

# 商法の現代化と商人概念

山下友信

## I はじめに

民事基本法の現代化の一環としての商法の現代化も、会社、保険、運送・海商について実現し、残された部分の現代化も近い将来課題となると考えられる。とりわけ、商法総則および運送・海商以外の商行為の部分についての現代化を考える場合には、商人および商行為という商法の基本概念についてのどのように考えるかという問題がある。この問題について、商法学説では、商法の組立てについて、商行為概念を出発点とする商行為主義、商人概念を出発点とする商人主義、両主義を折衷した折衷主義があり、商法は折衷主義によるものであるが、商人主義に移行すべきものとする立法論が古くより有力であったといえる<sup>1)</sup>。もっとも、第二次大戦後は、会社の部分を除いて商法の改正が課題となることもなかったため、この種の立法論が目だって展開されることはなかった。ところが、2005年の新会社法では、会社の行為を商行為とする会社法5条が新設されるとともに、商法4条2項から民事会社を擬制商人とする部分の規定が削除されたこと、および会社の営利性を定めた商法52条の規定が削除されたことから、会社はいかなる根拠で商人になるのかという問題が生じ、判例によりこの問題が解決されたが<sup>2)</sup>、こ

---

1) 戦前の提言として、松本丞治「商人の意義に関する立法主義」同『商法解釈の諸問題』37頁（有斐閣、1955年〔初出1912年〕）、鈴木竹雄「商人概念の再検討」同『商法研究1』95頁（有斐閣、1981年〔初出1939年〕）。戦後の代表的なものとして、大隅健一郎『商法総則（新版）』87-88頁（有斐閣、1978年）、鴻常夫『商法総則（新訂第5版）』80頁（弘文堂、1999年）。近時の統合論として、浜田道代「民商法の区別は風前の灯火」NBL882号1頁（2008年）。

れを契機に、後述のように商人とは如何なるものであるべきかについて学説上の議論が展開されるようになっていく。また、2006年の公益法人制度改革によりわが国の非営利法人法制が大きく変わったが、新会社法による前記の改正と合わせて、営利法人とは何か、営利事業とは何かという問題も議論されている<sup>3)</sup>。商法についても商人および商行為の基本概念に関わる現代化を実現するとすれば、以上のような現代的な状況も視野に入れながら基本概念のあり方を考える必要がある。本稿では、不十分ながら、改正の方向性を探ってみたい。

## II 検討の前提

### 1 商法は必要か

商法の現代化を考えるに当たっては、商法がそもそも必要かという前提問題がある。すでに、第二次大戦前から、スイス債務法等を参照した民商二法統一論が主張され<sup>4)</sup>、近時の立法では、オランダ新民法は、会社、運送、保険など商法の規定事項も含み、他方、商人および商行為の概念は存在しない<sup>5)</sup>。もとより、コモンロー法圏の英国では制定法としての商法は存在せず、

- 
- 2) 最判平成20年2月22日民集62巻2号576号は、会社法5条により、会社が事業として、または事業のためにする行為は商行為であるとされていることから、会社は商行為をすることを業とする者として商法4条1項の固有の商人とならした。そのうえで、会社の事業のためにする行為は、商法503条1項の附属的商行為に当たるので、会社の行為には附属的商行為であるとの推定をする同条2項の適用があるとした。このような解釈は、法文の文言から素直に導かれるものとはいえない。
  - 3) 落合誠一「会社の営利性について」『江頭憲治郎先生還暦記念・企業法の理論・上巻』1頁（有斐閣、2007年）、神作裕之「会社法総則・疑似外国会社」ジュリスト1295号134頁（2005年）、神作裕之「一般社団法人と会社」ジュリスト1328号36頁（2007年）、来住野実「法人の商人性」『慶応の法学 商事法一慶応義塾創立150年記念法学部論文集』79頁（慶応義塾大学法学部、2008年）。
  - 4) 松本丞治「民商二法統一論」同・前掲（注1）3頁。
  - 5) 1992年新民法が、商法を廃止し、その内容を統合するものであることにつき、Warendorf, H. et al., *The Civil Code of the Netherlands*, 2009, p. xxi.

米国では、統一商事法典はあるが、大陸法諸国の商法では商行為各則に当たる内容であり、商人および商行為という基本概念に基づく商法ではない。このように、現代資本主義経済体制を維持していくために大陸法諸国型の商法が不可欠というわけではなさそうである。そうであるとすれば、商法の現代化に当たっては、そもそも商法が必要かという出発点に立って検討することも十分考慮に値する<sup>6)</sup>。

もっとも、わが国の民事基本法の現代化の現状に照らすと、このような検討は現実的ではない。平成29年に実現した民法（債権法）の現代化改正の検討過程を振り返ると、これは明らかである。法制審議会民法（債権関係）部会が設置される前段階の民法（債権法）改正検討委員会では、債権法改正と商行為法との関係をどうするかという課題が浮かび上がり、商法研究者にも検討が要請された。商法研究者グループの検討結果は、商行為総則の規定は、基本的には民法に移行させるというものであったが、ここでは、移行する規定の人的適用範囲を限定するための概念として商人の概念に代わる「経済的事業者」という概念を新設することを提案した<sup>7)</sup>。

部会では、経済的事業者の概念がそもそも明確でないという批判があり、これにはもっともなところがあったといえるが、そもそもその問題以前に、民法に事業者と消費者という概念を用いた規律を設けるか否かという基本問題について、審議の早い時期から民法になじまない、あるいは不適切という理由で否定され、平成29年改正民法では、適用主体について属性に応じて規律内容を分けるという方向は採用されないことが確定された<sup>8)</sup>。

商法が存在しないスイス、イタリア、オランダの民法においても、実質的

---

6) 藤田友敬「総論：商法総則・商行為法の現状と未来」NBL935号15頁（2010年）は、商法の将来に関する選択肢の一つとして、商法典の解体・廃止という意見にも相当の理由はあるとする。

7) 商行為法WG（山下友信＝洲崎博史＝藤田友敬＝後藤元）「商行為法WG最終報告書・商行為法に関する論点整理（第504条～第558条、第593条～第596条）」民法（債権法）改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針Ⅴ各種の契約（2）』447頁（商事法務、2010年）。

8) 平成29年改正民法では、事業者という用語は使用されず、わずかに事業に係る債務についての保証契約の特例の規定（民465条の6～465条の10）において、事業および事業を行う者という用語が使用されているにとどまる。

な商法の規定事項は盛り込まれているのであって、商法的な内容が不存在というわけでない。商法的な規律をするには、当然のことながら適用主体の属性により各規定の適用の有無を分けざるを得ないから、商人および商行為という属性とするかどうかはともかく、属性による規律の分化は不可欠のこととなる。わが国の民法は、さまざまな配慮からそのような立法方針は採用しないことを明らかにしたものであり、この方針が少なくとも近い将来変更されるとは考えがたい。そうであるとすれば、商法は引き続き存在するという前提で、そのあり方を考えざるをえないということとなる。

## 2 商行為総則は必要か

商法は維持されることを前提に現代化を考えると、現在の商法の規定内容をそのまま維持すべきかということも前提問題となる。この点で特に問題となるのは、商行為総則（商504条～521条）の規定をどのようにすべきかということである。商行為総則には、もともと民法の総則、債権、物権に関する規定の特則が雑然と並んでいて体系性の観点からは甚だ美的でないし、実務でも民法と商法の両方を参照しなければならないという問題がある。民法の現代化において、商法研究者グループが、商行為総則の規定を民法に移行するという提案をしたことの大きな理由はそこにある。さらに、民法改正では、商行為総則の規定のうちでも、実務上きわめて重要な意味をもっていた商事法定利率（平成29年改正前商514条）および商事消滅時効（平成29年改正前商522条）の規定は民法の法定利率（民404条）および債権消滅時効（民166条）の規定の改正に伴い削除され、商行為総則規定の存在意義は一段と小さくなった。残された規定についても、存在意義が疑わしいものもあり、そうであるとすれば、割り切って商行為総則は全部を廃止するという方向性もあり得なくはないところであろう。

しかし、商行為総則の規定を一挙に廃止するという方向性が多数の理解を得られるかといえば、これもそう簡単にはいかないというのが実感である。そこで、本稿では、さしあたり商行為総則規定も維持されるという前提で、

以下の検討を進めることとする。

### Ⅲ ドイツ商法の商人概念

#### 1 総説

商人主義に基づくものであり、わが国の商法とは立脚点を異にするとはいえ、規定内容においてはわが国の商法に最も親近性があるのがドイツ商法(以下、HGB という)であり、わが国の学説によれば商法のあるべき方向である商人主義を採用するものとして将来の1つのモデルと考えられてきた。そのHGBは、1998年に商人概念を再構成する現代化改正を行っており、商人主義をいっそう進める内容となっている<sup>9)</sup>。以下では、商人主義に基づく商法の再構成を検討する参考材料として、HGBの現代化がどのような内容のものかを概観してみる。本来、詳細なリサーチが必要などころではあるが、筆者は現在その作業に取り組む余裕がないので、以下の記述は、概括的なものにとどまることをお断りしておく<sup>10) 11)</sup>。

---

9) 1998年改正HGBにおける商人概念についての研究として、大山俊彦「改正後のドイツの商人概念について」明治学院論叢法学研究67号65頁(1999年)。

10) 近時、商法を現代化し、しかも商人概念を廃棄し、企業概念に置き換えるという改正をした立法として、2007年のオーストリア企業法(Unternehmensgesetzbuch)がある。第2次大戦後、オーストリアではドイツHGBをそのまま適用してきたが、これを現代化するものである。商人概念に代替する企業・企業者概念につき、UGB1条～3条は、次のように規定する。

「第1条 ①企業者(Unternehmer)は、企業(Unternehmen)を営む者である。

②企業は、利益に向けられたのではなくても、あらゆる継続される独立の経済的活動の組織である。

③略

第2条 株式会社、有限会社、協同組合、保険相互会社、貯蓄金庫、ヨーロッパ経済利益団体、ヨーロッパ会社、ヨーロッパ協同組合は、法形式による企業者である。

第3条 不適法に商号登記簿に登録され、その商号により行為する者は、登記による企業者とみなされる。」

以上の企業者の定義では、自由職業者および農林業者も企業に該当することとなるが、UGB4条では、自由職業者および農林業者については、UWG第1編総則の規定の適用除外を定め、これらの者を企業者から除外しつつ、登記をすれば企業者となることができるものとしている。

## 2 商人の類型

HGBにおける商人の類型は以下のとおりである。

(1) 固有商人 Istkaufmann とよばれる本来的意義の商人（以下、固有商人という）は、HGB 1条により以下のように定義される。

「①本法の意味における商人（Kaufmann）は、商営業（Handelsgewerbe）を営む者である。②商営業は、あらゆる営業を行うこと（Gewerbebetrieb）である。ただし、事業（Unternehmen）が態様および範囲によれば商人的方法（in kaufmännischer Weise）で装備された事業経営（Geschäftsbetrieb）を要しないときは、この限りでない。」

原語を示した語は、いずれも法文上の定義がない抽象概念であり、それらの意義は解釈論に委ねられるという定義規定である。各抽象概念の解釈については、後述するとして、一応これにより固有商人の意義は確定されるということを経験として、HGB 2条以下で、その他の商人の類型を規定している。1項ただし書の商人的方法で装備された事業経営を要しないときというのは、零細規模の事業者は固有商人には該当しないとする趣旨であり、改正前の小商人の概念を再構成したものである。1項ただし書という規定ぶりから、要件事実的には、零細規模の事業者であっても商人として推定されるという規律となっている<sup>12)</sup>。また、商営業とはならない零細規模とはどのようなものかについては、2項を見ればわかるように、数値基準によるのではなく、さまざまな要素を考慮する抽象的な判断基準とされている<sup>13)</sup>。

なお、非営利事業については、企業には該当しないとされている。

商人概念を廃棄し、企業者に置き換えるという立法は、商法の本質についての企業法理論を立法的に実現すべきものと見られ、注目に値するが、現時点で論評するに足りるリサーチをしていないので、本稿では以上を紹介するにとどめる。UWG の紹介として、遠藤喜佳「商法から企業法へ—オーストリア企業法典（UGB）概観—」法学新報114巻11＝12号25頁（2008年）。

11) HGB の商人概念のあり方は、商法の本質に関わる企業法理論が基礎にあるので、企業法理論における商人概念を検討することが必要であるが、本稿ではこの点に立ち入ることができない。比較的新しい企業法理論と商人概念に関するドイツ学説等の研究として、遠藤喜佳「商法における企業法理論の意義と役割」東洋法学50巻1＝2号81頁（2007年）。

12) Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 38. Aufl., 2018, §1 Rn.25.

(2) 任意商人 Kannkaufmann とよばれる商人で、任意商人と訳してみるが、これには2つの種類がある。

第1は、商人的方法で装備されていないことから、HGB 1条によっては固有商人とはならない零細事業者であるが、この者も、HGB 2条により商業登記簿に登記をすることにより商人の資格を取得できるとされている。

第2は、農林業者であり、HGB 3条は、農林業にはHGB 1条の適用はないとして、固有商人性を否定するが、農林業者が商人的方法で装備された事業経営をするときは、HGB 2条により商号を登記することにより商人となることができるとされている。自然産業としての農林業を営む者は固有商人ではないとしつつ、やはり商人的方法で装備されていれば商業登記簿に登記することにより商人資格を取得できることとするものである。

(3) 登記商人 Kaufmann kraft Eintragung とよばれる者<sup>14)</sup>、登記商人と訳してみるが、HGB 5条に基づく商人である。同条は、商業登記簿に商号が登記されている者は、登記を援用する者に対して、当該商号の下で営む営業が商営業でないということを主張することができないものとする。商人としての資格がないにもかかわらず、商人として商業登記簿に登記されている者は、当該事業者が商人であると主張する者に対して自らが商人ではないという主張ができなくなるとするものであり、不実の登記に基づき取引相手方に対して商人資格がないという主張ができなくなるとする趣旨である。この点では、固有商人、任意商人および次の形式商人とは異質な商人の類型である。相手方の善意・悪意を問わずに商人とみなされるので、外観理論に基づく規律ではない<sup>15)</sup>。

(4) 商事会社および形式商人 HGB 6条に基づき、その法人の法形式に基づき商人とみなされる者であり、商事会社 (Handelsgesellschaft) と形式商人 (Formkaufmann) とがある。

---

13) Baumbach/Hopt/Hopt, a.a.O. (N.12), §1 Rn.22-24.

14) Fiktivkaufmann とよばれる。Lettl, T., Handelsrecht, 4. Aufl., 2018, S.20.

15) Baumbach/Hopt/Hopt, a.a.O. (N.12), §5 Rn.1. 登記商人とは別に、解釈論として、外観法理に基づく表見商人の概念が認められている。Baumbach/Hopt/Hopt, a.a.O. (N.12), §5 Rn.9ff.

HGB 6 条 1 項は、商人に関する規定は商事会社にも適用されるものとする。ここでいう商事会社は、合名会社、合資会社、有限合資会社、有限会社、株式会社、ヨーロッパ会社、株式合資会社、ドイツ経済利益団体である<sup>16)</sup>。ただし、これらの会社等は、HGB 6 条 1 項にのみ基づいて商人とみなされるわけではなく、会社等に関する各法律においては、会社等が商営業を営む者でない場合であっても商事会社であるとするみなし規定を置いており<sup>17)</sup>、これらの組織法の規定と HGB 6 条 1 項とが相まって会社等の商人性が認められていることとなる。

HGB 6 条 2 項は、法律が事業の対象に関係なく商人の資格を付与する社団の権利および義務については、HGB 1 条 2 項の要件が備わらないときでも、影響を受けないものとする。有限会社、株式会社、株式合資会社が、ここでいう社団にも該当するが、ほかに登記協同組合 (eingetragene Genossenschaft) がこれに該当する<sup>18)</sup>。これら社団についても、各社団に関する法律で、商人とみなす旨の規定が置かれており、協同組合については、協同組合法 17 条 2 項において、商法の意義における商人であると規定している。これに対して、保険相互会社はここでの社団には該当しない<sup>19)</sup>。

#### (5) 固有商人の意義に関する解釈

1998 年改正前 HGB では、HGB 1 条で、商品・有価証券の取得および転売その他同条列挙の種類の実業をすることにより当然に商人となる者 (Musskaufmann) と、HGB 2 条で、HGB 1 条列挙の行為以外の行為の実業をする者であって、商業登記簿に商人として登記することにより商人となる者 (Sollkaufmann) とを区別していたが、改正 HGB 1 条は、この 2 種類の

---

16) Baumbach/Hopt/Hopt, a.a.O. (N.12), §6 Rn.1.

17) たとえば、会社法 3 条 1 項は、「事業の目的が商営業を営むことにはない場合であっても、商事会社とみなされる」とする。合名会社および合資会社については、HGB105 条 1 項、161 条 2 項により商営業を行う場合または 105 条 2 項、161 条 2 項により商号が商業登記に登記される場合に限り、商事会社となる。Baumbach/Hopt/Hopt, a.a.O. (N.12), §6 Rn.2. 固有商人にはならない零細営業者でも、会社等であれば商人とみなされることとなる。

18) Baumbach/Hopt/Hopt, a.a.O. (N.12), §6 Rn.6.

19) Baumbach/Hopt/Hopt, a.a.O. (N.12), §6 Rn.7.



商人を統合するものである。HGB 1条の固有商人の定義では、商営業を行う者が商人とされるが、このうちの「商」は、零細営業者を固有商人から除外する趣旨で付加されていることが明らかであるから、固有商人の定義において根幹となる概念は、営業である。営業の意義は解釈に委ねられ、さまざまな定義が見られるが、1998年 HGB 改正法案理由書においては、「独立した、継続的かつ計画的に行われる、市場において認識可能なように対外的に現れ、かつ法律または良俗に反しない活動」と定義されている<sup>20)</sup>。別の定義では、「独立した、有償の、多数の取引に向けられた、対外的に現れる経済的領域における活動」とするもの<sup>21)</sup>、定義要素として、計画的に継続に向けられた活動、独立性および営利の意思ないし市場における対外活動をあげるものがある<sup>22)</sup>。表現は同一ではないが、趣旨において大きな相違があるわけではないと理解されているようである。

解釈として、まず、この定義からは、自由職業および芸術・学術活動は営業には該当しないということには疑問がもたれていない<sup>23)</sup>。原始産業としての農林業が営業に該当するかどうかは議論がありうるのであろうが、これについては、前述のように、HGB 3条で立法的に解決している。

右の定義では、営利の目的であることは営業の要素ではないという立場がとられていることが示唆される。1998年改正前の HGB の下での判例は、営業は営利の目的があることを要すると解していたのに対して<sup>24)</sup>、現在の学説はなお争いがあるが、営利の目的は要しないというのが支配的な立場となっているようである<sup>25)</sup>。これを前提とすると、非営利目的でも対外的に有償で

20) Bundestag Drucksache 13/8444, S.24 (1997).

21) Lettl, a.a.O. (N.14), S.8.

22) Baumbach/Hopt/Hopt, a.a.O. (N.12), §1 Rn.12-16.

23) Baumbach/Hopt/Hopt, a.a.O. (N.12), §1 Rn.19.

24) Baumbach/Hopt/Hopt, a.a.O. (N.12), §1 Rn 15.

25) Baumbach/Hopt/Hopt, a.a.O. (N.12), §1 Rn.16, Lettl, a.a.O. (N.14), S.12は、営利性は商人内部の問題であることから営業か否かの判定基準には不相当であるとする。なお、1998年 HGB 改正法案理由書では、営利目的の要否については、解釈に委ねるという立場であった。

事業活動をする者は営業をする者として商人に該当することとなるが、対外的に現れる経済的領域における活動という要素により、営業かそうでないものかが判定される。経済的領域あるいは市場における活動という要素についてもそれ自体明確な概念かという疑問がもたれるが、学説では、このような定義で固有商人を定義することについて、それが不明確であるから問題であるという批判はされていないようである。

### 3 商行為概念

商行為は、HGB343条により、「その商営業に属する商人のすべての行為」と定義される。商人主義による商法の組立てを前提とすれば、商行為の概念は、当然このようなものとなる。商行為総則および各則における商行為に関する規定も、商人の行為であることが当然の前提となる。

HGB344条1項は、商人により行われる法律行為は、商営業に属するものと推定されるとするが、解釈論としては、商事会社については、すべての行為が商営業に属するので、HGB344条が適用されることはないとされる<sup>26)</sup>。

## IV 商法および関連法の現状と問題点

### 1 基本的商行為の限定列举から生じる問題

商法501条および502条の基本的商行為が限定列举であることには異論がないところで、そこから商法の下では、限定列举されていない種類のビジネスを営んでも固有の意義の商人にはならないこととなり、これが商法の欠陥であるとされてきた。質屋営業者は固有の商人ではないという判例<sup>27)</sup>が1つの問題例である。もっとも、実務的には、この基本的商行為の限定は重大な

---

Bundestag Drucksache 13/8444, S.24 (1997).

26) Baumbach/Hopt/Hopt, a.a.O. (N.12), §344 Rn.1.

27) 最判昭和50年6月27日判時785号100頁。

問題を起こしてこなかった。これは、会社法制定前は、民事会社を擬制商人としており（平成17年改正前商4条2項後段）、会社法では、会社の行為を商行為として（会社5条）、そこから、会社はいかなるビジネスを営むのであっても固有の商人となるとされるので、いずれにせよ営業を会社の形態で行う限りにおいて、会社は商人となり、商人概念が狭すぎるという問題は生じず、問題は個人商人等の会社以外の商人に関してのみ存在していたといえることができる。現在のわが国において、個人商人がどの程度の意義をもつかについては明確でないところがあるが<sup>28)</sup>、個人商人という事業主体をまったく否定することもできないであろうから、問題としてはやはりあるということであろう。

## 2 会社

Iにおいて言及したように、会社の商人性ということが実定法上は不明確となってしまっている。実質的には、会社は事業の種類を問わず商人としていものと異ならないので、商人主義を実現したのに等しく、そうであれば会社は商人とするという商人主義を明確にする規定に改めるべきであるという主張がされている<sup>29)</sup>。他方で、会社法では、会社が営利法人であるかどうか規定上は明確にされていないこと、および商法の営業という語を使用せず事業という語を使用していることから、経済的利益を得ることという意味での営利性のない事業を目的とすることができるかという問題が指摘されている<sup>30)</sup>。この問題は、商人の定義にも影響してくる可能性がある。もっとも、

28) 江頭憲治郎『株式会社法（第7版）』3頁（有斐閣、2017年）は、総務省「就業構造基本調査」（平成24年10月1日現在）から、営利企業といえる個人企業数は400万程度と推測している。

29) 伊藤雄司「会社の行為についての商行為性の推定—最判平成20・2・22」NBL882号34頁（2008年）および相原隆「商法における商行為主義から商人主義への転換」法と政治63巻1号51頁（2012年）は、会社法では実質的に商人主義が採用されているという理解である。

30) 神作・前掲（注3）ジュリスト1295号139-140頁は、会社法では会社については営業の語を使用せず事業の語を使用していることにより、会社は利益獲得目的という営利性を本質的な要素としないものとされたのかという問題を設定するが、商法の業とするという語の意義を資本的計算方法のもとで収支相償が予定されていれば足りるという意味であるとする事により営業と事業はほぼ同義であるとする。その上で、会社の定款記載の目的として営利性を欠く目的

会社は擬制商人という位置づけからすべて商人とするのであれば、その点の問題は生じないであろうが、営利性が商人の本質であるとすれば、擬制商人とすることにも限界があるかもしれない。

### 3 協同組合等の中間法人

商法の商人の定義では、営業ないし業とするという要件の解釈として営利目的が必要であるというのが通説であることから、営利主義をとらない事業主体については、固有の商人にならないし、擬制商人にもならないので、商法の規定は不適用となっている。その結果、会社の行う事業と実態上はほとんど変わらない事業を行っている各種協同組合等の講学上の中間法人が、わが国では商人ではないと解され<sup>31)</sup>、協同組合が締結する契約については、相手方が商人であるか、または相手方にとって商行為である場合を除いて、商事法定利率や商事消滅時効等の規定は適用されてこなかった。また、銀行と信用組合が商人を相手方として実質は同じ金融取引を行っている場合においても、銀行は商人間の留置権（商521条）を認められるのに対して、信用組合はこれを認められないという差違が生じることとなる。たとえば、協同組合が運送事業を営む場合でも、商法の運送営業に関する規定の適用はない。このアンバランスには合理性がないとして、現行商法の商人概念の狭さの問題が指摘される<sup>32)</sup>。

---

の記載を認めない登記実務も再検討の余地があるとする。落合・前掲（注3）24頁は、会社法5条を根拠として会社は営利性をもつことを要するものとする立場である。なお、落合誠「新会社法講義第1章 総論」法学教室307号69頁（2006年）は、営利性の意義について、収支償還ではなく、少なくともプラスを生じさせることを意図していたという意味であるとする。

- 31) 協同組合および信用金庫が商人でないことは判例で確立しているが、最も新しいものは、最判平成18年6月23日集民220号565頁。同判決は、「中小企業等協同組合法に基づいて設立された信用協同組合は、今日、その事業の範囲はかなり拡張されているとはいえ、なお組合員の事業・家計の助成を図ることを目的とする協同組織であるとの性格に基本的な変更はないとみるべきであって、その業務は営利を目的とするものではないというべきであるから、商法上の商人には当たらないと解するのが相当」であるとし、預金契約に基づく組合の債務に対して商事法定利率の適用を否定している。ただし、中小企業等協同組合法上の企業組合（同法3条4号、9条の10、9条の11参照）については、商人性を認める見解が有力である。鴻・前掲（注1）114頁。

協同組合の行う取引に営利性がない故に商法の規定の適用になじまないという考え方は、商行為の一部であった保険に関する規定を現代化するに当たり、共済も保険と同じ規律に服させることとしたが、これに伴い保険に関する規定は商法から切り離され、保険法という独立の法律とされた点にも表れている<sup>32)</sup>。

この問題をすでに立法的に解決した例として、保険相互会社に関する保険業法の規定がある。すなわち、保険業法では、相互会社は協同組合と同じく、非営利で、社員である保険加入者に対する保険の提供という一種の相互扶助事業を行う中間法人として、商人性は認められないが、その事業の実質において商人である保険株式会社と事業の実質は変わるものではなく、大量性、迅速性などの取引の性質に基づく商行為に関する商法の規律は同様に妥当することが合理的であるとして、保険業にも適用される可能性のある商行為に関する規定を相互会社の行為に準用することとしたものである（保険業21条2項<sup>34)</sup>）。

#### 4 一般法人・公法人

非営利法人としての一般社団法人および一般財団法人の制度を整備した2006年制定の一般社団法人及び一般財団法人に関する法律（一般法人法）においては、非営利ということの意味は利益を社員等に分配しないということの意味するものとされており<sup>35)</sup>、一般法人が経済的利益をあげるという商法

---

32) 藤田・前掲（注6）12-13頁。

33) 萩本修編著『一問一答保険法』10頁（商事法務、2009年）は、保険法では、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ととしたため、「商人の営業、商行為その他商事」（商1条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、商法から独立した単行法とするのが法形式として最も適当と考えられると説明する。

34) 東京海上火災保険株式会社編・江頭憲治郎＝小林登＝山下友信『損害保険実務講座・補巻・保険業法』45-46頁〔山下友信〕（有斐閣、1997年）。この規定の仕方は、ドイツ保険監督法が、相互会社は商人ではないが、商法の商行為の規定を準用することとしているものを参照したものである。山下友信「相互会社」竹内昭夫編『保険業法のあり方・上巻』362頁（有斐閣、1992年）。

35) 神作・前掲（注3）ジュリスト1328号38-41頁。

の意味での営利性のある事業を行うことは否定していないと見られる。一般法人法9条は、一般法人には、商法11条～15条および19条～24条の規定を適用しないものとするが、これは、一般法人が商法4条1項の意味での固有の商人ないしは4条2項の擬制商人となりうることを前提とするものである<sup>36)</sup>。

一般法人であることを前提として、公益認定を受けた公益法人については、公益認定要件との関係で、営利性のある事業の制約を受ける。これが、収益事業の制限であるが（公益法人5条7号・8号）、そのような制約があるとはいえ、営利性のある事業をすること自体は否定されていない。従来、公益法人や非営利法人が収益事業を行う場合には、その事業の限りで商人性が認められるというのが商法の一般的な解釈であり<sup>37)</sup>、収益事業に関しては、実務がどうであったかは定かではないものの、商行為の規定を適用することができることとなっていた。この意味では、協同組合のように商行為の規定の適用ができないことから問題が生じていたわけではない。

公法人については、すでに商法2条が規定するが、同様の状況である<sup>38)</sup>。

## 5 自由職業者等

自由職業者等を商人とすべきか否かは、古くから議論があったところであり、その事業の性質上営利性になじまないという理由により商人ではないという見解が支配的であったが、商人性を認めるべきであるという主張も見られた<sup>39)</sup>。もっとも、現行商法では、自由職業の行為の多くは基本的商行為に

36) 熊谷則一『逐条解説一般社団・財団法人法』19頁（全国公益法人協会、2016年）は、一般社団法人または一般財団法人が自己の名をもって商行為をすることを業とした場合は、商法4条1項の商人に該当し、商法の諸規定が適用されるどころ、一般法人法9条は、商法の規定のうち、一般法人制度とは無関係な規律や、一般法人法に規定されているものについて適用関係を明確にしておく必要に基づくものである旨、説明する。一般法人以外の法人について一般法人法9条のような規定は置かれていないので、後述のように、ある法人の商人性を肯定すると、商法総則の適用の有無という問題が生じる。

37) 森本滋編『商法総則講義（第3版）』38-39頁〔洲崎博史〕（成文堂、2007年）。

38) 公法人が商人となる場合にも、その性質上、商法総則の商業登記、商号、商業帳簿、商業使用人に関する規定は適用されないと解釈されている。森本編・前掲（注37）38頁〔洲崎〕。

該当しないことから商人性を認めることは困難であった<sup>40)</sup>。しかし、基本的商行為を商人の要件からはずすと改めて自由職業の商人性の問題が生じることになり得る。

## V 商人概念の検討

### 1 総説

以上の課題の分析を基礎に、商人概念のあり方について考察してみたいが、理論面のみでなく、現実的な立法のあり方としての面についても配慮しながら検討することとしたい。

### 2 商法総則の規定と商行為の規定

商法の商人概念が狭いとすると、そこからは商法総則および商行為の規定の適用がないという問題が具体化することとなる。しかし、商法総則と商行為では、問題の現れ方は同じとはいえない<sup>41)</sup>。

現行法では、商人といえない法主体があるとして、これを商人として認める改正を行う場合には、何も手当しなければその法主体に商法総則の規定が適用されることとなる。個人商人で、現行の基本的商行為の限定から商人とはいえない者が商人とされる場合にはそれで特段の問題は生じない。しかし、法人について考えればそういうわけにはいかない。会社については、会社法の制定に際して、商法総則の規定と基本的に同一内容で会社法の総則を独自に規定したことから明らかなように、商法総則の規定は内容的には法人に

39) 鴻・前掲(注1)9頁は、企業法理論の立場からは企業的特質をもつ自由職業については商法の規定の適用を認めてよいものがあるとする。

40) 森本編・前掲(注37)35頁〔洲崎〕。

41) 後藤元「商法総則—商号・営業譲渡・商業使用人を中心に」NBL935頁17-18頁(2010年)は、商法総則は、個人商人が事業活動を行うために用いることのできるツール・インフラであり、会社やその他の法人についても同一の規定が置かれていることから、各種の事業体が用いることのできるツール・インフラに関する規定のプロトタイプとしての役割を果たしているとする。

については法人法の一部となりうるものである。各種法人についての法人法では、法人の名称などの商法総則と一部は重なる規定を置いており、もし各種法人を商人として認める場合に、商法総則をそのまま適用すると、法人法との間での重複ないし衝突という問題が生じうる。もっとも、会社法以外の法人法において、商法総則の規定事項に対応する規定を幅広く置いているわけではない。そうであれば、重複ないし衝突がない限りにおいては、商法総則の規定を適用することは問題がなさそうであるが、たとえば、商業使用人の規定を適用することにどれだけの意味があるかを考えると、会社その他の商人でも、支配人という制度を実際に活用している例は稀であり、支配人という制度はむしろ表見支配人の規定（商24条、会社13条）こそが実質的な意味をもっているということや、ある種類または事項について委任された使用人という商業使用人の代理権についての規定（商25条、会社14条）もその存在意義は甚だ疑問であるということから考えると、新たに商人となる法人にそれらの規定を適用することの必要性がどれだけあるかは甚だ疑問となる。もし必要性があるのであれば、法人法においてその法人に即して必要な手当をすればよいということが出来る<sup>42)</sup>。

これに対して、商行為の規定については、法人法において規定されていることはないので、商行為の規定の適用がないことに合理性がないということであれば、その法主体を商人としてその行為に商行為の規定を適用することで特に問題は生じないと考えられる。したがって、以下では商人概念のあり方を検討するが、商法総則の適用主体を拡大するという視点は、個人商人以外については、除外して考えることでよいと思われる。

商行為の規定の適用も、民法の現代化改正により商事法定利率および商事消滅時効という商行為総則の最重要規定が削除された現在では、商人概念を拡大することにより商行為総則の規定の適用主体が拡大されるとしても、実務的な影響は小さくなっていることは否定しがたい。しかし、そうはいって

42) 商号や法人の名称の他人による不正な使用に対する保護も、現在では不正競争防止法が主たる役割を果たしており、商法12条の規定の適用の必要性は小さい。



も、商行為各則も含めれば、商人として相応しい者に対して商行為の規定を適用することには意義があるといえるであろう。

### 3 固有の商人の定義

現行の固有の商人は、基本的商行為をすることを業とするというものであるが（商4条1項）、業とするとは営業を意味し、一般的には、営利の目的である行為を計画的に反復継続することであるというのが最大公約数的な理解である。この定義の要素のうちで、基本的商行為をすることという部分はまさに商人主義と相反する要素であるから、もし商法4条1項をベースに固有の商人を定義するとすれば、いかなる行為であれ、それを業として行う者が商人であるということとなり、営業の意義に帰着することとなる。これによりある者が商人であるか、そうでないかを確定できれば定義としては成り立ちうるということが出来る<sup>43)</sup>。営業という概念は、あらゆる面で意義が明確かといえそうではないかもしれないが、長い商法の歴史の中で定着してきた概念であり、営業をする者が商人という定義で特に問題が生じるとは考えられない。

それでは、定義としての要素に過不足の問題はないか。ここでドイツHGBの前述の営業の意義と比較すると、営利性という要素の有無が大きな違いであることが明らかとなる<sup>44)</sup>。これをどのように考えるべきか。もっと

43) 本文の固有の商人の定義では明確な定義とはいえないという意見はあり得ると思われる。相原・前掲（注29）63頁は、商人主義による商人概念への転換を主張するが、個人商人および会社以外の法人については、事業の種類や内容に関係なく、形式的に商人的方法によって営業を営むという商人主義の基準のみによって、商人資格を認めることは困難であろうから、固有の商人について、商人主義への転換は実現性が乏しいものと判断せざるを得ず、わが国の商法において、商人主義（会社、擬制商人）と商行為主義（固有の商人）の併存状態が続くことが想定されるとする。しかし、そのような併存状態をもってしては商法を商人主義に移行したとはいえないし、私見としては、営業という概念で商人と商人でない者との判定は十分可能であると考える。

44) 杉田貴洋「商人概念における『営利性』—商法中の『業とする』・『業トスル』の解釈」法学研究85巻1号1頁（2012年）は、商法4条1項にいう「業とする」の意義については、通説と異なり、営利性を含まず、反復継続性の意味に解釈すべきであると主張する。もっとも、同項のもう一つの要件である基本的商行為の概念の中に営利性が含まれているとするので、結論と

も、すでにわが国でも、営業の要素としての営利目的は、積極的に利益をあげることに限られるものではなく、資本計算的に収支相償を目指しているのであれば足りるという解釈は一般的に支持されており<sup>45)</sup>、事業活動をする場合に収支相償を目指さないということは、普通はありえないので、営利性の要件を廃棄したとしても実質的には影響はないといえるかもしれない。

しかし、ここで問題となるのが、消費者契約法における事業者（消費契約2条2項）という概念との関係である。消費者契約法における事業者の意義については、一定の目的をもってなされる同種行為の反復継続的遂行であり、営利目的の有無、あるいは公益・非公益を問わず、自由職業も含み<sup>46)</sup>、法人については、すべての法人が事業者に該当するものとされ、個人についても事業者として扱われる範囲はきわめて広いものとなっている<sup>47)</sup>。ここでは、事業の営利性の有無はまったく問題とされない。もし、商人の定義について、現在の営業をするという定義から営利目的という要素を除外すると、商人と消費者契約法の事業者とを区別することは相当に難しいものとなる可能性がある。非営利法人も多様であるから、事業として有償の取引行為を行うあらゆる事業者を商人とする必要があるかといえはやはり疑問があろうし、ドイツでも、営利目的を要しないという解釈がされているとしても、非営利法人

---

して固有の商人が営利性を要することは肯定している。この見解の当否はさておき、商人概念から基本的商行為の要件を廃棄する場合には、営業の概念の中に営利性を含めることが必要となる。なお、杉田貴洋「会社の営利性と商人性」山本為三郎編『企業法の法理』291頁（慶應義塾大学出版会、2012年）は右の立場から会社法上の会社は営利性を要素としないが、商人ではあるとする。

45) 前掲（注30）の文献。ほかに、森本編・前掲（注37）35頁〔洲崎〕。

46) 消費者庁消費者制度課編『逐条解説・消費者契約法（第3版）』83頁（商事法務、2018年）。このように法人その他の団体をすべからず事業性を備えた者として事業者とすることに対しては、小規模のNPO法人やマンションの管理組合も事業者となることが問題であるとする批判がある。後藤巻則＝齋藤雅弘＝池本誠司『条解消費者三法』19頁〔後藤巻則〕（弘文堂、2015年）。

47) ドイツでも、消費者保護のための法律規定の適用範囲を画する概念として、事業者（Unternehmer）の概念が用いられるが、民法14条の事業者の定義は、「自然人、法人または権利能力のある人的会社であって、法律行為の締結において、その営業上または独立の自由職業活動の遂行において行為する者」というものであり、HGB上の商人に自由職業者を加えたものとなっている。これとの比較で、消費者契約法のすべての法人を事業者とする事業者概念は広すぎるという批判ができるように思われる。

が一般的に営業をする者として商人とされているわけではないように思われる。このように考えると、商人の定義の要素としての営利目的という要素は、商法を適用すべき主体とそうでない主体を区別するメルクマールとしては依然として有意義なのではないかと考える。

#### 4 会社の商人性

以上のように、商人概念を商人主義により再構成することとする場合には、会社の位置づけについて、会社法5条で商行為から出発し、解釈により固有の商人となり、そこから附属的商行為が導かれるという現在の規律とその解釈は、やはり商行為主義的色彩がつよいととともに、迂遠な規律であり、これは当然に見直されるべきものである。

もし上記のような商人主義による固有の商人の定義をすれば、会社が営業、すなわち営利を目的として事業をするものであるとする限りでは、会社はすべて固有の商人となるのであり、そもそも固有の商人でない会社は存在しないこととなる。したがって、ドイツ HGB のように商事会社を形式商人として位置づける必要はないといえることができる。もっとも、会社法の解釈論としては、会社が営業の意味における営利性をもつ事業しか行えないかどうかについては、前述のように会社法上議論があるところである。もし営利性のない事業をする会社も存在するというのであれば、固有の商人とはいえないが、そのような会社についても商人として扱うことは合理的であろうから、確認的な意味があることになるに過ぎないとしても、会社は商人であるという規定を置くべきであるということになろう<sup>48)</sup>。

#### 5 中間法人の商人性

協同組合等の中間法人の位置づけは難問である。固有の商人の定義で、上

---

48) 杉田・前掲(注44)法学研究16頁は、商法4条1項の「業とする」の意義に営利性を含まないという解釈をする結果、株式会社が非営利目的の会社を認める立場に立っても、会社の商人性を認めることができるとする。

記のように営利性という要素を維持するとすれば、協同組合の中間法人性とは正面から衝突することとなる。それでも協同組合を商人として位置づけるのであれば、商法総則の規定の適用はないこととしたうえで、商行為の規定を適用するために文字通りの擬制商人とすることは考えられる<sup>49)</sup>。しかし、営利性を有する者が固有の商人であると定義しておきながら、営利性を有しない法主体を商人とみなすという規律は、立法をもってしてもやはり限界を超えることになる疑いがある<sup>50)</sup>。また、協同組合が、商法上のことではあるとはいえ商人とされることは、協同組合サイドからは抵抗感があるであろう。

このようなことを考えると、無用な摩擦をもたらすよりは、問題は商行為の規定の適用の問題であると割り切り、相互会社において採用されているのと同じく、商行為に関する規定を準用する規定を協同組合法に置くという解決でも十分目的を達するのではないかと考える<sup>51)</sup>。

## 6 非営利法人の商人性

非営利法人のうち一般法人については、すでに一般法人法9条において、営利目的の事業を行う限りにおいては、商人性が認められるということを前提に、商法総則の一部の規定の適用除外を規定しており、商法の適用の問題は解決されている。非営利法人が収益事業等で商法にいう営業をすることに該当し、その限りにおいて商人性が認められるということは確立した解釈であり、非営利法人でも同様の解釈が認められるであろう。もっとも、解釈上商人性が認められるとした場合に、商法総則の規定まで適用されることは問題となりうるので、本来は、一般法人法9条のような、法人法の総則規定と商法総則規定の適用関係を調整する規定が各種法人法に置かれることが望ま

49) ドイツでは、協同組合を形式商人とする規律がいかなる事情で導入されたのかを調べる必要があるが、本稿ではその点には作業が及ばなかった。

50) 商行為法WG・前掲(注7)において、「経済的事業者」という概念を提案したことの主たる意義は、商人と中間法人を包括する概念を創出することにあった。ただし、その外延は不明確であることは認めざるを得ないであろう。

51) 現行の各協同組合法においては、商法総則の規定の準用をしていないが、規定によっては準用してよいものもあり、各協同組合法の現代化として検討すべきであると考ええる。

しいであろうが、現行の商法でも、公法人については解釈論により商法総則の一部の規定の適用はないという解決がされており<sup>52)</sup>、他の法人についても同様の解決で済ませることは十分可能であろう。

## 7 自由職業者

自由職業者はその性質上営利を目的としないということは依然として一般的な理解であろうと思われ、私見としては、固有の商人の要件として営利性を要求するのであれば、引き続き商人性を認める必要はないと考える<sup>53)</sup>。

## VI おわりに

本稿では、古くから商法の組立てのあるべき姿としての商人主義にしたがって商法の商人および商行為という基礎概念をどのように再構成するかを検討した。出発点としての商人の概念については、現行の商法のように基本的商行為というそれ自体は明確な要素から定義することができなくなるので、商人とは何かを抽象的に規定することが必要となるが、それをどのようなものとするかということは、当然のことながら重要な作業となる。しかし、同時に、現実的には、どのような事業主体を商人とするかということ、わが国の社会の実情に即して検討するということも、もう一つの重要な作業となる。本稿の検討の結果としては、後者の視点からは、現在は商人とされていないが、それが問題なのは協同組合等の中間法人であり、その他の各種の非営利法人については、それらが事業を営利目的とする限りにおいては商人性が認められるという既存の解釈論により問題は基本的には解決されているということができると考える。また、自由職業についても、強いて商人とすべきであるという理由も見当たらない。さらに、商人概念を拡大するとしても、

---

52) 前掲(注38)。

53) たとえば、病院が会社形態で経営されることも認められるのであれば、会社として商人性が認められることとなる。

商法総則の適用はむしろ問題が生じるし、また商行為総則の規定内容が民法改正に伴い大幅に縮小されたことから、商人性の拡大による商行為の規定の適用主体の拡大の実務的な意義もかなり小さくなったことに照らせば、商人概念の拡大のための法改正も、あまり大がかりなことは避けたほうが望ましいと考える。商人概念が抽象的なものとなることから、商人でない事業者との区別が困難になることを回避するためにも、商人の定義は営利目的で事業をするということであるという営利性の要件を維持することが、わかりやすい商人と非商人のメルクマールとなると考える。ただし、その場合には、協同組合等の中間法人を商人として位置づけることができないが、この点は協同組合等に商行為の規定を準用するという法技術で対応するのが最も簡潔な立法の方法であるというのが本稿の結論である。また、商人のうちでも最重要な会社は、会社法において商人とするという規定に改正すべきである。

本稿では、商人概念を営業とする者という抽象的な定義とする提案をしたにとどまる。ドイツでは、固有商人の概念を立てたうえで、零細営業者、農林業者が商人となるかどうかについて精密な規律をしている。本稿では、擬制商人としての原始産業者に関する規律や小商人に関する規律には検討が及ばなかったが、これらの点の検討もさらに必要である<sup>54) 55)</sup>。

---

54) 詰めて考えているわけではないが、零細営業者については、さまざまな要素を考慮して商営業か否かを判定するというHGBの規律は、明確性を欠き、わが国では支持を得ることは難しく、実務的にはほとんど機能していないと思われるが、小商人の制度(商7条)は維持してもよいのではないかと考えられる。原始産業については、商人主義による商人概念を設定する限り、その性質上商人性が認められないということにはならないと考えられるので、商人性を認めるか否かは産業政策的な観点から検討すべき問題なのではないかと考える。さらに、零細営業者や原始産業者が商人とされないとしても、商人として登記することにより商人性を取得する制度を認める必要があるかどうかも検討に値すると考えられる。

55) 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673頁(2008年)は、会社法の制定により商人概念に変容が加えられたこととの関連で、割賦販売法や特定商取引法等の消費者保護法における適用除外規定において商行為概念が使用されていることの問題性を指摘する。もっともな指摘であり、商法の商人概念を商人主義によるものに改めることにより商行為概念を用いた適用除外の定め方はいっそう適切なものではなくなる。