慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	営利社団法人の意義
Sub Title	On the "incorporated business association"
Author	倉沢, 康一郎(Kurasawa, Yasuichirō)
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.207- 229
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=AN00224504-19710315-0207

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.

営利社団法人の意義

倉沢康一郎

一、「営利社団」と「営利法人」
——問題提起
二、société と association
三、組合と社団
四、組合の目的と社団の目的
——société と association 再説
五、営利公益法人に対する規制のあり方
——結語に代えて

一

会社という団体の法的性質については、それが営利社団法人であるものと一般的に説かれている。右の説明のうち、会社が法人格をもつことならびに会社が社団性をもつことについては、わが商法の規定からみて異論の余地はない（商法五二条

同五四条参照）。しかしながら、「営利社団」・「営利法人」という観念については、法は「営利ヲ目的トスル社団」が準則主義によつて法人格を取得しうることを規定するのみである（民法三五条）ので、その意義につき問題が生じうる。

そもそも、民法典上は、「営利ヲ目的トスル社団」という概念が存在するだけであつて、「営利法人」という概念は存在しない。後者は純粋に理論的な概念のはずである。したがつて、「営利ヲ目的トスル社団」が法人格を取得した場合、その法人が「営利を目的とする社団法人」であるという意味において「営利法人」に属すというとはいえようが、「営利法人」という概念の外延が「営利ヲ目的トスル社団」という法典上の概念の外延と当然に一致すべきであるということはできない。また、法人格の付与というのは法律関係整除の政策的技術たる側面を有するものであるから、かりに現行法上両者が一致させられていたとしても、なんら両概念の外延が一致するということの論証となるものでもない。問題は、「営利法人」とは何か、ということが、理論的に定立された結果にまつべきものである。

商法は会社を定義して、「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」（五二条）ものとしている。ここには、「営利目的」というものは直接にはあらわれていないが、「業トスル目的」すなわちいわゆる営業目的の中に「営利目的」は含まれるものと解されうる。(1)

もとより、ここでいう会社は、直接には商法により成立する法人であつて、民法三五条にいう「営利ヲ目的トスル社団」そのものではないけれども、右のような検討の結果として、会社もまた営利を目的とする社団であるということになる。この場合、特に指摘されなければならないことは、目的である商行為の営業をなすのは会社自身であつて、その構成員たる社員ではないことである。社団とは、後に詳述するように、共同事業を目的とする構成員が、別に単一の事業主体を形成して、第三者との関係を、社団対第三者・社団対構成員の二段階の関係に構成するための社会的技術である。したがつて、社団構成員は、いわゆる無機能資本家あるいは持分資本家にとどまることをみずから意欲しており、自身が直接に商行為の営業をな

すことを目的とするということはありえない。

一方、「営利法人」の概念については、学者はほとんど一致して、もつぱら構成員の私益を目的とし、したがつて団体の利益を結局何らかの形で構成員に分配するものであつて、構成員の存在しない財団には、営利法人はありえないものとする。[2][3] 民法三五条の「営利ヲ目的トスル社団」を文理どうりに解釈するとすれば、右の通説的見解においては、社団における営利性と法人における営利性とは異なる観念となり、したがつて、「営利ヲ目的トスル社団」であつて法人格を得たものと「営利法人」とは、概念の内包においても異なるものとなるべきである。この点、通説の説明は必らずしも明確ではないが、結局のところ、一般には、民法三五条の「営利ヲ目的トスル社団」という文言に、通説のいう「営利法人」概念に相応する特殊的な意味を付与することによつて、社団における営利性と法人における営利性とを同義に解することになるのであろう。[4]

というのは、右のような見解がわが国で通説となつた契機は、松本烝治博士の論文[5]にあるといえようが、そこでは博士は次のように主張しておられるのである。すなわち「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。[6] 要するに、社団の目的には「公益」か「私益」かの区別しかありえないものであるから、民法三五条の「営利」とは、これを「私益」と読み変え、しかも「構成員の私益」と読み変えなければならないとされるのである。[7] かくて、右規定の文言は、きわめて特殊技術的な概念となるとともに、社団の目的による分類は「公益社団」

と「営利社団」の二分法となり、そのことに相応して、通説は、法人を「公益法人と営利法人」の二種に分類する。

このような観念を根拠として、会社の営利法人性を説明するには、わが商法上の会社がすべて利益配当または残余財産の分配（商法六八条、民法六七四条、商法一二四条一項三号、同一四七条、同二九〇条、同四二五条）により社員の経済的利益を図ることを目的とするものであることを挙げるのが一般的である。(8)

しかしながら、「営利・非営利」と「公益・私益」とは、まつたく次元を異にする分類基準である。前者はもつぱら利潤獲得の目的の有無から定まつて来るものであり、後者は自己の有する経済的・知的要素を個人的に利用するか社会一般のために利用するかの点から定まつて来るものである。したがつて、「営利を目的とする法人」という概念を理論的に定立するにあたつて、獲得された利潤の分配すなわちその有する経済的要素の利用の面が基準となるということは、きわめておかしなことである。のみならず、かりにここでいう「営利目的」という概念が特殊の法技術的概念であつて、むしろ「私益」を意味するものであることを容認しても、公益を図る目的主体は法人自身であるのに対し、この場合私益の目的主体は社員であることになり、その間にくい違いが生ずることは否めない。私的団体が利益の目的主体となりえないとするのは、団体の存在ないしはその社会的作用を否定することではないか。何よりも、民法自身がその三四条において「公益」と「非営利」とを二重の要件として規定しており、営利を私益と、したがつて非営利を公益と同視するならば、法文を無意味化してしまうことになる。用語の本来の意味に即して分類するならば、法人には、公益かつ非営利、公益かつ営利、私益かつ非営利、私益かつ営利の四種が存しうるわけであり、それぞれに相応した法規制がきめ細かくなされうるべきである。民法三四条は、右のうち公益かつ非営利の社団または財団の法人格付与につき規定しており、また三五条は、公益私益を問わず営利の目的の社団の法人格付与につき規定しているものとみるのが、もつとも素直な法文の読み方といえるのではあるまいか。(9)

さらに、利益配当・残余財産の分配についての商法上の規定から会社の営利法人性を抽き出すことは、論理的順序が逆転

しているものといわざるをえない。というのは、右の規定は会社に適用されるものであつて、したがつて、右の規定を会社の概念の基準とするとすれば、循環論法におちいり、結局は会社概念が確定しえないこととなつてしまう。そして、会社が営利法人であるか否かということは、法が会社の運営に対しどのような規制を加えるかには関わらないことである。もとより、いかなる政策的法規といえども、その対象の本質に背くことはできないものであるから、個別的な法規から規制対象の本質が推論されることはありうる。しかし、わが商法は商行為の営業を目的とする社団をすべて会社としており、したがつて、利益配当・残余財産分配が会社概念の本質的内容をなすと主張するがためには、それが商行為の営業を目的とする社団という概念の要素であることを論証する必要があろう。

利益の社員への分配と商行為の営業を目的とする社団ということとは、むしろまつたく異なつた事柄である。例えば、保険相互会社の社員にも剰余金分配（保険業法六六条）・残余財産分配（同法七六条）がなされ、[10] また中小企業等協同組合[11]の組合員にも剰余金配当（中小企業等協同組合法五九条）・残余財産分配（同法六九条・商法一三一条）がなされるが、両者はともに商行為の営業を目的とする社団ではない。また、その実用性はともかく純理的には、商行為の営業を目的とする社団であつて、社員への利益の分配をなさないものを観念することも可能である。

次に、松本博士は、利益の分配を営利法人の要素と解することは、「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」[12]であるものとされるが、はじめに述べたように「営利社団」という概念の外延と「営利法人」という概念の外延とは、当然に一致すべきものではない。そもそも、「営利ヲ目的トスル社団」という法典上の概念の確定が先決問題であつて、法はそれに法人格の付与を認めているだけである。「営利を目的とする財団」という観念が可能であるかどうかは、もつぱら「営利目的」という概念の内容如何にかかる。法が法人格の付与を認めるか否かということは、そのものの社会的存否を決定する事項には属さない。

結局、「営利目的」という字義をめぐつて観念的に論争することだけでは、問題の発展には何ら資するところはない。決め手になると思われる点の一つは比較法的考察であり、一つは実質論的考察である。

松本博士の立論は、ドイツ・イギリス・フランス・イタリー等の諸国の立法の比較検討が前提とされており、それにもとづき、「社員ノ経済上ノ利益又ハ社団ノ利益ノ分配ハ上述セルカ如ク諸国法ノ社団ヲ分類スル共通ノ観念タリ」[13]とされるのであるが、その場合、フランス法については société と association の意義を検討される。たしかに、フランス民法典は、明文の規定をもつて、社員の利益分配の目的を société 契約の要素としている（次節参照）。しかし、いうまでもなく、比較法的検討は、外国法制をその背景ないしは体系との関連において実質的制度としてとらえ、それをわが国の法制の実質と比較するものでなければならない。

さらに、博士は、営利目的を構成員の私益と読み変えるべき実質的理由として、営利事業によつてえた所得をもつて公益事業を行なおうとする法人は、通常の公益法人よりも一層濫用のおそれが多いものであるから、右のような理解は、「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」[14]るものであるという。この点については、特に、営利かつ公益の法人の設立・監督が、行政官庁の裁量によりなされることと、商法の規定によりなされることとの間における、その実質的妥当性の比較衡量が問題となるであろう。

（1）津田「会社法の大意」上二五頁。

（2）鳩山「増訂改版日本民法総論」一五五頁、我妻「新訂民法総則」一三七頁、薬師寺「改訂日本民法総論新講」上巻一九四頁、今泉「新民法総則」一二二頁、川島「民法総則」一〇六頁、田中耕「改正会社法概論」四八頁、田中誠「会社法詳論」上巻三六頁、松田「新会社法概論」一五頁、鈴木「会社法」一三頁、大隅「全訂会社法論」上巻一六頁。なお、八木弘教授は、「法人のえた利益を物の拠出者（出資者）に帰属させる目的があるかどうかによるべきもの」として、「営利財団法人」なる観念を認められる――「株式会社財団論」七頁。

（3）反対：青木「会社法論」五五頁、西本辰「会社法」三六頁、津田・前掲三七頁。

（4）この点を明確に述べられるのは、薬師寺・前掲。

(5) 松本「営利法人ノ観念」私法論文集第一巻三八頁以下（法協一八巻三号、同四号）。
(6) 同書五四頁。
(7) 田中誠・前掲三六頁。
(8) 例えば、田中耕・前掲。
(9) 同旨：福地「公益法人・営利法人」民事法学辞典上巻五〇二頁。
(10) 田中誠二博士は、保険相互会社の剰余金分配は、余分に徴収した保険料を、保険契約者たる資格にもとづいて払い戻すことを目的とするものであつて、利益の分配ではないものとされる――前掲三六頁、「新版保険法」五六～七頁。
(11) 中小企業等協同組合等の特別法上の組合は、その性質が社団にあるとするのが通説である。
(12) 松本・前掲五六頁。
(13) 同書五五頁。
(14) 同書五六頁。

二

フランス法上の société については、民法典一八三二条が「二人またはそれ以上の者が、そこから生ずべき利益を分配する目的において、ある物を共同の資本とする契約」として定義している。この、契約としての société は、諾成、双務、有償かつ実定的契約であるが、[1] この契約の目的(but)は、当事者を多少なりとも長期にわたつて集団化する (grouper) ことにある。[2] 右の契約の定義自体からは、société と共有(indivision)契約との区別は必らずしもあきらかではないが、共有が組織されない「生じた状態」(état subi) を作り出すのに対し、右の目的からして、société は組織された「求められた状態」(état recherché) を作り出すものであるといえる。[3] その結果 société の要素としては、次の五つが挙げられる。[4]

一、二人またはそれ以上の者の集団

二、契約当事者の出資による資本

三、共同の利益を実現し、それを分配する意思
四、利得と損失に対する各当事者の関与
五、affectio societatis――みずからある特定のリスクを引き受けながら協同する（coopérer）意思

これら五つの要素は、société 契約の要素すなわち当事者の効果意思の内容をなすものである。ここには、たしかに出資者への利益の分配が要素として挙げられているが、注意しなければならないのは、これが出資者たる契約当事者の目的であつて、契約により形成された集団たる société の目的そのものではないことである。すなわち、フランス民法典の société の定義は、集団たる société 自体の目的を直接に規定するものではなくて、契約当事者の目的を規定するものなのである。そこで問題は、契約当事者の目的というものは、契約により形成された集団自体においてはいかなる意義をもつか、ということになる。

フランス民法典には、社団自体を意義づける規定はない。これは、大革命後の立法の時点において、国家と個人との間の中間的団体を排撃する政治思想のあらわれであつた。すなわち、立法者は、旧体制下に多数存在した階級的・特権的諸団体の復活と、革命の過程において横行した結社の存続とを排撃するために、ほんらい政治的には無色である共同企業制度についても、その団体的構成を回避して、個人的側面から法律的に構成することとしたのである。(5)

その後二〇世紀に入つてから、association が特別法（一九〇一年七月一日法）により認められたが、この association もまた、純粋に契約的に構成されている。association の意義は、一九〇一年法によれば、「二人またはそれ以上の者が、利益を分配すること以外の目的で、彼らの知識または活動を永続的な形で共同に置く契約」である。association 契約もまた、それ自体一つの集団を作り出す。そして、わが国では société を「組合」、association を「社団」と訳し分けることが多いが、(6) 両者の集団としての性格はまつたく同じものであると解されているのである。

すなわち、両者の差異は、「利益の分配」という契約の目的の有無によるところの、同一の性格の協同体（coopérative）に関する二分法から生ずる。[7] もつとも、かつては、一九〇一年法における「分配すべき利益」（bénéfices à partager）という表現は、民法典一八三二条の「利益」（bénéfice）という語よりも限定的な意味を有するとする見解があつたようである。[8] そうだとすれば、両者の間隙に無名契約が存在しえ、したがつてその契約により形成される集団の存在する余地があることになるが、一九一四年に、破毀院は右の見解をしりぞけ、二つの法文における「利益」という語（一方は単数であり、他方は複数であるが）の意味の同一性を肯定した。[9] その結果、société と association との二つの定義は、相互に相応し合い、相互に補完し合うものであつて、個人の意思にもとづく永続的なすべての集団は、必然的にそのどちらかを構成することになるものである。[10]

右に見たように、société 契約もassociation 契約も、ともに同性質の集団を形成するが、この集団とわれわれの社団概念とは、どのような関係になるかが問題となる。ことに、わが民法上、組合概念と異なるものないしは対立するものとしてとらえられて来ている社団概念とはいかなるものであろうか。

(1) Lépargneur, *Société et association, dans le tome XI du Traité pratique de Droit Civil* de Planiol et Ripert. 2e éd., 1954, n° 980; Colin et Capitant, *Cours élementaire de droit civil français*, tome II, 10e éd. par de la Morandière, 1953, n° 1156

(2) Colin et Capitant, *op. cit.*, n° 1156.

(3) Lépargneur, *op. cit.*, n° 981; Celier, Le Vavasseur et Taudière, *Sociétés et associations*, 11e éd. par Guyot, 1926, p. 32.

(4) Lépargneur, *op. cit.*, n° 981. なお Colin et Capitant は、「associés の出資、société の営利目的、利益の associés への分配、各 associés の利得・損失への関与、associés の平等な相互協力」の五つを挙げ（*op. cit.*, n° 1159）Celier, Le Vavasseur et Taudière は、「associés の出資、実現された利益を分配する意思、利益・損失への関与」の三つを挙げる（*op. cit.*, pp. 4～5.）。

(5) 山本（桂）「フランス企業法序説」六頁以下。

(6) 例えば、山本・前掲書では、société を「営利組合」、association を「非営利社団」と訳される。

(7) Lépargneur, *op. cit.*, n° 1074.

(8) Cf. *ibid.*
(9) Chambre réunie, 11 mars 1914, *D. P.* 1914, 1, 257.
(10) Colin et Capitant, *op. cit.*, n° 1161; Celier, Le Vavasseur et Taudière, *op. cit.*, p. 1.

三

わが国においては、一般に、社団とは、団体自体が構成員からは独立の全一体をなすものであるのに対し、組合とは、集団が構成員から独立せず、集団自体の全一体としての色彩が社団に比較して淡いものであると説かれる。(1) その結果社団においては、団体と構成員個人とが分裂・対立し、団体はそれ自体として対第三者的関係と対構成員的関係を有するのに対し、組合においては、集団と構成員との分裂・対立が社団におけるように明確ではなく、したがつて、対外的には構成員自体が集団としてあらわれ、対内的には、集団と構成員との関係は構成員相互間の契約関係以上のものではないものとされる。(2) そして、このことから、団体の内部規則あるいは業務執行等において、社団にあつてはそれが多数決原理にもとづき、一般的客観的に定められるのに対し、組合にあつてはそれが契約にもとづき、個人的主観的に定められるものであつて、結局、社団と組合とは、互いに相排斥する概念であるものとされているのである。(3)

ほんらい、社会に存在する人の団体ないし集団は多種多様であるが、一般的に、右のような差異を有する典型的な社団と典型的な組合とを両極にして、諸種の性質を有する団体がいわば連続的に存在するものと見て、これを一定の基準により社団か組合かのいずれかとして扱うべきことが法の意図であるものと解されている。そして、その基準としては、構成員の「数」が挙げられる。例えば松田二郎博士は、「ある団体において、その構成員が多く、他の団体において、その構成員が少ないということは、単に両者間に数量の差異だけが存在するに止まらないで、そこに質的差異が伴うものであり、『組合』と『社団』という相対立する二つの法律形態の生ずるのも、この理由によるのである。詳言すれば、構成員数が少ないため、それ

が契約的関係によつて結合できる限り、そこに組合的形態が生じ、これに反して、構成員数が多いため、それが契約関係によつて結合することができないで、多数決によつて結合するとき、そこに社団的形態を生ずるのである」[4]と説かれる。そして、団体の性格と法人格とは、これをまつたく切りはなしてとらえるのが一般のようである。川島武宜教授は次のように述べられる。「社団と組合とのこの対立的な差異は、実際においてはその構成員の数の多少と密接な関係をもつており、組合員は通常は少数であつて、組合が外部に対して取引をする場合に組合員全員が合手的 zur gesamten Hand に現われてもそれほど不便ではなく、また内部関係は契約関係として取扱われても不便ではない。しかし、資本的企業が組合型態をとる場合には、組合の内部構造を明確にし、その代理関係を公示し、また取引関係を単純化することが、一般取引社会およびその組合自身の利益のために望ましいので、組合に法的人格が与えられる傾向が現われる。合名会社は法人格をもつ組合の典型である（商五三条・五四条）。しかも、合名会社の内部関係は、社団の原理によつてではなく組合の原理によつて規律される（商六条。なお同七三条参照）。このことは、法人格を、取引関係を個人法関係として単純化して処理する法的技術、として理解するのでなければ、説明され得ない」[5]と。

これに対して、鈴木竹雄教授は、団体の社団性と組合性とは、必らずしも相互に排斥し合うものではなく、その差異は、団体に対する視点の相違によるものとされ、次のように述べられる。すなわち、「成員の個性が濃厚か否かは、団体を構成する成員の立場から実質的にみた問題であるのに対し、その結合が契約関係によるか社員関係によるかは、成員相互の関係を処理する形式の問題であり」、「合名会社が個性の濃厚な社員から成る実質的の意味の組合であつても、その内部構成が形式的な意味においてまで組合でなければならぬことはなく、ただ、社団方式をとつた場合には、その実質的な組合性に即応した内容をそれに盛ることを要するだけである。」「民法の組合の規定が実質的には合名会社にもあてはまるが、しかし民法の組合では成員相互間の関係として現われるものを、合名会社では会社対社員の関係に形式的に変容することを要する旨を

規定したもの」が合名会社の内部関係につき組合に関する民法の規定を「準用」する法の趣旨であるとされる。[6]

わが民法の起草者の観念としては、社団と相互に排斥し合うものとして組合をとらえていたのでなかつたことは明らかである。[7] むしろ、人の団体という意味においては社団も組合も同質のものであつて、社団の各構成員が出資をなして共同の事業を営むことを目的とするかぎりでは、それは組合であり、組合が公益を目的として法人格を取得するならば、それは民法三四条にもとづく社団法人であるものと理解されていた。[8] さらに、近時ふたたび、団体の性質を社団か組合かにリゴリステイックに決定することに対し、反省が生じはじめている。例えば、福地俊雄教授は、「（株式会社の）高度の社団性も、結局は社員各自の営利目的のための手段的性格のものであり、そのための仮象にほかならないのであるから、絶対化したり、自己目的と考えたりするのは不当である」とされ、「それぞれの問題について特有の利害対立を分析したうえで妥当な結論を出す必要があるのであり、まずその団体の性質を一般的に『組合』か『社団』かに決定し、そこから個々の問題点に関する結論を画一的に演繹しようという態度は、あまりにも弾力性に乏しく、妥当とはいえない」[9]ものと説かれる。

私は、この問題を考えるにあたつて、団体自体の構成員からの独立性という社団の一般的説明を前提としようとおもう。[10] ところで、人が一定目的の下で多数集合したときに、その団体ないし集団自体が構成員から独立しているということは、それが対第三者・対構成員の関係で社会的に何らかの主体性をもちうるときにいいうることである。社会的関係における主体性をはなれて、ただ観念的に独立性をうんぬんしてみてもはじまらない。そこで、「社団」とは団体がそれ自体として対第三者・対構成員の関係を有しうるものである、とする一般的見解が支持されるべきものと考えられる。他方、民法は「組合」を契約の一類型として意義づけているのであるから、組合の特質が契約当事者たる構成員相互間の契約関係にあることも是認されるべきことである。ただ、問題とされなければならないのは、団体がそれ自体として対第三者・対構成員の関係を有することと、構成員相互間に契約関係があることが、相互に排斥し合い、相容れないことがらであるかどうかである。

団体の中には、構成員からの独立性の有無・強弱につき多種多様なものがありうる。同様に、構成員相互間の契約関係の有無・強弱についてもまた多種多様なものがありうる。その場合に、団体自体の構成員からの独立性が強ければ強いだけ、それと本質必然的に比例して、構成員相互の関係が薄くならなければならないというものではない。近代以降の社会的現実としては、高度の社団性を有する団体においては、たしかにそれに比例して構成員の個別化という現象がある。しかしながら、これは実は資本団体における特殊的現象としての出資者の資本に対する側面であることが見逃がされてはならない。すなわち、個人が自己の資本を他人のそれと集中させるとき、その集中の程度が高まれば、個人資本は「より高き個別性の中に自己を止揚し」[11]、集中された資本自体が経済的には主体性をもつに至る。投資家は、経済的にはこの集中された資本自体との関係を意欲するのであり、この場合、人と人との団体的結合は彼の実質的意欲からは欠落するのであるが、これは、人的結合の多数化の結果として構成員相互の関係が稀薄化する、と説明すべき事情ではない。この側面では、最高度の社団性を有するといわれる株式会社について、かえってその社団性が問題とされるという皮肉な現象が生ずるのも[12]、由なしとしないのである。

そのような現象的側面にもかかわらず、資本の集中化の動因をなすものが個々の財産主体の意思であるという事実はかわらない。出資された財産が一体として一個独立の目的財産を形成するとき、それが個々の出資者の意思の合致によるということは、そこに、それらの者の間の目的価値と手段価値の相互交換の側面が存在しなければならない。むしろ、右のごとき現象は、福地教授の説かれるように、近代型団体における「団体の組織型態を社団的要素と組合的要素の入り組んだ複雑なものにする傾向」[13]としてとらえることが正しいであろう。

人の意思的な結合は、それがいかに多数の人の間になされ、またいかにその結合の程度が高まろうとも、結合する人々の間の意思的な関係――法的形式としては構成員相互の契約関係――を生み出す。その関係が出資をなして共同事業を営む契約

であるかぎりでは、それは組合である。他面、人的結合の強弱にかかわらず、団体自体が構成員・第三者と主体的関係を有するならばそれは社団であり、そのような社団が組合契約の結果として生ずることもありうるはずである。それゆえ、ある団体において、構成員相互の契約関係が問題となるならば、それはその団体の組合性において問題が生じたのであるから、その面には組合の法理が及ぼされるべきであり、団体対構成員・第三者の関係が問題となるならば、それはその団体の社団性において問題が生じたのであるから、その面には社団の法理が及ぼされるべきである。

組合と社団とを区別する解釈学的基準として挙げられるもの[14]を検討しても、それは必らずしも相互排斥的ではない。例えば、内部規則が、特定個人を当事者とする契約であるかそれとも構成員に対する一般的規定（定款）であるか、という点についても、定款は特定の構成員の設立行為・入社行為の効果意思の内容をなすものである一方、組合においても規約という形で一般的内部規則が定められうる。また、その内部規則の実質についても、権利能力なき社団の定款によつて定めうる事項と組合の規約によつて定めうる事項との間に差はない[15]。また、業務執行権が、特定構成員（契約当事者）に固定的に属しているかそれとも一定の方法（通常は構成員の総会）によつて選任されるものに属するか、という点についても、組合もまた、組合契約をもつて、業務執行組合員は選任によるべきことを定めることができるものと解されるので、実質的差異はない[16]。ただ相違する点は、組合の規定が組合員相互間の関係をねらつて規定されているのに対し、会社等の規定が社員の会社に対する関係をねらつて規定されているということである。

ところで、複数人が出資をなして共同事業を営む契約により結合した場合、その集団における社団性の有無はいかなる基準によりとらえうるかが次の問題である。社団の定義に即していうならば、その強弱を問わず、団体自体が対構成員・対第三者の関係を有するか否か、がひとまずその答ということになろう。ところで、いかなる団体を形成するかという問題は、法人格の取得の問題とは異なつて、当事者の私的自治の問題であるから[17]、結局は、右のことがらは、団体を形成する当事者の

意思によることとなる。すなわち、共同事業をなそうとする個人が事業の相手方である第三者との間に、全員が一定目的の拘束の下に共同して、直接の関係をもつことを意思内容としているかぎり、社団性はなく、これに対し、第三者対団体自体、団体対構成員個人という二段階の関係をもつことを意思内容の中に含むかぎり、社団性があるということになる。結局、社団の形成とは、この観点からいえば、個人の事業関係を、対外関係と対内関係との二段階の関係に構成するための社会的技術ということができよう。

これを詳言すれば、社団を形成するというのは、共同事業を為さんとする者が、直接に（共同して）第三者と取引を為さずに、これを団体と構成員との関係ならびに団体と第三者との関係に構成し、したがつて社会的実体として団体が第三者と取引をなし、かつ第三者に対し責任を負うものとすることである。但し、団体の責任財産に対する構成員の関与の範囲としては有限責任と無限責任とがあり、責任の態様としては直接責任と間接責任とがありうる。

なお、以上のようにとらえた社団の形成ということと、法人格の取得ということは、本来は別異のことがらに属する。法人格の取得ということは、社団形成という社会的技術を、法形式の面において整除する法技術であつて、その内容は法定された条件の選択ということである。社団を形成しても、その社団による取引の法律効果を既存の権利主体に信託的に帰属させ、共同事業を実質的に二段階の関係とすることは可能である（権利能力なき社団）[18]。他方、社団が形成されていないかぎり、法人格という法技術により整除すべき実質関係が存在しえないのであるから、その技術は採用しえないものと考えられる。一般に、法人格と社団性とが別異のものであるというとき、社団にあらざる組合にも法人格は認められるという意味とされているが、実はその場合には、その組合契約の結果何らかの社団が形成されているにほかならないのである[19]。何となれば、団体の対第三者・対構成員の関係が社会的に実在しないかぎり、団体に法人格を認める法技術が効用をもつ余地も根拠もないこととなろう。この場合、その社団性の強弱・濃淡は問われない。いささかでも社団的側面において生活関係が生じ

うるかぎり、それを法的に整除するために、法人格を採用することができる。ただ、社団性が微弱な団体においては、それが実際的に機能する側面が狭いというだけである。合名会社の内部関係に民法上の組合の規定が準用されるのは、このことのあらわれである。

(1) 我妻・前掲一二八頁、川島・前掲九八頁。
(2) 川島・前掲。
(3) 松田「株式会社法の理論」一四一頁。
(4) 同右一三八頁。
(5) 川島・前掲一〇〇頁。
(6) 鈴木「会社の社団法人性」松本記念論集六二頁以下。
(7) 梅「民法要義」巻之三、七七一頁、志田「日本商法論」第二編上巻四一頁。
(8) 梅・前掲。
(9) 福地「組合」註釈民法(17)一五頁、同一三頁。
(10) この前提自体に疑問を出すものとして、星野「いわゆる『権利能力なき社団』について」民法論集一巻二四八頁以下、特に二五三～四頁。
(11) 大塚「株式会社発生史論」一七頁。
(12) 例えば、八木教授の株式会社財団論を見よ。
(13) 福地「組合と法人」契約法大系Ⅶ四一頁。
(14) 川島・前掲一三八頁参照。
(15) 西本辰「社団と組合」私法学の諸問題六〇二頁。
(16) 同書六〇五―六頁、同旨・星野・前掲二五七頁以下。
(17) 川島・前掲九八頁。
(18) 西本辰・前掲六一四頁以下、特に六二八頁。
(19) 福地・前掲「組合と法人」四二頁。

四

前節で見て来たように、社団を形成するか否かは、私的自治の範囲内の問題として、もつぱら当事者の意思にかかること

がらであつて、さらに社団を形成する意思というものの実質的内容は、複数個人が共同事業を行なうにあたり、第三者対団体・団体対構成員という二段階の関係においてこれをなさんとすることにある。このような社団形成という効果こそが当事者の社団形成行為の目的である。この構成員の行為の目的は、それにより形成された社団自体の目的といかなる関連性を有するものであろうか。

組合の目的というときには、それは組合員の契約の目的と等しいものである。なぜなら、組合とは、上述のように、契約当事者間で合致した具体的な共同事業を営む目的により拘束されている組合員相互の関係をいうものであるから、この関係においては、組合員に共通している契約の目的がすなわち組合の目的である。したがつて、営利組合という場合には、その営利性は契約当事者すなわ組合員の営利目的が要件となる。このような意味で、組合の利益分配に関する民法の規定（六七四条）は、営利組合に関する原則規定ということができよう。(1)

これに対し、社団とは、団体自体が何らかの主体性を有して構成員に対立する関係であるから、社団は構成員の目的とは別個の目的の主体たりうるものである。営利組合が、その組合員の数的増大によつて営利社団に高まるというものではないのである。もとより、社団は生来的に固有の目的をもつなどということはありえない。意思の主体である個人が、社団を形成するにあたつてその目的を賦与するものであるから、構成員の意思が当然社団の目的の根拠となる。構成員は、社団を形成するにあたり、いかなる目的の社団を形成するかを意思表示するものであつて、したがつて、社団の目的は構成員の社団形成行為の効果意思の一要素をなしている。しかしながら、構成員の社団を形成する目的すなわち共同事業を二段階の関係として行なう目的と、形成された社団の目的とは同一ではありえない。むしろ、社団対構成員の関係においては、その目的意思と手段意思とは逆になる。すなわち、構成員が、利益配当を受けることを目的意思とし出資をなすことを手段意思とするとき、社団にとつては、出資を受けることが目的意思となり利益配当をなすことが手段意思となる(2)（株式会社における新株発

行の場合には、このことが最も明確にあらわれる）。

このように、社団の形成ということは、一方で、社団自体と構成員との間に出資と利益の分配とをめぐつて対立的関係を現出すると同時に、他方で、社団自体と第三者との間にも、目的と手段すなわち出捐と対価とをそれぞれ逆にする対立的取引関係を現出する。社団の独立性・主体性を社会的事実として観察するならば、構成員自体の目的と社団の目的とが異なるものであることは、その観察の必然的結果であるといえよう。各個人は、ある特定の目的をもつ社団を形成し、そのことによつて自己の究局的な目的を達成しようと図る。かりに、それぞれの構成員の究局的目的を異にするいくつかの集団があるとした場合、それぞれの構成員の究局的目的の如何にかかわらず、それを達成するために各集団がたまたま同一の目的をもつ社団を形成するということもありうるはずである。構成員がみずから社団形成行為において社団の目的を特定して置きながら、それが構成員個人の究局的目的の如何によつて変わるということは、論理的矛盾である。また、個人は、社団形成行為において、自己の究局的目的以外に社団の目的を定めえないとすることは、社団形成という社会的技術の効用をまつたく減殺するものであり、結局は、社会的主体性をそれ自体が独立に有する団体――社団――の実在を否定することであろう。

ある団体が営利を目的とするという場合、構成員自体が（契約的に拘束されて）共同の営利事業の主体となる側面があるとすれば、その面においては営利組合性があり、そこでは構成員個人の営利目的がその基準となるのに対し、構成員は団体自体と対立関係に立ち、団体自体が営利事業の主体となる側面があるとすれば、その面においては営利社団性があり、そこでは構成員個人の目的の如何は問われない。したがつて、営利社団性の側面は有しながらも、営利組合性の側面はこれを有しない団体というものも存在しうる。

ここで、ふたたびフランス法上の société の定義を検討してみると、たしかに société 契約においては、当事者への利益の分配が要素とされている。しかしながら、この要素とは、締約者の目的すなわち効果意思の内容をなすものであつて、

直接には集団としての société 自体の目的を意味するものではない。

société は民法上は組合と訳されることが多いが、たしかに当事者たる associés 相互の間の契約関係という側面において、それは組合であるといいうる。その点では、組合としての société の目的は、当事者への利益分配を要素とする。しかし、société 契約の結果として社団が形成されるならば、その社団の目的とは、当事者自体の究局の目的とは別に、その目的を達成するために当事者が社団自体に賦与した目的をいうものである。(3)

先に述べたような歴史的事情から、フランス民法は集団を契約的に構成し、社団的なとらえ方をしていない。しかし、社団性の有無は、集団の実質的把握の問題である。

société をめぐる associés と第三者との関係については、民法典一八四三条ないし一八六四条の定めるところであるが、これは団体的法理を知らないローマ法から借りられた部分が多く、実際上の利益を欠くものとされている。(4) しかし、それでも社団的性格は随所に見てとれる。例えば、société 契約は諾成双務契約であるとされているが、(5) 各 associé は、彼が出資を約したすべてにつき、société に対する債務者となる (Chaque associé est debiteur envers la société)…（一八四五条一項）。そして、出資の目的が金銭以外の物であるときには、出資者は会社に対し、売主と同様の担保責任を負うものとされる（同二項）。また、出資された財産は会社財産 (biens sociaux) を構成し、それは会社の負債 (dettes sociales) の引当となり、資本的な société においては、各 associé は出資を限度とする有限責任を負うのが原則とされている。(6) société は法人格を与えられるが、それは契約の結果生じた団体のこの社団的実質を基礎とするものである。すなわち、民法典は、société 契約により原則的に社団が形成されるものと見ているというべきである。

契約としての société における目的あるいは société の組合的側面における目的の要素として、共同の利益を実現しその分配を受ける意思ということが挙げられることは先に述べたとおりであるが、実はこのうち、共同の利益を実現する

(réaliser des bénéfices communs) 意思というのは、必らずしも当事者自体が共同してこれをなす意思ではない。むしろ、実際上、原則としては社団を形成し、その社団を通じてこれをなさんとする意思である。もともと、利益を実現することとその分配を受けることとは別異のことがらであるが、団体を捨象して当事者の意思の面からのみこれを見れば、意思の本体は後者にあつて、前者はその前提条件であるに過ぎない。しかしながら、団体をとらえてその目的を考察する視点においては、利益の実現ということは、構成員への利益分配ということからはまつたく独立の要素となる。

フランス法の参考書においても、団体自体の利益の実現目的と構成員の利益の分配を受ける目的とは区別してとらえられている。すなわち、société 契約は当事者の利益の分配を受ける目的が要件とされており、したがつて、société であるがためには、契約により形成される団体自体が利益の実現を目的とするだけでは充分ではなく、さらにその利益が構成員を利することが必要である、と説かれる。[7] そして、société と association が、当事者の利益分配を受ける目的の有無を基準とする二分法 (le système de la classification bipartie) であるから、利益の実現を目的とするけれども、その利益を挙げて団体の理想的目的 (but idéal) に使用する団体は、association であつて société ではないものとされる。[8] しかも、右の説明は、わが国の通説的見解において、これを援用しうることがらではまつたくない。というのは、フランス法は、団体をその目的にしたがつて分類するという視点を法典上はもつていない。団体自体ではなくて、団体を形成する契約を、その契約の目的にしたがつて分類するのみである。したがつて、もし人が団体自体を営利目的にしたがつて理論的に分類したとすれば、そこに成立する概念の外延・内包と、société と association のそれとは異なるべきものである。

フランスにおいては、社団という観念は法典上は知られていないので、営利性を基準として社団を分類する観念というものも存しない。営利性によつて分類されているのは契約自体である。換言すれば、団体の分類はその組合的側面においてのみである。そして、このような分類の根拠はまつたく歴史的事情のみであつて、今日一般的な批判を受けるに至つている。[9]

これに対し、わが国においては、団体を、社団としてすなわち社会関係における目的主体として、営利目的の有無により分類する。(10) したがつて、フランス法における société と association の分類基準を以て、わが国の営利社団法人の概念の基準とすることは何ら妥当性のないものと考える。

(1) 西本辰・前掲六〇四頁。
(2) 契約における目的意思と手段意思の関係につき、神戸「契約総則」著作集上九八頁以下。
(3) Lépargneur, *op. cit.*, n° 984. は定款に則とり société が行なう事業の性質を、société の目的とよぶ。
(4) Colin et Capitant, *op. cit.*, n° 1182
(5) *Ibid.*, n° 1183.
(6) *Ibid.*, n° 1190.
(7) *Ibid.*, n° 1164.
(8) *Ibid.*
(9) *Ibid.*, 1161.
(10) ドイツ法では、社団の目的に従つて、経済的事業社団と非経済的事業社団とに分類する——Vgl. Enneccerus-Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, B. I, 15 Aufl., 1959, S. 639 ff.

五

民法三五条の「営利ヲ目的トスル社団」という要件を、その文理からはなれて、社員への利益分配を目的とする社団と解することの実質的理由として、上述のように、松本博士は、公益法人の濫用を恐れて、これに行政的干渉を加えようとする点にあるとされる。すなわち、営利社団は商事会社設立の条件によつて法人格を取得しうるが、公益法人の設立には主務官庁の許可が必要とされ、常に主務官庁の監督に服する（民法三八条二項、六七条、七一条、七二条二項、七七条、八三条、八四条三号、同四号）。そこで、もし社団自体が営利を目的とすることを以て営利法人とするのに充分であるとすれば、右の許可・監督

を受けないことになり、そのことが公益法人の濫用を招き、不当であるとされるのである。[1]

そもそも、法人の設立許可主義については、立法論的には今日非常に疑問が多いものとされている。[2] 殊に、基本的に、法人格という私法上の問題を行政官庁の裁量に委ねることが問題である。立法による一般的基準に比して、行政権の自由裁量の中により合理性を認めるということは、今日のわれわれの政治思想の是認しうるところではない。しかしながら、民法は、非営利・公益の社団・財団につき、許可主義を採つていることはあきらかである。問題は、解釈論として、「営利ヲ目的トスル社団」という文言を、私益を目的とする社団と読みかえて、営利・公益社団を準則主義から許可主義へと逐いやることの実質的理由の有無である。かりに、営利・公益の社団に法人格濫用の虞れが強いとした場合にも、主務官庁の許可・監督と商法の規制とではどちらがその弊害を防止するのにより適当であるかという比較衡量がそこでは要請されざるをえない。

社団の形成は、団体対第三者ならびに団体対構成員の関係を作り出す。そして法人格の取得により、社団は法律的にも第三者ならびに社員に対する権利・義務の主体となる。したがつて、社団は、その性質が営利・私益であると営利・公益であるとを問わず、いいかえれば、営利を目的とするかぎり社員に利益を分配すると否とにかかわらず、第三者に対してそれ自体が営利的取引の当事者となる。その場合、第三者にとつては、獲得された利益がいかなる使途に利用されるかは問題ではなく、自己の取引上の債権の引当とされるべき社団自体の財産の維持・充実が問題なのである。

会社法の規定は、合理主義的・自由主義的精神の支配すべき商法の中にあつて、目的たる商取引が迅速かつ安全に行われるための基礎をなす「商組織法」として、かえつて一般の私法よりも厳格主義・干渉主義に支配されるものと説かれる。[3] たしかに、会社法には、社員ならびに第三者特に会社債権者を保護するため、強行的規定が多く備わつている。しかも、会社による企業の社会的弊害が問題化するごとに、絶えず法改正の動きが刺激され、私法の中で、立法を通じての干渉の最も多い分野であるということができる

公益法人の濫用といっても、公益の受益者にとって積極的な弊害というものは考えられず、最も問題となるのは、公益に名をかりた法人内部の不正・乱脈によって、出資者ならびに利害関係ある第三者のこうむる弊害であろう。それを防止するために、立法的に社員ならびに第三者の利益保護をはかる会社法による干渉と、行政権の裁量的干渉とでは、前者の方により妥当性のあることは、私には自明のことに思える。

社団の営利目的と構成員の私益という本来異なる観念を同視し、構成員への利益分配が目的とはされていないことを理由に、営利を目的とする社団を公益法人の法規制に従がわしめることは、実質的にも、その理由を欠くものと考えられる。

(1) 松本・前掲五六～七頁。

(2) 我妻・前掲一四〇頁、川島・前掲一〇七頁。

(3) 田中耕「組織法としての商法と行為法としての商法」商法学（一般理論）二三二頁以下。