

自由職業人の商人性再考

道野真弘*

目次

1. はじめに
2. 東京地裁令和3年6月24日判決について
3. 士業・医師の商人性に関する判例と学説の状況
4. 脱退時財産額の算定方法に関する裁判例・学説の状況
5. 検討
6. 結びに代えて

1. はじめに

東京地裁令和3年6月24日判決（以下「本判決」）は、監査法人の商人性を認めた。このことについては学界からの批判が強い¹⁾。私自身、本判決の判例評釈を公表したが²⁾、後述のように「支持せざるを得ない」という

* みちの・まさひろ 近畿大学法学部教授

- 1) 本判決に対するの弥永真生・判批（金判1626号）2頁（2021年10月）、清水真希子・判批（ジュリスト1570号）96頁（2022年4月）、長谷川乃理・判批（月刊税務事例54巻7号）86頁（2022年7月）、尾形祥・判批（新・判例解説 Watch31号）143頁（2022年10月）、三宅新・判批（ジュリスト1590号）138頁（2023年11月）、また近藤光男『商法総則・商行為法』（第9版、有斐閣、2023年）21頁、青竹正一『商法総則・商行為法』（第3版、信山社、2023年）45頁などは、監査法人の商人性について概して否定的である。
- 2) 道野・判批（私法判例リマックス65号）93頁（2022年8月）（以下、「道野判批」）。私見としても、他のいずれの判例評釈に対しても賛同すべきと考える点大であり、本小論を改めて執筆することにどれほどの意味をなすか、甚だ心許ない。ただ、道野判批における私見の足りない部分を補足する必要があると強く感じた。もっとも、道野判批が取るに足らないものだとは思っていない。あくまで、今回補足（一部私見の修正も）することで、道野判批で述べた私見の意味をよりご理解いただけるものと思う。

表現ながら、判決の結論に一定程度理解を示している。この判例評釈では、紙幅の関係で、やや主観的な思いから判決の論旨を前提としつつ他の判例評釈と異なる視点を強く押し出してしまったと感じているし、監査法人を商人と認める理論構成が、そのまま（自然人としての）公認会計士の商人性に結びつくものかなど、検討が不十分である点もあり、改めて自由職業人の商人性について論じることとした。

ここで、先の判例評釈で述べた結論部分を簡単に整理し、本稿で再検討すべきことを述べておきたい。監査法人の商人性について、「本判決は監査法人を「固有の商人」と捉えているものと考えられる一方で、通説に基づく私見のように本来的には非営利法人だが商行為をしている限りにおいて商人であるとする見解もありうる。ただ、後者は、いわば「特定の商行為限定商人」でありその行為を附属的商行為とというるには特定の商行為に関連するものに限定されるというように、複雑な論点も発生しかねない。それは、取引の相手方保護に資する考え方ではない。士業法人間でも性質の違い（公益性の濃淡）はあるように思われるが、少なくとも士業法人以外の（非営利性・公益性のより高い）非営利法人を念頭に置くと、出資の概念がある監査法人は、固有の商人と解する本判決を支持せざるを得ない」と結論づけた。

以上のように、判決の結論を肯定せざるを得ないとしながら、例えば請負の意義、監査報告の作成を請負とする根拠などについて判決が丁寧に触れていないなど批判すべきところもあえて批判・検討せず、「出資」の概念を前提に営利性と商人性の関係につき曖昧にしたままの論理構成となっている点³⁾、甚だ不十分であり、批判を免れ得ない。この点について補足

3) 周知のことではあるが、商人性と営利目的の、日本における基本的な理解を整理すれば、条文上は以下ようになる。商法502条列挙の行為は、それが営業としてするときには商行為となり、言い換えれば営利目的を持って同条所定の行為をすれば商人性が肯定される。ただし、擬制商人に関しては商行為をすることを業としなくても商人とみなされ（商法4条2項）、また、会社は営利性についての規定が削除された上、会社が事業としてする行為または事業のためにする行為は商行為とすると規定されたことにより、営利目的の

しつつ、士業法人を主として商人性の要件とは何かについて改めて考察する。

なお、自由職業人といっても幅広く、いわゆるフリーランス一般に広がった場合主たる事業内容が多様であり検討すべきことが複雑になる⁴⁾。これらは士業や医師とはまた商人性に対する理論構成は異なるように思われる。関連する範囲で自由職業人全般に通用する検討もしたいと思うが、本判決及びその判批をもとに、監査法人及び公認会計士など士業・士業法人等の商人性を検討するのが本稿の主たる目的である⁵⁾。

2. 東京地裁令和3年6月24日判決について

本件の詳細は別稿⁶⁾に譲るが、主たる論点は①監査法人の社員脱退時に、出資持分の払戻請求に伴う払戻額の算定方法、脱退時財産額の評価方

↘がなくとも商人であると考えうるのか、疑念が生じている。この点、本文で後述するが、営利性が商人の本質と捉えるのか否かの価値判断に帰趨する。

- 4) 例えば音楽家、陶芸家、画家など芸術家、司会業、文筆業、現代的には YouTuber など含まれるが、芸術家であれば絵や陶器を制作し、それを他に売却して生計を立てるとすれば、基本的商行為为中商法501条1号または502条2号に該当する可能性はある（店舗販売していれば擬制商人であろう。商法4条2項）。司会業や YouTuber などは提供するものが物品ではないし商行為でもない。それでもなお商人性を認めたいというのが私見ではあるが、本文でも後述するように、通説と異なり商行為に当たるものを広く拡大解釈する見解であって、立法・改正作業を伴わなければ、妥当し得ないとも言うる。
- 5) 商法と商人概念について検討するものとして、山下友信「商法の現代化と商人概念」同志社法学71巻1号91頁（2019年）、酒井太郎「商法の構造と基軸概念」一橋法学19巻1号203頁（2020年）、田邊宏康「商法の適用対象を画する営利目的について」専修法学論集141号27頁（2021年）、得津晶「形式的意義の商法と商法の適用範囲（講座 商法総則・商行為法の現代化に向けて〔第1回・新連載〕）」法学教室499号（2022年）45頁、住野究「法人の商人性」慶応義塾大学法学部編『慶應の法学 商事法』（慶応義塾大学出版会、2008年）79頁などがある。また村田敏一「商法の適用範囲と商法典の将来」立命館法学411・412号（今号）375頁は、前掲・得津を肯定的に論評する。これらを念頭にできる限り商法全般に通用する商人概念についても検討したいところではあるが、あくまで士業法人の商人性を主として考察する。
- 6) 前掲注（1）及び注（2）の各判例評釈参照。

法、脱退時持分割合の算定方法、② 監査法人に対する持分払戻請求、報酬請求にかかる遅延損害金に商事法定利率が適用されるか、であり、これに対する判決は、おおよそ以下のとおりである⁷⁾。

一 持分払戻額の算定方法について。「脱退社員と監査法人との間の財産関係の清算という観点から、監査法人の純財産額に占める脱退社員の有する出資による分け前(過去に履行した出資の価額や自己に属している利益)の払戻しを想定しているものと解される(……脱退社員の持分を金銭で払い戻すことができることとされていることから裏付けられる)」。具体的算定法として、「脱退時における監査法人の財産の価額(脱退時財産額)に、脱退時における脱退社員の持分割合(脱退時持分割合)を乗じることにより算定される額を持分払戻額とすることを原則としつつ、……規定の趣旨に反しない限り、基本的に当該監査法人が定款で自律的に定めるところに委ねられているものと解するのが相当である。このように解することは、脱退に伴う持分の払戻しを脱退社員の権利として保障しつつ、社員に属する損益分配の割合等について原則として定款の定め委ねることとした監査法人の制度の仕組みに沿い、監査法人の社員間の公平にもかなうというべきである。」そしてYは当該社員による出資時の出資金額とするというAにおける運用ないし取決めが適用されるべきと主張するが、条文上脱退に伴う持分の払戻しの計算が「退社の時における持分会社の財産の状況に従って」なされるべきことを定めるものであり、当該文言を離れ、持分払戻額の算定を広く裁判所の裁量に委ねる趣旨のものとは解されないとする。

二 脱退時財産額の評価方法について。「持分計算の基礎となる法人財産の価額(脱退時財産額)の評価は、監査法人としての事業の継続を前提とし、なるべく有利にこれを一括譲渡する場合の価額とすべきものと解するのが相当である(最判昭44・12・11民集23巻12号2447頁)」。「これを本件についてみる

7) 長文にわたるため、道野・前掲注(2)において要約的に記したものを再掲した。なお、Xらは原告でありAの社員たる公認会計士であり、Aは無限責任監査法人、YはAを承継した有限責任監査法人であり被告である。

と、Xらは、持分払戻額の計算の基礎となるXらの脱退時におけるAの財産の価額について、当該脱退時点に近接した平成29年3月末の簿価純資産額とすべきである旨主張するところ、……当該額が、Aの監査法人としての事業を前提とし、なるべく有利にこれを一括譲渡する場合の価額を上回ることはないものと認められるから、本件では、Xらの主張通り」、脱退日直前期末の簿価純資産額をXらの持分払戻額の計算の基礎とするのが相当である。

三 脱退時持分割合の算定方法について。「公認会計士法の文言や趣旨等、特に公認会計士法が、脱退に伴う持分の払戻しについて、脱退社員と監査法人との間の財産関係の清算という観点から、監査法人の純財産に占める脱退社員の有する出資による分け前……の払戻しを想定していることに鑑みれば、脱退時持分割合については、監査法人の社員の出資金額及び社員に属する損益を基礎とした持分割合、すなわち、『脱退時の全社員の出資金額＋脱退時の全社員に属する損益の額』を分母とし、『脱退時の脱退社員の出資金額＋脱退時の脱退社員に属する損益の額』を分子とする比率（出資・帰属損益比率）によることとし、上記『脱退社員に属する損益』は、社員であった期間中の期ごとに、『当期純損益×当期末での（脱退社員の出資金額／全社員の出資金額（資本金））』との計算式により算定した損益の合計額から、脱退社員の利益配当請求による払戻額を控除した金額とすると解するのが相当である。このように解したとしても、例えば、ある社員が脱退した時において現に全社員に属する損益が各社員の出資金額の割合に応じたものであった場合には、出資金比率（全社員の出資金額の合計額を分母とし、各原告の出資金額を分子とする比率）と同一になるから、いたずらにその計算を複雑にするものとはいえず、不合理とはいえない。」

四 商事法定利率適用の可否について。「監査法人は、他人の求めに応じて報酬を得て財務書類の監査又は証明をすることの業務を組織的に行うことを目的として、公認会計士法に基づいて設立された法人である……。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……。公認会計士が、監査及び会計の専門家として、独立した立場において、財務書類その他の財務に関する情報の信頼性を確保することにより、会社等の公正な事業活動、投資者及び債権者の保護等を図り、もって国民経済の健全な発展に寄与することを使命としていること……や監査法人の上記業務には非営利的な側面を有するものもあることは、上記解釈を妨げるものとはいえない。」

「そして、監査法人が社員から出資を受ける行為及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は、監査法人がその事業のためにする行為であり、附属的商行為……に当たるといえる。」

3. 士業・医師の商人性に関する判例と学説の状況

医師についてその商人性を否定したものとして、古くは印紙税法違反に問われた個人開業医につき「……狭義においては医業のごとき専門の技術または学識を要する精神的労務を給付する業務及び原始産業のごときはこれを営業と称せざるをもって通常の観念とす……」とした長野地判大正元年11月11日判決(新聞836号28頁)や、「……元来医師の業務たるや専門的技術及び学識を要する精神的労務にしてその薬品を調合するが如きはその医療方法に過ぎず普通の観念においてこれを営業と称するを得ざるものとす……」と医師に対する商法の適用を否定する那覇地判昭和3年9月1日(新聞2940号15頁)があるが(上記判決文の表記は旧字体を新字体にするなど現代風に変換した)、私が調べた限りではその後医師や士業の商人性を判断した判決はなく、本判決は時を経てその判断を必要としたものである。

学説においては、「これら(医師・弁護士・芸術家など)の職業に携わる者が営利の目的をもって行為することが實際上ありうるとしても、通説は、個人の主観的意図のいかんにかかわらず、営利目的を否定し、したがって営業たりえないと解している(略)。これらの業務の個性的特徴と歴史的

経緯からすると、社会通念上営業とは認められない、というのがその理由である⁸⁾という見解に集約されるように、自由職業の志に着目し、また商法＝企業法論に立った上で（主観的意図はさておき）企業的に営業として商行為をするのでないから、商人性を認めないのが通説と言える。

ただ、「原則論としてはこのように解しつつも、例えば医師が病院を経営し患者を入院宿泊せしめるような場合には営業たりうることを肯定する者が多い。この見解自体についても検討を要するが、商人たるには商行為をなすことが必要であり、自由職業のほとんどは商行為にはあたらなから、自由職業の営利目的性を議論する実益は大きくはない⁹⁾」。

結局のところ、商人か否か、商行為か否かは商法の適用があるか否かに帰着するが、そのことすら法定利率及び時効が民法で統一された結果、以前ほどの重要性は薄れた。とはいえそれ以外でも代理や委任等、民法で若干の違いが生じる場面があるし、自由職業人の商人性について、実務面では小さくなったものの理論面からは重要性も指摘される¹⁰⁾。

そこでまず商法502条5号にいう「請負」の意義についてであるが、古くから当該条文は限定列举であり、限定的に解釈することが通説となっているし、「作業の請負とは地ならし工事・堤防工事のごとき土木工事、また労務の請負とは人足供給の請負の如きものをいう」とされる¹¹⁾。確かに、民法に詳細な請負の規定があり、それとは異なる商法上の請負を限定的に捉えるのは、商法の規定を商人、商行為という限られた場面にもみ適

8) 森本滋編著『商法総則講義』（成文堂、第3版、2008年）35頁（洲崎博史）。また、大隅健一郎『商法総則』（新版、有斐閣、1978年（2004年オンデマンド版を参照））92頁は、實際上営利の目的をもってしても営業とは認められないとする。それは、「業務の著しい个性的特徴のゆえにその歴史的発展と関連して、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」という。

9) 前掲注（8）・森本編著同箇所。大隅・前掲注（8）同箇所は、「医師が病院を経営し患者を入院宿泊せしめるような場合には、営業たりうるものと認められる」とする。

10) 弥永・前掲注（1）5頁。

11) 竹田省『商法総則・商行為法』（弘文堂書店、1931年9月（新青出版、1997年復刻版を参照））（引用文の表記は新字体に修正した）45頁。

用するという点で当然であろう。もっとも、100年以上前に制定された商法が、商行為を限定的に捉えていることは、現代的な商行為を全て把握しえない点、大きな問題をはらんでいると考える¹²⁾。

次に、商人性についての学説・判例の状況であるが、すでに道野判批でも触れた通り¹³⁾、信用金庫・信用協同組合の商人性に関する判例（最判昭63・10・18民集42巻8号575頁、最判昭48・10・5判時726号92頁、最判平18・6・23金判1252号16頁）が参考となる。最高裁は、信用金庫の行う業務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営利を目的とするものではないというべきであるから、商法上の商人には当たらないと結論づける。信用金庫の業務が拡大されてきているとしてもその性質が上記の通りである以上、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する。同様に、中小企業等協同組合法に基づく信用協同組合について、基本的には営利性がなく商人には当たらないが、信用協同組合が商人たる組合員に貸付をするときは一方的商行為として、当時の商事消滅時効の適用を肯定する。また、上記平成18年判決でも、最高裁は、信用協同組合につき改めて商人性を否定している。

学説においても信用金庫・信用協同組合の商人性を否定する見解が多数を占めるものの、金融システムの一翼を担うものとして商人性を肯定する見解も有力となりつつある¹⁴⁾ことは改めて指摘しておきたい。

12) 前掲注(3)でも触れたが、会社法が妥協の産物として会社のする行為は全て商行為としたことによって(会社5条)、一定程度解決されたものの、個人にとっては自らが商人なのか、している行為が商行為なのか、現代的に見れば商行為であるのに基本的商行為に含まれていないことをもって曖昧さが生じている。この点は、立法・改正作業に委ねざるをえないが、解釈論として502条(501条も)列挙の行為をやや広く捉えることはありうるのではないかとも思う。判例の蓄積を待つことになるが、商行為か否かの線引きが困難となるため、やはり改正作業による明文化が妥当であろう。

13) 道野・前掲注(2)94、96頁。

14) 学説の整理につき、中東正文「信用協同組合の商人性と一方的商行為」神作=藤田『商法判例百選』(有斐閣、2019年)9頁。

さて、自由職業人としての士業や医師が法人化された場合、いかように考えるべきか。もちろん、自然人と法人で区別する必要はないとの見解も自然である。法人化を念頭に置いているわけではないと思われるが、多数の弁護士を抱える法律事務所や多数のアシスタントを擁する漫画家の工房なども仮に営業とみたところで商人とはなりえないとする見解がある¹⁵⁾。弁護士法人と個人で活動している弁護士、監査法人と個人で活動している公認会計士を区別する根拠はないようにも思えるが、区別すべき一つの契機が「出資」と「配当」ではないかというのが、仮説としての私見である。

一つの見解を示しておきたい。「医師、弁護士、建築家、画家、音楽家等の自由職業に携わる者が固有の商人（商4条1項）に含まれないことは解釈上は疑いがない。しかし、商法を企業法的に考察するときは、上記の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。自由職業が商人の要件としての営業とみとめられない理由として、自由職業は当該個人の主観的意思のいかんにかかわらず、その行為の客観的・社会的に「あるべき」性質から営業とみとめられないと説かれてきている。しかし、医師、弁護士のごとき自由職業がほんらい営利のために行われるべきでないということは、そのとおり当然のことであるが、自由職業はすべて営利のために行われているものでないとは簡単にはいえない。現代において、私立の大病院、多数の弁護士を擁する大法律事務所（公認会計士や弁理士の場合などもほぼ同様である）、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く、とくに大都市においては「自由職業の商化」の現象は漸く顕著になってきている。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みとめられるのであって、企業的特質をもつ自由職業については商法の規定の中にも適用をみとめて

15) 森本編著・前掲注(8)35頁注(13)。

もよいものがあるのではなからうか¹⁶⁾。特に法人化された士業において商人性を肯定してもよいのではないかとの認識に至ったのは、この見解に触発されてのことである。法人化組織化された事務所等では、企業として活動していることも多く、そこはもはや商法の妥当する領域ではないかとも感じる。このことは、宗教法人の収益事業¹⁷⁾が課税対象であることが、宗教法人の聖性を否定するものではないように、士業や医師の志を否定するものではないことは言うまでもない¹⁸⁾。

入院施設を有する病院の経営について商行為性を肯定する見解¹⁹⁾があるが、それでもなお、有力な反対説もある²⁰⁾。入院宿泊を伴う場合場屋営業にも類似し商人性を肯定する見解がある一方で、医療行為をするための附属施設であって、それは、理髪店の諸設備を客の来集を目的とするものと捉えるのか、理髪のためだけのものと捉えるのかの議論にも似る。判例(大判昭和12年11月26日民集16巻1681頁)は後者と捉えており、入院設備も同様に解するのが妥当であろう。もっとも、私見ではあるが、近年では治療行為をせず、人間ドック等に特化した施設もあり、また美容整形など医療行為ではあるがむしろアクセサリーを身につける(アクセサリーを販売する)のと変わりのない行為もあることを考えると、一概に商人性(営利性というべきか)を否定できるかは疑わしい。

ところで、監査法人が多くは会社の会計監査人であることを前提として

16) 鴻常夫『商法総則』(弘文堂、新訂第5版、2000年)19頁。

17) 教義の普及、信者教化といった宗教活動以外に、駐車場や借家を経営するなど、基本的商行為に該当する事業は課税対象であり、その事業に関しては商人性が肯定されうる。

18) 士業としての資格を有する者がインハウスロイヤーなど、民間企業に使用人として就職するケースも少なくないという。この場合、顧問契約等従来の形式で当該民間企業と関係を結ぶのでなければ、その者は、商人ではなくても商業使用人と解されることが多いと思われる。すなわち商人に従属している士業は商人ではなくても、商人の手足となるわけで、士業である以上商人でも商業使用人でもない特別の地位であると区別することは、むしろ難しいのではないか。もっとも、会社を主とする民間企業が「商人」であるとする根拠について曖昧なままであることは注意を要する(前掲注(12)参照)。

19) 田中誠二『全訂商法総則詳論』(勁草書房、1976年)188頁など。

20) 森本編著・前掲注(8)35頁注(12)。

か、会社法330条を根拠に、請負ではなくて委任であるとして、本判決に批判的な意見もある。一理あるが、会計監査人のほか、公認会計士以外の士業の業務を考えた場合、社外役員等に就任する場合は格別、例えば必要な文書作成等をする際に委任とする規定はなく²¹⁾、監査法人であっても会計監査人としての業務と、それ以外の業務はあるはずで、会計監査人については委任でありつつ、例えば監査報告の作成は請負とも言える。会計参与もそうであるが、会計監査人であることは仕事を完成することを約する（民法632条）ものではなく法律行為の委託・承諾（民法643条）である一方、例えば税理士の確定申告の作成のような場合は請負ではなかろうか。一般論として、会社法330条は監査報告の作成が請負ではないことの根拠とはならず、委任であれ請負であれ、士業としての業務はいずれにせよ基本的商行為に該当せず、民法上のそれであるということでも十分であるように思う。

なお、ドイツでは、営利目的について、商人概念の重要なメルクマールとしない方向にあるという。オーストリア商法は、それを受けて企業概念を、営利目的の有無を問わず、独立して経済的な活動を継続して目的とする組織をいうとの改正がなされた²²⁾。日本でも商人たることの要件としての営利の目的を議論したところで実益はないとの指摘もある²³⁾。営利の目的とは何かと言えば、「収支相償う」こととするのが一般的であるが、これは、たとえ赤字であっても黒字転換を目指して、少なくとも収益で支出を補う意図さえあれば良いというニュアンスがある。一方で利潤の獲得（費用を超える収益を得ること）を目的とする説もある。非常に曖昧な議論で

21) もちろん、委任契約としての顧問契約などによって業務を行っていることは少なくないが、会社法330条のような明文規定はない。

22) ドイツ・オーストリアの商人概念について山下・前掲注（5）95頁以下、田邊・前掲注（5）29頁以下。ドイツ法の詳細を検討する時間的余裕がなく、日本の先達の研究の引用にとどまること、ご容赦願いたい。

23) 田邊・前掲注（5）50頁。また、得津・前掲注（5）52頁も営利目的を商人概念の要件から外すことを提唱する。

あり、収支相償うと考える見解でも、少なくともプラスを生じさせることを意図していたとする説もある²⁴⁾。

4. 脱退時財産額の算定方法に関する裁判例・学説の状況

この点に関しても本判決の一連の判例評釈²⁵⁾を参照いただきたいが、とりわけ以下の点について述べる。

脱退時財産額の算定方法をいかようにするかとの関連で、払戻しがどの程度なされるのかは、私の仮説としては重要である。本判決は、出資金払戻請求権は脱退社員に当然に発生するものとする。投下資本回収手段として当然のことであり、この点反対意見はなかろう。ただし、その額については議論の余地がある。会社法上の会社ではキャピタルゲインを含めるが、例えば協同組合では加入当初支払った額の払戻しが原則である。であるとすれば、士業法人のあるべき姿すなわち非営利であることを念頭に置けば、出資額を限度とした払戻しであろうし、少なくとも通常支払われる退職金の意味を超えるだけの払戻しがあるとすれば、会社法にいわゆる営利性(利益を得るだけでなく、出資者に対しても利益を分配すること)すら見出せる。そこで医療法人における出資限度法人という考え方の採用の中で、さらに言えば、学校法人や宗教法人と同様に出资持分のない法人(正確には財団医療法人または出資持分の定めのない社団医療法人)しか設立ができなくなっており、非営利性を徹底する意図が見られる²⁶⁾。なお、消費生活協同組合の組合員は払込済出資額の払戻請求権を有するが(消費生活協同組合法21条)、「組合の剰余金を割り戻すときは、主として事業の利用分量により、これを行うこと」(同法2条5号)、「組合の剰余金を出資額に応じて割

24) 落合誠一「新会社法講義第1章総論」法学教室307号69頁とりわけ注(17)(20)(2006年)。利潤獲得説と収支適合説の学説の争いについて酒井・前掲注(5)221頁以下など参照。

25) 前掲注(1)(2)の各判例評釈参照。

26) 道野・前掲注(2)95頁。

り戻す場合には、その限度が定められていること」（同6号）というように、剰余金の割戻につき限度が必要とされる。また営利の目的を持って事業をしてはならないと明記される（同法9条）。さらに、農業協同組合法9条3項は、「組合は、農畜産物の販売その他の事業において、事業の的確な遂行により高い収益性を実現し、事業から生じた収益をもつて、経営の健全性を確保しつつ事業の成長発展を図るための投資又は事業利用分量配当に充てるよう努めなければならない」と規定する。会社が剰余金配当等を通じて出資者（社員）に最大限の「奉仕」をするのと同様にも読めるが、これは事業を遂行する枠内で組合員に直接にメリットを与えるという形で最大限の「奉仕」をするというように、会社とは異なる性質を有すると説明される²⁷⁾。剰余金配当もあるが、法定の制限がある（同52条）。それゆえ、私見からも全面的な商人性（固有の商人と）は認められない。

また学校法人や宗教法人には、そもそも出資という概念がない。

5. 検 討

先の評釈²⁸⁾において、本判決が監査法人を固有の商人であると結論づけたことに対して支持せざるを得ないとした点、より丁寧に述べるべきであろう。まず、商法上の請負とは言い難いため、現行法上、固有の商人ということとはできない。一方、非営利法人たる監査法人が、その一場面において商人性を認められるかと言えば、可能性はあるものの、監査法人（個人としての公認会計士も）が監査報告を作成するなどの行為が商行為とは言えない（民法上の委任または請負にすぎない）ため、こちらも困難を伴う。したがって、この点で判決の結論を支持せざるを得ないとした点は、少なくとも現行法上の理由づけの点で撤回したい²⁹⁾。

27) 多木誠一郎『農業協同組合法』（全国農業協同組合連合会中央会、2013年）6頁。

28) 道野・前掲注（2）96頁。

29) ただし、本判決は脱退社員の投下資本の回収を優先し、その保護を図ることに意義が

前述の通り、非営利性を徹底させるべく、監査法人に関しても定款による制限は、無制限ではなくても投下資本回収手段を適正に提供する範囲で、可能である。そしてそうでない限り、有限責任の監査法人も可能である以上、法人として有利な要素を持ちながら商人性は否定されるという歪な状況になりかねない。非営利法人やそれに準ずる組織であっても、一定の場合には商人性を肯定する見解が一般的である³⁰⁾。

監査法人の監査報告の作成等が一面で商行為とは言えない一方、あくまで仮説として、本判決における監査法人については出資の払戻しとしてキャピタルゲイン類似のものまでである以上、会社法上の会社と同等に商人性を見出しうると考える。すなわち、監査法人は持分会社類似の法人として、会社法5条を類推適用されるべきではないかということである。医療法人の事例のように、定款で出資の払戻しについて一定額（原則として出資金と同額）に制限するような場合であれば、それは個人としての士業と同様であろう。しかし、そうでないなら、しかも退職金相当額を超える配当金を得られるなら、そこに会社法にいわゆる営利性を見出すことができるのではないか³¹⁾。監査報告の作成に、商行為性がない（商法502条5号に該当しない）以上、監査法人を商人とすることはできないとも言いえるが、むしろ企業としての反復継続的活動を通じて、営利性が認定されるなら、会社法5条の類推適用の可能性はあるのではないかというのが、ここで提示したい一つの仮説である。

商人概念の議論において、商法502条を念頭に置けば、営利目的の有無

あり、その点において結論を支持することに変更はない。

30) 例えば地方公共団体が運営する交通局は商人性を帯びるがごとく。竹田・前掲注(11) 67頁、森本編著・前掲注(8) 38頁、落合=大塚=山下『商法I——総則・商行為』(第6版、有斐閣、2019年) 40頁(落合)、近藤・前掲注(1) 20頁など。宗教法人の収益事業に関する前掲注(17)も参照。

31) 道野・前掲注(2) 95頁等において、持分があり出資の払戻請求にかかる医療法人に関する最判平成22年4月28日(民集64巻3号609頁)を参考にしつつ、払戻額が高額になれば商法・会社法にいう営利性概念に近いことを述べた。

が一つのメルクマールのはずである。日本は商行為法主義を前提とする折衷主義であるから、基本的商行為に該当することは商人性を認めるにあたって重要ではあるが、会社法5条のように基本的商行為該当性を無視して会社のする行為は商行為であると定めた場合、営利目的は重要なメルクマールになりうるはずである。ところが、会社法は会社を営利法人であるとする定め³²⁾も置かず、会社がした行為は商行為とするとあるだけで、会社の商人性すら明確にしていない。そのため、商人性と営利性の関連が曖昧になってしまったと言え、結果として、ドイツ・オーストリアでの議論のように営利目的を要件としない見解もありうるし、なお営利性を必要とし、会社法に会社の営利性及び商人性を明文化すべしという主張もありうる。私見としては、商人であるためには営利目的は必要と考えるので、後者の立法論を支持したい。もっとも、繰り返しになるが何を以て営利目的と言うのかは、議論がはなはだ曖昧である。収支相償うという場合、例えば宗教法人が収益事業を営む場合、収益事業によって非収益事業を支える趣旨もある。そうとすれば、宗教法人全体としても収支相償うことを予定していることとなり、(収益を得るという意味での) 営利性があることになる。しかしそれでは、多くの非営利法人が営利性を有することになり本末転倒の理論である。利潤獲得を目指し、それを実現しなかったとしても(赤字であったとしても)、支出を収益が補ってあまりある状態(黒字)を目指すことが、営利目的ではないか。このように捉えた上で、企業としての反復継続性がある場合、会社以外の法人も営利目的のある商人と判断することができる場面があり、しかも、営利目的が収支相償うだけでなく、構成員に対してキャピタルゲインに準じる高額の配当(出資の払戻し)をする場合には、会社同等の営利目的があるから、会社法5条を類推適用し、

32) 平成17年改正前商法では、52条1項に会社は商行為を業とする目的で設立した社団と定められ、同2項で営利目的の社団であって商法第2編(当時)の規定によって設立したものは商行為を業とせずとも会社とみなすとの定めがあった。後者は民事会社とも呼ばれたが、営利目的のあることが商法(会社法)上の会社である要件であることが示されている。

商法の適用を認めてよいと考える³³⁾。

関連して、先述の非営利法人であってもその一場面において商人性を認められるかという点は、対外的行為が商行為であるか否かが明確でなければ、取引の安全を害することにもなる³⁴⁾。監査法人はじめ士業法人のように非営利であると「社会通念上」捉えられているものについて、一部だけの商人性を認めることは、そのことが明確である場合以外は、取引の安全保護の見地から、困難を伴う³⁵⁾。

ただ、さらに一步進んで、個人としての士業も、商人性を認定できるかと言えば、出資と配当を前提にこれが一般化できるか否かは疑問なしとしないし、個人としての士業にまで及ぶ理論であるとまでの確信はなく³⁶⁾、むしろ出資と配当という要素がない個人においては、商人性は従来通り否定されると考える方が自然である。私見は営利性(とりわけ配当をも含む意味での)から監査法人の商人性を基礎づけようとするものであるが、そうすると士業法人と個人としての士業は別意に考える必要がある。しかし、ドイツでの議論のように営利性を商人性の要件とすることに否定的であれば、両者は同じ理論で自由職業人を商人と捉えることができよう。士業の

33) 山下・前掲注(5)111頁は、「自由職業者はその性質上営利を目的としないということは依然として一般的な理解であろうと思われ、私見としては、固有の商人の要件として営利性を要求するのであれば、引き続き商人性を認める必要はないと考える」とされる。しかしここで営利性は出資者への配当を含まない収益目的だけの意味であり、私見としての配当をも含む営利性とは異なる。

34) 道野・前掲注(2)96頁。

35) 商人資格の得喪に関する段階説を基にした議論は参考になりうる。すなわち、営業意思が主観的に実現されていれば取引の相手方は行為者の商人性を主張でき、営業意思が特定の相手方に認識または認識されうべきであった場合には、本人も自らの商人性を主張でき、商人であることが一般的に認識されうべき段階になると、行為そのものの附属的商行為性の推定が生じる(学説の整理につき北沢正啓「商人資格の取得時期」北沢=浜田編『商法の争点I(ジュリスト増刊)』(有斐閣、1993年)8頁)。

36) 法人からの脱退についても、退職金に準じたものなのか否かは検討の余地がありそうである。退職金と認定できる程度の額であれば、それは配当ではないから、結局のところ士業法人でも商人性を出資と配当を要件に認めようとする私見も妥当しないことになる。

資格を持ちつつ会社に雇用されるような個人を念頭に置いた場合³⁷⁾、後者の見解の方が明快ではあるが、医師を含め自由職業人に対する判例・学説の立場からすると、一般論としての個人資格たる士業と、士業法人とりわけ出資と配当を行っている法人については別意に考えたい³⁸⁾。

というのも、未払いの報酬や出資の払戻金の遅延損害金について商事法定利率を適用したことは、除名された社員に関する規程を参考にすれば形式的には正しいものの、会社法が制定された際に、前身の規定である平成17年改正前商法87条が「法定利息」とのみ規定されていたものを、会社法611条6項が「年6分」にした根拠が明確ではなく、その点の解明が必要とも言えるからである³⁹⁾。しかもこれは除名社員の保護のための規定であって、一般的な退社の際の出資の払戻請求及び報酬の支払請求にかかる遅延損害金に妥当するものではない⁴⁰⁾。むしろ、遅延損害金が商行為の変形物か否かを虚心坦懐に判断すべきであり、本判決において商事法定利率を適用するなら、変形物の元が商行為であることを示さなければならないが、本判決は監査報告の作成を商法上の請負とし、払戻しは固有の商人たる監査法人の附属的商行為だからとしているところ、そのような解釈が成

37) 前掲注(18)参照。

38) 道野・前掲注(2)95頁で、「法人化していない個人としての士業についても同様に解することになろう」と述べたが、出資と配当を基準とする仮説をもとに、改説する。もともと、法人化していなくても、組織的一体として企業活動を行っているとは判断される場合は個人でも商人性が肯定される可能性はある。

39) 現行法上は、公認会計士法34条の22が準用する会社法611条によって「法定利率」を付することになるが、従前（平成29年改正前会社法）は商事法定利率の年6分と規定されていた。ただ、会社法制定前の学説では民事法定利率であるとの有力説が唱えられていたし（『新版注釈会社法(1)』（有斐閣、1985年）333頁（古瀬村邦夫）など）、会社法だから商事法定利率であると単純に言うことはできない。道野・前掲注(2)96頁も参照。

40) 取締役の損害賠償責任について「取締役がその任務を懈怠して会社に損害を被らせることによって生ずる債務不履行責任であるが、法によってその内容が加重された特殊な責任であって、商行為たる委任契約上の債務が単にその態様を変じたにすぎないものということとはできない」とした最判平成20年1月28日民集62巻1号128頁、これを引用しつつ商事法定利率ではなく民事法定利率とすべしとした最判平成26年1月30日裁判集民246号69頁など参照。なお道野・前掲注(2)95頁も参照。

り立つかという点、すでに私見としても改説したように、監査報告の作成を商法上の請負とは言い難いから、無理がある。私見のように監査法人の営利性を全面に押し出して会社との類似性を言うならば、出資の払戻し⁴¹⁾という附属的商行為性を認定することは可能かもしれないが、仮説の域を出ない。このことが妥当しない限り、出資の払戻しに関する遅延損害金に商事法定利率を適用することは難しいが、出資した脱退社員の保護を考えると結論としてはやはり支持せざるを得ない。本判決の結論を妥当たらしめるために、監査法人の会社類似性を認めるしかないのではない。

監査法人に関する私見が、他の士業法人にも妥当するかは、難しい問題である⁴²⁾。消費生活協同組合のように営利を目的としてその事業を行ってはならない(消費生活協同組合法9条)と明文の定めのあるものと比較した場合、社会通念ないし政策判断はともかくとして、士業法人やその他の法人の多くは、現状においては営利目的も認められる。一般社団法人及び一般財団法人においても、そのように解されるし、その範囲で商人となりうる。そのように考えた場合、監査法人以外の士業法人でも、出資の払戻しに関する準用規定(例えば弁護士法30条の30第1項、税理士法48条の21第1項など⁴³⁾)があれば(そして出資の払戻しがキャピタルゲインに準じるような高額となる場合は)、監査法人と同様に解することはできそうである。

41) 報酬の未払い分に対する遅延損害金は、単なる労働法上の争訟に関するものであって、より民法の規定の適用が妥当しそうであるし、役員報酬に関しても必ずしも商事法定利率が適用されているわけではない(例えば東京地判平成27年6月22日公判判例集未登載(Westlaw Japan 2015WLJPCA06228002)、東京地判平成25年11月26日公判判例集未登載(同2013WLJPCA11268010)などは民事法定利率を適用している)。

42) 道野・前掲注(2)95頁でも、現時点では判断しかねると述べた。

43) 他に司法書士法46条、行政書士法13条の21、社会保険労務士法25条の25など。一方、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律11条2項は社員に対する剰余金及び残余財産の分配を否定する。その意味では、会社法上の営利性はないが、商行為をすることは否定されないとする見解が多数を占める(落合=大塚=山下・前掲注(30)40頁など)。したがって、一般社団法人については現行法上は基本的商行為をする場合についてのみ、商人となりうる。

6. 結びに代えて

以上、主として監査法人はじめ士業法人は商人性を有するかについて論じてきた。結論めいたことを述べれば、監査法人（他の士業法人も該当するかはさらに検討したい）は、出資と配当の概念、すなわち払戻しとしての額が退職金を超えるような高額である場合は会社法5条を類推適用することによる当該法人のする行為を商行為とすべきではないかと考える。一方で、出資の払戻しが端的には出資額と同額であるなど配当に当たるものがない場合は社会通念上捉えられているように商人性は否定され、その場合はとりわけ業務内容が商行為に該当するようなケースのみ（具体的にどのようなケースが該当するかは思い当たらないが）、その事業に関してのみ商人性が肯定される。第一義的には定款自治（定款によって出資の払戻しの額を抑制することにより商人性を否定するなど）により監査法人自身が商人性を決定すればよいが、監査法人と顧客との契約内容等客観的証拠から商人性の有無が判断される場合はあるであろう。

いずれにせよ、社員保護の見地から、本判決の結論の妥当性を導くにはこのような判断が必要であると考え⁴⁴⁾。

自由職業人の商人性を議論したところで、実利はないとの見解も根強い⁴⁵⁾。また、その公益性という社会通念を前提として、商人ではないと結論づけるべきという思いもある（その点で、個人としての士業について商人性を肯定するのには躊躇する）。しかし一方で、商人性を認めると公益性がなくなるわけでもないのは、前述のとおりである。法人制度を享受するにあたって（しかも有限責任監査法人の社員は有限責任をも享受する）、企業活動

44) その他、士業の提供する「サービス」を、解釈上商法4条2項にいう「物品」に含めることで擬制商人とすることができないかとも考えた。拡大解釈であるが、サービスの提供が物品販売に準じることは実感としてもありえないことではない。

45) 落合＝大塚＝山下・前掲注(30)32頁、近藤・前掲注(1)21頁など。

として会社に準じるものとして一定の規律を与えられることは、ある意味必然ではなかろうか⁴⁶⁾。

会社法は会社がする行為を商行為とし、会社法制定前商法では明文化されていた会社は商人であるとの文言を削除した結果、会社が商人であるかどうか議論の対象となったわけであるが、最高裁平成20年2月22日民集62巻2号576頁は会社の商人性を認めた。ただ、あくまで商行為をする者が商人であるとの折衷主義に立った条文解釈であり「商人とは何か」という命題に対する根拠については何ら触れられていない。この根拠について、現状、私は出資と配当即ち会社法にいうところの「営利性」ではないかと考えているというのが、一応の結論である。

本稿ではあくまで士業法人、特に監査法人の商人性を認めるとすれば、どのような根拠づけができるかということに注力した。そしてともかくも会社法上の会社を「商人」とする根拠も、出資と配当があるという意味での営利性であるとした。その結果として、個人としての士業従事者はどうなるのか、商法が念頭に置く個人商人についても、出資と配当という概念を一般化できないので別の根拠を考える必要がある。今後も商人性の要件についてさらに検討したいが、商人を定義しつつ商行為をする者が商人であるという折衷主義を基礎にしつつ、基本的商行為概念を、営利性概念を念頭に現代的に再構築・再列挙し、それをもとに商人性を基礎付ける立法的な解決しかないであろうと感じているところである⁴⁷⁾。

46) 監査法人に該当することではないが、特定の場合には、非営利法人が子法人を保有することも可能である（一般社団法人及び一般財団法人に関する法律2条4号及び同施行規則3条など）。子法人が会社であれば、いうまでもなくその行為は商行為となるから、その点において親法人との業務関係が明確である。

47) 会社の商人性についても、会社法で明文化すべきであろう。監査法人に対して会社法を類推適用することは可能と考えるが、準用規定があればなお明確である。また個人や非営利法人の商人性については、出資と配当を前提とする「企業」であると認定される場合は格別、そうでなければ（収益を上げるという意味での）営利性をもとに商行為を例示列挙することが必要になる。そうすることで、取引安全の保護にも資する。本稿では解釈論を主として展開したつもりだが、やはり立法に頼らざるをえないことは間違いない。

【付記】 立命館大学商法研究会で報告の機会を得、出席者の先生方から貴重な意見をいただくことができ、本稿を発表できることとなった。ここに謝意を表したい。また、私法判例リマックスにおいて判例評釈の機会を得たことも、自由職業人の商人性ひいては商法が適用される商人とはどのような要件を備えているべきかを深く考える契機となった。機会をいただいたことに感謝したい。元来、「出資」とは何かという点に強い関心を持っており、判例評釈では出資と払戻し（配当）という点に焦点を当てすぎたきらいがある。本稿で、多少なりとも補足できていれば幸いである。

定年を迎えられた竹瀆修教授には、大学院生時代から公私ともにお世話になっている。もう定年を迎えられると聞いて、時の経過を痛感するが、スマートで若々しい先生をお手本としてこれからも進んでいきたいと思う。ここに、これまでのご恩に感謝するとともに、益々のご健勝をお祈りいたします。