

商法における商行爲と非商人

岩 本 慧

一

わが商法は、商人とは「自己の名をもつて商行爲をなすを業とする者を謂ふ」と定め（商法四條一項）、その商行爲については三種のものを認めている（商法五〇一條―五〇三條）。すなわち營業的商行爲（商法五〇二條）は必然的に商人の概念を生ずるものであり、附屬的商行爲（商法五〇三條）は商人の概念を前提とし、これより導き出され、従つて商行爲の概念は商人の概念の基礎的なもの、又これに隨伴するものである。もつとも絶對的商行爲（商法五〇一條）は必然的には商人の概念を生ずるものではなく、營業としてなす場合にはじめて商人となるのであるが、しかし商行爲が商法上重要な意義を有するのは、もとより營業に關連してなされる場合である。このほかわが商法は、いわゆる形式上の商人（商法四條二項）を認めている。このように商行爲の概念は常に商人の概念と共に存在し、僅かな例外を除いては原則として商人の概念を定めるものは商行爲であり、この意味で、わが商法は商人及び商行爲の二大基本概念から構成されており、商行爲は商人という概念と共に商法の中核をなすものである。しかし商人が營利活動をなすためには一定の組織を必要とするものであるから、これを企業活動の主體たる商人を中心として考察するときは、わが商

法は商人の組織（企業組織）（組織法 Organisationsrecht）及び行爲（企業行爲）（行爲法 Geschäftsrecht）を中核として構成されているといふことができる。¹⁾

商法上の商及び商人概念は商法の發展的過程の示すように漸次その範圍を擴大し、今日においては經濟學上のそれとは大なる懸隔を生じている。一方においては、或は企業形態の發展變移により非商人として共同企業體たる會社の取締役・監査役又は株主のようにその企業組織中に、或は商業使用人として商法中にそれぞれその地位を占め、他方においては、商及び商人概念の擴張發展に伴い非商人の商人との、換言すれば商行爲との交渉範圍は益々大となり、非商人に對する商法の適用範圍は著しく擴大された。これを經濟的社會生活の面から觀察すれば、資本主義的經濟が發展・高度化するに従いこれに照應して企業も亦比例的に發展・擴大化され、必然的に企業の普遍化・社會化をもたらした現代の資本主義經濟組織下においては、實に商人・非商人を問わず、企業と交渉なくしては自己の經濟的需を充足することは不可能であり、すべての人は企業との交渉において經濟生活を營まざるを得ない環境におかれている。従つてこのような企業生活關係を對象とする商法も亦必然的に同一方向に進展し、商法は著しく普遍性・社會性を有する存在となつた。²⁾

ところで、このような企業生活關係を規律するわが商法は、商人及び商行爲の二大根本觀念を中核として構成され、商人は商行爲の存在を前提とし、商行爲の基礎の上に立ち、しかも商人を中心として規制しているのであるが、しかしその規制は、以上のような企業生活關係の中に生存し、企業との交渉なくしては經濟生活を營むことを得ない非商人たる一般人に對しても當然に及び、これを支配することとなる。

以上のように、非商人の商法への參加、殊に非商人と商人との交渉は必然的に擴大し、相互間のそれは著しく繁劇

になつたのである。そこでこれに鑑みこれらの關係について、換言すれば非商人の商人のなす商行爲（非商人の一時の商行爲もあるが）への参加によつて惹起されるいわゆる一方的商行爲（*einseitiges Handelsgeschäft*）（商法三條）の問題についての考察を進めたいと思ひ、本稿はそれへの序説的の意味で、商行爲と非商人との關連的發展過程の概観を試みることにする。

註（一） 田中（耕）・「組織法としての商法と行爲法としての商法」商法研究第一卷二三五頁以下、鈴木・「商法における組織と行爲」商法の基本問題（田中先生還曆記念）九一頁以下參照。

（二） 大森・「商法の時代的意義について」新法學の課題（昭一八）一一九頁以下、同・「保險契約の商行爲性」保險契約の法的構造三一七頁以下、西原・「商法の發展と非商人の地位」法學協會雜誌第五一卷第五號及び第六號、同・「企業の法理」私法の理論一一九頁以下、同・商法學三〇頁以下、同・「近代商法の成立と發展」法學理論篇八五（法律學體系第二部）特に九三頁以下、田中（耕）・「保險の社會性と團體性」商法研究第二卷六〇三頁以下、松本・「私法の社會的傾向」私法論文集八一八頁以下、松本博士は本論題の意味に關し、「私法中ニ弱者ノ保護救濟其他社會政策ノ意味ヲ有スル規定ヲ生ジ來ル傾向ヲ謂フナリ」（同八一八頁）として種々の例證を擧げて述べられている。

二

（一） 近代商法の搖籃は中世の商人團體法であるといわれている。すなわち中世に至つて地中海沿岸の諸地方をはじめ歐洲各地には貨幣經濟と交通の發達に伴い、商業を中心とする各種の商取引が發達すると共に特殊の商人階級が形成された。しかるに帝政末期以來の營利事業敵視のローマ法、利息禁止主義を基調とする教會法¹⁾、商取引に對して過度の形式主義・嚴格主義的なるゲルマン法などの商活動に關して不適合なる規律が存在²⁾していたが、いずれも

商法における商行爲と非商人

商取引の要求を充すに足らず、ここにおいて商人間に自發的に新たなる商取引に關する法規が發生するに至つたことは至極當然のことである。商取引法規も他の法律の生成過程のそれと同様に、發生當初は慣行により、後に成文の法へと形成發展した。すなわち商人階級の間には彼等自身の取引に適應する特有の商慣習法が漸次發展すると共に商人階級の實勢力が増大するに従い、その内部規約と裁判機構とを有する自治的商人團體が結成され、その規約は商取引に適用され、團體員に對しては裁判權をも行使したのである。その法規は團體員に對し、商人として適用され、従つてそれらの法規は商人法 (Kaufmannsrecht) と呼ばれ、本質的には職業階級法たる、いわゆる商人階級法 (Standesrecht) たる性格を有していた。後、商人階級の勢力を中心とする商業都市の成立と共に、それらの商慣習法及び商人團體自治規約は都市の條例として採用され、又特別な商事裁判所が設けられ、その適用範圍を擴大するに至つた。要するに中世都市における商人團體たる「ギルド」の中に發生した特有の商的法規及び裁判所は、本來團體構成員たる商人に對する法であつたものが、商人と非商人との取引關係の擴大するに伴い、その團體構成員のみならず非商人に對してまで擴張され、遂には商人團體の階級法は商取引行爲、すなわち商行爲に關する一般法へと、又商人團體の裁判所は商事に關する特別裁判所となつた。

近世に入つて資本主義經濟組織の發展により政治的・經濟的事情は激變し、都市經濟の國民經濟への推移、國家權力の増大による封建制度の崩壞と共に中央集權の統一國家の發生・確立により、商人階級法に代つて統一された國家的商法が成立し、一般化された商事法としての商法は國家の法體系中に、又特殊の裁判所は國家の裁判所にそれぞれその地位を占めるに至つた。

(二) 次に商及び商人の概念を經濟發展との關連において見るに、商業の發達するに伴い自給自足的經濟から交換經濟に發展移行し、いわゆる固有の商人が出現した當初においては、商 (Handel) 概念の意味・内容は、經濟學にいう最も單純な原初的意味におけるいわゆる固有の商概念であつて、その實體は財貨の流通を媒介する營利行爲であり、これを業とする者が商人 (Kaufleute) と呼ばれていた。このように商の範圍が狭小なる分野に限定されていた結果として、これに伴い商人の範圍、特に法律上のそれも狭く、商人は社會人の一部分を占めるに過ぎなかつたことは推測に難くない。

しかしながら、交換經濟を前提とした固有の商人の出現により、經濟的關係は勿論、商慣習及び法的關係は急進的に發展するに至つた。ただし商人の商的活動は一般的家計維持のための消費經濟活動とは異り、交換經濟を基礎とする商的行爲を手段として貨幣價值の増殖を圖り、利益の獲得を究極の目的とする營利經濟活動であつて、その目的追求は無限に進展するものだからである。交換は貨幣交換 (Geldtausch) (これに對して自然交換 Naturaltausch) においてはじめて流通經濟 (Verkehrswirtschaft) の意味における市場機會 (Markchancen) を目標として、取引の方向を完全に確立することが技術的に可能であり、營利獲得の目的は、自然より分離した商品又はこれと同一視すべき對象について、人と人との關係において最大の速度をもつて反復され、計畫的・集團的・繼續的に、しかも合目的に合理化して統一的一體を形成せしめるに至り、固有の商の發展は、いわゆる經濟學上の「企業」(Unternehmung, Unternehmen; enterprise) を成立せしめた。マックス・ウェーバーがいうように、企業 (Unternehmen) は交換利得 (Tauschgewinn) を獲得せんがために市場機會へ向つての一つの營利經濟 (Erwerbswirtschaft) であり、この企業の發展は進んで企業自體の分化現象をも生ぜしめた。ただし營業の獨立 (Verselbständigung des Geschäfts)

は資本主義的經營 (kapitalistischer Betrieb) すなわち資本主義的企業の特色であり、商人の構成する經濟社會は、その資本計算 (Kapitalrechnung) をもつてする合理主義の故に分業へと進展するものだからであり、今日の發達せる¹⁴⁾ 經濟生活の根本事實は、職業編制 (Berufsgliederung) 換言すれば各種異つた、すなわち職業別による人の分化である。¹⁵⁾ すなわち分業の發展と市場の擴大は、本來的固有の商と不可分離的關連を有する各種の派生的補助商を獨立の業務として分業化し且つ企業化せしめた。¹⁶⁾ 例えば兩替商・銀行業・運送業・運送取扱業・仲立業・代理商・問屋業・保險業などがそれである。商人の社會は純 Gesellschaft の世界であり、目的と手段との關係において合目的に行動する世界であり、商的活動の個性稀薄・非個人性は無限の企業分化的傾向を包藏するものである。實に商業は資本主義的企業としての經營に最も適當し、最も容易に一般的私經濟生活より獨立せる地位を獲得するものであり、又資本主義的企業の特徴である營業の獨立は、企業の分化獨立へと導くと共にその地位を獲得し、従つて特殊の法規によつて規律せられ、これに關する法が特殊的法域を形成するに至るのである。¹⁷⁾ 民法が固定的なる財貨及びそれに關する人を對象とするに反し、商法は流通する財貨及びその流通にたずさわる人に關する法として現れ、¹⁸⁾ 固有の商人と貨幣の出現は各種業務の企業化と共にその分化獨立化をもたらし、商の範圍と共に非商人の商人化的現象はいよいよ發展擴大し、従つて商人と一般大衆たる非商人との關係、すなわち商人の商活動と非商人との交渉は、經濟生活關係上密接不離のものとなるに至つた。

(三) 更に法律上の商及び商人の概念が一大飛躍をなしたのは、それが過去の商業圏内に停滯することなく工業部門にまで擴張されたことにより、非商及び非商人の領域内に漸次みずからの地歩を伸張したことによるのである。²⁰⁾

商的活動はその内容的性質において、一般的な行爲、すなわち非商的活動のそれとは異り、法的に特殊的取扱を受けるべき特異性を具有するものである。ここに近代的企業は商人の範圍を益々擴大し、固有の商又はその補助的業務に關連せざる業務従事者をも法律上の商人として取扱うまでに漸次普遍的發展をなした。もとより各國の立法において必ずしも同一ではないが、わが國においては、例えば動産・不動産質貸業者、電氣・ガス供給業者、請負業者、出版・印刷業者、客の來集を目的とする場屋の營業者（劇場・旅館・食堂・浴場など）などがそれである。従つて法律上の商人概念も發展推移し、商法の對象たる商人を個々の・限定的の營業のみに捕縛しておくことは困難となり、次第にその範圍を擴大するに至つた。²¹⁾ 歴史的變移過程は商法の中世における發生當初の形成的乃至存在的意思義について、時代的乃至法的規制對象の著しい變遷を物語つてゐる。要するに資本主義經濟組織の發展は商法上の商及び商人の概念並びにその範圍を逐次擴大し、非商又は非商人の商化又は商人化現象を招く結果となつた。²²⁾ 職業的商に關する普遍的發展は、商法をかつての社會の一部商人の特權的階級法 (Standesrecht) として停滯濫藏せしめておくことを許さず、今や商法は現代資本主義經濟機構の下におけるいわゆる一般社會人たる經濟人の法に移行し、廣く取引圏内において商人と共に商的行爲をなす非商人にまで同一に規制する法となり、非商人の商人の商活動への參加、換言すれば、非商人の商行爲 (商人の) への關與は累進的にその度を強くし、その範圍を擴張し、商法はいよいよ高度資本主義經濟下における企業法として一般市民法化し、近代市民法の性格を具有するに至つた。²³⁾

註 (1) 西本 (頤)・利息法史論一七頁以下。

(2) Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts, 1891, S. 137 ff.

(3) 橋本・社會法と市民法四五頁以下。

(4) Goldschmidt, a. a. O., S. 163 ff.

商法における商行爲と非商人

- (5) Goldschmidt, a. a. O., SS. 165 ff., 171.
- (6) Goldschmidt, a. a. O., S. 163 ff.
- (7) Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 1, 1868, S. 946.
- (8) トサミン・商法史(小町谷譯)一四頁以下、大家・近代資本主義の系譜(上)一〇五頁以下。
Sombart, Der moderne Kapitalismus, 2. Aufl., 1928, Bd. 1, S. 93 ff. 特に九五頁以下には、「交換經濟の形成發達の促進原因はいろいろ述べている」。
- (9) Sombart, a. a. O., SS. 113, 114.
- (10) Goldschmidt, a. a. O., S. 1.
- (11) Max Weber, Wirtschaftsgeschichte, 1923, S. 4. (黒正巖譯・「マックス・ウェバー社會經濟史原論」あり)
- (12) M. Weber, a. a. O., S. 6.
- (13) M. Weber, a. a. O., S. 238. 中山一東畑共譯・シムムペーター資本主義・社會主義・民主主義(第三版)上卷二二七頁以下。
- (14) M. Weber, a. a. O., S. 15. 彼は次のように述べている。すなわち「今日、經濟はその營利經濟である限りにおいて、原則上、經濟的自律性を有しており、ただ經濟的觀點のみを目的とし、且つ高度に計算的合理的である」(同頁) („Heute ist die Wirtschaft, soweit sie Erwerbswirtschaft ist, prinzipiell ökonomisch autonom, nur auf wirtschaftliche Gesichtspunkte eingestellt und in hohen Grade rechnerisch rational.“)。
田中(耕)・「商法に於ける分業と責任」商法研究第二卷一三三頁・一四〇頁。
M. Weber, a. a. O., S. 8.
- (15) 杉山・「民法の分化」比較法雜誌第一號(日本佛語法曹會・昭一四)一頁以下。
- (16) 田中(耕)・「商法に於ける分業と責任」商法研究第二卷一三三頁。
- (17) ユヅラン・前掲三八頁。
- (18) ユヅラン・前掲一九頁。
- (19) 西原・「商法の發展と非商人の地位」法學協會雜誌第五一卷八二三頁、同・「近代的商法の成立と發展」法學理論篇八五

(14) 法律學體系第二部) 九八頁、矢口・資本主義成立期の研究一〇二頁以下。

(21) スイス債務法 (Schweizerisches Obligationenrecht) (一八八一年・一九一一年・一九三六年大増補改正) 第九三四條

第一項 (一九三六年) (一八八一年——第八六五條第四項、一九一一年——同) 参照。

橋本・社會法と市民法五二頁に、一八八一年のスイス債務法について「……この商法規を含む債務法の成立は、民法が商法を體系的に吸収したものとして理念せらるべきでなく、反つて民法の非商人的な普通私人の取引法が、いまや商人的取引に壓倒せしめられ、商法的觀念が民法の分野に流入し、商法が市民法の體系においてやうやくその優越的意義を確保することにいたれることの法の體系における表現たるものと理念さるべきである」と述べられている。

ドイツ新商法 (一八九七年) 第二條・第一條第二項参照。

わが國、明治二三年舊商法第六六條、明治三二年改正商法第四二條、改正現行商法第四條第二項参照、なお、松本・「商法改正要綱解説」私法論文集 (續編・昭一三) 三一頁・三二頁・三三二頁、鳥賀陽一・大橋一・大森・「商法改正要綱概評」法學論叢第三四卷第一號一三九頁以下、西原・「商法改正案管見」法律時報第八卷第五號六頁参照。

(22) 「民法の商化」について、田中 (耕)・「民法の商化と商法の自主性」商法研究第二卷六七頁以下、西原・日本商法論第一卷 (昭二五) 四八頁以下。

(23) 西原・「商法概念としての企業」商法の基本問題 (田中先生選曆記念) 一頁以下、西原教授は、『要するに、今日では商法の中心概念として、もはや古めかしい「商人」の概念を墨守する必要はなく、理論的把握のためにも、さらには將來の立法のためにも、生活實體たる「企業を前面に打出して然るべきものと思う』と述べられている (同書九頁)。

野津・「商法の基礎について」商法の基本問題 (田中先生選曆記念) 七一頁以下、野津博士は、商法の對象に關連してその變遷について、商法は商人法から商事法へ、商事法から企業法へと二段の變遷を遂げているとしてこれに關して述べられている (同書七四頁)。鈴木・「現代商法の基礎理論」日本國家科學大系二四〇頁以下、同・「商人の概念の再檢討」法學協會雜誌第五七卷第一一號一〇頁以下、米谷・「企業法の生成——制度法學の一つの展開として」法律における思想と論理 (牧野先生選曆祝賀論集) 三八九頁以下。

(24) 橋本・前掲、特に九二頁以下 (近代市民法の性格)、米谷・「經濟人と法律人」經濟の歴史と理論 (上田貞次郎博士記念論文集) 六一五頁以下。

商法における商行爲と非商人

三

(一) 商現象の最も古く且つ簡單な企業形態は、個人たる企業者がその企業上の損失危険と行爲に對する責任を單一の自己に歸せしめる、いわゆる個人企業である。しかし經濟組織の發展すると共にその企業組織が擴大するに従い、補助者の増加のみでは企業目的を十分に效果的に發揮し得なくなる。そこで個人企業が存在と共に又はこれに代つて共同的經營、すなわちいわゆる共同企業が出現した。合名會社・匿名組合・合資會社・株式會社・株式合資會社・有限責任會社などがそれである。

共同企業の起源は、すでに中世にその典型的形態を發見することができ、合名會社 (offene Handelsgesellschaft) は中世の獨・伊諸都市における家族團體にその源を發し、匿名組合 (stille Gesellschaft) 及び合資會社 (Kommangesellschaft) は十世紀以來イタリーにおいて海上貿易についで行われたロマンダ (commenda) に發し、後それが漸次發展分岐したものであり、又近代的株式會社 (Aktiengesellschaft) は上述のそれらに後れ、一六〇二年のオランダ東印度會社 (niederländisch-ostindische Kompanie) がその起源をなすといわれている⁴⁾。十八世紀には株式合資會社 (Kommanditgesellschaft auf Aktien) が、又最も新しい有限責任會社 (Gesellschaft mit beschränkter Haftung) は一八九二年のドイツ立法によつてその地位を法的に確立したものである。

(二) 企業は個人經營から共同經營へ、換言すれば個人企業から共同企業へと發展する性質を有する。それは、もとより事業目的の性質に従い兩者のうちのいずれの形態を適當とするかは各場合によつて同一ではないが、要する

に一方において資本の合同、勞働力の補充及び損失危険の分擔という主たる動機により、他方において營利の目的の追求につき特に他人との共同が容易であるため、個人企業は一般に共同企業に推移するものである。⁵⁾

商的業務は資本主義的企業として經營せられるのに最適のものであり、最も容易に一般私的經濟より獨立せる地位が獲得せられ、従つて一般人の商人化と共に一般人としての企業への参加を促がす。又人がある業務をなさんとする場合、資本の合同によつて生産規模の擴大を圖り、その企業目的を十分に達成せんことを欲し、これと共に、人は自己の行爲又は自己の意思外の行爲についての義務・責任に對して有限なることを欲するものであり、ここに共同企業體の一發生原因が存在する。すなわち共同企業形態たる合名會社においては全社員が無限責任社員として會社債權者に對し、無限且つ連帶の責任を負い、業務執行權及び會社代表權を有するのが原則であるが、合資會社においては無限責任社員は合名會社のそれに等しいが、有限責任社員は業務執行及び會社代表に關與せず、その責任は有限であり、又株式會社においては社員たる株主は株主總會に出席して議決はするが、會社の經營は取締役に一任されている。従つて合資會社又は株式會社におけるこのような一部の又は全部的なる企業所有と企業經營との分化は、有限責任社員と株主に對する責任の有限を招來する結果となつている。

十九世紀に至つて機械文明の長足の進歩發展は、生産規模と市場範圍の擴大を促進した。近代的企业の經營は巨大な資本と複雑多角的な經營能力とを必要とし、のみならず、それは多大な危険を伴い到底一個人の有限的なる資力と能力とをもつてしてはこれを遂行することが困難又は不可能なる場合がある。このような場合に共同企業形態たる會社、殊に資本會社たる株式會社は、一般大衆から資本を吸收して近代的大企業の經營にとつて不可缺な大資本を糾合し、危険を分散し、又企業所有と企業經營との分離、能力的協同、有限責任、株式・社債の證券化、勞働力の集中な

どの諸機能を果す長所を有し、實に近代的大規模企業形態の典型的形式たる株式會社は、個人企業及び人的會社又は他の物的會社に比して飛躍的發展を遂げ、現代の資本主義經濟組織下において君臨的な存在であり、現代諸國の商法において最も重要な地位を占めている。⁸⁾このようなことは、わが商法會社編を一瞥することにより容易に理解されることであらう。

(三) 以上のような經濟的事情及び企業形態の變移發展の結果、人々の企業利用は必然的に加速度的増大をもたらし、人は益々企業と交渉關連なくしては満足なる自己の經濟生活を營むための經濟的需要の充足は得られなくなつた。いづれにしても現在のわれわれは、多かれ少かれ商法上の諸法規・諸制度を利用又はそれとの交渉、或はその媒介なくしては經濟生活を營むことはできない。ちなみに、今、商行爲編を見るに、賣買については、過去の自給自足的家内經濟時代はいざ知らず、高度資本主義經濟組織の下において、企業の分化により分業が高度化した現代においては、都市・農村或は商人・非商人を問わず、常時の經濟的需要充足は企業との交渉なくしては得られないことは必然であり、民法上の取引行爲は今日の經濟生活にとつては偶然的事象に過ぎない。又動産・不動産の賃貸、製造又は加工、電氣又はガスの供給、請負、出版・印刷・撮影、客の來集を目的とする場屋の營業(劇場、旅館、飲食店、浴場など)(商法五〇二條一號—三號・五號—七號)などの利用關係者は、商人・非商人を問わないが、殊に後者は前者より數的に多いのである。更に交互計算(商法五二九條)及び匿名組合(商法五三五條)については、殊に後者においては資力を有する一般人が一方の匿名組合員となる場合が多くあり、問屋(商法五五一條)については、その委任者は必ずしも商人とは限らず、或は運送取扱人(商法五五九條)・運送人(商法五六九條)・倉庫營業者(商法五九七條)などに

對する一般人の利用は、交通の發達に伴い益々その度を増加せしめた。銀行業についても一般大衆の利用が大であり、信託業・保險業においては、殊に生命保險・火災保險・災害保險などの利用者は、その多くが一般大衆である。

(四) このように企業が多岐にわたり、分化化・分業化すると共に個人企業から共同企業へ、しかもその規模・組織は益々擴大し、生産者・中間商人・消費者などが相互に相對立し、反復的交渉が繁劇となり、大量的・集團的に簡易且つ迅速に取引せざるを得なくなつた結果、それ故に必然的にこれを標準化・定型化・簡易化し、これを合理化せんとし、ここにいわゆる普通取引約款⁹⁾ (general conditions, allgemeine Geschäftsbedingungen) —— 附合契約¹⁰⁾ (contrat d'adhesion) —— の制度が流動的な經濟生活を廣く支配するに至つた。この制度は、殊に保險・運送・銀行・寄託その他大量的商品取引などの企業において最も顯著である。米谷隆三博士は、その著「約款法の理論」の劈頭に、『もはや、何人も看取することのできるように既成法典の外郭に新しい法律秩序がもたらされている。この新しい法律秩序は、二十世紀の經濟社會が異常にして急激な發展をしたために、その經濟の實用が累積せしめてきた法律秩序に外ならぬのである。この經濟の實用が要請したところの新しい法律秩序の發現は、常に、法典外に形成される數多くの特別法例であり、また慣習乃至商慣習法であり、更に所謂自治法と呼ばれる定款・約款である。これは一應新しい時代的變革に即應する「生ける法」(lebendes Recht) としての資格をもつものと理解されよう。殊に最後の約款に至つては、實に經濟を通じて形成される法を代表するものであり、法典のまた法令の固定的・不動の規定を啓蒙的に、また流動的に經濟そのものに妥當せしめ、そして經濟そのものを現實に規律しているのである』と述べられている¹¹⁾。實に、いわゆる約款法は國家の制定する法律に對して經濟への實用性において優越的地位の役割を演じて

來たのであり、契約自由の原則のもたらした賜物であり、それは形式的には法律行爲の性格を多分に有するも、漸次發展して、今日では、もはや従來の意味の契約ではなく、形式的にも、又實質的にも重點を契約的な地位から制度的な地位に移行した、一つの制度と名づけるべきであろう。¹⁴⁾ このような取引約款 (conditions, Geschäftsbedingungen) の出現は、一般大衆たる非商人を企業者たる商人の決定した規律に符合せしめる強い役割を有するものであり、この場合に企業者間における問題は一應別論にしても、無知・無力な一般大衆たる非商人の取引約款への参加については、これに對する種々の問題が惹起されることは推知されることである。いずれにしてもこの制度の出現は益々商人の行爲と非商人との交渉關係を集團的・非個性的且つ簡易・迅速にし、従つて兩者間の關係は容易に、しかもその故に相互の緊密さを一層激甚にしたものといわなければならない。

註 (1) 大塚・株式會社發生史論 (昭二二) 上卷・下卷、大隅・株式會社變遷論、西原・「近代商法の成立と發展」法學理論 第八五 (法律學體系第二部) 二〇頁以下、菅野・日本會社企業發生史の研究 (昭六)。

(2) Gierke, a. a. O., S. 1 ff. 彼は史的事實に現われた人の結合體を相對立する二形態に分けて述べている。その兩者の發生的形態を家 (Familie) の中に見出し、家族共同體 (häusliche Gemeinschaft) の中の縱の親等關係 (親子) を支配的團體とし、横の親等關係 (兄弟姉妹) を仲間的團體とし、これにならぬ大支配的團體と大仲間的團體が生じたと述べ、ドイツの團體は後者の思想に基きこれを出發點としてゐる、といつてゐる (derselbe, S. 28)。

(3) 大塚・前掲、特に一一頁—二〇頁、大隅・前掲四頁及び五頁その他。

(4) M. Weber, a. a. O., S. 243. 彼はイギリス東印度會社 (englisch-ostindische Kompanie) を加えてゐるようである。なお (1) を參照。

(5) Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, 1881, Bd. III. の序文に「彼は、團體の法人性について個人の權利主體性と共に個人の有機的結合による全體 (結合體) の權利主體性の存在を認め、その結合體が法律上の Person にまで高めら

れたのである、と述べてゐる。

Gierke, Deutsche Privatrecht, 1895, Bd. I, S. 470 ff. 個人人格と團體人格につき、又團體の行爲について述べてゐる。

(6) 松田・株式會社の基礎理論——株式關係を中心として——參照。

(7) 田中(耕)・「社債の法律的特異性」商法研究第一卷五八七頁以下參照。

(8) 米谷・「制度理論と商法」民商法雜誌第三卷第六號三七頁以下、殊に株式會社への制度理論の適用について述べられてゐる。

(9) 米谷・約款法の理論參照、本書は博士の力作であつて、實に詳細であり名著である。

(10) 田中(耕)・「組織法としての商法と行爲法としての商法」商法研究第一卷二三五頁以下、田中博士は、附合契約を、たとえ契約の範疇に屬するものと解するも、それを決して傳統的觀念をもつて説明することを得ないとして、それは個人的契約が商的色彩を帯び極端に集團性を帯び、その個性を喪失した形態、すなわち社會學的經濟的に最も發達したる一法律現象にはかならない、と述べられている(同書三〇二頁)。

(11) 米谷・約款法の理論一頁。

(12) 米谷・約款法の理論二頁。

(13) 米谷・約款法の理論二頁。

(14) 米谷・約款法の理論四四頁及び四五頁。

四

(一) 商法の對象は實質的には企業生活關係であるといふことができるが、わが商法典は商法の對象たる事項は「商事」とし(商法一條)、しかも商法典全體の構造からして、多少の例外は認めてゐるにしても、一應原則として商行為法主義をとつてゐる。

商法における商行爲と非商人

わが商法においては、商行爲は商人という概念と共に商法中の中核をなすものであつて、商人は原則として「商行爲」をなすを業とする者をいう、と定め（商法四條一項）、又共同企業形態たる會社は原則として「商行爲」をなすを業とする目的をもつて設立した社團をいう、と定義し（商法五二條一項）、或は船舶の意義については、原則として「商行爲」をなす目的をもつて航海の用に供するものをいう、と定義し（商法六八四條一項）、そして商行爲の意義については直接的・具體的にこれを列舉的に規定している（商法五〇一條―五〇三條）。このようにわが現行商法上その對象たる商事とは、一應「商行爲」として限定的・具體的に列舉せられた行爲及びこれと關連する諸事項に限り、必ずしも企業生活關係に特有なあらゆる事項を包含するものではない。

しかしながら、既述のように經濟關係の不斷の進展に伴い、企業は固有の商概念の中に沈滞していることを許されず、固有の商から蟬脱して從來の非商圏内にまで進出し、又企業の分化、商業圏から工業圏への伸張と共に商人の範圍を非商人の商化へと發展して多くの商人を産出したと同様に、經濟關係の不斷の進展は商人の意義決定のために、商行爲として從來規定された限定的・具體的列舉の行爲をもつてあらゆる經濟事象を解決することは許容されず、且つ不可能であり、従つてその經濟關係發展の時代的事情に應ずるために右の主義を嚴格に貫くことをせず、立法的措置により、或は「商行爲」の列舉を擴張し、或は又形式的に「商行爲」に該當又は關連せざる事項に對して特に商法則を適用するという例外を認めている。すなわち擔保附社債信託法第三條及び第二九條第二項・信託法第六條・無盡業法第二條などの場合が前者に屬し、後者に屬するものは、「商行爲」を業とする商人に關する諸法則が「商行爲」を業とせざるある種の營業者にも適用され（商法四條二項）、「商行爲」を業とする社團法人としての會社（いわゆる商事會社）に關する諸法則が「商行爲」を業とせざる營利社團法人（いわゆる民事會社）にも適用され（商法五二條二項）、或は

「商行爲」をなす目的に供される船舶による海上企業に關する諸法則が「商行爲」をなす目的に供されざる船舶についても準用される（船舶法三五條）などがそれである。

以上のように、わが商法においては、商行爲は商人たる概念と共に商法の中核をなすものであつて、⁵⁾ 絶對的商行爲の營業としてなされざる僅少の場合を除いては、原則として商行爲は商人概念を定める基礎となり、商人の營利活動、すなわち金錢獲得方法の實質をなすものである。換言すれば商人は企業主體であり、商人の行爲は企業主體の行爲であり、従つて商行爲は企業者の營利活動の實質をなすものであつて、⁴⁾ 商法的法律關係は主體たる商人、客體たる財貨（商品）と共に商人の行爲たる商行爲をその基本的要素として構成されているのである。⁵⁾ 經濟生活を營む現代のわれわれ一般社會人は、企業と關係なくしては殆んど自己の經濟的欲求の満足は得られず、従つてその商行爲との交渉關連によつて自己の經濟的需要の充足を得んとする場合、それが一方的商行爲による場合であつても商法を適用することとは（商法三條）、非商人の商法への關與による商法の人的範圍を法的に發展擴大せしめたものである。

更に商人の營業のための行爲又は商人の行爲は、商行爲とされ又は商行爲と推定されることから（商法五〇三條）、商行爲概念は、より擴張され、又これに加えて僅少なから絶對的商行爲の營業としてなされざる場合の非商人の商行爲によつて、非商人の商法への参加、商法の非商人に對する支配は累積的にインラージ (enlarge) され、商行爲と非商人との關係は極めて緊密且つ重要となつて來た。

(二) 商行爲の決定について客觀主義又は主觀主義のいずれの立法主義を、もしくは、いわゆる折衷主義を採用すべきかについては議論の存するところである。一八〇七年のフランス商法典は主觀主義のもとに、いわゆる主觀的、

相對的商行爲を認めると共に、いわゆる客觀的・絕對的商行爲をも認め、商行爲の決定について折衷主義を採用した（フランス商法六三二條參照）。ドイツ舊商法も亦その影響を受け、フランス商法と同様の立場を採り（ドイツ舊商法二七一條參照）、又その流れを受けてドイツ舊商法を母法としたわが商法も亦商行爲の定め方につき折衷主義を採用した。すなわち明治二三年の舊商法においてそうであり（舊商法三條及び四條參照）、明治三二年の現行商法においても同様に折衷主義を採用し、主觀的・相對的商行爲（營業的商行爲——明三二年商法二六四條・現行五〇二條、附屬的商行爲——明治三二年商法二六五條・現行五〇三條）を認めると共に客觀的・絕對的商行爲（明三二年商法二六五條・現行五〇三條）をも認めた。私は今ここで、勿論これらについての立法論を本質的・理論的に深入りして論議しようとするものではないが、ただ、その一般の見解に併せて絕對的商行爲が現行商法典上の規定として存在する事實に照らし、その存在の意味づけを述べて見ようと思う。

商法は實質的には人の企業生活關係に特有な法であり、商行爲はこのような商法の對象的事項の中心概念であるとするれば、商行爲として規定せらるべき行爲は、實質的には人の營業上の行爲に屬するものに限定されるべきものである。ところがわが商法上營業として（商法五〇二條）又は營業のために（商法五〇三條）行うと否とを問わず、單なる個別的營利行爲をも商行爲として認めているが（商法五〇一條・擔保附社債信託法三條及び二九條二項）、しかしこのような規定すら、實は營業活動の特殊性を反映したものにほかならず、このような行爲が營業と無關係に行われることは實際上稀有であり、たとえあつたとしてもこれに適用される商法則は極めて僅少である（例えば商法五〇四條—五〇八條・五一一條・五二四條—五二六條・五二二條など）。従つて商法の對象の純化の觀點からしても、又既述のように實質的商法を企業生活關係に特有なる法として理解する限り絕對的商行爲を認める客觀主義的立法は妥當ではなく、主觀主義的

立法が理論的には適當であるといふべきであろう。ドイツ新商法は商人法主義を採用して絶對的商行爲を廢棄したが、フランス商法は、わが商法と同様に今日なおこれを殘存せしめている。

(三) フランス商法典が客觀主義的商行爲を採用したことに對して、その因由となつたものは、商人の獨占的な法としての階級法・特權法たることから解放して一般市民の法とせんがためのフランス革命による市民平等思想によるものであるといわれ、これに對し、平等は特權に對する觀念であり、何人といえども商行爲をなすことによつて自由商人資格を取得し得る限り不平等は存在せず、何等特權の意味がなく、この主義はその出發點において誤つていと論評され、主觀主義の優れていることが強調されている。⁸⁾

思うに客觀主義的商行爲がフランス商法に登場し(上述のような契機があつたとしても)、後ドイツ舊商法に、更にわが舊商法に採用され、しかも現在なおフランス及びわが商法典に殘存しており、のみならずこれについての論議が過去久しきにわたつてなされていることは何故であろうか。ただ一時的のその場限りの契機又は風雲に乗じて登場し、その地位を確保し、早急に去るべきが去らざるに止まつていたのであるか。もしくはその沿革的理由のみをもつて殘存しているのであるか。本質的・理論的當否は前述の通りであるが(今はこれを不問にして)、客觀主義的立法なる絶對的商行爲が商法典上に登場し、しかもなお廢棄されていない現在、それは現行法規としてその存在の意味について、多少とも何等かの理由づけがあり、又なければならぬのではなからうか。

中世の經濟生活において個々の一時的營利行爲と職業的専門家との間に、ある投機的行爲その他につき結果的に著しい差異を生ぜざる場合があり、又一般社會人が一時的にもせよ營利的行爲をなす場合があり得ることは推測でき

ることである。しかしその當時の經濟事情と資本主義經濟組織下の現代のそれとは異り、兩者を同一視してこれを論ずることを得ないことはいうまでもない。⁹⁾

商人の行爲たる商行爲は營利取得を目的とするのみならず、これのほかに「業」として、すなわち反復的・繼續的・集團的に行うものであり（いわゆる商行爲の一本質的要件である）、非商人の絶對的商行爲としての一時的營利行爲たる商行爲は「業」となすものではなく、この「業」的行爲の存否の點については兩者の商行爲に差異はあるが、利益を得る目的たる行爲、すなわち營利行爲という點においては兩者に差異はない¹⁰⁾（これらは商行爲法主義・絶對的商行爲を認めることから惹起される本質的な問題ではあるが）。この場合に論理的前提たる「業」的行爲が、商人のなす行爲、換言すれば商行爲の商行爲たるゆえんの本質的要件（營利行爲と共に）の一つであることは疑いないところであるが、しかしその「業」についての不動的明確性を期することは困難であり、又たとえ一時的・個々の行爲であつても、商人の行ふ營利的活動對象たる事項と同一であり¹¹⁾、しかも商人の行ふ行爲の本質的要件たる「營利」という要件を具有している非商人の營利行爲と、非商人が營利に無色なる行爲をもつて商人の一方的商行爲（非商人の場合もあるが）に關與する場合との間に、いずれが、商法が規律せんとする對象の意味においてその比重が大であらうか。この場合、當然に一方的商行爲に對して民法又は商法のいずれを適用すべきかの問題が提起されると同様に、それについても亦論議されるべきものであつて、二方的商行爲に對して商法が適用されると同じく¹²⁾（商法三條、營利を目的とする非商人の一時的行爲に對しても、その行爲の名稱の何たるかは問はずこれに商法を適用することを欲する衝動に驅られはしないであらうか。もとより理論的には前述の通りであることはいふまでもないが、しかしわが現行商法典が絶對的商行爲を認め、第五〇一條の規定を設けている限りにおいては、たとえこれが立法論的・理論的に非難は免れ

ないにしても、以上のような根拠をもつて、非商人の商的乃至本來的意味の商行爲の一要素を包含せる一時的營利行爲を、法上如何に規制調和すべきか、という商法上の法規制態度の表現にはかならない、と一應の現在の規定上の存在の意味づけとして理解し得ないであろうか。

註(1) 西原・「商法の對象に關する諸論」民商法雜誌第二二卷第一號—第四號、同・「商法概念としての企業」商法の基本問題(田中先生還曆記念)一頁以下、同・日本商法論(昭二五年)第一卷三頁以下。

(2) Goldschmidt, a. a. O., S. 1. 彼は商(Handel)は財貨の流通を媒介する營利行爲であつて、その商に——その行爲・客體又は主體に——屬する事實のすべてが商事(Handelsache)である、といつてゐる。

(3) 西原教授の、商行爲編の體系的缺陷について、且つ商行爲法の再編に關する論說として、「經濟事情の變遷と商行爲法體系の反省」京城帝國大學法學會論集一三冊一號(昭一七年)一頁以下、「商行爲法改正の基本問題」私法第四號八九頁以下參照、田中(耕)・「法律學に於ける經濟人としての商人」商法研究第一卷三一頁以下、鈴木・「商人概念の再檢討」法學協會雜誌第五七卷第一一號及び第一二號、三藤・「商人」法學理論篇八六(法律學體系第二部)。

(4) 田中(耕)・「組織法としての商法と行爲法としての商法」商法研究第一卷二三—三五頁以下。

(5) 三藤・前掲一頁には、民法とともに近代私法秩序の擔い手である商法は民法と同様に、第一に交換の主體たる自由なる人、即ち「商人」、第二に交換の客體たる自由なる所有權、即ち「商品」、第三に交換の手段たる「商行爲」を基本要素としてゐるのである。この三者は、それぞれ商法の商品交換關係における主體的・客體的・行爲的基礎をなす。しかして、このそれぞれは、自由に委ねられたものとして、相互に峻別され孤立しながら、しかも商人及び商品は、商品交換の靜的基礎として、その動的基礎である商行爲と結びつくことが豫定され、さらにこれと結びつくことによつて、自らの社會性を獲得する。いいかえれば、このようにして、商法的法律關係は成り立たしめられるのである、と述べられてゐる。

(6) 西原・「近代的商法の成立と發展」法學理論篇八五(法律學體系第二部)一二二頁以下、西原教授は、この問題につき、比較法學的に、又ゴールドシュミットの所論について精緻に檢討論述され(同書・一二六頁以下)、商法の對象の純化を強調されている。なお同・日本商法論(昭二五)第一卷二三—三三頁以下參照。

商法における商行爲と非商人

大森・商法總則・商行爲法（昭二八）四一頁以下、竹田・商法總論（昭四）一〇六頁、同商行爲法（昭七）二頁以下、小町谷・商行爲法論二頁及び三頁以下、鈴木・「商人概念の再検討」法學協會雜誌第五七卷第一一號一九頁以下。

(7) 西原・「近代的商法の成立と發展」法學理論篇八五（法律學體系第二部）一一二頁、小町谷・前掲一二頁。

(8) 小町谷・前掲一二頁。

(9) 西原・「近代的商法の成立と發展」法學理論篇八五（法律學體系第二部）一三一頁。

(10) 西原・「近代的商法の成立と發展」法學理論篇八五（法律學體系第二部）一三〇頁において、西原教授は「……私有財産の保持増殖の承認を大前提とする經濟組織およびその法律制度の下における一般取引關係が、その大前提と相交錯する營利と完全に絶縁することは不可能である。従つて、一般私法としての民法、殊にその債權法もまた、これを全く無視して存在できるものではなく、ただこの營利行爲の有する態様によつて異なる法的規制に服させるべきものである。すなわち、民法の地盤では、營利は一般に潜在的であり、たとい顯在的なものであつても、個別的なものである。ところが商法の地盤では、それは顯在的であり且つ組織的・集團的である。そして組織的・集團的營利行爲とは、企業に關連する營利行爲の謂にはかならない。企業に關連する一環の營利行爲も、企業に關連のない個別的營利行爲も、その性質は同一で、ただ分量だけが異なるという議論は眞相を洞察したものではない。なぜなら、分量自體の大小、殊にその反復性と斷片性との差異が、性質に對して重大な反作用を及ぼすのみでなく、またその社會的機能の點でも、顯著な差異を生ずるからである。従つて、兩者が異なる法的原理に對する需要を生ずるのは、當然の現象であると言わなければならない」と述べられている。私も本質的には見解を同じくしたいと思う。

(11) 殊に商法第五〇一條第一號（投機購買・實行賣却）及び第二號（投機賣却・實行購買）の規定する行爲は、いわゆる經濟學上という本來的なる商であり、たとえ一時的行爲であつても、その行爲そのものが濃厚なる企業行爲性を帯びているものである。殊に終戦後のわが國においては、このような行爲が、しかも濃厚に意識的に行われている事例が多いようである。

(12) 企業生活の特殊性及び商人の特殊的地位を認め、これを規制する商法（民法に對する特別法）を民法に優先せしめた。ドイツ新商法第三四五條は、一方的商行爲について規定しているが、これに對する立法理由として、Bericht der Kommission, in Materialien zum Handelsgesetzbuche für das Deutsche Reich, 1897, S. 256 ff. 參照。

(一) 商法が商人團體の法であつた中世においては、種々の身分的拘束はあつたが、取引自體は對等的商人間の行爲として自由主義的規制を原則としていた。¹⁾この原則は資本主義時代に移行されても商法原理であつたことはいふまでもない。²⁾その後の資本主義の發展により企業設備は大規模化し、資本は巨大化すると共に經濟生活は企業生活へと進展し、いわゆる高度資本主義經濟を出現するに至つた。このような經濟事情の變化、商及び商人の變遷は、又同時に商法の變遷でもあつた。すなわち近世に入つて經濟事情の飛躍的發展により中世の封建制度の崩壞、企業の種類・組織の複雑化、規模の擴大に伴う商法法規の精緻・豊富、第一次大戰後の、又これに優る第二次大戰後の經濟事情の加速度的變化に對應する經濟統制立法などは、各國の企業生活に甚大なる影響を及ぼし、商法は實質的に著しき影響を受けざるを得なかつた。

わが國においては、殊に滿洲事變以來の國家目的遂行の經濟政策による企業の組織・活動に對する壓迫、企業の獨占及び集中的經濟組織³⁾、勞働關係諸法規の未發達などのために企業或は企業生活は著しく歪められ且つ非民主的となり、殊に第二次大戰は益々これを醸成し助長することに役立つた。第二次大戰後あらゆる分野に民主化が叫ばれるに及び、他のそれと並んで「經濟の民主化」、「法の民主化」となり、經濟生活を規律する商法においてもその原理とする自由主義はこれを失わないといふものの、このような激變時に際して無修正なる從來の原理そのままをもつてしては法としての機能を十分に發揮し得なくなり、必然的に商法典の外内にわたつて種々なる措置がなされた。すべての人が自由に企業し、自由に取引し、自由に消費しつつ繁榮する經濟利益を享受し得るといふのは、或る面において

は、今やそれは自由經濟のために描かれた理想圖にほかならない。⁴⁾

(二) 要するに一般大衆たる非商人(消費者)と商人(企業者)との交渉關連が累進的に激増し、商法の人的對象範圍が累積的に擴大された現代の企業生活關係においては、すべての當事者が商品乃至貨幣の經濟主體として相對立し、その經濟主體が企業相互間の場合は勿論、企業者・消費者間においても利害關係的地位におかれ(商法三條、それらの關係は複雑に錯綜し、各主體又は主體間の利害的關係乃至影響は極めて大なるものがある。従つて各個經濟主體固有の利益と共にそれら相互間の利益、すなわち「經濟主體間の利益の合理的調和」を圖することは⁶⁾、企業生活關係を對象とする商法が法本來的理念として志向し實現すべく、その最も重要な理念であるといわなければならぬ⁷⁾。もとより動く社會の法としての實定法の解釋についての態度の重要であることはいうまでもないが、しかしながら資本主義經濟の高度化により經濟社會が變革され、これに伴う多くの不合理は法の規制・形態を變化せしめる⁸⁾。この事實は過去から現在に、又現在から將來に向つて續けられることであろう。動的な經濟社會を對象とし、社會化された近代市民法たる性格を具有する企業法たる商法は、企業維持發展のために、又その根基とする國民經濟の發展を圖ると共に企業者たる商人と非商人たる一般大衆との交渉關連、すなわち一方的行爲(einseitiges Handelsgeschäft)(商法三條)に關する法規制においては、不均衡なる法的發現をなすことなく、その積極的な法的發現により、その調和を圖るための法的任務を果すべく、商法はその理念たる「經濟主體間の利益の合理的調和」の實現へと努力しなければならぬ。

註 (1)

橋本・前掲九二頁。

(2)

松本・「行爲の自由と商法」私法論文集一四七頁以下、田中(耕)・「組織法としての商法と行爲法としての商法」商法研究第一卷二三五頁以下、栗生・「經濟上の自由放任と契約の自由」法の變動三四八頁以下。

(3)

大隅・企業合同法の研究。

(4)

憲法第二九條・民法第一條をはじめその他主なるものは、獨占禁止法・船員法の改正・保險募集の取締に關する法・商品取引所法・證券取引法・公認會計士法・會社の配當する利益又は利息の支拂に關する法律・商法の改正など。

(5)

尾高(朝)・法と事實一四〇頁。

(6)

小商人(商法八條)も商人であり、従つてそれだけ非商人の商人との交渉關係は擴大されることになる。

(7)

田中(誠)・「現代の商法學における社會本位的考察と商法學理論についての若干の修正」現代商法學理論の重要問題二三頁以下、同・「企業法の民主化」同四四頁以下、同・「商法における日本の特殊性の問題」同五七頁以下、同・商法總論概説二三頁以下、同・商行爲法概説一一頁以下、野津・商法總則(第一序説)六五頁以下、西原・日本商法論(昭和二年)第一卷七五頁以下、同・商法學二三七頁以下、拙稿・商法の理念——「經濟主體間の利益の調和」を中心として——關西大學法學論集第二卷第二號七四頁以下。

(8)

尾高(朝)・法の窮極に在るもの一九頁。