

Title	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
Sub Title	Profitability of merchant in Japanese commercial law
Author	杉田, 貴洋(Sugita, Takahiro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2012
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.85, No.1 (2012. 1) ,p.1- 29
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20120128-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20120128-0001</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 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——

杉田 貴洋

- 一 問題意識の提示
- 二 商法四条一項の解釈
- 三 学説
- 四 商法上の基本的商行為概念と営利意思
- 五 (一) 改正前担保付社債信託法上の商行為
- 六 (二) 小括
- 七 (三) 明治二三年商法における解釈
- 八 (四) 商法四条二項
- 九 (一) 平成一七年改正前商法五二条一項
- 十 (二) 商行為編
- 十一 (三) 小括
- 十二 (四) まとめと展望

## 一 問題意識の提示

商法四条一項は、いわゆる固有の商人について、「この法律において「商人」とは、自己の名をもつて商行為をする」ことを業とする者をいう」との定義を示している。<sup>(1)</sup> 同条項にいう「業とする」の意義について、学説は、「業とする」とは、すなわち「営業とする」の意味であって、営利の目的をもつて同種行為を反復継続して行うことであるとの説明をしてきた。「業とする」の一語に営利性と反復継続性の二つの意味を読み取るべきことを説いてきたわけである。しかしながら、その目的とされる「商行為」には、明文で営利意思が要求されるものが、あるのに（商法五〇一条一号、五〇二一条柱書）、四条一項において再び営利性を要求するのは極めて不自然なことである。「業とする」の文言をそのように読まなければならないとする、四条一項の「商行為」は、五〇一条ないし五〇二一条により定義される商行為概念から営利性を差し引いた概念として理解しなければならないことになりそうである。そもそも、商人という、商法典にとつて最も基礎的な概念について、これを定める規定の文理解釈が許されず、かえつて明文にない要件を加えて理解しなければならないということも不可思議なことである。<sup>(2)</sup> そこで、本稿では、四条一項の解釈を検証し、商人の営利性について改めて検討してみることにする。併せて、商法の他の条文で「業とする」・「業トスル」なる文言が用いられる場合の解釈についても検討する。

## 二 商法四条一項の解釈

### (一) 学説

右に述べたように、商法四条一項に関する通説は、現行商法制定当初より一貫して、「業とする」の「業」の

文言を「営業」と読むべきことを説き、「商行為をすることを業とする」というのは、商行為を、営利の目的の下、反復継続して行うことだと解釈してきた。これまでの解釈を整理すると、①「業とする」を「営業とする」あるいは「営業としてする」と読み替えて理解した上で、主体の営利性を要件とする解釈、②「営業」という言葉は使用しないものの主体の営利性を要求する解釈<sup>(7)</sup>とに分けることができる（本稿では、これらの見解をまとめて「通説」とする）。また、判例もこの考え方を前提にした判断を示している<sup>(10)</sup>。これらの解釈に従うならば、商人であるか否かの決定に当たり、四条一項により、その主体の営利目的が要求されることになる。営利の目的とは、論者により表現に幅があるが、利益獲得を目指すことである<sup>(11)</sup>。

通説が、文理にはない営利目的を付け加えて解釈したのは、次の二つの理由によると説明される<sup>(12)</sup>。第一に、商行為のうちには、必ずしも営利の意思が要求されないものが存在すること、第二に、商法中、他の箇所で「業とする」・「業トル」とある場合（四条二項、五四三条、五十五条、五五八条、五五九条、五六九条、五九七条）に「営業とする」の意味に理解すべきこと、の二点である。すなわち、商法五〇一条で絶対的商行為とされるもののうち、一号後段、二号後段、三号、四号は営利意思が要求されておらず、したがって、商行為をすることだけでは営利目的が要求されない場合があるところ、第二の点（商法中他の箇所との平仄）を併せて考えれば、四条一項の「業とする」という文言のうちに営利目的が要求され、結局、商人とされるには営利性が必要になるということであろう。

四条一項の「業とする」の「業」を「営業」と読み替える、あるいは、そこに営利性を要求するという解釈は、ほとんど定説と言つてよい解釈であるが、これに疑問を呈するものもないではなかつた。すなわち、「本来、「業」それ自体の既定概念には「営利」の意味は含まれていない」、「「営業」としないで、特に「業」としたのは、「商行為」の中に営利の意味を含んでいるからであり、〈中略〉法文の表現は適切であるといえよう」とするもの<sup>(13)(14)</sup>

があつた。

この指摘にあるように、通説に従つて四条一項で営利性を要求すると、明文で営利意思が要求される商行為を目的とする主体の商人性を考える場合、二重に営利性を要求することになる。通説は、基本的商行為で営利意思が要求されない場合に備えてそのように解するものようであるが、そうであるにしても四条一項において一般的に営利意思を要求することは奇妙なことのようにも思える。そこで改めて、商行為概念に求められる営利性について検討してみる。

## (二) 商法上の基本的商行為概念と営利意思

まず、営業的商行為（商法五〇二条<sup>(15)</sup>）については、「営業として」されなければ商行為にならない行為であるから、これらの行為が商行為とされたときは既にそこに営利の意思が含まれている。改めて指摘するまでもない。

次に、前述の指摘の中で営利性が認められないとされたものを見ていく。指摘があつたのは、商法五〇一条一号後段、二号後段、三号、四号である。

商法五〇一条一号後段と二号後段とは、それぞれ、投機購買の実行売却と、投機売却の実行購買のことである。つまり、一号と二号の行為のうち、その実行行為について営利の意思が認められないことである。検討に入る前に、二号の法文には、一号に見られる「利益を得て譲渡する意思」の如き文言がないが、二号の行為に一号と同様の営利意思を要することについて学説に争いはない<sup>(16)</sup>。立法の際も、ここに営利意思が必要とされることは当然のこととして考えられていたようである<sup>(17)</sup>。先の指摘は、両号の前段の行為には営利意思が要求されているものの、後段の実行行為には要求されていないというのである。確かに、一号で、「利益を得て譲渡する意思」は、前段の当初行為にのみ係つているように見え、後段の実行行為には求められていないかのようである。しかし、

両号の行為に必要とされる営利意思は、当初の行為のみならず実行行為まで通しての全体に渡るものであって、そうした営利意思が当初行為の時点で必要とされるということではなかろうか。<sup>(18)</sup> 両号は、当初行為と実行行為とが全体として営利の計画の下にまとめられるとき、それぞれの行為を商行為とするのであるから、実行行為に営利意思がないとは言えないと考えられる。<sup>(19)</sup> また、実行行為により結果として目論見どおりの利益を得られないとき（一号の場合で言えば原価割れの販売）であっても、その実行行為が商行為とされるのは、ここに営利意思を要しないからであるとするが、損失を最小限度に食い止めるため、あるいはできるだけ小さくするため、当面の損失を承知で実行行為に踏み切るものであるから、むしろここにも営利の意思が見られると言うべきである。<sup>(20)</sup> 両号後段の行為にも営利意思は存在すると解すべきであろう。

三号は、取引所においてする取引である。ここでも、法文上は営利意思が要求されていないが、立法の際にはこの行為について「儲ケル處ノ意思アルニ相違ナキヲ以テ<sup>(21)</sup>」と説明されている。敢えて法文に書くまでもなく営利意思が含まれるものと考えられていたことが窺える。明文で営利意思が要求されていないのは二号と同様であつて、二号、三号とも、敢えて法文に示さずとも、ここに営利意思が含まれることは当然のことと考えられていたのではなかろうか。学説においても、「通常は強度の営利性<sup>(22)</sup>」のある行為として説明されるのは、同じ趣旨であろう。三号の行為について営利意思が存在しないと考えるのは妥当でない。もつとも、取引所取引の商行為性にとつて営利目的は要件ではない。

ところで、三号の行為については、これを基本的商行為に含めるべきでないとする見解も有力である。<sup>(23)(24)</sup> 取引所取引は、通常、会社たる会員業者にのみ許される（金融商品取引法一二条一項、一一三条一項、商品先物取引法九七条一項・二項参照）から、現行法においては会社の行為として商行為となろう（会社法五条）。会社法制定前においても、これを自己のために行う者の行為は五〇一条一号・二号に該当することになる。マーケット・メイク

方式を採用する取引所におけるマーケット・メイカーとて、営利性は否定されないであろうから、その行為は原則として五〇一条一号・二号に該当すると解される。また、他人の委託による場合は取次業者（五〇二条一一号）の委託事務処理として附属的商行為（五〇三条）に該当する。<sup>(25)</sup> 確かに、五〇一条三号の行為は、他の商行為と重複し、独立に商行為としておく意味は薄いようでもある。<sup>(26)</sup> しかし、取引所の扱う商品が多様化する今日、五〇一条一号・二号の目的物に收まりきらないものも相当に出てきているように思われる。例えば、ペーパレス化された株式や債権<sup>(27)</sup>、排出量取引の排出権<sup>(28)</sup>、卸電力取引所における電力取引などは含まれそういうにない。むしろ三号の独立性を認め、基本的商行為に含めて考えるべきであろう。<sup>(29)</sup>

四号については、まず、そこに言う「手形その他の商業証券」とは、広く有価証券一般を指すものではなく、手形を典型とする信用証券（金銭の支払を目的とする流通可能な信用証券）を指すものとして理解すべきである。<sup>(30)</sup> そうすると、「商業証券に関する行為」とは、実質的行為に関わりなく、証券上の行為（証券の振出、引受、裏書、保証などの証券自体になされる行為）のことを意味するものであって、証券を目的とする売買、消費貸借等の実質的行為は含まない。<sup>(31)</sup> したがって、四号の行為は、商人概念の基礎たる基本的商行為には含まれない。<sup>(32)(33)</sup> 四号の行為は、営利意思の有無を問題とすることなく、絶対的に商行為となるところに意味があるものであろう。絶対的商行為が自動的に基本的商行為となるわけではない。

以上のように、商人概念の基礎となる商法上の基本的商行為は五〇一条一号・二号・三号、および五〇二条列举の行為であると理解することになり、そしていずれについてもこれらの商行為には営利意思が含まれていると解すべきである（これらのうち五〇一条三号を除く行為では、営利意思がなければ商行為とならない。五〇一条三号の行為には当然に営利意思が含まれる）。そうすると、商人の定義で、商行為の要件の他に、営利性を求めると奇妙なことになる。営利性は、四条一項に言う「商行為」成立の際、既に決せられているからである。<sup>(36)</sup> 四条一項の

「業とする」に営利の目的を読み込む解釈は適切でなかつたと考えられる。従来の説明、すなわち、四条一項に言う商行為には、営利意思が含まれるものもあればそうでないものもあるから、含まれない場合に備えて「業とする」の中に営利意思を要求するという説明も、思えば説得的ではなかつた。仮にこの解釈に従うとすれば、商行為に営利意思が含まれる場合には、同じことを重ねて述べることになる。むしろ右に述べたように、元来、商法が定める基本的商行為のうちには、営利意思のないものは含まれていなかつたのであり、四条一項で重ねて営利性を問う必要もなかつたのである。法文の表現こそ適切というべきである。<sup>(37)</sup> 商法四条一項の「業とする」は文理どおり理解すべきである。

### (三) 改正前担保付社債信託法上の商行為

明治三八年制定の担保付社債信託法にも商行為が定められていた。すなわち、平成一八年改正前担保付社債信託法三条は同法による信託の引受を、また、平成五年改正前担保付社債信託法二九条二項は担保付社債発行に関する信託契約の当事者以外の者（第三者）による社債総額の引受を、それぞれ商行為としていた。これらは、法文上、営利意思が要求されていない。学説では、これらを専業とする者が存在しないとして、基本的商行為性を否定する見解も有力であつた。<sup>(38)</sup> しかし、実害がない限り、実益がないとの理由でその基本的商行為性を否定することは適切でなかろう。<sup>(39)(40)(41)</sup> しかしながら、これによつて、直ちに商法四条一項の「業とする」に営利性を読み込んで解すべきことにはならない。<sup>(42)(43)(44)</sup> これらの商行為を業として行う主体を商人とするために営利性が必要であるとすれば、条文のいづれかにおいて営利性を補つて理解すべきことになるが、その候補となるのは「業とする」だけではない。可能性としては、担保付社債信託法の条文中に営利性を補つて理解することも否定されねばならない。いずれを探るかは、いずれの解

釈が、他と整合的であるかによつて決せられるべきであろう。「業とする」の文言に一般的に営利性が含まれるとする従来の解釈は、他の商行為の場合に二重に営利性を問うことになつて適切ではない。担保付社債信託法の条文中に営利性を補つて理解することが、法体系全体の整合性を崩すことなくそれを実現できる解釈であつたようと思われる。<sup>(45)</sup>

#### (四) 小括

ここまで検討の結果をまとめると、商人概念の基礎となる、商法が定める基本的商行為には、元來、いざれも営利意思が含まれており、したがつて、法文の「業とする」を「営業とする」と読み替えて、改めて主体の営利目的の有無を問う必要はなかつたと考えられる。そうすると、商人の営利性は、条文操作上は、商法四条一項において初めて求められる要件ではなく、その前段階である商行為成立の段階において求められる要件、あるいはその行為に当然に含まれる要素ということになる。また、特別法規には法文中に営利性を要求しない基本的商行為が過去に存在したが、これによつて四条一項の「業とする」の解釈を改めるべきことにもならない<sup>(46)</sup>。仮に一般的に「業とする」の文言に営利性を含めて解釈すると、商法上の基本的商行為の場合との整合性がとれないことになるからである。いずれにせよ、四条一項の「業とする」の文言に営利性を含めて理解するのは適切でないと考える。

以上のように解した上で、いわゆる固有の商人の有する営利性の内容を説明すれば、「利益獲得を目指すこと」(団体たる商人を念頭に置けば「対外的活動により利益獲得を目指すこと」)ということにならう。これは、基本的商行為が商人によつて行われる場合に、その商人の側から、商人の活動に含まれる営利性を説明したものであつたわけである。つまり、基本的商行為に含まれる営利性を、主体の側から表現したものが、「利益獲得を目指すこ

と」であつたのである。商人の営利性の内容として従来から説明されてきたところと変わらないが、その由来は、四条一項の「業とする」ではなく、「商行為」、すなわち五〇一条一号・二号・三号、五〇二条の中に求めらるべきものと考へる。

なお、「業とする」の解釈として、営利性を含めて解釈するのは、法文で営利意思を要求されない商行為を基本的商行為として認めるためであつて、一般的に営利性を要求するものではないとの反論も考へられる。五〇二条の商行為を目的とする商人を考へる場合に限つては、「営業とする」という解釈をしないとする立場も、過去には存在した<sup>(47)</sup>。この立場によれば、五〇二条の商行為を目的とする商人の営利性は、その行為に含まれる営利性によるものと説明することになろう。本稿は、五〇一条の商行為についても同様に考へられるのではないかとの立場から、商人概念一般について、商人の営利性は、「業とする」の解釈によつてではなく、目的とする商行為から導きうることを主張するものである。

### 三 明治二三年商法における解釈

前章までに述べてきたように、商法四条一項の「業とする」は文理どおり読むべきであると考える。ここに営利目的を要求することは適切でない。しかし翻つて、そもそも、従来の学説が、「営業」と読み替え、さらには、法文にはない営利性を要求しようとした理由は何であつたのであろうか。先ほど示した理由付けを見る限り、積極的な理由があつてそう考へられたというよりは、消極的なものばかりであつた。この点について、商人の企業性から営利性が求められると指摘するものがある<sup>(48)</sup>。しかし、そうであるとすると、法文を離れてなされた解釈であることを認めることになるし、またそれならば、いわゆる企業法説を採らなければ、商人の営利性を説明でき

ないことにもなる。<sup>(49)(50)</sup>

もし、ここに営利性の要件がどうしても必要であるとしても、「業とする」にそれを読み込むべき必然性はなかったように思われる。例えば、条文にはないけれども「商行為」の文言の前に「営利の目的をもつて」を付け加えて理解しなければならない（つまり「営利の目的をもつて商行為を業とする者」という具合に読む）、と説明しても同じことであつたはずである。ところが学説は、現行商法制定当時からほぼ一致して、「営業とする」の意味であるとの説明を繰り返してきた。なぜ、これまでの学説は揃つて、「業とする」を「営業とする」と読み替える解釈を採つてきたのであろうか。

この点に関連して、「業とする」を「営業とする」と読むべきことを述べた上で、その理由を次のように説明するものがある。

「佛商法ニ於テ Profession habituelle タルコトヲ要スト謂フモ、蓋シ同義ナルベシ。同一行爲ノ反覆セラルルコトハ、必要ナル觀念ナリト雖モ、反覆セラルルノ一事ヲ以テ、業ト稱スル能ハズ、所謂 Profession 卽チ不斷ノ收入ニ付キ淵源タラザルベカラズ」<sup>(51)</sup>

実際に、この説明は、明治三二年商法制定前、同二三年商法時代に、当時の商人の定義についてなされていた説明と符合する（以下それぞれ「新商法」「旧商法」とする）。

旧商法において、商人の定義を規定していたのは、九条一項であつた。

「商人トハ總テ商業ヲ営ム者ヲ謂ヒ商業ヲ営ムトハ常業トシテ商取引ヲ為スコトヲ謂フ」<sup>(52)</sup>

この九条一項の「常業」の解釈について、梅謙次郎『日本商法講義<sup>(53)</sup>』七一页に、次のような説明が見られる。

「此常業ノ文字ハ草案ニ無カリシ所ナレトモ草案ノ文字聊カ不明ナルヲ以テ佛國商法ニ倣ヒ之ヲ加ヘタルモノナラン  
然レトモ余ハ寧口之ヲ營業ト改メ即チ商人トハ營業トシテ商取引ヲ爲ス者ヲ謂フト爲スノ簡明ナルニ如カスト信ス」

このように、九条一項の「常業」の文言を「営業」の意味に理解すべきことを説く。

同書七二頁には、「佛國ニ於テハ此常業ノ文字ニ付キ從來學者間ニ多少ノ議論ナキニ非ス請フ之ヲ職業ト常慣  
トノ二二分チテ講述セン」とあり、原文には、このうち、「常業」に「プロフェッショն、アビチュエール」と、  
「職業」に「プロフェシヨン」、「常慣」に「アビチュード」とのルビがそれぞれ振られている。「常業」を「営  
業」と読み替えるべき<sup>(54)</sup>の真意は、フランス法の profession habituelle と同義に捉えるべきだといふことであ  
る。すなわち、「常業」の文言には、「職業」(profession) および「常慣」(habitude) の二つの意味が込められて  
おり、それを一言で言い表すならばむしろ「営業」の文言が適当といふのであらう。そしてそのように解すべき理由として、同書七四頁は次のように説明する。

「商取引ヲ常慣トスルモ若シ之ヲ以テ職業トセサレハ敢テ商人ト爲ス「能ハス故ニ例ヘハ一人アリ日々手形ヲ發行シ  
之ニ著名スルモ若シ其人ニ依テ糊口スルニ非サレハ以テ商人ト看做ス可カラサルナリ而シテ余ノ見ル所ニ依レハ前ニ  
一言セシカ如ク凡ソ商人タルニハ唯商取引ヲ職業トスルノ一事ヲ以テ足リ敢テ之ヲ常慣トスルノ必要ナシト信ス」

ここからは、「常業」の文言を「営業」と読み替えることで、「商取引」のうち、商人概念の基礎となりうる商取引とそうでないものとを区別する狙いがあつたことが窺える。手形の振出行為のように「営業として」なされることのない商取引と、「営業として」なされる商取引とを区別し、商人概念の基礎となる商取引を選別する役割を与えるため、「常業」と読み替えることが提唱されたものと理解できる。<sup>(55)(56)</sup>

今日で言えば、商法五〇一条四号の行為を基本的商行為から排除するための解釈だつたことになる。新商法に変わつて、四条一項の「業トスル」を「営業とする」ないし「営業としてする」と理解するとの解釈は、このようないい、旧商法時代の「常業」を「営業」と理解する解釈に由来するものと推察される。<sup>(57)</sup>『商法修正案参考書』(明治三年六月)も、新商法四条一項について、「本條ハ既成商法九條第一項ト略ホ其意義ヲ同フス」(同書八頁)としており、<sup>(58)</sup>旧商法でなされた解釈が新商法にそのまま引継がれたとしてもおかしくないであろう。<sup>(59)</sup>

現代においても、「業とする」を「営業としてする」と読み替えることで、商法五〇一条四号の行為が基本的商行為に含まれないことを述べるものが存在するが、それはむしろ少数に止まる。<sup>(60)</sup>「業とする」を「営業とする」と読み替え、そこに含まれる「営利性」を強調する今日の解釈は、そうした当初の意図を忘れた解釈ということになろう。<sup>(61)</sup>結果として、商人概念確定において「営利性」を二重に問うという奇妙な帰結になつてはいるのではあるまい。<sup>(62)</sup>

#### 四 商法四条一項以外の「業とする」・「業トスル」の解釈

##### (一) 商法四条二項

商法四条二項の「業とする」はどうであろう<sup>(63)</sup>。ここに営利の目的を要求すべきとすると、そこに示された原

始産業を営利のものと非営利のものとに分けることになる。しかし、そのようなことはそもそも観念し得ないのではなかろうか。商法四条二項の「業とする」は文理どおり読むべきである。

## (二) 平成一七年改正前商法五二条一項

平成一七年改正前商法五二条一項は、いわゆる商事会社の概念を定義して「商行為ヲ為スヲ業トスル目的ヲ以テ設立シタル社団ヲ謂フ」と規定していた。この「業トスル」についても、四条一項の場合と同様に、「営業」と読み替えること<sup>(64)(65)</sup>、あるいは営利の目的を追加して読むべきこととされてきた。しかし、ここでも、「業トスル」は文理どおり読むべきであったことになる。四条一項の商人の場合と同様、商事会社の営利性は基本的商行為に由来するものとして説明すれば足りたはずである。したがってまた、そこで求められる営利性の内容は、四条一項の商人の場合と異なつて理解されるべきではない。固有の商人も商事会社も、営利性の根拠となるのは基本的商行為に含まれる営利性であつたのであるから、その内容を違えて解釈するのは不自然という他ない。民事会社の営利性は、改正前商法五二条二項の法文上明らかであつたが、その意味するところは、商事会社（一項）の営利性に倣つて解釈すべきであつた。民事会社を会社と看做すとした明治四四年改正の趣旨は、営利を目的とするという点に商事会社との共通性を見出した結果であつたはずであるからである。

## (三) 商行為編

商法五四三条、五五一条、五五八条、五五九条、五六九条、五九七条の「業トスル」はどうであろうか。<sup>(69)</sup> 五九七条を例に検討してみる。同条を収める商法第二編第九章第二節の標題は「倉庫営業」である。他方で、五〇一条一〇号は、寄託の引受を営業的商行為としている。したがって、倉庫業にも営利のものと非営利のものとがあ

ることになる。このことは、農業倉庫業法三条が、「農業倉庫業者ハ営利ヲ目的トシテ其ノ事業ヲ為スコトヲ得ス<sup>(70)</sup>」と規定していることからも明らかである。そうすると単に「業トスル」とのみ規定する法文は、節の名の「営業」と対立するかのようである。しかし、この場合も、節の名と対立させて読むのではなく、むしろ節の名から営利性の意味を法文に補つて解釈すれば足りることであろう。それを「業トスル」の部分に補わなければならぬと決まつていても同様に考へることができるよう。<sup>(71)</sup> 五四三条その他の条文についても同様に考へることがべきである。五四三条その他の条文についても同様に考へることがべきよう。

#### (四) 小括

以上のことおり、商法全体に渡つて、「業とする」・「業トスル」の文言を「営業とする」と読み替えて解する必要はなかつたと考える。

#### 五 まとめと展望

本稿の主張を要約すれば次のようになる。

商人の定義を定める商法四条一項の「商行為」すなわち基本的商行為は、商法五〇一条一号・二号・三号および五〇二条であつて、そこには既に営利の目的が含まれている。したがつて、四条一項において営利性を加えて読むべきではなく、「業とする」の文言は文理どおりに読むべきである。営利性を二重に要求することになつてしまふからである。かつての担保付社債信託法には、法文上営利目的を要求しない商行為が存在したが、このためには「業とする」に営利性を加えて読む必要もない。

このように解すると、商人の営利性は、四条一項において求められる要件ではなく、基本的商行為において求められる営利目的から導かれるものと理解すべきことになる。すなわち、本稿の解釈によつても、伝統的な固有の商人には、「その活動によつて利益獲得を目指す」という意味での営利目的が認められる。ただ、営利目的の由来は、従来の通説のように四条一項の「業とする」の解釈によつてではなく、基本的商行為に含まれる営利意思によつて導かれるものとして説明すべきである。

仮に、法文に営利性を補つて理解する必要があるとしても、商法四条一項の「業とする」の部分に補つて読むことになつたのはなぜか。明治二三年商法九条一項の商人の定業規定に「営業トシテ商取引ヲ為スコト」との文言があり、この「営業」の文言を、フランス商法に倣つて、「営業」と読み替えるとする解釈が存在した。今日の「営業とする」と読み替える解釈は、この旧商法時代の解釈に由来するものと推察される。ただし、旧商法時代の解釈では、それによつて「営業として」なしうる「商取引」と、そうでないものを分かつち、商人概念の基礎となる商取引を選別する意味があつたようである。しかし、今日、通説において、それを踏まえた解釈論を開するものはほとんど存在しない。

「業とする」「業トスル」の文言は、商法中、ほかに四条二項、五四三条、五五一条、五五八条、五五九条、五六九条、五九七条にも存在する。五四三条以下のように、法文に営利性を補つて読む必要のある条文も存在する。しかし、これらの場合についても、「業トスル」の部分に営利の意味を補つて解釈しなければならない特別な理由もないのであつて、「業トスル」の文言自体は文理どおり読めば足りる。四条一項の「業とする」についても、文理どおり読んでよいと解される。

ところで、会社法は、会社が営利の目的を持つべき存在であるか否かについて明文の規定を置いていない。こ

のため、会社が対外的活動により利益獲得を目指すという意味での営利性を必要とするかについて、争いを生じた。ここで、仮に会社の要営利性を否定する立場（営利を目的としない会社の存在を認める立場）に立つと、会社法上の会社一般の商人性について疑問を生ずることになる。伝統的な商法四条一項の解釈に従えば、商行為を「営業として」する者が商人になるはずであるから、会社のうち非営利目的会社について商人性を否定しなければならないことになりそうである。<sup>(73)</sup> この点について、右に述べてきたように「業とする」を文理解釈すれば、たとい会社の要営利性を否定する立場に立つても、会社の商人性を導くことに障礙はない。<sup>(74)</sup>

(1) 平成一七年改正前商法四条一項は、「本法ニ於テ商人トハ自己ノ名ヲ以テ商行為ヲ為スヲ業トスル者ヲ謂フ」と規定していた。本条項の内容に実質的変更はないものとして、以下では原則として、改正前後の解釈を特に区別することなく引用する。

(2) 伝統的な多数学説は、五〇二条の商行為について、商行為概念が商法の適用対象を画する概念であることから、同条の商行為は限定列举であると解し、各号について類推解釈も許されないとしてきたところである。

(3) 「営業とする」と読むべきことを説く学説として、安東俊明・古閑又五郎『改正商法講義第一編總則』（明治三二年六月）六頁、鍛錬之助『現行商法通解上巻（三版）』（明治三五年五月）六頁、青木徹一『商法總論』（明治三六年九月）一〇五頁、寺尾元彦『商法原理第一巻總則』（大正八年九月）七六・七八頁、松本烝治『商法總論』（大正一二年五月）一〇六頁、烏賀陽然良『商法要論總論會社』（昭和二年五月）四八頁注四、竹田省『商法總則』（昭和七年二月）（合冊復刻版・平成九年七月）五六・五七頁、花岡敏夫『商法總則・會社法』（昭和一〇年四月）三八頁、田中耕太郎『改正商法總則概論』（昭和一三年八月）二五四・二五五頁、西原寛一『日本商法論第一巻（改訂）』（昭和二五年六月）二三六頁、大隅健一郎『商法總則（新版）』（昭和五三年九月）九一頁、高鳥正夫『商法總則・商行為法（改訂版）』（昭和五七年三月）五九頁、岩崎稜「商法の適用範囲と商人概念」竹内昭夫・龍田節『現代企業法講座第1巻企業法総論』（昭和五九年一一月）七六頁、平出慶道『商行為法（第二版）』（平成元年六月）二一頁、岩本慧『新訂

商法I（総則商行為法）（平成一〇年一二月）四四頁、鴻常夫『商法総則新訂第5版』（平成二二年四月）一〇三頁、田邊光政『商法総則・商行為法第3版』（平成一八年五月）三九頁、洲崎博史（稿）森本滋（編）『商法総則講義第3版』（平成一九年七月）三四頁、大塚龍一（稿）落合誠一ほか『商法I—総則・商行為〔第4版〕』（平成二二年三月）三一頁などのほか、同主旨の説明として、横塚泰助『改正商法義解（三版）』（大正四年五月）一四頁（「営業ノ略語」）、柳川勝二『改正商法正解（四版）』（大正五年九月）（改正商法「明治四四年」正解日本立法資料全集別巻226・復刻版・平成一四年九月）二六頁（「営業トナスコト」）、飯島喬平『商法總論』（大正五年）六四頁（「営業ヲナスト云フノ義ナリ」）、須賀喜三郎『商法總則論』（大正六年度講義録）二二〇頁（「業トストハ謂フハ所謂営業（主觀的意義ニ於ケル）ノコトヲ意味シ」、松本烝治・田中耕太郎『註解日本商法全』（大正一一年九月）四頁（「業トスルトハ営業ト爲ス意ナリ」）、野津務『商法總則第二部（営業論）』（昭和九年一〇月）三七頁（「『業』とは営業を意味する」）、大濱信泉『商法大要（再版）』（昭和二三年三月）六頁（「『業とする』とは、営業といふに同じ」）、武市春男『新訂商事法』（昭和三九年一〇月）七〇頁（「営業または企業（営業よりも意味が広い）とする意味」）、新谷勝『要説商法総論』（平成二年四月）一六頁（「営業とする」「営業として」）がある。

（4）三浦義道『商法總論』（昭和三年六月）五六頁は「「業とする」と云ふは繼續的作用の觀念を要す。而して商行為を爲すことを業とすると云ふは當然收益の觀念即営利の觀念を生ず。故に「業とする」と云ふは「営利の意思を以てする作用の集合なり」と解すべし。換言すれば「業」とすると云ふは「営利の觀念を以て行ふ」ことに相當す。故に茲に「業とする」と云ふは「営業とする」と云ふに同じ。」同頁注一は「但し「営業」なる字句は精確ならざる用語なり。之を「業を営むと」讀めば必ずしも営利觀念を伴はざることあり。しかれども茲に営業と云ふは営利の觀念を其骨子とする用法と解すべし。」とされる。

（5）「商業」という言葉から説明するものがある。志田鉢太郎『商法總論（八版）』（昭和四年四月）一〇三頁は、商人とは「商業ノ主體」であるとして、「営業ヲ爲ス者タルコト」「其営業ノ目的ハ商行為ヲ爲スニ存ルコト」などとされる。伊澤孝平『註解商法総則（三版）』（昭和二六年五月）四三頁は、「商行為を業とするとは、商業を営むとの意であつて、業とするとは、利益を得る目的を以て計畫的に一定の期間或種の行爲を反覆繼續して行うことをいう」とされる。この説明について、本稿注（57）参照。

(6) 「営業として」と読むべきことを説く学説として、青木徹二『改訂増補商法教科書(七版)』(大正四年三月)一七頁、栗栖赳夫『商法の常識』(昭和九年七月)一七〇一八頁、近藤龍司『商法総則・商行為法概説(改訂版)』(昭和六年三月)五九頁などのほか、同主旨の説明と思われるものとして、青山衆司『商法總論』(昭和六年二月)三頁(「商行為ヲ営業的ニ行フ者ナリ」)、豊田悌助『新商法概論』(昭和一五年一二月)一八頁(「商行為を営業として爲すことなり」)、松岡熊三郎『改訂商法綱義(總則及商行為)』(四版)』(昭和二三年一〇月)一一〇頁(「「業トスル」とは素より「業トスル(五〇二條)」と同意義であり)、高田源清『商法要論』(昭和三五年五月)五七頁(「営業として」または「企業として」というに等しい)、山本桂一『商法のはなし』(昭和四五年五月)三九頁(「商人は、商行為をなすことを職業とする者でなければなりません。すなわち絶対的商行為を一回だけやるのでは、商人とはいえない(営業的商行為は、営業としてやることにより商行為となるですから、問題がないわけです)。職業としてある行為がくり返して行われるとき、そこに商人の営業があるわけですが、これは、営利事業すなわち利益を得る目的をもつて……」)、神崎克郎『商行為法I』(昭和四八年七月)六頁(「商行為をなすを「業とする」とは、商行為を営業として行なう意味」)、上柳克郎『協同組合・相互会社の非商人性』(昭和六〇年二月)『商事法論集』(平成一年五月)三一九〇三三一〇頁(「「業トスル」とは営業とするという意味である(商法四条のいう商行為の重要な部分を占める営業的商行為の定義「商五〇二條」を参照)」)、倉澤康一郎『商法の基礎(三訂版)』(平成五年一二月)一七頁(「「業トスル者」とは、商法五〇二条の「営業トシテ」おこなう者と同じ意味」)、道端忠孝(稿)藤村知己(中村信男(編)『商法総則・商行為法』(平成一六年七月)二六頁(「営業目的とする」)がある。

(7) 「営業」の意味であるとは説明しないものの、「業とする」には営利目的を要すると説明する学説として、青木徹二『新商法釋義』(明治四四年一〇月)五頁、小町谷操三『商法講義卷一總則・會社』(昭和一九年八月)二五頁、實方正雄『商法學總論(資本制企業の法理)』(昭和二五年六月)六〇頁、関俊彦『商法總論總則(第2版)』(平成一八年六月)一一〇頁、田中誠二『全訂商法總則詳論』(昭和五一年四月)一八七頁、服部栄三『商法總則(第三版)』(昭和五八年一二月)一七四頁、鈴木竹雄『商法第七版』(平成三年五月)一三頁・一四頁注一、岩崎憲次(稿)今井薰ほか『現代商法I総則・商行為法改訂版』(平成八年五月)四〇頁、近藤光男『商法總則・商行為法(第五版補訂版)』(平成二〇年三月)一九〇二〇頁、青竹正一『特別講義改正商法総則・商行為法(第2版)』(平成二〇年一〇

月）一二二頁、弥永真生『リーガルマインド商法総則・商行為法〔第2版〕（補訂）』（平成二二二年一月）一七頁、淺木慎一『商法学通論I』（平成二二二年四月）九一頁などがある。

（8）高窪喜八郎（編）『法律學說判例總覽商法總則編第一續編完』（昭和八年一一月）一五〇頁は「商行為ヲ業トスルコト」の項目において、「通説」とした上で、「商人タルニハ商行為ヲ爲スノミニテハ足ラス必ラス之ヲ業トシテ爲ス者ナルコトヲ要ス茲ニ業トスルトハ營業トスルコトヲ意味ス」としていた。高窪喜八郎・朝川伸夫（編）『學說判例總覽商法總則編』（昭和三七年二月）二一八六頁「[業とする]」の意味の項目では、「[業とする]」の学説とは別に、「営業」の言葉を使わない学説として實方・前掲注（7）六〇頁を紹介している。

（9）「[業とする]」の説明を採用しないものとして、松波仁一郎『松波私論日本商法』（明治三九年一二月）四一頁（「業トスルトハ繼續的ニ同種又ハ類似ノ行爲ヲ爲スコトヲイフ」）、宮脇梅吉『活用日本商法全』（明治四五年六月）六頁、佐藤義雄『商法入門』（昭和一七年九月）三〇頁。

（10）大判昭和一四年九月一九日・法律新聞四四七八号五頁は、小作農であつて農閑期に小規模の炭焼きをしてわずかな利益を挙げ、年来これを継続してきたという者の商人性が争われた事件において、「営利の目的を以て原木を買入られ木炭を製造して之を販賣する行爲は商行為なりと謂ふべく（當院昭和四年（大正）第五四一號同年九月二十八日言渡判決參照）而して営業とは営利の目的を以て同種の行爲を繼續的に爲す事業を謂ふ」として、結論としてその商人性を肯定している。商行為該当性の判断において営利性を肯定した上、さらに営業性を判断すべきとしている。これは、四条一項の通説の理解を前提にしたものであろう。

（11）もつとも、現在多くの学説は、ここで営利性の意味を希薄化させ、収支相償うの程度でよいとしている（田中・前掲注（7）一八七頁、反対、来住野究『法人の商人性』慶應義塾大学法学部（編）『慶應の法律学商事法——慶應義塾創立一五〇〇年記念法学部論文集』（平成二〇〇年一二月）八二頁注一）。また、関・前掲注（7）一一七頁注一八は、五〇二条の「営業として」の意味について、「[業を営む]」ことであり、主觀的な要件としては明白な営利の目的に限らず「採算を度外視しないで」程度のものでよいと解することも検討に値する」とされる（ただし、本稿注（4）参照）。田中・前掲注（7）六頁は、「五〇二条の「営業として」を企業としての意義に解し、企業の語の中から、営利の目的を除けば営利の目的は五〇二条の相対的商行為の要件ではなくなり……」とされる。

(12) 出典 (津田利治「会社法以前」(昭和四五年五月) 慶應義塾大学商法研究会 (編)『会社法以前』(平成一五年三月) 二六頁以下) は、改正前商法五二条一項・有限会社法一条一項の「業トスル」についての説明をしたものである。本文中第一の点につき津田・同書二六〇四〇頁、第二の点につき三〇〇三一頁。

(13) 岩本慧「商人資格の取得時期」関西大学法学論集四四卷二号 (平成六年六月) 三頁注一。しかし、岩本・前掲注(3) 四四頁では、「営業とする」の意味であると、通説に従つた説明をしておられる。

(14) また、早川徹「最判平成一八年六月二三日判例評釈」私法判例リマーケス三五号 (平成一九年七月) 七九頁は、「信用協同組合の商人性に関して、営利目的が議論されるのは、商人であるためには、商法四条の「業として」の解釈として、営利の目的をもつて、同種の行為を反復継続して行うことが必要であると解されているからであると説明するものがある(中略)。しかし正確には、協同組合の行う事業が商法五〇一条一号・二号または商法五〇二条により商行為とされるために、営利の目的が必要となるのである。つまり、営利を目的としない協同組合は、「商行為」をすることを業とする者(商四条一項)ではないから、商人とはならないのである。そう解しないと、例えば、消費生活協同組合が、商人でないものから商品を仕入れる行為や、仕入れた商品を商人でない組合員に販売する行為(商五〇一条一号参照)に、商法の商行為に関する規定が適用されないことを説明できない(商法五〇一条一号の「利益を得て譲渡する意思」を欠くため、商行為とならない)とされる。本文引用と同じ趣旨と解されるが、右引用文中「そう解しないと」以下の理由づけは、「営業とする」と理解する通説への批判としては、ややかみ合つていないので思われる。おそらく協同組合の商人性を否定する立場は、その行為の商行為性の判断においても、四条一項の「業とする」においても、いずれについても営利目的が認められないから、その行為は商行為にならないし、主体も商人にならないと説明するであろう。

(15) 営業的商行為には、商法が定めるものの他、かつては、平成一七年改正前無尽業法二条、平成一八年廃止前信託法六条の行為があつた。

(16) 津田・前掲注(12)二七頁、神崎・前掲注(6)一六頁、西原寛一『商行為法(三版)』(昭和四八年八月)七二頁、田中・前掲注(7)一七三頁、大隅・前掲注(3)一〇〇頁、高鳥・前掲注(3)四九頁、平出・前掲注(3)四六頁、田邊・前掲注(3)六〇頁、関・前掲注(7)一一六頁、近藤・前掲注(7)三〇頁。

(17) 「明治二九年六月一日・第二回商法委員會議事要録」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19』(昭和六〇年六月) 所収) 二一〇二二二頁によると、検討された条文案は次のようであつた。

「左ニ掲ケタル行爲ハ之ヲ商行爲トス

- 一 利益ヲ得テ讓渡ス意思ヲ以テスル動産、不動産又ハ有價證券ノ有償取得及ヒ其讓渡
- 二 供給契約及ヒ其履行ノ爲メニスル有償取得
- 三 取引所ノ取引
- 四 手形其他ノ指圖債權ニ關スル行爲
- 五 営業ノ讓渡及ヒ取得」

これらについて、岡野敬次郎委員の説明(二三頁)は次のようである。二号について、「第二號ハ第一號ニ反對ノモノニテ〈中略〉始メ〈中略〉賣渡ヲ約シタル時ヨリカ其後其物ヲ購求スルコロ迄ニハ價格ガ下落スルコトヲ見込みタルモノナリ即チ第一號ノ裏面トナルベシ」としている。また、三号について、「第三號ニ掲ケタル取引所ノ取引ニ付テハ無論賣方買方共儲ケル處ノ意思アルニ相違ナキヲ以テ一般ノ上ヨリ見ルモ絶對的ノ商行為ナリ故ニ茲ニ掲ゲタリ」としている。二号・三号とも、営利の目的の下に行われる行為であることは当然の前提とされていたようである。一号の規定振りと異なり、二号や三号について、営利の意思を要する旨の文言が見られないのは、特に法文中に明らかにせずとも自明と考えられていたからであろう。

(18) 平出・前掲注(3)四三〇四四頁は、「営利意思の存在は実行行為にとつても要件である」とした上で、「営利意思は、実行行為の前提となる投機購買たる取得行為の時に存在することを要するのみで、その後これを持続することを要」しない、「実行行為たる譲渡行為の時に営利意思が存在することは必要でない」とされる。もつとも、全く営利意思ないし実行意思を失つた後(例えば、一旦自家使用したような場合)、譲渡等をする場合に、その譲渡等の行為は実行行為ではなく、商行為にもならないと解すべきである。

(19) この観点からは、両号において、当初行為と実行行為とに分けて営利意思の有無を分析すること自体、そもそも適切でないようにも思われる。本文は先の指摘の分析に従つて検討した。

(20) 津田・前掲注(12)三〇頁は、「見す見す損を覚悟で」実行行為をしても商行為となるのは、実行行為に営利の意思が必要ないからとされるようである。本文の繰り返しになるが、営利意思は当初行為と実行行為との全体に係るものと思われるし、仮にこの理解に賛同を得られないとしても、損を覚悟で実行行為をするのは損失を最小限にしようとの意図から行われるものに他ならず、そうであればここに営利意思を否定することはできないであろう。

(21) 本稿注(17)。

(22) 平出・前掲注(3)四八頁。

(23) 西原・前掲注(3)二四五頁注一、鈴木竹雄「商人概念の再検討」(昭和一四年一一月)『商法研究I 総論・手形法』(昭和五六年一二月)一二二頁、平出・前掲注(3)三六・四九頁。

(24) 反対、田中・前掲注(7)一七三頁。

(25) 反対、田中・前掲注(7)一七三頁。

(26) 神崎・前掲注(6)一七頁、高鳥・前掲注(3)四九頁、岩崎・前掲注(3)六一頁。

(27) 今日の状況を前提に一号・二号の類推解釈を広く認めようとする立場として、淺木・前掲注(7)七八頁。

(28) 法的性質に関して、京都議定書に基づく国別登録簿制度の在り方に関する検討会「京都議定書に基づく国別登録簿制度を法制化する際の法的論点の検討について(報告)」(平成一八年一月)参照。

(29) なお、会社が行う行為の商行為性は会社法五条によるのであって、会社の行為に商法五〇一条～五〇三条一項は適用にならないとの考え方があるが(池野千白「新商法と会社法の考え方」CHUKYO LAWYER 四号(平成一八年二月)一二六頁、洲崎(稿)・前掲注(3)三三頁注六など)、実益はともかく、重複して適用されると考えて何ら問題はなかろう(この点については本稿注(74)所掲論文参照)。

(30) 田邊光政「商法五〇一条における有価証券と商業証券の意義について」宇田一明(編)『証券・証書・カードの法的研究長谷川雄一教授古稀記念』(平成八年一一月)六一～八頁、田邊・前掲注(3)六二～六三頁、淺木・前掲注(7)八一頁。

(31) 竹田・前掲注(3)四三頁は、実質的行為を含むとされる。同旨、大判昭和六年七月一日・民集一〇卷八号四九八頁。

(32) 前掲注(17)「第二回商法委員會議事要録」二三頁は、「第四號ハ別段説明ヲ要セズ、手形其他ノ指圖債權ニ關スル行爲ニシテ、即チ發行スルカ裏書ヲ爲シ或ハ引受ケヲ爲シ或ハ手形ニ付キ保證ヲ爲スガ如キモノヲ含ムナリ」としている。

(33) 田邊・前掲注(30)九頁、田邊・前掲注(3)六三頁。結論同旨、田中・前掲注(3)二四〇頁、田中・前掲注(7)一七四頁、大隅・前掲注(3)一〇一頁、高鳥・前掲注(3)五〇頁、岩崎・前掲注(3)四〇頁、平出・前掲注(3)五〇頁。

(34) 松本・前掲注(3)一〇一頁注三(「之ヲ業トスル商人ヲ想像スルコトヲ得ヘカラス」)、栗栖・前掲注(6)一八二頁、神崎・前掲注(6)六頁、田中・前掲注(7)一七五頁、服部・前掲注(7)一七二頁、喜多了祐『商法總則〔店舗營業法上巻〕』(昭和六〇年五月)六四頁、藤田友敬「最判昭和六三年一〇月一八日判例評釈」法學協会雑誌一〇七巻七号(平成二年七月)九七頁、岩崎(稿)・前掲注(7)四〇頁、川村正幸(稿)梶山純・川村正幸(編)『現代商法(第七版)』(平成一四年四月)一八〇頁。

(35) 京都地判昭和四三年六月二六日・判例タイムズ二三五号一四六頁は、「手形行為は、商人概念の基礎となる商行為とならない、と解するのが相当である。けだし、手形行為の性質から考えて、「営業として手形行為をする」ということは、理論上成立せず、営業としてこれをなしうるのは、手形を目的とする売買等の実質的行為であるからである」とする。

(36) 商法總則の体系書では、商人の営利性の一検討項目として、医師、弁護士等のいわゆる自由業者の商人性を検討するのが常である。そこでは、自由業者の営利性を問題とし、同時にそもそも基本的商行為として列挙されるものに該当しないと分析する(例えば入院設備を調えた病院の医師の事業について商法五〇二条八号の該当性が議論される)。しかし、ある事業者が商人に当たるか否かの検討においては、商行為該当性が先に検討されるべきであつて、商行為該当性の一要件として営利性が求められるというのが、条文の構成に従つた順序である。

(37) 本稿注(13)の本文の引用を参照。

(38) 田中・前掲注(7)一七五頁。

(39) 鈴木・前掲注(7)一一三頁注八、平出・前掲注(3)三六頁。

(40) 西原・前掲注(3)二五一頁、服部・前掲注(7)一七一頁は、三条についてはこれにより商人資格を取得する場合は事実上考えられないとされるが、二九条二項については基本的商行為性を否定できないとされる。

(41) 両条の行為につき絶対的商行為とする実益がないとするものとして、岩崎・前掲注(3)六二頁、鴻常夫『商法総則(全訂第4版補正版)』(平成三年)八三頁。三条の行為につき実益がないとするものとして、神崎・前掲注

(6) 一八頁。志田・前掲(5)八二頁は、いずれも営業的商行為と解釈すべきとされる。

(42) 商法その他の法律で定められる商行為のうち、商法四条一項の「商行為」に当てはまる商行為(基本的商行為)がいずれであるかは解釈の問題であるが、五〇三条の商行為は主体の商人該当性を前提として導かれる商行為だからであり、また五〇一条四号が除かれるのは同号の行為を事業として行うことが考えられないからである。実際上あり得るかはともかく、事業としてなされることがおよそ考えられないということではないのであれば、基本的商行為に含めて解釈すべきであろう。

(43) 中村武『商行為法概論』(昭和二二二年一一月)二二六頁は、二九条二項の行為について、ほとんど全ての場合に後日の社債発行(転売)による利益を目的とするものなるにより、絶対的商行為と認めたとされる。後の売出しを前提にした総額引受なのであるから、二九条二項の行為も(商法五〇一条三号の場合と同様に)法文になくとも営利意思を前提にしていると解することも可能であろう。

(44) 担保付社債信託法所定の商行為を基本的商行為としない有力学説に従つて、本稿の「業とする」の解釈を一貫させることも考えられなくはない。しかし、本文の事情を重視して、敢えてその立場は採らない。なお、平成一八年改正によつてこの問題は解消済みである。

(45) なお、全てを文理どおり解釈して、担保付社債信託法所定の行為を業とする商人を觀念することも不可能ではない。ただ、少なくとも、平成一七年会社法制定前の法制度においては、営利性を要素としない商人は認められなかつたであろう。

(46) 現在、会社法五条、投資信託及び投資法人に関する法律六三条の二、資産の流動化に関する法律一四条、有限責任事業組合法一〇条も、商人概念にとつての基本的商行為を定めるものと解される(なお、来住野・前掲注(11)八四頁は、会社法五条は基本的商行為でないとされるようである)。

(47) 寺尾・前掲注(3)八〇頁は、「一言注意スヘキハ商人力商法第二六四條(現行五〇二条)ノ所謂営業的商行為ヲ営業ノ目的トスルトキハ商人ノ意義トシテ特ニ営業トスルトイフ要件ヲ加フル必要ナキコト是レナリ。何トナレハ営業的商行為ハ之ヲ営業トスル場合ニ初メテ商行為ト爲ルカ故ニ其中ニ既ニ営業トイフ要素ヲ含有スルヲ以テナリ。」とされる(寺尾元彦『会社法提要(上巻巻)』(昭和四年四月)二頁は同主旨の説明をした上で「然レトモ此場合ニハ営業トスルコトヲ要セスト謂フニ非ストニ之ヲ言フ必要ナシト謂フニ過キス」とされている)。

(48) 商人の企業性から営利性が求められると説明するものとして、服部・前掲注(7)一七四頁。なお、論者は、「営業」の言葉を使用せずに営利性を要すると解する立場に立たれる。また、大塚英明(稿)大塚英明ほか『商法総則・商行為法第2版』(平成二〇年一二月)二九頁。

(49) もともと、企業法説およびそこに言う企業概念は、法文から帰納されたものではない。

(50) 少なくとも、この解釈に長らく疑問が提起されなかつたのは、営利主体性から体系的に説明しようとする企業法説と親和的であつたことによろう。

(51) 烏賀陽・前掲注(3)四八頁注四。

(52) 旧商法の関連条文は次のとおり。

- 第三条 商事トハ商人又ハ其他ノ人ノ為シタルニ拘ハラス總テノ商取引及ヒ其他本法ニ規定シタル事項ヲ謂フ
- 第四条 商取引トハ売買、賃貸又ハ其他ノ取捌ノ方法ニ因リ產物、商品又ハ有価証券ノ転換ヲ以テ利益ヲ得又ハ生計ノ為メニスル旨趣ニテ直接又ハ間接ニ行フ所ノ總テノ権利行為ヲ謂フ殊ニ左ニ掲クルモノハ商取引ニ属ス
- 第一 產物ノ交換、販売ヲ目的トスル取引
- 第二 製造、工業及ヒ手職業ニ係ル作業及ヒ取引
- 第三 人及ヒ物ノ運送ニ係ル作業及ヒ取引
- 第四 航漕ニ係ル作業及ヒ取引
- 第五 建築ニ係ル作業及ヒ取引
- 第六 銀行営業ニ係ル作業及ヒ取引
- 第七 流通シ得ヘキ信用証券ノ發行及ヒ流通ニ係ル作業及ヒ取引

第八 商ノ為メニ為シ又ハ受クル倉庫寄託及ヒ其他ノ寄託ニ係ル作業及ヒ取引

第九 船舶ノ売買、質入、抵当、構造、修繕、儀装及ヒ乗組ニ係ル作業及ヒ取引

第十 取引所ノ取引

第十一 保険ニ係ル作業及ヒ取引

第五条 其他左ニ掲クルモノハ之ヲ商取引ト看做ス

第一 公ニ開キタル店舗、帳場若クハ其他ノ営業所ニ於テ又ハ公告ヲ為シテ當ム両替及ヒ利息若クハ其他ノ報酬ヲ受クル金錢貸付

第二 新聞紙及ヒ其他ノ定期印刷物ノ發行

第三 商事ニ於ケル各般ノ代理及ヒ委任

第四 公ナル周旋所及ヒ代弁ノ営業

第五 公ナル共歎場及ヒ娯遊場ノ営業

第六 受負作業ノ引受

第六条 商人其営業上ニ於テ取結ヒ又ハ他ノ商人若クハ作業人ト取結ヒタル取引ハ反対ノ証ナキトキハ之ヲ商取引ト看做ス

第七条 〈省略〉

第八条 不動産ニ關スル権利ヲ目的トスル契約ハ商取引トセス但射利ヲ旨趣トスル買得及ヒ転売ハ此限ニ在ラス

第九条 ①商人トハ總テ商業ヲ営ム者ヲ謂ヒ商業ヲ営ムトハ常業トシテ商取引ヲ為スコトヲ謂フ

②農作、牧畜、養蚕、狩獵、捕漁及ヒ採藻ノ業ヲ営ムハ商業ヲ営ムト看做サス

(53) 梅謙次郎『日本商法講義』(日本商法〔明治23年〕講義日本立法資料全集別巻360・復刻版・平成一七年八月)。

(54) Droit De Commerce Art. I. 121-1 Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle. (商人は商行為を行い、かつそれ(商行為)を営業としてする者をいう)

(55) 長谷川喬『商法正義第壹卷』(商法〔明治23年〕正義第1巻・第2巻日本立法資料全集別巻48・復刻版・平成七年八月)五九〇六〇頁にも、同様の説明が見られる。すなわち、商人の二要件として「商取引ヲ為ス事」「之ヲ以テ

平常已ノ職業ト爲ス事」を挙げた上、後者について次のように説明している。

「商人タルニハ平常商取引ヲ爲スヲ要ス故ニ僅ニ一回又ハ時アリテ偶々商取引ヲ爲シタルモ以テ商人ト看做スヲ得ス殊ニ其爲ス所職業ナルニ非サレハ假令屢々之ヲ爲ス者アルモ未タ以テ商人ナリトスルヲ得ス例ヘハ貯金預ケ人カ銀行ニ對シ常ニ小切手ヲ振出スノ慣習アリトセシ歟其人ハ則チ常ニ商取引ヲ爲ス者ナリト雖モ（第四條第七條「ママ…第四條第七」）其振出ノ事業タル固ヨリ其人ノ職業ニ非サルヲ以テ直ニ之ヲ商人ト看做サ、ルカ如シ「プラウワール」氏曰ク人ヲ商人ト認定スルニハ其人商取引ヲ爲スヲ慣習トスル外尚ホ之ヲ已カ職業ト爲ス者タラサル可ラスト本條ノ所謂常業トハ則チ此主旨ニ外ナラサルナリ」

（56）もつとも、四条は柱書で「商取引トハ…以テ利益ヲ得又ハ生計ノ為ニスル旨趣ニテ」としている。

（57）本稿注（5）の「商業」の言葉から、通説と同様の説明をするものは、旧商法九条一項の文言と、「常業」を「営業」と読む解釈とを組み合わせたものであろう。

（58）その他に、「自己ノ名ヲ以テ」の文言が付け加わったことについての説明がある。

（59）繰り返しになるが、単に営利性を四条一項の要件として加えるためだったのであれば、「業トスル」にその意味を込める必然性はなかつたはずであるから、本文の推測はほぼ間違いないものと思われる。

（60）「業とする」を「営業として」と解した上で、五〇一条四号の行為は「営業として」行われることはないから基本的商行為に含まれないとされるものとして、神崎・前掲注（6）六頁、近藤・前掲注（6）四八・五九頁。

（61）喜多・前掲注（34）六四頁は、五〇一条四号の行為が基本的商行為に含まれないことを説明しつつ、次のように通説（ここで言う通説は、五〇一条の商行為を限定なく全て基本的商行為とする解釈を指す）を批判しておられる。「通説はそのいわゆる固有商人のなかに五〇一条列挙の（中略）商行為を営業の目的とする者を含めるのであるが、同条四号の（中略）行為は商人が営業のためにするもの（中略）であつても、営業の目的としてするものではありえないので、四条一項でいう「商行為ヲ為スヲ業トスル」範囲には入らない（中略）。この点で、通説があまりにも概括的であれば不正確であるというほかはない」とされる。この記述は、従来の学説が、「業とする」を「営業とする」と読み替えるながら、それによって基本的商行為を選び分ける機能を与えてこなかつた証左となろう。

（62）このような旧商法時代の解釈は、新商法四条一項の解釈として成り立ちうるであろうか。すなわち、「業とする」

を「営業としてする」と理解することで、基本的商行為になり得る商行為を選別するという解釈の是非である。「営業としてする」との解釈は、言葉を換えれば「営業の目的とする」あるいは「事業目的としてする」ということであろう。つまり、「営業」の言葉から営利性を強調し、あたかもそれが一つの要件であるかのように理解するのは、元來の主旨からは外れたものであつたのではなかろうか。「商行為を事業目的とする」という意味で、「商行為を営業の目的とする」と表現すること自体はそれほど違和感のないもののように思われる（五〇二条の商行為の場合であつても、「営業」が重なることに拘泥する必要もないようじに感じられる）。五〇一条四号の行為を基本的商行為から除くと解釈するとき、我々は、その行為が「営業として」行われ得るかどうかで判断するはずである。その程度の意味で、「業とする」を「営業としてする」と理解するというのならば問題のない解釈ということもできよう。しかし、そこでいう「営業」の「営利性」を強調することになれば、既に商行為に含まれる営利性と衝突することになる。

(63) これを「営業とする」と解するものとして、津田・前掲注(12)三一頁。

(64) 安東俊明・古閑又五郎『改正商法講義第二編會社』(明治三二年六月)一~二頁、柳川・前掲注(3)八八頁、寺尾・前掲注(47)二頁(「商行為ヲ営業ト爲スコトヲ要スル」)、花岡・前掲注(3)一三七頁、石井照久『註解株式會社法第一卷設立』(昭和二八年一二月)六六頁、島本英夫『新版會社法要綱』(昭和三八年四月)四頁、津田・前掲注(12)三〇~三一頁、谷川久「§52」上柳克郎ほか(編)『新版注釈會社法(1)』会社總則、合名會社、合資會社(昭和六〇年九月)三九頁、高島正夫『新版會社法』(平成三年二月)六~七頁、宮島司『會社法概説』(第三版補正2版) (平成一六年一〇月)六~七頁。

(65) 有限會社法一条一項の「業トスル」について、同様に解する見解として、津田・前掲注(12)三七頁。

(66) 横塚・前掲注(3)五八頁(「茲ニ所謂商行為ヲ業ト爲ストハ營利ノ目的ヲ以テ繼續的ニ商行為ヲ營ムヲ云フ」)。同旨、椎津盛一『會社法要義』(昭和七年一月)一八頁、横田正俊『増訂會社法講義』(昭和二一年一〇月)六頁、河本一郎『現代會社法(新訂第八版)』(平成二一年五月)三一頁、山本爲三郎『會社法の考え方(第4版)』(平成一五年四月)四頁。

(67) 岡野敬次郎『會社法講義案』(大正九年一二月) (會社法講義案日本立法資料全集別卷550・復刻版・平成二一年一月)三頁(「業トスルトハ利益ヲ得ル意思ヲ以テ同形同種ノ一團ノ商行為ヲ爲スヲ謂ヒ其義商人力商行為ヲ爲スヲ業

トル（四）ニ同シ」、岡野敬次郎『会社法』（昭和四年九月）（会社法日本立法資料全集別巻549・復刻版・平成二年一〇月）五頁は、「会社ハ商行爲ヲ爲スヲ業トル社團法人ヲ謂フ（中略）商行爲トハ物的商行爲若クハ人的商行爲ナラサルヘカラス業トルトハ利益ヲ得ルノ意思ヲ以テスル作用ノ集合ヲ謂フ等其他商人ニ關シテ説明シタル所之ヲ會社ニ應用スルヲ得ルナリ」としている。

（68）松本烝治『会社法講義』（大正五年一一月）一八頁は、「茲ニ所謂業トルトハ商法第四條ニ云フ所ト同シク所得ノ通常ノ淵源トル目的ヲ以テ同種ニシテ連續セル一團ノ私法的行爲ヲ爲スヲ謂フ」とされる。

（69）津田・前掲注（12）三一頁。

（70）齊藤助堯『倉庫法釋義』（大正一三年五月）一三六頁によれば、農業の保護奨励の趣旨とされる。

（71）これらの法文に営利性を補うべきとして、それを「業トル」の中に補うと解さなければならない積極的理由はないというのである。

（72）葉玉匡美「会社の目的」江頭憲治郎ほか（編）『会社法大系1「会社法制・会社概論・設立』（平成二〇年九月）一一〇～一一一頁、山本爲三郎「会社の法的性質と新会社法」法の支配一五三号（平成二一年四月）三七頁、大賀祥充「会社設立の法理」『現代企業法学の理論と動態』奥島孝康先生古稀記念論文集『上篇』（平成二三年一〇月）九七頁。

（73）そこで求められる営利性の意味を希薄化させてその要件を満たすと考えるのだとすると、その営利性と、会社に営利性がないときの営利性と、営利性の意味を使い分けねばならないことになる。

（74）会社の営利性についてはなお論すべきことがあるので、別稿において検討する予定である。（杉田貴洋「会社の営利性と商人性」山本爲三郎（編）『企業法の法理』（慶應義塾大学出版会）所収予定）

【追記】 本稿執筆に際して、法の経済分析ワークショップにて報告の機会を得た。