

問 1 以下の商法・会社法上の概念を説明しなさい

※それぞれの基本概念について、少なくとも定義は正確に回答していることが必要。その上で、より詳しく種類や諸制度について説明できていれば加点される。それぞれの配点は最大 25 点。定義のみできている場合（個人商人と会社両方とも書いている場合）は 10 ～ 15 点とする。定義すら正確に書けていない場合は、得点はない。

(1) 「商人」

・商人とは、原則として、**自己の名をもって商行為をすることを業とする者**をいう。個人商人の場合、商法 501 条および 502 条に規定されている**絶対的商行為**および**営業的商行為**に該当する行為を営業として行う者を固有の商人という。ただし、経営設備や企業形態に着目して商行為を業としない者であっても、商人とみなされる場合があり、これを**擬制商人**という。店舗物販人や鉱業を営む者がこれに該当する。

・これに対して、会社の場合は、会社が事業として行う行為および事業のためにする行為が商行為とされるため、会社の行為はすべて商行為である。また会社は法人であり自己の名をもって商行為をすることを業とする者といえる。

・会社とは、**株式会社、合名会社、合資会社、合同会社**をいう。

・この他、原始産業・設立登記等に触れていれば加点事由とする。

(2) 「商行為」

・会社法上、**会社が事業としてする行為およびその事業のためにする行為**を商行為という。

・商法上、**絶対的商行為**および**営業的商行為**を**基本的商行為**という。絶対的商行為とは、投機購買およびその実行行為、投機売却およびその実行行為など行為自体の営利性が強い**ため、行為者が商人か否か、営業として行うか否かを問わず**、商行為とされる。これに対して、営業的商行為とは、**商人が営業として行う場合に限り**て商行為とされる。ただし、もっぱら賃金を得る目的で物を製造し、または労務に従事する者の行為は営業的商行為にはあたらない。

・個人商人が営業のために（営業の補助として）行う行為（営業資金の借入れ、従業員の雇用、テナントの賃借、広告等）も商行為とされる（**附属的商行為**）。個人商人の場合、一般私人としての私生活上の行為と商人としての営業活動上の行為とがあり得る。そのため、**商人の行為は営業のためにするものと推定される**。

・この他、絶対的商行為、営業的商行為の種類を具体的に説明する、公法人の商行為、一方的商行為等に言及する、旧商法の準商行為と新商法との関係について説明する、等により加点事由とする。

(3)「商号」

- ・個人商人が営業上自己を表す名称および会社の名称を商号という。商号は商人・会社の信用の基礎として経済的価値を有するため、法的な保護を必要とする。また、商号制度の濫用を防止し、社会・公衆の利益を保護する必要もある。
- ・個人商人の場合、商号を使用するか否か、商号を登記するか否かは自由である。会社の場合は、会社の名称が商号とされ、設立登記において商号も登記しなければならない。会社の場合は、商号中に会社の種類に応じて株式会社、合名会社、合資会社、合同会社のいずれかの文字を用いなければならない。他の種類の会社であると誤認されるおそれのある文字を用いてはならない。また、会社でない者が、その名称または商号中に会社であると誤認されるおそれのある文字を用いてはならない。
- ・この他、商号権（不正使用に対する保護）、いわゆる名板貸人の責任、商号の譲渡等について言及していれば加点事由とする。

問2 以下の空欄に入る適切な語句を答えなさい（ただし、同じ番号の空欄には同じ語句が入る）

※すべて正確に回答できて25点とする。

- ・個人商人であるAが、B支店の営業の主任者としてCを選任した場合、（ 1 ）に（ 2 ）選任の登記をしなければならない。
- ・株式会社丙が、支店の営業の主任者として丁を選任した場合、（ 3 ）の所在地において（ 4 ）に（ 2 ）選任の登記をしなければならない。
- ・商人が登記すべき事項を登記していない場合、その事実を（ 5 ）に対して主張することはできない。

- (1) 支配人登記簿
- (2) 支配人
- (3) 本店
- (4) 株式会社登記簿（下記注を参照）
- (5) 善意の第三者（第三者だけでは不正解）

※（4）について、問題文から株式会社という限定がなされているため、株式会社登記簿が正解。ただし、会社登記簿とのみ回答している場合に他の部分がすべて正解であれば20点とする。

※なお、授業では、支配人選任の登記は、個人商人の場合も本店所在地においてするとしたが、教科書によっては、個人商人の場合は従来通り支配人をおいた営業所を管轄する登記所において行うと解説しているものもある。確かに、商法には会社法918条に相当する規定がないため、従来通りに解すべきかも知れない。もっとも、旧商法40条

の規定と新商法22条の文言の違いや、会社と個人商人とで異なる取扱いをする必然性には疑問があることから、少なくとも立法論としては、個人商人についても会社と同様にすべきであろう。いずれにせよ、今回の試験では会社の場合が問題となっているので、支店ではなく本店所在地において登記をなすことになる。