

Departmental Bulletin Paper / 紀要論文

# 株式会社による学校経営：会社の「営利性」 という問題

Consideration about schooling by stock corporations

名島, 利喜

Najima, Toshiki

三重大学法経論叢. 2008, 26(1), p. 1-11.

<http://hdl.handle.net/10076/9682>

# 株式会社による学校経営 ——会社の「営利性」という問題

名 島 利 喜

- 目 次
- I はじめに
- II 営利性をめぐる従来の議論状況
  - 1 会社法制定前
    - (1) 営利性の意義
    - (2) 営利目的とそれ以外の目的
  - 2 会社法制定後
    - (1) 立法担当者の見解
    - (2) 学説の見解
- III 株式会社形態を用いた学校経営
  - 1 学校経営と株式会社
    - (1) 設置主体の限定
    - (2) 規制緩和論
  - 2 営利法人と公益法人
    - (1) 決定的な相違
    - (2) 未解決の問題
- IV むすびに代えて

## I はじめに

本稿は、株式会社による学校経営という主題のもとで、営利を目的とする株式会社が学校経営のような公益に関する事業を行なうことが許されるかどうか、という問題について検討することを目的とする。

この問題の背景には、次のような三つの事情がある。

第1は、規制緩和政策の一環として、「構造改革特区」において株式会社が学校を設置することが認められたことである。学校の設置は国、地方公共団体または学校法人によるも

のとされてきた（教育基本法6条、学校教育法2条）が、構造改革特別区域法の一部改正（2003年10月1日施行）に伴い、構造改革特別区域の認定を受けた地方公共団体では、株式会社であってもこれを行なえるようになった（12条）。

第2に、2005（平成17）年の「会社法」の制定によって、株式会社が営利を目的とする法人であるかどうかは怪しくなったことである。会社の営利性を規定していた平成17年改正前商法52条に相当する規定が会社法に設けられなかったからである。

第3に、2006（平成18）年の「一般社団法

人及び一般財団法人に関する法律」の成立によって、一般社団法人の非営利性の意義が明らかになったことである。同法は、法人の構成員に対する剰余金・残余財産の分配の可否が、営利法人と非営利法人とを区別する指標であるとした（11条2項）。

本稿では、以上のような背景事情に留意しながら、会社の「営利性」という問題に焦点をあわせて検討を試みる。

具体的な検討の順序は以下のとおりである。まず、Ⅱでは、会社の営利性に関する従来の議論状況をひととおり概観する。会社法制定前と制定後に分けて、見ていくことにする。続いて、Ⅲでは、会社の営利性という観点から、株式会社形態を用いた学校経営の当否について若干の検討を加える。そして、Ⅳでは、以上の検討の結果をひとまずまとめ、今後の課題について簡単に触れる。

## Ⅱ 営利性をめぐる従来の議論状況

まず最初に、会社の営利性に関してこれまで学説上どのような議論が行なわれてきたかということを一とおり概観しておこう。以下では、会社法制定前の状況から見ていくことにしたい。

### 1 会社法制定前

#### (1) 営利性の意義

2005（平成17）年改正前の商法52条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、同条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」と定めていた。

条文の文言上は、1項の商事会社については、2項の民事会社の場合と違って、営利を目的とすることが明示されていたわけではない。しかし、商事会社についても、営利の目的を要しない趣旨ではなく、商行為をなすことを目的とするという要件のなかに、営利目的が当然に前提とされているものとして理解されていた<sup>(1)</sup>。

そして、そこでいう営利性とは、伝統的な通説によると、会社がその対外的な活動によって利益を得て、その利益を出資者である構成員（株主・社員）に分配することをいうと理解されていた<sup>(2)</sup>。つまり、会社自体が利益を獲得する目的で対外的な活動を遂行することを意味するだけではなく、これに加えて、対外活動によって得た利益を構成員に分配することをも意味するものとして考えられていた。構成員は、会社が対外的な活動によって獲得した利益の分配にあずかることを目的として会社に出資するからである。構成員への利益の分配は、定期的な利益配当の方法でも、残余財産の分配の方法でも差し支えない<sup>(3)</sup>。また、上記のような意味での営利性を欠くものは会社であるとはいえず、営利性は会社にとって不可欠の要素であるとされていた<sup>(4)</sup>。

上述のような通説の基礎を確立したのは、松本烝治博士<sup>(5)</sup>であり、その後、ある時期から、学説において博士の見解が圧倒的といってもよい通説的地位を占めるにいたった<sup>(6)</sup>。もっとも、これに対して、ごく少数であるが、古くから最近にいたるまで反対説もあった<sup>(7)</sup>。それによると、会社が営利を目的とするということは、会社それ自体がその事業から利益をあげる意思を有することであり、会

社自体について決すれば足りる。構成員も営利意思をもって集まるわけであるが、構成員の営利意思はその結集の動機にすぎない。したがって、会社の意義を定めるに際して、通説は会社のあげた利益の社員への分配という余分なことまで要件としてしまっているとしていた。

## (2) 営利目的とそれ以外の目的

以上に見たように、会社の営利性の意義をめぐっては、通説と反対説とが対立していた。しかし、いずれにしても、会社は営利を目的とするものであり、会社が営利目的を追求できることは疑いようがなかった。では、会社が営利目的と同時にそれ以外の目的を追求したり、営利目的以外の目的を追求することはどうか。次にこの点について見てみることにしよう。

この点に関しては、通説の立場においても、見解の対立があった<sup>(8)</sup>。古くは、営利会社は営利を唯一の目的としなければならず、営利の目的のほかには公益を目的とすることはできないとする見解<sup>(9)</sup>もあった。しかし、これに対して、会社は営利行為をなすことを必ずしも唯一の目的とする必要はなく、同時にそれ以外の公益的事業を兼営しても差し支えないというのが、従来<sup>(10)</sup>の学説の大勢であった。さらに進んで、「定款に営利事業をその目的として標榜するがぎり、実質上は非営利事業……を行っていても会社たることを妨げない」とする見解<sup>(11)</sup>も現われていた。もっとも、このような見解に対しては、「公益的事業を営む社団……を会社と解するのは、商法第58条第1項第2号に抵触する。ただかかる会社が、解散命令を受けないで活動している

場合に、第三者の利益を保護するため、これを会社として取扱う必要を生ずるだけである（商4Ⅱ末段参照）」とする見方<sup>(12)</sup>もあった。

反対説の立場に目を転じると、かつては、会社の利益をすべて慈善事業に寄附する場合であっても、いやしくも会社として利益を収めることを目的とする以上は営利の目的ありというべきであるとする見解<sup>(13)</sup>もあった。しかし、最近では、会社の構成員である社員に利益配当をいっさい行わず、また残余財産の分配もしないで、あげた利益はすべて他に寄附してしまうとか、福祉事業につきこむというような会社を設立することはできないとする見解<sup>(14)</sup>が有力であった。このように、反対説の立場においても、見解が対立していた。

## 2 会社法制定後

### (1) 立法担当者の見解

2005（平成17）年に会社法が成立した。旧商法の会社に関する規定はすべて削除され、新たに「会社法」として制定された。そして、新会社法においては、会社の営利性を規定していた商法52条にあたる規定が設けられなかった。そこで、新法のもとにおいても、これまでどおり会社は営利を目的とするといえるかどうか改めて問われることになる。

まず、この点に関連する規定について見ておくことにしたい。会社法は、一方で、会社がその事業としてする行為およびその事業のためにする行為は商行為であると定義し（5条）、他方では、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は効力を有しないとしている（105条2項）。

さて、会社法のもとでも、会社は営利を目的とするといえるかどうか。この点に関して、立法担当者は次のように述べている<sup>(15)</sup>。

「『営利を目的とする社団』であることを定めていないのは、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ものである」。この立法担当者の見解によれば、会社法では、「営利目的」という用語は用いなかっただけでも、利益配当請求権か残余財産分配請求権のいずれか一方の権利が社員に認められているという意味で、会社は営利を目的とするということになる。そして、この見解は、前述した営利性についての伝統的な通説に従っている。

## (2) 学説の見解

学説はどうかというと、伝統的な通説に立ちつつ、会社法のもとでも営利性の要件は維持されているという理解ではほぼ一致している<sup>(16)</sup>。ただし、その根拠については、いくつかの見解が説かれている。会社法5条を引用して、「これは、会社は営利を目的として対外的活動を行うのが通常だからである」とする見解<sup>(17)</sup>や、会社法105条2項に言及して、「利益（剰余金）配当請求権と残余財産分配請求権の双方を否定してはならない限りにおいて、『営利性』は依然として株式会社の本質的要素であると解される」とする見解<sup>(18)</sup>、さらに、「この二つの規定から、会社では、営利活動を行うだけでなく、株主への財産的利益の分配が想定されていると解される」とする見

解<sup>(19)</sup>も示されている。

以上のように、営利性が認められる条文上の根拠は必ずしもはっきりとはしないが、会社法のもとでも、伝統的な通説に従って、会社は営利を目的とするというのが一般的な見解となっている。通説に対する反対説も、この認識では一致している<sup>(20)</sup>。したがって、営利性をめぐる問題を議論するときは、会社法制定前の議論がそのまま維持できると見てい

## Ⅲ 株式会社形態を用いた学校経営

会社の営利性をめぐる従来の議論状況は、おおむね以上のとおりである。では、営利を目的とする株式会社が学校経営のような公益に関する事業を行なうことが許されるのだろうか。以下では、会社の営利性という観点に立って検討を進めることとしよう。

### 1 学校経営と株式会社

#### (1) 設置主体の限定

これまで、なぜ、株式会社による学校経営は認められてこなかったのだろうか。それをまず確認しておこう。

教育基本法6条1項は、「法律に定める学校は、公の性質を有するものであって、国、地方公共団体及び法律に定める法人のみが、これを設置することができる」とし、これを受けて、学校教育法2条1項は、「学校は、国、地方公共団体及び私立学校法第3条に規定する学校法人のみが、これを設置することができる」と定める。

このように、学校の設置は国、地方公共団体および学校法人のみに認められている。

「これによって、学校設置者の確実性、公共性を担保しようとするものである」というのがその理由である<sup>(21)</sup>。また、「法律に定める法人として学校法人のみを定めているのは、公教育を担う学校教育法に基づく学校の設置主体に、内部組織の強化と学校経営に必要な資産の保有、解散時の手続(所轄庁の認可等)を求め、公共的で、安定的、継続的な学校運営を担保する趣旨である」と説明されている<sup>(22)</sup>。

以上のようにして、教育の公共性の見地から、国公立以外では学校法人の経営形態に限定されている。そうだとすると、営利を目的とする会社形態をとることは、とうてい考えられないであろう。実際のところ、この点に関して、中央教育審議会大学分科会「株式会社等による学校経営への参入について(検討メモ)」(平成15年11月26日)は、次のような見方を示している。

- ① 学校教育から撤退する可能性が高く、学校経営の継続の保証がない。
- ② 学校教育以外の事業の影響により、学校教育に対する支出削減や事業規模縮小の可能性が高い。
- ③ 学校の経営方針や教育内容が容易に変更されるなど、安定的な教育が行われな  
いおそれ。
- ④ 生徒指導や特別の指導が必要な児童生徒への対応など手間がかかり収益のあがりにくい分野の教育活動の軽視(収益性の高い教育活動への特化)。

・株式会社の設立・解散には所轄庁の認可が不要。

- ・解散時の残余財産は株主に返還可能(学校法人は他の学校法人や国に帰属)。
- ・学校教育以外の事業の実施が自由(認可が不要であり、会計区分も不要)。
- ・学校教育から撤退しても法人は存続(学校教育の実施は直接の目的ではない)。
- ・学校の経営方針や提供する教育内容は、経営の状況や株主の意向により決定。
- ・学校法人における評議員会制度のような、学校運営の公共性を高めるための機関が設けられていない。
- ・利益追求及び利益の私的分配(株式配当)が中心となり、収益が教育に再投資される保証がない。

そこには、学校の公共性、安定性、継続性という観点に立つならば、学校経営は営利を目的とする株式会社にはなじまないという考え方が見てとれるだろう。

## (2) 規制緩和論

ところが、以上に対して、規制緩和という観点からは、株式会社を学校経営の主体から除外する必要はないという考え方が導かれる。上記の検討メモは、次のように続く。

- ・教育の質や公益性の確保には、サービス供給主体の「経営形態」について制限を設ける必要はなく、情報公開や第三者評価等の事後チェックのための仕組みを整えることにより対応が可能。「学校法人」に限定しなければならな

い理由が不明。

- ・継続性・安定性より質が重要。消費者から選ばれない質の低い学校はすぐに市場から撤退すべきで、いつまでも存続していることの方が問題。学校の倒産に備えたセーフティネットを整備することにより消費者を保護すべき。
- ・現在の公教育では現実に対応できていない分野がある一方、そのような分野を担っている NPO 法人や株式会社が存在している。
- ・現在の学校は公益性が優先され営利追求が認められないため、市場を通じた競争が行われず、経営努力が行われない。一方、私学助成や税制上の優遇措置を受けない株式会社は、学生を集めなければ倒産するため、市場のニーズに応じたより質の高い教育サービスが提供されることになる。
- ・現在の学校は資金調達が多くを国に依存するため、国の規制と相まって、教育サービスの内容が画一化、大規模な展開も困難。株式会社は資金調達が容易であり特定の専門分野に集中して大規模な展開が可能。
- ・株式会社は投資家による市場評価を受けることにより、効率的な経営が求められコストが削減される。

そして、冒頭にも触れたように、規制緩和の潮流のなかで、「構造改革特区」において株式会社が学校を設置することも許容されることとなった<sup>(23)</sup>。しかし、そこにまったく問題はないのだろうか。はたして営利を目的とする株式会社が学校経営のような公益に関する

事業を行なうことは許されるのだろうか。それを考えてみる必要がある。重要な問題が、実は残されている。

## 2 営利法人と公益法人

### (1) 決定的な相違

法人は、その目的に応じて、営利法人と公益法人に区別される。株式会社は営利を目的とする営利法人であり、学校法人は教育に関する公益法人である。そこで次に、営利法人としての株式会社と公益法人としての学校法人とを対比してみよう。

そのためには、まず、次の点を急いでつけ加えておく必要がある。それは、2006（平成18）年の公益法人制度の改革によって、法人法制が大きく変更されたことである<sup>(24)</sup>。ここでは、「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律」（以下「一般法人法」）のほか、「公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律」（以下「公益認定法」）、いわゆる整備法<sup>(25)</sup>の三つの法律が制定された。この改革の結果、民法典からは公益法人に関する規定がすべて削除され、民法の法人に関する規定は、法人制度全体についての原則規定と外国法人についての規定だけになっている。

ここで注目すべきは、Iでも簡単に触れたように、一般法人法の成立によって、一般社団法人の非営利性の意義が明らかになったということである。同法11条は、その1項で一般社団法人の定款の絶対的記載（記録）事項を規定し、2項では、「社員に剰余金又は残余財産の分配を受ける権利を与える旨の定款の定めは、その効力を有しない」と規定している。こうして、新たな法人法制のもとでは、定款において社員に利益の分配をする定めが

ないことが、一般社団法人の非営利性の意義であることになったのである<sup>(26)</sup>。社員が存在しない一般財団法人においては、設立者に剰余金または残余財産の分配を受ける権利を与える旨の定款の定めを禁止している（一般法人法 153 条 3 項 2 号）。非営利法人である一般社団法人と一般財団法人のうち、公益認定を受けたものは公益法人となることのできる（公益認定法 4 条）。

以上をふまえて、営利法人と公益法人の対比に進もう。公益法人とは公益を目的とし、営利を目的としないものでなければならない。ただし、収益をあげること自体が禁じられているわけではない。学校法人であっても、収益活動を禁止されていない。私立学校法 26 条 1 項は、「学校法人は、その設置する私立学校の教育に支障のない限り、その収益を私立学校の経営に充てるため、収益を目的とする事業を行うことができる」と規定している。けれども、「その設置する私立学校の教育に支障のない限り」という条件と、「その収益を私立学校の経営に充てるため」という条件を設けている。したがって、学校法人の場合は、収益活動から得られる利益の分配を予定していない。ということは、剰余金の分配または残余財産の分配といった形で設置者（社員）に分配することは、非営利性に反し、許されないということになる（私立学校法 30 条 3 項、51 条参照）。これに対して、営利法人である株式会社の場合は、営利事業を営むことを目的とし、事業から得られる利益の構成員に対する分配が予定されている。会社法 105 条 2 項がこのことを定めている。105 条 2 項によれば、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は効力を有しないとされている。

以上のように、公益法人としての学校法人では収益活動から得られる利益の分配を予定していないのに対して、営利法人としての株式会社の場合には利益の分配を予定している。この点で、学校法人と株式会社とは決定的に異なっているのである<sup>(27)</sup>。

なお、以上からも推測できるように、今日では、伝統的な通説を前提とした立法がなされているといえるだろう<sup>(28)</sup>。

## (2) 未解決の問題

伝統的な通説によれば、会社の概念における営利性とは、対外的な活動によって利益を獲得するだけでなく、その利益を構成員に分配しようとすることを意味する。そして、この意味での営利性を欠くものは会社とはいえず、営利性は会社にとって不可欠の要素であるとする。こうした通説の立場からすれば、株式会社による学校経営について、どのように考えればよいのだろうか。

この点について、ある学説は、「通説によれば、『営利性』の中に、本来的に別のものである『私益性』を混同するという誤解をしてしまったため、『営利性』と『公益性』は、同次元において相対立をする排斥しあう対立概念として理解し、営利を目的とする株式会社が、公益にかかわる学校経営や病院経営に関係することは本来的に無理であるとの結論に達してしまった」として批判する<sup>(29)</sup>。しかし、この批判は、必ずしもあたっていない。

II 1(2)で見たように、かつては、営利会社は営利を唯一の目的としなければならず、営利の目的のほかには公益を目的とすることはで



きないとする見解がなかったわけではない。しかし、今日、このかつての考え方を支持する学説は見あたらないようである<sup>(30)</sup>。この点に関する現在の一般的な考え方は、会社は営利行為をなすことを必ずしも唯一の目的とする必要はなく、同時にそれ以外の公益的事業を兼営しても差し支えないというものである。現に、その例として、いくつかの学説は学校の経営をあげている<sup>(31)</sup>。したがって、通説を前提としても、株式会社が学校経営に関係することは許される、という結論になるのである<sup>(32)</sup>。

ただし、伝統的に、通説は、営利性を株式会社にとって不可欠の要素であるとする。また、会社法のもとでは、剰余金配当請求権と残余財産分配請求権の双方を否定することはできない。そういう意味で、営利性は株式会社における本質的要請であるといえる。さらに、従来の理解では、株主となる者は株式会社が利益をあげることを通じて利益の分配にあずかることを目的として会社に参加するのであって、利益配当請求権は株主の権利のなかでも最も重要な権利であり、それは奪うことのできない固有権とされてきた<sup>(33)</sup>。会社法のもとでも、こうした理解が維持されるものと考えられる<sup>(34)</sup>。このような理解によると、教育事業活動によって得た利益の全部を株主に分配しないで教育目的に使用することは、株式会社の本質に反し、そのような株式会社を設立することはできない、という結論になるはずだと思われる。その限りでは、上記の批判はまったく的外れであるとはいえない。この点では、反対説に立って、会社が営利を目的とするというのは会社自身がその事業から利益をあげる意思を有するというところで十

分であり、通説は会社の意義を定める場合に会社のあげた利益の社員への分配という余分なことまで要件としてしまっていると考えたとしても、同じ結論を導くことができる<sup>(35)</sup>。

以上の点をどう考えるべきか。株式会社の本質にかかわる極めて重要な問題がここにある。また、この問題に関しては、「生徒等の支払う授業料等は全額教育目的に費消されるべきものと考えられてきたのに対し、一部を剰余金の配当等として株主への支払にあてることを容認してよいか否か」という問題も指摘されている<sup>(36)</sup>。

#### IV むすびに代えて

株式会社による学校経営という非常に大きな主題について、会社の「営利性」という問題に焦点をあてながら検討を加えてきた。営利を目的とする株式会社が学校経営のような公益に関する事業を行なうことは許されるのかどうか。これまでの検討の結果をひとまずまとめておこう。

会社の営利性とは、伝統的な通説によると、会社はその対外的な活動によって利益を得て、その利益を出資者である構成員に分配することをいうと理解されていた。また、この意味での営利性を欠くものは会社とはいえず、営利性は会社にとって不可欠の要素であるとされていた。これに反対する見解も存在するが、商法の規定上、会社が営利を目的とするものであることは明らかであった。

ところが、会社法は営利性を示す規定を削除した。そのため、会社の営利性は必ずしも明らかではない。しかし、会社法のもとでも、伝統的な通説が主張していたような意味での

営利性の要件は維持されているというのが一般的な考え方である。つまり、剰余金配当請求権か剰余財産分配請求権のいずれか一方があれば営利性があるとされ、その意味で利益の分配が予定されている。また、公益法人制度改革の結果、新たな法人法制のもとでは、非営利性とは剰余金配当請求権も剰余財産分配請求権もないことであり、そこでは利益の分配を予定していない。こうして、現在では、伝統的な通説を前提とした立法がなされている。

規制緩和政策の一環として、構造改革特区では、株式会社が学校を設置することが認められた。株式会社による学校経営がいつさえい許されないとは、通説も考えていない。しかし、通説の考え方からすると、教育事業活動によって得た利益の全部を株主に分配しないで教育目的に使用することは、株式会社の本質に反するものとして、許されない。それが、伝統的な通説からの帰結である。

最後に、今後の課題について簡単に触れることで、むすびに代えたい。株式会社による学校経営という問題は、会社の営利性という観点からは、伝統的通説に対する重大な挑戦を含んでいる。この問題の基礎には、株式会社をどう理解するかという根本問題がある。営利法人と公益法人との両者を隔てる根本的な問題も潜んでいる。規制緩和政策とは一線を画して、このような問題をさらに詰めていくことが、残された今後の検討課題である。

## 注

- (1) 石井照久編著『註解株式会社法（第1巻設立）』（勁草書房、1953年）65頁以下、谷川久『新版注釈会社法（1）』（上柳克郎ほか編）（有斐閣、1985

- 年）38頁以下。  
 (2) 文献は枚挙にいとまがない。代表的なものとして、松本丞治『日本会社法論』（巖松堂書店、1929年）63頁、田中耕太郎『会社法概論〔再訂増補〕』（岩波書店、1933年）45頁以下、西原寛一『会社法（商法講義Ⅱ）〔第2版〕』（岩波書店、1969年）11頁以下、大隅健一郎＝今井宏『会社法論（上巻）〔第3版〕』（有斐閣、1991年）18頁、田中誠二『会社法詳論（上巻）〔三全訂〕』（勁草書房、1993年）59頁以下、鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法〔第3版〕』（有斐閣、1994年）15頁以下、江頭憲治郎『株式会社・有限会社法〔第4版〕』（有斐閣、2005年）15頁以下など。  
 (3) 石井編・前出注(1)66頁、谷川・前出注(1)39頁。  
 (4) 石井編・前出注(1)66頁、谷川・前出注(1)39頁。  
 (5) 松本丞治「営利法人の観念」法学協会雑誌28巻3号351頁以下、同4号（1910年）554頁以下である。  
 (6) 服部栄三『学説判例事典会社法』（東出版、1974年）16頁。  
 (7) 古くは、猪股淇清『株式会社本質論〔増補訂正〕』（巖松堂書店、1925年）11頁以下、西本辰之助『会社法〔第6版〕』（巖松堂書店、1927年）3頁、柚木馨『判例民法総論（上巻）』（有斐閣、1951年）298頁、津田利治『会社法以前』（慶應義塾大学出版会、2003年、1970年に私家版が出ている）26頁以下、倉沢康一郎「営利社団法人の意義」法学研究（慶應大学）44巻3号（1971年）207頁以下、安井威興「会社の営利性について」修道法学1巻2号（1978年）191頁以下など。最近では、高鳥正夫『会社法〔新版〕』（慶應通信、1991年）7頁、宮島司『会社法概説〔第3版補正2版〕』（弘文堂、2004年）7頁など。なお、営利性についての立法者意思を探求することによって、学説の対立をもたらすことになった原因をつきとめようとするものとして、来住野究「法人の営利性」倉澤古希『商法の歴史と論理』（新青出版、2005年）205頁以下を参照。  
 (8) 以下の叙述は、稲庭恒一「会社の『営利性』について——第三セクター会社をてがかりに——」菅原古希『現代企業法の理論』（信山社、1998年）

- 134 頁以下に負うところが大きい。
- (9) 松波仁一郎『新日本商法(松波私論)』(有斐閣書房, 1920 年) 187 頁。
- (10) この点を明確に述べるものとして, 松本・前出注(2) 63 頁, 田中(耕)・前出注(2) 49 頁, 実方正雄『会社法学 I (資本と会社企業)』(有斐閣, 1949 年) 11 頁, 清水新『会社法〔改訂〕』(中央書房, 1973 年) 6 頁など。
- (11) 大隅 = 今井・前出注(2) 19 頁以下。
- (12) 小町谷操三 = 菅原菊志『商法講義会社(1)』(有斐閣, 1968 年) 15 頁以下。
- (13) 西本・前出注(7) 3 頁。
- (14) 高鳥・前出注(7) 7 頁, 宮島・前出注(7) 7 頁。
- (15) 相澤哲編著『一問一答新・会社法』(商事法務, 2005 年) 25 頁。
- (16) 概説書としては, 神田秀樹『会社法〔第 8 版〕』(弘文堂, 2006 年) 5 頁, 江頭憲治郎『株式会社法』(有斐閣, 2006 年) 19 頁, 青竹正一『新会社法』(信山社出版, 2006 年) 7 頁以下, 近藤光男『最新株式会社法〔第 3 版〕』(中央経済社, 2006 年) 4 頁以下, 新山雄三『会社法の仕組みと働き〔第 4 版〕』(日本評論社, 2006 年) 20 頁以下, 三枝一雄 = 南保勝美『新基本会社法 I』(中央経済社, 2006 年) 5 頁など。なお, 詳細な検討を加えるものとして, 落合誠一「会社の営利性について」江頭憲治『企業法の理論(上巻)』(商事法務, 2007 年) 3 頁以下。
- (17) 弥永真生『リーガルマインド会社法〔第 10 版〕』(有斐閣, 2006 年) 7 頁。
- (18) 神作裕之「会社法総則・擬似外国会社」ジュリスト 1295 号(2005 年) 138 頁。なお, 同「一般社団法人と会社——営利性と非営利性」ジュリスト 1328 号(2007 年) 39 頁以下も参照。
- (19) 森淳二期 = 吉本健一編『会社法エッセンシャル』(有斐閣, 2006 年) 7 頁。
- (20) ただし, 反対説は, 「会社が営利を目的とするという場合には, 会社自身について決すれば足るのであり, ……通説は, 会社の意義を定める場合に余分なことまで要件としてしまっていると考えられる」として, 従来の考え方に固執している(宮島司『新会社法エッセンス〔第 2 版〕』(弘文堂, 2006 年) 7 頁)。
- (21) 鈴木勲編著『逐条学校教育法〔第 6 次改訂版〕』(学陽書房, 2006 年) 21 頁。
- (22) 鈴木編・前出注(21) 24 頁。
- (23) ちなみに, 全私学新聞 ONLINE NEWSPAPER 記事 2006 年 09 月 23 日 2040 号(1 面)によれば, 「学校設置会社による学校設置は, 今年九月現在, 大学・大学院では, 東京都千代田区や大阪市などの十七の特区内で株式会社東京リーガルマインドなど十社による十校(うち実際開校しているのは七校), 小・中・高校では茨城県高萩市などの十四の特区内で株式会社ハーモニックなど十四社による十四校(同十三校)。大学・大学院では株式会社東京リーガルマインドの学校が大半を占め, 高校等ではほとんどが通信制高校という状況」であるという。
- (24) 内田貴『民法 I (総則・物権総論)〔第 4 版〕』(東京大学出版会, 2008 年) 213 頁は, 「これは, 明治以来の日本の法人法制の根本的転換といってもよい改革である」と評している。
- (25) 正式名称は「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律及び公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」。なお, 公益法人制度改革三法は, 2008(平成 20)年 12 月 1 日から施行される。
- (26) この点をはっきりと説くのは, 落合・前出注(16) 17 頁である。新公益法人制度研究会編著『一問一答公益法人関連三法』(商事法務, 2006 年) 31 頁によれば, 「このような定めは, 剰余金の分配を目的としない法人であるという一般社団法人の基本的性格に反するものであるし, また, 定款の定めによっても社員が法人の資産に対する持分を有する仕組みを採用することができない点を明らかにし, 営利法人との区別を明確にするためである(会社法 105 条 2 項参照)」とされている。
- (27) 竹内昭夫(弥永真生補訂)『株式会社法講義』(有斐閣, 2001 年) 23 頁以下に丁寧な説明がある。なお, 川口恭弘「『株式会社法の営利性と公益』に関する一考察」同志社法学 55 巻 7 号(2004 年)

- 119 頁以下も参照。
- 28) この点に関して、神作裕之教授は次のように述べている。「会社法は、平成 17 年改正前商法と異なり、会社を『営利』という文言を用いて定義しなかったものの、社員の剰余金配当請求権か残余財産分配請求権のいずれか一方が確保されていることを営利性にとらえ、前述した営利性についての通説的理解を明確化・精緻化したものと考えられる」(同「非営利法人と営利法人」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』(有斐閣、2007 年) 59 頁)。
- 29) 加藤修「民主主義社会における株式会社の営利性と公共性」法学研究(慶應大学) 77 卷 12 号(2004 年) 336 頁。
- 30) 稲庭・前出注(8) 134 頁。
- 31) 実方・前出注(10) 11 頁, 大隅＝今井・前出注(2) 19 頁など。
- 32) この点に関しては、能見善久「公益的団体における公益性と非営利性」ジュリスト 1105 号(1997 年) 50 頁以下も参照。
- 33) さしあたり、鈴木＝竹内・前出注(2) 372 頁を参照。
- 34) たとえば、前田庸『会社法入門〔第 11 版〕』(有斐閣、2006 年) 589 頁は、「会社法 453 条は、会社はその株主(その会社を除く)に対し、剰余金の配当をすることができる」と規定する。この規定はそのまま読めば、当然のことを規定したものであることができるが、株主の剰余金配当請求権の固有権性を認めたものと解することも不可能ではないであろう」としている。なお、龍田節『会社法大要』(有斐閣、2007 年) 50 頁も参照。
- 35) II 1(2) 参照。
- 36) 江頭・前出注(16) 19 頁。