

商法總則講義

森本 滋 編

〔著者〕

小林 量	北村雅史
洲崎博史	川濱 昇
前田雅弘	早川 徹
片木晴彦	山田純子

成文堂

商法總則講義

森本 滋 編

〔著者〕

小林 量	北村雅史
洲崎博史	川濱 昇
前田雅弘	早川 徹
片木晴彦	山田純子

成 文 堂

◆編 者

森本 滋 (もりもと しげる)

1946 年 生まれ

1969 年 京都大学法学部卒業

現 在 京都大学法学部教授

主要著書 EC 会社法の形成と展開 (1984 年, 商事法務研究会)

会社法 (1993 年, 第 2 版 1995 年, 有信堂)

◆執筆者

小林 量 (こばやし りょう) 名古屋大学法学部教授

第 1 章第 1～5 節, 第 7 章第 3 節

北村雅史 (きたむら まさし) 大阪市立大学法学部助教授

第 1 章第 6・7 節, 第 5 章第 2 節

洲崎博史 (すざき ひろし) 京都大学法学部教授

第 2 章第 1～3 節, 第 5 章第 1・3 節

川瀨 昇 (かわはま のぼる) 京都大学法学部教授

第 2 章第 4 節, 第 3 章第 7 節

前田雅弘 (まえだ まさひろ) 京都大学法学部教授

第 3 章第 1～6 節, 第 4 章

早川 徹 (はやかわ とおる) 関西大学法学部教授

第 3 章第 8 節

片木晴彦 (かたぎ はるひこ) 広島大学法学部教授

第 6 章

山田純子 (やまだ じゅんこ) 甲南大学法学部助教授

第 7 章第 1・2・4 節

(執筆順)

商法総則講義

1996 年 7 月 1 日 初版第 1 刷発行

1998 年 3 月 20 日 初版第 3 刷発行

編 者 森 本 滋

発 行 者 阿 部 耕 一

〒162-0041 東京都新宿区早稲田鶴巻町514番地

発 行 所 株式会社 成 文 堂

電話 03(3203)9201(代) Fax 03(3203)9206

振替00190-3-66099

製版・印刷 藤原印刷

製本 藤原印刷

☆乱丁・落丁本はおとりかえいたします☆ 検印省略

© 1996 S. Morimoto Printed in Japan

ISBN4-7923-2282-0 C3032

◆定価はカバーに表示してあります

◆はしがき◆

本書は、本書の各章を執筆した、片木晴彦氏、川瀆昇氏、小林量氏、早川徹氏、洲崎博史氏、前田雅弘氏、北村雅史氏および山田純子氏と私の9名の、ほぼ1年間の共同研究の結果出来上がった商法総則の教科書である。

商法総則の規定は、商業帳簿に関連する規定を除いて、戦後ほとんど改正されておらず、個人商人を前提に規定している。このような商法総則は、株式会社形態を利用した現在の大企業体制の下において、全面的な見直しが要請される。それは、とりわけ、商業使用人制度について顕著である。さらに、商業登記制度は登記公告を前提とするが、公告はもはやなされていない。商号の不正利用関連規定は不正競争防止法と密接に関連するが、不正競争防止法は平成5年に全面的に改正されている。このように制度の前提ないし関連法分野は大きく変貌している。また、商法総則の表見法理関連規定については、私法の表見法理一般の展開を踏まえて、根本的な検討が要請される。

商法総則の立法論的検討、さらには、その前提として、現在の企業組織並びに企業活動の実態を前提とする弾力的柔軟な現行法の解釈論の提示が強く求められている。それにもかかわらず、商法総則の研究は、最近において十分にはなされていない。このため、平成6年の夏、上記の8氏と相談して、最近の代表的な商法総則の教科書と森本の講義ノートを参考に、商法総則をめぐる学説状況を批判的に検証し、その結果を報告し合い、それを基礎に教科書を執筆することとした。

本書には、このような共同研究の成果として、なにほどこか、他の教科書に比べて誇りうるものがあるのではないかと考える。とりわけ、商法総則をそれ自体としてではなく、現代の典型的な企業形態である株式会社を規制する株式会社法と関連付けて、さらには、代理制度や表見法理に関する現在の私法の一般理論の発展をも視野に入れて、真の意味における「総則」となるべく心掛けた。代理商についてやや詳しく解説したのもそのためである。ま

2◆はしがき

た，重要な判決例をできるだけ引用するよう配慮した。

本書が，商法総則の理論的發展，さらには，学生諸君の勉強になにほどか貢献することができれば望外の幸せである。

研究会に積極的に参加し，本書の完成に尽力していただいた上記8名の方々，研究会の事務及び索引等についてお骨折りいただいた京都大学法学研究科院生の小芝泰君，それに，成文堂社長阿部耕一氏と編集部長土子三男氏に，厚く御礼申し上げる。

平成8年3月18日

森 本 滋

◆凡 例◆

1. 法令名の略称

以下の例のように、通例に従って略記する。

例) 商	商法
有	有限会社法
商特	株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律
計算規	株式会社の貸借対照表、損益計算書、営業報告書及び附属明細書に関する規則
商登	商業登記法
証取	証券取引法
独禁	私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律
不正競争	不正競争防止法
民	民法
民訴	民事訴訟法
破	破産法
銀行	銀行法
保険	保険業法
会社更生	会社更生法

2. 判例集・雑誌の略称

民録	大審院民事判決録
民集	大審院民事判例集または最高裁判所民事判例集
高民集	高等裁判所民事判決集
下民集	下級裁判所民事判決集
判決全集	大審院判決全集
金判	金融・商事判例
金法	金融法務事情
新聞	法律新聞
判時	判例時報
判タ	判例タイムス
判例百選	商法（総則・商行為）判例百選 [第3版]（別冊ジュリスト 129号 1994年）
ジュリ	ジュリスト
民商	民商法雑誌

商事	商事法務
法協	法学協会雑誌
論叢	法学論叢

3. 参考文献 (太字は本書における引用の際の略称を示す)

(1) 商法総則

- 伊沢孝平・註解商法総則 (1949 年, 法文社)
 石井照久・新版商法総則 (1966 年, 弘文堂)
 石井照久＝鴻常夫・商法総則 [第 3 版] (1975 年, 勁草書房)
 大隅健一郎・商法総則 [新版] (法律学全集) (1978 年, 有斐閣)
 鴻常夫・商法総則 [全訂第 4 版補正 2 版] (1994 年, 弘文堂)
 大森忠夫・商法総則講義 (1962 年, 有信堂)
 落合誠一＝大塚龍児＝山下友信・商法 I－総則・商行為 [第 2 版] (有斐閣 S シリーズ) (1993 年, 有斐閣)
 神崎克郎・商法総則・商行為法通論 [改訂版] (1988 年, 同文館)
 近藤光男・商法総則・商行為法 (1995 年, 有斐閣)
 竹田省・商法総論 [改訂増補] (1924 年, 有斐閣)
 田中耕太郎・改正商法総則概論 (1938 年, 有斐閣)
 田中誠二・全訂商法総則詳論 (1976 年, 勁草書房)
 田中誠二＝喜多了祐・全訂コンメンタール商法総則 (1975 年, 勁草書房)
 田邊光政・商法総則・商行為法 (1995 年, 新世社)
 西原寛一・日本商法論第 1 卷 (1943 年, 日本評論社)
 服部栄三・商法総則 [第 3 版] (1983 年, 青林書院新社)
 服部栄三＝星川長七編・基本法コンメンタール商法総則・商行為法 [第 3 版] (別冊法学セミナー) (1991 年, 日本評論社)
 松本蒸治・商法総論 (1923 年, 中央大学)

(2) 会社法

- 北沢正啓・会社法 [第 4 版] (1994 年, 青林書院)
 鈴木竹雄＝竹内昭夫・会社法 [第 3 版] (法律学全集) (1994 年, 有斐閣)
 森本滋・会社法 [第 2 版] (1995 年, 有信堂高文社)

(3) 民法

- 幾代通・民法総則 [第 2 版] (1984 年, 青林書院新社)
 四宮和夫・民法総則 [第 4 版] (1986 年, 弘文堂)
 林良平＝石田喜久夫＝高木多喜男・債権総論 [改訂版] (1982 年, 青林書院新社)

◆目 次◆

はしがき

凡 例

第1章◆総 論	1
第1節●商法の意義	1
第2節●商法の地位	4
1 民法との関係—4 2 労働法との関係—5	
3 経済法との関係—6 4 手形法・小切手法との関係—8	
第3節●商法の基本概念	8
第4節●商法の法源	8
1 商事制定法—9 2 商慣習法—12	
3 商事自治法—13 4 商事条約—15	
第5節●商法の特徴	15
1 内容上の特徴—15 2 商法の傾向—18	
第6節●商法の形成と展開	20
1 商法の起源—20 2 大陸法系の商法—20	
3 英米法系の商法—22 4 EUの商法—23	
5 日本の商法—23	
第7節●商法の適用	25
1 総 説—25 2 商法適用の順序—25	
3 商法の適用範囲—27	
第2章◆企業主体としての商人	29
第1節●商人の意義	29
1 商人概念と商行為概念の関係—29	
2 わが商法の規整方法—30 3 商人の意義—32	

6◆目 次

4 小商人—36	
第2節●商人資格の得喪	37
1 総 説—37	2 法人の商人資格—37
3 商人資格の取得・喪失の時期—40	
第3節●営業能力	43
1 総 説—43	2 未成年者—44
3 禁治産者—45	4 準禁治産者—46
第4節●営業の自由と制限	47
1 総 説—47	2 営業の自由とその限界—47
3 営業をなすことに対する制限—48	
4 営業の態様に対する制限—50	
第3章◆商 号	53
第1節●序 論	53
第2節●商号の意義	54
1 商号の意義—54	2 商号単一の原則—55
第3節●商号の選定	56
1 商号の選定の自由—56	2 商号自由主義の例外—57
第4節●商号の登記	59
1 商号登記制度—59	2 商号登記の手続—59
3 商号の仮登記—60	4 商号登記の効力—60
第5節●商号の譲渡・相続	62
第6節●商号の廃止・変更	63
第7節●商号権	63
1 序—63	2 商号使用権—64
3 商号専用権：商法 20 条—64	
4 不正競争防止法における商号専用権の保護—67	
第8節●名板貸	69
1 名板貸の意義—69	2 名板貸人の責任—69
3 名板貸人の責任の要件—70	

第4章◆営業とその移転・担保化	78
第1節●営業の意義	78
1 主観的意義の営業と客観的意義の営業—78	
2 客観的意義の営業—78 3 営業の構成要素—79	
4 営業の特別財産性—80	
第2節●営業所	80
1 営業所の意義—80 2 本店・支店—81	
3 営業所に認められる効果—81	
第3節●取引の対象としての営業	82
1 営業譲渡—82 2 営業の賃貸借と経営委任—89	
3 営業の担保化—90	
第5章◆企業の人的補助施設	92
第1節●序 説	92
第2節●商業使用人	94
1 支配人—94 2 その他の商業使用人—106	
第3節●代理商	109
1 代理商の意義—109	
2 代理商と本人との関係（内部関係）—112	
3 代理商と第三者との関係（外部関係）—115	
4 代理商関係の終了—115	
5 保険代理商をめぐる問題—116	
第6章◆商業帳簿	121
第1節●商業帳簿の規制	121
第2節●企業会計法の目的	121
1 経営管理—121 2 経営のコントロール—122	
3 債権者保護と企業内容の開示—123	
4 配当規制—124 5 課税標準の確定—125	

8◆目 次

第3節●企業会計法の構造	126
1 会計と法の関係—126	2 公正なる会計慣行の斟酌—127
3 損益法と財産法—130	4 会計法の目的の対立と調整—131
第4節●商業帳簿の意義	132
1 商業帳簿の内容—132	2 貸借対照表—134
3 損益計算書—135	4 会計帳簿—138
第5節●商業帳簿の保存・提出義務	139
1 商業帳簿の保存—139	2 商業帳簿の提出義務—139
第6節●資産の評価と計上	140
1 流動資産—140	2 固定資産—141
3 金銭債権—141	4 のれんの計上—142
5 繰延資産—142	6 引当金—143
第7章◆商業登記	144
第1節●序 説	144
1 企業の公示制度—144	2 商業登記の意義—145
3 登記事項—146	4 登記事項の通則—148
第2節●商業登記の手続	148
1 登記の申請・管轄—148	2 登記官の審査権—150
3 登記の更正および抹消—151	4 商業登記の公示—152
第3節●商業登記の効力	153
1 序—153	2 商業登記の一般的効力—154
3 不実登記—163	
4 商法12条、14条と商法266条ノ3による取締役の責任—165	
5 特殊の効力—167	
第4節●株式会社の登記	168
1 序—168	2 登記事項—169
3 登記の手続・登記事項の通則—170	
索引	171

第1章◆総論

第1節●商法の意義

商法については、形式的意義の商法と実質的意義の商法の区別がある。形式的意義の商法とは、明治32年に制定された商法典という制定法を意味する。これはドイツ法をモデルとして制定され、その後数次の改正を経ている。しかし、形式的意義における商法、つまり商法典の内容は、複雑多岐にわたっており、しかも断片的な規定が少なくない。また、その中には商人以外のものに対しても適用される規定がある。さらに民事訴訟手続きや刑罰に関する規定が散在する。他方、商法典以外の法形式において存在する法の中にも、商人の生活関係を規律する法が認められる。このため、学問上商法として、統一的体系的に把握されるべき特定の法領域というものが存在するのかが問題となる。今日一般にそのような法領域の存在が肯定されており、法の存在形式を問わず、民法とは別個の、首尾一貫した規整理念のもと、統一的な法体系として理解される実質的意義の商法という概念が定立されている。そして、商法典は、そもそもこのような理論的裏づけのもとに制定されたのであり、商法典の中に雑多な規定があり、また、実質的意義の商法に含まれるべき規定が商法典以外において存在するのは、沿革的理由ないし立法技術上の便宜という理由によると説明される。

現在の通説的見解は、この実質的意義の商法は企業に特有な需要を反映する規定で、その中心をなす基本的観念は企業であると解し、したがって実質的意義の商法とは、民法に対して独自性を有する体系的な法分野であり、企業に関係する経済主体の私的利益の調整を目的とする法規整の総体であると説明する。この説を企業法説という。ここにいう企業とは、一定の計画に従い、継続的意図をもって資本的計算のもとに営利活動を行う法的に独立した経済単位であり、実質的意義の商法は、このような企業の法律関係に特有

の、すなわち、私法の一般法である民法の規整では不十分ないし不適当な特殊の需要に応ずる特別の私法規整の総体であり、この意味において、民法の特則であると説明される。

ところで、企業関係についても、私法的規整と公法的規整が存することはいうまでもないが、私有財産制度を基調とする自由資本主義経済体制のもとにあっては、企業関係は主として私法関係として現れる。したがって企業関係に特有な法規の中にあっても、私法的規定が量的にも質的にも重要であるとして、商法を企業関係に特有な私法規定の総体と解するのが伝統的な考え方であった。しかし、今日では、企業関係に特有な私法規定の実現を保障することを目的とする公法規定（訴訟法や刑法さらには行政法）もまた実質的意義の商法に含まれると解する説が有力である。しかし、これは実質的意義の商法をどう捉えらるかに帰する問題であろう。商法を民法の特別法と解する場

1) 企業法説の代表的論者として、西原寛一・商法Ⅰ商法総則 22頁（1938年、日本評論社）以下。もっとも、企業の定義の仕方は論者により微妙に異なる。特に経済上の概念と同一のものなのかどうか明確でないとして、法律上の企業概念の定立の必要を説くものとして、服部・10頁、田中誠・18頁。また、商法が対象とするのは企業全般ではなく、商人的経営設備を用いて営業を行う商企業であるとするもの（鈴木竹雄「商人概念の再検討」商法研究Ⅰ 124頁（1981年、有斐閣））もある。なお、現行法上の商人概念と一致させるべく、企業という概念ではなく、商企業という概念を用いる見解もある（田中誠・19頁）。

2) 商法の本質に関する学説としては、ドイツでは、商取引の集団性に着目して、集団取引に商法の統一的对象を求め、商法は集団取引に関する法であるとする説（集団取引法説、ヘック）、商法は経済的意義の商である固有の商、すなわち財貨の転換の媒介を対象とするものとして発展し、その後取引の拡大に必要な補助商も商法の対象とされたというもの（発生史的関連説、ラスツイッヒ）、以上のような商法の拡大の中核は媒介行為であるとし、商法の対象の本質は媒介であり、これには財貨の媒介である単純媒介と、それ自体媒介である商の媒介をなす二重媒介があるとするもの（媒介行為説、ゴールトシュミット）、商法の対象を統一的に把握することを断念し、商法は、固有の商である商法の遂行に必要なかつ有益な各種の法制度および法規定の寄せ集めに過ぎないとする説（実証説、レーマン）等があった。

日本では、商法典が商または商事として定める法律事実が商法の対象であり、商法はこれらの法律事実特有な法規の総体と解する見解（松本・8頁）もあったが、企業法説が登場する以前は、商的色彩説というものが支配的見解であった。この見解は、民法と商法が規律する法律事実の対象は概ね共通するのであり、商法の特質はむしろその対象とする法律事実が反映する色彩によるものである、すなわち、一般私法の法律事実のうち、商的色彩を帯びるものが商法上の法律事実であり、これを対象とするものが商法であるとする（田中耕太郎「方法としての商的色彩」商法学一般理論 65頁（1954年、春秋社）以下）。そして、この商法に通有な特徴とは集団性・個性の喪失であるとする。この立場から企業法説に対しては、「企業に特有な需要に応ずる」といっただけでは、民法と商法の性質の差異を説明したことにならず、一種のタウトロジーであるとの批判もある（田中耕太郎・前掲 78頁）。両説の批判的検討については、上柳克郎「商的色彩論について」林良平先生還暦記念・現代私法学の課題と展開（中）209頁（1981年、有斐閣）参照。

合には、公法規定は含まれないことになるし、企業的生活関係に適用される法規の総体と理解するなら、そのような公法規定も実質的意義の商法に属することになる。

このように現在商法＝企業法説が通説であるが、こう解する場合の問題として、①現行法上企業概念とは無関係の絶対的商行為というものが認められていること、逆に、②商行為以外の行為を業とする者には商法の適用がないこと、が挙げられる。また、③現在用いられている企業概念にも拘らず、農林業経営者は商法の埒外におかれており、また、自由職業人が解釈上商人としないと解されているがこれをどう説明するか明らかでないし、さらに根本的な問題として、④法的な企業の定義が明確にされておらず、このため、この法領域の首尾一貫した指導理念とシステムの構造も明確にされていないとの指摘がある（落合＝大塚＝山下・8頁）。①については、絶対的商行為概念はフランス革命後の階級撤廃思想により偶然に混入した沿革的理由によるものであり、立法論的には廃止すべきであるし、②についても立法技術の問題であるが、これも沿革上のものであり立法論的には商人主義（主観）主義に徹底すべきものであると説明される。これに対して③④については、確かに³⁾これまで充分な説明はなされていない。また、以上のような問題に加え、現在実質的意義の商法といわれているものは、株式会社法、合名会社・合資会社法、商取引法という三種の規整原理を異にする分野を包含している（後述第2節1(1)参照）が、そのような規整原理を異にする分野を統一的な概念で合理的に説明できるかということ自体が問題となる。

そもそも実質的意義の商法の概念にいかなる機能を期待するかということが問われるべきであろう。単に現在商法典の背後に商法典の全体を貫いて存在し、これを支える概念はこのようなものであると説明する機能という意味では商法＝企業法説はそれなりの機能を果たしているといえる（上柳前掲注(2)論文245頁）。商法の1条は、商事について商法を適用するとしていること

3) 農業については、本来収容すべきものが沿革的理由から入らなかったとの見解もあるが、農業は取引関係の部分以外では商企業でない（鈴木・前掲132頁）、あるいは、これらを商法の対象とするのは現実ばなれている（自由職業も含めて）（田中誠・19頁）として、そもそも商法の規整の対象とはならないとする見解がある。

から、解釈論としてはこの商事がなにを意味するかが問題となる。しかし、商法は商人あるいは商行為の概念を通じて、商法が適用される場合を明確にしているから、実際上商法が適用される場面は明瞭であり、何が商事であるかを決する必要はなく、企業をどう定義するかにより商法の規定の適用が左右されるわけではない。もっとも、これは商法の本質論の研究の必要性を否定するものではない。しかし、現在のところ、実質的意義の商法をなす各領域は自己完結的であり、商法の本質論が解釈論レベルにまで影響を及ぼしていない（竹内昭夫「企業法の地位と構成」現代企業法講座Ⅰ 24 頁（1985 年，東京大学出版会）以下）ということに留意しなければならない。

第 2 節 ● 商法の地位

1 民法との関係

（1）一般法と特別法

商法と民法は特別法と一般法の関係に立つといわれる。商法は、民法の規定を補充変更するか（商 504 条以下）、一般的な制度を特殊化・類型化して規定する（商業使用人、代理商、会社、運送、倉庫等）か、また、民法の知らない制度を創設している（商業登記、商業帳簿、商号等）が、いずれの場合にも程度の差はあれ、民法の規定が補充的に適用される（例えば最後のものについても、能力や法律行為等は民法の規定の適用が前提となっている）と説明される。

商取引法の分野については、商法が民法の特別法であるということが出来る。しかし、株式会社法は自己完結的であり、民法の公益社団法人法と体系的につながっているわけではなく、公益社団法人法の特別法というわけではない。商法に規定がなく、商慣習もない場合に、当然に直ちに民法の公益社¹⁾団法人の規定を適用するということにはならない。一方企業的经营手法という側面および多数の利害関係人の調整という側面において、株式会社の規整原理は、大規模協同組合や相互会社の規整原理と同質性を有する。したがっ

1) 森本・17 頁注⑧は、株式会社に關する規定は、他の種類の社団法人法において準用されている場合も多く、むしろ株式会社法が、基本的な社団法人法としての性格を有していると指摘する。

て、株式会社法については、民法の公益社団法人に関する規定と対比しつつ、協同組合・相互会社の法制度と併せて検討するのが適当である。これに対して、合名会社・合資会社はその組織形態は組合に近いものであり、匿名組合も含めこれらを総合的に考察する必要がある。このように、商法は各分野毎に民法との距離が異なっており、先の商法の民法に対する特徴の現れ方には、これらのそれぞれの分野毎に、その有する特色（規整原理）に応じてかなりの濃淡があるということに留意する必要がある。

（2）民法の商化と民商統一論

民法と商法との限界は確定不動のものというわけではない。かつて商法上の原則または制度であったものが民法に取り入れられる（例えば契約自由の原則）とともに、かつて民法に属していた制度・法律関係が後になって商法の対象とされるようになる（例えば会社形態で営まれる原始産業）傾向が指摘されている。これを民法の商化という。ただし、一般生活の中には性質上商化現象の埒外にたつものがあるとともに、企業関係は絶えず新しい制度を創造するから、民法の商化によって商法が完全に民法の中に融合し、その独自の存在を失なうようになるとは考えられない。

なお、商法の民法に対する独自性に疑いを抱き、民法典と商法典を併存させることは妥当ではなく、両者を一つの法典に統一すべきであるとの民商二法統一論が学者の一部により出され、これを実現した国もある（スイス債務法等）。しかし、現在の我が国では、企業関係が一般法である民法によって処理できない特殊性を有する以上、その企業関係を規律する実質的意義の商法の存在は、形式的な別法典の存在の基礎を提供しており、したがって、形式的にも特別法が存在するのが当然であるとし、民商二法統一論は支持されていない。

2 労働法との関係

企業は、その必要とする労力を補充するために企業補助者を求めることになる。この企業補助者の企業における法律関係には、企業者に従属して労務を提供する面と、企業者のために第三者と取引する面とがある。前者を企業補助者の生活利益の擁護という社会政策的見地に基づいて規整するのが労働

法であり、後者を取引の円滑と安全という観点から規整するのが商法であると解され、このように、商法と労働法は、規整目的や理念及び原理を異にする。その意味で両者は別の法領域に属すると解されている（大隅・50頁、²⁾鴻・39頁）。

3 経済法との関係

近時、経済に対する国家機関の関与が積極化してきたことから、独占禁止法、銀行法・保険業法・証券取引法・貨物運送法等の各種の業法、消費者保護法等を中心にいわゆる経済法という法領域の存在が唱えられている。しかし、広汎多岐にわたる経済現象のいかなる対象をいかなる理念のもとに規整するものを経済法として把握するかについては未だ定説のないところである。以下では、経済法の主要な柱である法領域と商法の関係について述べる。

（1）独占禁止法との関係

商法と独占禁止法は、規整対象と内容に類似性が認められる。しかし、商法は企業に関係する個別権利主体の利害の調整を目的とし、私法に属する。これに対して、経済法は、国民経済全体の立場から企業組織や企業活動を規整し、私的自治に基づく公正かつ自由な競争秩序の枠組みの構築を目的とする。この点で両者は法的規整の次元と指導理念を異にし、別の法領域を成すと解するのが多数説である（鴻・33頁、服部・58頁）。これに対して、独占禁止法は、企業一般の組織および活動についての基本的な在り方、現代企業秩序一般のよって立つ基本原則を宣明するものであるとして、これも商法の体系に属するとする見解（大隅・53頁）³⁾も有力である。

（2）業法との関係

業法は、特定の事業ないしその取引類型の具体的な特殊性に基づき、その企業組織および企業活動について、公益性や産業政策的目的等種々の観点か

2) もっとも、企業における労働者の位置づけの如何により、商法と労働法の交錯が生じる場合もある（例えばドイツの共同決定法による労働者の経営参加）。

3) 独占禁止法や業法の中の証券取引法のように、市場秩序の維持を目的とする法令において、市場秩序の公序化への変容が見られることを指摘するものとして、大村敦「取引と公序(下)」ジュリ 1025号 82頁以下。