

論 説

商事取引の法的定義

春 田 博

1. はじめに

私法の一般法たる民法に対し、商法が特別法であるという立法上の前提は、両者のあるべき関係についての意見をひとまず措き（既に明治末期にこの問題に関する先駆的な主張をなしていた文献として、松本烝治「民商二法統一論」がある。浜田教授はその内容を好意的に紹介している⁽¹⁾）、それぞれが各別の法律として別異に制定されているという我が国の現行の法規制を前提とする限り、商法の規制対象の範囲と根拠について永きに亘り論じられ続けてきた根本的な問題に否が応でも注意を促せしめる。そこでの核心は、会社が営利を目的とする社団法人であるということの意義を何に見出すべきかという、属性としての「営利性」の解明であり続けてきた。

そして、この点に関し、会社法制定前の旧商法会社法編中第52条は、「本法ニ於テ会社トハ商行為ヲ為スラ業トスル目的ヲ以テ設立シタル社团ヲ謂フ」（1項）、「営利ヲ目的トスル社团ニシテ本編ノ規定ニヨリ設立シタルモノハ商行為ヲ為スラ業トセザルモ之ヲ会社ト見做ス」（2項）と明定し、営利とは商行為を業とする趣旨であること、また、商行為を業としない場合でも事業に営利性が認められれば同様に会社であること（民事会社）をいずれも定めていた。にもかかわらず、会社法ではこれら両定義が明文より削除された。現行会社法では、「会社は、法人とする」（会社法第3条）との1か条以外、営利性等をめぐる具体的な定義は明確な法文の文言の対象外とされ、他方で、会社法第5条において、会社がその事業としておこなう行為及びその事業のためにする行為

(1) 松本烝治「民商二法統一論」初出法学志林12巻1号・4号（明治43年）、私法論文集第一巻所収1頁以下（1916年）。浜田道代「民商法の区別は風前の灯火」NBL882号1頁（2008年6月1日）。民商法の関係に関する近時の包括的な考察として、藤田友敬「商法総則・商行為法の現状と未来」NBL935号（2010年8月15日）7頁以下を参照。

につき、どちらももれなく「商行為とする」旨規定されて、旧法同様商行為と商人の関係に関する折衷主義を前提に取引の商行為性を無条件に認めて会社の商人性を導く形で、会社法の適用領域が画されるに至ったのである。かかる法文の変遷も視野に入れながら、営利性の実体は会社法の制定以後学説の一層真摯な議論の対象となっており、このような経緯は、公知である⁽²⁾。

そして、以上の立法の変遷は、旧商法第52条の1項及び2項をふまえる限り、会社であるためには事業目的が商行為か否かを論じても結論は変わらず故に無意味であること、また、会社法第105条においては会社の出資者たる株主の権利として利益配当請求権・残余財産分配請求権の両請求権が少なくとも択一的には認められているところから、利益の分配を意味する「営利を目的とする」との定めにより会社の性格づけをする必要がないこと、との理由による処理であったことが、立法担当者によって説明されている⁽³⁾。これらの説明のうち、前者は事業目的に、後者は実現利益の分配に、各々関係する内容である⁽⁴⁾。同じ立法担当者が共著の形で著した中間法人法の解説書においても、同法第2条1号との関連で、次に引用する記述を見出すことができる。

2. 会社の営利性の意義

立法担当者によれば、会社の属性としての営利性は以下の意義を有するものである。

「営利」という用語については、①法人が構成員に対し利益を分配することを意味する場合と、②法人が利益を上げる事業を目的とすることを意味する場合とがありますが、民法三四条の「営利ヲ目的トセザル・・」および三五条の「営利ヲ目的トスル・・」における「営利」の意味については、伝統的な見解は、法人が事業によって得た利益を構成員に分配することをもって「営利」と解しています⁽⁵⁾。

(2) 落合誠一「会社の営利性について」江頭憲治郎先生還暦記念「企業法の理論」(上巻) 3頁によれば、会社の営利性の問題は、旧商法第52条並びに有限会社法第1条に相当する規定が会社法に存在しなくなったところから、むしろ、新会社法に至り新たな基本問題として提起されるに至ったというべき問題の1つであるとされる。さらに、清水真希子・判批・重判令和3年度97頁は、会社法制定や債権法改正を契機に、民法に対する商法の意義についての議論が高まっている旨を伝えている。

- (3) 相澤哲「一問一答新・会社法 [改訂版]」23頁(2009年。改訂前初版2005年)。
- (4) 倉澤康一郎教授は会社の営利性に関してこれを大要利益分配の機構の存在にあるとする(1)所掲松本蒸治説を批判し、営利性の如何と公益性の如何は全く別の問題であり、営利性の判断に獲得利益の法人ではなく構成員による利用面が基準となるのはおかしいと説かれる(倉澤康一郎「営利社団法人の意義」初出慶応法学44巻207頁、同「会社法の論理」1980年12月25日発行所収4頁以下)。公益性のない法人においてこそ利益の構成員への分配も咎められないとすれば批判はやや噛み合っていないようにも映るが、こうした議論を通じて事業目的と利益分配という2つの基準が析出されたことの意義は大きいと評価されている。能美善久「公益的団体における公益性と非営利性」ジュリスト1105号50頁以下参照。また、能美教授による整理は、結論として、非営利目的かつ利益不分配型以外の団体を営利目的団体とし、これらの営利目的団体は利益分配型かつ非営利事業目的であっても営利法人である一方、会社法にもとづき法人格を取得できるのは利益分配型の法人に限られると説かれるところから、先行する松本説並びに倉澤説とは独自の見解として、利益分配・事業目的両基準併用説(稲庭恒一「会社の「営利性」について」菅原菊志先生古希記念「現代企業法の理論」131頁参照)、あるいは、折衷的見解として位置付けられている(松井英樹「新・会社法における会社の営利性」中央学院大学法学論叢21巻1号34頁)。しかしながら、落合誠一(2)所掲11頁は、かかる松本説並びに倉澤説を両極とする見解の相違について、次のように評されている。「営利法人の営利目的を社団のレベルで捉えて、営利事業を行うのであれば、営利目的があるとするか、それとも社員のレベルで捉えて、利益分配があれば、営利目的があるとするかを、法文の字句あるいは社団の概念論で論じてみても、決着はつかないのであって、最終的にはそれぞれの立場を支える実質論の優劣が決め手となるであろう」。
- (5) 相澤哲=杉浦正典「一問一答中間法人法」4頁(2002年)。他方で、(3)の著者が共著者として名を連ねる相澤哲=内野宗揮「わかりやすい中間法人法」7頁(2002年)には、「ここにいう「営利目的」とは、法人に関する民法三四条及び三五条の規定の伝統的な解釈によると、法人が事業によって利益を得ることそれ自体を意味するものではなく、法人が事業によって得た利益をその構成員に分配することを目的とすることを意味すると解されています(したがって、法人が事業によって利益を得ること自体は、その法人が営利を目的としないものであることと矛盾するものではありません。)」との記載がある。要は、獲得利益の分配手段が用意されていることが法的な営利性の本質だと認識が披瀝されていると要約可能であろう。参照、松井・(4)所掲26-28頁(2007年)。しかしながら、営利性の根拠を獲得利益の社団構成員への分配可能性に求め、さらに、分配の態様として会社法105条が利益配当請求権及び残余財産分配請求権を併存的に規定している事実を根拠に援用する限り((3)参照)、社団構成員に少なくとも残余財産分配請求権が認められれば、それで営利法人性は満たされるのかという問題が、後述する株式会社による医療法人経営の是非の問題との関連でさらに生じてくる。

こうした議論を承け、平素授業を担当している商法総則・商行為を講ずる商法Ⅲの講義の際に採用している代表的な教科書である有斐閣Sシリーズ落合誠一他著「商法Ⅰ—総則・商行為」[第6版] (2019年)」においては、会社における営利の目的とは、「あげた利益を構成員に分配する目的をいう」と端的に要約されている⁽⁶⁾。

3. 個人商人に認められるべき営利性

しかしながら、営利社団法人における「営利性」に関する叙上の通説的認識の概略は、会社法ではなく法律としての現行商法が依然規制の念頭に置く膨大な数の個人商人には、かえって全く当てはまらないことが自明である⁽⁷⁾。ただし、個人商人に関する限り、利益の「分配」を観念してもおよそ無意味と言う以外なく、結果、個人商人についてはその事業活動の「営利性」を法人とは別のものとして措定する以外ないからである。そしてそれは、従来の学説の議論をふまえると、分配を定義中に措定しない以上、何らかの形での活動に際しての利益獲得の目的にこそかえって帰着することにならざるを得ないであろう。

とすれば、まず第一に、法人か個人かで、かくて営利性の意味が相違するという帰結を一体問題とすることなく受け入れて良いのかという疑問が、何よりも生じてくる。

この点、法人にとって営利とは利益の分配にあると慧眼をもって唱えられた松本丞治博士の判断の端緒が、そもそも商行為の客観的な定義を商人の定義に先行

(6) 落合誠一・大塚龍児・山下友信「商法Ⅰ—総則・商行為」[第6版] 28頁 (2019年)。

(7) 江頭憲治郎編「会社法コンメンタール」(2008年3月20日発行) 3頁の記述によれば、出版当時の数字として、「日本には、経済主体として、個人企業が、事業所を有するものだけで約310万あり(農林漁業を含まず)、内国法人企業が、税務統計上約255万あるが、後者のうち250万以上が「会社」である」。とすれば、実際には、会社以上に個人に対する商法典の適用をどうすべきかの方が当事者の数的には問題とされるべき余地も否定できない。それら個人企業については配当金も残余財産の分配も論じたところで始まらないと言う以外ない。

させる客観主義あるいは商行為概念と商人概念の折衷主義の止揚にあり⁽⁸⁾、事業内容は不問とされつつも利益分配の仕組みのみを営利性の確定的な要素とすべきことの主張であった点が、まずもって再認識されるべきであろう⁽⁹⁾。その結果、かかる立論自体が、既に営利性に関する法人と個人の二義別異の峻別を必然的に内包していることになる。とすれば、松本説において、会社ではなく個人商人についての事業の営利性とは、一体いかなるものであったのであろうか⁽¹⁰⁾。個人商人に関する限り、現行法の商行為概念ないしは商行為概念と商人概念の折衷主義で足りるのか、それとも別個独立の新たな基準が定立され

-
- (8) この分類に関する用語法は、西原寛一「商行為法」1960年4月20日発行59頁によった。西原博士は、他に、まず商人の概念を定めて商人の営業上の行為を商行為とする主観主義があるとされ、立法例を挙げて理論上も実際上も最もすぐれた立場であると説かれる(同書60頁)。しかしながら、松本博士は、「通存する観念を探求して商の定義を与ふるは不能なりと謂ふも可なり換言すれば商法を民法より区別する所以の根本たる学理上の標準は其存在を認むへからざるなり—民商二法の限界の基礎たるべき商の観念の明確ならざるは上述せる所の如し」(松本丞治「民商二法統一論」(1)所掲私法論文集6-7頁)と説かれ、法律上「商」の定義は不能であると西原説の以前から達観されていた。しかしながら、その松本説が、「商業ノ発達ハ比較的ニ幼稚ナリシヲ以テ」(同書9頁)云々と、法律上定義不能であったはずの商業の存在を与件に歴史に関する議論をなされており、釈然としない。この点は西原博士の企業法論についても同様であって、「過去・現在および将来の発展を通じて妥当する商法の対象は、売買本意の商人や媒介行為などではなくて、「企業」の概念にこれを求むべく」と説かれているが(西原・同書1頁)、企業の定義を法律中に見出せない以上、かかる主張の適用は恣意に流れるのではないかの懸念を払拭することができないところである。そしてまた、企業法論が個人商人をどう定義し処遇するのかについても、商人の定義を先行させる主観主義が賞揚されているにもかかわらず、等しく不明である。
- (9) 能美・(3)所掲53頁参照。
- (10) 松本・(1)所掲は、(8)に既述の通り、歴史をふまえて「商業」の発達を論じつつも、「商」の法的定義は不可能としている。

るべきかは、営利法人に関する判断を確認しても容易には判明しない⁽¹¹⁾。まして、会社法第5条が会社の行為をなべて商行為と定めており、この故にあらゆる会社に商法第4条が適用され、会社が商人であるとの帰結が導かれる、という現行法の規制のあり方は、商行為の具体的内容が現状でよいかはともかくとして、どう唱えようとも所詮は依然商行為と商人に関する折衷主義そのものの再確認ではないかとの判断が可能である。ならば、立法者は、こうした規定のあり方を、咎めるべき筋合いのものとして見ていなかったのであろうか。また、個人商人の認定に関する一つの考え方としては、企業会計原則に従った事業上の財務処理を継続している個人をもって営利性の徴表を確認する余地を見出すとのスタンスもあるかもしれない。けれども、昭和49年の商法改正時に企業会計原則が結局法典中に取り込まれずに終わった経緯を想起すれば、法律の前提を説明するのにそれより下位の規範と映りかねない根拠を持ち出しても、結局のところ十分な説得力を確認することはできないであろう。

4. 利益の由来

ところで、事業法人における活動の帰結として存在が前提とされ、分配の仕組みの有無が議論の対象となっている「利益」とは、翻ってそもそも何に由来して存在するのであるか。と言うのも、私法の一般法たる民法との摺り合わせを意識すれば、まず何よりも、法人であれ個人であれ、事業活動の根幹を占めている双務有償契約が、講学上はあくまでも「等価交換」であると説明されている前提をいかに了解しておくべきかということの再確認が、ここで不

(11) 山下友信「商法の現代化と商人概念」同志社法学 404号 91頁以下(2019年4月30日発行)は、立法作業をふまえた個人商人をも視野に入れての専ら主観主義を前提とする学説の総括を伝える論文であり、その前提が主としてドイツ法にある事実に理解を至らしめる内容となっている。同論文注1)に列挙されているそうそうたる碩学の諸文献は、本邦の折衷主義から等しく主観主義への移行を唱える見解がいかにも圧倒的かを納得させる内容である。しかしながら、一口に主観主義と言っても、ドイツにおいてさえ定義や規制のあり方は単純なものではない事実が同論文によって如実に伝わってくる。

可欠と解されるからである⁽¹²⁾。そして、この点、等価交換とは単なる比喻ではなく、当事者双方の給付の対価的牽連関係を法的に結論付ける決定的な定義であるという事実を、いかなる民法学上の主張に接しても、いずれにせよ直ちに確認することができる。当事者双方の給付が不等価であればそもそも裁判所が履行を命ずる余地を見出すのが困難となるところからも、この均衡はむしろ自明と解する以外ない。具体的には、契約の成立時には契約締結上の過失の問題として⁽¹³⁾、契約の成立後履行期前には危険負担の問題として、契約の履行期には同時履行の抗弁権の問題として、履行の進捗状況に従い絶えず当事者双方の給付の価値が等価扱いされ続ける次第である⁽¹⁴⁾。

かかる両当事者の給付の等価性は絶対的な命題であるばかりか、等価交換の不実現を根拠に据えて、主観的要件とは無関係に売主の法的責任を惹起せしめることにさえる。例えば、半田教授は、こうした経緯を次のように説明する。

-
- (12) 広中俊雄 債権各論講義第5版(昭和54年4月30日発行)15頁参照。「各当事者が相互に対価的意義を有する債務を負担する契約を双務契約といい、そうでない契約を片務契約という。双務契約はすべて有償契約である」。これに対して、平野裕之「コア・テキスト民法Ⅴ第2版(2020年4月10日発行)14頁は、有償契約だが双務契約ではない例として、利息付消費貸借契約の存在を指摘している。
- (13) 我妻栄 債権各論上巻(昭和29年12月7日発行)82頁
「双務契約の各当事者の負担する債務は、互に対価的な意義のあるものだから〔六二〕参照)、各債務の間には特殊の牽連関係を認める必要がある。民法は、履行上の牽連関係(同時履行の抗弁権)と存続上の牽連関係(危険負担)について規定しているが、更に、成立についても牽連関係を認めねばならない」。同旨、鈴木祿弥「債権法講義」198頁(初版昭和55年4月15日)。潮見佳男「契約規範の構造と展開(2003年9月20日初版第3刷発行)」207頁によれば、「なお、我妻博士が、契約締結上の過失の理論に接続させる形で売主有過失の場合に履行利益の賠償を認めるとの見解を主張した点については、改めて論ずるまでもない(今日、我妻説を支持するものとして、鈴木・154頁以下)」。
- (14) 双務有償契約の対価的牽連関係に関する我妻説の説明とは一見異なる理解として、平野裕之「コア・テキスト民法Ⅴ第2版(2020年4月10日発行)44頁では、「民法は契約総論において、両当事者は対価的意義を有する債務を相互に負担する双務契約について、次の3つの規定を用意している(ただし、条文上解除は双務契約に限定されていない)。」①同時履行の抗弁権(533条)②危険負担(536条)③契約解除(541条以下)」との記述を確認できる。

「売主が権利の全部または一部を移転し得ずまたは移転した権利に制限が付着していた等のために売主の給付内容が完全には実現されていない場合には、給付不実現の限度で買主は代価の償還を、そのために契約した目的を達しえない場合には、代価の全額の返還を請求しえなければならないが、この場合は売主の主観的要件とは無関係に等価交換が実現していないことに基づいて認められる。ところが買主が目的物受入のための諸費用を出捐し、または転売利益を喪失したような場合には、買主はそれ以上の損害を被るがこれら（狭義の）損害の賠償は等価交換の原理から導かれてくる効果ではなく、売主に帰責事由があることまたは損害担保契約のある場合にはそれに基づいて認められると考える方が債務不履行責任との権衡からも合理的である」⁽¹⁵⁾。

「右の損害のうち瑕疵自体の損害（減価）は売主の注意義務違反によって生じた損害というよりも等価交換が実現しなかったことによるものであり、売主の帰責事由を問わないで当然に填補させることが妥当であるが、瑕疵惹起損害については売主が瑕疵あることを看過して買主に瑕疵ある物を給付したまたはそれについての警告を怠ったという不注意に損害賠償責任を課する論拠を求めるべきである」⁽¹⁶⁾。

「思うに売買は有償契約であり、等価交換契約である。したがって買主が物に隠れた瑕疵があったために契約をなした目的を達することができずまたは支払った代価に見合った価値を有する商品を取得しえなかった場合は、売主の帰責事由ないし過失の有無を問うことなく、そのような不利益な結果を復旧する権利が認められて当然である。瑕疵担保制度が歴史上登場した理由もまさにこのような等価交換原則の実現にあったと言える。贈与契約の場合に一般的に担保責任が否定されるのも（民 551 条）、これによって理解することが可能である。」⁽¹⁷⁾

潮見教授もまた、その著書「契約規範の構造と展開（2003年9月20日初版第3刷発行）」177頁において、かかる半田説を肯定的に紹介している。曰く、

「ほぼ同様の立場から半田・再構成は、特定物を目的とする場合でも、通常、

(15) 半田吉信「担保責任の再構成（1986年1月25日発行）」18頁

(16) 半田・同書108頁。同旨、潮見・(13)所掲書177頁。

(17) 半田・同書166～167頁。

瑕疵のない物を給付する意思と考えられ（見切り品売買や廉価売買を除く）、これは売主の義務内容としてみた場合瑕疵のない物の給付義務をおっていることに他ならないから、その違反である瑕疵担保の場合は、広義の債務不履行の一場合となるばかりでなく、完全物給付義務のコロラリーとして、売主が瑕疵修補義務および代替物給付義務をも負担すべきことが導かれるとしたうえで、賠償されるべき損害に関して、瑕疵自体の損害（減価）は、売主の注意義務違反によって生じた損害というよりも、等価交換が実現しなかったことによるものであり、売主の帰責事由を問わないで当然に填補させることが妥当であるが、瑕疵惹起損害については、売主が瑕疵あることを看過して買主に瑕疵ある物を給付し又はそれについての警告を怠ったという不注意に、損害賠償責任を課する論拠を求めるべきであるし、買主の被った取引利益（信頼利益を含む）についても、通常の債務不履行の場合と同様に、売主の過失＝帰責事由を要件とするのが合理的であるとする（107～108頁）。

さらに、潮見教授は、かくて担保責任が等価交換の維持回復のための制度である趣旨を最初に提唱されたのが勝本正晃博士であり、故に過失が問題とされない一方、相手方の対価以上の責任が觀念されることもないと説かれてきた経緯を次のように紹介されている。

「担保責任一般につき、その制度目的を等価関係の維持回復に求める見解（いわゆる対価的制限説）は、勝本正晃博士により提唱されたものであって（「瑕疵担保責任の対価的制限」法学8巻3号18頁以下、1939年、『債権法概論（各論）』1949年）、それによれば、瑕疵担保責任は有償的責任をなすべき相手方を保護する目的をもって法律が認めたもの故、相手方の対価以上に担保の責めに任ずべき必要はない」⁽¹⁸⁾。

「そして、この意味での差額の填補は損害賠償請求の形態を採るのであると

(18) 潮見・(13) 所掲書207頁。勝本正晃「瑕疵担保責任の対価的制限」法学8巻265頁によれば、「瑕疵担保の責任は、主観的帰責要件とは関係なく、単に契約の有償性に基づいて認められる衡平責任であるから、一種の無過失責任である」。瑕疵担保責任の根拠が専ら両当事者の衡平に求められるべきことは、同論文で繰り返し主張されている（同論文268頁、271頁、274-275頁、277頁）。そして、根拠の核心に衡平がある限り、その内容は等価交換と同義と解して差し支えないであろう。

ころ、等価関係調整的な損害賠償については代金減額と同様の趣旨に出るものゆえ、売主の過失を不要とすべきである。於保不二雄博士は、「双務有償契約における等価交換義務については、過失責任を問題とすべきではあるまい」と主張されるが、その趣旨は右に述べた方向で生かされよう。もちろん、判例はいわゆる「値上がり益」の賠償を容易に認めない傾向にあるため、右のような理論が直ちに受容されるとも思われないが、一方で解除と履行利益賠償の併存を認めつつ、他方で売主の過失と無関係に等価性の調整を認めることに道を開かんとするのであれば、かかる試論もあながち不合理なことではないと思われる。

以上のように考えた場合には、「値上がり益」についても、それが契約締結時に予定された対価的均衡を破壊しない程度のものであれば、売主の過失を要せず賠償されるべきことになる。他方、締結時に予定された対価的均衡を破壊するほどの価格騰貴があった場合には、騰貴価格がある時点における物の価値を体现するものであるとしても、対価交換型有償契約において予定されている対価的均衡を破壊するものとして、直ちには賠償されない。債務不履行責任の一般理論に従い、売主の過失を要件とすべきである」⁽¹⁹⁾。

5. 等価交換と利益

かくて商法の前提分野たる契約法の世界において、「等価交換」あるいは給付の等価性が絶対的な命題であるならば、一体利益は何処より生ずるものとして説明されるのか⁽²⁰⁾。それは、ひとえに、約定の給付の価値が絶対的あるいは客観的な前提にもとづき定まっているのでは決してなく、専ら当事者の主観によってのみ決せられているからに他ならない。契約自由の原則の然らしめる

(19) 潮見・(13) 所掲書 229 頁。

(20) 松田二郎「新会社法概論」(1957年4月30日発行)5頁においては、「商」とはいかなる取引行為かに関する検討は披瀝されていないながら、「商という経済現象から生ずる法則ないし制度はすべての人類に共通なものを含むことを示すのである」と説かれている。双務有償契約の置付けに関してもこのように言い得る部分があるかも知れない。

当然の結論である。我妻博士は次のように説明する。

「対価的な意義があるかどうかは、客観的に定められるのではなく、当事者の主観で定められる。代金がいかに廉くとも、当事者が売買のつもりなら、その代金は、対価的な意義があり、負担がいかに重くとも、当事者が贈与のつもりなら、その負担は対価的な意義がない」ことになる⁽²¹⁾。

その結果、複数回の取引行為を取引主体がなしている場合には、各回の双務有償契約毎にいかに対価が相違しようとも毎回等価交換と判断され、それら各等価交換の差額が利益として把握されて、一向に差し支えない。商法第 501 条 1 号が投機購買を絶対的の商行為として規定するのはかくて自然な成り行きであるとともに、対して、1 度等価交換をして入手した目的物を以後自己が使用するべく所持し続けている当事者等に関しては、利益の実現などおよそ観念出来ない以上、商人と評価することができないであろう。したがって、後者の場合が非商事すなわち民事の取引行為であると要約して差し支えないのではなかろうか。既に、民法法の分野においては、このような認識を前提に、当然の如く次のような結論が語られている。

「商事売買は投機売買であり、転売によって利益をあげるのが常道だから、買主は目的物を支配しうる状態におかれなくても契約を締結すれば初期の目的を達することができる」⁽²²⁾。

そして、このたびの民法改正の結果、時効や法定利率等、従来民商法を分けて論ずる意義を際立たせていた論点に関して差異がなくなり、今日わずかに規定上の相違を確認できる留置権と商事留置権の相違に関しても、その違いの由来は沿革の別異性にあって机上のものでないにせよ⁽²³⁾、やはり取引の単複が各留置権の内容を然らしめているものと現行法を解する余地すらないとは言えないであろう。大量性・反復性・継続性といった商取引の特質も、かくて 1 回限りでない取引関係を念頭に論じられていることはもとより当然である。

(21) 我妻栄・(13) 所掲書 49 頁。

(22) 水本浩「民法セミナー 5 債権各論 (上)」(1979 年 3 月 10 日発行) 32 頁。

(23) 松本・(1) 所掲 28 頁は、商事留置権が中世商人団体の慣習によるものであるとし、ドイツ法系商法の採用した一種特異の留置権であって民法上の一般留置権とは沿革及び性質を異にする旨を説いている。

6. 利益分配を禁じられる取引領域と株式会社

こうして恒常的に複数回の取引行為（等価交換行為）をなしている主体か否かという当事者の個性を法人個人を問わずいづれにせよ要素として民商法の適用対象の峻別を考える立場からすると、現行会社法が利益の構成員への分配の仕組みの存在を営利社団法人における営利性の根拠としているとの第5条に関する説明に接しても特段の違和感は生じない⁽²⁴⁾。

しかしながら、かえって、例えば時として目にする株式会社による病院経営が可能であるとの認識⁽²⁵⁾に対しては、別の理由から慎重な受け止め方をせざ

-
- (24) 鳥山恭一・立法紹介・日仏法学 23 号 255 頁以下 (2004 年) によれば、本邦における折衷主義の母法たる 1807 年フランス商法典は 2000 年に廃止され、オルドナンス (委任立法) により新商法典が制定されたが (制定過程の是非については議論がある)、そこでは、旧商法典が商人の定義から始まっていたのと異なり、まず商行為の規定で第 1 章が始まり、次いで商人が規定されているとのことである。かくて依然折衷主義は維持されている。
- (25) 株式会社による病院経営を肯定する文献として、葉玉匡美・江頭憲治郎 = 門口正人編「会社法大系 1 (2008 年刊)」111 頁。江頭・(7) 所掲 86 頁は、昭和 30 年 5 月 10 日付法務省民事 4 局発 100 号民事局第四課長回答を挙げている。大隅健一郎「全訂会社法論上巻 (昭和 29 年 11 月 30 日発行)」17 頁では、「会社といえども営利行為をなすを唯一の目的とする必要はなく、同時にそれ以外の行為 (例えば、付属の学校又は病院の経営) をなすを目的とすることができる」旨明記している。これに対する疑問として、稲庭・(4) 所掲 141 頁は、小町谷操三 = 菅原菊志「商法講義」15 頁注 1 の存在を指摘しており、それによれば、定款上の営利目的の記載のみで非営利病院が会社になるのは旧商法 58 条 1 項 2 号に反するものとされる。なお、落合・(2) 所掲 8 頁は、営利性の意義における利益分配は利益配当そのものではなく、社員が持分の増加あるいは会社清算後の残余財産の分配額の増加を目的として利益の配当をしない場合があるところ、その場合でも利益の配分はあるとして、残余財産の分配を根拠に配当金以外の利益分配が観念される余地を肯定しており、とりあえず異論は見られない。松井・(4) 所掲 47 頁も、定款規定により剰余金の配当を行わず残余財産の分配のみを目的とする会社の設立・運営を認める。かかる認識を前提とすると、医療法第 54 条がこの趣旨にて禁止の対象たる配当を捉えている限り、およそ株式会社による病院経営は不可との医療法という立法の帰結を確認すべき事態に帰着するのではなかろうか。

るを得ないことになる⁽²⁶⁾。と言うのも、医療法第54条は、「医療法人は剰余金の配当をしてはならない」と明文をもって定めており、医療法人による配当を禁じているからである。とは言え、既に顕著な具体例として、例えば、福岡県において、昭和20年より続いている株式会社麻生飯塚病院の存在がある。医療法は医療という一分野に関する規律を司る立法に過ぎないが、それでも、同法が禁じている配当とは単なる配当金のみ過ぎないと解する余地はないのか。残余財産の分配まで禁じられているとすればそのような法人に社員の存在を観念して社団である旨を標榜する余地が一体あるのか。むしろその法人は財団と解されるべき余地が生まれているのではないか⁽²⁷⁾。そして、そもそも現行法のもとで、一般社団法人ではなく株式会社によって病院経営がなされることを求めるべき主たる理由は何か⁽²⁸⁾。疑問は等々相次ぎ生じて、止むことがない。翻って法人個人で営利の語義が相違すべきことの是非も含めて、結局営利とは法律上いかなる行為と解されるべきかにつき、なお検討を要すべき事項は尽きないように思われる。加えて、会社については会社法第5条でともかくも立法的解決を得た以上、以後は個人商人の定義に一層注力すべき必要はないのであろうか。今後の課題としたい。

(26) この問題に関する研究として、既に、藤田真樹「株式会社による病院参入についての覚書」駒澤法曹16号139頁以下（2020年3月10日発行）がある。

(27) 松井・(4)所掲38-39頁は、営利法人である会社を非営利法人（公益認定法人・一般社団法人）と区別するための決定的な基準が持分の有無であるとするが、持分がない組織を想定するとそれが一体どうして財団たりえないのかに関して別途説明を要することになりはしまいか。

(28) 一般社団法人及び一般財団法人に関する法律第11条2項は社員に剰余金又は残余財産の分配を与える旨の定款の定めは効力を有しない旨を明定しており、医療法第54条と整合的である。とすれば、今日において病院に関しかかる法人形態ではなく株式会社を選択すべき必然性が奈辺にありやについては、改めて周到な説明が求められるところであろう。藤田・(26)所掲147頁及び149頁によれば、医療法人の非営利性は今日徹底される傾向にあるとされる。そうであれば、社員の存在しない財団法人の方が、現在の医療法をふまえる限り、はるかに合理的なのではあるまいか。現に、あらゆる大学は等しく財団法人であり、社団法人たる大学など一つとして存在しない。