#### 慶應義塾大学学術情報リポジトリ

Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	商法における営利性の意義をめぐって
Sub Title	A study on profitability requirement in Japanese commercial code
Author	杉田, 貴洋(Sugita, Takahiro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2023
Jtitle	法學研究:法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and
	sociology). Vol.96, No.1 (2023. 1) ,p.27- 37
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	山本爲三郎教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20230128-0027

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって 保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 商法における営利性の意義をめぐって

問題意識の提示

自由職業者の商人性・営利性商法の営利性の意義

四 まとめにかえて

杉田

貴

洋

問題意識の提示

と異なり、会社法上の会社には対外的活動による利益獲得の意味の営利性は要求されておらず、非営利事業を目 会社の営利性をめぐって、 山本爲三郎先生は、 平成一七年改正前商法における会社 (当時の商法五二条参照)

事業を目的とする場合にも利用できることとなったとするものである。 的とする会社も排除されないと主張される。 会社法上の会社は、 営利事業を目的とする場合はもちろん、 非営利

社も新たに認められるようになったということになるが、会社の営利性について、 学説に対立がある。すなわち、収支の差額を利得する目的とする解釈がある一方、積極的な意味での利益獲得目 は営利目的がなければならないと解するのが通説であり、また、五〇二条は営業的商行為成立の要件として行為(3) されたとみることもできよう。会社法には「営利」の文言は使用されていないが、そのことをどのように受け取 先ほどの、会社の営利性の理解において、「非営利事業を目的とする会社も排除されない」というときの「営利」 集めてきた。前者の意味の営利性を「積極的営利性」、後者を「消極的営利性」として区別することにすると、 的を要求せず、収支適合または費用充足を目的とすることを含むとする考え方が示され、後者の考え方も支持を 主体に営利目的があることを求めている。これら商法において要求される営利性の理解については、かねてより 積極的営利性の意味で使用されている。会社法制定前の制度と比較すれば、非営利事業を専ら目的とする会 消極的営利性の考え方が採用

求める営利性の意義に改めて注目が集まることとなった。 のがある。さらに、 営利性ないし企業性を強調して説明することは、 ところで、二〇一七年民法改正に伴い、 本稿は、こうした状況を踏まえ、 対外的利益獲得目的を要件としない事業性 が廃止された。これにより、 監査法人の商人該当性を認める下級審裁判例が現れ、 両事項についての民商法間の規律の相違は解消され、 商法において求められる営利性の意義を検討しようとするものである。 時効と法定利率についての商法の特則 (反復継続性)により商法の適用対象を画することを提案するも 以前ほどの説得力を持たなくなった。 商法が商人・商行為概念の要件として (同年改正 また、 商法の独自性について、 前 近時、 五 几 五三

るべきであろうか

商人に

四条一項が「自己の名をもって商行為をすることを業とする者」を商人と定義するところ、

だけ稀釈化して理解しようとするものであったということになろう。

## 二 商法の営利性の意義

商法における営利性とその解釈

また、五〇二条は、 してする」の意味に解して、 人の定義を定める商法四条一項についての通説的理解によれば、 同条各号の行為を「営業としてする」ときに商行為 人が商人 (固有の商人) とされるには営利目的がなければならないと説明される。 同規定の「業とする」の文言は、「営業と (営業的商行為) 成立を認めるものであ

行為主体に営利目的があることを求めている。

として、ある程度の私見〈右の立法論〉 足だけを目標として、不定量の収入をあげることを含む……広義に解することによって、……現行実定法 入と支出との差である剰余利益を目指すという狭義に限定して解するのではなく、「収支適合だけまたは費用 のように説明していた。すなわち、立法論としては営利性の要件を不要とすべきとしつつ、解釈論としては、 おいてプラスとなることを目的とすることを要するとする積極的営利性の考え方と、収支相償うことを目標とし 固有の商人または営業的商行為の成立に必要な営利性について、収支の差額を利得する目的、(3) れば足りるとする消極的営利性の考え方とが提唱され、対立してきた。後者の考え方について、主唱者は次 の導入をなし得る」としていた。主唱者の意図は、 営利の意味をできる すなわち収支に 収

減の動機があれば、営利性を認めてよいとする考え方も提唱されている。この見解は、営利性の意義を緩やかに(ધ) 対立であったとしたうえで、 プラスであることを要すると考えるか、プラス・マイナス・ゼロでも認められるかという目標の水準につい こうした従来の学説に対し、両学説はいずれにおいても収益獲得を要求するもので、 収益獲得の動機の有無は不問とし、給付について対価を得ようとする意思と費用 ただ、収益獲得の目標 7

規定を適用しようとするものである。 解釈することにより、 信用金庫や協同組合などの中間法人や自由職業者も、 商法上の商人の範囲に収容し 0

解がある。 なお、協同組合の商人性については、 収支相償うという意味での営利性の理解に照らして判断すべきとする見

# (二)営利性の理解に関わる判例(信用協同組合・信用金庫の商人性)

る。 あって、 組合員の事業・家計の助成を図ることを目的とする共同組織であるとの性格に基本的な変更はないとみるべきで 合法に基づいて設立された信用協同組合は、今日、その事業の範囲はかなり拡張されてきているとはいえ、 である」と判示し、さらに、最判平成一八年六月二三日・判例時報一九四三号一四六頁は、「中小企業等協同 一頁は、「中小企業等協同組合法に基づいて設立された信用協同組合は、 例は、信用協同組合の商人性を否定している。すなわち、最判昭和四八年一〇月五日・判例時報七二六号九 その業務は営利を目的とするものではないというべきであるから、 商法上の商人にあたらないと解すべき 商法上の商人には当たらない」とす なお

に設けられた協同組織による金融機関であり、 いというべきであるから、 用金庫法に基づいて設立された信用金庫は、 信用金庫についても同様である。すなわち、 それにより右の性格に変更を来しているとはいえず、 信用金庫は商法上の商人には当たらない」と判示する。 国民大衆のために金融の円滑を図り、その貯蓄の増強に資するため その行うことのできる業務の範囲は次第に拡大されてきているも 最判昭和六三年一〇月一八日・民集四二巻八号五七五頁は、 信用金庫の行う業務は営利を目的とするものではな

#### (三) 検討

理解は、「営利」の意味からも、五〇一条一号の「利益を得て譲渡する意思」の文言からも離れる。 (9) 得るなかで、 ては無理がある。 収支相償うことを目標としていれば足りるとする消極的営利性の考え方は、 結局のところ、 先にみたように、 具体的な行為主体の主観によって決まるのではなく、社会通念に照らして客観的に判断されるもので 収支プラスを目指すというのが「営利」の意味と解さざるを得ない。そして、そうした営利 経済活動にリスクはつきものであるから、 解釈によって「営利」の要件を存在しないものとすることを狙ったものといえる。 主唱者は営利の要件を不要とすることを理想と考えて消極的営利性の解釈を提示したも 結果として収支がゼロやマイナスになることもあ 解釈論としては反対せざるを得な 解釈論とし こうした

はより広く対外的取引が認められているとはいえるものの、 金・ 社についても、 協同組合法九条の八第二項四号五号・三項・四項、 方も提示されている。 二一条二項が、 一別をいかに考えるかは難しい問題になる 営利性を緩やかに解釈することで、 貸出とも組合員以外の者との取引に制限のある信用協同組合と比較して、預金について制限のない信用金 判例が一律に否定する態度であることも十分に理由があるということができよう。 それを利益ということができず、営利性の要件を充たさないと考えるべきであろう。 相互会社に商法第二編の規定を「準用」するのも、 対外的取引性がないために営利性が否定され、 しかし、こうした、 信用協同組合・信用金庫などの中間法人の商人性を認めるべきとする考え 協同組織の営利性については、 (同じく信用協同組合同士でも対外取引の割合は大きく異なるであろう) 信用金庫法五三条二項参照) 信用金庫の商人性を認めた場合に他の協同 商人性が否定されると解すべきである。 相互会社が商法上の商人でないとの理解に基 対外的取引に制限がある ために、その活動の結果剰余を生じ 同様に、 (中小企業等 確 かに、 保険業法 組織との 相互会 預

のというべきである。

的取引性を要求するのが立法の態度であって、営利性の解釈を緩やかにすることで乗り越えることはできないも づくものである。 商法五〇二条の銀行取引(八号)や保険(九号)について営利性の要件を充たすためには

## 自由職業者の商人性・営利性

 $\equiv$ 

### (一) 監査法人の商人性

明をするとの業務を組織的に行うことを目的として、公認会計士法に基づいて設立された法人である 営利的な側面を有するものもあることは、 国民経済の健全な発展に寄与することを使命としていること(公認会計士法一条) する情報の信頼性を確保することにより、会社等の公正な事業活動、投資者及び債権者の保護等を図り、 というべきであるから、監査法人は商法上の商人に当たると解するのが相当である 報告書の提出を主要な目的の一つとしている。そうすると、監査法人の行う業務は営利を目的とするものであ てみたい。東京地判令和三年六月二四日・金融・商事判例一六二六号三四頁は、次のように述べて、 項参照)。公認会計士が、監査及び会計の専門家として、独立した立場において、 .人性を認める判断を示した。すなわち、「監査法人は、他人の求めに応じて報酬を得て財務書類の監査又は証 医師、 弁護士、芸術家などのいわゆる自由職業者の商人性・営利性について、最近の裁判例を手がかりに考え 第二条一項)。監査法人が行う財務書類の監査に関する業務は、請負の性質を有すると解される監 上記解釈を妨げるものとはいえない。」 や監査法人の上記業務には非 財務書類その他 (商法五〇二条五号、 監査法人の の財務に関 (同法一条 もって

この判決は、

監査法人の行う財務書類の監査業務は、

請負の性質を有するとして、

商法五〇二条五号の行為に

要件の審査を要するとするのが通説)。 商行為該当性が認められた後に検討されるという論理関係にある(前述のように、商人性の審査においても営利性 性の要件を充たすことによってはじめて、当該行為が商行為として認められるものである。そして、商人性は、 ている。しかし、営利性は営業的商行為成立のための要件であり、五〇二条各号の行為に該当し、なおかつ営利 人性が肯定されるとの論理 商行為該当性の効果)にも読めるし、五〇二条五号行為に該当したことに加えて、営利性が肯定されるから、 うすると」という接続詞は、五○二条五号行為に該当するから営利性が肯定されるという論理 に従うとしているから、 作業の請負とは異質なものであり、また会社法三三〇条は会社と会計監査人との関係について委任に関する規定 どを請け負う契約、 該当するとする。そのうえで、「そうすると、監査法人の行う業務は営利を目的とするものであるというべき」 商人に該当するとする。まず、商法五○二条五号の作業の請負とは、家屋の建築、 判旨において、営利性が、どのような論理で登場し、検討されたのか、はっきりしない。「そ 労務の請負とは、労働者の供給を請け負う契約を指すとされ、監査報告書の作成<sup>(5)</sup> 請負と性質決定することは適切でないと指摘される。五〇二条五号行為の該当性(%) (商人性の要件を充たす要素として挙げられている)とも読めるあいまいな説示となっ 道路や鉄道の建設な (営利性は営業的

持つ自由職業については商法の適用を認めてもよいとするものもある。社会通念で決まるとするのであれば、認会計士を要する事務所は、「多かれ少なかれ企業的経営方法をもって運営され」るものがあり、企業的特質 すべて営利のために行われているものでない」とは断じてしまうべきでなく、現代において、多数の弁護 社会通念においては、 (営業性)該当性は社会通念により決するとしつつ、否定的な結論を述べるものが多い。もっとも、「自由職業は 自由職業者と営利性との関係については、「たとえ本人の主観において営利の目的があったとしても、 学問的、 芸術的な要素の多い個性的な活動と認められ、営業ではない」として、 企業的特質を 営利 士や公 一般 社

 $\equiv$ 

芸術家の商人性

## 会通念に変化があれば、 結論も変わり得るということであろう。

基本的商行為に該当するものがあれば、商人性を肯定し得るとの指摘がある。確かに、文言上は、(31) 為も異なるものであった可能性がある。芸術家のうち写真師だけが入って他が排除されるというのもバランスを の行為がここに含まれるようではあるが、この規定が置かれた当時とは時代状況が異なり、 五〇二条七号が「撮影に関する行為」を挙げることから、 解釈に当たっては、 慎重に考えるべきであろう。 写真師などについて芸術家として自由職業者といえ、 念頭に置いていた行 今日の写真師

### 几 まとめにかえて

欠くようである。

取り上げることができなかった。 自性を後退させるものであったとはいえそうであるが、 変更を加えることにはためらいを覚える。平成二九年民法改正に伴う商法改正は、 応しい規律を提供し得るとの考え方に反対するものではないが、商法の適用の範囲について解釈によって大きく の基礎概念としての商人や営利性については、立法提案を含む論考が発表され議論が進行中であるが、本稿では 本稿では、 商法上の営利性の意義を取り上げて、 商法の多くの規定が、営利性がなくとも事業性・反復継続性のある事項に、 解釈論としてどのように考えられるか検討してきた。 法の適用の範囲を変更することを考えるのであれば、 商法の営利企業法としての独 商事法

釈ではなく、立法により対応することが望ましい。

- $\widehat{1}$ 二~四一三頁 (二〇一八年) 山本爲三郎 〔初出、 「会社の法的性質と新会社法」『株式譲渡と株主権行使』(二〇一七年、 四頁、 一四頁注一八。 法の支配一五三号 (二〇〇九年)〕、 同「会社法における株式の規整」法学政治学論究一一八 慶應義塾大学法学研究会) 兀
- $\widehat{2}$ 林書院)一一〇~一一一頁、 る考察・序論」岩原紳作ほか(編)『会社・金融・法〔上巻〕』(二〇一三年、 康先生古稀記念論文集・第一巻上篇』(二○一一年、成文堂)八八頁(以下同書を「奥島古稀」とする)、大賀祥充 法制』(二〇〇九年、日本評論社) 年、 葉玉匡美「会社の目的」江頭憲治郎ほか(編)『会社法大系1 [会社法制・会社概論・設立]』 慶應義塾大学出版会)二九九~三○○頁、松井秀征「商法典と会社法─わが国における商法典のあり方に関す 奥島古稀九七頁、 内田千秋「会社法としての一般社団 七一頁、来住野究「会社の行為の商行為性」『現代企業法学の理論と動態 杉田貴洋「会社の営利性と商人性」山本爲三郎(編)『企業法の法理』 (財団) 法人法」藤岡康弘 (編) 商事法務)二八頁。 『民法理論と企業 (二〇〇八年、
- 高鳥正夫『商法総則商行為法〔改訂版〕』(一九八二年、慶應通信)五九頁、北居功=高田晴仁(編著)『民法と

つながる商法総則・商行為法〔第二版〕』(二〇一八年、商事法務)三〇頁〔森川隆〕。

- 4 居=高田・前掲注(3)三一頁注三二〔森川〕、青竹正一『商法総則・商行為法〔第二版〕』(二〇二二年、信山社) 落合誠一=大塚龍児=山下友信『商法I―総則・商行為〔第六版〕』(有斐閣、二〇一九年)三二頁〔大塚龍児〕、 『慶應の法律学 落合誠一「新会社法講義第1回」法学教室三○七号(二○○六年)六九頁注一七、 商事法 ─慶應義塾創立一五○年記念法学部論文集』(二○○八年、慶應義塾大学法学部)八二頁注一、 来住野究「法人の商人性
- 5 6 鴻常夫『商法総則 田中誠二「商法の中心概念としての企業の営利性の修正」『商事法研究第二巻』(一九七一年、千倉書房) [全訂第四版補正版]』(弘文堂、一九九一年) 九七頁、森本滋 (編) 『商法総則講
- 版〕』(成文堂、二〇〇七年) 三五頁 商法総則·商行為法 『リーガルマインド商法総則・商行為法 [第八版]』(有斐閣、 [洲崎博史]、田邊光政 二〇一九年)二〇頁、 [第三版]』(有斐閣、二〇一九年) 『商法総則・商行為法 田邊宏康 「商法の適用対象を画する営利目的につ [第四版]] (二〇一六年、 一七頁注七、 近藤光 新世社

て」専修法学論集一四一号(二〇二一年)三五頁。

- 反対:稲庭恒一「会社の営利性について─再考─」永井和之=中島弘雅=南保勝美 中央経済社)四七頁。 (編) 『会社法学の省察』(二
- 8 するとすれば、 の意義を「消極的営利性」の意味に解し、 神作裕之「会社法総則・擬似外国会社」ジュリスト 両者はほぼ同義となると説明される。 会社法の 一二九五号 「事業」には利益獲得目的の意味の営利性は含まないと理 (二〇〇五年) 一三九~一 四〇頁は、 0)
- 9 西内康人「商人・事業者・消費者―概念の相互関係」法学教室五〇〇号(二〇二二年)六四頁以下
- 10 得津晶「形式的意義の商法と商法の適用範囲」法学教室四九九号(二〇二二年)五〇頁以下。
- 11となることはない。 あると解するのが、 属的商行為 太郎「商法の構造と基軸概念」一橋法学一九巻一号(二〇二〇年)二一六頁注三七は、営利性の有無を問われない 商法中の「業とする」・「業トスル」の解釈―」法学研究八五巻一号(二〇一二年)一頁以下)。これについて、 条一項は文言どおりに読む理解もありうるのではないかと述べたことがある(杉田貴洋「商人概念における営利性 筆者は、 東京地判令和三年六月二四日・金融・商事判例一六二六号三四頁 (商法五〇三条) 基本的商行為の成立には営利目的を要するから、商人の要件として営利性を重ねて問う必要はなく、 自然」ではないかとされる。しかし、筆者の解釈でも、営利目的のない自然人が四条一項の商 の存在を考えると、 商人とは「事業活動を、営利の目的を伴いつつ遂行する……主
- (13) 注(4)および(5)参照
- 田中・前掲注(5)一七頁・三九頁。

14

- (15) 田中·前掲注(5)三六頁。
- 酒井・前掲注(12)ニニニー~ニニ三頁。

16

- 17) 酒井・前掲注(12)二二〇頁以下。
- 18 中東正文「判 批 商法判例百選 別冊ジュリスト二四三号(二〇一九年)
- 20 北居=高田·前掲注(3)三二頁〔森川〕。19 北居=高田·前掲注(3)三二頁〔森川〕。

36

- 21 三二八号 (二○○七年) 三九頁注一○、田邊宏康・前掲注(6)四七~四九頁、 宗田親彦「判批」法学研究六二巻一〇号(一九八九年)一〇〇頁、神作裕之「一般社団法人と会社」ジュリスト 得津·前揭注(10)五○頁。
- $\widehat{22}$ 藤田友敬「判批」法学協会雑誌一○七巻七号(一九九○年)一一六六頁。
- 23 田邊宏康・前掲注(6)四八~四九頁。
- $\widehat{24}$ 平成一七年改正前無尽業法二条の行為も同様であろう。
- 25 高鳥・前掲注(3)五二頁、弥永真生「判批」 金融・商事判例一六二六号(二〇二一年)二頁、

清水真希子

26 弥永・前掲注(25)三頁。 ジュリスト一五七〇号(二〇二二年)九七頁。

高鳥·前掲注(3)五九頁。

批

鴻・前掲注(6)九頁 弥永·前揭注(25)三頁参照。

29 28 27

- 30 31 田邊宏康・前掲注(6)三九頁。
- 性の要件を維持することが望ましいとしておられる。 山下友信「商法の現代化と商人概念」同志社法学七一巻一号(二〇一九年)九一頁以下は、 立法論としても、 営

37