

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

Title	『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
Sub Title	Verein, Stiftung und BGB-Gesellschaft (2)
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.9 (1973. 9), p.86- 114
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19730915-0086

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.

『社團・財團・組合』管見 (一)

——主としてわが国の実定法における「社團」概念の展開とその背景の考察をもとに、社團・財團・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、社團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……以上前号
- 三、わが国の実定法における社團・財團・組合規定の沿革とその背景……以上本号
- 四、社團・組合・財團の理解の仕方とその相互関係……以下次号
むすび

二、わが国の実定法における社團・財團・組合規定の沿革とその背景

右のように、社團や組合さらに会社といった広く団体に関するいくつかの外国の法規制の例を眺めてみると、組合にしろ社團にしろ、各国それぞれ固有の法体系と固有の用語法をもつてゐるわけで、同じく社團と云い、あるいは組合

と訳し、あるいは会社と呼んでも、決してその内容・範囲が完全に一致しているとは云い切れないであろう⁽¹⁾し、それらは各法体系の基盤とその社会的背景との関連で、それぞれ固有の事情が把握されなければならないようと思われる。

そこで、わが国においては、果して社団あるいは組合、さらには財團という用語の下に、実定法が一体いかなる社会現象をとらえて規整しようとしたのであるか、云いかえれば、わが国の実定法がいかなる意図の下にいかなる現象を規律の対象にしたのか、その際その現象をいかなる角度からとらえ、それを何と呼んでいるかを、実定法制定当時の出発点、つまり立法時の原点にまで立ちかえつて探究してみる必要があるのではないかと思われる⁽²⁾。無論、このように立法時の原点にまで立ちかえつて法文の意義を求めることが必要な理由は、法の解釈というものが疑もなく立法の趣旨にそるべきものであり、そしてその立法の趣旨は法条の用語文章に表彰されている筈のものであるが、その用語法文の解釈は、その立法時点の時代的社會的背景との関連においてのみ初めて正しくなぞれうべきものと考えられるからである⁽⁴⁾。

- (1) 松田鉄太郎「日本商法論卷之二」一一页。
(2) 社団・財團等に関する実定法としては、後述する民・商・民訴法の他、例えば所得税法・国税徵收法・法人税法・地方税法・行政不服審査法・特許法などがあるが、本稿ではこれらには触れない。

(3) この点について、立法の沿革的研究の必要性をはやくから強調されたのは、松田一郎博士であるが（前掲基礎理論九一頁、前掲理論一五〇頁、前掲研究一六四頁）、比較的多くの点に触れておられるのは、星野英一「いわゆる権利能力なき社団について」法協八四卷九号一七頁以下である。

- (4) Heck, P.; *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*. S. 8, S. 64, S. 11ff., S. 192f., S. 209, S. 217; Derselbe, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. S. 4ff.

まず明治二三年のいわゆる旧民法は、財産取得編第六章「会社」第一節「会社ノ性質及ヒ設立」の中で、「会社ハ數人カ各自ニ配当スヘキ利益ヲ収ムル目的ニテ或物ヲ共通シテ利用スル為メ又ハ或事業ヲ成シ若クハ或職業ヲ営ム為メ各社員カ定マリタル出資ヲ為シ又ハ之ヲ諾成スル契約ナリ」（一一五条）と規定し、利益配当を目的とした共同事業のための出資契約を「会社」と呼んでいる。そして同一六条は「商事会社ニ特別ナル規則ハ商法ヲ以テ之ヲ定ム」とし、これをうけて旧商法、

は第六七条に「商事会社ハ共同シテ商業ヲ営ム為メニノミ之ヲ設立スルコトヲ得」と規定していたから、従つて旧民・商法は、「会社」を商業を営む目的をもつ商事会社とそうでない民事会社（一一八条）とに大別していったことになる。ところが、このうち旧民法の方は、彼の有名な法典論争の結果施行されないことになつたから⁽⁵⁾、一部施行された旧商法の規定だけを実定法として「会社」なり「商事会社」の意義を定めなければならなくなつた。もつとも、一般の解釈では、先の旧民法の規定との関連で、いわゆる「会社」の意義を考えていたようである。⁽⁶⁾

そこで、旧民・商法の規定をみてみると、同じく契約でありながら売買などについては「契約ヲ取結ブ」と云つているのに対して、会社の場合には民事会社も商事会社もこれを「設立」すると云つており、また会社契約の効果としての出資については「会社ニ対シテ」なされるべきことが云われ、また「会社ノ受ケタル損害」というように、「会社」なる用語を会社契約の意味と、その契約に基づいてできあがる人の集團・団体の意味との両方の意味に使つてはいたようみうけられるが、ここではとりあえず一応の仮説としておく。

(5) いわゆる法典論争や旧商法の一部施行に至つた事情、さらにいわゆる新民・商法の制定に至つた事情については、福島正夫「日本資本主義の発達と私法」法律時報二五巻七号六一頁以下、九号六九頁以下、一〇号七四頁以下に詳しい。

(6) 志田・前掲二頁。

(7) この点は、旧商法七三条「会社ハ特立ノ財産ヲ所有シ又独立ニシテ権利ヲ得義務ヲ負フ殊ニ其名ヲ以テ債権ヲ得債務ヲ負ヒ動産、不動産ヲ取得シ又訴訟ニ付キ原告又ハ被告ト為ルコトヲ得」の規定などからも推測される。

次いで、明治二九年帝国議会に提出されたいわゆる新民法の草案は、その第一編總則第二章に「法人」を規定し、第二編債権第二章契約第一二節に「会社」を規定した⁽⁸⁾。この点につき、明治二八年九月二日第一〇八回の法典調査会に提出された原案は、「会社契約ハ各当事者カ共同ノ目的ヲ達スルニ必要ナル出資其他ノ事項ヲ約スルニ因リテ其効力ヲ生ス」とあつたが、審議の結果、「会社契約ハ各当事者カ出資ヲ為シテ共同ノ事業ヲ営ムコトヲ約スルニ因リテ其効力ヲ生ス」と改められた⁽⁹⁾。⁽¹⁰⁾、⁽¹¹⁾

これをみると、この新民法草案は、旧商法にいわゆる商事会社がここにいう「会社」の一種であるのかそれとも全く別種のものであるのかについて何ら規定していないけれども、同じく「会社」なる文字を用いている以上は、ここにいう会社も旧商法にいう「商事会社」も、ともに同一の性質を有するものと考えていたとみてよいと思われる⁽¹²⁾、またこの草案は、会社と社団法人とを各別に規定しようとしている以上は、いわゆる会社には法人たる社団を包含しないものとみていたことになると指摘されている⁽¹³⁾。

さらにこの草案は、営利を目的とする社団を商事会社に関する規定に従い法人となしする旨を規定しているから、当然商事会社の法人性を前提としているが(旧商七三条参照)、もしそうであるならば、結局この草案は、法人たる商事会社が法人でない会社の一種である、という風に考えていことになつて、今日一般に理解されている「会社」なり「組合」の観念を以てしては到底説明しえないような矛盾を示すことになつてしまふであろう。⁽¹⁴⁾

けれども、この点は、後にも述べるように「会社」の概念が当時は広く人の集まり、つまり何人かの人人が共同の目的のために集つた集合体という程度の意味に解されていた、あるいは少くともそのことを前提にしていたと解することによつて、その矛盾を解消しうるのではあるまいかと思考される。⁽¹⁵⁾

(8) 民法成立過程研究会「明治民法の制定と穂積文書——『法典調査会穂積陳重博士関係文書』の解説・目録および資料——」によれば、法典編纂の方法は、法典調査規程第一条には「単独起草合議定案」とあるが(同一一八頁、一一二頁も参照)、明治六年三月二一日の穂積博士「法典調査の方法に関する意見書」(前掲文書一六頁)や民法修正原案(甲号議案)(前掲文書二一頁)、さらに穂積博士「前二編議会提出理由説明草案」(前掲文書一二八頁)によれば、「分担起草合議定案」とされ、具体的に云えば、法人の部分は穂積博士であり、組合の部分が富井政章博士であることは、ほぼ間違いない(前掲文書二七頁、二九頁、五三頁、五五頁、七三頁以下等)。

(9) 法典調査会議速記録三七卷四丁表裏。なお、民法第一議案四二七丁によれば、この議案は甲第四二号として明治二八年七月二〇日に配布されている。

(10) 富井政章起草委員の「共同の目的を達するということが主眼で出資をなす」とは手段にすぎない」(法典調査会議事速記録三七卷五一丁表)という

説明と修正提案(同五七丁表)とに基づく。

(11) これは、ローマ法、スイス債務法、ドイツ法の主義にならつて(民法修正案理由書六七四条の理由、梅謙次郎「民法要義卷之二」七八一頁)、從来の私法的な営利ないし利益配当を目的とするものに限らず、「広く」(梅・前掲七八三頁)会社を認めたものである。

(12) 志田・前掲日本商法論三頁。

(13) 志田・前掲三頁。

(14) 志田・前掲三頁。

(15) この仮説に基づいて、旧商法規定と新民法草案との関係を考えてみると、会社契約に基づいて営利を目的とする団体を商法の規定によつて設立した場合には、商事会社として法人になるが、同じく会社契約によつても、営利を目的としない団体を作つた場合には、それは単なる会社であつて、当然には法人にはならない、ということで、前後矛盾なく理解することができるものではあるまいか。

右に述べたように、「会社」という法文の用語が、営利にしろ非営利にしろ、共同目的達成のための契約を指し、また同時に、その契約に基づきできあがる人の集合体を意味していたと思われる点は、この草案に関する法典調査会での起草委員富井政章の説明からも伺われるわけで、彼はこう云つている。「会社ト云フ辞ハ何ウモ一般ノ人ノ感ジニ契約ノ結果即チ契約ニ依テ出来タモノ即チ商事会社ノ如キ法人ノヤウナ感ジヲ持ツ人ガ多ウゴザイマス何ウカ今一層優ツタ辞ハアルマイカト色々ニ吾々ハ考ヘテ見マンタ組合トデモ云ツテ見ヤウカオハ結社トデモ云フテ見ヤウカト色々ニ考ヘテ見マンタケレトモ孰レモ充分デナイ兎モ角モ会社ト云フ辞デ通ツテ居天レカラ会社契約ト云ワンナラヌ所ガアル其場合ニハ矢張リ外ノ辞ヲ使ツテハ余程聞エガ悪イ旁々仮リニ会社ト云フ辞ヲ存スルコトニ致シマンタ」と。
^{(16) (17)}

これに對して、委員の一人長谷川喬は、「日本デ今日迄ノ有リ来タリ殊ニ商法ガ実施セラレタ以来ト云フモノハ会社ト云フモノハツノ团体デアルト云フコトヲ人ガ想像シテ居ルニ違ヒナイ然ルニ此処ニ謂フ会社ト云フノハ团体デハナイ然ウシテ矢張リ会社ト云フ名義ヲ附ケルト是迄人民ガ信ズル所ノ会社ニ非ズシテ会社ト云フ名ヲ附ケルコトニナツテ人民ヲ迷ハセル」、「又組合ト云フコトモ考ヘタト云フコトデアリマスカ私ハ組合ト云フタ方ガ寧ロ此処ニ謂フ会社ト云フモノヨリハ事

実ニ近クテ且ソ私が挙ゲタ所ノ害ハナイノデハナイカト思フ⁽¹⁹⁾と述べ、再度質問している。

この点について、富井委員は、「夫レハ組合トナツタ所ガ私ハ格別反対デモナイ」⁽²⁰⁾、「文字ノコトハ何ウナツタ所ガ格別反対ハシナイ」⁽²¹⁾と答えているが、同じく起草委員の一人梅謙次郎は、起草の段階で何故に「組合」という表現をとらなかつたかについて、要旨次の通り述べている。すなわち、もし組合という文字にすると「会社ト云フ字ハ無論商事会社ノミニシカ用キヌト云フヤウニ聞エル」しかし「從来日本人ハ商事会社ニ非ザレバ会社ニ在ラズト云フヤウニ法律家ヲ始メトシテ素人ハ思ツテ居リマセヌ」、もしそのように改めるとすると、「少ナクトモ是迄漁業会社トカ鉱山会社トカ云フヤウナモノハ鉱業条例杯ニ皆会社ト云ツテアル夫レガ皆一片ノ此法律が出ルト一変シテ仕舞ツテ組合トナツテ素人ハ矢張リ会社ト見ルケレドモ法律家ノ目カラ見ルト会社デナクシテ組合ニナツテ仕舞ウ夫レハ如何デゴザイマセウカ從来会社ト云フ辭ハ先刻岸本君ノ仰セニナツタ通リニ箕作さんノ仏蘭西民法ノ翻訳ガ出テカラ此方日本デハ素人デモどんなモノデアルト云フコトハ知ツテ居ツテ世間一般ニ広マツテ居ル位デアリマスカラ余程ノ必要ガナケレバ改メタクナイト云フ考ヘデアリマス⁽²²⁾と述べている。

そこで、「会社」という用語を「組合」と改めるという修正説について議長が採決したところ、その場では少數で否決されたのであるけれども、それに基づく政府案は、衆議院特別委員会においてやはりこの「会社」という用語が問題とされ、結局「組合」という語に修正されるに至つた。特別委員会の議事録によれば、このような修正を加えたのは、「唯タ從来ハ用例上会社ニハ法人タルモノ多ク組合ニハ法人ニ非ザルモノ多キヲ以テ組合ナル文字ヲ用ユルコト比較的穩當ナリト認メタルカ為メ」⁽²³⁾である。⁽²⁴⁾

(16) 法典調査会議事録三七巻四丁表、同盲五丁表。

(17) 民法修正案理由書(自第一編至第三編)第二二節会社の所では、「本節ニ所謂会社ナル文字ハ会社ノ契約ヲ指スモノナリ本来会社ナル語ハ寧ロ契約

ノ結果タル團結其モノヲ示スモノナリト雖モ他ニ適當ノ文字ヲ發見セサルヲ以テ遂ニ此語ヲ用ヒタリ」(一頁)と説明されている。同旨、梅謙次郎「民法要義卷之三」七八一頁ないし七八二頁。

(18) 法典調査會議事速記録三七卷二九丁表裏。

(19) 同右三七卷二九丁裏。

(20) 同右三七卷三〇丁裏。

(21) 同右三七卷三一丁表。

(22) 同右三七卷四三丁裏。

(23) 同右三七卷四三丁裏。

(24) 岸本辰雄委員は、「仏蘭西民法ノ翻訳ガ出来テカラハ会社ト云フ文字ガ日本人民ノ脳髄ニ染ミ込ンデ居ル」と述べている(前掲議事速記録三七卷三九丁表)。

(25) 算作麟祥訳「デルソル氏仏蘭西民法解釈司法省藏版」(明治一六年一月拵会社出版部翻刻)によれば、フランス民法一八二三条以下の *Du contrat de société* を会社の契約と訳して「第千八百三十二条ニ会社ノ義解ヲ載セテ曰ク「会社トハ一人以上ニテ互ニ或物ヲ共通シ其利益ヲ分担ト為スノ契約ナリ」とある。

なお、ボアソナード氏起稿「再閲修正民法草案註釈第三編中卷(特定名義獲得ノ部)によれば、第一五章特定名義ノ会社第一節会社ノ性質及ヒ設立として第一二六四条に「会社ハ一箇ノ契約ニシテ之ニ因リ一人又ハ數人カ財産ヲ共通シテ之ヨリ得可キ利得ヲ相共ニ分配セントラムノモノナリ(仏民第千八百三十二条)」(八九頁)とある。

また、ブーフ著司法省訳「仏國商法略論」(司法省藏版明治一〇年八月)においても、仏民一八三二条を会社の契約と訳している(五五頁)。

なお、算作の翻訳作業については、越智俊夫「商法典論争前史」松山経専論集七号一二三七頁参照。

(26) 法典調査會議事速記録三七卷四三丁裏、四四丁表。

(27) 同右三七卷四九丁表。

(28) 志田・前掲日本商法論「四頁、福島・前掲法律時報「五卷一号八五頁参考」。

なお、民法起草委員補助の一人仁井田益太郎は、民法修正案が議会において修正された経過について、座談会の席上次のように述べている(「仁井田博士に民法典編纂事情を聽く座談会」(昭和一三年六月二一日、仁井田益太郎、穂積重遠、平野義太郎「法律時報」〇巻七号二六頁))。

仁井田「其他格別の事はないであります、民法修正案には「組合」と云ふ字が無かつた。さうして「会社」と云ふ字を用ひた。然し、それでは商事会社と混同するだらうと云ふ意見が衆議院にあつて「組合」と直されたが、今日から見るとそれが良かつたと思ふ。」
穂積重遠「明治の初めには今で云へば社会事業の会社も会社と云つて居つた。出獄人救助会社などと云ふものがあつた。さう云ふ使い方をしたので

すね。大賀註、この点については、穂積陳重「続法惹夜話」三五「会社」の項に、重遠氏が編者後記として『明治初年には公益社団法人のことをも会社と云つた。著者自身の論文明治一七年九月法学協会雑誌第七号「出獄囚徒救助論」（穂積陳重遺文集第一冊三二一頁）中に、免因保護の公益社団も「出獄囚徒救助会社」と云つて居る』と書いている（二三六頁）。

○仁井田「会社と云ふのは、私共の記憶で云ふと、組合のやうな場合にも会社と云ふ文字を用ひて居ります。」

○穂積「ソサイテーと云ふ位の意味で会社と云ふ字を使ったのですね。」

（29）梅謙次郎・前掲民法要義七八一頁は、「余へ殆ト其何ノ故タルヲ知ルコト能ハス……（中略）：寧ロ組合ナル文字ガ会社ナル文字ヨリモ立法者ノ嗜好ニ適シタルニ因レリト謂フヘキカ」と述べている。

（30）なお、この間の事情は、明治一九年二月一八日衆議院第一読会に提出された民法修正案第二編第二節をめぐる質疑応答の中にも伺い知ることがであります。「修正法典質疑要録」（民法修正案理由書二七六頁ないし二七九頁）によつて、右に関連する質疑応答の抜萃を次に掲げる。

○中嶋又五郎「十二節の会社と云ふは一般会社と違ひ唯私に設けし組合体のものを指す御考なりや」

○富井政章「然り法人に非ざる契約と見しなり」

○中嶋又五郎「此会社と云ふ言葉は甚だ当らずして面白からずと思ふ組合とでもせば如何」

○富井政章「其意見は法典調査会の会議に於ても出てたるが少數なりし会社と云ふ文字の方が広く用ひられて居ると云ふが一の理由にして又一は本節の規定を書くに当たり会社と云ふ方が概して便利たり組合財産とか組合の債権者とか組合の債務者とか如何にも組合と云ふ文字にては分かれ悪しきなり

……（中略）……

○中嶋又五郎「先刻此第十二節の会社と云ふ文字に就て御尋せしが詰り私設組合の团体と云ふ解釈を下すに過ぎざることになれり去れば会社と云ふ名称よりは組合と云ふ名称が今日一般に利用しある事實に適合するならんと考へらるる会社と云へば色々法律に於て獨り民法のみならず商法其他の單行法にも会社と云ふ文字を以て商業会社其他法人たる所の会社に適用される次第にて效に現はれ居る所のものは単に私立の組合团体と云ふに過ぎざるべく組合と云ふことは他の法律に差障りなき大に都合の宜い文字ならんと思ふ而して此十二節の文本を悉く見れば成程社員と書く所を組合員と書けば一字殖へて少し書き悪く語呂の悪るき所があるけれども社員と書く所を組合員と書くとも差支なく總て会社と云ふを团体と書くとも差支なからん唯会社と云ふ文字を此處に現はしたる以上は会社は色々關係を持つて居り是等の疑を招く之を組合とすれば他の法律に差触りなくして今世の中にある数名の者が合して团体を造るものは組合と唱へ居り会社と云ふよりは却て世の中の事情に適合すると考へる故に十二節の会社と云ふ文字を總て組合と云ふことに修正したし」

○梅謙次郎「是は文字のことなれども商法に於て商事組合となすなりや民法に於て会社と云ふことになれば商事に關すると關せざるとが違ひ他の性質は同一なり然るに商法の方にて今の通り商事会社と唱へ民法に限つて組合と云ふことになれば余程変なことなれども商事に關するより之を商事会社と云ひ商事組合と云はず民法に於ては組合と云ふことがありて商事会社も商事組合も同じものであると云ふので宜しいと云ふ

御考なりや」

○中嶋又五郎 「商法の方も商事組合と直つて来るなり」

○梅謙次郎 「矢張商事組合とする御見込なりや」

○中嶋又五郎 「性質が違へば」

○谷沢竜蔵 「商事会社の外に組合と云ふものが出来る数人の者が組合つてすれば仮りに見やふと云ふなり 〔後略〕」

○梅謙次郎 「然らば商業をする者の組みしは商事会社と云ふ農業をする者の組みしは農事組合と云ふなりや縦令営利の目的に出でしものなるも」

○谷沢竜蔵 「商業にても或る会社の外の組合」

○梅謙次郎 「商業組合のやうなことを云ふ積りには非ず」

○谷沢竜蔵 「組合と云ふことに非ざれば日本にては大に紛はしくならんと思ふ故に此組合と云ふことに賛成す」

そうなつてくると、明治三一年に施行されたいわゆる新民法では、「組合」と「社団法人」、そして第三五条および第三六条に「商事会社」を規定し、他方すでに施行されていた旧商法の「商事会社」と対応していたわけであるから、用語上「組合」と「商事会社」なり「会社」とは一応区別はされたけれども、両者の違いは営利を目的とするか否かそして法人となるか否かの違いだけで、その他の点では同一の性質をもつもの、つまり組合契約の結果できるのは複数人が共同の目的のために結集している集合体・団体であり⁽³¹⁾、この意味では商事会社も変らないとして、両者共通の基盤の上に理解されていたところが、できると思われる⁽³²⁾。そしてこの関係は、翌明治三二年施行されたいわゆる新商法で⁽³³⁾、従来の「商事会社」を単に「会社」に改めたことによつても何ら變るところはないと云つてよい⁽³⁴⁾。

(31) この点はすでに指摘されている通りである。松田・前掲研究一六四頁ないし一六五頁、星野・前掲法協八四卷九号二八頁、福地俊雄「組合前注」注釈民法(17)二頁。

(32) ちなみに、梅謙次郎「民法要義卷之一総則編」七七頁ないし七八頁は、民法三五条に關して「當利ヲ目的トスル二人以上ノ團体ハ必スシモ法人タルニ非ス唯当事者ノ意思ヲ以テ之ヲ法人トスルコトヲ得ルノミ而シテ之ヲ法人トセシニハ須ラク商事会社ノ為メニ設ケタル準則ニ依ルヘン若シ当事者ニシテ其準則ニ依ルコトヲ欲セシムハ之ヲ法人ト為スコトヲ得スト雖モ唯法人タラサル團体ヲ組成スルコトハ固ヨリ其自由ナル之ニ関スル規定ハ第三編第一章第十二節ニ在リ」として組合に關する規定をもち出している。

また、稟稿陳重・富井政章・梅謙次郎校閲、松波仁一郎・仁保隼松・仁井田益太郎合著「帝国民法正解第壹編」二八六頁も、「當利ヲ目的トスル社団ハ必ズシモ之ヲ法人ト為コトヲ要セス却テ我民法第三編第二章第十二節ニ規定スル所ノ組合即チ旧民法ニ所謂商事会社トシテ存立スルコトヲ得ヘク若シ当事者カ之ヲ法人ト為サント欲スルトキハ本条第一項ノ規定ニ從フヘキモノトス」と指摘している。これからみると、民法の起草者の意識では、「社團」と「組合」との区別は特に問題とはされていなかつたことは確かなようである。ちなみに、志田錦太郎「会社法概論」四二頁は、「新民法ハ社團ヲ組織スル各員カ出資ヲ為シテ共同ノ事業ヲ営ムコトヲ目的トスル社団ヲ組合ト称シタリ」と説明している。

(33) 前年施行された新民法が、先述のように「会社」という用語を「組合」という語に改めたことに関連して、もはやこれを区別するためには「商事会社」と称する必要がなくなり、新商法では単に「会社」と呼ぶことにしたわけであるが、その意味では民法三五条・三六条の用語もあわせて「会社」と改めるべきところであつた(前記二の註(12)参照。志田・前掲二五頁は、この点を「相当を欠く」と指摘されている)。

(34) この結果、法文の用語上の形式だけから云えば、少くとも「会社」と「商事会社」に関する限り、旧民・商法の場合と新民・商法の場合とでは、用語が完全に入れ代つたことになる。

他方、商法典について検討してみると、先にも述べたいわゆる旧・商法(明二三法三三)では、「總則第一編商ノ通則第六章商事会社及ヒ共算商業組合」として第六六条は「商事会社ハ共同シテ商業ヲ営ム為メニノミ之ヲ設立スルコトヲ得」と規定して、前述の旧民法の民事会社と対応していたが、新商法の草案では、当初「第二編会社第一章商事会社第二章商事組合」とされていた原案に対し、横田国臣委員より「会社ノ内ニ商事組合入ルレハ不都合ナリ故ニ第二編組合トカ又ハ兩者ヲ包含スル名称ヲ付セラレタシ」と指摘されたのに対し、梅謙次郎委員は「編名ハ二字ヲ以テ定メタルカ故ニ体裁上然ルノミ組合トハ広キ意味ニテ会社モ亦組合ナリ止タ商事会社ハ法人トナリ組合ハ法人トナラサルノミ故ニ会社中ニ入ルルモ不可ナク又慣習ニモ適合スルモノト思考スルナリ」と答えている。ただその後修正された商法修正案参考書によれば、第二編会社は旧商法の「第一編第六章商事会社及ヒ共算商業組合」中第五節共算商業組合を除いたものに該当するわけであるが、この修正案においては組合に関する規定の一部を削りその他の他はこれを第三編商行為中に移したから、特に「商事会社」とする必要がなく単に「会社」と改めた旨説明されている。(41)

そして、第一回帝国議会に提出された新商法草案によれば、「会社ハ商行為ヲ為スヲ業トスル目的ヲ以テノミ設立スルコ

トヲ得」るものとされ（第四〇条）、ついで第一二回帝国議会に提出された草案によれば「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モノヲ謂フ」とされ（第四二条）、最後に第一三回帝国議会に提出された草案によれば「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」ものとされた（第四二条）。そして新商法はこの最後の草案によつているために、新商法にいわゆる会社というのは「商行為ヲ為スヲ業トスル目的ヲ以テ設立シタル社団」を指すものと云わなければならぬ（新商法第四二条）。

これらの経緯をみると、草案上「商行為ヲ為スヲ業トスル目的ヲ以テ設立シタルモノ、⁽⁴²⁾」とされていた時点までは少くとも、従来の前提、つまり商法上の会社も民法上の組合も、用語こそ区別されてはいるけれども共に複数人の共同目的達成のための集合体という意味で、共通の基盤をもつていたという前提的理解が妥当していたわけであるが、ここにいわれる「モノ」が「社団」に改められたことによつて、右の前提が崩れるのか否かを検討してみなければならなくなる。

ところが、この「モノ」から「社団」への変更の事情については、法典調査会商法整理會議事要録七三丁によれば、梅委員より「此修正ハ單ニ文字ニ止リ意味ニ於テハ更に異ナルコトナシ」と説明され、これが承認可決されている。⁽⁴³⁾

そうなると、少くとも商法にいう「社団」は、右に述べた前提を覆すような特別の意味に解すべきでないことになる。⁽⁴⁴⁾

これに対し、同じく「社団」と規定している民法あるいは民事訴訟法の場合はどうであるのか、それぞれの検討と比較とをしてみる必要が次に出でてくるように思われる。殊に、この新商法（明三二法四八）の第四二条に加えて、明治四四年の改正により「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サルモノ之ヲ会社ト看做ス」の一項が設けられたが、これは勿論民法第三五条との関連で追加されたものであるから、民法にいう「社団」と商法にいう「社団」との関係が特に究明されなければならない。これが昭和一三年の改正により条款が第五二一条に改められ、今日に至つてはいるのであるから、これとの関連でまず民法にいう「社団」の意味について検討してみよう。

(35) 明治二八年九月三〇日の第二回商法會議。

(36) 商法會議事筆記（ただし法典調査会版タイトルは商法委員會議事要録一卷）二五丁表。

(37) 同右二五丁表。

(38) 共算商業組合のうち当座組合（旧商二六六）および共分組合（旧商二六七）を削除。

(39) 共算商業組合のうち匿名組合（旧商二六八）。
「わなみニ、明治三〇年三月一日の第六一回商法委員會議事要録第五卷一一〇丁裏によれば、岡野敬次郎委員は「本条ハ「四六条で現行五六六条に當る一大賀註」ニ於テハ主トシテ民法上ノ組合ト異ル点ヲ掲ケタリ」として「民法上ノ組合ト本案トタル組合ノ意——大賀註」トハ孰レモ契約ナルコトハ疑ナキモ民法上ノ組合ハ人ト人トノ関係ヲ認メ本案ノ組合關係ハ人ノ團体ヨリ之ヲ觀察セス」と述べて、組合ならびに匿名組合の契約性と組合の團体性とを指摘している。

(40) その理由は、「会社ヲ以テ法人ニアラスト為ストキハ会社ト共ニ組合ヲ規定スルコト必スシモ失当ニアラス然レトモ既案本案ノ如ク会社ヲ以テ法ト為ス以上ハ法人タル会社ト共ニ契約關係タル組合ヲ規定スルハ其ヲ得タルモノニアラス」と説明されている。商法修正案参考書第一編第二編三二六丁表裏、同第三編二一丁表。

(41) 商法修正案参考書第一編第二編三三丁裏、同第三編三〇丁裏。

(42) 傍点は大賀。

(43) この商法整理委員会の日付は不明であるが、第六回とあり、第五回が明治三二年一二月五日に開かれており、また商法整理案が同月六日に配布されているので、それ以降ということになる。なお、星野・前掲法協八四卷九号二八頁参照。

(44) 星野・前掲法協八四卷九号二八頁。

なお、松田・前掲基礎理論九一頁、前掲理論一五〇頁以下、前掲一六四頁によれば、當時の商法学者も社團を単に人的結合の意味に解していたようであるとして、志田鉄太郎・会社法論六版四一頁（明治三五年）が「新民法は社團を組織する各員が出资して共同の事業を営むことを目的とする社團を組合と称したり」とされ、青木徹一・会社法論三版二二頁（明治四一年）が「組合も会社も均しく社團にして経済上に於ては同一の觀念に基く。」とされるのを、例として挙げられる。

(45) この間の事情については、明治四二年二月一五日の法律取調委員会（商法）第二回総会の議事速記録（商法中改正法律案議事速記録一卷二丁以下）参照。

ところで、民法の規定している法人の本体としての「社團」あるいは「財團」については、自然人の集合体もしくは財産の集合体の意味に解されていた様子はいろいろなところから伺われるわけで、殊に法典調査会における法案審議の過程にお

いてもその趣旨は隨所に見うけられる。紙面の都合上若干の例を挙げるにとどめるが、明治二六年六月九日の第五回民法主査会での「第二章法人」に関する起草委員富井政章の説明によれば、そもそもどういうものを法人にするかについて未だ確たる意見は述べえないけれどもと前置しながらも、「元来日本ニハ種々ナル学会ノ様ナモノガアル又神社仏閣ガアル」、これらを法人と認めるか否かについてはまだ相談していないけれども自分の意見は法人と認めるという方に傾いているから多分その精神で案を立てることになるであろうと思うと述べ⁽⁴⁷⁾、その前提に立つて具体的に議案として提出されたいわゆる「民法第一議案第二章法人」の理由の中では、「法人ニシテ自然人ノ集合体ヨリ成ルモノアリ無主財産ノ集合体ヨリ成ルモノアリ前者ヲ社団法人トシ後者ヲ財団法人トス」、つまり「社団」というのは自然人の集合体であり、「財団」というのは無主財産の集合体であると説明されている。⁽⁴⁸⁾

そして具体的に法案審議の過程で、「此社団ト云フノハ何ウ云フモノヲ指シテ云フノデアリマスカ」という質問に対し⁽⁴⁹⁾、起草委員の一人穂積陳重は「社団ハ何ントカノ講トカ、又ハ氏子トカ云フヤウナモノガ一ノ團体ヲ為シテ一ノやしろトカ或ハ氏神ヲ持ツテ居ルモノガアリマスガ、是等ノモノヲ云フノデアリマス又財団ノ方ハ例ヲ挙ゲヌデモ明カデ是迄モアルノデ御分リニナツテ居ラウト思ヒマス」と答えて、いろいろな団体を想定し、団体の意味で「社団」と表現していることが読みとれる。⁽⁵⁰⁾

(46) この点は既に多くの学者によつて指摘されているが(松田・前掲基礎理論九一頁、前掲理論一五〇頁、前掲研究一六四頁、田中誠一「会社法評論」上三九頁、同下一〇八一頁以下、福地「組合」前注・注釈民法(17)七頁、星野・前掲法協八四卷九号二七頁以下、倉沢・前掲法研四四卷二号二一八頁)、その実証的裏付けについては、星野教授の研究が比較的それに触れておられるだけで、一般的に云つて、從来必ずしも十分ではなかつたように思われる。

(47) 法典調査会議事速記録一巻一九五丁裏。

(48) 明治二六年一月二〇日甲第四号議案として提出され、これが明治二六年一月二八日の第一回民法主査会において審議されている（法典調査会民法主査会議事速記録四卷・丁表）。

(49) 民法第一議案七一丁裏。

なお、民法修正案理由書は、前記種積文書によれば、殊に法人については、議案の説明書としてこれと一体をなし、起草委員自らが書き理由を付しているとされるが（三三頁、三五頁ないし三七頁）、それによれば、社団は自然人の集合体と云つてゐる（自第二編至第三編第一章法人一頁）。

(50) そして、現行民法三三条ないし三五条に相当するところの第一議案三六条ないし三八条の各理由によつても、いづれもいろいろな団体を想定して、「社団」を团体として説明している（民法第一議案七二丁裏、七四丁表裏 同旨 民法修正案理由書第二章法人一頁ないし四頁）。

(51) 明治二六年一月二八日第一回民法主査会での第三七条（現行三四条）に関する審議における木下広次委員の発言。

(52) 法典調査会民法主査会議事速記録四卷一〇丁裏。

(53) 同様のこととは、明治二六年七月四日の第三回総会における審議の中にも現われてゐる（法典調査会総会議事速記録一卷七〇丁表）、また、明治二九年二月二八日衆議院第一読会に提出された修正民法に関する谷沢竜藏氏の質疑に対する穂積博士の答弁でも「人の集まり」と説明されている（民法修正案理由書自第一編至第三編所収「修正法典質疑要録」一四頁）。この他、民法修正案理由書第三六条（現行三三条理由（第二章法人一頁）、第三七条（現行三四条）理由（同四頁）、第三八条（現行三五条）理由（同五頁）。梅・前掲民法要義卷之一總則編七七頁ないし七八頁）。

また他方、民法施行法（明三一法一二）第一九条第一項は「……独立ノ財産ヲ有スル社団又ハ財團ニシテ……」と規定しているが、その草案によれば「……独立ノ財産ヲ有スル社寺其他……」という原案になつていて⁽⁵⁴⁾、梅委員の説明によれば、学校、社寺、図書館のようなものを想定した規定のようであるから、この「社団」の意味も人の集合体を意味していたと推測される。⁽⁵⁵⁾

(54) 明治二〇年五月一九日の第五回民法施行法議事要録一卷五五丁裏。

そして、これが明治三年五月一日の民法施行法整理会では「社寺」の文言を削除している（民法施行法整理会議事速記録五五丁裏）。

(55) 明治二〇年五月一九日の第五回民法施行法議事要録一卷五五丁裏。

(56) 明治三年五月一日民法施行法整理会で、穂積陳重委員は「ツノ团体或ハ財産ト云フモノ」として説明している（民法施行法整理会議事速記録六〇丁表）。

そして、これらの点に関連して非常に興味深いのは、明治二六年一月二八日の第一回民法主査会における問答で、現

行第三五条に相当する第三八条の「當利ヲ目的トスル社團ハ商事会社ニ闕スル規定⁽⁵⁷⁾ニ從ヒ之ヲ法人ト為スコトヲ得」という規定に関する審議の中で、田部芳委員がいわば社團と組合との関連に触れ、結局団体として同じものならば、たとえ當利を目的としている場合でも組合に関する民法の規定を適用すればよいではないかという趣旨の質問⁽⁵⁸⁾をしたのに対し、起草委員の一人梅謙次郎は、それは違うとして要旨次の如く説明している。⁽⁵⁹⁾すなわち、なるほど當利を目的とする「商事会社」(つまり現在の組合)というものはあるであろうが、その組合契約の結果だけは組合に関する規定に服するが、それが法人になつたものは法人の所へ規定するのである。今の民法ではそれがゴッチャになつてゐるから少なからぬ混雑を来たして、解散上でもよほどむずかしいことになつてゐるが、そういう弊を避けんがために法人の規定は此處に置く、また社員間の純然たる契約上のことは組合契約の所で規定するということにきめた、従つて組合契約の結果はそれが法人となつたとき、それが法人と社員との関係、それについては法人に関する規定でゆく、「私共ノ考ヘデハ一体商事会社ハつまり今日でいう組合——大賀註——ト商事会社ハつまり今日の会社——大賀註——トヲ今ノ法律ノ如クニ、丸デ別物ニシテ規定モ別ニスル、少ナクトモ表向キハ丸デ別物トスルト云フコトハ面白クナイ」という趣旨を述べ、組合契約の結果できる人の集団も、當利を目的とする社團も、ともに共通の基盤にあることを前提として、そして、契約の面でとらえるか、それともそれに基づいて団体となり法人となつた面でとらえるかの違いを指摘⁽⁶⁰⁾している点である。

右と同趣旨のこととは、明治二七年一月二六日の第八回総会における問答にも表われていて、岸本辰雄委員が第三七条（現行第三四条）について、「此法人ノ規定ハ隨分委シク」て「何ンダカ商事会社ハつまり今日の組合——大賀註——ニアルヤウナ事迄モ規定シテ」あるが、起草者の考えは商事会社の外に商事会社（組合の意——大賀註）の細かな規定をつくるつもりかどうか、それからその場合「祭祀宗教慈善等ノ団体ハ矢張リ民事上ノ会社トナツテ」その規定によるべきものであるのか、それともこれは「民事会社トモ付カナイモノデアルカラ一ノ別種ノ団体トシテ」唯法人とみておくのかという、これまたい

わば社團法人と今日でいう組合との関係を尋ねたのに対し、起草委員穂積陳重は、民事会社つまり今日でいう組合に関する規定を法人と別に設ける予定であること、そしてその「民事会社ト云フモノハ御承知ノ通り契約上ノ関係デアリマシテ財産ニ関スル契約上ノ関係デアリマス」と述べ、従つて「民事会社ト云フ丈ケデハ法人デナイ既成法典ニモアル通リ民事会社ハ当事者ノ意思ニ因リテ之ヲ法人ト為スコトヲ得」(旧民法一一八条)るわけで、その場合第三八条(現行三五条)が丁度これに當る、その外の法人は第三七条(現行三四条)に依つて設立されるのであると説明している。⁽⁶²⁾

このような経緯をみると、先に述べた仮説は一応承認されてよいのではないかと考えられる。つまり、共同目的達成のための(出資の)契約が「組合」契約で、その結果できあがる人の集合体は法人になる場合とならない場合とがあり、法人となる場合はこれを「社團法人」または「会社」とよび、その実体はいずれも「社團」、つまり共同の目的のための複数人の集合体・団体をいうものとみることができるのでないかと思われる。

(57) これに、明治二六年一二月八日の第一回民法主査会で、「前項ノ社團法人ニハ總テ商事会社ニ關スル規定ヲ適用ス」という一項が穂積委員より追加提出され(法典調査会民法主査会議事速記録四卷一丁表)、そしてこの原案が、明治二七年一二月一八日の第一回民法整理会において「營利ヲ目的トスル社團ハ商事会社設立ノ条件ニ從ヒ之ヲ法人ト為スコトヲ得、前項ノ社團法人ニハ總テ商事会社ニ關スル規則ヲ適用ス」に修正されている(法典調査会民法整理会議事速記録一卷三丁表)。

(58) 法典調査会民法主査会議事速記録四卷三二丁表。

(59) 同右四卷三丁表、三三丁表。

(60) これと同趣旨のことは、明治二六年一二月八日の第一回民法主査会でも、同じく起草委員の一人穂積陳重から説明されている。すなわち、現行三五条に相当する第三八条に関する審議の中で、高木豊三委員が「...民事ノ会社へつまり今日の組合——大賀註——ト雖モ矢張り營利ヲ目的トスルモノデアル以上ハ總テ商法ノ規定ニ從フ斯ウ云フ事ニ帰着ハシヤセマイ果シテ然フ云フ工合ニナルナレバ、民事会社ノ規定ト云フモノヲ別ニ御定メニナル御積リデアリマスカ」と尋ねたのに対し(法典調査会民法主査会議事速記録四卷四五丁表)、穂積委員は、「民事会社」つまり今日でいう組合契約「ヨリ成立チマスル社員間相互ノ関係ハ各自ノ契約ニ基ク、其契約ニ關スル規定丈ヶヲ今ノ会社へつまり今日の組合——大賀註——ト云フ所ニ設ケル積リデアリマス夫レカラ契約ト云フモノニ法律ガ一ノ資格ヲ与ヘテ恰モノノ如クニシタ以上ハ其殘物法律ノ殘物即チ法人ト云フ結果丈ケガ本案ニ從フト云フ丈ケデ其間ノ區別丈ケハ判然別チマスル積リデアリマス」と述べ同右四卷六丁表)、いわゆる組合の契約性と、それからそれに基づき團体が法人となつた場合つ

まり社団法人ないし今日の会社とは、判然区別しようとしていることが判る。

- (61) 法典調査会民法總会議事速記録三巻一〇丁裏、一一丁表。
 (62) 同右三巻一二丁表ないし一二二丁表。

このような理解は、単に法典調査会における法案審議の過程のみならず、文献の中にも指摘されていて、紙面の都合上一つだけ例を挙げると、「帝国民法正解第壹編⁽⁶³⁾」によれば、民法第三五条に関する意義の中で、「営利ヲ目的トスル社団ハ必シシモ之ヲ法人ト為スコトヲ要セス却テ新民法第三編第二章第十二節ニ規定スル所ノ組合即チ旧民法ニ所謂民事会社トシテ存立スルコトヲ得ヘク若シ当事者カ之ヲ法人ト為サント欲スルトキハ本条第一項ノ規定ニ従フヘキモノトス」、つまり社団も組合たりうると説明しているから、これからみる限り、会社も社団の一種であり、今日いわゆる組合も社団の一種としてみていることになるが、このことは、民法上の「社団」という言葉が共同の目的のために結集した複数人の集合体・集団・団体という程度の意味に解されていたことを物語るやはり一つの材料たりうると考えられる。⁽⁶⁴⁾

(63) 稲積陳重・富井政章・梅謙次郎校閲、松波仁一郎・仁保龜松・仁井田益太郎合著。

(64) ちなみに、梅前掲民法要義卷之一総則編七二頁は、「二人以上集マリ一定ノ目的ノ為メニ設立シタルモノ」を、そして岡松參太郎「註釈民法理由」七三頁は「一定共同ノ目的ノ為ニ集マリタル自然人ノ集合体」を、社団として把えている。

以上を要するに、社団・組合に関する民商法の規定の沿革を調べてみると、現行法は、社団と組合とを、法文の用語上形式的には相互の関連を断ち切つてしまつたように一応みえるけれども、その基礎にある規律の対象の認識については從来ど何らの変更もない。殊に、民法上「組合」がもともとの「会社」という用語から、内容的には何らの変更もなしに、ただ法人格との結びつきだけで、しかもその結びつきたるや、会社の場合には法人たるものが多いしまだ組合の場合には法人でないものが多いからという程度の、つまり極めて蓋然的な従つて相対的な理由だから用語が区別されたという経緯を考えるならば、しかもさらに、今日いわゆる会社は社団であり組合も社団の一種であると理解されていた事情を背景にして考える

ならば、組合契約の結果できあがる共同目的のための人の集合体・団体としての面と、営利を目的とする会社の本体がありある目的のための人の集合体・団体であることとの、両者共通の基盤が前提とされていてことと、広く認識され強調されよいように考えられるし、さらに、そのような目的団体としての組合の社団性が、云いかえれば「社団」と「組合」との目的団体としての共通性ないしまさに同一性こそがここに再評価されなければならないのではあるまい。そして、このようにみる限り、民・商法にいわゆる、「社団」は、少なくとも「組合」と原理的に対立するものとして把えるべくではなく、また組合契約の結果できあがる目的団体としての組合をも社団とよんで理解されていた以上、「社団」というのは、共同目的達成のための複数人の集合体という程度の意味に解されていたとみなければならないようと思われる。⁽⁶⁶⁾

(65) ちなみに、合名会社の内部関係について、組合に関する民法の規定を参照するやり方が、ドイツの場合には「適用」というのに対し、わが国では「準用」としているのは、このことと関連をもつてているとみてよい。

(66) このような理解は、旧い時代の「会社」ないし「組合」の用語の事情、従つて当時一般の用語法として何が認識され、いかなる実体が法的に問題とされていたかの時代的背景なし言語学的検討からみても、よく適合するのではないかと思われる。

前述のようにいろいろな変遷をみせた民商法典中の「会社」ないし「組合」なる語は、無論それ以前からいろいろな場面で用いられてきたわけである

けれども、法律制定以前、多少なりとも法律的な意味合いでとりあげられたのは、明治八年内務卿大久保利通より太政大臣三条実美に対する「会社条例」草案⁽⁶⁷⁾が最初であるが(その内容および背景については向井健「明治八年内務省『会社条例』草案」法学研究四四卷九号八一頁以下、もつとも明治六年一二月二七日第一六八号達の各府県宛大蔵省指令は、

「於各地方官轉交之文書之人民申合議會社設立免許願出之儀是迄區々ニ有之候處自今左之通相定候條此旨布達候事

「一、発起人又ハ頭取之内筆頭之者其本管之官厅へ添翰ヲ請ヒ其本社据居之官厅へ願出其官厅ヨリ當省へ可伺出候事
一、会社許可済之上ハ発起人又者頭取以上各其本管之官厅へ其旨可届出候事

一、各地方へ分社設立候節ハ其本社願済之證ヲ以其地方官厅へ可願出候事

とあり(菅野和太郎「日本会社企業発生史の研究」三三頁なし三三三頁)、越智俊夫「明治前半期の会社設立に関する立法主義」松山商大論集一七卷六号九八頁によれば、これがわが国における一般民間会社についての最初の法令であるといふ、これが同年内務省の「会社条例」草案になり、さら

に明治二三年九月一二日の「会社并組合条例」審査委員ノ任命と、同一年の「会社并組合条例を併せて」、「会社条例」草案になつたものと考えられる（これら的内容や背景については向井健「明治十四年『会社条例』草案とその周辺」法学研究四四卷二号八八頁）。そして、これらの草案によれば、複数人の「合体」であり、営業のための「人民結社」であり、「結社営業者」であるといふ程度の意味に用いられ、従つて会社も組合も人の集団・団体という点では社團とも共通の基盤に立つものと考えられていた様子が伺われる。このことはその後の、前述した法律制定に至るまでの諸々の経緯に照しても認められることであつて、例えば明治一八年六月三〇日の「商事会社条例」（同年七月一日の第六回の第一読会では「商社法」とすべきことが議論されている。商社法第三回読会会議筆記第一卷四五丁裏、四六丁表）編纂会議の第二読会第一回によれば、第一条第一項として「商事会社ハ共同シテ商業ヲ営ム為ニスルトキノミ之ヲ設立スルヲ得」（同第三回第一卷一丁表）とあり、これについて民事商事の区別が必要か否か激しい議論がなされ、委員の中には単に「会社」とすべき意見が少くなかつたが（同六丁表以下）、ロエスレルに質問したところ、民商を区別すべきとし、その理由として「民事上ノ結社ハ單ニ双方間ノ契約ニ止ルモ商事上ノ会社ニ在テハ双方間ノ契約ノミニ止マラス之カ為メソノ無形人ヲ設ケ本条例第十五条へ会社ハ特別ノ財産ヲ有シ又独立シテ権利ヲ有シ義務ヲ負フモノトス殊ニ其名義ヲ以テ債負債ヲ為シ動産不動産ヲ所得シ又訴訟ニ付テハ原告又ハ被告トナルコトヲ得可シ——大賀註）ノ結果ヲ生スルモノナレハナリ」（第二回読会第一回明治一八年七月一日の本尾委員からの説明、前掲第一卷一丁表）と述べられており、またその審議の中で、「『ゲゼルシヤフト』トハ二人以上集合シテ事ヲ為スモノヲ云フナリ」（本尾委員の第二回読会第一回明治一八年七月一日での癡言、前掲第一卷二三丁裏）とか、またロエスレルの意見によれば、「会社ノ種類ハ民事商事ノニシナリ而シテ民事会社トハ二人以上財産ニ関シ結合スルモノヲ云フ」（第一回読会第一回明治一八年七月一日の本尾委員の癡言、前掲四四丁裏、同一八丁表裏、同第四回明治一八年七月七日での本尾委員の癡言、前掲三〇丁表裏）「而シテ商事会社ハ専民事会社中ノ一ナリト雖モ商業ヲ営ムモノヲ商事会社ト為ス」（同前）、「又学問上ノ会社ハ獨語之ヲ『フェルアイン』ト云フ是レ民事会社ニモアラス又商事会社ニモアラサルナリ何トナレハ其目的財産ニ関スルニアラサレハナリ」（第一回読会第四回明治一八年七月七日での本尾委員の癡言、前掲三〇丁裏）と説明され、民事会社と商事会社とは共に二人以上財産に関して結合するものをさし、兩者の違いは商業を営む目的の有無にのみあること、そして *Gesellschaft* と *Verein* との違いもその目的が財産に関するか否かにのみあること、云いかえれば人の結合体としては右三者は全く同じであることが認められていていたようである。そして、このように商事会社条例編纂会議の第二回読会では前後七回にわたつて会社の定義とか民事商事の区別について議論が重ねられたにも拘らず、明治一九年三月一日の商社法編纂会議第二回読会第一回では、「商社法第一回総則第一条として「商事会社ハ共同シテ商業ヲ営ム為メ設立スルモノトス」という原案が決まり（商社法第三・四回読会文字校正会議筆記一丁表）、そして翌明治二〇年二月七日に審議された商法草案においては、「第六章商事会社」総則として第六七条は「商事会社ハ共同シテ商業ヲ営ム為メニスルトキノミ之ヲ設立スルコトヲ得」とされ（商法草案議事速記第一卷九八丁表）、「ノミ」という字句の要否について多少意見が出されたが、結局原案通り承認され（同前）、これがいわゆる旧商法第六六条になつたことは前述した。

ちなみに、この旧商法制定に至る過程においてそれにあづかつて力のあつたヘルマン・C・F・ロエスレルの起草した「商法草案」上巻によれば、第一篇の第六巻が「商社」となつていて、第六七条に「商社ハ共同シテ商業ヲ営ムカ為メニスルトキノミ之ヲ設立スルコトヲ得」と定め、「抑々商社ハ協

力ニ依テ商業ニ非常ノ益ヲ与ヘ又社員ノ結合ノミナラス巨額資本ノ集積ニ依テ商業上果実ノ収穫ヲ無限ニ増進スルモノタリ又各箇ノ力ヲ以テ商業ヲ當ムトキハ種々ノ欠乏遺漏ナキヲ免レスト雖モ会社ニ至テハ之ヲ補足ソ且ソ一國人民ノ生産力ヲ一時ニ増進セシムルヲ得ヘシ」（一九七頁）、「從前ハ羅馬法律ノ先例ニ從ヒ会社ノ契約ヲ以テ他ノ契約ノ如ク社員相互ノ間ニ契約上ノ関係ト同一視セント雖モ今日ノ法理見解ニ於テハ商業上ノ需求ニ応シ会社ヲ以テ法律上一箇独立ノモノト視做ス」（一九八頁）、「夫レ商社ヲ以テ此ノ如キ性質ノモノト見解スルトキハ民法上ノ尋常ノ会社ト自ラ区別アリ」（一九八頁）と説明し、また、一八〇八年フランス法の第一篇第三卷を「会社」、一八三〇年スペイン法の第二篇第二卷を「商社」、一八三八年オランダ法の第八篇第三卷を「商社」、一八六一年ドイツ法の第二篇を「商社」、一八六五年イタリー法の第一篇第七卷を「商社」、一八七四年エジプト法の第二篇第一卷を「会社」と、それぞれ訳して説明を加えている（前掲書緒言の後一頁）。

ところで、この「会社」なる語は、慶應三年福沢諭吉「西洋事情初編卷之一」において用いられたのがわが国で初めてのことであるよう（穗積陳重「統法窓夜話」一三三頁以下）、その中の「商人会社」の項には（福沢諭吉全集第一卷一九六頁以下）、「西洋の風俗にて大商売を為すに一商人の力に及ばざれば五人或は十人仲間を結て其事を共にするこれを商人会社と名づく既に商社を結めば商先の仕組元金入用の高年々会計の割合等一切書に認めて世間に布告し『アクリンヨン』と云へる手形を売て金を集め：」、「右は西洋各国に行はる商社の通法大略なり」とある。そして翌慶應三年、W. EllisのOutline of Social Economy のオランダ訳本を神田孝平が重訳した「経済小学」の中には「多人数ノ財主会社ヲ結ヒ少人数ノ行事役ヲ撰ミ会社ノ事務ヲ監督セシム、行事タル者ハ雇直ヲ受ケ専ラ其事ニ任ス。利分損失俱ニ衆財主原主ノ財本ヲ照ランチ之ヲ配分ス」（明治文化研究会編「明治文化全集」一二巻経済篇三一頁以下）とあり、さらに同四年の畢酒林口授津田真一郎訳「泰西國法論」中には「建社の權とは、數人会社を結ヒ衆力を合し錢本を添め一人の力にて為し能ざる事業を興立し共同の本意を達する權を云々」（同前二三卷法律篇八六頁）、また同年の加藤弘蔵「立憲政体略」中にも「結社ノ權利トハ數人会社ヲ結ヒ衆力を合シ貨本ヲ湊メ以テ一人ノ力为シ能ハサル事業ヲ為シ得ルノ權利ナリ」（三三子表）として、会社、という文字を用いている。もつとも、当時は会社といひ、商社といひ、あるいは組合、仲間、と云つて、合力併資、結社を広くそのように呼んでいたようで（明治財政史編纂会編「明治財政史」一二巻三三三頁）、明治維新前そのような習慣の乏しかつたわが国にあつてすでに徳川幕府が企劃し慶應三年大坂に設立したのもこれを「商社」と呼んでいた（菅野・前掲日本会社企業発生史の研究七頁、穂積「前掲夜話」三四四頁以下）。そして、幕末のこの商社設立については、すでに慶應元年の頃から内々の評議があつたらしく（波沢栄一「徳川慶應公伝」巻三の五三七頁以下）、これが慶應三年、塙原但馬守・小栗上野介・服部筑前守・星野豊後守による「兵庫御開港ニ付商社・取建方并御用途金見込之儀申上候書付」なる献策に基いて具体化されたわけであるが（菅野・前掲七四頁以下）、その中には、從来「全ク商人組合之任法無之」（波沢・前掲五三七頁）、「外國交易ノ商社西名ヨンベニーノ法ニ基キ」（同五三九頁以下）つくる「此ニ商社トイヘルハ輸出入ヲ直営スル半官半私ノ会社ニシテ銀行業ヲ兼不タルガ如キ者ナルベシ」（同）とあるし、また明治二年の東京貿易商社規則（菅野・前掲一二七頁以下）によれば、「商社・中役割建方之事」として「頭取、肝煎、組合、世話方、組合」となつていて、「組合」と「会社」とを殊にしかも厳密に區別していたとは思われない。同様のことは、明治二年の東京為替会社規則第一条中の「為替会社ハ兩換為替金貸付金等取扱商、会社、商先品ニ寄類ヲ分チ組合ヲ立同心協力致商業相當候商社總体ノ取扱致候事」（明治財政史一二巻三三五頁以下）や、この為替会社の性質を組合会社であると

述べている明治財政史第二卷四九六頁などからも伺える。やがて、明治二年の神田孝平「泰西商法中会社に関する部分の翻訳であるが（風早八十二）『経済問題雑纂解題』（明治文化全集一二卷四〇頁）*société en non collectif, société en commandite, société anonyme*に対し、それぞれ「家名仲間」「金主仲間」「業名仲間」の訳字をあて、例えば家名仲間にへしては「一人以上何人にも組合を立て何宅何某と仲間に中総体の家名を設け力を合せて商業を営む者をいふ」（明治文化全集四七四頁）などと説明している。

また、明治三年の福地源一郎訳「官版会社弁」の小引には、「会社トハ紹テ百般ノ商工合同結社セン者ノ通称ニテ常例英語『コノペニー』『コルボーネー』『コレクティヴ』ノ適訳ニ用ヒ来リ特ニ銀行ニ限ルノ義ニ非ストイヘトモ今此書暫ク『バンク』ノ訳字トシテ銀行ノ字ニ代用ス」とあり、翌四年の洪沢采一「官版立会略則」も銀行を含めた意味の会社を設立する略則といふ趣旨のようで（尾佐竹猛「官版会社弁・官版立会略則解題」明治文化全集二二卷八頁）、そこにおいては「凡そ商社を結ばんとする時は何社何業を論ぜず其の組合の人員資本の金高社中の業名及び定約規則等を明確に書取り、免許を其地方長官に乞フ」（明治文化全集一二五頁）「商社に数種の別ありといへども、要するに家名職業の二社たるべし。家名の社とは、社中にて先づ一つの名称を設くることにて、譬へば何組又は何社と予じめ商社の名を命じ、何品何商売に限らず便宜に從ひ其業を営なむを云ふ。職業の社とは、何職何業とか先づ其目的を立て社を結び、力を併せて其事を為すものにてたゞへば蒸氣船の会社、馬車の会社又は器械を開き興作を企る等、すべて一個の専業をとして社を立てる云ふ。但し今日同業職の者申合せて一の仲間を立て、相互に約束を取極め、其職業を営まんとせば、縱令各自の事のみを為し、一概に財本を合せて利益を謀らざるも、亦職業の社たるべし。」（同二一六頁）として居る。右の点について、菅野・前掲五六頁以下は、「職業会社と同業組合とを混同してゐるのは、未だ著者が其の区別を充分に心得し得ざりがためであつたし、又之によりて當時一般の人々も会社と同業組合とを混同して居たことを想像するに難くない」と指摘されているが、同感である。ちなみに、森泉草「明治前期における会社制度の形成」團体法の諸問題二二〇頁、二二一頁は「當時としては、まだ会社に関する知識・経験にとぼしく」、「当时において会社なるものは、会社そのものではなく、同業組合すなわち株仲間といつては、よく混同して考えられていた」ということが推知できる」と指摘されている。なお、森泉草「日本資本主義創成期における会社制度の形成——法人制度の史的研究の一齣——」法学二五卷二号七六頁は、「会社を企業形態としてよりむしろ統制团体として考えておつたようと思われる」とされている。

なお、わが国における会社制度の形成過程については、右に掲げた文献の他、三枝一雄「明治商法発達史試論」——維新から明治三二年まで——法論叢四三卷四・五号八八頁以下、福島正夫「日本資本主義の発達と私法」法律時報五卷二号五五頁以下、村本一男「我國私法人の発達について」法曹会雑誌一五卷二号四頁以下等も参照。

のようなわが国における「会社」「商社」「組合」等の用語の時代的背景と比較して興味深いのは、ドイツにおける *Gesellschaft* と *Verein* の用語の変遷の歴史であろう。

Reichert, B.=Dannecker, F. J.=Kühr, C. *Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts*, S. 36 Zur Entstehungsgeschichte des Wortes *Verein* と詳しく述べ、その概略を紹介するが、もともと *Verein* という語は、何人かの人が一つにまとめる意味に用ひられていたが、一八世紀末頃からは人についてだけ使われるようになり、人間の集合された一つの集團（*eine vereinigte Gruppe von Menschen*）

の意味に用いられるようになった。やがて人の結合 (Personenzusammenschlüsse) に関する通常最も使用されたのは *Gesellschaft*, *Korporation*, *Körperschaften* など。Bünde であり、また商業界では *Innungen*, *Gilden*, *Zünfte* であった。そのため一八世紀から十九世紀頃の立法に際しては、当時の用語法は從つて *Gesellschaft* を最も多く使用する (一八九七年の HGB が商業会社について *Gesellschaft* という語句を基調にして表現していることは既に述べた)。それに、一八九九年に制定され現在でも有効な *Das Genossenschaftsgesetz* による *Gesellschaften*, *Vereinen*, *Genossenschaften* を全く区別しないで規定している。一方 *Verein* の方は一九世紀初め頃までは公法の分野で *Zollverein* (レーヴィン關稅同盟) のように國家間の連合の意味に用いられていたが、一八二五年から一八五〇年の間に初めて私法上的人的結合 (Personenverbindungen) が法典上 *Verein* として表示したといふ。もともと、一八二五年九月一二日のバイエルン法は *Zünfte* や "Vereine der Genossen eines oder mehrerer verwandter Gewerbe" としていたのであるから、*Verein* の意味も人の集まり・集団・団体と云う程度に理解されていたものとみるべしであろう。

次に、民事訴訟法典における「社団」「財団」「組合」等の取扱いを検討してみよう。

現行民事訴訟法第四六条は、「法人ニ非サル社団又ハ財団ニシテ代表者又ハ管理人ノ定アルモノハ其ノ名ニ於テ訴ヘ又ハ訴ヘラルコトヲ得」と規定しているから、この法文にいわゆる「社団」の意味、従つて組合との区別が問題とされている。そして、わが国における通説は、ここにいう「社団」つまり法人でない社団の要件として、ドイツ法的な意味での社団すなわち狭義の組合に對立する意味での社団と解し、従つて民法上の組合は本条にいう「法人ニ非サル社団」に含まれないと解してゐる。

(67) 法人でない社団と云うるためには、団体としての組織を備え、代表の方法、総会の運営、財産の管理、その他社団として主要な点が規則によつて確定しているものでなければならないと解されている (妻栄「新訂民法總則 (民法講義 I」一三三頁、最高判・昭三八・一〇・一五、民集一八・八・一六七一、東京地判・昭四四・一二・二三、判例タイムズ二四六・二三〇)。なお、森泉「権利能力なき社団に関する研究」團体法の諸問題六・六貢参照)。

(68) 斎藤秀夫「民事訴訟法概論」上二〇四頁、菊井維大「民事訴訟法 (法学全集)」八四頁、菊井維大・村松俊夫「民事訴訟法 I」一五五頁、三ヶ月章「民事訴訟法 (法律学全集)」一八一頁、兼子一「民事訴訟法体系」一一〇頁、同「条解民事訴訟法」上一四頁、加藤正治「新訂民事訴訟法要論」一三頁、細野長良「民事訴訟法要義」一卷三七五頁、末弘巣太郎「訴訟当事者としての人格なき社団財团」民法雜考九三頁以下。

ただし、松岡義正「新民事訴訟法注釈 II」三二三頁、中島弘道「日本民事訴訟法」上二二七頁、岩本・三ヶ尻「新民事訴訟法要論」三七九頁は反対。なお、判例は古く、民法上の組合についてその当事者能力を否定した事例もあるが (広島控判・年月日不詳、新聞六八三・一六、東京区判昭七・六・一七、新聞三四三八・一一)、多くは、民法上の組合であつても代表者の定めのあるものは民訴四六条の適用があるとしている。たとえば、大判・昭二

○・五・一八・民集一四・一・九一（判民七事件我妻謹訟・岡村玄治・新報四六・一・一・一一評訟）・大判・昭一五・一〇・一・一・新聞四六三五・七・最高判・昭三七・一二・一八・民集一六・一二・一四二一（眞船孝允・法曹時報一五・四・八七評訟・小山昇・民商四九・三・三四一評訟）・東京控判・昭八・一・一一・新聞三六六・一・七・大阪高判・昭三〇・一〇・一一・高民八・九・六三四など。

(69) ドイツ民事訴訟法五〇条一項は、権利能力のない社団（Verein）に受動的な当事者能力のみを与えているが、その「社団」には民法上の組合は含まねなどと解するのが通説のようである。Stein=Jones=Pohle; Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Lieferung 2, § 50 III (S. 318), Baumhach=Lauertbach; Zivilprozeßordnung, § 50. 2) F (S. 109); Hellwig, K.; Anspruch und Klagerecht S. 200; Derselbe; System des deutschen Zivilprozeßrechts, Teil I, § 69 (S. 152)

といひるべく、この法人でない社団についてわが国で初めて一般的な規定が設けられたのは、明治二三年の旧民事訴訟法第一四条第二項および第一三八条第二項であつて、これがわが国において法典上「社団」という語が用いられた最初であつたようである。

そして右の第一四条第二項に関する第一回目の草案によれば、「府県郡区町村社寺無形人及ヒ其他訴訟ヲ為スコトヲ得ル諸組合ニ付テハ其事務所ノ所在地若シ事務所ナキトキハ其首長又ハ事務担当者ノ住所ヲ以テ裁判管轄ノ住所ト看做ス」とあり、これが新草案第一回によれば、「府、県市、町、村、社、寺、無形人及ヒ其資格ニ於テ訴ヘラルコトヲ得ル会社若クハ其他ノ社団並ニ義捐建設所、公設所、財団ノ普通裁判籍ハ……」云々と改められてゐる。

そして、この「社団」や「財団」の意味に関しては、草案審議の中で、委員の質問に答えて「社団ハ別ニ会社ト名ガ付カシテモ人ガ多数參ツテ何会ト云フモノデ」⁽⁷⁵⁾あり、財団は「財産ノ塊リデ御座イマスソレニ向ツテ訴ヲ起スノハ所在地ニ訴ヲ起スノデス」⁽⁷⁶⁾と説明されてゐるし、また、「社団ト云フハ組合ト云フ事モアル」とか「組合ハ社団ノ一デ」⁽⁷⁷⁾あるとか「原語デハ人ノ塊リデ」⁽⁷⁸⁾あるなどと説明されているから、結局、社団も組合も、いずれも人の集団の意味に、そして財団は財産の集合体の意味に理解されていたことが伺える。

(70) 旧民事訴訟法（明）三法（九）第一四条第二項は「公又ハ私ノ法人及其資格ニ於テ訴ヘラルコトヲ得ル会社其他ノ社団又ハ財団等ノ普通裁判籍ハ

其所在地ニ依リテ定マル此所在地ハ別段ノ定ナキトキハ事務所所在ノ地トス若シ事務所ナキトキ又ハ數所ニ於テ事務ヲ取扱フトキハ其首長又ハ事務担当者ノ住所ヲ以テ事務所ト看做ス、同第二ヨリ三条第一項は「公又ハ私ノ法人及ヒ其資格ニ於テ訴ヘ又ハ訴ヘラルコトヲ得ル会社又ハ社団ニ対スル送達ハ其首長又ハ事務担当者ニ之ヲ為スヲ以テ足ル」と規定していた。

(71) ちなみに、明治八年一月二三日小田県伺に對する同年三月四日の司法省指令によれば、明治七年五月四日内務省伺に對する同年五月一四日の太政官指令によつて「会社の設立が人民の自由に放任せず地方官厅に於て從來の類例に昭合候間の上他の業体を拘束せざるものに限り設立の許可をすること」とされたから、この地方官の許可を得て設立された会社は「訴訟の被告となることを得べきことが」認められていた（志田鉢太郎「日本商法論卷之二第一編会社上巻」九貳）。

(72) 民事訴訟法草案其ノ一、四丁。

(73) 同右一〇丁。

(74) ちなみに、これらの草案起草に際して種々参考にされた、内務省雇法律顧問アルベルト「モッセ氏訴訟法草案」（独逸文）および司法省雇法律顧問「オット・ルドルフ氏手記日本訴訟法草案」（独逸文）によれば、Gesellschaften oder sonstige Personenvereine と云つてゐる。

(75) 明治一〇年一二月一七日民事訴訟法草案審議第一回における渡委員の「社團ト云フハ」という質問に対する渡辺委員の答弁で、この後に「民法ニモアリマス」と述べているが、すぐ後で松岡委員から「社團ト云フ字ハ民法ニハナインウダ」と指摘されている。法典調査会民事訴訟法草案議事筆記一巻九三丁表、同九六丁裏。

(76) 同右九三丁表。

(77) 明治一〇年一二月一七日の第二回民事訴訟法草案審議における村田委員の発言。同右一巻九五丁裏。

(78) 同右、算作委員の発言。同右九五丁表。

(79) 同右、松岡委員の発言。同右九六丁裏。

そして、明治三三年一〇月三一日の、修正案に關する起草委員前田孝階の説明によれば、「法人ニアラズシテ訴訟ノ当事者タルコトヲ得ル社団又ハ財団」という文言を入れるについて、「外国ノ法律ニ依ルト外国会社ト云フモノノ中ニハ法人ニアラズシテ訴訟ノ当事者トナルコトガアル」と述べている⁽⁸⁰⁾が、「此法人ニ非スシテ訴訟ノ当事者トナル团体ト云フノハドウ云フモノデアリマスカ、実例ガアルナラバ御示シヨ……」⁽⁸¹⁾という質問に対し、「独逸アリデハ色々議論ガアリマスヤウデスガ、或ル商事会社ハ法人デナイト云フコトヲ主張シテ居ル者ガ大変アルヤウデス、デサウ云フモノガ日本ノ商法ノ規定ニ依テ認メラレルコトニナルト法人デナクシテ訴訟ノ当事者トナルコトガ出来ルカモ知レヌ」と答えてゐるから、これがも

し合名会社 (Offene Handelsgesellschaft) および合資会社 (Kommanditgesellschaft) を意味するトすれば、それらが法人でない
とされるのは、既に述べたようにそれらが社團と対立する意味での組合すなわち狭い意味での *Gesellschaft* ト解されてい
るからであるわけで、そうなると、いの狹義の *Gesellschaft* すなわち「組合」をも我が國の民事訴訟法ではまさに「の
「社團」の中に含めて理解していふことになる。同趣旨のことは、他の審議においても認められるのであつて、「会社其他
ノ社團トアリマスガ是デハ其何デスカ其産業組合トカ色々ノ組合ガアルサウ云フモノモ矢張リ含ムト云フ趣旨ナンデアル
カ」という質問に対し、「皆此中ニ這入ルダラウト思ヒマス入レル積リデアリマス」⁽⁸⁴⁾ とはつきり答えてゐる。

(80) 民事訴訟法議事録記録二卷二七丁裏。

(81) 明治三年一月七日の民訴第一部の第七回審議における都筑馨六委員の発言。同右二卷一四丁裏。

(82) 同右における前田孝階委員の発言。同右二卷一四丁裏。

(83) 明治三年四月九日の民訴法第九回審議における田部芳委員の発言。同右二卷一六丁。

(84) 同右における前田孝階委員の発言。同右二卷一六丁。

その後、大正一五年に全面改正された現行民事訴訟法の第四条においては、「法人其ノ他ノ社團又ハ財團ノ普通裁判籍ハ
其ノ主タル事務所又ハ営業所ニ依リ……」云々と改められ、また第四六条によれば、「法人ニ非サル社團又ハ財團ニシテ代
表者又ハ管理人ノ定アルモノハ其ノ名ニ於テ訴ヘ又ハ訴ヘラルルコトヲ得」と規定され、改正前のような受動的当事者能力
ばかりでなく、能動的当事者能力をも認めるとしている。

この第四六条について、起草委員の一人松岡義正は、本「条は本案に於て之は新設した条文であります。現今に於ては法
人に非ざる社團と云ふものがある、財團と云ふものもあると思ふ、斯う云ふものの当事者能力と云ふものは矢張り極めて置
いた方が明白で宜からうと云ふことで、もう云ふものは訴訟上其代表者又は管理人の定めあるやうなものは矢張り法人に非
ざる社團財團と云ふ名で以て訴へることが出来る、斯う云ふやうに明かにしたのであります。」と説明してゐる。そし

て、具体的にいかなるものが、ここにいう「社團」に入るかについて、次のような質疑応答がなされている。⁽⁸⁶⁾

原 嘉道委員 「法人に非ざる社團と云ふのは法令にあるもの無いのも含むのですか。」

松岡義正委員 「法人に非ざる社團の場合は判決例などで極まつて居るのがあると思ふ。」

原 嘉道委員 「それは慣習法で極まつて居る。」

松岡義正委員 「さうです。さう云ふものは這入つて然かる可しと思ひます。」

原 嘉道委員 「契約でやつて居る組合のやうなものはどうです。」

松岡義正委員 「それも民法上の組合の代表者、組合の実際管理者の定ある場合は之は這入つて然る可しと思つて居る。」

原 嘉道委員 「其意味ですね。」

松岡義正委員 「さうです。」と。

もつとも、この大正一五年改正法案審議の時には、この「社團」の中に組合が含まれるか否かについては、委員の中にも異論があつたようである。⁽⁸⁷⁾

そうなつてくると、この点は規定の解釈の問題になるわけであるが、その結果がいざれになるにしても、現行第四六条か第四七条のいずれかには必ず含まれることになるから、結局問題なのは、何故第四六条と第四七条とを併せて新設しようとしたかにかかるべくして、⁽⁸⁸⁾また同時に、判決の効力如何という問題になつてくる。⁽⁸⁹⁾

そこでこの二点につきいろいろな議論がなされているが、それらの議論に基づき起草委員会において作成された修正案の審議をした総会において、起草委員の一人松岡義正は、「四三条（現行四六条）——大賀註、以下同じ）に付ては四四条（現行四七条）の規定があれば四三条（現四六条）の規定は不必要ではないかと云ふことであります。之も我々共研究の結果否決致しました。それは四三条（現四六条）の規定は所謂法人に付ての規定でありまして、四四条（現四七条）の規定は之は当事者の訴訟信託と云ふと少し語弊があるかも知れませぬが、さう云ふ意味の規定でありまして全く事柄が違う、之は保存

して置く必要がある、さう云ふことで否決致しました。⁽⁸¹⁾ と説明している。

そして更に続けて、「それから此四四条（現四七条）を判決の効力を及ぼす条文を設くる方が宜しくはないかと云ふことでありましたが、之は我々でさう云ふ趣旨を設ける方が正しいと云ふ所から致しまして設けました。」⁽⁸²⁾ と説明して、第三二一条第二項（現行二〇一条二項）を持ち出している。

こうして結局のところ、組合も本条の「法人ニ非サル社団」に含まれるという解釈で説明しているのであって、修正案審議の総会における鳩山秀夫委員の「第四条に付いて社団と云ふのは組合の全部を包含する意味であるか……」⁽⁸³⁾ という質問に対しても、起草委員山内確三郎は「実は此点に付ては私も疑を持つて居つたのです、併ながら起案の際には組合は總て此四条の中に這入る、四条は四三条（現行四六条）と相対する規定であります、組合全部を此中に入れ、さうして組合の為めに或は之に対して為す訴訟を簡単にしたいと云ふ考へであつた、文字が或は不完全ではないかと云ふことは私も疑を持つて居つた」と答えている。

以上みてきたように、わが国の実定法の法文上初めて「社団」「財団」という用語が用いられた民事訴訟法の審議経過から推考するならば、「社団」の意味は、時に組合とも呼ばれたり、会社と説明されたり、要するに人が何人か集つてゐる、いわゆる「人の塊り」であり、契約でやつてゐる組合のようなものもすべて第四六条にいう「社団」の中に含まれると解されていたことを、ここに認識しなければならない。⁽⁸⁵⁾

(85) 民事訴訟法改正調査委員会速記録（昭四、法曹全）一〇二頁。

(86) 同右一〇三頁、同旨一〇五頁。

(87) 起草委員の一人仁井田益太郎は「組合は此所に言ふ法人に非ざる社団の中には這入らぬと思ふ」と述べ（同右一〇六頁ないし一〇八頁）、同じく起草委員小山温もこれに同調した発言をしている（同一一頁以下、ただし一五頁では、組織の如何によつては組合も含まれることを認めてゐる）。その論拠とするところは、社団といふものは独立の目的をもつてゐるものでなければならず（仁井田、一〇七頁）、しかもその社団の目的の為めに使われ

る財産があるわけで（仁井田、一一五頁）、その財産を目指して強制執行を命ずるという趣意が本条で述べるのである（仁井田、一一五頁）。そうである。

これに対し、前述松岡義正起草委員の他、岡野敬次郎委員も、組合は本条にいう法人に非ざる社団に相違ないとされる（同右一〇七頁）。その論拠とされる点は、組合は組合員共同の目的のために出来ているのであって、それは組合員個々の目的ではなくやはり組合独立の目的であり（岡野、一〇七頁）、社団と云つているのも唯人の集合・寄合であるものとは違った共同の目的をもつたものであるとし（松岡、一〇七頁以下）、また組合は経済上の独立をもつた組合員の団体であり、だからこそ組合員の財産とは別個の組合財産を考えているものであるからと解している（岡野、一一〇頁）。

(88) 民事訴訟法改正調査委員会における小山発言（同速記録一二二頁） 仁井田発言（同一一七頁）。

(89) 同右、岡野発言（同一〇九頁）。

(90) 同右、岡野発言（同一〇六頁）。

(91) 民事訴訟法改正調査委員会速記録三五頁以下。

(92) 同右三七頁。

(93) 同右九頁。

(94) 同右九頁。なお、山内確三郎委員は、別の所でも、「詰り此社団と云ふのはどう云ふものを云ふかと云ふですが、之は先程御答したやうに此四十三条（現行四六条）に於て苟くも代表者があれば總ての組合の訴訟資格を認めやう、其組合は何の限定もなくして極めて広いと云ふ意味に於て取つて居る、さうしないと組合で組合員が多数あるときは多数の委任状を取るとか云ふことの為めに非常に煩雑になつて来る、それで簡略主義で斯う云ふことにしたらと云ふ丈けの考え方であります」と述べている（同一一頁）。

(95) この点については、星野・前掲法協八四卷九号五六頁、福地・前掲注釈民法刊九頁、来栖三郎「民法上の組合の訴訟当事者能力」裁判と法（上巻）二二二八頁以下、末川博「組合の業務執行について」末川博法律論文集三四二二頁以下、坂田桂三「権利能力なき財團と手形責任」手形研究二八三号九頁註、この他前記註(68)も参照。

そこで、前にみた民・商法の場合も含めて、わが国の実定法にいわゆる「社団」の意味を考えてみると、それはひとしく、共、同目的のための人の集合体、つまり複数人が共同目的達成のために結集した団体をいうものとみるべきであると思われるわけで、また同様に、「財團」もある特定の目的のために結集された財産の集合体をいうものとみるべきであろう。そして、実定法の解釈としては、そのように解することで足りるのではないかと考えられる。⁽⁹⁸⁾

(96) ちなみに、ローマ私法上は、*Societas*（一時的・個別的な企業のためのものであり、メンバー一人の死亡により消滅するものと考えられていた）と

Collegium (宗教的ないし政治的の結社として継続的に團体的な統制に服するものと考えられていた) とは、統合された形で *Societas veetigium* といふわれ、従つてローマ法では、広く人の結合を差別しないですべて同じものと考え、共同の事業を目的とするものを総称していだよべである (石本雅男「羅馬法に於ける *Societas* の概念とその機能」法と経済三巻一号五三頁以下、Lehmann = Dietz; *Gesellschaftsrecht*, S. 6.; 梅謙次郎「民法要義卷之三」七八頁参照)。そこでいのローマ法における *Societas* は、ギリシャの *κοινωνία* (ロイノ・ハクシト) の形式を採用したものといわれているが、*κοινωνία* は *κοινός* (共通) へ *πρᾶστος* (仕事) との結合語であつて、ドイツ語の *Geschaftsgemeinschaft* に相当する。ギリシャでは、一定の期間一定の目的の到達のために多数者が合意し組合をつくる場合には、これを *κοινωνία* (仲間) へ譯に相当する) と一般に呼んでいたようである (石本・前掲五七頁)。

(97) 糸積陳重・富井政章・梅謙次郎校閲、松波仁一郎・仁保隼松・仁井田益太郎合著「帝国民法正解」第壹編一七三頁、磯部四郎「大日本新典商法枳義」第一編三四八頁以下。この点については後記四の註(65)以下参照。

(98) 社団と組合とがその実体においてはそれほど大きな差異はなく、むしろ多数人が共同の目的を達するための集団であるという点では、同一の性質を有するものであることを、はやすくから強調されていたのは西本辰之助博士である (同「社団と組合」私法学の諸問題所収六一六頁以下、同「株式引受けの性質」同二一八頁以下、なお高島正夫「発起人の法律上の地位」法研三八巻一二号(八頁註1)参照)。なお、商法五一一条にいう「社団」については広く人の結合を指すものと解している者が少なくない (松田・前掲田中記念一二四頁、国税胤臣「株式会社登記前後」竹田記念、商法の諸問題四八頁、星野・前掲法協八四巻九号二八頁等、ただし、松岡・前掲法研三八巻一二号一五六頁は反対、なお鈴木・前掲松本記念七頁参照)。