

判例研究

(その一)

論題『目的による会社能力制限に関する我国判例の変遷より、結論付けられる会社法（特に株式会社法）を流れる外観主義の必要性に就いて』

佐伯直秀

目次

第一章 序文 時代の変遷に伴う法律思想の質的变化

イ 主権論と所有権論の質的变化

ロ 会社法（特に株式会社法）の質的变化

a 会社法の時代先駆者の性格

b 政治的事情や思想の変遷に伴う会社法の質的变化

c 経済的事情や思想の変遷に伴う会社法の質的变化

第二章 本論 目的による会社能力制限に関する我國判例の変遷

イ 判例変遷の実際

ロ 判例変遷への批判

第三章 結語—判例変遷より結論付けられる会社法を貫く外

観主義の必要性に就いて

第一章 序文 時代の変遷に伴う法律思想の質的变化

イ 主権論と所有権論の質的变化

主権概念は、近代民族国家を其れ以前の国家即ち中世封建国家や古代都市国家等と区別する概念として挙げられるのであるが、此の主権なる概念は十六世紀の近世初頭、仏国の政治学者ジャン・ボードン（1530～1596）が彼の名著『国家六論』（1577）の中で始めて主張したのであり爾来今日迄国家学の中では王座の如き地位を占めて来たのである。しかし三世紀以上の星霜を閲みした今日では、昨日迄一人として疑う者のなかつた此の国家主権の絶対性、唯一最高性なるものは厳しい批判の中に立たされて居る。此の事は特別に今世紀前半最大の政治学者と云はれた故ハロルド・ラスキイ教授の多元的国家主権論に関する諸著を引用する迄も

なく、国連憲章の諸条文を見る事により、或は現時の米ソ兩大勢力対立の爲、各国は第一には戦争の規模の拡大及び其れに伴う各国の戦争遂行能力の相対的減少化又は其の不可能化の傾向、第二には弱少国家群の唯一の頼りである所の国際連合が所謂大国の拒否権濫用により無力となつた事、第三には手段の如何を問はず他国の犠牲の上に自国のみは繁栄せんとするマキャベリズムは形相を変えて現在尙ほ嚴存して居る事等の原因よりして好むと好まざるとを問わず、第一次大戦前の勢力均衡の爲の同盟条約による安全保障政策（註1）や国際連盟、国際連合方式の集団安全保障政策からNATO式集団安全保障政策へと転向しつゝあるので各主権国家は―其は米ソ何れの国と雖も其の例外たり得ないのであるが―自国の意思ではなくして他の特定の一国ではなくして不特定の、しかも国家群の、自国を除く全体の意思の強制の下に、自国の持つ主権の絶対性、唯一最高性を放棄して、此を自国以外の或物に委託しつゝある事実を示すだけで既に充分であると思う。兎に角過去の国家論の中で其の絶対性・唯一最高性を誇つた主権の本質は今日失われつゝある。だが然し近世より現代への時の動きは、ひとり公法の分野のみに止まらず、私法の分野では更に以上の変化を惹起しつゝある。私法の領域で国家論中の主権に比すべきものは、けだし所有権であろうと思われる。「所有権は神聖にして侵してはならない」と云う、彼の万人周知の語は仏大革命は一七八九年八月二六日の人權宣言の一条文であるが、此の精神を其のまゝ承継し法典化した一八〇四年のナポレオン法典、古代のハムラビ法典や中世のユスチニヤヌスの法典と共に世

界史上の三大法典と云われ、又現代諸国法の母法或は祖母法である同法典は此の所有権絶対の思想で貫かれて居た事は喋々を要しない事である。そして此の法典で明示され確立された近代所有権は其れ以前の所有権が上級所有権、下級所有権または上土権・底土権等の名称の示す如く多元的、制限的且つ相対的であつたのに対し、此はじ余の制限物をふるい落して一元性・絶対性を獲得したのである。そして日本民法に於て永小作権を民法施行法四七条一項及び二項で五〇年に短縮した事（註2）や民法一六七条二項で「所有権に非ざる財産権云々」の語を用いて消滅時効の対象から所有権を除去した事は、同法二五五条の共有の持分放棄の条文等と相まつて此の近代所有権の一元性・絶対性を示して余りあるものである。然し仏民法五五二条で「所有権は土地の上下に及ぶ」旨を規定して何等の制限的字句のなかつたのに比べ、日本民法（明治二九年公布同三一年施行）は二〇六条に「法令の制限内に於て」の制限的字句を附加し、独逸民法（一八九六年公布一九〇〇年施行）が「土地の所有者は此を禁止するに何等の利益のない高所又は深所に於ける侵害を禁じ得ない」と云う条項を九〇五条に附加し、スイス民法（一九〇七年）は更に觀念を轉換して「土地所有権は其の行使に就いて利益の存する限度に於て空中及び地下に及ぶ」と六七七条に定めた事（註3）ワイマール憲法一五三条三項の「所有権は義務を伴う。其の行使は公共の利益に役立つ事を要す」の規定、改正民法一条一項の追加又は永久地上権設定許容の理論さえ学者の一部には生じ来て居る事等を列挙しなくとも、地上権に対する借地借家法、建物保護法、借地借家臨時処理

法、罹災都市借地借家臨時処理法等の所謂地震売買に対する土地建物の保護立法とも云われる一連の法を挙げるだけでも、所有権の絶対性・一元性は今や鼎の輕重を問われるに至つて来て居る事は、余りにも明白である。そして所有権は民法二〇六条に明示する使用収益処分の総合的権能より、地代又は利息徴収を含む収益権の如き片面的権能へと變つて来つゝある。即ち使用又は処分権能と収益権能の二つに分裂して来つゝあるのである。換言すれば、仏大革命以来、我々人類の閱した多くの時の流は、近代私法権の頂点に立つて来た所有権の絶対性・一元性をも其の根底より揺り動かすと共に、其の権能の分裂と云う質的变化をも惹起して来て居る。

しからば、以上の如く前の主権と云い、後の所有権と云い、此等の質的变化を促した所の時の流れは本論題の商法特に会社法株式会社法の上に如何なる質的大転換を迫つて来たか、又迫つて行きつゝあるか。此が次に起つて来る問題である。

ロ 会社法（特に株式会社法）の質的变化

a 会社法の時代先駆者の性格

商法特に会社法は時代の変転に先駆的である。此の事に就いては石井・西原兩教授は次の如く説明して居られる。即ち石井教授は「商法は企業（田中誠二博士は商的企業と云う）に関する法的規整であるから、經濟生活の変転に対応し發達して行かねばならないし、又最も強く資本主義的合理主義の支配する領域であり、其の技術的性格のゆゑに合目的考慮から其れ自体立法技術的に進歩すべき性格のものであり、其の法律的技术の点で一般私法の

中、開拓者的先駆的地位を持つ」と（註4）述べられ、西原博士も亦「企業生活は單なる需要充足の生活關係と異り無限の經濟的寄与の増進と營利の目的の追求に努めるものであるから、其の合理的實現の爲、常に新たな機構及び手段を案出し、其等は必然的に法秩序として商法中に収容せられるのである。比較的近時の起原のものとしても、例えば有有限会社、後配株・無議決権株等の如き特殊株式、轉換社債の如き特殊社債、カルテル・コンツェルン等の企業合同形態、CIF及びFOBの如き特殊売買、団体保險、商品券・荷渡指図証その他の新種有価証券等々枚挙に暇のない程である。この事は亦各國商法が改正の度に詳密となる傾向にある事によつても実証せられる。我が國に於ける昭和十三年の改正の如き、条文数が殆んど倍加した実狀である。此を要するに、『商法は取引の錯綜せる道程に於て民法の誤らない道案内者且つ勇敢な開拓者であり、民法が常に新鮮な勢力と清新な思想とを汲取る源たる若返の法である』（リーサー）云々」と（註5）

b 政治的事情や思想の変遷に伴う会社法の質的变化

上述の如く、商法特に会社法は時代先駆的性格を有する。しかしながら、又同法は其の定義の示す如く經濟組織の下に於ける技術的法規であるから、政治的事情や思想の変遷による影響は經濟的事情や思想の変遷による影響程大きくはない筈である。即ち此の事に就いて大隅教授は普通ナチス的性格の強いとされるドイツ株式会社法に対し、次の如く述べて居られる。「ドイツ株式会社法はナチス政權の下に成立したが其の根底に於ては何らナチス的性格を有しては居ない。其れは寧ろ主として概存の法と同じ根本

思想の上に立つて居る。其れ故一九四五年以後も其のまゝ施行されて居る」と(註6)又石井教授も其著(註7)の中で商法の不動的傾向と題して「成る程、株式会社の發達過程に於て其の設立に就き、特許主義・免許主義の段階を経て現在の準則主義に到達した事や株式会社の内的構成に於て、政治に於ける貴族主義・專制主義体制の民主主義体制への推移の傾向を反映した事は商法に於ける影響を示すものである。然し此等は何れかと云えば近代的な資本主義経済体制の確立前に於ける過渡的現象である所の『政治と経済の非近代的結合』の反映に過ぎない。私的企業体制従つて亦其れに関する法としての商法の性格が確立してからは、商法に対する政治の影響は僅少である。例えばナチス株式法が全体主義的な国民社会主義的合理主義思想を背景とすると誇称しつつ、其の實質的内容に於ては寧ろ近代経済の要求に即応した技術的改正に終始し割合に政治的思想の影響は少いものとなつて居た」と述べて居られる。

そして以上の説及び引用例への批評は紙面の都合上、さしひかえて一応此を認めても、然し其の影響の少い筈の政治的事情や思想の面に於てすら、他方に於て此に対する反論も可成り存する。即ち離婚法に對し、仏の法学者ラブレイの云うたと云う、あの有名な次の如き語「すべての革命に随伴する一つの法律がある。其は毎回現われて思潮を標示する」と云う事が会社法特に株式会社法にも通用すると断じても敢えて過言ではあるまいと思われる程である。即ち田中(耕)博士は「世界株式会社法への展望」(註8)と題する論文の中で次の如く述べて居られる。「周

知の如く株式会社の設立に関しては其の發達の最初の段階に於ては特許主義が採用せられて居り、其が設立には国王の認可を要して居た。これは當時に於ける中央集権的国家・專制君主制の理念の株式会社制度への反映であつた。

次いで仏革命に於て專制君主制が崩壊し自由平等の原理が勝利を占めるや、此の原理は株式会社にも反映し其の設立に関しては徹底した自由主義が採用せられた。しかし此の自由主義は甚しい病弊をもたらしたので永くは続かないで結局設立自体は自由であるが、しかし其の手續乃至経過に就いては一定の法的制限に服せしめる所の、所謂準則主義が、十九世紀の中葉頃から英仏其他の各国の株式会社法によつて採用せられ今日に至つて居るのである。さらに株式会社の内部關係に就いても其の發達の段階に於ては、貴族主義が支配し、大株主の專制に委ねられていたが自由民権思想の發達と共に株主總會が漸次發言權を有し初め、遂に会社の主權者たる地位を占めるようになった。しかし一般株主の冷淡は株主總會を無力化し、所有と經營が分離し、重役が事實上強大な支配權を獲得するに至つた。此の事情は政治生活に於て議會主義の無力化に反比例して執行權の優越が主張せられ、フアツシズムの指導者主義が有力になつて來た事情と結びついた。ヒットラー立法である一九三七年の株式会社法は指導者主義を株式会社制度に反映せしめたものである。(三行略)かような歴史的事実に直面する時に、我々は株式会社制度自体が一般政治理念によつて強く影響される事を否定出来ない」と述べ、又「株式会社法は全体として政治的性格を持つて居るものと云える。此は商法全体に

就いても云ひ得られる」とも書いて居られる。

又同様の趣旨を西原博士も其の著の中で次の如く述べて居られる。即ち「沿革的に見ても株式会社の機関の法的分化及び其の権限の分配に付いては、当初三権分立及びデモクラシーの政治的原理が影響をあたえたものであり近時に於けるドイツ株式会社法の改正の基調をなしたものは指導者原理と云う独裁的な政治思想である」と(註9)

更に田中誠二博士は以上と同趣旨を述べながら、中国公司法にも言及して、「孫文の三民主義の影響を受けた実例は一九二九年に制定せられた公司法である。同法は議決権の可及的平等化の為に、十一株以上を有する株主については定款を以て其の議決権を制限する事を要し、各株主の議決権及び他の株主を代理して行使する議決権は合計して株主全員の有する議決権の1/5を超え得ないとし(同法一二九条)民主主義の基本制度である多数意見の決定を慎重ならしめる為に多数決の要件を加重して居り(同法一二八条一八六条)又自由主義思想に基き少数株主権を強化し、少数株主権の要件は株式総数の1/20以上と定めた」(註10)と云う如くに、三民主義原理が全面的に少数株主権保護の形を採つて滲透して居る事を述べて居られる。

以上を要約すると其の本質上、影響は比較的少い筈の政治的性情や思想の面に於てすら、以上の如く大きいものがある。まして経済的事情や思想の変遷が商法特に会社法に及ぼす影響たるや、けだし測り知り得ざる程のものがあらうと思われる。次には此に就いて述べる。

c 経済的事情や思想の変遷に伴う会社法の質的变化

十九世紀の終りから現在へかけての資本主義経済の変遷は、典型的には産業資本主義の段階から金融・独占資本主義経済への推移として特徴付けられる事は云う迄もない。そして曾つてアダム・スミスをして「神の見えざる手により云々」として推称し公共の利益追求の唯一にして且つ有効な手段であると考えさせた自利心は今日、カルテル・トラスト・コンツェルン等の一連の名の下に、私益追求、資本主義経済の罪惡の根源ともなつて居り、そして必要悪として冷眼視された国家は、曾つての潜在的立場より顕在的立場へ、夜警国家より文化国家へ、そして控へ目的地位より積極的進取の役割を、否や応なしに負わされて来て居る。そして他面に於て、資本主義の岸边を離れて今や社会主義の岸边へと舟を向ける人々も少くはない。資本主義経済は今や其の鼎の輕重を問われて来て居る。かゝる変化が会社特に株式会社形態へも重大な質的転化を来たして居る事は説明の要はないかも知れない。そして其の変化は一言にして言えば、リーフマンの所謂「所有と経営の分離」である。「勿論株式会社は沿革的にも法機構的にも多数人の所有に属する零細な資金を糾合して大資本を形成するのであるから、株主は多数で且つ其の会社事業に対する関心も稀薄なのが普通であり立法も当然此の前提に立つて居り(略)此所に株式会社にあつては社員資格と機関資格が分離されざるを得ないのである。尤も株主の議決権を中心とする所謂公益権で両者は、法的にはつなぎとめられては居るが」(註11)との大隅教授の説明の如く、株式会社では所有と経営の分離は其の本質的必然性に基く

のであり、此を防止するものとしては株主の議決権を中心とする
共益権と其の機関たる株主總會とであつた。しかし其の株主總會
も共益権も後述の如くに有名無実となつて来た。其の間の事情に
就いて大隅教授は次の如く述べて居られる。「株式会社の巨大化
と株式の分散とは大部分の株主の議決権を實際上は、他の何人か
に議決権の行使を委託する権利に転化する。かくて小株主の希求
する所は其の投資により毎期確實に相当の利益配当を、受ける事
か、さもなければ株式相場の変動により投機的利益を獲得するか
に限られる。かゝる株主を会社企業の最高支配者と云う事は誤り
である。(略)此に反して大株主は小株主とあたかも對蹠的な地
位に於て会社企業に關係する。そして大株主は会社企業の經營に
對し重要な影響を与えるだけの力を有し、しばしば自ら取締役若
しくは監査役となるか又は其の身代りをして其の地位に就かしめ
る。其の株式取得も實際上かような意図の下に行われる事が少く
ない。従つて大株主こそ会社企業の最高の指揮者であり其は株式
会社の社員たると同時に会社企業の支配者としてあらわれるのが
普通である。此のように企業者と資本家の両資格を一身に兼任す
る大株主と單なる利附資本家に過ぎない小株主とが併存するのが
近代株式会社に典型的な一つの性格である。尤も株式会社が愈々
巨大となり且つ株式の分散が極度に達するならば一個人又は少数
人の集團を以つては、会社事業を支配するに足る持株数を結集す
る事が不可能となり、かゝる会社にあつては、株主からは送附し
て来る議決権の代理行使に関する委任状を利用し得る地位に在る
会社の理事者が自己の所有株式は、云うに足りない程僅少なのに

かゝわらず、自ら殆んど終身的機関たる地位を確保する事が出来
るに至る。かような所謂經營者支配も上述の大株主支配の場合と
並んで近時の株式会社の典型的な性格の一つとして存する事を看
過してはならないのである」(註12)と述べて、其の註でバーリ及
びミーンズ教授が企業が巨大化し、且つ株式の分散度が高まるに
従つて支配は出資から分離して、經營者支配の方向へ進んで来る
と云う実例として、ペンシルベニア鐵道会社では、最大株主の持
株数は会社の發行済株式總数の〇・三四%、次ぎの大株主の持株
数は、〇・二%、最大株主二〇人の持株總数を合計しても二・七
%に過ぎない。かゝる会社では、經營者支配にならざるを得な
い」として居るのを、例に引用して居られる。更に大隅教授は、
「株主總會は曾つての立法者の予想を裏切つて此の總會から、従
つて自由株主から失われた権力は凡べて会社理事者の手に歸し其
の勢力の拡大強化に役立つのであつて、株式会社の組織に於ける
重点は、實際上は、株主總會を離れて会社理事者特に執行機関た
る取締役の上に移行する事となる。まことに『株式会社は、近代
のデモクラシーの映象である。擬制に於ては、国民(株主)が支
配するが現實に於ては、会社に於て種々に結合して居る権力者の
小党派が支配する』(ゾンバルト)のである。かくて株式会社に
於ける企業の所有と、經營の分離は決定的となり、自由株主は經
營に關する限り實際上權利喪失を來たし、其の社債権者化の傾向
が如実にあらわれ、所謂新封建主義又は産業的世襲財産制が實現
される事となる」又曰く「株主總會は觀客は少いが、巧演される
劇場と化し理事者一派の者による決定を会社の決定ならしめる為

の単なる形式的手續に過ぎない事になる」として、増地博士著の株式会社二〇八頁より次の例を引用して居られる。

昭和九年東京大阪の両取引所の清算市場に上場されて居た株式会社一五九社の株主總會で（右の社数は我國の株式会社総数の八%弱、資本金額で二八%弱）

自ら總會に出席した者の比率、平均一・三七%

委任状を出した株主の比率、平均三九・七%（持株総数で五五・一一%）しかし此の委任状はおほむね、白紙委任状であるから、其の代理人となる者は右の出席株主で結局一・三七%の出席者が總會の決議を左右する。

「要するに所有は、絶えず分散を続けると共に、曾つて所有に結合されて居た支配は、此を離れて益々集中して行くのである。反面から云えば、それは企業所有の非人格化・企業の容観化で、株式会社企業の財団化的傾向として特徴付ける事も出来るであろう。かような可能性は既に近代株式会社の法的構造そのものの中に内含されて居るが、其の可能性を現実化し且つ促進したものが、資本主義の發展に伴う株式会社の大企業化と株式の分散に外ならない。株式会社企業の巨大化により会社財産の所有が広く分散すればする程、其の財産の所有と支配とが同一人の手に歸する事が少くなる事は、好むと好まざるとにかゝらず、避け難い論理的歸結である。それと同時に巨大化した株式会社企業の複雑且つ技術的な經營を能率的且つ経済的に行うには、会社事業に就き知識も関心も持たない變動の株主の偶然的多数による決定に委ねえない事も否定出来ない經濟の現実的要請である。かようにして

問題とする程の支配を伴わない財産の所有と問題とする程の所有を伴わない財産の支配とが株式会社發展の論理的歸結であるとも云われ得るのである」（註13）として、所有と經營の分離、更に支配概念の發生と云う株式会社の構造變化に伴う現象を説明して居られる。

上述の如き株式会社の構造變化に伴う現象として支配概念の發生を説くものは、他にも竹内好夫氏の「株式会社法に於ける支配概念」の論文（註14）・実方博士の商法学総論や増地博士の株式会社等の著があり、アメリカ經營学ではかねてより、企業現象を經營・出資（所有）・支配の三面から説明して居た位に、今日顯著な動かし得ない事実である。

更に大隅教授は説明を續けて曰く「更に上述の構造變革と関連して看過し得ない事は、かような發展が一方に於て、従来の株主中心的な株式会社觀に対して新たな企業中心的な株式会社本質觀たる所謂『企業自体』の思想を展開せしめると同時に、他方に於て、従来の、株式を社員權の一種たる株主權と見る學說に対し、所謂株式債權論を發生せしめた事である。企業の所有と經營の分離を通じて株主はいよ／＼社債權者地位に押し下げられ、企業の所有は非人格化し企業は客觀化し財団化する。それと同時に企業經營者は益々強く受託者となる。しかも単に委託された資本のみでなく、其の企業に於ける労働者及び企業の提供する製品やサービスの消費、ひいて一般公共の受託者たる地位に立つこととなる」と（註15）

此所に民法第九〇条や改正民法第一条の広汎な適用を説く田中

誠二博士等の商法学に於ける社会本位的考察を説く学説（註16）も生れるのであり、ハウスマンの生ける株式会社法や「今日の株式会社をして商法に規定された形態と其の名称を共通にせしめる若干の外形的なものは存在する。しかし両者は全く本質を異にして居る」との語が独逸で語られる理由もある。大隅教授も此の間の事情を次の如く述べて居られる。「十九世紀の後半に確立された近代株式会社法は第一次大戦後の株式会社法改正時代に至る迄約半世紀の間、何れの国に於ても、特に著しい改正を見る事なく行われて来た。しかしながら、此の期間に於ても株式会社制度そのものが何ら顕著な発展を示さなかつたと云うわけではない。否其れ所か、紙の上に書かれた法律の中に読み取られる株式会社こそ著しい変革を示さなかつたにしても、現実の経済生活の中に生きて居る株式会社は、其の存在の基盤たる経済の変遷に伴い、其の全体経済との関連に於て、亦其の内的生活を通じて其の構造に於て、異常な変革を経験して居る」と（註17）

以上を要するに、商法特に会社法（株式会社法）が若干の異説はあるにしても、政治的事情や思想の変遷よりの影響が大きい事を、更に経済的事情や思想の変遷よりの影響に至つては記述し得ない程の、大きな影響のある事を凡べての学者が認めて居る事に触れたのであるが、次には前述の「紙の上に書かれた、法律の中に読み取られる株式会社法」と「現実の経済生活の中に生きて居る株式会社法」との推移の関係を、換言すれば生ける株式会社法へ変遷の次第を我国の判例変遷を通して説明する。けだし判例の変遷こそは、紙上に書かれた、即ち制定法の固定性と、絶えず動

きつゝある現実の経済生活の需要の変動性との摩擦・矛盾を防止又は緩和する安全弁であるから、此を通して生ける現実経済の要請の変化を知る事が出来るのである。そして判例の中では、会社の目的による能力制限の判例の変遷が最も良い例であると思われる。

しかも此の判例の關係条文は唯、次の二ヶ条に過ぎない。即ち商法第五四条（会社は之を法人とす）と民法第四三条（法人は法令の規定に従ひ定款又は寄附行為に因つて定まりたる目的の範囲内に於て權利を有し義務を負ふ）とである。しかし其の解釈に至つては次章に説明する如く變遷し、恐らく立法者達が此の世に復活して此の状を眺めるならば、曾つてナポレオン一世が叫んだと云われる「我が法典は失われたり」との嘆声以上の嘆声を洩らす事であろうと思われる。此所にも時代の流れと会社法の変質とを見る事が出来る。では次に判例の変遷の次第を説明する。

第二章 本論 目的による会社能力制限に関する

我国判例の変遷

イ 判例変遷の実際

（例一）明治三十六年一月二九日（大審判）会社の取締役が会社を代表し、会社創業の功勞者に式千円の報酬を贈る事を約した。

其の約定金支払請求に対する判決要旨

「民法第四三条に依れば、法人は其の目的以外に人格を有せざるが故に、其の目的の範囲外に於ける業務担当社員行為は縱令会社の名義を以てなしたる時と雖も之を会社の事務なりと云ふべ

からず。従つて其の行為は会社に対して効力を有する事なし」

(例二) 明治三十七年五月一〇日(大審判) 被上告人株式会社鴨甲銀行取締役が荷為替の保証をなしたが此は同銀行の定款にはないが誤つて汎博に登記した營業科目であるので其の効力が係争となつたのに対する判決要旨

「株式会社取締役が会社の營業科目を誤つて汎博に登記した場合と雖も、其の營業科目は依然定款に定めたるものに外ならざれば取締役が定款に反し營業科目に属せざる行為を為したる時は会社は之に関し責任を有せず」次に此を詳述する。

上告人は「株式会社」の目的は、其の人格を有すべき範圍並に取締役の権限を劃定すべき最重要の事項なるを以て、法律は之を定款に記載すべき第一要件とし(商一二〇条)且つ之が登記を命ぜり(商一二一条)而して定款中会社の目的に如何なる制限を付するも、其の制限にして登記せられざる限りは之を以て善意の第三者に対抗する事を得ざるは論を俟たず、即ち会社の目的に關し定款に記載する所と登記簿に記載する所と符合せざる時は、善意なる第三者との關係に於ては登記に依らざるべからず」と論じて登記の定款に対する優先力を主張して、原院(大阪控訴院)の判決を次の如く攻撃した。曰く「しかるに原院は偏に定款の記載に依着し、荷為替に対する保証の如きは被上告銀行の目的外なりとし、善意なる上告銀行(露清銀行)の請求を斥けたるは商法第一二条の法則を適用せざる不法の裁判なり」と。其れに対し、大審院は次の如く判決を下して居る。「依つて審按するに、法人は法令の

規定に従ひ、定款又は寄附行為に因りて定まりたる目的の範圍内に於て權利を有し義務を負ふ事は民法四三条に規定する所なれば株式会社の取締役は其の定款に定めたる目的外の業務を為す事を得ざるものにして若し取締役が定款に定めたる行為を為したりとも其の行為は会社即ち法人の為したる行為と為らずして、ひとり取締役の責任たるに止まる事は商一七七条の規定により明瞭なりとす、而して本件に於て、被上告銀行の營業科目は甲第三号証なる定款の如くにして其の中には他人の債務を保証する事の記載あらざるに因り、被上告銀行の取締役が登記したる營業の目的が乙第一号証の如く銀行營業とありて其の意義汎博なりとも其の登記は取締役が過失にて為したるものと見るより外なく、随つて取締役が登記簿に被上告銀行の營業科目を誤りて汎博に登記するも之が為被上告銀行の營業科目が変更せらるべきものに非ず」と論じて登記の公信力を否認して、さらに曰く「此の場合に於ても亦被上告銀行の營業科目は依然定款に定めたるものに外ならざるが故に、被上告銀行の取締役が定款に反し其の營業科目に属せざる本件係争の荷為替の保証をなしたる事に関し被上告銀行は責任を有せざるものとす。依つて以上の趣旨に基ける原判決は相当にして之を攻撃する所の本論旨は採用するを得ず」と論を結んで上告棄却して居るが、此所には登記の公信力、取引に於ける善意の相手方保護の立場は片鱗もうかがえない。

柚木教授は之に就いて其の著「判例民法總論」の中で次の如く述べて居られる。即ち「是くの如く法人の目的を狭く、定款に明記したものに限り、普通の社会觀念による擴張解釈を許さなかつ

た結果として、右の如く荷為替の保証や手形の支払保証が銀行の能力の外に置かれると云う驚くべき結論を産むに至つた経緯に鑑みて、其の後の大審院は稍々態度を緩和して定款の目的の文義を擴張的に解釈する事によつて實際上の需要にマツチせしめんとした」と。思うに此所には日露戦争後の日本経済界の変動と成長と云う構造変革の法解釈に対する影響が看取せられるし、又上述の制定法と現実の中に生きて居る法との推移の關係、即ち所謂生ける株式会社法の質的變化の一端を垣間見さるものがあつて、現実の激しい變遷の前には司法界のみ、此れに眼を逸らしては行けなくなつた事を物語るものと云えると思う。即ち翌明治四一年には「会社の支配人が会社の為に金銭を借入れる時は縱令、其の營業が金銭の貸借を目知とせざる場合と雖も反証なき限り、該行為は会社の目的遂行の為に之を爲したるものにして支配人の権限内に屬するものと認むるを当然とす」との判例が生れて居るのである。

(例三) 明治四一年二月十七日 (大審判)

此は米穀塩肥料薪炭の売買を目的とする上告会社(米肥合資)の支配人が金銭を借入れたのに対する判決(法人の目的を狭く、定款に明示したものに限つて其の擴張解釈を一步をも許さなかつた今迄の判例なら、当然会社の能力外に置くのだからが時代の要請は上述の如き判例を産んだのである―筆者註)を次に詳述する。

第二審東京控訴院が「被控訴会社は米穀塩肥料薪炭の売買を目的とせる事は乙第一号証により明確なりと雖も、右等の目的を遂

行する為、資金を要すべきは当然なるを以て、確実なる反証なき限りは本件貸借は其の目的の範囲内なりと認むるを以て其の當を得たるものとす」と判示して上告人抗弁を排斥したのに対し、上告人は「上告会社には各社員の出資金五千円ある事(二二字略)此の資本金を以て此目的たる売買を爲し得べく、特に非常の場合に非ざる限りは資本金の1/5に該当する多額の金円を他より借入れる必要な事、明らかなるのみならず金円の借入は売買行為に非ざる事も亦明白なり」と云う理由を以て、原院の前記判決を攻撃して曰く「しかるに原院が上告会社に資本金ある事を忘却し会社が目的とする所の売買の為、資金を要するが故に、反証のなき限りは金円の借入れを以て会社目的の範囲内に屬すと爲ししは全く事理を顛倒せる判決と謂はざるべからず、会社に一定の資本金あり反証なき限りは該資本金に依り目的たる売買を爲すを当然とす。故に会社の目的は米穀塩肥料等の売買にして金円の借入は目的の範囲外なりと断定することの理の当然なれ。依つて原院判決は理由不備の不法あるを免れず(以下略)」と。従前の判例の態度ならば此の上告論旨は一応認められたに相違ないが、前述の如く、時代は早や一変して居る。即ち此の上告に対し大審院は次の如く述べて居る。即ち「仍つて案ずるに金銭の貸借を目的とせざる会社と雖も其の目的とする營業の為に、金銭を借入するが如きは其の目的遂行の爲にする行為にして、畢竟其の目的の範囲内に屬するものに外ならず、而して商人の行為は其の營業の爲にするものと推定すべき事は、商法二六五條二項の規定する所なれば、其の營業の爲にするものに非ざる事を主張する者に於て之を証明するの責に

任せざるべからず」と論じて、前述の判例の結論を導き、上告棄却以て従来の態度を一変して居る。更に同趣旨のものとしては銀行が小切手に支払保証の記載をなし、其の義務を負担するは預金又は貸付に関する行為に外ならざるが故に」と説く明治四四年三月二〇日の大審判（民録一三九頁）があるが此は新傾向に属するが、依然として会社能力の範囲を目的の範囲内の厳格に限定せんとする態度を公然とは変更し切つて居ない（註18）

所が時代も明治を後に、大正以後になると日本経済の伸展、此に伴う経済取引の需要の前に、判例は最後の決意をし、其れは恐らくは法を守る者としての悲壮な決意をしてであつたろうが、此所に従来の態度を一擲し大胆率直に会社能力制限解除の方針を採用し始めた。この間及び此れ以後の事情に就いて柚木教授は次の如く述べて居られる。即ち「大審判は鋭意会社能力拡張に努め、先づ『会社の定款によつて定まつた目的の範囲内に内含する事項』の外、更に『其の目的たる事業を遂行するに必要な事項』に就いても能力を有する」と共に、其の定款によつて定まつた目的の解釈も文言を離れて拡張的に此をなすべきものと考えるに至つた。そして最初に此を明言するに至つたのは大正元年十二月二五日の判例であつた。即ち同判例は曰く『会社の定款は其の会社の目的とする事業並びに、其の事業の経営に関する条項を定める根本の規約を包含するものであつて、冗漫を避け簡潔を旨とするから単に其の大綱を掲げて、細目に涉らないのが常である。故に定款の条項に則つて会社の目的たる事情の性質範囲を定めるに當つては、定款中に具体的に記載した文言の本来の意義のみを標

準として此を決する事を得ないのであつて、寧ろ其の記載事項より推理演繹し得べき事項、たとえ定款中に具体的に此を指示してなくともなお、其の記載事項中に包含せられるものと推断する事を妨げないのである。従つて定款中に於て、此に相当する文言を以て記載せられて居ない事項でも定款中に記載せる目的事項中に、自ら包含せられたのと認め得べきものは、会社目的の一部をなすべきものであるのみならず、会社の目的を達するに必要な事項は定款中に記載がなくとも、其の目的の範囲内に於ける会社の業務たるの性質を有するのである」と。此の判例はかくして銀行の『定款中に明らかにせられ、其の目的事業の一をなす所の貸付中には、此と同様、同質なる手形債務の保証をも包含するものと解釈する事を得る』となすのである。次いで大正二年七月九日の判例が『会社が解散前たると解散後とを問わず、会社に功勞のあつた者に対し其の報酬として、慰勞金を贈与するが如きは、会社が当然に為し得べき行為の範囲に属するものと認めるのを相当とする』けだし此は会社の目的たる事業または清算事務を遂行するに必要な行為であるからである」として居られる。（註19）此等の判例を前述の明治三六・三七兩年の兩判例と比較する時、時代は僅か十年内外ではあるが、其の態度方針に於ては、正に格段の開きあるを我々に感じさせるものがある。更に同教授の説述は続く、即ち「更に大正三年六月五日の判例も『会社が其の目的たる事業を遂行するに必要な事項の如何に就いては法律上、一定の標準があるのではなく定款によつて定まつた会社の目的と其の爲した行為とを対照審究して判定すべき事実問題に属する』として

『毛織物の製造販売を目的とする会社でも取引先なる他人の救済をする事が、其の取引関係を持続するに就いて必要にして、此が為に手形に裏書をなしたるが如き場合においては、其の行為は会社の目的たる事業を遂行するに必要なものというる』とし、亦大正五年一月二二日の判例が商行為を為すを業とする目的を以て設立した合資会社が其の目的を遂行する必要上他人と消費貸借を締結し金銭を貸付又は借り受ける事をうる事は何等個人と異なる所のない事、疑を容れない所であつて、其の会社の定款に目的事項として金銭貸付業なる事項が存すると否とを問わないとなした」と(註20)

取引先救済の判例としては、前記判例の外に大正十一年七月一七日(民録四〇二頁)の判例が、又目的の範囲に就いて定款記載の如何を問わないとする判例としては、他にも大正六年一月二二五日(民録一〇七八頁)の判例があるが、此所では割愛する。

兎も角も定款の記載事項のみに執着し此れより一步も拡張解釈を許さなかつた所の、明治三六・三七年の両判例に比すれば、僅か十数年の時の流れながら飛躍的な進歩を感じさせられる。其所には、しばしも停止する所を知らない生ける会社・株式会社法の動的な姿がある。そして一度禁忌の法縛から解放された此の判例の自由な流れは、止まる所を知らずして遂に特別法たる保険業法の適用を受ける生命保険会社の能力範囲から、商法所定外の帳簿書類の閲覧許可を約する事は会社能力の範囲内なるや否やの判例まで生じた。

(例四) 大正一〇年一月二一日(大審判)

此は上告会社即ち国際生命保険会社の取締役が他人の振出した約束手形に就き為した手形法上の保証の効力が争われたのに対する判決要旨。

「生命保険会社と雖も其の取締役が他人の振出した約束手形に手形法上の保証を為したる時は其の保証は保険事業に属する行為と雖も、其の事業遂行に必要な限り会社権能の範囲に属し会社の保証として有効なるものとす」次に此を詳述する。

原判決が其の理由の末段に於て「(上略) 保険事業を営む会社と雖も其の目的たる事業を遂行するに必要な金融の關係に於ては、他人に対し手形の支払保証を為して其の金融を計る代りに自己又は他人より手形の支払保証を得て金融を講ずる事あるべきは勿論なるを以て(下略)」と判示したのに対し、上告人は「右判決は法人の根本觀念を誤解し且つ民法四三条の規定を誤解し並に上告会社の定款の法則を適用せざる判決なりと信んず」として之を非難し其の理由として次の如く述べて居る。即ち「民法四三条に曰く『法人は法令の規定に従ひ定款又は寄附行為によりて定まりたる目的の範囲内に於て權利を有し義務を負ふ』と規定せり、けだし本条は一般私法人に関する根本的规定にして法人の權利能力の範囲を規定したるものなり。抑も法人の權利能力は自然人の如く絶対無限のものに非ずして定款又は寄附行為によりて定められたる区劃的範囲なり。法人は此等によりて劃一せられたる範囲内に於てのみ權利を有し義務を負担す。反言すれば法人は定款又は寄

附行為によりて定められたる目的外の行為は法人の行為に非ずして法人の代理人其の人の行為なりとす、殊に保険事業を営む法人に於ては其の事業の性質上、多数人に対して債務関係を有する結果として其の会社の成立及び事業遂行につき、監督官庁の認許若しくは監督を受くるものとす。かゝる会社が他種の会社と異なる所は其の目的範圍を制限せらるる点に存す。是れ保險業法三、四條に明々白々たり、如斯保險事業を営む会社は其の目的範圍に嚴格なる制限を受け、みだりに附帶事業を為し得ざるや自明の理なりとす。而して上告会社は定款一條には生命保險事業を営むを以て目的とすと規定し他種の会社の如く『右事業に附帶する行為』なる事項の規定なし。右定款の規定により上告会社の目的の範圍は生命保險事業を営むに在る事、極めて明白なると同時に生命保險事業以外の行為を為す能力なき事、明白（中間略）夫れ若し別種の債務負担行為を為し得るとせば法律が嚴を以て臨んだ精神を没却し又保險事業の基礎を動揺し、延いて一般保險者に危惧を及ぼすものとなるべし」又曰く「生命保險事業を営む者は頗る嚴格なる特別法（保險業法）の監督を受け其の規定に従つて營業を為すを要し、特別格段の事情存せざる限り普通は目的たる事業遂行の爲、金錢の貸借即ち手形保証による金錢の融通等を必要とするものに非らず。しからば原判決が生命保險会社の手形保証（金融行為）を反証なさざる限り一応、会社の目的を達するに必要缺くべからざる行為と推定したるは生命保險会社が嚴格なる特別法に依拠すべきものなる事を看過したる結果、遂に証拠法則に違背し立証の責任を顛倒したる不法あるものなり」と論を結んで生命保險会社

の特別法主義を真向から大上段にかざして攻撃して居る。此の上告論旨に対し、大審院は「仍つて按ずるに生命保險会社も其の目的たる保險事業に屬する行為は勿論、其の事業の遂行に必要な行為をも為す權能を有するものなれば」の理由の下に、前掲の如き判決を下し、「目的遂行に必要な行為」と云う所謂伝家の宝刀的語で上告を一蹴し、会社能力制限否定の旗色を鮮明にして居る。

（例五）大正十年十一月二日（大審判）

被上告人が上告会社の約した帳簿書類の閲覧請求したのに対する判決要旨

「会社が或株主に其の帳簿書類を閲覧せしめる事を約するが如きは、会社の目的たる事業を遂行するに必要なものと謂ひ得べく其の閲覧に供すべき帳簿書類を必ずしも商法所定のものに限りべきものに非ず。又目的遂行に必要なるや否やは各場合に判定すべき事実問題たるべし」次に此を詳述する。

上告人は「（上略）按ずるに商法本文中に特定の場合に特定の帳簿を有限責任社員若しくは株主に閲覧せしむる規定あるも、此等の場合以外に於て商業帳簿を閲覧せしめ得るや否やに就き、此を検するに商一一條に在りては有限責任社員より裁判所に向つて請求をなす事を要する規定あり。商一九八條に於ては資本の1/10に當る株主が共同して裁判所に向つて請求すべき事を要すと規定せるを以て特定の場合以外は裁判所の裁判を受けて、後始めて閲覧する事を得るものと解すべく、該規定の反面に於て業務

執行社員若しくは取締役は特定の場合以外は、裁判所の裁判ありたる時に於てのみ社員株主に対し閲覧せしむる事を許し得るのみにして其他の場合は之を禁止せられたるものと解釈せざるべからず。而して該禁止は法人の存在を維持するに必要な法則にして会社と社員との権義を律する私的規定に非ずして、公益的理由に基く規定ならざるべからず。今茲に例を設けて説明せんに或会社が其の定款に於て閲覧隨時許可の規定を設けたりとせば如何、各株主は該規定を楯として隨時に閲覧を為す事を得べく甚しきは名を閲覧に藉りて会社の營業を妨害する者なきにしもあらざるべく、はた又紛争を捲起して自利を計らんとする者をも生ずる事あるべし、斯くて会社は業務渋滞、紛争の標的となり遂に其の存在を維持する事、能はざるべし。故に立法者は之を予想して特定の場合に特定の帳簿のみの閲覧権を認め、其他の場合は此を禁止したるなり。而して該禁止たるや法人の存在に缺くべからざるが故に法人の存在を認むる法規と共に公益的法規にして、該禁止法則に違反する定款は無効なりと謂ざるべからず（以下略）」と論じて帳簿書類の閲覧を濫りに許すべからざるを主張するのに対し、大審院は其の判決理由の中で「然れども会社は其の定款に定まりたる目的の範囲内に属する行為のみならず、其の目的たる事業を遂行するに必要な行為をも之を為す能力を有するものにして、其の目的たる事業に必要な行為なるや否やは各場合に付き判定すべき事実問題たるべく、会社が或株主に其の帳簿書類を閲覧せしむる事を約するは会社の經濟の状況財政の基礎事業の成否等につき、其の株主の有する事あるべき疑惑若しくは危惧の念を除去

し延ひて会社の信用を増進せしめ、業務の繁榮に資する事からざるべく、従つて会社の目的たる事業を遂行するに必要なものと謂ひ得べき事、実験則上明らかにして（以下略）」と述べて、飽く迄も可能藁的語「目的遂行に必要な行為なり」との理由で、会社能力制限を否定して能力を拡張すべき態度を明らかにして居る。

そして此れ以後も此の会社の能力拡張、目的による制限否定の判例の立場は依然として変らず、此を裏書する同種の判例は其後も跡を絶つて居ない。其の主要なるものを拾い上げても次の如く多数に上つて居るので其等の判決要旨のみを記述する

（例六）大正十一年七月一七日（大審判）

「会社が他会社に金融を得せしめる目的で手形に裏書する事は、其の会社の目的たる事業に必要な限り、其の権利能力の範囲内である」

（例七）大正一五年三月二七日（大審判）

「織物の売買を業とする会社が取引先なる織物製造業者の為に、原料仕入に関し保証を為すは会社の目的に反すと断ずるを得ず」

（例八）昭和三年七月一九日（大審判）

「会社は其の目的たる事業を遂行するに必要な行為を為す能力を有するものにして、会社が其の必要上、手形の振出引受等の行為を為すは通常の事例なれば、手形の振出引受等を為すは会社の目的たる事業を遂行するに必要な行為に属するものと解するを相当とす」

(例九) 昭和四年二月二日(大審判)

「手形の支払保証は銀行の目的事業たる貸付けに包含される」

(例一〇) 昭和五年九月一日(大審判)

「会社の、祭典や慈善事業への寄附は会社の目的に属し、此が定款に記載あると否とを問わない」

(例十一) 昭和六年十二月一七日(大審判)

「鉄道会社の定款に目的として石炭採掘事業の記載なき事及び該石炭が原料炭(非燃料炭―筆者註)なるの一事により、石炭採掘事業を以て其の目的の範囲外なりと認むるは不可なり」

(例十二) 昭和一〇年四月一三日(大審判)

「他人の債務を引受くるが如きは、たとえ直接には会社の定款所定の目的の範囲に属せざるもなお、其の目的たる行為遂行の必要上、之を為す事あるべきは云うを俟たざる所にして斯る引受は畢竟、会社の目的たる行為の範囲に属するものと云わざるべからず」

そして同年五月十七日の東京控訴院の判決には、選挙費用捻出も亦会社の能力範囲なりと云う驚くべき判決さえ現われて居る。

(例十三) 昭和一〇年五月一七日(東控判)

「会社代表者が商業会議所の議員選挙に立候補し其の選挙費用を得る為に為したる手形の振出引受は会社事業の遂行上必要なる行為なり」此の判決理由として、同院は次の如き理由を挙げて居る。即ち「代表社員寺田某が個人として当時施行せられたる東京商業会議所の議員となる事は同時に会社其のものの社会的信用を高め、取引上の信用を厚くし会社事業の隆昌を来たす所以にし

て、之れが選挙費用を得る目的を以て会社が手形を振出し且つ之れが引受を為すが如きは窮極する所、会社事業の遂行上、必要な行為なりと謂ふを得べく(以下略)」と、

尙ほ右に類似した判例は昭和六年の東控判にもある。

(例十四) 昭和十年六月二二日(大審判)

「運送及び倉庫事業を目的とする会社が他人に営業資金を貸付けたりするのは、資金の保管又は利用方法の一として、目的たる事業遂行に必要ななり」

そしてかゝる判例の進展は遂に止まる所を知らずして、昭和一三年二月の倉庫・運送業及び此に附帯する一般業務を営む会社の重油の買入れ、同年六月の銀行の漁業権の取得、行使と云う驚くべき判例迄生じて来て居る。

次に此の両判例を説明する。

(例十五) 昭和一三年二月七日(大審判)

「会社の代表者が会社の名義を以て他より物品を買入れたる行為が、外形より観て定款に定めたる会社の目的たる業務の遂行に必要な行為たり得べきものなるに於ては、仮令代表者に於て之を自己個人の計算に帰せしむる意思を有したりとするも右行為は会社の目的の範囲内の行為なりとす」因みに此の判決文の中で次の如き判例も生れて居る。即ち「倉庫・運送業及び此等に附帯する一般業務を営む会社が重油を買入れる事は会社の目的の範囲内なり」との結論を導く為、「前記会社の商事部は附帯事業に非ずとせんか、取引の相手方は之が法律的解釈の決定せるに非ざるよりは取引を為す能はざるに至るべし。附帯事業の觀念に付ては専

問的知識を有する者に於て難しとする故、此を敏速を要する常人商人関係者に求むるは不能に近し、法の精神豈に此の如きものならんや」との上告人の弁を採用して居る。

(例十六) 昭和十三年六月八日(大審判)

「漁業権を抵当として資金の貸付を為したる銀行が抵当権実行の結果、自ら競落人と為り漁業権を取得する事は銀行が其の目的たる事業を遂行するに必要な行為に属するものとす」

次に此を詳述する

(事実) 被告銀行が抵当権の競落で取得した漁業権を訴外橋本某等に行使せしめて居た所、上告人等が此に妨害を加えた。然し而して上告人は原審に於て抗弁として銀行は漁業権を享有する権利能力を有せずと主張したが原審は銀行が漁業権に付、担保権を取得し之が実行の結果競落人となりて漁業権を享有するも亦其の目的の範囲内なりと判示して此を排斥した。

(判決理由) 上告人は原判決を論難して曰く、「漁業権は漁業操業を主たる目的として成立する権利なり。漁業は銀行法上銀行業に附随する業務と解する能はざるべきを以て、銀行は漁業操業能力なく、此の無能力は補充に方法なし。漁業権の目的たる漁業能力なき銀行は漁業権者たる能はざるものとするを相当とすべし、固より漁業権は私権なれば、銀行は此を担保として資金の融通をなし、担保権の実行として競売の申立を為し得るも漁業操業能力なき銀行は自ら之を競落して漁業権者となる能はざるべし」と述べつつ、専ら銀行法第一条を援用しつつ此を有力な防壁として「此に反する原判決は法令違背の違法あるべし」と結論して、

原判決を攻撃して居る。之に對して大審判は「然れども漁業法第七条には漁業権は物権と看做して土地に関する規定を準用す、民法第二編第九章の規定は漁業権に之を適用せずと規定するを以て漁業権は抵当権の目的となる事、論を俟たず。従つて銀行は漁業権を抵当として資金の融通を為す事を得る事も亦明かなるを以て銀行が該抵当権実行の結果、自ら競落人となり漁業権を取得するが如きは銀行が其の目的たる事業を遂行するに必要な行為なりと謂ふべく、銀行が自ら漁業操業の能力なきの故を以て銀行が叙上の如き場合に自ら競落人となり漁業権を取得する権利能力なきものと解すべきに非ず。然らば右と同趣旨に出でたる原判決は正当にして論告は此を採用せず」として此所でも亦従来の態度を嚴守して上告を斥けて居る。其の立論の基礎をなすものは、飽く迄も「目的遂行に必要な行為なり」と云うお定りの方式である。最後に会社の目的の範囲と其の手形行為の判例として次の判例を挙げて此の項を終る。

(例十七) 昭和十三年六月一日

「会社の代表者が其の資格に於て手形行為を為したる以上、縱令其の行為が内実代表者個人の為に為されたる場合に於ても、当該手形の善意取得者に対しては、会社は其の責に任すべきものとす」

ロ 判例変遷への批判

以上明治三十六年より昭和十三年迄の会社能力に関する判例の主要なものに就いて、其の変遷を説明したのであるが、其所には既に説明した如く顯著なる差異が見られる。即ち目的による会社能力

制限を肯定する説から否定する説への会社能力拡張の動きである。曾つて会社の目的の範囲を狭く解して、荷為替の保証をすら定款にないからとて登記簿に記載してあつても此を拒否した明治三七年の判例の如きは、会社の能力制限肯定説の代表的のものであるが此の説の社会的作用は一方に於て、会社の出資者即ち株主を保護する為に、専ら靜的安全保護の作用を有し、其の反面、会社と取引する第三者を著しく不安定の地位に陥れて動的安全を害し、又会社に債務免脱の口実を与えて、實際界に於て紛争や訴訟を惹起する事が多かつたのである。此に引換え、昭和一三年の判例の如く銀行法の適用を受ける銀行が漁業権を取得して行使するのを認め、又会社創業の功勞者への報酬支払さえ否認した判例（明治三六年）が今や祭典への寄附（昭和五年）や選挙費用支出（昭和一〇東控）さえも認めるに至つた。しかし此等を律した云わば万能藥的法式は「目的遂行に必要な行為」と云う事であつたが此の方式は柚木教授の批判の如く「現代に於ける社会的地位に鑑みる時は会社の能力範囲を定款所定の目的行為、及び此を遂行するに必要な行為に限局する事は現代の需要に副わない憾みあり、即ち金融上必要な手形行為や取引先の救済行為等は無理に此の方式に包含せられ来た事は過云の判例の示す如くであり、功勞者への慰勞金贈呈も曲りなり此の方式で解決し得るとしても通常見るが如き会社が震災義損金や教育資金を寄附するが如き行為は到底此の方式では割り切り得ないであらうし、又必要なる行為なるや否やの立証責任を、問わんとする原告に課する時は会社の能力の拡張には現實に於て強い制動機がかけられる事となる」（註21）と云う缺陷がある。又同様の趣旨で判例の態度を、百尺

の竿頭更らに一步も二歩も進むべしと説く田中誠二博士は「しかし最近の学説は更に此に一步を進めて広く解せんとし、会社は其の目的を達するのに必要な範囲の権利能力を有するに止らず或は其の目的を達するのに相当又は必要な範囲の権利能力を有するに止らず或は其の目的を達するのに相当又は必要な範囲の権利能力を有するとし、或は更に広めて其の目的に反しない程度の権利能力を有すると解する（多数説）思うに従来の学説としては会社の目的に反しない範囲内の行為を為し得るとの広義の説を採るのが最も適當である。しかしながら私は寧ろ更に一步を進めて会社は解散又は破産の場合を除き、通常の状態に於ては總べての行為をなし得るもので特別に目的による制限を認める必要はないと思ふ」と述べて其の立論の根拠として四ヶ条の理由を挙げて居られる（註22）又同趣旨の事を柚木教授も述べつつ、此の会社の能力制限撤廃・能力無制限説に対し起るであろう所の三点の批判に対しても、同教授は次の如く論駁して居られる。即ち「勿論かゝる結論は学界に於ける少数説であり、特に次の三点は恐らく、かゝる結論に対して強く指摘せられる事であらうと想像せられる。其の一はしからば会社の定款に記載する目的事業は無意義となり得るであらうとする点である。しかしかゝる目的事業は内部的に会社機関の権限を制限するものとして重要な意義を有するものである、此の制限を越える行為は外部に対して民法五四条の適用を生じ、内部に於ては商法二六六条乃至同条の三の責任を發生せしめる事となるのである。其の二はかくては株主の地位は危殆にさらされる事とならうと云う点である。しかし株主の保護は、前述の

権限踰越の取締役に対する賠償請求其他の方法によつて此を期すべく、静的安全は動的安全に其の優先的地位を譲るべきものである。其の三は現在我国法に強く侵しゆんせんとしつゝある英米法では能力外の原則が行われ、定款所定の目的事業外の行為は無効とせられて居るから我国法の解釈にも重要な示唆を与えたとする批判である。しかし英米法の能力外原則は其の煩雜と弊害の故に近時種々改正の企図が行われ、米國及びカナダの数州では此を廃止する立法を見つゝある現状だから此を範とする事は再び兩国判例の苦悶を繰り返さず事になる。又大陸法は殆んど一致して会社能力の無制限説を採用して居るのであるから理論的にも實際的にも、此こそ示唆の資料となすべきであろう」と(註23)

以上要するに我國判例の態度には、前述の如くに不備・不徹底の憾みはあつたにしても、兎に角も社会經濟の変動の急激であつた明治末年より昭和一〇年頃迄に驚くべき変遷をし社会經濟の要請に応えるべく努力し來たつた事は、我々は認めるに吝かであつてはならない。そして此の変遷の中に看取される一つの原理。其れは何であろうか。そして其れこそは会社法惹いては商法の中に流れる原理であり、今日より明日への会社法の指標ともなるのである。其れに就いては次章に於て述べる。

第三章 結語——前記判例の変遷より結論付けられる会社法を貫く外觀主義の必要性に就いて

前章で説明した会社能力に関する我國判例の変遷をもたらしした

ものは一体何か、そして此を明らかにする事は会社法(特に株式会社法)を一貫して流れる原理を説く事であるので、此に触れる事が本章の目的である。筆者は前章では過去の判例の変遷した原因に就いて単に「變化する經濟社会の需要から来る要請」と云う実に漠然たる語句を以て説明したのであるが、此所では此を次の二点に分けて考察して見たいと思う。即ち其の一は法思想の変遷であり、其の二は經濟基礎構造の變化である。

先づ前者より述べる。十九世紀から二〇世紀初頭にかけての法思想の動きは、個人本位思想より社会本位思想への推移で特徴付けられる事は田中誠二博士も其の著の中で次の如く述べて居られる。即ち「ダイシーは此を個人主義より団体主義への発達として考察し、ラートブルックは個人主義的法から社会法へととして説き、デューギ―は個人主義的形而上的考え方から社会主義的実証主義的考え方への変遷として觀察して居り、牧野博士は法律の社会化として唱導して居られる。法史の変遷と思想の変遷とを關係付けて説いた学者は皆此に近い考察を示して居るのである。結局主要な法律制度に現われた法思想の変遷は個人主義から団体主義へと云うダイシーの標語に要約せられる事となつた。私は此の法思想の変遷は世界觀として個人主義を採る事を妨げない事及び団体主義は社会主義とは別問題である事の二点を明らかにする意味に於て、個人本位主義より社会本位主義への変遷の語を用いるのがよいと考えるが此は一般に承認せられる所であつて、此の社会本位の法思想社会思想は商法学の考え方にも影響を及ぼすべきものである」と(註24)此の法思想的動きは亦他面に於て、本章の論

題たる会社の能力制限肯定の法的基礎をなす法人擬制説が、産業革命後の資本団体の急激な発達と其れ自体の持つ理論的缺陷の為に会社の能力制限否定を説く法人實在説に席を譲つた事とも関連するのである。そして改正民法が昭和二年法二二二号により、其の第一条に第一項（公益と權利濫用禁止規定）を追加した事は、民法第九〇条の公序良俗規定が會つての潜在的立場から顯在的立場に、消極的役割から積極的役割を期待されて其の広範な適用を望まれて来た事とも相まつて法思想の新動向を示す好き一例である。

其の二は經濟基礎構造の変化である。此は既に第一章で詳述した如く、株式会社に於ける所有と經營の分離の現象に、更に經營者支配の現象が加わつた事で特色付けられる。即ちさしたる所有を持たない經營者が支配を行うだけでなく、所有を全然持たない經營者即ち株主でない所の經營者支配も行われるに至つた。そして特に昭和二五年法一六七号により追加された商法第二五四条第二項即ち「会社は定款を以てするも取締役が株主たる事を要すべき旨を定むる事を得ず」との規定は、此の事を成文法的にも認めるものである。そして既述の如く、經營者は所有者（株主）の単なる受託者たる地位より、一般公共の利益の受託者たる地位に就き、企業自体は所有者の支配より離れて社会公共の爲の企業となる。故に會つての株主中心主義の株式会社より、新たな企業中心的な株式会社に、しかも其の株式会社は今や「個人的利益追求の爲の形態たるに止まらずして、種々の程度に於て國民の一般的利益に奉仕しなければならぬ」（註25）所の近代株式会社となつ

た。そして大隅教授の述べられる如く「個人主義的自由主義の強調された資本主義の上昇期にあつては營利性の背後にひそむ潜在的性格に過ぎなかつた社会性・公共性が近代資本主義經濟の構造の変遷と其れに伴う一般的法思想に於ける団体主義的社会本位的思想の昂揚と相まつて其の潜在的なものが顯在的となり表面化して来た」（註26）し、又会社所有者即ち株主又は社員の立場の保護よりも、其の取引の相手方を保護する必要が要請されて来たのである。そして前章に於て判例が、「目的遂行に必要な行為」と云う方式を、凡らゆるケースに万能藥的に使用して来たつた意圖の背後には取引の相手方保護に重点を置く事が、そして当事者の利益保護よりも取引の安全を計るべく、靜的安全は動的安全に席を譲るべきだと云う事が今や法思想的變遷の上からも經濟的構造變革の上からも至上命令であると暗黙の中に、意識されて来たのであると見るべきだと思われる。

以上を要するに、民法に於ける法律行為の意思表示が意思主義より表示主義へと移行し、又無能力者保護の制度が其の相手方保護の爲、次第に適用を制限せられつゝある事は、『買主注意せよ』の原則の制限が米國法に現われて来た事とも相まつて、此等の動きを示す一連の証拠であるとも云える。そして取引を保護し其の敏速化を計る事。此は資本主義經濟の要請であるが、亦同時に商法特に会社法の大原則でもある。そして其の爲には「又形式は取引を容易にする。形式がルールを作る。其の上を一々實質的法律關係を顧慮する事もなく、近代的取引の事は疾駆する」と云うフーベルの言の如く、形式を尊重し、其の上に基礎を置く所の外

観主義が必要となつて来るのである。そして此は会社法に於ては過去もそうであつたし今後は益々其の度を増す事であらうと思われる。此に就いての論述は他日に譲り、此所ではたゞ外観主義が、会社能力に就いての過去の判例の変遷より、会社法を貫く一原則として結論付けられる事を述べて、拙稿を終り度い。(終)

註1 大類伸著「西洋史新講」六五〇頁

註2 民法の劃一的処置に反対する各地の騷擾を解決する爲に明治三三年法七一号で三項が追加された―我妻榮著「物權法」二六六頁

註3 我妻榮著「物權法」一七四頁

註4 石井照久著「商法」(上)二一、二頁

註5 西原寛一著「日本商法論」五四頁

註6 大隅健一著「株式会社法変遷論」百頁

註7 石井照久著「前掲書」二三頁

註8 「会社法の諸問題」(松本先生古稀記念論文集)一三、一四頁

註9 西原著「前掲書」二〇六頁

註10 田中誠二著「新会社法」(上)三六頁

註11 大隅著「前掲書」一四七頁

註12 同「右同」一五二、三頁

註13 同「右同」一六六二頁

註14 「会社法の諸問題」(前掲)二一五、二三、四頁

註15 大隅著「前掲書」一六七頁

註16 田中誠二著「現代商法学理論の重要問題」及び「商法総論」

註17 大隅著「前掲書」百頁

註18 19、20、21 柚木馨著「判例民法総論」

註22 田中誠二著「前掲書」六一、三頁

註32 柚木馨著「前掲書」因みにカリフォルニア州会社法改正を先頭とする。会社の目的外の行爲に就いての米國法の近時の動向に就いては、前掲「会社法の諸問題」中の田中博士の論文(一二四、一三三頁)あり

註24 田中誠二著「前掲二書」

註25 26 大隅著「前掲書」三〇九頁