

商 法 の 骨

大 野 實 雄

橋詰学部長から、ただいま、ご紹介がありましたように、3月末日をもって退職することになりました。慣例にしたがい、今日これから最終講義をいたしますが、今回は、柳瀬先生とご一緒でありますから、わたくしが前座をつとめます。

商法の骨という題に致しましたが、これは、小野 梓先生の『民法の骨』という書物からヒントを得た題であります。小野 梓先生は早稲田大学創立者の1人ですが、この書物は、先生が亡くなられる2年前の明治17年（1884年）12月に出版されております（早大100年記念 小野 梓全集第2巻 p. 233 以下所収）。32才の人の文章とはとても思えないほどの難解難読の書物ではありますが、半解でもひきつけられて了う不思議な魅力のある書物でありまして、民法について、民法という名の法律は、法律名自体が不適當である。民法と称する以上、それは民衆一般の法律でなければならぬから、民衆の権利や自由に重大な関係を有する刑事法等をも含めて民法——民衆の法律——と称すべきであったのに、日本の民法は、私法の一般法だけを包摂するものとしようとしている、と批判しておられます。今日では、どうしようもない問題ではありますが、明治10年代にこのような独創的な意見が開陳されていたことを知るだけでも有益でありましょう。また、法人のことを『集同人』と呼ばれましたが、法人は『法作の人類』であり、これを是認することは、民衆を愚者扱いすることになるとも言っておられます。フランスのある学者は、神が自分の姿に似せて人間を造った（創世紀）のを真似するかのように、人間は自分たちの姿に似せ

て法人をつくったために、法人制度には欠陥が多いのだと言っておりますが、小野 梓先生の予言は、後に述べますように、現代株式会社制度につきまとう欠陥をいみじくも見通しておられたような気がいたします。先生は、さらに、会社と組合との本質的な差異をも正確につかんでおられましたし、集同人である株式会社において、株主の数が増加するにつれて、経営のために、全員が集同することが困難になるために、取締役会の制度が生まれてくることや、オランダ会社法が、会社の存続期間を30年に限定していることに論及されて、存続期間を限定すべきだとも説いておられます。100歳がやっとの人間が、後続の子々孫々の自由意思を拘束するような定款を作成すること自体が人道主義に反すると考えている現代ヨーロッパ人の思想を吸収しておられたのではないかと推察されます。この書物の題名は民法の骨であります。私には商法の骨にも言及している書物だととれます。民衆の法たるべき民法ならば、当然のことでありましょう。

民法の骨の出版は1884年ですから、ナポレオンのフランス商法典（1807年9月10日公布）が出てから80年後のことではありますが、それでも、日本の『新商法』（1899年）よりも15年も早く出版されていたこととなります。フランスの商法典も日本の新商法も、制定後しばしば改正されて今日に至りました。

日本の会社法だけについて申しますと、昭和25年の大改正に次いで、30年、37年、41年、49年と続けざまに部分改正がくりかえされ、改正法関連の著書論文解説書の類はおびただしい数に上りました。資料に依りますと、25年法では著書13、論文79、30年法では著書1、論文31、37年法では著書8、論文69、41年法では著書3、論文29、49年法では著書17、論文115となっております。（商事法務研究会編 戦後会社法改正史年表 昭和55・10・5発行）。なぜこんなにひんぱんに改正され、そのあおりで商法学界が賑ったのか。改正の時点では改善とおもわれたのに、しばらく経ってから、改悪だったと気がつく例もある。たとえば、昭和25年に廃止された監査役の業務監査は、昭和49年の改正で復活し、結局、振り出しに戻って

了った例がある。何のための改正だったのか、業務監査が商法の骨であることを弁まえていたら、このような過誤は犯されなかった筈である。ほかにも、同様な事例があるけれども、それを列挙している時間がないので、いっさい省略して、商法のバックボーンと思料する若干の事項について私見を申し述べることにいたします。

第1は、商法学の対象に関する問題であります。商法学の対象を商行為中心に把握してきたナポレオン商法典以来の伝統的立場から離れて、企業および経営を中心にすえる立場が主流になっているが、注意しなければならないことは、商行為という用語を企業という用語に置き換えるだけで、内容が変化しないものは、いわゆる換骨奪胎であって意味がないという点であります。企業を中心にすえる以上、企業の要素としての人的要素を重要視しなくてはなりません、つまり人間労働の重視であります。労務出資について見ますと、商法は人的会社においてのみこれを認め、株式会社についてはこれを認めておりません。株式会社法で社員という場合には、金銭出資または現物出資をした出資者だけを指し、労務出資者は社員としておりません。したがって奇妙な解釈論が展開されるのであります。その適例が一人会社であります。昭和25年の改正で出来たものであります。社員が1人になっても株式会社は解散しなくてよいという制度であり、しかも、社員1人であっても社団法人だというのであります。株式の1部を譲りさえすれば、いつでも複数の社員になり得る可能性があるからいいのだ、つまり、可能性社団説であります。見落してならぬことは、この可能性は永久に現実化しなくてもよいという点です。子会社の株式を100%保有している親会社は、永久政権を確保することが許されるのであります。社員1人で会社が生きてゆける筈はありません、実際上は、何千人という従業員が、株主ではありませんが、日夜働らいているのであります。相手方である取引先は、株主の数が何人であるかということなど全然関知しないで、この一人会社と取引するのであり、従業員を含めての社団を見ているのであります。可能性社団説は、この従業員集団を前提としてのみ辛う

じて成り立つ法律論に過ぎません。実質的には、すでに、従業員を社員と考えているのです。集同人とはそれを指すのでしょ。従業員に社員資格を認めるのが商法の骨であります。フランス会社法は1917年以來現在でも、労働者参加株式会社を認め、労働株を法定しております。いつまでたってもこの制度を廃止しないところに強靱なバックボーンをもっているであります。有限会社は、社員が1人になると解散しなければなりません。清算がすむまでの間は、清算目的の範囲内で法人格がありますから、これまた一人会社であります。従業員は去り、営業することは許されません。社員はなくても会社は残る (*otez les associés, reste la société*) のであります。ほんとうに残るものは、処分を待っている会社財産だけですから、むしろ財団であります。ちなみに、*法作の人類*である株式会社において、民衆である一般投資家すなわち商法上の社員たる株主が愚者扱いされるといふ小野 梓先生の予言にも等しい卓見は、株主総会において少数者の意見がほとんど無視されている現状にはっきり出ている事実によって立証されております。

第二は、商法と無償行為の排斥の問題であります。このことは、商法典には、贈与や使用貸借の規定が存しないこととわかつておきます。会社は定款の目的に無償行為を掲げることができません。しかし、種々な名目のもとに、いろいろな無償行為が、現実には行なわれております。たとえば、歳末たすけ合いのための寄附であります。その効力については、商法典は何の規定も設けずに沈黙してあります。商慣習法ももちろん存在しません。かような場合には、商法典第1条に従い、民法が商法源となりますから、民法第90条に照らして効力を判定すべきこととなりますが、人間がお互いに助け合って、*共存同衆*の実を挙げることは、正に善良の風俗でありまして、定款の目的のほかにあるもう一つの目的すなわち *企業目的*に包含されることとありますから、会社の権利能力の範囲内の行為であります。この点、民法典第43条の、法人は定款により定まりたる目的の範囲内において権利を有し義務を負うという条文に拘泥すると、たいへん

な誤解を招くことになります。現に最高裁は、政治献金をすることが鉄鋼の製造販売を目的とする会社の目的遂行に、間接ではあるが必要であるとして、定款目的に無理矢理こじつけた判決をしましたが、心許ないかぎりであります。この論法で行けば、政治献金はすべての企業にとり、目的遂行に必要な行為だということになります。政治献金をすれば、〘目に見えない何か返ってくる〓という有償論を信奉する人があるかも知れませんが、これこそ、政治と企業とのゆ着を招いたり、世にいう金権政治を生む極めて危険な解釈であります。政治献金は個人がその信念に基いてなすべき政治活動ですから、裁判所が商法を骨抜きにするようなことをなすべきではありません。

第三にとりあげたいのは、信用出資であります。通説は信用出資を肯定しておりますが、大いに疑問があります。信用とは何ぞやといえ、それは弁済期が到来したときに、差押をして債権を回収しうる可能性がある状況をいうのであります。したがって、当然のことながら、将来における債務者の財産状態の健在が必須の条件となるのであります。個人でも企業でも、財産の価値はたえず変動いたします。過失がなくても変動するわけありますから、推定は可能でも、不変を断定することは不可能なものであります。信用するのは債権者ですから、信用される側の債務者が信用を出資するというのは無意味なのであります。商法学者の中には、信用出資は無限責任社員として名前を出すだけでいいのだという人もありますが、合名会社では全員が名前を出しますから、金銭出資をした社員も現物出資をした社員もすべて信用出資をしていることになり、何も特別に信用出資社員を区別して考える必要はないのであります。詳しいことは、中京法学第12巻第1号で発表いたしましたから、ここでは省略いたしますが、商法典にいう信用出資は実は労働出資のことでありまして、原語の *industrie* という語には、この両者が含まれるのであります。商法修正案理由書をみますと、突っ込んだ討論もなく、ある委員の発言で、いとも簡単に、名前を出すことが信用出資だということになり、結局は *industrie* という語の

誤訳になって了ったのであります。その誤解が現在までも尾を引いているのですから、怖いみたいであります。人間労働が価値を生む要因であることは、労働価値説を待つまでもなく、商法の骨と考えなければならぬのであります。商法典第89条から、信用の文字は消されるべきものであります。

第四は、企業の責任であります。商法典には、海上運送人の責任とか場屋営業者の責任等のように個別企業に関する責任規定が散在しているだけでありまして、企業責任一般とりわけ企業の社会的責任については何も定められておりません。昭和49年の部分改正のときに、参議院の付帯決議で、これに関する条文を作るべきだという提案がなされてから急に議論されるようになりましたが、見るべき成果はあがっておりません。時間の関係で今日はこの問題とは別に、いわゆる製造物責任について、わたくしの意見を述べておきたいとおもいます。

会社法から商行為法の領域に目を向けることになりますが、商事売買に関しては、昔から「買主注意せよ」という法諺があって、物を買う場合には、当該商品に欠陥があるかないかを確かめる義務が買主側にあるとされ、現に商法典第526条は、商人間の売買においては、買主に目的物の検査義務があり、買主が目的物を受け取ったときは、遅滞なくこれを検査し、もしも、数量不足、瑕疵等を発見したときは、直ちに売主に対してその旨の通知を発することを要し、通知しなかったときは、代金減額も損害賠償の請求も解約もできない、と規定しております。この規定には2つの前提条件があり、その1つは、目的物の検査が可能であること、第2には、完全な商品が存在することとその数量が十分間に合うこと、つまり在庫があること、であります。物資の数量が絶対的に不足しているときには、欠陥や数量不足にはお構いなく、とにかく品物が手に入りさえすればいいという弱味が先行するために、第2の前提条件は問題外になります。わたくしたちは第2次大戦中にそのことを経験しました。当時、お米やお酒を持って行かぬと大学図書館でさえ本を買うことができませんでした。正常な物流が杜絶えたときは、学問研究の自由は単なるお題目に過ぎなく

なつて了うことをいやというほど経験させられたのであります。三河武士の鈴木正三^{せいさん}という人の著作「四民日用」にある「農人なくして世界の食物あるべからず、商人なくして世界の自由、成るべからず」という言葉のとおりであります。(山本七平著 日本資本主義の精神 p. 128)。オイルショックが私達に及ぼした影響を思えば、この点は十分理解されることとおもいます。つぎに、第2の条件としての目的物の検査可能性であります。現代商品群中には検査したくも検査できない商品が氾濫しております。びん詰や缶入りの類いです。小売店はメーカー、問屋のルートから流れてくる商品を納品伝票で数量を確認した後は、内容を検査しないで店頭陳らべ、消費者は、メーカーによる品質検査、品質管理を信用し、ブランドや外装だけを見て購入する方式が多くなりつつあります。その結果、欠陥製品に起因する幾多の被害が生じていることは、世間周知の事実であります。この場合、被害者側に過失ありとは到底言い得ませんから、加害者は誰か、という問題に焦点が合わされることになります。欠陥商品の末端の売主は小売店でありましょうが、小売店はたいてい特約店であり、法律的には独立の商人であっても、経済的には生産者に従属し、その使用人に等しい地位におかれているのが通常でしょうから、民法典第715条の「他人」に該当します。明治31年に民法典が制定された頃は、他人といえば小僧さんその他の自然人を指していたでしょうが、現代社会では特約店、それも会社組織の小企業が大部分を占めているように変化しております。したがって、同条に基いて生産者の責任を追求しうるものとおもっております。物とくに工場等の設備を使用する者が生産過程で公害を発生させたときは、民法典第717条による責任を負うのと並んで、他人を使用する者の責任を、第715条で追求しうると思うのです。世の中が進歩するにつれて、企業責任が厳しくなるのは当然でありまして、クルマ社会における運転者ならびに歩行者の注意義務が厳しくなるのと同じことでもあります。生産者には危険の予防・管理とか不測の事態に即応する体制作りが必要であり、消費者や地域住民の利益を傷つけないよう高度の安全保障義務が課せられ

ているものと解釈しなくてはなりません。製造物責任に関しては、いきなり無過失責任を持ち出すのではなく、高度の安全保障義務を前提とする過失責任を先づ第1に問うべきだと考えております。

以上、4項目について商法の骨とおぼしきものをお話しましたが、さきに申しましたとおり、商法とくに会社法はなぜこんなにひんぱんに改正しなければならぬのでしょうか。会社法よ、いずこへ行くや、と問いかけたくなります。弱体な人はしばしば治療を受けなければなりません、会社法そのものも弱い体質であるかも知れません。骨格がしっかりしていないためではないでしょうか。でも、こんなにしばしば改正されるからには、いつも若返りしていると言ってよいかも知れませんから、当然のことではあります。研究そのものもまた更新されてゆかなくてはならぬでしょう。注意すべきことは、新らしければよいというのではなく、古くから存続するものの良さを見失ってはならぬということでもあります。温故知新であります。ゝ無益な法律ができる、必要な法律までが力を弱められてしまふ、と言ったモンテスキューの言葉を銘記しなければなりません。

これで前座を終わります。ご静聴ありがとうございました。