

平成18年度 商法 I 講義レジュメNo.03

- 商法の基本概念(商人と商行為)
- 固有の商人と擬制商人
- 絶対的商行為と営業的商行為

テキスト参照ページ: 新商法講義 39～48p、137～155p

1

講義のねらい

- 商法における基本概念である商人の意義と商行為の意義を理解するとともに、相互の関係を理解する。
- 商人や各商行為の意義を理解し、具体例をあげられるようになることを目的とする。

2

1. 商法の適用対象

これを確定するために商人と商行為という二つの概念が用いられる。その概念の定め方については、3つの考え方がある。

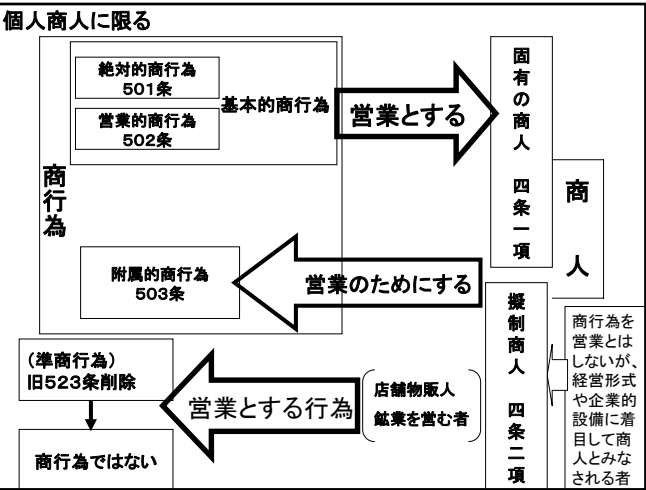
- i. 客観主義: まず の概念を定め、それを営業とする者を商人とする立場
- ii. 主観主義: まず の概念を定め、その営業(事業)上の行為を商行為とする立場(会社法)
- iii. 折衷主義: 両者の方法を併用する立場(商法)

3

2. 日本の商法の定め方

- ア. 一定の行為を絶対的商行為および営業的商行為と定める→これらを併せて基本的商行為と呼ぶ
- イ. 基本的商行為を営業とする者を商人と定める: 固有の商人と呼ぶ
- ウ. それ以外の一定の者をも商人とみなす: 擬制商人と呼ぶ
- エ. 固有の商人と擬制商人が営業のためにする行為も商行為(附屬的商行為)とする

4



※基本用語解説

- 「業とする」(4 I)・「営業としてする」(502)と「営業のためにする」(503 I)の違い(対比: 会社5)
 - 「営業(事業)として」: 営利追求の目的のために反覆継続的に行う本来の営業行為として行う法律行為
 - 「営業(事業)のために」: 本来の営業行為の補助として行う法律行為や準法律行為
例: 資金を借りる、従業員を雇う、宣伝、テナントを借りる、など

6

※基本用語解説

- ・「推定」と「擬制（みなす）」
 - －「推定」：ある事実が一応存在することを認めるが、これに反する証拠の提出があれば覆される（反証の余地がある）
 - －「擬制」：ある事実が存在する、あるいは真実であるとみなし、反対の主張（反証）を許さない

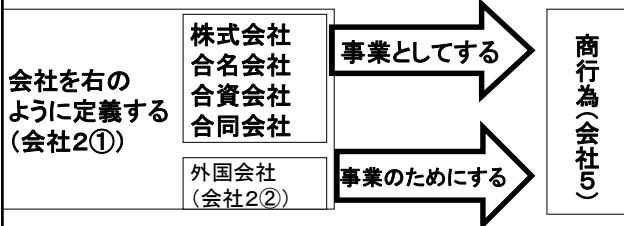
7

2. 日本の会社法の定め方

- ア. 会社とは何かを定義（会2①）→株式会社、合名会社、合資会社、合同会社
- イ. 会社（外国会社を含む）が事業としてする行為+事業のためにする行為を商行為とする（会5）
- ・ 行為の主体を定義し、その主体が行う行為のすべてを商行為と定める（主観主義の立場を採用）

8

会社の場合



つまり、会社は商法501条または502条の商行為を行うか否かにかかわらず、すべて「自己の名をもって(会社3)、商行為をなすことを業とする者」であるといえる＝固有の商人(商4Ⅰ)

9

3. 商人（個人商人に限る）の意義

固有の商人と擬制商人：

（営業とする行為）による分類

- ア. 固有の商人：自己の名をもって商行為をすることを業とする者（4条1項）
- イ. 擬制商人：固有の商人ではないが、商人と「みなされる」者（4条2項）
 - a. 店舗その他類似の設備によって物品の販売をすることを業とする者「」
 - b. 「」を営む者

10

4. 絶対的商行為と営業的商行為

Ⅰ 絶対的商行為（501条）：

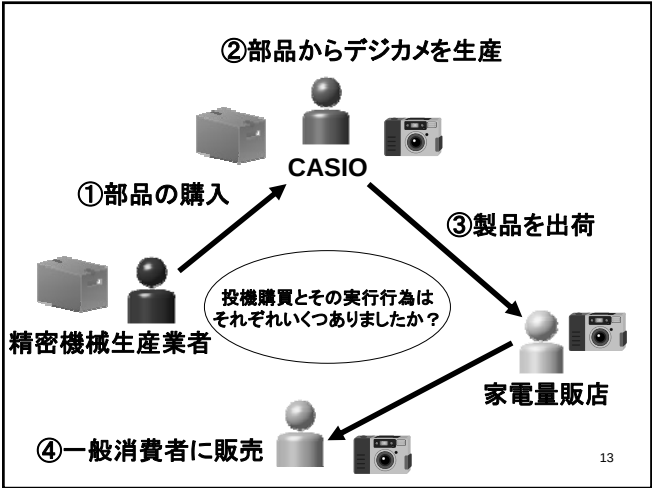
- ・ 行為の客観的性質から強度の営利性があるものとして、営業としてなされるか否かにかかわらず、商行為とされる
- ・ 商人でない者の間で行われた場合でも、民法ではなく商法の規定が優先して適用される

11

1号：投機購買及びその実行行為

- ・ 「利益を得て譲り渡す意思」でする、動産、不動産、有価証券の「有償取得」
→仕入れ・原材料の購入
 - ・ その取得したものの譲渡を目的とする行為（実行行為）→販売
- ※仕入れたものに手を加えて（製造・加工）譲渡してもよい

12



具体例

- (小売業・卸売業)等の流通業
 - (製造・加工業)等
- ※原始取得した農産物、海産物、鉱物等を譲渡する行為は商行為ではない
- ※自分で読む目的で購入した書籍を古書店に売る際に、プレミアムが付き、購入時より高く売る行為は
→投機購買とその実行行為に当たらないか？

14

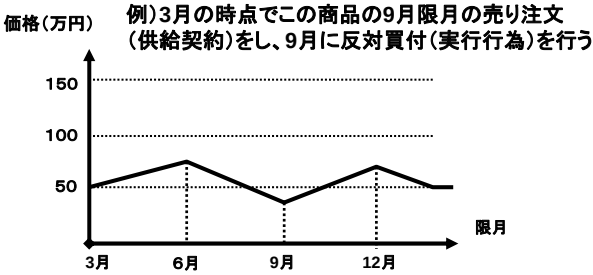
2号：投機売却及びその実行行為

- 他人から有償取得すべき動産または有価証券の供給契約（投機売却）
- その供給契約の履行のためにする物品の他人からの有償取得を目的とする行為（実行行為）
(例：予約販売、先物取引など)

※供給契約：契約締結後一定の時期に目的物の を譲渡する旨の

15

先物取引のイメージ



16

投機購買と投機売却の違い

- 投機購買と投機売却とでは、取得と譲渡行為の順序が逆
- 投機売却の目的物には不動産を含まない：
→不動産は、 ため、性質上なじまないから

17

3号：取引所においてする取引

- 証券取引所および商品取引所、金融先物取引所で行う取引
- ※取引所とは：多数の商人（会員）が定期的に集合して、一定の商品・有価証券などの取引を大量になす設備（東京証券取引所、大阪証券取引所など）

18

4号：手形その他の商業証券に関する行為

→有価証券（手形・小切手、株券、貨物引換証など）上になされる振出、引受、裏書などの行為（通説）



→有価証券自体を目的とする売買などの取引行為を含むとする判例もある
(大判昭6/7/1)

19

営業的商行為

- 営業として行う場合にはじめて商行為とされる行為（502条）
- 但し、もっぱら賃金を得る目的で物の製造や労務に服する者の行為は、商行為ではない（同条但書）
→例：小規模な賃金労働や手内職など
- 502条の規定は[]と解されている：商法の適用の有無を判断する基準となるため、明確さが重要

20

1. 投機賃借とその実行行為

- 例：建物賃貸業、各種レンタル・リース業（貸本、貸衣装、CD、DVDレンタル業）
- 賃貸目的で動産・不動産を[]するか[]行為（投機賃借）
- 取得もしくは賃借したものを他人に賃貸する行為（実行行為）
- 有価証券（手形・株券等）は営業としての貸し借りにはなじまないため目的物に含まれない

21

2. 他人のための製造・加工

- 例：クリーニング業者、注文生産業者、染色業者
- []製造・加工すること：原材料を注文者から受け取るか、その費用を注文者が負担して、製造または加工する（製造・加工の報酬を利得することを目的とする）

22

3. 電気・ガスの供給

- 例：関西電力、大阪ガスなど
- 電気事業法、ガス事業法により、電気やガスの供給事業を行うためには、経済産業大臣の許可が必要⇒新規参入は困難
- では、水道事業は？（水道法参照）

23

4. 運送に関する行為

- 例：人または物の運送業者
- 人を輸送する：[]（鉄道・バス、タクシーなど）
- 物を輸送する：[]（宅配業者、各種運輸業）
- 輸送のルートは問わない
－陸上運送、海上運送、航空運送

24

5. 作業・労務の請負

- 具体例：
 - 不動産工事の請負（建設業）
 - 船舶建造・修繕の請負
 - 労働者の供給の請負：労働者派遣法に基づく労働者派遣事業（人材派遣会社等）が労務の請負にあたるかについては、学説上争いあり

25

6. 出版・印刷・撮影

- 例：出版、印刷業者、新聞社、写真撮影業者
- フィルムの現像は撮影ではなく加工（502条2号）

26

7. 場屋取引

- 多くの人の来集に適した施設を準備して、来集した客の需要に応える諸種の契約
 - 例：旅館、飲食店、浴場、野球場、劇場、遊園地等
 - 理髪店について争いあり
- 場屋営業者（場屋の主人）には客から預かった物の滅失・毀損について重い損害賠償責任（594）が課せられる

27

8. 両替その他の銀行取引

- 例：両替商、銀行などの金融業者
 - 与信行為（融資業務）・受信行為（預金業務など）の双方を行うことが必要
- 与信行為のみを行う貸金業（消費者金融・ノンバンク）、質屋営業は含まれない（通説・判例）
- ※では、アコム、武富士、プロミス、アイフルなどは商人ではないのか？

28

9. 保険

- 営利保険業者：生命保険株式会社、損害保険株式会社
- 非営利の保険：社会保険、相互保険はここでの商行為としての保険ではない
- 保険相互会社とは？：保険業法に基づいて保険業にのみ認められる特殊な会社（会社法上の会社ではないが、商法・会社法の多くの規定が準用される：保21）
例：ニッセイ、第一生命、住友生命、明治安田生命など
- 株式会社形態：大同生命など

29

10. 寄託の引受

- 例：倉庫業者、トランクルーム
- 寄託：他人のために物の保管を引き受ける行為（民法657条以下）

30

11. 仲立・取次

- 仲立：他人間の法律行為の媒介を引き受ける行為（法的性質は□□□□）
 - 商事仲立人・民事仲立人（不動産仲介業者等）・媒介代理商（旅行代理店等）
- 取次：自己の名義で他人の計算において法律行為を引き受ける行為（委託者との関係は委任関係）
 - 問屋（証券会社等）・準問屋・運送取扱人

31

12. 商行為の代理の引受

- 具体例：締約代理商など
- 委託者（他の商人）である本人にとって商行為である行為の代理を引き受ける行為
- 損害保険の代理店など

32

5. 附属的商行為（503条）

- 附属的商行為とは：商人が「営業のために」する行為で、基本的商行為と同様の規制を受ける＝本来の営業目的の行為を助ける補助的・手段的な行為（1項）
- 例：店舗の借り入れ・購入、従業員の雇用、営業資金の借り入れ、商品の配送委託等

33

・附属的商行為の推定（2項）

- 趣旨：個人商人の場合、個人の私生活上の行為か、営業のための行為か明らかでない場合があり得るので、取引相手の保護のために商人の行為は営業のためにするものと推定した

＝商人と取引する者は、通常商法の適用を念頭に行為すればよく、商行為ではないと主張する側が営業のためになされたのではないことを証明する責任を負う。

34

6. 準商行為（旧商523）

- 擬制商人の「民事会社」が「営業として」する行為＝商行為に関する規定が「準用」される
- 趣旨：民事会社が営業のためにする行為は附属的商行為として商行為に関する規定が適用されるが、本来の営業の目的たる行為には民法が適用されるというのは均衡を失することから、準商行為として商行為に関する規定を準用するものとした
- 会社法は、会社が事業としてする行為を商法上の基本的商行為か否かにかかわらず商行為としたため、民事会社・準商行為という概念は廃止された

35

※民事会社以外の擬制商人については準用されないのか？

→立法のミスとして他の擬制商人にも類推適用する（通説）

- 改正商法からは523条は削除されたので、類推適用もできなくなるため、民事会社以外の擬制商人の営業行為は商行為とは扱われないこととなる→民法の規定が適用される

36