

Title	会社の「事業のためにする行為」の意義
Sub Title	Les Actes commerciaux par accession faits par les sociétés commerciales
Author	鈴木, 千佳子(Suzuki, Chikako)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2009
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.82, No.1 (2009. 1) ,p.175- 196
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20090128-0175

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.

会社の「事業のためにする行為」の意義

鈴木千佳子

はじめに

- 一 商法五〇三条の会社への適用——会社法制定前の判例・学説
 - 1 商法五〇三条の立法趣旨と適用範囲
 - 2 会社への商法五〇三条二項の適用
 - 二 商法五〇三条の背景の変遷
 - 三 会社法五条の影響
- 結びにかえて

はじめに

商法五〇三条は、一項で「商人がその営業のためにする行為は、商行為とする。」とし、さらに二項で「商人の行為は、その営業のためにするものと推定する。」と規定している。商法五〇三条は、商法制定当初から二六五条として存在した規定で、昭和一三年に改正で条文番号が現行法と同じになり、平成一七年改正でその表現が現代語化されたが、その条文の内容自体には変化はないと考えられる。

商法五〇三条は、まず商人の行為であることを前提にしているが、その商人概念は商法四条で規定される固有の商人および擬制商人により定まる。又、商法五〇三条においても特別それらを区別するための明文の規定はないため、同条の商人の解釈に限定を加えなければ、当該規定は個人商人にも会社にも適用されると考えられるであろう。

ところで、最高裁は、平成二〇年二月二二日の判決⁽²⁾で、本件の会社がした貸付けが商法五二二条の適用の問題となるかどうかの点につき、会社に対する商法五〇三条の解釈を示した。それを要約すると、①会社法五条で会社が事業としてする行為及び事業としてする行為は商行為であると規定されているため、会社は、商法四条一項の「自己の名をもつて商行為をすることを業とするもの」として商法上の商人に該当すること、②その行為はその事業のためにするものと推定される(商法五〇三条二項)ため、「これを争うものにおいて当該行為が当該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」こと、③事実関係によれば本件貸付けがA(被上告人の代表者取締役)の上告人に対する情誼に基づいてされたものであるとみる余地はあるとしても、それだけでは一億円の本件貸付けが被上告人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ないとして同債権には商法五二二条が適用されることの諸点を明らかにし、本件貸付けに係る債権に商法五二二条の適用があることを前提にして、同債権が時効消滅したか否かについてさらに審理を尽くさせるため、原審に差し戻したのである。

判決は、商法四条一項の規定に従い会社は商人であると解し、商法五〇三条一項の「商人がその営業のためにする行為は、商行為とする。」との規定を適用して、会社の附属的商行為について、商法五〇三条の解釈の問題として結論を出している⁽³⁾。しかし、これに対し、これまで通説は、同条二項の「商人の行為は、その営業のためにするものと推定する」という規定は、個人商人を前提としたものであり、会社にとってはすべてが営業のため

にする行為であり、いわゆるプライベートな会社の行為はありえないと解してきた。最高裁が商法五〇三条を持ち出して、会社に対してその二項の推定規定の適用を前提として、「事業と無関係に」本件貸付けがされたことを立証すればその商行為性の推定が覆る可能性があると判示したことは、注目に値する。

また、会社の行う商行為に関しては、平成一七年に制定された会社法⁽⁴⁾で新設された規定である五条は、「会社（外国会社を含む。次条第一項、第八条及び第九条において同じ。）がその事業としてする行為および事業のためにする行為は、商行為とする。」⁽⁵⁾としていて、通説は、「会社が事業としてする行為」は商人概念を導き出すための基本的商行為であると解しているようであるが、他方、「会社が事業のためにする行為」に関する会社法五条の規定と商法五〇三条の関係については明らかにしていない。そのため、会社法五条と商人概念を定める商法四条との関係、また、会社法により新しく構築された商人概念（会社概念）と附属的商行為との関係についても再度検討する必要があるのではないかと考える。

そこで、会社の附属的商行為をいかに考えるべきかについて、以下の三つの観点から検討してみたい。一では、会社法五条が新設される平成一七年より前の商法五〇三条に関する判例・学説を分析し、次に、二では、商法の諸改正により、会社をどのように定義し、また、商法の中でどのように位置づけるかという点が変わっていったことから、会社の商行為概念に何らかの影響が与えられたかどうかについて考察し、最後に、三では、会社法五条がそれらの解釈に影響を与えたかどうかを考えてみたい。

なお、商人の営業のためにする行為にどのような行為が含まれるかについても様々な議論があるが、紙幅の関係からその点については最小限度の指摘にとどめ、表題に示したように、会社と附属的商行為の関係に焦点を絞って考察することとする。

一 商法五〇三条の会社への適用—会社法制定前の判例・学説⁽⁶⁾

1 商法五〇三条の立法趣旨と適用範囲

商法五〇三条は、商人が営業のためにする行為を商行為としており、これは附属的商行為といわれている。何人が行ってもよく一度きりでも商行為となる絶対的商行為（商法五〇一条）と、営業として行う場合に限って商行為となる営業的商行為（商法五〇二条）は、いわゆる固有の商人を定めるための基本概念となる基本的商行為であるのに対して、附属的商行為は、商法四条一項の固有の商人のみならず、いわゆる平成一七年改正前商法五二条二項が規定していた民事会社、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を業とする者、鉱業を営む者で商人とみなされる商法四条二項の擬制商人をも含めた商人概念から導き出される⁽⁷⁾。

これは、条文に行為が列挙されている絶対的商行為や営業的商行為と異なり、商人はさまざまの行為を行うため、その行為が商行為であるか否かが区別しがたい⁽⁸⁾ため、商人の行為をすべて商行為と推定することで立証の困難を防止するとともに、無用の争議を途絶しようとしたものと説明される⁽⁹⁾。商人には小商人（平成一七年改正前商法八条、現行商法七条）⁽¹⁰⁾も含まれる。

すなわち、附属的商行為であるためには、第一に商人の行為であること、第二に商人が営業のためにする行為であることの二つの要件を満たすことが必要であると解されている⁽¹¹⁾。営業のためにする行為とは、営業自体に係るもの、営業上必要なもの、営業上便利有益なもの⁽¹²⁾すべてを含み、営業のためにする意思は外部に直接に表現されることを要せず、行為の外観によって判断される⁽¹³⁾。営業のためにする意思とその他が併存した場合には、主たる目的が営業のためにする意思であるか否かによる⁽¹⁴⁾。また、その行為とは、法律行為だけでなく準法律行為・事実行為、法律行為でも、契約・単独行為、有償・無償行為、双務契約・片務契約などを含み⁽¹⁵⁾、開業準備行為⁽¹⁶⁾、

為や廃業後のあと始末も含まれるが、婚姻・養子縁組のような身分行為は含まれない。⁽¹⁸⁾

そして、同条二項については、附属的商行為であるための第一の要件である商人の行為であるならば、一応営業のためにするものと推定し、営業のためにする行為であることが明らかである行為については反証を許さないのに対し、商行為であるか否かについて疑義がある場合には反証を認めるとの理解がされている。⁽²⁰⁾ 証明責任は、商人の行為が営業と無関係であると主張するものが負う。⁽²¹⁾ 条文では「推定」という文言が使用されているが、これは「無条件の推定」にすぎず、ある効果の要件事実の不存在の証明責任をその効果を争う相手方に負わせるための立法技術であると説明され、推定される事実を「暫定事実」という。⁽²²⁾ すなわち、商法五〇三条は、「商人の行為はこれを商行為とする。ただし、其の営業のためにする行為にあらざるものはこの限りにあらず」と表現し直すことが可能である。⁽²³⁾

2 会社への商法五〇三条二項の適用

また、この二項の規定は、個人商人には営業以外の活動領域があるので、この規定が存在する意義を有するが、⁽²⁴⁾これが会社にも適用されるか否かについては、解釈上、争いがある。

まず、判例において、会社の行為を附属的商行為であると肯定したものが大半で、⁽²⁵⁾五〇三条二項の適用の結果、附属的商行為ではないとされたものとしては以下の三例が挙げられる。

まず、東京地裁昭和五七年三月二十九日判決は、原告は会社であるが、「本件消費貸借契約は、確かに原告の営業のためにする雇用契約と関連性を有し、原告にとっても被告の主張するような有用性を有することは否定し得ないが、第三者に対するものではなく、原告の従業員に対する社内的なもので、しかも原告の社内的な制度に基づくものではなく、被告の一身専属的な特殊事情に基づいた偶発的、個人的色彩のきわめて濃厚なものといわざ

るを得ない」として、附屬的商行為であると認めない。また、東京地裁平成九年二月一日判決⁽²⁷⁾は、当該債権の発生原因としての行為は附屬的商行為とはいえず、当該債権に商法の適用はないとしている。そして、その理由として、「会社は商行為以外の行為をなすことができず、その結果、会社の行為で商事債権以外の債権を発生させるものなどあり得ない」として、会社の行為につき商法五〇三条二項により商行為性の推定を覆すこともあり得ないという考え方も成り立ち得る。しかしながら、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つて、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つて、簡易、迅速、不要式といった特性を原則とすべきであるけれども、ごく一部に例外とすべき行為が存することも、当然のことながら、否定できない。」とし、「実質的に考えても、会社の行為であるという一事をもつて、それはすべて商行為である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結果を招来し、不都合である。」と指摘して、「会社についても、商法五〇三条二項の適用により、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、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言い難いことを理由に附屬的商行為であることを認めない⁽²⁸⁾。さらに、大阪地裁平成一一年三月一九日判決⁽²⁹⁾は、「従業員を被保険者とする生命保険への加入及び本件合意は、これが企業における従業員の福利厚生の一環として制度的に運用されている場合は格別、原則として営業のためにするものとは解されず、特に本件のように従業員が退職した後については、従業員の福利厚生を目的とする余地はないのであるから、附屬的商行為には該当しないといべきである。」と判決している。

そして、前掲最高裁平成二〇年二月二二日判決は、商法五〇三条二項により会社の行為は事業のためにするも

のと推定され、その行為が事業のためにする行為と無関係であると主張する者はそれを立証できれば附屬的商行為であることが否定できる可能性があることを明言している。しかし、同判決は、結果として、営業のための行為ではないことの立証がされたとは言えないとして商法の適用を認めているのである。

これに対して、学説では、会社は生まれながらにして商人であり、その生活は専ら営業のために存し、一般人のような私生活がないとの説が通説である。⁽³⁰⁾特にこれを理論的によく説明したものと考えられる西原説は、「商法五〇三条の規定を単純に表面的に理解すると、商人の行為の中にもその営業のためにしない普通の民事的行為があるように見える。……個人商人の場合には、民法的一般人格と商法的企業人格が同一自然人に重なって存在するが、商法の立場からは後者のみを眼中に置くべきものである。……いやしくも「商人」の行為である以上は、それはすべて営業に関し、また営業のためにする行為、すなわち企業活動にほかならない」と説明している。⁽³¹⁾それに対して、商法五〇三条二項は会社にも適用される余地があると主張する少数説もある。⁽³²⁾しかしながら、会社は営利目的で設立された法人であるため、その活動は営利目的以外にはあり得ない。自然人の場合のような、民法的一般人格と商法的企業人格の重複は考えられないため、商法五〇三条二項の適用の必要性はなく、個人の場合のような、ポケットマネーの生ずる余地もないと考えられる。⁽³³⁾

二 商法五〇三条の背景の変遷

既述のように、商法五〇三条の内容は、商法制定当時から変わってはいない。しかし、それに対して、「商人の営業のためにする行為」の前提となる「商人」概念は大きな変遷をたどってきている。

すなわち、明治三二年制定の商法四条は「本法ニ於テ商人トハ自己ノ名ヲ以テ商行為ヲ為スヲ業トスル者ヲ謂

フ」として、現行法の四条一項のいわゆる固有の商人についてしか規定していない。したがって、これによれば、商法五〇一条および五〇二条の規定する、商人概念の基礎となる基本的商行為を業とする目的をもって設立した社団（これを講学上、商社会社という）はこの商人に該当するが、商行為を行うことを業としないが営利を目的とする社団（これを商社会社に対して民事会社という）はこれに該当しない。しかし、民事会社も、商社会社設立の条件に従って設立した以上は、営利を目的とする点では商社会社と同様であり、商社会社と同様の保護監督を要するため、民法三五条は、営利を目的とする社団で商社会社の条件に従い設立したものは法人とすることができ、これにはすべて商社会社に関する規定を準用するとの規定を置いていた。⁽³⁴⁾

そして、明治四四年商法改正では、商法四二条二項を新設して、民事会社を会社とみなすという規定が置かれた（これが、昭和一三年改正で商法五二条二項となる⁽³⁵⁾）。これは、民法では三五条すでに営利法人の設立については商法の規定を適用し、成立後の関係についても商社会社に関する規定を準用するとし、実際の登記の取り扱いなどでもほとんど民事会社と商社会社を同一に扱っているのに、民事会社と商社会社は合併ができないなどの問題が生じていることを解決するために改正が行われたとされている。⁽³⁶⁾

また、商法二八五条ノ二を新設して、民事会社（商法四二条第二項に定めたる会社）の行為に商行為に関する規定を準用するという規定を置いた。これは、民事会社の営業としてする行為および営業のためにする行為を含む。これが昭和一三年に五二三条に変更されるが、平成一七年改正でその規定が削除されるまで講学上の準商行為といわれていた。

しかし、商法四二条二項が規定されても、民事会社が商人であるか否かについて疑義が生じていたので、昭和一三年改正は、商法四二条二項を新設し、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を業とする者、⁽³⁷⁾ 鉱業若しくは砂工業を営む者とともに、民事会社を商人とみなすという規定を置いた。いわゆる擬制商人である。

また、同年制定された有限会社法では最初から、有限会社を「本法ニ於テ有限会社トハ商行為其ノ他ノ営利行為ヲ業トスル目的ヲ以テ本法ニ依リ設立シタル社団ヲ謂フ」(有限会社法一条一項)として、基本的商行為から営利行為へと目的とする行為の範囲を広げて定義している。この時に、商法四条二項が民事会社を擬制商人としたので、その営業のためにする行為は五〇三条で商行為となり、五二三条(昭和一三年改正前二八五条ノ二)は営業としてする行為のみを規定していると解されることになった。⁽³⁹⁾しかし、ここではじめて商人とみなされた民事会社以外の擬制商人の営業としてする行為には、商法五二三条が拡張されることはなかった。⁽⁴⁰⁾しかし、民事会社以外の擬制商人の営業としてする行為にも商法五二三条が類推適用されるというのが通説であった。⁽⁴¹⁾

このように、擬制商人を認めたことにより、商人概念は広がった。当然、商人概念を前提とする、営業のためにする行為も、実質的な広がりを見せたといつてよいであろう。⁽⁴²⁾また、会社に関しては、商行為概念を前提とする商事会社は固有の商人であり、民事会社は商行為概念を前提とはしないが擬制商人として商人と同一に扱われるようになり、会社は結局商人であり、その商行為も営業としてする行為も営業のためにする行為も商行為であるとして、商法の適用範囲に含まれることが明らかになってきた。

しかし、ここまでは、商法は、基本的商行為といわれる商行為概念から商人概念を導き出し、そして、その商人が営業のためにする行為は商行為とするという従来からの商法の構造を守っていたと考えられる。したがって、商人概念の変遷はあっても、それを考慮に入れた上で、「営業としてする行為」に関する商法五〇三条の規定の適用・解釈はなされていた。

三 会社法五条の影響

会社法は、会社が事業としてする行為及び事業のためにする行為は商行為とするという規定を置いた(会社法五条)。平成一七年会社法制定の立案担当者によれば、この会社法五条の意義を「技巧的な法技術を駆使することなく、端的に会社および外国会社がその事業としてする行為およびその事業のためにする行為を商行為とすることとして、その実質を確保することとしている」と説明する。⁽⁴³⁾ その意味するところはなんであろうか。

まず、第一の意義として考えられるのは、会社法五条が「会社が事業としてする行為は商行為である」と規定したため、商社会社・民社会社の区分が一掃されたことである。すでに二で考察したように、会社法制定前は、会社は、自己の名をもって基本的商行為を行うことを業とする固有の商人(商法四条一項)である商社会社と、擬制商人(商法四条二項)として扱われる、それ以外の営利目的の行為を業とする民社会社とに区別されてきたが、そのほかの商法の規定の適用においては、実質的に両者の差異はすでになくなっていたといえるだろう。⁽⁴⁴⁾ しかし、多数説は、会社法五条の新設により、会社は自己の名をもって商行為を行うことを業とする者となるから、商法四条一項の規定する固有の商人と考えることができる⁽⁴⁵⁾と説明するようになったために、会社が商人であるという説明は、以前より簡便に行うことができるようになった。これにより、商社会社は固有の商人であり、民社会社は擬制商人であるとせざるを得なかった問題が一掃された。⁽⁴⁶⁾ これを受けて、商法四条二項で例示されていた擬制商人のなかから民社会社が削除された。また、会社法五条が、会社が事業としてする行為を商行為と規定したため、いわゆる準商行為に関する平成一七年改正前商法五二三条も削除された。⁽⁴⁷⁾

商法五〇一条および五〇二条のみを基本的商行為とし、そこから商人概念を導いてきた、従前の商法の構造は変更を加えられていないが、会社の事業としてする行為を新しく基本的商行為に付け加えたということには重大

な意味があると考えられる。⁽⁴⁸⁾

また、第二の意義としては、会社の行う行為は事業としてする行為も事業のためにする行為もすべて商行為であると扱ふことで、商法の商行為に関する規定の適用をスムーズに行うことができるようにしたということが考えられる。これに対しては、附属的商行為についてはこれまでと同様に商法五〇三条の適用を認めるべきで、会社法五条で会社が事業のためにする行為について本来規定しなくても足りたとする説もあるが、⁽⁴⁹⁾しかし、それは会社法五条の事業としてする行為についての規定は特別の意味を持たないことになってしまふ。また、会社というものを典型的な商事組織にとらえ、商法一条一項により会社には商法第二編の規定が適用されると考える説もある。⁽⁵⁰⁾だが、これも商法が基本概念として置いている商人、商行為という概念と離れて適用範囲を把握することは問題をかえって複雑化させるので、妥当ではないように思われる。つまり、会社に対して商法上の商人の規定を適用するにはその主体を商人と認めることが必要であるが、⁽⁵¹⁾商行為に関する規定については、商人概念を介さずに、会社法五条を根拠に直接適用できる。⁽⁵²⁾これにより、会社には商法五〇一条ないし五〇三条を適用する必要はないのではないだろうか。⁽⁵³⁾このことから敷衍される影響として、個人商人も会社も同一に商人として扱ってきた従来の商法五〇三条の解釈とは異なり、会社のみを対象とした会社法五条の固有の解釈を導きやすくなる⁽⁵⁴⁾とは考えられないだろうか。

結びにかえて

以上、会社の事業のためにする行為について述べてきた。

これまでの会社の附属的商行為についての研究は、商法五〇三条の解釈のみに限定されていた。しかし、商法

五〇三条自体の内容は変化していなくても、その他の改正による商人概念や商行為概念の変化により、五〇三条の解釈にも影響が生じたのではないかとこの点からも考えてみた。また、新しく設けられた会社法五条の解釈をいかにすべきかという問題もそこに加わった。

さて、会社の附属的商行為に関する考え方として、二つが成り立つように思う。すなわち、第一の考え方としては、会社法五条で「会社が事業のためにする行為」が商行為とされていることを前提にすると、会社は常に固有の商人（商法四条一項）となり、商法五〇三条にある「商人」として同条の適用の可能性があるという考えである。

しかし、あくまでもこれを商法五〇三条の解釈問題としてとらえる場合も、一ですでに明らかにしたように、一部の判例や少数説が主張するような、会社にも商法五〇三条二項の「営業のためにする行為」の推定規定は適用されるという考え方には賛成することができず、会社の行為には営利行為を離れたプライベートな行為・支出はありえず、すべて商行為であり、商法の適用があると解する通説の考えを支持すべきであると考ええる。

これに対して、会社の事業のためにする行為について商法五〇三条と会社法五条が競合することはどのように考えるべきであろうか。

第二の考え方としては、会社法五条は会社の行為を対象とした規定であり、端的に会社の行為は事業としてする行為も事業のためにする行為もみな商行為であることを明らかにしているため、あえて商法五〇三条の解釈に頼る必要はなく、会社法五条の解釈だけを考えればよいものである。たとえば、会社法五条は商法五〇三条と異なり、事業のためにする行為についての推定規定を一切置いていない。これは会社の事業のための行為は常に商法の適用があり、推定を問題にする必要性がないからではないのだろうか。⁵⁶⁾ 附属的商行為に関する規定が会社に関してのみ二重に行われる必要性はないため、商法五〇三条は個人商人に対して適用される規定であり、

会社法五条は会社に適用される規定と考えることによって、会社の行為で事業としてする行為以外には、事業のためにする行為が少なく、それらには商法が適用されると解釈することに容易に結びつく。

第一の考え方をとって、商法五〇三条を文字通り会社にも適用した場合、会社の行為が事業のためにする行為ではなく、商行為に関する規定の適用がないことを裁判で争うことは理論上可能であっても、その反証は現実には困難が伴い、結果的に商行為の規定が適用され、結論は変わらないということになるかもしれない。しかし、理論的に考えて、商法五〇三条・会社法五条のどちらの解釈による場合も、会社の行為は事業としてする行為を除けば、例外なく事業のためにする行為となり、商行為に関する規定が適用されるべきであると考えたい。また、どちらの条文の解釈によるべきかという点に関しては、会社法五条が新設された現行法下では、商法五〇三条の適用は問題とするべきではなく、会社法五条を根拠に結論を導き出すべきであろう。

このように、会社法五条は会社法のみならず、商法全体の理解をするためにも重要な条文であるが、まだ新設されて間もないため、学説により十分な検討がなされていない。この意義を明らかにすることはこれからの課題である。もとよりこのように短い論文で軽々に結論を出すことは可能であるとは思われないので、今後も検討を重ねていきたいと考える。

(1) 商法二六五条の以前に類似の規定として存在したのは、旧商法(明治二三年商法)六条である。この規定は「商人其営業上ニ於テ取結ヒ又ハ他ノ商人若クハ作業人ト取結ヒタル取引ハ反対ノ証ナキトキハ之ヲ商取引ト看做ス」という規定である。旧商法は、まず、「商事トハ商人又ハ其他ノ人ノ為シタルニ拘ハラズ総テノ商取引及ヒ其他本法ニ規定シタル事項ヲ謂フ」(三条)として、商取引(現行法の商行為に当たる)法主義を採用し、四条ないし八条で商取引の定義・範囲を定め、九条で商人を「商人トハ総テ商業ヲ営ム者ヲ謂ヒ商業ヲ営ムトハ常業トシテ商取引ヲ為スコトヲ謂フ」と定義している(岩崎稜「商法の適用範囲と商人概念」『現代企業法講座第一巻』(竹内昭夫・龍田節編、

東京大学出版会、昭和五九年) 五六頁注13)。したがって、旧商法六条の商取引は、一応現行法の商行為にあたることを考えることができる。

商法修正案参考書は、商法二六五条が旧商法六条に該当することを明らかにしているが、旧商法六条が「商人其営業上ニ於テ取結ビ又ハ他ノ商人若クハ作業人ト取結ビタル取引」を適用対象とし、商人や作業人でない者を取り結んだ契約を含めないのは狭すぎることに、「反対ノ証」とはどのような事実の証明であるかを詳しく規定していないことなどの問題点があったことを商法の立法理由として挙げている(『商法修正案参考書』(八尾書店、明治三十一年) 二三三頁)。

しかし、このような相違はあるにしても、両規定の間には、商人が営業のためにする(営業上でおこなう)行為を原則商行為であるとし、その点を争う者に、営業のためにする行為ではないことを証明する余地を残している点で共通している。

(2) 裁判所時報一四五四号六頁。本件は、上告人が被告(有限会社)に対して、不動産の所有権に基づき、抵当権設定登記の抹消登記手続を求めたのに対し、被告は反訴において、首位的請求として、被告は原告に一億円を貸しつけたと主張し、元本九四九八万四四〇円及び遅延損害金の支払いを、また予備的請求として、訴外Bに一億円を貸し付け、原告がBの債務を連帯保証し、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、首位的請求と同額の金銭の支払いを求めた事例である。これに対し、原審では、「被告の代表取締役であるAは、小中学校の同窓であり、C商工会の理事長(A)と理事(原告)として親交があった原告からの依頼を受け、博多駅前土地を整理して転売するために一億円を必要としていたBの資金に充てるため、「男らしくパンと貸してやる気持で」、自己が代表取締役を務める有限会社である被告において原告の依頼に応じることとし、原告が竹馬の友であることを強調して、被告の経理担当者をして、被告がその取引銀行から融資を受けるための手続をさせ、融資を受けた一億円を被告が原告に貸し付けた……ものであるから、本件貸付けは被告の営業とは無関係にAの原告人に対する情誼に基づいてされたものとみる余地がある」ため、本件貸付けに係る債権には商法五二二条が適用されないから原告の消滅時効の主張はその前提を欠くと判決した。しかし本判決は、本件貸付けに係る債権が商行為によって生じた債権に当たるといえることはできないとする原審判決を是認できないとし

ている。

本判決に関する判例評釈として、笹木幸祐・「判評」法セミ六四二号（平成二〇年）一一五頁、伊藤雄司・「判評」NBL八八二号（平成二〇年）三〇頁以下がある。

(3) 最判平成二〇年二月二二日判決は、平成三年当時の融資が問題となつてゐる事例であるから、平成一七年改正以前の事例である。にも拘わらず、会社法五条が判決の中で言及されているのは、判決当時において、すでに会社法・商法に関する平成一七年改正は効力を生じており、それによれば会社法五条により会社が事業としてする行為を基本的商行為と解して、それを自己の名をもって営業するものを商人とするという、会社を商人と定義づけるプロセスに形式的には変更が加えられているものの、実質的には変化がないためではないだろうか。これに対して、平成一七年会社法で新設された会社法五条の規定自体の解釈に関しては、改正前の事例である本件では問題にする必要がないと考へられたのではないかと考へる。

(4) 平成一七年の会社法制定を受けての同年の商法改正によって、商法は改正前第二編（会社）で規定されてきた会社に関する規定が単独に会社法として制定され、その結果、改正前第二編は全面的に削除され、改正前第三編、第四編が第二編、第三編と繰り上がり、商法第一編と第二編の第四章までの規定が現代語化され、平仮名口語体の条文となった。また、会社法は会社に関する規定をすべて会社法の中で規定することを旨としたため、いままだ商法総則で規定されていた、商号、使用人・代理商、事業譲渡に対する規定の内容と同一のものを会社法第一編第二章以下で置いた。

(5) しかし、商法総則では「営業」と規定されているのに対し、会社法では「事業」と規定されるなどの相違がある（例えば、商法五〇三条の「営業のためにする行為」と会社法五条の「事業のためにする行為」、商法一六条以下の「営業譲渡」と会社法二一条以下の「事業譲渡」などである）。これは、個人商人は営業毎に商号を異にすることができるが、会社の商号は一つなので、複数の営業を営むこともありうるため、個々の営業ではなく、その総体という意味で、会社法では事業という語を使つたとされている（江頭憲治郎編『会社法コンメンタール』（商事法務、平成二〇年）一九九頁〔北村〕など）。

(6) 片山謙二・「判例に現はれた本来の附屬的商行為―商法第五〇三条第一項論―」（一）（二）（三）「民商一六卷一号

- 五〇頁以下、二号五四頁以下、三号八〇頁以下（すべて昭和一七年）、同・「判例に現はれた推定による附属的商行為—商法第五〇三条第二項論—」（一）（二）（三）「民商一九卷三号五六頁以下、四号二六頁以下、五号三二頁以下（すべて昭和一九年）」は、判例を詳細に分析して研究を行っている。
- (7) 通説である。これに対する反対説として、平出『商行為法（第二版）』（青林書院、平成元年）七六頁。
- (8) 丸山長渡『改正商法（明治三二年）要義上巻（増訂再版）』（明治三二年）【日本立法資料全集別巻三五八（信山社）】三九二頁、堀田正忠・柿崎欽吾・山田正賢『商法講義下巻』（明治三二年）【日本立法資料全集別巻一九八（信山社）】七三二頁。
- (9) 青木徹二『商法総則』（金港堂、明治三六年）九三頁、柳川勝二『改正商法（明治四四年）正解（第四版）』（大正五年）【日本立法資料全集別巻二二六（信山社）】三七二頁。
- (10) 松本丞治『商行為法（第七版）』（中央大学、大正七年）四九頁、小町谷操三『商行為法論』（有斐閣、昭和一八年）五一頁、柳川勝二『商行為法（第六版）』（厳松堂、昭和三二年）一九頁、大隅健一郎『商行為法』（青林書院、昭和三三年）二二頁、田中誠二『新版商行為法（再全訂三三版）』（千倉書房、昭和五八年）三三頁、神崎克郎『商法総則・商行為法通論（新訂版）』（同文館出版、平成一二年）五八頁。
- (11) 松本丞治・前掲（注10）四九頁、小町谷・前掲（注10）五一頁、柳川・前掲（注10）一九頁。
- (12) 栗本勇之助『帝国商法釈義』（博文堂、明治三二年）四九三頁、青木・前掲（注9）九二頁。大判大正五年一二月二日民録二二輯二三五二頁は、直接営業のためにする行為ではなくとも、「営業に關聯し営業の維持便益のためにする行為」も附属的商行為であるとす。
- (13) 松本・前掲（注10）五〇頁。
- (14) 小町谷・前掲（注10）五二頁、大隅・前掲（注10）二二頁、西原寛一『商行為法（第三版）』（有斐閣、昭和四八年）八九頁、田中（誠）『喜多』堀口『原茂』コンメンタール商行為法』（勁草書房、昭和四八年）七〇頁、田中誠二・前掲（注10）三四頁。
- (15) 青山衆司『商行為法（改訂四版）』（厳松堂、大正一四年）四三頁、西本辰之助『商法概論』（厳松堂書店、昭和六年）四二頁。

- (16) 青山・前掲(注15)四二頁、西原・前掲(注14)八九頁。
- (17) とくに、準法律行為のうち、通知と催告については争いがある(小町谷・前掲(注10)五三頁参照)。また、不法行為についても同様である(西原・前掲(注14)六二頁以下、八九頁参照)。
- (18) 通説である。開業準備行為について言及するものが多い。松本・前掲(注10)五一頁、西本・前掲(注15)四二頁、小町谷・前掲(注10)五二頁、田中耕太郎『改正商法総則概論(第二五版)』(有斐閣、昭和二年)二四九頁、柳川・前掲(注10)一九頁、大隅・前掲(注10)二一頁、西原・前掲(注14)八七頁、石井照久『商行為法』(勁草書房、昭和三年)五六頁、田中(誠)・前掲(注10)三三頁、平出・前掲(注7)七八頁、神崎・前掲(注10)五九頁、近藤光男『商法総則・商行為法(第五版)』(有斐閣、平成一八年)三七頁など。判例でも、開業準備行為について、最判昭和三年六月一九日民集二二卷一〇号一五七五頁、最判昭和七年二月二四日民集二六卷一七二頁などが、営業のためにする行為であるため、商行為であることを認めている。しかし、商人資格取得時期については、判例でも学説でも、それぞれ説が分かれている。
- (19) 松本・前掲(注10)五〇頁、西本・前掲(注15)四二頁、小町谷・前掲(注10)五三頁、田中(耕)・前掲(注18)二四八頁、大隅・前掲(注10)二二頁、西原・前掲(注14)八九頁、田中(誠)ほか・前掲コンメンタール(注14)七〇頁、石井鴻・前掲(注18)五六頁、田中(誠)・前掲(注10)三四頁、平出・前掲(注7)八五頁、神崎・前掲(注10)五九頁。
- (20) 丸山・前掲(注8)三九一頁。同旨・堀田・柿崎・山田・前掲(注8)七三二頁。大判大正四年五月一〇日民録二二輯六八一頁は、商法五〇三条(当時の商法二六五条)二項は営業のためにする行為かどうか疑いがある場合に適用があり、商人の行為自体から観察して営業のためにするものではないことが当初から疑いがない場合には適用がないとしている。
- (21) 大判明治四一年二月一七日民録一四輯一〇八頁。
- (22) 上田撤一郎『民事訴訟法(第四版)』(法学書院、平成一六年)三八三頁、新堂幸司『新民事訴訟法(第三版補正版)』(弘文堂、平成一七年)五二二頁、伊藤眞『民事訴訟法(第三版再訂版)』(有斐閣、昭和一八年)三三五頁、門口正人編『民事証拠法大系第一巻』(青林書院、平成一九年)九八頁(井上哲夫)ほか。平出・前掲(注7)八九頁は、商人が相手方に商行為でないことを主張するには、取引の安全を図るため、相手方がそのことを知っていたこと、知

- りうべきであったことも証明すべきであるとする。
- (23) 大江忠『要件事実商法下』(第一法規出版、平成九年)九頁。
- (24) 高島正夫『商法総則商行為法』(慶應義塾大学出版会、昭和五一年)五二頁など、このような説明が一般的である。しかし、後述の西原説が主張するように、個人商人においても商人であることに基づいて行う行為は、個人であることに基づいて行う行為と理論的には区別されるべきであり、あたかも個人商人に個人的活動領域が存在するように説明するのは正確さを欠くと考へる。
- (25) 伊藤・前掲(注2)三二頁以下参照。
- (26) 判時一〇五四号一五三頁。最判昭和二九年九月一〇日民集八卷九号一五八一頁は、会社と従業員の属する労働組合との間に成立した退職慰労金に関する協約上の約定を商行為であると判示する。これについての解説である、長谷部茂吉「会社・労働組合間の退職慰労金支給に関する協約と商行為」『最高裁判所判例解説 民事篇 昭和二九年度』(法曹会、昭和四一年)一三五頁は、「元來商行為の存在意義はそれが商取引であるという点に存する。それが取引であるが故にそこに行われる原則は簡易、迅速、不要式またその特性はその非個人性にある。しかるに労働契約(雇傭契約)または労働契約は人の身分または人格に直結し、個性が強く本來取引法分野に入ってくるに適しないものである。」との見解を示される。前掲東京地裁昭和五七年三月二九日判決は、このような指摘に影響を受けているものと考へられる。確かに、会社の締結する労働契約に関しては、他の契約とは別に解さなくてはならない面があることは肯定すべきであるが、「簡易、迅速、不要式……」等々の性質を持たない商行為が一律に附屬的商行為から排除されてしまうことには疑問がある(後述注(28)参照)。
- (27) 判タ一〇〇八号二九九頁。同判例の評釈として、久留島隆・「判評」金商一〇六四号(平成一年)五五頁以下、古瀬村邦夫・「判評」私法判例リマックス一九九九年(下)(平成二年)八八頁以下、鳥山恭一・「判評」法セミ五四一号(平成二年)一〇九頁、中本敏嗣・「判評」平成二一年度主要民事判例解説(判タ一〇三六号、平成二年)二〇六頁以下、榊素寛・「判評」ジュリスト一一八六号(平成二年)一〇七頁以下がある。
- (28) 当該判決は、会社に商法五〇三条二項が適用されることで推定が覆る可能性を肯定し、判旨のいうように商行為の範囲を狭く解し、原則として「簡易・迅速・不要式」という特性を具備しているものを商行為とすべきであると

- て、会社のポケットマネーを認めようとしているが、賛成できない（同旨。久留島・前掲（注27）五九頁、同・「商人の行為と附属的商行為の關係」横浜国際経済法学七卷二号四四頁、古瀬村・前掲（注27）九一頁）。また、もし同条が適用されるとしても、本件で認定された事実關係で反証が成立したと構成するのは安易すぎるのではないかという批判（久留島・前掲（注27）五九頁、同・前掲（注28）四四頁）がある一方、商法五〇二条二項の適用を認めつつ、会社の「営業のためにする行為」の範圍を広く解すればよいのではないかとの見解もある（榊・前掲（注27）一〇九頁）。
- (29) 判時一六八八号一六九頁。
- (30) 小町谷・前掲（注10）五四頁、田中耕太郎・前掲（注18）二五〇頁、西原・前掲（注14）九二頁、田中誠ほか・前掲コメンタール（注14）七二頁、田中（誠）・前掲（注10）三六頁、大森『新版商法総則・商行為法』（三和書房、昭和五九年）四七頁、平出・前掲（注7）八九頁、神崎・前掲（注10）五九頁、近藤・前掲（注18）三七頁。ただし、会社の行為であっても、会社と株主の關係や会社と取締役その他の役員の關係の行為は、組織法的・団体的行為であるから事業のためにする行為ではないとの指摘もあり、又、株式引受については、附属的商行為になるか否か見解が分かれている（江頭編・前掲（注5）一三三頁以下【江頭】、酒巻俊雄Ⅱ龍田節編『逐条解説会社法第一卷』（中央経済社、平成二〇年）一〇五頁以下【森本】参照）。検討を要する。
- (31) 西原・前掲（注14）九三頁。
- (32) 大隅・前掲（注10）二三頁。同「会社の権利能力の範圍——とくにその目的による制限——」『総合判例研究叢書商法（2）』（有斐閣、昭和三二年）四二頁は、会社が、風水火災・寺社の祭礼・学校施設の維持拡充など災害・社会行事・教育事業等につき一般の慣例に従い応分の寄付をなすことを、会社の行為であるが営業のためにする行為ではないものの例として挙げている。酒巻・龍田編・前掲（注30）一〇五頁（森本）も、これに賛成する。
- (33) 西原・前掲（注14）九三頁は、「会社の支出はすべて営業会計に関するものとして商業帳簿の記載事項となり、個人のようなポケット・マネーはない」ため、大隅説（注32）が主張する「一般社会人としての生活領域」は広い意味の営業生活に属するものと主張する。同旨・久留島・前掲（注27）五九頁、古瀬村邦夫・前掲（注27）九一頁、榊・前掲（注27）一〇九頁。
- (34) 岡松参太郎『注釈民法理由上巻』（有斐閣書房、明治二九年）七八頁以下、梅謙次郎『民法要義卷之一』（訂正・

増補版』(明治四四年)(有斐閣、オンデマンド版) 八三頁。

(35) 富井政章『訂正増補民法原論第一巻総論』(大正一一年合冊版)(有斐閣、復刻版) 二三四頁は、明治四四年改正により、民法の法人に関する規定は結局公益法人に適用するべきものと解すべきであるとしている。

(36) 法律新聞社編『改正商法(明治四四年)理由(増補四版)』(大正元年)【日本立法資料全集別巻二九二(信山社)】一〇六頁。同書一〇頁で、改正理由を説明した政府委員齋藤十一郎は、他の政府委員の質問に答えて、同改正により同時に立法論として民法三五条の修正の必要性が生じたことは認めながらも、民法の根本修正には手がつけられていないので、民法上の営利法人は法律上残るけれども、実際上の取り扱いとしては、「民法ノ法人(著者注…原文では人法)ト会社トヲ全ク一ツ鑄型ノ中ニ入レテ同一種類ノ法人ト見テ結果ニ相成ルト思ヒマス」と回答している。

(37) 『商法中改正法律案理由書(第二版)』(清水書店、昭和一二年) 九頁。たとえば、柳川・前掲(注9) 八九頁、松本丞治・前掲(注10) 一〇頁は、厳密に言えば民事会社は商人ではないとするのに対し(東京地判大正一四年一二月二五日新聞二五四一号一三頁も同じ)、竹田省『商法総論』(有斐閣、大正一五年) 二一八頁は、会社は生まれながらの商人であると主張する。

(38) 「鉱業若ハ砂工業ヲ営ム者」となっていた規定は、昭和二五年旧砂鉱法が新鉱業法に吸収されて鉱業法施行法により「鉱業ヲ営ム者」に変更されている(田中誠二『全訂商法総則詳論』(勁草書房、昭和五一年) 一八九頁)。

(39) 田中(耕)・前掲(注18) 二五〇頁、二五七頁。

(40) 昭和一三年改正直後から、商法五二三条を存置するならば、少なくとも「第五二条第二項に定めたる会社の行為」と規定されているところを「第四条二項の商人の行為」と改めることが必要であろうと指摘されていた(鈴木竹雄「商人概念の再検討」『商法研究1』(有斐閣、昭和五六年) 一一七頁。鴻常夫『商法総則(新訂第五版)』(弘文堂、平成一一年) 八三頁も、立法の不備であることを指摘する)。

(41) 鴻・前掲(注40) 八四頁は、商法五二三条を準用すべきとする。

(42) 田中(耕)・前掲(注18) 二五〇頁。

(43) 相澤哲二岩崎友彦「会社法総則・株式会社設立」『立案担当官による新・会社法の解説』(別冊商事法務二九五

- 号、平成一八年）一三頁。
- (44) 西本寛一『改正商法解説』（大同書院、昭和一三年）六頁、田中誠二『改正商法要義（上巻）』（松華堂書店、昭和一五年）一五九頁はそれを認める。
- (45) 青竹『新会社法』（信山社、平成一八年）一九頁、弥永真生『リーガルマインド商法総則・商行為法（第二版）』（有斐閣、平成一八年）一七頁、山本爲三郎『株式会社とは何か』（新会社法の基本問題）（慶應義塾大学出版会、平成一八年）二二頁、神田秀樹『会社法（第一〇版）』（弘文堂、平成二〇年）一三頁、吉本健一『レクチャー会社法』（中央経済社、平成二〇年）一一頁、江頭編・前掲（注5）一三二頁（江頭）、酒巻俊雄『龍田節編・前掲（注30）一〇三頁（森本）、宮島司『会社法エッセンス（第三版）』（弘文堂、平成二〇年）一四頁。これに対して、浅木慎一『商法総則・商行為法入門（第二版）』（中央経済社、平成一七年）二三頁、丸山秀平『やさしい会社法（第九版）』（法学書院、平成一九年）九頁以下は、会社の商人性は会社法自体に求められるという考え方をとる。
- (46) 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）一三五頁、浜田道代『会社法総則と定義規定』川村正幸『布井千博編』新しい会社法制の理論と実務』（経済法令研究会、別冊金融・商事判例、平成一八年）二二頁。なお、平成一七年会社法制定よりも早く、平成一六年改正により、民法三五条二項も削除された。
- (47) そのため、これまでの民事会社法に於いて規定されていた準商行為の商法五二三条が削除される前までは、他の擬制商人に当該規定が類推適用されると多数説は解していたのに対して、改正後、擬制商人の営業のためにする行為が商行為であると解するための前提を欠いてしまった（森川隆『会社法の成立に伴う商法の改正（上）』税経通信二〇〇六年五月号（平成一八年）四一頁、中山秀木『準商行為規定の削除と会社以外の擬制商人』平成十七年商法改正が遺した問題』岡山商大法学論叢一六号（平成二〇年）一六一頁）。会社法五条は実質的に平成一七年改正前商法五二三条と同じ意義を有し、五二三条の削除により、いわゆる擬制商人が営業としてする行為を商行為とする旨の規定は現行法上存在しないと解されたり（江頭編・前掲（注5）一三二頁（江頭）、同条の削除により、擬制商人に対する適用の余地はなくなり、民法が適用されざるを得ないとの説もある（落合誠一『大塚龍児』山下友信『商法I—総則・商行為（第三版）』（有斐閣、平成一八年）三〇頁）。
- (48) これまでの会社を商法の主体として捉える商法改正の動きを踏まえると、これまでの商行為主義（客観主義）を

超えて、会社法の制定により、会社に関する部分に限定された商人主義（主観主義）の導入が図られたと考える考え方もありうると思うが、それはこれまでの商法の立場を大幅に変えるものであるもので、今のところ、この立場をとることはできないと考える。

(49) 江頭編・前掲(注5)一三二頁〔江頭〕。

(50) 青竹・前掲(注45)七頁。

(51) 会社法制定にあたり、これまで会社にも適用があった商法総則の規定を重複して会社法総則で規定することにした（会社法一条ないし二四条）。そのため、商法一条は「商人（会社及び外国会社を除く。以下この編において同じ。）」と規定する。このため、実質的に、商法総則は会社以外の商人にのみ適用されることになる。すなわち、会社を商人と考えなければ問題が生じるのは、商行為編の中の商人の商行為に関する適用に関して「商人」か否かが問題になる場合であろう。もちろん、前述のように、会社は固有の商人（商法四条一項）と説明されるから問題はない。

(52) 浜田・前掲(注46)二二頁、落合Ⅱ大塚Ⅱ山下・前掲(注47)一三三頁、近藤・前掲(注18)三七頁、山本・前掲(注45)二二頁、前田庸『会社法入門（第二版補訂版）』（有斐閣、平成二〇年）七頁。

(53) 酒巻Ⅱ龍田編・前掲(注30)一〇五頁〔森本〕。

(54) しかし、商法五〇三条の適用を排除できると考える説をとる見解においても、会社法五条の解釈で、会社の行為の中に事業としてする行為、事業のためにする行為以外の行為はありうると指摘するものもある（酒巻Ⅱ龍田編・前掲(注30)一〇五頁〔森本〕）。伊藤・前掲(注2)三五頁は、本来、会社の事業としての行為は例外なく商行為と考えるべきであるとの見解に立つが、会社法五条の規定は事業としてする行為と事業のためにする行為のみを商行為とする体裁をとっているため、法文上、会社の行為が商行為に当たらないとされる可能性が残されているとの指摘もしている。

(55) 同旨・浅木・前掲(注45)二五頁。