

# 会社の行為はすべて商行為に該当するか

徐 陽

## I はじめに

会社法の第5条は、「会社(外国会社を含む。次条第1項、第8条及び第9条において同じ。)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、商行為とする」と定めている。また、商法の第4条第1項では、「この法律において商人とは、自己の名をもって商行為をすることを業とする者をいう。」とし、また第503条第1項は、「商人がその営業のためにする行為は、商行為とする。」とし、さらに同条第2項は「商人の行為は、その営業のためにするものと推定する。」と定めている。

この場合、会社が無条件に商人に該当するのかどうか、会社の行為はすべて商行為となるのかどうかなど、条文の内容の解釈についていくつかの論争がある。すなわち、ある論者は、会社が「無条件に」商人に該当しないと主張するのに対して、ある論者は、商法の第11条第1項の「商人(会社及び外国会社を除く。以下この編において同じ。)」という括弧書きの「以下」の文言に明らかなように、同法の第11条より前の規定における「商人」の概念には当然に会社も含まれ得るものと解すべきであると反論している<sup>1</sup>。また、これに加えて、会社の行為についても、すべての商行為に該当するのかどうか、その主張立証の責任の帰属問題についてどう解決すればよいのか、などの論争がある。

以下、本稿において、会社の行為はすべて商行為となるか、会社は無条件に商人に該当するかという問題点の解明を試みる。そのためのアプローチとして、近時の最高裁判所第二小法廷判決(平成19年(受)第528号の平成20年2月22日判決(民集62巻2号576頁)(一部破棄 差戻し)、控訴審=福岡高判平成18.12.21(一部変更、控訴棄却)、第一審=佐賀地判唐津支部平成17.6.30(一部認容、一部棄却))の事案を取上げ、これを分析・検討することを通じて、その論点整理をするとともに、問題の所在を明らかにし、筆者の見解を述べる。

## II 最近の最高裁判例から

### 1. 事実の概要

#### (1)当事者等

X氏(昭和4年4月生)は、平成4年頃まで定期船、貨物船等の海上運送業とホテル業を営む「有限会社I」の代表取締役を、平成6年頃まで遊覧船業を営む株式会社Kの代表取締役を、それぞれ務めていた者である。また、平成3年5月頃は呼子商工会の理事の職にあったが、現在は無職である。X氏は当事件の第一審の原告であり、第二審において控訴人兼被控訴人であり、そして最高裁においては上诉人である。

Y会社は、砂採取及び販売等を目的とする有限会社であり、現在もいわゆる特例有限会社としてY有限会社の商号を続用している。Y会社は第一審の被告会社であり、また第二審の被控訴人兼控訴人であり、そして最高裁では被上诉人となっている。

訴外D氏(昭和5年8月生)は、昭和48年6月のY会社設立以来の代表取締役であり、平成3、4年頃には、某砂採取協同組合(以下、砂組合という。)理事をはじめ、社団法人全国〇〇会会長及び呼子町議会議員などを務め、呼子商工会の理事長の職にあったこともある。

B氏(昭和21年10月生)は、D氏とは平成14年11月以前からの知人であって、唐津市内において主に飲食業と遊技場を経営する傍ら、肩書住所地において「V」の屋号で貸金業も営んでいる金融業者であり、取立屋である。第一審の被告でもある。

訴外F氏は、不動産仲介業を営むM株式会社の代表取締役であった。平成3年3月以前から、X氏の「有限会社I」が所有していたホテルの売却の仲介を依頼されていた。

#### (2)判例の概要

X氏(原告、控訴人兼被控訴人、上诉人)は、平成6年7月26日当時、呼子市内に不動産(以下、本件不動産という。)を所有していた。本件不動産には、平成3年5月7日金銭消費貸借を原因とする抵当権が設定され登記し、平成6年7月26日受付設定(佐賀地方財務局等津支局平成6年7月26日受付第8690号)、債権額は5000万円、債務者はX氏、抵当権者はY会社とする抵当権の設定登記(以下「本件抵当権設定登記」という。)がされている。

Y会社(被告、被控訴人兼控訴人、被上诉人)は、砂の採取及び販売等を目的とする有限会社であったが、現在、会社法の施行により特例有限会社として存続している。その代表取締役D氏はX氏と小中学校の同窓で、学年1年上であり、D氏が呼子商工会の理事長を務めていたころ、X氏が理事であって、商工会活動を通じて関わりが深くなったようである。

平成3年3月10日ころ、X氏が所有していたホテルの売却の仲介を依頼していたF氏から、1億円を融資してくれる人物の紹介を再三に頼まれ、同月25日ころ、X氏はD氏をF氏に紹介した。D氏はX氏からの依頼を受け、博多駅前の土地を整理して転売するために1億円を必要としていたF氏の資金に充てるため、「男らしくパンと貸してやるという気持ち」で、自己が代表取締役を務めるY会社においてX氏の依頼に応じることとした。そのため、X氏が竹馬の友であることを強調して、Y会社の経理担当者をして、Y会社と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会社がX氏又はF氏に貸し付けた(以下、この貸付

けを「本件貸付け」という。D氏は原告X氏に対し、君がF氏を紹介したのであるから、名前ぐらい貸してくれてもよいだろうと告げてX氏を説得し、平成3年5月7日に、本件根抵当権設定登記手続がなされた。平成4年12月17日、X氏はY会社の事務所において、Y会社に宛てて「12月31日までに1億円及び利息が返済できない場合は、担保設定されても異議はありません」と本文及び自宅と事務所の所在地を記載した上、署名指印した書面を作成し、Y会社に交付した。平成5年4月5日、本件根抵当権につき、Y会社を権利者とする転抵当権設定し、7日に登記手続がなされた。その後、平成14年11月1日に、D氏はX氏に対して、本件融資の債権を被告B氏に譲渡する旨を通告した。

本件訴訟は、X氏がY会社に対し、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るものである。本件反訴において、被告らがX氏に対して、主位的請求として、Y会社は平成3年5月7日にX氏に1億円を貸し付けたと主張して、残元本及び遅延損害金の支払を求めるとともに、予備的請求として、Y会社は前同日F氏に1億円を貸し付け、X氏がF氏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た。なお、Y会社は、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たほか、いずれにおいても残元本9,498万4,440円の支払いを請求している。

第一審の佐賀地方裁判所においては、X氏が、被告B氏に対する請求を全部認容したが、Y会社に対する請求を棄却し、Y会社の反訴請求をも棄却した。すなわち、本件移転登記の抹消登記手続、本件建物から退去して本件土地の明渡しを求める各請求、並びに平成14年12月27日から本件土地及び本件建物の明渡し済みまで、1か月10万円の割合による金員の支払を求めるX氏の請求には理由があるとしてこれらを認容したが、その余の原告X氏のY会社に対する本訴請求及び、Y会社のX氏に対する反訴請求には理由がないとして、それぞれ棄却することとした。そのため、X氏とY会社らの双方がそれぞれ控訴した。

第二審の福岡高等裁判所では、新たな事実関係を認定した上で、以下のように判断していた。

Y会社は、平成3年5月7日、X氏又はF氏に対して、返済期日を平成3年7月31日として1億円を貸し付けたものである。その借主がX氏であればもちろんのこと、たとえそれがF氏であるとしても、X氏はF氏の債務を連帯保証したというべきであるから、いずれにせよX氏はY会社に対して1億円の債務を負っていたことになり、そして、その残元本は8300万円(平成3年7月末頃、F氏からD氏に交付された700万円の小切手、その後、同年11月25日にX氏からD氏に交付された1000万円の約束手形による決済済みの金額を控除した額)となっている。

X氏は、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第522条(商事消滅時効)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。X氏は、本件債務は商事債務であるところ、一審原告が執った最終の債務承認的言動は、平成6年7月26日の本件抵当権登記手続である。したがって、平成3年5月7日の本件債務は、平成11年7月26日の過程により短期消滅時効が完成し、消滅したと主張した。

これに対して、控訴審判決(福岡高判平成18.12.21民集62巻2号613頁参照)は、本件貸付けはY会社の事業とは無関係に、その代表取締役D氏のX氏に対する情宜に基づいてされたものとみる余地があるから、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ふことはできず、上記債権には商法第522条(商事消滅時効)の適用を否定し、X氏の消滅時効の

主張はその前提を欠くとした。したがって、本件抵当権の被担保債権である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し、また、X氏はY会社に対する8300万円及び遅延損害金の支払義務を免れないというべきである。X氏の本訴請求を棄却すべきものとし、Y会社の反訴請求を一部認容した。そこで、X氏は上告した。

## 2 本判決の要旨

破棄差戻し。

原判決中Y会社に関するX氏の敗訴部分を破棄する。

前項の部分につき、本件を福岡高等裁判所に差し戻す。

その理由は、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(会社法第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(商法第4条第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(商法第503条第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会社がしたものであるから、本件貸付けはY会社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D氏のX氏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会社の事業と無関係であることの立証がされたということとはできず、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。

したがって、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、同債権には商法第522条の適用があるというべきである。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ている。

以上によれば、論旨は理由があり、原判決中被告に関する上告人の敗訴部分は破棄を免れない。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すこととする。なお、被告の反訴請求には主位的請求と予備的請求とが併合されているのであるから、差戻し後の控訴審においては、まず、主位的請求の請求原因として主張されている事実、すなわち本件貸付けに係る借主が上告人であるか否かを判断する必要がある。これが否定された場合には、予備的請求に対する判断を行うべきこととなる、という結論が出された。

## III 判例分析

1. 事実に関して原審で争われた点について確認したことを整理してみると、以下の通りである。

(1)本件債務について、Y会社から合計1億円が支出され、それがF氏に渡ったことは確実で

ある。問題はこの1億円がX氏に貸付けられた上で、X氏からF氏に交付(貸付)されたのか、それとも、Y会社からF氏に直接貸付けられたのかである。また、F氏に対する貸付けであるとしても、これにつきX氏において連帯保証したものかの問題である。しかし、いずれの場合であるかを問わずY会社からF氏までの1億円の流れについては、F氏の借用証書その他の客観的な証拠書類は存在しなかった。その結果、X氏において本件債務を負っているということとなった。本件貸付けの弁済期は平成3年7月31日とする旨の約定であったものの、本件債務の残額は1億円から1700万円を控除(Y氏はX氏の有限会社Iを振出人とし、平成3年11月25日振出、同年12月25日支払とする額面1000万円の約束手形を同月27日に元本組入れ、同年7月末F氏から額面700万円の小切手を充当し、合計額1700万円)した残額である8300万円となること、が認められる。

(2)本件抵当権登記の原因たる同抵当権設定合意の存否について、本件同意書は、Y会社の罫紙を用いたものである上、担保の目的物件についても、土地や建物の区別もなく、「自宅」とのみ記載されていること、X氏の実印ではなく指印が押捺されていることなど、いかにも急ごしらえて、杜撰なものではあるけれども、本件貸付けの債務を担保するため、その自宅に抵当権を設定することを承諾するというX氏の意味が明示されているものであるため、本件抵当権設定合意が適法に成立したものと認められる。

(3)本件抵当権設定合意の効力については、D氏のX氏に対して再三にわたり担保の提供を催促する過程において、D氏が、一審原告X氏に対し、抵当権の設定を受けたからといって直ちに実行するつもりはないなどと、X氏を安心させるような言辞を用いた可能性は否定できないが、X氏から抵当権の設定を受ける旨の効果意思を欠いていたとまで認めることは困難であるから、本件抵当権設定の合意は有効である。

(4)本件の所有権移転の登記がなされているが、その合意は、一審被告B氏がX氏宅に訪れておよそ3時間以上経て、B氏から強迫を受け、売買契約あるいは代物弁済契約を締結し、本件所有権移転の手続きをしたものと解される。この場合、B氏の強迫を理由とするX氏の取消により、無効になると解される。そして、X氏において、平成15年9月10日、B氏に対して取消の意思表示をし、その意思表示が同日一審被告B氏に到達したことが確認されている。

(5)一審被告B氏が本件土地及び本件建物を占有するのは不法行為となるか。その場合の賃料相当損害金はいくらかの問題については検討する。原審では、一審被告B氏は、X氏に対し、本件建物を退去して本件土地を明け渡すとともに、上記占有(不法行為)によってX氏が被った賃料相当損害金を1か月当たり10万円とする賠償する責めを免れないとされている。

(6)本件債務は商事債権に該当するか、その時効消滅について検討する。X氏は、本件債務は商事債権であると主張し、一審原告が執った最終の債務承認的言動は、平成6年7月26日の本件抵当権登記手続である。したがって、本件債務は、平成11年7月26日の経過により短期消滅時効が完成し、消滅した。

なお、本件所有権登記の合意に関しは、一審被告B氏の強迫によるものであることが明白であるから、X氏が上記合意をしたことをもって債務承認行為と評価すべきではない。

Y会社らの主張としては、①本件債務は、D氏に対する一審原告からの個人的な依頼に基づくものであって、一審被告会社の事業としての貸付けではないことから、商事債権に当たらない。また、X氏は、一審被告B氏に対し、平成14年11月6日、本件債務の存在そのものは承認し

ていた。②仮に消滅時効が完成しているとしても、X氏の上記主張は、本件控訴審に至って初めて主張されるに至ったものであるから、同主張は信義則に反し許されない。

これらの点に関して、原審は、Y会社は、砂採取及び販売等を目的としているところ、本件貸付けは、Y会社の営業とは無関係に、むしろ、D氏のX氏に対する情誼に基づいてなされたものとみる余地があるから、本件貸付けに基づく債権が商事債権であるということとはできないとした。

最高裁は、「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。」としている。高裁との結論に比べると、商事債権に当たるか否かの判断は異なっていることから、商行為によって生じた債権の根本である会社の行為等に関して検討する必要がある。

## 2. 研究

本最高裁判決では、会社の行為が当然に商行為であると推定されている。そして、その商行為性を争う者に、当該行為が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こととしたものである。その理由は、第一に、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する(商法第4条1項)。第二には、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は、商行為とされている(会社法第5条)。第三には、商人の行為は営業のためにするものと推定すると定める商法第503条第2項の適用があること、にある。この三点について検討する必要があると考える。以下、会社は無条件に商人に該当するか、会社の行為はすべて商行為であるか、会社の商行為の推定適用について個別に検討していきたい。

### (1) 会社の商人性

平成17年の会社法では、商法総則の規定のうち、会社に適用されるものに関して会社法総則として規定している(そのため、商法総則のうち、商法第11条以下の諸規定は会社および外国会社以外の商人に適用されることになる)。会社法施行前の旧商法<sup>2</sup>は、商法の規定を適用するための基準として、商人概念と商行為概念を柱として規定を設けている。つまり、まず、絶対的商行為および営業的商行為を規定し、自己の名をもって商行為をすることを業とする者を固有の商人として規定をおき、商行為概念から商人概念を導いている。次に、商人がその営業のためにする行為は附属的商行為と補完的に規定し、商人概念から商行為概念を導いている。この二つの概念を相互に絡ませながら商人および商行為を定義している(折衷主義)立場である。したがって、旧商法は、絶対的商行為および営業的商行為を業とする社団である商事会社が固有の商人であることを明確にしておき、また、非商行為を業とし営利を目的とする社団を民事会社とし、擬制商人の一つとして、その営業目的の行為には、商行為に関する規定を準用していた(旧商法第4条第2項、同法第52条第2項)。

これに対して、現行会社法および現行商法には、会社が商人である旨の明示的な規定がない。会社法で総則規定を置いたため、会社を商人とみなす必要がなくなったとの立場である。すなわち、立案担当者の解説によると、商法総則の規定については、これと同内容の規定が会社法

において設けられており、会社を商人としなくてもその適用を実質的に確保することができる<sup>3</sup>。商事会社は、商法4条第1項によって商人となり、店舗等による物品の販売を業とする会社・鉱業を営む会社は、商法4条第2項によって擬制商人となるとする<sup>4</sup>。また、商行為に関する規定については、会社および外国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が商行為となる旨を定めている(会社法第5条)。これらの規定によって、事業目的の種類に法的な意味がなくなり、会社は当然に商人であると解されている。そのため、いわゆる「形態商人」と解する見解もある<sup>5</sup>。

本判決は、「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(会社法第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ている(商法第4条第1項)」から、会社法第5条と商法第4条第1項を組み合わせることによって、会社は商人であるという最高裁の明確な判断が示された。これによって、商人の商行為に関する各規定を会社の行為に適用するについて、問題がなくなったといえる。

## (2)会社の行為の商行為性

会社の行為はすべて商行為であるか否かについて検討してみる。会社法は、改正前の商法がとっていた「商事会社」と「民事会社」の区別を廃棄し、会社を一元的に把握することとなった。商行為の総則には、基本的商行為に該当する行為の類型を絶対的商行為と営業的商行為に定め(商法第501条、第502条)、その商行為をする人を商人(固有の商人)として商法を適用することにした(商法第4条第1項)。ただし、最初の商行為の類型で例外となる行為についても、商法を適用しなければならない場合もあるので、商人がその営業のためにする行為も附属的商行為とした(商法第503条)。

会社法第5条によって、会社(外国会社を含む。次条第1項、第8条及び第9条において同じ。)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は、商行為とすると規定している。すなわち、この条文中、会社の「事業としてする行為」、および「事業のためにする行為」を商行為であるとしている。行為の主体が会社であれば、事業のためにする行為である限り、あらゆる種類の行為が会社にとって商行為となるといえる。

会社法が商法から独立したことにより、商法は商人の営業、商行為その他商事については他の法律に特別の定めがあるものを除くほか、この法律の定めるものであり(商法第1条)、また自己の名をもって商行為をすることを業とする者を「商人」と定義としている(商法第4条)。他方、会社法は、会社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を「商行為」と定めているのであるから(会社法5条)、会社法と商法は密接な関係にあることは疑問の余地はない。旧商法においては、「自己ノ名ヲ以テ商行為ヲ為ス」とは、自己がその行為に基づく権利義務の主体となることを意味すると解されてきた<sup>6</sup>。法人である会社は権利義務の主体であるから、前述したように当然に承認に該当するものと考えられる。法人である会社については、法人の事業に関わらない領域すなわち私的領域で法人の行為がされることは考えられないから、会社の行為はすべて商行為であるといえる<sup>7</sup>。

本判決は、会社は商人であることから、会社の行為がまず商行為であると「推定」し、その商行為性を争うものに、会社の行為が事業と無関係であることの立証責任を課している。つまり、

会社の行為にも商行為に該当しないものがありうることを明確な判示をした。

### (3)商行為性の推定

会社法の施行前、旧商法第503条第2項は「商人ノ行為ハ其營業ノ為ニスルモノト推定ス」と規定しており、この規定は講学上の暫定真実であると考えられていた<sup>8</sup>。そもそも、商法第503条第2項が会社の行為に適用されるかどうかは、従来から争いがあったところである。

従来の学説の通説とされる見解は、会社の行為については、すべて商行為であり、会社には旧商法第503条第2項の推定規定の適用の余地はないと解するのが多数説であった<sup>9</sup>。その根拠は、会社の行為について、「会社には一般私生活なるものなき故に、苟も会社の目的の範囲内の行為と認むべきものならば營業の爲めにする行為となる」ということに求められている<sup>10</sup>。要するに、会社の行為については、旧商法第503条第2項の推定規定の適用を待つまでもなく、当然に商法503条1項によって商行為とされるといふわけである。

これに対して、少数説は、「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在しうる」として、商法第503条第2項の適用を肯定的に解する<sup>11</sup>。この点に関する判例としては、大判大正4年5月10日民録21輯682頁、大判大正3年6月5日民録20輯437頁、最二小判昭和29年9月10日民衆8巻9号1581頁、最二小判昭和51年7月9日裁判集民118号249頁などがある。法理としては推定規定の適用があることを明確に述べていないものの、通説とは異なり、会社の行為についても旧商法第503条第2項の推定規定の適用があることを前提とする説示をしている。いわば会社が商人であることから、会社と個人商人の違いを意識することなく商法第503条第2項の推定規定の適用が認められたものの存在にすぎないとする。

現行商法第501条と第502条においては基本的商行為を定めており、さらに、第503条第1項において、「商人がその營業のためにする行為は、商行為とする。」とし、同条第2項では、「商人の行為は、その營業のためにするものと推定する。」と規定している。これは旧商法第503条第2項の推定規定を引き継がれたものの、会社法には、「会社(外国会社を含む。次条第1項、第8条及び第9条において同じ)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は、商行為とする」とだけ規定され、商法第503条第2項に相当する推定規定が設けられなかったため、欠落している部分である。このような構造の下では、商事会社の行為がすべて商行為に当たるかどうかを判断する際して、それが營業のためになされたものであるかどうかを重視されることになる。

附属的商行為が商行為であるとされるのは、当該行為の客観的な性質によるものではなく、商人の營業と関連付けられることによる。現行法下での説明としては、「商人の行為についての整合的法規制の必要から、商人が營業のためにする行為は商行為とされる」<sup>12</sup>、また「商人の……本来の營業に関連する手段的行為であることから」商行為としたものである<sup>13</sup>、などと説明されている。

立案担当者の解説によると、会社の目的である事業が営利性を有する否かにかかわらず、会社は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は、すべて商行為とみなされる。したがって、商法の商行為に関する規定については、特にその商人性について論ずるまでもなく、すべて会社に適用されることとなる<sup>14</sup>。



平成17年の商法改正、会社法の創設によって、会社(外国会社も含む)が事業としてする行為、および、その事業のためにする行為は商行為とされることになった(会社法第5条)。したがって、会社は商行為をすることを業としているから商人となる。事業の種類を問わないことになったから、会社が行う事業はすべて商行為であり、その事業のために行う行為は、メセナであれ、寄付であれ、商行為になると解することになろう<sup>15</sup>。すなわち、法令解釈に関しての統一解釈はなかった。

上述したような理由から、本判決は、会社は商法上の商人であるから、会社の行為はその事業のためにするものと推定されるから、商法第503条第2項の規定が適用される判示した。特に、会社法の規定によって、会社の行為が商行為であることを設けられ、その上、商法第503条第2項の規定に該当する推定規定がないにもかかわらず、本判決が会社の商人性から、あえて商法第503条第2項の推定規定の適用があることを明確に認めた。その結果は、会社の行為は、商行為であると推定されるとする<sup>16</sup>。それと同時に、会社の行為にも商行為に該当しないものがありうることを明確にした。その場合、会社の行為が商行為に該当することの立証責任の帰趨が問題となる。

本判決は、会社の行為は商行為と推定されるため、その商行為性を争う者に、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点が重要となる。本件については、会社の貸付が代表者の情宜に基づいてされたものと見る余地があるというだけでは事業と無関係であることの立証としては不十分で、個別具体的に事業と無関係という行為の客観的要素など、他にこれをうかがわせるような事情が存しない以上、同貸付に係る債権は、商行為によって生じた債権に当たると判断したのであろう。

#### IV 本判決の意義

本判決は、会社の行為はすべてを商行為とみるのか、それとも組織法上の行為、雇用上の行為など行為の性質から例外的に商行為でないものを認めるのか、明確な回答がなされた。すなわち、会社は商人であるから、会社の行為にも商法第503条第2項が適用されると明確に判示した。つまり、会社法施行後においても、会社の行為の商行為性、その立証責任について、旧商法と同様な見解をとることを明らかにしたものであり、会社の行為に限定して最上級審の判示するものと見ることができる。この判示は、その解釈の前提として、会社の行為にも商行為に該当しないものがありうることを明確にするとともに、その立証により商行為性が認められない場合があることもまた明確にした点においても、重要な意義を有すると考える。

## 注

- 1 この論争は九州大学産業法研究会(2009年1月29日, 於西南学院大学)においても, 賛否両論の見解があった。
- 2 旧商法第52条第1項が「本法ニ於テ会社トハ商行為ヲ為ス業トスル目的ヲ以テ設立シタル社団ヲ謂フ」としており, 第4条第1項が「本法ニ於テ商人トハ自己ノ名ヲ以テ商行為ヲ為ス業トスル者ヲ謂フ」と定義している。
- 3 相澤哲=岩崎友彦「会社法総則・株式会社の設立」商事1738号(2005.7.25)6頁(「ある法主体の行為に商行為に関する規律を適用するための方法としては, 法主体を商人とする方法, 法主体を商人とする方法, 法主体を商人とみなす方法などが考えられるが, 会社法においては, これらの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。」)
- 4 郡谷大輔=細川充「会社法の施行に伴う商法および民法等の一部改正」商事1741号(2005)33頁。
- 5 笹本幸弘「最新判例演習室〔商法〕会社行為が商行為に該当することの主張立証責任」法学セミナー2008-06, No642, 115頁。
- 6 大隅健一郎『商法総則(新版)』有斐閣(1978年)94頁。鴻常夫『商法総則(新訂第5版)』弘文堂(1999年)102頁。
- 7 神作裕之「特集新会社法の制定 Ⅲその他 会社法総則・擬似外国会社」ジュリスト(2005.8.1-15)No.1295, 135頁。
- 8 岩松三郎ほか編『法律実務講座民事訴訟編(4)』111頁。
- 9 西原寛一『法律学全集29 商行為法』有斐閣, 昭和60年5月。92頁。「商人がその営業のためにする行為は附属的商行為であるが, 商人の行為は, すべて営業のためにするものと推定されている(旧商法503条2項)。…行為自体から当然に営業のためでないことが明らかな場合には, 無論この推定規定の適用はない。」また, 神作裕之, ジュリスト(2005.8.1-15)No.1295, 135頁。浅木慎一『商法総則・商行為法入門(第2版)』25頁。
- 10 田中耕太郎『商法総則概論』有斐閣, 1932年。243頁。
- 11 大隅健一郎『商行為法』青林書院新社。1967年, 23頁。
- 12 近藤光男『商法総則・商行為法(第5版補訂版)』有斐閣, 2008年。37頁。
- 13 青竹正一『改正商法総則・商行為法(補訂版)』成文堂, 2007年。20頁。
- 14 相澤哲, 葉玉匡美, 郡谷大輔編著『論点解説 新・会社法千問の道標』商事法務。11頁。
- 15 関俊彦『商法総論総則(第2版)』有斐閣, 2006年6月。128頁。
- 16 商法第503条第2項の推定から, 会社の行為が商行為であると推定されるのは, 会社法第5条によると解すべきであろう。

## 【参照条文】

会社法第5条 会社(外国会社を含む。次条第1項, 第8条及び第9条において同じ。)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, 商行為とする。

商法第4条第1項 この法律において「商人」とは、自己の名をもって商行為をすることを業とする者をいう。

商法第503条 商人がその営業のためにする行為は、商行為とする。

同条第2項 商人の行為は、その営業のためにするものと推定する。