慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	商人の意義に関する立法主義
Sub Title	
Author	松本, 烝治
Publisher	三田学会
Publication year	1912
Jtitle	三田学会雑誌 (Keio journal of economics). Vol.6, No.4 (1912. 10) ,p.631(37)- 646(52)
JaLC DOI	10.14991/001.19121000-0037
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00234610-19121000-0037

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.

見地よりして深く識者の住居問題の研究解決に努められんことを切望するものなり。

商人の意義に關する立法主義

松本烝治

一

商人(Mercator, Kaufmann, commerçant, commerciante)の法律上の意義は古來幾變遷を經て來たのである又各國法の定むる商人の範圍は啻に之を定むる主義に於て後に掲ぐるが加き差異あるのみならず其同主義の諸國法に就いて之を看るも甚區區にして一定して居らないのである是等の沿革及び比較法制の詳細を叙述するは本稿の目的ではない本稿に於ては商人の意義に關する各種立法主義の大體を述べ之が間の優劣を論じてみたいと思ふ而して豫め玆に一言すべきことがある余は元來熱心なる民商二法統一論者であつて商法典の獨立を否認せんことを主張するものである(法學志林一二卷一號四號所載拙稿參照)若し此說に從つて民商二法を統一して一個の私法典を編制することとすれば商法の適用範圍を定むる爲めに商人の意義を定むるの必要なく從つて法律上商人なるものを認むるの必要

なきに至るべしとの疑を抱く者があらうかと考へる併し乍ら之は速斷であつて假令商法典の獨立を認めざることとするも矢張私法典中には商人に限つて其適用を認むべき特別規定を設くるの必要があり從つて商人の意義を定むるの必要があるのである現に瑞西には商法典なきも其債權法中には商人の意義を定むる規定を設け且商人に關する幾多の特別規定を置いて居るのである (Vergl. Curti., Schweizerisches Handelsrecht § 59)

却説本論に入つて先づ商人の意義に關する立法の沿革の大體を述べんに通俗の意義に於て商人とは物品の賣買に因つて利益を得る營業者を謂ふのである換言すれば狹義に於ける經濟上の商(Commercium, Handel, commerce)卽ち生產者と消費者の中間に立ち物品の購買及び賣却を目的とする營業を行ふ者を謂ふに外ならない法律上の商人も古代に於ては矢張此通俗の意義に於ける商人と一致して居つたのである例へば羅馬グラチアーヌス帝の勅令の如きは此意味を以て商人の定義を下して居るのである(Quicumque rem comparat, non ut ipsam rem integram et immutatum vendat, sed ut materia sibi sit inde aliquid operandi, ille non est negotiator; qui autem comparat rem, ut

illam ipsam integram et immutatam dando lucretur, ille est mercator. c. 11 § 2 D. 88.)然るに後代に至つては狹義の商に附屬して起つた所謂補助的の商を營業とする者も亦之を法律上の商人中に包含せしむるに至つたのであつて商人の意義は補助的の商業の膨脹發展と伴つて漸次擴張せらるるに至つたのである其補助的の商の主なるものを擧れば金錢の融通を目的とする兩替及び銀行營業、物品の運輸を目的とする運送營業、商取引の媒介を目的とする仲立、取次、代理商營業及び商取引の確保を目的とする保險營業の如きは卽ち是である而して又原料を購買して之に加工し又は之を製造して賣却する營業は經濟上の意義に於ては製造工業に屬するのであるが其物品の購買及び賣却を目的とする點に於て狹義の商に類似して居るのであるから法律は更に一歩を進め之を營業とする者を商人と認みるに至つたのである之が佛國商法及び之を模範として制定せられたる各國多數商法に於ける狀態である故に是等の法律に於ける商人は大體に於て原始生產業者を除き他の殆ど總ての產業者を包含するものであつて之を通俗の意義に於ける商人と比較すれば其範圍の廣狹は同日の談に非ず終に通俗の意義を以て法律上の商人を律す

ることを得ざるに至つたのである(商人の意義の沿革に付ては Vergl. Goldschmidt. Handbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. §40 ff. 又商の經濟上の意義と法律上の意義との差異に付きは conf. Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, 4. édit, tome I p. 1 et suiv.)

現行各國商法の共同の祖先とゝいふべきは千八百七年の佛國商法であつて其第一條には商行爲を爲し以て其常業とする者は商人とすと定め第六百三十二條及第六百三十三條に各種の商行爲を列擧して居るのである又次に注目すべき立法たる千八百六十一年の獨逸舊商法も其第四條に營業的に商行爲を爲す者を本法に於ける商人と看做すと定め第二百七十一條及び第二百七十二條に各種の商行爲を列擧して居るのである其他の諸國法の規定も大體に於ては此二商法典と同樣である我商法も亦其流派に屬するものであつて第四條に自己の名を以て商行爲を爲すを業とする者を商人とする旨を定め第二百六十三條及び第二百六十四條に其商行爲を列擧して居るのである總て是等の諸國法に於て列擧せる商行爲の種類は必ずしも一樣ではないのであるが大同小異といつて差支ないのである故に之を我商法の規定に讓つて玆に掲記するの煩を避けるが要するに前述せる

狹義の商補助的の商及び原料を他人より購買する製造工業の何れをも包含して居るものであつて其原始生産業例へば農業漁業鑛業の類を除外せる點に於ては略ぼ一致せるものと言つて可いのである我商法は其他尙ほ賃貸行爲他人の計算に於てする製造又は加工行爲旅店其他客の來集を目的とする場屋の取引等をも商行爲とし其營業者を商人と定めて居るのである(商法二六四條一號二號七號)而して我商法上原料を他人より購買して爲す製造工業が商業に屬する事は明文より觀ては分明でないのであるが矢張第二百六十三條第一號の所謂利益を得て他人に讓渡す意思を以てする動產不動產若くは有價證券の有償取得又は其取得したるものの讓渡を目的とする行爲中に包含せられて居るのである外國法の之に該當する規定例へば佛國商法第六百三十二條第一號又は獨逸商法第二百七十一條第一號等には動產を其儘賣却すると製造又は加工の後賣却するとを問はざる旨(Soit en nature, oit après les avoir travaillés et mises en oeuvre; in Nature oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung.)の斷書が附加へられて居るのであつて此點に於て我商法を他國法と異れるものと解すべきものではないのである例へば紡績業者製鐵業者の

類は此規定に依つて法律上の商人たるものである

上述せる如く多數諸國の商法は狹義の商の觀念を脱却して各種の商行爲を列擧して商行爲と爲し之を營業とする者を商人と爲して居るのであるが而も原始生産業者は之を除外して商人と爲さざることに於て略ぼ一致して居るのである併し乍ら既に經濟上の商の觀念を抛棄して商人の意義を定めたる以上は原始生産業者を除外するは啻に理論上何等の根據なきのみならず實際上は甚だ不便にして且不公平なる結果を生ずるのである假に我商法を採つて論ずれば旅客運送業者、生命保險業者、旅店營業者の類も亦法律上の商人である是等は經濟上に於ける狹義の商又は補助的の商の觀念とは沒交渉である少くとも頗る緣が遠いものと言はねばならぬ然るに獨り原始生産業者は閑却せられて商人たることを得ないのである如何に大仕掛に鑛山を採掘し鑛物を製煉して之を販賣するも如何に大仕掛に漁業を爲し漁獲物を販賣するも法律上は商人と爲ることを得すとするは甚だ理由に乏しいのである且頗る奇異なる結果を呈するのは例へば同じ麥酒釀造業者、同じ製糖業者であつても自己の生産したる麥又は甘蔗のみを原料として

釀造又は製造するときは商法第二百六十三條第一號又は其他の規定に適合せざるの故を以て商人と爲らず而も自己の生産したる者の外他人より購買したる麥又は甘蔗を混用して釀造又は製造するときは商法第二百六十三條第一號の規定に依つて商人と爲るに至るのである鑛業者が自己の採掘したる鑛物のみを製煉販賣するときは商人と爲らず之に他人より購買したる鑛物を加へて製煉販賣するときは商人と爲るの理も同一である是等は如何にも理由なく又商人たると商人たらざるとの間には法律上の取扱に於て重要なる差異があるのであるから實際上も甚しく不都合であると言はねばならぬ(多數商法の此點に於ける不都合に付てはVergl. Schirrmeiter in Goldschmidts Zeitschrift 48 S. 428 ff.; Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches S. 5 ff.)茲に於てか既に千八百六十五年八月十三日の「ウユルテンベルヒ」國獨逸普通商法施行法第四條は商法の規定が自己生産貨物の營業的賣却の場合に適用あるべき旨を定めて居つたのである然るに千八百八十一年の瑞西債權法は商人の意義を定むるに付き全然舊套を擺脱して一新規軸を出したのである卽ち其第八百六十五條第四項は商業登記簿に登記すべき者の範圍を定め商

業、製造業其他商人的方法に依り營業を爲す者(Wer ein Handels, Fabrikations oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt; quiconque fait le commerce, exploite une fabrique ou exerce en la forme commerciale une industrie quelconque)は總て登記を爲すべきものと定めたのである是れ商人の意義を定むるに營業の實質を眼中に措かず一に營業の形式方法を標準とせるものであつて刮目すべき新立法と言ふべきものである

之に次ぎ千八百九十七年の獨逸新商法は商人の意義を定むるに付き從來の主義に交ゆるに瑞西法の新主義を以てし折衷的立法を試みたのである其規定に依れば商人たるものに四種の區別がある第一種は所謂當然の商人(Musskaufmann)で卽ち我商法に於ける商人と同じく其營業の目的たる行爲の性質上商人たる者である唯獨逸商法に於ては我商法の如く商行爲の意義を定め之に依つて商人の意義を定むることなく直ちに商人の營業卽ち商業たるべき行爲を列擧したる點に於て我商法と體裁を異にするのみである(獨逸商法一條)第二種は所謂必然の商人(Sollkaufmann)であつて卽ち事業執行の方法及び範圍が商人的設備を必要とする營業者は第一條の商業を營む者に非ざるも法律上其商號を登記するの義務あり此登記に因つて商人と爲るのである例へば鑛業者の如きは此規定に依つて商人と爲るべき者である(獨逸商法二條)第三種は所謂任意の商人(Kannkaufmann)であつて卽ち農業者及び林業者には第一條第二條の適用なきも附屬的副業として第一條又は第二條の條件を具備する營業を爲すときは其商號を登記する事を得べく若し任意に其登記を爲すときは之に因つて商人と爲るのである(獨逸商法三條第四種は所謂形態の商人(Formkaufmann)であつて卽ち株式會社、株式合資會社、有限責任會社及び產業組合の四種の法人は其目的如何を問はず商人と看做さるゝのである(獨逸商法六條、二一〇條、三二〇條有限責任會社法一三條及び產業組合法一七條)此他相互保險會社には商人に關する規定の準用があるが之は單に準用たるに止まり會社を商人とするものではないと謂はねばならぬ(獨逸保險業法一六條)(獨逸新法の商人の意義に關しては通常の商法教科書註釋書の外 Vergl. Schirrmeister, Der Kaufmannsbegriff nach geltendem und künftigem deutschen Recht in Goldschmidts Zeits. 48. 49.; Makower-Simon, Beiträge zur Beurteilung des Entwürfs eines H. G. B.)

上述せる獨逸新商法が商人の意義に關する最新の立法である其後瑞西に於ては其債權法の全部改正があつて本年一月一日より實施せられたのであるが商人の意義に關する規定は寸毫も變更を受けなかつたのである故に商人の意義に關する立法の沿革は之で叙述を終はるのであるが獨逸法の所謂形態の商人を擧げたに付ては此點に關する我法制を一言する必要がある我商法に於ては合名會社、合資會社、株式會社及び株式合資會社の四種の會社は悉く皆法人であるが會社は其會社なるが故を以て當然商人たりとする規定はないのである是を以て商業を目的とする會社卽ち商事會社は第四條の規定の適用ある結果商人たるも商業以外の營利を目的とする會社卽ち民事會社は商人ではないと謂はねばならぬ尤も商法改正法の規定に依れば民事會社も亦會社と看做され從て商事會社と同一の規定の適用を受くるのであるが之に依つて直ちに商人たるものと解することを得ないのである(商法四二條、法學評論一卷五號所載拙稿參照)又我邦の產業組合法に依れば產業組合も商人と看做さるゝことなく唯商人に關する規定の準用あるに止まるものである(產業組合法五條)又相互保險會社には商人に關する特定の規定の準用あるに止まるのである(保險業法三五條)故に、我法制としては所謂形態の商人なるものはなく唯之に近い法律上の地位を有するものがあるに過ぎないのである之は少くとも會社に付ては立法論として余の贊成せざる所であるが茲には論述を省略することにする(前揭拙稿參照)

二

前節に於て商人の意義に關する現行各國法の大體を說明したのであるが之を其規定の方法に依つて分類すると三主義とすることを得るのである第一營業の實質に依る主義、第二營業の形式に依る主義及び第三折衷主義卽ち是である本節に於ては簡單に各主義の立法上の優劣を論述しやうと思ふ

第一の營業の實質に依る主義は佛國商法、獨逸舊商法、我商法其他多數各國法の採る所にして特定の列擧せられたる商行爲を業とする者を商人とし全然營業の實質內容に依つて商人の意義を定めんとするものである併し乍ら既に商人の意義を定むるに付き經濟上の商の觀念を拋棄せる以上は此主義は何等の理論上の根據をも有さぬものである徒らに機械的に各種の營業を列擧し之を目的とする營

業者を商人とするも其列擧は到底脱漏缺點あるを免るゝことを得ないのである又時勢の進歩に因つて新種類の營業を生ずる場合に追隨することを得ないのである又此主義の最も不利とする所は其營業の列擧が機械的にして學理上の標準なきものなるの結果其各種營業の範圍に付て解釋上の疑議を生ずる點に在るのである商人たると商人たらざるとは法律上重大なる差異あるに拘はらず其商人の意義を定むる基礎たる營業が機械的任意的の列擧に決せらるゝのは餘り心許なきことゝ謂はねばならぬ我商法其他諸國法が原始生産業者を商人たらざるものとせることの結果の不公平不穩當なることは既に前節に説述した所である假令列擧營業中に原始生産業を包含するが如き規定を爲すも其規定は到底不完全なるを免れないことを考へる要するに此主義には上述せるが如き缺點あるを以て採用すべからざるものである

第二の營業の形式に依る主義は前述せる瑞西法の採る所にして營業の目的を眼中に措かず其形式方法に依つて商人の意義を定めんとするものである余は理論として此主義の正當なることを確信するものである法律は何が故に商人の意義

を定むるやと云ふに商業登記、商號、商業帳簿等の特定の制度を商人の爲めに設くることが其第一の目的である又商人の行爲を商行爲とし之に敏活を重んじ便利を尙ぶ特定の規定を適用することが、其第二の目的である果して然らば其商人たるべき者は商人的方法に依りて營業を爲す者に限るべきものであつて敢て其營業の目的の何たるやを問ふの必要はないのである苟も商人的設備を有して營業を爲す以上は經濟的の商の觀念を離れ原始生産業たると製造工業たると其他如何なる種類の營業たるとを區別せず悉く其營業者を商人とし之に特別の規定の支配を及ぼすべきものである故に瑞西法の主義は最も理論に適せるものと謂はねばならぬ併し乍ら瑞西法の規定自體は必ずしも缺點なきものと謂ふことを得ない商人的設備又は商人的方法に依る營業なる言は易いのであるが其實際の適用は難いのである其何たりやに付ては聊か曖昧模糊の點あるを免れないのである是を以て千八百八十八年十二月十一日法は聯邦會議が其適用の範圍を定むるの權限を認め之に基いて發せられたる千八百九十年五月六日の命令は列擧的の規定を設けて營業の種類を示し且特定營業に付ては商品の金額、收入額又は生産

額等に依つて制限を定め以て法律の適用範圍を明確にしたのである（Vergl. Schneider-Fick Das Schweizerisches Obligationenrecht. 2. Aufl. Art. 865.）又瑞西法の解釋として商人的方法に依る營業者は其登記を待たずして當然商人たりや否に付き爭があるのである登記は商人の資格取得の要件でないとする說が正當と考へられるが（Bloch, Kaufmann und kaufmännischer Verkehr im schweizerischen Obligationenrecht. S. 58 ff.; Schirrmeister a. a. O. 48. S. 433.）之が反對說もあるのであるから（Rossel, manuel du droit fédéral des obligations, p. 295; Schneider-Fick a. a. O. 1, Aufl, Art. 224 Nr. 9.）此點に關する多少の疑を存する點に於ても缺點ありと謂はねばならぬ

第三の折衷主義は獨逸新商法の採る所にして上述せる二主義を混用し或種の商人は其營業の實質內容に依つて當然商人たるものとし又或種の商人は其營業の形式方法に依つて商人たるものとして居るのである此立法の是非に付ては隨分議論があり又多少の非難もあるのであるが（Vergl. Karl Lehmann im Archiv für die civilistische Praxis 86 S. 296 ff.; Gierke in Goldschmidts Zeitschrift 45 S. 452; Bollaffiso, illnuovo codice di commercio germanico p. 21 e. s.）大體に於ては良好なる新立法と稱すべきものである唯

余は次の二點に於て此法律の規定に慊らないのである卽ち第一に獨逸新商法は農業者及び林業者は假令商人的方法に依つて其營業を爲すも任意の登記を爲さざる以上は商人たることなきものと定めて居るのであるが頗る理由に乏しいと考へる（同見 Schirrmeister, a. a. O. 48 S. 430 ff.）新商法參考書は農業に商法の適用なきは當然の事理たりと說明して居るのであるが（Denkschrift S. 13.）余は沿革上の偏見を除いては當然の事理を認むべき者なしと考へる苟も商人的設備を有し大仕掛に生產製造販賣等の營業を爲す者は其農業者、林業者たると將た漁業者、鑛業者たるとを問はず均しく之を商人として商法の通用を及ぼすべきものである農業者及林業者のみに付き營業の形式に依つて商人の意義を定むる主義に除外例を設くるは余の贊成に躊躇する所である第二に獨逸法は其舊商法以來小商人（Minderkaufmann）なる制度を認め其新商法にも之を存して居るのである（獨逸舊商法一〇條、同新商法四條）卽ち聯邦法の定むる特定の標準に依て限界せられたる小商人は當然の商人として商法の適用を受くるのではあるが而も商號、商業帳簿、支配人に關する規定其他特定の規定は之に適用なしとするのである我商法も亦樣に依て

胡蘆を描いて漫に此制度を採つて居るのであるが(商法八條。商法施行法七條、明治三十二年勅令二七一號、拙著商法原論一一八頁以下參照)余は之を頗る理由なきものと考へる商人的設備を有せざる小營業者には商法の規定を適用する必要はないのであるから宜しく截然之を商人に非ざるものとすべきである之を小商人とし商人にして而も商人の設備に關する重要なる規定の適用なきものとするは何等の理由もないのである此の如き中途半派のものを認むるに至つたのは蓋し營業の實質に依つて商人の意義の定むる主義より生じたる餘弊と謂ふの外はないと思ふ既に獨逸舊商法編纂の當時に於て小營業者を全然商法適用の範圍より除外せんとする實際的卓見があつたのであるが (Kritik im Bremer Handelsblatt Nr. 363 ff.) 不幸にして多數の反對說があつて (Z. B. Anschütz, Kritische Vierteljahrschrit I. S. 21 ff.; Goldschmidt, Gutachten S. 16 ff.) 其採用を觀なかつたのは遺憾である (Vergl. Motive des R. H. GB. S. 7 ff.) 若し夫れ當時に於て小商人も其他の商人も全然同一に取扱ふべく小商人に對し除外例を設くる必要なしと論じたる者ありたるに至つては (Endemann, Kritik S. 15 ff.) 學者の事務を識らざるもまた甚しきものと言ふべきである

原始民族に於ける交換の意義

阿部秀助

「吾人は何故に現時に於ける吾人の經濟生活と極めて緣遠き原始民族の生活狀態を研究する必要あるか」此疑問に對して吾人の答ふる處は極めて簡單たり、凡そ吾人の智識は出來る丈け其原因を明にするによりて眞の知識たるが如く、我等の經濟現象も亦た溯て原人に近き原始民族を研究するによりて、自から其眞相に近きものを發見するを得べし、例へば經濟上に於て重要なる意義を有する分業の如き、極めて不完全ながらも既に原始民族に於て發芽せるとは內外に於ける幾多の證左の吾人に示す處にして、卽「ラッチェル」によれば、亞米利加の內地には只だ刀槍の類のみ製作する治工の村あり、又た「ニューギニア」にては專ら土器のみ製造する村あり、更に北亞米利加にては石鏃のみ製造する處ありと(F. Ratzel, Voelkerkunde. B. I. s. 81)、又た「レクリュー」によれば「フィヂー」群島にては水手、漁夫、料理人等の職業は一定の部族