

Title	法人擬制説をめぐって
Sub Title	Zur Theorie der juristischen Fiktion mit besonderer Berücksichtigung von der juristischen Person
Author	林脇, トシ子(Hayashiwaki, Toshiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1971
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.44, No.3 (1971. 3) ,p.41- 59
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	津田・宮崎・伊藤教授退職記念論文集 第一部法律学関係
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19710315-0041

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

法人擬制説をめぐつて

林 脇 トシ子

- 一 法人の实体
- 二 擬制
- 三 法人の意思
- 四 機関
- 五 むすび

一

法人学説の歴史は、法人擬制説、法人否認説、法人实在説に三分されて語られてきた。その中で、实在説は、有機体説にしろ組織体説にしろ、法人の「实体」が存在することを認める。そして、その实体—法人は、現実には自然人の活動をまつて活動する他ないから、そのような自然人或は自然人の組織を法人の機関と呼ぶ。これに対し、擬制説はもちろん否認説も、法上法人の存在することは認めるが、否認説はその「实体」の存在を否定し、擬制説はその「实体」の存在如何を問題にせず、もつぱら法上の処理をこととする。そして、現実に活動しているのは自然人であることに着目し、法上の処理とし

ては、法人は権利義務の帰属点であればよく、現実^ニに活動する自然人については、自ら活動しえない無能力者の法定代理人という構成をとり、法人に特有な機関という観念を用いない。以上が、通常、法人学説について語られているところである。

ところで、法人の実体が存在する或は存在しないときの「実体」とは何か。人間の存在、物の存在、人間間の交渉、人間が物を作り出し利用する等といった無差別に存在し生起する社会的事実の中で、法は自ら規律するのを適当とし必要とするものを評価の対象とする。このような評価の対象となる社会的事実が法の世界における実体である。この意味で評価の対象となつてゐるものはすべて法上の実体を有するものといふ。そして、このような実体が法以外の他の観点からその实在性を認められるか否かは全く別のことに属し、ここでの関心事とはならない。^①ただ、法上評価の対象となつても、無方針に評価の対象とされるわけではなく、全体的な一つの法体系に基づく評価が行われる。したがつて、法人の実体がある、そしてそれに権利主体性を与えるという場合にも、このことの法体系上占める位置が問題になる。すなわち、現行法体系は権利を中心としてその変動の要件効果の体系として組み立てられてゐるから、そこで法人を権利の主体と評価しようとするならば、体系が予定している権利主体性を評価の対象となつてゐるその実体が備へてゐるか、或は備へうるものとして観念されるかが問題となる。本来、ここに法人学説の議論の中心があるべきである。すなわち、法人学説のいずれをとつてみても、法人を権利主体として評価してゐるのであるから、それが評価の対象となる実体をもつてゐることは認めるものといわなければならない。擬制説にしろ否認説にしろ、実体が全く存在しないというのであれば、評価の対象とする必要を認めないはずである。したがつて、或る実体を認めた上で、その法体系上の位置づけが問題になつてゐると考えなければならぬ。擬制説、否認説は、無を有にする、何も存在しないという意味ではないかとの疑問をもたせるとともに、实在説中の有機体説は実体の存在を強調するにとどまり、その法体系上の位置づけに不十分であつたし、組織体説は法上の組織を

有するものが法人として存在するという反覆に陥ち入りがちである。これらの欠点を避けようとすれば、法上予定されている権利主体性とは何かが問題とされなければならない。ここに権利論と密接な関係を生ずる。

権利が法上の力、法によつて認められた⁽³⁾可能力であること（法力説）に疑いはないが、このようにいつただけではそれは単なる言い替えにすぎないのであつて、それでは権利の本質を示したことはない。もつとも、ここで「本質」というのも先程の実体と同じように、法上の本質ということであつて、法を離れて法の外にその本質を求めるものではない。つまり、権利が法上の力であるときに、法は力を何のために何に對して認めるのが明かにされなければ法上の力という意味が理解されない。そこで、この点を考えるに、法は人間の社会生活において一定の方法で利益の調節をはかるものであるとすることが仮りに許されるとするならば、法上の力はその具体的な利益の把握のために与えられるであらうし、また利益を利益として知覚し意欲しうる者に向けられるであらう。この点についてはなお後に論及する。ところで、法は利益の調節をはかるものであるとか、さらに具体的な利益の把握のために意欲しうる者に向つて法の力が与えられる、それが権利であるとかいうことが、法の本質、権利の本質であるというときに、このことは全法体系の中から引き出しようともしない限りで、これは、法上の本質論——それが全法体系を支える基礎ともなつてゐるわけで、何故そうでなければならぬか、それ以外にはありえないのかという反省を惹き起す。このようないわば法制度の根柢は、法の世界の知恵をもつて完結するものではない。これは、法体系を作り上げていく立法者のどのような根柢づけをとるかという全人格的な判断に基づくものであつて、法的判断からのみ生ずるものではない。権利論の中で法力説の主張は法の範囲にとどまり法体系から整合的に引き出されうるが、利益説、意思説の主張は、法体系の整合性から、その範囲を超え、そのような法体系を築くことの妥当性の問題にかかわつてゐるといへよう（この面の議論もまた本質論というならば、この本質論は法上完結する議論を超えている）。

提したとき、法人にはそのような権利の主体としての地位がどのようにして認められるか。

(1) もちろん法上の実体が社会的な事実、とりわけ社会規範と全く無縁なものであるといおうとするのではない。したがって、この面での法社会的な考察方法が有意義であり、或る社会的事実¹に法上の実体性を認めるか否かの判断、評価にとつて有益であることはいうまでもない。この点については、福地俊雄・法人の法的主体性と社会的主体性・法と政治一〇巻四号四九頁以下が示唆している。ただ、本稿ではそのような考察を目的としていない。

(2) 法の評価とその対象となる存在との間には、次のような関係がある。評価の対象となる存在が、存在そのものとして、法が評価の対象として要求する性質をすでに備えているというよりは、評価の対象として取り上げられるときに、その要求する性質を備えうるものとして観念されるのである。この意味で、田中耕太郎・機関の観念が、「一定ノ事実上ノ存在物カ人格ヲ賦与セラレ法人ト為リ法律上ノ存在物ト為リタルトキハ其組織又法ノ定ムル所ト為ル法人ハ其実体ニ於テ既ニ組織体タルニアラズンテ人格ヲ賦与セララルコトニ依リテ初メテ法律ニ因リ組織ヲ与ヘラルルナリ」と述べているのは正しい(商法学・特殊問題上所収二二七頁)。

(3) 法律用語を定義づけるとき、それは、法体系上の技術的な説明であつて、簡潔な用語をより一般的な言葉で言い替える作業にすぎない。いわゆる本質論の中で、このような定義を述べた説が混つている。法人本質論における組織体説、権利論における法力説にこのような傾向がみられる。

二

前節の最後に挙げた問いを自然人について発するとすれば、当然肯定の答えが予想される。というよりは、むしろ、権利をそのようなものとして理解した近代法体系が、自然人——個人——を中心²にその思考を展開しているのである。これに対し、複数人の集り、目的とそれに充てられる財産といつたもの³に、権利についてみたそれぞれの要素が肯定されるか。第一に、利益追求の面が問題となる。複数人の集りにおいても——一人ではなく複数人が集まることによつて一人のときとは量的に異つた利益が追求されてはいるが——、結局は一人一人の利益の増大だけが望まれているとすれば、一人一人の利益のほか⁴に複数人の集合の利益を別に追求するものとはいえない。このようなところでは、その人の集合に独自の権利主体性を認めるのは適當でない。これに対し、複数人が集合することによつて、直接にはその一人一人が追求するとは異つた独自の利益が追求されるならば——間接にはその集合体にえられた利益が個人に還元されることがあつても差し支えないから、こ

の点で一人一人の利益に関するとはいえ——⁽²⁾、利益追求の面からは権利主体性を認めるに不足はない。第二に、このような利益の把握を意欲しうるかという面が問題となる。この点につき、擬制説と想定されている考え方では、意欲しうるものは自然人だけであるとし、したがって法人となるべき実体には意欲しうるという面が欠けており、これに権利主体性を認めるのは、それ故、一つの「擬制」——自然人に擬制する——であるとすると、擬制説が本来の権利能力者を自然人に限るとする前提は、権利学説中の意思説と結びついて、その自然の意思の存在に権利能力者としての資格をみたのであろう（その意味では自然人以外に自然の意思を有するものはない）。实在説の側から擬制説に対して、権利主体を自然人に限るのは誤まつているという批判が加えられる。確かに、法はいかなるものにも権利能力を与えうる（それが妥当な決定であるか否かを別とすれば）と同時に、自然人も法の評価を俟たずに権利能力者であるわけではない。しかし、これは必ずしもまだ擬制説に対する有効な批判にはならないのであつて、擬制説は法が権利能力を与えるについての資格を問題にし、それを意欲しうるという意思発動の可能性に求めたということができる。そこで、擬制説を批判するには、前述の意思発動の可能性に権利能力者の資格を見出すことが正しいか、法人についてこの点どのように考えられるか、またここで「擬制」とはどのようなことを指しているのか、これらの点を検討しなければならない。

まず、擬制説が、法人を自然人に「擬制」するということの意味が考えられなければならない。⁽⁴⁾ 擬制説に向けられる批判の中で、法人が「擬制」であるとするならば、自然人についてもその権利能力は法の「擬制」であるとすることがあるが、この場合の二つの擬制は、その意味が異なるであろう。すなわち、自然人についてもその権利能力は法の擬制であるという場合には、自然人—個人も法の評価以前に法の評価を抜きにして当然に権利主体として存在するわけではなく、個人が法の評価を受けて権利能力を与えられるときに、始めて権利主体として存在することになるという意味であつて、法の評価という抽象作用そのものを指している。抽象とは、認識の対象につき認識の目的に関係のないものを排除し、これに必要なものを

抽出することをいう。したがつて、抽象の結果えた観念は具体的に事物の世界には存せず、しかも観念としては現実に根拠を有する實在の観念である。⁽⁵⁾ このような意味で、自然人は法上権利主体として實在している（現実界に存在しているのは種々の特性、差異をもつた人間であり、抽象的人格としての自然人は現実界には存在していないが、法の世界では實在する）。これは、丁度、人と物の間にみられる諸種の関係から抽象して法上所有権、占有権等の観念を認めれば、その観念は法上實在の観念であるのと同様である。これに対し、法人は自然人に擬制されて権利主体となるという場合の擬制には、検討の余地がある。

一般に擬制といわれるのは、擬制規定のある場合である。擬制規定は推定規定⁽⁶⁾との関連で次のようにいわれる。すなわち、擬制規定は、一定の要件事実に基づく法律効果を他の事実にも認めようとする場合に、構文を簡潔にし重複を避けるために設けられる規定で、新たな要件事実と当初の要件事実との結合という構造をもつて推定規定と類似するが、しかし、擬制規定と本来的規定とは實質上別個独立のものであるから、本来的規定の要件事実の反対事実を証明しても法律効果の発生を阻止しえないとされる。⁽⁷⁾ ところで、このような擬制規定がおかれていない場合にも、法適用上或は立法上、それぞれ擬制規定をおくのと同様の作用が営まれる場合がある。法適用上といったのは一般に類推といわれる場合にみられるもので、甲現象から抽象してえた法上の観念、法規定を乙現象に適用しようとする場合で、当初法の予想しなかつた現象に想像上或る事実を附加しまたはこれから或る事実を削除して法の規定するものと同一であると前提する。したがつて、ここでは、乙現象に対する観念は法規定の上では存在しないから、擬制によつて甲現象に対する観念を借用しても、法規定上無を變じて有とはなしえない。しかし、類推がなされた後の法全体からみれば、乙現象に対する観念は實在する。これに対し、立法上といったのは次のような場合である。すなわち、立法者自ら乙という新現象が甲という旧現象と類似の点を有するのを見て、その差異にかかわらず、これを同一であると前提して、甲現象に関する法規定を乙現象に適用せしめる。ここでは、甲、乙二種の現象より抽象した法上の観念、法規定を、その当然予見した現象に適用する。したがつて、立法の根拠は擬制

であつても、乙現象に対する観念は法上實在し、有であつて無ではない。擬制説という法人を自然人に擬制するという場合の擬制は、この最後のものに該当すると考える。すなわち、擬制説も法人の实体を認めているのであつて、法人という観念は法上實在する。したがつて、法人について権利主体性を認める規定は形式上抽象作用である。しかし、これをなお擬制と呼ぶのは、次のような事情に基く。すなわち、ここでは、現実の事実をそのままに抽象して法上の観念を定めるのではなく、想像上これに或る事実を附加し、またこれを削除し、変化を受けた事実を基礎として法律効果を定める。したがつて、形式上抽象と称することができるが、實質上なお擬制を基礎として抽象するから、このような法上の観念は擬制に基くとすることができ⁽⁸⁾る。このように考えると、法人擬制説と實在説の差異は法人という観念が法上實在するか否かの点にあるのではなく、この観念が、基礎となる現象から綜合抽象してえた純粹の観念か、またはこの現象にさらに或る事実を附加し他の現象と同一であると擬制された観念であるかという点にある。前述のように、法人に法上人格が与えられるという人格の観念はいいかえれば権利の主体の観念であり、権利の主体という効果が予定する要件の意義は権利の意義によつて定まるから、権利観念の上で、その観念の要素に対比して本来その主体として予想されていないものに法が或る操作を加えて人格を認めるならば、それは、擬制の問題として論ぜられる。

(1) 法人について現行法上認められている社団法人および財団法人の兩者を予定して論述を進めるべきであるが、本稿では差し当つて複數人の集りから成る社団法人を念頭において述べることとする。

(2) 利益追求についてのこの直接性、間接性に注意することが必要である。法人否認説は、間接的な利益追求の面をもつばら捉えようとしている。このことは享益者が主体であるとする説においてとくに明かである。しかし、この考え方は、法体系をすべて個人にまで分解することの主張に出るものか、法体系上も利益は個人においてしか享受しえないという先入観に基くもので、直ちに賛成することはできない。

(3) 何をもつて、誰の説をもつて、擬制説と呼ぶかは問題がある。通常、サウイニーの法人論 (System des heutigen Römischen Rechts, Bd. II, S. 281ff.) をもつて擬制説の代表ないし始祖としているが、サウイニーの所説の理解は後にも触れるように分かれており、私自身はなお検討が不十分である。サウイニーの法人論については、福地・サウイニーの法人理論について(一)、(二)・完・法と政治七卷一号、四号参照。ここではひとまず一般に描

かれ想定されている擬制説を対象とする。

(4) 擬制の意味について、鳩山秀夫・法人論・民法研究第一卷(総則)所収四三七―四四五頁参照。

(5) 觀念上の実在とは結局規範意味であることについて、福地・前掲法と政治一〇巻四号五三、五四頁参照。しかし、このことから、福地教授が、「眞の実在は、意味の世界においてではなく、人間の現実の生活そのものの中において、さらに探求されなければならない。」(同五四、五五頁)とされる点については意見を異にする。

(6) 推定規定は、「乙という事実があるときは甲という法律効果が発生する」といふ本来的法条の要件事実「乙」の代りに、それよりも証明し易い新たな証明主題「丙」であるときは乙であるものと推定する」を設けて、その法条の適用を容易にしようとする立法技術であるが、しかし、それは推定事実「乙」に代えて前提事実「丙」をもつて本来的法条の要件とするものではないから、「丙」であつても「乙」でないという反対事実の証明を許し、これが成功したときは法律効果は発生しない。

(7) たえば、民法七二二条、八八六条一項(九六五条で準用)は、胎児は「既に生まれたものとみなす」旨を規定している。これは一条ノ三で、「私権ノ享有」の効果、「出生」によつて生ずるとする根本の規定に対して、「胎児」についても私権の享有の効果認めようとする趣旨で、胎児につき「既に生まれたもの」という擬制をするのであるから、胎児はまだ生まれていないという当然の事実が証明されてもその法律効果の発生は妨げられない。

(8) 自然人については意思をもつて動く人間そのものからの抽象といふことができるが、法人については、何らかの共通目的をもつて集まる人の集りがあつても、なおそれに法の側から要求する一定の組織を備えうるかといふ配慮が必要であり、その上で権利主体性の評価がなされる。ここに、社会規範上一個の統一体が認められながら法人格が与えられない権利能力なき社団の問題が生ずる所以がある。

三

法人に固有の意思が認められるか、これが次の論点である。實在説中の有機体説は、この点について、次のように考える。すなわち、この説は、社会的有機体をもつて法人の実体とし、たとえば人の集団について、自然人一人一人の意思とは異つた意思の動きが人の集団の中にみられ、その意思は各人の意思の單純な総和とは異つた形で形成され、統一的な意思として認められるとする。いいかえれば、自然人が自然的な有機体として自然の意思によつて統率されているのに比して、法人の実体は社会的な有機体としてその統一的な意思によつて規律されているとする。有機体説はこの意思の存在に法人が権

利能力を取得する根拠を認めるわけで、権利主体に意思の存在を必要とする考え方に基いている。實在說中の組織體説は、有機體説と同様、法人とされるものの実體が存在することを認めながら、有機體説を批判して次のようにいう。すなわち、有機體説は社會事實的に固有の意思をもつ實體が存在すればそれが直ちに法上も法人であるとすることが、それでは法制度上の議論としては不十分である。法人か否かを決するのに法的な基準ではなく一々社會的事實を實質的に調べなければならぬといふれば、法的な評價の獨自性はなくなつてしまふ。その實體が固有の意思をもつか否かも自然人における自然の意思の存在のように自明なことではなく、したがつて法が必要とする組織を備えうるような、その組織の上で固有の意思を形成しうるような實體を法人となしうとする。したがつて、ここでも、その組織上法人の意思が想定されているといふ。これに対し、通常、擬制説については次のようにいわれている。すなわち、それは權利論における意思説を前提としており、法人となるべき實體には意思がないから、これに一つの擬制を働かせて（意思はないが、意思があるものと同様と擬制する）法は權利能力を与えていると考へるものであるとする。したがつて、有機體説、組織體説、擬制説は、ともに權利主体に意思の存在を必要とする前提に立ちながら、前二者は法人そのものの意思發動の可能性を認めるのに対して、擬制説はこれを否定する点が異なるとされる。ここに問題が二つある。その一つは、擬制説において法人に固有の意思はないとしているのかということ、他は、前提となる權利論において「意欲しうる者」に向つて法上の力が与えられるということが欠くべからざる要素なのかということである。

擬制説といへども、始めに述べたように、法上の實體の存在を認めるのであり、その實體において独自の利益把握を認めるならば（これを認めているのかも疑問としうるであらうが、これを認めないとすれば、法人否認説との差を認め難くなるであらう）、それを利益とみて意欲する働がそれ自体に備わつてゐるはずではないか。一般に、擬制説は法人に固有の意思がないとするものであるとされてきたが、實はサヴィニーの擬制説では、法人も固有の意思をもつことを肯定しながら、ただその意

思は自然人の意思によつて形成されているから、したがつて無形人である法人における無形の意思は自然の意思の擬制であるとして(1)いる。それ故、サヴィニーにおける擬制説は、純法的にいえば、法人の實在を認め、法人そのものが固有の意思を有するとする点で、むしろ現在の觀念における實在説と共通の点を有するのであつて、なおかつサヴィニーの所説が擬制説と呼ばれるのは、純法的制度論から法制度の根拠を問う本質論への橋渡しの場面で、本来權利主体とは人倫的自由に基づく自然の意思をもつた自然人であるという考え方に基礎をおく。サヴィニーの擬制説の評価は、それ故、この權利論の場面に(2)かかつている。

ここに權利主体の觀念が問題となる。權利につきその帰屬と追求とを理論上區別することはもちろん可能であるし、權利能力と行為能力とはそれぞれ別の問題に属することも当然である。しかし、およそ權利追求の可能性が否定され權利の帰屬のみが問題となるようなものについて、これに權利主体性を肯定することは可能か(3)。いわゆる法人擬制説を理解、検討する一つのポイントになると考へる。サヴィニーも(4)いうように、すべての法律關係は人と人との關係として成り立つ。したがつて、この法律關係の第一の構成要素は人の本性——その人の相互の關係がすべての法律關係を形成する力をもつている——である。ここに、法律關係の担い手或は主体は誰であるのかという問いが答えられなければならない(この問題は權利の帰屬の可能すなわち權利能力の問題であつて、權利取得の可能すなわち行為能力に関するものではない)。ところで、この人と人との關係を規律するものが行為規範としての法である。法はまず「何々しなければならぬ」という命題(第一命題)を前提として、「もしこの命題の指図が行われなるときには、人は他の意思の拘束を受けなければならない」(第二命題)という構造をもつて(5)いる。すなわち、法は、一方に対してはその相手方に向つての意思の活動を指図し——法は第一命題の内容を基準として活動する意思に一定の地位を与えている。これが權利である——、他方に対しては相手方からの意思活動を受けるべきことを指図している——これが義務となる——。このように行為の基準としての法は權利義務を主体に指図として与えるのであるか

ら、法上権利義務が成立するためには、主体が法(法のなしている指図)を自らの中に取り入れること、つまり指図を受ける主体はその指図を理解しそれに応じて意思活動をなしうるものであることが予定されている。⁽⁵⁾ 人はこのような権利論における意思説を批判して次のようにいう。意思説は権利の動態的な行使、変動の問題と静態的な帰属の問題とを混同しており、意思説では、意思無能力者も権利をもちうるということが説明できないとする。確かに意思無能力者という特別な場合を想定すると困難を生ずるかにみえる。しかし、権利主体を考えるについては、人間—自然人のノーマルな場合を予想して出発している。⁽⁶⁾ ノーマルな場合、人間は自然の成熟にしたがつて意欲の力をもつことになるが、一つの資格、地位としての権利主体性は現実在意欲の力をもっていることを要件としない。自然の成熟にしたがえばその可能性をもつときに、すでにその資格、地位ありとして差し支えない。したがつて、意思無能力者を権利能力者としていることは、決して権利の主体につき意欲の可能性を不要としているのではない。かえつて、意欲の可能性をもつところに権利能力を認めるから、現実の意思無能力について何らかの処理を考えなければならなくなる。仮りに、権利主体性と意欲の力とは全く切り離されたものであるとすれば、意思無能力者は現実に行為できないというだけであつて、他人により与えられる権利、他人により負荷される義務が一方的に帰属せしめられるのに何の支障もないことになり、むしろ意思無能力者について代理するという観念を持ち出すことすら不要となる。無能力者と無能力者の法定代理人の関係をみるに、無能力者自身が権利主体であり、そこに利益享受する地位、意思発動の可能性が認められている。しかし、意思発動の可能性はここではなお「可能性」にとどまつているので、これを現実化することが必要となる。この現実化の方法として、法定代理人により行為するという方法がとられる。この場合に、無能力者と法定代理人は異つた利益を追求しうる別個の二つの人格であり、法定代理人は無能力者の代理人として行為するときには、無能力者の想定されうる意欲に沿つて意思決定する(無能力者の想定されうる意欲に沿つてというのは、代理行為の形式の問題というよりは、法定代理権の基礎にある親権者とか後見人とかいう地位—本人との間の法律関係—による)。ここでは二

つの自然的な意思が観取される。法は自然人の権利能力の基礎をその自然に存在する意思においたもので、無能力者においてもこのような自然的意思が想定されているのであつて、ただその現実化の方法として法定代理人が使われる。これに対し、法人においてはこのような自然的な意思は何らかの自然人の意思を措いて他に存在しない。法上一つの組織として法人に法人格が与えられるには、法をもつて法人の意思の形成ならびに発現の方法を考える必要がある。これが機関の問題である。

(1) サヴィニーによれば、すべての権利法は、倫理的な、すべての個人に内在する自由のために存在する。それ故、人或は権利主体（法人格）の原初的な概念は、人間の概念に一致する。そして、この二つの概念の原初的な同一性からいつて、すべての個々の人間として個々の人間のみが権利能力を有する (Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. II, S. 2)。このことから、サヴィニーは、法人の場合には、権利能力が人為的な、単なる Fiction によつて作られた主体に拡張されることとしている (Savigny, a. a. O., Bd. II, S. 286)。サヴィニーにおいて、法人に固有の意思の存在が否定されているものでないことは、すでに指摘されている (浜上則雄・機関と代理の相違について・阪大法学三五号一七一—一九頁、高橋三知雄・代理理論の再検討(三)・関西大学法学論集一七卷一号五一、五二頁)。

(2) 福地・前掲法と政治七卷四号は、この点を別の観点から説かれる。すなわち、サヴィニーにおいて「法論理的には、法人々格の『擬制』的・観念的性質は前提であり、『根拠』であり、『政治的および国家経済的根拠』はただそれに『加味される』ものにすぎないけれども、しかし、実は、理論的機能の点からいえば、『国家高権』の權威の強調およびそれと表裏をなす『政治的および国家経済的根拠』の主張こそ根本的なものであり、法人々格の『擬制』的・観念的性質の理論はその根本的なものの現象形態といつても過言とはかりはいえないとおもう」とされる (三三、三三頁)。

(3) 権利論について克服されたかみえる意思説を、本文で以下に述べるような趣旨で、なお支持したい。すなわち、意思なきもの——意思発動の可能性もないときに——は、権利の客体になることはあつても権利の主体にはなりえないと考える。たとえば、相続財産法人 (民九五一) につき「相続財産は、これを法人とする」としているが、これは主体としての意味をもつ法人ではなくて、客体としての意味しかもちえない、純然たる擬制法人である。

(4) Savigny, a. a. O., Bd. II, S. 2.

(5) 大淵仁右衛門・国際法上の主体についての理論・国際法外交雑誌六二卷一号四—八頁参照。

(6) 一つの事柄の本質を考へるとき、その事柄のノーマルな状態から出発すべきであろう。権利主体の本質が意思発動の可能性にかかわるといつても、たまたま一時的に意思発動が不可能となつてもそれがため権利能力が消滅するわけではない。同様に、法人についても仮りに理事全員の死亡という事態が生じたとしても法人の権利能力がなくなるわけではない。このようなノーマルでない場合を挙げて、権利能力は意思の発動の可能性とは無関係であるとするのは当たらない。

法人が無形の意思をもつとすると、それは法的にどのように表現されるか。法は意思を作り出すことはできないのであつて、たとえば人の集団の中ですでに形成されつつある（法からみれば未完成な）共同の意思に一つの形を与え、表現する役割を担うものである。すなわち、共通の意思をもつ複数の人間が、その共通意思をもつ故に結合して、それぞれの意思活動によりその共通の部分抽出して、一つの独立したものとしてあたかも自己の意思の外におくかのような取扱いをすることが出来る。このように共通意思が抽出され、かつてそれを保有していた個々の人間を離れると、ただ意思として結合、独立し、いわば共通意思は共同化される。これは定款作成といつた法の定める形式に則つて表現される。またこの共同意思を実際に活動せしめるには、これを組織化し、それぞれの機関に配分することを要する。このような組織、配分も法の予定するところである。このことからして、無形意思の保持者である法人とは、複数の人間の共通意思を共同化し、それを組織化し、それぞれの機関に配分したそのものを一体として考えたものといふことができる。⁽¹⁾

このようにして、無形人としての法人においては、共同意思の組織化、その配分と関連して機関の観念が要求される。これに対し、いわゆる擬制説においては機関の観念を不要とし、代理の観念によつてまかなわれるとする理解がある。しかし、これもサヴィニーの擬制説については正しい理解とはいえない。確かにサヴィニーは法人についても代理という言葉を使つている。すなわち、財産権を有しうる者（権利能力者）がその取得についての要件を満たしえないときに生ずる内的な矛盾について、それは人為的な制度としての *Vertretung* によつて解決されなければならない。このことは、無能力者の場合には後見によつて、法人においては定款によつて行われるとしている。⁽²⁾ しかし、このことから、サヴィニーが法人についても今日いうところの代理の観念を技術的に用いたというよりは、むしろ自然人の場合をも含めたサヴィニー固有の代理の

觀念がこのようにいわしめたと考える方が正当であらう。⁽³⁾

たとえば、人の集団について、その集団を形成する個々の自然人は法人の構成部分であるが、その者の意思が直ちに法人の意思になるわけではない。法人の意思の形成についてありうべき諸々の場合を考えるに、第一に、構成員のすべてから成り立つ意思決定を考えるとすれば（直接参加）、その全体からいかなる場合についても統一的意思を引き出しうるように配慮しながら構成員全体を機関とするか、或は構成員全体から成る総会を機関とするかである。第二に、間接参加の方法として、代表機関をおくこと（たとえば国家において構成員である国民の代表として国会議員が選ばれ、国会議員すべてによつて構成される国会が、代表機関と考えられる）である。このような構成員の間接参加の場合に出てくるのが、内部的代表の問題である。この場合にこれを代理関係と解することは、たとえば議会はその議決において統一的意思をもたなければならぬというたゞ一点からいつても誤つている。⁽⁴⁾このように代表という場合にも、いわゆる外部的代表とは別に、内部的代表とみられる場合があるのであつて、最近の学説は、このうちの外部的代表（法人の外部に向つて法人の意思を表現する行為）にのみ眼を注いでいるらしいがある。いわゆる業務執行についても、外部的代表は代理の法理でともかくまかないうるとしても、内部的代表は内部的な業務執行は代理によつては説明しえないであらう。

法人の代表機関は法人の法定代理人であるとする見方があるが（ドイツ民法二六条参照）、法定代理との比較は、この点について興味ある問題を提起する。一方で法は、法定代理について「子（被後見人）の財産を管理し、又、その財産に関する法律行為についてその子（被後見人）を代表する」（民八二四本、八五九）と規定し、逆に法人について「代表」という用語（民五三本）と並んで「代理権」という言葉を用いている（民五四、五七）。一般にこの点を指して民法典上用語が不統一であるとされる。しかし、見方によれば、無能力者の親権者および後見人の場合には、外部的な代理についてもその代理権は法の規定に基いて与えられ、現実の行為についてみる限り代表といつてよい点があるし（現実の行為については親権者および後

見人の行為が本人の行為にとつてかわる）、とくに親権者および後見人の仕事の中に含まれる事実的な財産管理という内部的な行為については、内部的代理ないし委任によるというよりは機関の観念を入れた方がしつくりする。これに対し、法人の場合でも、外部的代表については、その代表権限は自治的法的規範である定款を直接の根拠とし、社団法人にあつては総会の決議に従うことを要するとされる（民五三）⁽⁵⁾。したがつて、ここでは代表機関の代表権限を制限する本人—法人自身の現実の意思を考へうる。この点は丁度任意代理における代理権が自治的法的規範の定立である法律行為を直接の根拠として、それにより範囲が限定されることと類似しており、この点から、一方で「理事ハ総テ法人ノ事務ニ付キ法人ヲ代表ス」と規定しながら（民五三本）、他方法人の「理事ノ代理権ニ加ヘタル制限ハ」善意の第三者に対抗しえない（民五四）という表現をとることもあながち不統一とのみはいえない。ただ、このような法人の代表機関と任意代理人との類似（法定代理人に対する関係）にもかかわらず、学問上任意代理とともに法定代理の場合も代理と呼び、任意代理と区別して法人の外部的代表を表と呼ぶのは、任意代理においても法定代理においても本人の意思として一個の自然人の自然の意思を想定しているのに対して、法人において本人の意思とは定款に集中した無形の意思——その現実化としての組織と権限の分配を前提とする——である点にその理由がある。上述の諸点から、法人においては機関の観念を必要とするということができよう。

(1) 大淵・前掲九、一〇頁参照。

(2) Savigny, a. a. O., Bd. II, S. 282 f.

(3) この点については、浜上・前掲一七一—一九頁参照。

(4) 浜上・前掲一〇—一五頁参照。

(5) 浜上・前掲一八頁は、民法五三条の規定は「機関の行為を法律上法人自身の行為と評価すべきことを内容とする」規定であるとする。いいかえれば、「民法五三条は、われわれに法人の行為能力を認むべきことを指示している規定であつて、法人に対して理事に代表権を認むべきことを指示している規定ではない。これは、定款の定むべき事柄である」とし、これに対し、無能力者の場合には、法は無能力者そのものには行為能力を認めないで、法定代理の制度でこれを填補している。この点が機関と代理の本質的な差異の一つになるとされる。

五

上述の理解に基く限定された意味での擬制説を支持したい。しかし、ここで注意しなければならないことは、最近再び擬制説の見解が唱えられ、いわば新擬制説ないし新否認説とも呼ばれる考え方が登場してきていることである。これらの考え方は、法人学説をその歴史性において受けとめる点で共通性を有し、その上で二つの主張の筋をもつように思われる。一つは、技術論を中心とする実用法学の立場であり、他は、すべての法現象、したがって法人についても、それを個人にまで分解して理解しようとする立場である。そのそれぞれについて、次のような批判が考えられる。

法人擬制説ないし法人否認説から法人実在説を経て、今、新擬制説へと進んでいる流れは、確かに法人理論の歴史性を思わせる。法人学説は、それぞれがおかれた歴史的、社会的条件の下においてそれぞれの歴史的使命を果たして消えていつたとする指摘は正しいであろう。⁽¹⁾このような立場からすれば、法人理論はその歴史性を自ら指摘することによつて全くその役割を果たし終え、もはや法人理論を論ずる時代は過ぎたといわれる。⁽²⁾そして、この前提に立つて、一つの立場は、今、法人の問題として取り上げるべきことは、現代の法人の法律関係の処理のための技術の問題であるとする。すなわち、法人理論としては、法人の実体が存在していることだけを確めればよく、しかも現在少くとも法人の法上の実体を否定する者はいないから(ここで実体とはただ法上の実体を理解すればよく、それも法上権利主体性——権利の帰属点としての——が認められるとだけいえばよいのであつて、何故権利主体性が認められるか、その法上の位置づけ如何は問われない。したがつて、法人自身の意思発動の可能性といったことについても十分な考察はなされていない)、その余は法律技術上の問題であるとする。この立場は、法解釈学を実用法学として捉え、とりわけ具体的事件を裁判上解決する際の技術の問題とする。このような意味で、たとえば法人の理事の対外的行為を代理として把握するか代表として把握するかを判断する。そこで次のようにいう。法人の理事は、実質的には

総社員の受任者ないし受託者であるが、形式的には総社員から一応独立した個人としての法人の受任者ないし受託者として法的に構成される。社団法人に理事がおかれる理由は、社団法人が擬制された肉体のない存在でありその結果自ら行動する能力を欠くからではなく、構成員が多数であるため共同の事業の運営を少数の人間に集中することが便宜であることにもとづく。このように理事の地位ないし権限の根拠を終局的に各構成員の意思に求めることは、近代的な社団の構造・性格を明らかにするために必要である。理事を有機的団体の行動の「機関」として説明することは、一種の比喩であつて、理事の地位の根拠やその構造を説明する理論としては不十分である。元來、理事は総社員のための便宜の手段であるが、(総社員が代理人をおく、一般取引界にとつての取引の便宜および安定のために法律がこれを要求したものと見るべきであるとする⁽³⁾)。ここで法解釈学を実用法学としてみる考え方そのものについて批判する用意は十分でないのでこの点は他日に譲る他ないが、実用法学の立場に立つても、その法技術の優劣は次の諸点の相對關係で決まるとされる⁽⁴⁾。すなわち、(1)法的價值判断の対象——現実の社會關係に対応した法律構成であるか——、(2)法的價值判断の結果、(3)他の法的價值判断との調整——個々の法技術、法律構成は一つ一つ独立しているものではなく、他の法制度、法律構成とシステムをなすから、このシステムとの關係でどのような法律構成が最もよく適合するか——である。したがつて、ここでも單なる技術論ではなく、全体的な法体系の構築が問題となるはずである。

そこで、次の立場が引き出される。それは、法人理論の歴史性の前提に立つて、現在という歴史の段階で法人とは何かを問題にする。そして、法人理論の歴史性はまたこの理論が基本的には国家理論、国家哲学に規定されるかなり思想性の強い理論であることを指摘し、新擬制説が法律關係の處理のための技術であるといひながら、「法人概念の技術性も、決してただ技術論ではなくて、その底には自然法的な社會契約説がある。」法人とは何かというと、ただそれは個々のメンバーをカッパで包む技術である(ブランケット・セオリー)。イエーリングなどと同じように、法人というペールをはぐとそれに実在す

るものは個々のメンバーであるとする。⁽⁵⁾しかし理論のすべてを歴史性に帰着せしめ、安易に現代は個人の時代であるとするならば、歴史は繰り返すという嘆き(新擬制説から新实在説への転機も簡単に承認されることになろう)をみるであらうし、その時代における、しかも将来に向つても妥当すべきものとしての納得のいく理論を追求するからこそ、その理論が歴史を作るのであらう。

かつての法人实在説——ことに有機体説の意味での——が批判されたのは、法人のみが实在し、法人の機関を構成する個々の自然人の存在が否定されてしまう程、法人の先験的な価値が強調されたことにあつた。⁽⁶⁾今、新法人擬制説ないし否認説が法人の实在を認めながら結局はその技術的な価値しか認めず、その実体を個々の自然人にまで還元してしまうことは、⁽⁷⁾逆の極端に向うものではないであらうか。人間が集まつて一つの決定をしていこうとするときに、形成されるべき団体意思と個人との間には強い緊張関係が生ずるのであつて、これを団体(個人を離れても存在しうるような抽象化された)一方に或は個人一方に重点をおいて考えようとすることが間違つてゐる。代理説をさらに押進めて、法人の所有と法人の行動とを分離し、理事は法人の事務一切に及ぶ管理権をもつ者で、その管理の結果が法人に及ぶ(その所有に帰する)、そして、法人は理事を通してしか活動できないから、その管理権が代表と呼ばれるにふさわしい姿を呈しているといわば管理権説も唱えられてゐる。⁽⁸⁾しかし、所有と行動の分離といふことがいわれる場合にも、現象的にそのようなことが起つてゐるといふことであつて、両者をそれぞれ別の人格に委ねて割り切ることとはできない。新擬制説——代理説のいうように社会現象を個人に還元することがすべてではなくて、全体——集団の中で緊張関係にある個の地位、立場を解明することが法の課題ではなからうか。人間が集まつて社会を形成しているときの人間の究竟の目的といつたものは法の関知するところではなからう。それは、個人からみれば結局個人に収斂するものであらうが、法は個人の集りがある場合にはその集りを集りそのものとして把握するものである。

- (1) 喜多川篤典・ヘシンボジウム法人の代理と代表の中の討論發言・私法二三号三九頁。
- (2) このような發言は、一九七〇年度私法学会におけるヘシンボジウム法人論でも繰り返えしなされている。
- (3) 川島武宜・民法総則(法律学全集) 一一九、一二〇頁。
- (4) 川島・ヘシンボジウム法人の代理と代表の中の報告・私法二三号二二一―二四頁。
- (5) 喜多川・前掲四〇頁。
- (6) 新擬制説―代理説は、このことに対する反動から生じたものとするこもできよう。一般に、代理と機関そのうちの代表機関との差異として、代理において代理人と本人との間の関係は法上の二主体間の関係であるのに対して、機関と法人とは異つた権利主体間の関係として現われたいということが挙げられているのに対して、代理説は、近代社会の団体においては構成員はその独立の法人格を失うことなく、社団法人の理事は社員的意思によつて委託された独立の法主体者であり、したがつて、一般の代理におけると同じく、理事による法人の取引は代理関係であるとする(川島・前掲民法総則一―二七頁)。しかし、これに対しては、代表説の側からする次の批判が妥当するであらう。すなわち、代表説も構成員が独立の法人格をもたない古代社会の家族のような協同体を想定しているわけではない。代表説においても、機関構成員は法人と対立する別人格であることを当然前提とするが、機関の觀念を認めることによつて、現実に機関構成員が機関の立場でなした行為を法人自身の行為と法的に評価し觀念しているわけで、このことから、機関は法人の外に別人格として存在するものではないとする。代理説は機関の觀念を認めないから、当然機関そのものと機関構成員との区別を知らない。これに対し、機関という觀念を認めながら、次のようにいうものもある。すなわち、「法人の代表機関たる地位につくものは独立した人格者であり、代表機関たる地位についても個人的人格はなんらそこなわれない。だから、法人の代表機関による法人の代表も、現実的には、人格者たる法人と人格者たる代表者個人との二人格者間の関係として現象する。」(於保不二雄・注釈民法(4)代理の前註二二三頁)。ここで二人格者間の関係とされるのは、法人と代表者個人との関係であつて、代表機関そのものとの関係ではない。そして二人格者間の関係として現象するのであつて、二人格者間の関係であるのではない。
- (7) 法人の技術性を強調し、法人とは私人の経済生活上のインスタルメンタリでないしツールであるとする。そして、ワンマンカンパニー、コンツェルン関係における支配従属関係を例に挙げ、法人それ自体としては何らのオートノミーをもたない、それ自身の意思決定はもたない場合も、法人の技術が使われるとする(喜多川・前掲三八頁)。しかしこの同じ事實は別の方面から眺めることもできるのであつて、このような場合には法人制度に伴う技術の濫用があるので、法人性の否定される場合、或は法人性は否定されないとしても法人制度が正面から予定している場合ではないとみるこもできよう。
- (8) 四宮和夫・ヘシンボジウム法人の代理と代表の中の討論發言・私法二三号四二、四三頁。この考え方は、そもそも代理権を財産管理権の範疇に含める於保説に連結するものと思われれる。

(一九七〇年二月一三日)