

748 漫録 (高窪喜八郎・在野法曹と法術 (二・完))

〔『法学新報』第33巻4 (376)号 大正12年4月1日〕

漫 録

○在野法曹と法術 (二・完)

法学博士 高窪喜八郎

七

弁護士の実務の上に於きましては規則の上で全く許さないこと、而かもそれは法律の欠点であること即ち吾々の實際生活の上ではどうしても権利を主張しなければならぬことであるに拘らず法律の欠陥がある。而して現行法の上に於てはどうしても有利なる裁判を仰ぐことが出来ぬと云ふやうな場合に於きまして之を如何にするか、斯の如き場合に於て権利を主張して成功する場合が随分沢山ある、其一つの御話を極く簡単に申し上げますると云ふと、丁度私が弁護士になつて大阪に行つて事務所を持つた当時であるが私は寝坊な質で大抵十時位迄寝るのであるが私の寢所へ飛込んで来て、先生直ぐ起きて貰はなければならぬと云ふ人がある、何ですかと云つて起直つて応対したところが実は自分の会社で九州の炭坑に六百坪程斤先堀の契約をした、さうして坪二円として一万数千円の金を払つた、斤先堀の契約と云ふことは御承知の諸君もありませうがどう云ふものであるかと云ふと石炭を採掘すると云ふことは所謂採掘権、鉱業法上の鉱業権がなければ採掘することが出来ぬ、そこで其鉱業権の一部分を分割して譲渡すと云ふことをすれば新たに権利者となつて鉱業権に基いて石炭を掘ることが出来るがさうはやらないで掘るだけに一坪二円とか或は三円とか云ふ金を鉱業権者に遣つてさうして其金を遣つた人が石炭を掘りそれを自分の物にする之を斤先堀の契約と言つて居るのである。其契約をして一万何千円かの金を払つた、然るに其山に対する債権者はそれ等の事情を能く知つて居るばかりでなく一万何千円と云ふ金の一部分を受取り強制競売等はその山に対してはしないと云ふ約

束をしたのである然るに其山は非常に宜いものであるから斤先堀の権利を無くなさしてしまつてさうして自分が競落して、之を取つてしまはうと云ふ野心を起した、詰り会社が一万幾らかの金を払つたのに其権利を蹂躪して取つてしまふと云ふのである、で掛りの社員が本社の方に通告するのを怠つて居つて実は今朝夫れを知つたのである、然るに競売は明後日の朝九州飯塚で行はれるのである、それですから午前十時十五分の梅田駅を發する列車にあなたが乗つてさうして行つて貰はなければ間に合はない。どうも大変忙しい話で是だけの話を聞くにも一分間か二分間（ついで）で非常に早口である、併しそれは法律上甚だ困ることであるが事情を聴いて見ると云ふと洵に氣の毒である、又債権者の行為たるや甚だ憎むべきことである。斤先堀の権利と云ふものは第三者に対抗し得るものではない、それから強制執行は何でやつて来たかと云ふと債権者は公正証書の執行力に基いてやつてきたのである。それに対して異議の訴を起すと云ふことに就ては基強制執行の目的物に対して所有権其他引渡を妨ぐべき権利を有する者でなければ異議の訴を起すことは出来ない洵に氣の毒であるが今日の状態では之は法律上の手続をしても全く無駄である。いや無駄でも宜いからやつて貰はなければ困る無駄でも宜いからと云つたところが理窟の無いことは出来ない、其所を何とか理窟を拵へてやつて貰ひたいと云ふので殆ど考へて居る時間も何も無い、何でも早く行かなければいけない、いけないと云ふので着物を着せたり鞆を出したり何かして出立させるばかり支度をさしてしまつた、どうも其場合仕方が

ない、万事は支配人が向ふに行つて居るから一切のことは支配人に聴けば分るから兎に角行つて貰ひたいと云ふので車に乗つて梅田に駆け付け汽車に乗せてしまふと云ふ工合で全く仕方がない、そこで汽車に乗つて考へると云ふと、先づ此汽車に乗つて居る間に理窟を考へてさうして原稿を拵へて行つて明日競売になると云ふ朝九州に着いて書面を作つてさうして停止命令を申請するのだが其理窟が非常に難しい、債権者としての権利の濫用である、或は斤先堀と云ふ一種の債権関係、即ち鉱業権者に対して持つて居る其債権関係を悪意を以て侵害するものである、故に一種の不法行為であると云ふやうな理窟はいくらか出てくるのであるが強制執行の異議の理由として目的物の引渡しを妨ぐべき権利と云ふ点に於ては甚だ薄弱である、兎に角斯う云ふ時には裁判所で読むのに厄介な位沢山書いたならばどうかなるかも知れぬと云ふので色々の理窟を書いた、さうして向ふに翌日の到着きまして、直ぐそれを代書人に頼んで浄書して貰つた、それも時間が無いので早く々々と言つて大急ぎで書かしてそれを提出しますと云ふと——大阪あたりの弁護士が九州の飯塚あたりに行きますと云ふと一寸幅が利くのでありました、之はどうも許さなければいけないと云ふことになつたものと見えて裁判所は一万円の保証金を以て許すと云ふ事になつた、自分も非常に喜んだ、先づそれでは無理な理窟であつたかも知れぬが色々理窟を書いたんで裁判所も同情して呉れたんであらうと云ふので宿屋へ帰つた、当時弁護士に成りたてであつたが非常な優遇を受けた、当時私は神経衰弱で非常に悩んで居つたの

がとう／＼其事件で癒つてしまつた、其の位に非常に優遇された、宿屋へ帰つてから支配人に明日裁判所に一万円持つて行つて停止命令を貰つてくるのだと云ふことを言つて、裁判所に支配人を使ひにやつた、それで納つて居ると電報が来た、其電報を見ますと云ふと、支配人から来た電報で停止命令が取消されたと云ふのであつた、之はをかしい、停止命令が取消されると云ふやうな筈はない、一旦停止命令を發した以上は口頭弁論を経なければ取消されるものでない、最初許すと云ふことは間違ひであつたかも知れぬが一旦許した以上は無断で之を取消すと云ふのは田舎の裁判所は怪しからぬと思つた、所が其会社の人なども私が当時未だ若い時でありましたので兎に角裁判所のことですから其方が本當でせうと云ふことになつた、さうして私の言ふことを取り上げない、宜しい、早速裁判所に行つて掛合はうと云ふのでそれから私が裁判所へ行つた、若松から飯塚に行つて見ると云ふと停止命令を取消したのではない、債権者から其競売を停止せられると云ふことになると多大の損害を蒙る虞があるそこで保証金を積むから続行させて呉れと云ふので続行命令の申請をした、さうしてそれを許してしまつたのである私の行つた時は既に其競売が済んでしまつた、時であつた、それから之はどうも怪しからぬ、何とかして一つ研究して見やうと云ふので、色々訴訟法を研究して見ると云ふと全く裁判所のやることが間違つて居つた、斯くの如き場合に於ては続行命令を發し得べきではない、それは条文の準用規定を間違へたのである、是は大変甘まいことになつて来たと思つて段々

其競売の事情に就て聴いてみますると云ふと買受人と云ふ男は非常に悪棘な男である、で競売を執行すると云ふことになる。多数の人間が集つてくる、九州あたりの人は其当時でも炭山の売買などをして居る人は非常に気の荒い、又金遣いの荒い大ざっぱの人間であるから多くは自分で出て来ないで雇人に金を持たして競売によこすと云ふやうな工合である、そこで買受人となつた人は其雇人に皆金をやつてお前には五百円、お前には三百円と云ふ風に金をやるから高い値を入れるなど云ふ工合に皆に金をやつてさうして其山の実価から見ますると云ふと十万円とか或は十五万円とか云ふ価格のあるものを僅かに二万円近くの金で競落した、然し之が為めに其処へ来て居つた雇人などに三万円ばかりやつて居る、要するに不正に三万円ばかりの金をつかつたのである、さうとすると私の考では其裁判所の發したる続行命令はいかぬと云ふことになつた、で其続行命令の競売が取消されると云ふことになると其男は三万円ばかり只使つてしまつたと云ふことになり損をしなければならぬと云ふことになつてしまつた、之は宜い機会を捉へ得たと云ふことを非常に喜んでそれから其続行命令に対して直ちに抗告の申立をした、そこで向ふから何とか言ふて謝つてくるだらうと、斯う思つて私は宿屋に澄して居ると中々向ふがやつて来ない、是ではどうも話にならぬ、それから其人間を色々捜して見ますると云ふと福岡の方で頼りに芸者などをあげて大陽気に騒いで居る二日経つても三日経つても何等の交渉が来ない、自分も余り待ちくたびれましたから突貫を試みてさうして福岡へ出掛けて行つ

て、探ると云ふと時雨庵と云ふ料理屋で大尺遊びをして居つたので其所へやつて行きまして実は大阪の弁護士が一寸、五分間ばかり話をして貰ひたいと言つて会見を申込んだところが大阪の弁護士に会ふ必要がないと云ふのでどうしても会はない、どう云ふ訳かと思つて事情を聴いて見ると福岡の弁護士五人に鑑定して貰つたところが何れも私の見解に反して居つた、さうして其続行命令は正当であると云ふ見解であつて、大阪の弁護士に会ふ必要がないと云ふのである、そこで私は尚兎に角僕も弁護士資格を持つて居る者であるから無駄に此所迄足を運んで来る訳はない、君にすれば一寸五分間割けば夫れで宜いことである、僕は其交渉が成立しなければ大阪に此儘帰つてしまふのである、さう云ふ場合なんだから会つて呉れさへすれば宜い、会つて呉れるかどうかと云ふことを重ねて言ひましたところがそれぞれや五分間会はうと云ふことで二階へ案内をした、すると其男は剛慢不遜の態度で数人の芸妓を侍らし、あなたですか、大阪の弁護士と云ふのは、と云ふやうな調子で頗る横柄である、それからあなたがやつたあの競落は法律上無効のものとなる今此処で彼此と説明する必要はないが民事訴訟法の此条文だけを読んで貰ひたい、さうすれば分ると言つて其条文を出した、ところが其人は高等商業を卒業した人であるから相当に学力もある、それだからそれを取つて読んで居る間は是は少し変だわいと云ふ気が起つたものらしい、併しそこはそつのない人を呑んだ男である、^(マ)から其話は何もしないで、まあ一杯飲みたまへとふので無理に酒を勧め兎に角今夜は僕の泊つて居る宿屋

へ一緒に寝て呉れ給へ、其話の結末を附けるのは明日にして呉れ給えへ、それぢや君の宿屋に行つて寝やうと云ふことになり其宿屋へ附いて行つて寝た、矢張寝坊であるから寝て居ると云ふと其男が私の枕元にやつて来た、一寸見ると洋服を着て居る、之はもう何所かへ出掛けるのか知らぬと思つて直ぐ顔を洗つて其男の座敷に行くと云ふと、全く貴方に助けて貰はなければならぬ、それはどう云ふ訳である、どう云ふ訳と云つて実は此事件に就ては福岡の弁護士五人に鑑定して貰つた、ところが其五人の中にも甲乙があつて私の一番信ずる人があるそれで実は今朝其人の所へ僕は行つて来たんだ、行つて君の示した条文を示して斯う々々云ふ訳だと言つて話をしたところが第一に其男が是は恐れいつたと云ふことになつた、そこで自分はがっかりしたけれども、もう一遍違つたところへ行つたならば反対の説明も附くかも知れないと思つて第二に信ずる弁護士の所に行つた、さうすると又成程之は大阪の弁護士の言ふ通りであると言ふ、そこで何とかして之を助けて貰ひたいと思ふのだ、実はあの競売に就ては自分が公には言はれない費用を三万円ばかり使つて居る、其三万円のを加へてさうして総てでもつて五、六万円のものとも見ても時価から見ると殆んど半額にも当らぬものである、そこで此山は二十四万坪の権利があるのであるが、之を三分して自分の方へ八万坪を貰ひ、それから銀行団の債権者があるから其方に八万坪の権利を遣り、あなたの方は六千坪のところを八万坪上げるからそれで此抗告を取り下げて貰ひたいと云ふやうな工合、そこで私は非常な大成功、六千坪の

権利を保全すると云ふ目的であつたのが事件の成行から斯う云ふことになつたと云ふことは大成功と言はなければならぬ、兎に角本人が八万坪のものを買取るかどうかは分らぬが大阪に照会して何とかすることにしようと思ふことを言ふて居りますうちに其山に対しては他に債権者が八十余名もあると云ふので福岡の顔役と云ふやうな者が非常に活躍をして大騒動となり色々交渉を重ねた末結局私は最初の六千坪の権利を全うして帰ることが出来たのである、是等の事柄も亦広き意味に於ける法術の範圍に属すべきものであると思ふ。

話が十分横道に入り過ぎた感があります、是から再び商法適用の領域に還つて御話をする事に致しますが偕て、先づ第一にさう云ふ風に関係者の間を確めて仕舞つた、さうすると貸主が其貸金を出資に振替へて有限会社員として会社に這入ることを承諾したと言ふ事実を証拠立てる事の出来る確証を得たのである是ならば訴訟しても差支ない、今、日本には判例も学説も此点に就いてはないけれども、兎に角事件は大抵勝つ積りであるから引受けると言ふので引受けた、それから愈よ争ふことになつて第一審の裁判所に於て被告の地位より立ちました之は單純なる貸金ではない、会社の関係者が法律を知らなかつた為に貸主が一旦社員になつたに拘らず変更の決議書も作らず利益の配当もせず、帳簿の記載もせず総て旧來の儘で居つたけれども之は法律を知らないからして斯う云ふ事になつたのである、實際は此貸主は貸金を出資金に振替へて会社の社員となつて居るのである、定款の変更には我が商法に於ては其形

式を特定して居らぬのである、随つて会社関係者に合意がある
と云ふだけの事実があれば之に依つて定款変更の効力は発生し
て居るのであると云ふ事を主張致しましてそれに対する立証即
ち証人を沢山呼びました、所がどうも形の上から見ますと云
ふと定款変更に関する理論は別として、会社の定款は其儘であ
り、計算も元の通りで遣つて居る、無論登記も旧来の儘になつ
て居るどうも証人の言ふ所は信を措くに足らぬと云ふので第一
審裁判所に於ては敗訴の判決になつたであります、それから第
二審の裁判所に至つて大に馬力を掛けて、出来るだけ此の方面
の立証に努めたのであります、即ち出来るだけの手段を尽して
貸金を振替へて会社の社員になつた同人を入社せしむると云ふ
決議になつて居る、之に依つて定款変更の効力があると云ふこ
との立証に努めた、第二審の裁判所に於てはそれを認識する程
度になつたが併し判決は矢張負けた、其負けた理由は々云ふの
であるかと云ふと成程被告の立証に依ると云ふと、定款変更の
相談をして、さうして合意があつたと云ふことは稍や認むる事
が出来、けれども、定款変更と云ふことは書面上の形式を具
備せずんば、我が商法の上には効力を発生しない、即ち会
社を創立して定款を拵へるには書面上の形式を備ふる必要があ
ると同様に、之を変更すると云ふ場合に於ても書面上の形式を
備へて居る場合にあらざれば定款変更の効力を発生しないと云
ふ理由であつたのであります、それは先刻も御話申上げる通
り、其当時の学説と云ふものは志田博士が一言して居られるだ
けで其他には参照すべきものがない、併し私は直に大審院に上

告した、さうして原裁判所では斯う云ふ見解を採つて居るが、
我が商法の上には於ては定款変更の形式を要求して居らぬのみな
らず、有限責任社員が除名される或は破産をすると云ふやうな
場合に於ては当然其社員は脱退すると云ふ事になる、社員の脱
退は定款変更の結果になるのである、さう云ふ場合には書面上
の形式を備へなくとも宜しい、故に此場合に於ても書面上の形
式を具備せずとも効力は発生すると云ふ議論を致しました、所
が大審院が之を採用致しまして、さうして原審の見る所は間違
つて居ると云ふので原裁判を破毀し、さうして之を東京控訴院
に差戻すと云ふ事になつた、そこで東京控訴院に参ると云ふと
私の方が鼻息が荒い、それは大審院に於て勝つて居る、即ち定
款変更に就ては書面の形式を要せずと云ふ事である、さうして
前審に於ても定款変更の相談が出来上つたと云ふ迄の事実の立
証をして居るのであるから非常に鼻息が強い、そこで控訴院に
於きましては結局私の方の勝になつた、此貸借関係と云ふもの
はいかぬ一体一万円の残りと言ふものは社員としての出資にな
つて居る、それを会社の当業者が知らないものだから、出資に
なつて居るものを借入金証書に作つたのである、出資になつ
て居るものを証書に作ると云ふ事は出来ない、故に此借用証書
と云ふものは無効である、斯で云ふ理由で遂に私の勝訴に帰
しさうして原告の請求を棄却する事が出来た、そこで相手方は
之に対して再び上告を試みた、然るに上告も到頭棄却の判決に
なつたと云ふやうな訳で、先づ此事件は大体私の見込通りの終
結を見たのであります。

でありますからして法律關係に於て主張する事が出来る根拠があり又主張し得る可能性があつても、今御話した裁判でも分つて居るやうに一審でいけず、二審も矢張敗訴に帰し、上告審に行つて原判決を破毀し控訴院に差戻しとなつて、控訴院で其主張が成立すると云ふやうな具合なものであつて、中々此法律の適用と云ふ事は理窟があれば直ちに其通りに裁判が運ぶと云ふものではないと云ふ事を諸君は大に注意しなければならぬのであります。尚ほ商法一、二の問題に就て御話したいことはあるけれども大分時間も費しましたから本日は此程度で止めて置いて後の機会に御話を致すことにします。(拍手)