

## 竹田先生古稀記念

### 「商法の諸問題」を讀む

岡本善八

この論文集はわが商法學界の最長老の一人である竹田省博士が古稀を迎えられるに當り、我國の有力諸商法學者によつて捧げられた論文集である。博士の商法學界に與えられた功績については今新しく喋々する必要はないが、本論文集の各處に於て見出される、諸學者のこの先學に對する敬意と感謝の念が、博士の偉大を雄辯に物語つてゐることを讀者は看取せられるであらう。

冒頭に掲げられる田中耕太郎博士の「方法としての商的色彩」は、商法學を種々雑多の法的制度の寄せ集めである商法典の解説に満足せしめず、そこに統一的原理の存在を求めようとする意圖を以て、つとに公にせられた商的色彩の理論に對して、その後三十年に涉つてなされたわが國の有力な商法諸學者の批判に對する綜合的再批判である。その敘述はまづ商的色彩の理論自體を概説すると共に、學者により批判のよせられている若干の問題點に對し若干の補充を行うことにより進められている。ついで通常商的色彩論の批判説と考えられる、企業法理論に對する積極的な批判が試みられており、その主要な論據として企業法理論においては、各個の商行爲つまり企業活動に企業概念の内容をなす諸原則がいかに具體的に現われているかの説明が

竹田先生古稀記念「商法の諸問題」を讀む

存在しないこと、いいかえればこの説は從來の營業という用語を企業に代えた丈でそれ以上何等の理論的發展をなすとげていないとせられており、従つてまた企業法の限界の不明確性が指摘せられている。最後に商的色彩の指摘が社會學の研究に止まるものでなく現實的な商法研究に資すべき實益にふれつつ、結論的には商的色彩論と企業法論は次元を異にし、従つて兩立し得るものであるが、具體的説明において、或は行爲法の領域において前者は後者に優位をしめるものとして結んでおられる。

この兩理論がいわば平面を異にすること、および企業法論が法の地盤を念頭に置いて經濟的社會的考察方法を重視するものであることは、本集の第三論文たる西原教授の「企業概念の實定法的適用」も同様の結論を認めていられるが、教授は更にこの論文において、田中博士の、企業法論は現實的具體的な法的分析において不充分であるとの所論に恰も應ずるが如く、企業法論は法典に維持されている形式的概念を、變化した現實の事態に即して學的に批判し、新しい概念への移行を促進しようとする意圖をもつものであることを前提として商法上の諸概念を商法Ⅱ企業法論の立場からいわば解釋し、この理論を實定法的に適用することが不可能でないことの驗證を試みられている。然し企業法理論のかゝる立法論的役割にも拘らず、實定法の解釋に對してそのまゝ適用せられる結果、「素人の一回かぎりの絶對的商行爲などは事實上否認される」というような結論が出されていることに對し、若干の疑問が残らざるを得ないのは、筆者が餘りにも傳統的な解釋方法にとらわれているためである

うか。

ともあれこの二論文は、現在なお未解決ともいふべき商法學の對象の問題に對して、商的色彩論および企業法論のもつ學說史的役割及びその相互關係を、三十年の諸批判の交流を考慮した上で明らかならしめる點に於て深く教えられる所が多い。この點については企業法理論の立場を前提としつゝ商號を企業の名稱とする少數説の立場を、教授特有の克明な資本制企業の法理的考察を通じて明確ならしめる意圖をもつ第三論文の實方教授「商號及び商號權の性格」が局面的にはあるが企業法理論の立場を補充するものとして考慮せらるべきである。なお營業についての諸學說判例を廣く考察せられる第二論文野津博士「營業の法の本質」もこのような問題について若干の示唆を與えるであろうが、然しこゝでは主として商法第二四條乃至第二九條に規定せられる限りの實定法的な營業概念の究明が試みられている。

第五論文より第十四論文に至る諸論文は、會社に關する諸問題を取扱つているのであるが、このうち近時の商法改正に直接關連をもたないものとしては、國歲教授「株式會社、登記前後」、鈴木教授「記名株券の特異性」、大隅教授「會社合併の本質」が擧げられる。國歲教授の論文は、教授の風格を連想せしめるような特異の文調を以て、團體に關する諸學說を追求しつつ、團體はすべて組合であることに一應の結論を求め、その結果として、登記前の會社は權利能力なき社團であるとする通説に對し、設立中の株式會社は組合であり、登記後の會社もまた

組合であり、後者は單なる組合が法人格を取得したものであると主張せられるものである。鈴木教授の論文は、記名株券の特異性の一として特にそれが株主名簿の制度をもつ點を究明せられ、株主名簿のもつ機能を株券自體の反映であるとし、その効力として、記載によつて始めて會社に對抗し得る効力・資格授與的効力・免責的効力の三つの効力に説き及ばれるものである。大隅教授の論文は、會社の合併を、二つ以上の會社の人格の合一化を目的とする特殊の契約であり、合併における財産及び株主の併合はその契約の效果にすぎないとする通説に對し、教授が久しきに涉り抱懷せられるところの、合併は一個又は數個の會社の營業全部を現物出資とする會社の資本増加（新株の發行）又は設立と解すべきであるとす理論を、若干の批判にこたえつゝ展開せられたものである。

ついで今次の商法改正にかなりの關連をもつ諸論文としては高田教授「株主の誠實義務」、松本博士「新株引受權について」、西島教授「株主の議決權について」、島本博士「英國新會社法に於ける群小株主の地位」、八木教授「従業員持株制度について」、田中誠二博士「取締役と會社との取引の効力について」等があげられる。高田教授の論文は、筆者が夙に主張して來られた株主權全般にわたる權利義務の行使についての誠實義務の主張を、改正法の株主權の増大強化との關連において一層強調し、株主權の個々のものについて逐次検討すると共にそのための立法的改正の必要を以て結ばれたものであり、松本博士の論文は起草において不備を指摘せられる株式會社に關する改正法の規

定中、特に論議の多い新株引受權に關する規定について、その解釋上生ずる重要問題を指摘することにより、この規定の速かに改廢されるべきことを強調せられたものである。次に西島教授の論文は、議決權の指向と議決權行使の代理という二つの問題を取扱つておられるが、特に前者については會社について良質にして豊富な量を低廉な價格で社會に賣り出すとともに、多くの従業員の生活基準の向上ということをも考慮すべき社會的責任を強調せられる點において、高田教授の前掲の主張の根據と相通するものがあるが、ここでは社會連帶というような積極的な概念がより強く主張せられている點に注目すべきものがある。實際上かなり重要な問題である議決權行使の代理の問題については、アメリカ法を參照しつゝ特に資格制限の定款規定に關して、議決權の Property right なることを強調し定款による自治性もこれを侵し得ないことをのべられる點が留意せらるべきであろう。島本博士の論文は昨年の商法改正によつて株主の地位強化の爲に新たに各種の權利を認めるに至つたが、これがおそらく少株主保護に缺くる點に鑑み、英國新會社法における群小株主保護の制度を紹介すると共に、群小株主の不當な犠牲を實質的に救濟する良策のない場合は英國法のとる如き國家權力の干渉方法を考慮すべき必要あることをのべられるものである。八木教授の論文は、従業員持株制度をアメリカ法の素材を通じて考察し、新株引受權制度を考慮しつゝ現行法の規定との關連を説き及ばれたものであつて、會社を勞資協調の場と考へる立場に立つ限り當然考慮せられるべきこの制度を特に問題を

竹田先生古稀記念「商法の諸問題」を讀む

含む新株引受權との關連に於て考察せられている事は、この面についての會社の實際的要求にもたえるものであらう。更に從來より理論的に分れておると共に實際上重要な問題である取締役と會社との取引の効力について長年月に渉る思索の成果として周到なる理論を展開せられる田中誠二博士の論文は、この問題についての諸學說を、結論的には自己と同説のものをも克明に分析せられ、商法第二六五條違反行爲が完全に有効であつて、たゞ取引に關係した取締役の賠償責任を生ずるのみであるとの筆者の主張が、今日改正法の規定を考慮してなお且つ充分その正當性が承認せらるべき所以がのべられているものである。永澤氏の「會社の整理、清算及破産」は、會社の整理・清算・和議及び破産についての我國の現状並びにその利害得失を觀察した後に、會社更生制度の必要性及びその特質をのべられるものであつて、今回公布せられた會社更生法の理解について一段の寄與をなすものである。

保險法の領域に屬するものとしては、大森教授「超過保險の効力について」と小町谷教授「生命保險契約における不可爭約款について」の二論文があげられるが、前者は超過保險の効力については、既に筆者の導かれている、被保險利益は契約の目的として要求せられるものではなく、契約の構造上射倖性をおびる保險契約がその故に反公序良俗性をおびないための消極的要素にすぎないとの理論によつて、主觀主義的に説明することにより、諸立法例のとる態度についても矛盾なく説明でき、理論的に一貫することを主張せられるものである。この論文が現

行法の解釋を直接に意圖していないに對し、後者は、生命保險普通約款に設けられている自殺及び告知義務違反の場合についての不可争約款についてその制度の趣旨及び解釋を試みられているもので、教授の着實周到なる諸業績における研究態度がこゝに於てもその一角を示している。

小橋助教授の「ヤコビの有價證券概念」はブルンナーによつてはじめられた有價證券法の總括的考察を更に進めたヤコビの有價證券理論を忠實に紹介せられたものであつて、從來輕視され勝ちであつたフランス手形理論をとり上げた上柳助教授の「フランス手形理論の一考察」と共に、我國の有價證券理論研究に對し比較法的成果を加えるものである。石井教授の「有價證券理論の反省」は、從來の學說・立法における二つの難點、つまり民法の諸規定に於て有價證券理論以前の未成熟な考え方が存在すると共に、學說自體に於てもかゝる未成熟な考え方と権利の表彰という手段の反面を重視する考え方に拘泥した考え方が交錯している事實を指摘しつゝ、有價證券理論を特に流通證券として再検討し統一的理論を發展せしむべきことを提唱せられるものである。

以上によつて本論文集所載の論文を逐次紹介したのであるが、その全體として感ぜられることは、わが國の有力諸學者が長年月に涉つて得られた成果が、まさに成熟した形に於て展開せられた諸論文が多數存在していることであつて、以てわが國商法學界の水準を推し得ると共に、それが成熟した形に於て存在するが故に讀者の從來の成果の詳細の理解に當りかなりの寄

與をするであらうという點である。末筆ながら竹田博士の益々御健祥にあられ、その御精進を祈り筆を措く。

(昭和二十七年六月・有斐閣刊)