

再版

法學士松本蒸治著

商法原論

東京法學院大學發行



280553

序

本邦商法施行セラレテヨリ既ニ數年、而シテ之ニ關スル著書ノ
 寥寥タルハ余輩其研究ニ從事スル者ノ常ニ遺憾トスル所ナリ
 是ヲ以テ自ラ揣ラス本書ヲ公刊シ以テ識者ノ評騭ヲ請ハント
 欲ス

本書ノ目的ハ主トシテ我商法ノ綱要ヲ説明スルニ在リ然レト
 モ外國ノ立法例、裁判例及ヒ學說ニシテ苟モ我商法解釋ノ資料
 タルヘキモノハ之ヲ引援スルノ方針ヲ採リ且ツ重要ナル大審
 院其他ノ裁判例ヲ掲録シ及ヒ商法ノ條文索引ヲ各卷末ニ附シ

タルヲ以テ實際家ノ爲メニハ兼ネテ註釋書ノ便ヲ爲スニ庶幾
カラシム

本書ハ法典ノ編別ニ從ヒテ之ヲ五卷ニ分ケ第一卷乃至第四卷
ハ余親ヲ筆ヲ操リ第五卷ハ同窓ノ學友市村富久君其稿ヲ起ス
ヘシ市村君ハ多年海法ヲ專攻セラレ學識ノ博キ造詣ノ深キ余
輩ノ毎ニ推重スル所ナリ故ニ材料ノ豊富ニシテ議論ノ的確ナ
ル第五卷ト前四卷トハ蓋日ヲ同ウシテ談スヘカラサルモノア
ルヘク所謂貂ヲ以テ反テ狗ニ續クノ奇觀ヲ呈スヘキハ余ノ豫
メ期待スル所トス若夫レ叙述ノ體裁ニ至リテハ俱ニ相謀リテ
首尾一致ヲ保ツコトヲ努ムヘシ

本書ノ刊行ニ關シ恩師岡野博士ニ負フ所頗ル大ナリ余ノ魯鈍
ヲ以テシテ略ホ商法ノ大體ニ通スルコトヲ得タルハ一ニ大學
及ヒ大學院ニ於ケル博士ノ訓誨指導ニ因レリ又博士ハ市村君
ト余ノ爲メニ其繁忙ナル時間ヲ割キテ本書ノ草稿ヲ檢閲シ時
ニ與フルニ助言ヲ以テスルコトヲ約セラレタリ博士ノ厚誼ハ
實ニ余ノ感激ニ耐ヘサル所現ニ本卷ノ草稿ハ博士ノ懇到周匝
ナル助言ニ依リテ改刪補正シタル所甚多シ然レトモ偶不幸ニ
シテ博士ト余ト其見解ヲ異ニスル點ニ付テハ余ハ自己ノ意見
ヲ株守シタリ是レ本書ノ累ヲ博士ニ及ホスコトノ少カラサル
ヘキヲ慮リ特ニ此ニ一言スル所以ナリ

明治三十七年十一月下澣

松本 丞治

四

凡例

一、本書ノ目的ハ我商法ノ綱要ヲ説明スルニ在ルヲ以テ非訟事件手續法其他ノ特別法ニ關シテハ論述ヲ省略シ單ニ條文ヲ引照スルニ止ムルコト多カルヘク又商法施行法中ノ規定ト雖モ商法施行ニ際シテノミ適用セラルヘキ一時的規定ニ付テハ引照ヲモ爲ササルコト多カルヘシ

一、本書ニ於テ外國學者ノ學說ヲ參照スルニ當リテハ原則トシテハ其著書ノ名稱頁數等ヲ掲ケス蓋シ外國語ヲ解セサル讀者ノ爲メニハ之ヲ掲クルモ寸益ナク外國語ヲ解スル讀者ハ之ヲ掲ケサルモ其著書ヲ涉獵スルコトヲ得ヘケレハナリ但其便宜ノ爲メ屢引用スル外國著書名ハ各卷毎ニ一括シテ之ヲ凡例中ニ掲クヘク又雜誌論文其他稀ニ引用スル著書論文類ハ之ヲ引用スル毎ニ其雜誌名及ヒ卷數又ハ著書名若クハ論文名ヲ掲クヘシ

一、本書ニ於テハ前項ト同一ノ理由ニ因リテ外國參考書ニ關スル記述ヲ爲サス商法ニ關スル西曆千八百九十二年以前ノ重要ナル外國著書ハゴールドシュミット商

凡例

一

法網要第四版ニ殆ト之ヲ網羅シテ列舉シ又同年後ノ著書ハ同年後ノゴールドシュ
ミット商法雜誌各卷末ニ之ヲ掲載セルヲ以テ外國參考書ノ詳細ヲ知ラントスル者
ハ之ヲ參照スヘシ

一、本書ニ於テ商法ノ條文ヲ引照スルニ當リテハ多クハ商法ナル文字ヲ省略ス
ヘシ又括弧内ニ法文ヲ引照スルニ當リテハ「第」字ヲ省略スヘシ

一、本書中單ニ「施行法」トアルハ商法施行法ナリ又「非訟法」トアルハ非訟事件手續
法ナリ

一、第二項ニ述ヘタル趣旨ニ依リ本卷起稿ノ爲メ參考シタル外國學者ノ著書中
屢引用シタルモノヲ舉クレハ次ノ如シ

(一) ペーレンドトアルハムーレンド商法教科書 (Lehrbuch des Handelsrecht von Dr.
f. Fr. Behrend.)

(二) コーザットアルハコーザック商法教科書 (Lehrbuch des Handelsrechts von Konrad
Cosack. 5. Aufl.)

(三) デルンブルグトアルハデルンブルグ普國私法論 (Lehrbuch des preussischen

Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs von Dr. Heinrich Dernburg 5. Aufl.)
パルンブルグ「パルンブルグ」法論 (Parallelen von Heinrich Dernburg. 4. Aufl.)
パルンブルグ獨逸帝國民法論 (Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und
Preussens von D. Heinrich Dernburg.)

(四) シュリンゲルハッペンブルグトアルハシュリンゲルハッペンブルグ千八百九十七
年五月十日ノ商法典 (Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 erläutert von Dr. A
Düringer und Dr. M. Hachenburg.)

(五) エムビヤマンハマンハエムビヤマン商法全書 (Handbuch des deutschen Handels-, See-
und Wechselrechts. Herausgegeben von Dr. W. Endemann.) 第一卷中エムビヤマン記述
ノ部分又ハエムビヤマン獨逸商法論 (Das deutsche Handelsrecht von Dr. W. Ende-
mann. 4. Aufl.)

(六) ガーライヌトアルハガーライヌ獨逸商法論 (Das deutsche Handelsrecht von Dr.
Karl Gareis. 6. Aufl.)

(七) ガーライヌフックスベルゲルトアルハガーライヌフックスベルゲル普通獨逸

商法典 (Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Herausgegeben von Dr. Karl Gareis und Otto Fuchsberger.)

(八) カーネル・フックス・ゲアリス ローネル・ゲアリス 商法全書第一版 (Handbuch des Handelsrechts von Dr. L. Goldschmidt.) 同書第二版若クハ同書第三版即チ商法歴史 (Universalgeschichte des Handelsrechts.) 又ハ ローネル・ゲアリス 商法解説 (System des Handelsrechts von L. Goldschmidt. 4. Aufl.)

(九) ハーントマン・ハーン 普通獨逸商法典註釋 (Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch von Friedrich v. Hahn. Erster Band 3. Aufl. Zweiter Band 2. Aufl.)

(十) カインスホルト・マルハカインスネル 普通獨逸商法典 (Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch erläutert von Hugo Keissner.)

(十一) ハーヤントマン・ハローマン 及 ロリント 獨逸帝國商法典 (Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich erläutert von K. Lehmann und V. Ring.) キヤー・マン 註釋ノ部分又ハ ローマン 株式會社法 (Das Recht der Aktiengesellschaften von Dr. Karl Leh-

mann.)

(十二) マローツ・ハト・マルハマローツ ハルマローツ 商法典註釋 (Handelsgesetzbuch mit Kommentar herausgegeben von H. Makower. 12. Aufl.)

(十三) フント・ハト・マルハ 普通獨逸商法典註釋 (Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch von E. S. Puchelt. 4. Aufl. bearbeitet von R. Fürsch.)

(十四) ノート・ア・マルハ ノート 株式會社貸借對照表論 (Die Bilanzen der Aktiengesellschaften usw. von Dr. Hermann Rehn.)

(十五) ハギン・ト・マルハ シモン 株式會社貸借對照表論 (Die Bilanzen der Aktiengesellschaften von Dr. Hermann Veit Simon. 2. Aufl.)

(十六) スタウブ・ト・マルハ スタウブ 商法典註釋 (Kommentar zum Handelsgesetzbuch von Hermann Staub. 6. und 7. Aufl.)

(十七) ラールト・マルハ ラール 商法論 (Das Handelsrecht von Dr. Heinrich Thiel. 6. Aufl.)

(十八) フヘル・マルハ ド・マルハ マン・シモン 及 ボン・マルハ ド・マルハ 普通獨逸商法典註釋 (Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche von Dr. Aug. An-

schutz und Dr. O. Ehrh. von Völkendorf.) 中又ハエントデマン商法全書第一卷中フ
ルデルンドルフ記述ノ部分、

(十九) ウエントトアルハエントデマン商法全書第一卷中ウエント記述ノ部分

(二十) キンドシャイドトアルハキンドシャイド「パンデクテン」法論(Lehrbuch des Pan-

dektenrechts von Dr. Bernhard Windscheid. 8. Aufl. bearbeitet von Dr. Theodor Kipp.)

此他特定ノ問題ノミニ關シテ引用シタル著書、論文類ノ名稱又ハ掲載雜誌名等ハ
第二項ニ述ヘタル如ク各之ヲ引用スル場所ニ記載スルノ方針ヲ採リタルヲ以テ
茲ニ之ヲ掲ケヌ

商法原論

目次

緒論

第一章 商ノ觀念	同 丁
第二章 商法ノ觀念	一一 丁
第三章 商法ノ沿革	一七 丁
第一節 總論	一八 丁
第二節 各國商法	二九 丁
第一款 佛商法及ヒ佛法系諸國商法	三〇 丁
第二款 獨商法及ヒ獨法系諸國商法	三二 丁
第三款 佛獨折衷法系諸國商法	三四 丁

第四款	英米商法	三六丁
第五款	露國商法	三七丁
第三節	日本商法	三八丁

第一編 總 則

第一章	商法ノ法源	四七丁
第一節	商法	同 丁
第二節	商慣習法	四九丁
第三節	民法	五六丁
第二章	商法適用ノ範圍	六六丁
第三章	商行爲	七二丁
第四章	商人	八三丁
第一節	商人ノ意義	同 丁
第二節	商業ノ制限	九五丁

二

第三節	商人タル人	九八丁
第一款	未成年者	九九丁
第二款	妻	一〇三丁
第三款	禁治產者	一〇四丁
第四款	準禁治產者	一〇五丁
第四節	商人タル法人	一〇六丁
第一款	公法人	一〇七丁
第二款	私法人	一一三丁
第五節	小商人	一二八丁
第五章	營業	一二二丁
第一節	營業ノ意義	同 丁
第二節	營業ノ讓渡	一二七丁
第三節	營業所	一四一丁
第六章	商業登記	一四八丁

目次

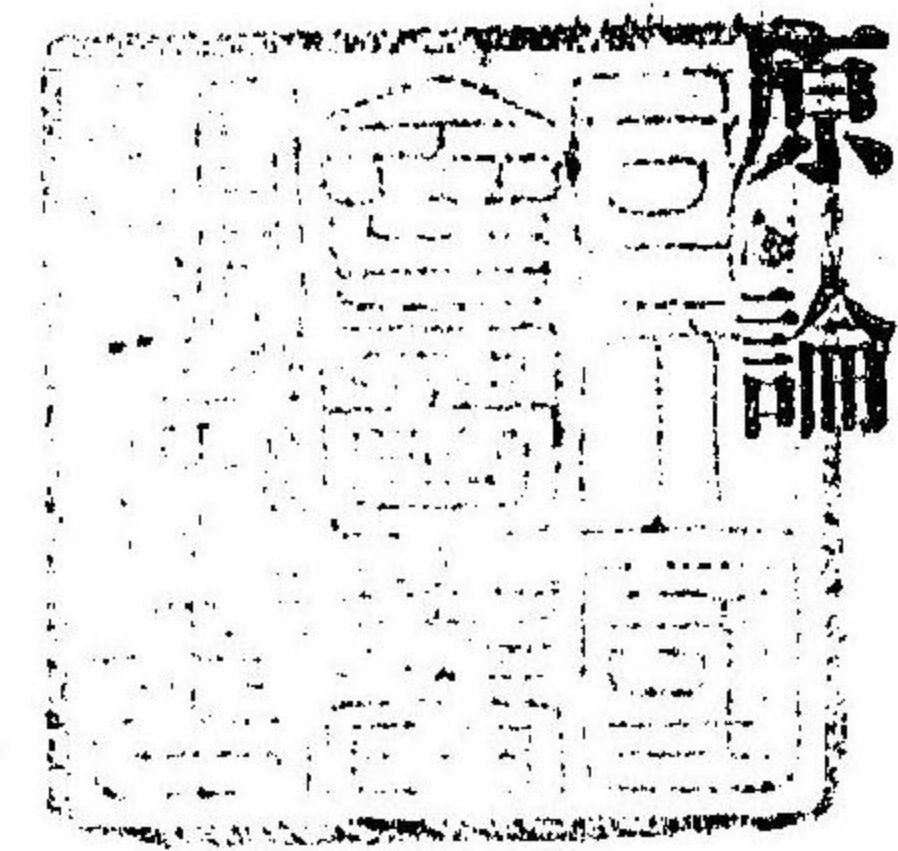
三

第一節	總論	一四九丁
第二節	登記ノ手續	一五五丁
第三節	登記ノ公示	一五九丁
第四節	登記ノ效力	一六三丁
第七章 商號及ヒ商標		
第一節	商號ノ意義	一七三丁
第二節	商號ノ選定	一七九丁
第三節	商號ノ登記	一八七丁
第四節	商號權ノ性質	一九三丁
第五節	商號ノ讓渡	一九九丁
第六節	商標	二〇二丁
第八章 商業帳簿		
第一節	總論	二〇九丁
第二節	日記帳	二一六丁

第三節	財産目錄	二一八丁
第一款	財産目錄ニ記載スヘキ財産	二一九丁
第二款	財産ニ附スヘキ價格	二二三丁
第三款	財産目錄調製ノ形式	二三三丁
第四節	貸借對照表	三三四丁
第九章 商業使用人		
第一節	總論	二四一丁
第二節	支配人	二四五丁
第一款	支配人ノ意義	二五一丁
第二款	支配人ノ選任及ヒ終任	二五二丁
第三款	支配人ノ權限	二五七丁
第四款	支配人ノ義務	二五九丁
第三款	支配人ニ非サル使用人	二六八丁
第十章 代理商		
		二七一丁
		二七四丁

第一節	代理商ノ意義	二七六丁
第二節	代理商ノ義務	二八二丁
第三節	代理商ノ權利	二八五丁
第四節	代理商ノ權限	二九〇丁
第五節	代理商ノ終任	二九一丁
追加 (清國商法)		

商法原論(第一卷)目次終



法學博士 岡野敬次郎 閱
 法學士 松本 烝 治 著

商法原論

緒論

第一章 商ノ觀念

商法カ商ニ關スル法律ナルコトハ其名稱ノ自ヲ示ス所ナリ是ニ於テカ學者商法ノ何タルヲ論スルニ當リテヤ先ツ商(一)ノ何タルノ觀念ヲ説明スルヲ常トス然レトモ商ノ意義ハ茫漠タリ容易ニ之ヲ捕捉スヘカラス現ニ各國商法カ商行爲トシテ列舉スル行爲ヲ見ルニ散漫ニシテ統一ナク立法者カ商ノ何タルニ付キ學理的ノ標準ヲ立テテ之ヲ規定シタルモノト認ムヘカラス任意ニ諸般ノ行爲ヲ湊集輯

緒論 商ノ觀念

262/1b

補助的商

綴シタルニ過キサレカ如シ之ニ通存スル觀念ヲ探究シテ商ノ意義ヲ明確ニスルハ殆ト期待スヘカラサル所ナリ

商トハ貨物ノ轉換ノ媒介ヲ目的トスル行爲ヲ謂フトスルハ多數ノ學者ノ一致スル所ナリ此說ニ依レハ生産ト消費ノ中間ニ立テ自ラ消費スル目的ヲ有セスシテ貨物ヲ生産者ニ需メテ之ヲ消費者ニ給スル行爲ハ直接ニ貨物ノ轉換ノ媒介ヲ目的トスルモノニシテ之ヲ固有商又ハ狹義ノ商ト稱ス(二六三條一號二號)狹義ノ商ノ發達ニ伴ヒ之ヲ補助シテ容易ナラシムルコトヲ目的トスル各般ノ行爲ヲ生シタリ海陸ノ運送仲立取次代理ノ引受等即チ是ナリ(二六四條一號一號二號)是等ノ行爲ハ亦間接ニ貨物ノ轉換ノ媒介ヲ目的トスルモノニシテ之ヲ補助的ノ商ト稱ス然レトモ他人ノ爲メニスル製造又ハ加工ニ關スル行爲作業又ハ勞務ノ請負出版印刷又ハ攝影ニ關スル行爲客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引保險寄託ノ引受ノ如キハ之ヲ以テ貨物轉換ノ媒介行爲ト謂ヒ難キモノアリ(二六四條二號三號五號)ゴールドシュミトハ狹義ノ商補助的ノ商以外ニ第三種ノ商ナルモノヲ認メ是等ノ行爲ノ大半ヲ網羅スルコトヲ努ムト雖モ之ヲ貨物ノ轉換ニ關聯スルモノトスルハ牽強附會ノ

嫌ヲ免レヌ若シ夫レ觀光ノ爲メニスル旅客ノ運送生命保險住家ノ火災保險等ニ至リテハ貨物轉換ノ媒介行爲トハ風馬牛相及ハサルモノト謂ハサルヘカラスモ商ノ意義ヲ貨物轉換ノ媒介行爲ニ限局セントスルハ原始的ノ思想ナリ上古未開ノ時代ニ於テ貨物轉換ノ媒介行爲カ商ノ濫觴ヲ爲セシコトハ爭フヘカラサル事實ナルヘシト雖モ之ヲ以テ今日ニ於ケル商ノ觀念ヲ律セントスルハ舟ニ刻シテ墮劍ヲ求ムルノ亞流タルヲ免レヌ商ヲ以テ貨物轉換ノ媒介行爲トスル說ハ管ニ現行商法ノ解釋トシテ當ラサルノミナラス又實ニ商ノ範圍ヲ制限シ商ノ發達ヲ阻害スルノ虞アルヲ以テ立法ノ標準トシテ之ヲ採ルヘカラス現ニ各國多數ノ商法カ先占又ハ原始生産ニ因リテ取得シタル物ノ販賣ヲ以テ商行爲ト爲ササルハ此觀念ノ餘弊ト謂フヘキカ如シ奈ハ立法論トシテ商ノ觀念ヲ定ムルニハ行爲ノ實質以外ニ於テ其行爲者ノ狀態ヲモ目標ニ加フヘキコトヲ主張スルモノナリ各國ノ商法ハ所謂營業的商行爲ヲ認メ特定ノ行爲ハ營業トシテ爲サル場合ニ於テノミ商行爲タルヘキモノトスレトモ(二六條更ニ)一步ヲ進メ營業ノ設備方法ヲ參酌シテ商行爲ノ意義ヲ定ムルヲ可トス近時ノ立法例中瑞西債務法及ヒ獨新商

法ハ稍此方針ニ近ケルモノアリ

學者或ハ商ヲ以テ營利行爲トスル者アリ(例ハハコールドシミット、エンデ)商業ヲ以テ營利事業ナリトスルハ當レリト雖モ商行爲ヲ以テ營利行爲ナリトスルハ誤マレリ例ヘハ鐵道會社ハ營利會社ナレトモ其個々ノ運送行爲ハ或ハ營利行爲タラサルコトアルヘシ會社ハ利益ナキコトヲ知リテ運送ヲ爲ス場合アルヘキヲ以テナリ更ニ進ミテ會社カ慈善ノ爲メ全ク無償ニテ運送ヲ爲スコトアルモ其運送ハ商行爲タルコトヲ妨ケサルナリ又營利ハ各種ノ商行爲ニ通シテ其常素ナリト謂フハ稍當レリト雖モ手形行爲ノ如キハ營利ノ觀念ト關係ナキモノタリ(二六三條四號)故ニ商ヲ以テ營利行爲トスルハ非ナリ

商ハ營業ナリト言フ者アリ(例ハハ)中世ノ團體時代ニ於テハ商人團體ノ團體員ニ非サレハ商ヲ爲スコトヲ得サリシヲ以テ商ハ營業トシテ爲サルルコトヲ要シタルモノト謂フコトヲ得ヘシ又近時獨新商法ハ此主義ヲ復活シ商行爲トハ商人ノ商業ニ屬スル總テノ行爲ヲ謂フモノトセリ(三條一項)今ヤ人類ノ經濟的活動益進歩シ分業愈盛ニ行ハルルニ當リテハ營業トシテ爲サルル行爲ノミヲ以テ商行

(263p)

263p.

263.

爲トスルハ立法論トシテ雙手ヲ舉ケテ贊成スル所ナレトモ我商法ハ多數ノ立法例ニ倣ヒ特定ノ行爲ハ營業トシテ爲サルルニ非サル場合ニ於テモ仍ホ之ヲ商行爲ト認メタルヲ以テ(三條)我商法ニ付テ論スルニ當リテハ此說ヲ採用スルコトヲ得ス

商ハ貨物ノ形ヲ變セシテ之ヲ轉換スルモノナリト謂フ說アリ羅馬法ノジゲスタ(法典)以來近世ニ至ルマテ行ハレタル學說ニシテ以テ商ヲ工ヨリ分クントスルモノナリ中世ノ團體時代ニ在リテハ各種ノ商工業者ハ各團體ヲ作りテ團體員以外ノ者ニハ其種類ニ屬スル業務ヲ行フヲ禁シタルヲ以テ斯ノ如キ區別ヲ存スルコトヲ得タリト雖モ團體ノ破壞ト共ニ其區別ヲ爲スノ標準ヲ失シ商ト工トノ間ニハ劃然タル境界ナキニ至リ遂ニ佛商法ノ如キハ物品ニ勞力ヲ加ヘ之ヲ變形シテ移轉スルモノヲモ商行爲トスルコトヲ明定スルニ至リタリ(佛商法六條)獨商法伊商法其他多數ノ商法ハ之ニ倣ヘリ我商法ニハ斯ノ如キ明文ナシト雖モ解釋上物品ヲ加工製造シテ讓渡ス場合ヲモ商行爲ト認メタル點ニ付テハ疑ヲ容レズ經濟上ノ意義ニ於ケル工業ノ多數ハ法律上ニ於テ商業ナリ即チ原料ヲ他人ヨリ購入

以上ヲ以テ商ノ觀念ニ關スル説明ヲ終レリ次ニ商ノ分類ニ關シ一言セシニ商ニ付テハ觀察ノ方面ノ如何ニ依リ各種ノ分類ヲ爲ス者アリ經濟上ヨリ論スルトキハ是等ノ分類ハ其必要アリト謂フコトヲ得ヘキモ法律上ニ於テハ商ノ觀念自體カ明瞭ナラサルヲ以テ之ニ正確ナル分類ヲ施スヘカラサルハ勿論ニシテ是等ノ分類ハ概シテ重キヲ置クヘキモノニ非ス

第一 固有商補助的ノ商

既ニ述ヘタル如ク多數ノ學者ハ直接ニ貨物ノ轉換ノ媒介ヲ目的トスル行爲ヲ固有商又ハ狹義ノ商ト謂ヒ之ヲ補助スルノ行爲ヲ補助的ノ商ト謂ヘリ此分類ハ實ニ法律上寸益ナキノミナラス沿革上商カ固有商ニ始マリ補助商ハ之ニ後レテ發達シタリト謂フノ外ハ全ク無意義ナル區別ナリ前ニ述ヘタル如ク商法ハ固有商又ハ補助商ノ孰レニモ屬セサル商ヲ認ムルモノニシテ又現時ニ於テハ此二種ノ商ハ平等ノ地位ヲ占メテ互ニ相補ヒ相助クルモノナルヲ以テ之カ間ニ主從ノ差等ヲ附スルハ頗ル理由ニ乏シキモノナリト謂ハサルヘカラス

第二 大商小商(四)

大商トハ營業ノ規模大ニシテ且取引ノ範圍廣ク主トシテ貨物ヲ直接ニ生産者ヨリ得テ之ヲ小商ニ供給スルモノヲ謂フ所謂卸賣ナルモノハ之ニ當ル小商トハ營業ノ規模小ニシテ取引ノ範圍一地方ニ存シ貨物ヲ大商ヨリ得テ之ヲ直接ニ消費者ニ供給スルモノヲ謂フ所謂小賣ナルモノハ之ニ當ル大商ト小商トノ區別ハ經濟上重要ナルモ法律上ハ其區別ノ價值ナシ商法ニハ所謂小商人(第一編第四章)ナルモノアレトモ是レ上述シタル大商小商ノ區別トハ別個ノ觀念ナリトス唯卸賣及ヒ小賣ナル語ハ法典中ニ之ヲ見サルニ非ス(二七三條一項民法)

大商トハ營業ノ規模大ニシテ且取引ノ範圍廣ク主トシテ貨物ヲ直接ニ生産者ヨリ得テ之ヲ小商ニ供給スルモノヲ謂フ所謂卸賣ナルモノハ之ニ當ル小商トハ營業ノ規模小ニシテ取引ノ範圍一地方ニ存シ貨物ヲ大商ヨリ得テ之ヲ直接ニ消費者ニ供給スルモノヲ謂フ所謂小賣ナルモノハ之ニ當ル大商ト小商トノ區別ハ經濟上重要ナルモ法律上ハ其區別ノ價值ナシ商法ニハ所謂小商人(第一編第四章)ナルモノアレトモ是レ上述シタル大商小商ノ區別トハ別個ノ觀念ナリトス唯卸賣及ヒ小賣ナル語ハ法典中ニ之ヲ見サルニ非ス(二七三條一項民法)

第三 陸商海商(五)

陸商トハ陸上又ハ湖川港灣ニ於テスル商ヲ謂ヒ海商トハ海上ニ於テスル商ヲ謂フ海商ハ古來陸商ヨリ分離シテ特異ノ發達ヲ爲シタルモノナルカ故ニ之ニ關スル法規ハ別ニ規定セラルルヲ常トス我商法ノ如キモ海商ノ一編ヲ設ケ海上ノ運送及ヒ保險等ニ關シ特別ノ規定ヲ爲セリ此分類ハ此點ニ於テノミ之ヲ認ムル價值アリト謂フヘシ

第四 自己ノ爲メニスル商他人ノ爲メニスル商(六)

他人ノ爲メニスル商トハ問屋ノ如ク他人ノ計算ニ於テ商ヲ爲スヲ謂ヒ自己ノ爲メニスル商トハ自己ノ計算ニ於テ商ヲ爲スヲ謂フ自己ノ計算又ハ他人ノ計算ト謂フハ商ヲ行ヒタル結果生シタル損益カ自己ニ歸スルヤ又ハ他人ニ歸スルヤノ意義ナリトス此區別ハ亦商ヲ以テ貨物轉換ノ媒介行爲ノミヲ指スモノトスル見ニ基ケルモノナリ問屋ノ營業ノ目的タル商行爲ハ物品ノ販賣又ハ買入ノ委託ヲ引受クル行爲ニ在リ問屋カ此行爲ヲ爲スハ自己ノ計算ニ於テスルモノナリ問屋カ他人ノ計算ニ於テ物品ノ販賣又ハ買入ヲ爲スハ其委託ノ履行ニ過キスシテ其營業ノ目的タル行爲ヲ爲スモノニ非ス此分類ハ物品ノ販賣又ハ買入ヲ主眼トシテ其何人ノ計算ニ於テ爲サルルカヲ決シタルニ過キスシテ問屋ノ商業カ他人ノ計算ニ於テ營マルルコトヲ定メタルモノニ非ス初學者ヲシテ誤謬ニ陥ラシムルハ實ニ是等無用ノ分類ノ罪ナリ

- (一) 獨 Handel. 佛 commerce. 英 commerce.
- (二) 獨 eigentlicher Handel.
- (三) 獨 Hilfs-geschäft.

- (四) 獨 Grosshandel, Kleinhandel.
- (五) 獨 Landhandel, Seehandel.
- (六) 獨 Eigenhandel, Kommissionshandel.

第二章 商法ノ觀念

商法ノ觀念

広義ノ商法

商法ナル語ハ廣義ト狹義ト二様ノ意義ヲ有ス廣義ニ於テ商法ト謂フハ商ニ固有ナル法規ノ全體ヲ指ス多數ノ學者ハ斯ノ如キ廣義ニ於ケル商法ヲ分チテ商私法、商公法、商國際法ノ三トスルヲ常トス

商私法トハ商ニ關スル私法上ノ法規ヲ謂ヒ商公法トハ商ニ關スル公法上ノ法規ヲ謂フ商公法ハ更ニ之ヲ分類スルトキハ商國法、商刑法、商訴訟法ノ三ト爲スコトヲ得商國法ハ商ニ關スル憲法及ヒ行政法上ノ規定ニシテ例ヘハ保險業法、取引所法、私設鐵道法、銀行條例、質屋取締法、古物商取締法、銃砲火藥類取締法等ヲ謂フ商刑法トハ商ニ關スル犯罪ニ科スヘキ刑罰ヲ定メタル規定ニシテ刑法及ヒ各種ノ特別法中ニ散在セルモノヲ謂フ商訴訟法トハ商ニ關スル訴訟手續ヲ定メタル規定

法律ノ地位

ニシテ民事又ハ刑事ノ訴訟法中ニ散在セルモノヲ謂フ、爲替訴訟ノ如キハ其最モ著シキ例ナリトス。商國際法トハ商ニ關スル國際法上ノ法規ヲ謂フ、學者或ハ更ニ之ヲ分類シテ商國際公法、商國際私法ノ二種トスル者アリ、然レトモ國際私法ハ法律ノ適用ニ關スル一國ノ國法タルニ過キスシテ國際法ニ非スト謂フヲ正當トスルヲ以テ商國際法ハ即チ商國際公法ヲ指スニ外ナラサルモノト解シテ可ナリ。狹義ノ商法トハ上述三種中ノ商私法ヲ謂フ、商私法ハ管ニ廣義ノ商法中ノ大部分ヲ占ムルモノタルニ止マラス又其最モ重要ナルモノニシテ之ニ對スル商公法、商國際法ノ如キハ未タ獨立ノ一科目ヲ成スノ域ニ達セサルモノナリ、然ルニ邦語ニ於テ商法トハ更ニ別種ノ一意義ヲ有ス即チ商法典ニ指稱スルコトアリ、各國ノ商法典ヲ見ルニ其規定ノ大半ハ商私法ニ屬スト雖モ尙ホ商公法ヲモ包含スルモノアリ又之ニ反シテ商私法即チ狹義ノ商法ト雖モ必スシモ一法典中ニ網羅セラ

ルルモノニ非スシテ別ニ幾多ノ特別法令ト慣習法トアリ、余ノ本書ニ於テ説明セント欲スル所ハ主トシテ狹義ノ商法即チ商私法ニ屬シ又主トシテ我商法典ニ依リテ之ヲ論セント欲スル者ナリ、故ニ以下ニ商法ト謂フハ狹義ノ商法即チ商私法

ヲ指スニ非サレハ商法典ヲ指スモノナリ

商法ハ商ニ固有ナル私法ナリ即チ一般私法タル民法ニ對スル特別法ナリ、民法ハ一般ノ私法ニ關スル原則ヲ規定シ、商法ハ商ニ特別ナル規定ヲ爲セルモノナリ、商法ノ民法ニ對スルハ恰モ羅馬ニ於テ「プレートル」ノ立法カ其市民法ニ對セルカ如ク或ハ民法ノ規定ヲ補充スルモノアリ、或ハ又之ヲ變更スルモノアリ、民法ノ規定ヲ補充スル規定トハ商事ニ限り存在スヘキ關係又ハ商事ニ限リテ特別ナル形體ヲ具フヘキ關係ニシテ民法ニ其規定ヲ欠缺セル場合ニ於テ之カ補充ヲ爲セル規定ヲ謂フ例、ハ商號、商業帳簿、商業登記、商業使用人、代理商、仲立營業、問屋營業、運送營業、保險、手形等ニ關スル規定即チ是ナリ、民法ノ規定ヲ變更スル規定トハ民法ニ規定アルニ拘ハラヌ商事ニ關シテハ特別ノ事情ノ存スルアリテ之ヲ適用スルコトヲ得サル場合ニ於テ之カ變更ヲ爲セル規定ヲ謂フ例、ハ第三編第一章及ヒ第二章中ノ多數ノ規定ハ此種ニ屬スルモノナリ

斯ノ如ク商法ハ民法ニ對シテ補充又ハ變更的ノ規定ヲ爲セリト雖モ此二法ハ共ニ均シク私人相互間ノ法律關係ヲ定ムルモノニシテ何ヲ以テ二法ノ限界ト爲ス

ヘキカニ付テハ學理上確乎不動ノ標準アルコトナシ、是ヲ以テ學者或ハ一般私法中ニ於テ商法ヲ論スル者ナキニ非ス例ヘハゲルベルノ獨逸私法論、テルンブルグノ普國私法論及ヒ獨逸民法論、ベールノ獨逸普通私法論ノ如キ即チ是ナリ、又英米法ニ於ケル著書ノ多數ハ一般法中ニ於テ商法ニ關スル特別規定ヲ説明セリ例ヘハラックストーン、ケント、スチーヴン等是ナリ、外國ノ立法例ニ於テモ英米及ヒスカンシナビヤ諸國ノ如キハ別ニ商法ナル法典ヲ有セス、又瑞西ノ債務法ノ如キハ別ニ民法ト商法トノ區別ヲ爲サシテ債權ニ關スル規定ヲ爲セリ、果シテ然ラハ商法ヲ以テ商ニ關スル特別法ナリトシ之ヲ民法ト區別シテ論スルハ單ニ我邦又ハ歐羅巴南米其他ノ諸國ノ多數カ一般私法ニ對シテ特別法典ノ形式ヲ採レル商法典ヲ有スルカ故ノミニ基因シ、沿革ヲ離レ理論トシテ民商二法ヲ分ツヘキノ理由ナキカト謂フニ學者中或ハ商法ノ規定ハ漸ヲ逐ヒテ民法ニ移リ民商二法ハ終ニ一ニ歸スヘキコトヲ唱フル者アリ（例ヘハ獨ノエンゲル）或ハ民法ト商法トヲ各別ニ定ムルハ歐洲ニ於ケル一般ノ慣例ナレトモ學理上ノ見解ニ基キタルモノニ非スシテ單ニ沿革上ノ理由ニ出テタルニ止マルト言フ者アリ（例ヘハ梅博士民法原理一卷）

以下七頁

然レトモ商法カ民法ニ對シテ有スル特質ハ之ヲ認メサルコトヲ得ス、商法ハ世界的傾向ヲ有シ、之カ規定ハ大體ニ於テ世界各國ニ通シテ同様ナルノミナラス會社手形、鐵道運送及ヒ海商等ニ付テハ各國共通ノ國際的規定ヲ設ケントスルノ企圖ハ既ニ學者ノ空想ノ域ヲ脱シテ實行ノ端緒ニ就キ其前途頗ル囑目スヘキモノアリ、然ルニ民法中ノ規定ハ多クハ國境ヲ越エテ其適用ヲ及ボスコト能ハサルノ性質ヲ帶フ、又商法ハ慣習ニ重キヲ置キ常ニ進化シテ停滯セサレトモ民法ハ多ク容易ニ變更スヘカラサル性質ノ規定ヲ有ス、沿革上ハ商法ニ依リテ始メテ創造セラレタル制度ニシテ後民法ノ襲踏スル所ト爲リタルモノ尠ナカラス故ニ現今ニ於テ何ヲ以テ民法ト商法トノ境界トスヘキヤニ付テハ別ニ確乎不動ノ標準アルニ非サレトモ商法カ商ノ發達ニ從ヒテ益新規ノ法制ヲ作出シ常ニ民法ノ先驅トシテ之ニ一頭地ヲ抽キタル地位ヲ保續スヘキコトハ之ヲ既往ノ事蹟ニ徴シテ明カナリ、英米及ヒスカンシナビヤ諸國ノ如キハ商法典ヲ有セサレトモ商ニ固有ナル數多ノ單行法ヲ有ス、又瑞西債務法モ商業使用人、商業登記、商號、商業帳簿、手形、小切

手其他ノ證券ノ如キ商ニ固有ナル規定ハ獨立ノ別章ヲ設ケテ之ヲ掲ケタリ、故ニ商法典ナル形式的ノ意義ヲ離レ實質的ノ意義ニ於テ商法ト謂フトキハ英、米、瑞西諸國ノ如キモ亦儼然タル商法ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラス、英國ノ商法大家タルスミスカ其商法論ノ緒論ヲ終ルニ方リ卷末ニ附録セル數多ノ單行法ハ他國ノ商法典ニ比シテ完全ナル商法典タルニ近キ點ニ於テハ一步ヲ讓ラスト言ヘルハ蓋シ過言ニ非ス、是ヲ以テ之ヲ觀レハ實質的ノ意義ニ於テ特別法タル商法ハ現在ノ世界各國ニ存在スルモノト謂フコトヲ得ヘク、又將來ニ於テ其形式上ノ獨立ヲ失フト否トニ關セス換言スレハ民法典ニ對シテ特別法典ノ形體ヲ保ツト否トニ關セス永ク其存續ヲ保ツヘキハ蓋シ疑ヲ容レサル所ナリ

商法ハ以上ニ述ヘタル如ク之ヲ法律トシテ觀察スレハ廣狹ノ二意義アリ、而シテ獨立ノ一科目ヲ成シテ學者ニ依リテ研究セラルルハ狹義ノ商法ノミニ限ラル、商法ヲ學問トシテ觀察スルニ當リテハ學者ハ或ハ之ヲ以テ商業學^(三)ノ一部門ト爲ス者アリ即チゴールドシュミット、テール、ハイゼ等はナリ、商業學トハ是等ノ學者ノ說ニ從ヘハ商業經濟、商業歷史、商業地理、商業簿記其他商業ニ關スル各般ノ學科ヲ總

稱セルモノナリト謂フ、然レトモ斯ノ如キ廣汎ナル意義ヲ有セル商業學ナルモノハ從來實際ニ於テ世人ニ認メラレタルモノニ非スシテ却テ商業學ナル語ハ狹義ニ用ヒラルルヲ常トスルノミナラス、法律學ノ一部タル商法ヲ以テ法律以外ノ各種ノ科目ト併論スルハ巧妙ナル排列ニ非ス、故ニ學問トシテノ商法ハ法律學殊ニ私法學ノ一部ナリト謂フヲ以テ足レリトス

- (一) 獨 Handelsrecht. 佛 droit commercial. 英 commercial (mercantile) law.
- (二) 獨 Handelsgesetzbuch. 佛 code de commerce.
- (三) 獨 Handelswissenschaft.

第三章 商法ノ沿革

商法ノ沿革

商法ハ元來世界的ノ性質ヲ有シ、各國法ノ規定カ其實質ニ於テ大同小異ニ歸スルノ傾向アルコトハ既ニ前章ニ述ヘタル所ナルカ翻テ其起源及ヒ沿革ヲ稽フルニ各國ノ商法ハ共ニ是レ同根ヨリ生シタルモノニシテ近世ニ至リテ始メテ分化シタルモノト謂フヲ妨ケス、我商法ノ如キモ亦歐洲大陸法殊ニ獨逸商法ニ倣ヒテ編

纂セラレタルモノナレハ我商法ノ規定カ如何ナル變遷ヲ經テ成立シタルモノナルカヲ知ラント欲スレハ先ツ歐洲諸國ノ商法ノ沿革ノ大體ヲ知悉スルコトヲ必要トス今ヤ歐洲大陸ノ商法ハ南米諸國土耳其埃及ハイチー等ヲ風靡シテ我邦ニモ波及セルモノナルヲ以テ歐洲諸國ノ商法ノ沿革ハ即チ世界商法ノ沿革ナリト謂フコトヲ得ヘク我邦固有ノ商法又ハ東洋諸國ノ商法ノ如キハ或ハ學者研究ノ好問題タルヘキモ我商法ヲ學フニ當リテハ殆ト之ヲ顧ミルノ必要ヲ見ス故ニ以下歐洲諸國商法ノ共通ノ沿革ノ大要ヲ述ヘ次ニ重要ナル各國ノ商法ノ沿革及ヒ現況ノ梗概ヲ説キ最後ニ我商法ニ論及スヘシ

總論

第一節 總論

商法ハ商ニ關スル法律ナリ故ニ商ノ發生ト共ニ發生シ商業ノ進歩ニ伴ヒテ進歩シタルモノナリ歐羅巴ノ古代ニ於ケル商業ノ發達ハ實ニ地中海ノ沿岸諸國即チフォエニケ希臘埃及カルタゴ等ニ始マリタルカ故ニ當時ニ於テ商ニ關スル慣習的法規ノ發生シタルコトハ想像スルニ耐ヘタリト雖モ其事蹟ハ湮滅シテ尋ヌヘ

カラス海商ニ關スル當時ノ法律トシテロード海法ヲ舉クル者アレトモ(志田博士一論三頁)所謂ロード海法トシテ今日ニ傳ヘラルルモノハ眞ノ當時ノ法律ニ非ストスルハ學者ノ一致スル所ナリ故ニ現今ニ於ケル歐羅巴商法ノ根源トシテハ遡リテ歐羅巴私法ノ共同ノ淵源タル羅馬法ニ至ルヲ以テ足レリトス商法ハ一般私法ト異ナリ時世ノ進歩商業ノ發達ト共ニ幾多ノ變遷ヲ經過シ之ヲ羅馬法時代ト比較スルニ舊態ヲ存セルモノ尠ナシト雖モ羅馬ノ債權法ニ至リテハ尙ホ現今ノ商交通ニ關スル規定ノ基礎ヲ成スモノナリ

羅馬ニ於テハ一般私法以外ニ商法ナル特別法ヲ發見スルコトヲ得ス蓋シ羅馬法カ其狹隘窮屈ナル市民法(ユスチヴィレ)ヨリ進ミテ萬民法(ユスゲンチウム)ニ化スルニ至リテハ其法律ハ比較的ニ公平ヲ尙ヒ當事者ノ意思ノ自由ヲ重シ利息ノ制限ノ如キモ其最高率ハ甚タ高クシテ債權者ヲ苦ムルニ至ラス又契約中最モ重要ニシテ殊ニ商ニ關シテ頻繁ニ生スル賣買組合貸借及ヒ雇傭等ハ所謂諾成契約ニ屬シテ形式上ノ拘束ナク加之羅馬ノ裁判官タルプレートルカ法律ヲ適用スルニ當リテハ常ニ當事者ノ意思ニ重キヲ置キ徒ニ債權者ノ權利ヲ制限シテ債務者ヲ

助クルカ如キコトナクシテ甚々商業ノ實際ニ適セルノミナラス、又他ノ一方ニ於テ當時羅馬ニ於テハ奴隸ノ制度仍ホ行ハレタルヲ以テ從テ分業ノ發生ヲ見ス商業ノ發達ハ比較的ニ幼稚ナリシヲ以テ一般私法以外ニ特別ノ法規ヲ要スルコトナカリシヲ以テナリ、唯主トシテ海商ノ範圍ニ於テ商事ニ特別ナル制度ノ二三ヲ發生シタルモノアリ即チ「アクチオ、インスチトリヤ」「アクチオ、エキゼルチトリヤ」「アクチオ、ツリブトリヤ」「フェーヌス、ナウチクム」「レックス、ロージャヤ、デー、ヤックツ」「レックス、ロージャヤ、デー、ヤックツ」ハ「アクチオ、インスチトリヤ」トハ商業上ノ代理人ニ選任セラレタル奴隸ノ行爲ニ付キ其主人ニ對シテ請求スルコトヲ得セシムル訴權ヲ謂フ「アクチオ、エキゼルチトリヤ」トハ船長ニ選任セラレタル奴隸ノ行爲ニ付キ同シク其主人ニ對シテ請求スルコトヲ得セシムル訴權ヲ謂フ「アクチオ、ツリブトリヤ」トハ自ラ商業ヲ營ムコトヲ許サレタル奴隸ノ債權者カ其主人ニ對シテ奴隸ノ特有財産ノ平等ノ分配ヲ請求スルコトヲ得セシムル訴權ヲ謂フ「レックス、ロージャヤ、デー、ヤックツ」トハ現今ノ共同海損法ニ該當スルモノヲ謂フ「フェーヌス、ナウチクム」トハ海上高利貸借ニシテ現今ノ冒險貸借ニ近キモノヲ謂フ、

又「レックス、ツリブトリヤ」トハ船長旅店ノ主人等カ旅客ノ携帶シタル物品ニ付テ特ニ重キ責任ヲ負フコトヲ謂フ旅客ハ「アクチオ、デ、レックス、ツリブトリヤ」ニ依リテ之ニ對スル請求ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナリ

エンデマン氏ハ羅馬ニ於テ商法ナル特別法ノ生セサリシ理由ヲ約言シテ曰ク「羅馬ニ於テハ商法ヲ特別法タラシムヘキ客觀的原因ヲモ又主觀的原因ヲモ存セザリシカ故ナリ」ト蓋シ客觀的原因ヲ存セストハ一般私法カ商業ノ實際ニ背馳セストノ義ニシテ、主觀的原因ヲ存セストハ羅馬ニ於テハ商人ト爲ルニ特別ナル資格ヲ要セスシテ中世時代ノ如ク所謂商人團體ナル特種ノ階級ヲ存セサリシコトヲ指セルナリ

中世時代ニ至リテハ事態大ニ羅馬法時代ト異ナリ商法ハ始メテ特別法ノ形ヲ成スニ至リタリ其原因ハ到底一二ヲ數ヘテ之ヲ盡スコトヲ得ス然レトモ今煩雜ヲ避クル爲メ其重要ナル原因ヲ分類シテ列舉スレハ客觀的原因ト主觀的原因トニト爲スコトヲ得ヘシ客觀的原因トハ當時ノ一般私法ト商業ノ實際トカ相背馳スルニ至リタルヲ謂フ、而シテ一般私法カ商業ノ實際ニ適應セサルニ至リタルニハ

客觀的原因

更ニ又二様ノ原因アリ即チ其一ハ商業ノ進歩ニシテ他ハ一般私法ノ退歩是ナリ
 羅馬帝國ノ分裂滅亡シタル後紀元第十二三世紀ニ至リテ十字軍ノ遠征アリ、歐羅
 巴諸國民ノ見聞ハ之ニ依リテ擴張セラレ、其東洋ノ新貨物ニ對スル嗜好ハ之ニ依
 リテ發生セラレ通商貿易大ニ起レリ、續テ第十五世紀ニ至リテハ喜望峯ヲ經テ印
 度ニ達スル航路ヲ發見シ、又有名ナルコロンブスノ亞米利加發見アリテ金銀鐵ノ
 發掘及ヒ貨幣ノ増加ト共ニ商業ノ發達膨脹一時驚クヘキモノアリタリ、是ニ於テ
 カ各種ノ商事會社、保險、冒險、貸借、商號、商業帳簿、手形、船荷證券、其他海商ニ關スル幾
 多ノ斬新ナル制度ハ商業ノ發達ニ伴ヒテ發生スルニ至リ、從來ノ私法ハ一大刷新
 ヲ爲シ是等ノ新法制ヲ加ヘ以テ時世ノ進歩ニ隨伴セサルヘカラサルノ機運ニ達
 シタリ、然ルニ羅馬末代ノ法律ハ其隆盛ナル時ニ比シ却テ退歩シ商業ニ不利益ナ
 ル傾向ヲ呈スルニ至リタリ、今其一二ノ例ヲ舉クレハ「レックス、アナスタシヤナ」ナル規
 定ニ依リテ債權ノ讓渡ヲ制限シ債權ノ讓受人ハ其讓受ノ爲メニ給付シタル金額
 以上ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得サルモノト爲シ、大缺損「レシオ、エノルミス」ニ依ル取
 消ヲ認メ時價ノ半價以下ニ物品ヲ賣却シタル者ハ後ニ至リ其賣買契約ヲ取消ス

コトヲ得ルモノトシタリ、又契約ニ原因ヲ要スルモノト爲シ、連帶債務者ニ分別ノ
 利益ヲ與ヘ、保證債務者ニ檢索ノ利益ヲ認メ以テ債務者ノ保護ヲ圖リタリ、是等羅
 馬ノ一般私法ノ退歩ニ加フルニ農夫、武人ニ適合スレトモ商業ニ對シテ最モ不便
 ナル獨逸法ハ獨逸人種ノ勃興ト共ニ侵入シ來リ、又利息ヲ嚴禁スル寺院法ハ耶蘇
 教ノ隆盛ト共ニ勢力ヲ得ルニ至レリ、就中商業ニ最モ迫害ヲ加ヘタルハ寺院法ニ
 シテ寺院法ハ利息ヲ嚴禁シタルノミナラス貨物ニ加工セスシテ之ヲ轉換シ其間
 ニ利益ヲ得ルハ違法背理ノ最モ甚クシキモノト爲セリ、故ニ寺院法ニ依レハ殆ト
 總テノ商業ハ舉ケテ違法背理ノ行爲ニ屬スルニ至リタリ、以上述ヘタル如ク商業
 ノ進歩ハ之ヲ古代ト比較シテ其面目ヲ一新シタルニ拘ハラズ一般私法ハ却テ退
 歩頽敗シタルノミナラス裁判ノ手續モ亦中古時代ノ形式主義ノ影響ヲ受ケ頗ル
 煩雜ト爲リタリ、斯ノ如ク商業ノ實際ト一般法制トカ相背馳スルニ至リテハ商人
 ハ勢一般私法ニ對シ特別法ヲ制定シ又特別裁判所ヲ創設シテ自ラ立法シ又自ラ
 裁判ヲ爲シ以テ一般法ノ羈絆ヲ脱セサルヲ得サルニ至リタリ、是レ即チ中古時代
 ニ於テ商法カ特別法ト爲リタル客觀的原因ナリトス

商法カ特別法ト爲リタルハ以上ニ述ヘタル種種ノ原因ニ因ルモノナリト雖モ更ニ又之ヲ補助シテ容易ナラシメタル主觀的原因ノ存スルアリ即チ歐羅巴ノ中古時代ニ在リテハ我國ノ封建時代ニ於ケルト同シク士農工商ハ各別個ノ階級ヲ成シ各種ノ産業ニ從事セル者ハ各皆團體ヲ作り團體員以外ノ者ニハ其産業ニ從事スルコトヲ許ササルモノト爲シ團體員ノミカ各其專門ノ産業ニ從事シタリ是ニ於テカ商人モ亦所謂商人團體「コレギア、メルカトールム」ヲ作り自ラ立法ヲ爲シテ商人ノ階級ニ適合セル一種ノ商人法ヲ制定シ又自ラ裁判ヲ爲シテ今日ノ商事裁判所ノ嚆矢ヲ成スニ至リタリ而シテ商人カ住民ノ多數ヲ占メタル都市ニ於テハ商人ニ關スル特別法カ其都市ノ法規中ニ定メラレタルモノ亦稀ナリトセス或ハ特定ノ都市ニ至リテハ其住民ノ大半ハ商人タリシ爲メ其都市ノ法律ハ即チ商人法ニシテ其都市ノ裁判所ハ即チ商人ノ裁判所タルモノアリタリ又是等ノ各都市ハ其外國貿易ヲ擴張シテ在外ノ市民ヲ庇護スルコトヲ努メタリ其最モ主ナルモノハ有名ナル「ハンザ」同盟ノ如キ即チ是ナリ

以上述ヘタル如ク中古時代ニ於テハ商人ニ適應セル特別法ハ商人團體ニ依リ



作ラレ其適用ハ其團體ニ屬セル商人ニ限定セラレタルヲ以テ之ヲ商人法「ユス、メルカトールム」ト稱スルヲ當レリトス而シテ其内容ハ之ヲ分テハ一般私法ノ適用ヲ免ルル爲メニ之ヲ變更スルコトヲ目的トスル消極的規定アリ又商人ニ特別ナル事項ニシテ一般私法ノ規定ノ缺ケタル點ニ付キ設ケラレタル積極的規定アリ其形式ハ多クハ商人間ノ慣習法ニシテ成文ノ法典ヲ成セルモノナシ其中ニ就キ私人ニ依リテ編纂セラレ今日マテ喧傳セラレタルモノヲ舉クレハ例ヘハ「オレロン」判例集「アマルフィ」海法「コンズラドール、マルレ」「キスピ」海法及ヒ「ギティンドン、ドラ、メール」等ニシテ皆海商ニ關スルモノナリ是等諸法成立ノ年代及ヒ場所ニ付テハ學者間ニ爭アルモノアリト雖モ茲ニ之ヲ述ヘス（第五編海商法ノ沿革ニ關スル説明ヲ參照）仍ホ上述ノ商人法ノ實質ニ付テ一言センニ各都市各團體ニ通シテ同様なラサルハ勿論ナレトモ一般私法ノ影響ヨリ脫離スルコト能ハサリシ點ニ於テハ一致セル所アリ故ニ獨逸法系國ニ於ケル商人法ハ獨逸法ノ氣風ニ染ミ羅馬法系國ニ於ケル商人法ハ羅馬法ノ臭味ヲ帶ヒタリ又獨逸羅馬二法ノ混和セル地方ノ商人法ハ其混和ノ蹟ヲ止メ契約法ハ主トシテ羅馬法ニ從ヒ物權法ハ獨逸法ノ

性質ヲ有シタリ

中古時代ノ封建制度漸ク廢額シ中央集權ノ王國ヲ出現スルニ至リテハ商人團體モ亦之ニ伴ヒテ廢額シ殊ニ第十八世紀ノ末葉ニ於ケル革命ニ依リ封建制度地ヲ拂ヒテ蹟ヲ止メサルニ至リタルト共ニ商人團體ノ制度モ亦全然消滅ニ歸シタリ是ニ於テカ商業ハ復商人團體ノ獨占スル所ニ非スシテ商人團體員ニ非サル者モ仍ホ商業ヲ營ミ商人ニ非サル者モ商行爲ヲ爲スニ至リ商法モ亦商人法タル地位ヲ失ヒ一般ノ商事ニ關スル特別法即チ商事法タルニ至リタリ而シテ之ト同時ニ商法カ率先シテ認メタル公平ヲ重シ敏活ヲ尙ヒ當事者ノ意思ノ自由ヲ尊重シテ形式ヲ排斥スルノ主義ハ一般私法タル民法ノ模倣スル所ト爲リ一般私法ハ漸次商法ノ領域ヲ蠶食スルニ至リタリ例ヘハ進歩シタル民法ハ前述シタル「レックス、アナスタシヤナ」ヲ認メヌ又「レジオ、エノルミス」ニ依ル契約ノ取消ヲモ許サス當事者ノ契約ノ自由ヲ重シテ原因ヲ必要トセス又女子未成年者等ニ對スル特典ヲ認メサルニ至リタリ總テ是等ノ法制ハ昔時一般私法ニ對シテ商法カ例外ヲ設ケタルモノニシテ一般私法ノ進歩ト共ニ民法ニ依リテ襲踏セラレタル所ナリ斯ノ如キハ

實質ニ於テハ商法ノ勝利ナリト雖モ形式ニ於テハ商法カ民法ニ依リテ其領域ヲ侵略セラレタルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ商業ノ進歩交通機關ノ完備ト共ニ商法カ更ニ其歩ヲ進メ新規定ヲ爲セル領域モ亦廣汎ナリト謂ハサルヘカラス例ヘハ支配人ノ代理權ニ關スル規定代理商ニ關スル規定鐵道運送ニ關スル規定商事會社ニ關スル新規定等即チ是ナリ故ニ獨ノコーザックカ「商法カ近世ニ至リテ民法ノ爲メニ侵蝕セラレタル區域ト其新ニ得タル區域トハ其廣狹大小ハ邊ニ斷言スルコトヲ得ス」ト言ヘルハ蓋シ至言ト謂ツヘシ且又商業帳簿ニ關スル規定商號ニ關スル規定及ヒ保證ニ檢索ノ利益ヲ認メサル等ノ法制ハ實ニ商法ニ固有ナルモノニシテ民法ノ竟ニ侵スヘカラサル所ナリ斯ノ如ク商法カ常ニ民法ニ先チテ進ミ且其固有ノ領域ヲ有セルハ余ノ先ニ商法ノ性質ヲ述ブルニ當リエンデマン氏等ノ唱道スル民商二法歸一論ニ左袒セザリシ所以ナリ以上ニ述ヘタル所ハ近世ニ於ケル商法ノ實質ノ變遷ナリ然ラハ其形式ニ於テ近世ノ商法ハ中古時代ニ比シ如何ナル差異アリヤト云フニ前述ノ如ク中古時代ノ商法ハ商人團體ノ慣習法ニシテ別ニ國家ノ立法ニ係ハル法典ヲ存シタルニ非ス

然ルニ封建制度ノ破壊ニ伴ヒ王權ノ擴張ト共ニ國家ハ漸次其立法權ヲ商事ニ關スル法律ニ用フルニ至リタリ、其濫觴ヲ成セルハ歐洲ノ中央ニ在リテ列國ノ牛耳ヲ取り威風一世ヲ歴シタル佛國ノ路易第十四世ニシテ即チ千六百七十三年及ヒ千六百八十一年ニ於テ商業及ヒ海商ニ關スル二法律ヲ發布シタリ、續テ西班牙ニ於テビルバオ市ノ商業條例出テ、又普國ノ普通國法出テタリ、爾後第十九世紀ニ至リテハ世界ノ文明諸國ハ一トシテ商事ニ關スル法律ヲ有セサルナキニ至リ又其多數ハ商法典ヲ編纂スルニ至リタリ、其詳細ハ次節ニ於テ之ヲ述フヘシ

- (一) *jus mercatorum.*
- (二) *Roles ou jugemens d'Oleron.*
- (三) *tabula Amalphitana.*
- (四) *Consulado del mare.*
- (五) *Seerecht von Wisby.*
- (六) *Guidon de la mer.*

各國商法

第二節 各國商法

文明諸國ノ商法ハ屢述ヘタルカ如ク其規定ノ大體ニ於テハ同様ニシテ又漸ヲ逐フテ相近カントスルノ傾向アリト雖モ尙ホ仔細ニ之ヲ檢スルトキハ數種ノ法系ニ分類スルコトヲ得ヘシ

歐洲大陸ニ於テハ、佛商法先ツ出テ一時全歐ノ商法ハ殆ト皆風ヲ望ミテ之ニ倣ヒタリ之ヲ稱シテ佛法系ノ商法ト謂フ、然ルニ獨商法次テ出テ其固有ノ法制ニ加フルニ佛商法ノ長所ヲ以テシ之ヲ陶冶スルニ獨人特有ノ慎重ニシテ綿密ナル學理的ノ討議ヲ用ヒ細心鏤刻ノ結果ヲ發表シタルヲ以テ管ニ獨法系諸國ニ其影響ヲ及ホシタルノミナラス曩ニ佛商法ニ倣ヒテ法典ヲ制定シタル諸國モ之ヲ改正スルニ當リテハ獨商法ノ主義ヲ交フルニ至リタリ是ニ於テカ獨法系ノ商法及ヒ佛獨折衷法系ノ商法ナルモノヲ生シタリ、歐洲以外ノ諸國モ其商法典ヲ編纂シタルモノハ是等法系ノ何レカニ屬セサルモノナシ、唯英法及ヒ露國法ハ是等ノ以外ニ於テ別ニ獨立特殊ノ地位ヲ有セリ故ニ先ツ是等ノ三法系ニ付テ説明シ次ニ英

米法及ヒ露國法ヲ叙述スヘシ

佛商法及
諸國商法系

第一款 佛商法及ヒ佛法系諸國商法

佛國ニ於テハ前ニ述ヘタルカ如ク路易第十四世ノ御宇ニ於テ千六百七十三年ノ商業條例^(一)千六百八十一年ノ海商條例^(二)出テタリ此二條例ハ佛國ノ有名ナル宰相コルベール氏ノ意見ニ依リ編纂セラレタル勅令ニシテ現行商法ノ基礎タルト同時ニ今日文明諸國ニ於ケル商法ノ共同ノ祖先ナリト謂フコトヲ得ヘシ而シテ此商業條例ハ十二章百二十二條ヨリ成リ商事ニ關スル裁判管轄商人手形及ヒ破産ニ關スル規定ヲ爲セルモノニシテ世人或ハ其起草者ノ名ヲ冠シテ之ヲザヴァリ^(三)一法典ト稱スルコトアリ又海商條例ハ海上法規ノ總體ヲ包含セルモノニシテ全部五編ヨリ成リ公法上ノ規定ニモ及ヒ甚ク浩瀚ナルモノナリ

佛國ノ現行法ハ千八百七年ノ商法典ニシテ其編纂ハ佛國大革命前ヨリ企圖セラレタレトモ有名ナル那破翁ノ決定ニ依リテ始メテ實行セラレタルモノナリ全部四編六百四十八條ヨリ成ル即チ第一編商一般第二編海商第三編破産及ヒ有罪破

産第四編商事裁判ナリ此法典實施以後ニ於テ其一部ヲ改正又ハ補充シタル法律ハ頗ル多クシテ今之ヲ枚舉スルニ遑アラスト雖モ其最モ著シキ改正ヲ舉クレハ千八百三十八年五月二十八日法律ニ依ル破産ニ關スル修正及ヒ千八百六十七年七月二十四日法律ニ依ル會社法ニ關スル修正即チ是ナリ

佛商法ハ實ニ現今ニ於ケル各國商法ノ源泉ニシテ各國法一トシテ其影響ヲ被ラサルハナシ就中最モ之ヲ模倣セルモノ即チ純粹ナル佛法系ノ商法ヲ舉クレハ和蘭希臘土耳其埃及ハイチーノ諸國法ナリ又中央亞米利加南亞米利加ノ多數ノ諸國法ハ主トシテ西班牙舊商法ヲ模範トセルモノニシテ西班牙舊商法ハ佛法系ニ屬スルモノナレハ是等ノ諸國法モ亦佛法系ノ商法ナリト謂フコトヲ得ヘシ

西班牙葡萄牙伊太利自耳義羅馬尼亞諸國ノ舊商法ハ亦佛法系ニ屬セルモ是等ノ諸國ハ或ハ新法典ニ依リ或ハ單行法ニ依リ其舊商法ヲ修正シテ佛獨折衷法系ニ移リタリ

(一) Ordonnance de commerce.

(II) Ordonnance touchant la marine.

緒論 商法ノ沿革 各國商法

第二款 獨商法及ヒ獨法系諸國商法

獨逸ニ於テハ千七百九十四年ノフリードリッヒ大王ノ普漏西國法中ニ於テ四百九十四條乃至千四百七十五條ニ商事ニ關スル規定ヲ爲セリ、獨逸聯邦全部ニ行ハルヘキ法律トシテハ千八百四十八年獨逸普通手形條例^(一)出テ、次テ千八百六十一年獨逸普通商法^(二)出テタリ、手形條例ハ復多少ノ修正ヲ經テ今尙ホ其效力ヲ有ス、千八百六十一年ノ商法ハ所謂舊商法ト稱セラルルモノ即チ是ナリ、其編別ハ商人、商會社、匿名組合及ヒ共算商業組合、商行爲、海商ノ五編九百一十一條ヨリ成レルモノナリ、後時時修正ヲ施シ殊ニ千八百七十年及ヒ千八百八十四年ノ二次ニ於テ株式合資會社及ヒ株式會社ニ關スル規定ノ大修正ヲ爲シ終ニ千八百九十七年ニ至リ民法ノ編纂ニ伴ヒ全部ノ修正ヲ遂ケタリ此修正商法ヲ稱シテ獨逸新商法ト謂フ其編別ハ商人、商會社及ヒ匿名組合、商行爲、海商ノ四編九百五條ヨリ成レルモノニシテ、其舊商法トハ大同小異ナリト雖モ、其最モ舊商法ト異ナル點ハ所謂主觀主義ヲ採リ商人ノ行爲ヲ以テ商行爲ト爲シ、商法ノ適用ヲ主トシテ商人ニ限定セン

トシ、再ヒ中古ノ商人法主義ニ復歸セントスル傾向アルコト即チ是ナリ、獨法系ニ屬スル商法ハ、奧地利、匈牙利、ボスニヤ、ヘルツェゴビナノ諸商法ナリ、我新商法モ亦之ニ屬スルモノト謂フコトヲ得ヘシ、又瑞西及ヒスカンジナビヤ諸國ハ商法典ヲ有セサレトモ獨法系中ニ算スルコトヲ得ヘシ、奧地利ニ於テハ其獨逸聯邦ヨリ脫退スル以前ニ於テ公布シタル獨逸普通手形條例及ヒ獨逸舊商法ハ大體ニ於テハ依然舊態ノママ行ハル唯舊商法中ノ海商編ノミハ初メヨリ適用ナキモノナリ、匈牙利ニ於テハ千八百七十五年ノ商法、千八百七十六年ノ手形條例アリテ共ニ獨逸ノ手形條例及ヒ舊商法ニ酷似セリ、瑞西ニ於テハ各州ニ依リ法制一樣ナラサルモ千八百八十一年ニ發布セラレタル聯邦債務法^(三)ハ全國ニ行ハル、モノニシテ、全部三十四章九百四條ヨリ成リ、其中ニ會社、手形、小切手、商業登記、商號、商業帳簿等商事ニ關スル規定ヲ含メリ、スカンジナビヤ諸國即チ瑞典、諾威、丁抹ハ別ニ商法典ヲ有セス、商事ニ關シテハ各國各數箇ノ單行法ヲ有スルノミナルカ千八百八十年ノ手形法及ヒ千八百八十七

年ノ商業登記商號及ヒ支配人ニ關スル法律ハ各國ニ通シテ行ハレ、大體ニ於テ獨
商法ノ主義ニ從ヘルモノナリ、各國ノ法律中ニテハ千八百九十五年ノ瑞典ノ株式
會社法ハ比較的ニ完全ナルモノナリ

- (I) allgemeine deutsche Wechselordnung.
- (II) allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch.
- (III) Bundesgesetz über das Obligationenrecht.

第三款 佛獨折衷法系諸國商法

佛獨折衷法系諸國商法

佛獨折衷法系ニ屬スルハ西班牙、葡萄牙、伊太利、白耳義、羅馬尼亞、セルヴィヤ、ブルゲン
チン諸國ニシテ、是等ノ諸國ハ概テ始メハ佛商法ニ倣ヒタル法典ヲ有セシモ後之
ヲ修正シテ折衷法系ニ屬スルニ至リタルモノナリ、唯セルヴィヤノ千八百六十年ノ
商法ハ手形ニ關シテハ獨法系ノ主義ニ從ヒ、其他ハ大體佛法系ニ屬スルヲ以テ(千
八百九十五年ノ株式會社ニ關スル)之ヲ折衷法系中ニ算シタルナリ、我舊商法ノ如キ
モ亦此法系ニ屬スルモノト謂フコトヲ得ヘシ

西班牙ニ於テハ千七百三十七年フィリップ第五世ノ認可ヲ經タルビルバオ市ノ商
業條例ハ後西班牙及ヒ其殖民地ノ各市ニ行ハルルニ至リタリ、千八百二十九年ニ
主トシテ佛法典ニ倣ヒタル商法出テ千八百八十五年ニ至リ之ニ獨逸法ノ趣味ヲ
交ヘタル新商法出テタリ、西班牙舊商法ノ法系ニ屬スルモノハ中央亞米利加、南亞
米利加ノ諸國ニシテ即チブラジル、智利、ペリウ、コロンビヤ、コスタリカ、ホンジュラス
サンサルバートル、ニカラガ、グアテマラ等ノ諸國商法是ナリ

葡萄牙ニ於テハ千八百三十三年ノ舊商法ハ佛法系ニ屬シタレトモ、千八百八十八
年ノ新商法ハ獨逸法ノ趣味ヲ交ヘタリ、南米アルゲンチンノ千八百八十九年ノ新
商法ハ主トシテ葡萄牙ノ新商法ニ倣ヒタルモノニシテ其規定頗ル見ルヘキモノ
アリ南米諸國商法中ニ在リテ異彩ヲ放テリ

伊太利ノ千八百六十五年ノ商法ハ佛法系ニ屬シタレトモ、千八百八十二年ノ新商
法ハ半佛半獨ニシテ折衷法系ニ屬セリ、千八百八十七年ノ羅馬尼亞新商法ハ殆ト
全部之ヲ襲踏シタルモノナリ
白耳義ハ從來全ク佛國商法ヲ襲用シタレトモ、千八百六十七年以來單行法ヲ以テ

漸次之カ改正ヲ爲シ、千八百八十七年マテ二十九ノ法律ヲ出スニ至リタリ、是レ亦獨逸法ヲ加味シタルモノナリ

英米商法

第四款 英米商法

英國ハ歐洲大陸諸國ニ比シ一種特異ノ状態ヲ成シ、古來慣習法ノ國トシテ別ニ法典ヲ有セサルヲ以テ名アリ、故ニ其商法ト謂フモ別ニ法典アルニ非スシテ慣習法(一)中ノ商事ニ關スル規定及ヒ商事ニ關スル數多ノ成文法(二)ヨリ成ルモノニ外ナラス、今成文法中商事ニ關シ最モ密接ナル關係ヲ有スルモノヲ舉クレハ千八百六十二年ノ會社法(三)千八百六十七年、千九百年ノ(二)千八百八十二年ノ手形法(四)千八百八十三年ノ破産法(五)其他シイイングランドノ破産法アリ(六)千八百九十年ノ組合法(七)千八百九十三年ノ動産賣買法(七)千八百九十四年ノ商船條例(八)等其主ナルモノナリ

北米合衆國ハ各州ニ依リテ法制一樣ナラス、然レトモ主トシテ英法系ニ屬シ英國ノ慣習法ハ殆ト一般ニ行ハル、商事ニ關スル成文法ハ概テ皆州法(九)ノ規定スル所

ナレハ各州ニ依リテ一樣ナラス、唯一二ノ成文法ノ各州ニ通シテ行ハルヘキモノアルニ止マル

- (一) common Law.
- (二) statute Law.
- (三) Companies Act.
- (四) Bills of exchange Act.
- (五) Bankruptcy Act.
- (六) Partnership Act.
- (七) The sale of goods Act.
- (八) Merchant Shipping Act.
- (九) State Law.

露國商法

第五款 露國商法

露國ニハ獨立ノ商法典アルコトナシト雖モ、千八百三十五年以來施行セラレタル

緒論 商法ノ沿革 各國商法

帝國法典⁽¹⁾ノ第十一卷ハ商事ニ關スルモノニシテ五編ニ分タレ夥多ノ規定アリ、手形、破産、取引所等ニ關スル規定ヲモ含メリ、其後屢修正ヲ加ヘタルカ千八百五十七年ノ修正ハ最モ著シキモノタリ、近時ニ至リテハ復改正ノ議アリ、其中改正手形法ハ千九百三年ヨリ實施セラレタリ、（イールド・シミット商法雜誌第五十三卷ニカイ
ス・トルノイ・ベックルニ氏ノ註解ヲ附シタル譯
文アリ、法學志林第五十一號）
以下ニ其重譯ヲ掲載セリ）

(1) Szwed sakonow.

日本商法

第三節 日本商法

我商法ニハ所謂新舊二商法典アリ、舊商法ハ獨逸人レーズレル氏ノ起草ニ係ハリタルモノニシテ、明治十四年起草ヲ命セラレ、十七年ニ至リ稿成リ進達シ爾後各種委員ノ手ニ依リ審議セラレ、二十三年元老院ノ議決ヲ經テ同年四月法律第三十二號ヲ以テ公布セラレタリ、其施行期日ハ二十四年一月一日ト定メラレタレトモ有名ナル法典施行延期論ナルモノヲ生シ、其結果其施行ハ展延期セラレ、二十六年三月法律第九號ヲ以テ同年七月一日ヨリ其一部タル第一編第六章即チ商事會社、第

日本商法

十二章即チ手形及ヒ第三編即チ破産並ニ商事會社ニ關シテ第一編第二章即チ商業帳簿及ヒ第四章即チ商業登記ノミヲ實施シタリ、是ヨリ先商事ニ關スル單行法ハ多ク出テタリト雖モ概ネ皆行政法規即チ商公法ニ屬セルモノニシテ、純粹ナル商私法ニ關スルモノニハ明治十五年十二月太政官布告第五十七號爲替手形約束手形條例アリタルノミナリシカ此條例ハ舊商法ノ一部施行ト共ニ其效力ヲ失ヒタリ

明治二十五年法律第八號ニ依リ民法及ヒ商法ノ施行延期セララルヤ政府ハ翌二十六年三月勅令ヲ發シテ法典調査會ヲ設ケ法典ノ起草審議ニ從事セシメタリ、法典調査會委員中帝國大學法科大學教授法學博士梅謙次郎、同法學博士岡野敬次郎及ヒ司法省參事官法學博士田部芳ノ三氏主トシテ商法修正案ノ起草ノ任ニ當リ、舊商法ノ全部ニ亘リテ根本的ノ大修正ヲ加ヘ三十年十二月ニ至リテ之ヲ議了シ、第十一帝國議會及ヒ第十二帝國議會ニ提出シタリシモ衆議院ノ解散ニ因リ通過スルニ至ラス、舊商法ハ明治二十九年法律第九十四號ニ依リ三十一年六月三十日マテ其施行ヲ延期セラレタルニ過キサリシヲ以テ同年七月一日ヨリ殆ト一年間

新商法

ハ舊商法ノ殘部一時實施セラレタリ

明治三十一年第十三帝國議會ノ開會セラルルヤ政府ハ三ヒ商法修正案ヲ提出シ、翌三十二年二月ニ至リテ議了セラレ、同年三月一日法律第四十八號ヲ以テ修正商法ヲ公布シ、同年四月ノ勅令第三十三號ニ依リ同年六月十六日ヨリ施行セラレタリ、舊商法ニ對シテハ人之ヲ呼ンテ新商法ト謂フヲ常トス(商法編纂ノ沿革日本商法論一卷三章四節法典施行延期論ニ付テハ富井博士民法原論一卷五七頁以下參照)

新舊商法ノ差

新舊二商法間ニハ其規定ノ形式ニ於テモ又實質ニ於テモ幾多ノ差異アリ一之ヲ枚舉スルノ邊ナシト雖モ其最重要ナル差異ノ點ヲ舉クレハ次ノ如シ

(一) 新商法ハ一般私法タル民法ニ對スル特別法トシテ編纂セラレタレハ其規定ハ商事ニ關スル特別規定ノミニ止メ民法ノ規定ト重複シ又ハ故ナク之ト矛盾スルコトヲ避ケタリ、舊商法ハ此點ニ付テハ獨逸舊商法ニ倣ヒ民法ニ屬スヘキ一般規定ヲモ包含シタルモノ尠ナカラス、獨逸ニ於テハ民法典ハ千八百九十七年ニ至リテ始メテ成立シ千九百年ヨリ實施セラレタルモノナレハ舊商法ハ之ニ比較スレハ殆ト四十年前ニ編纂セラレタルモノナリ然ルニ民法典ノ施行前

ニ於テハ各聯邦ハ互ニ法律ヲ異ニシタルヲ以テ斯ノ如ク商法中ニ民法ニ屬スヘキ規定ヲモ包含セシメテ規定シタルハ蓋シ已ムヲ得サルニ出テタルモノナレトモ我國ノ如ク民法ト商法トカ同時ニ並ヒ行ハルルニ當リ二法典ノ規定カ徒ニ重複シ又ハ抵觸セルハ甚タ理由ナキコトナルヲ以テ新商法ハ此點ニ關シ舊商法ト異ナリタル主義ヲ採用シタルナリ、此點ニ關スル舊法典ノ缺點ハ實ニ法典施行延期論ノ有力ナル一論據タリシナリ

(二) 新商法ハ其規定ヲ私法上ノ規定ノミニ止メ公法ニ屬スヘキモノハ之ヲ特別法ニ讓リタリ例ヘハ私設鐵道法、保險業法、船舶法、船員法等即チ是ナリ、舊商法中ニハ之ニ反シテ多クノ公法的規定ヲ包含セリ

(三) 新商法ハ其規定ヲ實體上ノ規定ノミニ止メ手續法ニ屬スヘキモノハ之ヲ特別法ニ讓リタリ、非訟事件手續法即チ是ナリ、舊商法中ニハ之ニ反シテ多クノ手續規定ヲ包含セリ、蓋シ手續ニ關スル規定ハ時勢ニ應シ屢變更スヘキモノナルカ故ニ之ヲ一括シテ實體法ト共ニ編纂スルトキハ一方ニ於テ法典カ屢變更ヲ受クルノ害アルト同時ニ他方ニ於テハ手續法ノ機宜ニ適スル變更ヲ爲スニ難

キノ弊アルヲ以テ新商法ハ舊商法ト異ナリタル主義ヲ採用シタルナリ

(四) 新商法ハ破産ニ關スル規定ヲ法典中ヨリ除外シタリ是レ英法系、獨法系ニ倣ヒ破産ト家資分散トノ區別ヲ廢シ別ニ單行法ヲ設ケテ破産ニ關スル一般ノ規定ヲ爲シ商人タルト非商人タルトヲ分クスシテ廣ク之ヲ破産ニ適用セントスルヲ以テナリ而シテ其趣旨ニ依レル破産法案ハ法典調査會ノ議決ヲ經テ近時世ニ公ニセラレタリ其法律ト爲ルハ蓋シ遠キニ非サルヘシ

舊商法ハ佛法系ニ從ヒ破産ニ關スル規定ヲ商法第三編ニ規定シタリ然レトモ其適用ノ範圍ハ佛商法ノ如ク商人ノミニ限局セララルモノニ非ス又英獨法ノ如ク商人ト非商人トヲ分クサルモノニ非ス一種特異ノ折衷主義ニ依リタルモノニシテ商ヲ爲スニ當リ支拂ヲ停止シタル者ハ裁判所ノ決定ヲ以テ破産者トシテ宣告セラルヘキモノトセリ(舊商法九七八條)此主義ハ支拂ヲ停止シタル者ノ商人タルト非商人タルトヲ顧慮セズ唯其行爲ノミニ著目シテ破産法適用ノ範圍ヲ決定セントスルモノナリ故ニ商人ト雖モ商ヲ爲スニ當リテ支拂ヲ停止スルニ非サレハ破産者ト爲ラサルト同時ニ商人以外ノ者ト雖モ商ヲ爲スニ當リ支拂

ヲ停止スルトキハ破産ニ關スル規定ノ適用ヲ受クヘキモノナリ然レトモ此主義ノ理由ニ乏シク且公平ヲ缺キタル法制ナルコトハ學者一致シテ之ヲ唱道シタルヲ以テ商法施行法第三十八條ニ依リテ之ヲ改メ佛商法ト同シク商人ニ限リテ破産ニ關スル規定ヲ適用スヘキモノト爲セリ故ニ現行法トシテハ破産ニ關スル規定ハ商人ノミニ適用セララルヘキモノナリトス

(五) 編別ニ於テ新商法ハ總則、會社、商行爲、手形及ヒ海商ノ五編ト爲シタリト雖モ舊商法ハ商ノ通則、海商及ヒ破産ノ三編ト爲シ會社、商行爲及ヒ手形ニ關スル規定ノ如キハ皆之ヲ通則編中ニ包含セシメタリ即チ新商法ハ主トシテ前述シタル獨商法ノ編別ニ倣ヒタルモノニシテ唯之ト異ナルハ手形ニ關スル規定ヲ單行法ト爲サスシテ商法中ノ一編ト爲シタル點ニ在リ之ニ反シテ舊商法ハ前述シタル佛商法ノ編別ニ倣ヒタルモノニシテ唯商事裁判編ヲ省キタル點カ之ト異ナレルノミ尙ホ舊商法ハ其規定ノ實質ニ付テモ佛商法ニ模倣セル點比較的ニ多シトス

最後ニ新商法ノ編別ニ付キ説明センニ新商法ハ五編ヨリ成レルモノニシテ第一

編總則ハ七章ヨリ成リ第一章法例ニ於テ商法適用ノ範圍ニ關スル規定ヲ爲シ第二章商人以下ノ六章ニ於テ商ノ主體タル商人及ヒ商人ノ設備並ニ其機關ニ關スル規定ヲ爲セリ第二編會社ハ七章ヨリ成リ法人タル商人即チ會社ニ關スル特別規定ヲ爲セリ會社ハ亦商人ノ一種ナルヲ以テ第一編中ニ掲ケタル規定ハ概ネ皆之ニ適用アルモノナリ然ルニ會社ニ關スル規定ヲ別ニ一編ト爲シテ規定シタルハ會社ニ關スル規定ハ頗ル浩瀚ナルモノニシテ特種ノ體系ヲ成セルヲ以テナリ第三編商行爲ハ十章ヨリ成リ商事中ノ大部分ヲ占ムル商行爲ノ通則及ヒ各種ノ商行爲ニ關スル特別規定ヲ爲セルモノニシテ商法全體ノ中樞タリ第四編手形ハ四章ヨリ成リ特種ノ沿革ト原則トヲ有スル有價證券タル手形ニ關スル規定ヲ爲セルモノニシテ手形ニ關スル行爲ハ亦商行爲ノ一種ニ外ナラスト雖モ(二六三)獨逸、匈牙利ノ國法ノ如キハ手形ニ關スル規定ヲ特別法ニ讓リ商法中ニ規定セサルヲ見ルモノ之ヲ獨立ノ一編ト爲スノ至當ナルヲ知ルコトヲ得ヘシ舊商法カ第一編第十二章ヲ手形及ヒ小切手ト題シ之ニ關スル規定ヲ商ノ通則中ノ一章ト爲セルハ却テ其當ヲ失シタルモノト謂ハサルヘカラス外國法ヲ觀ルニ手形ニ關スル規

定ヲ商法中ニ設ケ之ヲ商事契約ノ一種ト爲セルモノニ佛國法及ヒ其法系ニ屬スル和蘭、伊太利、西班牙、葡萄牙、白耳義等ノ諸國法アリ然レトモ手形ニ關スル行爲カ果シテ契約ノ一種ナリヤ或ハ特種ノ一方行爲ナリヤニ付テハ近時多數ノ學說ハ寧ロ一方行爲說ニ傾ケルノミナラス若シ之ヲ以テ契約ノ一種ナリトスルモ商事契約ニ關スル一般ノ理論ニ從フ能ハサルコトハ疑ヲ容レサル所ナリ故ニ之ヲ商事契約ノ一種トシテ規定スルハ頗ル其理由ニ乏シ又之ニ反シテ獨逸國法カ手形ニ關スル規定ヲ單行法ト爲セルハ一方ニ於テハ手形ニ關スル規定カ特種ノ沿革ト原則トヲ有スルカ故ニ一團トシテ別ニ之ヲ規定スルヲ便トスルニ因レリト雖モ他方ニ於テハ手形ニ關スル規定ハ千八百四十七年獨逸カ未タ聯邦各國ニ通スル法典ヲ有セサリシ當時ニ於テ實際ノ必要上及ヒ聯邦統一ノ一手段ト爲スカ爲メニ聯邦各國ニ通スル法律トシテ編纂セラレタルモノニシテ全然沿革上ノ理由ニ基キテ單行法ノ形式ヲ採レルモノナリ故ニ我商法ハ學理上手形法カ特別ノ單行法ナラサルヘカラサル理由ナキヲ以テ獨逸法及ヒ之ニ模倣セル匈牙利法ノ主義ニ倣ハス又佛法系ノ如ク之ヲ商事契約ノ一種トモ爲サスシテ別ニ獨立ノ一編

ヲ設ケ商法中ニ其規定ヲ爲シタルモノナリ、最後ノ第五編ハ第六章ヨリ成リ船、船員等ノ規定ヲ爲セルモ、其主要ナル部分ヲ占ムルハ海上運送及ヒ海上保險ニ關スル規定ナリ、是等ハ勿論商行為ノ一種ニシテ陸上ニ於ケル運送及ヒ保險ハ商行為編中ニ其規定アリト雖モ、海商ニ關スル規定ハ大ニ其性質ヲ異ニシ、且古來ノ沿革上ヨリ見ルモ全然別種ノ發達ヲ爲シタルモノナルカ故ニ之ヲ同一ノ編中ニ規定セザリシナリ、斯ノ如ク海商ニ關スル規定ヲ獨立ノ一編トシテ規定シタルハ佛、獨其他各國法典ノ悉ク一致スル所ナリ

總則

第一編 總則

第一章 商法ノ法源

商法ノ法源

第一條

茲ニ商法ノ法源トハ商事ニ關シテ適用セラルヘキ私法ノ淵源ヲ謂フ、商法ハ商事ニ關シ本法ニ規定ナキモノニ付テハ商慣習法ヲ適用シ商慣習法ナキトキハ民法ヲ適用スト規定セリ、(一)本條ノ規定ハ商法ノ法源ニ商法商慣習法及ヒ民法ノ三アルコトヲ示スト同時ニ是等ノ法律カ如何ナル順位ニ依リテ適用セラルヘキカ詳言スレハ如何ナル法律カ商事ニ關シテ第一次ニ適用セラレ、如何ナル法律カ第二次ニ適用セラレ、如何ナル法律カ第三次ニ適用セララルヘキカヲ定メタルモノナリ、而シテ本條ニハ商法商慣習法民法ノ三法律ヲ舉クルニ止マルト雖モ此以外ニ於テモ商事ニ關スル特別法令民事ニ關スル特別法令及ヒ民事ニ關スル慣習法ハ亦商事ニ適用セラルヘキモノナレハ、以下本章ヲ商法商慣習法民法ノ三節ニ分チテ商事特別法令民事特別法令民事慣習法ヲモ其中ニ併セ論シ、是等ノ法源ノ性質ヲ説明シ其適用ノ順位ヲ叙述スヘシ

總則 商法ノ法源

然レトモ本條ハ商法ノ法源ト其適用ノ順位ヲ定ムル最モ重要ナル規定ナレハ是等ノ説明ニ進ムニ先チ之ニ關スル主ナル諸國法ノ規定ヲ述ヘテ參考ニ供センニ本條ハ獨舊商法第一條ニ倣ヒタルモノニシテ句(一)伊(一)西(二)葡(三)ノ諸國法ハ略ホ皆之ト同シ唯葡商法ハ商慣習法ヲ認メサル點ニ於テノミ之ト異ナレリ

獨新商法ニ於テハ商法ノ效力ニ關スル規定ハ悉ク之ヲ法典中ヨリ除去シ施行法中ニ掲クルノ主義ヲ採リタル結果トシテ本條ニ該當スル規定ヲ有セス唯施行法(二)條ニ商事ニ關シテ商法及ヒ本法ニ特別ノ規定ナキ場合ニ於テノミ民法ヲ適用ス(一)ト規定セルノミニシテ慣習法ノ效力ニ關シテハ一モ規定スル所ナク之ヲ學說ニ讓リタリ斯ノ如ク法律ノ效力ニ關スル規定ヲ商法中ヨリ除キテ施行法ニ讓リタルト慣習法ノ效力ニ關スル規定ヲ爲サハルトハ共ニ獨民法ノ採用セル主義ニシテ新商法ハ之ト步調ヲ一ニセルモノナリ尙ホ獨逸法ニ於ケル慣習法ノ效力ニ關シテハ後ニ至リテ之ヲ説明スヘシ

佛商法ニ於テハ商法ノ法源ニ關スル一般ノ規定ナク唯其第十八條ニ會社契約ハ民法商事特別法(一)及ヒ當事者間ノ契約ニ因リテ定ムトアリ然レトモ是レ民法ト

商法トノ適用ノ順位ヲ定メ民法ヲ商法ニ先クシメタルモノニ非スシテ却テ民法中ニハ商法ノ規定カ民法ノ規定ニ先ツヘキコトヲ示シタル規定尠ナカラス(例ハ民法一〇七條一四五三條一三四一條二〇八四條等)而シテ是等ノ規定ニ商事特別法ト言ヘルモノニハ慣習法ヲモ包含セルモノト解スルノ至當ナルコトハ前掲ノ商法第十八條ニ對シ民法第千八百七十三條ニ本章ノ規定ハ商事會社ニ關シテハ商法及ヒ商慣習(三)ニ抵觸セサル限度ニ於テ適用セラルト規定セルヲ見ルモ明カナリ

- (一) Lois particulières au commerce.
- (二) Lois et usages du commerce.

第一節 商法

實質的意義ニ於テ商法トハ商ニ關スル特別私法ヲ指稱スルモノニシテ成文法ト慣習法トヲ包含スルモノナリト雖モ茲ニ所謂商法トハ形式的意義ニ於ケル商法即チ商法典ヲ指スニ外ナラス商法ハ民法ニ對シテハ特別法ナルノ故ヲ以テ之ニ先チテ適用セラレ商慣習法ニ對シテハ成文法ナルノ故ヲ以テ又之ニ先チテ適用

セラル、唯商法自身カ特定ノ事項ニ付キ商慣習法又ハ民法ノ規定ニ依ルヘキコトヲ定ムル場合ハ其例外タレトモ斯ノ如キ場合ハ甚タ稀ナリ(例ハ三條)而シテ商法カ商慣習法及ヒ民法ニ先チテ適用セラルトハ商法ノ規定中任意法タルト命令法タルトヲ分タス又明カニ掲ケラレタル法文タルト法文ノ解釋上當然生スル論理上ノ結論タルトヲ問ハサルナリ、法文ノ論理上ノ結論ハ即チ法文自身ニ外ナラス人或ハ之ヲ稱シテ學理上ノ商法(一)ナリト唱フル者アリ、然レトモ學理ナルモノハ商法ノ法源ト爲ルモノニ非スシテ商法ヲ解釋シ以テ其精神ヲ探究スルノ一方法タルニ過キササルナリ所謂學理上ノ商法ハ即チ商法ノ一部ニ外ナラス、若シ商法以外ニ於テ別ニ學理上ノ商法ナルモノヲ存シ民法ノ規定ニ先チテ適用セラルヘキモノトスレハ誤ナリ

商法ノ解釋ニ關シテハ勿論一般法律ノ解釋方法ニ依ルヘキモノニシテ別ニ他奇アルニ非ス、唯一言注意スヘキハ元來商法ハ商事ニ關スル特別法ニシテ民法ニ對スル例外法ニ非ス故ニ其規定ノ解釋ヲ爲スニ當リテハ例外規定ノ解釋ヲ爲ス場合ノ如ク嚴格ニ法文ノ字句ヲ解釋シ、苟モ明文ナキトキハ直チニ民法ノ一般規定

商法ノ解釋

ニ從ハントスルカ如キコトアルヘカラス、必スヤ解釋ノ許ス範圍内ニ於テ法文ノ精神ヲ酌ミ民法ニ先チテ之ヲ適用セサルヘカラス

上述ノ如ク商法ノ法文ハ之ヲ狹義ニ解シ之ヲ例外規定視スルコトナクシテ法文ノ精神ヲ探究シ民法ニ先チテ之ヲ適用セサルヘカラスト雖モ法文ノ精神ヲ探究スルトハ法文以外ニ解釋ノ材料ヲ採リ法文ニ依ラスシテ立法者ノ意思ヲ臆測シ法文ヲ蔑視シ其明示スル所ニ反シテ便宜的ノ解釋ヲ爲ストノ意味ト誤解スヘカラス、若シ法文ヲ離レテ立法者ノ意思ヲ探リ常識ニ從ヒテ之ヲ曲解スルヲ可ナリトスルトキハ國家カ法典ヲ編纂シ法律ヲ制定スルハ實ニ無用ノ徒事ニ屬ス、寧ロ初メヨリ常識ト便宜トニ從ヒテ裁判ヲ爲スノ簡便ナルニ如カサルナリ、近時裁判所ノ判決カ時ニ或ハ法文ニ拘泥シタルモノアリタルノ結果之カ反動ヲ起シ法文ヲ無視シテモ尙ホ便宜ニ符合セントスルノ議論ヲ生シタルモノ、如シ、故ニ一般法文ノ解釋問題トシテ少シク此點ニ關スル學說ノ傾向ヲ叙述スヘシ

法文解釋ノ方法ニ付テハ昔ノド下ニス以來羅馬法派ノ學者ノ多數ハ常ニ立法者ノ意思ナルモノニ重キヲ置キ法文ヲ離レテモ之ヲ探究セントスル傾向ヲ有セ

法文解釋

リ例へハキンドシイドハ法律ヲ解釋スルニハ其發布當時ノ法律狀態ト立法者カ
 之ヲ發布シタル目的トニ依ラサルヘカラス若シ法文ノ表示ニシテ不明ナルモノ
 アランガ解釋ニ依リテ之ヲ明瞭ニシ若シ不正ナルモノアランガ解釋ニ依リテ之
 ヲ訂正スヘク法文解釋ノ能事ハ法文ノ表面ニ現ハレタル意味ヲ解明スルニ止マ
 ラス之ニ包含セラレタル立法者ノ裏面ノ意思ヲ探究スルニ努メサルヘカラスト
 論述シタリ之ニ對シテ近時テールカ獨逸私法緒論ヲ著ハスヤ立法者ノ意思ハ法
 文ヲ離レテ表示セラレルコトナシ法律ヲ解釋スルニハ材料ヲ法文ニ採リ之ヲ解
 釋スルヲ以テ足レリトスト反論シタリヘルデルノ「パンデクテン」法論ワッハノ民事
 訴訟法論、ピンジングノ刑法論ノ如キハ皆テールノ獨逸私法緒論ノ文句ヲ引用シ
 以テ此說ニ贊成シタリ其最モ極端ナルハコーラーニシテ同氏ハ法律カ發布セラ
 レタルトキハ一ノ有機體ト爲リ立法者ノ意思ヲ離レテ法律自體ノ意思ヲ有スル
 ニ至ルカ故ニ之ヲ解釋スルニハ法文ノ示ス所ニ從ヒテ法律自身ノ意思ヲ探究セ
 サルヘカラスト主張シタリ（グリューンフット私法及ヒ民法雜誌第八卷所載論文）惟フニ獨逸ノ一般私法タリ
 シ「パンデクテン」法ハ其源ヲユスチニヤン「法典ニ酌ミタルモノナリ然ルニ同法典

ハ各種ノ學說及ヒ法令ヲ聚集シタルモノナルカ故ニ法文中抵觸又ハ缺漏ノ點尠
 ナカラス從テ法文ノ表面ニ現ハレタル文言ノミニ依リテハ之ヲ論理的ニ解釋ス
 ルニ苦ミタルコト多キヲ以テ勢法文以外ニ解釋ノ材料ヲ求メテ立法者ノ意思ヲ
 付度スル一種ノ解釋方法ヲ生シタルモノナルヘシト雖モ近時ニ至リ獨逸ニ於テ
 ハ各種ノ法典稍完備シ其抵觸セル點ヲ調和シ缺漏セル點ヲ補充シ了リタルニ庶
 幾キヲ以テ其解釋ノ方法モ專ラ法文ニ依ルモノトスル斬新ナル學風ヲ生シタル
 モノナルヘシ今ヤ我國ニ於テモ法令ノ完備シタルコト略ホ獨逸ニ近シ從テ又法
 文ノ解釋方法モ「テール」等ノ新說ニ從フヲ可トスヘシ余ハコーラーノ如キ極端說
 ニ左祖スルモノニ非サレトモ法文ノ表示スル所明々自々ナルニモ拘ハラヌ強テ
 之ヲ曲解シテ便宜ト常識トニ苟合セントスルコトノミニ努ムルカ如キハ其可ナ
 ル所以ヲ知ラサルナリ勿論法律ハ手段タルニ過キサルヲ以テ便宜ニ應シテ之ヲ
 改廢スルヲ妨ケヌト雖モ若シ法律ノ適用ニ依リテ恣ニ之ヲ改廢センカ國民ハ適
 從スル所ヲ知ラヌ寧ロ初メヨリ法律ナキニ如カサルニ至ルヘシ

商事ニ關スル特別法令ハ商法商慣習法及ヒ民法ニ對シテ如何ナル關係ヲ有スル

高可(漢)之特
別法令
施ス

ヤト云フニ商法施行法第二條ニハ商事ニ關スル特別ノ法令ハ商法施行ノ後ト雖
モ仍ホ其效力ヲ有ス下規定セルヲ以テ商法施行前ヨリ存在セル特別法令カ商法
ノ規定ニ先チテ適用セラルヘキコトハ明瞭ナリト雖モ商法施行後ニ發布セラレ
タル特別法令ニ付テハ別ニ規定ナキヲ以テ場合ヲ分チテ説明セサルヘカラス特
別法令ニシテ商法民法其他ノ法律ニ牴觸セサルモノタルトキハ其有效ナルコト
ハ勿論ナレトモ特別法令カ既存ノ法律ニ牴觸スル場合ニ於テハ特別法令カ法律
法律ニ代ルヘキ命令(八條注)又ハ法律ノ委任ニ因ル命令ナルトキハ其法律ニ先チテ
適用セラルヘキモ其他ノ命令ナルトキハ其效力ナキモノト謂ハサルヘカラス商
事ニ關スル特別法令中ニハ商法ニ附屬セルモノト之ニ附屬セサル單行法令トア
リ商法ニ附屬セルモノハ明治三十二年法律第四十九號商法施行法同年勅令第二
百七十一號小商人ノ範圍ニ關スル件三十二年法律第七十七號商法中署名スヘキ場
合ニ關スル件三十二年遞信省令第十九號商法第五百六十二條ニ依ル書類ノ件同
年同省令第二十號湖川港灣及ヒ沿岸小航海ノ範圍ノ件等はナリ
商法ニ附屬セサル特別法令ハ殆ト枚擧スヘカラサレトモ其重要ナルモノヲ擧ク

レハ明治二十三年法律第七十二號銀行條例同年法律第七十三號貯蓄銀行條例十
五年布告第三十二號日本銀行條例二十七年勅令第二十九號橫濱正金銀行條例二
十九年法律第八十二號日本勸業銀行法同年法律第八十三號農工銀行法三十年法
律第三十八號臺灣銀行法三十二年法律第七十六號北海道拓殖銀行法三十三年法
律第七十號日本興業銀行法三十三年法律第六十四號私設鐵道法同年法律第六十
五號鐵道營業法二十六年法律第五號取引所法三十三年法律第六十九號保險業法
三十二年法律第三十八號商標法同年法律第四十六號船舶法同年法律第四十八號
船員法等ノ諸法律アリ又是等ノ法律ニ附屬セル施行規則其他ノ命令アリ總テ是
等ノ特別法令中ニハ多クノ行政法的規定ヲ包含スレトモ同時ニ商私法ニ屬スヘ
キ規定ヲモ有スルコト決シテ尠少ニ非サルナリ故ニ周到的ニ商私法ノ説明ヲ試
ミントスレハ必スヤ是等ノ特別法令ニ論及スルコトヲ要スヘキモ本書ニ於テハ
煩雜ヲ避クルカ爲メニ二三ノ場合ノ外ハ之ニ付テ敘述スルコトナカルヘシ

(一) 獨 wissenschaftliches Handelsrecht

第二節 商慣習法

適用順位

商慣習法ハ商法典ト相合シテ所謂實質的意義ニ於ケル商法ヲ成スモノナリ故
 ニ法律ハ民法ニ對シテハ特別法ナルノ故ヲ以テ之ニ先チテ適用セラルヘキモノ
 ト爲セリ然レトモ商慣習法ハ商法典ニ對シテハ之ニ後レテ適用セラルヘキモノ
 ナルヲ以テ商法典ノ規定ノ命令規定タルト任意規定タルト間ハス之ニ牴觸ス
 ル規定ヲ存スルコトヲ得ス換言スレハ商慣習法ハ商法ノ規定ニ對シテハ所謂變
 更力ヲ有セサルナリ蓋シ商慣習法ニ變更力ヲ認メテ商法典ノ規定ト平等ノ地位
 ニ立タシメ之ト兩々相並ヒテ適用スヘキモノトスルトキハ國家カ明文ヲ以テ定
 メタル規定ニシテ商慣習法ノ爲メニ廢止變更セラルルモノアルニ至リ人ヲシテ
 適從スル所ニ苦ムニ至ラシムヘキヲ以テナリ

商慣習法ト一般慣習法ト

商慣習法トハ商事ニ關スル慣習法ヲ謂フ故ニ其成立ノ要件及ヒ拘束力ノ所由ニ
 付テハ一般ノ慣習法ト異ナル所ナシ唯其效力ニ付テノミハ商法第一條ノ特別規
 定アルノ結果一般ノ慣習法ト同シカラサルモノアリ故ニ以下ニ於テハ先ツ一般

一般慣習法ト成立要件

ノ慣習法ニ付キ其成立ノ要件ト拘束力ノ所由トヲ論シ次ニ商慣習法ノ效力ニ及
 フヘシ

慣習法ト拘束力ノ所由

口頭確信

慣習法ノ成立要件ニハ二アリ第一ニ慣習アルコトヲ要ス慣習トハ態様ヲ同シク
 シ繼續シテ慣行セラル、習俗ヲ謂フ第二ニ法律タル觀念所謂オビニオ、ユーリス、
 エト、ネツェンターチス⁽¹⁾ヲ要ス法律タル觀念トハ其慣習ノ支配ヲ被ル者カ其慣習
 ヲ法律ナリト信スルニ因リテ之ニ從フコトヲ謂フサヴィニー、プフタ等ハ慣習法ノ
 拘束力ノ所由ニ關シテ國民確信說ヲ採リ法律ハ自然ニ國民間ニ生スルモノニシ
 テ國民ノ確信スル所即チ法律ナリト謂フ、歴史派ノ議論ヲ極端ニ主張シタル結果
 トシテ慣習ヲ以テ慣習法成立ノ要件ト爲サスシテ却テ之ヲ以テ既ニ存在スル法
 規ノ表示方法タルニ過キストシ、國民間ノ確信カ直接ニ其行爲ニ依リテ表示セラ
 ルルトキハ之ヲ慣習法ト謂ヒ間接ニ國家ノ立法ニ依リ表示セラルルトキハ之ヲ
 成文法ト謂フモノナリト言ヘリストップ、ベーラウ、アジゲス、ダーン、テール等モ亦此
 說ニ贊同セリ然レトモ慣習又ハ法文ヲ離レ全然抽象的ニ表示ナキ法律ナルモノ
 ノ存在ヲ認ムルコトヲ得サルヤ明カナレハ此說ハ誤レリト信スウエヒテルノ⁽²⁾ウニル

久野義

成立要件ノ後

要件ハ此ニ

テンプルヒ私法論、スタールノ法理學ヲ始トシ其他シンテニスウングル、キンドシヤ
 イド等近時多數ノ學者ハ皆之ニ反對セリ、慣習ハ實ニ慣習法ノ内容ヲ定ムルモノ
 ニシテ其成立ニ缺クヘカラサル條件ノ一ナリ、而シテ態様ヲ同シクシ幾回繰返ヘ
 スコトヲ要スルヤ又幾何ノ期間行ハレタルコトヲ要スルヤニ付テハ別ニ一定ノ
 標準ナク唯人ヲシテ法律ナルカ故ニ之ニ從ハントスルノ觀念ヲ生セシムルヲ以
 テ足レリトス、是レ裁判官ノ認定ニ任スヘキ問題ナリ、又次ニ法律トシテ之ニ從フ
 ノ觀念トハ慣習法ノ適用ヲ被ルヘキ各個ノ人ニ付テ之ヲ謂フモノニ非スシテ之
 ニ從フコトノ法律上ノ必要カ其支配ヲ受クヘキ地方又ハ階級ノ人民間ニ一般ニ
 感セラルルコトヲ謂フ以上ニ述ヘタル二條件ノ外、慣習カ公ノ秩序、若クハ善良ノ
 風俗ニ反セサルモノナルコト及ヒ法律トシテ之ニ從フノ、觀念カ錯誤ニ因リタル
 モノニ非サルコト等ノ要件ヲ舉クル者アレトモ是レ當然言フヲ俟タサルコトニ
 シテ要件トシテ舉クヘキモノニ非スト信ス、尙ホ慣習法ノ成立條件ニ付テハ學者
 ノ説ク所一様ナラス其中余ノ首肯スルコト能ハサルモノ甚タ多シト雖モ事商法
 論ノ範圍ヲ脱スルヲ以テ之ヲ省略ス

一般慣習法ノ拘束力ノ所由

口説默認説ト
口説確信説ト

慣習法ノ成立要件ト區別セサルヘカラサルハ慣習法ノ拘束力ノ所由ナリ、慣習法
 ノ拘束力ノ所由ニ付テハ羅馬法時代ニハ國民ノ意思ハ法律ノ根據基礎ナルニ因
 ルト説明セシカ後、國家主權ノ思想起ルニ及ヒテハ慣習法ハ國家ノ默認ニ依リテ
 其拘束力ヲ得ルモノナリト謂ヘリ、然ルニサウイニ以下ノ歴史派ノ起ルニ及ヒ慣
 習法ハ國民ノ確信ニ因リテ其效力ヲ有スト唱道スルニ至レリ、此二説ハ現今仍ホ
 學者間ニ論争セラル、所ニシテ國家默認説ヲ唱フル主ナル論者ハエー、マイエル、
 プルンスキール、マウレンブレ、ヘル、ビンヤング、ザイデル、リヌメリン（獨逸私法理
論雜誌二七
 卷）等ナリ、又國民確信説ハサウイニ、プフタ以後キンドシヤイド及ヒレーグルスベル
 ゲル等ニ至ルマテノ多數ノ私法學者ニ依リテ主張セラル、然レトモ此二派ノ議論
 ハ法律ニ關スル根本的ノ觀念ヲ異ニシ各別個ノ前提ヲ採リテ論シタルヨリ生シ
 タルモノナリ即チ一ハ法ハ國家ノ意思ナリト謂ヒ一ハ法ハ國民ノ確信ナリト謂
 フヨリシテ之ヲ論争スルモノニシテ、各別個ノ見地ニ立チテ慣習法カ實際ニ於テ
 法カヲ有スルコトノ事實ヲ説明セントスルモノニ過キス、議論ノ前提タル法律ニ
 關スル觀念ニシテ之ヲ決定スルコトヲ得サル以上ハ何ヲ以テ二説ノ當否、優劣ヲ

ニ述何レ

譯

畢章

判定スルコトヲ得ンヤ斯ノ如ク此二説ハ共ニ慣習法ノ拘束力ノ所由ヲ説明スルニ足ラサルヲ以テチーテルマンノ如キハ慣習法ノ拘束力ノ所由ニ關スル學說ヲ批評シテ其缺點ヲ指摘シ且慣習法ハ實際行ハレ居ルカ故ニ效力アルナリト謂ヒ其拘束力ノ所由ニハ論及セサルナリ(民事實際雜 誌六六卷)デルンブルグノ如キモ同シク之ヲ以テ沿革上ノ事實ナリト謂フニ止メ其以上ノ説明ヲ試ミサルナリ(パンテリク慣習法ノ拘束力ノ所由ニ關シテハ學說紛紛タルコト上述ノ如シト雖モ此問題ハ畢章スルニ一般ニ法律カ何故ニ拘束力ヲ有スルカト謂フ法理學上ノ大問題ニ歸著スルモノニシテ又我國法ハ明文ヲ以テ慣習法ノ效力ヲ認ムルヲ以テ單純ナル我國法ノ解釋トシテハ此問題ヲ論スルノ必要ヲ感セサルカ故ニ茲ニハ別ニ其詳細ヲ論述セス唯慣習法成立ノ要件ト此問題トヲ混同スヘカラサルコトヲ注意セン

ト欲スルノミ慣習法成立ノ要件ハ如何ナル場合ニ於テ慣習法アリヤト謂フ問題ニシテ其拘束力ノ所由ハ慣習法ハ何ノ故ニ效力アリヤノ問題ナリ

一般慣習法ノ效力
 法例

慣習法ノ效力ニ關シテハ我國法ハ明文ヲ以テ之ヲ定ム法例第二條ハ「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規

商慣習法

一説(書本)

一説

外(一説)慣習ノ效力

定ナキ事項ニ關スルモノニ限リ法律ト同一ノ效力ヲ有スト規定セリ故ニ慣習法ハ單ニ法令ニ規定ナキ事項ニ關シテ補充力ヲ有スルノミニシテ管ニ成文ノ法律ニ對シテ變更力ヲ有セサルニ止マラス命令ニ對シテモ仍ホ變更力ヲ有スルコトヲ得ス然レトモ商慣習法ニ付テハ商法第一條ノ特別規定アリテ法律ハ之ニ與フルニ民法ノ規定ニ對スル變更力ヲ以テセリ從テ商慣習法ハ民法以外ノ民事ニ關スル特別法令ニ對シテモ亦變更力ヲ有スルモノト解釋スルヲ妥當トスヘシ此點ニ於テハ商法第一條ハ法例第二條ニ對スル例外規定タリ或ハ民法ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ非サレハ商慣習法ノ成立ヲ認ムヘカラストシ從テ商法第一條ハ此點ニ關シテハ無用ノ空文ナリト言フ者アレトモ(書本 總論六七頁以下)斯ノ如キハ法律カ民法ニ先チテ商慣習法ヲ適用スヘキモノトセルノ趣意ヲ看過シタルモノト謂ハサルヘカラス

慣習法ノ效力ハ我國法ノ解釋トシテハ上述ノ如ク明晰ナリト雖モ外國ニ於テハ常ニ議論ノ衝點タリ既ニ羅馬ノユスチニアン法典ニ於テモ「シゲスツム」中ノユリアヌスノ説ハ慣習法ニ認ムルニ成文法ヲ變更スルカヲ以テセルモ「コーデックス」中

ノコンスタンチーヌス帝ノ命令ハ之ヲ否定セリ是ニ於テカ此矛盾ヲ調和セント
 スルコトハ羅馬法ヲ研究スル學者ノ力ヲ用ヒタル所タリ然レトモ近時ニ至リ一
 般ノ學說ハ慣習法ハ亦法律ナルヲ以テ法律タルノ效力ハ別ニ成文法ト異ナルコ
 トナシトシ之ニ變更力ヲ認ムルモノヲ多數トス唯近時ノ立法ハ之ニ反シテ成ル
 ヘク其效力ヲ制限セントセリ即チ商慣習法ニ關スル我商法第一條ノ規定及ヒ之
 ニ該當セル獨舊商法、商法等ノ規定並ニ 民法第十條、索逕民法第二十八條、我法
例第二條等ハ此例ナリ、獨逸ニ在リテハ民法第一草案第二條ニハ「慣習法ハ法律ニ
 依リテ認メラレタル限度ニ於テノミ其效力ヲ有ス」ト規定セシモ民法ハ之ヲ削除
 シ此問題ヲ學說ニ委ネタリ、獨新商法モ亦同シ然レトモ獨逸ノ新法典カ全然慣習
法ノ存在ヲ認メサルニ非サルコトハ民法施行法第二條ニ民法典ニ於テ法律^(三)
ハ總テノ法規^(四)ヲ謂フト規定セルニ依リテ明カナリ是ニ於テカ新法典ニ於ケル
 慣習法ノ效力ハ再ヒ學者論争ノ目的ト爲リ例ヘハ一方ニ於テエンデマンノ民法
 教科書スタウブノ商法註釋及ヒマコーウエルノ商法註釋ハ變更力ヲ有セストスル
 ニ對シコーザックノ如キハ其商法教科書ニ於テハ新商法ニ於ケル商慣習法ノ地位

例

ハ舊法典ニ比シ一層佳良ナリト言ヒ其民法教科書ニハ慣習法ト成文法トカ抵觸
 セル場合ニ於ケルニ法間ノ效力ノ優劣ハ各個ノ事實問題ニ委スヘキモノニシテ
 成文法ハ常ニ慣習法ニ優ルモノナリト論スルコトヲ得ヌト言ヘリ多數ノ學者ハ
 斯ノ如キ誇張的ノ語ヲ用ヒサレトモ亦慣習法ノ變更力ヲ認ム^{(例ハハクローメ、エッ}
^{テリング、エルトマン)}余ハ獨逸法ノ解釋トシテハ此多數說ニ贊成スル者ナリ富井博
 士ハ獨逸法ニ於テハ一般ニ慣習法ノ效力ヲ認メサルモノトセラルレトモ^{(民法原}
^{頁七一)}余ノ見ル所ハ之ト異ナレリ

事實の慣習ト
 法律の慣習(商)
 慣習(商)

商慣習法ノ說明ニ關シテハ尙ホ述フヘキコトアリ即チ商慣習法ハ之ヲ事實タル
 慣習^(所謂商)ト區別スルコトヲ要ス事實タル慣習ハ法律タル慣習ト異ナル獨逸ニ
 於テモ或學者^(例ハハク獨逸私法理論雜誌)ハ此二者ヲ混同シ其結果慣習法ノ成立ニ
 ハ法律トシテ之ニ從フノ觀念ヲ要セサルモノト論セリト雖モ是レ一般ノ學說ニ
 反セル所トス事實タル慣習ハ法律ノ淵源ニ非スシテ唯當事者ノ意思ヲ解釋スル
 ノ材料タルニ過キス^(民法第九十二條)法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナ
 リタル慣習アル場合ニ於テ法律行爲ノ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認

民92

ムヘキトキハ其慣習ニ從フト規定セルハ事實タル慣習ニ關スル規定ナリ即チ事實タル慣習ハ當事者カ之ニ從フノ意思ヲ有セルモノト認ムヘキ場合ニ於テノミ其效力アルモノナリ換言スレハ事實タル慣習ハ當事者ノ意思表示ヲ補充シ其意思ヲ明瞭ニスル材料タルニ過キササルモノトス之ニ反シテ法律タル慣習即チ商慣習法ハ法律ナルヲ以テ當事者カ之ニ從フノ意思ヲ有スルト否トヲ問ハス常ニ之ヲ適用スヘキモノナリ而シテ他ノ一方ニ於テハ事實タル慣習ハ當事者カ之ニ依ルノ意思ヲ有スルモノト認ムヘキトキハ當事者ノ意思表示ノ内容ヲ形成スルモノナルヲ以テ當事者ノ意思表示タルノ效力ニ因リテ法律中ノ任意規定ヲ變更スルコトヲ得ヘシト雖モ法律タル慣習ハ之ニ反シテ法令ノ規定ノ任意的タルト命令的タルトヲ問ハス之ニ反スルコトヲ得ス舊商法ニ於テハ獨舊商法ニ於ケルト同シク商慣習ナル文字ヲ用ヒタリ獨舊商法ニ於テハ商慣習ナル文字ヲ用ヒタルニ拘ハラヌ學者ノ多數ハ之ヲ解シテ法律タル慣習ヲ指スモノニシテ商慣習法ト同一意義ナリトセリ然レトモフェルデルンドルフツオル（獨逸私法理論）等二三ノ輩ハ事實タル慣習ヲモ含ムモノト爲セリ我商法ハ此點ニ關スル疑ヲ避クル爲メ明

カニ商慣習法ト謂ヘルナリ

- (一) 獨 Handelsgewohnheitsrecht.
- (二) opinio juris et necessitatis.
- (三) Gesetz.
- (四) Rechtsnorm.
- (五) 獨 Handelsgebräuche oder Usance.

第三節 民法

民法ハ一般私法ノ通則ヲ定メタルモノナレハ特別法タル商事特別法令商法及ヒ商慣習法ニ規定ナキ場合ニ於テハ商事ニ關シテモ亦民法ノ適用アルモノトス蓋シ商法ハ商事ニ關スル特別法ナリト雖モ商事ニ關スル總テノ規定ヲ網羅シテ殘ササルモノニ非スシテ却テ一般法ニ從ヒテ支障ナキ事項ニ付テハ故ラニ規定ヲ設ケスシテ之ヲ民法ニ讓リ規定ノ重複ヲ避ケタルヲ以テナリ

商法第一條ニ民法トアルハ商法典ヲ指シテ本法ト謂ヘルニ對照スレハ其民法典

ヲ指セルモノナルコト明カナレトモ、民法典以外ノ民事ニ關スル特別法令ト雖モ其適用ヲ除外セラルヘキ理由ナキヲ以テ商事特別法令、商法及ヒ商慣習法ニ規定ナキ場合ニ於テハ其特別ノ事項ニ付テハ民法ニ先テテ適用セラルヘシ、然レトモ法律ニ抵觸スル通常ノ命令カ其效力ナキコトハ商事特別法令ニ付テ説明シタルト同様ナリ

最後ニ民事ニ關スル慣習法カ法令及ヒ商慣習法ニ規定ナキ場合ニ於テ商事ニ適用セラルヘキコトハ殆ト言フ俟タサル所ナルヘシ

商法適用ノ範圍

第二章 商法適用ノ範圍

商法適用ノ範圍ハ種々ノ見地ヨリ之ヲ觀察スルコトヲ得ヘシ、通常時ニ關スルモノ、人ニ關スルモノ、所ニ關スルモノ及ヒ事ニ關スルモノノ四問題ニ分テテ論述セラルレトモ、商法ハ商人ナル特定ノ階級ニ屬スル人ノミニ適用セラルルニ非ス又内國人ニ限リテ適用セラルルニモ非サルヲ以テ人ニ關スル商法適用ノ範圍ハ茲ニ之ヲ論スル必要ナシ、又所ニ關スル商法適用ノ範圍ニ關シテハ商法及ヒ商法施

人及此ニ関スル
商法適用ノ範圍

行法中ニモ二三ノ規定アレトモ（例ハ二二五條一、二六條一、二七條一、二八條一、二九條一、三〇條一、三一條一、三二條一、三三條一、三四條一、三五條一、三六條一、三七條一、三八條一、三九條一、四〇條一、四一條一、四二條一、四三條一、四四條一、四五條一、四六條一、四七條一、四八條一、四九條一、五〇條一、五一條一、五二條一、五三條一、五四條一、五五條一、五六條一、五七條一、五八條一、五九條一、六〇條一、六一條一、六二條一、六三條一、六四條一、六五條一、六六條一、六七條一、六八條一、六九條一、七〇條一、七一條一、七二條一、七三條一、七四條一、七五條一、七六條一、七七條一、七八條一、七九條一、八〇條一、八一條一、八二條一、八三條一、八四條一、八五條一、八六條一、八七條一、八八條一、八九條一、九〇條一、九一條一、九二條一、九三條一、九四條一、九五條一、九六條一、九七條一、九八條一、九九條一、一〇〇條一）是等ハ各其特定ノ事項ヲ述ブルニ當リテ説明スヘク、其他ハ一般ノ國際私法ノ問題ニ屬スルヲ以テ茲ニハ之ヲ論セサルヘシ

時
系列施
例

時ニ關スル商法適用ノ範圍ニ付テハ商法施行法第一條ハ不溯及ノ原則ヲ定ム曰ク、商法施行前ニ生シタル事項ニ付テハ本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外舊法ノ規定ヲ適用ス、然レトモ此原則ニ對シテハ幾多ノ例外アリ（例ハ一七條一、一八條一、一九條一、二〇條一、二一條一、二二條一、二三條一、二四條一、二五條一、二六條一、二七條一、二八條一、二九條一、三〇條一、三一條一、三二條一、三三條一、三四條一、三五條一、三六條一、三七條一、三八條一、三九條一、四〇條一、四一條一、四二條一、四三條一、四四條一、四五條一、四六條一、四七條一、四八條一、四九條一、五〇條一、五一條一、五二條一、五三條一、五四條一、五五條一、五六條一、五七條一、五八條一、五九條一、六〇條一、六一條一、六二條一、六三條一、六四條一、六五條一、六六條一、六七條一、六八條一、六九條一、七〇條一、七一條一、七二條一、七三條一、七四條一、七五條一、七六條一、七七條一、七八條一、七九條一、八〇條一、八一條一、八二條一、八三條一、八四條一、八五條一、八六條一、八七條一、八八條一、八九條一、九〇條一、九一條一、九二條一、九三條一、九四條一、九五條一、九六條一、九七條一、九八條一、九九條一、一〇〇條一）此他施行法ノ大部分ハ時ニ關スル商法適用ノ範圍ヲ規定セルモノナリト雖モ今一一之ヲ説明スルノ必要ナキヲ以テ之ヲ施行法ノ條文ニ譲リ特定ノ事項ニ付テ説明スルニ當リ之ヲ摘示スルコトアルヘシ

事ニ關スル商法適用ノ範圍ハ商事（一）ナリ、商法ハ商事ニ固有ナル法律ナレハナリ、商事トハ何ヲ謂フカ舊商法第三條ニハ「商事トハ商人又ハ其他ノ人ノ爲シタルニ拘ハラス總テノ商取引及ヒ其他本法ニ規定シタル事項ヲ謂フ」トアリ、是レ商事ノ定義ヲ下スコトヲ敢テシタルモノナリ、然レトモ商法適用ノ範圍ナル商事ハ商取

主商事ノ意
リ定体上ノ
ナリ

引其他商法ニ規定シタル事項ヲ謂フトスルハ問ヲ以テ問ニ答フルノ憾アルト同時ニ商法ニ規定シタル事項以外ニ商事ナルモノナシトスルハ商ノ發達商事ノ擴張ヲ妨クルノ虞アリ故ニ我新商法ハ獨逸法ト同シク商事ニ關スル意義ノ解釋ハ之ヲ學說ニ讓リテ其規定ヲ爲サズ

商事ノ何タルニ付キ學者ノ下ス所ノ定義ハ頗ル區區ニシテ一致セス或ハ商交通ニ關スル法律關係ナリト言ヒ(ベドレ)或ハ商ニ屬スル法律上ノ事項ナリト言ヒ(ト)或ハ商ニ屬スル私法關係ナリト言ヒ(マコ)然レトモ是等各種ノ說明ハ抽象的ニ過キタリ是等ノ諸說ニ從フトキハ商ノ概念ヲ明カニスルコトヲ得サル以上ハ商事ノ概念モ亦同シク之ヲ明カニスルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス(コーザック)ハ商事ハ商人ノ營業ニ屬スル私法事項ナリト言ヘリ商人ナル語ノ意義ハ商法ノ之ヲ明定スル所ナルヲ以テ此定義ハ稍具體的ニシテ商事ノ意義ヲ明確ニスルニ足ルカ如シト雖モ後ニ述フル如ク我商法ハ獨新商法ノ如ク所謂主觀主義ニ依リタルモノニ非スシテ學者ノ所謂折衷主義ノ立法ニ屬シ或行爲ハ商人ニ非サル者ノ間ニ行

ハルル場合ト雖モ仍ホ商行爲ト爲ルヲ以テ商事トハ商人ノ營業ニ屬スル事項ナリト謂フトキハ此種類ノ商行爲ハ商事中ニ含マレサルモノト爲ルヘシ故ニ此定義ハ狭キニ過クルモノニシテ直チニ之ヲ採リテ我商法ノ解釋ニ用フルコトヲ得スガライニスハ商事トハ商人ニ固有ナル及ヒ商行爲ニ因リテ生シタル私人的交通ノ生活關係ヲ謂フト言ヘリ然レトモ商人及ヒ商行爲ニ關スル事項以外ノ事項ニシテ商法ノ規定セルモノナキニ非サルヲ以テ此定義モ未タ完全ナルモノト謂フコトヲ得ス(ゴールド)シニミットハ商事ハ商人又ハ商行爲又ハ商品ニ關スル事項又ハ單ニ成法ノ規定ニ依リテ商法ニ從フヘキモノト定メラレタル事項ナリトセリ(商法網要)然レトモ商品ナル語ハ法律上明確ナル意義ヲ有セス物品其他ノ財產カ商ノ目的タル間ニ於テノミ之ヲ商品ト謂フニ過キスシテ性質上ノ商品ナルモノアルコトナシ故ニ余ハ商事トハ商人又ハ商行爲ニ關スル事項及ヒ商法カ規定シタル其他ノ事項ヲ謂フト言ハント欲ス獨舊商法ノ下ニ於テハ聯邦諸國中ニハ施行法ノ規定ニ依リ商事ヲ列舉シテ其概念ヲ明カニセントシタルモノ多カリシモ商事ハ之ヲ列舉シテ盡スコトヲ得ヘキモノニ非サルナリ

以上商事ニ付テ述ヘタル所ハ事ニ關スル商法適用ノ範圍タル商事ナリ即チ實體法ノ適用範圍ヲ定ムル爲メニ必要ナル商事ナリトス故ニ學者ハ或ハ之ヲ實體法上、又ハ私法上ニ於ケル商事ト稱セリ然レトモ中古ノ商人團體ノ時代ニ於テハ其團體ノ裁判所ノ管轄權ヲ定ムル爲メニ商事ノ意義ヲ定ムルノ必要アリタリ又佛商法第六百三十一條乃至第六百三十八條、奧商法施行法第三十八條及ヒ第三十九條等ニ制限的ニ列擧スル事項ハ同シク商事裁判所ノ管轄事項ヲ定メタルモノニ外ナラス學者之ヲ稱シテ形式法上、又ハ訴訟法上ニ於ケル商事ト言ヘリ詳言スレハ形式法上ノ商事トハ商事裁判所ノ管轄ニ屬スヘキ訴訟事件ヲ指スニ外ナラス我國ニ於テハ商事裁判所ノ如キ制度ナキヲ以テ形式法上ニ於ケル商事ナルモノヲ存セスト雖モ近時商事ニ關スル裁判ノ遲緩ヲ訴フルノ聲ト共ニ商事裁判所ノ設置ヲ唱フル者ヲ生シ此事ハ刻下ノ一問題タルカ如キ觀アルヲ以テ簡單ニ此制度ニ付テ叙述セントス

商事裁判所^三ノ濫觴ハ中古商人團體ノ裁判所ニ在リ是等ノ裁判所ハ商人團體ノ消滅ト共ニ消滅ニ歸シ或ハ國家ノ一般裁判所ノ代ル所ト爲リ或ハ國家ノ特別裁判所ノ代ル所ト爲レリ此特別裁判所ハ即チ商事裁判所ナリ現今ニ於ケル各國ノ制度ノ大體ヲ述フレハ英國ニ於テハ最モ熱心ナル議論アルニ拘ハラズ遂ニ商事裁判所ノ設置ヲ見ルコトナク唯商人ヨリ出シタル陪審員等ヲ用フルノ制度アルノミ昔ハ商事裁判所ノ設アリシカ後有力ナル商事裁判所全廢論アリテ終ニ折衷說ニ依リ千八百七十七年以來獨立ノ商事裁判所ヲ廢止シ地方裁判所ニ商事部ヲ置キ商人ヲ代表スル商人團體又ハ商業會議所等ノ推薦ニ係ハリ聯邦諸國ノ任命スル商事裁判官ヲ以テ之ヲ組織スルコトトセリ然レトモ其管轄ノ範圍ハ頗ル狭ク且例外裁判所トシテ當事者ノ請求ニ因リ始メテ管轄權ヲ有スルノニ佛國ニ於テハ商法第四編中ニ規定ヲ存シ獨立ノ商事裁判所ヲ有セリ其裁判官ハ國家ノ任命ニ係ハルモノナレトモ商人タルコトヲ必要トセリ佛國ノ制度ニ倣ヒタルハ白耳義^{千八百六十九年法律ニ依ルナリ}和蘭及ヒ西班牙ハ千八百三十八年以來希臘ハ千八百七十七年以來伊太利ハ千八百八十四年以來商事裁判所ノ制度ヲ廢止セルモ其以前ニ於テハ佛國ノ制度ニ倣ヒタリ瑞西ニ於テハ各州ノ自由ニ委シ其二三州ニハ商事裁判所ヲ存セリ

商事裁判所
ノ濫觴

形式法上ノ商事

總則 商法適用ノ範圍

七一

以上述へタル如ク現今ニ於テハ佛蘭西白耳義ノ二國ノ外ハ獨立ノ商事裁判所ヲ存セス各國ノ傾向ハ大體ニ於テ之ヲ廢止セントスルニ在リ然ルニ若シ我邦ニ於テ之ヲ設置スルコトアラハ世界ノ大勢ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス又或ハ獨逸ノ如ク普通裁判所内ニ商事部ヲ置キ且陪審員ヲ商人ヨリ採用スヘキ旨ノ意見ヲ抱ク者アルカ如シト雖モ陪審員ノ制度ハ我國法ノ一般ニ之ヲ認メサル所ナルノミナラス現今一般商人ノ法律思想ノ狀態ヲ以テ果シテ適當ナル陪審員ヲ得ルヤハ大ニ疑アル所ナリ蓋シテ敏腕ニシテ商法ニ熟達セル裁判官ヲ用ヒ裁判所ノ構成組織等ニ付テハ別ニ現行法ヲ改メス唯手續ニ於テ商事ニ限り多少簡易迅速ヲ主トスル制度ヲ設ケ以テ事件ノ進捗ヲ圖ルニ如カサルヘシ故ニ余ハ商事裁判所又ハ商事部ノ新設說ニハ賛成ノ意ヲ表スルコト能ハサル者ナリ

- (一) 獨 Handelssache. 佛 matière de commerce.
- (二) 獨 Handelsgerecht. 佛 tribunal de commerce.

商行爲

第三章 商行爲

我商法ニ於テ商人ト稱スルハ自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲スヲ業トスル者ヲ謂ス(四)即チ我商法ハ商行爲ヲ基礎ト爲シテ商人ノ意義ヲ定メタルモノニシテ獨新商法ノ如ク先ツ商人ノ意義ヲ定メ商人ヲ基礎トシテ其行爲ヲ商行爲ト爲スモノトハ立法ノ主義ヲ異ニセルモノナリ故ニ商行爲ハ管ニ商事中ノ最重要ナル部分ヲ占ムルモノナルノミナラス又商人ノ意義ヲ定メテ商法ノ適用範圍即チ商事ノ意義ヲ明カニスルニ於テ必要缺クヘカラサル地位ヲ有スルモノナリ是ニ於テカ商人ノ意義ヲ説明スルニ先チ先ツ商行爲ノ意義及ヒ種類ノ大體ニ付キ述フルノ必要ヲ感スルナリ然レトモ各個ノ商行爲ノ説明ニ至リテハ之ヲ第三編第一章ニ讓ラントス

商行爲(一)ノ法律行爲ナルコトハ其名稱ニ依ルモ明カナリ即チ商行爲ハ商ニ關スル法律行爲ナリ法律行爲トハ何ヲ謂フカニ付テハ學者ノ論スル所決シテ一樣ナラス然レトモ通說ニ依レハ法律上ノ效力ヲ生セシメントスル私法的意思表示ニシテ行爲者カ其法律上ノ效力ヲ生セシメント欲スルカ故ニ法律カ其效力ヲ認メタルモノヲ謂フ(法律行爲ノ意義ニ付テハ富井博士民法總論三〇〇頁以下參照)故ニ法律上ノ

總則 商行爲

效力ノ發生ニ關係ナキ行為即チ所謂法律事實ニ非サル行為ハ商行為タルコトヲ得ス、又縱令法律上ノ效力ヲ生スヘキモノト雖モ行為者カ其法律上ノ效力ヲ生セシメント欲スルカ故ニ法律カ其效力ヲ認メタルニ非サル不法行為爲其他ノ法律事實ハ商行為タルコトヲ得サルナリ

然ラハ法律行為中果シテ如何ナル行為カ商ニ關スル法律行為即チ商行為ナルカニ付テハ我商法ハ別ニ概括的ノ定義ヲ與ヘス、舊商法第四條ニハ「商取引トハ賣買貨貸又ハ其他ノ取捌ノ方法ニ因リ產物、商品又ハ有價證券ノ轉換ヲ以テ利益ヲ得又ハ生計ノ爲メニスル旨趣ニテ直接又ハ間接ニ行フ所ノ總テノ權利行為ヲ謂フ殊ニ左ニ掲クルモノハ商取引ニ屬ス云云」ト規定シテ商取引ノ重ナルモノヲ例示セリ、此條文ハ即チ商行為ノ概括的ノ定義ヲ掲ケタルモノト謂ハサルヘカラス、西商法ノ如キモ亦概括的ニ商行為ノ意義ヲ定メントシテ其第二條第二項ニハ「本法ニ定ムル行為其他同様ノ性質ヲ有スル行為ハ之ヲ商行為ト推定ス」ト規定セリ、又葡商法第二條ニ「本法ニ定ムル行為其他商人ノ總テノ契約及ヒ債務ニシテ全ク民事上ノ性質ヲ有セサルモノハ行為自體ヨリ反對ノ理由ヲ生セサル限りハ之ヲ商

行為ト看做ス」ト規定セリ、然レトモ是等ノ規定ハ皆其意義不明ニシテ却テ商法適用上ニ疑ヲ生セシムルノ虞アルヲ以テ我新商法ハ舊商法ノ定義主義ヲ排斥シテ制限的ニ商行為ヲ列舉セリ、故ニ我新商法ノ主義ニ依レハ商行為ハ悉ク之ヲ法律ニ列舉シ法律ニ列舉シタル行為以外ニ商行為アルコトヲ認メサルナリ、換言スレハ我商法ニ於テ商行為ト稱スルハ商法カ商行為トシテ列舉シタル法律行為ヲ謂フモノニシテ、定義主義ニ對シテ之ヲ列舉主義ト稱スルモ可ナリ、各國商法概テ皆列舉主義ヲ採レリ

我商法ノ商トシテ列舉シタル行為ハ如何ナル行為ナルカ即チ商行為ノ實質如何ト謂フニ此點ニ關シテハ立法上三種ノ主義ヲ想像スルコトヲ得ヘク、各國法ノ規定スル所ハ其國風民情ノ異ナルニ從ヒ千差万別ナルハ勿論ナレトモ大體ニ於テハ是等ノ主義ノ何レカニ屬スルモノト謂フコトヲ得ヘシ、三種ノ主義トハ所謂主觀主義、客觀主義及ヒ折衷主義是ナリ

主觀主義トハ商ノ主體タル商人ヲ基礎トシテ商行為ヲ定ムルモノヲ謂フ例ハ獨新商法ハ其第一條ニ於テ「本法ニ於テ商人トハ商業ヲ營ム者ヲ謂フ、商業トハ

(近世折衷)

(主觀主義)

客觀主義

次ニ列擧スル行爲ヲ目的トスル營業ヲ謂フ云云ト規定シ、第三百四十三條ニハ「商
 行爲トハ商人ノ商業ニ屬スル總テノ行爲ヲ謂フ」ト規定セリ、此主義ニ依レハ先ツ
 商人ノ如何ナルモノタルヤヲ定メテ次ニ其商人カ營業トシテ爲シ又ハ其營業ノ
 爲メニ爲ス行爲ヲ以テ商行爲トスルモノナリ、此主義ハ前ニ述ヘタル中古ノ商人
 團體ノ時代ニ於テ行ハレタル所ノモノニシテ當時ニ在リテハ商法ハ即チ商人法
 ニシテ商法適用ノ區域ハ商人ニ限ラレ商人ノ行爲以外ニ商行爲ナルモノ存セザ
 リシナリ、然ルニ近世ニ及ヒテ次ニ説明スル折衷主義ナルモノ起リ商人ノ行爲以
 外ニ商行爲ヲ認ムルニ至リタリ獨舊商法ノ如キモ亦折衷主義ヲ採リタレトモ、商
 法ノ大家テールノ如キハ夙ニ主觀主義ヲ唱道シテ商法ハ營業法タラサルヘカラ
 ス各個ノ投機的行爲ハ之ヲ以テ營業ト稱スヘカラスト言ヘリ(商法論一卷)又獨舊
 商法ノ草案タル普瀋西草案及ヒ第一草案等モ主觀主義ニ依リタリ獨新商法ハ前
 ニ述ヘタル如ク他ノ各國法ト異ナリテ獨リ主觀主義ヲ採リ中古ノ商人法主義ヲ
 復活セルモノナリ

客觀主義(三)トハ行爲ノ本質ニ依リテ商行爲ヲ定ムルモノヲ謂フ詳言スレハ其行

折衷主義

爲ヲ爲ス者カ商人タルト商人ニ非サル者タルトヲ問ハス營業トシテ之ヲ爲スト
 然ラサルトヲ問ハス行爲自體ノ性質ニ依リテ商行爲ト商行爲ニ非サル法律行爲
 トヲ分タントスルモノナリ、然レトモ多數ノ商行爲ハ商人ニ非サル者ニ依リテ個
 個ニ爲サルルトキハ未ダ商行爲タル性質ヲ發揮セスシテ商人カ營業トシテ之ヲ
 行フコトニ因リ始メテ商行爲ト爲ルヘキモノナルヲ以テ其行爲ノ主體ノ何人タ
 ルヤヲ問ハス行爲ノ本質ニ依リテ商行爲ヲ定メントスルノ主義ハ商ノ觀念ニ反
 スルモノニシテ實際ニ於テ此主義ヲ採レル立法例ハ之ヲ見ルコトヲ得サルナリ

折衷主義(四)ハ上述シタルニ主義ヲ併セ用アルモノニシテ同時ニ二種ノ行爲ヲ認
 め一種ノ行爲ハ之ヲ爲ス者ノ商人タルト商人ニ非サル者タルトヲ問ハスシテ之
 ヲ商行爲トシ他ノ一種ノ行爲ハ商人カ之ヲ爲ス場合ニ於テノミ之ヲ商行爲ト爲
 スモノナリ、佛商法獨舊商法及ヒ之ニ倣ヒタル各國商法ハ殆ト皆此主義ヲ採用セ
 り、我新商法モ亦舊商法ト同シク此主義ニ從ヘリ

以上ニ述ヘタル如ク我商法ハ商行爲ノ意義ヲ定ムルニ付キ折衷主義ヲ採リタル
 ヲ以テ我商法ニ依リテ商行爲タルヘキモノニ二種アリ即チ一ハ行爲ノ本質ヨリ

商行爲タルモノ即チ其行爲ノ主體カ商人タルト然ラサルト問ハス常ニ商行爲タルヘキモノニシテ一ハ商人カ之ヲ爲スニ因リ始メテ商行爲タルモノナリ前者ヲ稱シテ絕對的商行爲又ハ客觀的商行爲(五)ト謂ヒ後者ヲ稱シテ相對的商行爲又ハ主觀的商行爲(六)ト謂フ主觀的商行爲ハ更ニ之ヲ二別シテ營業的商行爲及ヒ附屬的商行爲ノ二種トスヘシ營業的商行爲(七)トハ商人カ營業トシテ之ヲ爲スニ因リテ商行爲タルモノヲ謂ヒ附屬的商行爲(八)トハ商人カ其營業ノ爲メニ爲スニ因リテ商行爲タルモノヲ謂フ商法ハ第二百六十三條ニ絕對的商行爲ヲ列舉シ第二百六十四條ニ營業的商行爲ヲ列舉シ第二百六十五條ニ附屬的商行爲ヲ規定セハ是等各種ノ商行爲ノ詳細ハ第三編第一章ニ於テ之ヲ説明スヘシ

商行爲ハ上述ノ分類ト異ナレル方面ヨリ觀テ別ニ之ヲ分類スルトキハ基本的商行爲ト補助的商行爲ノ二種ト爲スコトヲ得基本的商行爲(九)トハ商人ノ意義ヲ定ムル基礎ヲ成ス商行爲ヲ謂フ換言スレハ基本的商行爲ヲ爲スヲ業トスル者カ商人ト爲ルナリ商法第四條中ニ商行爲トアルハ即チ基本的商行爲ヲ指スモノニ外ガラス補助的商行爲(十)トハ商人ノ營業ヲ補助スル商行爲ヲ謂フ故ニ補助的商行

爲ハ商人ノ意義ヲ定ムルニハ必要ナラスシテ却テ商人ノ存在ヲ條件トシテ存在スルモノナリ即チ商人カ其營業ノ爲メニ之ヲ爲スコトニ因リテ商行爲タルモノナリ之ヲ前ニ述ヘタル分類ニ比照スレハ絕對的商行爲及ヒ營業的商行爲ノ二種ヲ合併シタルモノハ即チ基本的商行爲ニ該當スルモノニシテ附屬的商行爲ハ即チ補助的商行爲ニ該當スルモノナリ詳言スレハ商法第二百六十三條及ヒ第二百六十四條ニ列舉スル商行爲ハ即チ基本的商行爲ニシテ之ヲ爲スヲ業トスル者ハ商人タリ第二百六十五條ニ規定スル商行爲ハ即チ補助的商行爲ニシテ商人ノ營業ヲ補助スルノ行爲タリ補助的商行爲ハ前ニ述ヘタル補助的ノ商ト名稱相近シト雖モ其意義ハ異ナレリ之ヲ混同スヘカラス

商行爲ハ更ニ以上ニ述ヘタル二種ノ分類方法ト異ナリタル見地ヨリ之ヲ分類スルトキハ一方的商行爲ト雙方的商行爲トノ二種ト爲スコトヲ得然レトモ此分類ハ前二者ノ如ク行爲ノ本質ヨリ生スル區別ニ因ルモノニ非ス唯或行爲カ當事者ノ一方ノ爲メニ商行爲タルトキハ其行爲ヲ一方的商行爲(十一)ト謂ヒ當事者ノ雙方ノ爲メニ商行爲タルトキハ之ヲ雙方的商行爲(十二)ト謂フニ過キス例ヘハ甲カ

利益ヲ得テ讓渡ス意思ヲ以テ買入レタル動産ヲ乙ニ賣却スル場合ニ於テ乙カ更ニ利益ヲ得テ讓渡ス意思ヲ以テ之ヲ買入レタルトキハ甲乙間ノ賣買ハ甲ノ爲メニハ商法第二百六十三條第一號後段ノ規定ニ依リテ商行爲タルヘク乙ノ爲メニハ同號前段ノ規定ニ依リテ商行爲タルヘキヲ以テ此賣買ハ雙方的商行爲ナリ若シ同様な場合ニ於テ乙カ單ニ自己ノ使用ニ供スル意思ヲ以テ之ヲ買入レタルトキハ甲乙間ノ賣買ハ甲ノ爲メニ商行爲タルヘキモ乙ノ爲メニハ商行爲タラサルヲ以テ此賣買ハ一方的商行爲タリ故ニ此區分ハ之ヲ雙方的法律行爲一方的法律行爲ノ區分ト混同スヘカラス所謂雙方的法律行爲トハ契約ヲ謂ヒ一方的法律行爲トハ單獨行爲ヲ謂フモノニシテ雙方的商行爲一方的商行爲ノ觀念ト相關聯スル所ナキモノナリ

雙方的商行爲ニ付テ當事者雙方ニ商法ノ規定ヲ適用スヘキコトハ勿論ナリ然ルニ法律ハ一方的商行爲ニ付テモ仍ホ當事者雙方ニ商法ノ規定ヲ適用スヘキモノトセリ(三)蓋シ若シ一方的商行爲ニ付テハ當事者ノ一方ノミニ商法ノ規定ヲ適用シ他ノ一方ニハ民法ノ規定ヲ適用スヘキモノトスレハ管ニ法律關係ヲ錯雜ナラ

シムルノミナラス或ハ解決ニ苦ム問題ヲ生スヘキヲ以テナリ故ニ獨新商法ノ如キハ商法ノ嚴格ナル規定ヲ商人以外ノ者ニ適用スルヲ不可トスルノ結果主觀主義ヲ採リタルニ拘ハラヌ仍ホ一方的商行爲ノ場合ニ於テハ商法ノ適用ヲ商人ニ非サル當事者ニ及ホスヘキモノトセリ今一例ヲ擧ケテ此規定ノ必要ナルコトヲ解説センニ上述ノ第二ノ設例ノ場合ニ於テ乙カ代金ノ支拂ヲ怠リタリト假定スルニ甲ハ商法ノ規定ニ依リ六分ノ遅延利息ヲ請求スヘキモ乙ハ民法ノ規定ニ依リ五分ノ遅延利息ヲ支拂フヘキモノト主張スヘシ(二七六條、民商法ハ斯ノ如キ問題ノ發生ヲ杜絶スル爲メ第三條ノ規定ヲ置キタルナリ然レトモ之ニハ例外ノ場合アリテ第二百八十四條ノ留置權ノ規定ノ如キハ雙方的商行爲ニ因リテ生シタル債權ニ限り適用アルモノナリ我商法第三條ニ該當スル規定ハ舊商法第十六條獨舊商法第二百七十七條、尙商法第二百六十四條、獨新商法第三百四十五條等ニシテ佛商法及ヒ其法系ニ屬スル諸國法ハ斯ノ如キ規定ヲ有セサルヲ以テ裁判例ノ如キモ區區ナルカ如シ

雙方的商行爲及ヒ一方的商行爲ノ發生ノ場合ヲ考フルニ當事者雙方カ商人タル

總則 商行爲

双方的商行
一方的商行
二五五
本C

例
289

276
404

場合ニ於テハ其間ノ行爲ハ雙方的商行爲タルコトヲ常トスレトモ必スシモ常ニ然ルニ非ス若シ行爲カ一方ノ當事者タル商人ノ營業ト關係ナク同時ニ其者ノ爲メニ絶對的商行爲タルノ理由ナキトキハ其行爲タルヤ一方的商行爲タルニ止マルヘク(至二六三條乃)又若シ當事者雙方ノ營業ト關係ナク同時ニ雙方ノ爲メニ絶對的商行爲タルノ理由ナキトキハ其行爲タルヤ全然商行爲タラサルヘシ當事者雙方カ商人タラサル場合ニ於テハ其間ノ行爲ハ商行爲タラサルコトヲ常トスレトモ必スシモ常ニ然ルニ非ス若シ其行爲カ當事者ノ一方ノ爲メニ絶對的商行爲タルノ理由アルトキハ一方的商行爲タルヘク又若シ當事者雙方ノ爲メニ絶對的商行爲タルノ理由アルトキハ雙方的商行爲タルヘシ當事者ノ一方カ商人ニシテ他ノ一方カ商人タラサル場合ニ於テハ其間ノ行爲ハ一方的商行爲タルコトヲ常トスレトモ必スシモ常ニ然ルニ非ス若シ其行爲カ商人タル當事者ノ爲メニ商行爲タラサルトキハ全然商行爲タラサルコトヲ得ヘク又若シ商人タラサル當事者ノ爲メニ絶對的商行爲タルノ理由アルトキハ雙方的商行爲タルコトヲ得ヘキナリ

(一) 獨 Handelsgeschäft. 佛 acte de commerce.

- (二) 獨 subjektives System.
- (三) 獨 objektives System.
- (四) 獨 gemischtes System.
- (五) 獨 absolute (objektive) Handelsgeschäfte.
- (六) 獨 relative (subjektive) Handelsgeschäfte.
- (七) 獨 Handelsgewerbe-geschäfte (Gewerbshandelsgeschäfte.)
- (八) 獨 accessorische Handelsgeschäfte.
- (九) 獨 Grundhandelsgeschäfte.
- (十) 獨 Neben- (Hilfs-) handelsgeschäfte.
- (十一) 獨 einseitige Handelsgeschäfte.
- (十二) 獨 zweiseitige Handelsgeschäfte.

商人

第四章 商人

商人ノ意

第一節 商人ノ意義

總則 商人 商人ノ意義

商法第四條ニハ本法ニ於テ商人トハ自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲スヲ業トスル者ヲ謂フト規定セリ茲ニ所謂商人トハ商法ノ適用上ニ於テ商人ト稱スル者ヲ謂フ前述セル如ク商人ノ意義ヲ定ムル基礎タル商行爲即チ基本的商行爲ハ商法之ヲ列擧セリ法律カ制限的ニ列擧スル所ナルヲ以テ其範圍ハ自ラ器械的人工的ニ劃セラレ易ク就中營業的商行爲ノ如キハ別ニ明確ナル學理上ノ標準ナク立法者カ任意的ニ之ヲ定メタルモノト謂ハサルヘカラス從テ斯ノ如キ商行爲ヲ基礎トシテ定メラレタル商人ノ範圍モ亦人工的任意的ニ定メラレタルモノト謂フヘク必スシモ普通ニ所謂商人ナル語ノ觀念ト一致セサルモノアリ普通ニ所謂商人ニシテ商法上ノ商人ニ非サル者アリ例ヘハ店舗ヲ構ヘ自己カ採掘シタル鑛物ヲ販賣スル者ノ如キハ普通ニハ商人ト稱セラレトモ其業トシテ爲ス所ハ商行爲トシテ列擧セラレタル行爲ニ非サルヲ以テ商法上ノ商人ニ非ス之ニ反シテ普通商人ト稱セラレサル者ニシテ商法上ノ商人タル者アリ例ヘハ原料ヲ購買シテ之ヨリ他ノ物ヲ製造シ之ヲ賣却スル者ノ如キ或ハ他人ノ爲メニスル製造又ハ加工ニ關スル行爲ヲ業トスル者ノ如キハ普通ハ工業者ト稱スレトモ商法第二百六十三

商ノ義
ノ分條(商)
ノ條件

條第一號又ハ第二百六十四條第二號ノ行爲ヲ業トスル者ナルヲ以テ商法上ハ商人ナリトス故ニ法律ニ本法ニ於テ商人トハ云云ト規定シ商法ノ適用上商人ト稱スルモノナルコトヲ明カニセルナリ然レトモ商法以外ノ法令ニ於テ商人ナル語ヲ用ヒタル場合ニ於テモ其法令ノ規定ニ依リテ反對ノ意味ヲ生セサル限りハ之ヲ商法上ノ商人ヲ指シテ謂ヘルモノト解シテ可ナルヘシ

第四條ハ商法ニ於ケル商人ノ定義ヲ下シタルモノナリ今之ヲ分析スレハ商人ト爲ルノ條件ニ三アルヲ知ル即チ(一)商行爲ヲ爲スコト(二)自己ノ名ヲ以テスルコト(三)業トスルコト是ナリ以下順次ニ之ヲ説明スヘシ

商人ハ商行爲ヲ爲スコトヲ要ス茲ニ商行爲トハ基本的商行爲ヲ謂フモノナリ補助的商行爲ハ商人カ其營業ノ爲メニスルニ因リテ商行爲ト爲ルモノナリ即チ商人ノ存在ヲ條件トシテ始メテ存在スル商行爲ナルヲ以テ商人ノ意義ヲ定ムルモノニ非スシテ却テ商人ニ依リテ其意義ヲ定メラルルモノナリ故ニ第四條ニ所謂商行爲中ニハ之ヲ包含セサルモノナルコト明白ナリ換言スレハ茲ニ所謂商行爲トハ第二百六十三條第二百六十四條ニ列擧スル商行爲ヲ謂フ

商人ハ自己ノ名ヲ以テ商行為ヲ爲スコトヲ要ス自己ノ名ヲ以テスルトハ法律上ニ於テ自己カ權利義務ノ主體ト爲ルコトヲ謂フ單ニ通常ノ意義ニ於テ自己ノ名ヲ以テスルト謂フト同シカラス故ニ他人ノ氏名ヲ以テ商號ト爲シタル者カ商業ヲ營ムトキハ其商業ヲ營ム者ハ商人ニシテ商號ニ其名ヲ用ヒラルル他人ハ商人ニ非ス而シテ荷モ自己ノ名ヲ以テスルトキ第一ニ必スシモ自ラ手ヲ下シテ事務ニ關係スルコトヲ要セス無能力者ノ如キ法律行為ヲ爲スコトヲ得サル者ト雖モ代理人ニ依リテ商業ヲ營ミ仍ホ商人タルコトヲ得ルモノトス例ヘハ後見人カ被後見人ノ爲メニ商業ヲ營ムトキハ其被後見人ハ之ニ因リテ商人ト爲ルモノナリ之ニ反シテ商業使用人ノ如キ會社ノ業務執行社員又ハ取締役ノ如キハ自ラ業務ヲ執行スル者ナリト雖モ自己ノ名ヲ以テセス主人又ハ會社ノ名ヲ以テスルモノナルカ故ニ商人タルコトヲ得ズ第二ニ必スシモ自己ノ計算ニ於テスルコトヲ要セス損益計算ノ歸スル所ハ全ク第三者ニ在ル場合ト雖モ自己ノ名ヲ以テスルトキハ商人タルコトヲ妨ケサルコトハ獨逸ニ於ケル多數ノ學說ノ一致スル所ニシテ獨逸帝國裁判所判決例亦然リ之ニ反シテ匿名組合員ノ如キハ損益ノ計算ハ

自己ニ及フト雖モ法律上自己カ權利義務ノ主體タル位置ニ立ツモノニ非サレハ商人タルコトヲ得ズ

商人ハ自己ノ名ヲ以テ商行為ヲ爲スコトヲ要ス商人タルコトヲ要スルコトハ營業トスルノ意ニシテ營業ノ如何ナルモノナルヤハ學說區區ナレトモ多數ノ學說ハ大體ニ於テ一致セリ即チ營業トハ所得ノ通常ノ根源トスルノ目的ヲ以テ同種ニシテ連續セル一團ノ私法的行為ヲ爲スコトヲ謂フ以下ニ之ヲ解説スヘシ

(一) 營業ハ營業者ノ所得ノ通常ノ根源タルヲ以テ足レリトス蓋ニ其唯一ノ根源タルコトヲ要セサルノミナラス又其主タル根源タルコトヲモ要セサルナリ佛商法草案ノ如キハ商人ノ意義ヲ定ムルニ當リ商行為ヲ主業トスルコトヲ必要トセシモ後正文ト爲ルニ及ヒテハ之ヲ改メ常業トスルヲ以テ足レリトセリ故ニ營業者ハ同時ニ各種ノ營業ヲ有スルコトヲ得ヘク又所得ノ從タル根源タルニ過キサル營業モ亦營業タルコトヲ妨ケス或ハ營業ハ營業者ノ社會的生存ノ基礎タルコトヲ要スト蓋ニ營業者ノ所得ノ通常ノ根源タルヲ以テ足レリトス蓋ニ其唯一ノ根源タルコトヲ必要トスルコトヲ必要トスト雖モ同時ニ宗教的政治的公益的

總則

商人



營業ノ觀念ハ同種ノ行為ノ反覆ヲ必要トスルヲ指シテ(連貫)
 營業ノ觀念(志望)

科學的等ノ目的ヲ有スルコトヲ妨ケス唯爲メニ全然所得ノ目的ヲ排除スルコトナキヲ必要トスルノミ例ヘハ慈善ノ爲メニ原價ニテ物ヲ販賣スル如キ又ハ實業教育ノ爲メ設立セラレタル學校ニ於テ原料ヲ購買シ生徒ニ製造加工セシメ原價ニテ其製品ヲ販賣スルカ如キハ營業ト謂フコトヲ得ス之ニ反シテ特定ノ營業ヲ爲シ之ヨリ生スル所得ヲ以テ全然慈善ノ目的ニ供スルカ如キ又ハ政治上ノ勢力ヲ扶植スルノ觀念ヲ交ヘ同時ニ所得ノ根源トスル目的ヲ以テ新聞紙ヲ發行スルカ如キハ共ニ其營業タルコトヲ妨ケサルナリ

(三) 同種ニシテ連續セル一團ノ行爲ヲ爲ストハ之ヲ嚴格ニ解スヘカラス事實上ニ於テ連續シテ寸時ノ間斷ナク同種ノ行爲ヲ爲スコトヲ要セス又事實上ニ於テ數箇ノ同種ノ行爲ヲ爲スコトヲ要セス同種ニシテ連續セル一團ノ行爲ヲ爲サントスル意思アルヲ以テ足レリトス故ニ個別的ニ各個ノ營利的行爲ヲ爲スカ如キハ之ヲ營業ト謂フコトヲ得ス而シテ連續セル一團ノ行爲ハ必スシモ長期間ニ亘リテ繼續スヘキモノタルコトヲ要セス例ヘハ博覽會期中ノ賣店ノ如キハ營業タルコトヲ妨ケサルナリ

(四) 營業ノ目的タル行爲ハ私法的ノ行爲ナルコトヲ必要トスト雖モ學問美術ニ關スル行爲ハ之ヲ除外セサルヘカラス例ヘハ美術家カ大理石又ハ畫布等ノ原料ヲ以テ肖像又ハ彩畫ヲ作り之ヲ賣却スルカ如キ醫士カ病者ニ藥劑ヲ賣却スルカ如キハ之ヲ營業ト謂フコトヲ得ス

以上商人タルノ三條件ヲ説明シタリ然ラハ何時ニ於テ上述シタル三條件ヲ具備シタルモノト稱スルコトヲ得ルヤ換言スレハ商人タルノ資格ヲ發生スルハ何時ニ在リヤト謂フニ通説ニ依レハ商人ノ資格發生ノ時期ハ自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲スコトセントスル意思カ實現セラレタルトキニ在リトス故ニ必スシモ其營業ノ目的タル商行爲ヲ實行スルコトヲ必要トセサルナリ例ヘハ商業ヲ營ムノ目的ヲ以テ店舗ヲ買入レ又ハ商業使用人ヲ雇入レタルトキ商業ヲ營ムカ爲メニ商法第五條又ハ第七條ノ登記ヲ請求シタルトキ商號ノ登記ヲ請求シタルトキ商業帳簿ノ設備ヲ爲シタルトキノ如キハ何レモ皆其行爲ヲ爲シタル者カ商業ヲ營マントスル意思ヲ實現セルモノニシテ商人ノ資格ハ其行爲ト同時ニ發生スルモノナリ然レトモ單ニ商人タラントスル希望ヲ表示シタルノミニテ商人タルコト

商人ノ資格
七ノ時期

ヲ得サルハ言フ俟タサルナリ或ハ商人ノ資格ハ開業ニ因リテ發生スト言フ者アリ（志田博士日本商法論一巻三五〇頁）其所謂開業トハ如何ナル時期ヲ指スヤ明確ナラサレトモ恐ラクハ上述ノ説明ト異ナルモノナルヘク余ハ此説ヲ採ラサルナリ

商人ノ資格消滅ノ時期

商人ノ資格消滅ノ時期ハ商業廢止ノ時ニ在リ一旦商人タルノ資格ヲ得タル者ト雖モ其商業ヲ繼續スルモノト推定スヘカラサルヘキコトハ嘗テ獨逸帝國裁判所ノ判決シタル所ニシテ商業ノ廢止アリタルヤ否ヤハ畢竟事實問題ニ屬スルモノナリ而シテ商業ノ廢止ハ或ハ當事者ノ意思ニ因リテ生シ或ハ當事者ノ意思以外ノ原因ニ因リテ生ス當事者ノ意思ニ因ルモノハ即チ廢業ナリ廢業ノ時期ハ事實ニ依リ決セラレルモノニシテ單ニ官廳ニ一片ノ廢業届ヲ差出シタルカ如キコトアルモ廢業アリタルモノト謂フコトヲ得ス（三十四年十二月九日大審院決定參照）又事實上長期間取引ナキヲ以テ廢業アリタルコトヲ主張スルコトヲ得ス必スヤ當事者ノ廢業セントスル意思ト其實現トアリタルコトヲ要スヘキナリ當事者ノ意思以外ノ原因ニ因ル商業ノ廢止ハ商業ノ繼續力事實上不能ト爲リタルトキ又ハ法律上不能ト爲リタルトキニ生ス法律上不能ト爲リタルトキトハ例ヘハ煙草專賣法ノ施行ニ因

リテ煙草ノ製造ヲ禁止セラレ行政官廳ノ命令ニ因リテ保險會社ノ營業免許ヲ取消サルルカ如キヲ謂フ商人カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ亦商業ノ繼續ハ法律上不能ト爲リタルモノト謂フコトヲ得ヘク（二十三年法律三二號商法九八五條）商人ハ破産ノ宣告ニ因リテ其資格ヲ失フモノナリ但此點ニ關シテハ學者ノ説ク所一致セスジリッングルハハエンブルグハ商人ノ資格ハ破産ニ因リテ消滅セサルモノトシレーマンハ商人ノ資格ハ必スシモ常ニ破産ニ因リテ消滅スルモノニ非ストセハルモスタウブマコーヅェルハ商人ノ資格ハ常ニ破産ニ因リテ消滅スルモノトセハ尙ホ會社ハ其解散ニ因リテ商人タル資格ヲ失フヤ否ヤハ第二編ニ於テ之ヲ論ス

以上我商法ニ於ケル商人ノ意義及ヒ商人タル資格ノ取得並ニ喪失ニ關スル説明ヲ終リタルヲ以テ以下商人ノ意義ニ關スル外國ノ立法例ノ大體ヲ述ヘン外國法ノ多數ハ我商法ト主義ヲ同シクシ商行爲ヲ基礎トシテ商人ノ意義ヲ定メ商行爲ヲ業トスル者ヲ商人トシ其他別ニ形式的ノ條件ヲ要セサルモノトセリ即チ佛商法ハ商人トハ商行爲ヲ爲シ之ヲ以テ常業トスル者ヲ謂フ（佛商法一條）ト規定シ獨舊商

法(四)匈(三)伊(八)西(一)葡(一)等ノ諸國法ノ規定皆之ト大同小異ナリ然レトモ外國法中ニハ或ハ商人ト爲ルニハ商行爲ヲ爲スヲ業トスルノ實質的條件ノ外別ニ形式的條件ヲ具備スルヲ必要トスルモノアリ中古ノ商人團體時代ニ於テハ團體ニ加入スルニ非サレハ商人タルコトヲ得サリシカ、近世法中ニテモ西舊商法(一)葡舊商法(一)ノ如キハ商法上ノ商人タルニハ商人登記簿ニ登記スルコトヲ要スルモノトシ、南米諸國法中之ニ倣ヘルモノアリ、但西葡兩國ノ現行法ハ登記ヲ爲ササル商人ハ一切商業登記ヲ爲スコトヲ得サルモノトスルニ止マレリ(四)商法一八條(葡商)上述ノ諸國法ハ其主義同シカラスト雖モ商人ノ意義ヲ定ムルニ其商行爲ヲ爲スヲ業トスルヤ否ヤニ重キヲ置キ其營業ノ方法設備ノ如何ヲ顧ミサルニ至リテハ一ナリ然ルニ瑞西債務法ハ新規軸ヲ出シ營業ノ方法ニモ注目シ其第八百六十五條第四項ニハ商業製造業其他商人の方法ニ依ル營業ヲ爲ス者ハ商業登記簿ニ登記スヘキ旨ノ規定ヲ爲セリ、然レトモ其如何ナルモノカ商人の方法ニ依ル營業ナリヤハ不明瞭ナルヲ以テ行政官廳ニ於テ強制的ノ解釋ヲ爲セルコトアリ、獨新商法ハ此瑞西法ノ長所ヲ採リ之ニ加ヘテ上述ノ二主義ノ立法例ヲ參酌シ、商人ノ意

瑞債

獨新

義ヲ定ムルニ當リ其營業ノ目的タル行爲ノ外其營業ノ方法如何ヲモ標準ニ加ヘ、特種ノ商人ニ付テハ別ニ形式的ノ條件ヲモ要スルモノトセリ、是レ商人ノ意義ニ關シ立法上一生面ヲ開キタルモノト謂フヘキヲ以テ次ニ之カ規定ノ梗概ヲ述ヘン

獨新商法カ商人トシテ列舉スルモノ四種アリ、第一ハ法律上當然商人タルモノニシテ即チ我商法ニ於ケル商人ト同シク其營業ノ目的タル行爲ノ性質上商人タルモノナリ、唯獨商法ニ於テハ我商法ノ如ク先ツ商行爲ノ意義ヲ定メテ之ニ依リテ商人ノ意義ヲ定ムルコトナク直チニ商人ノ營業即チ商業タルヘキ行爲ヲ列舉シタル點ニ於テ異ナレルノミ、此種ノ商人ハ第一條ニ規定セラルル所ニシテ法律ノ規定ニ依リ特定ノ營業ヲ爲スニ因リテ當然商人タルモノナレハ學者或ハ之ニ與フルニ自然的商人、純粹的商人、直接的商人等ノ名稱ヲ以テシ、次ニ述フヘキ人工的商人、假想的商人、間接的商人等ト對セシムルモノアリ、第二ハ強制的ノ登記ニ因リ商人ト爲ルモノニシテ即チ事業執行ノ方法及ヒ範圍カ商人的ノ營業設備ヲ要スル營業者ハ商業ヲ營ムモノニ非サルモ法律上其商號ヲ商號登記簿ニ登記スルコ

トヲ強制セラレ此登記ヲ爲スニ因リ商人ト爲ルモノナリ例へハ鑛業者ノ如キハ多クハ此種ノ商人ニ屬スルモノナリ(獨商法第三條)ハ任意的ノ登記ニ因リ商人ト爲ルモノニシテ農業者及ヒ山林業者ニハ第二條ノ適用ナシト雖モ附屬的ノ營業トシテ事業執行ノ方法及ヒ範圍カ商人的ノ營業設備ヲ要スルカ又ハ第一條ノ營業ト同一ナル行爲ヲ營ムトキハ商號登記簿ニ登記スルコトヲ得ルモノニシテ若シ任意ニ登記ヲ爲ストキハ其登記ニ依リテ商人ト爲ルコトヲ得(獨商法第四條)株式會社株式合資會社有限責任會社及ヒ産業組合ニシテ是等ハ其目的如何ヲ問ハス營業登記簿ニ登記ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ若シ其登記ヲ爲ストキハ同シク商人ト爲ルモノナリ尙ホ是等ノ法人タル商人ニ付テハ本章第四節及ヒ第二編ニ於テ説明スル所アルヘシ

(一) 獨 Kaufmann. 佛 commercant 英 trader.

(二) 獨 Gewerbe.

(三) profession principale.

(四) profession habituelle.

商業ノ制限

第二節 商業ノ制限

自由
自他
商業ノ制限

商業ヲ營ムコトハ自由ニシテ何人ト雖モ如何ナル商業ヲモ爲シ得ルコトヲ原則トステルハ之ヲ稱シテ商業ノ自由ト謂ヘリ然レトモ國家ハ法律ヲ以テ之ニ制限ヲ設クルコトヲ得ヘク尙ホ我憲法ハ營業ノ自由ヲ保障セサルヲ以テ命令ヲ以テモ制限ヲ設クルコトヲ得ヘシ總テ是等ノ制限ハ公益上ノ必要ニ出ツルモノニシテ各國法ハ其法規ニ於テハ繁簡ノ別アリト雖モ之ニ付キ規定ヲ爲ササルモノナシ今我國法上ノ制限ノ主ナルモノヲ擧クレハ大要左ノ如シ

第一 國家ハ特定人ニ對シテ一般ニ商業ヲ營ムコトヲ禁スルコトアリ例へハ判事行政裁判所長官行政裁判所評定官ハ在職中ハ商業ヲ營ムコトヲ得ス(裁判所七二條四號行政裁判所又辯護士ハ辯護士會ノ許可ヲ得ルニ非サレハ商業ヲ營ムコトヲ得ス(辯護士法六條二項)官吏又ハ其家族ハ本屬長官ノ許可ヲ得ルニ非サレハ商業ヲ營ムコトヲ得ス(吏服規勅令三九號官)

第二 國家ハ一般ニ特定ノ商業ヲ禁スルコトアリ例へハ信書ノ運送煙草ノ製造

總則 商人 商業ノ制限

又ハ輸入ノ如キハ原則トシテハ政府ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ(三十二年法律五四號郵便專賣法二條三十七條)其他風俗ヲ害スル冊子、圖書、阿片煙又ハ阿片ヲ吸食スル器具ノ販賣ノ如キハ刑法ノ禁スル所ナリ(刑法二三五條二)

第三 國家ハ特定人ニ限リテ特定ノ商業ヲ營ムコトヲ認メ其以外ノ者ニ對シテハ之ヲ禁スルコトアリ、即チ各種ノ法令ニ於テ特定ノ商業ヲ營ムコトヲ得ヘキ者ノ資格ヲ定メ又ハ特定ノ商業ヲ營ム爲メニ官廳ノ免許又ハ許可ヲ要スルモノトセリ、例ヘハ銀行營業ヲ爲スニハ大藏大臣ノ認可ヲ要シ(銀行條例二條)、保險營業ヲ爲スニハ農商務大臣ノ免許ヲ要シ(保險業法一四條)、質屋營業ヲ爲スニハ警視總監又ハ地方長官ノ免許ヲ要スル(二十八年法律一四號質屋取締法一四條)、同(同)等ニシテ其他免許又ハ許可ヲ必要トスル法令ノ主ナルモノヲ舉クレハ取引所法一〇條、二十四年法律三號度量衡法、三十二年法律九七號肥料取締法、二十八年法律一三號古物商取締法、三十二年法律八號銃砲火藥類取締法、二十二年法律一〇號藥品營業並藥品取扱規則二一條、二四條、十年七號布告賣藥規則等ニシテ其他府縣令、警視廳令等ヲ以テ規定スルモノニ至リテハ一一之ヲ枚舉スヘカラサルナリ

(22) (1990) (22)

以上述ヘタル如ク公法上ノ制限ニ該當セサル限ハ何人ト雖モ自己ノ欲スル商業ヲ營ムコトヲ得然レトモ仍ホ私法上ニ於テ他人ニ對シテ特定ノ商業ヲ營マサルコトヲ約シタルトキハ之ニ羈束セラルルコトアリ營業ヲ讓渡シタル場合ニ關シテハ商法第二十二條ノ規定アルヲ以テ後ニ説明スヘシト雖モ茲ニ一言スヘキハ特定人ニ對シテ商業ヲ營マサル旨ヲ契約シタル效力ナリ斯ノ如キ契約ノ有效ナルヤ否ヤニ付テハ學說トシテ爭アル所ニシテ又外國ニ於ケル判例ノ如キモ區區タルカ如シト雖モ余ノ信スル所ニ依レハ此問題ハ民法第九十條ヲ適用スヘキヤ否ヤ換言スレハ其契約ハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスルモノナルヤ否ヤニ歸著スルモノニシテ商法カ既ニ第二十二條ニ於テ營業讓渡ノ際ニ讓渡人カ同一ノ營業ヲ爲ササル特約ヲ爲シタルトキハ其特約ハ同府縣内且三十年ヲ超エサル範圍内ニ於テノミ效力ヲ有スヘキ旨ヲ規定セルヲ見レハ此制限ヲ超ユル契約ノ無効ナルコトハ類推スルコトヲ得ヘシト雖モ此範圍内ニ於ケル契約ノ有效ナリヤ否ヤハ各個ノ場合ニ於ケル事實問題ニ屬スヘシ(三十二年五月判例參照)

第三節 商人タル人

民1.2.

茲ニ商人タル人トハ商人タル法人ニ對シテ、商人タル自然人ヲ謂フ、我民法ノ規定ニ依レハ凡ソ人タルモノハ國籍ノ内外ヲ問ハズ皆私權ヲ享有スルヲ以テ原則トス、民法二條即チ我國法ハ奴隸ノ制度ヲ認メサルヲ以テ人ニシテ權利能力ヲ有セサルモノナク、又我國法ハ内外人平等主義ヲ採ルヲ以テ外國人ト雖モ權利能力ヲ有シ法令又ハ條約ニ禁止アル場合ヲ除クノ外私權ヲ享有ス、而シテ第一節ニ述ヘタル如ク商人トハ自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲スヲ業トスル者ヲ謂ヒ法律上自己カ權利義務ノ主體ト爲リ商行爲ヲ爲スヲ業トスルトキハ其者ハ即チ商人ト爲ルモノニシテ必スシモ自ラ手ヲ下シテ業務ヲ執行スルコトヲ要セサルヲ以テ苟モ權利能力アル者ハ商人タルコトヲ得ヘキモノナリ、故ニ總テノ人ハ原則トシテハ能力ノ有無國籍ノ内外ヲ分タヌ又男女タルト老幼タルトヲ問ハズ皆商人タルコトヲ得ルモノニシテ、唯前節ニ述ヘタル行政法上ノ制限ヲ受クルノミ

上述セル如ク各人ハ原則上商人タルコトヲ得ト雖モ自ラ商行爲ヲ爲スニハ能力

ヲ有スルコトヲ要ス、商事能力ニ關シテハ舊商法ハ第十條以下ニ詳細ナル規定ヲ爲シタリト雖モ、新商法ハ之ヲ民法中ノ能力ニ關スル規定ニ讓リ、唯二三ノ特別規定ヲ爲シタルノミ、故ニ茲ニモ亦主トシテ商法中ノ特別規定ノ説明ヲ爲スニ止メントス、仍ホ外國ノ法制ハ此點ニ關シテハ必スシモ一樣ニ出テス、國風民情ニ依リ其規定ヲ異ニスルモノニシテ、別ニ我商法ノ解釋ヲ資クル所ナキヲ以テ之ヲ引照セサルヘシ

我民法ハ四種ノ一般無能力者ヲ認ム、未成年者、妻、禁治產者及ヒ準禁治產者即チ是ナリ、而シテ是等ノモノハ必スシモ意思能力ヲ有セサルニ非ス、絶對的ニ行爲ヲ爲ス能ハサルニ非サルヲ以テ、獨逸民法ノ所謂無能力者トハ異ナリ、却テ限定能力者ト謂フモノニ該レルナリ、此他特別無能力者ナルモノアレトモ、民法七九二條九三九條茲ニ説明スル必要ナキヲ以テ、以下款ヲ分チテ四種ノ一般無能力者ニ付テ叙述スヘシ

未成年者

第一款 未成年者

總則 商人 商人タル人

未成年者カ商人タル場合ハ更ニ之ヲ二場合ニ分テテ論セサルヘカラス法定代理人カ未成年者ニ代リテ商業ヲ營ム場合ト未成年者カ許可ヲ得テ自ラ商業ヲ營ム場合ト即チ是ナリ

未成年者カ仍ホ幼年ナルカ又ハ智能ノ發育不完全ナルトキハ之ニ許可ヲ與ヘテ商業ヲ營マシムルコトヲ得サルヲ以テ其法定代理人ニ於テ之ニ代リテ商業ヲ營マサルヲ得ス此場合ニ於テモ法定代理人ハ未成年者ノ名ヲ以テ未成年者ノ爲メニ商業ヲ營ムモノナルヲ以テ未成年者カ商人ニシテ法定代理人ハ其代理人タルニ過キス(第一節)而シテ後見人カ未成年者ノ爲メニ商業ヲ營ム場合ニ於テハ第一ニ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス親族會カ同意ノ決議ヲ爲スコト能ハサルトキハ裁判所ニ請求シ裁判ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得(民法九二九條)第二ニ登記ヲ爲スハ非訟事件手續法ニ之ヲ定ム(非訟法一四九條)以テ此登記ノ目的ハ後見人カ被後見人ニ代リテ商業ヲ營ム權能ヲ有スルコトヲ公示シ取引ノ安全ヲ得セシムルニ在リテ法律ハ後見人カ被後見人ノ爲メニ商業ヲ營ムトキハ云々ト規定シ營ムニハ

解 別
氏 929

ト規定セサルヲ見レハ後見人ハ此登記ヲ爲スニ非サレハ商業ヲ營ム權能ヲ有セスト謂フニ非ス換言スレハ此登記ハ後見人カ被後見人ノ爲メニ商業ヲ營ムノ條件ニ非サルヲ以テ民法上ノ條件ヲ具備スル以上ハ後見人ハ此登記前ニ在リテモ完全ニ商業ヲ營ムノ權限ヲ有スルモノトス而シテ又後見人カ此登記ヲ爲ササル場合ニ關シテハ別ニ制裁ヲ定メタル規定ナキヲ以テ此規定ハ所謂不完全規定タルニ過キス

今、解

後見人カ被後見人ニ代リテ商業ヲ營ム場合ニ於テ其代理權ニ加ヘタル制限ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス(七條二項)是レ商業ノ敏活ニ行ハレシコトヲ欲シ善意ノ第三者ヲ保護シ之ト後見人トノ間ノ取引ヲ安全ナラシメタルモノナリ即チ支配人會社ノ代表社員取締役清算人船舶管理人及ヒ船長ノ代理權ニ關シ之ニ加ヘタル制限ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サル旨ノ規定ヲ爲セルト同趣旨ニ出テタルモノナリ
未成年者ノ法定代理人ニハ後見人ノ外親權ヲ行フ父又ハ母アリ親權ヲ行フ嫡父ハ親族會ノ同意ナクシテ未成年者ノ爲メニ商業ヲ營ムコトヲ得ヘキモ其他ノ者

總則 商人 商人タル人

(2.)

ハ後見人ト同シク親族會ノ同意ヲ要スルモノトス(民法二八七條八條九條九五條)然レモ登記ハ之ヲ爲スコトヲ要セス
 未成年者ノ智能カ十分ニ發達シ自ラ商業ヲ營ムニ耐フルモノト認ムルトキハ其親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ハ法定ノ條件ヲ履ミテ之ニ商業ヲ營ムノ許可ヲ與フルコトヲ得ヘク此場合ニ於テハ未成年者ハ商業ニ關シテハ成年者ト同一ノ能力ヲ有ス(民法八八條八三條八七條八二條九二條九三條)又此場合ニ於テハ登記ヲ爲スコトヲ要ス(法四條施行)此登記ハ未成年者登記簿ニ之ヲ爲スモノニシテ其手續ハ非訟事件手續法之ヲ定ム(非訟法一四九條以下及)此登記ノ效力ハ上述ノ後見人ノ登記ト同シ而シテ未成年者ニ商業ヲ營ム許可ヲ與ヘタル者ハ之ヲ取消シ又ハ制限スルコトヲ得ヘシ(民法前條)此場合ニ於テハ遲滯ナク其登記ヲ爲スコトヲ要ス(非訟法一六八條)上述セル如ク民法第六條ノ規定ニ依リ營業ヲ許サレタル未成年者ハ其營業ニ關シテ成年者ト同一ノ能力ヲ有スト雖モ會社ノ無限責任社員ト爲ルコトヲ許サレタル未成年者ハ營業ヲ許サレタルモノト謂フコトヲ得サルモノナリ然レトモ無限責任社員ハ會社財產ヲ以テ會社ノ債務ヲ完済スルコト能ハサルトキハ連帶シ

登記

テ其辨濟ノ責ニ任スルモノニシテ外部ニ對シテハ會社ヲ代表スルノ權限ヲ有シ内部ニ對シテハ會社ノ業務ヲ執行スルノ權能アルモノナリ故ニ會社ノ無限責任社員ト爲ルコトヲ許サレタル未成年者ハ其會社ノ業務ニ關シテ之ヲ能力者ト看做スヲ至當トスヘク商法ハ其趣旨ノ特別規定ヲ設ケタリ(法五條施行)

第二款 妻

妻ハ特定ノ行爲ヲ爲スニハ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要シ若シ之ヲ受ケサルトキハ其爲シタル行爲ハ取消シ得ヘキモノタリ故ニ妻カ商人トシテ商業ヲ營マントスルトキハ商業ヲ營ムノ許可ヲ受クルコト事實上必要ナルヘク妻カ商業ヲ營ムコトヲ許サレタルトキハ其商業ニ關シテ獨立人ト同一ノ能力ヲ有ス(民法一四條)然レトモ妻ハ法定ノ場合ニ於テハ夫ノ許可ヲ要セスシテ獨立人ト同シク自由ニ商業ヲ營ムコトヲ得ヘシ(民法一七條)而シテ妻カ商業ヲ營ムトキハ登記ヲ爲スコトヲ要ス(法四條施行)此登記ハ妻登記簿ニ之ヲ爲スモノニシテ其手續ハ非訟事件手續法之ヲ定ム(非訟法一四九條以下及)此登記ノ效力ハ未成年者ニ付テ説明シタルト

民法

登記

同シ

妻ノ商業ヲ營ム許可ハ夫之ヲ取消シ又ハ制限スルコトヲ得但共取消又ハ制限ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(民法六條)未成年者ノ場合ニハ營業許可ノ制限又ハ取消ハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルニ拘ハラヌ妻ノ場合ニハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトセル理由ハ未成年者ノ無能力ハ縱令第三者ヲ害スルコトアリトモ尙ホ之ヲ保護スルノ必要アレトモ妻ノ無能力ハ夫權ヲ重シテ一家ノ安全ヲ保ツ爲メニ設ケタルモノナレハ善意ノ第三者ヲ害シテ尙ホ之ヲ保護スルノ必要ナシト認メタルニ由ルナリ而シテ許可ノ制限又ハ取消アリタル場合ニ於テ其登記ヲ爲スヘキコトハ未成年者ニ付テ説明シタルト同シ

會社ノ無限責任社員ト爲ルコトヲ許サレタル妻ハ其會社ノ業務ニ關シテハ之ヲ能力者ト看做スヘキコトハ未成年者ニ付テ説明シタルト同シ(民法六條施行法五條)

第三款 禁治產者

禁治產者

禁治產者ノ行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘキヲ以テ禁治產者ハ商業ヲ營ムコトヲ得サルヘク從テ禁治產者カ商人タルトキハ其後見人ハ之ニ代リテ商業ヲ營マサルヘカラス而シテ後見人カ禁治產者ニ代リテ商業ヲ營ム場合ニ付テハ總テ未成年者ノ後見人ニ付テ述ヘタルト同シキヲ以テ之ヲ省略スヘシ(第一款參照)

第四款 準禁治產者

準禁治產者

準禁治產者ハ特定ノ行爲ヲ爲スニハ其保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要シ若シ之ヲ得サルトキハ其爲シタル行爲ハ之ヲ取消シ得ヘキモノタリ(民法二條)然ルニ法律ハ準禁治產者カ商業ヲ營ミ又ハ會社ノ無限責任社員ト爲ル場合ニ付テハ何等ノ特別規定ヲモ設ケス又準禁治產者ノ保佐人ハ其法定代理人ニ非サルヲ以テ保佐人カ準禁治產者ニ代リテ其商業ヲ營ムコトヲ得ス其結果準禁治產者ハ商人タルモ完全ニ商業ヲ營ムコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス唯準禁治產者カ保佐人ノ同意ヲ得テ支配人ヲ選任シ之ヲシテ商業ヲ營マシムルトキハ始メテ其商人タルノ結果ヲ享受スルコトヲ得ヘキナリ(第九條參照)

總則 商人 商人タル人

第四節 商人タル法人

法人トハ法律ニ依リテ人格ヲ創設セラレタル社會的組織體ヲ謂フ法人ノ本質ニ
 關シテハ擬制說實在說ノ二說アリテ互ニ拮抗シテ相下ラス奈ハ法人ノ人格カ法
 律ニ依リテ創設セラルルモノナルコトハ自然人ト異ナラサルコトヲ主張スルト
 同時ニ法人ナル社會的ノ組織體カ現實ニ存在スルコト亦自然人ト同シキコトヲ
 信スル者ナリ從テ法人ノ理事代表社員取締役等ハ法人ノ代理人ニ非スシテ機關
 ナリトシ法人以外ノ獨立ノ人格者ニ非スシテ法人ノ組織ノ一部ナリトシ法人ハ
 其機關ニ依リテ自ら行動スルヲ以テ行為能力ヲ有スルモノナリト思料ス然レト
 モ同時ニ我法典カ法人ノ機關ヲ代理人ト混同シ擬制說ノ影響ヲ被リタル點ヲ止
 ムルコトヲ認メサルニ非ス(法人ノ本質ニ關シテハ法學志林五七號所載拙論參照)
 法人ハ權利能力ト共ニ行為能力ヲ有ストスレハ其商人タルコトヲ得ヘキハ疑ヲ
 容レス若シ又擬制說ニ從ヒ法人ハ法律ノ擬制ニ依リテ認めラレタル人格者タル
 ニ過キスシテ行為能力ヲ有セサルモノトスルモ商人ハ自己ノ名ヲ以テ商行為ヲ

は、
二、
ト、

法ノ種類

爲スヲ業トスル者ニシテ行為能力ナキ者ハ代理人ニ依リテ商業ヲ營ムコトヲ得
 ヘキヲ以テ法人ハ亦能ク商人タリト謂ハサルヘカラス法人ハ通常公法人私法人
 ノ二種ニ大別セラルルヲ以テ以下公法人私法人ノ二款ニ分チテ各種ノ法人ニ付
 キ如何ナルモノカ商人タルコトヲ得ヘキカヲ説明シ及ヒ商人タル法人ニ適用セ
 ラルヘキ法規ニ付テ叙述スル所アルヘシ

第一款 公法人

公法人

公法人トハ國家及ヒ其機關トシテ國家ノ政務ヲ行フコトヲ目的トスル法人ヲ謂
 ス國家ノ機關タル公法人即チ公共團體ニハ更ニ普通公共團體ト特別公共團體ト
 アリ前者ハ一般ノ公共事務ヲ行フヲ目的トスルモノニシテ其權限ハ廣キ推定ヲ
 受クルヲ常トス即チ府縣郡市町村北海道地方費北海道ニ於ケル區一級町村二級
 町村沖繩縣ニ於ケル區間切島等ノ如キ是ナリ後者ハ特別ノ公共事務ヲ行フコト
 ヲ目的トスルモノニシテ其權限ハ狹キ推定ヲ受クルヲ常トス水利組合(三十二年
法律四十六
號)水利組
 合條例(三十五年
法律一
號)北海道土功組合(三十五年
法律一
號)及ヒ商業會議所(三十五年
法律一
號)等ノ如

總則 商人 商人タル法人

日本商法
コトヲ得ル

獨逸

獨逸

キ是ナリ商業會議所ニ付テハ舊法ニ於テハ公法人タルヤ否ヤニ付キ疑ヲ容ルヘキ點アリシカ故ニ閣議ヲ以テ公法人タルコトヲ決シタリシモ新法ニ於テハ經費徵收ノ際ニ國稅徵收法ニ依ルノ權能ヲ認メ其公法人タルコトヲ明カニセリ

國家ハ商人タルコトヲ得ルヤ獨逸學者ノ多數ニ從來國家ト雖モ商行爲ヲ爲スヲ業トスルトキハ商人タルコトヲ得ト論セリ（ベルリン、フランクフルト、フランクフルト、フランクフルト等）トノ如キハ國家カ商人タルニハ收益ヲ以テ特定ノ事業ノ主タル目的トスル場合ニ限ルヘキモノナリト論スト雖モ仍ホ商人タル場合アルコトヲ認メタルモノナリ而シテ獨逸新商法ハ商號ニ關スル規定中ニ帝國聯邦諸國及ヒ內國ノ地方團體ハ商業登記簿ニ登記スルコトヲ要セスト規定シ商業帳簿ニ關スル規定中ニモ特定ノ規定ノ適用ヲ是等ノ公法人ニ付テ除外シ國家カ商人タル場合アルコトヲ認メタリ（獨逸法三六條）又物品運送ニ關スル規定ハ帝國及ヒ聯邦諸國ノ郵便官署ニ依ル物品ノ運送ニハ之ヲ適用セス郵便官署ハ本法ニ於ケル商人ニ非スト規定シ（獨逸法四二條）一方ニ於テ郵便官署ノ行フ運送ハ私法上ノ契約ニシテ而モ商法ノ物品運送ニ非サルコトヲ明カニシ他ノ一方ニ於テ官設鐵道ニ關シテハ國家モ同シク運送

伊高

南商

現行法

(283/1)

人トシテ商法ノ規定ニ依ルヘキコトヲ明カニセリ獨逸ノ立法ト正反對ノ規定ヲ爲スモノハ伊商法ニシテ國州及ヒ地方團體ハ商人ノ資格ヲ得ルコト能ハサレトモ商行爲ヲ爲シ之ニ因リテ商法及ヒ商慣習ノ適用ヲ受クルコトヲ得ト規定シ（伊商法七）南商法第十七條亦之ニ倣ヘリ

我現行法上國家カ商人タルモノト認メ得ヘキ場合アリヤト謂フニ官設鐵道ニ依ル運送事業カ私設鐵道ト同シク鐵道營業法及ヒ其附屬命令ニ別段ノ規定ナキ場合ニ於テ商法中ノ運送ニ關スル規定ニ從フヘキモノナルハ鐵道營業法カ官設鐵道ト私設鐵道トヲ區別セスシテ其規定ヲ爲セルニ因リテ知ルヘシ而シテ商法中ノ運送ニ關スル規定ハ運送人ノ爲ス運送ノミニ限リ其適用アルモノナルハ官設鐵道ニ關シテハ國家ハ一ノ運送人即チ商人ナリト謂ハサルヘカラス國家既ニ鐵道運送ニ付テ商人ナリトスレハ又製鐵所ニ依ル製鐵事業ニ付テモ商法第二百六十三條第一號ノ行爲ヲ爲スヲ業トスル者トシテ商人ナリト謂フコトヲ得ヘシ製鐵所ノ創設ノ目的ハ我國ニ於ケル製鐵事業ノ獨立ヲ圖ルニ在ルヤ勿論ナリト雖モ同時ニ收益ヲ目的トスルモノナルコトハ否定スルコトヲ得サル所ナレハナリ

總則 商人 商人タル法人

學者或ハ煙草樟腦食鹽ノ專賣事業ヲ以テ國家ノ商業ヲ營ム場合ノ一例トスル者
 アレトモ是等ノ事業ハ國家カ收税ノ一方法トシテ之ヲ行フモノニシテ且國家カ
 葉煙草樟腦食鹽ヲ收納スルハ一種ノ公法的行爲ニ依ルモノナレハ之ヲ以テ商法
 第二百六十三條第一號ノ商行爲ヲ爲スヲ業トスルモノト謂フヲ得ス(煙草專賣法
 三十二年律令一五號海樟腦及樟腦油專賣規則三條四條)此他郵便電信電話ノ事業ノ
 性質ニ付テハ爭アリ余ハ之ヲ以テ私法上ノ行爲ナリトスレトモ郵便ト電信ハ民
 法上ノ請負電話ハ雇傭及ヒ賃借借ノ附合スレ契約ニ因ルモノニシテ商行爲ヲ業
 トスルモノニ非ス(郵便法三十二年律令五九號電信法)郵便爲替郵便貯金ノ事業ハ或ハ銀行取引ノ
 一種ト謂ヒ得ヘキモ國家ハ收益ノ目的ノ爲メニ之ヲ行フモノト謂ヒ難キヲ以テ
 亦商業ヲ營ムモノト謂フヲ得ス(三十二年法律五五號郵便爲替法)又印刷局造幣
 局東京砲兵工廠大阪砲兵工廠及ヒ千住製絨所ノ如キ作業所ハ國家カ自己ノ使用
 ニ供スル物品ヲ製造スルコトヲ目的トスルモノニシテ偶私人ノ爲メニ製造品ヲ
 供給スルコトアリト雖モ之ニ因リテ國家カ商業ヲ營ムモノト謂フヲ得サルナリ
 以上述ヘタル所ヲ要言スレハ國家ハ製鐵事業及ヒ鐵道運送事業ニ關シテハ國家

的事業ノ發達ヲ圖ルノ公共的ノ目的ト同時ニ收益ヲ目的トシテ之ヲ經營スルモ
 ノニシテ其事業ヲ組成スル行爲ハ商行爲ナルヲ以テ國家ハ此兩事業ニ關シテハ
 法律上一ノ商人タルモノトシテ而シテ國家カ是等ノ事業ノ爲メニ使用スル官吏ハ
 其任用ハ一種ノ公法上ノ行爲ニ因ルモノニシテ私法上ノ雇傭契約ニ因ルモノニ
 非サルヲ以テ商業使用人ト謂フヘカラサルコト明カナリト雖モ商號又ハ商業帳
 簿ニ關スル規定ノ如キニ至リテハ獨商法ノ如ク明文ヲ以テ其國家其他ノ公法人
 ニ適用ナキコトヲ規定スル必要アルカ如シ唯解釋上ハ當然其適用ナキモノト謂
 フコトヲ得ヘシ
 國家カ既ニ商人タルコトヲ得ル以上ハ國家以外ノ公法人中普通公共團體ハ商人
 タルコトヲ得ルヤ否ヤ余ハ是等ノ普通公共團體ニ關スル現行法ノ規定ヨリ觀察
 スルニ別ニ之ヲ禁止スル規定ナキヲ以テ商人タルコトヲ得ヘキモノト解セント
 ス况ヤ彼ノ市街鐵道又ハ瓦斯若クハ電氣ノ供給ニ關スル營業ノ如キ獨占的ノ傾
 向ヲ有スルモノハ之ヲ公共團體ノ營業ト爲サシムヘキコトハ國家社會主義ハ經
 濟學者ノ一致主張スル所ニシテ社會政策上最モ必要ナルモノナレハナリ

次ニ特別公共團體ニ至リテハ其目的ハ法律ノ規定ニ依リテ制限セラレ其目的以外ニ渉ルヘキ行爲ヲ爲スコトヲ得サルモノナルヲ以テ法律ノ規定ニ依リテ許サレタルモノト認ムヘキ場合ノ外ハ商人タルコトヲ得サルモノト論セサルヘカラス

以上ヲ以テ公法人カ商人タルコトヲ得ヘキ場合ニ關スル説明ヲ終レリ而シテ公法人カ商人タルトキハ其營業ニ關スル私法上ノ行爲ハ常ニ商行爲ナリ(二六四條)其他公法人カ商人ニ非サル場合ニ於テモ私法上ノ關係ニ於テ私人ト對等ノ位置ニ立テテ私法上ノ行爲ヲ爲ス場合ニ於テハ其行爲ハ絕對的商行爲トシテ商行爲タルコトアルヘシ(二六六條)凡ソ是等ノ場合ニ於テハ公法人ノ行爲ニ付テモ私法上ノ法規ノ適用アルヘキコトハ公法學者中ニ異論ナキ所ナルヲ以テ公法人ノ商行爲ニ付テ商法ノ適用アルヘキコトハ法文ヲ俟タスシテ明カナリ故ニ商法第二條ニ「公法人ノ商行爲ニ付テハ法令ニ別段ノ定ナキトキニ限り本法ノ規定ヲ適用ス」トアルハ公法人カ商行爲ヲ爲スニ當リテ之ニ商法ノ規定ヲ適用スルコトハ當然ナレトモ唯公法人ノ目的組織ニ至リテハ大ニ私法人ト異ナル所アルモノニシテ私

公法人ノ行爲
私法人ノ行爲
適用

法ノ規定ヲ全然之ニ適用スルハ不利ナル場合アルヲ以テ法律ノ外命令ヲ以テシテモ尙ホ商法ノ規定ニ對スル例外規定ヲ定ムルヲ得ヘキコトヲ認メタルニ過キス商法修正案參考書ニハ「公法人カ商行爲ヲ爲ス場合ニ付テハ商法ノ規定ヲ適用スヘキヤ否ヤ疑ヲ容ルル餘地ナキニ非サルヲ以テ本條ハ法令ニ別段ノ定ナキ限ハ本法ノ規定ヲ之ニ適用スルコトヲ明カニセリ」ト説明セリト雖モ斯ノ如キハ立法ノ理由ヲ闡明シ得タルモノト信スルコトヲ得ス

第二款 私法人

國家ノ政務ヲ行フコトヲ目的トセサル法人即チ私法人ハ之ヲ其存在ヲ認ムル法律ニ依リ區別スルトキハ民法ノ規定ニ依ル法人商法ノ規定ニ依ル法人其他ノ法律ノ規定ニ依ル法人ノ三種ニ分ツコトヲ得ヘク之ヲ其目的タル事業ノ性質ニ依リテ區別スルトキハ公益法人營利法人ノ二種ニ分ツコトヲ得ヘク之ヲ其成立ノ分子ニ依リテ區別スルトキハ社團法人及ヒ財團法人ノ二種ニ分ツコトヲ得ヘシ今第一ノ分類ニ依リテ各種ノ私法人ニ付キ其商人タル場合アルカヲ論究スヘシ

私法人
行爲ノ分類

民法ノ規定ニ依ル法人ニハ公益法人營利法人及ヒ相續人曠缺ノ場合ニ於ケル相續財產アリ而シテ公益法人ニハ社團法人ト財團法人ノ區別アレトモ其ニ營利ヲ目的トセサルモノニ限ルヲ以テ商人タルコトヲ得サルハ勿論ナリ(民法三條三又相續人曠缺ノ場合ニ於ケル法人ニ付テハ裁判所ハ管理人ヲ選任スヘキモノナリト雖モ管理人ハ營理行爲即チ民法第百三條ノ行爲以外ノ行爲ヲ爲スニハ裁判所ノ許可ヲ得ルコトヲ要スルヲ以テ商業ヲ營ムコトヲ得サルヘク從テ亦商人タルコトヲ得サルヘシ)(民法一〇五五條一〇五五條二八條)

民法ノ規定ニ依ル營利法人ハ商事會社設立ノ條件ニ從ヒテ法人ト爲ルモノニシテ總テ商事會社ニ關スル規定ノ準用ヲ受クルモノナレトモ商行爲ヲ爲スヲ業トスル者ニ非サルヲ以テ純然タル會社ト異ナリ商人ニ非ス(民法三五條)而シテ營利法人ニ付テ一言スヘキハ營利法人ハ上述ノ如ク商人ニ非スシテ唯會社ニ關スル規定ノ準用ヲ受クルニ過キササルヲ以テ嚴格ナル解釋論ヲ爲ストキハ一般ノ商人ニ關スル規定ハ全然之ニ適用ナキモノト謂フヘキカ如シ從テ營利法人ハ日記帳ヲ備フルコトヲ要セス又商業帳簿及ヒ營業ニ關スル信書ヲ保存スルコトヲ要セ

民三
42

ス營利法人カ支配人ヲ選任スルモ商法上ノ支配人タラス又代理商ニ代理ヲ委託スルモ商法上ノ代理商ノ關係ヲ生セスト謂ヒ(二五條二八條)甚タシキハ營利法人ノ名稱ニハ會社ナル文字ヲ用フルコトヲ得スト論スル者アリ(一七條)獨逸ニ於テハ既ニ千八百四十三年二月九日ノ株式會社ニ關スル普國法ハ株式會社ハ其目的ノ商業ニ在ルト否トヲ問ハス商人ノ權利及ヒ義務ヲ有スヘキモノトシ千八百七十年六月十一日ノ帝國法以來ハ株式會社及ヒ株式合資會社ハ其目的如何ヲ問ハス總テ之ヲ商人ト看做スヘキモノトセルヲ以テ斯ノ如キ問題ヲ生スルコトナシ余ハ立法論トシテハ此獨逸ノ主義ニ倣ヒ營利法人ハ總テ之ヲ會社トシ商人ト看做スヘキコトヲ唱道スルト同時ニ解釋論トシテモ商業登記商號商業帳簿商業使用人等ニ關スル商人一般ノ規定ハ營利法人ニ準用セラルヘキコトヲ主張スル者ナリ何トナレハ一般ノ商人ニ關スル規定ト會社ニ關スル規定トハ劃然之ヲ區別スルコトヲ得ヘカラス上述セル商業登記商號等ニ關スル規定ハ亦實ニ會社ニ關スル規定ト謂フヘキモノナレハナリ(營利法人ニ關シテハ法學協會雜誌二二卷一號法政雜誌八卷二號所載拙論參照)

商法ノ規定ニ依ル法人ハ即チ會社ナリ會社トハ商行爲ヲ爲スヲ業トスル目的ヲ

總則 商人 商人タル法人

以テ設立シタル社團法人ヲ謂フ(四二條一項四)故ニ會社ハ商人ニシテ會社ニ關スル特別規定ノ外總テ商人ニ關スル規定ハ當然之ニ適用アルモノナリ會社ニ關スル說明ハ第二編ニ讓ル

民法商法以外ノ特別法ニ依ル法人ニハ公益法人アリ營利法人アリ其何レニモ屬セサルモノアリ頗ル紛雜ヲ極ム其中同業組合(三十三年法律三)產牛馬組合(同二年法律二〇)水產組合(三十四年法律三)外國領海水產組合(三十五年法律三五號)農會(三十二年法律二)五者ハ一種ノ公益法人ニシテ各特種ノ目的ヲ有シ營利事業ヲ營ムコトヲ得サルモノナレハ商人タルコトヲ得サルナリ

特別法ニ依ル營利法人ニハ株式會社組織ノ取引所アレトモ其營業ノ目的トスル行為ハ商行爲ニ非サルヲ以テ商人タルコトヲ得ス唯倉庫營業ヲ兼ヌル場合ニ於テ倉庫營業者トシテ商人タルヘキノミ(取引所法五條七條八條)然レトモ取引所法ノ精神ハ株式會社組織ノ取引所ヲシテ一般法トシテ商法ノ會社ニ關スル規定ノ適用ヲ受ケシムヘキモノトセルコト明カナレハ解釋上ハ株式會社組織ノ取引所ハ民法上ノ營利法人ノ一トシテ會社ニ關スル規定ノ適用ヲ受クルモノト謂フヲ可トスヘシ

公益法人營利法人ノ何レニモ屬セサルモノハ産業組合(三十三年法律三)相互保險會社(保險法)會員組織ノ取引所(取引所法)ナリ産業組合ノ目的タル事業ハ商行爲ニ屬スルモノアレトモ利益ヲ收メテ之ヲ組合員ニ分配スルモノニ非サルヲ以テ商人ニ非ス法律ハ商人ニ關スル規定ヲ之ニ準用スヘキ旨ヲ定メタルノミ(産業組合法五條)獨逸法ハ之ニ反シテ之ヲ以テ商法上ノ商人タルモノトセリ(千八百八十九年五月一七條)相互保險會社ハ當ニ其目的タル事業カ商行爲ニ非サルノミナラス又利益ヲ收メテ會員ニ分配スルモノニモ非サレハ商人ニ非ス我商法ニ於テハ相互保險ハ保險ニ非ス唯大體ニ於テ保險ニ關スル規定ノ準用ヲ受クルノミ(二六四條九)會員組織ノ取引所モ亦商行爲ヲ爲サス收益ヲ目的トセサルヲ以テ商人ニ非サルナリ

其他市町村內ノ區(市制一一三條一一四條一一五條)町(漁業組合八條以下)社(民法施行法二十月八日大)ハ皆一種ノ法人ナレトモ是等ノ法人カ商業ヲ營ミテ商人タルカ如キ場合ハ之ヲ想像スルコトヲ得サルナリ

以上ヲ以テ各種ノ法人ニ付キ其商人タル場合アルカヲ論究シ終リタリ此問題ノ詳細ハ法學新報第十三卷第六號及ヒ第七號所載拙論ニ讓ル

第五節 小商人

我商法ハ自己ノ名ヲ以テ商行為ヲ爲スヲ業トスル者ヲ商人トシ其營業ノ範圍ノ廣狹ト規模ノ大小ヲ問ハサルナリ然レトモ一般商人ニ關スル特定ノ設備ハ之ヲ營業ノ規模ノ小ナル商人ニ強フルノ必要ナキヲ以テ商法ハ小商人(一)ノ制度ヲ認メ小商人ニハ商業登記商號及ヒ商業帳簿ニ關スル規定ヲ適用セサルモノトセリ(二)此小商人ノ制度ハ獨法系ニ倣ヒタルモノニシテ其主義ニ依レハ小商人ハ商人タルコトヲ失ハス其營業ニ關シテ爲ス行為ハ商行為タルコトヲ失ハス從テ小商人ニハ一般ニ商法ノ適用アレトモ唯特定ノ事項ニ關スル規定ノミハ例外的ニ適用ヲ除外スルニ過キス(三)獨商法三四條獨商法四條等之ニ反シテ佛商法ニ於テハ商人ト手工業者(三)トヲ區別シ手工業者ハ絕對的ニ商人ニ非サルモノトセルノミニテ別ニ小商人ナルモノヲ認メス我舊商法カ戸戸ニ就キ又ハ道路ニ於テ物品ヲ賣リ又ハ勞役ヲ供スルモノハ之ヲ商取引ト看做ササルモノトセルハ寧ロ佛法系ノ立法ニ近キモノニシテ新法ノ小商人ノ觀念ハ全ク之ト異ナレリ(七)

各口に就て小商人

小商人ノ範圍

8. 施7.

ハ各口に就て

小商人ノ範圍如何換言スレハ如何ナルモノカ小商人ナルヤト謂フニ第八條ハ戸戸ニ就キ又ハ道路ニ於テ物ヲ賣買スル者其他小商人云云ト規定シ其範圍ヲ明言セス然レトモ施行法第七條ニ商法第八條ニ定メタル小商人ノ範圍ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ムトア三十二年勅令第二百七十一號ハ商行為ヲ爲スヲ業トスル資本金額五百圓ニ滿タサル者ハ之ヲ小商人ト爲スト定メタリ故ニ資本金額五百圓ニ滿タサル者ノ小商人タルコトハ明瞭ナレトモ戸戸ニ就キ又ハ道路ニ於テ物ヲ賣買スル者ハ當然小商人タルカ將タ資本金額五百圓ニ滿タサル場合ニ於テノ小商人タルカノ點ニ付テハ疑ナキヲ得ス或ハ是等ノ者ハ當然小商人タリト論スル者アレトモ(志田博士日本商法論一卷一三七頁)前掲ノ施行法及ヒ勅令ノ規定ヨリ見ルニ勅令ハ絕對的ニ小商人ノ範圍ヲ定メタルモノニシテ戸戸ニ就キ又ハ道路ニ於テ物ヲ賣買スル者ト雖モ勅令ノ制限ニ適合セサルトキハ小商人ニ非ス第八條中ノ戸戸ニ就キ云云ノ文言ハ小商人ノ例示ヲ爲セルモノニ過キスト解スルヲ妥當トス況ヤ戸戸ニ就テ物ヲ賣買スル商人ニシテ其設備ノ極メテ宏大ナルモノアルハ實際ニ見聞スル所ナルニ於テオヤ然レトモ獨商法ニ於テハ之ニ反シテ手工

總則 商人 小商人

六、營業ノ意義

狭義ノ營業ナリ
商法上ノモト
主觀的

客觀的ノ意義
於ケル營業ノ
本據タル

營業トハ所得ノ通常ノ根源トスルノ目的ヲ以テ同種ニシテ連續セル一團ノ私法
的行爲ヲ爲スヲ謂フトハ既ニ前章第一節ニ述ヘタル所ナレトモ是レ廣義ニ於テ
商業以外ノ各般ノ營業ニ通シテ營業ノ意義ヲ述ヘタルモノナリ然ルニ商法ニ於
テハ營業ナル語ハ通常之ヲ狹義ニ用ヒ商人ノ營業上ノ行動ノ全體ヲ指稱スルモ
ノトセリ此意義ニ於テ營業トハ商業ト謂フト異ナルコトナシ(五條七條一九條二
項二六五條二七一條二七二條二七三條二七四條二七五條二七六條二七七條二七八條
二七九條二八〇條二八一條二八二條二八三條二八四條二八五條二八六條二八七條二八八條
二八九條二九〇條二九一條二九二條二九三條二九四條二九五條二九六條二九七條二九八條
二九九條三〇〇條)然レトモ商法ハ仍ホ斯ノ如キ主觀的ノ意義以外ニ於テ
之ヲ客觀的ノ意義ニ用ヒ商人ノ營業上ノ全體ヲ指稱スルモノトスルコト
アリ即チ營業ノ讓渡ト謂フ場合ニ於テハ其營業ナル語ヲ以テ主觀的ノ意義ニ解
スルトキハ殆ト意味ヲ爲ササルヲ以テ必スヤ客觀的ニ其目的タル財産ヲ指稱ス
ルモノト解セサルヘカラス以下本章ニ於テ説明セントスルハ主トシテ客觀的意
義ニ於ケル營業ニ關スル事項ニシテ最後ニ主觀的意義ニ於ケル營業ノ本據タル
營業所ニ付テ叙述スル所アルヘシ

客觀的意義ニ於ケル營業(一)即チ商人ノ營業上ノ財産トハ商人ノ私用財産(二)ニ對
シテ商人ノ營業ニ關スル一團ノ財産ヲ謂フ故ニ此意義ニ於ケル營業ハ積極部分

ト消極部分トヨリ成ル積極ノ部分中ニハ店舗商品什器其他ノ動産不動産及ヒ有
價證券營業ニ關スル各種ノ債權特許商號意匠商標等ニ關スル無形財産權等ノ各
種ノ財産權アルノミナラス其他營業上將來ニ於テ利益ヲ生スヘキ事實關係タル
營業上ノ祕訣得意等ヲモ包含スルモノナリ消極ノ部分ハ即チ營業ニ關シテ生シ
タル總テノ債務ナリ而シテ茲ニ營業ニ關スル債權又ハ債務ト謂フハ實ニ營業上
ノ取引ヨリ生シタルモノヲ指スニ止マラスシテ營業ニ關シ法律行爲不法行爲其
他ノ原因ニ因リテ生シタル一切ノ債權又ハ債務及ヒ營業ニ關シテ讓受ケタル債
權ヲ謂フ

營業ノ意義

營業ノ意義

營業ハ以上述ヘタル如ク商人ノ營業上ノ財産ヲ謂フモノナレトモ營業ナル語ハ
一定不動ノ意義ヲ有スルモノニ非スシテ其範圍ハ必スシモ常ニ同一ナルニ非ス
營業ノ讓渡ト謂フモ必スシモ營業上一切ノ財産ノ讓渡タルコトヲ要シ其一部ヲ
モ欲クコトヲ得サルモノニ非ス故ニ營業ナル語ハ或ハ之ヲ狹義ニ解シ主トシテ
得意營業上ノ祕訣等ノ如キ事實關係及ヒ之ニ密接ナル關係ヲ有スル法律關係ノ
ミヲ指スモノナリト論スル者アリ(レীগセル、ベルセル、ゴール、イギリス、フランス、ドイツ、

總則 營業ノ意義

ツイル^(三)ナル語モ同シク主トシテ此狹義ニ用ヒラレ、又佛法ニ於ケル「フォン、ド、コン
メルス」^(四)ナル語モ俗語ヲ襲用シタルモノナルヲ以テ其意義極メテ曖昧ナリ、故ニ
營業ノ讓渡アルトキハ其讓渡セラレル財産ノ範圍ハ如何ナル限度ニ及フヤ及ヒ
如何ナル範圍ノ財産ノ讓渡アルトキハ營業ノ讓渡ト謂フコトヲ得ルヤハ困難ナ
ル問題ナリ、此事ハ次節ニ於テ述フヘシト雖モ我商法又ハ獨商法ニ於テ營業トハ
常ニレーゲルスベルグルノ解スルカ如ク狹義ナルモノナリトスルハ非ナリ

營業ハ商人ノ財産ノ他ノ部分ヲ分離シテ恰モ一ノ獨立セル財團ノ如キ外觀ヲ呈
スルモノナルヲ以テ學者或ハ之ヲ以テ獨立シテ權利義務ノ主體タル特別財産ナ
リト論スル者アリ例ヘハモムゼンハブツシユ商法雜誌^(二)ニ於テ論シテ曰ク商人
ノ營業上ノ財産ハ其私用財産トハ帳簿上ヨリ觀ルモ特ニ分離シテ別個ノ財團ヲ
成スモノニシテ、商號又ハ營業所ハ主人ノ名稱又ハ住所以外ニ於テ別ニ營業ノ名
稱又ハ住所ヲ成シ、營業上ノ代理權ハ主人ノ死亡ニ因リテ消滅セズ、其他百般ノ法
律關係ハ主人ノ存亡ニ關セス依然トシテ存續スルモノナルカ故ニ、營業自體カ商
業上ノ關係ノ獨立セル負擔者ニシテ主人ハ却テ營業ノ第一使用人ナリトエンデ

營業ノ獨立
ニ關スル學說

現行法ヨリ

マンモ亦之ト略ホ同様ノ説明ヲ爲セリ^(五)法論一五節一七節^(六)又ベッセルノ如キハ目的
財産說ヨリ論シ營業上ノ財産ハ獨立ノ人格ヲ有セスト雖モ商人ノ他ノ財産トハ
全ク分離セル目的財産ナリト謂ヒ^(七)商法雜誌四卷^(八)フエルデルンドルフハ同シク
エンデマン及ヒベッセルノ說ヲ引用シ、之ニ賛成ノ意ヲ表シ唯實際ハ未タ斯ノ如キ
學說ニ合スルニ至ラスト論セリ^(九)法全書一巻^(一〇)然レトモ我現行法ヨリ之ヲ觀ルト
キハ商人ノ營業上ノ財産タル營業ハ法人ニ非サルヲ以テ獨立ノ人格ヲ有スルコ
トナキハ勿論ナルノミナラス法律上ニ於テ商人ノ他ノ財産ヨリ分離セル別個ノ
財産トシテ取扱ハルル點ヲモ見ルコトヲ得ス營業ハ主人ノ財産以外ニ於テ獨立
ノ人格ヲ有スル權利主體ニ非サルヲ以テ縱令事實上帳簿ノ計算ノ便宜ノ爲メ主
人ノ私用財産ト營業上ノ財産トノ間ニ於テ賣買等ノ關係ヲ爲スコトアリト雖モ
是レ帳簿上ノ關係タルニ止マリ真正ナル法律關係アルモノト謂フコトヲ得ス例
ヘハ私用財産ト營業上ノ財産トヲ區別セル場合ニ於テ主人カ自己ノ店舗ノ商品
ヲ私用ニ供セントスルトキハ或ハ眞ニ金錢ヲ授受シテ賣買ノ形式ニ依ルコトア
リト雖モ法律上ニ於テハ眞ノ賣買アリタルモノニ非サルナリ又營業上ノ財産ハ

法律上ニ於テハ主人ノ私用財産ト分離シテ存在スルモノニ非サルヲ以テ私用財産ニ對スル債權者ハ其債權ヲ以テ營業財産ニ對スル債務ト相殺スルコトヲ得ヘク營業財産ニ對スル債權者ハ其債權ヲ以テ私用財産ニ對スル債務ト相殺スルコトヲ得ヘシ之ニ反シテ營業上ノ債權者ト雖モ別ニ營業財産上ニ優先權ヲ有スルコトナク私用財産ニ關スル債權者ト雖モ別ニ私用財産上ニ優先權ヲ有スルコトナシ之ヲ要スルニ營業上ノ財産ハ私用財産ニ對シテ帳簿上ノ獨立ヲ有スルコトアレトモ法律上ノ獨立ヲ有スルモノニ非サルナリ此コトハ獨逸法ニ於テモ大體ハ我法律ト異ナラサルヲ以テエンデマン等ノ學說ハ或ハ經濟論トシテハ聽クヘキモノアルモ近時ノ學者ニシテ法律論トシテ之ヲ採ル者アルコトナシ唯我現行破産法ハ商人カ資本ヲ分チテ數箇ノ營業ヲ爲ス場合ニ付テ上述ノ原則ニ對スル一例外ヲ認メ各營業ニ對スル債權者ハ其營業ニ屬スル財團ヨリ優先權ヲ以テ辨濟ヲ受クヘキモノトセリ(二十三年法律三二號然レトモ新破産法案ハ斯ノ如キ例外ヲ認メサルナリ)

以上述ヘタル如ク營業ハ獨立ノ人格者ニ非ス別ニ其主體ヲ有ス營業ノ主體ハ之

破産法例

ト謂フ營業ハ主人ニ屬スル財産ナリ營業ノ主人ハ或ハ自然人タルコトアリ或ハ法人タルコトアリ而シテ會社カ主人ナル場合ニ於テハ營業財産以外ニ別ニ主人ノ私用財産ナルモノアルコトナシ又營業ノ主人ハ必スシモ一人タルコトヲ必要トセン或ハ數人ヨリ成ルコトアリ例ヘハ數人カ組合ニ依リテ商業ヲ營ム場合ノ如キ是ナリ之ニ反シテ一人ニシテ數多ノ營業ノ主體タルコトアリ例ヘハ商人カ資本ヲ分チテ數箇ノ獨立セル商業ヲ營ム場合ノ如キ是ナリ

- (一) 獨 Handelsgeschäft oder Geschäft.
- (二) 獨 Privatvermögen.
- (三) goodwill.
- (四) fonds de commerce.
- (五) 獨 Principal

第二節 營業ノ讓渡

營業トハ前節ニ於テ述ヘタル如ク商人ノ營業ニ關スル一團ノ財産ヲ謂フモノニ

總則 營業ノ讓渡

營業ノ讓渡

シテ人格ヲ有スルモノニ非ス而シテ營業ハ一ノ權利主體タラサルト同時ニ又一ノ權利ノ客體タルコトヲ得ス即チ營業ハ各種ノ權利ノ集合ニシテ一ノ權利ノ客體ニ非ス然レトモ一括シテ法律行為ノ目的ト爲リ同一ノ法律上ノ處分ヲ受クルコトナシトセズ是ヨリ説明セントスル營業ノ讓渡ハ即チ此場合ナリ

營業ノ讓渡

同

營業ノ讓渡トハ商人ノ營業上ノ財産ヲ一括シテ讓渡スルコトヲ謂ス營業ノ讓渡ハ商人ノ營業上ノ財産ヲ一括シテ讓渡スル場合タルヲ要ス個個ノ財産即チ店舗商品等ヲ個個的ニ讓渡スルハ營業ノ讓渡ニ非ス然レトモ營業ノ讓渡ハ必スシモ營業上ノ財産全部ノ讓渡タルコトヲ要セス營業上ノ財産中如何ナル部分ノ讓渡アルトキハ營業ノ讓渡ト謂フコトヲ得ルカハ困難ナル問題ナレトモ此點ニ關スル外國ノ學說ハ略ホ一致セリ即チ德國ノ學者ハ營業讓渡ノ場合ニ於テハ得意其他營業ノ同一ナルコトヲ直接ニ表明スルニ足ルヘキ營業上ノ財産ノ讓渡アルコトヲ要スト説明シ^{〔註〕}讓渡ノ學者モ亦營業ヲ舊態ノママ存續スルニ必要ナル財産ノ讓渡アルコトヲ要スルモノトセリ其如何ナル財産カ營業ヲ舊態ノママ存續スルニ必要ナル財産ナリヤニ付テハ通常得意營業上ノ祕訣等ノ事實上ノ關係ヲ舉ク

ル學者多シト雖モ余ノ解スル所ニ依レハ此問題ハ各個ノ場合ノ事實問題ニ屬スルモノニシテ或ハ店舗ヲ要素トスルコトアルヘク或ハ得意ヲ要素トスルコトアルヘク必スシモ一般的ニ標準ヲ示スコトヲ得ヘカラス唯營業ノ讓渡人ハ法律ノ規定ニ依リ不正ノ競争ノ目的ヲ以テ同一ノ營業ヲ爲スコトヲ得サル義務ヲ負フヲ以テ^{〔三二條〕}此意義ニ於ケル得意ノ讓渡ハ如何ナル場合ニ於テモ心ス營業讓渡ニ伴フヘキモノト謂フコトヲ得ヘシ

營業ノ讓渡ハ上述セル如ク必スシモ營業上ノ財産全部ノ讓渡タルコトヲ要セサルヲ以テ營業上ノ財産ノ如何ナル部分ヲ讓渡スヘキカハ營業讓渡ノ各個ノ場合ニ於テ當事者之ヲ決定セサルヘカラス而シテ此問題ニ付テハ我法律ハ別ニ推定ヲ下ササルヲ以テ各個ノ場合ニ於ケル當事者ノ意思ヲ解釋シテ其營業上ノ財産ノ如何ナル部分カ讓渡セラレタルモノナルカヲ判斷セサルヘカラス或ハ營業讓渡ノ場合ニハ營業上ノ財産ハ特約ナキ限りハ總テ其讓渡アリタルモノト解スヘシト謂フ者アリ^{〔士商法要義一巻一三八頁〕}大審院モ亦此說ニ從ヒ營業ヲ讓渡スルニ當リテハ店舗貨物債權債務得意先及ヒ商業帳簿等ハ總テ之ヲ讓渡スルヲ通常

トス、故ニ其反證アラサル限リハ總テ讓渡アリタルモノト推定セサルヘカラスト
 判決セリト雖モ(七)日大審院判一月我舊商法第二十八條第二項ノ規定ノ如キ法律上
 ノ推定アルカ又ハ商慣習アルニ非サレハ斯ノ如キ廣キ推定ヲ下スコトヲ得ヘカ
 ラス(レ)マン等余ノ解スル所ニ依レハ當事者カ營業ノ讓渡ト稱スル行爲ヲ爲シ
 タルトモハ其行爲カ法律上ノ意義ニ於ケル營業ノ讓渡タルコトハ之ヲ推定シテ
 可ナルヲ以テ營業ヲ舊態ノママ存續スルニ必要ナル財産ノ部分ノ讓渡アリタル
 コトハ之ヲ推定スルコトヲ得ヘシト雖モ其他ノ部分ニ付テハ當事者ノ意思ヲ解
 釋シテ其讓渡アリタルヤ否ヤヲ判斷スルノ外ナカルヘシ

營業ノ讓渡ハ契約ニ因ルモノタルコトヲ要ス遺贈ノ場合ヲ包含セズ何トナレハ
 外國法ニ於テハ營業ノ讓渡ト營業ノ遺贈トハ之ヲ區別シテ規定シ外國學者モ亦
 之ヲ區別シテ論スルノミナラス我舊商法(一)スレル草案(二)三〇條(三)ノ用語及ヒ商
 法第二十二條ニ營業讓渡ニ伴ヘル特約ノ場合ヲ規定セルコト等ヨリ之ヲ見ルニ
 營業ノ讓渡トハ生存者間ノ讓渡ヲ指示スルモノナリト解スルヲ妥當トスレハナ
 リ而シテ營業ノ讓渡ハ雙方的商行爲ナリ即チ讓渡人タル商人ニ對シテハ其最後

營業ノ讓渡ノ法律
 上ノ性質

ノ附屬的商行爲ニシテ讓受人タル商人ニ對シテハ所謂準備行爲トシテ其最初ノ
 附屬的商行爲タリ此點ニ關シテハ獨逸帝國裁判所ノ判決ノ之ヲ認メタルモノア

リ
 營業ノ讓渡ノ法律上ノ性質ニ付テハ外國學者ノ說明モ極メテ曖昧ナレトモ之ヲ
 以テ一種獨立ノ契約ト見ルモノナキカ如シ(佛)國學者ハ通常營業ノ賣買用益又ハ
 遺贈ヲ區別シテ論スルモノノ如ク獨商法モ亦生存者間ノ營業ノ取得及ヒ死亡ニ
 因ル營業ノ取得ヲ認ムレトモ別ニ營業ノ讓渡ナル一種獨立ノ契約ヲ認メサルナ
 リ我商法ハ營業ノ讓渡ナルモノヲ認メタレトモ營業ノ讓渡ノ範圍ハ前述セル如
 ク決シテ一定セルモノニ非サレハ賣買贈與等ノ契約以外ニ別ニ營業讓渡ナル獨
 立ノ契約ヲ認メタルモノト謂フヘカラス故ニ營業上ノ財産中財産權ニ付テハ有
 償ノ場合ニ在リテハ賣買無償ノ場合ニ在リテハ贈與アリ債務ニ付テハ讓渡人ニ
 代リテ辨濟スヘキ契約又ハ更改ノ豫約アリ得意營業上ノ祕訣等ノ事實上ノ關係
 ニ付テハ一種ノ行爲ヲ目的トスル無名契約アリ是等ノ各種ノ契約カ特定ノ程度
 ニ於テ併合シテ一ノ行爲トシテ締結セラルルヲ稱シテ營業ノ讓渡ト謂フニ外ナ

ラスト解スルヲ以テ正當トスヘシ之ヲ要スルニ營業ノ讓渡ハ複雑ナル契約ノ併
合ニシテ單純ナル獨立ノ契約ニ非ス

效力

手続

176
178

當事者間ニ於ケル營業讓渡ノ效力ハ上述セル性質ヨリ推知スルコトヲ得ヘキモ、
之ヲ詳言スレハ店舗什器商品商業帳簿博覽會共進會等ニ於テ得タル賞牌等ノ動
産不動産ノ所有權其他ノ物權ハ賣買又ハ贈與ニ因リテ讓渡セラルヘク而シテ是
等ノ權利ノ移轉ハ民法ノ規定ニ依レハ當事者間ノ意思表示ノミニ因リテ生ス
レトモ之ヲ以テ第三者ニ對抗スル爲メニハ動産ニ付テハ引渡不動産ニ付テハ登
記ヲ爲スコトヲ要ス民法一七六條茲ニ一言附加スヘキハ營業ノ讓渡ニ因リテ商
業帳簿ヲ讓渡スルモ讓渡人ハ第二十八條ノ規定ニ依ル保存ノ義務ニ違反スルモ
ノト謂フヲ得サルコト是ナリ何トナレハ商業帳簿ハ通常營業讓渡ニ當リテ讓渡
セラルヘキ財産中ニ缺クヘカラサルモノナレハナリ

債權

467
9

營業上生シタル各種ノ債權モ亦賣買又ハ贈與ニ因リテ讓渡セラルヘク債權モ亦
當事者間ノ意思表示ノミニ因リテ移轉セラルレトモ之ヲ以テ第三者ニ對抗スル
爲メニハ民法第四百六十七條又ハ第四百六十九條ノ手續ヲ爲スコトヲ要ス但手

特許

債權

形ニ在リテハ其裏書ハ手形讓渡ノ條件ニシテ當ニ讓渡ヲ以テ第三者ニ對抗スル
ノ條件タルニ止マラサルヲ以テ之ヲ讓渡スル爲メニハ裏書ヲ爲スコトヲ要ス
特許其他ノ無形財産權モ亦賣買又ハ贈與ニ因リテ讓渡セラルヘク是等ノ權利モ
亦當事者間ノ意思表示ノミニ因リテ移轉セラルレトモ之ヲ以テ第三者ニ對抗ス
ル爲メニハ特許ニ付テハ特許法第四條第二項ノ手續意匠專用權ニ付テハ意匠法
第六條第一項ノ手續商標ニ付テハ商標法第六條第一項ノ手續礦物探掘權ニ付テ
ハ礦業條例第二十條第二項ノ手續著作權ニ付テハ著作權法第十五條第二項ノ手
續等ヲ要ス

債務ニ付テハ民法ハ包括承繼ノ場合ノ外ハ其承繼ヲ認メサルヲ以テ營業讓渡
ノ場合ニ於テモ讓受人カ讓渡人ニ代リテ其辨濟ヲ爲スヘキノ契約又ハ債務者ノ
交替ニ因ル更改ヲ爲スヘキノ豫約ヲ爲スコトヲ得ルニ止マルヘク讓渡人ノ債務
ハ其辨濟又ハ更改ニ因リテ始メテ消滅ニ歸スヘキナリ民法四七四條五此點ハ獨
民法ノ如ク債務ノ引受ヲ認ムル法制ト大ニ結果ヲ異ニスル所ナリ大審院ハ營業
上ノ債務ハ營業ノ讓渡ニ因リテ亦讓渡サレタルモノト認ムヘキ旨ヲ判決シタル

得

トモ債務ノ讓渡ハ我民法ノ認ムル所ニ非サルヲ以テ商慣習法ヲ援用スルニ非サ
 レハ斯ノ如キ結果ヲ生スヘカラス(七十三大審院十一月)
 得意營業上ノ秘訣其他ノ事實上ノ關係ハ之ニ關スル權利ヲ存セサルヲ以テ法律
 上ノ意義ニ於テ之ヲ讓渡スルコトヲ得ヘカラス故ニ其讓渡ト謂フハ法律上ヨリ
 之ヲ見レハ行爲ヲ目的トスル一種ノ無名契約ニシテ讓渡人カ讓受人ヲシテ是等
 ノ事實上ノ關係ヨリ生スル利益ヲ享受セシムルニ必要ナル行爲及ヒ不行爲ヲ爲
 スヘキノ義務ヲ負フニ過キサルナリ例ヘハ得意ノ讓渡トハ得意先ニ讓受人ヲ紹
 介スヘク其他自己カ同一ノ營業ヲ爲シテ其得意ヲ奪ハサルヘキノ行爲及ヒ不行
 爲ヲ目的トスル無名契約ニシテ營業上ノ秘訣ノ讓渡トハ其秘訣ヲ教授スルノ行
 爲ヲ目的トスル無名契約ナリ

正業禁止
 讓渡ノ義務

22. 23.

當事者間ニ於ケル營業ノ讓渡ノ當然ノ效力ハ大體以上ニ述ヘタルカ如シト雖モ
 法律ハ當事者ノ意思ヲ推測シ競業禁止ノ規定ヲ爲シテ讓渡人ニ特別ノ義務ヲ負
 ハシメタリ第二十二條第二十三條ノ規定即チ是ナリ之ヲ述フレハ次ノ如シ
 (一) 當事者カ別段ノ意思ヲ表示セサリシトキハ讓渡人ハ同市町村内(但市制又ハ

22/

行セサル町村ニ在リテハ從來ノ町村其他之ニ類ニ於テ二十年間同一ノ營業ヲ
 スル區域東京市大阪市京都市ニ在リテハ其各區ニ於テ二十年間同一ノ營業ヲ
 爲スコトヲ得ス然レトモ法文ノ示スカ如ク讓渡人ハ特約ニ因リ此義務ヲ免ル
 ルコトヲ得ヘク又其區域又ハ期間ヲ短縮スルコトヲ得ヘシ(施行法)

今2.

(二) 讓渡人カ同一ノ營業ヲ爲ササル特約ヲ爲シタルトキハ其特約ハ同府縣内(但
海峽ハ之ヲ一)且三十年ヲ超ニサル期間内ニ於テノミ其效力ヲ有ス蓋シ過大ノ
 制限ハ讓渡人ノ營業ノ自由ヲ束縛スルニ過キ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スルヲ
 以テナリ茲ニ注意スヘキノ若シ此制限ヲ超ユル特約ヲ爲シタルトキハ其地域
 又ハ期間ハ上述ノ制限額マテ減殺セラルヘク其特約カ全然無効ノモノト爲ル
 ニ非サルコト是ナリ(施行法)

23.

(三) 讓渡人ハ以上述ヘタル事項ニ拘ハラヌ不正ノ競争ノ目的ヲ以テ同一ノ營業
 ヲ爲スコトヲ得ス例ヘハ讓渡シタル店舗カ府縣又ハ市町村ノ境界ニ近キ場合
 一ニ於テ讓渡人ハ同府縣内又ハ同市町村内ニ非サルコトヲ奇貨トシ軒ヲ並ヘテ
 同一ノ營業ヲ爲スカ如キコトヲ得ス而シテ不正ノ目的ヲ以テ同一ノ營業ヲ爲
 スコトヲ得サルハ營業讓渡契約ノ當然ノ效果ニシテ敢テ法律ノ明文ヲ俟チテ

總則 營業 營業ノ讓渡

始メテ生スヘキモノニ非ス、又特約ヲ以テ斯ノ如キ義務ヲ免ルルコトヲ得サルハ勿論ナリ

才者對人
效力

營業ノ讓渡ハ第三者即チ讓渡人ノ債權者又ハ債務者ニ對シテハ如何ナル效力ヲ及ホスヤ換言スレハ讓渡人ノ債權者ハ讓受人ヲ以テ直チニ其債務者トシテ訴求スルコトヲ得ルヤ又讓渡人ノ債務者ハ有效ニ讓受人ニ對シテ債務ノ辨濟ヲ爲スコトヲ得ルヤニ付テハ舊商法第二十八條ハ不完全ナカラ之ニ關スル規定ヲ爲シ又獨商法第二十五條第二十六條ノ如キハ多少詳細ノ規定ヲ爲セリト雖モ我商法ニハ別段ノ規定ナキヲ以テ一般ノ原則ヨリ推論シテ之ヲ決スルノ外ナシトス即チ以上述ヘタル如ク當事者ノ意思ニ依リテ讓渡セラレタル財産ノ範圍ヲ定メタル上ニ於テ特定ノ債權ニシテ讓渡ノ目的中ニ包含セラレタルコト明カナルトキハ之ニ對スル債務者ハ民法第四百六十七條又ハ第四百六十九條ノ手續前ニ於テハ讓渡人ニ對シテ辨濟スルコトヲ得ヘク又讓受人ニ對シテモ有效ニ辨濟スルコトヲ得ルモノトス何トナレハ是等ノ手續ハ讓渡ノ當事者ヨリ第三者ニ對スル對抗要件タルニ止マリ第三者カ讓渡ヲ主張スルノ必要條件ニ非サレハナリ民法第

民467
-9

四百六十七條又ハ第四百六十九條ノ手續後ニ於テハ債務者ハ唯讓受人ノミニ對シテ辨濟ヲ爲スコトヲ得ヘキハ勿論ナリ但手形ノ場合ニ於テハ常ニ手形ニ關スル商法ノ規定ニ從ヒ手形上ノ債權者ニ辨濟スルコトヲ要ス債務ニ付テハ前述セラル如ク債務ノ引受ハ我民法ノ認メサル所ナルヲ以テ其結果トシテ讓渡人ノ債權者ハ債務者ノ交替ニ因ル更改アリタル後ニ非サレハ依然讓渡人ニ對シテノミ辨濟ヲ求ムルコトヲ得ヘク直接ニ讓受人ニ對シテ其辨濟ヲ求ムルコトヲ得ス但讓受人カ讓渡人ニ代リテ債務ノ辨濟ヲ爲スコトヲ約シタル場合ニ於テハ其契約ハ第三者ノ爲メニスル契約ノ一種ナルヲ以テ讓渡人ノ債權者ハ民法第五百三十七條乃至第五百三十九條ノ規定ニ依リ讓受人ニ對シテモ其辨濟ヲ請求スルコトヲ得ヘシ以上ハ我民法ノ原則ニ依リ營業ノ讓渡カ第三者ニ及ホス效力ヲ述ヘタルモノナレトモ余ハ此點ニ關シテハ強力ナル商慣習法ノ發生スルアリテ此錯綜セラル關係ヲ解決センコトヲ希望スルモノナリ獨商法第二十五條ノ如キハ亦商慣習法ヲ採用シタルモノニ過キササルナリ

總則 營業ノ讓渡

ナラス自然人ト會社ノ間又ハ會社相互間ニ於テモ行ハルヘキ場合ナシトモ
 社カ他ノ會社ノ營業ノ全部ヲ繼承スル場合ハ他ノ會社ヲ併合シテ合
 併ヲ爲ス場合ト類似セリト雖モ合併ノ場合ニ在リテハ合併後存続スル會社ハ合
 X併ニ因リテ消滅シタル會社ノ權利義務ヲ包摂的ニ承繼スルモノニシテ營業ノ讓
 X渡ノ場合ノ如ク各個ノ財產ニ付テ一其移轉ノ手續ヲ爲スノ必要ナキモノナリ
 X(八二條一)五條二項
 X(五條二)三六條二項
 X合併ノ場合ニ在リテハ斯ノ如キ效果ヲ生スルコトナキナ
 X員若クハ株主ハ當然合併後存続スル會社ノ社員若クハ株主ト爲レトモ營業讓渡
 Xノ場合ニ在リテハ斯ノ如キ效果ヲ生スルコトナキナ
 Xテ注意スヘキハ會社ノ其存続中ハ營業全部ノ讓渡ヲ爲スコトヲ得サルモ是ヲ
 X何トナレハ營業全部ノ讓渡ハ其必然ノ結果トシテ會社ノ解散ヲ生スヘク會社
 Xノ任意ノ解散ニ付テ法律カ其之ヲ爲スノ方法ヲ限定セル精神ニ背反スヘケレハ
 Xナリ(七四條三號)而シテ合名會社合資會社ハ其解散後ニ於テ第八十五條ノ規定
 Xニ依リ營業全部ノ讓渡ヲ爲スコトヲ得ヘキコト明瞭ナレトモ(五五條)株式會社
 株式合資會社ハ解散後ニ於テ法定ノ手續ニ從ヒ清算ヲ爲スコトヲ必要トスルヲ

譲渡ノ規定
 意

以テ營業全部ノ讓渡カ清算ト相抵觸セズシテ行ハルヘキカハ大ニ疑アル所ナリ
 獨舊商法ニ於テハ我商法ト同シク株式會社株式合資會社ノ營業讓渡ニ關スル規
 定ヲ有セサリシヲ以テ此點ニ關シテ爭アリシモ判例及ヒ學說ノ多數ハ便宜ヲ尙
 フノ結果株式會社株式合資會社モ亦解散後營業ノ全部ノ讓渡ヲ爲スコトヲ得ヘ
 キモノトセリ其最モ之ヲ辯護シタルモノハキナーノ論文(商法雜誌二七卷)ナリ
 然レトモ此問題ニ付テハ説明スヘキ所多キヲ以テ是等ノ議論ノ當否ニ至リテハ
 之ヲ第二編ニ讓ルヘシ

營業讓渡ノ他

營業讓渡ノ外ニ獨佛ノ學者ハ營業ノ遺贈用益質入又ハ貸貸ニ付テ論スル者アリ
 又獨商法ノ如キハ營業讓渡ノ規定ハ之ヲ用益權貸借其他ノ類似シタル關係ニ
 基キ營業ヲ引受タル場合ニ準用スヘキ旨ノ規定ヲ爲セリ我商法ハ是等ノ場合ヲ
 認メサレトモ遺贈ニ因リテ營業上ノ財產ヲ讓渡シ又ハ質入貸貸ニ類スル契約ヲ
 爲スコトヲ許ササルニ非サルヲ以テ之ニ付テ一言スヘシ用益權ハ我法律ノ認メ
 サル觀念ナルヲ以テ之ヲ述フルノ必要ナカルヘシ
 營業ノ遺贈ハ獨商法ハ之ニ關スル規定ヲ爲ササルモノナレトモ(ジュリシタルハッハ
 シブルグスタフ)

「レ」マンノ解釋ニ依ル多數ノ學者ハ生存者間ノ營業取得ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノトシテ其說明ヲ爲セリ又佛國學者ハ包括遺贈ノ一場合トシテ營業ノ遺贈ヲ說明セリ我民法ノ規定ニ依リテ之ヲ見ルニ營業上ノ財產ノミノ受遺者ハ包括受遺者ト謂フコトヲ得サルヲ以テ營業遺贈ノ場合ニ於テハ受遺者ハ遺贈義務者ニ對シテ其遺贈ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘキニ止マリ營業上ノ債務ハ負擔附遺贈ノ方法ニ依リ受遺者ヲシテ相續人ニ代リテ其辨濟ヲ爲サシムルコトヲ得ヘキモノト解シテ可ナリ(民法一〇九二條)其他營業ノ遺贈ニ關スル詳細ハ民法ノ著書ニ譲リ茲ニ說明セス

營業ハ前ニ述ヘタル如クノ權利客體ニ非サルヲ以テ之ヲ目的トシテ質權ヲ設定シ又ハ之ヲ賃貸スルカ如キコトハ民法上認ムルコトヲ得ス然レトモ營業ヲ組成スル各個ノ物ヲ質入又ハ賃貸スルト同時ニ債務ノ辨濟ヲ解除條件トシ又ハ物ノ賃貸期間ノ満了ヲ終期トシテ得意營業上ノ秘訣其他ノ事實上ノ關係ヲ讓渡スルトキハ恰モ一括シテ營業ヲ質入又ハ賃貸シタルト同様ノ結果ヲ收ムルコトヲ得ヘシ其詳細ハ營業ノ讓渡ニ付テ述ヘタル所ヲ應用シテ考索スレハ推知スルニ

難カラサルヘキヲ以テ之ヲ省略スヘシ

第三節 營業所

營業所トハ商人ノ營業ノ本據ヲ謂フ民法ニ於テハ各人生活ノ本據ヲ以テ其住所ト定ム(民法一〇九二條)商法ハ營業所ニ付テ斯ノ如キ定義ヲ下サスト雖モ生活ノ本據ニ對シテ營業ノ本據ヲ以テ營業所ナリト論スルヲ穩當ナリトス多數學者ノ所說亦然リ故ニ住所ト營業所トハ必スシモ常ニ所在地ヲ異ニスルモノニ非ス或ハ二者同所ニ併合セララルコトアリ我國ニ於テハ殊ニ其併合セララルモノ多シトス又會社ニ在リテハ營業所以外ニ住所ナク會社ノ住所ハ其本店ノ所在地ニ在ルモノトス(四四條)

營業所ハ營業ノ本據ナリ營業ノ本據トハ營業ノ中心トシテ其營業ニ關スル指揮命令ヲ發スル主腦ノ所在ヲ謂フ故ニ工場倉庫貨物積卸所ノ如キ營業ニ關スル事實上ノ行爲ヲ爲スニ過キササル場所ハ營業所ト謂フコトヲ得ス然レトモ又營業所ニ於テハ必スシモ常ニ營業ノ目的タル商行爲カ行ハルルコトヲ要スルニ非ス本

營業所ニ對シテ
效力

店ニ於テハ專ラ營業ノ内部ニ屬スル事務ヲ執リ、營業ノ目的タル商行爲ハ支店出張所等ニ於テノミ之ヲ爲スノ實例ハ決シテ稀有ニ非サルナリ

營業所ニ對シテ法律ノ認メタル效力ハ現行法ニ依レハ大體次ノ如シ

第一 營業所ハ管轄裁判所ヲ定ム直接ニ取引ヲ爲ス店舗ヲ有スル者ニ對シテハ其店舗所在地ノ裁判所ニ其營業ニ關スル訴ヲ起スコトヲ得(民法一六條一項)又會社ノ裁判籍ハ其所在地ニ依リテ定マリ而シテ其所在地ハ會社ノ營業所ノ所在地トス(民法二四條二項)

第二 營業所ハ債務履行ノ場所ヲ定ム商行爲ニ因リテ生シタル債務ノ履行ヲ爲スヘキ場所カ其行爲ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ因リテ定メラサルトキハ特定物ノ引渡ノ外ハ債權者ノ現時ノ營業所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス又指圖債權無記名債權ノ辨濟ハ債務者ノ現時ノ營業所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス(民法八條一項)

第三 營業所ハ書類送達ノ場所ヲ定ム(民法一四四條一四)

第四 手形ノ引受又ハ支拂ヲ求ムル爲メニスル呈示、拒絕證書ノ作成其他手形上ノ權利ノ行使又ハ保全ニ付キ利害關係人ニ對シテ爲スヘキ行爲ハ其營業所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス(民法三條四)

9.

ノ權利ノ行使又ハ保全ニ付キ利害關係人ニ對シテ爲スヘキ行爲ハ其營業所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス(民法三條四)

第五 商業登記ハ商人ノ營業所所在地ノ裁判所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス(民法九條)

人ハ同時ニ數箇ノ住所ヲ有スルヲ得ルカ獨民法ハ之ヲ認ムト雖モ我民法ノ解釋トシテハ住所ハ唯一タルコトヲ要スルモノノ如シ(富井博士民法原論一巻上二六頁以下、前名法學士民法總論一、二、三)然レトモ營業所ニ付テハ法律ハ同時ニ數箇アルコトヲ認メタルモノナリ

同時ニ數箇ノ住所
有ルモノナリ

即チ第一ニ商人ハ同時ニ數種ノ互ニ獨立セル營業ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ各種ノ營業ニ付テ同時ニ數箇ノ營業所ヲ有スルコトヲ得ヘシ然レトモ此場合ニ於テハ各營業所ハ各獨立ノ營業所ニシテ其間ニ何等ノ關係ナキヲ以テ茲ニ説明スヘキコトナシ第二ニ商人ハ一箇ノ營業ノ爲メニ數多ノ營業所ヲ有スルコトアリ此場合ニ於テハ數箇ノ營業所ハ相互ノ間ニ主從ノ關係ヲ生スヘシ其主タルモノヲ本店ト謂ヒ從タルモノヲ支店ト謂フ

支店ノ意

支店ハ從タル營業所ナリ支店ハ從タル營業所ナルヲ以テ本店ノ指揮命令ニ從フモノナリタルサレハカラス然レトモ支店モ亦營業所ナルヲ以テ工場、倉庫等ノ如ク事

總則 營業 營業所

、實上ノ行爲ヲ爲スニ過キサルモノタルヘカラス又分店若クハ出張所^(四)ノ如ク本店ノ一部タルニ過キサルモノタルヘカラス必スヤ多少ノ獨立ヲ有セサルヘカラズ、又全然本店ニ隸屬シ本店ノ指揮命令ナクシテ行動スルコト能ハサルモノハ之ヲ支店ト謂フコトヲ得ス、^(一)レンドハ支店タルノ標準ヲ示シテ縱令本店ノ營業ハ消滅スト雖モ獨立シテ營業ヲ保續シ得ル程度ニ於ケル組織ヲ要スルモノト論セリ、故ニ鐵道停車場ノ如キハ獨立ノ營業所ト謂フコトヲ得サルヲ以テ鐵道會社ノ支店ニ非ストスルハ獨逸ニ於ケル學說判例ノ一致スル所タリ、我行政裁判所ハ市町村ノ附加稅賦課ニ關スル判決ニ於テ屢停車場營業場タルコトヲ認メタレトモ^(三)三十七年四月六日判決三十七年四月二十七日三十六年第六百三號^(四)事件ニ對スル判決同日三十七年第四百九十三號事件ニ對スル判決等、其所謂營業場トハ商法上ノ營業所ト異ナレル觀念ト解スヘキカ如シ、若シ其營業場ト謂フハ商法上ノ營業所ト同意義ナリトスレハ是等ノ判決ハ通說ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス

支店ノ意義ハ大體以上ニ述ヘタル所ニ盡キタリ然レトモ之ニ關シテハ種々ノ誤解ヲ生スル虞アルヲ以テ次ノ諸點ニ付テ注意スルコトヲ要ス、^(一)或ハ支店ト支店

支店、行、
支店、行、
支店、行、

ニ非サル出張所ノ類トハ學者之カ區別ニ付テ確タル標準ヲ説明スルモノナキヲ以テ實際上ハ支店ト稱スルモノノミヲ支店ト解シ其他ノ名稱ヲ有スルモノハ支店ニ非ストスルノ外ナカルヘシト言フ者アレトモ^(一)青木氏商法總論一三五頁、余ノ解説シタル支店ノ意義ハ獨逸ニ於テハ帝國裁判所及ヒ帝國高等商事裁判所ノ多數ノ判例アリ、學說トシテモ略ホ一致セル所ニシテ、又支店ノ名アリテ實ハ分店若クハ出張所タルニ過キサルコトアリ分店若クハ出張所ト稱シテ而モ支店タルモノアルコトハ獨逸帝國高等商事裁判所ノ嘗テ判決シタル所ナリ、故ニ此論者ノ說ハ之ヲ採用スルコトヲ得、^(二)本店支店分店等ノ區別ハ實質上ノ區別ニシテ當事者ノ附シタル名稱ニ依リテ之ヲ判斷スヘキモノニ非スト謂フヲ正當トス、^(三)支店ハ本店ト同一ノ主人ヲ有セサルヘカラス是レ殆ト當然ノ事ニシテ別ニ説明ヲ要セスト雖モ我國ニ於テハ支店ノ名義ヲ有シ而モ異ナレル主人ノ下ニ在ルモノアリ是等ハ法律上ノ支店ニ非サルヲ以テ殊ニ之ヲ注意スルコトヲ要ス、^(三)支店ハ本店ト同一ノ營業ヲ目的トセサルヘカラス若シ支店ト本店トカ全然別個ノ營業ヲ目的トスルトキハ其所謂支店ハ從タル營業所ニ非サルヲ以テ法律上ハ亦一個ノ本店ニシテ支

(支店ト代理店ト)
ト(支店)

支店ト多ク
殆ト立ラズ
ト(支店)

店ニ非ス然レトモ支店ノ目的トスル營業ノ範圍ハ必スシモ全ク本店ノ營業ノ範圍ト一致スルコトヲ要セス例ヘハ本店ハ卸賣ト小賣トヲ兼テ營ムニ拘ハラズ支店ニ於テ小賣ノミヲ營ムカ如キコトハ之ヲ認ムルコトヲ得ヘシ(四)支店ハ代理店ト異ナル代理店ハ商人ノ營業ノ部類ニ屬スル商行爲ノ代理又ハ媒介ヲ爲ス所タルニ過キスシテ其營業ノ本據ニ非ス故ニ代理店ハ代理商ニ對シテハ營業所タリト雖モ本人ノ營業所ニ非ス(五)支店ハ本店ノ所在地ト異ナレル地域ニ在ルコトヲ要ストハ獨商法ノ解釋論トシテ通常唱ヘラルル學說ナリト雖モ我商法ノ解釋上ハ之ニ從フノ必要ナキカ如シ故ニ第十條ノ如キモ本店ト支店トカ其所在地ヲ異ニスル通常ノ場合ヲ豫想シテ規定シタルモノナリト解シテ可ナルヘシ又支店ノ商號ハ本店ト同一ナルコトヲ要セス唯會社ノ場合ニ在リテハ本店ノ商號ト同一ナルコトヲ要スヘキナリ

X 支店カ本店ニ對シテ多少ノ獨立ヲ有スル營業所ナル效果トシテ法律ハ支店ニ關シテ次ノ規定ヲ爲セリ

第一、本店ノ所在地ニ於テ登記スヘキ事項ハ支店ノ所在地ニ於テモ亦之ヲ登記

スルコトヲ要ス(七)條一、一三條一、一四條一、一五條一、一六條一、一七條一、一八條一、一九條一、二〇條一、二一條一、二二條一、二三條一、二四條一、二五條一、二六條一、二七條一、二八條一、二九條一、三〇條一、三一條一、三二條一、三三條一、三四條一、三五條一、三六條一、三七條一、三八條一、三九條一、四〇條一、四一條一、四二條一、四三條一、四四條一、四五條一、四六條一、四七條一、四八條一、四九條一、五〇條一、五一條一、五二條一、五三條一、五四條一、五五條一、五六條一、五七條一、五八條一、五九條一、六〇條一、六一條一、六二條一、六三條一、六四條一、六五條一、六六條一、六七條一、六八條一、六九條一、七〇條一、七一條一、七二條一、七三條一、七四條一、七五條一、七六條一、七七條一、七八條一、七九條一、八〇條一、八一條一、八二條一、八三條一、八四條一、八五條一、八六條一、八七條一、八八條一、八九條一、九〇條一、九一條一、九二條一、九三條一、九四條一、九五條一、九六條一、九七條一、九八條一、九九條一、一〇〇條一

第二、商人ハ支店ノ業務ノミニ關スル支配人ヲ置クコトヲ得ヘキモノナルヲ以テ(商法ハ支配人ノ選任及ヒ其代理權ノ消滅ハ之ヲ置キタル本店又ハ支店ノ所在地ニ於テ主人之ヲ登記スルコトヲ要スヘキモノトセリ(三一)條)

第三、支店ニ於テ爲シタル取引ニ付テハ債務ノ履行ハ其支店ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス(二七)條(三)項(商法ノ明文ニハ其支店ヲ以テ營業所ト看做ストアリ其用語不穩當ナルヲ以テ支店ハ營業所ニ非サル如キ觀アリト雖モ第九條第十條等ノ規定ヨリ之ヲ見レハ法律ハ支店モ亦營業所ナリト見タルモノナリト謂ハサルヘカラス即チ第九條ノ規定ハ支店ニ於ケル登記ニ付テモ亦適用アルモノナルコト疑ヲ容ルルコトヲ待サルナリ

- (一) 獨 Handelsniederlassung. 佛 établissement commercial. 英 seat of business.
- (二) 獨 Hauptniederlassung. 佛 siège principal. 英 principal office.
- (三) 獨 Zweigniederlassung. 佛 succursale. 英 branch office.
- (四) 獨 Nebeniederlassung.

總則 營業 營業所

第六章 商業登記

信用ハ商業ノ生命ナリ信用ナクンハ商業ノ發達ハ得テ望ムヘカラス而シテ信用ハ事實ノ真相ヲ明知スルニ因リテ生ス然ルニ商人カ其營業ヲ爲スニ當リテハ個ノ相手方ノ爲メニ個個ノ行爲ヲ爲スニ非スシテ廣ク公衆ニ對シ繼續シテ取引ヲ爲スコトヲ目的トスルカ故ニ商人ニ關スル法律關係ハ或程度マテハ一般世人ニ對シテ公示セシムルニ非サレハ之ヲシテ信用ヲ博セシメ難シ又他方ニ於テハ商人ニ關スル法律關係ヲ公示セシムルハ之ト取引ヲ爲サントスル公衆ヲ保護シ不測ノ損害ヲ被ムルコトナカラシムル爲メニモ亦必要ナリ是レ進歩シタル商法カ商業登記ノ制度ヲ認メタル所以ナリ

羅馬法ニ於テ商店ニ一定ノ看板ヲ掲クヘキコトヲ命シタルハ當時ノ法文ノ之ヲ徵スヘキモノアリ其他貼札引札看板等ニ依リ商人カ自己ノ營業ノ狀態ヲ公示スルハ古來各國ノ慣習ノ一致スル所ナリ然ルニ中古時代ニ至リテ商人團體ノ起ルニ及ヒ組合名簿ノ制ヲ生シ此制度ハ後一般國法ノ認ムル所ト爲リ遂ニ今日ノ商

業登記ノ制度ニ進化セリ現今商法中ニ商業登記ニ關スル一般ノ規定ヲ爲スモノヲ舉レハ獨舊商法（至一四條乃尙商法）西商法（至三六條乃葡商法）瑞債務法（至八九條乃獨新商法）等ニシテ佛蘭西白耳義和蘭伊太利等ノ諸國法ハ各個ノ事項ニ關シテハ之カ規定ヲ爲スト雖モ一般ノ規定ヲ設ケス我舊商法第十八條乃至第二十二條ニハ商業登記ニ關スル一般規定ヲ爲シタルモ多クハ手續ニ關スル條項ニ過キス新商法ハ手續ニ關スル規定ハ非訟事件手續法ニ譲リ商法中ニハ主トシテ實質上ノ規定ヲ爲シタリ以下ニ於テハ主トシテ商法ノ規定ノ説明ヲ爲スヘシ

總論

第一節 總論

商業登記トハ法定ノ手續ニ從ヒ商法ノ規定ニ依リ登記スヘキ事項ヲ登記スルヲ謂フ商業登記ハ裁判所ニ於テ登記スルモノタルコトヲ要ス故ニ行政官廳ニ於テスルモノハ縦令之ニ類似スルコトアリト雖モ商業登記ニ非ス例ヘハ商標又ハ意匠ノ登録ハ特許局ニ於テスルモノナレハ商業登記ト謂フコトヲ得ス

商業登記ハ商法ノ規定ニ依リテ登記スヘキ事項ノ登記タルコトヲ要ス故ニ民法
 其他ノ特別法ノ規定ニ依ル登記ハ縱令裁判所ニ於テスルモノト雖モ商業登記ニ
 非ス例ヘハ不動産登記永代借地登記夫婦財產契約登記身分登記戶籍登記產業組
 合登記相互保險會社登記外國相互會社登記法人登記外國法人登記ノ如キハ或ハ
 商業登記ニ類似スルモノモアレトモ商業登記ニ非ス是等ノ登記ト商業登記トノ
 實質上ノ差異ニ至リテハ事他岐ニ亘ルヲ以テ別ニ説明ヲ爲サス唯茲ニ一言スヘ
 キハ商法施行法及ヒ非訟事件手續法第三編第三章ニハ登記スヘキ事項ニ關シテ
 商法ノ規定ヲ補充スル規定ヲ存スルヲ以テ是等ノ規定ニ依リテ登記スヘキ事項
 ノ登記ハ亦商業登記ト稱スヘキモノタリ

商業登記ニ
 依リテ

商業登記ハ非訟事件手續法第三編第三章ニ定ムル手續ニ依ル登記タルコトヲ要
 ス船舶ノ登記ハ商法ノ規定ニ依ルモノナレトモ之カ手續ハ特別法ヲ以テ別ニ之
 ヲ定ムルヲ以テ商業登記ニ非ス(五)四〇條及ヒ船舶法三四條三〇號船舶登記規則西商法(二)葡商
 法(五)二ノ如キハ船舶登記ヲ以テ商業登記ノ一部ト爲スト雖モ船舶登記ハ寧ロ不
 動產登記ニ類スルヲ以テ之ヲ特別法ニ讓ルヲ妥當ナリトス故ニ獨逸ニ於テモ船

船舶登記及相對
 的登記事項

船舶登記ハ千八百九十九年六月二十二日ノ特別法ヲ以テ之ヲ規定セリ
 商法ノ規定ニ依リ登記スヘキ事項ニハ必ス登記スルコトヲ要スル事項即チ絕對
 的登記事項アリ又單ニ登記スルコトヲ得ルニ過キササル事項即チ相對的登記事項
 アリ登記スヘキ事項ハ概テ前者ニ屬スト雖モ商號ノ登記ノ如キハ之ヲ爲スコト
 ヲ得ルニ過キササルモノナルヲ以テ相對的登記事項ナリトス而シテ是等ノ登記事
 項ハ凡テ法律ノ明文ヲ以テ定ムル所ナリ故ニ第九條ニハ本法ノ規定ニ依リ登記
 スヘキ事項云云ト規定シタリ決定ノ事項以外ノ事項ハ之ヲ登記スルコトヲ得サ
 ルノミナラス若シ之ヲ登記シタルトキト雖モ何等ノ效力ヲ生スルコトナシトス
 獨舊商法ノ如キモ同シク本法ノ規定ニ依リ登記スヘキ事項云云ト規定セシカ其
 新商法カ之ヲ删除シタルハ當然ノ事理ナルカ故ヲ以テニシテ決シテ反對ノ主義
 ヲ採リタルモノニ非ス

登記スヘキ事項
 之ヲ分テ

一般ノ商人ニ關スル事項
 自然入タル商人ニ關スル
 事項及ヒ會社ニ關スル事項
 三種ニ區別スルコトヲ得
 既ニ述ヘタル如ク登記ニ
 依リテ商人ニ關スル事項ヲ公示セシムルハ商人ヲシテ信用ヲ得セシメントスル

ト同時ニ之ト取引ヲ爲ス第三者ノ利益ヲ保護セントスルニ在リ其第三者ヲ保護
 スルノ目的ヨリ觀察スルトキハ商人ノ總テノ關係ヲ公示セシムルニ如クハナシ
 ト雖モ斯ノ如キハ商人ノ資産ノ真相ヲ裸出シテ其信用ヲ毀損シ又ハ營業上ノ秘
 密ヲ暴露シテ其利益ヲ傷害スルノ虞アリト謂ハサルヘカラス故ニ法律ハ事ノ緩
 急ヲ計リ商人ノ營業上ノ秘密ニ涉ルコトナク又其信用ヲ毀損スルノ虞ナキ事項
 ニシテ一般ノ公衆ニ利害ノ關係ヲ及ホスヘキ事項ハ成ルヘク之ヲ登記セシムヘ
 キモノトシ其營業ノ内部ノ狀態ニ關スル事項ハ一般公衆ノ利害ニ重大ナル關係
 ヲ及ホス場合ニ於テ始メテ之ヲ登記セシムヘキモノトセリ自然人タル商人ニ關
 シテ登記スヘキ事項少ナク會社ニ關シテ多キハ蓋シ此理由ニ基クモノナリ以テ今登
 記スヘキ事項ニ關スル條文ヲ舉クレハ一般商人ニ關シテハ商號及ヒ支配人ニ關
 スル登記アリ(條一九條乃至二一)自然人タル商人ニ關シテハ管テ述ヘタル未成年者
 妻及ヒ後見人ノ登記アリ(七條)會社ニ關シテハ設立解散清算ノ登記ヲ始トシ資本
 増加社債募集本店又ハ支店ノ移轉ニ關スル登記及ヒ外國會社ニ關スル登記等ア
 リ是等各個ノ登記事項ニ關スル說明ハ總テ之ヲ各本條ノ說明ニ讓ラントス

登記ノ後、因
 二一般規定

登記スヘキ事項ニ關シテハ法律ハ二條ノ一般的规定ヲ爲セルヲ以テ次ニ説明ス
 ヘシ

10 (31) 例

16

登記ノ時期

(一) 本店ノ所在地ニ於テ登記スヘキ事項ハ支店ノ所在地ニ於テモ亦之ヲ登記ス
 ルコトヲ要ス(條一〇)但本條ノ規定ニ對シテハ一例外アリ支配人ノ選任及ヒ其代
 理權ノ消滅ニ關スル登記ハ之ヲ置キタル本店又ハ支店ノ所在地ニ於テスルヲ
 以テ足レリトス(條三一)我商法第十條ニ該當スル獨商法第十三條ハ本店ニ於テ既
 ニ登記シタルコトヲ證明スルニ非カレハ支店ニ於テ其登記ヲ爲スコトヲ許サ
 スト雖モ第十條ハ本店ノ所在地ニ於テ登記スヘキ事項云云ト規定シタルヲ以
 テ本店ト支店トノ間ニ於ケル登記ノ前後ハ解釋上ハ之ヲ問ハサルモノト謂フ
 ノ外ナカルヘシ

(二) 登記シタル事項ニ變更ヲ生シ又ハ其事項カ消滅シタルトキハ當事者ハ遲滯
 ナク變更又ハ消滅ノ登記ヲ爲スコトヲ要ス(條一五)尙ホ商號及ヒ會社設立ノ登記
 ニ關シテハ此點ニ付キ特別ノ規定アリ(二四條、五三條、
 二四一條、三三條)
 以上述ヘタル所ノ登記スヘキ事項ニ關スル規定中ニ於テ一般ノ商人及ヒ自然人

制裁

タル商人ニ關スル規定ニハ登記スヘキ時期ニ付テ何等ノ定ヲ爲ササルヲ常トス
ト雖モ會社ニ關スル規定ニハ必ス之カ定ヲ爲シ、登記スヘキ事實ノ生シタル時又
ハ其通知ノ到達シタル時ヨリ起算シ二週間内ニ之ヲ爲スヘシト規定シ(二五條、三五
條、七六條、八一條、九〇條、九七條、一〇七條、一一八條、一四四條)又ハ遲滯ナク之カ登記ヲ爲
スヘシト規定セリ又會社ニ付テハ登記スヘキ事項ヲ登記セサル場合ニ對シテハ
制裁アリテ發起人、業務執行社員、取締役、外國會社ノ代表者、監査役又ハ清算人カ之
ヲ怠リタルトキハ五圓以上五百圓以下ノ過料ニ處セラルヘシト雖モ（自然）商人
商人カ之ヲ怠リタル場合ニハ斯ノ如キ制裁ナシ(二六條、一六六條)リースレル草案第二十三
條ハ裁判所ヨリ一回ノ督促ヲ受ケテ仍ホ登記ヲ怠ル者ニ對シ罰金ノ制裁ヲ定メ
タレトモ舊商法ハ此規定ヲ採用セス、新商法モ亦此點ニ關シテハ舊商法ノ主義ニ
從ヘリ、蓋シ我邦ニハ從來登記ノ制度ナカリシヲ以テ自然人ニ對シテ俄ニ之ヲ強
制スルヲ酷ナリトシ制裁ヲ設ケサリシモノナルヘシ、故ニ西商法又ハ葡商法ニ於
テ自然人タル商人ニ對シテハ商業登記簿ニ登記スルト否トハ當事者ノ任意トシ
唯登記セサル商人ハ登記ヨリ生スル法律上ノ效果ニ因リテ利益ヲ享有スルコト

登録

登記ノ手
續

ナキモノト定メタル制度トハ其趣旨ヲ異ニシ(西商法一七條、一八條、葡商法四七條、四八條)商號ノ登記以
外ノ登記ハ自然人タル商人ニ對シテモ同シク絕對的登記事項ナリト雖モ之ヲ怠
リタル場合ニ於テ制裁ヲ科セサルニ過キス、獨商法第十四條ノ如キ之ニ反シ一般
ニ登記ヲ怠リタル場合ニ於ケル制裁ヲ定メ三百馬克以下ノ過料ニ處スヘキモノ
トセリ、余ハ立法論トシテハ獨商法ノ主義ヲ可トスル者ナリ
尙ホ本節ニ於テ一言スヘキハ凡テ登記ヲ爲ス者ハ登録稅ヲ納ムルコトヲ要ス其
詳細ヲ知ラント欲スル者ハ登録稅法(二九年法)第六條及ヒ第六條ノ二ヲ參照ス
ヘシ茲ニハ之カ説明ヲ爲サス

(一) 獨 Handelsregister. 佛 registre de commerce.

第二節 登記ノ手續

登記ハ當事者ノ請求ニ因リテ之ヲ爲スヲ本則トス(九條、一四五條、非)唯登記ヲ爲シタ
ル者カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ裁判所カ職權ヲ以テ破産ニ關スル登記
ヲ爲スコトアルノミ(非一五三條、一五二條)登記ノ事務ハ登記ノ申請ヲ爲ス者ノ營業所所

總則 商業登記 登記ノ手續

在地ノ區裁判所又ハ其出張所ニ於テ之ヲ爲ス之ヲ登記所ト謂フ(九條及ヒ非訟登記ノ事務ヲ取扱フ者ハ區裁判所判事ニシテ之ヲ登記官吏ト謂ス登記ノ申請ハ法定ノ形式ヲ備ヘタル書面ヲ以テ之ヲ爲スヲ要ス之ヲ登記ノ申請書ト謂ス登記所ハ登記ノ申請カ適法ナルトキハ之ニ從ヒテ登記スヘク不適法ナルトキハ理由ヲ附シタル決定ヲ以テ之ヲ却下スルモノニシテ當事者ハ之ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得(非訟法一四九條一五一條二四〇條乃至四六六條)尙ホ登記ノ申請其他ノ手續ノ詳細ニ付テハ總テ其説明ヲ省略スルヲ以テ之ヲ知ラント欲スル者ハ非訟事件手續法第三百三十九條以下及ヒ商業登記取扱手續(三十二年司法省令一三號)ヲ參照スヘシ又志田博士日本商法論第一卷第九十九頁以下ニハ登記ノ手續ニ關シ最モ周到綿密ナル解釋アルヲ以テ就テ看ルモ可ナルヘシ

管轄登記所ニ於テハ商業登記ヲ爲ス爲メニ特ニ簿冊ヲ備フ之ヲ商業登記簿ト稱ス商業登記簿ニ十種アリ其登記簿ノ名稱ヲ見ルトキハ登記スヘキ事項ヲ推知スルコトヲ得ヘキヲ以テ之ヲ舉レハ一商號登記簿二未成年者登記簿三妻登記簿四後見人登記簿五支配人登記簿六合名會社登記簿七合資會社登記簿八株式會社登

商業登記簿

問題

形式的及實際的審査主義

記簿九株式合資會社登記簿十外國會社登記簿即チ是ナリ(四〇條法一)

茲ニ一言注意スヘキハ登記官吏カ申請書ヲ受ケタル場合ニ於テ如何ナル程度マテ之ヲ審査スヘキモノナルヤノ點是ナリ詳言スレハ登記官吏ハ申請書カ形式上適法ナルヤ否ヤヲ審査スルニ止マルヘキカ(所謂形式的審査主義)又ハ其實質ニ入リテ其申請ノ内容タル事實ノ眞僞ヲ審査スルコトヲ要スルカ(所謂實質的審査主義)ノ問題ナリ元來登記ノ制度ハ當事者ノ申請シタル事項ノ公示ヲ目的トスルモノニシテ其法律關係ノ表示自體ニ非ス故ニ登記ハ當事者カ其登記シタル事項ニ付テ申請ヲ爲シタルコトヲ證スルニ止マリ其事項自體ノ眞正ナルコトヲ證スルモノニ非サルヘキコトハ嘗テ獨逸帝國裁判所ノ裁判シタル所ナリ又實際ニ於テ無數ノ申請ニ付キ一事實ノ眞僞ヲ探究スルカ如キハ殆ト不能ノ事ニ屬スヘシ故ニ學者多ク實質的審査主義ヲ排斥シテ形式的審査主義ヲ採レリ然レトモ申請ニ形式上ノ不備ナキトキハ縱令登記官吏カ其申請ノ内容タル事實ノ虛僞ナルコトヲ知リタル場合ニ於テモ仍ホ之ヲ登記シ之ニ法律上ノ效果ヲ與フヘキモノトスレハ一般ノ條理ニ反スルヲ以テ形式的審査主義ヲ唱フル學者ト雖モ斯ノ

如キ場合ニ於テハ申請ヲ却下スルコトヲ得ヘキモノトセリ(例ヘハシヨルツエ、ゲルリッ
ツ商業登記及ヒ意匠
登録)余ハ我法律ノ解釋トシテ登記官吏ニ實質的ノ審査ヲ爲スノ義務アルコトヲ
認メサルト同時ニ登記官吏カ實質的ノ審査ヲ爲スノ職權アルコトヲ認ムル者ナ
リ、實質的ノ審査義務ナキ者ハ直チニ實質的ノ審査權ナキモノト解スヘカラス又
實質的ノ審査權アルノ故ヲ以テ直チニ實質的ノ審査義務アルモノト認ムヘカラ
ス、登記官吏ハ實質的ノ審査權アレトモ實質的ノ審査義務ナキ者ナリ、然レトモ登
記官吏ハ實質的ノ審査權ヲ有スルノ結果特定ノ場合ニ於テハ其審査權ヲ行使ス
ルノ義務ヲ負フヘシ、我非訟事件手續法ハ廣ク登記ノ申請カ商法又ハ本章ノ規定
ニ適セサルトキハ之ヲ却下スヘキモノトセリ(非訟法一
條)然ルニ虛偽ノ事實ノ登記
申請ハ常ニ商法又ハ本章ノ規定ニ適セサルモノト謂ハサルヘカラス、今非訟事件
手續法ノ此規定ヲ以テ不動産登記法カ登記ノ申請ヲ却下スヘキ場合ヲ列舉スル
ニ對照シ(法四九條)又非訟事件手續法第十一條カ裁判所ハ職權ヲ以テ事實ノ探
知及ヒ必要ト認メタル證據調ヲ爲スヘシト定メ此規定カ登記所ニモ適用アルヘ
キヲ見レハ(非訟法
一條)我法律ノ解釋トシテハ登記官吏ニ實質的ノ審査權アルコトヲ

認ムルコトヲ得ヘシ、然レトモ是等ノ規定ハ登記官吏カ無數ノ申請ヲ受理スルニ
當リテ一實質的ノ審査ヲ爲スヘキコトヲ命シタルモノト解釋スルコトヲ得サ
ルモノナリ、故ニ登記官吏ハ必ス實質的ノ審査ヲ爲スヘキ義務ヲ負フ者ニ非サレ
トモ必要ト認メタル場合ニ於テ其審査權ヲ行使スルコトヲ要スルハ一般官吏ノ
忠實ノ義務ヨリ生ズル結果ト謂フヘシ、之ヲ要スルニ登記官吏ハ實質的ノ審査ノ
義務ナシト雖モ實質的ノ審査權ヲ有スルヲ以テ必要ト認メタルトキハ之ヲ行使
シテ實質的ノ審査ヲ爲スノ義務ヲ負フ者ナリ、之ヲ具體的ニ説明スレハ登記官吏
ハ通常ハ當事者ノ申請ニ依リテ登記スルヲ以テ足レリトスルモ必要ト認メタル
場合ニ於テハ進ミテ事實ノ眞偽ヲ審査スルコトヲ要スヘキナリ

- (一) 獨 Konsensprinzip.
- (二) 獨 Legalitätsprinzip.

第三節 登記ノ公示

商業登記ノ目的ハ既ニ述ヘタル如ク事實ノ公示ニ在ルヲ以テ法律ハ各人ニ對シ

登記ノ公
示

登記簿ノ閱覽ヲ許シ及ヒ其謄本又ハ抄本ヲ交付スヘキモノトシ(四)非訟法一登記所
 ヲシテ特定ノ事項ノ證明ヲ爲サシムヘキモノトシ(四)非訟法一又登記シタル事項ハ
 裁判所ニ於テ遲滯ナク之ヲ公告スルコトヲ要スルモノトセリ(條一)獨商法ニ於テ
 ハ登記簿ノ閱覽、謄本抄本ノ交付、公告ノ方法ニ關シテモ商法中ニ之ヲ規定スレト
 モ(獨商法九條)我商法ハ是等ノ規定ハ之ヲ非訟事件手續法ニ讓レリ
 我法律ニ於ケル公示方法ノ大略ヲ述フレハ左ノ如シ、其手續ニ關スル詳細ノ點ハ
 亦之ヲ省略スヘシ

(一) 登記簿ノ閱覽ハ何人ニモ之ヲ許スト雖モ登記簿ノ附屬書類ノ閱覽ハ利害ノ
 關係ヲ疏明シタル申請者ニ限り之ヲ許スモノトス(非訟法一四二條一、二項)

(二) 謄本抄本ノ交付ニ付テハ利害關係ヲ疏明スルコトヲ要セスト雖モ其交付ヲ
 請求スルニハ手数料ヲ納付スルコトヲ要シ、別ニ郵送料ヲ納付スルトキハ郵送
 ヲモ請求スルコトヲ得(非訟法一四二條一、三項)

(三) 登記所ハ申請ニ因リ登記事項ニ變更ナキコト又ハ或事項ノ登記ナキコトノ
 證明ヲ爲スヘキモノトス、其申請ニ付テモ利害關係ヲ疏明スルコトヲ要セスト

雖モ原則トシテ手数料ヲ納付スルコトヲ要ス(非訟法一四三條三、五、六條)

(四) 登記シタル事項ノ公告ハ官報及ヒ新聞紙ニ少ナクモ一回之ヲ爲スコトヲ要
 シ、公告ハ之ヲ掲載シタル最終ノ官報及ヒ新聞紙發行ノ翌日之ヲ爲シタルモノ
 ト看做サル(四)非訟法一區裁判所ハ毎年十二月ニ翌年公告ヲ掲載セシムヘキ新聞
 紙ヲ定メ官報及ヒ新聞紙ヲ以テ之ヲ公告ス、而シテ其新聞紙カ休刊又ハ廢刊シ
 タルトキハ他ノ新聞紙ヲ選定シ同一ノ方法ニ依リテ之ヲ公告ス(四)非訟法一又管
 轄内ニ於テ公告ヲ爲スニ適當ナル新聞紙ナキトキハ新聞紙上ノ公告ニ代ヘ登
 記所及ヒ其管轄内ノ市町村役場ノ揭示場ニ公告スルコトヲ得(四)非訟法一

登記ト其公告トカ抵觸スルコトハ豫想スルコトヲ得ヘカラサル事實ニ非ス或ハ
 登記官吏ノ過失ニ因リ、或ハ官報若クハ新聞紙ノ誤植ニ因リ、屢公告ノ誤謬ヲ生ス
 ルコトアルヘシ、我商法ハ斯ノ如キ場合ニ於テハ仍ホ登記ヲ以テ第三者ニ對抗ス
 ルコトヲ得ヘキモノトセリ(條一)蓋シ公告ハ第三者ヲシテ容易ニ登記シタル事項
 ヲ知ラシムルコトヲ得セシムルカ爲メニ設ケタルモノナレハ第三者保護ノ上ヨ
 リ觀ルトキハ公告ニ依ラシムルヲ可ナリトスヘク、現ニ關商法ハ公告ニ依ルヘキ

登記ト公告
 149

モノトシ(商法九條)ベールレンドノ如キハ立法論トシテ此主義ヲ賛成セルモ我立法者ハ誤植ノ頻繁ナルニ鑑ミ第三者ヨリモ寧ロ當事者ノ利益ヲ圖リテ登記ニ重キヲ置キタルナルヘシ獨商法ハ此點ニ關シテ規定ヲ爲ササルヲ以テ其解釋トシテハ或ハ登記ハ本ニシテ公告ハ末ナルヲ以テ登記ニ重キヲ置クヘシト言フ者アレトモ(フツヘ)多數學者ハ登記ト公告カ抵觸スルトキハ適法ノ公告ナカリシモノト看做スヘキモノトセリ(ベールレンド、スタウプ、レーマ、シヨリ、ンゲル、ハツヘン、ブルグ)

第四節 登記ノ效力

登記ノ效力ノ原則ハ第十二條ニ之ヲ定ム即チ登記スヘキ事項ハ登記及ヒ公告ノ後ニ非サレハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス登記及ヒ公告ノ後ト雖モ第三者カ正當ノ事由ニ因リテ之ヲ知ラサリシトキ亦同シ斯ノ如キ登記ノ效力ニ關スル一般規定ヲ有スルモノニハ我商法ノ外ニ獨新商法及ヒ尙商法アリ尙商法第九條ハ登記及ヒ公告ノ後ハ絶對的ニ第三者ニ對抗シ得ヘキコトヲ規定スト雖モ獨新商法第十五條ノ規定ハ略ホ我第十二條ト同様ナリ第十二條ノ規定ハ

12. 登記ノ效力

12. 分拆

次ノ二場合ニ分チテ説明スルヲ便トス

(一) 登記スヘキ事項ハ之ヲ登記シ及ヒ公告シタル後ニ非サレハ其事項ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス故ニ單ニ登記ヲ爲シタルヲ以テ足レリトセス仍ホ公告ヲ爲スコトヲ必要トスルモノニシテ此點ハ舊商法ノ規定ト異ナレル所ナリ(商法二條)又登記及ヒ公告ノ後ニ非サレハ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルニ止マルヲ以テ登記前又ハ登記後公告前ニ在リテモ第三者ノ惡意ヲ證明スルトキハ之ヲ以テ其第三者ニ對抗スルコトヲ得而シテ登記及ヒ公告ヲ爲ササリシハ登記ヲ申請スヘキ者ノ過失ニ出テタルト又ハ登記官吏カ申請ヲ受理シタルニ拘ハラヌ其登記及ヒ公告ヲ怠リ若クハ登記ヲ爲シタルニ拘ハラヌ公告ヲ怠リタルニ因リタルト又ハ蓋シ此規定ハ公益上第三者ヲ保護スル爲メニ設ケタルモノニシテ登記ノ義務ヲ怠リタル者ニ對スル制裁ノ爲メニ設ケタル規定ニ非サレハナリ然レトモ登記官吏カ故意又ハ重大ナル過失ニ因リ之ヲ怠リタル場合ニ於テハ申請人ハ之ニ對シ損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(非訟法一五七條、不) 動產登記法一三條不動產登記法ノ此規定ハ官吏ノ責任ニ關スル一般原則

總則 商業登記 登記ノ效力

ノ例外ナルコトハ明カナリト雖モ、官吏ノ責任ニ關スル一般原則ニ付テハ特ニ規定ナキヲ以テ登記官吏ノ責任カ此規定ニ依リテ始メテ創設セラレタルモノナルカ、將タ之ニ依リテ民法ノ原則ノ適用ヲ制限シタルモノナルカニ付テハ行政法學者間ニ議論アリト雖モ餘論ニ涉ルヲ以テ茲ニ論セス

(二) 登記及ヒ公告ノ後ニ於テハ登記シタル事項ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得但第三者カ正當ノ事由ニ因リテ之ヲ知ラサリシトキハ此限ニ在ラス茲ニ注意スヘキハ正當ノ事由ニ因リテ知ラサリシコトノ舉證ハ第三者ノ責任ニ在ルコト是ナリ故ニ此點ニ關シテハ舊商法ニ於テ何人ト雖モ毫モ己レノ過失ニ非サルコトヲ證シ得ルニ非サレハ之ヲ知ラサルヲ以テ己レヲ保護スルコトヲ得ス下定メタルト全ク同一ナリトス

本店及ヒ支店アル場合ニ付テハ商法ハ第十三條ニ特別ノ規定ヲ爲セリ即チ支店ノ所在地ニ於テ登記スヘキ事項ヲ登記セサリシトキハ第十二條ノ規定ハ其支店ニ於テ爲シタル取引ニ付テノミ之ヲ適用スヘキモノトセリ獨新商法第十五條第三項ノ規定亦之ト同様ナリ

13.

以上述ヘタル登記ノ效力ニ關スル原則ハ當事者カ責任ヲ免ルヘキ事項(テールノ所謂免責事項)ニ之ヲ適用シテ最モ實效アリ例ヘハ支配人ヲ解任シタルトキハ其解任ノ登記及ヒ公告アリタル後ニ非サレハ主人ハ其支配人ノ解任ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス從テ主人ハ其以前ニ支配人カ爲シタル行爲ニ付テハ責任ヲ負フヘキモノナレトモ登記及ヒ公告ノ後ニ於テハ原則トシテハ其責任ヲ免ルルニ至ルナリ取締役、清算人等ノ解任等ニ付テモ亦同シ之ニ反シテ支配人選任ノ登記ノ如キハ之ニ第十二條ノ規定ヲ適用スルノ實際上ノ必要ハ極メテ稀ナリ何トナレハ主人ハ支配人ノ選任ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルニ因リ利益ヲ受クルコト稀ナレハナリ即チ主人ハ其登記ナキトキト雖モ第三者ニ對シテ支配人ナリトシテ取引セシムルコトヲ妨ケス之ニ反シテ縱令登記シタルト雖モ第三者ハ之ト取引ヲ爲ササルヘカラサル義務ヲ負フモノニ非サルナリ唯支配人選任ノ登記ヲ爲ササリシ場合ニ於テハ其解任ヲ以テ第三者ニ對抗セント欲スルトキハ如何ニスヘキヤノ問題ヲ生スヘシ此場合ニ於テハ先ツ選任ノ登記ヲ爲シ直チニ解任ノ登記ヲ爲スノ外方法ナキカ如シ獨逸帝國高等商事裁判所及ヒ帝

登記ノ效力(12)

國裁判所ハ嘗テ類似ノ場合ニ付キ斯ノ如キ方法ヲ認メタルコトアリ
登記ノ效力ニ關スル第十二條ノ原則ハ商業登記ノ一般規定トシテ總テノ登記ノ
場合ニ適用セラルヘキモノナレトモ、商法ハ之ニ付テ左ノ三ノ例外ノ場合ヲ認メ
タリ(商法施行前ノ登記ニ付テハ)
タリ(商法施行前ノ登記ニ付テハ)

商號ノ登記

- (一) 商號ノ登記ハ權利設定ノ要素タル登記ナリ商號專用權ハ其登記ニ因リテ發
生スルモノニシテ登記以前ニハ商號專用權ナシ(商號專用權ノ詳細ニ付テハ我商法
ノ次章ヲ參照スヘシ)
- ニ於テハ權利設定ノ效力ヲ有スル登記ハ商號ノ登記ノミニ止マレトモ、獨商法
ニ於テハ株式會社及ヒ株式合資會社ノ設立ノ登記ハ會社成立ノ要件ナリ(獨商
法二〇條三項三)
- 〇〇條三項三)株式會社及ヒ株式合資會社ノ定款變更モ亦登記ニ因リテ其效力ヲ
生ス(獨商法二〇條三項三)又獨商法第二條第三條ノ商人即チ強制又ハ任意ノ登記
ニ因ル商人ハ登記ニ因リテ始メテ商人ト爲ルモノナリ故ニ是等ノ登記ハ皆權
利設定ノ效力ヲ有スルモノタリ我舊商法ニ於テモ株式會社ノ定款變更ハ登記
ニ因リテ其效力ヲ生スルモノトセリ(舊商法二〇條)
- (二) 商號ノ讓渡ハ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得

商號ノ讓渡

商號ノ讓渡ハ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得

21

12ト2ト

登記ノ效力

- (一) 此登記ハ權利設定ノ效力ヲ有スルモノニ非サレトモ第十二條ノ規定ニ
依ル登記ノ一般ノ效力ヨリモ遙ニ強力ナルモノニシテ恰モ不動産ニ關スル物
權ノ得喪及ヒ變更ノ登記ト同様ナリ(民法七條一)蓋シ登記ニ因リ生シタル商號專用
權ハ物權ト同シク一種ノ對世權ナルヲ以テ其讓渡ニ關スル登記モ亦物權ノ讓
渡ニ關スル登記ト同一ノ效力ヲ有スルモノトシテ可ナレハナリ今第二十一條
ト第十二條トノ差異ノ點ヲ舉レハ次ノ如シ第一ニ第十二條ニ在リテハ第三者
ニ對抗スル爲メニハ登記及ヒ公告ヲ必要トスルニ反シ第二十一條ハ登記ノミ
ニテ可ナルモノトセリ第二ニ第十二條ニ在リテハ善意ノ第三者ニ對抗スルコ
トヲ得サルモノトスルニ反シ第二十一條ニ在リテハ第三者ノ善意惡意ヲ問ハ
サルモノトセリ第三ニ第十二條ニ在リテハ第三者カ正當ノ事由ニ因リテ知ラ
サルコトヲ證明スルトキハ登記及ヒ公告ノ後ト雖モ其第三者ニ對抗スルコト
ヲ得サルモノトスルニ反シ第二十一條ハ斯ノ如キ場合ヲ認メス
- (三) 會社ノ設立ハ其本店ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三
者ニ對抗スルコトヲ得ス(四)此登記ノ效力ハ恰モ商號ノ讓渡ノ登記ト同様ニシ

總則 商業登記 登記ノ效力

テ第十二條ノ原則ニ對スル例外タリ、尙ホ第四十五條ハ本店ノ所在地ニ於テ登記スルヲ以テ足レリトシ第十三條ノ適用ナキモノトセリ、蓋シ會社ノ設立ハ恰モ人ノ出生ト相當ルヲ以テ第三者ノ善意惡意等ノ事由ニ因リテ設立ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得ヘキ時期ヲ異ニスルモノトスレハ其法律關係ハ錯雜ヲ極メ解決スヘカラサル夥多ノ難問ヲ生スヘキヲ以テナリ、故ニ第四十五條カ第十、二條ニ對シテ例外的ノ規定ヲ爲シタルハ其當ヲ得タルモノナリト雖モ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルノ要件トスルニ止メ進ミテ獨商法ノ如ク會社成立ノ一要件ト爲ササリシハ立法上贊成スルコトヲ得サル所ナリ、其詳細ハ餘事ニ涉ルヲ以テ茲ニ論セス

「コーポラツク」分類

登記ノ效力ニ關シテハ「コーポラツク」ハ權利設定登記、權利確保登記、權利公示登記ノ三種ニ分チテ其説明ヲ爲セリ、其説ニ依レハ法律關係設定ノ要素タルハ權利設定登記ナリ、法律關係ヲ確保スル效力ヲ有スルハ權利確保登記ナリ、法律關係ヲ公示スル以外ニ於テ別ニ私法上ノ效力ヲ生セサルハ權利公示登記ナリ、此分類ヲ以テ我法律ノ認メタル登記ノ效力ニ應用スルニ商號ノ登記ハ權利設定登記ニシテ、第十

特種ノ登記
特種ノ效力

正ナルコトノ推定

二條ノ原則ノ適用ヲ受クヘキ登記及ヒ商號ノ讓渡並ニ會社ノ設立ニ關スル登記ハ共ニ權利確保登記ナリ、故ニ權利公示登記ハ商法上ハ之ヲ認ムヘカラズ、唯非訟事件手續法ノ規定ニ依ル破産者及ヒ妻ニ關スル特定ノ登記ハ權利公示登記タルニ過キササルモノノ如シ(非訟法一七五二條、一)以上ニ述ヘタル一般ノ效力ノ外特定ノ登記ハ別ニ特種ノ效力ヲ有スルコトアリ、即チ會社設立ノ登記カ開業ノ準備、株券ノ發行及ヒ株式ノ讓渡ニ及ホス、效力(四六四七條、一)社員ノ退社又ハ其持分ノ讓渡ノ登記カ其責任ヲ解除スル時期ニ及ホス、效力(七三)會社合併ノ登記カ記名株式ノ讓渡ニ及ホス、效力(三)即チ是ナリ、然レトモ是等ノ特種ノ效力ハ法律カ便宜ノ爲メニ特定ノ登記ニ附著セシメタルモノニシテ登記自體ノ效力トシテ論スルノ價値ナキヲ以テ茲ニハ之カ説明ヲ略スヘシ、
登記ノ效力トシテ尙ホ説明スヘキコトハ登記ニ因リテ登記セラレタル事項ノ眞正ナルコトノ推定ヲ生スヘキコト是ナリ、此點ニ付テハ學者ノ議論一定セス、多數ノ學者ハ登記ノ手續ニ關シテ形式的審査主義ヲ採ルノ結果斯ノ如キ推定ヲ爲スヲ不可ナリトシ、登記ハ其登記アリタルコトヲ證明スヘキモ登記セラレタル事項

ノ真否ハ登記カ意思表示自體ナル場合ノ外ハ登記ニ依リテ之ヲ證明スルコトヲ
得サルモノトセリ然レトモ我非訟事件手續法ノ解釋上ハ前述シタル如ク登記官
更ハ實質的ノ審査權ヲ有シ必要ト認メタルトキハ事實ノ真偽ヲ審査スルコトヲ
要スヘキモノナルヲ以テ登記ニ因リテ登記セラレタル事項ノ眞實ナルコトノ推
定ヲ生スルモノト謂フコトヲ得ヘシ

其効力ニ關シ最後ニ一言スヘキハ事實ニ反シタル事項ノ登記アリタルトキ
其効力如何ト謂フ問題ナリ抑モ登記ハ特定ノ事項ノ登記ナリ故ニ其事項自身カ
存在セサルトキハ登記ノ無効ナルコトハ言フ俟タス然レトモ唯此場合ニ於テハ
或ハ民法第九十三條又ハ第九九條ノ適用アルヘキコトアリ故ニ例ヘハ支配人選
任ノ登記ヲ爲シタル者ハ縱令支配人選任ノ意思ナキトキト雖モ其支配人トシテ
選任セラレタル者ト第三者トノ間ニ爲サレタル行爲ニ付テ其責ヲ負ハサルヘカ
ラス斯ノ如キ場合ニ於ケル登記ハ或ハ設定的ノ効力ヲ有ストスル者アレトモ非
ナリ何トナレハ斯ノ如キ結果ヲ生スルハ登記自體ノ効力ニ非スシテ民法第九十
三條又ハ第九九條ノ規定カ特種ノ表示ニ與ヘタル効力タルニ過キササルヲ以テナ

其効力如何ト謂フ問題ナリ抑モ登記ハ特定ノ事項ノ登記ナリ故ニ其事項自身カ
存在セサルトキハ登記ノ無効ナルコトハ言フ俟タス然レトモ唯此場合ニ於テハ
或ハ民法第九十三條又ハ第九九條ノ適用アルヘキコトアリ故ニ例ヘハ支配人選
任ノ登記ヲ爲シタル者ハ縱令支配人選任ノ意思ナキトキト雖モ其支配人トシテ
選任セラレタル者ト第三者トノ間ニ爲サレタル行爲ニ付テ其責ヲ負ハサルヘカ
ラス斯ノ如キ場合ニ於ケル登記ハ或ハ設定的ノ効力ヲ有ストスル者アレトモ非
ナリ何トナレハ斯ノ如キ結果ヲ生スルハ登記自體ノ効力ニ非スシテ民法第九十
三條又ハ第九九條ノ規定カ特種ノ表示ニ與ヘタル効力タルニ過キササルヲ以テナ

(一) befreiende Thatsachen.

第七章 商號及ヒ商標

商號及ヒ
商標

商人カ其商業上自己ヲ指示スル爲メニ用フル名稱ヲ商號ト謂ヒ商人其他ノ營業
者カ自己ノ製造又ハ販賣ニ係ル商品ヲ表彰スル爲メニ用フル文字、圖形又ハ記
號ヲ商標ト謂フ

沿革

商號及ヒ商標ノ歐洲ニ於ケル沿革ヲ繹スルニ古ハ商人ハ家紋ト類スル一種ノ記
號所謂商人記號(一)ヲ有シ之ヲ以テ自己ノ商品ヲ表彰シ又ハ自己ノ署名ニ代ヘ若
クハ署名ニ附記シタリ商人ノ記號ヲ以テ商品ヲ表彰スルノ風習ハ後益盛ニ行ハ
レ遂ニ今日ノ商標ト爲ルニ至レリト雖モ之ヲ以テ自己ノ署名ニ用フルノ風習ハ
後代ニ至リテ絶エタリ故ニ現今ノ商號ナルモノハ中世以後商事會社ノ起ルニ及
ヒ之カ名稱トシテ生シタルニ始マリタルモノナリ我國ニ於テハ商號ハ封建時代
ニ在リテ商人カ自己ノ姓氏ヲ稱フルコトヲ公認セラレサリシ爲メニ各種ノ屋號

總則 商號及ヒ商標

商標ノ意

ヲ稱ヘタルニ始マリ、會社ノ商號ノ如キハ近年ニ至リテ始メテ生シタル觀念ナリ、是レ歐洲ニ於ケル沿革ト全ク反對ナル所ナリ

商號及ヒ商標ハ共ニ商人ノ信用ノ目標ニシテ延イテ一ノ價格ヲ成シ經濟上ノ貨物トシテ取引ノ目的ト爲ルニ至リタルモノナルヲ以テ法律上ノ貨物トシテモ之ヲ保護スルノ必要アリ又之ト同時ニ商號及ヒ商標ノ濫用ハ一般公衆ノ利害ニ重大ナル關係ヲ及ホスヲ以テ之ニ關シテ相當ノ制限ヲ加ヘサルヘカラス故ニ現今各國ノ法律ニ於テ之ニ關シテ多少ノ規定ヲ設ケサルモノナシ今其主ナルモノヲ舉クレハ次ノ如シ

商標

商號ニ關シ法典中ニ一般規定ヲ有スルハ獨舊商法(以下五條)匈商法(以下一條)瑞債務法(以下五條)葡商法(以下九條)獨商法(以下七條)等ナリ之ニ反シテ佛商法ハ會社ノ商號ニ付テ規定スルノミニシテ(八百六十七年七月二十四日ノ法律四八條以下)伊、蘭、西、白等ノ諸國法亦然リ英國法ニ於テモ會社ニ關シテノミニ商號ノ規定ヲ爲セリ即チ千八百六十二年ノ會社法中ノ規定是ナリ

商標ニ關シテハ商法中ニ規定セスシテ特別法ニ讓ルヲ通常トス即チ獨國ニ於テ

商號

ハ千八百九十四年商標條例、佛國ニ於テハ千八百五十七年六月二十三日商標條例、(千八百九十年五月三日一部改正)英國ニ於テハ千八百八十三年特許意匠商標條例及ヒ千八百八十七年商標取締條例、奧國ニ於テハ千八百九十年商標保護法、伊國ニ於テハ千八百六十八年八月三十日商標ニ關スル法律、西國ニ於テハ千八百五十年十一月二十日勅令ノ商標條例ヲ以テ各之ニ關スル規定ヲ爲セリ

我國ニ於テモ商號ニ關シテハ商法中ニ一般ノ規定ヲ爲セリト雖モ(舊商法二三條乃至一四條)商標ニ關シテハ明治三十二年法律第三十八號商標法ヲ以テ之カ規定ヲ爲セリ故ニ以下ニ於テハ主トシテ商號ニ關スル說明ヲ試ミ商標ニ關スル說明ヲ之ニ附記セントス蓋シ此二者ハ其之ニ關スル權利ノ性質ニ於テ大ニ類似スル所アリ又商標ニ關スル說明ハ多數ノ外國ノ商法著書ニ掲載セララルル所ナレハナリ

(一) 羅旬 signum mercatorum.

第一節 商號ノ意義

商號ノ意

總則 商號及ヒ商標 商號ノ意義

定義

適用範圍

商號ノ定義ハ法律ノ規定スル所ニ非ズ然レトモ舊商法ヲ始トシテ法律ニ其定義ヲ掲クルノ例尠ナカラス今是等ノ法律ノ規定ヲ參酌シテ商號ノ定義ヲ與フレハ次ノ如シ曰ク商號トハ商人カ營業上自己ヲ指示スル爲メニ用フル名稱ヲ謂フ（法一七條一三項等）

商號ハ商人ノ名稱ナリ故ニ商人ニ非サル者ハ商號ニ類似スル屋號等ヲ用フルコトアリト雖モ之ヲ商號ト謂フコトヲ得ス唯會社ニ關スル規定ノ準用ヲ受クル民法上ノ營利法人ハ商人ニ非スト雖モ商號ヲ有スルモノト解セサルヘカラス何トナレハ第十七條ノ規定ハ營利法人ニモ亦適用アルモノト解スルヲ穩當トスレハナリ（第四章參照）而シテ商法ハ小商人ニ付テハ商號ニ關スル規定ノ適用ナキコトヲ定メタルヲ以テ小商人ハ商法上ノ商號ナルモノヲ有スルコトヲ得サルモノトス（反對說志田博士日本商法論一卷二四八頁以下）

商號ハ商人ノ名稱ナリ故ニ商人カ其營業ヲ廢止シタルトキハ其商號ハ之ニ從ヒテ消滅スヘシ或ハ商人カ營業ノ種類ヲ變更シタルトキハ其商號ハ一旦消滅シ更ニ新營業ノ爲メニ同一ノ商號ヲ選定シタルモノト見ルヘキコトヲ主張スル者アリ

學說

（一）

（註）（志田博士日本商法論一卷二三八頁）是等ノ論者ハ商人ハ其營業ノ種類ヲ變更スルトキハ其變更ニ因リ一旦商人タルノ資格ヲ失フヘキモノト説明スレトモ余ハ此說ヲ採ラス唯商人ハ其營業種類ノ變更ニ因リ從來其新營業ト同一ノ營業ヲ營ミ來リタル他人ノ商號權ヲ害スルコトヲ得サルノ結果其商號ヲ變更スルノ必要アルコトアリ得ヘキハ余モ亦之ヲ認ムル者ナリ（二〇九條）又商人ノ死亡ハ必スシモ營業ノ廢止ヲ伴フモノニ非サルヲ以テ商號ハ商人ノ死亡ニ因リテ消滅セズ其相續人ハ同一ノ商號ヲ續用スルコトヲ得シ又會社ノ解散ハ必スシモ會社ノ人格ノ消滅ヲ伴フモノニ非サルヲ以テ會社ノ商號ハ解散ニ因リテ消滅セサルモノトス（八四條一〇五條二三）

商號ハ商人ノ名稱ナリモムゼンハ營業ニ人格ヲ認メタルノ結果商號ヲ以テ營業ノ名稱ナリト謂ヒ（第五章參照）クンツェハ商號自體ヲ以テ獨立ノ人格者ト認メタルコトアリト雖モ（商法雜誌六卷）近時ノ學者ハ斯ノ如キ說ヲ採ラス

商號ハ商人ノ營業上ノ名稱ナリ故ニ營業上ノ名稱ニ非サル氏名雅號渾名等ト異ナル而シテ營業上ノ名稱トハ之ヲ用ヒテ營業ニ關スル法律行為ヲ爲スコトヲ得

ヘキヲ謂フ即チ商人ハ之ヲ營業上ニ用ヒテ署名シ又ハ代理人ヲシテ之ヲ用ヒシメ以テ取引ヲ爲スコトヲ得ヘシ明治三十三年五月八日大審院ノ判決ハ舊商法第八百十一條第五號ノ署名トハ商號ヲ署名スルヲ以テ足ルモノトセリ然レトモ商人カ商號ヲ用ヒスシテ氏名其他之ト異ナリタル名稱ヲ用ヒタル爲メ其行爲ノ效力ヲ妨クルコトナキハ勿論ナリ例ヘハ電信ニ依ル取引ニハ電信器號ヲ用フルコトアレトモ其取引ハ有效ナリ唯手形ノ如キ要式行爲ニ在リテハ氏名又ハ商號以外ノ名稱ヲ用フルコト能ハサルヲ常トス

商號ハ商人ノ營業上ノ名稱トシテ用フル所ナルヲ以テ營業ニ關係ナキ行爲ノ爲メニ之ヲ用フヘカラサルハ言ヲ俟タス然レトモ營業ニ關シテ商業登記若クハ不動産登記ノ申請又ハ訴訟行爲ヲ爲スニ際シテ之ヲ用フルコトヲ得ルヤ否ヤ會社ハ商號以外ニ名稱ヲ有セサルヲ以テ商號ヲ用フヘキコトハ當然ナリト雖モ一個ノ商人ニ在リテハ如何不動産ノ登記ニ關シテハ獨逸學者間ニハ議論アリト雖モ、我不動産登記法及ヒ非訟事件手續法ニ依レハ登記ノ申請書ニハ申請人ノ氏名住所會社カ申請人ナルトキハ其商號(非訟法四九條)又ハ申請人ノ氏名住所若シ申請人カ

ノ其ノナリトキハ其名稱

法人ナルトキハ其名稱(不動産登記法三六條)ヲ記載スヘキヲ以テ一個ノ商人カ是等ノ申請ヲ爲スニ商號ヲ以テスルコトヲ得サルハ明瞭ナリ訴訟行爲ニ付テハ獨舊商法ノ下ニ在リテハ同シク疑アリタル所ナレトモハーン、フェルデルンドルフ等ハ一個ノ商人ト雖モ商號ヲ用ヒテ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ト論シ帝國高等商事裁判所及ヒ帝國裁判所ハ共ニ此說ニ從ヘリ故ニ獨新商法ハ第十七條第二項ニ於テ此趣旨ヲ明言セリ然レトモ我大審院ハ一個人ノ商號ハ民事訴訟法第九十條ノ規定ニ依リ當事者ヲ表示スヘキ名稱ト爲スコトヲ得スト判決セリ(三十四年六月二十一日大審院判決)商號ハ商人カ自己ヲ指示スル爲メニ用フル名稱ナリ故ニ商人カ自己ノ商品ヲ指示スル爲メニ用フル名稱即チ商標ト異ナル

商號ハ名稱ナリ故ニ名稱ニ非サル記號圖形ノ如キハ商標タルコトヲ得ヘキモ商號タルコトヲ得ス此點ニ於テモ商號ハ商標ト異ナレリ例ヘハ「にんべん」又ハ「やま」ナル名稱ハ商號タルコトヲ得レトモ「又ハ今」ノ如キ記號ハ商號タルコトヲ得ヘカラス

ノ其ノナリトキハ其名稱

商號ハ名稱ナレトモ文書ニ依リテ之ヲ表示スル場合ニハ文字ヲ以テ之ヲ記載セ

サルヘカラス而シテ商號ノ登記ヲ申請スル場合ニ於テハ我邦ニ於テ公認セラルル漢字及ヒ假名文字ヲ以テ之ヲ表彰スルコトヲ要スヘシ或ハ歐字ヲ以テスルモ可ナリト言フ者アレトモ(以下學志林五二號二頁)余ハ此說ヲ採ラス我商法カ會社ノ商號中ニハ其種類ニ從ヒ合名會社合資會社株式會社又ハ株式合資會社ナル文字ヲ用フヘキモノトセルハ後ニ述フル所ノ如シ(一七)故ニ少ナクトモ會社ノ商號ニ付キ其全部カ歐字ヨリ成ルコトヲ得サルハ我商法ノ明カニ認ムル所ト謂フヘシ獨逸ノ學者モ亦商號ニハ獨逸文字又ハ羅甸文字ヲ用フヘク露西亞文字ノ如キハ之ヲ用フルコトヲ得スト論スルモノノ如シ

商號ノ分類

商號ハ種種ノ見地ヨリシテ之ヲ分類スルコトヲ得ヘシ之ヲ有スル商人カ自然人タルト法人タルトニ因リテ分ツトキハ一個人ノ商號及ヒ會社ノ商號ノ二種ト爲ルヘク之ヲ商人カ自ラ選定セルト他人ヨリ讓受ケタルトニ因リテ分ツトキハ原始的商號及ヒ繼受的商號ノ二種ト爲ルヘク商號ノ内容ニ因リテ分ツトキハ商人ノ氏名タルト否トニ因リ人の商號及ヒ非人的商號ニ區別スルコトヲ得ヘク商號ト其營業ノ實際ト名實相適フヤ否ヤニ因リ自然的商號及ヒ不自然的商號ニ區別

スルコトヲ得ヘシ然レトモ是等ノ區別ハ特ニ之ヲ論スルノ價值ナキヲ以テ隨時之ニ付テ説述スル所アルヘシ又商號カ登記セラレタルト否トニ因リテハ登記セラレタル商號及ヒ登記セラレサル商號ニ區別スルコトヲ得ヘシ商號ノ登記セラレタルト否トニ因リテハ當事者ノ權利ニ重大ナル差異アルモノニシテ余ノ解スル所ニ依レハ商號ハ登記セラレタルトキニ於テ始メテ一種ノ財產權タル商號專用權ヲ生スルモノタリ其詳細ハ後之ヲ説明スヘシ

(一) 獨 Handelsfirma oder Firma. 佛、non commercial. 英 trade name.

第二節 商號ノ選定

商號ノ選定ニハ形式ヲ要セサルヲ以テ原則トス從テ又引札廣告等ニ依リ特定ノ商號ヲ選定シタルコトヲ明示スルヲ必要トセス當事者ノ行爲ニ依リ之ヲ推定シ得ヘキ默示ノ場合ニ於テモ商號ノ選定アルモノト謂フコトヲ得ヘシ故ニ商號ハ登記ヲ爲ササルモ之ヲ選定スルコトヲ得ヘキモノニシテ却テ選定セラレタル後登記セラルヘキモノナルコトハ説明ヲ俟タサル所ナルヘシ唯會社ニ在リテハ其

總則 商號及ヒ商標 商號ノ選定

コトゾクノ説明

商號ハ定款中ニ之ヲ記載スルコトヲ要ス(五〇條二號二號一〇六條一號)
 商號ノ選定ハ自由ナルヲ以テ原則トス此點ニ關シテハ我商法ハ獨法系ト異ナリ
 テ寧ロ英法系佛法系ト其主義ヲ同ウセリ然レトモ公益上ノ理由又ハ登記セラレ
 タル商號ヲ保護スルノ理由ヨリシテ之ニ多少ノ制限ヲ加ヘサルニ非ス(コトゾクノ
 ハ獨商法ノ解釋トシテ商號ノ選定ニ關スル制限ヲ商號眞實ノ原則商號專用ノ原
 則商號單一ノ原則ノ三ニ分チテ説明セリ商號眞實ノ原則及ヒ商號單一ノ原則ハ
 公益上ノ理由ヨリ生シタル制限ニシテ商號專用ノ原則ハ登記セラレタル商號ヲ
 保護スルノ理由ヨリ生シタル制限ナリ奈モ假ニ此區別ヲ採リテ我商法ノ規定ヲ
 説明スヘシ

商號眞實ノ原則(二)トハ商號カ其營業ノ實際ト名實相適フヘキコトヲ謂フ故ニ商
 號眞實ノ原則ハ或ハ自然的商號ノ原則ト謂フモ可ナリ(原則トシテ説明スル所ハ
 自然入ノ商號ノミニ關セリ余ノ茲ニ說明スル所ハ略ホベシ(獨商法瑞債務法等ノ如
 キハ此原則ヲ採レリ例ヘハ獨商法ニ於テハ自然人タル商人ハ必ス其氏名ヲ以テ
 商號ト爲スコトヲ要シ且人ヲシテ其營業ノ種類若クハ範圍又ハ營業主人ノ關係

5. 高馬ノ商號

例外

ヲ誤解セシムヘキ文字ヲ附加スルコトヲ禁シ(獨商法一八條)其他合名會社合資會社株式
 會社及ヒ株式合資會社ノ商號ニ付テモ各種ノ制限ヲ加ヘタリ(獨商法一九條)且又自
 然人タル商人ニ付テモ商號ヲ選定シ之ヲ登記スルノ義務ヲ負ハシメ過料ノ制裁
 ヲ設ケテ之ヲ強制セリ(獨商法二九條)我商法ハ之ニ反シ原則トシテハ商號自由ノ原
 則(三)ヲ採リタルヲ以テ商人ハ如何ナル名稱ヲ以テ自己ノ商號ト定ムルモ自由ナ
 リ即チ第十六條ニハ商人ハ其氏名其他ノ名稱ヲ以テ商號ト爲スコトヲ得ト規
 定セリ然レトモ此原則ニ對シテ二ノ例外アリ即チ左ノ如シ

(一) 會社ニ非スシテ商號中ニ會社タルコトヲ示スヘキ文字ヲ用フルコトヲ得ス
 之ニ違反シタル者ハ五圓以上五十圓以下ノ過料ニ處セララルモノトス(獨商法一八條)
 文ニハ會社タルコトヲ示スヘキ文字トアルヲ以テ其之ニ依リテ禁止セララル
 所ハ單ニ會社ナル文字ニ止マラサルナリ或ハ會社タルコトヲ示スヘキ文字ハ
 會社ナル文字ニ限ラルヘキコトヲ主張スル者アリト雖モ(志田博士日本商法論
 假シ法意ニシテ然リトスレハ必スヤ會社ナル文字ト規定シタルナルヘク第十
 七條ニ合名會社合資會社株式會社又ハ株式合資會社ナル文字ト規定スルト彼