

第2編 商法総則・商行為法

第1章 商法総則

1 商人

(1) 意義

固有の商人とは、①自己の名をもって②商行為をすることを③業とする者をいう（商法4条1項）。

擬制商人には、①店舗その他これに類似する設備により物品の販売をなす者、②鉱業を営む者の2種類がある（商法4条2項）。

(2) 商人の資格

会社の商人資格は①その「設立」によって取得され（会社法49条・579条）、②その「清算の終了」をもって喪失する（会社法476条・645条）。

自然人の商人資格の取得時期について、判例は、営業の準備行為は、相手方及びそれ以外の者にも客観的に開業準備行為と認められうるものであることを要するが、取引の相手方が開業準備行為である旨を知っている場合は、金銭を借り入れる行為について商行為性が認められるとする（最判昭47.2.24）。喪失時期は、営業目的行為の終了時ではなく、その「残務処理の終了時」である。

2 商業登記

(1) 意義

一般公衆（取引の相手方）の利益と商人の利益の調和を図るために設けられたものであり、絶対的登記事項と相対的登記事項がある。

(2) 商業登記の効力

登記すべき事項は、登記がなければ、実体上成立し又は存在していても、善意の第三者に対抗することができない（登記の消極的公示力、商法9条1項前段、会社法908条1項前段）。

登記すべき事項を登記した後は、当事者はその事項を善意の第三者にも対抗できる（登記の積極的公示力、商法9条1項前段参照、会社法908条1項前段参照）。ただ

し、登記後でも、第三者が「正当な事由」によって登記があることを知らなかったときは対抗できない（商法9条1項後段、会社法908条1項後段）。

故意又は過失によって不実の登記をした者は、その事項が不実であることをもって、善意の第三者に対抗できない（商法9条2項、会社法908条2項）。

3 商号

(1) 意義等

商号とは、商人がその営業上自己を表すために用いる名称である。

商人はその氏・氏名その他の名称をもって商号とすることができる（商号選定自由の原則、商法11条1項）が、会社の商号に関する制限（会社法6条2項・3項、978条1号、会社法7条・978条2号）、他人の営業と誤認させる商号の禁止（商法12条1項、会社法8条1項）、商号単一の原則といった制限がある。

会社は、商号を必ず登記しなければならないが、個人商人は、その商号を登記するかどうかは自由である。

(2) 商号権

商号権とは、商人がその商号について有する権利である。①商号使用权（商人が他人の妨害を受けずに商号を使用する権利）と、②商号専用権（他人が同一又は類似の商号を使用して不正に競業するときにその商号使用を排斥する権利）がある。

(3) 商号の譲渡

商号の譲渡は、①営業とともにする場合、又は②営業を廃止する場合に限って認められる（商法15条1項）。

(4) 名板貸

名板貸とは、ある者（名板貸人）が、他人（名板借人）に自己の商号を使用して営業又は事業を行うことを許諾することをいい、名板貸人も名板借人と連帯して責任を負うことになる（商法14条、会社法9条）。

4 営業譲渡

営業とは、一定の営業目的により組織化された有機的一体として機能する財産をいい（客観的意義の営業）、営業譲渡とは、客観的意義の営業を移転する債権契約であり、営業財産の移転義務や譲渡人の競業避止義務（商法16条1項、会社法21条1項）が生じる。

5 営業の補助者

(1) 支配人

支配人とは、商人（営業主）に代わってその営業に関する一切の裁判上又は裁判外

の行為をなす権限を与えられた商業使用人をいい(商法21条1項, 会社法11条1項)。支配人の代理権(支配権), 商人(営業主)に代わって, 営業に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する(商法21条1項, 会社法11条1項)。

支配人が商人の名で行った行為が商人の「営業に関する行為」であるか否かは, 行為の性質, 種類などを勘案して, 客観的・抽象的に観察して決定されるべきである(最判昭54.5.1)。ただし, 支配人がもっぱら自己の利益を図る目的で取引を行った場合には, 相手方が支配人の背信的意図を知り, 又は知りうべきだったときは, 無権代理となる(同判例)。

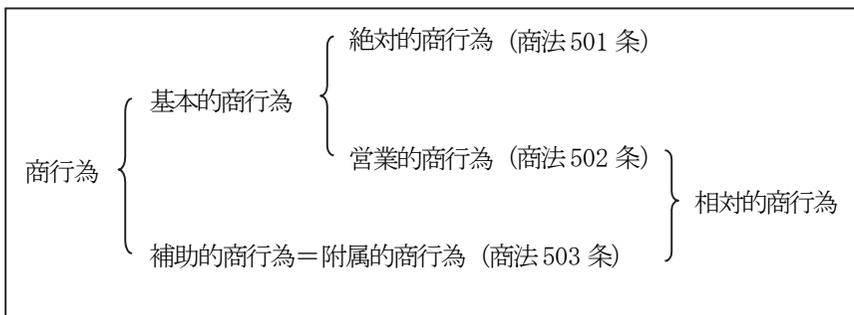
(2) 代理商

代理商とは, 商業使用人ではなく, 一定の商人のために平常の営業の部類に属する取引の代理又は媒介をする者でその商人の使用人でないものをいい(商法27条, 会社法16条), 本人へ通知義務(商法27条, 会社法16条)や競業避止義務を負う(商法28条1項, 会社法17条1項)。

第2章 商行為

1 商行為の種類

商行為は、以下で説明するように、絶対的商行為（商法 501 条）、營業的商行為（商法 502 条）、附屬的商行為（商法 503 条）がある。なお、絶対的商行為と營業的商行為は、商人概念を決める基礎となるので、「基本的商行為」と呼ばれる。これに対して、附屬的商行為は、商人概念から逆に導かれる商行為概念なので、「補助的商行為」と呼ばれる。また、絶対的商行為ほど営利性が強くない營業的商行為と附屬的商行為は、商人の營業と関連して初めて商行為となることから、「相対的商行為」と呼ばれる。



2 絶対的商行為（商法 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、それが營業としてなされると否とを問わず、商行為とされるものである（商人でない者が1回限りで行っても商行為とされる）。商法 501 条に列挙されている。

3 營業的商行為（商法 502 条）

「營業として」なされるとき、すなわち営利の目的で継続的になされるときに、初めて商行為となる行為である。商法 502 条各号に列挙されている。

4 附屬的商行為（商法 503 条）

「商人」が「營業のために」する行為（營業資金に充てるための借入れなど）は商行為とされる（商法 503 条 1 項）。