

商法總則

法律學講座雙書

商 法 總 則

鴻 常 夫 著



弘 文 堂

商法総則

昭和54年3月30日 初版1刷発行

©著者 鴻 常 夫

発行者 鯉 淵 年 祐

株式
会社 弘文堂

101 東京都千代田区神田駿河台1の7-13

TEL (294) 4801

振替東京2-53909

1332-302200-2281

港北出版印刷・井上製本

はしがき

本書は、わたくしが、これまで二〇年余の間に、主として北海道大学法学部と東京大学法学部で何回かにわたって担当してきた「商法総則」の講義の稿本に、現在のわたくしにとって可能な限り手を加え、かつ、法律学講座双書中の一冊としての体裁を整えたものである。

「商法総則」については、早くから現在にいたるまで、先学によるすぐれた著書が数多く刊行されている。それにもかかわらず、今回、わたくしが、このような形で「商法総則」を公刊することにしたのは、わたくしなりに、職を大学に奉ずる法律学者の責務の一つである教科書の刊行を果たすという、かねてからの念願を達成したいと考えたためである。とはいえ、その内容は、前述したように、わたくしの講義の稿本に由来するものであり、その大部分は、先学の研究業績の集成に過ぎず、体系の斬新さ、理論の精緻さ、解釈の緻密さのいずれにおいても、わたくしとして誇れるほどのものは展開していない。ただ、わたくしが本書の執筆にあたって心掛けたことは、商法総則の各制度の本質的特色を、商法の本質的特色の理解との関連において、明らかにすると同時に、実定法としての日本の「商法総則」の解釈論をできるだけ体系的に展開することにより、初学者のために商法の基礎的な理解の手助けとして役立つような書物としてまとめ上げることであった。その試みがどれだけ成功したかどうかは、読者の判断にゆだねるほかはないが、商法総則の教科書として何ほどの存在意義はもちえる

のではないかと思っている。

本書の刊行にあたって、第一に、法律学講座双書中の一冊として「商法総則」の執筆を強く勧めて下さり、今日まで何かと激励を賜わった鈴木竹雄、田中二郎の両先生に心からの感謝を捧げる。また、本書の実質的内容については、その最も多くを恩師である故石井照久先生の諸著作と御指導に負うている。本書の内容が師説を十分に発展させたものとなっていないのは、残念であるが、今後いつその研鑽を期し、他日少しでも良いものになりたいと願っている。

本書の刊行に際し、東京大学法学部助教授 江頭憲治郎君は、ことのほか多忙な時期に、校正刷を読んで、いくつかの不備を指摘してくれたばかりでなく、面倒な事項索引の作成を引き受けてくれた。その厚意と苦勞に対して深甚の謝意を表する。

末尾ではあるが、本書の公刊にいたるまで、弘文堂社長鯉淵年祐氏、同編集部丸山邦正氏をはじめ同社の多数の方々、わたくしに示してくれた周到な配慮と助力に対して、厚くお礼を申し述べる。

昭和五四年二月七日

東京大学法学部研究室にて

鴻 常 夫

目次

はしがき

第一章 商法学序論

第一節 商法の意義

一 形式的意義の商法

二 実質的意義の商法とその理論的基礎

三 企業に関する法としての商法

第二節 商法の特色と傾向

一 商法の特色

二 商法の傾向

第三節 法体系における商法の地位

一 緒説

二 民法と商法との関係

三 経済法と商法との関係

四 労働法と商法との関係

第四節 商法の歴史と諸外国の商法……………三六

一 商法の歴史……………三六

二 諸外国の商法……………三七

第二章 商法の法源……………四〇

第一節 総説……………四〇

一 商法の法源の意義……………四〇

二 商法一条の存在意義……………四一

第二節 法源の種類……………四二

一 商事制定法……………四二

二 商慣習法……………四三

三 商事自治法……………四四

四 商事判例……………四五

第三節 商事法の適用順位……………四六

一 商慣習法と民法との関係……………四六

二 商慣習法と商法典との関係……………四七

第四節 商事法の効力範囲……………四八

一 人および所に関する商法の適用関係……………四八

二 時に関する商法の適用関係……………四九

第三章 商法適用の実定法上の基礎…………… 充

第一節 総 説…………… 充

一 商法適用上の技術的概念…………… 充

二 商人概念と商行為概念との関係…………… 充

第二節 商行為の概念と種類…………… 七

一 商行為の意義…………… 七

二 商行為の分類…………… 七

三 絶対的商行為…………… 七

四 營業的商行為…………… 七

第三節 商 人…………… 九

第一款 商人の概念と種類…………… 九

一 緒 説…………… 九

二 固有の商人…………… 九

三 擬制商人…………… 九

四 小 商 人…………… 九

第二款 商人たる資格の取得と喪失…………… 九

一 自然人と商人たる資格…………… 九

二 法人と商人たる資格…………… 一〇

第四節 商法総則の総則性……………二〇五

一 商法中における商法総則の地位……………二〇五

二 商法総則と商行為総則との関係……………二〇七

三 商法総則と商法の総則……………二〇八

第四章 営 業……………二〇九

第一節 総 説……………二〇九

一 緒 説……………二〇九

二 活動としての営業と組織としての営業……………二〇九

第二節 営業活動……………二一一

一 営業の自由とその制限……………二一一

二 営業能力……………二一七

三 営 業 所……………二一九

第三節 営業組織……………二二三

第一款 組織としての営業……………二二三

一 客観的意味における営業……………二二三

二 営業の構成……………二二三

三 営業の特別財産性……………二二四

第二款 流通の対象としての営業……………二二六

一	營業の譲渡	二六
二	營業の賃貸借と経営の委任	二六
三	營業の担保化および強制執行	一四一

第五章	營業の補助者	一四一
-----	--------	-----

第一節	総説	一四一
-----	----	-----

一	企業と補助者の必要	一四一
二	企業内補助者と企業外補助者	一四一

第二節	商業使用人	一四一
-----	-------	-----

一	商業使用人制度	一四一
二	商業使用人の意義	一四一
三	支配人	一四一
四	その他の商業使用人	一四一

第三節	代理商	一四一
-----	-----	-----

一	代理商制度	一四一
二	代理商の意義	一四一
三	代理商と本人との関係	一四一
四	代理商と第三者との関係	一四一

第六章 商号……………一七

一 商号制度……………一七

二 商号の意義……………一八

三 商号の選定と使用……………一八

四 商号の登記……………一九

五 商号の保護（商法および不正競争防止法による保護）……………一九

第七章 商業登記……………二〇

一 商業登記制度……………二〇

二 商業登記の意義……………二〇

三 商業登記事項……………二一

四 商業登記の手續……………二四

五 商業登記の公示……………二七

六 商業登記の効力……………三八

第八章 商業帳簿……………三九

一 商業帳簿制度……………三九

二 商業帳簿の意義……………四〇

三 商業帳簿の作成および保存……………四一

四 商業帳簿の種類……………四三

五 資産の評価.....	二四五
--------------	-----

主要文献.....	二四九
-----------	-----

事項索引.....	巻末
-----------	----

第一章 商法学序論

第一節 商法の意義

一 形式的意義の商法

(1) 緒説 一口に商法という場合、それには、形式的意義の商法と実質的意義の商法を区別することができる。形式的意義の商法とは、制定法である「商法」(明治三三
法四八)という法律、すなわち、いわゆる商法典を意味する。ドイツ・フランスなどの大陸法系の諸国は一般に統一的な商法典を有し、日本もこの立法例に属する。

ところで、現行の日本商法典の具体的内容となっているものは、複雑にして多岐であるが、とにかく、現在では総則・会社・商行為および海商の四編で八五一条まである。有限会社法は、商法典には含まれていないが、商法中の会社法と同質的な法律であることについては疑いがないし、手形法・小切手法についても、一般には、右と同様に理解されてきている。このほか、後に商法の法源の個所で説明するように(四七頁以下参照)、多数の商事特別法があり、それらの大部分は商法と同質的なものである。このように、商法典を中心として一連の商事特別法令が多数存在しているということ自体、それが沿革的事情や立法技術上の便宜等によるものであるにしても、商法の統一的一体性を一応推定させるに足りるものであり、同時に、それは、商法が独立の学問的分野として成立すること、いいかえれば商法の自主性をも一応推定させるものであるといえる。しかし、理論的な考察としては、商

法の自主性すなわち商法が独立の学問的分野として成立するといいうるためには、商法に属するとされる諸規定がなんらかの統一的な理念をもって総合的に体系化されうるものでなければならぬ。そして、商法がなんらかの統一的な理念をもって総合的に体系化されうるとすれば、そのような法領域こそが正しく実質的意義の商法と呼ぶうるものといえることになるが、はたして実質的意義の商法を觀念することができるか、それを觀念することができるとして、それでは実質的意義の商法の内容は、どのようなものなのか、また、実質的意義の商法と形式的意義の商法との関係いかんということが、当然問題である。現時の学説は、一般に実質的意義の商法の存在を肯定し、かつ、実質的意義の商法を「企業に関する法」であるとしてとらえている。もっとも、その説くところが必ずしも一致しているわけではないこと、後述するとおりである。

(2) 商法の対象の変遷 前述したように、今日、商法は、一般に、「企業に関する法」であると理解されているが、実定法としての商法は、その規整対象としての企業すなわち企業の組織と企業の取引について、それを表わす特別の技術的概念を定めず、商人および商行為という二つの技術概念を、商法適用にあたつての基礎概念としている。そして、商人と商行為という二つの概念は、必ずしも企業ということを前提とするものではなく、それは二つながら、多分に経済上の商という概念に結びついた考え方を示している。そして、現行商法典の基礎にある考え方は、商法とは読んで字のとおり、商ないし商事に関する法（商事法）であるという考え方であり、商法における商は、経済上の商の概念に依存している。

しかし、経済上の商の概念も、経済の発展とともに、法律上の商として漸次拡大してきたことは歴史の示すところである。当初は、経済上の商は、すなわち有形財貨の転換の媒介であり（これを「固有の商」という）、それを営業とする者のみが商人であつた。

近代經濟の發達、とくに分業の増加・市場の拡大とともに、当初から固有の商と密接不離な關係にあった各種の補助的行為、たとえば、兩替その他の銀行取引、運送、仲立、問屋、運送取扱、損害保險等が、獨立の業務として成立し（これを「補助商」という）、ここに經濟上のいわゆる広義の商が形成され、この広義の商が、法律上も、固有の商と同様に取扱われるにいたった（中世の商事裁判所の管轄權にその点が現われている）。その後、製造・加工のみをする者のごとき、前二者に直接には關係のないものも商人として取扱われるようになった。固有の商や補助商と内容または形態の類似ということから、商法の対象と認められてきたものは、各国法によつて細目は必ずしも同じではないが、動産・不動産の賃貸、電気やガスの供給、請負業、出版・印刷、劇場や食堂の経営、旅客運送、生命保險等必ずしもその例に乏しくない（これを「第三種の商」と呼ぶこともある）。そのほかにも、現代における經濟生活の商化の傾向は、いわゆる「自由職業勞務の商化」の現象（私立の大病院や多数の弁護士を擁する法律事務所等にこれを認めうる）すら生じてきていることに注目すべきである。

このように、商法の規整する範圍が拡大した結果、經濟上の商の概念と法律上の商の概念との兩者の隔たりが著しくなっているし、各国の商法は、それぞれの經濟の發展段階に應じて、その規整の対象を拡大してきたものであり、現在、各国の立法で商法の内容・対象としていところも一樣でないこともあつて、商法の対象の理論的把握が非常にむずかしいものとなっているわけである。

そこで、日本において、かつて、商法の學問的研究が分析的解釋論の域を脱していなかった時代には、前述したように、商法とは商に関する法であり、商とは形式的に法律で商として規定されたものであると説明する立場（松本燕治博士、竹田省博士）が支配的であつた。しかし、この立場は、商法の自主性すなわち商法が一般私法である民法から區別される理論的根拠の究明を断念し、結局は商法の自主性を否定するものであつた。

二 実質的意義の商法とその理論的基礎

(1) 商法本質論の先駆的學說 商法とは商に關する法であり、商とは形式的に法律で商として規定されたものであるとする前述の立場に對して、商法上の諸規定をなんとか統一的に把握することができないものかということ考えたのはドイツの學者であつた。商法が獨立の學問の部門として成立するためには、商法の自主性を明らかにしなければならない以上、そのような學問上の試みがなされたのは自然なことである。そして、そのような試みは、商法について、その對象である生活關係を内容的に把握し、その對象である生活事實それ自体のうちに、商法の自主性を見出そうとするものであつた。代表的な學說として、レヴィン・ゴールトシュミットの媒介的行為本質說、ラストイッヒの史的發生的關連說、ヘックの集團取引本質說などが挙げられるが、これらは商法對象論として十分に成功したものだといえなかつた。

(2) 商的色彩論 以上のような學說史の發展の上に立つて、商法の統一的・綜合的考察を日本で初めて試みたのは、田中耕太郎博士である。その説く「商的色彩論」は、大正末年から昭和一五年前後までの約二〇年間、日本の商法學界を風靡していたといつても過言ではない。

田中博士の商的色彩論は、一般私法の法律事實中商的色彩を帯びるものが商法上の法律事實であつて、それを對象とするものが商法であると説く。そして、博士によれば、商的色彩とは、「商法上の法律事實に通有の技術的色彩」であり、具体的には「集團性および個性喪失の色彩」であつて、それは、「専門化された營利的活動たる投機売買より演繹せられ得べき特性」であるという。

田中博士の商的色彩論は、それまで法條の分析以上に出ていなかった日本「商法學の上に新生命を拓いたものであり、商法の統一的・綜合的考察に、きわめて大きな貢獻をなし、また、商法の特異性の指摘において完全で

ある」(石井照)。しかし、商的色彩論は、商法の対象である生活関係の内容についての積極的確定を放棄し、その意味で、生活事実そのものについての理論的・統一的な把握を断念していると批判され、また、商的色彩のよってもって生ずる根拠を投機売買に求めている点も批判を受けている。

(3) 商法企業法論 田中耕太郎博士の商的色彩論に対する批判として登場したのが西原寛一博士の商法企業法論である。西原博士は、「企業に特有の生活関係を対象とする私法が実質的意義の商法である」とし、企業を商法の中心概念とした。そこにいる企業とは、「私経済的自己責任負担主義のもとに、継続的意図をもって企画的に経済行為を実行し、これによって国民経済に寄与するとともに(公共性)、企業自体およびその構成員の存続発展のため、収益を挙げることを目的とする(営利性)一個の統一ある独立の経済的生活体である」と概念規定し、法律上の商とは、この意味の企業のことであると説いている⁽¹⁾。

西原博士の商法企業法論が出て以来、わが国では、商法を「企業に関する法」と解するのが、漸次一般となり、現在では、多数説というにとどまらず、通説といって差しつかえない。もっとも、商法が企業に関する法であるということの理解は、学者によって一様でないが、商法が当初は固有の商の法であったのは、固有の商が企業の原初形態として現われたためであり、現在では、それが発展して、生産経済一般にも及ぶ高度の企業の法となっているという認識、および、そのような企業概念によって初めて商法の対象が的確に把握され、商法体系の中心概念が定立されるという理解がなされている点では、学説は大体一致しているとみてよい。

商法企業法論は、前述したように、商的色彩論に続いて現われた学説であるが、商法企業法論は、商的色彩論が論証しようとした商法の自主性を別個の面から取り上げたもので、両説は、いわば平面を異にするものであつて、商法企業法論は商的色彩論を一直線に発展させたものでは決していない。商的色彩論は商法性格論として、ま