HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	民事判例研究
Author(s)	伊東, 尚美
Citation	北大法学論集, 65(2), 138[177]-114[201]
Issue Date	2014-07-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/56660
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol65no2_9.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

民事判例研究

伊東尚美

1．会社の行為が商行為に該当することの主張立証責任

2．会社の貸付けが当該会社の代表者の情宜に基づいてされたものとみる余地があっても、当該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された事例

最高裁平成20年２月22日第二小法廷判決（平成19年（受）第528号）民集62巻２号576頁

〔事実〕

Ｙは砂の採取および販売等を目的とする有限会社法の規定による有限会社であったが、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として存続している。ＡはＹの代表取締役である。

Ｘ所有の本件不動産には、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、債権額を5000万円、債務者をＸ、抵当権者をＹとする抵当権の設定登記がなされている。

本件本訴は、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るものであり、本件反訴は、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は前同日Ｂに１億円を貸付け、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である。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。

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（福岡高判平成18年12月21日）は、XとAは小中学校の同窓であり、商工会の理事長と理事として親交があった、Yは「男らしくバンと貸してやるという気持ち」で、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又はBに貸付けたなどの事実を認定した。そして、「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見る余地がある。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当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」とし、Xの本訴請求を棄却し、Yの反訴請求を一部認容した。

Xが上告した。

〔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。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。」

最高裁は、以上のように判示し、原判決中Xの敗訴部分を破棄し、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戻した。

〔評釈〕

1．はじめに

会社の行為には、その事業としてする行為とその事業のためにする行為以外の行為があるか、そして、商法503条２項が会社に適用されるかについては従来から見解が分かれている。

会社の行為は常に事業のためにするものとなるとして、いずれも否定するのが通説であるが、会社にも事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、商法503条２項が適用されるとする見解も有力である(1)。

後述するように、大審院判例には、会社にも商法503条２項（昭和13年改正前商法265条２項）が適用され、会社の行為であっても、商行為と推定されることを前提とする判示を行うものがあるが、会社であることを意識した上で判示したのかは疑わしい。最高裁判例も同様である。また、大審院、最高裁の判決において商行為性の推定を覆したものはなく、どのような場合に推定が覆されるのかについて言及するものはない。

会社法・現行商法が適用された本判決は、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した。

なお、本件は会社法施行前の事件であるが、会社法等の経過措置では、旧商法の規定によって生じた効力を妨げない限り、新法の規定が適用されるものとされているところ、本判決は旧商法時代と同様の見解を採用し(2)、会社法・現行商法の規定の適用が旧商法の規定によって生じた効力を妨げることにはならないので、会社法・現行商法の経過措置に基づき、旧商法の規定ではなく、会

(1) 学説については、３．（１）（２）参照。

(2) 絹川泰毅「本件判解」法曹時報61巻10号3277頁（2009年）、塩崎勤「本件判批」登記インターネット106号98頁（2008年）。

社法等の規定が適用されることになったとの指摘がされている[3]。本判決が旧商法時代と同様の見解をとるのかについては、後述する。

以下、検討を行う。

２．会社の商人性

まず、会社の商人性について確認する。

平成17年改正前商法52条１項は「会社トハ商行為ヲ為スヲ業トスル目的ヲ以テ設立シタル社団ヲ謂フ」と定めていた。商行為を業とする会社（商事会社）については、「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」と規定する４条１項により商人とされ、商行為を業としない会社（民事会社）については４条２項後段が商人とみなしていた。

会社法･現行商法においても､会社が商人である旨の明示的な規定はないが、多くの学説は、会社法５条により、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ため、会社は、「商行為をすることを業とする」こととなるから、その事業目的にかかわりなく商人となる（４条１項）ものと解する[4]。

本判決も同様の立場をとった。会社法・現行商法の下では、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する（商法４条１項）としている。

このような解釈は、同語反復的であり[5]、また、基本的商行為から商人概念

---

[3] 絹川・前掲注（２）3277頁、日下部真治「本件判批」金融・商事判例1307号23頁（2009年）。

[4] 酒巻俊雄＝龍田節編集代表『逐条解説会社法第１巻総則･設立』103頁〔森本滋〕（中央経済社・2008年）、江頭憲治郎編『会社法コンメンタール１－総則・設立（１）』131頁〔江頭憲治郎〕（商事法務･2008年）など。なお、商法11条１項は、「商人（会社及び外国会社を除く。以下この編において同じ。）」と定めていることから、会社が商法４条にいう商人に含まれるとの指摘もある。日下部・前掲注（３）24頁（注４）。弥永真生「本件判批」ジュリスト1364号51頁（2008年）も同旨。

[5] 浜田道代編『キーワードで読む会社法』３頁〔浜田道代〕（有斐閣・2005年）、伊藤雄司「本件判批」NBL882号31頁（2008年）。

を導き出す商法４条１項の趣旨とはそぐわない嫌いがある[6]との指摘はあるが、会社を商人とすることについての異論はない。

３．商法503条２項適用の可否に関する学説

以下では、会社の行為に商法503条２項が適用されるか否かについての学説をみてみる。

現行商法503条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」、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」と規定するが[7]、平成17年改正前の規定（以下、旧商法503条という）も、１項は「商人カ其営業ノ為メニスル行為ハ之ヲ商行為トス」、２項は「商人ノ行為ハ其営業ノ為メニスルモノト推定ス」と規定していた。平成17年の改正は文語体を口語体としただけで、規定の内容に変更はない。また、昭和13年改正前商法265条（以下、旧商法265条という）も平成17年改正前商法503条と全く同じ文言の規定であった。

（１）平成17年改正前

平成17年改正前における通説は、会社はいわば生まれながらの商人であり、その生活はもっぱら事業のために存し、一般個人のような私生活がないから、その行為は常に事業のためにするものとなる[8]とし、旧商法503条２項の推定規定は、個人商人の場合に実益が生じ、会社が行う取引行為についてはこの推定規定を適用する余地はない[9]としていた。

---

(6) 伊藤・前掲注（５）31頁。

(7) 商法503条２項は推定という文言が使用されているが、法律上の推定を意味するものではなく、いわゆる暫定真実であるとされており、「商人の行為はこれを商行為とする。ただし、その営業のためにする行為でないときは、この限りでない」と書き換えることができるとされている。大江忠『要件事実商法（第２版）』88頁（第一法規・2006年）。

(8) 田中耕太郎『改正商法総則概論』250頁（有斐閣・1938年）、西原寛一『商行為法（第３版）』92頁（有斐閣･1973年）、石井照久＝鴻常夫『商行為法上巻』55頁（勁草書房･1974年）、平出慶道『商行為法（第２版）』77頁（青林書院･1989年）など。

(9) 田中・前掲注（８）250頁、西原・前掲注（８）92頁、平出・前掲注（８）89頁など。

これに対し、会社も社会的実在として存在しかつ活動している限り、事業生活以外に一般社会人としての生活領域が存しうる（例えば、災害や社会的行事における寄附等）[10]とする見解もあり、この見解によれば会社の行為にも旧商法503条２項が適用されることとなる。

（2）改正後

会社法においては、５条が「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、商行為とする」と定めている。

会社法・現行商法については、会社の行為は全て会社法５条の「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」にあたり、商行為性が常に肯定されるので、商法503条２項の推定規定の適用の余地はないとする説[11]と、会社の行為には会社法５条の「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」のほかに、そのいずれにも当たらない行為の３種類が存在し、商法４条１項により、会社は商人に当たるので、商法503条２項の推定規定が適用されるとする説[12]とがある。

２項の適用を否定する立場からは、会社法５条は商法503条１項の規定を取り込みつつ、同条２項と同様の規定をおいていないことから、規定の形式上、会社法は、会社には附属的商行為の推定規定を適用しない趣旨であると解釈することができるとの指摘がある[13]。

適用を肯定する立場からは、商法11条１項括弧書は、「会社・・・を除く。

---

[10] 大隅健一郎『商行為法』23頁（青林書院新社・1958年）。

[11] 神作裕之「会社法総則・擬似外国会社」ジュリスト1295号135頁（2005年）、淺木愼一『商法総則・商行為法入門（第２版）』25頁（中央経済社・2005年）、近藤光男『商法総則・商行為法（第６版）』37頁（有斐閣・2013年）、鈴木千佳子「会社の事業のためにする行為」の意義」法学研究82巻１号181頁（2009年）、来住野究「会社の行為の商行為性」奥島古稀『現代企業法学の理論と動態第１巻』86頁（成文堂・2011年）など。

[12] 川村正幸＝布井千博編『新しい会社法制の理論と実務』14頁〔川村正幸〕（経済法令研究会・2006年）。

[13] 相原隆「本件判批」別冊ジュリスト194号（商法（総則・商行為）判例百選（第５版））75頁（2008年）、相原隆「商法における商行為主義から商人主義への転換」法と政治63巻１号67頁（2012年）。

以下この編において同じ」と定めているにとどまり、商行為編との関係では、会社は対象から除かれていないことなどから、平成17年改正後においても、商法503条２項は会社にも適用され、会社の行為はその事業のためにするものと推定されると解すべきであるとの指摘がある(14)。

会社法・現行商法の下でも、商法503条２項の適用を否定する説が多数説である(15)。

４．立法担当者の見解

会社法５条についての立法担当者の見解を確認しておく。以下の通りである。

「この規定によって商行為とされた行為に対して、現行商法第３編に規定されている商行為に関する規律を適用するために設けられたものである。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（現行商法52条１項、４条１項参照）、法主体を商人とみなす方法（現行商法52条２項、４条２項参照）、法主体の行為に商行為に関する規定を準用する方法（現行商法523条、現行保険業法21条２項等）等が考えられるが、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」(16)（文中で「現行商法」とあるのは、平成17年改正前商法をさす）。

したがって、立法担当者は、会社の行為には、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以外の行為はないと考えていたと思われる(17)。

---

(14) 弥永・前掲注（４）51頁。

(15) 絹川・前掲注（２）3276頁は、前述の２つの学説以外に、会社の行為には３種類が存在するとした上で、会社には商法503条２項の推定規定が適用されないので、商行為性を主張する者において、「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」であることを主張立証する必要があるとする説も理論的には考えられるが、この説を採る学説はなかったようであるとしている。

(16) 相澤哲＝岩崎友彦「新会社法の解説（２）会社法総則・株式会社の設立」旬刊商事法務1738号６頁（2005年）。

(17) このような見解をとるものとして、伊藤・前掲注（５）30頁。絹川・前掲注（２）3277頁も、立法担当者は学説の多数説を念頭に置いていたように思われるとする。なお、酒巻＝龍田編集代表・前掲注（４）105頁は、会社法５条が会社

しかしながら、立法担当者には、これまでの会社法の通説、判例を変更する意図はなかったようであるとの指摘[18]、会社法５条に関しては、会社法の制定に当たって、旧商法時代の判例の見解を変更することを意識した詰めた議論がされているようにもうかがわれないとの指摘[19]があり、旧商法時代には、判例は、会社にも旧商法503条２項の推定規定が適用されるとの立場をとっていたとして、立法の経緯に照らせば、会社にも商法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、商行為性が肯定されるとする説が無理のない解釈であるとの指摘もある[20]。

５．裁判例[21]

（１）大審院

以下では、会社の行為の商行為性について扱った大審院の判決について検討する。

なお、商法の商行為に関する規定の適用が問題となった事件であっても、手形に関する行為は絶対的商行為（昭和13年改正前商法263条４号）であるとして、結論を導くものがあり（大判明治37年12月６日民録10輯1557頁）、この判決は除外する。

の行為一般を商行為とするのではなく、事業としてする行為と事業のためにする行為を商行為とすることは、事業上の行為以外にも会社の行為があることを含意するものと解している。

[18] 川村＝布井編・前掲注（12）15頁。

[19] 絹川・前掲注（２）3277頁。

[20] 絹川・前掲注（２）3277頁、日下部・前掲注（３）23頁。

[21] 問題となった行為が商行為であることを前提として、大審院、最高裁が判断を下したが、特に会社の行為の商行為性には言及していない判決もあり、これらは検討の対象から外した。例えば、最判平成４年12月18日民集46巻９号3006頁は、取締役の報酬につき株主総会がこれを無報酬とする旨の決議をしても、当該取締役はこれに同意しない限り、報酬請求権を失わないとしたが、理由を述べずに遅延損害金の利率を年６分とした。この事件は利率自体が争われた事件ではなかった。

【1】大判明治37年６月10日民録10輯833頁
会社が銀行から貸付けを受け、質権を設定。昭和13年改正前商法277条（現行商法515条）が適用になるか。

【2】大判明治41年２月17日民録14輯108頁
会社の支配人による会社のための金銭の借入れが支配人の権限内に属するか。

【3】大判明治41年６月17日法律新聞506号21頁
商行施行前における銀行による金銭貸付行為の性質。

【4】大判明治43年12月13日民録16輯937頁
株金払込義務に対する会社の債権の消滅時効。

【5】大判大正４年11月20日民録21輯1886頁
株金払込義務に対する会社の債権の消滅時効。

【6】大判大正７年５月15日民録24輯850頁
会社の取締役が会社の代理人として本人のためにすることを示さずになした金銭消費貸借契約が会社に対し効力を生ずるか。

【7】大判大正７年９月４日民録24輯1668頁
株金払込義務に対する会社の債権の消滅時効。

【8】大判昭和３年１月20日法律新聞2811号14頁
肥料並びに米穀の販売のみを営業の目的とする会社が無尽に加入した行為が有効か。

【9】大判昭和５年10月25日法律新聞3204号11頁
土地の賃貸借契約不履行の場合の損害賠償の額。

【10】大判昭和８年６月22日民集12巻1627頁
破産者による銀行への弁済が否認された場合の返還すべき金銭に付すべき利息。

【11】大判昭和９年１月10日民集13巻１頁
使用人の販売したミシンの代金が回収不能の場合に損害賠償にあてるため販売口銭の一部を会社に預託させていた場合の口銭の返還請求権の消滅時効。

【12】大判昭和９年３月７日法学３巻９号1071頁
会社が約束手形を裏書譲渡した行為は営業の目的の範囲に属するか。

【13】大判昭和９年４月25日法学３巻10号1202頁

消費貸借契約に旧利息制限法５条が適用になるか。

【14】大判昭和９年５月４日法学３巻11号1314頁
株金払込義務に対する会社の債権の消滅時効（詳細は不明）。

【15】大判昭和10年９月20日新聞3894号８頁
株金払込義務に対する会社の債権の消滅時効。

【16】大判昭和11年４月11日法学５巻９号1365頁
銀行（日本勧業銀行法を適用していることから、貸主被上告人はおそらく勧業銀行）の貸付けの債務者年賦金の支払い遅延の場合の遅延損害金を支払う特約に旧利息制限法５条が適用になるか。

【17】大判昭和11年12月22日法学６巻４号511頁
使用人の退職慰労金債権の遅延損害金。

【18】大判昭和11年12月26日大審院判決全集４輯２号16頁
【17】と同じ銀行の使用人の退職慰労金債権の遅延損害金。

【19】大判昭和12年６月25日法学６巻10号1330頁
無尽営業の会社が貸付けをした場合の遅延損害金の約定に旧利息制限法５条が適用になるか。

【20】大判昭和14年12月27日民集18巻1681頁
合資会社の使用人の身元保証債務の連帯性。

【21】大判昭和16年11月６日大審院判決全集９輯５号13頁
営業目的の一部を金銭貸付業としている上告会社の金銭貸付けが、会社の事務整理運用を簡便にするため、会社の重役等が多数株主の所有する株主権を買収し、きわめて少数の株主の組織する会社とするために、買収費用として金融したものだとして、商行為ではないと上告会社が主張。

【22】大判昭和17年６月23日民集21巻716頁
金融及びその仲介等を業とする訴外会社が被上告人に対し有する貸金債権を上告人に譲渡した場合の当該債権の消滅時効。

商行為性が推定されるとしたものには、【１】、【２】、【６】、【８】、【９】、【12】、【13】、【19】、【22】がある。

【１】判決は、上告人、被上告人は共に商事会社であり、本件金銭貸借には旧商法265条が適用になり、その営業のためにしたものと推定すべく、従って商行為とみなさざるをえないとした。【２】判決は、商人の行為はその営業の

ためにするものと推定すべきであることは旧商法265条２項の規定するところであり、支配人が会社のために金銭を借り入れたときは、会社の営業が金銭の貸借を目的としない場合といえども反証なき限りその営業のためになしたものと推定することを当然とするとした(22)。【８】判決は、商人のなした行為がその行為の性質上営業の範囲内の行為に該当しないことが明らかな場合でなければ、旧商法265条２項により、反証なき限りその営業のためにするものと推定すべきであるとして、無尽加入行為を営業の範囲内の行為と推認した原審の判示に違法な点はないとした。【９】判決は、本件土地賃貸借契約は、上告人が商事会社であるからその営業のためになされたものと推定し、商行為と解すべきであるとした。【12】判決は、商人の行為はその営業のためにするものと推定すべきものであることは旧商法265条２項の明示するところであり、商人たる上告会社が約束手形を裏書譲渡した行為は反証なき限り、上告会社の営業目的の範囲に属するものであると推定すべきであるのは当然であるとした。【13】判決は、被上告人は商事会社であり、同人と上告人との間の消費貸借契約は商行為と推定すべきであるとした。【19】判決は、無尽営業の株式会社たる被上告人の貸付けは商行為であると推定すべきものであるとした。

【６】においては、上告人（会社の取締役）は、本件貸金が営業関係と離れて単に交誼上会社の営業目的外において一時融通されたものとして、営業のためにした行為ではないと主張した。大審院は、原審が、本件金銭消費貸借が商人

(22) 明治40年代までの大審院は、会社の定款所定の目的の範囲を厳格に解していたが、その後、次第に緩和するに至る。その際に用いられた手法が、目的事項を弾力的に解する方法と、会社の行為は旧商法265条２項により営業のためにするものと推定されるので、目的の範囲内の行為であるとする方法であり（大隅健一郎「会社の権利能力の範囲－とくにその目的による制限」大隅健一郎ほか『総合判例研究叢書商法（２）』10頁以下（有斐閣・1957年）など参照）、【２】判決は後者の方法をとるために、このような判示の仕方をした判決であった。その後、大審院は、大判大正３年６月５日民録20輯437頁において、後者の方法をとる立場を否定した。大正３年判決においては、取引先の破綻を救済するための手形裏書が会社の権利能力の範囲内か否かが問題となったが、旧商法265条２項は、会社の権利能力の定まった後に適用すべきものであるとした。しかしながら、その後の【８】、【12】判決も、会社の目的の範囲内の行為であるか否かに関連づけて、商行為性の問題を扱ったものである。

たる控訴会社（被上告人）がその営業のためになしたものと推定すべき商行為であるとしたことにつき、違法はないとした。【22】判決は、本件貸付けは所論会社の営業のためになされたものであると推定した上これを覆すべき立証なしとした原判決には審理不尽等の違法はないとした。

【2】【8】【12】判決は、会社が商人であることから、商行為であることが推定されるとの判示を行っており、特に会社であることを意識しているようではない。また、【1】【9】【13】【19】判決は当事者が会社であることから商行為性を導くが、会社の行為について特に何らかの説明をするものではない。

他方で、商行為性の推定について言及しない判決もある。

【3】判決は、銀行による金銭の貸付けにつき、上告銀行（株式会社）がその銀行営業の範囲に属する行為として被上告人との間になした金銭取引であり、商法施行以前になしたものであっても、銀行がその営業のためになした商行為にほかならないとした。【11】判決は、商人の営業に関しその便益のためになされる行為はその営業のためにする行為として全て商行為であると解すべきものであるが故に、商品販売を業とする会社がその使用人を雇い入れる行為はもちろん、使用人に販売口銭の一部を会社に預託させることもまた当該会社においてその営業の維持便益のためになす行為として商行為に属するとみなすべきものとした。【16】判決は、被上告人の貸付けは被上告人の商行為にして商事と認めるべきものとした。【17】判決は、商人たる株式会社内子銀行の行為であるが故に旧商法265条によりこれを商行為であると解すべきであるとし、【18】判決も同様の判示をした。【20】判決は、被上告人等が上告会社となした身元保証契約は商行為と目すべきであるとした。【21】判決は、上告会社が将来予定している清算事務の円滑な進捗をはかる目的の下に、その手段として株式の買収に要する資金を貸与したものであるとして、結局、本件貸借は上告会社のその営業のためになした行為にほかならないとした原判決を正当とした。

また、【10】判決は、金銭授受の理由が商行為に基づく場合について言及する際に、「商行為ニ基ク場合」の後に続けて括弧書きで、金銭授受の理由が銀行取引における弁済行為であることは原審の認定したところであるとしており、金銭授受の理由が銀行取引における弁済行為であれば、商行為であると解していると思われる判示をしている。

これらのうち、【3】【10】は、銀行による金銭貸付けの事件である。上記の事件の当事者であるそれぞれの会社が営業としてする行為が何であるかは、明

確ではない場合が多いが、少なくとも、銀行であれば貸付行為は営業としてする行為であり、昭和13年改正前商法264条８号（現行商法502条８号）に該当し、商行為となると解することになろう。大審院もおそらくそのように考えて、商行為性が推定されるとはしなかったのではないかと思われる。

そうすると、問題となった行為について商行為性が推定されるとの判示をせずに、商行為であるとした判決は、【11】【16】【17】【18】【20】【21】といえる。

大審院はおおむね商行為性が推定されるとの立場をとっていたといって良いのではないかと思われるが、上記の例外はあったといえるだろう。

ところで、商行為性の推定を覆した判決は存在しないが、商行為性を否定した判決は存在している。【４】、【５】、【７】、【14】、【15】であるが、いずれも、株式引受（株金払込）の事例である。

【４】判決は、株金の払込は、上告会社がその営業に要する資本を充実するためにするものであるから、被上告人に株金弁済の義務を履行せしめて、その支払いを受けるにすぎず、旧商法265条にいう営業上の行為を為す場合ではないとした。【５】判決は、株式会社の資本は会社構成の一要素をなすものであり、設立の場合の株式引受も資本増加のための新株の引受もいずれも商行為でないことは明らかであるとし、営業に要する流通資本を増加する目的で定款を変更し、資本を増加して新株を発行する場合も、新たに株式を発行し割当てる行為は、営業のためにする行為に該当しないとしている。【７】判決は、株式引受は法律の認めた資本蒐集の特定の方法であって、商行為（基本的商行為）でないことはもちろん、旧商法265条により営業のためにする行為と推定されるべきものではないとしている。【14】判決は、株式の引受は商行為ではないとするのみである。【15】判決は、会社設立の場合における株式引受は基本的商行為に該当しないのはもちろん、会社設立前の行為であるため、会社の営業のためにする行為ではなく、かつ払込未済の株式の引受が商人の営業のためにする行為であった事実の主張がなかったことから、旧商法265条の商行為にも該当しないとした。

なお、大審院は、株式引受人が商人であるときは、旧商法265条２項の適用を認め、商行為性が推定されるとする（大判明治44年10月19日民録17輯587頁[23]）[24]。

---

[23] この事件における引受人は株式取引所の仲買人であった。上告人（会社）は、

したがって、大審院は、株式引受については、資本を充実させるための行為であり、附属的商行為にはあたらないが、引受人が商人である場合には商行為であるとの推定がされるとの立場をとっているということができる。

以上の判例の検討からは、以下のことがいえる。大審院は、株式引受に関しては引受人が商人である場合を除き、商行為ではないとする立場をとり、それ以外の事件に関しては、おおむね会社の行為につき商行為性が推定されるとの立場をとる。

とはいえ、商行為性が推定されるとの表現を用いない判決も存在している。また、商行為性が推定されるとしている判決であっても、会社が商人であることから、商人の行為には商行為性が推定されるとして、結論を導くものがある。また、当事者が会社であることから商行為性を導く判決もあるが、そのような判決も特に会社の行為の商行為性について何らかの説明をするものではない。さらに、株式引受の事例以外で商行為性を否定した判決、商行為性の推定が覆されるのはどのような場合かについて言及した判決をみつけることはできなかった。

大審院時代の判例は、おおむね会社の行為にも商行為性が推定されるとの立場をとっていたということができるが、会社と個人商人の違いを意識することなく、無自覚に商法503条２項の適用を認めていたと考えて良いと思われ

株式取引所の仲買人は他人の委託を受けて株券の売買をする営業を行うのであり、本件のように自ら引き受けた場合は明らかに営業の範囲外であり、旧商法265条２項は営業の為に為したものか否か疑いのある場合に営業のためにする行為と推定する規定であるので、現院が営業と相関しない行為についても、営業のためにする行為と推定したのは正当でないと主張した。これに対し、大審院は、同条の規定は、商人の行為がその営業のためにするものでないことが疑わしい場合に適用すべき規定であることは認めつつ、仲買人は自己の計算でも株式の引受をなすものであるから、仲買人の株式引受は必ずしもその営業と相関しないわけではなく、営業のためでないことが疑いないということはできないとして、原院が旧商法265条２項を適用したのは正当であるとした。個人商人である引受人の側における株式引受の商行為性が問題となった事件であるので、本稿では上記のリストからは外した。

(24) 【14】判決の解説（評注）も、「引受人の附属的商行為となり得る特殊の場合の他は商行為となり得ない」とする。法学３巻11号1314頁（1934年）。

る[25]。

（2）最高裁

本件以前に、最高裁の判例において、会社が当事者となり、商法の商行為に関する規定が適用になるか否かが問題となった事件は多数あるが、必ずしも会社の行為が商行為であることから、あるいは商行為であると推定されることから結論を導くものばかりではない。

第１に、手形に関する事件においては、利得償還請求権につき、商法501条４号にいう「手形ニ関スル行為」によって生じた債権に準じて考えうべく、消滅時効期間については、商法522条が類推適用されるとする判決（最判昭和42年３月31日民集21巻２号483頁）があり、最高裁も、大審院と同様、商法501条４号にいう「手形ニ関スル行為」に当たることから、商行為に当たるとの立場をとるといえる。

第２に、不当利得返還請求権の事件においては、法律の規定によって発生する債権であり、「商事取引関係の迅速な解決という要請を考慮すべき合理的根拠に乏しい」ことから民法167条により消滅時効期間を10年とする判決、あるいは、「営利性を考慮すべき債権ではない」ことから、付すべき利息の利率を民法所定の年５分とする判決がある（前者につき、最判平成３年４月26日判時1389号145頁、後者につき、最判平成19年２月13日民集61巻１号182頁）[26]。

---

[25] 伊藤・前掲注（５）33頁は、過去の判例（最高裁を含む）は、会社の行為に商法503条２項の適用があることを明確に述べているわけではなく、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無自覚に商法503条２項の適用を肯定したにすぎないと読むこともできたと指摘している。また、詳細が不明な判決も多いが、リストに挙げた判決は、会社の行為であることから商行為性が推定されるか否かということが問題となっているわけではなさそうである。最高裁判例について、この点を指摘するものとして、注(28) 参照。

[26] 不当利得返還請求権に関しては、大審院が大判昭和10年10月29日法律新聞3909号12頁において、不当利得返還請求権は当事者が商人であっても商行為による債権ではないと判示し、その後、最高裁も最判昭和55年１月24日民集34巻１号61頁において、利息制限法所定の制限をこえて支払われた利息・損害金についての不当利得返還請求権は法律の規定によって発生する債権であり、商法522条の立法趣旨からみて商行為によって生じた債権に準ずるものと解するこ

第３に、取締役の会社に対する責任に関し、商行為によって生じた債務ではないとして、民法167条１項により消滅時効期間を10年とする判決がある（最判平成20年１月28日民集62巻１号128頁）。最高裁は、取締役の会社に対する損害賠償責任は、債務不履行責任であるが、法によってその内容が加重された特殊な責任であって、商行為たる委任契約上の債務が単にその態様を変じたにすぎないものとはいえないこと、商事取引における迅速決済の要請が妥当しないことを理由としてあげる。

第４に、否認権の行使による原状回復として金銭の返還が行われる場合に付すべき利率は、年６分の商事法定利率によるとする判決がある（破産会社の銀行に対する債権譲渡契約が否認された結果、銀行がその債権の取立によって得た金員相当額を返還すべき場合に付すべき利率につき、最判昭和40年４月22日民集19巻３号689頁。否認された行為が商人間の取引によりされた代物弁済であり、かつ破産財団に返還されるべき物品が原状回復義務者の手中に存しない場合に、返還義務者が返還すべき法定利息につき、最判昭和41年４月14日民集20巻４号611頁）。

その他、自賠法に基づく被害者の保険会社に対する直接請求権に関し、被害者が保険会社に対して有する損害賠償請求権であって、保有者の保険金請求権の変形ないしそれに準ずる権利ではないから、保険会社の損害賠償債務は商行為によって生じた債務にあたらないとしたり、あるいは、保険会社が保険代位によって取得した不法行為に基づく損害賠償請求権に関し、商行為によって生じた債権ということはできないとして、遅延損害金の利率を民法所定の年５分とするもの（前者につき、最判昭和57年１月19日民集36巻１号１頁、後者につき、最判昭和62年５月29日民集41巻４号723頁）、ゴルフ用手袋の売買代金債権の消滅時効に関し、被上告会社が商行為として買い受けていても、民法173条１号の適用があるとしたもの（最判昭和59年２月23日判時1138号77頁）などがある。

以上は、それぞれ、主として問題となった行為が会社の行為であること以外の点を考慮して結論を導いている。以下では、問題となった行為が、会社の行為である（あるいは商人の行為である）ことから、商行為であるとした、ある

ともできないとして、この立場を踏襲した。なお、昭和55年判決は、上告人、被上告人とも会社ではなく、個人商人である。

いは商行為性を推定して、最高裁が結論を導いていると考えられるものをあげる。

①最判昭和28年12月28日集民11号807頁、裁判所ウェブサイト掲載
　被上告人と会社との間に成立した売買契約により生じた代金債務につき、上告人がなした保証が連帯保証となるか。
②最判昭和29年９月10日民集８巻９号1581頁
　会社、労働組合間の退職金支給に関する協約に基づく従業員に対する退職金債務の遅延損害金。
③最判昭和30年９月８日民集９巻10号1222頁
　売買契約解除後､前渡金の一部返還を受けた後の残金に対する遅延損害金。
④最判昭和35年９月９日集民44号209頁、裁判所ウェブサイト掲載
　詳細は不明。契約解除による金員返還義務が商行為に基づく債務か。
⑤最判昭和37年５月10日民集16巻５号1066頁
　油糧砂糖配給公団の代金債権の消滅時効。
⑥最判昭和39年５月26日民集18巻４号635頁
　銀行が平成17年改正前商法189条２項に基づいて負担する債務の消滅時効。
⑦最判昭和42年10月６日民集21巻８号2051頁
　信用保証協会が保証債務の履行によって取得する求償権の消滅時効。
⑧最判昭和47年１月25日判時662号85頁
　商人間の不特定物売買における完全履行請求権の保全について商法526条の適用があるか。
⑨最判昭和47年５月25日判時671号83頁
　商行為によって生じた債務の不履行に基づく損害賠償債務の遅延損害金。
⑩最判昭和51年７月９日判時819号91頁
　使用者が労働者に対して負う賃金債務の遅延損害金。
⑪最判平成10年４月14日民集52巻３号813頁
　構成員に会社を含む共同企業体の事業上の債務の連帯性。

　このうち、問題となった行為が「商行為であると推定される」とするものとしては、①⑦⑩判決がある。
　①判決は、「主たる債務者は会社であり従って商人たることは多言を要しな

いところであり、そして前記売買はその営業のためになしたものと推定され商行為である・・・（商法503条参照）」、⑦判決は、「上告人は商人の性質を有しないが、本件保証は商人である主債務者松前陶石の委託に基づくのであるから、保証人自身は商人でなくても、その保証委託行為が主債務者の営業のためにするものと推定される結果、保証委託契約の当事者双方に商法の規定が適用されることになる」（上告人は北海道信用保証協会、主債務者松前陶石は株式会社である）、⑩判決は、「商人が労働者と締結する労働契約は、反証のない限りその営業のためにするものと推定され、したがって、右契約に基づき商人である使用者が労働者に対して負う賃金債務の遅延損害金の利率は、商行為によって生じた債務に関するものとして商事法定利率によるべきものである」としている。これらの判示は、個人商人と会社とを区別していないように読める。

上記の判決以外は、「明らかに商行為である」などとして、商行為であると推定される等の判示をしない。②③④⑤⑥⑧⑨⑪がある。

②判決は、「上告会社は、バス、トラックの車体の製作及びバス運転の請負を業とする商事会社であることは、また、原判決の確定するところであるから、前示約定はこれを商行為と解すべきことは商法503条の規定上明らかである」るとした。③判決は、「本訴債権が被上告人会社にとり商行為に因って生じたものであることは明かである」とするのみである。④判決は、「被上告人が本件委託契約当時D株式会社と称していた株式会社であることは、原判決の適法に確定するところである。されば、右契約解除による金員返還義務が商行為に基づく債務であることはおのずから明かである」るとする。⑤判決は、「上告人は商人たる株式会社であるから、本件債務は商行為債務である」るとした。⑧判決は、被上告人、上告人はどちらも商人（被上告人が株式会社）であって、問題となっている売買契約が商行為であることは明かであるとするものであるが、この事件では商人間の売買に関する商法526条１項の適用が問題となっており、判旨のこの部分は傍論である。⑨判決は、「所論の損害賠償は、株式会社たる上告人を借主とする賃貸借契約上の債務の不履行を原因とするというのであるから、右賃貸借は商法４条、52条、503条の規定により少なくとも附属的商行為たる性格を有する」とした。⑪判決は、「共同企業体の構成員が会社である場合には、会社が共同企業体を結成してその構成員として共同企業体の事業を行う行為は、会社の営業のためにする行為（附属的商行為）にほかならず、共同企業体がその事業のために第三者に対して負担した債務につき構成員が負う

債務は、構成員である会社にとって自らの商行為により負担した債務というべきものである」とした。

なお、⑥判決は、「銀行等が株式払込取扱委託契約に基づいて真正に払い込まれた払込金を会社に返還すべき債務は、商行為によつて生じた債務であることが明らかであるから、これと同一に取り扱われるべきものとしての商法189条２項に基づく銀行等の債務もまた、商行為によつて生じた債務であると解すべきこと当然である」としており、この判決は、会社の行為であることではなく、銀行の行為であることが判断の決め手となっているように思われる。

このように、「商行為であることが明かである」、あるいは「商行為にほかならない」といった表現を用いた判決が散見される。特に、②④⑤⑨⑪判決は、会社が行った行為であるということが重視されているように思われる。

③⑤⑧は営業目的行為が問題になった事件といえよう。③⑤⑧事件では、このような表現を使うのも当然と思われるが、それ以外の事件でも、「商行為性が推定される」とせず、「商行為であることが明かである」などと述べる判決が存在している。他方で、「商行為性が推定される」とする判決は全て、前述のように、個人商人と会社とを区別していないように読める[27]。また、②⑩判決を紹介したうえで、いずれも「会社がなした行為だから当然に商行為か」という争い方がされていないことから、先例は会社のなした行為の中に商行為でないものがあり得るか否かについては自覚的に考えていないと思われるとの指摘がされている[28]。

確かに、最高裁は会社の行為であることを意識せずに判示を行っているといえそうであるが、②④⑤⑨⑪など、会社の行為であることを重視して、「商行為であることが明かである」としている判決も存在しているといえるようにも思われる。

（３）近時の下級審裁判例

なお、近時の下級審裁判例においても、問題となっている行為が営業のためにするものと推定される結果、商行為であるとする判決もあれば（東京地判昭和43年12月21日下民集19巻11・12号82頁など）、当事者は会社であり、問題となっ

---

[27] 注（25）参照。

[28] 榊素寛「判批」ジュリスト1186号108頁（2000年）。

た行為が商行為となるべき行為であったことは明らかであるなどとするものもあるが（東京高判昭和63年３月９日判時1282号150頁など）、商行為性の推定を覆したものもある。

商行為性の推定を覆したものには以下のものがある。

〈１〉東京地判昭和57年３月29日判時1054号153頁
会社の従業員に対する貸金返還請求権の消滅時効。
〈２〉東京地判平成９年12月１日判タ1008号239頁
従業員に対する賃金債権等の消滅時効。
〈３〉大阪地判平成11年３月19日判時1688号169頁
会社が従業員を被保険者、会社を契約者兼受取人として締結した生命保険契約の付保規定[29]により、会社が受領する保険金の全部または相当額を遺族である相続人らに死亡退職金または弔慰金として支払う旨の合意に基づき、支払われる死亡退職金または弔慰金の請求権の消滅時効。

〈１〉においては、従業員に住宅資金を直接貸付ける制度を設けていないＸ会社が、従業員Ｙに対し住宅建築資金を貸渡したが、Ｙは借受金を返済しなかった。貸付金の回収を確実にするため、ＸＹ間で和解契約を締結した（返済約束）。

東京地裁は、「本件消費貸借契約は、確かにＸの営業のためにする雇傭契約と関連性を有し、Ｘにとっても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Ｘの従業員に対する社内的なもので、しかもＸの社内的な制度に基づくものではなく、Ｙ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いわざるを得ない。したがって、本件消費貸借契約は、商法503条所定の附属的商行為に該当するとは認められ」ないとし、返済約束については「いわば右消費貸借契約の延長線上に在るもので、特に右消費貸借契約と別個の契約であるとは解し難い」として、附属的商行為には該当しないとした。

〈２〉においては、ＹはＡ会社から金銭を借り受けていたが、Ｙの雇主であるＸ会社は、Ａ会社がＹに対して有する貸金債権を譲受け、Ｙとの間で、右譲

[29]「この生命保険契約に基づき支払われる保険金の全部又はその相当部分は、退職金又は弔慰金の支払いに充当するものとする」とされていた。

受債権を目的とする準消費貸借契約を締結した。その後、これとは別に、Xは Yに対し金銭を貸し付けた。Xが各債権に基づき支払いを求めて本訴を提起したところ、YはXが株式会社であるから、本訴各債権はいずれも商事債権であるとして、5年の消滅時効を援用した。なお、A会社はYが経営する会社と取引があった。

東京地裁は、「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って、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。実質的に考えても、会社の行為であるという一事をもって、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結果を招来し、不都合である」とし、「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。

また、「一般的に、商人が取引先に対し、金員を貸付ける行為は、取引先に便宜を図ることによって商人の営業に有益な結果をもたらすことから、附属的商行為であると言える」としつつも、Aが取引をしていた相手はY個人ではなく、Yの経営する会社であり、本件貸付けの相手方はYであることから、「法的には会社と代表者は全く別人格であること、・・・附属的商行為は商人が営業のためにする意思が客観的に認められる必要があるところ、金銭貸借をその目的に含んでいない会社が、他の会社の代表者個人に金銭を貸し付けることが、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得るものではないことからして、このような貸付行為は附属的商行為に該当しない」とした。そして、「AのYに対する債権は、民事債権となるが、・・・債権譲渡行為によって商事債権に変わると解釈することは、特段の事情を認め得ない本件の場合は、難しいと言わざるを得」ず、「準消費貸借契約によっても、同様である」とする。従業員であったYに対する貸付行為については、「会社内部における行為については、たとえそれが営業に資することをもくろんでなされたものであっても、簡易、迅速、不要式といった、前述の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く、したがって、これを附属的商行為に該当すると

解すべきではない」とした。

〈3〉においては、大阪地裁は、「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、付属的商行為には該当しないというべきである」とした。

〈1〉、〈2〉、〈3〉判決はいずれも会社・従業員が関係する契約が問題となっている。雇用契約が商行為であることは確立した判例であるが（最判昭和30年9月29日民集9巻10号1484頁）、〈1〉、〈3〉はとくに社内的な制度を利用した事例ではなく、いわばイレギュラーな行為であることから、商行為性を否定したということのようである。〈2〉においては、貸付けが、取引先ではなくその代表者に対するものであること、また、従業員に対する貸付けは会社の内部的なものであることから、やはり通常の貸付けとは異なるとの立場をとったようである。

6．本判決の意義

本判決の意義は、以下の点にある。

第一に、最高裁として初めて会社の行為にも商法503条2項が適用されることを明確にし、推定が覆る可能性があることを判示した点である。

これまでの判例は、会社の行為であることを意識せずに、無自覚に商行為性が推定されるかどうかについて判示したものが多く、また、一貫して商法503条2項が適用されるとの立場をとっていたとはいいがたい状況にあったといえると思われるが、最高裁は、本判決において、上記のことを明確にした。

また、会社法施行後、会社法5条等が旧商法と異なる規定ぶりとなったことから、会社の行為の商行為性、その主張立証責任について、改めて疑義が生じていたところ、最高裁は、会社法等の施行後においても旧商法当時と同様の見解（会社の行為についても商法503条2項の適用がある）をとることを明らかにしたとの指摘がある[30]が、この疑義に対し、明確な立場を示したともいえるかもしれない。

---

[30] 絹川・前掲注（2）3278頁。

第二に、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、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ないとしており、会社の行為について商行為性の推定が覆される場合を狭く解し、例外的な場合に限定したと考えられる点である(31)。

どのような事実を反証としてあげれば、推定を覆すことができるかにつき、立証される事実や程度の問題と考えることもできないわけではないとの指摘(32)もあるが、推定が覆される場合は非常に限定されるものと思われる。

学説の少数説は、商行為性が否定される行為として、災害や社会的行事における寄付をあげる。しかしながら、最高裁は、最判昭和45年６月24日民集24巻６号625頁において、「会社による政治資金の寄附は、客観的、抽象的に観察して、会社の社会的役割を果たすためになされたものと認められるかぎりにおいては、会社の定款所定の目的の範囲内の行為であるとするに妨げない」としている。判例のように事業目的行為の範囲を広く解する立場をとれば、会社による寄付も、事業のためにする行為に含まれることになるものと思われ、商行為性を肯定することになろう(33)。

また、会社の行為につき商行為性を否定した下級審裁判例（前掲〈１〉〈２〉〈３〉判決）のような事例に関しても、取引先の代表者、従業員が取引の当事者となった特殊な性質の契約が問題であることによってもやはり商行為性は否定されないであろう(34)。

---

(31) 絹川・前掲注（２）3278頁、伊藤・前掲注（５）34頁、山田純子「本件判批」ジュリスト1376号128頁（2009年）。

(32) 山下典孝「本件判批」法学セミナー増刊速報判例解説 vol.4 116頁（2009年）。

(33) 黒野葉子「本件判批」金判1310号23頁（2009年）。また、山田知司「本件判批」別冊判例タイムズ25平成20年度主要民事判例解説149頁（2009年）は、災害援助資金の寄付も会社の目的の範囲内とされるが、理由として、事業目的行為に必要かどうかではない「会社の社会人としての生活」を認める裁判例（東京高判昭和41年１月31日判タ185号217頁〔八幡製鉄政治献金事件控訴審〕）と寄付も目的遂行に必要なものとする判例（最大判昭和45年６月24日民集24巻６号625頁〔同上告審〕）があり、前者は商行為推定規定適用肯定説に、後者は同否定説に親和的なように思われるとしている。

(34) 山田・前掲注（33）149頁。

7．むすびにかえて

本件貸付けが、Yの代表取締役であるAと親交があるXに対するYの貸付けであり、Yの営業と無関係にAのYに対する情宜に基づいてなされたものであったとすれば、そのような行為は、Yの代表取締役Aによる権限濫用行為と評価されるべき行為である(35)。このような行為をどう考えるべきであろうか。

附属的商行為は、商人がその営業のためにする行為であるが、取引安全の要請上、この営業のためにする意思は、行為の当時、一般的客観的に認められることが必要で、商人の主観的内心的なものではないとされている(36)。代表取締役Aの意図と会社の内心の意思とは異なるけれども、上記のように考えれば、会社の内心の意思はもちろん、代表取締役Aの意図も考慮すべきではないと考える。本件貸付けについての代表取締役Aの意図がどうであれ、商行為性を否定すべきではない(37)。

それでは、会社の行為であっても、商行為性が否定される行為はあるのか。

私見は、通説同様、会社の行為は事業を離れては存在しえず、会社の行為には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ないと考える(38)。

---

(35) 黒野・前掲注(33) 24頁。

(36) 西原・注(８) 89頁。大隅・前掲注(10) 21頁も、「一般に営業のためにする行為であるか否かは、取引安全の保護の必要上、行為の相手方及び第三者に対する関係においては、行為の外観によって判断することを要し、行為者の単なる内心的意思によるべきではない」とする。

(37) 北村雅史「会社の行為の商行為性と商法503条２項の適用」法学教室384号97頁(2012年)は、取引をする代表者の動機については、代表者の任務懈怠や権限濫用が問題となるが、行為の商行為性を否定する事由にはならないとする。

(38) 学説では、株式の引受等の組織法的・団体法的行為は「事業のためにする行為」には該当しないとされる(江頭編・前掲注(４) 132頁など)が、会社の行為を組織法的・団体法的行為という枠組みで「事業のためにする行為」とせつ然と区分できるかについて疑問が呈されており、何を附属的商行為と解釈するかを、何をもって組織法的・団体法的行為というべきかという問題のところで解釈することになるという違いにすぎないようにも思われるとの指摘もある(藤原俊雄「本件判批」民事法情報269号７頁(2009年))。どのような行為がなにゆえ組織法的・団体法的行為に該当するのかについて、さらなる検討が必要に思われる。とはいえ、少なくとも、株式引受は商行為には該当しないと考えてよいだろう。大審院が判示するように、会社を構成する資本を収集、充実させ

会社法５条は商法503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おいていないが、これは、会社の行為には、事業としてする行為と事業のためにする行為しかないため、商行為性の推定を問題とする必要がないからであると考えるのが妥当であると思われる(39)。

るための行為であるからである。株式引受に関する学説については、江頭編・前掲注（４）132頁参照。

(39) 淺木・前掲注（11）25頁、鈴木・前掲注（11）186頁。