

Title	〔商法二二〕債務引受は商法第一六八条第一項第六号の財産引受に含まれるか (東京地裁昭和三三年五月二六日判決)
Sub Title	
Author	大賀, 祥充(Ōga, Yoshimitsu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1962
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.35, No.3 (1962. 3) ,p.75- 82
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19620315-0075">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19620315-0075</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 判例研究

## 〔商法 二二二〕 債務引受は商法第一六八条第一項第六号の財産引受に

### 含まれるか

（東京地裁昭和三十三年五月二十六日判決  
昭和二十八年（ワ）第一八九二号不当利得請求事件  
下級民集第九卷第五号一四頁）

【判示事項】 消極財産を譲り受ける場合と商法第一六八条第一項第六号の適用の有無

【参照条文】 商法第一六八条第一項第六号

【事実】 (一) 原告Xは破産者甲株式会社の破産管財人であるが、

この甲会社というのは、真珠の加工・輸出等を目的とし資本金三〇〇万円で昭和二五年一月一日に設立され、同二七年一月二二日に破産宣告をうけている。

(二) ところで、この甲会社が設立されるまでには、およそ次のようないきさつがあつた。すなわち、訴外乙株式会社は、昭和二三年五月に、漆製品・美術工芸品等の製作・加工・販売を目的とし、資本金五〇〇万円をもつて設立された会社であつたが、営業不振のた

め、会社の再建を期して昭和二四年六月頃、真珠売買営業について経験のあつた訴外Aを入社させて、あらたにパール部を設け、真珠の加工・販売等の経営にあたらせることになつた。Aがパール部長に就任してから、この部分ではかなりの営業成績を挙げるに至つたが、乙会社では、パール部の挙げた収益を他の部門につきこんだり、また、パール部の事業に使用する名目で融資をうけたものを他の部分に流用したりするようなことがあつたことから、Aは乙会社の営業方針に不満を抱き、昭和二五年九月同会社に対して辞表を提出し、同年十一月頃から、当時の乙会社代表取締役たるBらと共に、乙会社パール部の事業をそのままつくり引きつぎ、あらたに前記甲会社を設立する準備にとりかかつていた。

これより先、乙会社は、真珠の集荷資金に使うということで、被告Y銀行に対し、本件債務を負担していたのであるが、Aが退社してしまふとパール部も事実上骨抜きとなり、本件債務を弁済する見込みはまずなくなるので、Yはこのことを知つて憂慮し、昭和二五年一〇月頃からAやBに対し、担保の提供を要求していた。しかし、Yとしては、この際むしろAらによる甲会社の設立ならびに育成を援助して、甲に本件債務を引受けさせここから支払をうけて回収しようと考え、その方針のもとに同人らと折衝を続けた。一方、Aの側としても、甲会社が設立された暁には、真珠の貿易をはじめのことに、従前から乙会社と取引関係のあつた・外国為替業務を行う銀行であるYと取引をし、営業資金の援助をうけることがなによりも便宜かつ必要であつたので、話は進み、その結果同年一二月二日頃には、乙会社、Y、および甲会社設立の発起人たるAの三者の間で、甲会社設立に関し次のような取決めがなされた。すなわち、

(イ) 乙会社はAの辞任を承認し、Aは発起人の中心となつて、甲会社を設立すること、

(ロ) 甲会社は、乙会社パール部に属している営業財産一切を引きつぐこととし、設立を条件として乙会社から、同会社パール部に属している資産を一括して譲り受けるとともに、本件債務などの負債を一括して引受けること、

(ウ) Yは右譲渡および引受を承認し、甲会社に対し銀行取引を行うこと、

などがこれである。そして、この約束にしたがつて、Aら発起人は昭和二五年一二月一三日甲会社設立の手續を終えたのであつた。

(ニ) しかして、甲会社は、その設立直後たる昭和二五年一二月五日から翌二六年八月二二日までの間に、乙会社から引受けた本件債務の履行として合計五百数十万円をYに対し支払つたのであつた。

(四) そして、これがYの不当利得になるとしてその返還を請求したXの主張は、要旨次の通り。すなわち、右のようなかたちによる本件債務の引受は、いわゆる財産引受にあたるから、商法第一六八条第一項の規定にしたがい、甲会社設立の際定款に所定の事項を記載しかつ同法第一八一条に定められた手續をとらなければならぬのに、それを欠いているから無効であるとするものであつた。

(ロ) これに対するYの主張は、甲会社がYに対し右金員の支払をしたのは、前述X主張のようなかたちによる甲会社の債務引受にもとづくものではなくて、それとは別に、甲会社が昭和二五年一二月一四日にYとの間に、乙会社のYに対する本件債務の一部につき重畳的に債務引受契約を結んだのでこれにもとづくものであると主張したのであつた。

(4) しかし、この点についてもXは、この債務引受契約は甲会社が乙会社からパール部の営業財産を譲り受けた対価としてなされたものであるから、商法第二四六条の規定にしたがい、所定の手続をとらなければならないのに、それを欠いているから無効であると主張した。

【判旨】 Xの請求認容

まず、最初に問題となる点、すなわち、本件金員の甲会社からYへの支払がいかなる事情にもとづいてなされたかについては、『甲会社が本件債務を負担するようになったのは、甲会社設立前に、Aが甲会社の発起人として、Yの承認のもとに、甲会社のために乙会社との間でした債務引受の合意にもとづく』ことを認め、これ以外に甲会社が債務を引受けた事実を認めず、この点に関するYの主張を排斥した。

そして、かかる前提にもとづいて次のように判示し、XのYに対する不当利得返還請求を認めている。すなわち、『商法第一六八条第一項は、財産引受をいわゆる変態設立事項として扱い、会社が成立後に譲り受けることを約した財産、その価格、譲渡人の氏名を定款に記載しなければ、その効力を生じない旨を規定している。財産引受について、商法がこのような取扱をした意図は、まず第一に財産引受が現物出資をくぐる手段として利用されることをふせぐとい

う点にあるが、さらには発起人が設立中の会社のために結ぶ財産引受契約にもとづく法律上の効果も、同法第一八一条の規定と相まつて、特に商法の定める嚴重な要件のもとにおいてのみ、例外的に譲渡人と設立後の会社との間に有効に生ずるものとするることによつて、つまりは設立される会社の財産的基礎を危くするような事態をひきおこすことをふせごうとするためであると思われる。したがつて、この条項の設けられた目的からみて、ここにいう「譲り受けることを約した財産」の中には、積極財産を譲り受ける場合はもとよりのこと、発起人が開業準備行為としての必要から、将来の会社のために、譲渡人の第三者に対する債務を引き受ける場合のような、消極財産を譲り受ける場合も当然に含まれるものと解すべきである。そしてまた、定款に記載されない財産引受は無効であつて、この無効は、財産の譲受人および会社の双方から、何人に対しても主張しうるものといわなければならない。』

註 なお、本件は上訴され、これに対する控訴審判決——昭和三五年二月二五日東京高裁判決、昭和三年（ネ）一一〇九号不当利得返還請求控訴事件、判例タイムズ一〇二号三三三頁（商事法務研究一八三号新商事判例便覧（18）一三七事件参照）——もその要旨は右と同様である。すなわち、『発起人が会社設立を条件として会社のため特定の資産債務を一括して取得する契約は必ずしも常に無条件に許されるものではないのであつて、商法が会社の目的達成を困難

ならしめるような不正不当の行為を防止するためその第百六十八条第一項第六号に会社成立後に会社に帰属することを約した財産につき定款に一定の事項を記載することを命じその記載を欠くときは効力を生じない旨を規定した趣旨に徴すれば債務の引受も同規定にいう財産引受に含まれ、従つて定款にその記載がなければ右債務引受は無効のものと解すべき」としている。

【評釈】(一) 周知のように、財産引受に関する商法の規定は昭和

一三年の改正法によつて新設されたものであるが、その立法趣旨が、直接的には「現物出資に関する法規潜脱」のために利用される

財産引受を現物出資と同様な制約に服せしめると同時に (商法中改正

書(総則、会社)九二頁、松本丞治「商法改正要綱解説」(法律案理由私法論文集続編八二頁、同「註解株式会社法」四二頁)

、反面、嚴重な要件のもとに発起人に権限を与えることによつて、その限りで、財産引受の制度を承認することにあつたことは(松本・前掲八一頁、西本寛一「株

太郎「改訂会社法概論」上二五七頁、津田利治「会社法」(大憲)上八四頁、並木俊守「精説会社法」六四一五頁)、明らかである。そして法が、このように財産引受ないし現物出資に対して嚴重な制限を

加えねばならない根拠は、判旨も明らかにしているように、それらが往々にして会社の財産的基礎を危くするおそれが少くないため、

会社にひいては株主および会社債権者にとつて、非常に「危険な約

束(Gefährliche Abrede)」であるからにはかならない(今井宏「變態

合判例研究叢書・商法(二)九三頁、野間繁「現物出資と財産引受」綜合法学昭和三四年一月号三二頁、高山藤次郎「会社定款論」二七一頁、津田・前掲八五―六頁、Teichmann

Koehler: Aktiengesetz. 1950.)。云いかえれば、これらの危険な約束

にあつては、会社設立の際の混雑にまぎれて、発起人が会社に帰属

すべき出資財産ないし譲受財産の過大評価を行つて不当な代償を約

し、財産提供者の利益によつて会社の資本充実を害するおそれがな

いと云えないのである(田中(耕)・前掲二五七頁、大隅健一郎「全訂会社法

二・並木俊守「統例解商法」六九頁、石井照久「商法I」一六六頁、大森忠夫「会社の設

立」株式会社法講座一巻一七〇頁、並木・前掲六四―五頁、北沢正啓「設立中の会社」株

式会社法講座一巻二五三頁、K. Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 1923. S.

515.; K. Gareis: Das Deutsche Handelsrecht. 1909. S. 217 f.; J. V. Gierke: Deutsches Handelsrecht. 1925. S. 256.; Teichmann - Koehler: aa.O. Anm.

3. zu § 20.)。

そして、財産引受の危険性がこの点にあるとすれば、それにも拘

らず、法が実際上の必要にかんがみて財産引受を法律上の制度とし

て承認した以上、会社の受取るべき給付と、会社のなすべき給付と

の關係が、会社にとつて不利でないように決定されることが当然の

要求となる。法はこのような観点から、財産引受に関する重要事項

を定款の相対的記載事項(商一六八条)ならびに株式申込証記載事項

(商二七五条)としてまず利害関係人の注意を促し、ついで検査役の調

査報告にもとづくその変更の権限を裁判所(商一七)ないし創立總會

(商一八一条、一八五条)に与えて、この危険な約束に対処している現状で

ある。

したがつてその結果、現行法の建前として理解しうることは、会

社設立中に行う開業準備行為は、法定要件を充足した財産引受のみを唯一の例外として、その他は一切発起人の権限には属さず、したがってその効果も成立後の会社に帰属することはないということになる（通説である。石井等「註解株式会社法第 二卷設立」二四一頁、松田二郎「新会社なる」法概論九頁、鈴木・前掲五〇頁以下、北沢・前掲二三三頁、野間・前掲三八頁、大隅・前掲一七一頁、今井・前掲一一頁以下、三戸岡道夫「新会社法による定款の研究」三三頁、判例としては、大判、明四四・五・一一、民録一七・二八一、その他今井・前掲一、二頁以下に掲げる多数の判例を参照。なお、ドイツの学説・判例については大隅健一郎「株式会社成立と権利義務の帰属」会社法の諸問題三六頁、北沢・前掲二六〇頁の註一）。それ故この意味において、会社設立中に行う開業準備行為がはたして財産引受としての法定要件をみたしているか否か、さらにはその前提として、いかなる財産が財産引受の目的たりうるかが、結論的にいちじるしい差異をもたらす重大な問題として、ここに関われなければならないのである。

この点につき判旨は、消極財産も財産引受の目的たりうるが、本件の場合には定款に必要事項を記載していないため無効であると云っているから、問題点は二つに大別できる。その一は、財産引受の目的たりうるものは何か、消極財産でもよいかの問題であり、その二は、法定要件をみたさない開業準備行為の効力とその主張の問題である。しかしこの第二の問題点については、最高裁の判決もあることなので（最高裁判、昭二八・一・三、民集七・二二・二九九、民法雑誌三〇・四・四三、昭三六・九・一五、法学論叢六〇・三・一一〇、塩田親文「民法一・一一・二二、昭三六・一〇・一七、判例時報二七七・二九」）、異説があるにも拘らず（北沢・前掲二二三頁、二五三頁以下、大原栄一「開業準備行為」ジュリスト統判例百選一六五頁、実方正雄「設立中における開業準備行為」商法演習一六頁等

は、定款に記載のない財産引受につき無権代理の法理を類推して成立後）の会社による追認を認めるべきとする。なお、ドイツの通説でもある）も、本件の場合には、成立後の甲会社がそのための（追認）行為をなしたことについて主張・立証がなく、また新たな（債務引受）行為をなしたことも認定されていないので——以下では、もつばら第一の問題点について考察することにする（なお、松岡誠之助「発起人が開業準備のためになした債務引受の会社に対する効力」（商事判例研究）ジュリスト二三三九六頁は、この問題を本件債務引受の会社に対する効力を判断する上での前提とする必要はない旨云われるが、もし消極財産が財産引受の目的たりえないとすれば、当然第二の問題点を問うまでもないから、この意味で第一の問題点は論理的に先行し、重要と考えられる）。

(一) まず、法が財産引受の目的として積極財産を予想したのであることは、疑のないところである。なぜなら、前述の法規制の経過から考えてみても明らかのように、財産引受の経済的作用と現物出資のそれはほぼ同一視されていることがうかがわれるが（K. Loh: Handelsrecht, 1908）、この現物出資の目的たりうべき財産については、それが金銭以外の出資でありそれに対して株式が付与せられるという事柄の性質上、積極財産でなければならぬことは明白であるからである。学説が一般に、現物出資の目的財産について、貸借対照表の資産（借方）の部に計上しうるものであればよいと説き

(我國およびドイツの支配の見解である。たとえば、松本丞治「日本会社法論」一二五頁、松田二郎・鈴木忠一「条解株式会社法」一六八条の註三(三〇頁)、松田・前掲四七頁、田中(紳)・前掲一五六頁、五井・前掲一八五頁、大隅・前掲一六七頁以下、今井・前掲一〇三頁、\*たかO. Rittner: Aktiengesetz, 1939, Anm. 2. zu § 20. (S. 62)に掲げる判例)。また財産引受の目的財産についても同様に説明している

のは(石井等・前掲二四一頁、高山・前掲二六六頁、大隅・前掲一七〇頁、並木・前掲六五頁、Teichmann-Kochler: a.a.O., Anm. 4. zu § 20. (S. 58) )。この理由によるものと思われる。もつともそれだからと云つて、右の事情から直ちに消極財産が財産引受の目的たりえないと推論することは明らかに許されないから(ただし、松岡・前掲九六頁は、法の予定しない消極財産引受を問題外として否定される、問題は別の観点から検討しなければならぬが、この財産引受にあつては、実は前述のように会社の受取るべき給付と会社のなすべき給付との関係が中心問題なのであるから、まずこれら相互の関係をみてみなければならぬと思われる)。

(三) とところで、財産引受は、現物出資のように会社設立に關与する団体法上の行為ではなく、それとは直接關連のない取引法上の行為であるから、したがつてその場合の財産の提供は、金銭その他(しかも株式以外)の代償を得てなされるものと一般に考えられる。

したがつてその限りでは、財産引受における二個の給付相互の關係は對価的關係にあるものとして、その有償性を認めうることになる

(鈴木・前掲五〇頁、松田・前掲三二頁、松田・前掲九五頁、田中(紳)・前掲二五七頁、西本・前掲四一五頁以下、Heymann: Handelsrecht mit Wertpapierrecht und Scheinb. 1938, S. 60.; Staub-Pinner: Kommentar) zum HGB, Bd. II, 1933, § 186. 9. (S. 70.)

もしそうとすれば、有償の觀念では(Ehneccerus-Nippertley: Lehr-Bd. I, 2 Halbbd.) 相互に對価的關係にある出捐こそが問題なのでありしかもそれを以て足るのであるから、したがつていかなる財産がいずれの方向に給付されるかは問題とならない筈である。それ故、この意味では——消極財産が会社に給付されることもありうるという意味では、判旨の云うように、消極財産も財産引受の目的たりうると思つてよいのかもしれない。

四) しかしながら、この場合、有償性したがつて對価的出捐を前提にして考える限り、結局両当事者が互に對価的意味をもつ財産上の損失したがつて利得を主觀的にはもたなければならぬわけである。したがつて、今、会社が消極財産を譲り受ける場合を考えてみると、そのこと自体によつては会社は何らの利得も得ないから、それを得るためには、反対に会社のなすべき給付、つまり会社の譲り受ける消極財産に対する對価はこれまた同様に消極財産でなければならぬ(これは實際上不可能ではなからう。たとえば、すでに積極・消極両財産を一括した營業の現物出資をうけていた場合などに考えられないではない)。このことは、有償性を前提に消極財産引受を考える場合の當然の論理である。そうなると、右の場合においては、厳密に云えば、会社にとつて主觀的に利得となる側の「出捐」が実は会社の譲り受けるべき財産であつて、一方損失となる側の「出捐」は

その対価にはかならないのであるから、結局消極財産を会社が譲り受ける場合には、主給付・対価の関係が当事者の主観的意思とは逆におきかえられるべきであるかもしれない。そしてこのように考えれば、文言上消極財産の引受といえども、しかもその場合の当事者の主観的意思にも拘らず、財産引受の目的たりうるものとしては、やはり積極財産を考えなければならないことになつてしまふ。

(四) もつとも、ここで財産引受に関する商法第一六八条の規定をみてみると、定款に記載を要求されているのは「会社ノ成立後ニ譲受クルコトヲ約シタル財産」云々ということであるから、したがつて、定款の形式的な文言も、成立後の会社に消極財産を引き受けさせようという当事者の主観的な意思にしたがつて、消極財産が財産引受の目的として記載され、またその対価としても消極財産が記載されること、つまり、相互に対価的關係に立つ二個の消極財産が表面上記載される場合が想定できる。

無論、このような形式的な文言のみを理由にして、この場合には積極財産たるべき目的財産が定款に記載されていないとみることは当たらないから、このような記載もまた適法とみるほかないが、もしそうとすると、このことから逆に、定款に記載すべき財産引受の目的としては消極財産でもよいという・いわば極度に形式的な見方となり立ちえないでもない。しかもこれは、前述したように、財産引

受の有償性を前提にする限りでその制度目的に反するものではない。

もしそうとすると、消極財産も財産引受の目的たりうると云つている本判旨の論理も、このような意味で定款への形式的な記載について云つているものと解釈しえないでもないから、したがつてその限りでなら、たとえ極端に形式的な・実質をみない議論であるとの批難は免れないとしても、判旨の見解を一応理解しえないでもない

(ただし、松岡・前掲九六頁参照)。

(六) ここに一応というわけは、本事案の場合、積極財産と消極財産とを一括した「パール部の営業」の引き継ぎということで財産引受が考えられていたのではなかつたのか、さらにまた、その積極財産として「特に有利な銀行取引の機会」というのれんの譲り受けを含んではいなかつたか等の点に疑問の余地があるからである(前掲九六頁も)。そしてもしこのように考えてゆくとすれば、消極財産は、それと一括して譲り受けられる積極財産の「対価」(ないしはその一部)とみるべきではないか、したがつて結局のところ、財産引受の目的としてはあくまで積極財産に限られることになりはしないか、という問題に当面するであろう。また、右の場合の消極財産をもし

「対価」とみないで「負担」とみるべきであると仮定すれば、負担付の無償行為は財産引受に含まれないのかどうか(なお、石井等・



前掲二四一頁は「營業譲渡の場合に、積極財産については無償贈与でも債務の引受を条件とするときは、これもいわゆる財産引受である」という、あるいはさらに、単なる無償行為の場合かどうか(ドイツ株式法二〇条には、目的物、譲渡人とならんで、「之ニ与フベキ代償」と規定されているのに対して、我商法では、「対価」(商二四六条参照)という文言を使わないで、「其ノ価格」(商一六八条一項六号)と云っている点が、無償行為について考えてみる余地を残しているものとみれなくもない)等数多くの困難な問題に逢着せざるをえない。そして仮りに、財産引受は有償行為に限るという前提がくずれるとすれば、その場合には、目的財産が消極財産でもよいことの担保は失われるのである。

無論、本判旨が、本事案における積極財産の引受については何らふれることなく、もつばら本件債務引受についてしかふれていないことには充分の理由があり(民訴一八)、しかも本事案の場合定款への記載を欠いていることが決定的なポイントになつて以上、本判旨に要求することは当をえないことかもしれないが、右の諸点を考えるならば、本件債務引受と積極財産との関係について釈明権(民訴一八)を行使すべきではなかつたのかとの疑問を抱かないでもない。

(七) しかしそれはともかくとして、要するに、消極財産も、財産引受の有償性を前提にする限りでならば、それを会社に譲受けさせようという当事者の主観的な意思にしたがつて、給付の対象とされ

うるし、また定款に形式的に記載されなくてもないから、この点に関する判旨の理解も不可能ではないが、本判旨は、財産引受は有償行為に限られるかどうかという前提問題を未解決のまま、しかもそうすることによつてはじめて可能な——その有償性を当然の前提にしなければ明らかに許されないような——極めて形式的な見方をしている点で批判を免れない。しかも本判旨のように、定款の記載を形式的にとらえて消極財産でもよいと云つたところでさしたる意味は認められないのみならず、なおその場合でもそこに実質的に記載されているのはやはり積極財産であり、しかもそれがまさに財産引受の目的にはかならないのであるから、前述第一の問題点に関する限り判旨には賛成しかねる。

結局、実質的な見方をして、財産引受の目的たりうるものはやはり積極財産でなければならないとすれば、したがつてその限りでは、従来当然の前提とされてきた財産引受の有償性ということが絶対的なものではなくなつてくる。それ故、財産引受の目的たりうるものを積極財産に限定した以上は、無償行為の場合をも含めて「財産引受」を構成することがむしろその制度目的に合致するものと考えらるべきではなからうか。(三六・一二)