

いわゆる商取引について

脇 阪 明 紀

商法という法律がいかなる事柄について規律する法律であるかという問題に関して、初期の学説は、固有の意義の商、すなわち経済学上の意義の商に関する法律であると解していた。これをもう少し詳しく説明すると、貨物、つまり財貨の転換・流通の媒介行為に関する法律であると解していたのであり、現在、商法501条1号・2号に規定されている絶対的商行為がこれに該当する。したがって、本来の意味における「商取引」とは、経済学上の意義における「商取引」のことを意味するわけであり、要するに生産者と消費者との間に介在して、財貨（商品・農産物など）の転換・流通を媒介する行為のことを意味するのである。これは、生産者から財貨を安く買い付けて、後に消費者に高く売る行為、あるいは、消費者に初めに高く売り付けておいて、後から生産者から安く買い付けてくる行為にほかならないのである。あまり経済が発達していなかった中世などにおいては、これで「商取引」を説明することができた。

しかしながら、ルネサンス以後、近代商法がその規律対象とする経済生活関係の範囲は、時代が進むにつれて、いちぢるしく発展・拡大するに至っている。したがって、近代商法がその規律対象とする商取引は、かならずしも商品や農産物といった財貨の転換・流通の媒介を目的とする「固有の商」には限定されないことになるのである。

ここに「固有の商」の営業活動の補助を行なうことを目的とする「商取引」、いわゆる運送業、金融業、保険業などで代表される「補助商」が新たに出現することになり、その結果、商法の規律対象ないしその適用範囲がますます拡大することになる。主にルネサンス期に登場したこれら「補助商」は、本来の意味の商取引である「固有の商」のように財貨の転換・

流通の媒介をその営業目的とするものではないから、本来の意味の「商取引」には当てはまらない。

とはいえ、「補助商」も、「固有の商」と同じく、営業活動の補助というサービスを提供することにより、利益を獲得することを目的として、その営業活動を行なうものであり、これも「商取引」に含めざるをえない。

ここにおいて、商法という法律によって「商」すなわち「商取引」とされるものが多数出現するに至り、これを法律上の「商」というのである。「固有の商」の営業活動を補助する「補助商」は法律上の「商」に該当する。

ルネサンス期において、イタリアを中心に香料等の取引を目的とする地中海貿易が盛んに行なわれ、そこでは、当然、大量の商品を運搬するための運送業、とくに海運業が発達することとなるが（物品運送営業・商法570条～同589条、同737条～同776条）、同時に、大量に運ばれた商品を無事に保管するための倉庫業（倉庫営業・商法597条～同628条）も必要となる。また投機的かつ大量の取引を行なうためには、多額の資金を要し、そこにおいて金融業、すなわち、銀行業が登場するに至るのである。この当時金融業者が掛けていたベンチを意味するbancoが、英語のbankの語源であるといわれている。地中海貿易は、常に平穏かつ安全な状況の下で行なわれていたわけではない。時には海難事故にあうこともあったであろうし、海賊に襲われ、積荷ごと船を奪われる危険も、かなりな確率で存在した。このような事態は、投機的な取引に乗り出した商人にとっては、非常に危険なものであり、破産してしまう可能性もあったであろう。海難事故による船舶の沈没、あるいは海賊の襲撃による船舶の喪失といった事故は、いずれも地中海貿易を運営していた商人にとっては、重大な経済的打撃をもたらす損害を生ぜしめるものであり、個々の商人が、その損害を填補することはもはや不可能なほど巨額な損失をこうむる危険性が存したのである。ここに、その発生が予測不可能な偶然的で重大な事故にそなえて、商人達から小額の出資を徴収することにより、事故が発生した場合に、その積み立てた資金から、損害をこうむった商人に対して、原状回復に必要な資金を提供する保険業が出現する。ルネサンス期においては、すでに事故がも

たらず重大な結果の経済的負担を社会的に分散させることに成功していたのである。

さらに、予想される損害額があまりにも巨額である場合に、第一次の保険業者が、自己の引き受けた保険金支払の責任の全部または一部を、二次的に他の保険業者に保険させる、いわゆる再保険も行なわれていたのであり、これによって危険の二次的分散をも図っていたのである。この再保険の最古のものは、1370年7月12日にジェノヴァで締結された保険契約であるとされている。

わが国の保険業ないし保険営業については、明治32年に制定された商法典が、その629条から683条、および815条から841条において規定していた。しかしながら、商法典、とくに商法629条から同683条においては、単に「損害保険」にも「生命保険」についてのみ規定していたにすぎず、これでは、社会や経済の進歩・発展とともに新たに開発される保険、すなわち、「損害保険」にも「生命保険」にも属さない第三種の保険、たとえば、傷害保険や疾病保険などが、商法典中に規定されていなかったため、いろいろと複雑な問題を生ずる結果となっていた。そこで、平成20年（2008）年5月に、新たに単行法として保険法が制定され、同法2条7号において傷害疾病保険契約が、同条9号において傷害疾病保険契約が規定されることにより、第三種の保険が法定されることになった。したがって、長らく保険業ないし保険営業を規定していた旧商法629条から同683条までの条文は削除され、商法典中には、船舶や積荷に関する海上保険業に関する商法815条から同841条の2までの条文が残っているにすぎないが、現在、運送法の改正が予定されており、海上保険営業についても、大幅な変化が予測される。

「固有の商」の営業活動の補助を行なうことをその営業目的とする「補助商」の例として、ルネサンス期に出現した運送業・倉庫業・金融業ないし銀行業・保険業を例示したわけであるが、「補助商」の例としては、その他に、他人間の法律行為、つまり商取引の媒介を引き受けることを営業とする仲立営業（商法543条～同550条）がある。売り手である商人が、危

險を冒して入手した商品であっても、良い値段でその商品を買取ってくれる買い手が見つからなければ意味がないし、逆に、ある商品を手に入れたい買い手の商人が、手頃な値段でその商品を売り渡してくれる売り手が見つからなければ商取引が行なわれる機会をみすみす逃すことになるのであり、仲立人は、そのような場合に、売り手の商人と買い手の商人との間に介在して商取引を成立させることを営業としている。このような「商行為」あるいは「商取引」の媒介をその営業とする者だけが商法上の仲立人であり、これを商事仲立人ともいう。

わが国においては、商事仲立人は、商品や有価証券の売買、銀行の短期資金（コール・マネー）の貸借のような金融取引、傭船契約、あるいは海上保険の取引などに多く利用されている。世間一般にいわゆるブローカーがこれに当たる。これらの取引は、いずれも複雑で専門的な知識を要求されるものであり、商事仲立人を利用することによって、適当な取引相手を求めることができ、しかも、取引の相手方の信用を探知することができ、市況に通じた専門的知識を取引に利用できるからである。

「補助商」の例としては、また、取次業に含まれる問屋営業（商法551条～同558条）がある。取次業とは、他人の委託に応じて、受託者たる取次業者が自己の名をもって、他人の計算において法律行為を行なうこと（間接代理）を引き受ける営業であり、この取次業においては、法律上、受託者たる取次業者が、権利・義務の帰属主体となるが、法律行為の結果生ずる経済効果たる損益は、法律行為を委託した他人に帰属するのである。

すなわち、取次業に属する問屋営業者は、他人からの取引の委託を受けて、商品や物品の販売または買入といった商取引行為を行なうことを、引き受けることを営業とする営業者もしくは商人のことである（商法551条）。たしかに問屋営業者は、商品や物品の販売または買入といった商取引を行なってはいるが、それは、あくまで「固有の商」を営業目的とする他の商人からの委託に応じて行なっているのであり、この点、「固有の商」とは異なっている。わが国における問屋営業者の例としては、証券売買の取次を営業とする証券会社や、商品売買の取次を営業とする商品取引業者があ

る。たとえば、証券会社は、顧客の注文（委託）に応じて、顧客の計算により、証券会社自身の名（商号）をもって、証券市場で株式や債券の売買という法律行為を営業として行なっているのである。

「補助商」の最後の例としては、代理商（商法27条～同31条）があげられる。代理商とは商業使用人ではなくして、一定の商人のために、継続的にその商人の営業の部類に属する取引の代理または媒介することを営業とする独立の商人のことである（商法27条、会社法16条）。すなわち、代理商は、特定の商人・会社に専属して、その営業を補助する営業者であるから、同じ「補助商」ではあっても、不特定多数の商人の営業を補助することをその営業目的とする、前述の間屋や商事仲立人とは異なっている。要するに、代理商は、特定の商人・会社に専属して、その営業の部類に属する取引の代理または媒介（斡旋・周旋）を行なうことによって、本人である特定の商人・会社の営業を補助しているのである。

この「補助商」である代理商のうち、本人である商人・会社の代理人として取引の代理をする者を締約代理商（結約代理商）といい、本人である商人・会社と取引の相手方との間で、契約が成立するよう仲介・斡旋・勧誘事務などの取引の媒介をする者を媒介代理商という。ある代理商が、締約代理商と媒介代理商の両方を兼ねることは、もちろん可能である。

締約代理商は、本人の委託を受けて、取引の相手方と直接的に契約をする点において、前述の間屋営業者のような取次業に類似している。しかし、取次商は、自己の名をもって、委託者である他人の計算において取引する者であるのに対して、締約代理商は、直接、本人たる商人・会社の名（商号）をもって取引する、いわゆる直接代理（民法99条）の形式をとる点において異なっている。一方、媒介代理商は、他人のために商取引の媒介（斡旋・周旋）を行なう点では、商事仲立人と同じである。けれども、商事仲立人は、相手方が特定しない、いわゆる不特定多数の一般商人のために、随時、すなわち、個々の取引毎に媒介を行なう者であるのに対して、媒介代理商は、特定の商人のために継続的に取引の媒介を行なう者である点において異なる。また、商事仲立人は、原則として、媒介する取引行為の当事者双

方のための公平な利益を考慮しなければならず、したがって、商事仲立人は、当事者双方に対して平等の義務を負う(商法550条Ⅱ項)。これに対して、代理商は、本人たる商人・会社に対してのみ義務を負うにすぎない、という点においても、両者は大きく異なる。わが国における代理商の例としては、損害保険事業を営む株式会社の代理店、たとえば、火災保険などの損害保険代理店が、その典型としてあげられる。

遠隔の地の相手方と取引する場合に、そこで行なわれる取引が、いかに大量かつ巨額なものであっても、常時行なわれているものでなければ、月に数回、年に数回しか行なわれるにすぎない取引のために、支店などの常設的な営業所を設けるのは、本人である商人・会社にとっては、かえって不経済であるからである。

以上、これまでに述べてきた「補助商」がその営業として行なうそれぞれの営利行為については、いずれも商法502条に営業的商行為として規定が存在する。

ところが、ルネサンス期以後さらに時代が進んで、社会事情・経済事情が大きく変化すると、商法502条に規定されている営利行為以外の営利行為が新たに出現するに至る。

これが、「補助商」に類似した「商」もしくは営利行為としての「補助商の類型商」である。先に「国有の商」の営業を補助することを目的とする営業としての「補助商」の例として、運送業、とくに物品運送営業(商法570条～同587条、同737条～同776条)を例示したが、時代が進むにつれ、単に物品や商品を場所的・空間的に移動させるというサービスの提供を営利目的で行なうだけでなく、「人」を場所的・空間的に安全に移動させることを営業目的とする、いわゆる旅客運送営業(商法590条～同592条、同777条～同787条)が出現する。産業革命以後の交通機関や交通手段の発達・多様化は「人」の移動を営利目的として行なう営業を生んだのである。

また、先にも述べたように、保険業は、ルネサンス期における地中海貿易での海難事故や海賊の襲撃による損害を填補することを目的とする損害

保険が中心であったが、時代が進み、社会事情や経済事情が変化すると、人の生死、すなわち、人の死亡または生存を保険事故とする、いわゆる生命保険業（保険法2条8号、同37条～同65条）が発生する。生命保険業は、保険者が保険契約者との間で生命保険契約を締結することを営業とするのであるが、そこで締結される生命保険契約は、保険者の支払うべき金額が、保険事故である人の生死による具体的な損害の有無や、その損害額のいかんにかかわらず、契約に当初から定められた一定の金額であり、その意味において、典型的な定額保険契約であるという点において、損害保険契約とは大きく異なる。

「補助商の類型商」の例としては、この他に、会社形態によって営業が行なわれる商取引行為以外の仲立・取次営業、たとえば、不動産売買の仲介を営業とする不動産会社、婚姻の媒介を営業とする結婚相談所、あるいは、物品の販売または買入、物品運送以外の法律行為の取次を営業とする準問屋（商法558条）、すなわち、出版・広告代理店や旅行会社などが存在する。

以上、「補助商の類型商」の例として、旅客運送業や生命保険業、不動産業などをあげたが、これらの営業は、我々にとって、今日、非常に馴染み深いものとなっており、かつ、身近なものとなっているにもかかわらず、これらの営業が行なう営利行為についての規定は、商法502条には存しない。このように、法律上の「商」が、非常に広範囲に拡大したことにより、商法の適用範囲が拡大することになるが、それは、形式的意義の商法である「商法典」には収まらない、あるいはそこに規定されていない新たな形態の商取引が常に出現することを意味している。このことは、商法の実質的部分が常に拡大していることを意味する。

すなわち、実質的意義における商法の範囲が常に拡大し続けているのであれば、それを一定の枠に当てはめることにより、その無秩序な拡大を抑制するための手段としての形式的意義における商法としての「商法典」の規定の範囲も拡大せざるを得なくなる。その結果、他の法領域、とくに原則法である民法との境界が不明確なものとなるのであり、ここに広範囲に

拡大した、あるいは現に拡大しつつある商法を、統一的な概念によって体系づけ、理解しようとする学問的な試みがなされてきたのである。