

ユリウス・フォン・ギイルケ

「商法および航海法」

喜 多 了 祐

Dr. Julius von Gierke, Handelsrecht und
Schiffahrtsrecht,
6. ungewürfelte Aufl. XIII, 567 S. Berlin
1949.
Walter de Gruyter.

ドイツ商法典の實施をもつて始まる今世紀の前半を顧みるとき、そこにドイツ商法学の消長を特徴づける四つの時代を區別することができらるであらう。初頭十數年は前世紀後半からのめざましい發展につづく全盛時代であ

ユリウス・フォン・ギイルケ「商法および航海法」

つて、法学全般におけるドイツ學派の世界的雄飛の中にその商法学もまた華やかな地位を占める。第二期は第一次大戰とその余波に喘ぐ十數年であつて、内面的な不安動搖を克服しようとして商法学の方法的反省と立場的自覺とが問題とされる。この模索過程のあとにきたのはナチス政權の支配の時代であつて、「商法から經濟法へ」の合言葉のもと商法学は獨特な政治的色彩にかくれ去つて行く。その十數年を第三の時期として、最後に第二次大戰後の混亂時代を迎える。これは文字通り「崩壊」(Zusammenbruch)の時代であつて、いまだ立直りの形勢もでき上らぬままに二十世紀の後半に入らうとする。だがドイツが世界に誇つたその商法典は敗戦後「西

ユリウス・フォン・ギイルケ「商法および航海法」

ドイツ(G. Westzonen) になお現行法として生き残つた。ドイツ商法学の五十年がその下にくりひろげられてきたことを思えば、いま西ドイツの商法学者をして守り抜こうとするその商法典の今日の姿を語らしめたいと望むのはわたくしだけではあるまい。一九四九年の春ドイツ商法学界の耆宿ユリウス・フォン・ギイルケはその名著「商法および航海法」の改訂第六版を世に送つて、いちはやくこのような期待に應えてくれた。本書は今さら紹介するまでもなくドイツ商法研究者の好伴侶としてすでに數世代にわたりひろく親しまれてきた定本である。初版が出たのは第一次大戦後間もない一九二一年の春で、今世紀前半のドイツ商法学史上第二期に當る。漸く商法学が方法的にまた立場的に意識したものを伴つてきたこの時期はいわゆる利益法学(Interessenjurisprudenz)を提唱するミユラー、エルツバハ、ン(Müller-Erzbach)の「ドイツ商法」(Deutsches Handelsrecht, 2/3 Aufl., 1928)とギイルケの「商法および航海法」との兩定本によつて代表せられるであろう。兩者は多くの點で對蹠的なものを感じしめる。前者が洞察の深さと資料の豊富なことをもつて顯われる浩瀚な力作であるとすれば、後者は資料の新しさと要約の手頃なることによつて愛され

る珠玉の傑作である。しかし反面において前者が内容多岐にわたり捕捉困難であると非難せられるのに對して、後者は論述淺薄にして重厚さを欠くと批評せられる。二つの商法論は、しかしそれぞれにこの時代の苦悶をあらわしているともいふべく、それだけに兩者その後の消息が興味をもつて眺められる。前者の商法論はその提唱する利益商法学的方法によつて充分に展開されているかの疑を残したままナチス法学の登場によつて取つて代られた。後者は初めから商法教科書的人格において教育的觀點から商法論を出發せしめ地味に版を重ねてナチス時代にもその存在を維持して行つた。本書がナチスの時代を生きてきたことは敗戦後の改訂第六版にはつきりとした痕跡をとどめているように思われる。そしてそれが本書の眞面目を物語つてゐる。一見淺薄と受取られ易いその論述の仕方の中に實は教育と學問との隙のない取組が淡々として演ぜられているのを人は感じ取ることができないであろうか。重版の各回はすべてそのための苦心のあとかたである。

一九二〇年暮れの日にしたためられた本書初版の自序からして知られるように、當時ギイルケの念頭には大学とくに商科大学における商法学の教育をいかにして功果

あらしめるかの問題があつたのである。敗戦ドイツのすべてが不安におののいてるとき、彼は多年の経験を基礎に、この問題に關する確信に充ちた成案を呈示しようと決意した。彼は書いている。「この教科書をまとめるに當つて、わたくしはもつぱら教育的觀點によつた。それに應じて構成もなるべく簡単に仕組み、大體においてわが商法典の順序に従つた。——とくにわたくしの努力した點は、歴史的また經濟的諸關連を吟味して、民法とは異つた商法的規整を必要ならしめる諸要因を解明することであつた。さらに定款規約・自治規程および業務約款に活躍するようないわゆる生きた法に一瞥を興えることにも大きな價値をおいた」と。この基本的な態度は第三版の相當大きな改訂に際しても維持されたし、今回の改訂第六版では一層強く前面に押し出されている。後者において彼がこの點をとくに強調しているについては、その前の第五版の内容と背景を考え併さなければならぬ。第五版はいうまでもなくナチス政權下に出されたもので、舊版に對し改訂を加えた點では前後を通じて最も著しく、このとき初めて本書は二部作に膨張した。第一部は一九三七年に、第二部は一九四一年にそれぞれ出された。この大擴張は商法および航海法のほかにその他の

ユリッス・フォン・ギルケ「商法および航海法」

營業法、全經濟法の構成ならびに民法上の社團や組合などを含めた最廣義の結社法をも包括的に敘述することを企圖したものである。一九三三年ドイツの法科大学はナチスによつて新しい講義要綱の採用を強制せられ、商法はその獨立性を奪い去られていた。第五版はこうした壓制下に出されたのであつて、元來教科書としての本書がさような體裁を採るに至つたのはギルケの學問的意圖とはいひきれない。ナチス法制に對する彼の學問的評價は後に觸れるが、當時有力の學説はナチス經濟法學の建設に向つて商法の發展的解消をすら叫んでいたほどであるから、右のような擴張はその傾向からすれば手ぬるい改訂の仕方であつたといえる。この點に關するその後の彼の自己批判は、従つて、敘述内容の學問的是非よりもむしろ敘述形式の教育的効果の判斷に向けられている。第六版における改訂の辯にこのことは明かである。すなわち前版における擴張の試みは却つて民法と商法との分離か結合かの問題解明を不成功に終らしめたのみならず、銀行業・保險業・問屋業・運送業などの重要な商部門をおろそかにし、航海法にいたつてはほとんど完全にこれを無視し去る結果にすなつたので、新版では商法および航海法を民法から原則的に分離して封鎖完結的なも

のに再び引戻すことを念としたというのである。もちろん經濟法に關する敘述はこうした未決の問題への深入りを避けて商法驅逐の急進論に對する簡單な反駁の言葉にとどめられている。すなわち「經濟法は經濟統制とこれに特有な組織形態の法に限るとするのが最も正しい。經濟法が商法を驅逐するのは越權行爲というのほかはない。今日最も重要なことがらは大抵商法に編入されるのである」と。現行法典の判明かつ重點的な把握を第一義としながら、新なる發展の動向に對しても學生をして果しない學界論争の渦中に迷い込ませることなしに妥當な手引きを與えるということは、なかなかの熟練を要するわざである。それを本書は見事にやつてのけている。かようにして第五版の欠陥を是正したのであるから、新版ではとくに教育的觀點の力説を必要としたわけである。ナチスによつて押しつけられた講義要綱から完全に解放されたいま、この教科書がさような觀點よりして以前のシステムに復歸するのは極めて自然である。これによつて教師と學生とに過大な要求を課することは避けられるとギルケは考えたのである。彼が構想する商法講義のプランは、第一編商人とその商企業一般、第二編商取引の諸團體、第三編商行爲、第四編航海法であり、本

書新版の論述はこの順序で進められる。海法および内國航海法が第四編におかれるのは商法の隣接領域だからであるが、保險法と手形小切手法が含まれないのはその獨自性のゆえである。いつたい商法講義というものが初めて纏まつた形で試みられた前世紀の當時とは異つて、今世紀に入つてからは何ぶん素材が膨脹したので、手形法・保險法・有價證券法のごとく個々の領域はこれを特別の講義科目として分離するようになった。新版はつまりこの線に復歸したわけである。

二

ところでこの復歸ということに關連して考えさせられる問題が二つある。それらはいずれも論述内容の問題である。本書の構成が第五版より以前の形式に引戻されたということは教育的觀點からうべなわれるとしても、學問的觀點からすればその形式の下に論じられる内容までも舊に還つてよいということには必ずしもならないし、また何よりもまず第五版の内容が再檢討された上でなければ本當の意味でナチス以前への復歸ということは論じられない筈である。従つて、第一にギルケがナチス法制を學問的觀點からいまだのように評價しているか、こ

れを新版の中から検出しなければならぬ。第二にはナチス以前の舊版に比べて新版の中にはどのような理論的特色が認められるか、全然何ものも見出されないのなら問題は無いが、もしありとすればその特色が新版をもつてナチス以前の舊版のたんなる再現となしえない重要な一つの點ではないかを考えて見なければならぬ。

まず第一の問題點について。今回の改訂はもつぱらナチス法制の評價をなすために企てられたものでないこと本書の性格からして當然であるから、この點に關する論述は簡單で充分窺いえないのであるが、しかしナチス時代につくられた法律のすべてが廢止になつたのではない今日、新版に含まれたそれらに關する、とくに重要な商法關係法規についての論述は興味ある箇所といわねばならぬ。ナチス時代すなわち一九三三年から一九四五年の「敗戦」(Zusammenbruch)までのドイツ商法の發展を彼が素描するところによれば、それは上下二つの層に峻別しなければならぬとされる。上層は民族社会主義(Nationalsozialismus)特有の基本原理の展開である。そこでは指導者原理(Fuehrerprinzip)と民族主義(Rassenprinzip)とに重點がおかれる。前者は營業團體の自由を完全に封殺してしまつたし、後者は營業主の生

ユリウス・フォン・ギルケ「商法および航海法」

命・自由・財産を非人道的仕方で剝奪した。今一つの層は民族社会主義に特有でない新舊の見解に立つ又は國際的取極めに根ざす法規の展開である。これは「廣義における商法の喜ばしい充實」というべく、前の層と混同されてはならない。この現象は錯雜な上部組織や厄介な指導者原理の難點をもつた一連の經濟政策的諸法規の中にすら認められるし、また國民勞働秩序法を大宗とする一群の勞働立法の中にも見出される。企業者と被傭者との間の經營協同體はナチスの發明ではないのである。さらに株式会社の「無名性」(Anonymität)に對する攻撃の名の下に行われた改正もまたナチスの發明ではないし、それを準備工作として制定實施せられた新株式法の合理的な點の多々あることも否定しえない。その他海上運送や手形小切手に關する改正新法も法發展の暗黒面ではない。かように、ギルケはナチス時代の立法に對して是々非々の態度を明かにしている。

敗戦後の法律改革とそれに對するギルケの所見についても充分なものは知りえないが、ナチス法制に對する彼の右のような態度はその邊の敘述にも一貫してゐるようである。すなわち連合國の一般命令ならびに各個占領地域における特別措置によつて始められた根本的變革は

その發展の方向においてなお全く浮動状態にあるが、民族主義がもたらしたものはそれによつてすべて除去され、商法の領域では例えばナチス時代「非アリア系」(„Nichtarisch“)の商號を有するとの理由で商號法上の利益を剝奪せられた有名商社の營業主は戦後賠償の途を拓かれた。指導者原理も排除されてしまつたと見なければならぬが、株式法上のそれについては若干問題がある。一九三七年に制定實施されたこの法律は一九四五年後はドイツの分割とカルテルの禁止と貨幣制度の改革によつて打撃を蒙つたが、なお現行商法の主要法源として西ドイツに残つてゐる。それは元來ドイツ商法典第二編第三章および第四章にとつてかわつたものであるから實質的には法典の一部をなすと見ていい單行法であるが、何しろナチスの手にかかつて生れたものであるだけに、その解釋と運用には今日多くの問題がかかつてゐるといわねばなるまい。指導者原理の問題はその一つである。この點に關するギルケの所見を拾つて見よう。まず「ドイツ株式法によれば株式会社は四つの必要的機關を有する。取締役・監査役・株主總會・決議検査役これである。取締役は廣義における指導者原理に従い最高機關とされ、株主總會の權能は一定の範圍に限られた。だがわた

くしの見解によれば、この原理は、爾來何らの法的變更も加えられていないけれども、一九四五年の敗戦以來の全發展によつて押し流されてしまつたのであり、そのかぎりでは株主總會は再び全面的に最高機關としての地位を有たねばならぬし、またその地位を利用しうるのである。しかしながらこのことは一般的承認をえていないので、以下の敘述は全く同法の規定に従ふこととする」と述べてゐる。ここに廣義の指導者原理とはこうである。「取締役は会社の指導權 (Leitung) をもつ。業務執行と代表これである。彼は廣義の指導者原理に従いそれをする。すなわち彼は自己の責任に従い行動しなければならぬのであつて、株主總會や監査役の指圖に服さないのである(株式法七〇條)。」約言すれば「株主總會および監査役に對する取締役の獨立性」である。以上のごとき廣義の指導者原理に對して狹義の指導者原理といふのはこうである。「取締役は會長を互選しうる。會長はまた監査役によつても決定される。しかし會長單獨で業務執行の決定權を有し、他の取締役員はたんに勸告をなしうるにすぎないような、狹義における指導者の地位を會長はもはや有しない。何となれば株式法が含むかかる狹義のナチ斯的指導者原理は敗戦以來排除されてゐるこ

と今日疑ないからである」と。要する廣義の指導者原理はともかくとして狹義のそれははつきりと否定せられるのである。今日の株式会社が寡頭支配的性格になつていゝる現實を認めるとしても、獨裁主義の原則は許されないとする見解のようである。

以上によつてほゞ明かなるようにギルケはナチス時代の法發展からナチス的なものを區別し去つて殘されたものの中に商法の進歩をすら見届けようとするのである。本書がその時代を生きてきたのはこのような洞察眼があつたればこそである。従つてまた新版がその理論的内容においてナチス以前の舊版への單なる復元であろう筈はない。いま新版を第三版の改訂と比較して見ると、後者の骨組は第一編商人、第二編商法上の会社その他の團體、第三編商行爲、第四編航海法であるから、形式的には大差はないが、内容的には曩に一言した新版論述の編別中第一編に商企業概念の強調が注目をひく。しかもそれは商法の中心概念をいかに見定めるかという根本問題に關わるものである。そこで次に第二の問題點としてこの根本問題に關するギルケの所説を新版につき理解して見よう。

「商法とは商の特別な私法である」という型通りの定

ユリウス・フォン・ギルケ「商法および航海法」

義から始まつて、その中心概念たる「商」の意義に經濟上の意味と法律上の意味とを分け、後者が前者よりも廣くなつてゐることを論定するあたりは、一般の説明とほゞ同様である。ただギルケにあつては、その擴張を説明する統一的な方式を求めめる努力は無駄であるとなすのである。歴史的また經濟的ないろいろの見方があるの
で、「全理論は灰色である」(„Grün ist alle Theorie“)といふのである。この立場からすれば、わが國の有力説たる商的色彩説のごときは勿論否定されるであらう。だが彼はこれには觸れていない。彼がとくに取上げてゐるのは現代商法学の最新派と目されるウイラント学派(Wielandsche Schule)の企業中心説である。すなわちスイスのウイラントによれば、法律上の意味における商は「企業」(„Unternehmung“)に關するもので、しかもその企業とは不定量の利潤を獲得するために經濟的諸力(資本と勞働)を賭することである。これに對する非難の第一としてギルケが擧げるのは、企業なる語表は極めて多義であり、國民經濟上においても一義的に使用されておらないということである。彼の見るところで企業概念は無色であつて、とくに營利心を包含するものではない。例えば私「保險企業」に關する法律でも相

互保険会社を含むわけである。さらに彼はその他の點でもウィイラントの定義は妥當でないという。殊に貸本業者、醫師、彫刻家、辻馬車屋、小修理工場や漁場の持主および農林業者は、ウィイラントのいうような企業を有つていても、法律上の意味における何らの商人でもない。他方何らの營業をも經營せず、従つて何らの利潤をも獲得しない株式会社は、それでもなお法律上の意味における商人である。ウィイラントの見解は今日不當にも多くの賛同をえているが、難點は右に絶えるものではなく、無制限の財産増加を追求すると説く點も現在の通念に反する。ただしその場合國民全體の利害が充分には考慮されていないからである。かように述べて、ギルケはウィイラントの企業概念を商法の中心點から拒否し去るのである。尤もこのような批判は舊版にも見られるところであるが、無制限の利潤追求を難じている點とくにその論據は、語は簡單であるが、舊版には見られぬところであつて、このあたりに第五版を越えてきたギルケの考え方が滲み出ているように思われる。

ギルケは企業中心説のいわゆる企業を否定しつつも、彼自身の「企業」(„Unternehmen“)を商法の基礎に存する重要な概念として構想する。すなわち彼はドイ

ツ商法典が商人的職業および商人を出發點とする體系上主觀主義的なる點に着目し、商人ことに大商人のための特別法たるところにその特徴を見出し、この特徴は次の二點に法典上の根據を有するとす。第一が商企業の合目的構成であり、第二が團體形成の獨特な形式である。「商企業」(„Handelsunternehmen“)という概念は彼によればやはり經濟から法律に承け繼がれたものであるが、しかしウィイラントの理解する企業概念とは異つて、法律の領域でそれとして獨自な展開がなされたものであるという。ただし兩領域における概念規定の仕方はそれぞれ異なるからである。ギルケのいう商企業とは法律上の意味における商のための經濟的統一體(„Wirtschaftseinheit“)であつて、機能的にはそれは三つの放射線においてあらわれる。經營活動(Betriebsstättigkeit)、經營行爲(Betriebsgeschäft)および經營協同體(Betriebsgemeinschaft)である。經營活動の特徴は次の五つのものに求められる。劃一的な大量經營、高度の注意義務、精密な時間的また金錢的計算、外部的事實への信頼保護、特別な擔保手段である。經營行爲とはいゆる商行爲である。それは經營活動によつてつくられる活動範圍であり、狹義における商企業である。そして

經營協同體とは商人が使用人および勞務者とともに形成する人格法上の協同體である。以上のごときものが商企業概念内容である。ギルケはこれを全商法の基礎に存する統一的な構象 (Gedankengebilde) であるという。

「商企業」の概念についてはすでに彼は一の論文を發表している。彼はそこで法律語としての「商行爲」(Handelsgeschehn) を商法典上の意味における企業であるとなし、これを經營活動の客觀的沈澱すなわち營業上の活動を通してもたらされた「活動範圍」(Tätigkeitsbereich) として把握した。かような説明は企業をもつて單に商人的または専門的な過去の活動の結果にすぎないものとなすかのごとき印象を與えなくはないが、それはギルケの本意ではあるまい。未だ實現しない將來のシャンセもまた企業構成部分であることは、ギルケといえども否定するものではないと理解せられる。彼は企業活動範圍の中に全財産を算上げてゐるが、それらは民法九〇條にいわゆる物のみならず、權利その他の法益をも含み、渾然一體をなして企業を構成するものである。だからこそ彼は企業をもつて經濟的統一體と觀念してゐるのである。グッド・ウィルのごときがそれに含

ユリウス・フォン・ギルケ「商法および航海法」

まれるのは當然である。否そうした無體財産權的な取引關係が商行爲の核心をなすものと見られる。この核心におけ統一的なもの自體は所有權の對象にもなれば利益權の目的にもなる。かようにギルケは主觀的な經營活動から客觀的な經營の意義を導き出しておいて、いわゆる企業中心説の陥り勝ちな難點たる營業の讓渡その他の處分の場合における説明をうまく通り抜けようといふのである。この問題點につき、ギルケの見解をさらに敷衍して詳論を企圖したのがゴディン (R. F. v. Godin) の近業「企業利用權と企業参加」である。これもわれわれが紹介してゐるギルケの改訂新版と同じ年に出されたものである。いまそれに觸れるのはその處ではないが、ギルケの簡單な用語を理解するためには有益な參考文獻の一つである。參考文獻を示すに懇切丁寧なギルケの著書も出版の時間的關係か右の書物を引用してゐないので、とくにここに附記しておく次第である。例えばギルケは商行爲が「法律取引の對象」(Gegenstand des Rechtsverkehrs) としてあらわれることを述べてゐるが、ここに對象というのは民法九〇條に「有體的目的」(Körperliche Gegenstände) とするごときの「目的」に同じであつて、物でもなく權利でもなく、それらの上

位概念であると説かれる。ゴディンはかような上位概念としての企業の上に所有権類似の統一的な支配権を完全な権利として認めるのである。かような考え方はすでに不法行為法上や不正競争防止法上に確認されているものというべく、商行爲の經濟的一體性に力點を置いてそれらの法規定を洞察するならば、ギイルケの「商企業」概念は廣い視野を持つことがわかつてくる。しかしこのゆえにギイルケは商法を企業法 (Unternehmensrecht) として把握すべきであるというのではない。企業法について彼はまずこう述べている。約二〇年ほど前に、商人概念を全く拒否し去つて、商法を大企業のみに限つた「商企業の法」として理論構成すべきであるとの提唱がなされ、その後さらに「企業」一般のための法律制定が要求されるにいたつたが、商企業の法を最初に提唱したシュライバ (Schreiber) はロレンツォ・モッサ (Lorenzo Mossa) のようなイタリヤの学者の影響を強く受けたのである。そしてこの點に關する参考文献としてギイルケはとくに日本の米谷隆三博士の論作をあげている。「企業法の體系」(System des Unternehmensrechts) と題する獨文の力作がそれである。シュライバの「將來の商法の體系に關する基本思想」(Grundgedanken zum

System eines künftigen Handelsrechts) が出た數年後、ドイツで發表された。博士は直接モッサに師事して商法を学んだのであるが、商法の中心概念に卒然として企業を持つてくることはせず、シュライバやモッサやウィラントが企業をもつて権利の客體として理解する立場に一步を進めたのに着想して、企業に代えて商法典上の用語たる「營業」(Handelsgewerbe) を商法学の中心概念となし、そこに體系化の出發點を求めたのである。「商法の體系化のためには既知の概念に立ちかえるのがやはり望ましい。」かように述べて、營業法 (Gewerberecht) としての商法の特別的地位に企業法 (Unternehmensrecht) を構想する。ギイルケもまた企業概念の重要性を認めつつ商法の體系的説明の據點としては既存の法典用語を採るのである。ただそのさい米谷博士は主觀營業でも客觀營業でもない「營業それ自體」を考へるのであるが、これに對してギイルケの考え方は客觀營業の中に主觀營業の沈澱を見出し、そこから主觀營業の主體たる商人の概念に歸つて行くようである。すなわちいう。「なるほど舊理論の全く知らなかつた商企業概念は、それが正當に理解せられるときは、商法にとつても特に重要な意義がある。しかし、商企業の中に含まれた

經營活動から出發し、かくして獲得された商人概念を尖端に立てるのが望ましい。かくして商法は生氣に充ちたものとなる。企業や企業者にそれをきりかえることは全く拒否されるべきである」と。

以上のようなギイルケの商法概念定立の仕方はドイツ商法典の構成との調和に主眼を置いたものであることは明かだ、企業を中心にはおかないが主觀主義的現行ドイツ法典の仕組みの中に編入しうる限度でそれを消化しようとする態度が見られる。ここに基本的な態度は舊版と同じであるが、企業への認識をもつて内容的には一層深化されたという感じをうけるのである。そしてこの深化はナチス時代の法發展の底にすでにギイルケが理解していたものの表現にほかならないと見ることは許されないであろうか。

かように見てくると新版は、その敘述の體裁から受ける印象とは逆に、三十年の永きにわたり定本的價值を維持してきたその内容をここでさらに文字通り若返らせた (verjüngen) というのが最も適切であるように思われる。ハンス・モラー (Hans Moeller) が今回の改訂によつて本書が今後もさらにその指導的地位を保つことであろうといつたのはその意味で至言である。

ユリウス・フォン・ギイルケ「商法および航海法」

三

本書はとにかくにも商法典の殆ど全編にわたる體系書であるから、以上のような一般的な理解だけで紹介の任終れりとなしえないのは勿論である。しかし限られた紙數では本書の各章各節を總當り式に要約して行くことは困難であるし、また何よりも原文の簡潔要をえた表現を却つて殺すことになる。龐大な範圍にわたつて問題解明を試みている點では、これ以上充實した壓縮は望めないであろうし、それをさらに要約するがときはさして意味がないと思われる。そこで以下にはとくにわたくしの興味をひく特殊問題についてギイルケの特徴ある所見をうかがい、何ほどかの補いしたい。それはいわゆる表見商人 (Scheinkaufmann) の問題である。

ある人が眞實に商人であるかどうか、屢々疑わしいことがある。例えばある企業がその種類および範圍により商人的設備を必要とするかどうか (商法二條) は登記による商人 (Sollkaufmann) の要件に關する重要な問題であるのに、これが明かでない場合が多い。同様にしばしば疑問となるのは、商人ではあるが完全商人 (Vollkaufmann) であるか小商人 (Minderkaufmann) であるかである。何となれば「手工業的」經營であるか否か、

また「小營業」であるか否かの問題（商法四條）は必ずしも易々と片付け去らるるものではないからである。かくてはあらゆる當事者は不安にさらされる。従つて商法は第五條にはつきりとした規定をおいたのである。これが表見商人の規定である。しかし同條の規定する以外にも表見商人の存在が考えられるので、ギルケはこれを商法第五條の表見商人とそれ以外の表見商人との二つに分説する。

(一)商法第五條の表見商人。ある營業を經營する者のために不當に商號の登記がなされたときに、表見商人しかも表見完全商人が存在する。何らの商營業も存在しないという事（原文の „ein Handelsgewerbe“ は „kein Handelsgewerbe“ の誤植なること舊版の相當箇所同文からしても明かである）、または小商營業が存在するということは、主張されえない。登記が申請にもとづきなされたか、又は過失のようなものにもとづきなされたかは、問わない。しかし信義誠實によつてひかれた法秩序の一般的な限界は存在する。ともあれ、かように表見商人は眞實には完全商人ではないけれども完全商人と同様に取扱われるのである。登記を援用する者はすべてこのことを要求しうる。それは表見商人と關係した第三者の

みならず、表見商人自身もまたなしうるものである。この點は異説があり、ミュウラー・エルツバッハの説くところによれば、第五條はたんに一般公衆のみ保護しようとするものであるとされる。しかしこの見解は同條の沿革および文句ならびに經濟的實際的需要に矛盾する。同條は原則として兩當事者のために安全を保障するのである。ただしかかる完全商人たることの主張は、信義誠實に反するときは、排除せられる。すなわち登記される者の側で責に歸すべき仕方での登記に原因を與えた (veranlassen) 場合、たとえ不實なることを知つて陳述をなすとが、虚偽の證書または認許によつてさうな原因を與えた場合がそれである。逆に第三者の側でかかる反正直性を知れるときも、これに準ずる。しかるに通説はこのことを考慮せず、知はすべて問わざるものとするのである。本書の舊版もまたこの通説に據つていたことがあるが、一九三六年には改められた。この點についてもミュウラー・エルツバッハは異説を立てている。すなわち彼は第三者が商人資格の欠陥を知れるときはそれだけでも保護を拒否されるべきであるとするのである。しかもこの保護は彼によれば前述のごとく第三者にのみ與えられるべきものである。あま

りにも度の過ぎた見解というべく、喜ばしからざる争いのもととなり、第五條の本来の目的に反するであらう。なお表見商人資格は取引上また訴訟上に効力を有する。これに反し例えば刑法上・行政法上・税法上においては効力がない。ここでは眞實が決定的なのである。しかも私法においては正當な見解に従えば眞實ではなく外觀のみが問題となるのである (Im Privatrecht handelt es sich richtiger Ansicht nach nur um Schein, nicht um Wahrheit)。苟らに「正當な見解に従えば第五條は「營業」ではなくその他の企業が問題になつているときにも適用されうべきである。たとえば營利の意圖を欠いているとか、醫療企業が登記されたとかの場合である。この點についてはミュウラー、エルツバッハは同説なるも、彼の不當な第五條解釋のため右の結果は實際上の効果を殺がれている。右の第五條適用可能の場合に對して、企業不存在の場合または商號の登記なき場合には、同條は適用されえない。しかしこの場合には別の保護手段がありうる。それが第五條以外の表見商人の問題である。

(二) 商法第五條以外の表見商人。ギイルケの見解では次のごとく區別される。

ユリッス・フォン・ギイルケ「商法および航海法」

第一、商法第十五條による表見商人の責任。第五條が保護を與えぬ若干の場合に、第十五條が保護を與える。

例えば營業または表見營業の廢止の場合、その廢止が登記および公告せられざる間のごときである (商法一五條一項)。判例を一つあげれば、登記された商人が營業廢止後しかし商號取消前に口頭でなしたる保證の表示は完全商人の商行爲であるから (商法三四三條)、有効である (商法三五〇條、三五一條)。

第二、表見商人のその他の責任。商業登記簿上の商號登記をもつて又はこれなくして不實に商人または完全商人としてあらわれる者は、信義誠實の原則がその効力を展開しうるかぎり、恰も商人または完全商人であると同様な範圍で、善意の第三者に對し責任を負う。ここに善意者とは眞實の事情を知らざる者である。しかし信義誠實によつて第三者に保護が與えられるのは、相手方の意思表示および意思表現を解釋し (民法一五七條、二四二條)、公衆への表示による責任の原則を考慮し、また一般的惡意の抗辯に論據をおくことによつてである。解釋による保護は表見商人が存在する場合の判例によつて認められている。しかし一般的惡意の抗辯に關しても、ギイルケによつて初めて提唱されたその利用は表見商人に

とつて非常に大きな意義がある。けだし判例によれば悪意の抗辯は強行規定があつても民法第二百四十二條、第八百二十六條にもとづき認められるからである。ことにそれは方式規定を守らない場合にも認められる。すなわちある人が責に歸すべき仕方でも相手方をして方式不要なりとの錯誤に陥らしめ又はそうした錯誤を存続せしめたときは方式の欠缺を理由に契約の無効を主張することはできない。問題の重要性に鑑みギルケは一連の例を附加している。

(イ) 契約の解釋。非商人が商號をもつことによつて商人のような風をする。そして本當の商人と行爲を締結する。後者は善意であれば、行爲が商慣習に従い判斷されるべきこと(商法三四六條)、利息法上の利益を享けるべきこと(商法三五二條、三五三條)を要求することができ。あるいは該非商人が書面で保證の約束をする。この場合その約束の中に先訴抗辯の暗黙の拋棄が見られる(民法七七三條、商法三五〇條、三五一條)。

(ロ) 一方的法律行爲。自稱商人が支配人代理權 (Prokura) を授與する。この場合それは善意の第三者に對しては代理權の範圍をもつた又對外的に制限を拋棄した代理權授與行爲であると見るべきである。

(ハ) 公衆への表示。ある人が商號を有する小商人の營業を買取る。取得者は商號を續用する。このことは商法第二十五條に従い完全商人の營業の取得者と同様な責任を負うという意思の表現として解釋せられる。

(ニ) 一般的惡意の抗辯。小商人(あるいは非商人)が完全商人の風をする。そして口頭で保證の約束を興える。それだけではこの約束は方式の欠缺のゆえに無効であり(民法七六六條、商法三五〇條、三五一條)、意思解釋をもつて救いえない。けれどもその小商人(あるいは非商人)は一般的惡意の抗辯にもとづき責任を負わねばならない。例えば書面でなすべきことを相手方が要求したのに對して彼が自分の場合はそれは必要ないのだとの表示をなした場合は、たしかに然りである。同じ小商人(あるいは非商人)が違約金の約束をする。それだけでは彼は商法第三百四十八條と反對に民法第三百四十三條の減額請求權を有し、意思解釋をもつて助けとすることはできない。けだしこの約束は破棄しえないからである。けれども小商人(あるいは非商人)には大低の場合一般的惡意の抗辯にもとづき減額請求權が否定されねばならない。

(ホ) 消滅時効。非商人が商人としてあらわれたときに

消滅時効の特別規定（民法一九六條一號）が適用されるかどうかの問題について、通例は解釋規定が助けとなる。意思表示の解釋が問題になつていないからといつてこの場合あらゆる保護を否定する判例があるが、賛同しがたい。むしろさような表見商人との行爲締結の場合には相當な意思解釋によつて普通の消滅時効の短縮に關する暗黙の合意を論定すべきである。しかもこの合意は法律上認められてゐるのである（民法二二五條二段）。

(c)登記された名義のみの人。自らは何らの企業をも經營しないけれども、商號を登記せしめたところの者は、とくに嚴格に取扱われるべきであろう。この場合には一般的惡意の抗辯の助けをえて完全な信頼保護が行われるであろう。かくして、何らの營業をも經營せず、従つて何らの商人でもない、又商法第五條によつて商人として認められない、登記された名義のみの人との適切な取扱いが達成せられる。

第三、表見商人の權利。商人（または完全商人）にあらずしてさようなものとしてあらわれる人もまた商法第五條の原則の外で、自分のためにも善意の第三者に對する關係においては商人規定が適用されるべきことを主張することができるか。ギイルケの見解によればある場合

には取引信義を考慮した相當な解釋が肯定せられるであろう。しかしさような表見商人が善意であるということ、すなわち眞實の事情を知らないということとは、常に要求されねばなるまい。例えば、甲は登記商號を有する大きな通信社をもつてゐる。甲の知らない間にその商號が不當にも取消される。そして彼は何らの報告をも受取らない。甲は同じく知らぬが佛の商人乙と行爲を締結し、後に至つてこれに關し乙から商事遅延利息を請求する（商法三五二條）。甲はもはや商人ではなく、商法第五條に従い商人とし認められないこと明かである。しかしもしも乙が甲に向つて商人資格の欠缺を主張してその加重された利息の支拂を拒絶しうるとすれば、信義誠實に合わないであろう。

最後にギイルケは諸學説の相異點を簡単に述べてゐる。曩に商法第十五條の適用に關して強調されたところについては格別の争いはない。とにかく表見商人の責任としてギイルケが述べた見解はパウムバッハ (Baumbach) やヒルデブランド (Hildebrand) やガドウ (Gadow) の賛同をえてゐる。ガドウは惡意の抗辯の代りに許し難き權利行使の抗辯を以てする。がそれは大したことはない。これに反して、非商人資格の知は大低の場合構わな

いのであつてむしろ商人として「認められようとする意思」(„Gefahrenwollen“)が尊重されるべきであるとする彼の見解は完全に拒否されるべきである。その他の諸説をあげれば次の通りである。まふシュタウプ (Staub) は商法第五條への附説において次の公式を定立した。「商人として振舞う者は商人として認められる。完全商人として振舞う者は完全商人として認められる」と。この公式は全く方法的基礎づけを欠いていた。それは法規の制約をはみ出しておつたので、核心においては正しいにもかかわらず誤謬を招來せざるをえなかつた。それは最初俄然廣く反響を呼び、判例もそれに秋波を送つたが、後にいたりそれを拒否し去つた。學説も大體において判例に従つてゐる。判例に關連して勢力をえた學説は、善意の取引に對する表見商人の責任を契約の解釋を通して認める説である。ホエニガ (Hoening) やボンデー (Bordt) の説くところがそれである。ただし後者はシュタウプ學説の部分的引伸しの結果判明ならざる點が多々ある。とにかくこの學説は前掲の契約解釋の例においてはギイルケと同様の判定に到達するであろう。一方的法律行爲、公衆への表示、消滅時効の各例の場合にどの程度の合致が見られるかは決定しがたいかも知れない。

ない(消滅時効の場合は大抵は判例に盲従する)。これに反して、一般的悪意の抗辯の例にあつてはこの學説は異つた結論に到達しなければならぬこと確かである。けだし一般的悪意の抗辯の意義はこの學説では承認されていらないからである。尤も表見商人のために契約の解釋が考慮されることもままある。このことは既に一言した。エレンベルク (Ehrenberg) の立場は右と逆である。すなわち善意の取引には全く不利益な見解である。彼は商法第五條および第十五條の外に商人規定を適用することを否定する(もちろん例外として、企業を有することなくしてその登記を濟ませた者は善意の取引に對して完全商人として責任を負うべきであるとする)。この見解に従えばそれらの規定は商人資格に關してのみ強行的な性格を有する。保護の要請は登記簿上の登記が存在しない場合には存在しない。何となれば登記簿は閲覧しうるものだからである。ゆえにエレンベルクは前掲のごとき表見商人の責任と權利に關する各例の場合にギイルケとは異つた判定を下すことであろう。ただし登記された名義のみの人の場合は格別である。保護の要請だけではたしかに行き過ぎである。意思解釋や悪意の抗辯も簡單に排斥しえないものがある。同様な理由からして、コザッ

ク (Gosack) の見解も拒否されるべきである。彼は、未登記の表見商人が善意の取引に對しては個々の場合に小商人として取扱われねばならぬということを承認しようとするにすぎない。これに對して信義誠實の原則を廣範圍に考慮するのはタイヒマン・コエハラ (Teichmann-Koehler) である。彼らはギイルケの掲げる表見商人の責任に關する例においてギイルケと同じ結論に到達するであろう。ただ消滅時効の場合には欠缺のある判例を固執するのである。これに反し表見商人自身のためには有利な解釋をわざわざ拒否し去る。同様にミュウラー・エルツバッハは商法第五條の類推適用によつて善意の第三者のみを保護しようとする。同例は全く特別な色彩を有するがゆえに、さような理由づけは適切でない。

以上が表見商人に關するギイルケの所説であるが、この中にわたくしは表見商人問題の外觀理論的解明への重要な示唆を感ずるのである。ギイルケはいわゆるレヒツンシャイン論者ではない。むしろこの理論を承認するに積極的な態度をとることは避けているとも見られなくはない。あるいはオェルトマン (Oertmann) のいうように⁽⁵⁾ 彼はこの理論に限定承認を與えているのである。しかしこれはギイルケがあらゆる學說に對して常に保持しつつす

けている態度の一表現にすぎないように思われる。それが彼の「灰色の理論」を裏づけているのであろう。にもかかわらず——いや恐らくはそのゆえに——彼の下す結論は豊かな暗示を含んでいる。表見商人の問題をめぐるべくにミュウラー・エルツバッハの所説に反對してギイルケが主張するところは恐らく外觀論者の支持を強く受けるであろう。私法において問題なのは外觀であつて眞實ではないという見解がこの問題に最も敏感に反應を示しているように思われる。このことはレヒツンシャイン理論を解釋學的に精緻ならしめるに貢献したオェルトマンが夙に豫期していたところでもあつた。彼は表見商人の問題こそ商法におけるレヒツンシャイン法理適用の恰好の場であると指摘するのである。⁽⁷⁾

四

本書は極めて豊富な内容を要領のよい手際でオクタブ五八〇頁の上に盛りつけたものであるから、個々の問題に立ち入つて紹介の筆を進めていたのではきりががない。以上の雜駁な素描をもつて本書の古くしてなお新しい生命を何ほどかでも知らせえたならば幸いである。三十年加除訂正の筆あとはその眞面目を傷けるものでは決

ユリウス・フォン・ギルケ「商法および航海法」

してなく、むしろ名匠の氣質を思わせる。彼が中世ドイツの法律書の中に見出したと云う „Libro completo saluti scriptor pede laetor“ の一句をもつて本書新版の序言を結んだのもそうした一念からする著者苦心のほどを示そうとするにほかなるまい。二度目の大戦によつて祖國が崩壊し去つたあと政治的カオスと經濟的苦難の中からお老骨に鞭つ碩学の新なる筆によつて再生を見たこの一本を前にして、讀者はそれが文字通り多年鏝骨の結晶であることを感ぜざるをえないであらう。今世紀初頭ドイツ法学全盛の時代を築いたオットォ・フォン・ギルケの名門に生れてより今日にいたるまで彼はドイツの正統的學風を不斷に呼吸してきた。二十世紀の後半を迎えて危機に立つドイツ法学が彼の健在によつて祝福されねばならぬこというまでもない。現にグツテ・ンゲン大学正教授として、またゴールドシュミット創刊の由緒ある「商法破産法雜誌」の編輯主幹として矍鑠たる活躍をつまけている。同誌の第百十四卷第一號にはゴディンが本書の紹介の筆をとつているが、その一文で彼が「ギルケのような大家の著書を批評することは難かしい。むしろ著者を理解することによつて著者に最大の敬意を拂うべきである」と述べているのはギルケの存在の大きさを

を語つて余りある。

初版を世に送つた一九二一年の秋父オットォ・フォン・ギルケの死に遭つた彼は、人生漸く亡父の晩年に近づいたいま、新版の扉に無量の感慨をこめて先考七十歳誕生の日の遺作を掲げた。わたくしはそれを藉り來つてこの小稿の結びとしたい。

ドイツ民族よ！

おまえの大きいなる魂の苦惱を

わたくしが知つたときから、

そして春秋幾千年の有爲轉變が

わが身の責苦のごとくわが心を動かしたときから、

わたくしのかよわい一個の生命は

おまえの偉大なる存在に歸依した。

わが夢も望みも勵みもすべて、

わが魂は全くおまえのものだつた！

(註)

1 要綱の内容は次のごとくである。 Handel und Gewerbe (Inhalt: Buch I HGB. und sonstiger Gewerbebetrieb), Gesellschaften (alle Vereine und Gesellschaften im engeren Sinn des BGB., des HGB., der sonstigen Gesetze), Waren und Geld (Handelsgeschäfte), Wertpapiere, das

angebliche Wirtschaftsrecht

- 2 J.v.Gierke; Das Handelsunternehmen bei ZHR Bd. III, I.
- 3 Reinhard Freiherr von Godin; Nutzungsrecht an Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen, 1949, insbes. S. 12f.
- 4 Ruzo Mairani; System des Unternehmensrechts. Sonderabdruck aus der Hanseatischen Rechts- und Gerichts. Zeitschrift 1935 Spalte 337-374, insbes. S. 337f.
- 5 Paul Oertmann; Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein, bei ZHR Bd. 95, S. 443 Anm. I.
- 6 Vgl. Naendrup; Rechtseinsparungen im Aktienrecht, Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht 62, 1931, S. 937.
- 7 Oertmann; a. a. O., S. 485.
- 8 Godin; bei ZHR Bd. III, S. 60.

(一九五二(一))