

商法における営利性の意義をめぐって

杉 田 貴 洋

- 一 問題意識の提示
- 二 商法の営利性の意義
- 三 自由職業者の商人性・営利性
- 四 まとめにかえて

一 問題意識の提示

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）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、非営利事業を目的とする会社も排除されないと主張される⁽¹⁾。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⁽²⁾。

商法では、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、商人には営利目的がなければならぬと解するのが通説⁽³⁾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⁽⁴⁾がある一方、積極的な意味での利益獲得目的を要求せず、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集めてきた⁽⁶⁾。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、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」は、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社も新たに認められるようになった⁽⁷⁾ことになるが、会社の営利性について、消極的営利性の考え方が採用されたとみることもできよう⁽⁸⁾。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るべきであろうか。

ところで、二〇一七年民法改正に伴い、時効と法定利率についての商法の特則（同年改正前五二四条・五二二条）が廃止された。これにより、両事項についての民商法間の規律の相違は解消され、商法の独自性について、営利性ないし企業性を強調して説明することは、以前ほどの説得力を持たなくなった⁽⁹⁾。また、近時、立法論として、対外的利益獲得目的を要件としない事業性（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のがある⁽¹⁰⁾。さらに、監査法人の商人該当性を認める下級審裁判例⁽¹¹⁾が現れ、商法が商人・商行為概念の要件として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。

本稿は、こうした状況を踏まえ、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。

二 商法の営利性の意義

(一) 商法における営利性とその解釈

商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、同規定の「業とする」の文言は、「営業としてする」の意味に解して、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ぬと説明される。¹²⁾ また、五〇二条は、「同条各号の行為を「営業としてする」ときに商行為（営業的商行為）成立を認めるものであり、行為主体に営利目的があることを求めている。

固有の商人または営業的商行為の成立に必要な営利性¹³⁾について、収支の差額を利得する目的、すなわち収支に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ていけば足りるとする消極的営利性の考え方が提唱され、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、収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充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、……現行実定法の解釈として、ある程度の私見（右の立法論）の導入をなし得る」としていた。¹⁵⁾ 主唱者の意図は、営利の意味をできる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。

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、ただ、収益獲得の目標が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ての対立であったとしたりえて、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節減の動機があれば、営利性を認めてよいとする考え方も提唱されている。¹⁶⁾ この見解は、営利性の意義を緩やかに

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商法の規定を適用しようとするものである。⁽¹⁷⁾

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解⁽¹⁸⁾がある。

(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)

判例は、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・判例時報七二六号九二頁は、「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、商法上の商人にあたらないと解すべきである」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、「中小企業等協同組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ず、なお組合員の事業・家計の助成を図ることを目的とする共同組織^{（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あって、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、商法上の商人には当たらない」とする。

信用金庫についても同様である。すなわち、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、「信用金庫法に基づいて設立された信用金庫は、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に設けられた協同組織による金融機関であり、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の、それにより右の性格に変更を来しているとはいえず、信用金庫の行う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、信用金庫は商法上の商人には当たらない」と判示する。

(三) 検討

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、解釈論としては反対せざるを得ない。先にみたように、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ので、結局のところ、解釈によって「営利」の要件を存在しないものとする狙ったものといえる。こうした理解は、「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。解釈論としては無理がある。経済活動にリスクはつきものであるから、結果として収支がゼロやマイナスになることもあり得るなかで、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、そうした営利の意図の有無は、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ある。⁽²⁰⁾

営利性を緩やかに解釈することで、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方も提示されている。しかし、こうした、協同組織の営利性については、対外的取引に制限がある（中小企業等協同組合法九条の八第二項四号五号・三項・四項、信用金庫法五三条二項参照）ために、その活動の結果剰余を生じたとしても、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。⁽²¹⁾ 預金・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庫はより広く対外的取引が認められているといえるものの、信用金庫の商人性を認めた場合に他の協同組織との区別をいかに考えるかは難しい問題になる（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）と考えられ、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えることができる。⁽²²⁾ 同様に、相互会社についても、対外的取引性がないために営利性が否定され、商人性が否定されると解すべきである。保険業法二二条二項が、相互会社に商法第二編の規定を「準用」するのも、相互会社が商法上の商人でないとの理解に基

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）⁽²⁴⁾ について営利性の要件を充たすためには対外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のというべきである。

三 自由職業者の商人性・営利性

（一）監査法人の商人性

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、監査法人の商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明をするこ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（同法一条の第三項、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査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る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（商法五〇二条五号、同法四条一項参照）。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、財務書類その他の財務に関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、もって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）や監査法人の上記業務には非営利的な側面を有するものもあることは、上記解釈を妨げるものとはいえない。」

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

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」として、商人に該当するとする。まず、商法五〇二条五号の作業の請負とは、家屋の建築、道路や鉄道の建設などを請け負う契約、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、⁽²⁵⁾ 監査報告書の作成・提出は、作業の請負とは異なるものであり、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に従うとしているから、請負と性質決定することは適切でない⁽²⁶⁾と指摘される。五〇二条五号行為の該当性の問題を措くとしても、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、はつきりしない。「そうすると」という接続詞は、五〇二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（営利性は営業的商行為が該当性の効果）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、商人性が肯定されるとの論理（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、なおかつ営利性の要件を充たすことよってはじめに、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、商行為が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要件の審査を要するとするのが通説）。

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、一般の社会通念においては、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⁽²⁷⁾」として、営利性（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。⁽²⁸⁾ もっとも、「自由職業は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、多数の弁護士や公認会計士を要する事務所は、「多かれ少なかれ企業の経営方法をもって運営され⁽²⁹⁾」るものがあり、企業的特質を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、社

会通念に変化があれば、結論も変わり得るといふことであろう。

(二) 芸術家の商人性

五〇二条七号が「撮影に関する行為」を挙げることから、写真師などについて芸術家として自由職業者といえ、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⁽³⁰⁾がある。確かに、文言上は、今日の写真師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、念頭に置いていた行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欠くようである。解釈に当たっては、慎重に考えるべきであろう。

四 まとめにかえて

本稿では、商法上の営利性の意義を取り上げて、解釈論としてどのように考えられるか検討してきた。商法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、本稿では取り上げることができなかった⁽³¹⁾。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、相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、商法の営利企業法としての独自性を後退させるものであったとはいえそうであるが、法の適用の範囲を変更することを考えるのであれば、解釈ではなく、立法により対応することが望ましい。

- (1) 山本爲三郎「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、慶應義塾大学法学研究会）四二二～四一三頁（初出、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号（二〇一八年）四頁、一四頁注一八。
- (2) 葉玉匡美「会社の目的」江頭憲治郎ほか（編）『会社法大系Ⅰ「会社法制・会社概論・設立」』（二〇〇八年、青林書院）一〇〇～一〇一頁、内田千秋「会社法としての一般社団（財団）法人法」藤岡康弘（編）『民法理論と企業法制』（二〇〇九年、日本評論社）七二頁、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・奥島孝康先生古稀記念論文集・第一巻上篇』（二〇一一年、成文堂）八八頁（以下同書を「奥島古稀」とする）、大賀祥充「会社設立の法理」奥島古稀九七頁、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』（二〇一二年、慶應義塾大学出版会）二九九～三〇〇頁、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る考察・序論」岩原紳作ほか（編）『会社・金融・法「上巻」』（二〇一三年、商事法務）二八頁。
- (3) 高島正夫「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) 落合誠一「新会社法講義第一回」法学教室三〇七号（二〇〇六年）六九頁注一七、来住野究「法人の商人性」『慶應の法律学 商事法—慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集』（二〇〇八年、慶應義塾大学法学部）八二頁注一、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）三三二頁（大塚龍児）、北居⇨高田・前掲注（3）三二頁注三二（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）四四頁。
- (5) 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）三六頁。
- (6) 鴻常夫「商法総則〔全訂第四版補正版〕」（弘文堂、一九九一年）九七頁、森本滋（編）『商法総則講義（第三版）』（成文堂、二〇〇七年）三五頁（洲崎博史）、田邊光政「商法総則・商行為法〔第四版〕」（二〇一六年、新世社）四五頁、弥永真生「リーガルマインド商法総則・商行為法〔第三版〕」（有斐閣、二〇一九年）一七頁注七、近藤光男『商法総則・商行為法〔第八版〕』（有斐閣、二〇一九年）二〇頁、田邊宏康「商法の適用対象を画する営利目的について」『専修法学論集一四一号』（二〇二二年）三五頁。

- (7) 反対・稲庭恒一「会社の営利性について―再考―」永井和之Ⅱ中島弘雅Ⅱ南保勝美(編)『会社法学の省察』(二〇二二年、中央経済社) 四七頁。
- (8) 神作裕之「会社法総則・擬似外国会社」ジュリスト二一九五号(二〇〇五年)一三九―一四〇頁は、商法の「営業」の意義を「消極的営利性」の意味に解し、会社法の「事業」には利益獲得目的の意味の営利性は含まないと理解するとすれば、両者はほぼ同義となると説明される。
- (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)六四頁以下参照。
- (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) 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。
- (12) 筆者は、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、四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―商法中の「業とする」・「業トスル」の解釈―」法学研究八五巻一号(二〇二二年)一頁以下)。これについて、酒井太郎「商法の構造と基軸概念―橋法学一九巻一号(二〇二〇年)二二六頁注三七は、営利性の有無を問われない附属的商行為(商法五〇三条)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……主体であると解するのが、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人となることはない。
- (13) 注(4)および(5)参照。
- (14) 田中・前掲注(5)一七頁・三九頁。
- (15) 田中・前掲注(5)三六頁。
- (16) 酒井・前掲注(12)二二二―二二三頁。
- (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)九頁。
- (19) 北居Ⅱ高田・前掲注(3)三一頁〔森川〕。
- (20) 北居Ⅱ高田・前掲注(3)三二頁〔森川〕。

- (21) 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」ジュリスト一三二八号（二〇〇七年）三九頁注一〇、田邊宏康・前掲注（6）四七～四九頁、得津・前掲注（10）五〇頁。
- (22) 藤田友敬「判批」法学協会雑誌一〇七巻七号（一九九〇年）一一六六頁。
- (23) 田邊宏康・前掲注（6）四八～四九頁。
- (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（二〇二二年）二頁、清水真希子「判批」ジュリスト一五七〇号（二〇二二年）九七頁。
- (26) 弥永・前掲注（25）三頁。
- (27) 高鳥・前掲注（3）五九頁。
- (28) 弥永・前掲注（25）三頁参照。
- (29) 鴻・前掲注（6）九頁。
- (30) 田邊宏康・前掲注（6）三九頁。
- (31) 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、営利性の要件を維持することが望ましいとしておられる。