特 116
211

法學博士 猪股淇清先生述

商法総論

明治大學講義

（明治堂發行）

始

特116
211

帝國圖書館藏

商法總論

法學博士 猪股淇清先生述

明治大學講義

大正
14.6.4
内交

（明治堂發行）

商法總論　目次

緒論　一

第一章　商法ノ觀念　一

第一節　商ノ觀念　一

第二節　商ノ特質　一

第三節　商法ノ基礎　一

第二章　商法ノ沿革　一

第一節　外國商法ノ沿革　一

第一款　古代ノ商法　一

第二款　中世ノ商法　一

第三款　近世ノ商法　一

第一項　總論　一

第二項　各國商法　一

第二節　日本商法ノ沿革　一六
本論
第一章　法例　三一
第一節　商事法規及其通用順序　三一
第一款　商法　三二

商法總論

猪股先生述

緒論

第一章　商法ノ觀念

一　商法ハ法律ノ一部門ナリ、法ニ各種ノ部門ノ分立スルハ主トシテ其規範ノ対象ヲ異ニスルガ故ナリ、尤未法ハ吾人生活ノ反映ナリ、人類生活ノ千状万態複雜極リナキニ応ジ、法モ亦種々相ヲ現出ス、從テ法ノ全体ハ又甚ダ複雜混沌タルモノナルモ、法學ノ進歩カ此ノ複雜混沌中ヨリ類及属ニ依リ分別シテ各種ノ部門ヲ分立セシメタリ、

二　既ニ形成サレタル分類中最大ノ部門ハ吾人々類ノ人間自体トシテノ関係ヲ対象トスル法即チ広義ノ身分法ト吾人ノ産業的活動ヲ対象トス

ル法即チ広義ノ経済法ナリトス、

生物ノ宿命タル種族保存ノ中継トシテ生ヲ享ケタル吾人々類ニハ其種母体タル父母アリ、同胞タル兄弟姉妹アリ、更ニ種族保存ノ目的ヲ遂クル為メノ性的交通ニ関スル夫妻ノ関係ヲ嫌ミテ子孫アリ、其社会的生活ヲ営ム関係ヨリスル国家ノ成員タル地位、尊卑ヲノ身分関係ヲ生シ、又他面其生活ノ物的資料ノ獲得ヲ目的トシテ産業的活動ヲ営ムモノトス、此各種ノ動静状態ヲ規律スルモノヲ広義ノ法トス、而シテ此後者即チ産業活動ヲ規律スルモノヲ広義ノ経済法トス、

三、広義ノ経済法ハ更ニ交易法（Verkehrsrecht）ト其他ノ経済法トニ分立ス、而シテ此交易法モ亦吾人ガ個々ニ単位トナルト、団体的ニ単位トナルトニ依リ類別シテ個人法ト団体法トナリ、殊ニ其団体ガ国家ナル場合ニハ国家内ノ交易法トシテ国際法ノ部門ニ属ス、交易ニ関スル条約ノ如キハ其著シキモノナリトス、又国家内ノ団体ナル場合ハ公共的関係ニ属スルト否トニ依リ公共ノ両法ニ分立ス、而シテ吾人ノ個々ノ産業活動ハ大体ニ於テ私法ニ属スルモノナリ、従ツテ交易法ハ其ノ私法的領域内ニ於テ私的団体法ト個人法トヲ包含スルモノトス、

四、商法ハ此私的交易法ノ一部門ニ属ス、則チ私的交易法ハ大体ニ於テ民法ト商法トノ二大部門ニ分立ス、而シテ民法ハ一般法ニシテ商法ハ特別法ナリ、然ラバ商法ハ何ガ故ニ一般法ヨリ分立シタリヤ、又ハ分立セサルヘカラサルカ、之ヲ明カニスルニアラサレハ商法ハ其存立ノ理由ヲ失ヒ、商法学ハ其研究ノ基礎ヲ確立スル能ハス、然ルニ之ニ対スル従来ノ学説ノ多クハ之ヲ置ニ沿革ニ帰セリ、然レトモ此沿革ヲ生セシメタルハ其背後ニ之ヲ生セシムルニ至リタル何者カノ存在ヲ認メサルヘカラス、

五、法ノ各部門カ其規範ノ対象ノ異ルニ従ヒ分立セルモノナルコト上述ノ如シ、此理論ヨリ推矣スレハ商法カ一般交易法ヨリ分立スル所以ノモノモ亦其対照ニ特殊ノモノ存在スルガ故ナリトナサザルヘカラス、然ラハ其特殊ノ対照如何、余ハ之ヲ商ノ特性ニ求メントス、蓋シ商法

ノ対象ハ商等ナリ、換言スレハ商法ハ商等ニ適用サル、法律ナリ、商等トハ商及ヒ之ニ関聯シテ生スル事項ナリ、故ニ商ノ観念及其特性ヲ明カニスルニアラサレハ商法存立ノ基礎ヲ確ムル能ハサルヘシ、

第一節　商ノ観念

商トハ利潤收得ノ目的ヲ以テスル貨物ノ取換ノ媒介及ヒ之ヲ助成スル行為並ニ之等ト類型ニ属スル行為ヲ謂フ、

I　商ハ利潤ノ收得ヲ目的トスルモノナリ、

商ハ営利行為ナリ、営利トハ経済的利益ノ收得ヲ目的トスル行為ヲ謂フ、営利意思（Gewinnabsicht oder Erwerbswille）ノ存在ヲ要件トス、積極的ニ経済上ノ利益ヲ收得スルコト（Erlangung wirtschaftlicher Vorteile）ヲ指シ、消極的ニ単ニ経済上ノ不利益ヲ防止スルコト（Abwendung wirtschaftlicher Nachteile）ヲ含マス、

営利行為ハ之ヲ利息ノ收得ヲ目的トスル行為ト利潤ノ收得ヲ目的トスル行為トニ分別シ得、前者ハ元本ニ対スル一定ノ割合ノ利益ノ收得ヲ目的トシ、後者ハ経済交通ニ於ケル需要供給ヲ計リ價値ノ変動ヲ察シ其間ニ於テ可及的多クノ利益ヲ收得セントスルモノニシテ投機ト同一義ナリ、從テ利潤ノ收得ハ冒険性ヲ帯ブ、商ガ営利行為ナリトハ後者ノ意義ナリ、

II　商ハ貨物取換ノ媒介及ヒ之ヲ助成行為並ニ之等ト類型ノ行為ナリ、

A、貨物取換ノ媒介

商ハ元来貨物専ラ動産ノ取換ノ媒介ヲ以テ其固有ノ形態トス、之ヲ固有商（Eigentlicher Handel）ト称ス、

原始産業即チ農業、鉱業、漁業ノ如キ又ハ生産者ト消費者トノ直接取引ハ此意義ニ於テ商ニ非ス、

B　貨物取換ノ媒介ノ類型行為

当初ニ於ケル商ハ貨物ヲ其取得シタル儘ノ形状ヲ以テ転換スルモノナリシモ、其後人文発達シ、生活ノ向上スルニ従ヒ、人ノ物質的欲望ノ複雑トナルニ及ヒ遂ニ其取得シタル貨物ニ加工シ形状ヲ変更シテ転換スルモノ増加シ、之ラモ商トナスニ至リ、更ニ経済事情ノ発達変遷スルニ伴ヒ各種経済制度及信用機関ノ完備スルニ至リテ、商ノ客体モ亦多種多様トナリ、単リ貨物ノミナラス権利、信用等モ商ノ目的タルニ至リタリ、殊ニ近世ニ於ケル有價証券ノ発達ハ一般資財ノ動化(Mobilisation)トナリ、其流通性ハ動産ト並ンテ最モ有力ナル商ノ客体トナレリ、又不動産ハ其性質移転ニ適セサリシカ為メニ商ノ客体タラサリシモ権利ノ観念ノ明確トナルニ及ヒ之レ亦商ノ客体トナルニ至レリ(我商法ニ六三条一號ニ六四条一號)加之、商ノ客体ノ拡大ハ更ニ進展シテ遂ニハ権利以外ニ物ノ利用、労務等凡ユル経済行為ノ媒介迄ヲ其領域ニ包括スルニ至レリ、之等固有ノ商ノ類型トシテ発達シタルモノヲ準固有商ト称スヘシ、

C、貨物転換ノ媒介ヲ助成スル行為

固有ノ商及準固有商ノ隆昌トナルニ伴ヒ、之ヲ補助スル各種ノ行為ノ発達ヲ促セリ、則チ之等ノ商ノ為メニ其取引ヲ媒介シ、金銭ノ交換融通ヲ容易ナラシメ、信用及財産ノ利用ヲ補助又ハ確保シ、又ハ貨物ノ運送、保管ニ任スル等ノ如シ、之等ノ行為ハ固有又ハ準固有ノ商ヲ補助シテ其発展ヲ助勢シタルト同時ニ、ソレ自身モ亦発達進歩シ、遂ニ独立シテ利潤収得ヲ目的トスル営業タルニ至リ、其冒険性ニ於テ固有ノ商ト共通点ヲ有スルヲ以テ漸次商性ヲ認メラレ補助商(Hilfshandel)ト称セラル、

D、補助商ノ類型行為

補助商ハ当初商業ノ補助ノミヲ其目的トナシタルモ其発達スルニ及ヒ遂ニ独立ノ営業トシテ其商ノ補助タルト否トヲ問ハス概ク同一形式ノ行為ヲ包容スルニ至レリ、斯クテ其商ノ補助ノ為メニスル行為ト然ラサル行為トヲ区別シテ各別個ノ準則ニ従ハシムルコトハ不

便且ツ殆ト不能トナレリ、於茲乎、其同一形式ニ出ツル行為自体ヲ独立シテ商トナズノ必要生ジ、一面ニ於テハ之ヲ営業トスルニ於テ商ノ通性タル利潤冒険性ヲ具有スルヲ以テ、遂ニ広ク其商ヲ補助スルモノタルト否トヲ向ハス同一形式ニ出ツル行為ニ独立ノ商性ヲ認メラルヽニ至レリ、之ヲ準補助商ト称スヘシ、

E 同一企業形態ニ依ル行為

類型行為中上述ノ準固有商、及準補助商ハ就レモ其行為自体ノ形式ニ於テ類型ナラサルモ、其企業形態カ商ノ企業形態ト同一ナル場合ヲモ之ヲ商ト見做スニ至レリ、尚ニ八五条ノ二ノ規定之レナリ、則チ我民法ハ営利ヲ目的トスル社団ハ商事会社設立ノ規定ニ従ヒ之ヲ法人ト為スコトヲ得ベク、此社団法人ニハ商事会社ニ関スル規定ヲ準用スル旨規定シ（民五三条）商法ハ又営利ヲ目的トスル社団ニシテ会社編ノ規定ニ依ツテ設立シアルモノハ商行為ヲ為スヲ業トセサルモ之ヲ会社ト見做シ（四二条二項）此会社ノ行為ニハ商行為ニ関スル規定ヲ準用スル旨規定セリ（二八五条ノ二）之ヲ準商ト称スヘシ

此商法ノ規定ハ商ノ観念ヲ定ムルニ付キ重要ナルモノニアラサルモ、偶々以テ商ノ営利性殊ニ其企業性ヲ確ムルノ一資料タルヘシ、蓋シ企業形態ヲ同フスルノ故ヲ以テ其行為ヲ同一準則ニ服セシムベシトスルハ、同一企業形態ニ依ル行為ハ其間共通ノ企業性ヲ帯フルカ故ナレハナリ、

第二節　商ノ特質

一　茲ニ商ノ特質トハ其実質的意義ニ於ケル特質ヲ指ス、商ハ其実質的意義ニ於テ利潤ノ収得ヲ目的トスルモノナルコト前述ノ如シ、従テ商ノ特質ハ此利潤ノ追及即チ営利性ニ存スヘシ、

二　今日ノ営利経済ニ於テハ凡テノ生産行為ハ孰レモ先ツ以テ貨幣価値余剰ノ収得ニ従事スルモノナリ、然レトモ営利ヲ直接且ツ最初ノ目的トシテ貨幣価値ヲ作出シ、其ノ余剰ノ収得ヲノミ生命トスル純然タル

営利組織換言スレハ貨幣価値ノ收得ノミヲ專門トシ、一切ノ計劃努力ヲ挙ケテ其目的ヲ遂スルコトニ勉ムルモノニシテ均シク営ムモノ、中ニ在テ其最高段ニ位スルモノハ企業（Unternehmung, Undertaking）ナリ、企業ハ流通経済ニ於テ各種ノ流通行為ニ依リ生産及営利ニ要スル物及ト人ヲ自己ノ創意ト責任トニ於テ買入シ、借入シマハ雇入シ、之ニ依テ其費シタルヨリ以上ノ貨幣価値ヲ作出スルヲ目的トスル経済ニシテ、則チ経済交通ニ依テ他人ノ需要ニ応シツヽ利益ヲ挙ケントスルコト換言スレハ社会ノ需要供給ヲ計リ、価格ノ変動ヲ察シテ其間ニ出来得ル限リ多クノ利益ヲ獲得セントスルモノナリ、

従ツテ又企業ハ此需要供給ノ関係ヨリ生スル価値ノ変動ニ因ル危険ヲ冒スヲ免ル能ハス、此冒険ガ所謂市場冒険ニシテ、其目的トスル貨幣価値ノ余剰即チ利潤ヲ挙ケテ危険ニ曝スモノトス、故ニ利潤冒険ハ企業ノ特色ナリトス、

三　企業ニ於ケル利潤冒険性ハ商ノ特徴タル利潤冒険性ト全然一致スルモノナリ、従テ商ハ又企業性ヲ有スト謂ヒ得ヘシ、只注意スヘキハ商ガ企業性ヲ有ストハ商ノ特質ヲ挙ケタルニ過キスシテ、之ヲ以テ商ハ悉ク企業ナリトナスニアラス、又企業ヲ悉ク企業ナリトナスニアラス又企業ヲ悉ク商ナリトナスニアラサルコトナリ、

第三節　商法ノ基礎、

一　商法カ一般交易法ヨリ分立スル基礎ハ上述セル商ノ企業性ニ在リ、蓋シ企業ハ特殊ノ経済ニシテ国家経済、家族経済等ト同シク国民経済内ニ於テ一ノ單位ヲ為スモノトス、商ノ企業性ハ又此特殊経済性ヲ帯有ス、此特殊経済ヲ対象トスルガ故ニ商法ハ特殊ノ法則ヲ生シ、茲ニ一般交易法ヨリ分離ヲ必要トスルニ至レリ、

二　詳言スレハ商ハ其企業性ニ基キ、其純営利組織タル点ヨリ各種ノ特徴、即チ、取引ノ迅速ヲ尚フコト、之ヲ為メニ簡便ヲ欲シ信用ヲ重ン

スル等ノ特則ヲ生ジ、一般交易法ヨリノ分立ニ基礎ヲ作セリ、

第二章　商法ノ沿革

第一節　外國商法ノ沿革

第一款　古代ノ商法、

一　古代ニ於テ地中海ヲ中心トセル、埃及、ヘブライ、フェニシヤ、カルセージ、アッシリヤ、バビロン等ノ諸国ニ於テ商業盛ニ行ハレタルコトハ商業史ノ傳フル所アリ、從テ商ニ関スル法律モ亦相当ノ発達ヲ為シタルヘキモ文献ノ微スヘキモノ乏シ、僅カニ近時バビロン研究ノ結果ハムラビ法典発見サレ其中ニ賃貸、両替、仲立、銀行、運送、船舶所有者及ビ船長ノ責任ニ関スル規定アルコト明カトナレリ、此法典ハ紀元前一九〇〇年代ノモノト推定セラル、

二　降テ紀元前七〇〇年代希臘ニ於テ既ニ貴金族貨幣ヲ用ヒ市場取引行ハレ、更ニ巫山帝ノ東征後東方大陸トノ交通繁頻トナリ商業又ニ発達シ、国立及私立ノ銀行、振替勘定、担保付貸借、信用状、無記名証券指図証券ノ類近保存シタルコト古代史家ノ認ムル所ナルモ之等ノ諸制ニ関シテハ拠ルヘキ記録尠ナラス、

三　其後紀元後三世紀頃ニ至リロード島ヲ中心市場トシテ欧亜ノ通商交通盛ニ行ハレ、当時全島ニ於テ成立セリト称セラルロード海法ハ今尚本学者ノ研究題目タリ

四　第四世紀ニ至リ羅馬ニ於テ貨幣経済発達シ之ニ伴ヒ商業亦頗ル隆昌トナルモ商法ノ特別ノ発達ヲ見ルニ至ラズ、之レ蓋シ当時羅馬ノ万民法（Jus gentium）ガ商事ノ実際ニ適応シ、其裁判官タルプレトル（Praetor）亦法律ノ適用ニ当リ克ク商業ノ実際ニ順応セシメタルト一面ニハ商業ニ従事スル者カ未タ職業的商人団体ヲ成スニ至ラサリシ為メナルベシ、然レトモ羅馬法中

（一）　営業使用人ノ行為ニ対スル主人ノ責任（actio institoria）

(二) 家兒又ハ奴隷ノ特有財産ニ対スル債権者ノ請求权（actio Tributoria）

(三) 船長又ハ旅店主人ノ持込品ニ対スル責任（Receptum nautarum, Caupronum, Stabulariorum）

(四) 銀行業（金貸業）者ノ引受（Receptum argentarii）

(五) 船長ノ行為ニ対スル船主ノ責任（actio exercitoria）

(六) 海上貸借（Faenus nauticum）

(七) 共同海損（Lex Rhodia de jactu）等、商事規定ト同スベキモノ尠ナカラズ。

第三款 中世ノ商法

中世ノ羅馬法ハ甚ダ商事ニ適セザルニ至レリ、即チ lex anastasiana ノ規定ハ債权譲渡ヲ制限シ、賣買ニ付テハ大缺損（laesio enormis）ヲ理由トシテ取消ヲ認メ、連帯及保証債務ノ緩和、法定利率ノ低下、破産優先債权ノ拡張、時効期間ノ延長、商品、労働ノ苛税、其商事取引ニ対シ極メテ不便ナル法制トナリ、加之、耶蘇教ノ隆昌、寺院法ノ勢力ヲ増長シ、利息ノ取得及ヒ加工ヲ伴ハサル貨物転換ニ関ル利益獲得ヲ背理逆法ノ行為トシテ禁遏ヲ企ツル等殆ト商業否定ノ態度ニ出テタル為メ、一般私法ハ古代ニ比シ寧ロ退歩スルニ至レリ、而シテ羅馬ヲ厚側シテ之ニ代レル独乙人ノ文化殊ニ其法律制度ハ主トシテ農夫、武人ノ法ニシテ商事ニ適セサリキ、然レトモ這ハ却ツテ商法カ一般私法ヨリ分立スルノ機縁トナリ、就中寺院法ノ利息禁止ハ商法学ヲ発芽セシメ之ヲ培養シタルニ与テ力アリ、学者ヲシテ商法学ハ実ニ中世羅馬教会ノ利息ノ教理（Wucherdogma）ノ揺籠中ニ生育セリト謂ハシムルニ至レリ、

然レトモ斯クノ如ク商法ノ分立及商法学ノ発達ヲ促セル所以ハ他面又中世ニ於ケル商業ノ異常ナル発達ヲ看過スヘカラス、

此時代ニ於ケル欧洲諸国ハ士農工商各階級ヲ成シ、各種産業ハ各其階

級ノ団体員ニ非レバ営業スル能ハサリシヨリ商人モ亦団結シテ商人団体（Collegia mercatorum）ヲ成シ、自ラ其階級ニ適合スル法規ヲ制定シ茲ニ商人法（Jus mercatorum）ノ発生ヲ見タリ、当初自治的規約（Statuta mercatorum）ナリシモ漸次都市ノ条例ニ影響ヲ与（遂ニ都市ノ条例トナルモノ勘カラス、此商人法ハ始メ地中海ノ羅甸諸市ニ発シ漸次全欧洲ニ傳播セルモノトス、然レトモ其形式ハ多ク未タ商人間ノ慣習法タルノ域ヲ脱セス其成文ノ法典トナレルモノ稀ニシテ其実質ニ於テモ各都市各団体異ル特色ヲ有シ未タ統一成ラス（海法ニ於テ稍ミ統一ノ形勢ヲ認メ得ルニ過ギズ）又特殊法ト謂フモ未タ一般私法ノ影響ヨリ全然離脱スル能ハサリシナリ、

第三款　近世ノ商法

第一項　總論

中世末ニ於ケル封建制度ノ崩壊ハ之ニ根拠セル商人団体ノ解体ヲ結果シ商法ハ商人法タル特色ヲ失ヒ一変シテ商事法タルニ至リ、他面一般私法タル民法進歩シ各種ノ商法的規矩ヲ吸収シ漸次商法化スルニ至レルトハ商法ヲシテ民法ニ対スル特色ヲ漸次薄弱ナラシメ遂ニ民商二法分立ノ基礎ヲ疑ハレムルニ至レリ、然レトモ商事保証（我ニ七三条）商業帳簿（我ニ七条以下）商号（我一六条以下）ノ如キ依然トシテ其地歩ヲ固持シツヽアルモノアリ、加之、動力ノ発明ニ依ル工業及交通ノ発達ハ近世ニ於ケル商業ノ著シキ勃興ヲ現出シ、之ニ随伴シテ商法ニ鉄道運送、企業形態、商業代理等新ナル領域ヲ与フルニ至レリ、近世ノ商法ハ其形式ニ於テモ亦著シキ変更ヲ見タリ、即チ商人団体ノ自治法ヨリ一変シテ国家ノ法典タル地位ヲ獲得スルニ至レリ

第二項　各國商法

商事ハ其性質ニ於テ国境ニ拘ハラス共通性ヲ有ス、従テ各国商法、現

是ハ現ニ相類似スルノミナラス所系統ニ相接近セントスルノ傾向ヲ有ス然レトモ現在ニ於テハ各国立法ノ沿革上尚未タ以下ノ如キ各法系ノ分立ヲ見ルヤン、

一　佛商法及佛法系商法、

仏国ニ於テハ一六七三年三月路易十四世ノ商業条例公布セラレ次テ一六八一年八月海商条例公布セラレタリ、此法典ハ当時全欧洲ノ商法ニ甚大ノ影響ヲ与ヘ各国競フテ之ニ倣フノ風ヲ成シ商法史上最モ重要ナル地歩ヲ占メタリ、

仏国現行商法典ハ一八〇七年九月公布サレ翌年一月ヨリ実施セラレタルモノニシテ第一編商總則、第二編海商、第三編破産、第四編商事裁判、ノ四編四六八条ヨリ成リ其実質ノ優良ナルヿヨリ広ク各国ノ模範トナリ、改正ヲ経ヨリ遠ク中央及南米諸国迄直接又ハ間接ニ影響ヲ蒙ラサルモノナシ此法典ノ発行後既ニ百余年ヲ経過シタルガ故ニ其間一部ノ修正及ヒ単行法ノ発布ニ依リ補充セラレタルモノ枚挙ニ遑アラスト雖モ一八三八年ノ破産法全部改正、一八四一年ノ船舶所有者ノ責任、一八八五年ノ船舶抵当　一八九一年ノ船舶ノ衝突ニ関スル法律、十八六五年ノ小切手法及一八七四年ノ円）部改正法、一八六六年及一八九三年ノ仲立人ニ関スル法律、一八六七年ノ商事会社ニ関スル法律、一八九三年一九〇二年一九〇三年ノ円改正法、一九一七年ノ労働者参加株式会社ニ関スル法律、一八五八年及一八七〇年ノ倉庫営業法、一九〇九年ノ営業財産譲渡及質入ニ関スル法律等ハ著シキモノニシテ実質上商法ヲ成スモノトス、

佛法系ニ属スルハリユクサンブール、和蘭（一八三八年法）モナコ（一八八七年法）希臘（一八三五年法）土耳古（一八五〇年法）埃及（一八七五年法）及南米智利（一八六五年法）ウェネヅエラ（一九〇四年法）ドミニカ（一八八四年法）等ニシテ更ニ佛直系ノ西、葡両国旧商法ヲ母法トセル　ブラジル（一八五〇年法）ウルグアイ（一八六六年法）ニカラガ（一八六九年法）コロンビア（一八六九年法）墨西哥（一八八九

年法）サン、サルワドール（一九〇四年法）エクアドール、秘露、智利商法ヲ模倣セルグアテマラ（一八七七年法）此グアテマラ商法ヲ模範トセルホンヂュラス（一八七八年法）ブラジル商法ニ範ヲ採シシアルゼンチン（一八八九年法）等ハ孰レモ仏法系ト目スベキモノトス、

二

独商法及独法系商法、

独乙ニ於テハ第十七世紀頃迄早有ノ公法的商事規定存スルノミナリシモ一七九四年フリードリッヒ大王ノ普国々法（Allgemeines landrecht für die preussischen Staaten）中ニ第四七五条乃至第二〇六四条ニ亘ル法輪ノ商法規定ヲ包含シ手形及ヒ海商ニ関スル規定ヲモ網羅シタルモ全独乙ニ通スル商法ハ未ダ成立セズ、一八四八年始メテ独乙手形条例（Allgemeine deutsche Wechselordnung）成リ次テ一八六一年独乙普通商法（Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch）出ツルニ至レリ、此法典ハ第一編商人第二編商事会社匿名組合及共算組合、第三編商行為、第四編海商ノ四編九一一条ヨリ成リ其固有ノ法制ニ加フルニ仏商法ノ長所ヲ採リ其編別ノ体裁ノミナラズ内容ニ於テモ或ル新正ノ法則ヲ加ヘ佛商法ニ対シテ全ク面目ヲ一新セリ、然テ其後ニ於テ編纂又ハ修正サレタル各国商法ハ殆ト其最著ヲ蒙ラサルモノナク、或ハ全然之ヲ模倣シ又ハ既ニ仏商法ヲ模シ法典ヲ制定シタルモノニシテ更ニ改正シテ独主義ヲ加味スルモノヲ生シ茲ニ独法系及佛仏折衷法系ヲ成スニ至レリ、我商法モ亦主トシテ此法典ヲ模範トセルモノナリ、

此法典中株式会社ニ関スル規定ハ一八七〇年及ヒ一八八四年ノ両度ニ大改正ヲ加ヘラレ更ニ独乙民法ノ編纂ト共ニ商法モ亦大イニ改正セラレ一八九七年ニ公布セラレ一九〇〇年ノ始メヨリ民法ト共ニ実施セラレタルヲ独乙現行商法トス第一編商人（Handelsstand）第二編会社及ヒ匿名組合（Handelsgesellschaften, und stille Gesellschaft）第三編商行為（Handelsgeschäfte）第四編海商（Seehandel）ノ四編五〇五条ヨリ成リ其内容ハ旧商法ト大同小異ナルモ

商法ノ商事主義ヲ捨テ、商人主義ヲ採用シ、且ツ商人ノ範囲ヲ拡張セル点ニ於テ新規軌ヲ出セリ、

此外保険契約法、普通手形条例、小切手法、内水運送法、有限責任会社法、不正競争禁止法等ノ單行法アリ、其実質ニ於テ又独商法ヲ成スモノトス、

独法系ニ属スルハ我国ノ外、墺地利、匈牙利、ボスニア諸国及支那等トス、

三、仏独折衷法系商法、

此法系ニ属スルハ西班牙、葡萄牙、白耳義、伊太利、羅馬尼、塞耳維（ユーゴースラヴィア）等ノ諸国トス、

四、英米法系商法、

(一)、英国ハ古来慣習法ヲ重ンジ法典ヲ有セザルヲ以テ名アリ、中世ニ於テハ商人ノ慣習ニ基ク商人法（lex mercatoria）存在シタルモ近世ニ至リテハ一般法律中ニ融化セラレ全ク商法ナルモノ、特別

ノ存在ヲ認ムルヲ得ズ、従テ英国商法ト謂フモ單ニ一般私法中ノ特ニ商事取引ニ関スル部分ノ意味スルニ過ギズ、然レトモ商事ニ関スル義務ノ成文法アリ就中手形法（Bill of Exchange Act）問屋法（Factors Act）組合法（Partnership Act）動産賣買法（Sale of Goods Act）海上保険法（Marine Insurance Act）商船法（Merchant Shipping Act）有限責任組合法（Limited partnership Act）会社法（Companies Act）等ハ其重ナルモノトス

(二)　北米合衆国ハ各州独立ノ立法权ヲ有スル関係ヨリシテ全国ノ通スル商事法典ナシ、且ツ各州ノ商事ニ関スル法律（State law）又区々タルモ概ネ英法系ニ属ス、現在合衆国法（Federal law）トシテ全国ニ行ハルヽモノニ州際商業法（Interstate Commerce Act）トラスト排斥法（Federal Anti-Trust law）破産法（Bankruptcy Act）外国及外国船舶証券法（An Act relati-

ng bill of lading in interstate and foreigen Commerce)等アリ、其他商業刑法等ノ統合ニ関シ発起ニ係ル統一州法委員会(Committee on Uniform State Legislation)ノ起草ニ係ル統一法案ノ二三ノ事例ノ州法ノ採用セラレタルモノニ株式移転法(Stock Transfer Act)組合法(Partnership Act)有限責任組合法(Limited Partnership Act)売買法(Sales Act)倉庫証券法(Warehouse Receipts Act)流通証券法(Negotiable instruments Law)船荷証券法(Bills of Lading Act)等アリ

五 露国商法

露国ニ於テモ既ニ商法典存在セズ、一八三二年ニ公布サレシ一八三五年ヨリ実施サレタル帝国法典(全部十六巻)中第十一巻ノ第一編商事契約及商事債務、第二編海商、第三編商事ニ関スル諸制度ヲ規定セル商事法規ニ二百八十九条ヨリ成リ、此外尚ホ五百九条ヨリ成ル商事訴訟ニ関スル規定アリ、此法典ハ一八四二年及ビ一八五七年ニ全部改訂サレ其後ノ新法ハ各節ニ編入セラレ一九〇二年五月公布シ翌年一月ヨリ実施セラレタル新手形法ハ一九〇三年公布ノ第十六巻中ニ收メラレタリ、此露国商法ハ仏独商法及瑞典法ノ影響ヲ受ケタルコト勘ナカラズ、殊ニ手形法ハ独乙系ニ属スルヲ以テ或ハ佛独折衷法系ニ数フルベキカ如キモ全体トシテ之ヲ観察スルトキハ仏伊何レノ法系ニモ属セサル一種独立ノ地位ヲ有スルモノナルコトヲ知ルベシ、

然ルニ一九一七年十月ノ革命ニ依リ支配权ヲ獲得シタル労農政府ハ有産階級ノ撲滅ヲ以テ其第一ノ目的トナシタルガ故ニ従来ノ資本主義ニ基ク法制ハ先ツ一九一七年一一月二四日ノ裁判所ノ本質ニ関スル法令ニ依リ殆ト其適用ヲ排除セラレ只僅カニ革命ノ精神並ニ革命ノ法的確信ニ反セサル範囲ニ於テノミ判決ニ適用スルコトヲ許容サレタルモ次ア一九一八年一一月二〇日ノ法令ニ依リ従来ノ法律ノ適用ハ一般的ニ禁止セラルヽニ至レリ、而シテ一九二二年ニ民法手形法等ニ関スル

基本法典発布セラレ、民法ノ実施ノ為メノ準備的規定トシテ一九二二年五月二二日財産法的関係ニ於ケル私法的根本法ニ関スル法令発布セラレ、其中ニ賣買、交換、供給契約、保険、会社、手形、銀行等ニ関スル契約ヲ締結スル権利ヲ規定シタルカ、民法ハ一九二三年一月一日ヨリ実施セラレタリ、

第二節　日本商法ノ沿革

一　商法制定以前

我国古代ノ法律制度ニ関シテハ文献ノ徴スヘキモノ乏シク商法ニ関シ之ヲ詳ニスルニ由ナシ、

中古ニ至リ商業漸次繁昌トナリ、殊ニ海商ノ発達シタルコトハ貞応二年（西暦一二二三年）ニ於ケル北条義時ノ廻船式目ナル成文法ノ制定サレタルニ依ルモ明ナリ、然レ共此法典ハ主トシテ商公法ニ属シ商私法ニ関シテハ何等之法ヲ有セス、慣習法ニ依ルカ如シ、

近世ニ至リテハ天正十二年（西暦一五九二年）ニ豊臣秀吉ノ海路諸法度ナル成文法発布セラレタルモ其内容ハ之レ亦重ニ商公法ニ属シ商私法ニ関スルモノハ極メテ乏シ、而シテ海商以外ノ部門ニ付テハ商慣習法ノ存在シタルコトハ商業史、経済史等ニ依リ知リ得ルモ成文法ハ明治維新ニ至ル迄未タ見ルヘキモノ存在セサリシカ如シ、

明治維新後商法典制定ニ至ル迄ノ間ニ商事ニ関スル単行法ノ実施セラレタルモノ尠ナカラサルモ其多クハ商公法ニ属シ商私法ニ属スルモノハ明治十五年太政官布告第五七号為換手形、約束手形条例ノミ、而シテ此条例ハ旧商法一部ノ施行ト共ニ其効力ヲ失ヘリ、

二　商法制定以後

明治一四年司法大臣山田顕義ノ命ニ依リ独人 Hermann Rösler 教授ノ草シ、仝一七年法律取調会ノ修正、仝二二年元老院ノ議決ヲ経テ仝年法律第三二号ヲ以テ公布セラレタルヲ旧商法トス、第一編商ノ通則、第

二編海商、第三編破産ノ三編一〇六四条ヨリ成リ、会社及手形ニ関スル規定ハ第一編中ニ收メラレ大体ニ於テ仏商法ニ従ヘルモ其内容ニ於テハ多量ノ独乙主義ヲ加味シアルモノニシテ少許ノ英国主義ヲ参酌セリト雖モ全体ヨリスレバ仏独折衷主義ニ属セルモノトス、而シテ其施行期日ハ翌二四年一月一日ト定メラレタルモ当時民法ト共ニ法典施行延期ノ論起リ其施行ハ屢〻延期セラレ漸ク明治二六年法律第九号ヲ以テ今年七月一日ヨリ第一編第二章商業帳簿、仝四章商業登記ニ関スル規定ヲ施行シ、其他ノ部分ハ明治三一年七月一日ヨリ施行セラレタリ此法律ハ明治三二年六月一六日新商法ノ施行ニ依リ第三編破産ヲ除キ全部廃止トナリ。第三編ハ大正十二年一月一日新破産法ノ施行ニ至ル迄其効力ヲ持續セリ、

旧商法ハ其公布ノ当初ヨリ甚タ敷非難ヲ蒙リタルヲ以テ明治二六年法典調査会ノ設置セラルヽト共ニ梅、岡野、田部三委員新ニ起草ノ任ニ当リ、明治三二年帝国議会ノ協賛ヲ経、仝年法律第四八号ヲ以テ公布サレ仝年勅令第三三号ニ依リ仝年六月一六日ヨリ施行セラレタルヲ現行商法トス、旧商法ニ対シ新商法ト称ス、第一編総則、第二編会社第三編商行為、第四編手形、第五編海商ノ五編六八九条ヨリ成リ其編別方法ハ大体ニ於テ独旧商法ニ倣ヘリ、只独ガ単行法トナセル手形法ヲ商法典中ノ一編トセル点ニ於テ異レリ、而シテ内容タル個々ノ規定ニ付テハ仲、伊等ノ参酌セラレタルモノアリト雖モ大体ニ於テ独法系ニ属スルモノトス、

新商法施行後十数年ヲ経テ其運用上我国ノ経済事情ニ適セザル幾多ノ欠点暴露スルニ及ヒ法律取調委員会ハ岡野、富谷、斉藤三委員ヲ起草者トシ修正案ノ起草ニ着手シ仝体ニ亘リテ二百余条ノ修正案成リ明治四四年帝国議会ノ協賛ヲ経仝年法律第七三号商法中改正法律トシテ公布サレ仝年勅令第二九号ヲ以テ仝年一〇月一日ヨリ施行セリ、之レ改正商法ト称スルモノナリ、此改正ハ商法中ノ欠点ヲ改訂修補シタルニ止リ、大体ニ於テハ何等ノ変更ヲ見ナルモ其改正ニ当リ独法最モ多

ク参酌セラレタルカ故、我商法ノ独法的色彩ハ之ニ因リ一層濃厚ヲ加ヘタリ

三〇

本論

第一章　法例

第一節　商事法規及其通用順序

商法ハ第一条ハ商事ニ関シ本法ニ規定ア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、之レ商事ニ適用スヘキ法規即チ商事法規（Rechte der Handelssachen）ヲ示スニ又其適用ノ順序ヲ定メタルモノナリ、

而シテ所謂商法ニ規定アキヤ否ヤハ単ニ明文ノ有無ニ依リ定ムヘキニアラスシテ類推解釈即チ類似セル事項ニ関スル規定ニ付キ適用スヘキ法則ヲ探究スヘク斯クテ関係ヲ適用スヘキ法則ヲ発見スル能ハサル場合ニ於テ始メテ規定ナキモノトナスヘシ、

第一款　商法

一　商法ハ商事ヲ規範スヘキ特別法ナルヲ以テ商事ニ付キ最先ニ適用セラルヘキヤ当然ナリ、而シテ所謂商法ハ商法典ヲ指スモノナルモ其附属法令ハ其基本法タル商法典ト共ニ適用サルヘキヤ勿論ナリ、

二　商法附属法令ノ重ナルモノハ商法施行法（明治三二年法律第四九号）商法中改正法律附則（明治四四年敕令第二九号）小商人ノ範囲ニ関スル件（明治三二年敕令第二七一号）商法中署名スヘキ場合ニ関スル件（明治三二年敕令第一七号）商法第五三四条ノ二ニ依ル手形交換所ノ件（明治四四年司法省令第二四号）湖川港湾及ヒ沿岸小航海ノ範囲ノ件（明治三二年逓信省令第二〇号）商法第五六二条ニ依ル書類ノ件（明治三二年敕令第一九号）等ナリ、

三　商法典ハ一般私法タル民法ニ対シテハ特別法ノ関係ニアリト雖モ商事特別法ノ存在ヲ見ルベシ、而シテ其重ナルモノハ商標法（大正十年法律第九九号）取引所法（明治二六年法律第五号）有価証券割賦販売業法（大正七年法律第二九号）担保附社債信託法（明治三八年法律第五二号）電気事業法（明治四四年法律第五五号）鉄道営業法（明治三三年法律第六五号）地方鉄道法（大正八年法律第五二号）軌道法（大正一〇年法律第七六号）南満洲鉄道株式会社ニ関スル件（明治三九年敕令第一四二号）鉄道及ハ船舶ト露国ノ鉄道及ハ船舶トノ貨物聯絡ニ関スル件（明治四五年法律第一三号）出版法（明治二六年法律第一五号）予約出版法（明治四三年法律第五五号）銀行條例（明治三三年法律第七三号）貯蓄銀行法（大正一〇年法律第七四号）日本銀行条例（明治一五年布告第三二号）横浜正金銀行条例（明治三〇年敕令第二九号）日本興業銀行法（明治二九年敕令第八五号）日本勧業銀行法（明治三三年法律第七〇号）農工銀行法（明治二九年法律第八三号）台湾銀行法（明治三〇年法律第八三号）北海道拓殖銀行法（明治三二年法律第七六号）無尽業法（

大正四年法律第二四号）信託法（大正一一年法律第六二号）信託業法
大正一一年法律第六五号）保険業法（明治二三年法律第六九号）簡易
生命保険法（大正五年法律第四二号）健康保険法（大正一一年法律第
七〇号）保税倉庫法（明治三〇年法律第一五号）船舶法（明治三二年
法律第四六号）船員法（明治三二年法律第四八号）等ナリ、
之等ノ特別法令ノ内容ハ商法殊ニ商刑法及ビ商行政法ニ属スル多クノ
規定ヲ包含スルモ同時ニ又商私法ニ属スル幾多ノ規定ヲ包括ス、
商事特別法令ニ関シ商法施行法第二条ハ商法施行ノ後ト雖モ仍ホ其
効力ヲ存スル旨及ビ第三条ハ特別ノ法令中旧商法ノ規定ニ依ルベキモ
ノト定メタル場合ニ付テハ旧商法ハ商法施行ノ後ト雖モ仍ホ其効力ヲ
存スル旨規定セリ、此法文ノミニ依ルトキハ商法施行前ヨリ存在スル
商事特別法令ハ其法律、命令ノ何レタルヲ問ハス商法ノ規定ニ先チ適
用セラルベキカ如シト雖モ、後法ハ前法ニ優ル、及ビ法律ハ命令ニ優
ルノ原則ハ此場合ニ於テモ排除セラルベキニ非ラス、故ニ商法施行前
ヨリ存在シタル商事特別法令ハ其商法ト抵觸スル範囲ニ於テハ廃止セ
ラレタルモノト解スベシ、而シテ其商法ノ規定ト抵觸スルヤ否ヤノ問
題ハ結局商法規定ノ解釈ニ依リ決定スルノ外ナシ、只特別ノ事由ナキ
限リハ旧商法ノ存在ヲ前提トシタル特別法令ハ旧商法ノ廃止ト共ニ其
効力ヲ失ヒ、旧商法ノ原則法ヲ前提トセスシテ之ト併行スベキ性質ノ
特別法令ハ其効力ヲ持続スト解スルヲ妥当トス、
憲法第七六条ハ法律規則命令又ハ何等ノ名称ヲ用ヒタルニ拘ラス此
ノ憲法ニ予盾セサル現行ノ法令ハ総テ遵由ノ効力ヲ有スト規定スルカ
故ニ、憲法施行前ニ特別法令ハ勅令其名称命令ナリトスルモ法律ト令
一ノ効力ヲ有スルヲ以テ之ニ対シテハ法律ハ命令ニ優ルノ原則ハ適用
ナシ、

III

次ニ条約中ノ商事ニ関スル規定ハ商事特別法ト同一ノ地位ニ在ルモ
ノトス、従来ノ学説ハ条約ハ国家ノ契約ニシテ国家ヲ拘束スルニ止マ
リ直接国民ニ対シテハ何等ノ効力ナシトスルヲ通説トス、然レトモ條

約ハ国際上ノ契約タルト共ニ他面ニ於テハ其公布ニ依リ国民ヲ羈束スル効力ヲ生スルモノニシテ又一種ノ国法タル性質ヲ有シ之ヲ條約法（Staatsvertragsrecht）ト称シ得ベシ、現在ノ条約中専ラ商事ニ関シ特別ノ規定ヲ加セル船舶衝突ニ付テノ規定ノ統一ニ関スル条約（大正三年条約第一号）海難ニ於ケル救援救助ニ付テノ規定ノ統一ニ関スル条約（大正三年条約第二号）等ナリトス。

五

又商事自治法即チ各種団体ガ其自治的立法権ニ基キ制定シタル自治法（Autonomisches recht）中ノ商事ニ関スル規定例ヘハ市町村ノ制定セル條例、及ヒ規則、公共組合ノ規約、私法人ノ定款中ノ商事ニ関スル規定、孰レモ商事ニ適用セラルヘキモノトス、或ハ公共組合ノ規約及ヒ私法人ノ定款ノ如キハ法律関係ヲ設定スルモ法規ヲ制定スルモノニ非ストナシ其自治法タルコトヲ否定スルモノアリ、然レトモ公共組合ノ規約又ハ私法人ノ定款ニ於テ其理事ノ員数ヲ定メ若クハ総会ノ議事規則ヲ定ムル如キハ孰レモ規範ヲ制定スルモノト謂ハサルヘカラス、或ハ又定款ニ拘束セラルヽト否トハ社員ノ自由意思ニ係ル、何トナレハ社員ハ其社員タルヤ否ヤノ自由ヲ有スレハナリトナシ定款ヲ法規ニ非スト論スルモノアルモ非ナリ、蓋シ論者ノ説ヲ更ニ展開スレハ或市町村ノ住民タルヤ否ヤハ其住民ノ自由意思ニ係ルカ故ニ市町村條例モ亦法規ニ非ストナスノ不条理ニ陥レハナリ。

自治法ノ制定权ハ元来国家ノ賦与スル所ノモノナルカ故ニ自治法ハ国法中ニノ強行規定ニ反スルヲ得ス、而シテ之カ存在ニ付キ争フルトキハ慣習法ト同シク主張者ニ於テ立証責任ヲ負フモノトス、（民事訴訟法第二一九条）

六

以上説述シタル商法典、附属法令、商事特別法令、商事條約法、商事自治法ノ間ニ於テハ第一、商事自治法、第二、商事特別法令及商事条約法、第三、商法典及ト附属法令ノ順位ニ於テ適用セラルヽモノトス、

第二款　商慣習法

一　商慣習法（Handelsgewohnheitsrecht）トハ商事ニ関スル慣習法ヲ謂ヒ、商法典ト共ニ実質的意義ニ於ケル商法ヲ成ス、従テ民法ニ対シテハ特別法トシテ優先適用セラルヽモ商法典トノ関係ニ於テハ単ニ補充的ニ適用セラル、則チ民法ニ対シテハ変更力ヲ有スルモ商法典ニ対シテハ補充的効力ヲ有スルニ過キス、或ハ法例第二条ノ結果トシテ民法ト競合スル商慣習法ハ成立ノ余地ナシトナス者アルモ商法第一条ノ規定ハ法例第二条所謂法例ノ規定ニ該当スルモノト解スルヲ得ヘシ、故ニ商慣習法ハ民法ニ対シテハ其施行的規定タルト否トヲ向ハス優先的ニ適用サルヘキモ商法典ニ対シテハ任意的規定ニ対シテモ之ヲ排除スルヲ得ス、又単ニ現行ノ商法典ノ規定ノミナラス将来制定サルヘキモノニ対シテモ亦然リ、此点ニ於テ商慣習法ハ後法タル商法

典ノ規定ニ依リテモ改廃セラル、モノトス、

慣習法ガ成文法ヲ改廃スル効カヲ有スルヤ否ヤハ学者間最モ争アル問題ナリ、慣習法モ亦法ナリトノ見解ヲ商調スルニ於テハ其改廃カヲ認メサルヘカラス、従テ将来法例第二条商法第一条ノ規定ガ慣習法ニ依リ改廃セラル、コトナキヲ保セス、上記ハ之等規定ノ現存ヲ前提トセルモノトス。

二　事実タル商慣習（Handelsgebräuche, Usage, Verkehr）ハ単ニ当該行為ノ意思解釈ノ資料タルニ止マリ、当事者カ之ニ従フノ意思アル場合ノミ効カヲ有ス、則チ商慣習法ハ法律ヲ補充シ、事実タル商慣習ハ当事者ノ意思ヲ補充ス、前者ハ法律適用ノ問題ニシテ後者ハ事実認定ノ問題ダリ、

第三款　民法

一　茲ニ所謂民法トハ民法典ヲ指ス、民法典ハ私法ニ関スル一般原則ヲ定メ、商法ハ民法ニ対シ特別法ノ関係ニ立フモノトス、故ニ一般法タル民法ニ優先シテ適用セラルヘキヤ当然ニシテ商事ニ付テハ単ニ商法ニ規定ナキ事項ニ付テノミ一般法タル民法ノ規定適用サルヘキモノトス、自治法中ノ民事規定及ヒ民事特別法令並ニ条約法中ノ民事規定カ民法典ノ規定ニ先チ、又民法附属法カ同順位ニ於テ、更ニ民事慣習法カ民法典ニ次テ適用サルヘキコト前ニ商法ト此種法令トノ関係ニ付テ述ヘタル所ト同シ、

二　又商法ノ規定ガ商法ニ特有ナル一体的制度ヲ定メタルモノ（例、商業登記、商業帳簿、株式会社、保険、手形、共同海損等）ナルトキハ之ニ関シ商法ニ明文ヲ欠クモ其制度全体ヨリ之ニ適用スヘキ法則ヲ発見スヘキモノトス、但シ商法ニ特有ノ制度ナルモ民法中ニ尚亦其一般的制度存在スル場合即チ商法上ノ制度ガ民法上ノ制度ノ一変態ニ過キサル場合、（例、商事代理ト一般代理、商事賣買ト一般賣買、運送契約

ト請負契約、取引契約ト委任契約、等）ニ於テハ商法ニ特別規定ナキ範囲ニ於テ民法ノ一般制度ニ関スル規定ノ適用ヲ見ルヘシ。

三　又商法ノ規定カ民法ノ個々ノ規定ノ補充変更ニ過ギサル場合（例、商行為編規定ノ大部分ノ如キ）ハ其補充変更ノ範囲内ニ於テノミ商法ハ民法ノ規定ヲ排斥スルニ過キサルヲ以テ其他ノ点ニ付テハ民法ノ適用ヲ見ルヘシ、

第四款　條理（性法）

商事ニ対シテハ上述第一款乃至第三款ニ挙ケタル法令ヲ適用スヘキモ吾人ノ社会生活ノ千状万態変動極リナキ之等法令ノ孰レニモ規定ノ存セサル事項ノ発生スルコト稀ナラス、此場合ニ関シ端的民法第一条第二項ハ本法ニ規定ナキトキハ裁判官ハ慣習法ニ従ヒ若シ慣習法ナキトキハ自己カ立法者タラハ法規トシテ定ムヘキ所ニ従ヒ裁判スヘシト規定シ

ソヴエツトロシヤ一九二〇年ノ人民裁判所ニ関スル法令ハ訴訟事件ヲ裁判スル場合ニ人民裁判所ハ労農政府ノ法令ヲ適用セサルヘカラス、若シ当該法令無キ場合又ハ欠缺セル場合ニハ社会法的見地ニ於テ裁判スヘシト規定セリ、我国ニ於テハ明治八年布告第一〇三号裁判事務心得第三条ニ於テ民事裁判ニ於テハ成文アルモノハ成文ニ依リ成文ナキトキハ慣習ニ依リ成文慣習ニ存セサルトキハ条理ヲ推考シテ裁判スヘシト規定シ居レリ、然来学者ノ性法又ハ事物ノ性質（Natur der Sache）ト称スルモノニシテ商事ニ於テモ亦最後ニ其適用ヲ見ルヘキナリ。

第二節　商法適用ノ範囲

第一款　時ニ関スル適用範囲

一　時ニ関スル商法適用ノ範囲ニ付テハ商法施行法第一条ハ商法施行前ニ生シタル事項ニ付テハ今法ニ別段ノ定メアル場合ヲ除ク外旧法ノ規

定ヲ適用スヘキ旨規定シ所謂不文法及ノ原則（Grundsätze der Nichtrückwirkung）ヲ定メタリ、然レトモ商法施行法中ニハ義務ノ例例規定存ス（六、八、一七、）八、二一、二二、一二〇、一二七、乃至一二九、一三一、一三四、一三六条等）

二 然ルニ商法中改正法律附則第二条ハ之ト反対ニ本法ノ規定ハ本法施行ノ日ヨリ其施行前ニ生シタル事項ニモ本法ヲ適用スト規定シ雖及ノ原則（Grundsätze der Nichtrückwirkung）ヲ採用セタリ、然レトモ之レ本倶書ヲ以テ従前ノ規定ニ依リ生シタル効力ヲ妨ケストナシ例外ヲ認メタリ。

第二款　人及ヒ所ニ関スル適用範囲

一 商法ハ原則トシテ日本臣民及ヒ日本領土ノ全体ニ適用セラルヘキコト他ノ多クノ日本国法ト同シ、即チ商法ハ属人法ニシテ且ツ属地法ナリ、然レトモ近世文明国ノ法律ハ此原則ニ例外ヲ設ケ時ニ其臣民ニ対シ又ハ其領土内ニ於テ適用ヲ除外スルコトアルト共ニ一面ニ於テハ領土外ニ又ハ外国人ニ対シ適用ヲ見ルコトアリ、即チ商事ニ関スル法律行為ノ成立及効力ニ付テハ法例第七条ニ、其方式ニ付テハ仝第八条ニ又法律ヲ異ニスル者ノ間ノ意思表示及ヒ契約成立ノ効力ニ付テハ仝第九条ニ、物権ノ得喪ニ付テハ仝第一〇条ニ、債権譲渡ノ第三者対抗力ニ付テハ仝第一一条ニ、更ニ事務管理ニ付テハ仝第一一条ニ依ルヘク又日本ニ支店ヲ設ケ又ハ日本ニ於テ商業ヲ営ムヲ以テ主タル目的トスル会社ハ外国ニ於テ設立スルモノト雖モ日本ニ於テ設立スル会社ト同一ノ規定ニ従フコトヲ要シ（二五八条）外国ニ於テ為シタル手形行為ノ要件ニ付テハ商法施行法第一二五条ニ、又外国ニ於テ手形上ノ権利ヲ行使又ハ保全スル為メ一為ス行為ノ方式ニ付テハ仝第一二六条ニ従フ如シ、然レトモ之等ハ孰レモ国際私法殊ニ国際商法ノ研究範囲ニ属スルヲ以テ茲ニハ省略スヘシ。

二　又日本領土内ト雖モ台湾、樺太、朝鮮、関東州、南洋群島ニ付テハ特ニ政治的理由ニ依リ其適用ヲ除外セラレ、アリ。

(一)　台湾

商法、会社行法、商法中署名スヘキ場合ニ関スル件、非訟事件手續法、鉄道営業法、保険業法、担保附社債信託法等商法ニ属スル重要法律ハ内地ニ於ケル殆ント同様ニ施行セラレ、アリト雖モ適用ハ大正一〇年三月一五日法律第三号ノ「法律ノ全部又ハ一部ヲ台湾ニ施行スルヲ要スルモノハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム」トノ規定ニ基キ大正一一年九月一八日勅令第四〇六号及ヒ全年勅令第五二一号ニ依リ施行セラレタルモノトス、而シテ法人ニ関スル登記事項ニシテ内地ニ於テ生シタルモノニ付テハ其登記期間ヲ二週間延長スヘキモノトナセリ(大正一一年九月一八日勅令第四〇七号)

(二)　樺太

商法、会社行法、商法中署名スヘキ場合ニ関スル件、非訟事件手続法、銀行条例、貯蓄銀行法、担保附社債信託法等施行サレ居レリ然レトモ之レ亦明治四〇年三月二九日法律第五号ノ「法律ノ全部又ハ一部ヲ樺太ニ施行スルヲ要スルモノハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム」ナル規定ニ基ケル全年三月三一日勅令第九四号ノ全四四年四月一日勅令第六五号、大正一一年三月二八日勅令第五二号等ニ依リ施行セラレタルモノトス、而シテ土人ノ外ニ関係ナキ民事ニ関スル事項ニ付テハ之等ノ法令ニ依ラス従来ノ慣例ニ依ルヘキモノトナセリ(大正九年五月三〇日勅令第一二四号)

(三)　朝鮮

事実上商法、会社行法、商法中署名スヘキ場合ニ関スル件、非訟事件手續法、商標法、担保附社債信託法等施行サレ居ルモ這ハ明治四四年三月二五日法律第三〇号第一条ノ「朝鮮ニ在テハ法律ヲ要スル事項ハ朝鮮総督ノ命令(制令ト称ス)ヲ以テ之ヲ規定スルコトヲ得」ナル規定ニ基キ明治四五年三月一八日制令第七号朝鮮民事令及

ヒ大正十一年一二月七日制令第一三号朝鮮民事令中改正ノ件及ヒ前記法律第四条ノ「法律ノ全部又ハ一部ヲ朝鮮ニ施行スルヲ要スルモノハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム」ナル規定ニ基キ明治四三年八月二九日勅令第三三五号大正九年一一月一二日勅令第五三三号等ニ依リ施行セラレタルモノトス。

(四) 関東州

所謂租借地ハシテ最緊ナル意義ニ於テ我領土ト謂フヘカラサルモ事実上我主権ノ行ハルヽ範囲ナリ、而シテ現ニ商法、商法施行法、商法中署名スヘキ場合ニ関スル件、小商人ノ範囲ニ関スル件、保険業法、等施行サレ居レルモ之レ亦明治四四年九月二四日勅令第二一三号関東州裁判事務取扱令ニ於テ之等法令ニ依ルヘキコトヲ定メタルニヨルモノトス。

(五) 南洋群島、

條約(大正九年一月十日条約第一号同盟及ヒ聯合国ト独乙国トノ平和條約中国際聯盟規約)一九一。年四月二九日外務省告示一文号独逸ト殖民地ノ委任統治ニ関スル巴里講和会議ノ決議)ニ基ク委任統治地ニシテ日本帝国ノ構成部分トシテ立法権ヲ有シ且ツ我国ノ法規ヲ適用スルコトヲ得ルモノトス而シテ事実上商法、会施行法、商法中署名スヘキ場合ニ関スル件、小商人ノ範囲ニ関スル件、非訟事件手續法等施行サレ居レルモ之レ亦大正一二年一月二七日勅令第二大号南洋群島裁判事務取扱令第一条ニ於テ之等法令ニ依ルヘキコトヲ指定セルニ依ルモノトス、而シテ島民ノ外関係者ナキ民事ニ関スル事項ニ付テハ慣例ニ拠ルヘキモノトナセリ。

第三款　事物ニ関スル適用範囲

商法第一条ハ商事ニ関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、之レニ依レハ商法

ヲ適用スヘキ事物ハ商事ナルコト明白ナリ、然ルニ

(イ)或ハ第一条ハ商法ニ規定アル以上ハ其規定ガ商慣習法又ハ民法ニ優先シテ適用アリトナスニ止マリ概念的ニ商事ナルモノヲ前提トスルモノニ非スト説ク者アリ、然レトモ商事ノ概念ヲ先ツ決定シ然ル後之ヲ規範タル法則ヲ商法ニ求メテ得サル場合ニ始メテ商法ニ規定ナキモノト謂ハ得ヘシ、若シ此説ニ依ラハカ遂ニ商慣習法ノ適用セラルヘキ商事ナルモノヲ解スル能ハサルヘシ、然ルニ論者ハ更ニ商法ノ規定ハ或ハ民法ニ対スル補充変更ニ過キサルモノアリ或ハ或制度ヲ全体トシテ規定スルモノアリ、此後ノ場合ニハ其制度カ全体トシテノ商法規定ノ対照トナルモノニシテ此制度ニ付キ商法ニ規定ナキ関係ニ付テハ商慣習法ノ成立スル余地アリト論スルモ、或制度カ全体トシテ商法規定ノ対照トナルコト之レ即チ商事ヲ意味ス、則チ商事ノ何モノナルカノ詮索ハ畢竟スルニ斯クノ如キモノ、但々ニアラサル其全部ヲ求ムルニ在リ、論者ノ所説ハ其自ラ否定セントスルモノヲ前提トスルニ非レハ解スル能ハサルヘシ、

(ロ)或ハ商ノ法律上ノ観念ノ捕促シ難ク従テ又商事ノ意義ノ茫漠タルトニ鑑ミ実用ニ適セストナシ畢ニ商事ヲ以テ商法ニ規定シタル事項ヲ謂フトナスモノアリ、然レトモ此説モ亦(イ)説ト同様ノ欠点ヲ包含ス、蓋シ其当然ノ帰結トシテ商法ニ規定ナキ事項ハ商事ニ非ストナルヘク、従テ又商慣習法ヲ適用スヘキ商事ナルモノヲ解スル能ハサルヘケレバナリ、

(ハ)或ハ又商事トハ商人、商行為及ヒ船舶ニ関スル事項並ニ商法ノ規定セル其他ノ事項ヲ謂フト説クモノアリ、然レトモ此説ハ只商法規定ノ各種事項ヲ列挙セルニ過キスシテ能有商法ニ規定シタル事項ナリトナス説ト何等択ブ所ナク(ロ)説ト同一ノ非難ヲ免ル能ハス、余ハ商事トハ商ニ関スル法律事実ナリト解ス(商ノ意義ニ付テハ緒論第一章第一節参照)而シテ私法ノ一部門トシテノ商私法上ニ於ケル商事トハ商ニ関スル私法上ノ事実ナリトナスヲ妥当トス、

第四款　公法人ノ商行為ニ対スル商法ノ適用

一　公法人ノ商行為ニ付テハ法令ニ別段ノ定メナキトキニ限リ商法ノ規定ヲ適用サルヘキモノトス、而シテ商法第二条ノ規定ハ

(イ)　公法人ノ商行為ニ付キ商法ノ規定ヲ適用スヘキヤ否ヤノ疑義ヲ排除シタルモノナリトスル説

(ロ)　又ハ当然ノ法理ヲ示セルモノニシテ何等疑義ヲ決定シタルモノハ非ス単ナル注意的規定ナリトスル説

(ハ)　公法人ノ商行為ニ対シテモ商法ノ規定ヲ適用スヘキハ当然ニシテ只公法人ノ目的組織ハ大ニ私法人ト異ル所アリテ私法ノ規定ヲ全然之ニ適用スルノ不利ナル場合アリ、故ニ法律ノ外命令ヲ以テスルモ商法ノ規定ニ対スル例外規定ヲ定メ得ルコトヲ認メタルモノナリトスル説等アリ、(ハ)ヲ妥当トス、蓋シ公法人ト雖モ商法ニ六三条列挙ノ行為ヲ、又ハ営業トシテ会ニ六四条列挙ノ行為ヲ為ストキハ其行為ハ商行為ナリ、又公法人カ商人タル場合ニ其営業ノ為メニスル行為ハ商行為タリ（商法ニ六五条）而シテ商行為ニ対シテハ別段ノ規定ナキ限リハ商法ノ規定ヲ適用サルヘキヤ当然ニシテ疑義ヲ挟ムノ余地ナケレハナリ。

二　公法人カ商人タル場合ト雖モ商号、商業登記、商業帳簿、商業使用ヲ除外サルヘシ。

三　商法第二条ノ適用上疑向トナルハ公法人ノ相手方ガ私人ナル場合ニ公法人ニ関スル特別法令カ商法ニ優先スルヤ否ヤナリ、(イ)、或ハ商法第三条ノ規定ニ依リ双方ニ商法ヲ適用スヘシト説キ、(ロ)、又ハ公法人ニ関スル特別法令ハ本私人ヲモ拘束スト解スル者アリ、惟フニ公法人タラハ(ロ)説正シカルベク、然ラサル場合ニハ(イ)説可ナルベシ、従テ這ハ相手方タル私人ヲモ拘束スヘキ性質ノモノ決定シ得ヘキニアラスシテ其特別法令ニ直面シテ具体的ニ

第五款　一方的商行為ニ関スル商法ノ適用

一　当事者ノ一方ノ為メニ商行為タル行為ニ付テハ商法ノ規定ハ双方ニ適用セラルヽモノトス（商法三条）純理ヨリセハ斯ル場合ニハ商行為トナル一方ニノミ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ナリト風モ、斯クテハ需ニ法律関係ヲ錯雑ナラシムルノミナラズ或ハ全ク解決シ能ハサル問題ヲ生スヘキヲ慮リ商法第三条ノ規定ヲ設ケタルモノトス、

二　商法第三条ノ適用上問題トナルハ当事者ノ一方ノ数人中ノ或者ノ為メニノミ商行為タル場合ニ此規定ノ適用アリヤ否ヤニアリ、(イ)判例ハ之ヲ消極ニ決シ、(ロ)通説ハ之ニ反対ス、(ハ)或ハ又此場合ニ商法ノ規定ヲ適用スヘキヤ否ヤハ商法ノ各規定ニ付キ研究セサルヘカラストナシ折衷説ヲ唱フルアリ、消極説カ当事者ノ一方ナル意義ヲ厳格ニ解シテ其一方全員ノ為メ商行為ナラサルヘカラストナスハ商法第三条ノ文理解釈トシテ或ハ妥当ナルヘシト雖モ、進ンテ此規定ノ精神ヲ探解スルニ於テハ通説ヲ可トスヘシ、蓋シ若シ此場合ニ当事者ノ一方中ノ或者ニハ商法ノ規定ヲ適用シ其他ノ者及ヒ相手方ニハ民法ヲ適用スヘシトナサヽカ其法律関係ノ錯雑ヲ来シ、解決ヲ困難ナラシムルコトハ単純ニ当事者ノ一方ノミノ商行為タル場合ニ比シヨリ以上タルヘケレヘナリ

三　商法中特ニ其適用ヲ(一)双方的商行為ニ限定シタル規定（例、二八四条）及ヒ(二)当事者ノ双方ガ商人タル場合ニ限定シタル規定（例、二七五条）ノ項ヽニハ六条乃至二九〇条）ハ此場合ニハ全然其適用ヲ除外セラルヘシ、又当事者ノ一方ガ商人タルコトヲ要件トスル規定（例、二七一条二七二条二七四条二七五条二項、第三編第三章以下）及ヒ当事者ノ特定ノ一方ノ為メニ商行為タルコトヲ要件トスル規定、（例、二七三条）ハ時ニ其適用ヲ除外セラルヽコトアルヘシ、

四　商法第三条適用ノ効果ニ付注意スヘキハ之カ為メニ商行為トナラサ

ル一方ノ当事者ノ行為ノ性質ヲ変シテ商行為トナスモノニ非サルコト之レナリ

五六

大正十四年五月十四日印刷
大正十四年五月十七日發行（與附）

東京市神田區北甲賀町十
編輯兼發行者　三橋彦次郎

東京市小石川区初音町一五八番地
印刷者　河野鈴之助

東京市神田甲賀町十
プリント頒布所　明治堂書店

非賣品

284
417

終