

742 漫録（高窪喜八郎・在野法曹と法術（一））

【法学新報】第33巻3（375）号 大正12年3月3日】

漫 録

○在野法曹と法術（一）

本篇は高窪博士が大正十一年十月二十二日開催せられたる中央大学法学会講演会に於て「商法二三の問題に就て」と題し講演せられたる速記なれども恣に標題を改め爰に掲載することとせり博士並に読者諒焉

法学博士 高窪喜八郎

商法の問題に就て二三申述べますが、御依頼の旨趣は商法が実際に適用せらるる場合成る可く訴訟事件等に於て商法が如何に適用せらるるのであらうか、それに就て多少の実益と趣味を伴ふ問題を選んで話をして貰ひたいと云ふ御依頼でありました。然し突然の御依頼であつて十分準備する時間に乏しかつたのでありますから、皆様の御満足を得るやうな御話は出来ないかも知れませぬが、唯私の取扱ひました事件の中で、之は多少研究の材料にもなり趣味もあると思ふものを一つ二つ選びまし

てさうして諸君に御話を致さうと思ふのであります

問題は何れも会社法の適用問題であります、之を御話するに就て諸君が将来弁護士となられ弁護士が法律の研究並びに法律の適用をするに当りましては、どう云ふ態度で之に当るべきものであらうか、又其法律の適用が裁判所に於てどう云ふ具合に働いて行くものであらうか、さう云ふやうな事を御話する方が却て面白いことがありますからさう云ふ形で御話を申上りたいと思ふのであります。それは七、八年前のことでありましたが、年来私の心易い人が事務所に参りまして、実は会社が他人に対して債務を負て居る、其保証をしたのである、金額はさう大きな金額ではない一万円である、其保証をしたのであるが、其保証をした当時の状況と云ふものは自分は唯形式的に印をつけて置けば宜いと云ふ意味であつたので、それはどう言ふ訳であつたかと云ふと其債権者となる人が会社を経営して居る人の親戚に当る、そこで債権者が会社を経営して居る人に向つて其弁済を強制する、法廷に訴へると云ふやうなことは情誼の上から言つても決してすべき関係ではないし無理に取らうとは言はないのである、併し立会人と云ふやうな意味で保証の印を押して置いて貰ひたいと云ふ頼みであつたので、自分も其時大抵俺に迷惑の懸るやうなこともあるまいと云ふことを信じて保証をした、所が会社の事業が旨く行かぬのでそれが長い年賦になつて居つて、さうして一回でも其年賦を怠れば期限の利益を喪失すると云ふやうな事になつて居る、それで会社の事業が旨く行かなかつたものであるから其会社が年賦を満足に入れることが出

来ないと云ふ為めに期限の利益は喪失したりとして全額の請求を受けたのである、是に色々の関係者がありまして、手を尽して債権者に話をして見たが旨く纏まらぬで、最後の話を受けて困るのであるが一体どうしたら宜いものであるかと云ふことを私に相談に参つた。そこで先方に差入れた書面の写しがありま

すので其の写を見ますると云ふと、それ自体に於ては殆ど争ふことが出来ない、即ち一万円の金を会社が借受けてゐること、それを数回に互つて返済をすること、若し滞納した時は期限の利益を喪失すること、さうして其人が保証人になつて居る、之は証書の上から言へばどうしても払はなければならぬ、一体其金と云ふものは事実現金で借りたものであるか、どうか、と聴いた所が現金で借りたもので無く最初二万円借りた、所謂金主と云ふやうな意味で二万円金を借りた、其中の一万円を返して一万円だけ残つて居るのでそれを証書としてさうして、今日に至つて居るのである、どうもそれでは困る、総て証書に書いてあるのみならず保証人として印を押して居る以上は之を履行しなければならぬ、何かそれに関係した幾分でも利益になると云ふやうな事情があれば何とか争ふ余地もあるが事情が無ければ何とも仕方がない、何か事情はあるまいかと言つて色々聴きましたけれども素より法律思想の無い人であるからどうも其事情を発見し得ない、それでは仕方がない、之はどうも払ふと云ふことにするより仕方がない、之を弁護士に頼んでさうして此訴訟を延期する策を講ずる、其場合に或は三年とか五年とか理由のないものも引張ると云ふやうなことを随分見聞せないことは

ない、併し僕等にはさう云ふことは出来ぬ、又さう云ふことをしてもあなたの方の爲にはならぬ、弁護士を頼むには大変な費用が懸る、それですから之は先方に泣附いてさうして期限の利益を喪失したものとしないで、長く面倒を見て取つて貰ふと云ふことにするより仕方があるまい、さう云ふ意味で一つ相談を試みなさいと申しますと其人もそれではさう云ふことに致しませうと云ふので先方の債権者の弁護士に交渉を聞いて見た所が此弁護士はどうしても肯かない、そこで再び私のところへやつて来て、先方に交渉したけれどもどうしても肯かない、早速元利全部を支払ひなさいそれでなければ訴訟を起すと云ふことである、それはどうも困つたことである、併し繰返して聴くやうであるが二万円を出したことに就て今日に至る迄の間に何か是に関係した事情がありはせぬかと云ふことを段々詳しく聴いてみますると、茲に有力な事実を一つ発見した、それは何であるかと云ふと最初二万円を借りてさうして一万円返した、併し其残りの一万円は中々返せない、そこで会社から債権者に頼んでどうか一万円だけは此合資会社の有限責任社員としての持分を持つて貰ひたいと云ふことを頼んださうすると漸く之れを承諾した、承諾を得てあつたのである、がそこが法律思想のない人達であるのですから配当とか利息とか云ふ意味で年々相当の金をやりさへすれば宜いだらう、定款変更就ての決議書を作るとか或は登記をするとか云ふことをしない、又普通は一万円を有限責任社員としての持分としますると総資本金拾万円の会社であるから其一万円加入するだけは外の社員が持分を減少し

なければならぬと云ふ関係になるのであります、然るに其こともやらない、又其債権者が社員として入社するに付必要な書類を調整し印鑑を会社に差出すと云ふやうな手続を経てさうして一切のことを運ぶと云ふやうなことがなければ其人が社員になつたと云ふ効力は発生しないものであらう、斯う会社の者は思つて居つたらしい、併し茲に一つをかしい事実は其承諾をしたと云ふ時から間もなく素より合資会社であるから株券ではないのであるが株券に類似した形のものを作つてさうして其人の所に送つてやつた之を送つてやつたのであるから其人を社員として待遇し総ての損益計算の上に於ても会社の帳簿に於ても総て社員として計算しなければならぬのであるがそれはさつぱりやつて居ない、唯持分の証書だけを作つてやつたのである、で暫く経つと云ふと其書類を先方から送り返して来た、さうして自分はその会社の社員になるのは厭であると言つて来た、どうも厭であると云ふのでは仕方がないと思つてそれを受取つてさうして其後契約をして借入金証書を作つた、其借入金証書を作つた時に其人が保証人として印を押したと云ふやうな成行になつて居つたと云ふ事実が段々と分つて来た、さうすると之はどうも面白いことになつて来たのである、其頃からずつと後になつて松本博士も其ことを論ぜられて居り片山博士も論ぜられて居るが併し其当時の学説としては殆ど無い、判例も無論ないし学説としても見るべきものがない即ち合名会社、合資会社の定款変更の手続―合名会社、合資会社の定款の変更と云ふことは単に社員間の合意を以て変更の効力が発生するか、或は定款を変更

すると云ふ形式即ち書面上の形式を具へて定款変更の決議をしなければ定款変更の効力が発生しないかどうかと云ふことに就きましては其当時殆ど学説がなかつた、僅に志田博士が商法論に於て一言せられて居つた、即ち株式会社の場合に於ける定款の変更と云ふことは、總會の決議を以て直ちに効力を発生するものである、商法に明文はないが其他の会社に於ても是と同様に解すべきものであると信ずると云ふことが一寸、一言言ふて居られるだけである、参考の爲めに独逸法を調べて見ましたけれども独逸法に於ては合名会社、合資会社と云ふものの定款に就ての形式と云ふものは全く要求して居らない、唯新入社員が不動産を会社に提出するやうな場合若は自分の全財産を会社に提出するやうな場合、其等の場合に於ては民法の規定に支配せられ民法の規定に依れば其等の場合に於ては裁判所若くは公証人の手に依つて証書を作らなければ其効力が発生しないと云ふことになつて居る併し原則としては何等の形式を要求して居らない随つて合名会社、合資会社の設立に就ても単に口約を以てしても成立し得る場合があると云ふことになつて居る、故に独逸法は此事に就ては殆ど参考にはならないのである。併ながら私の其当時研究した所に依ると商法では会社の成立に就ては定款を作成すると云ふことを要件として居る、所謂書面上の定款と云ふ形式を具へなければ会社は成立しない、而して登記をしなければならぬと云ふことになつて居るが定款の変更と云ふことに就ては其形式を何等要求して居るところが無い、そこで私は斯う言ふ事実があるならまだ是は大に争ひ得る余地があると

云ふことを考へた、併しながら弁護士として最も注意をしなければならぬのはさう云ふ場合に一つの理窟は立つがさて實際の争ひの問題となりますると云ふと証拠の問題に這入らなければならぬ、そこで其債権者が会社の社員になると云ふことを承諾したと云ふこと、其承諾したと云ふことに就てはどう云ふ証拠があるか、其方面に進んで研究して見ますると云ふと人証の外は殆どない、而かも其証人は会社の関係者が八、九人あるのであるから人に依つてはどう云ふことを陳述するか分らぬ、そこで先づ第一の策として此証人を確めなければいけない、即ち債権者が会社に社員として入社すると云ふことを承諾したかどうかであるか、其会社に於ては定款変更の決議をしたかどうか又其決議の方法は一箇所に会合してやつたのであるか或は何所に於て其決議を相談したのであるか、さう云ふやうなことに就て其事件の関係者をずつと一応聴合せる必要がある、成る可くは書面を以て解答して貰ふ、或は書面を差出さぬと云ふやうな人には立会人を連れて行つてさうして其人が証人として法廷に立つて其ことを否認した時分には立会人が自分の立会の席上で確に斯う云ふことを言つたと云ふことを言ふ爲めの証人になると云ふやうな具合に其権利関係を主張するに就ての証拠を一応穿鑿しなければ法理上の見解は立つても其事件が法理の如くに進み得るかどうかと云ふことは分らないのである、そこで愈よ争ひをやるのには先方の債権者と云ふ者も会社を經營して居る人と先刻も御話する通り親戚の關係になつて居る、色々複雑なる關係にあるのであるから、どう云ふ風に会社の関

係者が其言葉を変へてくるかも知れぬから今の中に其ことを確めなければいけない、斯う云ふのでずつと関係者をすつかり確めさせた所が先づ大体に於て一致を見ました、即ち其債権者が会社に入社すると云ふことを承諾したと云ふ事実、それから同時に会社の総社員が彼を入社せしむると云ふことに就て話を合をした、さうして各々同意をした、反対を表する者がなかつたと云ふ事実を確めることを得たのであります。是が弁護士としては最も必要なことであつて所謂事実を主張する証拠が完全に具はるや否やと云ふことを見なければ如何に法理上の見解が立つてもそれを主張することが出来ないのであります、而して其形に依つて後日どう變つてくるか分らぬやうな場合に於ても予めさう云ふ方法を以て事件が法廷に現れた場合に於て証人が齟齬した陳述をしないやうに証拠の形式を整へてしまふと云ふことか最も必要なことである、之は或意味に於きまして矢張法律の一種に属するのであります、穂積陳重先生が法窓夜話の中に書かれて居られますが「法理を解するも法術を解せざる者は眞の法律家に非ず」と云ふことを唱破せられて居る併し其法術と云ふものの意味を誤解し之を濫用しますると云ふと色々の支障を生じてくるのである

明治の大碩穂積先生の書かれて居る法術の意味を御話しますると云ふと英吉利に於ける一農夫が或宿屋に泊りましてさうして宿屋の亭主に百磅の金を預けて置いた、で翌日朝になつて出立しやうと思つて昨夜預けた金を返して貰ひたいと云ふた所がそんなものは預かつた覚えはないと言つて宿屋の亭主がそれを

否認して渡さない、そこで其百姓は非常に驚いて色々人に相談したけれども、うまくいかぬので其当時其土地に居つたカランと云ふ弁護士があるが其カランと云ふ弁護士の所に駆けつけましてどうも酷い目に逢つた、斯う々々云ふ訳で金を預けたのに返して呉れない、どうしたら宜いだらう、何とかして一つ訴訟を起したい、そこでカランが言ふには、それは今訴訟を起すことは出来ない、出来ないことはないが今起しては不利益であるからもう一遍其宿屋へ行つて更に百磅金を預けなさいそれはとんでもない話もう既に一遍百磅預けたのに取れぬと云ふやうな所に、更に百磅預けると云ふやうなことは出来ぬ、どうしても肯かぬのでカランが百方説明しましてそれに付ては立派に私に考へがあるのだから私の申す通りに此ことを運ばば大低懸前に預けた百磅の金は返つて来やうと思ふ、私を信用するならば私の言ふ通りにせよと云ふ具合に非常に説明されましたために本人も其氣になつてそれぢやあなたの言ふ通りにしませう、宜ろしい併し今度行く時には御前一人でなく唯か立会人を連れて行かなければならぬと注意しました、そこで其百姓は立会人を一人連れてさうして再び宿屋へ行つて自分は頭が悪いものであるから色々な錯覚を起して今朝なども大変に君に迷惑を懸けたが自分の頭では百磅預けたのであるか、預けないのであるか分らなくなつた、併し自分としては一旦預けたんだから返して呉れと言ふて君の手から百磅の金を貰はぬと云ふと何だか心持が悪い、就ては此所に改めて百磅の金を御預けするからどうか預かつて貰ひたいと云ふことを言つてそれを差出した、所が宿屋の

亭主も先づ是で大丈夫だ前の百磅だけはもう之は御流れになつた、先づ是で大丈夫だと云ふので大変喜んで、宜しい、さう云ふ訳であればお預り致しませうと言つて百磅預かつた、そこで農夫は又カランの所にやつて参つてさて先生あなたが言はれた通りに預けて参つた、それは宜い按排だそれでは今度は明日の朝になつたならば向ふに亭主だけしか居ない所を見澄して誰も人を連れなくてさうして其金を返して下さいと云つて貰つて来い、さうですか、それぢやさう云ふことに致しませうと云ふので翌日の朝になると云ふと今度はカランに教はつた通りに誰も居らぬ所を狙つて行つて昨日預けて置いた金を返して呉れと云つた所か、今度は宿屋の亭主も之を争ふと云ふと証人と云ふものがあるのだから其証人を連れて来られると云ふと結局返さなければならぬ、だから仕方がないから返さうと云ふので其金を返したそこで其農夫はカランの所に取つて返しまして、さて先生先方に行つたところが宜い按排に此金を返して呉れた今度はどう致しませうか、アソーか、先づそれで十分謀が出来た、今度は証人を連れて掛合に行け、さうして百磅返して呉れと云ふことを言へ（笑声起る）さうですか「それではさう云ふことに致しませうと云ふので、今度は証人を連れてさうして掛合に行つた、さうすると其宿屋の亭主の言ふには、それはいかぬ、成程昨日あなた方二人でお出になつて百磅預つて置いた、併しそれは今朝此人に返してしまつた、いや受取つたことが無い、お前がどうしても私はぬと云ふのならば此人を証人にしてさうして裁判を起すと斯う言つたところが其宿屋の亭主も段々考へ

ると云ふとどうも前に百磅返したことは自分が最初の分に付て預らないと言ふたのと同じやうに水掛論で証拠が無い、後の百磅に就ては預つた証拠がある、証人があるから仕方がない、どうしても之は争へば負けるだらうと云ふことに気が附いたものですから遂に又百磅返して呉れた、即ち結局カラン弁護士の言ふ通りに二百磅と云ふものは全く農夫の手に這入つた、最初預つた覚えはないと言はれて否認せられた百磅を首尾善く取返すことが出来た、是が所謂法律である而して此法律は決して徳義に反して居らない、又法律にも触れて居らない、斯の如く法律を巧に行ふ者にあらずんば法理を解すと雖も眞の法律家に非ずと云ふことは穂積先生が唱破せられて居る所である、さう云ふやうなことは弁護士の実際に於きましては往々にして応用しなければならぬ場合に遭遇することがあります

現に私の關係を致した事件でも斯う云ふのがある、或船を持つて居る人に其船を引当にしてさうして三万円程金を貸した、所が貸す方は可成り大きな商人であつて半ば支配人の専断でそれを貸したのである、併し其借主の方は船を持つて居るのみで他にさう大した財産は無いが其船は五万円の値打ちがあるのである、先づ大丈夫と思つて金を貸したところが他のことでは借主の財産が危険に陥りかかつて来た、それで支配人は自分の失策となることを恐れてさうしてあの船は私の店から三万円金を出すに就て引当に出したのである、自分が主人に対して申訳が無い、就ては彼の船に抵当権を設定して貰ひたいと申込んだところが、借主の方で言ふのには、それは洵に御尤の御話であ

ないで登記を本当にし金を貸した支配人も何等の失策を起さな  
いで事が済んだと云ふやうなことがあるのであつて、唯法理の  
研究ばかりでは弁護士は出来ぬと云ふことを諸君が深く了解さ  
れなければならぬ（未完）

る、併し今此所で私が彼の船の登記をすると云ふと私の信用に  
かかる、故に登記をすることだけはどうか待つて貰ひたい、そ  
れでは登記をすることは少し延ばすとしてもそれに就て書面を  
一本入れて貰ひたい、詰り其船に抵当権を設定すると云ふ書面  
を入れて貰ひたいと云ふことを言つて掛合つたがどうしても其  
書面を入れて呉れない、どうしたものであらうかと云ふことを  
相談に参つた、それは困る話だが併し主人に申訳が無いと言つ  
て懇々と話をしたならば簡単な手紙位は書いて呉れるだらう、  
詰り彼の船を引当にすると云ふ手紙位のもは主人に見せるの  
だと言ふたならば書いて呉れるだらう、それで結構だから兎に  
角本人に其事を一寸書かしてさうして成る可くなら認でも一寸  
押しであれば大変に具合が宜しいと云ふてやりますると支配人  
が先方に行つてさうして其事を掛合ましたところが、いやそれ  
は御尤な話で御主人に申訳が無いと言ふのなら書きませうと  
云ふので簡単な手紙を書いた、夫を私の事務所へ持つて来たか  
ら、まあ是で宜しい、之を利用して仮処分がやれる、抵当権の  
仮登記の仮処分を裁判所に申請して許可を受ける、さうして之  
は保証金も何も入らない、何十銭と言ふ印紙を貼用して仮登記  
をやる、と言ふので早速其手続をやつた、さうした所が相手方  
は非常に驚いて掛合に來たけれども如何とも仕方がない、お前  
の方で其船を本當に抵当に差入れなければ本訴を起す、さうし  
て抵当権の設定登記をしると云ふ訴をする、訴を起せば負ける  
と云ふことは極つて居るぢや無いか、既に書附を出して居るぢ  
やないか、之はどうも仕方がないと云ふことを遂に訴訟を起さ