

商法教授法に関する研究手帖(2)

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 浅木, 慎一 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/17116

《研究ノート》 商法教授方法に関する研究手帖（2）

浅 木 慎 一

第1帖 「商」の概念

第1章 商法の意義

第2章 商法の法源（以上、金沢法学51巻1号）

第3章 商人の概念

1. 商法適用上の技術的概念—商人および商行為
2. 商人概念の基礎となる商行為—基本的商行為
 - 2-1. 絶対的商行為
 - 2-1-1. 意義
 - 2-1-2. 投機購買およびその実行行為（商501①）
 - 2-1-3. 投機売却およびその実行行為（商501②）
 - 2-1-4. 取引所においてする取引（商501③）
 - 2-1-5. 手形その他の商業証券に関する行為（商501④）
 - 2-2. 営業的商行為
 - 2-2-1. 意義
 - 2-2-2. 投機貸借およびその実行行為（商502①）
 - 2-2-3. 他人のためにする製造または加工（商502②）
 - 2-2-4. 電気またはガスの供給（商502③）
 - 2-2-5. 運送に関する行為（商502④）
 - 2-2-6. 作業または労務の請負（商502⑤）
 - 2-2-7. 出版、印刷または撮影に関する行為（商502⑥）
 - 2-2-8. 客の来集を目的とする場屋における取引（商502⑦）
 - 2-2-9. 両替その他の銀行取引（商502⑧）
 - 2-2-10. 保険（商502⑨）
 - 2-2-11. 寄託の引受け（商502⑩）
 - 2-2-12. 仲立ちまたは取次ぎに関する行為（商502⑪）
 - 2-2-13. 商行為の代理の引受け（商502⑫）
 - 2-2-14. 信託の引受け（商502⑬）
3. 商人概念の定立
 - 3-1. 固有の商人

- 3-2. 擬制商人
 - 3-2-1. その着眼点
 - 3-2-2. 店舗・設備による物品の販売業者
 - 3-2-3. 鉱業者
- 3-3. 小商人
- 4. 商人概念から導かれる商行為概念—附屬的商行為
- 5. 一方的商行為と双方的商行為
- 6. 各権利主体の商人適格
 - 6-1. 緒言
 - 6-2. 自然人
 - 6-2-1. 自然人の商人適格
 - 6-2-2. 自然人の営業能力
 - 6-2-2-1. 未成年
 - 6-2-2-2. 成年被後見人
 - 6-2-2-3. 被保佐人
 - 6-2-2-4. 被補助人
 - 6-3. 公法人
 - 6-4. 各種私法人
 - 6-4-1. 私法人法の体系
 - 6-4-2. 公益目的事業を行う法人
 - 6-4-3. 共益目的事業を行う法人
 - 6-4-4. 収益目的事業を行う法人
 - 6-5. 特殊法人、独立行政法人

第4章 会社の概念

- 1. 緒言
- 2. 会社の意義
 - 2-1. 営利性
 - 2-2. 事業の商事性
 - 2-3. 社団性
 - 2-3-1. 社団性の意義
 - 2-3-2. 一人会社
 - 2-4. 法人性
 - 2-4-1. 法人性の意義
 - 2-4-2. 法人格否認の法理
 - 2-4-2-1. 意義

- 2-4-2-2. 法人格の濫用
- 2-4-2-3. 法人格の形骸化
- 2-4-2-4. 法人格否認の効果
- 3. 会社の権利能力
 - 3-1. 性質および法令による制限
 - 3-2. 定款所定の目的による制限
 - 3-3. 営利性による制限
 - 3-4. 法人の社会的実在性と権利能力
 - 3-5. 事業外の行為
- 4. 会社の住所
- 5. 会社の種類を区別する基準
 - 5-1. 会社法上の会社
 - 5-2. 社員の責任の態様
 - 5-2-1. 直接責任・間接責任
 - 5-2-2. 無限責任・有限責任
 - 5-3. 会社内部における社員相互の関係（組合的規律の濃淡）
- 6. 合名会社
- 7. 合資会社
- 8. 合同会社
- 9. 株式会社
- 10. すでに廃止された商法上の会社
 - 10-1. 旧商法上の合資会社
 - 10-2. 株式合資会社
 - 10-3. 有限会社
- 11. 会社のその他の分類
 - 11-1. 人的会社・物的会社
 - 11-2. 同族会社・非同族会社
 - 11-3. 内国会社・外国会社

第3章 商人の概念

1. 商法適用上の技術的概念—商人および商行為

繰り返し述べるように、商法は企業を対象とし、企業生活関係を規整する法

である。しかし、実定法としての商法は、その法律範囲の適用を明確にするため、その規整対象としての企業、具体的には、その「企業主体」および「企業取引」につき、何らかの規準を設けざるをえない⁽¹⁾。とくに、「会社を除く」既に何らかの一般的目的のために存在する法的人格者（自然人たると法人たるとを問わない）が中核となって企業を形成する場合には、何らかの明瞭な具体的徴表（技術的規準・概念・定義）が必要である⁽²⁾。それゆえ商法は、自ら技術的に企業主体および企業取引に相当する概念を定立し、これらを基礎としてその全体の規定を組み立てている。「商人」および「商行為」の概念がこれである⁽³⁾。

商法が、商人および商行為を定義するについては、立法上2つの主義がある。第1は、主観主義・商人主義または形式主義と称されるもので、事業の種類や内容に係わりなく、その形式(商人的方法と評価される経営方式)を顧慮して、まず商人概念を定め、そこから商行為概念を導く(そのような商人のなす行為が商行為である)という方法である。第2は、客観主義・商行為主義または実質主義と称されるもので、行為の客観的性質から、実質的に一定の行為を画して(その行為の主体如何を問わず)、まず商行為概念を定め、そこから商人概念を導く(そのような行為を業として行う者が商人である)という方法である。

わが商法典は、基本的に主観主義と客観主義とを折衷したいわゆる折衷主義という立法政策を採用している。すなわち、総則編・商行為編に分けて設けられた諸規定を往復しつつ、商人および商行為の概念を定立しているのである。この2つの概念を定立する主たる目的は、先に述べたように、民法に対する関係で商法の適用範囲を画することにある。

ところで、企業の窮極・完全な姿は、それが法主体としても、また人的・物的施設を含む統合組織化された機能的財産の点からも、他者に対する関係で純

(1) 石井照久『新版商法総則』(弘文堂・1966年)37頁。

(2) 西原寛一『商法総則・商行為法』(岩波書店・1952年)35頁参照。

(3) 大隅健一郎『商法総則(新版)』(有斐閣・1978年)87頁。

然たる独立性を保っているというものであろう。これに最も適合するのが会社という形態を採る企業である。会社こそは、企業のためにのみ生まれた純粹形象であって、その企業性は、言わば先天的性格である⁽⁴⁾。

会社法は、定義規定たるその2条1号において、会社法上の「会社」とは、「株式会社、合名会社、合資会社又は合同会社をいう。」とのみ規定し、会社それ自体の概念および各種類の会社の概念については、会社法の諸規定を総合的に判断・解釈して導くよう促す姿勢で立法されているように思われる。そうであるとすれば、企業としての会社概念の定立を総合的解釈に委ねているとはいえ、その5条において「会社が…その事業としてする行為…は、商行為とする。」と規定していることに鑑みれば、会社法は、主観主義を基調とする立法政策を採用したものと評価できる。主観主義の採用により、企業経営の形式を基礎として定立した会社概念を前提に、会社の事業行為を商行為と位置づけることによって、経済の発展にもなって生じる新たな種類の営業を柔軟に会社法・商法の規整下に包摂するということが可能になったのである。

本章ではまず、会社を除く法的人格者が中核となって企業を形成する場合の、商人概念を中心に考究する。

2. 商人概念の基礎となる商行為—基本的商行為

2-1. 絶対的商行為

2-1-1. 意義

絶対的商行為とは、営業としてなされるか否かを問わず、その行為の客観的性質から、強度の営利性があるものとして、当然に商行為と評価されるものをいう。商法501条各号がこれを列挙している。これらの行為は、たとえ非商人が1回限りの行為として行っても、商法の適用を受けるが、実際上は、多くが企業取引として行われ、そのようなものとして重要性を持っている⁽⁵⁾。同条各

(4) 西原・注(2)前掲35頁。

(5) 鴻常夫『商法総則(新訂第5版)』(弘文堂・1999年)84頁。

号に掲げられた行為は、通説の認めるように、限定的列挙であり、その行為類型を類推的にあまり拡大して解釈することは許されない⁽⁶⁾。

2-1-2. 投機購買およびその実行行為（商501①）

利益を得て譲渡する意思をもってする動産、不動産もしくは有価証券の有償取得を目的とする行為（投機購買）および、それら取得したものの譲渡を目的とする行為（その実行行為、実行売却）である。すなわち、目的物を安価に購入し、高価に売却するときの取得行為と処分行為とを指す。共に有償でなされる債権行為である。目的物の取得行為と処分行為から生じる差額の利得（利鞘りざやかせかせ稼かせぎ）を目的とするものであって、経済上の固有の意味における「商」に他ならないと評価される。他から取得した物をそのまま売却するのではなく、これに加工を施したうえ譲渡する行為も含まれる（大判昭和4年（1929年）9月28日民集8巻769頁）。それゆえ、多数の製造工業の行為は、ここに含まれることになる。

目的物の動産・不動産の意味に関しては、民法の定義に従うも（民86Ⅰ・Ⅲ）、特別法の明文の規定により不動産とみなされるもの、たとえば工場抵当法（明治38年（1905年）法律第54号）14条1項に基づき不動産とみなされる工場財団、同様に物とみなされるもの、たとえば鉄道抵当法（明治38年（1905年）法律第53号）2条3項に基づき1箇の物とみなされる鉄道財団なども目的物に含まれること、疑いがない。

目的物の対象として見解が分かれている重要な財産が知的財産権である。大隅健一郎、鴻常夫や平出慶道（1930～ ）は、この行為の目的物・対象に知的財産権を含むべきではないと主張する⁽⁷⁾。これに対し、関俊彦は、商法501条1号を知的財産権に類推適用することを肯定する⁽⁸⁾（その理由は定かではな

(6) 平出慶道『商行為法（第2版）』（青林書院・1989年）35頁。

(7) 大隅・注（3）前掲97頁、鴻・注（5）前掲86頁、平出・同前37頁。

(8) 関俊彦『商法総論総則（第2版）』（有斐閣・2006年）115頁。

い)。平出慶道は、そもそも商法501条は立法論としても削除すべきものであり（商法企業法論の理論的帰結としては正当な主張である）、解釈論としても類推的に拡大解釈すべきでないとし、取引の対象を文理どおり厳格に捉えようとしている⁽⁹⁾。しかし、絶対的商行為を定めた規定が立法論として不当または不要であることと、知的財産権を対象とする先端的な投機購買・実行売却が経済的な固有の意味における商概念に包摂されるか否かを評価することとは、別問題であると思われる。素直に捉えれば、これもまた今日の商概念に包摂されると評価するのが自然ではなかろうか。知的財産権を対象とする取引は、商法の規整下に収められるべきであろう。そうであるとすれば、現在の立法を前提とする限り（現に商法501条が存在しており、立法論として不当・不要であるとしても、決して有害な規定ではない）、営利転売目的の知的財産権を対象とする取引への商法501条1号類推適用を肯定する立場に賛成したい。絶対的商行為は、非商人が1回限りで行う場合でも商法の適用を受けるから、制限的に解釈すべきであるとする意見もあるが⁽¹⁰⁾、非商人が知的財産権を対象に1回限り行う投機購買・実行売却のごときは、けんこんいつてき乾坤一擲の投機性の強い取引であり、これに商法が適用されてもやむをえないと考える。

知的財産権に商法501条1号の類推適用を肯定する立場からは、法律上不動産に準じて取り扱われる鉱業権（鉱業12）なども、目的物に含めてよいと解したい⁽¹¹⁾。なお、判例は、鉱業権が目的物に含まれると解している（大判昭和15年（1940年）3月13日民集19巻561頁）。

今日、取引の目的物・対象として考究を要するのは、社員権とりわけ株式を対象とする投機購買・実行売却である。株券発行会社（会117VI参照）の、現に株券が発行されている株式を対象とする投機購買・実行売却は、有価証券化

(9) 平出・注（6）前掲37頁参照。なお、鴻・注（5）前掲85頁。

(10) 青竹正一『特別講義改正商法総則・商行為法（第2版）』（成文堂・2008年）15頁。

(11) 反対説が圧倒的に多い。大隅・注（3）前掲97頁、鴻・注（5）前掲85-86頁、平出・注（6）前掲38頁、青竹・同前など、すべて反対説である。

された株式として、商法501条1号の目的物に含まれること、明らかである。株券発行会社の株式譲渡の際には、株券が発行されていない場合（会215Ⅳ、217）には、株主は、会社に対し株券の発行を請求しなければならないから⁽¹²⁾、営利転売意思をもってする株券発行会社の株式を対象とする取引は、会社法の下でも絶対的商行為に該当することになるのである。しかし、周知のように、今日の会社法は、株式会社の株式につき、株券不発行を原則とする法政策を採用している。株券の発行が原則とされていた時代と異なり、「債権および社員権は、有価証券とされていなければこの目的物に含まれない」⁽¹³⁾という解釈を今日も維持すれば、営利転売意思をもってする株式を対象とする取引の多くが、従来と異なり絶対的商行為の外に置かれることになる。営利転売目的で株式を対象とする取引を行いながら、まったく同じ行為が一方で絶対的商行為と評価され、他方でそうでないと評価されることは、法的に公平を欠く。そうであるとすれば、今日の会社法の下では、営利転売目的の株式を対象とする取引一般に、商法501条1号を適用ないし類推適用すべきである。

同様のことは、今日の会社法の下での、営利転売意思による株式の引受けにおいても問題となる。株券発行が原則であった時代にあつては、株式の引受けは、社員権の取得を目的とするもので、株券の取得はその結果にすぎないから、ここにいう投機購買には当たらないという議論の筋道は、通説として受け入れられ⁽¹⁴⁾、判例もその商行為性を否定していた（大判明治43年（1911年）12月13日民録16輯937頁）。しかし、今日にあつては、もはや上述の議論の筋道は説得性を失っている。営利転売意思による株式の引受けを投機購買から除くことは、現行法体系の下では、形式的に過ぎると言うべきである⁽¹⁵⁾。制限的解釈をほくしゆ墨守しては、21世紀の商事情との乖離が大きくなるばかりである。制限的解釈

(12) 江頭憲治郎『株式会社法（第2版）』（有斐閣・2008年）207頁。

(13) 平出・注（6）前掲38頁。

(14) 大隅・注（3）前掲99頁脚注（19）、平出・同前。

(15) 田邊光政『商法総則・商行為法（第3版）』（新世社・2006年）57頁、西原・注（2）前掲71頁脚注（5）。

論者は、絶対的商行為に関する規定を廃止すべきであるという立法論への過度の思い入れがあるように思われるが、そのような過度の思い入れを、直接解釈論に反映させるのは、疑問無しとしない。

目的物の取得行為を投機「購買」と称し、その実行行為を実行「売却」と称するように、有償でなされるこれら債権行為の典型は売買であるが、これに限らず、利鞘稼ぎであれば、交換、有償消費貸借、有償消費寄託、代物弁済、請負などでもよい⁽¹⁶⁾。

投機購買には、利益を得て目的物を他に譲り渡す意思、すなわち営利意思がなければならない。その意思の存否は、取得行為の時を基準に判断される。多くの商法研究者は、このような営利意思（取得の目的）が外観的客観的に認められることを要し、行為者の内心の状態に留まっているのでは足りないと解する⁽¹⁷⁾。ただし平出慶道は、相手方において、行為者が営利意思を有していた旨を立証できれば、相手方はこれを投機購買として、自己に有利な商法の規定の援用を許されると解するようである⁽¹⁸⁾。そうであるならば、もう1歩進めて、行為者が内心に営利意思を持ち、かつ、相手方がそのことを認識していた場合にまで、商行為性を否定する必要がないと解するのが⁽¹⁹⁾、自然な解釈ではなからうか。すなわち、行為者の側も、相手方が行為者の営利意思を認識していた旨を立証できれば、これを投機購買として、自己に有利な商法の規定の援用を許されるべきである。

なお、営利意思が存在する限り、結果として利得の目的が達成されたか否かを問わないことは、言うまでもない。

(16) 具体例につき、田邊・同前58頁。

(17) 西原寛一『商行為法』（有斐閣・1960年）70頁、弥永真生『リーガルマインド商法総則・商行為法（第2版3刷補訂）』（有斐閣・2007年）12頁、近藤光男『商法総則・商行為法（第5版補訂版）』（有斐閣・2008年）29頁、大隅・注（3）前掲97頁。

(18) 平出・注（6）前掲43頁参照。

(19) 田邊・注（15）前掲59頁参照。

2-1-3. 投機売却およびその実行行為（商501②）

他人から取得する動産、または有価証券の供給契約（投機売却）および、その履行のためにする有償取得を目的とする行為（その実行行為、実行購買）である。すなわち、まず高価に目的物の譲渡を約しておき、後に安価にこれを取得して、先行の譲渡契約を履行することを通じて、その差額の利得を目的とするものである。投機購買およびその実行行為（商501①）と順序を逆にするものである。投機売却および実行購買もまた、有償でなされる債権行為である。いわゆる先物取引が典型例である。先行する供給契約は、所有権の譲渡を目的とする有償契約であり、契約締結後の一定時期に目的物の給付がなされるものを指し、即時売買はこれに当たらない。

不動産が目的物に含まれないのは、これが個性の強いものであるため、先物を売り込んでおいて後にこれを取得するということに適さないためである。目的物に製造・加工を施したうえで譲渡する契約でも差し支えない。

商法501条2号は、1号と異なり法文上の明定がないけれども、投機売却においても、行為者に営利意思が存在しなければならないこと、当然である。

2-1-4. 取引所においてする取引（商501③）

「取引所」という設備を通じてなされる取引をいう。取引所とは、代替性を有する、あるいは個性の希薄な、動産、有価証券、債権、社員権などについて、多数の法的人格者が定期的に集合して、一定の方式に従って大量に取引を行う設備のことである。そこで行われる取引は、極度に技術化され、かつ個々の取引は全く個性のない定型的なものとなっており、その意味で投機売買の最も純化された形態を示しているといえる⁽²⁰⁾。これが、商法がこの取引を絶対的商行為とした由縁である。

わが国の取引所には、取引の対象により、商品取引所と金融商品取引所とがある。前者は、商品取引所法（昭和25年（1950年）法律第239号）による、後

(20) 大隅・注（3）前掲100頁。

者は、金融商品取引法（昭和23年（1948年）法律第25号）による規整を受ける。

両取引所とも、そこで取引を許されるのは会員または取引参加者に限られ（商取97 I・II、金商取111 I）、これら会員または取引参加者たる資格を許されるのは、商品取引所にあつては、商品市場における上場商品構成物品・上場商品指数対象物品の売買等を業として行っている者、商品取引員などに限られ（商取82 I）、金融商品取引所にあつては、金融商品取引業者、取引所取引許可業者、登録金融機関などに限られる（金商取91、113 I）。これら以外の者は、会員または取引参加者に委託して、会員または取引参加者の名において委託者の計算において取引ができるにすぎない。非商人の1回限りの行為というものは、商法501条3号に限っては、ありえない。

2-1-5. 手形その他の商業証券に関する行為（商501④）

手形その他の商業証券上になされる証券行為としての法律行為をいう。

商法501条4号にいう「手形」とは、為替手形、約束手形および小切手のことである。手形法80条、小切手法64条の規定に基づき、両法の施行にともなつて削除される前の商法手形編中の商法434条が「本法ニ於テ手形トハ為替手形、約束手形及ヒ小切手ヲ謂フ」との定義規定を置いていたからである。

「その他の商業証券」に関しては、今日まで多くの商法研究者は、これを広く有価証券の意味に解すべきであると説き、金銭その他の物または有価証券の給付を目的とする有価証券（商518、519参照）に限る必要すらないと解している⁽²¹⁾。近時、この通説とも言える解釈に疑問を呈し、一石を投じたのが田邊光政である。田邊は、商業証券という用語をもって立法者が何を表現しようとしたのか、その沿革を辿ることを通じて、立法関係者が、この用語を、有価証券の中でも手形を典型とする信用証券、すなわち一定金額の支払いを目的とする

(21) 西原・注（2）前掲73頁、同74頁脚注（2）、大隅・注（3）前掲101頁、同102頁脚注（26）、鴻・注（5）前掲88頁、平出・注（6）前掲49-50頁、青竹・注（10）前掲16頁、近藤・注（17）前掲31頁。

証券に限定する趣旨であったと解するのが、立法趣旨に沿う解釈ということができると結論づけている⁽²²⁾。

上の主張は注目に値する。立法者が、同一の法典中に異なる用語を配置するのは、何らかの意図があるはずだからである。同じ意味ならば、立法者は同一法典の条文で違った用語を用いる必要がなかったはずであるという田邊の指摘は⁽²³⁾、正当であろう。彼も指摘しているように、「手形その他の有価証券」という用語は、商法中、交互計算に係る同530条に見られるが、このような証券を目的とする取引によって生じる債権債務を交互計算の客体に含める場合、技術的には、信用証券または支払証券すなわち金銭債権証券の売買債務が最も簡便であろうから、田邊説に即せば、商法501条4号と同条の「手形その他の有価証券」とが同一の意義を有するということが理解し易い⁽²⁴⁾。通説は、商法501条1号2号の「動産」「不動産」という用語の解釈にあっては、あれほど制限的解釈に徹し、無闇な拡張や類推を許さないとしておきながら、4号に至るや、「その他の有価証券」という用語の解釈にあたって、突如として鷹揚な姿勢に転じるのである。これは首尾一貫しない姿勢なのではなからうか。商法516条ないし同518条を有価証券一般に適用したいのであれば、その他の商業証券を田邊説に従って正しく解釈したうえで、501条4号をその他の物または有価証券の給付を目的とする有価証券を含む有価証券一般に類推適用すればよい。

以上のように解すれば、商法501条各号に関しては、その技術的性格の強い3号を除き、各号の行為類型・用語の意味を、まず正確・厳格に捉えたうえで、その取引または行為の対象につき慎重な考究を経て、一定範囲で弾力的に拡張ないし類推を許すという共通の姿勢をもって解釈できるという結果になるのではなからうか。

(22) 田邊・注(15)前掲62-63頁。

(23) 同前62頁。

(24) 同前63頁。

2—2．営業的商行為

2—2—1．意義

営業的商行為とは、それが営業としてなされるときに、すなわち営利の目的をもってその行為が集团的・反覆的・継続的に行われるときに、初めて商行為になるものをいう。営利の目的とは、少なくとも全体として収支相償うことを意図することをいう。商法502条各号がこれを列挙している。同条各号に掲げられた行為は、限定的列挙である。商法が営業的商行為を列挙したのは、本来商法の適用関係を明確にしようとしたものであり、仮に例示的列挙と解せば、商法を適用するうえでの限界がきわめて不明確となり、かえって不当な結果を招くことになることがその理由である⁽²⁵⁾。経済の発展によって生じる新しい企業取引類型について対応しきれないという欠点はあるが、やむを得まい。限定的列挙であるとはいえ、列挙された各号の解釈を弾力的に解することまでを禁じる必要はなからう⁽²⁶⁾。

商法502条各号に該当する行為であっても、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、商行為に該当しない（商502柱書ただし書）。いわゆる賃仕事または手内職などに当たる行為である。これらは、あまりに小規模であって、商行為として商法の規定を適用するまでもないからであるとされている。古い例としては、マッチ（match）の箱貼り、封筒貼り、麻糸つなぎ、人力車夫、手荷物運搬夫、掃除夫などが挙げられている⁽²⁷⁾。最近の例としては、ダイレクト・メール（direct mail）の宛名作成の内職などが挙げられよう。限界事例には微妙なものもある。判例は、相当の資本を投下し、主として機械力を利用する設備経営の下で精米を請け負う場合には商行為に該当するとしている（大判昭和18年（1943年）7月12日民集22巻539頁）。田邊光

(25) 鴻・注（5）前掲90頁脚注（1）、平出・注（6）前掲54—55頁、弥永・注（17）前掲13頁。

(26) 田邊・注（15）前掲65頁参照。

(27) 平出・注（6）前掲55頁。

政は、かつての人力車が自動車に変わったと考えれば、個人タクシー（taxi）も商行為から除外されると説くが⁽²⁸⁾、一考を要する。いずれにせよ、除外事例に該当するか否かは、その営業が人的施設・物的施設の両面において社会通念から観て企業性を有すると認められるか否かにかかっている⁽²⁹⁾。

2-2-2. 投機貸借およびその実行行為（商502①）

貸貸する意思をもってする動産もしくは不動産の有償取得もしくは賃借を目的とする行為（投機貸借）および、それら取得もしくは賃借したものの貸貸を目的とする行為（その実行行為、実行貸貸）である。投機購買（商501①）の場合は、目的物の所有権の転売が投機の目的となる（所有権移転の媒介を通じて利得する）のに対し、この場合には物の利用が投機の目的となる（物の利用の媒介を通じて利得する）。

各種のレンタル（rental）業、たとえば貸衣裳業、レンタカー（rent-a-car）業、レンタルビデオ（和製英語、rental + video）業、貸家業などがこれである。また、機械設備などを購入のうえ、これを必要とする企業に長期に貸貸するリース（lease）業もこれに当たる。

金融商品取引業者による有価証券の貸貸は、金融商品取引業者（商人である証券会社）の附属的商行為（商503）であり、会社が事業のためにする行為としても商行為であるから（会5）、有価証券を対象とする投機貸借に本条を類推適用しなくても、不都合を生じない⁽³⁰⁾。

2-2-3. 他人のためにする製造または加工（商502②）

「他人のためにする」とは、「他人の計算においてする」の謂である。したがって、他人のためにする製造または加工とは、他人から原材料の給付を受け

(28) 田邊・注(15)前掲65頁。

(29) 同前。

(30) 鴻・注(5)前掲91頁、平出・注(6)前掲58頁、関・注(8)前掲118頁、青竹・注(10)前掲17頁。

るか、あるいは他人の計算で原材料を購入のうえ、動産の製造または加工をすることをいう。しかし、商法502条2号は、他人のためにする製造または加工「に関する」行為と規定しており、これは、製造・加工という事実行為を指すのではなく、このような行為を引き受け、これに対して報酬を受けることを約する法律行為を指す。製造とは、材料に手を加えて用途や性質の全く異なる別の物にすることであり（たとえば、エチレン・グリコール（ethylene glycol）とテレフタル酸（terephthalic acid）を縮重合させたポリエステル（polyester）から合成繊維のテトロン（Tetron）を作る）、紡績業、醸造業、機械器具製造業などがこれである。加工とは、物の同一性に変更が生じない程度に手を加えることであり（たとえば、アリザリン（alizarin）を用いて白布を茜色^{あかねいろ}に染める）、染色業、クリーニング（cleaning）業などがこれである。

２－２－４．電気またはガスの供給（商502③）

対価を得て、電気またはガス（gas）の継続的供給を約する契約を指す。石油を買い入れ、これを分解して製造したメタンガス（Methanegas）を供給する行為は、商法501条1号の絶対的商行為であるが、天然ガスの供給行為は営業的商行為である。電気事業、ガス事業がこれに該当すること、当然である。

電気・ガスの供給事業は、企業生活にとって当然のこと、日常の生活関係に不可欠な事業である。今日、その事業は、それぞれ電気事業法（昭和39年（1964年）法律第170号）、ガス事業法（昭和29年（1954年）法律第51号）による規整を受けている。

商法は、水の供給に関する行為を挙げていない。厚生労働大臣の認可を受けた水道事業者（水道6Ⅰ）が会社であれば、これによる水の供給行為は商行為となるが（会5）、水道法（昭和32年（1957年）法律第177号）によって、水道事業は、原則として市町村が経営するよう定められている（水道6Ⅱ）。電気・ガスの供給行為と水の供給行為とを区別する理由はないが、水道法がこれを原則として市町村の経営によらしめたのは、資源としての水利政策という高度の

政策的判断があったからであると思われ、水の供給行為に直ちに商法502条3号を類推適用するのは、慎重でなければならない。

電波（とくに放送電波）の供給に関しては、放送事業者が広告主から対価を得て広告放送を実施する場合（典型例は、いわゆる民放による番組放送）、これを視聴する受信機設置者（受信者）は契約当事者ではない。この場合、放送事業者の多くは、会社または商人であることが多いので、これに商法502条3号を類推適用する必要性は乏しい。蛇足であるが、スクランブル（scramble）を施すことが技術的に容易である今日なお、日本放送協会の放送において、受信機設置者を契約当事者に擬制する放送法（昭和25年（1950年）法律第132号）の規定は、契約理論上、無理がある。

2-2-5. 運送に関する行為（商502④）

運送を引き受け、これに対する報酬を受けることを約する契約を指す。運送とは、物または人の場所的移動をなすことである。運送の対象により、旅客運送と物品運送とに分けることができ、移動の空間により、陸上運送、海上運送、空中運送に分けることができるが、いずれであるかを問わない。運送の用具、動力が何であっても良い。運送業がこれである。

物品運送は、運送人が目的物を自己の保管下に置いて運送することを引き受ける契約であるから（商577、766参照）、厳密に解すれば、通常の^{ほんせん}挽船契約（^{えい}曳船契約）はこれに入らないことになるが⁽³¹⁾、商法502条4号を、商行為編中の物品運送（商570以下）や海商編中の物品運送（商737以下）に類型化された運送契約に限定する必要はなく、挽船契約も営業的商行為に含めて解釈できる余地がある⁽³²⁾。

(31) 大隅・注（3）前掲105頁、鴻・注（5）前掲93頁、平出・注（6）前掲63頁、近藤・注（17）前掲33頁。

(32) 田邊・注（15）前掲67頁。

2-2-6. 作業または労務の請負（商502⑤）

作業の請負とは、不動産または船舶に関する工事を引き受ける請負契約を指す。商法502条2号の対象が動産である点と異なる。鉄道・道路・橋梁きょうりょうなどの建設・補修、家屋の建設・修繕などを行う建設業・建築業や船舶の建造・修理などを行う造船業がこれである。しかし、土地・建材を他から購入し、造成のうえ住宅を建設し、利益を得て譲渡する意図でこれを販売するいわゆる建売業者の行為は、商法501条1号に該当する。

労務の請負とは、労働者の供給を引き受ける請負契約を指す。労働者供給事業は、労働組合等が厚生労働大臣の許可を得て無料で行う場合を除いて禁じられているが（職安44、45）、労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に関する法律（労働者派遣事業法）（昭和60年（1985年）法律第88号）に基づき、厚生労働大臣の許可を得れば労働者の派遣事業を行うことが認められている（労派遣5以下、16以下）。同法に基づくいわゆる人材派遣業がこれに当たる。

2-2-7. 出版、印刷または撮影に関する行為（商502⑥）

出版に関する行為とは、文書・図画などの著作物を複製して販売または頒布はんぷする行為を指す。書籍という形式の複製販売・頒布にとどまらずCD（compact disk）やDVD（digital versatile disk）といった形式の複製販売・頒布を含むとともに、新聞発行业も含む。出版業者、新聞業者がこれである。

印刷に関する行為とは、肉筆以外の物理力または化学力をもって文書・図画を複製することを有償で引き受ける行為を指す。印刷業がこれである。

撮影に関する行為とは、写真の撮影を有償で引き受ける行為を指す。静止画の撮影だけでなく動画の撮影も含むと解してよからう。写真師業がこれである。

2-2-8. 客の来集を目的とする場屋における取引（商502⑦）

公衆の来集に適する人的・物的設備を整え、これを有償で顧客に利用させ、顧客の需要に応じる行為を指す。商法典は、旅店、飲食店、浴場を例示するとどまるが（商594 I 参照）、この文言は彈力的に解してよいのみならず、例示列挙であるからこれにとどまらず、劇場、球技場、遊技場、遊園地型テーマパーク（和製外語、Thema（独語）+park（英語））などが広く該当する。

かつて判例は、理髪店に関し、理髪業者と客との間にはただ理髪という請負に関する契約が存在するだけで、設備の利用を目的とする契約は存在しないから、場屋営業に該当せず、営業的商行為でないとした（大判昭和12年（1937年）11月26日民集16卷1681頁）。しかし、理髪行為そのものと、その履行のために場屋営業を営むこととは矛盾するものではない。学説は、理髪店・美容院を場屋営業と解するものが多い⁽³³⁾。

2-2-9. 両替その他の銀行取引（商502⑧）

両替（異種の貨幣を交換する行為）を例示する「銀行取引」とは、通説の説くところによれば、金銭または有価証券の転換を媒介する行為をいうのであり、いわゆる与信・受信の両行為をする金融業者を指す⁽³⁴⁾。判例もまた、自己資金のみで貸付けをなす貸金業者や質屋業者の行為は、銀行取引に該当しないとしている（最判昭和30年（1955年）9月27日民集9卷10号1444頁、最判昭和50年（1975年）6月27日判時785号100頁）。

そもそも金融取引、金融機関とは何か。購買力（一定量の財・サービスを直接即時に獲得できる力）は、経済主体間に均等に分布しているわけではない。支出を上回る収入の余剰を資産として蓄積している主体もあれば、収入が支出に及ばない状況に陥っている主体もある。このような場合、両者の中間に立つ

(33) 大隅・注(3) 前掲106頁、鴻・注(5) 前掲95-96頁脚注(1)、平出・注(6) 前掲67頁、関・注(8) 前掲120頁、青竹・注(10) 前掲18頁、田邊・注(15) 前掲68頁。

(34) 大隅・同前107頁、鴻・同前97頁、平出・同前68-70頁、関・同前120頁。

て、購買力を移転してやる、すなわち購買力の貸借関係を創り出してやる者が求められる。こうすることによって購買力を按分化できれば、財・サービスの交換取引はいつそう活発化することになるからである。このような、各経済主体間の購買力の移転を業とすることに特化した主体が「金融機関」と位置づけられることになり、そのような移転行為を「金融取引」と呼ぶことになる。

「金融取引」のうち「銀行取引」とは、以下のものを指す。すなわち、購買力余剰主体と金融機関との間には、預金契約・売為替契約が存在し、これに基づき両者間に預金債権・売為替債権が発生する。金融機関と購買力不足主体の間には、融資契約・買為替契約が存在し、これに基づき両者間に貸金債権・買為替債権が発生する（ここに売・買とは金融機関の行為が基準となっている）。銀行取引とは、これら預金債権・売為替債権、貸金債権・買為替債権の発生およびその最終的な消滅に至るまでの取引である。通説・判例は、銀行取引を上の流れに即した取引として忠実に捉えているものと思われる。

金融機関の本質は、銀行も含めて、経済主体に直接介在して、これら主体間の購買力の移転を媒介するという部分にあると思われる。金融機関が特定の購買力余剰主体から調達した資金をもって購買力不足主体にこれを移転しようと、不特定多数の預金者という購買力余剰主体から調達した資金をもってしようと、取引の本質に差異はない。また、金融機関が他から資金調達することなく、自己資金をもって購買力不足主体にこれを移転する行為は、ある種の介入権の行使に類似していると捉えられなくもない。そうであるとすれば、営業として行われる金融取引に、商法502条8号を拡張して適用すべきではなからうか。今日、銀行取引の意義を広く解する商法研究者も多い⁽³⁵⁾。

2-2-10. 保険（商502⑨）

保険者が保険契約者から保険料の支払いを受け、一定の事由が生じたことを

(35) 服部栄三『商法総則（第3版）』（青林書院・1983年）465頁、青竹・注（10）前掲19頁、田邊・注（15）前掲69頁。

条件として財産上の給付を行うことを引き受ける行為を指す。従来から、この保険の引受契約とは、営利保険における保険の引受契約をいい、社会保険はもとより、相互保険も営利性を欠くのであって、営業的商行為に属しないと解するのが多数説である⁽³⁶⁾。営利保険であれば、損害保険、生命保険、障害疾病定額保険たると、陸上保険、海上保険たるとを問わない。一方で、相互保険が通常の営利保険と本質的に異なるものであるかについて疑問を呈し⁽³⁷⁾、相互保険を別異に扱うべきではないという主張もある⁽³⁸⁾。ただし、保険法の規定は、原則として相互保険や共済保険にも適用され、同じく商法の海上保険に関する規定は相互保険に準用されている（商841ノ2）。

相互保険会社の商人性に関しては、後述する（本章6-4-3）。

2-2-11. 寄託の引受け（商502⑩）

他人のために物の保管を引き受ける契約を指す。倉庫業が典型例である。寄託の類型には、単純寄託、混蔵寄託の他に消費寄託（民666）があり、最後のものもここである寄託に該当するが、金銭または有価証券の消費寄託は、預金取引であるから、銀行取引の一環として把握される。

2-2-12. 仲立ちまたは取次ぎに関する行為（商502⑪）

仲立ちに関する行為とは、他人間の法律行為の媒介を引き受ける契約を指す。媒介される行為は、必ずしも商行為である必要はない。たとえば、婚姻の媒介を営業としてなせば、ここに含まれる（商行為でない行為の媒介を引き受ける仲立業者を民事仲立人という）。不特定多数の者から媒介を引き受ける必要もない。たとえば、一定の商人・会社のためにその平常の営業・事業の部類

(36) 大隅・注(3)前掲109頁、鴻・注(5)前掲97-98頁、平出・注(6)前掲71頁、青竹・注(10)前掲19頁。

(37) 服部・注(35)前掲466頁。

(38) 田邊・注(15)前掲70頁。

に属する取引の媒介を引き受ける媒介代理商（商27、会16参照）もここに含まれる。

取次ぎに関する行為とは、自己の名をもって、しかし他人の計算において法律行為をすること（いわゆる間接代理）を引き受ける契約を指す。「自己の名をもって」とは、「自己が法律行為の主体となって」という意味である。「他人の計算において」とは、「行為の経済的効果を他人に帰属させて」という意味である。これに属する例として商法に規定が存するものを挙げると、物品の販売または買入れの取次ぎを営業として行う問屋（商551）、物品運送の取次ぎを営業として行う運送取扱人（商559）、その他の法律行為の取次ぎを営業として行う準問屋（商558）がある。

2-2-13. 商行為の代理の引受け（商502⑫）

委託者たる本人のために商行為となる行為の代理を引き受ける契約を指す。代理の目的たる行為が商行為に限定される点が、仲立ちまたは取次ぎと異なる。これに属する例として商法・会社法に規定が存するものを挙げると、一定の商人・会社のためにその平常の営業・事業の部類に属する取引の代理を引き受ける締約代理商（商27、会16参照）がある。

2-2-14. 信託の引受け（商502⑬）

平成18年（2006年）に旧信託法（大正11年（1922年）法律第62号）に代わって新しい信託法（平成18年法律第108号）が制定されたことにともない、信託法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律（平成18年法律第109号）によって新しく商法502条中に追加された。旧信託法6条は、「信託ノ引受ハ営業トシテ之ヲ為ストキハ之ヲ商行為トス」と規定していたから、この行為は、従来から営業的商行為であったものである。

信託とは、特定の者が一定の目的に従い財産の管理または処分、およびその他の当該目的の達成のために必要な行為をすべきものとするをいう（信託

2 I)。このような行為を引き受ける行為のことを指す。

3. 商人概念の定立

3-1. 固有の商人

商法は、上に述べた基本的商行為概念を基礎として、商人概念を定立している。

商法において「商人」とは、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（商4 I）。この商人概念は、商法の適用主体を確定するものとして定立された概念であるから、必ずしも日常用語としての、あるいは経済上観念される商人概念と一致するものではない。商法4条1項に定義される商人は、商法上の本来の意味における商人として、講学上「固有の商人」と呼ばれる。

固有の商人は、「自己の名をもって」商行為をしなければならない。すなわち、その行為から生じる権利義務の帰属主体でなければならない。営業に属する行為を自ら行うと他人に代理させるとを問わないし、営業上の損益が何人に帰属するか、得た利益が何に使用されるかも問わない⁽³⁹⁾。したがって、親権者が未成年の子のために営業を代理しても、商人となるのは未成年の子であり、夫が妻の財産によって妻の計算において営業を行っても商人となるのは夫である。また、法律上権利義務の帰属主体になるということと、官庁等に対する届出の名義人が誰であるかということは、別問題である⁽⁴⁰⁾。

固有の商人は、商行為をすることを「業とする者」でなければならない。「業とする」とは、「営利の目的をもって同種の行為を反覆継続して行う」ことをいう。同種の行為といっても、1種の行為に限られず、複数の行為を並行して

(39) 大隅・注(3)前掲94頁。

(40) 行政庁の営業免許を要する場合に、必ずしも営業者として届出のある者が取引当事者と限らないとした判例が、大判昭和10年(1935年)2月27日新聞3827号8頁。経営者の実母が営業者として公署に届け出られていても、これに拘らず、商行為から生じる権利義務の主体となってその業務を經營する者を商人と認定することを肯定した判例が、大判昭和11年(1936年)8月7日新聞4033号8頁。

行ってもよい（損失の危険の分散という見地からは、複数の行為を業とする方が好ましい）。反覆継続して行うからには、通常は、ある程度の期間継続し計画的に行われることになろうが、期間の長短よりも、むしろ営利目的を達成するための計画性の存在のほうが重要である。計画に即して遂行された最初の行為も、業としてなされた行為と評価される。営利の目的が存在する限り、これが唯一の目的でなくとも、同時に他の目的（たとえば公益的・宗教的・政治的などの目的）が併存しても差し支えない⁽⁴¹⁾。また、営利目的が存在する限り、その目的が達せられたか否かは問題とならない。

固有の商人は、「商行為を」営まなければならない。ここに商行為というのは、商法501条および502条が商行為として掲げている各号該当行為を指す。この行為をする者が商人となるのであるから、これらの行為が商人概念を定める基礎となるという意味で「基本的」商行為と呼ばれるのである。

3-2. 擬制商人

3-2-1. その着眼点

立法当初のわが商法は、商法上の商人を上述の固有の商人に限っていた。このように、商行為主義を基調として商人概念を導くのみでは、原始生産業を営む者などについては、どのような経営方式を採ろうが、その商人性は問題となりえない。しかし、これを営む主体の企業としての実質に着眼するとき、単に原始生産業の経営者であるということだけを理由として、これを企業主体としての商人概念の範囲外に放置することは、いかにも不合理なことである⁽⁴²⁾。そもそも商法という特殊な法規整を必要とする基礎は、営業の実質（何を営んでいるのか）よりもその経営方式（企業の設備を整備して全体として収支相償う計画的な行為が営まれているか）に存するのであるが⁽⁴³⁾、商行為主義を基調と

(41) 鴻・注（5）前掲103頁。

(42) 石井・注（1）前掲47頁。

(43) 大隅・注（3）前掲110頁参照。

する商人概念のみに依拠したのでは、絶えず発展する経済の実情（多方面への企業経営の進出）に即応することができない。この欠陥を補正するために、商行為とは関係なく、その経営形態や企業の設備に着目して、商人性を認められる業態が昭和13年（1938年）改正（同年法律第72号）によって定められた。これを固有の商人に対し、講学上「擬制商人」という。商法4条2項の定めがこれである。

3-2-2. 店舗・設備による物品の販売業者

たとえば、他人から有償取得した原始生産物（農産物・畜産物・水産物）を販売する場合には、この行為は絶対的商行為（商501①）に該当するから、これを業とする者は、固有の商人となる。しかし、これら生産物の生産者や原始取得者が直接これらを販売する行為は商行為に該当しない。したがって、同じような店舗・設備を設けて、まったく同種の物を販売しながら、前者であればその営業主体が商人となるのに、後者であれば商人とならないとすれば、その外形から商人であると信頼した第三者にとって不都合な結果となる。それゆえ商法は、店舗・設備すなわち公衆に対し開放された継続的取引のための場所的設備⁽⁴⁴⁾をもって物品を販売する者を商人とみなしたのである。外形的に固有の商人と区別しえないのみならず、区別するのを妥当としないために店舗・設備による物品の「販売」業者を商人とみなした趣旨からすれば、物品の販売以外の行為を業とする者も、店舗・設備を設けている限り、これを商人とみなす（商4Ⅱの類推適用）ことも可能であろう⁽⁴⁵⁾。たとえば、店舗を設け、原始取得した昆虫などを交尾繁殖目的で賃貸する行為などが考えられる。

なお、関俊彦は、通信販売業者やインターネット（Internet）販売業者の通信設備、通信機関、情報通信ネットワーク（network）などが店舗・設備と評価しうるかに関して検討を加え、これらは外形的に商人的設備、手段を備えた

(44) 大隅・同前111頁、鴻・注（5）前掲105頁。

(45) 関・注（8）前掲111頁参照、服部・注（35）前掲177頁。

ことになると評価している⁽⁴⁶⁾。今日的状況の下では、「店舗」という文言は、現実的空間に構築されたもののみならず、仮想空間に構築されたものであっても、それが継続的取引の場として公衆に開放されている限り、これを含むと解してよいと思われる。

擬制商人が業としてなす行為は、商行為そのものではないが、準商行為（平成17年（2005年）改正前商523参照）たる性質を有すると認められる⁽⁴⁷⁾。

3-2-3. 鉱業者

鉱業は、原始生産業の中でも、たとえ個人が営む場合であっても、一般に大規模な企業の設備によって経営されるので、商法はこれを営む者を商人とみなした。設備のみならず、市場本位性も顧慮されたようである⁽⁴⁸⁾。

3-3. 小商人

固有の商人にせよ擬制商人にせよ、商法4条に該当する者はすべて商人であり、その営業の規模の大小を問わず、すべて商法によって同列に規整されるのが原則である。しかし、営業の規模があまりに小さいものにまで商人の営業に関する商法上の制度を全面的に適用すれば、かえってその者にとってあるいは苛酷となり、あるいは煩雑に過ぎ、一方で他の商人の妨害となるおそれが生じる⁽⁴⁹⁾。それゆえ商法は、一定の範囲の零細企業者に、商法の規定の適用を一部免除することにした。これが「こしょうにん小商人」の制度である。

小商人とは、商人のうち、法務省令で定めるその営業のために使用する財産の価額が法務省令で定める金額を超えないものをいう（商7かっこ書）。これを定める法務省令は、商法施行規則（平成14年（2002年）法務省令第22号）で

(46) 関・同前脚注（9）参照。

(47) 服部・注（35）前掲178頁。

(48) 西原・注（2）前掲39頁参照。

(49) 大隅・注（3）前掲112～113頁。

ある。商法施行規則3条によって改めて現在の小商人を定義すれば、商人のうち、営業の用に供する財産につき最終の営業年度に係る貸借対照表（最終の営業年度がない場合にあつては、開業時における貸借対照表）に計上した額が50万円を超えないものをいう。

小商人に適用されない規定は、商法7条に列挙されている。すなわち、未成年者登記（商5）、後見人登記（商6）、商業登記（商8～10）、商号関連登記（商11Ⅱ、15Ⅱ、17Ⅱ前段）、商業帳簿（商19）および支配人登記（商22）に関する各規定である。適用されないという意味は、たとえば登記をする義務がないということにとどまらず、登記をする権利もないということである。

小商人に対し、商法の規定が全面的に適用される商人を「完全商人」または「普通商人」と呼ぶことがある。

4. 商人概念から導かれる商行為概念—附属的商行為

商法503条1項は、「商人がその営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、同条同項の行為は、これを行った者が商人であるか否かを基準に、商行為であるか否かが決定される。商人がその営業のためにする行為を附属的商行為という。

「営業のためにする」とは、営業自体を遂行するためのもの、営業を補助する行為に限らず、広く営業に関連し営業の維持便益を図るためにする行為（営業を有利に導くための行為）などもこれに含まれると解されている⁽⁵⁰⁾。行為が有償か無償かも問わない。

判例によって附属的商行為とされたものを数例挙げると、営業資金の借入れ（大判明治44年（1911年）3月24日民録17輯159頁）、取引先に金融の便益を図る行為（大判大正11年（1922年）9月29日新聞2050号7頁、大判昭和10年（1935年）3月29日法学4巻11号1462頁）、営業税納入のための借財（大判大正3年（1914年）9月26日新聞969号29頁）、従業員についての身元保証（大判昭和14

(50) 西原・注(2)前掲89頁、平出・注(6)前掲84頁、田邊・注(15)前掲72頁。

年（1939年）12月27日民集18巻24号1681頁）などがある。営業用兼住居用の家屋の新築資金の借入れのように、借入金のすべてが営業用に使用されない場合も附属的商行為と解されている（大判昭和11年（1936年）3月17日法学5巻8号1237頁）。

基本的商行為は法律行為に限られるが、附属的商行為は、財産上の行為であれば、法律行為に限らず、準法律行為たる事務管理も含まれ、また催告・通知のような準法律行為にも商行為性を肯定してよい⁽⁵¹⁾。それにとどまらず、物品の交付・受領・保管・弁済、さらに拾得のような行為もこれに含まれ、その結果生じる不当利得返還請求権には商事時効および商事法定利率の適用を認めよう⁽⁵²⁾。

労働契約の締結に関しては、これに労働法の規整が存するということと、これが附属的商行為に該当するか否かということとは別問題であると解する。良質の人的設備を整えることは、商人の営業のためにする行為に他ならない。もともと、上述のことは解釈論上の問題であって、商行為法のどのような規定がこれに適用されるかは、その規定の具体的立法目的に照らして決せられるべきである⁽⁵³⁾。なお、判例は労働契約（従業員の雇傭）の附属的商行為性を肯定している（最判昭和30年（1955年）9月29日民集9巻10号1484頁）。

商法503条2項は、商人の行為はその営業のためにするものと推定している。商人には、企業生活関係を離れた私的生活関係がありうるので、その行為が営業のためにするものか否か必ずしも明らかでない場合が生じる。そこで商法は、取引の安全を図る趣旨でこのような規定を設けたのである。この規定の下では、行為の商行為性を争う当事者は、行為の非商行為性を主張する者の側において、当該行為が営業のためになされたものでないことを立証しなければならない。取引の相手方が行為をなした商人に対し当該行為の非商行為性を主張

(51) 西原・同前、平出・同前85頁。

(52) 平出・同前。

(53) 西原・同前。

するためには、当該行為が営業のためになされたものではないことを証明すれば足りるが、行為をなした商人の側が取引の相手方に対し当該行為の非商行為性を主張するためには、取引の安全を図るため、相手方がそのことを知っていたこと、または知りうべきであったことをも証明しなければならないと解すべきであろう⁽⁵⁴⁾。なお、行為自体から当然に営業のためでないことが明らかな場合（身分法上の行為など）には、当然に商法503条2項は適用されない。

5. 一方的商行為と双方的商行為

商行為をする当事者を基準とする分類である。一方的商行為とは、当事者の一方にとってのみ商行為となる場合の取引をいう。たとえば、商人と消費者との取引が典型例である。双方的商行為とは、当事者の双方にとって商行為である場合の取引をいう。双方にとって商人活動となる商人間取引が典型例である。

双方的商行為の場合に当事者の双方に商法が適用されることは当然である。商法は、一方的商行為の場合にも商法を当事者の双方に適用するものとし、かつ、当事者の一方が複数ある場合に、その中の1人のために商行為であるときは、商法がその全員に適用されるものとした（商3）。

6. 各権利主体の商人適格

6-1. 緒言

商人となることのできる資格のことを「商人適格」あるいは「商人能力」という。どのような権利主体に商人能力が認められるのか。本章のこれまでの記述と同様、引き続き、原則として会社を除く権利主体の商人適格について考究する。

(54) 平出・注(6) 前掲89頁。

6-2. 自然人

6-2-1. 自然人の商人適格

すべての自然人は、原則として完全な権利能力を有する（例外、民3Ⅱ）。したがって、制限行為能力者も含めて、自然人は誰もが商人適格（企業生活関係の中で、営業上の権利義務の帰属主体たりうる資格）を有していることに疑いはない。

しかし、商人適格を有するからといって、あらゆる自然人が、自らの判断で企業生活関係の中で営業行為をなしえるわけではない。自然人が単独で営業をするためには、営業能力（企業生活関係における営業上の行為能力）が必要である。

6-2-2. 自然人の営業能力

6-2-2-1. 未成年者

未成年者が法定代理人の同意を得ないでした行為は、原則として取り消すことができる（民5Ⅱ）。たとえ法定代理人の同意を得ることなく未成年者が業として商行為を行っても、取消しがない限り、当該未成年者は商人である。

未成年者は、法定代理人の許可を得て1種または数種の営業を営むことができ、この場合、その営業に関しては、成年者と同一の行為能力を有する（民6Ⅰ）。他人に雇傭されて働くのは営業ではない⁽⁵⁵⁾。ここで与えられる許可は、当該営業に関する包括的同意ではなく、当該営業に関する行為能力すなわち営業能力を与えるものである。営業許可の付与の方法に制限はない。このような形で未成年者が営業をするときは、未成年者登記簿へ登記をしなければならない（商5、商登35以下）。もっとも、法定代理人の許可を得た未成年者の営業に関する行為は、登記の有無にかかわらず取り消すことができない。したがって、このような登記は、取引の相手方に未成年者の営業能力の有無を調査する

(55) 内田貴『民法Ⅰ（第4版）』（東京大学出版会・2008年）108頁。

利便を提供する意義を有するにすぎないと言えるが⁽⁵⁶⁾、民法上、営業許可に関する立証責任は、未成年者の行為が許可された営業に関するものであることを主張する側にあるとされているので（大判大正6年（1917年）10月25日民録23輯1604頁）、登記は、このような立証のための証拠手段としての意義もあろう。

未成年者に営業に堪えることができない事由が生じたときは、その法定代理人は、民法823条同857条の規定に従い、営業許可の取消または制限をすることができる（民6Ⅱ）。許可の取消しは、許可の撤回を意味し、将来に向かつて許可の効力を失わせるものである。許可の制限は、数個の営業を許可した場合に、その1個あるいは数個について許可を撤回し、残ったものにつき許可を存続させることを意味する⁽⁵⁷⁾。1個の営業の一部を制限することはできない。営業許可の取消しによる削減の登記または営業許可の制限による変更の登記（商登36Ⅱ・Ⅲ参照）は、そのような登記をするのでなければ、その取消または制限を、善意の第三者に対抗することができない（商9Ⅰ）。

未成年者の法定代理人である親権者や後見人は、当然、当該未成年者に代わって営業を営むことができる。親権者は未成年者を代理することができる（民824）。このとき、商人となるのは、あくまで当該未成年者である。

後見人が未成年者に代わって営業をする場合には、後見監督人があるときは、その同意が必要であり（民864）、後見人が当該営業に関して未成年者を代理する旨の登記が必要である（商6Ⅰ）。この登記は、後見人登記簿になされる（商登40以下）。この場合における後見人の代理権に加えた制限は善意の第三者に対抗することができない（商6Ⅱ）。取引の安全を図るためである。

6-2-2-2. 成年被後見人

成年被後見人の行為は、日常生活に関する行為を除き、常に取り消すことが

(56) 田中誠二=喜田了祐『コンメンタル商法総則』（勁草書房・1968年）109頁。

(57) 谷口知平=石田喜久夫編『新版注釈民法（1）』（有斐閣・1988年）206頁〔高梨公之〕。

できる（民9）。事前に後見人が同意を与えていても取り消すことができることに変わりはない。未成年者に対する営業許可に相当する制度も存在しないので、成年被後見人は自ら営業をすることができない。成年被後見人が商人となるためには、後見人がこれに代わって営業を行うより他ない（民859）。このときは、後見人登記簿にその旨の登記を要するとともに、後見人の代理権に加えた制限は善意の第三者に対抗することができない（商6）。

6-2-2-3. 被保佐人

被保佐人が民法13条1項各号に掲げられた行為をするには、日常生活に関する行為を除き、保佐人の同意を必要とし、同意なしに行った行為は取り消すことができる（民13Ⅳ）。同条同項に掲げられた行為の多くは、営業をするうえで必要欠くべからざる行為である。被保佐人にも未成年者のような営業許可制度が存在しないから、被保佐人が自ら営業を行うには、個々の行為につき保佐人の同意を要することになり、これは事実上不可能に近い。保佐人は法定代理人ではないから、保佐人が被保佐人に代わって営業を行うこともできない。家庭裁判所の審判によって、保佐人に代理権を付与することが認められているが、これは「特定の法律行為」に限ってのことであり（民876の4Ⅰ参照）、実務上も、代理権付与の審判に際しては、申立ての趣旨は代理権の付与を求める法律行為を特定してなされるべきなので⁽⁵⁸⁾、保佐人に包括的代理権を付与することは想定されていないと思われる。

民法の保佐制度は、制限行為能力者たる被保佐人の保護とこの者の自己決定の尊重という2つの柱から構築されている。したがって、被保佐人がどのような形で営業をなしうるかに関しては、この2つの調和の下に解を導かなければならない。

被保佐人の自己決定を最大限に尊重したと評価できる従来の説を選ぶとすれ

(58) 高村浩『成年後見の実務』（新日本法規・2001年）96頁。

ば、民法13条2項により、家庭裁判所の審判を得て、保佐人の同意の下に、被保佐人自らが営業を行うことができると解する説であろう⁽⁵⁹⁾。これは、営業の同意を得た被保佐人を営業許可を得た未成年者と同様に扱うという解決方法である。しかし、商法は、未成年者が営業を行う場合と異なり（商5参照）、被保佐人が営業の同意を得た旨の公示方法（登記）を用意しておらず、現行の民商法体系は、このような形の同意を許さない趣旨であると解さざるをえない。

次いで従来の説を観れば、民法13条2項により、支配人の選任行為に保佐人の同意を得なければならぬという家庭裁判所の審判を得たうえで、保佐人の同意の下に支配人を選任し、支配人に営業をさせるという方法を提唱する説がある⁽⁶⁰⁾。あるいは、そのような家庭裁判所の審判を不要としたうえで、保佐人の同意の下に支配人を選任し、この者に営業をさせるという方法を提唱する説もある⁽⁶¹⁾。前者の説は、支配人の選任が民法13条1項各号に列挙された行為に劣らず重要なものでありながら、これが当該列挙行為のどれにも該当しないから、同条2項に依拠して、家庭裁判所の審判を求めるより他ないと考えたものであると思われる。制限行為能力者の保護に重きを置く考え方である。後者の説は、重要な財産上の法律行為を委ねる支配人の選任行為は、民法13条1項の趣旨から、保佐人の同意を要することが当然であると考えたものであると思われる。これもまた制限行為能力者の保護に重きを置く考え方と評価できる。

確かに、企業生活関係の中ではとくに、制限行為能力者の保護に十分な配慮がなされるべきことは当然である。しかし、上のような従来への考え方は、平成11年（1999年）民法改正（同年法律第149号）前の準禁治産者制度（今日の保佐制度の先駆的制度）の下での考え方から1歩も踏み出していないのではなからうか。周知のように、平成11年の行為能力者制度改正の理念は、高齢化社会を迎えて、精神的能力の低下が誰にでも訪れる現象として意識されるように

(59) 野津努『商法総則第二部』（有斐閣・1934年）74頁。

(60) 大森忠夫『新版商法総則講義』（有信堂・1964年）94頁、大隅・注（3）前掲131頁。

(61) 田邊・注（15）前掲80頁、近藤・注（17）前掲107頁、服部・注（35）前掲233頁。

なったという事情をふまえ、高齢者も含め、判断能力の劣る人々に関して、自己決定の尊重、残存能力の活用、ノーマライゼーション（normalization、障害のある人も家庭や地域で通常の生活をする事ができるような社会を作るという理念）などの理念（あわせて広い意味での自己決定の尊重）と、従来の本人の保護の理念という2つの要請を調和させることにより、柔軟で利用しやすい制度を目指すというものであった⁽⁶²⁾。したがって、この問題を考えるにあたっては、準禁治産者制度の時代には希薄であった、これらの人々の自己決定を能う限り尊重するという姿勢に軸足を置いた制度として、保佐制度を捉えなければならない。

そうであるとすれば、民法13条1項の列挙事項のどれにも該当しない支配人の選任行為は、本来保佐人の同意を得る必要がない行為であると解することができるのではなからうか。自らが重要な法律行為を行うということと、重要な法律行為を行うことを委ねる代理人を選任することとは別個の問題である。後者については、被保佐人の自己決定を尊重すべきであると考えられる。被保佐人による支配人の選任行為は、原則として取り消すことができない。もちろん、被保佐人自身が自らの判断能力に自信を持ってないときは、民法13条2項に依拠して、支配人の選任につき保佐人の同意が必要であるとの審判を求めることを禁じる理由はない。家庭裁判所の審判を得て保佐人の同意の下に支配人を選任するという途も許されていると解する。なお、この場合にのみ、保佐人の同意を得ずにした支配人の選任行為は取消しが可能となるが、このような支配人がした取消し前の行為は、表見支配人の規定（商24）を用いて取引の安全を図ることにならうか。

6-2-2-4. 被補助人

民法13条1項に掲げられた行為の一部の特定の法律行為につき、家庭裁判所

(62) 内田・注(55)前掲105頁。

によって補助人の同意を得なければならない旨の審判をされた被補助人は、当該行為をするには補助人の同意を必要とし、同意なしに行われた行為は取り消すことができる（民17参照）。

現実には、被補助人もまた、自ら営業行為を遂行することはきわめて困難である。被補助人が営業を行う形としては、被保佐人について述べたところに準じて、補助人の同意を要さず支配人を選任でき、この者に営業をなさしめることができるかと解したい。民法17条1項ただし書は、審判により同意を得なければならないものとしてすることができる行為を同13条1項の一部に限定しているから、被補助人が望んでも、支配人の選任を補助人の同意に係らしめる審判を求めることができないと解する。被補助人は、自らの支配人選任行為に自己責任を負うべきであり、仮に自己の判断能力に自信を持ってないのなら、成年後見または保佐の制度を選択すべきである。

6-3. 公法人

国や地方公共団体は、一般的な行政目的、すなわち国民や地域住民の安全・福祉の増進のために存在しており、その目的を遂行する手段についても格別の制限を受けていない。したがって、その目的を実現するため営利事業を営むこともありえるから、その限りで商人適格が認められる。この場合には、収支適合性の原則の下、私法上の法律行為の形式をもって商行為に該当する事業をなす限り、たとえ公共目的を併せ持っていたとしても、その公法人の事業は商人の営業と解しうるものと思われる。たとえば、市営バス（bus）・市営地下鉄事業などがその典型である。商法2条は、公法人の商行為につき、法令に別段の定めがない限り商法の適用があることを明らかにしている。

以上に対し、公法人の中でも、特定の限定された公的事业を行うことを目的とするもの、たとえば、水害予防組合法（明治41年（1908年）法律第50号）に基づく水害予防組合、土地改良法（昭和24年（1949年）法律第195号）に基づく土地改良区、土地区画整理法（昭和29年（1954年）法律第119号）に基づく

土地区画整理組合などは、営業を行うことはできないので、商人適格がないと解されている。

6-4. 各種私法人

6-4-1. 私法人法の体系

平成18年（2006年）改正（同年法律第50号）後の民法総則法人規定は、私法人全体の通則規定（民33、34）と外国法人および法人登記に関する規定（民35～37）のみからなる。

民法33条2項は、「学術、技芸、慈善、祭祀、宗教その他の公益を目的とする法人、営利事業を営むことを目的とする法人その他の法人の設立、組織、運営及び管理については、この法律その他の法律の定めるところによる。」と規定している。同条同項によれば、民法は、まず法人を営利法人か非営利法人かによって区別していると評価できる。

上のうち、営利法人（営利事業を営むことを目的とする法人）に関しては、すでに述べたように（第1章3-1）、もっぱら会社法または特別法の規整するところとなる。非営利法人に関しては、一般法人法がこれを規整し、同法に依拠して、一般社団法人または一般財団法人を設立することが可能である。一般法人法は、非営利法人につき、その形態に応じて社団法人と財団法人の2種類を認めているのである。非営利法人のうち、公益活動を行うものについては、公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律（公益法人認定法）（平成18年（2006年）法律第49号）に基づき、公益認定がなされた法人が、税法上の優遇措置などをもたう公益法人として、活動を許されることになっている。

ここに「非営利」とは、法人がその目的に従って活動し、たとえ収益を上げたとしても、その収益（剰余金）を、一般社団法人においては社員に、一般財団法人においては設立者に、分配することが予定されておらず（すなわち、これらの者に剰余金配当請求権が認められない）、かつ、法人解散に際しても、

これらの者に残余財産を分配することが予定されていない（すなわち、これらの者に残余財産分配請求権が認められない）ということの意味する。これらの者に、剰余金配当請求権、残余財産分配請求権のいずれか一方でも認める法人は、非営利法人に当たらない（以上、一般法人11Ⅱ、35Ⅲ、153Ⅲ②参照）。

6-4-2. 公益目的事業を行う法人

一般法人法または特別法に依拠して設立された法人で、学術、技芸、慈善、祭祀、宗教その他の公益法人認定法別表に掲げる種類の事業であって、不特定かつ多数の者の利益の増進に寄与するものを行う法人（このような事業を行うことを主たる目的とする法人）がこれである（民33Ⅱ、公益法人2④、5①）。

このような法人の、その本来の目的である公益事業に関する限りにおいては、その商人性が問題にならないことは当然である。しかし、公益目的事業を行う法人が、その目的を達成するのに有益または必要と認められる限りにおいて（その限界につき、公益法人14参照）、これを達成する手段として営業を行うことは認められよう。公益目的事業を行う法人が営業を行って得た利益は、社員などに分配されることはなく、もっぱら当該公益目的に使用されるから、そのような営業は、公益目的事業を行う法人の本質に反するものではない⁽⁶³⁾。商法上、商人たるには利得の意思があることを要するが、得た利益の用途については、商人資格の判断においては問題とならない⁽⁶⁴⁾。よって、公益目的事業を行う法人が、これを達成する手段として基本的商行為・準商行為を業としない場合は、この限りにおいて、商人適格を有する。

私立学校法26条1項のような、特定の範囲内で収益を目的とする事業を許す趣旨の規定は、疑義を避けるための注意規定にすぎない（公益法人認定法14条の趣旨を私立学校において具体化したものにすぎない）と解されよう。

(63) 大隅・注(3)前掲119頁参照、大森・注(60)前掲99頁参照。

(64) 大隅・同前、鴻・注(5)前掲116頁。

6-4-3. 共益目的事業を行う法人

一般法人法または特別法に依拠して設立された法人で、構成員の間の相互扶助ないし共通の利益の増進を目的とするものがこれである。その存立目的が一般的な公益にあるのでもなく、また営利目的にあるのでもない、「非営利・非公益」を指して中間法人と称されることもある。

共益目的事業を行う法人のうち、一般法人法の適用だけを受ける法人の商人適格に関しては、公益目的事業を行う法人のそれと同様の理論によるべきである⁽⁶⁵⁾。一般法人法には、法人が対外的事業活動により利益を獲得すること自体を禁じる規定は存在しない。共益目的事業を行う法人が、これを達成する手段として基本的商行為・準商行為を業としてなす場合には、この限りにおいて、商人適格を有する。

従来、このような法人の商人適格が問題となったのは、特別法に基づくこのような法人のそれに関してである。特別法に基づくこのような法人の例としては、農業協同組合法（昭和22年（1947年）法律第132号）に基づく農業協同組合、消費生活協同組合法（昭和23年（1948年）法律第200号）に基づく消費生活協同組合、中小企業等協同組合法（昭和24年（1949年）法律第181号）に基づく信用協同組合・事業協同組合・企業組合、信用金庫法（昭和26年（1951年）法律第238号）に基づく信用金庫、保険業法（平成7年（1995年）法律第105号）に基づく相互会社などがある。

かつての通説は、これらの法人にあっては、それぞれ特別法によりその目的たる事業が特定されているから、それ以外に別に営業を営むことができず、しかもその本来の事業は営利の目的をもってなされるものではないから、商法上営業とはいえず、したがって商人適格は否定されると解していた⁽⁶⁶⁾。大隅健一郎は、たとえば中小企業等協同組合法に基づく法人について見れば、そのなす

(65) 森本滋編『商法総則講義（第3版）』（成文堂・2007年）39頁〔州崎博史〕、大森・注（60）前掲99頁。

(66) 石井・注（1）前掲51頁、西原・注（2）前掲74頁、大隅・注（3）前掲120頁。

ところの行為は、設備の利用、受信行為および与信行為、商業・工業・鉱業・運送業・サービス業その他の事業などであって、商法501条および502条の掲げる商行為に類似または該当しているが、いずれも団体の活動を通じて直接に団体の経済的地位の向上をはかることを目的とし、営利を目的とするものではないから、商人とはならないのであると述べている⁽⁶⁷⁾。

以上に対し、鴻常夫は、これらの法人の行いうる事業が比較的狭い範囲で法定されていることは認められるにしても、そのような法定の事業に関連して付随的に営利事業を行うことまでもすべて禁止されているとまでは考えられず、これらの法人が現に付随的に営利事業を行っている場合に、その限りで商人性を認めるべきである点では、公益目的事業を行う法人の場合とで区別すべき理由はないと述べ、とくに企業組合のように商業・工業・鉱業・運送業・サービス業その他の事業を行い、その事業収益から経費等を支弁し、制限はあるにせよ剰余金の配当をすることができるようなものは、商人と認めて、いっこうに差し支えないと説く⁽⁶⁸⁾。服部栄三もこの見解を支持し、企業組合以外の協同組合においても、組合員の事業または家計の助成という目的を達成するために、その手段として営利事業を付随的に営んだ場合には、その限りで協同組合は商人性を取得すると認められると説く⁽⁶⁹⁾。要するに、公益目的事業を行う特別法上の法人は、各々特別法によって目的たる事業が特定されてはいるものの、その規整は区々であり、実際の活動・運営面を勘案しなければならず、その企業性を一律に否定するのは適当ではないとの主張であろう。

判例は、いくつかの特別法に基づく公益目的事業を行う法人の商人性につき、これを否定する判断を示している（たとえば、農業協同組合につき最判昭和37年（1962年）7月6日民集16巻7号1469頁、漁業協同組合につき最判昭和42年（1967年）3月10日民集21巻2号295頁）。

(67) 大隅・同前。

(68) 鴻・注（5）前掲114頁。

(69) 服部・注（35）前掲245頁。

判例上屢々問題になるのが協同組織形態の金融機関である。最高裁昭和48年（1973年）10月5日判決裁判集民110号165頁は、信用協同組合の商人性を否定したものであるが⁽⁷⁰⁾、この判例は、このような形態の金融機関の商人性を判示したりーディングケースとして扱われている。その後、最高裁は、信用協同組合よりも事業内容について規制が緩やかな信用金庫についてもその商人性を否定した。最高裁昭和63年（1988年）10月18日判決民集42巻8号575頁がこれである。昭和63年判決は、「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の、それにより右の性格に変更を来しているとはいえ、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解するのが相当である」とし、「信用金庫の行うことのできる業務の性質が右のとおりである以上、特定の取引行為についてだけ信用金庫が商人に当たると解することもできない」と判示した。これら一連の判決の後、わが国ではいわゆる金融ビッグバン（big bang）と呼ばれる金融制度改革が行われた。平成8年（1996年）から同13年（2001年）にかけてのことである。この間、協同組合組織の金融機関の事業規制緩和は相当に進んだ。しかし、最高裁の姿勢は、今日に至っても変わっていない。最高裁平成18年（2006年）6月23日判決判時1943号146頁は、再び信用協同組合の商人性を否定した。平成18年判決は、「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、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

(70) この最高裁判決は、信用協同組合は商法上の商人に当たらないと解すべきであるが、中小企業等協同組合法が商法中の特定の条文を準用する旨を定めている場合のほかは一切、同法の適用が排除されるものではなく、商人たる組合員に対してなされた貸付けは、商法503条（商人たる組合員にとって附属の商行為となる）、3条1項（このため、双方に商法が適用される）により、同522条が適用されて、当該貸付債権の消滅時効が5年になると判示したものである。

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解するのが相当であり…上告人（信用協同組合）の業務は、上記のとおり、営利を目的とするものではないから、本件預金契約が商法502条8号に規定する商行為に当たるといってもできない」と判示している。

繰り返し述べるように、特別法に基づき共益目的事業を行う法人は、「非営利」法人であること、言うまでもない。したがって、「営利」目的事業を行う法人と同列の「営利」事業を遂行する資格がないことも当然である。ここで問題にすべきは、共益目的事業を行う法人が「資本主義市場において計画的かつ継続的に全体として収支相償う適合性原則の下で」その目的事業として、あるいはその目的を達成する手段として、商行為該当行為をなす場合に、そのような行為を反覆継続することが、商法にいう「業とする」という評価に耐えうるか否かという点である。

共益目的事業を行う法人の商人性を否定する大隅健一郎は、商法にいう「業とする」とは、「利益を得る目的をもって、一定の計画に従い、同種の行為を反覆継続して行うことをいう⁽⁷¹⁾」と述べている。この文脈で問題とすべきは、「利益を得る目的をもって」という部分に限られる。これ以外の部分は、共益目的事業を行う法人の事業行為にも妥当するからである。大隅は、これを「営利の目的があることを要する⁽⁷²⁾」と解するが、営利の目的は「反覆して行われる一団の行為につき全体として存すれば足りる…得た利益をいかなる目的に用いるかも、これを問わない…営利が唯一の目的たることも必要ない⁽⁷³⁾」としたうえで、これに関連して、田中誠二の主張に係る「収益目的が必要であるが、それは収支適合または費用充足を目標とすれば足りる⁽⁷⁴⁾」という説を引き、その文脈上、これを否定していないし、営利目的が主たる地位を占めなければな

(71) 大隅・注(3)前掲91頁。

(72) 同前92頁。

(73) 同前。

(74) 田中誠二『全訂商法総則詳論』（勁草書房・1976年）187頁。

らないという見解については、明らかにこれを否定している⁽⁷⁵⁾。そうであるとすれば、大隅が言う「利益を得る目的」とは、「広く収益を希求する目的」を指すものと捉えられ、必ずしも「営利目的事業」の「営利」という単語と同義の意味を有するものとして用いているものではないと考えられる。

信用金庫や信用協同組合は、地方の流通金融の担い手として必要欠くべからざる存在であり、その事業を破綻させることを許されないことは勿論、具体的な数値目標を掲げて収益を上げ、これによって自らの組織の強化・充実を図らなければ、その本来の目的を達成することができない。その目的事業の遂行は、商法にいう「業とする」という評価に十分耐えうるというべきである。上に掲げた一連の判例は、「営利の目的」を「営利事業を目的とする法人」のそれと同義に機械的に狭く捉えたものであって、失当である。

ところで、商学研究者は、経済活動を、生産・流通・消費の3分野に分け、主として生産と消費を架橋する流通分野を商業と捉えてこの分野をその主たる研究対象としている。商学の研究対象は、従来商法研究者が観念してきたところの、固有の商・補助（的）商に対応する分野であるといえる。商学研究者によれば、「消費欲求や生産の事情により生産と消費の間の隔たりが大きくなると、生産者は流通関連の諸活動を商業者に一任して生産に専念することに大きな不安を感じ、また、商業者に利益を独占されることをおそれて、自ら流通の分野に進出しようとする⁽⁷⁶⁾」と指摘されている。このような、商学研究者の指摘を待つまでもなく、商法は、早くからたとえば製造加工業を逸早くその規整下に収め（商502②）、店舗販売業者・鉱業者を擬制商人としてきた（商4Ⅱ）。生産業の商業への進出という商学における指摘は、商法企業法説においては、企業の生産業分野への進出であると説明されよう。ともあれ、上のような商学研究者の指摘は、農業協同組合などの商人性を考究するうえで、示唆に富む。

平成9年（1997年）以来、国土交通省は、全国の主要幹線道路添いに、いわ

(75) 大隅・注（3）前掲93頁脚注（2）参照。

(76) 久保村隆祐編著『商学通論（六訂版）』（同文館出版・2005年）31頁〔久保村隆祐〕。

ゆる「道の駅」という休憩所兼地域産品販売所の設置を奨励してきた。農業協同組合は、この事業に積極的に関与し、道の駅に出資して、農産物直売所設備の整備を展開している。個人農業者が自己の農産物を直販すべく、店舗設備を設けて販売行為を継続すれば、この者は擬制商人として商人適格を肯定される（商4Ⅱ）。商法が擬制商人制度を設ける根拠となった企業的設備あるいはその経営方法という点に着目すれば、個人農業者が備える店舗と農業協同組合が整備した農産物直売所を比較した場合、企業という評価により相応しいのはいずれであるか、明らかであろう。前者の商人性を肯定し、後者の商人性を否定するような結論を採るべきではない。本末転倒の極みである。農業協同組合がこのような準商行為該当行為をその事業として行うときは、その商人適格を肯定すべきである。

さらに、商学研究者による次のような指摘はより興味深い。すなわち、現在では、すでに述べたように、生産者も流通機能を多少とも担当しているが、加えて「消費者もこれを担当する場合がある⁽⁷⁷⁾」との指摘である。現在では、生産・流通・消費の分野間に、その機能の相互乗入れが行われる傾向があるとの指摘であろう。商法企業法説は、従来、商業（流通）の分野で発展を遂げてきた企業の、生産分野への進出については早くから眼を向けてきた。商法もまた、この方向への規整の網を拡大してきたのである。現在にあっては、逆の方向、すなわち消費する側への企業の進出についても、同じ目線で捉える必要がある。そうであるとすれば、信用金庫や信用協同組合は、消費の側に企業が進出しそこで生じた企業形態のひとつであると捉えられ（消費者による流通金融の担当）、その商人性は自然に肯定されようし、消費生活協同組合の商人性もまた肯定されなければならない（消費者による物的商的流通機能の担当）。相互会社の商人性もまた然りである。この方向へも商法の規整を拡大することを考えるべきである。

(77) 同前9頁〔久保村隆祐〕。

6-4-4. 収益目的事業を行う法人

一般法人法または特別法に依拠して設立された法人で、もっぱら収益を得ることを目的に事業を展開するが、そこで得た収益を社員などに分配することなく、公益以外の目的に充てるものがこれである。

たとえば、新たに政党が結党された場合に、その政治活動を支援すべく設立され、出版・新聞事業の展開を通じてその政治活動を喧伝するとともに、その事業で収益を追求し、これをもっぱら当該政党の政治活動に充てる法人といった例が考えられる。

収益目的事業を行う法人が商行為該当行為を事業目的とし、反覆継続して収支適合原則の下にこれを遂行する場合には、商人性が肯定されよう。

6-5. 特殊法人、独立行政法人

公団、公庫、営団、公社、特殊銀行などと称される法人は、その事業に公共的性格が強く、特別法に基づいて設立されるものである。私法人と公法人の中間的性格を有するが、これらの特殊法人は独立採算性を採っており、収支相償うことを企図して事業を展開している。このような法人が商行為該当行為を事業として行う限り、商人性が肯定される。

現在では、特殊法人の多くのものが解散し、民営化されたり独立行政法人化されている。たとえば、旧住宅・都市整備公団法（昭和56年（1981年）法律第48号）に基づき設立された住宅・都市整備公団は、平成11年（1999年）に解散し、その業務は、旧都市基盤整備公団法（平成11年（1999年）法律第76号）に基づき設立された都市基盤整備公団に承継された。都市基盤整備公団もまた特殊法人の整理統合により、平成16年（2004年）に設立された独立行政法人都市再生機構に吸収統合された。この法人は独立行政法人都市再生機構法（平成15年（2003年）法律第100号）に基づいて設立されたものである。都市再生機構は、賃貸住宅の家賃収入や市街地整備による土地の売却益により収益を得ている。住宅・宅地の投機売買または投機貸借を業としている（商501①、502①）と評価できるので、この法人は商人と解される。

第4章 会社の概念

1. 緒言

すでに述べたように、商法研究者は、企業概念の定立につき、その法的独立性ないし主体性という側面を強く意識してこれを行ってきた。法的独立性・主体性を備える最も単純で素朴な企業形態は、言うまでもなく、個人企業である。個人企業者は、他から制約を受けることなく、私経済的自己責任負担主義の下、己れの全人格を以って、その識見才能を尽くして、企業経営に集中する。必要に応じて、雇用（民623以下）・請負（民632以下）・委任（民643以下）などの各契約を通じて他人の労力（識見才能を含む）を動員し、あるいは、金融機関からの借入れ（民587以下）や匿名組合契約の利用（商535以下）などによって、他人資本を湊集する。しかし、個人企業にあつては、端的には当該企業者の死亡など、その個人的事情が企業に重大な影響を及ぼすから、企業の維持の困難という障壁が立ちはだかる。さらに、企業損失はこれをすべて企業者が負担しなければならず、その責任は無限責任であるから、商業帳簿（商19）によって、会計上企業財産と個人財産とを区別していても、そのような区別に関係なく、企業損失を一身に背負わなければならない。個人企業者は、屢々これに耐えることができない。それゆえ、法的独立性・主体性を維持しつつ、個人企業における上のような短所を克服する企業制度が求められるのである。これに最も良く応えるのが、会社制度である。

会社制度は、すでに述べた商法の組織法上の特色（第1章5-3）を顕著に具現化した制度であり、会社は窮極の企業形態である。すなわち、会社制度は、複数人（1人も可、本章2-3-2）の資本・労力を1個の企業に結合する機能を営んでいる。企業危険を複数人の間に分散させ、かつ軽減する機能を営んでいる。法人格の付与という工夫により、企業の維持にも資する制度となっている。

およそこの世に存在する法人格者のうち、会社のみが企業を離れて存在しえ

ない。本章においては、企業のためにのみ生まれた純粹形象である会社概念について考究する。

2. 会社の意義

2-1. 営利性

民法33条2項によれば、「営利事業を営むことを目的とする法人」の存在が認められている。会社は、このような類型に属する法人である。会社の他にも、投資信託及び投資法人に関する法律（投信法）（昭和26年（1951年）法律第198号）に基づき設立される投資法人が、このような類型に属する法人として挙げられる。「営利事業を営むことを目的とする」とは、平成16年（2004年）改正前民法35条1項および平成17年（2005年）改正前商法52条2項にいう「営利ヲ目的トスル」と同義である⁽¹⁾。営利を目的とするというのは法技術的概念であつて、単にその活動により会社自身の経済的利益を図ることを目的とするのみでは足りなく、進んで社員の利益を図ることを目的とし、その事業から生ずる利益が窮極において社員に分配されることを意味する⁽²⁾。ただし、その分配の方法は、剰余金配当の方法によると残余財産分配の方法によるとを問わない。

株式会社（本章9）については、会社法105条2項が、株主に剰余金の配当を受ける権利および残余財産の分配を受ける権利の全部を与えない旨の定款の定めが無効である旨を規定している。剰余金配当請求権と残余財産分配請求権の双方を否定できないという意味で、営利性は株式会社の本質的概念といえる⁽³⁾。

持分会社（本章6ないし8）については、会社法621条1項がその社員に利益配当請求権を認め、同条2項がこの権利に関する定款自治を許容している。同じく624条1項が社員に出資の払戻しを請求する権利を認め、同条2項がこ

(1) 江頭憲治郎編『会社法コンメンタール1』（商事法務・2008年）85頁〔江頭憲治郎〕。

(2) 大隅健一郎＝今井宏『会社法論上巻（第3版）』（有斐閣・1991年）18頁。

(3) 青竹正一『新会社法（第2版）』（信山社・2008年）8頁。

の権利に関する定款自治を許容している。退社にともなう持分の払戻しに関する規定は同611条に置かれている。また、残余財産の分配の割合について、同666条が定款自治を許容している。株式会社と同様、持分会社についても、社員に経済的な分配を受ける権利を全く否定することは認められないと解される⁽⁴⁾。

会社が営利を目的とするということは、それが各種の寄付のような非営利的行為をなすことを妨げるものではない⁽⁵⁾。会社といえど、営利行為をなすことを唯一の目的とする必要はない（この点については本章3-3で考究する）。

2-2. 事業の商事性

商法は、はじめ商行為（基本的商行為）をなすを業とする目的をもって設立した社団のみを会社とし（商事会社）（明治44年（1911年）改正前商42、平成17年（2005年）改正前商52Ⅰ）、商行為以外の事業を営む営利社団については、民法が、商事会社設立の条件に従ってこれを法人となすことを認め（民事会社）、民事会社には、すべて商事会社に関する規定を準用するものとしていた（平成16年（2004年）改正前民35）。これは、前章で概観したように、立法当初の商法が商行為という概念を基礎にして商法の適用範囲を画するための基本的概念を定める立場をとったからである⁽⁶⁾。しかし、商法は、明治44年（1911年）改正に際し、上の民事会社をも商法上の会社とみなし（昭和13年（1938年）改正前商42Ⅱ、平成17年（2005年）改正前商52Ⅱ）、この結果、上の民法の規定は存在意義を失った（上の民法の規定は、形式的には平成16年改正（同年法律第147号）時まで存続したが、この時に廃止された）。なお、昭和13年（1938年）の有限会社法は、はじめから、商行為を営利行為の例示とするにとどめ（旧有1Ⅰ）、有限会社につき、商事会社と民事会社の区別を設けなかった⁽⁷⁾。

(4) 同前。

(5) 北澤正啓『会社法（第6版）』（青林書院・2001年）12頁。

(6) 同前11頁。

(7) 同前。

会社法制定前にあっては、上のような商事会社概念と民事会社概念の形式的区別を前提に、商事会社は固有の商人であり（商4 I）、これが営業としてなす行為は当然に商行為であって（商501、502）、これが営業のためになす行為も商行為である（商503）と構成され、一方で、民事会社は商人とみなされ（擬制商人、平成17年（2005年）改正前商4 II後段、旧有2）、これが営業としてなす行為は商行為に準じて扱われ（準商行為、平成17年（2005年）改正前商523）、これが営業のためになす行為も商行為である（商503）と構成されていた。したがって、商事会社であれ民事会社であれ、その商人性およびその商行為性に関しては、法律上同様の取扱いを受け、そもそも両者を区別する実益は乏しかった。

会社法は、従来の商事会社と民事会社の区別を完全に廃止した。すなわち、会社は、定款所定の事業目的（会27①、576 I ①）の如何にかかわらず、会社法5条により、商行為を業とする者として、すべて固有の商人（商4 I）として扱われる⁽⁸⁾。さらに会社法5条は、会社がその事業のためにする行為も商行為とするとした。これは、商人一般の附属的商行為（商503 I）該当行為を意味する（なお、本章3-5も参照）。

会社には、商法第2編に規定されている商行為に関する規定が当然に適用される⁽⁹⁾（商1 I）。

2-3. 社団性

2-3-1. 社団性の意義

平成17年（2005年）改正前商法52条は、会社が社団である旨を明定していたが（旧有1 Iも同様）、会社法は、この規定を削除した。しかし、会社法は、会社の構成員としての社員を依然として存置し、1人以上の株主・社員を必要

(8) 酒巻俊雄＝龍田節編集代表『逐条解説会社法1』（中央経済社・2008年）105頁〔森本滋〕。

(9) 青竹・注（3）前掲7頁。

的構成要素としているから（会641④参照）、会社が社団であることに変わりはない⁽¹⁰⁾。

社団という語は、法律上、屢々、組合という語に対する意味(対義語として)に用いられる。この意味で用いられる場合、組合は、構成員の個性が重視され、構成員が相互の契約関係（組合契約）によって直接に結合する団体を指すのに対し、社団は、構成員の個性が希薄であり、構成員が団体と構成員との間の契約関係（入社契約）により、団体を通じて間接的に結合する団体を指す。

しかし、「会社が社団である」という場合の社団に、そのような意味を認める必要はない。現行商法が制定された当時は、社団とは、団体すなわち共同の目的を有する複数人の結合体を意味するものとして用いられていたにすぎない⁽¹¹⁾。会社が社団であるとは、人の結合体であるという意味である。改めて記せば、このような社団の構成員がすなわち「社員」である。株式会社の構成員たる社員が「株主」である。

2-3-2. 一人会社

会社が人の結合体たる社団であってみれば、社員が複数存在するのが本則であるようにも思える。確かに、後に述べる法人性の付与の長所（本章2-4-1）は、社員が複数である方が説明し易いし、資本の湊集、危険の分散などの会社制度の長所もまた、社員が複数である方が説明し易い。

商法ははじめ、株式会社を含むあらゆる種類の会社の設立および存続のために、2人以上の構成員（社員・株主）の存在が必要であるという法政策を採っていた（合名会社につき、平成17年（2005年）改正前商94④、合資会社につき、同年改正前商147、162、有限会社につき、平成2年（1990年）改正前有69 I⑤）。

株式会社については、はじめ、その設立には7人以上の発起人が必要である

(10) 加美和照『新訂会社法（第9版）』（勁草書房・2007年）7頁、江頭編・注（1）前掲3頁〔江頭憲治郎〕。

(11) 江頭・注（1）前掲24-25頁脚注（1）、北澤・注（5）前掲13頁。

とし（平成2年（1990年）改正前商165）、株主が7人未満に減じたことを会社の解散原因としていた（昭和13年（1938年）改正前商221）。その後、昭和13年（1938年）改正にあたり、株主が7人未満になったことを解散原因とする規定が削除され、他方、株主が1人となったことを解散原因とする旨の規定は設けられなかった（同年改正後商404参照）。これにより、株式会社成立の後、株主が1人となるいわゆる一人会社^{いちにん}の存続が認められることになった（最判昭和44年（1969年）2月27日民集23巻2号511頁）。これは、たとえば、親会社がその全株式を所有する子会社のような、一人会社を認める実際上の需要に適うものであった。

さらに、平成2年（1990年）改正法は、株式会社および有限会社については、会社設立時および設立後も1人の株主・社員からなる一人会社を認めた。この改正では、株式会社の発起人の員数を定めない方法を取り（平成2年（1990年）改正後商165）、有限会社につき、社員が1人となったことを解散原因とする規定（同年改正前有69 I ⑤）を削除するという方法が採られた。この方法は、会社が「社団」である旨の規定（平成17年（2005年）改正前商52、旧有1 I）との抵触を避けるのに適切な方法であったが⁽¹²⁾、これにより、一人会社と社団性との関係につき、理論上の整合性が求められるに至った。多くは、社員の会社に対する法律上の地位を意味する株式または持分は通常複数であり、かつその株式または持分の譲渡により社員は何時でも容易に複数となりうるものであって、その意味では一人会社もいわば潜在的に複数の社員から成るものといつて妨げないという潜在的社団論に依っていた⁽¹³⁾。

会社法は、株式会社はもとより、持分会社についても社員が1名になることを解散原因とする規定を設けず（会641参照）、一人会社の設立・存続を許容した。合名会社、合同会社、株式会社については当然に一人会社が認められる。

(12) 上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法・補巻平成2年改正』（有斐閣・1992年）46頁〔北澤正啓〕。

(13) 大隅＝今井・注（2）前掲16頁、加美・注（10）前掲6頁。

合資会社については、有限責任社員と無限責任社員とから成る会社なので（本章7）、そのままでは純理論上の一人会社は認められないが、社員が1人となっても解散せず、会社法639条、640条2項所定の措置により、存続を許される。

会社法の下でも、一人会社と社団性との関係を、上述のいわゆる潜在的社団論で説明する見解が有力である⁽¹⁴⁾。しかし、設立当初からの一人会社の社団性は潜在的社団論では説明できないとの批判もある⁽¹⁵⁾。

会社は、多数の人々から資金を集める制度であるが、一定の営利目的によって統合組織化された有機的一体としてのある財産を、他の財産から分離して管理する技術たる側面をも有している⁽¹⁶⁾。一人会社は、会社をこの側面において利用するものである。そうであるとすれば、株式会社・合同会社については、現に一人会社を認めることに社会的需要があり、合名会社には、そのような需要がなくとも、一人会社をあえて禁じるまでの積極的理由がないのであるから、会社法が一人会社を許容しているのであると捉えておけば十分であろう。会社は、1人以上の社員が存在すれば、設立・存続を許される社団であるということになる。

なお、一般法人法上の社団法人の設立に関しては、設立時社員（一般社団法人の社員になろうとする者）が、共同して定款を作成し、これに署名または記名押印しなければならないと規定されている（一般法人10I）。「共同」とは、2人以上の者によらなければならないことを意味するので⁽¹⁷⁾、一般法人法は、一人一般社団法人の設立を許容しない趣旨であると解される。他方、一般社団法人にあっては、社員が欠けたことは法定解散事由となるが（一般法人148④）、社員が1人になったことは法定解散事由ではないことから、一般法人法は、法

(14) 神田秀樹『会社法（第10版）』（弘文堂・2008年）7頁脚注（3）、弥永真生『リールマインド会社法（第11版）』（有斐閣・2007年）8頁。

(15) 青竹・注（3）前掲9頁。

(16) 北澤・注（5）前掲14頁。

(17) 根田正樹＝丸山秀平＝坂田純一編著『一般社団法人・財団法人の法務と税務』（財経詳報社・2008年）51頁〔木下崇〕。

人が成立した後は、一人一般社団法人が生じることを許容しているものと思われる。

2-4. 法人性

2-4-1. 法人性の意義

会社法は、あらゆる種類の会社に一律に法人格（権利能力主体たる地位）を付与している（会3）。すなわち、会社は、それ自体が自らの財産を所有する独立した法主体として扱われる。

法人の主たる属性として、①法人自体の名において権利を有し義務を負うこと、②法人自体の名において訴訟当事者となること、③法人自体に対する債務名義によってのみ、法人の財産に対して強制執行をなしうること、④法人の財産が、法人の構成員個人の債権者の責任財産とならず、法人自体の債権者の排他的責任財産となること、⑤法人の債権者にとって、法人自体の財産のみが責任財産となり、法人の構成員個人の財産が責任財産とならないことが挙げられる⁽¹⁸⁾。

①および②の属性は、企業活動の円滑に資するものであり、③および④の属性は、企業の維持（法人企業の永続性）に資するものであり、⑤の属性は、社員有限責任につながるから、企業の発展に資するものであるといえる⁽¹⁹⁾。

株式会社は、上述の①ないし⑤のすべての属性を備えている。しかし、合名会社、合資会社および合同会社では、社員の債権者が社員の持分を差し押さえ、当該社員を退社させることができるので（会609）、これらの会社では④の属性は完全ではない。また、合名会社および合資会社の社員は、会社債権者に対して直接責任を負うから（会580）、⑤の属性を有さない。

(18) 青竹・注(3)前掲8-9頁、北澤・注(5)前掲15-16頁。

(19) 弥永・注(14)前掲10頁参照。

2-4-2. 法人格否認の法理

2-4-2-1. 意義

法人格否認の法理とは、法人の形式的独立性を貫くことが正義衡平に反すると認められる場合に、その法人としての存在は認めながら、特定の事案についてその法人格を否認し（上述2-4-1の法人の属性のいずれかを無視し）、その背後にある実体を捉えてそれに即した法的取扱いをなすという法理である。会社法人格を全面的に剥奪し、その法人としての存在を否定する解散命令（会824）、設立無効の訴え（会828 I ①）、設立取消しの訴え（会832）とは別のものである。

法人格否認の法理を適用することを言明したリーディングケースとして知られるのが、最高裁昭和44年（1969年）2月27日判決民集23巻2号511頁である。わが商法学界においては、この判例が登場するまでは、法人格否認の法理の導入を認めるべきか否かが主たる問題であったが、この判決以後は、法理の適用を前提として、その内容、とりわけ要件の明確化が学説における検討の課題となってきた⁽²⁰⁾。弥永真生（1961～ ）によれば、この法理に関しては、企業統合での関連でのものを除くと、わが国における解釈をめぐる議論は、1980年代半ばには一段落したものとされている⁽²¹⁾。

上の最高裁判決の事案はおよそ以下のようなものである。Y社は、代表取締役であるA個人の経営に係る電気商を税金対策上法人成りさせたものである。Y社はXから店舗を賃借したが、Xは、当該電気商が会社組織か個人企業かを明確に意識することなく店舗を賃貸した。紆余曲折を経て、XA間に店舗明渡しの裁判上の和解が成立したが、後になって、Aは、Y社が店舗の賃借人であるから、Aが個人として使用している部分は明渡しに依るが、Y社の使用に係る部分は明渡さないと主張した。そこでXは、Y社に対し、店舗明

(20) 弥永真生「法人格否認の法理」倉沢康一郎＝奥島孝康編『昭和商法学史』（日本評論社・1996年）271-272頁。

(21) 同前272頁。

渡しの訴えを提起した。最高裁はXの請求を認容し、以下のように判示した。「およそ法人格の付与は社会的に存在する団体についてその価値を評価してなされる立法政策によるものであって、これを権利主体として表現せしめるに値すると認めるときに、法的技術に基づいて行われるものなのである。従って、法人格が全くの形骸にすぎない場合、またはそれが法律の適用を回避するために濫用されるが如き場合においては、法人格を認めることは、法人格なるものの本来の目的に照らして許すべからざるものというべきであり、法人格を否認すべきことが要請される場合を生じるのである。そして、この点に関し、株式会社については、特に次の場合が考慮されなければならないのである。…株式会社は準則主義によって容易に設立され得、かつ、いわゆる一人会社すら可能であるため、株式会社形態がいわば単なる藁人形に過ぎず、会社即個人であり、個人即会社であって、その実質が全く個人企業と認められるが如き場合を生じるのであって、このような場合、これと取引する相手方としては、その取引がはたして会社としてなされたか、または個人としてなされたか判然としないことすら多く、相手方の保護を必要とするのである。ここにおいて次のことが認められる。すなわち、このような場合、会社という法的形態の背後に存在する実体たる個人に迫る必要を生じるときは、会社名義でなされた取引であっても、相手方は会社という法人格を否認して^{あたか}恰も法人格のないと同様、その取引をば背後者たる個人の行為であると認めて、その責任を追求することを得、そして、また、個人名義でなされた行為であっても、相手方は敢えて商法504条を俟つまでもなく、直ちにその行為を会社の行為であると認め得るのである。」

この判決には、松田二郎（1900～1988）、大隅健一郎という2人の商法研究者が、裁判官として関与したという事実を忘れてはならない。元来は、アメリカの判例・学説によって発達させられたこの法理を、わが国に導入することの必要性を逸早く説いたのが、この2人であった⁽²²⁾。この判決を契機に、この法

(22) 松田二郎「コンツェルン関係における株式会社の自主独立性—特に持株会社と関連して」法曹時報2巻2号（1950年）27頁以下、同『会社法概論』（岩波書店・1968年）

理に依拠する下級審判決が相次ぎ、学説もこの法理に対して肯定的態度をとるようになった。現在、この法理そのものはすでに確立していると言ってよいが、どの範囲でこれに依拠すべきかには多くの議論がある。龍田節（1933～ ）は、この法理の援用につき、意思表示等に関する規定や契約の解釈によってできるだけ解決を図り、それができないときだけ、最後の拠り所としてこの法理を使うべきだと警告されると述べている⁽²³⁾。今日、このような警告の下にこの法理が検証されていることに疑いはない。

2-4-2-2. 法人格の濫用

法人格の濫用とは、会社の背後にあって支配する者が、違法または不当な目的のために、会社の法人格を利用する場合をいう⁽²⁴⁾。濫用と認められるためには、違法または不当な目的という主観的要素が必要である⁽²⁵⁾。

判例に現われた法人格の濫用事例に以下のようなものがある。

最高裁昭和48年（1973年）10月26日判決民集27巻9号1240頁は、「株式会社が商法の規定に準拠して比較的容易に設立されうることに乗じ、取引の相手方からの債務履行請求手続を誤らせ時間と費用とを浪費させる手段として、旧会社の営業財産をそのまま流用し、商号、代表取締役、営業目的、従業員などが旧会社のそれと同一の新会社を設立したような場合には、形式的には新会社の設立登記がなされていても、新旧両会社の実質は前後同一であり、新会社の設立は旧会社の債務の免脱を目的としてなされた会社制度の濫用であって、このような場合、会社は右取引の相手方に対し、信義則上、新旧両会社が別人格であることを主張できず、相手方は新旧両会社のいずれに対しても右債務についてその責任を追求することができるものと解するのが相当である」と判示し

19-20頁、大隅健一郎「法人格否認の法理」法曹時報2巻8号（1950年）27頁以下。

(23) 龍田節『会社法大要』（有斐閣・2007年）58頁。

(24) 北澤・注（5）前掲19頁。

(25) 弥永・注（20）前掲274頁。

て、旧会社の債権者に対して、新会社への金銭債務の支払請求を容認した。

最高裁平成17年（2005年）7月15日決定民集59巻6号1742頁は、「第三者異議の訴えは、債務名義の執行力が原告に及ばないことを異議事由として強制執行の排除を求めるものではなく、執行債務者に対して適法に開始された強制執行の目的物について原告が所有権その他目的物の譲渡又は引渡しを妨げる権利を有するなど強制執行による侵害を受忍すべき地位にないことを異議事由として強制執行の排除を求めるものである。そうすると、第三者異議の訴えについて、法人格否認の法理の適用を排除すべき理由はなく、原告の法人格が執行債務者に対する強制執行を回避するために濫用されている場合には、原告は、執行債務者と別個の法人格であることを主張して強制執行の不許を求めることは許されないというべきである」と判示して、第三者異議の訴えに関して初めて法人格否認の法理を適用した。

学説上、法人格が濫用されている場合に、法人格否認の法理の適用があることに、ほとんど異論はない⁽²⁶⁾。その実定法上の根拠は、民法1条3項の権利濫用の法理に求められる。繰り返し述べるように、濫用と認められるためには、権利者（濫用する側）の主観的要素が考慮されなければならない。青竹正一が述べるように、特定の事案に限るとはいえ、法人格の独立性が否定されるという否認の効果の重大性を考慮すれば、客観的利益衡量を重視して多数の利益が常に勝つという安直な結論を導くべきではないからである⁽²⁷⁾。ただし、濫用者において違法または不当な目的を有していたか否かは、客観的事実から判断せざるをえない⁽²⁸⁾。

2-4-2-3. 法人格の形骸化

法人格の形骸化とは、法人とは名ばかりであって、実質は社員の個人企業や

(26) 青竹・注（3）前掲11頁、弥永・同前。

(27) 青竹・同前11-12頁参照。

(28) 同前12頁。

親会社の営業の1部門にすぎないような場合を指し、最高裁は、先のリーディングケース（本章2-4-2-1参照）を形骸化の事例としている⁽²⁹⁾。

判例に現われた法人格の形骸化事例に次のようなものがある。

実質上の株主がAだけという甲社で、Aは法定選任手続を経ないまま代表取締役として行為してきたが、Aが甲社の名をもって物件を売却して代金債権を取得し、甲社の名をもって当該債権を他に譲渡し債務者にその旨を通知した事件において、最高裁昭和47年（1972年）3月9日判決判時663号88頁は、Aが正規の選任手続を経っていないので代表取締役でないとするとともに、「甲社は、株式会社の形態をとってはいるが、その実質においてはAの経営にかかる個人企業となら異なるところはないものというべく、甲すなわちA個人と解することができるのであって」と述べ、取得した債権はA個人に帰属し、当該債権譲渡もその旨の通知もA個人の行為として効力を生じたとした。先のリーディングケースおよび本判例を観る限り、形骸化の要件について最高裁は、具体的に踏み込んだ基準を示しているとは言い難い。

形骸化の要件としては、一般に、会社財産と社員の個人財産または他の会社の財産との混同、業務活動の混同の反覆や継続、収支に関する区分の欠如、株主総会・取締役会の不開催など会社として必要な手続の無視などが挙げられている⁽³⁰⁾。結局は、上記の諸徴表が累積して初めて法人格の形骸化があると解するようであるが（東京高判昭和53年（1978年）8月9日判時904号65頁、大阪高判昭和56年（1981年2月27日判時1015号121頁など）、とくに重要なのは会社と社員個人の間における業務および財産の継続的混同であると指摘するものが多い⁽³¹⁾。

学説上、形骸化の場合に法人格を否認する法的根拠を欠くことや、「形骸化」という表現が比喩的で不明確であるという理由から、形骸化を法人格否認の要

(29) 北澤・注（5）前掲18頁。

(30) 大隅＝今井・注（2）前掲53頁、北澤・同前。

(31) 大隅＝今井・同前、青竹・注（3）前掲12頁。

件とすべきでないとする見解が有力である⁽³²⁾。わけても江頭憲治郎（1946～）は、法人格否認の法理の適用要件として「法人格の形骸化」のように債権者保護との関係が不明なものをも含む法人形式無視の諸徴表を数え立てることは、要件の適切性を疑わせると述べる⁽³³⁾。そして、むしろ、①契約相手方に対し契約当事者が誰であるかを誤認させる、または、契約相手方に対し会社債務につき株主が責任を負うとの信頼を惹起させる等、②事業リスクに比し過少な資本の出資、③会社・子会社から株主・親会社への利益移転など、会社債権者等相手方を保護すべき実質的理由を明確に示す要件の下に、同法理の適用はなされるべきものであるとの主張を展開している⁽³⁴⁾。江頭は、重要なのは、最高裁が定立した「法人格の濫用」「法人格の形骸化」という2つの形式的要件論に拘泥することではなく、むしろ法人格という属性をその事案限りで否認しなければならない実質的理由は何であるのかを探ることであり、そのような探究を通じて否認の具体的な要件を浮き彫りにすることであると主張しているものと思われる。

江頭が提唱する上のような視座は、今日の商法研究者から肯定的な評価を得ている⁽³⁵⁾。法人格の形骸化という類型を認めるか否かは、さほど重要な問題ではない。むしろ、適用の基礎となった事実を明確にする作業が肝要である。ただ、ひとつ付言すれば、青竹正一によれば、法人格形骸化の場合に法人格を否認する法的根拠を欠くという点に関しては、会社を法人とする規定（会3）の解釈により、形骸化の場合に例外的に法人格の否認が認められると解すればよいとしている⁽³⁶⁾。龍田節も、その法条上の根拠として、同様の見解を採ってい

(32) 加美和照「判批」金融・商事判例552号（1977年）5頁、田中誠二「法人格否認法理再論」商事法務885号（1980年）4－5頁。

(33) 江頭憲治郎『株式会社法（第2版）』（有斐閣・2008年）43頁。

(34) 同前。

(35) 森本滋「法人格否認の法理の新展開」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟法講座7』（日本評論社・1982年）350頁、青竹・注（3）前掲13頁。

(36) 青竹・同前。

るものと思われる⁽³⁷⁾。

2-4-2-4. 法人格否認の効果

冒頭に述べたように、法人格否認の法理は、会社の法人としての存在自体に影響を与えるものではない。特定事案における当事者間の法律関係についてのみ法人格の独立性を否定するものである。したがって、これにより、会社債権者は、法人の背後の支配社員や株主に対して会社債務の弁済請求が可能になる。すなわち、株主・有限責任社員の有限責任の侵食が生じる。さらには、旧会社の債権者が新会社に対し、子会社の債権者が親会社に対し、あるいは姉妹会社の一方の債権者が他方の会社に対し、弁済を請求することが可能となる。

会社の背後の支配社員・株主と会社とを実体法上一体として取り扱うことができる場合や、旧会社と新会社とが実質的に同一である場合であっても、訴訟法上の既判力および執行力の範囲については、手続の明確・安定性を重んじて、前者に対するそれらを後者にまで拡張することは許されない（最判昭和53年（1978年）9月14日判例時報906号88頁）との立場を支持するのが多数説である⁽³⁸⁾。

3. 会社の権利能力

3-1. 性質および法令による制限

会社は法人であり、自然人と異なるから、その性質上、自然人であることを前提とする権利を享受し義務を負担することはできない（生命・身体に関する権利、身分法上の権利義務を有さない）。しかし、その他の権利は、単に財産権のみに限らず、名誉権のごとき人格権・社員権・他の会社の機関となる能力・代理権・遺贈を受ける権利なども享有することができる⁽³⁹⁾。

(37) 龍田節「法人格否認法理の最近の展開」商事法務534号（1970年）12頁。

(38) 北澤・注（5）前掲21頁、加美・注（10）前掲11頁。

(39) 大隅＝今井・注（2）前掲29頁。

加えて、法人は、その権利能力を法律の規定によってはじめて与えられるのであるから、法令によってこれを制限されるのは当然である。法令による制限について見ると、現在、会社を含め、一般的に法人の権利能力を制限する法令はなく、個別的に制限規定が置かれるという形式になっている。平成17年(2005年)改正前商法55条は「会社ハ他ノ会社ノ無限責任社員ト為ルコトヲ得ズ」と規定し(旧有4により有限会社にも準用)、長らくこの規定が法令による能力制限の例とされてきたが、その立法上の当否に疑問があったためか、会社法制定にあたり削除された。現在の法令による権利能力制限の例として、会社を含む法人は、会社法上、取締役、監査役、執行役または清算人となる資格がない(会331 I ①、335 I、402 IV、478 VI)との規定が挙げられる。なお、外国会社}の権利能力は、法令のみならず条約によっても制限される旨が明定されている(民35 II ただし書)。

3-2. 定款所定の目的による制限

会社は、その目的を定款に記載または記録しなければならない(会27①、576 I ①)。民法34条は、「法人は、法令の規定に従い、定款その他の基本約款で定められた目的の範囲内において、権利を有し、義務を負う。」と規定している。同条は、平成18年(2006年)改正前民法43条の後継規定であるが、この規定は、従来から、多くの民法研究者によって、法人の権利能力を制限した規定であると理解されてきた。しかし、平成18年改正の前後では、民商法体系におけるこの規定の位置づけが異なることに注意しなければならない。平成18年改正前の民法の法人規定は、もっぱら公益法人を対象としていたことから、民法旧43条が営利法人である会社には類推適用されないと解する余地もあり、そのような学説も有力であった⁽⁴⁰⁾。しかし、改正によって公益法人に関する規定が民法から削除され、民法に残った法人規定は法人一般についての原則規定となったた

(40) 内田貴『民法I (第4版)』(東京大学出版会・2008年) 241頁。

め、もはや民法34条が営利法人に適用されることは否定できなくなった⁽⁴¹⁾。

判例は、古くから民法旧43条が会社にも類推適用されると解し、定款所定の目的外の行為は、取引の相手方の善意悪意を問わず無効になるとしていた（大判明治36年（1903年）1月29日民録9輯102頁）。しかし、判例は、目的の範囲内の行為であるか否かを判断するにあたり、厳格に解する当初の立場を改め、目的条項を広く弾力的に解するようになり、定款の記載から推理演繹^{えんえき}しうる事項、定款所定の目的達成に必要な行為も目的の範囲内に含まれると解した（大判大正元年（1912年）12月25日民録18輯1078頁、大判昭和6年（1931年）12月17日新聞3364号17頁）。加えて、ある行為が定款所定の目的の遂行に必要であるか否かを各場合の具体的事情に求めるという考え方を改め、取引の安全を図るべく、目的の遂行に必要であるか否かは、定款所定の記載自体から観察して、客観的・抽象的に必要でありうべきか否かの基準に従って決定すべきであるとするに至った（大判昭和13年（1938年）2月7日民集17巻50頁、最判昭和27年（1952年）2月15日民集6巻2号77頁）。

学説上も、定款所定の目的を遂行する会社であることを前提にして出資をした株主・社員や会社債権者などの期待を保護する必要性を理由に、民法旧43条が会社についても適用ないし類推適用されるというのが伝統的見解であった⁽⁴²⁾。このような立場は、上記の判例の方向をおおむね支持してきたといつてよい⁽⁴³⁾。すでに述べたように、民法旧43条の頃にあつては、会社の権利能力の定款所定の目的による制限を否定する見解が成り立つ余地があつた⁽⁴⁴⁾、現在なお、この見解を支持する説もあるが⁽⁴⁵⁾、現在の民法34条の法人法における位置づけに鑑みれば、同条が会社に適用されることを当然の前提としなければならない。そうであるとすれば、民法34条は形式的に会社に適用されるのである

(41) 同前。

(42) 関俊彦『会社法概論（全訂版）』（商事法務・2007年）30頁。

(43) 青竹・注（3）前掲15頁、北澤・注（5）前掲27頁。

(44) これらにつき、青竹・同前、北澤・同前26頁。

(45) 関・注（42）前掲31-32頁。

が、能力外の理論は、会社について、判例によって実質的に廃棄されているのであり⁽⁴⁶⁾、目的外の抗弁が認められることは実質的に皆無であると現状を評価するのが最も穏当な見方であろう。

定款所定の目的は、会社の権利能力という観点からは、ほとんど意味がない。しかし一方で、株式会社についていえば、定款所定の目的の逸脱は、①取締役等のそのような行為によって会社に著しい損害が生じるおそれのある場合には、当該行為の差止請求事由となる（会360、385、407 I）、②取締役等のそのような行為によって会社が損害を被れば、取締役等に会社に対する損害賠償責任が生じる（会355、419 II、423 I）、③取締役等が法務大臣から警告を受けたにもかかわらず、これらの行為を継続的にまたは反覆して行えば、解散命令事由に該当する（会824 I ③）⁽⁴⁷⁾。これらは会社の内部的問題であり、会社の権利能力に関する定款所定の目的の解釈と、上に掲げた場合とを同様に解する必要はない。これらの場合にも、定款所定の目的をあまり狭く解して取締役等の活動を制約すべきではないが、定款所定の目的の遂行に必要な行為であるかどうかを客観的・抽象的に決定する必要はない。これらの場合には、取引の安全の考慮を要しないからである⁽⁴⁸⁾。会社のある行為につき対外的な権利能力が是認されるべきか否かということと、定款記載の目的の遂行のために会社の内部で当該行為が会社にとって適正なものとは是認されるべきか否かということは、別問題である。

3-3. 営利性による制限

民法・会社法は、あくまでも営利活動を行うために会社に一般的権利能力を与えている。したがって、会社に共通な営利性による権利能力の制限は、理論的にはありうるであろう。しかし、そのような制限は、きわめて緩やかなもの

(46) 北澤・注（5）前掲27頁。

(47) 同前。

(48) 同前27-28頁。

である。すでに述べたように（本章2-1）、会社は営利行為と同時にそれ以外の行為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、^{ひょうぼう}実質上は非営利事業または社員の経済的協力を行っていても、会社たることを妨げない⁽⁴⁹⁾。1980年代以降、地域振興などを目的としたいわゆる第三セクター（Third Sector）方式による株式会社が設立されているが、このような会社では、先鋭的な営利性は相当に希釈される。

3-4. 法人の社会的実在性と権利能力

会社はそれが社会の構成単位たる実在であり、それとして社会的作用を担当しているのであるから、一般に社会人につきなすべきことを期待しまたは要請される事項は、会社もまたなしうるし、しなければならぬのであって、これに基づく権利能力が認められるべきが当然であると説くものがある⁽⁵⁰⁾。これによれば、会社が行う寄付その他の「会社に社会通念上期待される行為」は、「定款所定の間接的に必要な行為として」ではなく、「目的如何にかかわらず、社会的実在として」権利能力が認められると解することになる⁽⁵¹⁾。森本滋（1946～）は、会社法5条を、事業とは無関係の会社の行為があることを含意するものと解したうえで⁽⁵²⁾、現在の経済社会状況下において、大規模公開会社は、株主や会社機関とは別個の社会的存在として認知され、それなりの社会的役割を果たすことが期待されており、小規模閉鎖会社においては、株主（社員）の利益保護にも配慮しなければならないが、いずれの場合にも、社会貢献ないし寄付等について、権利能力の問題とするのではなく、業務執行機関の責任その他会社法上の制度により対処することが合理的であろうと説く⁽⁵³⁾。

(49) 大隅＝今井・注（2）前掲19-20頁。

(50) 同前31頁。

(51) 酒巻＝龍田編・注（8）前掲84頁〔森本滋〕。

(52) 同前105頁〔森本滋〕。

(53) 同前84頁〔森本滋〕、代表権・代理権濫用法理の弾力的運用により、効力問題とすることも可能であるとしている。

会社の組織法的・団体的行為以外の行為に、事業を離れてする行為が存在するか否かは、考究を要する問題であるが、少なくとも、「会社に社会通念上期待される行為」といった形で議論を立てることに慎重であるべきではないかと考える。社会には多様な価値観が存在しており、自然人や非営利法人とは異なる会社に社会が期待する事業を離れた行為というものを、多くが受容可能な規準をもって詰めきれとは思われない。ややもすれば、会社役員のあるべき人格といった法律論を離れた議論に流されるおそれもある。そうであるとすれば、会社が行う寄付や社会貢献もまた民法34条の解釈論の中で解決すべきであるということになる。

社寺の祭典、教育文化事業、社会事業などに対する寄付や地域社会に対する資金協力は、その行為だけを抽出すれば営利性を有しないが、間接的に企業の活動に役立つと判断されるとともに、端的に、先に述べた定款所定の目的の範囲内の行為であると評価すべきである⁽⁵⁴⁾。このことは、寄付の相手が政党であろうと慈善団体であろうと、あるいは災害の被害者であろうと変わりはない。寄付の対象が道徳的政治的に支持できるものであるかどうかによって贈与契約の効力が左右されるのでは、取引の安全が脅かされること甚だしいからである⁽⁵⁵⁾。判例もまた、会社の行う政治献金を、端的に会社の権利能力（目的）の範囲内の行為として是認している（最判昭和45年（1970年）6月24日民集24巻6号625頁）。このような面で、取締役・執行役らは相当の裁量権を有していようが、繰り返し述べるように、会社の規模や経営実績に鑑みて、応分の金額と評価しえないような寄付を行ったような場合には、会社内部の問題として、取締役・執行役に忠実義務違反が生じる余地があること、当然である（会355、419Ⅱ前段）。

3-5. 事業外の行為

(54) 鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法（第3版）』（有斐閣・1995年）12頁脚注（4）参照。

(55) 内田・注（40）前掲243-244頁。

会社法5条は、「会社が事業としてする行為」と「会社が事業のためにする行為」とを認めている。これらは当然に会社の権利能力が及ぶ行為であるとともに、すでに述べたように（本章2-2）すべて商行為であると評価される。

「事業としてする行為」とは、会社が本来の営業活動（営利を標榜してなす活動）として行う行為であり、第1義的には、定款に目的として記載・記録された事項それ自体をなす行為である。しかし、定款の文言上明示的に目的に掲げられていなくても、解釈上会社の目的の範囲に含まれる行為であれば、これに含まれる⁽⁵⁶⁾。したがって、これに含まれる行為の外輪は、きわめて曖昧であり、「事業のためにする行為」との間に明確な線引きをすることは困難であるといえる。

「事業のためにする行為」とは、すでに述べたように（本章2-2）、商法503条1項所定の附属的商行為該当行為を意味する。したがって、有償無償を問わず、事業目的を遂行するために必要な行為だけでなく、営業・事業に関連してその維持便益のために行われる一切の行為が含まれる⁽⁵⁷⁾。

従来から、会社は企業活動の主体であって、事業生活を離れては存在せず、その商人性は会社の全生活^{おお}を蔽うから、会社が行う取引行為は、事業としてする行為でなければ、すべてが事業のためにする行為になるとの見解が支配的であった⁽⁵⁸⁾。すなわち、この見解によれば、会社のなす行為は、組織法的・団体的行為を除いて、すべてが事業上の行為であり、かつ、商行為となる。純理論上は、会社のある行為が事業のためになされた附属的商行為であるか否かの問題と、当該行為が会社の目的の範囲内の行為であるか否かの問題は、まったく別個の問題であるが、すでに観たように、会社の対外的行為は事実上広く、目的の範囲内の行為に含まれると解されており、これはすなわち事業上の行為であるから、当然に商行為になると解すべきであろう。会社法5条は、商法503

(56) 江頭編・注(1)前掲131頁〔江頭憲治郎〕。

(57) 酒巻・龍田編・注(8)前掲104頁〔森本滋〕。

(58) 平出慶道『商行為法(第2版)』(青林書院・1989年)77頁。

条2項を含めて、商法501条ないし503条の規定の適用を、会社について排除するものではなからうか。もっとも、判例は、商法503条2項を会社に適用することを排除せず、同条同項の会社への適用を肯定するようである。すなわち、最高裁平成20年（2008年）2月22日判決民集62巻2号576頁は、「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、会社がその事業としてする行為及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。同項にいう「営業」は、会社については「事業」と同義に解される。）」と判示している。しかし、会社の行為について、立証によって商行為性を覆す可能性を認めるべきではない⁽⁵⁹⁾。

上で述べたように（本章3-4）、森本滋は、会社法5条は、会社の行為一般を商行為とするのではなく、事業としてする行為と事業のためにする行為を商行為としているのであるから、同条を、事業上の行為以外にも会社の行為がありえるという趣旨であると解し、社会的実在としての会社に社会通念上期待される行為は、その目的如何にかかわらず権利能力を認められ、これらの行為について商行為法の適用はないと解する⁽⁶⁰⁾。大隅健一郎も、会社に営業生活以外の生活が存しないとすることに疑問の余地があるとし、会社も社会的実在として存在しかつ活動している限り、営業生活以外に一般社会人としての生活領域が存しうると解し、災害や社会的行事における寄付などを例示して、これらが商行為でないと解するようである⁽⁶¹⁾。下級審の裁判例にも、「会社の行為で

(59) 青竹正一『特別講義改正商法総則・商行為法（第2版）』（成文堂・2008年）21-22頁。

(60) 酒巻=龍田編・注（8）前掲107頁〔森本滋〕。

(61) 大隅健一郎『商行為法』（1963年（3刷）・青林書院新社）23頁。

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」と述べ、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の商行為性を否定したものである（東京地判平成9年（1997年）12月1日判タ1008号239頁）。

会社の社会的実在性によって権利能力を定めるという筋道に疑問があることは先に述べたとおりである。そもそも会社にポケットマネー（pocket money）を保有する余地があるのだろうか。上の裁判例がポケットマネーという単語を用いて、どのような財産を示そうとしたのか、必ずしも明らかではないが、会社財産は挙げて有機的の一体のものとして事業目的に捧げられるべきものである。およそ会社の取引で、会計帳簿（その事業により生ずる一切の取引を継続的かつ組織的に記録する帳簿）に記載・記録することのできない取引というものは存在しない。会社の行う取引行為は、すべて事業上の行為として、当然に商行為となると解すべきである。

4. 会社の住所

法人として会社の住所は、その本店の所在地にある（会4）。会社の普通裁判籍は、主たる営業所を基準に定め（民訴4 IV）、債務の履行場所は、本支店にかかわらず現実の営業所による（商516）。

5. 会社の種類を区別する基準

5-1. 会社法上の会社

会社法において、会社とは、株式会社、合名会社、合資会社または合同会社をいう（会2①）。この4つが会社法上の会社であり、後3者を「持分会社」と称する。会社は、これら4種類しか認められない。

会社法は、旧有限会社法を廃止して（会社法整備1③）、株式会社と有限会社を統合し、株式会社に一本化した（過去の有限会社については、本章10-3

参照)。そして、会社法の施行時（平成18年（2006年）5月1日）に、現に存在した有限会社は、会社法施行日以後、「株式会社として」存続するものとされた（会社法整備2Ⅰ）。しかし、このようにして存続する旧有限会社については、会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律（会社法整備法）（平成17年（2005年）法律第87号）中に特例規定が設けられ、旧有限会社と実質的に同様の規定による規整を受け、会社の商号にも「有限会社」の文字を用いなければならない（会社法整備3Ⅰ）。このような旧有限会社を「特例有限会社」と称する（会社法整備3Ⅱ）。特例有限会社は、会社法整備法45条、46条に従って、通常の株式会社へ移行することができる。

上記4種類の会社を区別する基準は、主として社員の責任の態様による。加えて、会社内部の社員相互の関係が考慮される。

5-2. 社員の責任の態様

5-2-1. 直接責任・間接責任

社員の責任の態様は、会社債権者に対する責任の在り方によって区別される。

社員が、会社債務につき、会社債権者に対して直接に弁済する責任を負う場合、これを直接責任という。すなわち、会社に対する債務名義を有する会社債権者は、執行裁判所から承継執行文を付与されることによって（民執27Ⅱ）、社員の個人財産に対する強制執行をすることが可能である。

社員が、会社債務につき、会社債権者に対して直接に弁済する責任を負わない場合、これを間接責任という。すなわち、社員は、会社に対して出資義務を負うのみで、この義務を履行した後は、当該出資が会社の財産を構成し、それが会社債権者の担保となっているから、これを捉えて、社員は会社を通じて会社債権者に対して間接責任を負うといえる⁽⁶²⁾。より正確には、出資

(62) 北澤・注（5）前掲30頁。

義務を履行後の社員は、会社債権者に対して無責任であるといつてよい⁽⁶³⁾。

5-2-2. 無限責任・有限責任

直接責任はさらに、社員が自己の全財産をもって会社債権者に対して弁済する責任を負う場合と、社員が出資の価額を限度として会社債権者に対して弁済する責任を負う場合とに分けられる。前者を無限責任といい、後者を有限責任という。会社財産を供出し尽くしてもなお会社債務を完済するに至らない場合、上に述べたように、会社債権者は、執行裁判所から承継執行文を付与されて、社員の個人財産に強制執行をすることが可能であるが、無限責任を負う社員は、自己の全財産に強制執行が及ぶ可能性を甘受しなければならない。一方、有限責任を負う社員は、自己の財産中、会社に対する未履行の出資価額を限度に、強制執行が及ぶ可能性を甘受すれば足りる。

有限責任という語は、上のように直接責任のうちの有限責任を意味するほか、間接責任についても用いられる。株主の有限責任（会104参照）というときの有限責任は、間接責任（無責任）の場合において、社員（株主）が会社に対して一定限度の出資義務を負うことを意味する⁽⁶⁴⁾。

5-3. 会社内部における社員相互の関係（組合的規律の濃淡）

すでに述べたように、今日なお商法研究者の間では、社団という用語は、組合に対する対義語として用いられる（本章2-3-1）。このような意味で用いられる場合、法的形式として、出資者である団体の構成員が相互に契約関係で結合する団体を組合、構成員が団体との間の社員関係により団体を通じて間接的に結合する団体を社団と呼ぶ⁽⁶⁵⁾。

会社の内部において、社員相互間に組合結合的な規律を排除するか、あるいは

(63) 同前。

(64) 同前。

(65) 神田・注(14)前掲6頁。

は、組合結合的な規律を維持するか、そのいずれを選択するかによって会社の性格は決定的に異なることになる。したがってこの要素もまた、会社の種類を区別する基準となりうる。

6. 合名会社

合名会社は、会社債権者に対し、直接・無限の責任を連帯して負担する社員のみで構成される会社である（会567Ⅱ、580Ⅰ）。ただし、社員は、会社債権者に対し、まず会社財産から弁済を受けるよう求めることができる（会580Ⅰ②、この点で組合と異なる）。社員には、財産出資のみならず、労務出資や信用出資も認められる（会576Ⅰ⑥かっこ書反対解釈）。

社員は、会社債権者に対して上のような重い責任を負う反面、原則として全社員が、会社の業務を執行し、会社を代表する（会590Ⅰ、599Ⅰ）。

社員の地位を持分という。出資の額によって観念される各社員の持分の大きさは異なるが、合名会社の1社員の持分は1個である。持分を譲渡するには、他の社員全員の承諾を必要とする（会585Ⅰ）。また、基本的事項の決定には総社員の同意が必要である（会637）。持分の払戻しによる退社が認められる（会624）。

会社の内部関係につき、定款による自治の認められる範囲（会577参照）は、持分会社の中でも合名会社が最も広い⁽⁶⁶⁾（会590Ⅱ、591Ⅵ、593Ⅴ、621Ⅱ、666など）。

このように、合名会社は、相互に信頼関係のある少数者が共同して事業を経営するのに適した会社形態である。

7. 合資会社

合資会社は、無限責任社員と有限責任社員とで構成される会社である（会576Ⅲ）。前者は、合名会社の社員と同様の責任を負う。後者は、会社に対する一

(66) 龍田・注(23)前掲10頁。

定の出資の価額を限度として、会社債権者に対し、直接・有限責任を負う（会580Ⅱ）。有限責任社員は、労務や信用を出資の目的とすることができない（会576Ⅰ⑥かっこ書）。

有限責任社員は、無限責任社員に比べて責任が軽いけれども、業務執行権・代表権を認められないわけではない。平成17年（2005年）改正前商法は、その156条において有限責任社員に業務執行権・代表権を認めず、有限責任社員には同153条で一定の監視権を認めていたにすぎなかった。現行法の下では、定款でとくに定めない限り、全社員が業務を執行し、会社を代表する点は合名会社と同様である。定款により、業務執行権・代表権を一部の社員に限定する場合にも、社員の責任の態様と関係なく、自由に定めることができる。なお、有限責任社員が、自己を無限責任社員と誤認させる行為をしたときは、当該社員は、無限責任社員と同一の責任を問われることがある（会588Ⅰ）。

合資会社の社員の持分も、その大きさは区々であるが、1社員につき1個である。社員の持分の譲渡には、原則として全社員の同意を要するが（会585Ⅰ）、業務を執行しない有限責任社員の持分の譲渡は、業務執行社員の全員の承諾があれば可能である（会585Ⅱ・Ⅳ）。

このように合資会社には、有限責任社員に関する特有な事項が法定されているが、これ以外は合名会社と同様である。したがって、合名会社と同様、相互に信頼関係のある少人数の社員が集まるに適した企業形態である。

8. 合同会社

平成17年（2005年）に会社法によって創設された新しい形態の会社である。そのモデル(model)となったのは、アメリカのLLC(Limited Liability Company)である。LLCは、ワイオミング(Wyoming)州が1977年に制定法により創設し、1988年にアメリカ歳入庁が法人税制上組合としての取扱いを認めた後に同国において急速に普及したものである⁽⁶⁷⁾。

(67) 江頭・注(33)前掲4頁脚注(6)。

合同会社は、会社に対する出資の価額を限度として、会社債権者に対して間接・有限責任を負う有限責任社員のみで構成される会社である（会576Ⅳ、580Ⅱ）。それゆえ、会社債権者に対する関係で会社財産が重視される。資本金の額は登記によって公示される（会914⑤）。社員の出資の履行は、全額払込制をもって、登記の時までに完了しなければならない（会578）。会社財産を適切に維持するための規整（会628、632）、財務状況の開示規整（会618、625）が設けられ、また各種の債権者保護規整（会626以下）が設けられている。

会社の業務執行や代表は、合名会社・合資会社と同様である。定款に特段の定めがなければ、全社員が経営に関与する。合同会社社員の持分も、その大きさは区々であるが、1社員につき1個である。持分の譲渡には、原則として全社員の同意を要するが（会585Ⅰ）、業務を執行しない社員については、業務執行社員の全員の承諾があれば認められる（会585Ⅱ）。会社の運営は、合名会社・合資会社と同様になされる。すなわち、会社内部にあっては、社員の個性・人的信頼関係が重視される。

9. 株式会社

株式会社の構成員たる社員は株主と呼ばれる。株主は、会社に対し株式の引受価額を限度とする出資義務を負うだけで、会社債権者に対し何らの責任も負わないという社員である（会104）。繰り返し述べるように、株主が会社に対する有限の出資義務しか負わないことを株主の有限責任という。

取締役会が設置された典型的な株式会社にあつては、株主は、その責任が軽いことに照応して、会社の経営から距離を置く。すなわち、1株1議決権主義を原則とする株主総会において議決権を行使し、基本的事項につき会社の意思決定に関与するものの（会309等参照）、会社の業務執行の決定には当たらず（会295Ⅱ参照）、業務執行の決定を総会で選任した取締役によって構成される取締役会に委ねる（会362Ⅱ①）。そして、取締役会で選任された代表取締役が業務を執行し、会社を代表する（会349Ⅳ・Ⅴ）。一方で株主は、業務執行の監査・

監督について各種の権限を保障されている（総会における監査役選任権（会329 I）、代表訴訟（会847以下）、業務執行検査役^{おた}の選任（会358）など多数の規整が設けられている）。

株主の投下資本の回収は、原則として株式（持分）の譲渡によって実現される（会127）。

しかしながら、現実の株式会社にはさまざまな規模のものがあり、株式会社形態を利用するに至る理由も多岐^{おた}に亘る。實際上、現存するあらゆる株式会社を同一の基準で規整することは困難である。それゆえ、会社法は、複数の基準を設けて、株式会社の区分規整を行っている。

大企業の動向は、国民経済に与える影響がきわめて大きい。したがって、大企業には、ある程度厳格な強行法的規整が必要となる。しかし、中小企業に複雑な厳格規整を一律に適用すれば、それを遵守するコスト（cost）負担に耐えられないものも多く、いきおい法律を無視した運営に陥りやすいといった弊害を生じる⁽⁶⁸⁾。そこで会社法は、株式会社をその規模により大会社とそれ以外の会社とに2分して、区分規整を行うという法政策を採用した。会社法上、「大会社」とは、資本金が5億円以上または負債総額が200億円以上の株式会社を指す（会2⑥参照）。すわわち、多額の自己資本または他人資本を湊集して、大規模な事業展開を行う会社が大会社である。大会社の特則に関しては、後に必要な箇所而言及する（主に第2帖、第3帖を予定）。

本来、株式会社は、株主相互の信頼関係を予定せず、きわめて多数の人々の結合を可能にする会社形態である⁽⁶⁹⁾。上に述べたように、株主の投下資本の回収は、原則として株式の譲渡によって行われるから（会127）、株主の変動が常に生じ、その個性は問題とされないはずである。しかし、典型的には同族会社（本章11-2）のように、いわゆる企業の所有と支配の分離現象が認められなればかりでなく、認めることが却って不都合な会社も現実に存在する。会社法

(68) 龍田・注(23)前掲18-19頁参照。

(69) 北澤・注(5)前掲32頁。

は、株式会社を公開会社とそうでない会社とに2分して、これについても区分規整を行うという法政策を採用した。会社法上、「公開会社」とは、「その発行する全部又は一部の株式の内容として譲渡による当該株式の取得について株式会社の承認を要する旨の定款の定めを設けていない株式会社」を指す（会2⑤参照）。すなわち、自由譲渡が保障された株式を一部でも発行できるという定款の定めのある会社は、公開会社である。定款にその旨の定めがあれば、自由譲渡が保障された株式の未発行・既発行に関わりなく、当該会社は公開会社である。したがって、非公開会社とは、定款上、発行できるすべての株式につき譲渡制限規制が設けられた株式会社を指すことになる。公開会社または非公開会社の特則に関しても、後に必要な箇所で言及する（主に第2帖、第3帖を予定）。

10. すでに廃止された商法上の会社

10-1. 旧商法上の合資会社

明治23年（1890年）の旧商法136条1項は、「社員ノ一人又ハ数人ニ対シテ契約上別段ノ定ナキトキハ社員ノ責任カ金錢又ハ有価物ヲ以テスル出資ノミニ限ルモノヲ合資会社ト為ス」と定め、旧商法上、合資会社は有限責任社員をもって組織するのを原則としていた。もっとも明治26年（1893年）改正後の同146条は、「業務担当社員ハ其業務施行中ニ生シタル会社ノ業務ニ付キ連帯無限ノ責任ヲ負フ」と規定していたから、このような社員は、事実上無限責任を負っていた。明治32年（1899年）商法104条（昭和13年（1938年）改正後146条に同じ）は、「合資会社ハ有限責任社員ト無限責任社員トヲ以テ之ヲ組織ス」と規定した。このとき、商法施行法の起草者は、新旧商法の合資会社間の法的連続性の維持を断念したようであり、新商法施行前に設立された合資会社には、旧商法を適用するものとした（商施38 I）。このような合資会社は、昭和25年（1950年）改正に至るまで存続を許されたが、現在では存在しなくなっている⁽⁷⁰⁾。

(70) 浅木慎一『日本会社法成立史』（信山社・2003年）65-66頁参照。

10-2. 株式合資会社

成立当初の現行商法43条（昭和13年（1938年）改正後53条に同じ）は、「会社ハ合名会社、合資会社、株式会社及ヒ株式合資会社ノ四種トス」と定め、株式合資会社という会社形態を認めていた。昭和25年（1950年）改正前商法は、編2編第5章457条ないし478条において、この会社に関する規定を設けていたが、昭和25年改正法は、これらの規定を削除し、株式合資会社制度を廃止した。

株式合資会社は、無限責任社員と株主とからなる2元的組織の会社である。立法当初、わが国は大陸法に倣ってこの制度を導入したが、その組織が複雑で運用上多くの不便をとまうのであまり利用されなかった⁽⁷¹⁾。昭和25年（1950年）に株式会社に関する規定が大幅に改正されたときに、その改正規定を株式合資会社に準用するとすれば、立法技術上多くの困難があり、かつ、株式合資会社の法律関係がますます複雑となりその実用性はいっそう減少すると予想されることを考慮し、この制度を廃止することにした⁽⁷²⁾。

10-3. 有限会社

すでに繰り返し述べているように、昭和13年（1938年）制定の有限会社法によって導入された会社形態である。有限会社は、商法以外の法律の適用については、商法上の会社とみなされていた（旧有89）。有限会社は、株主の有限責任と同様の利益を社員に享受させながら、株式会社の複雑な組織と規定を簡易化した、中小企業向きの会社形態として立法された。

有限会社は、会社に対して一定の出資義務を負うだけで、会社債権者に対し何らの責任を負わない社員のみで構成される会社である（旧有17）。出資1口の金額は均一でなければならず（旧有10）、社員は複数の口数の保有を許される。取締役については取締役会と代表取締役とは分化せず（旧有26、27）、監

(71) 上柳克郎=鴻常夫=竹内昭夫編『新版注釈会社法（13）』（有斐閣・1990年）520頁〔上柳克郎〕。

(72) 同前。

査役は任意の機関である（旧有33 I）。社員の総数は原則として50人を超えることができず（旧有8）、社員の持分の譲渡は制限されている（旧有19）。最低資本金が法定されており、平成2年（1990年）以降、その額は300万円であった（旧有9）。貸借対照表の公告を要せず、社債の発行も認められない。

立法当初から、大隅健一郎は、有限会社の実質は簡易株式会社と言うにふさわしいと主張していたが⁽⁷³⁾、会社法の制定にともない、従来の有限会社型会社規整は、選択可能な株式会社中の規整として、株式会社法制に吸収統合されたのである。

11. 会社のその他の分類

11-1. 人的会社・物的会社

社員の個性が重視されるか否かによる区分である。会社の内外の関係において、社員の個性が濃く、社員が誰であるかという会社の人的要素に重きが置かれる会社を人的会社といい、社員の個性が薄く、会社財産という会社の物的要素に重きが置かれる会社を物的会社という⁽⁷⁴⁾。

会社法上の現在の4種の会社のうち、合名会社は人的会社の典型である。合資会社もまた人的会社に属する。会社の対外関係において、会社債権者にとっては、会社財産がどの程度保有されているかということよりも、誰が社員（わけても無限責任社員）であるかが重要な意味を持つ。社員に弁済資力があれば会社債権者は満足を得ることができるからである。会社の対内関係においても、重い責任を負う無限責任社員は、反面で合名会社の経営に関与するから、相互の信頼関係が不可欠である。会社法は、合資会社についても、先に述べたように、業務執行権限に関して、無限責任社員・有限責任社員を区別しないので、責任の態様に関係なく、社員の個性が重視されることに変わりはない。必然的に、人的会社にあつては、社員の地位たる持分の譲渡は困難であることに

(73) 浅木・注(70) 前掲578頁。

(74) 北澤・注(5) 前掲34頁。

なる。

合同会社は、会社の対外関係においては、社員のすべてが有限責任社員であるから、会社債権者にとっては、社員の個性ではなく会社財産が重要となる。この点においては、合同会社は物的会社であるといえる⁽⁷⁵⁾。しかし、会社の対内関係においては、すでに述べたように、合名会社・合資会社と同様の会社運営が行われ、持分の譲渡も制限されている。社員相互の人的信頼を欠いては、会社の運営が困難であるという法構造を有している。この点では、合同会社も、色濃く人的会社の特徴を有している。

株式会社は、間接有限責任社員たる株主のみによって構成され、会社債権者にとって、社員の個性はまったく問題とされない。会社の対外関係においては、株式会社が物的会社であること、明らかである。株式会社においては、株主相互の人的信頼は、本来予定されていない。すなわち、株主相互間に組合的結合関係がなく、会社と株主との間が社員関係で結合しているという法構造を有している。したがって、株式会社は、会社の対内関係においても物的会社であるといえるが、とりわけ、定款上、その発行する全部の株式の内容として譲渡制限がなされた会社のように（会107 I ①参照）、定款自治により、株主の個性が重視され、人的会社性が加味されることもある。

11-2. 同族会社・非同族会社

同族会社とは、税法上の概念である。法人税法（昭和40年（1965年）法律第34号）2条10号に、同族会社の定義がある。それによれば、「会社の株主等（その会社が自己の株式又は出資を有する場合のその会社を除く。）の3人以下並びにこれらと政令で定める特殊の関係のある個人及び法人がその会社の発行済株式又は出資（その会社が有する自己の株式又は出資を除く。）の総数又は総額の100分の50を超える数又は金額の株式又は出資を有する場合その他政令で定める場合におけるその会社をいう。」と定義されている。特殊の関係のある

(75) 前田庸『会社法入門（第11版補訂版）』（有斐閣・2008年）16頁。

個人とは、たとえば株主等の親族、株主等と事実上婚姻関係同然の者、株主等個人の使用人、これら以外の者で株主等から受ける金銭その他の資産によって生計を維持している者などを指す。これら同族会社は、株主等(会社の所有者)と役員(経営者)が一致している場合が多く、会社といっても個人企業的色彩が強く、税負担の回避などを目的に恣意的行為がなされるおそれがあるため、法人税法上、同族会社に対し、行為計算の否認(法税132 I)、留保金課税(法税67)などの規整が設けられている。

同族会社という用語は、その文脈上、親族・使用人など特殊な関係のある社員のみから成る会社という意で広く用いられることもある。

11-3. 内国会社・外国会社

外国会社とは、外国の法令に準拠して設立された法人その他の外国の団体であつて、会社と同種のものまたは会社に類似するものをいう(会2②)。日本法に準拠して設立された会社が内国会社である。

設立準拠法上、適法に設立された法人たる外国会社は、わが国においてもその法人格は認許され、外国人が享有することのできない権利および法律または条約中に特別の規定があるものを除き、わが国において成立する会社と同一の私権を有する(民35 I・II)。設立準拠法上、適法に設立された法人でない外国会社も、わが国における私権の享有に関しては、上と同様である。

会社法は、外国会社についてとくに規定を設けている(会817以下)。