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」（附属的商行為）として、商行為になる（商４Ⅰ、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511Ⅰ）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頁

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が連帯保証人となるかが問題となる。

　商法（以下、法令名省略。）５１１条２項によれば、「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」には、連帯の特約がなくても、連帯保証となる。

　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。では、「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」に当たらないか。

２⑴　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、５０２条７号により商行為に当たる。また、Ａ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、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、それ以後は、Ａが営業のためにする借入れ行為は、「商人がその営業のためにする行為」（５０３条１項）に該当し、商行為に当たる。しかし、ＡがＢから融資を受けた（以下「本件借入れ」という。）当時、Ａはいまだ映画館の営業を始めていなかった。では、Ａは本件借入れ時点において、「商人」といえるか。

⑵　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」となると解すべきである。

　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

2頁

係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」として、商法の適用を肯定してかまわないと考える。

⑶　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、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、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。

　したがって、Ａは「商人」に当たるから、本件借入れは、「商人が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、５１１条２項が適用され、Ｃは連帯保証人となる。

３　以上より、Ｃの主張は認められない。

以上

MEMO