

商法の構造と基軸概念

酒 井 太 郎*

- I はじめに
- II 日本における近代的商事法制の導入
- III 商法の構造と基軸概念
- IV 商法の体系を再構築する試み
- V 「事業者」を対象とする民法規定の整備の試み

I はじめに

商法は、いまからおよそ 120 年前の 1899（明治 32）年に制定された、民法と並ぶ日本の基本的法律の一つである。民法は、「人」をめぐる形成される様々な関係（親族との関係、および他者一般との関係）を規律するための原則を幅広く提供しており、度重なる重要改正を通じて、その内容を継続的に充実させている。これに対して商法は、「商事」に関する規範を提供する法律であるにもかかわらず（商 1 条 1 項参照）、今日、商事に属する行為に主として従事する者（商人ないし企業）の組織についても、また、企業の活動についても、体系性と網羅性に乏しい規定を置いているにとどまる。なお、1899 年の制定当時にさかのぼって見れば、商法は、共同企業（会社）や、一定の有価証券（手形および小切手）、特定分野の取引（保険など）について比較的充実した規定を有していたが、それらの規定は特別法として、相次いで商法から分離されていった。また、2017（平成 29）年の改正では、商法の特色ある制度のいくつかが廃止され、民法による規制に委ねられている。この間、商法の中に新しい規範が集団的に補充される

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 19 巻第 1 号 2020 年 3 月 ISSN 1347 - 0388

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

ことはなく、今日、制定法としての商法は、商事に関する法体系の一つの層または領域を構成しているに過ぎない。

本論文は、商法に関するこのような現状認識を踏まえた上で、以下の論述を行う。すなわち、(1) 商法制定前の商事法制の状況、および商法制定の経緯を概観し、企業取引に関する部分において商法が自己完結的な体系をもともと備えることができなかったこと、およびその理由を明らかにする。(2) 制定法としての商法が有する構造、および当該構造を支える二つの基軸概念（商人および商行為）を詳説し、その後、商法上の商人の定義に関する問題点を指摘し、当該問題を解決するための試論を展開する。(3) 日本の商法学説における研究対象の把握方法、および商法学説の理解に基づく現代の商法の体系（実質的意義における商法の体系）を略説するとともに、商法が自主的かつ自由な企業活動を側面から支援する法律であることを踏まえる限り、企業取引に関する商法の規定が断片的であり、体系を有しないという結末は避けられないことを指摘する。そして最後に、(4) 特に企業の取引に関して商法が合理的な規定を提供しているにもかかわらず、その基軸概念（商人および商行為）の定義が適切でないために当該規定の適用範囲が狭すぎるという問題が指摘され、これに対応するため、2017（平成29）年の民法（債権関係）改正に際して、商法の基軸概念に代わる新しい概念（事業者および経済事業）の導入が途中まで検討されたのであるが、その経緯を概観し、商法学の見地からいくつかの論評を加える。

Ⅱ 日本における近代的商事法制の導入¹⁾

1 明治新政府による商事立法の試み²⁾

1868（明治元）年、封建・鎖国体制が崩壊して明治新政府が樹立した。そしてこの直後から、政府は、主務官庁（商法司およびその後身である通商司）を設置して殖産興業政策を強力に推進した。一般大衆の資金を集めて大規模な事業を遂行する共同企業の創設もその一つであり、通商司は、有力商人に対する事実上の強制により、1869（明治2）年に、商社である通商会社と、銀行である為替会社を全国8箇所設立させている。また、会社制度の概説書である渋沢栄一『立会

略則』と、会社制度に関する欧米の文献の摘訳書である福地源一郎『会社弁』がそれぞれ1871(明治3)年に大蔵省から刊行されるなど、会社に関する知識の普及も意欲的に進められた。

さらにこの頃、会社制度の利用を促進するための先駆的・啓蒙的立法として、国立銀行条例(1872〔明治4〕年)、株式取引条例(1874〔明治6〕年)、および米商会所条例(1876〔明治8〕年)が相次いで制定された³⁾。これらは特定の事業を営む企業にのみ適用される法律であったが、やがて、すべての企業による利用を想定した一般会社法の制定が模索されるようになった。すなわち、1874(明治6)年に大蔵省および内務省が「会社条例」の立案作業を開始し、1881(明治14)年に同条例の草案が完成した。また、1886(明治19)年には、宮中に設置された制度取調局が、同じく一般会社法に相当する「商社法」の草案を作成して元老院に提出している。

しかし、商工業の育成よりも、開国の際に締結された不平等条約の改正を優先するべきであるという政策判断に基づいて、国家の基本法律の一つとしての商法典の制定が優先されることとなった。すなわち、民法典、商法典その他、西欧諸

-
- 1) 本章の叙述は、個々の注記で掲げたもののほか、以下の文献に依拠した。志田鉦太郎『日本商法典の編纂と其改正〔復刻版〕』(新青出版、1995年)、菅原菊志「わが国企業制度の発達と商法・学説の変遷」同『企業法発展論〔商法研究Ⅱ〕』(信山社、1993年)7頁、福島正夫「明治二六年の旧商法中会社法の施行——その経過と意義」同『福島正夫著作集(1)』(勁草書房、1993年)304頁、高倉史人「商法典の成立」ジュリ1155号5頁(1999年)、伊藤紀彦「近代の会社法の出発——レースラー商法草案と明治23年商法——」浜田道代編『日本会社立法の歴史的展開』(商事法務研究会、1999年)46頁、今井潔・浅木慎一「法典論争と国産会社法の成立——明治32年商法制定——」浜田編『日本会社立法の歴史的展開』79頁、谷口知平・石田喜久夫編『新版注釈民法(1)〔改訂版〕』9頁以下〔谷口・石田〕(有斐閣、2002年)。

また、明治時代(1868年～1912年)における日本の民法および商法の立法に関する資料全般(草案、速記録、制定条文等)について、佐野智也氏(名古屋大学大学院法学研究科特任講師)のウェブサイト「法律情報基盤」〈<http://www.law.nagoya-u.ac.jp/jalii/meiji/civil/index.html>〉の収録資料を参照し、リンク集を利用した。

- 2) 江戸時代以前の商事法制の概要、および、明治時代以降の商事法制がそれ以前の制度との間で歴史的関連性を欠いていることについて、西原寛一『日本商法論 第1巻〔第2版〕』(日本評論社、1950年)144頁～146頁参照。
- 3) 国立銀行条例に基づいて、兌換紙幣を発行することができる銀行が設立され、株式取引条例に基づいて株式取引所(後の証券取引所)が設立され、米商会所条例に基づいて、米の先物取引を行う米商会所(後の米穀取引所。1939年廃止)が設立された。

国のものと同様の体系的な法制度を整備して、西欧諸国に近代国家であると認知してもらい、条約改正交渉を円滑に進めていくということであった。その結果、「会社条例」および「商社法」の制定は断念され、一般会社法は商法典と一体のものとして制定するという方針に改められた。

以上の変遷から分かるように、明治時代初期の段階では、当面の政策課題に対応するために、各種の企業組織法の整備が政府により同時並行的に進められていた。企業組織に関する一般法は草案が完成する段階にまで至っていたが、制定は政治的理由により放棄された。また、企業取引に関する一般法は、その必要性は認識されていたようであるが、体系的な法律を整備するための動きは表面化していなかった。そのため、商取引は、地域ごとに異なる旧来の商慣習法による規律に、もっぱら委ねられていた。

2 招聘外国人による民法草案および商法草案の作成、新旧民商法典の制定

政府は、1879（明治12）年にフランスの法学者であるボアソナード（Gustave Émile Boissonade de Fontarabie）に民法の起草を委嘱し、1881（明治14）年にドイツの法学者・経済学者であるレースラー（Karl Friedrich Hermann Roesler）に商法の起草を委嘱した。ボアソナードの民法草案は1886（明治19）年3月までに財産法の部分が完成し、その後、ボアソナードの関与の下で日本人が作成した家族法の部分が増補されて、元老院の議決を経た後、1890（明治23）年に民法（旧民法典）として公布された（明治23年法律28号）。レースラーの商法草案は1884（明治17）年に完成し、これに修正を加えた法案が元老院の議決を経た後、旧民法典と同じ1890年に商法（旧商法典）として公布された（明治23年法律32号）。もっとも、当時の最新の立法を参考にするという理由に基づいて起草者が仏独両国から招聘された結果⁴⁾、旧民法典はフランス民法を模範とし、旧商法典は、フランス法の編別を踏襲しつつ実質的内容はドイツ法に従うという体

4) ちなみに、ボアソナードは民法のほか、刑法および刑事訴訟法、レースラーは商法のほか、破産法（商法の一部として）および憲法の起草にそれぞれ従事した。また、ドイツの法学者であるテヒョー（Eduard Hermann Robert Techow）は民事訴訟法の起草に従事した。

裁になっており、両法典の内容は、相互に十分調整されたものとはいえなかった。さらに、民法および商法という二つの法律が制定されたこと（民法と商法が相異なる法律であると観念されていること）についていえば、商法の原型となるべき商人階級の法、および（商人階級の自治権を背景として発達した）商事裁判制度という歴史的要素を欠いたまま、ヨーロッパで行われているものを模倣したに過ぎなかった⁵⁾。

レースラーの商法草案は全 1133 箇条であり、総則、商事一般（商ヒ一般ノ事）、海商、倒産、争訟（商事ニ係ル争論）の 5 編から構成されていた。商事に関する日本の旧来の慣習は一切顧慮せず、フランス、ドイツ、イギリスの最新制度が積極的に導入された⁶⁾。そして旧商法典は、総則、商事通則（商ノ通則）、海商、破産の 4 編から構成され、全 1064 箇条であった。

さて、旧民法典については、いわゆる民法典論争⁷⁾に見舞われた結果、施行が

-
- 5) この点に関して、竹内昭夫「企業法の地位と構成」竹内昭夫・龍田節編『現代企業法講座 1 企業法総論』（東京大学出版会、1984 年）7 頁～9 頁、関俊彦「商行為通則の意義」竹内昭夫・龍田節編『現代企業法講座 4 企業取引』（東京大学出版会、1985 年）47 頁～48 頁、北居功・高田晴仁編著『民法とつながる商法総則・商行為法〔第 2 版〕』（商事法務、2018 年）3 頁〔高田〕参照。
- 6) 当時、諸外国の商事立法において模範とされた商法典は、1807 年制定のフランス商法典（Code du commerce）であった。制定当初のフランス商法典の構成、および歴史的意義に関し、大隅健一郎『商法総則〔新版〕』（有斐閣、1978 年）8 頁～9 頁、西原寛一『商行為法〔第 3 版〕』（有斐閣、1973 年）5 頁（「商行為概念によって一般人をも直接に商法に結びつけ、また、商行為概念を基礎として商人概念を成立させることによって、中世的階級法たる商法を一般的に開放した歴史的思想的役割」を果たしたと指摘）、北居・高田編著・前掲注 5）3 頁〔高田〕参照。日本の現行商法もまた、フランス商法典（直接的には、フランス商法典の系統に属する、1861 年のドイツ普通商法典〔ADHGB〕から大きな影響を受けている。その代表的なものとして、商法の規制対象となる行為および権利義務主体の把握方法に関する、商行為法主義の採用を挙げることができる。すなわち、日本の商法は、規制対象となる行為として「商行為」を先に定義し（商 501 条・502 条）、一定の態様で「商行為」に従事する権利義務主体主義を「商人」であると定義する（商 4 条 1 項）（詳細はⅢ 2 参照）。なお、1938（昭和 13）年の商法改正で擬制商人の規定（商 4 条 2 項）が追加されたことにより、日本の商法は、商行為法主義と商人法主義の混交形態（折衷主義）に移行した。商人法主義とは、一定の抽象的な属性を有する権利義務主体を「商人」として先に定義し、「商人」の営業上の行為を「商行為」とであると定義するものである。商人法主義および商行為法主義、ならびに歴史的経緯その他について、末川博編集代表『民事法辞典（上）』（有斐閣、1960 年）987 頁～988 頁〔鈴木竹雄〕参照。
- 7) 学界の派閥抗争や、保守主義思想と自由主義思想との衝突などを含んだ、政治的対立。谷口知平・石田喜久夫編・前掲注 1）14 頁～17 頁〔谷口・石田〕参照。

大幅に延期された。延期の間に、穂積陳重、梅謙次郎、および富井政章の3名を起草委員とする法典調査会が修正法案を作成し、同法案が1896（明治29）年に帝国議会において可決され、1898（明治31）年から施行された（明治29年法律89号）。これが現行の民法である。

そして旧商法典については、帝国議会の審議において、1064箇条の大法典でありながら公布のわずか8か月後である1891（明治24年）年1月から施行するというのはあまりにも性急であるという意見が出されたほか、商事法は現実に行われている商業を前提とするものであるのに、この法案は日本の商慣習を参酌しておらず、しかも法案作成に学者・官僚・外国人が関与するにとどまり実業家が加わっていないなどといった問題点が指摘された。この結果、旧商法典の完全施行は、1893（明治26）年、1896（明治29）年、1898（明治31）年と順次延期された。ただし、その主要部分（会社、手形、破産、商業登記、商業帳簿）は、1893年に施行されている。

旧商法典の施行が延期されている間、政府は、法典調査会に修正法案の起草を命じた。商法修正案の起草委員は、岡野敬二郎、田部芳、および梅謙次郎の3名であり、志田鉀太郎などの学者および官僚を含む他の委員が起草委員を補助した。このとき、旧商法典の審議の際に経験した議論の紛糾を回避するため、商工会議所等の経済団体に対して意見照会を行い、その回答内容を法案に反映させるなどの対応が取られた。

商法修正案は1899（明治32）年3月に帝国議会で可決された後に公布され、同年6月に施行された。これが現行の商法（新商法典）である（明治32年法律48号）。制定当時の条文数は旧商法典よりも大幅に少ない689箇条であり、総則、会社、商行為、手形、海商の全5編で構成されていた。

旧商法典は、もともと旧民法典よりも前に施行される計画であったため、自給自足的に条文が整備されていた。旧商法典のみに着目すれば、体系的であったと評価することができるが、契約の成立や履行に関する規定などにおいて、民法の規定と商法の規定が重複していたり、調和しなかったりする例が多く見られた。そのような問題箇所は、新商法典の法案作成にあたってすべて削除された⁸⁾。具体的には、旧商法典では商行為の総則規定が131箇条置かれていたが、新商法典

では20箇条にまで減少した⁹⁾。取引一般についていえば、本則としての民法、特則としての商法という役割分担が徹底されることとなり、商法の体系性、網羅性または自立的性格は大きく減殺されることとなった¹⁰⁾。

Ⅲ 商法の構造と基軸概念

1 商法の編別および内容

商法は、「商人」および「商行為」という二つの基軸概念を用いて、この法律の適用対象となる権利義務主体および行為を指定している。現在の商法は、総則、商行為、海商の3編で構成されている。各編の内容は、おおむね次の通りである。

まず、第1編総則は、(1) 商法の適用方法に関する一般原則（商1条～3条）、(2) 商人の定義（商4条）、および(3) 商人固有の設備・機構に関する若干の規制（商8条～31条）から構成される。第2編商行為は、(4) 商行為の定義（商501条～503条）、(5) 商行為に適用される一般的規制（商504条～521条）、(6) 商人間の売買に関する民法の特則（商524条～528条）、(7) 商法独自の契約形態（交互計算および匿名組合。商529条～542条）、および(8) 数種の営業に関する私法的規制（仲介業、運送業、施設営業、および倉庫業。商543条～617条）から構成される。最後に、第3編海商は、(9) 海上物品運送のための設備（船舶および船長）に関する規定（商684条～715条）、および(10) 海上物品運送に関する私法的規制（当事者の権利義務、海上物品運送に関する証券〔船荷証券および海上運送状〕、海上における危険発生時の責任または費用の負担、および海上保険契約。商737条～850条）から構成されている¹¹⁾¹²⁾。

8) 法典調査会「商法修正案参考書」法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書21』（商事法務研究会、1985年）112頁～113頁（商法第3編商行為の修正にかかる理由説明）参照。

9) 田中耕太郎『『民法の商化』と商法の自主性——現代に於ける商法発達の基調——』同『商法学 一般理論〔田中耕太郎著作集7〕』（新青出版、1998年）153頁～154頁。

10) 同様の関係は、ドイツの普通商法典（ADHGB、1861年公布）と現行の商法典（HGB、1897年制定）との間にも見られる。西原・前掲注6）5頁～6頁、関・前掲注5）47頁参照。

2 商法の適用対象——商人および商行為

商法1条は、「商人の営業、商行為その他商事については、他の法律に特別の定めがあるものを除くほか、この法律の定めるところによる」（商1条1項）と規定し、抽象的には商事に関する事項を商法の適用対象とすることを明らかにしている。しかし、商法は、同条にいう「商事」の定義を何ら置いていないので、

-
- 11) 1899（明治32）年制定当時の商法は、総則、会社、商行為、手形、海商の5編で構成されていたが、第1編総則、第3編商行為（第10章保険を除く）、および第5編海商の内容はおおむね現在のものと同じであった。第2編会社、第3編商行為中の第10章保険、および第4編手形は、各々、会社法（2005〔平成17〕年制定。平成17年法律86号）、手形法（1932〔昭和7〕年制定。昭和7年法律20号）および小切手法（1933〔昭和8〕年制定。昭和8年法律57号）、ならびに保険法（2008〔平成20〕年制定。平成20年法律56号）として単行法化されている。
- 12) 会社法や保険法などが商法から分離されて単行法とされていったことの理由は、技術的理由と実質的理由の二つに分けることができる。技術的理由として、(a) 国際条約に基づいて新設することが必要になった多数の条文を、商法の中に一挙に編入することが困難であったこと（手形法および小切手法）、(b) 新しい規制を短期間内に実現する上で、大法典である商法の改正よりも単行法（商法の特別法）を制定することのほうが便宜であったこと（有限会社法、株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律〔いずれも廃止〕）などが挙げられる。北居・高田編著・前掲注5）9頁〔高田〕参照。なお、(b) について補足すれば、会社法は、相異なる目的を有する単行法が林立して会社に関する法規制の構造が著しく複雑になったため、それらの単行法を総合し、会社に関する一般法として制定されたものである。相澤哲・郡谷大輔「会社法制の現代化に伴う実質改正の概要と基本的な考え方」相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説〔別冊商事法務295〕』（商事法務、2006年）1頁～3頁参照。

2番目の実質的理由は、商法の基軸概念である商人および商行為が、法律の規制対象を識別する上で必ずしも有意義に機能していないことを示すものであり、本論文の問題意識と密接に関連する。すなわち、(c) ある規制対象について、商法全体を貫く原理または原則よりも優先されるべき原理・原則があると考えられることから、そのような原理・原則に基づく単行法を制定したほうが合理的であること（保険法、会社法）が挙げられる。藤田友敬「総論：商法総則・商行為法の現状と未来」NBL935号7頁～8頁（2010年）参照。同論文によれば、保険法は、営利目的の有無にかかわらず、保険という技術を用いた金融商品についての契約法的ルールであると定義され、会社法は、当事者が会社という組織形態を選択した際に適用されるルールであると定義される（7頁～8頁）。また、同論文は、商法第3編海商（海商法）についても、営利目的の有無を問わない海事に関するルールの体系を形成しており、単行法化されてもおかしくないと指摘する（10頁注（19））。さらに、2017（平成29）年の改正によって民法の規制（民520条の2～520条の20）に統合された商法の有価証券に関する規定（平成29年改正前商517条～519条）も、有価証券が持つ性質を踏まえた特則にほかならず、他の商法条文との間で機能的な統一性を見いだすことはできないのであり、そのような条文をあえて商法に置く理由に乏しいという趣旨の指摘が古くから見られた。西原・前掲注6）18頁参照。

商法の規制対象は、「商人の営業、商行為その他」に関して商法が現実に規定している事柄であるとして、形式的に解釈するほかない¹³⁾。そして、商法の各条文を形式的に見るならば、商法は、商人および商行為という、特別の属性を有する権利義務主体および行為を規制対象とする法律であるといえることができる¹⁴⁾。

商法上の商人と商行為との間には、(a) 商行為をすることを営業とする者が商人となり(商4条1項)、(b) 商人が営業のためにする行為が商行為になる(商503条1項)という、論理的な順序関係がある¹⁵⁾。ただし、上記(a)の例外として、商行為をすることを営業としない者に商人の地位が与えられることがある(商4条2項)¹⁶⁾¹⁷⁾。

上記(a)において商人の成立要件となる商行為は、商法が規定しているものと、特別法が規定しているものの2種類に分けられる。

このうち、商法が規定しているものは、501条が定める4種類の行為(絶対的商行為)と502条が定める13種類の行為(営業的商行為)である¹⁸⁾¹⁹⁾²⁰⁾。これら合計17種類の行為は講学上、基本的商行為と呼ばれている²¹⁾²²⁾。

特別法上の商行為として、(i) 会社、特定目的会社、および投資法人が事業としてする行為または事業のためにする行為(会社5条、資産の流動化に関する法

13) 北居・高田編著・前掲注5)1頁～2頁〔高田〕、大隅・前掲注6)79頁参照。さしあたり、ここでは、一個の法律としての商法が、商事に関する法的規制の一部分を担うものであることを確認すれば十分である。

14) なお、商法3条により、(i) ある行為が当事者の一方にとって商行為であるならば、当該行為が他方の当事者にとって商行為であるか否かにかかわらず、当事者の双方に商法が適用され(同条1項)、(ii) ある行為の一方の当事者が複数いる場合に、当該行為がその当事者中の一人にとって商行為であるときには、他の者にとって当該行為が商行為であるか否かにかかわらず、その当事者の全員に商法が適用される(同条2項)。したがって、ある行為において、商行為という属性が間接的に存在するに過ぎない場合にも、当該行為は商法の適用対象となる。

15) また、商行為は、商法上の「船舶」を定義する際に参照される(商684条)。

16) 後掲注22)および本節の最終段落を参照。

17) 商法上の商行為が、他の法律の適用要件として参照されることがある(資金決済に関する法律4条7号、農林中央金庫法7条、保険業法21条2項、特定商取引に関する法律59条2項、商工会法2条1号、商工会議所法7条1項、船舶法35条)。特に、本論文の考察対象に関連するものとして、商工会議所法7条1項による「商工業者」の定義(「この章において、『商工業者』とは、自己の名をもつて商行為をすることを業とする者、店舗その他これに類似する設備によつて物品を販売することを業とする者、鉱業を営む者、取引所、会社及び相互会社をいう。」)が興味深いといえるが、この点については論及しない。

律14条1項、投資信託及び投資法人に関する法律63条の2第1項)、ならびに(ii)有限責任事業組合の組合員が組合の業務として行う行為(有限責任事業組合契約に関する法律10条)が挙げられる。これら特別法上の商行為に共通するのは、当該行為に基づく権利義務の帰属主体の属性ないし資格という、形式的要素がもっぱら考慮されており、(基本的商行為のように)行為の内容という具体的要素は意識されていない(権利義務主体の行為全般を無差別かつ包括的に商行為としている)という点である。これは、上記(b)のアプローチと同じものであるが、特別法上の商行為の場合、その権利義務者は基本的商行為をすることを

-
- 18) 絶対的商行為と営業的商行為の区別は、絶対的商行為が商業の本質となる行為(利益獲得目的に基づく財貨の交換)を主としているのに対し、営業的商行為が、絶対的商行為には該当しないけれども利益獲得目的に基づいて計画的・継続的に行われる行為のうちの典型的な行為であるという点に求められる。ただし、「典型的」であるとする評価は、商法が制定された19世紀末の時点を基準としている。そして残念なことに、商法制定以後、時代の変化に対応した営業的商行為の拡充は、今日まで実質的に行われていない。すなわち、1935(昭和10)年12月に法制審議会が決議した「商法商行為編海商編中改正ノ要綱」で若干の改正項目が示されたにとどまる。改正要綱の紹介および解説として、八木弘「我が商法商行為編中改正の要綱」国民経済雑誌60巻2号103頁(1936年)および同「海商法及び保険法改正の要綱」国民経済雑誌60巻3号102頁(1936年)参照。なお、商法502条13号の「信託の引受け」は、もともと信託法により商行為とされていたもの(平成18年改正前信託6条)が、商法の中に取り込まれたものである。
- 19) ちなみに、前掲注18)で紹介した、商法商行為編にかかる1935年の改正要綱では、2017(平成29)年の商法改正で実現したところの、商事一般債権の消滅時効制度の廃止がすでに提案されている(要綱208)。
- 20) 前掲注18)において、絶対的商行為が「商業の本質となる行為……を主としている」と述べた。ここにおいて、絶対的商行為のうち、利益獲得目的に基づく財貨の交換(商法501条1号および同条2号に該当する行為)に直接当てはまらない、「取引所においてする取引」(同条3号)および「手形その他商業証券に関する行為」(同条4号)が、果たして商業の本質となる行為であるといえるか否かが問題となり得る。まず、取引所においてする取引の場合、代替性のある大量の物または有価証券を競争的に売買するものであることから、商法501条1号および2号の行為と同視しても差し支えないと考えられる(なお、営業として、他人のために取引所で取引をすることは、営業的商行為の一つである取次ぎに関する行為〔商法502条11号〕となる)。田中誠二・喜多了祐・堀口亘・原茂太一『コンメンタール商行為法』(勁草書房、1973年)51頁参照。そして、手形その他商業証券に関する行為は、手形行為・小切手行為に着目すれば、利益獲得目的に基づく財貨の交換の手段となる行為であるということもできるが(田中耕太郎「組織法としての商法」同『商法学 一般理論〔田中耕太郎著作集7〕』(新青出版、1998年)263頁~264頁参照)、有力説は、行為者が誰であるかを問わず、種々の商業証券に関する行為に商法の規定を適用するための技術的な意味を有するに過ぎないと解している。平出慶道『商行為法〔第2版〕』(青林書院、1989年)50頁参照。

営業とする者に限定されないという特徴がある²³⁾。

次に、上記の (b) の商行為は、附属的商行為と呼ばれている。附属的商行為は、基本的商行為をすることを営業とする商人（狭義における固有の商人）を念頭に置いて定められているものである²⁴⁾。これを詳説すれば以下の通りである。

すなわち、狭義における固有の商人がする行為には、本来の営業としてする行為（基本的商行為に該当する取引）と、そのような行為には属しないけれども、本来の営業の維持または発展に必要であり、もしくは有益なものとして行われる諸般の行為の2種類がある。当然のことながら、後者の行為も商法の適用対象とすることが望ましいが、基本的商行為のように個別具体的に列挙することが困難

21) 基本的商行為は、一定の内容を有する行為を個別具体的に列挙するという方法によって定義されている。すなわち、附属的商行為のように、一定の属性を備えた権利義務主体がする行為として、演繹的に導くという方法は用いられない。民法ではなく商法が適用される行為であることを明確に示すため、この17種類の基本的商行為は限定列挙されたものであると解されており、通説は、類推による拡張を認めない。田中誠二ほか・前掲注20) 48頁・56頁参照。ただし、ある行為によって生じた債権または債務について、適用すべき法令（民法または商法）を特定するのは、必ずしも容易なことではない。たとえば、2017（平成29）年の民法および商法の改正により、債権の消滅時効期間および法定利率にかかる制度の統一が図られるまでの間、商人の行為に由来する債権の消滅時効期間または法定利率に関して民法または商法のいずれを適用するのかをめぐり、判例も学説も、理論的に明快な説明をすることができない混沌とした状況を呈していた。時効に関する旧制度下の議論として、広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅱ』（有斐閣、1998年）418頁～423頁〔金山直樹〕参照。

22) なお、商法は、基本的商行為をすることを営業としない者であっても、店舗その他これに類似する設備によって物品を販売することを営業とする者、および鉱業を営む者は商人であると規定している（商4条2項。1938〔昭和13〕年の商法改正で新設された）。講学上、基本的商行為を営業とする商人は固有の商人と呼ばれており、それとの対比で、商法4条2項に基づく商人は擬制商人と呼ばれる。擬制商人については、営業としてする行為（つまり販売行為および鉱業としてする行為）が基本的商行為に該当しないために商法の適用を受けられない一方で、営業のためにする行為（補助的行為）が商行為（附属的商行為）として扱われるという、立法上の不備が指摘されている。ちなみに、会社法の制定前は、学説上、民事会社に関する平成17年改正前商法523条（後掲注32）参照）を類推適用することで、擬制商人が営業としてする行為にも商法が適用されるという解釈が行われていた。最後に、本節の第5段落および第8段落で説明するように、会社その他の営利法人は、擬制商人の規定を経由することなく、特別法上の商行為をすることを営業とするものであることに基づいて、商人としての地位を有する。

23) ここでは、前掲注22)で擬制商人について指摘したものと同種の問題は生じない。

24) 附属的商行為を詳論した文献として、永井和之「附属的商行為」法教233号30頁（2000年）参照。

であることから、商人の営業の範囲内にある行為のうち基本的商行為に属しないものが一括して商行為であると定義されているのである²⁵⁾²⁶⁾。

他方、特別法に基づいて設立される数種の営利法人²⁷⁾の場合、当該法人の根拠法において、当該法人が「その事業としてする行為及びその事業のためにする行為は、商行為とする」と規定されている²⁸⁾。すなわち、当該法人は、特別法上の商行為に該当する行為をすることを事業とするものであるということができ²⁹⁾、商法4条1項の定義を形式上充足する。ゆえに、これらの法人も商法上の商人である³⁰⁾(広義における固有の商人)。

広義における固有の商人の行為(事業としてする行為および事業のためにする行為)は、すべてが共通の商行為の範疇(根拠法に基づく商行為という統一的領域)に属する。上述のように、狭義における固有の商人の営業活動に関しては、基本的商行為に属しない行為を附属的商行為という副次的領域に収容した上で商法の適用を受けさせるという、一種の技巧が用いられているが、広義における固有の商人の場合、商行為の定義を簡明に定めた条文が置かれていることにより、上記の技巧(主位的概念としての基本的商行為と副次的概念としての附属的商行為という2区分)に頼る必要はなくなっている³¹⁾³²⁾。

25) 田中誠二ほか・前掲注20) 66頁。

26) この結果、基本的商行為をすることを営業としない商人であるところの擬制商人について困難な問題が生じることは、前掲注22)で説明した。

27) 会社法上の会社(株式会社、合名会社、合資会社、合同会社)、「資産の流動化に関する法律」上の特定目的会社、および「投資信託及び投資法人に関する法律」上の投資法人。

28) 会社5条、資産の流動化に関する法律14条1項、投資信託及び投資法人に関する法律63条の2第1項。

29) この説明は、最高裁判例(後掲注30))に従い、商法4条1項の定義を充足させるために筆者が行ったものであって、本来、論理的に正確であるとはいえない。前掲注28)に掲げた各条文は、当該法律に基づいて設立された法人の事業に関する行為が、(それが具体的に何であるかを問わず)特別法上の商行為であると規定しているだけである。会社法上の会社を例にとりていえば、「会社は、会社法の手続に従って設立される法人である」というほかになく、「会社は、会社法上の商行為をすることを事業とする法人である」と説明することはできない。そのような説明は、会社が成立するための前提条件と、会社が成立したことにより生じる効果とを混同したものであるといわなければならない。同旨、江頭憲治郎・山下友信編『商法(総則・商行為)判例百選[第5版]』(別冊ジュリスト194, 2008年)36事件解説2第2段落(75頁)[相原隆]。

30) 最判平成20年2月22日民集62巻2号576頁。

以上のように、商法において、商行為（基本的商行為および特別法上の商行為）の概念は、商人の概念を導く際の基本的前提となっている。すなわち、商行為は、商法の適用対象となる「商事」（商1条）の中心的概念として位置づけられる³³⁾。

そして、狭義における固有の商人については、基本的商行為に該当しない行為であっても、それが営業のためにするものである限り商行為（附属の商行為）であるとする取扱いが行われており、その限りにおいて、商人概念が商行為概念を導く際の前提となっている。

また、商法では、狭義における固有の商人に該当しない者のうち、一定の設備を利用して取引を行い、または一定の設備を必要とする事業に従事する者に、例外的に商人の地位が与えられている（擬制商人。設備商人ともいう）。ここで「例外的」というのは、狭義における固有の商人のように行為の内容を前提とせず、行為にかかる権利義務主体の形式または属性を前提としていることによる。しかし、今日の商法学説の通説的見解である企業法説は、むしろ、行為の内容ではなく、権利義務主体の形式または属性を中心概念として商法の適用対象をとらえていくべきであると解している³⁴⁾。

31) しかし、最高裁判例は、広義における固有の商人がする商行為と、狭義における固有の商人がする商行為の違いを意識しないまま、株式会社について、それが商法上の商人であるという単純な理由に基づいて、附属の商行為にかかる商法503条2項が適用されると判示している（最判平成20年2月22日民集62巻2号576頁）。なお、学説の多数説は、会社に対する商法503条2項の適用を否定する。法曹会編『最高裁判所判例解説 民事編平成20年度』（法曹会、2011年）126頁～127頁〔絹川泰毅〕参照。

32) ちなみに、会社法の制定前において、会社は、基本的商行為をすることを営業の目的とする商事会社（平成17年改正前商52条1項）と、営利を目的として基本的商行為に属しない行為をする民事会社（同条2項）に分類され、民事会社の行為についても商法の規定が準用されることが条文上明らかにされていた（平成17年改正前商523条）。つまり、当時の民事会社は、本文にいう、広義における固有の商人に類似したものであったといえる。そして、会社法は商事会社および民事会社という従前の区分を廃止したので、解釈上、すべての会社は広義における固有の商人としての地位を有していることになる。

33) 岩本慧「商法の対象と商行為の実体」関西大学法学会編『岩崎教授在職三十五年記念論文集』（関西大学人文科学研究所、1958年）415頁～416頁。

34) 藤田・前掲注12）12頁（立法論としては、商行為を媒介としないで商人概念を導くものが大勢を占めていると指摘）参照。また、後掲注105）参照。商事に関して、権利義務主体の属性に着目した立法が模索されたことについて、V参照。

3 営業および営利目的

(1) 総説

狭義における固有の商人も、広義における固有の商人も、商法上の商人としての地位を取得するためには、「自己の名をもって商行為をすることを業とする」（商4条1項）が必要である。このうち、「商行為」について基本的商行為と特別法上の商行為とが区別されることは、前述した。次に、「自己の名をもって」とは、その商行為から生じる権利義務が自己に帰属するものとして、ということの意味する（具体的行為の際に相手方に対して表示される名義が何であるかは問われない³⁵⁾）。そして、「業とする」の「業」とは、広い意味では、生計や自己実現、社会貢献など、何らかの意図ないし目的に基づいて、一定の行為に継続的に従事すること（いわゆる仕事）を表す言葉として使用されるが、商法においては、「営業とする」の意味、すなわち、営利の目的で同種の行為を反復的、継続的、および計画的にするとという意味に解するのが通説である³⁶⁾³⁷⁾。

また、営業（営利目的で計画的に同種行為を反復継続すること）という概念は、基本的商行為のうちの営業的商行為、そして附属的商行為についても用いられている。すなわち、営業的商行為として列挙されている商法502条各号所定の行為は、それらが「営業としてする」ものであるときに初めて商行為となる（同条柱

35) 大隅・前掲注6) 94頁。

36) 大隅・前掲注6) 91頁～92頁、鴻常夫『商法総則〔新訂第5版〕』（弘文堂、1999年）102頁～103頁、田中誠二・喜多祐『コンメンタール商法総則〔全訂版〕』（勁草書房、1975年）91頁～92頁。

37) 通説の理解に対し、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（2012年）は、条文の文理解釈、および旧商法典における「営業」の解釈との連続性を踏まえ、商法4条1項の「業とする」の文言が、商法502条柱書の「営業とする」の文言とは異なり、営利性を要求しない趣旨に解されるべきであると主張する（同論文12頁）。同論文によれば、営利目的は、基本的商行為および特別法上の商行為の中にすでに含まれているのであり（同論文4頁～8頁）、当該各行為を「業とする」ことについて重ねて営利性を問う必要はないという（同論文14頁～15頁）。しかし、それ自体は営利性の有無を問われないところの附属的商行為（商503条1項）の存在を念頭に置くと、商法上の商人とは、基本的商行為を含む諸般の行為を統合した一つの事業活動を、営利の目的を伴いつつ遂行する権利義務主体であると解するのが、自然であるように思われる。また、現代の理論的見地（企業法説）に照らすと、商法上の商人（企業）を定義するにおいては、行為の内容ではなく、（主観的態様を含む）権利義務主体の属性に重点を置くべきであると考えられる点も、前記の私見の根拠として挙げられる。

書)。そして、狭義における固有の商人の行為は、それが基本的商行為に属しなくても、「営業のためにする」ものであれば商行為となり（商 503 条 1 項）、かつ、商人の行為は、営業のためにするものであると推定される（同条 2 項）³⁸⁾。

このように、商法において「営業」という概念は、多くの箇所では参照されており、とりわけ、商人と商行為（営業的商行為および附属的商行為）という基軸概念における共通の構成要素として³⁹⁾、重要な意義を持つ。

なお、商法において「営業」というとき、それは多くの場合、上述のように、一定の行為が一定の主観的態様（営利目的）と客観的態様（同種行為の反復継続性および計画性）を備えた形で展開されている状態を意味する（動態的意義における営業）。しかし、営業譲渡規制（商 16 条～18 条の 2）における営業は、これとは異なり、譲渡の対象としての営業を意味する（静態的意義における営業）。すなわち、営業譲渡規制の対象となる営業とは、一定の営業目的（ここでは、動態的意義における営業を実現するという目的）のために組織化され、有機的の一体として機能する財産の総体（経済的価値のある事実関係を含む）であると説明される⁴⁰⁾⁴¹⁾。

(2) 商人の成立要件としての営利目的

商法上の商人であると認定されるためには、設備または行為といった客観的要素があるだけでは足りず、営利の意思という主観的要素が備わっていることが必要である。

すなわち、ある権利義務主体が、たとえ、物品販売行為や鉱業に属する行為を

38) その他、「業とする」の文言は、商法 543 条（仲立人）・551 条（問屋）・558 条（準問屋）・559 条 1 項（運送取扱人）・569 条 1 号（運送人）・596 条 1 項（場屋営業者）・599 条（倉庫営業者）・797 条 5 項（海難救助業者）で使用されている。

39) 岩本・前掲注 33) 420 頁参照。

40) 最判昭和 40 年 9 月 22 日民集 19 卷 6 号 1600 頁参照。

41) 静態的意義における営業には、商法の規制の対象となる物的設備（帳簿など）および人的設備（使用者の代理権を有する労働者など）が含まれている。ただし、そのような、商人に典型的な物的設備および人的設備が現実には存在していることは、商法上の固有の商人の成立要件とされていない。なお、擬制商人の成立要件については前述した（Ⅲ 2 の最終段落参照）。

業として営むための設備を有し、または、外形的には基本的商行為にあたる行為を反復的・継続的に、そして計画的に遂行していたとしても、営利目的をもって当該各行為をしているのでないならば、当該権利義務主体は商法上の商人ではない⁴²⁾。なお、「営利」の意義は後ほど詳論するが、ここでは当座の間、利潤獲得（費用を上回る収益の実現）の意義に解しておく。

営利目的は、会社その他の営利法人⁴³⁾⁴⁴⁾のように、その存立の間常時備わっていることもあれば、自然人のように、特定の活動局面に限って見られることもある。営利法人以外の法人⁴⁵⁾のうち、公法人（国、地方公共団体等）および特殊法人（特別法に基づいて設立される法人であって、国家の監督を受けながら独立採算により事業を行うもの）については、当該法人の目的が限定されておらず、営利事業をすることも排除されていないので、やはり自然人と同様、一定の範囲

42) 前款（Ⅲ 3(1)）参照。

43) 営利法人として、会社法上の会社（株式会社および持分会社〔合名会社・合資会社・合同会社〕）、「資産の流動化に関する法律」に基づく特定目的会社、および「投資信託及び投資法人に関する法律」に基づく投資法人が挙げられる。ちなみに、会社、特定目的会社、および投資法人の構成員は、剰余金または利益の配当を受ける権利、および残余財産の分配を受ける権利を法律上有する（会社 105 条・621 条 1 項・665 条 2 項 3 項・666 条〔後二者は残余財産分配請求権があることを前提とする規定〕、資産の流動化に関する法律 27 条 2 項、投資信託及び投資法人に関する法律 77 条 2 項 3 項）。このことは、これらの法人が、究極的には、構成員に対する利益分配を目的とするものであり、その究極的な目的を実現するために、分配の原資となるべき利益を獲得すべき目的ないし任務を絶対的に担わされていること——営利法人の存在意義——を端的に表している。上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法』（1）（有斐閣、1985 年）39 頁〔谷川久〕参照。そして、社員への剰余金の配当および残余財産の分配が法律で禁止されている一般社団法人（一般法人 11 条 2 項・35 条 3 項）は、以上の理に照らせば営利法人ではないということになるが、本文で後述するように、当該法人自身が営利目的を持つことができる限り、商法上の商人となる資格を有している。

44) 逆に、一定の法人について、営利を目的とすることを法律上禁止している例がいくつか存在する。商工会法 6 条 1 項（商工会）、商工会議所法 4 条 1 項（商工会議所等）、資金決済に関する法律 10 条 1 項 2 号ロ（第三者型発行者）、放送法 20 条 4 項（日本放送協会）、消費生活協同組合法 9 条（消費生活協同組合）等参照。そこにいう「営利の目的」とは、営利法人の究極的目的としての営利（構成員に対する利益分配）をいうものと解され、商法上の商人の要件である営利とは異なるものと解される。

45) 法人は、まず公法人と私法人とに大別され、私法人は、(i) 不特定多数の者の非経済的利益の実現を目的とする公益的法人、(ii) 構成員の経済的利益の実現を目的とする営利法人、そして (iii) 構成員の非経済的利益の実現を目的とする中性的法人の 3 種に分類される。

で営利目的に基づく活動に従事することがあり得る（なお、商2条〔公法人の商行為〕参照）。公益的法人もまた、本来の目的事業に使用される資金を調達するため、付随的に営利事業を行うことがあり、そのことを前提とする条文が根拠法令で定められている例もいくつか存在する⁴⁶⁾。以上の権利義務主体は、本款の冒頭に挙げた客観的要素と主観的要素をともに備えることができ、商法上の商人となる資格を有する。

しかし、信用金庫や協同組合など、当該法人の構成員の非経済的利益⁴⁷⁾の実現を目的として設立されるいわゆる中性的法人（公益的法人でも営利法人でもない法人）は、外形的には基本的商行為に該当すると考えられる行為（与信および受信、加工、販売、運送等）を事業としてするときであっても、当該法人は営利の目的に基づいて当該事業を行うものではないので⁴⁸⁾、固有の商人および擬制商人の成立要件であるところの「業とする」の要件を充足しない。最高裁判例も、この理由に基づいて、一貫して中性的法人の商人資格を否定している⁴⁹⁾⁵⁰⁾。公法人および公益的法人の場合、当該法人の本来の目的と営利目的とは、主従の関係を伴いつつ併存し得るものであるが⁵¹⁾、中性的法人の場合、最高裁判例の理解に従えば、相互扶助等の本来の目的が絶対かつ唯一の目的であり、営利目的が併存する余地はまったくないということになる⁵²⁾。

46) 公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律5条7号、私立学校法26条1項、社会福祉法26条1項、宗教法人法6条2項、特定非営利活動促進法5条1項。

47) たとえば、信用金庫は、会員である一般市民および中小企業に対して預金、融資その他の金融サービスを提供することを目的とし（信用金庫法10条〔会員資格〕・53条〔信用金庫の事業〕参照）、中小企業等協同組合は、組合員である中小企業等の相互扶助を通じた経済的地位の向上を目的とする（中小企業等協同組合法1条・5条1項1号2項）。

48) 中性的法人において、構成員に対して剰余金の配当が行われることがあるが（信用金庫法57条等）、あくまでもそれは、偶然生じた剰余金を構成員に給付するものに過ぎないのであり、剰余金を獲得する動機および目的は中性的法人にはないということである。なお、営利法人の場合と異なり（前掲注43）参照）、中性的法人の構成員は、剰余金の配当を受ける権利をそもそも有しない。

49) 中小企業等協同組合の一種である信用協同組合について、最判昭和48年10月5日判時726号92頁および最判平成18年6月23日判時1943号146頁、信用金庫について、最判昭和63年10月18日民集42巻8号575頁（「信用金庫法に基づいて設立された信用金庫は、国民大衆のために金融の円滑を図り、その貯蓄の増強に資するために設けられた協同組織による金融機関であり、……信用金庫の行う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、信用金庫は商法上の商人には当たらない……。」）。

商人および商行為に関する商法の規定に、営利目的（ここでは、利潤獲得の目的）に影響されないという意味での汎用性（費用節減などの効用）があると解するならば、中性的法人の商人資格を否定し、商人であることを要件とする商法の条文を適用しないとするのは、中性的法人の継続性の観点に照らして好ましいとはいえない。

中性的法人を商法上の商人として扱うことが適切であると政策的に判断するならば、これを可能にするための方法として、(a) 権利義務主体の営利目的を要件としない形で、商法上の商人を再定義すること、(b) 商法上の商人における営利目的の要件を維持しつつ、「営利」の意義を、中性的法人も収容することができる程度に緩やかに解すること、または、(c) 中性的法人の根拠法において、商法、および（営利法人の組織と運営に関する一般法である）会社法の規定を準用することの三つを挙げることができる⁵³⁾。理論的な観点からは (a) が最も単純かつ明快であり、実践的な観点からは、(c) が最も容易である。そして、双方の観点から中間的な評価を与えることができるものは (b) であるといえるであろう。現在のところ、中性的法人について採用されているのは (c) の方法である⁵⁴⁾。他方、商法学説においては、(b) の見地に立って営利性の意義を広義に解しようとするものが比較的有力である。

もし、商法の適用要件から営利目的を排除することができないと解するならば、

50) なお、中性的法人が商人にあたるか否かにかかわらず、中性的法人が絶対的商行為のうち権利義務者の営利目的が必要とされない行為（商501条3号4号）をするときには、条文の文言上、商法が適用されることとなる（商法501条2号の行為については、条文の文言上明らかでなくても、1号との均衡上、営利目的が必要であると解するのが通説である。平出・前掲注20）46頁参照）。そして、中性的法人の行為が、自己の相手方にとり商行為となる場合（相手方が商人である場合など）も、商法が適用される（商3条1項）。前掲注49）の最判昭和48年10月5日は、商法3条1項に基づいて信用協同組合の行為に商法を適用したものである。

51) 商人の地位の成立において、営利目的が主たる目的であるか否かは問われない。大隅・前掲注6）93頁注（二）。

52) これに対し、中性的法人の一つである協同組合について、個々の協同組合が有する理念的性格の度合いに応じて、営利性を兼ね備えることがあり得ることを示唆する見解がある。藤田友敬「判批」法協107巻7号1165頁～1166頁（1990年）。

53) 本文の(a)と(b)は、商法という一つの法律に現在もなお存在意義があるということ、論理的前提としている。商法の実在意義に関する批判的検討については、Ⅳ2参照。

(a)の方法を選択することはそもそもできない。その場合、上記(c)の便法によらずに理論的に問題を解決するためには、もはや商法の外で立法的に対応していくほかない。具体的には、計画性をもって継続的かつ合理的に財や役務の供給または媒介をする権利義務主体の行為一般に適合する法体系を新しく創設することが考えられる。そのような野心的な事業は、実際に、民法の大規模改正の一環として2009年頃にいったんは着手されたが、結局途中で断念されてしまった。その詳細は後述する⁵⁵⁾。

以下では、上記(b)の方法、すなわち商法学説における「営利」概念の拡張について論じることとする。

(3) 営利目的の意義

商法における営利の意義に関して、学説は、一般的な語義を念頭に置いて利潤の獲得(費用を超える収益の獲得)であると解する立場(利潤獲得説⁵⁶⁾と、収支適合、つまり費用に相当する収益の実現で足りると解する立場(収支適合説⁵⁷⁾)が拮抗しており、今日、収支適合説が比較的有力であると考えられる。収支適合説の代表的見解は、『『営利の目的』とは、資本的計算方法(資本に対する利廻り計算)のもとに、少なくとも収支相償うことが予定されること』であると

54) ただし、取引について商法の規定を準用する例は少なく、事業の組織に関して会社法の規定を準用する例がほとんどである。商法の準用の例として、中小企業等協同組合法9条の3第3項・9条の6、農業協同組合法11条の13第3項・11条の16、保険業法21条2項〔相互会社への準用〕等。会社法の準用の例として、中小企業等協同組合法36条の3第3項・39条・69条、消費生活協同組合法30条の3第3項・73条、信用金庫法28条・35条の6・39条の4・63条、保険業法41条・53条の15・53条の36等多数。

55) V参照。

56) 大隅・前掲注6)91頁、北居・高田編・前掲注5)30頁～31頁〔森川隆〕、青竹正一『商法総則・商行為法』(信山社、2019年)44頁、田邊光政『商法総則・商行為法〔第4版〕』(新世社、2016年)39頁など。

57) 弥永真生『リーガルマインド商法総則・商行為法〔第3版〕』(有斐閣、2019年)17頁注7、落合誠一・大塚龍児・山下友信『商法Ⅰ——総則・商行為〔第6版〕』(有斐閣、2019年)32頁〔大塚〕、近藤光男『商法総則・商行為法〔第8版〕』(有斐閣、2019年)20頁、森本滋編『商法総則講義〔第3版〕』(成文堂、2019年)35頁〔洲崎博史〕、神崎克郎『商法総則・商行為法通論〔新訂版〕』(同文館、1999年)36頁、田中誠二『新版商法総論〔4全訂版〕』(千倉書房、1975年)36頁など。

説明する⁵⁸⁾。

利潤獲得説も収支適合説も、収益に関して設定される目標の水準が異なるだけで、収益の獲得（給付する財・サービスの対価の受領）を要求しているという点では変わらない。そして筆者は、下記の理由により、収益獲得の意図がある限り、獲得しようとする収益に関する目標というものは、商法における営利の要件として考慮されるべきでないと解するものである。すなわち筆者は、収益に関する目標の存否またはその程度を問うことなく商法上の商人の地位を認め、商法の規定を適用することが、適用対象となる権利義務主体の効率のかつ永続的な事業活動の実現という観点から望ましいと解する。

商法は、権利義務主体における営利目的の実現に役立つ規定を含んでいる。しかし、当然のことながら、商法の規定は、費用と同額以上の収益の実現という結果を保障するものではなく、むしろ、そのような結果を導くまでの過程を合理化するためのものであるといえる⁵⁹⁾。

一定の収益を実現するまでの過程は、十分な計画の下、(a) 需給の動向を踏まえた適切な対価その他の条件を設定して、自由に選択された相手方と任意の交渉を行っていく過程（契約締結前の段階）、(b) 契約を迅速かつ確実に成立させていく過程（契約締結の段階）、そして、(c) 後日の紛争を生じないように契約関係を終了させていく過程（契約締結後の段階）という、三つの過程から主として構成されているといえる。そして、この一連の過程を合理化するとは、すなわち、各段階において発生する費用を最小化するということであり⁶⁰⁾、それにより反射的に、収益の最大化（ひいては利潤の獲得）という結果が得られることとなる⁶¹⁾。

商法上の商人の要件である営利の意義を、収益の最大化にとって重要であると

58) 鴻・前掲注36) 103頁。ここでは、個別取引の単位での収益実現ではなく、総資本に相当する額またはそれを超える額の総資産の確保が意図されている。

59) 田中耕太郎「法律学に於ける『経済人』としての商人」同『商法学 一般理論〔田中耕太郎著作集7〕』（新青出版、1998年）347頁～348頁参照。

60) 関俊彦『商法総論総則〔第2版〕』（有斐閣、2006年）30頁が挙げる企業の属性のうちの①（利益を獲得し、そのための費用を削減し、資本を拡大していくという性向）、②（効率性の要求）、および④（規模の拡大による内部的経費節減の追求）も、同様の観点を意識しているものと思われる。

考えられる間接的手段の実践を含むものとして広義に解するならば、商法の現在の枠組みを維持しつつ、中性的法人や自由業者⁶²⁾といった、これまでの解釈によれば営利目的がないとされてきた権利義務主体もまた、商法上の商人とすることができるようになる。営利の意義を広義に解するとは、すなわち、権利義務主体において、(利潤獲得または収支適合の動機であろうと、なかろうと、)自己の給付について対価を得ようとする意思と、費用の節減の動機があれば十分であると解することである。これに加えて、利潤獲得説および収支適合説と同じく、計画的に同種行為を反復継続するという要件が必要となる。

費用の節減とは、より具体的にいえば、発生する費用を認識するとともに⁶³⁾、これを最小化するために、費用の支出を計画的に管理するということである⁶⁴⁾。そして、費用を認識し、計画的に管理するためには、一定の設備(商業帳簿または会計帳簿、および損益計算書)と方法(複式簿記の技術と企業会計の準則)が必要となるが、そのような設備を備え、そのような方法を実践していることもまた、広義における営利の目的を有する権利義務主体に対して要求されることとなる⁶⁵⁾⁶⁶⁾。

費用の最小化という動機は、自己の主観において存在していれば足りる⁶⁷⁾。

61) 自己が希望するよりも高い対価を支払う相手方を見つけることができるならば、費用の節減を意識する必要はないようにも一見思われる。しかし、そのような相手方を発見するにはやはり費用がかかる。費用節減の努力なくして利潤を得ることがかりにあったとしても、それは幸運ないし偶然に属することであって、そのことを期待して行動することは、取引の継続性という観点に照らして合理的であるとはいえない。なお、競争が行われていなかったり、当事者間に交渉上の地位の格差があったりする場合には、当事者の一方がその優越的な地位を利用して確実に利潤を得ることができるが、そのような状況は、健全な市場競争の確保に関する法律(独占禁止法など)の規制、消費者契約法、または一般原則(権利濫用、公序良俗則)などに委ねることとし、ここでは考えない。また、知的財産権を目的とする取引も考慮の外に置く(独禁21条参照)。

62) 後掲注69)参照。

63) なお、対価取得の動機が実現されたことを確認するために、発生する収益もまた記録されるべきこととなる。

64) ここでは経常的に発生する費用を念頭に置いているが、リスク事象に起因する費用(およびリスク管理手法の採用)を排除しない。

65) これは、商法上の商人になった結果として生じるところの効果であると、筆者は目下考えている。ただし筆者は、後述するように、権利義務者の動機または目的という主観的要素を排除して、設備のみから商法上の商人の地位を導くべきであるとは考えていない。

しかし、そのような動機が存在を客観的に認識するためには⁶⁸⁾、主にその事業において利用することを目的として有償で調達された、常設的な設備（物的設備および人的設備）の存在が必要になると考えられる⁶⁹⁾。物的設備は有体物に限定されない。発生した費用を記録するための帳簿組織も、物的設備の中に含まれる。

費用の最小化は、経済的な取引活動（財・サービスの生産、提供および流通）に組織的に従事している権利義務主体一般において普遍的な動機となるのに対し⁷⁰⁾、利潤または収益の最大化は、会社等の営利企業（構成員に対する利益再

66) なお、商法は商人に対して会計帳簿と貸借対照表の作成を義務づけているが（商19条2項）、（会計帳簿である総勘定元帳を元に作成される試算表から損益計算書が作成され、その残余項目から貸借対照表が作成されるという関係があるにもかかわらず）損益計算書の作成を義務づけていない。この点に関する歴史的経緯について、弥永真生『コンメンタール会社計算規則・商法施行規則〔第3版〕』（商事法務、2017年）5頁参照。営利法人である合名会社および合資会社についても、損益計算書の作成が義務づけられていないという問題がある（会社617条2項、会社計算71条1項1号参照）。なお、それ以外の営利法人および中性的法人は根拠法で損益計算書の作成が義務づけられている（会社435条2項〔株式会社〕、会社計算71条1項2号〔合同会社〕、中小企業等協同組合法40条2項〔中小企業等協同組合〕、信用金庫法38条1項〔信用金庫〕等）。

67) これに対し、北居・高田編・前掲注5）31頁～32頁〔森川隆〕は、自由業に従事する者が営利目的を有しないと学説上解されていること（後掲注69）参照）を挙げながら、権利義務主体における営利目的の有無が、当該主体の主観的な意図により判断されるのではなく、客観的に社会通念によって判断されると説く。

68) 動機の客観的認識可能性は、商法上の商人の成立要件ではなく、対抗要件にかかわるのである。なお、商人の開業準備行為に関する最判昭和47年2月24日民集26巻1号172頁参照。

69) 独立して専門的な知識・能力を提供したり、特別の才能を発揮したりする職業のことを、一般に自由業と呼ぶ。自由業に従事する者（自由業者）の例として、開業している医師・弁護士・公認会計士や、芸術家、著述家などが挙げられる。自由業者は、その職業に営業として従事するものではないとか、営利の目的がないなどといった理由から、商法上の商人にはあたらないと伝統的に解されている。大隅・前掲注6）92頁。このような伝統的理解の背景には、自由業に属する職業が営利目的を離れたものとして認知されるべきであるという、倫理観や社会的使命が意識されていると考えられる。鴻・前掲注36）9頁注（2）参照。しかし、常設的な専用の事務所または工房があり、補助的・機械的業務に従事する人員が雇用されている場合などには、費用を認識し、かつ、これを節減しようとする意図が働くと考えられるから、私見によれば、創作活動や役務提供に際して対価取得の動機が備わっている限りにおいて、本文にいう広義における営利性の要件を充足し、商法上の商人の資格を取得するものと解される。なお、ここにいう対価取得の動機は、定型的な作品の制作や、定型的な役務の提供が反復的・継続的に行われている場合において、客観的に認識されることとなる。

配分を目的とする企業)に典型的な目標であるということが出来る。しかし、判例によれば収支適合説が求める水準においてすら収益獲得の目的を持っていないとされる、中性的法人のような権利義務主体であっても、経済的取引活動に組織的に従事している権利義務主体の一つとして、事業の継続を図るために、費用を把握してこれを可能な限り節減することの必要性を認識しているものと考えられる。そして、上に述べた趣旨を踏まえるならば、そうした権利義務主体についても、商法上の商人として商法を適用していくことには意義があるといえる。

広義の営利性の解釈として、費用の最小化に加えて、給付に対する対価獲得の意思、いかえれば有償による給付⁷¹⁾を要求しているのは、商法が、商人が営業の範囲内で行う財・サービスの給付について、対価の取得を保障するための規定(商512条〔報酬請求権〕・513条〔利息請求権〕⁷²⁾等)を置いていることを踏まえたものである。有償の給付を要件とすることにより、需要するだけの者(消費者など)や、有償で取得した物品を無償で給付することを事業とする者(慈善

70) 商法502条柱書ただし書は、同条各号所定の行為に営業として従事する者であっても「専ら賃金を得る目的で物を製造し、又は労務に従事する者の行為は、この限りでない」と定めている。このことについて、行為主体の組織、および当該組織に由来する行動上の特徴に着目した説明を行うものがある。岩本・前掲注33)425頁～426頁参照(投機性を欠いているほか、企業主体の行為ではなく、家計経済主体の行為であると指摘)。これに対して筆者は、除外対象となる行為が、そもそも「営業としてする」行為にはあたらないという理解に基づいて、次の説明を試みたい。すなわち、同条柱書ただし書に定める者は、製造や役務提供に固有の費用(営業費用)を自ら負担していないのが通常であり、それゆえ、そのような費用を節減する意思も有していないのであるから、同条柱書本文にいう「営業としてする」の要件(本論文が提示する、広義における営利の目的の要件)を充足していないとして、その行為が営業的商行為から排除されていると解するのである。そうであるとすると、商法502条柱書ただし書は、同条柱書本文の定義を明確にするための注意的規定であるにとどまり、独自の意義は有しないと解されるべきこととなる。この点に關し、岩本・前掲注33)423頁～424頁対照。

71) 類似するアプローチを取る外国の立法として、オーストリアで2005年に公布され、2007年に施行された企業法(Unternehmensgesetzbuch-UGB、ドイツ商法の系統に属する従来の商法を抜本改正した法律)がある。同法は、適用対象である「企業」の要件について、利潤(Gewinn)の獲得という目的を問わないことを明文で定めており(同法1条2項)、市場において経済的価値ある給付を有償で提供することを目的とする広範な権利義務主体を、適用対象とすることができるようになっている。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」新報114巻11・12号27頁～28頁(2008年)参照。

72) 利息は、営業上の役務提供行為として行われる信用供与の対価であると観念される。

団体⁷³⁾など)は、商人の資格を有しないこととなる。

なお、商法学説の中には、中性的法人を商法上の商人とするための構成として、営利性を要件とせず、擬制商人にかかる商法4条2項を援用することを説くものがある⁷⁴⁾。これは、権利義務主体の動機・目的という主観的要素を不問とし、一定の設備および継続的な取引活動という客観的要素、ないし権利義務主体が有する外部的特徴にもつばら着目するものであると思われる。しかし、商法という法律が、経済的活動に日常的に従事する権利義務主体が行う取引について、当事者間の対立する利害の調整を図ることを目的とするものであると解されていること⁷⁵⁾、そして、この対立する利害は、一方の当事者である需要者から見れば費用の節減にかかる動機として、他方の当事者である供給者から見れば対価の獲得にかかる動機として、端的に観察されるものであること⁷⁶⁾を踏まえるならば、権利義務主体が有するこれらの動機および目的は、商法の本質的な保護客体の一つであり、商法の適用対象を識別するに際して閉却することはできないと考えられる⁷⁷⁾⁷⁸⁾。

広義における営利性に関する以上の論述を踏まえて、筆者は、中性的法人を含む非営利法人一般や自由業者が、商人の地位を取得することができるとの見解を提示しようとするものである。しかし、中性的法人を規制する法律において、すでに、商法の規定がある程度準用されている現状にかんがみれば⁷⁹⁾、上記の権

73) ただし、喜捨または奉仕の精神に基づいて活動している場合には、費用を認識せず、または費用節減の動機を有しないと考えられる。

74) 山下友信「商法の現代化と商人概念」同志社法学71巻7号109頁～110頁(2019年)。なお、同論文99頁～110頁では、ドイツの商法学説において、非営利目的で対外的に有償で事業活動をする者が、ドイツ商法上の商人になるとの解釈が行われていると指摘されている。

75) 鈴木竹雄「商法の企業法的考察の意義」同『商法研究Ⅰ 総論・手形法』(有斐閣、1981年)38頁、西原寛一『商法Ⅰ 商法総則』(日本評論社、1938年)78頁～80頁、西原・前掲注2)78頁参照。

76) 付言すれば、ここには当事者の地位の互換性が普遍的に見いだされる。

77) ただし、営利事業を行う権利義務主体(企業)の組織に関する法として商法を見たとき、企業組織の確立および企業の維持の観点から設けられている商法(主として会社法)の諸規定は、営利目的の存否にかかわらず、継続的な事業活動に貢献する制度基盤として、優れた汎用性を備えているといえることができる。藤田・前掲注12)13頁～14頁(商法総則が、企業活動に役立つ各種制度の原型を提供しているとの指摘)も参照。

利義務主体に商人の地位を認めつつも、商法の全面適用を一挙に図るのではなく、個別の規制法律において、適用されない商法の規定を限定列挙し、または、当該法人のために調製された条文を整備した上で、これに相当する商法条文の適用を排除するというのが⁸⁰⁾、当面の穏当な対応策ではないかと思われる⁸¹⁾。

IV 商法の体系を再構築する試み

1 日本の商法学の対象およびその把握の方法

今日、日本において商法学⁸²⁾というとき、その研究の対象となる法的規範は、制定法としての商法を越えて、(会社法、保険法、手形法、国際海上物品運送法、

78) 事業者と消費者との間の取引上の地位の格差を是正するための法律として、消費者契約法がある。同法では、適用対象である「事業者」の要件として営利目的その他の主観的側面は顧慮されていない(消費者契約2条2項参照)。これは、消費者契約法が、事業者と消費者との間の利害調整ではなく、消費者の自律性または(事業者に対する)対等性の確保という、民法または商法を通じた利害調整をするための前提となる、基盤ないし秩序を確保するための法律であることによるものと考えられる。私法が機能する前提となる基盤または秩序の維持・確保を図るための法律として、消費者契約法のほか、独占禁止法や金融商品取引法などを挙げることができる。

ちなみに、独占禁止法の適用対象である「事業者」(独禁2条1項)を導くところの「事業」とは、最高裁判例によれば、「なんらかの経済的利益の供給に対応し反対給付を反覆継続して受ける経済活動」であると定義され(最判平成元年12月14日民集43巻12号2078頁)、営利目的その他、当該経済活動を遂行する動機や目的は考慮されていない。したがって、自由業者の行為は「事業」に該当し、自由業者は「事業者」として独占禁止法の適用を受ける(東京高判平成13年2月16日判時1740号13頁〔医療の提供〕、公取委審判審決昭和54年9月19日審決集26巻25頁〔建築士の設計業務〕等)。

なお、独占禁止法には、事業者の結合体が営利目的で事業を行っている場合に当該結合体もまた事業者として取り扱われる旨の規定が存在するが(独禁2条2項柱書ただし書)、そこでの営利目的への言及は、技術的な理由によるものと考えられる。金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄編著『独占禁止法〔第4版〕』(弘文堂、2013年)24頁～25頁〔泉水〕参照。

79) 中性的法人について前掲注54)参照。自由業者に関しては、法人形態を取るものについて会社法の準用が行われている(弁護士法30条の15第7項・30条の30第2項3項、公認会計士法34条の10の6第11項・34条の22第2項～6項等)。

80) 「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律」9条と同様の規制手法。

81) ただし、商法中の任意規定とは異なる内容の契約合意を個別に行い、または約款を利用することでも十分であろう。

82) 1960年代までの商法学説の系譜を略説したものとして、岩崎稜「戦後日本商法学史所感」同『戦後日本商法学史所感〔商法学研究 第1巻〕』(新青出版、1996年)3頁参照。

金融商品取引法、「社債、株式等の振替に関する法律」などの) 商事に関する特別法、さらに、約款(普通取引条款) その他、定型的な取引において企業が使用する規約類にまで及ぶ。

上に掲げられた様々な規範は、おおむね、制定当初に配置されていた商法の諸規定⁸³⁾、および、制定法としての商法の下で発達してきた契約実務に由来する各種の規範⁸⁴⁾であるといえる。つまり、商法学の対象は、(日本における商事に関する様々な規範の形成および執行、ならびに理論の展開をほとんど経ることなく、)⁸⁵⁾歴史的事実としての商法制定を契機として初めて与えられたものであったと考えられる。このことに加えて、制定当初の時点から民法に対する関係で独立した体系を十分確保していなかったという事実⁸⁶⁾、また、時代を下るにつれて、いくつかの重要部分が単行法として商法から分離されていったという事実もあり、制定法としての商法を前提とする商法学の対象把握の方法は、維持していくことが元来困難なものであった。

そこで、商法学の対象となる規範(実質的意義における商法)の体系を再構成しようとする試みが、ドイツの商法学説を参照しつつ1920年代から活発に行われるようになった⁸⁷⁾。

実質的意義における商法をめぐる代表的学説として、商的色彩説と企業法説の二つがある。商的色彩説は、商法が民法に対して有する特質をいくつか抽出してこれを「商的色彩」と名付け、実質的意義における商法が、商的色彩を帯びた法規範によって形成されるものであることを説く。ここにおいて「商的色彩」とは、商法上の法律関係に見られる営利性、反復性、集団性、個性の喪失、迅速性など

83) 前掲注11) 参照。

84) ここには、ある種類の取引において一般的に利用される規約類のほか、当該取引を営業としている者の業務の適正を、行政官庁の関与の下に確保するための法律(銀行法、保険業法、倉庫業法などの、いわゆる業法)も含まれる。一般規定としての商法の規定(具体的には、商行為総則の規定)は、これらの業法の規定により、個別の営業に適合するように補強または調整されている。関・前掲注5) 46頁参照。

85) 前掲注5) および対応本文参照。

86) II 2 第7段落参照。

87) 学説の変遷を簡潔に叙述したものとして、服部榮三「商法の対象」北沢正啓・浜田道代編『商法の争点I(ジュリスト増刊)』(有斐閣、1993年)4頁参照。

を表す⁸⁸⁾。

現代の通説的見解である企業法説は、商的色彩説が、商的色彩を生じている生活関係（規範の対象となる具体的事実）の外面的特徴を捉えているにとどまり、そのような生活関係を導き出す要因を明らかにしていない点で不十分であると批判する⁸⁹⁾。企業法説によれば、実質的意義における商法に含まれる規範は、企業をめぐる生活関係を規律するものであるとされ、それらの規範は、(i) 企業の維持強化、(ii) 取引の円滑旺盛化、(iii) 経済主体間の利益の調和という三つの基本理念を実現することを目的としているとされる⁹⁰⁾。

企業法説の理解に従うならば、商法学の対象となる法的規範は、それが企業に関するものであり、かつ、上記の理念の実現を追求しようとするものである限り、現在および過去に制定法としての商法に規定されていたものととどまることなく、必要に応じて制定され、または使用される新しい法的規範を積極的に包摂していくこととなる。しかし、企業法説が掲げる数々の理念は、いずれも抽象的であるし、既存の法的規範の性格分析や分類を事後的に行っている面があることは否めない⁹¹⁾。いいかえれば、企業法説は、上記の理念を具体化した新しい規範を、その需要がある限り意欲的に創造することができるような、実際的な原動力にな

88) 以上、田中耕太郎『改正商法総則詳論』（有斐閣、1938年）7頁・42頁～73頁。

89) 西原・前掲注2）14頁参照。企業法説によれば、そのような要因とはすなわち「企業」であるという（同書16頁）。そして企業とは、「一定の計画に従い継続的意図をもって営利行為を実現する独立の経済単位体」（大隅・前掲注6）36頁）であるとか、「不定量の利潤（収入と支出との差益、すなわち余剰利益のみならず、収支適合を目標とする費用充足をも含む）を獲得するために、計画的にかつ継続的に資力と労力を投じて経済的給付を供給する行為をなし、このための特別の施設もしくは組織を有する独立の経済単位体」（田中誠二『全訂商法総則詳論』（勁草書房、1976年）19頁）であると定義される。

90) 西原・前掲注2）76頁～78頁、西原・前掲注75）75頁～80頁。本文（i）についていえば、(a) 企業形成の促進および（b）企業の維持という政策目的を設定することができる。（a）の企業形成を促進するための制度または原則として、会社制度および会社設立における準則主義などが挙げられる。（b）の企業の維持を図るための制度として、剰余金分配規制および組織再編法制などが挙げられる。田邊・前掲注56）8頁～10頁参照。（ii）については、（c）営利主義の追求、（d）自由主義の徹底、（e）簡易迅速性の追求、（f）取引の定型化の促進、（g）開示の促進（開示者に対する優遇措置を含む）、（h）真実でない外観に信頼した者の保護、（i）適切な責任負担（履行確保のための責任加重、および責任制限の許容）などの政策目標を設定することができる。関・前掲注60）44頁～53頁、大隅・前掲注6）57頁～61頁、西原・前掲注6）28頁～35頁、西原・前掲注2）81頁～106頁（本文（iii）の利益調和の方法に関して、同書103頁～106頁）参照。

るものではないと思われる⁹²⁾。それでも、企業法説の見地から実質的意義における商法に分類される各種の規範を、企業法説の用いる体系化の手法によって再編成し、(実現可能性はひとまず措くとして)模範的な商法典⁹³⁾を提示することができるという点は、企業法説の効用の一つとして指摘しておくべきであろう。

そこで、次節において商事に関する規範の再構成の試みについて述べることにする。

2 商法の体系を再構築する試み

(1) 実質的意義における商法の体系

実質的意義における商法に属する各種の規範を、制定法としての商法その他の法律の区別、およびそれらの法律個々の編成にとらわれずに、当該各規範が有す

91) なお、実質的意義における商法に属する規範が、商法以外の法律の中に定められている場合、それらの規範は、当該法律の固有の目的を実現するため、独特の思想に基づいて独特の内容を与えられ、独特の解釈原則に服するのが通常であると考えられる。たとえば、会社法であれば、営利社団法人の法的基盤を整備するという伝統的な目的(価値中立的な目的)のほかに、起業の促進であるとか、日本企業の国際競争力強化などといった経済政策を実現するという目的を含んでいると解されている。川村正幸「会社法現代化の意義」川村正幸・布井千博編『新しい会社法制の理論と実務』(経済法令研究会、2006年)6頁参照。当然のことながら、そうした政策目的は、ある法律の規定の内容と解釈の双方に影響を及ぼすこととなる。つまり、企業法説が掲げている同じ理念であっても、その発現の仕方は、個別の法律の目的によって、かなり異なるといえる。このことは、一面では、特定の種類の営業に関して、細部に至るまで最適化された法規制が今後行われていくこと(その結果、個別営業のみならず、総則・商行為総則の部分を含めた商法の解体が進行すること)を示唆するものであるといえる。この点に関し、前掲注12)第2段落参照。また、弥永真生「商人概念」法学教室216号10頁(1998年)も参照(望ましい法律効果を収められるように商法を適用するという目的から、個別の法律関係ごとに商法の適用要件「商人概念」を構築していくことを、立法論として提案)。それにもかかわらず、多様な営業において適切な形で適用されることが予定された、商事(ないし企業の組織と取引)に関する原則規定を提供する法律として、依然、商法は存在意義を有しているといえるかもしれない。ただし、民法の発展および拡大——2017(平成29)年の民法改正による有価証券関連規定の整備(民法第3編第1章第7節。平成29年改正前商517条～519条対照)、約款に関する原則規定の整備(民法第3編第2章第1節第5款)、ならびに利息および時効に関する商法独自の制度の廃止(平成29年改正前商514条・522条対照)など——の後にもなお、商法が独自の体系を引き続き保持することができるのかは、定かでない。

92) 藤田・前掲注12)9頁注(16)・13頁注(33)参照。

93) その骨格および概略を述べたものとして、たとえば、西原・前掲注2)221頁～227頁、西原・前掲注75)222頁～229頁、西原・前掲注6)22頁～25頁参照。

る機能に応じて分類し、体系化する試みがこれまでにいくつか行われている。

企業法説の考え方に従うならば、実質的意義における商法は、企業の組織に関する規範（企業組織法）と、企業の取引に関する規範（企業取引法、または実質的意義における商行為法）に大別される。まず、企業組織法は、企業の組織の形成と管理、そして移転または解消に関する規範から構成される。それらは、具体的には、商法総則および会社法の規定、営利法人の根拠法中の組織に関する規定、ならびに会社の定款その他の自治規則を含む。

企業取引法についていえば、大半の商法の概説書は、商法第2編の編成に従い、第1章総則を総論とし、第2章売買以下を各論とする区分を用いている⁹⁴⁾。その上で、いくつかの文献は、商法に規定されていないけれども比較的広範囲の企業取引において利用される法制度（有価証券、国際売買、消費者売買、電子商取引、資産流動化、フランチャイズ、およびファイナンス・リース等に関する法令、約款その他）や、現代において出現し、または高度の発達を遂げた業種（銀行業、信託業、保険業、金融商品取引業、電気通信事業等）に関連する法規制を各論の項目として追加している⁹⁵⁾。

実質的意義における商法に含まれる規範を巨視的に観察するならば、上記のように、概括的な体系化を図ることが可能である。しかし、個別の規範に着目して微視的に観察したとき、規範相互の有意義な連関や、現存する具体的な規範によって形成されるべき体系または系統を見いだすことは、困難であるといわなければならない⁹⁶⁾。すなわち、制定法としての商法に対象を限定してみても、商法独自の制度（商業登記、匿名組合、交互計算等）、および民法（総則・物権・債権）の特則が、それ自体断片的ともいえる大項目（総則、商行為総則、各種営業、

94) 田中誠二ほか・前掲注20) 19頁参照。なお、第1章総則に加え、第2章売買、第3章交互計算、および第4章匿名組合までを、商行為法の総論とする文献もある。小町谷操三『商行為法論』（有斐閣、1943年）11頁以下、田中誠二ほか・前掲注20) 5頁・19頁～20頁、西原・前掲注6) 23頁、平出・前掲注20) 6頁・8頁～9頁。

95) 代表的な文献として、たとえば、江頭憲治郎『商取引法〔第8版〕』（弘文堂、2018年）参照。なお、同書は、独立の章を設けて商行為総則を解説するという伝統的な叙述方法を採用しておらず、個別営業にかかる取引に際して商行為総則の適用が問題となる際に、関係する商行為総則規定に論及している。同書「第8版はしがき」参照。

96) 商行為総則に関して、西原・前掲注6) 20頁。山下・前掲注74) 94頁参照。

海商)の中に雑然と配置されており、(企業の組織と行為に関する規範という抽象的な把握方法を超えた)自明の体系を形成しているわけではない⁹⁷⁾。また、手形・小切手や会社、保険のように、独特の政策理念に基づく独自の体系を識別することができると思われるいくつかの大項目は、これまで商法から分離独立してきたし、運送営業に関する部分(商法第2編第7章・第8章)および海商法(商法第3編)も、今日、その潜在的な候補であると認識されている⁹⁸⁾。つまり、実質的意義における商法に属する規範は、かつては最大公約数的な要素(商事または商人もしくは商行為)によって結びつきをかりうじて保っていたが、やがてローカルな理念の存在を相互に見いだして小集団をいくつも形成していくこととなる⁹⁹⁾。そして、規範の定立もその解釈も、当該小集団に見られるローカルな理念によって主として導かれることになる。それでもなお、実質的意義における商法の価値は失われていないと考えられるが、それは、断片化した規範を統合的に把握して議論を合理化するという学問上の方法論を提供するものにとどまり、実質的意義における商法に属する規範の大系を再構築した立法を可能にするための方法論を提供するものではない¹⁰⁰⁾。

(2) 商法の存在意義に対する懐疑

制定法としての商法が、商事法大全と呼ぶことができるほどの網羅性を(現在のみならず今後も)十分に備えることができず、加えて、企業の組織と行為に関

97) むろん、商法のすべての条文は、商人または商行為という基軸概念を前提としている点において、最小限の相互連関または体系を有していることは確かである。しかし、商法の条文において想定されている効果を発揮させるべき対象が、果たして商人または商行為に限定されなければならないのかどうかは、批判的に検討される必要がある。藤田・前掲注12)15頁～16頁参照。また、商法上の商人の定義またはこれにかかる解釈が適切でないことによって現実に生じている問題(ある権利義務主体が、商人であることによって生じる法的効果を享受させるべきであるにもかかわらず、商法の適用対象に含まれないという問題。Ⅲ3(2)第4段落～第5段落参照)を解決していく必要がある。

98) 藤田・前掲注12)10頁注(19)参照。

99) なお、商法中の一定領域が特別法として分離されることにより商法が解体していくという傾向が世界的に見られることは、早くから指摘されていた。田中耕太郎・前掲注9)174頁参照。

100) 藤田・前掲注12)16頁。

する諸原則を一覧することができるほどの体系性ないし論理的一貫性を顕示することができないのであれば、自ずと、商法の存在意義について懐疑的な見方をとらざるを得なくなる¹⁰¹⁾。網羅性の欠如は多数の特別法の制定を通じて治癒されればよいのかもしれないし、論理的一貫性の欠如についていえば、商法中の諸規定を民法の中に収容することで、問題それ自体を一挙に消滅させることができるのかもしれない¹⁰²⁾。ただし、商法中の諸規定を民法に移すという後者の構想は、その実現に向けて、10年ほど前に法制審議会においていったんは検討が加えられたが、企業に相当するところの事業者を消費者に対置される存在として定義しようとしたため、そのような「人」の二分化¹⁰³⁾の必要性自体をめぐって議論が紛糾し、あえなく放棄されてしまった¹⁰⁴⁾。そしてこの結果、制定法としての商法は、最近において民法改正に伴う調整を行い、運送および海商に関する個別規定の内容を現代的なものに改めたほかは、規制対象および規制方法をおおむね維持したまま現在に至っている¹⁰⁵⁾。

なお、特に商行為法の領域において、制定法としての商法の規定が断片的であり体系性がないと指摘されている点についていえば、それは、商法が、本来、企業による自主的かつ自由な取引活動を側面から支えるものであること¹⁰⁶⁾ゆえに

101) 山下・前掲注 74) 92 頁～93 頁は、比較法研究を踏まえて、現代資本主義経済体制の維持において大陸法型の商法は必須ではないと推論する。また、商法の解体の具体的方法をめぐり多様な学説が提示されてきたことについて、藤田・前掲注 12) 11 頁参照。

102) 藤田・前掲注 12) 15 頁は、民法の特則にあたる商法規定だけでなく、商法独自の制度である交互計算および匿名組合も、民法に移すことが可能であると指摘する。

103) 理論的見地からの問題提起および批判的考察として、吉田克己「民法（債権法）改正と『人』概念の再定義」民商 153 巻 1 号 33 頁（2017 年）参照。

104) V 参照。ただし、法制審議会での議論の対立点は、主として、消費者保護法制を民法の中に導入することに関連しており、民法が事業者を対象とする規定を新設することの是非はあまり論じられなかった。したがって、事業者に関する規定が民法に置かれる可能性自体が否定されたわけではないことに、注意が必要である。

105) 立法論としては、商行為の個別列举主義を廃して、商人の営業上の行為一般を商行為であると定義するとともに、具体的行為内容に依存しない商人の定義（いわゆる商人法主義または主観主義と呼ばれる考え方にに基づく定義）を置くべきであると指摘するものが多い。鈴木竹雄「商人概念の再検討」同『商法研究 I』（有斐閣、1981 年）124 頁、鴻・前掲注 36) 80 頁注 (1)、大隅・前掲注 6) 89 頁～90 頁、関・前掲注 60) 16 頁、青竹・前掲注 56) 33 頁等。

106) 西原・前掲注 6) 7 頁～9 頁（ただし、企業の行動準則として事実上の強行規定となり得ることも指摘している。同書 21 頁）、田中耕太郎・前掲注 20) 234 頁～236 頁参照。

避けられない事実であると思われる。商法は、強行規定を通じて、企業のあらゆる行動を立法者が意図する一定の方向に誘導しようとするものではなく、主に任意規定という控えめな形で、契約当事者が取引の時点において予定しなかった項目に関し、原則的取扱いを提供しようとするものである¹⁰⁷⁾。これにより、商法は、当事者相互の利害が対立する場面で合理的な裁定者としての機能を果たすこととなる。むろん、当事者の締結する契約が合理的な内容を備えるよう誘導するという、後見的地に基づく規定を商法が提供することの意義は否定されないが、交渉にかかる費用が比較的低廉であると考えられる現代社会において、そのような意義は小さいというべきであろう。

V 「事業者」を対象とする民法規定の整備の試み¹⁰⁸⁾

1 序説

民法（債権関係）の改正に関する法制審議会での検討の過程において、商法の規定の趣旨を包含するような一般規定を民法に新設することが、かつて提案されたことがある¹⁰⁹⁾。そして、当該提案を踏まえて、（商法上の商人を含む広範な権利義務主体を導くところの）「事業者」および「経済事業」という新しい基軸概念を設定し、事業者の経済事業に関する行為に適用される規定（商法の規定と同じ機能または効果を有する規定）を置くことの是非が議論された。結局のところ、それらの新しい規定は、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」¹¹⁰⁾における改正事項として採用されなかったものであり、関連する議論もこれ以上進展しなかった¹¹¹⁾。しかし、法制審議会の民法（債権関係）部会における上記の議論は、

107) ただし、当事者間に交渉上の地位の格差がある場合には、強行法的な立法または解釈が補充される必要がある。田中誠二ほか・前掲注20) 8頁～9頁、竹内・前掲注5) 36頁・39頁～40頁参照。

108) 法制審議会・民法（債権関係）検討部会の資料、議事録、ならびに民法改正の試案および要綱は、いずれも法務省ウェブサイト〈http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai_saiken.html〉に掲載されている。

109) 法制審議会・民法（債権関係）部会資料4「民法（債権関係）部会における今後の審議の進め方について」3(2)〔4頁〕。

110) 法制審議会・民法（債権関係）部会、2013（平成25）年2月26日決定。

営利目的を離れて経常的に行われる取引活動にも、商法の商行為編のルールが妥当するという認識を前提として行われており、現在の商行為法規定ひいては商法そのものの存在意義を再考する上で、重要な含意または示唆を与えるものであると思われる。そこで、当時の提案とこれに関する検討の内容を概観し、適宜、分析を加えることとしたい。

2 特則および権利義務主体の類型

まず、商法の商行為編の規定には民法の債権関連規定と密接な関連を有するものが少なくないにもかかわらず、商法の条文は、商人または商行為という概念によって適用対象を限定しているために適用の範囲が狭いというべきであり、ここで、商人・商行為に代えて、たとえば事業者といった基軸概念を採用することにより、適用範囲の狭さが解消される可能性がある¹¹²⁾と指摘されている¹¹²⁾。これは、商人概念が営利性（権利義務主体の営利目的）を本質としており、商人と同様の活動に従事しているが営利性を有しない権利義務主体には、商人であることを資格要件とする商法の規定を適用することができないという点を踏まえたものである。そして、商人の報酬請求権を定めた商法512条のように、商法の規定には、営利目的がない者に対しても適用することが合理的であると考えられるものが存在するという¹¹³⁾。

ちなみに当時、民法改正にかかる他の検討項目として、消費者契約法の規定を民法の中に取り込むことがあわせて提案されていた¹¹⁴⁾。具体的には、民法の適用対象として維持されてきた「人」という統合的な権利義務主体¹¹⁵⁾を、消費者

111) 法制審議会・民法（債権関係）部会における審議は大きく分けて、(1) 論点整理、(2) 中間試案に向けての審議、そして (3) 改正要綱案の取り纏めに向けての審議という3段階を経て行われた。そして、経済事業および事業者をめぐる討議は、前記の (1) の段階（部会第2回会議および第20回会議）および (2) の段階（部会第20回会議・24回会議・26回会議・61回会議）において行われた。3段階の審議手続に関して、「法制審議会民法（債権関係）部会の審議の進め方について」参照。

112) 民法（債権関係）部会資料4：3 (2) [4頁]。

113) 以上、民法（債権関係）部会資料20-2：第1：3 (3) [20頁] および補足説明1 [22頁]。

114) 民法（債権関係）部会資料4：3 (3) [5頁]。

および事業者という排他的関係にある2種類に区分して、①消費者と事業者との間の契約、②事業者間の契約、③相手方が誰であるかを問わず、当事者の一方を事業者とする契約、④事業者の経済事業に関する契約という4類型について特則を置くことが構想されていた¹¹⁶⁾。そして、「事業者」とは「法人その他の団体及び事業活動のために契約を締結する個人」であると定義されていた¹¹⁷⁾。ただし、ここで「事業活動」および「事業」の定義は示されていない。

消費者契約法もまた、事業者を適用対象としつつ、「事業」の定義規定を有しないという点で、上の提案の枠組みと共通性を持つ。消費者契約法における「事業」の解釈として、(i) 一定の目的をもって同種行為を反復継続的に行うことを挙げる文献があるが¹¹⁸⁾、さらに、(ii) 個人生活における活動主体ではないことを明らかにして、消費者に対して契約上の優位を与える要素を強調するものや¹¹⁹⁾、(iii) 行為者における損失負担の認識を加味するとともに、法の適用に値するものであるかどうかの実質的判断の余地を残しているものがある¹²⁰⁾。

このうち、上記(ii)の定義は、消費者契約法が、事業者と消費者との間の構造的な格差(情報の質および量ならびに交渉力における格差)¹²¹⁾から生じる消費者の不利益を解消するために制定されたものであるという、制度の趣旨から演繹的に導かれたものであるといえる。このような解釈が、消費者契約法の目的を能

115) ただし、権利義務主体を法人に限定する規定は、民法にすでに存在していた(民465条の2[2004(平成16)年改正で新設]など)。

116) 民法(債権関係)部会資料20-2:第1:2~3[11頁~24頁]。①には消費者契約の特則、②~④には事業者に関する特則という標題が付されている。

117) 民法(債権関係)部会資料20-1:第1:1[1頁]。この事業者の定義は、消費者契約法2条2号における事業者の定義(「法人その他の団体及び事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人」と、ほとんど変わらない)。

118) 消費者庁『消費者契約法逐条解説』(<https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_system/consumer_contract_act/annotations/> 第2条注釈12(1)①[7頁])。

119) 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会『コンメンタール消費者契約法[第2版増補版]』(商事法務、2015年)33頁~34頁は、「社会生活上の地位に基づいて、一定の目的を持って反復継続的になされる行為及びその総体」とであるという。

120) 落合誠一『消費者契約法』(有斐閣、2001年)56頁~57頁は、「営利目的に限られず、自己の危険と計算によって、一定の目的をもって同種の行為を反復継続的に行うこと」であり、かつ、「社会通念上、事業と観念されること」とであるという。

121) 消費者契約1条参照。

動的に実現しようとする点において、積極的意義を持つものであることは確かである。しかし、事業者というものを商法上の商人に置き換わる概念として定義しようとするとき、消費者契約法の目的と商法の目的との間にあるきわめて大きな相違点¹²²⁾に照らせば、(ii) のような定義は、商法の規定と同じ機能または効果を有する特則の適用を受ける権利義務主体を導く上で、不適当であるといわざるを得ない。ただし、かりに (ii) の考え方に従うものとするならば、規制局面に合わせて最適化された法規制を行うために、適用を受ける権利義務主体を消費者や事業者などに細分化したとき、各々の権利義務主体の定義は、具体的な規制局面ごとに調整し、ないしは最適化させても差し支えないということになりそうである¹²³⁾。

このように、前提となる概念である事業者の定義が明らかでないために、事業者の意義は抽象的な域を超えることができないという大きな問題がある。また、そのことに起因して、事業者の意義は規制の適用局面に応じて変化していく可能性を帯びているということができる。

さて、民法（債権関係）部会の議論においては、商法の規定と同じ機能または

122) 消費者契約法は、一定の消費者契約の効力を否定し（消費者契約4条～10条）、適格消費者団体による差止請求権の行使を認めることにより、事業者の活動に制約を加えようとするもの（消費者の利益を損なう事業者の行為を制限するもの）である。これは、企業が行う取引を対消費者取引と企業間取引の二つに区分し、対消費者取引については企業間取引とは別の考慮を働かせるべきであるという反省に基づいている。竹内・前掲注5）36頁～37頁。他方、商行為法は、企業間取引を主に念頭に置いて、取引の簡易化・迅速化を図り、取引の確実性ないし安全性を高めることを理念とする。前掲注90）および対応本文参照。商行為法において、取引当事者は基本的に対等の関係にあり、当事者の地位には互換性がある（ある取引における債権者が同時に他の取引における債務者であることは、まったく珍しくない）のであって、当事者間に構造的な格差があることを前提とした利害調整を行うことは、基本的な目的とされてこなかったように思われる。ただし、相互に格差のある当事者関係を想定した条文は、商法中にいくつが存在する（商591条1項〔旅客運送人の免責特約禁止〕・596条1項〔寄託物にかかる場屋営業者の不可抗力免責〕3項〔免責表示の無効〕・739条2項〔海上運送人の免責特約禁止〕等。また、前掲注61）参照。

123) 弥永・前掲注91）10頁参照。また、権利義務主体について論じたものではないが、実現しようとする法益が具体的局面に応じて変化する場合には、同一の法律の同一の文言であっても、当該局面にふさわしい形で柔軟に解釈される必要があることを指摘した文献として、龍田節「営業譲渡と株主総会決議〔1〕」論叢104巻6号5～6頁（1979年）、同「営業譲渡と株主総会決議〔2完〕」論叢105巻3号13頁～14頁（1979年）参照。

効果を有する特則が事業者一般に適用されるならば、適用範囲が広くなりすぎるとの懸念が示され、これを受けて、前記の特則は、事業者の行為のうち、経済事業と呼ばれる一定のものに限定して適用されることが提案されている。経済事業とは、反復継続する事業であって、積極的に経済的利益を上げることまでは目指していなくても、少なくとも収支が相償うことを目的として行われるものであると定義されている¹²⁴⁾¹²⁵⁾。

従来の「人」概念を、権利義務主体の属性に応じて区分するという上記の提案に対しては、(a) 対等の当事者の間で行われる経済取引にかかる原則的なルールを定めるという伝統的な民法の理念に合致しないから、消費者契約法などの特別法に委ねるべきであるという批判、(b) 構造的な格差のある当事者間の利害調整（弱者保護）という社会政策的な立法は、基本法としての民法にふさわしくないという批判、そして (c) 「人」を細分化するにあたり、数ある属性（年齢・性別・国籍等）の中から、特に「消費者」という属性が選択されることの理由が不明であるという批判（他の属性を捨象して、消費者という属性を識別することに対する疑問）が想定される¹²⁶⁾。これらのうち、本論文の検討対象であるところの商法の構造および基軸概念に係るものは (a) および (b) であるといえるが、民法（債権関係）部会は、(a) および (b) が、民法は特別法によって補完されることを予定されているところの抽象的な原則（モデル）を提供するものであるという、一定の前提に立ったものであると指摘した上で、次のように反論する。

すなわち、民法の役割は、上記の抽象的な原則（モデル）を提供することにと

124) 以上、民法（債権関係）部会資料20-2：第1：3（3）：補足説明1〔22頁〕。

125) 経済事業という新しい概念およびその定義、ならびに当該概念を必要とする理由は、民法（債権法）改正検討委員会『債権法改正の基本方針』（別冊NBL126号、2009年）の【3.1.1.06】に依拠したものであると考えられる。同委員会は、任意の団体として、民法学者が大部分を占めるところの40名の委員（民法学者、商法学者、民事訴訟法学者、法務省民事局参事官その他）によって2006年に発足し、2009年3月31日に本基本方針を公表した。経済事業にかかる【3.1.1.06】の解説として、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Ⅱ——契約および債権一般（1）』（商事法務、2009年）24頁～27頁参照。

126) 民法（債権関係）部会資料49：第4：1：補足説明2・3〔18頁～21頁〕。

どまるものではなく、適用対象が包括的であり、持続的に妥当性を保つことができるルールを提供していくことを含むものであるという。そして、多様化する社会の構成員が有するそれぞれの属性を考慮しないルールをもってしては、実際の取引に十分に対応することができない、ということであれば、それぞれの属性に応じて権利義務主体を区分し、各区分の範囲において適用対象の包括性を維持しつつ、適切なルールを民法の中に整備していくことが考えられるという¹²⁷⁾。これはつまり、一定のまとまりを有する適用対象を設定し、そのような適用対象について最適化されたルールを提供することも、一般法または基本法としての民法の役割ないし性格に反するものではないということである。しかし、そのような理解に従うならば、包括的な適用対象として商人および商行為を設定し、それらに最適化されたルール（第1編総則の諸規定、および、個別営業に関するものを除いた第2編商行為の諸規定）を提供する法典である商法の存在意義は、商人よりもはるかに広い領域を持つ事業者概念を導入することによって、ほとんど失われることになるといわなければならない¹²⁸⁾。

3 事業者を当事者とする契約に関する特則

事業者を当事者とする取引に適用される特則は、その相手方となる者の属性に応じて、①事業者と消費者との間の取引に関する特則（消費者契約の特則）、②事業者間の取引に関する特則、③消費者または事業者と、事業者との間の取引に関する特則、そして、④事業者が行う一定の事業（経済事業）に関する特則（以上、事業者に関する特則）に区分される。それらの詳細¹²⁹⁾は割愛するが、②～④の特則のいくつかについて、商法の商行為に関する現行規定と同様のルール、または商行為に関する規定に修正を加えたルールが採用されている¹³⁰⁾。ここで

127) 以上、民法（債権関係）部会資料49：第4：1：補足説明2（3）〔19頁～20頁〕。

128) ただし、民法（債権関係）部会の資料では、民法とは別に、事業者一般に関する取引ルールを定めた一般法を作るという選択肢も、本文の見解に対する批判として考えられると付言されている。民法（債権関係）部会資料49：第4：2：補足説明2〔27頁〕。また、前掲注93）および対応本文参照。

129) 民法（債権関係部会資料）49：第4：1：補足説明1（3）〔17頁～18頁〕、同：第4：2：補足説明1〔24頁～26頁〕参照。本文①に関して11個のルール、②に関して3個のルール、③に関して8個のルール、④に関して5個のルールが提案されている。

は、経済事業（反復継続する事業であって、少なくとも収支が相償うことを目的として行われるもの）をする事業者のみならず、経済事業に従事しない事業者の行為についても、商法の商行為に関する規定に類似したルールが提案されていたという点に留意する必要がある。これは、商法のルールが有する汎用性をよく示すものであるといえるが、商法の基本的な適用対象（商法および商行為）を包摂することができる新しい概念（事業者）が民法の中に取り入れられることを前提とするものであることに照らせば、商法学における伝統的な理解（「民法の商化」と呼ばれる現象が続いても、なお商法は営利企業に適合する規範の源泉として、民法に対する独立性を保持しようという考え方）¹³¹⁾を維持することが、今後困難になることをはっきりと示すものでもある¹³²⁾。

4 問題提起に対する部会内の意見

事業者概念の採用、および事業者を当事者とする取引に関するルールの導入についての民法（債権関係）部会の審議は、合計5回の会議において行われた¹³³⁾。ただし、議論の大半は、消費者契約に関するルールを民法の中に取り込むことの是非に関して費やされたに過ぎない。そこでは、事業者は消費者に対置される存在として基本的に意識されていて、商法の規定に代わる新しいルールの適用対象

130) ②に関して、商法524条（商人間の売買における売主の供託権・自助売却権）・525条（定期売買の履行遅滞による解除）が挙げられる。③に関して、商法510条（契約の申込みを受けた者の物品保管義務）・516条（債務の履行場所）・596条1項（場屋営業者の寄託物責任）・597条（寄託物が高価品である場合の特則）が挙げられる。④に関して、商法511条2項（債務者および保証人の連帯）・513条（金銭消費貸借における貸主の利息請求権）・595条（無償寄託における受寄者の注意義務）が挙げられる。

131) たとえば、田中耕太郎・前掲注9) 170頁、竹内・前掲注5) 32頁～33頁参照。

132) 上記の改正提案が実現すると仮定したとき、商法の現行規定の中で存置されることになるものは、(i) 第1編総則、(ii) 第2編商行為の規定のうち (a) 利潤獲得の目的で反復継続的・計画的に取引を行う主体の行為に関する一般規定（かつ、改正提案にかかる規定に含まれないもの）および (b) 個別営業に関する規定、ならびに (iii) 第3編海商であると思われる。そのような商法の存在意義は、ひとえに (a) に属する規定の体系性にかかっているといえるが、商行為に関する規定の多くが民法に取り込まれた後に残ると見込まれる規定は、少数にとどまるものと推測される。

133) 民法（債権関係）検討部会の第2回会議（2009年12月22日）、第20回会議（2010年12月14日）、第24回会議（2011年2月22日）、第26回会議（2011年4月12日）、および第61回会議（2012年11月6日）。

としての事業者の意義を探求していくべきことを説く見解¹³⁴⁾は、ほとんど省みられなかった¹³⁵⁾。また、事業者や経済事業の定義が明瞭でないことに加え、商法との調整を十分に行わないまま民法の中で事業者に関するルールを置くことに対する懸念も示された¹³⁶⁾。商法学者である委員からは、取引に関するいくつかのルールを商法および民法に分置せず、民法の中に統一的に配置していくことの利点が控えめな形で示されているが¹³⁷⁾、これに対しては、営利実現の観点になじまない事業者（中小零細事業者や特定非営利活動法人〔NPO〕など）にそのようなルール（たとえば、商法 526 条〔商人間の売買における買主の検査・通知義務〕に相当するもの）を適用した場合、こうした事業者に不利益をもたらすのではないかといった、実質的な観点からの批判¹³⁸⁾が加えられている。

このように、商法の規定と同様のルールを民法の中へ新設することについては、総論の段階で否定的な見解が大勢を占めることとなり、各論（提案されていた個別規定の採用の有無および修正の要否）の検討に移ることはできなかった。事業者概念をめぐる議論は、主として消費者保護（ないしは取引当事者間の格差の是正）の文脈において行われていたのであるが、討議参加者の間では、取引上の強者が「利潤獲得の動機」に駆られて弱者を搾取するという構図が意識されていたものと推測される。そして、ここにおいて、「商法は、営利企業（商人）の『利潤獲得の動機』に配慮した制度を提供する法律である」という社会一般の認識が

134) 「……事業者概念は、もし商事ルールの一般化・統合という観点から検討を進める場合には、必ずしも……消費者契約を定義する場合における『事業者』概念と一致する必要はないと考えられますし、理論的には消費者概念と必ずセットで入れなければいけないというわけでもないと思われます。」（第 2 回会議・神作裕之幹事〔東京大学教授〕発言）。なお、以下、肩書はすべて当時のもの。

135) 事業者の定義が消費者概念と関連づけられているために、消費者概念との関連がない局面においても当該概念の影響を免れることができないとして、問題視する意見（第 61 回会議・佐成実委員〔東京瓦斯株式会社総務部法務室長〕発言）や、すべての法主体を消費者と事業者とに区分するという方法自体に疑義があるという意見（第 61 回会議・松本恒雄委員〔国民生活センター理事長〕発言）が寄せられたにとどまる。

136) 第 61 回会議・三上徹委員（三井住友銀行法務部長）および岡正晶委員（第一東京弁護士会所属弁護士）発言。

137) 第 61 回会議・山下友信委員（東京大学教授）発言。

138) 第 61 回会議・岡正晶委員発言。なお、不利益を被ることとなるのは、本文にいう事業者が買主である場合に限られるものと思われる。

悪い方向で作用し、討議参加者の否定的な反応を引き起こしたのではないか。商法の規定は、営利目的（ここでは利潤獲得目的）の有無にかかわらず、継続的に行われる取引を簡易・迅速・安全・確実に実施していく上で役立つものであり、ひいては、各権利義務主体の多様な活動目的の実現に最終的に貢献するものであるといえるが、個別規定の提案の背景にあったと考えられるそのような理念¹³⁹⁾は、審議の場において十分に主張されることがなく、または、部会の構成員全体に十分に伝わらなかったように思われる。

139) たとえば、民法（債権関係）部会資料49：第4：2：補足説明3〔27頁〕（「〔事業者の経済事業に関する〕これらの規定は、商法第512条、第513条、第593条の規定は営利性をその本質とする商人概念だけでなく、より広い範囲に妥当するという考え方から提案されているものである……。』」）。