

その受取人はその申込を拒絶したる場合にも、これを返還し又保管する義務を負はないのが民法の原則であらう。營業社會には申込と同時に物品を送ることが屢々ある。そこで、商法はこれについて申込を受けたる者の保管義務を定め、營業社會に於ける同業者の仁義を發現せしめてゐる(商法五二〇條)。この申込は必ずしも賣買たることを要しないのである。又、平常取引を爲す者より、申込が爲されたるや否やも問はない。然し、次の要件がある。即ち、(イ)双方が營業の主體性を有つこと、(ロ)その營業の部類に屬する申込を受けたること、(ハ)物の價額が保管費を償ふに充分なること、(ニ)その受取りたる商人に保管によりて損害を與ふる虞なきこと、これである。この要件によつて營業の主體者たる商人が自ら責任者として、善良なる管理者の注意で保管すべきことになるのであるが、如何なる方法によるかは具體的に異なることであらう(他人の倉庫に寄託してもよい)。自助賣却權は當然にはない(商法五二七條、五八五條參照)。この保管義務不履行のときは損害賠償債務を負ふのである。

(2) 契約の申込を受けたる者は、これに對して、敢て承諾又は拒絶の意思を表示する義務を有たないのみならず、沈黙が承認と看做されないのが民法の原則である(民法二六六條)。従つて、拒絶の通知がなければ、假令、申込を承諾したるものと看做す旨の通告を爲しても、相手方は、これに拘束せられない。然るに、商法は營業社會の取引の迅速と仁義との要請に於いて、商人が平常取引

を爲す者より、その營業の部類に屬する契約の申込を受けたる場合に關して、諾否通知の義務と、その懈怠の效果とを規定するのである(商法五〇九條)。扱て、先づ、この通知義務が発生するためには、(イ)申込人の商人たるや否やは問はないが、申込を受けたる者が商人たることを要する。(ロ)一、二回の取引のありたるのみでは平常取引關係(これも白地であるから)にあるといふことは出来ない。(ハ)營業の部類に屬する申込とは所謂基本的商行爲に關することを要する。(ニ)拒絶の通知はこれを發すれば足るのである(商法五〇九條前段、民法五二六條參照)。次に、この諾否の通告をば怠りたるときは、無能力又は不知等の理由によつて通知を發しなかつたといふが如き過失なき義務の違反は別として、一般に承諾したるものと看做されるのである。即ち、拒絶通知の懈怠は承諾の效果を生するのである(民訴法七三六條を援用する必要は)。従つて、契約は當然成立することとなるのである。かくて、申込人も申込を取消すことを得ないのである。尤も、特約によつて本條を排斥することは出来る。尙ほ、申込と同時に、商品の送附を受けたるときは、遲滞なく諾否の通告を發せざれば、承諾と看做されるであらう。要するに、本條による通知義務の負擔は申込を拒絶せんと欲する場合だけである。

二 行爲の有償性

(1) 報酬請求權(商法五二二條)に於いて商行爲の特性、殊に、營業の營利性を現してゐる。

民法の原則によれば、他人のために爲したる行爲は、賃貸借、雇傭、請負等の有償行爲を除き、無償なのである（民法六四八條、六五〇條、六六五條參照）。この民法の原則の例外を爲すのが商法規定である。即ち、(イ) 商人の行爲たることを要し、相手方は商人なりや否やは問はない。而して、行爲の當時、商人であればよい。(ロ) 營業の範圍内の行爲たることを要する。營業の部類に關する行爲のみならず、苟も營業上の關聯さへあればそれでよい。これは營業上の利益若くは便宜のために爲す一切の行爲（大判、昭八・九・二九、民集一二卷三三九頁）をいふのである。固より、法律行爲たると事實行爲たるとを問はない。然し、營業の範圍内の行爲でも、營業上のサービスとして無償と通念せらるる場合、例へば、見積書の作成、商品の包紙の如きは反證なき限り無償である。(ハ) 他人のために或行爲を爲したることを要する。これは他人の利益のために、委任其他の契約による場合のみならず、事務管理の場合も本人の意思に反せざる限り、適用あるものと解せられる（委任の有無に拘らず、適用あるものとの判例、朝高判、昭一〇・一二・二四、商判集追一九三頁）。現實に他人の利益となりたるや否やは問はない。(ニ) 報酬の請求を爲し得ることは、敢て、費用の請求を排斥するものではない。要するに、上述の要件を具備するならば、當然に、この請求權を生ずるものであるから、無償を主張する者に於いて、その舉證の責任がある。

(2) 利息請求權は次の如く法文に現れてゐる

これは(イ) 金銭消費貸借のときの法定利息を請求する場合（商法五二條）と、(ロ) 金銭立替のときの法定利息を請求する場合（商法五二條）とである。これも報酬請求權の場合と同趣旨の規定であつて、兩者共存する譯である。而して、これ亦民法規定（民法五八七條、五九〇條一、七〇三條、七〇四條）の商化に外ならない。(イ) 金銭消費貸借の法定利息についての請求權の發生は商人間の場合に限る。こゝに商法は、一方に於いて、非商人が商人より借金したる場合を除外し又金銭以外の代替物の消費貸借に及ばないであるのは立法として狭きに失し、他方に於いて營業に關すると否とを問はぬが如く表現してゐるのは立法として妥當を缺く嫌がある。(ロ) 金銭立替とは契約、事務管理等に基き廣く他人のために金銭を出捐することを意味する。尙ほ、商人はこの立替行爲自體についても更に相當の報酬を請求し得るものである。

(3) 法定利率、即ち商事法定利率については次の如くである。

民法に於ける法定利率は年五分であるが（民法四〇四條）、商法は商行爲によりて生じたる債務即ち當事者の何れかのために商行爲たる行爲による債務に關して法定利率を年六分としてゐる（商法五二條）。ここに商行爲によりて生じたる債務といふのは商行爲の效力によりて生じたる債務のみならず、廣くその變形と理解せられる債務不履行による損害賠償義務其他債務不履行による解除の場合の原

狀回復義務の場合をも含むものである(大判、昭五・一〇・二)。(五、新聞三〇二四號)。

(4) 賠償額の豫定の自由も亦行爲の有償性に準じ得るであらう。民法の原則によれば、債務の不履行につき当事者が損害賠償の額を豫定した場合には裁判所はその額を増減することを得ないのである(民法四)。而かも、別に利息制限法(明一〇・九・六一)は經濟上の弱者保護の立場から金銭の消費貸借に關する限り、不當の豫定賠償額は裁判官に於いて相當の減少を爲すことを得るものとしてゐる(利制法五條)。ところが、商法に於いては賠償額の豫定に關する規定(五條)のみは適用なく、全然當事者の自治に放任せられてゐる(商法一)。蓋し、營業社會に於いては商人は對等の立場に立つものである。従つて賠償額の豫定も自由に約定し得るものであり、裁判所が後日その額を増減するが如きは、徒らに取引を害するといふ理由から出たものであらう。併し乍ら、かゝる自由主義的基調は現實に於いて妥當するものであらうか。

三 債務の履行

(1) 債務の履行又は履行請求の時期につき、商法は規定を定めてゐる(商法五)。本條に法令といふのは、例へば、銀行法(一八)、同施行細則(二三)、取引所令(六)、商店法(三)の如きものである。又、本條にいふ慣習とは會社の執務時間の如きものである。かゝる法の考慮は、一般民事の取引

に於いても同様であると解せられるのである(民法一)。然し、商取引の場合が、特に實用があるために注意的に規定してゐるものと解せられる。従つて、時間外の請求に對しても、債務者が任意に履行するを妨げない(大判、昭六・一一・一八)。(民三、新聞二八〇號)。

(2) 債務の履行の場所に關し、(イ)商行爲によりて生じたる一般債權、(ロ)指圖債權及び無記名債權、(ハ)支店に於ける取引による債務について、商法は疑を避ける意味に於いて注意的規定を設けてゐる(商法五)。本條は、次の如く分解し得る。即ち、原則として債權者の現時の營業所、若しこれなき場合は住所に於いて履行する。例外として、特定物の引渡債務の場合には行爲の當時そのもの存在せし場所である(民法は債權發生の時を標準)。(民法四八四條參照)。従つて、本條に於いて「其他ノ履行」といふのが原則の場合であり、「特定物ノ引渡」といふのが例外の場合である。尙ほ、支店はその取引について營業所と看做される。蓋し、債務の履行には當事者の意思に即するからである(商法五二)。履行と同一効果を生ずべき相殺も亦支店に於いて爲せば足るのである。(六條三)。

四 連帶債務

商法は連帶債務について(1)多數當事者の連帶債務と(2)保證人の連帶債務とについて規定を有つてゐる。これは營業社會の確實性を齎さんがための一種の協力的意味を有つものと理解せられる。

(1) 多數當事者の債務に關し民法では特約なき限り分割債務であるのが原則である(民法四二七條)。然るに商法はここに當然債務の連帶性を承認してゐる(商法五一條)。即ち、數人の債務者が連帶するのである。これを分解すれば次の如くである。(イ)債務が債務者の一人又は全員のために商行爲たる行爲によりて生ずることを要する。この場合、債務者は必ずしも商人たることを要しない。尤も債權者のためにのみ商行爲たるときは本條の適用はない。(ロ)債務が商行爲によりて生じたことを要する(例へば、營業用家屋)。(ハ)債務は各債務者が一個獨立の行爲によりて負擔することを要する。蓋し、然らざれば、數人のものは一個の債務を負擔することを得ないからである。(ニ)これ等のもの間に特殊の内部的共同關係(例へば租合關係)の存在する必要はない。尙ほ、本條は債權者に對する關係であるが故に、内部關係については民法又は特約によるものと解する。

數人の債務者中その一部のものために商行爲たる行爲によつて連帶債務が発生したる場合に他のものの債務も商法上の債務となつて利息、時効等商法の規定の適用を一律に、受けるか否か問題であるが、これについては商法第三條の趣旨よりして積極に解する。

(2) 保證人の連帶債務性について商法はこれを規定してゐる(商法五一條)。保證債務には民法上所謂附從性(Accessorität)と補充性(Subsidiarität)とがある。即ち、附從性のため、主たる債務

が存在しないときはこの保證債務も亦存在しないのである。又、補充性のため保證人は催告の抗辯(民法四五二條)、檢索の抗辯(民法四五三條)、分別の利益(民法四五六條)を主張し得る。併し乍ら、かくの如きは商取引上の債權に對して確實を期する所以ではない。そこで、商法は保證債務の附從性にまでは立入らないが次の如き場合に、補充性について變更を加へてゐる。即ち、(イ)債務が主たる債務者の商行爲によりて生じたる場合、法の建前では商行爲に基調を置いて、その主たる債務者の商人たるや否やは問はない。苟も主たる債務者のために商行爲によりて生じたる債務であれば、それでよいと解せざるを得ないやうになつてゐる。又債權者にとつて商行爲なりや否も問はぬ。(ロ)保證が商行爲なる場合とは商人がその營業のために保證を爲す場合である。即ち、(i)商人が得意先のために保證を爲すが如く(例へば、銀行が爲す)運送品のための保證、保證を爲す行爲が商行爲たる場合、(ii)商人がその債權の實行確保のために保證を爲さしむるが如く(例へば、銀行が取引に保證人を立てしむるが如し)、保證を爲さしめる行爲が商行爲なる場合、即ち附屬的商行爲となる場合である。かゝる場合に、その保證人は主たる債務者と連帶してその債務を負擔する。本條の主たる債務者及び保證人が「各別ノ行爲ヲ以テ」といふ意味は「主たる債務と保證債務とが同時に發生しない場合と雖も」といふ位の意味である。即ち時間的間隔をおいでといふ意味に解する。

數人の保證人が各別の行爲で保證したるときは、その保證人の間にも、連帶關係を生ずるのであらうが（大判、明四四・五・二三、民録一七輯三二）、これについては規定はない。商法第五一一條には債權者保護の目的を達せんとする精神があるのであるから當然積極に解すべく、従つて所謂分別の利益を有しないと解する（民法四五、六條參照）。

五 商事委任

委任に關する民法の原則（民法六）に對して營業の維持發展といふ積極的活動のために商法も亦規定を有つてゐる（商法五）。即ち、商行爲の受任者は委任の本旨に反せざる範圍に於いて委任を受けざる行爲を爲すことを得る。ここに「委任ヲ受ケサル」とは個々の具體的なる點について委任を受けざる行爲と解する。即ち、一般的に委任の範圍に屬する以上、具體的に指令されなくとも、その行爲を爲し得る意味である（商品買入の受任者が市場の變動に際して）。本條は元來それ自らは委任者と受任者との内部關係を定めたもので外部的な代理に關する規定ではないのであるが、委任の本旨に反せざる限り委任を受けざる行爲に代理權の範圍が及んでゐるのである。殊に、前後の規定は代理に關する規定である點から見ても、本條は少くとも、民法の例外的規定ではあるまい。規定の上からは民法は消極的表現文句であり、商法は積極的表現文句であるから、

寧ろ注意的擴張解釋規定と見ることが妥當なのであらう。併し乍ら、何れも文句は白地的であるから、解釋はどうにでもなる。只だ、商法に於いては、その特性から委任事務の範圍を廣く解するのが本條の存在を生かすこととならう（大橋「商行爲法講義」三二頁參照）。

第三章 營業行爲法に於ける商事契約

第一講 商事賣買契約

商行爲法に於いては、民法規定たる賣買、相殺、組合、及び寄託の四つの契約が高度に商化せられ、それぞれ商事賣買、交互計算、匿名組合、商事寄託の契約形式となり、商法に於ける有名契約とも名付け得るものがある。而して、これらの契約形式は既に商法規定の上で定型化されてゐるが故に、商事契約とも名付け得るものである。今、これら各契約を各講に分けて説明しよう。先づ、本講に於いては、商事賣買契約について述べる。

商法は商事賣買契約として、(一)商人間賣買と、(二)確定期賣買との二つについて規定を有つてゐる。我が商法はこれにつき特に商事賣買と名付けてはゐないが、商事賣買と別稱するも妨げない(中村「商行爲法」二八頁参照)。この商事賣買は商品の種類により、又その賣買方法及び地方の慣習によつて、異なるものがあるので共通規定に適しないものがある。そのため、僅かに、五ヶ條の規定を有するに過ぎない。従つて、商事賣買規定の任意性の下に、標準契約(例へば、Form No. 1)、賣買約款、商慣

習等の活動の餘地が非常に多く期待せられてゐる。

商事賣買に關する商法の規定を概見するに、大體に於いて、買主の協力を求め、賣主の保護に任じてゐるところが多いやうであり、一見、これが不公平の如くである。併し乍ら、そこには抽象的であるけれども商人仲間といふか、營業社會といふか、一つの制度社會が基盤にあり、今日の買方は明日の賣方に現れるものであり(大橋「商行爲法」講義九二頁)、その規定は營業者仲間の仁義の要請として制度的發現と理解せられるのである。私は、ここに商事賣買契約の制度性を強く指摘し得るのである。實に、商法が双方向的商行爲に關して、かかる考慮を爲してゐる眞意は、かくの如く理解せられなければならない。

扱て、商事賣買が商行爲たることを要するといふ規定はないが、商行爲たる賣買即ち營業の動的發現たる賣買に於いて、始めて、その迅速性も必要なのであるから、理論上、迅速性を發現してゐる商事賣買は少くとも、商行爲たることを要するものと解せられる(尤も、解釋上からも、商法五二章の規定は商人間の賣買を規定してゐるの)。尙ほ、商事賣買の規定の適用下にある商人は、必ずしも賣買のみを營業とする必要はない。所謂商人間賣買たる以上は、營業の種類、態様の如何に關係はない。又、目的物を動産、不動産、有價證券等に限定する必要もない。物なる用語に拘泥する必要

はあるまい。

一 所謂商人間賣買について、商法は、(a)買主の目的物供託競賣(商法五二四條)、(b)買主の目的物検査通知義務(商法五二六條)、(c)買主の目的物保管義務(商法五二七條、五二八條)を規定する。

(a) 目的物供託競賣(買主の受領遅滞)に關し、民事賣買に於いては、賣主が目的物を送つても、買主が受取らないといふ場合、即ち、債権者遅滞の場合は、債務者は賣買の目的物を供託又は競賣することが出来る(民法四一三條、四)。然し、この競賣については、供託に適せざる物又は滅失毀損の虞ある場合のみ、その競賣を爲すことが出来るのである。而かも、裁判所の許可が必要である(民法四九七條)。併し乍ら、これでは、商行為の特性を満足し得ない。ここに、商法は供託の外に、簡単な競賣方法として所謂自助賣却權(Recht des Selbsthilfeverkaufs)を規定するのである。即ち、競賣に裁判所の許可を必要としないのである。而して、商法は供託權については結局民法第四九四條の規定を反覆してゐるに過ぎないのであるから、商法に於いては、只だ自助賣却權のみに意義が存する譯である。尤も、この供託については、民事賣買と商事賣買とに於いて多少相異點が認められる。即ち、供託の通知について、前者の場合は到達主義であるが、後者の場合は發信主義になつてゐる。商事賣買に於いては、賣主は供託を爲したるとき、遅滞なく、買主に對

して通知を發するだけで、その義務は盡されるのである(商法五二四條、後段)。尙ほ、一般に供託の手續については、民法第四九四條、第四九六條及び供託法(明治三二・二・八、法一五、大正一〇・法六九號改正)、供託物取扱規則(大正二號)がある。

ここに、自助賣却(目的物の競賣)の手續について説明すれば、次の如くである。即ち、先づ、相當の期間(この白地規定は目的物を受取るか、競賣を甘んじて受けるかの對策に必要な期間と解する)を定めて、目的物を受取るべき旨を催告するのである。この催告は民法の場合の如く供託に適するや否やを問はず、又裁判所の許可の有無を問はず、只だ、相當の期間を定めて催告するのである。催告は到達することが必要である。然し、催告の方法には制限はない。口頭でも、電話でも、文書でもよい。而かも、損敗し易き物については催告さへもせず、即時競賣を爲し得るのである(商法五二四條、後段)。進んで、賣主が競賣したるときは、遅滞なく買主に對して、その通知を發することを要する(商法五二四條、後段)。この通知は發信主義であり、而かも、競賣の效力についての發生條件ではない。これを怠りたるとき賣主が損害賠償義務を負担するだけのことであつて、この通知の有無は競賣の效力を妨げないのである(大判、大正〇・民錄二七、一・二九頁)。この競賣の手續については競賣法(明三・六・二一、法一五號、大正一〇・法六八、昭六・法一九號改正)の定むるところである。即ち、執達吏が賣主の委任により、執達吏の名義で、結局、賣主の計算に於いてするのである。

(殊に、競賣法三條) 競賣の代價はこれを供託することを要する。若し、代金の辨濟期が到來してゐたならば、代價の全部又は一部を代金に充當することが出来る。即ち、充當權が発生するのである(商法五二四條但書、民法四)。而して、この賣主は供託を爲すや、競賣を爲すやは全く自由である(九七條では全部供託となる)。尤も、競賣の豫告付で催告したるときは供託は出来ない。而して、本條の規定に違反してこの自助賣却が爲されたるときは、自助賣却たるの効力はない。但し、その場合にも賣却の態様如何によつては事務管理となり得る(中村「商行爲法」一七頁參照)。尙ほ、前記の充當權とは、この場合、賣主の競落代金給付義務と買主の代金債務とを相殺することを意味する。従つて、競落代金不足のときは賣主は不足代金を買主に請求することを得る。又、競落代金の過剰なるときは殘額を供託することが出来る。本條の規定は任意規定であるから、當事者は如何やうにも定めることが出来る。又、慣習の存在する餘地もあるのである。

(b) 目的物検査通知義務、即ち、検査の通知義務(Rügepflicht)について、民法の原則は、賣買の目的物に瑕疵ある場合又は數量の不足ある場合は、買主はその事實を知りたる時より一ヶ年内に契約を解除し、代金の減額又は損害賠償を請求することが出来る(民法五六三條乃至五六六條、五七〇條、五七一條參照)。然し、

これでは商人的經驗について非専門家たる買主の方にとつては、或は妥當であつても、敏速を尊ぶ商人間賣買に於て、一ヶ年間といふ長い間、損害賠償の請求といふ救濟權が行使せられ得るといふことは賣買契約の效力を長く不安定のままに放置することになつて、營業者仲間の仁義から見ても妥當を缺くこと甚だしい。蓋し、一方に於いて賣主に於いては瑕疵又は不足の通知があれば、適當の處置もとれたであらう。他方に於いて買主は一ヶ年賣主の危険に於いて投機を爲すことも出来たであらうからである。ここに、商法は一應賣主の保護を圖つてゐるのである(商法五。即ち、特に、賣主の利益に於いて、而かも、買主の負擔に於いて、買主に一定の作爲義務を課し、然る後、始めて、右の救濟權を行使し得ることにしてゐる。これを詳説すれば、先づ、買主が検査を爲し得べき事實上の可能状態に於いて、目的物自體(特定物たる否とは問はない。大判、買主が検査をすべきは(客觀的に検査し得べき状態をいふ。單に貨物引換證を受取りたるだけでは充分でない)、遲滞なくこれを検査して通知する(一つの法律的)義務を負ふのである。この場合、検査は義務でなく、通知することが義務的なのである。

この通知義務には原則と例外とがある。原則の場合は、商人的・専門的知識經驗に基き、尋常の注意で約定の目的物の瑕疵(隠れたる瑕疵のみに限らぬ。又、權利の瑕疵(Mangel im Rechte)(民法五六一條乃至七〇條)。例へば、机の足一本の如し、又數量不足なども含める。判例によれば、機械の部分品の不足は物の瑕疵である。大五・五・二九、民錄二二輯一〇五五頁)あることを發見したるときは直ち

に(賣主が善後策を講ずる必要があるからである。買主) 賣主に通知を發することを要する(その不到達又は遅延は買主の關するところでは(買主の關するところでは)「商品たるに不適し」、「不約違反の品なり」)。この通知は賣主が善後策を講ずるに必要なる程度に具體的なるを要する(「商品たるに不適し」、「不約違反の品なり」)。然し、解除を爲すとか、減額又は損害賠償の請求を爲すとか、いふことまでも通知する必要はないのである。例外の場合は、尋常一様の注意では容易に(相當の検査) 直ちに發見すること能はざる瑕疵ありたる場合にも、後日買主が六ヶ月以内にこれを發見するときである。六ヶ月經過後に於いては假令瑕疵を發見して直ちに、これを通知しても、もはや、買主は本條による救濟權を行使することは出來ないのである(商法五二六、條一末段)。

この商法の規定は民法上の契約解除、代金減額、或は損害賠償請求等の所謂救濟權の存否の要件を定めたるのみであつて、敢て、民法上の請求權に特則を設けたのではない。又、買主が商法上の通知を發しなかつた場合に、右の救濟權を行使し得ないといふだけのことである。即ち、權利を喪失する不利益の效果を受けるだけのことである。従つて、これは所謂間接義務(所謂自分自身とも稱し)を規定してゐるに過ぎないのである。即ち、強制的給付義務ではなく、従つて、眞の義務ではない。逆に、買主は通知しなかつたからといつて、損害賠償義務を負担するものではないのである。この通知義務は賣主の悪意ありたる場合、即ち賣主が契約の當時より目的物に瑕疵又

は數量不足のあることを知つてゐたときは存在しないのである。尤も、敢て、害意たるを要しない。瑕疵あることや、不足してゐることを知つてゐるだけでよい(商法五二)。本條は任意規定であるから、豫め合意で如何様にも定め得る。單なる保證附での賣買は必ずしも、この検査通知義務を免じたもののみは解し得ないであらう。

(c) 目的物保管義務に關し、民法の原則では、契約の解除が爲されたる場合、買主は既に受取らるる目的物の返還義務を負ふのである(民法四五條)。而して、買主はこれを賣主に返還して、一切の義務を免れ得る。たまたま、それを受取つても、敢て、保管しなければならぬといふ義務はない。然し、これでは營業社會の協同的精神に反し、營業者仲間の仁義に叛き、商取引に於いて不便宜かつ不利益である。そこで、所謂商人間商行爲たる賣買に於いて、商法は制度的協力を發現せしめて、次の場合に、買主に保管義務を課し、賣主をして、その物品を、その所在に於いて、適宜處分することを得せしめ、以て、その返還の費用及び手数料を省かしめる法考慮に出づるのである。(イ)買主が目的物の瑕疵又は數量の不足により契約の解除を爲したるとき(商法五二七條)。(ロ)買主に引渡したる物品が註文したる物品と異なり、又は註文したる數量を超過したるとき(商法五二八條)。(ハ)物品が賣買の履行として、賣主の事實上の支配を離れて置かれてあるとき、これである。

これらの要件の具備する場合に、買主は賣主の費用を以て賣買の目的物を保管又は供託するのである(商法五二七條I、五二八條、これ) 保管と供託との中、何れの方法をとるかには買主の自由である。保管に關する立替費用は賣主に償還の請求を爲すことを得る。保管したる場合にも、賣主が契約解除後自らこれを處分するのに相當な期間に亘つて、保管を要するに止まり、無限の期間に亘つて、保管する義務はないのである。尤も、物品が滅失又は毀損の虞あるときは、裁判所の許可を経て、これを競賣(Notverkauf)し、代金を保管又は供託することを要する(商法五二七條I但書)。又、買主が競賣したるときは、遲滞なく、賣主に對して、通知を發することを要する(商法五二七條II)。本條の規定は一應賣主の保護ではあるが、制度的正義の發現と理解せられる。従つて、買主が、この義務に違反したる場合には、損害賠償の責に任じなければならぬのである。この點が前述の所謂自己に對する義務を規定する商法第五二六條の場合と大いに異なるところである。蓋し、第五二六條の場合には買主が義務を怠れば、賣主は完全に債務を履行したことになるのであつて、もはや、損害賠償の問題を生ずる餘地がないからである。

因に、本條は所謂異地賣買(Distanzkauf)のときに適用し、同地賣買(Platzkauf)には適用はないのである。併し乍ら、賣主が買主の指定したる土地に目的物を送付したるときは本條の適用

があるものと解せられてゐる。即ち、本條は賣主及び買主の營業の本據たる營業所(若し營業所なきときは、住所と規定しあるは營業中心説に即しない)が同一市町村内にある場合は適用しないことになつてゐる(商法五二七條III)。蓋し、同一市町村内であれば、適宜な處分がとれるからである。

II 確定期賣買(Fristgeschäft) について、民法上は催告を爲さずして解除を爲し得るものであり、そのためには、解除の意思表示が必要である(民法五二四條)。即ち、債權者が解除の意思表示を爲すまでは契約の効力が存続するのである。然し、これでは、債務者(概ね賣主であるが)は債權者(概ね買主であるが)に對して履行請求か解除通知か、何れか不定の状態に置かれるのである。加之、解除權が債權者の投機に利用せられる危険があつて、營業社會の仁義が破られる虞がある。そこで、商法は所謂商事確定期賣買に關する限り、賣主保護の建前から、一定の條件の下に解除の意思表示を俟つことなく、當然に、それが解除せられたるものと看做すのである(商法五二五條)。即ち、(イ)一定の履行期日に履行せられることを契約の要素とするのみならず、履行期以後の履行が本來の利益を齎さないといふやうに、時間に重力がかかつてゐる確定期賣買、即ち、その時期に於ける給付のみが一方當事者の義務とせられる意味を有つところの給付の確定期付賣買(例へば、中元用)が成立すること(單に、日時又は期間を定めたるのみでは未だ足らぬ。大判、明三九・一〇・二八、民錄一三二輯、一二九三頁)。(ロ)明文はないが、本條の建前から、少くとも、當事者

の一方に於て商行爲であることが推測し得る。(ハ)履行を爲さずして(債權者遲滞ありや、不履行につき過る事由により履行不能ありや等は問はず)履行期の経過してゐること(経過後は契約の効力はない)。(ニ)直ちに履行の請求を爲さざること(請求の到達及び遅延の危険)は請求者がこれを負擔する。

以上の要件が備はつてゐる場合は、既述の如く、その効果として、契約の解除と看做されるのである。かかる効果を防止せんがためには、債權者は履行期経過後、直ちに、履行の請求を爲さねばならぬ(商法五二五條)。然し、この履行は本來の給付に對するものではなく、通常の賣買に變じたるものに對する。即ち、先の確定期賣買は通常の賣買と化し、債務者が履行を肯じないときは一般原則によつて、契約の解除を爲す外はない。

第二講 交互計算契約

營業に於いて、商人が相手方と繼續的取引關係にある限り、その取引毎に、現金受渡の手續と費用、及び危険並に資金の無用なる固定を避け、併せて、取引關係の簡易を圖るために、一定の期間内に生じたる債權・債務を總括して相殺することは商取引の合理主義に於いて必要なることである。これは主觀的には、支拂行爲の一種であると同時に、個々の債權・債務の辨濟、讓渡、相殺等を禁ずるものであるが故に、一つの信用行爲とも理解せられる。而して、客觀的には、如何なる種類の金錢債權でも、この總體的・包括的外套契約 (Mantelvertrag) の中に包み込んで、信用を中心として、一色に塗りつぶすのである。而かも、一つの制度的現象として理解せられるものにして、その限りに於いて、手形制度によく似てゐる。然し、手形の場合の如く、何人でも、この制度に加入し得るといふ譯にはゆかぬのである。

一 交互計算は、元來法技術から見れば相殺より轉化し、それが商化せられたものである。この交互計算は一三世紀初頭、イタリア都市に於ける慣習法として發達し、それが後に至つて、各國の法制に繼受せられたるものである。今日、イタリア商法は *conto corrente* と稱して、その

第三四五條乃至三四八條に規定する。又、ドイツ商法は *laufende Rechnung* として、その第三四五條乃至三五七條に規定する。フランス商法は *compte courant* につき一般規定を缺くも、特許銀行及び問屋の破産に關する特別法令には條文があり、他に商慣習法を基礎として發達したる判例法がある。

二 交互計算の性質はそれ自體計算關係であり、債權・債務の辨濟方法であるが、それは、又一つの制度的現象とも理解せられるのである。而して、商法第五二九條には契約といふ文字はないが、これは一つの諾成契約である。而かも、これは或は信用開始契約とか、或は支拂猶豫契約とか、或は相殺の豫約であるとか、或はこれらの混合契約であるとか學説は相當岐れてゐるが、例によつて、民法の典型契約の中に押込めんとする考へから出てゐるのである。それは營業に於ける協力的現象であつて、一つの計算制度の創設利用行爲であり、商事諾成契約の一種であると解して充分である。而して、これは營業の主流的活動より見れば、自己の營業のためにするのであるから、その契約は一つの纏まつた附屬的商行爲である。これ、商行爲編第三章として六ヶ條の條文を以て、交互計算に關する規定が存在してゐる所以である。この契約を分析すれば次の如くである。

- (a) 當事者の一方は尠くとも營業者たるを要する。換言すれば、商人資格あるものたることを要する。然る限り、非商人、小商人と雖も、當事者となり得るのである。即ち商人相互又は商人と非商人との間に於いて存在する關係なのである。營業の名義者に非ざる非商人間は同一内容の契約があつても、それは民事交互計算と呼ばれるものであつて、ここにいふ商事交互計算ではない。
- (b) 當事者間に平常繼續的取引關係のあることを要する。當事者双方に債權・債務の生ずる可能性あることは必ずしも要しない。たまたま、一方のみに債務が片寄つて生じた場合でも敢て妨げないものであると解したい。尙ほ、これは取引關係に基くことを要するのであつて、例へば、不法行爲、事務管理等に基く債權・債務や第三者より譲り受けたる債權であつてはならぬ。
- (c) 一定の期間内に生ずる債權・債務を契約の客體とするのである。尤も、特約で一定の債權・債務を排斥することは出来る。民法上の相殺に於いては、債權の目的物が同種であれば足るのである(民法五〇五條)。然し、この交互計算は多數の債權・債務を一團として、總括して相殺するものであるが故に、相殺に適する債權・債務であることが必要である。實際に於いて、金錢のみがこの目的に叶ふのである。手形債權の如きは金錢的債權であるから、この目的に適しなるとは必ずしも解されないのである。

(b) これは契約に定まりたる一定の期間内に發生することを要するのである。所謂交互計算期間 (Kontokorrentperiode) の定めなきときは六ヶ月とする(商法五三一條)。この期間を確定する意義は總額の相殺を爲すべき時期を定めることと、組入債權の範圍を確定するにあるのである。

(c) これは債權・債務の總額について、相殺して、その殘額を支拂ふのである。

三 交互計算契約の効力は次の如く、これを計算期間中の消極的效力と、計算期間經過後の積極的效力とに分つことが出来るのである。

(a) 消極的效力は契約自體によりて、各個の債權に、直ちに發生する效力である。即ち、各個の債權・債務は不可分的に一體を爲し、一定の拘束の下に制約せられ、その行使・相殺・讓渡等、一切の處分行爲を爲さざる義務が發生するのである。

(1) 債權・債務は一定の期間内は停止せられたる状態にある。従つて、個々の債權は總額計算迄は當然に、猶豫せられ、一方に於いて、債權者は履行の請求を爲すことを得ず、従つて、又時効は進行しない。他方に於いて、債務者は履行を爲すことを得ず、又従つて、遲滞の責を負はない。

(2) 各個の債權・債務は不可分的一體であり、各別に獨立して、履行を請求し得ない。従つて、交互計算に組み入れられたる債權について、讓渡、質入の處分を爲し得ないのである(民法四六六條但書參照)。

併し乍ら、この讓渡・質入禁止は當事者間の效果であつて、善意の第三者には對抗し得ないものと解せられる。即ち、當事者の一方が善意の第三者に債權を讓渡したる場合、或は善意の差押權者が交互計算當事者の債權を差押へたる時、或は善意の第三者がその債權を質に取りたる時は、これら善意の第三者は法律上有効に權利を取得すると解するのである。これ、蓋し、當事者の對内關係によつて高次制度たる取引社會の一般秩序を紊してはならぬためである。又、當事者は交互計算外の他の債權・債務を相殺し得ないのである。即ち、契約期間中は交互計算中の債權・債務は各々活動が停止せられてゐるからである。學者は以上の交互計算の性質を交互計算不可分 (Indivisibilität) の原則と呼び、交互計算の消極的效力の中核と理解してゐる。かくの如きは各個の債權・債務がその性質を變更するのではない。獨立の存在を失ふことは停止であつて、消滅ではない。従つて、更改又はこれと類似の效果を生ずるのではない。蓋し、各個の債權に附隨したる抗辯權及び擔保權は始めより消滅することとなつて、不都合なる結果を生じ、當事者の意に反するからである。

(3) 項目除去の不能即ち、當事者の債權・債務は組入項目が一旦定められたる以上、一方的意思表示で項目の除去乃至變更を爲すことを得ない。相手方の同意を要するのである。蓋し、契約

によつて交互計算に組み入れらるべきものと定めた種類の債権・債務は、その發生又は取得と同時に、當然に、交互計算に組み入れられるべきものであるからである。但し、例外がある。商法第五三〇條これである。本條の除去權は一つの形成權である。本條にいふ「手形其他ノ商業證券ヨリ生シタル債權債務」とは文字上は證券上の債權債務自體を指すものの如くであるが、これは手形其他の授受に關する對價支拂の債務が交互計算の中に組み入れられたる場合をいふのである。即ち、證券授受の對價たる債権・債務を交互計算の中に組み入れるとき、證券債務者が辨濟しない場合に對價たる項目を除去するのである。これは證券の所謂不渡の場合を留保して證券授受の對價を計算に組み入れる慣習から起つたのである。この場合に、その項目を抹消するのではなく、反對項目を新に書き入れて行ふのである。

(b) 積極的効力は債権・債務の總額につき相殺を爲し、その殘額を確定する効力である。即ち、この場合、計算書に於いて、その殘額確定に必要な双方の協力的義務が發生する。債權債務を記載したる「計算書ノ承認」とは個々の舊債權を消滅せしめ、双方向的に殘額債務確定を目的とする申込と承諾とのある一種の契約である。即ち、單獨行爲ではなく、當事者双方の契約を以て行はれるのである。この場合、殘額を明確にしたところの計算書の承認は即ち殘額の承認である。

この交互計算の目的並びに法條(商法五二九條、五三二條、五三三條)より見ると、この殘額確定契約 (Settlement-*Title*) の効力として、總債權債務の相殺の結果、殘額債務の獨立性と更改性を生ずるのである。かくて、殘額に對する債務は更改性ある新たに發生したる獨立債務なのである。従つて一方に於いて、擔保附の債權や、連帶債務の存する場合は、この承認によつて、擔保はその効力を失ひ、保證人はその義務を免れ、連帶債務者も亦その義務を免れるのである。但し、將來の殘額債務のための根抵當權の設定又は保證契約は然らず(大判、大九・一・二八、民錄二六輯七九頁)。他方に於いて、その反面、新債務に新擔保を設定することも可能になる。尙ほ、殘額支拂の債務は全債務の時効期間と關係なく、更に、通常の時効によつて消滅するのである(商法五二二條)。この殘額承認の更改性の結果、更に、次の二つの効力が發生するのである。

(1) 異議の排除これである(商法五三三條前段)。即ち、殘額が確定すれば當事者は計算書中各項目について異議を述べ得ない。尤も、承認行爲自體に瑕疵ある場合は、民法の原則により、これを理由として争ひ得る譯である(民法九五條、九六條、五一七條)。商法第五三二條但書は「錯誤又は脱漏アリタルトキハ此限ニ在ラス」としてゐるが、これは如何なる意味か。學者、或はこの錯誤又は脱漏を承認行爲自體の瑕疵として、殘額債權自體の成立を争ひ得るとし、或はそれを緣由(動機)の錯誤たるに止り、

不當利得返還請求權を以て争ふは格別、承認行爲自體はこれを争ひ得ずとする。惟ふに本條の但書は歐洲に於ける慣行(*quod est in usu*なる文句を挿入する慣行)より生じたるものにして、それ自體法律上の意義を有つものでなく、單に、計算上の意義を有つに過ぎないものと理解するのが正當であるが故に、この但書の意味はこれを強く解すべきではなからう(竹田「商行爲法」七六頁參照)。

(2) 殘額支拂の義務これである。これは殘額承認の結果、殘額が債權・債務の總額の一團として相殺せられて生ずる。而して、これを支拂ふことになる。この殘額は各債權・債務の按分的殘額ではない。蓋し、計算の簡易性を目的とする交互計算の趣旨に反するからである。この殘額はこの契約の存続中は當然に次期の計算に組み入れられ、次期の計算の一項目となる。この殘額のみを分離して支拂を求め得ないのである。尙ほ、利息に關して、商法第五三三條に規定がある。即ち當然に、計算閉鎖以後の法定利息を請求することを得る。このことは各項目に既に利息の附いてゐるときでも差支はないのである(商法五三三條Ⅱ)。この場合は即時に重利となるのであるが、それは敢て、民法の重利の規定(民法四〇五條)を俟つまでもなく、本條第二項が自ら承認してゐるものと解せられるのである。

四 交互計算契約の終了について簡單に述べよう。即ち、交互計算契約の終了に關し、商法及び

破産法は契約の一般終了原因の外に、特に、交互計算について解約(商法五三三條前段)及び破産(破産法六六條Ⅰ後段)を加へてゐるのである。解約に關しては、勿論、任意規定である。従つて、一定期間、契約を解約せざることを約するときは、その契約は有效である。尤も、止むを得ざる事由あるときは直ちに解約し得るものと解せられる(民法六二八條)。終了の時は決算期の如何に關せず、直ちに計算を閉鎖して、殘額を確定し、債權者は直ちに、支拂を求めることが出来る(商法五三四條後段、破産法六六條Ⅰ後段)。

第三講 匿名組合契約

この契約の利用方面は、例へば、營業免許の關係、或は資本關係の祕密（取引所取引員を所謂後）、或は、社會的地位の祕密、或は法律上の制限（官吏が營業する場合の如し）、或は代金回收方法のため、又利息制限法の潛脱等これである。従つて、匿名組合契約は、その營業者のために、又時に匿名組合員のために、附屬的商行爲となるに過ぎないのである。然し、それは、動的に見て商行爲自體であるといふよりも、寧ろ、靜的にも見て商行爲を爲すべき組織、即ち一つの制度を創設利用する契約であると理解せられる意味での附屬的商行爲である。否な、それは組合自體として靜的に把握すれば會社と同様に制变的組織關係と見られないことはない。

一 この匿名組合の發生は中世、地中海の海港に行はれたところの資本家と企業家との海商的結合であるコンメンダ (commendata) に起源するのである。これは當時の利息禁止の潛脱と有限責任の目的を以て、勞働性と資本性とを組合性に於いて結合せしめて出現したものである。このコンメンダは漸次合資會社と匿名組合との二つの形式に分離して發達して來たのである。而かも、コンメンダの正系は實に、この匿名組合である。蓋し、合資會社は、後に、一五世紀になつて、

出資者も第三者に對して、その出資の限度に於いて責に任するコンメンダの分系たるコンパニア (compagnia) に起源してゐるからである。この兩者の區別は出資者が表面に立つか背後に匿れてゐるかのところに相異點が置かれるのである。今日、ドイツ、フランス、イタリア等の商法では、これを靜的に、組織法に於いて、把握して法典に規定してゐるのである。即ち、ドイツ商法では stille Gesellschaft として規定せられ（ドイツ商法三五五條）、フランス商法では association en participation として規定せられ（フランス商法四七條乃至五〇條）、又、イタリア商法では associazione in partecipazione として規定せられてゐるのである（イタリア商法二三三條乃至二三八條）。然るに、我が商法は、これを動的に行爲法に於いて把握し、これが一個の契約關係以上に出づることを承認せず、附屬的商行爲と解して、第三編商行爲に存在せしめてゐるのである。而かも、その規定は概ね任意規定である。かくて、我商法典は合資會社を法人とし（商法五三條、五四條）、匿名組合を一つの契約として、前者に會社なる法主體性を與へ、後者はこれを商行爲的契約性に於いて、その地位を承認してゐることは注目すべきである。

二 匿名組合契約の性質について、先づ、商法第五三五條によれば、「匿名組合ハ當事者ノ一方カ相手方ノ營業ノ爲メニ出資ヲ爲シ其營業ヨリ生スル利益ヲ分配スルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス」といふだけである。従つて、その性質について種々の學説があり、必ずしも、一致

してゐないのである。即ち、或は民法上の組合契約であるとか、或は消費貸借であるとか、或は、場合により貸貸借であるとかいふが如くである。併し乍ら、これ又、例の如く、ローマ法的・民法的に格付けを爲すものといはなければなるまい。これは一種特殊の何等の形式(例へば、定款の作成)を要しない有償的・双務的諾成契約にして、而かも、一つの制度としての營業の形式を創成利用する商事組合契約であると理解したのである。更に、この契約の意義を細説しよう。

(a) この契約はそれ自ら制度を創設利用するところの内部關係にして、そこに、協力的制度性を否定すべきではない。即ち、營業者は營業の主體として外部に對して現れる。組合員は原則として營業に參與すべき権利はない。然し、當事者は如何様にも、その職分を分擔することを定め得る。その營業の執行について一部又は全部を匿名組合員に委任することも妨げないのである(高判、昭四・三・一九、評論一九卷、商法一五四條參照)。

(b) 匿名組合員 (stillen Gesellener) たるべき者は、自然人たると法人たると、商人資格ある者たると、否とを問はない。又その人數にも制限はない。従つて、一人の營業者のために、數名の匿名組合員があり得るのである。この場合に、各組合員と營業者との間には、數個の獨立せる契約が成立してゐるのである。従つて、各組合員相互の間には法律關係が存在しないのである

(長崎控判、明四〇・一一・二六、新聞四六九號)。尤も、數人共同して、匿名組合員となる場合には、彼等の間に民法上の組合契約が存在する譯である。

(c) 營業の主體たる匿名組合の營業者 (Komplementär) は當然自己の名に於いて活動するものであつて、契約に基いて名義者たるのではない(例へば、取次商の如し)。又、自然人たると、會社たると、小商人たると又組合たるとを問はず、苟も法主體性ある限り營業者たるの適格性を有つのである。法文は、營業者が商人たるを要するとはいはないが、彼は營業の主體となるのであるから、商人資格あることを要するものと解せられるのである(ここが民法上の「匿」名組合と異なる)。その他に資格上の制限はない。而かも、その匿名組合契約が締結される以前に商人資格あることを要しないのである。又、この契約は營業の全部に亘ることを要しない。苟も、客觀的に、或程度の獨立性ある限り、營業の一部についても、この契約は存在することが可能であると解せられる(例へば、支店の營業、或は、自然人在此、その一方だけ)。營業の期間に關しても、別に制限はなく、或期間中の營業でも差支はない。然し、個々の一時的取引については、この契約は存在し得ないのである(沈没船難引揚のための所謂機會組合の如し)。

(d) 營業のための出資は財産出資即ち「金錢其他ノ財産」たるを要する。債權も可なり、無體財産權も亦可なりである。苟も、取引上財産と認め得るものは出資の目的となり得るのである

(例へば、得意先)。信用又は勞務の出資は、これを金錢に換價して出資する外には出資の目的たり得ない(營業の秘密等)。而して、出資は營業のために爲されるものであるが故に、特約のない限りは、民法上の組合と異なり、營業者の財産に歸屬するのである(商法五三)。この出資は營業者の營業に經濟上協力することを主眼とするのであるから、必ずしも財産權を讓渡する必要はない。即ち、所有權の移轉を要しない。従つて、原權より派生する使用權の如きも出資としてその目的に叶ふのである。

(e) 利益を分配することを要する(消費貸借と異なり)。然し、毎期に利益分配をせず、これを積立て、終局的に分配するも匿名組合たるを妨げないのである(同旨、大控判、明四五・一・二九、新聞七七三號)。損失の分擔は匿名組合契約の常素ではあるが要素ではない。このことは積極的な明文はないが、消極的には、商法第五三五條の文言の解釋上からも明かなるところである。又商法第五三八條、第五四一條但書は損失分擔のある通常の場合を想定して規定したるものである。特約なき限りは損失の分擔があるものと解せられる。従つて、損失分擔の特約を爲すも、それは敢て、明示せられることを要しない。他の契約、例へば、配當率保證特約のある如き場合は、これによつて、損失分擔あることを看取し得る。損失のみを分擔し、利益分配を排除する特約は、少くとも匿名組合としては許されまい。

三 匿名組合契約の効力は、これを對内的効力と對外的効力との二つに分けることが出来る。尤も、この契約に於いては、既述の如く、一つの營業制度を創設利用するのであるから、その名義者たる營業者のみに對外關係が存するだけで、當事者間に對内的効力はあつても、對外的効力の問題はない譯である。只だ、例外的に、後述の如く、制度的秩序維持の考慮より、組合員に對外的關係が発生することがある。

(a) 對内的効力は營業の協力作業に關する職務擔任を生せしめることである。即ち、これを組合員の義務と營業者の義務とに分けて説明しよう。

(イ) 組合員の義務は制度的信賴の發現であつて、その主なるものとして、出資義務、地位不讓渡義務、其他特約によつて定めたる義務を擧げることが出来る。

(1) 出資義務は組合員の重要な積極的義務である(商法三五條)。この出資義務は營業者に對して負擔するものにして、而かも、その出資は營業者の財産に歸屬するが故に(商法三六條)組合員と營業者との間には財産の共有關係乃至は持分關係は存在しないのである。而して、營業者の出資の觀念は存在しないのであつて、一定額の財産を使用する意味を有つのみである。又、それは單に利益分配計算の基礎たるのみである。出資の時期及び方法は契約の定むるところによるのである。尤も、

出資の時期は特約がなければ、營業者より履行の請求を受けたる時となる（民法四一）。財産權の移轉の場合は登記、讓渡の通知、名義の書換等財産權の移轉に必要な一切の行爲を協力して爲さなければならぬ。又、有償契約たる關係上、賣買に關する民法の規定が準用せられる（民法五）。故に、組合員は出資の目的により、或は追奪擔保、或は瑕疵擔保の責に任ずる。又、契約法的一般原則よりして、出資の目的に關する危險負擔がある（民法五三）。又匿名組合員が商人資格あるときは商事賣買の規定（商法五四四條、五三）を準用し得ることは立法の趣旨より理解して當然であらう。

(2) 地位不讓渡の義務は組合員の消極的義務である。即ち、組合員は營業監視權を有し、又、營業の内容を知り得る地位にあるが故に（商法五四二條）、特約なき限り、出資義務を完了したる場合に於いても、その地位を第三者に讓渡し得ない。蓋し、當事者は制度的信託關係の地位にあるからである。尤も、當事者の有する解約權（商法五）が、この地位讓渡の自由を認める根據となるが如くであるが、然し出資返還義務を生ずる（商法五）の不利がある（法一八頁）。故に、當事者の意思に合するところは地位讓渡の自由を認めないところにあるものと解せられる。

(3) 明文にないが、特約によつて定める主なる義務は、通常、競業禁止義務である。これは匿名組合員に於いては當然には認められないと解せられてゐるが、匿名組合契約の信賴的・協力的

制度たるに鑑みて、少くとも特約で排除せざる限り、存在するものと解したい。

(ロ) 營業者の義務も制度的信賴の發現であつて、組合員に對し、業務執行義務、利益分配義務、營業狀態開示義務、契約終了の場合に於ける出資額の返還義務、其他競業禁止義務の如き特約で定められる義務である。然し、この義務は對内的關係であるから、その義務違反の効果も損害賠償及び契約解除となるのである。それ故に、契約の無効を招來するものではない。

(1) 業務執行義務、即ち營業者は出資をこの契約に定めたる目的に利用すると共に、善良なる管理者の注意を以て、業務の執行に當らなければならぬ義務がある（善管義務は白地であるか）。蓋し、この契約關係が制度性を有つ性質上當然である（民法六七一條）。尙ほ、營業者は組合員の承諾なくして、任意に營業の變更、休止又は廢止を爲し、又、これを讓渡出來ない。これらに違反する場合は既述の如く、損害賠償の責に任せなければならぬ。而して、例へば、營業を繼續すべしといふ請求はその強制履行を求められないものと解する（民法四一四）。

(2) 利益分配義務は、この匿名組合契約の要素であることは既述の如くである（商法五）。特約によつてこれを排斥するときは、民法上の組合と化して來るのである。利益分配に於ける利益の有無は毎營業年度を標準として、現實に得たる利益によつて、これを決するのである。特約なき限

りは、毎一年と解せられる(商法五四二條、一五三條、尙ほ、商法三三三條參照)。即ち、毎營業年度の終りに於いて遲滞なく決算して、利益があれば分配するのである。利益分配の割合は特約なければ、損失分擔に基準を求め、損失分擔の特約なければ、營業に對する一切の貢獻の割合である。尙ほ、利益分配の一定制限附特約は妨げない。利益の存する限り、その利益計算を爲すべき時期に於いて、既に、客觀的に、當然に組合員は利益分配請求權を有するのである。而して、この權利を行使せずとも當然に出資の増加にならぬ(ドイツ商法三三七條參照)。然し、匿名組合員が損失の分擔を爲す特約を爲したる場合は營業者の或年度の損失は營業より生じたる財産額の減少となり、匿名組合員の出資を、その分擔額だけ減少せしめるが故に、この減少額が次年度以後の利益で填補せられない限りは、組合員は利益の分配を請求し得ないのである(商法五三八條)。

然らば、損失分擔は如何なる限度にまで爲すべきか。組合員は出資の限度に於いて分擔するといふことは確實である(ドイツ商法三三七條參照)。一體、出資の限度とは如何なる意味か。出資勘定の減少といふことが消極的に無限にマイナスまで生じ得ることを意味するのであらうか。又、出資勘定が零になれば、もはや、それだけで止るのであらうか。惟ふに、特約あれば兎に角も、結局、當事者の意思解釋によるの外はあるまい(大橋「商行爲法」講義「一二六頁」)。理論上は何れかといへば、寧ろ、後説の方が

正しいのではあるまいかと思はれる。蓋し、この組合契約はその本質上、營業の利益に重點があるのであつて、損失に重點があるのではない。出資勘定の無限のマイナスと解するならば、後に、この契約の終了したるとき、拂込まなければならぬからである。即ち、出資額以上財産の無制限の出資といふことはない譯であらう。尙ほ、利益は一度適法に分配せられたる以上は、假令營業に損失あるも、その拂戻を請求出來ないはいふまでもない。

(3) 營業狀態開示義務がある。一體、匿名組合員は特約ある場合は兎に角も、營業者の營業に關し業務を執行する權利も義務もないのである(商法五四二條、一五六條參照)。併し乍ら、彼は營業に關して、密接なる利害關係を有し營業なる制度の構成分子と理解せられるのである。ここに、商法は合資會社の有限責任社員の業務監視權に關する規定を匿名組合に準用してゐるのである(商法五四二條、一五三條)。又、營業者は業務執行の状況を匿名組合員に報告する義務があるのである(民法六七一條、六四五條)。

(4) 規定はないが、競業避止義務がある。營業者は信託者として、自ら匿名組合員の營業と同種の營業を爲すことによつて、出資者の信賴を害してはならぬ。このことは、反對の特約あれば兎に角も、この契約の制度性より理解せられる。

(b) 對外的効力は既に一言したるが如く、例外的に生ずるのである。詳言すれば、次の如くで

ある。匿名組合員は、實質的には營業なる制度の構成分子であつて、營業者と協力してゐるのであるが、形式的には、何等對外的に第三者との關係を有たない。第三者との關係は法律上、只だ營業者のみこれを有するのである。従つて、營業者の行爲についても第三者に對して匿名組合員には權利も義務もないのである(商法五三)。又、第三者と取引を爲し、若くは、當然に營業者を代理する權限もない(商法五四二條、一五六條)。否な、却つて、個人法上第三者と同一平面の地位にあり、營業者に對する利益分配請求權に於いて、債權者であり、又出資義務に於いて、通常の債務者であるとも理解出来るのである(破産及び清算の際、未拂込出資はそれ)。従つて、營業者が破産したる場合、その債權については他の債權者と共に、破産債權者となるのである(破産法一、五條參照)。かくの如く、原則として匿名組合の效力の中、對外的效力は存しないのである。

併し乍ら、例外的に、對外的效力を生ずるのは、制度秩序の維持、公信保護、取引安全のため、匿名組合員が第三者に對して關係を生ずる場合である(商法五)。即ち、第三者が善意なる限り、匿名組合員がその氏若くは氏名を營業者の商號中に用ゐ、又はその商號を營業者の商號として用ひることを許諾したるときは、その使用以後に營業上の一切の行爲より生じたる總ての債務について營業者と連帶して、その責に任するのである。而して、本條にいふ許諾は明示又は默示たる

を問はないのである。これ即ち、外觀理論乃至禁反言の原則に基づくもの(商法二三條、八三條、一五九條等と同趣旨である)である。

四 匿名組合契約の終了原因は契約の一般的終了原因の外に、特別なる終了原因がある。即ち、任意の事由と法定の事由とがある。

(a) 任意の事由は當事者の意思に基く事由であつて、(イ)存續期間の満了と、(ロ)解約(告知)がこれに屬する。解約は更に、分かれて(1)特約により、存續期間の定めなきとき、又は或當事者の終身間を存續期間と定めたるときは、營業年度の終りに解約することが出来る。但し、六ヶ月前の豫告を要する(商法五三、九條一)。(2)止むを得ざる事由あるとき(白地規定であるから各場合に具體的に内容が盛り込まれる。例へば、營業者の長期に互る病氣の如し。立證責任は解約者にある)これである(商法五三、九條二)。これを制限する特約は無効である(民法九〇條)。尙ほ、當然の終了事由として廢業又は營業讓渡等を擧げること出来よう。併し乍ら、この場合、契約は終了するが、これらは、解約の事由たるに止まらず、營業が不能になつたといひ得よう。勿論、契約違反の損害賠償請求權はあり得る。尙ほ、一言すべきことは、上述の解約權は當事者にあるのであつて、當事者の債權者にはないのである。従つて、匿名組合員の債權者にもないから、我が法制では匿名組合員の債權者は解約權を行使して、その出資額返還請求權の上に自己の債權を行使し得ない

状態にあるのである。

- (b) 法定の事由として列擧せられるものは次の如くである(商法五四〇條)
- (イ) 目的たる事業の成功又はその成功の不能(法律上、技術上、經濟上の不能を裁判所が判定する)
- (ロ) 營業者の死亡又は禁治産(組合員の場合は終了原因にならぬ。出資者としての個性が問題でないからである)
- (ハ) 營業者又は組合員の破産

右の事由の中で(イ)は解約権のある限り、無用の規定であらう。(ロ)の場合は特約によつて、相續人が營業を繼續することを定めることが出来る。(ハ)の場合は破産者が破産財團の管理處分を失ふのみならず、信用が破壞したのであるから、破産者との關係を一旦清算する必要から規定せられたものと思はれる。

五 匿名組合契約終了の効果は次の如くである。

先づ、當事者はこの組合契約の終了するときに生じたる當事者間の債權・債務について計算することを要する。尤も、未結了の行爲に關しては、計算はその結了後になるであらう。この計算義務は當事者が當事者間の債權・債務の結了をつける義務であるから、營業自體の存否とは一應、無關係になるのである。従つて、營業をそのまま繼續してゆくことも出来る。

次に、この契約終了の効果として、出資額返還請求權が生ずるのである。商法はこれについて二つの場合を規定するのである(消費貸借と趣)。

- (a) 損失分擔の特約なきときは、その出資の價額を返還すればよい(商法五四一條本文)。
- (b) 損失分擔の特約あるときは、出資額が損失のために減少したる場合に於いて、その殘額を返還すればよい(商法五四一條但書)。

何れの場合も、金錢で返還することになる。法文が價額といつてゐる所以である。尤も、本條は任意規定である。

第四講 商事寄託契約

ここに、商事寄託といふのは、所謂商人が營業の範圍内に於いて、他人のために寄託の引受を爲す行爲をいふのである。換言すれば、附屬的商行爲となる寄託を意味するのである（例へば、銀行問屋の委託品の保管、旅館が）。この寄託即ち保管の引受を營業的商行爲として爲すときは（商法五〇二）倉庫營業にして、これに關しては詳細なる規定がある（商法五九七條）。然し、これは、既に、その組織法的特別法たる倉庫業法（昭一〇・法四一號）と共に、營業法としての商法の特別法を構成すべきものであることは既に一言したところである。商法は商事寄託の中で、受託者の責任につき商行爲編第九章寄託第一節總則として規定を有つのである（商法五九三條）。この節は總則と表題付けられてはゐるが、實は、第二節倉庫營業の總則として存在してゐるものとは解したくない。兩者は殆んど無關係に存在してゐるのである。尤も、商法五九三條は倉庫營業の通則であると無理にいへば、いへないこともあるまい。然し、本條は無償の場合に意味を有たせてあることは後述の如くである。兎に角も、一應兩者は分離してゆくことが理論上も、解釋上も可能であり、又妥當である。併し乍ら、商事寄託には、何れにしても、民事寄託に關する規定、例へば、要物契約たること（民法六、五七條）、

無償を原則とすること（民法六四八條、六六五條）等の規定が補充的に適用されることはいふまでもない。尙ほ、寄託に關する特別法として、供託法（明三二・法一五號、大）、及び上述の倉庫業法のあることを注意することを要する。商法は、一般的に商人の營業に於ける所謂無償寄託の注意義務と、特別的に場屋主人の責任について、商事寄託として規定してゐる。

一 所謂一般商人の責任（無償寄託の注意義務）

民法上、有償寄託の場合は、民法第四〇〇條によつて、善管注意の義務がある。併し乍ら、無償寄託の場合は受寄者は受寄物の保管につき自己の物に對すると同一の程度の注意を以てすれば足るのである（民法六、五九條）。即ち、所謂具體的過失責任に任するのである。この無償寄託の場合に關する民法の原則では、所謂商人間に於ける受寄者の注意義務は輕きに失する。これでは營業の信用を害し、營業社會一般の仁義に即しない。そこで、商法は營業社會の道義を發現して、營業の範圍内に於いて、特約を以て無償で寄託の引受を爲したる場合にも亦善管注意の義務を負はしめるのである（商法五、九三條）。即ち、所謂抽象的過失責任を負はしめる。「營業ノ範圍内ニ於テ」と規定してゐるが、これは即ち附屬的商行爲たる場合を意味する（例へば、デパートの一時預りの如し。結局、營業の一〇、刑集二）。營業的商行爲の場合（倉庫營業の場合の如し）は、有償であるから、問題はないのである。又、營

業の範圍内で爲す行爲は商法第五一二條により、有償なのであるから、善管注意義務を負ふことはいふまでもない。そこで、有償の場合でなく、只だ、無償にて保管を引受けたる場合にのみ、本條は意味を有たされてゐる。即ち、無償の特約が立證されるとき本條は適用の餘地があるのである。この責任は債務不履行に基く責任であると同時に、この規定は任意規定であるから、特約によつて、輕減又は免除が可能となる餘地はある(商法五九四條Ⅲの場合とは異なる)。

二 場屋主人の責任

旅館・飲食店・浴場・劇場・相撲場・貸座敷・競馬場・野球場等々の客の來集を目的とする場屋取引(商法五〇一條七號)に於いては多數の客が出入頻繁であつて、客の所持品が盜難紛失する危険も多い譯である。そこでこの場合に關して、場屋主人の責任を特に重からしめる法制が發生した(ドイツ民律、フランス民法一九五二、我國では、この所謂場屋取引を商行爲として理解し、これに照應して、商法は場屋主人に場屋營業内の秩序維持の目的で、次の三種の場合を分け、その責任に差異を設けてゐるのである。而して、(a)と(b)の場合は普通品が對象であり、(c)は高價品が對象である。

(a) 場屋主人が客より物品の寄託を受けたときは、客の寄託品の滅失又は毀損について、不可抗力に至るまでの責任を負ふのである(商法五九四條Ⅰ)。本條は實に、寄託契約に隨伴するローマ法の

有名なる *receptum* 責任の承繼である。*receptum* とは引受又は受領の意味である。ローマに於ける法律状態、社會状態は嚴正に風紀の強制、取引の安全を圖る目的で船主、驛舎の主人をして、その引受品について、絶對的返還責任を負はしめたのである。然るに、後にやや、秩序も保たれて來たので、ローマの法官が告示を以て不可抗力といふところで、この嚴格性を緩和した沿革がこの條文にあるといはれてゐるのである(尙ほ、ローマ法に於ける不可抗力概念の發展については、吉水、監護責任と無過失との關聯、法新四七卷一・一二號、四八卷二號)。

本條中不可抗力 (*vis maior, Act of God*) といふのは、商法の中、この他にも、例へば、第五七六條、第七八二條第一項、第八三二條第一項等々に散見するのである。然し、不可抗力とは何ぞや(伊澤「不可抗力の意義」民、商法雜誌三卷三號、四號)。それは「人間の力では抗し得ない人間以上の力」といふことであらうが、學説は、或は最大至高の注意を用ひても、尙ほ且つ避け得ない事故と解し(主觀説 Go.)、或は通常發生を期待し得ざる公知且つ重大なる事故と解し(客觀説)、或は、外部より發生し、通常必要なる豫防方法を講じても、而かも、それを防止し得ない事故と解し(折衷説)、或は責に歸すべからざる事由と解する(小町谷「商行爲」法、二八八頁)。

惟ふに、この不可抗力は白地的文句と理解せらるべきものであるから、各具體の場合に、その條文の目的に照らして場屋取引の方に重點を置いて、その内容を盛るべきものであらう。然らば、

少くとも、この場合は場屋主人の責任を相當軽く解すべきであらう。蓋し、今日の時勢に於いては、社會秩序の維持せられるものがあるからである。従つて、一應、具體的なる場屋の事情を考慮に容れ、ここに重點を加へ、各場合に該當的に、具體的に白地文句としての不可抗力の意義を定むべきであつて、一般學者の試みるが如く、一樣に内容を盛付けるべきものではあるまい。即ち、多くの場合には、外部より發生し、而かも、通常、必要なる豫防方法を講じても防止し得ない事故と解し、所謂折衷說により理解しなければならぬこともあらうし、又時に、責に歸すべからざる事由と對應同値の事故であると極めて軽く解すべきときもあらう。要するに、不可抗力は相對的概念である。従つて、本條に於いては、一般に、單に、無過失の舉證責任を負ふのみでは免責にならぬ場合もある。進んで、更に、事故が外部より發生し而かも通常必要なる豫防方法を講じたることを立證するに非ざれば責を免れ得ないこともある。尙ほ、客とは如何なる者か。それは權利取得の原因が利用自體を目的とする場合(例へば、旅館)、又他の場屋取引に附隨する場合(例へば、散髪店)があり得る。何れにしても客とは場屋利用權を取得したる者をいふのである。

(b) 場屋主人が客より物品の寄託を受けざるときは、營業主たる主人、使用人の不注意によつて、その客が携帶して場屋内に持込んだ物品が滅失又は毀損したる場合に主人は損害賠償の責に

任する(商法五九)。これは善管注意の義務であつて(竹田「商行爲法」二一〇頁、小町谷「商行爲法」二八九頁)、勿論、主人の不法行爲の責任を規定したるものではない。従つて、不法行爲を伴ふときは、更に民法の規定(民法七〇)によつて賠償請求が爲される(大判、昭三・六・一、三、新聞二八六四號)。これは場屋利用關係に附隨する義務にして、寄託契約はないのであるから、そのための義務ではないのである。この種の營業の性質上から又客自らの監視下にもある筈であるから、この程度の義務を主人に負はしめるのは、妥當だからである。この場合は舉證責任は客の側にある。これ(a)の場合と趣を異にするところである。本條中の「使用人」とあるのは、必ずしも雇傭關係にある者に限るべきではあるまい(風呂屋の店番に居る娘の如きも含む)。

尙ほ、屢々、散見するが如く場屋内に免責に關する告示を一方的に爲すも、それが法定義務違反のために無効なることは本條第三項が明言してゐる。即ち、告示だけでは何等の法律上の効果を認めることは出来ないのである。本項の目的とするところは専ら本條第二項にあるのであつて、法文は「前二項」といつてゐるが、實は第一項の場合は寄託契約の存することであるから、場屋主人が一方的にその責任を免れ得ないことは寧ろ當然である。而して、この第三項のために、特約の効力が排斥せられるといふのではない。苟も、免責の目的を達せんと欲すれば、場屋主人は明示又は默示の特約を各別に各客と爲すことが必要である。假令、今日場屋取引の附合契約性を

承認して、場屋主人の側から一方的告示を取引契約の内容とするものと客に抗辯しても、かかる條項の適法性は、その場屋取引の事情により又規模により、一様に斷じ得ないと考へられる。かやうに、個々の免責特約は許容せらるるのではあるが、故意又は重大なる過失については免責はないこと勿論である。

ここに問題がある。即ち、商事寄託の前提としての契約(貸借、賣買、雇傭、請負)の有効に成立せざる場合、或はその消滅したる場合、又その契約の不在の場合に寄託しない物品の紛失したるときは如何(例へば、満員の散髪屋の別室に待つてゐる時に帽子を盗まれたるが如く、更に、利用の意)を以て場屋に這入り、利用に至らずして立去りたる時その場屋で帽子を失つてゐた如く)何れの場合も積極に解する。蓋し、かかる場合の危険も亦その營業に附隨するものであり、又一應所謂お客様であり又あつたのであるから善管注意を要する位のことは條理上當然であらう。

(c) 高價品に對する場屋主人の責任については、客が種類、價額を明告して寄託を爲したるときに限り場屋主人に責任がある。明告あれば、特別の注意を爲すから、かかる責任は尤も至極である。この賠償額については規定がないから全額賠償義務である。かくの如く、敢て、明告義務を客に負はしめてゐるのは(商法五九條)、責任が普通品の比ではないからである。尤も、場屋主人が高價品なることを明告せられたるとき、その寄託の引受を拒否したる場合は免責せられるか。惟ふ

に、拒否せられた客自ら保管し而かも、失つた場合に主人を免責せしめることは、些か場屋營業の秩序維持を基調とする本條の精神を逸脱してはゐまいかと思はれる。尙ほ、本條の責任と不法行爲の責任とは別個である(東控判、昭八・二・二、七、新聞・三五三八號)。

以上三種の場屋主人の重い責任と舉證の困難とに鑑み、商法は特に短期時効を規定して、その責任を緩和してゐる(商法五九條)。即ち、客に寄託品を返還したる時より、又客が携帯品を持ち去りたる時より、一ケ年の短期時効によつて消滅する(商法五九條一)。全部滅失の場合は客が屋外に去りたるときより起算する(商法五九條二)。併し乍ら、この短期時効は主人(その補助者も含む)に惡意(故意に滅失毀)ありたるときは適用しない(商法五九條三)。従つて、この場合は五ケ年の時効であらう(商法五二條)。

第四章 營業の自成法としての約款法

第一講 約款法の生成と展化

從來、學者は商行爲法に於いて、商行爲の約款、即ち、所謂業務約款、取引約款乃至普通取引條項 (allgemeine Geschäftsbedingungen; contracts type; contracti-tipo) と呼ぶものに論及することが尠い。獨逸に於いても、この方面への關心は比較的近時のことに屬するのである (Das Gesetzcht. Die Wissenschaft hat sich mit ihnen bisher so gut wie gar nicht beschäftigt. Senckpiel, Allgemeine Geschäfts-Bedingungen, 1922, Vorwort.)。併し乍ら、既に、この講義の最初の方で觸れた如く、實に、約款法は「生ける商行爲法」なるが故に、又營業法が商事一般法たる意味に於いても、せめて、その總説が試みられる必要がある。固より、これは各種營業の約款として、營業乃至企業の商行爲に於いて、商法規定と共に論及さるべきものであるが、商事一般法の講述に於いては、その序説が適當するのである。

尙ほ、ここに一言したきことは、この約款法が實に商法の核心であるといふことである。即ち、私に於いては、吾々の制度法學こそこの約款法に、その典型的・焦點的なる場を見出すものと思

はれるのである。これは國家なる制度の後見者的法規と個人間の關係規律たる契約との混血兒として、その中間にあり、而かも制定的基礎の上に立つ自成法 (selbstgeschaffenes Recht) なのである。即ち、營業乃至企業の動的發現に於ける主觀と客觀との交錯の所産である。而して、又、それは營業乃至企業なる制度の外廓法秩序にして、倫理と技術との交流である。商法の原始的姿は、既に商人規約に於いて、この約款法ではなかつたであらうか。商法の制度現象たることは、既にその生成に於ける商人規約の制度現象たるところに淵源するのである。かくて、私に於いては、約款法 (Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen) 乃至、營業法乃至企業法の青春 (giovinezza) にして、而かも、中樞的なる制度法 (droit institutionnel) と理解せられるのである。

一 約款法の生成は沿革的にはローマ法の formulae (方式書) に求むることが出来る。又、ローマ法繼受前後のドイツ固有法とも考へられてゐる Lehnvertrag (封土契約) に求められるものとしてある (Michel, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Ver.)。更に又、中世イタリアの公證人 (notare) の作成にかかる定型的取引書面も約款の起源と云ふべし (Raiser, Das Recht der Allgemei.)。然し、私に於いては、實に、約款は商法の原始的なる statuta (規約) に、その淵源を求むべきではないかと考へられる。これは兎に角も、今日の約款は全く自由主義經濟を乗せて來た契約自

由の原則の産物である。過去に於いて、自由主義經濟は、その極に獨占主義經濟を齎し、總て大企業は大量的となり、その取引は大量なる勞働及び商品の規格化・標準化となり、取引の個性を失つて來たのである。ここに商取引は個々のなるものより多數的なるものとなり、その行爲の内容の定型化は營業乃至企業の維持發展のため、計畫的に爲されて來たのである。この商行爲の内容の定型化が即ち、約款である。實に、今日の約款は、全く近世の大企業の意識的且つ無意識的なる力の強化 (Machterstärkung) のため又、企業乃至營業の理念たるその維持發展のため近代生活の特徴たる合理化 (Rationalisierung) の波に多數取引 (Massenverkehr) を乗せたものである。この意味に於ける約款の中、夙に、發達せるものは、保險約款、就中、海上保險約款であらう。蓋し、これこそ、他の商的制度に比し國際性が強度であり、國家立法の世話にはなり難いものがあつたがためである。又早くより、企業として複雑化する機構を有してゐたために、その取引が簡易化され、定型化される必要があつたからでもある。かくて又、有價證券制の普及は株式取引所の業務を盛大ならしめ、その取引は約款の必要を生じ、又、銀行業務は銀行約款を、交通機關の發達は貨率規則の呈示となつて、運送約款を生じ、更に、製造會社には各種供給約款が賣買法に代つて現れ、又、倉庫企業に於いては倉庫約款を生じて來たのである。かくて、今日、約款は

商行爲の全域に及んで來てゐるのである。

かくの如く、商行爲の約款が生成したのは、全く近代に於ける大經營の合理主義的所産に外ならぬ。即ち、營業の主體たる商人は豫め商行爲の内容を定め、營業上、その行爲の内容を以て「生ける商行爲法」とするのである。而して、一般取引の相手方は、その商行爲の内容たる條項を知ると否とに拘らず、これに拘束せられるものと解せられることが、營業の維持發展のために必要とせられて來たのである。商行爲の個性の喪失は、双方向的商行爲たる、一方的商行爲たるを問はず、かかる約款の普及を齎し、その約定は當事者間の法律 (les conventions stipulées font la loi des parties) として存在してゐる (Code Civil, Art. 1134)。その極端なる個性の喪失は旅客運送や劇場の如き、客の來集を目的とする場屋取引に於いて、契約上の義務履行に關する證券とも、又約款とも解し得るところの中性的なる切符を一種の法律技術として利用してゐることに於いて見られる。

商行爲法に於ける約款の生成は、實に、契約自由の原則の産物であり、國家制定法の間隙に於いて、近代の集團的・反覆的多數取引を處理するための、又營業の維持發展のための、營業に於ける合理化運動の所産に外ならないのである。而して、これは契約内容の獨占的立法化による經

濟力獲得の手段とも理解せられる。そこに、契約の技術化が契約の倫理化を齎す契機がある。而して、その技術化は契約關係の劃一化であり、又その關係の集團化を生じ、その營業の利用者圈を齎し、その營業の外廓に團體性を創成する。又、契約の倫理化は社會性を齎し、營業自體の倫理性を要請し、利用者圈の倫理性を色付けるのである。かくて、その所に於ける約款は、營業の外廓團體の中核を爲すべき營業自體の維持發展に奉仕する關係に於いて把握せられたる一つの制度秩序の發現である。かかる制度秩序は、具體的秩序にして、それが約款に於いて、合理的・制定的發現たるところに、約款法は倫理と技術との交叉合體せる世界である。要するに、約款法は營業乃至企業自體の維持發展を理念として合理化され、法定制的技術の合理化の波に多數取引を乗せたる規範であり、又、秩序であると理解せられる。洵に、それは營業乃至企業の維持發展なる理念の展開したる一つの制度現象 (phénomène institutionnel) といはれなければならぬ。

かかる商行爲約款の制度現象は契約内容の定型化に基くものであり、印刷文字によつて制定せられたる營業の私的商行爲法として存在する。當事者の權利義務の關係は、これによつて規定せられるのである。而して、これは上述の如く營業乃至企業なる制度の維持發展といふ理念の展開であり、その必然の要求である。又、營業活動の具體的秩序の制定的發現でなければならぬ。こ

こに、それが、事前制定の私的法律 (loi privée établie d'avance) といはれ (Demogue, Traité des obligations en général, t. 2, p. 308) 又經濟を通じて生成する自立法 (Selbstgeschaffenes Recht durch die Wirtschaft) といはれるのである (H. Grossmann-Doerth, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und)。若し、この自立法としての約款なかりせば、現代の營業乃至企業は、この廣汎且つ複雑な經濟社會に自らの存在を可能ならしめることは出来なかつたといふも過言ではないのである。

二 商行爲の約款即ち、營業の動的發現たる商行爲の約款はその把握の方法に於いて、二つの展化に分ち得るのである。即ち、商行爲自體の發展に沿うて、その約款も二つの動向を有つのである。一つは統一化・普遍化の傾向であり、一つは社會化・倫理化の傾向である。商行爲の約款は定型化技術を通じて、愈々、統一化し、普遍化して行くのである。即ち、約款の技術化傾向は普遍的に把握するところに統一的・普遍的約款の存在がある。又、約款は鋭い進歩的經濟人の合理主義の發現である。ここに、約款は愈々技術化し、その極限に於いて倫理化して來るのである。即ち、約款の技術化傾向を倫理的に把握するところに社會化約款の存在がある。前者に於いて、商行爲法の尖端に世界法化せられたる約款法があるのである (例へば、海上保)。又、後者に於いて、社會法としての企業法乃至經濟法的行爲法の尖端にある約款法があるのである (例へば、陸上運送約款、生命保険約款の

如し。併し乍ら、この統一化約款と社會化約款との二大類型の把握は法進化の過程に於ける把握であり、一つの約款は兩性を有つものである。即ち、約款は一面に於いて普遍的であるが、他面に於いて、社會的である。然し、そこには、營業の専門家的經濟力と地域的活動から、何れかの色彩に濃淡が認められるのである。上述の如き二つの類型は、只だ、把握の仕方について、理解せられるものである。

尙ほ、双方的商行爲の約款は概ね、社會性が尠く、又、一方的商行爲の約款は社會性が濃厚である。蓋し、それは商行爲自體の階級性が齎すものであらう。更に、双方的商行爲の約款、即ち、専門家的商人の營業間の約款は協定の機會もあり、そこに、契約自由の原則の醇化を看取し得るのである。即ち、双方的商行爲の約款は概ね協定約款の機會に恵まれる。只だ、この双方的商行爲の約款に於いても營業の強弱關係に於いて偏頗約款の存在する餘地は充分にある。一方的商行爲の約款と雖も、非商人の社會的結合に於いては公平約款の期待せられるものがある。

ここに、一言すべきは、約款に關する上位制度の關心である。この點について、國家は立法、司法、行政に亘つて、從來とも多少の關心を拂つて來たかの如くである。併し乍ら、自由主義的國家に於いては、結局、その國家的規整は多く期待し得なかつた。(この點、筆者の指示に基づいて書かれたる Krischer, Die Gefahren, Allgemeine

iner Geschäftsbedingungen" und)。惟ふに、約款に關する國家の關心は、既に、約款が契約自由の原則の所産として社會性を齎し來るや、もはや、「營業法としての商法」の課題ではなくなり、「企業法としての商法」の課題とならなければならぬ。従つて、この點に深く立ち入ることは營業法に於ける商行爲法に於いては差控へたい(拙著「企業法の體系」Maitani, System des Unternehmensrechts, 1935, 1937. は、その行爲法に於いて、約款法を位置付け、その監督法に於いて、これが國家的規整を簡單ながら内容付けたるものである。恐らくは、この方面に於いて、素朴的ながら、獨逸に於ける仕事に先驅したるものと思ふ)。併し乍ら、就中、國家の約款統制は今後重要な課題である。即ち、これは消極的には約款への國家機關の監督的認可であり、積極的には國家機關の統制的認可である。近時、經濟統制に於ける營業乃至企業活動の上位國家理念への方向付けのために、殊に、後者の所謂約款を通じての經濟統制が重要な課題となつて來てゐることは注目せられなければならない(ナチス、ドイツに於ける約款は既にこの程度に達してゐる。Rühle, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Metall- und Maschinenindustrie, 1938. 又、フアンスタ・イタリアの組合法 (diritto corporativo) は、既に、集團的契約の國家統制をその特徴としてゐるのがある。石井「普通契約條項と國家的規整」法協五八卷一、一號・一二號)。

第二講 約款法の性質と解釋

約款の法的性質そのものと、約款の解釋原理に論及しよう。

一 先づ、約款の法的性質を、その法的發生について見るに、それは契約の内容が定型化されたものである。従つて、個人主義的意思理論より見れば、それは契約の内容にして、法律行爲の所産である。かくて、それは民法に於ける法律行爲の原則の適用を受けることはいふまでもない。約款は、それが、一方的約款たる^と双方的約款たる^とを問はず、當事者の合意により、契約の内容として、採用せられることによつて、法律效果を生ずる。かくて、約款は、意思表示の補充を爲すに止まるものである。即ち、それは單に意思表示の内容を爲すに止まり、意思表示に代はるものではない。相手方を拘束するには、相手方がこれに據る意思あることを要する。約款は當事者の間に作成せられたる草案にして、これは單なる事實に過ぎないところの慣習の如く、當然に當事者の取引内容となる^(民法九二條參照)ものではない。併し乍ら、かくの如き個人主義的意思理論による約款の性質の把握では、今日の經濟秩序の推移に於ける定型化約款の本體を明かにしたものであるとはいへないのである。そこで、約款の定型化の進行に伴ひ、これをば一つの擬制的意思理

論を以て客觀的規範にまで高めんとして來た。我國の判例法は、實に、大正四年以來^(大判、大四、民錄二一輯、二一八五頁)、假令契約の當時、その約款の内容を知悉せざりしときと雖も、一應これに據るの意思を以て契約したるものと推定するを當然と爲して、大體今日に及んでゐるのである。

然るに、學者はこの個人主義的意思理論乃至その擬制に對して、更に、團體主義的理論を以て、約款自體を法律行爲性より法源性へと昇格せしめんと努力してゐるのである。即ち、フランスの學者は所謂附合契約 (contrat d'adhésion) の理論の上^(Salles Déclaration de volonté, 1901, p. 229, n. 89. 以下)、又、ドイツの學者は所謂規範契約 (Normenvertrag) の理論の上^(Hueck, Normenverträge, in Jher. Jahrbüchern, Bd. 73, 1923)、漸次、約款の規範性を承認し、その客觀法たる性質を附與せんとしてゐる。

附合契約は一應、定型的なる約款の包括的承認 (acceptation en bloc) を爲す意思を有する契約と理解せられる。併し乍ら、これだけでは營業乃至企業への参加に當り、約款を一括承認する意思理論の擬制以上に出でぬものの如くである。然るに、約款が一つの制度として、承認せられる限り、又制度は無限に存続する法律事實 (fait juridique) たる限り、約款に於ける、その諾成的基礎は制度への附合乃至所謂事實への附合 (adhésion au fait) と理解せられる^(Haurion, Principes, 1909)。かくて、主觀的・意思的なる契約より擬制的・意思的なる附合契約へ、更に、かかる附合

契約を客觀的・規整的なる制度に於いて、把握して行き、さうして今や、約款は、それ自ら制度現象としての存在を主張してやまないものである。

規範契約は一つの規範に於いて合致せられたる契約にして、債權法的個別契約に對して、規整的なる規範を協定する契約であると理解せられる。その契約内容に於いて、他の債權法的なる個々の契約内容が決定せられ、その限りに於いて、又一方がその内容を決定し、他方がその内容に於いて契約を締結することにより、個々の契約を實現するが如き契約と理解せられる。而して、それは双方向的・協定的なる約款の基礎付けの場合は一應承認せらるるが如くであるが、併し乍ら、この規範契約の構成そのものの可能性に疑問がなくてはならない。殊に、これが一方的約款の場合には、その基礎付けが些か不充分のやうである。何れにしても、この規範契約の提唱は約款の社會的・經濟的意義を高く評價して一つの法源として承認せんとする學的努力に外ならぬ。

私は、この約款を現今の複雑なる經濟事情に即應せんがための經濟を通じての自成法と理解して來た。換言すれば、營業乃至企業の集團性、乃至組織性に基くその外廓制度社會の具體的秩序の發現たる自成法であり、營業乃至企業の支配せる制度社會を擔手とする制度としての營業乃至企業の制定法である。それは國家を擔手とする國家制定法に相對立し、而かも、それに包攝され

てゐるものと理解せられる。而して、ここに、兩者同一の法哲學的根據に於いて、その規範性が承認せられなければならぬのである。蓋し、國家と營業乃至企業とは、共に制度たるに於いて、同様な性格を有つものであり、従つて、約款も制度秩序である。その限りに於いて、少くとも客觀法たることは、國家制定法と相異するところはないからである。只だ、國家なる制度は營業乃至企業なる制度の高次包攝の制度なるが故に、國家制定法は營業乃至企業の制定法即ち、約款法よりも、上位を占め、その權威と價值とに於いて優位を占むる譯である。而かも、國家と營業乃至企業なる各制度は、その構成に於いて、後者は前者に從屬的であり、前者は後者を包攝的である。その限りに於いて、制度の理念に奉仕する權威の發現たる規範力に於いて、前者は絕對的であり、後者は相對的である。即ち、後者は上位國家制度理念に方向付けられたる限度に於いてのみ、その規範性が承認せられるものであり、又かかる意味に於いて相對的なのである。

ここに、制度現象としての約款を、制度の要素に於いて分析し、展開すれば次の如くである。先づ、制度理念に於いて約款は營業乃至企業の維持發展をその理念とし、而かも、それが低次の制度たるが故に、國家の理念たるその繁榮に方向付けられるのである。次に、理念の實現をめぐる制度權威のために、權威的・制定的條項の規範性を齎し、その呈示により、法的拘束性を導き、

附合者の恣意を許さざる嚴格性が發現するのである。更に、理念の實現に仕へる制度協和のために、營業乃至企業自體と附合者との間に理念に奉仕すべき權利義務關係が発生する。そこには、各規定の表現は個人法的ではあるが、理念實現への附合者の倫理的・技術的なる各自の機能的職分關係として發現してゐるのである。

扱て、約款の形成に於いては、營業又は企業の優位と維持とは一應、その約款に反映するものである。即ち、營業乃至企業のみ維持發展に、その私的制定者の専恣が急なるの餘り、時に、上位包攝制度たる國家の理念としての繁榮乃至全體利益に向つて、その條項の形成を方向付けないことがある。然る限度に於いて、その條項は法的規範性を喪失するのである。そこで、その約款の形成を、消極的には、國家の理念への方向付けの線を逸脱することなきやうに、更に、積極的に、國家の理念に彌が上にも方向付けんがために所謂約款の統制が課題となるのである。即ち、約款は相對的客觀法たる點に於いて、國家の法規たる絕對的客觀法に基く行政的處分により、國家の理念に制限せられ、又それに方向付けられる(例へば)。換言すれば、國家公益の名の下に、國家の統制が約款に浸透するのである。かくの如くして、この約款の統制は制度の階序性に於いて理論付けられ得るのである。併し乍ら、約款の法としての規範性そのものは國家の權威に基く

階序的統制のために、直接に生ずると理解してはならぬ。直接的には、約款の擔ふ制度の權威が發現したるところにその規範性が承認せられなければならぬ。要するに、その階序原理に基く約款の統制によりその規範性が直接的に根據付けられるものと理解すべきではなく、間接的にその妥當性が根據付けられると理解すべきものである。尙ほ、約款は營業乃至企業の外部的自成法たる點に於いて、内部的自成法たる定款乃至内規に對立し、又制定的基礎を有する點に於いて、商慣習法と區別せられるのである。

二 最後に約款の解釋について述べる。約款を單なる契約の内容と理解すれば、その解釋は個人法的に法律行爲の單なる意思解釋の原則に求められる。又、約款を取引事實と理解するときは、取引慣習として、當事者の意思を俟たず、法律行爲自體より離れたる標準に於いて、即ち、當該諸事實の考量の下に合理的に解釋することにならう。而して、約款の一般的解釋原則として知られるものは、疑ある條項、殊に、客觀的に不明確なる條項を約款作成者に不利益に解するといふ原則である(Hamelbeck, Begriff, Arten u. Verbindlich.)。約款を附合契約の内容と理解して、或は一般に衡平考量の原則によるものがあり(Salilles, op. cit. p. 229, Perrau, Un évolution vers un statut légal des contrats, dans Sources du Droit, Pionneur du F. Génv. p. 362)。或は關係者全體の利益考量により解釋せんとするものがあり(Demogue, op. cit. p. 313 et suiv.)。或は主たる條項

と従たる條項とを分ち、前者はそれだけで法律効果を發生し、後者は法律行爲の解釋方法をとるとするものがある (Deroux, La nature juridique des contrats d'adhésion, 1910. Extrait de Revue Trim. de Droit. Civil.)。又同様に法規的部分と契約的部分とを分ちて、前者に於いて、法規解釋の方法をとり、後者に於いて意思解釋の方法をとらんとするが如きものがある (Luis Lucas, Volonté et). 又、法規解釋と法律行爲解釋との中間に約款解釋を想定し、そこに法律の解釋への接近と差異を考察し、一つの約款解釋の特異性を求めんとする提唱がある。 (Raiser, a. a. O. S. 251 ff.; Hildebrandt, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Arch. für Civil. Praxis, 1937. Neue Folge, 23 Bd. 3 Heft. S. 341. 石井「普通契約條項、特に、その解釋に就いて」法協五五卷一〇號・一一號)。惟ふに、前二者の如く衡平考量・利益考量を以て解釋することは約款解釋のみに特異なる解釋原理ではない。又、主たる條項、従たる條項を分けることも、法規的部分と契約的部分とを分けることも、その區別は約款に於いて不明なる場合多く、又、法律規定の約款への單なる挿入部分を主たる條項乃至法規的部分と解し、これに法規解釋を與へるに於いては、結局、従たる條項乃至契約部分の意思解釋のみが約款の意味を有つことになり、法律行爲解釋といふことを提言するに外ならぬ。又、ここでは、約款の一體的制度性を見ないことにもなる。そこで、約款法の出現は、必然に約款解釋なる特異の中性的・相對的解釋原理を要請するに至るのである。吾々も、約款の一體的制度性を認識する限り、この傾向の線に沿ふのである。

扱て、約款は一つの營業乃至企業を樞軸とする經濟を通じての自立法であり、相對的なりと雖も客觀法であると結論するに於いては、當然、營業乃至企業の正常なる維持發展を目標として法規解釋を爲すべきであり、恰も、國家制定法の解釋を立法者の意思に求めることなきと同じく、約款法の制定者の意思に求めて解釋すべきものではない。又、當事者が約款の條項を知ると知らぬとに拘らず、解釋者は附合者社會に於ける客觀的・合理的理解を目的論的に處理しなければならぬ。只だ、約款法は相對的客觀法なるが故に、又私的制定のために、當事者の專恣に基く規定が企業乃至營業の維持發展の理念を上位制度たる國家理念に照らしてそれより逸脱せざる限度に於いてのみ、その規範性が相對的に承認せらるるものである。又、その限りに於いて國家制定法の解釋とは異なり、解釋的制約を受けるものである。然し、何れにしても、約款も法たる限り、それに向つて客觀的・合理的なる制度秩序を目的論的に理解する法規解釋を爲すべきである。而かも、營業乃至企業の維持發展が、國家公益への線に沿ふが如き限度に於いてのみ、それを理念目的として解釋せられなければならない。されば、解釋者は約款法の全條項に向つて、約款そのものの特異性に於いて、制度的解釋方法と、その原則を展開しなければならぬ (尙ほ、田中「商法上の法律關係の定型化、特に普通取引條項の問題に就いて」法協五五卷七號、拙稿)。

「業務約款序説」法新四六卷一一號・一二號參照。

尙ほ、最後に一言すべきことは約款解釋に關する上告の可能性(Revisibilität)の問題である。これは約款法の規範的性格と、その解釋の司法機關に於ける統一的要請の理由によつて、積極的に解せられるのである(註は Manisk, Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen, S. 94 ff.)。 (158 ff. (Die Reichsgerichts Praxis im Deutschen Rechtsleben, Bd. V) 参照)

閉講 商法の展化と經濟法への課題

吾々は商事一般法と理解せられる營業法の概論を結ぶに當つて、商法の展化に於ける經濟法への課題を論ずることとする。惟ふに、商事法一般は極めて廣い分野に互つてゐる。即ち、通常、商法の分野に屬するものとしては、吾々の取扱ひたる營業法(商法第一編總則及び第三編商行為第六)の外、これが特別法と理解せられる會社法(商法第二編會社及び有限會社法、昭一三・法七四)、海商法(商法第四編)及び證券法(手形法、小切手有價證券に關する規定、五一七條乃至五一九條を中心とする一連の法域)である。併し乍ら、私に於いては、更に、大規模營業(例へば運送、倉庫保險、銀行等)に關する所謂「業法」なる商事特別法の綜合を爲すことによつて、企業法なるものを認識して來たのである(拙稿「企業法の生成」牧野先生還曆祝賀論。而して、商法の社會化動向に於ける主流的地位を占むるものは、實に、企業法(Unternehmensrecht)ではなかつたかと思はれる(Matani, System des Unternehmensrechts)然るに、今や、吾々の企業法はその發展する合理性のために新興法體系を主張する「經濟法」なるものの出現に於いて、これに統合化せられて來たのである。ここに於いて、吾々は商法の主流的展化に於いて、敢て、經濟法への課題性について講述を試み、閉講の辭とする所以である。

一 惟ふに、今日ほど、眞に、法及び法學の危機はあるまい。この危機は、實に、概念法學へ

の課題のみではなく、實に、社會的・政治的・經濟的法地盤の變動に即應せんとする法變革である(Asquini, *Il diritto commerciale italiano nel secolo*).
ある(Decorso (1839-1939), Rivista, 1939, pag. 415).

今や、世界的なる法思想の混沌や、法地盤の動搖、殊に、急角度の法變革に面接しては、法律家は如何にして法を眺めるか。現代の法危機に伴ふ新興法系の生成を如何に課題視しなければならぬか。そこに多くの法律家は何かの照明を缺くが如く、自ら茫然として、佇立してゐることを自覺せしめられて來たやうである。而かも、法の原理、體系、内容乃至解釋の否定し得ない現實の變動に直面して、或は熟視をつづけ、或は進取せんとしてゐる。元來、進歩的精神に富む商法を取扱ふ進歩的なる商法學者も、實は自らが如何ほどその進歩人(Progressive)たるべき性格を自覺しても、この現實の大變動を見ては、茫然たるものがなくはない。併し乍ら、商法學者はその固有の性格を發揮しなければならぬのである。

何れの時代に於いても、法律家の一つの課題は、一般に法、法規が、必ずや、何等かの社會的・政治的・經濟的實質に、內的聯關に於いて制約せられながら、展開されて行くものであることを意識しつつ、そこに法の新形成を把握することである。併し乍ら、その學問的把握が、如何に、所謂理論的及び實證的に爲されてゐても、そこに、その把握の立場の意識を缺いてはならないの

である。而かも、その學問的把握が發展的歴史性と即應的現實性とを缺くものであつては、それは學問としての嚴密性を未だ充分に具有するものとはいへないのである。このことは、近時、特に、法學界の流行的題目として現れたる「經濟法」(Wirtschaftsrecht)の學問性についても、留意せられなければならぬのである(菊池「近代法と經濟との關係」(牧)。
野教授還曆祝賀法理論集文獻參照)。

周知の如く、經濟法の問題は第一次世界大戦による經濟生活の異常急激なる變轉が法律思想に反映し、そこに法の著しい動搖を招來したところに、その問題性の現れた主なる契機があるのである。特に、戦後、その復興へのための經濟生活を規整すべき無数の法規が制定せられ、而かも、それらの新立法はクラシクな市民法理によるのみでは、よく充分に消化し切れないところから、新しく「二十世紀の法」として「經濟法」(Wirtschaftsrecht)なる用語・概念が醸成せられたのである。洵に、經濟法なる名はドイツに於いて第一次大戦の生んだ法律學の革命兒の名であつたのである。そこには、戦争といふ國家的・政治的・社會的・經濟的な危迫的實勢が所謂非常時法を生成せしめ、それが法秩序の內的聯關に於いて、最も強く働いてゐたものではあるまいか。それはカーン(Kahn)が「戦時經濟法の基礎の探究」(Ein Versuch der Grundlegung)といふ副題を「戦時經濟法の概念」(Rechtsbegriffe der Kriegswirtschaft, 1918)に付けたのが、法律術語として、最初に Wirtschaftrecht が

現れた機會といはれてゐることによつても、忖度することが出来よう (Vgl. Heidemann, Art. Wirtse
Scher-Somlo u. Eister.)
Ed. W. 1929, S. 932.)

我國に於いても、近時、滿洲事變、日支事變を契機として、俄然、所謂經濟統制法規なるものが夥しく出現し、そこに、從來ドイツよりの翻譯的課題として取扱はれてゐた經濟法なるものが、何等かの意味關聯に於いて、流行的・普遍的關心を齎して來たのである。私の觀察に於いては、恰も、第一次大戰のドイツの「經濟法」なるものの出現の契機と、そこに時間的の距離はあつても、相當相似たるものがあるやうに思はれるのである。吾々は、この數年來、我國の異常急激なる國家的・政治的・社會的・經濟的變轉に伴ひ、所謂非常時立法と呼稱せられる意味と形成とを以て夥しく制定せられつつある諸法令を見るものである。當初、事態の進展は應急的に、個別的に立法せられてゐたのである (例へば、昭四・資源調査法(法五三號)、昭七・資本逃避防止法(法一七號)、昭八・外國爲統制法(法三五號)、昭一二・製鐵事業法(法六八號)、昭一二・臨時資金) 然るに、その後、事態の深刻なる展開は、終に、國家總動員法(昭一三・四・法五五號)なる全體的・基本的なる立法を見るに至つたのである。

ここに、人は經濟の統制に關する夥しき諸法令を所謂經濟統制法と通稱して、これが綜合的、系統的乃至分析的・解釋的處理を企てんとしてゐるのである (菊池「經濟統制法」新法學全集所收、峯村「經濟統制法」法律學全集所收、清水「日本經濟統

制法」尙ほ、大阪商大、經濟學雜誌四卷四號、及六卷三號及び、その集録的研
究たる「國家總動員法體制」末川・原・谷口、西島の諸教授による協同的勞作) 私はこの所謂經濟統制法こそ、眞に本格的な經濟法の名に値するものではあるまいかと思ふのである。即ち、かやうな意味での新なる法の分野を主張せんとする經濟法の進出は、もはや、我國に於いても、今次の事變を契機として無數の經濟統制に關する法規の制定に當つて、無視し難い現實性ある段階に達してゐるのである。従つて、この「經濟統制法」の通稱に經濟法の學問的なる新形成を求めものが、現實的把握であらうと思はれる。

扱て、この經濟統制に關する法は、法發展に於いて把握されなければ、その歴史性を缺き、學問性の豊かなるものとはいへないのであるが、世には、卒然として既成法系外に出現したるが如く經濟統制法なるものを把握するものがなくはない。併し乍ら、果して經濟統制法は既成法系外に卒然として出現したものであらうか。否な、私には、從來の法系に於いて、經濟の實用によつて形成せられ、而かも如何なる意味に於いても、最も經濟との關係の密接なる法であつた商法を批判し、修正するところに、この經濟統制法の出現する主なる發展的歴史性が求められなければならぬと思はれるのである。即ち、私には、傳統的な市民法の陣營の中で、最も經濟に密接なる地盤を有つ商法の發展的課題に於いて、この經濟統制に關する諸法令が、經濟法なる學問的な新

概念と新體系とを以て把握せられることが最も自然且つ本筋なのではあるまいかと思はれる。成程、所謂經濟統制法は私法の地盤に立つ(例へば、社團、殊に株式會社、所有權、契約の地盤の上に立つ)と同時に、公法の支配でもある(例へば、統制)。商法の展化である(例へば、契約自由の展化)と同時に民法の展化でもあらう(所有權、責任の展、行政法の如し)。又、刑法の課題でもある(罰則を中心とする經濟犯の問題)。併し乍ら、かくの如き經濟統制法の有つ多角的性格にも拘らず、その歴史性と現實性といふ科學性に於いて、又經濟の實用性への要請といふその形成性に於いて、實に、經濟法は商法に於ける發展する合理性の展化と見ることが最も自然であり、本道であるといふも商法學者の我田引水ではあるまい。少くとも、經濟統制法の中樞は商法の發展する合理性の展化に於いて把握せられなければならぬ。それは嘗つての自由經濟機構に於ける商法の役割が統制經濟機構に於ける經濟法の役割と對比せられ得ようからでもある。

今、私は、既に、本講義に於いて、營業法としての商法より企業法への展化を論じて來たから、ここでは主として「企業法より經濟法へ」なる課題に重點を置いて、商法の展化の本道に、經濟法を眺めようといふのである。このことは、私が、既に、「企業法」(Unternehmensrecht)なる法系を商法の展化に於いて把握してゐる關係から(Maitani, System des Unternehmensrechts, 2. Aufl. 1937. 尚ほ、拙稿「企業法の生成」牧野先生還曆祝賀論文集に於ける思想と、論理所收参照)、今となつては、更にそれを經濟法なるものに展開せざるを得ざるに至つたからで

ある(私は既に「制度理論と經濟法」我が經濟統制法の制度法的性格」法律時報一卷七號に於いて、このに、私の課題は、嘗つて第一次大戰當時ハインリッヒ・レーマン(Heinrich Lehmann)がツィテルマン

(Zitelmann)の祝賀論文集の中で「産業法」(Industrierecht)を課題としたためでもあらうか(H. Lehmann, Grundlinien des deutschen Industrierechts, このレーマンのための祝賀論文集で、ヘーデマント(Hedemann)が「産業法より經濟法へ」(Vom Industrierecht zum Wirtschaftsrecht)なる課題を取扱つたのとこの課題の相似たるを覚えるのである(J. W. Hedemann, Vom Industrierecht zum Wirtschaftsrecht in Festschrift für H. Lehmann, 1937. S.)。蓋し、その産業法(Industrierecht)は丁度、私の商法の展化に於いて把握したる企業法(Unternehmensrecht)と類似の法形成であるからである。

二 凡そ、法はその地盤の變移につれて展化するものである。而かも、それは體系に於いて分化しながら綜合せられる。併し乍ら、商法ほど展化性の強度なるものは少いであらう。殊に民法に相對する意味に於いて、その性格の顯著なることは一般に承認せらるるところである。洵に、商法は全法律を商化して來たものである(田中(耕)「民法の商化と商法」商法研究二卷所收)。商法は、嘗つて詳論せし如く、過去、その誕生に於ける商人法より商事法へ、更に商人及び商事を止揚して營業法へと展化して來たものである。而して營業法としての商法の性格乃至構造については本講全般に亘つて、説明

を試みたものであつた。

然るに、資本主義の高度化は營業をして大規模經營たらしめ、又、自由主義經濟は獨占經濟と化して來たのである。ここに於いて自由主義經濟の個人主義への徹底は自由の極に於いて獨占を發見し、その獨占の進行と共に營業は社會の全面に浮んで來たのである。かくて過去の經濟構造に於いては、營業の獨占化傾向が契機となつて、消極的ではあつたが、國家なる上位包攝の制度が經濟の上に顯現してゐたのである。即ち、そこに營業に潜在的に内在する社會性が、顯在的に外在するに至り、ここに、敢て國家が監督的考慮を拂ふために、商法をして公法的に擴充展化せしむるに至つたのである。かくて、營業は營利性と社會性とを二つの機能とし、この相互に表裏の二元を一矢以て貫くことを理念とする新しき制度に變容して來たのである。この制度は營業理念に延長する企業と名付けらるべきものに外ならぬ。先づ、この歴史的段階に於いては、營業なる人的・物的の多角的生活體を規制する營業法たる商法が階級的・社會法的企業法を展化せしめたものである。

かかる現實的法發展の段階は、既に、二十世紀の當初より文化國共通の法現象と理解せられるのである。この法現象は舊來の市民法的理論によつては處理し得ず、その表見的な否定的契機を

擴大完成することによりて體系化されたる法秩序である。而かも、それは寧ろ、大衆的受益者に關する階級的方面より企業が消極的ではあらうが、統制せられるものとして、ことを論じて行くのである(牧野「法律學の課題とし」)。かくて形成せられたる法體系は經濟法の先驅として定立してゐたものと理解せられることは後述する。次に、文化國に於けるこの法形成の努力の概要を本課題の必要なる最少限度に於いて觸れることとしよう。

(1) ドイツに於いて、既に、産業法 (Industrierecht) なるものの法形成についての企圖があつた。即ち、經濟法なる用語・概念の祖國たるドイツに於いてもその先驅乃至平行に於いて、既に、法展化の綜合が爲されたことがあつたのは注目せられなければならない。

(イ) レーマン (H. Lehmann) は一九一三年産業法なる經濟法の先驅と理解せられる法體系を定立したのである(O. A.)。彼はそこに於いて、對公衆關係・勞働關係・競業關係・カルテル問題公私混合企業・不平等約款等の如き、當時生起したる新しき經濟的・社會法的なる素材を以て、新生活觀の下に、その産業法なるものが形成せらるべきことを問題としたのである。彼は社會生活の脈搏が速かにうち行くところに日々新なる問題が齎されるとして、その産業法を論ずるのである。さうして、産業法は商法が商人階級の特別法として呈示せられるやうな仕方では構成せら

れないで、それは産業關係についての特別規定の一團として、産業の特別な需要に關する一般的規範の課題として取扱はれるものであるとし、又産業に關する法秩序の基本的立場は、先づ、産業の發展に必要な生活條件と發展條件とを確保するにあり、更に經濟的なる力によつて惹起する不利な結果を公益に對向せしめ、個人的利益と全體的利益との對立を絶えず調和するにあることは殆んど異論ないところであるとするのである。

(ロ) ハキマン (Heymann) も第一次大戰の當時無數に出現したる新しき經濟的法規を對象として、彼の實務家的體驗と學究的才幹によつて當時の幾多の文獻中、最も注目せられる仕事として産業法を形成したのであつた (Heymann, Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft)。彼は、ここに於いて、この産業法は一九一四年以來軍事的強制經濟の建設に始まる大戰の裡に、經濟家も法律家も共に苦しんでゐる無數の法規範の下に、新なる課題を把握するといふのである。さうして戰爭産業法はその核心に於いて私法であることが明かであり、この私法の上層構造にあつて、公法はそれに修正的に干與するに過ぎないとし、この産業法の體系的處理は私法より出發し、公法との協力作業を必要と爲し、その結果無數の法素材を驅使し、産業法を加工整頓するのである。即ち、彼は産業法を以て公私混合の法として理解して來たのであつた。

(ハ) ローゼンシュトック (Rosenstock) は經濟法なる法形成の論議が盛なる時機に至つて産業法を著したのである (Vom Industrierecht, 1926)。彼は所謂經濟法や勞働法の如きものは、その法域が特に意味を有つ所の固有の法概念を立證し得ないとし、自ら特異なる産業法を構成するのである。即ち、産業は動力經濟であり、産業法の觀點は動力秩序に立つものであり、又それは勞働秩序にも關するするのである。而して所謂勞働法は商法に對して全く反對命題であり、勞働力概念は法發展の先驅者たる商法を零落せしめ、そこに漸次商法の非商化を齎さねばならぬとし、その代りに、商法の後退に於いて商業の事務所や帳場に於ける經營なる用語及び概念の制御し難き擴大があるとするのである。かくて、産業法の體系的研究の出發は、商法乃至勞働法との交渉の限りに於いての經營概念であると述べ、公益及び公法への産業法の關聯等を示して、その産業法なる新時代の法體系への意圖と限界とに及ぶのである。

(2) フランスに於いても、私法の展化に於ける職業法 (droit professionnel) なるものの體系化の努力がある。その中注目すべきものはリペール (Ripert) の仕事である (Le régime démocratique 1936, p. 397; Ébauche d'un droit civil professionnel dans l'étude de) 彼はその職業法について次の如く提唱するのである。フランス商法も民事平等を尊重する立場上、商人主義の表面的建前を遠慮して、

正面の形式上は商行爲主義に立脚してゐる。而かも、かやうな現行法典の下に於いても、職業別の團體の形成を妨げないのみならず、組合主義の發達はこれを助長してゐる。商法それ自らも、法が行爲を問題とするものであつて、人間を問題とするものではないといふことを思はしめるやうに、商人の人格を覆ふことに常に意が拂はれてゐるのである。併し乍ら、現代立法の下では、權利の發生・行使・消滅を決定するには、その積極主體と消極主體との具體的考察を必要とするのであつて、所有權者・債權者・債務者なる抽象的人格とか、甲・乙等の論理方式による想像人格は、職業服を着せることによつて、何を實際爲してゐるか、その職業を見なければならぬ。法律行爲は、その關與する人間を問題とせずして、それ自體又は契約當事者の抽象的意思のみを以てしては價值を有たない。權利も義務も責任も各人に同一ではないと、かゝる序説に出發して、彼は、具體的に、職業的所有權法、職業的契約法、職業的責任法、職業的債務行使保護法の形成に關する趨向を實證するのである。(杉山「民法の分化」比較法 雜誌一號三三頁以下参照)

(3) 惟ふに、獨法流の産業法も、佛法流の職業法も、大體に於いて、私法の展化に於ける階級的・社會法的な法形成の企圖たる點に於いて、吾々が後にも簡單に觸れる企業法と、その大體の定立の仕方について軌を同じくするものと看取せられる。只だ、レーマンの産業法、ハキマン

の産業法が商法の展化性に強い重點を加へなかつたことは、法發展の歴史的把握に於いて物足りなく思ふのである。併し乍ら、ローゼンシュトックの産業法はこの點に重點を加へてはゐるが、ヌスバウム (Nussbaum) の所謂商法の非商化 (De'kommerzialisierung' des Handelsrechts) を支持して産業法の定立を爲すに於いては、吾々は贊し得ないのである。蓋し、ヌスバウムのこの提言は在來の姿に於ける個人主義的・自由主義的性格の法としての商法を、その性格の不可變性に出發する場合に於いて容れることが出来るからである。何れにしても、ドイツに於ける産業法の定立は、その當時の現實性に即應したるものといふことが出来る。又、フランスの職業法の構想は、その地盤と現實とに關する限り、法發展の一つの把握であらう。これは兎に角も、これ等の法形成が吾々の企業法のそれと、その構想の相似たるものがあることは注目せられなければならない。殊に、一言觸れたるが如く、近時、ヘーデマンがレーマンの産業法を以て新興經濟法の先驅として承認してゐることは意を強うするものがある。

吾々の企業法は社會法時代の規範として、一應その課題性を有つてゐたのである。それは、主として、商法典中、商行爲に於ける大衆關係の部分と、これが約款法並びに株式會社法を修正・變更する規定を含む商事特別諸法令を素材として内容付けられたものである。而かも、廣く、そ

れは社會法の重鎮たる勞働法と共に、又企業合同法、各種企業組合法と共に社會法體系にその地位を與へたものである。吾々は商法を個人法としての商法たる營業法と、社會法としての商法たる企業法とに分離して體系化し、而かも、それは營業法を一般法とし、企業法を特別法として理解して來たものであつた。かかる吾々の企業法の定立は、正に獨・佛に於けるこれと類似の法定立に於いて比較對照せらるべきものであつたのである。

ここに一言すべきことは、所謂 *Wielandische Schule* の商法體系に於いては商法一般を個人法と社會法との二つに分けることなく、一般に商法を所謂企業法 (*Unternehmensrecht*) として把握してゐることである。この學派に於いては、假令、商法が獨占の進行に伴つて社會性を顯現して來ても、そこに、切斷點を見ることなく、これを依然として、商法の同一體系内に收容するものの如くである。それでは、商法に於ける個人性と社會性とが外的にも融合統一せられるものとしての根據がなければならぬ。少くとも、所謂「業法」と名付けられる商事特別法に關聯する商法典の規定分野にして、公法化されたる企業の規範は、商法そのものの平面的擴充として同一線上に把握すべきものではあるまい。それは個人性と社會性との分裂する二要素を集合せしめた體系であり、法體系としての嚴密性が乏しいやうである。

三 凡そ、法概念乃至法形成はその歴史性とその現實性に於いて、始めて、その科學性を齎すものである。その限りに於いて、ドイツの産業法、フランスの職業法は夫々の歴史性と現實性の地盤に於ける意味を有つのである。我國に於いても同様な意味合で吾々の企業法こそ、その歴史性と現實性とを充して來たのである。

企業法は既述の如く所謂「業法」といはれる商事特別法令が、これに關聯する商法典規定と合流する法體系にして、既成法體系的立言では、營業警察的・監督法的考慮の商法への浸透である。實に、それは商法と行政法との架橋の世界にあつて、新法體系的立言では、社會法であつたのである。そこには、國家が大きな社會として公益の代表の名に於いて、私經濟の秩序に顯現して來たのである。私はかやうな意味に於いて、商法の展化を企業法に求め、社會法に位置付けて來たものであつた。蓋し、我國に於ける過去の所謂經濟法なるものの取扱は、本格的なる體系ではなく、寧ろ、過去に於ける社會法なる新法系の優越に所謂「業法」の科學性を求むべきであつたらである。若し、我國の過去に於いて、經濟法なるもののドイツよりの輸入的加工が學問的に可能なりとしても、それは日本の現實的地盤を遊離したものであつた。その故に、私は敢て、日本の前段階の現實に於いて自らの企業法の提唱に當り、經濟法に對して消極的であつたのである。

扱て、嘗つての營業法への後見者としての國家は、社會法の時代に於いては監督的・警察的な消極的役割に過ぎなかつた。即ち、國家は依然として經濟に對して、消極的であつたといへよう。固より、我國に於いても、既に、年久しく、例外的・部分的には、又臨時的には、積極的な國家の進出が徐々として進行してゐたのである。このことは、既に觸るところがあつた。然し、それは未だ全面的・積極的な國家の全經濟 (Gesamtwirtschaft) への進出ではなかつた。然るに、近時所謂持たざる國に於いて、世界觀的轉回が要請せられ、「生活全體としての國家」(Staat als Lebensganzheit) が「現實化」(Dikow, Die Neugestaltung des Deut.)、積極的に全經濟を國家理念に向つて、全面的に組織化する現象が現れて來たのである。吾々はその先驅として、ファシスタ・イタリアの組合法 (diritto corporativo) を見ることが出来るのである。この組合法はイタリア特有の組合國家的新法秩序であり、實に、全經濟體制法と理解し得るものにして、全經濟の組織化法である。これについては、既に、私はその素描を試みたことがあるから敢て論及しない(拙稿「ファシズムと商法」民商法雜誌三卷一號、「ファシスタ法制について」)。只だ、私に於いては典型的なる經濟法に相當するものであることを一言するに止む。

今や、我國に於いても、近時の事變を契機として「經濟政策の社會政策への優越」に即應する

經濟法なるものが出現し、その新形成が現實に可能なる段階に達したのである。即ち、商法の展化に於ける企業法による獨占處理の社會的關心より、寧ろ、生産擴充の經濟的關心に國家の重點が移行して來たのである。そのために、一方には從來の企業法規の部分的改正の手段をとり、他方には新なる企業法規の個々の・應急的な制定をなし、又更に廣汎なる經濟分野に向つて所謂統制法規を制定して來たのである。滿洲事變以來の所謂經濟統制法規の逐次的・應急的な、而かも全面的な出現はこれである。そこに於いては、國家の全經濟を統制する權力的作用による積極的な進出があつたのである。而かも、尙ほ、今次事變の進行と共に國家の積極的な進出は個々の法規の堆積を以てしては、よく近代戰の特色たる國家總力戰に即應するに足らずと爲し、昭和三年四月一日、國家總動員法なる經濟統制の全面的・基準的・授權的な一般法を制定するに至つたことは周知の事實である。ここに、我國に於いても一應、全經濟への統一的・全體的法制だけは定立したのである。而して、今日始めて、所謂經濟統制法による我が全經濟の具體的な制度化が完成せられる限り、私は、この經濟統制法の通稱の下に眞に經濟法の名に値する法系が現實性を以て出現して來たものと理解するのである。かくて、私は經濟法なるものを、かかる全經濟の制度法と理解したのである。今や、我が經濟體制は總動員體制より總力體制へと更に進行し

つつある。この時に當つて、全經濟の總力體制の法こそ眞の經濟法となることであらう。

四 顧みるに、吾々の企業法は社會法として、企業がその受益者に對する方面から規制されるところに把握せられたものであるが、我國の經濟發展の前段階に於いてそれが自ら、充分なる現段階の經濟法への變移に向つて待機の姿勢にあつたのである。さうして、社會政策への經濟政策の優位に伴つて、企業法は經濟法への先驅者たる役割を果しつつ、それ自ら發展する合理性のために、經濟法に統合化されて來たのである。即ち、社會法たる企業法は自ら展化しつつ、經濟法としての企業法に變貌し、擴充したのである。さうして、それは他の既成法域の外廓に生成せる法秩序を拉して、大きく經濟法を生成せしめ、自らその王座に進展してゐるのである。私は受益者に對する方面より、ことを論ずる社會法としての企業法を以て、前時代に一應存在すべき必須の法體系なりと理解する。而かも、變貌したりと雖も、國家全經濟力の彌が上にも發展せむとする方面より、ことを論ずる企業法は經濟法の王座に於いて、既成法體系への浸透關聯の中に成育しつつあることを認識するのである。

ともあれ、今や經濟法は新形成せられてゐるのである。それはドイツに於いても、亦我國に於いても、過去に於いて社會法的形成の存在すべきことが歴史的・科學的條件でなければならぬ。

即ち、そこには社會法的な產業法乃至職業法及び吾々の企業法の法形成の過程を経ての經濟法の形成がなければならぬ。かくの如き歴史性と現實性との洗禮を缺き、卒然として形成される經濟法なるものは充分に科學性を有つものとはいへない。蓋し、歴史的展化性を經ざる經濟法は少くとも歴史性を缺く流行的課題と化するからである。世には、自由主義的・個人主義的既成法より統制的現代法へと法變移を考へ、自由法より統制法へと直ちに法轉換を考へる嫌がある。併し乍ら、現在までの我が特別法の生成に對して、鋭き觀察力あるものは、所謂統制法は獨占に對する監督的處置の法としての消極的統制法を足場として形成せられたるものと思料しなければならぬ。換言すれば、所謂統制法と自由法との架橋に社會法としての企業法の存在を課題とすべきである。要するに、社會法としての企業法は經濟法なる積極的統制法の先驅に於いて、その歴史的性格を有つたものである。而して、ここに經濟法も亦企業法を樞軸として、企業法の變貌擴充の展化に於いて、その歴史的な性格を有つのである。洵に、國家全經濟の地盤に構築せらるべき經濟法なるものは卒然として時流に投じて形成せらるべきものではあるまい。

五 最後に、營業法としての商法と經濟法との關聯に論及しよう。この兩者の關係は、共に經濟の實用といふ意味で共同の地盤を有つものであり、而かも、舊秩序の上に新秩序が構築せられ、

展開せられる限りに於いて、兩法が一般法と特別法との關係に於いて、その各々の法體系的地位を占むるを見る。固より、兩法は、その自主性が絶對的ではなく、相對的であることは、既に商法の自主性の課題に於いて理解せられて來たのである。即ち、過去に於いて、既成商法の上層部は企業法なる社會法に於いて形成せられ、それが今日發展する合理性のために、新しく經濟法へ統合の姿勢になつた。そこに、既成商法の上層部は現段階に於いて、經濟法として大きく構築せられ、既成商法は營業法に於いて發展せざる合理性のため、依然として、自己完了的なる法系を維持するのである。かかる兩法の體系的關聯は、更に、民法に對して、これが共に特別法的地位を有つのである。只だ、經濟法としての企業法より立言すれば、それは營業法としての商法の特別法であり、營業法としての商法が民法の特別法となるのである。固より、經濟法は、その性格が多角的であるために、商法のみを一般法とするものではなく、修正せらるべき既成法系(例へば、行政法の如し)を全部的に一般法とするものである。ここでは、これら全法體系の關係そのものも、制度理論に於ける階序原理に於いて根據付けることが出来ることを一言するに止めて、この閉講の辭を終りたい。

索引

<p>あ</p> <p>アイネルト(Einert)62</p> <p>アスクイーニ(Asquini)69,76</p> <p>アマルフイ表(tabula amalfitana di Amalfi).....83</p> <p style="text-align: center;">い・み</p> <p>生ける商行爲法357, 448, 451</p> <p>生ける法(diritto vivente)9,161</p> <p>イザイ(Isay)342</p> <p>意思自立の原則(principe de l'autonomie de la volonté)29</p> <p>異地賣買(Distanzkauf)414</p> <p>一方的商行爲(einseitiges Handelsgeschäft)175,361</p> <p>委任經營345</p> <p style="text-align: center;">う</p> <p>ヴィヴァンテ(Vivante).....</p> <p style="padding-left: 2em;">..... 6, 68, 76, 136, 137</p> <p>ウィスビー法典(Wisby)84</p> <p>ヴィダリー(Vidari)68</p> <p>ヴィーラント(Wieland)75,76,126</p> <p>ヴェストホフ(Westhoff).....7,8</p> <p>ヴステンドルファー(Wüstendörfer)</p> <p style="padding-left: 2em;">..... 7,158</p> <p>運送に関する行爲377</p> <p style="text-align: center;">え・ゑ</p> <p>營業41,43</p>	<p>營業企業説331</p> <p>營業財産(Handelsvermögen)334</p> <p>營業財産讓渡説336</p> <p>營業財産説330</p> <p>營業財産の讓渡及び經營引繼二元説</p> <p style="padding-left: 2em;">説 337</p> <p>營業支配權335,348</p> <p>營業自由の原則193,229,230</p> <p>營業主權224,333,341,342,344</p> <p>營業所(Handelsniederlassung)</p> <p style="padding-left: 2em;">..... 282,307,309</p> <p>營業讓渡の効果348</p> <p>營業讓渡の手續346</p> <p>營業組織讓渡説337</p> <p>營業組織説330</p> <p>營業それ自體.....37,142,221,222,387</p> <p>營業單一權説339</p> <p>營業中心説と商行爲法359</p> <p>營業的商行爲184,360,364,441</p> <p>營業なる生活體307</p> <p>營業なる具體的組織の支配權(diritto di signoria)</p> <p style="padding-left: 2em;">.....342</p> <p>營業主(Prinzipal).....189,220,227,254</p> <p>營業能力190,227</p> <p>營業の移轉335,336</p> <p>營業の階序的發現233</p> <p>營業の協力的發現247</p> <p>營業の記録的發現313</p> <p>營業の權威的發現227</p> <p>營業の主體的發現181,182</p> <p>營業の相續345</p>
---	--

營業の譲渡……………44
 營業の人的組織……………220
 營業の第一僕(erster Diener des
 Geschäfts)……………225
 營業の道義的性格……………108, 385
 營業の動態(Dynamik)と靜態(Statik)
 ……………316
 營業の動的發現……………355
 營業の貸貸借……………345
 營業の場所的發現……………307
 營業の物的發現……………279
 營業標(insegna)……………281
 營業(企業)への權利……………339, 342
 營業法……………56, 98, 106
 營業法としての商法……………51, 52, 101, 141
 エメリゴン(Emerigon)……………60
 エーレンベルヒ(Ehrenberg) ……66, 125

お・を

歐洲共通法(Droit commun de
 l'Europe)……………67
 岡野博士……………70, 95
 オーリュウ(Hauriou)……………11
 ordo……………17, 19

か

解除……………253
 階序性……………143
 階序的發現……………108, 233
 外觀(Rechtsschein)の原則……………163
 外觀理論(Lehre vom Rechtsschein)
 ……………28, 113, 154, 193, 199, 242, 245,
 253, 267, 306, 437
 會社標(signum societatis)……………285
 外套契約(Mantelvertrag)……………417

介入權(Eintrittrecht)……………239, 258, 274
 介入履行の義務……………266
 概念法學(Begriffsjurisprudenz) ……158
 解約告知……………253
 書かれざる條理(ratio non scripta)
 ……………166
 書かれたる條理(ratio scripta)……………5,
 139, 159
 學說法……………171
 確定期賣買(Fixgeschäft)……………415
 影武者(Doppelgänger)……………235
 株式法(Aktiengesetz)……………90
 株主平等の原則(Gleichbehandlung
 od. Gleichberechtigung der Ak-
 tionäre)……………165
 カール・シュミット(Carl Schmitt)
 ……………11
 カーン(Kahn)……………467
 感覺的形式(sinnliche Form)……………328
 管轄登記所……………206
 觀察科學(Scienza di osservazione)
 ……………5
 完全商人(Vollkaufmann)……………195
 カントローヴィッツ(Kantorowitz)
 ……………158
 管理經營……………345

き

機關としての代理商……………258
 機關としての取次商……………276
 機關としての仲立商……………267
 企業……………41, 43, 126
 企業合同法……………478
 企業中心説……………41, 127, 129
 企業法(Unternehmensrecht)……………

……………40, 46, 55, 453, 470, 476, 477, 479,
 482, 483
 企業法としての商法……………32, 101
 企業法より經濟法へ……………470
 技術法……………77, 103
 擬制商人……………122, 363
 記帳能力(Bilanzfähigkeit)……………319
 既登記商號……………293
 規範契約(Normenvertrag) ……457, 458
 基本的商行爲(Grundhandelsgeschäft)
 ……………360
 客觀主義(objektives System) ……119
 競業禁止義務……………151, 156, 238, 244,
 251, 257, 302, 335, 351, 432, 435
 行商使用人(Angestellte Handlungs-
 reisende)……………250
 行商人……………195
 供託法……………409, 441
 共通法……………179
 共同支配(Gesamtprokura)……………241
 協同善(bonum commune)……………17, 23
 競賣申立の權限……………311
 業務約款……………448
 ギルケ(O. v. Gierke)……………66
 (J. v. Gierke)……………74
 禁反言の原則(Estoppel by repre-
 sentation)……………113, 154, 163, 437

く

組合裁判……………34, 35
 組合法(diritto corporativo)……………33,
 355, 480
 グローチウス(H. Grotius)……………61

け

經過法(droit transitoire)……………177
 經濟を通じての自成法(Selbstgeschaff-
 enesrecht durch die Wirtschaft)
 ……………453, 458, 463
 經濟人(homo economicus)……………1, 2,
 3, 9, 55, 108, 112, 115, 142
 經濟人の實踐的技術的武器……………2, 3, 9
 經濟人の實踐的倫理的教典……………3, 9
 經濟人の法……………1
 經濟統制法……………33, 40, 102, 138,
 468, 469, 481
 經濟法(Wirtschaftsrecht)……………33, 40,
 55, 102, 106, 134, 453, 465, 467, 473,
 475, 476, 479, 481, 483
 形式商人(Form-Kaufleute)……………37, 48,
 122, 181, 186, 363
 繼受(Rezeption)……………104
 形成權……………275
 競賣法……………393, 394, 409
 契約強制……………39
 契約自由の原則(Prinzip der Ver-
 tragsfreiheit) ……30, 38, 39, 107, 356,
 451, 454
 契約的協同體(communauté contrac-
 tuelle)……………14
 契約内容の定型化……………154, 171
 契約より制度へ(du contrat vers
 l'institution)……………11, 14, 16
 ゲヴェーレ(die Gewere)……………28, 85

こ

行爲の有償性……………397
 行爲法(Geschäftsrecht) ……50, 115, 249
 公益企業……………44
 公共企業……………44

交互計算期間(Kontokorrentperiode)	420
交互計算契約	417
交互計算不可分(Indivisibilit�)の原則	421
公示原則(Publizit�sprinzip)	85, 199
公證人(notare)	449
公信力(�ffentlicher Glaube)	219
構成法學(Konstruktive Jurisprudenz)	3
高橋の理論(Teoria della rilevanza)	18
小切手法	359
國際私法	178
國際商法	179
小商人(Minder-Kaufmann)	195
個人と機關との概念の區別	223
個人としての代理商	255
個人としての取次商	270, 273
個人としての仲立商	262
個人倫理(Individuelethik)	31
國家總動員法	468, 481
公法の商化(commercializzazione del diritto pubblico)	30
ゴールド・シュミット(L. Goldschmidt)	65, 66, 67, 75, 125
コンパニエ(compagnia)	427
コンメンダ(commenda)	426

さ

財産目録(Inventar)	318
債務の履行	400
作業又は勞務の請負	377
指値遵奉の職務	277
サヴァリー(J. Savary)	60, 86

殘額確定契約(Saldovertrag)	423
産業法(Industrierecht)	471, 473, 474, 475, 479, 483

し

ジェニイ(Geny)	158
仕切書	265
自己責任の原則(principe de la responsabilit� individuelle)	29
時際法(intertemporales Recht)	177
事實上の推進力(tats�chliche Vermutung)	217
事實への附合(adh�sion au fait)	457
自主性(商法の――)	134, 140
自主的商法(diritto commerciale autonomo)	33, 41
市場法(droit de march�)	84, 103
事情變更の原則(clausula rebus sic stantibus)	165
自助供託賣却權	274
自助賣却權(Recht des Selbsthilfeverkaufs)	408
自成法(selbstgeschaffenes Recht)	1, 449
事前制定の私的法律(loi priv�e �tablie d'avance)	453
指導者原理	90
自治法(autonomisches Recht)	170
實質商人	181, 183
支店(Zweigniederlassung)	309
支店の營業讓渡	345
支配人(Prokurist)	235
事物自然(natura rei)	4, 158
私法の公法化	32
市民法(ius civile)	28, 80

氏名黙秘義務	266
社會化約款	453
社會法	479, 482
社會倫理(Sozialethik)	31
社債總額の引受	373
自由法論(Freirechtslehre)	4, 158
自由より統制へ	14, 31
重要書類	283
私有財産不可侵の原則(principe de l'inviolabilit� des droit de propri�t�)	29
主觀主義(subjektives System)	119
出版・印刷又は撮影に関する行爲	378
準商行爲	363
準問屋	269
商慣習法	57, 169
商業證券に関する行爲	372
商業使用人(kaufm�nnisches Personal)	233
商業精神(Geist des Handels)	36
商業帳簿(Handelsb�cher)	312
商業帳簿の種類	316
商業帳簿の證據力(Beweiskraft)	326
商業帳簿の保存	325
商業登記	199
商業登記の效力	212
證券法	48, 51, 139, 385
商號(Firma, raison)	281, 284
商行爲(acte de commerce)	172
商行爲の代理の引受	331
商號權(Firmenrecht)	299
商號眞實の原則(Prinzip der Firmenwahrheit)	290, 304
商號選定の立法主義	290
商號專用權(Recht zur Alleinge-	

brauch)	294, 301
商號の移轉	303
小國家(petit �tat)	151
證據保存の義務	264
商事(Handelssache)	172
商事委任	404
商事寄託	444
商事時效	388
商事條例(Ordonnance du commerce)	86, 314
商事代理	385
商事賣買契約	108, 406
商事法	35
商事法定利率	399
商事留置權	390
承諾適格(Annahmef�higkeit)	394
商的色彩	126
商標(Warenzeichen)	281
商標權	281
商品(Ware)	283
商人階級法	80
商人概念	120, 123
商人記號(signum mercatorum)	284
商人的設備方法(in kaufm�nnischer Weise)	37, 120, 122
商人法	34, 35, 102
商人の規約(statuta)	1, 33, 82, 314, 449
商人の適格性	190
商法史(L'histoire du droit commercial)	57
商法の概念	117
商法の行政法化	32
商法の對象	118
商法の父(Il padre del diritto	

commerciale)59
商法の非商化(Dekommerzialisierung
des Handelsrechts)477
場屋の取引378, 442, 451
譲渡処分説336
條理(naturalis ratio)172
職業法(droit professionnel)475,
476, 479, 483
白地規定(Blankettvorschriften)
..... 149, 166, 213, 443
人格の補充(Ergänzung der Persön-
lichkeit)225
進化的解釋167
進化的傾向98, 138, 141
信義誠實の原則(Grundsatz von
Treu u. Glauben)163
信託の引受373, 382

す

スイス債務法(Obligationsrecht) ...89
推定的商行為(präsumptives Han-
delsgeschäft)184, 384
鈴木教授77, 128
ストラッカ(Stracca)59
ズラツファ(Sraffa)69, 76

せ

生活全體(Lebensgantheit)45, 47,
142, 143, 480
製造及び加工に關する行爲375
制度現象(phénomène institutionnel)
..... 452
制度的構造142
制度哲學(Philosophie institution-
nelle)11

制度法(droit institutionnel)102,
107, 449
制度法學11, 50, 448
制度理論(La Théorie de l'Insti-
tution)11, 15, 21, 55
世界法(Weltrecht)103, 104, 134
絶對的商行為(absolutes Handels-
geschäft)48, 110, 131, 184, 358,
360, 363
全經濟の制度化139
全經濟の制度法481
宣言的・確保的效力(rechtsbestär-
kende Wirkung)215
船舶登記202, 209

そ

倉庫業法441
相對的客觀法460, 463
相對的商行為(relatives Handels-
geschäft)131, 363
双方的商行為(beiderseitiges Hand-
elsgeschäft)176, 361
組織法(Organisationsrecht)50,
115, 249

た

貸借對照表(Bilanz)318
大商人(Gross-Kaufmann)195
大道商人195
第二の我(Altro Ego)235
代理商(Agent)250
代理商契約(Agenturvertrag)253
代理商留置權251, 255
多數取引(Massenverkehr)450
田中(耕)博士76, 125

タレー(Thaller)38, 63, 64, 75

ち

地位交替説337
地位引繼説338
忠實義務225, 255, 257, 262
町人の法1, 6

て

帝王條項(königliche Paragraphen)162
ディオクレチアヌス(Diocletianus)
.....81
定款法112, 170, 461
定型の定型14, 16, 27, 31, 32,
40, 42, 45, 47
締約代理商(Abschlussagent)248,
254, 382
手形法359
デロス(Delos)11, 16
電氣又は瓦斯の供給に關する行爲376
店舗營業292
店舗行爲法132
店舗組織法132
店舗法47, 48, 51, 152

と

問屋(Kommissionär)268
統一的傾向98
登記官吏206
投機購買(Spekulationskauf)367
登記公告の效力212
登記事項202
登記商號の效力300
登記所の審査權206, 217

登記そのものの效力216
投機貸借375
投機賣却(Spekulationsverkauf)369
當事者間の法律(les conventions
stipulées font la loi des parties)
..... 451
同地賣買(Platzkauf)414
トール(Thöl)64, 65, 75, 235
匿名組合員(stiller Geschäftler)428
匿名組合契約109, 426
匿名組合の營業者(Komplementär)
..... 429
都市法(droit municipal)34, 82, 314
トマス・アクキナス(Thomas Aquinas)
..... 11, 58
取次商268
取次代理商(Kommissionsagent)269
取引所に於いてする取引370

な

名板貸154, 305
仲立商260
仲立又は取次に關する行爲380
仲立料(Provision)263
仲間の仁義108, 151

に

西原教授78, 127
日記帳(Tagebuch)265, 317

ぬ

ヌスバウム(Nussbaum)101, 477

の

野津博士78, 127

は

媒介代理商(Vermittlungsagent)
..... 248, 254, 381

賣買約款406

ハキマン(Heymann)8, 74, 127,
474, 476

發展する合理性 ...141, 465, 470, 482, 484

發展せざる合理性139, 141, 484

パルドシュ(Pardessus).....63

ハンザ司法雑誌(Hanseatische
Rechts-und Gerichts-Zeitschrift)
.....67

萬民法(ius gentium).....28, 33, 82

判例法(case-law)171

ひ

非商人(non commerciante).....35, 198

評價價額(Geldsumme)323

表見營業主305

表見支配人197, 242, 243

標準契約406

ふ

ファシスタ法制.....88

ブイシュ(Büsch).....62

不可抗力(vis major)443

附合契約(contrat d'adhésion).....39, 457

不正競争防止151, 156

附屬的商行爲(abgeleitetes Handels-
geschäft)184, 360, 364, 427, 441

普通ドイツ商法典(Das Allgemeine
Deutsche Handelsgesetzbuch)
.....87

普通ドイツ手形條例(Allgemeine

Deutsche Wechselordnung)87

普通取引條項(allgemeine Geschäfts-
bedingungen)448

物權的單一處分説340

不動産登記154, 209

普通條項(Generalklauseln)166

普遍的約款453

不要式の原則356

フランス商法典(Code de Commerce)
.....60, 67, 86

プロシヤ普通州法(Das Allgemeine
Landrecht für die Preussischen
Staaten)61, 86

fundus instructus327

へ

平等待遇の原則(Gleichbehandlung
aller Mitglieder).....164

ヘック(Heck)5, 125, 158

ヘーデマン(Hedemann).....471, 477

ペルスルー(Percerou)75

偏頗約款454

ほ

法及び法學の危機.....5, 8, 161, 465

法規の安定性(Sicherheit)167

方式書(formulae)449

法主體性121, 133, 143

封土契約(Lehnsvertrag)449

法律行爲的多數經營の法(Das Recht
des rechtsgeschäftlichen Mas-
senbetriebs)125

法律上の推定力(gesetzliche Vermu-
tung)218

法律人(homo juridicus)9, 55

保險380

補助的商行爲(Hilfshandels-geschäft)
.....360

本店(Hauptniederlassung).....147,
309

本來の商行爲363

ま

滿洲國商人通法.....55, 83, 97, 141

み

見えざる手(invisible hand).....13, 107

未登記商號の效力302

ミュラー=エルツバツハ(Müller=
Erzbach)74, 158

民商統一法89, 92

民商統一論136

民法の商化(Kommerzialisierung des
bürgerlichen Rechts).....30, 65, 356

民法の商化規定108, 385

む

無盡382

無定型の定型13, 16, 26, 29, 31,
32, 42, 45, 47

も

目的財産説329

目的物供託競賣408

目的物検査通知義務410

目的法學(Zweckjurisprudenz).....4

目的論的解釋(teleologische Inter-
pretation).....21

目的論的方法(teleologische Methode)
.....160

モツサ(Mossa)70, 76, 126

モンタネリ(Montanelli)68, 136

や

屋號285

約款解釋の上告可能性(Revisibilität)
.....464

約款統制455, 460

約款の規範性457, 461

約款の認可114

約款法.....2, 52, 112, 170, 357, 448, 477

ゆ

有限會社91, 96

ユスチニアヌス81

ユーヴラン(Huvelin).....64

ら

ラッドブルフ(Radbruch).....39

り

利益の調和151

利益法學(Interessenjurisprudenz)
.....4, 5, 74, 158

リオソ・カン(Lyon-Caen)63

利己取引の法(Recht des egoistischen
Verkehrs)2

リーセール(Riesser)65, 356

立法獨占(Gesetzgebungsmonopol)
.....111

リペール(Ripert)75, 475

流質契約禁止392

流通對象としての營業...52, 280, 327, 341

兩替其他銀行取引379

る

ルイ十四世……………86, 314
 累進的内容の自然法(droit naturel à
 contenu progressif)……………20
 ルナール(Renard)……………11, 16
 ル・フェウール(Le Fur)……………22

れ

例外の原則化……………123, 182
 receptum 責任……………155, 443

レマン(H. Lehmann)……………471, 473, 476
 連帯債務……………401

ろ

労働法(Arbeitsrecht)……………234, 475, 478
 ロessler(H. Roesler)……………95
 ローゼンシュトック(Rosenstock)……………475, 477
 ロッコ(Rocco)……………5, 69, 76, 81, 140
 ロマーノ(Romano)……………11, 18
 ローマ法(ius romanum)……………1, 26

(外地定價金四圓九十錢)

昭和十六年二月五日印刷 商法概論 I 營業法
昭和十六年二月十一日發行 定價金四圓五十錢

著者

米谷隆三

發行者 江草重忠

印刷者 白井赫太郎

東京市神田區神保町二丁目十七番地

發行所 書肆 有斐閣

支店 東京市本町一丁目九番地 電話小石川一九二〇番
支店 東京市本町一丁目九番地 電話小石川一九二〇番

東京精興印刷社

1E-5D
-56

著三隆谷米

保
險
の
研
究

送定四
料價大
三・樽
一〇布
〇〇裝

企
業
法
の
体
系
(獨
文)
Mitani, System des Unternehmensrechts

送定五
料價大
三・樽
一〇布
〇〇裝

終

