

# A Study Notebook about the Educational Method of the Commercial Law (1)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2297/12483">http://hdl.handle.net/2297/12483</a>

# 《研究ノート》 商法教授方法に関する研究手帖（1）

浅 木 慎 一

## 第1帖 「商」の概念

### 第1章 商法の意義

#### 1. 形式的意義の商法

1-1. 出発点—商法という法律（法領域）のイメージ（image）

1-2. 旧商法の編纂

1-3. 現行商法の編纂

1-4. 現行商法の編別およびその変遷

1-4-1. 商法総則編

1-4-2. 商法会社編

1-4-3. 商法商行為編

1-4-4. 商法手形編

1-4-5. 商法海商編

1-5. 形式的意義の商法の意味

#### 2. 実質的意義の商法

2-1. 緒言

2-2. わが国の議論展開—商的色彩論から商法企業法説へ

2-2-1. 商の発生史論的考察

2-2-2. 商的色彩論の登場

2-2-3. 商法企業法説の展開

2-3. 商法上の企業の意義

2-4. 商法企業法説の諸問題

2-4-1. 絶対的商行為規定の存在意義

2-4-2. 原始産業と商法

2-4-3. 自由職業と商法

2-4-4. 手形法の位置づけ

2-4-5. 会社法および経済法の位置づけ—わが会社法の機能的変化の道程を辿りつつ

2-4-5-1. 第2次大戦前の会社法

2-4-5-2. 経済法の登場

2-4-5-3. 商法・経済法分離論と融合論の展開

- 2-4-5-4. わが企業社会の変遷と会社法の機能変化
  - 2-5. 付言—21世紀の経済システムと商法
  - 3. 商法と民法との関係—商法の地位①
    - 3-1. 特別法と一般法
    - 3-2. 民商法の規定内容の関係
    - 3-3. 民法の商化
  - 4. 商法と労働法との関係—商法の地位②
  - 5. 商法の特質
    - 5-1. 探究の意義
    - 5-2. 行為法としての商法の特質
      - 5-2-1. 営利性
      - 5-2-2. 契約自由主義
      - 5-2-3. 簡易迅速主義
      - 5-2-4. 個性の軽視
      - 5-2-5. 定型化
      - 5-2-6. 公示主義
      - 5-2-7. 外観主義
      - 5-2-8. 責任の加重と制限
    - 5-3. 組織法としての商法の特質
      - 5-3-1. 資本の集中
      - 5-3-2. 人的施設の整備
      - 5-3-3. 企業危険の分散
      - 5-3-4. 有限責任
      - 5-3-5. 企業の維持
    - 5-4. 行為法と組織法の論理
  - 6. 商法の傾向
    - 6-1. 考究の意義
    - 6-2. 進歩的傾向
    - 6-3. 国際的傾向
- 第2章 商法の法源
- 1. 法源の意義
  - 2. 各種規範の法源性
    - 2-1. 商事制定法
    - 2-2. 商事条約
    - 2-3. 商慣習

- 2-4. 商事自治法
- 2-5. 普通取引約款
- 2-6. 商事判例
- 2-7. 条理
- 3. 商事に関する法源の適用順位
  - 3-1. 商法1条2項の意義
  - 3-2. 商慣習と民法との関係
  - 3-3. 商慣習と商法典との関係
  - 3-4. 法源適用の総合順序
- 4. 商法の適用範囲
  - 4-1. 人および空間に関する適用範囲
  - 4-2. 時間に関する適用範囲

## 第1帖 「商」の概念

### 第1章 商法の意義

#### 1. 形式的意義の商法

##### 1-1. 出発点—商法という法律（法領域）のイメージ（image）

個々の単語の正確な意味はさておき、我々が「商法」と聞いて連想するのは、「営業または事業の主体客体および営業行為または事業行為を規律する私法規を中心とする法律」といったところであろう。

上のような規整目的を達成するため、わが国は、明治期において、文字通り「商法」という名称を付した法律を編纂した。いわゆる「商法典」である。

##### 1-2. 旧商法の編纂

周知のように、わが国における近代法制の整備は、江戸幕末以来の欧米列強諸国との間で交された不平等条約の改正問題を契機とする。とくに、治外法権を撤廃して、外国人をわが国の法権に服せしめるには、列強諸国を納得させうだけの法制の整備が不可欠だったのである。

明治4、5年（1871、2年）辺りから、わが国は、法律の制定に関しては、

とくに英仏2か国を範とする方針を採り、検討を開始した。この辺りの事情を乱暴に纏めれば、イギリスの法体系は判例法を中心とするものであったのに対し、フランスは、成文法の形をとって民法・商法をはじめとする諸法典が揃っていた。急速に近代法制を整備する必要に迫られていたわが国にとっては、おそらく、前者よりも後者の形式に倣う方がより分かり易く、近道であると考えられたのであろう。そのため、形式上はフランスに倣って、民法・商法などの主要な諸法典を編纂するという方針が採用されたものと思われる。

わが国最初の商法典は、ドイツ人ヘルマン・レスラー(Hermann Roesler, 1834~1894)の起草に係るものである。レスラーの商法草案は、明治22年(1889年)、当時の立法府であった元老院において可決され、翌23年(1890年)に、同年法律第32号として公布された。講学上、屢々「旧商法(典)」と呼ばれるものがこれである。旧商法は、「商ノ通則」「海商」「破産」の3編から成っていた。旧商法が破産規定を置いていたのは、欧州においてかつてこの制度が商人法として発達し、商人に特有の制度であったという沿革的理由によるものであろう。今日の会社法・手形法に相当する規定は、商ノ通則中に収められていた。

この商法は、明治24年(1891年)1月1日から施行される予定であったが、フランス人ギュスターブ・エミール・ボアソナード(Gustave Emile Boissonade de Fontarabi, 1825~1910)の起草に係るいわゆる旧民法(明治23年(1890年)法律第28号)と共に、有名な「法典論争」の渦中に投げられ、施行延期に追い込まれてしまった<sup>(1)</sup>。旧商法は、結局その後、会社・手形・破産に関する部分だけが明治26年(1893年)7月1日から施行され、残りの部分も、明治31年(1898年)7月1日から施行された。旧商法は、不平等条約の改正に寄与するなど一定の役割を果たしたものの、わが国の商事を規整する法律としては、結果としてきわめて短命に終わることになった。

---

(1) 旧商法を巡る論争については、浅木慎一『日本会社法成立史』(信山社・2003年) 11-38頁参照。

### 1-3. 現行商法の編纂

現在、我々の目の前にある現行商法は、形式上は、上の旧商法を修正するという形で編纂されたものであるが、実質上はまったく別物の法典であると評価してよい。

現行商法草案の起草は、旧民法・旧商法の修正案を審議起草するために設置された法典調査会において、起草委員として任命された梅謙次郎（1860～1910）、岡野敬次郎（1865～1925）、田部芳（1860～1936）<sup>たなべかおる</sup>に係るものである。現行商法は、起草に係る人的構成から観れば、純然たる国産商法である。委員に任命された明治28年（1895年）の時点で、梅・田部が35歳、岡野が30歳であった。現行商法は、若き気鋭の先達<sup>せんだつ</sup>によって起草されたのである。現行商法は、明治32年（1899年）に当時の帝国議会で可決成立し、同年3月9日、法律第48号として公布された。同年6月16日、勅令第133号により施行され、施行の日をもって旧商法は、破産に関する部分を除いて廃止された（破産の部も、大正11年（1922年）法律第71号破産法によって後に廃止された）。

### 1-4. 現行商法の編別およびその変遷

成立当初の現行商法は、「総則」「会社」「商行為」「手形」「海商」の5編から成っており、おおむねドイツ法系に属する内容の立法と評価してよいものであった。

#### 1-4-1. 商法総則編

第1編総則は、その第1章を除き、他の章はすべて商の主体たる商人に関する一般規定のみから成っていた。商法全体の通則を定める「総則」という名称に相応しいのはその第1章<sup>ふさわ</sup>だけであり、平成17年（2005年）改正前には「法例」という章題を付されていた<sup>(2)</sup>。平成17年の商法一部現代語化に際し（同年法律

(2) 立法時の説明によれば、「法例ナル語ハ法律ノ適用ナル意義ヲ有シ能ク該章ノ規定シタル所ヲ包含スルニ足ルカ為メナルニ因ル」とされている（東京博文館蔵版・商法修正案理由書（1898年）1頁）。

第87号)、章題を「通則」と改めた。第1編の基本的な性格・内容は、立法以来実質上さほど大きな変化はないが、平成17年改正によって会社法が単行法として商法典から独立した(同年法律第86号)ことにともない、第1編の規定の多くは、会社を除く商人のみに適用されるものになった。とくに、その第4章以下の規定は、会社には適用されない。

#### 1-4-2. 商法会社編

立法当初の第2編は会社であった。会社に関する特別規定はきわめて多く、かつ特殊の体系をなしているため、第1編中の商人とは別に独立した1編が設けられたのである<sup>(3)</sup>。

会社法制の有り様は、その国の経済力を支える礎<sup>いしづえ</sup>になるとともに、資本主義経済体制を採る国家にあつては、国家の有り様すら決定するだけの影響をその社会に及ぼすものである。そのため、内外の資本主義の進化にともない、あるいはその時々<sup>ひんど</sup>の国内の経済情勢に即して、必然的に改正の頻度が高くなる。わが国においても、立法以来最も数多くの改正が繰り返し加えられたのが、第2編であった。昭和13年(1938年)、同25年(1950年)、同56年(1981年)、平成17年(2005年)の各大改正が、4大改正と位置づけられよう。このうち最後のものは、第1編総則で言及したように、商法典からの会社法の独立に関するものである(平成17年法律第86号、同第87号)。

わが国の会社法制は、ドイツ法系を採る立法から出発し、昭和13年(1938年)改正にあたり若干の英米法に由来する諸制度をその体系中に採り入れた。また、同年改正に際しては、実質的に会社編と同列の法律として「有限会社法(同年法律第74号)」が制定された。昭和25年(1950年)改正は、第2次世界大戦の敗北による連合国(実質的にはアメリカ)占領下の時代に、アメリカの強い影響下でなされたものである。この改正を契機に、わが会社法体系が、アメリカ法に倣って修正変革されるという、以後の基本的な道筋が敷かれることにな

(3) 松本丞治『商法大意』(岩波書店・1926年)7頁。

る。とは言え、いわゆる戦後高度経済成長期を経て、わが国が自らの経済システム（system）に対する自信を深めるにつれ、会社法は、次第に日本独特の法体系であるという色調をも強めていくことになる。昭和49年（1974年）には、大規模株式会社・小規模株式会社の監査等に肌理細かく対処するため、「株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律（同年法律第22号）」が制定された。講学上、「商法特例法」と呼ばれるのがこの法律である。商法特例法はその後、監査分野にとどまらず、広く大規模株式会社・小規模株式会社を特別に規整する法律として発展を遂げることになる。昭和56年（1981年）以降の改正は、昭和50年（1975年）の法制審議会商法部会の決定に係るいわゆる「会社法根本改正計画」に即する形で、言わば計画的・系統的に実施された。この長期にわたる系統的な一連の改正がひと段落したのが平成12年（2000年）である。その過程の後期には、いわゆるバブル（bubble）経済の崩壊という大きな危機が訪れ、また世界経済の相互依存の深化（世界経済のグローバリゼーション、globalization）が猛烈な勢いで進展した。これらへの対処のため、20世紀末においては、わが会社法の改正の眼目として「企業経済の効率化・競争力の向上」という理念が急速に浮上し、平成13年（2001年）以降の改正は、この理念を強く反映するものになった。平成17年（2005年）の会社法の制定（同年法律第86号）は、同13年以降の改正の集大成と位置づけられる。単行法となった会社法は、先に述べた有限会社法・商法特例法をも吸収統合し、とりわけ従来の有限会社法制を株式会社法制中に完全に吸収して（有限会社法制の廃止）、21世紀劈頭へきとうにあつて、わが株式会社法制をきわめて柔軟な構造にした<sup>(4)</sup>。

### 1-4-3. 商法商行為編

立法当初の第3編は商行為であった。商行為に関する通則および各種の商行

(4) 立法以来の会社法の変遷の概要については、浜田道代編『日本会社立法の歴史的展開（北澤正啓先生古稀祝賀論文集）』（商事法務研究会・1999年）、浅木慎一「会社法制定の検証のための視座」浅木慎一＝小林量＝中東正文＝今井克典編『検証会社法（浜田道代先生還暦記念論文集）』（信山社・2007年）所収、を参照のこと。



為に関する特別規定を定めている。明治44年(1911年)改正(同年法律第73号)以降、その実質的な内容にさほど大きな変化はない。平成17年(2005年)の会社法単行法化にともない、第2編に繰り上げられるとともに、その第4章までが現代語化された。平成20年(2008年)には、その第10章保険が商法典から独立し、「保険法」として単行法化された(同年法律第56号)。このため同章は削除された(同年法律第57号)。

#### 1-4-4. 商法手形編

立法当初の第4編は手形であった。手形に関する行為は商行為の1種とされているが(商501④)、手形法は特殊の沿革と理論を有しているから、これを独立の1編としたのである<sup>(5)</sup>。

現在のわが国の手形法・小切手法は、1930年(昭和5年)のいわゆるジュネーブ統一手形法および1931年(昭和6年)の同小切手法を採用したものである。わが国は、手形法・小切手法に関するジュネーブ統一条約(the Geneva Conventions on Bills of Exchange and Cheques)に合意した後、直ちにこれを批准し、商法手形編の規定を全廃して、「手形法(昭和7年(1932年)法律第20号)」「小切手法(昭和8年(1933年)法律第57号)」を制定した。両法は、昭和9年(1934年)1月1日から施行され、ごく小さな部分的改正を経つつ今日に至っている。

#### 1-4-5. 商法海商編

立法当初の第5編は海商であった。船舶に関する規定を定めている。その主要な部分を占める海上運送および海上保険は、商行為の各1種であるが(商502④⑨)、海商法は古来特殊な発展を遂げて来たものであるから、これを独立の1編としたのである<sup>(6)</sup>。

昭和13年(1938年)改正時に第4編に繰り上げられ、平成17年(2005年)改

---

(5) 松本・注(3)前掲8頁。

(6) 同前。

正時に第3編に繰り上げられた。

### 1-5. 形式的意義の商法の意味

20世紀においては、「形式的意義において商法という場合には、明治32年法律第48号商法すなわち商法典を指すものである<sup>(7)</sup>」という表現は、おおむね正しかった。平成17年（2005年）改正前の商法典は、会社を含む商事および商法的法律事実を規整する総合的な法典としての面目を保っていたからである。しかし、商法典の中核を占めていた会社法が商法典から独立した後は、商法総則編の大部分の適用範囲が会社に及ばなくなった。先に述べたように、平成20年（2008年）には、保険法も商行為編から独立した。将来の民法財産法の有り様如何によっては、商法商行為編はさらに大きな影響を受けるかも知れない。こういった事情を勘案すれば、商事に関する綜合法典としての商法典の地位およびその担う役割は、徐々に低下するものと思われる。

さしあたり、21世紀初頭の現時点にあっては、田邊光政（1937～ ）が説くように、形式的意義の商法には、商法（典）・会社法・手形法・小切手法・保険法・社債、株式等の振替に関する法律・担保付社債信託法・金融商品取引法・商業登記法その他が含まれる<sup>(8)</sup>と、商法典の周囲に存在する複数の法律の集合体と解する他ない。そうなると、およそどの範囲の法律を「商事に関する法」として把握すべきか、という実質論が重要度を増すことになるのである。

## 2. 実質的意義の商法

### 2-1. 緒言

何を指して実質的意義の商法と言うのか。この解を探る作業は、一言で言えば、商事に関する綜合法的典としての商法典の解体が進行中のわが国にあっ

---

(7) 大隅健一郎『商法総則（新版）』（有斐閣・1978年）1頁、服部栄三『商法総則（第3版）』（青林書院・1988年）3頁。

(8) 田邊光政『商法総則・商行為法（第3版）』（新生社・2006年）5頁参照。

て、「なお商法として統一体系的に把握されるべき特殊の法領域<sup>(9)</sup>」がどのように画されるのかを探る作業であるといえよう。これは、商法の根源にあるものは何か、ということを問う本質論である。したがって、沿革上は、中世の欧州で萌芽発展した商人社会の慣習法を端緒として近代国家の商法へと昇華した欧州商法を継受して今日に至ったわが国においてもまた、実質的意義の商法を画する理論は、中世商人社会の慣習法としての商法と、先端的な21世紀の商法に共通する根本的な特徴を把握できる理論でなければならない<sup>(10)</sup>。

## 2-2. わが国の議論展開—商的色彩論から商法企業法説へ

### 2-2-1. 商の発生史論的考察

思考の順序として、おそらく誰しもが考えるであろうことは、経済的意味の「商」（固有の「商」）の概念を手掛かりにこれを探究すればどうか、という手法であろう。これは、固有の商<sup>(11)</sup>を原初とするその後の人類の経済活動の発展とともに商の拡張を発生史的に考察し、商法が対象とする商とは何かを探るという手法である。実際、わが母法たる欧州においては、このような手法から議論が始まったようである<sup>(12)</sup>。しかし、この手法は、わが国においては、独自に大きな展開を見せることが（少なくとも商法学界においては）なかったように思われる。その要因のひとつは、おそらくわが国が欧州から商法を継受した

---

(9) 大隅・注(7)前掲1頁。

(10) 関俊彦『商法総論総則（第2版）』（有斐閣・2006年）12頁。

(11) 商法研究者の間では、従来から、生産者と消費者との間に立って、貨財を生産者から需め、これを消費者に供するという媒介を目的とする営業を、固有の商あるいは経済上の商と捉えている。なお、商学上の「流通」概念は、生産と消費との間の隔たりを架橋することにより、財の持つ効用をよりよく発揮させ、価値を高める経済活動のことであると定義されているが、商学においては、この定義中に、法学研究者が言うところの補助(的)商をも包含して捉えているようである。

(12) 鴻常夫『商法総則（新訂第5版）』（弘文堂・1999年）4頁。なお、大森忠夫『新版商法総則講義』（有信堂・1962年）4-5頁、8頁、大隅・注(7)前掲29-30頁参照。

時点ですでに、そこに規定された法律上の商が経済上の商と大きく乖離してしまっていたことにあったのではなからうか。

18世紀後半にイギリスから始まった産業革命は、欧州大陸に伝播し、まずフランス・ベルギー・オランダがこれに追随し、これらの諸国が大陸における産業革命の牽引的役割を果たした。ここに至り、須臾にして欧州さらに北米において本格的な近代資本主義制度の確立を見るが、わが国が範として継受したのは、すでに産業革命を終え、将来の資本主義の進むべき方向を展望して立法された19世紀後半の列強諸国の商法だったのである。したがって当然、わが国においては、立法当初から、法律上の商は、すでに固有の商を離れて大きく拡大していた。すなわち、運送（商502④）・倉庫（商502⑩）・銀行（商502⑧）・保険（商502⑨）などのように、本来の商を補助し、かつこれと密接な関係があるものばかりでなく、製造工業（商502②）・電気ガス供給業（商502⑦）なども、初めからその規整下に収めていた。さらに昭和13年（1938年）改正時には、進んで鉱業のような原始生産業の一部でさえもその規整下に取り込んだのである（商4Ⅱ）。このため、松本蒸治（1877～1954）・竹田省（1880～1954）など、明治末葉に活躍を開始した著名な商法研究者でさえも、商に関する発生史論的考察をさほど顧慮することなく、法律上の商を概括的・統一的に示すことは、不可能あるいは困難であると述べている<sup>(13)</sup>。

近時、この手法に再度焦点を当てたのが関俊彦（1941～ ）である。彼は、このような検討手法は、商法の歴史的な発展に対して一定の整合的な説明を加えることに成功はしているものの、商法の対象の捉え方が不統一（不十分）であると結論づけている<sup>(14)</sup>。とりわけ、営業組織の基本となる会社法に関する理論的な位置づけを提示していないという点に、この手法の大きな欠点を見出し

(13) 竹田省『商法総則』（弘文堂・1932年）1頁、松本・注（3）前掲2頁。

(14) 関・注（10）前掲13頁。もっとも、このような見解は、従来の多くの商法研究者の共通認識でもあった（たとえば、竹内昭夫「企業法の地位と構成」竹内昭夫＝龍田節編『現代企業法講座第1巻』（東京大学出版会・1984年）15-16頁、大隅・注（7）前掲29-30頁など）。

ているものと思われる。ただ、彼自身も鋭く指摘しているように、この手法による検討は、20世紀以降に企業社会が開花する前段階の商法に関する議論である<sup>(15)</sup>という点には注意する必要がある。現代にあっては、この手法に関しても、20世紀以降における社会科学の並行的な発展の成果、とりわけ現在の商学研究の到達点などを視野に含めて、新たな検討を加える余地があるのではなかろうか。ただし、今日の商学研究は、商的流通機能（市場情報の把握、商品情報の提供など）、物的流通機能（輸送、保管など）、助成的機能（流通金融など）において生起する新たな現象へと研究対象を拡大しつつも、なおその主たる対象を、依然として生産と消費との間の隔たりを架橋する営業、すなわち商法研究者が従来から固有の商・補助（的）商と認識してきた領域に軸足を置いているように思われる。

## 2-2-2. 商的色彩論の登場

商法の意義に関して、統一的・総合的視座からわが国で初めて考察を試みたのは、田中耕太郎（1890～1974）であった。田中耕太郎は、大正末葉から昭和劈頭に掛け、精力的に商事法全般またはその各領域に関する本質論を展開した一時期を有するが、その考察が抽象的観念論に走ることは決してなかった。たとえば、株式会社の研究にあっては、常に社会生活の現実ことに法律事実を眼中におかなければならないとし、「生ける株式会社」の研究、すなわち単なる法条の解釈または伝統的な概念の体系の研究を超えた「法律的事実的方面の探究」をもなすべきであると説いている<sup>(16)</sup>。このような、社会事実を見据えて妥当な結論を模索しつつ現実的な理論を展開するという田中の基本的姿勢は、この時期の彼の論稿において終始一貫している。

田中の首唱に係るいわゆる商的色彩論は、私法の体系の中にあって、商法と

---

(15) 関・同前14頁脚注(14)。

(16) 田中耕太郎「株式会社法改正の基本問題」法学協会雑誌48巻1号（1930年）42-43頁参照。

いう独立した法領域が、とりわけ民法と別異に何故に存立しうるのか、という問掛けに対する解を与えるべく展開されたものであると思われる<sup>(17)</sup>。彼は、民商法の対立は、その規整する法律事実の種類によるものではない、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、かかる法律事実を対象とするものが商法であると説いた<sup>(18)</sup>。そして、一般私法上の法律事実が商的色彩を帯びるとは、これが商すなわち営利的活動の目的に捧げられることを意味すると述べた<sup>(19)</sup>。このことは、民法の一般的非限定的目的に対する商法の特定の限定的目的、すなわち商法が民法と同種類の法律事実を規整しつつも民法に対する特別法たる地位を占める根拠にも繋がる<sup>(20)</sup>。さらに田中は筆を進め、商的色彩として強調すべき特色は、商法上の法律事実に通有な集団性あるいは個性の喪失といった、多面に技術的な側面であるという趣旨を説いた<sup>(21)</sup>。

商的色彩論は、大正末年から昭和15年前後までの約20年間（1920年頃から1940年頃）、わが国の商法学界を風靡していたといっても過言ではない<sup>(22)</sup>。

商的色彩論は、畢竟、<sup>ひっきょう</sup>商法が規整する法律事実を、その性格に即して把握することを試みるものである。この説に対しては、商法の総合的、統一的把握という点でわが商法学に新生面を<sup>ひら</sup>拓いた功績は高く評価しなければならないが、それは商法の対象たる生活関係の表面に現れた特殊性を捉えてはいても、その発現せしめている基本的生活関係そのものを内容的に把握していない<sup>うら</sup>憾みがあるとの批判が加えられた。すなわち、商的色彩なるものは、商法の対象たる生活関係が外部から受ける色彩ではなく、生活関係そのものの内から発現す

(17) 田中耕太郎『商法研究第1巻』（岩波書店・1929年）105-106頁、162頁参照。

(18) 同前163頁。

(19) 同前167頁。この色彩は、専門化された営利的活動たる投機売買から<sup>えんえき</sup>演繹されうるべき特性であるとしている。

(20) 同前170頁参照。

(21) 同前170頁、田中耕太郎『改正商法総則概論』（有斐閣・1938年）7頁、43頁。

(22) 鴻・注（12）前掲4頁。

る特色に他ならないのであるから、そのような統一的な色彩を発現せしめる統一的な生活関係こそを追求しなければならないと批判されたのである<sup>(23)</sup>。

要するに商的色彩論は、商法が規整する法律事実はその性質よりもむしろその内容に即して把握されるべきであると反駁<sup>はんぱく</sup>されたのである。

### 2-2-3. 商法企業法説の展開

商法企業法説は、西原寛一(1899~1976)の首唱に係るものである。西原は、昭和8年(1933年)、法学協会雑誌51巻5・6号掲載の「商法の発展と非商人の地位—特に企業に関連し」と題する論稿において初めてこの考えを唱え、その後この説を発展させたのである。

西原は、商法の対象の限定は、生活関係自体を問題とする経済的観点に立ち、経済的概念構成を補助としてこれを試みるのが適当であるとした。そして、商法の対象の過去・現在および将来の発展を通じて妥当する経済上の概念は何であるのかを考究し、これを「企業」に求めたのである。すなわち、法律上の商とは企業のことであり、商法とは企業生活に関する特異な法律秩序であるとの主張を展開した<sup>(24)</sup>。

西原によれば、企業とは、私経済的自己責任負担主義の下に、継続的意図をもって企画的に経済行為を実行し、これによって国民経済に寄与するとともに(公共性)、自己および構成員の存続発展のために収益を挙げることを目的とする(営利性)、1個の統一ある独立の経済的生活主体であると定義される<sup>(25)</sup>。彼は、元来固有の商に内在した経済的精神とその活動の形式とが、固有の商を超えて、順次に他の生産に影響にしてこれを企業化せしめるに至ったのであり、かかる経済的事情に順応すべく、商法の規整する範囲が拡大したのであると解したのである<sup>(26)</sup>。

(23) 大隅・注(7)前掲31頁、32頁参照。

(24) 西原寛一『商法総則・商行為法』(岩波書店・1952年)2頁。

(25) 同前3頁。

(26) 同前参照。

彼が導いた解に従えば、商法が補助（的）商<sup>(27)</sup>をもその適用の支配下に置いたのは、それが固有の商を補助する関係にあったからではなく、企業なるものが固有の商の営業から補助（的）商の営業へと順次発展した結果に他ならず、さらにその範囲が発展して、商法の規整は固有の商と関連のないいわゆる第三種の商<sup>(28)</sup>にまで及んだと説明されることになる<sup>(29)</sup>。かくして、商法企業法説は、法律上の商の拡張過程を、経済社会学的考察の面でもまた歴史的な考察の面でも、正当に説明することができる確固たる成功を収めた理論である<sup>(30)</sup>として、商法学界に広く受容された。

商的色彩論は商法性格論として、商法企業法説は商法対象論として把握でき<sup>(31)</sup>、それぞれが1個の完成した理論としての価値を有するが、その分野の実体法の本質を論じるにあたっては、当該の法の対象である生活事実が何であるかを明らかにすることこそ第1義的に重要な問題であるから、商法の規整対象の決定に関する限りでは、商法企業法説の優位を認めるべきであるとして<sup>(32)</sup>、商法企業法説は、現在のわが国において、通説と言って差し支えない地位を獲得して今日に至っている。

大森忠夫（1908～1972）の主張に係る、商法は営業または企業経済生活関係に特有な法規の総体—企業活動それ自体に関する法規のみならず、企業経済生活の主体・その施設・組織・手段、これらに関連する出来事など、ひろく企業

---

(27) 商法研究者は、固有の商を補助する行為を補助（的）商と呼ぶ。たとえば、商行為の仲立ち・取次ぎ・代理、商品の運送・寄託・保険、銀行取引がこれである。すでに述べたように、商学上の「流通」概念には、これらは包含される。

(28) たとえば、旅客の運送、生命保険、傷害疾病定額保険、会社形態をもって行われるすべての事業などのように、固有の商と直接何ら関係するところがなく、ただ固有の商または補助（的）商と典型的であるにとどまる行為（固有の商または補助（的）商と同一の経営方法によって営まれる営利活動）をこう呼ぶ。

(29) 西原・注（24）前掲14頁、大隅・注（7）前掲33頁。

(30) 鴻・注（12）前掲6頁。

(31) 服部・注（7）前掲4頁参照。

(32) 鴻・注（12）前掲6頁。



経済生活に関連しその特徴を反映する諸事実に関する法規をも含む一である<sup>(33)</sup>とする考え方も、商法企業法説の範疇<sup>はんちゆう</sup>に属するものである。

### 2-3. 商法上の企業の意義

それでは、「企業」とは何か。

上の問掛けに対して商法研究者が提示する解は、その思考経路などにおいて、必ずしも一様ではない。

先に述べた西原寛一の解は、経済学上の企業概念を応用して導かれたものであると評価できよう。

大隅健一郎(1904~1988)によれば、企業は本来経済学上の概念であり、しかも経済学においてもきわめて議論の多い概念であるが、それは一定の計画に従い継続的意図をもって営利行為を実現する独立の経済単位をいうとされ、加えて、企業は、消費経済たる家計に対し、一定の金額(資本)をもって経済活動を営み、その金額を基礎として収益の計算を行うところのいわゆる資本的計算の下に財産の増殖をめざす営利生活体であるという特色を有するとしている<sup>(34)</sup>。この考え方も、発想として、経済学上の企業概念の延長線上に定立されたものと評価できる。

田中誠二(1897~1994)によれば、商法における企業とは、不定量の利潤(収入と支出との差益、すなわち余剰利益のみならず、収支適合を目標とする費用充足をも含む)を獲得するために、計画的にかつ継続的に資力と労力とを投じて経済的給付を供給する行為をなし、このための特別の施設もしくは組織を有する独立の経済単位体であるとされており、この定義は、経済学上の企業概念に、商法の重要規定と比較的によく調和するような修正を加えたものである

---

(33) 大森・注(12)前掲7頁。

(34) 大隅・注(7)前掲36頁。

との付言がなされている<sup>(35)</sup>。企業概念を法律上の概念として定立しようとした姿勢は肯定的に評価できる。また、彼が企業的設備に着目した点も見過ごしてはならない。

商法上の企業概念は、必ずしも経済上のそれと同一であることを要しないとして、法律上の企業概念を定立すべきであると強調したのが服部栄三（1920～2008）である。彼は、企業を、資本的計算方法の下に経営される継続的・営利的経済単位にして、法律上独立体として取り扱われるべきものであると定義した<sup>(36)</sup>。これは、企業概念の定立につき、営業の（法的）独立性ないし主体性という側面を意識したものである。

現在の商法研究者の多くは、企業概念をほぼ上の服部説に沿って説明している<sup>(37)</sup>。必ずしもすべての企業が資本的計算方法によって行動するだけの合理性を有しているわけではないとして、資本的計算方法を採用することを企業要件から除くべきであるという主張もある<sup>(38)</sup>。これによれば、この経営計画には必ずしも客観的な合理性・緻密性<sup>ちみつ</sup>までは要求されないということになるだろうか。

ところで、大隅説などが説くように、企業がその営利活動の実現に向けて計画的・継続的意図を有するという側面を強調すれば、すべての企業活動が規整なくして自動的に秩序を維持するかのように非現実的に美化される危惧がある

---

(35) 田中誠二『全訂商法総則詳論』（勁草書房・1976年）19頁。なお、彼は、旧説において、企業概念の定立につき、商法の形式的規定をより重視する定立方法を試み、「商業」もしくは「法律上これに類似する制度を必要とし、これに類似して取り扱われることを必要とする企業」を「商的企業」と呼び、これに特有な法を商法と解していたが、自ら形式に過ぎると述べて改説した。商法の対象を商的企業に限定すべきであるとする考え方については、鴻・注（12）前掲35頁脚注（10）、服部・注（7）前掲脚注（2）参照。また、商的企業法説に対する批判としては、大隅・注（7）前掲35頁、大森・注（12）前掲10頁脚注（9）参照。

(36) 服部・注（7）前掲10頁。

(37) 弥永真生『リーガルマインド商法総則・商行為（第2版補訂版）』（有斐閣・2007年）1頁、森本滋編『商法総則講義（第3版）』（成文堂・2007年）2頁〔小林量〕など。

(38) 関・注（10）前掲18頁。

との注目すべき指摘がある<sup>(39)</sup>。企業の営利活動に内在する恣意性<sup>しい</sup>のようなもの（周囲の事情を配慮せず無計画に無限の利益を追求しようとする属性）を見落としてはならず、この属性もまた企業概念を論じる上で認識しておくべきであるとの関俊彦による主張である。すなわち、従来から商法企業法説が定立してきた企業概念は、企業が持つ一面の属性だけに着目してきたものであると指摘し、企業本来の属性として恣意的性質を具有することに着目すれば、経済秩序維持法としての各種経済法・消費者法などもまた、商法とは異なる側面から観た企業法と位置づけることができるとの主張であると思われる。「企業に関する法」を多面的に捉えるという点で興味深い。

確かに、商法企業法説に係る従来の企業概念は、元来が、所有権絶対の原則・契約自由の原則を2大指導原理とする私法体系の中であって、企業が資本主義経済体制の進化・発展を支えるうえで必要欠くべからざる有益な存在であることを前提とする、言わば楽観的見地からのみ構築されてきたものであるように思われる。このような企業概念は、強く意識したか否かはともかく、商法（とりわけ会社法）が私法規に属するものであるとする伝統的観念を前提に定立されたものであると思われ、企業は、社会における各権利主体の多様な経済的需要に応え、権利主体間の財貨の循環・財貨の再配分を行う役割を担うという、その積極的側面のみに着目して定立された概念であると言える。社会的分業が進んだ今日の社会を生体<sup>なと</sup>に譬えれば、商法企業法説は、企業を生体の存続に必要な健全な器官・細胞と捉えてその概念を構築しているのであろう。この事が、企業活動を非現実的に美化していると言ってしまうと確かにその通りではあるのだが。

事実、企業という器官・細胞は、暴走すれば生体（社会）の健康を損ね、あるいは死の危険に晒<sup>さら</sup>すような、言わば癌化<sup>がん</sup>する性質を内包している。第2次大戦後の経済法は、社会という生体を構成する企業という器官・細胞が癌化するのを予防する処方箋として、あるいは癌化した器官・細胞を治療する処方箋と

(39) 同前。

して発展してきた。したがって、時に抗癌剤（企業活動制約法）として秩序を乱す細胞の増殖を抑えることも主要な目的となる。かくして、経済法と商法との融合論を否定する分離論に立脚する限りにおいて、経済法は、先の2大指導原理の下にある商法の目的（富の蓄積という自由競争を通じた企業社会ひいては一般の資本主義社会の進化）と同一の目的を有するものではないということになる。そうであるとすれば、商法経済法分離論に立脚する限り、あるいは、経済法の位置づけに関する議論が未成熟であった過去にあっては、商法が規整する法領域においては、企業概念に、その属性として「恣意性」を取り込む必要性に対する認識が低かったとまでは言えるのではなかろうか。

商法の企業概念中に、その本来の属性として恣意性を加えるべきか否かは、商法体系中に今日の会社法（および経済法）をどう位置づけるかに密接に関わるものと思われるので、この点については後に検討する（本章2-4-5）。

## 2-4. 商法企業法説の諸問題

### 2-4-1. 絶対的商行為規定の存在意義

商法企業法説によれば、たとえ非商人が1回に限ってした行為であっても商法の規整を及ぼすという絶対的商行為（とりわけ商501①②所定の投機売買）の存在を認めることの説明ができない。しかし今日では、絶対的商行為には中世的な階級的商法から近代商法に移行するための架橋たる役割を果たしたという商法史的意義が認められるにすぎず<sup>(40)</sup>、現代においてはむしろこのような行為を認めることにこそ問題があるとの評価が下されている<sup>(41)</sup>。少なくとも今日では、絶対的商行為概念はさして重要性を有しているとはいえ、商法典中にこれが存在することが、理論的に商法企業法説を肯定することの妨げとなるものではない<sup>(42)</sup>。

---

(40) 服部・注（7）前掲11頁、関・注（10）前掲15頁。

(41) 近藤光男『商法総則・商行為法（第5版補訂版）』（有斐閣・2008年）6頁脚注（5）。

(42) 同前、関・注（10）前掲15頁。

## 2-4-2. 原始生産業と商法

商法企業法説は、農林水産業をはじめとする原始生産業への企業の進出についてどのように考究すべきかという、現代および将来へ向けての課題を内包している。

先に述べたように、商法は、昭和13年（1938年）改正時（同年法律第72号）に、原始生産業のうち、鉱業営業者を商人とみなし（商4Ⅱ）、鉱業営業者を商法の規整下に置いた。鉱業の企業的設備ならびに経営方法および形式に着目した結果である<sup>(43)</sup>。しかし、現在までのところ、商法は、鉱業以外の原始生産業に対しては沈黙したままである（法が許容する範囲内において、会社という企業形態をもってこの事業を行うことにより、これを商法の規整下に取り込むという進入路はあるが（会5））。この理由については、一般的に従来から、原始生産業に対する特別の経済的・社会的配慮（原始生産業を伝統的に商業と区別することに、相応の経済的・社会的配慮が存在した結果である）に帰せしめられてきた。

原始生産業と商法との関係につき、鴻常夫（1924～ ）は、農業をはじめとする原始生産業と商法の関係いかんという問題の正しい解決は、理論的には、原始生産業と商業との伝統的な区別が必ずしも現実の所与に照応していないことを正しく認識したうえで、原始生産業と商業との区別の法律的基礎を歴史的・経済的所与のうちに探究すべきであるということになろうと、その解決の方向を示している<sup>(44)</sup>。関俊彦は、他の原始生産業に商法が沈黙しているのは、条文が成立した時代に規整が必要な程度に組織的に成長していたのは鉱業者だけだったのであろうと、上の方向に副った洞察をしている<sup>(45)</sup>。

今日の生命工学・生物工学（バイオテクノロジー、**biotechnology**）の発達には刮目すべきものがある。生物（動植物）が行う化学反応や機能を工学的に利

---

(43) 鴻・注(12)前掲101頁、大森・注(12)前掲83頁、弥永・注(37)前掲18頁。

(44) 鴻・注(12)前掲8-9頁脚注(1)参照。

(45) 関・注(10)前掲15頁。

用・応用する技術の発達にともない、遺伝子組換え、細胞融合技術などの飛躍的技術革新による動植物の品種改良、クローン（Cloning）技術の畜産業への導入など、原始生産業と工業製造業との垣根は、著しく曖昧あいまいになりつつある。しかも上のような事態は、企業抜きでは考えられない。このような現実は、20世紀の相当に末葉にあってもなお、立法者の予想を超えたものであったと思われる、このような原始生産業に根差す新しい種類の企業生成に、成文法の対応が遅れているというのが現実である。かかる事態への対処は、最終的には立法論の問題であるが、解釈論としては、原始生産業（この呼称が今日なお適切であるかはともかく）の規模、経営方法および当該の具体的問題について存在している法律制度と商法の制度との類似性を考慮したうえで、一般法としての民法と企業に関する特別法としての商法のいずれを適用すべきかを決定すべきであろうと説く鴻常夫の主張<sup>(46)</sup>が示唆に富むものと思われる。

### 2-4-3. 自由職業と商法

主として学術芸技に関する部門に携わるいわゆる自由職業（弁護士、医師<sup>(47)</sup>、公認会計士、芸術家など）と商法との関係については、結局のところ、主としてこれらが営業または企業と認められるか否かは、当該事業活動の指導理念として、その事業の収益性や投機性がどの程度の比重を持つかを標準として定まるところの、いわば社会通念上の問題に帰着するものと思われる<sup>(48)</sup>。すなわち、いわゆる自由職業は、社会通念上、その行為の客観的なあるべき性質が、本来営利のために行われるべきでないとの認識が、未だ社会の一般常識かなに適用から商法の規整の外に置かれているのである（法が許容する範囲内において、会社という企業形態をもって参入しない限り、企業がこの分野へ進出することを社会意識が許そうとしない、少なくとも好まない）と一応の説明が可能である。

---

(46) 鴻・注（12）前掲8-9頁脚注（1）。

(47) 獣医師業については、商法502条2号該当行為を業とする者と解すべきである。

(48) 大森・注（12）前掲6-7頁。

ただ、今日的な自由職業の展開もまた立法者の予想を超える局面を迎えていることは事実である。これらに関してもまた、原始産業と商法との関係で言及した鴻常夫の主張と平仄ひょうそくの合う議論が必要となろう。

#### 2-4-4. 手形法の位置づけ

商法企業法説によれば、手形（以下、小切手を含む）制度が企業を越えて企業者以外の一般人に開放されている現状を捉え、手形法が実質的意義の商法に属さないのではないかという主張がある。この主張を肯定する説は、たとえば、かつて商人法として発達し、商人に特有の制度であった破産制度が一般化して、破産法が商法から分離して独立の法域を形成しているのと同様に解しうると説き<sup>(49)</sup>、あるいは、手形に関する法規整の対象が、有価証券上の行為として企業取引とは性格を異にする有価証券法という独立した体系の一部を形成していると説く<sup>(50)</sup>。しかし、商法企業法説に依拠しつつも、形式的議論より現実を重視して、手形が実際には主として企業生活との関連において最も多く利用されていること、手形法は商法の特徴と認められる種々の特色を最も典型的に有している（少なくとも商法の特徴と多分に共通性がある）ことを理由に実質的意義の商法に属せしめて理解することが可能であると説く立場もある<sup>(51)</sup>。さらには、手形法は、その成文法上の規定に加え、金融界で使用される各種自治法規（銀行取引約定書、当座勘定規定、手形交換所規則など）と共に、与信取引・決済取引などを規律する銀行取引法体系を形成しており、手形法単体としては形式上企業に固有の法律ではないけれども、現実には企業者以外の一般人をも対象とする一般法として機能していないとの指摘もある<sup>(52)</sup>。

確かに、手形制度は、その技術的利便性のゆえに、いったんは企業者以外の

---

(49) 大隅・注（7）前掲38-39頁。

(50) 服部・注（7）前掲12-13頁参照。

(51) 鴻・注（12）前掲8頁、大森・注（12）前掲9-10頁。

(52) 関・注（10）前掲39頁。

一般人にも開放された制度である。しかし、今日では、クレジット・カード（credit card）や電子マネー（electronic money）の普及にともない、とりわけ企業者を除く一般人の間では、証券を利用した決済手段が急速に駆逐されつつある。しかし、企業生活関係においては、信用取引になお慎重を要する場合があるし、信用取引の場で証券が物理的に存在することによる安心感や証拠手段としての簡便さなど、手形を利用することへの需要が残っている。企業生活関係においてはなお、電子決済を補完する手段としても手形の需要は今しばらく命脈を保つものと思われる。また、商人間信用を銀行信用へと転換する手形割引が果たす役割も大きい。言うならば、手形制度は、いったん非企業者の生活関係へと拡大したのであるが、今日再び企業に固有の生活関係へと収縮（回帰）していると評価することが可能である。

#### 2-4-5. 会社法および経済法の位置づけ—わが会社法の機能的変化の 道程を辿りつつ

##### 2-4-5-1. 第2次大戦前の会社法

会社法は、典型的な企業としての会社を規整する、多分に企業組織法・企業形態法としての性格を有するそれ自体完結した法体系である。それゆえ、すでに述べたように、立法当時から、他の商人と区別して商法典中に特別な地位を与えられ、独立した1編として設けられて、この体裁が近時まで維持されていた。

商法典中に規定された立法当初の会社編は、主として会社の内部および会社の外部における各権利主体（会社それ自体、社員ことに株主、役員、一般会社債権者、社債権者など）相互の利害の調整法たる側面に軸足を置き、なお純然たる商私法としての面目を十分に保っていた。日清・日露両戦役後の泡沫会社現象といった、法制の不備を一因とする苦い経験を有しつつも、第2次大戦前の会社法は、昭和13年（1938年）改正（同年法律第72号）後もなお、企業の私的发展と企業的活動量の増大による各人の経済生活の向上とを尊重し、これら



が国民経済の進歩発展と調和し、かつこれを促進しようという楽観的立場<sup>(53)</sup>を当然の前提としていたのである。勿論、当時の商法研究者の中にも、会社企業が社会に与える負の側面を顧慮しない自由主義的・不干涉主義的立場を維持する会社法に警鐘<sup>けいしゅう</sup>を鳴らす主張はあった<sup>(54)</sup>。わが国で経済法的規整の必要性が説かれ始めるのも、昭和10年（1935年）前後のことである。わが経済法の歴史的展開の特徴は、その必要性が会社法改正論議の文脈の中から始まったという点にある。この点は銘記されるべきである。しかしながら、企業者の多くは、自由主義的・不干涉主義的会社法の基調を維持することを支持した。たとえば、昭和初期の企業者は、会社法が会社に対する公権力の関与を行政機関でなく司法機関に委ねたのは、会社法に行政法的色調が混入するのを避け、なおこれを私法体系中に留め置くという立法者の苦心の産物との見方も出来なくもないとしつつ、司法機関の関与すら排除しようと試み、進歩した商業社会においては、定款の自治制定、不干涉こそが商業自治の精神に通ずるのであるから、検査役の選任等についても商工会議所のような<sup>しかい</sup>斯界に適する民間機関を利用すべきであるとする趣旨の主張を展開している<sup>(55)</sup>。

#### 2-4-5-2. 経済法の登場

第2次大戦の敗戦にともなう占領政策の一環として、連合国(アメリカ)は、財閥解体などの産業界の民主化政策を実現するため、「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（独占禁止法）（昭和22年（1947年）法律第54号）」をはじめとする経済諸法の整備を指示し、これに副ってこれら新しい諸法が、商法（会社法）の外に、言わば「企業に関するもうひとつの法系統」として続々

(53) 西原寛一「商法改正法案管見」法律時報8巻5号（1936年）3頁。

(54) 高窪喜八郎「商法改正要綱は根本の改造を要す（1）」法学新報44巻5号（1932年）44頁、鳥賀陽然良＝大橋光雄＝大森忠夫＝八木弘「商法改正案を評す（13）」法学論叢34巻1号（1937年）149頁、西原・同前など。

(55) 原田鹿太郎「實際家より見たる新株式会社法（1）」法律新報481号（1937年）2-3頁。

と誕生することになる。こうして誕生した経済法は、一般的に、国民経済全体の立場から企業組織や企業活動を規制する法律であると捉えられた<sup>(56)</sup>。ともあれ、このような規制法が、商法（会社法）の外に、形式上別個の法系統として制定されたことによって、会社法本体の基本的な性格は、第2次大戦後であっても、自由主義的・不干涉主義の立場を基調とする私的利害調整法たる体系を保持することになる。会社法を含む商法典は、戦後に至ってもなお商私法と呼ぶに相応しい性格の法典であった。会社法中に置かれた公法規としての刑法則や訴訟法則は、あくまでも私法則の実効を保障するためのものであるという位置づけであった。

#### 2-4-5-3. 商法・経済法分離論と融合論の展開

経済諸法の整備が進み、その体系が充実してくるにともない、当然に企業法としての商法と経済法との関係が商法研究者の考究の<sup>そじょう</sup>組上にのぼされることになる。わが国においては、独占禁止法が経済法の中心であり、言わば経済法の頂点に立つものであるという位置づけが一般的に認められていることから、具体的には、独占禁止法が実質的意義の商法に属するかという問題を中心に、この考究が展開された<sup>(57)</sup>。

商法と経済法との関係については、いわゆる両法分離論と両法融合論の展開が見られる。

分離論の主張はおよそ以下のようなものである。すなわち、商法は企業をめぐる経済主体の利益の調整を関係経済主体間の権利義務秩序として調整する法であるのに対し、独占禁止法をはじめとする経済法は、公正な競争による自由主義経済という実質的な経済秩序を実現するための法規整である点において、両者は、法規整の理念を異にする。時に経済法が関係経済主体間の権利義務関係を規整することもあるが（たとえば独禁法による合併規整）、それはあくま

---

(56) 鴻・注(12)前掲32頁。

(57) 大隅・注(7)前掲53頁、服部・注(7)前掲57頁、鴻・注(12)前掲33頁。

でも実質的経済秩序の確立を問題としてのものである<sup>(58)</sup>。

融合論の主張はおよそ以下のようなものである。経済法ないし経済統制法もその主たる対象が直接間接に企業であってみれば、これと商法との2元的対立は、所詮は永久のものとは思われないのであって、過渡的な段階として両者を一応別個の法域として把握することは認められるとしても、窮極においては両者は統合されるべきものである<sup>(59)</sup>。

両説に対する評価は区々であるが、かつて1970年代に、服部栄三は、商法と経済法との関係の「予測論」として、以下のような興味深い見解を述べている。すなわち、個々の経済主体の利益がそれ自体として存在しうる限り、商法がその存在を失うということはない。しかし、このことは、商法が独立の法部門として経済法とともに永久に並存することを意味するものではない。個々の経済主体の利益を基礎として、経済主体相互間の利益を調整することも、国民経済全体の利益を考慮することなしに不可能であるとの考え方が強まってくれば、商法は経済法を背景としてのみ存在しうることになる<sup>(60)</sup>。

#### 2-4-5-4. わが企業社会の変遷と会社法の機能変化

会社企業の事業活動に対する規制緩和と規制強化との相剋は、すでに触れたように第2次大戦前から会社法の議論の焦点であった。それでは、大戦後のわが会社企業社会の現実の歩みはどうであったのか。果たして、服部の予測論に対する解は今日提示されるに至ったのだろうか。

いわゆる戦後高度経済成長時代は、企業の属性の正の側面が如実に顕在化した時代であったと言えよう。この時期の目覚ましい経済成長は、戦後改革によってその素地を形成していた労働者・農民への所得分配率拡大を現実のものとし、個人消費の拡大と設備投資の増大との歯車が噛み合うようになる。需要の

---

(58) 鴻・注(12)前掲33-34頁。

(59) 西原・注(24)前掲10頁。

(60) 服部・注(7)前掲60頁。

拡大がさらなる大量生産を可能にするという循環的な生産と消費の拡大が生じたのである。中小企業も大企業と直結した系列化を進め、最大の就業人口を吸収した。労働力が過剰から不足へと転換した1960年代には、大企業と中小企業の賃金格差なども緩和の方向に向かったのである<sup>(61)</sup>。この時期、自由な企業活動は朝野を挙げて歓迎された。企業は豊かな社会を実現する象徴であった。それゆえ、この時期は、会社法の改正も、昭和25年（1950年）改正<sup>(62)</sup>（同年法律第167号・昭和26年（1951年）法律第209号）という激震の、言わば余震（あるいは積残し）に対応する改正<sup>(63)</sup>、当時の経済界の要望に対応するそれ<sup>(64)</sup>がなされたが、これらは、会社関係者の利益調整という商私法としての域に止まる改正でしかなかった。

高度経済成長が終焉<sup>しゅうえん</sup>した1970年代になると、企業の属性の負の側面が目立つようになる。60年代後半の不況により、大企業の大型倒産や経営危機が相次ぐようになるが、その過程で粉飾決算が次々に露呈する。大企業の粉飾決算は、70年代に入っても止むことがなかった。さらに海外から、1971年（昭和46年）のいわゆるドル・ショック（dollar shock）、1973年（昭和48年）の第1次オイル・ショック（oil shock）の波がわが国を襲い、この時の売惜しみ・便乗値上げといった形振<sup>なりふり</sup>かまわぬ企業の営利追求姿勢は、国民の反発を招くことになる。さらには、公害問題への対応といった面でも企業は批判<sup>や おもて</sup>の矢面に立たされた。70年代半ばには、「企業の社会的責任」という言葉が商法研究者の間でも盛んに用いられるようになる<sup>(65)</sup>。会社法改正議論の文脈の中に、企業は一定

(61) 三和良一『概説日本経済史近現代（第2版）』（東京大学出版会・2002年）196頁。

(62) この改正については、中東正文『商法改正「昭和25年・26年」GHQ/SCAP文書』（信山社・2003年）参照。

(63) 昭和30年（1955年）改正（同年法律第128号）、昭和37年（1962年）改正（同年法律第82号）である。これらの改正については、浜田編・注（4）前掲292-333頁〔浜田道代・森光雄〕参照。

(64) 昭和41年（1966年）改正（同年法律第83号）である。この改正については、同前334-368頁〔戸川成弘〕参照。

(65) 河本一郎「企業の社会的責任」ジュリスト578号（1975年）106頁以下参照。この議

の制禦を要する存在であるという意識が再び明確に姿を現したのである。その意味では、監査制度の強化を主眼とした昭和49年（1974年）改正<sup>(66)</sup>（同年法律第21号）は、戦後の会社法改正のひとつの転換点であったと評価できる。

昭和49年改正にあたり、参議院法務委員会が行った以下の附帯決議（同年3月19日）をどう読み解くかは、先の服部の予測論の帰趨を見極める糸口となる。すなわち、「現下の株式会社の実態にかんがみ…大規模の株式会社については、その業務経営を厳正公平ならしめ、株主、従業員及び債権者の一層の保護を図り、併せて会社の社会的責任を全うすることができるよう、株主総会及び取締役会制度の改革を行うため、政府は、すみやかに所要の法律案を準備して国会に提出すること」というものである<sup>(67)</sup>。上の附帯決議は、一応は、会社およびこれと対峙する各権利主体との利益調整を商私法的規制強化手法によって実現することを希求したものと捉えることができよう。しかし、会社法の改正によって会社の業務経営の厳正公平・その社会的責任の全うといった側面を是正するには、そこに国民経済全体の立場から会社企業の有り様を考えるとという視座が不可欠になる。このような視座は経済法のそれと共通性を有するものであり、この辺りから会社法は、それ自体が伝統的な商私法の域に留まることの限界を露呈し始めたと言えるのではなからうか。

周知のように、これ以降のわが会社法の改正は、昭和50年（1975年）6月12日に、法務省民事局参事官室から公表された「会社法改正に関する問題点」に掲げられた検討事項におおむね即する形で行われる（いわゆる会社法根本改正計画）。

昭和51年（1976年）に発覚したいわゆるロッキード（Lockheed）事件は、わが国を震撼させた。この事件を契機に、企業の非行を防止すべく、その自主的

---

論に関する明快なまとめとして、龍田節「企業と責任」竹内昭夫・龍田節編『現代企業法講座第1巻』（東京大学出版会・1984年）373-375頁参照。

(66) この改正については、浜田編・注（4）前掲369-425頁〔上田純子〕参照。

(67) 昭和48年（1973年）7月3日、衆議院法務委員会も同旨の附帯決議を行っているが、参議院決議の方がより具体的である。

監視機能を早急に強化すべきであるという声<sup>ほうはい</sup>が澎湃として世上に拡がる。昭和56年（1981年）改正<sup>(68)</sup>（同年法律第74号）は、根本改正計画の一部前倒しとして行われたが、上のような社会的要求を無視しえず行われたものであったことは留意されるべきである。その改正手法・内容は、なお純私法的であったとはいえ、その背景には、わが経済秩序の維持という理念が大きく係わっていたのである。なお、平成2年（1990年）改正<sup>(69)</sup>（同年法律第64号）は、根本改正計画の第2弾であった。

1980年代のわが国は、いわゆるバブル経済という狂乱<sup>ただなか</sup>の直中<sup>ただなか</sup>にあった。この時代にあつては、企業活動に対する国民の不満は抑えられ、企業の属性の負の側面は<sup>しば</sup>暫し国民の眼から隠れることになる。ただし、日米構造問題協議（Structural Impediments Initiative）の影響下でなされた平成5年（1993年）改正<sup>(70)</sup>（同年法律第62号）は、今後の会社法制が、もはやわが国の経済秩序の維持という枠組みに留まらず、国境を越えた世界の経済秩序をも視野に入れて構築されなければならないことを気付かせるものとなった。すなわち、自由主義経済体制諸国を中心とする世界経済秩序の維持（この当時、未だソビエト連邦は消滅していなかった）という、一国の経済法のこれまでの理念すら超越する大きな理念が、直接会社法中に反映される契機となったのである。無論、この時期には、わが経済法の理念の中にも、世界経済秩序の維持という視座が加わることになった<sup>(71)</sup>。

1990年代に入ると、バブル経済の崩壊により、わが企業社会は<sup>みそう</sup>未曾有の混迷期に突入する。その混乱の中で、企業者のモラル（moral）すら疑われるような企業の不祥事が頻発し始める。1990年代半ばには、商法研究者の間で、企業統治（コーポレート・ガバナンス、Corporate Governance）に関する議論が急

(68) この改正については、浜田編・注（4）前掲426-477頁〔北澤正啓〕参照。

(69) この改正については、同前478-509頁〔北澤正啓〕参照。

(70) この改正については、同前510-524頁〔北澤正啓〕参照。

(71) 日米構造問題協議の独占禁止法などへの影響については、河本一郎「日米経済摩擦と法的諸問題」神戸学院法学25巻1号（1995年）1頁以下参照。

速に活発化するに至った。わが国の企業統治論は、企業の経営者が社会的な批判を受けるような不公正な行為あるいは公序に反するような行為をしないよう、どういった方法で、どういった組織が、どのような制度の下でチェック (check) すべきかという点が議論の中心となった<sup>(72)</sup>点で特徴的である。この議論が、上のような企業の不祥事の続発を大きな契機として展開されたからである。こうして、20世紀末の会社法学は、純然たる商私法の殻を破り、徐々に企業の属性としての負の側面を直視し、会社法学という学域の土俵の中で、伝統的な経済法理念 (あるいはこれを含むより大きな理念) と平仄の合うような内容を考究する必要を生じるに至ったのである。会社法学は、商人活動の合理性を前提とする自由主義を基調とした商法の中であって、これまでの自由主義・不干渉主義を尊重しつつも、国民経済・世界経済の秩序維持を顧慮して、これを修正しなければならないという質的転換期を迎えたのである。

平成6年(1994年)以降になされた会社法の諸改正<sup>(73)</sup>は、表面的にはバブル崩壊後の不況に呻吟する企業救済の性格が色濃いものであったが、他方、20世紀末に先進資本主義諸国間で展開された会社法制に関する制度間競争を反映する側面もあったという視座を忘れてはならない。20世紀末に猛烈な勢いで世界を席卷した「市場化」と「グローバル化」の波は、会社法が従来必ずしも十分念頭に置いていなかった世界的な資本市場の役割を無視しえないものにした。経済活動の場として優位な環境を整えることに成功した国・地域の市場に内外の資金が流入することになったからには、会社法は、「一国の経済政策のひとつの重要な制度的インフラ<sup>(74)</sup> (infrastructure)」としてそのあり方を議論しなけ

---

(72) 河村貢=河本一郎=近藤光男=中村稔=若杉敏明「座談会・日本の会社のコーポレート・ガバナンス」ジュリスト1050号(1994年)10-11頁〔近藤光男発言〕。

(73) 平成6年(1994年)改正(同年法律第66号)、平成9年(1997年)改正(同年法律第56号、第71号、第107号)、平成11年(1999年)改正(同年法律第125号)、平成12年(2000年)改正(同年法律第90号)である。これらの改正の要諦に関しては、浜田道代「会社立法の歴史の変遷」中央経済社編『新「会社法」詳細』(中央経済社・2005年)22-23頁参照。

(74) 神田秀樹「会社法改正の国際的背景」商事法務1574号(2000年)11頁。

ればならなくなる。かくして、会社法は、関係者の利益を調整するという伝統的に有してきた機能に加え、企業の国際的競争力をつけるためのツール(tool)にもなった<sup>(75)</sup>のである。20世紀末の会社法には、このような機能的変化が認められる。そのために、わが国においても、従来公正性に傾斜し過ぎていた<sup>きらい</sup>嫌いがあった会社法の考え方を改めざるをえなくなり、会社法は企業経済の効率化にも十分配慮したルール(rule)でなければならない<sup>(76)</sup>とする意識が、その改正に大きく作用することになった。20世紀末に企業者から表明された以下の意見は、この時期の会社法の改正の方向を端的に表現するものとなっている。すなわち、わが国企業がグローバルに事業展開を進めて行く上で、商法が諸外国の企業法制に劣後することは、企業競争の点から問題になる……国際標準をリード(lead)するような法制の再編と整備が必要である。そのために、任意法規化と定款自治の拡大を進めるとともに、資本市場改革の動きと平仄のあった法制を構築しなければならない<sup>(77)</sup>。

上のような潮流は、会社法だけでなく、経済法が進むべき方向にも大きな影響を与えた。その象徴とも言えるのが、平成9年(1997年)の独占禁止法の改正(同年法律第87号)である。この改正によって、持株会社が解禁されたのであった。同年に設置された与党独禁法協議会でとりまとめられた「独禁法改正に関する三党合意」(自民・保守・公明)中には、「企業経営の多角化・多様化を図ることは、大競争時代という国際競争時代を考へても必須である」とする改正理念が<sup>うた</sup>謳われていた。これは、会社法改正とも共通する理念である。平成11年(1999年)の会社法改正(同年法律第125号)は、株式交換・株式移転制度を会社法中に創設するものであったが、これは当然に持株会社の解禁と密接

(75) 前田雅弘＝中村直人＝北原直＝野村修也「座談会・新会社法と企業社会」法律時報78巻5号(2006年)6頁〔前田雅弘発言〕。

(76) 落合誠一＝神田秀樹＝斎藤静樹＝深尾光洋「座談会・会社法改正の意義」ジュリスト1206号(2001年)10頁〔落合誠一発言〕。

(77) 中村芳夫「商法全面改正への基本的な視点—経済界の見方」商事法務1574号(2000年)19頁, 23頁。



に関係する。会社法と経済法は、企業生活関係を有機的一体のものとして規整し始めたのである。

現在および将来の会社法研究の展望がどうあるべきかについて、岩原紳作（1952～ ）は、以下の指針を提示している。すなわち、①市場原理を重んじ、会社法の大幅な自由化・柔軟化を図り、事前規制から事後救済の体制へと移行させるべきか、等について根本的な検討がなされるべきであろう。②会社経営の効率性ととも、公正さや適法性も追求されなければならないことを強調したい。③このような検討の前提として、そもそもわが国の経済や企業のあるべき姿はいかなるものか、いかなる会社立法が真の経済の改革や公正で適法な経営の実現に貢献できるか、等の根本的な問題について検討するとともに、改正の内容が適切で弊害が生じないか等について、わが国の実態に即した慎重な検討が必要である<sup>(78)</sup>。上のような指摘は、商法研究者に異論を見ないものと思われるが、会社法制が、もはや国民経済（国際経済）秩序を顧ることなく会社法単体として成り立ち得なくなったことを如実に示しているものと思われる。さらに、野田博（1957～ ）は、近時の会社法に関して、「会社関係者の選択の自由度を高めれば、それまで禁止されていた行為が可能になることに伴って、法的ルール間の相互補完性の問題をとくに考慮しなければならないという側面がある<sup>(79)</sup>」と指摘しているが、彼の脳裡にある会社法と相互補完性を有する法的ルールとは、おそらく金融商品取引法規整、独占禁止法規整のみならず、公法上の企業税制などを含めたより広い企業環境を規整する目的のそれではないかと思われる。

平成13年（2001年）以降の改正<sup>(80)</sup>およびその集大成としての平成17年（2005

---

(78) 岩原紳作「会社法改正の回顧と展望」商事法務1569号（2000年）10－11頁参照。

(79) 野田博「商法改正－その将来への視座・序論」法律時報74巻10号（2002年）6－7頁。

(80) 平成13年（2001年）改正（同年法律第79号、第128号、第149号）、平成14年（2002年）改正（同年法律第44号）、平成15年（2003年）改正（同年法律第132号）、平成16年（2004年）改正（同年法律第87号、第88号）である。これらの改正の要諦に関しては、浜田・注（73）前掲24－25頁参照。

年）会社法制定は、市場原理を重んじる企業システムのいわゆるグローバル・スタンダード（global standard）を会社法中に急速に受容するためのものであった。「とにかく企業は、国内的・国際的環境にうまく適応し続けなければ、市場から退出するほかない。会社法制は、こうした企業環境の一部を構成するのである<sup>(81)</sup>」という落合誠一（1944～ ）の言は、現代の会社法の位置づけを端的に表すものである。

第2次大戦後から今日までの会社法改正の背景を駆け足で振り返ってみると、今日の状況においては、少なくとも会社法の分野に関しては、先の服部栄三の予測論は、正鵠を射ていたものであったと言えるのではなからうか。確かに、今日にあっても会社法はなお、個々の会社企業の利益追求を念頭に、その経済生活関係に関する法則として質量ともに統一性・関連性の緊密な私法則を中心に規定を用意している。しかし、もはや会社法は、これら私法則と有機的に連携しながら、国民経済・世界経済秩序全般を視野に入れて企業経済生活のあり方を規整する諸法とともに、ひとつの法領域を確立している。

実質的意義の商法の中心が会社企業を取り巻く経済生活関係を規整するものであってみれば、今日にあっては、もはや商法は経済法と一体のものとしてこれを考究しなければならない。企業法としての商法は、経済法との融合が最終段階にあると評価してもよいのではなからうか。また、そうであるとすれば、関俊彦の主張に従い、商法上の企業概念の中に、その本来的属性として恣意性を加えるべきであろう。

## 2-5. 付言—21世紀の経済システムと商法

現行商法の制定以来100有余年、21世紀初頭に我々が現実に運用している商法（とりわけ会社法）は、1990年代後半から2000年代前半にかけての唯一の超大国であったアメリカ主導のきわめて市場原理主義的色調の強いものである。

---

(81) 落合誠一＝神田秀樹＝斎藤静樹＝深尾光洋「座談会・会社法改正の意義」ジュリスト1206号（2001年）9頁〔落合誠一発言〕。

平成20年（2008年）現在、アメリカの威光に明らかに退潮の兆しが見られる。

そもそも、欧米型の従来の資本主義という経済システムは、環境問題や資源問題を処理する機構を内蔵してはいない。これまでの資本主義社会は、資源（とりわけ化石燃料）の有限性を考慮することなく、供給無制約という仮定を前提に需給調整を行ってきたのである。結果、今日まで市場は、有限な資源、価値を持たない廃棄物を適切に処理できるような機構とはいえないまま放置されてきた<sup>(82)</sup>。

人類史は、地球の資源の有限性を前提とし、生存環境の破壊を回避しながら、経済的再生産を可能とするような、経済社会の新しい構成と新しい生産技術体系とが必要な段階に到達した<sup>(83)</sup>。これらの課題を解決する担い手は企業であると言わざるをえない。そのためには、個々の企業主体の恣意的利益追求（企業エゴ（egoism））を公共性の観点から相当に抑制することが必要となろう。そうであるとすれば、21世紀にあつては、商法と環境法との関係が、新たな考究の対象として浮上してくるものと考えられる。

### 3. 商法と民法との関係—商法の地位①

#### 3-1. 特別法と一般法

民法（ことに財産法）と商法とは、共に所有権絶対の原則および契約自由の原則を2大指導原理とし、財貨の自由な蓄積競争を保障・促進することを通じて、わが国民の経済生活の向上に資するよう、その生活関係を規整する私法である。このうち民法は、法律関係を形成する権利主体の私法生活関係を一般的に規整するのに対し、商法は、その生活関係中の企業生活関係を規整するものである。すなわち、商法は民法の特別法であると位置づけられる。しかし、商法が企業生活関係を規整するにあたっては、一般私法的生活関係の中から企業生活関係を抽出して、自らこれを余すところなく規整するわけではない。商法

---

(82) 三和・注(61) 前掲233頁参照。

(83) 同前。

は、企業生活関係がその特殊性に基づいて民法の規定のみでは不十分または不  
適当とする方面のみを規整する。したがって、企業生活関係についても、多か  
れ少なかれ商法の適用と民法の適用とが交錯する<sup>(84)</sup>。

また、立法上の便宜やその技術的理由などにより、商法上の制度と位置づけ  
ることのできるものが民法中に規定されることもある。たとえば、根抵当権(民  
392の2以下)がこれである。根抵当権は、平常継続的取引関係にある当事者  
を前提とする企業生活関係に特有の担保物権である<sup>(85)</sup>。しかし、これが民法中  
に規定されていることが、企業法としての商法の自立性ないし自足性を侵すこ  
とにはならない<sup>(86)</sup>（本章3-3）。

商法のうち、会社法については、民法上の法人法に対して特別法と一般法の  
関係にないとの指摘がある<sup>(87)</sup>。会社法が会社という法人の組織形態を規整する  
それ自体体系的な完結した法分野であることを理由とする。民法上の法人法と  
しては、平成18年（2006年）に「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律  
（一般法人法）（同年法律第48号）」が制定されている。この一般法人法と会社  
法とは、民法33条2項との関係で並列的な関係にあるから、会社法と一般法人  
法とが特別法と一般法の関係にないことは明らかである。譬喩的に表現すれ  
ば、両者は各々完結した個性を持った兄弟法である。なお、民法第1編第3章  
は、わが私法体系の形式上、会社法を含む法人法の通則であると位置づけられ  
る。

以上に対し、商行為法（手形法も含む）は、明らかに民法財産法の特則を定  
めるものであり、民法とは特別法と一般法の関係にあるものと位置づけられ  
る。

このように、実質的意義の商法は、各分野ごとに民法との距離が異なってお

---

(84) 大隅・注（7）前掲42頁。

(85) 田邊・注（8）前掲17頁参照。

(86) 服部栄三によれば、このような民法規定は、民事関係に関して適用される場合には  
これを民法と、商事関係に関して適用される場合にはこれを商法と解しても不都合で  
はないと考えるようである。服部・注（7）前掲14頁参照。

(87) 森本編・注（37）前掲3-4頁，5頁〔小林量〕。

り、商法の民法に対する特徴の現われ方には、これらのそれぞれの分野ごとに、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<sup>(88)</sup>。

### 3-2. 民商法の規定内容の関係

商法の規整対象である企業間の利益調整についても、原則的には自由競争の容認を基調とする民法の諸原理に支配され、一般法たる民法の一般規定の適用を前提としている。たとえば、権利能力（民3）や法律行為に関する諸規定（民90以下）がこれである。商法が適用されるのは、民商法の双方が適用可能な場面において両法が抵触する場面に限られる。

この関連において商法の規定を見ると、おおむね次の3態様に分かつことができる。すなわち、①商法の規定が民法の個々の規定を補充または変更するにすぎない場合（たとえば、民167Iと商522）、②商法が民法上の一般制度の特殊化された形態を規定する場合（たとえば、民法の代理制度（民99以下）に対する商法・会社法の商業使用人制度・会社の使用人制度（商20以下・会10以下））、③商法が民法にまったく存在しない特殊の制度を創設して規定する場合（たとえば、商業登記（商8以下、会907以下））、である。

### 3-3. 民法の商化

民法と商法との境界は、各時代の社会・経済の有り様によって影響を受けるから、過去においては勿論、将来においても不変不動というわけではない。

「民法の商化」とは、第1義的には、かつて商法において初めて認められた商法上の原理や制度であったものが、後に一般化されて民法の原理や制度になったという歴史的事実を指す<sup>(89)</sup>。たとえば、法律行為の形式自由の原則・債

---

(88) 同前5頁。

(89) 鴻・注(12)前掲26頁参照。

権自由譲渡の原則などがこれである<sup>(90)</sup>。このような現象は、資本主義の発展にともない、企業生活を支配する合理的精神が普遍化して一般生活に浸透し、その限りにおいて言わば一般人が商人化された結果であると説かれている<sup>(91)</sup>。先進資本主義国家にあつては、法律秩序における資本主義的精神が<sup>あまね</sup>普く社会に行き渡っているから、その商法上の制度は、より一般私法中に採り入れられ易い傾向を醸成するであろう<sup>(92)</sup>。なお、服部栄三は、上のような事実あるいは傾向を、むしろ「商法の民化」と呼ぶべきではないかと述べている<sup>(93)</sup>。また、関俊彦は、商法の規定に相当する民法の規定がないところで、商法の規定が広く一般人の間に適用されるようになれば、それは民法の商化と命名することはできず、商法の一般法化とでも言わなければならないと述べている<sup>(94)</sup>。第1義的意味における民法の商化は、形式的に見れば、民法による商法の支配領域の蚕食であるが、実質的には、民法に対する商法の勝利であると評価される<sup>(95)</sup>。あたかも、長城を越えて中原に進出した民族が中原の民族の固有文化に染められるに似ている（世界史にその例を求めれば、「元朝・清朝の中華王朝化」がある）。して見れば、これは「商法の民化」ではなく、やはり「民法の商化」と呼ぶのが相応しいことにならう。

第2義的には、企業がその目的を拡大する結果、これまで民法に属していた法律制度または法律関係が漸次商法の支配に移される現象をこう呼ぶ<sup>(96)</sup>。すなわち、元来民法が規整していた法律制度が企業的な法律制度へと移行し、これが商法領域に収容される現象を指すのである（一般経済生活の商化）。店舗その

---

(90) これらの原則が一般化されるに至った経緯については、田邊・注（8）前掲19頁参照。

(91) 大隅・注（7）前掲48頁。

(92) 鴻・注（12）前掲26頁参照。

(93) 服部・注（7）前掲47頁。

(94) 関・注（10）前掲70頁脚注（45）。

(95) 鴻・注（12）前掲5頁、大隈・注（7）前掲48頁。

(96) 大隅・同前。服部栄三が第1の類型を「商法の民化」を呼ぶべきとしたのは、こちらの類型を「民法の商化」と呼ぶことに対応したものである。

他これに類似する設備による物品の販売業者が商人とみなされて商法の支配領域に編入されたといった事実（昭和13年（1938年）改正後商4Ⅱ）が例示されている<sup>(97)</sup>。このような現象は、実質的にも形式的にも商法が民法に対して勝利を得たものと評価される<sup>(98)</sup>。

今後のわが社会は、従来民法によって規整されていた領域への企業の参入を緩和する方向に進むことが予想され、したがって、とりわけ民法に対する商行為法の独自性が希釈化される傾向が一層顕著になるであろう。たとえば、構造改革特別区域法（平成14年（2002年）法律第189号）は、平成15年（2003年）改正（同年法律第66号）後の12条において、いわゆる教育特区での学校設立会社方式による株式会社立学校の開設を認めた<sup>(99)</sup>。株式会社立学校は、商法上は商人であると解される（会5，商4Ⅰ）。そうであるとすれば、いま株式会社立大学が業者から教育用パソコン（personal computer）を購入した場合、当該売買は商人間<sup>かん</sup>売買となるから、パソコンを受領した大学には商法526条所定の検査・通知義務が課されることになり、これを怠れば、大学は業者に対しパソコンの瑕疵に基づく売買契約の解除・損害賠償請求をすることができなくなる。これに対し、私立学校法（昭和24年（1949年）法律第270号）に基づいて設立された私立大学が同様の売買契約を締結した場合には、この契約から生じた目的物の瑕疵に係る問題は、もっぱら民法が規整するところとなる。売主の立場からすれば、このような事態は同一の原理原則によって処理されるのが望ましいはずである。上のような状況を社会全体が不都合であると認識するに至れば、民法売買法の在り方として、商事売買における売主保護の精神をどこまで一般化して取り込むべきかが現実的課題となるのである。このように、民法の商化は、常に起こりうる可能性がある。

---

(97) 大隅・同前。

(98) 同前。

(99) 平成18年（2006年）9月までに、東京都千代田区、大阪市などで、大学7校、小中高校13校が開校した。

たとえ民法の商化現象が広範に進展したとしても、民商2法が融合帰一し、商法がその自主性を失う結果にはならない。一般的生活関係の中には、性質上商化現象の埒外<sup>らちがい</sup>に立つものがあり、企業における合理主義によって完全に支配されるものではないから、民法の商化にも自ずと限界がある<sup>(100)</sup>。他方、商法は、漸次その支配領域を民法に譲りつつも、企業生活関係に生まれる新たな需要に應えるべくその合理的・進歩的精神に基づく新技術・新制度を創造することによって、常にその内容を刷新して行く<sup>(101)</sup>。このようにして、民法と商法は、その境界を互いに侵し侵されつつ、永劫<sup>えいごう</sup>に併存を続けるのである。鴻常夫は、未だ地球温暖化が深刻でなかった19世紀後半のドイツ商法研究者レヴィン・ゴールドシュミット（Levin Goldschmidt, 1828～1897）の言を引いて、「民法と商法との関係は、氷河の下流と上流に譬えられるべきものであって、下流においては融け行く氷が一般の沈殿物と一緒にいるが、上流においては不断に新しい万年雪が形成されて行くことに比せられるべきものである<sup>(102)</sup>」と述べている。これは、今日のわが商法学界における統一した見解であると言える。企業生活関係が一般の生活関係と区別され、これに独自の法規整を要する限り、これを対象とする実質的意義の商法が形成され続けるのは当然のことであるから、商法の民法に対する独自性に疑問を抱く形で提示されたいわゆる民商2法統一論は否定される。

なお、民商2法統一論の否定は、①実質的意義の商法に属する個々の具体的規定が、どの法律（法典）のどの部分に置かれるべきか、②同一類型の法律事実を対象としながら現に民商2法で別異の規定が置かれている個々の具体的条文の合理性を検証し、両者の調整あるいは一本化を図るべきか、を考究することとは別問題である。前者については、先に述べたように現に実質的意義の商法に属すると評価できる根抵当権に関する規定が民法物権編中に収容されてい

(100) 鴻・注(12)前掲26頁、大隅・注(7)前掲48-49頁。

(101) 鴻・同前、大隅・同前49頁。

(102) 鴻・同前。



るし、仮に将来、たとえば現在商法総則編中に規定されている「商人」に関する諸条文が民法総則編の「人」の章中に収容されることがあろうと、それは単に立法技術の便宜の問題であって、実質的意義の商法の理論的把握とは無関係の問題である。後者については、たとえば消滅時効期間・法定利率に関する民商2法の現行の規定（民167Iと商522・民404と商514）の相違が、今日なお十全の合理性を有するのか、両者を調整するとすればどのような方向が望ましいか<sup>(103)</sup>、といった点を考究することである。

#### 4. 商法と労働法との関係—商法の地位②

企業は、その必要とする人的施設（企業補助者）の整備を、他人を雇用する（契約を締結する）ことによって行うのが通常である。このとき、企業と企業補助者との間には、2つの異なる側面における法律関係の形成を見る。第1は、企業補助者が企業者に従属して労務を提供するという関係である。第2は、企業補助者が企業者から授与された代理権に依拠して企業者のために第三者と取引を行うという関係である。労働法は、第1の関係につき、企業補助者を労働者と位置づけ、その生活利益の擁護<sup>ようご</sup>という社会的見地からこれを規整する。他方商法は、第2の関係につき、もっぱら取引の円滑と安全という見地からこれを規整する。したがって、労働法と商法とは、規整目的・理念に大きな相違があり、別個の法領域に属するものと解される<sup>(104)</sup>。もっとも、本来別軌道を描く空間から小惑星が地球軌道に接近するように、たとえば「会社分割に伴う労働契約の承継等に関する法律（平成12年（2000年）法律第103号）」のように、会社法と密接に関連するものも存在する。

#### 5. 商法の特質

##### 5-1. 探究の意義

---

(103) これらについて考究したものとして、関・注(10)前掲71-73頁。

(104) 鴻・注(12)前掲40頁、大隅・注(7)前掲49-50頁。

実質的意義の商法は、他の法分野とりわけ民法に比してどのような特質を有するのか。

これを探ることは、商法に内包されている根本精神あるいは基本理念を整理するうえで意味がある。この探究のための作業は、①企業活動に関する特色を探る作業、②企業組織に関する特色を探る作業、に分けてなされるのが通常である。前者は、企業上の活動そのものの方式や効果を規律する商法則を探ることであり、言わば行為法としての商法の特質を探ることである。後者は、企業経営のための組織ないしその基礎としての諸制度を規律する商法則を探ることであり、言わば組織法としての商法の特質を探ることである<sup>(105)</sup>。ただし、両者の特質の根本は共に商法の対象たる企業それ自体に内在する性格に由来するものであることを忘れてはならない。

## 5-2. 行為法としての商法の特質

### 5-2-1. 営利性

すでに述べたように、企業は資本的計算方法の下に経営される継続的・営利的経済単位にして、法律上独立体として扱われるべきものである。その計算方法・経営計画に必ずしも客観的な合理性・緻密性までも要求されないとしても、営利の追求は、企業の本質的性格である。したがって、企業の行為（企業活動）は、すべて営利目的によって方向づけられている<sup>(106)</sup>。企業は、営利の目的を継続的・計画的に実現するものであるという意味において、人間の営利性を、言わば制度化したものとも表現できる<sup>(107)</sup>。商法は、かかる制度を法的に支えなければならない。それゆえ商法は、このような企業の営利活動を支持し、一定限度でその営利追求を承認しているのである<sup>(108)</sup>。すなわち商法には、

---

(105) 大森・注(12) 前掲16頁参照。

(106) 大隅・注(7) 前掲56頁。

(107) 鴻・注(12) 前掲13頁。

(108) 関・注(10) 前掲44頁。

企業活動の営利性を直<sup>ちよくせつ</sup>截に表現した規定（商512, 513など）や企業資本の利潤生産性を高く評価することを前提とした規定（商514）が見られるのである<sup>(109)</sup>。

### 5-2-2. 契約自由主義

企業者は、純経済人として、冷静な利己的・打算的考慮を尽くして、自己にとって最も合理的であると判断した行動をとろうとする（客観的合理性を意味するものではない、いわゆる「損して得取れ」という行動もある）。したがって、企業生活において生起する法律関係は、当事者の自由意思に副う形で決定されるのが適当である。法はこれに無用の後見をすべきではない。それゆえ商法の諸規定は、自由合意がない場合に補充的に適用される任意法規と解されるものが多い。また、流質契約の禁止が解かれているのも（商515）、上のような事情を反映したものである<sup>(110)</sup>。

もっとも、契約自由主義は、今日では民法上の一般原則になっているから、この面における民事と商事との差はさほど明白に存在しているわけではない。関俊彦は、企業の恣意的行動を抑制するという方向から、自由主義がいかに制約されているかを、経済法・労働法・消費者法などの観点から観察することの方が今日の意味が大きいと述べている<sup>(111)</sup>。

### 5-2-3. 簡易迅速主義

企業者が経済的利潤の獲得という目的を効率よく達成するには、速やかな取引を短期間に集中することが肝要である。すなわち、不特定多数の者を相手として同種の行為を反覆的・継続的に行うための行動計画が要求される。そのためには、企業上の契約の迅速な締結および履行が必要とされる。このような需

---

(109) 田邊・注(8)前掲10頁、大森・注(12)前掲17頁参照。

(110) 大隅・注(7)前掲57頁、大森・同前。

(111) 関・注(10)前掲45頁。

要に応えるべく、商法は、契約の成立や法律関係の終結につき、簡易迅速主義に基づく法則・制度を整備している<sup>(112)</sup>（たとえば、商504，507-509，524-526）。商法上、短期消滅時効の定めが多いのも同様の趣旨である（たとえば、商522，566，567，596，615，626，765，766，786，798，814，会701Ⅱ，手70，77Ⅰ，小51，58，保95）。

#### 5-2-4. 個性の軽視

営利目的をもって反覆継続して行われる企業活動に関しては、行為の相手方や目的物その他の給付内容も、その個性はあまり重要視されない<sup>(113)</sup>。行為の相手方の非個性とは、財産的信用さえあれば、相手が何人であるかを問わないという意味であり、目的物その他の給付内容の非個性とは、商取引にあつては給付の内容が極端に代替性を有する商品または有価証券の形をとることが多いという意味である<sup>(114)</sup>。

個性軽視を基調とする制度としてよく例示されるのは、問屋・運送取扱人の介入権（商555，565）、問屋の履行担保義務（商553）、商行為の代理人の履行義務（商504）などである<sup>(115)</sup>。個性軽視の商法的特色は、「為す債務」の代替性において顕著に現われると評価できる<sup>(116)</sup>。

また、企業取引から生じる債権は有価証券化される傾向が強く、商法の領域において有価証券制度が高度に発達しているのは、債権の個性喪失の現われである<sup>(117)</sup>と捉えることができる。

#### 5-2-5. 定型化

企業取引における簡易迅速主義・個性の軽視と相俟<sup>あいま</sup>って、大量かつ集団的に

---

(112) 大隅・注（7）前掲57-58頁、大森・注（12）前掲17-18頁。

(113) 大森・同前18頁。

(114) 鴻・注（12）前掲14頁参照。

(115) 大隅・注（7）前掲58頁、関・注（10）前掲47頁、大森・注（12）前掲18頁。

(116) 関・同前参照。

(117) 大隅・同前。

行われる企業活動の敏活を促進するには、行為の内容およびその効果が定型化されることが望ましい。すなわち、契約締結過程およびその内容ならびにその他の法律関係などが定型的画一的に扱われることが好都合である。商法には、定型的画一的取扱主義を採用した規定が設けられている(たとえば、商580, 745など)。

商法上、特別の地位の代理人・会社の機関に就く者の代理権・代表権の存在・内容が、原則として包括的・不可制限的なものとして定型化されているのも(商21Ⅰ, 会11Ⅰ, 349Ⅳ, 420Ⅲ, 599Ⅳなど)、定型的画一的取扱主義の現われであるが、これには個性軽視の側面もある<sup>(118)</sup>。

企業取引の簡明な処理に應えるべく、契約の定型的な内容を記載・記録した書面・電磁的方法を用いる、書面・電磁的記録主義が採られる場合が多い(商570, 571, 599, 737, 769, 会59, 203, 677, 保6, 40, 69など)。このような要式化は、簡易迅速な取引を実現するために、取引の性質に応じて採用しうる手段のひとつにすぎないのであるから、契約自由主義(とりわけ方式の自由)と矛盾するものではない<sup>(119)</sup>。

なお、実際の取引においては、普通取引約款に依るそれが発達し、企業取引が附合契約化されていることが定型化の最も重要な現象であるが、これに関しては、商法の法源の問題と深く関わるので、後に述べる(第2章2-5)。

### 5-2-6. 公示主義

取引の安全確実を期するためには、その当事者は、互いに相手方の能力の有無、代理・代表権限の範囲、社員の責任の態様など、一定の重要事実・情報を確認しなければならない。しかし、これらの事実・情報の少なからぬものが、企業者の営業政策上、もっぱらその組織の内部で決定・管理されるものである。これらの事実・情報を当事者が逐一調査しなければならないとすれば、取

---

(118) 関・同前47-48頁参照。

(119) 大隅・注(7)前掲58-59頁参照。

引の円滑は著しく阻害されることになる。また、実際の取引において紛争が生起すれば、その知・不知をめぐって法律関係が錯雑化することもある。それゆえ商法は、企業者をして、取引上重要である一定の事実・情報を、あらかじめ一般公衆に周知せしめるという法政策を採用した。すなわち、取引上の法律関係に与える影響が大きい一定の内部情報を、企業者側が一般に周知させるための特別の制度および手続を法によって整備し、企業者にその手続の履践を要求することにしたのである。これがすなわち公示主義である。

公示主義が最も端的に現われているのが商業登記制度である。市場経済を重視する国家が、取引に不可欠な基本情報を集約して公示し、誰からの検索にも応じる大規模なデータベース（database）事業を営んでいるのが、今日の登記制度である<sup>(120)</sup>。登記制度それ自体は民法でも利用されており（たとえば、不動産登記制度）、民法上も登記には一定の法定効が与えられている（たとえば民177）。商業登記は、「権利の主体」である商人、とりわけ会社に関する情報を扱うという点に特徴がある<sup>(121)</sup>。商業登記の効力に関して最も重要な条文は、商法9条1項、会社法908条1項であるが、これらについては後に述べる（第2帖を予定）。

また、会社は定款をもって法が許容するいくつかの公告方法を定めることができ、定款に定めがなければ官報に掲載する方法が公告方法とされているが（会939）、株式会社にあつては定期的に計算書類の公告をなすことが要求されており（会440）、他にもたとえば株式会社定款、株主名簿、新株予約権原簿、株主総会議事録、計算書類等の備置きおよびこれらを閲覧等に供することが要求されている（会31, 125, 252, 318, 442）。これらも株主以外の第三者（会社債権者、親会社社員など）に対する公示の意味を併せ持つ限りにおいて、公示主義の顕現と見ることができる<sup>(122)</sup>。

---

(120) 浜田道代『商法（第3版）』（岩波書店・2003年）27-28頁。

(121) 同前28頁参照。

(122) 大森・注（12）前掲20頁。

### 5-2-7. 外観主義

企業活動を円滑に遂行するためには、「取引の安全」が強く求められる。取引の安全とは、田邊光政によれば、法律上の取引においては、その者に不明な事情によって取引が無効にされてはならないという要請であるとされ、彼はこれを「取引における動的安全」と位置づけている<sup>(123)</sup>。その要請と対立するのは、人はその意思に基づかない限り、権利を失いまたは義務を負わされるなどの不利益を帰せられるべきではないという「取引における静的安全」の要請である<sup>(124)</sup>。企業取引にあたり、その法律関係に影響を及ぼすような重要な事実について、その真実（真相）と外観とが一致しない場合には、まさに上述の動的安全の要請と静的安全の要請とが衝突することになる。このとき、あくまでその真実（真相）のみを基準に取引上の効果を決定すべきであるという法政策を採用すれば、それは静的安全の要請には十分応える結果を齎すことになろう。しかし、これでは、取引の当事者は事の真相を調査したうえで慎重に取引をしなければ、真に欲する法律上の効果を得ることを期待しえないことになってしまう。そうであるとすれば、反覆的・集団的に行われる企業取引の円滑化を阻害することとなる。それゆえ商法は、外観に優越性を認め、ある外観を作出した者は、その外観に対応する事実が存在するものと信頼して行為した者に対して、それが真実でない場合であっても、それが真実であった場合と同様の責任を負わなければならないとする外観主義に即した法則や制度を広範に採用したのである。これらの法則・制度は、ドイツで発展したいわゆる外観法理（レヒツシャイン法理、*Rechtsscheintheorie*）や英米法における表示による禁反言（*estoppel by representation*）の趣旨を反映したものである<sup>(125)</sup>。

商法上、外観主義を背景とする規定は枚挙に暇ないほど多い。たとえば、名板貸しの責任（商14、会9）、支配人・会社代表機関の包括的代理権・代表権

---

(123) 田邊・注（8）前掲12頁。

(124) 同前11頁。

(125) これらの法理については、同前13-16頁に詳しく解説されている。

の制度（商21Ⅰ・Ⅲ，会11Ⅰ・Ⅲ，349Ⅳ・Ⅴ，420Ⅲなど）、表見支配人の権限（商24，会13）、擬似発起人の責任（会103Ⅱ）、表見代表取締役・表見代表執行役の行為に基づく会社の責任（会354，421）、有価証券の善意取得制度（商519Ⅱ，会131Ⅱ，258Ⅱ，手16Ⅱ，小21）などを挙げることができる。

#### 5-2-8. 責任の加重と制限

企業者の多くは、自らが作成した経営計画に従って企業活動を遂行しているから、それが齟齬を来たさないう、取引において成立した契約が確実に履行されること（所期の法律上・経済上の効果の実現）を欲している。かりに取引先が債務を履行しないという不測の事態が生じたとしても、少なくとも経済的な瑕疵が修復されることを欲する。この需要を法的に保障するには、取引の当事者とりわけ企業者の責任を強化することが最も有効である。企業の取引の相手方は、常に企業であるとは限らないが、当事者が企業である場合には、その責任を強化することは、企業者が取引に関する法の実務の専門家であることから、当然であるともいえる<sup>(126)</sup>。

商事債務の連帯債務性（商511Ⅰ）、商事保証の連帯保証性（商511Ⅱ）、営業上の受寄物に対する注意義務の加重（商593）、場屋営業者が受寄物に対して負う保管責任（商594Ⅰ）などは、民法上の同一類型の法律事実よりも債務者の負う責任が加重されている。商人間売買における目的物の検査通知義務（商526）・目的物保管義務（商527，528）は、買主の一般的注意義務の加重である。

一方で、商法は、たとえば物品運送人の債務不履行に基づく損害賠償額の算定の定型化の規定（商580）のように、その責任を制限する規定を設けている場合もある。営業に相当な危険が伴い、かつ、巨大な投資を要する業種においては、保険制度で危険を回避するだけでは満たされず、企業の損害賠償責任そ

---

(126) 大隅・注（7）前掲61頁。



のものを制限する必要もあるからである<sup>(127)</sup>。

### 5-3. 組織法としての商法の特質

#### 5-3-1. 資本の集中

企業経営を優位に展開するためには、スケールメリット（和製英語、scale + merit）の活用、すなわち多額の資本を糾合<sup>きゆうごう</sup>してこれに当たることが肝要である。民法上の消費貸借契約（民587以下）や組合契約（民667以下）も、企業の資金調達に一定の役割を果たすことができるが、商法は、これらとは別に、企業が必要とする資金の需要を満たすための制度、すなわち他人資本たと自己資本たとを問わず、比較的容易に、大規模経営に必要な長期資金を湊集<sup>そうしゅう</sup>する制度を設けている。

匿名組合制度（商535以下）、各種の会社制度（会社制度の中で特に設けられた制度も含む）がこれである。会社における社債制度（会676以下）は、一般公衆から多額の借入金を調達するに資する制度である。会社のうち、就中株式会社は、株式・新株予約権といった技術的にも優れた工夫<sup>たくまもの</sup>により、機動的に広く社会（一般公衆）から資金を吸収して、巨額の資本を形成することが容易な法構造を有している。

#### 5-3-2. 人的施設の整備

資本の集中に加え、企業経営においては、十分な識見才能を有する人的資源（良質な労力）を充実させることも肝要である。すなわち、経営活動の補助者を求めなければならない。この需要を満たすため、民法上の代理制度（民99以下）の活用、委任（民643以下）・雇用（民623以下）・請負（民632以下）などの契約の利用も可能であるが、商法は、これら民法の制度を企業の需要により適合するように特殊化して<sup>(128)</sup>、商業使用人・会社の使用人制度（商20以下、

---

(127) 関・注(10) 前掲53頁参照。

(128) 大隅・注(7) 前掲62頁。

会10以下）、代理商制度（商27以下、会16以下）、仲立人制度（商543以下）、問屋制度（商551以下）、船長制度（商705以下）などを設けている。

### 5-3-3. 企業危険の分散

企業の営利目的は必ずしも計画通りに達成されるとは限らない。そこには常に損失の危険が内在している。企業の規模が大きければそれだけ損失の危険もまた大きくなり、個人の責任財産によってこれを償<sup>つぐな</sup>うのは容易ではない。それゆえ商法は、企業危険を多人数で分担するための特殊な制度を設けているのである。たとえば、損害保険（保3以下）、共同海損（商788以下）の各制度がこれである。

会社制度は、資本の湊集に資する制度であると同時に、社員に危険を分散することにも有用な制度である。

### 5-3-4. 有限責任

たとえ企業者といえども、企業活動を通じて負担することとなった債務は、一般生活関係におけると同様、原則として、その者の有する全財産をもって責めに任ずるべきである（無限責任）。しかし、企業生活関係において例外なく無限責任主義を貫けば、ややもすると失敗<sup>おそ</sup>を畏れて企業者から進取の気概を奪い、その経営活動を萎縮<sup>いしよく</sup>させるであろうし、企業生活関係への新たな参入の障壁にもなるであろう。それゆえ、企業生活関係においては、場合によっては、当事者の責任を一定限度額または特定の財産に限定するという法政策（有限責任）を採用することも必要であると考えられる。こうすれば、新規事業の開拓、新商品・新サービス（service）の開発、企業生活関係への新規参入などを後顧の憂いなく大胆に促進・奨励することができ、企業活動が活性化するからである。

企業者の経営に際して生じた一定の債務を、当該企業者の特定の財産の提供をもって責めに任ずる場合、これを物的有限責任という。たとえば、預り証券

所持人の義務（商607）、積荷の利害関係人が積荷を委託した場合の義務（商712Ⅱ）、積荷所有者の救助料支払義務（商812）などがこの例である。また、企業者が一定金額を限度として責めに任ずる場合、これを人的有限責任という。たとえば、共同海損分担義務者の責任（商791）、海難救助料支払義務者の責任（商803）などがこの例である。

### 5-3-5. 企業の維持

いったん成立した企業を無意味に解体することは避けなければならない。有機的に活動する企業体は、経済的にはこれを組成する各要素それぞれの価値の合計より以上の価値を帯びるに至るため<sup>(129)</sup>、その解体は、企業の中に凝集した経済的価値を絶対的に消滅させるという意味で<sup>(130)</sup>、企業それ自体にとって損失であり、大きくは国民経済にとっても損失となる。また、取引の相手方、使用人・労働者などにも少なからぬ影響を与える。それゆえ商法は、いったん成立した組織体としての企業を維持・存続させるという理念を貫いている。そのために商法は、第1に、企業の存続の基礎を強化しようとしている。第2に、企業の解消の危険を回避しようとしている。

第1の例としては、まず、個人企業の相対的独立性確保のための諸政策が挙げられる。たとえば、商号制度（商11以下）、商業帳簿制度（商19）などがこれである。次いで、会社企業にはすべて法人格を与え（会3）、その法的独立性を絶対的に強化している<sup>(131)</sup>。

第2の例としては、直ちに企業機構の解体を避止する営業譲渡・事業譲渡制度（商15以下、会21以下、467以下）、合併制度（会748以下）、会社分割制度（会757以下）、株式交換・株式移転制度（会767以下）、会社の継続制度（会473、643）などがある。会社法が一人会社を禁じていないのも、この例である。

---

(129) 大森・注（12）前掲23頁。

(130) 服部・注（7）前掲66頁参照。

(131) 同前65頁参照。

#### 5-4. 行為法と組織法との論理

商法の特質を一般的表面的に見るならば、行為法に関する側面と組織法に関する側面はそれぞれ支配原理を異にし、商法規定上も対蹠的な相違が認められるようにも思える<sup>(132)</sup>。

かつて田中耕太郎は、商法の特質として、行為法（商行為・商取引自体を規律する法律）は自由主義的であって、おおむね任意法規性を帯びており、一方、組織法（一般商取引の基礎または手段たる法制）は厳格主義的であって、おおむね強行法規であると指摘し、しかし、この表層的な対立・矛盾は、人類の営利活動を分析して後、これを目的論的に総合することのみから説明しようと主張した<sup>(133)</sup>。すなわち、両者は商取引の内的要求たる徹底的な合理主義、商人的精神によって実は目的論的に統一されている<sup>(134)</sup>。このような視座から、営業の行為自体について生じる合目的的变化および行為の主体について生じる合目的的变化を見据えなければならぬとし、商取引自体が迅速活発弾力性を要求する結果、商の内容の方面は自ら自由主義へ赴く<sup>おもむ</sup>のに対し、商の主体の方面は商取引が自由安全に行われることを保障するための基礎として当然に厳格主義に赴くが、結局は両者ともに商に内在する要求の発露に他ならないと説く<sup>(135)</sup>。自由主義は営業の内容をなす行為の方面を支配し、厳格主義は営業の基礎をなす形式の方面を支配するが、両者の関係は「丁度汽車が急速に疾走せんが為めには其の車体が堅固であり線路が安全でなければならぬ如く、商取引が最も迅速活発に行はれんが為めには其の基礎が鞏固<sup>きょうこ</sup>でなければならぬ<sup>(136)</sup>」のと同様である。かくして、商法における自由主義と厳格主義との表見的矛盾は、商の本質の洞察からして解決しうるのであると結論づけている<sup>(137)</sup>。そし

(132) 大隅・注（7）前掲64頁参照。

(133) 田中・注（17）前掲246頁。

(134) 同前254-256頁参照、なお、田中耕太郎『法律学概論』（学生社、1953年）311頁参照。

(135) 同前246-253頁参照。

(136) 同前257頁。

(137) 同前259頁。

て、行為法と組織法との対立を認識することは、単なる理論にとどまらず、商法上の概念構成、法および行為の解釈に関し、方法論上の差異となって現われるとの趣旨の主張を展開したのである<sup>(138)</sup>。

上の田中説に対する疑問を提示したのが、彼の高弟にして、その合理的精神を最も良く継承した鈴木竹雄（1905～1995）であった。鈴木は、組織法と行為法を区別する田中説の意義は、単に対象の差異を指示するにとどまるものではなく、両者の原理上の差異を示すことにあるものと思われるが、組織法のすべてが必ずしも強行法規ではなく、組織法でありながら任意法規にすぎないものも存在するとともに、逆に行為法の分野にも強行法化の現象が認められないのでもないのであるから、対象と原理とが必ずしも一致しないのであれば、その意味は少なくとも一応のものでしかないと、田中説に対する根本的な問掛けをした<sup>(139)</sup>。また、あらゆる組織法の厳格性をすべて商取引と関連させることもできないと、その考察の方法論にも疑問を呈している<sup>(140)</sup>。田中説は、商法の基礎たる制度方面の商法の強行法規化の根拠を単に一方的に企業の側からのみ考察しているように思われるが、相手方の利益の顧慮という視座を欠いているのではないかと、とも述べている<sup>(141)</sup>。

今日、いわゆる組織法および行為法の区別については、少なくとも企業組織または企業活動に関する法規の大体の傾向を明らかにするには役立つけれども、これから直ちに一定の具体的な結論を導くには慎重でなければならないとするのが商法学界の趨勢であろう<sup>(142)</sup>。具体的規定を組織法と行為法へどのよ

---

(138) 同前281-290頁参照。

(139) 鈴木竹雄「商法における組織と行為」我妻栄＝鈴木竹雄編『商法の基本問題（田中耕太郎先生還暦記念論文集）』（有斐閣・1952年）97-98頁，101頁参照。

(140) 同前98頁。株式会社の内部関係に見る厳格性などを例示している。

(141) 同前99-100頁。商法における強行法規の根拠は、田中が汽車と路線で譬えた取引の安全確保を保障することのみに尽きるものではなく、会社の内部関係のごときは、一種の弱者保護の精神に通ずるという点も見逃すことができないと述べている。

(142) 大隅・注（7）前掲65頁。

うに分類するかに関しても商法研究者の一致を見ない<sup>(143)</sup>。ただ、取引上の原則で律しえられない、あるいは律することを適当としない分野が存在する以上、組織法という概念は肯定されよう<sup>(144)</sup>。鴻常夫は、組織法と行為法との分類は、強行法と任意法との分類と精確に合致するかのごとく受けとるとすれば、それは田中理論の誤解であり、組織法と行為法との区別は、各領域の法の総合的考察のための理論としても再評価する必要があるのではないかと述べる<sup>(145)</sup>。そして、組織法・行為法と強行法・任意法との<sup>す</sup>摩れは、企業組織と企業取引の両面のそれぞれにおいて、別個の問題について、利益の比較考量を加えたうえで、はたして強行法とすべきか、それとも任意法にとどめておくべきかを具体的に検討すべきものであるというだけのことであるとしている<sup>(146)</sup>。確かに、企業の法律関係の理解には、上の両面から立体的に考察することが便宜であり、かつ適当であると言えるのではあるまいか。鴻の主張が穏当であろう。

## 6. 商法の傾向

### 6-1. 考究の意義

商法という法領域に関しては、上に述べた内容上の特質に加え、ことに民法に対して顕著な特異性を有するとされ、商法研究者は、これを商法の傾向と呼んでいる<sup>(147)</sup>。これを商法の傾向と呼ぶのは、それ自体だけでは商法の自主性を基礎づけられるものではなく、上述の商法の特質に由来する2次的なものであるがためとされるが<sup>(148)</sup>、なお民法に対する相対的關係において言及するに値するものであると考えられる。

---

(143) たとえば、服部・注（7）前掲62頁脚注（3）参照。

(144) 同前61頁。

(145) 鴻・注（12）前掲15頁脚注（1）。

(146) 同前。

(147) 大隅・注（7）前掲67頁。

(148) 鴻・注（12）前掲17頁参照。

## 6-2. 進歩的傾向

企業は、営利を目的として、新たな経済の需要に応えるべく、合理的・合目的的精神を基調にして、不断に生産技術や経営方法の革新を模索しつつ、向上発展を遂げようとする（そこでは比較的倫理的色彩の乏しい技術的性向が際立つ）。それゆえ、このような企業生活関係を対象とする商法もまた、それに応じて不断に進歩発展せざるをえない<sup>(149)</sup>。この点を捉えて従来の商法研究者は、商法が伝統・因襲などの言わば固定的なものによって支配されることの多い民法の不動産法や身分法と著しい対照をなし、商法は自ら可動的・進歩的な性格を帯びることになること、当然であると述べてきた<sup>(150)</sup>。

関俊彦は、進歩的傾向の由来を企業および企業活動が有する属性に求め、企業は常にそれ自身の存続を継続し、規模を拡大させようとして、新規に技術を開発し経営方法を改善してゆく存在であるから、新規の営業領域に新しい法秩序を要求し、また既存の法規制による制約の改廃を求めることが頻繁に行われるのであると述べ<sup>(151)</sup>、この企業の要求はひとり商法を対象としてのみ行われるのではなく、民法物権法の分野においても企業の影響を受けた進歩が見られると指摘する<sup>(152)</sup>。そして、要するに商法が進歩的であるというのは、企業活動が既存の法律の変更を頻繁に要求する傾向があるところから生じた特質であって、民法に比較して商法が進歩的であると総括するよりも、民法であれ商法であれ企業活動が新規の立法ないし法律改正の要求をしたために、それに応じて既存の法体系が新しい体系へ改変されることになった変化を捉えて、それを進歩的であると評しているにすぎないとしている<sup>(153)</sup>。

しかし、関が例示する民法物権法の進歩（根抵当権、企業担保法、抵当証券法など）は、多く形式的には民法の領域に属しているものの、その実質は主に

(149) 大隅・注(7)前掲67頁、森本編・注(37)前掲18頁〔小林量〕参照。

(150) 大隅・同前、鴻・注(12)前掲17頁、大森・注(12)前掲25頁。

(151) 関・注(10)前掲64頁。

(152) 同前65頁。

(153) 同前65-66頁。

企業生活関係を律する（少なくとも企業生活関係抜きにありえない）実質的意義における商法に属する領域であるように思われる。彼は、「民法典そのものが企業の影響を受けて進歩している<sup>(154)</sup>」と述べるが、それは、今日の民法の商化が過去のどの時代に比しても格段にその速度を増している証左であると捉えるべきであり、なお商法は、民法に比すれば相対的に企業の需要を直截に容れて進歩的傾向が顕著であると言えよう。

### 6-3. 国際的傾向

この傾向については、世界的傾向<sup>(155)</sup>あるいはより1歩踏み込んで国際統一的傾向<sup>(156)</sup>と表現されることもある。

一般的に、商法は企業に関する法として最も強く資本主義的合理主義が支配するから、そしてその合理的考慮は洋の東西を問わずほぼその帰結を同じくするのが当然であるから、各国の歴史・習俗・国民性などによって制約されることが少なく、経済の発展が一定の段階に達した諸国では、いずれの国においてもその内容が一致する傾向を示すのであると説明されている<sup>(157)</sup>。

国際的経済取引の発達にともない、各国における商法上の法則や制度がそれぞれ異なるときは、いわゆる渉外関係上の問題の処理について多くの点で不便を生ずるため、商法上の法則や制度について国際的統一が要求せられ、また統一への努力がなされる<sup>(158)</sup>。これは、過去においても現実に認められた傾向である。すでに述べた国際統一条約に基づく手形法・小切手法の改正が顕著な例であり、他にも、国際的標準約款の作成、たとえば国際商業会議所（ICC, The International Chamber of Commerce）による1932年（昭和7年）のウィーン総会における「荷為替信用状に関する統一規則および慣例（Uniform Customs and

---

(154) 同前65頁。

(155) 大隅・注（7）前掲69頁、森本編・注（37）前掲19頁〔小林量〕。

(156) 鴻・注（12）前掲18頁。

(157) 同前、大隅・注（7）前掲69頁参照。

(158) 大森・注（12）前掲26頁。



Practice for Documentary Credit)」の採決（およびその後の改訂）などの例がある。

関俊彦は、上のような傾向を「国際法としての商法の統一性」と呼び、この傾向は、商法に内在する傾向というよりも、商法の規整対象である企業取引が国際的傾向を帯び、企業間の国際的な競争が激化してきたために、複数の国家の規整を調整する必要に迫られて出現した傾向にすぎないのではなかろうかと分析している<sup>(159)</sup>。確かに、彼のいわゆる国際法としての商法の統一性は、上のような事情が契機となって進行するものである。しかし、複数の国家間の規整の調整と言えども、そこで資本主義的合理性に背馳<sup>はいち</sup>するようなルールが採用されることはありえない。その調整には、各国の企業法のある種の制度間競争が反映されるはずである。今日の先進資本主義諸国の企業法のDNA(deoxyribonucleic acid)の塩基配列が、交配しようと思えばそれが可能な程度の共通性を有するからこそ、制度間競争という名の交配により、国際企業生活関係の規整に対応できるよう商法を進化させる試みが、他の法領域に比して相対的に容易に実現可能なのである。そうであるとすれば、国際法としての商法の統一性もまた、やはり商法に内在する傾向のゆえであると言えるのではなかろうか。

一方で、各国の商法の規定が相互に影響し合っ、またはそうでなくとも自然に内容的に統一された合理的なものになってゆくという傾向を、同じく関俊彦は、「国内法としての商法の統一性」と呼び、その傾向の存在に疑問を呈している。関の主張によれば、商法が合理主義によって導かれるという指摘自体は基本的には正当であると考えるが留保すべき部分もあるとしたうえで、商取引法中の当事者間に相互互換的取引の実態が成立している分野では、国内法としての商法の統一性を認めることができようし、相互互換的な取引の分野以外にも商人的合理主義が支配する分野を考慮することができないわけではないだろうが、そのような限定をつけずに、およそ一般的に商法が商人的合理主義に

---

(159) 関・注(10) 前掲60頁。

よって支えられていると強調するのは正当であろうか、と述べている<sup>(160)</sup>。そして、商法の内容が各国で同様のものとなるという傾向が事実として存在するものであるか否かを具体的に検証し、商法の対象にしている法律事実は、各国において重要な点でかなり個性のあるものとして成立しており、たとえ各国の間で商法の規定が統一적であっても、人々の商事生活は著しく異なっている分野が多々あり、生ける商法はさして国際的に統一傾向があるとも思われないと結論づけている<sup>(161)</sup>。これらのことをさしおいて商法の世界的傾向を述べても空虚であるとの主張である。

彼の主張の一端は正当であるが、従来の商法研究者が、何ら限定を設けずに、商法の国際統一傾向を承認しているとは思えない。従来の商法研究者の主張に係るこの傾向は、大森忠夫が述べるように、「商法上の法則は、いわば技術的な法則として、ある国で合理的・合目的とみとめられるものは、他の国においても合理性をみとめられ採用せられうるものが多い<sup>(162)</sup>」という傾向を指しているものと考えられる。各国の風俗・習慣・歴史・国民性などそれぞれの国に固有の要素によって支配され制約されることが、民法などの法領域に比して相対的に少ないという傾向があると指摘しているのであって、商法といえど、その国に固有の要素によって譲れない部分があるのは、当然のことである。かつて、20世紀初頭にドイツの有限責任会社（Gesellschaft mit beschränkter Haftung）制度の成功が欧州各国にこの制度を普及させ、わが国でも昭和13年（1938年）の有限会社法の制定を見たが、かりに当時の商法研究者が、わが有限会社法の法条がドイツ法と相当に異なっている点を捉えて、いわゆる国内法としての商法の統一性に疑問を呈したとすれば、その主張は説得性を持って受容されたであろうか。むしろ逆に、上のような現象こそ、国内法としての商法の統一性の証左と捉えられるのではなかろうか。

---

(160) 同前61頁。

(161) 同前62-63頁。

(162) 大森・注（12）前掲26頁。

現代の生命工学においては、医療技術の研究をはじめ、人類社会の進歩のために特定の目的を持ってキメラ (chimera) が創造されることがあるが、生存可能なキメラの創造は、技術的には動物に比して植物の方が遥かに容易であるという。商法の統一性とは、言わば、資本主義の進歩にともなう企業生活関係のより良い規整のための「法的キメラ」の創造が、他の法領域に比して相対的に遥かに容易であるという、商法に内在する傾向を指すのである。繰り返し述べるように、商法といえど、あらゆるキメラが生存可能というわけではない。

## 第2章 商法の法源

### 1. 法源の意義

法源の意味については、大きく2つの見方がある。

第1は、これを法の存在形式のことであると捉えて、文字通り、法の源とみる見方である。このような見方からすれば、法源は、法といえるほどの社会的規範の存在形態ないし形式ということになる<sup>(1)</sup>。この見地から、「商事に関する法源」というときは、「企業・企業生活関係に適用される法の存在形式」を指すことになる。さらに「商法の法源」というときは、上記の法源のうち、「実質的意義の商法の存在形式」を意味することになる<sup>(2)</sup>。

第2は、法が第1次的に裁判規範として機能することに着目して、裁判所（裁判官）が裁判において拠るべき基準の源とみる見方である。このような見方には、「裁判官が拘束されるもの」が法源であるとの考え方と、より広く緩やかに「裁判官が裁判の根拠として用いるもの」が法源であるとの考え方がある<sup>(3)</sup>。いずれにせよ、この見地から「商事に関する法源」というときは、「企業・企業生活上で生じた法的紛争の解決に際して、当事者の意思にかかわらず裁判所が拘束される規範」を意味することになる。さらに「商法の法源」というときは、上記の規範中、「企業・企業生活に特有の法的紛争の解決に際して、当事者の意思にかかわらず裁判所が拘束される実質的意義の商法たる規範」を意味することになる<sup>(4)</sup>。

服部栄三は、もし商法の法源が商事関係をすべて規律すべきものとするならば、民法をもまた商法の法源としなければならない、民商2法の区別ということも民法は主として民事関係に、商法は主として商事関係に適用されるという

---

(1) 副田隆重＝中舎寛樹＝山崎敏彦『新・民法学1総則（第3版）』（成文堂・2008年）25頁〔中舎寛樹〕。

(2) 大隅健一郎『商法総則（新版）』（有斐閣・1978年）72頁。

(3) 副田＝中舎＝山崎・注（1）前掲26頁〔中舎寛樹〕参照。

(4) 青竹正一『特別講義改正商法総則・商行為法（補訂版）』（成文堂・2007年）4頁。

ことにすぎなく、商事関係に適用される民法の規定を商法の法源から排除することまでも意味するものではないと考えられると説くが<sup>(5)</sup>、これは、上記の「商事に関する法源」と「商法の法源」の意義を混同したものと思われる。商法の法源を上記のように定義する限り、経済生活一般に関する民法（実質的意義の民法）は、単に一般法として企業生活関係に適用されるにすぎず、これに特有な法すなわち企業法とはいえないから、商法の法源には属さない。したがって、民法その他の民事法令および民事慣習を商法の法源として数えるのは、厳密に言えば正確を欠く<sup>(6)</sup>。

以下では、商法の法源として特に問題となる諸法源について考究する。

## 2. 各種規範の法源性

### 2-1. 商事制定法

商事あるいは企業は多人数に関係するものであり、その法律関係の処理の基準については、法的確実と、明瞭性が強く要請される<sup>(7)</sup>。企業をめぐる関係経済主体間の利益調整は、多分に法律技術の処理を要する場合が多く、そのような技術的なフィルター（filter）を通して処理される生活関係は、市民の常識をもって判断し難い面もあるため<sup>(8)</sup>、商事制定法は、商法の法源としてきわめて重要性を持つことになる。とりわけ、企業活動の基礎をなす企業組織の方面においてそうである。明瞭かつ確実な基礎の上においてのみ、迅速にして確実な企業活動の発展は期待されうるからである<sup>(9)</sup>。加えて、広く世界から資本市場に資金を呼び込むためには、わが国民のみならず、外国人にとってもわかり易い企業組織法（わけても会社法）の制定が重要性を増す。

今日の商事制定法の代表は、商法（明治32年（1899年）法律第48号）および

---

(5) 服部栄三『商法総則（第3版）』（青林書院・1983年）16頁。

(6) 大森忠夫『新版商法総則講義』（有信堂・1964年）63頁。

(7) 鴻常夫『商法総則（新訂第5版）』（弘文堂・1999年）55頁。

(8) 大隅・注（2）前掲73頁参照。

(9) 同前。

会社法（平成17年（2005年）法律第86号）である。前者は、第1章で述べたように、手形編・会社編・商行為編第10章保険の独立もあって、商事に関する総合法典としての地位を低下させつつあるが、依然として商法の中心的法源である。企業の代表である会社に関する法的紛争の主たる法源は後者であるが（会1）、商法商行為編の規定は、会社にも適用される（会5，商1I）。

商事特別法令には、付屬法令と特別法令とがある。前者は、商法・会社法の規定を施行しまたはその具体的細目を定めるものであり、後者は、商法・会社法の規定を補充しまたは変更するものである。前者の例として、商法施行法（明治32年（1899年）法律第49号）・商法施行規則（平成14年（2002年）法務省令第22号）・会社法施行規則（平成18年（2006年）法務省令第12号）・会社計算規則（平成18年（2006年）法務省令第13号）・商業登記法（昭和38年（1963年）法律第125号）・商業登記規則（昭和39年（1964年）法務省令第23号）などがある。後者の例として、手形法（昭和7年（1932年）法律第20号）・小切手法（昭和8年（1933年）法律第57号）・保険法（平成20年（2008年）法律第56号）・社債、株式等の振替に関する法律（平成13年（2001年）法律第75号）・担保付社債信託法（明治38年（1905年）法律第52号）・国際海上物品運送法（昭和32年（1957年）法律第172号）・船舶の所有者等の責任の制限に関する法律（昭和50年（1975年）法律第94号）などがある。金融商品取引法（昭和23年（1948年）法律第25号）およびその付屬法令も後者の例である。商法経済法融合論に立脚すれば、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和22年（1947年）法律第54号）をはじめとする経済諸法も後者の例に含まれる。これを正当と解すべきである。

## 2-2. 商事条約

条約中、直接に締約国の国民相互の法律関係を規整するものは、これが批准され公布されると国内法と同一の効力を有するから、このような商事条約は商

法の法源である<sup>(10)</sup>。この例として、「国際航空運送についてのある規則の統一に関する条約（通称ワルソー条約，英文名 Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air）（昭和28年（1953年）条約第17号）」ならびにこれを改正する「1929年10月12日にワルソーで署名された国際航空運送についてのある規則の統一に関する条約を改正する議定書（通称ヘーグ議定書）（昭和42年（1967年）条約第11号）」および「1955年9月28日にヘーグで作成された1929年10月12日にワルソーで署名された国際航空運送についてのある規則の統一に関する条約を改正する第4追加議定書（通称モンテリオール第4議定書）（平成12年（2000年）条約第6号）」を挙げておく。

締約国に特定内容の法律を制定すべき義務を負わせるにとどまる条約は、商事条約であっても、商法の法源ではない<sup>(11)</sup>。

### 2-3. 商慣習

ここにいう商「慣習」とは、法の適用に関する通則法（以下、通則法と表記）（平成18年（2006年）法律第78号）3条所定の「慣習」と同義である。

商慣習は、通則法3条により法源性を認められるから<sup>(12)</sup>、「公の秩序又は善良の風俗に反しない商慣習」であって、①「法令の規定により認められたもの」または②「法令に規定されていない事項」が法律と同一の効力を有することになり、この限りで補充的に法源性が認められる。

①の例としては、商法520条の取引時間がある。②の例としては、手形法10条に規定が設けられる前の白地手形の有効性が典型例である（大判大正15年（1926年）12月16日民集5巻841頁）。

上の意味での商慣習は、全国的なものでなければならず、地方的なものにす

---

(10) 同前75頁、青竹・注（4）前掲5頁、服部・注（5）前掲18頁、鴻・注（7）前掲59頁。

(11) 各同前。

(12) 青竹・注（4）前掲5頁。

ぎないものは除かれると説くものがあるが<sup>(13)</sup>、賛成できない。たとえば、民法上の入会権は、通則法3条にいう「法令の規定により認められた」慣習であるが、民法294条は、地方的慣習にも法源性を認めている（もっとも、法令が「各地方の慣習に従う」旨を明定しない限り、地方慣習に法源性を認めないと解する余地もあるが、こう解するのは窮屈である）。

上の意味の商慣習に制定法を改廃する効力があるか。これは、商慣習に限らず、通則法3条所定の慣習に制定法を改廃する効力があるかという一般私法上の問題でもある。通則法3条は、これを認めない趣旨であるが、実際には、現実の社会の要請に支えられた慣習の成立・存続を阻止することはできず、裁判でも、具体的な紛争の解決に制定法を排して慣習が適用され、事実上制定法が改廃されるに至っている場合がある<sup>(14)</sup>。民法の例として、譲渡担保（債務者が物の占有を移転しないまま担保に供する）と民法345条（債務者が質物を占有することを禁止している）の関係や、内縁（婚姻届けを出していない夫婦）と民法739条（婚姻は届出によって成立する）の関係などがある<sup>(15)</sup>。

商法上も、過去に同様の例がある。大審院昭和19年（1944年）2月29日判決民集23巻90頁によって認められた商慣習がこれである。昭和13年（1938年）改正前商法150条は、「記名株式ノ移転ハ取得者ノ氏名、住所ヲ株主名簿ニ記載シ且其氏名ヲ株券ニ記載スルニ非サレハ之ヲ以テ会社其他ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」と規定されていた。当時、この規定下においては、記名株式の譲渡はそのたび毎に名義書換えがなされるべきものと考えられており、加えて当時の多くの会社定款では、名義書換請求を、譲渡人・譲受人双方の連署をもってしなければならないものと規定されることが多かったので、記名株式の譲渡は著しく煩雑であった。そこで実務界においては、株式の譲渡人が白紙委任状（日付や名宛人欄を白紙にしたままの名義書換えのための委任状）を付した株券を

---

(13) 同前、鴻・注（7）前掲60頁。

(14) 副田＝中舎＝山崎・注（1）前掲30頁〔中舎寛樹〕。

(15) 同前参照。



譲受人に交付することによって譲渡がなされ、この白紙委任状付記名株券が輾転流通していた。大審院は、このような譲渡の有効性を商慣習として認めたのである(ただし現在では、株券発行会社の株式の譲渡は、株券の交付のみによってその効力を生じるため(会128 I 本文)、上のような慣行は行われなくなっており、解決済みの問題である)。多くの商法研究者は、上の事案を、慣習規範が強行法規を改廃した例(少なくともそのように解する余地がある例)と評価している<sup>(16)</sup>。

このような、商慣習による商事制定法の改廃効を、多くの商法研究者は、むしろ積極的に肯定している<sup>(17)</sup>。とりわけ大森忠夫は、立法論と断りつつも、商慣習を商事制定法に優先させるべきであるとすら説いている<sup>(18)</sup>。しかし、先に述べたように、企業生活関係を律する商事制定法の果たす役割の重要性に鑑みれば、企業生活関係といえど(企業生活関係であればこそ)、制定法優先主義を覆すことは困難というべきであり、商慣習による商事制定法の改廃効を無制限に認めることはできない<sup>(19)</sup>。そこには自ずと限界がある。服部栄三は、「明確にして合理的な商慣習が存在して实际生活により適切である場合には<sup>(20)</sup>」例外的に商慣習による商事制定法改廃効を肯定するようである。これは要するに、商慣習の持つ柔軟性・合理性を根拠とする考え方であろう<sup>(21)</sup>。

関俊彦は、従来から商法研究者が商慣習による商事制定法改廃効を積極的に肯定してきた根拠は、商慣習には合理性が認められるからであるというオプチ

---

(16) 関俊彦『商法総論総則(第2版)』(有斐閣・2006年)84頁、近藤光男『商法総則・商行為法(第5版補訂版)』(有斐閣・2008年)11頁脚注1、大隅・注(2)前掲81頁、服部・注(5)前掲24頁脚注1。このような評価に疑問を呈するものとして、新山雄三「判批」商法(総則商行為)判例百選(第4版)(2002年)5頁。

(17) 大森・注(6)前掲67頁、鴻・注(7)前掲75頁参照。

(18) 大森・同前67-68頁参照。

(19) 関・注(16)前掲87-88頁参照。

(20) 服部・注(5)前掲39頁。

(21) 鴻・注(7)前掲74頁の文脈からもそれを窺うことができる。

ミズム（optimism）に立脚する嫌いがあると説き<sup>(22)</sup>、そこには合理的な一面と共に危うい一面も有することを忘れてはならないと指摘する<sup>(23)</sup>。そのうえで、取引法の領域で、しかも行為者になる当事者が互いに立場を替えて相互互換的に取引に関係を持つという実態がある場合には、当事者の利益と不利益とが対向的に相殺されるから、そこで成立した商慣習の拘束力を肯定することに合理性がある一方で<sup>(24)</sup>、取引当事者の立場に相互互換性がない場合や取引当事者の経済的地位に格差がある場合には、そこで成立する慣習（とりわけ強行法規に反するもの）の合理性には大きな疑問を呈している<sup>(25)</sup>。宜なるかなと**むべ**言ふべき指摘である。

慣習による制定法（とりわけ強行法規）改廃効の限界に関しては、民法上も困難な解釈上の問題のひとつであることは異論を見ないであろう。この点に関連する、民法研究者の谷口知平（1906～1989）の以下の文脈は、関の指摘した問題意識に繋がる視座を含むものと思われる。すなわち、「形式上の基本規範（憲法とくに第3章国民の権利・義務、基本的人権に関する規範）に従って制定法と慣習との拮抗を調和し統合するためには、法一般の理念である平和にして円滑な社会生活秩序の維持ということを実質的に指導的な判断の規準とすることが必要であろう。ここに平和で円滑な生活秩序というのは、自由な人格者たる個人の尊厳を前提として、自由に意欲する法律上の保障を与えられた人々の各人が、その社会生活の規律として満足し納得して受け入れるような生活秩序、換言すれば、紛争当事者双方が強制・屈従を感ずることなく妥当なものとして満足するごとき規範による秩序という意味である。<sup>(26)</sup>」

商慣習による商事制定法改廃効の限界は、上記の「(社会)生活秩序」を「企業生活秩序」と読み替えたうえで、この谷口規準とも言うべき規準に依るのが

(22) 関・注(16)前掲85頁, 87頁。

(23) 同前88頁。

(24) 同前86頁。

(25) 同前87頁。

(26) 谷口知平=石田喜久夫編『新版注釈民法(1)』(有斐閣・1988年)4頁〔谷口知平〕。

最も現実的であると考え。関俊彦は、民法92条に依拠して独創的な限界規準を定立しようと試みているが<sup>(27)</sup>、これは同条の解釈の域を越えるものと思われる。また、谷口規準に依っても、実質的結論は関規準と大きく異なることはないであろう。

ところで、従来から多くの商法研究者は、「商慣習法」と「事実たる商慣習」とを区別し、前者についてのみ法源性を肯定し、後者については、意思解釈の基準となる事実上の慣行にすぎないと解してきた<sup>(28)</sup>。これはおそらく、第1に、商事に関する法源適用順位を規定した平成17年（2005年）改正前商法1条が、「商慣習」でなく「商慣習法」という用語を用いていたこと、第2に、かつて民法研究者の多くが、社会の法的確信に支えられた「慣習法」と、そうでない「事実たる慣習」とを区別してきたこと、によるものと思われる。

第1の点について観れば、今日の通則法3条に相当するかつての法例（明治31年（1898年）法律第10号）2条は、当初から「慣習」という用語を用いていたし、民法の条文中にも今日まで「慣習法」という用語は用いられていない。「慣習法」という用語が用いられていたのは、平成17年改正前商法1条だけであった。この状況の下で、従来の民法研究者は、我妻栄（1897～1973）に代表されるように、法例2条の「慣習」は「慣習法」を指すものと考えていた<sup>(29)</sup>。

---

(27) 関は、民法92条にいう「法令中の公の秩序に関しない規定」を、当事者が制定法の規定を手直しできるか否かの基準ではなく、抵触しても公の秩序を乱さないか否かの基準であると捉え、その場合の公の秩序を乱さない規定（いわば公序適合規定）には、任意法規が該当することは当然であるが、これ以外に一部の強行法規も含まれると説く。したがって、公序適合規定に含まれる強行法規は、当事者が任意の意思で排除することはできない（民91）という意味では強行規定であるが、それに反する慣習があって当事者がそれによる意思を有すると認められるときには慣習を優先させても公序に反することはない（民92）規定であると解するようである（関・注（16）前掲88—90頁参照）。

(28) 大隅・注（2）前掲75頁、鴻・注（7）前掲60頁。

(29) 我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店・1965年）252頁。

商法研究者も同様である<sup>(30)</sup>。民法研究者中には、穂積重遠（1883～1951）のように、法例2条においても、商法1条と同様、明白に「慣習法」とすべきであると断じる者すらいた<sup>(31)</sup>。しかし、平成17年（2005年）の商法現代語化にあたり、改正後の商法1条2項は、「商慣習法」という用語を廃し、これを「商慣習」という用語に改めた。おそらく通則法3条（旧法例2条）、民法217条、同228条、商法520条などの「慣習」と用語・用法を統一したためであろう。商法研究者の間では、「商慣習法」と「事実たる商慣習」との区別を前提に、改正後であってもなお、従来通りに商法1条2項にいう「商慣習」を「商慣習法」の意に解すべきであるという見解が有力である<sup>(32)</sup>。

第2の点について観れば、民法研究者の間では、周知のように「慣習法」と「事実たる慣習」との区別は、法例2条と民法92条の関係との関連で問題となった。かつての民法研究者間の通説は、先に述べたように法例2条の「慣習」は社会の法的確信を伴う「慣習法」であるのに対し、民法92条の「慣習」は、そのような確信を伴わない「事実たる慣習」であると解していた<sup>(33)</sup>。しかし、このような解釈では、規範的効力の強いはずの慣習法の方が、任意法規との関係で、事実たる慣習より効力において劣ることになってしまうという現象を認めることになるという指摘がされ、上のような区別をすることに再検討が加えられた<sup>(34)</sup>。幾代通（1923～1991）は、民法92条の「慣習」も一法律行為が制定法と同一の法律的価値を持つこと（私的自治の原則）を媒介として一実質的に法源性を有するという点においては法例2条の「慣習」と異なるところはないのであり、両者の差異がそれぞれの社会規範としての規範性の強弱の差異にある

---

(30) 大森・注（6）前掲67頁は、文脈上、そのように解される。なお、服部・注（5）前掲37～38頁参照。

(31) 穂積重遠『新訂民法総論』（有斐閣・1936年）43～44頁。

(32) 弥永真生、『リーガルマインド商法総則・商行為法（第2版）』（有斐閣・2006年）2頁脚注（3）、なお青竹・注（4）前掲5頁、近藤・注（16）前掲11頁。

(33) 川島武宣＝平井宣雄編『新版注釈民法（3）』（有斐閣・2003年）260頁〔淡路剛久〕。

(34) 諸説の展開については、同前261～263頁。

がごとく理解して「慣習法」と「事実たる慣習」という2つのものを区別することは妥当でないと述べる<sup>(35)</sup>。同じく於保不二雄（1908～1996）も、事実たる慣習か慣習法かの区別は、私的自治の許されている範囲では区別の実益はないと述べている<sup>(36)</sup>。今日の民法学説では、慣習概念の区別をせず、通則法3条の「法令の規定により認められたもの」のひとつが民法92条だと解して、契約（法律行為）の解釈においては、当事者が反対の意思を表示していない限り、まず慣習が適用されると解するか、あるいは、民法92条が通則法3条の特例であると解することにより、法律行為の解釈において慣習を任意法規より優先する結論を導くものが多い<sup>(37)</sup>。

平成17年（2005年）改正商法1条2項が「商慣習法」を「商慣習」と改めたことにより、上述の民法上の議論は、「商慣習法」と「事実たる商慣習」を区別するか否かの問題に、そのまま代入できることになった。かつて服部栄三は、法的確信の有無の判断は困難であり、客観性を欠くことが多いので両者の区別を認めることは妥当でないと苦心の主張を展開していたが<sup>(38)</sup>、その必要も無くなった。現行法の下では、従来のように商慣習法と事実たる商慣習とを区別して、両者を異なるものと考えなくてもよくなったということになる。

#### 2-4. 商事自治法

会社その他の団体が自主的に制定した規則は、その構成員および一定の関係者に対して、法令の許容する範囲内で法規と同一の効力が認められることが少なくなく、それらの規則は商事自治法として商法の法源に数えることができる<sup>(39)</sup>。商事自治法の法的拘束力の根拠は、規則の制定が法律に基礎を有するこ

---

(35) 幾代通『民法総則（第2版）』（青林書院新社・1984年）230頁。

(36) 於保不二雄『民法総則講義』（有信堂・1951年）7頁、221頁。

(37) 内田貴『民法I（第4版）』（東京大学出版会・2008年）274頁参照。

(38) 服部・注（5）前掲20頁。

(39) 鴻・注（7）前掲64頁。

とを前提に<sup>(40)</sup>、実質的には当事者の合意ないし多数決の決議にある<sup>(41)</sup>。

会社の定款は、主として会社の組織および活動に関する重要事項を定めた会社の内部規範であって、会社が自主的に作成するものであるが、会社法が作成を要求し（会26, 575）、一定の場合には、会社法の規定よりも優先して定款の規定が適用されることを会社法自体が認めている（会202Ⅲ, 309Ⅰなど）。加えて、一般的に、定款の規定が拘束力を有する旨を定めている場合もある（会355）。したがって、定款は、商法（会社法）の法源である<sup>(42)</sup>。関俊彦は、会社の定款のように法律が作成を命じているものは、制定を強要する、いわば白地制定法ともいふべきものが存在して、その白地部分を個別の会社が充足したものと考えられるから、法源性を認められると、明快に説いている<sup>(43)</sup>。

これにより商事自治法としての会社の定款は、ひとり現在の社員および機関構成者を法的に拘束するだけでなく、新たに社員または機関構成者となる者をも拘束し、また第三者も定款の反射的効果を認めなければならないのが原則である<sup>(44)</sup>。さらに、会社定款の下位規定、たとえば取締役会規則なども、定款授權に基づくものである限り、商法の法源としての効力を認めてよいと考えられる<sup>(45)</sup>。

白地制定法の自主的充足という形で商法の法源性を認められるという点では、金融商品取引法117条によって制定を命じられている金融商品取引所の業務規定もまた会社定款と同様に法源性を肯定される<sup>(46)</sup>。

以上に対し、手形交換所の組織および手形交換手続について定めた手形交換所規則については、会社定款や金融商品取引所業務規定と異なり、その自主的

---

(40) 大隅・注（2）前掲77頁。

(41) 関・注（16）前掲94頁参照。

(42) 青竹・注（4）前掲5－6頁、服部・注（5）前掲26頁。

(43) 関・注（16）前掲95頁。

(44) 鴻・注（7）前掲64頁。

(45) 同前、服部・注（5）前掲26頁。

(46) 青竹・注（4）前掲6頁、関・注（16）前掲96頁参照。

制定を認める法律上の根拠がないことを理由に、法源性を否定する見解が多い<sup>(47)</sup>。

## 2-5. 普通取引約款

保険、運送、銀行取引などの特定の集団的な企業取引において画一的に適用されることを前提に、予め定型的に作成された契約条項を普通取引約款という。集団的・大量的に行われる企業取引を円滑に合理的に処理すべく発達したもので（その出現は必然的とも言える）、したがって、企業の側（経済的強者の側）が一方向的に作定するものが多い<sup>(48)</sup>。普通取引約款を用いる取引においては、当事者（わけても経済的弱者の側）が、その内容（時には存在すら）を知悉していない場合にも、約款によらない旨を表示して契約をしない限り、約款の内容に従って契約したものと認められ、これに拘束されることになる。その拘束力の根拠をどう解すべきかが問題となる。

判例は、意思推定説の立場を採る。この説は、契約当事者は、通常は約款による意思で契約するのが普通であるから、約款によらない旨の意思を表示しないで契約を締結したときは、反証のない限りその約款の内容による意思で契約したものと推定すべきである、と構成するものである。リーディングケース（leading case）は、大審院大正4年（1915年）12月24日判決民録21輯2182頁である。裁判所のこの姿勢は今日まで踏襲され、近時の函館地裁平成12年（2000年）3月30日判決判時1720号33頁も同様の立場を採っている。この考え方によれば、当事者が約款による意思が無いことを明白に表示していたときに限り、

---

(47) 青竹・同前、鴻・注(7)前掲65頁。法源性を肯定する見解として、服部・注(5)前掲27頁。

(48) 企業者団体とその取引の相手方の団体とが共同して作成する場合、上のいずれかの団体にも属さない第三者、たとえば学会などが定める場合もある（服部・注(5)前掲28頁）。後者の例として、万国海法会（CMI,Comite Maritime International）が共同海損に関する取り決めを定めた国際統一規則である2004年ヨーク・アントワープ規則（York-Antwerp Rules）がある。

約款の適用がない。約款による意思を有することが拘束力の根拠であるから、この考え方によれば、約款に法源性は認められないと一般に解されている<sup>(49)</sup>。しかし、この考え方の下でも、私的自治の原則の下で、契約という法律行為を介して、その合意内容が規範と同一の価値を有するに至るからには、約款内容は実質的に法源性を有すると<sup>あなが</sup>強ち構成しえなくもないように思われる。その関係が先に述べた従来のいわゆる事実たる商慣習と法律行為との関係に似ている<sup>(50)</sup>からである。意思推定説が約款の法源性との関係で適当でないとするれば、その根本的な理由は、契約当事者間の経済的地位の格差などを含めた実質的な利益衡量をした場合に、その推定（約款内容に従う旨を「自由に合意した」との推定）があまりに強引であるという点にあるのではなからうか。上のことは、約款の法源性との関連で言えば、附合契約説（企業の側が約款に基づく条項を一方的に設定し、これに対して取引の相手方がこれを包括的に承認することによって成立する特殊な契約であると解する立場）についても妥当することであろう。

約款もまた定款などと同様、団体が自主的に制定する自治法であるとする自治法説はどうか。すでに商事自治法の箇所ですべて述べたところに従えば、約款が定款などとはその性質を異にすることは明らかである。団体が制定する約款内容が契約の相手方を拘束する根拠も説明できない<sup>(51)</sup>。

約款それ自体に法源性を認めるのではなく、当該取引に関してすでに存在している約款に依ってその内容を定めるということに関して商慣習がある場合に、はじめてその適用が可能となると説く立場がある。白地慣習説と呼ばれるものである。石井照久（1906～1973）、大森忠夫、鴻常夫など、有力な商法研究者が支持する立場である<sup>(52)</sup>。この立場は、約款それ自体の法源性を否定する。

(49) 青竹・注（4）前掲7頁、関・注（16）前掲99頁。

(50) 大隅・注（2）前掲77頁。

(51) 青竹・注（4）前掲7頁、関・注（16）前掲98頁。

(52) 石井照久『新版商法総則』（弘文堂・1966年）31-32頁、大森忠夫『保険法』（有斐閣・1957年）53-54頁、鴻・注（7）前掲66頁。



これに対しては、新種の企業における新約款採用の場合の説明が困難であるとの批判がなされている<sup>(53)</sup>。

約款の拘束力の根拠を画一的に考える必要はなく、その根拠は個々の約款の類型に応じて捉えれば十分であると解する立場もある。この立場を採る有力な商法研究者は、青竹正一（1944～ ）と関俊彦であるが、二人の考え方は微妙に異なるように思われる。青竹は、約款自体の法源性を否定したうえでその拘束力の根拠を考究しているように思われるのに対し<sup>(54)</sup>、関は、法源論との関係で約款を問題にするときに、約款全体を単一の理論で説明できないと説くようである<sup>(55)</sup>。しかし、約款という1個の完結した概念を肯定するのであれば、その効果も能う限り統一して捉えるのが望ましい。たとえば、青竹・関によれば、実際に取引社会に定着している類型の約款は、白地慣習説によってその拘束力を根拠づけられよいと説かれているが<sup>(56)</sup>、取引社会に定着しているか否かを判断する客観的指標は不明である。青竹説によれば、法律上公示義務が課せられている約款については、法定の公示が履行されている限り、意思推定説によっても不都合はなく<sup>(57)</sup>、関説によれば、法律に基づき行政庁が約款を許認可するなどして、その内容に関与し、これを統制する場合には、当該約款に法源性を認めてよいと<sup>(58)</sup>、取引の相手方は、当該約款にどのような法律上の規整が及んでいるか、通常はその認識を欠いているであろうし、知ろうともしないであろう。そのような要素によって約款の拘束力を根拠づけられるならば、取引の相手方は不測の不利益を被りかねない。

約款の拘束力を法源論との関係で問題とするならば、その内容が規範と同一の価値を有するに至る根拠を、実質的には契約自由の原則に背馳しないと認め

---

(53) 青竹・注(4)前掲7頁、服部・注(5)前掲26頁、関・注(16)前掲98頁。

(54) 青竹・同前6-8頁。

(55) 関・同前99頁。

(56) 青竹・同前8頁、関・同前100頁。

(57) 青竹・同前。

(58) 関・同前。

られる程度の当事者の合意（自由に締結された契約と認められる程度の法律行為の有無）に求めざるをえないのではなかろうか。そうであるとすれば、約款を使用する取引において、契約自由の原則に背馳しないと認められる程度の合意があったと評価しうる客観的指標の定立が必要である。この点に関しては、山下友信（1952～ ）の以下の規準が適当であると考えられる。彼の規準の定立過程を概観すれば、第1段階として、企業者（約款作成者）の側が、約款を使用する旨を取引の相手方に知らせる必要がある。約款を用いた取引にあっては、取引の相手方が異議を留めずに契約締結に合意したという表示行為は、内心の意思すなわち約款を契約内容に組み入れるという意味を推断せしむるに足るものでなければならないこと当然であるから、企業者の側で、約款の使用を相手方に明示することが必要なのである<sup>(59)</sup>。しかし、注意すべきは、約款の使用を開示することと、約款の内容たる個々の条項がすべて拘束力を有するか否かとは別問題であるという点である<sup>(60)</sup>。第1段階を充足してなされる相手方の契約締結の意思表示は、客観的には、当該契約を締結することにより、何らかの給付を合理的に得ることができるであろう意図の下にその一括的拘束力を承認していると解釈できる。そうであるとすれば、そのように解釈される相手方の意思表示に対して、それと抵触する約款の条項には間接的な矛盾があり、その部分については意思表示の合致がないということになる<sup>(61)</sup>。そこで、次いで第2段階として、企業者の側が、約款の内容を相手方に知らせる必要性が生じる。第2段階が充足されれば、取引の相手方は当然にその内容を知るべき立場を取得する。その場合に異議を留めずに契約締結の意思表示をなせば、一応約款の内容を逐一知ったうえでこれに同意したという外形が備わる<sup>(62)</sup>。この外形の下では、個々の条項においても同意したものと解釈されてもやむをえないと

---

(59) 山下友信「普通保険約款論（4）」法学協会雑誌97巻1号（1980年）77-78頁。

(60) 同前78-79頁。

(61) 同前79頁。

(62) 同前80頁。

構成するのである。ただし、第2段階が充足されたと評価されるためには、「約款の条項が取引の相手方にとって理解可能であり、かつ、明瞭に認識しうる状況におかれること<sup>(63)</sup>」が必要であるとされている。

上のような山下規準が満たされるならば、約款は、当事者の法律行為というフィルターを通過することによって、実質的に任意法規に優先する規範と同一の価値を有するに至ると考えたい。こう解すれば、従来のいわゆる事実たる商慣習と法律行為との関係、および、約款と法律行為との関係の類似性が、整合的に整理できるものと思われる。しかし、商慣習と約款とが決定的に異なるのは、約款には決して強行法規改廃効が認められないという点である（保7, 26, 49, 65, 78など参照）。

## 2-6. 商事判例

商事判例は、具体的事件の事案に適用した実質的意義の商法の、最高裁判所による解釈を判示したものと評価できる（広く下級審判決を含めて裁判例のことを「判例」と呼ぶこともあるが、厳密には「判例」とは、最高裁の判断のことを指す）。最高裁判所の判断は、強い拘束力を持ち、下級裁判所は、これに拘束されることになるが、同一事件に関する場合のほか（裁4）法的に拘束力はない<sup>(64)</sup>。したがって、商事判例を含め、判例一般は法源ではない。

とは言え、裁判所は、具体的な事件の解決の基準を見出すために、法の不明瞭な部分を解釈し、また法の欠缺<sup>ひんけつ</sup>がある場面でそれを埋め合わせして行かざるをえないという宿命を持っている。判例（下級審裁判例を含む）は、制定法化されていないが社会の中に存在する法を拾い出し、またそれが社会にフィードバック（feedback）されて慣習化するという側面・機能も有している<sup>(65)</sup>。

---

(63) 同前。

(64) 谷口=石田編・注(26)前掲5頁〔谷口知平〕。

(65) 副田=中舎=山崎・注(1)前掲31頁〔中舎寛樹〕。

## 2-7. 条理

条理を法源と捉えるか否かは、ひとり商法上の問題ではなく、私法上の問題であり、民法研究者の間にも見解の相違があるが、条理は裁判官が規範の解釈にも事実の確定にも依るべき理性による筋道だから、それ自体法的規範でないとして、本来の法源ではないとするのが多数説である<sup>(66)</sup>。商法研究者の多くも条理の法源性を否定している<sup>(67)</sup>。

商法の法源の考究という本筋から些<sup>いささ</sup>か逸れるけれども、この問題について若干の言及をしておきたい。法治国家において、法の存在形式がどうあるべきであって、そこに条理をどう位置づけるかに関しては、於保不二雄の以下の考え方を支持したい。すなわち、現代法治国家の社会生活は、正義・公平・進化という根本理念に導かれた法によって、完全円満な法律秩序の下に規律されているものと考えられなければならない。したがって、具体的な生活関係を規律する制定法や慣習が顕現的に存在しないときにも、その生活関係を規律する「客観的規準たる法」が存在するものと言わなければならない。そのような法は、具体的内容を示すことなく、潜在的な理念の形式においてのみ存在する<sup>(68)</sup>。これがすなわち条理である。

「客観的規準たる法」としての条理の輪郭に関しては、川島武宣(1909～1992)の以下の言を借りて補強したい。すなわち、条理とは実定法体系の基礎となっている基本的な価値体系であり、客観的にある範囲で社会の人々の思想の中に存在しているものであり、経験的に探究し得るものである<sup>(69)</sup>。

私的紛争に際して、制定法や慣習規範が当該事件を裁き解決するための判断規準を提供していない場合には、裁判官は、最終的に条理を根拠として裁判の正当性を論証しなければならないが、条理に基づいて当該事件に対して価値判

(66) 谷口=石田編・注(26)前掲5-6頁〔谷口知平〕。

(67) 大隅・注(2)前掲6頁脚注(2)、服部・注(5)前掲72頁脚注(3)、鴻・注(7)前掲34頁、関・注(16)前掲102頁。

(68) 於保・注(36)前掲9頁参照。

(69) 川島武宣『民法総則』(有斐閣・1965年)25頁。

断を加えるには、上の基本的体系を具体化して、当該の具体的事実関係のための具体的規準にまで構成しなければならない<sup>(70)</sup>。裁判官が行うこのような作業は、制定法や慣習規範が顕現的に存在している場合にこれらに解釈を加えるのと等価値を有する作業であると評価しえるのではなからうか。そうであるとすれば、このような条理を法源と言っても差し支えないように思われる。

もっとも、商法の解釈適用上、条理を法源とみるか否かという問題は、それのみでは大した差異を生じない<sup>(71)</sup>。

### 3. 商事に関する法源の適用順位

#### 3-1. 商法1条2項の意義

商法1条は、その1項において、自ら商法典が商事に関する生活関係を規整する基本法たる旨を声明するとともに、その2項において、商事に関する主要な法源の適用順位を定めている。

本条における「商事に関して」とは、「企業をめぐる生活関係に関して」という意味である<sup>(72)</sup>。本条における「商事」とは、形式的に商法典の規律するすべての事項、すなわち「形式的意義における商事」を指すと捉えることも可能であるが<sup>(73)</sup>、前者の解が簡潔にして明快である。

商法1条2項の実質的意義は、商慣習の適用順位を、一方で民法との関係において、他方では商法典との関係において明らかにした点にある<sup>(74)</sup>。

#### 3-2. 商慣習と民法との関係

商事に関しては、商法典に定めがない事項であっても、制定法である民法に対して、商慣習が優先して適用される。

---

(70) 同前。

(71) 於保・注(36) 前掲9頁参照。

(72) 近藤・注(16) 前掲15頁。

(73) 大隅・注(2) 前掲79頁。

(74) 大隅・同前78頁、青竹・注(4) 前掲9頁、鴻・注(7) 前掲73頁。

通則法3条は、わが国における法源適用順位に関して、制定法優先主義を声明したものであるが、商法1条2項は、その例外規定と位置づけられる。

商慣習を含めて慣習が法源であることはすでに述べたが、商慣習は、対象たる経済生活に即して商人あるいは企業の合理的精神から生み出されたものとして進歩的であり、合理的なものとして納得されて妥当するものであるという特徴がある<sup>(75)</sup>。また、企業関係は複雑でしかも不断に進歩発展する生活領域であって、商事制定法をもってしても、ましてや民事制定法をもっては、可能なすべての場合を予見して規定することも、相次いで生起する新たな需要に適應することもできない<sup>(76)</sup>。それゆえ、商法典に定めが無い場合に、この間隙を補充するのは、民法よりも商慣習に委ねるほうが望ましいということになったのであろう。

通則法3条に対する例外規定としての商法1条2項の意義として注意すべきは、商慣習が民法の規定を無視して成立しうること、すなわち、商慣習に、民法に対する関係で、その成文規定改廃効を正面から認めたという点である。

### 3-3. 商慣習と商法典との関係

商法1条2項は、商慣習につき、その適用順位を商法典の後位に置いている。すなわち、商慣習と商法典との関係については、通則法3条の原則と同様の立場を採ったものである。

しかし、商慣習による商事制定法改廃効については、すでに述べたとおり、商事制定法に反する商慣習の成立を完全に排除することはできないし、完全に排除することは妥当ではない（本章2-3）。

### 3-4. 法源適用の総合的順序

結局、商事に関する法源の適用順位を整理すれば、以下のようになろう。

---

(75) 鴻・同前73-74頁参照。

(76) 大隅・同前81頁参照。

まず、強行法規に反することなく効力を認められる範囲内において<sup>(77)</sup>、第1順位として商事自治法が位置づけられる。

次いで、わが憲法は、国内法に対する条約の優位を前提としていると考えられるから<sup>(78)</sup>（憲法前文、憲92Ⅱ参照）、第2順位に商事条約が置かれる。商事条約を商事特別法と並置する研究者もいる<sup>(79)</sup>。

特別法は一般法に優先するという一般原則に従い、第3順位に商事特別法、次いで第4順位に商法典が置かれる。

商法1条2項に従い、商法典の次に民法に優先して第5順位に商慣習が入る。

民事法に関しても、特別法は一般法に優先するという一般原則が妥当するから、第6順位に民事特別法、次いで第7順位に民法典、第8順位に民事慣習が置かれる。

条理を法源と解すれば、第9順位にこれが置かれる。

#### 4. 商法の適用範囲

##### 4-1. 人および空間に関する適用範囲

商法は、言うまでもなくわが国法である。したがって日本国民に適用されるとともに、日本国の主権下にある3次元的空間に適用があるのが原則である。一方で、その効力がわが主権下の外にある外国人に及ぶ場合もあれば、同じくその効力がわが主権下においてまたは日本国民に及ばない場合もある。これらはもっぱら国際私法上の問題である。一般には通則法4条以下に定めるところに従うほか、たとえば手形法88条以下、小切手法76条以下のように、特に規定が設けられているものもある。

---

(77) 同前83頁参照。

(78) 石井・注(52)前掲34頁。

(79) 田邊光政『商法総則・商行為法(第3版)』（新世社・2006年）35頁、大隈・注(2)前掲83頁。

#### 4-2. 時間に関する適用範囲

商法のように改正が頻繁に行われる法域では、「時際法」の問題が重要である。わけても、新法施行前に生じた事項について新法が遡及的に適用されるか否かの問題が重要となる<sup>(80)</sup>。

わが国は、時際法に関する一般原則としては、不遡及主義を採用していると評価できる（憲39、民施1など）。商法中にもその趣旨の規定が、たとえば手形法81条や小切手法66条などに置かれている。しかし、商法の領域においては、新法を遡及させても必ずしも重大な既得権侵害を生じないばかりか、合理的な新法を遡及して適用した方が、関係者の利益になるし、法規適用の画一性、単純化の要請にも適う場合が多い<sup>(81)</sup>。あるいは、そうすることによって、新法の抱く理想を積極的に実現するという途もひらける。そこで、商法については、昭和13年（1938年）改正以後、新法施行前に生じた事項にも新法を遡及的に適用するという遡及主義を原則化し、例外的に不遡及となる場合を具体的に規定するという方法を取っている<sup>(82)</sup>（昭和13年（1938年）商改施Ⅱ、平成6年（1994年）改商附則2、平成9年（1997年）5月改商附則2、会社法整備65など）。

---

(80) 森本滋編『商法総則講義（第3版）』（成文堂・2007年）28頁〔北村雅史〕、大隅・注（2）前掲85頁、鴻・注（7）前掲77頁。

(81) 鴻・同前参照。

(82) 森本編・同前〔北村雅史〕