

金の多寡を以て、大・小商人の區別を爲さんがため、金二千圓といふ安定したるが如きも、實は不安定なる標準を以てするのである。これは計理學的嚴密性で理解する譯にもゆくまいから、依然立法論として問題である。税額標準の方が寧ろ一步進んだ標準ではあるまいか(オーストリア商法七條參照)。

上述の行商人・大道商人の如き、所謂移動商人の商人性は、如何に理解されるか。先づ、大道商人は店舗性を有つが故に、資本金二千圓以上のものは矢張り小商人扱には出来ぬと解されることになつた。次に、行商人は、大資本のものも自らは店舗性を有たぬが故に、營業中心説の徹底に於いては商法第四條第一項の文字に拘らず、商人概念に該當しないと解する外はあるまい。然し、それは店舗性の極めて小なるものと理解し、又その活動が典型的取引である限りに於いて、商人資格の問題を離れて小商人に關する商法の適用の問題と爲し得ないであらうか。尙ほ、この所謂移動商人の中、小商人に非ざる大道商人にして、商業登記を爲すべきものの管轄登記所はその住所地による外はない(商法五一六條Ⅱ、五二七條Ⅱ參照)。

會社にして、小商人なるものありや否やも改正法前は大いに論議せられたが、これについても立法は資本金の如何に拘らず、小商人の扱を爲さざること(商改施三條、ドイツ商四條Ⅱ、六條Ⅱ、イタリヤ商草案八條參照)に解決した。蓋し、會社は如何に小資本であつても、必然的に特段の規定によつて特段の組織を有つてゐるか

ら當然であらう。

小商人を商法上承認する効果は如何。この小商人は營業の規模の大小に基くものであつて、營業の組織法上の問題たるに止まり、營業の動的發現たる行爲法上は、普通の商人と變りはない。即ち、小商人と雖も、専ら賃金を得る目的を以て物を製造し、又勞務に服する者と異なり(商法五〇條、商人である以上は、商法の適用を受くるは當然である。従つて、原則として商法の適用を受ける譯である。殊に商人資格を前提とする規定(例へば、商法五〇三條、五〇九條、五一〇條、五一一條、五二一條、五二四條等)は適用される。例外として上述の理由が考慮せられて、商法は商業登記・商號及び商業帳簿に關する規定は適用しないと明定してゐる(八條))。

外國立法、例へばドイツ舊商法第一〇條、ハンガリア商法第五條等は支配人に關する規定を小商人に適用せざる旨を定めてゐるが、我が商法では商業登記に關する規定の適用なき結果、小商人は商業登記を爲し得ない。従つて、商法上の支配人の選任が少くとも登記法上出来ぬから、その規定の必要を見ないのであらう(商法四〇條)。併し乍ら、これは登記支配人を選任し得ないといふこと(二條)になるだけで、所謂名稱上の支配人乃至表見支配人の存在は可能であると解したい(商法四〇條)。尙ほ、商業登記の規定が小商人に適用されない結果は商業登記による利益をも享有し得ないことは

いふまでもない。商號に關する規定も小商人には適用しないが、併し乍ら、只だ商號の登記を爲すことが許されないだけで、その商號を使用することは許される。従つて、その商號は未登記商號としての法律上の價値を有するのみである。

II 非商人 (Nicht-Kaufmann; non commerciant; non commerciante) は狹義に於いては、只だ、我が實定商法が、客觀主義の建前を採つて來たために、實定法上存在するものに過ぎない。それは營業の主體的發現ではない。従つて、この非商人は營業に於ける責任者ではない。それは制度としての營業に關せざる法主體にして、只だ、商行爲の主體として個別的に店舗によらず商行爲を爲す者である。この場合に、商行爲とは法典列舉の一切の商行爲を範圍とするのではない。所謂絶對的商行爲(商法五〇一條)に限定される。要するに、この非商人は實定商法上、止むなく、その適用を受くるものとしてその存在を許したいが、商法の對象としての主體性はない。尙ほ、一般には廣義に非商人とは商人に非ざる一切の者を指稱し、この者も商法の適用を受くることがある(商法三條)。

第二章 營業の公示的發現——商業登記

第一講 商業登記の意義

營業の法的生活に於ける存在及び活動は登記なる法技術的公示によつて、完全に位置付けられる。このことは、殊に、會社營業の如く無形法人を形式とするものに於いて必要となる(商法四九八條一號參照)。商業登記は營業の公示的發現にして、營業はこの法的公示によつて、自らの信用性を確保し、又經濟社會一般への對外的對抗力を承認され、その活動を法的に堅持し得る。このことは、又同時に、社會一般の取引の安全のために、従つて、制度秩序の維持にも不可缺である。この商業登記は營業に於ける制度秩序維持に常に要請せられる外觀理論の典型的發現にして、この理論の中樞と理解される公示原則 (Publizitätsprinzip) の技術化されたるものである。この公示原則は營業に關する組織的乃至繼續的關係について存在するものにして、一般的には、ここに披ふ商業登記に於いて、又特殊的には、會社法に於いて(商法二六三條II、二八二條II、二八三條等)現れてゐる。而して、商業登記は商法第九條乃至第一五條に規定せられてゐる。併し乍ら、今日、實社會に於いて、この商業登

記が果して如何程、實效を擧げてゐるかといふ利用の可能性への現實批判に至つては不動産登記に比して相當考へさせられるものがある(西原「商法總」則二六一頁)。それは兎に角、かかる一般商業登記に關する法制はそのなきに優ることはいふまでもなく、殊に、會社法に至つては、既述の如く不可缺の價値を有つものである。

一體、公示原則は、由來物權法の原則にして、それが漸次商法にも要請されたものである。即ち、物權の排他性に基く、その變動と、その動的安全の保護による外觀的表章の必要性といふことは商法に於いても、稍々その事情を等しうするものがある。物權に於いては、その表章として、占有乃至登記に價値を承認したのである。不動産物權變動の對抗要件たる登記及び動產物權の對抗要件たる引渡(民法一七七條、一七八條)はこれである。營業に關する登記も、結局、營業それ自らの權利保全のためのみならず、經濟社會に於ける秩序の維持乃至動的安全の保護の要請である。

一 營業の公示は、先づ廣告・回章等により、原始的に存在してゐた。その後、洗禮簿や商人の身分登録簿の生成となり、これが中世のイタリアに於いて個人的意義を有するものとなり、一三世紀以來イタリアの諸都市に於ける組合の商人氏名を登録する名簿(matrionla)が出現し、それが法制化して商業登記の起源となつたといはれてゐる(H. s. 240)。然し、その意義は商事裁

判所へ訴訟を提起する場合の資格付けにあつたのであるが、それは寧ろ商人自身の利益擁護に重點があつたのである。その後、經濟取引の擴大と共に、代理關係が重要な役割を齎し、その發生、消滅は經濟社會の動的安全のために登記せらるることを必要とするに至り、登記は漸次、第三者保護、即ち社會的の意義を有つに至つたのである。かくて、一七世紀以來歐洲各地に商人の一般的登録簿が會社・支配人・商號・商標等の各特別登録簿に展化して、法律上重要な技術として認められるに至つたのである。要するに商業登記は素朴的・一般的登録簿より各特別登録簿となり、又個人的意義より社會的意義へと重點を移行して來たのであつた。

併し乍ら、今日の如く一般的登録簿を復活せしめて商業登記に關する通則を規定し、國家公示機關を形成せしめ、一般通則規定主義となつたのは、全くドイツ舊商法に始まるのである。而して、我が商法も亦これを繼受したのである。今日、英米に於いては商業登記の通則なく、フランスの如きも、ドイツ法系の法制を繼受したのは、漸く一九一九年三月一八日の法律(Loi du 18 mars à la création d'un registre de co-)に於いてであつた。イタリアでは、元來一般商業登記が自らの法的所産でありながら、今日ではこれがない(各種個別の登記制である。興味あるは商)。そこで、改正最後案(一九二五年)では、これを一般通則主義に於いて規定せんとしてゐる(Art. 22)。

二 商業登記の意義を述べれば、それは商法の規定により、商業登記簿に一定の事項、即ち登記事項を、法定の手續を以て登記することを意味するのである(商法九條)。而して、本條中「登記すべき事項」とは「登記し得る事項」も含むものと解せられる(烏賀陽・大橋・大森「商法改正法案を評す」法学論叢三四卷一號、一五一頁)。蓋し、相對的登記事項たる自然人商人の商號をも含むが故である。

(a) 商業登記簿は、我が現行法上、一〇種ある(非訟法一四〇條、尤も有限會社登記も商業登記であらうと解されるから一種になる、有會法、一三條)。即ち、商號、未成年者、妻、法定代理人、支配人、合名會社、合資會社、株式會社、株式合資會社、外國會社に關する商業登記簿これである。而して、船舶登記の如きは商法に規定する登記ではあるが(商法六八條)、不動産登記(舟橋「不動産登記法」參照)に類似し、一般商業登記とその性質を異にするが故に、特別法の定むるところに従ふ。それは別個の登記として取扱はれ、商業登記には屬さないのである(船舶法三四條、明三二・二七五號船舶登記規則)。而して、この商業登記簿は登記所たる區裁判所又はその出張所に備付けられる(非訟法一三九條、一四〇條)。商業登記に關する商法の規定は、その實體的關係と重要手續に關する規定を有つのみにして、一般に、その手續は商法の規定に基いて非訟事件手續法第三編第三章に規定せられる。

(b) 登記事項は法律が一定してゐる(商法一〇條、一五條)。これは元來、營業に關する一切の事項に及ぶ

ものではないから、登記の能力性及び登記の必要性にその限界があり、又これを考慮しての立法政策より定められたものである。登記の必要性の程度より、登記事項に、絕對的登記事項と相對的登記事項とを區別し得る。支配人の選任、解任、妻及び未成年者の營業、會社の設立、解散、合併、資本増加等は絕對的登記事項と解すべきものである。尤も、新法は合名會社、合資會社の設立登記を相對的登記事項と爲すものの如くであるが、これは妥當を缺く嫌がある(商法六四九條)。自然人商人が主體者たる營業の商號の如きは相對的登記事項に屬する。相對的登記事項も登記後、當該事項の變更又は消滅を生じたる時は、その變更又は消滅の事實は絕對的登記事項となるのである(商法一五條)。

本店所在地に於いて、登記する事項は、原則として支店の所在地に於いても、これを登記することを要する。例外として、商法に別段の定あるときはこの限りではない(商法一〇條)。例へば、支配人の選任・解任はこれを置きたる本店又は支店の所在地に於いて登記すれば足る(商法四〇條)。尙ほ、商法第一〇條は文理上は絕對的登記事項に關するものと解されるが故に、解釋上は自然人商人の營業の商號は支店の所在地に於いて登記することを要しない。併し乍ら、現實に於いて、自然人商人の主體たる營業の商號を例外扱にする理由もあるまいから、第一〇條も「登記し得る事項」

と理解して、かかる商號も亦支店の所在地に於いて登記することを要するものと解する。

絶對的登記事項につき、登記の懈怠といふ事實あるとき、即ち、商法第一〇條及び第一五條の違反については、必ずしも制裁はない（會社については商法（四九九條一號参照））。只だ、對抗要件を缺くために、登記義務者が不利益を受けるは當然である（商法二）。即ち、我が登記制は原則として、所謂不完全法規（lex imperfecta）である（スイス債務法八六〇條、八六四條は完全法規としての意義を有つ）。

更に、登記事項の分類に免責的事項と設定的事項とがある。前者は支配人の解任、社員の退社、商號の廢止等の如く、法律關係の解消に關する事項をいふのである。後者は支配人の選任、社員の入社、商號の選定等の如く、法律關係の創設に關する事項をいふのである。

尙ほ、一般の登記事實の發生により登記すべき事項は必ずしも、遲滯なく登記するを要しないものと解する。遲滯せる登記も亦有效なる登記である。従つて、登記官吏は、その申請遲滯の登記を拒否することは出來ぬのである。

第二講 商業登記の手續と公示方法

商業登記の手續きは、實體法たる商法は重要な手續事項に關する規定を有するのみであるから、その手續法たる非訟事件手續法第一三九條以下の規定によるのである。

一 登記申請は當事者によるを原則とする。即ち商業登記には申請主義（Anmeldungsprinzip）を原則とするのである（商法九條、一五條、非訟法一四七條）。従つて、當事者の請求に基いて登記官吏が、これを爲すものとする。例外として、裁判所は職權を以て登記所に登記を囑託する場合がある。例へば登記事項が裁判に因りて生じたる場合の如きこれである。即ち、次の如き場合である。

- (a) 株式會社の整理開始、その取消、整理終結及び裁判所の特定の整理處分（商法三八二條、三）
- (b) 株式會社の特別清算に關する類似的登記（商法四三三條、四五六條I）
- (c) 破産に關する登記（破産法一一九條、一二二條）
- (d) 會社設立無効判決の確定（非訟法一三條、五條、四）
- (e) 裁判所の命令による解散（非訟法一八一條III、一八六條、一九三條III、二〇〇條IV）
- (f) 登記原因たりし總會決議の取消判決の確定（非訟法一九條、五條、二）

登記申請には、法定事項を記載したる書面を以てすることを要する。即ち、法律の定めたる方式を必要とする（非訟法一四九條、一五〇條ノ三）。而かも、会社には一定の提出期間が法定されてゐる（商法六五條、六七條、二七六條等）。而して、申請人自ら又はその代理人が登記所に出頭することを要する（商登一四條、三〇五條等）。尙ほ、登記の更正及び抹消につき規定がある（非訟法一四八條、一五一條ノ二、一五一條ノ六參照）。登記を爲す者は登録税を納めなければならない（登稅六條）。

二 登記所及び登記官吏とは如何なるものか。登記所は、その申請を爲す者の營業所所在地の區裁判所又はその出張所であり、これが管轄登記所である（商法九條、非訟法一三九條）。但し登記義務違反事件は過科に處せらるべき者の住所地の地方裁判所の管轄である（非訟法二〇六條）。登記官吏は登記事務を取扱ふ者にして、區裁判所判事又は裁判所書記がその事務に當るのである（裁構法一五條）。登記官吏の賠償義務については、不動産登記の場合の規定を準用する（非訟法一五七條、不動産登記法一三條）。尙ほ、イタリアに於いては商業登記事務は裁判事務でないから、裁判所の監督の下に經濟團體をして扱はしめんとする（改正案 Art. 22）。又、フランスは中央商業登記簿（registre central du commerce）の法制を設けてゐる。何れも法制として、參考に値する。

扱て、登記所は如何なる程度・範圍に於いて登記の申請について審査すべきか。登記所の審査權の問題はこれである。即ち、登記所は、登記の申請が、法律の規定に適せざるものと認めたるときは、理由を附せる決定を以て却下すべきことになつてゐる（非訟法一五一條）から、登記所は申請の適法なりや否やを定むるにつき（申請者が正當なる申請權限を有するや否や、當該登記所の所管なりや否や、或は、進んで、事項が果して眞實に合致するや否や）如何なる點まで審査するの權限乃至職務を有つかが問題である。而して、我が法律の建前では形式的審査主義によるか、又、實質的審査主義によるかにつき議論がある。登記の形式的要件即ち、申請書の方式、登記所の管轄、申請人の資格等については、登記官吏がこれを審査すべき權限あると同時に、職務のあることは異論がないであらう。併し乍ら、登記の實質的要件、即ち、申請事實の眞否の調査、例へば總會決議の無効の如きことまでも立ち入つて、調査する權限あると同時に、職務があるかは問題である。或は、實質的要件についても、これを審査する權限も職務もあるとし、或は實質的要件については審査する權限もなく、又職務もないものとするところの兩極端な説があり得る。更に、中間説として次のことがいへる。即ち實質的要件について審査すべき職務は疑の存する場合に限るが、權限は常に、これを有するものとする。

惟ふに、登記官吏が、本來記録官として、登記事項の實質的要件についてまでも、これを審査する權限も職務もあるとするも、その實行は事實上不可能に近い（一々登記事項の發生する現場へ登記官吏は調査に行かねばならぬことになる）。

又、假令、それが可能なりとしても、今日の登記所の機構では登記事務を遅延せしむる虞があらう。殊に、登記はその性質上、事實そのものの記載ではなく、申請の表示を記載するものであり、又、登記内容について、一般的に公信力が認められない限りに於いて、かかる絶對的な實質的審査主義は調和しないのである。

次に、實質的要件について審査すべき職務もなく、又権限もなしといふのは極端である（大判、・一〇・一〇・民二・民錄二七輯、二一四頁、「登記ノ官吏ハ申請事
項ニ付キ、ソノ内容ヲ審査スベキ權限ヲ有スルモノニ非ズ」とす）。これでは登記の本來の精神たる眞實を表
示するといふ任務を果すことは出來ないであらう。殊に、裁判所が職權を以て事實の探知及び必
要と認めたる證據調を爲すべき旨の規定（非訟法一
一一條）は登記所にも準用があると解されなければならぬ
のである。かくて形式的審査主義も亦妥當ではないのである。

かくの如くんば、兩主義の中道に於いて、實質的要件については、これを審査する權限は常に
有するが、その職務としては疑の存する場合に限らなければならぬといふ審査權の相對的實質主
義が現實に妥當する。蓋し、實質要件が明白に真相に反し、不合法なる場合は、進んで職權を以
て事實を探知するの必要がある。而かも、この程度なれば、登記を遅延せしむる虞があるとはい
へない。又、相當の理由ある疑の看取せられたる場合に、その真相を調査しないのは、却つて、

登記官吏が官吏としての忠實の義務に違反するものといはなければならぬ。従つて、登記の申請事
實の否なる確信を得たならば、理由を附したる決定を以てその申請を却下することを得る。尤も、
この決定に對しては、即時抗告が可能である（非訟法一
五一條）。尙ほ、滿洲國商人通法第八條が或意味で
實質的審査權を承認してゐるのは注目し得る。

三 登記の公示は商業登記の最後の手續段階である。商法、非訟事件手續法及びこれに基く
（非訟法一
五六條）商業登記取扱手續（明三二・
司法省令）は、その方法手續を規定する。營業の公示技術としての商業
登記は登記義務者の申請により、商業登記簿に登記事項を記載したるのみでは、未だ足りないの
であつて、更に、公示手續をも必要とする。従つて、商業登記については、不動産登記、船舶登
記に於けるが如く公開的な受動的・個別的公示方法の外に、尙ほ、能動的・集團的公示方法を以
てするのである。

(a) 受動的・個別的公示方法は登記簿の公開にして、次の如く分説し得る。
(1) 何人も登記簿其他附屬書類の閲覧請求權がある（非訟法一四二條I、
II、商登一〇條參照）。閲覧の請求は一定の事
項を記載したる書面を以て爲す（商登一六條
一七條）。他に別段の條件を要しない。閲覧の請求は登記所の
執務時間内は、何時でも爲し得る。

- (2) 何人も手数料を納付し、登記簿の謄本又は抄本の下附を請求し得る（非訟法一四二條一、商登一六條、一八條）。
- (3) 何人も登記の不變更又は不存在の證明を求むることを得る（非訟法一四三條、商登一九條）。
- (b) 能動的・集團的公示方法は登記の公示として本來的な登記事項の公告である。即ち單に、受動的・個別的方法たる登記簿の公開だけでは、取引社會の現實では不便且つ不充分であるが故に、登記事項の登記あるときは、裁判所に於いて「遲滞なく」公告することを要する（商法一一條、立法定める必）。この公告は登記所の名を以てする。而して、登記官吏の過誤又は印刷上の誤植等により、公示された事項と登記された事項と相異なる場合は公告のなかつたものと看做されること後述の如くである。公告は官報及び豫め選定したる新聞紙に、少くとも、一回はこれを掲載することとを要する（大判、昭九・六・一六、民四、公告は獨り官報又は新聞紙上の公告を以ては足れりとせず、必）。且つ、公告は、これを掲載したる最後の官報及び新聞紙の發行の翌日、それを爲したるものと看做されるのである（非訟法一四四條、一四五條）。區裁判所が、その管轄内に公示のため適當なる新聞紙なし、と認めたるときは、登記所及び、その管轄内の市町村役場の揭示場に揭示する方法を以て代用し得る（非訟法一四六條）。
- ここに注意すべきことは、商業登記の公告と株式會社が商法上の義務として爲す公告とは異なるものがあることである。後者の公告は官報又は日刊新聞紙に限定される（商法一六六條一、六號及び同二）。従つて、

會社の公告は官報と新聞紙とを併用する必要はない。

最後に一言すべきことは、登記事項に變更又は消滅を來したる場合、當事者は遲滞なく、その旨の登記を爲す義務を負ふ（商法一五條）。この場合、當事者はこの違反により變更又は消滅の登記より生ずる効果を主張し得ないが、その違反による制裁はない。

第三講 商業登記の效力

商業登記の效力について、商法は第一二條に、特に規定する。而して、この商業登記の效力は一般的には、登記そのものの效力と、登記公告の效力とに分け得る。惟ふに登記は公示であるが、更に、積極的に公告せらるることが、その本來の機能を完うする所以になる。従つて、先づ、登記公告の效力を述べ、次いで、登記そのものの效力を述べる。

一 登記公告の效力は法が登記事項につき公示方法として登記及び公告を要求したる結果、その前後に於いて相異を齎した。即ち、商業登記の、消極的方面の效力と積極的方面の效力とに分け得る。

(a) 消極的效力は登記及び公告以前の效力にして、所謂消極的公示原則 (negative's Publicitätsprinzip) に於いて理解される。登記事項は登記及び公告以前に於いてはこれを以て善意の第三者に對抗し得ない(商法一二條前段)。悪意の第三者に對してのみ對抗し得るに止る。かくて、登記があつても、未だ公告がなければ、善意の第三者に對抗出來ない。善意の第三者よりは登記者に對抗出来る。善意とは登記事項の内容たる事實の不知であり、その善意、悪意の決定の時期は、その第三

者が法律上の利害關係を有するに至りたる時である。されば、その後、これを知りたるか否かは問はないのである(善意の第三者とは彼が「法律上ノ利害關係ヲ有スルニ至リタル當時ニ於テ、ソノ登」悪意の第三者には公告の有無を問はず、登記事項の内容を主張し得る。悪意なりとの舉證責任は第三者の悪意なることを主張する者に存する。かかる立證の爲されざる限り、第三者が善意なることに過失ある場合にも、所謂善意の第三者たるを失はない。これ第三者保護の趣旨の徹底である。

(b) 積極的效力は登記及び公告以後の效力にして、所謂積極的公示原則 (positive's Publicitätsprinzip) に於いて理解される。登記及び公告の後は公示の完全なる遂行であるから、一般社會はこれによつて法律上はそれを知りたるものと看做される。事實上それを知らざる第三者にも對抗出來るといふ擬制を承認する。これを以て、當事者はもはや第三者が悪意なりとの立證を爲す必要はない。ここに登記者は多大の保護を受くることになる。然し、これを徹底的に進めて行くことは、行き過ぎである。又第三者が正當の事由によつて知らざる場合にも、これを悪意に準じて、正當の事由なき善意の第三者と同視するは酷である。そこで、正當の事由あるときは善意の第三者はその對抗から免れる(商法一二條後段)。正當の事由についての舉證責任は第三者にあることはいふまでもない。而して、この白地規定の解釋は商業登記の本旨に従つて解釋する外はない(通信・交通の杜絶、官報・新

開紙の不達は勿論、長期の旅行・病氣等の個人的理由も白地の内容となる。

次に、以上の如き、登記公告の効力に關聯して、支店登記の効力の問題と、登記と公告との不一致の問題と、他の商法上の登記との關係の問題を述べる。

(1) 支店に於ける商業登記の効力は第三者に對する効力としてはそれ自ら獨立して決定さるべきものである(商法一三條)。支店には支店の所在地に於いて、登記すべき事項がある(商法一〇條)。それ故に、この場合、第一二條に規定する消極的及び積極的なる効力は支店に於いて爲したる取引のみについて存在する。即ち、支店に於ける登記及び公告は支店取引についてのみ對抗要件である。従つて、この場合、悪意が本店に於ける登記公告に關するか否かは、その効力に影響を及ぼさないことになる。かくて、その効力は消極的効力として、支店取引の善意者に對抗し得ない。又、積極的効力として、支店取引の善意者にも對抗し得る。然し、正當の事由によつて知らざる善意者にはその効力を生じないのである。

(2) 登記と公告との不一致の場合(例へば、誤植のため)の効力が問題である。この場合、第三者が公告と異なる事實を以て對抗せられるとすれば、第三者はその危険を避くるために、一々、登記簿を確かめることを要するに至り、公告の意義は喪失する。又、この場合、第三者が登記事實と相異なる

公告に従つて、行爲の効果を主張するとすれば、公告につき過誤なき登記者に酷となる。そこで、新法は中道を歩んで、大體に於いて第三者保護の建前から、この場合は公告がなかつたものと看做すのである(商法一一條)。従つて、第三者は登記簿の記載事實に従ひ正しく公告が爲されるまでは第一二條の効力を受けない。尤も、登記のみによる單獨効果を商法が承認する場合(商法五七條、九三條等)は公告の有無を問はぬが、然し、公告ある場合に類似せる問題が起る。この場合、公告は問題でなく、登記のみによつて第三者はその効力を受ける。

(3) 商法は商業登記の効力として一般的にその効力を第一二條に規定してゐるが、これは、既に成立せる法律關係の宣言的・確保的効力 (rechtsbestärkende Wirkung) に過ぎない。然るに、尙ほ、商法は商號の登記にその排他的効力の要件としての意義を與へ(商法一九條)、殊に、商號讓渡の登記に第三者への對抗要件としての効力を與へ(商法二二條)、又、會社の設立・合併・増資の登記にそれぞれ効力発生要件としての効力を與へ(商法五七條、一〇二條、三五八條)、更に、外國會社の支店設置にも類似の効力を認める(商法四一條)。これらの登記は、何れも所謂設定的・創設的効力にして、商法第一二條の効力と異なる。然らば、商法第一二條と上述の諸登記の効力とは如何なる關係にあるか。

(i) 商號の場合、通説は第一二條を原則規定と解し、第二四條第二項を例外規定と解する。然

し、前者は對社會的なる責任關係に意味があり、後者は登記商號の排他性に意味がある。従つて、兩者は商號讓渡に於いて併存し得る(西原「商法總則」二八〇頁參照)。

(ii) 會社の場合、登記によつて完成された法律關係が更に第一二條の適用を受くるに至ると解するのが形式的に一つの論理である。然し、この場合は特に明文を以て、所謂設定的・創設的效力を承認した法の趣旨が既に、宣言的・確保的效力を排斥してゐるものと解して行くのが、實質的には妥當である。

二 登記そのものの効力は、登記それ自らの公告とは無關係に、宣言的效力と創設的效力を有つことが承認せられる。而かも、この場合、宣示せられたる又創設せられたる法律關係が法律的に存在するに至ること又はその存在せざることの外觀力ありや否やは問題である。併し乍ら、商業登記乃至一般登記の個人的意義より社會的意義への重點の推移に鑑みて、實定法の許容する範圍に、これを是認しなければならぬ。

外觀的効力は外觀信賴を保護することの登記の社會的意義を充すことより始まる。而して、登記されたる事項は第三者より見れば、眞實の如く見える。そこに表示されたるその外觀は、それ自ら法的眞實の價値にまで高められることが社會的に要求せられる(Mozeski, 57)。かくて、登記され

たる事項の眞實性に對する信賴への價値付けは制度秩序の要請である。かくて、登記への外觀的効力の承認となるが、その程度が商業登記に於いて絶對的にまで至るか否かが問題である。

(a) 補充的効力が登記により實體法上一つの外觀的効力として承認せられる。それは登記されたる事項に瑕疵があるも、登記によつて、その瑕疵が治癒せられる補充的効力である。我が商法に於いても、設立登記によつて、會社が設立したるときは、設立の無効乃至取消の判決により、從來の取引關係の効力に影響なきことを定めてゐる(商法一〇條、一三六條、一四二條、四二八條)。又、その場合、株式會社に於いて株式引受人は錯誤若しくは株式申込證の要件の欠缺を理由とする引受無効の主張又は詐欺・強迫を理由とする引受の取消を爲し得ざることを定めてゐる(商法九一條)。これ、何れも登記されたるが故に出て来る、瑕疵への補充的効力である。而かも、一つの外觀的効力と理解される。

(b) 推定的効力が登記により證據法上一つの外觀的効力として承認せられる。それは登記せられた事實につき、一應それが眞實であり且つ適法であるとの推測的効力である。かかる効力の存否は、法律上の規定を缺くが故に一般的に、効力の決定を裏打ちするものと理解せられる登記所の審査權の範圍より解決しなければならぬ。然らば、既述の如く相對的・實質的審査權の承認に鑑みて、少くとも、所謂事實上の推定力(tatsächliche Vermutung)が承認せられる。

尙ほ、一步前進して、登記事項は、これが援用された場合に、これを否認せんとする者に舉證の責任を負はしむべき效力即ち、所謂法律上の推定力 (gesetzliche Vermutung) までも生ずるや否や。この場合、若し、登記が絶対的・實質的審査権に裏付けられるならば、問題なく積極的に解せられるが、事實、裁判手續と異なり、登記審査権は絶対的なることが望まれないから、登記の信憑性は法律上の推定力を許容するほど、しかく確實を期し得ないであらう。従つて、この論理に於いては、法律上の推定力は消極的に解せられなければならない。只だ、登記は何んといつても、強力なる外觀の作成であるから、ここに重點を加へ、制度秩序の要請に基いて、法律上の推定力を積極的に肯定することは具體的に妥當することであらう。併し乍ら、尙ほ、考へるならば、かかる法律上の推定力を肯定するとしても、それは證據法上の意義を有つものであり、反證によつて覆へされることは依然として存在する。而かも、舉證責任の負擔は第三者からすれば、相當酷であらう。かくては、制度秩序の要請に即應するには、未だ不充分である。そこで、この問題は次の問題まで留保した方がよい。

(c) 更に、前進して、眞實の伴はぬものを眞實を伴ふ如く看做す效力を登記に與ふことは可能であらうか。この效力は證據法上はいはば看做力といへようが、事實が存在しないのに存在してゐると法律が認める效力、即ち、實體法上の意義を有つ公信力 (öffentlicher Glaube) に外ならぬ。若し、この效力を登記に承認すれば、上述の法律上の推定力の如きは制度秩序の要請に於いて、その問題性を失ひ、その論議の必要性を有たぬものといはなければならぬ。

扱て、商法は外觀理論乃至禁反言法理の援用により、實體法上制限的に又相對的に登記に公信力を承認して來たのである。商法第一四條の規定はこれである。即ち、故意又は過失により不實の事項を登記したるものは、その事實の不實なるを以て善意の第三者に對抗することを得ないとする。對抗不能の點に於いて、それは公信力の承認ではあるが、故意又は過失による不實登記に限定するところは相對的・制限的である。公信力は一面、全く、不實登記の原因を問はないところに第三者保護が徹底するのであるが、他面、商取引の多數性・大量性の故に、登記者たる商人の營業維持も考慮せられなければならぬ。この二面の睨み合ひに於いて、營業經濟の制度秩序は圓滿なる進展を爲すものといはなければならぬ。この故に、登記官吏の錯誤又は第三者の虚偽の申請による不實の登記にまでは公信力を承認し得ないのである。要するに制限的・相對的の公信力は承認し得るも、無制限な絶対的の公信力は、少くとも、商業登記に於いては制度秩序の上からも承認せらるべきではない。

第三章 營業の人的發現

第一講 營業の人的組織の意義

商法に於ける營業なる制度には、一般的に法的主體性を有たざる店舗營業と特殊的に法的主體性を有つ會社營業とがある。前者に於いては、自然人商人が法的人格者として、營業の名義者であり、形式的に營業に即して、自己がその營業の動的發現たる商行爲より生ずる權利義務の主體となり、實質的に營業主として營業に内在してゐる。後者に於いては、營業自體を内包する會社なる法人が商人たる法的人格者にして、營業の名義者として、形式的にも又實質的にも、法的人格者と營業とは相蔽ひ相合致してゐる。

一 營業が制度たる限り、それが法主體性を缺く店舗營業たると、又法主體性を有つ會社營業たるとを問はず、機關の機能によりて、その活動が爲される。機關 (Organ) なるものは、法律上は通常法人格を有つ社團に於いて、存在するものと理解せられてゐた。併し乍ら、機關なるものは、法人に存在するものではなく、法人格に内包されてゐる有機的・組織的生活體に存在する

ものである。従つて、有機的・組織的生活體たる制度には、機關は必然に存在する。法人に關する學說の中でも、有機的實在説を承認せざる所謂擬制説に於いては、機關なる概念は承認されない譯である。

既に、營業は人的・物的の要素が協和的一體に於いて、多角的生活體を爲してゐるものである。而して、それ自ら制度にして、「營業それ自體」がそれ自ら法的處理可能なる地位として、少くとも法社會的地位を有ちつつ法律上承認されるのである。而かも、それは營業に關する權利義務の歸屬點とは、自ら、別個の地位を有つものである。營業に關する權利義務の歸屬點は商人である。併し乍ら、商人は營業なる制度の統一的・主體的發現であり、營業に關する一切の權利義務の歸屬點であるが、それは同時に、營業主の名に於いて、營業の責任者であり、又權威者である。惟ふに、商人は形式的には、營業に即して、他の主體又は客體に對する法律關係の當事者たる地位にあるやうに法典上規定せられてゐるが、實質的には、營業主として營業に内在するものとして認識されるのである。今日、商人は商法上、只だ、營業の對外的側面に法主體性が問題とされるところに必要な實定法的・制定的意義を有つに過ぎないものであり、對内的側面に所謂營業主として營業の權威の發現に於いて機關たる地位を有つものと理解したい。又、この商人た

る營業主はその限りに於いて、個人としての地位と生活を有つものでなければならぬ。今日、法生活に於いて、營業に關する取引の重點が何人にあるかは營業の對外的關係に於いて問題ではなく、重視されてゐるのは「營業それ自體」に外ならぬ(東控判、昭一三、一・二二・二一)。而して、支配人其他商業使用人、代理商は商人乃至營業主の代理人乃至使用人としての形式的關係を通じて、寧ろ、これらは營業の機關と理解しなければならぬ。即ち、これらは個人法的關係を通じて、營業に於ける權威者たる營業主に從屬し、又營業の最高機關たる營業主の下級乃至補助の機關と理解せられる。

實に、營業の人的組織たる營業主、支配人、其他商業使用人、代理商乃至仲立商、取次商の問題には純然たる個人法上の處理が爲さるべきではなく、一應、それらは營業の機關として認識出來るのである(田中耕一「改正商法總則概論」二七)から、かかる理解に於いて、その法構成を把握しなければならぬ。而して、これらは營業に於ける構成員たると同時に、又機關として活動するものにしてそこに、その營業なる制度の活動がある。而かも、これらは商人たる營業主を最高機關とし、又權威者として、それぞれ上級・中級・下級の機關乃至補助機關として、相互に、上下階序に又左右協力して、營業の理念を追求しながら、理念たる營業の維持發展に奉仕してゐるものと認識されるのである。併し乍ら、立法はこれらを一律に個人法的に構成して來てゐる。従つて、上述の

理解に於いては團體法的にそれが可及的な再構成が要請せられる譯である。ここに、私は營業の權威的發現に於いて、商人たる營業主を、又營業の階序的發現に於いて、支配人其他商業使用人を、更に、營業の協力的發現に於いて、代理商、仲立商、取次商を可及的な團體法的考慮を加へて取扱ふことにする。このことは、少くとも營業を制度と理解する限り、必然の目的論的展開にして、却つて、個人法的に嚴密な論理を辿るよりも、法の現實即應性を充たすものであり、具體的なる秩序に於いて、これら諸機關を把握するものであらう。

二 營業に於ける人的組織の法律的構造を明かにするには、又その人的組織と營業との關係を明かにするには、個人としての營業主、支配人、其他商業使用人、代理商、仲立商、取次商と、機關としてのそれらとを區別することが法社會學的方法上有意義でなければならぬ。蓋し、營業の人的活動は對外・對内二つの方面に展開せられる。一面は對社會の關係であり、代表關係の生活であり、他面は營業自體との關係であり、營業と營業内の人的關係である。即ち、契約關係である。前者は營業活動の生きたる方式であり、純粹に商法の世界であり、後者は身分的債權關係として、不純粹なる商法の世界である(Mossa, Diritto com., II, pag. 69)。かくの如くして、ここに、個人と機關との概念の區別が可能である。この分析は從來、會社法に於いてさへも徹底しないのであるが、

私には實に、制度構造そのものに基いて營業法に於いても妥當付けられることが理解される(「拙稿
關としての取締役と個人としての取締役」青)。
山博士選解論文集—商法及保險の研究所收)

抑々、營業なる制度と、機關との關係は、從來の學者が法人と機關との關係に於いて觀念するが如きものである。即ち、その關係は、職務權限の絶對的歸一關係といふ一元的關係であり、權利義務の二元的・相對的關係ではない。法人の場合と異なり、營業の名義者が自然人なる場合は、法律上制度の名義者たる商人が權威者たる營業主として營業に於ける最高機關の地位にあり、而かも、權威者たるが故に、絶對的・無制約的職務權限を有つのである。支配人・其他商業使用人、代理商、仲立商、取次商等は、法人格なき店舗營業に於いては、一應、法律上責任者たる營業主との關係を通して營業に於ける職務權限の關係を有つのである。

個人としての機關構成者は單純なる人格者が機關の抽象的・狀態的地位を充すといふ個人法的地位を有つものである。而して、その制度としての營業との關係についていへば、商人たる營業主は、その營業制度の擔手として所謂營業主權を把持する存在であり、又商業使用人、其他代理商等は營業に於ける權威者たる營業主との關係に於いて相對二元の權利義務の關係にある。而かも、この權利義務の關係は、一面に於いて、相對立する個人法的關係にあるも、他面に於いて、

機關の關係を裏打ちして機關の地位に附着する職務權限を、これら機關が行使するに當り、營業の全體的利害を慮り、營業の維持發展の理念に奉仕すべき倫理的なる忠實義務を基調とするものである。この忠實の義務は制度要素に於ける親和の發現に外ならぬものと解する。

機關構成者たる人格者は、個人としては、その營業の權威者たる營業主と雖も、又其他商業使用人、代理商の如きも、皆、かくの如き忠實義務を負担し、それを基調とするところに始めてその存在がある。蓋し、商人たる營業主と雖も「營業の第一僕」(erster Diener des Geschäfts)にして、營業の全權者なりとはいへ、營業に於いて忠實でなければ、商業使用人、代理商等の下級機關は壊滅し、營業は自ら解體し、全體の經濟社會に、社會的にも經濟的にも、不利不安を齎すからである。その他、營業の機關が營業に於いて、忠實義務を負担するは、それが所謂人格の補充 (Ergänzung der Persönlichkeit) を意味とするところに理解せられる。我が判例が「商業使用人カ主人ニ代リ、ソノ營業ニ關スル行爲ヲ爲スニハ主人ニ對シ忠實ニシテ、ソノ利益ヲ圖ルハ當然ナリ」(大判、明四一・一〇・二)といへるに徴しても明かである。即ち、商業使用人が正に營業主を通じて、營業に於いて忠實義務を基調として行動すべきことを物語つてゐる。又、代理商も、仲立商も、又取次商も同様の忠實義務を有つことは、法律解釋上からも理解される(民法六四四條、五
商法四六條、五

四三條、五五二條、
五五九條Ⅱ。

要するに、商法中、人的組織を理解する先決問題は、その營業に於ける人的要素を、個人と機關の兩側面に於いて把握することではなければならぬ。而かも、商人概念・營業主概念を營業の内外兩側面に於いて把握し、それを營業の組織の中に織り込むべきである。かかる把握によつて、始めて營業の制度性の展開がその充分性を有ち又立法の意圖を鮮明ならしめることが出来ようと思ふ。尙ほ、最後に一言すべきことは、ここにいふ人的組織は機能的把握のそれにして、人的組織が價值的に把握されたるものは物的組織のそれと融合して、後述の流通對象としての客體的營業として、重要な意義を有つことである。

第二講 營業の權威的發現 — 營業主と營業能力

商法上、營業の主體的發現としては、營業の名義者であり責任者であるところの商人が對外的側面に於いて把握される。而かも、この商人の地位を充す同一人格が營業の權威的發現として營業主 (Prinzipal) の名に於いて、營業に關し、絶對的な、又原則として無制約的な職務權限を有つ機關と理解される。而して、法人格なき店舗營業に於いては、商人は營業主として最高權威の機關にして、一般的機關である。法人商人たる會社はそれ自ら商人性を承認せられ、營業の組織的發現たると同時に、主體的發現に於いて營業に關する一切の權利義務が歸屬する。而かも、その内包する營業の最高機關はそれぞれ分業的であり、殊に、株式會社に於いてはそれが明白である。即ち、通常、決議機關あり、代表執行機關あり、又監督機關あり、共に必要常置の機關として存在してゐる。次に、既述の機關と個人との兩側面に於いて營業主を見るならば、その特殊の性格のために、前者の地位の内容として、その職務權限が一應、問題である。又後者の地位の内容として、個人法的權利義務の問題よりは寧ろ營業能力が問題である。

一 營業の權威的發現たる營業主は營業の最高機關たるものにして、商法に明文なくとも、後

述の營業能力の制限なき限り、一切の職務權限を有ち、殊に、營業に於ける人的組織たる下級機關、協力機關を維持統制する權限は最も顯著なるものであることはいふまでもない。尙ほ、明文にも營業主と使用人との關係に於いて、その職務權限が見られる。例へば、商法第三七條は商人たる營業主が支配人を選任し、本店、又は支店に於いて、その營業を爲さしめ得ることを規定し、又第四〇條に支配人の選任及びその代理權の消滅に關し、營業主自らこれを登記するを要する旨を規定してゐるが如くである。ここに一言すべきは、商法に於ける使用人への營業主の關係である。立法は一般に營業内に於ける支配人其他商業使用人を機關と規定せず、これらと營業主との關係は雇傭乃至代理のローマ法的個人法上の關係で發現せしめてゐる。而して、これは寧ろ一面に於いて、營業と商業使用人との關係と理解し、機關關係と考へねばならぬ(商法五〇六條類推解釋)。他面に於いて、個人關係を代理乃至雇傭と理解し、營業主は權威者としてこの關係に介入するものと解すべきではあるまいか。

二 個人としての營業主の地位の内容に於いて、取扱ふべきものとして、その營業自體への權利義務的關係は自らが權威者にして絶對責任者たるために、法律上はそれだけで盡くされるのである。問題となるのは、營業主個人の行爲能力の制限と、法定制限乃至契約制限により行爲能力

の制限に準ずる場合とである。前者は商人たる營業主個人の無能力制の問題であり、後者は所謂營業自由の原則の制限の問題に關聯するのである。

(イ) 無能力者と雖も、營業を營む必要を生ずることがある。この場合には、無能力者も商人たり得、又營業主たり得るが、然し、營業に關する行爲が完全なる法律行爲としての効果を發生するためには、一定の手續が必要である。この點は、商法上の問題としては、その行爲能力への手續たる登記に重點がある譯である。この意味に於いて商法には第五條に商人たる營業主となる未成年者及び妻の商業登記に關し、又第七條に法定代理人の商業登記に關し規定があるに過ぎない。第六條の未成年者、又は妻の無限責任社員としての能力に關する規定の如きは、民法規定(民法六條、一五條)によつて類推解釋せらるべきものでもあり、又強いて、必要ならば會社法中に委譲せらるべきものである(滿洲國會社法三六〇條參照)。これは、兎に角も、一應、各無能力者の營業能力につき、それが細目的理解のため論及することにする。

(a) 未成年者の營業能力に關し未成年者自ら營業を行ふ場合と、その法定代理人が營業を代つて行ふ場合がある。然し、何れの場合も、未成年者が商人であり、又營業主であることに變りはない。前者の場合、法定代理人の許可を要する(民法四條、六條、この場合は營業の一般的許可でなく、特定の許可である。父は單獨に許可し得るが、その他の者は親族會の同意)

を要する。民法八八六條、九二一條。苟も、營業に關する限り、能力者と同じ價値を有つのである。後者の場合、親權者たる父は、當然營業を代つて行ひ得るのであるが(民法八、八四條)、その他の法定代理人は親族會の同意を要する(民法八八六條、八七、八八條、九二九條參照)。併し乍ら、何れにしても、かかる民事方面は結局商事方面に反映する。そこで、一般營業社會の秩序が考慮せられ、その公示が必要な譯である(商法五條)。殊に、後者の場合、親族會は代理權を制限し得ず、假令制限しても、善意の第三者に對抗出來ないのである(商法七、七條)。

(b) 妻の營業能力に關し、夫は妻の代理人でないから、妻は未成年者と異なり、自ら商人となり、營業主となつて營業を行ふことになる。然し、夫の許可を要する(民法一)。尤も、法定事由ある場合はその限りではない(民法一七條、非)。併し乍ら、これは民事方面であるが、商事方面としては、未成年者と同様の理由で登記が必要である(商法五條)。

(c) 禁治產者の營業能力に關し、立法はその營業の許可制を承認しないから、禁治產者はそのままでは商人となり得ず、營業主となり得ない(民法九條は行爲の取消を規定してゐるにとどまる)。若し、禁治產者が商人たり、又營業主たる場合には、後見人が代つて、親族會の同意を得て營業を爲すのである(民法九、二九條)。然し、この場合も、商事方面に公示が必要であり、又その代理權は制限出來ない(商法七條)。

(b) 準禁治產者の營業能力に關し、禁治產者と同じく、立法はその營業の許可制を承認しない。殊に、その保佐人は法定代理人でないから、代理も出來ない。若し、準禁治產者が商人たらんとする場合には、裁判所の宣告の下に(民法一、二條)、保佐人の同意を経て、支配人を選任し、これに營業を代理せしむる外、途はないのである。

(ロ) 營業能力の問題に準じて論ずべきは、所謂營業自由の原則の制限に關聯する問題である。この中、商人の適格性に觸れる問題は既に述べたが、ここではその他の場合に論及しよう。

(a) 行政警察上の營業取締による營業の許可を要するもの(例へば、質屋、古物商)はその許可の有無によつて私法上必ずしも、營業に關する行爲が無効とはならぬ。従つて、商人資格にも關係なく營業主たることに影響もない。只だ、公法上違法たるに過ぎない。

(b) 特殊の公法上の身分を有つものは(例へば、判事(職務七二)、官吏及びその官紀上の理由から、絶対に、又許可なく營業を営み得ない。然し、かかる制限はその違反のために營業に關する行爲を無効とするのではない。従つて、商人資格にも、營業主たることにも影響はない。只だ、公法上違法たるに過ぎない。

(c) 商法上及び契約上、特殊の地位にあるものは(例へば、支配人(四一條一)、代理商(四八條)、無限責任社

條)、營業讓渡人(二)競業を禁止される。而して、公序法に反せざる限り、この禁止違反は行爲自體は有效であるがため、商人資格の取得を當然には妨げない。換言すれば、この特殊の地位にあるものも、當然營業主たることを得ないものではない。

第三講 營業の階序的發現 — 支配人・其他商業使用人

營業の人的組織に於いては、商業使用人 (kaufmännisches Personal) が階序的に發現してゐる。惟ふに、商業使用人は營業に専屬し、營業の最高權威機關たる營業主に從屬的關係にあり、而かも、その關係は法規定上も上・中・下の三階級に分かれ、上級使用人に於けるほど委任關係に重點が加はり、下級使用人では原則として、雇傭關係のみとなつて、そこに制度の階序性が普通ピラミッド型式に發現してゐるものと理解されるのである。

先づ、營業の機關たる一般使用人 (Angestellte) の生成を見るに、ローマ法に於いても、ゲルマン法に於いても、その始め、使用人は奴隸を以て遇せられてゐた。その後ゲルマン法に於いては、身分法的なる忠勤關係 (Trendienstverhältnis) となり、恰も、我が明治維新前の身分法的奉公關係にあつた。これがローマ法の繼受時代に入り、勞働の賃貸借 (locatio conductio operarii) より、その賣買に發展し、その法理は歐洲各國に移入せられ、そこに使用人は個人主義的原理の下に扱はれて來たのである。これが更に、フランス革命の社會思想により拍車をかけられて、純債權關係と化し、前の身分關係は沒して了つたのである。それが我が民法にも繼受せら

れた譯である。然るに、今日大企業の勃興、資本主義の高度化と共に、再び、人格的考慮が具體化し、勞働は社會問題の中心となり、勞働立法を生み、所謂勞働法 (Arbeitsrecht, Diritto del Lavoro) の生成を見たのである。この意味に於いて、商業使用人に關する商法規定中、少くともその身分法的規定は、商法の埒外に行き、勞働法を構成すべきであるが(例へば、商店法、百貨店法、退職積立金法及退職手當法と共)、他面、營業の維持發展の方面より、又營業の技術的・専門的活動方面より、更にその擔當機關としての人的基礎たる點より、殊に商法を營業を對象とする法と見る限り、その地位を商法に存在せしめなければならぬ(スイス債務法は商業代理のみ規定する。四五八條乃至四六五條)。商法上、商業使用人に對し、その地位を與ふるものは英米法系にはなく、全く獨法系に限られる(ドイツ商法の商業代理(四八條乃至五八條)、我が商法の規定するところは、營に取引の安全のため、對外方面の營業代理たる機關に關するのみならず、對内的に、その基礎たる個人としての身分的使用人關係に關して民法を適用することを、當然ではあるが明かにしてゐる(五條))。

商業使用人を一般的に見るならば、それは、特定の商人たる營業主がその營業のために使用する機關にして、その機能は營業的活動に限られてゐる(賣買、貸借、會計事務等に從事する者、技師、職工、海員等の技術員はここにいふ商業使用人ではない)。即ち、營業に内在し、營業主に從屬的に專屬してゐる。それは代理商の如く、一定營業の機關ではあるが、外部的協力機關ではない。又、仲立商、取次商の如く不特定營業の外部的協力機關でもない。而かも、雇傭關係の存在に於いて、會社營業に於ける無限責任社員、取締役、監査役等の機關とは區別がある。營業に於ける使用人はその營業主との關係に於いて雇傭、委任の關係にあるが、それは必ずしも完全能力者たるを要しない(民一〇三條參照)。而して、使用人の從屬的雇傭關係の眞實の存否、又その行動の營業に關するや否やは、營業の對外方面たる高次制度社會の秩序維持、即ち所謂取引の安全の見地より、外觀に重點を加へて各個の場合に決定することが要請される(大判、昭九・七・四、民四、尙ほ昭八・七・四、民五の判示は失當なり)。

一 上級使用人たる支配人 (Prokurist) について述べる。抑々、支配人の有する權限を原語で procura という。この語は中世イタリアに於いて、營業に關する代理人、又は代理權の意味に用ひられてゐた。後に至り、商人帳簿に記載する義務ある總括的商業代理人の意味となつた(Goldschmidt, S. 356. 尙ほ、船田「procurator」法研、二五卷一〇、一一參照)。現代のイタリアでは procuratore という語は、却つて一時的關係にあり、恒常的關係にない一定の代理權を有つ者の意味となり、恒常的關係にある代理人は ins-tituito といふことになつてゐる(イタリア商改案、五七條、六六條)。支配權の内容を法律的に確定し、トニール (Thöl) の所謂 Altro Ego (第二の我) として、又 Doppelgänger (影武者) として、今日に於ける支配

人の法律上の地位を獲得確定せしめたのは、全くドイツ舊商法に於いてである (Der Procurist im Sinne des HGB ist eine neue Person bisher nicht gekannt. Er ist ein Altro)。
Ego, ein Doppeltgänger seines Prinzipals. Thöl, I. S. 190)

我が國に於いても、營業に關する總括的代理人は昔より町人の使用するところである。明治維新の當時も、手代の上に位する商業使用人を支配人といつてゐる。併し乍ら、その法律上の地位を定めたるは舊商法の代務人に關する規定であらう (舊商法一編五章代務人及商業使用人(四二條乃至五〇條)と題し代理關係と使用人關係とを分ちたる形跡があつた)。而して、我が現行商法のいふ支配人とは、營業主に代り營業に關する一切の裁判上、又は裁判外の行爲を爲すことを得るもので、而かも、その行爲に加へたる制限を以て、善意の第三者に對抗することを得ざる代理權を賦與されたる商業使用人である (商法三〇八條)。従つて、營業に於ける上級使用人といふことが出來よう。而して、その法律上の地位を明かにするには、既述の如く個人と機關とに分けて理解することが有意義である。

(イ) 個人としての支配人は、單純なる個人が支配人として、選任されたるものにして、個人としての支配人となりたると同時に、機關としての支配人となる。又、終任によつて、單純なる個人となる。商法第三七條は單に、商人は本店又は支店に於いて支配人を選任することを得、といふだけの簡單な意味であらうが、新法が商業を營業と改めたのは、第四條第二項に關聯して意味

なしとしないのである。扱て、支配人は營業主、又はその代理人に於いて選任するのであるが、支配人は他の支配人をそのままでは選任することは許されない (商法三八條參照)。被選任者は意思能力者たるを要するも、行爲能力者たるを要しないのである (民法一〇二條)。營業主と支配人との間には、代理權の授與と雇傭關係とが成立するものと解する。本來、この代理權は全營業に亘るもので、一定の營業所限りのみの代理權と解すべきではない。又、選任の形式は不要式行爲である。支配人は營業主との雇傭關係のために、解任、辭任 (民法六五條)、營業主の破産宣告、又は支配人自身の死亡、禁治産の宣告及び雇傭契約期間の満了、又は當事者よりの解約申入 (民法六二六條、六三一條) により終任する。又、彼は營業の存續を前提とするが故に、その廢止によりて終任する。更に、彼は代理權を授與されてゐるものであるから、代理權の消滅によつて終任する (民法一一條)。併し乍ら、營業主の死亡は營業の存續に關せざるが故に、支配人の終任事由ではない (商法五〇六條)。營業讓渡の場合は、支配人は營業の人的組織であるから、別段の意思表示なければ終任を生ぜざるものと解する。

支配人は登記事項である。蓋し、營業に重大なる關係あるためのみならず、經濟社會一般の秩序維持、取引安全の必要に出づるからである。即ちその選任及び代理權の消滅はこれを置きたる本店又は支店の所在地に於いて、最高機關たる營業主が、商人の資格を以て、これを支配人登記

簿に登記することを要する（この申請につき非訟法一七二條参照）。その變更、又は後述の共同支配の場合に於いても同じである（商法四〇條）。

個人としての支配人たる地位の内容は、個人法的なる權利義務である。それは民法の相當條文を各個具體の場合に適用する（例へば、委任、民法六四三條以下）。殊に、支配人は雇傭關係に基くが故に、營業主に報酬を請求する權利がある（商法四五條、民法六二〇條）。支配人の義務も亦、雇傭の關係に規律される。商法は特に、利害衝突防止の考慮より廣義での競業禁止義務を支配人に課してゐる（商法一四一條）。この規定は假令明文なくとも、當然のことではなければならぬが、而かも、特に明文を以て、限界を定めてゐる所以は、支配人に於いて、その地位の性質上、營業に關し利害相反し、弊害醸成の可能性最も顯著なるを認めたるが故である。即ち、これ、全く強度の忠實の義務が個人關係的方面に反映したるものに外ならぬ。この義務範圍は代理關係の反映たる純然たる競業禁止の意味での（1）一切の營業を爲すこと、（2）營業主の營業の部類に屬する取引を爲すことと、雇傭關係の反映たる精力分散禁止の意味での（3）無限責任社員、取締役、他人の使用人になること、これである（監査役となり得るや、本條の趣）。かく、その支配人の營業への從屬性の濃厚のために、特に他の場合（例へば、代理商（四八條）、合名會社員（七四條）のそれに比して、この義務が強度に發現してゐることは注目（四條）、取締役（二六四條）と比較せよ）。

を要する。特別の根據なければ、この義務は不作爲の義務である。その違反の効果は行爲自體については有効である。蓋し、その行爲は高次社會の經濟面に於ける取引の安全、秩序維持に關するものであり、かかる内部の義務違反の効果は、その營業内に於いてのみ處理さるべきであるからである。かくて、支配人の義務違反の効果としては、支配人に於いて、一般的に損害賠償の義務を生ずるのである。

併し乍ら、損害の證明の困難と、營業制度の維持、殊に、得意先維持の見地より、この競業禁止義務に隨伴して營業主に個々の競業取引に對し、介入權（Eingriffsrecht）が認められる（商法四一條）。而して、營業主はこの介入權の行使により、直接第三者と法律關係に立つのでない。尤も、この場合にこの介入權は損害賠償と無關係ではあるが、損害の存する場合、營業主の賠償請求權の行使を妨げないのである。而して、損害賠償請求權とこの介入權とは營業主に於いてこれを選擇的に有つのみならず、介入權を行使するも損害ある時は、その限度に於いて損害賠償請求權が重疊的に存在するものと解される。併し乍ら、この介入權はその行使期間を無制限ならしむるときは、この權利の行使が經濟社會にも關係することであり、又従つて、これが關係を長く不安定なる状態に置くこととなるから一定の除斥期間が法定せられてゐる（商法四一條）。

(ロ) 機關としての支配人たる地位の内容は職務権限である。即ち、支配人は營業主の營業に關する(通常、土地の賣却、負擔行為)包括的なる代理權を有する(商法三八條I)。併し乍ら、支配人は營業の權威者ではないから、營業の廢止又は讓渡は爲し得ないものと解される。而して、訴訟代理人の選任の如きは當然その代理權内の行爲であるが、進んで、この規定の故に、直ちに、營業主のために當然に訴訟當事者たるの適格性は認められない。蓋し、異例に屬するからである(大判、昭六・一〇・一〇、民四一民集一〇卷八六二頁、商法八一一條)。兎に角、支配人權限は原則として不可制限なのであるが、これに對して、我が商法は秩序維持といふ合目的考慮より、例外として任意の制限と法定の制限とを設けるのである。立法論としては、絶對的不可制限的に規定して、支配人權限を定型化して置く方が善意惡意の舉證を爲すことがなくて優れてゐると思はれる(ドイツ商法五〇條によれば、制限が絶對に皆無の支配權—i Entweder ganze Prokura oder keine Prokura—)。

(1) 任意の制限即ち、支配人の代理權に制限を加へることは營業主が權威者であるから任意なのである。併し乍ら、その代理權に加へたる制限は内輪のことであり、これを以て善意の第三者に對抗し得ないといふことになる(商法三條)。善意の第三者の方より、この制限を主張すると否とは任意である。惡意の第三者には、この制限を以て對抗し得るのである(大判、昭八・二・二九、支配人が會社内規により、取締役會の決議

に基き支給すべき退職手當金を、その決議を経ずに支給するに當り、取締役の一人に立替拂を委任し、その取締役員が、これに應じたる場合、かかる内規は支配人の代理權の制限であり、又その取締役員は反證なき限り、右の制限あることにつき、善意の第三者といふを得ない(第三者の善意は過失に基くや否やの區別はない。併し乍ら、これは營業の内部に於ける事情によつて、外部關係が影響を受けないといふだけで、内部に於いて、支配人がその制限に違反し、損害を生ぜしめたるときは、營業主は損害賠償の請求又は解任を爲し得る、といふ個人法上の權利を有することは勿論である)。

(2) 法定の制限は次の二つの場合である。

(i) 數個の營業所ある場合に、その一營業所のみ支配人を置くことを得る(商法三七條)、これは營業全體に包括的權限を有すべき支配人でないから、一つの制限されたる支配人であると解し得る。

(ii) 營業主は數人の支配人を選任し、これが共同してのみ代理權を行使し得ることを定め得る(商法三九條)。この共同支配(Gesamtprokura)は所謂二人三脚で、支配人代理權の不可制限原則の一つの制限であると解し得る。この制限には、種々なる方法はあらうが、何れにしても、營業の維持發展のために、代理權の濫用又は誤用の虞があるといふ理由に基くのである。然し、この制限のために、對外關係に於いて取引の安全を害することは出来ぬ。ここに、對外關係に於いて第三

者が支配人の一人に對して爲したる意思表示（受動）は、營業主に對してその效力を生ずるのである（九條三）。又、かかる制限は對外的に重大なる影響あるが故に、登記事項となつてゐる（商法四〇）。

（ハ）表見支配人に於いて、商法は外觀理論を法條に發現せしめてゐる。一體、支配人の選任は登記事項の一つである（商法四〇條）。故に、その登記の存在せざる限り假令その者が支配人と同様、廣汎なる代理權を有する場合も、第三者の善意なるものには對抗出來ないのである。併し乍ら、營業の主任者たることを示すべき名稱を有する使用人は、恰も對外的には支配人であるかの如き外觀を呈する。今、これを法律上少くとも對外取引の上に、支配人として待遇せざるに於いては、制度秩序は維持されぬ。これを、私法上表見代理人として處理する丈では、一々正當の理由を詮議しなければならぬから、商取引に於いては不便である（民法一〇條）。そこで、この者に、支配人と同一の權限を有するものと商法上は看做すのである（商法四二條一、本條規定の契機は銀行支店長の事例であつた。大判、明四〇・六・一八、大判、大二三・三〇・二）。即ち、これは善意の第三者を保護する理由に出たもので、全く近時經濟生活が複雑化し、又敏速化した結果、全體秩序が要請したる外觀理論の活躍に外ならぬ。

かかる理由に出でたる規定なるが故に、裁判上の行爲についてまでも、この表見支配人を承認する必要はなく、従つて、この場合は法律上の支配人とすることは出來ない（商法四二條一但書）。而して、

本條の主任者とは、如何なる程度の主任者たる名稱か、結局、白地であるから、具體的に、客觀的に見る外はない（例へば、保險會社の支部長は）。又、本條の規定は抑々、外觀尊重に端を發するものであるから、相手方の惡意なりし場合、それを保護する必要なく、勿論この表見支配人に關する規定の發動を認めない（商法四二條二）。

二 中級使用人たる課長・係長乃至番頭・手代について述べる。支配人に次ぐ階級の使用人は新式的名稱では課長・係長・主任等であり、舊式的名稱では番頭・手代である。商法はこの舊式的名稱の下に、中級使用人を營業に關する或種類、又は特定の事項の委任を受けたる使用人として規定してゐる（商法四三條）。或種類、又は特定の事項とは仕入・賣捌・出納・爲替取引等に限られる意味であり、營業の全活動に及ばない點で、支配人の權限より狭小である。

（イ）個人としての中級使用人の地位を見るならば、それは、營業主の外に、支配人も亦これを選任し得る（商法三三條八條二）。これが選任及び終任は登記事項ではない。故に、小商人も亦、かかる使用人を選任し得る。

この個人としての中級使用人の地位の内容たる權利義務は、その地位が雇傭關係にあるため雇傭の原則に従ふ（民法六二條三條以下）。この場合、この階級の使用人も、同時に機關たる地位を占むるもので

あるが故に、機關に裏打ちされる忠實の義務が一般的に個々の權利義務の關係の上に反映するとは當然である。従つて、支配人の如く明文なくとも、又、權限は狭小なりと雖も、強度の競業避止義務を承認しなければならぬものと解したい(案六九條參照)。尤も、營業主が雇傭契約を爲すに當り、雇傭契約の存続中に、その優越的地位に於いて、假令特約を以て競業避止義務を課すると雖も、その期間又は範圍が適當ならず、そのために、公序法に反するが如き場合はその特約は無効である(大判、昭七・一〇・二九、民三は「牛乳會社の配達人が、雇止の時より一九〇九年一〇ヶ月間會社の營業區域たる静岡市及びその隣接町村内に於いて、牛乳販賣業を営まざる旨の特約條項は未だ以て公序良俗に反せざるものである」としたが、これは恐らく商法二〇條Iが頭にあつた判示であらう。然し、この事實は中級使用人の階級であつても同様公序法によつて解決すべきであつた)。

(ロ) 機關としての中級使用人の地位の内容は職務權限である。即ち、(a)營業に關し委任を受けたる或種の事項又は特定の事項を爲す權限であり、(b)裁判外の通常伴ふべき一切の行爲(ドイツ商法五〇條I參照)を爲す包括的職務權限である(三條四)。併し乍ら、營業主は、これら職務權限に關し、任意に制限、又は特別の授權を爲すことを得る。従つて、裁判上の行爲についても、授權は可能である。而して、上述の制限はその代理權が或程度の包括性を有つものであるから、對外關係への影響が考慮せらるべきものである。そこで、善意の第三者には對抗出來ないことになつてゐる(商法四三條IIによる三八條)。

三 下級使用人たる書記・書記補乃至丁稚・小僧・店員について述べる。所謂書記・書記補・店員は新式の名稱であり、丁稚・小僧は舊式の名稱である。彼等は法律上當然には營業に關する代理權はない(舊法三四條參照)。營業主を通じての營業への關係は原則として雇傭關係にあり、例外として代理權が各個の場合に與へられるに過ぎない。従つて、法律上、個人としての地位は明瞭ではあるが、機關としての地位は各個の場合に異なる譯である。前者の地位の内容として、雇傭關係にある限り、それに基づく權利義務がある。又その限りに於いて忠實の義務を負担するものである。従つて、少くとも努力分散を禁止せられる義務の如きも當然なければならぬと解する。

次に、後者の地位の内容に關聯して、新法は物品の販賣に關する權限あるものと看做す旨を規定した(商法四四條)。これ、店舗の使用人は外部より一般にその店舗内の取引に關して有效なる法律行為を爲し得るものと考へられるところに基く外觀理論の活躍を明示したのである。従つて、相手方が悪意なりし場合はこの限りではないのである。併し乍ら、物品の販賣を目的とする店舗に限りたるが如き明文は未だ狭きに失する。又單に雇傭關係にある使用人に限るも狭きに失する。廣く、公衆相手の店舗に於いても、又雇傭關係なく取引に従事する者も、同様な筋合である。従つて、解釋としては、本條は單なる外觀理論の活躍あるべき代表的なる場合を注意的に又例示的に

明文を以て規定したるものと解し、かかる類似の事例に於いて、廣く制度秩序の目的に向つて外觀原則を展開すべきものである。

第四講 營業の協力的發現——代理商・仲立商・取次商

營業の協力的發現として商法上、特定營業の補助的外部機關たる(1)代理商、(2)仲立商、(3)取次商が認識せられる。廣義に於いては、運送業、倉庫業、保險業及び金融業も、營業の補助機關ではあらうが、これらは一般に、大衆への社會性、經濟社會一般への依存性、乃至特定營業への獨立性等が濃厚であり、而かもここに扱ふ營業の協力機關に比し、營業活動そのものへの積極的協力が稀薄であるとも理解されるから、同一に取扱はないことが適當である。

次に、この營業の協力機關についての商法典條文の地位を見るに、代理商は商法第一編總則第七章にあるが、仲立商は第三編商行為第五章(仲立營業)、取次商は一般的には第三編第六章(問屋營業)、特殊的には、第七章(運送取扱營業)にある。惟ふに、かかる條文上の地位の相異を來す所以は、後述の如く、代理商なるものはそれが一定營業の機關として存在し、營業の徵表を有せざる限り、それは寧ろ、商業使用人に近似し、獨立の商人たるの主體性を有せざることもあり得るものと解されるのである。これに反して、仲立商、取次商の如きは、他の營業の協力的補助機關たると同時に、常にそれ自ら、一個の主體性を有つ獨立の營業であると解せられ、その動的發現たる商行為の方面に重

點を置いてゐるためではあるまいか。

併し乍ら、これら三者は、その性格が何れも、しかく遠く離れてゐるものではない。商業經濟の實際に於いても、この三者は主として、財の轉換なる基本的商活動を爲すものにして、各々類の機能を有すると一般に理解せられ、而かも、何れも經濟市場に於いて、自ら積極的に營業活動の尖端にあるのである。尤も、法律上は、各々その性格は異なるものである。即ち、代理商の中、所謂締約代理商は殊に取次商と類似するものがある。然し、代理商は本人の名を以て爲し(所謂直接代理)、取次商は自己の名を以て爲すのである(所謂間接代理)。又、代理商中、所謂媒介代理商は仲立商と類似するものがある。然し、代理商は常時一定の營業のために媒介を爲し、仲立商は臨時に兩當事者間の商行為を媒介するものである。詳言すれば、仲立商の機能は媒介商であり、媒介の引受自體は自己の名を以てするが、媒介の對象たる行為は、自己の名を以てするのではない。従つて、自己の名を以て第三者のために契約を爲す取次商又は一定營業のために、恒常的・繼續的代理人として第三者と契約を締結する締約代理商とは異なるが、媒介を爲す點に於いて仲立商と媒介代理商とは同一である。只だ、仲立商は一定營業のために恒常的・繼續的關係に立たざるところに相異がある。取次商の特異なるところは、その營業の主體たる商人が自己の名を以て活動す

る點にある。自己の名を以て爲すとは、その行為より生ずる權利義務の主體となることをいふ。従つて、一面に於いて、仲立商と同じく獨立且つ臨時に不定營業のために、勞務活動を爲しつつ、他面に於いて、自ら所謂間接代理の關係に於いて本人たる商人の營業に協力するのである。即ち、取次商は一方では自己が行為の權利義務の主體たることを表明する法律上の地位にあり、而かも、他方では實質的に他人の計算に於いて行為を爲すのである。

上述の如く、代理商・仲立商・取次商には一面に於いて法的相異性あるにも拘はらず、他面に於いて法的類似性があり、殊に、營業の協力的發現たるに於いて同一である。而して、立法は何れも個人法的に構成せられてはゐるが、可及的に、團體法的に再構成して理解すべきものである。既に一言せし如く、規定の位置に於いて、代理商と仲立商・取次商とは大いに離れ、前者は營業の靜的面たる組織法に發現し、後者は營業の動的面たる行為法に發現してゐる。殊に、後者は行為乃至目的物に重點を置くため、本人は必ずしも營業の主體者たる商人たるを要しない。その限りに於いて、嚴格に、一概に、一切の場合に他の營業の協力的機關といふことは出来ない。従つて、かかる法の建前の理解に於いて、本人が營業の主體者たる商人の場合を想定し、この限定の下に、これらを代理商と共に取扱つてゐることを豫め斷つて置かなければならぬ。尙ほ、ここに

取次商につき、敢て商法上の用語たる問屋なる語を回避したるは、問屋なる用語は商業經濟上の概念と混同する嫌があるからである。又商法上所謂準問屋を含めたからでもある。而して、運送取扱營業を除外して、取次商を取扱ふ所以も、既に、一言したるところである。

一 代理商 (Agent) について先づ述べる。代理商の發達を見るに、これは極めて新しい。全く、一九世紀後半以後の資本主義經濟の繁盛の所産である。營業との結合關係が、恒常的なる點に於いて、商業使用人に、又代理媒介の補助行爲を爲す點に於いて、仲立商にその起源がある。殊に、物品の賣買を取扱ふ代理商は、行商使用人 (angestellte Handlungsreisende) の獨立的定任より發達したるものである。

この代理商は、久しく法律上の地位が明確を缺いてゐたのである。ドイツ舊商法第一草案は代理商 (Agent) に關する規定を存在せしめてゐたが、その範圍が不明なので第二草案に於いて、これを削除して了つたのである。一八九二年七月二日のドイツ帝國裁判所の判決は、代理商契約の意義を明かにし、次いで、これを基礎として、一八九七年ドイツ新商法(八四條乃至九二條)はこれに地位を與へたのである。フランス商法の agent d'affaires (フランス商法 六三二條)、英國法上の agent、イタリア法の agente (代理商に關し、法規に代つて、フアシスタ法制特有の集團協約が存在する。これは一九三四年七月一日當該關係組合聯合の間に締結され、八八條の詳細なるものである。一九三七年改正) 等

何れも、その地位が明確なりとはいひ難いのである。我が商法はドイツ商法の代理商に關する規定を繼受したるものではあるが、未だ必ずしもその地位は明かでない。我が國の定説は「使用人ニ非ズシテ」といふ消極的表現條文(商法四 六條)の解釋の下に、これを獨立の商人と解してゐるもの如く、又代理商契約を以て、委任契約と解してゐるのである。

併し乍ら、立法の意圖は必ずしも疑なくはない。無理に疑問を作れば、第一に、第四條第一項の「自己ノ名ヲ以テ」に常に且つ完全に、該當するや、該當しなければ商人性はあるまい。第二に、何故に、取引の代理又は媒介を爲すといひ、敢て、業と爲すといはないか。第三に、第五〇一條及び第五〇二條列舉商行爲の如何なるところに、媒介なる文字があるか、商行爲の媒介自體は仲立になるか。商行爲になるか。第四に、何故に代理商に商業使用人の次に商法總則上の地位を與へたるか。第五に、何故に代理商のみに法律上片務的に、競業禁止義務を明文に盛つたか(商法四 八條)。第六に、何故に特別に商事留置權の外に、代理商留置權の規定を置いたか(商法五 一條)。これらの疑問は一應釋明せられねばならぬ。

かくの如き疑問が全部釋明されるならば兎に角も、然らざるに於いては、必ずしも代理商に獨立商人性は認められない。惟ふに、代理商は少くとも商業使用人とその現行法上の地位に於いて

は根本的に相異なるもの如く、兩者は特段の規定により特段の機能を有する相異なるのみと解されないものであらうか（青山「商法總論」明三四・一一、東京専門學校出。然し、これは少くとも營業に關する協力的機關たるに相異はない。而して、法律上、商業使用人と、商人との混血兒とも見られないこともない（この代理商關係には、雇傭契約的意味を加味して）。そこで、視點を變へて、これが獨立の商人なりや否やの認定を條文に求むべきではなく、營業なる制度の徵表に於いて解決しなければならぬ。その徵表は自己の店舗を有するか、營業費を負擔するか、報酬か、手数料か、によつて定める外はない。ドイツ法系では、多く代理商は獨立の商人であるが、フランスでは、實際上商業代理人 (représentant de commerce) なるものがあり、使用人の地位を有する。英米法上 broker, factor の如きも、極めてその地位の明瞭を缺き、他人より事務處理の委託を受けたるものを總稱してゐるが、實は、取次商に外ならぬ (Factors Act, 1880, §. 1.)。

かくの如く、代理商はその法的發達の遅れたるものであるが、近時に於ける經濟活動の廣範圍にして且つ大規模なる結果はその重要性を俄然増加せしめて來た。而かも、この代理商、殊に、大衆を相手とする營業乃至企業に於いては、その繼續的法律關係の下に、大衆的・大量的法律關係を永續的に結ぶものがある。従つて、制度秩序一般に於いては、その公益上極めて重要な地

位にある譯である（例へば、保險代理商を考へよ）。併し乍ら、この代理商については、相手方は代理商と本人との間に如何なる範圍に於いて營業に關し協力的なる授權が爲されてゐるか、知る由もないのを常とする。我が立法はここに何等の慮がない（例へば、ドイツ保險契約法四三條乃至四八條參照）。かるが故に、代理商には、一般に、廣範圍の代理權が授與されてゐると認めなければ、秩序の維持は保證されない。現段階の立法の不備に於いては、大いに外觀理論を活躍せしむることが必要である。

(イ) 個人としての代理商は單純なる個人たる自然人、又は法人が一定の商人との間の代理商契約 (Agenturvertrag) に基き選任されたるものにして、同時に、その一定の營業の機關としての代理商の地位を占めるものである。又、終任によつて（民法六五一條一、商法五〇條）その營業より見て單純なる個人となる。然し、代理商關係の永續的且つ繼續的なるの故に、突然なる即時終任の原則は、當事者双方に不利である。そこで、民法第六五一條と異なる特則がある。即ち、代理商契約の期間が定めるときは兎に角も、期間の定めなきときは、各當事者は、二ヶ月前の豫告を以て始めて、その契約の解除が出来るのである（商法五〇條一）。この場合、期間後當然解除が、その效力を發生する。勿論、この解除は、眞の解除 (Rücktritt) ではなく、將來に向つてのみ效力ある解約告知 (Kündigung) に外ならない。更に、當事者が、契約の期間を定めたと否とを問はず、己むを得

ざる事由あるときは、各當事者は何時にても、その契約を解除することが出来るのである(商法五〇條Ⅱ)。尙ほ、代理商は一定の營業(必ずしも、一個の營業と解する必要はない)の恒常的・確定的・繼續的・從屬的・補助的・協力的機關であり、その營業の外野にあつて營業主を通じての被命令的地位にある。従つて、その一定營業が廢止されたるときは、代理商契約は終了するが、營業の讓渡されたる場合は、その代理商も營業の構成分子と理解されようから、代理商契約は必ずしも終了せざるものと解する。又、一定營業の營業主の死亡は、營業の存續する限り代理商契約の終了を來たさない(商法五〇條Ⅱ)。逆に、代理商が營業たる限り、所謂代理店主が死亡したるときは問題であるが、商法第五〇條Ⅱの精神を強く解釋して代理商契約は終了せざるものと解するものである。併し乍ら、代理商が法人なる場合、その法人の解散は代理商營業が消滅するのであるから、代理商契約の終了を來すものと解するは當然である。

代理商契約の内容より見て、代理商は、これを二つの種類に分けられる。それは、既に一言したる如く、一つは、商行爲、又廣く取引の代理を爲す所謂締約代理商(Abschussagent)であり、他は商行爲、又廣く取引の媒介を爲す所謂媒介代理商(Vermittelungsagent)である(商法四六條)。個人法上、前者は法律行爲の委託であるから委任關係であり(民法六四三條)、後者は法律行爲に非ざる事務

の委託であるから、準委任關係である(民法六五六條)。勿論、兩者は併存し得るのみならず、雇傭關係も混在し得るものと解する。尙ほ、締約代理商關係には、代理權授與の關係がある。

(ロ) 代理商の法律上の地位の内容を、個人としての代理商と機關としての代理商とに分けて理解しよう。この場合に、代理商が一定營業の協力的機關たる限り、制度親和の要請に基く忠實の義務が總ての土臺にならなければならぬ(民法六四四條)。

(a) 個人としての代理商の地位の内容は權利義務である。特別の定めなき限り、一般に、民法の委任に關する規定の適用乃至準用あるを原則とする。尙ほ、商法は特別の考慮の下に權利義務を規定してゐる。

(1) 報酬請求權がある。それについて、定説は一般的に代理商を獨立の商人と解してゐるが故に、これが存在を肯定する(商法五一二條参照)。併し乍ら、代理商はその營業の徵表を有たざる限り、この報酬請求權は委任關係に於いて存在せざるも(民法六四八條Ⅰ)、雇傭關係に於いて、この請求權を有するものと解する(民法六四三條)。ドイツ商法第八八條の如く、又イタリア改正案第七三條の如く、代理商の報酬に關する特別なる商法規定の存在を妥當とする。

(2) 留置權(Zurückbehaltungsrecht)がある。これについて、商法は特に民法上の留置權(民法二九

五)及び所謂商人留置權(商法五二一條)とは異なる規定を設けてゐる(商法五一條)。尤も、商法は代理商留置權の成立に關してのみ規定し、その效力及び消滅原因については民法による(民法二九六條乃至三〇二條)。

(i) この留置權を發生せしむる債權は、代理關係によつて生じたることが必要であるが、留置物との關係に於いて生じたことを必要としない。所謂商人留置權に類し(商法五二一條)、民法上の留置權と異なるところである(民法二九五條)。

(ii) この留置權の目的物は代理商が本人たる一定の營業のために占有する物又は有價證券にして、それらは凡そ、總て、これを留置することを得る。債務者たる本人の所有に屬することも、又本人との商行為によつて占有に歸したる物であることも要件でない。ここに所謂商人留置權と大いに差異がある。

(iii) この留置權は豫め特約を以て排斥し得る。ここに、商人留置權と同じく、民法上の留置權と異なる點がある。

かくの如き強力なる代理商留置權を特に認める所以は、代理商が一定の營業との間に繼續的關係にあり、而かも、内部機關たる商業使用人と異り、代理商が外部機關として濃厚なる法的獨立性と經濟的支配性を有するが故に、そこに特別な留置權の必要があり、又商人留置權の適用

を妥當とせざるがためと解する。

(3) 競業禁止 (Konkurrenzverbot) の義務がある。それは支配人のそれに比し、一切の自己の營業に及ばざる點、又一切の會社に及ばざる點等に於いて、その範圍は狭い(商法四八條I)。定説の如く、代理商を以て、獨立の商人と解するに於いては、この義務を一方の商人たる代理商のみに負はしめる點に於いて、不公平の觀がなくはない(イタリヤ商改案七一一條は双務的にこの義務を承認する)。代理商を必ずしも獨立の商人と解せざるに於いては、この規定の存在の意味は容易に出て來る。代理商が獨立の營業の徵表を發現し、ために代理商自體が一個の營業である場合も、それは他の營業の協力的從屬機關であり、その代理商關係に雇傭關係を含むものと解することによつて説明されよう。既述の支配人の場合と同じく、代理商の機關關係の方面の地位に裏付けられてゐる忠實の義務なる白地義務が個人關係の方面に具體的規定として反映したるものと解して、この義務の存在を説明し得る(従つて、數種の營業の代理商たることが、却つて忠實の義務を全うする場合には明示の許諾なくとも違反になるまい)。後述の代理商の通知義務は積極的なる忠實義務の機關的方面への要求である。而して、競業禁止義務は消極的なる忠實義務の個人的方面への要求にして、そこに、弊害醸成の可能性最も顯著なる場合を慮り、立法が特に、忠實義務を反映せしめて、これを規定したものと解する。

この義務違反の効果は行為自體については有効である、營業の内部の事例に準じて解せられるが故に、一般社會秩序をこの事實によつて攪亂せしむべきではないからである。尙ほ、例の如くこの義務違反の効果と並んで介入權がこの義務に隨伴するのである。この介入權の行使の期間につき、支配人の競業禁止の規定が準用せられる(商法四八條II)。又、この義務違反の効果として、かかる介入權の發生以外に損害賠償請求權及び解除權(商法五〇條II)が存在する。

(b) 機關としての代理商の地位の内容は職務權限である。

(1) 一般的に、代理商が本人の營業の取引(新法四六條が「取引」と改めたるは四條IIに關聯して商法の所謂商行爲よりの離脱と解す)を代理し又媒介し得る權限の範圍は、勿論、代理商契約によつて定まる。従つて、その授權範圍の解釋によつて定むべきである。締約代理商には代理商契約の定むるところによつて代理權に關する民法の一般規定が適用される。従つて、委任の本旨に反せざる範圍に於いて委任を受けざる行為をも爲し得る(商法五〇條五條)。又、媒介代理商は特別の授權なき限り、代理權を有しない。従つて、それは媒介を爲すものなるが故に、代理に關する規定は適用されない。

(2) 個別的に、代理商の職務權限に位置付け得る民法の規定もなくはない。即ち、通知受領の權限これである。商法は第五二六條の商事賣買の規定に關聯して、特別なる考慮に於いて、代理

商に對して、締約代理商たると、媒介代理商たるとを問はず、法律上當然に通知受領の權限あるものとして、取引の安全を圖つてゐるのである(商法四九條)。然し、物品の販賣、又はその媒介といふところに、一定してゐるのであるから、有價證券は物品に含めても、不動産は含まれない。然し、不動産取引の安全より、又代理商の職務の遂行より見て、不動産の場合にも類推適用されてよい。かかる權限に加へたる制限は、これを以て善意の第三者に對抗出來ない。

(3) 商法は代理商の通知を爲すべき義務に關して、明文を置いてゐる(商法四七條)。これは、職務遂行の積極的義務であるから、職務と理解されよう。即ち、商法は請求を待つて始めて委任事務の報告を爲さしむるは(民法六四條五條)、營業活動の需要を充すに足らざるものと爲し、そのところに於ける信義を發現せしめて、積極的に、而かも、代理又は媒介を爲す度毎に、遲滞なく、その顛末を報告することを要するものとする。併し乍ら、この通知は、發信主義である。従つて、遲滞なく通知を發したる以上は、その通知が延着するとも、又到着せずとも、これによる損害賠償の責任を負はない。然し、發信を怠りたる時は、損害賠償の責任を生ずることがあるのである。

(4) 代理商の代金取立、或は、その減額、支拂時期等に關する權限は、明文なきが故に、疑問ではあるが(ドイツ商法五五II條、八七條、オーストリア代理商法四條、スイス債務法四六條、その權限は通常存在三條參照、伊改正案七五條I、六七條II、特別の授權を要するものとしてゐる)

すべきものと解すべきであらう。蓋し、代理商の職務権限に關しては、一般制度社會の維持發展の上より、又その營業の機關としての重要性から、そこに動的安全は遺憾なく保護されなければならぬ。そのためには、代理商の職務権限に關する限り、外觀理論を援用しなければならぬ。

二 仲立商は法文に仲立營業として商行為方面より規定せられる(商法五四三條乃至五五〇條)。今、仲立商の生成發達を見るに、これは極めて古い歴史がある。仲立商は現在でもさうであるが、過去に於いても、人的要素が決定的であつて、所謂仲立人 (Handelsmakler, mediatore, courtier, broker) として、その専門的知識經驗乃至社會的信用、人格等に重點があつた。歐洲に中世都市が出現するや、そこでは公法的地位を有つ通譯、證人、鑑定人、ときには警察官が仲立人であつたのである。彼等は市長に宣誓を爲して任命せられ、その監督に服してゐたのである。その後、自由營業に轉化して今日に至つてゐる。現代に於いて、最も、仲立商の活躍してゐるところは商品及び證券市場、保險、運送、金融市場である。

仲立商は媒介行為を業とする。媒介とは兩當事者間に立つて法律行為を成立せしむる行為である。それは媒介を爲すを業とするが故に、それ自ら一つの營業であるが、人的要素に決定的なるものがあるから、その店舗性の稀薄なるものが尠くはない。然し、その獨立商人性はその業とす

るところに於いて、又仲立行為自體については自己の名を以てするところに於いて明白である。而して、それが双方、又は一方の當事者が商人たるを要せず、只だ商行為の媒介を爲せばよいのであるから、必ずしも、營業間の活動ではない。併し乍ら、それは他の營業の尖端にあつて相手方の中間に介在し、營業の協力的外部機關として存在してゐるのが、その商活動に於ける眞面目なる姿である。かかる仲立商は商行為に活動を有つのであるから、商行為以外の行為(例へば、婚姻、如し)を媒介する仲立人は、所謂民事仲立人である。これも、營業の徵表ある限り商人たる資格を有ち(商法四條、五〇二條一號)、その限りに於いて商法の適用を受ける(然し、商法五四三條の意味する仲立商ではないと解する)。

(イ) 個人としての仲立商はそれが自然人たると、又法人たるとを問はず、一方又は双方當事者との仲立契約に基いて選任せられる。仲立商は媒介を爲すを業とするといはれてゐるが、それは媒介を爲すことの引受を業とする意味であらう(松本「商行為」法二六五頁)。媒介それ自體は事實行為にして委任者のために、その事實行為を爲すことを引受くるものであるから、この仲立契約は準委任であるとも解される(民法六五六條)。仲立商と本人との關係は本來準委任の關係ではあるが、仲立と代理とは相容れない觀念ではあるまい(反對、大判、大四一〇・九、民三)。併し乍ら、仲立契約は一方當事者との間に發生した場合も、他方當事者に對して一定の法律關係に立つものであることが一つの性格である(後述、商法五

五〇條) 又、仲立商は獨立の商人であり、不特定の相手方に臨時に勞務的活動を爲すものである。従つて、仲立と雇傭とは兩立しない觀念と解したい。

(ロ) 仲立商の法律上の地位の内容を、個人としての仲立商と機關としての仲立商とに分けて理解しよう。この場合、仲立商が不特定ではあるが、當事者間の取引への協力的機關たる限り、その地位の内容として基本的なるものは忠實の義務である(民法六四四條)。仲立商は双方の當事者の機關として信賴の地位にあり、殊に、媒介そのものが公平なる行動でなければ、その活動は出來ない。ここに、この忠實の義務が基調となつて、仲立商の個人としての地位の内容にも、又機關としての地位の内容にも、その裏付けとなつて反映するのである。商法の規定に於いては、個人と機關との地位の内容が個人法的規定として發現してゐるのであるが、その區別は稍々無理な嫌はある。併し乍ら、凡そ次の如くであらう。

(a) 個人としての仲立商の地位の内容は權利義務である。特別の規定なき限り、一般に民法の準委任に關する規定の適用がある。尙ほ、商法は特別の考慮に於いて權利義務を規定してゐる。それは何れも職務上の權利義務と理解されるものであることはいふまでもない。

(1) 報酬請求權がある。これは、仲立商が所謂獨立の商人であるから、この權利が存在する

(商法五一二條)。併し乍ら、この權利に基く所謂仲立料 (Provision, courtage) は、次の要件の存する場合にのみ請求し得るのである。

(i) 後日當事者間に契約の履行ありたるや否やは問はないが(尤も、特約で報酬支拂の時期を契約の履行が爲されるときと定め得る。大判、明四一・七・三三、民録八二頁)、當事者間に於いて契約が成立したること、

(ii) 契約の效力を生ずること。従つて、停止條件の場合は、條件の成就したることを要し、又解除條件の場合は直ちに請求し得るが、條件成就に於いて返還することを要する、

(iii) 媒介と契約の成立との間に因果關係のあること。少くとも無關係で成立しないこと、

(iv) 締約書を作成し、相手方にその交換を終りたること、これである(商法三五〇條)。

この仲立料は手數料の性質を有する。その報酬は特約又は慣習なき限り、双方當事者に平等に請求し得る(商法五五〇條)。一方の當事者がこの報酬を支拂はざるときも、他方に全部を請求し得ない。一方よりのみの媒介の委託を受けたるときも、双方へ平等に請求し得ることいふまでもない。蓋し、媒介の利益を享けるものは、双方の當事者に於いて變りはないからである。仲立料の額は取引額に對する百分率の割合が通常であるが、特約、又は慣習あるときはこれによるのである。費用償還請求權は、特約又は慣習なき限り、如何程多くの費用を支出しても存在しない。蓋し、

仲立が奏功したる場合、費用は報酬に包含せられてゐると見られるからである（小町谷「商行為法」一四四頁参照）。仲立が不奏功の場合も、仲立商は仲立を業するものであるから、費用の支出は自らの營業費であり、その負擔は覺悟の前と見なければならぬ。

(2) 證據保存の義務がある。仲立商は忠實の義務を基調として活動するものである。その一つの反映は證據保存の義務である。商法はこの義務を全面的に規定しないが、然し、仲立商はかかる一般的義務を負ふものと理解したい。只だ、特殊的に次の三つの義務を規定してゐる。

(i) 見本保管の義務これである。即ち、當事者の關係を圓滑ならしむるために、見本賣買の成立したる場合を想定して、その證據保存の必要から、仲立商はその行為が完了するまで（例へば、全なる給付ありたることを認めるまで）その見本を保管することを要する（商法五條）。この見本は、勿論自己の所有と爲し得ない。又、特約又は特別の慣習なき限り、その保管に對して報酬を請求し得ない。蓋し、保管することは證據保存上當然である。然し、忠實の義務に反せざる場合、賣買が固有の見本賣買でないときには必ずしも見本の保存は要しまい。又、證據の程度であれば、全部の保管も必要あるまい。保管方法にも制限はない。

(ii) 帳簿に關する義務これである。即ち、仲立商は日記帳を備付け、これに法定事項を記載し、又、當事者の要求あるときは、何時にてもその謄本を交付すべき義務がある（商法五條）。これも證據保存の義務の特殊なる發現にして、この日記帳は商業帳簿たる所謂日記帳（商法三條）と稱呼は同じでも、その性質は異なる。これは、他人間の取引に關する證據にして、自己の營業の財産的記録ではない。従つて、小商人たるものにも、この義務がある。而かも、相當の期間これを保存しなければならぬのは、この義務の性質上當然である（商法三六條の準用の方面より理解してはならぬと解す）。

(iii) 仕切書交付の義務がある。即ち、當事者間に於いて、行為が成立したるとき遅滞なく仕切書（締約書）（單なる證據證券にして、これを以て契約成立の要件としたものではない。大判、昭八・四・二五、民五）を作成し、自ら署名後、これを各當事者に遅滞なく交付する義務である（商法五條）。これは媒介したる契約が成立したる事實及びその内容を明確にし、一面、媒介行為の證據とし、他面、紛糾を豫防し、これを敏速に解決する趣旨に基くのであるが、これが證據保存の趣旨も含まれてゐるのである。この義務を怠れば、損害賠償の責に任じなければならぬ。期間附、又は停止條件附契約の如く、相手方當事者が直ちに履行を爲すことを要せざる場合は、各當事者に署名を爲さしめ、これを相手方に遅滞なく交付することを要する（商法五四條）。又、當事者の一方がこれを受領せざるか、署名せざるときは、他方當事者に遅滞なくその旨を發信主義によつて通知することを要する（商法五四條）。蓋し、かかる事實は、既に成立し

たる契約に何等かの異議あることを推定せしむるからである。

(3) 機密遵守の義務がある。仲立商の基調とする忠實の義務の反映に於いて、一般に營業上の機密は、これを相手方に漏洩すべからざる義務があるものと理解する。商法規定は只だ特殊的に氏名黙秘の義務を規定してゐる。即ち、當事者が仲立商に、その氏名又は商號を相手方に示さざるべきことを命じたるときは、仕切書及び日記帳の謄本にもその記載を爲すことを得ない(商法五〇四條)これは委託したる者の相手方に於いて、その氏名黙秘を命じたるときも同様であると解される。蓋し、仲立商は双方の機關として信義を要請されてゐるからである。要するに、商法規定は機密遵守の一般的義務を規定せず、その特殊的なる氏名黙秘の義務を規定するも、一般的に機密遵守の義務があると解したい。

(4) 介入履行の義務がある。双方當事者の媒介機會の獲得の目的を以て、仲立商が當事者の氏名を黙秘したる場合、それが當事者の指令に基くと否とに拘はらず、一應介入履行の義務があるものと解する(商法五〇九條)。この介入履行の義務は當然氏名黙秘の事實に基いて法の規定したる特別な義務といはなければならぬ。勿論、これがため、仲立商が行爲の當事者となるのではない。仲立商は双方の機關たる地位にあるからである。従つて、黙秘した匿名當事者に求償權又は代位權

を個人としての仲立商が行使用することになる。かくて、我が商法に於いては、匿名當事者は永久に匿名者であり、仲立商は最初より履行責任を負ふものと解する外はない(竹田「商行為法」一三三頁、ドイツ商法九五條參照)。

b) 機關としての仲立商の地位の内容は職務權限である。

(1) 一般的に、仲立商には他人間の商行為を媒介し得る職務權限がある。その範圍は勿論、仲立契約の内容によつて定まる。又それは假令、一方當事者との間に、仲立契約があり、他方當事者との間に何等の契約も存せざる場合も、仲立商は、双方に對して平等の割合に於いて双方の利益を圖る地位にある(商法五〇五條)。かかる仲立商の積極的中立性は一つの特性である。この特性は沿革的理由に基き、法律の規定によつて生じたるものではあらうが、それは商活動に於ける公平なる媒介自體が取引機會を齎すことに基く要求ではあるまいか。又取引社會の信義の發現ではあるまいか。ここに於いて、仲立商の責に歸すべき事由による損害は多くの場合、當事者双方に對し、自ら損害賠償の責がある譯である。

(2) 特殊的に、仲立商の職務權限に位置付けられる商法の規定もなはない。即ち、仲立商は仲立を爲すに過ぎない機關であり、當事者の代理人ではないから、商法第五四四條はその媒介したる行爲について當事者のために、支拂其他の給付を受くることを得ない旨を規定してゐる。媒

介と代理とは、固より相容れない觀念ではないが、只だ媒介行爲についての給付、及び支拂といふ代理權を有たざるだけである。その他の個々の行爲について當事者の何れかの一方より代理權を附與されることを妨げないものと解される。而かも、この制限は、別段の意思表示又は慣習あるときはその限りではない(商法五四四條但書)。これ、媒介行爲の現實即應性を考慮したものである。

三 取次商即ち商法のいふところの問屋 (Kommissionär, commissionario, commissionaire) の發達は中世の歐洲商業に端を發してゐる。而して、その出現は結局他人の信用・知識を利用するところに契機がある。即ち、當時、他地の商人が不案内の土地で土着の商人を利用し、商品の販賣又は買入、其他賣殘品の處分を、それぞれ、その土地の商人に委任するところから起つた。又、他方、使用人を出張せしめて、商業に従事せしむるに當り、遠隔の土地にあるため、自然にその使用人に廣汎なる代理權を必要とするに至つたところに發生したのである。又、課税を免れるため、市民權を有する者の名前に於いて、商業を爲さしめたところに生成したのである。而かも、取次商の發達は運送品の取扱を業とする取次商其他類似の取次商の發達を促したのである。この運送取次商の發達は運送企業と密接なる關係があり、運送を中心とする業務との結合關係にあるが故に(商法三編商行爲七、章運送取扱營業)、そこに於いて論及されるのが適當であることは、既に一言したるが如く

である。又、我が國に於いては取引所の取引員が一種の取次商の性質を有するが、それは取引所に關聯する特殊な地位を有する(取引所法第三章)。尙ほ、商法上、取次商なる問屋は物品の販賣又は買入を爲すものに限られる。物品とは動産及び有價證券を意味することになつてゐるから、不動産に關する取次はこれを業とするも商法上問屋でなく、又賣買の取次であるから準問屋でもないと解されてゐる。併し乍ら、今日の經濟需要はこれに取次商たることが要請され又事實取次商たるに變りはあるまい。而して、準問屋(商法五五八條、出版又は廣告の取次、保險契約の取次の如し)と同視するよりも、物品なる文字の擴張解釋に於いて問屋としても差支あるまい。

取次商は、その主體たる商人が自己の名を以て、他人の計算に於いて、賣買其他の取次(締約の履行の取次でない)を爲すを業とするものであるが、それがそれ自ら獨立の營業であるのは、その取次行爲が商行爲であり(商法五〇二條一號)、その主體が商人資格を有するからである。而して、それは本人への取次に於いて補助的協力機關である。このことは同時に、自己の名を以て、自己の計算に於いて個々の商行爲を爲す所謂自己商を兼ねることは差支なく、却つて便利なきがある。又、それは苟も取次を爲すを業とする以上、委託者の如何を問はない。特定營業のために、その營業部類に屬する行爲の取次を爲すを業とする者は取次代理商 (Kommissionsagent) といへよう。然し、これ

が取次商たるに變りはない。

(1) 個人としての取次商はそれが自然人たると法人たるとを問はず、本人との取次契約によつて生ずる。この契約は、我が商法上、積極的には法律行為の委託であり、消極的には報酬について何等の規定もないから、委託契約の性質を有するものと解される。(商法五五二條Ⅱ、代理については準用であるから準用の文)。用ではあらうが、委任については適字に拘泥する必要なし。

ここに、取次商の委任及び代理關係について附言すべきことは、この取次商を中心として委託者との間に委託關係があり、第三者との間に少くとも問屋に於いては賣買關係が存することである。この二面の關係は形式的には、截然別個の關係であるが、實質的には、相牽聯の關係である。即ち、前者は「自己ノ名ヲ以テ」といふ法律上の地位に於いて、後者は「他人ノ爲メニ」即ち他人の計算に於いて、といふ經濟上の地位に於いて現れるのである。これ、取次商の取次商たるの本質的性格であるが、同時に、この性格は形式と實質との背離的性格であるのである。而して、現實の法律的處理に於いては、この本質的性格の破綻を生ずるが如くである。而かも、かかる性格の破綻への立法技術は未だ缺如してゐるが如くである。今、然る所以を取次商たる問屋、第三者及び委託者の三者が如何なる關係に立つかについて簡單に見る。

(1) 問屋と委託者との關係は所謂對内關係と理解されよう。扱て、實行賣買により對外的に第三者に對して、權利者となるものは問屋である。少くとも、委託者へ債權の移轉あるまでは、債權者は依然として問屋である。然るに、その以前、問屋の破産したる場合は、その債權は破産財團に屬し、委託者は他の債權者と競合して平等辨濟を受くるに止まるのでは不都合であらう。この場合の法律構成は、代理の規定の準用によつて、解決する外はあるまい。即ち、取次の効果は當然委託者たる本人に歸屬する。(商法五五)(大刑判、大一二・一二・一、問屋が委託者のために物品を販賣して得た。代金は委託者と問屋との間に於いては當然委託者に歸屬すると判示する。)然し、委託者は元來、第三者に關する限り法律上の地位はないのであるから、かかる理解では問屋制の構成が破綻するが如くである。

(2) 問屋と第三者との關係は所謂對外關係と理解されよう。そこに於いては問屋が一切の權利義務の主體となる。(商法五五)(二條Ⅰ)。これは本人より見れば問屋の機關としての地位の内容たる職務權限に外ならぬ。而して、取次行為の成立及び效力に影響を及ぼすべき事由は個人法的に、一切、問屋について決せられる。従つて、委託者についての一切の事情は法律上對外關係には反映しないのである。ここに於いては一應個人法的に、法律上不都合はない。

(3) 委託者と第三者との關係は問屋が法律上介入するために直接でない。そこで、第三者が契

約不履行を爲したる場合の損害賠償義務は如何に解決されるか。惟ふに、賠償を受くる者は經濟上の主體たる委託者であり、法律上損害賠償請求権を有すべき問屋も、自らは實損害なき點よりこの権利は有せぬのである。この場合も、法律構成としては代理の準用によつて解決する外はあ
るまい(商法五五條II)。果して然らば、委託者が直接に第三者に對する権利者となり一應、問屋制の性格は破綻する。

惟ふに、上述殊に(1)、(2)の場合に於いて、法律構成上、個人法的概念たる代理を準用することは一面に於いて、個人法上の論理を押しに行くことになり、問屋の性格は破綻せざるを得ないが、他面に於いて、このことは、問屋制なるものは單に個人法的に理解すべきではなく、實は、問屋が本人の機關として團體法的概念たる代表による法構成上の處理を要請せられてゐることを物語るのである。果して然らば、現在までの立法技術上、代理に準ずる代表に於いて問屋を理解することは、却つて問屋制自體の否認抹殺とはならぬのではあるまいか(尙ほ、竹田「商行為法」一三三頁以下参照)。否、團體法的に問屋の法的職分と委託者の經濟的職分との協力的一體に主體性を與へることが、實は問屋制の性格であると理解すべきものではあるまいか。

(ロ) 取次商の法律上の地位の内容を個人としての取次商と機關としての取次商とに分けて理解

しよう。この場合取次商と委託者との間には委任關係よりして信任關係が存在する。即ち、取次商は善良なる管理者の注意を以て委託事務を處理すべき義務を負ふ(商法五五二條II)。この信任關係は、又、本人に對して取次商が忠實の義務を全面的に負ふことを要請してゐるのである。その限りに於いて、かかる義務は全面的に法規定に發現し、總ての關係に展開せられなければならない。併し乍ら、この商法規定の整理は、それが個人法的に立法せられてゐるが故に、例の如き個人としての取次商の地位の内容と、機關としてのそれが、判然たるを期し得ない。先づ、次の如くであると理解したい。

(a) 個人としての取次商の地位の内容たる權利義務は特別の規定なき限り民法の委任の原則によりて定まる。商法規定は次の如くである。

(1) 報酬請求権がある。特約なき場合と雖も、取次商は委託者に對して委任履行の後に相當の報酬を請求し得る(民法六四八條II)。假令、取次行為が不成立に終りたる場合も、これが自らの責に歸すべからざる事由によりて生じたるときは、その勞務の割合に應じて報酬を請求し得る(民法六四八條III)。これは取次の委託を委任と見る結果、當然のことで、仲立商と稍々その効果を異にするので

ある。又、費用償還請求権は必要費用の立替のとき存在する。かく費用の求償を爲し得ることも仲立商と異なる(民法六四九條、六五〇條。尙ほ、商法五一二條)。

(2) 留置権がある。特約なき限り、取次行爲によりて生じたる債権につき、委託者のために占有する物、又は有價證券を留置することが出来る(商法五五七條、五一條)。これ代理商と同様な地位にあるからである。従つて、目的物は、その債権の生じたる取次行爲に關聯して取得したるもの、例へば買入物品たるを要しないのである。

(3) 自助供託賣却権がある。委託者が買入れたる物品の受取を拒み、又これを受取り得ざるときは、取次商たる問屋は目的物を供託し、又競賣して、その代金を以て、取次契約に基く債権の辨済に充てることが出来る。この場合、取次商たる問屋は賣主と同様な地位に立つのであるから、その要件につき商事賣買に於ける自助賣却の規定を準用する(商法五五六條、五二四條)。

(4) 介入権がある。委託者の権利を害せざる限度に於いて、取次商自身に賣買の相手方と同様な地位を與へることは、取次商がその忠實の義務を忘却せざる限り、寧ろ望まじきことである。ここに商法は一定の條件の下に、支配人や代理商の場合に於ける介入権と異なる意味合で、取次商に介入権を承認してゐる(商法五五條)。その要件は次の如くである。

(i) 委託の趣旨が介入権と相反せず、或は特約を爲し又反對に特約なきとき。

(ii) 委託事務の履行されざる時。

(iii) 販賣又は買入の委託を受けたる物品につき取引所の相場あるとき、これである。

その代價は介入の通知を發したるとき、即ち、介入權行使のときに於ける取引所の相場による。蓋し、委託者の利益を害するやも計られざるが故に、かく一應客觀的相場と見られる公定相場によらしめたのである(この點で、この介入權は準問屋に事。實上準用なきことが多いであらう)。この介入權の效力が發生する時期は介入の通知を發したるときではなく、介入の通知が委託者に到達したるときと解する。従つて、その後は、もはや委託者は、委託の取消は出来ない。而して、この介入權の法律構成には種々の學說がある。然し、それは取次契約の實行の方法として、賣買と同一の效果を生ずるものと解されるから、かかる權利は一つの形成權と解する(取引所に於ける所謂「バイカイ」「小口落し」は取引員のかかる權利行使に外ならない)。かくて、取次商は一面に於いて、賣買當事者となり、賣買に關する規定が適用され、又他面に於いて、別に第三者との賣買に準じ手数料を請求し得る。併し乍ら、この介入權の承認のために、取次商がこの權利を亂用する危險が多分にあり、そこには、立法政策として考慮せらるべきものがあるのである(ドイツ法七一一條乃至七四條參照)。

(5) 履行擔保責任がある。委託者のために爲したる販賣又は買入につき、相手方がその債務を履行せざる場合に於いて、別段の意思表示(例へば、低率手數料の特約の如き)又は慣習なきときは、取次商は委託者に對して、自ら當然に、過失の有無を問はず、その債務の履行を爲す責に任ずる(商法五三條)。この責任は法律上當然負はねばならぬ譯のものではなく、又契約上より生ずるものでもない。又、主たる債務がある譯でもないから保證債務でもない。全く取次の信頼に基くものと解する外はない(Mogea. Par. 80.)。

尙ほ、商法規定にはないが、取次商には取戻権がある。即ち、取次商たる問屋が委託者に委託物品を發送する場合、委託者が未だ代金の全額を辨濟せず、又到達地に於いて物品を受取らざる間に委託者に破産の宣告又は和議の開始ありたる時、立法は、その物品の取戻権を問屋のために認めてゐる(破産法八九條、九〇條、和議法四條)。

(b) 機關としての取次商の地位の内容は職務権限である。

(1) 一般的に、取次商は、形式上自己の名を以て、實質上本人の計算に於いて、取次を爲す職務権限を有つのである。その職務権限の具體的なる範圍は取次契約によつて定まる。而して、取次は第三者との契約の締結にあるのであつて、その履行には及ばない。故に、假令、履行として

の目的物の授受が委託者と第三者との間に爲されても、取次は既に爲されてゐるのである。而かも、取次の活動には代理の準用があるから(商法五五條、二條)、本人への忠實義務の基礎の上に代表権限があるものと理解しなければならぬ。

(2) 個別的に取次商の職務権限に位置付けられる商法の規定は、指値遵奉の職務であらう(商法四五條)。蓋し、これはその對外活動に關するからである。取次商なる問屋が委託者より價格を指定せられた場合には、その指値よりも廉價に販賣し、又は高價に買入れたるときも、委託者の意思は賣買の結果を得ることを主眼としてゐるのが常であるから、立法は、問屋が自らその差額を負擔することの意思を委託者に表示したるとき、その販賣、又は買入は委託者に對して效力を生ずるものとした。この場合、それは有效なる委託の實行であり、獨斷専行ではあるが、委託者の期待に副ふものであるから、委託の拒絶権は存在せざるものと解する。反對に、取次商が指値よりも安く仕入れ、又は高く賣付けたるときは、その差額は委託者に歸するのである。蓋し、この取次の活動は委託者の計算に於いて爲されてゐるからである。尙ほ、取次商は、かかる指値のみならず、一般に委託者の指令を遵奉する職務があるものと解せられる。而かも、指定条件より有利なる獲得は委託者の利益に歸屬するものである。

(3) 商法は代理商に關する規定を準用して取次商にも通知の職務を負はしめてゐる(商法四七條、五五七條)。かかる通知は職務遂行上の積極的義務であるから職務權限に於いて理解しよう。商法の規定は、單に問屋が、販賣又は買入を爲す場合のみの通知に關するが如くであるが、苟も取次なる職務遂行に關する限り、その信義の發現に於いて必要なる一切の範圍に亘る通知の職務がある。而かも、單なる通知ではなく、可能なる條件を通知し、委託者より適當なる指令を受くべきものである。

第四章 營業の物的發現

第一講 營業の物的組織の意義

商法の對象たる制度としての營業は一つの生ける生活體であり、人的・物的の要素が協和的一體に於いて、多角的・有機的組織體として活動してゐるのである。かかる制度はそれ自ら法的處理の可能なる地位にあり、而かも、法社會學的地位を有つものとして法律上承認されなければならぬのである。而して、そこに既述の人的側面たる人的組織の外に、物的側面たる物的組織が把握されるのである。然るに、この物的組織は各種營業部門に於いて著しく異なるものがある。その主要なるものは動産及び不動産にして、前者は、機械・器具・原料・消耗品・商品・金銭等であり、後者は土地・建物、殊に事務所・倉庫・工場等である。其他商號・商標・營業標等があり、又營業所・商業帳簿・各種重要書類がある。これらは何れも、營業の物的組織として營業なる活動體の物的機能に於いて把握せられる。かかる物的組織の機能的法發現として、商法は只だ、その一般的なる商號・營業所及び商業帳簿・重要書類を規定して、法上にその機能的意義を與へ

てゐるに過ぎないのである。

一 抑々、商法上これら營業の物的組織は、人的組織に於いても同様であるが、ここに扱ふ機能的把握の外に、價值的把握に於いて重要な側面を有つのである。即ち、後述の如く、流通對象としての營業は、その物的組織の價值的把握にして、同一なる物的組織も、この二つの側面に於いて、法上の意義を異にするものといはなければならぬ。この營業の物的組織に於ける價值的把握の場合には、上述の動産・不動産の外に各種の權利、各種の債務及び財産的價値ある事實關係も亦重要な意義を有つのである。而かも、この場合は人的組織の價值的把握と不可分に融合し、所謂具體的・客體的營業を構成するのである。結局、この具體的營業は制度としての營業がその權威より離脱して、法社會學的地位より純然たる法上概念に引き擧げられたるものであると理解するのである。このことは、その所に於いて論及するであらう。然るに、ここにいふ物的組織は上述の如くその價值的把握ではなく、機能的把握であることに注意を要する。

二 商法は物的組織の法上への機能的發現に於いて、僅かに商號、營業所及び商業帳簿の三種を問題とし、又、各所に於いて所謂重要書類を取扱つてゐるに過ぎない。併し乍ら、商號に類する商標、營業標の如き、又營業所に關聯する各種の營業用建物の如きも、法上に於いて重要な

機能的發現を採らなければならぬ。ここに、その主なるものに論及して、特殊的なる物的發現を理解して置かうと思ふ。

(1) 營業に關する機能的發現たる標識は後述の商號のみではない。商號は營業自體の同一性 (Identität) を示すものにして、營業の名稱的發現に外ならぬ。一般的には、尙ほその營業の扱ふ商品との同一性を表示する商標 (Warenzeichen, marchio) なるものがあり、又營業の記號としての營業標 (Insegna) なるものがある。前者は營業に於いて製作、販賣するところにかかる商品自體を表章する記號であり、商標法(大・四・三、法九九號、昭四・法五〇、昭九・法一五改正)なる特別法に依りて保護せられる。即ち、登録によつて、排他的に専用し得る商標權が生じ(七條)而かも、それは營業と共にする場合にのみ移轉し得る(二條)。尙ほ、その濫用と不正競争とを防止するために、詳細なる法考慮が爲されてゐるのである。後者は、營業自體と同一性を示すものではあるがそれは記號である。例へば[△]の如し。これについては今日未だ登録制さへもなく、法律上の地位も明瞭を缺き、實定法上放任されてゐる。然し、これが保護は愈々要求されてゐるのである。それは兎に角、この二者は營業に關しては、その營業及び商品の記號的發現にして、かかる標識は漸次重要性を加へつつあるのである。

(2) 營業に關する機能的發現たる場所は後述の營業所のみではない。營業所の如く營業の本據ではないが、營業の重要な活動の行はれる場所がある。例へば、補助的行爲の行はれる場所たる製造工場、附屬倉庫、發電所の如くである。又、營業所たる本支店の一部にして獨立の組織を有せざる出張所、分店の如くである。これらは營業所の如く未だ商法上の地位を有せざるも、例へば工場の如きは社會法上の地位を有するものであり(工場法、明四四・三、法四)、又銀行の如きは本支店以外に出張所程度の營業行爲の行はるる場所を營業所と稱してゐる(銀行法六條)。而して、商法上、營業所はその名稱によつて決定せられるものではない。そこには名稱と實質との一致せぬものが多々あり、従つて、取引安全のため商法上實質に一致する名稱の統制が要請せられる。

(3) 營業に關する重要書類も機能的發現たる記録ではあるが、その範圍は白地にして、商法上も明かではない。商法第三六條はその保存義務につき商業帳簿に附帶して規定してゐる。信書なればその内容の如何を問はないところの形式主義で決定するよりも、寧ろ信書でなくても(例へば)實質的に重要であれば保存書類と解し得よう。かくて、一般に客觀的に重要な信書、その控、受取證、其他商法が調製を命じたる仲立人日記帳(商法五)、倉庫證券控帳(商法六)、株主名簿(商法二二條)、社債原簿(商法二六三條)、株主表(商法三九三條)等の外に、總會議事録(商法二四四條)、社債權者集會議

事録(商法三三)、船舶備付書類(商法七)、營業報告書、配當議案等は何れも重要書類である。これらはその性質の許す限り、商業帳簿の規定を準用すべきであらう(商法三五條參照)。

尙ほ、商品(Ware)について一言すれば、それは流通取引の對象たる動産に外ならないが、又、營業の物的組織を構成するものである。商品は流通性、大量性、代替性、換價性及び定型性を有し、これについて商法の法的考慮は必ずしも充分でなかつた。然るに、近時の要請は、商品の適格性及び價格形成について統制的考慮を見つつある。

上述の如き營業の物的組織に關する一般且つ特殊なる理解の下に、次に、商法規定に於いて、物的・機能的に發現するところの營業の名稱的發現たる商號、營業の場所的發現たる營業所及び營業の記録的發現たる商業帳簿について論述する。

第二講 營業の名稱的發現——商號

商號 (Firma, raison, ditta) は營業の物的組織を構成するものにして、營業に關する表章中에서도最も重要なものである。即ち、それは單なる民法上の氏名と異なり、營業の名聲と信用とを化體することにより重要な經濟上の價值を保有するものである。その故に、近世になつて商號の讓渡が認められた。而して、商號の承認は法制が營業に法人性を承認すると同様な意味を齎したのである。即ち、それは營業の永續的生命體を維持し、營業の權威者の變更により影響を蒙らしめぬやうに、營業の獨立性を發現するに至つたのである。かくて、營業中心説の徹底的展開に於いては、それは商人の名稱ではなく、營業と同一性 (Identität) を示すものとして、營業活動に用ひられる營業の名稱と理解されなければならなくなつた。洵に、商號は一つの重要な營業價值たると同時に、又營業の表章的機能を有つことにより、營業の統一的・獨立的生命體たることを表示するものといはなければならぬ。

一 商號の沿革を見るに、抑々、營業に用ふる表章は、起源的に、歐洲中世のイタリアに於ける商人記號 (signum mercatorum) に遡る。これは商人の氏名の代りに、又その氏名と共に、

文書 (carta) に記載せられ、同時に商品の記號として用ひられたものである。この記號によつて、その文書は自己がそれを作成したるものであることを確認 (firmatio) したのである。ここに、商號を Firma といふ由來がある。それは商品の記號としての商標となつて、今日に至つたものであらうが、商人の記號としては、用ひられず、その後、商事會社の出現と共に、社員代表者の共同の名稱を使用して會社標 (signum societatis) となつたのである。これは、人的責任を負ふ社員數名あるときは、全部の氏名を連らね、人的責任を負はざる社員あるときは *et socii* とか、*et compagnie* とかの語を附加したものである。その後、殊にドイツ法系に於いて、個人たる商人もその營業に特殊の名稱を使用するに至りたるため、これに關する法制を有つことになつた。

我國では古來屋號なるものがある。これが盛んに使用せられるに至つたのは武家制の餘波である。即ち徳川時代、大名と特殊關係ある町人は苗字帶刀御免で自己の氏姓を稱することを許されたのであるが、一般の町人は氏姓を使用することが出來ず、ここに、屋號の使用に拍車をかけたのである。明治以來、一般町人も氏姓を使用するに至りたるも、依然として慣用したる屋號は信用の目標となり、營業上用ひられて、氏姓と併用される有様である。かくて、會社の出現は同時に商號を必須のものとするところから、屋號がそのまま商法上の商號となつてゐるものがある。

この點で、歐洲と我國とは、營業の名稱について、その使用經路を全く異にしたのであつた。

これは兎に角、舊商法草案に於いて、商號を屋號と名付けようとしたのは故のないことではあるまい。營業の名稱的發現としては商號よりも屋號の方が文字として即するものがある。然るに、舊商法は遂に商號なる文字を選んで規定することになつた。尤も、新商法制定の際に商號を商名 (nom commercial) と變へようとしたことであるが、依然として商號たる文字が堅持されたのである。

尙ほ、商號の法制化については、我が商法の立法當時、商業會議所方面に議論があつた。その有害無益論と必要論との對立は遂に後者の勝利となり、商號は現行法典中に法制化され、登記制によつて商號の保護が與へられた譯である(青山「商法總論」五九頁)。そのためか、その是非は兎に角も、商法典中比較的に我が屋號の自由主義的慣習が汲み取られてゐる。

二 商號の意義について分説すれば次の如くである。

(1) 商號とは營業の名稱的發現にして、それは營業主たる商人が營業に關して用ふる名稱である(商法一六條)。されば、商號は名稱であつて記號その他であつてはならぬ。従つて、文字を以てすることを要する。又、發音し得ることを要する。即ち、文字と發音とが不可分であるところに名稱

と單なる記號との相異がある。名稱たる限り、文字の表示が無意味であつても又外國語であつても勿論差支ない。

(2) 商號は法律上、營業の名稱ではなく、商人の名稱であると解せられてゐるのが、通説である。併し乍ら、これは商法の對象を營業と理解する限り、商號を營業上用ふることは營業自體の名稱的機能を意味するものである。商法を商人法と考へ、營業中心説で商法を理解せざるものにしては商號を商人の名稱と解するの一應の筋は通つてゐる。然し、營業中心説の展開に於いて、これを商人の名稱と理解することは筋が通らないのではなからうか(田中「改正商法要義」上九頁、九頁は營業中心説の立場に於いて、而かも商號を商人の名稱とせらる。野津「商法總則」第二部二二二頁は商號は法律上の商人の名稱であるが事實上は營業と同一性を表示するとせられる)。商法第一六條は商號の選定の規定に過ぎないのであつて、商法規定中、積極的に商號が商人の名稱たることを宣言する規定はない。従つて、法律上も商號が商人の名稱たることを意味するものとは斷定し得ない。既に、營業の移轉に於いて、商號は營業に即して、極めて重要な財産價值として評價せられるところから解するも、又營業主體たる人の變更が名稱の變更を伴はざることから解するも、商號は營業の主體の個性より遊離してゐるのである。更に、商號は營業と共にする場合のみ移轉し得ること(商法二四條)から解するも、又自然人商人が數個の營業を有つ場合に數個の商號を有ら得ること(非訟法一七三條一、二號はこれを豫想)

る)から解するも、愈々商號自らが營業の名稱であると理解されるのである。加之、商號は事實、營業の獨立性を齎してゐることより考へるも、商人とは獨立して營業に即してゐるのである。その限りに於いて、商號は商人の名稱なり、といふのは商人が營業の主體的發現と理解せられる以上、間接的表現に過ぎない(商號を商人の名稱と理解するは立法主義上殊に主觀主義の立場に於いては妥當する表現であらう。Endemann は營業に獨立の生命を認める結果、商號を營業の名稱とする。Händelsrecht, 3. Aufl. S. 75. 尙ほ Behrend, Lehrbuch, S. 251. Anm. 5. 参照、Schreiber は營業中心説の立場より商號を企業名稱とする。Grundgedanken, S. 57.)尙ほ、西原「商法總則」三五六頁以下参照)。

(3) 商號は營業の名稱であるから營業上用ふる名稱である。それは商人たる營業主が個人として身分上の行爲に用ふることを許さない。商號は營業の名稱であるから、こと苟も、營業に關する限り、一切の活動に使用することを得る。従つて、商號を訴訟行爲に用ふることも勿論出来る(古い判決、明三四・六・二八、民録七輯六卷七七頁は消極であつた。ドイツ)。併し乍ら、營業上の行爲につき必ず商號を用ひなければ、その法律行爲の効力が妨げられるといふ譯のものではない。營業主の氏名を用ひても有效なるものと解せられる。

ここに附言すべきことは、商號の會社營業への關係と店舗營業への關係である。上述の如く商號を營業の名稱と解する限り、又商號は商人の名稱でないと解する限り、何れの場合も、その名稱的發現は商號にして、商號以外に名稱はない。只だ、自然人を主體とする店舗營業には、營業

主の個人としての氏名があるに反し、會社はそれ自ら營業法人にして、個人としての氏名は考へられない。營業には必ず商號がなければならぬ。假令、商人たる營業主が、特に商號を選定せず、民法上の氏名をそのまま營業上に用ふるとしても、それが同時に商號なのである。この場合は、商人たる營業主の個人としての一般的活動の名稱が、たまたま營業の名稱的發現と一致したるものである。尙ほ、小商人と商號との關係については嘗て一言した(二編一章三講小商人及び非商人、一九七頁参照)。

三 商號の發生は營業の主體者の選定による。

(1) 商號の發生には營業の主體的發現たる商人の存在を必要とする。商號と商人とは同一營業の發現にして、單に、その把握が異なるだけである。營業と商號と商人とは同時的存在である。會社の發生と商號の發生も同一瞬時にある。従つて、商號の選定は、營業の名稱を創設する意思表示ではあるが、實は、營業自體の創設の瞬時に於ける主體者の意思表示である。それには、一切の形式や手續は不要であり、而かも、それは不要式にして、明示たると默示たるとを問はない。尙ほ、商號の選定とは營業の名稱の創設にして、繼受ではない。商號の選定は營業主體者の意思表示によるが、代理人による意思表示を妨げない。この場合も、その意思表示は營業の發生の瞬時に爲されたるものである。營業の主體者たる商人としての營業主が自己個人の一般名たる氏姓

を營業に於いて使用し、他に商號として選定したるものなきときも、既に一言したるが如く、それが、既に、商號として選定されたるものにして、商號の不存在ではないのである。

(2) 商號には人工商號 (Künstliche od. unwahre Firma) と自然商號 (natürliche od. wahre Firma) とがある。又、人的商號 (Personenfirma) と物的商號 (Sachfirma) とがある。これらの商號中如何なる商號を選定すべきか。又、幾個の商號を選定し得べきか。殊に、商號と營業の真相とは合致せしむるを要するか。これに關し、商號選定の立法主義に三つある。

(a) 商號選定自由主義 (System der Firmenfreiheit) がある。この主義は營業に關する名稱付けに於いて如何なる商號を選定使用し得るかが、自由に放任せられてある主義である (英米法系の主義である)。これは商法の要請するところの外觀理論の原則に反するものにして、商取引の安全を圖る所以ではない。

(b) 商號選定嚴格主義 (System des strengen Firmenrechts) がある。この主義は次の三つが要求されるところに特色がある。尤も、(iii)は従たるものであると理解したい。

(i) 商號眞實の原則 (Prinzip der Firmenwahrheit) 即ち、商號が營業の實體と一致すること
が要求せられるといふ原則である (ラテン法系はこの主義である。例へば、Xが營業の主體たる主人の固有の氏名たる場合にYを人的商號として營業に用ふることは出来ない。又米屋が藥名を用ふ

に當りては有屋といふ商號を使用し得ないといふが如し)

(ii) 商號明瞭の原則 (Prinzip der Firmenklarheit) 即ち、商號は明確に表示せられることを要求するといふ原則である。

(iii) 商號單一の原則 (Prinzip der Firmeneinheit) 即ち、これは單一の商號でなければ、商號として讓渡又は相續を認めないといふ原則である。蓋し、同一營業に單一商號を豫想することは通常であるからである。

(c) 商號選定折衷主義 (gemischtes System) 即ち、既存營業の維持、殊に、名稱に存在する財産價値の維持に必要な限り、商號眞實の原則を緩和する主義である。新に商號を選定するには營業の實體と商號とは蔽合ふことが要求されるが、營業の讓渡又は變更の場合には、從來の商號を續用し得るとする主義である (ドイツ商法はこれに屬する。ドイッ商法一七條乃至三七條參照)。

以上、三種の立法主義の何れが理論上歓迎せられるか。一體、商號の選定に當り考慮せらるべきことは、それが一營業に重大なる利害關係があるといふ個人的意義のみならず、實に、高次經濟社會に於いても重大なる利害關係があるといふ社會的意義を包藏するといふことである。この意味に於いて、(a)の自由主義は一營業の利益に偏し、(b)の嚴格主義は高次經濟社會に重點が置か

れ過ぎる嫌がある。従つて、(c)の折衷主義がよいと思はれる。これは商號の眞實性を中心として、一營業の利益と全體の利益とを調和する制度的意義を有つものであると解する。只だ、商號が營業の名稱と理解せられる限り、一應、營業の眞實に符合すべきは理論上當然である。

(3) 我が商法は商號の選定に於いて、最初舊來の自由なる屋號選定の慣習が影響したるもの如く、母法たるドイツの立法主義に倣はず、自由主義を採用したものと解せられる。即ち、商號選定の原則的條文たる商法第一六條は依然として、如何なる名稱をも、これを商號として選定し得べきことを承認するのである。併し乍ら、この自由主義は制度社會の協益に奉仕する所以ではないために、その後、或は改正法により例外的條文(例へば、商法二條)を加へ、或は後述の特別法により、漸次制限を加へつつ、商號選定の嚴格主義に接近しつつあるのである。即ち、我が現行法に於ける制限は次の如くである。

(イ) 法的主體性を承認せられざる店舗營業に關する制限がある。即ち、會社に非ざるものは、その商號中に會社たることを示すべき文字を使用することを得ない。會社の營業を譲受けたる場合も亦同じである(商法一八條、有會法三條)。即ち、その商號中より會社なる文字を除く必要がある。ここに會社たることを示すべき文字とは會社と誤認せしめる類似文字をも含むものである(合名商會なる名稱は會社類似の商號

であるとの有名なる判決がある。大判、明四一・一一・二〇、民二、民錄一四輯一九四頁。

(ロ) 會社營業に關する制限は更に數個に分け得る。

(a) 會社の商號中には、その種類に従ひ、各々これを示すべき文字を用ひなければならぬ(商法三條、有會法三條)。このことは、それ自ら、一部の商號眞實主義を採用してゐるのである。

(b) 特別法中、消極的には、各々特別法により一定せる名稱を有するがために會社なる文字を用ふることを要しないものがあり(例へば、日本銀行、横濱正金銀行、日本興業銀行、日本勸業、積極的には、商法第一七條の精神を支持して、その營業の種類を示すべき文字を商號中に附加するを要するものがある(保業法四條一、銀行法四條一、貯銀法四條一、信業法三條一、無業法五條一)。保險事業に至つては、特に保險の種類をも示さなければならぬ。

(c) 特別法では特定名稱、其他類似商號の使用を禁止するものがある(例へば、保業法四條二、銀行法三條二、無業法五條二)。

(d) 會社に於いては、商號登記を絶對的要件とする結果、同市區町村内に於いて(立法として狭)同一營業のため既登記商號を選定することが出来ないとの制限がある。(商法一九條參照、尙ほ、同一又

以上、店舗營業と會社營業とに分けて各々の商號選定の自由への制限を述べたのであるが、一般的に、商號の選定により、他人の權利を害することは出来ない。従つて、營業を誤認せしむる商號の選定は一般的に禁止せられるといふ制限がある(商法二條一)。更に、後述するところの商號專用權 (Recht zur Alleingebrauch) も一つの制限である(商法二條一)。

ここに一言すべきは、會社營業に於いては、絶對的に商號單一の原則が存在することである。即ち、その商號は唯一でなければならぬ。假令、數種の營業が爲されてゐるとしても、それは、一連の有機的關聯ある一つの營業を爲す主體たる生來的商人として、會社が成立してゐるものと理解さるべきである。従つて、會社に於いては、數個の營業は、實は一個の營業と理解さるべきものにして、數個の商號を有し得ないのである。従つて、これは制限ではない(自然人が主體たる營業法一七三條一、二號參照)。

四 商號の變更は一面に於いて、商號の選定であり、他面に於いて、商號の廢止である。商號變更の意思表示は選定及び廢止の二つの意思表示が必然且つ同時に密接することを要する。従つて、商號變更の成立及び效力は、その選定及び廢止の原則に準ずる。この場合の選定は商號の原
始選定と異り、營業と商人とは前提的・先時的存在となる。商號の變更に、任意的變更と、法律

の規定に基く必然的變更とがある。前者は本來の變更であるが、後者は然らざるものである。然し、何れの場合も、結局、營業の主體者の意思表示に基くものと解する。

(1) 任意的變更、即ち當事者の自由且つ任意なる商號の變更である。その變更の意思表示には原則として、何等の形式を要しない。登記商號たると未登記商號たるとを問はない。例外として、會社商號の變更は定款の變更となり、そのためには、必ず商號の變更を定款に記載することになる(例へば、株式會社について商法一六六條、三四二條以下參照)。

(2) 必然的變更、即ち法律の規定に基く變更は、これが原因に絶對的なものと、相對的なものがある。

(a) 絶對的變更原因は商號の移轉、會社の繼續、又は會社の組織變更の場合に商號選定の原則が妥當せざるときに生ずる。例へば、自然人の主體者たる營業が會社の營業を譲受けたるとき、又、會社が自然人の主體者たる營業を譲受けたる場合である。前者に於いては、會社なる文字を附することを得ないからこれを削除する。後者に於いては會社なる文字を附することを要するか
らこれを附加する。

(b) 相對的變更原因は同一市町村内に於いて、同一の營業のために、二個以上の同一商號の登

記が許されないから(商法一、九條)、例へば、商人たる營業主が營業を他の市町村内に移轉したる場合、既に、そこに同一登記商號が存在するとき、若し、登記商號を得んとすれば、自ら商號を變更する外はない(附加部分の記載を條件として登、記し得る明示の立法が望ましい)。尤も、未登記商號に甘んずれば、勿論變更は起らない。市町村の合併あるときは同一商號の存在は可能なのである(商登三一條、三二條に準じて、登記簿を移送すべきである。)。

尙ほ、商號は會社營業に於いて、退社員の氏名を商號として用ふるときに變更することがある。即ち、退社員の請求あるときこれである(商法九、二條)。

五 商號の消滅には、(1)任意的消滅と、(2)必然的消滅とがある。前者は商人たる營業主の意思に基くも、後者はその意思の如何を問はないのである。

(1) 任意的消滅は即ち、これ商號の廢止である。商號の廢止については、商法は規定を有たないが、營業の主體者たる商人が爾後、今迄の商號を使用せすとの意思表示を爲すときは、これによつて商號は消滅するのである。その意思表示は何等の形式を必要としない。明示又は默示によつて爲すのである。默示の商號の廢止ありたりや否やは客觀的事實によつて判斷する外はない。

(2) 必然的消滅は營業の廢止の場合である。商號は營業の名稱的發現であり、それは商人の存在を直接に豫定せず、寧ろ、營業の存在を必然にその前提とするものである。ここに、營業の廢

止は必然的に商號の消滅を齎すのである。然し、又商號は營業價值を反射して、一つの財産權と化して存在する。即ち、商法第二四條第一項後段がここに意味を有つことは後述する。而して、商人たる營業の名義者が死亡するときも商人資格は相續人に承繼せられる。従つて、營業は存續し、商號も存續する。故に、商人たる營業主の死亡は、必然に商號の消滅を來たさないものと解する。更に、營業の目的を變更する場合も、法律上は新たな營業の發生と解せられざるが故に、商號は消滅せざるものである。

六 營業の中、店舗營業の商號は相對的登記事項である。故に登記の強制はない。只だ、後述の如く、商號は登記せられざれば完全なる法律上の保護がないのである。これに反し、會社營業に於いては、その設立の登記(例へば、商法六四條一項一號、一八八條二項一號)が當然に商號の登記を包含するが故に、この場合には商號は絕對的登記事項である。而して、何れに於いても、商號の變更ありたるときは、利害關係者は商號登記の抹消を裁判所に請求する權利を有する(商法三、一條)。尙ほ、登記商號の消滅は、その登記を抹消するに非ざれば、一方、他人がその商號を選定することを妨げ、他方、商號登記の自由を妨げるのである。而かも、登記商號を有する營業の主體者は、その消滅の商號について利害關係を有たざる場合は無關心になり、怠慢に墮する嫌がある。ここに登記法上の効果を與ふ

べく、商號につき利害關係ある者（同種の營業につき同一又は類似の）はその登記の抹消を裁判所に請求することを得る（商法三）。この場合、裁判所は異議催告の手續を経て（非訟法二五一條ノ二以下）、これを抹消する。又、その登記商號を正當の理由なくして放置して使用せざるときは、かかる營業の商號を保護する要なく、却つて、他の營業がその商號を選定することを妨げ、制度的秩序に反するものがあるが故に、商法はここに有權規定により、その商號を二ケ年間使用せざるときはこれを廢止したるものと看做す、との實定法的擬制を以て臨むのである（商法三〇條、即ちこれは商號廢止の實定法を選定せんとする者は登記法上、更に、三一條に）による登記抹消の申請をすることになると解する。

七 商號の效力は即ち商號の保護の問題である。上述の如く、我が商法に於いては、商號は個人が主體たる店舗營業に對して相對的登記事項である。従つて、商號は敢て登記したるものなることを要する積極的明文はない。而かも、改正法第二一條は敢て登記商號たるを要しないし、又舊商法以前より使用したる商號に一定の保護を與へてゐるが故に（商法一）、未登記商號と雖も亦法律上有效なる商號である。故に、商號には登記商號と未登記商號との區別が可能である。登記商號については商法第一九條及び第二〇條に規定がある（尙ほ、非訟法一五八條、商法一五條、二一條、二二條、三〇條、商改法五條、六條、商登取手三一條、三二條、等參照。）。

一般に、商號の效力は、一方に於いて、商號を有する營業に一定の作爲を、他方に於いて、一定の不作爲を齎すのである。かかる商號の效力を内容とする權利として商號權（Firmenrecht）なるものが承認せられる。商號權は營業の主體たる商人が自己の營業に關して一定の商號を使用するときに取得する。扱て、商號權は商號の效力を内容とする權利である。而かも、營業なる生活體の名稱的發現として商號を理解する限り、この意味での人格權性をも承認し得よう。而して、後述の如く、商號は營業と共にするに非ざれば、その讓渡は出來なくなつたから（商法二四）、その結果は、その權利をも移轉し得ない。この意味に於いて、商號權は商標權、特許權と異り、所謂無體財産權と解するの困難となつて來た。併し乍ら、商法が營業を廢止する場合に單獨讓渡を商號に承認するところから見れば（商法二四、條一後段）、商號權は依然として無體財産權たるの性質を失はず、従つて、その限りに於いて、差押も可能なることは明であるとして解される。只だ、營業の活動中は、商號が營業なる人格的生命體の名稱的發現として、人格權性をも兼有するが故に、商號の差押が困難となる（判例は鹽瀬事件に於いて、法人商號の差押を否定した。昭七・一一・七、民一）。この場合、登記商號と、未登記商號との區別を認めないのである。又登記の前後も問はない譯である（竹田「商法總論」三九九頁參照）。

扱て、商號の效力は如何なる内容か。それは登記商號及び未登記商號に分け、又、積極的效力

と消極的效力に分け、更に、形式的效力と實質的效力とに細分することが出来ようと思ふ。

- (1) 登記商號の效力を分説すれば、次の如くである。
 - (a) 積極的效力、即ち、商號を有する營業をして一定の作爲を齎す效力である。
 - (1) 形式的效力は登記商號はこれを登記し得るや否やに關する。商法第一九條は、これを決定してゐるのであるが、その效力の及ぶ範圍には制限がある。故に、他人が同一の登記商號を得んとすれば、他の地域に於いて、登記するの外はない。
 - (2) 實質的效力は一定の商號は使用し得るや否やに關する。登記商號はこれを使用し得るは勿論、その使用に拘束を受くべきでないのを原則とする。
 - (b) 消極的效力、即ち、商號を有する營業をして一定の不作爲を齎す效力である。
 - (1) 形式的效力は登記商號が他の同一の商號の登記を禁ずる效力である。これは登記法上の效果として所謂登記差止權乃至登記排斥權である(商法一)。これには制限がある。
 - (i) 同一市町村内に於いて登記すること。これは地域的制限にして、立法論としては、寧ろ、ない方がよい(イタリヤ商法にはなし)。
 - (ii) 同一營業の商號たること(これは同一種類の營業と解すべきである。立法論として、烏賀陽)。但し、舊商

法施行前より使用し來りたる商號は例外である(商法一)。

尙ほ、新法二二條は、不正競争の目的を以て登記商號と同一又は類似の商號を使用する者に對し、又、不正の目的を以て誤認し易き商號を使用する者に對して制裁を規定してゐる。これも亦この形式的效力に準じ得よう。

- (2) 實質的效力は商號專用權乃至不正使用差止權である(商法二)。これには制限がある。
- (i) 他人が不正の競争の目的を以て使用すること(單に、既登記商號の存在を)知れるのみでは足りない。
- (ii) 自己の登記したるものと同一又は類似の商號(混同誤認を生ぜしむる處)に對すること、これである(地域的制限はない)。

この場合に、商號不正使用差止權(使用廢止の請求を意味し、看板の撤去、抹消登記の申請等必要な作爲を求めること)の外に、損害賠償請求權が生ずる。商法第二〇條第二項は不正競争の意思の有無につき事實上不明なるが故に、同一市町村の場合には不正競争の推定を爲すのである。例外としては舊商法施行前より使用し來りたる商號である(商法一)。新法は、更に進んで、その第二一條第一項に於いて廣い範圍に亘つて、不正の目的(商法二〇條の如く不正の競争の目的のみではない)を以て、他人の營業なりと誤認せしむべき商號を使用することを得ない旨を規定してゐる。而かも、その第二項に於いて、不正使用者に對して(請求權者の營業と同一種類の營業たることを要しないと解する)

使用差止請求權と損害賠償請求權が発生する(本條の追加は第二〇條の規定を殆んど無用ならしめた。西原「商法總則」三六九頁)。

- (ロ) 未登記商號の效力を分説すれば、次の如くである。
- (a) 積極的效力

(1) 形式的效力即ち、未登記商號は、これを登記することは自由である。只だ、同一市町村内に登記商號があるときは登記出来ない。但し、例外がある。舊商法施行前のもはその事實を證明して登記することを得る(非訟法一。五九條)。

(2) 實質的效力即ち、未登記商號は營業のために自由に使用し得る(大判、大一一〇・一二・三、民一。一、民錄二七輯三〇八五頁)。然し、他の登記商號に差止められることがある。

- (b) 消極的效力

(1) 形式的效力として、他の同一營業の商號に對して登記排斥權を有しない(一般學說・判例も止むが、立法論として、個人營業の商號強制登記)。併し乍ら、未登記商號を有する者が特約により、他人をしが要請せられる。西原「商法總則」三七〇頁)。併し乍ら、未登記商號を有する者が特約により、他人をして、適當なる期間及び区域内に於ける競業避止義務を負担せしめる限り、その特約に違反して同一商號を登記したる者に對しては、これが抹消を請求し得る(大判、大九・三・三、民三三。一、大判、大九・二・三、民一)。又、權利侵害者に對して、その妨害排除の請求を爲し得る(大判、大四・三。一、三・二〇、民三)。尙ほ、商法第二二條もこの場合の

效力に準じ得よう(後述の實質的效力參照)。

(2) 實質的效力は從來未登記商號には承認せられなかつた。併し乍ら、既述の登記商號の實質的效力に於いて一言したる第二一條は、その範圍が極めて廣く、被害者はその商號登記者たるを要しないと解されるから、未登記商號を冒用する場合をも當然包含してゐる。従つて、未登記商號と雖も、その限りに於いて排他性を有するものといはなければならぬ。殊に、不正競争防止法(昭一三法二號)第一條の如きも、その商號は登記の有無を問はないから、未登記商號の實質的效力に消極的效力たる排他性を、その限度に於いて承認することになる。かくの如く、商號の效力に關しては、登記の有無よりも不正の目的に向つて、立法上考慮すべき重點を移行してゐるのである。

八 商號の移轉は即ちその續用であり、商號の承繼使用を意味する。讓渡による商號の移轉に關しては商法第二四條に規定がある。然し、相續及び贈與による商號の移轉に關しては規定がない。されば、この場合は讓渡による移轉の規定を準用し得る。商號の讓渡はその移轉の意思を當事者に於いて表示することによつて成立する。その形式は自由であり、明示たると、默示たるとを問はない。移轉商號は對抗要件として、その讓渡の登記を要する(商法二。四條II)。商號の移轉の効果として商號の消極的・積極的效力が移轉するのである(尙ほ、商法二六。條、二九條參照)。

扱て、商號は營業と分離して、その讓渡が本來可能なるものであるか。即ち、商法第二四條第一項前段は如何なる性質の規定であらうか。商號は營業なる生活體の名稱的發現である。従つて、それは營業に必然隨伴しつつ、その營業の名聲・信用を織り込んで反映し又營業の生活體としての人格性を化體してゐることは否定出来ない。尤も、今日商號は營業に隨伴しつつも、それより遊離せんとする傾向あるは否定し得ない。改正前の商法に商號のみの單獨移轉を承認するが如き解釋の餘地があつたのは故なことではない(舊法二一條、竹田「商」)。従つて少くとも、營業を離れて營業の人格性を離脱しての商號のみの移轉は必ずしも不可能ではなく、又、意味のないことではあるまい。只だ、これでは、營業の維持を目的とする商號への法考慮を超越する嫌があり、又經濟社會を欺瞞し、取引の安全を害するものがある(老舗の商號を譲受けた新店を公衆はその老舗の名稱・信用に於いて買ひかぶるのが普通である)。更に、商號眞實主義の立場では、かかる單獨讓渡は承認出来ない。併し乍ら、商號が營業の人格性を解體する限り、本來理論上商號だけの讓渡が不可能であるとは考へられない。ここに本條第一項前段の法發現が意味を有つのではあるまいか。

本條第一項後段が營業の廢止されたる場合に、商號のそれ自らの財産的價値を法律上承認してゐるのは營業の人格性を解體したる商號の特異なる姿ではあるまいか。私見に於いては、本條第一項前段と後段との釣合で立法として本條第一項全體に、所謂公益と私益との妥協がついてゐるものと考へる。かくて、商號は營業の活動中は營業の人格性を化體し、而かも、單獨では財産たる性質を帶有することを法律上も停止されてゐるが、營業の廢止後は、その營業の人格性を解體してゐるから、その時までの名聲・信用等の價値を反映して、一つの無體財産たる性質を顯現するものと理解したい。蓋し、現實に於いて營業主たる商人は、その營業の活動中に於いても商號へのかかる期待を有つてゐるのである。尙ほ、商號は營業を移轉する場合、それと共に移轉するのである。後述の如く流通對象としての營業は具體的營業として人格性を失ふのであるから、商號は無體財産として、その價値を計量せられるのである。

最後に、論述すべきは、所謂名板貸に關する規定である(商法二〇三條)。即ち、自己の氏、氏名又は商號を使用して營業を爲すことを他人に許諾したる者は、その者を營業主なりと誤認して取引を爲したる相手方に對して、その相手方が、善意なる限り、その取引によりて生じたる債務について、自ら表見營業主として、眞實の營業者と連帶して、負擔部分のない連帶關係に於いて(眞實の連帶でなく、表見の連帶である)、その責に任ずる。これは商號讓渡の場合にも適用がある(従つて、營業主體を誤認せしむる商號を認める)。

この名板貸の規定について問題がある。即ち許諾者が使用者の營業より生ずる法律効果を受けないといふ契約のある場合、第三者が氏、氏名又は商號の許諾者と取引するものと誤信したるときは、その法律行為は要素の錯誤に因り無効とならざるやの疑がある(民法九五條)。少くとも、商號について、それが營業の名稱の發現であり、又商取引も營業自らに主眼があることを考へれば、主體の錯誤は法律行為の要素の錯誤とはいひ難い。かくて、本條は商取引の有効なるを前提とするものである(野津「商法總則」第二部二六四頁)。従つて、本條に於いて、行為は營業に着眼されつつも、而かも、責任は名稱的信用に基き許諾者の負ふところとなるのである。要するに、凡そ、名稱が營業に用ひられるときは、それは營業の對外的信用の表章的機能を有つものであるが故に、民法第一〇九條の精神を本條に於いて商化することとなる。これ即ち、外觀理論の明文上への發現に外ならぬのである。即ち、この規定は取引社會の秩序維持に働くものにして、殊に、我が國の如き商號自由主義の弊を匡正せんとする嚴格主義化へ一層役立つものである。

第三講 營業の場所的發現 — 營業所

營業の物的組織の一つは營業の場所、即ち營業所 (Handelsniederlassung) である。而して、法律上營業所なるものは、法上への營業の場所的發現を意味するものである。それは營業の存在及び活動を場所的に統一する中心點であり、營業なる生活體の生活する本據である(従つて、實際上、付けてゐるものと必ずしも同一でない)。

一 營業所の意義について詳説すれば、營業所は營業の統一的目的の上に配置されたる營業の物的組織である。それは空間的・場所的一點にして、營業の建物の存在する場所は、必ずしも營業所ではない。又、營業の場所的組織の總てが營業所でもない。それは營業中心説の立場に於いては、商人の營業の本據といふべきではなく、直接的表現に於いて營業なる生活體の生活の本據であり、營業の主體者たる商人と雖も、任意に他の場所を營業所と表示することは出来ない。營業所は營業の統制的場所である。併し乍ら、敢て、法律上又は事實上の基本行為の行はれる場所たるを必要としない。營業所は營業の主體たる商人の設定意思に基くものとは解し得ない。蓋し、それは商人と營業所とが同時的法發現であるからである。單に、その設定の事實を以て足るもの

と解する。尤も、事實上、營業所といふ具體的なるものなく、只だ、商人たる營業主がその意思に基き、營業所として架空の營業所を設定して、それを登記する限り、善意の第三者にはこれが營業所と看做されるのである(商法一四條)。尙ほ又、商人は一定不動の營業所を有するとも解されない

(民訴法四條一、大道、商人の如きを考へよ)。

要するに、營業の中心的・統制的・場所的發現を、法上に於いて營業所といふのであるが、その設定事實はその徴表より見なければならぬ。それは主として次の標準に基いて求むべきである。

- (a) 營業の獨立性、即ち、他の場所と離れても、營業に關する活動を決定し得べき、或程度の獨立性を必要とする。この獨立性は營業の活動につき、獨立的・有機的單一體を意味する。併し乍ら、必ずしも、一つの營業の最高單一體たるを要しない。即ち、數個の營業所に於いて、一つの營業が承認せられる。尤も、有機的單一體たる一つの制度を構成してゐるものでも、單に、契約の締結を爲すものに過ぎざる場所は營業所ではないのである(銀行の出張所・停車場等が商法上少くとも、營業所に非ざるはこの理に基くのである)。
- (b) 營業の直接性、即ち、營業所は營業が對外的に決定的・直接的なる行爲を爲すを要する。その決定的なる行爲の間接的行爲の行はれる場所は營業所ではない(例へば、工場・倉庫の如きが營業所ではない)。
- ち、その營業の準備又は結果の行はれる場所は營業所ではない。

(c) 營業の繼續性、即ち、敢て、長期間を必要としないが、機會的ではなく、或程度、營業活動が繼續的なるを要する。従つて、一時的・移動的なる賣店は營業所ではないと解されるのである(例へば、夏期の施設としての海水浴場の賣店は營業所ではない)。

二 營業所の種類として本店 (Hauptniederlassung) 及び支店 (Zweigniederlassung) がある。一體、營業所は、營業の生活する本據であるが、それが複數の營業所を有し得ることは當然である。この場合、營業の統一的統制の必要上、營業全體の首腦的・命令的・指揮的地位にある本店と營業の部分的・從屬的地位にある支店との區別が法律上必要である。何れも營業所として同一營業の生活の本據である。而かも、外部に向つては何れも獨立してゐる。従つて、本店は絕對的獨立性を有ち、支店は相對的獨立性を有つものといへよう。而かも支店は、單に内部的に本店に相對的・從屬的であるのみで、何時にても、本店と分離獨立して營業を爲し得る程度の施設を有し、營業所として、營業の活動に關し、直接性を有し、繼續性を有するのである。營業の主體たる商人に於いて、これを支店と稱するや否やの名稱は問題にならぬ(必ずしも支店、出張所等の名によるべきである。竹田「商法總論」二七一頁)。支店は一定の範圍に於いて、營業に關する行爲の決定權を有つといふ意味で外部に獨立してゐる(保險會社の支社、支店は支店でないのが普通であると。従つて、對外的に、有效に營業せられる。大判、昭一〇・二・三、民集一四卷六五頁)。

の權威者たる營業主を代理し得る者の存在を必要とする。この代理者は實際上多く支店長と稱せられてゐる。併し乍ら、支店長は營業の名義者ではないから商人ではない。それは商業使用人である（支配人たるを要しない。總括代理人で結）。營業所は場所を異にする以上、本店と支店と同一地に存在するを、敢て妨げない。要するに、本店も支店も、營業所としては外部に對して獨立し、相互に階序的に存在してゐるが、それは一團となつて、營業の物的組織を場所的に構成してゐる。

三 營業所の法律上承認せられる効果は次の如くである。

- (a) 債務履行の場所として存在することである（商法五）。
 - (b) 裁判所の管轄を定むる標準となることである（民訴法四條、九條、破産法一〇五）。
 - (c) 民事訴訟法上の書類送達の場合となることである（民訴法一）。
 - (d) 拒絶證書を作成する場所となることである（拒絶證書令七條）。
 - (e) 國際商法上、營業所はその所在地法を決定する。
- 四 營業所を法律上、本店と支店とに區別することによる支店の法律上の特別の効果は次の如くである。

- (a) 商業登記を行ふ場所となる。即ち、本店所在地に於いて、登記すべき事項は支店所在地に

於いても登記することを要する（商法二）。支店所在地の登記、公告は本店所在地のそれとは獨立して、その效力を生ずる（商法一）。

- (b) 債務履行地を決定する。即ち、支店營業の債務履行地は支店となる（商法五一）。
- (c) 支店には、その支店營業のみに關する支配人を置くことが出来る（商法三七條）。
- (d) 支店は單獨に獨立して、これを讓渡することを得る。明文はないが、支店も營業の獨立・直接的・繼續的なる小制度としての營業を構成してゐるからである。然し、特別の意思表示なければ、それは營業讓渡の場合、本店と一括せられるべきものと解する。

ここに一言すべきは、支店には訴訟能力が存しないことである（大判、明三七・五・一〇）。又、支店は獨立の人格者でないから、競賣申立の權限を有しない。然し、競賣申立を爲したからといつて、その申立が支店名義のために無効となるのではない。それは取引が支店に於いて行はれたることを表示するに過ぎない。申立人は營業の主體そのものであるから申立は有效である（前橋地判、昭六・六・二二）。

第四講 營業の記録的發現——商業帳簿

營業に關する記録は商業帳簿 (Handelsbücher; livres de commerce; libri di commercio) の問題である。商業帳簿は營業の状態、殊に、財産状態を明かにするものであり、營業の物的組織を構成する。商法上、帳簿の存在する所以は結局、營業の繁榮を可能ならしむるにある。それは内にあつては、營業自體の必要に基き、又外に向つては全秩序に關係してゐる。即ち、それは、内にあつては營業自體の状態を記録的に表示し、營業の合理的計畫を將來に亘つて樹立することを可能ならしめ、又取引證明に役立つのである。又、外に向つては、營業は信用を生命とするものであり、それは營業の状態が記録的に明示されて始めて可能となる。營業の状態と信用との均衡は、營業の理念實現に最小限度必要なのである。殊に、帳簿は營業内部の使用人、労働者にも大なる關係がある。又、帳簿の存在は會社に於いて、出資社員に對する利益配當の基礎を明確にし、第三者たる投資債權者の保護に必要なのである。畢竟これ、營業の維持發展と高次包攝の經濟社會の理念たる、その圓滿健全なる發展に不可欠なのである。

而して、帳簿は記帳技術の進歩と共に、その使命を全うするのであるが、常に、變轉極りなき營業の状態を適確に表現することは實際に於いて不可能に近い。併し乍ら、技術としての記帳の目標は、結局、營業状態の眞實性と正確性とを實現する點になければならぬ。而して、それは、法律技術的には、猶ほ、記帳の對外的・社會的意義との接點に於いて、可及的に計理目的を實現するにある。その故に、商法に於ける帳簿に關する要求は、その記帳技術の複雑性に拘らず、却つて、極めてその大體に過ぎない。

一 商業帳簿の法律上の歴史を見るに、先づ商業の實際に於いて、その營業を整理し且つ自ら監督するために記帳を爲したるに始まる。即ち、帳簿は任意的慣習より生じたものである。既に、帳簿はギリシヤ、ローマの法制に發見せられるといふ。然し、記帳技術が發達し、商人の合理主義の現れたるは、全く、一四世紀のイタリア半島の都市に於ける商人が複式簿記を採用するに至つて以來のことである。ゾンバルト (Sombart) がその精神をガリレオ、ニュートンの體系を創造する精神に比較したるは人の知るところである (Sombart, *Der moderne Kapitalismus*, Bd. II, S. 118-119)。これは一六世紀になつて、アラビヤ數字と共に、西歐諸國に普及し、資本主義の發達に貢獻するところがあつた。然るに、商・工業の隆盛は同時に、營業の破綻をも齎し、この記帳の存在は、極めて公益に關係が深くなつたのである。

帳簿に關する最初の法的規整は、既に、一四・五世紀のイタリア諸都市の規約の中に存在するといふ。又ドイツの都市法の中にも存在してゐたといふ。そこに於いては、帳簿は法律政策的意義を有たされ、營業狀態の整然たる記帳が要求され、その義務は年々の帳簿の作成に及んだのである。然し、帳簿に關する法規は一六七三年のルイ一四世の商事條例 (Ordonnance du commerce) に於いて最初に現れたのである。そこには、詳細なる規定が設けられ、帳簿の設備を怠りたる者に對しては苛酷なる制裁があつた。この傳統は自然と今日の立法に影響してゐるのである。この條例の規定は後に、フランス商法や、ドイツ舊商法の母法となり、所謂干涉主義に屬するのである。即ち、商人に向つて、帳簿設備の義務を課し、その記入の如きも、これを官廳の監督の下に服せしめ、帳簿の提出義務、證據力等につき規定したのである。かくして、今日、文化諸國の商法典は多く商業帳簿に關する一般規定を有つに至つてゐる。これに對して、英米法系は商人に帳簿の設備を要求せず、その自由に放任してゐるのである。尤も、英米法に於いても、帳簿を作成せざる者は破産の時に不利益を受くるが故に、間接には帳簿の設備が促される。佛法系の立法も、當初その様式等につき、干涉主義に屬してゐたが、その後、概して、寛大化して來た。尤も、近時、株式會社の財産評價につきて嚴格規定が復活してゐる。

惟ふに、帳簿に關する立法主義としての干涉主義及び自由主義は何れも極端にして、折衷主義が妥當であり、従つて、折衷主義が今日の立法の大勢である。ドイツ商法第三一條乃至第四七條はその代表的なる立法といへよう。

我國に於いては、既に、徳川時代より種々なる帳簿を設備する慣習がある。然し、その慣習は殆んど統一されて居らぬ。その帳簿は商人が慣習上、任意に作成したるものにして、例へば、當座帳、大福帳、仕入帳、判取帳、注文帳等々の如くである。而かも、法律はこれに何等の義務を課せず、全く放任してあつた。かくて、舊商法の制定に當りては、歐洲の折衷主義を採用した。

新商法も同様の主義を奉じ、ここに帳簿は我國に於いて、一般法制として確立して來たのである。併し乍ら、ドイツ新商法に比し、著しく簡單、不完全且つ自由である。これは矢張り、我が從來の慣習が多少反映したものと考へるが、新法はこの缺點を多少矯正してゐるものといへよう。

二 商業帳簿とは營業の記録的發現であり、營業に關する一定の事項を記載するため、商人に於いて設備する義務ある一定の帳簿である。法律上は、商人資格あるもの以外の者の設備する帳簿は、その一切の實質が商業帳簿と同一なるときも、商業帳簿ではない(保險相互會社、産業組合の作成四二條、産組法五條は)。又、小商人は商人ではあるが、法律上、商業帳簿を要求せられてゐないから(商法規定を準用する)。

これが帳簿も商業帳簿ではない(商法八條)。商業帳簿は商人が自ら設備する義務ある帳簿にして、その義務以外に任意に作成したる帳簿はこれに屬しない。蓋し、それは一定の法律効果を伴ふものであるからである(大判、明三五・一二・九、反對)。次に、商業帳簿は營業狀態を明示すべきものである。即ち、營業財産の増減變動を記載し、營業成績を明示するものでなければならぬ。更に、商業帳簿の内容は法律の定むるところであり、記載すべき事項も限定される(商法三二條、乃至三四條)。即ち、所謂日記帳、財産目録、及び貸借對照表これである。

三 商業帳簿の種類を述ぶるに、抑々、商業帳簿はそれ自ら營業の財産的記録である。即ち、それによつて營業の動態(Dynamik)と靜態(Statik)とが表示せられる。商法は一方には營業の動態、即ち、主觀營業の狀態を明かにする目的でその内容を定め、他方には、營業の靜態、即ち、客觀營業の狀態を明かにする目的でその内容を定めてゐる。尤も、前者は商人たる營業主の私的收支より、又後者はその私有財産より嚴格には區別し得ないものがある(營業主の息の學費を店の如し。商法三二條「財産」に私有財産も含まれる)。従つて、大體に於いて、法律が前述の點に重點を置いてゐるものといひ得るのみである。

扱て、上述の見地に於いて、商業帳簿は主觀營業の帳簿と客觀營業のそれとに區別することが

出来る。

(a) 主觀營業の帳簿は商法第三二條の規定するところである。即ち、商人は帳簿を備へ、これに、日々の取引其他、營業及び、商人の私有財産に影響を及ぼすべき一切の事項、即ち、營業に關係なき取引事件(例へば、病氣治療費、)をも整然且つ明瞭に記載することになる。これに關する帳簿をば、外國の Tagebuch; livre-journal; libro giornale (日記帳) の名稱に倣ひ、我國に於いても、商法上、日記帳と名付けるが、これは計理學上、既に確定名稱となつてゐる日記帳と混同すべきものではない。本條の要求する趣旨に於いて、法律上の日記帳は計理學上の日記帳、仕譯帳、元帳の三者をも包含するものと解し、又現金出納簿、商品受渡帳、手形控も包含せられ、更に、傳票の如きも商法上、日記帳と解すべきである。法律上は苟も商人が營業の動態的活動を表示する記帳であれば、敢て、その名稱の如何は問はないのである。所謂、判取帳の商業帳簿性に關して一言すれば、これは商人が金員、物品の授受を明かにするもので(大判、明三三・四・一六、民三二)、任意に作成したるものではあるが、それが商取引に關する以上、その内容が日記帳たるの價値を有するや否やによつて、商業帳簿性たるや否やを決すべきものと解する(大判、明四一・二・七、民三三、昭二・二・二一。商人の掛賣取引を記録し、その商品の引渡を證する帳簿なりと判示し、又民法三二二條三號の適用ある文書とする)。

(b) 客觀營業の帳簿は商法第三三條の規定するところである。一つは財産高を示す財産目録 (Inventar) であり、他は借方、貸方により、各個財産を整備的に示す貸借對照表 (Bilanz) である。何れも、營業の一定時期に於ける財産明細表たるに於いて、同一の性質を有つものであり、主として、客觀營業に關する事項を記載する。尙ほ、損益計算書(商法二八一條)は計理學上、決算表に屬するもので、これは商業帳簿性を有つものではあらうが、又動態的な貸借對照表ではあらうが、法律上は主觀營業の帳簿に屬するものと解する。

四 商業帳簿に記載すべき事項には法定の範圍がある。

(a) 主觀營業の帳簿に記載すべき事項は日々の取引其他財産に影響を及ぼすべき一切の事項である。この場合に、營業に於ける財産は現實性を必要とするが故に、計理學上の成果を俟つて記載すべきである。ここにいふ「財産」は、元來商業帳簿が營業の記録なのであるから營業財産のみに解すべきであるが、本條後段より推測すれば、立法は私有財産をも含む法意と解せられる。このことは店舗營業に於いて意味を有つものであり、店主の無限責任性の對外信用表示といふ政策的考慮に基くものと理解する外はない。ここに、私有財産も信用の對象と理解して、營業財産に交渉する限りに於いて、記載すべきである。従つて、かかる理由に出でたるが故に、家事費用

は營業財産に影響を及ぼす事項であるとしても、それは一月毎に、その總額を記載するだけで足る(商法三二條一後段)。小賣取引は、現金賣と代金後拂とを分ちて、日々の總賣上額のみを記載することが認められる。この規定は單價の小額なる取引の煩鎖なる記入を本意ならずとして想定したるものではあらうが、小賣取引でも單價の大なるものは日々の總賣上額のみでは不當であらう(尙ほ、大橋・大森「商法改正法案を評す」(二)、法學論叢二四卷二號九六頁以下參照)。この場合、敢て、賣買のみに限らず、浴場・理髮店の料金についても類推すべきであらう。

(b) 客觀營業の帳簿に記載すべき事項は所謂記帳能力 (Bilanzfähigkeit) の問題として重要である。而して、苟も、營業を構成する財産たる以上は、収益能力 (Ertragsfähigkeit) 及び信用能力 (Kreditfähigkeit) あるものにして、而かも金錢に見積り得べき (Bewertbar) ものは記帳能力を有する。商法は概括的に、動産・不動産・債權・債務其他の財産と例示的に規定してあるがため(商法三三條一)、通説は營業財産以外の財産も含まれるものと解し、私有財産をも記載すべきものとしてある。然し、商業帳簿は營業なる獨立の生活體の財産的・記録的發現であり、その目的は營業の成績を記録するにあるから、營業主個人としての私有財産の如きは記載すべきでないとして理解するのが理論的かも知れないが、立法は營業主個人の財産的な信用能力 (Kreditfähigkeit) を營業

に引き入れるために自ら前條の趣旨に於いて、私有財産をも記載すべきことを特別に考慮してゐるものと解せられる(自然人商人は營業に關し、無限責任を負ふが故に、個人財産は概括的に記載すべきである)。動産・不動産・有價證券・無體財産權・事實關係・債務、其他鎖却を條件とする特殊財産等の各個、具體の場合の記載能力の問題は計理學的成果に俟たなければならぬ。所謂無體財産權や、得意先關係の如きは、これを有價的に取得したる場合のみに記載すべきものであると解するのが通説であらう(高瀬「貸借對照表論」三二)。(一頁は計理學上より反對)。

五 商業帳簿の記帳時期については、我が商法には主觀營業の帳簿、即ち日記帳に關して何等の制限もないから、日附の順序に従ひ、各日附の下に、取引毎に順を追うて記載されることが要求せられる。併し乍ら、日々記載することは要しない(大判、明四〇・一〇・一)。客觀營業の帳簿、即ち、財産目録、貸借對照表については、一定の時點に於いて、これを記録するに非ざれば、記帳の意義はないのである。従つて、會社營業に於いては、その設立の時、又、店舗營業に於いては開業の時(商人資格の發生の時、即ち營業の時、發生の時と必ずしも一致しない)、及び毎年一回一定の時期に作成することとなる。尤も、年二回以上決算期あるものは、その時々々に作成する(商法三)。尙ほ、會社解散の時、清算が開始されたる場合は、清算人は營業年度の如何を問はず、非常財産目録を調製しなければならぬ(商法一七條、一

三〇條、一四七條、四一九條、四四四) 又、會社合併の時も同じである(商法九九條、一四七條、四一六) 三條、四七五條、四九八條、一九號)。

六 商業帳簿の記載方法に關し、我が商法は、單に記載の形式及びその時期について、極めて簡單に規定してゐるに過ぎない(商法三二條、三三條)。而して、法文では貸方側が動産・不動産・債權、又借方側が債務といふ具合に對應せしめてゐるが如くである。これでは計理學的成果を入れざる嫌なくはないが、然し、法の求むるところは財産を二分し、これを振り分けて、對照せしむる形式を求めてゐるだけであると苦しく解釋し得る。それは、複式簿記によると、單式簿記によるとを問はない。又、敢て編綴するを要しない(ルイブリーフ式、カード式でもよい)。而して、一般には、計理學的成果が一應の條理として、明文の如何を問はず、當然商業帳簿に要求せられてゐる。例へば、眞實の原則 (Grundsatz der Wahrheit)、明瞭の原則 (Grundsatz der Klarheit)、同種及び繼續の原則 (Grundsatz der Gleichartigkeit u. Kontinuität) 等はこれである(野津「商法總則」二部) 二八七頁以下参照)。

(a) 主觀營業の記帳に關し、商法に「整然且明瞭ニ」といへるは(商法三)、上述の原則の表現と理解し得る(商法三三條IIIの如きは明文) 。而して、これは、計理に關し知識を有する者にとつて理解し得るやうに整然且つ明瞭なる記載を以て足る、と解すべきはいふまでもない(R. G. in D. J.) 。
(b) 客觀營業の記帳、即ち、財産目録及び貸借對照表を作成するには、これを編綴し、又は特

に設けたる帳簿に記載することを要する(商法三) 兩者共に、法律上作成義務ある者に於いて署名することを要する(商法三) 従つて、數名の無限責任社員ある會社に於いては業務執行社員のみ署名を以て足る(商法四九八)。

商法は財産目録の記帳に關し「價額ヲ附シテ」記載することを要求する。貸借對照表については明文を缺いてゐるが同様であると解する(修正案理由) 書三〇頁。これは評價方法の問題であり、記帳上の重要な點であるが、法律は、これを計理學上の評價理論に委ねて、自らは僅かに一般原則を指示してゐるものと解する(商法三) 四條。商法は只だ、一般財産の評價に關し(商法三) 又、營業用固定財産の評價に關し規定を有つに過ぎないのである(商法三) 四條。

(1) 一般財産の評價については、價額を附して記載するのであるが、條文は例示的列擧の中に債務を省略してゐる。これは如何なる立法者の意圖に出たのであらうか、或は第三三條第一項と對比して脱漏と解すべきか(烏賀陽・大橋・大森「商法改正法案を」 或は、本條第一項末文の「調製時ノ價格ヲ超ユルコトヲ得ズ」といふ規定に債務の評價が妥當しないためなのであらうか。或は「其他ノ財産」に入れるのであらうか。然し、何れにしても、債務の評價は必要なのである。殊に、條件附債務の如きは評價しない譯にはゆかぬ。結局、解釋上は「其他ノ財産」にでも入れて、

その評價は各個債務につき計理學の成果を入れるべきであらう(太田「債務の評價」會計學研究所收、) 扱て、一般財産の評價價額は財産目録を調製する時に於ける價格を超えることを得ない(商法三) 四條。

この評價價額 (Geldsumme) は帳簿を作成したる時の價格 (Wert) 即ち時價 (Tageswert) を超えることを得ないと解すべきである。商法は本條に於いて市價を限度とすべきことを規定せず、單に時期、即ち、評價の時點を示してゐるのである。従つて、その「時ノ價格」を超ゆるべからずとの法意に解すべきであらう。その價額自體の決定は營業の維持を最小限度として、正常的・合理的・計理學的成果を法的條理に引き擧げ、それぞれの價額の評價を決定すべきものと解される(この故に、商法としては深入りしない。尙ほ、野津「商法總則」二部三一九頁参照)。

(2) 營業用固定財産の評價については、減價償却の原則によつて、その取得價額又は製作價額(製鐵所、發電所)より相當の減損額を控除したる價額を附することが出来る。この理由は二つある。即ち、消極的には、時價では變動常なく、これを續いて使用する限り、適當なる評價方法を見出し難いが故であり、積極的には、固定財産は一定期間經過後に於いては廢朽に歸するが故である。即ち、この法の建前では營業自體の維持と經濟社會全體の利益との調和を企圖する計理學的成果が取り擧げられた譯である。この場合に、減損額を控除することは任意規定であるが故に、評價

益を出すことは敢て禁止されない。併し乍ら、評價の目標は營業の維持に最小限度を置く必要のあることはいふまでもない。而して、この評價益の計上は店舗營業及び人的會社に於いては原則的に承認せられるのであるが、物的會社(商法二八五條前段、四五八條Ⅱ)は取得價額以上を附することを禁止する。従つて、株式會社の如きは、濃厚の社會性のために、評價益の計上を許さぬのである(尙ほ有限會社も同様に有)。
會法四六條、併し乍ら、立法として酷であらう。

(3) 國債については、特に大藏大臣の告示する標準登記價格を記載するを以て足る(昭七、法一六號、國債ノ價格計算ニ關スル法律)。

尙ほ、資産の過小評價について一言する。所謂秘密積立金の作成は營業の維持についての合理的基礎に於いてのみ許さるべきであつて、不當なる過小評價は單に税法上のみならず、商法上も記帳眞實の原則に反する違法なるものと解釋すべきである(田中(耕)「商法總則」概論三七一頁參照)。

七 商業帳簿に關する營業の主體者たる商人の義務につき述べれば、次の三つに分つことが出来る。即ち、商業帳簿の (a) 作成、(b) 提出、(c) 保存の義務これである。

(a) 商業帳簿の作成について作成者は商人たる營業主と解してよいであらう。即ち、商人は所謂日記帳を作成することを要し(商法三條)、又、財産目録、貸借對照表等を作成することを要する(商法三條)。

三三條。この場合、商人は作成者として署名することを要する(商法三條三、三條四)。

(b) 商業帳簿の提出については、商法第三五條に規定する。元來、この提出義務は民事訴訟法上の書證一般の提出義務に關聯してゐるのである。そこに於いては一定の要件を必要とする(民事訴訟法一三條)。併し乍ら、商法は商業帳簿に關して、その要件を必要とせず、常に、當事者の申立ある場合のみに限らず、職權を以て訴訟當事者に商業帳簿、又はその一部の提出を命ずることが出来るとする。即ち、提出すべき商業帳簿の範圍についても裁判所の決定に任してあるといふ特則になつてゐる。この民事訴訟法と商法との差別は根據薄弱であるから、信書・文書・受取證其他の重要書類に及ぼしてはならぬ。尤も、商業帳簿の提出義務は訴訟が商事に關する否と、又營業の消滅の前後を問はないものと解する。又、この商法上の義務に關する限りは、それが小商人に存在しないことはいふまでもない。

(c) 商業帳簿の保存については、商法第三六條に一〇年間の保存を要するものと規定してゐる(重要書類の保存についでには既に一言した)。この保存期間の起算點は商業帳簿については記入の時ではなく、帳簿閉鎖の時、即ち、決算締切時期である。保存義務者は商人であるが、その商人が會社なるときは別に保存義務に關し特則がある(商法一四三條、一四七條、四二九條、四五八條Ⅱ、有會法七五條Ⅰ、參照)。

上述の商業帳簿に關する義務違反の効果については自然人商人の場合には何等の規定がない。従つて、この場合、この義務を要求する規定は所謂不完全規定 (lex imperfecta) である。尤も、破産法上、破産者に對しては制裁規定が存在する (破産法三七四條四號、三五條四號)。會社營業にあつては商業帳簿の作成、又は不實の記載に對し制裁が課せられる (商法四九八條一九號、二〇號)。

八 商業帳簿の證據力 (Beweiskraft) については何等の規定がない。併し乍ら、古來、商業帳簿の證據力については是認せられて來たのである (中世 France に於ける *quod scribitur*。現在に於いても、イタリアでは商業帳簿は訴訟に於いて證據力を有つものとせらる (Mazzari, op. cit. pag. 44)。我國に於いても明治二三年の舊商法第三九條乃至四一條はその證據力を規定してゐたのである。併し乍ら、民事訴訟法上の一般原則たる自由心證主義と相容れざるがために、今日、商法はこれに關する規定を有しない。故に、商業帳簿の作成乃至記載事項の眞否は勿論、帳簿間の記載不一致ある場合も、一つに裁判官が諸種の事情を斟酌し、その自由なる心證を以て判斷すべきものとなつた (民訴法一)。このことは判例も反覆判示する (大判、明二六・二二・一四、民一)。従つて、それは當然には證據力のあつるものといへない。尤も、商業帳簿の提出を命ぜられても、これに應じないときは、一般文書と同様に、裁判所は商業帳簿に關する相手方の主張を眞實と認むることを得る (民訴法三)。

第五章 流通對象としての營業

第一講 營業の法上に高められたる意義

流通對象としての營業は即ち、營業の移轉問題の前提であり、商法上、營業の讓渡を中心とする規定 (商法二五條乃至二九條) に於いて取扱はれる。この場合の營業は制度としての營業、即ち商法の對象としての營業の客體的發現にして、制度としての營業を法上に客體的に引き擧げて把握したものである。かかる營業は經濟的一體たるのみならず、法律的一體の價值にまで高められたるときに於いて、始めて取引の客體たり得るものであると考へられる。而して、これが法的現象は、一般的には、營業が對象となるところの讓渡・賃貸借・質入・抵當・相續・遺贈等である。又、特殊的是には、會社の合併である。更に、強制執行の目的として取扱はれることも、これに準じ得る。併し乍ら、營業の移轉の中で、最も代表的なる問題は營業の讓渡である。それ故に、何れにしても、先づ、かかる營業の意義が決定さるべきである。

一 營業の法上概念は、既にローマ法の *fundus instructus* に於いて生成してゐる。その概念

は農業を組織する不動産と動産とを併せて、共同の目的に向けることによつて、統一的に、把握せられたるものにして、營業全體としての統一的意義が把持せられたものである。又、ゲルマン法は精神的な統一體に感覺的形式 (sinnliche Form) を、又代替的多數體に有機的外觀を與ふることにより、即ち、化體化 (Verkörperung) により精神的統一體を現し、營業を全體的に法律生活に齎したのである。然るに、農業時代より手工業時代になつて、營業を構成する個々のものは、各個の権利の對象となり、これを連絡する無形の組織は商人の人格の中に溶解したのであつた。更に、機械工業時代には營業はその主體の人格的影響より離脱して、再び獨立的・客觀的存在として漸次認識されて來たのである (Oppikofer, Das Unternehmensrecht, 1927, S. 44 ff. 尙ほ、我妻)。さうして、今日、營業には人的要素までも這入つて來るに至つた。

營業は、かくの如く、元來は客觀的に把握されてゐたのであるが、その後、概念としては主觀的にも把握せられ、營業の活動的行爲をも意味するに至つた。ここに、通常、營業の語に、二義あるものとせられ、主觀的には動的な活動が重點となり、客觀的には靜的な組織が重點となつてゐるのである。然し、この兩者は相互に内的な第三義の營業の表裏を爲すものである。この第三義の營業こそ吾々の制度としての營業にして、實に商法の對象として決定されて來たものに外な

らぬ。この制度としての營業は商法の基盤にあつて、而かも、全面的に發現するものであるが、主觀的な營業及び客觀的な營業は部分的に (例へば、前者は商法五條、七條、一九條、二〇條) そのまゝ法上に把握せられ、規定せられてゐるのである。ここに課題とする流通對象としての營業は、實に客觀的な營業である。即ち、それは制度たる營業がその主體を抜いて、法上にまで高められたる具體的な營業であると理解したい。

二 營業の意義に關しては多くの學説が存在してゐる。然し、それは從來とも客觀的營業に集中せられたのである。その主なるものは、次の如く簡単に分類し抽出することが出來ようと思ふ (升本「企業 (Unternehmen) の意義に就て」中大五十周年紀念論文集法律三部所收)。

(a) 目的財産説

(1) 營業を以て一定目的の下に統括せられたる營業財産の一體とする (例へば、Endemann, Das 1876)。この説は、營業財産は事實上は別として、法律上は一體を爲すものではないとして排斥せられた。

(2) 營業を以てそれ自體が法人格を有するものとする (例へば、Mommesen, in Büsch, 1876)。この説は法人格を有せざる營業を説明することが出來ないとして非難せられて來た。

(3) 營業を以て物的には營業財産、又、人的には營業主及び使用人で構成せられ、而かも、法人格を有つものであるとする(例へば、Valery, *Maison de commerce et fonds*)。これは一九世紀までドイツに於いて實定法上不可なりとして忘れられてゐたものが、二〇世紀になつてフランスに於いて再生したる營業法人説である。

(b) 營業財産説

(1) 營業に關し、權利の客體としての營業を眼中に置いて、これを、商號の下に發生したる債權・債務とする(例へば、Thiel, *Praxis des Handels*)。これは營業財産中に商品其他のものを含まぬ狭義の營業財産説であるとせられる。

(2) 營業を以て、物・權利、並に債務の總體とする(例へば、Behrend, in *Zeitschr. f. Gesetzgebung*)。これは前説よりも稍々廣義ではあるが、得意先の如き事實關係は法の目的として考へない。

(3) 營業を以て、物、債權・債務の外に、得意先・營業の秘訣・營業所の地の利等、事實關係の總體とする(例へば、Makower)。
(HGB. §22.1. c.)

(c) 營業組織説

(1) 營業を以て商業經營の機會とする。即ち、一定の空間、又は名稱乃至それらの結合として

存する商營業の經營上の機會とする(例へば、Regelsberger, in)。
(ZHR., Bd. 14, S. 22ff.)

(2) 營業を以て物的並に人的の要素及び事實關係の融合的・組織的一體とする。即ち、無形の價値を帶有する營業上の組織とする(例へば、Ohmeyer, *Das Unternehmen*)。
(Innen als Rechtsobjekt, S. 8 ff.)

(3) 營業を以て生産方法又は經營の組織及び保全せられたる販賣機會(Absatz Gelegenheit)とする(例へば、Pisko, *Das Unternehmen*)。
(S. 19, in Ehrenbergs HB.)

これらの營業組織説は無形の事實上の價値たる事實關係又は組織自體に營業の本體を見出さんとするもので、經濟的一體が個々の動産・不動産・權利等の價値の總和を超過する理を説明する。

(d) 營業企業説

(1) 營業を經濟上の企業と解し、企業を以て、客觀的に投資せられたる人的並に物的の財貨自體にして、而かも、營業活動に費消せられたる金錢及び勢力の總體と爲し、これを取引の客體とする(例へば、Wieland)。
(a. a. O. S. 242ff.)

(2) 營業を經濟上の企業と解し、企業を以て生産組織の統一的一體乃至經濟的組織體とし、そこに權利の一體的目的として考へられる企業の客觀化を認める(例へば、Mossa, *Diritto*)。
(c. c. mm., pag. 91)

これは營業組織説の時代に營業を企業なる用語にて表現し、法律的にその概念付けが可能であ

ると考へられてゐたのと異り、直ちに、經濟上の企業を導入したものである。蓋し、企業への法律的意義を積極的に確定付けることの困難であると考へたものであらうか。併し乍ら、經濟上の企業が何故に、そのまま法上概念たる營業となるかに疑がある。經濟上の企業も確定概念に至つてゐないことを考へれば尙更である。

以上(a)(b)(c)(d)の諸説は大體、我國に於いても大同小異の加工の下に受繼がれてゐる。殊に我國に於いては近時、營業企業説が有力化しつつあるが、商法の對象としての營業乃至企業と流通對象としてのそれとが區別せられなければならぬことについて強くは注意せられてゐない。

三 上述の如く、從來の營業に關する取扱は客觀的營業と主觀的營業の二側面にあつたのである。殊に、殆んど、前者に於いて學者の努力が集中されてゐたのである。そこには、主觀にも客觀にも非ざる營業が強く把握され得ないのである。私がこの主觀にも客觀にも非ざる營業を制度としての營業と考へ、そこに法的處理の可能なるを信じ、且つ、これを以て商法の指導理念としてゐることは、私の商法學の根本的立場である。然らば、この根本的立場に於いて、如何にしてこれを、ここに課題とする流通對象としての營業へと展開させて行くべきであらうか。

制度としての營業は全體經濟體の中に包攝せられつつ、低次に於いて協益に方向付けられ、日

的付けられてゐる人的・物的の結合的組織體 (organico legame) であり、一つの經濟的・統一的・獨立的生活體である。この制度としての營業は生活體として、人格性を有ち、商法の對象となつてゐるのであるが、法上では抽象的意義の存在である。それ故に、かかる抽象的營業は、そのままでは法上の處理が不可能である。即ち、それが法上に、人格性を失つた姿で、經濟價值的に把握せられ、具體的に登場したる場合に、始めて、流通對象としての營業にまで客觀化されるのである。然し、その具體化、客觀化のために、一方に於いて、營業の權威者たる營業主即ち、その主體者としての商人は個人として遊離し得る地位になり、他方に於いて、制度としての營業に内在して、その權威の發現と考へられる所謂營業主權が個人としての營業主に把持せられてゐることが明確になるのである。

かくの如くして、流通對象としての營業は具體的營業となり、法上の價値にまで高められるが、そこに營業主權がその外被として化體してゐることが認識せられる。この營業は制度としての營業の客觀的發現にして、具體的に法上に浮び上るところの營業であると理解したい。それは、制度としての營業と同じく、人的・物的の統一的・經濟的組織自體であるが、そこに營業主權を外被とし、營業の權威者たる個人としての營業主と遊離し、人格性を喪失して、經濟價值的に存在し

てゐる。それは、既述の人的組織の内容たる諸機關及び物的組織の内容たる商號・營業所・商業帳簿の外全營業の基礎たる有形無形の一切の所謂營業網をも含む財貨の綜合であり、それらが價值的に把握せられたる具體的組織自體である。かかる組織自體は營業なる客觀的・具體的なる存在に外ならぬものにして、その營業の最も具體的なるものは物的組織の基礎たる所謂營業財産 (Handelsvermögen, fonds de commerce) である。この營業財産には積極財産あり又消極財産あり、更に、前者には有體財産及び無體財産あり、而かも有體財産には動産・不動産・有價證券あり、無體財産には營業に關する一切の債權・得意先・營業網等の利益の機會がある。又特許權・商標權・實用新案權・意匠權等の無體財産權がある。かくて、流通對象たる營業は具體的に、營業財産を中心として、價值的に把握せられたる一切の人的・物的の多角的組織にして、包括的具體的組織である。それは抽象的に營業主が個人として自らの地位の内容とする所謂營業主權なるものが、その組織自體の上に包括的・一體的なる權利として働いてゐるところのものであり、而かも、その營業の組織自體と不可分の一體として、これに化體し、營業の外被を爲してゐるものと理解する。要するに、流通對象としての營業は經濟價值的に把握せられたるものにして、内容的には具體的・客觀的組織自體であり、形式的には營業主權に於いて認識せられる。

第二講 營業の移轉と營業支配權の承認

營業の移轉とは前講に解決したる法上の價値にまで高められたる具體的な、而かも客觀的な營業の流通過程への登場である。經濟社會の實際に於いて、「營業の買収」乃至「主權の買収」に於いて物語られる現象は多くこの營業の移轉に外ならない。營業の移轉が典型的に現れるものは營業の讓渡である。而して、この營業の讓渡乃至移轉の觀念は前述の營業の意義と同じく法律上確定してゐるものではなく、前述の如く、前提せられたる營業の意義の展開に於いて始めて、理解せられるものである。

一 我が商法は營業の移轉に關する全般的規整の中で、僅かに、その第二五條乃至第二九條に於いて、營業の讓渡に關する規定を有するに過ぎない。加之、それも一般的規定ではなく、營業の讓渡に關する競争禁止義務及びその既存の債權・債務へ及ぼす効果を規定するに止まり、而かも猶ほ、商號の章に同居せしめてゐる有様である。立法としては、既にフランスに於いて、特別法の詳細なるものがある位である (Loi du 17 mars 1909, relative à la vente et)。それ故、商法の立法に於いては、我國でも、營業に關する一般的規定が、少くとも商號とは別居して、獨立に一括せら

るべきことが要請せられる（烏賀陽・大橋・大森「商法改正法案を評す」法學論叢三四卷二號、九五頁參照、現行規定請せられ）。兎に角も、現行法の營業の移轉に關する規定の不備のため、營業の移轉に關する法律關係は全部的に學說・判例に放任せられてゐるといふも過言ではない。

二 營業の移轉についての觀念は營業に關する學說を前提として決定せられる。今、營業の移轉についての觀念に關する學說を、大體、次の如く分類して摘出しよう。

(a) 讓渡處分説はドイツ及び我國の通説であつた。これは營業の移轉を營業財産の讓渡處分と同一視するか又はそれを修飾するものである。これは客觀的營業に關する觀念への重點の置き所に従つて、更に區別せられる。大體、客觀的營業に關し、營業財産説を採る前提に於いて、この説は特に顯著なるものである。

(1) 營業財産讓渡説はこの讓渡處分説の典型である。先づ最初は、營業を營業財産と同一視して、それを目的とする讓渡契約と考へた。然るに、近時は、營業財産を以て各個の動産、不動産債權等の單なる集合とするのではなく、得意先等の事實關係をも含めて來た結果、營業讓渡は賣買に類似する債權的無名契約と解せられて來たやうである。商法の規定を見ると、文理上、物的財産の移動を眼中に置いて規定してゐるが如くであるから、よく、現行法的把握として理解せら

れてゐる（多數説である。松本「商法總論」一六一頁、竹田「商法總論」九二頁等）。併し乍ら、これは、既に、前提たる客體としての營業の全體的把握が徹底しない嫌があるため、營業の移轉の真相を見極め得ないやうである。

(2) 營業組織讓渡説は前説に比して營業の觀念を修飾するものである。即ち、營業の本體を各具體的財産とは別個に、營業上の抽象的組織と解し、各個財産はその從物なりと理解するもの如く、營業の讓渡をその組織自體の讓渡と解する（例へば、Pitsoy, *d.d.O. S. 108*）。併し乍ら、この抽象的組織自體は客體にはなるまい。従つて、この説も妥當ではない（尙ほ、長場「商法體系・總」一四九頁以下參照）。

(b) 地位交替説は讓渡處分説より漸次展化せられて來た學說にして、近時の我が有力なる學說の傾向である。その重點は營業を單なる權利客體と見ることとを止めて、營業主體の法律上の地位の承繼を以て、營業の讓渡を説明せんとするにある。

(1) 營業財産の讓渡及び經營引繼二元説は讓渡處分説よりこの地位交替説への過渡的なるものである。これには、營業財産の讓渡に重點を置く説（田中「改正商法總則概論」二二）と經營引繼に重點を置く説（高窪「商法總論」二四九頁）とがある。即ち、前者は營業財産の讓渡に伴ひ、讓受人が、讓渡人の經營活動を繼續し、讓渡人が讓受人をこの經營活動に導入すべき義務を負ふ契約が伴ふと爲すのである。後者は營業活動の交替、即ち讓渡人が營業者たる地位を退き、讓受人をしてこれに代らしむるを

主要目的とし、これに營業活動の手段たる營業財産を移轉する義務を伴ふ契約なりとするのである。この説は地位引繼説の先驅ではあるが、營業を權利の客體視しつつも、營業活動の導入乃至交替を考へるところに特色がある。然し、地位交替の點は兎に角も、營業を營業財産乃至組織的財産と見ることには賛し得られない。そこで、一步進んで次の説がある。

(2) 地位引繼説はこれである。この説の先驅に於いては、營業は抽象的組織に過ぎずと爲し、營業の譲渡は即ち組織の譲渡であり、畢竟、商的組織の主體の變更を目的とする契約であるとする(三浦「商法總論」一五〇頁)。次に、これを更に徹底して、營業を人的・物的の有機體と見る以上、而かも商人をこれに内在するものと見る以上、營業自體の譲渡を論ずるは、營業の本質に反すると爲し、營業譲渡とは營業そのものの譲渡に非ずして、營業の存続を前提としての主體の地位の譲渡であるとする(升本「企業譲渡に就て」法學新報、四六卷二號、西原「商法總則」三九)。この説は營業の譲渡を營業の本質に一應合致せしむるに充分なるが如くであり、我國の最新なる學説と見做してもよからう。

併し乍ら、この説に於いて現行法的構成が軽く扱はれることは兎に角も、地位引繼の交替性と譲渡當事者の主體性が鮮明を欠く嫌はあるまいか。又、營業者地位の交替、變更、引繼と考へることは、營業の移轉乃至譲渡處分と異なり、營業の價值的把握が弱く、商的なる對價性、取引性、

價値性の浮び上り難いものがあるであらう(有機體たる學校の學校長の地位引繼と有機體たる營業の營業主の變更と對比す)。然らば、營業者地位引繼説は經濟的價値體として現れる營業の移轉についての觀念を未だ充分に盡くすものとはいへない。尤も、この説が敢て營業移轉の現行法的構成を軽く取扱ふのは、その前提たるべき營業中心説の展開の結果であらう。この點は、筋が通つてゐる。併し乍ら、營業中心説の立場の展開は、只だかくの如き營業譲渡の法律構成が唯一の道であらうか。

(c) 營業單一權説も譲渡處分説より展化して來たものではあらうが、それは、地位交替説と反對の方向に展開されたるものと理解せられる。この學説の重點は營業を矢張り、單なる權利客體と見ることとを止めて、營業全體の上に存する單一なる權利の存在を主張するにある。

(1) 「企業への權利」移轉説は營業を企業に代置し、それを人及び財貨の有機的全體なりと爲し、そこに化體される無體財産權を「企業への權利」(Recht am Unternehmen)として、これを認め、而かも、それは企業の中に且つそれと共にのみ存在するものとするのである。而して、所謂企業の移轉に於いては、財産的構成部分の移轉が爲され、そこには必然的に、かかる權利の移轉があり、更に、その權利の移轉には所謂企業に對する事實上の支配力の引渡を要するものである(Isay, Das Recht am Un- ternehmen, 1910, S. 27ff.)。この説は營業單一權の承認に於いて注目せらるべきものである。

併し乍ら、寧ろ、所謂「企業への権利」の移轉が企業自體を伴ふと理解し、又その場合、企業の財産的構成部分を有機的・全體的组织自體と理解してゆくべきであらう。従つて、この説はその點に不徹底を含むものといへよう(尙ほ、西原「商法總」三九三頁參照)。尙ほ、この傾向の學說(例へば、Oppikofen, Das 1927. Mezza, Diritto com. 1937. p. 92-100)は我が實定法上、殊に公示制乃至對抗要件を缺くの故に、少くとも、我國では現行法的に承認し得ないとして歓迎せられてゐない。

(2) 物權的單一處分説もこの單一權説の承認と理解せらるるものにして、讓渡處分説が徹底し、展化したものである。即ち、營業の具體的有機體性を前提としつつ、營業讓渡を具體的なる營業組織の讓渡と解し且つその統一なる物權的處分行爲の可能なることを承認せんとするものである(野津「商法總則」二部一、八頁以下、三四八頁以下)。この説は營業の具體性と移轉性とをよく調和するものである。併し乍ら、商法の對象として、營業の有機的生活體なることを承認する限り、その法律構成に於いて、主體性と移轉性とが調和しない。又、物權的處分の人的營業組織の移轉に對する關係の不調和は免れない嫌がある。然し、この説が實益に乏しいとせらるる非難は當らない。只だ、前説と同様、我が實定法上の公示制乃至對抗要件を缺くがための現行法上の行き過ぎがあるといふ保守的な非難はあり得よう。

三 惟ふに、營業の移轉なる法律上の觀念は營業の個々の財産を單なる權利の客體と見るときは、これを債權的なる讓渡處分關係と理解し得よう。又、營業を以て有機的組織體と見るときは、一方、營業の主體は營業の内部に存在するものとして、營業讓渡が營業者地位の交替であるとする傾向に一應ゆかなければならぬやうでもある。然し、又他方、營業を以て有機的組織體と見るとしても、そこに各個の權利より離れた營業全體の上に存する而かもその内にのみ存する單一なる權利があるとする傾向にゆかれようと思ふ。

然らば、吾々の立場の展開では何れにゆかなければならぬか。主體でも、客體でもない制度としての營業を商法の對象として承認することを出發點とする吾々に於いては、この制度としての營業を客觀化し、具體的に法上に引き擧げることによつて、營業の移轉に關する法律構成に答へなければならぬ。既に、吾々は流通對象としての營業を、その經濟價值的なる把握に於いて、内容的には具體的・客觀的組織として理解し、形式的にはそこに、營業主權を認識してゐる。従つて、單なる讓渡處分關係を以て、營業の移轉を見ることは出来ない。又、制度としての營業の客觀化のために、營業の權威者・主體者、個人を、遊離し得るものと理解し、更に、その個人としての營業主乃至商人が營業主權の把握者であると理解するに於いては、營業者地位の交替を以て

營業の移轉を理解することは出来ない。従つて、結局、營業單一權説の方向にゆかざるを得ない。果して然らば、流通對象としての營業は營業主權を外被とする具體的營業なるが故に、ここに、營業讓渡とは個人としての營業主の相手方への營業主權の讓渡であり、而かもこれが内包する不可分的なる營業の具體的組織を必然的に伴ふことになる。かく解することに より始めて、營業主權の讓渡人たる個人としての營業主が讓渡當事者である意義が明かになり、營業の主體性と移轉性との關係が明確に解決せられるのである。

然らば、營業主權とは如何なるものか。又、それが商法上如何にして承認せられるか。それは、イザイ (Isay) の概念するが如き營業の中に於いて創造せられたる無體財産に化體してゐるところの一種の無體財産權たる所謂「企業への權利」(Recht am Unternehmen) とは、必ずしも、同一ではない。それは單なる人格權ではない。又物の上への支配的物權でもない。それ以上の營業なる具體的組織の支配權 (diritto di signoria) ともいふべき無體財産權である (Mozart, op. cit. pag. 94)。それは制度としての營業の權威そのものの發現であり、而して、それが把持者たる營業主乃至商人は、制度としての營業には内在してゐるのであるが、流通對象としての客觀的・具體的營業を把握する場合には、個人としてこれに外在することになる。即ち、この場合には、制度としての營

業の權威者乃至主體者たる個人に、かかる支配權が歸屬するのである。實に營業主は制度としての營業に内在しつつ、機關としての地位を客觀的營業に残して、自らは個人として、相手方たる營業讓受人にこの支配權を讓渡するところの客觀的營業への外在的地位に立つのである。

扱て、營業讓渡又進んで營業移轉の法律構成は以上の如くであるが、かかる營業單一權の承認は我が現行法上ゆき過ぎであるとの非難は既述の如くである。併し乍ら、我が實定法に於いても、諸種の財團抵當法は營業の組織的一體性を承認し、これを實定的に確定してゐるのである (鐵道抵

工場抵當法、鐵業抵當法、軌道ノ抵當ニ關スル法律等)。従つて實定法的法技術、殊に營業の登記制を缺く一般の營業についても、

それを一つの財團に準じて、その上に一箇の無體財産權の存在を承認することは、商法が營業法であり、商法の對象が營業として、現行法上も認識せられる限り、營業の商法現象への目的論的展開による論理的歸結といはなければならぬ。而かも、かかる權利の承認はその讓渡、貸貸、質入等の經濟的要請に即するものといはなければならぬ (田中(誠)「改正商法要義」上卷七八頁參照)。

併し乍ら、我が實定法は法技術として營業一般への登記制乃至登録制を缺くが故に、その具體的營業の限界に明確化を齎し得ず、又取引の安全に完きを期し得ないであらうが、その一體的營業の中の個々の財産については、對抗要件を與ふことを得るものである。事實、この對抗手段

は極力利用せられてゐる。従つて、營業の移轉に於ける現實的秩序は、既に、この營業への單一權を慣習法的に承認しつつ、その對抗性は法技術の不備のため、止むなく個々に與へられると理解せられる。洵に、營業の移轉に於ける現實的秩序は、既に營業への支配權を承認し、法技術の先を進展してゐるものといはなければならぬ。要するに、吾々は、商法への根本的立場の目的論的展開に於いて、立法論的ではなく解釋論的に、營業への支配權を承認せんとするものである。

最後に、營業主權たる營業支配權を分析するならば、それは、一つは營業の有機的・組織的・具體的・財産的一體への所有權を反射するものであり、二つは、營業の最高機關たる地位、殊に人的組織を維持統制する地位を反射するものである。更に、三つは營業に關する一切の法律上の責任と權利義務の歸屬を反射するものであり、四つは營業に關する經濟上の収益と損失の歸屬を反射するものである。

これらの營業支配權の諸反射がその分離可能なるところに、各種の營業移動關係の發生原因が存するのである。而して、第一の營業の有機的・組織的・財産的一體への所有權の反射は營業の移轉に於いて、絶對的に完全なる移轉を齎さないまでも、少くとも、營業の同一性を必要とする。營業の移轉に於いて、契約を原因とする場合に、營業讓渡を生ずる。尙ほ、營業なる有機的組織

が具體的・場所的に小營業に分在してゐる場合にも營業讓渡なる法律關係は成立し得る。大營業内の小營業と理解せられる支店の營業讓渡が、ここに考へられるのである。又、營業の移轉が相續を原因とする場合に、營業の相續が生ずる。而して、營業支配權の反射の中、第一の有機的・組織的・財産的一體への所有權が營業外の個人に歸屬し、その他が、營業内の個人に歸屬するとき、營業の貸貸借が存在する。又、營業収益と損失の第一次的歸屬と營業の最高機關としての、人的組織を維持統制する地位が、一定期間の移轉ある場合に、その法律關係は委任經營である。更に、營業の最高機關としての人的組織を維持統制する地位のみが一定期間の移轉ある場合、かかる法律關係は營業の管理經營である(尙ほ、西原「商法總則」三九六頁以下参照)。

第三講 營業讓渡の手續とその効果

營業の移轉乃至讓渡に於いて、營業の法的單一性を承認し、そこに、營業主權たる營業支配權といふ無體財產權の存在を肯定することは商法の對象を制度としての營業とする立場の展開であり、同時に、經濟の要請に適合するものと解せられること上述の如くである。

一 扱て、營業の讓渡は營業支配權の讓渡であるから、當事者に於いて、その讓渡契約を締結しなければならぬ。この場合、店舗營業に於いては、讓渡人なるものは制度としての營業に内在しつつ、客觀的營業より遊離したる個人としての營業主たる商人である。蓋し、營業支配權は個人としての營業主に把握せられてゐるからである。従つて、店舗營業に於いては營業讓渡について、對内的意思決定が營業主たる絶對的權威者の主觀的意思に基くが故に、その手續は特別には問題にならない。然し、會社營業にあつては、その性質上、先づ手續が必要である。殊に、營業の讓渡は死活の重大事項であるが故に、慎重なる對内的手續を必要とする。即ち、人的會社にあつては總社員の同意を要し(商法七二條、一四七條)、物的會社にあつては特別決議を要する(商法二四五、二四六條)。かかる手續を経て後、會社の代表機關が營業の權威を代表して、個人としての地位に於いて讓渡契

約の當事者となる。既に解散せる會社の清算手續として營業の讓渡を爲す場合は、かかる會社の權威を代表する清算人が當事者となる。讓受人の側は讓受會社そのものが當事者となり、定款の變更を必要とする。殊に、株式會社が他の會社の營業全部を讓受ける場合は特別決議を要するのである(商法二四五、二四六條)。

讓渡契約の内容は營業支配權であるが、そこに實定法は規定を缺くが故に、又、實際上の個々の條件を盛る必要があるが故に、當事者はこの支配權の包括する客觀的・具體的營業組織に關して限界付けを約するのである。通常見られるその主なる事項は、(イ)資産・負債に關する事項、(ロ)讓渡人の廢業乃至會社の解散の義務に關する事項、(ハ)營業所及び商號の讓渡に關する事項、(ニ)使用人の移動に關する事項、(ホ)讓渡契約又は讓渡條件變更の事由、(ヘ)その他讓渡契約が假契約又は條件附契約なること等に關する事項、である。

讓渡契約の實行として、一方當事者の營業支配權が他方當事者に現實に移轉しなければならぬ。即ち、現實に讓渡人の手に握られてゐる支配權が讓受人によつて把握せられなければならぬ。而して、これは、營業支配權の登記制乃至登録制を缺くが故に、先づ機關としての營業主の地位が現實に讓受人によつて充されたるときに認識せられるものと解される。

二 上述の如く、營業支配權は、營業讓渡契約の實行に於いて移轉されるものである。この場合、その包攝せる客觀的・具體的營業は少くとも同一性を害せざる限度に於いて、又讓渡契約の本旨に反せざるやうに、讓渡人より讓受人に移轉せられるのである。蓋し、この支配權は具體的營業の外被として、これに化體してゐる權利であるから、價值的なる具體的營業は必然的にそれに伴ふのである。従つて、營業讓渡の効果はこの支配權乃至具體的營業を中心として、當事者間の關係と第三者に對する關係に於いて生ずるものと理解せられる。

(a) 當事者間に於いては、營業支配權の移轉によつて、積極的には、この支配權の反射たる、(イ)營業財産を中心とする具體的營業組織への一體的所有權、(ロ)最高機關たる地位、殊に、人的組織を維持統制する地位、(ハ)營業に關する一切の權利義務、及び(ニ)營業に關する經濟上の收益損失の歸屬が移轉する。尤も後の二者に關しては、讓受人が前者は自己の名に於いて、後者は自己の計算に於いて、新たな活動を爲すのであるから問題の餘地はない。又、消極的には、この讓渡契約の信義に基き、營業支配權に關する一定の不作爲の義務を讓渡人に於いて負ふのである。

- (イ) 積極的效果は次の如くである。
- (1) 積極的效果の中最も中心的なるものは營業の物的側面たる財産の一體的所有權の移轉であ

る。この營業の財産の一體は廣い意味での營業財産である。而して、營業財産は一切の有形・無形の財産を含む。移轉財産及び除外財産についての特約がなければ一切の財産に及ぶは當然である。かくて、統一的財産に對する一體的所有權が移轉するのである。併し乍ら、立法は營業一般について、會社の合併又は相續の如き包括承繼を法律上承認しない。又、それを、未だ財團としない立法の建前であるが故に、移轉行為の完成には、法技術上、個々の財産につきそれぞれの方法が採られるのは止むを得ない。即ち、例へば、(イ)商號、不動産については登記(商法二四七條)、(ロ)動産は引渡(民法一七八條)、(ハ)特許權、商標權は登録(特許法四五條、商標法二四條)、(ニ)指名債權は債務者に對する通知承諾(民法六七條)、(ホ)指圖債權は裏書、交付(民法六九條)、(ヘ)記名株式は名義書換(商法二〇五條)、(ト)讓渡人の債務を免れしむるための債務引受、讓渡人のためにする辨濟の引受(民法七四條)、(チ)債務者の交替に因る更改(民法一四條)、等の手續が必要である。

(2) 積極的效果として次に、重要なものは、營業の最高機關としての地位、殊に、人的組織を維持統制する地位の移轉である。營業は人的・物的の多角的組織である。そこには、物的組織と人的組織とが融合してゐる。而して、その人的諸機關の有機的機構と、そこに存する知識經驗とが營業の價値を高めてゐる。この營業の人的・機關的側面の維持統制の地位は、最高機關とし

ての營業主の重要な地位である。従つて、かかる地位の移轉といふことは、内容的に營業の人的・機關的關係そのものの移轉を伴ふことになる。ここに、個人としての營業主の有する營業支配權の移轉に於いて、營業の權威的發現たる營業主の最高機關としての地位と共にその階序的發現の機關たる支配人、其他商業使用人及び協力的發現の機關たる代理商、仲立商、取次商との關係そのものも移轉するのである。この場合、營業主以外の諸機關は、營業そのものに對して、又その中に於いて、營業主の介在によつて存在してゐるものであるから(商法五〇六條、類推解釋)、この點に於いて、民法第六二五條の規定は排斥せられてゐるものと解される。而して、これら諸機關の地位を充す個人は營業の讓渡に於いて、新たな營業主との關係に立つものである。従つて、その新たな營業主との關係を維持するを欲せざるときは、直ちに、雇傭關係を解除し、一切の法律的關係を解消し得るものと解すべきである(民法六六條)。尙ほ、この場合、損害賠償請求權をも認め得べき場合がある(民法六二條)。而かも、營業の最高機關としての地位の移轉を以上の如く、解するこゝとは、經濟の現實的要求に即應してゐるものである(野津「商法總則」二部三五九頁參照)。尙ほ、一般的に、最高機關としての地位の移轉には人的・機關的關係そのものの移轉の外に、讓渡人がその地位に於いて得たる總ての知識及び經驗をも亦讓受人に傳授しなければならぬものと解せられる。

(ロ) 消極的效果は次の如くである。

營業の讓渡人は、讓受人に對してその讓渡契約の信義に基き營業支配權に關する一定の不作爲の義務を負ふ。ここに、讓渡人は客觀的營業の可及的同一性を維持存續するやう側面的達成を要請されることになる。従つて、讓受人に對し營業より生ずる利益を可及的に維持することを要する。かくて、商法第二五條は客觀的營業の維持存續に關する信義に最も危險性ある場合を慮り、かかる場合に營業の移轉に伴ふ消極的效果の顯著なるものとして、注意的に競業避止義務を規定して、その劃一性を與へてゐる。

- (1) 別段の意思表示なきときは、讓渡人は同一市町村及び隣接市町村内に於いて、二〇年間(立法として小營業には長きに失する)同一の營業を爲すことを得ない(商法二五條I、商改施五條參照)。
- (2) 讓渡人が同一の營業を爲さざる特約を爲したるときは、同府縣及び隣接府縣内(北海道及び樺州と看做す、商改施七條)に於いて且つ三〇年間(立法として小營業には長きに失する)、同一の範圍に於いてのみ、その特約は效力を有する(商法二五條II)。これよりも長期間・廣範圍に亘つて、その義務の特約ある場合は法定の範圍にまで縮限せられ、その範圍に於いて效力がある。即ち、法定の範圍を超過せる部分のみは無効である。
- (3) 讓渡人は如何なる場合も、不正競争の目的を以て(例へば、法定制限外の地域に同一營業を爲す場合の如し)同一營業を爲す

ことは出来ない(商法二)(五條三)。この場合、商法は信義に重點を置いて、譲受人保護の一方に傾くものである。従つて、譲渡人に於いて、該營業の維持に不利なる影響を與へる意圖あるときは、譲受人は如何なる場合にも常に譲渡人に營業の差止を請求し得る。

(b) 第三者に對する關係は、營業支配權の移轉の場合の諸財産の對抗性と既存の營業債務の債權者並に債務者に對する關係の中に見られる。扱て、營業譲渡の當事者間に於ける營業財産(不動産、其他の物權、無體財産權等)の移轉行為の完成としての法技術たる登記、登録、名義書換等は同時に第三者への對抗性を充し得る。従つて、諸財産の對抗性の關係は第三者に對する關係に特有なことではなく、既述の當事者間の問題として解決されてゐる。そこで、既存の營業債務の問題が残る。

(1) 既存の營業債務の債權者に對する關係に於いて、譲渡人は全面的に免責せらるべきものはあるが、立法の建前が個々の債權・債務の譲渡引受を必要とするのであるから、取引社會ではその範圍が明かではない。従つて、この譲渡人の全面的免責は債權者の保護を圖るに充分でない。そこで、商法は營業譲渡に於ける外觀性を考慮したる規定を設けて債權者を保護するのである。

(i) 營業の譲受人が譲渡人の用ひて來た商號を續用する場合は、一應債務も譲受人に引受けられてゐるものと外觀上見るのが普通であるから、譲渡人の營業によつて生じたる債務について讓

受人も亦(譲渡人も亦)の立(言が正しくないか)その辨濟の責に任ずる(商法二)(六條一)。これは譲受人の重疊的債務引受の責任と解されてゐる。それは又、苟も債務が、譲渡人の營業より生じたるものである限り、一切の債務に及ぶべきものと廣く解釋せられてゐる(ドイツ商法二)(五條一参照)。併し乍ら、この譲受人の責任は營業譲渡後遅滞なく、譲受人が譲渡人の債務の責に任せざる旨を登記(この登記は商號登記に附記する外なき登記である)したる場合はその責を免れる(商法二)(六條二)。善意の第三者に對して免責の主張を爲し得るには公告の後でなければならぬ(商法二)(二條一)。尙ほ、登記なくとも譲渡人及び譲受人兩者より、營業譲渡後遅滞なく、第三者に讓受人が責に任せざる旨の通知を爲したる場合は、その通知を受けたる第三者に對して責を免れる。

(ii) 譲受人が譲渡人の商號を續用せざる場合は債務を引受けてゐないと外觀上見えるのが普通であるから、その限りに於いて、譲受人は既存の營業についての債務を辨濟する責はないが、若し、特に、その「債務を引受ける旨」(これは重疊的債務引受が明かでないが、)を廣告(各個の意思表示も含)したるときは、即ち、公然に意思を外部に表示するときは、債務も引受けられてゐたことが明らかになるから、債權者はその譲受人に對して、辨濟の請求を爲すことを得る(商法二)(八條二)。

營業に關する債務は營業譲渡と共に、譲受人のみが負ふべきであり、債權者保護のため、一時譲渡人に債務を負はしむるとしても、これを長く拘束することは酷であるから、譲渡人の責任は

(i) 商號を續用する場合に於ける責任についても、又(ii)商號を續用せざる場合、讓受人が債務引受の廣告を爲すことによつて責に任ずる場合に於いても、營業の讓渡、又は、引受廣告後、二年内に請求又は請求の豫告(裁判上、裁判外何れでも足る)を爲さざる債權者に對して、二年を経過したるとき時効により消滅する(商法二九條)。併し乍らこの場合、讓渡人の本條による債務の消滅にあつても、讓受人の債務は重疊的債務引受であると解されるから、消滅しないのである。

(2) 既存の營業債務の債務者に對する關係に於いて、立法の建前では營業讓渡の場合の營業の範圍が明かでないから、二重拂の危険がなくはない。そこで商法は營業の讓受人が讓渡人の商號を續用する場合、辨濟者が善意にして重大なる過失なきときに限り、讓受人に(「讓渡人に」との立言が正しくないか)爲したる辨濟もその效力を有するとする(商法七條)。蓋し、商號を續用する場合は營業上の債權が讓受人に移轉してゐるものと外觀上見るのが普通であるから、營業上の債務者は、その讓受人に辨濟することによつて責を免れ得るのは當然な譯である(民法四七八條は重過失には及ばないが、同趣旨である)。

第三編 營業行爲法

第一章 營業の動的發現—商行爲總說

第一講 商行爲の一般

商法の對象は制度としての營業である。この制度としての營業は法律と經濟、法律と社會との焦點にあるところの法律社會學的な、經濟的、人的・物的の多角的生活體である。それは法上に於いて、主觀でも、客觀でもないことは屢々述べたところである。今、これを動的に展開し法上に把握すれば、それは、營業の企畫的行爲である。又營業行爲であり、商行爲である。

一 扱て、商行爲に關する法の發展を見るに、既に述べたるが如く、元來民法は、ローマ法の正系として存在して來たのである。これに對して、商法は中世イタリアの組合法を祖先として、民法の外系に位して發達して來たのである。従つて、例へば、民法の債權法と商行爲法との間には著しい原理の相異があつた。即ち、過去の民法に於ける暴利行爲の禁止、大缺損による取消、

債權讓渡の制限等の法的考慮と、商法の要請したる當事者の意思に重きを置く、契約自由との間には根本的にその立場の相異があつたのである。併し乍ら、この兩者の距離は、その後漸次接近して來たのである。商法はその性格に於いて、絶えず、流動的にして且つ進歩的であるがために、その必要とする原理を自ら創成するものである。然るに、民法は元來、固定的にして且つ保守的な性格であつたがため、一般經濟生活の流動進歩に即してその生活地盤を反映して行くには商法の後を追ふ外はなかつたのである(松本「行爲の自由と商法」私法論文集一卷二二頁、田中(耕)「民法の商化と商法の自主性」商法研究二卷六七頁)。即ち、民法は例へば、契約自由の原則、不要式の原則に於いて、商法の創成したる原理技術を吸収して來たのである。かくて、これらの原則は今日、民商法共通の原理となつてゐる(債權法上の契約自由としてスイ)。今日、我が商法典中にも、商活動の迅速性、確實性、さては、取引社會の信義の發現に於いての連帶性は民法規定を變更歪曲し、これを商化してゐる(本講第二)。又、民法の高度なる商化規定は商行爲固有の契約形式を生んで來たのである(本講第三)。リーゼール (Rieser) の「民法の商化」(Kommerzialisierung des bürgerlichen Rechts) とはかかる法過程の現象を物語るに外ならない。更に、商法は常に流動的であり、又進歩的であり、創造的であるために、そこに成文法を生じ、又新しい慣習が生じ、新しい慣習法や約款法を行爲法の尖端に創成して來たのである。殊に、

約款法に於いては商取引の合理化として、又安全にして迅速なる技術化として、商取引の定型化、標準化を齎し、契約内容自體が商行爲として現れて來たのである。ここに、商行爲は漸次、附合化の現象を辿りつつあるのである。

かくの如くして、商行爲法は經濟取引が質的・量的兩方面に豊富となるに伴ひ、漸次、發展擴張を爲しつつあり、殊に、約款法は、恰も商行爲法の特別法たる役割に於いて新鮮なる「生ける商行爲法」として生成してゐるのである。かくて、現在の商法典に於ける形式的な商行爲法は現實の法適用に於いて、恰も死せるが如く後退を続けつつあるのである。故に「生ける商行爲法」を理解するためには不可避的に約款法を理解しなければならなかつたのである(本講第四)。

二 扱て、過去に於いて、形式的に商法の基礎となつてゐたのは商人及び商行爲の概念であつた。而して、商人概念に於いても商行爲なる觀念が基底となつてゐたのである。従つて、商法の出發點は商行爲なる概念にあり、その概念の重要性は絶對的なものであつたのである。併し乍ら、商法の對象を營業として出發する立場に於いては、形式的なる商行爲概念の價値は著しく喪失されて來たのである。それは實質的に營業の動的行爲一般でなければならぬ。然し、それは極めて限界が不明確たるを免れ得ない。ここに法典は一應形式的に商行爲の範圍を限定するのであるが、

その立法主義に於ける客觀主義、主觀主義、折衷主義の何れも、實質的なる商行爲を完全且つ明確には把握し切れない。そこで、解釋者は一應立法者に敬意を拂ひつつ、營業の動的發現に於ける形式的・認定的なる商行爲を樞軸として、眞の商行爲を法上に把握し概念すべきである。

我が商法典の建前は過去に於いて重要な意義を有してゐたところの商行爲の立法主義に於いて、所謂客觀主義より、漸次所謂主觀主義へと進展し、所謂折衷主義に屬するものの如く見える。併し乍ら、未だ徹底的に營業の動的發現に達してゐないことは既に述べたるが如くである。そのため、殊に客觀主義に伴ふ所謂絶対的商行爲(商法五〇一條)なるものが商法典に存在してゐるのである。これは業性を缺く限り、營業の動的發現と見られないのであるが、商行爲概念の決定は形式的に訴訟法上にも意義を有つてゐるのであるから(商事調停法一條、非訟法一二六條参照)、立法者の權威の下に、止むなく實定的・例外的商行爲としなければなるまい。既に一言したる如く、我が形式的商法典に、かかる絶対的商行爲を承認する所以は、その過去に於ける商法の關心が商事にあつたことから、行爲に於ける濃厚なる營利性と強度なる投機性にあるであらう。併し乍ら、吾々の如く、商行爲を營業の動的發現と見る以上、偶發的一回限り性を有する、かかる所謂絶対的商行爲を商行爲として承認することは出来ない(大橋「商行爲法講義」二七頁、絶対的商行爲を存在せしむことを支持する)。即ち、これは一般法としての民法にその

地位を移譲するも、一般秩序を破ることはないと思はれる。

形式的に、商行爲の法規的淵源は商法典第三編以外に信託法(六條)、擔保附社債信託法(三九條)、無盡業法(二條)等があり、又商法上、商行爲とせらるるものは、それを合體せる組織法を主とする幾多の特別法により(保險業法、運送業法、銀行法、小運送業法、倉庫業法等)更に、公法的取締法(商品券取締法、不正競争防正法、外國爲替管理法等)により規準せられる。又手形法・小切手法に規定する行爲も商行爲である。故に、統一的・全般的に商行爲を把握するならば、實定的商行爲だけでも極めて廣汎に亘るのである。従つて、吾々の立場に於いては營業法なる一般法的限界に於いて、商行爲法を基礎的に理解することになる。

ここに、斷らなければならぬことは、一つは經濟法の形成と商行爲法の規定との關係であり、他は營業中心説と商行爲法の規定との關係である。前者は新秩序の要請が商行爲に浸透しつつあるが、然し、そこに、商行爲法の規定を一應「發展せざる合理性」を有つものとして處置する。又、後者は、何分、立法の建前が長い立法史の結晶として商行爲に壓力をかけてゐるために、そこに營業中心説を徹底的に展開するとすると相當程度に立法規定を攪亂するが、然し、吾々は法的安全性と目的論的展開との睨み合で商法規定を處置することにする。

第二講 商行爲の種類

商行爲の種類は、種々の見地に於いて、これを見ること出来るのである。然し、今、世間並の取扱に於いてこれを説明しよう。

一 先づ、基本的商行爲 (Grundhandelsgeschäft) と補助的商行爲 (Hilfshandelsgeschäft) との區別がある。この區別は商人の概念決定の基本となるか否かを中心として生じたものと解せられる。而して、今や、商人の概念そのものが漸次商行爲として商法典其他の法令が定めたるものから離れてゆく傾向あるに伴つて、その區別の意義も重要性を失つてゆくのである (商法四條)。

(a) 基本的商行爲は商法第四條第一項及び第二項にいふ所謂商行爲なるものに相當する。かくて、それは或行爲を營業として爲すとき、その行爲者が法律上商人となる商行爲であるとせられる。この基本的商行爲に屬するものには、所謂絶對的商行爲 (商法五〇一條) と所謂營業的商行爲 (商法五〇二條) とが數へられてゐる。併し乍ら、商法第五〇一條の規定は寧ろ業性を問題としないところに重點が求められる。従つて、商行爲を營業の動的發現と見る立場に於いては、絶對的商行爲はそれ自らでは意味がない。基本的商行爲の例としては、絶對的商行爲として第五〇一條に列舉せられたる

行爲が業性を伴ふ場合でなければならぬのである。

(b) 補助的商行爲は商人概念に關係なく、先づ、商人概念を決定したる後、その商人が營業のために爲す行爲をいふのであるといはれる。即ち、商人の營業活動を補助する行爲をいふとせられる。所謂附屬的商行爲 (商法五〇三條) がこれに屬する。

扱て、以上の基本的商行爲と補助的商行爲は商法の對象を商人概念に求めるに於いて始めて、意義を有つことであらうが、商法の基本的課題として營業を基底に置くものに於いては、商行爲を營業の動的發現と理解するのであるから、所謂基本的商行爲は營業の主たる動的發現であり、所謂附屬的商行爲は營業の従たる動的發現であると理解してよいであらう。而して、後述の如く、商法第五〇一條はこれを制限的列舉と解しても、第五〇二條は例示的列舉と解されるのであるから、第五〇三條の行爲と同じく、營業の主たる動的發現だけでも時勢と共に相當多數に上つてゆくものと解したのである。

二 行爲の當事者より見て、一方的商行爲 (einseitiges Handelsgeschäft) と双方的商行爲 (Beiderseitiges Handelsgeschäft) とが區別せられる。その行爲の區別は形式的に商法適用上の意味があるのではなく (商法三〇一條参照)、寧ろ、この區別は當事者の職業性乃至階級性に意味があるために、實

質的に行爲の社會性を彩る意味に於いて、極めて重要に思はれる(大衆を相手とする運送、保険は)。

(a) 一方的商行爲とは當事者の一方に對してのみ商行爲たる行爲をいふのである。例へば、賣買營業に於いて、一般消費者が物品を買入れるときの賣買行爲はその營業の主體者のみに商行爲であるから、その場合、この賣買行爲は一方的商行爲である。

(b) 双方向的商行爲とは當事者の双方に於いて商行爲たる行爲をいふのである。例へば、卸賣商と小賣商との賣買契約の如きものである。

この區別は行爲の本質より生ずるものではなく行爲の當事者の職業性による區別である。従つて、民法上の双方向的行爲、即ち契約と、單獨行爲乃至一方的行爲との區別の觀念とは異なるのである。商法上、契約も一方的商行爲たり得るし、又單獨行爲が双方向的商行爲たり得ることはいふまでもない。而かも、この區別は絶對的商行爲を恣意的に承認する我が商法典の下では、商人概念と必ずしも關係はない。蓋し、非商人間の行爲でも、双方に於いて、絶對的商行爲であるときは、双方向的商行爲である。併し乍ら、この一回限り性の絶對的商行爲を除く真正なる商行爲に關する限り、商人即ち營業と非商人との行爲關係は、一方的商行爲であり、所謂商人間の營業に關する行爲は營業間の行爲關係であり、これは双方向的商行爲である。

三 商法規定の適用及び準用といふ點より、本來の商行爲(本來の商は財貨轉換の媒介を業とするものであるが、ここに、本來の商行爲と名付くものではないといふ意味で用ふる)と準商行爲との區別がある。

準商行爲は、例へば、産業組合、商業組合等の行爲がこれに屬する(産組法五條、商組法三七條等)。所謂民事會社(商法四條Ⅱ後段、五條Ⅱ、五二條Ⅱ、五三條Ⅱ)及び、所謂擬制商人(商法四條Ⅱ)の如き、所謂形式商人の行爲(商法五二條Ⅱ及び四條Ⅱを一般に擴張し)が準商行爲の例として擧げられるのであるが、商法の對象を營業とする立場に於いては、その例は適當ではなく、後者即ち、形式商人の行爲も本來の商行爲であると解せられるのである。

四 商行爲の立法主義の中、客觀主義的建前を多少とも加味する法典に於いては、既に、述べたるが如く、所謂絶對的(客觀的)商行爲(absolutes od. objektives Handelsgeschäft)と所謂相對的(主觀的)商行爲(relatives od. subjektives Handelsgeschäft)との區別がある。

(a) 絶對的商行爲とは、それが過去に於いて典型的なる商であつたがためか、商人性を離れ、營業性を離れて絶對的に商行爲たる行爲として商法典が恣意的に承認するものである。それは營業と離れても、それ自體として(an und für sich)商行爲であるから、必ずしも、商法の對象たる營業の動的發現に關係はない。これには、業性を問はずして、只だ立法者の恣意に於いて商法を適用する(商法五〇一條、擔信法三條、二九條Ⅱ)。

(b) 相對的商行爲は本來の商行爲に相當するものにして、營業の計畫的・動的發現である。これが、更に二分して、主たる動的發現たる營業的商行爲 (Gewerbehändelsgeschäft) (商法五〇二條、信託法六條、無業法二條) と従たる動的發現たる附屬的商行爲 (abgeleitetes Handelsgeschäft) (商法五〇三條) とになる譯である。法文の立言では、營業的商行爲といはれるものは「營業トシテ」爲すときの行爲であり、附屬的商行爲は「商人カ」營業の爲めにする行爲、又それは「商人ノ行爲」であるが、營業的動的發現たるに變りはない。前者は第五〇二條に於いて列舉的に一應、一二ヶ號數に於いて規定せられたるものの外に、特別法たる信託法(六)、無盡業法(二)に規定せられるものであり、後者の行爲は當然無數に上る譯である。

扱て、上述の營業的商行爲として掲げる法典第五〇二條列舉一二ヶ號數は制限的列舉であるか、例示的列舉であるか。商行爲を營業的動的發現と見るときは、その展開に於いて、列舉商行爲に屬せざる行爲も亦營業の行動に關する限り商行爲と解し、商法の適用を及ぼすべきであらう。併し乍ら、この解釋論的根據は何處に求めらるべきであらうか。惟ふに、第五〇二條の重點は寧ろ「業トシテ」の點にあるものと解せられる。又、本條但書は、専ら賃金を得る目的を以て製造及勞務に服する者の行爲は業として反覆行はれるときも、これを商行爲としないといふ反對的意義

を藏する規定と解せられる限り、規定自體に、既に、列舉商行爲以外の營業的商行爲のあることを些か暗示的に物語るやうでもある(小町谷「商行爲」法二二三頁參照)。然し、最も大きい根據は第四條第二項の形式商人なるものの行爲が第五〇二條列舉商行爲の外部に飛び出てゐるところに求められるのである。上述の如く列舉商行爲の擴張解釋は可能である。従つて、本條に列舉的に規定なき行爲と雖も、それが營業的動的發現たる限り、それを商行爲と理解すべきものである。されば、假令、信託法(六)、無盡業法(二)の規定が、特に、營業的商行爲なるものを明示せるも、そのための故に、本條を制限的列舉と解すべきではない。事實、本條の解釋的處置は主として時効及び法定利息に實益があるのであるが(又商事調停法による調停の申立、非訟、事件手續法一二六條以下に實益あり)、この場合、特に法が營業的動的發現の行爲に關し、民法を適用することを一般的に漏れなく回避する趣旨を活かすことになる。従つて、第五〇二條列舉の一二ヶ號數は營業的動的發現の代表的なるものを、立法當時の經濟的要請を想定し、注意的に例示したるものといへるのである(商法改正案要綱二〇七は、金錢貸付、有價證券貸付、挽船・通報・水の供給に關する行爲を營業的商行爲に追加例示せんとする)。かくして、第五〇二條を制限的規定と解するに於いては、その解釋的分析の高度性を要求せられるが、苟も、例示的規定と解する立場に於いては、この列舉商行爲はその解釋的分析の要求を少くするのである。

尙ほ、注意すべきことは、所謂絶対的商行爲は、理論上、附屬的商行爲となり得ないが、營業的商行爲は或營業に於いて附屬的商行爲として發現することがある（例へば、ホテルの送迎用自動車運送、（デパート客の買上品の配達の如きは獨立して行はれるとき、運送に關する））。
行爲に相當する（商法五〇二條四號）。

第三講 商行爲の列舉

商行爲に關し、法典は、營業法たる一般法として、社會法的乃至經濟法的企業法の行爲法に展開されたるものをも、併せて、絶対的商行爲（商法五〇一條）と相對的商行爲（商法五〇二條、五〇三條）とに區別して規定してゐるが、前者は一回限り性の行爲でも商法の適用があり、後者は營業の動的發現の場合に限り、商法の適用となるのである。而して、第五〇一條の四つの列舉は、抑々、商法を適用することが例外的なのであるから、制限的列舉であると解せられる。これに反して、第五〇二條の一ニヶ號列舉商行爲は制限的列舉と解すべきではなく、例示的列舉と解すべきは前述の如くである。今は只だ、商法典列舉のものと、特別法に明言せる商行爲規定により、絶対的商行爲に屬する行爲と、相對的商行爲に屬する例示行爲とを、その解釋的分析性の喪失にも拘らず、一應、解釋しよう。蓋し、各種商行爲の構成を理解する必要があるからである。

一 絶対的商行爲に屬する行爲（商法五〇一條、擔信法三條、二九條Ⅱ）

(1) 投機購買 (Spekulationskauf) 及びその實行行爲 (Realisierungsverkauf) (商法五〇一條一號)。
前者は即ち「利益」を得て讓渡する意思を以てする動産、不動産若くは有價證券の有償取得で

あり、後者はその取得したるものの譲渡を目的とする行爲である。抑ふ、これは商の發生的・原始的行爲であり、財の轉換行爲の一つにして、これを出發點として今日の廣汎なる商が展開して來たのである。併し乍ら、今日の商法の關心は既に、かかる典型的商行爲なるものより離れてゐるのである。

(a) 投機購買は「利益ヲ得テ讓渡ス意思ヲ以テスル」ことを要する。投機を以てすることを特色とするが故に、その名の存する所以である。この意思は取引の當時より、客觀的に認識し得る程度なることを要するものである。その利益の實現するか否かは問はないのである。目的物は動産、不動産の所有權及び有價證券上の權利である。所有權以外の財産權にして、而かも有價證券に化體せられざる權利はこれに適しない。殊に、質權、抵當權の如き擔保物權は主たる債權に伴ふ外は讓渡に適しないのである。工場財團、鑛業財團及び立木は何れも不動産と看做される(工場抵當法一四條、鑛業抵當法三條、立木法一條、二條)、鐵道財團、軌道財團及び運河財團は一個の物と看做されるのである(鐵道抵當法二條、軌道抵當法一條、運河法一三條)。従つて、何れも投機購買の目的たり得る。

投機購買は賣買、交換等の所有權の傳來的・有償的取得を目的とする法律行爲なることを要する。贈與、遺贈、相續の如き無償取得、先占、加工、發見の如き無償行爲、その他農業、鑛業、

漁業等の原始生産による取得行爲(更に加工製(自己の所有の井水による製水行爲は商行爲に非(ず、東控、大二・二〇・三〇、商判集追一八〇頁))。然し、この行爲は基本的債權行爲である限り、必ずしも購買の典型的なる賣買たることを要しない。交換、消費貸借、消費寄託、代物辨濟、請負、買入委託等でもよい(使用貸借、貸借の如き所有權以外の)。取得の當時に、利益を得て、所有權を讓渡する意思ある限り、その取得物を製造又は加工するも投機購買たるを妨げない(大判、昭四・九・二八、評論、一九卷四號)。かくて、製造業者は、概ね投機購買を業とする商人性を有つこととなるのである。

(b) 實行行爲(商法五〇一條一號後段)は有償行爲であればよい。又苟も、所有權の移轉行爲であればよい。必ずしも賣買たるの要はなく、交換も亦可なりである。投機購買とその實行行爲とは各要件を備へたる獨立の行爲である。故に、實行行爲が存在せざる場合、例へば、買入れた商品が焼失したる場合も、買入れそのものは商行爲であり、而かも、絶對的商行爲である。

(2) 投機賣却 (Spekulationsverkauf) 及びその實行行爲 (Realisierungseinkauf) (商法五〇一條二號)

(a) 投機賣却とは他人より取得すべき動産又は有價證券の供給行爲 (Lieferungsgeschäft) である(商法五〇一條二號前段)。投機賣却は投機購買と表裏にあるものである。それは賣却を代表的なるものとするが必ずしもそれに限らない。又、營利の意思を要することは投機購買と同じである。即ち、

その名の存する所以である。不動産は投機賣却として、この契約の対象として、適當しないために除外される。非代替性を有するためであらう。供給契約は一定の時期に有償的移轉を目的とするのであるから、債權契約の一つである。この契約は繼續的賣買供給契約、請負供給契約の如きものであるが、必ずしも、數回に亘つて目的物を供給付する必要はない。併し乍ら、將來の履行を約するものなるを要し、即時賣買は投機賣却ではない。

(b) 實行行爲(商法五〇一條二號後段)は前に爲したる供給契約の履行のために、動産又は有價證券の有償取得を爲す行爲をいふのである。現實の履行に當り、當初の利得の目的を達するや否やは敢て問はない(例へば、相場場の騰貴)。この投機賣却及びその實行行爲(相場場の下落を利用することを目的とする行爲)は各別個の要件を備へた獨立の行爲であることは投機購買の場合と同様である。故に、例へば、自己の所有に屬するものを給付する場合も、先に爲したる投機賣却は商行爲たる性質を失はないのである。

(3) 取引所に於いてする取引(商法五〇一條三號)

取引所に於いてする取引は經濟上の機能として、定型的・大量的・迅速的な需給の確定であるが、法律上は、取引所の管理の下に一定時期に開く市場に於いて、一定の方式の下に爲され、且

つ取引所に設備されたる帳簿に記載される取引をいふのである。取引所とは代替物又は代替的有價證券の賣買取引を爲す目的で設立せられた有限責任の社團法人をいふのである。その組織法は取引所法(明二六・法五號、取引所令大一一・勅三五三號)の規定するところである。

元來、この第三號は一應、前二號の存する限り不用であるが、特に、これを掲げたる所以は、次の如き理由に出づるものといはれてゐる。

- (i) 取引所が没個性の世界で、典型的な近代的商取引が行はれる場所であること。
- (ii) 實物取引と清算取引とによる獨特の取引が行はれる場所であること(取引所令九條以下)。
- (iii) その取引の大多數が、實は商法上の問屋である取引員が、委託者のために委託事務を爲すに過ぎないところの一種の附屬的商取引であると解されること。殊に、取引員の委任事務が絶對的に自己のために爲すと、他人のために爲すとを問はず、常に商行爲たることを示すがためであること。

扱て、本號に該當する取引は會員組織取引所の會員及び株式組織取引所の取引員が取引所を通じて爲す取引のみを意味するものと解される。一般人の取引員への委託行爲即ち所謂相場をやる行爲自らは前二號に該當するであらう(大判、明四五・六・二〇。民錄一八輯、六二三頁)。既に一言したるが如く、商法上、取

引員又は會員は、他人の委託を受けて取引を爲す場合も、亦取引所に對し自ら、一切の責任を負ふものであり、自己の名を以て、他人の計算に於いて取引を爲す取次商、即ち、商法上の問屋の一種である。取引所については、我が商法はその取引の絶對的商行爲たることを宣言するのみで、その行爲法に於いての規定を缺いてゐる。只だ、組織法的特別法として取引所法(明二六・法五號)があるのみである。併し乍ら、行爲法については商法の規定を必要とし且つ海外に於けるが如く、商法に於いて詳論せらるべきである(田中「耕」取引所法)。

(4) 商業證券に關する行爲(商法五〇一條四號)

規定では「手形、其他ノ商業證券ニ關スル行爲」といふが、これは、商業證券に爲された證券上の行爲をいふのである。證券自體の取引を目的とする行爲は本條第一號、又は第二號の何れかに屬するのである。ここに商業證券 (effets de commerce, commercial paper, Handelspapier) とは商取引の目的となり得る有價證券を意味する。即ち、有價證券の概念に制約せられたる商行爲概念である。而して、證券の發行に關して法律上制限ありや否やは、商業證券たるの性質を左右しないのである(商品券取締法・昭七・法二八、倉庫業法・昭一〇・法四一)。爲替手形、約束手形、小切手、貨物引換證、船荷證券、株券、公債券、社債券等はこれである。これに關する行爲は證券の振出(發行)、裏書、引

受、保證等證券の種類により、その行爲に多い少いはある。爲替手形に關する行爲の如きは最も多い(株式引受は商行爲に非ず。東控、昭九・五・二四、商判集追一八〇頁)。惟ふに、手形法及び小切手法なる特別法が存在し、又、有價證券に關する通則(商法五一七條)を簡單ながら、商法典上に見ることが出來、更に、それが行爲者の商人性を有つと否とを問はない以上、それだけでも、この第四號も、不用の規定ではないかと思はれる(尙ほ、有價證券に關し、商品券取締法昭七・法二八、有價證券割賦販賣法・六七・法二九號がある)。

(5) 擔保附社債信託法による信託の引受及び社債總額の引受

(a) 信託の引受(擔信法三條)とは擔保附社債を發行する會社(委託會社)が信託會社(受託會社)と信託契約を締結し、その契約による物上擔保は信託證書に記載してある總社債權者のために受託會社に歸屬し、受託會社は總社債權者のために擔保權の保存及び實行の義務を負ひ、社債權者は、その社債額に應じ、平等に擔保の利益を受ける行爲である(同法二條、一八條、七〇條、七一條、七八條、八二條参照)。かかる引受の契約が信託の引受である。

(b) 社債總額の引受(擔信法二九條)とは、第三者(通常銀行業者である)が委託會社又は受託會社と信託契約の定むるところに従ひ、社債總額を引受くる行爲である。これは後日、社債券の轉賣を爲すものであるから、商行爲であり、而かも絶對的商行爲性が認められたのである。

二 營業的商行爲に屬する商行爲(商法五〇二條、信託法六條、無業法二條)

既述の如く、營業的商行爲は營業の動的發現が、而かも、その典型的なるものが規定せられてゐるものと理解されなければならぬ。商法第五〇二條第一項後段の但書に於いて「専ら賃金ヲ得ル目的」といふのは主觀的表現の規定であるから、それが外部に表現せざる限り、法律上の意味が出て來ない。然らば、結局、その行爲の態様乃至設備の形式により客觀視することになる。この意味に於いて、かかる態様乃至設備は人的要素の下に包まれる程度の極めて輕小なるものにして(道具の)、手工業的、勞力的個性が強く、法律的視野に入らない程度のものであらう。結局、營業としての制度性を缺くものといへよう(この但書中、物を製造する者としては、例へば、手内職、試力職、桶の貨扱き、掃除人、荷車、挽、人夫、車夫の如し)。然らば、この但書は當然の注意規定であり、又、従つて、商行爲が制度としての營業の動的發現なることを裏書する規定も微かに解せられるが如くである。即ち、商行爲なるものは營業の動的發現である限り、總ての行爲は、營業に於いて商行爲である旨を物語つてゐるものと解すべく、營業の動的發現たるに拘らず、商行爲たることを拒否するものと解すべきではあるまい(挽馬六、七頭とこれに相當する馬子を使用する者は本條但書の適用)。扱て、上述の如く本條を解釋する限り、愈々以下の各號の解釋的處置はその重要性を少くするが、一應、世間並の解釋を簡

單に加へる譯は既に一言したところである。

(1) 投機貸借及びその實行行爲(商法五〇二條一號)

この投機貸借(民法六〇一條參照)は絶對的商行爲の投機購買及びその實行行爲に類似するが故に、これを相對的商行爲の著例として第一位に規定したものであらう。即ち、これは物の利用を投機的目的とするに反し(地上權、永小作權を有價的に附與する場合も含、中村「商行爲法概論」二九頁)、投機購買は物自體の轉換を目的とするものである點に相異がある。例へば、貸家、貸地及び貸衣裳、貸布團等の損料貸の如きこれである。尙ほ、有價證券については規定してゐないが、稀に、有價證券の投機貸借の行はれる場合は、これを擴張して商行爲としてここに位置付ける。蓋し、有價證券を投機貸借として、ここに擧げないのは、それは投機貸借として、典型とならないためであつて、敢て、除外して、それをこの地位より外に置いたものではあるまい。尙ほ、投機貸借とその實行行爲との關係は、既述の投機購買とその實行行爲との關係に於いて論じたることに準じて理解すべきである。

(2) 製造及び加工に關する行爲(商法五〇二條二號)

法文にいふ他人のため(für andere)にすることは、例によつて、他人の計算に於いてするとの意味である。他人の計算とは、他人の計算に於いて材料を仕入れ製造(Verarbeitung)加工(Be-

arbeiting) を爲すのみならず、他人より材料の給付を受けたる場合もこれに含まれるものと解せられてゐる(小町谷「商行爲」法二四頁参照)。従つて、仕事の結果は直接他人に歸するのである。製造とは材料に勞力を加へ、客觀的に全く異なる物(變更)と爲すことである(例へば、織より機械を、糸より織物を製作するが如し)。加工とは材料に勞力を加へるが、客觀的に全くは他物と變化せざる限度の物(外形)と爲すことである(例へば、洗濯、染色、鍛冶の如し、染物業者は商人である。大判、大五・六・七、民録二二輯一四七頁)。前者は性質上、不動産を含み得ないが、後者は不動産も亦可なりと廣く解せられる(不動産については五〇二條五號の作業の請負に該當せしめ、本號は、併し乍ら、製造、加工はそれ自體は事實行爲である。従つて、それが商行爲たることの意味はその引受を爲すこと(ernehmen)として理解すべきもので、多くの場合は請負の形をとるであらう。

(3) 電氣又は瓦斯の供給に關する行爲(商法五〇二條三號)

この供給行爲は通常、賣買契約である(大判、昭一・二・六・二九)。時に、器具設備を使用せしむることもあり、かかる場合は貸借の性質をも含む一種の賣買契約である。何れにしても、民法の賣買、貸借の規定の準用がある。水道、ラヂオ、冷房の供給行爲は本條を制限的列擧と解せざるの結果は尙更、擴張解釋をして、本號へ位置付けられよう。即ち、本號は電氣、瓦斯を以て代表せしめて、一般に同類的なエネルギーの供給に關する行爲と解するに於いて、敢へて反對の根據

は文字以外にはあるまい(尙ほ、電氣事業法・昭六・法六一、瓦斯事業法・大一一・法四六號、昭六・法二號改正)。

(4) 運送に關する行爲(商法五〇二條四號)

本號に所謂運送に關する行爲とは運送の取次に關する行爲たる運送取扱行爲とは異なる。即ち、運送取扱行爲は取次に關する行爲にして、本條第一一號に該當するものであり、ここに所謂運送に關する行爲とは運送の引受行爲である。本號は一般に運送に關する行爲といふてゐるのであるから、陸上、湖川、江灣、海上、空中等、その場所の如何を問はないと容易に解釋せられる。空中運送に關し、商法に細目的規定はないが、その他については商法第三編第八章、及び第四編第三章に詳細なる規定がある(尙ほ、鐵道營業法・明三三・法六五號、小運送業法・昭一二・法四五號参照)。

(5) 作業又は勞務の請負(商法五〇二條五號)

作業は土木、建築、修繕等の不動産(船舶の如きも含む。民訴法七一七條参照)に關する加工行爲である。作業の請負とは作業の完成の引受を指すに外らぬ(各種建設工)の勞務の請負とは第三者をして勞務に服せしむる契約である。雇傭の仲立をする如きは本號に該當しない。例へば、只だ、人足、事務員等の労働者を供給する契約を意味するだけである。この場合、第三者が仕事を完成するや否やは引受けてゐない。而して、作業の請負は本條二號の規定とその實質的區別は不明瞭であり、又、勞務の請負

に於いても本條一一號とは別個に本號を置いた實益は不明である。

(6) 出版、印刷又は撮影に關する行爲(商法五〇條六號)

出版に關する行爲とは文書圖書を印刷して發賣又は頒布する行爲をいふ(出版法一條、著作權法二八條ノ三參照)。重要なるものは出版契約である。蓄音器のレコードを發賣する行爲もこれに準ずる(特別法の中、私法著作權法は、明三二・法三九號、昭九・法四八號改正、又主として公法的なるものとして、)。出版法・明二六・法一五號、昭九・法四七號改正、新聞紙法・明四二・法四一號がある。

印刷に關する行爲とは肉筆以外の機械力、化學力其他の方法を以て文書又は圖書を複製することをいふ(プリント作製は印刷に關する行爲と解する)。出版、印刷共に、その引受行爲が商行爲たることはいふまでもない。撮影に關する行爲とは寫眞師の行爲の如く撮影を引受くる行爲をいふ。

(7) 客の來集を目的とする場屋の取引(商法五〇條七號)

客の來集を目的とする場屋の取引は旅館、飲食店、劇場、浴場、撞球場、貸座敷、遊園地等の如く、多數人の來集に適する設備を利用するを目的とする行爲をいふのである。必ずしも、不特定人たるに限らない。例へば、會員組織の場屋の利用の如し。この契約は一般には場屋主人と客との間の法律行爲にして、賣買、貸借等の混合契約が主であるが、それには種々雜多の形式がある。理髮行爲は本號に該當するや否やについて、判例は寧ろ「理髮なる請負若くは勞務に關する

契約」に重點を置き、消極であるが(大判、昭一三・二・二六、民五、民集一六二二頁)、これは店舗を有し、營業的設備に於いて多數人の同時の利用を可能ならしむる限り、勞務提供に重點を置くことなく、營業形式に重點を加へ、積極に解すべきであらう(尙ほ、商法四條Ⅱ、五〇二條Ⅴ、五九四條、殊に飲食店を考へよ。竹田)。

(8) 兩替其他の銀行取引

ここにいふ銀行取引 (Bankiergeschäft) とは、金錢又は有價證券の轉換の媒介を爲し、又、信用の授受を爲す行爲である。媒介とは何ぞや、媒介自體は事實行爲にして、その引受が法律行爲である。廣く、他人資本以外の自己資本の貸付も、營業として爲す限り、銀行取引である。故に、金貸業者の行爲は銀行取引である(大判、昭九・八・二、民二)。質屋も同様である。この銀行取引は必ずしも、銀行法第一條の規定する銀行の爲す取引とは限らない。蓋し、本號に於いて、兩替がその一種に擧げられてゐるところからも明かである。銀行法による銀行の送金、寄託引受、拂込株金の受取、配當金の取立又は支拂、其他の種々なる行爲はここにいふ銀行取引ではない。附屬的商行爲である。銀行の業務一般に關して我國では商法中に一般的规定なく、主として民法規定、商行爲總則規定、其他約款、慣習に放任せられてゐる有様である(特別法として、銀行法・昭二・法二一號、貯蓄銀行法・大一〇・法七四號、其他各種特別銀行法がある。尙ほ、田中(誠)「銀行法」、新法學全集所收參照)。

(9) 保險(商法五〇條九號)

この場合の保險は保險の引受にして、これが商行爲たるには、營利の目的を以てする所謂私保險契約であり、相互保險及び公保險たる簡易保險、健康保險等は含まない。保險については一方に於いて、商行爲編第一〇章(商法六二條以下)に詳細なる規定がある。他方に於いて、保險組織法(保險法一四・法四一號改正)もあり、それ自ら一體として營業法の特別法が形成せられてゐる。尙ほ、相互保險はその性質の許す限り、その行爲法關係に於いて商法規定を準用するのである(商法六六・四條、六八三條)。

(10) 寄託の引受(商法五〇二條一〇號)

他人のために、動産、有價證券等の物の保管を引受くる契約である。但し、保管することがこの契約の本來の目的の場合に限られる(民法六五七條)。これが營業として爲される場合は、即ち倉庫營業である(商法五九七條以下)。これも保險と同様、倉庫營業法(昭一〇・法四一號)なる特別法もあり、營業法の特別法を構成するものと理解する。

(11) 仲立又は取次に關する行爲(商法五〇二條一號)

仲立に關する行爲とは他人間の行爲を媒介することを引受くる行爲である。他人間の行爲は商行爲たるか否かを問はない。即ち、取引機會を指示し、又これを促進せしむる一切の行爲である

(註者檢番營業は本號に該當する。大控。判・大四・三・三一、商判集追一八六頁)。その主なるものは商行爲の仲立を爲す者の行爲、即ち、仲立商行爲である(商法五〇三條)。媒介代理商も獨立商人性を有する限り、その行爲は本號の仲立に關する行爲である。併し乍ら、獨立商人性を缺く媒介代理商の行爲は本號に該當しない。それは附屬的商行爲としての媒介と解する外はない。民事仲立行爲たる傭人口入、結婚媒介の如き周旋行爲は營業として爲されるときに限り本號による商行爲である。

取次に關する行爲は他人の委託により取次を爲すことを引受ける行爲にして、自己の名を以て他人の計算に於いて第三者と法律行爲を締結することである。これは代理に類似するも、自己の名を以てするが故に、所謂間接代理の關係である。取次行爲が委託者に對して、商行爲たるを意味しない。取次を爲す者の側から見て、營業的商行爲となるのである。取次商即ち、問屋營業(商法五五八條、運送取扱營業(商法五五九條)の行爲の如きが主なる例である。その法律上の性質は委任なること多く(商法五五二條、五五九條)、又請負たることもある。

(12) 商行爲の代理の引受(商法五〇二條一二號)

商行爲の代理の引受は、委託者のために商行爲となる行爲の代理を引受くる行爲を意味する。仲立の場合と異なり代理の目的となる行爲は、總ての法律行爲に及ばず、商行爲に限定せられて

あるが故に、委託者のために實際上稀にして、商行爲ならざる一般私法上の行爲の代理を引受くるも商行爲とならざるが如くである。然し、この委託者のために商行爲ならざる行爲の代理を引受ける行爲が營業として爲されても、文字上、本號に該當しただけであつて、それが商行爲と解されることは、商法第四條第二項より特に明かに、而かも又、第五〇二條が例示規定たることより理解せられる。

本號の例として締約代理商が擧げられる。併し乍ら、獨立商人性を有せざる締約代理商の行爲は附屬的商行爲としての代理の引受と解する外はない。

(13) 信託法上の信託引受(信託法六條)

信託法上の信託は信託者が財産の移轉、その他の處分を爲し、受託者に對して一定の目的に従ひ、財産の管理又は處分を爲さしめる行爲である(信託法一條)。信託の引受は營業として爲されるときに商行爲となる(信託法六條)。尙ほ、一定の商人がその營業のために個々に信託の引受を爲す場合は附屬的商行爲である。この信託の引受が營業として爲されるときは、信託組織法(信託法、六一・四二二、法六五號)と共に、營業法の一つの特別法を形成する。

(14) 無盡業法上の無盡(無業法二條)

無盡とは一定の口數と給付金額とを定め、定期に掛金を拂はしめ、一口毎に、抽籤、入札等の方法により掛金者に金銭又は有價證券を給付する行爲である(無業法一條)。これが營業として爲されるときに商行爲となる。無盡についても、その組織法は無盡業法(昭六・法四二號)に規定せられる。行爲法として完備せる無盡法の制定が要請せられる。

三 附屬的商行爲に屬する商行爲(商法五〇三條)

附屬的商行爲は法文上、商人の概念を前提とする。併し乍ら、商人の概念は營業を前提とするものと解されるから、この商行爲は營業の動的發現である。即ちこの附屬的商行爲は營業に關する直接又は間接の一切の行爲をいふのである。法文はかかる一切の千差萬別の行爲を個々に擧げることとは不可能であるから、この一般的規定に於いて營業を圍繞する行爲につき商法を適用せんとしたものである。商法が營業を對象とする法たる限り、本條の規定の建前が、前條の規定の建前よりも、寧ろ、自然である。

附屬的商行爲はその有償、無償に關係がない(例へば、景品の贈與、投宿客の車による送迎)。所謂サービスは附屬的商行爲に屬する。又、これは、法律行爲たることを要しない。事務管理の如き、準法律行爲も可なりである。更に狹義の法律行爲以外に、法律上の行爲も亦可なりである(申込・催告・通知・告知・期間確・定・營業所又は商號の選定の如し)。

尤も、附屬的商行爲は營業上の行爲たることを要する。身分法上の行爲、例へば、婚姻、養子縁組の如きは客觀的に營業の手段と解されてはならぬ。又、商人たる營業主の遺言の中に營業に屬する事項を含むも、それは附屬的商行爲ではない。尙ほ、營業開始の準備行爲も、特定營業の開始意思を客觀的に實現するものならば、營業の發生、即ち營業主たる商人が、その資格を取得すると同時に、前の準備行爲は附屬的商行爲となると説明せられる(大判、昭六・四二四)。

併し乍ら、實際上、商人の行爲が營業のために爲されたるや否やは不明な場合がある。事實、判別不明のことが多い。ここに、商法は推定規定(商法五〇)を有する。これを所謂推定的商行爲(presumptives Handelsgeschäft)といふが、それは別に推定的商行爲なるものが存在してゐるのではなく、或行爲に附屬的商行爲性を附與するに過ぎない。従つて、その推定を争ふ者に於いて、その舉證の責任がある。尤も、營業のためにせざることを明白なる場合は、この規定の適用の餘地はない(大判、大二・九二九)。營業の主體者たる商人が他人に金錢を貸付け、或は準消費貸借を爲すことは商行爲と推定せられる(大判、昭八・六・一三)。

商法がこの規定を有することによつて、又一方的商行爲にも商法を適用することにより(商法三條)、吾々の法律生活は極めて廣汎に亘り、商法の適用・支配を受けることになるのである。

第二章 營業行爲に關する民法の商化規定

第一講 總則の商化規定

營業の商的活動に關しては民法規定も亦第二線に於いて、適用されるのであるが(商法一條)、營業活動の職業的性格の齎す迅速性・確實性等の性質の發現のため、又、營業社會に於ける營業の道義的性格の齎す取引的協力性の發現のため、特に、民法規定を商化し、變更歪曲してゐる。今、民法典の順序に従ひ、總則規定、物權規定、及び債權規定の三つに分けて説明しよう。尙ほ、商行爲總則中、有價證券に關する規定がある(商法五一・六條Ⅱ、五一・七條)。これは、別の講義たる證券法に讓ることは既に一言したるところである。先づ、民法總則の商化規定として、(a)代理、(b)時効について規定がある。前者は商事代理、後者は商事時効として知られてゐる。

一 商事代理は、民法の代理規定を商化したるものである。

(1) 代理は所謂顯名主義を民法の原則とするのである(民法九)。然るに、商取引に於いては、その取引の多數性、反覆性のため、又その取引が多數の商業使用人によつて行はれるがため、各行

爲毎に、代理人となる者が本人を表示することは、その取引の敏活なる處理に支障がある。そこで、商法は商行爲の沒個性の特質により敢て顯名主義を採用しないのである(商法五〇四條、これは民法一〇〇條の例外である)。従つて、たまたま、代理人が本人の表示を忘れても、代理たる行爲の効果は本人に及ぶのである。即ち、代理人は自己の名に於いても取引を爲して、その効果を本人に歸せしめることが出来るのである。相手方が本人のために代理人が爲してゐることを知らない場合も同様である(大判、明三九七九〇頁)。

併し乍ら、これは全く商行爲の沒個性による便宜的規定である。その故に、相手方は代理關係あることを知らざる場合に、その不知は相手方が立證しなければならぬのであるから、この場合、その行爲の効力が本人に對して生ずることは、本人の無資力乃至不誠意のため、相手方が不測の損害を蒙ることがある。ここに、營業に於ける代理人の信用維持と善意者保護の要請の下に、本條但書の出て來る意味がある。即ち、かかる場合に、相手方は代理人に對して、履行の請求を爲し得るのである(商法五〇四條但書)。假令、相手方が、誤つて代理關係あることを知らざりし場合も、この但書の適用あるものと解せられる。併し乍ら、相手方が代理人たることを信せず、本人として取引したる場合は一般に本條の適用はない譯である(東控、大七・四二六、商判集進一九〇頁)。この但書の適用に於いて、

本人と代理人とは何れも行爲の當事者として、所謂不真正連帶債務を負擔することになるのである。従つて、先づ、何れに請求を爲すも自由である。又その選擇の變更も自由である。然し、相手方と代理人との間に新たに法律關係が成立し、從來の法律關係が變更すると解すべきではなく(大橋「商行爲法講義」三二頁は法律關係が成立するであらうとせらる)、代理人の責任は何處までも、その履行についてのみ存するのである。

本條は手形行爲には適用されない(手形法八條、小切)。蓋し、手形取引はその安全保護のため表示せられた記載のみによつて法律關係を決定するものであるからである。尙ほ、本條は受動代理の場合も準用あるものと解せられるが、この場合は但書の準用の餘地はあるまい(横地判、大一一〇、二・九、反對)。

(2) 代理權の存續に關して、商法は特則を設けてゐる(商法五〇六條)。即ち、商取引に於いては商人資格を有つ主體者よりも、營業自體が主體者的に法上に扱はるべきであるから、民法一一一條の例外として、商法五〇六條の規定となつてゐるのである。一般に、この規定は相續人との信用關係よりも取引の敏活安全に重點を加へたる結果の規定にして、第三者の保護、企業維持のためと説明せられる。正に本條は「營業それ自體」を法律上承認してゐる典型的條文であると理解して來たことは既に述べたところである。而して、本條の適用に於いて個人法上本人の死亡により本

人の代理人が、當然に營業の名義者たる相續人の代理人となるのである(大判、大五・一・二九)。尤も、本人が當初自己の死亡まで代理權を授與すると契約して授權したるときは、本人の死亡が代理權の消滅を來すは當然である。併し乍ら、使用人がかかる代理權を有するときも少くとも善意の第三者には對抗出來ない(商法三八條Ⅲ、四三條Ⅱ)。ここに「商行爲ノ委任ニ因ル代理權」とは個々の商行爲についてまでも、その代理權が本人の死亡によりて消滅しないと解しては、少々、民法との釣合上行き過ぎであるから、條文の文句に幾分離れるが、「商行爲タル委任」と解する。即ち、商行爲の代理(仕入、賣却の代理)を爲す權限の趣旨ではなく、商行爲たる授權行爲(例へば、支配人の選任)により生じたる代理權、即ち委任行爲自體が商行爲たる場合の意味に解してゆくのである。

二 商事時効は、次の如きものである。

商取引の多數性・迅速性・確實性等の要求は、民法一六七條一項に規定する一〇年の債權消滅時効によつては充たされない。そこで、商法五二二條は商行爲による債權の消滅時効を五年と規定してゐる。尙ほ、短期時効の明文あるときは勿論これに據らしめる(但書)。商法の承認する短期時効の例を挙げれば、多くは、營業法の特別法の分野に存在してゐる。即ち、運送取扱人の責任の消滅時効(商法五、六六條)、運送取扱人の債權の消滅時効(商法五、六七條)、運送業に對するこれらの規定の準用(商法五、八

九)、質入證券の所持人又は裏書人の請求權の消滅時効(商法六、一五條)、倉庫營業者の責任の消滅時効(商法六、六條)、保險契約より生ずる義務の消滅時効(商法六、六三條)、船長の船舶所有者に對する債權の消滅時効(商法七、二條)、海員の債權の消滅時効(商法七、三六條)、船舶所有者の傭船者、荷送人、荷受人に對する債權の消滅時効(商法七、六五條)、船舶所有者に對する準用規定(商法七、六六條)、海上旅客運送への準用(商法七、八六條)、共同海損、船舶の衝突によりて生じたる債權の消滅時効(商法七、九八條)、救助料請求權の消滅時効(商法八、一四條)、海上保險契約より生ずる義務の消滅時効(商法八、一五條)等である。又其他の法令に短き期間の定めあるときは即ち、手形法七〇條、小切手法五一條、民法一七〇條乃至一七四條等これである。

商法五二二條の適用あるためには、債務が商行爲によりて生じたることを要し、且つ、これにて充分である。而して、ここに、當事者が商人資格を有するや否やを問はず、又、債權者、債務者の何れにとりて、商行爲たるやも問はない(大判、大五・六・二)。この商事時効の性質、效力、中斷、停止等の原則は民法の規定するところによるのである。尙ほ、商行爲の解除權は純然たる債權ではないが、商行爲によりて生じたる債權と同一視して、その時効を五年と解する。

第二講 物權の商化規定

民法の物權規定を商化して商法典に規定せられるものは、(a)留置權、(b)流質契約である。前者は商事留置權又は商人間留置權として知られ、後者は流質契約禁止不適用の規定である。

一 商事留置權とは次の如きものである。即ち、商法は代理商(商法五一條)及び問屋(商法五七條)等に特別なる留置權を認める外に、一般に所謂商人的留置權(kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht)を規定してゐる(商法五二一條)。而して、これを民法の規定する留置權(民二九五條以下)に對立せしめてゐる。併し乍ら、商法は商人間の留置權として、その成立のみについて規定するに過ぎないのである。従つて、留置物により完全に債權の満足を求めるためには、民法によるのである。即ち、その性質、效力、及び消滅については民法の規定に基くのである。尤も、商人的留置權と民事留置權とは沿革的に、大なる相異のあつたことは興味あることである。即ち、民事留置權はローマ法の衡平の觀念に基いて發達したものであるが、商人的留置權は一六世紀のイタリア都市の質權設定の迅速安全の要請より出でたるもので全く商慣習法に基くのである(樂師寺「留置」權論「參照」)。

(1) 商事留置權は當事者が必ず營業の主體者たる商人資格を有つものでなければならぬ。即ち、

債權が双方的商行爲によりて生じたることを要するのである。併し乍ら、債權が発生するときに、その商人資格あること、即ち、營業の存在することを要するものであるが故に、その資格の存続即ち營業の存続を要しないのである。又、従つて、留置物を取得したる時に商人資格あること即ち、營業の存在することを要しないものと解せられる。抑ふ、この商事留置權なるものは營業そのものを視野に置いて、繼續的な取引關係のあるところに考慮せられたる規定である。而して、營業間の債權と物との關聯に於いて重點があるのである(スイス債務法八、九五條參照)。従つて、双方的商行爲による債權に限らるるものである。他人より讓受けたる債權には、この留置權は存在しないのである。蓋し、豫想しない債權によりて留置權が行使せられては、行使せられる側には些か酷であるからである。但し、相續、合併等の債權者の地位の包括的承繼の場合又はこれに準ずる營業讓渡の場合には、この留置權は存在する。更に、指圖證券又は無記名證券は債務者が所持人に直接に債務を負擔する意思を有するものと解されるが故に、これを讓受けたる場合も、亦この留置權は存在する。而して、債權が金錢債權たる否と、又債權額の確定する否とは、敢へて問はないが、債權が辨濟期にあることは當然必要なのである(尙ほ、破産の場合には別除權を行使し得る。破産法九二條、九三條參照)。

(2) 留置權の目的物に關しては、留置權成立の當時に所有權を有する債務者所有の物又は有價

證券である。單なる債權又は無體財産權は目的物にならない。而かも、債務者との間に於ける占有取得自身が商行爲性を有ち、その行爲により債權者が直接又は間接に占有を取得したることを要するものとする。債務者が直接に占有を爲す場合は不可である。併し乍ら、擔保せらるべき債權と留置物との間に具體的に所謂牽聯關係 (Konnexität, connexité) は不用なのである。故に、敢て、占有物に關しない債權のためにも、その物を留置し得るのである。曩に留置權の目的物を物又は有價證券と限定したることは、債權と留置物との牽聯關係の存在を要しないことを些か物語つてゐるのであるが、牽聯關係の不用の根據は、この規定が繼續的取引關係に據點があるからである。尙ほ、商法の自由主義的性格のため、特約により、明示又は默示に、この留置權を排斥し得ることになつてゐる(商法五二一條但書)。運送業者は運送目的物を運送せずに、相手方への債權のためにそれを留置し得るか。これは、運送業者に於いて信義に反してゐると解せられる。従つて、信義則上、運送品の上に、留置權は發生しないのである。

二 流質契約禁止不適用に關して、商法は規定を設けてゐる(商法五一條)。即ち、民法上の流質契約禁止(民法三四九條)の規定は商行爲によりて生じたる債權を擔保するために設定せられた質權には適用しないのである。商行爲によりて生じたる債權とは債權者又は債務者にとりて商行爲によりて生じ

たる債權である。蓋し、民事に於いては、流質契約禁止の趣旨は債務者保護の點にあるのである。商事に於いては、民法規定の考慮の如きは、必要でなく、却つて、商取引、殊に、金融を阻害することになる。それ故に、一方に於いて、既に、民事上も脱法行爲として、賣渡抵當の方法により流質契約と同一の結果を生せしめてゐることを思ひ、他方に於いて、競賣法(明三・法一五號、昭六・法一九號改正)による方法は極めて、煩雜なることを思へば、この商法の規定は商取引の現實に即應するものといへよう(質屋取締法一一條、公益質屋法、一五條は流質契約を許容する)。

第三講 債權の商化規定

民法債權規定の商化は、商法中 (a) 契約の成立、(b) 行爲の有償性、(c) 債務の履行、(d) 連帶債務、(e) 商事委任について存在する。

一 契約の成立

契約は申込に對する承諾によりて成立するものであるが、商事契約の特性の故に、殊に、營業社會の仁義の故に、商行爲に關する申込及び承諾について、民法規定を商化してゐるのである。

(1) 契約の申込につき民法の原則によれば、(イ) 承諾期間の定めある申込には、對話者間と隔地者間との區別なく、その期間内は、これを取消すことを得ない(民法五一條)。その申込は期間經過と共に原則として當然效力を失ひ、拘束力もないことになるのである(民法五二條)。承諾期間の定めなき申込には對話者間と隔地者間とにより申込の效力が異なる(民法五二條)。商法は後者の場合、即ち所謂承諾適格 (Annahmefähigkeit) の存續期間に關してのみ商化規定を有つのである。而して、申込の效力そのものの發生時期及び對話者乃至隔地者等の意義は民法に従ふのである。

(i) 對話者間の申込はその取消のあるまでは、その效力を存續すると共に、申込人は何時にて

も、その申込を取消すことを得るのが民法の原則であると解せられる(民法五一條I反對)。これに對して、商法では、申込を受けた者が直ちに承諾を爲さざるときは申込はその效力を失ふとするのである(商法五〇七條)。蓋し申込の效力を長く繼續せしめ、承諾適格を存續せしめるのは申込人の自由を拘束し、營業社會の動的秩序維持、取引の敏速を期する所以でないとの理由に出づるのである。尙ほ、この申込は商行爲たる契約の申込たることを要するのである。然る限り、その行爲が何れの當事者に對するか、又如何なる種類の商行爲たるかは問はないのである。

(ii) 隔地者間の申込は申込人が承諾の通知を受くるに相當なる期間(白地規定であるから、各場合の取者の事情等が考慮せられて定まるのである。尙ほ、大判、昭二・二・二一参照)、これを取消すことを得ないのみならず、相當の期間を経過した後も申込の取消があつて始めて效力を失ふのが民法の原則である(民法五二四條、尙ほ)。これに對して、商法は取引の現實的要請を考慮して、先づ、申込を受けた者が相當の期間内に承諾の通知を發せざるときは、その效力を失ふこととする(商法五〇八條)。次に、申込者は承諾期間の經過した後にも、契約の成立を欲することがあり得るから、遅延したる承諾をば申込者は新なる申込と看做すことを得るのである(商法五〇八條、民法五二三條)。

(iii) 申込と同時に、物品を受取りたる場合について民法には何等の規定もないが、この場合に、