

商法研究 I

總論・手形法



鈴木竹雄著

商法研究

I

総論・手形法

有斐閣

著者紹介

昭和3年 東京大学法学部卒業
昭和15年 東京大学教授
昭和41年 東京大学名誉教授，上智大学教授，弁護士
昭和50年 勲一等瑞宝章
昭和51年 法務省特別顧問，日本学士院会員

主要著書

商行為法・海商法・保険法（新版昭29 弘文堂）
会社法（新版昭29，全訂第一版昭49 弘文堂）
株式実務〔編著〕（昭31 有斐閣）
手形法・小切手法（法律学全集）（昭32 有斐閣）
商法の企業法的考察の意義（昭33 勁草書房）
証券取引法（法律学全集）〔共著〕（昭44 有斐閣）
商法研究Ⅱ 会社法①（昭46 有斐閣）
商法研究Ⅲ 会社法②（昭46 有斐閣）
新商法演習①～③〔共編〕（昭49 有斐閣）
商法とともに歩む（昭52 商事法務研究会）
会社法（法律学全集）〔共著〕（昭56 有斐閣）



商法研究 I 総論・手形法

昭和56年12月15日 初版第1刷印刷
昭和56年12月25日 初版第1刷発行

定価 6,500 円

著者 ^{すず}鈴 ^き木 ^{たけ}竹 ^お雄

発行者 ^え江 ^{ぐさ}草 ^{ただ}忠 ^{あつ}允

東京都千代田区神田神保町2～17

発行所 株式会社 有斐閣

電話 東京 (264) 1 3 1 1 (大代表)

郵便番号 [101] 振替口座東京 6-370 番

本郷支店 [113] 文京区東京大学正門前

京都支店 [606] 左京区田中門前町 44

印刷・株式会社精興社 製本・株式会社高陽堂

©1981, 鈴木竹雄. Printed in Japan

落丁・乱丁本はお取替いたします。

ISBN 4-641-03562-8

は し が き

この「商法研究」は、私が、いろいろな機会に発表した論文や講演記録をひとまとめにして刊行したものである。長年月にわたってあちらこちらに発表したため、私自身でさえ、参照の必要が生じたとき、それを捜し出すのにひと苦労するので、まして、他の方にすればなおさらに違いないと思う。

しかし、元来がものぐさなため、つい遷延してしまったが、ちょうど一〇年ほど前、有斐閣の編集担当常務だった新川正美君が強く勧めてくれたので、重い腰をあげて「商法研究」のⅡとⅢを刊行した。それは、「法律学全集」に会社法を書かなければならなかったため、会社法関係のものをその前にまとめておくことが必要であると思つて、そのため、ⅡとⅢにとりあえず会社法に関する研究を集めて刊行したわけである。

しかし、引き続いて二冊刊行すると、いささか疲労をおぼえたうえ、ほかの仕事の関係もあって、これに専念するわけにいなかったのだ、しばらく様子を見ようということで、他日を期していたところ、いつの間にか何年か過ぎ去ってしまった。そのうえ、昭和五二年に思いもかけず脳出血の発作のために半年ほど入院生活を余儀なくされ、退院後もやはり健康を氣遣つて、いままでしてきた仕事の相当部分を止めることにした。しかし、昔のようにてきぱきと仕事を処理することが、とうていできないので、そのためいつの間にか今日まできてしまった。しかし、東京大学の竹内昭夫教授が心配をしてぜひまとめるように勧めてくださったので、思い切つてこの仕事にかかつてみようとしたが、とうてい自分で細かいことをするわけにはいかないので、東京大学の岩原紳作助教授に編集その他をお願いして、昔書いたものの文章を読みやすくしていただき、今回ようやく刊行の運びに

至ったわけである。

この「商法研究Ⅰ」は、商法関係で会社法を除いた他の部分、すなわち商法総論と手形法その他を収めたものであるが、その中には、相当昔の作品も少なくなく、それらについては、その執筆の当時の事情とか、動機とかを説明しないと、今日読んでくださる方に理解していただくのが難しいのではなからうかと思ひ、そのようなものについては、論文の後ろに〔追記〕を設けて、若干のコメントを加えることにした。

それらのうち、巻頭の「商法学の進路」というのは、東京大学教授を退官するときの最終講義であるが、その内容は、私自身の商法学が何を狙ってどのように進んできたかを述べたものであつて、その意味では、それこそ、この「商法研究Ⅰ」の序文としてもいいようなものかと思う。

次に、総論の部に当たるところに収めた「商法の企業法的考察の意義」以下数篇の論文は、私が在外研究から帰国した昭和一五、六年から終戦に至るまでの間に書いたものである。当時は、自由経済から統制経済に移行して、おびただしい経済統制法令が氾濫し、そのため商法の影がはなはだ薄く感ぜられた時代であつて、経済統制法と商法との関係について、いろいろな考え方が主張されたが、私は商法と経済統制法とは異質なものであると考へて、それらの論文を執筆した次第である。それらの経済統制法が全く姿を没してしまつた今日では、このような論文がどれだけの意義を持つてゐるか、疑問がないではなく、ことに私は、昭和三〇年代の初めに、「法律学講座双書」の一巻として論文集を出すことになつたとき、これらをまとめ、「商法の企業法的考察の意義」と題して刊行した。そのため、これらをこの「商法研究」に再び収めることに若干の躊躇を感じないではなかつたが、その「商法の企業法的考察の意義」は、もう久しく絶版になつて、殆ど入手できない状態になつてゐるため、思い切つて本巻に収めることにした。

統制経済法は今日ではもはやすべて姿を没しているが、そこで商法の本質を考察したことは、たとえば、独占禁止法と商法との関係、あるいは企業の公共的性質と商法とのかわり合いというような問題を考える場合にやはり意義があるのではないかと考える。

本巻をこのようにして刊行することになった機会に、二年前に亡くなってこれを見てもらえない新川正美君のことをあらためて追憶するとともに、今度の刊行について、いろいろな配慮をしてくださった竹内教授、さらに編集、校正その他を煩わせた岩原助教授、学習院大学講師神田秀樹君、東京大学法学部助手宍戸善一君、東京大学大学院法学政治学研究科博士課程柴田和史君および有斐閣編集部の大橋祥次郎、中沢郁代の諸君に対し心からの謝意を表したいと思う。

一九八一年一〇月

鈴木竹雄

目次

商法学の進路	一
日本の商法学	二三
判例研究の意義	一九
商法の企業法的考察の意義	二九
経済の変遷と商法	四三
——商法と経済統制法の関係に関する一考察——	
経済統制法と商法	六九
商人概念の再検討	七五
商法における組織と行為	一七
流通の対象たる企業と侵害の対象たる企業	一七三

商号の侵害	101
貸借対照表法の最近の動向	113
問屋関係における委託者の地位	119
有価証券における権利の存在と権利の所在	179
手形法の基礎理論	185
手形行為の解釈	203
ウルマーの手形理論	213
手形の偽造・変造	237
手形の変造	247
手形裏書の抹消	255
——裏書の資格授与力に関する一研究——	
除権判決	297
隠れた取立委任裏書と人的抗弁	345

小切手の預入と預金の成立.....四四七

事項索引.....卷末

商法学の進路

一

私は今年の五月二三日満六〇歳になり、この三月の末、定年のゆえをもって退官いたします。したがって、本日が東京大学における私の最終講義ということになります。

私が東大を卒業したのは昭和三年であって、数えてみると、卒業以来三八年、そのうち、助手が二年、助教授が一〇年、教授が二六年ということになり、また、昭和六年の春はじめて手形法の講義を担当して以来本学の教壇に立つこと三五年になります。ずいぶん長い年月で、その間に教えた学生諸君の数はおそらく一万数千名に達するかと思います。顧みればまことに夢のごときものであって、いまいよいよ定年退官を迎え、感慨ひとしおなるものをおぼえます。本日最終講義を行うにあたり、多数の学生諸君のほか、同僚同学の諸兄が多数御列席くださったことは、まことに身にあまる光栄で、感謝のことばありません。ただ、私の最終講義は、その内容がはなはだ乏しく、御好意にむくいるようなものでないことを心から恥かしく思います。

東京大学の法学部は、いまさいうまでもなく、幾多のすぐれた教授が諸講座を担当し、それぞれりっぱな業績によって、日本の法律学の進展に貢献し、また、現に貢献しつつあります。率直にいえば、日本の法学は、東京大学を中心として進歩を遂げ、また、現に遂げつつあると申しても、さまで過言ではなかうと思えます。それは商法講座についても当然いい得るところであって、岡野敬次郎、松波仁一郎、松本丞治、田中耕太郎の諸先生が残された業

續こそ、まことに日本の商法学史そのものであると思われれます。すなわち、岡野先生は、ドイツの商法学をとり入れて、日本の商法学を創設されました。松波先生は、加藤正治先生とともに、海商法の領域ですぐれた業績をあげられ、松本丞治先生は、岡野先生の学風を進めて、商法全般にわたって緻密な理論を展開されました。そしてこれらの諸先生が、どちらかといえば商法の分析的研究に傾かれていたのに対して、田中先生は、商法の総合的研究の必要を説き、有名な「商的色彩論」や「組織法行為法論」など独自の基礎理論を樹立され、さらにその方法論をもって商法の各領域の基礎理論を明らかにされたのであります。

私は、これらの諸先生のあとを受けて、東大の商法講座を担当することになった以上、直接には田中先生の後継者として、田中先生のなされたところをさらに進め、もし田中先生のなされたところに問題があればそれを追求する。もしまた田中先生がなされていなかったものが残っていれば、新たにその問題にとり組む。要するに、田中先生を通じて田中先生の上に出る、durch 田中先生 über 田中先生 hinaus ということが、当然私に課せられた任務であつたと思います。そして私もそのような任務を果たすための努力を決してなおざりにしたわけではありませんが、ただ田中先生はあまりにも偉大であり、これに対し私は残念なことにあまりにも非力であつたため、申しわけないことに私のなし得たところははなはだしく貧弱であります。しかし、私がともかくも努力したところを、それが貧しいものであるにせよ、この機会に顧みることを許していただきたいと思ひます。

二

田中先生は、商法の自主性ということを主張されました。ところが、私が留学から帰朝した昭和一五年ごろは、まさに大戦の前夜であつて、経済統制法が相次いで制定され、経済関係の法としての商法が著しく色あせた観を呈して

おりました。そのため、商法学者のうちにも、商法の意義について疑問をいただき、商法をもって経済法の一部ないしは歴史的発展の一段階とみとめるような商法と経済法との合一論がはなだしく優勢となりました。しかし、私は、これに対し、同じ企業関係を法的に規制する場合でも、商法と経済法とはその目的が違い、したがって性格も違うと考えて、商法と経済法との分離論を主張する一連の論文を書いたのであります。それらは「商法の企業法的考察の意義」という論文集に収めてありますが、当時においては、非時局的な方向の考え方ではなかったかと思えます。しかし、戦後、統制経済から再び自由経済に復帰するに及んで、私の考え方の妥当なことが実証されたような気がいたします。

いずれにせよ、この私の考え方は、田中先生の商法論を、経済法の進展という新たな現象のもとで生かし続けようとしたものであるとともに、企業関係のいかなる面の問題であるかということによって法的規制の性質が異なることを説いた点で、田中先生が強調された法律概念の相対性という考え方に連なるものと思います。そしてこのような法律概念の相対性の考え方にもとづくものとしては、さらに「流通の対象としての企業と侵害の対象としての企業」という論文があります。これも、企業という実体のどの面が問題であるか、すなわち、営業譲渡のような流通の対象としての企業の問題か、不正競争のような侵害の対象としての企業の問題かということに分けて考えないと、無用な混乱を引き起こし、明確妥当な解決を望み得ないという立場で考えたものであります。また、田中先生は商法の存在理由を商的色彩論によって基礎づけられたのでありますが、近時の商法学者は、商法の対象を企業とみとめることによってこれを基礎づけております。そして私もこの考え方をとっておりますが、商法企業法論といっても、必ずしも軌を一にするものではなく、たとえば西原寛一教授は企業を法律関係の構成自体に直接持ち込まれたのでありますが、私は企業関係の特別需要をもって商法という特別法の形成要因とみとめるにとどめたのであって、その意味で、私の

考え方は、田中先生が指摘された商的色彩を具体的にそなえた実体が企業関係であるとするにすぎないのであります。

このように私は、田中先生の考え方に沿って商法の問題を考えたのでありますが、常に必ずしも先生の学説にそのまま追従したわけではなく、ときにはこれに批判を加えました。たとえば組織法行為法論は、商法を二つの分野に分けて、それぞれの特色と両者の理論的關係を提示した田中先生の代表的学説の一つであります。私は「商法における組織と行為」という論文で、やはり法律概念の相対性という立場からその学説の意義を高く評価しつつ、他方、先生が組織法の強行法的性質を商取引に關係させて説明しておられるのは十分でなく、商法における強行法規には弱者保護の立場に立つものが少なくないことを指摘しました。さらに田中先生は、社員権否認論、合名会社組合説を主張され、私の兄弟子である松田二郎博士がこれをおし進められたのでありますが、私はこれに対して疑いをいだき、「株主の共益権」という論文で、共益権をもって、田中先生のように株主の権利ではなく権限であるとするのも、また松田博士のように株式会社における公権とみとめることも、ともに誤りであって、共益権の性質は株主の利益の立場から論定すべきものであるとしました。また、合名会社の組合性については、形式的な組合概念と実質的な組合概念とを分けて考えるべきであると論じたのであります。後者は、いまなおこれに賛同するものが残念ながらほとんどありませんが、前者については、近時八木教授の株式会社財団説等別の理論もあらわれるにいたっておりますが、大隅教授その他私と同じ方法をとる学者が少なくないように思われます。

その後、私は、手形法・小切手法に関する著書をあらわしましたが、手形法は田中先生がきわめてすぐれた理論を展開されている領域であり、したがって、その上に出ることはなはだむずかしいのであります。私は、有価証券における権利と証券との結合について、権利の所屬の問題と権利の存在の問題とを分けてそれぞれ別個に考察することの必要を説きました。そしてその立場から、有価証券の基礎理論を考え、さらに手形、小切手、株券等について新た

な理論構成を試みたのであります。

さらに一般的に申しますと、日本の従来の法律学には、一般に理論を重視する傾向が強く、ことに田中先生が商法の基礎理論を重んぜられていることもあって、先生の追隨者は私を含めて、法律学における理論の追求にふけり、これをもって商法学の全部とするかのように考える傾きがありました。しかし、私は、商法に取り組んでいるうちに、法律学は理論の学に相違ないけれども、同時にそれは実際のなものでなければならず、したがって、商法学における理論と実際との結びつきについて努力しなければならぬということを次第に強く思うようになりました。このことはいまさういうまでもないほどあたりまえのことであって、だれしも口にするところではありますが、その実行の点においては決して十分ではなかったように思われるのであります。私は、松本先生、田中先生から受け継いだ東京商工会議所の商事法規委員会の委員長として、実業界の声を聞く機会に恵まれましたが、さらに学者と実業界との共同研究を行って、実業界から実際上の問題を提起してもらい、それを学者が理論的に解決するという方法を思いついたのであります。ジュリストに連載した「会社法セミナー」はその最初の企てであって、従来ほとんど論ぜられていなかったような新しい問題に直面して、いままで私が持っていた商法の解釈論がいかにも不十分なものであったかということとを何度となく痛感させられたのであります。

この点は、判例批評を行うにあたって、同様に感ぜられるところであって、これまで通説として何ら疑いをいだかれていなかった考え方を適用したのでは、とうてい妥当な解決にいたり得ないことが、非常にしばしば起こってまいります。私は、卒業して助手となり、民事法判例研究会に出席を許されたその二、三回目のことだったかと思いますが、末弘厳太郎先生がついこの間教室でまったく当然のことのように説明されたので、つゆいささかも疑念をいだいていなかったような事柄について、あれは非常に疑問でその解決に苦慮しているといわれたのをうかがって、がく

然としたことがあります。要するに、通説なるものも、それまでの経験の上に立てられたものなのですから、新たな事実面に直面すればこれをモディファイすることが必要になるのは、むしろ当然のことです。このような場合に、従来の考え方に固執して、法律がこうなっているのだから、結果がどうであろうとしかたがないといひはなつのは最もけしからぬ態度であつて、在来の考え方を反省し、思考をこらして妥当な解決をはかることこそ学者のとるべき道と思われるのであります。もちろん妥当な解決といつても、それはその場限りの解決であつてはならないわけでありますから、当然に理論的な基礎づけが必要とされ、そこに在来の考え方と違った新たな理論構成が要求されることになるわけであります。

このような私の実際的な傾向は、当然立法論に対する興味に連なることになります。すでに古く昭和一三年の商法改正の要綱を作成する過程において、私は松本先生や田中先生の御配慮で委員会の席末に連なつて審議を傍聴することを許されましたが、終戦後昭和二五年の株式会社法の大改正が行われた際には、両先生にかわつて、石井照久教授等とともに主動的な地位に立たざるを得ないことになりました。爾来、法制審議会の商法部会の委員ないし部会長として、昭和三〇年、三七年の株式会社法改正、国際海上物品運送法の制定等の審議に関与し、今年もまた新たな商法改正案が国会に提出されようとしております。

そしてこのような立法論の場合には、解釈論について課せられている法文の制約を離れ、ひたすらに妥当な制度を工夫することになりますので、在来の考え方にとらわれない自由な創意が一そう必要になってくるわけであります。たとえば、記名株式の裏書を廃止して、権利移転の場においてはこれを無記名証券化しながら、しかも権利行使の場においては従来どおり株主名簿の書換をこれと結びつけるというような構想を例にとつても、それが在来の考え方にとらわれない自由な立場でものを考えてこそはじめて思いつく案ではないかと思ひます。

三

私が以上のように進んできた道を顧みると、私は、いつしか田中先生を離れて、松本先生に近づいたのではないかという感じを禁じ得ないのであります。すなわち、純粹な理論の面よりも實際を重視すること、解釈論と並んで立法論に深く興味を示すことなどが、すでに松本先生的だと思われるのであります。さらに、私の社員権論や合名会社の法的性質、あるいはまた手形理論の構成などを例にとっても、何とかして田中先生の学説に打ち克とうとつとめた結果、理論は違いますが、結論は松本先生に復帰している場合がはなだ多いのであって、結局は学者の性格ないし素質ということが決定的なものと考えさせられるのであります。したがって私は、松本先生の学風が隔世遺伝的に孫弟子の私にあらわれたというようにこれを表現したことがあります。私の次のゼネレーションにおいては、實際に傾斜し過ぎた私の行き方を再び田中先生のような方向に戻して、さらに一段とすぐれた商法理論が建設されるにいたることを期待してやみません。

私は、このようにして、解釈論および立法論の両面にわたってともかく努力を続けてまいりましたが、なおなすべきことがきわめて数多く残っていることを痛感いたします。事を商法の分野に限っても、会社法、手形法の研究は進んでおりますが、他の領域は必ずしもそうではない。商法典以外の問題になると、このような欠陥は一そうひどいものがあります。また、商法が、民法を一般法とする特別法である以上は、實際の法律関係は、商法のみによって処理できるものではなく、民法にまたなければならぬことはいうまでもありません。松本先生はこの点民法の造詣がきわめて深かったのであります。私は、田中先生の商法の特異性の理論を自分の都合のいいように考えて、商法という特別法の領域にのみたてこもっておりまして、このような点から考えると、さらには民法のみならず、訴訟法にも

及んで考えていくのであれば、真の解決はとうていできないはずだと思われます。このような私の欠点は、私以外の既成の商法学者にも大なり小なり共通しているのではないかと思われませんが、何とかしてこのような欠陥は直さなければならぬと思いたったのであります。しかし、いかにせん、これに気がつきましたときは時すでにおそく、しかも私の非力では一人ではとうていよくなし得るところではありません。そこで私は、このような欠陥の是正を次のゼネレーションに期待するほかはない、私はただその旗振りの役目、オーガナイザーの役目をするだけで甘んずるほかないと考えるようになったのであります。別のいい方をすれば、私一人ではとうていなしとげ得ない夢の実現を、大ぜいの学者の協力に待とうと考えたわけであります。

このようにして、だんだん迫ってくる定年を前にして、東大教授という地位にある間にこれを利用して、できるだけ多くの企画を進めてみようと考えたのであります。たとえば銀行取引法については、我妻先生や加藤一郎教授その他の協力を得てセミナーを行いました。また現在進められているものとしては、京都大学の大森忠夫教授その他全国の保険関係の学者を動員して、損害保険法の研究会をつくり、一兩年後には、法制審議会ではなかなかそこまでは手の及ばないような損害保険法の改正要綱をつくろうと思っております。また、現在種々の論議の対象になっている会社更生法については、三ヶ月章教授、矢沢惇教授その他の協力を得て、現在その立法論的研究を進めております。また、矢沢教授、田中英夫教授等の協力を仰いで、アメリカのユニフォーム・コマーション・コードの翻訳を進めておりますが、これは先ほど述べた民商法にまたがる総合的な研究の発端とすることを期待しているわけであります。さらに、先年アメリカを訪れた際、渉外関係が進展するにつれて外国法を実際の見地から盛んに研究し、諸大学においてもフォーレン・インベストメントという講座が新設されている状況を見て、わが国においてもこのような研究を進める必要を痛感したのであります。帰朝後、矢沢教授の協力を得て、海外商事法務研究会というものをつくり、その