

# 会社法の基本問題：消滅時効

——二つの判例を手掛かりに——

田 中 裕 明

（もくじ）

- 1 はじめに
- 2 二つの判例の内容
  - （1）最判平成20年1月28日判決
  - （2）最判平成20年2月22日判決
- 3 検討
  - （1）取締役の行為の位置づけ
  - （2）会社の行為の商行為性
- 4 むすびに代えて

## 1 はじめに

平成20年、消滅時効に関わる二つの最高裁判決が下された。<sup>(1)</sup> いずれも、いわゆる商行為法の通則規定の会社法分野への適用が注目され、講学上も興味深いものである。それぞれの判例の内容は以下みるとして、本稿では会社の行為、取締役の行為の商行為性の当否という基本的論点の整理・確認を目的とする。

ところで会社法には総則規定があるが、その中で消滅時効と関わりをもつものは、会社法5条である。いわゆる「会社の行為の商行為性」に

---

（1） 最判平成20年1月28日民集62巻1号128頁，最判平成20年2月22日民集62巻2号576頁。いずれも，弥永真生「会社法判例速報」ジュリスト1363号34－35頁，1364号50－51頁（2008年）参照。

関する規定である。ここでは会社法5条を手掛かりにして、消滅時効に関する商法522条の適用が検討されるのである。したがって、本稿は見方を変えれば商法522条と会社法との関係についての考察でもある。

平成17年改正前は、同じ商法典の中で会社に関する規定と商行為に関する規定が定められていたので、両者の関係を論じる必要はなかった。平成17年の法改正の経緯を踏まえれば両者は排斥し合うものではなく、会社法総則規定、本規定にない事項について、商行為法の通則規定を適用する可能性があることには、特に問題はないものと思われる。では逆に、適用が考えられない場合とはどのようなケースであるか。二つの判例を手掛かりにして考えてみたい、というのが本稿のライトモチーフである。その意味で本稿が、会社法総論の問題についての検討材料となれば幸いである。

## 2 二つの判例の内容

### (1) 最判平成20年1月28日判決

まず、事実関係を眺めることにする。

本件は、株式会社北海道拓殖銀行（以下「拓銀」）の株式会社ミヤシタ（以下「ミヤシタ」）に対する融資が回収不能となったことについて、経営破綻した拓銀から債権等の資産を譲り受けた原告（平成11年4月1日合併前は、株式会社整理回収銀行、合併後は株式会社住宅金融債権管理機構）が、上記融資を承認する決裁をし、実行に関与した拓銀の取締役である被告らに対し、平成17年改正前商法266条1項5号に基づく損害賠償として、上記各融資による回収不能金額の一部および遅延損害金の支払いを求めた事案である。

拓銀とミヤシタに対する融資経過は次の通りである。すなわち、拓銀は、昭和46年10月から、ミヤシタに対し、授信取引を開始したが、当初から消極方針で対応し、スーパーマーケットを経営する株式会社長崎屋（以下「長崎屋」）関連の商業手形割引を中心として、授信残高を抑制

## 会社法の基本問題：消滅時効

してきた（ミヤシタは長崎屋の内装工事指定業者となり、北海道における長崎屋およびその関連会社の工事のほとんどを受注していた）。拓銀は、昭和62年11月、ミヤシタから長崎屋の株の仕手戦に絡む防衛資金として20億円から30億円の借入申込みを受けたが、株の仕手戦に絡む資金の融資は社会的に問題があること、仕手戦株式は保全面において不安定であること等を理由に謝絶した。拓銀は、この際、ミヤシタの既往借入実績の7億円で運転資金限度枠を設け、事実上その範囲で株式購入資金に用途されることを容認した。

平成に入ってから、拓銀は、ミヤシタに対し、元年1月から2月にかけて、小豆相場資金（合計27億5000万円）の融資を行い、さらに同年5月31日に2億円の融資を行った（一部弁済を受け、また書換えを行った）。その後、平成2年10月、ミヤシタは小豆相場の損失を取り戻すため、乾藪相場取引を企図し、拓銀に対し、資金融資を申し込んだが、拓銀は、直接の融資は不可能と判断して、たくぎんファイナンスサービス株式会社（以下「たくぎんファイナンス」）から15億円の授信を開始させた（その後、授信総額は、34億円にも上った）。拓銀は、平成3年6月、たくぎんファイナンスとの融資時の約束により、たくぎんファイナンスのミヤシタへの融資残額である24億円1500万円を肩代わりした。

ミヤシタは、平成4年4月17日、拓銀に対して利息および元金の支払いができなくて遅滞に陥り、事実上破綻し、支払不能の状態にあり、その結果、拓銀の融資残高の回収は、不能ないし困難な状況となった。

平成10年11月11日、拓銀は原告との間で資産買取契約を締結し、拓銀が有する債務不履行に基づく損害賠償請求権等を原告に譲渡したとして、同年12月3日頃、被告らに対し、その旨を通知した。

原告は、上記融資を承認する決裁をし、その実行に関与した被告らには取締役としての善管注意義務ないし忠実義務違反等があると主張し、前述のように、損害賠償等を求めた。

これに対し被告らは商法522条による商事消滅時効を援用する旨主張

した。第1審（札幌地方裁判所平成14年9月3日判決）および第2審（札幌高等裁判所平成18年3月2日判決）とも商法522条の援用はないと判断した。

最高裁の判断（判旨）は次の通りである。

本件上告を棄却する。株式会社の取締役は、受任者としての義務を一般的に定める（平成17年改正前）商法254条3項（民法644条）、（同）商法254条ノ3の規定に違反して会社に損害を与えた場合に債務不履行責任を負うことは当然であるが（民法415条）、例えば、違法配当や違法な利益供与等が会社ないし株主の同意の有無にかかわらず取締役としての職務違反行為となること（同商法266条1項1号、2号）からも明らかのように、会社の業務執行を決定し、その執行に当たる立場にある取締役の会社に対する職務上の義務は、契約当事者の合意の内容のみによって定められるものではなく、契約当事者の意思にかかわらず、法令によってその内容が規定されるという側面を有するものというべきである。（同）商法266条は、このような観点から、取締役が会社に対して負うべき責任の明確化と厳格化を図る趣旨の規定であり……、このことは、同条1項5号に基づく取締役の会社に対する損害賠償責任が、民法415条に基づく債務不履行責任と異なり連帯責任とされているところにも現れているものと解される。

これらのことからすれば、（同）商法266条1項5号に基づく取締役の会社に対する損害賠償責任は、取締役がその任務を懈怠して会社に損害を被らせることによって生ずる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いうこととはできない。また、取締役の会社に対する任務懈怠行為は外部から容易に判明し難い場合が少なくないことをも考慮すると、同号に基づく取締役の会社に対する損害賠償責任については、商法522条を適用ないし類推適用すべき根拠がないといわなければならない。

## 会社法の基本問題：消滅時効

以上によれば、(同) 商法266条1項5号に基づく会社の取締役に対する損害賠償請求権の消滅時効期間は、商法522条所定の5年ではなく、民法167条1項により10年と解するのが相当である(以下、本件判決を「第I判決」とする)。

第I判決の争点は、平成17年改正前商法266条1項5号に基づく損害賠償請求権の消滅時効期間である。

### (2) 最判平成20年2月22日判決

本件の事実関係は次の通りである。

被上告人は、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(三富士興業)であった。上告人は、平成6年7月26日当時不動産を所有しており、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、債務者を上告人、抵当権者を被上告人とする抵当権の設定登記がされている。

本件本訴は、上告人が被上告人に対し、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。これに対する本件反訴は、被上告人が上告人に対し、主位的請求として、被上告人は平成3年5月7日上告人に1億円を貸し付けたと主張して、残元本9498万4440円および遅延損害金の支払いを求め、予備的請求として、被上告人は前同日林田圭市に1億円を貸し付け、上告人が林田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いを求めるものである。被上告人は、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。

なお、上告人は、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。

原審福岡高等裁判所は、平成18年12月21日の判決で、被上告人は、平成3年5月7日、上告人または林田に対して、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ところ、その借主が上告人であればもちろんのこと、たとえそれが林田であるとしても上告人は林田の債務を連帯保証したというべきであるから、いずれにせよ上告人は被上告人に対して1億円の債務を負っていたことになり、その残元本8300万円となっている。被上告人の代表取締役である三浦は、小中学校の同窓であり、呼子商工会の理事長（三浦）と理事（上告人）として親交のあった上告人からの依頼を受け、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林田の資金に充てるため、「男らしくバ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有限会社である被上告人において上告人の依頼に応じることとし、上告人が竹馬の友であることを強調して、被上告人の経理担当者をして、被上告人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1億円を被上告人が上告人または林田に貸し付けた（本件貸付け）ものであるから、本件貸付けは被上告人の営業とは無関係に三浦の上告人に対する情宜に基づいてされたものとみる余地がある。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することはできず、上記債権には商法522条が適用されないから、上告人の消滅時効の主張はその前提を欠く。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、とした。

最高裁は原審の判断は是認することができないとして、原判決中被上告人に関する上告人の敗訴部分を破棄し、これを福岡高裁に差し戻した。その理由は次の通りである。

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、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

## 会社法の基本問題：消滅時効

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)。

前記事実関係によれば、本件貸付けは会社である被上告人がしたものであるから、本件貸付けは被上告人の商行為と推定されるところ、原審の説示するとおり、本件貸付けが三浦の上告人に対する情宜に基づいてな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被上告人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。

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。

以上によれば、……原判決中被上告人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(以下、本件判決を「第Ⅱ判決」とする)。

第Ⅱ判決の争点は、会社の行為はすべて商行為であるか、行為のうち商行為でないものが存在するか、である。すなわち、法令の解釈として、会社の行為に商法503条2項の適用の余地があるか否か、である。

以下、それぞれの判決にみる争点を中心に検討を行うことにする。

### 3 検 討

#### (1) 取締役の行為の位置づけ

前述のように、第Ⅰ判決の争点は平成17年改正前商法266条1項5号に基づく損害賠償請求権の消滅時効期間であり、これまで下級審での判断はあったが最高裁での判断はこれが最初のものである。本件最高裁判決は、現行会社法423条の役員等会社に対する損害賠償責任についても<sup>(2)</sup>妥当するものと考えられる。

学説も通説によれば、本最高裁と同様、消滅時効期間は10年と解している。他方、この「10年説」に対して、商事消滅時効を主張して時効の期間を5年と解する立場もある。第I判決の被告らの弁護人の一人である蔭山文夫弁護士による主張である。<sup>(3)</sup>

以下、蔭山弁護士の説く「5年説」と通説の立場（「10年説」）を比較分析して、取締役の行為の位置づけ（商行為性の当否）を検討する。

蔭山弁護士の指摘するところによれば、取締役の会社に対する責任の消滅時効期間は、民法167条1項の一般原則に従い10年であると解する通説の根拠自体が曖昧である、とされる。確かに、通説とみられる論者の文献をみても会社法に規定がない等の理由で一般原則に従い10年と解するにとどまるものがほとんどである。<sup>(4)</sup>

「5年説」の「形式的根拠」として掲げられるのが、取締役・会社間の取締役任用契約が、株式会社の附属的商行為（商法503条）に該当すると考えることが可能であるという点である。すなわち、商人である会

---

(2) 弥永前掲ジュリスト1363号35頁。

(3) 蔭山文夫「取締役の会社に対する責任の消滅時効期間（上）（下）」取締役の法務59号86頁，61号86頁（1999年）。第I判決における上告申立て理由書の内容は、ほぼ蔭山弁護士の主張に沿ったものである（民集62巻1号131頁以下）。

(4) 近藤光男『新版注釈会社法（6）』293頁（1987年），大隅健一郎＝今井宏『会社法論中巻〔第3版〕』361頁（1992年），大隅健一郎＝今井宏＝小林量『新会社法概説』235頁（2009年）—本書は、第I判決を引用するのみである—，鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法〔第3版〕』299頁（1994年），北沢正啓『会社法〔第5版〕』438頁（1998年），龍田節『会社法大要』96頁（2007年），江頭憲治郎『株式会社法 第2版』436頁。なお、蔭山弁護士前掲論文の中では加美和照教授も同じく「10年説」の論者として掲げておられるが（蔭山前掲・（上）87頁），詳細をみると同教授は、会社法429条1項に基づく第三者の取締役に対する損害賠償請求権の消滅時効について、民法724条の適用を支持され、会社に対する責任の消滅時効期間についての明確な言及は示されていない。同『新訂会社法 第9版』371頁（2007年）。

社との間で締結される取締役任用契約には商法503条の適用が考えられる、とされるわけである。そして、取締役の忠実義務違反は、「商行為<sup>(5)</sup>によって生じた」債務の不履行と構成され、その損害賠償請求権の消滅時効期間は、商法522条により5年と解される、とする。

次に「5年説」の「実質的妥当性」について眺める。蔭山弁護士が疑問とされるのは、取締役の会社に対する忠実義務も、会社の取締役に對する報酬支払義務も、いずれも取締役・会社間の取締役任用契約から生じたものであるにもかかわらず、通説によれば、対価牽連関係にある二つの債務のうち、一方が10年の時効にかかり、他方が5年の時効にかかるという結論は、衡平でないという点である。同氏はこの点に、「5年説」が妥当であるとする決定的理由を求めている。<sup>(6)</sup>

では、取締役の会社に対する責任の時効期間について最初の判断を示した第I判決（当該判決の第1審、原審の判断も含む）は、「5年説」の根拠に照らしてみるとどのように分析できるか。<sup>(7)</sup>

本件第1審判決（札幌地裁平成14年9月3日）は、「一般に株式会社と取締役との間の取締役任用契約は、委任契約であり、商人である株式会社の付随的商行為といえることができるところ、（平成17年改正前―筆者注―）商法266条1項の定める取締役会の会社に対する責任は、委任契約に基づく取締役の善管注意義務及び忠実義務の不履行責任に基礎を置くものと解することができる」とし、「5年説」と同様の前提に立っている。しかしながら判決は続けて、「他方で、商法は、取締役の責任について特に規定を設け、（同）266条1項各号において取締役が責任を負う場合を個別に列挙して取締役の責任を明確化するとともに、その一部については無過失責任とした上、その責任は連帯して負うべきものと

---

(5) 蔭山前掲・(上) 88頁。商法503条（とくに同条2項）の適用の有無をめぐる問題は、まさに第II判決の問題である。

(6) 同前掲・(上) 89頁。

(7) 以下の判決は、民集62巻1号からの引用である。

し、同条5, 6項においてはその責任の免除を極めて厳格な手続のもとにのみ許容するなど、一般の債務不履行責任に比較して、極めて厳格な責任を定めていて、これらは、その規定の趣旨に照らして強行法規性を有するものと解される。このように商法が取締役に対する責任を厳格に定めていることからすると、その責任は、一般の債務不履行責任には止まらない特別の法定責任の性質を有するものと考えられる」として、本条にみる取締役の責任の性質を特別の法定責任とみる。そしてそのうえで、「また、商法は、企業の取引活動の迅速性の要請から、短期消滅時効を規定しているが、会社の内部関係というべき取締役の会社に対する損害賠償責任に迅速性の要請が及ぶものとはいえないし、取締役の会社に対する責任は必ずしも容易に判明するわけでもなく、商法自身が取締役同士がなれ合う危険性のあることを想定していることは、監査役の訴訟権限について説示したとおりであるから、商法が特に取締役の責任を厳格に定め、その責任免除を厳しく制限して、責任追及の手続を実効あらしめるために諸々の規定をもって臨んでいるのに、このような取締役の会社に対する責任を短期の時効にかからせることは、そのような法の趣旨に明らかに反するものといわなければならない。したがって、(同)商法266条1項各号に定める取締役の会社に対する責任は、商法が特に定めた法定責任として、一般債権の時効期間である10年の期間の経過によって時効により消滅すると解するのが相当である」と判示した。

このように第1審判決は、「5年説」の形式的根拠と同じ視点に立ち「取締役任用契約」の商行為性を認めながらも、取締役の会社に対する損害賠償は会社の内部関係の問題であるとして、その迅速な処理の要請を否定し、短期消滅時効にはかからないことを明らかにしている。

原審判決（札幌高裁平成18年3月2日）も、「(同)商法266条1項5号が定める取締役の責任は、取締役の委任契約に基づく受任者としての上記義務の不履行についての損害賠償責任を包含するものであるということが出来る」とする。そして、「(同)商法266条1項5号の規定は、

## 会社法の基本問題：消滅時効

会社との間の委任契約に基づく義務であるかどうかにかかわらず、ひろく取締役としての義務を怠った者が会社に対する損害賠償又は弁済の責任を負う旨を定めたものであると解される」と判示した。この点は、第1審判決と異なり、会社と取締役との間の委任契約は、会社がその機関を成立させることを直接の目的とするものであるとして、必ずしも附屬的商行為には該当しないとの見解を示したものである。かかる理解のもと、その損害賠償責任は「仮に取締役との間の委任契約が商行為として締結されたものであるとしても、その商行為たる委任契約そのものによって生じたものとはいえない」として、短期消滅時効の適用を否定した。

前記最高裁判決（第I判決）は、第1審判決、原審判決の判断をそれぞれ採り入れた形で、短期消滅時効の適用を否定している。とくに、「取締役の会社に対する損害賠償責任は、取締役がその任務を懈怠して会社に損害を被らせることによって生ずる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いうことはいえない」と判示している点は、原審の判断よりも踏み込んだ形となっており、「5年説」の形式的根拠—商行為性—を否定する結論を導いている。そしてそのさらなる裏付けとして、この取締役の責任を「法によってその内容が加重された特殊な責任」と位置づけている。これは、第三者に対する取締役の損害賠償責任の事案の中で示されたいわゆる「法定責任説」を彷彿させるものである。この点、おそらく現行の会社法429条1項についても、判例は同じように解しているものと思われる。<sup>(8)</sup>

---

(8) 平成17年改正前商法266条1項5号（現行会社法423条1項）に定める任務懈怠責任は、債務不履行責任を基礎とする責任とし、取締役の地位の特殊性を加味した責任と解する点は、判例上も従来から主張されてきた。しかし、第I判決のように、本条についても「法定責任説」と同じように解するものはなかったのではないかと思われる。本判決はその点でも特筆に値するものと考え次第である。

また、第1審判決と同様、取締役の会社に対する任務懈怠行為は会社内部の事柄であるとして、商事取引における迅速決済の要請が妥当しない旨を明らかにしている。このように解することで、第I判決は「5年説」の形式的根拠だけでなく、同説の「実質的妥当性」をも否定している。すなわち、事案の迅速性を必要としない点を根拠に、事案の「実質的妥当性」を確保している。この点は、個々の事案にみられる特性を無視して、一律に短期消滅時効を適用するという弊を避けるメリットがあるものと解される。

以上のように第I判決では、「5年説」が提示した「取締役任用契約」＝「附属的商行為たる委任契約」とする図式が成り立つとしても、取締役の債務不履行責任はその委任契約の単なるバリエーションではないとされた。判決中には、必ずしも商行為性を否定する具体的な要因は掲げられていないが、当該任務懈怠行為が会社内部の問題として迅速性を不要とすることとも相俟って、民法167条1項の適用という結論を導き出している。結果、本判決は通説の説く「10年説」の根拠を（より一層詳細に）裏付ける効果を提供している。

本判決は、「5年説」の提示した論点に必ずしも十分な回答を示したわけではないが、従来下級審で示されてきた判断を集約する形で、一つ<sup>(9)</sup>の判断を示したものであり、肯定的に評価することができる。

私見としては、本判決の結論を支持する。

---

(9) 本件事案は、(形式的にすぎる嫌いはあるが) 関連する基本的な問題として、「取締役は商人であるか」という問いについて考える事案でもあったと思う。それは、併せて「取締役の機関性」を考えるテーマにもつながると思う。従来の通説は、取締役それ自身は機関ではないとの立場であった。しかしこの主張は、現行会社法のもとでも通用するものであろうか。一橋商法学は、取締役自身も会社の機関であるとする立場にある(田中誠二『三全訂 会社法詳論上巻』568頁(1993年)、堀口亘『新会社法概論[第3版]』207-8頁参照(1997年))。私見もこれを支持する。

(2) 会社の行為の商行為性

第Ⅱ判決は、直接、会社法5条について考える材料を提供している。本判決は、一般論として会社のある行為の中には商行為に該当しないものがあることを示している。この点が、会社については商法503条2項の推定規定が適用されるか否かの判断を左右することにもなる。

まず、会社の商行為性を定める会社法5条の趣旨から考察する。

本条は、会社の行う事業上の行為が商行為である旨を定める。その結果、会社は「商行為をすることを業とする」ことになり、商人となる<sup>(10)</sup>。すなわち、商法4条にいう「固有の商人」として扱われることになる。会社法5条には「その事業のためにする行為」とあり、これも商行為となる。この部分は、商人一般についての商法503条1項と同じ意味であり、附属的商行為に該当する。会社は、前述の通り、「固有の商人」であり、「その事業のためにする行為」は当然、商行為となる。そして、当然に商行為と考えられることから、会社の行為は、その事業のためにするものと推定されることになるわけである。第Ⅱ判決では、当該貸付けが情宜に基づいてなされたものである旨の主張のみでは、本条項の推定を覆すには十分でないと言われたわけである。

商法503条2項の推定規定は、会社には適用されないとするのが、従来の通説である。およそ会社は生まれながらの商人であり、会社には事業生活を離れて一般の私生活なるものはないと観念されることが、その理由とされている<sup>(11)</sup>。しかし、会社の行為には、事業活動のほか、会社法上の組織法的・団体的行為があり、これらは「事業のためにする行為」には当たらない。例えば、株主に対する関係の行為で、剰余金配当支払に関する遅延損害金の利率については商法514条の適用はなく、年5分とされる。会社・役員間の法律関係も同様である。第Ⅰ判決でみたよう

---

(10) 江頭憲治郎『会社法コンメンタール1』131頁(2008年)、森本滋『逐条解説会社法 第1巻』103頁(2008年)。

(11) 弥永前掲ジュリスト1364号51頁、森本前掲書105頁。

に、取締役の会社に対する責任の消滅時効期間には商法522条の適用はなく10年とされる（第Ⅰ判決以前のものとして、東京地判平成7年10月26日判時1549号125頁<sup>(12)</sup>）。

通説に対しては、会社についても社会的実在として存在しかつ活動している限り、事業活動以外に一般社会人としての生活領域を認めるべきとの説もある。この立場では、会社といえども営利行為をなすを唯一の目的とする必要はなく、同時にそれ以外の行為（例えば、附属の学校または病院の経営）をなすことを目的とすることができる。のみならず、定款に営利事業をその目的として標榜する限り、実質上は非営利事業または社員の経済的協力（カルテル・コンツェルンの機関会社のごとき）を行っていても、会社たることを妨げない、ものとされる<sup>(13)</sup>。

会社法5条の解釈としては、会社の行為すべてを商行為と解するものではなく、事業上の行為以外にも会社の行為があることを認めたものと思われる<sup>(14)</sup>。このように解することで、（会社法上の古典的なテーマである）会社の権利能力（会社の目的）をめぐる議論との整合性を保てることになるであろう。第Ⅱ判決で示された一般論に当たる部分も同じような方向性にあるものと解される。したがって、会社にも商法503条2項の適用の余地が認められる。

従来判例も、必ずしも通説の説くところと軌を一にしていないようである。例えば第Ⅱ判決よりもさらに踏み込んだものと考えられるものとして、会社が従業員、取引先の代表者等に対してした金銭の貸付けが商行為に当たらないとして、消滅時効期間を10年とした東京地判平成9年12月1日判タ1008号239頁がある。以下、その一部を掲げる。

「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

(12) 江頭前掲書（註(10)）132頁。

(13) 大隅健一郎『商行為法』23頁（1967年）、大隅＝今井前掲書19－20頁。

(14) 森本前掲書133頁。

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」と述べ、「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」との理由を示し、「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」と結論した。そしてさらに、「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解すべきである」と判じた。

本東京地裁判決の中で、第Ⅱ判決との関わりで注意を要するのが、「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」とする点である。ここでは、当該取引の当事者の主観部分での附属的商行為性では、商法503条2項の適用には十分ではないとされたわけである。

この「事業（営業）のためにする意思」が客観的に認められることが必要とされることが、第Ⅱ判決については逆に作用して「情宜に基づく貸付け」ではあるが、これについても客観的な「事業（営業）意思」が確認される限りは、当該行為が商行為であることの推定を覆すには不十分とされたものと解される。<sup>(15)</sup>

以上の検討から、第Ⅱ判決の結論は概ね妥当であると考えられる。この判

---

(15) 商行為の推定を覆すには、この客観性を否定する事実の蓄積が必要である。

決が最高裁の立場として定着していけば、従来の通説も修正を加え、会社についても商法503条2項の推定規定の適用の余地を認める方向に向かうべきであろう。

#### 4 むすびに代えて

本稿は、冒頭に掲げたように、消滅時効をキーワードとして二つの判例を手掛かりにして、会社の（および取締役の）行為の商行為性を探る作業を行ってきた。平成17年の法改正以後、素朴に疑問としていた点を告白した次第である。雑駁にすぎる内容を恥じ入るばかりであるが、会社に対する商法規定の適用関係を探る手掛かりとなったのではないかと自負するところもある。

会社法総則規定の在り方と会社の行為の商行為性について、前田庸教授は次のように述べる。すなわち、

「会社法のもとでは、(旧商法―筆者注) 52条に相当する規定は設けられず、また(旧商法―同) 4条2項後段の規定が削除されている。そして、会社法5条は、『会社(外国会社を含む……)がその事業と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。』と規定している。すなわち、改正前は、会社は商人であり、したがって、それが営業としてする行為および営業のためにする行為は商行為とされていたが、会社法のもとでは、会社に対する商行為の規定の適用上は、商人概念を介さずに直接に上述の規定により取り扱われることになる。また、このような規定が設けられると、会社につき、商行為の規定の適用に関しては、会社を商人とする必要が生じないことになる。さらにまた、商法は、営業的商行為については、限定的に規定しているが(商502条)、会社法では、事業としてなされる行為については、そのような限定なしに商行為とされることになる。もっとも、商法の商人に関する規定(商507条―510条・512条・521条・524条等)を会社に適用するためには、会社を商人とすることが必要になるが、会社は自己の名をもって商行為

をすることを業とするものである（5条）から、当然に商人に含まれることになる（商4条<sup>(16)</sup>）。」

この前田教授の見解に関連して、商法501条・502条にいう基本的商行為以外の営利行為を目的とする、旧商法下で認められていたいわゆる民事会社の商人性についても問題とされる。この点につき、前田教授の述べられるところでは会社法のもとでは会社は商人概念には含まれないとされることになる。しかし多数説によれば、いわゆる民事会社の商人性は肯定されるようである。その根拠については、会社が事業として行う行為が商行為とされたことから商人と解される<sup>(17)</sup>。先にみてきた第Ⅱ判決も同様な根拠に基づいているといえる<sup>(18)</sup>。

また、加美教授は、会社に対する平成17年改正商法（新商法）の規定の適用関係について、①商行為（新商法第二編）の規定の会社法に対する適用関係と、②商法総則（新商法第一編）の規定の会社に対する適用関係に区別できるとする。そして、①について、会社法5条の規定は、これによって商行為とされた行為について、新商法第二編商行為に規定されている商行為に関する規定を適用するためのものと解しておられる<sup>(19)</sup>。

さて、前述の疑問点はどこまで解明することができたのか、甚だ心許ないところである。しかし、判例を材料に若干の文献をひもといただけであるが、意外に奥の深いテーマでもあったようである。

最後に、残された課題についても言及しておく。

二つの判例だけからの判断では材料としては不十分であることは承知している。しかし、上述してきたように商行為性の当否をめぐる判断に際して、次の2点にはこだわっておきたい。第Ⅰ判決では（取締役の地

---

(16) 前田庸『会社法入門 第11版補訂版』7頁（2008年）。

(17) 江頭前掲書（註(10)）131頁。

(18) 会社法立案担当者と第Ⅱ判決にみる商行為性の捉え方の違いについては、大隅＝今井＝小林前掲書6頁を参照されたい。

(19) 加美前掲書32頁註(1)。

位・責任の特殊性に加えて) 会社内部の事柄であって、迅速性を要しないということから消滅時効の期間は10年との結論(商行為性の否定)を導いた。第Ⅱ判決では当事者の(情宜に基づくという)主観ではなく、当該行為の客観性を理由に商行為性を肯定した。第Ⅰ判決、第Ⅱ判決それぞれの判断基準は、その射程距離を現状のまま維持し続けるのか、あるいは若干のデフォルメを加えながら範囲を広げていくのか。今後判例はいずれの方向に向かうのかは、筆者の能力を超えるテーマである。しかし、展開によっては先にみた「5年説」の説くところに接近する可能性もある。また、客観性を凌駕するような一すなわち、商行為性を否定する一判断材料を伴う事案の登場する可能性もある。いずれにせよ、会社法と商行為法の交錯する領域での検討すべき課題がまだ残されていることは明らかである。

会社法総論をめぐる基本問題にはまだまだ素材がたくさん残されている。