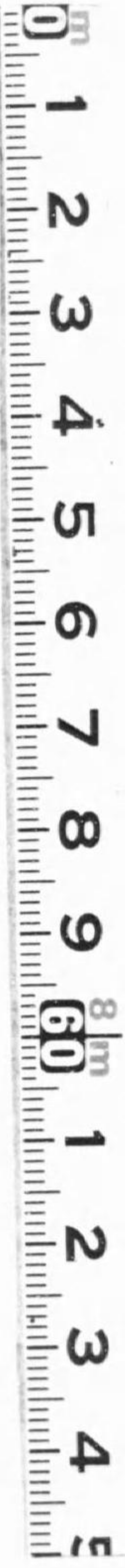


特220
252

法學博士 志田 鉀太郎 著

改正 商 法 總 論

東京 巖松堂書店發兌



始



特 220
252



法學博士 志田鉀太郎 著

改正
商
法
總
論

東京 巖松堂書店發兌



改正 商法總論目次

緒論

第一章	商法ノ意義	一
第二章	商法ノ特性	二
第一節	國際共通性	二
第二節	時勢適應性	三
第三節	簡易迅速性	四
第三章	商法ノ系統	五
第一節	英法系	六
第二節	佛法系	六
第三節	獨法系	七
第四章	商法ノ沿革	八

目次

第五章 日本商法典編纂略史……………二六

第六章 商法ノ適用……………三三

 第一節 適用セラルヘキ法……………三三

 第一款 商成文法……………三三

 第二款 商慣習法……………三六

 第三款 民法……………三七

 第二節 適用ノ對象タル法律事實……………三九

 第三節 適用ノ及フ範圍……………三三

 第一款 時ニ關スル適用ノ範圍……………三三

 第二款 處ニ關スル適用ノ範圍……………三三

 領土内ニ於ケル例外——領土外ニ於ケル例外……………三七

第七章 商法ノ著書……………三七

本論

第一章 總論……………四九

第一節 商行爲……………四九

 第一款 基礎商行爲……………五〇

絕對商行爲——投機取得又ハ其實行讓渡——投機的供給契約又ハ其實行取得——取引所ニ於テスル取引——手形其他ノ商業證券ニ關スル行爲——擔保附社債總額ノ引受

相對商行爲——貸貸ノ爲メニスル有償取得若クハ貸借又ハ其實行貸貸——他人ノ爲メニスル製造加工——電氣瓦斯ノ供給——運送——作業又ハ勞務ノ請負——出版印刷又ハ攝影——客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引——兩替其他ノ銀行取引——保險——寄託ノ引受——仲立又ハ取次——商行爲ノ代理ノ引受——擔保附社債信託ノ引受——普通信託ノ引受——無盡

 第二款 附屬商行爲……………八一

附屬商行爲ノ定義——附屬商行爲ノ三種——一部カ營業以外ノ目的ヲ有スル行爲モ仍ホ商行爲タリヤ

 第三款 準商行爲……………八五

第二節 商業……………八五

目次

目次

第一款 商業ノ意義……………四

 主觀商業——客觀商業——所謂商業財團——商業財團ト其他ノ財團
 ——商業財團ノ讓渡……………

第二款 商業ノ分類……………三

 陸商業、海商業——大商業、小商業……………

第三款 商業ノ制限……………九四

 公法的制限——私法的制限……………

第四款 商業ノ開廢……………九七

 商業ノ開始——商業ノ廢止……………

第三章 準商業……………九

第二章 商人……………一〇〇

 第一節 商人ノ意義……………一〇〇

 第一款 實質商人……………一〇〇

 第二款 形式商人……………一〇一

 第二節 商人ノ分類……………一〇一

第一款 大商人及ヒ小商人……………一〇三

 小商人ノ意義——小商人ニ關スル特例——小商人ハ支配人ヲ選任ス
 ルコトヲ得ルヤ——小商人タル會社アリヤ……………

第二款 商個人及ヒ商法人……………一〇四

 商個人——未成年者——禁治產者——準禁治產者——妻——商法人
 公法人——私法人……………

第三款 單獨商人及ヒ複數商人……………一〇四

 我商法上複數商人ヲ認ムヘキカ——複數商人ト似テ非ナル場合……………

第三節 商人資格ノ得喪……………一〇六

第三章 商人施設……………一〇七

 第一節 商業登記……………一〇八

 第一款 商業登記ノ意義……………一〇八

 第二款 商業登記ノ目的事項……………一〇八

 第三款 各事項ノ商業登記ニ共通ナル二大原則……………一〇〇

 第四款 商業登記ノ手續……………一〇〇

六

第五款 商業登記ニ公ノ信用ヲ賦與スル爲メノ手續……………一三二
積極手續——消極手續

第六款 商業登記ノ效力……………一三三
一般效力——特殊效力

第七款 商業登記ニ關スル制裁……………一三四

第二節 商 號……………一三四

第一款 商號ノ意義……………一三五

第二款 商號トシテ用ヒラルル名稱……………一三五
記録ノ方法——商號ノ選定——商號選定上ノ制限——一營業ニ付キ
 一商號アリ

第三款 商號ノ保護……………一三六
商號登記ノ制度——商號專用權ト排他的效力——廢止變更ノ登記

第四款 商號ニ關スル權利ノ承繼……………一三〇
商號讓渡ト其登記——商號讓渡ハ營業讓渡ニ伴フヘキカ

第三節 營業所……………一三一

第一款 營業所ノ意義……………一三二
意義——效用

第二款 營業所ノ種類……………一三三
主タル營業所、從タル營業所——本店ト支店トノ關係——營業所ト
 其登記——支店ノ名稱

第三款 營業所ノ登記……………一三五

第四節 商業帳簿……………一三六

第一款 商業帳簿……………一三六
商業帳簿ノ意義——所謂帳簿ノ本質——商業帳簿ノ作成及ヒ閉鎖——
 商業帳簿ノ設備、記入及ヒ保存ノ義務——日記帳——財産目錄帳、
 貸借對照表帳

第二款 營業上ノ重要書類……………一四二

第四章 營業補助者……………一四二

第一節 總 說……………一四三

第一款 補助作用ノ狀態ニ依ル區別……………一四三

目 次

七

第二款 補助作用ヲ以テ補助者自ラ商人タル資格ヲ取得

スルヤ否ヤニ依ル區別……………一四四

第二節 商業使用人……………一四五

第一款 商業使用人ノ意義及ヒ分類……………一四六

意義——商業使用人ノ補助活動——分類

第二款 支配人……………一四六

意義——支配人ノ代理權限——支配權 制限——支配權ノ行使ト主人ノ爲メニスルコトヲ示サル、場合——支配權ノ消滅 本店支配人及ヒ支店支配人ノ名稱——支配人ノ選任ト支配ナル名稱——會社支配人ノ選任及ヒ解任——支配人ノ登記——主人ト支配人間ノ法律關係——支配人ノ全力盡瘁義務ト主人ノ自取權(進入權)——民法上ノ委任關係トノ差異

第三款 番頭及ヒ手代……………一五四

意義——番頭手代ノ代理權——選任及ヒ解任——番頭手代ト主人間ノ法律關係

第四款 無名使用人……………一五五

意義——主人ト無名使用人間ノ法律關係——代理權

第三節 代理商……………一五七

第一款 代理商ノ意義及ヒ種類……………一五七

意義——本人ノ數——種類

第二款 代理商ノ法律關係……………一五九

商法第五百五條ノ適用——商法第四十七條ノ特則——商法第四十八條ノ補充規定——商法第五十一條ノ留置權——商法第五十條ノ例外規定——商法第五百六條ノ例外規定

第三款 代理商ノ代理權……………一六〇

代理權ノ擴張——匿名代理——本人ノ死亡

——(目次終)——

改正
商法
總論

法學博士 志田 鉀太郎 著



緒論

第一章 商法ノ意義

廣義ニ於ケル商法ハ商事ヲ以テ適用ノ對象ト爲ス法ナリ。故ニ此意義ニ於テハ國際法ノ一部タルト國內法ノ一部タルトヲ問ハス苟クモ商事ヲ以テ適用ノ對象トスル法ハ商法中ニ包含セラル。從テ商國際法ト商國內法トノ分類ヲ生シ、商國內法モ亦商公法ト商私法トノ二者ニ細別セラル。然ルニ狹義ニ於ケル商法ハ商事ヲ以テ適用ノ對象トスル私法即チ商事私法ノミヲ指ス。此意義ニ從ヘハ商法ハ私法中ノ普通法タル民法ニ對シテ商事特別私法トシテ説明セラルヘキモノトス。

狹義ノ商法中ノ骨子ヲ法典ニ編纂シタル國頗ル多ク、我邦ノ如キモ亦其一例タリ而シテ我邦ノ商法典ハ單ニ商法ト公稱セララルヲ以テ、狹義ノ商法ニハ更ニ實質的及ヒ形式的ノ二意義アリト謂ハサルヘカラス。

第二章 商法ノ特性

商法ノ特性ノ主要ナルモノ三アリ、即チ國際共通性、時勢適應性、簡易迅速性はナリ。之カ爲メ商法ハ民法ノ先驅ト爲リ私法ノ改良ト進歩トヲ促カス結果ヲ生ス、學者ハ此現象ヲ民法ノ商法化ト名ツク。

第一節 國際共通性

商事ハ各國特殊ノ事情ニ支配セララルコト比較的ニ少ナク、國際交通並ニ貿易ノ繁密ヲ加フルニ從ヒ商事ハ日進月歩ノ勢ヲ以テ文明諸國ニ共通タルニ至ラントス、從テ各國商法モ亦此情勢ノ支配スル所ト爲リ相互ニ接近シ來リタルノミナラ

ス、或部門ニ在テハ國際統一法規ヲ約定シ商法典ノ内容ニモ變化ヲ惹起スルニ至レリ。例ヘハ爲替手形法及ヒ小切手法ノ統一ニ關スル條約ニ從ヒ手形法及ヒ小切手法カ制定セラレ商法典第四編ハ削除セラレタルカ如シ。是レ商法ハ國際共通性ヲ有スト謂フ所以ナリ。

第二節 時勢適應性

商事ハ各時代ノ趨勢ニ伴ヒ進展スルニ非サレハ其目的ヲ達スルコト能ハス。從テ商法モ亦商事ノ進展ト共ニ時宜ニ隨ヒテ變化シ時勢ニ適應セサルヘカラサルハ勿論ナリ。慣習法國タルヲ誇トシ來レル英國ニ於テスラ、前世紀ノ後半期以降商法ハ其各部門ニ互リテ革新的立法ノ多數ナル枚擧ニ違アラス。佛國ニ於テモ民商兩法典施行以後百三十有餘年ヲ經過シタル今日マテ民法典ノ修正極メテ稀ナリシニモ拘ハラズ、商法典ハ幾多ノ重大ナル修正ヲ加ヘラレ、我國ニ於テモ亦民法典ハ其施行以後四十有餘年ヲ經過シタル今日マテ殆ント修正無カリシニモ拘ハラズ、商

法典ハ今日ヨリ約三十年前既ニ一大修正ヲ加ヘラレ、次ニ二十餘年ヲ經テ第四編ノ削除アリ、更ニ昭和十三年第一編總則第二篇會社ニ根本的ノ改正ヲ加ヘ、所謂商法典トシテ昭和十五年一月一日ヨリ實施ヲ見タルハ何レモ商法ニ此特性ヲ具フル爲メナリ。商法ノ時勢適應性ハ營ニ法律ノ修正ニ付テノミ存スルニ非ス、商慣習法ノ發生ノ自由ナル點ニモ之ヲ存ス。即チ法例第二條ニ依レハ法令ノ規定ニ反スル慣習ハ慣習法タル效力ヲ發生セサルモノトス。然ルニ商法第一條ノ解釋上、假令商慣習ハ私法ノ普通法タル民法ノ規定ニ反スルモ法律ト同一ノ效力ヲ有シ得ヘキヲ以テ、商慣習ノ發達ニ依リ商法ハ商事ノ進展ト同一歩調ヲ保ツコトヲ得ヘシ。

第三節 簡易迅速性

商事ハ何レノ國ト何レノ時代トヲ問ハス簡易且迅速ノ解決ヲ尙フモノナルカ故ニ、商法モ亦其各法規ニ就キ此特性ヲ帶フルヲ常トス。例ヘハ債權ノ消滅時効期間ハ民法上十年ナルヲ原則トスレトモ、商法上商行為ニ因リテ生スル債權ニ付テ

ハ五年ヲ以テ原則トスルカ如キ、社團法人ノ設立ハ民法上免許主義ヲ採用スレトモ商法上ノ會社ハ準則主義ヲ原則トスルカ如シ。尙ホ民法上ノ形式ハ遺言ノ方式ノ如ク目的事項ノ確實ヲ主眼トスルニ止マレトモ、商法上ノ形式ハ確實ノ外ニ簡易且迅速ノ解決ヲモ主眼トスルコト手形其他ノ有價證券ニ關スル形式ヲ見テ知ルコトヲ得ヘク、是亦以テ簡易迅速性ノ適用ト謂フコトヲ得ヘシ。

第三章 商法ノ系統

現今文明諸國ニ於ケル商法ニハ大凡三大系統アリ、英法系、佛法系及ヒ獨法系是ナリ。而シテ其他ニ此等ノ法系ヲ折衷シタルモノアリ又全然此三法系以外ニ立チタル國アリタレトモ、漸次其中何レカニ接近シツツアリ。例ヘハ伊太利「イールマニア」、葡萄牙「アルヂエンチン」等ノ諸國ノ如キハ佛獨兩法系ヲ折衷セリ。又西班牙、白耳義及ヒ瑞西ノ諸國ノ如キモ亦此兩法系ヲ折衷シタリト稱セラルルモ、西白二國ハ主トシテ佛法系ニ傾キ、瑞國ハ主トシテ獨法系ニ傾ケリ。又露西亞ノ

如キハ古來三大法系以外ニ立チタル國ナリシカ漸ク獨法系ニ接近シツツアルモノノ如シ。

第一節 英法系

英國ハ慣習法ヲ基礎トシ民商兩法典ヲ有セス、故ニ商法ハ商慣習法ヲ本體トシ幾多ノ成文法ニ依リテ補充セラル。英法系ニ屬スル主要ナル國ハ北米合衆國ニシテ、其各州ハ各州憲法ノ下ニ統治セラレ、合衆國政府ハ合衆國憲法ニ依リテ全國ヲ統治ス。而シテ商法ハ主トシテ各州憲法上ノ問題ニシテ、大多數ノ州ハ慣習法ヲ基礎トシ多少ノ成文法ヲ以テ之ヲ補充スルコト形式、實質共ニ英國ニ酷似セリ。

第二節 佛法系

佛國ハ商法典(千八百七年九月二十日公布)ヲ編纂シタル始祖ニシテ、商法典ナル

名稱モ亦其制定ニ係リ、民法典ト對立シテ私法ノ形式ヲ大成シタリ、而シテ商法典編纂ヨリ既ニ百三十餘年ヲ經過シタルニモ拘ハラズ、大體ニ於テハ編纂當時ノ形態ヲ維持シ、唯之ヲ修正補充スルニ幾多ノ商事成文法ヲ以テセルニ過キス。我商法(改正前商法)編纂時ヲ劃シテ概觀スルニ既ニ當時佛法系ニ屬シタル國ハ頗ル多ク、例ヘハ歐羅巴ニ在テハ和蘭、希臘、土耳其、リユクサンブルグ、「セルヴイア」、「モナコ」等ニシテ、伊、西、葡、白、「ルーマニア」、勃牙利等ノ舊法モ亦同様ナリシカ、何レモ修正ノ爲メ前五者ハ佛獨兩系折衷ニ變化シ、後一者ハ獨法系ニ轉化セリ。又歐羅巴以外ニ在リテハ埃及、中米並ニ南米大多數ノ諸國等佛法系ニ屬ス。

第三節 獨法系

獨國商法典(千八百六十一年聯邦各國ニ於テ法律トシテ公布)ノ編纂ハ佛國商法典ノ編纂ニ後ルルコト五十餘年ナレトモ、同國ノ政治上竝ニ經濟上ノ發展ト共ニ其

眞價ヲ認メラルルニ至リ、奧太利ハ勿論匈牙利、「ボスニア」、「ヘルツエゴヴィナ」
物牙利等何レモ其法系ニ屬スルノミナラス、我邦モ亦舊商法典竝ニ改正前商法典
ノ編纂ニ付キ主トシテ之ヲ參照セリ。此外瑞典、諾威、丁抹ノ三國モ各自特殊ノ
點アレトモ大體ニ於テ獨法系ニ屬スト謂フコトヲ得ヘシ。

第四章 商法ノ沿革

人類カ國家ヲ組織シタル以後ニ在リテハ商事ト看做シ得ヘキ事實ノ存スル處トシ
テ多少之ニ適用セラルヘキ法ノ存セサル理由ナシ。從テ古今東西ノ別ナク歴史ノ
溯リ得ル限り此意義ニ於テ商事ニ適用セラルル法ノ沿革ヲ探究シ得ヘキハ勿論ナ
リ。然ルニ特ニ商事ニノミ適用セラルル法ノ沿革ニ付テハ必スシモ然ラス、殊ニ
今日文明諸國ニ於テ整然タル法制トシテ存スル商事特別私法就中商法典ヲ主位ニ
置ケル狹義ノ商法ヲ其起原ニ溯リテ沿革的ニ研究スルニハ、西曆中世ニ當リ歐羅
巴ニ於テ羅馬法以外ニ超然タル商人法ノ出現シタリシ事蹟マテ溯ルヲ以テ足ル。

何トナレハ今日多數文明諸國ニ於ケル普通私法ノ由來ハ羅馬法ニ存スルニモ拘ハ
ラス、羅馬以前ハ勿論羅馬時代ニ於テモ尙ホ商事特別私法ナルモノナク、商事ハ
何レモ一般羅馬法ニ依リテ支配セラレ、廣義ノ民法典アリタレトモ商法典ナルモ
ノナク、降テ中世ニ至リ初メテ民法ト對立スル商人法ヲ生シ、此商人法カ發達シ
テ遂ニ今日所謂商法ト化シ商法典ヲ大成シタレハナリ。日耳曼民族カ羅馬帝國ニ
侵入以來歐羅巴各地ニ於ケル政治上竝ニ經濟上ノ組織ニ大變動アリ、羅馬法及ヒ
宗教法ハ社會ノ情勢ニ適應スルコト困難ト爲リ、就中當時勃興セントシツツアリ
タル商業ヲ支配スルニ尤モ不適當ト爲レリ。何トナレハ當時ノ羅馬法ハ既ニ往時
ノ普遍性ヲ失ヒ、警察的見地ヨリ無益ニ商業ヲ羈束スル幾多ノ法規ヲ添加スルニ
至リ、宗教法モ亦其教義ニ依リ商業ニ不便ナル幾多ノ法規ヲ制定シタレハナリ。
之ニ加フルニ日耳曼民族ニ固有ナル法制ハ之ヲ筒別ニ論スレハ多大ノ長所アリタ
レトモ、元來武士及ヒ農夫ヲ主眼トシ且ツ未タ整然タル組織ヲ成スニ至ラサリシ
ヲ以テ、組織整然タル羅馬法ヲ全然度外視シテ盡ク日耳曼法ニ準據シ以テ商業上

ノ法律關係ヲ定ムルコト能ハサリシハ當然ナリ。此等ノ事由ヲ綜合スレハ商業ニ對シテ特殊ノ法制カ創設セララルニ至リタルコト當然ノ歸著點ナリト謂ハサルヘカラス。

中世ノ社會ハ貴族ノ外ニ士農工商等ノ階級ニ區分セラレ、都會ノ發達ニ伴ヒ更ニ都會ト地方トノ對立ヲ來シタレハ、法制モ亦此等ノ區分、對立ニ相應シテ各階級法ヲ生シ、都會ト地方ト各法制ヲ異ニスルニ至レリ。而シテ都會ハ商人カ尤モ發展シテ其勢力ヲ振フヘキ地域ナルニ依リ各都會、就中地中海貿易ニ依リ盛大ト爲リタル同沿岸ノ都會ニ於テ商人ニ對スル特別法ノ先ツ發生シタルハ敢テ怪シムニ足ラス。其後大西洋沿岸ノ都會ニ於ケル商業モ漸次發展シ、之ト前後シテ北海並ニ「バルチック」海沿岸ノ都會モ亦商業ノ中心ト爲ルニ至リタルヲ以テ、此等各地ニ於テ何レモ商人ニ對スル特別法トシテ商法ノ發生シタルハ順當ノ沿革ナリトス。

然ルニ近世ニ至リ歐羅巴ノ政治組織モ漸ク整頓シテ統一的傾向ヲ生シ、封建制度

ノ衰頹ト中央集權ノ確立トヲ見ルニ至リシカハ、從來各地ニ成立シタリシ商人團體法ヲ國家ノ立法作用ニ依リテ整頓シテ之ヲ成文法ト成スノ機運ヲ生シ、遂ニ中央集權ノ最モ盛ナリシ佛蘭西ハ就中最モ完備シタル商人法典ヲ編纂シタリ。之ヲ路易十四世ノ商條例(千六百七十三年)及ヒ海條例(千六百八十一年)トス。穂積陳重博士カ「商法ハ南起北漸シテ路易十四世ノ立法ニ依リ南北歸一セリ」ト曰ヘルハ此沿革ヲ略言シタルモノナリ。

此ノ如ク統一政治主義ノ發展ニ伴ヒ商人法典カ遂ニ大成スルニ至リシ事蹟ニ付キ注意セサルヘカラサルハ沿革上ノ二大潮流アリタル事實是ナリ。即チ第一ハ商人階級法ハ漸ク其適用範圍ヲ擴張セラレ、商人階級ニ屬セサル者ト雖モ苟モ商業ニ關係ヲ有スル場合ニハ之カ適用ヲ受ケシムルニ至リタル潮流ニシテ、第二ハ從來公法及ヒ私法ノ混成法ナリシ商人階級法ハ、漸ク其公法規定ヲ減少シテ私法規定ヲ本體ト爲サントスルニ至リタル潮流是ナリ。蓋中世ノ社會階級制度ハ既ニ衰頹シタルヲ以テ階級法ヲ墨守スルノ必要ナキニ至リタルコト及ヒ中央集權ノ發達ノ

爲メ公法規定ニ激變ヲ生シタルコト等其主要ナル原因ナルヘシ。而シテ此二大潮流ハ當然商人法典ヲ一變シテ民法ニ對スル特別私法タラシメタル大原動力タリシコト爭フヘカラス。

西曆第十八世紀以後ニ在リテハ歐羅巴大陸諸國ノ商法ニ關スル立法主義ハ分レテ二派ト爲レリ。即チ其一ハ普露西國法(千七百九十四年制定)ニ依リテ代表セラレ、中世ノ商人階級法ヨリ傳來シタル諸法規ヲハ人民一般ヲ支配スヘキ私法ノ大法典(普露西國法ニ於テハ第二編第八章第七節乃至第十四節四七五條乃至二四六四條)中ニ包含セシム。其二ハ佛蘭西商法典(前出)ニ依リテ代表セラレ、等シク商人階級法ヨリ傳來シ路易十四世ノ兩條例ニ依リテ統一セラレタル諸法規ヲ以テ別個ノ法典ヲ編纂シテ之ヲ民法典ト對立セシム。而シテ後者ハ那翁第一世戰勝ノ餘威ニ乘シタルノミナラス、法典ノ實質竝ニ形式共ニ當時尤モ優秀卓越ナリシヲ以テ大多數文明國ノ採用スル所ト爲リ、遂ニ獨逸スラモ亦前者ヲ捨テテ此主義ニ從フコトト爲リ、獨逸普通法典(其發議ハ實ニ千八百四十八年ニシテ先ツ北獨逸聯邦法ト

成リ、遂ニ獨逸帝國法律ト成リシハ千八百六十九年ナリ、但獨逸帝國民法典ノ編纂ニ伴ヒ商法典ノ修正ヲモ必要トシ千八百九十七年ニ至リ修正商法典ヲ制定セリ、故ニ之ヲ新商法典ト稱シ從來ノ獨逸普通商法典ヲ舊商法典ト稱ス)ヲ編纂セリ。我國モ亦後者即チ佛蘭西主義ヲ採用シ、千八百九十年乃至千八百九十九年(明治二十三年乃至同三十二年)ヲ以テ商法典ヲ編纂シタルノ事蹟ハ次章ニ之ヲ述フヘシ。要スルニ佛蘭西ノ主義ハ多數ノ文明國ヲ藩卷シタルトモ今日尙ホ普露西主義ヲ採用スル國全ク之レナキニ非ス。瑞西(千八百八十一年制定千九百十一年及千九百三十六年修正ノ聯邦債務法竝ニ千九百七年乃至千九百十一年制定民法典)及ヒ露西亞(千八百三十二年制定大法典及ヒ千九百二十二年制定ソグイェット民法)是ナリ。

佛蘭西商法典ノ編纂アリテヨリ茲ニ百三十餘年ノ星霜ヲ經タリ。其間世界ノ各地ニ於テ編纂セラレタル商法典ハ多數アレトモ皆佛蘭西商法典ト同シク商行爲主義ヲ以テ一貫シ、我邦ノ新舊商法典共ニ之ニ屬ス。即チ或種類ノ法律行爲ヲ以テ商

法典ヲ適用スヘキ行爲(商行爲)ト定メ、此行爲ヲ營業ノ目的トスル場合ニ商業ヲ生シ、其商業ノ主體ヲ商人ト定ムル立法主義是ナリ。然ルニ獨逸新商法典ニ至リテ此立法主義ヲ改定シテ商業主義ト爲シタルコト頗ル注目ニ値セリ。即チ先ツ如何ナル營業ヲ商業ト爲スヤヲ決定シ、此商業ノ主體ヲ商人ト爲シ、其商人ノ行爲ヲ商行爲ト定ムル立法主義是ナリ。但獨逸新商法典ノ外ニ未タ此立法主義ヲ採用シタルモノナク、獨新商法典ト雖モ海商法ニ關シテハ此主義ヲ一貫スルコト能ハサリシヲ以テ、將來商法典編纂上ノ大問題タルヘシ。

諸國商法典ノ内容ヲ觀ルニ佛蘭西商法典以來幾多ノ態様ヲ存ス。其中内容ノ尤モ豊富ナルハ佛蘭西商法典ニシテ、第一編ヲ商ノ通則ト題シ其中ニ我商法典ノ第一編乃至第三編及手形法小切手法ニ該當スル規定ヲ包含ス。第二編ヲ海商ト題シ我商法典ノ第四編海商ニ該當ス。第三編ヲ破産ト題シ我舊商法典第三編破産ニ該當ス。第四編ヲ商事裁判ト題シ商事裁判所ノ構成、管轄、訴訟手續等ヲ規定セリ。而シテ其他ノ諸國ノ商法典中此四編ヲ具備スルモノハ少數ニシテ、第一編ニ該當

スル規定ヲ缺クモノハ全ク之レナシト雖モ、第二編以下ハ或ハ全ク之ヲ缺キ或ハ其一二ヲ缺クモノアリ。左ニ此等ノ標準ニ從ヒ諸國ヲ分類シテ示サントス。

全四編ヲ具備スル國——佛、白、墨、中米、南米諸國ノ多數

第二編ヲ缺ク國——南米ノ「ボリヴィア」

第四編ヲ缺ク國——伊、和、西、希、「ルーマニア」、中米並ニ南米諸國中「ガテマラ」、「ホンヂュラス」、「ニカラガ」、「バラグイ」、「ウルグイ」、「アルヂエニチン」

第二編及ヒ第四編ヲ缺ク國——中米ノ「コロンビア」

第三編及ヒ第四編ヲ缺ク國——日、獨

第二編、第三編及ヒ第四編ヲ缺ク國——埃、匈、「セルヴィア」

諸國ニ於テ商法典ハ此ノ如ク大成シ商法ノ主位ヲ占ムルニ至レリ。然ルニ商法典ナルモノヲ一大法典トシテ編纂セサルヘカラサル理由カ今日尙ホ現存スルモノナリヤ否ヤハ興味アリ且有益ナル問題ナリ。吾曹ノ確信スル所ニ依レハ商法典ハ商

事ニ關スル特別法ヲ盡ク網羅シタル法典ニ非サルノミナラス、首尾一貫セス組織整頓セス單ニ亂雜ナル法規彙集ニ過キササルヲ以テ、寧ロ之ヲ解體シテ會社法、運送法、倉庫法、保險法、手形法、海商法等數多ノ單行法タラシムルヲ理論上竝ニ實際上正當ナリトス、而シテ其一部ハ手形法及小切手法トシテ既ニ其實現ヲ見タル所トス。換言スレハ今日商法典ノ存在ハ沿革上ノ遺物トシテノ價值アルニ止マルモノト謂ハサルヘカラス。

第五章 日本商法典編纂略史

我邦ニ於ケル商法ノ沿革就中商法典ヲ中心トスル商法ノ沿革トシテハ明治維新以前ニ溯ル必要ナク、又維新以後ト雖モ明治十五年太政官布告第五十七號爲替手形約束手形條例及ヒ明治二十三年法律第二十二號商法(舊商法典)ノ二者ヨリ説キ起スヲ以テ足ル。即チ爲替手形約束手形條例ハ三章四十七箇條ヨリ成リ、其草案ハ舊商法典草案中手形ニ關スル部分ヲ拔萃シ爲替手形、約束手形及ヒ小切手ノ三種

ニ亘リテ六十七條ヲ存セシカ、元老院ノ第二讀會ハ第一讀會ニ於テ選任シタル修正委員ノ意見ニ從ヒ、小切手ニ關スル部分ヲ削除シテ同院ヲ通過スルコトト爲リ確定公布セラレタルモノナリ。然ルニ舊商法典ハ總則(現行商法典ノ法例ニ該當ス)第一編商ノ通則(現行商法典ノ總則、會社、商行爲ノ三編及ヒ手形法小切手法ヲ合併シタルモノニ該當ス)第二編海商(現行商法典ノ海商編ニ該當ス)第三編破産(現行破産法)以下三編千六十四條ヨリ成リ、其草案ハ獨逸人「ロエスレル」氏之ヲ起草シ法律取調委員會ニ於テ之ヲ整理シ、遂ニ元老院ノ議決ヲ經テ確定公布セラレタルモノトス。

爲替手形約束手形條例ハ其公布ノ日ヨリ直チニ實施シ、明治二十六年六月三十日(舊商法典中會社、手形及ヒ破産ニ關スル部分ヲ實施シタル日ノ前日)マテ完全ニ施行セラレタレトモ、之ニ反シテ舊商法典ハ當初明治二十四年一月一日ヨリ施行スヘキモノト定メラレタルニモ拘ハラズ、同二十三年十二月二十七日法律第百八號ニ依リテ之ヲ延期シ同二十六年一月一日ヨリ施行スヘキモノト定メラレ、更ニ

同二十五年十一月二十四日法律第八號ヲ以テ同二十九年十二月三十一日マテ其施行ヲ延期セラレタリ。而シテ政府ハ同二十五年十月十七日附ヲ以テ臨時的ニ法律取調委員ナルモノヲ任命シ、舊商法典中急速ニ實施スルノ必要アル部分ヲ應急的ニ修正セシメ、同年十一月開會ノ帝國議會ニ提出シ、翌年二月遂ニ兩院ヲ通過シテ同年三月六日法律第九號トシテ公布セリ。是レ即チ會社、手形及ヒ破産ニ關スル部分ニシテ其年七月一日ヨリ實施セラレタリ。

此ノ如ク政府ハ一方ニ於テ舊商法典中急速ニ實施スルノ必要アル部分ヲ修正シテ實施スルト共ニ他方ニ於テ朝野ノ法曹ヲ網羅セル法典調査會(明治二十六年三月二十五日勅令第十一號所定)ナルモノヲ設置シ、民商兩法典ヲ初メ法例其他ノ附屬法律ノ修正若クハ編纂ニ關スル起草ヲ掌ラシム。然ルニ此法典調査會ノ事業カ重大ニシテ修正ノ名義ノ下ニ其實ハ新ナル起草ナリシヲ以テ、舊商法典ノ施行延期ノ末日マテニ商法典草案ヲ完成スルニ至ラス。從テ政府ハ明治二十九年十二月二十九日(即チ施行延期ノ末日ニ先タツコト僅カニ二日)法律第九十四號ヲ以テ更

ニ同三十一年六月三十日マテ施行ヲ延期セリ。此ノ如クシテ法典調査會ノ編纂シタル商法典草案(之ヲ修正商法草案ト公稱シ六百六十六條ヨリ成ル)ハ、明治三十年十月開會セル帝國議會ニ提出セラレタルニモ拘ハラズ偶々衆議院ノ解散セラレタル爲メ通過ヲ見ルニ至ラス、翌三十一年五月開會セル帝國議會ニモ同草案(條文ノ追加アリタル爲メニ六百八十五條ト成ル)ハ提出セラレタレトモ是亦衆議院ノ解散セラレタル爲メ通過ヲ見サリシノミナラス、解散カ咄嗟ノ間ニ起リタル爲メ同年六月三十日(舊商法典ノ施行延期ノ末日)マテ餘日ナキニモ拘ハラズ、施行延期期間ヲ更ニ延長スル法律案スラ之ヲ提出スルノ暇ナカリシコト一大珍事ト謂ハサルヘカラス。是ニ於テカ一部ノ論者ハ緊急勅令ヲ以テ舊商法典ノ再三延期ヲ規定センコトヲ主張シタレトモ政府ノ容ルル所ト爲ラスシテ止ミ、遂ニ明治三十年七月一日ヲ以テ嘗テ朝野ノ夢想タモ爲シ得サリシ舊商法典ノ施行ヲ實現スルコトト爲リ、一時ハ朝野共ニ愕然トシテ其善後策ニ腐心シタリ、然ルニ幸ニモ其時施行セラレタル部分(會社、手形、破産以外ノ部分)ハ大半任意法ナリシヲ以テ

世人皆其適用ヲ避ケ裁判上格別ノ事件ナクシテ翌三十二年三月一日法律第四十八號商法（此改正前商法典ハ前述セル草案ニ四箇條ヲ追加シテ六百八十九條ト成リタルモノヲ明治三十一年十二月開會セル帝國議會ニ提出シ翌年二月二十五日貴族院ヲ通過シ同三月一日衆議院ヲ通過セリ）ノ公布ト爲リ、同四月十日勅令第三百三十三號ニ依リ同六月十六日ヨリ之ヲ實施シタリ。

如上ノ曲折波瀾ヲ經テ制定且施行セラレタル前商法典ハ法典調査會ノ商法起草委員タリシ梅、岡野、田部ノ三博士之ヲ起草シ、舊商法典ヲ修正セントスル名義ノ下ニ實質、形式共ニ全ク別個ノ法典ヲ編纂シタリ。而シテ起草ニ當リ佛獨其他諸國ノ商法典ヲ參照シテ其長ヲ採リ其短ヲ捨テ、一方ニ於テハ民法典トノ調和ヲ保チ他方ニ於テハ在來ノ慣習ヲ參酌シタリシカハ、簡約ナル良法典トシテ内外ノ賞賛ヲ博シタルハ事實ナリ。然ルニ其施行後十有餘年ヲ經過シ我邦社會ノ變遷ハ更ニ幾多ノ修正ヲ之ニ加フルノ必要ヲ見ルニ至リ、司法省內ニ設ケラレタル法律取調委員會ノ調査竝ニ起草シタル改正案ハ明治四十三年十二月開會セル帝國議會ニ

提出セラレ、翌四十四年ノ春、兩院ヲ通過シテ同五月三日法律第七十三號「商法中改正ノ件」トシテ公布セラレ、同七月勅令第二百十九號ニ依リ同十月一日ヨリ之ヲ實施スルコトト爲レリ。蓋シ此修正法ハ二百七條附則三十五條ヨリ成ルモノナレトモ、根本的修正ノ箇條比較的ニ少ナク單ニ應急的修正ニ止マリ、次テ大正十一年破産法發布ニ依リ一部改正アリシカ、更ニ昭和七年ニ手形法又同八年ニ小切手法ノ制定アリテ商法典第四編ハ削除セラレタリ。然ルニ政府ハ尙總則及ヒ會社ノ二編ヲ初メトシテ逐次商法典ノ改正ニ着手シ、右二篇ニ付昭和十三年四月五日法律第七十二條トシテ公布セラレ同十五年一月一日ヨリ實施セラルルニ至レリ、所謂新商法ナルモノニシテ總則篇五十一條會社篇四百四十九條ヨリ成リ前商法ニ劃期的改正ヲ加ヘタルモノナリトス。

但他ノ二篇商行為篇及海商篇ニ付テハ未タ要綱ノ域ヲ脱セス、新法典ニ於テハ僅ニ條文ノ順列番號ヲ變更シタルニ止マル現狀ニ在リ。

第六章 商法ノ適用

凡ソ法ノ適用トハ法カ或法律事實ヲ對象トシテ法律關係ヲ確立スルコトヲ謂フ。故ニ商法ノ適用ヲ詳ニセント欲セハ左ノ三段ニ分テ研究スルヲ至當トス。

第一、適用セルヘキ法

第二、此法ヲ適用スヘキ法律事實

第三、時及ヒ處ニ關スル適用ノ範圍

是ナリ。而シテ商法適用ノ結果トシテ確立セラルヘキ法律關係ハ商法各編ニ依リテ會得スヘキモノニシテ茲ニ説明スヘキ限ニ在ラス。

第一節 適用セラルヘキ法

商法ノ適用ヲ論スルニ當リ適用スヘキ法ト謂ヘハ商法ノミヲ指スモノノ如ク見ユレトモ、翻テ考フルニ、商法ハ特別私法タルヲ以テ普通私法タル民法ヲ度外視ス

ルコト能ハス又商法ヲ組成スル法規ニハ一方ニ於テ幾多ノ商成文法アリ他方ニ於テ幾多ノ商慣習法アルコトヲモ忘ルヘカラス。故ニ本節ニ於テハ先ツ第一ニ商成文法ヲ論シ、第二ニ商慣習法ヲ論シ、第三ニ民法ヲ論セント欲ス。蓋シ此順序ハ商法適用ノ順位ヲ規定セル商法典第一條ノ規定ニ準據シタルモノナリ。

第一款 商成文法

商成文法トハ商事ニノミ適用セラルヘキ成文法ニシテ商法典及ヒ之ニ隨伴スル諸種ノ法令ヲ包含ス。而シテ舊商法典及ヒ其隨伴法令ノ一部ハ今日モ尙ホ或種類ノ商事ニ對シ其適用ヲ見ルモノナルカ故ニ、勿論商成文法中ニ算フヘキモノナレトモ茲ニハ之ヲ省略シ、單ニ現行商法典及ヒ其隨伴法令ノミヲ説明セントス。

改正前商法典ハ第四章ニ於テ述ヘタル如ク、明治三十二年法律第四十八號ニ對シ同四十四年法律第七十三號ニ依リ修正ヲ加ヘタルモノニシテ、元來第一編總則第二篇會社第三篇商行爲第四編手形第五篇海商ノ五篇ヨリ成リタルモノナルカ、昭和七年法律第二十號及同八年法律第五十七號ヲ以テ夫々手形法及小切手法ノ發布

アリ、第四篇手形ヲ削除シ更ニ昭和十三年法律第七十二號ヲ以テ第一篇及第二篇ニ根本的改正ヲ加ヘテ現行商法典ニ及フモノトス。而シテ其根本觀念ハ商行爲ニシテ、先ツ商行爲トハ如何ナル種類ノ法律行爲ナルヤヲ決定シ、此等ノ商行爲ヲ對象トスル營業ヲ商業ト曰ヒ、商業ノ主體ヲ商人ト曰ヒ、此等諸事項ヲ對象トシテ商法ヲ適用セントスル編纂主義（商行爲主義、一名客觀主義）ニ基ケルモノナリ。然ルニ（一）全編中ノ第一編總則ハ主トシテ商人竝ニ商業ノ通則ノミヲ規定スルニ止メ、商法ノ根本觀念タル商行爲ノ意義竝ニ通則ヲ第三編商行爲中ニ讓リタルコト（二）第二編會社ハ改正法律ノ爲メ商業以外ノ營利事業ヲ目的トスル社團法人ヲモ會社ト看做スニ至リタル結果、此種ノ法人ニモ當然適用セラレヘキ規定ト變シタルコト（三）第三編商行爲ハ商業上ノ行爲タルト否トヲ問ハス總テノ商行爲ニ關スル規定ヲ包含スルモノニ非ス、却テ其大部分ハ或種類ノ商業上ノ商行爲ノミヲ規定スルニ止マルコト等ハ商行爲主義ヲ一貫セサル點ニシテ、商法ノ適用上特ニ注目スヘキ事項ニ屬ス。

商法典ニ隨伴スル法令ハ之ヲ附屬法令及ヒ補充法令ノ二種トス。即チ附屬法令トハ商法典ノ適用上當然缺クヘカラサル關係ニ立ツ諸法令ニシテ、商法施行法（昭和十三年法律第七十三號）商法中署名スヘキ場合ニ關スル法律（明治三十三年法律第十七號）湖川港灣及ヒ沿岸小航海ノ範圍ニ關スル省令（明治三十二年逓信省令第二十號）船長カ船内ニ備ヘ置クヘキ書類ニ關スル省令（明治三十二年逓信省令第十九號）等之ニ屬ス。然ルニ補充法令トハ商法典ノ適用上假令之ヲ缺クモ妨ケナシト雖モ商法典中ノ規定ノミニテハ特別商事ニ對シ不充分ナルヲ以テ特ニ制定セラレタル諸法令ニシテ手形法令、小切手法令、銀行法令、鐵道法令、取引所法令、保險法令、信託法令擔保附社債信託法令、無盡法令等之ニ屬ス。

商法典及ヒ其隨伴法令ノ適用順位ハ（第一）法律ハ命令ニ優先スヘキ效力ヲ有スルコト（第二）特別法律ハ普通法律ニ優先スヘク特別命令ハ普通命令ニ優先スヘキ效力ヲ有スルコト（第三）新法律ハ舊法律ニ優先スヘク新命令ハ舊命令ニ優先スヘキ效力ヲ有スルコトノ三大原則ヲ了解スレハ自カラ明ナルヘシ。但第一ノ原則ニ對

シテハ商法第二條ニ例外アルコト及ヒ第三ノ原則ニ對シテハ商法施行法中第六條第八條ヲ初トシテ幾多例外アルコトヲ記憶セサルヘカラス。

第二款 商慣習法

商事ニ適用セラルヘキ特別私法ニシテ慣習法ノ形式ヲ以テ存在スルモノアリ。之ヲ商慣習法ト稱ス。而シテ商法典ヲ編纂スルニ當リ、商慣習法ヲ調査シテ之ヲ法典中ニ採用スルコトヲ努メタリト雖モ、之カ爲メ從來ノ商慣習法ヲ一掃シ得タルモノト解スヘキニ非ス。況ンヤ商法典編纂以後商慣習法ノ發生シタルコト爭フヘカラサルヲ以テ、商慣習法ノ適用ハ商法ノ適用中重要ナル問題ナリ(商一條參照)。商慣習法ト商成文法トノ適用ノ順位ヲ知ラント欲セハ、先ツ法例第二條及ヒ商法第一條ヲ參照スルコトヲ要ス。即チ法例第二條ハ「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認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限り法律ト同一ノ效力ヲ有ス」ト規定シタルカ故ニ、商慣習法カ商成文法ノ制定以後ニ於テ發生スルコトヲ得ルニハ此等諸法令中ニ認メラレ若クハ規定ナキ

事項ニ關スルコトヲ前提トス。從テ商成文法ト其制定以後ニ發生シタル商慣習法トノ適用ノ順位ハ説明セスシテ可ナリ。然ラハ商成文法ノ制定以前ニ發生シタル商慣習法ハ此制定ノ爲メニ盡ク其效力ヲ失ヒタルモノナリヤ否ヤ。前商法施行法第二條ノ存在セル當時ニ於テハ多少疑義ヲ容ルル餘地無キニ非スト雖モ今日ニ於テハ商法典中ノ規定ト異ナレル在來ノ商慣習法ハ何レモ其效力ヲ失ヒタルモノト解釋セラルヘキモノナルコト一點ノ疑ナシ。從テ商成文法ト其制定以前ニ發生シタル商慣習法トノ適用ノ順位モ亦説明スルノ必要ナカルヘシ。

第三款 民法

商法ハ民法ニ對シテ特別法タリ。換言スレハ民法典、其隨伴法令、慣習法等ヲ包含スル民法ハ商法典、其隨伴法令、商慣習法等ヲ包含スル商法ニ對シ普通法タルコト特ニ説明ノ必要ナキ所ナリ。

民法ト商法典、其隨伴法令竝ニ商慣習法トノ適用ノ順位ハ普通法、特別法ノ關係ヲ了解スルニ依リ自カラ明カナルヘシト雖モ、商法典ハ更ニ第一條ヲ以テ其順位

ヲ言明セリ。即チ商事ニ關シテハ第一位ニ商法典ヲ適用シ、若シ商法典中ニ規定無ケレハ第二位ニ商慣習法ヲ適用シ、以上二者中ニ規定ナキトキハ茲ニ始メテ第三位ニ民法ノ規定ヲ適用スヘキコト是ナリ。但商法典ノ隨伴法令ハ此適用ニ關シテ商法典ト同一體ヲ爲スモノト看做サルルヲ以テ特ニ之ニ言及スル所ナシ。民法ト商慣習法トノ適用ノ順位ニ附帶シテ一ノ重大ナル問題ヲ存ス。即チ民法典及ヒ其隨伴法令ト異ナリタル從來ノ商慣習法ハ其效力ヲ持續スルヤ否ヤ及ヒ民法典及ヒ其隨伴法令ト異ナル商慣習法ハ新タニ成立シ得ルヤ否ヤノ兩問題是ナリ。而シテ第一ノ問題ニ就テハ商法第一條ニ於テ商慣習法ハ民法典、其隨伴法令並ニ慣習法等ヲ包含スル民法ニ優先スヘキ法力ヲ有スト規定セラレタルヲ以テ在來ノ商慣習法ト雖モ民法典及ヒ其隨伴法令ノ制定ノ爲メニ廢止セラレルモノニ非サルコト勿論ナリト答フレハ足ルヘシ。又第二ノ問題ニ就テハ法例第二條ト商法第一條トヲ對照シテ之ヲ解決スルノ必要アリ。即チ法例第二條ニ依レハ既ニ成文法ヲ存スル場合ニ於テ之ト異ナリタル慣習法ノ新タニ成立スルヲ認メサルノ趣旨明カ

ナルカ故ニ、單ニ此規定ノミニ依リテ推論スレハ、民法典及ヒ其隨伴法令ト異ナリタル商慣習法ハ新タニ成立シ得サルモノノ如シ。然レトモ商法第一條ニ於テ商慣習法ハ民法ニ優先スヘキ效力ヲ有スト規定セラレタルヲ以テ考フレハ、慣習法中商慣習法ニ限リテ法例第二條ノ例外ヲ爲スモノト解釋スヘク、從テ民法典及ヒ其隨伴法令ト異ナリタル商慣習法ノ新タニ成立シ得ルコト何等疑ヲ容レスト解答スヘキモノトス。之ヲ要スルニ商慣習法ハ民法ニ優先シテ商事ニ適用セラレヘキ效力ヲ有スルヲ以テ、民法典並ニ其隨伴法令ノ規定如何ニ拘ハラス、商成文法ト抵觸セサル限り在來ノ商慣習法ハ存續スヘク新タニ商慣習法ハ成立スヘシ。

第二節 適用ノ對象タル法律事實

商法ヲ適用スルニ當リ其對象タルヘキ法律事實ヲ商事ト謂フ。而シテ商事裁判所ヲ設置シ、若クハ民事裁判所内ニ商事部ヲ設置スル國ニ在リテハ、其管轄事項ヲモ手續法上ノ商事ト稱シ、從テ之ヲ商法適用ノ對象タル法律事實即チ實體法上ノ

商事ト對立セシムルヲ常トス。然レトモ我國ニ於テハ、商事裁判所ハ勿論商事部ト雖モ設置セラレサルヲ以テ、商事ナル用語ハ實體法上即チ商法上ノ意義ニ限ラレタルモノト謂ハサルヘカラス。

商事ノ意義ヲ簡單ニ説明スルコト殆ント不能ニシテ、商法典ヲ熟讀了解シタル後ニ非サレハ之ヲ知悉シ得ヘカラス。然レトモ茲ニ便宜ノ爲メニ商事ノ何タルヤヲ略言スルノ必要アリトセハ、我商法典カ商行爲主義ニ立脚スル立法例ナルヲ以テ「商事トハ直接又ハ間接ニ商行爲ニ關聯スル法律事實ナリ」ト謂フコトヲ得ヘシ。唯此説明ノ精確ナラサル所以ハ、「直接又ハ間接」ナル語及ヒ「關聯」ナル語ヲ用フルカ爲メナルノミナラス、本來商行爲ト何等ノ關係ナキ法律事實、例ヘハ商業以外ノ營業ヲ目的トスル社團法人(商五二條二項)ノ如キモノニ對シテモ商法ヲ適用スルカ爲メナリ。故ニ「商事トハ商行爲、商業、商人等ニ關聯スル法律事實ナリ」ト説明スルトキハ、稍々不精確ノ程度ヲ減少シ得ヘキモ、「關聯」ナル語ヲ用フル以上到底其範圍ノ精確ヲ期シ得ヘカラス(舊商三條)。

商事ニ對シ商法ヲ適用スルニ就キ特例ト看做スヘキ場合大凡二アリ。第一ハ消極特例ニシテ、當然商事タルニモ拘ハラス商法中或規定ノ適用ヨリ除外セラルル場合ナリ。即チ所謂小商人ニ對シ商法第一編總則中商業登記、商號及ヒ商業帳簿ニ關スル規定ヲ適用セサルコト是ナリ(商八條)。第二ハ積極特例ニシテ、或法律行爲カ當事者ノ一方ニノミ商行爲タル場合(學者ハ之ヲ片面商行爲若クハ一方商行爲ト名ツク)及數人ヨリ成ル當事者中其一人ノ爲メニ商行爲タル場合ニ於テ、其商行爲タラサル當事者全員ニ等シク商法ヲ適用スルコト是ナリ(商三條)。商法カ商事以外ノ法律事實ニ準用セラルルノ例頗ル多シ、商法典中ニ此種ノ準用ヲ規定シタルハ第六百六十四條ニシテ、商法典ノ隨伴法令ヲ以テ此種ノ準用ヲ規定シタル主要ナルモノハ船舶法第三十五條ナリ。但商法第五百二十三條ノ如キハ準用ノ規定ナレトモ、等シク商事ニ對スル準用ナルヲ以テ其實商法ノ適用ニ外ナラス、從テ商事以外ノ法律事實ニ商法ヲ準用スル場合(第六百六十四條ノ規定)トハ全然區別シテ之ヲ論スヘキモノトス。

第三節 適用ノ及フ範圍

第一款 時ニ關スル適用ノ範圍

明治三十二年制定ノ所謂前商法ハ民法ト同シク其適用上不遑及原則ヲ認メ、商法典施行前ニ生シタル事項ニハ原則トシテ舊法ニ依ル可キモノトシタルカ、明治四十四年ノ改正法律ニ於テ既ニ此主義ヲ廢棄シ、同法施行ノ日ヨリ其施行前ニ生シタル事項ニモ之ヲ適用シ、唯從前ノ規定ニ依リテ生シタル效力ヲ妨ケサルヲ以テ限度トシ、新商法亦之ニ倣ヒ、商法施行法第二條ニ於テ「新法ハ別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外新法施行前ニ生シタル事項ニモ亦之ヲ適用ス但シ舊法ニ依リテ生シタル效力ヲ妨ケス」ト規定シタリ。而シテ商法典ノ施行後ハ前商法典及ヒ其隨伴法令ハ效力ヲ失ヒ、其後生シタル事項ニ對シテハ新商法典ノ適用セラルヘキコト説明ノ必要ナカルヘシ。

第二款 處ニ關スル適用ノ範圍

領土内ニ於ケル例外

民法ト同シク商法ニ付テモ帝國ノ領土内ニ其適用ヲ實現スルヲ以テ原則トスヘキコト説明ノ必要ナシ。然ルニ一方ニ於テハ領土内ニ在リテモ我商法ノ適用カ實現セラレサル場合アリ、他方ニ於テハ領土外ニ在リテモ我商法ノ適用カ實現セラルル場合アリ。此二例外ノ存スルコトハ特ニ之ヲ注意セサルヘカラサルヲ以テ左ニ此等ヲ逐次詳説スヘシ

第一 領土内ニ於ケル例外

此例外ハ更ニ之ヲ左ノ三種ニ別テテ説明セサルヘカラス。

(一) 地域ニ依ル例外

臺灣、樺太、朝鮮及ヒ關東州等ニ在リテハ商法ハ當然行ハルルニ非ス。從テ法律及ヒ勅令ニ基ツキ其適用ヲ見ルヘキモノトス。

(甲) 臺灣 臺灣ニ在リテハ明治三十九年法律第三十一號第四條ニ依リテ

「法律ノ全部又ハ一部ヲ臺灣ニ施行スルヲ要スルモノハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム」ト規定セラレ、之ト同時ニ同法第一條ヲ以テ「臺灣ニ於テハ法律ヲ必要トス

ル事項ハ臺灣總督ノ命令ヲ以テ之ヲ規定スルコトヲ得」ト定メ、明治四十一年臺灣律令第十一號民事令第一條ニ依リ商法典及ヒ其附屬法律中臺灣總督ノ指定シタルモノハ臺灣全島ニ施行セラル。右法律第三十一號ハ施行期間ヲ延長スルコト數次ナリシカ、大正十年十二月三十一日限り失效シ、新タニ大正十年法律第三號ヲ以テ「法律ノ全部又ハ一部ヲ臺灣ニ施行スルヲ要スルモノハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム」前項ノ場合ニ於テ官廳又ハ公署ノ職權、法律上ノ期間其ノ他ノ事項ニ關シ臺灣特殊ノ事情ニ因リ特例ヲ設クル必要アルモノニ付テハ勅令ヲ以テ別段ノ規定ヲ爲スコトヲ得」ト規定シ、翌十一年勅令第四百六號、第五百二十二號等ヲ以テ商法典及ヒ其附屬法令中ノ或モノヲ臺灣ニ施行シタリ。

(乙) 樺太 樺太ニ在リテハ明治四十年法律第二十五號ニ依リ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定メラルルコトト爲リ、同年勅令第九十四號第一條ニ依リ商法典及ヒ其附屬法令中ノ或モノハ樺太ニ



施行セラル。

(丙) 朝鮮 朝鮮ニ在リテハ明治四十四年法律第三十號第四條ニ依リ「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」ト規定スルト同時ニ、同法第一條ヲ以テ「朝鮮ニ於テハ法律ヲ要スル事項ハ朝鮮總督ノ命令ヲ以テ之ヲ規定スルコトヲ得」ト定メタリ。而シテ明治四十五年朝鮮制令第七號民事令第一條ニ依リ商法典及ヒ其附屬法令中ノ或モノハ朝鮮ニ施行セラル。

(丁) 關東州 關東州ニ在リテハ明治四十一年勅令第二百十三號關東州裁判事務取扱令第一條ニ依リ商法典及ヒ其附屬法令中ノ或モノヲ施行スルコトト爲レリ。

(戊) 南洋委任統治諸島 大正十二年勅令第二十六號南洋群島裁判事務取扱令第一條ヲ以テ商法典及ヒ其附屬法令中ノ或モノヲ施行スルコトト爲レリ。

(二) 人ニ依ル例外

臺灣、樺太、朝鮮、關東州及ヒ南洋諸島ニ於テハ特別人民ニ對スル關係ヨリ商法ノ適用ヲ制限スルノ必要ヲ存ス。即チ臺灣ニ在リテハ「本島ノミノ親族相續ニ關スル事項ニ付テハ民法第四編及第五編ヲ適用セス別ニ定ムルモノヲ除ク外慣習ニ依ル」コト(臺灣ニ施行スル法律ノ特例ニ關スル件五條)、樺太ニ在リテハ「土人ノ外ニ關係者ナキ民事ニ關スル事項ハ從來ノ慣例ニ依ル」コト(明治四十年勅令第九十四號二條)、朝鮮ニ在リテハ「朝鮮人相互間ノ法律行為ニ付テハ法令中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ハ其慣習ニ依ル」コト(朝鮮民事令一〇條)、關東州ニ在リテハ「支那人ノ外ニ關係者ナキ親族相續ニ關スル事項ハ當分ノ内慣例ニ依ル」コト(大正十一年勅令第七十八號)、南洋群島ニ在リテハ「島民ノ外ニ關係者ナキ民事ニ關スル事項ニ付テハ慣例ニ依ル」コト(南洋群島裁判事務取扱令二條等是ナリ)。

(三) 國際私法ニ依ル例外

國際私法ノ原則ニ依リ帝國ノ領土内ト雖モ外國商法ノ適用ヲ實現スル場合ア

領土外ニ於ケル例

リ。(法例三條以下手形法八八條乃至九四條小切手法七六條乃至八一條)

第二 領土外ニ於ケル例外

此例外ハ更ニ之ヲ左ノ二種ニ別チテ説明セサルヘカラス。

(一) 領事裁判權ニ依ル例外

我邦カ領事裁判權ヲ有スル國(現今ニ在リテハ支那)ニ在リテハ我領事ハ居留地ニ於テ裁判ヲ爲スニ付キ我商法ヲ適用ス。

(二) 國際私法ニ依ル例外(法例三條以下)

第七章 商法ノ著書

現行商法典編纂以後ニ出版セラレタル商法參考書極メテ多シト雖モ、茲ニハ單ニ一般ノ商法研究者ニ正確ナル法理ヲ會得セシムル資料トシテノ主要ナルモノヲ掲クルコトトセリ。又拙著日本商法論(全四冊海商法ヲ缺ク)竝ニ志田氏商法要義(合名會社ノ終マテ)ヲ茲ニ掲ケサルハ明治四十四年ノ商法修正ニ先タツコト十年

前ノ著書ナレハナリ。

(第一類) 註釋書

- 青木博士著 新商法釋義
吾孫子、矢部兩學士著 改正商法通義
松本(悉)田中(耕)兩博士著 日本商法
梶田學士著 改正商法總則會社法
奥野氏外六氏共著 株式會社法釋義
同 有限會社法釋義
菰淵(清)學士著 改正手形法註解
同 改正小切手法註解
池田(寅)博士、小堀學士著 手形法義解
(第二類) 教科書
青木博士著 商法全書全五冊、但商法修正以後改訂シタルハ第四編手形
法ノミ)
田中誠二博士著 改正商法要義
松波博士著 新日本商法

米益隆三氏著 商法概論 1

西本博士著 商法概論

柳川(勝)學士著 商法論綱

寺尾博士著 商法通論

水口博士著 商法要論(保險手形海商)

栗栖博士著 商法概論

堀部靖雄氏著 商法講義

野津博士著 新商法大要

松本(丞)博士著 商法大意

同 商法總論

—— 總則篇 ——

寺尾博士著 商法原理(總則)

長場正利氏著 商法體系(總則編)

青山博士著 商法總論

片山博士著 商法總則論

竹田博士著 商法總論

緒論 第七章 商法ノ著書

同 商法總則
 西原學士著 商法總則(新法學全集)
 西本博士著 商法總論
 松岡博士著 商法綱義(總則及商行為)
 烏賀陽博士著 商法要論
 田中耕博士著 商法總則概論
 三浦博士著 商法總論
 猪股博士著 日本商法總論
 高窪博士著 商法總論
 黒川(眞前)學士著 商法總則講義
 野津博士著 商法總則
 柳川(勝)博士著 商法總則及商行為(總則編)
 佐々博士著 商法要義(總則會社)
 會社篇
 松波博士著 日本會社法
 片山博士著 會社法原論

同 株式會社法論
 松本(丞)博士著 會社法講義
 同 日本會社法論
 同 會社法
 田中(耕)博士著 會社法概論
 同 改正會社法概論
 田中(誠)博士著 會社法提要
 同 改正會社法提要
 佐々博士著 日本新會社法
 寺尾博士著 會社法提要
 間學士著 會社法要論
 西本博士著 會社法
 大隅學士著 會社法論
 椎津學士著 會社法要義
 岡野博士著 會社法講義案
 同 會社法

- 橫田學士著 會社法講義
- 猪股博士著 新會社法講義
- 同 株式會社本質論
- 松岡(熊)博士著 會社法綱義
- 美濃部俊明氏著 新會社法釋義
- 平田博士著 會社法概要
- 瀬崎憲三郎氏著 新會社法綱要
- 大橋學士著 有限會社法
- 佐々博士著 日本有限會社法論
- 商行爲篇 ——
- 松本(丞)博士著 商行爲法
- 同 保險法
- 松波博士著 日本商行爲法
- 青山博士著 商行爲法
- 同 保險契約論(上卷)
- 小町谷博士著 商行爲法(新法學全集)

- 田中(耕)博士著 商行爲法講義要領
- 同 保險法講義要領
- 水口博士著 商行爲法論
- 同 保險法論
- 同 陸上物品運送法論
- 喜安學士著 商行爲法
- 犬丸巖氏著 改正商法保險法論
- 椎津學士著 商行爲法
- 黒川(眞前)學士著 商行爲法講義案
- 岡野博士著 商行爲及保險法
- 烏賀陽博士著 商行爲法
- 大橋學士著 商行爲法講義
- 大濱信泉氏著 商行爲法要論
- 同 保險法要論
- 柳川(勝)學士著 商法總則及商行爲(商行爲編)
- 三浦博士著 保險法論

粟津博士著 日本保險法論(修正前出版)
同 保險法論

——手形篇——

毛戶博士著 改訂統一手形法論
大橋學士著 統一手形法論
同 小切手法
矢部學士著 手形法
同 手形法及小切手法
大濱信泉氏著 手形及小切手法
同 手形小切手法要義
中井學士著 新手法要論
須賀學士著 改訂手形法論
同 手形法原論
岡野博士著 日本手形法(修正前出版)
松本(丞)博士著 手形法
田中耕(博士)著 手形法概論

同 手形法小切手法概論

松波博士著 日本手形法

水口博士著 手形法論

同 手形法要論

寺尾博士著 手形法提要

伊澤學士著 新小切手法

島本英夫氏著 手形法及小切手法

升本重夫氏著 手形小切手法論

鈴木學士著 手形法小切手法講義案

織田(嘉)學士著 手形法及小切手法

——海商篇——

松本(丞)博士著 海商法

松波博士著 日本海商法

片山博士著 海商法通義

市村博士著 海商法論

寺尾博士著 商法原理(海商法)

加藤博士著 海商法講義

田中(耕)博士著 海商法講義要領

田中(誠)博士著 海商法提要

樋貝學士著 海商法提要

住田學士著 海商法通論

長場正利氏著 商法體系(海商編)

石井讓氏著 海商法概論

石井照久學士著 海商法概論

小町谷博士著 海商法要義

森清氏著 海商法原論

(第三類) 商法編纂理由書並二批評

商法修正案參考書法典調查會起草委員補助編輯

商法改正理由(法律新聞社編輯)

松本(丞)博士著 商法改正法評論

毛戶博士著 商法改正法評論

(第四類) 判決例書

商法判決實例(巖松堂編輯)

商法判例集(青木法律事務所編輯)

最近會社判例(法律評論社編輯)

判決總攬(商法續商法)判決例調查所編輯

松本(丞)博士著 商法判例批評錄

判例體系(商法總則商行爲編)村田憲次氏編輯

商事判例集(小町谷博士伊澤學士編輯)

改正手形法及小切手法ニ關スル判例集(菰淵銳夫吳文中兩氏編輯)

(第五類) 雜書

加藤博士著 海法研究

小町谷博士著 海商法研究

田中(誠)博士著 海商法上ノ諸問題

池田博士著 擔保附社債信託法論

「ロエスレル」氏商法草案(獨逸文書商法草案及ヒ理由書ノ翻譯)

松本(丞)博士著 私法論文集

高窪博士編 法律學說判例總覽(商法)

- 田中耕博士著 商法研究
- 同 改正商法及有限會社法概況
- 商大商法研究室編 商法及保險ノ研究(青山博士還曆記念論文)
- 西本寛一氏著 株式會社定款論
- 野崎隆幸氏著 保險契約法論
- 山尾時三氏著 手形法研究
- 烏賀陽博士著 商法研究
- 伏見博士著 各國比較會社法論
- 河村博士著 株主總會の研究
- 寺尾博士著 株券法論
- 水口博士著 商法論叢
- 納富義光氏著 手形法ニ於ケル基本理論

本論

本論ニ於テハ商事ノ全般ニ亙レル法理ヲ説明スルヲ以テ本旨トス。從テ商法第一編總則ノ諸規定及ヒ第三編商行爲中第五百一條乃至第五百三條等ヲ玆ニ解説スルコトト爲スヘシ。

第一章 總論

本章ニ於テハ先ツ商法ノ中樞概念タル商行爲ノ意義ヲ説明シ、次ニ商行爲ヲ目的トスル營業即チ商業ノ意義ヲ説明セントス。

第一節 商行爲

商行爲ハ商法典上特定セラレタル法律行爲ニシテ我舊商法ニハ之ヲ商取引ト名付タリ。而シテ一般商法學者ノ説明スル所ニ從ヘハ之ヲ基礎商行爲ト附屬商行爲ト

商行爲ノ
ニ大別

ノ二種ニ大別シ、更ニ前者ヲ絶對商行爲及ヒ相對商行爲ノ二者ニ細別ス。蓋シ基礎商行爲ト謂ヒ附屬商行爲ト謂フハ要スルニ前者ハ商事ノ基礎トシテ商業ノ目的タリ得ルモ、後者ハ商業ノ附屬タルニ過キストノ見地ヨリ設ケラレタルモノナリ。然ルニ我輩ハ商行爲法主義ノ立法例タル我商法ノ説明上他ニ適切ナル分類方法ナキニ非スト信ス。即チ商行爲ヲ大別シテ不要業商行爲及ヒ要業商行爲ノ二種ト爲シ、更ニ後者ヲ細別シテ目的商行爲及ヒ附屬商行爲ノ二種ト爲スコト是ナリ。蓋シ不要業商行爲ナルモノハ毫モ營業ト關係ナキ場合ニモ仍ホ商行爲タル行爲ニシテ、一般商法學者ノ所謂絶對商行爲ニ該當シ、要業商行爲中ノ目的商行爲ハ、營業ノ目的トシテ之ヲ行フニ因リテ商行爲タリ得ル行爲ニシテ、所謂相對商行爲ニ該當シ、附屬商行爲ハ以上二種ノ理由ニ依ラス、單ニ商業ノ爲メニスルニ因リテノミ商行爲タリ得ル行爲ニシテ其名稱ハ一般商法學者ノ採用スル所ト符合スルモノナリ。但之ヨリ以下ノ説明ニハ一般商法學者ノ採用スル分類ニ從フヘシ。

第一款 基礎商行爲

基礎商行爲ハ所謂商事ノ範圍ヲ決定スルニ付テノ根本標準ニシテ、商業及ヒ商人ノ觀念モ亦之ヲ前提トシテ決定セラル。即チ商法第五百一條竝ニ第五百二條、擔保附社債信託法第三條竝ニ第二十九條、信託法第六條及ヒ無盡業法第二條ハ此基礎商行爲ヲ規定シタル條文ニシテ、此等ノ規定ノ立法精神ハ生産者ト消費者トノ間ニ介在スル財貨ノ營利轉換ヲ以テ其眼目トシ、此營利轉換ヲ助成スル幾多ノ行爲及ヒ經營ノ方法カ營利轉換事業ト近似スル幾多事業ノ目的タル行爲ヲ之ニ添加スルニ在リタルコト、商法第五百一條ト第五百二條トニ列舉セラレタル諸行爲ヲ對照シテ研究スレハ自カラ明カナルヘシ。左ニ基礎商行爲ヲ絶對商行爲及ヒ相對商行爲ノ二者ニ細別シテ説明セントス。

第一 絶對商行爲

絶對商行爲ハ一名之ヲ客觀商行爲ト謂ヒ、其行爲者カ商人タルト否トヲ論セサルノミナラス營業ノ目的トシテ之ヲ行フト否トヲ問ハサルモノナリ。換言スレハ商法上其行爲自身カ商行爲タルヘキ本質ヲ具備スト看做サレタルモノトス。而シテ

爲絶對商行

此種類ニ屬スル商行爲ハ商法第五百一條ニ掲ケタル四種ノ行爲及ヒ擔保附社債信託法第二十九條第一項ニ規定セラレタル行爲ト併セテ五種ナリ。左ニ此等ヲ逐次解説スヘシ。

投機取得
又ハ其實
行讓渡

(一) 投機取得又ハ其實行讓渡ノ爲メニスル行爲(商五〇一條一號)

(甲) 投機取得ノ爲メニスル行爲

投機取得ノ爲メニスル行爲トハ、利益ヲ得テ他ニ讓渡サントスル意思ニ基ツキ、動産、不動産若クハ有價證券ノ有價取得ヲ目的トスル行爲ヲ指ス。例ヘハ廉價ナル賣品ヲ見出シ之ヲ轉賣シテ利益ヲ得ント欲シ其買入ヲ契約スルノ類ナリ。而シテ此行爲ヲ分析スレハ左ノ三要素ト成ル。

(イ) 利益ヲ得テ他ニ讓渡サントスル意思

利益トハ財産上ノ利益ヲ指スコト當然ニシテ、利益ヲ得テ讓渡トハ有價契約即チ賣買、交換、消費貸借等ニ因ル讓渡ヲ指スコト亦勿論ナリ。而シテ利益ヲ得テ他ニ讓渡サントスル意思ハ讓渡以前ニ目的物ヲ多少利用スルノ意思ヲ

伴フモ何等妨クル所ニ非ス。又此等ノ意思ハ行爲ノ當時ニ現存スルコトヲ必要トスレトモ後日ニ至リ其實行セラルト否トヲ問フ所ナク、又此意思ハ其法律行爲ノ本體タル意思表示上ノ意思ニ非サルカ故ニ表示意思ヲ伴フノ必要ナシ。從テ此意思ノ存在ハ其商行爲タルコトヲ主張セントスル者ヨリ證明スレハ足ル。尙ホ取得以後、讓渡以前ニ於テ製造又ハ加工ヲ爲サントスルノ意思ヲ伴フモ何等妨クル所ナシ。

(ロ) 動産、不動産又ハ有價證券

動産及ヒ不動産ハ物ヲ二別スル觀念ニシテ、土地及ヒ其定着物ヲ不動産ト謂ヒ其他ノ物ヲ動産ト謂フコト、民法第八十六條第一項及ヒ第二項ノ規定スル所ナリ。然ルニ動産タル紙片ニシテ其上ニ或財産權ノ化體スル爲メ、單ニ動産トシテノミ説明シ得サルモノアリ、例之商法ノ規定スル手形、小切手、株券、債券、運送證券、倉庫證券等ノ如シ。此等ヲ有價證券ト稱ス。故ニ有價證券トハ財産權ヲ表彰スル書面ニシテ其權利ヲ利用(移轉、質入、行使等)ス

ルニハ此書面ノ占有ヲ要件ト爲スモノナリ。手形ノ例ヲ以テスレハ一定金額ノ支拂ヲ目的トスル債權ヲ表彰シ、其債權ヲ讓渡シ若クハ取立テントスルニハ此手形ノ所持ヲ必要トスルカ如シ、但權利カ證券上ニ化體スル程度換言スレハ證券ノ表彰スル權利ノ利用ト證券ノ占有トノ關係ノ深淺程度ハ有價證券ノ種類ニ依リテ同一ナラス。

(ハ) 有價取得ヲ目的トスル行爲

有價取得ヲ目的トスル行爲トハ主トシテ賣買、交換、消費貸借等ノ有價行爲ヲ指ス。從テ動產又ハ不動產ノ有價取得ヲ目的トスル行爲トハ、動產又ハ不動產ノ所有權ヲ有價的ニ取得セントスル法律行爲ヲ謂ヒ、有價證券ノ有價取得ヲ目的トスル契約トハ、有價證券タル書面ノ所有權並ニ其表彰スル權利ヲ取得セントスル契約ヲ謂フ。

之ヲ要スルニ投機取得ノ爲メニスル行爲ハ以上説明シタル三要素ヲ具備セサルヘカラス。故ニ動產、不動產又ハ有價證券ノ有價取得ヲ目的トスル行爲ト雖モ

若シ其行爲者ノ意思カ之ヲ他ニ讓渡シテ利益ヲ得ントスルニ非ストセハ投機取得ノ爲メニスル行爲ニ非ス。例ヘハ利益ヲ得テ他ニ賃貸スル意思ニテ物品、家屋等ヲ廉價ニ買入レントスル契約ノ如シ(相對商行為第一參照)。又動產、不動產、有價證券以外ノモノノ有價取得ヲ目的トスル行爲ハ、假令其行爲者カ之ヲ他ニ讓渡シテ利益ヲ得ントスル意思ニ基ツクトスルモ投機取得ノ爲メニスル行爲ニ非ス。例ヘハ地上權、永小作權、一般債權、著作權、特許權、意匠權等ヲ有利ニ轉賣スル意思ニテ廉價ニ買入レントスル契約ノ如シ。又他ニ讓渡シテ利益ヲ得ントスル意思ヲ以テ動產、不動產又ハ有價證券ノ取得ヲ目的トスル行爲ヲ爲スモ、其行爲ニシテ無償ナリトセハ投機取得ニ非ス。例ヘハ利益ヲ得テ他ニ讓渡ス意思ヲ以テ動產、不動產又ハ有價證券ノ贈與ヲ受ケントスル契約ノ如シ。

(乙) 實行讓渡ノ爲メニスル行爲

實行讓渡ノ爲メニスル行爲トハ、投機取得ノ爲メニスル行爲ノ對象タリシ動產不動產又ハ有價證券ヲ更ニ讓渡スコトヲ以テ目的トスル行爲ヲ指ス。例ヘハ轉

賣シテ利益ヲ得ント欲シ買入レタリシ物品ヲ賣渡ス契約ノ如シ。而シテ此行爲ヲ分析スレハ左ノ二要件ト成ル。

(イ) 投機取得ノ爲メニセル行爲ノ對象タリシ動産、不動産又ハ有價證券

投機取得ノ爲メニセル行爲ノ結果トシテ取得シタリシ動産、不動産又ハ有價證券ハ或ハ其儘ニテ實行讓渡ノ爲メニスル行爲ノ對象ト爲ルコトアリ。例ヘハ買入レタル物品ニ何等ノ製造若クハ加工ヲ爲サス其儘之ヲ賣渡ス契約ヲ締結スルカ如シ。或ハ變更ヲ加ヘタル後始メテ實行讓渡ノ爲メニスル行爲ノ對象ト爲ルコトアリ。例ヘハ動産ハ之ヲ製造若クハ加工シ、不動産ハ之ニ作業ヲ施シ、未タ引受ナカリシ爲替手形ハ支拂人ヲシテ引受ヲ爲サシメタル後始メテ賣渡ノ契約ヲ締結スルカ如シ。然レトモ取得シタリシ動産又ハ不動産ノ幾分ヲ或物ニ添附シテ其物ヲ讓渡サントスル契約ノ如キハ茲ニ所謂實行讓渡ノ爲メニスル行爲タラス。例ヘハ轉賣シテ利益ヲ得ンカ爲メ買入タリシ染料ヲ自己所有ノ山林ヨリ伐採シタル木材ニ塗リテ賣渡サントスル契約ノ如キ

ハ茲ニ所謂實行讓渡ノ爲メニスル行爲ニ非ス。又轉賣シテ利益ヲ得ンカ爲メ買入タリシ數枚ノ瓦ヲ以テ嘗テ他人ヨリ贈與セラレタル建物ノ屋根ヲ修繕シテ賣渡サントスル契約ノ如キモ亦然リ。要スルニ投機取得ノ爲メニセル行爲ノ對象タリシ動産又ハ不動産カ變化シテ別物ト爲ルト否トヲ問ハス、實行讓渡ノ爲メニスル行爲ノ對象ノ本體タルト否トニ依リテ區分スヘキモノトス。

(ロ) 更ニ讓渡スコトヲ以テ目的トスル行爲

更ニ讓渡スコトヲ以テ目的トスル行爲トハ、主トシテ賣買、交換、消費貸借等ノ有償行爲及ヒ贈與ノ如キ無償行爲ヲモ包含ス。從テ動産又ハ不動産ノ讓渡ヲ目的トスル行爲トハ、動産又ハ不動産ノ所有權ヲ有償的若クハ無償的ニ移轉セントスル法律行爲ヲ謂ヒ、有價證券ノ讓渡ヲ目的トスル行爲トハ、有價證券タル書面ノ所有權竝ニ其表彰スル權利ヲ有償的若クハ無償的ニ移轉セントスル法律行爲ヲ謂フ。

之ヲ要スルニ實行讓渡ノ爲メニスル行爲ハ前ニ説明シタル二要素ヲ具備セサレ

ハ茲ニ商行爲ト認メラルコトヲ得ス。故ニ讓渡ノ意思ナクシテ買入レタル動産、不動産又ハ有價證券ヲ、後日ニ至リ利益ヲ得ル爲メ讓渡サントスル債權契約ノ如キハ茲ニ所謂實行讓渡ノ爲メニスル行爲ニ非ス。又他ニ讓渡シテ利益ヲ得ントスル意思ヲ以テ有償的ニ取得シタル動産、不動産又ハ有價證券ト雖モ、讓渡以外ノ方法例ヘハ貸貸、供擔保等ニ依リテ利用セントスルトキハ、其利用ヲ目的トスル行爲ハ茲ニ所謂實行讓渡ノ爲メニスル行爲ニ非サルコト勿論ナリ。

(二) 投機的供給契約又ハ其實行取得ノ爲メニスル行爲(商五〇一條二號)

投機的供給契約又ハ其實行取得

(甲) 投機的供給契約

投機的供給契約トハ他人ヨリ取得スヘキ動産又ハ有價證券ノ供給契約ヲ指ス、例ヘハ高價ニテ買入レントスル買主アルヲ以テ、後日他ヨリ之ヲ買入レテ供給セント欲シ先ツ其買主ト賣買契約ヲ締結シ置クノ類ナリ。而シテ此行爲ヲ分析スレハ左ノ二要素ト成ル。

(イ) 他人ヨリ取得スヘキ動産又ハ有價證券

他人ヨリ取得スヘキ動産又ハ有價證券トハ動産ノ所有權又ハ有價證券タル書面ノ所有權竝ニ其表彰スル權利ニシテ他人ヨリ取得スヘキモノヲ謂フ。從テ或物ヲ原始的ニ取得セント欲スル場合ノ如キハ勿論之ヲ包含セス。而シテ取得シタル後之ニ變更ヲ加フルノ意思ヲ伴フモ何等妨クル所ニ非ス。且他ヨリ取得セントスルノ意思ハ、必スシモ實行セラルルヲ要セスト雖モ行爲ノ當時ニ現存スルヲ必要トス。故ニ行爲ノ當時ハ先占ニ因リテ取得セント欲シタルニ、其後此意思ヲ改メテ他ヨリ取得シタリトスルモ、之カ爲メ茲ニ所謂投機的供給契約ト化スルモノニ非サルナリ。

他ヨリ取得セントノ意思ハ利益ヲ得ントスルノ意思(例ヘハ廉價ニ取得シテ高價ニ讓渡サントスル意思)ヲ伴フコトヲ必要トスルヤ否ヤ、法文上明示スル所ナシト雖モ(一)ノ(甲)「投機取得ノ爲メニスル行爲」ト對照シ且商事ノ全般ヨリ推理シテ其必要ナルヲ認メサルヘカラス。

此取得ハ有償取得ニ限ルヘキヤ否ヤ學者間ニ見解ノ岐ルル所ナレトモ、法文

上特ニ制限ナキヲ以テ、有償タルト無償タルトヲ問ハス他ヨリ取得セントスル場合ヲ包含スト解釋スルヲ正當トス。故ニ他ヨリ贈與ヲ受クヘキ見込ヲ以テスル場合モ亦茲ニ所謂投機的供給契約タリ得ヘシ。尙ホ他ヨリ取得セントセル意思ハ表示意思ヲ伴フノ必要ナク、唯此行爲ノ商行爲タルヲ主張セントスル者ヨリ意思ノ存在シタルコトヲ證明スレハ足レリ。

(ロ) 供給契約ナル名稱ハ商法上特有ノ名稱ニシテ民法上之ヲ存セス。即チ或財産權ノ讓渡ヲ目的トスル有償契約ニシテ契約ノ成立ト履行トノ間ニ期間ヲ存スルモノヲ謂フ。從テ本來所有權、有償證券の權利、其他ノ財産權ハ何レモ此契約ノ目的タリ得ヘキモ、茲ニ商行爲タルニハ所有權及ヒ有償證券の權利ニ限ル。又此契約カ有償タルヲ要スル點ニ付テハ法文上何等徵スヘキモノナシト雖モ(一)「投機取得ノ爲メニスル行爲」ト對照シ且商事ノ全般ヨリ推理シ之ヲ斷定セリ。

之ヲ要スルニ投機的供給契約ハ以上説明シタル二要素ヲ具備セサルヘカラス、

故ニ動産又ハ有償證券ノ供給契約ト雖モ其動産、有償證券ニシテ他ヨリ取得セントスルモノニ非ストセハ投機的供給契約ニ非ス。例ヘハ農産物ヲ自作シテ讓渡サントスル供給契約ノ如シ。又動産、有償證券以外ノモノノ供給契約ハ假令其目的タル財産權例ヘハ不動産權、一般債權、著作權、特許權、意匠權等ヲ他ヨリ取得セントスル場合ト雖モ投機的供給契約ニ非ス。

(乙) 實行取得ノ爲メニスル行爲

實行取得ノ爲メニスル行爲トハ投機的供給契約ヲ履行スル爲メ、他ヨリ其契約ノ對象タル動産又ハ有償證券ヲ有償的ニ取得スルコトヲ目的トスル行爲ヲ指ス例ヘハ或人ヨリノ注文ニ應シテ利益ヲ得ント欲シ其注文ヲ他ヨリ買入ルル契約ノ如シ。而シテ此行爲ヲ分析スレハ左ノ三要素ト成ル。

(イ) 投機的供給契約ノ對象タリシ動産又ハ有償證券

投機的供給契約ノ對象トシテ指定セラレタル動産又ハ有償證券ハ、實行取得ノ儘ニテ供給契約ノ相手方ニ讓渡サルルコトアリ、或ハ變更ヲ加ヘタル後始

メテ讓渡サルルコトアリ、何レモ實行取得ノ爲メニスル行爲ノ對象タルヲ妨ケサルコト(一)ノ(乙)實行讓渡ノ爲メニスル行爲ニ付テ説明シタル所ト同シ。

(□) 投機的供給契約ノ履行ノ爲メニスル意思

投機的供給契約ノ履行ノ爲メニスル意思ハ兩方面ニ發動スヘシ。即チ投機的供給契約ノ對象タリシ動産又ハ有價證券ヲ他ヨリ有價的ニ取得セントスル意思及ヒ此ノ如クシテ取得シタル動産又ハ有價證券ヲ投機的供給契約ノ相手方ニ讓渡サントスル意思是ナリ。而シテ茲ニ説明セントスルハ前者ニ外ナラス、此意思ハ讓渡以前ニ目的物ニ變更ヲ加フルノ意思ヲ伴フモ何等妨クル所ニ非ス。又此等ノ意思ハ實行取得ノ爲メニスル行爲ノ當時ニ現存スルコトヲ必要トスレトモ表示意思ヲ伴フノ必要ナキコト等ハ(一)ノ(甲)「投機取得ノ爲メニスル行爲ニ付テ説明シタル所ト同シ。

(ハ) 有價的ニ取得スルコトヲ目的トスル行爲

有價的ニ取得スルコトヲ目的トスル行爲トハ賣買、交換、消費貸借等ノ有價

行爲ヲ指ス。

之ヲ要スルニ實行取得ノ爲メニスル行爲ハ前ニ説明シタル三要素ヲ具備セザレハ茲ニ商行爲ト認メラルルコトヲ得ス。故ニ投機的供給契約ノ履行ノ爲メニスル意思ナクシテ買入レタル物品ヲ注文者ニ振向クルモ之カ爲メ其買入ハ實行取得ノ爲メニスル行爲ト化セス。又履行ノ爲メニスル意思アリトスルモ、無償ニテ取得セントスルトキハ其取得ヲ目的トスル行爲ハ茲ニ所謂實行取得ノ爲メニスル行爲ニ非サルコト勿論ナリ。

(三) 取引所ニ於テスル取引(商五〇一條三號)

取引所ニ於テスル取引トハ取引所ニ固有ナル取引ニシテ特種ノ賣買契約ニ外ナラス。而シテ取引所トハ政府ノ免許ヲ受ケ一種又ハ數種ノ物件ノ賣買契約ヲ締結スル目的ヲ以テ設立セラレタル相互組織又ハ株式會社組織ノ社団法人ヲ謂ヒ其賣買契約ハ實物市場ニ於ケル取引ト清算市場ニ於ケル取引ノ二種アリテ、何レモ特設ノ場所(市場)ニ於テ一定ノ時間内ニ之ヲ行フ。是レ取引所ニ於テスル

取引所ニ於テスル取引

取引ト稱セラルル所以ナリ（取引所法一條、五條、一八條、一九條、大正十一年勅令第三百五十三號取引所令六條、九條、一〇條）。

取引所ニ於テ賣買取引ヲ爲スコトヲ得ル者ハ（一）會員組織ノ取引所ニ在リテハ其取引所ノ會員、（二）株式會社組織ノ取引所ニ在リテハ其取引所ノ取引員ニ限ラレ（取引所法六條）、取引所ノ取引員タルニハ政府ノ免許ヲ要ス（取引所法一〇條）。又差金取引ヲ爲ス取引所類似施設ヲ爲シ又ハ其施設ニ依リテ取引ヲ爲スコトヲ嚴禁セリ（取引所法二六條ノ二、三二條ノ三）。

（四）手形其他ノ商業證券ニ關スル行爲（商法五〇一條四號）

手形其他ノ商業證券ニ關スル行爲トハ一切ノ商業證券ニ關スル行爲ヲ包含シ商業證券トハ商業ノ目的物件タル有價證券ヲ謂ヒ、手形ヲ以テ其中尤モ重要ナルモノトス。蓋シ有價證券ハ財産權ノ化體シタル書面ナルヲ以テ容易ニ之ヲ轉換シ得ヘク、從テ恰モ普通ノ商品ト同視セラルルモノ尠カラス。是レ即チ商業證券ナリトス。

手形其他ノ商業證券ニ關スル行爲

商業證券ニ關スル行爲トハ其證券ノ振出、裏書、引受等行爲者ノ署名（又ハ記名捺印）ニ依リテ爲サルル所謂證券行爲ノミヲ指スニ非ス、一般無記名證券ノ讓渡ノ如キ手形ノ支拂ノ如キハ何レモ商業證券ニ關スル行爲ナリ。

（五）擔保附社債總額ノ引受（擔保附社債信託法二九條二項）

擔保附社債信託法ニ依リ物上擔保ヲ附セラレタル社債ハ、或ハ廣ク之ヲ世上ニ募集シ或ハ特定ノ第三者ヲシテ之ヲ引受ケシメ或ハ其信託ヲ受ケタル信託會社ヲシテ之ヲ引受ケシム。而シテ引受ケタル第三者カ一人ナリトスレハ、之ヲ營業ノ目的トスルト否トニ拘ハラズ、殆ント總テノ場合ニ於テ轉賣ノ意思ニ基カサルハナシ。故ニ投機取得ヲ目的トスル行爲ヲ商行爲ト爲スト同一ノ理由ニ依リテ此種ノ社債引受ヲモ商行爲ト爲セリ。

擔保附社債總額ノ引受

相對商行爲

第二 相對商行爲

相對商行爲ハ一名之ヲ主觀商行爲ト謂ヒ、其行爲自身ノ本質ノミニテハ未タ商行爲タルヲ得ス、之ニ加フルニ營業トシテ之ヲ行フノ事實ヲ以テシ、茲ニ始メテ商

行爲タルコトヲ得ルモノナリ。此種ニ屬スル商行爲ハ商法第五百二條ニ掲ケタル十二ノ行爲ト擔保附社債信託法第三條、信託法第六條及ヒ無盡業法第二條ニ規定セラレタル三行爲ト併セテ左記十五種ナリ。但商法第五百二條ニ列舉セラルル行爲中ニハ製造業者及ヒ労働者ノ行爲ヲ包含スト雖モ、專ラ賃金ヲ得ル目的ヲ以テ物ヲ製造（廣義ニシテ加工ヲ包含ス）スル者及ヒ專ラ賃金ヲ得ル目的ヲ以テ勞務（例ヘハ運送、仲立等）ニ服スル者ハ純然タル労働ノ問題ニ屬シ商業ノ問題タラス、又沿革上商法トハ關係ナキモノナルカ故ニ、同條但書ヲ以テ此等營業者カ其營業ノ目的トスル行爲ハ全然相對商行爲中ヨリ除外セリ。

(一) 賃貸ノ爲メニスル有償取得若クハ賃借又ハ其實行賃貸ノ爲メニスル行爲

(商五〇二條一號)

(甲) 賃貸ノ爲メニスル有償取得若クハ賃借ヲ目的トスル行爲

此種ノ行爲トハ例ヘハ貸家又ハ貸本ヲ爲サンカ爲メニ家屋又ハ書籍ヲ買入レ若クハ賃借スル契約ノ如キモノニシテ、有償取得ヲ目的トスル行爲トハ賣買、交

賃貸ノ爲メニスル有償取得若クハ賃借又ハ其實行賃貸

換、消費賃借等ノ有償契約ヲ指シ、賃借ヲ目的トスル行爲トハ賃借人ヨリ觀タル賃貸借契約ヲ指ス。而シテ其對象ハ動産又ハ不動産ニ限ル。之ヲ要スルニ絶對商行爲ノ(一)ノ(甲)ト對照スレハ纔カニ利得讓渡ニ代フルニ賃貸ヲ以テシ、有償取得ニ加フルニ賃借ヲ以テシ、有償證券ヲ削除シタルノ三點ニ於テ差異アルノミ。但其有償證券ヲ削除シタルハ之カ賃貸契約ヲ營業ノ目的トスル者ナキニ由ル。

(乙) 實行賃貸ノ爲メニスル行爲

此種ノ行爲トハ例ヘハ貸家又ハ貸本ヲ爲サンカ爲メニ買入又ハ賃借シタル家屋又ハ書籍ヲ賃貸スル契約ノ如キモノニシテ、要スルニ賃貸人ヨリ觀察シタル賃借契約ニ外ナラス。

(二) 他人ノ爲メニスル製造又ハ加工ニ關スル行爲(商五〇二條二號)

此種ノ行爲ハ(甲)他人ノ爲メニスル製造ニ關スル行爲(乙)他人ノ爲メニスル加工ニ關スル行爲ノ二者ヲ包含ス。即チ他人ヨリ注文ヲ受ケ製造又ハ加工ヲ

他人ノ爲メニスル製造、加工

約スル契約ニシテ民法上請負契約ノ性質ヲ有ス。製造トハ或動産ニ勞力ヲ加ヘテ別物タラシムルヲ謂ヒ、加工トハ動産ニ勞力ヲ加ヘテ多少ノ變更ヲ生セシムルヲ謂フ。從テ家屋ヲ新築シ若クハ修繕スルカ如キハ其對象カ不動産タルヲ以テ製造加工ニ非スシテ作業ノ請負ト解セサルヘカラス。製造又ハ加工ノ材料ヲ何人カ供給スルヤハ問フ所ニ非スト雖モ、製造者又ハ加工者カ材料ヲ買入レテ自カラ製造又ハ加工ヲ爲シ之ヲ賣渡スカ如キハ此種ノ行爲ニ非スシテ絶對商行為ノ(一)ニ屬ス。

電氣、瓦斯ノ供給

(三) 電氣又ハ瓦斯ノ供給ニ關スル行爲(商五〇二條三號)

此種ノ行爲ハ(甲)電氣ノ供給ニ關スル行爲(乙)瓦斯ノ供給ニ關スル行爲ノ二者ヲ包含ス。而シテ兩者共ニ供給ニ關スル契約ニシテ、電氣モ亦物質タル以上財産權ノ目的物トシテ瓦斯ト同様ニ取扱フコトヲ得ヘク、唯之ヲ供給スル設備ハ電氣ト瓦斯トノ間ニ多大ノ差異アルノミナラス、等シク電氣瓦斯ノ供給ニ在リテモ之カ利用ノ目的如何ニ依リ多少ノ差異アルヲ免カレス。要スルニ供給

運送

設備ヲ主眼トスル此種ノ行爲ハ民法上請負ノ性質ヲ加フヘク、供給其自身ヲ主眼トスルハ單ニ賣買契約タルニ止マルヘシ。例ヘハ夜會ノイルミネーションヲ約スレハ賣買契約ニ請負ノ性質ヲ加ヘタルモノナレトモ、計量器ヲ以テ電氣又ハ瓦斯ノ供給ヲ約スルハ純然タル賣買契約タルカ如シ。

(四) 運送ニ關スル行爲(商五〇二條四號)

運送ニ關スル行爲トハ運送契約ヲ指シ、運送契約トハ物品(動産、有價證券)又ハ人ノ位置ヲ或場所ヨリ他ノ場所マテ移動スルコトヲ擔當スル契約ニシテ民法上請負契約ニ屬ス。而シテ運送契約ノ主要ナルモノハ陸上ニ於ケル鐵道運送契約ト海上運送契約ナリ、將來ニ於テハ空中運送契約モ亦發達スルニ至ルヘシ。

作業又ハ勞務ノ請負

(五) 作業又ハ勞務ノ請負(商五〇二條五號)

此種ノ行爲ハ(甲)作業ノ請負(乙)勞務ノ請負ノ二者ヲ包含ス。而シテ作業ノ請負トハ不動産ニ關スル請負契約ヲ指シ、例ヘハ建築、土工等ノ請負契約ノ如シ。又勞務ノ請負トハ或目的ノ爲メ勞務者ヲ一團トシテ提供スル請負契約ヲ

指シ、例ヘハ人夫、移民等ノ請負契約ノ如シ。

(六) 出版、印刷又ハ撮影ニ關スル行爲(商五〇二條六號)

此種ノ行爲ハ(甲)出版ニ關スル行爲(乙)印刷ニ關スル行爲(丙)撮影ニ關スル行爲ノ三者ヲ包含ス。而シテ出版ニ關スル行爲トハ印刷ニ附シタル物ノ發賣又ハ頒布ヲ目的トスル契約ニシテ民法上賣買契約ナリ。又印刷ニ關スル行爲トハ印刷ヲ擔當スル契約ニシテ民法上請負契約ナリ。又撮影ニ關スル行爲トハ寫眞術ニ從ヒ人又ハ物ノ形狀等ヲ寫出スルコトヲ擔當スル契約ニシテ是亦民法上請負契約ナリトス。

(七) 客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引(商五〇二條七號)

客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引トハ、利用セシムルコトヲ主眼トシテ相當ノ設備ヲ爲シタル場屋ニ來集スル客ト締結スル契約ニシテ、民法上ノ契約ノ何レノ種類ニモ專屬セス。即チ旅店、飲食店、浴場等ハ此種ノ場屋タルコト商法第五百九十四條ノ明示スル所ニシテ、其他劇場、活動寫眞館等ハ何レモ其一種タ

リ。故ニ旅店ニ於ケル宿泊契約ノ如キ、飲食店ニ於ケル飲食契約ノ如キ、浴場ニ於ケル入浴契約ノ如キ皆客ヲシテ其場屋ノ設備ヲ利用セシメントスル契約ニシテ客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ取引ニ外ナラス。

(八) 兩替其他ノ銀行取引(商五〇二條八號)

此種ノ行爲ハ銀行取引ナル總稱ノ下ニ包含セララルル所ノ幾多ノ行爲ニシテ兩替ヲ其一例トスルコト法文ノ明示スル所ナリ。而シテ銀行取引トハ理論上一般ノ銀行カ其職能トシテ行ヒ得ル種々ノ行爲ニシテ、何人ト雖モ若シ營業トシテ之ヲ行ヘハ商行爲ト成ルモノ即チ相對商行爲ナリトス。

理論上銀行ノ意義ハ銀行論ニ依リテノミ決定セララルヘキモノナリ。故ニ銀行法第一條ニ「預金ノ受入ト金錢ノ貸付又ハ手形ノ割引トヲ併セ爲スコト」「爲替取引ヲ爲スコト」ノ業務ヲ營ム者ヲ以テ銀行トシ、尙ホ營業トシテ「預金ノ受入」ヲ爲ス者ハ之ヲ銀行ト看做ス旨ヲ規定シタルモ、之ヲ以テ理論上ハ銀行ノ意義ヲ決定スルノ絕對標準ト看做スヘカラス。而シテ銀行論ニ從ヘハ銀行トハ金錢

及信用ノ轉換ヲ仲介スル金融業者ヲ指スモノニシテ運轉ノ目的ヲ以テスル借入金又ハ預金ノ如キ、資金集收ノ目的ヲ以テスル證券ノ發行ノ如キ、集收セル資金ノ貸付ノ如キ、送金融通等ノ目的ヲ以テスル爲替手形ノ振出竝ニ支拂ノ如キ手形割引ノ如キハ何レモ銀行カ職能トシテ行ヒ得ル行爲ナルカ故ニ銀行取引ト謂ハサルヘカラス。但銀行取引中ニ屬スル行爲ト雖モ既ニ絶對商行爲ニ屬スルモノナキニ非ス。例ヘハ運轉ノ目的ヲ以テスル借入金ノ如キハ商法第五百一條第一號ニ依リテ商行爲タルヘク、商業證券ノ發行ノ如キハ商法第五〇一條第四號ニ依リテ商行爲タルヘシ。然ルニ銀行カ其營業上行フ行爲ニシテ外觀ハ銀行取引中ニ屬スルモノノ如ク見ユルモ其實然ラサルモノアリ。例ヘハ金錢、有價證券其他高價品ノ保護預ノ如シ。銀行取引ノ重要ナルモノノ一ニシテ民法上ノ性質ヲ説明スルノ必要アルハ預金ニシテ、之ヲ消費寄託契約ト解釋スルヲ正當ト信ス。何トナレハ預金ハ借入金ト異ナリ他物ヲ以テ返還スルヲ主眼トセス、唯之ヲ消費スルモ債務ノ不履行ト爲ラス單ニ他物ヲ以テ返還シ得ルノミ、故ニ

消費寄託ニ外ナラサルナリ。

(九) 保險(商五〇二條九號)

保險ハ偶然ナル事實ノ爲メ生スルモノトシテ、財産ノ入用ヲ豫定スル所ノ多數者(加入者ノ全體)カ、自發的若クハ他働的ニ結合シ、其偶然率ニ基ツク公平ナル出資ヲ以テ此多數者中其事實ノ實現セル者ニ豫定入用ヲ充足スル制度ナリ。而シテ多數者ノ結合ニハ相互組織ト獨立機關組織トノ二大別アリテ、前者ハ其多數者カ私法上社團法人(保險相互會社)ヲ組織スルモノヲ指シ、後者ハ其結合ヲ司掌スル所ノ機關カ國家、公法人又ハ私法人ニシテ其結合セル多數者ハ却テ法律上社團(法人タラサルハ勿論)ト認メラレサルモノヲ指ス。茲ニ相對商行爲ノ一トシテ列舉セラレタルモノハ營業トシテ行フコトヲ前提トスルカ故ニ後者中ノ一種即チ株式會社ヲ結合ノ獨立機關トスルモノニ限ル。換言スレハ株式會社カ營業トシテ行フ所ノ保險是ナリ(保險業法二條)。

營業保險ハ商法上二種ノ契約トシテ規定セラル。即チ第一ハ損害保險契約ニシテ、

加入者カ財産上蒙ル損害ノ原因事實ヲ以テ豫定財産入用ノ原因事實ト爲シ、報酬ヲ受ケテ營業者カ損害ヲ填補スルコトヲ約スル契約(損害保險)ナリ。第二ハ生命保險契約ニシテ、人ノ生死ヲ以テ豫定財産入用ノ原因事實ト爲シ、報酬ヲ受ケテ營業者カ一定ノ金額ヲ給付スルコトヲ約スル契約(生命保險)ナリトス。但損害保險及ヒ生命保險ノ外ニ尙ホ幾多ノ營業保險ヲ存スレトモ、此兩者中何レカ其一ニ準スルモノト解釋シテ可ナリ(商六二九條乃至六八三條及ヒ八一五條乃至八四一條)。

寄託ノ引受

(十) 寄託ノ引受(商五〇二條一〇號)

寄託ノ引受トハ寄託契約ヲ受寄者ヨリ觀察シタルモノニシテ、寄託契約トハ民法第六百五十七條ニ依リ當事者ノ一方カ相手方ノ爲メニ或物ノ保管ヲ爲スコトヲ約シテ之ヲ受取ルニ因リテ效力ヲ生スル契約ナリ。而シテ寄託契約ニハ有償ト無償トノ二種アレトモ、茲ニ商行為タルハ營業ノ目的トシテ行フコトヲ要スルヲ以テ有償寄託契約ニ限ルコト勿論ナリ。但商法ハ商行為タル寄託契約ノ主要ナルモノトシテ倉庫寄託契約ニ關スル詳細ナル規定ヲ設ケタリ(商五九七條乃至

六二八條)。

(十一) 仲立又ハ取次ニ關スル行爲(商五〇二條一一號)

仲立又ハ取次

(甲) 仲立ニ關スル行爲トハ媒介契約ヲ指シ(乙) 取次ニ關スル行爲トハ取次契約ヲ指ス。即チ前者ハ他人間ニ或行爲ヲ媒介スルコトヲ約スル契約ニシテ、後者ハ他人間ニ或行爲ヲ取次クコトヲ約スル契約ナリ。故ニ一方ニ於テハ媒介及ヒ取次ノ何タルヤヲ解説シ、他方ニ於テハ各其對象タル行爲ノ何タルヤヲ解説スレハ此種ノ商行為ノ意義自カラ明カナルヘシ。

(乙) 我商法上媒介ト仲立トハ全ク同一ノ意義ヲ有スルコト、同第四十六條及ヒ第五百四十三條ヲ對照スレハ自カラ了解シ得ヘシ。即チ他人間ニ成立スヘキ行爲ニ付、雙方ノ意思ヲ傳達シ説明シ、以テ誤解ナク其行爲ノ成立ヲ期スル第三者ノ行動ヲ謂フニ外ナラス。從テ媒介契約トハ行爲ノ當事者タルヘキ一方又ハ雙方ト媒介者トノ間ニ締結セラルル契約ナリ。例ヘハ媒介ヲ爲ス代理商(所謂媒介代理商)ト本人トノ間ニ締結セラルル代理商契約(所謂代理店契約)ノ如キ又ハ

仲立人ト當事者ノ一方又ハ雙方トノ間ニ締結セラレル仲立契約(狹義)ノ如キ是ナリ。然ルニ此媒介契約ノ對象タル行爲ハ、一般ノ法律行爲タルヲ得ヘキヤ將又商行爲ニ限定セララルヘキヤニ付テハ學說上一致セスト雖モ、若シ前說ニ從フトスレハ、婚姻ノ媒酌其他人事ノ媒介モ亦商行爲ト爲リ、結婚媒介業ノ如キハ商業ノ一ニ屬スト、結論セララルヘシ。故ニ之ヲ商行爲ニ限定セントスル後說ヲ正當ト認ム。蓋シ我商法中ニ媒介契約ニ對スル規定トシテ設ケラレタル代理商及ヒ仲立人ノ規定ヲ見ルモ皆商行爲ノ媒介ヲ對象トスルニ依リ自カラ明カナルヘシ。

(丙)我商法上取次トハ第五百五十九條ニ於テ運送取扱人ニ關スル用語トシテ其意義ヲ決定シ得ルモノニシテ、要スルニ自己ノ名ヲ以テ他人ノ爲メニ或行爲ヲ爲スコトヲ指ス。從テ取次契約トハ取次者ト其他人トノ間ニ締結セラレル契約ナリ。例ヘハ問屋ト委託者トノ間ニ締結セラレル問屋契約(所謂委託販賣契約及ヒ委託買入契約)ノ如キ、運送取扱契約ノ如キ是ナリ。而シテ此取次契約ノ對象タル行爲ハ一般ノ法律行爲タルヲ得ヘキコト第五百五十八條ニ於テ問屋契

約ニ準スヘキ取次契約ヲ規定シ「販賣又ハ買入ニ非サル行爲ヲ爲ス云々」ト言明セルヲ以テ自カラ明カナリ。蓋シ媒介契約ハ經濟行爲ノミナラス各種ノ行爲ヲ對象ト爲シ得ヘキヲ以テ、特ニ明文ヲ存セサル限り、商法中ニ規定セラレタル媒介契約ノ例ニ鑑ミ之ヲ商行爲ニ限定スヘキコト商事ノ本質上當然ノ事理ニ屬スレトモ、之ニ反シテ取次契約ハ自己ノ名ヲ以テ他人ノ爲メニ或行爲ヲ爲スコトヲ目的トスルカ故ニ、其對象ハ自カラ經濟行爲ニ限定セラレ廣汎ニ失スルノ憂ナシ。況ンヤ商法第五百五十八條ノ如キ明文ヲ存スルヲ以テ之ヲ商行爲ニ限定セサルノ趣旨ナルコト毫モ疑ヲ容ルル餘地ナキモノトス。

(十二) 商行爲ノ代理ノ引受(商五〇二條一二號)

商行爲ノ代理ノ引受トハ商行爲ヲ爲スニ付テノ代理權ノ授與ヲ認諾スル行爲ニシテ、代理權授與行爲ニ關スル學說ノ如何ニ依リテ此認諾行爲ノ性質ニ付異說ヲ生ス。即チ代理權授與行爲ヲ以テ單獨行爲ト解釋スレハ更ニ之ヲ要因行爲ト認ムルヤ將又不要因行爲ト認ムルヤヲ區別シ、要因行爲トスレハ其原因タル委

任、雇傭、請負、組合等ノ契約上ノ申込又ハ承諾カ認諾ノ表示ト爲リ從テ此等ノ契約カ認諾行爲ナリ。之ニ反シテ不要因行爲トスレハ、若シ代理權授與セラレタルニモ拘ハラズ何等之ヲ認諾スル行爲ヲ爲ササレハ勿論認諾行爲ナキ場合ナルモ、特ニ之ヲ認諾スル行爲ヲ爲セハ其行爲カ認諾行爲ナリ。然ルニ代理權授與行爲ヲ以テ契約ト解釋スレハ更ニ之ヲ委任契約ト認ムルヤ將又無名契約ト認ムルヤヲ區別シ、委任契約トスレハ受任者ヨリ觀察シテ其委任契約自身カ認諾行爲ナリ、之ニ反シテ無名契約トスレハ代理權ヲ授與セラレタル當事者ヨリ觀察シテ其無名契約自身カ認諾行爲ナリ。而シテ我民法上ノ通説ハ代理權授與行爲ヲ以テ委任契約ト認ムルヲ以テ、商行爲ノ代理ノ引受ハ、商行爲ヲ爲サシムル爲メ委任者ヨリ代理權ヲ授與スル委任契約ハ、之ヲ受任者ヨリ觀察スレハ商行爲ノ代理ノ引受ト看做スヲ我商法上ノ通説トスヘキハ勿論ナレトモ、民法第六十三條、第六百七十條第二項、第六百七十二條第一項等ニ用キラレタル委任ナル用語ヨリ立言スレハ委任契約說ハ決シテ正當ナルモノニ非ス。却テ要因單

獨行爲說ヲ採用スルヲ法理上竝ニ解釋上正確ナリトス。果シテ然リトセハ商行爲ヲ爲サシメントスル代理權授與行爲ヲ伴フ委任、雇傭、請負、組合等ノ契約ハ其代理權ヲ授與セラレタル者ヨリ觀察シテ商行爲ノ代理ノ引受ト看做スヘキコト當然ノ結論タリ。但商行爲ノ代理ノ引受ハ、之ヲ營業ノ目的トスルニ非サレハ茲ニ相對商行爲ノ一トシテ論スヘキニ非サルヲ以テ、委任契約ノ外ニ此種ノ商行爲タルモノナカルヘシ。從テ委任契約說ヲ採用スルモ要因單獨行爲說ヲ採用スルモ實際上ハ同一ニ歸着ス。

此種ノ商行爲ノ要件タル代理ノ引受ハ商行爲ヲ以テ其對象トセサルヘカラスト雖モ、基礎商行爲タルト附屬商行爲タルトヲ問ハズ又其本人カ商人タルヲ要セサルハ勿論一定スルト否トヲ問フコトナシ。但代理ヲ目的トスル代理商ハ其本人カ一定セル商人ニシテ代理スヘキ行爲ハ基礎商行爲タルヲ常トス。

(十) 擔保附社債信託ノ引受(擔保附社債信託法三條)

擔保附社債信託法ニ依レハ、社債ニ擔保ヲ附スルニハ信託契約ヲ前提トシ、其契

約當事者ノ一方ハ信託事業ヲ目的トスル會社ニシテ他方ハ社債ヲ發行セントスル會社ナリ、又其信託契約ナルモノハ信託會社カ社債ニ附スヘキ擔保物權(質權及ヒ抵當權)ヲ總社債權者ノ爲メ自己ノ名義ニテ保有且行使スルコトヲ目的トス。而シテ同法第三條ニ依レハ信託契約ハ信託會社ヨリ立言シテ信託ノ引受ト爲リ之ヲ商行爲ト看做セリ。但信託ノ引受ヲ以テ絕對商行爲ノ一ニ算フル學者尠カラスト雖モ、擔保附社債信託法ハ營業ノ目的以外ニ信託契約ナルモノヲ認メタルニ非サルヲ以テ、營業ノ目的タルニ依リ信託ノ引受カ始メテ商行爲タリ得ルモノト解釋スルヲ正當ト信ス。

普通信託ノ引受

(十四) 普通信託ノ引受(信託法六條)

信託法ニ於ケル信託ハ財産權ノ移轉其他ノ處分ヲ爲シ他人ヲシテ一定ノ目的ニ從ヒ財産ノ管理又ハ處分ヲ爲サシムルヲ謂フ。之ヲ引受クル行爲ハ信託引受行爲ニシテ、之ヲ營業トシテ行フ場合ニ限り商行爲タルヲ以テ相對商行爲ノ一種タリ。但信託業法第三條ニ依リ信託業ハ株式會社ニ非サレハ之ヲ營ムコトヲ得

無盡

サルモノトス。

(十五) 無盡(無盡業法二條)

無盡業法ニ於ケル無盡ハ一定ノ口數ト給付額トヲ定メ定期ニ掛金ヲ拂込マシメ一口毎ニ抽籤、入札其他類似ノ方法ニ依リ掛金者ニ對シ金錢又ハ有價證券ノ給付ヲ爲スヲ謂フ。掛金ヲ受ケテ無盡給付ヲ爲ス行爲ハ之ヲ營業トシテ行フ場合ニ限り商行爲タルヲ以テ相對商行爲ノ一種タリ。但無盡業法第四條ニ依リ無盡業ハ株式會社ニ非サレハ之ヲ營ムコトヲ得サルモノトス。

第二款 附屬商行爲

附屬商行爲ノ定義

附屬商行爲ハ商人カ其營業ノ爲メニスル行爲ナリ。而シテ此定義ヲ左ノ二要素ニ分析シテ説明セントス(商五〇三條一項)。

第一 商人カ其營業ノ爲メニスルコト

茲ニ所謂營業トハ商業ナルコト勿論ナリ。而シテ其商業ハ既ニ存在スルコトヲ必要トセス、將ニ創設セラレントスル商業ノ爲メニスル場合モ亦茲ニ所謂商業ノ爲

メニスルノ觀念中ニ包含セラル。尙ホ既ニ存在スル商業ヲ廢止センカ爲メニスル行爲モ亦當然其中ニ包含セラルモノト知ルヘシ。

營業ノ爲メニスルトハ其營業ニ必要ナル場合ニ限ラス、苟クモ營業ヲ裨益セントスル意思アレハ可ナリ。而シテ其意思ハ必スシモ表示セラルルコトヲ必要トセス、又其行爲ノ結果カ實際營業ヲ裨益スルト否トヲ問ハス。

第二行爲

茲ニ所謂行爲トハ法律行爲ナルコト勿論ナリ。而シテ民法上法律行爲以外ノ適法行爲ニ對シ法律行爲ニ關スル規定ヲ準用スルト同シク、商法上法律行爲以外ノ適法行爲ニ對シテモ商行爲ニ關スル規定ヲ準用スヘキハ當然ナリトス。

附屬商行
爲ノ三種

商人カ其營業ノ爲メニスルニ因リテ商行爲タルコトヲ得ル行爲ハ之ヲ左ノ三ニ分解スルコトヲ得ヘシ。

(一) 商法第五百二條ニ列舉セラレタル行爲ニ該當スルモ當該營業ノ目的タラサル行爲ナリ。例ヘハ鐵道會社カ荷受人ニ引渡スヘキ貨物ニ付キ保管料ヲ受ケテ

之ヲ自己ノ倉庫ニ保管スルコトヲ契約スルカ如シ。此等ノ行爲ハ相對商行爲トシテハ商行爲タルコトヲ得サルモノナレトモ、附屬商行爲トシテ始メテ商行爲タルノ性質ヲ有スルニ至ルヘキモノトス。

(二) 商人カ當該營業ノ目的トシテ爲シタル商行爲ノ實行行爲ニシテ而モ絕對商行爲及ヒ相對商行爲ノ何レニモ屬セサルモノナリ。例ヘハ問屋カ委託ヲ受ケテ契約スル所ノ販賣又ハ買入ノ如キ、運送取扱人カ委託ヲ受ケテ締結スル所ノ運送契約ノ如キ是ナリ。此等ハ何レモ附屬商行爲トシテ始メテ商行爲タルノ性質ヲ有スルニ至ルヘキモノトス。

(三) 前記二種以外ニ於テ當該營業ヲ助成スル行爲ナリ。而シテ此等ノ行爲ハ財產法上ノ法律行爲ノ大部分ヲ包含スルモノニシテ、或ハ有償行爲タルコトアリ無償行爲タルコトアリ、或ハ單獨行爲タルコトアリ契約タルコトアリ。然レトモ養子縁組、婚姻、相續等ニ關スル法律行爲ハ、其性質上當然營業ノ爲メニスルモノト看做シ得サルヲ以テ、其動機カ假令當該營業ヲ助成スルニ在リトスル

一部以外ノ營業ノ目的ヲ有スルモ仍ホ爲タリヤ行爲

モ附屬商行爲中ニ屬セス。

以上述ヘタル三種ノ附屬商行爲ハ必スシモ其行爲ノ全部カ當該營業ノ爲メニセラ
ルルモノノミニ限ラサルヘシ。例ヘハ其一部ハ營業ノ爲メニシテ殘部ハ當該營業
以外ノ目的例ヘハ家事ノ爲メニスル場合ノ如シ。此ノ如キ行爲ハ之ヲ附屬商行爲
ト看做スヘキヤ否ヤニ付テ學者間ニ見解岐レ、一方ニ於テハ全ク之ヲ附屬商行爲
ト看做サントスル積極說アリ。他方ニ於テハ全然之ヲ附屬商行爲ニ非スト論スル
消極說アリ。此兩者ヲ折衷シテ數量ノ多少ニ依リ其何レニ屬スルヤヲ決定セント
スル折衷說アリ。我輩ハ此種ノ行爲其自身カ不可分ナリトスレハ當然積極說ヲ以
テ正鵠ヲ得タルモノト認ム。何トナレハ當然營業ノ爲メニセラレタル性質ハ不可
分的ニ其行爲ノ特性ト爲リタルモノナレハナリ。

附屬商行爲ノ意義ハ上述ノ如シ。然ルニ個々ノ實際問題トシテ或行爲カ果シテ附
屬商行爲タルヤ否ヤヲ研究スルニ方リ種々ノ疑惑ヲ生スルコトナキニ非ス。就中
當該營業ト當該行爲トノ關係ヲ研究シ、果シテ其行爲カ其營業ノ爲メニセラレタ

ルモノナルコトヲ證明スルハ何レノ場合ニ於テモ決シテ容易ノ業ニ非サルナリ。
故ニ商業ヲ敏活ニスル必要上商法第五百三條第二項ヲ設ケ、總テ商人ノ行爲ハ其
營業ノ爲メニスルモノト推定シ、其反證ヲ舉ケ得サル限り附屬商行爲トシテ之ヲ
取扱フヘキ旨ヲ規定シタリ、學者ハ商人ノ行爲カ一應此推定ヲ受クヘキニ依リ推
定商行爲ナル名稱ヲ附スレトモ、特ニ推定商行爲トシテ絶對竝ニ相對ノ兩商行爲
ト對立セシムヘキ商行爲ノ分類タルニハ非サルナリ。

第三款 準商行爲

商法第五百二十三條ニ於テ商業以外ノ營利事業ヲ目的トスル會社ノ行爲ニハ商行
爲ニ關スル規定ヲ準用スト規定シタルカ故ニ、此種會社ノ營業ノ目的タル行爲及
ヒ其營業ノ爲メニスル行爲ハ、商法第五百一條ニ列舉セラレタルモノヲ除キ其他
ハ總テ之ヲ準商行爲ト名ツクルヲ適當トス(商四條二項)。

第二節 商業

第一款 商業ノ意義

商業トハ商行爲ノ營業ナリ。而シテ營業ナル觀念ニ主觀的及ヒ客觀的ノ兩方面アルヲ以テ商業ノ觀念ニモ亦主觀及ヒ客觀ノ兩種ナカルヘカラス。左ニ項ヲ別チテ之ヲ説明スヘシ。

主觀商業

第一 主觀商業

或動機ヲ以テ統一組織的ニ或行爲ニ從事スル者(人又ハ法人)ノ活動全般ヲ事業ト謂ヒ、或事業ヲ行フニ付テノ直接ノ動機カ營利ニ在リテ其事業ノ性質モ亦此動機ト背馳セサルトキハ其事業ヲ營業ト謂ヒ、或營業ノ目的タル行爲カ基礎商行爲タル場合ニハ其營業ヲ商業ト謂フ。故ニ主觀商業ノ定義ヲ下セハ左ノ如シ。

主觀商業トハ營利ヲ爲サントスルコトヲ以テ直接ノ動機トシ、統一組織的ニ或基礎商行爲ニ從事スル者ノ活動全般ナリ(商四條一項、五條、七條、一九條、二〇條二項、二一條一項、二三條、三四條二項、三六條一項、三七條、三八條、四一條乃至四三條、四六條、四八條一項、五二條、五八條、七四條、七八條一項、四三條、一五五條、二四六條、二六四條一項、二七四條、二八二條二項、二八五條、四二九條、四八二條四)。

客觀商業

第二 客觀商業

主觀商業ハ其活動ノ資料タル財産ナカルヘカラス。故ニ客觀的ニ觀察スレハ資料タル財産ノ作用トシテ主觀商業ヲ現出スト説明シ得サルニ非サルヘシ。從テ客觀的意義ニ於テハ商業トハ主觀商業ノ資料タル財産ニシテ統一組織ヲ存スルモノト謂フコトヲ得ヘシ。左ニ客觀商業ノ定義ヲ下サント欲ス。

客觀商業トハ主觀商業ノ資料トシ其動機ヲ基準トスル統一組織ヲ有スル財産ノ一團ナリ(商一八條、二四條乃至二九條、一二六條、一四三條、一五五條、二四五條、四〇四條)。

客觀商業ヲ構成スル財産ハ其法的合成力極メテ微弱ニシテ、主體(商人)カ任意ニ其内容ヲ左右シ得ルハ勿論、其債權者ト雖モ優先權ノ問題ヲ惹起シ得サルヲ原則トシ、特別法ニ依リテ認めラレタル諸種ノ財團(工場財團、鐵道財團、運河財團等)ヲ例外トス、但破産法上此種ノ例外ト看做シ得ヘカリシ舊商法破産編第四十五條(資本ヲ分チ數個ノ營業ヲ爲シタル者カ破産シタル場合ニハ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償ヲ受ク)ノ規定ハ現行破産法中

之ヲ缺クヲ以テ、立法ノ趨勢カ必スシモ商業財團ノ法的合成力ヲ増大セシムルニ非ルヤヲ疑フ者アルヘシト雖モ、輒近諸國ノ立法ハ着々商業財團ノ法的合成力ヲ増大セシムルニ努メ、或ハ之ヲ以テ包括的ニ擔保ノ目的ト爲スコトヲ得シメ(佛蘭西)、或ハ強制執行ノ場合ニ之ヲ一括シテ強制管理ヲ爲スコトヲ得シメ(埃太利)、若クハ之ヲ一括シテ公賣ヲ爲スコトヲ得シム(佛蘭西)。

客觀商業ハ一名之ヲ商業財團ト稱スレトモ、其財團ノ運用カ新タニ人格者ヲ成立セシムルニ非ス單ニ其主體即チ商人ニ歸屬シツツアルモノニシテ、此商業ノ活動主體ハ即チ商人ニ外ナラス。換言スレハ商業財團トハ商人カ商業上有スル一切ノ財産ナリトス。而シテ此財團中ニハ諸種ノ財産ヲ包含シ、一方ニハ積極財産アリ、他方ニハ消極財産アリ、其積極財産中ニハ動産、不動産、有價證券其他各種ノ財産權ノミナラス商人ノ得意先、商業上ノ祕密等ノ事實關係ヲモ包含シ、消極財産中ニハ債務、責任等ヲ包含セリ。

商業財團ノ主體(商人)カ此財團以外ニ財産ヲ有セサル場合ハ會社ヲ以テ唯一ノ例

所謂商業財團

商業財團ト其他ノ

財團

トス。然ルニ會社ニ非サル商人ニ在リテハ此財團以外更ニ他ノ商業財團ヲ有スルモノアリ、商業以外ノ營業財團ヲ有スルモノアリ、尙ホ個人タル商人カ別ニ家事財團ヲ有スルノ例ハ多ク見ル所ナリ。而シテ主體ノ負擔スル債務並ニ責任ノ點ヨリ之ヲ觀察スレハ此等ノ諸財團間ニ法的限界ナキヲ以テ原則トス。更ニ承繼ノ點ヨリ之ヲ觀察スレハ一般承繼タルト特別承繼タルトヲ問ハス、此等諸財團ハ各々其統一組織ヲ持續シツツ承繼セラルルヲ原則トシ、特別ノ定(例ヘハ一般承繼ニ在リテハ遺言ニ依リ、特別承繼ニ在リテハ特約ニ依ル)ヲ以テ或財産ヲ或財團中ヨリ除外シ若クハ或財團ノ統一組織ヲ全然破壊スルコトモ亦何等妨クル所ニ非ス。商業財團ノ讓渡ナルモノハ統一組織ヲ破壊スルコトナクシテ其財團ヲ讓渡スコトヲ謂フ。故ニ其財團ヲ構成スル個々ノ財産ヲ讓渡スコトトハ其觀念ヲ異ニスルモノナリ。蓋シ商人カ其商業財團ヲ構成スル個々ノ財産ヲ或ハ一括シ或ハ各別ニ他人ヘ讓渡スルコト何等妨クル所無シト雖モ、所謂商業財團ノ讓渡ナルモノハ、從來其財團ノ持續シ來リタル統一組織ヲ破壊セサルコトヲ條件トシ、唯其内容タル

商業財團ノ讓渡

個々ノ財産ハ之ヲ増減スルコトヲ得ルニ過キス。而シテ商人カ本店ト支店ト有
スル場合ニ、其支店ノ商業財團ノミヲ讓渡スルコトハ、之ヲ嚴格ナル意義ニ於ケ
ル商業財團ノ讓渡ト看做シ得ヘキヤ否ヤハ、支店財産ノ性質如何ニ依リテ決セラ
ルヘキ重要ナル問題ナリ。我輩ハ此ノ如キ讓渡ヲ爲シ得ル程度ニ於テ支店財團カ
統一組織ヲ構成シツツアルモノト考フルカ故ニ、正當ナル意義ニ於ケル商業財團
ノ讓渡（客觀商業ノ讓渡）ト看做スヘキモノト信ス。

商業財團ノ讓渡ヲ目的トスル行爲ハ有償行爲タルコトアリ、無償行爲タルコトア
リ、生前行爲タルコトヲ常トスルモ死後行爲（遺言等）タルモ妨ケス。而シテ此讓
渡行爲ハ一方ニ於テハ之ヲ其財團ノ内容タル各財産ノ移轉ノ爲メニスル各別行爲
ノ總和ト判別スルコトヲ要シ、他方ニ於テハ其移轉ヲ以テ第三者ニ對抗シ得ルカ
爲メノ手續タルニ過キサル行爲ト判別スルヲ要ス。何トナレハ商業財團ノ讓渡行
爲ハ單一ノ行爲ニシテ、其財團ヲ統一組織ノ儘讓渡スルコトヲ目的トスルモノナ
レトモ、財團ノ内容タル個々ノ財産ハ悉ク之ニ依リテ當然移轉シ得ルモノノミニ

限ラス。例ヘハ債務ノ如キハ更ニ更改ニ因リテ同一内容ノ債務ニ轉換セシムヘキ
カ如シ。又商業財團ノ移轉ヲ以テ第三者ニ對抗スル爲メニハ其讓渡行爲ニ隨伴ス
ル幾多ノ手續ヲ必要トス。例ヘハ債權讓渡ノ通知ノ如キ、不動産、商號、船舶等
ノ移轉登記ノ如シ。但商業財團ノ讓渡行爲ト其財團ノ内容タル個々ノ財産ノ移轉
行爲トハ全ク其觀念ヲ同フスト解スヘキ限ニ在ラスト雖モ、讓渡行爲ニ加フルニ
必ス更ニ個々ノ財産ニ就キ、逐一各別ノ移轉行爲ヲ伴ハサル可ラスト解スルハ正
當ニ非ス。何トナレハ全部ニ對スル意思表示ハ個々ニ對スル意思表示ヲ當然包含
スルモノト看做シ得ヘキヲ以テ、商業財團中ノ財産ニシテ意思表示ノミヲ以テ直
チニ移轉シ得ルモノニ付テハ、更ニ各別ノ移轉行爲ヲ爲スノ必要ナク、之ニ反シ
テ意思表示ノミニテハ直チニ移轉セサル財産ニ付テハ、移轉ノ目的ヲ達スル爲メ
幾多ノ行爲（例ヘハ要式行爲ニ於ケル形式ノ履行、債務ニ於ケル更改等ノ如シ）ヲ
必要トスレハナリ。

商業財團ノ讓渡ヲ目的トスル行爲アリタル場合ニ其財團ヲ構成スル財産中如何ナ

ル部分ヲ讓渡スヘキヤニ付キ何等言及スル所ナシトスレハ其財團ヲ構成スル總財產ヲ一括シテ讓渡スヘキモノト解釋スルヲ正當トス。之ニ反シテ讓渡セラルヘキ財產ヲ指定シ若クハ除外スヘキ財產ヲ指定シタリトスレハ其指定ノ爲メ商業財團ノ統一組織ヲ破壞スルニ至ルヘキヤ否ヤヲ判定シ以テ其所謂讓渡行爲ナルモノノ本質カ果シテ商業財團ノ讓渡ヲ目的トスルヤ將又商業財團ヲ構成スル財產中ノ或部分ノ讓渡ヲ目的トスル行爲ナルヤヲ識別スルノ前提タラシメサルヘカラス。商業財團ノ讓渡アリタルトキハ其讓渡人ハ爾後當該商業上ノ活動換言スレハ主觀的ノ意義ニ於ケル商業ヲ廢止スヘキコト勿論ナリ。而シテ其廢止カ單ニ一時的タリ又ハ同一ノ場所ニ限ラレ或ハ暫時ニシテ再ヒ同種ノ商業ヲ開始シ或ハ相隣ノ場所ニ於テ直ニ之ヲ開始スルトセハ讓受人ノ正當ノ利益ヲ害スルコト少カラサルヘク、之ニ反シテ其廢止ヲ永遠且各所ニ涉ラシムルトセハ徒ラニ讓渡人ヲシテ將來其技術ヲ發揮スルノ機會ヲ全ク失ハシメ、一方ニ於テハ其人ノ生計ヲ困難ナラシムルト同時ニ他方ニ於テハ徒ラニ社會ノ不利ヲ醸スヘシ。故ニ我商法ハ第二十五

條ヲ設ケ、凡ソ不正ノ競争ノ目的(從前ノ商業ヲ繼續スルモノト世人ニ誤信セシムル等)ヲ以テスルニ於テハ何時何處ニ於テモ讓渡人ハ同一ノ商業ニ從事スルコトヲ禁止セラルヘシト雖モ、若シ不正ノ競争ノ目的ナシトスレハ當事者間ニ別段ノ意思表示ヲ以テ商業禁止ノ特約ヲ爲シタル場合ト否トヲ區別シ、特約ナキ場合ニハ同一市町村及隣接市町村(東京、京都、大阪、横濱、神戸、名古屋ノ六市ニテハ各區内又市町村制ノ施行セラレサル地方ニテハ從來ノ町村)ニ在リテハ二十个年間同一ノ商業ニ從事スルコトヲ得サルヘク、特約アル場合ニハ其特約ハ同一府縣及隣接府縣内(北海道及樺太ハ一府縣ト看做ス)ニ在リテハ三十个年ヲ超エサル範圍内ニ於テノミ其效力ヲ有シ得ルモノト規定シタリ。商施行法五條、七條、商二五條乃至二九條。

第二款 商業ノ分類

商業ハ其目的タル商行爲ノ種類ニ依リ分類スヘキハ論ヲ俟タス。其他ノ標準ニ依ル主ナル分類ヲ舉クレハ左ノ如シ。

第一 陸商業及ヒ海商業

商業ノ行ハルル地域如何ニ依リテ陸商業ト海商業トノ二大別ヲ生ス。即チ陸商業トハ陸上又ハ湖、川、港、灣ニ於テ行ハルル商業ニシテ、商法典中前四編ハ主トシテ之ヲ規定ス。然ルニ海商業トハ海上ニ於テ行ハルル商業ニシテ同第五編ニ之ヲ規定ス。但商法典ニ於テハ單ニ第五編ヲ海商ト題シタルニ止マリ陸商業竝ニ海商業ナル用語ヲ存セス。

大商業
小商業

第二 大商業及ヒ小商業

商業ノ規模如何ニ依リテ大商業ト小商業トノ二大別ヲ生ス。即チ大商業トハ商業ノ設備大ニシテ取引ノ範圍モ從テ廣キ商業ヲ指シ、小商業トハ設備小ニシテ取引ノ範圍モ亦狭キ商業ヲ指ス。而シテ商法典中ニハ大商業及ヒ小商業ナル用語ヲ存セスト雖モ、小商業ノ主體即チ小商人ナル用語ヲ存スルヲ以テ此分類ハ極メテ重要ナルモノトス(第二章第二節第一款參照)。

第三款 商業ノ制限

憲法ヲ以テ營業ノ自由ヲ保障セサル我國ノ如キニ在テハ、法律ハ勿論命令ヲ以テ

公法的制
限

スルモ尙ホ能ク商業ニ制限ヲ加フルコトヲ得ヘシ。左ニ先ツ公法規定ニ依ル制限ト私法規定ニ依ル制限トニ大別シテ説明スヘシ。

第一 公法的制限

此種類ニ屬スル商業ノ制限ハ數多アリ、其重要ナルモノヲ舉クレハ左ノ如シ。

- (一) 社會一般ニ對スル特定商業ノ絕對禁止
煙草製造輸入若クハ販賣業、阿片輸入業、信書運送業、阿片吸入用具販賣業、風俗ヲ害スル書畫ノ販賣業等ハ一般ニ禁止セラル。
- (二) 特定ノ職務ヲ掌ル者ニ對スル一般商業ノ絕對禁止
判事、行政裁判所長官、同評定官等ハ一般ニ商業ヲ禁止セラル。
- (三) 特定ノ職務ヲ掌ル者ニ對スル一般商業ノ相對禁止
辯護士、官吏(官吏ノ家族モ之ニ準ス)等ハ許可(辯護士ハ辯護士會ノ許可、官吏又ハ其家族ハ本屬長官ノ許可)ヲ得スシテ一般ニ商業ヲ營ムコトヲ得ス。
- (四) 法定ノ資格又ハ官廳ノ免許若クハ許可ナクシテ營ム能ハサル特定商業、銀

行業、保險業、質屋業、取引所取引員業、古物業、藥種業、銃砲火藥業、肥料業等ハ免許又ハ許可ナクシテ之ヲ營ムヲ得ス。

(五) 特定ノ場所ニ於テスルヲ要スル特定商業

取引所取引員業、質屋業等ハ特定ノ場所(前者ハ取引所ノ内部、後者ハ店舗内)ニ於テスルニ非サレハ取引ヲ爲スコトヲ得ス。

第二 私法的制限

私法ノ規定ニ依リテ商業ノ制限ヲ設クルノ例ハ主トシテ商法中ニ之ヲ見ル。例ヘハ支配人カ全力盡瘁ノ義務ヲ負擔スル結果商業ヲ營ムコトヲ制限セラルルカ如キ(四一條)、代理商、會社ノ業務ヲ執行スル社員、取締役等カ所謂競業禁止ノ義務ヲ負擔スル結果商業ヲ營ムコトヲ制限セラルルカ如キ(四八條、八三條、二六四條)、商業讓渡人カ一定ノ地域及ヒ期間内同一ノ商業ヲ營ムコトヲ制限セラルルカ如キ(二五條)是ナリ。

以上述ヘタル私法ノ規定ニ依ル商業ノ禁止ノ外一定ノ範圍内ニ於テ商業ヲ制限ス

私法的制限

ルノ特約カ有效ナルコト論ヲ俟タス。而シテ其範圍ハ要スルニ之ヲ超ユレハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルノ結果ヲ惹起スルヤ否ヤヲ以テ解決セラルヘキ問題ニシテ概括的標準ヲ與フルコト不能ナリトス。唯商業ヲ讓渡スル場合ニ於テ爲シタル特約ニ付テハ商法第二十五條ニ依リテ其範圍ヲ制限セラルルコト前ニ述ヘタル所ノ如シ。

第四款 商業ノ開廢

第一 商業ノ開始

人又ハ法人カ始メテ商業上ノ活動ヲ爲スヲ其商業ノ開始(其時期ハ商業ノ始期)ト謂ヒ、商業ノ目的タル商行爲(目的タル商行爲カ實行行爲ヲ伴フ場合ニハ其實行行爲)ヲ始メテ爲スヲ開業ト謂フ。故ニ商業ノ開始ト開業トハ別個ノ觀念ニシテ必スシモ同時ナルニ非ス。普通ハ商業ノ開始ヨリ後レテ開業アルモノトス。又商業第二百九十一條ハ全部ノ營業ニ就キ目的タル商行爲ヲ爲ス場合ノミヲ開業ト認ム(商三六條、五八條、一八九條二項、二一〇條、二四五條、二九一條一項、四八四條)。商業ノ開始

商業ノ開始

ハ單ニ其商業ノ主體タル商人ノ意思ノミニ依リテ決定セララルモノニ非ス、必ス客觀的ニ其商業上ノ活動カ生シタリト認メラルヘキ事實ナカルヘカラス。例ヘハ或人カ運送業ヲ營マント欲シ或店舗ヲ買入レ之ニ相當ノ設備ヲ爲シ、何人モ其運送業ヲ營ムモノタルコトヲ知り得ル場合ニハ既ニ其運送業カ開始セラレタルコト爭ナシト雖モ、之ニ反シテ運送業ヲ營ムノ意思カ其人ノ内心ニノミ存シ、唯僅ニ或店舗ヲ買入レタルニ止マル場合ノ如キハ未タ運送業ノ開始アリト謂フ能ハス、要スルニ種々ノ事情ヲ綜合シテ解決スヘキ事實問題タリ。但會社ニ在リテハ其成立ノ時ニ商業ノ開始アルヘキコト何等疑ヲ容レス。又人若クハ法人カ商業ノ主體(商人)ト爲ル時期ハ其商業ノ開始ノ時ニシテ開業ノ時ニ非サルコト後ニ第二章第三節商人資格ノ得喪トシテ更ニ之ヲ説明スヘシ。

止^{商業ノ廢}

第二 商業ノ廢止

商業ノ主體(商人)カ全ク其商業上ノ活動ヲ終了スルヲ其商業ノ廢止(其時期ハ商業ノ終期)ト謂ヒ、商業ノ目的タル商行爲(目的タル商行爲カ實行行爲ヲ伴フ場

合ニハ其實行行爲)ヲ全ク爲ササルニ至ルヲ廢業ト謂フ。故ニ商業ノ廢止ト廢業トハ別箇ノ觀念ニシテ必スシモ同時ナルモノニ非ス。普通ハ廢業ヨリ後レテ商業ノ廢止アルモノトス(商二四條一項、五八條)。

商業ノ廢止ハ單ニ商人ノ意思ノミニ依リテ決定セララルヘキモノニ非スシテ客觀的ニ其事實ノ存スルコトヲ前提トス。蓋シ商業ノ開始カ客觀的ニ商業上ノ活動カ生シタリト認メラルヘキ事實ナカルヘカラサルト同一理ナリ。

商業ノ主體(商人)タル資格カ消滅スル時期ハ商業廢止ノ時ニシテ廢業ノ時ニアラス。例ヘハ會社カ解散シタル場合ニハ廢業ニシテ、其ノ會社ノ消滅スル時期ハ即チ其商業ノ廢止、換言スレハ會社カ商人トシテノ資格ノ消滅スル時ナルカ如シ。

第三節 準商業

商業ハ商行爲ヲ目的トスル營業ナリ。然ルニ商行爲以外ノ行爲ヲ目的トスル營業ニシテ商法ノ適用ヲ受ケ其主體ハ商人ト看做サルモノアリ。然レトモ之カ爲メ

ニ其目的タル行爲自身カ商行爲ト爲ルニ非ス。故ニ其營業ハ商業ニ非サレトモ商業ニ關スル規定ノ準用ヲ受クヘキコト勿論ナリ。此種ノ營業ヲ準商業ト稱ス。即チ商業以外ノ營業ニシテ社團法人カ之ヲ目的トシテ從事スル場合はナリ（商四條二項、五二條二項、五二三條）。

第二章 商人

第一節 商人ノ意義

商人ニハ實質商人及ヒ形式商人ノ二種アリテ、前者ハ商法第四條ニ之ヲ定義シ、後者ハ明治四十四年ノ改正法律ニ依リ第四十二條第二項ヲ以テ第四條ヲ擴張シタルニ依リテ之ヲ生セリ（商四條二項）。

第一款 實質商人

商法第四條ハ商人ノ定義ヲ下シテ「自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲スヲ業トスル者ヲ謂フ」ト曰ヘリ。其意蓋シ商人ハ商業ノ主體ナリト謂ヘルニ外ナラス。而シテ此

實質商人

定義ヲ分析スレハ左ノ三者ト爲ル。

第一 營業ヲ爲ス者タルコト

第二 其營業ノ目的ハ商行爲ヲ爲スニ在ルコト

第三 其營業ヲ爲スハ自己ノ名ヲ以テスルコト

以上ノ三要件中前二者ハ前章ニ於テ既ニ説明シタルヲ以テ茲ニハ單ニ第三要件ノミヲ説明スレハ足ル。即チ「自己ノ名ヲ以テスル」トハ自己カ其營業ノ主體タリトノ意ナリ。換言スレハ其營業上ノ權利義務ハ何レモ自己ヲ主體トシテ歸屬スヘキヲ謂フ。但代理ヲ營業トスル者カ其營業上他人ヲ代理スルニ當リ、其代理行爲ノ法律效果タル權利義務ハ直接ニ其他人（本人）ニ歸屬シ此代理營業ノ主體ニハ歸屬セスト雖モ後者カ代理營業ノ主體トシテ商人タルヲ妨ケス。例ヘハ代理ヲ業トスル代理商モ商人タルカ如シ。何トナレハ代理行爲ヲ爲サンカ爲メ本人トノ間ニ締結スル契約（委任契約）ニ因リテ生スル權利義務及ヒ其代理行爲ヲ爲スニ因リテ本人トノ間ニ生スル權利義務ハ、何レモ其代理營業ノ主體ニ歸屬スヘク代理營業ノ

本旨ハ茲ニ存スルモノナレハナリ(商四六條、五〇二條一二號)。

第二款 形式商人

形式商人

商人ハ本來商業ノ主體タルヘキモノナルカ、商法第四條二項ハ商業以外ノ營利事業ニシテ經營ノ方法、其他商業ト大差ナキモノヲ營ム者ニ付之ヲ商人ト看做シ、且商業以外ノ營業ノ主體ニシテ會社ト看做サルル社團法人ヲモ商人ト看做ス可キ旨ヲ定ム。

故ニ前者ヲ實質商人又ハ當然商人ト稱シ、後者ヲ形式商人又ハ「看做サレ商人」ト稱シ得ヘシ。但立法論トシテハ會社カ商業以外ノ營利事業ヲ行フ場合ニ限リテ之ニ商法中商人ニ關スル規定ヲ適用スルニモ拘ハラズ、會社以外ノ團體ノ事業トシテ商業以外ノ營利事業ヲ行フ場合ヲハ、何故商法中商人及ヒ商行爲ニ關スル規定ノ下ニ立タシメサルヤノ理由頗ル不分明ニシテ議論ノ餘地多カルヘシ。

第二節 商人ノ分類

商人ハ其營業ノ種類、人格ノ種類、營業主トシテノ態樣等ニ依リテ幾多ノ分類ヲ生ス。茲ニハ營業ノ種類ニ依ル分類中、大商人及ヒ小商人ノ分類、人格ノ種類ニ依ル商個人及ヒ商法人ノ分類、營業主體トシテノ態樣ニ依ル單獨商人及ヒ複數商人ノ分類ヲ説明スルニ止ムヘシ。

第一款 大商人及ヒ小商人

大商人トハ大商業ノ主體タル商人ニシテ、小商人トハ小商業ノ主體タル商人ナリ。而シテ商法中ニハ單ニ小商人ナル名稱ヲ存スルニ止マレトモ、之ト對立スヘキ者即チ小商人ニ非サル商人ヲ大商人ト命名スルコト敢テ不當ニ非サルヘシ。小商人ノ何タルヤニ付テハ改正前商法ニ於テ學者間論爭喧シキモノアリシカ、新法ハ施行法第三條ニ於テ「新法第八條ノ小商人トハ資本金額二千圓ニ滿タサル商人ニシテ會社ニ非ル者ヲ謂フ」ト定メタレハ最早昔日ノ疑問ハ解消ニ歸シタリ。

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ス、蓋シ營業所ヲ有セス少額ノ資本ヲ以テ微細ノ取引ヲ爲ス商人カ商號其他ノ事項ヲ登記スルノ實

小商人ノ
意義
小商人ニ
關スル特
例

小商人ハ
支配人ヲ
選任スル
コトヲ得
ルヤ

小商人タ
ル會社ア
リヤ

商個人

益ナク、日記帳、財産目録、貸借對照表等ヲ設備スルノ煩ニ堪ヘサレハナリ(商八)、而シテ此三種ノ商業施設ニ關スル規定ノ適用ヲ除外セラレタルニ依リ小商人ニ付テ左ノ疑問ヲ生ス。即チ小商人ハ支配人ヲ選任スルコトヲ得ルヤ否ヤ、吾輩ハ之ニ對シ小商人ハ支配人ヲ選任スルコトヲ得スト解ス。何トナレハ主人ハ支配人ノ選任解任等ヲ登記シ得ヘキ者タルヲ要スルニモ拘ハラズ、小商人ハ假令之ヲ選任スルモ登記スルコトヲ得サルヘク、從テ小商人ハ支配人ヲ選任スルコトヲ得スト結論セサルヘカラス。況ンヤ小商人ハ或ハ營業所ヲ有セス或ハ規模小ナル商業ヲ爲スヲ以テ支配人ナルモノヲ必要トセサレハナリ。次ニ小商人タル會社ハ之ヲ存ス可キヤ嘗テ議論シタル所ナルカ、前記施行法第三條ヲ以テ小商人タル會社ヲ認メサルコトト定メタレハ今日ハ議論ノ餘地ナキコトトナレリ。

第二款 商個人及ヒ商法人

第一 商個人

人カ商人タル場合ニ於テ能力者ト無能力者トノ二種アルヘキコト勿論ナリ。而シ

テ無能力者カ商人タル場合ニ付テハ無能力ニ關スル民法ノ規定ニ對シテ商法第五條乃至第七條ニ補充規定アリ。左ニ逐次之ヲ説明スヘシ。

(一) 未成年者

未成年者カ商人タル場合ヲ左ノ三種ニ區別スルコトヲ得ヘシ。即チ

甲 法定代理人ノ許可ヲ受ケスシテ自ラ商業ヲ營ム場合

乙 法定代理人ノ許可ヲ受ケテ自ラ商業ヲ營ム場合

丙 法定代理人之ニ代リテ商業ヲ營ム場合

(甲) 未成年者カ許可ナクシテ自カラ商業ヲ營ム場合ニ在リテハ、未成年者ノ行爲カ原則トシテ取消シ得ヘキモノナルカ故ニ多クハ商業上ノ確實ヲ期ス可ラスト雖モ、其未成年者カ商業ノ主體即チ商人タルニハ何等妨クル所ナキモノトス(民四條、五條)。

(乙) 未成年者カ許可ヲ得テ自カラ商業ヲ營ム場合ニ在リテハ、其他ノ營業ノ許可アリタル場合ト同シク、當該商業ニ關シテ成年者ト同一ノ能力ヲ有スヘ

キコト民法ノ規定シタル所ナリ、尙ホ其商業ノ許可ノ取消又ハ制限ニ付キテモ亦民法ノ規定ニ從フ(民六條)。

未成年者カ其法定代理人ニ依リ或會社ノ無限責任社員ト爲ルコトヲ許可セラレタルトキハ、其會社ノ業務ニ關シテ能力者ト看做サルヘキコト商法ノ規定スル所ナリ。蓋シ無限責任社員ハ自カラ商業ヲ營ミテ商人ト爲ルモノニ非スト雖モ、其會社ヲ代表シ業務ヲ擔當スルヲ以テ原則ト爲シ、假令會社ノ定款又ハ總社員ノ同意ヲ以テ代表、業務擔當ヨリ除外セラルル場合ト雖モ、會社ノ業務ヨリ生スル權利義務ハ悉ク自己ノ財産ニ持分相當ノ影響ヲ及ホスコトト爲ルヘク、若シ會社財産ヲ以テ會社債務ヲ完済スルコト能ハサルニ至ラハ他ノ無限責任社員ト連帶シテ辨濟ノ責ニ任セサルヘカラス。故ニ苟クモ無限責任社員トナルコトヲ許可セラレタリトスレハ、會社ノ業務ニ關シテハ之ヲ能力者ト看做ササルヘカラサルコト當然ナリトス(商六條)。

(丙) 法定代理人ハ未成年者ノ財産ヲ管理シ、其未成年者ヲ代表シテ財産ニ關スル法律行爲ヲ爲スヘキ職能權限ヲ有スルモノナルカ故ニ、商業ノ許可ヲ與ヘラレサル未成年者ニ代リテ商業ヲ營ムコトヲ得ルハ勿論ナリ。而シテ其商業ヲ營ムニ付テノ代理權ハ廣汎ナルヲ要スルカ故ニ、假令親族會ニ依リ之ニ制限ヲ加ヘラレタル場合ト雖モ其制限ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルヲ得サルモノトス。蓋シ法定代理人ノ活動ニ依リ商業主體タル未成年者カ權利ヲ得、義務又ハ責任ヲ負擔スヘキ範圍ヲ明確ニシ、以テ信用ヲ維持シ善意ノ第三者ヲ害スルコト無カラシムル趣旨ニ外ナラヌ(商七條二項)。

以上(甲)(乙)(丙)ノ三種ノ場合ハ、未成年者カ自ラ商業ヲ營ムトキタルト法定代理人カ未成年者ニ代リテ商業ヲ營ムトキタルトヲ問ハス、何レモ其旨ノ登記ヲ爲スヲ以テ原則トシ、唯未成年者カ其法定代理人ノ許可ヲ受ケスシテ自ラ商業ヲ營ム場合ニハ手續上登記ヲ爲スコトヲ得サルヘク、又法定代理人カ親族會ノ同意ヲ得ルコトナク當然未成年者ニ代ハリ商業ヲ營ム場合ニハ登記ノ實益ナシ。要スルニ未成年者又ハ其法定代理人ノ登記ハ之ニ依リテ其商業上ノ活動

カ何人ニ出テ、其活動ノ效果カ何人ニ歸屬スルヤヲ世人ニ知ラシムル手段ニ外ナラサルヲ以テ、親權者タル父カ未成年者ニ代リテ商業ヲ營ム場合ニ之ヲ存セス。又法定代理人ノ許可ナクシテ自ラ商業ヲ營ムカ如キ不安ノ状態ハ登記スキモノニ非ス。且登記ナケレハ世人ニ警戒ヲ與フル所以ナルヲ以テ是亦其登記ヲ存セス(商七條一項、非訟事件手續法一六六條、一六八條、一七一條、一七二條)。親權者タル母、繼父母又ハ後見人カ未成年者ノ商業ヲ營ムコトヲ許可シ若クハ未成年者ニ代リテ商業ヲ營ムニハ親族會ノ同意ヲ要ス。許可ノ取消又ハ制限ニ付テモ亦同シ。蓋シ此ノ如ク親族會ノ同意ヲ必要トシタル所以ハ、往々未成年者ノ利害ヲ顧ミス、徒ラニ一時ノ感情其他ノ情實ニ依リテ許可ヲ爲シ又ハ許可ノ取消若クハ制限ヲ爲ス者アルヲ慮リタレハナリ(民八七八條、八八三條、八八六條、九二二條、九二九條)。

禁治産者

(二) 禁治産者

禁治産者カ商人タル場合ハ左ノ二種ニ區別スルコトヲ得ヘシ即チ

甲 自ラ商業ヲ營ム場合

乙 後見人之ニ代リテ商業ヲ營ム場合

(甲) 禁治産者カ自ラ商業ヲ營ミ得サルニ非スト雖モ、後見人ノ同意ハ無効ニシテ行爲カ悉ク取消シ得ヘキモノト爲ルノ結果商業ノ確實ヲ期スルコト能ハス故ニ第二ノ場合ニ依ルヲ常トス。

(乙) 禁治産者ノ法定代理人(即チ後見人)ハ、其財産ヲ管理シ禁治産者ヲ代表シテ財産ニ關スル法律行爲ヲ爲ス職務權限ヲ有スルカ故ニ之ニ代リテ商業ヲ營ムコトヲ得ルハ論ヲ俟タス。而シテ此場合ニ於テ親族會カ後見人ノ代理權ニ制限ヲ加フルコトアルモ、之ヲ善意ノ第三者ニ對抗スルコト能ハサルコト未成年者ニ付テ述ヘタル所ト同シ(商七條二項、民九條、九二九條)。

後見人カ禁治産者ニ代リテ商業ヲ營ムニ付テハ登記ヲ爲スコトヲ要ス(商七條一項、非訟事件手續法一七一條、一七二條)。

準禁治産者

(三) 準禁治産者

本論 第二章 商人

準禁治産者カ商人タル場合ハ唯一ニシテ自ラ商業ヲ營ム場合ニ外ナラス。而シテ之ニ關シ裁判所ヨリ特ニ宣告スル所ナキ限リ保佐人ノ同意ヲ必要トセス、但商業上ノ行爲ニ付テ民法第十二條ニ該當スルモノアルトキハ保佐人ノ同意ヲ得サル限リ取消スコトヲ得ヘキモノタルコト勿論ナリ。故ニ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メ以テ商業ノ確實ヲ期スヘシト論スル學者アレトモ、保佐人ノ同意ハ各行爲ニ就キ個別的ナラサルヘカラサルヲ以テ、支配人ノ選任ニ關スル同意アリタルヲ以テ總テ支配人ノ行爲ハ保佐人ノ個別的同意ナクモ準禁治産者ニ對シ完全ナル效力ヲ生スト解釋スルハ謬見ナリトス。要スルニ準禁治産者カ商業ヲ營ムニ付テハ民法ノ規定ニ不完全ナル點アリ。商法モ亦之ヲ補充セサルノ缺點アルコト否定スヘカラス(民一一條乃至一三條參照)。

妻

(四) 妻

妻カ商人タル場合モ亦之ヲ左ノ三種ニ區別スルコトヲ得ヘシ。即チ

甲 夫ノ許可ヲ受ケサルヘカラサルニモ拘ハラズ此許可ヲ受ケスシテ自ラ商

業ヲ營ム場合

乙 夫ノ許可ヲ受クルヲ要セサルニ依リ自ラ商業ヲ營ム場合

丙 夫ノ許可ヲ受ケテ自ラ商業ヲ營ム場合

(甲) 夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要スルニモ拘ハラズ之ヲ受ケスシテ自ラ商業ヲ營ム場合ニハ、民法第十四條ニ依リ特定ノ行爲ヲ爲スニ付キ夫ノ許可ヲ要シ、此許可ナキトキハ此行爲ハ取消シ得ヘキモノト爲ルヲ以テ商業上多少不確實ノ點アルヲ免カレス。然レトモ之カ爲メ妻カ其商業ノ主體即チ商人タルニハ何等妨クル所ナシ(民一四條、一五條、一七條)。

(乙) 民法第十七條ニ掲ケタル場合ニ於テハ妻ハ夫ノ許可ヲ受ケスシテ完全ニ商業ヲ爲シ得ルヲ以テ特ニ説明スヘキ點ナシ。唯其事由ヲ證明シテ自ラ商業ヲ營ム旨ヲ登記スレハ足ルモノトス(商五條、民一七條、非訟事件手續法一六七條三項)。

(丙) 妻カ夫ヨリ商業ノ許可ヲ受ケタルトキハ其他ノ營業ニ付テ許可アリタル場合ト同シク、當該商業ニ關シテ夫ナキ女ト同一ノ能力ヲ有スルモノトス。

但夫ハ何時ニテモ其ノ許可ヲ取消シ若クハ制限スルコトヲ得ヘシト雖モ、此取消又ハ制限ハ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(民一五條、二六條、一八條)。妻カ夫ヨリ或會社ノ無限責任社員トナルコトヲ許可セラレタルトキハ、其會社ノ業務ニ關シテ能力者ト看做サルヘキコト商法ノ規定スル所ニシテ、其理由ハ未成年者カ無限責任社員タルノ許可ヲ得タル場合ニ付テ述ヘタル所ト同シ、但夫カ未成年者ナルトキハ其法定代理人ノ同意アルニ非サレハ此許可ヲ與フルコト能ハサルヤ否ヤ解釋上異說アレトモ、法定代理人ノ同意ヲ要スト結論スルコト當然ノ事理タルヘシ(商六條、民一五條、一八條)。

以上(甲)(乙)(丙)ノ三種ノ場合ハ、妻カ自ラ商業ヲ營ムニ當リ夫ノ許可ヲ要スルトキタルト要セサルトキタルト問ハス、何レモ其旨ヲ登記セサルヘカラスト雖モ、唯夫ノ許可ヲ要スル場合ニ於テ其許可ヲ受ケスシテ自ラ商業ヲ爲ストキハ手續上登記ヲ爲スコトヲ得サルモノトス(商五條、非訟事件手續法一六七條一項、二項)。

商人

第二 商法人

公法人

法人カ商人タル場合ニ付テハ之ヲ公法人及ヒ私法人ニ分テ説明セサルヘカラス。

(一) 公法人

國家カ或機關ヲ設ケテ商業ヲ營ムノ著例トシテハ鐵道省ノ鐵道運送營業ヲ舉タルコトヲ得ヘシ。而シテ之カ爲メニ國家ハ商人タル資格ヲ取得スヘキコト勿論ナリ。

國家ノ行政區劃其他ノ公法人カ商業ヲ營ムコトヲ得ルヤ否ヤハ其成立ヲ認許スル法規、處分命令等ニ依リテ解決セラルヘキ問題ニシテ、之カ爲メ公法人カ商人タル資格ヲ取得スルコト勿論ナリ。

公法人ノ商行為ニ付テハ商行為ニ關スル商法ノ規定ヲ適用スヘキハ勿論ニシテ唯特別ノ法律ハ勿論命令ニ於テモ別段ノ規定ヲ存スル場合ハ商法ノ規定ヲ適用セサルモノトス(商二條)。

(二) 私法人

商業ノ主タルコトヲ得ル私法人ハ社團法人ニ限ルヲ通説トス。而シテ此種ノ社

私法人

團法人ハ商法ニ所謂會社ニ外ナラス。然ルニ明治四十四年ノ改正ニ依リ會社ニハ商業ヲ目的トスルモノト商業以外ノ營業ヲ目的トスルモノトノ二種アルニ至リタルヲ以テ、商業主體タル私法人ト會社トハ其範圍ヲ同フスルモノニ非ス。但商業以外ノ營業ヲ目的トスル會社ト雖モ商人(形式的)ト看做サレタリ(商五二條、民三四條、三五條)。

第三款 單獨商人及ヒ複數商人

一個人又ハ一法人カ商業ノ主體タル場合ニ之ヲ單獨商人ト謂ヒ、個人タルト法人タルトヲ問ハス二人以上ノ者カ共同シテ一商業ノ主體タル場合ヲ複數商人ト謂フ蓋シ此等ノ名稱ハ商法上特ニ存セスト雖モ學理上極メテ重大ナル問題ト關聯スルモノナリ。但形式商人ハ會社ニ限ルヲ以テ常ニ單獨商人タリ。

我商法上複數商人ナルモノヲ認ムヘキヤ否ヤハ重大ナル問題ナリ。抑モ佛獨其他ノ諸國ノ商法ニ依レハ、二人以上ノ者カ共同シテ同一ノ商號ノ下ニ一商業ヲ營ムトキハ即チ會社ヲ成立セシムルモノト規定セラレタルヲ以テ、複數商人ナル概念

我商法上
複數商人
ノ概念
キカ

ヲ認ムルヤ否ヤハ單ニ法人ナラサル會社アリヤ否ヤヲ決定スレハ足レリ。然ルニ我商法ニ於テハ總テノ會社ハ法人ナルカ故ニ、佛獨等ニ於ケル前提ニ從フトスレハ複數商人ナル概念ヲ認ムルコト能ハサルコト勿論ナリ。然レトモ我商法ノ規定ニ依レハ會社トハ商業(其他ノ營業モ同様)ヲ爲スヲ目的トシテ設立セラレタル社團法人ニ外ナラサルヲ以テ、二人以上ノ者共同シテ同一商號ノ下ニ或商業ヲ營ムニ當リ合名、合資、株式、又ハ株式合資ノ何レノ組織ニモ從フコトナク單ニ組合契約ヲ締結シタルニ過キサルトキハ會社ト爲ラサルコト勿論ナリ。而シテ商法中何レノ條文ヲ見ルモ此ノ如キ共同商業ヲ禁止スル規定ナキヲ以テ考フレハ、此種ノ共同商業ノ有效ニ成立スヘキコト是亦疑ヲ容ルル餘地ナシ。故ニ此ノ如キ場合ニ於テ複數商人ノ概念ヲ認メサルヘカラス。但共同商業ハ必スシモ其主體タルヘキ二人以上ノ者ノ間ニ締結セラルル契約(即チ組合契約)ニ依リテノミ之ヲ生スルモノニ限ラスシテ、二人以上ノ者カ遺產相續ニ因リテ被相續人ノ商業ヲ承繼シタル場合ニモ亦之ヲ生スルモノト知ルヘシ。

複數商人ト似テ非ナル場合數多アリ。其主要ナルモノヲ舉クレハ、其一ハ異ナリタル商號ノ下ニ各自別々ニ同種ノ商業ヲ營ミ單ニ其計算ノミヲ共同ニスル場合、其二ハ同一ナル名稱ヲ用ヒテ各自其商號ト爲シ何レモ共同セスシテ各自別々ニ同種ノ商業ヲ營ミ單ニ其計算ノミヲ共同ニスル場合、其三ハ商人カ其商業ヲ營ムニ際シ資金ノ供給ヲ受ケタル匿名組合員アル場合はナリ。

第三節 商人資格ノ得喪

商人資格ノ得喪ハ絶對的ト相對的ノ二種アリ。前者ハ商人ノ營業ノ開廢ニ因リテ生スルモノニシテ商人ノ營業ノ始期及ヒ終期ト同時ナリ。又後者ハ商業ノ始期ト終期トノ間ニ生シ、客觀的意義ニ於ケル營業ノ移轉セララルコトヲ指シ、從來ノ營業主體ハ其商業ヲ喪失シ移轉ヲ受ケタル者ハ其營業ヲ取得スルニ至ルモノナリ。而シテ商人資格ノ得喪ニ付テハ何等ノ形式ヲモ必要トセサルヲ原則トシ、唯特別法令ニ於テ別段ノ定アル場合ヲ例外トス。

商人資格ノ絶對取得ト開業トハ必スシモ其時期ヲ同フセス。蓋シ開業ニハ二種ノ意義アリテ、第一ノ意義ハ一部ノ開業ヲ指シ、第二ノ意義ハ全部ノ開業ヲ指ス。一般ノ用例ハ前者ニ從フト雖モ商法第二百九十一條ノ如ク特ニ後者ニ從フ旨ヲ明カニスルモノアリ。而シテ商人ノ資格ハ全部ノ開業ハ勿論一部ノ開業ナキモ商人ノ營業カ開始スレハ直チニ發生スヘシ。

商人資格ノ絶對喪失ト廢業トハ必スシモ其時期ヲ同フセス。何トナレハ廢業シタル爲メ其營業ノ目的タル行爲ヲ爲ササルモ尙ホ其營業ノ爲メニスル行爲ヲ爲スヘキヲ以テ、其營業ノ廢止ナキ限り商人資格ハ消滅セサレハナリ。

第三章 商人施設

商人施設(商業施設)ハ商人ノ營業ニ對スル法律上若クハ實務上ノ設備ニシテ、營業上ノ秩序ヲ整頓シ其状態ヲ明確ニスル爲メ商法上特ニ規定セラルルモノヲ謂フ。例ヘハ商業登記、商號、商業帳簿等ノ如シ。商標ノ如キモ亦商特別法ヲ以テ

規定セララルル商人施設ニ外ナラス。

第一節 商業登記

第一款 商業登記ノ意義

商業登記ハ商人カ商法ノ規定ニ從ヒ其營業ニ關シテ營業所ノ區裁判所ニ備ヘタル登記簿ニ爲ス登記ナリ。蓋シ商人カ其營業ニ關シテ爲スコトアルヘキ登記ハ、商標ノ登録ヲ初メトシ船舶ノ登記、不動産ノ登記其他枚舉ニ遑アラスト雖モ、此等ノ諸登記ト商業登記トヲ區別スルニハ左ノ二個ノ標準ニ從フコトヲ要ス（商九條、非訟事件手續法一三九條以下）。

- 一 商法ノ規定ニ依リテ登記スルモノナルヤ否ヤ
- 二 營業所ノ區裁判所ニ於テ登記スルモノナルヤ否ヤ

第二款 商業登記ノ目的事項

商業登記ノ目的タル事項ハ商法ノ各本條ニ於テ規定セララルル所ナレトモ、簡單ニ

其一般ヲ知ラントスレハ各登記所ニ備フヘキ登記簿ノ種類ノ列舉ニ依リテ推測スルヲ最モ便利ナリトス。即チ左ノ十一種是ナリ。

- 第一 商號登記簿
- 第二 未成年者登記簿
- 第三 妻登記簿
- 第四 法定代理人登記簿
- 第五 支配人登記簿
- 第六 合名會社登記簿
- 第七 合資會社登記簿
- 第八 株式會社登記簿
- 第九 株式合資會社登記簿
- 第十 有限會社登記簿
- 第十一 外國會社登記簿

以上列挙シタル十一種以外ニハ登記簿ノ存セサルヲ以テ、此等登記簿ノ目的トスル事項トシテ商法上規定セラレタルモノノ外ハ商業登記ノ目的事項タルコトヲ得サルモノトス(商九條、非訟事件手続法一四〇條)。

第三款 各事項ノ商業登記ニ共通ナル二大原則

商業登記ノ二大原則ハ左ノ如シ。

第一 商法上本店ノ所在地ニ於テ登記スヘキ事項トシテ規定セラレタルモノハ、別段ノ規定アル場合ヲ除ク外何レモ各支店ノ所在地ニ於テモ亦之ヲ登記スルヲ要スルコト(商一〇條、四九八條第一號)。

第二 登記シタル事項ニ變更ヲ生シタルトキ又ハ既ニ登記シタリシ事項カ消滅シタルトキハ、當事者ハ其登記ヲ爲シタル地ニ於テ遲滞ナク此變更又ハ消滅ノ旨ヲ登記スルヲ要スルコト(商一五條、四九八條第一號)。

第四款 商業登記ノ手續

商業登記ノ手續ハ先ツ其申請ヲ以テ始マリ、此申請ハ申請人又ハ其代理人カ署名

捺印シタル書面ヲ以テシ法律ニ規定シタル要件ヲ記載セサルヘカラス。而シテ此申請カ商法又ハ非訟事件手続法ノ規定ニ反スルトキハ登記所ハ理由ヲ附シタル決定ヲ以テ之ヲ却下スヘク、此決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ、之ニ反シテ商法及ヒ非訟事件手続法ノ規定ニ適合スルトキハ、登記所ハ受付番號ノ順序ニ從ヒテ登記簿ニ記入シ以テ登記ヲ完了スルモノトス(非訟事件手続法一四九條以下、商業登記取扱手續一七條以下)。

第五款 商業登記ニ公ノ信用ヲ賦與スル爲メノ手續

商業登記ノ目的事項ヲ以テ公知ノモノト認ムルニハ登記ニ公ノ信用ヲ賦與スルコトヲ要シ、登記ニ公ノ信用ヲ賦與セント欲セハ、單ニ國家ノ機關ノ取扱ニ屬スル登記簿ニ目的事項ヲ記入スルノミヲ以テ足ルモノニ非ス。更ニ登記所(區裁判所)ヨリ積極竝ニ消極ノ兩方面ニ亘レル手續ヲ履ムヲ要スルコト商法竝ニ非訟事件手續法ノ精神トスル所ナリ。

積極手續

第一 積極手續

登記所ハ登記後遲滯ナク登記事項ヲ公告スルコトヲ要ス。此公告ハ官報又ハ豫メ選定シタル新聞紙上ニ一回以上之ヲ爲ス。而シテ其公告ヲ掲載シタル最終ノ官報及ヒ新聞紙發行ノ日ノ翌日ニ公告アルモノト看做ス。但適當ナル新聞紙ナキ地方ニ於テハ、登記所ハ新聞紙上ノ公告ニ代ユルニ其登記所及ヒ其管轄内ノ市町村役場ノ揭示場ニ於ケル公告ヲ以テスルコトヲ得ヘシ(商一一條、非訟事件手續法一四四條乃至一四六條)。

消極手續

第二 消極手續

登記所ハ何人ニモ登記簿ノ閲覽ヲ許シ、請求アレハ其謄本ヲモ交付シ又申請アルトキハ何人ニ對シテモ登記事項ニ變更ナキコトヲ證明スヘキモノトス。尙ホ利害關係人ニ對シテハ登記簿ノ閲覽ノミナラス其附屬書類ノ閲覽ヲモ許スモノトス。但此等ノ消極手續ニ付テハ商法中ニ何等規定ナシ(非訟事件手續法一四二條、一四三條)。

第六款 商業登記ノ效力

一般效力

商業登記ニ公ノ信用ヲ賦與スル爲メ周到ナル手續ヲ履ミタルニ依リテ其事項ヲ公知ノモノト看做シ得ヘク、從テ商業登記ノ效力ヲ大ナラシムルヲ敢テ不可ナシ、故ニ登記スヘキ事項ハ登記及ヒ公告ノ以前ニ在リテハ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス。又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、本店ノ所在地ニ於ケル登記ノ有無ニ拘ラス、其支店トノ間ニ爲サレタル取引ニ付テハ其事項ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス。之ニ反シテ登記ヲ爲シ且其公告ヲ經タリトスレハ、正當ノ事由ニ因リテ其事項ヲ知ラサリシ第三者ヲ除キ其他一切ノ第三者ニ登記事項ヲ以テ對抗シ得ヘク、而シテ公告カ登記ト牴觸スルトキハ其公告ナカリシモノト看做サルモノトス(商一一條、一二條)。

特殊效力

尙登記ハ事實ノ登記ニシテ不眞實ノ事實カ登記ニ依リテ事實ト化スルモノニ非サルモ、新法ハ故意又ハ過失ニ因リ不實ノ事項ヲ登記シタル者ニ、自ラ其事項ノ不實ナルコトヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サル可キモノト定ム(商一四條)。以上述ヘタル商業登記ノ效力ハ特別ノ事項ニ付テ例外アルコトヲ知ラサルヘカラ

ス。即チ其一ハ商號ノ登記ニシテ登記前ニ在テハ商號ハ單純ナル人格權ノ問題ナレトモ登記以後ハ財産權タル性質ヲ有スルニ至ルコト是ナリ(商一九條以下)。其二ハ商號讓渡ノ登記ニシテ登記以前ニ在テハ其讓渡ヲ以テ一般ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サレトモ、其登記以後ハ一般ノ第三者ニ對抗スルヲ得ルニ至ルコト是ナリ(商二四條二項)。其三ハ會社設立ノ登記ニシテ本店ノ所在地ニ於ケル設立登記ニヨリテ會社ハ始メテ成立スルニ至ルモノトス(商五七條)。

第七款 商業登記ニ關スル制裁

商法中登記スヘキモノトシテ規定セラレタル事項ヲ登記セサル場合ニ於ケル制裁ハ、單ニ登記ノ效力ヲ受クルコト能ハサルニ止マリ、過料其他ノ制裁ナキヲ原則トス。然ルニ會社ニ在テハ更ニ罰則ノ適用アルヘキコト商法第四百九十八條第一號ノ規定スル所ナリ。

第二節 商 號

意義

第一款 商號ノ意義

商號トハ商人カ其營業上自己ヲ指示スル爲メニ用フル名稱ヲ謂フ。換言スレハ商人ノ營業上ノ名稱ニ外ナラス。而シテ商人カ此名稱ヲ用フルニ付テ如何ナル權利ヲ有スルヤノ問題ハ之カ登記ノ前後ニ依リテ其答ヲ異ニス。即チ其登記以前ニ在リテハ單純ナル名稱ノ問題タルニ止マリ、其自身ニ獨立ノ權利ナルヤ否ヤニ付キ民法學說上議論アル所ナレトモ、其登記以後ニ在リテハ商號專用權ト名クル特殊ノ財産權タル性質ヲ帶フニ至ルモノナリ。但商號專用權ハ財産權タルト同時ニ名稱權タル人格權ヲ兼スルヤ否ヤニ付テハ學者間ニ見解一致セス。

第二款 商號トシテ用ヒラルル名稱

我國ニ於テハ或名稱ヲ記録スルニ付キ假名(平假名、片假名)ト漢字トノ二方法アリ。此外ニ或ハ符牒ヲ以テシ或ハ外國ノ文字ヲ以テスルノ方法ナキニ非スト雖モ我國法、就中、登記法等ノ手續法ハ符牒、外國文字ノ記録ヲ認メス。故ニ商號ハ之ヲ記録スルニハ必ス假名若クハ漢字ヲ用ヒ又ハ此兩者ヲ併有スヘキモノタルコ

記録ノ方法

商號ノ選
定

ト勿論ナリ。

商號トシテ用フルコトヲ得ヘキ名稱ニ關シテ諸國ノ商法必スシモ其規定ヲ同シフ
セス。我商法ニ在リテハ人タル商人ハ其氏、氏名、其他如何ナル名稱ヲモ用ヒテ
商號ト爲スコトヲ得ルヲ以テ原則ト爲シ、會社タル商人ハ其社員、株主等ノ氏、
氏名ハ勿論其他如何ナル名稱ヲモ商號中ニ加フルコトヲ得ルヲ以テ原則ト爲ス。
但保險株式會社ニ在リテハ其商號中ニ保險ノ種類ヲ示スコトヲ要シ、二以上ノ種
類ヲ目的トスル場合ハ其中主タルモノノミヲ示スヲ以テ足ルモノト規定セラル
(商一六條、一七條、保險業法一五條、保險業法施行規則二條)。

商號選
上ノ制限

會社タル商人ト會社タラサル商人トヲ其商號上直チニ識別セシメンカ爲メ會社タ
ラサル商人ノ商號ニハ會社タルコトヲ示スヘキ文字(例ヘハ會社ハ勿論商社、商
會等ノ如シ)ヲ用フルコトヲ禁止シ、假令會社ノ營業ヲ讓受ケタル場合ト雖モ同
様ノ禁止ニ服從セシム。又會社タル商人ハ其會社ノ種類ヲ商號ニ依リテ直チニ識
別セシメンカ爲メ、各自其商號中ニ合名會社、合資會社、株式會社又ハ株式合資

一營業ニ
付キ一商
號アリ

會社ナル文字ヲ用フヘキコトヲ強制セラル。但會社ニ非スシテ會社タルコトヲ示
スヘキ文字ヲ商號中ニ用フル者ニ對スル制裁ハ千圓以下ノ過料ニシテ、會社カ其
商號中ニ會社ナル文字ヲ用ヒサル場合ハ勿論合名會社、合資會社、株式會社、株
式合資會社等ノ文字ヲ加ヘサル場合ニ對スル制裁ハ商法違反ナルカ爲メニ登記ヲ
爲スコト能ハサルニ在リ。若シ登記ナキニモ拘ハラヌ強ヒテ營業ヲ行ハントスル
トキハ會社法中間則ノ適用ヲ受ケ其當局者ハ五千圓以下ノ過料ニ處セラルヘシ。
尙設立ノ際ニハ登記ヲ爲スヲ得サルニヨリテ會社ノ成立ヲ來ス能ハサルニ歸ス可
キモノトス(商二六二條一號、商一七條、一八條、二一條乃至二三條、五七條)。

商人ハ一營業ニ付キ一商號ヲ有スヘキモノナルカ故ニ一人ニシテ數個ノ商號ヲ有
シ得ヘキハ當然ナリ。又一營業ニ付キ數個ノ營業所ヲ有スル場合ニ各營業所ヲ表
明スル爲メ或文字ヲ其商號中ニ加ヘテ其營業所ノ所在地ニ於ケル登記ヲ爲スコト
ヲ妨ケス。然レトモ各營業所ニ付キ各別ノ商號ヲ用フルコトハ之ヲ認メス。若シ
各別ノ商號ヲ用ヒント欲セハ其各營業所カ各自獨立シタル數個ノ營業ノ本據タル

ニ至ルト看做スノ外ナカルヘシ。

第三款 商號ノ保護

商號登記ノ制度
 商號專用
 的權ト排他
 的效力

會社タル商人ニ付テハ商號ノ登記ヲ強制スル立法例多數ナレトモ、人タル商人ニ付テハ此強制ヲ規定シタル商法ナシ。而シテ登記以前ニ在リテハ上述ノ如ク商號ハ單純ナル名稱權トシテノ作用ヲ有スルニ止マルカ故ニ商人カ自ラ之ヲ用ヒ得ルニ過キス、他人カ之ト同一若クハ類似ノ商號ヲ用ヒルヲ禁止スルノ權能ナキモノナリ。然ルニ一タヒ登記ヲ爲シタルトキハ所謂商號專用權ト爲リ之カ爲メ排他的ノ效力ヲ生ス。即チ爾後同市町村内ニ在リテハ同一ノ營業ノ爲メニ之ト同一（判然區別シ得サル場合ハ是亦同一ナリ）ノ商號ヲ登記スルコトヲ得サラシメ、不正ノ競争ヲ爲スノ目的ヲ以テ之ト同一又ハ類似ノ商號ヲ使用スル者ニ對シテハ其使用ヲ止ムヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得ヘキノミナラス、其使用ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲモ附加請求スルコトヲ得ヘキモノトス。但不正競争ノ目的ニ出テタル事實ヲ個々ノ場合ニ就テ證明スルコト極メテ困難ナルヘキヲ以テ、同市町村内ニ

廢止變更ノ登記

在テハ別ニ其證明ヲ要セス商法上不正ノ競争ノ目的ニ出テタルモノト推定ス。從テ其使用ヲ續行セント欲スル者ハ之ト反對ノ事實ヲ證明シテ抗辯スルノ外ナキモノトス（商二〇條乃至二三條、非訟事件手續法一五八條乃至一六一條）。

商號ノ登記及ヒ其效果ニ關シテ同市町村ト謂ヘルハ市制又ハ町村制ヲ施行セサル地方ニ在リテハ從來ノ町村其他之ニ類スル區域ヲ指シ、又東京、京都、大阪、横濱、神戸、名古屋六市ノ如ク其區域ノ廣大ナルモノニ在リテハ其一部分タル各區トス（商一九條、二〇條、同施行法五條）。

此ノ如ク一タヒ商號ノ登記ヲ爲シタルトキハ之ニ因リテ生スル排他的作用（效力）ハ頗ル大ナリ。故ニ商號ノ廢止又ハ變更アリタルニモ拘ハラズ依然トシテ此排他的效力ヲ繼續セラルルニ於テハ他人ノ正當ナル利益ヲ害スルコト少カラサルヘシ故ニ一タヒ登記シタリシ商號ノ廢止又ハ變更アリタルトキハ必ス其旨ヲ登記スヘキモノトシ、若シ商號權者自ラ此登記ヲ爲ササルトキハ利害關係人ヨリ登記ノ抹消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得ルモノトス。但此場合ニ登記ヲ抹消スルニ付テハ

其登記ヲ爲シタリシ者ニ對シ裁判所ヨリ先ツ相當ノ期間ヲ定メ若シ異議アラハ此
期間内ニ申立ツヘキ旨ヲ催告シ、而シテ此期間内ニ異議ノ申立ナシトスレハ直チ
ニ其登記ヲ抹消スヘキモノトス（商二九條乃至三一一條、非訟事件手續法一六二條乃至一六四條）。

第四款 商號ニ關スル權利ノ承繼

登記前ノ商號ニ在リテハ單ニ民法上ノ氏名權又ハ名稱權ノ問題ヲ生スルニ過キサ
ルヲ以テ權利ノ承繼ナル觀念ヲ伴ハス。之ニ反シテ一タヒ商號ヲ登記スレハ商號
專用權ト稱スル財產權ヲ現出スルモノナルカ故ニ之ヲ讓渡若クハ相續シ得ルコト
勿論ナリ。而シテ我商法ニ依レハ相續ノ場合ニ付テハ特ニ規定ナシト雖モ、讓渡
ノ場合ニ付テハ登記（公告ヲ要スルヤ否ヤハ解釋岐レタレトモ商業登記ノ通則タ
ル商法第十二條ニ對スル例外トシテ第二十四條二項ノ解釋上消極說ヲ正當トス）
アルニ非サレハ之ヲ以テ第三者（第三者ヨリ對抗スルヲ妨ケス尙ホ第三者ノ善意
ナルト惡意ナルトヲ問ハス）ニ對抗スルコトヲ得サルモノト規定セリ。但相續ニ
付キテモ登記ヲ要スルコト非訟事件手續法ノ規定スル所ナレトモ、第三者ニ對抗

商號讓渡
ト其登記

スルニ付テノ問題ハ此規定ト關係ナク、單ニ商法第二十四條二項ノ裏面解釋ニ依
ルヘキモノトス。換言スレハ其登記ナキモ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘシ（商二四
條二項非訟事件手續法一六一條）。

商號讓渡
ハ營業讓
渡ニ伴フ
ヘキカ

商號ノ讓渡ハ必ス營業ノ讓渡ニ伴フヘキモノナリヤ否ヤ立法例竝ニ學說歸一セ
ス、我商法ハ從來此點ニ關シテ何等明言スル所ナク大多數ノ學者ハ營業ト共ニセ
スシテ單ニ商號ノミヲ讓渡スルコトヲ得ヘキモノト論斷シタルニ、我輩夙ニ此見
解ニ對シテ其非ヲ唱ヘタル所以ハ營業ノ讓渡ニ伴ハスシテ單ニ商號ノミヲ讓渡シ
得ヘシトセハ、世人ハ實體ナキニ虛名ニ依リテ欺カル結果ヲ生スルノミナラス
商號ナルモノカ一定ノ營業上其主體タル商人ヲ表彰スヘキ名稱ナリトノ説明ヲ意
味ナカラシムル結果ヲ生スヘケレハナリ。積極論者ハ多ク前商法時代第二十一條
第二十二條ノ成文上ニ根據ヲ求ムルヲ常トセルモ何等其根據ナキハ明白ナルヲ以
テ吾輩ハ之ヲ單ニ商號ノ性質竝ニ商號ト營業トノ關係ノ研究ニ依リテ法理上決定
セラルヘキモノトシ、此見地ヨリ營業ヲ離レテ商號ナシトノ法理ニ基ツキ商號ハ

營業ト離レテ讓渡サルヘキモノニ非スト解釋シタリ。果然新商法ハ第二十四條一項ヲ以テ「商業ハ營業ト共ニスル場合又ハ營業ヲ廢止スル場合ニ限り之ヲ讓渡スコトヲ得」ト定メタレハ向後ハ謬論跡ヲ絶ツニ至ランコトヲ疑ハス。

第三節 營業所

第一款 營業所ノ意義

營業所ハ商人ノ營業ヲ行フニ付テノ本據ナリ。抑モ人タル商人ハ其營業上ノ活動ヲ爲スニ當リテ或ハ住所ヲ以テ其本據ト爲スコトアリ或ハ住所以外ニ其本據ヲ存スルコトアリ、之ニ反シテ會社タル商人カ其營業上ノ活動ヲ爲スニ當リテハ住所ト營業所ノ本據トハ必ス符合セサルヘカラス。何トナレハ會社ハ營業上ノ活動ヲ離レテ其活動ナシト雖モ、商人タル人ハ其營業上ノ活動ノ外ニ幾多ノ活動アリ得ヘケレハナリ(商五四條二項)。

效用

意義

營業所ハ左ノ諸事項ヲ決定スルニ付テ標準ト爲ル。即チ

- 第一 債務履行ノ場所(商五一六條、四四二條)
- 第二 登記ノ場所(商九條及ヒ第二編ノ各本條)
- 第三 裁判管轄(民訴四條、九條)
- 第四 訴訟書類ノ送達(民訴一六九條、裁判所構成法九八條)
- 第五 破産ノ管轄(裁判所構成法一四條ノ二、破産法一〇五條)

第二款 營業所ノ種類

抑モ住所ナルモノハ唯一タルヲ要スルヤ否ヤニ付キ民法學說竝ニ立法例ノ一致セサル所ナレトモ、通説ハ我民法カ單一住所說ヲ採用シタルモノト解釋セリ。從テ同シク活動ノ本據トシテノ觀念タル營業所モ唯一タルヘシト結論スヘキコト我商法ノ解釋上當然ノ推理ナルカ如シ。然レトモ此結論ハ全ク營業活動全般ノ爲メニ本據タルヘキ(主タル)營業所ノミニ對シテ生スルモノニシテ、營業活動ノ一部分ノ爲メニ本據タルヘキ(從タル)營業所ヲ否認スルノ趣旨ヲ包含セス。例ヘハ民法上ニ在リテモ、住所ノ外ニ或行爲ニ付キ假住所ヲ選定スルコトヲ得ルハ法文ノ明

主タル營業所、從タル營業所

示スル所ニシテ、之ト類似ノ觀念ニ基キ營業活動ノ一部分ニ關シ從タル本據ヲ設クルコト何等妨クル所ニ非ス。故ニ營業活動ノ全般ニ對シテ本據タルヘキ營業所ヲ學理上主タル營業所ト謂ヒ、我商法ハ之ヲ本店ト稱ス。而シテ營業活動ノ一部ニ對シテ本據タルヘキ營業所ヲ學理上從タル營業所ト謂ヒ、我商法ハ之ヲ支店ト稱ス(商九條、一〇條、民二四條、五〇條)。

從タル營業所即チ支店ハ營業活動ノ一部分ニ對スル本據タルカ故ニ或ハ地域ヲ限定シ或ハ業務ヲ限定シテ之ヲ設置スルコトヲ得ヘシ。從テ各地方ニ一支店宛ヲ有スルノミニ止マラス、一地方ニ二以上ノ支店ヲ有スル商人少カラサルナリ。本店ト支店トハ等シク營業所ナレトモ、之ヲ商人ノ營業活動ヨリ觀察スレハ其間ニ主從ノ差異ナカルヘカラス。故ニ形容ノ語ヲ以テスレハ支店ハ或程度ニ於テ本店ニ隸屬スルモノト謂フコトヲ得ヘシ。然レトモ支店ト雖モ亦營業所ニ外ナラサルヲ以テ營業活動ニ付キ本據タルノ形式竝ニ實質ヲ或程度マテ具備スヘキコト勿論ニシテ、若シ或支店ヲ其本店ヨリ分離シタリトセハ更ニ之ヲ本店トスル別箇ノ營業

本店ト支店トノ關係

營業所ト其登記

支店ノ名稱

ヲ成立シ得サルヘカラス。例ヘハ商業帳簿ノ如キモ支店固有ノ帳簿ヲ有シ計算モ支店固有ノ計算ヲ爲シ得ヘキ状態ヲ存セサルヘカラサルカ如シ。

本店ト支店トノ關係ハ商業登記ニ就キテ明カニ知ルコトヲ得ヘシ。即チ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ルカ如キ、支店ノ所在地ニ於テ登記スヘキ事項ヲ登記セサリシ結果ハ其支店ニ於テ爲サレタル取引ニ付テノミ存スルカ如キ、會社ノ設立ハ支店ノ所在地ニ於ケル登記ノ有無ニ拘ハラズ、本店ノ所在地ニ於ケル登記ヲ以テ其效力ヲ決定スルカ如キ是ナリ(商一〇條、一三條、五七條)。

支店ハ支店ナル名稱ノ外支社若クハ出張所等ノ名稱ヲ用ヒテ指示サルルコト尠カラズ。要スルニ支店又ハ營業所ナル名稱ヲ用フルヲ要セス、商人ノ營業上ノ活動ニ付キ部分の本據タルノ實質ヲ具備スルヤ否ヤニ依リテ支店タルト否トヲ決定スヘキモノトス。

第三款 營業所ノ登記

會社ハ其一切ノ營業所即チ本店及ヒ總テノ支店ヲ登記セサルヘカラスト雖モ、人タル商人ハ特ニ其營業所ヲ登記スルコトナク、唯商法ノ規定ニ依リテ登記セサルヘカラサル事項ハ各營業所ノ所在地ニ於テ之ヲ登記スヘキノミ(商九條、一〇條、一三條、一四條、一五條、一六條、一七條、一八條、一九條、二〇條、二一條、二二條、二三條、二四條、二五條、二六條、二七條、二八條、二九條、三〇條、三一條、三二條、三三條、三四條、三五條、三六條、三七條、三八條、三九條、四〇條、四一條、四二條、四三條、四四條、四五條、四六條、四七條、四八條、四九條、五〇條、五一條、五二條、五三條、五四條、五五條、五六條、五七條、五八條、五九條、六〇條、六一條、六二條、六三條、六四條、六五條、六六條、六七條、六八條、六九條、七〇條、七一條、七二條、七三條、七四條、七五條、七六條、七七條、七八條、七九條、八〇條、八一條、八二條、八三條、八四條、八五條、八六條、八七條、八八條、八九條、九〇條、九一條、九二條、九三條、九四條、九五條、九六條、九七條、九八條、九九條、一〇〇條)乃至七六條、六九條、一〇一條、一〇八條、一二三條、一三四條、一四七條、一四九條、一八九條、三〇五條、三五七條、三六三條、三六九條、三八二條、四三〇條、四三二條、四三八條、四六五條)

第四節 商業帳簿

第一款 商業帳簿

第一 商業帳簿ノ意義

商業帳簿トハ一般ノ商人カ商法上義務トシテ設備シ營業上ノ活動狀態又ハ財產異動ヲ表明スル爲メ所定事項ヲ記載スル帳簿ヲ謂フ。而シテ其種類ハ商法上三種ニ限定セラレ、日記帳、財産目錄帳及ヒ貸借對照表帳即チ是ナリ。從テ商法中ニ規定セラレタル帳簿ト雖モ前記三種中ニ屬セサルモノハ商業帳簿ニ非ス。例ヘハ株主名簿(商二二三條)、社債原簿(商三一七條)、海員名簿(商七〇九條一項二號)、旅客名簿(商七〇

商業帳簿ノ意義

所謂帳簿ノ本質

九條一項五號等ノ如キハ何レモ商業帳簿ニ非ス。但仲立人ノ設備スヘキ所謂仲立帳(商五四七條)ノ如キ、倉庫帳(商六〇〇條)ノ如キハ何レモ日記帳ノ一部ト認メ商業帳簿ナリト解釋シ得ヘシ。尙ホ商人カ任意ニ作成スル帳簿ノ如キモ亦勿論商業帳簿ノ一部ナリト解釋シ得ルモノナキニ非ス。所謂補助簿是ナリ(商三二條、三三條)。

商業帳簿ハ帳簿タラサルヘカラス。而シテ帳簿ノ本質如何ハ商法上規定セララル所ナシト雖モ、我輩ノ確信スル所ニ依レハ單ニ一定ノ方式ヲ以テ配列セラレタル紙片タルノミナラス少クトモ之ヲ帳綴スルコトヲ原則トスレトモ、現今ニ於テハ「カード」「ルーズ・リーフ」ノ如キモ帳簿ノ一種ナリトノ見解行ハル。換言スレハ通説ハ帳簿ノ必要ヲ認メス、「カード」「ルーズ・リーフ」ト雖モ商業帳簿ナリト解釋スルモノノ如シ。但或學者ハ一枚ノ紙片ト雖モ商業帳簿タリ得ヘシト極論スレトモ不當ナリ。

商人カ設備スヘキ商業帳簿ハ其商人ノ營業狀態及ヒ財産關係ヲ調査スルニ付キテ極メテ重要ナルモノナリ。然レトモ我民事訴訟法ノ如ク自由探證主義ヲ採用スル

立法例ニ在リテハ訴訟法上之ニ法定ノ證據力ヲ賦與セラレサルコト當然ナレトモ訴訟上之ヲ利用セシムルコト當事者雙方ニ利益少カラサルヲ以テ、裁判所ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ訴訟當事者ニ商業帳簿ノ提出ヲ命スルコトヲ得ト規定セリ(商三五條、民訴一八五條、三一六條以下)。

商業帳簿ノ作成及ヒ閉鎖

商業帳簿ノ作成及ヒ閉鎖ノ態様ニ關シテハ商法上特ニ規定セラレル所ナシ。從テ商人ハ其準據スル記帳主義ニ從ヒテ之ヲ作成シ閉鎖スレハ可ナリ。唯帳簿閉鎖ノ時ヨリ起算シテ十年間其帳簿ヲ保存スヘキコト各商人ノ義務ナリトス(商三六條)。

商業帳簿ノ設備ノ記入及ヒ保存ノ義務

商業帳簿ヲ備フルノ義務、之ニ所定事項ヲ記載スルノ義務及ヒ之ヲ保存スルノ義務ハ、何レモ商法中ニ規定セラレルモノナレトモ公法上ノ義務ノ一種ナリト説明スルヲ正當トス。而シテ此義務ノ違反ニ對スル制裁ハ商法中特ニ規定スル所ナシト雖モ、破産ノ場合ニ限り此義務ノ違反ノ爲メ罰則ノ適用アリ(破産法三七四條三號及ヒ四號、三七五條四號、三七六條、三七八條、三七九條)。

日記帳

第二 日記帳

日記帳(商法上ノ用語ニ非ス單ニ講學上ノ用語ニ過キス)ハ商人カ其業務竝ニ財産ノ狀況ヲ表明スル爲メ日々ノ取引其他財産ニ影響ヲ及ホスヘキ一切ノ事項ヲ記載スヘキ帳簿ナリ。而シテ之ニ記載セラレヘキ事項ハ整然且明瞭ニ記載スルヲ要スル外商法上何等ノ規定ヲ存セス。從テ記帳主義カ單式タルト複式タルトヲ問ハス、帳簿ノ數カ唯一タルト多數タルトヲ論セサルモノトス。

日記帳ニ記載セラレヘキ事項ハ日々ノ取引タルト其他財産ニ影響ヲ及ホスヘキ一切ノ事項タルトヲ問ハス、總テ日々ヲ追テ順次各別ニ記載セラレルコトヲ以テ原則トス。然レトモ或日ニ生シタル事項ヲ其當日中ニ必ス記入スルヲ要セス、又小賣ノ取引及ヒ家事費用ハ必スシモ個々ノ事項ヲ各別ニ記入スルヲ要セスシテ小賣ノ取引ニ在リテハ現金賣ト掛賣トニ別チ日々ノ賣上總額ノミヲ記載スルヲ以テ足り、家事費用ハ一个月毎ニ其總額ノミヲ記載スルヲ以テ足ルモノトス(商三二條)。

財産目録

第三 財産目録帳

財産目録帳ハ財産目録ヲ記載スル帳簿ニシテ、財産目録トハ商人カ有スル動産、

不動産、債権、債務其他ノ財産ノ總目錄ナリ(商三三條)。

財産目錄ヲ作成シ且之ヲ財産目錄帳ニ記入スル時期ハ一般ノ商人ト會社トニ依リテ多少ノ差異アリ。前者ニ在リテハ開業ノ時及ヒ其後毎年一回一定ノ時期ニ於テシ、後者ニ在リテハ設立登記ノ時及ヒ其後毎年一回一定ノ時期(年二回以上利益ノ配當ヲ爲ス會社ニ在リテハ毎配當期)ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトス(商三三條二項三項)。

財産目錄ニ掲クヘキ財産ハ商人ノ有スル總財産ニシテ商業上ノ財産タルト其他ノ目的ニ用ヒラルル財産タルトヲ問ハス。但家事財團ニ屬スル財産ヲ別ノ目錄ニ調製シ從テ各別ニ財産目錄ヲ作成スルコトヲ妨ケス。尙ホ數種ノ商業ヲ有スル場合ニハ、各營業財團ニ屬スル財産ヲ各別ノ財産目錄ニ作成シ各別ノ財産目錄簿ニ記載スルコトヲ妨ケス。要スルニ此等ノ帳簿カ一團ト成リテ商人ノ有スル總財産ヲ記載シ得レハ可ナリ。

財産目錄ニ記載スル各財産ニハ必ス其價額ヲ附シテ記載スルコトヲ要ス。而シテ

其價額ハ原則トシテハ財産目錄調製ノ時ニ於ケル總額ナレトモ、其以下ノ價額ヲ附スルヲ妨ケス。之ニ反シテ當時ノ價額ニ超ユル價額ハ絶對的ニ記載スルコトヲ得サルモノトス。何トナレハ事實ニ據ラス高價ニ評價スルハ必ス弊害ノ伴フヘキモノナレハナリ(商三四條)。

貸借對照表帳

第四 貸借對照表帳

貸借對照表帳ハ貸借對照表ヲ記載スル帳簿ニシテ、貸借對照表トハ商人ノ財産狀態ヲ一目瞭然タラシムル目的ヲ以テ一方ニ現有積極財産(即チ動産、不動産、債權等)ヲ掲ケ、他方ニ其財産ノ由來スル原因(即チ其商業ニ投シタル資本、借入金其他ノ債務等)ヲ掲ケ、此雙方ヲ對照シ各方ノ財産價額ノ合計ヲ比較シ其差額ヲ少額ノ方ニ記入シテ以テ雙方ノ總額上平均ヲ保タシムル表(即チ平均表)ナリ。而シテ此表ニ於テ現有積極財産ノ方カ多額ナルトキハ其營業上利益アル場合ニシテ原因ノ方カ多額ナルトキハ損失アル場合ナリ。從テ現有積極財産ノ方ニ追加、記入セラルヘキ差額ハ損失ヲ表明シ、原因ノ方ニ追加記入セラルヘキ差額ハ利益ヲ

表明ス(商三三條、三四條)。貸借對照表ヲ作成シ之ヲ貸借對照表帳ニ記入スル時期ハ
財産目錄ノ作成並ニ記入ノ時期ト同一ナルヲ以テ説明ヲ略ス(商三三條二項、三項)。

第二款 營業上ノ重要書類

改正前商法ハ營業ニ關スル信書ニ付十年間保存ノ義務ヲ定メタルカ、素ヨリ右ハ
受領信書ニ限り且之ヲ受領シタルトキヨリ起算ス可キモノナリトス。然ルニ新商
法ハ之ヲ以テ狭キニ過クルモノトシ廣ク營業ニ關スル重要書類ニ付十年間ノ保存
義務ヲ定メタリ、但如何ナルモノヲ以テ重要書類ト名付ク可キヤ又保存義務ノ起
算點如何ハ書類ノ性質ニ依リテ具體的ニ決ス可キモノナル可シ、而シテ此保存義
務ノ性質ハ商業帳簿保存義務ノ性質ト同一ナリトス(商三六條)。

重要書類

第四章 營業補助者

第一節 總 說

商人ハ必スシモ自ラ其營業活動ヲ爲シ得ルモノニ非ス、又假令自ラ悉ク之ヲ爲シ

得ヘキ場合ト雖モ之ヲ敢テセサルコトアルヘシ。是ニ於テカ各種ノ營業補助者
(即チ或商人ヲ其營業ニ付キ補助スル者)ノ必要ヲ生ス。而シテ營業補助者ハ其範
圍極メテ廣ク各方面ニ亘ルモノニシテ、種々ノ標準ニ依リテ之ヲ幾多ニ分類スル
コトヲ得ヘシト雖モ、茲ニハ其主要ナルモノノミヲ説明スヘシ。

第一款 補助作用ノ狀態ニ依ル區別

營業補助者カ商人ヲ補助スル作用ノ狀態ヲ私法上ヨリ觀察スレハ、代理タルコト
アリ、所謂間接代理タルコトアリ、其他ノ事實働作タルコトアリ。故ニ左ノ三種
ノ區別ヲ生ス。

- 一 補助者カ商人ノ代理人トシテ營業活動ニ參與スル場合
- 二 補加者カ自己ノ名ヲ以テ商人ノ計算ニ於テ營業活動ニ參與スル場合
- 三 補助者カ商人ノ爲メニ媒介、傳達其他事實上ノ行動ヲ以テ營業活動ニ參與
スル場合

例ヲ以テ示セハ未成年者ノ親權者又ハ後見人、禁治產者ノ後見人、支配人、番頭

手代、代理的代理商、船舶管理人、船長等ハ第一種ニ屬シ、問屋、準問屋、運送取扱人等ハ第二種ニ屬シ、支配人番頭手代以外ノ商業使用人、媒介的代理商、仲立人、海員等ハ第三種ニ屬スルカ如シ。

第二款

補助作用ヲ以テ補助者自ラ商人タル資格ヲ取得スルヤ否ヤニ依ル區別

營業補助者カ其補助作用ニ從事スルカ爲メ自ラ商人タル資格ヲ取得スルモノアリ然ラサルモノアリ。之ニ依ル區別竝ニ例示ハ左ノ如シ。

- 一 獨立の補助者例ヘハ代理商、仲立人、問屋、準問屋、運送取扱人等
- 二 非獨立の補助者例ヘハ親權者、後見人、商業使用人、船舶管理人、船員等

本章ニ於テ説明セントスル營業補助者ハ商業使用人及ヒ代理商ニ限ル。何トナレハ親權者及ヒ後見人ノ如キハ既ニ第二章第二節第二款中ニ説明シタル所ニシテ、仲立人、問屋、準問屋、運送取扱人等ハ第三編商行為編ノ著書ニ讓ルヘク、船舶管理人、船長、海員等ハ第五編海商編ノ著書ニ讓ルヘキヲ以テナリ。

第二節 商業使用人

第一款

商業使用人ノ意義及ヒ分類

商業使用人トハ商人(之ヲ主人ト謂フ)ト契約關係(委任關係又ハ雇傭關係)ニ立チ之ニ從屬シテ其營業活動ヲ補助スル營業補助者ナリ。從テ其補助作用ニ依リテ自ラ商人タル資格ヲ取得スルコトナシト雖モ、其補助作用ハ代理タルコトアリ媒介傳達其他ノ事實上ノ行動タルコトアリ、尙ホ自己ノ名ヲ以テ主人ノ計算ニ於テ爲スコト亦之ナキニ非ス。所謂支配人、番頭、手代、小僧之ニ屬ス。商業見習生ナルモノカ商業使用人ナリヤ否ヤニ付キテハ見解ノ岐ルル所ナレトモ、通説ハ之ヲ商業使用人ト看做セリ。蓋シ民法第六百二十六條第一項但書ニ於テ商工見習契約ヲ雇傭契約ノ一種ト看做シタレハナリ。

商業使用人ハ主人ノ營業活動ヲ補助スル者ナレトモ、之ヲ以テ自己獨立ノ營業ヲ成立セシムル者ニ非スシテ單ニ主人ノ使用ニ一身ヲ投スル者ナリ。故ニ當然自然

分類

人ニ限り、法人ハ商業使用人タルコトナシ。但商業使用人ノ補助活動ハ必ス主人ノ營業技術的働作ニ限ルヤ否ヤハ商法ノ法文上之ヲ明示セスト雖モ、營業補助者(商人補助者)タル點ヨリ推論シテ積極的ニ解釋スルヲ通説ト爲ス。從テ商店ニ使用セラルル僕婢ノ如キ、車夫ノ如キ、製造業者ノ使用スル職工ノ如キ、何レモ商業使用人ニ非スト謂ハサルヘカラス。

商業使用人カ主人ヲ代理スル權限ヲ有スルヤ否ヤ、若シ之ヲ有ストスレハ其權限ノ範圍如何等ヲ標準トシテ之ヲ三種ニ分類スルコトヲ得ヘシ(第一)支配人(第二)番頭手代(第三)其他ノ使用人はナリ。

第二款 支配人

支配人トハ主人カ自己ノ商業ニ關シテ一切ノ裁判上裁判外ノ行爲ヲ爲ス代理權ヲ有スル者トシテ選任シ、本店又ハ支店ニ於テ其商業ヲ營マシムル商業使用人ヲ謂フ。而シテ支配人ノ有スル代理權ハ假令主人ヨリ之ヲ加フルコトアルモ其制限ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(商三七條、三八條)。

意義

支配人ノ代理權

支配權ノ制限

支配人ハ商法上特定セラレタル廣汎ノ代理權ヲ有スル者ニシテ、其特定代理權ヲ學理上支配權ト名ツク。而シテ此代理權ハ民法ニ所謂委任ニ因ル代理權ニ屬シ法定代理權ニ非ス。何トナレハ主人ヨリ授與セラレタル代理權ナレハナリ。支配權ノ範圍ハ主人ノ商業ニ關スル一切ノ裁判上裁判外ノ行爲ニ及フ。故ニ主人ノ爲メニ番頭、手代其他ノ使用人ヲ選任又ハ解任スル權限ハ元ヨリ之ヲ包含ス。從テ支配人カ選任シタル番頭又ハ手代ハ民法ニ所謂復代理人ニ非スシテ主人ノ爲メニ普通ノ代理人タルモノナリ。何トナレハ支配人カ番頭又ハ手代ヲ選任スル權限ハ復任權ニ非スシテ支配權ノ一部ヲ構成スルモノナレハナリ。然ルニ支配人カ他ノ支配人ヲ選任スルノ權限ハ之ヲ有セス。若シ之ヲ有スル場合アリトセハ特ニ主人ヨリ授與シタル代理權ニシテ支配權ノ内容ヲ成スモノニ非ス(商三八條)。

支配人ノ有スル代理權即チ支配權ハ廣汎ナルモノニシテ更ニ之ヲ擴張スルノ餘地ナキコト勿論ナリ。然レトモ之ヲ制限スルコトハ主人ト支配人トノ間ニ於テハ有効ナレトモ、此制限ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルヲ得サルモノトス。唯之ニ例

支配權ノ行使ト主
人ノ爲メ
トスルコ
トヲ示サ
サル場合

外ヲ爲ス場合アリ、即チ所謂共同支配人ノ場合ニシテ、二人以上ノ者ヲ支配人ニ
選任シ其支配權ヲ行フニ付キテハ必ス共同ニ之ヲ行ハサルヘカラサル旨ヲ定ムル
場合はナリ。但支配權ノ共同ハ單ニ支配人ヨリ第三者ニ對シテ支配權ヲ行フ場合
ニ嚴守セラルヘキモノニシテ、第三者ヨリ支配人ニ對シテ爲スヘキ意思表示ハ、
共同支配人中ノ一人ニ對シテ爲サレタルモノト雖モ主人ニ對シ完全ナル代理ノ効
力ヲ生スヘキモノトス。蓋シ第三者カ共同支配人ノ全員ニ向テ意思表示ヲ爲スニ
非サレハ主人ニ對シテ其效力ヲ生セストスレハ、其意思表示ヲ爲シ得ル機會極メ
テ稀ナル弊ニ陷キルヘケレハナリ(商三八條、三九條)。
支配權ハ商行爲ノ代理權ナリ。故ニ假令支配人カ主人ノ爲ニスルコトヲ示ササル
場合ト雖モ完全ニ代理ノ作用ヲ生スヘキモノトス。唯此場合ニハ相手方ハ其行爲
ノ主人ノ爲メニスルコトヲ知ラサリシトキニ限り支配人ニ對シテモ履行ノ請求ヲ
爲スコトヲ得ヘシ(商五〇四條)。
支配權ハ商行爲ヲ爲スコトヲ授權セラレタルニ因リテ生スル代理權ナリ。從テ民

本店支配
人及支店
支配人ノ
名稱

法第一百一條ニ規定シタル事由ニ因リテ消滅スルヲ原則トスレトモ、主人ノ死亡
ニ因リテ消滅セス(商五〇六條)。
支配人ハ主人ノ本店又ハ支店ニ付テ選任セラルルモノニシテ本店支配人、支店支
配人等ノ名稱ノ存スルハ之カ爲メナリ。但本店並ニ總テノ支店ヲ總轄スル支配人
ヲ選任スルコトヲ妨ケスト雖モ、其支配人ノ有スル支配權ハ各營業所ニ付キ各別
ノモノトシテ説明セサルヘカラス(商三七條、四〇條)。

支配人ノ
選任ト支
配ナル名
稱

支配人ノ選任ニハ支配人又ハ支配役ナル名稱ヲ用ユルヲ要スルヤ否ヤ解釋上疑ア
レトモ、比較的多數ノ學者ハ積極說ヲ採リ、必ス支配人又ハ支配役ナル名稱ヲ用
ユルヲ要スト説明スルモ商法上別段明文ノ根據アルニ非ス。獨逸商法ノ規定ニ影
響セラレタルモノノ如ク且又餘リニ支配人又ハ支配役ナル名稱ニ拘泥シテ支配又
ハ支配權ナル名稱ニ何等ノ重キヲ置カサルハ不權衡タルヲ免カレス。

會社支配
人ノ選任
及ヒ解任

我輩ハ寧ロ消極說ニ賛成セント欲ス(商三七條、四二條)。支配人ノ選任及ヒ解任ハ各
種ノ會社ニ在リテハ特別ノ規定アリテ之ヲ慎重ニセシム。例ヘハ合名會社ニ在リ

テハ社員ノ過半数、株式會社ニ在リテハ取締役ノ過半数ヲ以テ決定スヘキモノトシタル如シ(商五七條、二六〇條)。

支配人ノ登記

主人カ會社タルト個人タルトヲ問ハス、總テ支配人ニ付キテハ之ヲ置キタル本店又ハ支店ノ所在地ニ於テ主人ヨリ其選任、解任、共同支配並ニ其變更消滅及ヒ代理權ノ消滅等ヲ登記セサルヘカラス(商四〇條、非訟事件手續法一七二條以下)。

主人ト支配人間ノ法律關係

我國ニ於テ多數學者ノ見解ニ從ヘハ、主人ト支配人トノ間ノ法律關係ハ雇傭契約上ノ債務關係ヲ以テ本體トシ委任契約上ノ債務關係ヲ以テ之ヲ補充シタルモノナリト謂フ。蓋シ代理權ノ授與ハ委任契約ニ因ルモノトノ見解民法學者間ニ多數ヲ占メ代理權タル支配權ノ授與ニ關シテハ必ス委任契約ヲ伴ハサルヘカラスト結論スルヲ以テナリ。然ルニ我輩ハ此通説ニ反對シ、代理權ノ授與行為ハ要因單獨行為ニシテ其原因タル基礎關係ハ委任契約上ノ債務關係タルト雇傭契約上ノ債務關係タルトヲ問ハサルモノト解スルヲ以テ、主人ト支配人トノ間ノ債務關係ハ單ニ委任契約上ノ債務關係ノミヲ存スルヲ以テ足レリトシ、或ハ雇傭契約上ノ債務關

係ノミヲ存スルモ妨ナシト信ス。而シテ商法第四十五條ヲ設ケタルノ趣旨ハ第六章中僅ニ第四十一條ノ一箇條ヲ除キ其他ハ總テ代理權限ニ關スルモノニシテ、委任ナル用語(代理權授與行為ノ意義)スラ存スルヲ以テ、雇傭關係ヲ否認スルノ法意ナリト誤解セララルルヲ虞レ、雇傭關係ノ存スルコトヲ妨ケサル旨ヲ言明シタルモノナリ(商四五條)。

支配人ノ全權ノ義務ノ自取(權ノ逆入)

主人ト支配人トノ間ノ法律關係ハ其性質如何ヲ問ハス何レモ民法ニ依リテ解決セラルヘキ問題ニ屬ス。然ルニ商法上之ヲ補充スルカ爲メニ特殊ノ義務ヲ支配人ニ負擔セシム。即チ我輩ノ全力盡瘁義務ト命名スルモノニシテ、支配人ハ主人ノ許諾アルニ非サレハ、自己又ハ第三者ノ爲メニ商行為ヲ爲シ又ハ或會社ノ無限責任社員ト爲ルコトヲ得サル義務是ナリ。而シテ若シ此義務ニ違反シタリトスレハ、主人ハ支配人ニ向ツテ損害賠償ヲ請求スルコトアルヘク其解任ヲ爲スコトアルヘシ。此等ノ制裁ニ付テハ特ニ商法ノ規定ヲ要セスト雖モ、唯支配人カ自己ノ爲メニ商行為ヲ爲サル義務ニ違反シタル場合ニ限り商法中特別ノ制裁ヲ規定セリ。

即チ主人ハ此商行為ヲ以テ自己ノ爲メニ爲サレタルモノト看做シ、支配人ヨリ其行為ノ效果ヲ自己ニ回收スルヲ得ヘキコト是ナリ。此權利ヲ自取權（進入權又ハ奪取權ト謂フ）ト名ツク（商四一條一項、二項）。

支配人ノ自己ノ爲メニ爲シタル商行為ニ關シ主人カ之ヲ自取スル權利ハ、若シ永ク之ヲ存續セシムルトセハ商行為ノ效果ヲ多少浮動ノ状態ニ置ク恐アルヲ以テ之ヲ主人カ自己ノ利益ヲ自衛スルニ必要ナル期間ニ限ルノ必要アリ。故ニ主人カ其行為ヲ知リタル時ヨリ二週間、若クハ其行為ノアリタル時ヨリ一年ヲ經過セハ其權利ハ不行使ニ因リテ消滅スヘキモノト規定セラル（商四一條三項）。

支配人ト主人トノ關係カ委任契約ニ基ツクトキハ民法上ノ委任關係ト同シカラサル左ノ二點ヲ注意スルヲ要ス。即チ其一ハ支配人ハ主人ヨリ委任ヲ受ケサル行為ト雖モ委任ノ本旨ニ反セサル限り之ヲ爲スコトヲ得ヘキコト（商法五〇五條）其二ハ支配人ト主人トノ關係カ委任契約ニ基ツクトキハ主人ノ死亡ニ因リテ其關係ノ終了ヲ來ササルコト（商五〇六條）是ナリ。

民法上ノ
委任關係
トノ差異

意義

第三款 番頭及ヒ手代

番頭又ハ手代トハ主人カ自己ノ商業ヲ補助セシムル爲メ或種類又ハ特定ノ事項ヲ限定シ、之ニ關シテハ一切ノ行為ヲ爲ス代理權ヲ有スルモノトシテ使用スル商業使用人ヲ謂フ。番頭ト謂ヒ手代ト謂フモ商慣習上別段ノ定ナキ限り其法律上ノ性質ニ於テハ何等異ナル所ナシ。商法上此二用語ヲ併用シタルハ要スルニ之ヲ綜合スヘキ適當ナル普通名詞ヲ缺キタルカ爲メニ外ナラス（商四三條一項）。

番頭又ハ手代ノ有スル代理權ハ主人ニ於テ任意ニ其範圍ヲ定ムルコトヲ得ヘシト雖モ、商法第四十三條ハ一方ニ於テ主人ノ營業ニ關シ或種類又ハ特定ノ事項ヲ委任スルコトヲ得ト規定シ、他方ニ於テ其委任ヲ受ケタル事項ニ關シ一切ノ行為ヲ爲ス權限ヲ有スト規定セルヲ以テ主人ハ其選任ニ當リ番頭、手代ノ擔任スヘキ事項ヲ特定スルカ若クハ其種類ヲ指定セサルヘカラス。從テ番頭又ハ手代ハ其特定若クハ指定ノ範圍内ニ於テ一切ノ行為ヲ爲ス代理權ヲ授與セラレタルモノト看做サルルヲ原則トシ、主人ニ於テ更ニ之ニ制限ヲ加フルコトヲ妨ケサルモノトス

番頭手代
ノ代理權

(商四三條二項)。

番頭、手代ノ包括代理權ノ範圍ヲ擴張スルハ主人ノ營業ノ全部ニ及ハサル限り何等妨クル所ナシ、之ニ反シテ其包括的性質ヲ失ハシメ個々ノ行爲ニ付キ代理權ヲ授與セラレタル場合ニハ、其商業使用人ハ番頭又ハ手代ニ非シテ支配人、番頭又ハ手代以外ノ使用人(無名使用人)ニ外ナラス(商四四條)。

番頭、手代ノ代理權カ商行爲ヲ目的トスル委任契約ヲ原因トスル場合ニハ、商行爲ノ受任者ハ委任ノ本旨ニ反セサル限り委任ヲ受ケサル行爲ヲ爲スコトヲ得ヘキヲ以テ、代理權モ此限度ニ於テ擴張セラレシモノト解釋セサルヘカラス(商五〇五條)。

番頭、手代ノ代理權ハ主人ヨリ商行爲ヲ爲スコトヲ授權セラレタルニ因リテ生スル代理權ナリ。故ニ主人ノ爲メニスルコトヲ示ササルモ代理ノ作用ヲ生スヘキハ勿論主人ノ死亡ニ因リテモ消滅セサルモノトス(商五〇四條、五〇六條)。

番頭、手代ノ選任ニ付テハ之ヲ本店若クハ支店ニ限ルノ必要ナク、其選任並ニ解任ニ付キ會社ニ在リテモ何等ノ規定ナク又其選任解任其他ヲ登記スヘキモノニ非

選任及ヒ
解任

番頭、手
代ト主人
間ノ法律
關係

ス。尙ホ二人以上ノ番頭又ハ手代ニ對シ共同代理ヲ爲サシムルコトヲ得ルヤ否ヤハ、民法上共同代理ヲ認ムルヤ否ヤノ根本問題ニ依リテ解決シ得ルモノト説明スルノ外ナシ(商四三條)。

番頭、手代ト主人トノ間ノ法律關係ハ、多數學者ノ見解ニ從ヘハ雇傭契約上ノ債務關係ヲ本體トシ、代理權ノ範圍内ニ關シテノ委任契約上ノ債務關係ヲ伴フモノト看做サルコト支配人ニ付テ述ヘタル所ト同シク、我輩カ支配人ニ對スルト同様番頭手代ニ對シテモ委任關係若クハ雇傭關係ノ一方ノミニテ足ルモノト解釋スルコト亦全ク同一ノ論旨ナリトス(商四五條)。

主人ト支配人トノ間ノ法律關係ニ付キテハ、商法上全力盡瘁義務ヲ規定シタルニモ拘ハラズ、主人ト番頭手代トノ間ノ法律關係ニ付キテハ、全ク之ヲ當事者間ノ意思表示ト民法ノ規定トニ譲リ且之ニ類似ノ義務ヲモ負擔セシムルコトナシ。蓋シ立法論トシテハ非難スヘキ問題ナレトモ解釋論トシテハ何等疑問ヲ生セサルモノトス(商四一條、四八條、七四條、二六四條)。

番頭、手代ト主人トノ間ノ關係カ委任契約ニ基ツクトキハ其番頭手代ハ主人ヨリ委任ヲ受ケサル行爲ト雖モ委任ノ本旨ニ反セサル限り之ヲ爲スコトヲ得ヘク(商五〇五條)、又主人ノ死亡ニ因リテ其關係ノ終了ヲ來ササルコト(商五〇六條)ノ二點ハ支配人ト同様ナリトス。

第四款 無名使用人

支配人、番頭又ハ手代ニ非サル商業使用人ハ商法上特別ノ名稱ヲ有セス。故ニ之ヲ無名使用人ト呼フコトトセリ。即チ無名使用人トハ主人カ自己ノ商業ヲ原則トシテ代理以外ノ作用ヲ以テ補助セシムル爲メ使用スル商業使用人ヲ謂フ。若者、小僧、丁稚、徒弟、見習生等ト稱スルモノ是ナリ。之等ノ中物品ノ販賣ヲ目的トスル店舗ノ使用人ハ其店舗ニ在ル物品ノ販賣ニ關スル權限ヲ有スルモノト看做サルルモ、其他ノ場合ハ一般ニ主人ニ代リテ法律行爲ヲ爲ス權限(代理權)ヲ有スルモノニ非スト雖モ、特ニ個々ノ行爲ニ付キ明示若クハ默示的ニ臨時ニ代理權ヲ授與セラルルコトヲ妨ケサルハ勿論ナリトス(商五〇四條乃至五〇六條、商四四條)。

意義

主人ト無名使用人トノ間ノ法律關係

代理權

主人ト無名使用人トノ間ニ存スル法律關係ハ、雇傭契約上ノ債務關係ニ限ルモノト看做スコト通説ナレトモ、若シ無償ナル場合アリトスレハ之ヲ説明スルコト能ハサルヘシ。而シテ我輩ハ無償ナル場合ヲ認ムヘキモノト考フルヲ以テ、無名使用人ト主人トノ間ノ法律關係ハ多クハ雇傭關係ナルニモ拘ハラス稀ニハ委任關係タルヲ妨ケスト解釋シ且其委任關係タル場合ト雖モ必スシモ無償タルヲ要セスト解釋セント欲ス。尙ホ之ニ代理權ヲ授與スル場合ニ付キ多數學者ノ見解ト我輩ノ持説ト異ナル所アルハ前二款中ニ述ヘタル所ナリ(商四五條)。

無名使用人ト主人トノ關係カ委任契約ニ基ツクコトアリトセハ、無名使用人ハ委任ノ本旨ニ反セサル限り委任ヲ受ケサル行爲ヲモ爲シ得ヘク、又無名使用人ニ代理權ノ授與セラレタル場合ニハ主人ノ死亡ニ因リテ其代理權ハ消滅セス。從テ主人トノ關係ハ少クトモ其代理權ノ存續スル限り消滅ヲ來スコトナシ(商五〇五條)。

第三節 代理商

本論 第四章 營業補助者

第一款 代理商ノ意義及ヒ種類

代理商トハ一定ノ商人(本人)ノ營業ノ部類ニ屬スル商行爲ノ代理又ハ媒介ヲ爲スヲ以テ自己ノ營業ノ目的ト爲ス商人ナリト定義スルコトヲ得ヘシ。而シテ商法第四十六條ハ代理商ノ意義ヲ積極的及ヒ消極的ノ兩方面ヨリ説明シ、其積極的方面ニ於テハ「一定ノ商人ノ爲メニ平常其營業ノ部類ニ屬スル商行爲ノ代理又ハ媒介ヲ爲ス者」ト曰ヒ、消極的方面ニ於テハ「使用人ニ非スシテ」ト曰ヘリ。前述ノ定義ハ此兩方面ヲ併セテ下シタルニ過キス(商四六條)。

本人ノ數
代理商ハ其補助スル商業主體即チ本人トシテ一定ノ商人ヲ有セサルヘカラスト雖モ、其本人ノ數ハ必スシモ唯一タルヲ要セス、一人ノ代理商カ數人ノ商人ノ爲メニ代理又ハ媒介ヲ爲スノ例ハ銀行等ニ於テ屢々見聞スル所ナリ。但所謂競業禁止ノ規定ノ存スルカ爲メ、後ニ代理商タルコトヲ契約スル場合ニハ前ノ本人ニ對シテ其許諾ヲ得サルヘカラス(商四六條、四八條)。

種類

代理商ニハ商行爲ノ代理ヲ爲スヲ以テ其營業ノ目的ト爲ス者即チ所謂代理的代理

商ト、商行爲ノ媒介ヲ爲スヲ以テ營業ノ目的ト爲ス者即チ所謂媒介的代理商トノ二種アル外、以上ノ二種ヲ兼スル者即チ所謂代理媒介的代理商ノ一種アリト知ルヘシ。

第二款 代理商ノ法律關係

本人ト代理商トノ間ノ法律關係ハ獨逸商法上議論ノ存スル所ナルヲ以テ、之ヲ我國商法上ニ移シテ多少議論ヲ生シタレトモ、我商法上ノ問題トシテハ極メテ簡單ナリ。即チ代理ヲ業トスル代理商ニ在リテハ委任契約上ノ法律關係、又媒介ヲ業トスル代理商ニ在リテハ準委任契約上ノ法律關係、又代理及ヒ媒介ヲ併業トスル代理商ニ在リテハ委任契約及ヒ準委任契約上ノ法律關係ニ外ナラス。要スルニ民法第六百四十三條乃至第六百五十六條ノ規定ニ從ヒテ決セラルヘキ問題ナリトス本人ト代理商トノ間ノ法律關係ニ付テハ民法中委任契約ニ關スル規定ノ適用若クハ準用アル外、商法上更ニ左ノ六點ニ付テ特殊ノ關係ヲ規定シタリ。左ニ逐次之ヲ説明スヘシ。

第一 商法第五〇五條ハ代理商ニモ適用セラルヘキ規定ニシテ、商行爲ノ受任者ニ限り民法第六百四十三條及ヒ第六百四十四條ニ對シ例外ヲ設ク。即チ民法上受任者ハ委任ノ本旨ニ從テ委託事務ヲ爲スノ外ニ途無キモノナレトモ、商行爲ノ受任者ハ其活動ノ範圍ヲ擴張セラレ委任ノ本旨ニ反セサル範圍内ニ於テ委任ヲ受ケサル行爲ヲモ爲スコトヲ得ルモノト規定セラレタルコト是ナリ。但委任ヲ受ケサル行爲ヲ爲ササルカ爲メニ契約違反ヲ以テ論セラルヘキモノニ非サルハ勿論ナリ。

第二 商法第四十七條ハ代理商ヲ限り民法第六百四十五條ニ對スル例外ヲ規定シタリ。即チ民法上委任終了前ニハ何時ニテモ委任者ノ請求アルトキハ受任者カ委任事務處理ノ狀況ヲ報告スルヲ要シ、委任終了ノ後ハ遲滞ナク受任者ヨリ其顛末ヲ委任者ニ報告スルコトヲ要ス。然ルニ代理商ニ在リテハ個々ノ代理又ハ媒介ヲ爲シタル毎ニ必ス遲滞ナク本人ニ對シ其通知ヲ發セサルヘカラスト規定シタルコト是ナリ(商四七條)。

第三 商法第四十八條ヲ以テ民法第六百四十四條ヲ補充シタリ。即チ民法ノ原則ニ從ヘハ受任者ハ委任ノ本旨ニ從ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ用ヒテ委任事務ヲ處理スルヲ以テ足り、其他ノ行動ハ制肘セラレスト雖モ、商法ハ更ニ代理商ノ行動ニ一定ノ限界ヲ附シ、本人ノ承諾ナキ限り自己又ハ第三者ノ爲メニ本人ノ營業部類ニ屬スル商行爲ヲ爲シ、又ハ同種ノ營業ヲ目的トスル會社ノ無限責任社員若クハ取締役ト爲ルコトヲ得サルモノト規定シタルコト是ナリ。我輩ハ之ヲ競業禁止ノ義務ト命名セント欲ス。但此制限ニ違反シテ代理商カ自己ノ爲メニ商行爲ヲ爲シタル場合ノ制裁ハ支配人カ全力盡瘁ノ義務ニ違背シタル場合ト同シク主人ニ所謂自取權ナルモノヲ法定セラル(商四八條)。

第四 商法第五十一條ヲ以テ留置權ニ關シ特ニ代理商ノ利益ヲ保護セリ。即チ民法ノ原則ニ從ヘハ代理商ハ自己ノ占有シタル物ニ關シテ生シタル債權ノ擔保トシテノミ其物ヲ債權辨濟ノ時(辨濟期ノ到來シタル以後)マテ留置スルコトヲ得ルニ止マレトモ、商法ハ代理商カ其委任事務ノ處理上本人ニ對シテ有スルニ至

リタル債權(代理又ハ媒介ヲ爲シタルニ因リテ生シタル債權)ノ爲メニハ此債權ノ發生ト何等ノ關係ナクシテ本人ノ爲メニ占有スル物及ヒ有價證券ヲ悉ク留置シ得ヘキモノト規定シタルコト是ナリ。但民法上ノ留置權ハ當事者間ニ何等ノ契約アリト雖モ之カ發生ヲ阻止スルコト能ハサルモノナルニモ拘ハラズ、代理商ノ留置權ハ本人トノ間ノ特別關係ニ基クテ以テ別段ノ意思表示ニ依リ之カ發生ヲ阻止スルコトヲ得セシメタリ(商五二一條、民二九五條參照)。

商法第五
十條ノ例
外規定

第五 商法第五十條ヲ以テ民法第六百五十一條ニ例外ヲ設ケタリ。即チ民法ニ在リテハ委任ハ各當事者カ何時ニテモ之ヲ解除スルコトヲ得ルヲ以テ原則トシ相手方ノ爲メニ不利益ナル時期ニ於テモ尙ホ解除スルコトヲ得ヘク、相手方ノ爲メニ不利益ナル時期ニ於テ解除シタルトキハ已ムコトヲ得サル事由ニ基カサル限り相手方ニ生シタル損害ヲ賠償セサルヘカラス。然ルニ商法ハ代理商ニ此任意解除ノ原則ヲ制限シ、已ムコトヲ得サル事由アルトキハ各當事者ハ勿論何時ニテモ其契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得レトモ、其他ノ場合ニハ當事者間ニ契約期

商法第五
〇六條ノ
例外規定

間ノ定アルト否トヲ區別シ、此定アリトスレハ各當事者ハ其期間内ハ解除ヲ爲スコトヲ得ス、之ニ反シテ此定ナシトスレハ各當事者ハ二个月前ニ豫告ヲ爲スニ依リ始メテ其契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ト規定シタルコト是ナリ(商五〇條)。

第六 商法第五〇六條ヲ以テ民法第六百五十三條ニ例外ヲ設ケタリ、即チ民法上ノ委任ハ委任者ノ死亡ニ因リテ終了スヘキモノナレトモ、商法ハ商行爲ノ委任ニ因ル代理權ハ本人ノ死亡ニ因リテ消滅セスト規定シタルヲ以テ、代理權ヲ有スル代理商ニ限り本人ノ死亡ニ因リテ消滅セサルモノト解釋セサルヘカラサルコト是ナリ。

第三款 代理商ノ代理權

代理ヲ業トスル代理商又ハ代理竝ニ媒介ヲ併セテ業トスル代理商ノ有スル代理權ハ民法ノ代理ニ關スル原則ニ從フ外、商法上左ノ三點ニ於テ特殊ノ性ヲ有質ス。

即チ

第一 代理權ノ擴張

代理權ノ
擴張

本論 第四章 營業補助者

更ニ之ヲ左ノ二者ニ區別シテ説明セサルヘカラス。

(一) 商法第五百五條ノ規定ニシテ、代理權ノ範圍ヲ擴張シ委任ヲ受ケサル行爲ト雖モ委任ノ本旨ニ反セサル範圍ニ於テハ代理商之ヲ爲シ得ヘキコト是ナリ。

(二) 商法第四十九條ノ規定ニシテ、物品販賣ノ委託ヲ受ケタル代理商ニ限り、其本人ヨリ授與セラレタル權限ノ如何ニ拘ラス、自己ノ取扱ヒタル賣買ノ目的物ノ瑕疵又ハ數量ノ不足其他賣買ノ履行ニ關スル通知ヲ受クル權限ヲ有スルコト(商四九)是ナリ。

匿名代理

第二 匿名代理

商法第五百四條ノ規定ヲ代理商ノ代理權行使ニモ適用スルコトニシテ、即チ代理商ハ本人ヲ代理スルニ付キ假令本人ノ爲メニスルコトヲ示ササル場合ト雖モ尙ホ其行爲ハ本人ニ對シテ完全ナル效力ヲ生スヘク、唯代理商ハ其本人ノ爲メニスルコトヲ知ラサリシ相手方ニ對シテ履行ノ責ニ任セサルヘカラサルコト是ナリ。

第三 本人ノ死亡

本人ノ死亡

商法第五百六條ノ規定ヲ代理商ノ有スル代理權ニモ適用スルコトニシテ、本人ノ死亡カ代理商ノ代理權ノ消滅原因タラサルコト是ナリ。

改正 商法 總論 (完)

昭和十六年六月十一日改訂初版印刷
昭和十六年六月十五日改訂初版發行

正改 商法總論
定價金壹圓五拾錢

著作
所有

著者 志田 鉦太郎

發行者 株式會社 巖松堂書店
東京市神田區神保町二丁目二番地

代表者 波多野 一
東京市淀橋區戸塚町一丁目二番〇番地

印刷者 河田 保治

發兌元

東京市神田區
神保町二丁目

巖松堂書店

電話九段(33)四一三五番 四一三六番
四一三七番 四一三八番
銀座口座東京六五五六番

412

27

終

