2 商法総則

短答 4頁

第１．商人及び商行為

１．商行為の意義

商法501条～503条所定の行為
→絶対的商行為と相対的商行為に分かれる

(1) 絶対的商行為
営業としてなされるか否かを問わず、商行為とされるもの(501各号)

短 予H30-28-1,R8-27-エ

(2) 相対的商行為
一定の要件を具備した場合に商行為とされるもの

ア 営業的商行為（502各号）
「営業として」されることにより商行為となるもの

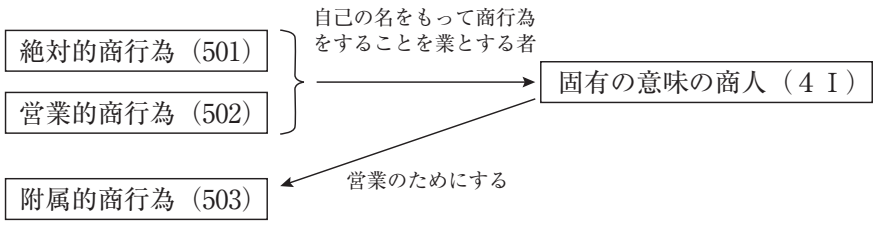
☑ 推定規定あり（503Ⅱ）

イ 附属的商行為（503）
商人が営業のためにすることにより商行為となるもの 短 司H18-51-2/5

２．商人の意義

(1) 固有の意味の商人
自己の名をもって商行為をすることを業とする者（４Ⅰ） 短 司H18-51-2

すなわち、次の①②を満たすもの
①「自己の名をもって」
　法律上その行為から生ずる権利義務の帰属主体となること
②「商行為」をすることを業とする者
　利益を得る目的（営利目的）をもって絶対的商行為又は営業的商行為を反復・継続して行うこと



(2)　擬制商人

自己の名をもって商行為をすることを業とする者（４Ⅰ）ではないが、政策的に商人とされる者（４Ⅱ）（＝商法の適用がある者）

ex. 店舗営業者、鉱業営業者 短 予R8-27-ア

論点 商人資格の取得時期

問題 第1問 論証 1頁

事　　例：映画館の経営を計画した甲が開業資金とするため友人乙（非商人）から金銭を借り入れた。その際に、甲の親である丙（非商人）が保証人となった

問題の所在：丙は連帯保証人となるか？甲が金銭を借り入れた段階で商人となっていれば、商行為法の適用があり（502⑦、４Ⅰ、503）、丙は連帯保証人となる（511Ⅱ）

A　表白行為説（旧判例）＝事業の意思を外部に発表した時点

（批判）遅すぎる

B　営業意思主観的実現説＝事業の意思が主観的に実現した時点

（批判）外部から不明確

C　営業意思客観的認識可能性説＝事業意思の客観的認識可能性が生じた時点

相手方が悪意の場合、商法の適用を肯定してよい

（理由）取引の安全→基準の明確性が重要

Advance 判例の立場

下記の昭和47年判決が、営業意思客観的認識可能性説に立つものと評されることがあるが、明確な立場は明らかではない

a　最判昭33.6.19【商法百選２】(商行為債務の連帯性（511Ⅰ）が問題となった事案) 短 予R8-27-イ

「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

b　最判昭47.2.24（商事消滅時効（旧522）が問題となった事案）

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」と判示した

☑　平成29年改正前商法522条は、商行為によって生じた債権について５年の短期消滅時効を定めていた