

商法の適用範囲と商法典の将来

村 田 敏 一*

目 次

- I はじめに
- II 商法典のあり方（将来展望）
- III 商法の適用範囲

I はじめに

「商法」の現代化に関する一連の立法作業については、会社法の単行法化と規律の整備（平成17年）、保険法の現代化と単行法化（平成20年）、運送法・海商法の全面改正・現代化（平成30年）が相次いで実現した。その一方で、商法総則および商行為法（運送法以外）の分野の規定については、近年（平成29年）の民法（債権法）改正に伴う若干の重要な規律に関する民法典との調整や、昭和初期（昭和13年）における擬制商人の新設と相対的商行為の増加、そして平成17年の会社法の制定に伴う規律の調整（民事会社を擬制商人とする規律の削除など）を例外として、明治期からほとんど実質的な改正がなされておらず、一連の商法の現代化作業においていわば取り残された分野とも言える現況にある。こうした分野の現行規定には、現代経済社会にそぐわないもの、現代における意義が不明瞭なものが多く含まれるものと指摘され¹⁾、このまま将来にわたって放置はできず、しかるべき時期には改正を行う必要があるとの認識は、少なくとも商法研究者の

* むらた・としかず 立命館大学大学院法務研究科教授

1) 清水真希子「特集 商法総則・商行為法改正の理論的基礎 企画趣旨」民商法雑誌158巻1号（2022年）1頁。

間では共有されているものと言えよう。近時にも、法律誌の特集や連載企画においてこの問題が——あくまで研究者の間ではあるが——一定の盛り上がりを見せているものとも言える²⁾。

もっとも、この分野の具体的な改正作業を展望すると、個々の規律の合理化・現代化にとどまらず、そもそも商法の適用範囲はどうあるべきかの問題や、さらには、商法典（形式的意義における商法）のあり方をどう考えるべきかといった基礎的な問題もクリアーにする必要があることから、なかなか一筋縄ではいかない改正課題であることが——たちどころに——理解される。立案当局が、寝た子を起こすものとして改正に二の足を踏み、先送りしたい気持ちも十分に理解できるものと言えよう。

本稿では、総則・商行為法の個別の規律の改正問題（商業登記、商号、商業使用人、交互計算、匿名組合、問屋、商事売買）には直接的には踏み込まず——こうした個別規定の改正問題が重要性を有しないという意味ではもうどうもない——、商法典（形式的意義における商法）の今後のあり方と、商法の規律の適用範囲の問題に絞った検討を行う³⁾。また、検討に際しては、——実際に条文に書き下すという意味での——立法技術的な検討にその重心を置くこととし、比較法的な検討については、その必要に応じて先行研究の成果を参照するにとどめる。これは、具体的な条文構成を提示しないと、いつまでも議論が進展を見せないからである⁴⁾。

2) 「特集 商法総則・商行為法改正の理論的基礎」民商法雑誌158巻1号（2022年）1頁以下。「商法総則・商行為法の現代化に向けて」法学教室499号（2022年）44頁より順次連載。

3) その意味において、得津晶「形式的意義の商法と商法の適用範囲」法学教室499号（2022年）45頁での検討範囲と軌を一にするものである。

4) その意味において、得津・前掲注3）49頁が、具体的な条文構成案を提示していることは——ある種の勇気のある営為として——高く評価されるものである。

II 商法典のあり方（将来展望）

1 藤田教授による類型化

商法典（形式的意義における商法）の空洞化を踏まえたその将来像については、藤田友敬教授による4つの類型化がよく知られる⁵⁾。4つの類型とは、①伝統的楽観主義、②革新的帝国主義、③消極的日和見主義、④積極的破壊主義である。以下、当該4類型の概略につき、藤田教授に拠りながら紹介すると、①伝統的楽観主義とは、企業による新たな活動（新しい技術や制度の創出）の私法的側面を適宜加えていくことで、充実した商法典は存続できるはずであるというものである。②革新的帝国主義とは、商法を民法の特則ととらえる限り、もはや商法典の断片化は避けがたいという認識のもと、企業活動に関する包括的な規律（独占禁止法、競争法、企業倒産法等を含む）としての商法典を構想するものであり、フランスの2000年商法典改正がそのモデルとされる。③消極的日和見主義とは、商法典の空洞化の進行を必然と捉え、無理に商法典を拡充させたりする必要はなく、現段階では商法典の全体構造を大きく改変せず、当面様子見に徹するという態度とされる。もっとも、問題のある規定を改正することまでを否定するわけではないものとされる。④積極的破壊主義とは、③と同様に商法典の空洞化を必然と捉えつつ、もはや体系的な商法典としての商法の維持は不要かつ不可能であるとし、むしろ積極的に解体するべきとする態度である。④の具体的な帰結としては、商法典中の各規律は、商人間の特則として民法典の中に置かれるか、各々の営業に関する規律を単行法として独立させる運命をたどることとなる。

藤田教授は、①～④の類型の中で、③あるいは④が現実的なものと考え（特に③が最も現実的）、また、仮に現在の体系を大きく崩さず商法典を維持

5) 藤田友敬「総論：商法総則・商行為法の現状と未来」NBL935号（2010年）10頁。この論稿は、2010年度の日本私法学会シンポジウムの資料として執筆されたものである。

するという前提で考える(③の立場)としても、特定の規定について内容をアップデートしたり、規定間の不整合を調整したり、必要な規定を補充する作業は行われるべきとする。また、現行体系を大きく崩さない場合、商法典の適用範囲は商人・商行為概念で画することとなるが、「商人」概念を商行為から切り離し、絶対的商行為を廃止し、営業の内容(実質)ではなく経営形態(形式)に着目して定義する方向性が示唆される⁶⁾。要するに全面的な商人法主義への転換である。会社については——その経営形態が法的に安定的に確保されることから——こうした方向性に問題はないと考えられるものの、一方での個人商人については、——ドイツ法(HGB)も参考に——商業登記制度を通じて商人資格を登記と結びつける方向が併せて示唆される⁷⁾。こうした方向性については、概ね妥当かつ現実的なものと評価されるが、登記制度との関係については疑問が生じるであろう。

2 平成29年民法(債権法)改正過程での議論

平成29年の民法改正(債権法の現代化)の検討過程では、法制審議会民法(債権法関係)部会設置の前段階における民法(債権法)改正検討委員会において、債権法改正と商行為法との関係の整理につき、商法研究者グループに検討が要請された。その商法研究者グループの提言内容のポイントは、i 商法総則の規定は基本的には民法典に移行させる、ii 移行する規定の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」の概念を新設する、の2点である⁸⁾。藤田教授による類型化に従えば、概ね、④類型に分類されることとなろう。こうした提言については、内在的には経済的事業者の概念が明確でないという批判があるとともに、

6) 藤田・前掲注5)12頁。

7) 藤田・前掲注5)12頁。

8) 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」(2010年)。山下友信「商法の現代化と商人概念」同志社法学71巻1号[通巻404号](2019年)93頁。

そもそも民法典中に事業者と消費者という概念を用いた規律を設けることは法体系的になじまないという根本的な批判にさらされたものとされ、審議の早い段階であっけなく否定されたものとされる⁹⁾。こうした提言に関わった論者も、商法典は引き続き存在するという前提で今後とも検討せざるを得ないものとする¹⁰⁾。

得津教授もまた、今後とも、空洞化しかつ断片化した商法典が存続していくことを前提に検討していかざるを得ないものとする¹¹⁾。

以上から、藤田教授の分類に従えば、類型③に基づく検討が——いささか消去法的に——妥当なものとの認識にはコンセンサスがあるものと評価され、本稿でも、以下のⅢ章では類型③を前提として検討を行うこととする。もっとも、「消極的日和見主義」というネーミングは、いかにもネガティブな印象を与えかねない。「漸進的合理化主義」とでもいうネーミングのほうが妥当であろう。加えて、類型③の立法姿勢を採るとしても、その機会をとらえて、個別の規律の合理化・現代化にとどまらず、商法の適用範囲のあり方に関する規律の見直しがなされるであろうことは必然なものと言え、その意味においては、より積極的な立法の意義が見いだされるものと言えよう。

法形式としての商法典の維持・存続が何ゆえに必要かという問いについては、——諸外国の法制を見渡して、商法典が存在しない国が多く見られ

9) 山下・前掲注 8) 93頁。なお、経済的事業者の概念は、2007年オーストリア企業法（Unternehmensgesetzbuch）における Unternehmer の概念が参考とされたものである。わが国において具体的な立法提言を行う場合には、徒に外国法直訳的な概念を使用するのではなく、わが国の法体系の伝統との連続性に配慮した法概念を工夫するべきであろう。

10) 山下・前掲注 8) 94頁。なお、審議過程において、商法は営利企業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参加者の否定的な反応を引き起こし、商法は利潤獲得目的の有無にかかわらず継続的取引を簡易・迅速・安全・確実に実施することに資するという理念が十分に伝わらなかったという指摘が見られるが（酒井太郎「商法の構造と基軸概念」一橋法学19巻1号（2020年）241頁）、少なくとも審議過程における議論の把握の仕方としては的外れなものと言えよう。

11) 得津・前掲注 3) 47頁。

ることからも明らかなように——おそらく論理的な説明は困難なものと思われる。商法学の拠り所としてのシンボリックな意味とともに、とりわけ実務界・経済界からは、商法典が民法典に吸収合併されることにより、実質的意義における商法解釈の不安定化がすすむことが——直感的に——懸念されているのであろう。

Ⅲ 商法の適用範囲

1 三つの立法主義と現行法の規律内容

商法の適用範囲に関するわが国の現行法の態度は、しばしば折衷主義を採るものと言われ、商人法主義（「形式主義」あるいは「主観主義」とも称されることがある）や、商行為法主義（「実質主義」あるいは「客観主義」とも称されることがある）と対比される¹²⁾。簡単にこうした三様の立法態度につき要約すると、①「商人法主義」は、まず、商人概念を定めてこれから商行為概念を導くものとされ、経営の形式に着目して商人概念を決定し、その商人の営業上の行為を商行為とする立場とされる。②「商行為法主義」は、まず、商行為概念を定めてこれから商人概念を導くものとされ、その中で最も純粋なタイプは、行為の主体が誰であるかを問わず、一定の行為をその客観的性質によって商行為と定め、その商行為を業とする者を商人とする立場とされる¹³⁾。③「折衷主義」は、その態様にはヴァリエーションが見られるものの、①と②を折衷する立場である。

ここで、わが国の商法が採る「折衷主義」の具体的な建付けについて確認してみよう。現行商法は、(1)まず、講学上の基本的商行為（絶対的商行為及び営業的商行為）に該当する行為を限定列挙する（商法501条、同502条）。(2)そして、自己の名で基本的商行為を業とする者を商人とする（商法4条

12) 大隅健一郎『商法総則〔新版〕』（有斐閣・1978年）89頁。得津晶「商法典を置く意義——商法は本当に必要なのか？」民商法雑誌158巻1号（2022年）20頁などを参照。

13) 森本滋編『商法総則講義 第3版』（成文堂・2007年）29頁〔洲崎博史〕。

1項)。(3)商人がその営業のためにする行為も商行為となる（商法503条1項：附属的商行為)。(4)商人がする行為はすべて営業のためにするものと推定される（商法503条2項)。(5)限定列举された基本的商行為に該当せずとも、店舗等での物品販売を業とする者や鉱業を行う者は商人となる（商法4条2項：擬制商人)。擬制商人についても、附属的商行為の規律は適用される。なお、「会社」については、平成17年会社法のもとで、上記のルートとは異なり、その商人性が、判例法理上で条文操作によって承認されている（判例法理については後述する)。概略(1)~(5)の規律内容を、商法総則・商行為法の講義で習った際に、誰しもがどうしてこのように行ったり来たりしている複雑な建付けになっているのかと、その必然性について理解に戸惑ったことであろう。平成17年会社法のもとでは、——若干の条文操作を経由しているため不徹底な点はあるもの——既に「会社」については、実質的には商人法主義が採用されているとの評価も可能であろう¹⁴⁾。そうだとすると、折衷主義と評価されるのは、会社以外の概ね個人商人の世界の話のようにも思われる。つまり現行法の建付けは、会社：商人法主義／会社以外の商人：折衷主義という二分化が生じているようにも評価される。そして、会社が登記制度などを通じて安定的にその主体性が確保されるのに対して、会社以外の商人については、どこまで行っても、その主体性を定義づけるに際して何らかの行為を介在させる必要があるという意味での曖昧性（折衷性）が残ることとなる。学説上、不評な現行商法の建付けであるが、立案者は、擬制商人を含めて基本的商行為を限定列举することで、商法の適用範囲について安定性を確保しようとしたものと——善解すれば——評価しうる面もあろう。その反面として、限定列举主義は、——実質的には「会社」以外の世界に限定されるため、その影響は小さい

14) 同様に会社法では、既に実質的には商人法主義が採用されていると理解する先行研究として、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（2008年）34頁。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（2012年）51頁。

ものの——ビジネスの態様の進歩に追いつけないという欠陥を内包している。会社以外の商人概念を導くに当たり、基本的商行為の限定列挙主義を捨て去り、包括的＝抽象的定義を採用する場合に、その包括的定義の安定度の確保がポイントとなることが容易に理解されよう。

わが国の学説においては、戦前期・戦後期を通じて、折衷主義を改め、商人法主義を採用するべきであるという立法論が有力に唱えられてきた¹⁵⁾。その背景には、ドイツ商法の採用する立法態度があることは間違いない。そこでしばしば「商人法主義」を採るものとして取り上げられるドイツ法(現行)について見ると、ドイツ商法(Handelsgesetzbuch: HGB)はその1条1項で「商人(Kaufmann)は、商営業(Handelsgewerbe)を営む者をさす」とし、2項で「商営業は、あらゆる(＝すべての)営業活動(営業を行うこと)(Gewerbebetrieb)である」と定める¹⁶⁾。それとともに、HGB343条では、商行為について、「自己の商業の経営に属する商人の行為のすべて」とされている。そうすると、商人を定義づけるに際しては、商人をその組織形態(たとえば株式会社)からストレートに定義するのではなく、商営業あるいは営業活動という「商行為」を基礎として定義していることから、「商人法主義」として純粋にとらえるよりも、正確には、商業・営業活動の包括性にその特徴があるものとして、講学上の基本的商行

15) 松本丞治「商人の意義に関する立法主義」『商法解釈の諸問題』(有斐閣・1955年)37頁、鈴木竹雄「商人概念の再検討」『商法研究 I』(有斐閣・1981年)95頁、大隅健一郎『商法総則〔新版〕』(有斐閣・1978年)87頁など。

16) 「ただし、事業(Unternehmen)が態様および範囲によれば商人的方法(in kaufmannischer 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。」ものとされ、このただし書は、零細規模の事業者は固有の商人には該当しないとする趣旨であると説明される。なお、HGBでは、任意商人(Kannkaufmann)や、登記商人(Kaufmann kraft Eintragung)の概念が用いられ、とりわけ、商業登記簿への商号の登記について、「商人性」を肯定するに当たって大きな効果を認めるという特色を有している。比較法的には興味深いのが、わが国における立法論の展開に際しては、さしあたり——日独の登記制度の相違等から——正面からは論じることとしない。得津教授は、わが国が商人法主義に舵を切ることによってのみからは、商人に登記を義務付ける理由にはならないものと指摘される(得津・前掲注3)50頁)。

為（絶対的商行為及び営業的商行為）について、限定列举主義を採用するわが国との対比においては、むしろ「包括的商行為」主義とでも呼ぶことが妥当なようにも思われる¹⁷⁾。なお、ドイツ商法（HGB）の規律の射程は、会社を含むすべての商人にストレートに適用される点でも、会社／会社以外の商人で適用根拠法を異にする二元構成を採用するわが国の法制とは異なるものと言えよう¹⁸⁾。

2 得津教授による具体的な立法提案

前述のとおり、得津晶教授は、果敢にも条文形式での具体的な立法提案を公表された（以下、本稿で「得津案」という）。まず、その立法提案につき、たたき台としてのその妥当性について検討してみたい。

得津案は、以下のとおりである（なお、以下では、各条項の「案」を省略している）。

商法第1編総則 第2章商人

第4条（定義）1項 商人とは事業を行う者をさす。

2項 個人または家族の日常生活や労働に関するものを除いて、同種の行為を反復継続して行う場合には、事業として行ったものとする。

第2編商行為

第501条（絶対的商行為） 削除

第502条（営業的商行為） 削除

17) HGBにおいても、1978年の改正前には、「商業」の意義につき、その類型を具体的に列举していたものとされる（増田史子「比較法——ドイツ商法典、フランス商法典の現在」法学教室510号（2023年）92頁）。

18) 増田・前掲注17) 91頁。また、山下・前掲注8) 92頁は、ドイツ法制の詳細な紹介である。なお、ドイツの法制を見た感想であるが、一見はきわめて精緻な法概念が用いられながらも、輻輳した抽象的概念が使用されているために、結局のところは、解釈の幅が大きく安定性に欠ける条文構成に陥っているように思われる。これは、学者の国ドイツの法文化の習性ともいえる事象なのであろう。

第503条(附属的商行為→商行為) 1項 商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。

2項 商人の行為は、その事業のためにするものと推定する。

会社法第1編総則 第1章通則

第5条1項 会社は商人とする。

2項 会社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。

3項 会社の行為は、その事業のためにするものと推定する。

得津案における条文構成・建付けの特徴につき確認・検証してみたい。

① まず、この案は、現行会社法の自足的体系性を前提として、商法の適用範囲を画するに当たって、主として個人商人に適用される商法典と会社法の二元的構成をとる。この点は、現行法体系との一定の連続性を有するものとして妥当なものと評価される¹⁹⁾。

② そこで、まずは会社法(案)から検討すると、得津案では、会社法5条1項を新たに設けて、「会社は商人」であるものと規定する。明文規定を通じて、商人法主義に大きく舵を切るものであり、現在の商人法主義を指向する学説の流れに適合するとともに、若干技巧的とも言える条文操作を通じて会社の商人性を導く最高裁判例(最判平成20年2月22日民集62巻2号576頁。以下、「平成20年最判」という)の指向する方向性を踏まえつつ²⁰⁾、

19) 会社をその適用対象とする「会社法」の中で、直接的にその商人性を規定することは、会社法の(可能な限りの)自足性の観点からは支持され、そうすると、商人性につき、会社と会社以外の商人という二元構成を採らざるを得ない。もっとも、会社法上の会社及び個人商人以外の法人や団体、組合をどの法典で位置づけるのかという立法課題は依然として残る。なお、得津教授は、ドイツ商法を参考に、会社の商人性・商行為性は、本来は商法(典)に規定すべき事柄であるものとされるが(得津・前掲注3)50頁)、会社法の自足性の観点からのみならず、法技術的にも、「会社」という適用主体の明確性が安定的に確保される「会社法」に当該規律を置くことが支持されよう。

20) 問題の所在としては、商人の行為はその営業(事業)のためにするものと推定する商法503条が会社にも適用されるかの問題があることが指摘される。

明文規定によって直截的に規律の安定性を図るものとして評価されよう²¹⁾。

ここで、平成20年最判の採るロジックにつき確認しておこう。(1)会社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されているので（会社法5条）、(2)会社は、自己の名をもって商行為をすることを業とする者として、商法上の商人に該当する（商法4条1項）。(3)したがって、(1)と(2)から、会社の行為は、その事業のためにするものと、すなわち商行為と推定される（商法503条2項。同項にいう『営業』は、会社については『事業』と同義に解される。）。(4)以上より、会社の行為は商行為と推定されるため、これを争う者において当該行為が当該会社の事業のためにするものでないこと、すなわち、当該会社の事業と無関係であることの主張立証責任を負う²²⁾。会社をストレートに商人とする規定を欠くために、平成20年最判は、会社の商人性を導くために、こうしたロジックを用いざるを得なかったものと言えよう²³⁾。

「会社の行為は、その事業のためにするものと推定する」という得津案

21) つとに、山下友信教授は、「もし、営利性のない事業をする会社も存在するということであれば、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、確認的な意義があること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」と指摘されていた（山下・前掲注8）109頁）。

22) 学説においては、会社の商人性は広く認めつつ（より正確には認めざるを得ないものとしつつ）、その結論を導く条文構成としては、①会社法5条による事業としてする行為の商行為性に基つき、会社は商法4条1項により商人となることとする見解と、②会社法5条自体の解釈により、商法4条1項を介することなく会社の商人性を導こうとする見解の対立が見られるところ、平成20年最判は、圧倒的な通説である①を採用したものと評価されている（笠原武朗「会社の商人性と会社の行為の商行為性」別冊ジュリスト243号『商法判例百選』（2019年）60頁）。なお、②の説は、会社法の自足性をより強調する見解とも言え分からはなくはないが、やはり文言解釈としては無理があるものと言え、その意味で平成20年最判の立場は——あくまで現行法のもとでは——支持される。

23) 山下・前掲注8）92頁は、平成20年最判について、「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。」とするが、現行法の解釈とすれば、むしろ素直なものとして理解される。仮に素直でないとするならば、それは、現行の会社法・商法の建付けの限界性に起因する問題であって、得津案は、その問題を解決するための提案とも評価される。

の内容は、平成20年最判の枠組み(推定構成)が維持されている。平成20年最判出現の後も、会社の商行為性を否定する具体的な場面が想定されないものとして、推定構成を改めて、みなし構成を採用すべきとの主張が有力に唱えられるなかで²⁴⁾、会社の組織内の行為(取締役の対会社責任など)についてまで商行為とされることを回避する目的で、推定規定にとどめたものと説明される²⁵⁾。何よりも、「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」という文言は、現行会社法5条で既に用いられているワードであり、法文言の連続性という観点からも、得津案は支持されることとなる。

以上の検討から、得津案の中で、会社法を根拠条文とする部分は概ね妥当な提言と考えられる²⁶⁾。

③問題は、「商法」(商法典)の改正案である。得津案の4条1項では、商人とは、「事業を行う者をさす。」として包括的に定義され、この定義規定が、商人法主義への転換をいわば象徴する条項となっている。会社の商人性の正面からの肯定(商人法主義への転換)については、そもそもの「会社」概念が安定的に得られるため、法技術的に容易な面が強い。一方で、会社以外の「商人」については、実定法概念としてストレートには定義づけられないため、例えば、「事業を行う者」といった形で、抽象的な行為概念(例えば事業)を介在させて導いてこざるを得ない限界があるものと言える。つまり、得津案では、この「事業」という概念の安定性・妥当性が最大の吟味すべき論点となる。いわば、立法論の最大の難所である。また、得津案の商行為総則においては、商法501条(絶対的商行為)と同502条(営業的商行為)の規律がすっかり削除され、商行為は、商法503

24) 神作裕之「会社法総則・疑似外国会社」ジュリスト1295号(2005年)135頁。

25) 得津・前掲注3)50頁。もっとも、例示される取締役の対会社責任が、会社の組織内行為と言えるかについては疑問も生じよう。しかしいずれにせよ、会社の行為のなかで事業のためにするもの以外があることは明らかでもあり、結論的に「推定構成」を採ることそのものは妥当であろう。

26) 得津案の中で、商法第4条2項の前段(労働等に関する除外規定)と会社法案との関係については、なお吟味し整理する必要はあろう。

条の規律すなわち、「商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。」という規律のみが残される。そうすると、同503条のタイトルとしては、従前の（附属的商行為）を維持する必要はなくなり、単に、（商行為）とすることで足りる。このようにして、商法総則と商行為総則の改正が連動して、形式的には、商人法主義への転換が達成されることとなる。なお、絶対的商行為の収束に関連しては、とりわけ個人が主体となる手形その他の商業証券に関する行為につき、何か法制的な不都合が生じないか、なお入念な検証が必要なものと考えられる。

「事業」という概念は、会社法をはじめとする各実定法規で使用される²⁷⁾。例えば、事業（営業）譲渡の規律に関しては、会社法は「事業」の概念を用い（会社法21条ないし24条、また会社法467条）、商法は「営業」の概念を用いる（商法15条ないし18条の2）。事業と営業の相違については、個人商人は商号1個ごとに1つの「営業」を営むものとされていることとの関係から、1個の商号しか持たない会社が行うものの総体は「営業」と区別して「事業」とよぶことにしたものと説明される²⁸⁾。そうすると、商法第4条案においても、現行法との連続性の観点から、わざわざ会社法と同じ「事業」のワードを用いる必然性はなく、むしろ「営業」のワードを用いるほうが妥当なものとも考えられる。商人法主義への転換という立法目的を達成するに当たっては、可能な限り現行法とのワーディングの連続性を確保し、改正条項箇所を少なくする中で、目的を遂げるというのが立法技術としては正攻法であろう。もっとも、「営業」というワードには、や

27) たとえば、消費者契約法2条2項（定義）では、「事業者」につき、「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をいう。」と定義される。ここで用いられている事業者概念については、たとえば学校法人などを広く含むものとされる。また、民法465条の6乃至465条の10（平成29年改正民法）では、「事業に係る債務についての保証契約の特則」が定められている。保険法においては、片面的強行規定の適用を除外するために、「事業を行う個人の事業活動に伴って生ずることのある損害」の文言が用いられている（保険法36条4号）。

28) 江頭憲治郎編『会社法コメンタール 1』（有斐閣・2008年）199頁〔北村雅史〕。

やニュートラル感がある「事業」というワードに比べて、種々の「色彩」が付着していることに配慮して、過去の「営業とは何か」という議論から決別するために、あえて、会社法でも商法典でも「事業」というワードに統一するという立法戦略を採る余地はありえよう。その場合、商法典の「営業譲渡」のワードを、会社法の「事業譲渡」のワードに変更し、統一することも考えられよう。

そこでどうしても、「事業」とは何か「営業」とは何かといういささか煩瑣な伝統的議論を完全に避けて通るわけにはいかないこととなる。

3 営業・事業概念の安定性について

ドイツにおける議論を一瞥すると、固有の商人の定義において根幹となる概念は、商営業(Handelsgewerbe)とされ、営業の意義は解釈に委ねられるところ、様々な定義が見られるものの、営業の概念が不明確であるから問題であるとの批判はなされていないようであるものと指摘される²⁹⁾。また、こうしたドイツでの法状況も踏まえ、「営業という概念は、あらゆる面で意義が明確かといえば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であるという定義で特に問題が生じるとは考えられない。」ものと指摘される³⁰⁾。重要な指摘であり、基本的にはそのとおりであるものの、限定列举方式による基本的商行為概念を捨てて、商人概念を、営業(事業)概念一本から導く法改正を行うに当たっては、やはり、営業(事業)概念の吟味が立法過程で求められることとなろう。

わが国における古典的な定義づけでは、「商行為を『業とする』とは、商行為を営業とすること、すなわち利益を得る目的をもって、一定の計画に従い、同種の行為を反復継続して行うことをいう」ものとされる³¹⁾。す

29) 山下・前掲注 8) 99頁。

30) 山下・前掲注 8) 107頁。

31) 大隅・前掲注 12) 91頁。なお、ここでは、「営利の目的」については、無償の行為もメ

なわち、「営業」概念の構成要素は、a 利益を得る目的（営利性）、b 計画性、c 同種の行為の反復継続性、の3要因に分解され、かつa～cがすべて必要なものと理解されている。一方で、得津教授は、多くの学説をフォローする中で、「業とする」、「営業としてする」、「営業のため」、「事業としてする」とはいずれも、営利の目的をもって同種の行為を反復継続することであり、そこでの営利の目的とは対外的取引によって利益を獲得する目的を意味するものと解されてきたものと分析され、そのうえで、この規範は、① 対外的取引、② 利益獲得目的、③ 反復継続性のという3要素から構成されるものとされる³²⁾。

得津案の核心は、営業概念の必要的な構成要素から、① 対外的取引、② 利益獲得目的の2要素を除外し、③の反復継続性のみをもってその必須の要素とするものと理解される。なお、bの計画性については、③の反復継続性があればその中に内包され、あえて独立の要件とする必要性に乏しいものと理解されているのであろう³³⁾。まず、① 対外的取引要件の除外について考える。従来、協同組織（中間法人）の商人性が否定されてきた理由は、その事業目的が構成員の相互扶助・共通利益という対内的な目的に限定されるためと説かれるが、得津教授が指摘されるように、対外的取引か対内的取引かで商法の適用を画する理由はない³⁴⁾。その証左として、既に、保険業法21条2項が、保険相互会社について大幅に商行為規定を準用

ㄨ 営業に属する行為とされ、営利の目的が存する以上、實際上利益を得たか否かを問わず、また得た利益をいかなる目的に用いるかも問わないものとされる。大隅博士は、「営利の目的」を相当に緩やかに解されていたことが窺われる。

32) 得津・前掲注 3) 48頁。なお、①と②の要素を併せて「営利性」と称されることも多いものとされる。

33) 現行商法の解釈として、商法4条1項の「業とする」の文言と、商法502条柱書の「営業とする」の文言の相違に着目し、「業とする」の文言には営利性は要求されないとする解釈がみられる。また、営利目的は、基本的商行為には包含されるものの、附属的商行為では営利性の有無は問われないものとされる（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）12頁）。重要な指摘であり参考となる。

34) 得津・前掲注 3) 50頁。

していることがあげられる³⁵⁾。次いで、②利益獲得目的の除外である。利益獲得目的の意義自体についても様々な見解があるものの、一般的には、収支相償うという程度で足りるものとされ、さらには、費用の最小化あるいはその節減の動機があれば足りるものとされているため、その程度の目的であれば、取引の反復継続性があれば当然に具備しているものと説かれる³⁶⁾。

以上の議論を踏まえ、得津案の商法4条2項では、事業の概念定義規定として、「同種の行為を反復継続して行う場合には、事業として行ったものとする。」との規律が置かれる。その趣旨は、まさに、通説である事業(営業)概念の3構成要素から、①対外的取引と②利益獲得目的を除外し、③反復継続性のみを残すことに求められ、これこそが得津案の核心と言えよう³⁷⁾。こうした条文構成には、もちろん、メリットとデメリットの両面性が随伴する。デメリットとしては、反復継続性の文言に逆に自縛され、事業概念の範囲を狭めてしまうという危惧がある³⁸⁾。メリットは言うまでもなく、通説的理解を破るために、③のみを明示することで①②が除かれることを明らかにするというものである。困難な立法判断を迫られるものと言えるが、私見としては、得津案を支持したい。一方で、得津案の同4条2項は、たとえ、反復継続性が認められたとしても、「個人また

35) 得津・前掲注3)50頁。また、村田敏一「『保険契約法』は商法の特別法か民法の特別法か——相互保険と営利性の問題を中心として」保険学雑誌596号(2007年)133頁を参照。

36) 得津・前掲注3)50頁。

37) 平成29年民法(債権法)改正により、商事法定利息の定めが廃止され、商法の中で利益獲得目的を前提とする規律は当然の報酬請求権(商法512条)などごくわずかにとどまるのが指摘され、そのうえで、そのような規律については、「利益獲得の目的で」といった限定を規定すればよいものと指摘される(得津・前掲注3)51頁)。もっとも、積極的な利益獲得を目的とせずとも、通常少なくとも実費相当の報酬は請求するものと考えられ、また、当該報酬請求権に関する規律は任意規定と解されることから、そのような限定を法文で附す必要までではないものと考えられる。

38) もっとも、従来から、反復継続の計画があれば1回目の取引についても反復継続性は認められると解されてきた(得津・前掲注3)52頁)。

は家族の日常生活や労働に関するものを除いて」という除外規定を提案する。そのような態様の行為は、そもそも「事業」概念に包摂されないことはある意味で自明なものと思われ、こうした除外規定を置く必要性はないものとする。

4 消費者契約法上の事業（者）概念との関係

このように商法における「事業」の必要要素は反復継続性のみで足りるとすると、商法上の事業概念は、事業（者）の範囲を広く捉える消費者契約法上の当該概念と近接あるいは一致していくこととなる。これに対して、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言えるかもしれないとしつつ、その一方で、営利目的の要素を除外すると、商法上の商人と消費者契約法の事業者の区別が困難となる可能性があるものとして、なお、商人の定義の要素として営利目的の要素を維持することが有意義であると説く見解が見られる³⁹⁾。そこでは、商法上の商人概念と消費者契約法上の事業者概念が、何ゆえに区別されなければならず一致してはいけないのかという理論的な根拠は全く示されていない。おそらくは、新たに商法の適用範囲に取り込まれる主体の感情的な反発を慮った立論であろう。得津教授は、消費者契約法上の事業者概念と商法の適用範囲とが重なることになっても問題はないものとされ、また、商人概念・商行為概念から「金儲けのため」というステイグマを消滅させることで解決できる問題であると指摘される⁴⁰⁾。わざわざ立法をするのであるから、まさにこの点にこそその中心的な意義が見いだされるものと言えよう⁴¹⁾。

39) 山下・前掲注 8) 108頁。

40) 得津・前掲注 3) 52頁。

41) 商人・事業概念を立法により変質させ拡大させるのであるから、本来は、消費者契約法と同様に、解釈によって商法の適用範囲は——中間法人・組合組織や非営利法人に——拡大されるはずである。ただし、法的安定性の確保の観点から、保険業法の規律（保険相互会社への商法の準用）をも参考に、商法改正の整備法の形式で、各法人・組合の設立根拠法に何らかの準用対応を行うことが望まれる。