

Title	大隈健一郎著 『商法總則』
Sub Title	K. Ohsumi : General provisions of commercial law
Author	阪埜, 光男(Banno, Mitsuo)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1957
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.30, No.9 (1957. 9) ,p.74- 78
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19570915-0074">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19570915-0074</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

大隅健一郎著

『商法總則』

一

商法の他の部門におけると異なり、總則の分野にあつては、竹田博士の商法總則以來、近時、その詳細な解説書は少なく、その各個の制度および規定の研究が比較的閑却されている憾みがある。これは會社法や手形法におけるほど、總則上の問題が實際にはあまり問題とされないという點にその理由があると思われる。私共はかねてから商法總則の詳細な研究書の發刊を待ち望んでいたのであるが、今回この渴望に應えるべく好著が現われた。それが本書である。

本書の構成は、第一編序論、第二編本論に分れており、序論には、

商法の基本概念として、商法の歴史、日本商法、商法の概念、商法の地位、特質が記述されており、續いて商法の法源、商法の適用範圍、商法典の構造に論及されている。また第二編本論としては、第一章商人の題目の下に、商人の意義、小商人、商人たる資格、商人たる資格の始終、營業能力、營業制限を、第二章營業の施設として、營業の人的施設（商人の補助者）、營業の物的施設（營業所、商號、商業帳簿）を、第三章營業の公示として商業登記を、第四章營業およびその譲渡の項目の下に、營業の譲渡、營業の貸借および經營の委任、營業の擔保化および強制執行について説明されている。

以上が本書の構成概観であるが、全體を通じて、その「はしがき」にも著者が述べられている如く、本書は三つの特徴を持つている。即ち、

(一)従來の著書は、開卷劈頭、商法の概念が説明されており、その説明も、商法はア・プリオリにそうあるべきものであるかのような仕方になされていたのに對し、本書においては、先ず商法の歴史と現行商法の内容の概観からはじめ、これを基礎として商法の概念を歸納するという説明方法を採られている。

(二)従來の著書が、昭和十三年の改正に當つて新設された規定について冷淡であつたのに對し、本書ではこの點につき相當詳細に取扱つていられる。

(三)従來の著書が序論的な部分に主力をおきこれに多くの紙數を費していたのに對し、本書では、序論を比較的簡單にすませ、本論に主力をおかれている。

著者は商法の歴史と我が商法典を基礎として、實質的意義における商法の概念を次のように考察されている。即ち「實質的意義における商法は、歴史の變遷と實定商法の多様性の中にあつて、その核心において同一性を保有するものでなければならぬが、かような意味において商法の核心をなす基本觀念は企業であると云わなければならない」（三六頁）。「何故なら商法は歴史的に固有の商に關する法として發生したが、固有の商が商法なる特別法を要求するのは、それが營業として行われる場合である事は明かであつて、商法は固有の意義における商業の法として生まれてゐる。現在の商法典は固有の商の範圍をはるかに出て、固有の商を補助する行爲、更に進んで固有の商と直接關係する所なく、單に右らの行爲と類型的行爲迄もその支配下においてゐるが、ここで注意を要するのは、この種の行爲が商法典の規制に服するのはそれが營業（以下傍點いずれも筆者）としてなされる場合に限られ、而も補助商に關する商法典の規制といえども、決して固有の商と事實上連繫する事にもとづく法則のみでなくして、計畫性、集團性、營利性等の企業一般の性質にもとづく法則や運送業なり倉庫業なりの特定の企業である事にもとづく技術的法則も包含しており、第三種の商に關する商法の規制に至つては當然に専らこの種の法則のみから成つてゐる事である。これに依つて見るに、補助商が商法の支配に服せしめられるのはそれが事實上固有の商を補助する關係にある事にもとづくのではなくして

寧ろそれが營業として爲される事によるものと解せねばならぬ」(三三頁—三四頁)とされている。かくの如く、著者は商法を企業關係に特有な法と解されるため、手形および小切手の制度が企業取引の範圍を越えて一般人に解放されている現在において、手形法・小切手法を如何に取扱うかという問題に逢着されているが、この點に關し、著者と同じく企業法説の立場にいられる鈴木教授が、「手形制度が、具體的に商企業と關連を有するや否やを問わず常に商の範圍に收容されているのも既に抽象的な制度自體が商企業と關連を有するためと説明しうるであらう」として、手形法、小切手法は商法に屬するものとされているのに對し、著者は、「手形及び小切手法は商法の範圍に屬せず、『有價證券法』として一般私法の中にあつて、特殊な存在を保持すべきである」(四〇頁)と割り切つていられる。また著者は企業法説は田中耕太郎博士の商的色彩論の否定の上に立つものではなくして、むしろ、その發展、修正の上に立脚しているものであるとされ、田中博士の「商法を企業法と云う事は一種のタウトロジーであり、問題の一步進んだ解決にはならない」とされる見解を攻撃されている。

次に民商二法統一論に對しては兩種の生活關係のそれぞれ異なる構造と機能とを對照しそれに即する概念の定立および解明をする事の必要性を強く論じられ、したがつて民商二法の實質的統一を否定され、形式的にも民法典と商法典とを一個の法典に統合する事は立法政策的に見ても是認されないとされている。また獨占禁止法については、從來よりこれを經濟法として見る説あるに對して、著者はこれは企業一般の組織および活動に關する基本的な在り方を宣明

するものとして、商法の體系に屬せしめていられる。

### 三

昭和十三年の改正によつて新設された規定とは、擬制商人、表見支配人、名板貸の責任、不實登記の效力等に關するものであるが、以下それ等の主な規定について如何なる説明をされているかを若干概観してみよう。

擬制商人については、商法が擬制商人の概念を認めた事は商法の商行爲中心主義の立場についての一破綻を示すものでありそれは商法を企業法とみる立場への一步前進であるとして自己の企業法説を裏付けていられ、商人に關して第五〇二條の定める營業的商行爲は制限的列擧と解すべきか例示的列擧と解すべきかと云う問題に對しては、「例示的列擧と解すれば民法と商法の適用の限界が不明確となり却つて法的安定を害するので制限的列擧と解する通説の立場が適當である」(二〇〇頁)と答えられている。表見支配人についてはこれはドイツ法における外觀法理又は英米法における表示による禁反言の法理に基づくもので、商法の外觀主義の發現に他ならないとされ、いわゆる本店または支店の營業の主任者たる事を示すべき名稱が何であるかは困難な問題であるが右の如き立法趣旨に鑑み、一般取引の見解によつて決する他はないとされ、また「商業使用人」に關する商法の規定は實質的には「商業代理人」に關するものと云つて差支えない(一四二頁)とされている。なお「商法第四十二條二項における相手方の惡意とはその使用人が支配人でない事を知る

意味ではなく、その者が當該取引につき代理權を有しない事を知る事を云う」(一六三頁)と説明されている。名板貸の責任については、その根據を禁反言の法理と共に間接ながら商號の眞實に求められている。

#### 四

その他、著者は學說および判例を豊富に引用されつつ明快な理論を展開されている。

例えば、營業所に關しては、これが營業の目的たる基本行爲の締結される場所たる事を要するか否かについて學說が分れているが著者は、「營業所たるには單に營業に關する指揮命令を發する首腦の所在では不十分であり必ず營業の目的たる取引が行われる場所でなければならぬ」(一七七頁)とされ、商法上會社の本店という場合には會社の住所としての本店と實質的に營業の中心たる場所としての本店との二つの意味があるとされ、商法が會社の本店という場合においては、それぞれの規定の精神に照してそのいずれの意味であるかを決すべきであるとされている。商號權については、これを登記の前後を問わず人格權的財産權的性質の双方を帶有するものとみられ、商法第一九條の規定に對しては、「この規定は、登記法上の效力を定めるものであつて私法上の效力を定めるものではない」(一九四頁)と解されている。商業帳簿については、先ず企業の合理的經營の基礎として商業帳簿の必要性を説かれ、損益計算書についてはこれは營業の成績を示すものであるが財産の狀況を示すものではないから商業帳簿ではないとされ、商法上の日記帳が簿記會計上の日記帳または仕譯日記帳をいうか或はその全體をいうかが解釋上問題とされているが著者は、「法が日記帳の作成を命ずるのは營業及び財産の状態を明らかならしめる爲であるから、商法第三二條の日記帳は簿記會計上の主要簿たる日記帳、仕譯帳、元帳はもとより仕譯帳に代用される傳票の如きをも包含する」(二二二頁)と解されている。また、會社と異なり個人商人にあつては營業財産とは別に私用財産があるからこれに關する事項をも日記帳に記載すべきか否かについてはこれを肯定する通説に對し、著者は、營業財産と私用財産との帳簿上の混同により商業帳簿の機能が阻害されることを理由としてこれに反對されている。その他財産目録、貸借對照表等詳しく解説されており、參考として財務諸表規則に基いて定められた貸借對照表の辨形を掲記されている。また財産評價に關して、商法第二八五條にいう「取得價額又は製作價額」とは「取得價額又は製作價額から相當の減損額を控除した價額」と解すべきであり一旦取得價額または製作價額から減損額を控除した時はその後時價が昇騰しても既往の償却額を回復して取得價額または製作價額まで高めることは許されないとする通説に對し、著者は、「商法第二八五條の規定は固定財産の評價に關する特則たる限りでは商法第三四條第二項の例外と云えるが規定それ自體としては同條第一項の例外である。即ち第三四條第一項が一般原則として財産評價の最高限を交換價額をもつて抑えているのに對し、第二八五條は特に株式會社の營業用の固定財産につき、その最高限度を取得價額又は製作價額としたものに他ならない。従つて、固定財産の時價が取得價

額又は製作價額を超えている場合に、右の限度内で既往の償却額を戻入れて従前の帳簿價額より高い價額を附しても違法とはならない」(二三六頁註一一)と解されている。また、「營業」に關しては、營業の概念に對する諸學說を詳細に検討された後、營業は複雑かつ多面的な性格を有するものであり、實定法を理解する爲には普通に行われている營業ないし企業概念一般をとつて直ちにその基準とすることは出來ず、それぞれの法規の目的に照し營業の如何なる面が問題とされているかを明らかにしなければならぬとして、鈴木教授の「流通對象たる企業と侵害の對象たる企業」とに分けて考ふる學說に近い見解を示され、處分の對象としての營業は各種の財産物件ならびに、得意先、老舗、暖簾等の事實關係から成る組織財産と解するのを正當とされている。また更に著者は、「最近では、企業の様態に經濟的一體として單一の價値を有し取引上も一體として取扱われる集合物については實定法上もこれを一體とみなすべきであるとする立場に於いては營業についても一個の物權的權利が認められる事になりそれ自體として獨立の物權的處分の對象となりうるものと解せられるであろう」(三〇三頁—三〇四頁)として、解釋論としてもかかる方向における理論構成を進めるべき事を提唱されている。營業讓渡に關しては、これを經營者たる地位の引繼とみられる西原教授の説に反對され、一定の營業目的により組織化された有機的一體としての機能的財産の移轉を目的とする債權契約であるとされ、その契約の性質は營業讓渡が有償か無償かにより賣買、交換、または贈與に類する混合契約になるとされている。なお營業所という程度に至らない工場、出張所、賣店等の讓渡が單なる設備財産の讓渡

であるかまたは營業の一部の讓渡になるかは問題であるが、著者は「たとえ經營技術の見地からせよ、それが一體として組織化された機能的財産を形成している場合には讓渡の對象としての營業が認められうるからその讓渡は營業の一部の讓渡と解さねばならない」(三一六頁)と述べられている。この他營業の貸貸借については、一時問題となつた東寶株式會社とスバル興業株式會社間における「劇場共同經營に關する契約」の法律的性質についての判例を採り上げていられる。なお、昭和二十九年に英國の浮動擔保になつた企業擔保法案が我が國で作成發表された事に關し、營業の擔保化と強制執行について特に一節を設けて論じられている。

## 五

以上誠に粗雑な紹介に終つてしまつたが、もとより筆者の不敏の至す所、著者の見解を歪曲し、本書の眞價を十分に傳へ得なかつたことを虞れる。ともあれ、本書は諸先學の研究の概觀に役立つものと共に新しい研究に對する手がかりを興える好著として廣く御一讀をお奨めする次第である。(有斐閣發行、法律學全集27、三四六頁、定價三八〇圓)

(阪益光男)