

# 現行商法における商行為主義の採用と学説の評価

原 弘 明

## 目次

はじめに

- 1 現行商法に至る条文の沿革
- 2 現行商法に対する学説の評価

むすびにかえて

## はじめに

明治32年に公布された現行商法は、会社法・保険法の単行法化などにより、現在は総則・商行為・海商のみから構成される断片的な法律となっている。その中でも、運送法以降と異なり未改正のままである、総則・商行為についての学説の関心は一定程度存在し、本研究班の他にも具体的な検討が行われているところである。

本稿はそれらのうち、商人（法）主義と商行為（法）主義について検討する小稿である。この点、日本法は商行為主義を基調としつつ擬制商人規定を置き、また商人が営業のためにする行為を附属的商行為と認める折衷主義を採用している。しかし、商行為主義は、ビジネスの変化に応じて列挙すべき商行為を絶えず追加する必要があるにもかかわらず、そのような改正が行われないことで、時代の変化に対応できないという難点を抱えているものと、学界では認識されている<sup>1)</sup>。

---

1) 例えば、近藤光男『商法総則・商行為法〔第9版〕』（有斐閣、2023年）19頁は、「商法を企業に関する法であると理解するならば、客観主義のような考え方、すなわち企業とは無関係に誰が行っても商行為となる絶対的商行為という概念を認めることは不適當であろう。さらに、明文規定でとりわけ限定列挙しておくことと経済の発展に追いつかないという問題が生じてしまう。」としつつ、4条2項・503条1項を挙げ、わが国商法では主観主義からの修正がなされているとする。

また、絶対的商行為（商法501条各号）は營業的商行為（商法502条各号）とは異なり、私人が1回限り行っても商行為に該当し、商法の適用対象となることが、商法を企業法ととらえる通説的見解とそぐわないとの指摘も一般化している<sup>2)</sup>。そのため、長い間（少なくとも本稿筆者が学部生だった時分から）商人主義への転換が立法論として唱えられてきた<sup>3)</sup>。近時でも有力な学説において、具体的な条文案と共に商人主義への転換が主張されているところである<sup>4)</sup>。

それでは、何故日本法においてはそもそも商行為主義が採用され、現在に至るまで変化しなかったのだろうか。そして、現在のような商人主義を主張する学説は、いつ頃からどのような経緯によって主張されるに至り、有力学説として定着するに至ったのだろうか。

本稿は以上のように、商行為主義の過去から現在までの流れを追うこととする。本稿筆者自体も商人主義への転換を支持する立場にあり、本稿の検討はいわばそのような立法論の「援護射撃」をすることにその目的がある。

なお、その過程においては、以下のように現行商法の条文の沿革、そしてそれを遡り明治23年旧商法とそのロエスレル草案<sup>5)</sup>まで立ち返って検討を行う。ロエスレル草案まで遡って商人（法）主義・商行為（法）主義について言及する近時の研究には伊東すみ子の商法分野全体にわたる詳細なものがある<sup>6)</sup>ものの、多く

---

↘ 後述のように、4条2項は昭和13年改正で追加されたものなので、折衷主義の指す内容は論者によって異なりうる。

2) 近藤・前掲注1) 19頁、森本滋編『商法総則講義〔第3版〕』（成文堂、2007年）3頁〔小林量〕。江頭憲治郎『商取引法〔第9版〕』（弘文堂、2022年）2頁注(1)も、商事売買の項において「商人が関与しない絶対的商行為である売買では、企業取引ではない」ので、同書では記載しないとす。これに対し、北村雅史編『商法総則・商行為法〔第2版〕』（法律文化社、2022年）2頁〔北村〕は、「501条は企業性格が最も強い取引を列挙しているのであるから、同条に含まれる行為はその性質がそもそも企業的といえるものである。」と評価する。

3) 森本編・前掲注2) 3頁〔小林〕。

4) 得津晶「形式的意義の商法と商法の適用範囲」法教499号45頁。

5) 本稿で参照したのは、ロエスレル氏起稿『商法草案 上巻』（司法省、刊行年不詳）（関西大学蔵）である。

6) 伊東すみ子「ロエスレル商法草案の立法史的意義について」滋賀秀三＝平松義郎編・ ↗

の商法分野にかかる歴史的研究は会社法生成史にかかるものであり<sup>7)</sup>、上記着眼点によるものには限りがあるからである<sup>8)</sup>。

本稿筆者はこれまで「生ける法」としての現時点における日本の商法を主たる検討対象として研究を進めてきたものであるが、商法501条・502条はいずれも明治32年の商法制定以来、条文番号は変わったもののその実質的改正は行われていない。制度を理解するに当たり立法者意思を探究することの実利が大きいと思われる当該分野においては、浅学ながら歴史研究も必要と考え試みることにした次第である。そのため、かかる研究手法に慣れた研究者からすると内容的・方法論的に問題を抱える可能性が少なくないものと危惧している。この点については読者諸賢の批判的考察から勉強させて頂く所存である<sup>9)</sup>。

## 1 現行商法に至る条文の沿革

### 1-1 前説

周知の通り、現行商法は501条が絶対的商行為を、502条が営業的商行為をそれ

---

↘石井良助選暦『法制史論集』（創文堂、1986年）185頁以下。

7) 著名な論文集として、例えば、倉沢康一郎＝奥島孝康編・岩崎稜追悼『昭和商法学史』（日本評論社、1996年）、浜田道代編・北沢正啓古稀『日本会社立法の歴史的展開』（商事法務研究会、1999年）がある。

8) 例外として、商人概念における営利性の意義を旧商法時代まで遡って検討した、杉田貴洋「商人概念における『営利性』」法研85巻1号1頁は、本稿に関連するものとしても重要な業績である。

9) なお、古い文献については、国立国会図書館デジタルコレクション (<https://dl.ndl.go.jp/ja/>) で入手した版に基づいて執筆した。また、法令の沿革について文献入手に限界があった部分については、佐野智也「法律情報基盤」(<https://law-platform.jp/>) を参照した。本稿の研究手法については、仲卓真「営業譲渡・事業譲渡における不正の競争の目的による競争の禁止の再定位」立命405=406号471頁に学んだところが大きい。

また、読みやすさの観点から、条文は一部常用漢字表記とし、文献引用部分は基本的に原文に従った。

ぞれ定め、4条1項が自己の名をもって商行為をなすことを業とする者を商人と定める。その上で、503条1項が商人が営業のためにする行為を附属的商行為とし、同条2項が商人のする行為を営業のためにする旨推定する。

これらの条文の沿革を探るにあたり、現行商法の起草者が旧商法とロエスレル草案を相当程度参照ないし意識していたことから、まずロエスレル草案を検討することとする<sup>10)</sup>。その上で、旧商法・現行商法にどのように条文（案）が変化したか、逐条的に検討することとする。

## 1-2 現行商法501条・502条の沿革

### (1) ロエスレル草案から旧商法まで

#### ア ロエスレル草案

ロエスレル草案5条は、以下のような内容であった。

商ヒノ取引トハ直接ト間接トヲ別タス売買、貸借及ヒ其他ノ捌方ノ方法ニ依リ産生物、商品及ヒ有価証券ヲ移転スルヲ以テ趣旨ト為ス総テノ取引殊ニ産生物ノ移転事業及ヒ各種製造ノ起業及ヒ事業各種ノ貨物及ヒ行客運輸ノ起業及ヒ事業各種ノ貨幣流通及ヒ信用流通ノ起業及ヒ事業各種保険ノ起業及ヒ事業トス

また、ロエスレル草案6条は、以下のような内容であった。

其他左ノ事項モ亦此商法中ニ謂ヘル商ヒノ取引ト同視スルモノトス

- 一 店ヲ開キ又ハ帳場ヲ構ヘ又ハ其他ノ営業所ヲ設ケ又ハ公告シテ営ム両替及ヒ利足付又ハ其他ノ報酬付ノ貨幣貸付

---

10) ロエスレル草案の学問的検討の意義については、高田晴仁『商法の源流と解釈』（日本評論社、2021年）第1編各章を参照。

- 二 新聞紙及雑誌ノ発行
- 三 商事上各種ノ代理
- 四 公ナル依頼引請営業及ヒ取次営業
- 五 請負ヒ仕事

ロesslerは、主として「商業取引上ノ慣例ヲ自由ニ適用セシムル」必要から、民商法の峻別が必要とする。もっとも、「其目的トスル處ノ所業種々ニ變化シテ自ラ一定」しないことは自認しており、「總テ資本ヲ以テ營ム事業ノ商業ノ目的ト爲ルモノ皆ナ是レナリ但シ産出物ヲ構成スル事業ナルト之ヲ移轉スル事業ナルトヲ問ハサルモノトス」と説明している。そして、その手法としては商行為を列挙する方法では「毫モ普通ノ主義ヲ確定セサルカ故ニ若シ事アツテ之ヲ判断スルニ當リ其根據ト爲ス所ヲ知り得サルノ憂ヲ免カレス」とし、一般的な商行為の定義を置くいわゆる普通主義を採用していた、スペイン商法359条と1869年イギリス倒産法附録第一を参照している<sup>11)</sup>。

他方で、草案5条のような例示では「法律上ノ義解ハ總テ誤解ヲ來タシ易キモノニシテ是ヲ實際ニ施スノ時ニ當リ疑惑ヲ生スルヲ往々是アリ」として、6条は「斯ノ如キ疑惑及ヒ不足ヲ補ハンカ爲ニ設クルモノトス」として補足的な条項を置くこととした<sup>12)</sup>。

## イ 旧商法編纂過程

商法編纂委員会第1読会においては、議論の結果以下のような修正がなされた。

---

11) ロessler・前掲注5) 13~17丁。

12) ロessler・前掲注5) 25丁以下。

## 5条

商ヒノ行爲トハ直接ト間接トヲ問ハス賣買賃貸其他ノ方法ニ依リ産生物商品及有價證券ヲ移轉スルヲ以テ趣旨ト爲ス總テノ權利行爲ヲ謂フ殊ニ産生物ノ移轉事業及各種ノ製造、貨物運輸、行客運輸、貨幣流通、信用流通並ニ保險ノ事業及行爲トス

## 6条

左ノ事項モ亦商ヒノ行爲トス

- 第一 店舗、帳場其他營業所ヲ設ケ又ハ廣告シテ營ム兩替及利息付又ハ其他報酬付ノ貨幣貸付
- 第二 新聞紙及定時印刷物ノ發行
- 第三 商事上各種ノ代理
- 第四 公ナル依頼引請所及取次所ノ營業
- 第五 公ナル集會場及遊娯場ノ營業
- 第六 請負ヒ仕事

第2読会においては、草案5条は4条として、草案6条は5条として、ほぼ同様の条文案が審議され、文言の細かな議論が行われている。

他方、法律取調委員会においては、より具体的な「商ヒ取引」が例示されるに至り、旧商法4条・5条は以下のような条文として成立した。

## 旧商法4条

商取引トハ売買、賃貸又ハ其他ノ取捌ノ方法ニ因リ産物、商品又ハ有価証券ノ転換ヲ以テ利益ヲ得又ハ生計ノ為メニスル旨趣ニテ直接又ハ間接ニ行フ所ノ総テノ權利行爲ヲ謂フ殊ニ左ニ掲ケルモノハ商取引ニ属ス

- 第一 産物ノ交換、販売ヲ目的トスル取引
- 第二 製造、工業及ヒ手職業ニ係ル作業及ヒ取引
- 第三 人及ヒ物ノ運送ニ係ル作業及ヒ取引

第四 航漕ニ係ル作業及ヒ取引

第五 建築ニ係ル作業及ヒ取引

第六 銀行営業ニ係ル作業及ヒ取引

第七 流通シ得ヘキ信用証券ノ発行及ヒ流通ニ係ル作業及ヒ取引

第八 商ノ為メニ為シ又ハ受クル倉庫寄託及ヒ其他ノ寄託ニ係ル作業及ヒ取引

第九 船舶ノ売買、質入、抵当、構造、修繕、艀装及ヒ乗組ニ係ル作業及ヒ取引

第十 取引所ノ取引

第十一 保険ニ係ル作業及ヒ取引

旧商法 5 条

其他左ニ掲ケタルモノハ之ヲ商取引ト看做ス

第一 公ニ開キタル店舗、帳場若クハ其他ノ営業所ニ於テ又ハ公告ヲ為シテ  
営ム両替及ヒ利息若クハ其他ノ報酬ヲ受クル金銭貸付

第二 新聞紙及ヒ其他ノ定期印刷物ノ発行

第三 商事ニ於ケル各般ノ代理及ヒ委任

第四 公ナル周旋所及ヒ代弁ノ営業

第五 公ナル共飲場及ヒ娯遊場ノ営業

第六 受負作業ノ引受

## (2) 現行商法に至るまで

以上の旧商法 4 条・5 条に対し、法典調査会原案 2 条・3 条（甲01）として示された条文案には、現行商法の原型がみてとれる。

2 条（甲01）

左ニ掲ケタル行為ハ之ヲ商行為トス

- 一 利益ヲ得テ讓渡ス意思ヲ以テスル動産、不動産又ハ有価証券ノ有償取得及ヒ其讓渡
- 二 供給契約及ヒ其履行ノ為メニスル有償取得
- 三 取引所ノ取引
- 四 手形其他ノ指図債権ニ関スル行為
- 五 營業ノ讓渡及ヒ取得

### 3条

左ニ掲ケタル行為ハ營業トシテ之ヲ為ストキハ商行為トス

- 一 賃貸スル意思ヲ以テスル動産、不動産若クハ有価証券ノ有償取得又ハ賃借及ヒ其賃貸
- 二 製造又ハ加工ニ関スル取引
- 三 運送ニ関スル取引
- 四 作業又ハ勞務ノ請負
- 五 出版及ヒ印刷ニ関スル取引
- 六 娛遊場ニ関スル取引
- 七 船舶ノ修繕、艤装又ハ船員ノ雇入ニ関スル取引
- 八 銀行取引
- 九 保險
- 十 寄託ノ引受
- 十一 仲立、取次及ヒ間屋取引
- 十二 商行為ノ代理ノ引受

法典調査会商法委員会第2回議事要録における岡野敬次郎の説明によると、2条については「廣ク商行為ナルモノハ如何ナルモノナリヤトノ定義ヲ掲ケ而シテ此處ノ商行為ヲ掲ケサル所ノ主義」であるスペイン・ポルトガルの立法につき「凡ソ商行為ノ範圍ヲ定メ簡單ナル定義ヲ掲ケ而シテ商法中ニ規定セル行為ヲ盡ク其中ニ包含セシムルカ如キハ余輩ノ考ヲ以テセハ頗ル困難ナリト信ス」と述

べ、同様の立法主義を採用した「既成商法ノ立法例ハ何レモ之ヲ本案ニ採用セス」と明言する。その後人的主義・物的主義に触れた上で、折衷主義を「最モ完全ニシテ且ツ極メテ肝要ナリ」として採用した旨述べる。

これに対して土方・長谷川が2条・3条中の主なものを定義として入れる修正案を提出したが、梅謙次郎は岡野同様、列記主義を採用しているのがスペイン・ポルトガルにとどまること、「此定義ト雖モ不完全ニシテ商行為トハ本法ニ掲ケタルモノヲ云フト如此ナレハ危険極ルモノ故掲ケサルノ勝レルニ如カス」「不完全ナル定義ヲ設ケ解釋ニ困難ナラシメンヨリカ寧ロ定義ヲ掲ケサルニ如カス是レ列記的ヲ以テ麥當ト信スル」と反駁している。結果2条・3条は仮議決となった。

商法委員会第3回議事要録における岡野の説明では、3条は「諸種ノ商行為ニ於ケル第二位ノ規定ニシテ即チ營業的ノ事ヲ列記セルモノナリ」とされている。もっとも「勉メテ今日實際商賣ト看徹ス可キ事項ハ悉ク網羅シタル考ヘナリト雖モ或ハ脱漏ノ恐ナキニアラス然レトモ本條ハ前條ト共ニ假議決ニ確定セルヲ以テ他日諸君ヨリ補足セラレンコトヲ希望ス」とやや留保めいた表現も用いている。營業的商行為の網羅性については、起草者が一定の逡巡ないし懸念を抱いていたともいえるだろう。

当日の議論は、銀行取引・問屋取引に関するものであり、これについては高田晴仁による先行研究に詳しいのでここでは言及を避ける。結果、当日は5号の「及ヒ」を「又ハ」とする以外仮決となった。

その後、法典調査会商法整理会では248条として原案2条5号は旧4条があることから削除され、249条2号に「他人ノ爲メニスル」の文言が追加される微修正が施され、これらが帝国議会で263条として条文化された。帝国議会における商法修正案理由書においては、特に不動産に関する言及が目立ち、封建制度による土地と武士の結びつきから解放されるべきことが特に述べられている<sup>13)</sup>。

13) 『商法修正案理由書』（博文館、第4版、明治31年）（関西大学蔵）229～230頁。

### 1-3 現行商法4条の沿革

#### (1) ロエスレル草案から旧商法まで

##### ア ロエスレル草案

次に、商人の定義を置く現行商法4条の沿革を見ていく。ロエスレル草案11条は以下のような内容だった。

商業ニ就キ定メタル条款（第一卷）ハ商業ヲ営ム会社及ヒ無形人モ亦之ヲ遵守スヘキモノトス農業牧畜営業及ヒ漁業ハ商業ト視做スヘカラス  
此商法ニ商人ト記シタル場合ハ総テ商業ヲ営ム者ヲ指スコトト了解スヘシ

いわゆる商人とそれ以外の職業との区別に関する規定である。農業・牧畜を除外した点について、ロエスレルはイギリス倒産法「セドウール」第二を参照した旨述べている<sup>14)</sup>。

##### イ 旧商法に至るまで

商法編纂委員会商法第一読会では、農業牧畜について条文を新設することとし、以下のような修正が加えられた。

第十一條 商業ニ就キ設ケタル規定ハ会社及無形人ノ商業ヲ営ムトキモ亦之ヲ遵守ス可キモノトス  
此商法ニ謂ヘル商人トハ總テ商業ヲ営ム者ヲ指ス

第二読会では、11条として

---

14) ロエスレル・前掲注5) 51～54丁。

農業、牧業、及漁業ハ商業ト看做スヘカラス

との明確な規定とされた。

法律取調委員会再調査案9条は、以下のような内容であった。

商人トハ総テ商業ヲ営ム者ヲ謂ヒ商業ヲ営ムトハ常業トシテ商ヒ取引ヲ為ス  
事ヲ謂フ  
農作、牧畜及ヒ捕漁ノ業ヲ営ムハ商業ヲ営ムト看做サス

これが若干の修正を受け、明治商法9条の以下の内容として成立した。

商人トハ総テ商業ヲ営ム者ヲ謂ヒ商業ヲ営ムトハ常業トシテ商取引ヲ為スコ  
トヲ謂フ  
農作、牧畜、養蚕、狩猟、捕漁及ヒ採藻ノ業ヲ営ムハ商業ヲ営ムト看做サス

## (2) 現行商法に至るまで

法典調査会原案7条(甲01)は、以下のような内容だった。

本法ニ於テ商人トハ自己ノ名ヲ以テ商行為ヲ為スヲ業トスル者ヲ謂フ  
商事会社ノ無限責任社員ハ之ヲ商人トス

岡野敬次郎の説明によると、「本條ハ既成商法第九條ト精神、實質共ニ同一ニシテ『自己ノ名ヲ以テ』ヲ加ヘタルハ聊力修正ノ意アルカ如シト雖モ舊第九條ハ其文字コソ用キサルモ精神ハ同一ナリ」という。「本法ニ於テ」の削除案が穂積八束により提出されたが賛成者はおらず、原案通り可決された。

その後帝国議会で成立した4条は、周知の通り以下のような内容だった。

本法ニ於テ商人トハ自己ノ名ヲ以テ商行為ヲ為スヲ業トスル者ヲ謂フ

商法修正案理由書は岡野の説明とほぼ同様である。旧商法9条については、「既成商法第九條第二項ハ商業ヲ營ムト看做ササル營業ノ種類ヲ列擧スト雖トモ本案ニ於テ第二條第三條及ヒ本條ノ規定ヲ以テ既ニ疑點ヲ存スル餘地ナシト爲シ」削除したと説明している<sup>15)</sup>。

#### 1-4 現行商法503条の沿革

##### (1) ロessler草案から旧商法まで

###### ア ロessler草案

附屬的商行為に関する503条についても見ていこう。ロessler草案7条は以下のような内容だった。

商人自己ノ營業上ニテ取結ヒ或ハ他ノ商人又ハ起業人ト取結フ事項ニシテ疑シキトキハ商ヒノ取引ト視做スヘシ

現在の条文と形式は異なるが<sup>8)</sup>、ロesslerは「此條ノ旨趣ハ凡ソ商人ノ營業上ニ於テ爲シタル事ハ其情況ニ於テ反對ノ證跡アルニ非サレハ都テ商業取引ト看做スト云フニ在リ」としており<sup>16)</sup>、立証責任に関するものと意識していたことは明らかである。

###### イ 旧商法に至るまで

商法編纂委員会商法第一読会では、起業人といった表現が問題とされ、以下のように修正された。

---

15) 『商法修正案理由書』・前掲注13) 7頁。

16) ロessler・前掲注5) 36～38丁。

商人其營業上ニテ取結ヒ又ハ他ノ商人ト取結ヒタル行為ニシテ疑ハシキトキハ商ヒノ行為ト看做ス可シ

第二読会6条も、ほぼ同様の内容だった。

商人其營業上ニ於テ取結ヒ又ハ他ノ商人若クハ作業人ト取結タル行為ニシテ疑シキ時ハ商ヒノ行為ト看做ス可シ

ここでは、「作業人」を「事業者」に、「營業上」を「營業中」に改める旨決められた。もっとも法律取調委員会再調査案にはその内容が必ずしも反映されておらず、公布された旧商法6条と同内容であり、下記の通りであった。

商人其營業上ニ於テ取結ヒ又ハ他ノ商人若クハ作業人ト取結ヒタル取引ハ反対ノ証ナキトキハ之ヲ商取引ト看做ス

## (2) 現行商法に至るまで

法典調査会原案4条(甲01)は以下の通りであった。

商人カ其營業ノ為メニスル行為ハ商行為トス  
商人ノ行為ハ其營業ノ為メニスルモノト推定ス

岡野敬次郎の説明では、1項は補助商行為、2項は推定商行為という用語法が採用されているが、その説明は現代に通じるものであった。議論の結果、梅謙次郎から「之ヲ商行為トス」との訂正が入った。

この内容が帝国議会265条として成立した。商法修正案理由書では附属商行為の語が説明に用いられている。旧商法の文言の不明確性を指摘した上で現行の文

言を採用した旨述べられている<sup>17)</sup>。

## 1-5 旧商法に対する学説の評価

ロエスレル草案・旧商法についての学説の評価として、梅謙次郎・井上操のものと、前述した伊東すみ子のものを紹介する。

### (1) 梅謙次郎

旧商法の条文について、梅謙次郎は本野一郎との共著『日本商法義解』<sup>18)</sup>や単著『日本商法講義』<sup>19)</sup>において、厳しい評価を下している。『日本商法義解』においては主として独仏法の移入における概念の錯綜を批判しており、『日本商法講義』でもその点では共通しているが、『日本商法講義』ではスペイン・イギリス法における商事の定義を「甚た不完全にして未た之れを眞の定義と為すに足らず」とし、商取引と商事の区別を実際ほとんど不要としている<sup>20)</sup>。また、4条の「取捌」に関するロエスレルの「一般に他人の使用に放任すること、了解すべし」との説明を「是れ漠然として實に摑雲捉風の感あり」とするなど、一般的な商行為の定義を置くことに概して批判的であった<sup>21)</sup>。

---

17) 『商法修正案理由書』・前掲注13) 231頁。

18) 梅謙次郎＝本野一郎『日本商法義解 卷之一〔訂正再販〕』（金蘭社、1891年）44頁以下。  
梅が旧商法について概ね厳しい評価をしていることについては、高田晴仁「商法学者・梅謙次郎」高田・前掲注10) 171、175頁以下参照。

19) 梅謙次郎『日本商法講義』（和仏法律学校、明治29年）28頁以下。

20) 旧商法3条

商事トハ商人又ハ其他ノ人ノ為シタルニ拘ハラズ総テノ商取引及ヒ其他本法ニ規定シタル事項ヲ謂フ

21) これらに対し、長谷川喬『商法正義 第壹卷』（明治法律学校、刊行年不詳）24丁や磯部四郎『商法釈義』（長島書房、明治23～26年）93丁は、条文に即した説明に徹している。これらについては、高田・前掲注10) 192頁も参照。

## (2) 井上操

井上操の旧商法の教科書<sup>22)</sup>においては、ごくわずかな記述であるが、梅に比べれば旧商法に対する肯定的評価がみられる。すなわち、「法文に商取引の解を爲したるは一々商取引の事柄を掲載するは實に至難の業にして到底遺漏なき能はざるを以てなり」とし、むしろ商行為を列挙すること自体の限界が自覚的に説明されているようにも読める。

## (3) 伊東すみ子

以上に対して、これらの史的研究の代表的なものである、伊東すみ子の研究もあわせて紹介する。伊東のロエスレル草案の分析は商法全体にわたるが、本稿の関心にかかる部分のみ採り上げる<sup>23)</sup>。伊東の主観主義（商人主義）・客観主義（商行為主義）に関する評価は通常のそれと同じであるが<sup>24)</sup>、商行為の範囲について、フランス商法を踏まえてロエスレル草案を詳細に分析している<sup>25)</sup>。具体的には、商取引の範囲の取捨選択についてつぶさに検討し、また旧商法の「生計ノ為メニスル」は有害無益の修正と評価している。具体的には、「生計のためにする取引は一時的商行為になると考えていたようであるが、ロエスレル従来主張の一貫しないのみならず、一時的商行為の意義の喪失の傾向〔西原寛一「近代的商法の成立と発展」<sup>26)</sup> 122～134頁を参照している：本稿筆者注〕に背馳するものというべきである」とする<sup>27)</sup>。

---

22) 井上操『日本商法講義』（大阪國文社、1891年）6丁。

23) 伊東・前掲注6）221頁以下。

24) 伊東・前掲注6）222～223頁。

25) 伊東・前掲注6）223～225頁。

26) 西原寛一「近代的商法の成立と発展」内田力蔵ほか『法律学大系 第2部 法學理論編6』（日本評論社、1950年）。

27) 伊東・前掲注6）230頁注10。

## 2 現行商法に対する学説の評価

### 2-1 前説

ここでは、概ね時代の順を追って、上記のようにして成立した商行為・商人の関係性についての学説評価を見ていくこととする。概ね歴史的順序に従うこととし、昭和13年改正における擬制商人の規定の新設までを対象とする。

### 2-2 学説の展開

#### (1) 松本烝治<sup>28)</sup>

松本は商法成立当初、商行為主義について「現に我商法の如きも之に関する規定を其中央に置きたるは蓋し偶然に非ざるなり」とし<sup>29)</sup>、旧商法・スペイン商法のような立法主義と現行商法を比較し、「此等の規定は総て其意義頗る不明に属し却て商法適用上に疑を生せしむるの恐あるを以て我商法は舊商法の定義を排斥して之と異なる主義を採用し商行為たるべき事項を列挙したり是を以て我商法の主義に依れば商行為は之を法律に列挙し其列挙以外には商行為あるを認めざるなり」と現行商法を旧商法よりも評価する<sup>30)</sup>。

もっとも、その後周知の通り、松本はスイス債務法・ドイツ新商法も踏まえつつ民商二法統一論を志向するに至るが<sup>31)</sup>、その立論においても商人概念の確定が必要であることは自認しており、スイス債務法のアプローチを高く評価しつつ、

---

28) 松本烝治ほか『高等科講義録(36年度)』(和仏法律学校、明治36年)。

29) 松本ほか・前掲注28) 2頁〔松本〕。

30) 松本ほか・前掲注28) 3頁〔松本〕。

31) 松本烝治「民商二法統一論」同『私法論文集第一巻』(巖松堂書店、大正5年) 1頁(初出: 法学志林12巻1号・4号(明治43年))。

ドイツ新商法のアプローチも一定程度肯定的に評価している<sup>32)</sup>。そこでの強い問題意識として、農業・漁業・鉱業などの原始産業従事者の商人該当性を否定した商法への否定的態度があり、これが昭和13年商法改正における擬制商人規定の創設に影響したことは想像に難くない。松本は商法改正要綱の解説<sup>33)</sup>において、原始生産業者について「外観上は商人たる物品販賣者と非商人たる物品販賣者とを區別するに由なく、而も其商人たると否とに依つて全く法律の適用を異にするのであるから、之と取引を爲する第三者から觀れば不安千萬のことと謂はなければならぬ」として、商法改正要綱第二「會社及ヒ店舗其他之ニ類似スル設備ニ依リテ物品ノ販賣ヲ爲スヲ業トスル者ハ商行為ヲ爲スヲ業トセサルモ之ヲ商人ト看做ス旨ノ規定ヲ設クルコト」を説明している。もっとも、スイス債務法・ドイツ商法のような營業の形態を加味する方式が好ましいとしつつ、「今回の一部改正主義の下に於いては斯く迄の根本的改正には及ばざることとし、差當り實際の便宜を計る爲めに必要なる範圍の改正に止めた」とする<sup>34)</sup>。

## (2) 志田鉦太郎<sup>35, 36)</sup>

現行商法の起草補助者として著名である志田は、『志田氏商法要義卷ノ壹』では商事法としての商法は商行為法と化し、その立法主義に商行為主義・折中主義がある旨一般的に説明する<sup>37)</sup>。他方、ドイツ新商法成立を意識した『日本商法論卷ノ一』では既にその存在に影響を受けつつも、「商法を以て商業法と為すこと獨逸新商法の如くなるときは第二の主義〔商人主義：本稿筆者注〕を採用すること正

32) 松本丞治「商人ノ意義ニ關スル立法主義」同・前掲注31) 559頁(初出：三田学会雑誌6巻4号(大正元年))。

33) 松本丞治「商法改正要綱解説(一)」法協49巻5号103頁、111頁。

34) 昭和13年商法改正の経緯の詳細については、浅木慎一『日本会社法成立史』(信山社、2003年)、同「大正パブルの崩壊と経済的矛盾の露呈——昭和13年の改正・有限会社法の制定」浜田編・前掲注7) 152頁に詳しい。

35) 志田鉦太郎『志田氏商法要義卷ノ壹』(和仏法律学校、1899年)。

36) 志田鉦太郎『日本商法論卷ノ一』(有斐閣書房、明治32年)。

37) 志田・前掲注35) 2～3頁。

當なりと雖も未だ此の如き時代に達せざる我商法の解釋としては第二の主義を採ること不可なり」とし、ドイツ新商法の進歩性<sup>38)</sup>を認めつつ、現行法の商行為主義を踏まえた概説を行っている。

### (3) 松波仁一郎<sup>39)</sup>

松波は「列挙主義の利とする所は如何なる行為か商行為たるかを明示して適用を正確にするに在り亦其恐る所は立法者は果して能く商行為と為るべき行為を列挙し尽くし得るかに在り假に商法編纂當時に商行為とすべきものを悉く網羅したりとするも後に類似のものを生し而も解釋に依りて列挙中に入れ能はざるときは如何ともするを得ざるへし折衷主義は此兩欠缺を補はん為めに生したりと云うも長所を合するより却て短所を合したる結果を生し寧ろ定義主義又は列挙主義を採るに如かず我商法は列挙主義を採用したり」とする<sup>40)</sup>。起草者と（少なくとも部分的には）同様に、列挙主義の網羅性とその後の商行為の追加について懸念を示している。他方で折衷主義の問題点も指摘しており、相対的に列挙主義を優位と考えている。

### (4) 烏賀陽然良<sup>41)</sup>

烏賀陽然良まで時代が下ると、商法の立法主義において「一は佛國の採用する商事法主義にして、商法の出發點を商行為に置き、商行為の觀念を定めて後商人の何たるやを決するものを謂う。他は獨國の採用する商人法主義にして、前主義と反對に、先づ商人の何たるやを定め、商人が經濟上為す所の諸種の行為を商行為となすものを謂う〔原文注：獨國に於ても、絶對的に之を貫徹せず、かの海商

---

38) 最近のドイツ商法の同項に関する研究として、山下友信「商法の現代化と商人概念」同法71卷1号91頁。

39) 松波仁一郎『改正日本商法』（明治大学、1912年）。

40) 松波・前掲注39) 475～476頁。

41) 烏賀陽然良『商法要論第1卷』（弘文堂、大正12～14年）。

法に付て之を見る（本稿筆者が参考のためこの位置に挿入）。商業發達の順序よりすれば、商法は商人法たるべくして商事法たるべからず然れども、吾商法は沿革上佛國主義に倣ひ、商事法主義にして商人法主義に非ざるなり。」との評価がなされている<sup>42)</sup>。もともとドイツ旧商法は商行為主義を採用しており、それが新商法において商人法に改められたのであるが、ここでは独仏の対比という形で整理されており、日本法はフランス法を継受したように読める記述となっている。

これまで述べた通り、ドイツ旧商法もフランス商法（いわゆるナポレオン法典）を踏まえた商行為主義を採用した経緯があるから、この時点まで下ると、「獨逸商法」として既に新商法が念頭に置かれる素地が（少なくとも一部読者においては）形成されていた、と読むのは邪推に過ぎるであろうか。

#### （5） 竹田省<sup>43)</sup>

竹田省は「編別は佛國系に属すと雖も其規定の實質に至ては獨逸法に倣へり」<sup>44)</sup>と整理しつつ、「立法論としては吾人は我商法に於ても獨逸新商法と同じく商人法として然るべきことを信するものなり何となれば貨物の交易に関する法律行為は箇箇の行為としては一般民法の交易法を持って足れるとし特別の法則を認むるの必要あれば營業として為さるる場合に限ればなり」<sup>45)</sup>と商人主義を支持している。

#### （6） 田中耕太郎<sup>46)</sup>

田中耕太郎も、商人主義への転回を志向したひとりである。田中は、「商法發達の趨勢が、斯くの如き二元主義、即ち單獨に行わるる行為が其の内容の有する

---

42) 鳥賀陽・前掲注41) 4頁。

43) 竹田省『商法総論』（有斐閣書房、大正元年）。

44) 竹田・前掲注43) 64頁。

45) 竹田・前掲注43) 98頁註4。

46) 田中耕太郎「法律學における『經濟人』としての商人」田中耕太郎編『松波先生還暦祝賀論文集』（有斐閣、1928年）279頁。

特性からして商行為と認めらるる主義を去つて、中世の階級法的意義とは異なる意義に於ける商人法主義、即ち身分的、公法的要素を除外し、又營利を目的とする法律行為中其の法律事實 (Tatbestand) の種類に従ひて商行為を列挙する主義を漸次脱却して、行為の内容及び種類よりも寧ろ其の經營方法の規模よりして商法の適用を限定せんとする主義即ち商法が企業<sup>レ</sup>の法<sup>レ</sup>に推移しつつある今日に於いては、商人の概念たるや殊に重大なる意義を有するものと云はなければならぬ」〔傍点原文〕とする<sup>47)</sup>。

### (7) 西原寛一<sup>48)</sup>

昭和13年改正法案における擬制商人規定を評価するに当たって、西原は、そもそも商行為法の改正を待つて対応すべきであったとしつつ、經濟發展の方向に順応する「過渡的形式として、それ自體は是認せらるべきである。」としつつ、「而して之に依つて我々は、商法及び商人の名稱と其の實質との一段の乖離を痛感せざるを得ない」ともしている<sup>49)</sup>。

### (8) 野津務<sup>50)</sup>

野津は、商法改正要綱が商人概念を商業登記と関連させない点を批判するとともに、「物品ノ販賣ヲ爲スヲ業トスル者」に限る必要がないとしつつ、「然し改正要綱が必然的商人の制度を設けんとするのは、商人の觀念決定に關する實質主義に形式主義の長所を採り入れやうとするものであつて、商概念乃至商人に關する

---

47) 田中・前掲注46) 280頁。同箇所では、商的色彩論を借用しつつ實質的に商法を企業法・營業法と捉える山尾時三「『商』について(下)」法協42卷6号72頁、76頁以下が参照されており、この時点では田中の商的色彩論への固執は必ずしも見られない。商的色彩論に關する近時の分析として、村田敏一「商的色彩論の系譜」同『株主平等原則の理論と動態』(法律文化社、2021年) 215頁(初出:立命館法学387=388号) 参照。

48) 西原寛一「商法改正法案管見」法時8卷5号3頁。

49) 西原・前掲注48) 6頁。

50) 野津務『商法総則第2部』(有斐閣、1934年)。

私の解釈〔ドイツ新商法を支持している：本稿筆者注〕に此の點では合致するものである〕と支持している<sup>51)</sup>。

### 2-3 小括

以上、現行商法成立後の学説評価について一瞥してきた。

現行商法は、梅の旧商法における商行為の例示への不満に端を発し、当時の比較法的主流であった商行為主義を採用した。もっとも、起草段階で岡野が懸念を述べた通り、その網羅性と商行為の進歩へ追いつけないという懸念については、学界においても早い段階から共有されたといえるだろう。もっとも、昭和13年改正前商法そのものの評価のスタンスは、起草補助者である志田のほか、松波など一定の支持も見られた。もっとも、志田においても未だ日本の商業がドイツのそれに比べて未発達であるという留保の上での支持がなされている面もあり、現行商法の商行為主義への評価は当初から流動的だったと言うこともできそうである。

そして、明治末期・大正初期というかなり早い段階から、スイス債務法・ドイツ新商法を意識した松本による商人主義の志向が見られる。かかる認識がドイツ新商法の施行という比較法的インパクトのある出来事と経済発展に伴い、大正時代には既に多数説化していたと評価してよいように思われる。

もっとも、昭和13年改正は、松本の述べるような部分的改正に止まった結果、商行為主義という大枠は残されたまま現在に至ることになる。

### むすびにかえて

(1) 本稿の検討で得られた結論はごく平凡なものであった。商行為主義を採用した現行商法の各規定は、ロエスレル草案・旧商法の採用した商行為の例示

---

51) 野津・前掲注50) 46頁。

列挙に対する不満があり、当時比較法的に主流であったフランス商法・ドイツ旧商法の流れを汲んで成立したものであった。もっとも、現行商法起草時点から商行為の網羅性や経済発展への対応の懸念はもたれていた。もっとも、その状況を見直すタイミングは訪れず、昭和13年商法改正においては、原始産業従事者の商人該当性について意識の強かった松本丞治の影響の下、擬制商人の規定が新設されるに止まり、現状に至るということであった。リサーチの前提として、フランス商法がフランス革命における階級からの解放という観点から商行為主義を採用せざるを得ず、その進歩的な内容にドイツ旧商法が追随したことが日本商法における商行為主義の採用の理由と予測されていたから、ある意味で予想が裏付けられたということにはなる。

- (2) また、商行為列挙という方法が経済社会の発展に対応できないという現象が明治時代にすら危惧されていたことからすれば、現在においてなおこれを墨守する理論的根拠はないということも、確認できたものとする。

そうすると、事後の立法論的対応は、既に試みられているように、商人主義の具体的な作り込みということになるだろう。商業登記との連動の必要性の有無や、小商人の取扱いなど、既に論点は絞られている印象がある。今回の論文のテーマとは異なることであるが、本稿筆者としても機会があれば検討してみたい。

\* 本稿は、科研費21K01234による成果の一部でもある。