

第1問

Aは映画館を開業しようと準備をしている者であるが、開業をするには1000万円が必要であった。そこで、Aは、Bに対して、「映画館の開業のために必要であるから、1000万円の融資をしてくれないか。」と頼んだところ、Bは、これを承諾し、Aに1000万円を融資した。その際に、Aの親であるCが保証人となった。

Bからの1000万円の履行請求に対して、Cは、まずAに対して請求せよと主張することができるか。なお、B及びCは「商人」（商法第4条第1項）には当たらないものとする。

Cの主張は、催告の抗弁である（民452）ところ、同抗弁は連帯保証人には認められていない（同454）。そこで、Cが連帯保証人となるかが問題となる。

商法511条2項は、「保証人がある場合において、債務が主たる債務者の商行為によって生じたものであるとき、又は保証が商行為であるときは、主たる債務者及び保証人が各別の行為によって債務を負担したときであっても、その債務は、各自が連帯して負担する。」と定めている。本問では、B及びCは商人ではないから、「保証が商行為であるとき」には当たらない（なお、判例は、「保証が商行為であるとき」とは、保証人にとり商行為であるだけでなく、債権者にとって商行為性を有する場合を包含するとする（大判昭14.12.27）。）。

そこで、「債務が主たる債務者の商行為によって生じたものであるとき」に当たるか否かを検討する必要がある。

「主たる債務者」Aが行おうとしている映画館の経営は、「客の来集を目的とする場屋における取引」（商502⑦、営業的商行為）に当たるから、営業開始後に営業のためにする借入れであれば、「商人がその営業のためにする行為」（附屬的商行為）として、商行為になる（商4 I、503）。

もっとも、Aが借入れをした当時は、いまだ開業準備をしていたにすぎないため、Aが「商人」といえるかが問題となる（**論点** 商人資格の取得時期）。

 総合 5 頁  論証 1 頁

この点に関する判例の立場は明らかではない。商行為債務の連帯性（商511 I）が問題となった最判昭33.6.19【商法百選2】は、「特定の営業を開始する目的で、その準備行為をなした者は、その行為により営業を開始する意思を実現したものでこれにより商人たる資格を取得すべく、その準備行為もまた商人がその営業のためにする行為として商行為となる」と判示したのに対し、商事消滅時効（旧商522）が問題となった最判昭47.2.24は、昭和33年判決を先例として引用しつつも、「準備行為は、相手方はもとより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と解すべきところ、単に金銭を借り入れるごとき行為は、特段の事情のないかぎり、その外形からはその行為がいかなる目的でなされるものであるかを知ることができないから、その行為者の主観的目的のみによって直ちにこれを開業準備行為であるとすることはできない。もっとも、その場合においても、取引の相手方が、この事情を知悉している場合には、開業準備行為としてこれに商行為性を認めるのが相当である」と判示している。

これに従えばAの行為について直ちに商行為性を認めることはできないが、Aが開業のための貸付けであることをBに伝えているから、Bは悪意であり、この点において商行為性が認められる。

したがって、商法511条2項が適用され、Cは連帯保証人となるため、催告の抗弁を出すことができない。

■ 答案構成

- 1 Cの主張は、催告の抗弁である（民452）ところ、同抗弁は連帯保証人には認められていない（民454）

↓

Cが連帯保証人となるか

↓

連帯の特約はなく、B及びCは商人ではないから、「債務が主たる債務者の商行為によって生じたものであるとき」（商511Ⅱ）にCは連帯保証人になる

↓

- 2 Aが行おうとする映画館の経営は、「客の来集を目的とする場屋における取引」として、商法502条7号により商行為に当たる

↓

Aが映画館の営業を開始した後は、Aは商法4条1項にいう「商人」に当たる

↓

本件借入れ当時、Aはいまだ映画館の営業を始めていないから、Aはその時点において、「商人」といえるか

↓

営業意思客観的認識可能性説

↓

あてはめ

↓

- 3 Cの主張は認められない

1 Cの主張は、催告の抗弁である（民法452条）ところ、同抗弁は連
2 帯保証人には認められていない（同法454条）。そこで、Cが連帯保
3 証人となるかが問題となる。

4 商法（以下、法令名省略。）511条2項によれば、「債務が主たる債
5 務者の商行為によって生じたものであるとき、又は保証が商行為である
6 とき」には、連帯の特約がなくても、連帯保証となる。

7 本問では、B及びCは商人ではないから、「保証が商行為であるとき」
8 には当たらない。では、「債務が主たる債務者の商行為によって生じた
9 ものであるとき」に当たらないか。

10 2(1) Aが行おうとする映画館の経営は、「客の来集を目的とする場屋に
11 おける取引」として、502条7号により商行為に当たる。また、A
12 自身が権利義務の主体となって、反復継続して、営利を目的として、
13 事業活動を行うものであるから、遅くとも、Aが映画館の営業を開始
14 した後は、Aは4条1項にいう「商人」に当たる。そうだとすれば、
15 それ以後は、Aが営業のためにする借入れ行為は、「商人がその営業
16 のためにする行為」（503条1項）に該当し、商行為に当たる。し
17 かし、AがBから融資を受けた（以下「本件借入れ」という。）当時、
18 Aはいまだ映画館の営業を始めていなかった。では、Aは本件借入れ
19 時点において、「商人」といえるか。

20 (2) 商事取引における取引の安全を図るため、基準の明確性が重要とな
21 る。そこで、事業意思の客観的認識可能性が生じた時点で「商人」と
22 となると解すべきである。

1

1 もっとも、行為者が営業のために行った準備行為と知って取引関係
2 に入った相手方は商法の適用があると考えるのが通常だから、「商人」
3 として、商法の適用を肯定してかまわないと考える。

4 (3) 本件借入れ自体は単なる貸付けであり、これ自体には、事業意思の
5 客観的認識可能性は認められない。もっとも、Aは本件借入れの際、
6 Bに対して、「映画館の開業のために必要である」と伝えているから、
7 Bは、Aが開業準備のために貸付けを受けることを知っていた。

8 したがって、Aは「商人」に当たるから、本件借入れは、「商人が
9 その営業のためにする行為」に当たり、商行為となる。そのため、5
10 11条2項が適用され、Cは連帯保証人となる。

11 3 以上より、Cの主張は認められない。

以上

2