

Title	『社団・財団・組合』管見(一): 主としてわが国の実定法における「社団」概念の展開とその背景の考察をもとに、社団・財団・組合の理解の仕方とその相互関係を考える
Sub Title	Verein Stiftung und BGB-Gesellschaft (1)
Author	大賀, 祥充(Ōga, Yoshimitsu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1973
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.46, No.8 (1973. 8) ,p.16- 38
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19730815-0016

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.

『社団・財団・組合』管見(二)

——主としてわが国の実定法における「社団」概念の展開とその背景の考察をもとに、社団・財団・組合の理解の仕方とその相互関係を考える——

大 賀 祥 充

はじめに

- 一、社団と組合との区別に関する学説の展望
- 二、外国における理解の仕方とその基盤……以上本号
- 三、わが国の実定法における社団・財団・組合規定の沿革とその背景……以下次号
- 四、社団・組合・財団の理解の仕方とその相互関係
むすび

は じ め に

わが国の現行民法は、法人たりうる実体として「社団」または「財団」を予定し(民三四)、商法は会社たりうる実体として営利を目的とする「社団」といい(商五二)、また民事訴訟法は訴訟上の当事者能力を与えうる主体として、一定の要件を

備えた「社団」または「財団」を規定している（民訴四六）。

しかしながら、これら「社団」または「財団」のそれぞれの内容およびその相互関係については現行法は何も触れていないため、学説上争いがあり、殊に「社団」が「組合」とどの点でどのように異なるものであるのかについては、諸説紛々、未だ定説をみない。

多数説は、「社団」を「組合」との対比においてのみ捉え、その区別の基準の発見および論証に苦慮している。そして、あるいは幾多のメルクマールを列挙し、あるいはメンバーの員数の多寡、個性の濃淡等特定のメルクマールに限定し、なお依然として社団と組合とを峻別しようとする試み、あるいは実質的・形式的の二義に視点を分けて考察しようとする。

他方、これらの試みが十分な説得力をもちえないとして、「社団」と「組合」との区別が極めて相対的なものでしかなく、ことを根拠に、その区別に限界のあることを指摘する見解が生じ、さらに進んでその区別自体に意味を認めない見解が主張されるに至った。

一方、外国におけるこの点の理解の仕方を見ると、各国それぞれの法体系と基盤のなかで、それぞれ固有の事情に基づき、様々に把握されていることを知るのであり、従つて、わが国においてもその法体系と基盤については固有の事情を探究する必要が生じてくる。

そこで、「社団」の実体は何か、「組合」とは違ふのか違わないのか、また「財団」とはどのような関係に立つのか等の問題は、単に観念的抽象的に論じてみる¹ても解決の糸口がつかめるわけのものではないから、従つて、わが国の実定法がそもそも「社団」「財団」あるいは「組合」という名称・用語・法文をもつていかなる実体を捉えようとしたものであるのかを、その立法時点の用語の源流とその背景にまでさかのぼつて考究しなければならぬと考えられる。そしてそこから、「社団」「財団」・「組合」のそれぞれの内容と相互関係を裏づけ、それに基づいてそれら各個のわが国の法体系における位置づけを、

私なりに試みてみたいと思う。

(1) 福地俊雄「いわゆる発起人組合および法人の前身たる団体」法と政治一九卷一号八二頁によれば、社団と組合との峻別理論を「自明もしくは解決済みでもあるかのようにみなして先に進むために、従来の学説の対立が特殊の形而上学的な様相を呈するにいたつたものとおもわれるのであつて、これら⁽⁶⁾の前提がすでに問題であるとおもう」旨述べられている。

一、社団と組合との区別に関する学説の展望

多数人が共同の目的を達成するために結合する態様については、まず、結合する多数人を団体として把握し、これに法人格を与えて団体みずからを一個の法主体に還元する型、すなわち社団⁽¹⁾、法人と、結合する多数人を各当事者間の契約関係に分解する型、すなわち組合⁽²⁾との二つの型を、現行法は対立させているものとみることが一応できるであろう。

しかし法人格は、団体の外部に対する関係における処理形式としての法律技術と解すべきであるとして、その有無は団体の内部関係とは直接関連なく、従つて社団の形態は法人格を離れて存在しうる。それ故、団体を社団法人と組合とに二分する建前は理論上必ずしも正当ではないとして、団体の構成原理を標準とした場合、多数人の結合態様として対立するのは社団と組合とであることが一般に承認され、そして、ある団体が法人であるかどうかは団体の外部に対する関係による区別であるのに対して、社団であるか組合であるかは、その団体の内部組織による区別である⁽³⁾とされていることは、周知の通りである⁽⁴⁾。

それでは、団体をその内部組織ないし内部的な構成原理に基づいて区別するという右の立場に立つと仮定すれば、そもそも社団と組合とは一体どこが、どのように違ふとされるのであろうか。

この点については、学説が必ずしも一致しているわけではないが、一般的な理解としては、大体次のような説明がなされている⁽⁵⁾。すなわち、「組合」にあつては、その団体的特質は主として構成員たる組合員相互の内部関係に認められるにすぎ⁽⁶⁾

ず、外部関係においては組合自体はその影を没してしまつて、直接組合員對第三者の關係が生ずる。従つて組合の場合、団体それ自体の独立性は弱く、組合員の個性が非常に強く現われる。それ故、団体の単一性 (Einheit) よりもそれを構成してゐる各個人の複數性 (Vielfalt od. Mehrheit) の方が強く現われ、総じてその個人性 (Individualität) が特徴的である。(8) これに對して「社団」にあつては、団体それ自体が全一性としてとらえられ、団体の独立性が強い反面、その構成員たる社員個人の性は極めて弱い。(10) そこには、社員複數性は没してしまつて団体自体の単一性(1)が浮きぼりにされ、総じてその団体性ないし結合性 (Korperschaft od. Verbandschaft) が特徴的である、と説明されている。

(1) 川島武宜「企業の法人格」田中記念・商法の基本問題一八八頁以下、西原寛一「株式会社の社団法人性」株式会社法講座一巻四二頁以下、山本桂一「生成過程における会社の活動及其限界」法学協會雜誌六二卷二二号九頁等参照。

(2) 石田文次郎「権利能力なき社団」法学論叢三二卷二二号一六五頁、松田二郎「人的会社の組合性」法曹會雜誌一三卷二二号三五頁、保住昭一「組合と社団」綜合法学五卷六号二八頁。

なお、法人格が法的概念であると同様に社団または組合も法的概念であるとされるのは、西原・前掲四三、四八頁、松岡和生「株式会社における従業員組織の機能性——その前提的基本理論(主として社団法人理論との関連について)の検討」法学研究三八卷二二号一六二頁。

(3) 我妻榮「民法総則(民法講義I)」一一五頁、松田・前掲三六頁、鈴木竹雄「会社の社団法人性」松本記念・会社法の諸問題六二頁以下、川島・前掲一八八頁以下、保住・前掲三〇頁、喜多川篤典「社団法人性の再検討」法協七〇卷三三七四頁以下、同七一卷一四四七頁以下。

なお、社団と組合との峻別理論とその歴史的背景については、森泉章「権利能力なき社団に関する研究」福島大学商學論集三四卷四号二四頁以下(森泉「団体の諸問題」所収)、同「法人制度の問題点」ジュリスト四二二号三四頁(同「団体の諸問題」所収)参照。

(4) もつとも、法人概念と団体概念との区別を、その外部性と内部性との差異に求めることには、疑問かないわけではない。西原・前掲四四頁、松岡・前掲一六二頁、平出慶道「株式会社の不成立の場合における発起人の責任——発起人の地位の再検討」北大法學論集二二卷一八九頁等参照。

(5) 社団と組合との区別のメルクマールについては従来から多くの議論がなされているが、この点については、森泉・前掲一七頁以下、平出・前掲二〇、北大法學論集二二卷三三五頁、星野英一「いわゆる『権利能力なき社団』について」法協八四卷九号二〇頁以下(同「民法論集」一卷所収)、川島武宜「民法総則」一三八頁以下、保住・前掲三〇頁、Enneccerus=Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Allgemeiner Teil Bd. I. 1959 (15 Aufl.) § 116 II. (S. 693 f.) 等参照。

(6) 末川博「民法上の組合の本質」民法論集二二五頁、Enneccerus=Nipperdey: a. a. O. Bd. II 1958. S. 723 ff.

- (7) 原田慶吉「民法総則編の史的素描」法協五七卷四号六二二頁、森泉・前掲二六頁以下、Boehmer: Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung II 2 S. 169.
- (8) 菅原春二「権利能力なき社団」法学論叢九卷一号八頁以下は、組合を「共同の事業を営むべき契約関係に立てる組合員の単純なる集合(Die Summe der Gesellschaftler)」であるとして、「統一的全体(Einheitliches Ganzes)」として社会生活上の独立体を成す団体」としての社団と区別しておられる。同註 Neubecker: Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 14 f.
- (9) Boehmer: a. a. O. S. 169 によれば、社団は各構成員とは別個独立の存在であるとして、構成員の変動に関係なく団体の同一性(Identität)を持続するところの継続的な団体組織であると考えられ、同旨、菅原・前掲九頁、Emneceus=Nipperdey: a. a. O. S. 621 等、その他に於ては独自の団体規約すなわち定款と団体名称とを挙げてゐる。なお、団体固有の名称を「*gesellschaft*」*v Tuhr: Der allgemeine Teil des deutsche bürgerlichen Rechts Bd I S. 574, Neubecker: a. a. O. S. 16 ff.*
- (10) Emneceus=Nipperdey: a. a. O. S. 601., Neubecker: a. a. O. S. 14 f.
なお、森泉章「権利能力なき社団に関する一考察」法学一七卷四号四六七頁以下は、個性の強弱を以て組合と社団との区別のメルクマールの一つにしようといふ。
- (11) 菅原・前掲九頁以下によれば、社団と組合との区別のメルクマールの一つに団体自体の目的の有無をとりあげ、「固有の生存目的若くは存立目的を有する団体であつて、其構成員たる社員純然たる個人的目的と区別すべき超個人的目的を以て其目的とする独立体である。然るに組合に於ては、各組合員が各自の純然たる個人的目的を共同的に遂行するに止まり、組合には組合員の個人的目的と区別すべき固有の超個人的目的なるものがない。」とされている(同旨、末弘敬太郎「訴訟当事者としての人格なき社団財団」民法雑考一〇三頁以下)、東京区判・昭七・六・一七、新聞三四三八・二二、大阪地判・昭三一・二・八、下民七・二二・三五八三)。しかし、星野・前掲三頁によれば、それが「事実と反することいふまでもあるまい」と批判されている。

このように社団と組合とは、従来の一般的な理解によれば、一応区別されているのであるが、しかしこのような説明では、具体的にいかなる場合に団体自体がその構成員とは別個独立の単一的な存在をもつに到るのかが必ずしも判然としな⁽¹²⁾い。何故なら、構成員の個性の強弱⁽¹³⁾ということが団体の独立性の強弱に対応させられ、従つて個性の濃淡を基準に団体自体の単一性の有無を判断しようとしても、そのような極めて相対的な基準を以てしては、団体の単一性の有無、従つて社団と組合との間に明確な境界線をひくことは困難であるからである。⁽¹⁴⁾

(12) 松岡・前掲一五九頁。

(13) 前記註(10)参照。

なお、鈴木・前掲六二頁は、「成員の個性が濃厚か否か」を実質的な意味における社団と組合との区別の基準とされるが、これとは別に「その結合が契約関係によるか社員関係によるか」を形式的な意味における社団と組合との区別の基準とされていることとの関連で考えてみると、前者が社会学的な意味であることは明らかである(なお、星野・前掲二〇頁によれば、前者が社会学的な問題であるのに対して、後者は法律適用後の問題であると云われる)。

そして、鈴木教授の云われる「実質的」の意味が法律的な意味でないこと、および教授の論旨の中に「実質」概念の混淆がみられることは、既に松田二郎博士が指摘されている(同「会社の組合性と社団性」株式会社法研究一六九頁、一七四頁)。しかも、鈴木教授みずから認めておられるように、「実質的な組合と社団との対立においては、成員の個性が最も濃厚な団体と最も薄弱な団体とが、すべての団体を断然二分して相対立するのではなく、両者を相対する両極としてその間にニュアンスの異なる団体が相連続して並列するのであつて、全般的に社団性を有するもののうちにも、社員の個性の濃淡が存しうるものである」(鈴木・前掲七七頁)から、構成員の個性の濃淡という基準がいかに相対的なものであるかは多言を要しない。

そして、構成員の個性の濃淡ということがこのように相対的な社会学的特徴であるとすれば、それを以て法律的にも社団と組合とを区別しようとする見解は、妥当なものとは云えないように思われる。

(14) 社団について認められるという「団体の単一性」なるもの理解こそがまさに問題である(松岡・前掲一五八頁、森泉章・シンポジウム「法人論」討論における発言・私法三三三号七一頁、星野英一・同・同七三頁)。

この点については、あるいは、団体から生ずる諸関係を簡易化したり、単純化しようとする我々の意識作用によつて生じてくるものであつて、決して個人の結合によりそこに実在的な単一性か生ずるものと考えることはできないと説明され(森泉・前掲法学一七巻四号四六八頁、同・前掲私法三三三号七一頁、Wieland: Handelsrecht Bd. I S. 428f. Vgl. Otto von Guericke: Das Wesen der menschlichen Verbände S. 20 f.)。あるいはまた、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五七頁によれば、社会的単一性を「近代社会において、共同目的ないし非個人的目的のために、単純な統一意思形成の機構を通じて財産管理その他の権利義務的活動をなすことを必要とし且つ可能とする一般の傾向(社会的必然性)があり、そして、人間の社会行動がこの傾向に適應しなから実現する場合に形成される一種の思考上の抽象作用としての人格化 Personifikation od. Personifizierung」とされる。たしかに、「団体とか社会とかに於て我々に与えられているものは、人間の結合であり、結合せられた人間である」(服部榮三「法範疇としての法的人格者の基本構造」私法二号五七頁、同頁、鍛治良堅「いわゆる権利能力なき社団(非法人社団)について」法律論叢三三巻五号七六頁の註一)といえるが、しかし、星野・前掲二二頁以下の指摘されるように、いずれにしても、「単一性」の内容は判然としないと云わざるをえないように思われる。

(15) 松岡・前掲一五九頁。

右の一般的理解に対して、社団と組合との区別は、その構成員の員数の多寡を基準として決定すべきことを主張する見解がある。⁽¹⁶⁾

松田二郎博士によれば、「社会学のうえで、数の問題は団体の性質を決定することにつき重要な意義を有しているであつて、これに照応して法律関係においても数の問題は質に影響を及ぼすものである」⁽¹⁷⁾。「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、単に両者間の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『社團』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、構成員が少ないため、それが契約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、そこに社團的形態を生ずるのである」⁽¹⁸⁾と説かれる。

そしてさらに、合名会社は勿論、株式会社も含めて、「すべての会社はその設立の第一歩である定款作成当時においては組合的結合であり」⁽¹⁹⁾、合名会社および合資会社が会社成立後も組合に終始するのに対して、株式会社および有限会社の場合、成員の増大に応じて組合から社團へ発展するに至るものとされ、殊に成立後の株式会社の社團法人性を強調される⁽²⁰⁾。

(16) 松田二郎「会社の組合性と社團性」田中記念・商法の基本問題所収二〇六頁以下(もつとも、この論文は後に若干加筆され、松田「株式会社法研究」に収録されているので、以後の引用は後者によるものとする、一五五頁以下)、同「株式会社の基礎理論」一二三頁以下、同「株式会社法の理論」一三七頁以下、同「人的会社の組合性」法曹会雑誌一三卷二号三六頁以下。

なお、川島武宜「民法」二二三頁以下も、構成員の数の多少を重視されている。川島・前掲民法総則一〇〇頁によれば、「社團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」とされている。

(17) 松田二郎「会社法概論」一八頁。

(18) 松田・前掲株式会社法の理論一三八頁。

(19) 松田・前掲研究一五九頁。

なお、会社は総て商事組合(Handelsgesellschaft)であり、その理論の下に会社法の理論を新たに構成すべきことを主張するもの。Wieland: a. O. Bd. I. S. 396, S. 450ff. が如し。

(20) 松田・前掲法曹会雑誌二三卷一号一頁以下、同二号一〇頁以下。

(21) 松田・前掲基礎理論八七頁以下、一四一頁以下、一五三頁以下、二四〇頁以下。

(22) 松田・前掲研究一七三頁、同基礎理論一四六頁、六二四頁。

そこで、考えてみると、まず問題となるのは、株式会社の発起設立の場合および有限会社設立の場合であつて、これら二つの場合には、定款作成以後会社成立までは「募集設立の場合の如く新たに株式引受人が加わるることによつて構成員が増加し、これにより量的増加による質的变化を生じ、組合的形態が社团的形態へと発展する現象を生じない。」⁽²³⁾ 換言すれば、これら二つの場合には、その「設立過程は組合に発して組合に終止し、終に社団性を有するに至ら⁽²⁴⁾ない」とされる点である。そしてそれにも拘らず、会社成立と共にすべての株式会社と有限会社の社団法人性を肯定される松田博士の所論の根拠は一体どこにあるかが第一の疑問となる。

この点について同博士は、「発起設立の場合、発起人は少数なるも、彼は会社成立後、聽て一般公衆に対して其引受けたる株式を譲渡するを通常とし因つて株式分散の結果構成員の増大すべきことは、募集設立の場合に於けると何等異なる所がない、」⁽²⁵⁾「募集設立の場合に於ては、其設立過程中に於て構成員数を増大するに對し、発起設立の場合に於ては、其成立後に於て之を増大する。而して会社成立後に於て構成員数の多数なる為、組合的形態を以て律し得ざることは、兩者間に何等の差異を見ないのである。従つて、法律は発起設立の場合、設立過程中に於て実質上社団性を取得せざるに拘らず、成立後聽て之を取得すべきことの予期の下に、其成立と共に社団性を附与するものと謂ふべきであらう。謂はばそれは立法技術による一時的の擬制に外ならぬ」⁽²⁶⁾と説明されている。

しかしながら、博士は、一面において、商法典上の「社団」が組合と対立する意味での社団を意味するのではなくて、単に人的結合の意味に解すべきことを強調されながら、他面において、理論上社団と組合との概念を明確に決めるための基準を前述のように構成員の数の多寡に求めておられるが、右に述べた株式会社の発起設立および有限会社設立の場合、会社成

立と共に附与されると云われる「社団性」が仮りに博士の云われるところの理論上組合と対立する意味での社団、すなわち「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」認められる社団的形態を意味するものとすれば、それは何も「会社成立と共に」肯定される必要はいささかもない。何故なら、それを「立法技術による一時的の擬制」とみる根拠は法典上どこにも存在しないからである。また逆に、会社成立と共に附与されると云われるところの「社団性」が仮りに単なる人的結合を意味するものとすれば、それは「立法技術による一時的の擬制」でも何でもない。要するに、松田博士のこの点に関する理論は、株式会社の発起設立および有限会社設立の場合、設立過程においては終始組合性を認めながら、会社成立と共に一律に社団性を承認され、「それは立法技術による一時的の擬制」として説明される点に、まず破綻を認めざるをえないように私には思える。⁽²⁸⁾

さらに遡つて考えてみても、松田博士の云われる構成員の数の多少ということだけでは、社団と組合との区別の基準としては必ずしも十分なものではないと考へられる。⁽²⁹⁾ 何故なら、数の多寡は疑もなく相対的なものであるから、仮りに構成員の量的増加が団体の質的变化をもたらすとしても、その時期は社会学的のみならず法律的にも必ずしも明確ではなく、従つて法律関係が判然としないと云わざるをえないからである。⁽³⁰⁾

(23) 松田・前掲概論九三頁。

(24) 松田・前掲基礎理論一六六頁。

(25) 松田・前掲基礎理論一六六頁。

(26) 松田・前掲基礎理論一六七頁。なお、前掲概論九三頁では「立法技術による一種の擬制である」とされている。

(27) この点については、後に詳述する。

(28) 鈴木・前掲松本記念八一頁は、「発起人の引受けた株式が将来他に譲渡されて成員が増大する可能性を持つため会社設立とともに社団化するにいたり」と云う論法が成り立ちうるならば、そもそも設立の第一歩から将来多数の成員を受容する可能性が見込まれていると云いえないではなく、従つてそのために便宜な社団方式がとられるものと認めることもできるであろう。「会社設立の第一歩から形式的には社団関係を認むべきであり、その中途から社

団に変貌するものとは解しがたい」と云われる。

また、平出・前掲北法二二卷二九一頁以下、同「株式会社設立」八五頁は、「募集設立の場合に設立中の会社がいつ組合から社団に転化するかは、社会学的のみならず、法律的にも明確になれないが、一つの団体がいつのまにか組合から社団に転化するのでは、団体の法的関係は明確にされず、団体と法律関係に入る第三者のみならず、その構成員の利益も確実な保護が期し難くなる」と主張されている。

(29) 西本辰之助「社団と組合」同・私法学の諸問題六〇七頁、鈴木・前掲松本記念八一頁、平出・前掲北法二二卷二九一頁以下、同・前掲設立八五頁、森泉・前掲商學論集三四卷四号三〇頁、星野・前掲法協八四卷九号二二頁、松岡・前掲法研三八卷二二号一五九頁。

(30) 平出・前掲北法二二卷二九一頁以下、同・前掲設立八五頁。

もつとも、松田博士の所論を仔細に検討してみると、構成員の「数」に直接的な基準を求めておられるのではなくて、「契約によつて結合し得る」かそれとも「契約によつて結合し得ずして当然の多数決によつて結合する」かに基準を合わせ、構成員の員数の多少はそれとの関連でむしる間接的な基準とされているようにもみうけられる⁽³¹⁾⁽³²⁾。

もし右の理解に誤りがないとすれば、社団と組合との区別の基準に関する松田博士の所論とともに、これと対比して検討すべきものは、鈴木竹雄教授の云われる「形式的意味における社団と組合」との区別の基準であるうと思われる。

鈴木教授によれば、「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⁽³³⁾」、「成員間の契約関係により結合するもの」を形式的意味の組合、「団体対成員間の関係即ち社員関係によつて結合するもの」を形式的意味の社団として把握⁽³⁴⁾、「従つてたとえは、ある成員に対しましてはある成員から請求をなす場合にも、前者においては、成員間の契約関係に従つて、他の全体からまたは他の全員に対して請求するほかになく、その処理が錯綜するのに対し、後者においては、団体と成員間の関係に従つて、団体からまたは団体に対して請求すればよく、極めて簡単な処理が可能である。社団方式はかように成員相互の関係を簡明に処理する法的技術として生じたものであり、従つて成員の数が多い場合に最もその効果を發揮すること云うまでもないが、成員の数が少ない場合でも、簡明な法的処理を重視すれば、この方式によること

充分考えられることである」⁽³⁵⁾として、形式的意味における社団と組合との区別の根拠を「社会学的な理由にではなく、法技術的な理由に」求め、⁽³⁶⁾しかも、「団体が形式的に社団的構成をとるときは、成員相互の關係が排除されて、団体対成員の關係が認められるにすぎないが、それは成員相互の關係が実質的にも存在しないと云うのではない」⁽³⁷⁾として、形式的意味の社団が同時に形式的意味における組合でもありうること、⁽³⁸⁾換言すれば、社団が組合性を兼有しうることを認めておられる。

これに対して松田博士は、社団と組合とが互に相排斥する概念であるとして、右の見解に鋭く反対されている。すなわち、松田博士によれば、「社会上存する人的結合は、構成員数の極めて少数のものから極めて多数のものまでをも含み、その団体性の強弱についても、無数の段階が存在する。しかるに、法はこれに対して「社団」及び「組合」という二つの形態だけを与えたため、社会上存する無数の結合は、これをこの二つのうちのいずれかに属せしめて、法律的考察をすることを必要とする」⁽⁴⁰⁾。そして、「社会上無数のヌアンスを有して存在する私法上の人的の団体をば、社団と組合のいずれかに属せしめて律することは、……(中略)……若干きこちなさを感じすることもあり得る。しかしそれは定型の必然であり、宿命である。しかも注意すべきことは、ここにいう「社団」と「組合」とは、互に相排斥する概念であることである。社団は組合たり得ず、組合は社団たり得ない。両者の性質を兼有するところの組合的社団又は社団的組合というような鵠的存在は許されない」⁽⁴¹⁾と主張されている。

はたして社団と組合とは互に相排斥する概念であるのか、ないのか。さらに根本に遡つて、両者の本質的な違いは一体、どこにあるのだろうか。

(31) 松田・前掲基礎理論一二三頁以下、前掲理論一三七頁以下、前掲研究一五五頁以下。

もつとも博士は、組合と社団の区別の標準を契約的關係の有無に求めるのは、かかる質的差異のよつて生ずる所以を看過するものであつて、それは社会学上における数の作用により理解すべきものであるとされているが、片や、構成員の多少は社会学の考察にすぎなく、これを以て概念上の区別の標準となしえないとされている(前掲基礎理論一二七頁)。それ故、鈴木教授の指摘されるように(前掲松本記念六七頁註③)、松田「博士もまた、構成員の多少

にかかわらず、契約関係ないし社団関係が存しうることを認められる」ともとみるべきであらう。

- (32) これに対して星野・前掲法協八四巻九号二二頁以下は、「契約関係による結合の可能性をもつて区別の標準とする点には問題がある。というのは、構成員の数が多くても、多くの事項を全員一致で決めると定めるとは可能であり、構成員間の利害対立の少ない団体（例えばクラブや公益を目的とする団体）においては、現実にもそれで行けるのである。従つて、この点まで標準とするのは適當でないように思われる」と批判されている（なお、二四頁註(2)も参照）。

しかし、ここで問題なのは、全員一致による決定の可能性ではなくて、構成員相互の契約関係による結合の可能性である。ちなみに、松田・前掲概論一八頁によれば、「合名会社又は合資会社においても定款により多数決による旨定めたときは多数決によることがあるが、これは当然の多数決でなく、定款という契約に基づく多数決である」とされ、「合名会社と合資会社は契約によつて結合するから組合であり、株式会社と有限会社は『当然の多数決』によつて結合するから社団である」とされている。

- (33) 鈴木・前掲松本記念六二頁。

- (34) 鈴木・前掲松本記念六三頁。

- (35) 鈴木・前掲松本記念六三頁ないし六四頁。

- (36) 鈴木・前掲松本記念六七頁註(3)。

- (37) 鈴木・前掲松本記念七七頁、六六頁。

これに対して、松田・前掲研究一七〇頁ないし一七一頁によれば、この場合の「実質的」の意味は明らかに「個性の濃淡」という意味ではないから、ここではまさに「実質的」の名の下に成員相互の関係を肯定されているわけで、教授の議論の発端と共に、教授のいう「実質的意味における組合」の概念が次第に明瞭性を失ひ、終に不当にもそのうちに成員相互間の契約関係の存在をも含むに至つたことを、指摘せざるを得ない。これは概念の混淆でないであらうか」と批判され、そして鈴木教授の所説は「畢竟漠然と社団と組合とを結合するものに外ならない」（二七四頁）と主張されている。

- (38) 松田・前掲研究一六七頁によれば、「私が最も不当と思わざるを得ない点は、合名会社が社団方式を探ることは例外的に社員間の法律関係が存在することを必ずしも否定するものでないとの教授の主張である。〈原註(2)鈴木前掲六六頁〉これは、社団が組合性を兼有し得るとの主張に外ならない。」としてさらに「鈴木教授は合名会社をば実質的意味の組合であつて、形式的意味の社団とされ、これをもつて理論の出発点とされたのであるが、ここに至つて教授は合名会社が形式的意味における社団であつて同時に形式的意味における組合であり得ると主張され出したのである。これは明かに理論の混乱である」（一六八頁 註(3)）と批判されている。

確かに、鈴木教授は「形式的な組合と社団の対立自体は成員相互間の関係をいかに法的に処理するかの問題にすぎないのであつて、実質的にみれば、組合において成員相互の関係たるものが、社団においては、団体を軸とする団体と成員間の関係に形式的に變貌し、そしてその内容が社員関係のうちには吸収される」（前掲七七頁ないし七八頁）とされ、「形式的な社員関係も、組合における成員相互間の関係が変貌したものである」（一八〇頁）とされ

るのであるから、両者の区別の基準はかなりあいまいなものと云わざるをえない。

(39) 勿論、鈴木教授は、「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」(前掲二頁)、これらは「理論上分離されるばかりでなく、実際上も常に必然的に結合するとは限らない」(二頁)。「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」(六五頁)とされるのであるから、従つて団体の社団性と組合性との両立が、教授の所謂実質的意味と形式的意味との間で可能なことは云うまでもない(平出・前掲北法二卷三号四頁註③もこの点を指摘される)。

しかし、これでは、星野・前掲法協八四卷九号二〇頁の指摘されるように、「視点の不統一が見られる」わけで、ここで問題としているのは、いわゆる形式的意味における社団と組合との両立の可能性の問題に他ならない。

(40) 松田・前掲研究一五五頁によれば、「因みに、ここにいう組合とは民法債権編の組合(民六六七以下)を指すものである。組合に広狭二義を認め、広義の組合中に狭義の組合すなわち民法債権編の組合と社団との両者を含みしめる見解も存するが、かかる広義の組合は本論文でいうところの組合のうちに含まれない」とされているが、同・前掲概論一八頁によれば、「組合は『各当事者が出資を為して共同の事業を営むことを約す』(民六六七)るものであつて、そこには共同の事業、共同の目的が存在しており、組合員は相互間に法律関係を締結するほか、共同して組合という団体を創造することを企てるものである。この意味で組合は決して単なる双務契約でなく、社団と並んで団体的関係に属するものである」とされている。

(41) 松田・前掲研究一五六頁、一六七頁、一六八頁、同・シンポジウム「法人論」討論における発言・私法三三三号一〇八頁以下、同旨 Lehmann=Dietz: Gesellschaftsrecht S. 5.

ところで、前述のような従来の基準に基づく区別のあいまいさを契機として、近時、組合と社団との区別に関する学説の傾向に、一、二の新しい方向が見られるに至つたことは注目に値する。

その一つは、組合と社団との区別が、いわば理念型(Ideal-Typus)としての区別であり、現実存在する団体には典型的な組合から典型的な社団に至るまで無数の連続系列があるとして、その法律関係もその実質的内容に依つて流動的に把握すべきことを説く学説である。⁽⁴²⁾

他の一つは、社会学的な見地から組合的団体と社団的団体とを区別することに、⁽⁴³⁾ どれほどの法律的な意義があるかをまず疑問とし、⁽⁴⁴⁾ さらに進んで実定法上の社団と組合との区別にしても、民商法は組合的団体と区別された意味での社団的団体で

あることを、法人たることの要件として要求してはいいないということをも前提的な根拠として、両者の区別は特別の意味をもたない⁽⁴⁵⁾とされ、結局のところ、現実の社会に存在する団体は、社団的団体から組合的団体に至るまで、無限の色合いをもつて連続しているから、これをある線で切つて、両側を截然と区別して取扱おうとするのは硬直であり実際に適しないのであつて、各種の団体につき各個の効果を考えれば足りるとする学説である⁽⁴⁷⁾。

(42) 福地俊雄「法人に非ざる社団について」神戸法学雑誌一六卷一・二号一三七頁以下、同「いわゆる発起人組合および法人の前身たる団体」法と政治一九卷一・二号一八三頁、同「法人の法的主体性と社会的主体性」法と政治一〇卷四号六〇頁、同「組合と法人」契約法大系VII三九頁以下。なお、福地・前掲神法一三七頁は、社団と組合との区別を絶対化するものは一つの大きな「ドグマ」とあるとし「Vgl. Wieland: a. a. O. S. 396ff.」、また同一一七〇頁は現実が存在する団体には種々雑多なものがあるから、これを一律に扱うべきでない、(同旨、平出・前掲北法一二卷三三二頁、星野・前掲法協八四卷九号五二頁以下)。ことに「団体有機体説の学者の創作にかかる極端な「単一性」の観念を、あたかも法律学上絶対の先験的カテゴリーであるかのようにみなして、それを基準に一律に処理することは、いわば悪く裏がえした自然法思想であり、法的構成の積極的機能を過少評価するものであるとおもう」とされる(福地・前掲契約法大系四一頁、四三頁、四五頁等)。

もつとも、福地・前掲神法一四〇頁、前掲契約法大系四五頁、「組合前注」注釈民法一七卷一三三頁ないし一四頁も、組合と社団との絶対的峻別を不必要とされ、誤りとされるだけで、その区別は一応認めることができる⁽⁴⁶⁾とされる。つまり、団体内部における成員の権利義務や第三者に対する成員の責任等について大よその基準を求めるため、いわば大ぶるいにかけて選別するという意味では、両者の区別に関する解釈学的基準を一般的に論究することも有益であるとされている(前掲神法一四〇頁、同旨、前掲契約法大系四五頁)。

(43) 福地・前掲契約法大系三九頁によれば、法的概念の基礎にある現実の社会関係の種類を指す場合には「組合的団体」・「社団的団体」の用語を用いて、現行実定法上の組合と社団との区別の視点との違いを指摘しておられる(同旨、前掲・神法一二三六頁、森泉・前掲商学論集三四卷四号一頁、平出・前掲北法一二卷二九〇頁、同・商事判例評釈昭和三〇年度四二事件評釈)。そして、このように団体の性質を考察する場合その社会学的見地からの区別と現行実定法上の区別との二つの視点の違いを指摘するのが一般的であるが(西原・前掲四八頁、服部栄三「会社の権利能力、行為能力及び不法行為能力」松本記念・会社法の諸問題九一頁、平出・前掲北法一二卷二九〇頁、同・前掲設立八四頁)、この点については後にまた述べるであらう。

(44) 星野・前掲法協八四卷九号二五頁以下。
(45) 星野・前掲法協八四卷九号二七頁以下。

(46) 星野・前掲註協八四卷九号五三頁註(4)によれば、このことはますますすべての学説の認めるところであるとされ、例えばとして、松田・前掲基礎理論一二四頁以下、同・前掲理論一四〇頁以下、最近では福地・前掲神法一六卷一・二号一三七頁を挙げておられるが、この点に問題のあることは後に述べ

(47) 星野・前掲法協八四卷九号五頁以下、同旨、福地・前掲神法一三四頁。

これら二つの学説は、いずれも、組合と社団とを、例えば単一性とか、あるいは個性の濃淡とか、あるいは構成員の数の多寡などと云つた抽象的概念により區別し、しかもこの區別を絶対視する従来の考え方を排する方向で主張されているものであるが、⁽⁴⁸⁾さらに共通しているのは、第一に組合と社団とを同一の次元における連続的な現象とみている点、および第二に、そのことを前提として、従つて団体の法律関係はその實質に即して各別に考察すべきであるとする点であろう。もつとも、第一の点については、従来の学説の中にも、社団と組合とが連続系列であることを認めるものがなかつたわけではないが、⁽⁴⁹⁾その場合でも依然として両者間に超え難い限界があるとされていたのに対して、⁽⁵⁰⁾右に述べた近時の学説は、両者が峻別されるべき異質のものではなくて、程度の差ないし色彩の濃淡、あるいはさらに両者の區別自体に殆んど意味を認めないという点で、従来の見解とは異なる主張を含んでいる。⁽⁵²⁾

そうなつてくると、問題として検討すべきは、単に社団と組合とが相排斥する概念であるか否かだけではなくて、さらに別の面から、社団と組合とは果して同一の次元における連続的な現象なのであるか、そしてそれらは、もはや根本的には區別されるべき異質のものではなくて、単に程度の差にすぎないものであるのか、あるいは、両者の區別自体に殆んど意味はないのか。ここまでくると、問題は完全に振出しに戻つて、そもそも社団と組合との関係が根本的に検討しなおさなければならなくなる。

(48) 森泉・前掲ジュリスト四一三号三五頁参照。

(49) 鈴木・前掲松本記念七六頁以下によれば、「実質的な組合と社団との対立においては、成員の個性が最も濃厚な団体と最も薄弱な団体とが、すべて団体を断然二分して相対立するのではなく、両者を相対する両極としてその間にニュアンスの異なる団体が相連続して並列するのであつて、全般的に社団性を有するものうちにも、社員個人の濃淡が存しうるものである」とされている。同旨、末弘・前掲一〇二頁、松田・前掲基礎理論一二四頁以下、同・前掲理論一四〇頁以下、同・前掲研究一五五頁以下。

(50) 森泉・前掲シュリスト四一三号三四頁、三七頁参照。この場合には、社団と組合とは同一次元における連続現象としてその境目を接しているけれども、あくまで別種の現象とみられており、従つて同一の集団は、組合であるかそうでなければ社団であるか、そのいずれかであるとされているように思われる。なお、松田・前掲研究一五五頁参照。

(51) 福地・前掲法と政治一九卷一号八三頁。なお、「この程度の差は成員の数の多少と重要な関係があること、学者が説くとおりである。しかし、そのことは大体の傾向として、多数の成員をもつ団体は社団的となり少数の成員の団体は組合的となりやすいというにすぎず、絶対的なものではない」(八三頁)とされている。

(52) 星野・前掲法協八四卷九号二七頁以下。

二、外国における理解の仕方とその基盤

右に見てきたように、「社団」と「組合」との区別に関するわが国の従来の見解は、通説的な理解にしろ、松田二郎博士の見解にしろ、さらに鈴木竹雄教授の見解にしろ、それぞれ区別の基盤こそ違うがいずれにしても、社団と組合とを、人的結合の二つの基本型、つまり原理的に異なる対立物として基本的に把握していると云つてよいと思われる。そして、このようになわが国における従来の学説の主たる傾向は、恐らくは、ドイツにおける団体の理論、殊に *Boseler* が基礎づけ *Otto von Gierke* が構築した *Genossenschaftstheorie* の影響の下に、社団と組合との対立を強く打ち出し、両者を性質の異なる二つの基本形態としてみているドイツの学説の強い影響を受けたものと推考される⁽⁵²⁾。

しかしながら、ここで根本的に検討をしてみなければならぬと思われるのは、わが国の実定民法が法人たりうる実体として「社団又ハ財団」を予定し(民三四)、商法が会社たりうる実体として営利を目的とする「社団」といい(商五二、有一参照)、また民事訴訟法が訴訟上の当事者能力を与えうる実体として一定の要件を備えた「社団又ハ財団」と規定している(民訴四六)、これらわが国の実定法が、そもそもいかなる実体をそのような名称・用語・法文で以てとらえ、規律しようとしたのか、ということではなければならない。云いかえれば、そもそもドイツにおけると、わが国におけるとで、それぞれ社団、

財団、組合に関する実定法制定の経緯、その背景などを考えた場合、果して両者を全く同様に解すべきであるかどうかを、ここで詮索してみる必要があるかということでもある。

(1) Lehmann=Dietz: Gesellschaftsrecht, S. 6.

(2) 松田二郎「会社の組合性と社団性」株式会社法研究一五二頁以下によれば、ルノーによつて株式会社社団法人説が確立される以前には、すべての会社を商事会社の名称の下にまとめ、組合と解していたようであるとして、Hahn: Commentar Zur Allgemeinen Deutschen HGB, 1863 S. 205 f. を引用しておられる。

ドイツ法における従来の一般的な考え方は、とかく社団と組合とを鋭く対立させていた点において、⁽³⁾ まず大きな特色があったわけであるが、仔細にみていくと、その背景はわが国の場合と必ずしも同じではないように感じられる。

背景の違いの一つは、ドイツ民法典は、わが国の「社団」に相当するものを Verein (BGB §821f)、「組合」に相当するものを Gesellschaft (BGB §§705 ff) と規定しているが、しかし商法典では、わが国の「会社」に相当するものを Handelsgesellschaft と呼んで、合名・合資・株式・株式合資・有限会社等各種類の会社にすべて Gesellschaft の用語を用い、⁽⁴⁾ 匿名組合も Stillegesellschaft と呼んで、法文上これらの人的結合は等しく Gesellschaft という用語を基礎にして構成される⁽⁵⁾ ことがまず第一点。

第二に、従つてこの Gesellschaft という用語はいわば多義的なものであり、ドイツでは Gesellschaftsrecht と題する書物が少なからず刊行されているが、それらを見ると、⁽⁶⁾ いずれも Gesellschaft 概念を広狭二つの意味に使い分けており、⁽⁷⁾ 広い意味では共同目的のために自由意思に基づいて結合した人の集団・団体を考え、これをさらに「社団」と「組合」との二つの基本形態に分けている。すなわち一つは、団体としての独立性ないし単一性 (Einheit) をもつところの社団 (Verein) と、他の一つは、構成員の複多性 (Vielfalt) を認めうる組合、すなわち狭い意味での Gesellschaft とに二分している。この広狭二義の使い分けが第二点。

第三に、この広義の Gesellschaft の中に含まれるものとして Gesellschaftsrecht の書物が取扱つてゐるものは、各種類の会社その他実に多種多様なものが挙げられているが、それらのうち、*社团 (Verein)* の団体的な構造をもつたものとして挙げられてゐるのは、

株式会社 (Aktiengesellschaft)・株式合資会社 (Kommanditgesellschaft auf Aktien)・有限会社 (Gesellschaft mit beschränkter Haftung)・登録協同組合 (Genossenschaft)・相互保險会社 (Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit)・鉱山法上の鉱山会社 (bergrechtliche Gewerkschaft)

であつて、これらが BGB §21 の登録社團 (eingetragener Verein) を含めて、法人であるとされており、これに対して、民法上の組合の構造に基づいて構成される団体、すなわち狭い意味の Gesellschaft として挙げられてゐるのが、

合名会社 (offene Handelsgesellschaft)・合資会社 (Kommanditgesellschaft)・匿名組合 (Stillegesellschaft)・船舶共有 (Reederei) であり、これらは BGB §§705 ff. の民法上の組合と共に、法人格をもたないものと理解されてゐる。⁽⁸⁾

これら指摘したいくつかの点は、何を物語つてゐるかと言ふと、まず、ドイツにおいては、人の集合体・団体が法人格を有する場合にはその団体は、その構成員とは別個独立の単一性をもつた「社團」である、と言ふか、単一性をもつた「社團」のみが一定の要件の下に法人たりうる。反対に、組合をはじめ合名会社、合資会社など狭い意味の Gesellschaft は法人たりえないとされてゐるわけで、つまり「社團」であることと「法人」であることとの間に必然的な繋がり⁽⁹⁾を求めたという背景があつたこと、このことが一つ。

それから二つめは、ドイツにおける会社法は独自の発達の歴史と勿論固有の特別規定をもつてゐるとは云いながら、殊に合名会社、合資会社の場合、わが国の場合と違つて、法人でない⁽¹⁰⁾とされ、しかもそれは、狭義の Gesellschaft として民法上の組合の構成をもつものであるからと解されてゐるから、従つて民法の、殊に組合に関する規定がこれらの商事会社⁽¹¹⁾に直

接適用される⁽¹¹⁾ (HGB §105 II, §101 II 参照)。従つてドイツの場合、組合と商社会社との間にもとも共通の基盤があつたことを示している。つまりドイツでは、単なる用語の問題ではなくて、むしろもとも共通の基盤の上にあつたものを、法人格との結びつきで、社団と組合とに分けたのだということ、これが第二点。

ところが、わが国では、後に詳述するように、もともとは今日いわゆる民法上の組合を「会社」とよんで、これを前提に「民社会社」(つまり今日の組合)と「商社会社」(つまり今日の会社)とを規定していたから、両者は共通の基盤と用語とをもつていたことは明らかであつたわけであるけれども、現行法では、ドイツという狭義の *Gesellschaft* つまり社団と対立する意味での *Gesellschaft* に相当するものを「組合」とよび、*Verein* に相当するものを「社団」とよんで、しかもこれらとは全く別に「会社」という用語を用い、会社も社団の一つである、従つて合名会社も合資会社も皆社団であるという規整の仕方をしている(商五二)。しかもその上、民法三五条などは「商社会社」という言語さえ残して⁽¹²⁾、形式的には、それらの用語をそれぞれ使い分けると同時に、これら相互の関係、殊に社団と組合との関係については実定法は直接には何も触れていない。その結果、学説は、例えば合名・合資会社につき形式的には社団で実質的には組合であるなど⁽¹³⁾という議論を生み出し、社団・組合論はいまだ定説をみず、相変わらず混沌とした状態にあると云つてよい。

そこで、こうした混沌とした状態の中で何らかの解決のきつかけを掴むためには、「社団」・「組合」さらには「財団」等の実体とその相互関係を、わが国実定法の立法の沿革を探り、立法の意図を究めることによつて正しく認識しなければならぬと思われるが、後に詳述するように、古くは民社会社(つまり今日の組合)も法人たりうると考えられていたことや、会社は法人であることが多く組合はそうでないことが多いなどと考えられていたことなどを併せ考えるならば、わが国の場合もともと、少くとも法人格との直接的ないし必然的な係わりで、今日いうところの社団と組合とを対立させ區別していたわけではなかつたと云えそうである。

しかし、それはともかく、ここでは、ドイツにおける社團と組合との考え方のありましとその背景が、わが国の場合と必ずしも同じでないことだけを述べておきたいと思う。

- (3) Enneccerus-Nipperdey: a. a. O., Bl. I S. 621ff., S. 693 f., Larenz: Allg. Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts S. 101ff., Lehmann-Dietz: Gesellschaftsrecht. S. 6 f. Hefermehl: Allgemeine Bemerkungen zum Gesellschaftsrecht. Begriff und Rechtsgrundlagen. JURA EUROPAE I 10. 10. 1. 松田二郎「シンポジウム法人論」における発言・私法三三号一〇七頁、喜多川篤典・同私法三三号一〇七頁。
- (4) なお、株式会社および株式会社と有限会社とを同じくするのはそれぞれ特別法がある。
- (5) 前記註(2)参照。その他 Wieland: Handelsrecht. S. 346 ff. 参照。
- (6) Hueck, A.: Gesellschaftsrecht. S. 1; Lehmann-Dietz: Gesellschaftsrecht. S. 3; Hefermehl, W.: Gesellschaftsrecht. JURA EUROPAE I 10. 10. 1.; Wagner, K.: Gesellschaftsrecht. S. 6 f.; Stehle, H.-Stehle, A.: Die Gesellschaften. S. 14.
- (7) この点については Enneccerus-Nipperdey や Larenz などの教科書にもよく同様である。Vgl. Neubecker: Vereine ohne Rechtsfähigkeit. S. 4 f. Westermann: Personengesellschaft. S. 3.
- (8) 前記註(6)参照。
- (9) この点は、法人实在説との係わりもあるのだという指摘がなされている。松田・シンポジウム法人論における発言・私法三三号一〇七頁、喜多川篤典「法人理論の問題性」社会科学の基本問題下五四頁以下。
- (10) O. von Gierke: Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung. S. 48 ff. 他通説である。ただし Kohler, J.: Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person. ZHR. Bd. 74 S. 456 ff. (mit Entgegnung von Karl Lehmann)
- (11) この点は、わが国で、社團と規定され法人とされる合名・合資会社の内部関係については、組合に関する民法の規定を準用しているやり方(商六八、一四七)と対比できる。
- (12) 詳細は後述するが、改正法の手落ちと思われる。後記三の註(33)参照。
- (13) 前述した鈴木教授の見解参照。

これに対してフランス法によれば、ドイツ法の意味での「社團」と「組合」との対立はないようであつて、しかも広く人的結合を契約的に、共通の基盤の上に理解していると云えるのではないかと思われる。⁽¹⁴⁾ 一方においてフランス民法典一八三二条が *sociétés* を「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のに対し、他方一九〇一年七月一日の特別法によつて認められた association は「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」であるとされ、これまた純粹に契約的に構成されている。そして、これら société 契約および association 契約の結果つくり出される共同関係、従つて集団・団体としての性格は両者全く同じものと解されており、結局両者の差異は専ら利益の分配という各当事者の契約の目的の有無だけにかかつてくることになる。⁽¹⁷⁾ 従つて、もし société を「組合」、association を「社団」と訳し分けるとすれば、⁽¹⁸⁾ フランス法上社団と組合との違いは目的の点での違いだけということになる。⁽¹⁹⁾ さらにまた、同じく société 契約でありながら商行為を目的とするか否かによつてこれがさらに société commerciale と société civile とに区別され、⁽²⁰⁾ そして従来前者を「(商事)会社」後者を「組合」と訳し分けられるのが通例であつたが、これを「商事的営利組合」と「民事的営利組合」と訳して、フランスにおける société の民商二法典間の制度上の有機的関連⁽²¹⁾⁽²²⁾ という共通の基盤を強調する立場もある。

要するに、フランス法では、その集団・団体が当事者のいかなる目的をもつて契約され構成されるかによつて société と association とを区別し、さらに société を société civile と société commerciale とに分けている。云いかえれば、これらを従来の慣用に従つて、社団、組合、会社という風に訳すとすれば、それらの団体としての組織上の違いは、目的以外の点では皆無ということになり、従つて、すべて契約ないしそれに基づく団体として、共通の基盤をもつてると云えようかと思ふ。

そうなると、少くともフランス法の場合、社団、組合、会社等を共通の基盤の上に理解しながらも、先にみたドイツ法的に、法人格との必然的な結びつきでは、社団と組合とを区別してはいないということが指摘できるであらう。⁽²³⁾

(14) 松田・前掲研究一五三頁、同・前掲私法三三三号一〇七頁。

なお、フランス法における *société* と *association* との関係については、倉沢康一郎「営利社団法人の意義」法学研究四四卷三三二—三三三頁以下に詳しく。

(15) この *société* 契約の本質については Colin, A. et Capitant, H.; Cours élémentaire de droit civil français. Tome II, par de la Morandière, n. 1156 (p. 763)

(16) 倉沢・前掲法研四四卷三三二—三四頁。

(17) 倉沢・前掲法研四四卷三三二—三五頁によれば、従つて個人の意思に基づく永続的なすべての集団は、必然的にそのいずれかに帰属することになるものとされる。

(18) 山本桂一・フランス企業法序説八頁によれば、前者を「営利組合」、後者を「非営利社団」と訳されている。

(19) この点には Church, E.; Business Associations under French Law, p. 3 も強調している。

(20) この点については、山本桂一・前掲一三頁以下、Bastian, D.; Verschiedene Gesellschaftsformen JURA EUROPÄE I. 30.00.4. 坂田十四八「会社設立をめぐる団体的理論と私的契約法的理論——株式会社を中心として——」法学新報七七卷一・二・三三—三三二頁参照。

(21) 山本桂一・前掲八頁註(七)。なお、同教授によれば、フランス民法制定当時の *société* は、一種特別の内容をもつと思われるから、わが国の組合も会社も正確にはこれに当てはまらないのではないかと指摘されている。

(22) このことは、民法典規定の商事会社への適用の有無と係わりをもち、原則としてそれが肯定されることをも意味する。山本桂一・前掲一九頁、二〇頁、坂田・前掲新報一七二頁参照。

(23) ちなみに、一九六六年七月二十四日のいわゆる新会社法第五条第一項によれば、「商事会社は商業登記簿に対する登録の日から法人格を享有する」と規定して、従来法文になく理論上認められていた商事会社の法人格を明文で確認している。

Lyons-Caen et Renaut, Traité de droit commercial Tome II, n. 105 et n. 123. 大森「商一般」仏蘭西商法 I (現代外国法典叢書⑨) 九八頁、木村・柳瀬「財産取得法(3)」仏蘭西民法(同⑩)二〇九頁、山口幸五郎・加藤徹「フランス新会社法」(阪大法学六七号二五八頁等参照)。

右にみたフランス法上の取扱いおよびその理解の仕方と殆んど同じなのは、ベルギーであり、ルクセンブルグもまたそれと同様(23)(24)なようである。

これに反して、オランダでは、社団と組合との厳格な区別はなされていないようであり、この点は、英米法の場合もほぼ同じようにみてよいと思われる(25)。

(25) Charley del Marmol et Léon Dabin; Allgemeine Bemerkungen zum Gesellschafts JURA EUROPÄE I 20.00.1—2

- (25) Bernard Delvaux, *Verschiedene Gesellschaftsformen* JURA EUROPÄE I 50, 00, 8~
- (26) 『ドイツの法律』 法律に云々、フランス法に於ては、法律は必ずしも前述のような截然たる区別をして明確に用語を使い分けざるわけではなく、時々して用語は不統一がみられることが指摘されてゐる。Daniel Bastian: *Verschiedene Gesellschaftsformen*. JURA EUROPAE I 30, 00, 5; Charley del Marmol et Léon Dahin; a. a. O. 20, 00, 2
- (27) Willem van der Grinten: *Verein und Gesellschaft* (Vereiniging en vennootschap) JURA EUROPÄE I 60, 60, 6~7
- (28) Gower, L. C. B.: *The Principles of Modern Company Law* pp 3 et seq; Schmitthoff and Thompson; *Palmer's Company Law*, p. 3, p. 101; Ballantine: *On Corporations* pp. 1 et seq. 松田・前掲研究一五四頁、喜多川・前掲法人理論の問題性五四頁、坂田十四八・前掲新報七七卷一六八頁以下。
- なお、戸塚登「英米会社法における法人性の特質」阪大法学六七号六八頁によれば、「ある人的結合が社団・組合のいずれであるかの点は、英法では組合と信託の法理によつて株式会社類似の多様な企業形態を考察した経験に照らせばこれらを明確に区別して論じたことがないようである」と指摘しておられる。

(未定)