

Title	法人の商人性
Sub Title	
Author	来住野, 究(Kishino, Kiwamu)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	2008
Jtitle	慶應の法律学 商事法 : 慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 (2008.) ,p.79- 105
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88453885-00000005-0079

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.

法人の
商人性

来住
野
究

- 一 はじめに
- 二 会社の商人性
- 三 会社以外の法人の商人適格
- 四 フランスにおける法人の商人性
- 五 検討
- 六 おわりに

一 はじめに

我が国の商法は、商行為概念と商人概念を定めてその適用対象を画しているが、商行為概念と商人概念の定め方については、商行為概念を定めてそこから商人概念を導くという商行為法主義（客観主義）を原則としつつ、経営形態に着目して商行為概念とは無関係に商人概念を定めるといふ商人法主義（主観主義）を加味している。すなわち、商人とは自己の名をもって商法五〇一条・五〇二条所定の商行為の営業をする者であり（商四条一項・固有の商人）、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営業とする者または鉱業を営む者は、商行為を営業としなくても、商人とみなされる（同二項・擬制商人）。ここでいう「営業」とは「営利目的をもって反復継続的に行うこと」であり、「営利目的」とは対外的活動によつて利益を獲得する意図を意味し、利益の使途の如何を問わない。したがつて、自然人がこれらの営業を行えば、商人として商法の適用を受ける。

一方、会社については、平成一七年改正前商法（以下、便宜上「旧商法」と略称する）五二条一項では、会社は商行為を営業とする目的をもって設立された社團であると定義されており、五二条二項は、商行為を営業としなくとも、営利を目的とする社團にして商法の規定に従つて設立したものは、会社とみなすと規定していた。五二条一項のいわゆる商事会社は、商法四条一項に規定する商人の要件をみたすため、固有の商人にあたり、五二条二項のいわゆる民事会社は旧商法四条二項後段により擬制商人とされた。しかし、平成一七年に成立した新会社法では、会社の実質的な定義規定はなく、会社を商人とする旨の明文規定もない。会社の商号・使用人等については会社法に自足的に規定されているため、商人に関する商法総則の適用を問題とする必要はないが、商行為法には商人間の取引に関する規定（商五二三条・五二二条など）もあるため、これらの規定が会社にも適用されるのかを決する上でも、会社の商人性を明らかにしなければならない。^{①②}

また、会社以外の法人については、解釈上法人の種類に依じて商人適格の有無が問題とされてきたが、平成八年に成立した公益法人制度改革関連三法により民法の公益法人法・中間法人法などが統廃合され、一般的な非営利法人法が成立したが、これが会社以外の法人の商人適格の有無の解釈に対していかなる影響を及ぼすかが問題となる。

このように、新たな立法に伴い、会社の商人性とその他の法人の商人適格につき再検討が必要になったため、本稿ではこれらの問題について考察することとする。

(一) 商人概念の要素としての営利目的については、利潤獲得の意図(収入と支出の差額を利得する意図・投下資本を増殖させる意図)を意味するが、必ずしも積極的に利得する意図は必要ではなく、資本的計算方法(投下資本に対する利回り計算)の下で少なくとも収支相償うことが予定されていればよいと解されている。すなわち、計算上家計から分離独立した一定の金額(資本)をもって企業活動を営み、その金額を基礎として収支の計算を行うことが予定されていれば、営利目的を認めることができるのであり、ここに個人から独立した経済単位としての企業性を認めることができる。したがって、実際に収益があがったか否か、収益をどのような目的に使用するかも問題ではない。しかし、長期的視野に立って継続的に何らかの事業を行う場合には、当初から採算を度外視していることなど一般に考えられないから、この場合にも営利目的があることになってしまいう点で問題がある。また、積極的に営利を目的とするからこそ、商法は、商人が冷静に利害を打算して行動できる合理的な経済人であることを前提として、営利の実現を可能にする法規制を設けたり、商人に厳格な責任を課したりしているのではなからうか。そうであれば、営利目的に関する通説の理解には疑問が残る。落合誠一「新会社法講義第一回・第一章総論」法学教室三〇七号(平成一八年)六九頁も、「商人は新たな富の創出を目的にビジネスを行うものであるから、収支相償ではなく、少なくともプラスを生じさせることを意図しているものと解すべきである」とする。

(二) 最判平成二〇年二月二二日判タ一二六七号一六五頁は、会社に商法五〇三条二項の適用を認めた。

(3) 相澤哲二葉玉匡美二郡谷大輔編『論点解説新・会社法』（平成一八年・商事法務）一二頁は、商法五〇七条のように商人であることが適用の要件とされている規定も会社に適用されるとするが、その理由は明らかではない。

二 会社の商人性

新会社法における会社の商人性については、会社がその事業として行う行為は商行為とされるから（会五条）、会社は固有の商人であると説明されることが多い⁽⁴⁾⁽⁵⁾。しかし、かかる説明は「卵が先か鶏が先か」という循環論法に等しい⁽⁶⁾。商行為法主義に立脚する我が国の商法体系においては、商人概念の基礎となる商行為（基本的商行為）は、行為の内容によって典型的に決まるものであって、行為主体の如何によって決まるものではない。したがって、かかる説明は商行為法主義に基づく固有の商人概念の定め方に反するといわなければならない。行為主体の企業性に着目するのであれば、商人法主義に基づき、会社が事業として行う行為の商行為性ではなく、会社の商人性を第一次的に明らかにすべきである⁽⁸⁾。他方で、新会社法の下では商人でない会社の存在を認める余地もないわけではなく⁽⁹⁾、特に商法では「営業」という語が維持されているのに対して会社法ではこれが「事業」という語に改められていること⁽¹⁰⁾から、伝統的に非営利法人にしか認められないとされてきた事業を株式会社にも認めようとする政策との関連を推測する向きもあるようである⁽¹¹⁾。

歴史を振り返ってみると、明治四四年商法改正の際、民事会社を会社とみなす規定（旧商五二条二項。当時は四二条二項）と民事会社の行為に商行為法を準用する旨の規定（旧商五二三条。当時は二八五条ノ三）が新設されたが、民事会社は商人であるかにつき学説上争いがあったため、その疑義を解消するため、昭和一三年改正により、民事会社を商人とみなす旨の規定が商法四二条二項に追加されたという経緯がある⁽¹²⁾。かかる歴史に鑑みれば、新会社

法が会社が事業として行う行為を商行為と扱うからといって、民事会社の商人性が確認されたことにはならない。もつとも、新会社法は会社も商人であることを前提としていられる。例えば、会社がその事業のために行う行為は商行為とされるが（会五一条）、商法五〇三条に規定する附属的商行為は商人が営業のためにする行為であるから、この点に鑑みれば、会社も商人であることになる。また、商号は商人の営業上の名称であるから、会社の名称をもつて商号とするという会社法六条一項も会社の商人性を裏づける。また、商法二一条一項も「商人（会社及び外国会社を除く。……）」と規定しており、商人に会社が含まれることを前提としている。

結局のところ、会社が絶対的の商行為（商五〇一条）または営業的の商行為（商五〇二条）を事業目的としていれば、これらの規定を待つまでもなく、商法四条一項により会社も商人となるが、商行為以外の営利行為を事業目的とする場合には、事業として行う行為は会社法五条により商行為と「みなす」ことはできるとしても、何を根拠に商人とされるのかを説明することはできない。

そして、会社以外の法人の商人適格の有無を検討すると、翻って会社の商人性も自明ではなくなるように思われる。

- (4) 山下友信「新会社法の意義」法学教室三〇四号（平成一八年）六頁、宮島司「新会社法エッセンス（第二版）」（平成一八年・弘文堂）六頁・一三頁、川村正幸「会社法現代化の意義」川村正幸『布井千博編』新しい会社法制度の理論と実務（平成一八年・経済法令研究会）一三頁、関俊彦「商法総論総則（第二版）」（平成一八年・有斐閣）一一八頁、加美和照「新訂会社法（第九版）」（平成一九年・勁草書房）三三二頁、吉本健一「レクチャー会社法」（平成二〇年・中央経済社）一一頁、江頭憲治郎編『会社法コンメンタール』（平成二〇年・商事法務）一三一頁「江頭憲治郎執筆」、酒巻俊雄『龍田節ほか編』逐条解説会社法第一巻（平成二〇年・中央経済社）一〇五頁「森本滋執筆」等。

- (5) 豊泉貫太郎「会社法と旧商法の隠れた不連続性」慶應法学一〇号（平成二〇年）一八九〜一九〇頁は、会社法五条から会社の商人性は導かれずとする。
- (6) 浜田道代「会社の法的概念」浜田道代編『キーワードで読む会社法（第二版）』（平成一八年・有斐閣）三頁も、かかる説明につき「同語反復の嫌いはある」とする。
- (7) 伊藤雄司「判批」NBL八二号（平成二〇年）三一頁も、「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」とする。
- (8) 前田庸「会社法入門（第一版）」（平成一八年・有斐閣）七頁は、新会社法はもはや会社を商人概念に含めることを放棄したのであり、だからこそ会社法五条は会社の行為の商行為性を定める必要があったと述べていたが、第一一版補訂版（平成二〇年）では、かかる記述は削除されている。一方、池野千白「新商法と会社法の考え方」CHUKYO LAWYER 四号（平成一八年）は、会社法五条は「会社概念を前提とする新たな商行為概念を創設したのであり」（二二五頁）、「会社法が商人法主義を採用し、基本的商行為概念から解放された会社概念を採用し、かつ、会社法一条が会社に関する会社法の優先適用を宣言している以上、新商法五〇一条・五〇二条の適用は排され、会社法五条前段による商行為概念として理解しなければならぬ」とすなわち、固有の商人の前提概念としての基本的商行為として、会社事業商行為という新しい商行為概念が作り出されたと評価する（二二六頁）。酒巻＝龍田編・前掲注（4）一〇五頁「森本執筆」は、会社法五条により会社の行為には商法五〇一条から五〇三条の適用は否定されるとするが、会社の行為の商行為性については会社法で自足的に規定されているとしつつ、会社の商人性についてはその根拠を商法四条一項に求めることは調和しないであろう。
- (9) 弥永真生「リーガルマインド商法総則・商行為法（第二版）」（平成一八年・有斐閣）一七頁。
- (10) この点については、会社以外の商人の場合は、複数の「営業」を営むことができ、それに応じて複数の商号を使用できる（商号単一原則）のに対して、会社は、複数の営業を営んでいても、一個の商号しか使用することができないため、会社の営むビジネス全体を指して「事業」という語に改め、他の法人において一般に使用されている「事業」の語との統一を図ったにすぎないようである（江頭憲治郎「新会社法制定の意義」ジュリスト二二九五号（平成一七年）五頁）。
- (11) 江頭・前掲注（10）五頁、座談会「『会社法』制定までの経緯と新会社法の読み方」商事法務一七三九号（平成一七年）二

三頁「江頭憲治郎発言。相澤哲発言はその意図を否定」。神作裕之「会社法総則・擬似外国会社」ジュリスト一二九五号（平成一七年）一三九頁は、「経済的目的の追求が部分的に含まれている以上は、会社形態を用いて慈善的、他益的、共益的な目的を追求することも可能である」とし、青竹正一『新会社法（第二版）』（平成二〇年・信山社）八頁も、「会社も、営利目的・経済活動目的のほかに、慈善的な目的や株主・社員の共通利益のための事業を目的とすることも認められるのではないかと解される」とする。

(12) 肯定説として、竹田省『商法総則』（昭和七年・弘文堂）七〇頁、否定説として、松本丞治『商法総論』（大正一二年・中央大学）一四八頁。ただし、松本・前掲一四九頁は、民事会社にも商業登記・商号・商業帳簿・商業使用人等に関する規定は類推適用されるため、法律適用の実際においては商事会社との差異はないとする。

(13) 松本丞治「商法改正案要綱解説（一）」法学協会雑誌四九卷九号（昭和六年）一一〇頁。

三 会社以外の法人の商人適格

1 学説・判例の状況

会社以外の法人（非営利法人）は商人となりうるか（商人適格を有するか）は、法人の存立目的との関連で問題となる。ここでは、各種法人の商人適格に関する従来の学説・判例の状況を概観しよう。

(一) 公益法人・中間法人

民法上の公益法人は、祭祀・宗教・慈善・学術・技芸など公益事業を目的とし、営利を目的としない社団法人または財団法人であると定義されていたが（平成一八年改正前民一以下、便宜上「旧民」と略す―三四条）、ここでいう「営利を目的としない」とは利益を社員に分配しないことを意味すると解されていた。これは、会社の営利性は、会社が対外的活動によって利益を獲得する目的を有するだけでは足りず、その利益を社員に分配すること

を要すると解されることに対応する。中間法人は、社員の地位向上・相互扶助・福利厚生など社員に共通する利益を図ることを目的とし、かつ剰余金を社員に分配することを目的としない社団である（中間法人法二条二号）。平成一八年に成立した「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律」（以下、「一般法人法」と略称する）⁽¹⁴⁾ 二項でも、公益法人と中間法人とを包摂した一般社団法人・一般財団法人につき、社員に剰余金を分配しないことをその要素としている⁽¹⁵⁾。

そのため、従来から公益法人については、公益事業に必要な資金を得るために附随的な収益事業を行っても、収益を社員に分配せず公益事業に投下する限り、公益法人の本質に反しないから、その限りで商人となると解されてきた⁽¹⁵⁾。実際にも、学校法人・社会福祉法人などが附随的に収益事業を営むことは許されていた（私立学校法二六条一項・社会福祉法二六条一項等）。

これに対して、中間法人については、その目的たる事業は商法上の営業としての営利事業とは認めがたいため、商人となりえないと解されてきた⁽¹⁶⁾。判例も、農業協同組合連合会（最判昭和三七年七月六日民集一六卷七号一四六九頁）・漁業協同組合（最判昭和四二年三月一日民集二二卷二号二九五頁）・信用協同組合（最判昭和四八年一月五日判時七二六号九二頁、最判平成一八年六月二三日判時一九四三号一四六頁）・信用金庫（最判昭和六三年一月一八日民集四二卷八号五七五頁）などの特別法上の中間法人につき、その商人性を否定している。これに対して、協同組合が附随的に営利事業を行っている場合にはその限りで商人性を認めるべきであるとの見解も有力に主張されている⁽¹⁷⁾。また、信用金庫については、その営む事業はかなり銀行に接近し、信用協同組合よりも営利性が強いこと⁽¹⁸⁾に鑑み、その商人性を認める見解も散見されるが、信用協同組合については、平成四年の金融制度改革法に基づく規制緩和によりその事業範囲が拡大されているものの、一般に判例の立場が支持されている⁽¹⁹⁾。なお、中間法人法では中間法人の商人適格は明らかではなく、保険の相互会社については、保険業法二一条は、商人でないこ

とを前提としつつ、商人と商行為に関する商法の規定を大幅に準用しているため、商人性を問題とする実益はない。

(二) 公法人

存立目的が特定の公共的事業に限定された土地区画整理組合・水害予防組合などは商人となりえないが、存立目的が一般的な公法人（国・地方公共団体）については、私経済的経営方式をとって営利事業を行えば、その限りで商人となると解されている。⁽²⁰⁾

(三) 特殊法人

中小企業金融公庫・農林漁業金融公庫・国民生活金融公庫などの公庫、⁽²¹⁾農林中央金庫・商工組合中央金庫の二つの金庫、特殊銀行たる日本銀行・日本政策投資銀行などの特殊法人については、その事業は公共的性質が強く、その経営も公共経済的見地からなされるが、独立採算制をとる以上、そこには営利目的を認めることができるから、その事業が商法五〇一条・五〇二条に規定する基本的商行為に該当する限り、商人となると解されている。⁽²²⁾

2 沿革的考察

(一) 明治三二年新商法二条をめぐって

商法二条は公法人の商行為に対して商法の適用を認めているが、これは公法人の商人性を否定する趣旨ではないと解されている。明治三二年新商法の起草にあたって、商法修正案参考書では、この二条について次のように説明されている。「会社ニアラサル私法人カ商行為ヲ為シ若クハ商業ヲ営ム場合ニ於テモ亦本法ノ規定ヲ適用スヘキヤ勿論ナルヲ以テ本案ハ何レモ之ヲ掲ケス独リ公法人カ商行為ヲ為ス場合ニ付テハ本法ノ規定ヲ適用スヘキヤ否ヤ疑ヲ容ルルノ余地ナキニアラサルヲ以テ本条ハ既成商法ニ倣ヒ法令ニ別段ノ定ナキ限りハ本法ノ規定ヲ之

ニ適用スヘキコトヲ明カニセリ」。⁽²⁴⁾ そして、法典調査会商法委員会議事要録によれば、この規定は、公法人であっても営業をなしうることを前提として、公法人が商人でないことを暗に示したものであると説明されている。⁽²⁵⁾ すなわち、立法者意思としては、会社以外の私法人については、商行為の営業をすれば商人となりうるののに対して、公法人については、商行為の営業をしてもその行為につき商法の適用があるにすぎず、商人適格はないと考えられていた。その理由としては、おそらく公法人のあり方として商人性を認めることはふさわしくないという政策的判断があつたのではなからうか。

(二) 明治四四年商法改正における四二条二項（旧商五二条二項）の新設をめぐって⁽²⁶⁾

明治二九年新民法三五条は、営利を目的とする社団は商事会社設立の条件に従い法人となることができ、この民事会社については商事会社に関する規定が準用される旨規定していた。ところが、後に民法三五条二項の解釈をめぐって、民事会社は支配人を選任できるか、民事会社と商事会社は合併することができるかなどの問題を生じた。

そこで、明治四四年商法改正の際に、これらの疑義を解消するため、岡野敬次郎委員の起草になる四二条二項（旧商五二条二項）と二八五条ノ二（旧商五二三条）が新設されるに至った。その際、岡野委員は、営利を目的とする社団とは営利事業を営む社団を意味し、利益の用途の如何を問わないものと解していた。すなわち、岡野委員は、民事会社も商事会社も営利事業を営む点で異ならない以上、両者はその組織のみならず行為についても同一の法規制に服せしめるべきであると考えていたのである。これに対して、梅謙次郎委員が民法三五条に込めた立法者意思としては、民事会社の設立から清算に至るまでの組織についてのみ商事会社の規定を借用したにすぎず、民事会社の活動についてまで商法の適用に委ねようとしていたのではなかったため、四二条二項の新設に関する立法過程において、梅委員は岡野委員の原案に激しく反対していた。

要するに、岡野委員によれば、営利性は社団の営む事業について要求され、民法と商法の適用範囲を画するメルクマールであったのに対して、梅委員によれば、営利性は社員の利益を図ることを意味し、それは商法の対象となるべき法律事実固有の要素ではなく、商行為を営業とするか否かを基準とする民事会社と商事会社の区別こそが民法と商法の適用範囲を画するメルクマールとなるものであった。そのため、岡野委員は、商行為以外の営利事業を営む社団にまで商法の適用範囲を拡大しようとしたのに対して、梅委員は、商行為概念と商人概念を基準として商法の適用範囲を民法のそれとを区別している法体系の下では、事業の営利性という基準をもって法の適用範囲を拡大し、それにより民法と商法の境界が不明確となることを危惧していたのである。

そして、昭和一三年商法改正により、民事会社も商人とみなす旨の四条二項後段が追加されるに至る。さらに、同年に制定された有限会社法においても、有限会社とは商行為その他の営利行為の営業を目的とする社団であると定義されるとともに（有一条一項）、有限会社は商行為を営業としなくても商人とみなしたため（有二条）、整合性がある。

（三）公益法人の収益事業の許容をめぐって

学校法人と社会福祉法人に収益事業を認める私立学校法二六条一項・社会福祉法二六条一項は公益法人の商人適格の根拠として援用されることが多いが、その立法経緯は示唆を含む。

私立学校法が制定された昭和二四年当時は、一般に公益法人は収益事業を営むことはできないと解されており、同法二六条の規定は、当時戦後の激しいインフレによってその財産的な基礎を失い、極度の経営難に陥っていた私立学校に対して、収益事業を行うことを例外的に認めることによって学校法人がある程度まで自力で財政の立て直しを図れるようにするために設けられたというのが、その立法趣旨であったと推測される。⁽²⁷⁾

一方、社会福祉事業は民法上の公益法人により経営されてきたが、戦後の社会経済情勢の激変により経営難に

陥り、窮余の策として収益事業を始めた。その後、公益法人の収益事業は常態化するに至り、中にはあたかも収益事業が主たる事業であるかのような現象を呈するものも現れ、社会福祉事業の適正な運営を害するのみならず、法人の社会的信用を失墜するような弊害を招来するようになった。そこで、社会福祉事業を再建・整備すべく、昭和二六年の社会福祉事業法により社会福祉法人制度を創設して、積極的に収益事業を行うことを認めて、その健全な育成・発展を図ることとした。²⁸⁾

さらに、昭和二六年には宗教法人法も制定され、その六条二項では、宗教法人の目的に反しない限り、公益事業以外の事業を行うこともできるとされている。

かかる立法の経緯に鑑みると、学校法人と社会福祉法人に収益事業を認める規定はあくまでも例外であると評価する余地もあつたが、²⁹⁾公益法人の収益事業の許容はなし崩し的に一般化する方向に作用し、平成一八年の「公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律」では、公益法人一般につき、公益目的事業の実施に支障を及ぼさない限りで収益事業を行うことが認められるに至つた（五条七号）。しかし、公益法人の収益事業が一般的に法認されたとしても、それが直ちに公益法人の商人適格を意味するものではないと考えられる。

四 平成一八年公益法人制度改革関連三法をめぐって

公益法人制度改革関連三法では、現行の公益法人の設立に係る許可主義を改め、法人格の取得と公益性の判断を分離することとし、公益性の有無にかかわらず、準則主義（登記）により簡便に設立できる一般的な非営利法人制度を創設した。³⁰⁾すなわち、一般法人法では、従来の公益法人と中間法人は、社員に剰余金を分配しない法人として整理され（二一条二項）、その設立・機関等は統一的に規律されることになった。一方、会社法では、株主は剰余金配当請求権と残余財産分配請求権を有し（会一〇五条一項）、その双方を与えない定款の定めを無効としているため（同二項）、少なくともいづれか一方は強行法的に保障されることになる。³¹⁾すなわち、一般社団法人

と会社を区別する基準は、社員が剰余金または残余財産の分配を受ける権利を有するか否かに求められ、事業の如何は問題にされていない。それは、法人の営利性に関する従来の通説における対外的営利事業と社員に対する利益分配という二つの要素のうち、営利事業という客観的要素が脱落したことを意味する。⁽¹⁷⁾「非営利法人」ではなく「一般社団法人・一般財団法人」という語が用いられたのは、「非営利」という語は「収益事業を行わない」あるいは「利益を追求しない」という意味でも用いられることもあるため、誤解を避けるためであると説明されている。⁽¹⁸⁾かくして、営利法人たる会社と非営利法人たる一般社団法人を区別する基準は、「事業の営利性」ではなく「社員の営利性」に求められることが明らかになった。他方で、「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律及び公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」(以下、「整備法」と略称する)三八条により、旧民法三四条は、「學術、技芸、慈善、祭祀、宗教その他の公益を目的とする法人、営利事業を営むことを目的とする法人その他の法人の設立、組織、運営及び管理については、この法律その他の法律の定めるところによる」と改められ、民法三三三條二項として規定されることになった。すなわち、そこでは法人の分類基準として事業の如何が問題となっている。「営利事業を営むことを目的とする法人」とは会社を念頭に置いているのであるが、事業の営利性の有無によって法人を分類するという発想は放棄されたのではないのか。その意味において整合性を欠いているといわざるをえない。⁽¹⁹⁾

(14) 一般法人において営利目的(剰余金の分配)が禁止される理由については、神作裕之「一般社団法人と会社」ジュリスト

一三二八号(平成一九年)四〇頁、同「非営利法人と営利法人」民法の争点(平成一九年・有斐閣)六〇頁参照。

(15) 田中耕太郎『改正商法総則概論』(昭和一三年・有斐閣)二六九頁、大隅健一郎『商法総則(新版)』(昭和五三年・有斐閣)一九頁、神崎克郎『商法総則・商行為法通論(改訂版)』(昭和六三年・同文館)三七頁、鴻常夫『商法総則(新訂第五版)』

- (平成二年・弘文堂) 一一五頁等。反対、竹田・前掲注(12) 六九頁、西原寛一『商法総則・商行為法(改訂版)』(昭和三十三年・岩波書店) 九二頁、田中誠二『全訂商法総則詳論』(昭和五十一年・勁草書房) 一九一頁、高島正夫『商法総則商行為法(改訂版)』(昭和五七年・慶應通信) 六七頁、加美和照『新訂商法総則』(平成元年・勁草書房) 六七頁。
- (16) 田中(耕)・前掲注(15) 二六九頁、田中(誠)・前掲注(15) 一九二頁、大隅・前掲注(15) 一一〇頁、神崎・前掲注(15) 三七頁、上柳克郎『協同組合法』(昭和三五年・有斐閣) 一九頁等。ただし、企業組合については、自ら商業・工業・運送業・サービス業等の事業を行うため(中協九条の一〇)、商人となると解されている。これに対して、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——企業法総論』(昭和五九年・東京大学出版会) 一〇三頁は、「組合員の相互扶助目的に適応した事業に協組事業が協組法上限定されていること……と、その事業処理を商法所定の技術的処理に従わしめることは、論理上も政策上も何ら矛盾せず、逆に、公益法人の営利事業に商法の適用を認めて協組にそれを否定する立場こそ矛盾している」として、取引次元における協同組合の商人性を一般的に肯定する。
- (17) 服部栄三『商法総則(第三版)』(昭和五八年・青林書院) 二四五頁、鴻・前掲注(15) 一一四頁、森本滋編『商法総則講義(第三版)』(平成一九年・成文堂) 四二頁、洲崎博史執筆、長瀬弘毅「判批」ジュリスト七八〇号(昭和五七年) 一四五頁、青竹正一「判批」民商法雑誌一三五卷四〇五号(平成一九年) 二四二頁。
- (18) 鴻・前掲注(15) 一一三頁、藤田友敬「判批」法学協会雑誌一〇七卷七号(平成二年) 九六頁。田邊光政『商法総則・商行為法(第三版)』(平成一八年・新世社) 四九頁は、信用協同組合についてもその商人性を肯定する。
- (19) 志谷匡史「判批」判例時報一九六二号(平成一九年) 二〇四頁、早川徹「判批」私法判例リマックス三五号(平成一九年) 七九頁。
- (20) 田中(耕)・前掲注(15) 二六七、二六八頁、田中(誠)・前掲注(15) 一九〇頁、大隅・前掲注(15) 一一八頁、服部・前掲注(17) 二四九頁、神崎・前掲注(15) 三七頁、鴻・前掲注(15) 一一六頁等。
- (21) 中小企業金融公庫・農林漁業金融公庫・国民生活金融公庫(及び国際協力銀行の国際金融部門)は平成二〇年一月に株式会社日本政策金融公庫として統合され、そこに沖縄振興開発金融公庫が平成二四年以降に合流する予定である。
- (22) 商工中金は、将来の完全民営化に向けて、平成二〇年一月に特別法に基づく株式会社に変換される。

- (23) 大隅・前掲注(15) 一一二頁、神崎・前掲注(15) 三七頁、鴻・前掲注(15) 一一二頁等。なお、都市再生機構・住宅金融支援機構などの独立行政法人についても同様に解されているが(落合誠一『大塚龍児』山下友信『商法Ⅰ―総則―商行為(第三版補訂版)』(平成一九年・有斐閣) 四〇頁「大塚執筆」、関・前掲注(4) 一三〇頁等)、森本編・前掲注(17) 四一頁「洲崎執筆」は、「独立行政法人は、公共性の高い事務・事業のうち、国が直接実施する必要はないが、民間の主体に委ねると実施されないおそれがあるもの等を行わせることを目的として設立されるものであるから(独立行政法人通則法二条。個別法によって定められる各独立行政法人の目的や業務範囲もこの目的に拘束される)、公庫や特殊法人とは異なり、営利目的を認めることは困難であろう」とする。
- (24) 日本近代立法資料叢書21「法典調査会商法修正案参考書」四頁。
- (25) 日本近代立法資料叢書19「法典調査会商法議事筆記・法典調査会商法委員会議事要録」二八〜二九頁。
- (26) 詳しくは、拙稿「法人の営利性」倉澤康一郎先生古稀記念『商法の歴史と論理』(平成一七年・新青出版) 二二三頁以下。
- (27) 川村俊雄「特殊法人」『新版注釈民法(2)』(平成三年・有斐閣) 四八九頁。詳しくは、田代有嗣「法人の公益目的と営利目的」民事月報一七卷八号(昭和三七年) 五頁以下。
- (28) 田代・前掲注(27) 七頁以下。
- (29) 大野直治「営利法人の意義について」埼玉大学社会科学論集四七号(昭和五六年) 一二頁、加美・前掲注(15) 六八頁。
- (30) 会社の営利性につき、商人概念における営利性と同様、対外的活動によって利益を獲得する目的を有すること足りると解する見解からは、法人の利害関係人の保護のためには、許可主義に基づく行政権の裁量的干渉よりも会社法による干渉のほうが妥当性があるとして、営利事業を営む法人を公益法人の法規制に服せしめることの問題が指摘されていたが(拙稿・前掲注(26) 二二〇〜二二二頁参照)、一般法人法は、公益法人を含む一般法人につき準則主義を採用し、会社法に準ずる法規制を設けてガバナンスを強化しているため、この問題は解消されることとなった(落合誠一「会社の営利性について」江頭憲治郎先生還暦記念『企業法の理論上巻』(平成一九年・商事法務) 一八頁)。
- (31) もっとも、株主に残余財産分配請求権のみを保障しても、通常会社は解散を予定していないし、解散するのは倒産した場合が多いから、実質的には社員に対する利益分配が保障されていないに等しい(浜辺陽一郎『会社法はこれでよいのか』(平成

一九年・平凡社新書（六〇頁）。この点については、会社財産に対する持分を有するという意味において残余財産分配請求権は株主の本質的権利といふことができる（拙稿・前掲注（26）二二四頁）のに対して、利益配当請求権（剰余金配当請求権）の実現自体が保障されないことに鑑みれば、株主が利益処分決定に關与することこそが利益配当請求権の内容であると解すべきところ、剰余金分配規制を再構成した新会社法においては、剰余金配当請求権の内容を一義的に捉えることはできなくなり、また剰余金の分配は必ずしも株主総会の権限でなくなつたため、剰余金配当請求権なるものを格別に認める意味は疑わしい。かかる疑念は、会社法一〇五条二項の存在意義と妥当性、ひいては社員に対する剰余金の分配が会社の営利性の要素であるといふ前提に向けられる。詳しくは、拙稿「剰余金配当請求権について」信州大学法学論集六号（平成一八年）二八三頁以下参照。なお、松井英樹「新・会社法における会社の営利性」中央学院大学法学論叢二一卷一号（平成一九年）三九頁も、私見と同様、会社の営利性とは社員が会社財産に対する持分を有することであり、事業から生じた利益の社員への分配は必ずしも必要ではないと解する。

(32) 後藤元伸「非営利法人制度」民法の争点五八頁。

(33) 新公益法人制度研究会編『二問一答公益法人関連三法』（平成一八年・商事法務）一四頁。

(34) 後藤元伸「一般社団・財団法人法および会社法の成立と団体法体系の変容」法律時報八〇巻四号（平成二〇年）一三一頁も、民法三三三条二項について、「剰余金分配可能性の有無を規準とする営利法人と非営利法人の二種を基礎とする体系化構想に適合的ではない」、「民法三三三条二項の意味するところは不分明である」、「民法三三三条二項における三種の法人の列挙には、法人の区分に論理的整合性がなく、体系構築上の意義を見出すことができない」と批判する。

四 フランスにおける法人の商人性

フランス法において、営利団体である会社（*société*）と非営利団体（*association*）は、社員の営利目的の有無により区別される。すなわち、会社は、二人または数人が、企業から生じうる利益の分配または経済上の利得を目

的として、契約によって財産または勞務 (Industrie) を共同の企業に充てることによって設立される (民一八三二条一項)。会社は商業・会社登記簿への登記によって法人格を取得する (民一八四二条一項・商二一〇一六条一項)。これに対して、非営利団体は、利益の分配以外の目的により、二人または数人がその知識または活動を永続的に共同のものとする合意である (一九〇一年七月一日法一条)。非営利団体は県または郡への届出によって法人格を取得する。一方、フランス商法は、商行為法主義に基づいて商人概念を定めている。すなわち、商人とは商行為 (商二一〇一一条・二一〇二一条) を反復継続的な職業 (profession habituelle) としなす者をいう (商二二一一条)。このように、フランスの法人 (団体) 分類と商法体系は我が国に類似しているため、フランス法における法人の商人性の理解は参考になる。

まず、会社の商事性はその形態またはその事業目的によって決まり、合名会社・合資会社・有限会社・株式会社・株式合資会社は、その事業目的の如何を問わず、その形態により商事性を有する (商二一〇一一条)。すなわち、商法上の会社形態を採用すれば当然に商人となる。ただし、判例は、民事的な事業目的を有する商法上の会社については、完全な商人と評価してはいない。これに対して、民法上の会社は商行為の営業を行わないが、商行為の営業を行う民法上の会社は事実上設立された会社 (société créée de fait) として合名会社の規定に従う。³⁶⁾

非営利団体の活動は本来営利的ではないが、法は社員に対する利益の分配を禁止しているにすぎず、利益を得ることまで禁止しているわけではないため、非営利団体であっても営利行為を行うことまでは否定されない。商法は、非営利団体は、定款に定めがない限り、反復継続的に販売のために製品を提供したり役務を販売することとはできないものと規定しており (商四四二七条)、その反対解釈として、定款をもって営利行為を事業目的とすることを許容していると解することもできる。^{36) 37)} 税法も、営利目的をもって商取引を行う非営利団体を資本会社と同視している。³⁸⁾ そして、非営利団体が商人となるか否かは商法上の商人の要件をみたら否かが基準となる以

上、非営利団体も商行為を反復継続的に行えば、商人となるはずである。⁽³⁹⁾しかし、判例は非営利団体の商人性には消極的である。かつての判例は、非営利団体は非営利活動に適した形態であつて、附随的に商事活動を行うことができないにすぎないと解してきた。⁽⁴⁰⁾一九八一年には、商人性を前提とした規定の適用を認めるに至つたが、非営利団体の商人性については明言してはいない。⁽⁴¹⁾次いで、一九八五年には、非営利団体の商人性は、単に商行為を反復継続的に行つてゐるかではなく、定款上の目的をしのぐほど反復継続的かつ投機的に行つてゐるか否かによつて決せられるべきであるとされた。⁽⁴²⁾そして、一九八八年には、非営利団体と商人性は両立しえないことを意味する判例が現れた。⁽⁴³⁾その結果、判例は、非営利団体にも商事裁判権・証拠自由の原則など商法の一定の規定が適用されることは認めるものの、非営利団体には営業財産 (fonds de commerce) の主体性・営業の賃貸借 (location-gerance)・商事賃貸借 (bail commercial) を否定するなど、商人性とそこから生ずる効果を認めていない。学説上も立法当初から非営利団体は民事的に活動することが想定されており、企業形態としての適性を欠くこと、非営利団体は商業・会社登記簿に登記することが予定されていないこと、非営利団体の組織は債権者保護に十分ではないことなどを理由として、非営利団体の商人性を否定する見解が根強く主張されてゐる。⁽⁴⁴⁾

営利団体と非営利団体の中間的な団体として、経済利益団体 (groupements d'intérêt économique, GIE) がある。経済利益団体は、一九六七年九月二三日オールドナンス (現在では商法第二巻第五編) によつて設立が認められるようになったものであり、複数の自然人または法人が構成員となつて、販売部門・輸出入部門・研究部門など、構成員の経済活動の一部を共同で行うことによつて、構成員の経済活動の便宜を図ることを目的とする。経済利益団体は、その構成員の経済活動を容易にしまは發展させること、その活動の成果を向上または増大させることにあり、団体自身のために利益を実現するものではないが (商二五一―一条二項)、利益を実現してこれを構成員に分配することが禁止されてゐるわけではない。⁽⁴⁵⁾経済利益団体は、商業・会社登記簿への登記によつて法人格を取

得する（商二五一―四條一項一文）。商事的な事業目的を有する経済利益団体は、反復継続かつ主たる事業として商行為を行うことができる（同二文）。すなわち、経済利益団体が商人性を有するか否かは、その事業目的が商事のか民事的かによって決まる。⁽⁴⁶⁾

国・地方公共団体などの公法人については、商業的・産業的な性格を有する公的サービスを営んでも、商人性はなく、その行為も商法の対象ではない。その事業は商人性を排除すべき附随的な性格を有するにすぎないからであるが、⁽⁴⁷⁾ 国家の統治権は商人性と相容れないという理由も指摘される。⁽⁴⁸⁾ なお、国家に従属しつつ独立した法人格を有する商工業的公施設（*établissements publics industriels et commerciaux*）は、⁽⁴⁹⁾ 商行為の営業を行えば原則として商人となると解されている。

- (35) G. Decoq, *Droit commercial*, 3^e éd., 2007, n° 192.
- (36) J. Vallansan, *Juris-classer commercial*, fasc. 50, 2000, n° 61; M. Pédamon, *Droit commercial*, 2^e éd., 2000, n° 115; Decoq, op. cit., n° 193.
- (37) これに対し J.-B. Blaise, *Droit des affaires*, 3^e éd., 2002, n° 189 は「この規定は、非営利団体の活動が適法な状態にあることを意味するにすぎず、非営利団体の商人適格を根拠づけることはできないとする。」
- (38) Decoq, op. cit., n° 193.
- (39) O. Simon, *La commercialité de l'association du 1^{er} juillet 1901*, D. 1977, chron. p.160.
- (40) Cass. com., 24 nov. 1958, Bull. Civ. III n° 400; Cass. com., 13 mai 1970, D. 1970, 644, note X. L.; G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t.I, v.I, 18^e éd., par L. Vogel, 2001, n° 241.
- (41) Cass. com., 17 mars 1981, D. 1983 p. 23 note R. Plaisant.
- (42) Cass. com., 12 févr. 1985, Bull. Civ. IV n° 59.

- (43) Cass. com., 19 janv. 1988, Bull. Civ. IV n° 33.
- (44) R. Bricbet, Une association peut-elle être une personne morale commerçante?, J. C. P., éd. G., 1989, I, 3385, n° 11; J.-M. Do Carmo, Les associations et le commerce au regard du droit commercial, Petites affiches, 7 juill. 1995, p. 23; V. Grellière, De l'illicéité ou non de l'association commerçante, Rev. trim. dr. com., 1997, p. 543 et s.
- (45) Decoq, op. cit., n° 194.
- (46) Pédamon, op. cit., n° 110; Blaise, op. cit., n° 187.
- (47) Vallansan, op. cit., n° 69; Pédamon, op. cit., n° 117.
- (48) Vallansan, op. cit., n° 69; S. Piedelivre, Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, 6^e éd., 2008, n° 109.
- (49) Vallansan, op. cit., n° 76; Pédamon, op. cit., n° 117; Decoq, op. cit., n° 197.

五 検討

会社法と一般法人法の制定を通じて、法人の分類基準としての「営利」の意味を社員に剰余金（利益）を分配することに求めることにより、法人法制を再編した以上、法人が商人となるか否かは専ら商行為を営業とするか否かによって決まることになりそうである。この点につき、一般法人法九条は、商号・商業帳簿・支配人に関する規定（商一〜一五条・一九〜二四条）の適用を排除しているにすぎないため、その反対解釈として、一般社団法人・一般財団法人も商行為を営業とすれば商人となることになる。

では、商人概念の要素としての営利目的を法人は一般的に有することができるのであろうか。営利目的の有無は本来主観的な問題である。そこで、商法は、一定の商行為を反復継続的に行えば、客観的に営利目的を認めることができるものとして、その主体を商人として考えると考えられる。商行為を反復継続的に行うことから営利目

的が帰納されるのであれば、その主体は自然人であると法人であることを問わないことになる。明治四四年商法改正前は、まさにそのような理解が立法者意思にも適合する。

ところが、明治四四年商法改正により、民事会社を会社とみなす規定と民事会社の行為に商行為法を準用する旨の規定が新設され、さらに昭和一三年商法改正により、民事会社も商人とみなされたため、法人の商人適格の判断基準は大きく転換したものと解される。岡野委員によれば、事業の営利性の有無こそが商法の適用範囲を画する基準であり、それが旧商法四条二項後段と五二三条に具体化しているから、会社以外の法人がいくら外形上商行為に該当する行為を反復継続的に行つたとしても、営利を目的とする社団でない以上、その行為は商行為とはなりません、またその法人は商人にはなりえないことになる。そもそも、会社以外の法人の商人適格の有無は、法人の存立目的が一般的であるか限定的であるかという視点と結びつけられることが多いが、法人の存立目的ないしあり方は法人の種類に応じて立法政策的に決まるものである。すなわち、法人が営利目的をもちうるかどうかもまた立法政策的に決まるものであるから、岡野委員の立法者意思を展開すれば、法人のうち営利目的を有することが立法政策上許された社団法人すなわち会社のみが原則として商法の適用対象となると解される。

もし会社以外の法人も商行為を営業とすることにより商人となるとすれば、それは自然人が商人となつた場合と同様であるから、商人に関する商法の一切の規定が適用されるはずである。この点については、非営利法人としての性質上、商業登記・商号・商業帳簿・商業使用人等の商人の組織に関する規定は適用されないと解される³⁰が、整合性を欠くというべきではなからうか。例えば、公益法人が附随的に収益事業を営む場合、企業としての独立した経済主体性に着目して商人性を認める以上、その収益事業については企業としての経済主体性を前提とした商法総則の規定が当然に適用されるはずである。非営利法人はその種類に応じて法律でその組織が自足的に定められているから、商人の組織に関する商法の規定は適用されないというのであれば、それは非営利法人の組

織と商人の組織は両立しないということの意味し、商人適格を否定することにつながるのではなからうか。フランスでは、非営利団体が営利事業（商行為の営業）を行つても、それが定款上の主たる事業に対して附随的にされる限り、商人とはならないと解されているのも、非営利団体は法主体のみならず経済主体としても一人であり、商人（企業）としての独立した経済主体性の併存を認めることはできないということを前提としているからではなからうか。

このように、従来の法人法制の下では会社以外の法人の商人適格を認めることは困難であつた。

ところが、平成一八年公益法人制度改革関連三法の成立により、法人の商人適格の基準は明治四四年改正前に回帰したといえよう。すなわち、法人は自然人と同様にすべからず営利目的を有することができ、商行為を反復継続的に行えば、客観的に営利目的を有することになる。

とすると、翻つて会社法五条について根本的かつ重大な疑念が生じてくる。なぜなら、この論理を徹底すれば、新会社法上の会社の商人性もまた生来的なものではなく、商行為の営業を目的とする会社のみが商人となるはずだからである。新会社法の制定にあつて公益法人制度改革関連法案との整合性がどの程度意識されていたのかは明らかではないが、新しい法人法制の下では法人とその行為に対する商法適用の可否については商行為法主義が徹底される以上、会社だからといって無条件にその行為の商行為性を帰結することは明らかに整合性を欠く。会社法五条は、会社法の自足性（自己完結性）に由来するのであるが、商事会社については無用の規定であり、むしろ会社が事業として行う行為を商行為とする定め方は適當ではない。一方、民事会社については、なぜその事業として行う行為及びその事業のために行う行為が商行為とされるのが問題となる。民事会社も会社である以上、社員の営利を目的とし、そこから事業の営利性も導かれるため、旧商法と同様、事業の営利性をもってその行為に対する商行為法の適用が導かれるのであるが、新会社法では明文の根拠を欠く。しかも、事業の営利

性から商人性が導かれるのであれば、商行為以外の営利事業を営む自然人や会社以外の法人にまで商人の範囲が無限に拡大するおそれがあるし、営利目的の有無という主観によって商人性が決まるとすれば、著しく法的安定性を害する。このように、新たな法人法制においては民事会社の商人性を理論的に帰結することができない以上、会社の企業性に着目して例外的に商人法主義を採用するのであれば、会社は商行為を事業としなくても商人とみなし、その事業として行う行為を商行為とする旨の明文規定は不可欠であったと考える。これはフランス法の示唆するところでもある。

他方において、新しい法人法制の下では、法人の営む事業の公益性・相互扶助性は営利性を排斥しないはずである。公益事業を営利目的をもつて営むこともできるはずである⁵¹⁾、相互扶助性はむしろ団体形成の目的にすぎず、その事業の営利性は反復継続的に行う行為の外形によって客観的に判断されることになろう。そうであれば、特別法上の中間法人も、その事業が商行為に該当する限り、対外的には全く会社と異なることになるため、これらの中間法人の行為をめぐる法律関係の扱いは抜本的に変更されることになる。信用金庫などの商人性を否定した判例はもはやその根拠を失い、変更を余儀なくされるであろう⁵²⁾。そして、商行為に該当する事業を営む中間法人に関する立法論としては、商人であることを前提としつつ、その組織について各特別法に自足的に定められている場合には商法の適用を除外するという形で再構成する必要がある。例えば、相互会社に対する商法の適用に関する保険業法二一条も、相互会社も商人であることを前提として商法の一定の規定の適用を排除するという形に改められることが望ましい。もっとも、特別法上の中間法人のうち農協（JA）や生協については、「組合は、その行う事業によってその組合員及び会員のために最大の奉仕をすることを目的とし、営利を目的としてその事業を行ってはならない」旨の明文規定があり（農業協同組合法八条・消費生活協同組合法九条）、これらの規定は整備法によって改正されていない。ここでいう「営利目的」は文理上事業の営利性を意味すると解するのが

自然であるから、農協や生協は、法人の属性として営利目的をもちえない以上、依然として商人適格は否定されるのであろうが、なぜこれらは特別扱いされるのかが問題とならざるをえない。

解釈論上の問題として残るのは公法人の商人適格である。商法二条は平成一七年改正により現代語化されたにすぎず、その実質的な内容は改められていない。とすれば、当初の立法者意思が生きていると考えることもできる。しかし、学説上同条の趣旨につき立法者意思に反する理解が一般化し、しかもそれが新しい法人法制に適合する以上、公法人だけを例外とみることは困難であり、公法人のあり方がその商人適格を否定することはないと解さざるをえないであろう。

(50) 公法人につき、田中(耕)・前掲注(15)二六八頁、大隅・前掲注(15)一一八頁、服部・前掲注(17)二五〇頁、鴻・前掲注(15)一一六頁等。

(51) 服部・前掲注(17)二四三頁は、旧法の下でも公益事業と営利性は相容れないものではないとし、これによれば、公益事業についても商人性を認める余地はある。

(52) 平成一八年二月二五日に公表された政府の規制改革・民間開放推進会議の「規制改革・民間開放の推進に関する第三次答申」では、協同組織金融機関(信用金庫・信用組合)の業務及び組織のあり方について総合的な視点から見直しを検討すべき旨が述べられている。この点につき、神田秀樹「協同組織制度見直し」の視点・「組織形態の規制」と「業務の規制」を分離し検討を「金融財政事情二〇〇七年六月一日号二五頁は、業務の規制としては、協同組合金融機関と株式会社金融機関とはできる限り同じ規制にすべきであると主張する。これも、もはや主体のあり方によって行為のあり方(商行為性)が決まるのではないという考え方の方向を示唆している。

(53) 森本編・前掲注(17)四一頁「洲崎執筆」は、「同規定における営利とは得た利益を構成員に分配することを意味するものであって、資産運用行為によって協同組合の財産を増大させることが禁じられるのではない」とする。

六 おわりに

会社法は会社の組織について自足的に規定し、商法総則の諸規定に相当する規定は会社法にも設けられているため、商人に適用されるべき商法総則の規定は会社に適用されないし、会社以外の法人は商行為の営業をすることによりその商人性が認められるとしても、その組織に関する規律は原則として各種法人に関する法律に委ねられ、やはり商法総則の規定は適用されないとすれば、法人は商行為法の適用においてのみ商人となりうることに⁽⁵⁴⁾なり、商人概念は相対化する。他方で、商法総則上の商人概念もまた実質的には自然人を想定したものにすぎない⁽⁵⁵⁾という矮小化されたものとなる。とすれば、商法の適用対象画定のあり方が改めて問題とならざるをえない。

商人概念・商行為概念の定め方については、実質的意義の商法の意義に関する企業法説によれば、商人法主義のほうが商法の本質に適合しており、また経済の発展に伴って生じた新種の営業にも対応しうるため、立法主義としては商人法主義のほうが優れているといわれてきた⁽⁵⁶⁾。しかし、新しい法人法制の下では、会社以外の法人については商行為法主義が徹底されており、他方で会社についてはあたかも商人法主義を前提としているかのである。そこには、商法の適用対象をどのように画すべきかという理念は見えてこない。

(54) 商人を当事者とする商行為法の規定は、商人の行為の営利性・反復継続性に着目したものと考えられるため、公益法人・公法人のように企業としての独立した経済主体性が認められない者に適用されても問題がないように思われる。しかし、商人の行為の営利性・反復継続性は企業としての経済主体性と密接不可分の関係にあると思われるし、独立した企業性を欠く公益法人・公法人に対して商人を当事者とする商行為法の規定を適用することが、実質的意義の商法を企業法と位置づける通説の立場に適合するか疑問が残る。

- (55) 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」商事法務一七四一号（平成一七年）三三三頁。
- (56) 松本烝治「商人の意義に関する立法主義」『商法解釈の諸問題』（昭和三〇年・有斐閣）四三〜四四頁、鈴木竹雄「商人概念の再検討」『商法研究Ⅰ』（昭和五六年・有斐閣）一一八頁、大隅・前掲注（15）八九頁、田中（誠）・前掲注（15）一六九頁等。