

Title	西本先生の業績
Sub Title	
Author	高鳥, 正夫(Takatori, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1975
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.48, No.9 (1975. 9) ,p.115- 118
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	追悼記事
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19750915-0115

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.

通りである。とはいへ、営団の理念および営団経営と出資による支配との関係といふ点から実質的にみるならば、政府出資は決して出資支配の爲ではなく、民間が出資しないから出資するのであり、この出資は実体的な経営資本となることなく、単なるオトリ資本とも観られる。換言すれば、他人資本即ち営団債券資本を吸引する為の信用基礎である。さればこそ出資証券は自由譲渡を拘束されてをり自由市場をもつ株式会社株券とは全く異なるものとなる。又国家資本の出資形式が、或は国債をもつてなされ、その利子を受取つてこれを営団の維持経費としてゐる。出資資本は経営資本ではないであらう。結局営団に課せられた国策事業を經營する資本は他人資本である。……この意味で営団経営と資本支配との分離こそ営団の特性である」といふべきではあるまいか。

その二は、「交通営団の系列に属するものには、利益配当を認むるに反して、住宅営団の系列に属するものには剰余金の配当又は処分を認めてゐる。……しかしながらこれらを営団の經理についてみるに、利益金といひ剰余金といつても、それらはいづれも企業所得たる本質においては異なるどころはなく、配当率は勅令を以て年三分五厘或は四分又は六分と限定されてゐる。殊に剰余金配当といつても営団におけるそれは産業組合および相互保険会社における剰余金配当とは根本的に異なり、

前者は企業所得の配当として、利益配当の本質を有するに反して、後者はその構成員の給付から形成された残余の払戻しの性質を有するものであるから、その実質を異にする」のではないであらうか。

企業の公共性と営利性との要請の調整を目的とする法的技術の産物として登場した企業形態の一つである営団の法的性質については、動態的考察が不可欠であると考へたからである。

いまや幽明境を異にし、在天の先生の聲に接することはできないが、今後とも先生の温顔は、在りし日と同じように、わたくしの仕事ぶりを静かに見守つてくださるであらう。それにつけても先生の学恩に報いるに足る研究の一つでも多く捧げたものである。

(七月三日)

西本先生の業績

高鳥正夫

西本辰之助先生と私とは年齢の上では四〇歳ほどの開きがあ

る。私が大学で商法を学んだ二一、二歳の頃には、先生は既に六〇歳を越えておられたわけで、その後に表示された論文教編を除けば、著書、論文はすべて執筆済みといつてよかつた。そこで私には、教室での先生の淡々とした講義と穏やかな表情のみが印象に残つていた。太平洋戦争の末期に和歌山市秋月のご生家に帰られてから、先生のお宅にお伺いした折にも、丹精されているさつきのことなどを話されるだけであつた。

そのため、私共は先生の学風を著書、論文をとおして知るはかはないが、その論文の大部分は法学研究会叢書のうちに、「私法学の諸問題」として収められている。そこには学術書へのご執筆としては最後となつた先生の序文が掲載されている。先生はその中で「私も既に八十三歳になつたので、一生の業績に結末をつける時期が切迫してゐるのを痛感してをります。ところで私は自分の書いたものが載つてゐる雑誌は悉く保存してゐたのでありますが、全部戦災で焼失しました。夫れ等の論文に引用してゐた参考書もみんな烏有に帰しました。それで自分で過去に書いたものを見ようと思つても不可能となりました。とやかう思ひわずらつてゐる時に高鳥教授から今度法学研究会でお前の論文集を出すことになつたから承知してくれと云はれたので私は即座に御願することにした。これで過去の業績が一冊の書物で見られることになつたと喜んでみました。」のご感想

を述べておられる。

先生の著書は商法学のほとんど全ての領域に及んでゐるし、論文も会社法に関するものが最も多いが、商行為、保険、有価証券法から、私法一般、法哲学に関するものまであり、その数もきわめて多い。それらのうちで先生の学問を伝えるものとしては、何よりも「株式会社発起人論」と「株式引受の性質」をあげなければならぬ。これらの著書でとり扱われた中心的な問題は、株式会社設立段階で発起人は各種の行為をなすが、それらは成立後の会社にかなる効果を生ずるかという点であり、会社設立をめぐる最も重要な課題である。この会社設立中の法律関係を説明するためにいわゆる設立中の会社を認め、これを成立後の会社のいわば前身と解して、両者が実質的には同一のものであることを前提として、問題の解決をはかろうとする同一性説が近時の通説である。これに対して西本先生の立場は、通説のいわゆる設立中の会社を認めず、設立段階における各種の行為を、何よりも発起人を中心に理解しようとするものである。

そこで西本先生は株式会社設立関係と発起人及び株式引受人の地位、会社の設立費用の負担者、発起人と開業準備行為との関係、会社不成立の場合と発起人の責任などの問題点を中心に、当時、田中耕太郎教授によつて主張された同一性説を批判

すると共に、右に述べた自説を展開された。たとえば同一性説によると、「発起人の為す株式募集、払込の請求、受領其他会社設立の爲めになす一切の行為は会社が成立すれば成立中の会社の機関として爲し、会社が成立せざれば自己の爲めに爲したこととなる、従て成立中の会社も亦会社が成立すれば存在せしこととなり、会社が成立せざれば初に遡て存在せざりしこととなるべし。斯くの如く多種多様にして且重要な設立行為の意義が会社将来の成否によりて反転し、成立中の会社なる大組織が会社の不成立により最初に遡て雲散霧消するときは設立行為に参加する者の安定を害すること頗る大なり。到底堅実なる法理解成と謂ふべからず。」と批判された。

これらは先生の学位論文でもあつたが、これが発表されると野澤務教授との間に、法学協会雑誌の上で有名な論争が展開された。この論争のうち西本側の主張は「私法学の諸問題」にも収録されているが、「野澤氏の所論を説みて其誤解を正す」の最後の一節をあげてみよう。「お互に忙しい身で、他人の所論を著者自身程に熟読玩味してゐる暇がないから、誤解（私は前に曲解と書いたが致で誤解と訂正する）の起るのも無理のないことである。私自身も時に此過をなして独りで冷汗を流すことがある。私は野澤氏が益研精以て此興味深き問題の解決に努力されんことを望む者である。」これらの派手な批判や論争と、私が

西本先生にお目にかかつて受ける印象とは、どうしても結びつかぬかつた。

このように学界に議論を惹き起した西本先生の学説は、やがて同一性説をとる学者に対してその補強を試みさせることとなつたが、同時に義塾の関係諸学者によつて更に展開されていったことも指摘したい。まず津田利治教授は、その著書及び論文のうちで、株式会社の場合にもその他の社団法人の場合と同様に、会社設立の意思表示は定款作成そのものにはかならず、株式引受の方は会社設立の意思表示を包含しない。株式の引受は一定の引受価額を会社に出資して、会社の発行する株式を原始的に取得することを目的とする法律行為であるとされる。また最近においては、広島修道大学の太賀祥充教授は、その学位論文である「株式会社設立の法理」において、発起人を会社設立の意思表示の表意者として把握すると共に、株式引受に基く株金の払込をめぐる法律関係について、英米法上の信託法理の適用を提唱される。

このように、西本先生の「株式会社発起人論」、株式引受の性質」が発表されて既に五〇年を経過した現在においても、私共、義塾の商法関係者はこれらの著書を繰返し読みながら、その新しい展開を試みている。同様に、先生の「社団と組合」「私法上に於ける決議の性質」などの論文も、現在なお価値高

い業績としてとりあげられている。先生の論文のうちの最後に
当るものは、昭和三四年に発表された「ヤコビの権利表見説」
であるが、当時七〇歳を越えておられた先生が、難解なヤコビ
の手形及び小切手法の新著にとり組まれたことは、誠に驚くべ
きことであつた。

西本先生から直接教えを受けられなくなつた現在では、私共
は先生の著書、論文からお考えを知るほかはない。学問上のす
べての問題についてそうであるように、一人の優れた学者の残
された業績を、これに続く研究者が育てていく気持があつてこ
そ、特色のある学風は生まれてくるものである。学界の主流を
占める学説を羨しく思う前に、その多数説も数多くの後継者達
によつて守られたことに気づかなければならない。商法学の広
い範囲にわたつて残された西本先生の業績を前にして、私共は
もう一度先生の著書、論文を読み返したいと願つている。