

近代市民法における物権と債権の区別・連関性(三・完)

——「物権・債権の峻別論の見直し」の見直し——

鷹 巢 信 孝

一 はじめに

二の一 日本民法における物権と債権の区別・連関性(一)

——所有権・債権の論理構造に即して——

五卷一号

二の二 日本民法における物権と債権の区別・連関性(二)

——所有権・債権の論理構造に即して——

三の一 商品経済社会の展開と商品交換法の発展(一)

——商業信用と資本信用に関する制度の展開——

五卷二号

三の二 商品経済社会の展開と商品交換法の発展(二)

——商業信用と資本信用に関する制度の展開——

四 むすび

本号

三の二 商品経済社会の展開と商品交換法の発展(二)

——商業信用と資本信用に関する制度の展開——

一 Aが生産量を増やすために原材料の仕入を増やしたいが、その代金を支払うための手持の現金がない場合、こ

れを解決する方法は二つある。第一は、これまで原材料を仕入れて来たBにツケ売りをしてもらうことである。第二の方法は銀行から金銭を借りて、現金で（といっても、銀行は貸付金を預金口座に振り込んで、小切手を使わせるが）Bから仕入れることである。

第一の方法は、Bに、ある程度の資金の余裕があり、Bの製品が過剰に生産されていて販売競争が激しい場合には実現するであろう。第二の方法は、社会の遊休貨幣を預かって、これを資金の足りない人に貸し出すことを認められている、つまり消費寄託を行う銀行業者や自己資金で貸出をしている貸金業者との間で、有利子の金銭消費貸借契約を結んで行われる。金融が緩和され、金利が安い場合には、資金を借りて現金売買をし、Bから割引いてもらう方が、第一のツケ買より有利であれば、Aは、この方法を選ぶであろう。しかし、金融が逼迫し、金利が高ただけでなく、貸し渋りが行われている状況の下では、第一の方法を選ぶしか方法はない。第一の方法も第二の方法も、Aにとっては金銭債務を負担することになる信用取引であり、Bが信用を与えるのか、銀行（ないし貸金業者）が信用を与えるかの違いがあるにすぎない。とはいえ、社会の遊休貨幣を預かっている銀行は貸金の返済を確保するために保証制度や担保制度を発展させ、見ず知らずの者に金を貸す貸金業者も担保なしに金を貸すことはない。

BがAにツケ売りをして信用を与えた場合、債権の回収、即ちAから販売代金の支払があるまでには一定の期間がかかる（Aの製品が売れて、Aに現金が入ってからのことになる）。その間にBがCから原材料を仕入れたり、従業員に賃金を支払わなければならない場合の資金繰りを、どうするかという問題が生じる。従業員への賃金の問題は措いて、原材料の仕入れに重点を置いて考察するが、BのAに対する債権（これをa債権と略す）の額がCのBに対する債権（これをb債権と略す）の額と同額か、後者の方が大きい、つまりa債権の額だけではb債権を完済しえない場合を想定している。前者の方が多いと、清算が必要になる事態が発生するからである。Bが銀行から資金を調達して、Cから現金（ないし小切手）で仕入れられる場合や、従業員に賃金を支払う場合には、右のような想定をする必要はない。

さて、銀行から資金調達するには、① Bが a債権を銀行に買取ってもらう、債権譲渡と、② Bが銀行から金を借りて、a債権に質権を設定する方法がある。いずれの方法を採るにしろ、(i)債務者Aへの通知ないしAの承諾が必要であるし(民四六七条、三六四条)、(ii)Aの支払能力の保証はなく、(iii)A・B間の人的抗弁が付着している(民四六八)という難点がある。そして、②の場合にはAに支払能力がなくても、銀行から金を借りたBに支払能力があれば良いが、①の場合にはBが銀行に対して債務を負担するわけではない。したがって、銀行はBとの間で、弁済期におけるAの資力を担保させる契約をしておく必要がある(民五六九、二項)。

銀行から融資してもらうには、いずれの方法によれ、金利を払う必要がある。金利を払ってまで現金(あるいは銀行預金)を手にして現金で取引すれば、Cが値引きをしてくれる場合には、採算が合うこともある。しかし、そうでない場合、Bにとって最も都合が良い方法は、a債権による二部代物弁済(民四八)をCに受け容れてもらうことである。しかし、この場合にも(i)債権譲渡の通知またはAの承諾が必要であるという点のほかに、Cにとって(ii)Aの支払能力の保証はなく、(iii)A・B間の人的抗弁が付着しているという難点がある。これに対して、CがBにツケ売りをして、Bの支払いを担保させるために、a債権に質権を設定すると、(i)Aへの通知ないしAの承諾を要し、(iii)A・B間の人的抗弁が付着している点は変わらないが、Bが債務者として留まっており、代物弁済を受け容れるよりも増しである。

二 Bにツケ売りをしたCがDから原材料を仕入れるときには、Cはa債権とb債権を担保として、つまりAが作成したB宛の債務証書とBが作成したC宛の債務証書をDに渡して、ツケ買いをし、DがAから取立ればよいことにする。このように、分業の系列に沿ってA・B間、B・C間、C・D間の信用取引が累積すると、AがBに支払った貨幣をBがCに渡し、これをCがDに渡して、三つの取引が同一貨幣で決済されるのと同じようになる。しかも、

DがAのところに行き、AからDに支払われれば、この三つの取引が一挙に清算され、一層、合理的になる。とはいえ、DとAの間には直接の取引関係はないし、Dの直接の債務者はCであり、B・A間の債権、C・B間の債権はCがDに支払わない場合の担保にすぎない。したがって、DはCが支払不能でもないのに、「なぜ」Aのところに行立てに行けるのか、Aの支払いによって「なぜ」Bの債務、Cの債務も消滅することになるのであろうかという問題が生じる。

そこで、この点を明確にするために、A、B、Cの債務証券を別々に作成するのではなく、①AがB宛に作成した支払約束証券をBやCが利用したり、②BがAを支払人としてA宛に作成し（Aに引受させた支払委託証券をCが利用することにより、一枚の証券に三つの信用取引を表示するとともに、Aを主たる債務者とする）ことによって、DのAに対する取立にAが支払いをすることによって三つの信用取引が一挙に清算されるようにする。

複数の信用取引が一回の支払いによって一挙に清算されるということは、ただ単に一個一個の取引を別々に決済する手間が省かれて、合理化されるということに止まるものではない。A・B、B・C、C・D間の取引額を、それぞれ百万円とすると、Dに対するAの百万円の支払いによって三百万円の取引の決済が行われている。つまり、信用の連鎖を作り出して、一挙に決済することは貨幣を増発したのと同じ機能を果している。のみならず、貨幣を発行するには、それなりの費用が必要であるが、貨幣を発行しなければ、その発行費を節約することになり、社会的冗費の節約になる。

ここに述べたことは、不換銀行券が本位貨幣となっている現在では理解し難いであろう。しかし、金本位制度の下では金貨を製造するのに費用がかかるし、金貨の材料になる金を所蔵していなければ、金貨を増発することが出来ない。そうになると、景気を好くし、経済の規模を拡大することが出来ない。このような経済状況の下では、貨幣の流通速度を早めるか、信用取引の長い連鎖を作って、少ない貨幣に何倍もの働きをしてもらうかは^(二四)ない。

上記の例で、①のAが作成した支払約束証書にBからCへ、CからDへと裏書をして信用の連鎖^(二二五)債務負担と支払委託の連鎖を作るのが約束手形であり、②のBがAに宛てて支払委託証書を発行して、Aに引受をさせ、あるいは引受をさせないまま、BからCへ、CからDへと裏書をして支払委託と支払保証の連鎖を作るのが為替手形である。

約束手形の場合、振出人Aは一定要件を備えた証書に、この証書の正当な所持人に対して一定額の金銭を支払う旨の意思を表示して受取人Bに渡す。Bは現金が必要になれば銀行に手形割引をしてもらうことも出来るが、現金が必要でない(ツケで買うことが出来る)のであれば、Aから受取った手形の裏面に、Aに宛てて「手形金をCまたはCの指図人に支払って下さい」と記載してCに渡し、Cも同じような記載をしてDに渡すことになる。今日では、手形の裏面には、右に例示した文言が既に印刷されているが、その意味を額面どおりに取ったのでは、裏書という法律行為の意味は理解できない。この文章の真意は、Aに対しての「CまたはCが指図した人に支払って下さい」という委託のほか、Cやその指図人に対して「Aに支払わせますので受取って下さい」という支払保証が含まれている。BがAに宛てて振出す為替手形の表面に記載されている「Cまたはその指図人に支払って下さい」という文言の意味も、右の約束手形の裏書の場合と同じである。つまり、Aへの支払委託だけでなく、Aに支払わせますという支払保証が含まれている。したがって、為替手形の振出人は約束手形の第一裏書人に喩えられるわけである。為替手形の引受人は「手形金の支払いをします」という意思を表示した人であり、約束手形の振出人に相当する。

手形の裏書や為替手形の振出しには、約束手形の振出人や為替手形の支払人が手形金を支払わせた場合^(二二六)には、意思表示が含まれている。したがって、約束手形の振出人や為替手形の支払人が手形金を支払わなかった場合には、裏書人や為替手形振出人は右の文言に従って支払担保責任を負わなければならない^(七一五条一項七)。また、手形には正当な証券所持人に対して支払う旨の意思表示がなされており、正当な手続の下に手形証券を取得した者は証券

所有者として、右の意思表示を受領して手形債権を取得する。つまり、指図式で振出された手形証券を裏書によって取得した者は、証券面に記載された内容の手形債権を原始取得する。したがって、原則として、裏書人に対する人的抗弁を主張されることはない(手一七条・七七)。指図禁止手形の場合、債権譲渡(民四六七)の方式に従うので(手一七条一七)手形債権を承継取得することになり、人的抗弁の切断はない。

このように、手形の裏書は単に信用の連鎖を債務負担の連鎖として具体化し、貨幣節約に奉仕しているだけでなく、主たる債務者が支払わない場合の裏書人の担保責任や人的抗弁の切断が当然に伴うこと、さらに裏書の連続のある手形所持人は「適法の所持人」と推定され(手一六)、手形証券所有権の善意取得が認められており(手一六)、手形の流通を促進するような制度になっている。通説が主張しているように、手形の裏書は手形債権の譲渡ではないし、裏書の担保責任や人的抗弁の切断は、手形の流通を促進するための政策として、法律によって特別に認められたものではなく、手形に内在している意思表示の効果である。(二二七)

注(二二四) 信用の連鎖が貨幣節約機能を果たす現象の経済学的説明として、川合一郎「資本と信用—金融経済論序説—」(有斐閣、一九四四年)三三頁以下。商業信用を法現象として説明する論稿として、富山康吉「現代資本主義と法の理論」(法律文化社、一九六九年)二二頁以下(初出、金融論講座第一巻「有斐閣、一九六四年」)。

(二二五) 手形の裏書が認められるようになったことが手形の近代化をもたらしたことにつき、大隅健一郎「手形裏書の史的概観」(二・二・完)「法学論叢」二四巻三号(一九三〇年)三八七頁以下、四号(一九三〇年)五七六頁以下。なお、平田・注(二〇五)二九五頁以下。

ドイツにおける指図式の商人債務証券につき、我妻・注(八一)近代法三八頁以下。
(二二六) 「正当な手続」というのは、振出人が指定した手続である。指図式の場合には裏書き譲渡により(手形法二一条一項は「指図式」と記載されていなくても、裏書譲渡しようとしている、指図が禁止されている場合には民法四六七条一項の債権譲渡の方式に従うとされている(手一四)。(系二項)。

なお、英米法とは異なり、ドイツ法系の下では、小切手については無記名式は認められているが(小五条)、手形については認められていない(道田信一郎)統一手形法と英米手形法・手形法・小切手法講座第一卷「有斐閣・一九六四年」三四頁。これは、発券銀行の紙幣独占権を確保するという財政上の理由で、無記名債務証券の発行には国家の許可を必要とした政策「我妻・注(九一)近代法三九頁六二頁、拙稿「有価証券とは、どのような証券か(一)―取引の電子化・ペーパーレス化を理解するために―」佐賀四二巻五号(二〇〇〇年)一一三頁」の影響であろう。

(二二七) 以上について詳しくは、拙稿・注(二)佐賀三九巻三号・四〇巻一号。

三 BやCがツケ売りをしたことによる金銭債権を利用して原材料を調達しようとすれば、原材料の売主に代物弁済を認めてもらうか、第三者に金銭債権を売却して現金を手に入れて、あるいは金銭債権を担保にして金銭消費貸借をすることで現金を手に入れて、これで原材料を購入することが考えられる。つまり、自分の持っている金銭債権を第三者の支配下に移す、債権流動化の方法である。これに対して、複数のツケ売り債権関係を手形に反映させて連結すると、原材料の売主に対する自分の債務を自分がツケ売りをした相手方、つまり自分の債務者に引受けさせて主たる債務者とし、自分が従たる債務者になる。そうすることにより、債権を流動化させる場合とは逆の事態を発生させ、主たる債務者が支払わない場合に、従たる債務者として担保責任を負うだけでなく、原因債権・債務関係上の人的抗弁が付着しないようになる。

手形法一四条一項は手形の裏書に「手形より生ずる一切の権利を移転する」効力を認めている。これは裏書人が持っている「手形より生ずる一切の権利」が被裏書人に移転するということであり、被裏書人に譲渡されるということではない。つまり、裏書人が有している手形証券の所有権を被裏書人に譲渡すると、証券に表示されている、約束手形振出人や為替手形引受人の「この証券の正当な所持人に対して、一定額の金銭を支払う意思」と手形裏書人や為替手形振出人の「約束手形振出人、あるいは為替手形支払人をして支払わせる意思」が被裏書人に到達して、被裏

書人が手形債権を原始取得するとともに、その権利を行使する資格者となつて、被裏書人へ権利の移転が行われるということである。^(一八)

我妻博士は、債権が譲渡性を完全ならしめることを債権の財産化とされ、債権が指図証券や無記名証券に表彰されて流通性を増すと、債権の財産化が促進されると説かれる。^(一九) たしかに、債権は債務者との間の法鎖によつて結びつけられていると解されていた段階では、債権の譲渡性は認められていなかった。しかし、債権は所有権が姿を変えたものであることが認識されるようになると、債権が財産権であることも認識されるようになるのは当然のことである。そして、債権の流通性が高まれば取引の対象になり易くなるが、債権の流通性が高まるから債権が財産化されるわけではない。指図証券の場合のもとより、無記名証券の場合でも、証券の移転に伴つて債権が前者から後者へと移転しているのではなく、後者の債務が前者へと転嫁され、証券の現所持人が自分の取引相手である債務者ではない第三者に対して債権を取得することになるのである。しかも、これらの証券には、証券の正当な所持人に対して債務を負担する旨の意思表示されているが故に、この証券の正当な所持人は右の意思表示を受領して、債権を原始取得するのであつて、前主の債権を承継取得するのではない。つまり、債権の証券化によつて債権の流通性が高まっているわけではなく、証券の正当な所持人が権利行使資格者であることが明確になるのである。このことは、手形や小切手だけではなく、我妻博士が抵当権の流通性とか、動産の債権化として説明される^(二〇) 抵当証券や運送証券(貨物引換証・船荷証券)や倉庫証券についてもいえることである。したがつて、有価証券は、通説のように、財産的価値のある私権を表彰している証券で、その権利の発生・移転・行使の全部または一部に証券を必要とするもの、と定義するのではなく、証券の正当な所持人を権利者として取扱う義務をも含めた広い意味での債務を負担する意思表示をしている証券で、権利行使資格証明書であると定義するべきである。そして、除権決定は、証券に表彰されている権利を証券から引き剥して、証券を単なる紙片ないし証拠証券にさせる裁判所の宣告と説くのではな

く、証券上に表示されている債務負担の意思を無効にし、権利行使資格証明力を奪う裁判所の宣告と説くべきである。^(二二二)

従来の有価証券概念の捉え方に従うと、手形は金銭債権を表彰している証券で、証券上の権利の発生・移転・行使に証券を必要とするものということになり、手形の裏書は手形証券に表彰されている金銭債権の譲渡と解されることになる。この説明は約束手形の裏書に通用しても、引受前の為替手形や引受という制度がない小切手には全く通用しない。不渡りになる前に遡求権は発生していないからである。証券に金銭債権(万能債権¹⁾・貨幣を表彰しているのは不換銀行券であり、証券の占有あるところに万能債権²⁾・貨幣は帰属している。不換銀行券は貨幣そのものであり、証券と万能債権が融合し、一体化している。これに対して、手形や小切手は、金銭債権を表彰しているのではなく、この証券の正当な所持人に対して一定額の金銭を支払う、あるいは支払わせる旨の意思が表示されており、この意思表示がなされている証券の所有権を取得した者が債権者になるところに、債権と証券所有権の結合がある。

注(二二八) この点については、注(二二)の拙稿、佐賀三九卷三号、四〇巻一号で詳しく述べている。なお、注(二二)の拙稿、佐賀八巻三号では、手形の裏書を債権譲渡ではなく債務の併存的引受として発想の転換を試みたが、債務の引受を証券上で行う方法、つまり証券上に債務を負担する意思や債務を負担させる意思の表示が単独行為として行われることに言及しておらず、未完成に終わっていた。この部分を補ったのが三九卷三号以下の論文である。

(二二九) 我妻・注(八二)近代法三二頁以下。

(二三〇) 我妻・注(八二)近代法四四頁・四九頁以下；六一頁以下は証券面に債務負担の意思が表示されることを認めている。

(二二二) 我妻・注(八二)近代法九六頁以下；一二四頁以下。質入証券や抵当証券は質権者や抵当権者として取扱うという意思を表示した証券であり、質権や抵当権を行使する資格証明書である。

(二二三) 詳しくは、拙稿「有価証券とは、どのような証券か(一)」(九・完)「取引の電子化・ペーパーレス化を理解するためにも」(佐賀四二二巻五号、四四巻一号(二〇〇〇年、二〇〇一年))。

四 手形証券への債務負担行為(為替手形の引受や約束手形の振出のように自ら債務を負担する旨の意思表示、手形の裏書や為替手形の振出のように主たる債務者に債務を負担させる旨の意思表示)と、この証券の所有権の譲渡という物権行為とから成る手形行為は、物の所有権を譲渡する旨の債権契約と所有権の移転という物権行為から成る売買に似たところがある。そして、手形の振出や裏書・引受は単純でなければならず、原因関係から遮断された無因行為とされている(手一条二号一、二条一項)ところから、ドイツ民法における物権行為の無因性と類比されることがある。(一三三)

しかし、ドイツ民法における物権行為の無因性は、物権変動につき形式主義を採るドイツの不動産登記制度が実質審査主義を採っているために、迅速な取引という要求の妨げとなることを回避する目的の下に政策的に採用された法技術的概念である。(一三四)手形行為の無因性も迅速な手形の流通という要求による点は同じであるが、手形は支払手段・送金手段として貨幣節約機能を担っており、無因の万能債権である貨幣の支払いを約束し、あるいは支払いを委託する証券であるが故に、無因証券でなければならないという運命の下に生れたものである。(一三四a)この点が、運送契約や寄託契約に基づいて発行されたことが明白な運送証券や倉庫証券、つまり有因証券とは異なっている。

それは扱措き、上記のような意思表示がなされているが故に、手形証券の所有権を裏書によって承継取得しても、それによって原始取得される手形債権には人的抗弁が付着せず(手一)、裏書の連続があれば証券所有権を善意取得(手一六)、不渡りになれば裏書人の担保責任(手一五)を追求することが出来る。したがって、受取り手形を使って資金を調達することは、民法上の金銭債権しか取得していない場合に比べて、遙かに容易になる。そのような資金調達の方法として、受取り手形を担保にして金銭消費貸借をする方法と、手形割引という方法があるが、後者の手形割引の法的性質については見解が分かれている。(一三五)つまり、手形割引は手形貸付と、どのように異なるのかということが問題にされている。

一口に手形割引といっても、その法的性質は割引人と割引依頼人の業種や割引かれる手形の支払の確実性の度合

いや、融資をめぐって何が争われているのか、そして何よりも当事者間の合意内容によって決まるが、一般論としては銀行実務家は消費貸借説を採っていたのに対して、学説としては売買説が有力であった。^(一三六)そして、手形割引の法的性質をめぐる議論を惹き起す契機となった国対三菱銀行事件^(一三七)において、割引手形が不渡りとなった場合に割引銀行が割引依頼人に対して有するに至るとされていた割引手形買戻請求権の存否や右請求権の発生時期・行使方法が問題となり、その前提となる手形割引の法的性質をめぐる激論が交わされ、昭和三七年に全国銀行協会連合会が、手形割引を手形の売買とした上で、手形買戻請求権をめぐる紛争を予防・解決するための手本となる銀行取引約定書雛型を発表した^(一三八)この雛型は平成二二年四月に廃止された。

それ以後、銀行実務家から手形割引を金銭消費貸借契約とする見解が主張されないようになったが、銀行にとつて手形を買取るよりも、金銭消費貸借契約をした上で、貸付金の「支払いのために」手形を譲渡裏書きさせる方が有利である。というのは、手形を売買すると、裏書人(割引依頼人)が有している手形債権を買取ることになり、銀行は割引依頼人に対して不渡りになった時の遡求権を有するのみで、原因債権を有しない。それだから、特約によって割引手形が不渡りになった場合や割引依頼人に信用不安が生じた場合に手形買戻請求権が発生するようにしなければならないわけである。これに対して、金銭の消費貸借契約だとすれば、割引依頼人に対して遡求権を持つだけでなく、貸金返済請求権という原因債権を有しており、割引依頼人の期限の利益を放棄させたり、喪失させて^(六一三)三七)、割引依頼人の持つ銀行預金債権と相殺することが出来る。銀行実務家が消費貸借説を主張した所以である。

注(一三三) 原島・注(四五)「無因性」一五〇頁以下。

(一三四) 原島・注(四五)「無因性」一〇〇頁以下。

(一三四a) 原島・注(四五)「無因性」一六七頁注(5)は、手形の「無因性」は金銭が債権の目的になっていること、換言すれば請

求権の Farblostigkeit にあるとするのは誤解だとされる。なお、原文は手形の「要因性」となっているが、「無因性」の校正ミスであろう。

(一三五) 拙稿・注(二)佐賀九卷一・二・三合併号三〇九頁以下に引用した文献のほかに、田辺光政「手形割引・買戻請求権の性質」北沢正啓・浜田道代編「商法の争点Ⅱ」有斐閣・一九九三年三四二頁以下。

(一三六) 最判・昭和四八年四月一二日・金融法務事情六八六号三〇頁は手形の売買たる実質を有するとし、最判・昭和五一年一月二五日・民集三〇卷一〇号九三九頁は純然たる消費貸借とは異なる一面を有するとはいえ、割引依頼人に対する信用供与の手段ということができるとする。

この他の諸判決については、西原寛一「手形割引」伊澤孝平先生還暦記念判例手形法小切手法「商事法務研究会」一九六九年「九一頁以下。

(一三七) 拙稿・法(二)佐賀九卷一・二・三合併号三二〇頁。

(一三八) 京都地判・昭和三二年二月一日・下級民集八卷一二号三三〇二頁、大阪高判・昭和三七年二月二八日・高裁民集一五卷五号三〇九頁。

本件の争点は、割引依頼人が三菱銀行に対して有する定期預金債権を国が税金の滞納処分として差押えたのに対し、三菱銀行が手形買戻請求権と相殺したので差押えの効力は発生しないと争ったところであり、この問題「前掲注九五参照」を解決する前提として手形買取請求権と手形割引の関係が問題になった。

五 学界における多数説である売買説から消費貸借説に対して行われた主要な批判は、①割引依頼人には金銭を借りるとか、借りた金銭を返すという意思はないのではないか。正常な場合には手形の主たる債務者が満期に手形金を支払うのであって、割引依頼人が手形金額を支払うのは手形が不渡りとなった異常な場合であり、この異常な場合を念頭に置いて手形割引の法的性質を論じるべきではない。②消費貸借説では割引銀行が割引手形を再割引に出す処分権を取得できないのではないか、③これらの点は売買説によらなければ説明できないということにある。^(一三九)

しかし、この批判は手形の裏書を手形債権の譲渡と解することから出て来るものであり、手形の裏書は自分の債

務を自分の債務者(および債務者の債務者)に負担させる行為であると解する立場に対しては妥当しない。割引依頼人が「支払いのために」手形を裏書するのは、自分が支払うためではなく、自分の債務者(の債務者)に「支払わせるために」行っているものであり、この点は信用売買の代金の「支払いのために」裏書をする場合と変りはない。信用売買の場合も商品の買主は売主に金銭を借りているのであって、手形割引の場合と変りはない。信用売買の場合には売主から商品を受取ることによって金銭を借りたことになるのに対して、手形割引の場合には割引人から金銭を受取ることによって金銭を借りているので、両者は異なった現象のように見える。しかし、割引人にとって金銭は商品として渡しているものであり、商品である金銭を渡す点では信用売買において商品である物品を前渡しする売主と同じである。

純然たる消費貸借では金銭を借りた者が金銭(元本と利息)の返済義務を負い、自ら返済するのが原則である。これに対して、手形割引の場合には割引依頼人が返済するのではなく、手形の主たる債務者が元本と利息を支払う点が異なっており、前掲注(一三六)の昭和五年最高裁判決が「純然たる消費貸借とは異なる一面を有する」とする所以である。しかし、この点は信用売買において買主が売買代金を払うのではなく、手形の主たる債務者が支払うのと全く変りはなく、ここに手形という信用証券を利用する場合の特殊性がある。売買説からの批判①は手形という信用証券の特性を理解していないことから出て来る批判であるが、従来の消費貸借説も手形という信用証券を正しく理解した上での主張ではなく、消費貸借説の方が割引人である銀行にとって都合が良いという利益衡量に基づくものにすぎない。それ故に、売買説からの批判に対して反論することが出来ないのである。

手形割引によって割引人から金銭を借りた割引依頼人は借金の「支払いをさせるために」手形を裏書して割引人に譲渡しており、手形所有権は割引人に移転している。したがって、手形の処分権は割引人に帰属しており、割引手形を再割引に出す権原を有しているのである。この点が借金の担保として受取手形に質入裏書をした場合と異なっ

ている(手一九条一)。(項但書参照)つまり、受取手形を担保として金銭消費貸借をした場合、質入裏書の場合のもとより、隠れた質入裏書として譲渡裏書をした場合でも、あるいは譲渡担保として譲渡裏書をした場合でも被裏書人(金銭の貸主)には手形所有権は移転しておらず、手形の処分権はないので再割引に出せない。これに対して、手形割引によって手形の譲渡裏書を受けた割引人は手形所有権を譲り受け、そこに表示されている債務負担意思を受領して手形債権を原始取得し、手形所有権を譲渡することによって、右の債務負担の意思表示を被裏書人に伝達する権限を与えられている。つまり、手形の処分権を有している。したがって割引手形を再割引に出せるのである。

このように見て来ると、手形割引は手形と金銭の交換であるから手形の売買のように見えるが、手形債権を売買しているのではないことが分かる。手形割引を手形の売買、つまり手形債権の売買と解するのは、手形の裏書を債権譲渡と解するのと同じように、現象の表面だけを捉えているにすぎず、その奥に控えている信用取引の実像にまで思考が及んでいないと言わざるを得ない。

注(一三九) 小橋一郎「手形割引」契約法大系Ⅵ・特殊の契約(2)「有斐閣・一九六三年」二一〇・二二二頁以下、西原寛「手形割引」手形法・小切手法講座(3)・裏書「有斐閣・一九六五年」三〇一頁以下三〇七頁以下。

六 事業者、とりわけ中小企業等による資金調達の円滑化を図る目的で、平成一九年には「電子記録債権法」が制定され、民法の債権譲渡に含まれている難点を止揚している手形のメリットを備えながらも、手形による権利(通説にいう手形上の権利)のように証券に依存しないで、電子記録により金銭債権そのものとして発生・移転させ、しかも多様な任意的記載事項の記録も認めることにより、民法上の債権譲渡の側面を残している制度が創設された。(一四〇)

この制度には、債務者を特定せずに集合債権として譲渡したり、将来債権の譲渡をすることができず、白地手形

のような使い方ができないなどの限界はあるものの、手形の振出や裏書、債権の取立や管理に要する手間と費用を節約できる点で、手形にない利点がある。

それは扱措き、債権譲渡であれ、手形割引・手形貸付(商担手貸)であれ、既存の金銭債権を利用して銀行から資金を調達する場合、現金を登場させたのでは信用の連鎖が途切れてしまい、貨幣の節約ができないだけでなく、銀行が保有している資金の何倍もの貸出しをする信用創造が制約されることになる。

そこで、銀行は現金を手渡すのではなく、融資先の預金口座に振込んで、小切手を利用して資金は銀行に留まるようにする。さらに、手形割引で取得した手形や取引先企業から取立を委任された手形・小切手を手形交換所に持込んで、自行が支払担当機関になっている手形・小切手と他行が支払担当機関になっている手形・小切手を交換し、これで相殺できなかった金額は各銀行が中央銀行に開設している預金口座で振替え決済することで、現金が登場しないで済むようにしている。^(一四〇)

とはいえ、従業員に支払う賃金を手形や小切手で代用するわけには行かないし、企業間の取引に手形や小切手を使うにしても、それが流通する範囲や時間に制限がある。手形や小切手の振出人や支払人(引受人)の信用に地域的な限界と業界という制約があるし、支払呈示期間や消滅時効期間という限界がある。個々の企業の信用の限界は銀行に一覧払約束手形を振出してもらうことで、ある程度まで乗り越えることは出来るが、手形のままでは時間的限界を乗り越えることは出来ない。ツケ売りを契機として振出される商業手形については、この時間的な限界を取り払うことは出来ないが、銀行振出し手形については時間的限界のない債務負担証券、つまり「いつでも」いつまでも「本位貨幣に兌換する約束をした証券(兌換銀行券)を発行することが出来る。この証券は銀行の信用だけで流通する証券であるから裏書は必要でなく、無記名式で発行されることになる。ここに、一覧払いで行使期間(時効期間や除斥期間)の制約がない無記名式約束形が登場する。つまり、銀行券という特殊な手形が生れることになる。とはい

え、銀行券を発行した銀行に対する信用は地域的に限定されており、全国規模のものではない。この地域的境界を乗り越えられるのは、銀行の銀行である中央銀行のほかに有り得ない。そして、中央銀行が発行する銀行券に法定通用力を与えることにより、この銀行券は貨幣代用機能を発揮し、本位貨幣を節約するシステムが完成する。^(一四)

これが金本位制度の下において形成された商業信用の体系であるが、金本位制度が廃止され、管理通貨制度に移行了した現在では中央銀行が発行する不換銀行券が本位貨幣となつている。これは、兌換銀行券のように本位貨幣と兌換する意思を表示した有価証券ではなく、一定額の万能債権＝貨幣を体化した金額券であり、貨幣媒体なしには存在しえない債権である。これに対して、貨幣媒体のない貨幣、つまり万能債権そのものをコンピューターの中で発行し、流通させる仮想通貨の実験が行われているが、国際的な送金や国内での購買の手段として多少は使われているものの、現在のところ主として投機の対象をされており、中央銀行が発行する銀行券に取って代る状況ではない。

注(一四〇) 電子記録債権については、池田真朗「債権譲渡の新たな展開」注(九)争点二二四頁、ジュリスト一三四五号(二〇〇七年)・二二九一―二二九二号(二〇〇九年)の特集、佐藤哲治「電子記録債権の法的位置づけ」NBL九一八号(二〇〇九年)三二頁以下、弥永真生「電子記録債権と債権譲渡」ジュリスト一四一四号(二〇一一年)九〇頁以下。

(二四〇a) 金融取引の電子化により、手形や小切手の利用が減つたために手形交換所の役割も終り、全国一七九カ所の手形交換所が二〇二二年十一月二日で業務を終了し、十一月四日からは全国銀行協会が運営する電子交換所が交換業務を担う(朝日新聞二〇二二年十一月三日・13版9面)。

(二四一) 拙稿注(二)佐賀一〇巻二四一頁以下。川島注(一)所有権法二九四頁以下は資本としての所有権が信用によつて媒介された発展形態として説明され、富山注(二四)現代資本主義二二頁は商業信用の展開に対応する法制度の発展として説明される。

七 資本制経済社会では競争を契機として、信用売買―手形―小切手―銀行券という具合に、商品流通における貨幣節約に奉仕する商業信用に関する制度を進展させるとともに、資本集中に奉仕する資本信用に関する制度が展開(一四二)される。

商業信用は商品のツケ売りに始まり、ツケ売り債権を活用して資金を調達する段階から、手形を利用し、銀行券を利用する段階へ展開して、貨幣を社会全体で効率的に利用するシステムを創り上げる。これに対して、資本信用に関する制度は、事業を始めたたり、事業規模を拡大したり、設備を更新するために社会的遊休資金を利用する制度として展開される。その到達点は株式会社制度であり、株式を利用した企業支配体系であるが、その出発点は個人企業にある。

家父長を中心とした家族経営体に労働力商品を買った従業員が加わることによって、ここに資本制個人企業が生れるが、利潤の追求・増加という企業の内在的目的に競争という外部的要因が加わって、企業規模を拡大する計画が立てられる。それを実行するのに必要な資金を蓄えていればよいが、そうでない場合には金銭消費貸借契約を結ぶ**ほ**かはない。

自己資金であれ借入れ資金であれ、これで設備を新築して企業規模を拡大することも出来るが、廃業する同業者の営業財産を買い取って(営業譲渡を受けて)企業規模を拡大するという方法もある。後者の場合、旧営業主の得意先や営業秘密、ノウ・ハウなどの「**のれん**」を譲り受けることもでき、(一四三)自力で企業規模を拡大する場合には見られない利点がある。さらに、営業譲渡の対価の支払いを分割払いにしてもらい、毎月の利益で支払うことにしてもえれば、メリットはさらに大きくなる。このような効果は営業の賃貸借によって発生させることも出来るが、賃借に期間の制限がある点が営業譲渡の場合と異なっている。

個人企業家が社会的遊休資金を預かっている銀行から資金を借りた場合、企業の業績が良かれ悪しかれ、決めら

れた利子率で利子を払わなければならぬし、決められた返済期限が来れば元本を返済しなければならず、消費貸借契約を更新して借り替えを認めてもらえない保障はない。借入れ資金による企業拡大には、このような難点がある。これを乗り越える方法として同業者、あるいは関連した事業者が、財産（資金や有機的・組織的）の譲渡にすぎない

営業用の個々の財産、さらには事業そのものを出し合つて、共同事業体（合名会社）を設立する方法がある。この最後の出資方法は個人企業の合併ともいうべき現象である。先ほどの営業譲渡が企業の実体の一部をなす営業財産の譲渡にすぎないのに対して「前掲注（四二）参照、個人事業者が事業そのものを出資する場合には複数の事業体の合体、つまり企業の合併になるからである。^{（四四）}個人の事業体そのものを出資するのではなく、資金だけ、個々の営業用財産だけ、あるいは有機的・組織的の一体としての営業財産だけを出資するにすぎない場合でも、個人事業者は企業の本質をなす自分で個人事業を営む意思に代えて、他の共同出資者と共同して事業をする意思を持つに至っており、それとともに、企業の実体の一部をなす営業活動権を一人で担うのに代えて、共同企業体の営業活動権を共同して担うことになる。この点は事業体そのものを現物出資して共同事業体を創る合併の場合と変りはない。

合名会社の場合、個人企業の結合体のようなものであるから、原則として出資者全員が会社の業務執行権を有しており（^{（五九）}）、会社の債務について全員が連帯して無限責任を負う（^{（五八）}）。したがって、共同事業をするパートナーは信頼し合える者でなければならず、そのような人は限られてくるので、この企業形態による規模の拡大には限界がある。さらに、現在の出資者が死亡した場合、相続人に自動的に承継させることは出来ないし、持分を譲渡したい時には他の社員全員の承諾を得なければならぬ（^{（五五）}）。それが認められなければ退社することになるが、持分の払戻しをしなければならず（^{（六一）}）、会社の資産が減少することになる。

合名会社に内在している右のような難点を乗り越える一つの方法として、社員としての責任を出資額に限る代りに業務執行権を持たない有限責任社員を有する合資会社に組織変更するか、始めから合資会社を設立することであ

る。有限責任社員の数が増えても、彼らは会社の業務執行権を与えられておらず、計算書類等の閲覧権(八六二)しか有していないので、意思決定の迅速性や企業経営の専門性に支障を来たすことはない。とはいえ、業務執行権はなくても計算書類の閲覧権を有しており、定款変更の意思決定に参加したり(七六三)、会社の解散請求の訴えを起す権利(八三三)を有している。したがって、資金を出してくれるなら誰でも有限責任社員として受け入れられるわけではなく、有限責任社員が持分を譲渡する場合、業務執行社員全員の承諾を必要とする(八五五)。この承諾が得られない場合や、このような手続を取りたくない場合には退社することになり、持分を払戻さなければならず、合名会社の難点が完全に取除かれるわけではない。のみならず、多数の有限責任社員から多くの出資を受けて大規模経営をして多額の債務を負うことになれば、無限責任社員の個人責任が増大しかねないというデメリットさえ持つことになる。

注(一四二) 商業信用と資本信用の違いについては、注(二四)の川合三三頁・二八九頁・三〇六頁注(10)、富山・一五頁以下。

注(一九)の私の独断的方法論を用いて企業の法的構造を論理的に把握すると、その本質は営利事業をする意思である。この意思が社会から承認されて、事業をすることを認められると、事業主に企業の実体をなす営業権が認められる。この営業権は動態的側面である営業活動権(人格権)と静態的側面である営業財産権が表裡一体となって構成している。つまり、事業主は営業活動権を発動させて物権や債権、各種の知的財産権や個人的人格権を取得し、義務を負担するが、それに止まらず、これらの権利・義務に基づいて取得した積極財産・消極財産を事業目的・事業計画に合わせて、「のれん」を中核にして有機的・組織的に一体化して営業財産として管理・運用する。

この営業財産を管理・運用すること自体も営業活動権の行使であるが、有機的に組織化されて管理・運用されている財産¹¹ 営業財産は、それを構成している個々の営業用財産、つまり企業主に帰属している個々の権利・義務とは存在の次元を異にし、法的性質を異にしている。というのは、個々の営業用財産が事業主に帰属している状態は企業の現象形態をなしている。これに対して、事業主によって有機的・組織的に一体化して管理・運用されている営業財産は、その事実的状态が侵害

されないように法的に保護されており、最広義の占有権の対象となっている。そして、営業財産権として営業活動権と表裡一体となつて、企業の実体をなす営業権を構成しており、営業譲渡や営業の賃貸借・経営委任・経営管理の客体となる。ここに述べたことを分かり易くするために図式化して整理すると、次のようになる。

図3 法律学から見た企業の論理構造



なお、「最広義の占有権」という表現を用いている意図については、拙著・注(二〇)所有権二五二頁以下。

(一四四) 営業譲渡と合併の違いについては、拙稿「会社の合併とは、どのような法現象か(一)」(四三九)株式会社の法的構造」佐賀三四巻四号、三五巻一号(二〇〇一年、二〇〇二年)。

八 資本を集中する上で、合名会社や合資会社という企業形態に内在している難点として、共同出資者が質的・量的に限られ、一定規模以上の共同事業体を創ることが出来ないということがある。この難点は、①出資者であることと業務執行権・財務検査権が直結していること、②業務執行権を有しているが故に会社債務につき無限責任を負わされること、そして、③持分の譲渡を自由に行えず、投下資金を回収するためには退社して持分払戻を受けることになるので、会社の資産が減少することに由来している。

したがって、これらの難点を乗り越えるために、①出資者であることと業務執行権・財務検査権を直結させずに

切り離し、②出資者は事業経営に直接的に関与してないので、全員に有限責任を認め、③出資者の交替を自由化して、投下資金を回収させる代りに、退社に伴う会社資産からの払戻を原則として認めないようにすれば良いわけである。これを実現しながら、一部の出資者が機能資本家としての実質を維持・回復するために、①一口の出資額を低くする代りに、多数の口数に分けて、大衆からも出資を集める、②出資者地位を財産権化して、その譲渡を容易にするために、有価証券(株券)を発行して、その占有者を出資者と推定し、善意取得の法理が適用されることを認め、③一人一票ではなく、一口一票による多数決で決定する出資者総会に経営者の選解任や定款変更など、企業の組織・運営に係る重要事項の決定権限を与える企業形態が考え出される。(一四四)

これが株式会社と呼ばれる企業形態である。このような企業形態の発展は、個人企業―合名会社―合資会社―株式会社という順序で行われたと説明されることが多いが、歴史的事実として説かれているわけではなく、理念型として説かれているにすぎない。合名会社や合資会社という名称は大陸法系の国で使われているにすぎない。資本主義の先進国・イギリスには組合という概念があるのみで、出資者に有限責任を認めることは歓迎されず、合資会社という企業形態が法制化されないまま、有限責任組合として近代的株式会社は登場し、当初は一口の出資額も高額で、大衆の投資を誘うものではなかった。他方、資本主義の後発国・ドイツでは英・仏に追いつき、追い越すために、イギリスの商業銀行とは異質の産業銀行、つまり投資銀行を株式会社形態で設立し、そこに集めた社会的遊休資金を基にして、重化学工業などの産業分野の巨大株式会社の設立発起人となって株式会社を設立しており、巨大株式会社は個人企業から徐々に発展したわけではない。そして、会社の経営が軌道に乗り、株価が上ったところで銀行が保有している株式を売りに出し、創業者利得を手に入れる一方、無記名株式が主流をなすドイツには株主名簿という制度がないために、銀行が無記名株券を預かった上で、議決権代理行使契約を結び、株主総会で銀行の息のかかった者を監査役に選任して個々の企業を支配・監督するだけでなく、企業結合を促進させるようになる。ここに、

ドイツ流の金融資本主義社会が形成され、資本主義が新しい段階に移って行くことになる。^(一四五)

注(一四四) この点については、拙稿注(二四)佐賀一巻三号一頁以下。

川島・注(一)所有権法三〇〇頁以下は、会社により媒介された資本としての所有権の発展形態として捉え、富山・注(二四)現代資本主義三五頁以下：一一八頁以下は、合名会社から株式会社への発展過程は所有と経営の一致から両者の分離と統一の過程であり、資本の私的所有の矛盾が資本信用を介して社会性を発展させた姿とされる。なお、富山説の要約として、拙稿「株主の法的地位と株式株券(三)」電子化される株券とは何だったのか「佐賀四二巻一号(二〇〇九年)一三〇頁以下。

(一四五) ドイツの金融資本については、ヒルファーディング「岡崎次郎訳」金融資本論上・中・下「岩波書店：一九五五、五六年」。
なお、我妻・注(八一)近代法三〇四頁以下。

資本主義経済の構造を、国家の政策の影響を受けない純粹理論として解明する原理論の上に、イギリスを典型とする産業資本主義段階と、ドイツを典型とする金融資本主義段階の違いを段階論として解明する文献として、宇野弘蔵「経済政策論・改訂版」弘文堂・一九七一年」。

九 利潤追求を目的とする企業は批判経営学と呼ばれた一部の経営学説により、個別資本と定義され、その本質は自己増殖をする価値であるとされる。^(一四六) 法律学の立場から、資本は絶対的な個人所有権と自由な契約とが結合した作用とされ、^(一四七) 物権・債権のみならず無体財産権や「のれん」等が主体から離れて、客観的に独立して一体となった存在を企業と解している。^(一四八) 前掲注(一四三)で示した私の企業構造論からすれば、右の企業の説明は法律学から見た企業の実体の静態面を捉えているにすぎず、右の資本の説明では個別資本である企業の一面を捉えているに止り、企業や個別資本の全体像を把握しえていない。まして、資本の法的構造を生産手段・労働・商品・貨幣等々の現象形態においてメタモルフォーゼを遂行するところの運動として説明するのは、^(一四九) 経済現象としての企業「個別資本の現象形態を捉えているにすぎず、^(一五〇) 法現象としての企業の把握にはなっていない。

注(一四三)の私の企業構造論によつて各種の形態の企業の構造を説明すると、個人企業の場合は、注(一四三)の構造のとおりである。わが国では合名会社は法人とされているが、その法人の背後に実在している合手組合は、複数の出資者が一定の事業を共同して行ふ目的の下に結合して、一体となつて事業活動を行う団体であり、共通の事業を行う者の単なる複数人の集合体・集団ではない。^(一五二)したがつて、企業の本質をなす営利事業をする意思は、右の結合した一体としての複数出資者⇨合手組合の意思であり、各組合員の意思ではない。企業の実体をなす営業権は、共同目的のために結合した一体としての複数の組合員⇨合手組合の営業権であり、その動態面である営業活動権も、その静態面である営業財産権も合手組合に帰属する。そして、営業活動の結果として発生する各種の物権・債権・知的財産権・個人的人格権・債務などは合手組合に帰属し、各組合員の共有になるわけではない。^(一五三)組合員は合手組合の営業活動権や営業財産権に関わる権限と権利を有するにすぎない。

なお、わが国の会社法三条は「会社は、法人とする」としているので、合名会社も法人であるが、右のような私の説明では、合名会社が法人となる前の合手組合の段階で既に出資者とは別個の権利主体になっている。だとすれば、法人である団体と法人でない団体の違いは何かということが問題になる。法人となつた団体は法人登記簿に登記をすることによつて団体を設立したこと、その所在地・事業目的や規模・役員などを公示している。したがつて、団体のために活動する場合、相手方に登記簿のコピーを示すことによつて、団体の存在や団体内部での自分の役割を証明して、個人としての行動ではないことを証明することが出来る。これに対して、設立登記をしていなければ、右のような証拠を出して団体の存在や自分の立場を証明するのに苦労することになる。この点は、婚姻届を出して^(民七三)法律婚をしている場合には、戸籍簿のコピーを示すことによつて夫婦であることを証明しうるが、婚姻届を出していない事実婚の場合、さらには婚姻届を受理してもらえない同性婚の場合には、そのような証明方法がないので、夫婦(パートナー)であることを証明するのに苦労するのと同じである。とりわけ、同性婚の場合、夫婦の証

明が困難であるために、地方自治体がパートナーシップの証明をする事例が見られるようになってきている。

以上のように、法人と非法人の主な相違点は団体の証明の方法と難易度の違いにあるとすれば、準則主義の下における法人という制度は、団体の存在を公的に証明する制度ということになる。^(一五二)したがって、法人でない団体を従来、「権利能力のない団体」と呼んできたが、これは妥当ではないことになる。

会社法制定前の商法五二条一項・五四条一項は会社を社団法人としていた。したがって株式会社だけでなく、合名会社も社団法人と解されていた。そして、両者とも複数の出資者の結合体・共同体であるとされていた。その後、合名会社の実体は組合であるとされ、株式会社だけが社団であると解されるようになって、株式会社「社団も複数の出資者の結合体」共同体と解され、合名会社とは異質の団体であると認識されて来なかつた。その点、民法学の方では社団も組合も団体としながら、両者の違いにも着目していたが、団体性の強弱という程度の差に求められ、質的に違うということらまでは至っていなかった。^(一五三)

しかし、何百人・何千人という株主を有する株式会社を想定すれば分かるように、株式会社の場合、出資者が共同して事業をすることは考えられない。したがって、見も知らぬ者の間に共同して事業をする意思が形成されると考へるのは非現実的である。このような巨大株式会社では取締役(総)や代表取締役に事業経営を委ね、出資者は総会において取締役や監査役を選・解任したり、会社の重要事項について決定することに参加する程度のことしかしない、というよりも、しえないようにするのが合理的である。

したがって、株主は「事業をさせる意思」で出資をし、会社を設立して、取締役(総)・代表取締役・監査役、そして株主総会から成る機関の組織体を形成する。そして、この組織体が「事業をする意思」の主体となり、営業権・営業活動権・営業財産権、そして営業活動の結果として発生する物権・債権・知的財産権や個別的人格権・債務の帰属主体となる。これが、社団である株式会社の全体構造である。^(一五三)株式会社においても、合名会社におけるのと同じように、出

資者は会社の営業活動権と営業財産権に関与する権限と、そこから派生する権利を有するにすぎないが、その内容や合名会社社員と株主の権利の違いについて検討するのが次節の課題になる。

- 注(一四六) 企業Ⅱ個別資本説については、馬場克三・個別資本と経営技術〔有斐閣・一九五七年〕、同・経営経済学〔税務経理協会・一九六六年〕、水戸 公・個別資本論序説Ⅰ〔経営批判〕森山書店・一九五九年〕。
- (一四七) 我妻 栄〔資本主義〔民法研究Ⅰ〕有斐閣・一九六六年〕二六八頁・二七〇頁(初出・岩波法律学辞典〔一九三五年〕)、同〔私有財産制度〔民法研究Ⅰ〕一七九頁(初出・前掲辞典)、同〕所有権〔民法研究Ⅲ〕有斐閣・一九六六年〕二五九頁・二六〇頁(初出・岩波法律学辞典〔一九三六年〕、川島 注(一)所有権法二八七頁・二九三頁。このような捉え方では不十分であることにつき、拙著・注(二〇)所有権二五七頁。
- (一四八) 我妻 栄〔新訂民法総則〕岩波書店・一九六五年〕二〇六頁以下、川島 注(一)所有権法一四三頁。
- (一四九) 川島 注(一)所有権法二八七頁。
- (一五〇) 拙稿・注(一九)佐賀一二卷三号一二頁。
- (一五一) 川島 注(一)所有権法三〇〇頁以下は、株式会社は個々の資本所有者の外的な結合ではなく、独立の存在としての団体であるのに対して、合名会社は個人的資本所有者の単なる外的結合であり、契約をとおして一つの合手共同関係組合を形成するとされる。しかし、これではローマ法型の組合の組合と合手組合の違いは明らかにならないし、共有と合有の違いも明らかにならない。
- (一五一 a) 拙著・注(一九)企業と団体一八六頁以下・二〇九頁、同・注(二三)社団法人一一頁・二六頁。
- (一五二) この点については、拙著・注(一九)企業と団体三七五頁、同・注(二三)社団法人三七頁・二一八頁・二三二頁など。
- (一五三) 我妻 注(一四八)総則一二八頁以下。因に、松田博士は出資者の数の多少による結合方法の違いに組合と社団の違いを求められる。注(二二)の理論二〇九頁、基礎理論一二三頁以下・一四二頁・二五〇頁、概論一七頁・八〇頁、研究一五五頁以下。松田説に対する私の疑問・批判として、拙著・注(一九)企業と団体一九三頁以下、同・注(二三)社団法人一四一頁以下。
- (一五三 a) 拙著・注(二三)社団法人一一頁以下・一七頁以下・二六頁以下・八〇頁以下。

一 個人企業の場合、その実体は匿名組合(商五三五(参以下))であるということもありうるが、このような場合を除けば、出資者個人の企業であり、出資者個人の営利事業意思が企業の**本質**をなす。その営業活動権・営業財産権も営業活動によって取得・負担された個々の営業用財産(物権・債権・知財権・債務)も、全て事業主個人に帰属し、利益の分配という問題は発生しない。

これに対して、複数の出資者から構成される合名会社の場合、各出資者への利益の分配という問題が生じる。企業の**現象形態**をなす個々の営業用財産や個別の人格権は、共同目的のために結合して、一体となっている複数出資者全体リ合手組合に帰属しており、複数の出資者個々人の共有ではない。したがって、各出資者に共有持分や負担部分はないが、後に述べる合有持分の中に会社債務に対する個人責任が含まれている。

合名会社は複数出資者が一体となって「共同して事業をする意思」を形成し、一体となっている複数出資者に営業権(営業活動権・営業財産権)は帰属している。とはいえ、右の共同事業意思を形成しているのは個々の出資者であり、各出資者は「自分たちの企業」という意識で参加しているし、企業経営に参加するのは当然だと考えている。したがって、各出資者は会社の有する営業権に関与する権利を有している。しかし、合手組合は組合員とは別個の権利主体であり、会社は社員とは別個の法主体であるから、出資者といえども会社という別個の権利主体・法主体の権利領域に入り込んで、その事業を管理・運営するには、それ相應の権限が与えられていなければならない。その権限が「社員権」とか「社員たる地位」と呼ばれているものである。これが、合名会社社員の**実体**をなす。

合名会社への出資者は、この「社員権」ないし「社員たる地位」に基づいて会社の営業権に関与する。会社の営業活動権については各社員に業務執行権や業務・財産状況調査権などが認められており、会社の営業財産権については利益配当請求権や残余財産分配請求権、あるいは会社債務に対する個人責任が認められている。これが、合名会社

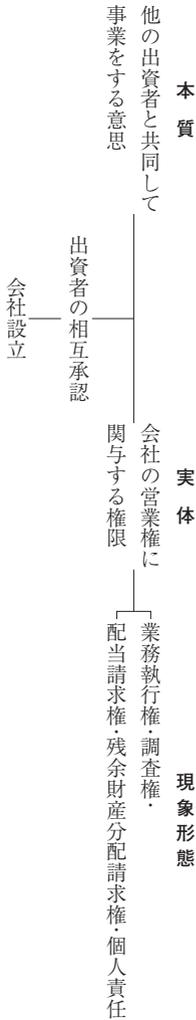
社員に帰属する個人的な権利・義務であり、合名会社社員の現象形態である。会社の営業財産権に關与する権利は「持分」という概念で表現されている。^(一五四)

合名会社と社員たる地位の全体構造を分かり易くするために、図式化して整理すると、次のようになる。

図4 合名会社の全体構造



図5 合名会社社員たる地位の全体構造



株式会社においては、合名会社とは異なり、複数出資者の間に「共同して、事業をする意思」が形成されることはなく、「機関の組織体をして事業をさせる」という共通の意思があるにすぎない。このような違いがあるものの、株主

も「株主たる地位」にあるということに基づいて、株式会社の営業権に關与することが出来る点は、合名会社社員の場合と同じである。そして、会社の営業財産権につき、株主も配当請求権や残余財産分配請求権を認められる点は、合名会社社員の場合と同じであるが、会社債務に対する個人責任を負担しない点や退社による持分払戻請求権が原則として認められない点が異なっている。

このような違いが生じる直接の原因は、会社の営業活動権に対する関わり方の違いにある。合名会社の社員は業務執行権によって直接的に経営に關わる。これに対して、株主は株主総会という会社の意思決定機關で取締役を選任し、この取締役(会)を介して会社の経営に間接的に關わるにすぎない。そして、この違いは、合名会社は複数の出資者が「共同して事業をする意思」を形成することで設立される。これに対して、株式会社は出資者が「機關の組織体をして事業をさせる意思」を形成した上で、機關の組織体を創り上げる。つまり株式会社を設立して、業務執行機關である取締役(会)や代表取締役をして活動させるといふ違いに由来する。

株式会社と株主たる地位の全体構造を分かり易くするために、図式化して整理すると、次のようになる。

図6 株式会社の全体構造

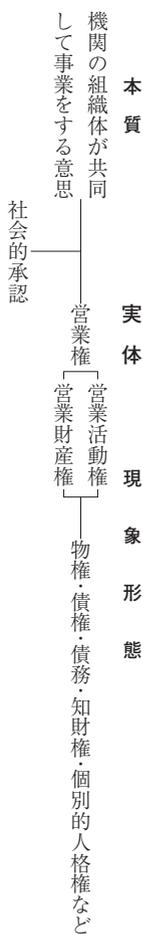
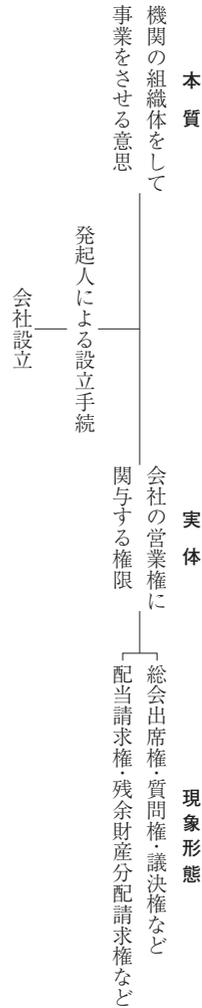


図7 株主たる地位の全体構造



注(一五四) 詳しくは、拙稿・注(一九)企業と団体第二章以下、拙稿「株主の法的地位と株式・株券(二)―電子化される株券とは何だったのか」佐賀四一巻六号(二〇〇九年)一七二頁以下。
 (一五五) 詳しくは、拙稿・注(一五四)佐賀四一巻六号一八五頁以下。

一二 個人企業者が投下資本を回収するためには、営業譲渡という方法がある。この方法は、企業の**実体**の静態的側面である一体としての営業財産を取引の対象にし、企業を商品化する^(一五六)ことを意味するが、売却することを目的として生産された一般の商品のように生れながらの商品ではない。個人企業者が廃業するような場合に例外的に行われるにすぎない。

合名会社社員が投下資本を回収する方法としては、退社して持分の払戻を受け、会社から回収する方法と、持分を譲渡して会社以外の第三者(他の社員を含む)から回収する方法がある。社員以外の者が、他の社員の承認を受けて持分を譲り受けると、社員たる地位を取得して会社の営業権に参与しようようになる。この社員たる地位の取得は他の社員の承認により原始取得するのであって、持分譲渡者から承継取得するわけではない。しかし、営業財産に

関与する権限は持分譲渡者から承継取得することを承認されたものであり、この点が合名会社への新規加入(会六〇四条)とは異なっている。新規加入の場合には、会社への参加を認められ、出資をすることによって社員たる地位を原始取得し、会社の営業活動権に関与する権限と営業財産権に関与する権限を取得する。この新加入の場合と持分譲受による加入の場合を比べると、合名会社社員たる地位は会社の営業活動権に関与する権限と営業財産権に関与する権限から構成されており、後者は「持分」として譲渡されていることが分かる。しかし、「持分」は自由に譲渡しうるのではなく、他の社員の承諾を必要とし、この承諾を得ることが出来なければ、退社による持分払戻請求権を取得するか、これを譲渡して投下資金を回収することになる。

株主の場合には、原則として株式の譲渡によって、会社以外の第三者から投下資金を回収することになっており、退社することによって会社から払戻を受けることは、特別の場合に株式買取請求権(会一六条一九二条四六九条)として認められるにすぎない。退社による投資の回収が制限されている代りに、株式の譲渡は原則として自由であり、合名会社の場合のように他の社員の承諾を必要としない。のみならず、株式は、合名会社社員の「持分」のように会社の営業財産権に関与する権限だけに關わる権利ではなく、会社の営業活動権に関与する権限と一体としての株主たる地位であり、会社から「株主として取扱ってもらう権利」である。この権利は人格権であるが、会社の業務に関与する権限(人格権)と会社の財産に関与する権限(財産権)に分離された上で一体化されて譲渡・相続されるようになり、財産権化している。

会社法の下では定款で定めている場合に限りて株券を発行できることになっており(会二一四条)、株券を発行しない会社が多いが、商法の下では株券の発行を義務づけられており(商四二二条六条一項)、株式の譲渡、つまり「株主として取扱ってもらう権利」の譲渡は株券によって行われることになっていた(商四二〇条五条一項)。

証券取引所に上場された株式の売買価額は、配当金額を利子率で除して資本に還元された価額に近くなり、株式が利子生み資本に擬制されるために、株式への投資は金銭消費貸借契約によつて金銭債権を取得するのと同じであると見られるようになる。

このような現象を経済学者は「他人資本の自己資本化」「資本の動員」と説いたり、「自己資本の他人資本化」「資本の動化を基礎にした資本の動員」と説明している。^(一五八) 前説は株式会社を設立する際や、設立後に新株を発行して、社会的遊金資金を集める事態を捉えており、後説は株式が市場で流通する事態を捉えている。法律学の分野においても、株式が金銭債権化しているとか、金銭債権の性質を帯びていると説かれることもあるが、^(一五九) 株式を金銭債権と性質決定しているわけではない。^(一六〇)

注(一五六) 宇野・注(一四五)経済政策論一六五頁以下、同・経済原論(岩波書店・一九七〇年)二一九頁以下は、株式を「資本の商品化」とされ、「商品による商品生産社会」である資本主義経済は、土地や労働力のように商品として生産されていないものを商品化するに止まらず、資本そのものをも商品化することを指摘して経済原論の体系を完結される。しかし、株式は資本そのものではなく、資本の割合的分け前にすぎず、資本そのものが「商品」として取引されているのは営業譲渡や営業の賃貸借の場合であろう。経済学の原理論で登場するのは、個人企業か、せいぜい合名会社までであつて、株式会社を取上げるのは金融資本段階のことではあるまいか。この点に関する経済学者間の論争に関しては、拙著注(一九)企業と団体一五二頁注(4)に紹介している文献参照。

(一五七) 川合・注(一二四)資本と信用二八九頁以下。

(一五八) 馬場克三・株式会社金融論(森山書店・一九六五年)序二頁本文五〇頁以下二九二頁以下。川合説(馬場説)に関して、拙稿・注(二四)佐賀一巻三号五七頁以下。

(一五九) 我妻・注(八)近代法二九六頁以下、川島・注(一)所有権法三〇二頁以下、富山・注(二四)現代資本主義一七頁以下。六一頁以下・三五頁以下・一三〇頁以下・一六七頁以下。

(一六〇) 川島・注(一)所有権法三〇二頁。富山・注(二四)現代資本主義九〇頁以下・一一八頁以下・一四一頁は、株式債権説

を批判された上で、社員権説の方を支持される。

一三 株式債権説を主張されたのは松田博士であるが〔前掲注(二)参照〕、株式は純粋の金銭債権であるとされたわけではなく、社団法上の債権とされたに止る。その理由は、株主の権利は自益権と共益権に分類されているが、共益権は自益権とは異なって、公共性・倫理性・一身専属性・人格権性を有しており、自由に譲渡しうるものではなく、社員になって原始取得するものである。したがって、株式として譲渡されるのは自益権のみであり、これを社団法上の債権であるとされたにすぎない。^(一六)

株式を純粋の金銭債権と性質づけられたのは、八木博士である。八木博士は所有と経営の分離や一人会社・株主総会権限の縮小・無議決株・株主の新株引受権の否認化傾向などをあげて、株式会社は社団法人ではなく営利財団法人であるとす。そして、議決権は株主の自益権を保護・実現するために会社法が与えた権利であるのは、手形の裏書人の担保責任と同じであるとした上で、株式を配当請求権を中心とする自益権に限定し、これを金銭債権とされる。

しかし、裏書人の担保責任を法定の責任とするのは理論的に説明できないところを穴埋めするための便宜的説明にすぎないように、議決権を法定の権利とするのも窮余の一策としての理屈づけにすぎない。社団も財団も、出資者は「事業をする意思」をもって出資しているのではなく、機関の組織体をして「事業をさせる意思」で出資している点と同じである。しかし、社団と財団の間には、出資者総会の有無という決定的な違いがある。この違いを軽視して、^(一六)

株式の中には「議決権のない株式」のように、配当請求権に重点を置いたものがある。社債の中には「永久社債」のように、会社が存続している間は償還されないものも考えられる。こうなると、株式と社債は接近し、株式債権説

に根拠を与えるように見える。しかし、株式は「事業をさせる意思」で出資した人に認められる会社の営業権(営業活動権と営業財産権)に關与する権限であり、会社から「株主として取扱つてもらう地位」である。議決権なき株式のように営業活動権に關与する権限の一部が欠けているとしても、「事業をさせる意思」で出資している限り、株主であり、議決権以外の営業活動権が認められる株式を取得することに變りはない。「永久社債」の保有者といえども、利子の支払いを請求する意思と会社の解散時に元本の返済を請求する意思をもつて出資しており、たとえ元本全額の返済は望めないとしても、金銭消費貸借契約の債権者であることに變りはない。そして、株式と社債を比較する場合、例外形態を比較するのではなく、原則形態を比較するべきである。

株式債権説の中には、服部説のように株式会社を社団法人と財団法人の中間形態の第三種の法人とする見解もある。^(一六三) 現実に存在している株式会社は社団の理念型からは離れており、財団に近づいているという主張としてであれば、服部説に頷くことは出来る。しかし、大衆株主が経営に關与しないようになることは、機能資本家としての株主の望むところであり、営利社団法人の理想型である。社団としての株式会社は合手組合と財団の中間形態であつて、社団法人と財団法人の中間形態ではない。^(一六四)

株式会社を社団法人と解した上で、株式を社員権とする通説は表面的には妥当である。しかし、その内容を詳しく検討すると、株式会社も合名会社と同じように出資者の共同事業体であると解し、株式を合名会社の社員権と同じように持分として捉えており妥当ではない。^(一六五)

第一一節で示した図4と図6を見れば分かるように、株式会社と合名会社は存在構造が異なっており、合名会社には一人会社はあり得ないのに対して、株式会社では、それが可能であるという違いの所以がある。^(一六六) そして、この二つの企業形態の法的構造の違いが、図5と図7のように合名会社社員と株主の法的地位の違いとなって現われる。複数の出資者が共同して、事業をする意思を本質とする合名会社の社員の地位は、会社の構成員たる地位であり、

会社は社員のものというよりも、複数の社員の結合体そのものである。これに対して、共同して事業をする意思はなく、機関の組織体として事業させる意思をもって出資しているにすぎない株主は、株主総会という会社の機関の構成員にはなるが、会社という機関の組織体の構成員になることはない。機関の組織体としての会社の構成員は株主総会や取締役(含)・代表取締役・監査役(含)などの機関そのものである。したがって、株式会社は株主のものではなく、株主を合名会社の社員と同じように、株式会社の社員と呼ぶのは妥当ではない。合名会社の社員は会社の構成員として会社の**実体**をなす営業権に直接的に関与する。それ故に、社員は会社の営業活動権や営業財産権に社員として関与する権限を有するのであり、それが出資者としての業務執行権や配当請求権に結びつくのである。これに対して、株主は出資者として株主総会という機関を介して、さらに株主総会で選任した取締役や監査役を介して会社の営業権に間接的に関与しうるにすぎず、出資者として株主総会に出席して質問する権利や議決権・帳簿閲覧権・配当請求権などを有するのである。議決権のない株式のみしか有しない株主は、株主総会構成員にならないとしても出資者であることに変わりはなく、配当請求権だけでなく帳簿閲覧権などを有するわけである。^(一六七)

企業の**実体**をなす営業権を構成している営業活動権と営業財産権は、表裡一体の関係にあるとはいえず、一方は人格権であり、他方は財産権(最広義の占有権)であり、法的性質を異にする。したがって、両者から成る営業権は従来の権利の分類に納まらない、新しい類型の権利である。会社の営業権に関与する合名会社の社員や株主の権限も従来の権利の分類には納まらない点と同じである。しかし、合名会社社員の会社財産権への関与権限は「持分」として、他の社員の承諾があれば譲渡することが出来るし、担保にすることも出来る。これに対して、株式は会社の営業活動権と営業財産権に関与する権限として、つまり「株主として取扱ってもらおう権利」として一体として、会社の承諾なしに譲渡しうるし、担保にすることが出来るのが原則になっている。

一人一票主義を採り、重要事項の決定に全員一致を必要とする合名会社では、社員の営業活動関与権限の人格権

性が、「持分」譲渡に反映されて、「持分」譲渡の自由はない。これに対して、一株一票主義を採り、重要事項の決定も特別多数決による株式会社では、株主の個性は原則として問題にならず、議決権のある株式の持株数だけが問題になるこの点は、貨幣媒体の特定性は問題でなく、金額だけが問題である貨幣に似たところがある。つまり、議決権も数量化され、非人格権化されることによって配当請求権と一体化されて、株式として取引の対象とされ、自由に取引されるようになっていく(人格権の財産権化)。

注(一六二) 松田説に対する私の批判については、拙著・注(一九)企業と団体一九三頁以下、拙稿・注(一四四)佐賀四二卷一〇一〇七頁以下。

(一六二) 八木説の紹介・批判として、拙著・注(二三)社団法人四三頁以下、拙稿・注(一四四)佐賀四二卷一〇一七頁以下。

(一六三) 服部・注(二二)株式の本質八三頁。

(一六四) 拙稿・注(一四四)佐賀四二卷一〇一六頁。

(一六五) 通説に対する批判として、拙稿・佐賀四二卷一〇九〇頁以下。

(一六六) 従来の一人会社論に対する批判として、拙著・注(二三)社団法人二八頁以下。

(一六六a) 川島・注(一)所有権法三〇一頁は、株式を間接的な資本所有とされる。

(一六七) 企業経営に関心のない株主に与える議決権のない株式は取締役の選・解任や会社の運営に関する事項について議決権を奪うだけで十分であり、監査役の選・解任の決議への参加や検査役の選任請求権(三〇六条一項)、株主総会出席権・質問権は出資者の権利として認める必要がある。

一四 (商品)所有権や貨幣・手形・企業などと同じように、株式会社も経済現象であると同時に法現象である。しかし、これら同一の社会現象を経済学の観点から考察する場合と法律学の観点から考察する場合には、その視点も方法論も異なっている。したがって、われわれ法学者が経済学に学ぶことは、視野を広げ、法律の背後で「どのよう

な「事態が発生しているのかを知る上で大いに役に立つ」とはいえ、経済学の概念や成果を、そのまま法律学に借りるのでは、法律学と経済学の違いを忘れてしまうだけでなく、法律学の存在意義を失わせることになる。

例えば、株式会社は資本所有権に内在している私的性質と社会的性質の矛盾・対立を止揚した高次の発展形態であると説かれて^(一六八)いる。「資本所有権」という概念は、経済学の概念としてはともかく、法的概念として具体的に何を

意味しているのか、企業の法的構造の、どの部分と関係しているのか、全く分からない。したがって、「資本所有権」に内在している私的性質と社会的性質の矛盾・対立というのも、企業の法的構造内部の問題なのか、企業と外部との問題なのかも不明である。

「株式会社においては、産業資本と貨幣所有とが、債権と所有権とが、直接的所有と間接的所有とが、私的所有と社会的所有とが、会社の団体性―擬制された個人』*Personae*としての団体性―を媒介として、二重に分裂しつつ統一されている、と同時にそれらすべては、資本制的な私的所有の発展形態にほかならない」と^(一六九)する説明がある。この説明も、経済学の説明としてなら通用するのもかも知れないが、法律学の説明としては全く意味不明である。

法律学の説明には法律学固有の概念を用いて説明する必要がある。

そのためには、法律学の観点から企業全体を統一的に把握する必要がある。^(一七〇)しかし、この課題は法解釈学^{II}実用

法学の方法とは全く異なった、法現象を認識するための法律学^{II}理論法律学の観点から、従来の法律学にはない新しい方法論を開発することなしに果たすことは出来ないであろう。私は注(一九)の論文で述べた方法論に基づいて、注(一四三)で述べた企業の法的構造論を展開した上で、第一一節で述べたように合名会社と株式会社の全体構造と、それに対応した合名会社社員および株主の法的地位の全体構造を把握した。

企業の本質次元において個人企業・合名会社・株式会社を比較しないことには、個人企業―合名会社―株式会社へと企業形態が発展して行った法的意義を理解することはできない。さらに、企業の実体次元と対応する出資者地位

の実体を比較しないことには、合名会社社員持分と株式の違いを明らかにすることは出来ない。そして、このような比較を行うことにより、株式会社が合名会社・合資会社・匿名組合を、どのように総合し、止揚しているのか、したがって企業形態として最高の発展形態になっていることが分かるであろう。

注(一六八) 富山・注(二二四) 現代資本主義九頁以下三三五頁以下、九七頁以下。富山説に対する私の批判として、拙稿・注(二四四) 佐賀四二卷一号一三五頁以下。

(一六九) 川島・注(一) 所有権法三〇三頁。

(二七〇) 同旨、我妻・注(八一) 近代法一八〇頁以下。なお、我妻・注(二四八) 総則二〇七頁。

一五 株式会社を設立して社会的遊休資金を集め、設備投資に使ったとしても、原材料の仕入れや設備の更新、従業員への賃金支払いなどには短期・中期の借入が必要になることもある。その場合、第二章一三節で述べたような担保制度では満足できない事態も発生してくる。というのは、大規模な株式会社の借入金は、個人企業や合名会社とは比べものにならないほどの額になるからである。したがって、そのような借金に対しては、それ相應の担保が必要になるが、この要求に應えるために、ドイツで考え出された財団抵当制度を明治三八年に、イギリスの信託制度を応用した担保付社債信託法とともに導入した。

財団抵当^(一七)は、民法の抵当権のように一個の不動産に対する所有権や他人の土地所有権の上に成立する用益物権の上に設定されるのではなく、企業の個々の営業用財産の一部を一団として、一個の不動産、あるいは一個の物と看做し、その上に一個の所有権を認めた上で抵当権を設定する制度である。このようにして、民法の一物一権主義の制約を回避しているものの、次のような難点があった。

不動産財団の場合、財団組成に先立って個々の不動産につき所有権保存登記をしなければならず、多数の不動産を有する場合、その登録税は多額になるだけでなく、大企業の場合、財産目録の作成・変更に手間がかかるという難点加わった。物財団の場合にも財団目録を作成するのに手間がかかる点と同じである。物財団の場合、財団目録を監督官庁に提出すればよく、不動産所有権の保存登記は必要とされなかったものの、財団組入れ後の不動産については一切の登記が禁止され、取引の対象にできないという難点があった。これらの難点に加えて、両財団とも債権や「のれん」が除外されており、有機的・組織的の一体としての営業財産が担保の対象とはされていないところに、最大の難点がある。

このような財団抵当制度の難点を取り除き、企業の総財産を担保とするために、イギリスの浮動担保制度 floating charge に倣って、昭和三三年に企業担保法が制定された。^(一七二)この担保制度は株式会社が発行する際に会社の総財産を全一として担保にする制度であり、一般先取特権の企業版ともいえるものである。しかし、この制度を利用しうるのは倒産する虞のない、したがって担保を取らなくてもよいほど信用度の高い大企業のみであり、そうでない企業には使い勝手の悪いものであると評されていた。これらの企業は国内向けには従来どおり財団抵当制度を利用しており、企業担保は外国資本に安心感を与えるための「伝家の宝刀」の役割しか果さなかったといわれている。^(一七二a)

注(一七二) この制度については、柚木・高木・注(五)四九五頁以下、同・注(九六)新版注民(9)八〇五頁以下〔柚木 馨「小腸一海」、我妻・注(八三)五五五頁以下、鳥谷部 茂・注(九六)新注民(7)四一九頁以下、近江・注(九六)百年I一八四頁以下、同・民法講義Ⅲ・担保物権第二版〔成文堂・二〇〇五年〕二六一頁以下、道垣内弘人・担保物権法〔有斐閣・二〇〇四年〕二五三頁以下。なお、金融機関の側から財団抵当制度の見直しを求める意見につき、「座談会・資金調達手法の多様化と新しい担保制度」ジュリスト二二三八号(二〇〇三年)二七頁・三一頁・三五頁〔加藤 宣〕。

- (一七二) 柚木「高木」注(五)五〇七頁以下、我妻・注(八三)五七二頁以下、鳥谷部・注(九六)新注民(7)四三三頁以下、近江注(九六)百年I二二三頁以下、同・注(一七二)二六四頁以下、柚木「小脇」注(一七一)八二六頁以下、道垣内・注(一七一)二五七頁。(一七二a) 現行の財団抵当制度や企業担保制度が抱えている問題点の洗出しと、その見直しが行われていることにつき、池田雅則「包括担保のあり方―財団抵当・企業担保の現状と検討課題から」法律時報九二卷一一号(二〇二〇年)五〇頁以下。なお、法律時報九二卷一一号七頁以下は、動産・債権等を目的とする担保の利用が伸び悩んでいることから、動産・債権等を目的とする担保に関する立法のあり方について検討した特集を組んでいる。

一六 日本の金融機関は融資の担保として、土地所有権の上に抵当権を設定する方法を重視して来たが、一九八〇年代のバブル景気が崩壊してからは、企業の収益性に着目した新しい担保制度を求めるようになっていた。他方、土地所有権の上に既に抵当権を設定されている中小企業、さらには物的資産の少ないリース業者や信販会社の側では、原材料や半製品・完成品・機械設備・在庫品・売掛債権・賃貸債権、さらには将来債権などを一括して担保にする方法を渴望していた。このような状況の中で、集合動産譲渡担保や集合債権譲渡担保が考え出され、さまざまな法律問題を残しながらも活用を期待されている。そして、平成一〇年に『動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律』が制定され、平成一六年に改正されている。(一七三)その後、集合動産と集合債権を合わせて譲渡担保にする金融手法(AB法)として利用するようになっていた。(一七四)ここでは、対抗要件に関して物権と債権の区別がなくなっていることが役に立っている。(一七五)

これらの集合財産を担保にする方法が単独の企業と金融機関との間で利用されているのに代えて、多数の企業の資産を買い取り、これを担保にして証券を発行し、この証券を売出すことにより資金を循環させることを目的とする特定目的会社SPCが介在する仕組み金融(一七八)という手法がアメリカに倣って導入されることになり、平成一〇年に『特定目的会社による特定資産の流動化に関する法律』が制定され、平成一六年に改正されている。(一七九)

従来の資金調達は自社の資産や収益力が担保になっていた。これに対して、資産流動化法では特定目的会社がある者の財産権を買取った上で、この財産の管理・運用を専門家に委ね、その運用や処分による収益を元金の支払いや配当に充てるという前提の下に、優先出資証券や社債券・CPを発行することによって、次の資産の買入れ資金に当てる仕組みになっている。

特定目的会社が資産を買取ることによって売主に資金を提供するとともに、買取った資産を引当てにして証券を発行し、これを売出すことにより、次の資産買取り資金にするわけである。ここでは動産や不動産所有権・債権・知的財産権など、あらゆる財産権が証券発行の裏付けとなっており、一般先取特権や企業担保に似た状況になっている。そして、特定目的会社に資産を売却することによって資金の調達をする企業が債務を負担することはないが、特定目的会社が介在している点では間接金融の一種ということも出来る。

因に、特定目的会社は利益を還元するだけの法主体であり、資産流動化制度は法人という手法を使って法人を権利客体として分離性を確保しているとする見解がある。^(八〇)しかし、この制度は、特定目的会社に資産を売却して資金を調達する資産の原保有者(オリジネーター)との関わりを断ち切ることによって、オリジネーターの経営不振の影響を受けないようにしているのであり、オリジネーターを権利客体にしているわけではない。この考えに対して、オリジネーターの破産リスクからの隔離という機能は証券化特有の問題というよりも、その前段階としての証券化対象資産の分離ないし法人格の分離という問題ではないかとする見解がある。^(八一)たしかに、そのとおりであるが、企業の債務をも含めて全財産を有機的・組織的に一体化して管理・運用している営業財産の上に担保権を設定したり、営業財産を営業譲渡によって譲受けて担保にするという手法を採らなかつたが故に、つまり、オリジネーターを権利客体としなかつたが故に、その破産リスクから隔離されているのである。

なお、二〇〇八年のリーマンショックは、アメリカの投資会社リーマンブラザーズ・ホールディングの経営破綻

に端を発するものであるが、仕組み金融の失敗例である。つまり、低所得者層向けの住宅ローン(サブプライムローン)債権を引当てにして証券を発行し、これを売出して資金を調達したものの、住宅ローンの返済が滞ったために配当や元本の払戻しが出来なくなり、資金の循環が予定どおりに行かなくなったわけである。^(一八二)

注(一七三) 集合(流動)債権譲渡担保については、小山泰史・注(九六)新注民(七)五六三頁以下、柚木・小脇・注(一七一)八八五頁以下、

近江・注(一七二)担保物権三二九頁以下、道垣内・注(一七二)三〇頁以下、米倉 明「非典型担保法の展望(上)」ジュリス ト七三二号(一九八一年)九四頁以下、松井宏典「集合物の譲渡担保」判例が提起した問題点を中心として米倉 明ほか編・金融担保法講座三巻・非典型担保「筑摩書房」一九八六年「七五頁以下、石田喜久夫・現代の契約法・増補版」成文堂二〇〇一年「一四七頁以下。

(一七四) 集合(流動)債権譲渡担保については、道垣内・注(一七一)三三七頁以下、近江・注(一七二)担保物権三四二頁以下、同「集合債権の譲渡担保」注(九)争点一五五頁以下、池田真朗「債権譲渡法の新たな展開」注(九)争点二一一頁以下、角 紀代恵「集合債権の譲渡担保」注(八)争点Ⅱ一八八頁以下、同注(九六)新注民(七)五九九頁以下、小山泰史「民法学史・流動(集合)債権譲渡担保」平井一雄・清水 元編「日本民法学史・続編」信山社二〇一五年「二一七頁以下。

(一七五) 平成一五年に経産省に企業法制(担保制度)研究会が設けられ、企業の収益価値に目を向けることが考えられたが、企業の在庫品の段階では集合動産譲渡担保を設定し、それが売られて金銭債権となった段階では債権譲渡担保を設定するという具合に、物権と債権の峻別の法理が貫かれ、一連の過程全体を資本の形態変化として、一体的に把握するという発想をすることは出来なかったといわれている。注(一七一)ジュリ一二三三八号一三頁・二六頁「小野 傑」・一五頁・二七頁以下「森田宏樹」・一九頁「道垣内弘人」。

(一七六) この法律については、近江・注(一七四)争点二五八頁、池田・注(一七四)争点二二二頁以下、森田 修「動産譲渡公示制度」注(九)争点一〇六頁以下。

(一七七) ABLについては、池田真朗「ABL等に見る動産・債権担保の展開と課題」新しい担保概念の認知に向けて「伊藤 進先生古稀記念担保制度の現代的展開」日本評論社・二〇〇六年「二七五頁以下、能見善久「ABLと担保」金融法務研究会事務局編「動産・債権譲渡担保融資に関する諸課題の検討」金融法務研究会・二〇一〇年「一頁以下、森田 修「動産譲渡登記制度とABLの

課題」ジュリスト一四一四号(二〇一一年)八八頁、同「A B L ー比較法の問題系列」池田真朗ほか編「動産・債権担保」比較法のマトリックス「商事法務」二〇一五年」一頁以下、山下徹朗「金融実務における『動産・債権譲渡担保』融資(A B L)の動産譲渡担保の活用をめぐる」関西大学大学院・法学ジャーナル93号(二〇一七年)三五頁以下。

松岡久和「譲渡担保立法の向かうべき方向―動産・債権等を目的とする担保」法時九二巻一―号(二〇二〇年)九頁以下は、保証に依存しないA B Lへの期待は高まっているが、法制度の不備のために、A B Lの実績は企業の有する棚卸資産と売掛債権の総額に比して低迷しているとされる。そして、A B Lは流動する動産と債権の全体の担保価値を、継続する事業収益に注目して把握しようというものであり、動産と債権の連続性を、どのように確保するかが重要な課題の一つであるが、物権と債権とを別扱いする法制度の下では、動産譲渡担保と預金担保を含めた債権譲渡担保とを架橋する担保設定の簡単な仕組みを用意する必要があるとされる。

(二七八) 仕組み金融については、大垣尚司「新たな資金調達の見直しと民法」注(九)争点六一―三頁以下。

資産の証券化については、金子栄作ほか「不動産の証券化」東洋経済新聞社「一九八八年」、東京弁護士会弁護士研修センター運営委員会編「不動産の証券化」商事法務研究会「二〇〇二年」、井出保夫「証券化」がよく分かる―日本を変える画期的な金融技術―「文芸春秋社」二〇〇三年」、西村あさひ法律事務所「資産・債権の流動化」証券化「第三版」金融財政事情研究会「二〇一六年」。その他の文献については、松本恒雄「不動産の証券化についての民法学からの検討」信託法研究一五号(一九九一年)一四〇頁注(1)参照。

なお、最近の我国では仕組み債、即ち金融派生商品を組込んだ債券のリスクを理解しないまま高齢者が購入して多額な損害を被っていることが問題になっている(朝日新聞二〇二二年二月三日・13版9面)。

因に、瀬川信久「我妻先生と金融ビッグバン」学士会会報八二八号(二〇〇〇年)一三八頁以下は、我妻博士が分析された銀行が融資の中心を占めていた時代の資金調達方法と現代の仕組み金融の違いについて述べている。これに対して、大垣・前掲論文六一―四頁は、不動産R E I Tは我妻博士の説かれる「不動産の債権化」注(八)近代法八三頁以下を漸く本来の意味で実現しつつあるとされる。

(二七九) 平成一〇年の法律については、国枝繁樹・N B L六四七号(一九九八年)二五頁以下・六四九号(一九九八年)二四頁以下。平成一二年改正法については、稲本護昭「ジュリスト一一八六号(二〇〇〇年)七四頁以下。なお、丸山秀平「債権流動化とSPC法」ジュリスト一一四五号(一九九八年)三四頁以下。

(二八〇) 日本私法学会「シンポジウム・財産法理論の展開」私法六五号(二〇〇三年)七五頁・九九頁「加藤雅信」。

(二八二) 松本恒雄「不動産の流動化・証券化を通してみる物権と債権」共有法理・団体法理・契約法理の交錯〔ジュリスト〕二二一九号(二〇〇二年)一一七頁。

(二八三) 二〇〇七年夏に表面化したサブプライム危機の経済分析については、米倉 茂「サブプライムローンの真実」21世紀型金融危機の罪と罰「創成社」二〇〇八年)、岡村正悟「講演・サブプライム危機の構造・序説」佐賀四一巻一號(二〇〇八年)四七頁以下、同「サブプライム危機から投資銀行危機へ」流動性危機を生み出す米金融システムの構造への一考察「佐賀四」二巻六號(二〇〇九年)九一頁以下。

四 むすび

一 商品経済社会としての近代市民社会は、資本主義社会として定着した。つまり、家内企業者が労働力を商品として購入し、商品(賃労働者)による商品生産を行うようになり、商品の中から生まれて来た貨幣が資本に転化した。そして、賃金をもらった労働者も市場で売られている商品を購入して生存することになり、経済社会の再生産過程が商品形態で覆い尽くされるようになった。さらに、商品として購入した労働力によって商品を生産・販売する企業さえも、営業譲渡や営業の賃貸借により商品として取扱われるようになる(資本の商品化・商品形態の貫徹)。

このような経済現象を法律学の観点から見ると、近代市民社会は私有財産を契約によって移転させることによって秩序づけている社会であり、その起点は商品の所有権にある。そこで、川島博士は近代市民法の構造を所有の私的性質と生産の社会的性質の矛盾・対立と、その解決の過程として捉え、所有権を所有の私的性質の現われであり、契約を社会的性質の現われと解し、^(一八三)近代的所有権(法の歴史的特質を説明された)。

そして、川島理論の影響の下に、所有権を使用価値支配権と交換価値支配権から成り、前者が独立して用益物権の対象になり、後者が独立して担保物権の対象になると解したり、貨幣所有権は交換価値支配権であるとする説が

有力になった。商品のツケ売りに端を発し、手形・小切手・銀行券へと展開する商業信用を、「資本としての所有権」に内在している私的性質と社会的性質の矛盾が、信用の介在によつて高度の社会性において解決される過程として捉え、株式会社は「資本としての所有権」に内在している矛盾を金銭消費貸借契約(利子付債権と合名会社(含有持分の弱点を除去し、両者の利点を取り入れること)、高度の社会性において解決した姿であり、「他人資本を自己資本化」した上で「自己資本を他人資本化」すると説明されている。

しかし、このような捉え方は、経済学で商品生産の私的性質と社会的性質の矛盾を説き、商品が使用価値と交換価値から成り、貨幣は商品の中から生み出された一般的等価物であるとする説明に倣つたものであり、信用制度の経済現象としての説明であっても、法現象の説明になり得ていない。

また、「資本としての所有権」についても、商業信用を信用の連鎖による社会的次元での信用創造であるとし、株式会社を資本が現実資本と擬制資本とに二重化する現象として捉える経済学に倣つたものであり、経済学の成果の受け売りにすぎない。法現象として所有権や用益物権・担保物権、あるいは貨幣や手形、資本や株式会社を捉えるのであれば、それなりの方法論で、法律学に固有の概念を考え出し、^(一八三a)商品経済の展開に伴う新しい権利や法制度の展開を法現象として説明する必要がある。

要するに、貨幣は万能債権であり、貨幣媒体という動産の所有権ではなく、貨幣媒体の所持¹¹占有権のあるところに万能債権¹²貨幣は帰属する。貨幣節約機能を果たす手形の裏書は、債務負担意思あるいは第三者に債務を負担させる意思を表示している証券の所有権ないし占有権を移転する行為であつて、金銭債権の譲渡ではない。合名会社の社員権の**本質**は他の出資者と共同して事業をする意思である。これに対して、株式の**本質**は機関の組織体をしる一定の営利事業をさせる意思である。合名会社の社員権も株式も、会社の営業権(営業活動権と営業財産権)に關与する権限という点では変りはない。にも拘わらず、右に述べた違いが、合名会社社員は業務執行権に基づいて直接的

に会社の営業活動に関与する。これに対して、株主は株主総会への参加を介して会社の営業活動に関与しうるにすぎないという違いとなって表われ、ここに弱小株主の金銭債権者化(無機能資本家化)の基盤がある。

注(一八三) 曾田 厚「現代契約理論における意思主義」現代契約法大系(2)「有斐閣・一九八四年」一四頁注(10)は、川島博士は所有

権の私的性質との対比の下に、契約の社会的性質を承認されているが、契約において現象するのは複数の私的意思にすぎず、両当事者の合致せる意思も本来の普遍的・社会的意思ではなく、単に双方に共通的な意思でしかないと批判される。その上で、契約の根底には社会的・普遍的原理が横たわっており、契約はこれにより修正・否定される場合があるが、制約としての社会性は私的所有についても当然承認されるべきものであるとされる。

(一八三a) 因に、ボン大学哲学教授で、新实在論の旗手と評されているマルクス・ガブリエルは、哲学の任務を概念についての反省的思考にあるとし、論理的に間違いがあり、誤りの多い概念を問い直し、その出来の悪さの原因を示すとともに、より良い概念を提案することによって哲学は社会の役に立つとする「斎藤編・後掲注(一八九)一八三頁以下」。

なお、宇野・注(二二)語る六七頁は、経済学の原理で行うことは、商品とは何か、貨幣とは何か、資本とは何か等の一般的な基本概念を明らかにすることだとされる。

二 株式会社の登場により、事業に必要な資金全部を出資しなくても、株主総会で多数意思を形成することに成功すれば、会社の支配権を掌握することが出来るようになった。この点が、個人企業や合名会社が主流をなしていた産業資本主義時代とは異なり、株式を媒介にして企業が他の企業を支配する途を拓くようになった。金融機関による株式会社への支配を介して、資本主義が産業資本主義段階から金融資本主義段階へと移行し、法の領域においては近代法から現代法へと変遷して行く。

ドイツでは、第三章の二第八節で述べたように産業銀行(投資銀行)が株式会社の設立発起人となって会社を設立し、事業が軌道に乗ったところで株式を売り出して創業者利得を手に入れるとともに、買主から議決権行使の委任を取

りつけ、株主総会の多数意思を形成して監査役を送り込むという形で金融資本主義社会を造り出した。アメリカでは、スタンダード石油やU・Sステイール、デュポンなどの製造業者がトラストを利用して独占資本を形成し、自由競争を制限した。日本では、三井、三菱、住友、安田などの財閥が持株会社となり、株式を媒介にして子会社・孫会社、曾孫会社という具合にピラミッド状の支配構造を作り上げていた。^(一八四)

このように、主として株式を媒介として貨幣資本が産業資本を支配する資本主義は金融資本主義と呼ばれている。我妻博士は「単に他人を支配するのみで自ら生産的作用を営まざるに至った所有権は睡眠状態に陥し入れられ、社会の生産組織の無政府状態は漸次金融資本による意識的統制の下に収められるに至った」とされる。^(一八五)そして、資本の自動的社会化・金融資本の統制力を確立する方向で株式会社・取引所・銀行等の諸制度を改革し、自働的に社会化された金銭債権の支配力を漸次、国家の統制の下に収めて、企業を社会化し、最後に企業そのものを国家または公共団体が経営する方向を展望されていた。^(一八六)

我妻博士の真意は不明だが、右の文章を表面的に読む限りでは、自由競争が行われている無政府状態よりも、カルテルなどで競争が停止されている方を良しとされているようにも読める。そして、旧ソビエト連邦型の社会主義社会ないし共産主義社会への変革を目差されていたのであるうか。それはとも角、旧ソ連型の社会主義・共産主義社会への移行実験は失敗に帰した。だからといって、資本主義社会がうまく行っているかという点、新自由主義思想に基づくグローバリズムは国内でも、国際的にも格差社会をもたらし、多くの生活困窮者を生み出している。そして、蒸汽機関を利用した産業革命以来、化石燃料を活用して来た結果、二酸化炭素による地球温暖化、その影響による異常気象現象の続発、そういう状況の下で社会の持続可能性さえ心配されるに至っている。

注(一八四) 経済社会における独占化に対しては、アメリカを先頭に、規制が行われるようになるが、日・米・独における独占規

制についての簡潔な論述として、今村成和「独占禁止法」(新版)「有斐閣・一九七八年」一五頁以下・二八頁以下・二七九頁以下。
なお、持株会社を原則禁止していた日本の独占禁止法九条は、憲法九条と並んで、二つの九条と呼ばれていたが、平成九年と二四年の改正によって持株会社禁止規定はなくなり、事業支配力の過度な集中を規制する規定になった。

(一八五) 我妻・注(八一)近代法三二二頁・三二八頁・三三一頁。なお、我妻 栄「金銭債権の支配―所有権の顛落」民法研究V「有斐閣・一九六八年」七五頁以下(初出・エコノミスト二五号「一九三一年」)。

(一八六) 我妻・注(八一)近代法三二二六頁以下。

三 先進資本主義国では企業の利潤率が低下し、長期金利も低下しており、中央銀行がマイナス金利を付ける事態さえ発生している。そして、先進国のみならず中国のような後発国においても経済成長率は延び悩んでおり、資本主義は終焉に向っているのかという声も聞えて来ている^(一八七)。経済に精通しない私には、この点について発言することは出来ないが、現在の格差資本主義を、これで良いという人は極めて少ないであろう。それでは、どうすれば良いのか。

格差の是正は税制改革による所得再配分政策などによって、表面的に繕うことは出来るであろう。しかし、格差をもたらしめているのが、低成長下でも利潤を上げなければならないという資本主義の構造にあり、それが労働者に支払う賃金の抑止となり、その具体的な姿が正規社員の減少と非正規社員の増加となって現われている。したがって、この格差構造を根本的に改めようとすれば、資本主義を根本的に改める必要がある。そして、労働力の商品化が資本主義の歴史的メルクマールであり、理論的メルクマールであるのなら^(一八八)、労働力の商品化、即ち人格権の財産権化を止めて人格権に戻すことが資本主義の根本的な改革に繋がることになる。

それでは、労働力の商品化を止めるには、どうすれば良いのか。これまで、労働者による自主管理や協同組合化などの案が出され、外国では実践されたこともあるし^(一八九)、現在でも様々な提案がなされている^(一九〇)。私有財産制を否定

したり、市場の機能を放棄しないで、つまり現行の制度を急激に力づくで転換することなく、現行法の改正という民主的な手続の下に労働力の商品化を廃止して、資本主義を変革する一つの方法として、経済社会の主役になっていく株式会社制度の根本的改革を考えることが出来るのではなからうか。

現在の株式会社は一株一票主義で運営されているが、これを合名会社や協同組合におけるように、一人一票主義に変え、従業員でも投資できるようにするとともに、従業員以外の株主には議決権のない株式を与えることである。このようにすると、大株主が会社を支配したり、親会社子が会社を支配することは出来なくなる。したがって、一人(社)で多数の株式を持っていないように見せかけるためのダミーを使うなどの脱法行為が行われることはないであろう。そうすると、営利第一主義の下に、好き勝手なことは出来なくなるし、今のように過労死や過労自殺は起らなくなるであろう。

右のような株式会社制度の改革は大反対に合う以前に、今の政治状況の下では法案が国会に提出されることさえ考えられない。しかし、経済成長が止まり、海外にも投資先が無くなり、資本主義の終焉が誰の目にも見えるようになり、野党が賢くなって国民の支持を受けようになれば、実現されるに違いない。

注(一八七) 水野和夫・資本主義の終焉と歴史の危機「集英社・二〇一四年」一三〇頁以下・一六四頁以下。

(一八八) 宇野・注(一一二)語る二二二頁・二四頁・二四一頁以下。

(一八八a) 資本制社会における賃金労働者を奴隷制から解放し、自由・独立の主体たらしめるためのシステムとして、マルクスは「自由な協同組合労働」、あるいは「協同組合的生産」を考えていたし「植村・注(一一三a)一五三頁以下」、ポール・メイソン『ポストキャピタリズム』は「協同組合」を資本主義から次の制度への移行期における過渡的事例としている「植村・前掲書二四二頁以下」。スペインでは、協同組合運動が活発に展開されている。

なお、わが国では二〇二〇年二月四日に、労働者が共同出資して事業をすることを目的とする協同組合を設立し、共

同経営をすることを認める労働者協同組合法が、議員立法により成立した(令和二年法律七八号。この法律については、朝日新聞二〇二〇年二月一八日・西部本社二版二四画)。この事業形態では、中小規模の事業を展開することはできるであろう。しかし、現在の経済社会の主役である株式会社に代えることはできないであろうし、そのようなことを期待して法律が作られたわけではない。

(一八九) アント・ネグリ「マイケル・ハート(水島一憲ほか訳)帝国・上・中・下」[以文社二〇〇三年]、マイケル・ハート「斎藤幸平」対談「斎藤幸平編 未来への大分岐」集英社二〇一八年「一六頁以下、トマ・ピケティ(山形浩生ほか訳)21世紀の資本」みすず書房二〇一四年」、金子 勝「資本主義の克服」共有論で社会を変える「集英社二〇一五年」、ポール・メイソン(佐々とも訳)ポストキャピタリズム「東洋経済新報社二〇一七年」、ポール・メイソン「斎藤幸平」対談「前掲 未来への大分岐二三〇頁以下、ジャコモ・コルネオ(水野忠尚訳)・よりよき世界へ」資本主義に代わりうる経済システムをめぐる旅「岩波書店二〇一八年」、グレン・ウイル(監訳・安田洋祐、遠藤真美訳)「ラディカル・マーケット 脱・私有財産の世紀」東洋経済新報社二〇一九年(なお、グレン・ウイル「インタビュ」『ラディカルにいこう』朝日新聞二〇二〇年一月二一日・西部本社13版15画)、J.E.ステイグリッツ(山田美明訳)PROGRESSIVE CAPITALISM「東洋経済新報社二〇一九年」、ネイサン・シュナイダー(月谷真紀訳)・ネクスト・シエア「ポスト資本主義を生み出す」協同プラットフォーム「東洋経済新報社二〇二〇年」、本山美彦「協同労働」が拓く社会――サステナブルな平和を目指して「文真堂・二〇二三年」。

四 株式会社を合名会社や協同組合のように一人一票主義に変え、従業員が議決権のある株式を保有して会社の重要事項につき株主総会を通じて自分の意思を反映させることが出来るようになれば、「自分たちの会社」という意識が強まり、利益を上げることだけでなく、「企業の社会的責任」を果たして、持続性ある社会の実現に今まで以上に貢献するようになるであろう。

従業員が「支配」株主となり、他の出資者に議決権がないのであれば、従来のようにには社会的資本は集まらず、経営規模も縮小するであろう。しかし、大規模経営が全ての面で優れているわけではなく、中小規模の企業をネットワークで連携させることにより、大規模経営の場合と同じ効果を、大規模経営の場合よりも合理的に上げることが可能であろう。

例えば、電力事業は大企業の地域的な独占事業になっているが、これを沢山の中小企業が主に再生可能エネルギーを使って発電し、共用の送電網を使って電力を融通し合うスマートグリッド方式を採用すれば、地震や台風などの際に地域的大停電を回避できるし、二酸化炭素ガスによる地球温暖化の抑止に貢献することになる。あるいは、小売業にしても、多くの地域に点在しているコンビニエンスストア型の店舗が日用必需品のほかに独自の商品を取り揃え、POSシステムを活用すれば、大型スーパー並みの働きをすることが出来るし、買物難民を減らしたり、地域的な交通渋滞の解消に役立つであろう。さらには、地域住民が共同出資して小売店を運営することも考えられる。そして、今のように三六五日・二四時間営業という非人間的な経営を強いて、「営業の自由」を制限している、フランチャイズ本部の「優越的地位の濫用」が生じないようにすることも出来るであろう。

従業員が株主になって、「自分たちの会社」で働くことになっても、雇用契約を結んで賃金をもらうことに変りはない。したがって、労働力が商品であることに変りはない。しかし、貨幣「所有者」者である資本家に雇われて働かされるわけではなく、「自分たちの会社」と契約をして、経営に直接的・間接的に参加し、つまり現場において事実に経営に参加するだけでなく、株主総会を介して法律上も経営に参加しており、単なる労働力商品の売主ではなくなっている。

とはいえ、従業員が株主となって、取締役などを選・解任する会社には、「金融資本」家は投資しなくなり、大規模経営を縮小せざるを得なくなるが、もともと従業員の意思を経営に反映させる企業は大規模経営には適していない。したがって、大規模経営をした方がメリットがある事業や、大規模でなければ成り立たないような事業には、国や地方自治体が多額の出資をするようにする必要がある。しかし、この場合でも、一人一票であり、多額の出資者ということで総会における議決権に特例を認めるべきではない。さもないと、官僚の天下り先にされ、かつての国有企業のようなことになりかねない。

注(一九〇) 金子・注(一八九三)七頁・一五六頁以下・一六二頁以下・一八九頁以下。

(一九一) 二〇一八年九月に北海道では地震により変電所の機能が停止して、北海道の全域停電という、日本初のブラックアウトが発生した。二〇一九年九月には千葉県南部を大型台風が襲い、送電用の鉄塔を倒して大停電を起した。

(一九二) 金子・注(一八九)一五四頁以下。

五 アメリカの主導の下に、新自由主義を基本思想として押し進められたグローバルイズムは、ただ単に貿易自由化・資本移動の自由化を実現することを狙っているのではなく、アメリカの貨幣資本が後進国にまで進出する路を切り拓くために、アメリカの会計制度や金融制度・知的所有権に関するアメリカのルールをスタンダード化することにより、市場を席卷し、先進国における利潤率低下を補う政策だとする見解がある。^(一九三)

その手法として、高度化した情報通信技術と金融自由化を結合して「電子・金融空間」を創り、そこに利潤獲得の機会を見つけて、「金融帝国」化して行くことにしたと説明されている。^(一九四) 二〇〇八年のリーマン・ショックは、資産の証券化により世界各地の遊休貨幣を投資させて発生したバブルが弾けた結果である^{(注(一八二)参照)}。

情報資源を活用して利潤を上げている新規事業として、情報産業がある。この分野において、GAFA(Google, Apple, Facebook, Amazon)の四大プラットフォームによる消費者に関する個人情報収集方法・利用方法やデジ

タル市場への出店契約の不透明性が問題にされている。^(一九五) わが国では、就活情報サイト「リクナビ」が就職辞退率を予測し、これが学生の同意なしに企業に提供されて問題になったが、これは個人情報の不正使用の一例にすぎまい。^(一九六)

情報の収集方法や利用方法の問題のほかに、情報処理技術に関しても、特許権や著作権による独占権を、どこまで認めるのかということが問題になる。金融資本主義段階には生じなかった新しい独占問題であり、情報資本主義^(一九七)といわれる現代に特有の問題である。

さらに、個人情報を利用することにより、プライバシーが侵害されるといふ人権に関わる由しい問題が

ある。プライバシー侵害は思想・信条の自由や学問の自由・結社の自由などの侵害にまで繋がっており、監視社会を招来する第一歩である。情報の問題は私法や経済法の問題に止まらず、憲法にまで関わる問題である。

情報資本主義の時代には、それに対応するのに相応しい情報民主主義が必要とされている。^(一九九)それは、従来のように個人の名誉権やプライバシー権の侵害を問題にしたり、個人情報保護の問題にするに止まらず、公共財としての情報を必要とする人が使用できるようにし、情報の独占が生じないようにするとともに、消費者を保護する制度でなければならぬ。^(二〇〇)

注(一九三) 金子：注(二八九)五五頁・五九頁・六三頁以下・七〇頁・八八頁・一九八頁。なお、デヴィッド・ハーヴェイ(大屋定晴監

部)・経済的理性の狂気(グローバル経済の行方を(資本論で読み解く)「作品社」二〇一九年)。

(一九四) 水野：注(一八七)二六頁以下。

(一九四 a) Face Bookは投稿の扱いなどをめぐって批判が強まっており、イメージを改善することなどを目的としてMetaに社名を変更した。朝日新聞二〇二一年一月三〇日・一三版一面・三面・二二面。FB元従業員の内情告発につき、朝日新聞二〇二二年四月一六日・三版三二面・一一面。

(一九五) 朝日新聞二〇一九年七月一七日・西部本社一三版一面、同二〇一九年一月二三日・西部本社二二版六面。

さらに、EUやアメリカではGDPA⁽¹⁾に対して、競争法違反、アンティ・トラスト法違反の疑いで訴追を行ったり、「デジタル市場法」や「デジタルサービス法」という新しい規制法を設けている。朝日新聞二〇二〇年一月八日・西部本社一三版二面、一〇月二二日・三版一面、一〇月二二日・三版一四四、一二月一日・三版三二面・七面、一二月一七日・三版七二面、二〇二二年三月二六日・三版一面・七面、二〇二二年四月二四日・三版三二面・七面、二〇二二年五月二日・三版二面。

なお、わが国では令和二年五月二七日に特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律⁽²⁾が成立した(令和二年法律第三八号)。ジュリスト一五四五号(二〇二〇年)は、「プラットフォーム規制の現在地」という特集を組んで、EU法との比較などを行っている。さらに、ジュリスト一五七二号(二〇二二年)は「プラットフォームワークと法」という特集を組んでいる。

- (一九六) 朝日新聞二〇一九年二月五日・西部本社二三版一面六面。なお、朝日新聞二〇一九年一月二四日・西部本社二三版四面、同二〇二〇年一月二五日・西部本社二三版二面。
- (一九七) 斎藤編・注(一八九)二八四頁「斎藤」・二九〇頁「P・メイソン」。
- (一九八) 斎藤編・注(一八九)二九二頁・二九三頁「P・メイソン」。
- (一九九) 宇賀克也「長谷部恭男編 情報法」有斐閣・二〇一二年「第一章「長谷部」第六章「宇賀」。
- わが国では公取が巨大IT企業による個人情報への不当な取得や利用の規制強化に乗り出し朝日新聞二〇二二年二月一日・二三版七面)、アメリカでは上院・下院の超党派議員が連邦レベルのプライバシー保護法案を公表している(朝日新聞二〇二二年六月一日・二三版二面)。
- (二〇〇) 金子・注(一八九)三九頁以下・一六五頁以下、斎藤編・注(一八九)二四〇頁以下・二五〇頁以下・二六一頁以下「P・メイソン」斎藤。なお、井上由里子・注(一九九)情報法三二〇頁以下・三三四頁以下。
- (二〇一) 朝日新聞二〇二〇年二月二日・西部本社二三版四面「シンギュラリティーにつぼん」第3部明日への選択②」。
- なお、二〇二〇年六月五日、個人情報保護法の一部を改正する法律が成立した(朝日新聞二〇二〇年六月六日・二三版四面、同六月一日・二三版二面)。この法律に関して、ジュリスト一五五一号(二〇二〇年)が特集を組んでいる。

〔完〕