

# 商法における商行為主義から商人主義への転換

相原 隆

## 第一章 はじめに

会社法は、平成一七年改正前商法（以下、「改正前商法」という）における商事会社と民事会社との区別を廃止した。改正前商法にあつては、商事会社が本来の会社であり、民事会社は擬制された会社であつた。すなわち、会社は、「商行為ヲ為スヲ業トスル目的ヲ以テ設立シタル社团」であつた（改正前商法五二条一項）。他方、商行為以外の営利事業を目的とする社团は、その設立および法律関係について、商法の商事会社に関する規定が準用された（旧民法三五条）。そして、民法の規定に呼応する形で、改正前商法は、「営利ヲ目的トスル社团ニシテ本編ノ規定ニ依リ設立シタルモノハ商行為ヲ為スヲ業トセザルモ之ヲ会社ト見做ス」と定めていた（改正前商法五二条二項）。また、商事会社は固有の商人であり（改正前商法四条一項）、民事会社は擬制商人とされた（同二二項）。さらに、民事会社の基本行為は準商行為とされ、商行為法の規定が準用された（同五二三条）。

商法における商行為主義から商人主義への転換

五一

これらの取扱いにより、改正前商法では、法の適用において商事会社と民事会社を区別する必要はなかった。しかし、そのことと、会社法が両者の区別を廃止したことを、同列に論じることができないのではないかと思われる。改正前商法では、会社の概念、定立および商人資格の付与について、原則として商行為主義が採用されていた。確かに、民事会社を包摂したことにより商行為主義は破綻したといえるが、法文上はなお商行為主義が維持されてきた。これに対して、会社法は、会社の概念、定立から商行為という要素を排除し、反対に、「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」と規定する（会五条）。この規定の意義を、実質的意義における商法が商行為主義から商人主義に転換したものと評価することはできないであろうか。本稿の目的は、この仮説の検証を試みることに<sup>(1)</sup>ある。

商法は、その規制対象を明確にするために、商人および商行為という二つの概念を用いている。これらの概念の定め方には、次のような立法主義がある。第一は商行為主義（客観主義）であり、行為の客観的な性質から商行為を定め、商行為という概念を用いて商人概念を定立する。第二は商人主義（主観主義）であり、まず商人概念を形式的に定め、その商人の営業上の行為を商行為とする。第三は商行為主義と商人主義とを併用する折衷主義である。本稿では、商法がこのような立法主義の基本的枠組みを維持しており、会社法も実質的意義における商法に属し、これを変更していないという前提に立って検討を進める。

(1) 立法主義の転換を意識すべきことを指摘する文献として、福原紀彦「商人」「商行為」概念の機能とその外延」法学新報第一一四卷一一・一二号六七三頁（二〇〇八年）、伊藤雄司「会社の行為についての商行為性の推定」NB L第八八二号三〇頁（二〇〇八年）、鈴木千佳子「会社の「事業のためにする行為」の意義」法学研究第八二巻一号

一七五頁(二〇〇九年)がある。福原教授は、商法典と「いわゆる企業法説に立って自己完結的な会社法体系の構築を目指した会社法典との立法主義上の相克については、認識しておく必要がある」(六七七頁)とされ、伊藤準教授は、「現行法では、会社に関しては、先に商人概念を定め、そこから商行為概念を導き出す主観主義と実質的に同じ立場を採用していることができる」(三四一三五頁)とされる。これに対して、鈴木教授は、今のところ、「会社法の制定により、会社に関する部分に限定された商人主義(主観主義)の導入が図られた」という立場をとることできないとされる(一九五頁注(48))。筆者もこの問題に言及したことがある(拙稿「会社の商人性と会社の行為の商行為性」別冊ジュリスト第一九四号(商法(総則・商行為)判例百選第五版)七四頁(二〇〇八年))。本稿は、これらの見解を参考にしつつ、実質的意義における商法が商人主義に転換したことを論証することを試みる。

## 第二章 会社の商人性

### 一 会社法と商行為法の適用関係

立法担当者は、会社法第五条の趣旨を次のように解説する。同条は、「この規定によって商行為とされた行為に対して、現行商法第三編に規定されている商行為に関する規律を適用するために設けられたものである。ある法主体の行為に商行為に関する規律を適用するための方法としては、法主体を商人とする方法(現行商法五二条一項、四条一項参照)、法主体を商人とみなす方法(現行商法五二条二項、四条二項参照)、法主体の行為に商行為に関する規定を準用する方法(現行商法五二三条、現行保険業法二二条二項等)などが考えられるが、会社法においては、これらの技巧的な法技術を駆使することなく、端的に会社および外国会社がその事業としてする行為およびその事業のためにする行為を商行為とすることとして、その実質を確保することとしている」(以下、「趣旨説

商法における商行為主義から商人主義への転換

五三

明」という<sup>(2)</sup>。つまり、会社法第五条は、会社および外国会社がその事業としてする行為およびその事業のためにする行為（以下、単に「会社の行為」という）に商行為法の規定を適用するために立案されたのである。そして、商行為法の規定が会社の「商行為」に適用されるという限りにおいては、会社法第五条に特段の問題があるわけではない。

しかし、商行為法総則（平成一七年改正商法第二編第一章）は、①商行為一般に適用される規定、②当事者の一方が商人である場合に適用される規定、③当事者の双方が商人である場合に適用される規定、④有価証券に関する通則からなる。また、商事売買（同第二章）は商人間の売買に適用があり、交互計算（同第三章）は商人間または商人と商人ではない者との間で平常取引をする場合に適用される。このように、商行為法には、商人に適用される規定（以下では、「商人規定」という）があり、それらを会社に適用するためには、文理上、会社法第五条の規定内容では足りないことは明らかである<sup>(3)</sup>。

この点に関して、「立法担当者」は、商法総則とは別に会社法に規定を置いたため、会社を商人とみなす必要性がなくなったと判断したようである<sup>(4)</sup>という指摘がある。前記の趣旨説明によれば、「法主体を商人とする方法」はとられていない。立法担当者は、会社に対する商法の規定の適用関係について、商行為法の規定の会社に対する適用関係と、商法総則の規定の会社に対する適用関係を分けて整理した<sup>(5)</sup>。しかし、会社法第五条により商行為法の規定を会社の商行為に適用させ、また商法総則の規定のうち会社に適用すべきものを会社法に定めることをもって、会社法と商法との適用関係の整理が完了したというのであれば、会社法の立案過程において大きな見落としがあったことになるであろう。また、そもそも、法律の適用関係を整理する際に、商法の基本的枠組みにお

いて商人概念と商行為概念は相関的な一体性を持つことが意識されなかったのではないかという疑念を禁じ得ない。そうではなく、立法担当者が、判例・通説が認める通り、商法第四条一項の適用により会社の商人性を確保することを予定していたのであれば、前記の趣旨説明とは裏腹に、「技巧的な法技術」を駆使した迂遠な構造<sup>(6)</sup>の残置を容認していたことになろう。そして、そのことが会社の商人性の理解を歪める結果を生んでいると言えよう。

## 二 会社の商人性

(一) 判例・通説の見解 会社法には、会社の商人性を定める明文の規定がない。そのため、会社の行為に商人規定を適用するためには、何らかの法適用または解釈により会社の商人性を認める必要がある。<sup>(7)</sup>

判例・通説は、会社法第五条と商法第四条一項とにより、会社の商人性を導き出す。<sup>(8)</sup> すなわち、会社がその事業としてする行為（基本行為）は商行為であり、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に該当するから、商人性を有する。したがって、すべての会社が商法上の固有の商人となる。なお、商法第四条一項の会社への適用については、商法第二一条一項が「商人（会社及び外国会社を除く。以下この編において同じ。）」と規定することから、それ以前に位置する商法第四条一項は会社に適用され、商人には会社が含まれるものと解される。<sup>(9)</sup>

他方、会社法第五条と商法第五〇一条ないし第五〇三条の適用関係は必ずしも明確にされているとは言えない。通説の中にも、会社法第五条が商法第五〇一条ないし第五〇三条の適用を排除するという見解と、会社法第五条

は民事会社の基本行為を商行為とする点に意義があり、会社の基本行為が絶対的商行為（商五〇一条）または營業的商行為（商五〇二条）に該当する場合には、会社法第五条の適用を待たず商行為となるとする見解がある。<sup>⑪</sup>

これを会社の商人性との関係でみると、前者の見解では、会社は一律に会社法第五条と商法第四条一項により商人資格を取得するのに対して、後者の見解では、従来の商事会社は会社法第五条の規定によらず、従来通り商法第四条一項により商人資格を取得し、民事会社のみが会社法第五条を介して、新たに商法第四条一項により商人資格を取得することになると推測される。<sup>⑫</sup>

（二）判例・通説からの示唆 判例・通説は、会社法第五条が定める会社の行為の商行為性を所与の前提として会社の商人性を認める。しかしながら、沿革的に、会社法上、会社の行為が商行為とされるのは、商行為法の適用のための法技術である。会社法は商事会社と民事会社との区別を廃止して、準商行為規定を削除した。そして、その代替として会社法第五条が設けられた。それゆえ、会社の行為が商行為となることについて、何ら理論的な根拠は示されていない。本来、ある目的をもった技術的な規定は、その目的を実現するためだけに適用されるべきものである。判例・通説はさらに、会社法第五条と商法第四条一項とにより、すべての会社について一律に商人資格を認める。その目的は、商行為法の商人規定を会社に適用させることにある。しかしながら、商行為法の適用という会社法第五条の趣旨を補完するという限りにおいて判例・通説の見解が支持されるべきであるとしても、それと同じ論理によって、すべての会社が固有の商人として商人資格を有するまで言い切ることには強い違和感を覚える。<sup>⑬</sup>とりわけ、従来の民事会社について、会社法第五条によりその基本行為が商行為とされ、商法四条一項により固有の商人となるという論理は、到底受け容れることができない。そこには、法技術と法理

論のすり替えないしは混同があるのではないだろうか。会社の商人性との関係で、会社法第五条において会社の行為を商行為とする理論的な根拠の必要性が強く意識されるべきである。

「民事会社という概念が廃棄された以上、会社は形式的にはすべて商事会社であるといい得るであろう。」とする見解がある。<sup>14</sup> それでは、「本質的には」どうなのであろうか。また、会社は当然に商人であるとする見解もみられる。しかし、どうして「当然に商人」なのかは必ずしも明確にされているとはいえない。<sup>15</sup> さらには、「会社を商人とする結論は動かせない」ことを明言する見解もある。<sup>16</sup> その本質性、当然性および不動性は、何に由来すべきものなのか。端的に言って、「会社は商人である」ということに尽きるのではないだろうか。会社法第五条は、会社の商人性を前提として、会社の行為を商行為とする。このように解釈するだけで、会社の行為が商行為となる理論的な根拠が提供され、前述の違和感や疑問はすべて氷解する。すなわち、会社法上、会社は商人である。会社法第五条は、商人である会社の行為を商行為とする。他方、会社法には会社が商人であることを定める明文の規定がないので、商行為法の商人規定を適用するために、法適用または解釈によって会社の商人性を確保しなければならぬ。そこで、判例・通説は、商法四条一項を利用する。そのために、従来の民事会社も形式上商事会社となる。このように「会社は商人である」ことを前提に置くことで、法理論と法技術が明確に識別され、かつ論理的な破綻も生じない。

(三) 解釈論・立法論の検討　それでは、会社法第五条の解釈として、会社の商人性を承認することはできないのであろうか。これを肯定するために、私見として、会社法第五条は、会社の商人性を前提として会社の行為を商行為とする規定であり、前提となる会社の商人性をも内包して規定するという解釈を提示したい。

しかし、会社法第五条の規定から「会社は商人である」という解釈を導き出すことには、次のような批判が予測される。商人と商行為という概念は、法律の適用範囲を画するものであり、明確に規定されることを要する。会社法第五条の文理上、法文の主語である「会社」という文言を捉えて、これを商人と同一視し、会社が商人であることをも定めるとまで解釈することには無理であろう。また、前記の趣旨説明によれば、会社法第五条の立案過程において、法主体を商人とするとは排除されていた。したがって、文理上も沿革上も、会社法第五条の規定から「会社は商人である」と解釈することは困難である。他方、会社の行為を商行為とするという規定内容に照らして、会社が商人であるという解釈を導き出すことには、論理的な一貫性が認められる。しかし、このような解釈は法文からの乖離が著しく、法文のどこをどのように解釈すれば、このような結論に到達するのかを明確にすることができない。換言すれば、会社法第五条はそこまで定めていないという反論に対して、再反論することができない。つまり、会社が商人であることの本質性や当然性を、それを前提とする規定の解釈から導き出すことは、法文の解釈を超えた作業とならざるを得ないであろう。そこで、立法論としては、会社法第五条一項として「会社は商人とする」という規定を追加することが切望される。<sup>(17)</sup>

会社法第五条自体が前提となる会社の商人性をも内包して規定すると解釈する場合には、商人規定は会社に直接適用されることになる。また、この解釈が法解釈として承認されない場合でも、商人規定の「商人」という文言が「会社」を含むと解釈することによって、同様の結果を得ることができる。<sup>(18)</sup> 前述のように、商法第一条一項は、「商人（会社及び外国会社を除く。以下この編において同じ。）」と定め、商法総則第四章以下の規定を会社に適用しない。他方、商行為法は会社への適用が予定されているため、このような除外規定を持たず、「商人」が

会社を含むと解釈することを妨げるものはない。むしろ、商法総則と商行為法を統一的に解釈すれば、商人規定の「商人」には会社が含まれるというべきであろう。会社法第五条または商人規定の解釈により商人規定を会社に直接適用することは、商法第四条一項を介するという迂遠な構造を回避し、会社の商人性に関する誤解を排除する。

(2) 相澤哲編『立法担当者による新・会社法の解説』（別冊商事法務第二九五号）一三頁（二〇〇六年）

(3) 商人規定には、①当事者の一方が商人である場合に適用される規定として、本人の死亡と代理権の存続（商五〇六条）・諾否通知義務（商五〇九条）・送付品保管義務（商五一〇条）・商人の報酬請求権（商五一二条）・立替金の利息請求権（商五二三条二項）・受寄者の善管注意義務（商五九三条）・交互計算（商五二九条以下）があり、②当事者の双方が商人である場合に適用される規定として、法定利息請求権（商五一三条一項）・商人間の留置権（商五二二条）・商事売買（商五二四以下）がある。その他に、付属的商行為（商五〇三条）の適用も問題となる。

(4) 奥島孝康ほか編『新基本法コンメンタール会社法Ⅰ』四八頁（日本評論社、二〇一〇年）「浜田道代」（以下、「新基本法コンメ」として引用する）。シンポジウム「商法の改正」私法第七三三五頁（有斐閣、二〇一一年）、六四頁「藤田」（以下、「シンポ」として引用する）。

(5) 相澤・前掲注(2)一二頁

(6) 新基本法コンメ・前掲注(4)同頁

(7) 本稿では、商人規定の適用を手掛かりとして、会社の商人性の根拠を検討する。このアプローチは、現行法において適切さを欠くものではない。しかし、その前提として、商人規定を会社に適用する必要があるのかどうかという問題が存在する。本稿では逐条的な吟味をしないが、将来的に商行為法が改正されるときは、このアプローチが基礎を失う可能性も否定できない。その意味では、より直截的に会社法第五条論として会社の商人性を論じるべきであろう。

商法における商行為主義から商人主義への転換

五九

会社の商人性は、法規定の適用関係によって消長をきたすものではなく、根源的な枠組みの問題として会社法に内在し続けるものである。

(8) 最二判平成二〇〇二年二月二二日民集六二卷二号五七六頁。同判決の評釈として、笹本幸祐・法学セミナー第六四二号一五頁(二〇〇八年)、伊藤・前掲注(1)、弥永真生・ジュリスト第一三六四号五〇頁(二〇〇八年)、日下部真治・金融・商事判例第一三〇七号二〇頁(二〇〇九年)、黒野葉子・金融・商事判例第一三一〇号二〇頁(二〇〇九年)、山田純子・ジュリスト第一三二七六号(平成二〇〇九年重要判例解説)一二七頁(二〇〇九年)、山田知司・別冊判例タイムズ(平成二〇〇九年主要民事判例解説)一四八頁(二〇〇九年)、絹川泰毅・最高裁判所判例解説民事篇(平成二〇〇年度)一一二頁(二〇〇一年)などがある。

また、吉本健一『レクチャー会社法』一一頁(中央経済社、二〇〇八年)、前田庸『会社法入門(第二版)』七頁(有斐閣、二〇〇九年)、柴田和史『会社法詳解』一一頁(商事法務、二〇〇九年)、宮島司『新会社法エッセンス(第三版補正版)』一四頁(弘文堂、二〇一〇年)、稲葉威雄『会社法の解明』一三七頁(中央経済社、二〇一〇年)、加美和照『新訂会社法(第一〇版)』三三二頁(勁草書房、二〇一一年)、江頭憲治郎『株式会社法(第四版)』三二頁(有斐閣、二〇一一年)、神田秀樹『会社法(第一四版)』一三頁(弘文堂、二〇一二年)、江頭憲治郎『門口正人編集代表『会社法大系第一巻』一五頁(青林書院、二〇〇八年)「弥永真生」(以下、「会社法大系」として引用する)、酒巻俊雄Ⅱ龍田節編集代表『逐条解説会社法第一巻』一〇五頁(中央経済社、二〇〇八年)「森本滋」(以下、「逐条解説」として引用する)、江頭憲治郎編『会社法コンメンタール』一三二頁(商事法務、二〇〇八年)「江頭憲治郎」(以下、「会社法コンメ」として引用する)、江頭憲治郎Ⅱ中村直人編『論点体系会社法』二八頁(第一法規、二〇一二年)「遠山聡」など多数の学説が、会社は商法第四条一項により商人になるとする。

(9) 弥永・前掲注(8)五一頁、絹川・前掲注(8)一二七頁、宮島・前掲注(8)一五頁、会社法大系・前掲注(8)同頁

(10) 逐条解説・前掲注(8)同頁

(11) 会社法コンメ・前掲注(8)同頁、新基本法コンメ・前掲注(4)同頁

(12) このように解した場合には、さらに、会社法第五条と商法第四条二項との適用関係を検討する必要があるが生じよう。

通説は、会社法第五条により商法第四条二項を適用する余地または必要性がなくなったと思われ、この点について、商法第四条二項により「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業とする者または鉱業を営む者」は擬制商人とされるが、「そのような行為をすることを業とする会社も商人とみなされる」とする見解もみられる（郡谷大輔・細川充「会社法の施行に伴う商法および民法等の一部改正」商事法務第一七四一号三三頁（二〇〇五年）、三三三頁）。

(13) 商法第四条一項により会社の商人性を認めることについて、福原・前掲注(1)同頁は、「技術的には合理的であるが、固有の商人となるという点で、新会社法大系を構築した理論的意義が減殺されるように思われ、理論的に抵抗があるかもしれない。」とされ、伊藤・前掲注(1)三二頁は、「基本的商行為から商人概念を導き出す商法四条一項の趣旨とはそぐわない嫌いがあるが、会社を商人とする結論は動かせないことからすれば、立法の瑕疵を補うものとして、やむを得ないものと考えられる。」とされる。何れの見解も私見のような違和感を認知されているものと思われる。

(14) 神作裕之「会社法総則・疑似外国会社」ジュリスト第一二九五号一三四頁（二〇〇五年）、一三五―一六頁

(15) 例えば、笹本・前掲注(8)同頁は、「会社は当然に商人であると解される（形態商人）」とされ、柴田・前掲注(8)同頁は、「会社は当然に商人である（五条、商四条一項）」とされる。前者は、会社が会社という形態によって商人となるという趣旨であれば、私見も同旨である。他方、後者が会社法第五条と商法第四条一項を根拠条文として「当然に」と表現されるのであれば、法適用の操作を経てもなお当然性が認められるという考え方には賛成できない。

(16) 伊藤・前掲注(13)の引用部分

(17) シンポ・前掲注(4)同頁。藤田教授は、商人規定の適用のために、「会社は商人である」といった条文を置くことに賛成される。他方、本稿では、商法が商人概念および商行為概念をもって適用範囲を画するという基本的枠組みを維持するという前提に立ち、会社の商人性の根拠条文として、かかる規定の必要性を論じた。藤田教授は、これら

商法における商行為主義から商人主義への転換

の概念が「今後も統一的な法典を編纂する基本概念として有効か」を検討することの重要性を指摘される（藤田友敬「総論・商法総則・商行為法の現状と未来」NBL第九三五号二頁（商事法務、二〇一〇年）、一〇頁）が、実質的意義における商法という概念の存否を検討するためにも、現行法の立法主義を確認しておくことは有益であると思われる。

(18) なお、商人規定のうち、会社にも適用されるべき規定を類推適用するという手法もあり得るが、類推適用では法律の適用の安定性が害されることになろう。

### 第三章 商人主義への転換の意義

#### 一 商人主義への転換

会社法第五条は、会社の商人性を前提として会社の行為を商行為とする規定であり、前提となる会社の商人性をも内包して規定する。この私見が承認されるのであれば、会社法はすでに商人主義を採用していることになる。そして、「会社は商人とする」という規定が追加されることにより、会社法の商人主義が不動のものとなる。平成一七年改正前は、商事会社は固有の商人であり、民事会社は擬制商人であった。つまり、会社法（商法第二編）は、商行為主義を基調として、商人主義を採り入れた折衷主義を採用していた。昭和一三年改正前は商行為主義であったことを考え合わせれば、会社法は、昭和一三年改正により商行為主義から折衷主義に、平成一七年会社法により折衷主義から商人主義に転換したとすることができる。<sup>19)</sup>

商行為主義では、商人資格の基礎となる商行為を定める必要がある。しかし、そのことが同時に、商行為主義の致命的な欠陥となる。固有の商人は、商行為を基本行為とすることによって商人資格を取得する。商法は、絶

対的商行為（商五〇一条）と營業的商行為（商五〇二条）を列挙するが、その選定には客観的な基準がなく、恣意性を排除することができない。また、制定法の硬直性ゆえに、經濟の發展にともなう生ずる新たな種類の營業を包摂しえない<sup>20</sup>。この欠陥を克服するために、改正前商法は、商行為を基本行為としない会社を認め、それを擬制商人とし、その基本行為を準商行為とした。そして、民事会社を認めたことにより、会社の商人性は、その基礎を行為から主体へと転換することになった。商事会社と民事会社の共通項は、会社であって、商人であることである。そうであれば、会社を商人とすることで両者を統一的に把握することができ、その行為を商行為とすることで、商行為主義の欠陥を克服することができる。

他方、商法は、商人概念の定立について、折衷主義を維持する。商法四条の固有の適用対象は、個人および会社以外の法人（以下、「個人商人」と総称する<sup>21</sup>）である。これらの者について、「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營業を営む<sup>22</sup>」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。したがって、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、わが國の商法において、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<sup>23</sup>。その意味では折衷主義が維持されるが、經濟活動の主たる担い手となる企業主体は会社であることから、実質的意義における商法の基軸は商行為主義から商人主義に転換されたものといえよう<sup>24</sup>。

## 二 商人主義への転換の意義

（一）会社概念の変容 改正前商法の下では、会社は営利事業を行い、それによって得た利益を出資者である

商法における商行為主義から商人主義への転換

構成員に分配することを目的とする団体であると説明されてきた。

営利事業について、商社会社の対外的活動はその基本行為である商行為であり、商行為の営利性が会社の営利性の源泉となる。また、民事会社も、営利事業を営むことが目的であり、事業の営利性が会社の営利性に反映される。これに対して、商人主義へ転換するときは、会社という企業形態あるいは経営方式をもって、会社は商人となる。商人とは商法の規制対象となる主体という意味であり、営利性については無色である。したがって、商人主義の下で、商行為または営利事業を介在させずに会社の事業の営利性という概念を維持するためには、別の論理や根拠を探求する必要があるが生じる。そして、その結果として、事業の営利性が会社の本質的な要素ではなくなる可能性もあるのではないだろうか。<sup>(25)</sup>

他方、利益の構成員への分配は、利益配当または残余財産分配という形式をとる。会社法は、株式会社について、株主に剰余金分配請求権および残余財産分配請求権の双方を付与しない定款の定めを無効とする（会一〇五条二項）。また、持分会社でも、社員は会社に対して利益の配当を請求することができ、残余財産の分配を受ける（会六二一条一項・六六六条）。これに対して、一般社団法人では、社員に剰余金分配請求権または残余財産分配請求権を付与する定款の定めを無効とする（一般法人二一条二項）。両者の対比から、利益の分配構造を有するという点では、会社はなお営利性を維持しているといえる。しかし、会社法は、会社自治によって株主に剰余金分配請求権を付与しないことを認めており、この意味での営利性がなお会社の本質的な要素であることに疑問がある。<sup>(26)</sup>

会社法は、会社の概念を定義しておらず、営利性の要請もない。そこで、社団性とともな営利性も消極的に評

価すれば、会社は、「会社法にしたがって設立された法人」と定義されることになろう。

(二) 会社法と商法総則の適用関係 会社法第五条において会社が商人とされる場合には、商法四条を会社に適用する必要がなくなる。また、商法第一条から第一〇条までの規定のうち、第二条（公法人の商行為）は、私法人である会社に適用がないことは自明である。第三条（一方的商行為）は商行為に適用される規定であり、その主体に適用されるものではない。第五条（未成年者登記）および第六条（後見人登記）は、明らかに自然人についての規定であって、会社には適用されない。第七条（小商人）の規定も会社には適用がない<sup>27)</sup>。したがって、商法第一編第二章（商人）のすべての規定が会社に適用されないことになり、同第三章（商業登記）も会社には適用されない。その結果、商法総則の規定のうち会社に適用されるのは、第一条一項のみとなる。同項は、「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」と規定し、商法と会社法とを接合させる機能を果たす。なお、同条二項は、法律の適用順序と商慣習の制定法改廃力を定めるが、会社法には適用されない。

以上のように、会社法第五条により会社が商人とされる場合には、商法第一条一項のみが会社に適用されることになり、会社法と商法総則との適用関係が簡明に整理される。

(三) 会社法と商行為法との適用関係 商行為法についても、会社法第五条により会社が商人とされれば、商行為一般に適用のある規定と商人に適用のある規定の双方が会社に直接適用されることになる。ただし、個人商人にのみ適用される規定が会社に適用されないことは言うまでもない。前述のとおり、個人商人については商行為主義を維持せざるを得ない。したがって、商法四条一項との関係で商法第五〇一条と第五〇二条を残置する必

要があるが、この二か条は会社には適用されない。また、商法五〇三条も元來、固有の商人の付屬行為に適用されるべき規定であつて、会社には適用されない。そもそも、付屬的商行為は基本的商行為に対する概念であり、商行為主義の産物であるから、商人主義の下では、独立した概念として維持する必要性はない。

しかし、現行法の問題として、商法第五〇三条と会社法第五條の適用關係については見解の分かれるところである。付屬的行為の商行為性について、会社法第五條が商法第五〇三条一項と同旨の規定を置くため、同項は会社には適用されないとするのが多数説であると思われる<sup>(28)</sup>。他方、同条二項の付屬的商行為の推定規定は、会社法第五條には定めがないため、会社に適用されるのか否かが問題となる。最高裁判例はこれを肯定するが、学説は肯定説と否定説とに分かれる<sup>(29)</sup>。

商法第五〇三条二項は、「商人の行為は、その營業のためにするものと推定する」と定める。従来から、通説は、会社は生まれながらの商人であり、一般個人のような私生活はないから、その行為は、事業としてする行為でなければ、すべて事業のためにする行為であると解してきた。したがつて、会社の対外的な行為はすべて商行為となるから、付屬的商行為の推定規定は会社には適用されない。これに対して、会社も社会的実在として存在し、かつ活動しているかぎり、營業生活以外に一般社会人としての生活領域が存在しうること理由として、商法第五〇三条二項の規定を会社に適用する余地を認める学説がある<sup>(30)</sup>。この通説と少数説の対立は、あるいは次元を異にするのではないという疑問がある。通説は、商法の適用対象としての商行為概念という観点に立つのではないかと思われる。すなわち、商法は、その適用範囲を明確に画するために、商人および商行為という概念を用いる。民法との境界画定のための概念であることを重視すれば、会社の行為の商行為性は明確に定められること

が望ましい。したがって、会社の行為はすべて商行為であり、付属的商行為の推定規定は個人商人にのみ限定的に適用される。このような画一的な考え方は、商人資格の取得時期をめぐる議論でも見られるところである。会社は生まれながらの商人であって、その成立とともに商人資格を取得する。開業準備行為の付属的商行為性が問題とされないのは、会社には一般社会人としての生活領域はないと認識されるからである。他方、少数説は、定款所定の目的による会社の権利能力の制限が実質的に放棄されたことから、会社の事業と関係の薄い行為も会社の行為となることを背景として、会社の事業のためにする行為かどうかを基準に、その行為の商行為性を判断するように観察される。<sup>(31)</sup>このアプローチは、会社の行為の実質を捉えて適用法を決定しようとするが、境界画定の明確化という商行為概念の存在意義は意識されていないように思われる。少数説に対して、通説は、会社の支出はすべて事業に関するものとして商業帳簿の記載事項となるから、広い意味での営業生活に属するものと解して徹底をはかるべきであると反論する。この反論の趣旨も境界画定の明確化にあるものと解される。

また、会社法第五条が、単に「会社の行為は商行為とする」と規定せずに、「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」と定めていることは、これら以外にも会社の行為があることを含意するという見解がある。<sup>(32)</sup>したがって、会社法において通説の立場をとることは、第五条の文理上、無理があるとされる。<sup>(33)</sup>しかしながら、会社法第五条は、従来の商行為主義に則り、会社の行為を基本行為と付属行為に分けて規定したと理解すれば、従来の議論に何ら影響を与えるものではなく、規定の文言が第三の行為の存在を示唆することにはならないはずである。他方において、会社法第五条は、商法第五〇三条一項の内容を取り込むが、同条二項と同旨の規定は置いていない。そのことから、規定の形式上、会社法は、会社には付属的商行為の推定規定を適用しない趣

旨であると解釈することができる。<sup>(34)</sup> 明文をもって商法五〇三条一項の規定内容を取り込む一方で、同条二項については商法第四条一項を介して会社に適用させるというのは不自然であり、技巧にすぎない。<sup>(35)</sup> なお、この点について、前記最高裁判決は何ら言及せずに、商法第五〇三条二項を会社に適用した。私見では、境界画定の明確化という商行為概念の意義と規定形式の二点から、会社法の下でも従来通説が維持されるべきであると考えられる。<sup>(36)</sup>

ところで、商人主義に立てば、この問題は一掃されることになる。商人主義の下では、会社は、その企業形態あるいは経営方式をもって商人とされ、会社の行為は、商人の行為として商行為となる。したがって、会社の事業との関連性を基礎として、会社の行為の商行為性を判断する必要はなくなる。<sup>(37)</sup> 付属的商行為の推定規定が会社に適用されるかどうかの問題も解消され、会社法についても通説の立場が貫徹されることになる。このことを明確にするために、立法論として、商法第五〇一条ないし第五〇三条を商法総則に移動させ、商法第四条の直後に配置するとともに、会社法第五条の法文を「会社の行為は商行為とする」と修正することが検討に値するであろう。なお、ここにいう「会社の行為」とは対外的な行為を意味し、会社の組織法的・団体的行為を含まないことは従前のおりである。

(19) 明治三二年商法第四条は、固有の商人のみを定めていた。その後、明治四四年改正商法が、商法第四二条二項を新設して、民事会社を会社とみなす旨の規定を置いた（この規定は、昭和一三年改正により商法第五二条二項となる）。そして、明治四四年改正以降、民事会社が商人であるか否かについて疑義が生じていたので、昭和一三年改正商法は、第四条二項を新設して、民事会社を擬制商人とした。このような経緯から、昭和一三年改正を商行為主義から折衷主義への転換点とした。

(20) 大隅健一郎『商法総則(新版)』(法律学全集二七)八九頁(有斐閣、一九七八年)

(21) 私法人では、一般社団法人・財団法人、公益社団法人・財団法人、特定非営利活動法人(NPO)は、収益活動を行うことができるので、その限りにおいて商人資格を取得する。他方、中間法人(特別法上の法人)は、根拠法に定める事業には営利性がなく、またそれ以外の事業を営むことは禁止されるので、商人性とはなりえない。また、公法人は、営利事業を営むときは、その限りにおいて商人となり、原則として商法の適用を受ける(商二条)。

(22) 大隅・前掲注(20)同頁

(23) 商法第三編(海商法)において、船舶は、「商行為ヲ為ス目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スルモノ」と定義される(商六八四条一項)。しかし、船舶法第三五条が商行為を目的としない航海船に商法第三編を準用する旨を定めており、船舶の定義においても商行為性を維持する必要性は失われている。

(24) 商法典の適用範囲を商人概念および商行為概念で画する場合には、商人概念を再考すべきことが指摘される(藤田・前掲注(17)七頁)。また、「個々の法律関係ごとに商人概念を構築することが、要件と効果の適切な対応を図るために、立法論としては検討されてもよい」という見解もある(弥永真生「商人概念」法学教室第二一六号七頁(有斐閣、一九九八年)、一〇頁)。

(25) そうであるとする、会社の行為を商行為として、商法を適用することの意義を再検討する必要も生じよう。現在、民法債権法の改正が検討されているが、仮に商行為法第五〇四条以下の総則および商事売買の規定の一部が民法に移され、残りの規定が廃止されると、会社の行為を商行為とする実質的な意義が失われよう。そのようなことを視野に入れると、商法は、商人概念と商行為概念の再編を迫られているとの感を強くする。

(26) 稲葉・前掲注(8)一三五頁は、「会社を持続的な組織と捉えるならば、残余財産請求権さえ認めれば、会社(営利法人)だとすることは、問題がないわけではない」とされる。

(27) 旧商法中改正法律施行法第三条は、「小商人トハ資本金額五十万円ニ滿タザル商人ニシテ会社ニ非ザル者ヲ謂フ」と規定していた。同法は、会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律(平成一七年法律第八七号)により廃

商法における商行為主義から商人主義への転換

六九

止されたが、それに代わる商法施行規則第三条は、営業の用に供する財産につき最終の営業年度に係る貸借対照表に計上した額が五十万円以下の商人を小商人とする。なお、ここにいう「商人」は会社を含まない（同規則一条）。

(28) ただし、商法五〇三条が会社に適用されるといふ立場からは、会社法第五条のうち「事業のためにする行為」といふ部分は本来なくても足りるはずのものであるとされる（会社法コメン・前掲注(8)一三二頁、新基本法コメン・前掲注(4)同頁）。

(29) 最二判平成二〇年二月二二日・前掲注(8)。商法第五〇三条二項の会社への適用を肯定する見解として、弥永・前掲注(8)、日下部・前掲注(8)、絹川・前掲注(8)、会社法コメン・前掲注(8)一三二頁、否定する見解として、鈴木・前掲注(1)一八五頁、伊藤・前掲注(1)などがある。なお、逐条解説・前掲注(8)同頁は、商法第五〇三条二項の会社への適用を肯定するとしても、個人商人の場合とは判断基準が異なり、この規定を適用する積極的理由はないとする。

(30) 学説の状況については、拙稿・前掲注(1)

(31) 伊藤・前掲注(1)三四頁

(32) 逐条解説・前掲注(8)一〇五頁

(33) 絹川・前掲注(8)一二七頁

(34) 黒野・前掲注(8)二三頁は、「会社法の条文それ自体から、会社の行為につき商法五〇三条二項の適用があるのか否か明確に解釈することができない」とされる。

(35) 商法第五〇三条の会社への適用について、①同条全体が会社に適用される（前掲注(28)）、②同条二項のみが会社に適用される（絹川・前掲注(8)一二六頁、逐条解説・前掲注(8)同頁）、③同条全体が会社には適用されないとはいふ三つの考え方があり得る。

(36) 私見では、同じ理由から、商法第五〇一条から第五〇三条は会社には適用がないと解釈される。

(37) 伊藤・前掲注(1)三五頁

## 第四章 おわりに

本稿では、会社法第五条の規定内容およびその解釈論を手掛かりとして、実質的意義における商法が商行為主義から商人主義に転換したという仮説の検証を試みた。まず、会社法第五条は、会社が商人であることを前提として、会社の行為を商行為とする規定であることを述べた。沿革的には、商行為法の規定を会社の行為に適用するための技術的な規定であるとしても、会社法第五条が実体規定として会社の行為を商行為とする以上、その理論的な根拠を説明することが必要である。次に、その法文上の根拠について、「会社法第五条は、会社の商人性を前提として会社の行為を商行為とする規定であり、前提となる会社の商人性をも内包して規定するという」と解釈を提示した。現行会社法の解釈としては、批判のあることが想定されるが、これ以外に解釈のしようがない。そこで、会社法第五条の立法論として、「会社は商人とする」という項を追加することを提案した。なお、商人規定の適用関係については、前述の解釈が承認されるのであれば、商人規定が会社に直接適用されることになる。ただ、私見を率直に述べれば、会社法が商人主義を採用することはすでに意識されていた事柄であると思われる。会社は商人主義を採用した。その結果、実質的意義における商法全般において、その基軸が商行為主義から商人主義に転換された。しかし、そのことがどのような意義を持つのだろうか。本稿はこのような指摘があることを想定して、商人主義への転換の意義を考察対象としたが、本来中核に置かれるべき事柄について検討が不十分であることを自覚している。まず、立法主義の転換が会社の概念に変容をもたらすのではないだろうか。商法は、商人と商行為という二つの概念をもってその規制対象とする。本稿で論じた立法主義は、この二つの概念の定立

商法における商行為主義から商人主義への転換

にかかわるものである。商行為主義は、商行為たる行為を定め、それを業とする者を商人とする。商人主義は、企業形態や経営方法に着眼して一定の者を商人とし、商人の行為を商行為とする。このような形式的な方法論の転換が会社の実質を変容させることはないのかという問題意識に基づいて、営利性が会社の本質的な要素でなくなる可能性に触れた。

他方、商人主義への転換により、会社法と商法総則および商行為法との適用関係は簡明になる。商法総則では、商法第一条一項だけが会社に適用され、商法と会社法とを接合させる機能を果たす。また、商行為法については、会社が商人であり、会社の行為が商行為となることから、商人に適用される規定も、商行為に適用される規定も、会社に直接適用されることになる。しかし、商行為法の将来像は不透明である。とくに、商行為法第一章および第二章が解体され、一部は民法債権法に移設され、残部は廃止されるような事態となったときに、なお立法主義を議論する必要性が残存するのであろうか。<sup>(38)</sup>あるいは、そのときには、商法総則は商行為主義に立つ個人商人のための組織法であり、会社法が商人主義に立つ会社のための組織法であることが確立されるのかもしれない。

(38) 藤田・前掲注(17)は、この問題を論じており、示唆に富む。

## Transition from “Shokoui-ism” to “Shonin-ism” in the Substantial Commercial Law in Japan

Takashi AIHARA

The Japanese Commercial Code (“Code”) applies to the business entities (“Shonin”) and transactions (“Shokoui”). The legislative ways to define the Shonin and the Shokoui are mainly two. One is to define the Shonin as those who conduct as its business one of the Shokoui enumerated separately. This way is called as the “Shokoui-ism”. The other is to directly define the Shonin itself without using the Shokoui and define the Shokoui as transactions conducted by the Shonin. It is the “Shonin-ism”. The Code principally adopts the “Shokoui-ism” and supplementarily the “Shonin-ism”.

As the Code included the provisions of company law as its Chapter 2 before the 2005 amendment, the company law also adopted principally the “Shokoui-ism”. In 2005 the Company Law (“Law”) was enacted as an independent law from the Code. The article 5 of the Law provides that the transactions which a company conducts as and for its business are the Shokoui. As to the point whether the company is the Shonin or not, however, the Law provides nothing and the issue can be found on the legislative ways above mentioned.

The recent judgment of the supreme court of Japan and the view of many scholars are that the company is the Shonin because it conducts the Shokoui. They keep the position of Shokoui-ism under the Law. However, they do not logically explain the reason why the transactions conducted by the company become the Shokoui. On this point we can take a view that the company is the Shonin and therefore its transactions become the Shokoui. The aim of this article is to examine this argument and its conclusion is that it is implicated in the article 5 that the company is the Shonin. That is, the Law has not adopted Shokoui-ism but Shonin-ism.

At present the Code keeps Shokoui-ism and the Law adopts Shonin-ism.

As the main entity of modern economic activities is a company, it can be said that the transition from Shokoui-ism to Shonin-ism in the substantial commercial law in Japan is recognized.

論

説

七  
四