

# 一方的商行為における商法の 適用に関する一考察

大槻敏江

- 〈目次〉 一 はじめに  
二 商行為の意義およびドイツ法との関連  
三 一方的商行為の非商行為性当事者に関する  
判例・学説の検討  
四 むすび

## 一 はじめに

一方的商行為については、当事者の一方にとってのみ商行為となる行為で、例として小売商と一般消費者の場合であり、わが商法では第3条1項で当事者の一方の為に商行為たる行為について商法を双方に適用すると規定される。またこの規定は、商法が民法に優先して適用されるとしている。すなわち、商行為性当事者には商法、非商行為性当事者には民法を適用し、同一の取引行為に別々の商法と民法の規定がなされるのを統一し商法の適用あるものとしたと解される。しかしながら、はたして、それは妥当なものであろうか。一方的商行為は、当事者の一方に非商人が入っていることに鑑みて、その行為の解釈ならびに、有効性および効力を定めるにあたり、この非商人の経済的弱さ等につき保護を必要とし、両当事者の公平を得るような解釈が必要である。これらの点につき考察を試みるものである。

また、ドイツ商法との関連において、一方的商行為の歴史的背景およびその

意義を明らかにしその影響を考察し、さらに一方的商行為に関する判例を引用し商法解釈の変遷をも検討するものである。

## 二 商行為の意義およびドイツ法との関連

### 1 ドイツ商法における商行為の意義および種類

商行為には、Handelsgewerbe(企業としての商業)と、Handelsgeschäft(商行為)の2つの意味を有する。ドイツ商法は、我国商法の折衷主義の立場をとるとの違い主観主義によるもので、絶対的商行為すなわち行為の客観的性質により商行為たるものを認めず、商人の営業上の行為に限りこれを商行為とする(ドイツ商法343条)と規定される。

商行為の最も重要な分類は、一方的商行為と双方的商行為の区別である。一方的商行為(Einseitige Handelsgeschäfte)とは当事者の一方のためにのみ商行為たる行為、例えば商人と非商人との契約、また双方的商行為(Beiderseitige Handelsgeschäfte)とは当事者双方の為に商行為たる行為、例えば商人と商人との契約である。しかも原則として一方的商行為についても双方的商行為に関する規定を適用するものと定めるがゆえに(ドイツ商法345条)、絶対的商行為を認めざるドイツ商法といえども必ずしも商人のみに適用ある法律ではない。

ある行為が商行為であるか否かは、実体法上は勿論訴訟上においても重要な意義を有する。

そこで、我国商法への影響を歴史的にみても次の点がわかる。すなわち、ドイツ商法における商行為法の発展は1871年ドイツ旧商法典(das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch)がフランス商法典の伝統を受け継ぎ、商行為概念を商法の基礎的概念とした。さらに、1897年ドイツ商法典(Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich)は主観主義立法として、商人概念を定立させ、しかし1896年民法典——商化した民法典——の成立により商行為の通則規定は簡単なものとなった。

では、我国商法における商行為法に関してどのような影響があったのか。そ

れは商法典編集の礎石となったロェスラー(Hermann Roesler)草案が、明治14年4月起稿、同17年1月脱稿した。そのうち現在の商行為法に該当するのは、保険を除き全文367条であった。また、明治23年の旧商法典も全文356条の(保険を除く)商行為法関係の条文であった。明治32年の我国商法典においては、商行為法の条文数が著しく減少し、かつ商行為法通則の意義が後退した点はドイツ新商法典と同様であるが、商行為が商法の基本概念として優位を占める点<sup>(2)</sup>は、ドイツ旧商法典の方針を受け継いでいる。

すなわち、1807年フランス商法典に基づき1871年旧ドイツ商法典では商行為概念を商法の基礎概念としたが、1897年(ドイツ新商法典)主観主義立法として商人概念を定立させたもののドイツ商法は絶対的商行為——行為の客観的性質を認めない——をとるわけであるが、必ずしも商人のみに限定した適用ではないということはいうまでもない。このドイツ商法を受け継いだ我国商法も商行為法通則の意義が後退したとはいえ商行為が商法の基本概念としての地位を有することを認めざるをえない。商法体系の中での商行為法の位置づけという点からも意を強くして述べたいと思うところである。

しかしながら、商行為法自体に欠陥のあることをも認めざるをえない。そのことは、商行為法が商法典において独立の一編をなしていたにもかかわらず、法律的・経済事情の変遷により独自性が害され、さらには、法体系的欠陥があらわれ軽視される傾向に至ったのである。

たとえば、商法第三編第一章は「総則」として商行為の意義を掲げ(商501, 503条)、商行為に関する一般原則を規定している。ところが、その商行為の定め方が絶対的商行為(商501条)を認める折衷主義によったため、企業と関係のない一般の人の一時的商行為なるものが残留している<sup>(3)</sup>のである。

つまり、商行為編の法体系的欠陥が従来からの経済事情の変遷に伴って、独自性がうすれてきた。それらのことを、歴史的な流れにおいて理解しどう解釈していくかということが問題である。

〔注〕

- (1) ヘック著において、「なぜに民法とは別に商私法が成立するのか」という論題で、

商法を法律行為の集団取引法であると論じたのである(Heck, “Weshalb besteht ein von dem bürgerlichen Recht gesondeltes Handelsprivatrecht”, Archiv. für givilistische Praxis, 92. Bd. S. 438 ff.).

- (2) 商法を一部階級の法から近代的立法の元祖となしたのは、1807年のフランス商法典(Code de commerce)であった。

そして、従来の階級法から全体法に移行する技術的媒介の機能を果たしたものが、すなわち商行為の概念であった。フランス商法典は客観的な商行為を中心主義に徹底することができないで、職業的商人の法的地位の重要性を認めざるを得なかった(Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 8<sup>e</sup> éd. par Percerou, 1931, n° 8.).

- (3) 西原寛一『商行為法』18頁。

## 2 ドイツ商法第 345 条と我国商法第 3 条第 1 項との関連

ドイツ商法第 345 条<sup>(1)</sup>では、我国商法の第 3 条第 1 項に類似する規定をおいている。なお、ドイツ旧商法第 277 条を我国商法第 3 条 1 項は母法としていることはいうまでもない。

そこで、ドイツ商法第 345 条では、

① 当事者双方に商行為たる行為即ち、双方向的商行為については、当事者双方に、また当事者の一方の為に商行為たる一方的商行為については、其の者の為に商行為たる、当事者に適用あることについては、疑の存せざるところであるが、本条は一方的商行為についても原則として双方向的商行為に関する規定を適用せんとするものである。従って、商行為に関する規定は商人の外、非商人についても適用をみるわけである。問題となる規定が別段の趣旨を包含するときは之が例外をなし、しかも商法は双方向的商行為を要件として規定する。本条の実質的な意義は、著しく大なるものではない。

② つぎに、商行為に関する規定の適用について、

I 要件、当事者の一方の為に商行為たる法律行為の存在を必要とする

a 法律行為たること

契約の外、一方的法律行為を含む(一方的法律行為が双方向的商行為たりえること

は注意を要する。例として商人が他の商人に対して解約告知をなす場合のごときである)。また、法律行為は法的行為(Rechtsakt)、例えば、受領、解約告知、催告、追認、承諾等をもって足りると解せられる(Balze 5, 428; RG. 4, 310)。

b 当事者の一方の為に商行為(一方的商行為)たること

すなわち、当事者の一方は商人たることを要する。その商行為性はドイツ法第 344 条の推定による場合たるを妨げない。商人資格の決定は行為の時、意思表示の場合に在りてはその表示の時を(RG, 60, 78)、また、民法の時効については請求権成立の時点を標準とする(RG. JW. 05, 169)。したがって本条の規定は商人たる当事者の外、非商人たる当事者に対しても適用をみる。ただし、本条の実際の意義は著しく大とはいえない。商法は双方向的商行為の存在を要件として規定すること多いがゆえにほかならない<sup>(2)</sup>、として、商行為規定の適用に関しても、商人たる当事者および非商人についても適用される旨を定めているといえよう。

〔注〕

(1) ドイツ商法 § 345.

Auf ein Rechtsgeschäft, das für einen der beiden Teile ein Handelsgeschäft ist, Kommen die Vorschriften über Handelsgeschäfte für beide Teile gleichmässig zur Anwendung, soweit nicht aus diesen Vorschriften sich ein anderes ergibt.

(2) 訳現代外国法典叢書独逸商法〔I〕, 担当——八木, 「商行為法」 8 頁.

### 三 一方的商行為の非商行為性当事者に関する 判例・学説の検討

#### 1 特定的一方の当事者が商行為性当事者であることを要する場合

商行為である限り、その主体のいかんを問わず適用される規定の中でも、行為が特定的一方にとって商行為であるときにのみ適用されるにすぎない規定

(<sup>(1)</sup>例えば商法 511 条 1 項)もある。

それは、数人がその 1 人または全員の為に商行為となる行為により債務を負担した場合は、その債務は連帯債務となると定めたものである。すなわち、非商行為性当事者(行為が商行為でない当事者)に商法の適用が規定の性質から明らかである場合である。

また、このことは判例からしても「債務者の一方的商行為性によって生じた多数当事者の債務について商法 511 条の適用はない」<sup>(2)</sup>と判決され商法 3 条 1 項の例外をなすものといえる。

## 2 一方的商行為の非商行為性当事者に関して 商法適用が明確でない

一方的商行為における非商行為性当事者——商行為性を有しない当事者——に商法の適用がなされるか否か明確でない場合に関して、(1)商法 511 条 2 項、(2)商法 514 条、(3)商法 522 条、(4)その他関連条文について、学説上の見解を述べるものである。また、(1)において商法解釈の変遷すなわち、判決に対する、反対学説が今日の多数説となったものであることを考察してみたい。

### (1) 商法第 511 条第 2 項に関する判例

大審院第三民事部判決昭和 14 年 12 月 27 日

(昭和 14 年[オ]第 391 号・損害賠償請求事件)「民集」18 卷 1681 頁。

#### 〔事実の概要〕

生魚の卸売問屋業を営む原告合資会社 X(上告人、控訴人、被控訴人)は、昭和 11 年 5 月 1 日に訴外 A を雇い入れた。同年 6 月上旬、被告 Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>(被上告人、被控訴人、控訴人)の両名は、X 会社に対して A の身元保証を行なった。昭和 11 年 10 月 21 日、X 会社の代表者 B は、A に対して取引銀行である株式会社三和銀行岡山京橋店および中国銀行本店へ行き X 会社の預金口座に預金するよう命じて、現金 9732 円 40 銭と小切手を交付した。A は右現金および小切手を着服し逃走した。A は、X 会社に対して現金額に相当する損害を与えてしまった。そこで X 会社は、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>に対し、それぞれ損害額全部の支払いを求めて提訴し

た。

原判決はXの請求を容認し、かつXの被った損害額およびY<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>の身元保証をなした当時の事情其の他の諸般の事情を斟酌して、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>の賠償すべき金額を合計3,000円と認定し、なおY<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>が各自全部の義務を負担すべき特約をなしたとのXの主張を排斥した。Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>に対して、各自1,500円ずつをX会社に支払えと命じ、原審は、第一審判決を維持したのである。

これに対して、大審院は、原判決中全部義務に基づくXの請求を排斥した部分に不法があるとして、原判決中X会社敗訴の部分を破棄し、本件を原審に差し戻した(一部破棄差戻)。

〔判旨〕

商法273条2項(現行法511条2項)「=所謂保証力商行為トハ保証力保証人ニ取り商行為タルノミナラス債権者ニ取り商行為性ヲ有スル場合ヲモ包含スルモノト解スルヲ相当トス。……該保証行為ハ之ヲ商行為ト目スベク、從テ各被告ノ人ハ別段ノ意思表示ナキ限り、主務者(A)ト連帯シテ前掲(A)ノ上告会社ニ加ヘタ損害ニ付キ、之ガ賠償ノ責ニ任ズベキモノト断ゼザルヲ得ズ。然ルニ原審ハ被告二人ノ上告会社ニ對シ負擔セル右保証債務ガ叙上ノ如キ連帯責任ナルコトヲ看過シ、其ノ範圍ハ全部責任ニアラザルモノト解シタルハ、前記法條ノ解釈ヲ誤リタルモノニシテ論旨ハ結局理由アリ」としたものである。

これに関し大隅教授は、「判決には賛成出来ない。身元保証契約の如きはその行為の性質上当然商法第273条(現行商法511条)の適用範囲外に在るべき行為と考えられるし、仮にその適用ありとするも同条第二項に所謂『保証ガ商行為ナルトキ』<sup>(3)</sup>ときとは保証人にとって商行為なる場合をいうと解すべきである」と批評しておられる。

すなわち、この大審院の判旨は当時の通説に従ったもので、これに対する反対学説が多数説となった。

そこで、学説の変遷をみると、(1)文理または、形式的なものにのみ主たる根拠をなすものである。(2)実質的な理由にも主たる根拠をおくものである。さらに、(3)「保証ガ商行為ナルトキ」とは、保証が保証債権者にとって商行為であるかどうかは問題にする必要がなく、保証が保証債務者にとって商行為である場

合を意味するというものである。以上、3つに分離しそれぞれの学説について述べるものである。

(1) 松本博士は、「我商法ハ独逸旧法ト同ク単ニ保証カ商行為ナルトキト規定セルヲ以テ法文ノ解釈上ハ……保証ガ保証人ノ為メニ商行為タル場合ノミナラズ又債権者ノ為メニ商行為タル場合ヲモ包含スト説明セザルベカラズ」と見解を述べておられる。

次に、実質的な理由にも主たる根拠をおくものとして、

(2) 小町谷博士は「商法第 273 条の規定は(現行商法 511 条)第一項たると第二項たるとを問はず要するに債務の履行を確保し以て取引の安全を保護するに在る。果して然らば、斯る立法趣旨は其債務が債務者の為に商行為たると債権者の為に商行為たるとにより差異ある理がない。……保証が商行為たる場合には、其債権者の為なると債務者の為なるとを問はず連帯債務を生ずる」と述べられたのである。

(1)(2)とはさらに違った結論をとる見解で、(3)は現在の多数説である。すなわち、

(3) 大隅教授は、身元保証契約に関して、「① 数人がその一人又は全員の為に商行為たる行為によって債務を負担したるときは各自連帯してその債務を負担すべく、又② 保証人ある場合に於て債務が主たる債務者の商行為によって生じたるとき又は③ 保証が商行為なるときは、主たる債務者及び保証人は各自連帯してその債務を負うのである。而して①の場合に於ては債務負担行為が債務者の一人又は全員にとって商行為たること、②の場合には主たる債務が債務者にとって商行為たる行為によって生じたことが、夫々明文を以て要求されているに拘らず、③の場合には保証が商行為たるときとあるのみで、何人の為に商行為たることを要すともされていない。それ故この場合には保証が商行為たる限り、保証人にとって商行為たることを要せず、債務者又は保証人の何れかにとって商行為たれば足ると解するのが通説である(竹田『商行為法』18 頁、松本『商行為法』68 頁、鳥賀陽『商行為法』15 頁、小町谷『商行為法』〔新法学全集〕55 頁)。わが商法の上述の規定の模範となった独逸旧商法第 281 条第 2 項の規定についても一般に同様の解釈が行なわれていた(Staub, ……Goldschmidt……RG. Bd. 29

S. 21, 22). 本判決も亦これ等の見解に従ったものに外ならない。然し乍らかかる見解は前掲①の場合と比較して権衡を失するのみならず、実質的にもその理由に乏しいように思われる。即ち①の場合に於ては仮令債務負担行為が債権者にとって商行為であっても、債務者にとって商行為でない限り債務者間の連帯関係を生じないのに、保証の場合にはそれが保証人にとっては商行為でなくとも、債権者にとって商行為たる限り主たる債務者(主たる債務者にとって商行為たる行為により生じたことを要せず)と保証人の連帯関係を生ずるということは、理由のないことといわなければならない。勿論①の場合には数人の債務者中の一部について存する商性が保証人に反映して両者の間の連帯関係を生ぜしめるのであるから、債務者にとっての商行為性が必要であるが、③の場合には保証自体の商性により連帯関係を生ずるものであるから、債権者と保証人の何れにとって商行為たるも差支えないとか、保証は本来債務の履行を確実ならしめる制度であるから、保証については法は特にその趣旨の徹底を期しているのだからといった理由も考えられないではないが、未だ十分納得せしむるに足りない。むしろ、保証が保証人にとって商行為たるとき、換言すれば、商人が自己の営業に関して他人の為に保証を為したときのみ、主たる債務者と連帯してその債務を負担せしむべき理由があるといえる(同説、松波『日本商行為法』257頁、青山『商行為法』60頁、水口『商行為法論』125頁)。蓋し此の如きは商人の信用を重からしめ、取引の円滑と確実とを期するに必要な所だからである。然し非商人が保証を為す場合において偶々それが債権者にとって商行為だからとて、右と同一の結果を認むべき理由は認められない<sup>(6)</sup>という見解を述べておられる。

すなわち、保証が保証人または債権者のいずれかにとって商行為であればたりとすることが通説である。しかしながら、商人が自己の営業と関連して他人のために保証する場合は当然ながら、非商人が商人の営業上の債権に関して判例では解される。しかし、保証人の連帯を認めることは、たとえ債務が債務者にとって商行為たる行為によって生じたにせよ、これは、商取引の安全をはかる立法趣旨に鑑みても認めるべきではない。それゆえに、保証が商行為であるときは、保証が保証人にとって商行為たる場合である。

## (2) 商法第 514 条の商事法定利率に関して

商行為によって生じた債務につき、民法の利率 5 分(民法 404 条)よりも上のせした年 6 分の法定利率を定めたものである。しかしながら、債務が債務者にとって商行為である行為より生じたものであることを要する(少数説)と、債権者にとって商行為であるにすぎない行為より生じたものである(多数説)の両者の対立が存する。次に述べる判例では多数説をとっている。

## ①判例(大判大 4 年 2 月 8 日, 民録 21 卷 75 頁)

「元來債權ト謂ヒ債務ト稱スルハ決シテ二個ノ異ナリタルモノヲ指稱スルニアラズ単一ナル法律關係ヲ權利者ノ方面ヨリ觀テ債權ト謂ヒ債務者ノ方面ヨリ觀テ債務ト稱スルニ過キス從テ商法各条ニ商行為ニ因リテ生シタル債權或ハ債務ト記載アルハ単ニ各場合ニ於ケル字句ノ都合ニ依リタルモノニ過キスシテ敢テ其文字ニ重キヲ置キタルモノト認ムルヲ得ス例ヘハ時効ニ罹ルモノハ權利ナルヲ以テ商法 285 条(現行 522 条)ノ場合ニハ商行為ニ因リテ生シタル債務ト謂ハスシテ債權ト稱シタルモ履行ノ如キ場合ニハ債務ノ履行ト謂フヲ適当トスルヲ以テ同法 278 条(現行 516 条)ニハ『商行為ニ因リテ生シタル債務』ト記載シタルモノト解スヘキカ如シ」として商 522 条に関して述べてある。

## ②判例(最判昭和 30 年 9 月 8 日, 民集 9 卷 10 号 1222 頁)

また、「商法 514 条にいわゆる『商行為ニ因リテ生シタル債務』とは、単に債務者にとり商行為たる行為によって生じた債務に限らず、債権者にとり商行為たる行為によって生じた債権をも含むものと解するを相当とする」と判決されている。

しかも、これらの判例では、商取引において債権者・債務者いずれが商人であろうとも相手方に対し高い率の利息を請求することができるとし、債権者・債務者のいずれにとって商行為であっても商法 514 条の適用がなされるとするものである。判例の見解は以上の立場であるが、しかしながら、商人が債務者として金銭を有利に活用する場合等は商法 514 条の適用を妥当と考えるが、商行為性のない債務者に年 6 分の利息を請求することには疑問である。すなわち、債務者にとり商行為性が認められれば、商法 514 条の適用があり、商行為性のない債務者に対しては商法 514 条を適用すべきものではない<sup>(7)</sup>。しかも、上述の

ように考えるのであるならば当然商法3条1項の適用もなされないと解すべきである。

(3) 商法第522条に関して

①判例(大判明治44年3月24日,民録17号159頁)

債務者のために商行為となる以上,債権者のために商行為とならないときでも,その行為により生じた債権は,商行為によって生じた債権であり,商事時効の適用がある。

「当事者ノ一方ノ為メニ商行為タル行為ニ付テハ本法ノ規定ヲ双方ニ適用スヘキハ商法第三条ノ明定スル所ナリ而シテ商法ニ於テ商行為ニ因リテ生シタル債権又ハ債務ト称スルハ畢竟同一ノ法律関係ニ対シ債権者又ハ債務者ノ方面ヨリ観察シタル文詞ニ過キサレハ債務者ノ為メニ商行為ナル以上ハ債務者ノ為メニ商行為ナラサルトキト雖モ因リテ生シタル債権カ商行為ニ因リテ生シタル債権タルコトヲ妨ケス然レバ原院カ本訴ノ貸金三口及ヒ立替弁済金ハ債務者タル被上告人ノ為メニ商行為タル事実ヲ判示シ債権者タル上告人及ヒ矢沢久右衛門ノ為メニモ商行為タルヤ否ヲ判示セスシテ孰レモ商行為ニ因リテ生シタル債権ト為シ商事時効ヲ適用シタルハ適用ニシテ原判決ニハ本論旨ノ如キ不法ナシ」として見解をなしている。

ところで,民法(第167条1項)では債権の消滅時効期間を10年とするが,商法上企業取引に関する法律関係の迅速化により,商行為により生じた債権について5年の時効期間としている。

また,商法522条の「商行為ニ因リテ生シタル債権」というのは,当事者のいずれか一方のために商行為たる行為によって生じた債権であること<sup>(8)</sup>。したがって,債権が商行為によって生じたものであれば,どちらの当事者にとって商行為であっても差しつかえないとする学説および判例の見解である。

しかしながら,商法514条においては債務者にとって商行為でない場合,その債務者は保護されるものであった。それゆえ,商法522条においても債権者にとって商行為でない場合もその債権者は保護されるべきものである。また,商法522条は債権者にとって商行為たる行為から生じた債権に適用を限定すべ

きである。<sup>(9)</sup>

すなわち、商法 522 条の趣旨である迅速主義によって非商行為性当事者であるところの債権者が 10 年の消滅時効の民法の適用を受けるのを、「迅速主義」により債権者が非商行為性当事者である場合も商法の適用を認めるとするのは問題である。むしろ、商法 514 条で展開したごとく、債務者にとって非商行為性当事者である場合には、その債務者は保護されるのであるなら、商法 522 条における債権者にとって非商行為性当事者である場合と、債権者にとって商行為である行為から生じた債権とに区別しその適用を後者に限定さるべきものである。

(4) 以上、商法 511 条、514 条、522 条に関して考察してきたのであるが、次に商法 507、508、515 条について、以下述べることにする。

#### ① 商法 507 条に関して

契約の成立に関して民法の一般原則に対して定められた商法の特則である。民法では、通則により、承諾の期間の定めがない対話者間の申込効力は取消されない限り存続するから遅れ馳せの承諾によっても契約を成立させることになる(民法 524 条)。そこで商法は、商取引の敏活を期するため対話者間において申込みを受けた者が直ちに承諾をしない場合には、申込みは失効する旨を規定したのである。この特則は、契約の申込者なのかその相手方なのかのいずれかにとって商行為である場合に適用されるかが問題で、多数説は、当事者のどちらか一方にとって商行為であれば本条の規定が適用されると解されている。<sup>(10)</sup> しかしながら、この場合、申込者にとってのみ商行為である場合に適用されるべきものと解する。

#### ② 商法 508 条に関して

隔地者間における承諾期の定めなき申込みの効力に関して、民法の原則に対する特則規定が本条である。すなわち、民法の原則は、申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間は申込者において取り消すことが出来ない(民法 524 条)とされる。これに対して商法は、商取引の敏活化を期して申込みを受けた者が相当の期間内に承諾の通知を発しない場合は申込みは当然失効するというのが

本条規定である。なお、この規定の適用があるためには当事者のどちらか一方にとって商行為であれば足りる契約の申込みに関する<sup>(12)</sup>こと、としているが、その契約が申込者にとって商行為性を有する場合に適用されると解するものである。

### ③ 商法 515 条の場合

本規定の流質契約は、質権を設定された債権者が弁済期に弁済を受けないときは、直ちに質物の所有権を取得するなどして、法定の方法によらずに質物を処分することを事前に契約するものである。民法上は、債務者保護の趣旨から禁止されている流質契約が、商行為によって生じた債権を担保するための質権<sup>(13)</sup>については許される旨の定めをなしている。多数説は、当事者のいずれか一方のために商行為たることで足りると解するが、流質契約禁止制度の趣旨たる債務者保護ひいては社会的弱者保護を強調して、前条(514条)の「商行為＝因リテ生シタル債務」の場合と同じく、債務者にとって商行為たる行為によって生じた債権<sup>(14)</sup>関係に限るとする学説も主張される。そのことは、多数説によれば当事者のいずれか一方のために商行為たる行為によって生じた債権であればと解されるが、流質契約の趣旨、民法上の債務者保護により禁止されているのを商取引の特殊性を考えてこの禁止を解いている点に鑑み、債権者にとってのみ商行為たる行為から生じた債権を含まない。債務者にとって商行為である行為によって生じた債権に限定されるべきものである。

#### 〔注〕

(1) 大隅健一郎『商行為法』23頁

(2) 「商法第 273 条(現行第 511 条)第一項＝依レハ数人ノ債務者又ハ其一人ノタメニ商行為タル行為ニ因リテ債務発生シタル場合ニ於テハ右数人ハ連帯債務ヲ負担スヘキモ債権者ノ為メニシテ商行為タル行為ニ因リテ債務発生シタルトキハ債務者ハ連帯債務ヲ負担スヘキモノニアラス是当院判例ノ認ムルトコロナリ……故ニ数人カ商行為ニ因リ発生シタル債務ニ付キ連帯責任ヲ負担スルコトヲ判断スルニハ右数人ノ全員又ハ其一人ノ為メニ商行為タル行為ニ因リ債務カ発生シタル事実ヲ認定セサル可カラサルモノトス」(大判大 10・12・7 民録 27-2095)

(3) 大隅『民商法雑誌』第 11 巻第 6 号(昭和 15 年 6 月 1 日)144 頁。

- (4) 松本丞治「保証ト商行為」『法学新報』12巻8号62～63頁。
- (5) 小町谷操三「〈判例研究〉医師は商人なりや、商人と非商人との連帯債務と商法適用の範囲」『法学志林』31巻4号81頁。
- (6) 大隅, 前掲書155～116頁。
- (7) 西原, 前掲書121頁。「解釈論として、消費者または利用者を保護する商法理念に基づき、債務者のために商行為によって生じた債務の法定利率に限るべしとの論もある(田中誠『新版商行為法』95頁)。しかし、企業の維持も商法の理念であり、企業における資金の重要性を考えると、企業と取引する消費者または利用者も、これを無視することはできない。消費者または利用者は、商事法定利率によることが有利な場合もあるのだから、不利な場合があることもやむを得ない」とする見解を述べているのもある。
- (8) 大隅, 前掲書44頁。西原, 前掲書144頁。なお、判例においても「現行商法522条の規定は、債権者のために商行為たる行為によって生じた債権のみならず、債務者のためにのみ商行為たる行為によって生じた債権についても、同法3条により当事者双方に適用される。」(大判大正4年2月8日, 民録21輯75頁)。
- (9) 服部栄三『商行為法講義』37頁。
- (10) 田中・喜多・堀口・原茂『コンメンタール商行為法』91頁。
- (11) 大判昭和2年2月21日, 裁判例2民24頁  
 「相当期間」に関してその判断には、大震災により輸送力減少の程度も考慮することを要する。  
 「大震災ノ直後ニ多量ノ貨物ノ発送ヲ目的トスル契約ノ申込ヲ承諾セントスル場合ニ於テ商法第720条第1項(現行508条1項)ニ所謂相当ノ期間ヲ定ムルニ当リテハ当時ノ交通並輸送ノ状態其ノ障礙ノ期間及障礙除去ノ時期等ノ事情ヲモ斟酌セサルヘカラサルモノトス……。」
- (12) 田中・喜多・堀口・原茂, 前掲書93頁。
- (13) 判例(大判明治37年6月10日, 民録10輯833頁)。  
 「商行為ニ因リテ生シタル債権ヲ担保スル為メニ設定シタル質権ニハ民法第349条ノ規定ヲ適用セサルコトハ商法第277条(現行515条)ノ定ムル所ナレハ質権設定ノ行為ニ於テ法律ニ定メタル方法ニ依ラスシテ質物ヲ処分セシムルコトヲ特約シタルトキハ其特約ハ有効ナルヤ勿論ナリ故ニ質権者タル被告人カスノ如キ特約ニ依リ本訴ノ質物ヲ処分シタルハ正当ノ行為ト謂ハサルヲ得ス」として、商行為によって生じた債権を担保するための質権設定の行為において、法律に定めた方法によらないで質物を処分できる旨特約することは有効である。
- (14) 田中(誠), 前掲書93頁。大隅, 前掲書41頁。

※旧漢字の文献の引用——判例——では、新漢字で表わしている場合がある。

## 四 むすび

商法第3条1項の意義によれば、当事者の一方にとってのみ商行為である一方的商行為について、当事者双方に商法を適用すると定めている。この点につき、一方的商行為の場合理論的には商行為性当事者に商法が、また非商行為性当事者に民法が適用されることになり、両当事者に別々の商法および民法が適用される不統一が生じる。そこで、画一的処理を図ったものであるとされる。<sup>(1)</sup>しかしながら、ドイツ法との関連さらには歴史的考察を試みたのであるが、ドイツ法においても商行為法が商法典のなかで独立の一編をなしていたものが法律的・経済事情の変遷により独自性が害されるに至った。その点は、我国商法においても、法体系の欠陥のあらわれや折衷主義による弊害つまり、企業と関係のない一般の非商人が商行為の中に残留していることである。そこに、問題の根源があるといえる。

一方的商行為において、非商行為性当事者に商法が適用されることが明確である場合と、明確でない場合に分けて、判例・学説の検討を試みた。とくに、後者において商法第511条2項、514条、522条およびその他の関連条文として商法第507条、508条、515条に関して述べたものである。以上の考察によって、非商行為性当事者に商法が適用されることが明確でない場合、各条文を検討したものであるが、その場合学説——多数説の見解——と判例の対立がしばしばみられた。しかしながら、いずれにしても商法第3条1項を積極的に適用しなくとも解決出来る、ないしは商法第3条1項が中立的立場にあると認められることによるものである。

### 〔注〕

- (1) 豊崎光衛「基本法コンメンタル商法I」服部・星川編、改訂版、16頁。さらに、本条(商法第3条)1項がそれについて商法を双方に適用としたのは、たとえば債権の消滅時効期間が民法と商法とで相違する場合に、当事者間に不統一な

法適用を避け、一律に商法第 522 条を適用するためである(『判例コンメンタールⅢ上』総則・商行為, 担当・喜多了裕, 大隅・戸田・河本編, 14 頁).