

Title	私法上に於ける決議の性質 ( 下 )
Sub Title	
Author	西本, 辰之助
Publisher	慶應義塾理財学会
Publication year	1918
Jtitle	三田学会雑誌 (Keio journal of economics). Vol.12, No.1 (1918. ) ,p.1- 16
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00234610-19180100-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00234610-19180100-0001</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.

三田學會雜誌 第十二卷第一號

論 說

私法上に於ける決議の性質(下)

西 本 辰 之 助

第三章 私法上の行爲としての決議

私法上の行爲としての決議は法律行爲なりや否やに關して議論分れ或は之を以て法律行爲なりとし(Tuhr, S. 510, 514 IV, Thiepel S. 57, Glöckmann, S. 32, 34. Fitzbacher, S. 171. Biemann S. 141 平沼博士總論三二二頁川名博士總論一一八頁中島博士釋義總則四四〇頁石坂博士債權一七五三頁)或は法律行爲に非ずとし(Gierke, D. P. R. S.

283 Ann. 松本博士法學新報五卷五九頁)或は法律行為なる場合と然らざる場合とありと爲す(Kuntze, Gesamttakt, S. 72.岡松博士九二頁註三、神戸博士八一頁)

決議を以て總て法律行為なりとするは固より正確にあらず又決議を以て總て法律行為に非ずと爲すも正確にあらず吾人は決議は法律行為なる場合と然らざる場合とありとの説を採るものなり然れども同じく此説を採れる前掲諸學者の説く所と多少異なる點あり「クンツエ」は決議が直接に法律上の効果を發生する場合即ち株式會社の存在に關する場合例へば設立合併及び之に類似せる場合には法律行為(所謂 Gesamttakt)なりとし其他の場合には決議は行為其ものゝ實行にあらずして執行機關をして行為を爲さしむるが爲めの決議なるが故法律行為に非ずとなす(Kuntze, S. 72, 73)或は「クンツエ」は決議は總て法律行為に非ずとするが如く説くも岡松博士九一頁註一神戸博士八一頁然らず前述の如く法律行為たる場合と然らざる場合とを認むること疑を容れず岡松博士は決議は法律行為たる場合に限りて法律行為なりと主張せらるゝも其如何なる場合に法律行為なるか又法律行為ならざる決議は如何なる種類のものなるかを説明せられず神戸博士は

決議が法律行為たる場合あると共に觀念表示なる場合も存すとせらる(商法一九〇條—一九三條)吾人は決議には法律行為なる場合準法律行為的意思發表(unmassgebliche Willensäußerung)なる場合及び觀念表示(Vorstellungsausserung)なる場合ありと信ず以下類を分ちて之を説明すべし

#### 第一 決議が法律行為的意思表示なる場合

決議は法律行為の要件を備へたるときに法律行為なり即ち決議を組成すべき意思の發表が一定の法律上の効果の發生を目的とし法律も亦其意思の發表に基きて決議に其目的としたる効果を附與する場合には決議は法律行為なり例へば株主總會に於て會社の商號變更の決議を爲したりとせば其決議を組成する株主の意思表示は總て商號の變更なる法律上の効果を目的とし而して法律も亦之に商號の變更なる効果を附與す又會社が資本増加の決議を爲すときは其決議を爲したる株主は資本金の増加なる法律上の效力を發生せしめんことを目的とす故に法律も亦其決議に資本の増加なる效力を附與す唯此場合には商號の變更の如き場合と異り決議は獨立したる法律要件(Rechtliche Tatbestand)を爲さずして一

の法律事實(Rechtlich Tatsache)に過ぎず即ち資本増加の決議に相當する他の法律事實(新株總數の引受と相合して資本増加なる一法律要件を成すものなり)

右の如く決議が法律行為的意思表示なる場合存すること明かなれども其意思表示の性質に關しては學說一定せず或は契約に非ざる多方向行為なりとし(Tuhr. a. d. O.)或は契約にも單獨行為にもあらざる一種の合意(Vereinbarung)なりとし(Tripel, a. d. O.)或は一方的意思表示の總和なりとす(Gleissmann a. a. O.)吾人は決議は議決團體に於ける多數の意思表示の集合より成れる一つの法律事實又は法律要件なりと信ず

決議を以て多數の意思表示の集合によりて成るものとすれば同じく多數の意思表示の集合より成る契約と區別すべき標準如何との問題を生ずべし然れど此點に關しては既に學者の論ずる者多く兩者の間に區別の存することは最早一點の疑を容れず(Eltzbacher, S. 165 ff. 岡松博士八三頁以下神戸博士八二頁以下)故に更に屋上屋を重ねるの必要なかるべし

決議は所謂合同行為即ち廣義に於ける *Gesamtakt* の一種にして多數の併立せ

る意思表示の集合せるものを云ふ合同行為は之を偶然的合同行為と必然的  
合同行為に分つを得べし數人が契約の申込を爲し又は共有者が共有地に地役權を設  
定するが如く本來一人にても爲し得べき行為を數人にて爲す場合は偶然的合同  
行為と云ふを得べし又必然的合同行為は單獨に一人にては爲し得ざる行為即ち  
必ず合同するを要する行為にして之を一個の共同の意思表示を以て爲すべきも  
のと數個の獨立の意思表示を以て爲し得べきものとに分つを得べし前者に屬す  
るものは定款の作成にして後者に屬するものは全員の一致(商法に所謂總社員の  
同意又は他の社員の一致)及び決議となす全員一致の場合は定款作成と異なり同  
一の書面に於て爲すを要せず時又は場所を異にするも又或者は書面を以て他の  
者は口頭を以て表示するも可なり又決議が全員一致と異なる點は其多數決による  
點にあり即ち決議を目的とする意思表示は議決團體に於て多數を占むることを  
條件として其效力を生ずるものなり或は決議は時を異にして爲すを得ず同時に  
爲さざる可らずと論ずれども(岡松博士九六頁)此論は或種の決議にのみ當れるも  
のにして決議の總ての種類に通じたる論にあらず例へば株主總會債權者集會裁

判所等意思表示の時と場所とが總ての表意者に對し一定せられたる場合には誠に論者の説の如し然れども理事取締役組合員親族會等の決議に關しては法律上の如き制限なきが故全員一致の場合と同じく時及場所を異にし且表示方法を異にするも可なり

法律行為的意思表示たる決議は之を法律要件たる場合と法律事實たる場合とに分つ

甲 決議が法律要件なる場合

決議が法律要件なる場合とは決議のみによりて直ちに決議の目的とする法律上の効果を生ずる場合にして親族會の決議にては後見人保佐人及び後見監督人の選任後見人の免黜株式會社の決議にては目的及商號の變更株金額の減少による資本減少取締役の有すべき株式の數又は會社が公告を爲す方法の變更存立時期又は解散事由の定又は其變更解散取締役の代表權又は業務執行權の制限取締役の解任等之に屬す取締役に對して與ふる株主總會の認許(商法二七五條)も亦此部類に屬すべきものなるべし

乙 決議が法律事實なる場合

決議が法律事實なる場合とは決議が目的とする効果を發生するには決議の外尙一定の事實の發生を必要とする場合を云ふ法律要件とは他の事實を伴はずして法律上の効果を發生せしむるの力ある事實又は事實の集合を云ひ (Juristische Tatsbestand) 法律事實とは單獨に法律上の効果を發生せしむるの力なく他の事實と合同して始めて法律要件を成すものを云ふ (Juristische Tatsache) 決議が法律事實なる場合は之を類似要物行為類似申込行為同意及び官廳の共同を要する行為に分つを得べし

A 類似要物行為

要物契約即ち意思表示の外尙意思表示の目的に相當する實行行為を必要とする場合に類似せるを以て假に類似要物行為と名けたり此場合には決議は決議のみによりて直ちに其効果を發生する能はず其決議の目的を遂行すべき行為を必要とするものを云ふ換言すれば此場合には一定の法律上の効果を發生するには決議及び決議を實行すべき取締役の行為を必要とするものなり此場合の決議が

後に説明する準法律行為的意思發表に屬する決議と異なる點は後者に在りては決議は單に取締役に行爲の義務を負はすに止まり法律上の効果は取締役の行爲のみによりて發生するに對し前者にありては決議は取締役の行爲と共に效力發生の要件なる點にあり故に取締役は決議を俟たずして行爲を爲すも其效果を生ぜざるなり此種類の決議に屬すべきものは新株募集による資本増加株式の消却に由る資本減少本店又は支店の所在地の移轉又は新設會社の合併等なりとす

B 類似申込行爲

類似申込行爲たる決議と假に命名したる場合は相手方の承諾を必要とする決議にして選任の決議即是なり清算人取締役監査役検査役は株主總會に於て選任の決議を爲さば被選任者の承諾によりて選任の效力を生ず或は此場合には選任の意思表示は取締役が之を被選任者に表示せざる可らずとか或は選任の決議によりて直ちに選任の效力を生ずとかの説あれども何れも非なり或は選任は會社の機關を作るの行爲なるが故準法律行爲(Rechtshandlung)にして法律行爲に非ずとの説あるも(Tuhr, S. 150) 非なり法人と其機關とは人類の精神と其機關たる五

官との如く自然的の結合にあらずして實に法律關係によりて結合せらるゝものなり法人の機關を選任することは即ち或人と法人との間に機關としての法律關係を發生せしむることなり従て選任の決議が法律行爲たり得べきは實に照々乎たり

C 同意

決議を以て他人の法律行爲に同意を與へ以て其行爲を有効に成立せしむる場合は母繼父繼母嫡母及後見人が無能力者に代りて一定の行爲を爲す場合及是等の者が無能力者が自ら一定の行爲を爲すに付き法定代理人として同意を與ふる場合に於て是等の法定代理人の代理行爲又は同意行爲に同意を與ふる親族會の決議なり公法上の決議にありては憲法八條の緊急勅令に對して與ふる帝國議會の承諾は之に比すべきものなるべし之に反し憲法六四條二項及七〇條二項の承諾は憲法上何等の效力を有するものにあらずして一片の形式に過ぎざるが如し決議を以て同意を與ふる場合に同意行爲は被同意行爲と相合して一個の法律要件を成すや將た同意の決議のみにて獨立の法律要件を成すやに付ては議論あれ

ども(岡松博士八〇頁)本來同意其もの、性質に關するが故茲には論及せず

D 官廳の行爲を必要とする場合

此場合に屬すべきものは債權者集會に於て與ふる協諧契約の承認(舊商法破産編一〇四〇條)公益法人の定款の變更等なり是等の場合には協諧契約の承認又は定款變更の効力は本來決議に基きて發生するものなり即決議に於ける表意者が是等の効果を目的として意思表示を爲したるが故に其効果を生ずるものなり然れども其効果は決議のみによりて發生せずして官廳の認可を得て其効果を生ず故に決議と認可とが相合して一個の法律要件を成すものにして決議は一個の法律事實に過ぎざるものと云ふべし

第二 決議が準法律行爲的意思發表なる場合

此場合の決議は意思を發表せるものなる點に於て法律行爲的意思表示たる決議に同じ然れども後者にありては法律は意思表示に對し表意者の目的としたる効果を附與するに反し準法律行爲的意思發表たる決議の場合には法律は表意者の目的としたる効果を附與せずして反て他の効果を附與するものなり故に意思の

發表にして且法律上の効果を生ずるとは兩種の決議に共通せる點なれども此場合には決議の目的と法律上の効果とは必しも相一致せず即決議が甲の事項を目的とするに係らず法律は之に對し乙の効果を附する場合なり株主總會の決議にして準法律行爲的意思發表なる場合には決議の目的如何に係はらず其目的としたる効果が決議によりて發生せずして取締役をして其目的に相當する行爲を爲さしむるの義務を負はすに止まるものとす此種の決議に屬するものは左の如し

甲 決議が會社と第三者との間の法律行爲を目的とする場合、例へば總會に於て器械の買入功勞者に對する贈與等を決議したる場合なり本來株主總會は會社を代表する權限を有せず故に決議を以て直接第三者との間に法律行爲を成立せしむることは法律上不可能事に屬す之に反して取締役は會社の獨占的代表機關にして特殊の場合(商法一七六條一八五條)の外其代表に他の機關の承認を要し又は他の機關が會社を代表するが如きことなし故に取締役が會社の爲めに第三者と法律行爲を爲すには株主總會の決議を要件とすることなし然るに右の場合の如く株主總會が器械の買入又は贈與等の決議を爲したるときは其決議は賣買

又は贈與なる法律行為を目的とするものにして取締役に對し右の如き行為を命ずるの決議にあらざるに法律は右の決議に對して賣買又は贈與の効果を發生せしめずして取締役をして右の決議に従ひて賣買又は贈與なる行為を爲すの義務を負はしむ【賣買の決議は直ちに賣買の申込としての效力を生ずとの説あるも (Ortmann, § 31, 8) 非なり (Tehr, S. 512, 29 a.)】故に決議が會社と第三者との間の法律行為を目的とする場合には其決議は法律行為に非ず業務執行社員取締役等が會社の業務に關して第三者と法律行為を爲すべきことを決議したる場合も亦此種類の決議に屬す株主總會に於て取締役監査役又は第三者に對して訴訟を起すべきことを決議したる場合も亦此種類の決議に準ずべきものなるべし

乙 決議が會社の事務に關して一定の法律上の効果の發生を目的とし其目的の實現が専ら取締役の權限に屬する場合例へば株金拂込の決議の如し株主をして株金を拂込ましむべき權限を有する者は取締役あるのみ故に株主總會に於て株金拂込に關する決議を爲すも其決議は唯取締役に對し拂込の手續を爲すべき義務を負はしむるに過ぎず株主總會に於ける株金拂込の決議は本來未拂込株金を拂込済株金に變ずることを目的とするも取締役が其決議に従ひて株金の拂込を催告するに非ざれば以て株主に對して拂込義務を負はすを得ざると共に一方に於て取締役が株金の拂込を催告するには株主總會の決議を要件とせず換言すれば株主總會の決議無きも尙取締役は有効に株金拂込の手續を爲すことを得べし此點は前掲第一乙A)の場合と異なる所なりとす業務執行社員取締役組合の業務執行員等が會社又は組合の株金又は出資の拂込に關して爲したる決議も亦此場合に屬するものとす

丙 決議が一定の事實を目的とするとき例へば決議が工場の建設鑛山の探掘船舶の引揚等を目的とする場合にして決議其ものは一定の事實行為を目的とするのみにして何等法律上の効果を目的とせず即ち事實行為を目的とする意思の發表たるや疑なし然るに總會に於て斯の如き決議を爲したるときは取締役に對し是等の目的の遂行に必要な處置を爲さしむるの効果を生ず是れ吾人が此場合の決議を準法律行為的意思發表に數ふる所以なり業務執行社員取締役等の決議に付きても亦同じ後見人が親權を行ふ父又は母が定めたる教育の方法及び居

所を變更し又は禁治産者を瘋癲病院に入れ又は私宅に監置するに付きて與ふる、親族會の同意(民法九二一條九二二條)も亦此種の決議に屬するものといふを得べし蓋し是等の場合に於ける親族會の同意は親族會員の多數が後見人をして右の事實行爲を爲さしめんとこの意思を發表したるに過ぎざるも之によりて後見人の行爲の不法性を除却するの効果を生ずればなり

### 第三 觀念表示

觀念表示とは自ら或事を爲し又は他人をして或事を爲さしめんといふが如き意思を發表するものに非ずして一定の事物に關する自己の認識を發表するものなり此點に於て前述第一及び第二の場合と異なる決議にして此種の行爲に屬すべきものは其數多からず吾人は唯茲に取締役が株主總會に提出したる書類の承認(商法一九二條——一九三條)及び後見終了の場合に後見の計算に對して與ふる親族會の認可(民法九三八條)の二個の場合を擧ぐるに止めんとす株主總會に於て爲す書類の承認は書類が形式上に於ても實質上に於ても正當に作成せられたることの觀念を發表するに止まるものにして取締役の責任を解除するの意思を發表

するものにあらず少くとも斯の如き意思を發表するを必要とせざるなり然るに法律は此觀念表示たる承認の決議に對して責任解除の效力を附與す又後見の計算書に對して與ふる親族會の認可は單に其計算書が實質上并に形式上正當に作成せられたることの觀念を表示するものなり此場合の認可の效力に付ては規定無しと雖も恐らく之によりて後見人の責任を解除するの精神なるべし

以上論ずる所によりて決議は法律行爲なる場合と準法律行爲的意思發表なる場合と觀念表示なる場合とあり従て株主總會に於ける議決權行使の能力其他に關しても其決議の種類により同一に論ずるを得ずと雖も此問題は單に議決權行使のみに限られたるにあらずして右の種類の總ての行爲に通ずるものとす(此問題に關してはEitzbacher之を詳論せり)尙右の外法律上の効果を生ずべき行爲に感情表示(宥恕民法八一四條)及び事實行爲あるも株主總會の決議にして之に屬すべきもの無し例へば株主總會に於て希望感謝等の決議を爲すも何等法律上の効果を生ぜざること明かなり

本論文中に於ける引用書

岡松博士 法律行為論

神戸博士 契約總則

Behrend Lehrbuch des Handelsrechts

Biermann Bürgerliches Recht Bd. I.

Eltzbacher Die Handlungsfähigkeit

Gierke Deutsches Privatrecht

Gleismann Vereinbarung und Gesamttakt

Kuntze Der Gesamttakt

Lehmann Lehrbuch des Handelsrecht

Derselbe Das Recht der Aktiengesellschaften

Örtmann Bürgerliches Gesetzbuch Ires Buch

Renard Das Recht der Actiengesellschaften

Tuhr Der Allg. Theil des Deutschen Bürgerlichen Rechts

### アドリヤチック問題

板倉卓造

南方スラヴ統一運動の盛なること今日より甚だしきはなし。而して其運動の目指す所が第一に埃匈國を分裂して現に其壓制政治の下に在る南方スラヴを解放し以て塞爾維と黒山國と合してアドリヤチック海に臨む一大國家を建設するに在るが故に現下の戦争に於て埃匈國の敗亡を期するものなること勿論なりと雖も其南方スラヴの一大國をアドリヤチック海に臨んで建設するは多年同海を以て自國の一湖水と爲さんとし隨て同海の東岸一帯の地を其一手に領有せんとするの野心を有する伊太利に取りて一大事なりと云はざる可からず。即ち南方スラヴ統一運動は一方に於て埃匈國の敗亡を期せざる可からざると同時に他方に於ては伊太利に對して其主張を固守せざる可からざる其結果、今や南方スラヴ統