

ロessler 商法草案「緒言」

高 田 晴 仁

ここに訳出するのはいわゆるロessler 商法草案（明治14（1881）年4月起稿，明治17年1月脱稿）の緒言である。正しくは「商事立法の諸原則および範囲についての緒言」（Einleitende Bemerkungen über die Principien und den Umfang der Handelsgesetzgebung）と題されたこの一文は，独語で18ページにわたるものであって，商法草案起草の目的と全体のプランとを示したものである。すでに志田鉦太郎によって「『ロessler』氏の商法起草に対する態度並に立法者としての見解を知るに貴重なる文献である」と評されているとおり¹⁾，この商法草案に関心を寄せる者にとっては通読するに値し，また，実際にしばしば引用されてきた²⁾。

独文の商法草案に関しては周知の司法省の苦心に満ちた格調高い邦訳が存在する（以下，司法省訳という³⁾）。だが現在のような法典上の用語がいまだ定まらない時期であったがゆえに今日われわれがその司法省訳のみによって商法草案のほんらいの内容——ロesslerの起草意思——を捉えることは非常に困難である。当時の事情からすれば誠にやむをえないこととはいえ，「邦訳は必ずしも適正ではない」⁴⁾と批判されるように，司法省訳には今日では理解しづらい訳語や⁵⁾，少ないとはいええない不適訳の類が存在することも事実である。もちろん，司法省訳がわが国の商法典編纂史において，旧商法典へと繋がるその原点として果たした役割⁶⁾を考えればその歴史的意義はけっして軽視しえないことはいうまでもない。ただくり返していえば，

今日から草案がほんらい意図していた内容を振り返り、そこから法史のあるいは法解釈論的な果実を得ようとするむきには司法省訳では不十分であることは残念ながら明かである。そこでともかくも独文草案の現代語訳に着手し、その手始めとして「緒言」部分をここに公にすることとした⁷⁾。

底本としては、訳者も刊行に関わった『日本商法典草案注解（独文）第1巻』（復刻1996年、新青出版）を用いた。これが研究者にとって現在のところ参照しうる唯一のロエスレル自身の手になる商法草案である⁸⁾。

また、以下の拙訳については、まず独文のみを参照して現代語訳を作り、そのうえで司法省訳とのつき合わせを行うというプロセスを経ている。上に述べたように、独文草案そのものの内容を理解するために現代日本語版を作成する、というそもそもの目的からして、司法省訳に過度にひきずられることを回避したかったがゆえである。ただ訳文は原文との照応関係をできるだけはっきりさせるために直訳体を基本とした。やや生硬にすぎるとのご批判は甘んじて受けなければならない⁹⁾。

なお、当初は司法省訳との相違点をすべて対照表などによって明らかにすることも考えたが、文体や語彙のすべてにわたり両者の懸隔が甚だしく、あまりに实际的ではないためにこれを断念した。また、通例であれば、ロエスレルその人の評伝や、草案全体の書誌的な解題を付すべきであろうが、ロエスレル伝（とくに帝国憲法制定に対する寄与に関するもの）としてはすでに優れた研究が存在しており¹⁰⁾、他方、書誌的解題についてはまだ判明していない点が多すぎるために¹¹⁾あわせて他日を期すこととした。

1) 志田鉦太郎『日本商法典の編纂と其改正』（1933年、明治大学出版部、復刻1995年、新青出版）30頁〔註4〕。志田はこの緒言と、司法省による『ロエスレル氏起稿 商法草案』の末尾に附された「商法草案脱稿報告書」とを併せてその重要性を指摘している。ただ残念ながら「商法草案脱稿報告書」の独文は管見のおよぶ限り今日には伝えられていない。

2) 枚挙に暇ないが、利谷信義＝水林彪「近代日本における会社法の形成」『資本主義の形成と展開 3 企業と営業の自由』（1973年、東京大学出版会）101頁、伊東すみ子「ロエスレル商法草案の立法史的意義について」石井良助先生還暦祝賀『法制史論集』（1976年、創文社）203頁、福島正夫『日本資本主義の発達と

私法』(1988年, 東京大学出版会) 91頁以下, 倉澤康一郎「商法における近代と現代」法律時報71巻7号4頁以下(1999年), 高橋英治「Rezeption des Aktienrechts in Japan」『ドイツと日本における株式会社法の改革』(商事法務, 2007年) 406頁。など。

- 3) 翻訳者は未だ確定しえないが, 間違いなくこれに携わった者としてはベルリンの青木周蔵公使によるロessler招聘を補助して以来(伊東・前掲注2)199頁註(6)), 法律取調委員会(法律取調報告委員)を通じてロesslerの通訳および代理人として影のように寄り添っていた本尾敬三郎が考えられる。鈴木正裕『近代民事訴訟法史・日本2』(2006年, 有斐閣) 154頁注(45)。なお, 本尾には, 木下周一および石尾一郎助と分担した旧商法典の逐条講述録『商法講義』がある(九州大学附属図書館所蔵。本書の参看にあたっては七戸克彦教授のご厚配をえた)。本尾の担当部分は商事会社に関する旧商法66条ないし254条であり, 3頁に「本年四月廿六日商法発布の日に至る」との記述があることから講義そのものは明治23年に開始されたものと推測される。
- 4) 福島正夫「商法と殖産興業立法」同編『日本近代法体制の形成(下巻)』(1982年, 日本評論社) 189頁注(6)。
- 5) この「緒言」にかぎっても, テクニカルタームについて例えば „Wechsel“ (手形) を「為替」とし, „Ordrepapier“ (〔複数の〕指図証券) はそのまま「ヨルドル, パピール」としてカナを用い, また, それ以外の一般的な用語として, 例えば „gewöhnliches bürgerliches Leben“ (通常の市民生活) を「尋常ノ世務」, „schärfere und bestimmtere Forderungen“ (厳密かつより明確な諸要件) を「倍厳例」とするなど現在では理解しづらい訳語が散見される。各々の訳語に草創期の苦心がにじみでているにせよ, この司法省訳のみに拠って草案の本来の内容を理解することはやはり困難といわざるをえない。

ロessler草案を修正して公布された旧商法典はこの司法省訳に由来する「新規の文字と翻訳体の文章」が「商法は分からぬ」「分からぬとは何事を規定したるものなるかも分ならず」として延期派からの非難の対象となった(増島六一郎「商法延期説一章」東京経済雑誌533号178頁(明治23年8月))。また, 東京商工会と銀行集会所共同の「商法質疑会」(明治23年5月24日設立決議)において旧商法典の逐条研究を行っていた阿部泰蔵は「其字句ニ至リテハ恰モ横文字ヲ縦記シタルガ如ク了解ニ苦シム廉少カラ」ざること指摘している(阿部が明治23年7月21日に東京商工会において行った, 明治26年1月1日までの商法施行延期の建議の趣旨説明〔但し阿部は会社に関する部分の修正施行を可としていた〕)。『洪澤栄一伝記資料 第19巻』(同刊行会, 昭和33年) 404頁。

- 6) ロエスレル自身、前掲注1)の「脱稿報告書」において、草案の「説明ハ立法上ノ調査ト後日法廷ニ於テ商法ヲ適用スルトキノ参考トニ供スルヲ目的トス」、また、「将来日本商法ノ教授書タルノ用アラシメ」たいという希望を表明している。明治23年の判検事登用試験は公布された法典（旧民法典，旧商法典など）のみから出題されたため商法の試験用参考書として司法省訳が利用されたことは想像に難くない。
- 7) 本研究は科研費（課題番号21530093「明治期における商法典成立史の研究」）の助成を受けた。また、フィリップ・オステン准教授をはじめとする「ロエスレル商法草案研究会」の各ご参加者より有益なアドバイスを頂戴したことを特に記して感謝申し上げたい。文責が訳者一人に属することはもちろんである。
- 8) オリジナルの独文草案の表紙には「1884」と印刷されているものの正確な刊行月日は確定されておらず、また異本の存在は管見のおよぶ限り現在まで知られていないものの、手稿をふくめて実際にそれが存在する可能性は否定し切れない。
- 9) 慶應義塾大学商法研究会（津田利治，高鳥正夫，米津昭子，阪埜光男，倉澤康一郎，松岡和生，大野直治，岸田貞夫，近藤竜司）が公にした *Kropff, Aktiengesetz, Düsseldorf 1965 (Neuauf. Berlin 2005)* の優れた訳業『西独株式法』（慶應義塾大学法学研究会叢書22, 1969年）の「序」には、次のように述べられている。「翻訳に当たっては、出来るだけ流暢な邦語で、原意を的確に表現すべきであるが、一面前後比照のためには、成るべく一語一訳，異語異訳，同型の原文は同型の訳文になっていることが望ましい。之らの点に留意しつつ，原文の持味を保存するには，思い切って流暢さを犠牲にして直訳体を採らざるを得なかった。それはつまり訳者等の語学力の限界を示すものに外ならないので，大方の諒恕を乞う次第である」。本訳稿においてもこの方針を踏襲することを試みたが，訳者の能力の不足により思わぬ過誤を犯していることをおそれる。大方のご叱正に待ちたい。
- 10) 鈴木安藏『憲法制定とロエスレル——日本憲法制定諸原案の起草経緯と其の根本精神——』（1942年，東洋経済新報社）； *Raucher, Anton, Die soziale Rechtsidee und die Überwindung des wirtschaftsliberalen Denkens. Hermann Roesler und sein Beitrag zum Verständnis von Wirtschaft und Gesellschaft, München/Paderborn/Wien 1969*; ヨハネス・ジームス＝本間英世訳『日本国家の近代化とロエスラー』（1970年，未来社）； *Siemes, Johannes, Die Gründung des modernen japanischen Staates und das deutsche Staatsrecht. Der Beitrag Hermann Roeslers, Berlin 1975*;

Kokubun, Noriko, Die Bedeutung der deutschen für die japanische Staatslehre unter der Meiji-Verfassung, Frankfurt am Main/Berlin 1993; 海老原明夫「商法100年の肖像——ロエスレル」ジュリスト1155号38頁(1999年) ; *Ando, Junko*, Die Entstehung der Meiji-Verfassung. Zur Rolle des deutschen Konstitutionalismus im modernen japanischen Staatswesen, München 2000; *Bartels-Ishikawa, Anna* (Hrsg.), Hermann Roesler. Dokumente zu seinem Leben und Werk, Berlin 2007; バルテルス = 石川アンナ「レスラー・原爆・ドイツ年——兼ねて「S J ハウス文庫」の紹介 (上) (下)」書斎の窓551号39頁以下, 552号22頁以下 (2006年)。

- 11) 前注8)。司法省訳にはいくつかの異本(11冊本, 4冊本, 2冊本)が知られているが, その各々の刊行年月日, 翻訳者(前注3))なども不明である(なお, 2冊本については復刻版[1995年, 新青出版]がある)。その多くの点は, 要するに旧商法起草過程が実証レベルではいまのところ民法のそれに比較して遠く及ばないことに帰されるであろう。今後の研究・調査課題とせざるをえない。

[1] ※以下, [ローマ数字] はおおよその原ページの位置を示す。

商事立法の諸原則および範囲についての緒言

(EINLEITENDE BEMERKUNGEN ÜBER DIE PRINCIPIEN UND DEN UMFANG DER HANDELSGESETZGEBUNG.)

日本の商法典の起草にあたっては何よりも2つの観点が現われる。すなわち, そのひとつは日本の商工業に確実かつ完全な法的基礎を与えることであり, もうひとつは, 日本国民の商工業活動に世界の他の商業諸国と同じ歩調をもたらすことである。これら双方の観点を結合すると, 最良かつ最新の諸原則——共通かつ一般的に認められている文明諸国の商業上の諸原則とみなされるべきもの——に拠って法典をつくるという任務が生じる。この任務をまっとうすることは, 日本にとって最も重要かつ緊急の関心事のひとつである。日本国民がかつての鎖国を捨てて以来直面している現在の商業および交易の諸状況は, かつての日本の商業が従ってきた不完全かつ部分的に不明な諸慣習および諸慣例 (Gewohnheiten und Gebräuche) では, とうてい満足させることはできない。商業上の多くの法律関係については従来の日本法にお

いてはまったく規範がなく、そのほかについてはあったとしても不十分または不完全である。こうした欠缺はまさに日本商人と外国商人との間の商取引において特に著しく感じられるに違いない。日本の商工業が年を追うごとに諸外国国民のそれにますます適応することが不可欠になるにつれ、外商（Fremdhandel）の諸要求が、さかのぼって国内商業にも影響を及ぼすことは^{〔Ⅱ〕}なんとも避けがたく、かつ、国内商業においても新しい法の需要を生じさせるのである。日本国民の商業に他の商業諸民族と同じ歩調をもたらす必要性は、それゆえに法的な観点においても否応なく現われ、そして、こうした必要性は、日本の住民の生産的活動が、彼らの固有の諸長所を通じて、また、増大する外国との接触を通じて発達するにつれていっそう強くなるのである。日本の年間の工業および商業の生産は疑う余地なく量と質との点で急速に躍進中である。外国貿易高は現在、年間およそ6千万ドルに達し、この12年間で、輸出に関しても、輸入に関しても、少なくとも2倍になった。国内における商工業は、若干の不都合な事情にもかかわらず栄えているものと観察者にはあらゆる面で見受けられる。日本は参加したすべての国際産業博覧会において常に最高の名誉ある地位を占めた。現在の東京における内国勸業博覧会〔註：1881年の第2回内国勸業博覧会〕が、あらゆる点においてその正しさを証明し、また、大方の意見が一致するところによれば、日本はあらゆる生産分野において大幅に進歩し、また、この度の内国勸業博覧会以来、近いうちに諸外国が日本製品との競争に打ち克つには苦勞するようになるであろう程度まで腕に磨きをかけた。このような迅速な進歩を確実なものとし、また、より向上させるためには、単に住民の資本（Capital）および機械に関する知識と技能の増大が必要なだけではない。ひとつの法的枠組み（Rechtsverfassung）、すなわち商業上の複雑な諸法律関係に明確性、安全性および確実性^{〔Ⅲ〕}をあたえ、商業にたずさわる人々に秩序と信頼性を授け〔法的枠組み〕、その〔法的枠組みの〕下において輸送と信用とが年ごとに上昇する需要に応じて成長することができ、また、外国人にとっても日本の裁判権の支配を受け、または、将来受ける範囲において、危惧を生じることなくそこに入ることができる法的枠組みこそが是非とも必要なのである。

商法 (Handelsrecht) は一般に、公法に対する私法 (das civile Recht) の一部門を成している。では、なにゆえに商業の諸関係については普通民法の諸原則 (Grundsätze des allgemeinen Civilrechts) では十分ではなく、また、なにゆえにこれらのためにひとつの特別法、まさしく商法がつくられたのか、という疑問が提出されるであろう。この疑問に対する返答は、普通民法の内容および性質とは異なる商法の特別な固有の性質を明らかにし、また、同時にそのことによって商事立法がその目的を達すべきときに、商事立法がそれによって満たされなければならない一般的な諸原則を指摘する機会を与えるものである。

いま提起した疑問に答えるには、何よりも商法はその大部分において、このような取引や関係、すなわち商取引に固有であり、また、通常の市民生活では生じないか、または、非常に小さな度合いでしか生じない取引や関係についての秩序に取り組むべきものであることを指摘すべきである。このことはとりわけ海商 (Seehandel) について言える。すべての有力な商業諸民族においては、上古代より航行 (Schifffahrt) と海商は私的な法律生活から除外され、また、それらについては、海上取引の固有の性質から来る諸要求および諸関係を満足させるために特別法があてられたのであった。陸上の運送取引 (Frachtverkehr zu Lande) についても同じことが言える。その膨大な輸送量の増加を通じて、また、鉄道のような蒸気の利用を通じて、市民的で、私的な取引の狭い境界をはるかに超えて以来のことである。商業の需要に本来の起源を有し、また、言葉の真の意味において商業証券 (Handelspapiere) である手形 (Wechsel) およびその他の信用証券 (Creditpapiere) についても同じことが言える。それらが例外的に私的生活上の目的にも用いられうるとしても、である。だがその他の法律関係、すなわち商業それ自体が確かに市民的私的生活と共有しながらも、しかしそれら〔法律関係〕が商業上の目的に仕えるかぎりにおいて通常の市民生活上の目的のため〔に仕える法律関係〕とは異なって作り上げなければならないものもある。このことはとりわけ売買 (Kauf und Verkauf)、代理 (Stellvertretung (Agentur))、および、債務法的な諸取引について言える。さらに商人の支払不能 (Insolvenz

der Kaufleute) についてもそうである。ここで一般的に言うべきなのは、通常の債務法の諸規則は、商業の諸需要に対しては非常に鈍く、晦渋であり、また、確実さを欠くであろうということである。通常の市民生活上の諸取引は、通例、所与の狭く限定された生活範囲内においてそれらの諸取引を締結するという個人的な需要のためにのみ用いられる。すなわち、それら諸取引は比較的まれであるか、または、日々行われる限りはとるに足らないものである。商人 (Kaufmann) は、これに対して日々多くの、ときとして重要な目的物の取引を締結する。すなわち商人は最も速く、かつ、最も自由な商品の処分を必要とし、また、その処分についてはできるかぎり場所と時間に左右されないことを要するのである。商人の諸取引の締結と履行にあたっては、商人はしばしば多くの仲介者 (Mittelspersonen) および補助者 (Gehülphen) を必要とし、これらの諸取引はここにおいてはあらゆる面で複雑な具合に分岐している。私的生活においては比較的平穏と恒常が支配するのに対して、商業はすべてにおいて変動と変化をもたらす。すなわち一方の商品と、他方の金銭は常に回転しており、かつ、絶え間なくその所有者を交換し、諸決定と諸取引 (Operationen) とは迅速に連続して行われる。これらすべてに共通する根拠は、商業の偉大な道具である資本の性質 (Natur des Capitals) に存する。しかしながら資本の利用は各々の企業家にとって2つの事柄を意味する。すなわち再生産つまりすべての経費 (Auslegen) とコスト (Kosten) の補填の必要性、および、利息または利益を含む利潤の必要性である。この2つ、再生産と利潤は、私的な生活の需要とはまったく異なっている。私的な生活においては個々の諸取引 (Geschäfte) についての逃れがたい規範はありえないのであり、ここではすべては個人的な判断——気ままと偶然であると言ってもよい——にかかっている。これに対して商業においては、自然法則の有無をいわさぬ必然性によって、一貫して、またあらゆるものについて同一の法則が支配する。この法則を充たすためには、商業——その道のりがしばしば厳しくも赤字と破滅に通じている——は、広く、外部の形式によって可能な限り圧迫されない自由を必要とするのであり、そして、複雑な商業上の諸取引と絡み合いを法律概念のうちに位置づけるために、法律概念の柔軟

性はできるだけ拡張されなければならない。これに対して、さまざまな商行為 (Handelsgeschäfte) は、その法律的内容において疑念や紛争が残る余地を可能な限り少なくし、また、すべての取引をできる限り迅速かつ確実に処理することができるよう、明確かつ正確に把握されるべきである。こうした活動の自由 (Freiheit der Bewegung) は、しかしながら堅実かつ適法な利潤にむけられた商経営 (Handelsbetrieb) にこそふさわしい。すなわち、他人が錯誤と不注意にもとづいて投機に走ることを可能ならしめるような、外見上は適法性を装ったあらゆる架空の詐欺的な諸取引は可能な限り抑制されなければならない。不誠実さに対抗する保障が主として存するのは、一定の商業的諸取引を一般的な認識と検査に委ねた公開性 (Oeffentlichkeit) においてであり、単なる話し言葉による一過性と不確実性を断ち切る文書化され整理された簿記に、また、錯誤と不明確さを可能な限り芽のうちに摘み取るために、立法が個々の諸取引の締結について立案するところの諸要件の確実性と正確性に、さらには、その法的義務を履行しなかった者、とくに支払不能債務者に対する規則のきびしさにおいてもまた存するのである。誠実さと明確さとは、商法があらゆる点について配慮すべき必要不可欠な商取引の特徴である。それによって相互信頼が促進され、信用が上昇し、法律行為の煩雑で阻害的な形式の必要性が高い程度に減少されるのである。商法におけるもうひとつの一般的な原則は、いわば、循環する資本の個性が問題とならない担い手としてのみ登場する商人たちの完全な法的平等 (völlige rechtliche Gleichheit der Handelspersonen) である。商法は、自然人と法人との性質上の諸帰結によりそれらの区別を許すけれども、公法のごとき、また、民法も部分的には少なくとも性別と年齢による重要な区別を強調しているごとき、身分的な区別を知らない。商法においてはすべての人々は平等であるが、まさにそれだからこそ人々の商経営への参画に関してもより厳格かつより明確な諸要件をうち立てなければならないのである。然り、近代商法は、他の諸身分または職業諸階級を排除する形で効力をもつ特別の商身分 (Handelsstand) すら知らないのである。そうではなく、[近代商法は] 一般の合意に従って、商関係に入るすべての人々に適用され、従って商人たち

(Kaufleute) によって営まれようと、または、誰かそのほかの人々によって営まれようともすべての商行為に適用されるのである。商法は問題となっているさまざまな取引の性質に応じて人々を区別するにすぎず、それは船長^[VII] (Schiffer)、営業主 (Principal)、商人を補助する者 (Agenten) 等々に関わる問題である。商人として商業を職業的に営む人々のために個々の特別規則を定立することが、一般的には必要であると思われるにも拘らず、である。

前述の検討によって、結論として、商法と普通民法 (das gemeine Civilrecht) の関係は、特別法と一般法の関係にあることが判る。商法は、民法のように、私人としての諸個人の諸財産権と契約諸関係とを対象としており、そして、その限りでは両方の法分野は、財産と契約の一般的諸原則を共通にする。〔しかし〕もっぱら商法のみが商行為の特別な性質および目的が必要とする限りにおいて、財産法および契約法に特別な形をとらせる。それゆえに立法が特別な商事規範を定立する限り、商事には普通民法は適用されえないのである。これに対して民法の諸原則は、商法の特別な規範が存在しないところ、つまり、立法が民法の現行規範でも商経営の需要を満たすものと認めたところでは、至るところで民法上の諸原則は補充的な適用可能性を保っているのである。ここでついでまでに言及すれば、商法の諸規範には、立法による明文の諸規定だけではなく、立法者の黙示の許可のもとに実際の慣行 (Uebung) によって商業上遵守されている、商業の諸慣例 (Handelsgebräuche) もまたふくめることができる。

いま論じた——商法を吹きぬけているあたかも空気のような——一般的諸原則は、さまざまな国の商事諸立法においても多かれ少なかれその細部に至るまで見出されるのである。このことこそが、それらの諸原則が商業の性質に根拠をもち、また、商業上の需要を通じて供されたことについての実際的な証拠である。商業はいたるところで同じ諸原則によって発展する傾向をもち、また、そのことから、国境と無関係な、可能な限り同一の法規範をも求めるのである。

日本は、西洋の商業諸民族の商法をその本質において継受することを企てているが——それによって個々の題材や論点において日本の固有の法的諸見

解および法的諸習慣 (Rechtsübungen) を保存する可能性はないわけではないのであるが——、これは進歩 (Fortschritt)、そして西洋の諸民族も現代とおなじく往古から、彼らの側ではすでに従っているように思われる必然性 (Nothwendigkeit) なのである。古代ローマ人はすでにギリシアの商法およびとりわけロード海法 (Rhodisches Seerecht) を大幅に継受した。中世においては、地中海沿岸に居住する商業諸民族は、とくに海上取引においては共通の商業規範、すなわちコンソラート・デル・マーレ (Consolato del mare) およびアマルフィ海法 (Tafeln von Amalfi) に書き留められた商業規範に従ったのである。イギリス法の起源とされるオレロン海法 (Rôles d'Oléron) は、大西洋沿岸で行われた商業を支配し、ハンザ同盟 (Hanseatische Re-cesse) は北ドイツ諸都市および〔バルト海〕沿岸の商業を支配し、スカンジナビア諸国民のヴィスビー海法 (Seerecht von Wisby) はスカンジナビア諸民族の商業を支配した。こうしたさまざまな商法・海商法諸規則はすべて相互にその大部分において一致しており、また、ある民族から他の民族へと順に継受されたのであった。

近代的な商事立法のためには、とくに南ヨーロッパの諸国では、ルイ14世の1673年および1681年の王令にももつづいているフランス商法典 (Code de commerce) は卓越した模範となった。1861年のドイツ商法典は、細かな点については独自性を保っているが、本質的には同一の諸原則に従っている。イギリスおよび合衆国には商法の一般法典の編纂はない。^[IX]これらの国においては、まさに商法は、個々の重要な諸題材に関する特別諸法をのぞき、主として判例および商慣習にもとづくのである。細部における多くの差違にもかかわらず、イギリス人と北アメリカ人もまたほかの諸国民とその本質において同様の商法の諸原則を共有しているのである。

さまざまな商法典における素材 (Stoff) の外部的配置だけは、おおよそ後掲の一覧表〔註：本訳では省略した〕から推察することができる。

フランス商法典は、すべての素材を648条、4編でとりあつかっている。第一編は「商の通則」、第二編は「海商」、第三編は「商人破産」、第四編は「商事裁判権」である。

1830年のスペイン商法典は1219条、5編から成る。第一編「商人および商人を補助する者」、第二編「商行為通則」、第三編「海商」、第四編「破産」、第五編「商事裁判権」である。

1838年のオランダの法典は923条、3編から成る。第一編は「商の通則」、第二編は「航行」、第三編は「破産」である。

1861年のドイツ法典は911条、5編に分かたれている。第一編は「商身分」、第二編は「商事会社」、第三編は「匿名組合および個別的商行為への参加〔当座組合〕」、第四編は「商行為」、第五編は「海商」をあつかっている。

1865年のイタリア法典は、732条、4編に分かたれている。第一編は「商の通則」、第二編は「海商」、第三編は「破産」、第四編は「商事における管轄および拘禁 (Personalhaft)」である。

1874年のエジプトのための法典は、最も新しい時代の商法の編纂の例として言及に値するが、外見的には2つの別個の法典に分かれている。すなわち、ひとつは商法典 (Code de commerce) であり、もうひとつは海商法典 (Code de commerce maritime) である。しかしこれら2つの別個の部分は、事柄それ自体としては、2つで対になった一体のものである。第一の部分〔商法典〕は第一章において「商の通則」を、第二章で「商行為」を、また、第三章では「破産」をあつかっている。第二の部分〔海商法典〕は「海商」をあつかっている。両方の部分をあわせて全部の素材を702条に割り振っている。

これらのさまざまな立法を概観して気づくのは、3つの大きな部分 (drei grossen Abschnitte)、すなわち「商の通則」、「海商」および「破産」がほぼすべて〔の法典〕において一様に見いだされることであり、また、最初の部分「商の通則」が多かれ少なかれ個別の部分に分かたれているという点で、ひとつの相違点が見いだされる。すなわちスペインおよびエジプトでは「商人」および「商行為」という2つの部分に分かたれている。ドイツの法典では独立した2つの編〔第二編、第三編〕が商事会社にあてられ、それが4つの個別の章とされているのである。

もうひとつのより強い差違はフランス商法典の第四編「商事裁判権」に関

して見出される。この題材はそのほかにはわずかにスペイン法典においてのみ見出される。イタリア法典は商事における管轄および拘禁についての若干の諸規定を有するにすぎない。この編はそのほかの諸法典にはまったく欠けている。オランダおよびドイツの一部の〔ラントの〕ごとく特別な商事裁判権がない国もあれば、イタリアおよびエジプトのごとくこの題材が商法典以外の諸法典であつかわれている国もあるからである。

さてこれらの諸編に特有の内容に関していえば、おおよそさまざまな諸法典は等しいものといえよう。個々の差異については、当該の諸題材について、以下、本草案において適宜立ち入るであろう。

「商の通則」編は、当然のことながら2つの部分に分かたれる。すなわち「商人」(kaufmännische Personen) および「商経営上の諸取引」(Geschäfte des Handelsbetriebes) である。

「商人」については次のことが考慮に入れられる。第一に、誰が商人とみなされるべきか、第二に、商人的経営 (kaufmännischer Betrieb) の資格、第三に、商人の経営における一般的な諸義務、および、ここで〔この義務として〕考慮に入れられるべき商業登記 (Handelsregister)、商号 (Handelsfirmen)、および商業帳簿 (Handelsbücher)、第四に、商人の補助者すなわち支配人 (Procuristen)、商業代理人 (Bevollmächtigte (Factoren))、および、商業補助者 (Handlungsgehilfen)、である。

次いでここには、その一部は個人的な性質をもつが、他の部分は商行為の分野にも含まれる商経営の一定の種類のを列挙する。ここには商事会社 (Handelsgesellschaften) のさまざまな種類、仲立人 (Mäkler (Agenten))、取次商 (Commissionäre)、および、運送取扱人 (Spediteure) が属する。商事会社、および、商人を補助する者 (Agenten) のさまざまな分類は、ひとつの見方からすると商人であり、その限りにおいて商人に関する一般的な諸規定に支配される。しかし他の見方からするとそれらは商取引の特別な必要性和目的に仕えるものであり、また、その限りにおいて商事契約の範疇に属するのである。

さらに、商業の立場から普通民法 (das gemeine Civilrecht) とは異って規

定されるべき諸取引および諸契約がある。ここにはまず、とりわけ商行為に関する一定の通則的な諸規定、さらには、〔民法との関係で〕主として、あるいは、もっぱら商法的諸規範に支配される商行為、とくに売買、運送 (Frachtgeschäft)、保険 (Versicherung)、さらに手形、指図証券 (Ordrepapier) および小切手 (Cheques) による信用取引がこれに該当する。

ほとんどの法典には、スペイン法典のように、これ〔商法の民法に対する特則性〕との関連で、交換取引 (Tauschgeschäfte)、貸付 (Darlehen)、寄託 (Depositen) および保証 (Bürgschaften) のようなそのほかの諸取引についての特別な部分〔各則〕もある。これらの諸契約はそれらについての民法の諸規定でとりわけ十分である限りでは商法的には際だって重要なものではない。イタリア法典には、さらに質権 (Faustpfand) に関する各則がある。これらの諸取引は、商人との関係においては、主として、銀行取引 (Bankgeschäft) の分野において重要であり、また、銀行制度 (Bankwesen) に関係する諸法令による限り規制されるのである。そのほかの点では、商法典がこれらに各則をもって取り組むべきか否かは民法典 (Civilgesetzbuch) の諸規定に依存することになる。現時点では、後日の再考もありうるけれども、それらの採用を本草案では提案するものである。

本編〔商の通則〕においてひとつの重要な題材を成すのが手形法 (Wechselrecht) である。手形法は、ドイツ商法典を例外として、あらゆる国の商事立法の中に見出される。この例外はしかしその根拠をたんに外部的な事実を有するにすぎない。つまりドイツ商法典の起草時の1849年にはすでに全ドイツ諸邦 (sämtliche deutsche Staaten) については有効な普通手形条例 (allgemeine Wechselordnung) が存在していたために、この手形条例をいくらか変更し、あるいは、手形条例をたんなる〔商法典の〕外面的な完全さのために新しい商法典のなかに取り入れる必要性が感じられていなかったのである。手形法が商法の構成部分を成すことについてはドイツの法律学においても疑われていない。そして、このことについての確認として一瞥されるべきは、ドイツの裁判所構成法 (Gerichtsverfassung) によれば、手形事件は一般的に商事事件に判決を下すべき裁判所に係属することである。実際のところ手

形取引は本質的に商事取引なのである。手形は商業証券 (Handelspapier) であり、英語の表現によって言いかえれば流通証券 (negotiable paper) である。これは商営業の土台の上に生じたものであり、また、本質的に商身分がその信用を利用し尽くす必要性に仕えるものである。もとよりそのほかの人々も手形を利用することができるが、しかしそれは単なる例外的に、あるいは、商行為に関連して行われるのであり、また、二重の手形法すなわち商人向けのものとは非商人向けのものを作らねばならないのであるから手形法の商的性質 (commercielle Natur) が優位を占めるものとみなされなければならない。ある手形を振り出し、または受け取る者は、それを通じてひとつの商行為 (Act des Handels) を行うのであり、また、商法は単に商人のみではなく、商行為を取り結ぶすべての人に対して有効なのであるから、手形法は商法全体との関連で規定されなければならない。それゆえに、手形法をその全体の範囲において、指図証券および小切手を含めて、商法典に採用すべきとの提案を行った。

第二編海商は、いずれ〔の法典〕においても次の諸分類においてほぼ同様にあつかわれている。第一に、船舶 (Schiffe) および船舶所有者 (Schiffseigentümer)、第二に、航行に従事する者、すなわち船長 (Schiffer) および海員 (Schiffsmannschaft)、第三に、海商に関する諸契約、すなわち傭船契約 (Charterpartien) を含む運送 (Fracht)、冒険貸借 (Bodmerei)、保険、第四に、海難の財産法的効果 (Seeunfälle in ihren vermögensrechtlichen Folgen)、海損 (Havarie) およびその他の損害である。比較的新しい諸法典に含まれている海上旅客輸送 (Beförderung von Passagieren auf Schiffen) および船舶衝突 (Zusammenstoss von Schiffen) に関する諸規定は、共に適切に編入されるべきものであろう。

第三編は破産 (Bankrott) である。本編は、ドイツ法典を除いて、上述の諸法典全部に見い出されるものである。1876年のドイツ帝国のための特別な破産条例 (Concursordnung) があるけれども、しかしそれは商法の構成要素としてみなされるべきではない。ドイツ法によれば、すべての人々が破産 (conkurs) に係属しうるのであり、また、裁判手続はすべての事件において

同一である。このような考え方は1869年に〔ドイツ〕同様に普通倒産法 (allgemeines Bankerottgesetz) を備えたイギリスの立法に最も近い。この法律によれば、非商人も破産手続 (Bankerottverfahren) に係属しうるけれども、それは特別な条件のもとにおいてのみである。イギリス破産法は「非商人よりも」とりわけ商人に向けて定められており、また、イギリスの法律学は従来より破産を商法の構成部分としてあつかつている。このことから明らかなのは、かつてのイギリスの立法によれば商人のみが破産手続に係属したのであり、それというのも、一方では商人たちは信用および投機の濫用によって破産に係ることが断然多く、他方、そのほかの人々は、商人的取引が多岐にわたるために、よりいっそう商人の破産に関わると思われていたからである。

ちなみに、1838年の法律によってこの点について改正されたフランス法典は、商人の破産についてのみあつかつている。他の人々の支払不能 (Insolvenz) は、支払停止 (déconfiture) の名のもとに財産帰属は民法に譲られている。商人にとっては二重の支払不能 (doppelte Zahlungsunfähigkeit)、すなわち無責および有責の支払不能である、破産 (faillite) および破産犯罪 (banqueroute) とが採用されるのである。スペインおよびイタリヤの法典もこうした立場に立っている。オランダの法典は、破産と履行すべき諸義務の一時的不能としての支払停止 (Zahlungseinstellung) だけを区別している。

さらにもうひとつの例を挙げれば、オーストリアにおいて1868年に特別な破産条例 (Concursordnung) が制定され、これによればすべての人々は例外なく破産手続 (Concursverfahren) に係属しうる。しかしながらこの条例は、商人の破産について特別編を有している。

これによると、立法の立場の主たるものは、破産法を主として商人についてのみ規定する立場か、または、商人の破産に関する特別規定が必要なものとみなす立場かのいずれかの立場に立っている。

一般的には商人破産手続は、とくに破産手続の開始に関してより厳しいものであり、また、商人的営業の特殊性は、いくつかの重要な点において特別な規定を必要とする。

したがって提案されるのは、諸立法の多数の例に従い、商法典の中に商人の破産に関するひとつの特別な編を採用し、かつ、破産手続の通則に関する諸規定は民法または特別法に任せることである。商人の破産に関する特別規定は一方においては商人的信用の促進を顧慮することが望ましいと思われ、また、他方においては商人である債権者のより実効性ある保護を顧慮することが望ましいと思われる。

商事裁判権 (Handelsgerichtsbarkeit) に関する第四編の編成については、スペイン法典のみがフランス法典に追従した。イタリアおよびエジプトには同様に特別な商事裁判所 (Handelsgerichte) ^[xvi] があるが、しかしそれについては商法典とは別の特別法が公布されている。ドイツには、かつては例えばバイエルンのような個々の領邦国家に特別な商事裁判所があった。1876年の新しい裁判所構成法によれば、わずかに、通常の一審裁判所に設けられている商事特別部 (besondere Kammern für Handelssachen) があるにすぎない。しかしそのような商事部の設置は任意であり、各ラント政府の裁量にまかされている。オーストリアでは、一部には特別商事裁判所があり、また一部には通常裁判所における商事の特別部もある。オランダでは独自の商事裁判所は存在しない。イギリスおよび合衆国の場合も同様である。だが、そこでは海事事件に関しては特別裁判所、すなわち海軍裁判所 (Admiralitätsgerichte) が判断する。

商事裁判権の原則は、商事事件は商人身分の名声ある人々によってのみ裁かれ、それゆえ商人はその限りでは彼らの職業仲間 (Berufsgenossen) の裁判管轄の下にのみ服するという点にある。だがこのことは第一審の裁判権にのみあてはまり、上級審では通常の訴訟のように、通常裁判所の管轄に入る。もしかの原則が絶対的なものであったならば、例えば公務員、弁護士等々のほかの職業身分についても適用されなければならなかったであろう。このような原則の拡張は、しかし、いずれ〔の国〕でも受け入れられておらず、せいぜいフランスのように、営業者たちのための特別な営業裁判所 (Gewerbegerichte) が認められているくらいである。そのようなことからは不平等がもたらされ、また、それゆえに商事裁判権は商人の格別の特権 (Privi-

legium)として現れる。このような特権は、裁判官は当局の人々というよりも、むしろ主に専門家であるほうが宜しく、彼らに必要な知識が欠ける場合には他の専門家に交代しなければならない、という見解にもとづいている。このような見解に対しては、しかし、[次のような]異議を唱えることができる。

^[xvii]
第一に、商人たちは、自らの個人的な取引上の諸慣例についてしか精通していないのが通例であり、他の商業の諸慣例 (Brauchen des Handels) についての正確な専門知識には大抵欠けている。それゆえ、商事裁判権の目的をほんとうに達するためには、商業のさまざまな部門があるのと同じだけの多くのさまざまな商事裁判所を設けなければならないであろう。

第二に、たとえ商人たちがその特別な取引部門の諸規則や諸慣例に法律家より通じていようとも、それと同時に裁判官にとって必要な法の知識と経験をまったく有していない。

第三に、法知識のある裁判官は、彼らが特別な商業の諸慣例 (Handelsgebräuche) および商業の現状 (Handelsstände) についての知識に欠けている限りでは、その欠缺は証人および専門家の召喚 (Beiziehung) を通じて容易に矯正しうる。

したがって、特別の商事裁判権の創設は必要とは思われず、そこで、本編では仲裁裁判権 (Schiedsgerichtsbarkeit) および商事に関する執行および拘禁 (Execution und Personalhaft) についての諸規定のみを採用することを提案する。

商法典草案は、このような検討に従って、個々の点での修正は留保されるにせよ、とりわけ次の図式によって形成されることになるであろう。

第一編 商の通則 (1. BUCH. VOM HANDEL IM ALLGEMEINEN)

商人 (Kaufleute)

経営における商人の義務：登記、商号、商業帳簿 (Verpflichtungen der Kaufleute in ihrer Geschäftsführung: Register, Firmen, Handelsbücher)

商人の補助者：支配人、使用人、等 (Hilfspersonen der Kaufleute:

Procuristen, Commis, etc.)

商事会社 (Handelsgesellschaften)

仲立人, 取次商, 運送取扱人 (Mäkler, Commissionäre, Spediteure)

商行為の通則 (Allgemeine Bestimmungen über Handelsgeschäfte)^[XVII]

売買, 寄託および貸付, 運送, 保険, 手形法 (Kauf und Verkauf, Depositen

u. Darlehen, Frachtgeschäft, Versicherung, Wechselrecht)

第二編 海商 (II. BUCH. SEEHANDEL)

船舶および船舶所有者 (Schiffe und Schiffseigenthümer)

船舶債権者 (Schiffsgläubiger)

船長および船員 (Schiffer und Matrosen)

貨物運送および旅客運送 (Güterfracht und Beförderung von Passagieren)

海損および海難 (Havarien und Seeunfälle)

冒険貸借 (Bodmereivertrag)

海上保険 (Seeversicherung)

第三編 商人破産 (III. BUCH. BANKEROTT DER KAUFLEUTE)

無責破産および破産手続通則 (Unverschuldeter Bankerott, und Concursverfahren im Allgemeinen)

復権 (Rehabilitation)

有責破産 (Verschuldeter Bankerott)

第四編 商事裁判手続 (IV. BUCH. BESONDERES VERFAHREN IN HANDELSACHEN)

仲裁裁判権 (Schiedsgerichtsbarkeit)

執行および拘禁 (Execution und Personalhaft)

フランス, スペイン, オランダ, ドイツ, イタリア, エジプトの商事立法概観
SUMMARISCHE ÜBERSICHT DER HANDELSGESETZGEBUNG IN
FRANKREICH, SPANIEN, HOLLAND, DEUTSCHLAND, ITALIEN,
EGYPTEN.

(以下略)