

会社法制定後における営利性概念の変容

櫻 井 隆

1. はじめに

平成18年5月、新会社法が施行された。この新会社法はそれまで商法が幾度となく改正されてきたものをその集大成として成立したものである。改正理由としては、形式的理由と実質的理由の両面があり、前者は、それまで会社に関する規定が商法典第2編と有限会社法、さらには商法特例法と様々な法律の中で規定されていたものを一本化するということであり、また片仮名・文語体表記を現代語である平仮名・口語体表記に改めるということである。後者は、商法典は明治32年に成立し、有限会社法は昭和13年に成立し、そして商法特例法は昭和49年にそれぞれ成立したが、成立した年が様々であるために、これらの法律の規定内容に齟齬が生じ、さらには現在の経済状況を踏まえた規定内容に改めようというものである⁽¹⁾。したがって、このような理由より、会社法と商法との間には考え方を大きく変えたものもある。たとえば、改正前商法第52条は「本法ニ於テ会社トハ商行為ヲ為スヲ業トスル目的ヲ以テ設立シタル社团ヲ謂フ」と規定し、さらに同第2項は「営利ヲ目的トスル社团ニシテ本編ノ規定ニ依リ設立シタルモノハ商行為ヲ為スヲ業トセザルモ之ヲ会社ト看做ス」と規定していた。すなわち、改正前商法では会社とは何かという実体規定を設けており、したがって会社とは営利社団法人であることが商法上明確であった。ところが、新会社法では会社の定義として、同法第2条第1号では「株式会社、合名会社、合資会社又は合同会社をいう」と規定するのみであって、これは会社の種類を定めたもので、改正前商法第53条の「会社ハ合名会社、合資会社及株式会社ノ三種トス」という条文に相当するものである。このように見てくると、新会社法のもとにおいても旧商法上の会社の概念と変化はないのかどうかということが問題となる⁽²⁾。本稿では、会社概念の要素である営利性・社団性・法人性の中の営利性の概念の変容の問題を取り上げることとする。すなわち、改正前商法と新会社法では営利性の内容が変容したということを明らかにするとともに、株式会社と持分会社では、その営利性の内容についても同一ではないのではないかという点について論じたいと考える。

（注）

- （1）相澤哲編著『一問一答 新・会社法』（2005年、商事法務）3頁。
- （2）山本為三郎「株式会社とは何か」新会社法の基本問題（2006年、慶應義塾大学出版会）3頁以下。

2. 改正前商法上の営利性の概念

平成17年の改正前商法第52条第1項は「本法ニ於テ会社トハ商行為ヲ為スヲ業トスル目的ヲ以テ設立シタル社団ヲ謂フ」と規定し、この場合の会社は合名会社・合資会社・株式会社の3種とされ（旧商53）、これを商社会社と呼んでいた。それに対して第2項は「営利ヲ目的トスル社団ニシテ本編ノ規定ニ依リ設立シタルモノハ商行為ヲ為スヲ業トセザルモノヲ会社ト看做ス」と規定し、これを民事会社と呼んでいた。両条文を比べると、民事会社の場合は明文上明確に営利法人であるとされていたが、商社会社の場合は営利という言葉はないが、「商行為ヲ為スヲ業トスル目的」とする以上、営利目的を有することは当然であると解されていた⁽¹⁾。また、有限会社についても有限会社法第1条は「有限会社トハ商行為其ノ他ノ営利行為ヲ為スヲ業トスル目的ヲ以テ・・・設立シタル社団ヲ謂フ」と規定しており、したがって、有限会社についても明文上営利法人であることが規定されていた。

ところが、新会社法にはこのような会社の実体を表す規定は存在しない。もっとも、新会社法第5条は「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、商行為とする」と規定している。この「商行為とする」という規定と会社の営利性をどのように解するかについては後述するが、少なくとも改正前商法第52条や有限会社法第1条のような実体規定は新会社法にはないといえる。

さて、改正前商法の時代、この営利性をどのように解するかについては学説上争いがあった。

第1説は、会社の営利性は商人の営利性と異なり、単に対外的活動によって利潤を追求するだけではなく、そこで得た利益を構成員に分配することまでを含むとするもので、これを利益分配説といい、これが通説であった⁽²⁾。この説の提唱者である松本蒸治博士は、1904年に発表した「公益法人、営利法人ノ類別」という論文の中で自説を提唱したが⁽³⁾、その後1910年に発表した「営利法人ノ観念」の論文では、さらに詳細に論じて自説の正当性を主張している⁽⁴⁾。それによると博士は「我民法ノ所謂『営利ヲ目的トスル社団』ノ意義如何簡直ニ之ヲ社員ノ営利ヲ目的トスル社団ノ意味ニ解スルハ法文ノ字句ニ反ス」と述べ⁽⁵⁾、自己の解釈が法文の字句に反することを認めた上で、「法文ハ営利ヲ目的トスル社団ト言フ営利ノ目的ノ主体ハ社団タラサルヘカラス然レトモ社団ノ究竟ノ目的カ営利ニ在ルコトハ道理上アリ得ヘカラス其営利ニ因リテ得タル所ヲ以テ社員ニ分配スルカ又ハ公益事業ニ供用スルカ社団ノ営利ハ常ニ是等ノ究竟目的ノ手段タラサルヘカラス余ハ民法ノ所謂営利ヲ目的トスル社団トハ其直接ノ目的カ営利ニ在リテ公益ニ在ラサルノ結果其営利ニ因リテ得タル所ハ之ヲ社員ニ分配スルコトヲ要件トスルモノヲ謂フト解釈セントス」とされる⁽⁶⁾。

その理由として第一に、比較法的理由を挙げている。すなわち、「佛伊国ニ於テハ広義ノ会社ハ必スシモ常ニ法人タルニ非サレトモ利益ノ分配ハ其要素タリ法律ハ会社ヲ以テ一体系ト看、之ヲ他ノ社団ト區別ス英國法ノ組合ノ觀念亦同シ英國法ノ会社中ニハ公益法人ニ類似セルモノアレトモ法律ハ社員カ利益ノ分配ヲ受ケサルコトヲ以テ此種ノ特別会社ヲ他ノ会社ト区画スルノ標準トセリ又獨逸法ニ於テハ經濟上ノ業務ヲ目的トスルト否トニ依リテ社団法人ヲ二分ス經濟上ノ業務ヲ目的トスル社団タルニハ社員カ經濟上ノ利益ヲ享クルコトヲ要スルカ否カニ付キニ説対立スル・・・獨逸法ノ社団ノ分類ノ基礎觀念亦社員ノ經濟上ノ利益ニ存スルモノタルコトウヲ疑ハス」とされ、⁽⁷⁾ フランス法、イタリア法、イギリス法、ドイツ法からの比較法的観点からの検討の結果、社員の経済的利益・社団の利益分配が営利社団の一般的共通の觀念であるとする。

その理由として第二に、以下の4点の理論的理由を挙げられる。

(1) まず、博士は「営利法人カ利益ノ分配ヲ要件トスルノ法意ハ法律カ公益法人ニ付テ社団ト財団トヲ認メタルニ拘ハラス営利法人ニハ社団ノミヲ認メタルニ依リテモ明瞭ナリ営利法人ハ利益ヲ社員ニ分配スルコトヲ要件トスルヲ以テ財団ニシテ営利法人ナルモノアルヲ得ス之ニ反シテ法人中営利ヲ手段トシ之カ所得ヲ以テ公益事業ヲ行フ場合ニ於テハ其法人ニ社団タルコトアルヘク又財団タルコトアルヘク共ニ公益法人タルコトヲ得ヘキナリ」とされ、⁽⁸⁾ 財団法人で営利法人がないのは、利益を分配する社員が財団にはいないからであるとする。

(2) つぎに、博士は「利益ノ分配ヲ以テ営利法人ノ要素トスルハ法律カ公益法人ニ対シテ主務官庁ノ設立ノ許可ヲ条件トシタル精神ニ適合ス」とし、⁽⁹⁾ 「法律カ公益法人ニ設立ノ許可ヲ必要トセルハ公益ヲ目的トスル法人ノ濫用ヲ恐レテ之ニ干渉ヲ加ヘント欲セルニ因ル假シ社団カ営利事業ヲ営ムヲ以テ営利法人タルニ十分ナル觀念ナリトスレハ其利益ヲ公益事業ニ供用スル社団モ亦営利法人ノ一種タルニ至リ会社ニ関スル規定ニ從ヒ何等ノ許可ヲ受クルコトナク自由ニ之ヲ設立スルコトヲ得ルニ至ルヘシ営利法人カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル行為ヲ為シタルトキハ裁判所之ガ解散ヲ命スルノ途アリト雖モ・・・事前ノ許可ト事後ノ解散トハ大ニ其効力ヲ異ニス又公益法人ニハ常ニ主務官庁ノ監督アリ・・・全ク営利法人ト其公法關係ヲ異ニス営利事業ニ因リテ得タル所得ヲ以テ公益事業ヲ行ハントスル法人ノ如キハ通常ノ公益法人ヨリモ一層濫用ノ虞多ク或ハ其手段タル営利事業ノ方法、種類等ノ如何ニ依リテハ設立ノ許可ヲ与フヘカラサル場合多タルヘシ然ルニ此ノ如キ社団ハ却テ営利法人トシテ自由ニ之ヲ設立スルコトヲ得ヘシトスレハ法律カ公益法人ノ設立ニ許可ヲ必要トシタル趣旨ハ全然蹂躪シ盡サルヘキナリ」とされ、⁽¹⁰⁾ 利益の分配を営利法人の要素とすることは、公益法人の設立に関して許可主義を採用したこととその精神が適合しているとともに、そのように解しないと公益法人制度を濫用する恐れも生じるとする。

(3) さらに、博士は「設立ノ許可及ヒ官庁ノ監督ニ関スル規定ノ外民法ノ公益法人ニ関スル規定ヲ看ルニ其社団ノ目的カ公益ニ在ルノ結果原則トシテハ社員ノ権利ヲ同等トシ又解散ノ場合ニ於ケル残余財産ニ付テモ其社員ニ帰属スルコトヲ予想セス・・・是等ノ規定ヲ以テ之ヲ

営利法人ニ適用セラルヘキ会社ニ関スル規定カ利益ノ配当、持分ノ払戻、残余財産ノ分配ヲ定メ又株式会社ノ株主ノ権利カ其株式ノ数ニ依リテ定メラルルニ対照スレハ・・・営利法人カ利益ノ分配ヲ要素トスルモノナルコトヲ推知スルニ難カラサルナリ」とされ、公益法人の社員の権利は原則として同等であって、また解散の場合の残余財産についても社員に帰属することは予想していないのに対して、営利法人に関する規定が適用される会社については利益配当、持分の払戻、残余財産の分配に関する定めをし、また株主の権利が株式数によることと比較すると対照的となっているとする。

(4) 最後に、博士は「公益法人ハ其究竟ノ目的公益ニ在リ営利法人ハ其究竟ノ目的利益ヲ社員ニ分配スルニ在リトスレハ其区別ハ炳然トシテ疑ヲ存セサルカ如シ」とされ、このように解釈することが、公益法人と営利法人の区別が明確となるとする。

これに対して第2説は、会社の営利性は商人の営利性と同様にあくまでも利益の獲得のみであって、獲得した利益を構成員に分配することまでは含まれないとするもので、これを利益獲得説という。この説を支持する津田利治博士は、以下のような理由を挙げている⁽¹³⁾。

その理由として第一に、博士は「外国の立法例では、特に株式会社又は有限会社の場合には、必ずしも営利を目的とすることを要求しませんで、非営利事業を目的とする株式会社或は有限会社もドイツでは認めて居ます（ドイツ株式法3条、同有限会社法1条）。英法上のCompanyにも営利を目的としないものを認めて居ります。フランス商事会社法1条、スイス債務法620条3項も同様に営利の目的のない会社を認めて居ります。だから会社が営利法人であると云うのも、固より我国現行法のことでありまして、外国法上の会社、外国会社まで引くるめて考えるならば、営利を目的としない会社という現象は、寧ろ一般的に存在するのであります。ですから無論、利益を社員に分配することなど初めから予定していない会社も在り得るのであります。即ち、営利事業を目的とするけれども、利益を社員に分配しない会社、営利事業を目的としないけれども、偶、利益があれば之を社員に分配する会社、営利事業を目的とせず、且つ偶、利益があっても、之を社員に分配しない会社と云うのが外国立法例では認められる場合の方が寧ろ通例なのであります」と述べ、比較法的見地から見ても会社の営利性の概念を利益の分配まで含むと考えなければならない必然性はないとする。

第二の理由としては、博士は「営利財団法人に付て規定がないのは、唯、其の営利財団が存在していても、民法は夫れに法人格を与えないと云う丈けの話と見て良いのでありまして、そして、其の際、営利財団と云うのは営利を目的とする事業を行う財団のことで、其の事業に依って得た利益を何に使用するかは営利財団たる性格に何の影響もないことであると見れば良いのであります。・・・目的たる事業其のもの性格だけに着眼して考えれば、営利財団法人と云うことは觀念上決して矛盾するものではないのであります。財団自身が営利事業を行うことは実際に出来ることです。そして・・・左様な財団が万一在ったとしても、その法人格付与を法律が特に制度化する必要はありませんけれども、一般には無論、其の事業に依って得た利益を何かに振当てる積りには違いないのです。夫れは何か他の公益事業に寄附するとか、或は特定

の個人、例えば財団設立者又は其の遺族に利益を給付するとか、其の他どんな目的、方法でも良いですけれども、何れにせよ其の利益は何かに使うことを考えているでありましょう。左様な利益を得るために財団が一定の営利事業を行うこと自体は、何も理論上、及び事実上の障碍はない」と述べ、⁽¹⁵⁾ 営利財団法人がないのは利益を分配する社員がいないからではなく、営利財団が存在しても、ただそれに法律が法人格を与えなかったにすぎないとする。

第三の理由としては、博士は「商法は会社にて、利益配当や残余財産の分配に関する規定を設けておりますが、一体其の利益配当乃至残余財産の分配は、例えば定款其の他で、会社が全部又は一部之を排除することが出来ないものか、若し排除可能であるならば、会社であり乍ら、利益を社員に分配しないものも在り得ることになりまして、其の限りでは通説の謂う営利法人には当たらない会社も在り得ることになります。唯、52条2項の会社は、此の説では、初めから『営利ヲ目的トスル社团』でなければならぬ、と謂うのは、利益を社員に分配する目的を有っていなければならぬ意味であると決めて掛るのでありますから、之は利益分配を止めることは出来ません。・・・けれども、1項の会社は、営利を目的とする社团とは言つて居りませんから、法律が利益分配の排除を認めるのであれば、夫れでも構わない筈です。52条1項自体の中で利益分配を是非必要なものとしている訳ではない。即ち、此处では営利を目的とする社团と云う言葉は使われていないからです。従つて・・・之等の規定が強行規定であることまで確かめなければならぬ・・・株式会社の場合には、商法68条の様な規定はありませんから、定款自治を一般的に承認する明文の規定はないので・・・直接の根拠を条文上に求めることは出来ませんが、然しそれにしても定款の定で毎期の利益金の一部を割いて役員への賞与に宛てるとか、従業員の為めの退職引当金に宛てるとかで、配当の方には廻さないことは無論出来ると見て良い」と述べ、⁽¹⁶⁾ 定款で利益の配当を排除することまで法律は禁止していないとする。

第四の理由としては、利益分配のみでよいと解釈すると、主務官庁の監督を受けない公益事業が会社という形で行うことが可能となり、これは法人格の濫用になるとの主張に対して、博士は「民法34条の・・・目的たる唯一の事業が公益且つ非営利でなければならぬと言つて居るだけでありまして、・・・其の社团又は財団が当該目的たる公益非営利の事業の外に、他の事業をも目的として兼営してはならないか否か、並に会社が如何なる事業を目的と為し得るか、或は為し得ないかに付ては民法は直接には何も言っていない」とし、⁽¹⁷⁾ このように解したからといって、法人格の濫用が生じることはないとする。

(注)

- (1) 大森忠夫『商法総則講義』(昭和37年、有信堂)84頁。
- (2) 田中耕太郎『改訂会社法概論上巻』(昭和30年、岩波書店)31頁、石井照久=鴻常夫『会社法第1巻』(昭和52年、勁草書房)28頁。近年では、江頭健治郎『株式会社法』(平成18年、有斐閣)19頁、加美和照『新訂会社法第9版』(平成19年、勁草書房)15頁など。

- (3) 松本蒸治・法学協会雑誌 22 卷 1 号(明治 37 年、有斐閣) 55 頁以下。
- (4) 松本・法学協会雑誌 28 卷 3 号(明治 43 年、有斐閣) 351 頁以下、同 4 号(明治 43 年、有斐閣) 554 頁以下。
- (5) 松本・『私法論文集』(平成元年復刻、有斐閣) 38 頁。
- (6) 同上。
- (7) 同上 38 頁以下。
- (8) 同上 39 頁以下。
- (9) 同上 40 頁。
- (10) 同上。
- (11) 同上 41 頁。
- (12) 同上 42 頁。
- (13) 津田利治『会社法以前』(平成 15 年、慶應義塾大学出版会) 54 頁以下。
- (14) 同上 64 頁。
- (15) 同上 78 頁。
- (16) 同上 57 頁以下。
- (17) 同上 69 頁以下。

3. 新会社法上の営利性の概念

前述したように、新会社法では会社の営利性に関する実体規定がなくなったが、その上で営利性をどのように理解するかについては、これまでと同様に争いがある。

まず、会社法第 2 条第 1 号は「会社」の用語に関する定義を「株式会社、合名会社、合資会社又は合同会社」と規定するのみであり、改正前商法第 52 条第 1 項のような「商行為ヲ為スヲ業トスル目的ヲ以テ設立シタ」とか、あるいは「営利ヲ目的トスル社団」であるという実質的な定義規定を定めていないことに関して、立法関係者は「会社法上、会社の株主・社員には、利益配当請求権・残余財産分配請求権が認められていることは明らかであり、会社が対外的活動を通じて上げた利益を社員に分配することを意味する『営利を目的とする』という用語を用いる必要がないという理由による」と述べ⁽¹⁾、この点では従来より学説的には争いがあるものの、今回の立法関係者の意思としては、会社の営利性に関しては、あくまでも従来の通説である利益分配説に立っており、この点は会社法の制定の前後では全く変化はないとの立場に立っているようである。しかしながら、これはあくまでも立法関係者の立場であり、そのことと会社の営利性を解釈論的にどのように解するかはまた別の問題といわなければならない。すなわち、立法関係者の意思といってもそれはあくまで根拠の一つであるに過ぎないということである。

つぎに、これらを踏まえながら会社法のもとでの学説をみると、以下のように学説が対立している。

第 1 説は、①会社が利益の獲得を目的に対外的な営利活動を遂行して利益を上げ、②そこで得た利益を社員に分配するという、利益分配説で、この学説は会社法制定前も通説であったが、

現在においても通説である⁽²⁾。

まず、その理由として第一に、落合誠一教授は法政策としての妥当性をあげる。すなわち、「新たな富の創出がなければ、社会は窮乏化せざるを得ないから、そうした団体が十分な活動ができるような法環境を形成することは、法政策における重要な課題のひとつ⁽³⁾」とした上で、「構成員への利益の分配があるかないかは、まさに構成員の行動のあり方に決定的な影響を及ぼし得るから、その相違に着目して、別個の法ルールのもとに置くのが適当である⁽⁴⁾と考える。・・・利益の分配がある団体の場合は、その構成員にとっては、基本的には自己の投資に対するリターンを得る関係であり、当然のことながらその構成員は、そのリターンがより多くなるべく団体が対外的営利事業をより一層発展させることを望むことになる」と述べ、立法政策としては対外的営利事業から得た利益を構成員に分配する団体と利益を分配しない団体とに別個の法ルールが用意されるべきであるとする。

つぎに、第二の理由として、同教授は「(2006年の)公益法人改革関連法は、わが国の法人法制における法人の営利性の意味を明確にした。すなわち、構成員に対する剰余金・残余財産の分配権の有無が、法人の営利・非営利を分かつ指標であるとしたことである⁽⁵⁾」とし、新たな公益法人制度における営利か非営利かを区別する基準が、社員に剰余金または残余財産の分配を受ける権利を与えるか否かによっているからであるとする。

第三の理由としては、株式会社については会社法第105条によって、剰余金の配当請求権あるいは残余財産分配請求権のどちらか一方は必ず認めなければならないということが明文を以って規定されているのに対して、持分会社の場合には同様の規定がない。そのために持分会社の営利性についてはどのように解釈するかが問題となる。この点について同教授は「商法52条1項は、営利性の要件の必要性を明示的に規定していなかったが、商行為をなすことを目的とするとの要件のなかに、営利目的を前提として規定したものと解されていた・・・他方、会社法は、その5条において、『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、商行為とする。』と規定している・・・この規定により会社が事業としてする行為は、商行為とみなされ、それゆえ会社法上の会社は、商行為を目的とする会社とみなされたことを意味する。そうだとすると、・・・商行為をなすことを目的とするとの要件のなかに、営利性がその前提として定められていると解釈できる⁽⁶⁾」とする。すなわち、持分会社の営利性についても会社法制定前の解釈が会社法制定後もそのまま同様の解釈ができるとする。

第四の理由としては、持分会社については非営利のような形態を法制度として認めたとすることに関して、同教授は「会社法は、営利法人である会社のみを対象として立法したものと理解するのが妥当であるし、また非営利法人については、全面的に現代化された新しい法人制度が用意されたのであるから、むしろそれによるべきもの⁽⁷⁾と考える」とされ、会社法の対象とする会社は、株式会社であろうと持分会社であろうと、非営利的な団体についてはその対象とはしていないとする。

これに対して第二説は、会社法のもとでも会社の営利性は利益を獲得することのみであり、

それ以上に社員に利益を分配することまではその内容とはならないとする、いわゆる利益獲得説と呼ばれるものである。

まずその理由の第一としては、山本為三郎教授は「『営利目的』とは収支相償う意図であれば足ると解されるのが一般である。その意味においては、営利を目的とする社団は多様である。それらの中で、剰余金配当請求権および残余財産分配請求権の全部を社員に与えない旨を社員間で合意している社団が、合理的・効率的な経営に適している会社制度を利用できないとする理由はあるのだろうか」とされ、営利社団の多様性を考慮すべきであるとする。

つぎに第二の理由としては、同教授は「『会社の営利性』自体を検討しても、剰余金配当請求権や残余財産分配請求権が『会社の営利性』の内容をなすか否かを、導くことはできない。剰余金配当請求権と残余財産分配請求権につき、そのどちらかを与えないとする定款規定は効力を有するか、あるいは、その両請求権の全部を与えない定款規定は効力を有するか、の判断を前提として、その結論を正当化する理由づけに『会社の営利性』を用いることはできても、その逆は真ではない」として⁽⁹⁾、この問題は解釈論の問題ではなく、立法政策の問題であるとする。

第三の理由としては、会社法制定前は商法第 52 条の解釈の問題であったが、会社法は前述したように、商法第 52 条のような営利性の条文を設けなかったために、利益分配説は条文に基づかない解釈をもって自説の正当性を主張することになるが、同教授によれば「会社の営利性を特別視せず、商行為をなす商人一般の営利性と同様に捉える②説（利益獲得説）は、従来にもまして自然な解釈と評価されよう」とされる⁽¹⁰⁾。すなわち、持分会社の場合には、利益配当・出資の払戻しや残余財産分配に関して、その全部を与えない旨を定款に定めてはならないという規定がない以上（会 621・1 項、624・1 項、666）、定款で全部を与えない旨を定めることは可能であるとする。

（注）

- (1) 相澤・前掲 25 頁。
- (2) 弥永真生『リーガルマインド会社法 [第 11 版]』（平成 19 年、有斐閣）7 頁。
- (3) 落合誠一「会社の営利性について」企業法の理論上巻（平成 19 年、商事法務）21 頁。
- (4) 同上 22 頁。
- (5) 同上 23 頁。
- (6) 同上 24 頁。
- (7) 同上 25 頁。
- (8) 山本・前掲 6 頁。
- (9) 同上・7 頁。
- (10) 同上。

4. アメリカ法における営利性と非営利性

(1) 非営利団体の重要性

今日のアメリカ社会においては団体や企業の恐らく半数は、その性質上非営利団体であって、営利性を有する団体と比べその割合は、急速に多くなってきているというのが現状である。1830年以降、Baron de Tocqueville はアメリカ社会においては公共の福祉のための共同任意団体 (join voluntary associations) というものが趨勢であるとして注目をした⁽¹⁾。たとえば、1900年までに500万人以上のメンバーが、7万以上の友愛組合 (fraternal lodges) に所属していた⁽²⁾。第2次大戦以来、個人的な利益の追求から公共の福祉関係に集中することに国などの政策も急速に変化してきており、それにともない今日の現代アメリカ社会は大きく、また複雑な形式的な組織によって支配されるようになった⁽³⁾。

1974年初めには、オハイオ州のコロンビア事務所にある法人課の書記官補は、OLECK 教授に対して4万以上の非営利団体の許可状と約9万の事業会社の許可状が、その当時事務所にはあったと証言している⁽⁴⁾。1971年の調査では、概ね3万の活動していた非営利団体の許可状がファイルされていたのに対して、事業会社の許可状は10万をファイルされていた。他方、別の機関では15万の事業会社に対して非営利団体は約7万であったとしている⁽⁵⁾。このように1971年当時は非営利団体を1とした場合、営利団体は2あるいは3という割合であり、このことは殆どどの州でも同様であった。しかし法人格のある非営利団体の数よりも法人格のない中小の非営利団体の数の方が多くは疑う余地がないところである。しかし当時はまだこのような記録が取られていないために、正確な数を把握することはできていない。このような記録が取られてからは、オハイオ州の商務長官は約100万の非営利団体の許可状がファイルされていたが、その半数は1852年から始められていると述べている⁽⁶⁾。ニューヨーク州やペンシルベニア州またはカリフォルニア州ではその数はもっと多かったといわれている。このような背景から現在ではほとんどの州のロースクールのカリキュラムで非営利団体法に関する講義が行なわれている⁽⁷⁾。

(2) 非営利団体の会員数

アメリカにおいては非営利団体の会員数は莫大な数に上っていた。当初、235の宗教団体 (national religious bodies) には1億3,100万人のメンバーが所属しており、アメリカ在郷軍人会連盟 (Ameican Legion) には250万人のメンバーが所属し、さらに同軍人会連盟にはほぼ100万人の予備軍人が所属していた⁽⁸⁾。アメリカ自動車協会 (American Automobile Association) には1360万人のメンバーがいた⁽⁹⁾。アメリカ少女団 (Girl Scouts U.S.A) には390万人がおり⁽¹⁰⁾、熟練石工組合 (Masonic Order) には約200万人がおり⁽¹¹⁾、大学組合 (college fraternity) には11万9,000名のメンバーが所属していた⁽¹²⁾。

当初はアメリカにおいては宗教団体が非営利グループの中で最も重要な役割を有していた⁽¹⁴⁾が、現在では、他の色々な種類の非営利団体が注目されるようになり、特に1989年から1990年には環境団体 (Environmental organizations) が驚くべき勢いで増加をした。たとえば、アメリカ・グリーンピース (Greenpeace U.S.A) には1990年の初めまでには190万を擁し、そのうち50万人以上のメンバーは多言語を話すメンバーで構成されていた⁽¹⁵⁾。さらに1992年に

はこのアメリカ・グリーンピースのメンバーの数は200万人を超えていた。シエラ・クラブ (Sierra Club) には65万人、自然保護団体 (Nature Conservancy) には588,000人、ワイルダネス協会 (Wilderness Society) には377,000人、そして国立野生生物連盟 (National Wildlife Federation) には6,200,000人が所属をしていた。⁽¹⁶⁾

非営利団体の発展は、1900年代まで続き、たとえば、1992年にはアメリカ在郷軍人会連盟 (American Legion) には300万人に達し、⁽¹⁷⁾ アメリカ自動車協会 (American Automobile Association) には1972年には1,360万人が所属し、さらに1985年には2,510万人、そして1992年までには2,800万人を超える会員を擁するまでに発展した。⁽¹⁸⁾

(3) 非営利の定義

非営利団体の場合に使われる非営利の意味は、他の場合に使われる非営利よりも、さらに広い意味で使われている。たとえば、「非営利」(non-profit) と「慈善的」(charitable) という言葉は、多くの場合と同じ意味で使われ、ほとんど人々も同じものとしている。しかし、それらは非営利団体の中では明確に区別してしばしば用いられている。一般的に使用される場合、非営利という言葉は標準的な辞書では「利益の獲得することを意図しない意味の形容詞である」と定義されているのに対して、慈善的とは「救済のため」とかあるいは「博愛の」というように定義され、慈善という言葉は福祉団体、福祉協会あるいは福祉基金として一つの定義に描かれている。⁽¹⁹⁾

さて、nonprofitあるいはnot-for-profitというのはどのように定義されるのか、当初テキサス州法では、つぎのように定義されていた。すなわち、「nonprofit Corporationはnot-for-profit corporationと同様であり、その構成員や取締役あるいは役員に対して利益の一部たりとも分配可能とはならない団体」を意味するとされている。さらにnonprofitとnot-for-profitという両者の区別を強調する者はほんの少数であるといえる。しかし1970年に開催された法律実務協会 (Practicing Law Institute) のセミナーでは、nonprofitとnot-for-profitということは異なる意味を有するとの見解が示されている。それは両者を区別することの方が、それぞれの機能やそれらを統治する法的ルールに関して非常に現実的であるとされていたからである。

その後、非営利団体に関しては、1964年のアメリカ法律家協会 (American Bar Association) による「模範非営利法人法」(Model Nonprofit Corporation Act)⁽²⁰⁾ の改正の際に定義された。それによると、「非営利法人とは、当該法人が得た利益あるいは利潤の一部たりとも、当該法人の構成員、取締役あるいは役員に分配しない法人をいう」と定義されている。この定義は多くの州の非営利法人法においても採用されている。⁽²¹⁾ また、このような定義は、非株式法人 (non-stock corporations) の場合も株主に分配されないという意味で使われていた。また持分株式 (equity shares) の存在あるいは不存在が、会社と非営利法人とを区別する唯一の明確な特徴であるともされている。しかし1986年の模範非営利法人法の改正に当たってはアメリカ法律家協会は非営利については全く定義付けをしなかった。⁽²²⁾

全ての非営利法人には、3つの一般的特徴を有するといわれている。第一が、非営利法人は⁽²³⁾

組織化されるその当初から非営利性を示さなければならないこと、第二が、法人の利益や財産は、株式・持分の分配の方法として法人の構成員、役員あるいは取締役に分配しないこと、そして第三は、制定法によってそのような組織が認められ、かつそのような目的を追求すること、以上のような3つの特徴があるといわれている。さらにこれらは3つのカテゴリーに分かれている。⁽²⁴⁾第一が、博物館や学校のような公益 (public benefit)、第2に、協同組合や事業者団体専門家団体のような相互の利益 (mutual benefit)、そして第三に、低コスト住宅開発などのような非課税受益追及団体のような私益 (private benefit) の3つに分かれている。1987年に提案されたアメリカ法律家協会の模範非営利法人法では私益と公益について定義がなされた。⁽²⁵⁾

さて、not-for-profit と nonprofit との間に微妙な違いがあることが指摘されている。前者は後者よりもより明確であるといわれている。なぜならば、nonprofit とは、非営利を達成するためだけに利益を使うという限りにおいて、利益を追求することができるからである。⁽²⁶⁾現在いくつかの州法では、基本的には非営利目的のために事業を営む限りは、事業活動は自由に従事することを非営利団体には認めている。⁽²⁷⁾アメリカ法律家協会の模範非営利法人法や多くの州制定法では、法的に非営利法人の設立を認めている。⁽²⁸⁾

このことはカリフォルニアやカナダの動向とともに、近年におけるニューヨークの1970年新法などにも引き継がれている。⁽²⁹⁾

しかしこの2つの言葉の間にはそれ程の違いはなく、一般的な法律学辞典では営利法人とは、当該法人が得た利益を構成員に分配することを目的に組織されたものをいうとされ、⁽³⁰⁾またブラックスの法律学辞典では、1964年の模範法で採用された定義をそのまま採用している。⁽³¹⁾

非営利的と慈善的という用語も殆んどの人々は同じものとしてみている。しかし、両者は非営利団体法においては明確に区別されている。一般的に使用される場合の nonprofit とは次のように定義されている。すなわち、非営利法人のように利益を得ることを目的・狙いとはしないことをいうとされているのに対して、charitable とは、前述したように救済のためとかあるいは博愛のためなどと定義されている。⁽³²⁾したがって、非営利法人は必ずしも慈善的な法人ではないが、慈善的な法人は必ず非営利法人であるといえる。さらに非営利とは一般的な用語 (general term) であるのに対して、慈善的とは特殊な用語 (specific term) であるとされている。⁽³³⁾

テキサス法は「nonprofit 法人とは、not-for-profit 法人と同一である。そしてそれは、当該法人の収入の一部たりとも構成員、取締役、役員分配しない法人を意味する」としている。⁽³⁴⁾この定義は、1970年の急進的なニューヨーク州法で採用されている。法律実務協会 (Practicing Law Institute) のセミナーでは、nonprofit と not-for-profit とは異なる意味を有するという考え方が表明されたが、このような考え方はその後、ほとんど取り上げられることはなかった。⁽³⁵⁾それゆえに、アラスカ州では not-for-profit という言い方をし、⁽³⁷⁾アーカンソー州やカリフォルニア州では nonprofit を使い、⁽³⁸⁾コロラド州とアラバマ州では Corporations Not-for-Profit Act としていたが、⁽³⁹⁾現在では、⁽⁴⁰⁾Nonprofit Corporations Act としている。⁽⁴¹⁾

(注)

- (1) A. de Tocqueville, *Democracy in America* 196 (3d ed. Philips Bradely 1946).
- (2) Schlesinger, *Biography of a Nation of Joiners*, 50 *Am. Hist. Rev.* 1, 19 (1944).
- (3) P. Blau & W. Scott, *Formal Organizations*.
- (4) Telephone conversation with Mr. Fred Lentz in 1972 and Mr. Paul Diehn in December 1973. Howard L. Oleck, *Non-Profit Corporations, Organizations, and Associations*, 3d ed 1975, p.1.
- (5) Telephone interview with an Assistant Secretary, Office of Secretary-of-State of Ohio, Corp. Dep't., Jan .5, 1971. *ibid* p.2.
- (6) *Supra* note 4 & 5. *ibid*.
- (7) Association of American Law Schools, *Directory of Law Teachers* 703-707 (1973).
- (8) *Yearbook of American Churches* (1972) p. 231.
- (9) 1972 *World Almanac*, p.257 (Newspaper Enterprise Assn.)
- (10) *Id.* at 258.
- (11) *Id.* at 262.
- (12) *Id.* at 265..
- (13) 1970 *World Almanac*, p. 340.
- (14) Howard. L. Oleck=Martha E. Stewart, *Nonprofit Corporations, Organizations, & Associations*, 6th ed., 1994, p7.
- (15) D. Sterne (artile). 4 *Non-Profit Times* (1) (Apr.1990).
- (16) *Encyclopedia of Associations* (27th ed.,) Gale Research, Inc.,Detroit, MI 1992.
- (17) *Encyclopedia of Associations* (27th ed., 1992).
- (18) *Ibid.*
- (19) *Webster's New World Dictionary*, 2d ed., 968 (1970).
- (20) 2 (c), in the 1964 revision.
- (21) Ala. Code tit. 10-3A-2 (9); N.M. Stat. § 53-8-2 (C); W.Va. Code § 31-1-144; N.Y. Not-for-Profit Corp. L. § 102 (5).
- (22) Oleck, *op.cit.*, p.10.
- (23) B.B. Harvey, Jr., "The Public-Spirited Defendant and Others; Liability of Directors and Officers of Not-for-Profit Corporations," 17 *J. Marsall L. Rev.* (3) 665-741 (1984).
- (24) *Ibid.*
- (25) *Exposure Draft* (1986) § 1.40.
- (26) J. Weeks, "The Not-for-Profit Business Corporation," 19 *Clev. St. L. Rev.* 303 (1970); P. Cumming, *Proposals for a New Not-for-Profit Corporations Law for Canada* (1974).
- (27) N.Y. Not-for-Profit Corp. L § 508.
- (28) *Model Act* § 4 (1964 rev.); Ala. Stst. § 10-3A-4; Tex. Rev. Civ. Stat. Ann. art. 1396-2.01; Vt.Stat. Ann. tit. 11 § 2351.
- (29) N.Y. and Pa. statutes, above, n. 69, Cumming article above, n. 68.
- (30) *Ballentine's Law Dictionary*, 3rd ed., 1005 (1969).
- (31) *Black's Law Dictionary*, 5th ed., 953 (1979).
- (32) *Webster's New World Dictionary*, 2d ed., 968 (1970).

- (33) Oleck,op.cit.,p.12
- (34) Tex. Civ. Stat. tit. 32, ch. 9, art 1396-1.02 (A) (3).
- (35) このような見解は同協会の1970年の夏のセミナーの際に表明された。Oleck,op.cit.,p.38.
- (36) *Ibid.*
- (37) Ala. Stat. tit. 10, §§10. 20.005.
- (38) Ark. Stat. Ann. § 4-28-202.
- (39) Calif. Corp. Code §§ 5,000-10,846.
- (40) Colo. Rev. Stat. ch. 31, art. 19 § 1.
- (41) Code of Ala. tit. 10, § 204(b).

5. 会社の営利性概念に対する私見

以上、論じてきたように会社の営利性概念については、単に利益の獲得のみを意味するのか、それとも獲得した利益を出資者に分配することまでも含めるのかについては、会社法成立以前より争いがあり、その論争は会社法制定以降も引き継がれている感がある。

さて、この問題に対して筆者としては、会社法制定以降、会社の営利性概念は変容されたのではないかと考える。すなわち、従来より学説は会社法制定以降も、たとえば会社法成立前は、合名会社、合資会社、有限会社、株式会社を区別することなく、会社の営利性を利益の獲得のみを意味すると解するのか、それとも獲得した利益を構成員に分配すると解するのかという争いであって、4種類の会社の営利性の概念は同一であると考えた上での学説上の争いであった。このことは、会社法が制定された以降も同様であって、あくまでも合名会社、合資会社、合同会社そして株式会社の営利性の間に違いはなく、同一の意義であると解されてきた。しかしながら、筆者は会社法制定以降、会社の営利性の概念は変容したと考え、4種類の会社の営利性は同一ではなく、株式会社と持分会社では会社のもつ営利性概念が変容したと考える。すなわち、株式会社の営利性は従来通説のように単に利益を追求するのみではなく、獲得した利益を構成員である株主に分配することまでを含めて、営利性というのに対して、持分会社の営利性は単に利益の獲得のみを意味し、獲得した利益を構成員である社員に分配することまでは含まないとする従来少数説である利益獲得説の考え方に変容したものと解するのが妥当であると思われる。その理由として、まず本来の営利性は単に利益の獲得のみを意味するのか、それとも獲得した利益を分配することまでを含めるのかに関しては、獲得した利益を構成員に分配すると考える利益分配説が正当であると考えられる。

その理由として第一に、歴史的に見た場合、商法は商人のための商人法から出発し、その後その商人は個人としての商人から、1602年の東インド会社の誕生という最初の株式会社の誕生とともに会社本位へと変遷し、この頃より個人本位主義から会社本位主義へと商法の持つ役割が変化した。それとともに単なる商人のための商法から社会的役割の一旦を担う会社へと変貌するとともに、商法それ自体が社会的役割を果たすようになった⁽¹⁾。これとともに企業の持つ

営利性も単に利益の獲得のみを求めるのではなく、収支適合を目標とする場合も含むと解されるようになった。⁽²⁾そしてこのことは商法第2条が「公法人が行う商行為については、法令に別段の定めがある場合を除き、この法律の定めるところによる」と規定し、公法人の商行為の営利目的については、収支適合を含むと解するならば、一般的な相対的商行為（商502）の場合の営利性についても収支適合と解すれば足りるとの解釈もある。⁽³⁾このようにみえてくると、社会状況の変化は会社の営利性概念についても狭く解する必要はなく、むしろ柔軟に対応すべきであると考えられる。すなわち、一律的な考え方ではなく、社会状況や経済状況など多方面からの変化を踏まえた解釈が可能であろうし、またそうした解釈が望ましいのではないかと思われる。

第二の理由としては、前述したように現代のアメリカ社会では、わが国以上に非営利団体の役割が大きく、この点ではわが国においても同様のことがいえる。前述したようにアメリカ法においても営利と非営利とを区別するメルクマールは当該団体が得た利益あるいは利潤をその団体の構成員に分配するか否かにあり、この点では比較法的見地からは営利性とは、単に利益の獲得のみならず分配することまでを含むと考える方が自然な考え方であると考えられる。

第三の理由としては、従来の商法では会社の種類としては合名会社、合資会社、株式会社、有限会社の4種類とし、これらはさらに講学上の区別として社員の個性の会社企業に反映する度合いの違いから、人的会社（合名会社と合資会社）と物的会社（株式会社と有限会社）との2つに分類していた。しかし今回の新会社法では合名会社、合資会社、合同会社、株式会社の4種類を会社の種類としながらも、さらに合名会社、合資会社、合同会社の3つの会社を合わせて「持分会社」として、これを法律上明文をもって新たな概念として認めた。この持分会社について立法担当者は「原則として総社員の同意によって運営され、社員自らが業務の執行に当たるという性格を有する会社類型として整理されている」とされるが、⁽⁴⁾この点については何を以って統合したのか、その基準が何であるのか明らかではないとの批判がある。⁽⁵⁾しかしながら、持分会社に対して共通に適用される規律として弥永真生教授は「いずれも社員間の人的信頼関係と、多くの場合、社員の経営者としての能力と意欲とを前提としており、会社の内部関係についての規律はほぼ同じである」とし、さらに「各社員は、原則として会社の業務を執行し（590 I）、会社を代表する（599 I）。すなわち、原則として、企業の所有と経営とが一致し、社員資格と機関資格とが結合している」とする。⁽⁷⁾これを踏まえて考えるならば、株式会社と持分会社では、本来的に出資者たる社員の出資の目的が違うところにその区別の基準があると思われる。当然実態としてはそのようにはなっていないが、少なくとも立法関係者の意図としては、持分会社の場合には、少人数による会社経営のため、出資者は自らが経営に当たるという自己機関性に出資者の出資の目的があるのに対して、株式会社の場合には、出資者たる株主は多数に及ぶことが前提であると考えられているために、出資者たる株主の主たる目的は、投機あるいは投資であって、自らが会社経営者となることを考えて出資しているのではないというのが立法者の考え方である。すなわち、共同企業としての株式会社に対して、持分会社の場合は単独企業として取り扱うように組まれた会社形態であるといえる。結論としていうなら

ば、共同企業体としての持分会社の単独企業体化ととらえることが可能であろう。したがって、持分会社の営利性については、単独企業たる個人商人と同じように考えてもよいのではないかと考える。このように解するならば、従来より個人商人の営利性は、単なる利益の獲得のみを意味すると考えられており、持分会社の営利性についても同様に利益の獲得のみを意味すると解することが妥当であると考ええる。

第四の理由としては、会社法は持分会社の新設とともに、合同会社という新たな概念を取り入れた。合同会社の出資者たる社員は有限責任社員であるとされており、その点では株式会社と同一である。旧商法時代も有限会社は物的会社に包含されていたが、この点は両者とも有限責任社員からのみ成り立つため、その整合性は取れていた。しかし、合同会社は前述したように有限責任社員のみから成り立つ会社形態であり、その点では株式会社と同様である。それにもかかわらず会社法はその区分として、株式会社とは対立する概念である持分会社に合同会社を含ませたのである、これはある意味で従来の場合、4種類の会社の区別する基準の第一順位に社員の責任の態様の違いから、人的会社と物的会社とに講学上区別するという考え方を採用してきたが、それを放棄したものと考えることができる。むしろ会社法は、出資者の数が少人数になるのかそれとも多人数となるのかによって、持分会社という新たな概念を認め、株式会社との対立概念として立法上明定したものではないかと考える。このように考えるならば、両者の営利性の概念は同一に考える必要はないのではないかと考える。

第五の理由としては、第四の理由との関連で言えば、一人会社を全ての会社について許容したということである。これまでの改正前商法では株式会社については、明文上一人会社を肯定していると考えるのが通説であり、判例であった⁽⁹⁾。それに対して、改正前商法第94条第4号が「社員が一人ト為リタルコト」を解散事由していたことにより、他の会社では一人会社は否定されてきた。しかしながら、今回会社法はこれを明文をもって認めた。すなわち、会社法第641条第4号は「社員が欠けたこと」を持分会社の解散事由とし、社員が一人の場合は解散事由とはしなかった。この点に関して立法関係者は「株式会社においては、一人会社が認められているが、社団性との関係については、株式の譲渡という一人株主の意思により、社員が複数になりうることから、一人会社であっても社団性を失わない」とした上で、⁽¹¹⁾「持分会社は、社員の個性が重視されるとしても、①社員の加入や持分の一部の譲渡により、社員が複数となりうること、②これらが一人社員の意思で行いうることという点においては、株式会社と変わるところがない」とする⁽¹²⁾。さらに「これを認めない合理的な理由もない」というのが、その理由のようである⁽¹³⁾。このように合名会社や合資会社に対しても一人会社を認めたことは、複数人格の集合体とする社団性を放棄し、単独企業体と解したものと考えることができる。なぜならば、株式会社の場合には株式の自由譲渡性が制度的保障されており、そのため一時的に株主が一人となったとしてもその後株式の一部が譲渡されれば、再び株主が複数になることは考えられるが、合名会社の社員の場合は無限責任のために、少数にな

らざるをえない。したがって、持分については譲渡は原則制限されており、この点より社員が一人となった場合に直ちに持分が譲渡されるとは考えにくいからである。

第六の理由としては、会社法第 105 条第 2 項と会社法第 621 条第 2 項との違いということである。前者は「株主に前項第 1 号及び第 2 号に掲げる権利の全部を与えない旨の定款の定めは、その効力を有しない」と規定し、この場合の前項第 1 号とは剰余金の配当を受ける権利であり、第 2 号は残余財産の分配を受ける権利である。これに対して、後者は「持分会社は、利益の配当を請求する方法その他の利益の配当に関する事項を定款で定めることができる」と規定している。この点に関しては、従来は剰余金の配当や残余財産の分配に関して内容の異なる数種の株式の発行が可能とされていたが、たとえば、完全な無配当の株式の発行が可能かどうかについては規定がなかったために議論があった⁽¹⁴⁾。そこで立法担当者はこの問題を立法論的に解決し、「株主に、①剰余金の配当を受ける権利、または②残余財産の分配を受ける権利の一方が完全に与えられない株式であっても、他方の権利が与えられるものであるならば、そのような定款の定めが許容され、そのような内容の株式も株式として認められることが明らかにされている⁽¹⁵⁾」とし、その上で会社法第 105 条第 2 項より「全部を与えない旨の定款の定めは可能であると解釈することはできない⁽¹⁶⁾」としている。すなわち、株式会社の場合の営利性は、単に利益の獲得のみを意味するのではなく、その獲得した利益を剰余金の配当かあるいは残余財産の分配という、いずれか一方は必ず有しななければならないということを明確にしたものということが出来る。この点、立法担当者は「株主の権利に関する規定としてより大きな意味がある」と述べている⁽¹⁷⁾。今回の会社法制定の大きな柱の一つが柔軟性、すなわち定款の自治を拡大したところに特色の一つがあるものの、同項は株式会社の営利性に関する定款自治の限界を定めたものであり、この点では株式会社の営利性の概念は従来の通説的見解をそのまま立法的に継受したものと考えることができる。

それに対して、持分会社の営利性については、合同会社を持分会社の一つと位置付け、しかも合同会社は有限責任社員からのみ成り立つ会社形態であるにもかかわらず、定款自治を認めた新たな会社形態として会社法が新設したものである。ところが、これと従来より定款自治が認められていた合名会社と合資会社とを合わせた概念として持分会社という新たなカテゴリーを明定したが、それとともにその定款自治の範囲に関する各種の規定が設けられ、その一つが会社法第 621 条第 2 項であると解することができる。同項の解釈についても「株式会社と違って持分会社は運営について会社の自治が広く認められているので、この配当の方法などに関しても持分会社の定款で規定することができます⁽¹⁸⁾」といわれる。したがって、持分会社と株式会社の大きな相違点の一つが、定款の自治の範囲にあるといえる。すなわち、持分会社と株式会社の定款自治の範囲の違いを明らかにした一つの規定が、会社法第 621 条第 2 項と会社法第 105 条第 2 項ということができる。この点からするならば、営利性の内容についても株式会社の営利性と持分会社の営利性には違いがあると解することも可能であろう。その意味から今回の会社法は、この点を立法的にその違いを明らかにしたとみることもできよう。従来の商法で

は会社法第621条第2項に該当する条文も存在しなかった。それが今回の会社法では会社の営利性概念を導き出すことのできる条文が設けられ、両者の間にその条文の文言あるいは規定内容を明確にするとの立法者の意思が感じられる。

このようにみえてくると、会社法制定前までは全ての会社の営利性を同一に解釈してきたが、今回、会社法の制定によって株式会社の営利性と持分会社の営利性は同一に解釈する必要はなく、むしろ両者の内容は変容されたものであると解することが可能となったと考えられる。それはまさに社会的な変化に合わせた条文の解釈の必要性から生まれたものと思われる。

(注)

- (1) 田中誠二『企業の社会的役割重視の商事法学』（平成3年、千倉書房）9頁以下。
- (2) 同上書213頁。
- (3) 同上。
- (4) 葉玉匡美＝郡谷大輔『会社法マスター115講座（第2版）』（平成20年、ロータス21）4頁。
- (5) 稲葉威雄『会社法の解明』（平成21年、中央経済社）153頁。
- (6) 弥永真生『リーガルマインド会社法（第11版）』（平成19年、有斐閣）499頁。
- (7) 同上書499頁以下。
- (8) 近藤光男『商法総則・商行為法（第3版）』（平成12年、有斐閣）20頁。
- (9) 北沢正啓『会社法〔新版〕』（昭和58年、青林書院新社）14頁など。
- (10) 最判昭和46・6・24民集25巻4号596頁など。
- (11) 相澤・前掲182頁。
- (12) 同上書。
- (13) 同上書。
- (14) 實方正雄博士は「利益配当請求権は、株主の固有権として、株主総会の決議をもってしても、或は定款をもってしても（原始定款をもってすると、定款変更によるを問わない）、これを全面的に排除することは許されない」とある（同「利益配当および建設利息の配当」株式会社法講座第4巻（昭和32年、有斐閣）1314頁）。それに対して、野津務博士は「利益配当を制限し或は一定の期間停止し…に因り永久的に影響を及ぼすことが、企業の維持発展に必要であることがある」として、利益配当請求権は剥奪制限し得ないものではない「相対的固有権に属する」としている（同『会社法要論（上巻）』（昭和37年、中大生協出版局）188頁以下）。
- (15) 相澤哲・岩崎友彦「株式（総則・株主名簿・株式の譲渡等）」商事法務1739号35頁。
- (16) 同上書（注11）。
- (17) 同上書。
- (18) 尾崎哲夫『条文ガイド六法会社法』（平成18年、自由国民社）487頁。

6. おわりに

以上、会社法の制定の前後によって、会社の営利性の概念は変容され、これまでのように4種類の会社の営利性を統一、かつ同一のものと解釈する必要はなく、そのことを前提とした上で、これまでは利益獲得説と利益分配説という学説上の争いがあった。しかも基本的にはそれ

らの学説上の争いは、会社法制定後もほぼ同一に論じられてきた感がある。しかし筆者は会社の営利性は社会的理由あるいは条文上の理由より、全ての会社の営利性を同一に考えるのではなく、株式会社と持分会社の区別を明文をもって新設したことに鑑みれば、営利性の概念に関しても両会社の間では同一に解する必要はないのではないかと考える。すなわち、持分会社の単独企業化およびそのような実態に会社法が合わせる形で規定が設けられており、またそのような解釈が妥当でもあると考える。この点に関して神作裕之教授も「会社法のもとでは会社の営利性の概念は相対化されており、株式会社形態を用いて、公益的あるいは慈善的・利他的な目的を追求することもできる」とする⁽¹⁾。森淳二郎教授もこの見解を支持するとともに「本条だけでなく、27条1号も重要な根拠になる」とし⁽²⁾、「平成17年改正前商法のもとでは、剰余金配当請求権および残余財産分配請求権は株主の基本権とされ、その基本権を制限できるとは規定されていなかった。それゆえ、これらの権利を保障するうえから、定款に記載されるべき事業は、すべて営利事業に限られると解することは正当であった」とし⁽³⁾、「しかし、会社法は本条1項において、これらの権利を株主の基本的な権利として明示することで会社の営利性を保障しつつも、本条2項において、これらの権利の一方を与えない定款の定めも有効であると規定している。これは1項で会社の営利性を保障しつつ、2項で、その営利性の程度について定款自治で定めてよいと示したものと解する」と述べている⁽⁴⁾。基本的には筆者も同感であるが、筆者としては、さらに会社法第621条第2項との比較・対象の上からは、もう一步さらに株式会社の定款自治と持分会社の定款自治の程度の差、範囲の差を示したものと見るのではないかと考えている。すなわち、株式会社と持分会社との区別を新設し、さらには合同会社を持分会社に含めたことは、両者の間には際立った相違があるということをも前提に各種の規定内容の相違となっており、これが従来の人的会社と物的会社の区別の基準が社員資格者の会社企業に反映する個性の違い、そしてそれは有限責任か無限責任かという社員責任の態様を基準として区別されていたものが、会社法では株式会社を共同企業とし、持分会社は単独企業としてみた上で種々の条文が規定されているものと考えることができよう。そして、その点から両者の営利性の概念についても会社法制定の前後で変容したのものであると考えている。

さて、社会の急速な変化、なかんずく、それに対応すべく、これまでのような公益法人・営利法人という区別から中間法人が成立し、さらにはNPO法人法が成立し、今回平成18年には公益法人に関して大改正がなされ、団体に関する価値観も多様化した現在では、株式会社の営利的事業と公益的事業のあり方、またこれまで株式会社の参入が認められなかった教育や医療、農業分野に対して、株式会社大学が認められ、さらには株式会社病院などが認められ、また公益法人が収益事業を営むことも条文上可能という現代では、公益法人と営利法人の区別をはじめ、会社の営利事業あるいは公益事業との係わり、さらには営利性という概念そのものに関して、再検討・再構築がなされる時期が到来しているのではないかと考える。

(注)

- (1) 神作裕之「会社法総則・擬似外国会社」ジュリスト 1295号（平成15年、有斐閣）141頁。
- (2) 森淳二郎「第105条（株主の権利）」逐条会社法第2巻（平成22年、中央経済社）33頁。
- (3) 同上書。
- (4) 同上書。