

# 商的色彩論の系譜

——商法とは何かの問い——

村 田 敏 一\*

## 目 次

- I はじめに
- II 田中耕太郎「方法としての商的色彩」を読む
- III 上柳克郎「商的色彩論について」を読む
- IV 商法企業法説からの批判
- V 近時の法改正と商的色彩論——保険法の単行法化を素材として
- VI 結 語——商的色彩論の可能性

## I はじめに

「商的色彩の理論は、民法学即ち一般私法学に対する商法学の学としての独自の存在を基礎づける目的を有している。……そこに民法学と商法学との間の方法論的差異が発生する。……商法学が独自の方法を有しない限り、それは一般私法の学である民法学の中に解消してしまう運命にある。従って商法学がその存在を維持しようとするならば、それは明確な方法論的意識を以て、民法から自己の世界を戦い取らなければならないのである。」<sup>1)</sup>

これは、わが国において、商法本質論としての商的色彩論を高唱された

---

\* むらた・としかず 立命館大学大学院法務研究科教授

1) 田中耕太郎「方法としての商的色彩」大隅健一郎編集代表『竹田先生古稀記念 商法の諸問題』（有斐閣・昭和27年）4頁。この論稿は、後に、『田中耕太郎著作集Ⅶ 商法学一般理論』（新青出版・昭和29年）に収録された。本稿では、以下、初出である前者の頁数を示して引用する。

田中耕太郎博士のいささか戦闘的ともいえる言明である。田中博士は30年の長きにわたり商的色彩論に関する思考を継続深化され、その間には相当程度の内容面での変遷も見られるものとされるが<sup>2)</sup>、その最終的ともいえる立場を明確にされた論稿の中で、このような宣明がなされている訳である。そこでは、表題にも顕れているように、「方法として」という点に博士の想いが集約されるとともに、また「商法」ではなく「商法学」の独自性が強調される。

わが国において実質的意義における商法（商法として統一的体系的に把握されるべき特殊の法域<sup>3)</sup>）の範囲を画定させるための基本的な観念に関する代表的な学説としては、「商的色彩論」と並んで「企業法説」<sup>4)</sup>が知られる。そして、後者の「企業法説」が、通説的な地位を占めるというのが一般的な理解と思われる<sup>5)</sup>。この二つの説につきごく簡単に要約紹介すると、「商的色彩論」とは、商法上の法律事実に通有な集団性・個性の喪失などの技術的色彩をもって、実質的意義における商法の特質と理解するものであり、「企業法説」とは、企業に関係する経済主体の私的利益の調整を目的とする法規整の総体として実質的意義における商法を捉える立場で

2) 上柳克郎「商的色彩論について」『商事法論集』（有斐閣・1999年）3頁（初出は、『林良平先生還暦記念論文集 現代私法学の課題と展望（中）』（有斐閣・昭和57年））。上柳博士は、同論文の中で、田中博士の商的色彩論の変遷を詳細に分析される。なお、この点につき、本稿のⅢ章で扱う。本稿では、以下、『商事法論集』の頁数を示して引用する。

3) 大隅健一郎『商法総則〔新版〕』（有斐閣・昭和53年）27頁。実質的意義における商法とは、形式的意義における商法すなわち商法典と対置される概念である。

4) 企業法説（論）を主唱されたのは、西原寛一博士である（西原寛一「企業法論の任務と方法——商的色彩論と対比して——」『商事法研究 第三巻』（有斐閣・昭和43年）1頁を参照）。

5) 森本滋編『商法総則講義 第3版』（成文堂・2007年）1頁〔小林量〕。高橋英治「日本における商法＝企業法論の課題」大阪市立大学法学雑誌57巻1号（2010年）57頁。なお、大隅・前掲注3）31頁は、企業法説と商的色彩論を総合した第三説が、わが国で有力であるとする。第三説とは、商法の対象を生活関係の内容によって確定しようとするが、しかもこれを企業なる一つの中心的概念により統一的に把握しようとするものとされる。もっとも、第三説と位置づけるよりは、むしろ、企業法説の一つのヴァリエーションとして理解されよう。

ある。

近年の商事法領域における法改正については、質量ともに目を見張るものがあり、まさしく大立法時代の名に値する。民事基本法の現代化の一環としての商法の現代化は、会社、保険、運送・海商の領域について実現し、特に会社法と保険法は単行法化して商法典から独立したため、形式的意義における商法（商法典）の空洞化ともいえる現象が進行した。なかでも、保険法の単行法化の過程で、明示的に共済契約をその適用対象に取り込んだことを踏まえ、保険契約法の位置付けについて、——商法を介さず——直接的に契約を一般的に規律する民法の特別法として理解する立場が有力に唱えられることとなり<sup>6)</sup>、形式的のみならず実質的意義における商法の範囲にも動揺が生じているし、また今回の平成29年債権法（民法）改正では、従前に商行為の民法に対する独自の特性を象徴するかのごとき規律であった商事法定利率（平成29年改正前商法514条）および商事消滅時効（平成29年改正前商法522条）の規定が削除され民法に——規律の抜本的な見直しのうえで——一本化されるに至った。果ては、民商法の区別は風前の灯火といった挑発的な見解が商法学者サイドからも蒸し返されている<sup>7)</sup>。

今後、商法の現代化に関して残された領域である商法総則および運送・海商以外の商行為なかんずく商行為総則（通則）の部分についての現代化を考える場合、商人および商行為という商法の基本概念に立ち返って再度考察する必要性が指摘される<sup>8)</sup>。その際に、実質的意義における商法の範囲に関する基礎理論を振り返ることが全く無意味とまでは言い切れないであろうし、さらに言えば、商法（学）の独自性に揺らぎが生じている時にこ

6) 山下友信ほか『保険法 第4版』（有斐閣・2019年）15頁〔洲崎博史〕。

7) 浜田道代「民商法の区別は風前の灯火」NBL 882号（2008年）1頁。ただし、どちらかといえば形式的意義における商法（商法典）の否定論である。もっとも、その論拠としては、民商法の二法が並立すると民法学者と商法学者の別が生じて、両者の交渉協力が進まないという何とも珍妙な理由が挙げられている。

8) 山下友信「商法の現代化と商人概念」同志社法学404号（森田章教授古稀記念論集）（2019年）91頁。

そ、商法(学)の基礎理論に関する古典を振り返る必要があるのであろう。

まずは、田中博士の商的色彩論の到達点を示す「方法としての商的色彩」の語りかけるところに真直に耳を傾けてみよう。

## Ⅱ 田中耕太郎「方法としての商的色彩」を読む

「方法としての商的色彩」は、四つの章より構成される。一章は、「民法学と商法学との方法論的關係」と題される。まず、商的色彩の理論の目的は、民法学即ち一般私法学に対する商法学の学としての独自の存在を基礎づけることにあるとされる(4頁)。前提として、民法(学)は私法の全範囲、私法生活全部をカバーする非限定的なものであるとされ、そのために、商法(学)が、その独自の存在権を獲得するには、商法に固有な方法論的根拠が必要であるとされる。民法に具体的規定があり、商法がこれを同一順位で変更している場合(商事法定利率、商事留置権、商事売買、商行為債権の時効)は、商法の民法に対する特例(例外法)につき商的色彩で説明することが可能とされる。一方で、民法中に該当する同一順位の制度・規定がない商業登記、商業帳簿、商号等についても、やはり商的色彩で同様に説明が可能なものとする。そして、一章では、「商的色彩」とは何かという中核的事項への具体的論及はなされない。

二章は、「商的色彩の論理」と題され、商的色彩の本質に迫る思弁的な論述がなされる。ずばり、商法学を基礎づける「商的色彩」とは、商法上の法的關係が帶有する特殊の性格である集団性(Massenhaftigkeit)と個性喪失(Individualitätslosigkeit)であるとされ、演繹の出発点としては、投機売買が選択される(10頁、12頁)<sup>9)</sup>。民法学と商法学の分業は対象的のもの

9) 投機売買は一時的なると継続的なとを問わず絶対的商行為となることから、集団性と個性喪失の特性がそこに内在していないのではないかの批判に対しては、生活事実の経済学的社会的特異性に着眼した場合に、投機売買という生活事実が最も集団的に行われ、従って法的關係が個性を喪失する特異性が内在するとの反論がなされる(11頁)。この反論はいささか難解であるが、さらに、集団性にはその可能性が潜在していれば足

ではなく方法的のものであるとされたうえで、民法学と商法学の間に対象面での区別があるかは、存在するとも存在しないともいえるとされる。商法学を含む学問の成立は、新カント派的・リッケルト的方法を是認する場合には、その対象によるのではなく方法によるものとされ、スコラの実在論を採用する場合には、方法が対象を創造するものではなく学問はその対象により成立するものとされる。商事売買が例示され、一般売買に共通な原則（民法学）と商事売買に特有な原則の両面からの考察が必要とされ、後者の方法論が「商的色彩」の立場に拠ることとなる。学問的方法としての演繹的方法と帰納的方法は等しく重要視されるべきとされ、演繹されるべき命題は、帰納的方法によりその真理性が立証されるとする。

三章は、「企業法説についての疑問」と題され、随分と力が込められている。商法の性格を企業法に求める立場は、民法（学）と商法（学）は法的事実の種類によって区別され、商法の対象となる法的事実を企業とする立場と捉えられる（13頁）。一般私法－企業法＝民法という立場（内容対象による区別）は否定され、商的色彩論（私法的な関係の内て集団性を帯び、個性を喪失したもの）は、民商法に共通な法的事実を別個の観点（方法）から考察するものとされる（一般私法－商的色彩法＝民法も否定される）。博士は、商法企業法説を誤りと批判するものではないと前置きしつつ、商法を企業法と考えることは一種のトートロジーであり、問題の一步進んだ解決にならないとされる（15頁）。このように高次元の議論がなされたうえで、企業法説への批判は急に熱（具体性）を帯びていく。企業組織法に関して、一般私法は、企業主体である会社に関しても総論的役割を演じるし、また、現実に中小工業の大多数は個人企業の形態をとる。企業法説による説明は、商の主体である商人中の会社組織法の一部にのみ妥当するが、組織法の残部や広汎に存在する行為法的諸制度については妥当しないと批判される（20頁）。とりわけ、早くに単行法化していた手形小切手法も実質的

---

↘り、法文が投機売買につき集団性を要件化しないことから、その集団的性格を否定するのは皮相的な見方とされる（12頁）。

意義における商法に含まれることが広く承認される中で、企業法説を論理的に一貫すると、当該分野を商法から追放する必要があることとなると批判され、手形法の問題に直面して企業法説はその無理を暴露したとする(23頁)<sup>10)</sup>。企業法説が、取引の円滑化等に資する諸原則(契約の定型化、取引の要式・不要式、善意者の保護、外観主義等)を企業に結合する企業の動的面と捉える説明に理解を示しつつも、そうした商行為法の諸原則は、商的色彩で説明するほうが一層直接的とされる(22頁)。商的色彩(集団性・個性喪失)は、——投機売買のみでなく——経済人(homo economicus)の極致ともいべき商人(ひろく営業をなす者)の概念からの演繹も可能であるとされる(28頁)。

四章の「方法としての商的色彩の適用」では、いわば各論として、商的色彩の適用の具体的事例が示される。①まず、商法淵源論における商慣習法の優位の問題が商的色彩論と牽連するものとされ、商法解釈論は、基本的には商的色彩論の直接の適用に外ならないものとされる(29頁)。②商法総則に関しては、商号や営業譲渡、支配人の代理権の包括性、代理商の留置権の特異性につき、商的色彩ことに個性の喪失の特色と関連付けられる(30頁)。③物的会社に関しては、まず、社員たる地位を実質上一種の財産権と解する立場から、社員権(株主権)の本来的な自由譲渡性が導かれ、株主の地位即ち株式は有価証券に体化され、最も容易に輾転売買される取引の目的物となる中で、それが、社員たる地位が個性を有しないこと即ち経済人的抽象性の顕著なことに起因するものとされる。その結果、持分や株式の観念自体が個性喪失という商的色彩を最も明瞭にあらわすものとされる。また、株式会社における個性喪失は、株式会社の集団性と相関的な関係にあり、大資本調達的手段たる株式の募集は、その個性喪失の

---

10) 企業法説の主唱者である西原博士が、手形小切手法を実質的意義における商法の範囲外に位置付ける点について、田中博士は、論理的に一貫するものとして(その範囲で)評価する(23頁)。一方で、田中博士は、企業法説に立つ鈴木竹雄博士が、手形制度の非商人への適用を、民法の商化の一般現象の一つであり包括的制度の一般への解放として、商法の範囲内で捉える説明方法を批判する(23頁)。

故に容易となる。さらに、株主有限責任制度は、株式の譲渡可能性と表裏の関係にあるとされる。結論的に、株式会社は、集団性及び個性喪失という商的色彩が最も濃厚なものとされ、株式会社に関する細目的な法規整は、すべて、商的色彩の発現と見られ得るとまで言い切られる（32頁）。

④ 商取引（商行為）については程度の差はあるものの、個性が稀薄で集団化の可能性が大であり、普通契約条款による取引形態が生じるものとされ、商行為の委任による代理権が本人の死亡により消滅しないことや、交互計算における集団的相殺の制度も個性の稀薄、集団的処理の必要から導かれるとされる（33頁）。⑤ 海上保険を含めた保険契約は、契約の定型化の極致とされ、さらに、保険の団体性は生命保険において最も著しく、生命保険は、法的関係の集団性及び個性の喪失の点で海上保険よりも一層「商法的」とであるとされる（34頁）。⑥ 海商法については、沿革的に見て商法一般の先駆をなすものであり、今日なお、商的色彩において最も際立っているものとされる。海商法における個性の喪失の現象としては、船舶共有の制度や船長の包括代理の制度が例示される（34頁）。⑦ 有価証券法の領域に関して、手形行為における商的色彩は、法的関係の極端な個性喪失に求められ、手形関係において、当初の当事者や新たに加入した関係者が連帯して手形の信用を維持することも手形関係の極端な個性喪失から説明されるとする（36頁）。また、物権の有価証券である貨物引換証、船荷証券、倉庫証券については、商品の引渡しを要求する個性を有しない権利を有価証券に体化するものとして譲渡可能性を有し、やはり商的色彩が見られるものとされる（35頁）。

なお、商事法定利率や商行為債権の時効については、集団性や個性の喪失という商的色彩自体の現れではなく、営利主義やそこから生ずる合理主義的要請に起因するものとされる点が注目に値する（37頁）<sup>11)</sup>。営利主義

---

11) 前述のように、一章では、商事法定利率や商行為債権の時効の民法に対するの特則につき、商的色彩論で説明が可能なものとしてされる一方で、四章（各論）では、これらの特則は、商的色彩と一線を画する営利性に起因するものとされ、その叙述には混乱が見られ

(営利性)につき、商的色彩とは一線を画する次元で捉えられていることが見て取れる。換言すれば、商法の有する(民法に対しての)特別な規律の全てが商的色彩で説明・演繹される訳ではないことが前提とされている。結語に相当する箇所では次のように述べられる。「しかし私はすべての商法上の制度及び規定をその隅々に至るまですべて集団性と個性喪失を以て説明し得るものと主張するものではない。それは、単に商法上の生活関係が有する一つの特色を指摘し従来の商法学において缺けていた一点を補ったのに止まる。(37頁)」<sup>12)</sup>

以上が、田中博士の「方法としての商的色彩」の梗概である。

田中博士の商的色彩論の到達点を示すとされる「方法としての商的色彩」を精読しての素朴な疑問点は次の三点である。① 商法学の「方法」と「対象」という二元的思考に立脚して、博士は「商的色彩」の方法としての性格を強調されるが、そこでの「方法」とは何に関する方法なのであろうか。立法の方法なのか、解釈の方法なのか、それとも、実質的意義における商法として歴史的に生成してきた規範の特質を抽出し統一的に認識する方法なのであろうか。あるいは、その全てに関する方法なのであろうか。② ①の疑問とも密接に関連するが、——唯一の指導原理ではないにしても——商的色彩という方法によって商法学を基礎づけようとするれば、結局のところ、——田中博士が「企業法説」を批判する際に用いるように——商法は商的色彩を帯び、商的色彩を帯びるのが商法であるという、方法=対象のトートロジーに陥っているとは言えないか。③ 「商的色彩」と他の商法の規律を特色づける原理(たとえば「営利性」)の関係をどのように理解するのか。両者を並列的に理解するのか、それとも次元の異なる原理(商的色彩をより高次元の原理とする)として理解するのか<sup>13)</sup>。こうした疑問点にもか

ゝる。あるいは、「商的色彩」に営利性や技術性に起因する規律を含めた包括的な広義の概念と、集団性と個性喪失に限局された狭義の概念の二種類が存在するのであろうか。

12) 上柳・前掲注 2) 12頁は、この叙述を踏まえ、田中博士は商的色彩によってすべての商法上の制度及び規定を説明し得ると主張するものではないことが明瞭に承認されるとする。

13) ③の疑問点に関して、田中博士の叙述には揺らぎが感じられる。



かわらず、なお、商法（学）の独自性を基礎づけようとする試みである「商的色彩論」には魔術的ともいえる魅力が感じられる。

次章では、上柳克郎博士による田中博士「商的色彩論」の精緻な読み解きにつき、さらにそれを読み解いてみたい。

### Ⅲ 上柳克郎「商的色彩論について」を読む

上柳博士は、まず、田中博士の商的色彩論の発展過程を跡付ける。そこでは、A『商法総論概要』（大正13年）、B『商法総則概論』（昭和7年）および『改正商法総則概論』（昭和13年）、C「方法としての商的色彩」（昭和27年）の三段階での理論の発展が取りあげられ、考察の対象となる。

Aでは、「集団性及び個性喪失は全商法に通有なる商的色彩である」というテーゼは、未だ明確化されておらず、営利的性質を最も基本としつつ、「営利的性質、集団性及び非個人性又は個性の喪失」の三者が投機売買に伴随する諸性質とされる。商法の特質を示す主義・原則としては、公示主義・外観主義・要式主義（以上は、商の基礎に関する諸主義とされる）、迅速主義・方式自由主義・責任の加重軽減・善意者の保護（以上は、行為の集団性及び個性喪失より生ずる原則とされる）が列挙される<sup>14)</sup>。

Bでは、商的色彩の説明が詳細になるとともに、組織法と行為法の対立の理論が整備され、その対立が商法において鋭化している事実が商的色彩に起因するとされる。Aにおいて、「営利的性質、集団性及び非個人性又は個性の喪失」と配列され、先頭に置かれていた営利的性質が除外され、「集団性及び個性喪失は全商法に通有なる商的色彩である」という命題が確立された<sup>15)</sup>。この段階で、商的色彩論は、一応の純化を見たことにな

14) 上柳博士は、取引の静的安全を保護する制度とされる公示主義・外観主義・要式主義について、営利的性質、集団性、個性の喪失との関連づけの説明が明快性に欠けると指摘される（8頁）。

15) 上柳博士は、営利的性質が除外された理由につき、——田中博士は明示的に説明されていないところ——手形その他の有価証券制度と営利的性質を関連づけるのが困難である。

る。もっとも、その一方で、商的色彩(集団性・個性喪失)とは次元を異にする形でなお、「営利主義」などの十個の「商法上の各個の原理」が示されており<sup>16)</sup>、その中には、Aでは見られなかった「合理主義の徹底、弱者保護の撤廃」が新たに登場している。

Cでは、その詳細について既にⅡ章で見たとおりであるが、商的色彩は、「商法上の法的関係が帯有する特殊の性格である集団性と個性喪失」であるとされつつ、その一方で、「すべての商法上の制度および規定をその隅々に至るまですべて集団性と個性喪失を以て説明し得るものと主張するものではない」とされ、また、商法上の生活関係に関する規定は、商的色彩を反映するものもあれば、これと無関係なものもあるとされる。

以上のAからCに至る田中博士の所論の変遷について改めて通観すると、商法の特徴として商的色彩=集団性と個性の喪失を基軸と位置付ける点では一貫しつつも、商的色彩と、それ以外の商法を特徴付ける各原理(とりわけ営利性)の関係をいかに理解するか——次元の相違として商的色彩をより高次の原理(方法)として理解するのか、あるいは、商的色彩と他の原理は同一の平面に位置付けられるのか<sup>17)</sup>——について、一定の動揺と迷いが生じていることが窺われる。

上柳博士は、「私の大胆な推測にもとづく分析」と断りつつ、田中博士の商的色彩論には次の二つの異質の発想法が未整理のまま混在しているも

ㄨことが考慮されたのではないかと推測される(11頁)。さらに、「営利的性質」は、経済的観点からとらえられた性質であり、法の特徴の説明として学問的に意味のある具体性に欠けると考えられた可能性も指摘される(11頁)。

16) イ 営利主義、ロ 合理主義の徹底、弱者保護の撤廃、ハ 簡易迅速主義、ニ 私的自治、ホ 責任の加重、ヘ 責任の軽減、ト 組織法の方面の要式主義、チ 外観主義及び公示主義、リ 有価証券法の範囲における外観主義—文言証券性—裏書の資格授与力—手形抗弁の制限、ヌ 取引の目的は動産及び有価証券—商品—取引所に於いてする取引、の以上十個である。

17) あるいは、商的色彩を他の諸原理の発出する源泉として基本的には位置付けつつも、なお、商的色彩に淵源しない一部の原理を認めるのか。あるいは、「方法」と「性質」の相違と考えるのか。

のと指摘する（24頁）。すなわち、①民法と商法とは、同種の法律事実（例えば、売買）について規定しているから法律事実の種類之差で民法と商法を区別することはできず、同種の法律事実のいわば観察方法の相違で民商法の相違を説明しようとする発想法<sup>18)</sup>。②集団性・個性喪失は投機売買に内在する社会学的性質であり、商法により（補充的に民法により）規律される生活事実には、「集団性・個性喪失」という概念で表現できる性質をもつものが多いため、そうした社会学的性質によって商法全体を説明してみようという発想法<sup>19)</sup>の二つである（24～25頁）。そのうえで、上柳博士は、——商的色彩論が命脈を維持するには——基本的には①の発想法をすてて、②の発想法を徹底するほかはないものと説かれる。そして、その理由としては、次の二点が指摘される。a. 商的色彩論が生活事実としての投機売買の経済学的社会学的特異性に着眼して形成された概念であるのならば、商法全体の理解のために用いられる概念としての商的色彩も、生活事実の経済学的社会学的特異性であると考えer必要がある。b. 民法のみにより規律される生活事実と、商法により（補充的に民法により）規律される生活事実は、何らかの程度で異なる生活事実であり、民法と商法の差異を同一対象についての観察方法の差異と考える①の発想法には②の事実を直視しない点での論法の飛躍がある。こうした考察を通じて、上柳博士は、「そこで結局、商法は、商的色彩を帯びた生活事実を規律し、その商的色彩を反映しているか、または、商的色彩を帯びた生活事実を規律し、その規定の内容に商的色彩がある法とでもいうべきことに、一応なろう。」という暫定的な結論を導かれる（27頁）。商的色彩論の立場からは、商法企業法論に対して、民法・商法の区別に関し、「企業に固有な」あるいは「企業に特有な」などの「一種のタウトロジー」に陥っているとの批

18) 比喩的には、民法は、眼鏡をかけず肉眼で法律事実を見ており、商法は、レンズが商的色彩色の眼鏡をかけて法律事実を見ているものとされる。

19) 比喩的には、ある法律事実を観察する眼鏡のレンズが商的色彩色であるのではなく、観察される生活事実が本来商的色彩色を帯びている——色眼鏡をかけずに見ても、対象は商的色彩色に見えるものとされる。

判がなされる。この点、商的色彩論は、商的色彩という具体的内容のある概念を用いることにより、民法・商法の区別に関する学理上の差異を見出すことで、一種のトートロジーを脱する試みであったものとされる。もっとも、上柳博士は、田中博士の商的色彩論が、商法の規定にも商的色彩と直接は無関係なものもあることを承認したことは、商的色彩論にも、「一種のタウトロジー」で満足しなければならない部分もあることを承認したことを意味するものとされる(28頁)。

筆者は、上柳博士による田中博士の商的色彩論の評価に関して、ある点については首肯できるが、ある点については首肯できない。田中博士の商的色彩論に、上記の①の発想法と②の発想法が未整理のまま混在しているという指摘と、商的色彩論を理論的に一貫させるためには②の発想法を徹底させる必要があるという指摘については首肯されうる。ただしそうだとすると、商的色彩の意義は、対象の観察方法ではなく、商法の規律対象の帯有する特性に帰着することとなるため、つまるところ、「方法」ではなく「内容」に行きつくこととなるのではないか<sup>20)</sup>。一方で、上柳博士が、田中博士による商法の規定に商的色彩と無関係なものがあることの承認が、商的色彩論のトートロジーへの陥りと評価される点については疑問を感じる。確かに、田中博士の商的色彩論が、何ゆえに、「商的色彩」を集団性と個性喪失に限局するののかについては疑問が生ずるところではあるが、その点をもってトートロジーへの陥りと評価することには違和感があり、そのような疑問に対する解決法としては、むしろ「商的色彩」の範囲を——集団性・個性喪失にのみ限定せず——営利性をはじめとする他の実質的意義における商法の範囲を画する諸々の徴表をも包含して総合的に再構成することによるのが、正攻法といえるのではなかろうか。もっとも、手形法をも含め田中博士が、実質的意義における商法として把握される全範囲にすべて妥当する徴表としては、やはり、集団性・個性喪失しか見いだ

20) もっとも、「方法」を「内容」＝「対象」を画定させるための「方法」として理解すれば、「方法」と「内容」を対立的に捉える必要はない。

せないことも一方での事実である（その中には相当の無理をして、集団性・個性喪失に結びつけられている法域も確かにある）。そうすると、商法は商的色彩を帯び、商的色彩を帯びるのが商法であるという——上柳博士がトートロジーとされるのとは違った意味において——循環論法に陥っているとの見方が成り立つ余地が生じることとなる。この点については、本稿の終章で再度論じることとする。

上柳博士は、商的色彩論と商法企業法論を比較し、伝統的に商法と考えられてきた法の全体を統一的に理解しようとする試みとしての商的色彩論には当然に限界があり、その試みの成功の程度が著しく高いとはいえないものとする<sup>21)</sup>。その一方で、商法企業法論は、商的色彩論に比べてその論旨は明快であるとしつつも、「企業に固有」という意味を具体的に論じる場合、——例えば会社法と商事売買で——著しく異なった説明をする必要が生ずるといった——商法の統一的理解に関する——難点を指摘される（40頁）。

上柳博士は、田中博士の商法総論研究を支えてきたのは、①法律学も学である以上、それ自身が目的であり、実際問題の解決の手段として研究されるべきでないとの法律学観と、②商法の存在を沿革に帰し、その存在の理論的根柢の探求を放棄することは許されないとされる点にあるとする。そのうえで、上柳博士は、①については強く共感する一方で、②については疑問とする（44頁）。②への疑問の根拠につき、理論的研究は、一種の法史学的研究としてのみ可能であるものとされ、商的色彩論や商法企業法論といった商法の「性格」や「対象」に着目した統一的理解には当然に限界があるものとされる（44頁）<sup>22)</sup>。

---

21) ローマ法に淵源する民法によっては充足できない社会の要求に対応するために、中世の商人法が発展したのが近代大陸法諸国における商法であり、その意味で断片の集合としての性格がかなり濃厚であると指摘される（40頁）。

22) 「性格」や「対象」に着目した統一的理解に限界があることは否定できないものの、商法の理論的研究が、唯一、法史学的研究によってのみ成立するとの言明には、やはり違和感が覚えられよう。そのように、法史学的に商法の範囲が規定されることとなると、田中博士が、K. Lehmann を引いて述べるように、商法は、「種々雑多な性質の法的制度及メ

#### IV 商法企業法説からの批判

西原寛一博士は、田中博士の「方法としての商的色彩」がその巻頭に収められた竹田先生古稀記念論文集『商法の諸問題』に、「企業概念の実定法的適用」を執筆され<sup>23)</sup>、商法企業法論の方法論的立場を明確化されるとともに、さらに田中博士の当該論文に応える形で、民商法雑誌創刊二十五周年記念特集号(昭和34年)に「企業法論の任務と方法——商的色彩論と対比して——」を執筆された<sup>24)</sup>。また、西原博士の「企業法」観のエッセンスは、『法哲学講座 第八巻』に収録された「企業」に簡潔に纏められている<sup>25)</sup>。

法哲学講座所収の論文に依拠し、西原博士の「企業」観＝「商法」観を抽出すると、①企業は、現今の経済生活の主要な担い手であり、各人の経済的需要は、あらゆる方面にわたり企業を通じなければほとんど充足し得ない。②そうした企業の維持強化の実現は商法の一大理念となり、企業存立の地盤のために種々の具体的手段が採られる(営利性の保障、合併による資本集中の促進、株主有限責任制度による危険負担の緩和、所有と経営の分離、授權資本制などによる企業金融の円滑化等)。③取引が円滑旺盛になると、企業はその存立目的たる経済的寄与と収益を容易に実現し得るため、大量取引の反復連続の容易化が商法の第二の理念となる。取引の円滑旺盛化のために、普通取引約款による契約の定型化が進行し、また、権利の証券化(株券、債券、貨物引換証、倉庫証券<sup>26)</sup>)が発達し、さらに、取引の安全保護

---

ゝび法的規定の法典形式における寄せ集め」(Zusammenfassung)の域を出ないことに帰結はしないかとの不満が生じる。

23) 西原寛一「企業概念の実定法的適用」大隅健一郎編集代表『竹田先生古稀記念 商法の諸問題』(有斐閣・昭和27年)63頁。

24) 西原・前掲注4)の論文集に収録。本章では、以下、当該論文集における頁数を示して引用する。

25) 西原寛一「企業」『法哲学講座 第八巻』(有斐閣・昭和31年)1頁。なお、同じ『法哲学講座 第八巻』には、田中耕太郎博士が、「裁判」を執筆されている。

26) 手形・小切手が、権利の証券化として示されていないのは、おそらくは、意図された

の法的技術が利用される（公示主義，厳格責任主義，迅速結了主義，既存状態尊重主義<sup>27)</sup>）。

次に、「企業法論の任務と方法」に基づき，西原博士の商的色彩論への批判につき見てみよう。ここでは，商的色彩論が思弁的・論理的方法を利用するのに対して，企業法論は経済的・歴史的方法を重視するものとされる（7頁<sup>28)</sup>）。より具体的な商的色彩論への批判としては，次の諸点が挙げられる。① 商法上の概念や制度につき，常に必ずしも，それに対比される民法上の概念・制度が見いだされる訳ではないため，民商二法の素材の実質的同一性を主張することは困難である（17頁）。② 民法の対象である生活関係の中にも，集団性・個性喪失は存在しており，集団性・個性喪失という抽象的・一般的な概念の及ぶ外延は商法上の制度のみでなく，民法上のそれにも及ぶ場合が多い（19頁<sup>29)</sup>）。③ 論争の相手方である田中博士のかつての言説である「商法に就ては，営利的性質が根本であって，それが技術化されることにより，商法の他の特質が生じて来るのである。集団性もその一つである。」を引用し<sup>30)</sup>，そうだとすれば，営利性の技術化を社会的経済的に究明すれば，必然的に企業概念とその重要性の認識（要するに企業法論）に至るはずである（21頁<sup>31)</sup>）。④ 田中博士が演繹の出発点

ゝものであろう（西原・前掲注 25）30頁）。

27) 既存状態尊重主義とは，組織行為の無効の主張方法を制限し，多少の瑕疵のために既存の法律関係を無効化することを避ける主義である（西原・前掲注 25）31頁）。

28) もっとも，両者に共通の面として，① 総合的統一的考察方法を採用の点と，② 民法学の存在を意識的に前提とし，商法学の相対的自主性を主張する点が指摘される。

29) 民法上の制度に見られる集団性・個性喪失の例としては，代替物，種類債務，指図債権の裏書譲渡，無記名債権，代替執行が挙げられる（19頁）。もっとも，これらの民法上の制度を集団性・個性喪失と関連づけることには，いささか牽強付会なものとして違和感を覚える向きもあろう。論理的に説明することはなかなか困難なものの，やはり，商法における集団性・個性喪失事象には，民法とは異質な何ものかが感じられる。

30) 田中耕太郎『商法総則概論』（昭和7年）10頁。

31) 西原博士によるこの論理展開は一見にはなかなか見事であり，一本取った感もある。もっとも，ここで引用されている田中博士の論稿は昭和7年のものであり，西原博士による当該論稿執筆の時点（昭和34年）においては，本稿のⅢ章で見たように既に田中博士が

として重視する投機売買は、そもそも絶対的商行為であり、集団性・個性喪失を要件としていないため、これをもって商的色彩の存する現象とは言いがたい(21頁)。<sup>⑤</sup> 商法的特性を導き出す前提としての「商人」概念について、田中博士が、「広く営業をなす者」とする点は疑問であり、演繹の出発点は固有の商人でなければならない。<sup>⑥</sup> 手形行為は絶対的商行為とされ、その結果として、商行為編総則の適用を受けるが、その実益は極めて乏しく、手形法の地位は民法の商化現象として理解されるべきではあるまいか<sup>32)</sup>。<sup>⑦</sup> 田中博士は、企業概念の商法学における支配範囲を組織法の一部にのみ妥当するとされるが、企業を生きた構成体としてとらえると、その機能する活動面(行為法)が、企業と無関係とはどうも考えられない。

以上のように、西原博士による商的色彩論批判の舌鋒は鋭い。もっとも、先に見たような田中博士による企業法論に対する批判と、西原博士による商的色彩論に対する批判を見比べると、その批判は互いに次元を異にしていたり、あるいは言葉尻を捉えた批判に陥ったりしており、あまり正面からは噛み合っていないようにも思われる。わが国における商法=企業法論が、主として商法の体系的理解という認識のレベルで主張されている——その意味では商的色彩論と共通する面がある——のに対して、ドイツ・オーストリアにおける商法=企業法論は、商法の規範の名宛人に関する実践的課題を解決する使命を有するものと指摘される<sup>33)</sup>。

企業法論は、そのいわば必然として商人法主義(主観主義)を指向する。

---

ㄨの所論(商的色彩と営利性の関係)は相当の変化を遂げている。その意味では、西原博士による田中博士の論稿の引用の仕方には適切性に欠ける点があるように思われる。

32) 西原博士は、手形法の地位につき、民法の商化現象の一環として把握されるが、そうだとすると、やはり、「商化」という概念の下に商的色彩を承認していることにはならないのであろうかという疑問が生じる。

33) 高橋・前掲注5)63頁。高橋英治「日本における商法=企業法論の課題」では、商人資格の取得時期や営業譲渡と商号統用者の責任を素材として、企業法論を具体的な商法解釈論に結びつける試みがなされている。



西原博士は、「演繹の出発点は、むしろ当初の固有の商人でなければならぬと考える。」(25頁)とし、また、「絶対的商行為に関する五〇一条のごときは商法所属の根拠がなく、五〇二条の営業的商行為の制限列举主義も、企業目的の多様性に鑑みて、当然改められるべきこととなるのである。」(37頁)との立法論を主張された<sup>34)35)</sup>。絶対的商行為の廃止論の是非については、本稿の終章で若干の考察を行う。

## V 近時の法改正と商的色彩論

### ——保険法の単行法化を素材として

保険法の単行法化と実質的意義における商法の範囲の関係について見てみよう。平成20年改正により、保険契約法は、「保険法」(平成20年法律第56号)として商法典から独立し単行法化されるとともに、営利保険契約のみならず相互保険契約や共済契約もその適用対象となることが明確化された(同法2条1号)。単行法化が選択された理由につき、立案担当者は、「共済契約のような営利を目的としない契約にも適用対象を拡大し、営利・非営利を問わず、広く保険に係る契約に共通の契約ルールを設けるこ

---

34) 今日において絶対的商行為の廃止論を支持する見解として、田邊光政『商法総則・商行為法〔第三版〕』(新生社・2006年)55頁。高橋・前掲注5)65頁。西原博士によれば、わが商法における絶対的商行為は、中世以来の商人の階級的特殊法を廃止し法律平等を実現しようとしたフランス商法の伝統に倣った立法主義であるが、非商人の投機売買のような組織のない個別的行为は、今日では競争能力を有さずほとんど問題とする必要がないことから、その意義はもはや失われているものとされる(西原寛一『商行為法』(有斐閣・昭和35年)64頁)。もっとも、インターネット取引等が急速に普及しつつある現在では、そのような状況はさらに変容し、取引関係における個別的行为の比重が増しているものとも考えられる。

35) 福原紀彦「[商人][商行為]概念の機能とその外延」法学新報114巻11=12号(2008年)686頁は、情報技術の発展のもと、インターネット等のオープンなコンピューターネットワークを活用した営業は、個人での開業が容易なことを指摘し、商人概念に代わる事業者概念の導入が必要なものとする。もっとも見方を変えれば、こうした現象への対処法としては、商行為主義の——見直しを伴う——部分的維持が必要との考え方も成り立つ。

とになりました。このため、「商人の営業，商行為その他商事」（商法第1条第1項）について定める商法の一部として規定を設けるのではなく，商法典から独立した単行法とするのが法形式として最も適当であると考えられます。<sup>36)</sup>とする。筆者は，その立法過程において，営利概念を変容させ，営利保険のみならず相互保険や共済契約についても営利性を認めることにより，保険契約法を形式的意義における商法典に存置させる態様の立法論を唱えたことがあるが<sup>37)</sup>，そのような営利概念全体の再定位は，さすがにハードルが高いものであり，共済契約をスムーズに保険法の適用対象とするためには単行法化が避けられなかったことは是認される<sup>38)</sup>。

もっとも，保険法の単行法化の後も，営利保険については，商法の商行為総則において従前どおり，営業的商行為として位置付けられているところ（商法502条9号），今回の民法（債権法）改正により，商行為に関する消滅時効や法定利率の規律が民法に一本化された。その結果，従前に営利保険契約を，営業的商行為として商行為総則の規律の下に置くことの実益が，ほとんど法定利率の一点に求められていたところ<sup>39)</sup>，その法定利率についても民商事契約での規律の斉一化が図られたために，商行為として保

---

36) 萩本修『一問一答 保険法』（商事法務・2009年）10頁。

37) 村田敏一「『保険契約法』は商法の特別法か民法の特別法か——相互保険と営利性の問題を中心として——」保険学雑誌596号（2007年）133頁。

38) 保険法の適用対象として共済契約をスムーズに収容することは，当時，最優先の立法課題の一つであった。なお，保険契約の規律の抜本的な見直しに際して，商法典の商行為の途中に条文配列される保険について単行法化を避けようとする，条文の枝番処理による対応には限界があり，そうした技術的理由も単行法化の流れを必然のものとした。改正前の法状況は，株式会社による営利保険は明文で営業的商行為とされ（商法502条9号。なお，この点は保険法の施行後も同様である），相互保険会社による相互保険には多くの商法の規律が保険業法を介して準用され，共済についてはその対応（類推適用）が区々であるという分かりにくいものであった。

39) 商法の下で，営利保険契約に関する消滅時効期間については，独自の規律が定められており，この点に関する法状況は，保険法の単行法化や債権法改正を受けても基本的に変化していない（もちろん，規律内容の改正はある）。もっとも，債権法改正前には，資産運用等の場面における保険会社の行為について，消滅時効の期間の民商事契約間での相違が問題となることはあり得た。

険契約を位置付けることの意味が実質的に消滅したものともいえる。

大森忠夫博士は、夙に、経済生活の安定を希求する保険加入者の満足を保険企業の合理的経営を通じて実現する点に保険団体の存在意義が見出される中で、保険事業と企業性の論理必然的結合が観念されるものとされ、この結果、保険は（相互保険も含めて）保険者にとっての営利的取引・商行為となることを強調された<sup>40)</sup>。これは、商法企業法説に立脚しつつ、相互保険を含めた保険契約の実質的な営利性＝商行為性を認め、保険法が実質的意義における商法の範疇に含まれるとの理解を示されたものと評価される。商的色彩論に立つ田中博士が、その集団性・個性の喪失という点において、保険法（特に生命保険）を実質的意義における商法——むしろその典型——と位置づけたことは既にⅡ章で見たとおりである。このように、商法企業法説と商的色彩論のいづれに立とうが、保険法は、実質的意義における商法の中に位置付けられるものと一応はいえよう<sup>41)</sup>。

一方で、保険法の単行法化のはるか以前から、保険契約法は、直接的に民法（債権法）の中に位置付けるべきであり、その点を明確化するためには、保険法の単行法化が必要であるとの主張も見られた<sup>42)</sup>。保険契約法も契約法である以上、民法の債権法の範疇に位置付けられることはいわば当然であり、その意味において、保険法が民法（債権法）の特別法であることは——商法典の一部であろうが単行法であろうが——否定はされない。

そうすると、保険法は、民法の特別法であると同時に、最も商的色彩が顕著という意味において実質的意義における商法でもあるということにな

---

40) 大森忠夫「保険契約の商行為性」『保険契約の法的構造』（有斐閣・昭和27年）317頁。  
なお、初出は、『田中耕太郎先生還暦記念 商法の基本問題』（有斐閣・昭和27年）。相互保険の実質的な営利性・商行為性と（商法上の）形式的な定義との齟齬につき、保険業法による全面的な商法（保険法）の準用という法技術を用いて解決されているものとされる。

41) 村田・前掲注37) 133頁。

42) 石田満「私法体系における保険契約の地位」『鈴木竹雄先生古稀記念 現代商法学の課題 上』（有斐閣・昭和50年）1頁。

ろう。まさしく田中博士の商的色彩論が、研究の「方法」ということを強調される点が、再度想起される。商法学の立場からは、保険法や保険約款について、集団性・個性の喪失という観点から客観的解釈を施していくことが重視される<sup>43)</sup>。つまり、契約の主観的個々事情を捨象した客観的解釈を貫く必然性があるという点において、保険法は、商法（より正確には「商的色彩法」）の範疇にも属するものと考えられる<sup>44)45)</sup>。

## VI 結 語——商的色彩論の可能性

田中博士の商的色彩論と、西原博士の商法企業法論は、互いに、トートロジーに陥っているとの批判を応酬しあう。つまり、商的色彩論については、商的色彩を帯びるのが商法であり商法は商的色彩を帯びるというトートロジーに、一方で、企業法論については、企業に関する法が商法であり商法は企業に関する法であるというトートロジーに陥っているとの論難である。このような論法を用いるのであれば、行き着くところの商法本質論はすべからくトートロジーに陥ることとなり、議論自体が無意味化するものといえよう。

最も具体的に商的色彩論と企業法論の差異が現れるのは、①絶対的商行為なかならず企業取引の範囲を越えて一般個人による利用が顕著である手形法上の手形行為の位置付けに関してである。一方で、前章で見たように②保険（契約）の位置付けについては、——異論はあろうが——商的色彩論と企業法論のいずれを採ろうと実質的意義における商法の範疇とし

---

43) 保険約款の客観的解釈の原則については、さしあたり、山下友信『保険法（上）』（有斐閣・2018年）150頁を参照。

44) 実際に、同じ保険法・保険約款の解釈事案についても、概して商法学者は個々の事情を捨象した客観的解釈を行う傾向が強いのに比べ、民法学者は個々の事情（保険者には知られないものを含む）を斟酌する傾向が見られるように思われる。

45) なお、債権法改正により導入された定型約款の規律は、民法典の一部が、商的色彩を帯び商化したものと理解される。

での理解が一応は可能となろう。

なぜ、個人の利用が顕著な手形法について、——一部の企業法論からの異論はあるものの——多くの論者が実質的意義における商法の範疇に位置付けることに違和感を覚えないのであろうか。もちろん、現行商法が、手形行為につき絶対的商行為と定めることや沿革的理由もあろうが、単にそれのみではないだろう。やはり、手形法の特徴が、その個々事情を重視しないドライな（厳格なあるいは非情な）制度設計に求められること、換言すれば商的色彩が著しい点に「商法性」を感じているのではないだろうか。その意味において、絶対的商行為の収束には慎重な検討が必要とされよう。

このように見てくると、田中博士の商的色彩論が、「商法学」の「方法」を強調することに回帰していくように思われる。