

自由職業者の商人性に関する一考察

隅 谷 史 人

- 一 はじめに
- 二 自由職業の具体例とその特徴
- 三 自由職業者の商人性
- 四 むすびに

一 はじめに

わが国の商法は、「商人」と「商行為」という二つの基礎概念によって、その適用範囲を画している。従来わが国では、これらの基礎概念の関係性について、先に商行為概念を定めてから商人概念を導く商行為法主義を原則としつつ（商法四条一項）、先に商人概念を定めてから商行為概念を導く商人法主義を例外的に採り入れる（たとえば、商法四条二項）立場を採っているものと説明されているところ⁽¹⁾、実質的意義の商法を、企業に特有の生活関係を対象とする私法として理解する通説の立場（企業法説⁽²⁾）において、商人概念はとりわけ重大な意義を有

する。

ところで、伝統的な通説⁽³⁾は、いわゆる「自由職業者」を商人概念から排除しており、現在でも一般的に、自由職業者は商人にはなりえないと説明されている⁽⁴⁾。ところが、東京地裁令和三年六月二四日判決⁽⁵⁾（以下「令和三年判決」）は、監査法人が固有の商人であることを肯定し⁽⁶⁾、かかる通説の解釈に疑問を投げかけた⁽⁷⁾。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（同法一条の三第三項、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）⁽⁸⁾というのである。

学説の多くは、監査法人が自由職業者に含まれることを理由の一つとして、令和三年判決を批判している⁽⁸⁾。しかし、こうした学説の批判にもかかわらず、東京地裁令和五年三月三〇日判決⁽⁹⁾（以下「令和五年判決」）は、同種の事案において、⁽¹⁰⁾ふたたび無限責任監査法人が商人であることを認めた。

令和三年判決、令和五年判決で争われたのは、いずれも商事法定利率の適用の有無⁽¹¹⁾であったが、商事法定利率を規定する商法五一四条は平成二九年の民法改正により削除された。しかし、それでもなお、自由職業者が商人となりうるか否かは、いわゆる商人間留置権（商法五二二条）や商事売買（商法五二四条以下）などの適用の可否に関して、現行法においても依然として議論の実益がある。

また、平成一七年の会社法制定、平成二九年の民法改正の際に、商人・商行為概念のあり方が見直され、上述した商人法主義への転換を図るべく検討が行われた⁽¹²⁾。仮に立法論として、商人法主義への転換が図られ、商人の要件から基本的商行為が外されることになった場合には、自由職業者の営利性の問題に正面から向き合わなければ

ばならない。そういった意味でも、自由職業者と商法の適用関係を検討することは有益であろう。そこで本稿は、わが国における商法体系の祖であり、後述するように自由職業に関する法整備が進んでいるフランス法の議論を適宜参照しつつ、通説が自由職業者の商人性を否定する根拠を整理した上で、その当否について考察することを目的とする。

二 自由職業の具体例とその特徴

(一) 自由職業の具体例

まずは「自由職業とはなにか」を確認することから始める。なぜなら、わが国には自由職業を定義づける明文規定がなく、また、教科書等⁽¹⁵⁾では具体的な職業名が例示的に挙げられることがほとんどであり、その範囲が明確ではないからである。

列挙されている職業を整理すると、①医師、②弁護士はほとんどの文献で言及されている⁽¹⁶⁾。これらに次いで③公認会計士、④芸術家、また、一般的に芸術家と呼ばれるもののなかでも、⑤画家、⑥音楽家を例示するものが多い。その他、少数ではあるが、⑦文筆家（著述家・作家を含む）、⑧陶芸家、⑨彫刻家、⑩書家、⑪漫画家、さらに、⑫建築家、⑬技術家や、いわゆる士業のなかでも⑭弁理士、⑮税理士を挙げるものもある。

このように、自由職業として挙示されている職種は、医療系、法律系、芸術系、技術系など、また、国家資格の有無など、多種多様であることが分かる。さらに、自由職業者をフリーランス一般に広げれば、⑯司会業、現代的には⑰YouTuberなども含まれるとする見解もある⁽¹⁷⁾。

(二) 自由職業の特徴——独占禁止法の議論を参考に

つぎに、右に列挙した職業を包含する共通の特徴を模索するべく、自由職業の概念について若干の先行研究がみられる独占禁止法の議論を参照したい。独占禁止法（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律）の分野では、自由職業者が二条一号の「事業者」に含まれるのかが、かねてより争点となっていた。¹⁸ 独占禁止法の規制対象か否かという問題¹⁹それ自体は、商法の議論と無関係であるが、独占禁止法は商行為の基本的秩序を定めるものとも位置づけられるため、自由職業の捉え方に関しては示唆に富む。²⁰

自由職業の概念は、歴史的には近代西欧社会において成立したものであって、医師、弁護士をその典型とするが、かならずしも確立した概念ではない。そして、医師、弁護士という古典的プロフェッションのほかにも、商業の発達にともなう会計士、建築術の発展にともなう建築士をはじめとして、多くの職種について自由職業化の現象が見られ、主要なものは、医業関係（医師、薬剤師等）、弁護士等（弁護士、公認会計士、司法書士、公証人等）、建築関係（建築士、不動産鑑定士等）、海事関係（水先人等）に分類できるといえる。²¹

自由職業には、つぎのような特徴があるという。すなわち、①国家および社会に対して特別の責任をともなう公的課題を担っていること、②依頼者の側には欠けている高度に精神的な業務（サービス）を提供するものであること、③個人によりその業務が提供され、依頼者に対する特別な忠実義務をともなうこと、④営利をともなわず、報酬基準が表示されており、広告・宣伝の制限を含む競争制限の規制が存在していること、⑤団体的統制の下で業務の活動が行われていること、⑥団体が業務に従事する者の資格・権能を与える権限を持ち、その資格のための教育・訓練を行っていること、⑦団体的に倫理的自己規制を行っていること、である。

こうした特徴は、自由職業の原語 (liberal profession, profession liberale) の「職業 (profession)」の部分、それも西欧中世に形成された神学・法学・医学の三分野の仕事に共通すると考えられた特徴をまとめたものといえる

が、その特徴の大部分は、上記三分野でも失われており、また、時代によって、これら以外の仕事にも同じような特徴が現れてきており、いわば程度問題の特徴であるという。⁽²³⁾したがって、「自由職業という名称で呼ばれる仕事には、確定的な範囲はなく、知的色彩の強い、換言すれば筋力を伴う度合いが少ないサービス、知的サービスを指す」ものに過ぎなくなっているというのである。⁽²⁴⁾

つぎに、自由職業の「自由 (libérale)」については、従属していないことを意味するという。したがって、現代においては、団体、企業に雇用され、または援助を受けていないことを意味するということになる。

以上の通り、自由職業に共通するいくつかの特徴は見いだせるものの、他の職業と画然と区分される境界線はない。⁽²⁵⁾

(三) フランス法における自由職業 (profession libérale)

ここではフランス法の整理を参考に見たい。なぜなら、(二)のとおり、自由職業の概念は近代西欧社会において成立したといわれており、わが国における自由職業の概念は、フランスにおける profession libérale に強い影響を受けているものと考えられるからである。⁽²⁶⁾

フランス法では伝統的に、そしてやや風刺的に表現すれば、「手作業の」または「知的な」活動を行う職業者は、理論上、商法の対象外とされてきた。こうした非商人職業者 (professionnels non commerçants) は、投機 (speculation) を基礎とするものとはみなされていなかったからである。非商人職業者は一般的に、農業者 (agriculteurs) 、職人 (artisans) 、および自由職業者に分類される。⁽²⁷⁾

自由職業は、二〇二二年三月二二日法 (loi n° 2012-387 du 22 mars 2012) 二九条第一パラグラフ本文⁽²⁸⁾において、つぎのように定義づけられている。「自由職業とは、適切な職業資格を通じ、倫理原則または職業倫理を遵守し

て実施される、主に知的、技術的、または治療の役務を、顧客または公衆の利益のために保障することを目的とし、平常、独立してかつ自らの責任のもとで一般的に民事的な性質を有する活動を行う者の総称である。」この定義は商法の文脈でも引用される一般的な定義である。²⁹⁾

自由職業は通常、規制自由職業 (profession libérale réglementée) と、非規制自由職業 (profession libérale non réglementée) とに分けられる。規制自由職業の定義は「二〇二四年九月一日に施行された、二〇二三年二月八日オルドナンス (Ordonnance n° 2023-77 du 8 février 2023 relative à l'exercice en société des professions libérales réglementées) 一条一項に規定されている。すなわち、「規制自由職業とは、適切な職業資格を通じて実施される役務を、顧客、患者および公衆の利益のために保障することを目的とし、平常、独立してかつ自らの責任のもとで活動を行う者の総称である。」そして、これらの職業は法律または規制上の地位を有し、その資格名称は保護され (同二項)、倫理原則または職業倫理を遵守する義務を負う (同三項)。³¹⁾ また、同二条において、規制自由職業は保健衛生職 (professions de santé)、法律・司法職 (professions juridiques ou judiciaires)、³²⁾ 技術および生活環境職 (professions techniques et du cadre de vie) という三つのグループに分類されている。

これに対し、非規制自由職業は統一性に欠けており、完全に自由な場合もあれば、許可が必要な場合もある。これらの職業には、結局のところ消極的な定義しか与えることができない。すなわち、規制されておらず、商業的でも、職人的でも、農業的でもない、独立した職業活動を包含するものである。³³⁾ これらの職業には、大多数の規制自由職業、たとえば医療・看護職 (医師 (médecin)、獣医 (vétérinaire)、歯科医 (chirurgien-dentiste)、助産師 (sage-femme) など)、法律・司法職 (弁護士 (avocat) など)、技術職 (建築士 (architecte)、測量鑑定士 (géomètre-expert) など) に見られるような同業者団体が存在しないため、非規制自由職業が共同して事業を行う場合の規制の欠如が問題となっている。³⁴⁾

古典的な分析によれば、自由職業を特徴づける基準となるのは、以下の四つである。第一に、自由職業者と顧客との間に築かれる特有の「人的要素の考慮 (intuitus personae)」、⁽³⁵⁾第二に、自由職業の知的な性質 (caractère intellectuel)、⁽³⁶⁾第三に、独立性 (independance)、⁽³⁶⁾第四に、自由職業者の無私無欲 (desintéressement) である。⁽³⁶⁾このうち第一の基準について、信頼 (confiance) は自由職業者と顧客との関係の中核をなす不可欠の要素であるため、これが主たる基準となる。第二の基準について、自由職業は通常、純粹に知的な、それゆえ本質的に個人的な努力が必要であるため、商品や設備、他者の労働力への投機とは相容れない。第四の基準について、自由職業は、原則として利益の追求よりも他者への奉仕が優先されるため、ある種の無私無欲を前提にしているといわれる。⁽³⁷⁾

先の二〇一二年三月二二日法二九条⁽³⁸⁾の定義は、このような古典的な分析を、部分的にまたは暗黙のうちに採り入れている。すなわち、第二、第三の基準は明文で規定されており、第一の基準は、「倫理原則または職業倫理の遵守」や「顧客または公衆の利益」への言及により、自由職業者と顧客との間に自然に築かれる信頼関係を、暗黙のうちにはあるがはっきりと想起させる。しかし、こうした分析や、法的な定義づけがなされているにもかかわらず、自由職業の多様な実態を特徴づける基準を定めることは、依然として困難であるという。⁽³⁹⁾とりわけ自由職業と商法との関係は、自由職業の商化 (commercialisation) が顕著になったことで、先の分析基準を揺るがせる問題となっているようである(この点については後述する)。

三 自由職業者の商人性

(一) 総説

以上のとおり、自由職業を構成するある程度の特徴は認められるとしても、他の職業との截然とした分水嶺にはなっていない。これは、わが国よりも精緻な立法的整理がなされているフランス法においても同様である。したがって、商法上問題となる「自由職業」という概念をあらかじめ定義づけることは困難である。そこで以下では視点を変えて、ほぼすべての文献で名前が挙がる医師・弁護士を念頭に置きつつ、自由職業者と呼ばれる者が商人になりえないとされる根拠を検討する。

まず、商法四条一項によると、固有の商人とは、①自己の名をもって、②商行為をすることを、③業とする者であると規定されている。通説によれば、①は、「法律上、自己がその行為から生ずる権利義務の帰属主体になること」を意味するものであり、②は、商法五〇一条および五〇二条の基本的商行為のことであり、③は、「営業とする」と同義であり、「営利の目的をもって同種の行為を反復的・継続的に行うこと」であると解されている⁽⁴¹⁾。

学説は自由職業者が原則として商人ではないという結論については一致しており、上記③の要件を充たさないからであるという理由づけについても、おおむね一致しているといつてよい。ただし、単に自由職業は「営業」に当たらないということ根拠とするものがある一方で、自由職業には営業のなかの「営利目的」⁽⁴³⁾が欠けているということを根拠とするものも多い⁽⁴⁴⁾。後者の見解は、比較的新しい文献に多い傾向があるように見受けられる⁽⁴⁵⁾。

通説のように、「業とする」を「営利の目的をもって同種の行為を反復的・継続的に行うこと」の意味に解するのであれば、反復・継続のいかんにかかわらず自由職業者一般の商人性を否定する以上、必然的に営利目的の

有無が焦点となるようにも感じられる。そこで以下では、論者によって若干ニュアンスが異なる部分もあるが、同種の根拠であれば区別せずに併記して、具体的根拠を整理することにする。

(二) 自由職業者の商人性を否定する根拠とその例外

①まず、個人の主観的意欲のいかんにかかわらず、自由職業者の行為の客観的・社会的に「あるべき」性質からみて、営業とは認められない⁽⁴⁶⁾、または営利目的以外の「あるべき」目的を達成することを主目的としていると説明するものがある⁽⁴⁷⁾。

②つぎに、自由職業は社会通念上、営業と認められていない⁽⁴⁸⁾、または、たとえ本人が主観的に営利の目的をもつて行うとしても、現在の社会通念においては、その営利が従たる目的とみられ、ここにいう営業とは認められないと説かれる⁽⁴⁹⁾。②では、仮に自由職業者が営利の目的を有し、かつ商行為を反復継続して行っていたとしても、社会通念上、自由職業は営業ではないと解されると説明するものが多い⁽⁵⁰⁾。

なお、①と②の理由づけをまとめるような形で、「社会観念上あるべき姿として営利であるべきではなく、客観的には営利の目的はない」と述べられることもある⁽⁵¹⁾。

③また、自由職業者の「行為が専門的な知識や技能を要すること、および、あるいは、その業務が著しい個性的特徴を有することを理由とする」と説明するものがある⁽⁵²⁾。

④さらに、医業は営業に当たらないと判示した裁判例およびその理由づけを挙げるものがある⁽⁵⁵⁾。すなわち、長野地裁大正元年一月一日判決は「醫業の如き専門の技術又は學識を要する精神的勞務を給付する業務……は之を營業と稱せざるを以て通常の觀念とし、また、那覇地裁昭和三年九月一日判決は「元來醫師ノ業務タルヤ専門的技術及學識ヲ要スル精神的勞務ニシテ其藥品ヲ調査スルカ如キハ其醫療方法ニ過キス普通ノ觀念ニ於テ之

ヲ營業ト稱スルヲ得サルモノトス」として、いずれも医師の業務を営業ではないと結論している。

⑤最後に、自由職業は「本来営利のためにのみ行われるものではないことを挙げる見解もあるが、むしろその業務の著しい个性的特徴のゆえにその歴史的發展と関連して、現在の一般取引の見解においてはこれを営業と認めないからであるとするのが至当である」とする見解もある。⁽⁵⁸⁾これは、①②の社会通念が形成されたのは、③業務が著しい个性的特徴を有していること（およびその歴史的發展）⁽⁵⁹⁾に求められると解しているようであり、④の裁判例の理屈づけも同一の方向性を指向しているようである。

以上のとおり、自由職業は、「歴史的發展と関連して社会通念上営業とは認められない（その要件を充足しない）」と説明されている。その点から窺うことができるように、営利目的の有無は、客観的に社会通念により判断されるのであって、行為主体の主観的な意図により判断されるのではない⁽⁶⁰⁾ということができる。ここで問題となるのは、客観的に社会通念により判断されるという営利目的は、自由職業に特有の判断基準なのかということである。学説のなかには、「業とする」という場合の営利目的の有無は、当人の主観的意思によらず客観的に社会的観念から（社会的・客観的に）決めるべきであるとし、自由職業に限られないとする見解がある。これに対し、現在の通説は、営利目的の有無を原則として主観的に判断しつつ、自由職業については客観的に（社会通念上）営利性が否定されると解しているようである。⁽⁶²⁾後者の考え方は、商人に関するすべての要件を充たしているとしても、社会通念が超法規的に自由職業者の商人性を認めないということなのであろう。

しかしながら、①の営利目的以外の「あるべき」目的を達成することを主目的としているという点に関しては、「通常主従の判別はなしえない」との正当な批判があり、⁽⁶³⁾③の理由については、「現代の製造業や販売業等一般にそれに従事する者が商人と認められる場合においても、しばしば高度の知識や技能が要求され、あるいは、その業務が著しい个性的特徴を有する場合も存在する」と批判され、⁽⁶⁴⁾現代では程度問題にすぎなくなっている。⁽⁶⁵⁾

そうすると、自由職業者の営利目的や自由職業の営業を否定する根拠は、結局のところ、歴史的経緯により形成され、現在でも存在すると考えられている、漠然とした社会通念に支えられているといわざるをえない。「すなわち、いわゆる自由職業は、社会通念上、その行為の客観的なあるべき性質が、本来営利のために行われるべきでないとの認識が、未だ社会の一般常識に適うから商法の規整の外に置かれて⁽⁶⁶⁾いる」と説明するほかないのである。そして社会通念で決まるということは、社会通念に変化があれば、結論も変わりうるということでもある⁽⁶⁷⁾。以上のように、商法学説は自由職業者の商人性を原則として認めていない。しかし、その一方で、商法を企業法的に考察すると、自由職業を当然に商法の範囲外のものと取り扱ってよいかについては慎重な吟味が必要であるとし、なんらかの形で例外的にその商人性を認めるのが多数説である⁽⁶⁸⁾。

そこで、「医師などについても特別扱をすることなく、営業意思ないし企業意思の存在が客観的に認められるかどうか、という統一的基準で判断すべき」であるとの見解が示され⁽⁶⁹⁾、学説の多くは「自由職業の商化」という観点から自由職業の商人性（企業性）を認めようとしている。すなわち、「現代は、私立の大病院、多数の弁護士を擁する法律事務所（公認会計士の場合もほぼ同様）、多数の弟子を使っている文筆家や工房など、多かれ少なかれ企業的経営方法をもって運営されている自由職業の例は決して少なくない。とくに大都市において『自由職業の商化』の現象は漸く顕著になってきている。従来⁽⁷⁰⁾の学説中にも、たとえば医師が病院を経営して患者を入院宿泊させるような場合には、そこに営業ないし商人の存在を認める見解がある……のは、故なきことではない。問題は学問のないし芸術的種類の職業にあっても、それを当然に営業たりえないと考えるのではなく、そこに企業の一般的要件が存するかどうかによって決定すべきものであり、自由職業的労務を対象とする企業の存在する可能性は理論的に認められる……ものであって、……企業的特質をもつ自由職業については、商法の規定の中で企業を対象とするものの適用を認めて然るべきであり、ただ、同時に、当該自由職業が学問ないし芸術に関わる

ものであるという点を十分に考慮し、商法の規定を適用する際には修正を加える必要があるだけであろうと考える。そして、商法規定の修正的適用をみるべき自由職業の企業的特質は、その独立性、継続性、サービスの公衆性、活動範囲について外形的にはつきり認められる組織（病院、事務所、工房のごとし）などのうちに、これを認めることができよう」というのである⁽⁷⁰⁾。

(三) フランスにおける自由職業の商化と集団化

二 (三) で確認したとおり、フランス法における自由職業の古典的分析基準は、自由職業の独自性を確保するのに十分に説得力があるものとみなされてきた。しかし、利益追求の精神 (*esprit lucratif*) と営業的手法とが、一部の自由職業においてますます一般的となっており、自由職業の商化の明らかな原因となっている⁽⁷¹⁾。そして、商人、職人、自由職業者の区別は曖昧になってきており、実務上、自由職業者は商法の適用対象となる場合があるのである⁽⁷²⁾。

自由職業の活動が商取引をともなっており行われることは珍しいことではなくなっている。この場合、性質決定の抵触は、付随理論 (*théorie de l'accessoire*) によって解消されてきた⁽⁷³⁾。すなわち、古い判例は、自由職業者が主たる民事活動の一環として、付随的なまたは形式による商行為を完全に行うことが可能であるが、商人としての資格要件を充たしていないため、商人とはなりえないと判示した⁽⁷⁴⁾。これは、商行為が個人または職業のどちらの立場で行われていたのかで判断が異なることを意味する。そのため、診療に付随して歯磨き粉の販売をしていた歯科医は商人ではないのに対し⁽⁷⁵⁾、顧客に資材を転売していた建築士は商人と認められた⁽⁷⁶⁾。さらに、顧客の資金を用いて、平常、銀行業務を行っていた公証人は商人であると認定されている⁽⁷⁷⁾。このように、自由職業は大きく変化し、営業活動に適用される諸規定との接近が進んでいる⁽⁷⁸⁾。

さらに二〇〇〇年代に入り、自由職業に対する商法の適用範囲を拡大する判決が下されたことは注目に値する。すなわち、不動産診断士 (diagnostiqueur immobilier) の活動に係る紛争につき裁判所の管轄権が争われた事案で、破毀院商事部は、商法典一〇〇一条六号 (Art. L.110-16° C. com.) の供給事業にはサービスの供給も含まれること、不動産診断士の活動 (アスベスト・害虫被害の診断、居住面積・物件の状態の確認、建物の価値の評価、そして一般に、資産の持続性、最適化および譲渡に関連するあらゆる診断および取引) がサービスの供給の範疇に入るものであり、また、そのような活動が純粹に知的な活動ではなく、平常、営利で行われる場合には商的性格を有する旨を明示した⁽⁸¹⁾。不動産診断士は一九九六年一月一八日法 (Loi n° 96-1107 du 18 décembre 1996 : Loi Carrez) 以来、飛躍的に増加した職業であるが、純粹に知的な活動か否かという判例のフォーミュラは、バルザックの「あら皮 (peau de chagrin)」のごとく、自由職業を縮小させる傾向にあるようである⁽⁸²⁾。

最後に、立法面でも、自由職業の集団化を皮切りに、その特異性は縮減傾向にあり、民事的な活動との区別は以前よりも不鮮明になっている。とりわけ現代では、「大雑把に、単独で業務を行う専門家 (professionnel) というイメージは誤っている」と指摘されるほどに、自由職業を実施する際の集団化が発展している⁽⁸⁴⁾。

たとえば、いわゆるマクロン法は、公証人、弁護士、法廷執行吏 (huissier de justice) または裁判上の動産競売吏 (commissaire-priseur judiciaire) (後の執行士 (commissaires de justice)⁽⁸⁶⁾) の規制自由職業者に対し、有限責任会社 (SARL)、株式会社 (SA)、簡素株式会社 (SAS) などの商事会社 (société commerciale) 形態により業務を行う途を開いた⁽⁸⁷⁾。同様に、弁護士などの法律・司法職に従事する規制自由職業のメンバーは、民事活動と関連して、資産やサービスの販売を行うことができるようになり、自由職業の商化という、しばしば批判される現象が立法によって明確に強化される結果となっている⁽⁸⁸⁾。

(四) わが国における産業構造の変化と「公益」・「非営利」概念

こうした自由職業の商化現象は、社会的な産業構造の変化によってもたらされたものであると考えられる。すなわち、歴史的にみれば、経済活動は「財貨の流通媒介」（経済的意義での「商」）を端緒としてもたらされた。余剰生産物の流通に従事する者、すなわち商人が、一種の社会階層として確固たる地位を占めたところから、現行商法典にまで連なる「商」活動は、歴史的には中世ヨーロッパ社会での余剰生産物の流通に発祥したと理解されている⁽⁸⁹⁾。

また、わが国の旧商法典を起草したロエスレルは⁽⁹⁰⁾、その草案八条の註釈のなかで、「ここでの指導原理は、資本 (Capital) を用いて営まれ、直接または間接的に製品や商品の転換 (Umsatz) を生じさせるあらゆる行為は商行為 (Handelsgeschäfte) であるべきであるということである。……先の指導原理を逆にすれば、資本を用いて営まれておらず、財貨の転換 (Güterumsatz) を生じない行為は商行為ではないということが明らかとなる。これは資本生産 (Capital-production) 以外の、公務員、法律家および医師、教師および芸術家の仕事のような、いわゆる非生産的な活動 (unproductiven Thätigkeiten) についてもまた明らかであり、法律で殊更に言及する必要はない」と説明している⁽⁹²⁾。

しかしその後、わが国では産業構造が高度化し、国民経済の中心が第三次産業へと変遷していくこととなった⁽⁹³⁾。さらに、経済の発展にともない、生産の中心が物財からサービス財へと移り、経済のなかで第三次産業、とりわけサービス業の比重が増加し⁽⁹⁵⁾、モノや物的資源に対し、知識、サービス等の評価・価値が相対的に高まる「ソフト化」と呼ばれる現象が生じたのである⁽⁹⁶⁾。

こうした動きを受け、総務省統計局が編纂し、わが国の経済統計の基礎をなす「日本標準産業分類」は⁽⁹⁷⁾、「医療・福祉」や「学術研究、専門・技術サービス業」を「産業」として位置づけている。まず、一九四九年一〇月

に同分類が設定された時点で、すでに、大分類「K―サービス業」のなかに、中分類「醫療保險業」と「法務」が含まれていた。⁽⁹⁹⁾その後、二〇〇二年三月の第一一回改定により、「医療・福祉」は独立の大分類項目になった。すなわち、従来の大分類であった「L―サービス業」⁽¹⁰⁰⁾は、全産業における事業所数および従業者数のそれぞれ約四分の一を占め、各種の経済活動が混在していることから、第一〇回改定時の答申において、「L―サービス業の分割等大分類の構成の在り方」について検討するよう提言されていた。これを踏まえ、「L―サービス業」のうち、医療、福祉に関する分野については、高齢化の進展による介護福祉に係る新産業の出現・多様化等がみられ、産業規模も拡大してきていることから、大分類「N―医療、福祉」が新設されることとなったのである。また、新設された大分類「Q―サービス業（他に分類されないもの）」については、今後さらに、たとえば、専門的知識・技術の提供に関する産業など、その産業規模が大きく、国際比較上意義あるもので、データが安定的に収集できる可能性のあるものについて、その定義・範囲を調査・研究し、大分類として新設することの適否について検討する必要があるとの指摘がなされた。⁽¹⁰¹⁾

つづく二〇〇七年一一月の第一二回改定の際に、「Q―サービス業（他に分類されないもの）」から「L―学術研究、専門・技術サービス業」が独立し、その中分類「専門サービス業（他に分類されないもの）」のなかに、法律事務所などが位置づけられている。⁽¹⁰²⁾これは第一一回改定時に指摘があったこと、また、前回の改定以降も大分類「Q―サービス業（他に分類されないもの）」の事業所数および従業者数の伸びが伸びづき、二〇〇四年事業所・企業統計調査の結果によれば、事業所数は全産業の約一九％、従業者数は同約一五％を占めるに至っていること、それにより各種経済活動が混在しており、学術研究、専門・技術サービスおよび広告に関する分野は、事業経営の高度・専門化および多様化等にもない産業規模が拡大していることを踏まえたものである。⁽¹⁰³⁾こうして新設された「L―学術研究、専門・技術サービス業」や「P―医療、福祉」の大分類は、最新の二〇二三年七月の第一

四回改定でも維持されており、中分類にも変化はない。⁽¹⁰⁾

日本標準産業分類において新設または廃止される業種は、基本的にはその大分類グループ内での業種の興隆、衰退を示す一つの重要な指標とみることができる。また、日本標準産業分類と密接に関連する「事業所・企業統計調査」に小分類業種として特掲されることは、その業種が業として認知され独立した地位を持つことを意味し、⁽¹¹⁾ ここには病院や一般診療所などの医療業や法律事務所などの専門サービス業が掲記されている。

以上のように、自由職業の典型ともいえる医師や弁護士でさえ、現在では事業経営の高度・専門化および多様ななどにより一つの産業と位置づけられ、その産業規模も拡大していることが明らかである。そのため、たとえば、病院や診療所などで行われる医療行為そのものが産業であることは、今さら議論するまでもなく当然に認められているのが現状である。⁽¹²⁾ このような状況のもとでは、現代の自由職業者は、独立した専門家という従来の位置づけから、産業システムの一構成要素へと変容せざるをえなくなっていると考えられるのである。

つぎに、法理論的または立法的な変化という観点から自由職業と営利性の関係に目を移すと、「公益」と「非営利」に関する議論または制定法による整理が参考になる。すなわち、一八九六年のいわゆる新民法以来、公益法人制度について、とりわけ、「公益」と「非営利」の概念整理をめくり、両者を次元の異なる二つの軸で考える見解と両者を同一の軸上で捉える見解との対立が見られた。その後、営利法人における営利性概念が精緻化され、「対外的企業活動によって得た利益の構成員への分配」とする現在の通説が形成され、⁽¹³⁾ 概念が整理された。現在では、法人における公益・非公益と営利・非営利は異なる次元の二つの軸上のものとされている。⁽¹⁴⁾ その結果、「公益」については、民法で「学術、技芸、慈善、祭祀、宗教その他の公益を目的とする法人」(民法三三条二項)と定め、公益法人認定法が、公益目的事業について具体的に列挙し、「非営利」については、構成員に剰余金の配当または剰余財産の分配を認めないという意味で(一般社団法人法二二条二項参照)、一般社団法人は非営利法

人であると位置づけられることとなった。⁽¹¹⁾

このような概念整理となっているため、公益法人では一定比率の収益事業を行うことが認められており（公益法人法一五条）、非営利法人である一般社団法人でも、対外的に収益活動を営むことが禁じられているわけではなく、公益的な事業活動のみならず社員に共通する利益を図るための活動その他、適法であればどのような活動であつても許されるものと解されている。⁽¹²⁾

商法上の商人かどうかを論じる場合に問題となる営利性は、得た利益の使途を問わない（営利法人の営利性は異なる）ことから、これらの法人が商人となりうるか否かは収益事業を営むことができるか否かで判断され、当該法人が収益事業として商行為を行う場合には、その限りで商人になるというのが通説である。⁽¹³⁾ その結果、

「営利目的は、……医師の使命（医師法一条）や、……弁護士使命（弁護士法一条）を損なうようなものではないと指摘されるに至っており、事実、たとえば社会医療法人は法律上、厚生労働大臣が定める収益業務を行うことが認められている（医療法四二条の二参照）。さらに、そのなかには製造業、運輸業、卸売・小売業、飲食店、宿泊業などが挙げられているため（厚生労働大臣の定める社会医療法人が行うことができる収益業務二条）、社会医療法人はその限りで、商行為を自己の名で業として行う固有の商人となりうると思われる。」

こうしてみると、少なくとも典型的な自由職業であるとされる医師や弁護士の大多数は、事務所を構え、専用の設備を整えた上で業務を行っている。したがって、現在では多数説が指摘する企業的特質を備えて業務を行うことが常態化していると評価でき、自由職業の独自性を支えてきた社会通念が現代においてもなお通用性を有するののかについては、甚だ疑問である。とりわけ、法人化している場合、その傾向はより顕著であるといえる。

以上のように、現代の産業構造を前提とする限り、歴史的・伝統的に形成されてきた社会通念は、すでにその支持基盤を失っており、自由職業の独自性も根拠を失っているといえるのではないだろうか。さらに、企業の特

質を有する場合に例外を認める通説の立場を前提にすれば、自由職業という概念は商法の適用を画する基準とはなりえておらず、根拠も範囲も不明確な「自由職業」という概念を商法適用の可否について殊更に重用する実益は、もはや存在しないといえるのではないだろうか。⁽¹¹⁵⁾

(五) 自由職業と商行為

仮に「自由職業」という概念を捨て去った場合、いわゆる自由職業者が商人であるか否かは、現行法のもとでは、結局のところ「商行為(商法五〇一条、五〇二条)」を行っていかどうかという問題に帰着せざるをえない。この点を捉えて、そもそも自由職業者の行為は商行為に当たらないため、商人性は認められないとの指摘もある。⁽¹¹⁶⁾ 本稿では、紙幅の都合上、この点に関して十分な検討をすることはできないが、伝統的多数説は、医師が病院を経営し、患者を入院宿泊させるような場合には場屋取引(商法五〇二条七号)に当たると解している。⁽¹¹⁷⁾ また、獣医師業が他人のためにする加工に関する行為(同二号)に当たるとする見解や、漫画家が自己の著作物を出版する行為が商行為(同六号)であるとする見解⁽¹¹⁸⁾、芸術家が絵や陶器を制作し、それを他に売却して生計を立てているとすれば、商法五〇一条一号または五〇二条二号に該当する可能性があり、店舗販売していれば商法四条二項の擬制商人であるとする見解⁽¹¹⁹⁾がある。さらに、カメラマンは、一方で撮影に関する行為(商法五〇二条六号)を業として行えば商人になるが、他方で芸術家としてカウントすれば商人でなくなるといふ不都合が指摘されている。⁽¹²⁰⁾ 最後に、冒頭で採り上げた令和三年判決や令和五年判決のように、監査法人の監査業務を、作業または労務の請負(同五号)と解する余地もなくはない。⁽¹²¹⁾

四　むすびに

これまでの検討で明らかかなように、伝統的に用いられてきた「自由職業」という概念には問題が山積している。まず、概念自体が明確なものではなく、これは自由職業の定義規定を有するフランス法でさえも同様である。したがって、いかなる職業が自由職業に該当するのか、その範囲がそもそも判然としない。

つぎに、フランスでは自由職業の商化により、実態に即した形で、判例が既存の自由職業者に商人性を認めたり、新たに急増した職業の自由職業性を認めなかったりして概念の縮減が図られている。また、立法面でも、一部の規制自由職業者に対し、商事会社の形態で業務を行うことを認めるなど商法的規制との近接がみられる。自由職業の商化は、わが国でもたびたび指摘されているところであるが、これは膨大な国際比較研究の結果、一国の時系列的検証にとどまらず、国際横断的にも検証・実証された歴史的経験法則⁽¹²³⁾である産業構造の高度化や、ソフト化の一環であると考えられる。そして、現代の産業構造を前提にすると、自由職業が他と別異に取り扱われる根拠となってきた社会通念は、すでに薄弱なものとなっているように見受けられる。とりわけ、「公益・非公益」と「営利・非営利」とが次元の異なる概念であるとの整理のもとでは、その傾向は一層明らかである。

このことを、自由職業の定義づけは一旦措いて、典型的な自由職業であるとされる医師を念頭に置いて考えてみると、同一の職業であるにもかかわらず、商人性の有無やその根拠は種々雑多であることが分かる。第一に、病院に勤めている、いわゆる勤務医は「自己の名をもって」業をしていないため、その意味で商人とは認められないであろう⁽¹²⁴⁾。第二に、開業医が病院や診療所で患者を入院宿泊させている場合には場屋営業に当たり、これら自己の名をもって業として行えば商人となるというのが伝統的通説である。これをさらに推し進めて、第三に、独立性、継続性、サービスの公衆性、活動範囲について外形的にはつきり認められる病院のような施設を有して

いる場合には企業的特質が認められるため、商行為を行ってれば商人となると解する見解が多い。第四に、立法的整理の結果、たとえば社会医療法人が製造業、運輸業、卸売・小売業、飲食店、宿泊業などの収益事業を行う場合には、商人性が認められると考えられる。第五に、これらに該当せず、自己の名で医療を提供してはいるものの、上記の企業的特質を有していない個人医は、社会通念上、商人とはならないと整理されることになる。おそらくこの五番目の医師が、伝統的に自由職業者として想定されてきた者であると考えられるが、現代において、そのような活動形態が主流であるとは到底考えられない。

以上のように、同一の職業であっても、商人性の有無に関する考慮要素は多種多様であり、結論にも差異を生ずる。個別具体的な検討を経て商人性を逐一判断しなければならないのであれば、商法の適用に関して、自由職業という包括的概念枠組みは、もはやその意義を失っているといわざるをえない。このように理解すれば、自由職業者であっても営利性は認められ、それらの者が基本的商行為を業として行っているのであれば、他と同じく固有の商人と認められることになるし、⁽¹⁵⁾店舗その他の設備で物品を販売していると認められるのであれば擬制商人にもなりうることになる。

⁽¹⁶⁾なお、近時、営業概念の構成要素から営利性を取り去り、反復継続性のみを要素とすることを提案するものがある。たしかに、そもそも商法上の商人の営利性につき、収支適合、収支相償うという解釈が打ち出されたのは、⁽¹⁷⁾実質的に営利性の要件を商人概念から排除し、商法の現在の枠組みを維持しつつ、中性的法人や自由職業などを商法上の商人とすることが意識されていたようである。

現代において、殊に自由職業の営利性については、これを否定する社会通念自体に疑義があり、少なくとも自由職業という概念の意義を今一度問い直す必要があることは前述したとおりである。これは劈頭で触れたとおり、商人法主義の体系に転換した際の商人の定義にも大いに関わってくるところである。その意味で商人法主義を採

る国、たとえばドイツ法との比較も重要になると考えられるが、この点は別稿に譲らざるをえない。⁽¹²⁸⁾

- (1) 森本滋編『商法総則講義』（成文堂・第二版・一九九九年）二八一―二九頁（洲崎博史）。
 - (2) 西原寛一『日本商法論第一巻』（日本評論社・第二版・一九五〇年）一六頁以下。
 - (3) 竹田省『商法総論』（有斐閣・訂補二〇版・一九二四年）一九二頁など。
 - (4) 弥永真生『リーガルマインド商法総則・商行為法』（有斐閣・第三版・二〇一九年）一八頁など。
 - (5) 東京地判令和三・六・二四金判一六二六号三四頁。
 - (6) 本判決の事案は、無限責任監査法人である訴外Aの社員である公認会計士Xらが、訴外Aから脱退した際の持分の払戻し、未払報酬およびこれらに対する商事法定利率年六分（平成二九年法律第四五号による改正前の商法五一―四条所定のもの）の割合による遅延損害金の支払いを求め、訴外Aの権利義務を承継した有限責任監査法人Yが本訴を承継したものである。
 - (7) 弥永真生「いわゆる自由職業と商人性―東京地判令和三・六・二四をきっかけとして―」金判一六二六号（二〇二二年）二頁以下。
 - (8) 尾形祥「判批」新・判例解説 Watch三二号（二〇二二年）四頁、清水真希子「判批」令和三年度重判解（二〇二二年）九七頁、長谷川乃理「判批」税務事例五四卷七号（二〇二二年）九〇頁、三宅新「判批」ジュリ一五九〇号（二〇二三年）一四〇頁。
- その他、監査法人の商人性を認めなくとも、持分払戻請求権に関して年六分の遅延損害金を認めることが可能であったこと、監査法人の業務を商法五〇二条五号の作業に含めることの可否については、拙稿「判批」法研九八巻六号（二〇二五年）四一頁以下。
- (9) 東京地判令和五・三・三〇判例集未登載（令和元年（ワ）第二七一五二号）。
 - (10) 無限責任監査法人であるYの社員であったXが、Yからの脱退にともなう持分の払戻しおよび商事法定利率年六分の割合による遅延損害金の支払いを求めた事案である。
 - (11) いずれも、監査法人が商法四条一項の商人に該当し、監査法人が社員から出資を受ける行為（および社員との間

で業務執行に関する報酬の合意をする行為(令和三年判決)が附属的商行為(商法五〇三条)であることから、遅延損害金には商事法定利率が適用されると判示する。

(12) 藤田友敬「総論・商法総則・商行為法の現状と未来」NB L九三五号(二〇一〇年)七頁以下。

(13) わが国は普通ドイツ商法典(Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, ADHGB)を経由してフランス商法典の体系を承継している(北居功・高田晴仁編『民法とつながる商法総則・商行為法』(商事法務・第二版・二〇一八年)二頁以下〔高田晴仁〕)。

(14) 概要につき、松井智予「フランス商法典の概観——日本商法典と比較して」NB L九三五号(二〇一〇年)七〇頁以下、増田史子「比較法——ドイツ商法典、フランス商法典の現在」法教五一〇号(二〇二三年)九三頁以下など。

(15) たとえば、野津務『商法総則第二部(営業論)』(有斐閣・一九三四年)三八頁、田中耕太郎『改正商法総則概論』(有斐閣・第二三版・一九四三年)二五五頁、小町谷操三『商法講義 卷一 総則・會社』(有斐閣・一九四四年)二五頁、伊澤孝平『註解商法総則』(法文社・一九四九年)四五頁、石井照久『商法総則』(弘文堂・新版・一九六六年)四七頁、田中誠二・喜多了祐『コンメンタール商法総則』(勁草書房・一九六八年)九二頁、神崎克郎『商行為法Ⅰ 商事売買の機能的考察』(有斐閣・一九七三年)八頁、鴻常夫・北沢正啓『体系商法事典』(青林書院新社・一九七四年)二八頁(鴻常夫)、石井照久・鴻常夫『商法総則(商法Ⅰ)』(勁草書房・第三版・一九七五年)七一頁、田中誠二『商法総則詳論』(勁草書房・全訂版・一九七六年)一八七頁、服部栄三『商法総則』(青林書院新社・第二版・一九七七年)一七五頁、大隅健一郎『商法総則』(有斐閣・新版・一九七八年)九二頁、上柳克郎・北沢正啓・鴻常夫・竹内昭夫『商法総則・商行為法』(有斐閣・一九八〇年)二六頁(北沢正啓)、蓮井良憲『商法総則・商行為法』(法律文化社・一九八〇年)三五頁、喜多了祐『商法総則(店舗営業法 上巻)』(法学書院・一九八五年)八四頁、小橋二郎『商法総則』(成文堂・一九八五年)五八頁、田村諄之輔・平出慶道『現代法講義商法総則・商行為法』(青林書院・一九九〇年)三四頁(出口正義)、鴻常夫『商法総則』(弘文堂・全訂第四版補正二版・一九九四年)九頁、喜多了祐『商法の要説』(中央経済社・四訂版・一九九五年)二四頁、神崎克郎『商法総則・商行為法通論』(同文館出版・新訂版・一九九九年)三七頁、関俊彦『商法総論総則』(有斐閣・第二版・二〇〇六年)一三三頁、蓮井良憲・森淳二期『商法総則・商行為法』(法律文化社・第四版・二〇〇六年)四一頁(森淳二期)、畠

- 田公明『商法・会社法総則講義』（中央経済社・二〇〇八年）六二頁、浅木慎一『商法学通論1』（信山社・二〇一〇年）一九頁、北居ほか・前掲注13（三）二頁（森川隆）、弥永・前掲注（4）一八頁、川村正幸・品谷篤哉・酒井太郎『コア・テキスト商法総則・商行為法』（新世社・二〇一九年）二〇頁、末永敏和『商法総則・商行為法 基礎と展開』（中央経済社・第三版・二〇二〇年）二二頁、近藤光男『商法総則・商行為法』（有斐閣・第九版・二〇二三年）二二頁、青竹正一『商法総則・商行為法』（信山社・第四版・二〇二四年）四四頁。
- (16) これに対し、米沢明『商法総則要論』（中央経済社・第二版・一九九六年）五九頁は、弁護士を挙げていない。
- (17) 道野真弘「自由職業者の商人性再考」立命四一一・四二二号（二〇二三年）三三三頁。
- (18) たとえば、佐藤一雄「独禁法の適用対象である『事業者』の範囲について——医者や弁護士等の自由業にも適用されるか」商事七〇九号（一九七五年）二七九頁、大村須賀男「独禁法における自由職業者の事業者性」ジュリ六二八号（一九七七年）一〇七頁、今村成和「自由業と事業者」公正取引三五七号（一九八〇年）一二頁。
- (19) なお、現在では、自由職業者が独占禁止法における事業者に含まれるという結論はほぼ確立したものとなっているようである。前述した職業のうち、裁判・審決例で事業者性が認められたものに、たとえば、①医師（東京高判平成一三・二・一六判示一七四〇号一三頁）、②弁護士（東京地判平成一三・七・一二判時一七七六号一〇八頁）、③建築家（公取委審判審決昭和五四・九・一九審決集二六卷二五頁）がある。
- (20) 大隅健一郎『商行為法』（青林書院・第五版・一九六一年）二六頁。
- (21) 高橋岩和「日本建築家協会による独占禁止法違反事件」ジュリ七〇五号（一九七九年）三三頁。
- (22) 高橋・前掲注（21）三三―三四頁を整理した植木邦之「自由職業とその事業者性」新報一〇五卷六・七号（一九九九年）六三頁によるもの。
- (23) 結局、②が自由職業に色濃くみられる特徴であるというわけではないが、これも他の仕事と比較すると程度問題である。たとえば、「千変万化する地質と気候の中で一定の収穫をあげようとすれば、農業は高度で深い知識を必要としよう。しかも、農業と法律、医療等の知識は、その内容が異なるものであるから、元々どちらが高いか深いか比較できないものなのである。弁護士は農民に対して……自分の方が高度であるというならば、それは傲慢以外のものではないであろう」（植木・前掲注（22）六四―六五頁）。

- (24) 植木・前掲注(22)六五頁。
- (25) それゆえ、右記見解の著者は、「結局、自由職業の事業者性は競争関係の有無ということになる」と結論づけている(植木・前掲注(22)七八頁)。
- (26) 自由職業の名が登場する古い文献はフランス法に関連するものが多い。たとえば、『佛國政法論 第六帙上巻』(司法省蔵版・一八八二年)三〇四、三二四頁以下、商法編纂局翻譯『佛國商法復説』(博文本社・一八八二年)四七四頁。また、一八八五年七月二日付官報六〇〇号二八頁の「外報」において、フランス官報を紹介する際に、代言人、医師等の「自由職業」に「プロフェッション・リベラル」とのルビがふられている。
- (27) Dimitri HOUTCHIEFF, *Droit commercial*, 5^e éd., Paris, 2022, n° 298, p.188.
- (28) Art.29 I. Les professions libérales groupent les personnes exerçant à titre habituel, de manière indépendante et sous leur responsabilité, une activité de nature généralement civile ayant pour objet d'assurer, dans l'intérêt du client ou du public, des prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins mises en œuvre au moyen de qualifications professionnelles appropriées et dans le respect de principes éthiques ou d'une déontologie professionnelle, sans préjudice des dispositions législatives applicables aux autres formes de travail indépendant.
- (29) HOUTCHIEFF, op. cit., (note 27), n° 314, p.198.
- (30) Art.1. Les professions libérales réglementées groupent les personnes exerçant à titre habituel, de manière indépendante et sous leur responsabilité, une activité ayant pour objet d'assurer, dans l'intérêt du client, du patient et du public, des prestations mises en œuvre au moyen de qualifications professionnelles appropriées. Ces professions sont soumises à un statut législatif ou réglementaire ou leur titre est protégé. Elles sont tenues, quel que soit le mode d'exercice de leur profession et conformément aux textes qui régissent son accès et son exercice, au respect de principes éthiques ou d'une déontologie professionnelle susceptibles d'être sanctionnés par l'autorité compétente en matière disciplinaire.
- (31) Art.2. Pour l'application de la présente ordonnance, les professions libérales réglementées sont regroupées en trois familles :

1° La famille des professions de santé réunit les professions libérales réglementées mentionnées à la quatrième partie législative du code de la santé publique ainsi que les biologistes médicaux ;

2° La famille des professions juridiques ou judiciaires, dont la liste est précisée par décret ;

3° La famille des professions techniques et du cadre de vie réunit les autres professions libérales réglementées.

(32) 法律・司法職の具体的な職種については、マタン (Décret n° 2023-1165 du 9 nov. 2023; JORF n° 0287 du 12 déc. 2023 texte n° 10) の4つのリスト化された。

(33) HOUTCHIEFF, op. cit., (note 27), n° 316, p.198.

(34) Gérard CHABOT, Fasc.925: Organisation des professions libérales, J.-Cl. Entreprise individuelle, actualisé par Frédéric DANNENBERGER, 2024, §5.

(35) *intuitus personae* を紹介するものとして、上井長十「フランス契約法における *intuitus personae* (人的要素の考慮) について——その意義と契約解消における機能について」明大院一七号 (二〇〇二年) 七七頁以下。

(36) Gérard CHABOT, Professions libérales, J.-Cl. Civ. Synthèse, actualisé par Samia MAOUCHE, 2025, §2.

(37) Yves REINHARD, Sylvie THOMASSET-PIERRE et Cyril NOURISSAT, Droit commercial, 8e éd., Paris, 2012, n° 382, p.239.

(38) op. cit., (note 28).

(39) CHABOT, op. cit., (note 36), §2.

(40) 上柳ほか・前掲注(15)二六頁〔北沢〕、田邊光政『商法総則・商行為法』(新世社・第四版・二〇一六年) 三九頁。
(41) 弥永・前掲注(4)一七—一八頁。

(42) 伊澤・前掲注(15)四五頁、石井・前掲注(15)四七頁、田中ほか・前掲注(15)九一頁、鴻ほか・前掲注(15)二八頁〔鴻〕、石井ほか・前掲注(15)七一頁、田中(誠)・前掲注(15)一八七頁、大隅・前掲注(15)九一頁、蓮井・前掲注(15)三五頁、喜多・前掲注(15)八四頁(総則)、小橋・前掲注(15)五八頁、田村ほか・前掲注(15)三四頁〔出口〕、鴻・前掲注(15)九頁、米沢・前掲注(16)五九頁。

なお、同様の文脈で、「商業」といえない(田中(耕)・前掲注(15)二五五頁)とか、「企業」が存在するとはいえ

- ない(服部・前掲注(15)一七五頁)というものもある。
- (43) なお、ここでの営利目的は、収支の差額を利得する目的であるとの解釈と、収支適合または費用充足の目的で足りるとの解釈が対立しているが(杉田貴洋「商法における営利性の意義をめぐって」法研九六卷一号(二〇二三年)二八頁)、紙幅の都合上、この議論には立ち入らない。
- (44) 野津・前掲注(15)三八頁、田中(耕)・前掲注(15)二五五頁、神崎・前掲注(15)八頁(商行為法)、上柳ほか・前掲注(15)二六頁(北沢)、神崎・前掲注(15)三七頁(商法総則)、関・前掲注(15)一一三―一四頁、蓮井ほか・前掲注(15)四一頁(森)、畠田・前掲注(15)六二頁、北居ほか・前掲注(13)三一―三二頁(森川)、弥永・前掲注(4)一八頁、川村ほか・前掲注(15)二〇頁、末永・前掲注(15)二二頁、近藤・前掲注(15)二二頁、青竹・前掲注(15)四四頁。
- (45) なお、鉱業を営む者でないことはもちろん、営業をしていないと解する以上、店舗営業者にも当たらないため、擬制商人(商法四条二項)にもなりえないと考えられる。
- (46) 石井・前掲注(15)四七頁、鴻ほか・前掲注(15)二八頁(鴻)、石井ほか・前掲注(15)七一頁、鴻・前掲注(15)九頁、田村ほか・前掲注(15)三四頁(「出口」)。
- (47) 関・前掲注(15)一一三―一四頁。
- (48) 小橋・前掲注(15)五八頁は、「その理由は一般取引観念に求めるほかない」という。
- (49) 米沢・前掲注(16)五九頁。同旨、「営利の目的が主要なものと社会観念上認め得ない」(野津・前掲注(15)三八頁)。
- (50) 田中ほか・前掲注(15)九一頁、田中(誠)・前掲注(15)一八七頁、蓮井・前掲注(15)三五頁、喜多・前掲注(15)八四頁(商法総則)。
- (51) 畠田・前掲注(15)六二頁。
- (52) 神崎・前掲注(15)三七頁(商法総則)。
- (53) 神崎・前掲注(15)八頁(商行為法)。
- (54) ①の理由と並べて、「個性的特徴を有する職業である」ことを挙げるものもある(近藤・前掲注(15)二二頁、青竹・前掲注(15)四四頁)。

- (55) 田中ほか・前掲注(15)九二頁、鴻ほか・前掲注(15)二八頁(鴻)、服部・前掲注(15)一七五頁、喜多・前掲注(15)二四一―二五頁(要説)。
- (56) 長野地判大正元・一一・一一新聞八三六号二八頁。本判決は、入院料、手術料、薬価等の受取書に印紙を貼用しなかつた医師が印紙税法違反に当たると争われた事案であり、廃止された営業税法等の税法で課税すべき営業のなかに医業を掲記していないことも、医業が営業ではないことの根拠とされている。しかし、今日では、事業税を課すべき第三種事業のなかに医業その他の自由職業が掲記されており(地方税法七二条の二第一〇項)、この理由づけは意味を失っている(田中ほか・前掲注(15)九二頁)。
- (57) 那覇地判昭和三・九・一新聞二九四〇号一五頁。本判決は、より直截に医師が商人に当たるとかを判断したものである。
- (58) 大隅・前掲注(15)九二頁。
- (59) 歴史的発展を根拠にするならば、歴史が浅い職業には、この理は及ばないのではないか。
- (60) 北居ほか・前掲注(13)三一―三二頁(森川)。
- (61) 上柳ほか・前掲注(15)二六頁(北沢)、末永・前掲注(15)二二頁。
- (62) 弥永・前掲注(4)一七―一八頁、近藤・前掲注(15)二〇―二二頁。そうでなければ、自由職業者について、殊更に「個人の主観的意思のいかんにかかわらず」(石井・前掲注(15)四七頁)などと強調する必要はない。同旨、自由職業は「営利目的を離れて行われるべきものであるという、倫理観が背景にあるものと考えられる」(川村ほか・前掲注(15)二〇頁)。
- (63) 大隅・前掲注(15)九三頁。
- (64) 神崎・前掲注(15)八頁(商行為法)。
- (65) 前掲注(22)も参照。
- (66) 浅木・前掲注(15)一九―二〇頁。
- (67) 杉田・前掲注(43)三三―三四頁。
- (68) たとえば、竹田・前掲注(3)一九二頁、野津・前掲注(15)三八頁、伊澤・前掲注(15)四五頁、田中ほか・前掲注

- (15) 九一頁、鴻ほか・前掲注(15)二八頁〔鴻〕、田中(誠)・前掲注(15)一八七頁、服部・前掲注(15)一七五頁、大隅・前掲注(15)九二頁、蓮井・前掲注(15)三五頁、喜多・前掲注(15)八四頁(総則)、田村ほか・前掲注(15)三四頁〔出口〕、鴻・前掲注(15)九頁、喜多・前掲注(15)二四頁(要説)、関・前掲注(15)一一四頁、島田・前掲注(15)六二頁、川村ほか・前掲注(15)二〇頁、青竹・前掲注(15)四四頁。
- (69) 服部・前掲注(15)一七五頁。
- (70) 鴻ほか・前掲注(15)二八頁〔鴻〕。同旨、田中(誠)・前掲注(15)一八七―一八八頁、喜多・前掲注(15)八四頁(総則)、田村ほか・前掲注(15)三四頁〔出口〕、鴻・前掲注(15)九頁、喜多・前掲注(15)二五頁(要説)、関・前掲注(15)一一四頁、青竹・前掲注(15)四五頁。
- (71) REINHARD, THOMASSET-PIERRE et NOURISSAT, op. cit. (note 37), n° 382, p.239.
- (72) HOUTCIEFF, op. cit. (note 27), n° 298, p.188.
- (73) REINHARD, THOMASSET-PIERRE et NOURISSAT, op. cit. (note 37), n° 383, p.240.
- (74) 為替手形を發行した書記官 (greffier) への課税の有無について Cass. Civ. 14 mai 1912 DP 1912. 1, p.303.
- (75) CA Paris, 24 oct. 1908, S.1909, 2, p.55.
- (76) CA Paris, 20 mars 1980, JurisData n° 1980-000230.
- (77) Cass. Com. 2 févr. 1970, Bull. civ. 1970, IV, n° 36.
- (78) その他、クリニック (clinique) や診療所 (maison de santé) を経営する医師も、その経営が主たるものである場合、商人となる (REINHARD, THOMASSET-PIERRE et NOURISSAT, op. cit. (note 37), n° 383, p.240)。
- (79) Armelle GOSSELIN-GORAND, Fasc.42, *Commerçants, Qualité de commerçant*, J.-Cl. Com., 2013, §105.
- (80) 商事管轄につき、松井・前掲注(14)七〇頁以下、増田・前掲注(14)九四頁以下。
- (81) Cass. Com. 5 déc. 2006, JurisData n° 2006-036343 ; *Contrats, conc. consom.* 2007, comm.87, obs. Laurent LEVENEUR
- (82) GOSSELIN-GORAND, op. cit. (note 79), §104. なお、上記二(三)で確認したように、判例のフォーミュラは、技術のおよび治療の役割と並んで、自由職業の法的な定義にも採り入れられている。

- (83) 司法省民事公印局 (la direction des affaires civiles et du sceau) による指摘 (Cf. Cécile UNTERMAIER et Philippe HOUILLON, Rapport d'information sur les professions juridiques réglementées, Assemblée Nationale, n° 2475, 2014, p.102)。
- (84) 自由職業者の集団化については、内田千秋「フランスにおける専門職会社法制の歴史的展開」新潟四八巻四号(二〇一六年)一頁以下、同「フランス専門職(プロフェッション)会社法制に関する規定の翻訳—近時の改正を踏まえて—」新潟四九巻一号(二〇一六年)六四頁以下に詳し。
- (85) Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques。マクロン法誕生の背景については、久保宏之「フランス公証人制度の現在—マクロン法の衝撃—」関法六六巻三号(二〇一六年)一七三頁以下。
- (86) 二〇二二年四月二十八日のデクレ (Décret n° 2022-729 du 28 avril 2022) によって、法廷執行吏と裁判上の動産競売吏を統合する「執行士」という新たな職業が創設された(二〇二二年七月一日に施行)。経過措置は二〇二六年一月一日までとなっている。
- (87) コンセイユ・デタ・破毀院付弁護士については、Décret n° 2016-881 du 29 juin 2016、弁護士については、Décret n° 2016-882 du 29 juin 2016、法廷執行吏および裁判上の動産執行吏(後の執行士)については、Décret n° 2016-883 du 29 juin 2016、裁判上の財産管理人(administrateur judiciaire) および裁判上の受任者(mandatataire judiciaire)については、Décret n° 2016-902 du 1er juillet 2016 (いずれも翌日に施行)。
- (88) CHABOT, op. cit., (note 36), §2.
- (89) 大塚英明・川島いづみ・中東正文・石川真衣『商法総則・商行為法』(有斐閣・第三版・二〇一九年)七頁(大塚英明)。
- (90) ロesslerとロessler商法の意義については、高田晴仁『商法の源流と解釈』(日本評論社・二〇二一年)三頁以下。
- (16) Carl Friedlich Hermann Roesler, Entwurf eines Handels-Gesetzbuches für Japan mit Commentar, Bd.1, Neudruck der Ausgabe Tokyo 1884, Shinsei-Syuppan GmbH Tokyo 1996, S.96f.

(92) 「第五條第十六條及第七條ニ於テ商業取引ノ性質ヲ定メ商法上實際ノ需求ニ充テシメタリ而シテ其要訣ト爲ス所ノ大主義ハ則チ資本ヲ以テ營ミ且ツ直接或ハ間接ニ産物及商品ヲ移轉スル所ノ仕事ハ都テ商業取引トスヘシト云フニ在リ故ニ今此ニハ如何ナル事ノ商業取引ニ屬セサルヤヲ其前諸條ノ文ニ從テ直接確的ニ解明スヘカラサルモノアルニ依リ之ヲ明定セサル可ラス右ノ大主義ニ反對スヘキ主義ハ資本ヲ以テ營ムニ非スシテ且ツ貨物ヲ移轉スルニ非サル仕事ハ皆ナ商業取引ニ非スト云フニ在ル」固ヨリ明ナリ而シテ資本産生ノ外ニ在ル所謂不産生ノ事業(官員、代言人、醫師、教師、藝人ノ職業ノ如キ是ナリ)ノ皆ナ此部類ニ屬スルハ甚タ分明ニシテ法律上ニ特別明言スルヲ用ヒス」(『ロエスレル氏起稿 商法草案 上巻』(新青出版・復刻版・一九九五年) 三九頁)。

(93) 「ベティッククラックズネットの法則」と呼ばれる。これは、経済の発展とともに、産業の比重が第一次産業から第二次産業へ、第二次産業から第三次産業へ移行する傾向があることを実証的に明らかにした歴史的経験法則である(羽田昇史『サービス経済論入門』(同文館出版・一九八八年) 九二頁以下)。こうした歴史的経験法則の意義につき、宮沢健一「ベティッククラックの法則」二五〇年後の再発見『経済セミナー三一―一號』(一九八〇年) 四九頁以下。

(94) サービス財、サービスマネジメントをめぐると議論について、たとえば、長田浩『サービスマネジメント』(『サービスマネジメント』(新評論・一九八九年) 六五頁以下)。

(95) 「サービスマネジメント」とも呼ばれる(羽田・前掲注(93) 一四三頁)。

(96) ソフト化について、中野安・明石芳彦編『経済サービスマネジメントと産業展開』(東京大学出版会・一九九一年) 一八頁以下(『明石芳彦』)。

(97) 日本標準産業分類は、これまでの経済学説をある程度は踏まえつつ、また現実の現象をそれなりに反映し、かつ常識的把握を典型的に示して、少なくとも資料的価値はあるとされる(長田・前掲注(94) 六七頁)。本分類は産業を「財又はサービスマネジメントの生産と供給において類似した経済活動を統合したものであり、実際上は、同種の経済活動を営む事業所の総合体」と定義している。これには、営利事業と非営利事業がともに含まれるが、家計における主に自家消費のための財またはサービスマネジメントの生産と供給は含まれない。ただし、ここでの営利事業・非営利事業がいかなる意味かは明らかではない。

(98) なお、「医療保険業」の小分類には、診療所、病院、療術業、保健所、看護業、獣医療などが挙げられており、

- 「法務」の小分類には、辯護士、辯理士事務所、執行吏役場、公證人役場、司法書士事務所が挙げられていた。
- (99) 以降の中分類の変遷はつぎのとおりである。まず、一九六七年一月の第五回改定時に、中分類「医療保険業」は「医療業」と「保健および清掃業」となった。「法務」は、「他に分類されない専門サービス業」にまとめられ、公認会計士事務所、会計監査、簿記業、土木建築サービス業、著述家、芸術家業など同一の分類に整理された。つぎに、一九七二年三月の第七回改定時に、中分類「他に分類されない専門サービス業」は「専門サービス業（他に分類されないもの）」に名称が変わった。また、一九七六年五月の第八回改定で「保健及び清掃業」は「保健及び廃棄物処理業」に、一九八四年一月の第九回改定で「保健及び廃棄物処理業」は「保健衛生」に変更となった。その後、第一一回改定で「医療・福祉」が大分類として独立したのは本文のとおりである。
- (100) 一九五七年五月の第四回改定時に、大分類「Kサービス業」は「Lサービス業」となった。
- (101) 「日本標準産業分類の変遷と第一一回改訂の概要」六―七頁（諮問第二六八号の答申）。また、教育・学習支援に関する分野についても、教育機会の拡大、生涯学習の実践や余暇時間の増大等にもない、産業規模が拡大していることから、大分類「教育、学習支援業」が新設された。
- (102) その他、特許事務所、公証人役場、司法書士事務所、土地家屋調査士事務所、行政書士事務所、公認会計士事務所、税理士事務所、著述・芸術家業などが挙げられている。
- (103) なお、大分類が増えたことにより、「N医療、福祉」は「P医療、福祉」へと移動している。
- (104) 「日本標準産業分類の変遷と第二二回改定の概要」七頁（諮問第三二〇号の答申）。
- (105) 前掲注(104)一四―一五頁。
- (106) なお、大分類「P医療、福祉」の中分類は「医療業」、「保健衛生」、「社会保険・社会福祉・介護事業」の三つである。
- (107) 中小企業庁小規模企業部サービス業振興室編『ニューサービス業の現象』（大蔵省印刷局・一九八六年）六頁。
- (108) 開原成允「産業としての医療―医療経済研究二巻二号（二〇一一年）一三九頁。
- (109) 神作裕之「一般社団法人と会社―営利性と非営利性」ジュリスト一三三二八号（二〇〇七年）三九頁。
- (110) 中田裕康「非営利法人との取引」金融法務研究会報告書（三七）「取引先法人との取引にかかる内部手続と金融

機関の実務」(二〇二一年) 一頁以下。

(111) 中田・前掲注(110)二頁。

(112) 神作・前掲注(109)四三頁。

(113) 森本ほか・前掲注(1)三六頁以下〔洲崎〕。

(114) 田邊宏康「商法の適用対象を画する営利目的について」専法一四一号(二〇二一年)三八―三九頁。

(115) かねてより「自由職業という観念は、法律学上一般的な概念ではなく、元来が社会学的概念であるので、自由職業をあまりに一般化して法の適用を考えるべきではない」と指摘されている。ただし、具体的に商法のどの規定が適用ないし修正適用されるかは、特別法も踏まえつつ、個々に吟味するほかない(鴻ほか・前掲注(15)二八―二九頁〔鴻〕)。商業登記、商号、商業帳簿、商業使用人などの規定は、性質上または特別法との関係上、適用することが適切でない場合が多いと考えられる。

(116) 森本ほか・前掲注(1)三三頁〔洲崎〕、末永・前掲注(15)二二頁、弥永・前掲注(4)一八頁、近藤・前掲注(15)二二頁。

(117) 竹田・前掲注(3)二九二頁、野津・前掲注(15)三八頁、大隅・前掲注(15)九二頁、石井ほか・前掲注(15)六七頁、

青竹・前掲注(15)四五頁。反対、森本ほか・前掲注(1)三三頁〔洲崎〕。

(118) 浅木・前掲注(15)一九頁。

(119) 川村ほか・前掲注(15)二〇頁。

(120) 道野・前掲注(17)三三三頁。

(121) 関・前掲注(15)一一四頁。この見解に対しては、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指摘されている(杉田・前掲注(43)三四頁)。同様に、撮影は出版・印刷と同一箇所位置づけられていることから、撮影行為は出版・印刷と強く牽連したものとして把握するのが妥当であり、現代でいえば報道カメラマンのような活動にその例を求める方が適切との見解がある(大塚ほか・前掲注(89)一八頁〔大塚〕)。

(122) 関・前掲注(15)一一二―一一三頁、青竹・前掲注(15)三八―三九頁。議論の詳細は、拙稿・前掲注(8)四五頁以

下。

(123) 宮沢・前掲注(93)五〇頁以下。

(124) そもそも「自由」職業者といえるのかという問題もある。インハウスロイヤラーなども同様である。

(125) 田邊・前掲注(114)三九頁。

(126) 得津晶「形式的意義の商法と商法の適用範囲」法協四九九号(二〇二二年)四五頁以下、とりわけ五一頁(この提案に賛意を示すものとして、たとえば、村田敏一「商法の適用範囲と商法典の将来」立法四一一・四一二号(二〇二三年)三九〇頁)。この提案のように、営業概念の構成要素を反復継続性のみと解するのであれば、自由職業者の商人性を肯定することは一層容易になろう。

(127) 酒井太郎「商法の構造と基軸概念」一橋法学一九卷一号(二〇二〇年)二二二頁以下。

(128) ドイツ法を参考に、商人・商行為概念の再構成を検討するものとして、山下友信「商法の現代化と商人概念」同法七一巻一号(二〇一九年)一〇五頁。