

日本私法学会シンポジウム資料  
商法の改正

報告 I

総論：商法総則・商行為法の  
現状と未来

東京大学教授  
藤田友敬  
Tomotaka Fujita

目次

- |                     |                  |
|---------------------|------------------|
| I はじめに              | 4 消極的日和見主義       |
| II 商法典の現状           | 5 積極的破壊主義        |
| 1 独立法典化による商法典の空洞化   | IV 商法典を維持した上での改正 |
| 2 商行為法の空洞化：債権法改正の影響 | 1 商人・商行為概念       |
| 3 商法総則の総則性の喪失       | 2 商法総則           |
| III 商法典の将来像をめぐる立場   | 3 商行為法           |
| 1 総説                | V 商法典の解体・廃止      |
| 2 伝統的楽観主義           | VI むすび           |
| 3 革新的帝国主義           |                  |

I はじめに

商法典中の商法総則・商行為法のあり方が急激に変貌しつつある。本シンポジウムは、商法典が今後いかなる形をとるべきかという問題と、現在の商法総則および商行為法に置かれている規定の内容に関し、どのような改正がなされるべきかという問題を考えるものである。本報告は、このうち前者を扱う<sup>(1)</sup>。以下では、まず商法典の置かれている現状について簡単に概観し(II)、商法典の将来像に関するいくつかの見方に触れた上で(III)、商法典を維持したままでの改正(IV)および商法典の廃止の可能性(V)について検討したい。

(1) したがって、本報告は商法学の学問的方法論を扱うものではない。

II 商法典の現状

現在、商法典に起きている変化は、次のいくつかの動きの組合せによって生じている。

1 独立法典化による商法典の空洞化

第1は、会社法や保険法の制定にみられるように、商法典中の規定が外部の独立の法典に移される結果、商法典が空洞化していく動きである。このような現象が生じるのは、問題となっている法領域については、商人性、商行為性といった商法典を構成する基礎概念とは別の概念枠組みで整理したほうが法典を構成する論理がわかりやすく、逆に商人・商行為概念で適用範囲を区切ると、規制が断片化し無用な準用が必要になるからであろう。

保険法を例にとるなら、平成20年改正前商法第3編第10章に置かれていた諸規定は、営利の目的をもって反復継続して保険取引を行う者との関係でのみ適用される規制というよ

りは、保険契約（営利保険か否かを問わず）に関する一般的なルールというべきものであった。このことは平成20年改正前商法の規定が、相互保険に準用されていたことに示されている<sup>(2)</sup>。保険契約法の内容を現代化する場合には、商人の提供する営利保険に関する契約法的ルールとしてまとめるよりも、保険という技術を用いた金融商品（相互保険や共済も含む）についての契約法的ルールとするほうが合理的である<sup>(3)</sup>。同様のことは会社法についても当てはまる<sup>(4)</sup>。このように商法典を機能的に多数の単行法へと独立分離させることを支持する者は昔から少なくない<sup>(5)</sup>。

- (2) 平成20年改正前商法664条・683条1項。  
 (3) 商法全体を貫く原理よりも保険契約（営利保険か否かを問わず）を貫く原理のほうが強く、そちらのほうが明確な立法の指針となり得るからである。契約に関する一般法の特則としての保険契約法の必要性やその性格についての理論的な検討として、山下友信『保険法』（有斐閣、2005）58頁以下を参照。保険契約に関しては、商法典を持つ、持たないにかかわらず、独立の法典という形で規制する国が少なくない（ドイツ、フランス、スイス等）。  
 (4) 組織法の規律については、当事者が「会社」という組織形態を選択した場合に一律に適用される法典として統合して整理したほうがわかりやすい。平成17年改正前も、商法第2編の諸規定は、商行為を業としない民事会社に適用されていた（平成17年改正前商法4条2項・52条2項）。会社法制定の際にも、商行為を業とするか否かで区別して規制する必要はないと説明されている（相澤哲編『一問一答 新・会社法〔改訂版〕』（商事法務、2009）23頁）。  
 (5) たとえば、松本丞治『商法改正要綱解説』同『私法論文集 続編』（敎松堂書店、1938）25頁、27頁、鈴木竹雄『商人概念の再検討』同『商法研究 I 総論・手形法』（有斐閣、1981）95頁、101頁参照。

## 2 商行為法の空洞化：債権法改正の影響

第2は、債権法改正（民法（債権法）の現代化）<sup>(6)</sup>により、商行為の諸規定が受ける影響である。これには2つの異なる内容がある。まず商行為法の規定の一部について、商人あるいは商行為といった要件を外すことで一般法化し、民法に取り込むことが提案されてい

る。たとえば、対話者間、隔地者間における契約申込みの効力に関する商法507条や508条1項はその典型である<sup>(7)</sup>。これらは、「民法の商化」と呼ばれてきた現象にほかならない<sup>(8)</sup>。単純に一般法化するのではなく、「事業者」、「事業者が経済事業の範囲内で行う場合」といった要件を課した上で民法に規定を移すことが提案されているものもあるが<sup>(9)</sup>、これらは民法の商化とは異なった面もある<sup>(10)</sup>。商法典の商行為総則は、本来の意味での総則的性格が希薄な断片的規定の寄せ集めであったが、その傾向がさらに進むことになる<sup>(11)</sup>。商事売買の規定も同様である。

次に、有価証券に関する諸規定<sup>(12)</sup>が民法に移され、指図債権の規定と統合整理して規定される予定である<sup>(13)</sup>。商法の商業証券に関する規定と民法の指図債権・無記名債権等に関する規定との関係を整理・統合することには異論なからうが<sup>(14)</sup>、規定を民法典中に置く理由は、「有価証券に係る権利義務関係は商人および商行為という商法の適用範囲を画する概念と不可分ではない一般的なものである」ことに求められている<sup>(15)</sup>。有価証券に関する規定の体系的な位置付けについてかねてから議論があり、評価は分かれるかもしれない<sup>(16)</sup>。なお、特定の企業活動との関係で用いられる有価証券（たとえば、運送営業との関係で用いられる貨物引換証や船荷証券）についての固有の規律は、商法あるいは特別法における特則が維持され、債権法改正の影響は受けることはない<sup>(17)</sup>。

- (6) 「債権法の現代化」の内容は、まだ最終的に確定しているわけではない。以下では、「債権法改正の基本方針」（民法（債権法）改正検討委員会、2009）で提案されている内容を前提に論を進めることにする。なお債権法改正によって商行為法が受ける影響に関しては、商行為法WG「商行為法に関する論点整理」（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)』（商事法務、2010）449頁以下に収録）も併せて参照されたい。  
 (7) 「債権法改正の基本方針」【3.1.1.17】<1>は507条と同内容である。同【3.1.1.16】<1>は、承諾の期間を定めなかった契約申込みが、「相手方はもはや承諾しないだろうと申

込者が考えることが合理的な期間」の経過とともに効力を失う旨の規定を提案する。商法508条1項の文言と若干表現は異なるものの(「相当の期間」で効力を失うとする)、実質的には同趣旨に解釈できることから、同条は削除されることが予定されている(同【3.1.1.16】提案要旨3参照)。その他の一般法化の例として、商法520条(同【3.1.3.08】<2>)がある。

- (8) 民法の商化に関する先駆的な文献として、松本丞治「行為ノ自由ト商法」同『私法論文集』(巖松堂書店、1925)147頁、田中耕太郎「『民法の商化』と商法の自主性」同『商法学一般理論(田中耕太郎著作集第7巻)』(春秋社、1954)149頁参照。
- (9) 事業者概念で制限を加えて一般法化する例として、商法510条(「債権法改正の基本方針」【3.1.1.20】)、516条1項(同【3.1.3.08<1>】)、524条(同【3.2.1.36】)、525条(同【3.2.1.26】)、526条(同【3.2.1.19】)がある。事業者概念については、同【1.5.07】参照。「経済事業」によってさらに絞りをかけて一般法化する例として、商法511条1項(同【3.2.13.07】<3>)、511条2項(同【3.1.7.13】<2>)、512条(同【3.2.8.04】)、513条1項(同【3.2.6.02】<2>)、593条(同【3.2.11.04】<2>)がある。経済事業概念については、後述注(45)およびそれに対応する本文参照。
- (10) 「事業者」「経済事業」という限定を付した上で一般法化は、民法の商化の例というよりは、商人概念をめぐる現行法の解釈に対する批判と理解すべきものである。後述Ⅳ1参照。
- (11) 旧商法(明治23年法律32号)では商行為総則は131条あったところ、現在では22条に減少している。仮に「債権法改正の基本方針」どおりの改正がなされれば、残される条文は10条程度になる。
- (12) 商法516条2項、517条~519条。なお501条4号は削除されることになろう。
- (13) 「債権法改正の基本方針」【3.1.5.A】~【3.1.5.20】。
- (14) この点は民法学者からもかねてから指摘されてきた。我妻栄「新訂 債権総論」(岩波書店、1964)555頁(「証券的債権ないし有価証券については、統一的な研究の下に、統一的な規定を設ける必要がある」)。
- (15) 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Ⅲ 契約および債権一般(2)』(商事法務、2009)342頁(【3.1.5.B】解説1)参照。
- (16) この問題は、手形法・小切手法の商法における位置付けという角度から議論されてきた。いわゆる商法企業法説からは、企業に特有の法ではない手形法・小切手法を商法の範疇から除外するのが論理的に思われる(たとえば、

西原寛一『日本商法論 第1巻〔改版〕』(日本評論社、1950)227~229頁、石井照久=鴻常夫『商法総則(商法I)〔第3版〕』(勁草書房、1975)16~17頁、大隅健一郎『商法総則〔新版〕』(有斐閣、1978)38~39頁、服部栄三『商法総則〔第3版〕』(青林書院新社、1983)12~13頁)。ただし、商法企業法説の論者の中でも、手形法・小切手法の扱いに関する態度はさまざまである(商法に属するとするものとして、鈴木竹雄「商法の企業法的考察の意義」同『商法研究I』(有斐閣、1981)29頁、34~35頁、竹内昭夫「企業法の地位と構成」同『現代企業法講座 第1巻』(東京大学出版会、1985)1頁、23頁)。手形法の位置付けについて、見解が分かれる理由については、上柳克郎「商的色彩論について」同『商事法論集』(有斐閣、1999)3頁、39頁以下も参照されたい。もともと、いわゆる実質的意義の商法(学問の対象としての商法)の範囲として論じられている場合には、立法論には直結せず、各論者が「債権法改正の基本方針」をどう評価するかははっきりしない。

- (17) 民法(債権法)改正検討委員会・前掲注(15)342~343頁(【3.1.5.A】解説2および【3.1.5.C】解説2)。

### 3 商法総則の総則性の喪失

平成17年商法改正および会社法の制定後も、会社は商人であると解されており<sup>(18)</sup>、また会社が事業としてあるいは事業のために行う行為は商行為である(会社法5条、商法503条)。しかし、商法総則とほぼ同一内容の規定が会社法第1編に置かれることとなった。このため商法典の第2編以下が、会社を含めたすべての商人に適用されるのに対して、第1編の総則は、個人商人および会社以外の法人である商人のみに適用されるものとなった。実質的には、会社法総則が商法総則とほとんど同じ規定を置き、両方で商事全体をカバーするため、平成17年改正前と大きく実体が変わったというわけではないかもしれないが、少なくとも法典の形式という点では、商法総則の商事に関する通則としての性格(総則性)は弱められるに至った。

(18) 最二判平成20・2・22民集62巻2号576頁。



## 商法典の将来像をめぐる立場

### 1 総説

商法典において現在起きつつある現象を、われわれはどう受け止めるべきであろうか。基本的には、Ⅱでみた現象は、いずれもあるべき方向の変化である。商人・商行為よりも、別のキーワードでまとめて法典化したほうがわかりやすいルール群があるなら、そういうものはさらに独立させていけばよいし<sup>(19)</sup>、同様の現象が国を問わず生じてきたことは、古くから指摘されてきた<sup>(20)</sup>。また民法の商法の現象に反対すべき理由もない。そうなることと商法典の空洞化が進むことは当然の成り行きということになるが、これに対して論理的にはいくつかの反応が考えられる。

(19) たとえば「商法第3編海商」は、非商船への適用がある(船舶法附則35条)ことからわかるように、「海事」に関するルールとして、商法典から独立させてもおかしくない内容である。また商法典中の運送の規定は、国際条約やその国内法化である特別法と統合して、運送法に関する包括的な法典とすることも考えられる。

(20) 田中・前掲注(8)172頁以下参照。

### 2 伝統的楽観主義

第1は、伝統的楽観主義とでもいうべき態度である。企業が次々と新しい技術・制度を作り出していく以上、企業法もそれに対応したより新しい法原則を生み出していく、したがって、商法は消えてなくなるわけではないという考え方である。かつて「民法の商化」に対する商法学者の反応としてみられた<sup>(21)</sup>。民法・商法の関係は、氷河の下流と上流にたとえられるべきものであって、下流においては溶けゆく氷が一般の沈殿物と一緒にいるが、上流においては不断に新しい万年雪が形成されていくというゴールドシュミットの比喩的表現<sup>(22)</sup>がしばしば言及される。

こういう認識に立つとすれば、新たな活動の私法的側面を適宜加えていくことで、充実

した内容の商法典は存続できるはずであり、われわれがなすべきは、加えるべき新たな活動を探し適切に条文化することだということになる。

伝統的楽観主義の問題は、これが果たして現実認識として正しいかどうかという点にある。現在、商行為法の領域でつけ加えるべき新たな営業あるいは契約類型がどのぐらい想定できるか、疑問が少なくない。

(21) 典型例として、田中・前掲注(8)170頁参照。

(22) LEVIN GOLDSCHMIDT, UNIVERSALGESCHICHTE DES HANDELSRECHTS, Erste Lieferung, 1891, S.12.

### 3 革新的帝国主義

第2に、充実した内容の商法典を維持することができる点では同じでも、その方法を異にする立場がある。すなわち、商法を民法の特則ととらえる(私法的側面の規律に限定する)限り、もはや商法典の断片化は避けたいという認識のもと、企業活動に関する包括的な規律——たとえば、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る<sup>(23)</sup>。法典編纂の方法論を革新することで、従来異なる原理を持つ法分野と思われてきた領域を新たに吸収し、大法典としての商法の版図を拡大せんとするわけである。フランスの2000年商法改正<sup>(24)</sup>は、このような立場を実現したものとみることができる。

この立場の問題点は、商法典がいわば「企業活動に関係する諸規制」と化し、一体化する必然性のない諸規定の寄せ集めになり、かえって法典の性格や規律の理念がみえなくなる危険があることである<sup>(25)</sup>。

(23) こういう構想は古くからみられる。「企業法体系試案」(西原・前掲注(10)221頁以下)参照。ただし、学問的体系論であり、この内容に沿った立法を求めるものか否かは不明である。

(24) 2000年改正法の紹介としては、島山恭一「商法典の法律の部に関する二〇〇〇年九月一八日のオールドナンス第二〇〇〇—九一—二号」日仏法学 23号(2004) 255頁がある。これ以前のフランスは、商法典の内容が空洞化

する脱法典化 (décodification) が進んでいた。フランスにおける商法典の歴史とそれを踏まえた2000年改正の位置付けについては、笹岡愛美「フランスにおける『商法典』」本号59頁以下参照。なおフランス商法典のうち、日本の商法に対応する部分の内容については、松井智予「フランス商法典の概観——日本商法典と比較して」本号70頁以下参照。

(25) フランスにおいても、2000年商法典に対しては批判があることについて、笹岡・前掲注(24)67頁参照。

#### 4 消極的日和見主義

第3に考えられるのは、商法典の空洞化が進むことは必然の成り行きであるとすれば、それに抗う理由もなく、無理に商法典を拡充させたりする必要はないとしつつ、現段階で商法典の全体構造を大きく改変することもせず、当面様子見に徹するという態度である(商法典それ自体の構造を大きく崩さない範囲で、問題のある規定を改正することまで否定するわけではない)<sup>(26)</sup>。

(26) ドイツの1998年商法改正は、商人概念を変更したものの、より基礎的・包括的な商法改正は断念した。その理由は、ヨーロッパ法の新たな発展を待つために、ドイツが国内的に独走すべきではないということにあったようである(大山俊彦「改正後のドイツの商人概念について」同「企業形成の法的研究」(信山社出版、2000)1頁、7~8頁)。これは、ヨーロッパ特有の動機が混じっているが、ここでいう消極的日和見主義の立場に近い。

#### 5 積極的破壊主義

最後に、商法典の空洞化を必然の成り行きであるとみた上で、もはや体系的な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<sup>(27)</sup>すべきであると考え者が出てきても不思議ではない。このような考え方は古くからあった<sup>(28)</sup>。これまで必ずしも多数の支持を受けてきたものとはいえないものの<sup>(29)</sup>、Ⅱでみたような現在の状況下において、改めて力を得ても不思議ではない<sup>(30)</sup>。「債権法改正の基本方針」は、「事業者」「経済事業」概念を用いた民法規定の導入を提案しているが、それは商行為総則の規定を民法に吸収してしまうテクニックとして

も理解することができるため、見ようによっては、この方向への第1歩と評価できるかもしれない。なお念のために付言しておく、これらの見解は、単純に商法の規定をすべてなくすことを主張しているのではなく、商行為総則の一部については商人間の特則を民法典中に置く、商行為中の営業に関する規律は各々の営業に関する法として独立させる、海商法も独立の法典とするといった形で、(全部ではないにせよ)商法の規定を実質的には存続させることを前提としていることに注意する必要がある<sup>(31)</sup>。

以上のいずれの立場に立つかによって、行うべきことは変わってくる。最初の2つの立場については、前述のような疑問があることから、以下では後2者の立場を前提にした場合の今後の課題を考えることにしたい。

(27) 「解体」の仕方にもいろいろなものが考えられる。商法典全体を廃止するか、それとも商行為編だけを解体するか、また条文を実質的に残す場合には、どこに移転させるか(民法以外にも、たとえば商業登記に関する規定を商業登記法に移す等)、いろいろなバリエーションがあり得る。

(28) 松本治浩「民商二法統一論」同「私法論文集」(巖松堂書店、1925)1頁、勝本正晃「商法典廃止論—民法の商化—」民商39巻4=5=6号(1959)419頁。

(29) 民商法統一論に対する批判として、西原・前掲注(16)42頁以下、田中耕太郎「改正商法総則概論」(有斐閣、1938)40~41頁、石井=鴻・前掲注(16)34頁、鴻常夫「商法総則〔新訂第5版〕」(弘文堂、1999)28~30頁。ただし多数説にならなかったとはいえ、そこで提起された問題が必ずしも十分に解消されたわけではない。積極的な提案に至らないレベルで、商法典の存在意義について一定の留保・疑義が示されることもあった。たとえば、服部・前掲注(16)50~52頁、龍田節「商法学のこれからの課題」法教100号(1989)102頁、浜田道代「民商法の区別は風前の灯火」本誌882号(2006)1頁も参照。

(30) 債権法の現代化との関係で商行為法を解体する方向があり得ることを示唆するものとして、内田貴「債権法改正と商行為法」ほうむ56号(2010)1頁、5頁以下参照。

(31) 細部は論者によって異なる。松本・前掲注(28)17頁以下、勝本・前掲注(28)440頁以下参照。



## 商法典を維持した上での改正

### 1 商人・商行為概念

仮に現在の体系を大きく崩さず商法典を維持するという前提で考える場合(Ⅲ4の立場に立つ場合)であっても、現在の規定をすべてそのままの内容で維持し続けるべきだということにはならない。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といった作業は行われるべきであろう<sup>(32)</sup>。

現在の体系を大きく崩さないとすれば、商法典の適用範囲は商人・商行為概念で画することになる<sup>(33)</sup>。ただ両者の関係および商人概念は再考の余地がある。従来、いわゆる主観主義、すなわち商行為を媒介とせず商人概念を定め、商人が業として・業のためにする行為を商行為とした上で、適用範囲を画するのが、立法論としては多数の見解であった<sup>(34)</sup>。「商人」を商行為から切り離し、絶対的商行為を廃止し<sup>(35)</sup>、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<sup>(36)</sup>といったことがその内容である。

こういう方向で商人概念を改正するとすれば、商人か否かの境界が不明確になり、相手方にとっての不確かさが増加することは避けられない。そこで主観主義への移行を提唱する従来の学説は、商業登記制度を通じ商人であることを公示させることを併せて提唱する<sup>(37)</sup>。その内容はあまり詳細に論じられていないが、以下のようなだろう。すなわち個人商人について商人である旨を登記事項とし、その結果、①ある者が客観的に商人である場合には、(a)その旨登記するまでは、商人である旨を善意の相手方に主張することはできない、(b)相手方はその者が商人である旨を主張することができるし、未登記の間は商人ではないと扱うこともできる、②ある者が客観的に商人ではない場合には、(c)商人である旨の不実の登記があれば、商人の側からは善意の相手方には商人性を否定できない、(d)登記がなければ商人の側から相手方にその旨を主張

することができる<sup>(38)</sup>、③特定の相手方とは無関係に商人に課せられる義務(たとえば、商業帳簿作成義務)は、ある者が客観的に商人であれば、登記の有無にかかわらず当然に課せられることになる。現行法の解釈として、商人資格の取得を、商人側からの主張と相手方からの主張で区別し、いわば対抗問題のように取り扱うことを疑問視する見解はあるが<sup>(39)</sup>、立法で商人資格を登記と結びつけることまで不可能と考える理由はないであろう<sup>(40)</sup>。

現行法の商人概念の今ひとつの問題は、それが不当に狭いのではないかという点である。すなわち判例は一貫して、協同組合、信用金庫等のいわゆる協同組織は商人ではないとしてきている<sup>(41)</sup>。仮に現行法の解釈としてはこのような結論を支持するとしても、立法論としては少なからず疑問がある<sup>(42)</sup>。「債権法改正の基本方針」では、「事業者」に加え「経済事業」という要件を課した上で一般法化を図ることが提案されているルールがいくつかある<sup>(43)</sup>。「債権法改正の基本方針」における事業者概念は、消費者に対応する概念であり、かつ個々の取引の性質・目的との関係で現れる流動的・相対的なものであることから、現行法における「商人」とは機能も性格も相当異なる。そこで「債権法改正の基本方針」は、商法に含まれるルールの一部については、さらに「経済事業」という要件を付した上で、取り込もうとしているのである<sup>(44)</sup>。「経済事業」とは、反復継続の事業であって、収支が相償うことを目的として行われるものと定義されており<sup>(45)</sup>、この要件が加えられると「商人」を適用要件にするのに実質的に近づくが、株式会社、個人商人に加え、協同組合、専門的職業活動を行う事業者、公益法人・一般法人等の活動(の一部)にも適用される<sup>(46)</sup>。

「債権法改正の基本方針」が、一定のルールについて「事業者」と「経済事業」の二重の絞りをかけて一般法化することの実体は、現在の狭い商人概念で適用範囲を画していることが立法論的には不当であるものについて、協同組織等にまで適用範囲を拡張するものと

理解し得る<sup>(47)</sup>。これは現行法における商人概念に関する厳格な解釈が、「民法の商化」が起きていない規定まで商法典の外に追いやってしまう結果を招いているということであり、本来は、商人概念の改正によって対処されるべき筋合いの話なのである<sup>(48)</sup>。

- (32) その中には平成17年商法改正の検証も含まれる。たとえば、代理商の定義(27条)の實質的変更(「取引ノ代理又ハ媒介ヲ為ス者」を限定していた「平常」の語が、改正後は「営業の部類」の修飾語となっている)、買主の買戻義務違反の効果(改正前526条1項を526条1項・2項に分けて規定した結果、受領後遅滞なく検査せず、その結果瑕疵を発見しなかった場合には買主の救済は影響を受けないかのように読める)、準商行為の廃止(改正前523条は4条2項の擬制商人のための規定として残すべきであった)といった問題点がある。もっとも最後のものは、後述のとおり商人概念が改正されれば不要となろう。
- (33) いわゆる商法企業法説の立場からも、「企業」概念によって商法典を再編成することが明示的・具体的な立法論として提示されているわけではない(たとえば、西原・前掲注(16)221~227頁、236頁以下参照)。商法企業法説に立ちつつ「企業」概念を基礎に立法することを批判するものとして、鈴木・前掲注(5)119頁以下参照。
- (34) 鈴木・前掲注(5)109頁以下、大隅・前掲注(16)89~90頁、鴻・前掲注(9)80頁注1、森本滋編『商法総則講義【第3版】』(成文堂、2007)29~30頁〔洲崎博史〕参照。
- (35) 鈴木・前掲注(5)111頁以下、西原寛一『商行為法【補訂版】』(有斐閣、1973)64~65頁、鴻・前掲注(9)84頁、竹内・前掲注(16)20頁、平出慶道『商行為法【第2版】』(青林書院、1989)36頁。
- (36) 松本丞治「商人の意義に関する立法主義」同『私法論文集』(厳松堂書店、1925)388頁、397頁(松本博士は民商二法統一論者であるが、商人概念の廃止は主張していない)、大隅・前掲注(16)90頁注1、鴻・前掲注(9)80頁注1。なおドイツ商法は、基本的商行為を例示列挙していたため、営業の内容(実質)をもって商人概念の基礎付けとしていた面があった。しかし1998年の改正によって、商行為概念に依存しない形の定義に改められた。同改正については、大山・前掲注(9)参照。
- (37) 鈴木・前掲注(5)135頁以下、大隅・前掲注(16)90頁注1、鴻・前掲注(9)80頁注1。
- (38) このケースについては、相手方に商人資格の判断のリスクを負わせているとの批判があるかもしれない。しかし、このようなリスク

- があることは現行法のもとでも同じである。
- (39) 商人資格の取得時期について、相対説・段階説と呼ばれる考え方(鈴木竹雄「判批」判民昭和6年度32事件、北沢正啓「商人資格の取得時期と開業準備行為の附屬的商行為性」鈴木古稀『現代商法学の課題(上)』(有斐閣、1975)195頁)に対して、商人であるか否かを対抗問題のようにとらえる点に向けた批判がある(弥永真生「商人概念」法教216号(1998)7頁、8頁、森本・前掲注(34)44頁〔洲崎〕、落合誠一ほか『商法I 総則・商行為【第4版】』(有斐閣、2009)37頁〔大塚龍児〕)。
- (40) なお1998年改正ドイツ商法においては、いわゆる任意商人(Kannkaufman)についてのみであるが、商人性と登記が結びつけられている。
- (41) 最二判昭和48・10・5判時726号92頁(信用協同組合)、最三判昭和63・10・18民集42巻8号575頁(信用金庫)、最二判平成18・6・23判時1943号146頁(信用協同組合)。
- (42) 協同組合等の商人性を否定することへの一般的批判として、岩崎稜「商法の適用範囲と商人概念」竹内昭夫=龍田節編『現代企業法講座 第1巻』(東京大学出版会、1985)45頁、103頁。現行法の解釈論として、一部の協同組織の商人性を肯定するものもある(たとえば、鴻常夫=矢沢淳『自習商法30問』(有斐閣、1964)32頁〔矢沢〕、服部・前掲注(16)244~245頁、鴻・前掲注(9)113頁)。
- (43) 前述注(9)参照。
- (44) 「債権法改正の基本方針」【3.1.1.06】提案要旨参照。
- (45) 「債権法改正の基本方針」【3.1.1.06】。
- (46) 「債権法改正の基本方針」【3.1.1.06】提案要旨参照。
- (47) 「債権法改正の基本方針」【3.1.1.06】に関する解説には、このような認識が明確に述べられている。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)25~27頁参照。
- (48) 仮にいわゆる協同組織等にも商法の適用があり得るように商人概念を改正し、かつ商法典は存続させるとするならば、これらのルールは商法典に置くべきことになる。

## 2 商法総則

現行の商法総則は、商慣習に関する規定や、営業能力の規定を除くと、商事に関する包括的な総則という性格ではない規定が多い<sup>(49)</sup>。現在の商法総則の諸規定は、企業活動を行う上で利用可能なツールや制度的インフラを提

供するという方針で、さまざまな制度のプロトタイプを用意する目的で置かれており、そこで用意された諸制度が必要に応じて適宜他の領域でも用いられる<sup>(50)</sup>ととらえるのが自然であろう(ただし、すべての規定がこの観点で説明できるわけではない<sup>(51)</sup>)。したがって、商人が企業活動を行う上で利用可能な制度的インフラとしての必要性・有用性という点から、規定の実質を再検討することが必要である(本シンポジウムにおける後藤報告参照<sup>(52)</sup>)。

(49) この点は古くから指摘がある(西原・前掲注(4)207~208頁)。

(50) 商法総則の規律の一部は、規定の準用あるいはコピーという形で、実質的には商人ではない者に対しても適用されてきた(たとえば、信用金庫法8条・35条の9・40条等)。そういう意味では、商法総則が用意してきたのは、商人だけに利用可能なツールや制度的インフラではない。

(51) たとえば商法1条等。

(52) 後藤元「商法総則——商号・営業譲渡・商業使用人を中心に」本号17頁以下。

### 3 商行為法

現行の商行為法は、(1)断片化した商行為総則、(2)商事的なアレンジメントに使われるフォーマット(商事売買、交互計算、匿名組合)、(3)「営業」についての私法的法律関係に関するルールの3つのグループに分けられる。

まず商行為総則は、債権法改正により一部が一般法化されることで、現在よりさらに断片化が進むことになる。現在のような形で存置するべきかも問われようが<sup>(53)</sup>、実質的な内容にかかわるところでは、一方的商行為に商行為総則の規定を適用することが適切か<sup>(54)</sup>、商事代理(非顕名代理)<sup>(55)</sup>、商事法定利率<sup>(56)</sup>、商事消滅時効<sup>(57)</sup>といった制度を存続させるのかといった点が検討されなくてはならない。

商事的なアレンジメントに使われるフォーマットのうち、商事売買については、商行為総則と同じ問題がある。もともと民法の規定に関する断片的な特則であり、債権法改正により一層その傾向が進むことになるため、現

在のような形で存置するべきかが問われる。これに対して、交互計算と匿名組合については、規定の内容を再検討する必要がある(本シンポジウム神作報告参照<sup>(58)</sup>)。

「営業」に関する私法的な規律として、現在は、仲立営業、問屋営業、運送取扱営業、運送営業、場屋営業、倉庫営業が規定されている。このうち仲立営業、問屋営業については、代理商と併せて取引仲介を業とする者と位置付け、規定の実質を再検討することになろう(本シンポジウム洲崎報告参照<sup>(59)</sup>)。運送については、現在国際運送と国内運送で規律が分断されたり<sup>(60)</sup>、また現在規制が欠けている部分があったりする<sup>(61)</sup>ことから、包括的な規律とすることが考えられる。仮に統合するとすれば、各種運送の適用範囲をそろえるために、独立の法典としたほうがよいかもしれない<sup>(62)</sup>。ただ独立の法典とするか否かにかかわらず、たとえば、国内海上運送や国内航空運送の規律を国際条約のルールにそろえるべきか、陸上運送については任意法規性を維持するか、複合運送に関する独自の規制が必要か等、運輸政策の実質にかかわる問題がある(本シンポジウム山下報告参照<sup>(63)</sup>)。場屋営業に関しては、そもそも宿泊施設、飲食店、競技場、床屋、スポーツクラブ等性格の異なるものを、多くの者が集まる場所といった抽象的な属性で1つの「業」ととらえ、寄託物に関する責任を規定することにはやや無理がある。宿泊機関の責任といった形で規律範囲を限定しつつ、業務内容にふさわしい、内容のある規定を置くべきであろう<sup>(64)</sup>(本シンポジウム山下報告参照<sup>(65)</sup>)。

(53) 仮に内容としては同じようなルールを残すとしても、商行為総則として商法典に一括して残すかどうか問題となる。後述注(6)およびそれに対応する本文参照。

(54) 一方的商行為規定に対する立法論的批判として、岩崎・前掲注(4)85頁。

(55) かつては立法論的な批判が有力であった。松本丞治『商行為法〔改版〕』(中央大学、1929)53頁、竹田省『商行為法』(弘文堂書房、1931)10頁、鈴木竹雄『新版商行為法・保険法・海商法〔全訂第2版〕』(弘文堂、1993)16頁注1、平出・前掲注(4)108頁。な

お商行為法WG・前掲注(6)450～451頁は、現在では同条に関する判例法理が確立されたこともあり、最近の学説では同条を廃止すべきであるという意見が多数を占めるともいえないしつつ、商取引の実務における非顕名代理の利用のあり方も明らかではなく、規定の合理性が実証されているわけでもないとして述べ、玉虫色の評価をしている。

- 60) 商事法定利率制度を疑問視する見解として、竹内・前掲注0034頁。より一般的な検討として、関俊彦「民事・商事法定利率制度論——固定法定利率制と変動法定利率制」法学44巻2号(1980)70頁参照。
- 61) 「商法改正要綱 第三編 商行為」(昭和10年12月法制審議会総会決議)第208では、商法522条の廃止が提案されている(法時8巻3号(1936)54頁)。商事消滅時効の廃止に賛成するものとして、西原・前掲注(3)144頁、平出・前掲注(3)29頁、竹内・前掲注(6)34～35頁。詳細な検討として、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 第5巻』(東京大学出版会、1985)43頁、58～61頁参照。
- 62) 神作裕之「交互計算・匿名組合——商行為法と金融法の交錯」本号27頁以下。
- 63) 洲崎博史「代理商・仲立人・問屋——取引仲介業の規整」本号38頁以下。
- 64) 国内海上物品運送が商法737条以下に、国際海上物品運送が国際海上物品運送法に、国際航空運送(旅客・物品)がモントリオール条約によって規律される。
- 65) たとえば、国内航空運送は特別の規律がなく、民法の一般原則が適用される。
- 66) 国際海上物品運送法やモントリオール条約は、適用範囲を商人に限っているわけではないから、そのまま商法典に吸収統合できるかという問題がある。
- 67) 山下友信「運送営業・倉庫営業・場屋営業」本号49頁以下。
- 68) 「債権法改正の基本方針」【3.2.11.19】は、このような方向での提案を行っている。
- 69) 山下・前掲注(3)58頁以下。そのような内容の立法例として、ヨーロッパ評議会によって1962年に採択された、「宿泊客の持込物品に関する旅館営業主の責任に関する条約(Convention on the Liability of Hotel-keepers Concerning the Property of Their Guests (ETS No. 041))」が参考になる。

## V 商法典の解体・廃止

商法典を廃止すべきであるという立場(Ⅲ5)に踏み切るか否かを考える際に重要な

は、商人・商行為概念(たとえⅣ1のような改正を加えるとしても)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、また商法典以外に適切な置き場所のない規定はないかという点である。

商法総則については、企業活動を行う上で利用可能なツールや制度的インフラの利用者の範囲の確定のために、商人概念が用いられている。しかし商業登記制度については、登記事項を規定することで登記義務者は自ずと定まるし、登記の効力は商人・商行為概念と無関係に定めることができる。営業譲渡についても、「営業」概念によって適用範囲を定めることもできよう。商号、商業使用人、商業帳簿等については、利用資格や作成義務を画する概念として、「商人」が有効そうにみえるが、問題はそれが商行為法の適用範囲を画する概念としても当然に適切かということである<sup>(66)</sup>。

商行為総則の規定については、実質的に残すべき規定はもはや多くは残っておらず、仮に商人・商行為概念によって適用範囲を画するルールが存在しても、民法に規定を移した上で、条文ごとに要件を工夫すれば、商法に規定しておく意味は大きくなきさうである<sup>(67)</sup>。この点は、「商事的なアレンジメントに使われるフォーマット」のうち商事売買の規定についても同様である(前述Ⅳ3参照)。

これに対して交互計算、匿名組合は、「債権法改正の基本方針」では、一般法化になじまないとされたものである<sup>(68)</sup>。もっぱら商人が用いるべきツールと考えられるからであろう。しかし、交互計算についていえば、やはりほとんど商事的な局面でしか利用されないであろう一人計算という制度が民法に置かれているのであれば<sup>(69)</sup>、商法典を廃止した場合に、適切な要件を付した上で、民法に移すことができないわけではない<sup>(70)</sup>。匿名組合については、もっぱら集団投資スキームとして使われている現在の利用実態からは、民法に規定を置くことに抵抗がないわけではない<sup>(71)</sup>。しかし、仮にファンド法制の一環として適切な実質規制が加えられるとすれば、「器」を用意するための必要最小限の根拠規

定だけを、民法に置けないわけでもなからう。以上要するに、交互計算、匿名組合は、商法典が存続する限りは民法に移さないほうが自然な制度ではあるが、これらの制度が存在するがゆえに商法典を維持しなくてはならない存在とまではいえないように思われる。

「営業」についての私法的法律関係に関するルールについては、各営業の概念によって適用範囲を画することができ、現行法においても商人・商行為概念が果たしている役割はほとんどない。また国際航空運送や国際海上物品運送等とのルールの統合を考える場合には、かえって商人・商行為概念が邪魔になる<sup>(72)</sup>。

このようにみえてくると、商法典を維持したまま商人・商行為概念を改正するよりは、もはや商法典は解体・廃止してしまったほうがよいとする意見にも、相当の理由があることは否定できないように思われる。

(66) 弥永・前掲注(39)10頁は、ある者が商人とされることから直接または間接に生ずる法律効果が適切なのかと疑問を提起する。

(67) 弥永・前掲注(39)10頁は、条文ごとの商人概念の構築を示唆するが、この発想は、商人・商行為概念で適用範囲を画する商法典は廃止した上で、必要な規定は、商人以外の種々の概念（「債権法改正の基本方針」で用いられている事業者、経済事業はその一例）を用いて要件を設定して民法その他の法律に移すほうが実現しやすいように思われる。

(68) 商行為法WG・前掲注(6)478頁、486頁参照。

(69) 「債権法改正の基本方針」[3.1.3.37]～[3.1.3.39]。

(70) ただし、交互計算制度を存置すべきか否かは、別途検討を要する。商行為法WG・前掲注(6)478～480頁。

(71) 商行為法WG・前掲注(6)486頁。

(72) 前述注(62)とそれに対応する本文参照。

う作業が、どこまで理論的・学問的な性格なのかということすら疑問がある。法典をいかに構成するか、実体法規定をどこにどう配置するかは、理論的・学問的な基礎付けより、現実に利用する側の便利さ、わかりやすさ、自然さといった要素が重要な意味を持つてくるからである<sup>(73)</sup>。かつて商法の本質あるいは対象をめぐる論争が華やかにたたかわされたことはあるが、そこで論じられたのは「実質的意義での商法」を支える学問的方法論であり<sup>(74)</sup>、商法典作成の方法論ではない<sup>(75)</sup>。とはいえ債権法改正等の影響を受け、商法典（とりわけ商行為法）をどうするのかという問題が、これまでになく現実味をもって問われているのも確かであり、理論的・学問的な作業か否かは別として、何らかの答えを示す必要があることも否定できない。本報告が問題の整理になれば幸いである。

(73) 法典作成の論理と学問的体系構築の論理が完全に対応している必要はない。逆に、学問としての実定法学の重要な役割の1つは、それ自体としては理論的な構造物とはいえない難い現実の諸規定の「見えざる構造」を明らかにし、その背後にある論理や理念を探り出すことであろう。

(74) たとえば、「商的色彩論は純然たる方法論的、というのは商法学の法哲学的基礎づけの意図をもって主張されている」とされる（田中耕太郎「方法としての商的色彩」同「商法学一般理論（田中耕太郎著作集 第7巻）」（春秋社、1954）65頁、99頁）。

(75) 竹内・前掲注(10)22頁は、商法の立法論の局面で商法対象論の果たし得る機能を過大に評価することは正当ではないとする。

## VI むすび

個別の条文の内容を離れて、法典全体のあるべき姿を論じることは難しい。このため本報告も、——規定の実質的内容を論じる本シンポジウムの他の報告とは異なり——、現状についての素朴な感想と将来についての不確かな予想にとどまっている。そもそもこうい