっている。

「本件ニ於テハ合資会社ニ對スル社員ノ出資義務ト雖モ其既ニ弁済期ニ在ルモノハ之ヲ差押ヘ若クハ転付スルヲ得ベキコトハ本院ノ前判決ニ於テ明示シタル所ナレバ原判決ハ該判旨ニ違背シタルモノト云フヲ得ズ、抑社員ノ出資ハ因リテ以テ会社ト社員トノ特別關係ヲ保持スベキモノナレバ出資ニ付テ会社ガ社員ニ對シテ有スル權利ハ一種ノ債權ニ外ナラズト雖モ其弁済期未ダ到ラザルモノハ之ヲ讓渡シ若クハ転付スルコトヲ得ザルモノト云ハザルヲ得ズ」。

【66】大審院明治三十九年九月二二日判決民録一二輯一一三三頁

清算会社が株主に対して有する未払株金払込請求権と当該株主が会社に対して有する貸金返還請求権について、会社側が差引計算を行ったようである。当該差引計算によつて、株主の払込義務が消滅するか否かが問題となったものである。前掲の【34】と同旨を述べている。

「株金払込ノ債務ハ法律ノ規定ニ依ルノ外金銭ヲ以テ払

込ヲ為スカ又ハ会社ノ承諾ヲ得テ会社ニ対スル債權ト相殺スルニアラザレバ消滅スルモノニアラズ、從テ縱令ヒ払込義務者ト会社トノ間ニ合意アルモ代物并濟又ハ更改等ニ因リ之ヲ消滅セシメ得ルモノニアラザルコトハ本論旨所陳ノ如シ。

「株金払込ノ債務ハ会社ノ承諾アルトキハ会社ニ対スル債權ト之ヲ相殺シ得ルコトハ本院判例ノ認ムル法則ナリ」。

【67】大審院明治三十九年一〇月三日判決民録一二輯一六七頁

株式会社を取締役がその業務執行中に不法行為をなしたとき、会社が責任を負うほか、当該取締役自身も不法行為責任を負うか否かに関するものである。

「右株式会社ナル法人ハ其性質ノ如何即チ法律ノ仮設ヲ俟タズシテ現実ニ存在スルモノノ學說ノ所謂實在ナルト將タ法律ノ仮設ヲ俟テ始メテ存在スルモノノ學說ノ所謂擬制ナルトヲ問ハズ会社ノ理事ガ其職務ヲ行フニ当リ他人ニ加ヘタル損害ニ対シテハ会社其實ニ任ズベキハ民法第四十四条第一項ノ明定スル所ナルヲ以テ更ニ説明ヲ要セズ、然レドモ同条第一項ハ会社ト其理事ガ職務ヲ行フニ付キ損害ヲ加ヘタル被害者トノ法律關係ヲ規定シタルモノニ過ギズシテ不

法行為ヲ為シタル理事ト其被害者トノ法律關係ヲ規定シタルモノニアラズ、故ニ該条ノ規定アルヲ以テ直ニ不法行為ヲ為シタル理事ハ被害者ニ対シ何等ノ責任ナキ者ト断定スルヲ得ズ、而シテ右理事ト被害者トノ法律關係ニ至リテハ不法行為ノ一般ノ原則ノ除外例ト為スベキ理由ナキヲ以テ右一般ノ原則ナル民法第七百九条ニ則リ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル理事ハ被害者ニ対シ賠償ノ責ニ任ズベキハ多言ヲ俟タズシテ明カナリ」。

【68】大審院明治三十九年一〇月一六日判決民録一二輯一二七〇頁

会社の株主に対する株金払込催告に関するものである。会社は、商法一五二条一項に反して、二週間に満たない期間を設けて株主に料金払込みの催告をなした。これを受けた株主は、いったん払込みをなすことを承諾したようであるが、結局は払込みをなさなかった。ために会社は、株主に払込みを請求したものである。株主は、そもそも最初の催告自体が商法違反で無効なのだから、払込みの義務は生じないとして争うものである。

「株式ノ申込ヲ為シタル者ガ其引受クベキ株式ノ数ニ応ジテ払込ヲ為ス義務ヲ負フコトハ商法第二百七条ニ規定スニ当タル株主ノ請求ニ因リ会社ノ業務及ヒ会社財産ノ狀況ヲ調査セシムル為メ検査役ヲ選任スルコトヲ得」ト規定シ株主ノ右ノ請求ヲ為スニ付テ一モ条件ヲ付スルコトナケレバ請求ヲ受ケタル裁判所ハ請求者ハ果シテ右法条ニ規定セルガ如ク資本ノ十分ノ一以上ニ当タル株主ナルヤ否ヤヲ調査シ若シ之ニ該當セリトセバ会社財産ノ狀況危殆ナラザルコト或ハ其他ノ理由ヲ以テ検査役選任ヲ拒否スルヲ得ズ、從テ会社ハ右ノ如キ理由ニ因リテ検査役ノ選任ヲ拒否スベキ權利ヲ有セズ、然レバ会社ハ苟クモ資本ノ十分ノ一以上ニ当タル株主ノ請求ニ基ク以上ハ検査役選任ニ因リテ權利ヲ害セラレタリト云フヲ得ザルナリ」。

【70】大審院明治三十九年一〇月一九日判決民録一二輯一二七七頁

事実の概要は必ずしも明らかでない。会社に対する取締役の責任の解除に関するものである。株主總會で計算書類等の承認を経た後もお取締役の会社に対する賠償責任が消滅しない旨の特約の効力に関するものである。

「会社ノ取締役ガ業務執行ニ関シテ故意若クハ過失ニ因リ会社ニ損害ヲ生ゼシメタルトキハ之ニ対シテ損害賠償ノ責任アルコトハ上告人所論ノ如シト雖モ商法第九十三条

ル所ニシテ株式引受人ハ株式タル權利ヲ取得スルト同時ニ払込ヲ為スノ義務ヲ負担セルモノナリ、然レバ商法第五百十二条第一項ノ催告ハ株主ニ株金払込ノ義務ヲ發生セシムル事由ニ非ズシテ会社ガ株主ニ対シ払込ノ時期及ヒ金額ニ関スル定款ノ規定若クハ株主總會ノ決議ニ基ケル払込義務ノ履行ヲ求ムル為メノ所謂催告ナルコト多言ヲ要セズシテ明カナリ、故ニ仮令其催告ガ払込期日ノ二週間前ニ在ラズシテ法律上ノ効力ナキニモセヨ之レガ為メ未ダ株主ニ払込ノ義務ヲ發生セズト謂フ可カラズ、又株金ノ払込ハ二週間前ニ之ヲ催告スルコトヲ要ストノ規定ハ会社ノ為スベキ手續ヲ定ムルト同時ニ株主ノ為メ期間ヲ設ケタルモノナレバ株主ニ於テ其利益ヲ放棄シテ払込ヲ為スハ何等妨ゲナキ所ニシテ二週間ノ期間存セザルニ拘ハラズ現ニ其期日払込ヲ為スカ又ハ期日払込ヲ為スベキコトヲ承諾スルハ期間ノ利益ヲ放棄スルモノニ外ナラズ」。

【69】大審院明治三十九年一〇月二五日決定民録一二輯一二三九頁

商法一九八条の規定に基づいて裁判所が検査役を選任したことに對して、会社が抗告したものである。

「商法第九十八条ニハ「裁判所ハ資本ノ十分ノ一以上



ノ規定ニ從ヘバ取締役ガ定時總會ニ於テ同法第九十条ニ揚ゲタル書類ヲ提出シ其故意若クハ過失ニ因リテ生ジタル損失ヲ報告シ總會ガ之ヲ承認シタルトキハ取締役ガ会社ニ對シテ生ゼシメタル損害ノ責任ハ不正行為ノアル場合ヲ除クノ外ハ之ニ因リテ解除セラレタルモノト看做サルルモノナレバ会社ガ其損害賠償ニ関スル取締役ノ責任ヲ免ゼザラシメント欲スルトキハ總會ニ於テ承認ヲ与ヘザルカ又ハ此ノ如キ場合ニ於テモ依然取締役ガ責任ヲ負フベキ旨ヲ特約セシムルコトヲ要ス。

「商法第九十三條ノ規定ニ依リ定時總會ガ取締役ノ提出シタル事業ノ報告ヲ承認シタルトキハ不法行為ノ場合ヲ除クノ外取締役ノ不正行為ニ関スル責任ハ解除シタルモノト看做サレ之ニ因リテ其責任ハ消滅ス可シト雖モ定時總會ガ取締役ノ行為ニ對シテ承認ヲ与ヘザルカ若クハ取締役ガ特ニ其責任ヲ負フ可キ旨ヲ約シタルトキハ其責任ハ存続スルモノニシテ上告人所論ノ如ク法律ニ依リ一旦消滅シタル責任ヲ特約ニ依リ更ニ發生セシメタルモノニアラズ、而シテ以上ノ如キ特約ヲ為シアルコトヲ總會ニ提出シ總會ガ之ヲ承認シタルトキハ總會ガ取締役ノ提出シタル事業ノ報告ヲ受ケ何等ノ留保ヲ為サズシテ之ヲ承認シタル場合ニ於テ

モ取締役ノ為シタル不法行為ニ因リテ生ジタル損害賠償ノ責任ハ特約ニ因リ依然存続ス可キコト勿論ナリ。

「株主總會ノ承認ハ専ラ總會ニノミ屬スルモノナルガ故ニ会社ハ之ニ反シタル事項ヲ約シ之ヲ左右スルヲ得ザルコトハ上告人所論ノ如シ、依テ總會ガ事業ノ成蹟ヲ承認シタル場合ニ於テモ不正行為ヲ除キタル他ノ不法行為ニ付キ取締役ノ責任ヲ免ゼザルコトヲ總會ノ承認ヲ經ズ会社ノ意見ノミニテ約シタルトキハ其効力ヲ有セズト雖モ此ノ如キ特約ヲ總會ニ提出シ總會ガ之ヲ承認シタルトキハ其有効ナルコト疑ナシ」。

【71】大審院明治三十九年一月二〇日判決民録一二輯一四八六頁

会社が商法一五三條の規定によつて失権株主の株式を売却するにあたり、競売法に依拠せずにこれを行った。売却代金が滞納金額に満たなかつたため、譲渡人にその不足額の弁済を請求したものである。競売法に依拠しない株式の売却が問題とされた。

「競売法ニ所謂動産中ニハ記名ノ株式ヲモ包含シ会社が商法第九十三條第三項ニ從ヒ競売ヲ為スベキ場合ニ於テハ競売法ニ依テ之レヲ為サザル可カラザルコトハ當院ノ既

ニ判示セル所ナリ（明治三十九年六月十四日判決明治三十九年（オ）第四百四十八号事件参照）、而シテ原院ノ確定セル事實ニ依レバ本訴ハ被上告人ガ上告人ニ屬スル株式ヲ競売法ニ依ラスシテ売却シ商法第九十三條ニ從ヒ右売却代金ノ滞納金額ニ足ラザル額ヲ上告人ニ對シテ請求スルモノナルヲ以テ其請求ハ理由ナシ」。

【72】大審院明治三十九年一月一七日決定民録一二輯一五二〇頁

銀行に大蔵省官吏の検査がはいつたところ、一月三日ないし二月二日に発生した株金払込みの事実が二月七日現在で株主名簿に記載されていないことが判明した。商法一七二條によれば、この事實は株主名簿に記載されなければならぬ。これを怠つたとして銀行の取締役が過料に処せられた。取締役はこれを不服として争うものである。

「株主久保田専蔵等ガ株金ヲ明治三十八年十一月三十日乃至同年十二月二日ニ払込ミタルヲ同年十二月七日ニ大蔵省官吏ノ出張検査アリシ時迄之ヲ株主名簿ニ記載セザリシ事實ハ抗告人等モ認メテ争ハザル所ナリ、而シテ右等ノ記載ニ付テハ商法第七十二條中其時期ノ定メナキヲ以テ事實遲滞ナク之ヲ為スコトヲ要スルノ趣旨ナルコト明カニシ

テ単ニ之ヲ記載スルニ付十二月七日ニ於テ當該官吏ノ検査アリシ迄六日乃至三日間ノ余日アリシ事實ニ依レバ決シテ之ヲ遲滞ナカリシモノト云フベカラズ、而シテ商法第二百六十一條ハ其理由ノ如何ヲ問ハズ遲滞アル以上ハ之ヲ処罰スベキ趣旨ナルコト明カナ」リ。

【73】大審院明治三十九年一月二二日判決民録一二輯一五四五頁

株式会社の創立費の清算をなす義務は、創立委員の一身専屬義務なのか相続されるべきものかが争われたものである。

「然リト雖モ本件上告人ノ反訴ヲ以テ請求スル清算ノ如キハ創立委員タルガ故ニ始メテ其責任アルベキモノタルコト明カナレバ委員其人ニ專屬スベキ責任ナルコト亦論ヲ俟タザル所ナリ、故ニ原院ガ被上告人幸三郎ガ創立委員ニ就職シタル事實ナキコトヲ判示シテ単ニ信道ノ相続人タルニ止マルガ故ニ同人ニ對スル清算ノ請求ハ失當ナリト判断シタルハ誠ニ相当ナリ」。

【74】大審院明治三十九年一月二二日判決民録一二輯一六九九頁

株式会社が破産したときは、破産法に抵触しない限り商

法の清算に関する規定が準用されるとしたもので、前掲【64】と同旨のものである。

【75】大審院明治四〇年一月二四日判決民録一三輯一〇頁

定款に違反した株主總會決議すなわち商法一六三条に該当し無効宣告を受ける可能性のある決議の効力に関するものである。同条の意義に関する前掲【27】判例に言及している。

「商法第六十三條ニ該当スル決議ハ裁判所ノ無効ノ宣言アルニ非レバ有効ナルコトハ同條第二項ニ右無効宣告ノ請求ヲ為スベキ期間ヲ限定スルニ依テモ明白ナルコトハ既ニ当院ノ判示セルガ如シ（明治三十五年（オ）第六百四十四号明治三十六年四月六日判決参照）」。

【76】大審院明治四〇年二月二一日判決民録一三輯一四二頁

株式譲渡人の株金払込担保責任の消滅に関するものである。ある株式譲渡人につき、譲渡が株主名簿に記載されたのは明治三六年四月二日であった。商法一五三条二項に基づく譲渡人に対する払込の催告は、右記載後二年以内になされたようである。しかし同条三項に基づく株式の競売の

後、会社が当該譲渡人に対して不足金弁済請求をしたのは明治三八年九月一九日のことであった。当該譲渡人の責任が商法一五四条に基づいて消滅しているか否かが争点となつた。前掲【62】の判旨を再確認したものである。

「然レドモ商法第五十三條第二項ニ規定シタル株式譲渡人ニ対スル株式会社ノ催告ハ一面会社ノ權利ナリト雖モ同條第三項ニ規定シタル求償權ヲ行ハント欲スルニハ必ずヤ右ノ催告ヲ為スヲ要スルノミナラズ譲渡人ヲシテ滞納金ヲ払込ミテ株式ヲ取得スルノ機會ヲ得セシムベキハ会社ノ責任ニシテ譲渡人ニ於テ其催告ニ応ジ払込ヲ為サザルモ会社ハ直チニ譲渡人ニ対シ強制履行ヲ請求シ能ハズ必ズ先ヅ同條第三項ノ規定ニ從ヒ競売不足額ヲ確定シタル上ニアラザレバ強制履行ノ請求ヲ為スコト能ハズトハ本院ガ明治三十八年（オ）第三百十六號事件（三十九年三月三十一日言渡）ニ於テ宣言シタル法理ナリ、而シテ同事件ニ於テハ尚ホ論歩ヲ進メ「第二項ノ催告ハ未ダ以テ譲渡人ヲシテ競売不足額ノ弁済ニ付遅滞ノ責ニ任ゼシムルニ足ラザルヲ以テ第二項ノ催告ヲ為シタル一事ヲ以テ同法第五十四條ノ法定期間ノ内外ヲ問ハズ会社ハ譲渡人ニ対シ第三項ノ求償權ヲ行フコトヲ得ベシト論斷スルハ妄ト云ハザルヲ得ズ」ト

説シタリ、即チ之ヲ要スルニ商法第五十四條ノ免責規定ハ株式ノ譲渡ヲ株主名簿ニ記載シタル後二年ノ法定期間内ニ同第五十三條第三項ニ謂フ競売不足額ニ付キ会社ガ譲渡人ニ対シ其弁済ヲ請求シタル場合ニアラザレバ其適用ナキモノトス」。

【77】大審院明治四〇年三月一日判決民録一三輯二九三頁

商法一五三条一項によつて失権した株主に対し、会社は、払込の履行請求に代えて、民法上の債務不履行の一般原則に基づいて損害賠償請求をなしうるか否かに関するものである。前掲【54】と同旨。

「株主ハ商法第五十三條第一項ニ依リ其權利ヲ失ヒタル後ト雖モ從前負担シタル株金払込ノ債務ヲ免ルルモノニアラザルコトハ同條第三項ノ規定ニ依リ自ラ明白ニシテ同條第四項ニ所謂損害賠償ノ請求ヲ妨ゲズトハ会社ガ株主ノ債務不履行ニ因リテ生ジタル遅延利息又ハ競売ノ費用等ヲ損害賠償トシテ請求スルコトヲ妨ゲザル趣旨ニ外ナラズ、是レ本院ノ判例（明治三十八年（オ）第十四号損害賠償請求上告事件同年六月十二日判決）ニ於テ示ス所ニシテ之ヲ是認スルヲ相当トス、然レバ本件ニ於テ被告上告人ガ株金ノ

払込ヲ為サザリシガ為メ商法第五十三條第一項ニ依リ既ニ其株主タル權利ヲ失ヒタルニ拘ハラズ上告会社ハ尚ホ被告上告人ニ対シ株金払込ノ債務履行ヲ請求スルコトヲ得ベシト雖モ其履行ヲ求メズシテ損害賠償トシテ其未払ノ金額等ヲ請求スルコトヲ得ザルモノトス」。

【78】大審院明治四〇年三月一九日判決民録一三輯三〇七頁

会社が商法一五二條二項に基づく株金払込みおよび失権の通知を株主に送達したところ、当該株金払込請求権が仮差押えされていた。仮差押えが右の通知の効力に影響を及ぼすか否かが第一の問題点である。会社が右の通知を複数の株主に行つたが、個々の株主の信用の程度を勘案して、日時等に差別を設けていた。右通知につき、各株主を同一に取り扱わなければならないか否かが第二の問題点である。「然レドモ原判決ニ於テ確定シタル事實ニ依レバ本件株金払込ニ付テハ真宗信徒生命保険株式会社ヨリ仮差押ヲ為シタルニ過ギズ而シテ株金払込ノ債務ニ対シテ仮差押ヲ為スコトヲ得ベキモノト仮定スルモ債権ノ仮差押ニ付テハ第三債務者ニ対シ債務者ニ支払ヲ為スコトヲ禁ズル命令ヲ為スニ止マリ債務者ニ対シテ債権ノ取立ヲ為スベカラザルコ

トヲ命ズルモノニ非ザルコトハ民事訴訟法第七百五十条第三項ノ規定ニ依リ極メテ明ナリ、然レバ則縦令株金払込ノ債務ニ付テ仮差押ノ存続中被上告銀行ガ第三債務者タル上告人ニ対シ払込ノ催告ヲ為シタリトテ其催告ハ法律ニ違背スル所ナキヲ以テ之ヲ無効ナリト云フヲ得ザルコト固ヨリ言ヲ待タズ。

「然レドモ株主ハ商法第五百十二条第一項ノ払込催告ニ因リテ均等ニ払込義務ヲ生ズルモノナレバ同条第二項ノ払込催告及ビ失権通知ハ必シモ総株主ニ対シテ均等ニ為スベキ要ナシ」。

【79】第審院明治四〇年四月九日判決民録一三輯四一五頁

代表社員の定めある合資会社が解散したとき、代表社員でなかった他の無限責任社員が清算人として各自会社を代表する資格を有するかに関するものである。

「然レドモ上告人ハ合資会社ナリシガ明治三十八年十一月一日解散ノ登記ヲ為シ而シテ其代表者トシテ上告ヲ提起シタル清算人安藤喜作岸井彦八ノ兩人ハ共ニ無限責任ノ社員ナル事実ハ訴訟記録ニ依リテ明ナルノミナラズ上告人モ亦争ハザル所ナリ、抑商法第八十七条及ビ第九十三条ノ規

定ハ合資会社ノ清算ニ付テ準用スベキコトハ第五百五条ニ依リテ明ナレバ合名会社ノ社員ニ準ズベキ合資会社ノ無限責任社員ハ清算人トナリ且第三者ニ対シテ各自会社ヲ代表スベキ資格権能アルコトハ毫モ疑ヲ容ルベキニ非ズ、然レバ則チ上告会社未ダ解散セザリシ時ニ在リテハ特ニ代表者ヲ定メタル事実アルコトハ上告人ノ争ハザル所ナリト雖モ其既ニ解散シタル後ニ於テモ亦他ノ清算人タル無限責任社員ハ之ヲ代表スル権能ナシト云フハ確論ニ非ズ、何トナレバ前掲法条ノ規定ハ特ニ会社ヲ代表スベキ社員ヲ定メタル場合ヲ除外シタル法意ヲ認ムルニ由ナケレバナリ」。

【80】大審院明治四〇年五月二〇日判決民録一三輯五七一頁

株主が死亡した場合、当該株主の相続人の氏名が未だ株主名簿に記載されていないにもかかわらず、会社が相続人に対して株主総会招集の通知を発しなかったことは、総会決議取消の理由となると判示した原院の判決を不服として、上告したものである。

「株式会社ガ株主總會ヲ招集スルニハ各株主ニ対シテ其通知ヲ発スルコトヲ要スルハ商法第五百十六条第一項ノ規定スル所ニシテ右各株主トハ記名式ノ株券ヲ有スル株主ヲ

指スモノナルコトハ同第三項ノ規定アルニ依リ洵ニ明カナリ、而シテ記名式ノ株券ヲ有スル株主トハ即チ同第七百七十一条同第七十二条ノ規定ニ從ヒ株主名簿ニ其氏名住所ヲ記載シ株券ニ自己ノ氏名ヲ記載シタル者ノ謂ナリト解セザル可ラズ、何トナレバ商法ハ会社及ビ其債権者等ガ正確ニ株主ノ誰タルコトヲ知り得ルガ為メニ其第七十一条第七十二条ニ於テ株主名簿ヲ備ヘ正シク株主ノ氏名住所ヲ記載スルコトヲ命ジ之ニ違背スルニ於テハ取締役ヲ過料ニ処スベキモノトシタルヲ（同第二百六十一条参照）以テ觀ルモ株主名簿ニ氏名住所ヲ記載シタル者ヲ以テ株主トシ之ニ氏名住所ノ記載ナキ者ヲ以テ株主ト看做サザル法意ナルコトヲ知り得ベシ、然リ而シテ株式会社ノ株式ハ常ニ其數夥多ナルガ故ニ日々株主ノ死亡等ニ依リ株式ノ所有者ニ更迭アルノミナラズ其株式ハ会社ノ承諾ナクシテ之ヲ譲渡スコトヲ得ルモノナレバ会社ハ株主ヨリ其届出ヲ受クルニ非ザレバ株主ノ異動ヲ知り之ヲ株主名簿ニ記載スルニ由ナシ、茲ニ於テカ後者即チ譲渡ノ場合ニ付テハ同第五百十条ニ於テ譲受人ノ氏名住所ヲ株主名簿ニ記載シ且其氏名ヲ株券ニ記載スルニ非ザレバ会社ニ於テ譲受人ヲ以テ株主ト看做サザルモノトセリ、然ルニ前者即チ株主ノ死亡等ニ依リ株式

ノ所有権ヲ得タル者ニ付テハ何等ノ明文ナキモ後者ノ規定ハ法意ノ存スル所ヲ示シタルモノナルニ依リ前者ニ付テモ亦同一ノ法意ニ從ヒ相続等ニ依リ株式ノ所有権ヲ得タル者ノ届出ニ依リ株主名簿ニ其氏名住所ヲ記載シ且株券ニ其氏名ヲ記載スルニ非ザレバ会社ニ於テ其取得者ヲ以テ株主ト看做サザル者トスベキハ当然ナレバナリ」。

【81】大審院明治四〇年六月二七日判決民録一三輯七二三頁

会社定款において、商法一五二条一項の株金払込みの催告（同条項では二週間前になすことを要する）は、一五日以上の期間を設けてなすことが定められていた。しかし、現実に行われた払込みの催告は定款所定の一五日に達しないものであった。株主は、前掲【68】の判例に言及して、催告期間の不足を自ら認容してその後になされた失権処分の手続きをも甘受したのであるとして、失権処分は有効であると主張したようである。右の催告の後になされた失権手続きの有効性が争われたものである。前掲【59】の系譜に属する。

「商法第五百十二条ノ催告期間若クハ同条ニ基キ会社ノ定款ニ定メタル催告期間ハ一面ヨリ之ヲ觀レバ株主ノ利益

ヲ保護スル目的ヲ有スルコト勿論ナリト雖モ他ノ一面ニ於テ株主権喪失ノ前提要件ヲ構成スル一事項ニシテ株主権ノ喪失ハ法律ノ規定ニ因ルニ外ナラザルコトハ同法第五百十三條第一項ノ法文ニ徴シテ誠ニ明ナレバ株式会社が払込不履行ノ場合ニ於テ株主権ヲ喪失セシムル効果ヲ収メント欲スレバ必ずヤ第五百十二條ノ手続ヲ踐ムコトヲ要ス、乃チ催告期間ノ如キモ亦定款ニ特別ノ定アルトキハ定款ニ依リ否ザレバ同條第一項ノ規定ニ卒由シテ之ヲ定ムルコトヲ要ス、仮令株主ヲシテ期間ノ利益ヲ放棄スルコトアラシムルモ失権ノ規定ハ之ガ為メニ左右セラルベキ理ナシ、語ヲ換ヘテ之ヲ言ヘバ第五百十二條第一項若クハ定款ニ定メタル期間ヨリ少キ催告期間ヲ以テ為シタル払込ノ催告アリタル場合ニ於テ株主ハ其当然享受スベキ期間ノ利益ヲ放棄シテ払込ヲ為スコトヲ得ベキハ勿論ナレドモ其放棄ニ因リテ以テ不適法ノ催告ニ基キテ会社ノ發シタル失権予告ノ通知ヲシテ第五百十三條第一項ニ規定シタル効力ヲ生ゼシムルコトヲ得ズ、何トナレバ失権ノ規定ハ適法ニ為シタル払込ノ催告ニ付帶セシメタル制裁ナレバ株主ノ意思ニ因リテ消長スベキ理アラザレバナリ。

【82】大審院明治四〇年七月九日判決民録一三輯八〇六ナリト謂ハサルヲ得ズ、況ヤ民法第三百六十四條第二項ノ規定アル所ニ由リテ之ヲ觀レバ民法ノ主義ハ株式ヲ債權ト看做シタルモノト云ハンモ必ずシモ誣言ニ非ザルベキニ於テオヤ。

【83】大審院明治四〇年八月六日決定民録十三輯八四一頁  
 会社の所在地や取締役、監査役の住所地に行政区の変更による住所表示変更があった。この変更登記を怠った取締役が過料に処せられたが、これを不服として争うものである。前掲の【4】【5】と結論が異なるものと思われる。

「然レドモ商法第五十三條ノ登記事項ニ変更ヲ生ジタルトキトハ会社ノ所在地並ニ取締役監査役ノ住所等ニ移動ヲ生ジタル場合ハ勿論行政区画改正ノ結果土地ノ名称ニ変更ヲ生ジタル場合ヲモ指称スルコトハ当院最近判例(明治三十九年一月二十七日付明治三十八年(七)第三一七号監査役住所変更登記違反事件)ノ示ス所ナリ。」

【84】大審院明治四〇年九月二七日判決民録一三輯九一頁  
 会社が商法一五二条に基づいて株金払込みおよび失権の通知をなした。形式上は同条の要件を満たしている。とこ

頁

当時の民法八八六条によれば、親権を行う母親が未成年に代わって不動産または重要な動産に関する権利の喪失を目的とする行為をなすには、親族会の同意を必要としていた(同条三号)。本件は、母親が未成年の子の名義となつて記名株式を、親族会の同意なく、担保に供する目的をもって貸与したというものであり、この行為に同条の適用があるか否かに関するものである。判旨中に、株主権の性質を論じた部分がある。

「記名債權ハ無記名債權ノ如キ特例ノ規定ナキヲ以テ之ヲ動産ト看做スヲ得ザルコトハ勿論ナレドモ金錢ノ取得ヲ目的トスル債權ニ在リテハ其目的物ノ動産ナルコト固ヨリ言ヲ待タズ、然リ而シテ民法第八八六条ノ規定ハ未成年者ノ財産ヲ保全セシムルヲ以テ目的トシタルモノナレバ同条ニ所謂重要ナル動産ニ関スル債權ニハ金錢ノ取得ヲ目的トスル債權モ亦包含スルモノト謂ハザルヲ得ズ、抑株主ガ株式ニ因リテ有スル債權ハ單純ナル債權ニ非ズト雖モ株式会社が営業ニ因リテ生ズル利益ノ配當ヲ受クル權利アルノミナラズ会社解散ノ後ハ清算ノ結果ニ因リ残余財産ノ配當ヲ受クベキ權利アルヲ以テ債權ノ性質ヲ包含シタル權利

るが右の催告および通知を受けた株主は当時未成年者であつた。このとき、会社は失権に必要な法定手続きをなしたのと言えるのか否かが問題となつた。

「株式会社方商法第五百十二條ニ規定スル手続ヲ履踐シタルモ株主ガ払込ヲ為サザル為メニ其權利ヲ失却シタル後ニ非ザレバ株式ノ譲渡人ニ対シ次條第二項及ビ第三項ノ規定ヲ適用ス可カラザルコトハ法文上自ラ明カナリ、故ニ商法第五百十二條ノ催告及ビ通知ヲ受ケタル株主ガ未成年者ナルガ為メニ民法第九十八條ニ依リ右意思表示ヲ以テ其株主ニ對抗スルコトヲ得ザル場合ニ於テハ会社ハ其株主ニ対シ商法第五百十二條ノ手続ヲ履踐シタリト主張スルコトヲ得ザルヲ以テ其株主ガ払込ヲ為サザルモ之ガ為メニ当然失権ヲ來タスモノニ非ズ、從テ商法第五百十三條第二項及ビ第三項ニ規定スル譲渡人ノ責任ハ未ダ發生セザルモノト謂ハザルヲ得ズ。」

【85】大審院明治四〇年一〇月三一日判決民録一三輯一〇五四頁

事実の概要は必ずしも明らかではない。第一点は、記名株式譲渡の事実を会社が了知しておれば、株式名簿の書換がなくても譲渡の主張が許されるか、というものであり、

第二点は、株金払込みの催告が、商法一五三条一項の法定期間を満たしているが定款所定の期間を満たさずになされたとき、その後の失権手続きは有効か否か、というものである。

「然レドモ商法第百五十条ハ絶対的規定ニシテ苟モ記名株式ノ譲渡ヲ以テ会社其他ノ第三者ニ對抗セシニハ如何ナル場合ニ於テモ同条所定ノ手續ヲ踐ムヲ要スルハ法文ノ解釈上疑ヲ容レザル所ナリ、仮リニ本論旨ノ如ク会社ガ株式ノ譲渡ヲ承認シタル場合ニハ其譲渡ヲ以テ会社ニ對抗スルニハ右ノ手續ヲ踐ムヲ要セズト論ジ得ベシトスルモ会社ガ譲渡ヲ承認セルガ故ニ会社以外ノ第三者ニモ右ノ手續ヲ踐マズシテ譲渡ヲ對抗シ得ベシト言ハバ其非理ナルコトハ上告人ト雖モ疑ナカルベシ、左レバ本論旨ニ從フトキハ株式ノ譲渡人タル上告人ハ会社ニ対シテ株主タルノ資格ヲ失ヒナガラ他ノ第三者ニ対シテハ依然株主タルノ資格ヲ有スルノ不合理ナル結果ヲ見ルニ至ルベケレバ復以テ本論旨ノ認レルヲ知ルベシ」。

「然レドモ会社ノ定款ニ株金ノ払込ハ一定ノ期間前ニ催告スベキ定メアリテ其定ムル所適法ナルニ於テハ会社ガ之ニ準拠スベキハ当然ナレバ定款所定ノ期間ヲ存セザル払込其譲渡ニ因リ会社ニ損害ヲ被ムラシメザル為メ各譲渡人ノ会社ニ対スル責任ヲ定メタル第百五十三条ノ規定ヲ設ケタル立法ノ趣旨トヲ参照スレバ同条第三項ノ規定ニ依リ譲渡人ガ会社ニ対シテ株金ノ不足額ヲ弁済スベキ義務ハ数人相次デ株式ノ譲渡ヲ為シタル場合ニ於テハ各譲渡人ガ平等ノ割合ヲ以テ之ヲ負担スベキモノニ非ズシテ各自ガ其不足額全部ニ付キ弁済ノ責ニ任ズベキモノト解スルヲ相当トス、是レ本院判例（明治三十六年（オ）第五百九十四号競売代金不足額弁償請求上告事件明治三十七年二月六日判決）ノ是認スル所ナリ」。

【87】大審院明治四一年一月二九日判決民録一四輯二二頁  
 会社ノ設立のために他の発起人と共に設立に必要な諸般の行為をなし、原始定款の作成にも関与したが、発起人として定款に署名していない者が、法律上発起人であるか否かが問題となったものである。発起人の意義に関する最も古い判例であろう。

「株式会社ノ設立ニ定款ヲ作り其発起人ノ署名アルヲ必要トスルコトハ商法第百二十条ニ規定スル所ニシテ定款ニ記載ス可キ事項中其第八号即チ発起人ノ氏名住所ヲ定款ニ

催告ハ無効ニシテ株主ガ之ニ応ゼザルモ之ニ株金滞納ノ責ヲ帰セシムルノ効果ヲ生ゼズ、而シテ既ニ第一回ノ払込催告ガ右ノ事由ニ因リ無効ナルニ於テハ第二回ノ催告ハ有効ニシテ且株主ガ之ニ応ゼザリシトスルモ株主ヲシテ株主権ヲ喪失セシムルノ効果ヲ生ズルモノニ非ズ、何トナレバ株主権ノ喪失ハ既ニ第一回ノ催告ヲ受ケタルモ之ニ応ゼズシテ株金滞納ノ責ヲ負フ者ガ更ニ第二回ノ催告ヲ受クルモ株金ノ払込ヲ為サザルニ対スルノ制裁ニシテ株金滞納ノ責ヲ帰スルニハ催告ノ有効ナルコトヲ前提トスレバナリ」。

【86】大審院明治四〇年一月四日判決民録一三輯一六五頁  
 株式が輾転流通して複数の株式譲渡人がいるとき、当該株式の払込みがなされなかったことに基づく株式競売不足金の弁済義務に関して、数人の譲渡人は平等の割合をもってこの義務を負担するのか、各自が不足額全額につき責任があるのか、が争われたものである。前掲の【36】と同旨のものである。

「商法ニ於テ株式即チ会社ニ対スル株主ノ権利及ビ義務ノ譲渡ヲ許シタル第百四十九条及ビ其譲渡ヲ以テ会社其他ノ第三者ニ對抗シ得ルコトヲ定メタル第百五十条ノ規定ト記載セザルトキハ後チ之ヲ補足スルコトヲ得ザルガ如ク会社ノ設立ニハ絶対的の必要ノモノ（商法第百二十一条）ナレバ会社設立ノ際事実上縦令ヒ発起人ノ如キ状態ニテ行動シタル者アリトモ其者ノ氏名住所ガ定款ニ記載セラレズ及ビ之ニ署名セザルトキハ此ノ如キ者ハ法律上株式会社設立ノ発起人ト云フヲ得ザルモノトス」。

【88】大審院明治四一年二月三日判決民録一四輯二九頁  
 株式会社の取締役の善管注意義務違反が問題となったものである。Yは、六年半余にわたつてもつぱらX銀行の大坂支店を統轄する取締役であった。その在任中、大坂支店の支配人Aが数年にわたつて銀行の金員を費消していた。しかし、Yはこの事実を見過ごしていた。Aが費消した額はまったく気づかれないことなく現存するものとして営業報告書等に記載され、数年にわたつて株主総会で承認を受けてきていた。Aの不正が発覚した後、X銀行は、Yの善管注意義務違反に基づく損害賠償として、Aの費消額をYに請求したものである。取締役と会社との法律関係、総会における書類承認の効果、支店を統轄する取締役の義務等、多岐にわたる論点が争われた。

「株式会社ト其取締役トノ間ノ法律關係ハ上告論旨ノ如

ク契約關係ニ非ズ取締役ガ会社ノ機關及ビ其法定代理人トシテ之ニ対シテ種種ノ義務ヲ負フハ法律ガ定メタル一種ノ義務ナリトス、故ニ取締役ガ此義務ニ背キタルガ為メニ会社ニ損害ヲ生ゼシメタルトキハ取締役ハ之ガ賠償ノ責任アルヤ論ヲ俟タズ」。

「株式会社ノ取締役ガ商法第九十三條ノ規定ニ依リテ責任ノ解除セラレタルモノト看做サルルニハ同第九十二條ノ規定ニ從ヒテ同第九十條ニ掲ゲタル書類ヲ定時總會ニ提出シテ其承認ヲ求ムルコトヲ要スルモノニシテ其責任解除ハ以上ノ書類ニ掲載セル事項ニ止マレリ、詳言スレバ縦令ヒ取締役ガ商法第九十條ニ掲ゲタル書類ヲ定時總會ニ提出シテ其承認ヲ經タリト雖モ其書類ニ掲記セラレザル事項ハ未ダ總會ノ調査承認ヲ經タルモノト云フコトヲ得ザルガ故ニ之ニ関スル責任ノ解除セラレザルヤ勿論ナリトス（明治三十九年十月十九日言渡同年（オ）第三百一號損害賠償事件判例）」。

「取締役ノ監督不行届ニ原因スル損害賠償請求権ハ一ノ独立シタル權利ニシテ彼ノ從タル性質ヲ有スル保証債務ノ如ク先ヅ主たる義務者ニ請求シ後子保証人ニ請求セザル可カラザルガ如キ請求順序ヲ規定シタルモノアラザルナリ、

業ノ為メニスルモノニ非ザルコトヲ主張スル者ニ於テ之ヲ証明スルノ責ニ任ゼザルベカラズ、故ニ会社ノ支配人ガ会社ノ為メニ金銭ヲ借入レタルトキハ会社ノ營業ガ金銭ノ貸借ヲ目的トセザル場合ト雖モ反証ナキ限りハ其營業ノ為メニ之ヲ為シタルモノト推定スルヲ当然トスルヲ以テ其行為ハ右推定ニ基キ会社ノ目的遂行ノ為メニシタルモノニシテ支配人ノ権限内ニ属スルモノト謂ハザルヲ得ズ」。

○頁  
【90】大審院明治四一年三月二〇日判決民録一四輯三二

「新商法ノ株式会社ノ設立ニ付キ主務省ノ認可ヲ受クルコトヲ要スル規定アラザルコトハ上告論旨ノ如シト雖モ会社ノ目的ニシテ主務省ノ認可ヲ受ク可キモノナルトキハ其認可ヲ受クルコトナクシテ先ヅ会社ノ成立ス可キモノニ非ズ、発起ノ際主務省ノ認可ヲ受ケ而シテ後ニ設立ニ関スル規定ニ從ヒ成立ス可キモノタルヤ論ヲ俟タザルナリ」。

而シテ損害賠償請求権ニ付テモ実害ナキニ於テハ其權利者ニ請求権ナキコトハ上告論旨ノ如シト雖モ会社ノ支配人ガ其財産ヲ費消シタルトキハ即チ会社ハ損害ヲ被フリタルモノナレバ此事實ニ因リテ其支配人ヲ監督スル責任アル取締役ニ対シテ損害賠償ノ請求権發生シタルモノニシテ費消者ノ資力ノ有無如何ニ依リテ其責任者ニ対スル会社ノ請求権ニ消長アルモノニ非ズ」。

「会社ニ支店アリテ或取締役ガ専バラ其事務ヲ監督ス可キ場合ニ於テ監督ニ不行届ナルコトアリテ会社ニ損害ヲ生ジタルトキハ其取締役ニ於テ之ヲ賠償ス可キハ当然ナリ」。

【89】大審院明治四一年二月一七日判決民録一四輯一〇八頁

「金銭ノ貸借ヲ目的トセザル会社ト雖モ其目的トスル營業ノ為メニ金銭ヲ借入ルルガ如キハ其目的遂行ノ為メニスル行為ニシテ畢竟其目的ノ範圍内ニ属スルモノニ外ナラズ、而シテ商人ノ行為ハ其營業ノ為メニスルモノト推定スベキコトハ商法第二百六十五條第二項ノ規定スル所ナレバ其營

業ノ為メニスルモノニ非ザルコトヲ主張スル者ニ於テ之ヲ或債務ヲ約シタリトテ成立シタル会社ガ必ズシモ之ヲ引受ケザル可カラザルモノニ非ザルコトハ商法第二百五條ノ規定ニ徴シテ明瞭ナリ、而シテ会社ガ発起人ノ約シタル債務ヲ引受ケタルトキハ発起人ト契約シタル者ハ爾後会社ニ対シテ之ガ履行ヲ請求スルコトヲ得可ケレドモ会社ノ引受ケザル債務ヲ会社ニ請求スルヲ得ザルヤ勿論ナリ」。

【91】大審院明治四二年一月一日決定民録一五輯一頁  
銀行会社が巨額の不良債権を隠べいし、粉飾決算をなし違法配当を行つていたので、商法四八条のいわゆる会社が公序良俗に反する行為をなすものに該当するとして裁判所が命じた解散命令を不服として争われたものである。商法四八条の適用基準を具体的に示したものである。

「然レドモ商法第四十八條ノ所謂会社ガ公ノ秩序ニ反スル行為ヲ為ストハ旅店若クハ料理店營業ノ会社ニシテ其店中ニ於テ賭場ヲ開クヲ業トシ又ハ米穀賣買会社ニシテ空米相場ヲ為スガ如キ会社ノ行為公ノ秩序ニ反スル場合ヲ云フモノニシテ会社ノ役員ガ業務ヲ執行スルニ当リ法規若クハ定款ニ違背シ誠實ニ其職責ヲ尽サズ為メニ損失ヲ來シ株主及ビ債権者ニ損害ヲ与フルガ如キハ素ヨリ会社ガ公ノ秩序

ニ反シタル行為ヲ為シタルモノト云フヲ得ズ、左スレバ原  
院ニ於テ抗告会社ノ役員ガ誠実ニ業務ヲ執行セズ為メニ株  
主及ビ債権者ニ損害ヲ与ヘシ事實及ビ抗告会社ノ整理案ノ  
確實ナラズ之ヲ実行スルニ於テハ債権者ノ権利ヲ害スル事  
実ヲ認め之ヲ以テ抗告会社ガ公ノ秩序ニ反スル行為ヲ為シ  
タルモノトシ商法第四十八条ヲ適用シタルハ其當ヲ得ザル  
モノニシテ原決定ハ之ヲ廢棄スベキモノトス。

【92】大審院明治四二年三月一〇日判決民録一五輯二〇  
三頁

事實の概要は必ずしも明らかではない。民事会社が募集  
設立の要領で設立され、設立登記もなされ、営業が開始さ  
れている。しかし、原始定款に発起人の署名または記名捺  
印が欠けていた。このときの会社設立の効力如何に関する  
ものである。

「本件会社ハ営利ヲ目的トシ株主ヨリ組織セラルル民法  
上ノ社団法人ニシテ即チ民法第三十五条ニヨリ商法ノ株式  
会社ニ関スル規定ヲ準用スベキモノナルコトハ原院ニ於テ  
確定シタル事實ナリ、而シテ商法第二百二十条及ビ明治三十  
三年法律第十七号ノ規定ニ依レバ株式会社ノ設立ニ付テハ  
発起人ニ於テ定款ヲ作り之ニ署名シ又ハ記名捺印スルコト

ヲ要スルモノニシテ其署名又ハ記名捺印ノ要件ニ付テハ商  
法第二百一十一條第一項ノ如キ追完ヲ許シタル規定存セザル  
ヲ以テ若シ之ヲ欠クトキハ定款ハ当初ヨリ無効ニシテ從テ  
会社ノ設立ハ其基本要件タル定款ヲ具備セザルモノニ歸シ  
当然其効ナキモノトス、故ニ斯ノ如キ場合ニ於テハ仮令會  
社ガ既ニ登記ヲ經テ其事業ニ着手シ形式上存在スルガ如キ  
親ヲ呈スルトキト雖之ガ為メニ其設立ノ元來無効ナルモノ  
ヲ更ニ有効ナラシムルモノニ非ザレバ其設立ノ無効ナルコ  
トハ何等ノ手續ヲ俟タズシテ然ルモノト謂ハザルベカラズ、  
是レ発起人ガ株式ノ総數ヲ引受ケタルニ因リテ成立スル株  
式会社ナルト將タ株主ノ募集ニ因リテ成立スル株式會社ナ  
ルトヲ問ハズ、然ルモノナルコトハ商法ノ規定上疑ヲ容レ  
ザル所ナレバ上告人所論ノ如キ株式引受若クハ創立總會ニ  
関スル商法上ノ規定又ハ非訟事件手續法第百八十四条及ビ  
第百八十六条ノ規定等ヨリ推シテ定款ニ如上ノ要件ヲ欠缺  
スル場合ニ於テモ之ガ為メニ直ニ會社ノ設立ヲ無効トセザ  
ル立法ノ精神ナリト解スルコトヲ得ズ。

○頁  
【93】大審院明治四二年三月二五日判決民録一五輯二五  
株主總會招集の通知が株主の一人に対して発せられない

まま、總會が開催された。これを理由として決議無効宣告  
を求める訴が提起されたが、通知を受けなかつた株主はそ  
の決議を甘受しているときに、他の株主がこのような訴を  
提起できるかが問題となつたものである。加えてこの訴訟  
において被告が清算会社であるときの会社代表者が誰であ  
るかに關しても判示されているが、この点は前掲【52】と  
同旨である。

「然レドモ株主總會招集ノ際各株主ニ通知ヲ發スルコト  
ハ必須ノ手續ニシテ之ニ背キタルトキハ其通知ヲ受ケザリ  
シ株主ノミナラズ他ノ総テノ株主ニ於テ總會ノ決議無効ノ  
宣告ヲ請求スルコトヲ得ルハ商法第百五十六条ノ明文及ビ  
第百六十二条ニ右決議無効ノ宣告ヲ請求スルコトヲ得ル株  
主ヲ限定セザルニ微シ疑ヲ容ルルノ余地ナシ。

「又商法第百六十二条ニ規定セル株主總會ノ決議ハ当然  
無効ナルモノニ非ズ、裁判所ノ宣告ヲ待チテ始メテ無効ト  
ナルモノナレバ現ニ解散ノ状態ニ在ル会社ニ對シテハ清算  
人ヲ會社ノ代表者トシテ右決議無効ノ請求ヲ為スヲ相当ト  
ス。

【94】大審院明治四二年四月一三日判決民録一五輯三四  
二頁

白紙委任状附記名株式の流通の保護に関するものである。  
委任状の記名者の死亡が当該株式の流通に影響を与えるか  
否かに關するものである。

「然レドモ株券記名者ガ名義書換ノ手續ニ関スル白紙委  
任状ヲ添付シタル株券ニ交付ニ依リテ輾轉流通シ委任状記  
名者即株券記名者ノ死亡ガ其輾轉流通ヲ妨グルノ事由トナ  
ラザルコトハ一般ノ習慣トシテ行ハル所ナリ、蓋シ株券記  
名者ガ白紙委任状ヲ株券ニ添付スルハ善意ノ株券取得者ニ  
對シテハ其何人タルヲ問ハズ名義書換ノ義務ヲ負担スベキ  
意思表示ト共ニ其書換手續ヲ委任スベキ意思表示トヲ為シ  
タルモノニシテ名義書換義務負担ノ意思表示ハ意思表示ニ  
関スル通則ニ從ヒ表意者タル株券記名者ノ死亡ニ因リ其効  
力ヲ失フコトナク死亡後ノ株券取得者ニ對シテモ書換義務  
ヲ發生スルノ法理ト相待テ実ニ白紙委任状添付ノ記名株券  
ガ交付ニ依リ且記名者ノ死亡後ト雖モ輾轉流通スル習慣ノ  
行ハル所以ノ基礎タリ。

【95】大審院明治四二年五月二八日判決民録一五輯五二  
四頁  
株金払込催告に瑕疵があり、それを前提とする無効な失  
権、競売手続きがなされ、その競売人に株主總會の招集通

知がなされた。失権していない従前の株主に通知がなされなかつたため、この総会決議の効力が問題となつた。前提の【27】【75】の判旨の再確認である。

「然レドモ会社ガ株主總會ヲ招集スルニ当リ商法第五百十六條第一項ノ規定ニ違反シ株主ノ一部ニ対シ之方通知ヲ發セザルコトハ同第百六十三條ノ總會招集ノ手続方法令ニ反スル場合ニ外ナラズ、隨テ斯ノ如キ總會ノ決議ハ絶対ニ無効ナルニ非ズシテ株主ニ於テ其無効宣告ヲ裁判所ニ請求シ裁判所ガ之ヲ宣告シテ始メテ無効ヲ主張シ得ベキモノトス」。

【96】大審院明治四二年六月一日判決民録一五輯五六五頁

会社が商法一五二条一項の規定に基づき、株主に対して株金払込みの催告をしたが、株主はこれに応じない。会社はその後、同条二項以下、一五三条の手続きをなすことを選択せず、一般法理に従つて強制履行の手続きを採ることを選択した。このとき、会社は商法の手続きを採ることしか許されないのか否かが問題となつたものである。

「然レドモ株式会社ガ商法第五百二条ノ規定ニ依リ株主ニ対シ株金払込ノ催告ヲ為シタルニ株主ガ之ニ応ゼザル

場合ニ於テハ必ずヤ其株主ヲ失権セシメ株式譲渡人ニ対シ滞納金額ノ払込ヲ請求セザル可カラザルモノニ非ズ、株主ガ株金ノ払込ヲ為サザル場合ニ於テ会社ガ強制執行ノ手段ニヨリ株主ヲシテ株金ノ払込ヲ為サシメントスルモ將タ又株主ヲ失権セシメントスルモノニ会社ノ自由ニ属スルコトナリ」。

【97】大審院明治四二年一〇月一三日判決民録一五輯七二七頁

合名会社の除名に関するものであるが、社員の除名によつて会社の解散を生じる場合に、当該社員の除名が許されるか否かに関するものである。具体的に、本件では、二名の社員からなる合名会社において、一方の社員に会社の存在を危うくさせる行為があつたとき、もう一方の社員が当該社員を除名しうるか否かといふものであつた。

「商法第七十条ニ所謂他ノ社員ノ一致トハ除名セラルベキ社員ノ外尚ホ複数ノ社員アリテ其者等ノ意思ノ合致ヲ謂フモノニシテ社員ノ除名ハ会社ガ三名以上ノ社員ヨリ成ル場合ニ於テ有効ニ行ハルベキコトヲ知ルニ足ルノミナラズ法律ガ会社ノ解散ノ外除名ニ因ル社員ノ退社ナルモノヲ認ムル所以ハ一ニ会社ノ存続ヲ図リ其解散及ビ新設ノ不利ヲ

免レシメンガ為メナリ、然ルニ会社ガ二名ノ社員ヨリ成ル場合ニ於テモ除名スルコトヲ得ルトキハ会社ハ商法第七十条第五号ニ依リ当然解散スベク法律ガ会社ノ存続ヲ図ル趣旨ニ抵触スルヲ以テ斯ノ如キ場合ニ於ケル除名ハ到底許ス可キモノニアラズ、況ンヤ会社ニ対シテ不正行為アル社員ヲ除名スルコト能ハザル結果ハ三名以上ノ社員ヨリ成ル会社ニ於テ他ノ社員ノ一致ヲ得ザルトキニ均シク生ズル所ナルニ於テオヤ」。

【98】大審院明治四二年一〇月一九日判決民録一五輯七八三頁

株主總會の招集通知における「決議すべき事項」の記載の基準に関するものである。本件では、ある会社が別の会社から工場抵当法に基づいて五〇万円を借り入れる案件について「金五十万円借入ノ件」と記載して通知し、借入れの方法、利率、償還期限等の原案を示していなかつたといふものである。

「斯ノ如ク株式会社ガ一定ノ金員ヲ借入レントスル場合ニ其借入ヲ為スコト及ビ借入レントスル金額ヲ記載シタル總會招集ノ通知ヲ各株主ニ發シタル以上ハ各株主ハ此重要ナル事項ノ通知ニ依リ其可否ノ意見ヲ決スル為メ十分ノ準

備ヲ為スコトヲ得ルモノト謂フベキヲ以テ即チ商法第五百十六條第二項ニ所謂總會ノ目的及ビ總會ニ於テ決議スベキ事項ヲ記載シタル招集通知ヲ受ケタルモノニシテ利率償還期限ノ如キ若クハ借入ノ実行ヲ取締役又ハ株主中ヨリ選出スル委員ニ一任スルコトノ如キハ借入ニ付從ノ事項タルニ止リ右法条ニ所謂決議スベキ事項ト称スルヲ得ズ」。

【99】大審院（民聯）明治四二年一二月二日判決民録一五輯九二六頁

会社・取締役間の取引の効力に関するものである。前掲【33】以来の結論を変更した判例として知られる。本件も、会社・取締役間の取引の効力に関するものである。今日の商法二六五條違反の取引の効力に関する判例・学説の変遷史においてきわめて重要な位置づけがなされるものである。会社法分野のみならず手形法分野でも必ず言及、参照される判例である。

「本訴約束手形ヲ上告人兵庫運河株式会社ヨリ取締役ノ一人タル南佐兵衛ニ対シ振出シタル時ニ当リ南佐兵衛ガ該会社監査役ノ承認ヲ得ザリシ事實ハ原判決ニ於テ確定シタル所ナリ、抑商法第七十六條ニ於テ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為メニ会社ト取引



ヲ為スコトヲ得ト規定シタルハ株式会社ノ取締役ガ監査役ノ承認ヲ得ズシテ自己又ハ第三者ノ為メニ会社ト取引ヲ為スコトヲ禁止シタル法意ナルコトハ復弁ヲ待タズシテ明ナリ、而シテ本条ノ規定ハ会社ノ利益ヲ保障スル趣旨ニ出デタルモノナレドモ法律ニ於テ特ニ此ノ如キ規定ヲ設ケタル所以ノモノハ会社ノ存立ヲ以テ公共ノ利益ニ裨補アリト為シタルニ由ラズンバアラズ、然レバ則チ本条ノ規定ニ違背シタル行為ノ消長ヲ会社ノ意思ニ一任スル理アルベカラズ、加之法律ノ規定ニ違背シタル行為ヲ当然無効トセズシテ取消シ得ベキモノト為ス場合ニ在リテハ必ずヤ之ヲ法条ニ明示スルコトハ民法及ビ商法ヲ一貫シタル主義ナルコトハ両法ヲ通覽スルトキハ之ヲ窺知スルニ難カラズ、由是之ヲ觀レバ本条ノ規定ニ違背シテ為シタル取引ハ取消シ得ベキ行為ニ非ズシテ無効ノ行為ナリト謂ハザルヲ得ズ、商法第百七十六條ノ法意誠ニ此ノ如クナリトスレバ上告人ガ南佐兵衛ニ對シテ振出シタル本訴ノ約束手形ハ当然無効ノモノナルヲ以テ其所持人ハ南佐兵衛タルト被裏書人タルトヲ問ハズ又被裏書人ノ善意ナルト惡意ナルトヲ分タズ上告人ハ常ニ手形ノ無効ヲ主張シテ以テ支払ノ請求ヲ拒ムヲ得ベキコト多言ヲ待タズ。

【101】大審院明治四三年四月一九日判決民録一六輯三三  
 一頁  
 商法一五三條に基づいて株式譲渡人が会社に対して負担する株式競売不足額支払義務の性質論に関するものである。この義務は、法定の特別の義務であつて株金払込義務そのものではないから、会社に対する相殺の抗弁が許されるとした譲渡人の主張に答えたものである。

【102】大審院明治四三年九月二六日判決民録一六輯五六  
 一頁  
 商法一五三條に基づいて株式譲渡人が会社に対して負担する株式競売不足額支払義務の性質論に関するものである。この義務は、法定の特別の義務であつて株金払込義務そのものではないから、会社に対する相殺の抗弁が許されるとした譲渡人の主張に答えたものである。

【100】大審院明治四三年二月二二日決定民録一六輯一〇  
 九頁  
 少数株主権としての検査役選任請求権は清算中の会社においてその行使が認められるか否かに関するものである。

「然レドモ裁判所ハ資本ノ十分ノ一以上ニ当ル株主ノ請求ニ因リ検査役ヲ選任スルコトヲ得ル旨規定セル商法第九十八條ガ会社解散前ニ関スル規定タル同第九十條乃至第九十七條ト共ニ会社ノ計算ト題スル第四節中ニアルト非訟事件手続法第百二十九條ノ二第一項ニ商法第百九十八條ノ規定ニ依リ検査役ノ選任ニ関スル裁判ヲ為ス場合ニ於テハ裁判所ハ取締役及ビ監査役ノ陳述ヲ聴クベシトアリテ此場合ニ清算人ノ陳述ヲ聴クベキ旨ノ規定ナキニ由テ之ヲ觀レバ商法第九十八條ハ会社解散前ニ関スル規定タルコト明カナリ、然リ而シテ其解散ノ場合ニ於テ清算ニ関シ同條ヲ準用スベキ旨ノ規定亦存セザルノミナラズ同條ニ依リ検査役ノ選任ハ会社ノ業務及ビ会社財産ノ狀況ヲ調査セシムル為メナルニ解散後ハ其業務ナルモノナク又会社財産ノ狀況ハ商法第二百二十七條第一項ノ規定ニ依リ清算人ガ就職後遲滞ナク調査シテ財産目録及ビ貸借対照表ヲ作り之ヲ株主總會ニ提出シテ其承認ヲ求ムベク而シテ同條第二項及

【101】大審院明治四三年四月一九日判決民録一六輯三三  
 一頁  
 商法一五三條に基づいて株式譲渡人が会社に対して負担する株式競売不足額支払義務の性質論に関するものである。この義務は、法定の特別の義務であつて株金払込義務そのものではないから、会社に対する相殺の抗弁が許されるとした譲渡人の主張に答えたものである。

【102】大審院明治四三年九月二六日判決民録一六輯五六  
 一頁  
 商法一五三條に基づいて株式譲渡人が会社に対して負担する株式競売不足額支払義務の性質論に関するものである。この義務は、法定の特別の義務であつて株金払込義務そのものではないから、会社に対する相殺の抗弁が許されるとした譲渡人の主張に答えたものである。

ク恰当シ法律ハ上告論旨ノ如ク株式引受確定前後ニ依ル區別ヲ設ケズ」。

○頁  
【103】大審院明治四三年九月二八日判決民録一六輯六一

清算手続きにおいて商法二三四条によつて準用される民法七九条に関するものである。清算人が、その就職の日から二か月以上経過した後、当初定めた債権申出期間をさらに延長して催告を公告しうるか否かというものである。

「商法第二百三十四條ニ依リ株式会社ノ清算ニ準用スベキ民法第七十九條ニ依レバ清算人ガ同条所定ノ催告ヲ公告スルハ其就職ノ日ヨリ二个月内ニ於テ少クトモ三回タルベク二个月ヲ経過シタル後更ニ債権申出期間ヲ定メテ催告スルハ同条ノ認メザル所タルノミナラズ一旦適法ニ定メタル期間ハ爾後之ヲ変更スルコトヲ許サザルモノト解釈スルヲ相当トス、何トナレバ清算ニ於テ可成の總債権者ヲシテ併済ヲ受ケシムルハ勿論ナリト雖モ期間内ニ申出ヲ為サザル債権者ハ清算ヨリ除外セラルベキ(同条第二項)モノナルニ若シ清算人ニ於テ自由ニ期間ヲ延長スルコトヲ得ルトキハ最初定メタル期間ヲ懈怠シタル債権者モ併済ヲ受クルコトヲ得ベク怠慢ナキ債権者ノ受クベキ併済額ヲ減少スル結

果ヲ生ズルノミナラズ謂ハレナク清算手續ヲ遅延セシム可クレバナリ」。

○頁  
【104】大審院明治四三年一〇月四日判決民録一六輯六二

株式譲渡人が商法一五三条三項に基づいて負担する株式競売不足額の弁済義務の性質に関するものである。このとき、譲渡人が会社に対して相殺の抗弁を主張しうるかというものであり、前掲の【101】と同旨であるが、より明確に述べられている。

「株主ハ株式引受ヲ為シタル場合ナルト其譲渡ヲ得タル場合ナルトヲ問ハズ株金支払ノ義務ヲ有シ且其義務ハ株式譲渡スルニ因リ免ルベキモノニ非ザルコトハ商法第四百十四條第一項同第五百十三條第二項及ビ第三項ノ規定ニ依リ明白ナリ、又其義務履行ニ付テハ相殺ヲ以テ会社ニ對抗スルコトヲ得ザルハ同第四百十四條第二項ノ規定ニ徴シ之ヲ推知スベシ、蓋シ本項ニハ株主ハ株金ノ払込ニ付キ相殺ヲ以テ会社ニ對抗スルコトヲ得ズトアルモ株式譲渡シタル者即チ前株主ニ係ル文詞ヲ欠クヲ以テ所謂相殺ヲ以テ会社ニ對抗スル權利ナキ者ハ現株主ニ限レルモノナリト云フ裏面推斷ヲ容ルベキガ如シ、然レドモ此規定ハ会社資本ノ

充実ヲ期スル必要ニ基因スルモノナルガ故ニ株式譲渡人ガ其負担セル株金弁済ノ義務ヲ履行スル場合ニ於テモ亦此制限規定ニ羈束セラルル者ト解セザルヲ得ズ、何トナレバ若シ此場合ニハ右規定ノ適用ナシトスルトキハ会社ニ対シ債権ヲ有シ相殺ヲ以テ之ニ對抗セントスル株主ハ其株式譲渡シ容易ニ此規定ノ適用ヲ免レ立法ノ趣旨ヲ貫徹スルコト能ハザラシムルニ至ルベケレバナリ、況ンヤ株式譲渡人ハ株式譲渡ニ因リ株金弁済ノ義務ヲ免ルル者ニ非ザルコトヲ明示シタル前示ノ条文ニ鑑ミ推考スレバ商法第四百四十四條第二項ノ株主ナル文詞ハ株式譲渡人ヲ除外シタル別段ノ意義ヲ有スルモノト理解スルノ不条理ニシテ其所謂株金払込トハ株金弁済ノ義務ヲ示スニ過ギザルモノト解スルノ允当ナルニ於テヤ、而シテ商法第五百十三條第三項ノ競売不足額弁済ノ場合ト同条第二項ノ滞納金額払込ノ場合トハ株式譲渡人が請求ヲ受クル方法ニ於テ差異ナキニ非ザルモ株主トシテ株金払込ノ義務ヲ負担シ其完済前ニ株式譲渡シ会社ノ資本充実ニ妨ノ生ジタルニ因ル株金弁済ノ義務ヲ履行スベキ場合ニ該当スルコトハ二者異ルコトナシ、又其債務ガ損害賠償義務ニ非ザルコトハ同条末項ノ規定ニ徴スルモ亦明ナリトス」。

○頁  
【105】大審院明治四三年一二月一三日判決民録一六輯九三

商法一五三条に基づく株式競売不足額の株式譲渡人の弁済義務に関するものである。いくつかの論点を含んでいる。定款によつて定められた株金払込みに関する損害賠償の予定額につき、株金払込債務それ自体と性質が異なっているので相殺の抗弁が許されるか否か。株金払込みの義務は、商行為によつて生じた債務に準じて商事時効にかかるか。その他、本件においては、前掲の【71】の判旨と同旨の論点を含み、また、【104】と同旨の論点がくり返されている。加えて、清算中の会社が、株金払込みの請求に関する規定に従つて、株主および株式譲渡人に対する権利を行使しうるか否かについても判示されている。

「然レドモ定款ヲ以テ定メタル株金払込ニ関スル予定ノ損害賠償額ハ会社ニ生ジタル損害ノ賠償金額ト看做スベキモノニシテ商法第五百十三條第四項ニ該当シ株金ノ払込トハ其性質ヲ異ニスルコトハ明白ナリ」。

「然レドモ株金払込ノ義務ハ株式引受ニ因リテ生ズルモノニシテ株式ノ引受ガ商行為ニ非ザルコトハ原院判示ノ如シ、株金ノ払込ハ上告会社ガ其營業ニ要スル資本ヲ充実ス

ル為メニスルモノナレバ商法第二百六十五條ニ定メタル商行為ニ該當スベシトノ論旨ハ上告会社ハ被上告人ヲシテ株金弁済ノ義務ヲ履行セシメテ其支払ヲ受クルニ過ギズ乃チ同條ニ謂フ營業上ノ行為ヲ為ス場合ニ非ザルコトニ注意セザルヨリ生ジタル見解ニ外ナラズ」。

「然レドモ商法第五十三條第三項ノ競売トハ競売法ノ規定ニ依ルベキモノヲ謂ヒ之ニ依ラザル競売ハ当然無効ニシテ成立セザルモノナリトノ解釈ハ当院判例ノ是認スル所(明治三十九年(オ)第三百十八号同年十一月十五日判決参照)ニシテ其無効ハ何人ト雖モ之ヲ主張スルコトヲ妨ゲズ」。

「株金支払ノ義務ハ株式ヲ讓渡スルニ因リテ免ルベキモノニ非ザルコトハ商法第四百四條第一項同第五百五十三條第二項及ビ第三項ニ依リ明白ニシテ株金払込ニ付キ相殺ヲ以テ会社ニ對抗スルコトヲ得ザルコトハ同第四百四條第二項ニ規定スル所ナリ、蓋シ本項ニハ株式ヲ讓渡シタル者即前株主ニ係ル文字ヲ欠クガ故ニ滯納金額支払ノ義務又ハ競争不足額弁済ノ義務ニ付テハ其適用ナシト云フ如キ推断ヲ容ルベキニ似タリ、然レドモ此規定ハ会社ノ資本充実に為メ現実払込ヲ為サシムル必要ニ基因シ会社ニ対シ相殺ヲ

對抗スルコトヲ禁ズルモノナレバ株式讓渡人が負担セル株金弁済ノ義務ヲ履行スル場合ニモ亦適用スベキモノト解セザルヲ得ズ、何トナレバ若シ此場合ニ右規定ノ適用ナシトスルトキハ会社ニ対シテ債権ヲ有スル株主ニシテ相殺ヲ對抗シテ現実払込ヲ避ケントスル者ハ其株式ヲ讓渡シ容易ニ右禁止の規定ノ適用ヲ妨グルコトヲ得テ立法ノ趣旨ヲ貫徹スルコト能ハザラシムルノ虞アレバナリ、況ンヤ株主トシテ負担セル株金支払ノ義務ハ株式讓渡ニ因リテ之ヲ免ルルヲ得ザルコトヲ明カニシタル前掲条文ノ規定アルヨリ推考スレバ商法第四百四條第二項ノ株主ナル文詞ハ株式讓渡人ヲ除外セル意義ヲ有スルモノト解スルノ不条理ニシテ其株金支払ナル文字ハ広ク株金弁済ノ場合ヲ示ス意義ナリト解スルヲ以テ正當ナリトスル理由アルニ於テオヤ」。

「然レドモ清算中ノ会社ハ其清算ノ目的ノ範圍内ニ於テハ尚ホ存続スルモノニシテ清算ノ為メ株金ノ払込ヲ為サシムル必要アルトキハ其払込ヲ請求スベキコト商法第二百二十四條ニ同九十三條ヲ準用スル定アルニ徴シ一点ノ疑ヲ容レズ、蓋シ会社ノ資本ハ營業用ニ供スルモノナルト同時ニ其債権者ノ共同担保タルベキモノナレバ清算中ノ会社ト雖モ其債務ヲ履行スルニ付キ必要ナリトスルトキハ株金払込

【106】大審院明治四三年一月二〇日判決民録一六輯九八二頁

株式会社ノ設立企画者間で締結された会社の設立を目的とする契約に基づく関係、すなわち発起人組合の意義に触れたものである。本件は、発起設立の途中で新たな発起人が加わり、当初の定款も変更されたというものである。また、発起団体の効果についても、前記【90】の判例を引いて言及されているが、発起人組合と設立中の会社との区別は意識されていないように思われる。

「会社ヲ設立スル発起行為ガ法律上如何ナル性質ヲ有スルカハ商法ニ規定スル所ナケレバ之ヲ民法中ニ求ムルニ本件ノ如ク発起人が設立費用ヲ負担シテ会社ヲ設立セシメントスル事ハ組合契約ニ酷似スルガ故ニ之ニ其規定ヲ準用スベキハ当然ナリトス、而シテ組合ニ於テハ其契約事項ヲ變更シ死亡破産等ノ為メ組合員ガ脱退スルノ外組合員ノ同意ニ出デタルトキハ其他ノ事由ニ依ルモ脱退シ若クハ他ノ者ヲ加入セシムルコトヲ得可キモノニシテ其契約事項ヲ變更シ組合員ノ脱退加入アリタル場合ニ於テハ其以前ノ契約ガ

「発起行為ノ目的ハ会社ヲ成立セシムルニ在リテ発起団体ハ会社ノ前身ナレバ其発起ノ為メニ生ジタル權利義務ハ会社ガ成立シ且之ヲ承認シタルトキハ成立シタル会社ニ承継スベキコトハ其性質上当然ナリ、依テ発起団体ガ本件ノ如ク引受証拠金及ビ払込株金ヲ他ニ預金ト為シタルトキハ其債権ハ成立シタル会社ニ属シ会社ハ直接ニ預金ノ債務者ニ対シテ請求スルコトヲ得ベキモノトス(明治四十一年三月二十日言渡当院同年(オ)第二十四号報酬金請求事件ニ付発起団体ノ負担シタル債務ニ対シ之ヲ承認シタル会社ト第三者タリシ債権者トノ関係ニ対スル判旨参照)」。