

I. レジюме

会社の商人性及び行為の商行為性

会社法総論・ステップ3 (2)

二神治佳

1.はじめに

1-1 問題提起

1-2 語句整理

・「会社」

- ・株式会社と持分会社（合名会社、合資会社、合同会社）に分類されたもの（会社法 2 条 1 号、575 条 1 項）。
- ・基本的枠組について定型化した、複数の出資者が共同で企業経営にあたる共同企業形態の中の典型例。
- ・会社は必ず法人、（会社法 3 条）自然人以外で法律上の権利義務の主体となる唯一のもの

・「商人」

- ・自分自身が権利義務の帰属主体となり、商行為を反復継続して行う人（商法 4 条）。

・「商行為」

- ・会社が事業としてする行為及びその事業のためにする行為（会社法 5 条）。
- ・商人がその営業のためにする行為（商法 503 条 1 項）。
- ・商人の行為はその営業のためにするものと推定される（附屬的商行為商法 503 条 2 項）。

・「絶対的商行為」

- ・人が、商法 501 条に列挙されている行為のうち一つでも行えば、それは必ず商行為。

・「営業的商行為」

- ・商人であっても、商法 502 条に列挙されている行為を営業としてでなく行った場合は、商行為とはならない。

2.トピックの要点

2-1 会社法に定めがないが、会社は商人であるのか

- ・会社法内に、「会社は商人である」と明確に規定した条文は存在しない
- ・複数の条文を組み合わせる必要性ー商法 4 条 1 項と会社法 5 条
- ・会社が商人であるとする学説ばかり

2-2 会社の全ての行為が商行為なのか

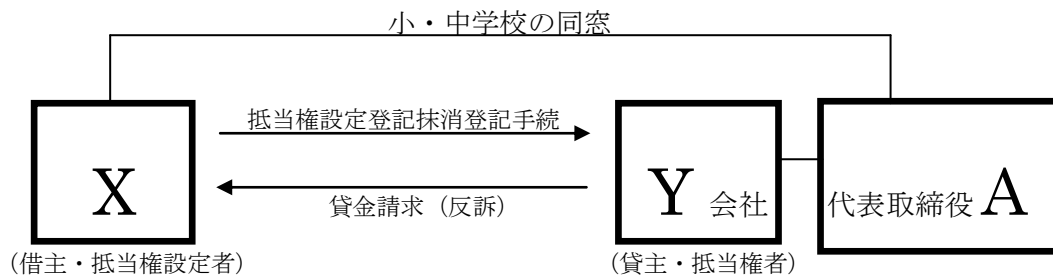
- ・会社の行為に「営業として行う行為」でも「営業のためにする行為」でもないような行為がありうるか
- ・会社は商人であるため、商法 503 条 2 項の推定規定が適用され、商行為性を否定する者が「事業のためにする行為」でないことを主張立証しない限り、会社の全ての行為にお

いて商行為性が肯定される

3. 判例の立場

平成 20 年 2 月 22 日最高裁判決（民集 62 卷 2 号 576 頁）

3-1 事案概要



会社経営者が竹馬の友に対し、会社を通じて金を貸したが、果たしてそれは商事時効・民事時効のいずれにかかるのか。

3-2 判旨

- ・破棄差戻し
- ・「会社の行為は商行為と推定され…」
- ・「会社は…商法上の商人に該当し、その行為は、その事業のためにするものと推定される」
- ・「本件貸付けに係る債権は、商行為によって生じた債権…」
- ・会社は商人であること、また会社の行為は商行為と推定されることを明示し、かつての論争に終止符を打った

3-3 過去の判例

- ・最高裁レベルで会社の行為の商行為性を否定したものはない
- ・下級審裁判例には否定したものがある（個人的色彩の極めて濃厚なもの、借金相手の会社との取引につながるとは必ずしも客観的に認めうるものではないもの）

4. まとめ

- ・会社は商人である。会社の行為は商行為と推定される
- ・商法 4 条 1 項と会社法 5 条を組み合わせると会社は商人であると導く学説を採用
- ・今後の課題 2 点

Ⅱ. リポート

会社の商人性及び行為の商行為性

二神治佳

1.はじめに

1-1 問題提起

商法上の「商人」および「商行為」の概念は、一般に、商法典の適用範囲を画定するための基本概念であるとともに、商法典を体系的に構築する基礎概念であると認識されてきた¹。しかし、平成 17 年の会社法制定に伴う商法改正により、商法総則規定の役割が変容し、商法総則編第 2 章中の「商人」概念と商法商行為編の「商人」概念とは、その内容を異にすることになっている。

ここで、会社は商人か、また会社の行為は全て商行為となりうるのかという、総則で熱心に論じられることはないものの、基本的かつ重要な問いに対して指標を明示しておくこととしたい。

1-2 語句整理

・「会社」

会社には、株式会社と持分会社という種類がある。持分会社とは、合名会社、合資会社、合同会社の 3 つの総称である（会社法 2 条 1 号、575 条 1 項）。

基本的枠組について定型化した、複数の出資者が共同で企業経営にあたる社団の典型例²。また、会社は法人とされる（会社法 3 条）

・「商人」

商人とは、自分自身が権利義務の帰属主体となり、商法 501 条、502 条、会社法 5 条に出てくる「商行為」を反復継続する人のことである（商法 4 条）。人とは権利能力を持つ自然人、法人を含む。

・「商行為」

会社が事業としてする行為及びその事業のためにする行為は、商行為とする（会社法 5 条）。また商人がその営業のためにする行為は商行為とされ、商人の行為はその営業のためにするものと推定される。これを附屬的商行為という（商法 503 条）。

商行為とされる行為には、さらに「絶対的商行為」「營業的商行為」の 2 つがある。

・「絶対的商行為」

人が、商法 501 条に列挙されている行為のうち一つでも行えば、それは必ず商行為とさ

¹ 濱田惟道（編）『現代企業法講義 1 商法総論・総則』〔1992 年〕45-47 頁。

² 山本爲三郎『会社法の考え方<第 7 版>』〔2008〕4 頁

れる。これらの行為を総称して絶対的商行為という。

・「営業的商行為」

商人であっても、商法 502 条に列挙されている行為を営業としてでなく行った場合は、商行為とはならない。これらの行為を総称して営業的商行為という。

2. トピックの要点

2-1 会社法に定めがないが、会社は商人であるのか

会社法内に、「会社は商人である」と明確に規定した条文は存在しない。従来のように商法総則で会社に社团性を認め、商人として条文を適用させていた時代とは違い、現在は独立した会社法があるためその旨を規定する条文は削除されたからである。

そのため、会社は商人でないとすれば、商法 512 条の報酬請求権を会社に認めることが出来なくなってしまう。これではあまりにも不合理である。よって、会社が商人であることを導くには、複数の条文を組み合わせる必要があるのである。

会社法 5 条と商法 503 条を見比べると、前者では「会社の行為は商行為」と規定し、後者では「商人の行為は商行為」となっている。これで会社は商人であるという命題を導くとしたら、それは単純な論理の問題で偽である。

ならば商法 4 条 1 項の「商人」が会社も含んだ規定であることを導けば良いのだが、その法解釈として会社法 5 条の「会社の行為は商行為」であることを念頭に置くことで、「自己の名をもって商行為をする会社は商人である」と読み解くことが出来るのではないか。だが商法 11 条 1 項括弧書きからすると、立法趣旨として商法第 1 編は会社には適用されないものとも読むことができる。

これに対して学説は、「会社法総則中に明文の規定はありませんが、会社法は、会社を言わば法律上当然の商人であると位置付けているものと評価できます。会社法 5 条は、会社の行為に商法商行為編を適用するための規定です。商法 4 条は、形式的には会社にも適用されます。したがって、理論上は、商法 501、502 条に掲げる行為を事業として行う会社が固有の商人に該当し、商法 4 条 2 項を含む基本的商行為以外の行為を事業として行う会社が擬制商人に該当するということになる」のだとする学説³などがあり、様々な参考書などに目を通して、会社は商人であるということは当然のようである。会社は商人であるという記載以上の解説すらない参考書も存在していた。

この問題に終止符を打ったのが後述の最高裁判例である。

2-2 会社の全ての行為が商行為なのか

歴史的変遷をベースにこれを考察していく。

我が国の商法は、平成 17 年改正前商法下より、営利性の高い行為を「絶対的商行為」（商

³ 浅木慎一『新・会社法入門』[2006] 6 頁。

法 501 条) および「營業的商行為」(商法 502 条)として列挙し、商法 4 条 1 項は、「自己の名を以て商行為を為すを業とする者」を商人とし、商人が營業のためにする行為についても「附屬的商行為」(商法 503 条 1 項)として商法を適用している。

附屬的商行為については、それ自体としては營利的性質を有せず、かつその性質上、具体的に何と定めることはできないが、それはなお營業の手段としてなされるものであるから、法はこれを商行為として商行為の通則的規定の適用のもとにおいていると説明される⁴。ここに「營業のためにする行為」とは、広く營業に関連してその維持便益のためにする一切の行為をいうのであって、必ずしも直接に營業自体の遂行のためにする行為に限らないと解されていた⁵。

また、個人商人のように、権利義務の帰属主体が自然人である場合、一般私生活と營業生活とが同一の法人格に重ねて存在することとなるため、ある行為が一般私生活の領域において行われたのか判然としない場合がある。この点につき、商法は、商人の行為は營業のためにするものと推定することになっている(商法 503 条 2 項)。

以上の解釈は、会社法の下でも変わるところはないと解されている⁶。

だがこの商法 503 条 2 項が会社にも適用があるかどうかは、会社法制定前から争いがあった。会社は、確かに商人であるが、もっぱら特定の營業を遂行するために設立され活動するものであり、そもそも、会社の行為に「營業として行う行為」でも「營業のためにする行為」でもないような行為がありうるかという問題があるからである。

この点、会社は生まれながらの商人であり、營業生活を離れて一般私生活はないとして、会社の行為は、「營業として行う行為」または「營業のためにする行為」のどちらかであり、それ以外の行為があることを前提とした商法 503 条 2 項の推定規定は適用の余地はないとの見解が学説上支配的であった⁷。

これに対して、会社は商人であるため、商法 503 条 2 項の推定規定が適用され、商行為性を否定する者において「事業のためにする行為」でないことを主張立証しない限り、会社の全ての行為において商行為性が肯定されるという見解も主張されている⁸。だが、「会社も社会的実在として存在しかつ活動している限り、營業生活以外に一般社会人としての生活領域が存しうる」として、全ての行為における商行為性を肯定しつつも、災害等における寄付などについては商行為性を否定すべきと唱える見解⁹も主張されている。

⁴ 大隅健一郎『商行為法』〔1958〕20 頁。

⁵ 大隅・前掲(注 4) 21 頁。

⁶ 黒野葉子「会社の行為が商行為に該当することの主張立証責任」金融・商事判例 1310 号 21 頁以下。

⁷ 星川長七編『基本法コンメンタール商法総則・商行為法』(別冊法セ 147 号) 90 頁。

⁸ 川村正幸ほか『新しい会社法制の理論と実務』〔2006〕13 頁。

⁹ 大隅・前掲(注 4) 23 頁。

3. 判例の立場

平成 20 年 2 月 22 日の最高裁判決（民集 62 卷 2 号 576 頁）

3-1 事案概要

X 所有の不動産(本件不動産)には、原因を平成 3 年 5 月 7 日金銭消費貸借平成 6 年 7 月 26 日設定、債務者を X、抵当権者を有限会社法の規定による有限会社であった(現在は、会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律 2 条 1 項に基づき、会社法の規定による株式会社)Y とする抵当権(本件抵当権)の設定登記(本件抵当権設定登記)がされている。

そこで、X が Y に対し、本件不動産の所有権に基づき、本件抵当権設定登記の抹消登記手続を求め訴えを提起したのが、本件本訴である。これに対して、Y が X に対し、主位的請求として、Y は平成 3 年 5 月 7 日 X に 1 億円を貸し付けたと主張して、残元本 9498 万 4440 円及び遅延損害金の支払を求め、予備的請求として、Y は平成 3 年 5 月 7 日 B に 1 億円を貸し付け、X が B の債務を連帯保証したと主張して、主位的請求と同額の金員の支払を求めるものが本件反訴である。そして、Y は、本件抵当権の被担保債権は反訴請求に係る債権であると主張している。

なお、X は、平成 17 年 11 月 1 日の原審第 1 回口頭弁論期日において、反訴請求に係る債権につき商法 522 条所定の 5 年の消滅時効が完成しているとして、これを援用した。

原審判決(福岡高判平成 18・12・21)は、Y の代表取締役である A は、「男らしくバンと貸してやるという気持ち」で、白己が代表取締役を務める有限会社である Y において X の依頼に応じることとし、X が竹馬の友であることを強調して、Y の経理担当者をして、Y がその取引銀行から融資を受けるための手続をさせ、融資を受けた 1 億円を Y が X または B に貸し付けた(本件貸付け)ものであるから、本件貸付けは Y の営業とは無関係に A の X に対する情宜に基づいてされたものとみる余地があり、そうすると、本件貸付けに係る債権が商行為によって生じた債権にあたるということはできず、上記債権には商法 522 条が適用されないから、X の消滅時効の主張はその前提を欠くとして、本件貸付けに係る債権が時効消滅したということとはできないとした。

簡潔にまとめると、会社経営者が竹馬の友に対し、会社を通じて金を貸したが、果たしてそれは商事時効・民事時効のいずれにかかるのかという事案である。会社から金を貸した行為が商行為ならば商事時効にかかり消滅しているし、代表取締役の個人的な行為であったから民事時効だとなれば未だ消滅していない事になる。

3-2 判旨

破棄差戻し。

「会社の行為は商行為と推定され、これを争う者において当該行為が当該会社の事業のためにするものでないこと、すなわち当該会社の事業と無関係であることの主張立証責任を負うと解するのが相当である。なぜなら、会社がその事業としてする行為及びその事業の

ためにする行為は、商行為とされているので(会社法 5 条)、会社は、自己の名をもって商行為をすることを業とする者として、商法上の商人に該当し(商法 4 条 1 項)、その行為は、その事業のためにするものと推定されるからである(商法 503 条 2 項。同項にいう「営業」は、会社については「事業」と同義と解される。)。

前記事実関係によれば、本件貸付けは会社である Y がしたものであるから、本件貸付けは Y の商行為と推定されるところ、原審の説示するとおり、本件貸付けが A の X に対する情宜に基づいてされたものとみる余地があるとしても、それだけでは、1 億円の本件貸付けが Y の事業と無関係であることの立証がされたということはできず、他にこれをうかがわせるような事情が存しないことは明らかである。

そうすると、本件貸付けに係る債権は、商行為によって生じた債権に当たり、同債権には商法 522 条の適用があるというべきである。」

以上のように述べ、これと異なる原審の判断には判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるとした。そこで本件貸付けに係る債権に商法 522 条の適用があることを前提として、同債権が時効消滅したか否かについて更に審理を尽くさせるために、上記部分につき本件を原審に差し戻した。

当判例は、会社は商人であること、また会社の行為は商行為と推定されることを明示し、かつての論争に終止符を打った点で非常に重要であるといえる。

3-3 過去の判例

判例を見てみると、昭和 51 年 7 月 9 日の最高裁判決（判時 819 号 91 頁）の判例は、会社が労働者と締結した労働契約につき、「反証のない本件においては、…本件労働契約は商人たる被告人(=会社―筆者注)が営業のためにするものと推定され…」と判示しており、会社の行為に商法 503 条 2 項の適用はないとは解していないようである。もっとも、最高裁レベルで、会社の行為につき、反証を認めて商行為性を否定したものはない¹⁰。

これに対して、下級審裁判例には、会社の行為の商行為性を実際に否定したものがある。昭和 57 年 3 月 29 日の東京地裁判決（判時 1054 号 153 頁）は、従業員に対する住宅資金の貸付けにつき、「従業員に対する社内的なもので、しかも…社内的な制度に基づくものではなく、被告の一身的な特殊事情に基づいた偶発的、個人的色彩の極めて濃厚なものである」と述べて、その商行為性を否定した。

また、平成 9 年 12 月 1 日の東京地裁判決（金融・商事判例 1044 号 43 頁）の判例も、会社が従業員および取引先の代表者に対してした金銭の貸付けにつき、「商行為概念の存在意義は、それが商取引であるという点に存するものであって、取引であれば簡易、迅速、不要式といった特性を原則とすべきであることから、商法は、商取引について民法の原則を修正しているところ、会社の行為はその大半が商取引に関するものであ…るけれども、ごく一部に例外とすべき行為が存する…。実質的に考えても、会社の行為であるという一

¹⁰ 黒野・前掲注（6）22 頁。

事をもって、それはすべて商行為と定めてしまうことは、会社に対し、いわゆるポケットマネーを保有する余地を完全に否定することになり、会社活動の実態と大きくかけ離れた法的効果をもたらす」から、「会社についても商法 503 条 2 項の適用により、その行為について商行為性の推定が覆る可能性を肯定すべきである」とした上で、他の会社の代表者個人に対する金銭の貸付けにつき、それが「同会社との取引に資することにつながるとは必ずしも客観的に認めうるものではない」としてその商行為性を否定し、さらに従業員に対する貸付けについても、「会社内部における行為については、…簡易、迅速、不要式といった、商取引一般に要求される特性を具備しているとは考え難い」として、その商行為性を否定した。

4. まとめ

3-2 の判旨は、会社が事業としてする行為は会社法 5 条により商行為とされるため、会社は、商行為を行うことを業とする者として、商法 4 条 1 項に定める「商人」であるとした。その上で、商法 503 条 2 項に基づき、その行為は営業のためにするものと推定される、としており、前掲注 (8) と同じ趣旨であることが分かる。

私見としては、503 条 2 項にあるように、商人が、ある行為を「営業のためにする行為でない」と立証しない限り、商行為性が肯定される見解が妥当であると考ええる。それは本来、外見上会社代表者による権限内の行為であって、会社による正規の行為と変わらないことから、それと信じて取引をした相手方を保護する趣旨であるからである。

しかし、いかなる事情を主張立証すれば、会社の行為について「営業のためにする行為」であることの推定を覆すことができるのかは明らかにされていない。

さらに、会社の行為につき「営業としてする行為」でも「営業のためにする行為」でもない行為の存在が認められるとして、それがどのような行為なのかを解明していくことが今後の課題であると考えられる。

以上