

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……以上前号

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……以上本号

四、社団・組合・財団の理解の仕方とその相互関係……以下次号

むすび

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

右のように、社団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、組合にしる社団にしる会社にしる、各国それぞれ固有の法体系と固有の用語法をもっているわけで、同じく社団と云い、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・範圍が完全に一致しているとは云い切れないであらうし、⁽¹⁾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に思われる。

そこで、わが国においては、果して社團あるいは組合、さらには財團という用語の下に、⁽²⁾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、⁽³⁾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。⁽³⁾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の必要な理由は、法の解釈というものが疑もなく立法の趣旨にそうべきものであり、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会的背景との関連においてのみ初めて正しくなされうべきものと考えられるからである。⁽⁴⁾

(1) 志田鉦太郎「日本商法論卷之二」一一頁。

(2) 社團・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・国税徴収法・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、松田二郎博士であるが（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團について」法協八四卷九号二七頁以下である。

(4) Heck, P.; Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S. 8, S. 64, S. 111ff. 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、「会社ハ数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力定マリタル出資ヲ為シ又ハ之ヲ諾成スル契約ナリ」（二一五条）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。そして同一一六条は「商社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、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」の意義を考へていたようである。⁽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」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団・団体の意味との両方の意味に使つていたようにみうけられるが、⁽⁷⁾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 三五卷七号六一頁以下、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權利ヲ得義務ヲ負フ殊ニ其名ヲ以テ債權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、明治二九年帝國議會に提出されたいわゆる新民法の草案は、その第一編総則第二章に「法人」を規定し、第二編債權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、⁽⁹⁾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。⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾

これを見ると、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し、⁽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關する規定に従い法人となしう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ることになつて、今日一般に理解されている「会社」なり「組合」の觀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らう。⁽¹⁴⁾

けれども、この点は、後にも述べるように「会社」の概念が當時は広く人の集まり、つまり何人かの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ふされる。⁽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關係文書』の解説・目録および資料——」によれば、法典編纂の方は、法典調査規程第一条には「単独起草會議定案」とあるが(同一八頁、一二頁も参照)、明治二六年三月二日の穂積博士「法典調査の方法に關する意見書」(前掲文書一六頁)や民法修正原案(甲号議案)(前掲文書二二頁)、さらに穂積博士「前三編議會提出理由説明草案」(前掲文書二二八頁)によれば、「分担起草會議定案」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(前掲文書一七頁、二九頁、五三頁、五五頁、七三頁以下等)。

(9) 法典調査會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ことは手段にすぎない」(法典調査會議速記録三七卷五二丁表)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)、従來の仏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・前掲日本商法論三三頁。

(13) 志田・前掲三三頁。

(14) 志田・前掲三三頁。

(15) この仮説に基づいて、旧商法規定と新民法草案との關係を考へてみると、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、それは單なる会社であつて、當然には法人にはならない、ということ、前後矛盾なく理解することができるとはあるまいか。

右に述べたように、「会社」という法文の用語が、営利にしる非営利にしる、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べきあがる人の集合体を意味していたと思はれる点は、この草案に關する法典調査会での起草委員富井政章の説明からも伺はれるわけで、彼はこう云つてゐる。「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シタ組合トデモ云ツテ見ヤウカ或ハ結社トデモ云フテ見ヤウカト色々ニ考ヘテ見マシ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ル夫レカラ会社契約ト云ワンナラス所ガアル其場合ニハ矢張り外ノ辞ヲ使ツテハ余程聞エガ悪い旁々仮リニ会社ト云フ辞ヲ存スルコトニ致シマシタ」と。⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾

これに対して、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來ト云フモノハ会社ト云フモノハ一ツノ団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団体デハナイ然ウシテ矢張り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」⁽¹⁸⁾「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

実ニ近クテ且ツ私が挙げ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社会社ノミニシカ用キヌト云フヤウニ聞エル⁽²²⁾」しかし「從來日本人ハ商社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⁽²³⁾」、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ガ出ルト一変シテ仕舞ツテ組合トナツテ素人ハ矢張り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來会社ト云フ辞ハ先刻岸本君ノ仰セニナツタ通りニ⁽²⁴⁾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⁽²⁵⁾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⁽²⁶⁾」と述べている。

そこで、「会社」という用語を「組合」と改めるといふ修正説について議長が採決したところ、その場では少数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、「唯タ從來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当ナリト認メタルカ為メ⁽²⁸⁾⁽²⁹⁾」であつたようである。⁽³⁰⁾

(16) 法典調査會議事録三七卷四丁表、同旨五丁表。

(17) 民法修正案理山書（自第一編至第三編）第二節会社の所では、「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、「仏蘭西民法ノ翻譯ガ出来テカラ会社ト云フ文字ガ日本人ノ腦髓ニ染ミ込メ居ル」と述べている(前掲會議事速記録三七卷三九丁表)。

(25) 箕作麟祥訳「デルソル氏仏蘭西民法解釈司法省蔵版」(明治一六年一月株式会社出版部翻刻)によれば、フランス民法一八三三条以下の *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「会社トハ二人以上ニテ互ニ或物ヲ共通シ其利益ヲ分タント為スノ契約ナリ」ト」(三四三頁)とある。

なお、ポアソナード氏起稿「再閣修正民法草案註釋第三編中卷(特定名義獲得ノ部)によれば、第一章特定名義ノ会社第一節会社ノ性質及ヒ設立として第二六四条に「会社ハ一箇ノ契約ニシテ之ニ因リ二人又ハ数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ヲ約スルモノナリ(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「仏国商法略論」(司法省蔵版明治二〇年八月)においても、仏民一八三三条を会社の契約と訳している(五五頁)。

なお、箕作の翻譯作業については、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・前掲日本商法論二四頁、福島・前掲法律時報二五卷一〇号八五頁参照。

なお、民法起草委員補助の一人仁井田益太郎は、民法修正案が議會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聴く座談会」(昭和一三年六月一二日、仁井田益太郎、穂積重遠、平野義太郎)法律時報一〇卷七号二六頁)。

○仁井田「其他格別の事はないのでありますが、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ったと思ふ。」

○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。へ大賀註、この点については、穂積陳重「続法窓夜話」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と会社と云つた。著者自身の論文明治一七年九月法学協會雜誌第七号「出獄囚徒救助論」』（穂積陳重遺文集第一冊三二二頁）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（一三六頁）。

○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「ソサイターと云ふ位の意味で会社と云ふ字を使つたのですね。」

(29) 梅謙次郎「前掲民法要義七八一頁は、「余ハ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、明治一九年二月二八日衆議院第一読会に提出された民法修正案第三編第一二節をめぐる質疑応答の中にも伺い知ることができ。『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會議に於ても出てたるが少数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り悪しきなり」

……（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団体と云ふ解釈を下すに過ぎざることにな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実に適するならんと思へらるる会社と云へば色々法律に於て独り民法のみならず商法其他の単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居る次第にて茲に現はれ居る所のものは単に私立の組合団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総て会社と云ふを団体と書くとも差支なからん唯会社と云ふ文字を此処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障りなくして今世の中にある数名の者が合して団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総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ても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變なことならんと思ふ事は同じもの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」とは一応區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、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みること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変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「民法要義巻之一総則編 七七頁ないし七八頁は、民法三五条に関して「営利ヲ目的トスル二人以上ノ団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シ若シ当事者ニシテ其準則ニ依ルコトヲ欲セスンハ之ヲ法人ト為スコトヲ得スト雖モ唯法人タラサル団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」として組合に関する規定をもち出している。

また、穂積陳重・富井政章・梅謙次郎校閲、松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎合著「帝国民法正解第巻編」二八六頁も、「営利ヲ目的トスル社團ハ必ズシモ之ヲ法人ト為ス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なかつたことは確かなようである。ちなみに、志田鉦太郎「会社法概論」四一頁は、「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團ヲ組合ト称シタリ」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あえて「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・前掲三五頁は、この点を「穩当を欠く」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（明三法三）では、「総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⁽³⁵⁾に対して、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⁽³⁶⁾」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⁽³⁷⁾。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はこれを第三編商行為中に移した⁽³⁸⁾から、特に「商事会社」とする必要がある⁽³⁹⁾なく単に「会社」と改めた旨説明されている⁽⁴⁰⁾。

そして、第一回帝國議會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)、ついで第二回帝國議會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)、最後に第三回帝國議會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ゐるために、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ない(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」とされてゐ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、ここにいわゆる「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「此修正ハ単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ゐる。⁽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⁾

これに対して、同じく「社団」と規定してゐ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をしてみる必要が次に出てくるように思われる。殊に、この新商法(明三三法四八)の第四二条に加えて、明治四四年の改正により「營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、⁽⁴⁵⁾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数が第五二条に改められ、今日に至つてゐるのであるから、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) 明治一八年九月三〇日の第二回商法会議。

(36) 商法會議議事筆記(ただし法典調査会版タイトルは商法委員會議事要録一巻)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)。

ちなみに、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一〇丁裏によれば、岡野敬次郎委員は「本条二四六条で現行五三六条に当る

——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ニ掲ケタル組合(匿名組合の意——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關係ヲ認メ本案ノ組合關係ハ人ノ団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団体性を指摘している。

(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人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當ヲ得タルモノニアラス」と説明されている。商法修正案參考書第一編第二編三六丁表裏 同第三編三一丁表。

(41) 商法修正案參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) この商法整理委員會の日付は不明であるが、第六回とあり、第五回が明治三一年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三〇頁参照。

(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、当時の商法学者も社団を單に人的結合の意味に解していたようであるとして、志田鉦太郎、会社法論六版四一頁(明治三五年)が「新民法は社団を組織する各員が出資して共同の事業を営むことを目的とする社団を組合と称したり」とされ、青木徹二、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団にして經濟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會(商法)第三回總會の議事速記録(商法中改正法律案議事速記録二卷二丁以下)参照。

ところで、民法の規定している法人の本体としての「社団」あるいは「財団」については、自然人的集合体もしくは財産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

いてもその趣旨は随所に見うけられる。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、そもそもどういふ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かないけれども自分の意見は法人と認めるといふ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、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」⁽⁴⁹⁾、つまり「社団」といふのは、自然人の集合体であり、「財団」といふのは、無主財産の集合体であると説明されている⁽⁵⁰⁾。

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」という質問に対して⁽⁵¹⁾、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ーノ団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」⁽⁵²⁾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⁽⁵³⁾。

(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、田中誠二「会社法詳論」上三九頁、同下一〇八一頁以下、福地「組合」前注・注釈民法（一七）七頁、星野・前掲法協八四卷九号二七頁以下、倉沢・前掲法研四四卷三号二一八頁）、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、従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卷一九五丁裏。

(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一五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會議事速記録四卷一丁表）。

(49) 民法第一議案七一丁裏。

なお、民法修正案理由書は、前記穂積文書によれば、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思われるが（二三頁、三五頁ないし三七頁）、それによれば、社团は自然人の集合体と云つてゐる（自第一編至第三編第一章法人一頁）。

(50) そして、現行民法三三三條ないし三五條に相当するところの第一議案三六條ないし三八條の各理由によつてみても、いずれもいろいろな団体を想定し、「社团」を団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一五回民法主査会での第三七條（現行三四條）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會議事速記録四卷二〇丁裏。

(53) 同様のことは、明治二六年七月四日の第三回總會における審議の中にも現われている（法典調査会總會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説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」二四頁）。その他、民法修正案理由書第三六條（現行三三三條理由第二章法人一頁）、第三七條（現行三四條）理由（同四頁）、第三八條（現行三五條）理由（同五頁）、梅・前掲民法要義卷之二総則編七七頁ないし七八頁。

また他方、民法施行法（明三一法一一）第一九條第一項は「……独立ノ財産ヲ有スル社团又ハ財団ニシテ……」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、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「社团」の意味も人の集合体を意味していたと推測される。⁽⁵⁶⁾

(54) 明治三〇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、これが明治三一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（民法施行法整理會議事速記録五五丁裏）。

(55) 明治三〇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) 明治三一年五月一日民法施行法整理会で、穂積陳重委員は「一ツノ団体或ハ財産ト云フモノ」として説明している（民法施行法整理會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一五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「営利ヲ目的トスル社団ハ商會社ニ關スル規定ニ從ヒ之ヲ法人ト為スコトヲ得」という規定に關する審議の中で、田部芳委員がいわば社・団と組合との関連に触れ、結局団体として同じものならば、たとえ営利を目的としている場合でも組合に關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をしたのに対して、起草委員の一人梅謙次郎は、それは違ふとして要旨次の如く説明している。⁽⁵⁹⁾すなわち、なるほど営利を目的とする「民事会社」(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關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ツチャになつてゐるから少なからぬ混雜を來たして、解釈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關係、それについては法人に關する規定でゆく、「私共ノ考ヘデハ一體民事会社へつまり今日という組合——大賀註>ト商會社へつまり今日の会社——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團も、営利を目的とする社団も、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してゐる点である。⁽⁶⁰⁾

右と同趣旨のことは、明治二七年一月二六日の第八回總會に於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、「此法人ノ規定ハ随分委シク」て「何ンダカ民事会社へつまり今日の組合——大賀註>ニアルヤウナ事迄モ規定シテ」あるが、起草者の考えは商會社の外に民事会社へ組合の意——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り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

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) 法典調査会民法総会議事速記録三卷一〇丁裏、一一丁表。

(62) 同右三卷一一丁表ないし一二丁表。

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」によれば、民法第三五条に関する釈義の中で、「営利ヲ目的トスル社団ハ必ス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) 穂積陳重・富井政章・梅謙次郎校閲、松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎合著。

(64) ちなみに、梅・前掲民法要義卷之二総則編七二頁は、「二人以上集マリ一定ノ目的ノ為メニ設立シタルモノ」を、そして岡松参太郎「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、社団として扱っている。

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従来と何らの変更もない。殊に、民法上「組合」がもともと「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た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け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やは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たことが、広く認識され強調されて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会社の本体を現行法のように「社団」とよぶ以上、組合契約の結果できあがる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か。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握すべきではなく、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ぬように思われる。⁽⁶⁵⁾

(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酌するやり方が、ドイツの場合には「適用」というのに対して、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みるとよい。

(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い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い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「会社条例施設之儀ニ付伺」が最初であろうが（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八二頁以下、もつとも明治六年一月二七日第一六八号達の各府県宛大藏省指令は、

「於各地方官轄之交渉之人民申合諸会社設立免許願出之儀是迄区々ニ有之候処自今左之通相定候条此旨布達候事

一、発起人又ハ頭取之内筆頭之者其本管之官庁へ添翰ヲ請ヒ其本社据居之官庁へ願出其官庁ヨリ当省へ可伺出候事

一、会社許可済之上ハ発起人又者頭取以上各其本管之官庁へ其旨可届出候事

一、各地方へ分社取設候節ハ其本社願済之証ヲ以其地方庁へ可願出候事」

とあり（菅野和太郎「日本会社企業発生史の研究」三三三頁ないし三三三頁、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う）、これが同年内務省の「会社条例」草案になり、さら

に明治一三年九月二二日の「会社并組合条例」審査委員ノ任命と、同一四年の（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（これらの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」であるという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団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「商社会社条例」（同年七月二日の第六回の第二説会では「商社法」とすべきことが議論されている。商社法第二説会会議筆記第一卷四五丁裏、四六丁表、編纂会議の第二説会第一回によれば、第一条第一項として「商社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ヲ得」（同第一卷二丁表）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「民事上ノ結社ハ単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一ツノ無形人ヲ設ケ本条例第十五条（会社ハ特別ノ財産ヲ有シ又独立シテ權利ヲ有シ義務ヲ負フモノトス殊ニ其名義ヲ以テ債負償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」（第二説会第二回明治一八年七月二日の本尾委員からの説明、前掲第一卷二丁表）と述べられており、またその審議の中で、「ゲゼルシャフト」トハ二人以上集合シテ事ヲ為スモノヲ云フナリ」（本尾委員の第二説会第二回明治一八年七月二日の発言、前掲第一卷二丁裏）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二ツ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」（第二説会第二回明治一八年七月二日の本尾委員の発言、前掲一四丁裏、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発言、前掲三〇丁表裏）、「而シテ商社会社ハ尚民事会社中ノ一ナリト雖モ商業ヲ営ムモノヲ商社会社ト為ス」（同前）、又学問上ノ会社ハ独語之ヲ「フエルアイン」ト云フ是レ民事会社ニモアラス又商社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」（第三説会第四回明治一八年七月七日での本尾委員の発言、前掲三〇丁裏）と説明され、民事会社と商社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、両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 といふ Verin 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たようである。そして、このように商社会社条例編纂会議の第二説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、明治一九年三月二日の商社法編纂会議第三説会第一回では、「商社法」第一章総則第一条として「商社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・四説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「第六章商社会社」総則として第六七条は「商社会社ハ共同シテ商業ヲ営ム為メ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す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、第一篇の第六卷が「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收結ヲ無限ニ増進スルモノタリ又各人各箇ノ力ヲ以テ商業ヲ営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シ且ツ一国民ノ生産力ヲ一時ニ増進セシムルヲ得ヘシ」(一九七頁)、「従前ハ羅馬法律ノ先例ニ従ヒ会社ノ契約ヲ以テ他ノ契約ノ如ク社員相互ノ間ノ契約上ノ関係ト同一視セシト雖モ今日ノ法理見解ニ於テハ商業上ノ需求ニ応ジ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ら區別アリ」(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一卷を「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、慶応二年福沢諭吉「西洋事情初編卷之一」において用いられたのが国で初めてのことである(穂積陳重「統法窓夜話」一三二頁以下、その中の「商人会社」の項には(福沢諭吉全集第一巻二九六頁以下)、「西洋の風俗にて大商売を為すに一人の力に及ばざれば五人或は十人仲間を結んで其事を共にすこれを商人会社と名づく既に商社を結めば商売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「アクション」と云へる手形を売って金を集む」)。右は西洋各国に行はるる商社の通法大略なり」とある。そして翌慶応三年、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ビ、少人数ノ行役ヲ撰ミ、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シテ之ヲ配分ス」(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「泰西国法論」中には「建社の權とは、数人会社を結び、衆力を合し錢本を湊め、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ふ」(同前一三巻法律篇八六頁)、また同年の加藤弘蔵「立憲政体略」中にも「結社ノ權利トハ数人会社ヲ結ビ、衆力を合シ、資本ヲ湊メ以テ一人ノ力ヲ為シ能ハサル事業ヲ為シ得ルノ權利ナリ」(三三三頁)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(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ったわが国にあつてすでに徳川幕府が企劃し慶応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・前掲夜話一三四頁以下)。そして、幕末のこの商社設立については、すでに慶応元年の頃から内々の評議があつたらしく(沢沢栄一「徳川慶喜公伝」巻三の五三七頁以下)、これが慶応三年、塚原但馬守・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万并御用途見込之儀申上候書付」なる献策に基づいて具体化されたわけである(菅野・前掲七四頁以下)、その中には、従来「全ク商人組合之任法無之」(沢沢・前掲五三七頁)、「外国交易ノ商社、西名コンペニーノ法ニ基キ」(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ネ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・前掲二二七頁以下)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、かも厳密に区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社、会社ハ商売品ニ寄類ヲ分テ組合ヲ立同心協力致商業相管候商社總体ノ取扱致候事」(明治財政史二巻三三五頁以下)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巻四九六頁などからも伺える。さらに、明治二年の神田孝平「泰西商會略則」はオランダ商法中社社に関する部分の翻譯であるが(風早八十二「經濟問題雜纂解題」(明治文化全集二二巻四〇頁) 'société en non collectif, société en commandite, société anonyme' に対して、それぞれ「家名仲間」「金主仲間」「業名仲間」の訳字をあて、例えば家名仲間については「二人以上何人にも組合を立て何宅何某と仲間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、社トハ総テ百般ノ商工会同結社セシ者ノ通稱ニテ常例英語『コンパニー』『ホルボレーン』『イン』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、翌四年の渋沢栄一「官版立會略則」も銀行を含めた意味の会社を設立する略則という趣旨のようで(尾佐竹猛「官版会社弁・官版立會略則解題」(明治文化全集二二巻八頁)、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ふ」(明治文化全集二二五頁)「商社に數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従ひ其業を営むを云ふ。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とへば蒸氣船の会社、馬車の会社又は器械を開き興作を企る等、すべて一個の專業をさして社を立てるを云ふ。但し今日同業類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、縦令各自己の事のみを為し、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」(同一一六頁)として居る。右の点について、荻野・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、未だ著者が其の區別を充分に會得し得ざりしがためであらうし、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、森泉章「明治前期における会社制度の形成」(団体法の諸問題二二〇頁、二二二頁は「當時としては、まだ会社に関する知識・経験にとぼしく、」當時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ちじらし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、森泉章「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——」法学二五巻二七六頁は「会社を企業形態としてよりむしろ統制団体として考えておつたように思われる。」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(一)——維新から明治三三年まで——」法律論叢四三巻四・五号八八頁以下、福島正夫「日本資本主義の発達と私法」法律時報二五巻二五五頁以下、村本一男「我國私法人の発達について」法曹会雑誌二五巻一二号四頁以下等も参照。

こ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 与 Verein の用語の変遷の歴史であろう。

この点にひびくは Reichert, B.=Dannecker, F. J.=Kühn, C.; Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, S. 3 ③ Zur Entstehungsgeschichte des Wortes Verein に詳しいが、その概略を紹介すると、もともと Verein という語は、何人かの人が一にまとまるとか沢山の物を一にまとめる意味に用いられていたが、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団 (eine vereinigte Gruppe von Menschen)

の意味に用いられるようになった。もつとも、人の結合 (Personenzusammenschlüsse) に関して通常最も使用されたのは Gesellschaft, Korporation, Körperschaft ないし Bünde であり、また商業界では Innungen, Gilden, Zünfte であつた。そのため一八世紀から一九世紀頃の立法に際しては、当時の用語法に従つて Gesellschaft を最も多く使用している (一八九七年の HGB が商社会社について 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)。さらに、一八九九年に制定され現在でも有効な Das Genossenschaftsgesetz や Gesellschaften, Vereinen, Genossenschaften を全く区別しないで規定している。一方 Verein の方は一八世紀初め頃までは公法の分野で Zollverein (ドイツ関税同盟) のように国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の人的結合 (Personenverbindungen) を法典上 Verein として表示したというもつとも、一八二五年九月一日のバイエルン法は Zünfte を "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・団体という程度に理解されていたものとみるべきであらう。

次に、民事訴訟法典における「社团」「財团」「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、「法人ニ非サル社团又ハ財团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」と規定しているから、この法文にいわゆる「社团」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「社团」つまり法人でない社团の要件として、ドイツ法的な意味での社团すなわち狭義の組合に対立する意味での社团と解し、従つて民法上の組合は本条にいう「法人ニ非サル社团」に含まれないと解している。⁽⁶⁸⁾⁽⁶⁹⁾

(67) 法人でない社团と云いするためには、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、その他社团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ぬと解されている (我妻栄「新訂民法総則(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・一二、判例タイムズ二四六・三〇一、なお、森泉「権利能力なき社团に関する研究」団体法の諸問題六六頁参照)。(68) 齊藤秀夫「民事訴訟法概論」上一〇四頁、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)」一八二頁、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、末弘敏太郎「訴訟当事者としての人格なき社团財团」民法雑考九三頁以下。

ただし、松岡義正「新民事訴訟法注釈Ⅱ」三三三頁、中島弘道「日本民事訴訟法」上一二七頁、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・二六、東京区判・昭七・六・一七、新聞三四三八・一二)、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・昭一

○・五・二八、民集一四・一一九一（判民七二事件我妻評釈、岡村玄治・新報四六・二・一二二評釈）、大判・昭一五・一〇・一一、新聞四六三・七、最高判・昭三七・一二・一八、民集一六・一二・二四三二（真船孝允・法曹時報一五・四・八七評釈、小山昇・民商四九・三・三四一評釈）、東京控判・昭八・一一・一二、新聞三六六・二・七、大阪高判・昭三〇・一〇・二二、高民八・九・六三四など。

(69) ドイツ民事訴訟法五〇条二項は、權利能力のない社團（Verein）に受動的な當事者能力のみを与えているが、その「社團」には民法上の組合は含まれないと解するのが通説のようである。Stein—Jonas—Dohle: Kommentar zur Zivilprozessordnung, Lieferung 2, § 50 III (S. 318), Baumbach = Lauterbach; Zivilprozessordnung, § 50, 2) F. (S. 109); Hellwig, K.; Anspruch und Klagerecht S. 200; Derselbe; System des deutschen Zivilprozessrechts, Teil I, § 69 (S. 152)

ところで、この法人でない社團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「社團」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團並ニ義捐建設所、公設所、財団ノ普通裁判籍ハ……」云々と改められてゐる。⁽⁷³⁾⁽⁷⁴⁾

そして、この「社團」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「社團ハ別ニ会社ト名ガ付カシテモ人ガ多数参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⁾と説明されているし、また、「社團ト云フハ組合ト云フ事モアル」⁽⁷⁷⁾とか「組合杯ハ社團ノ一デ」⁽⁷⁸⁾あるとか「原語デハ人ノ塊リデ」⁽⁷⁹⁾あるなどと説明されているから、結局、社團も組合も、いずれも人の集團の意味に、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）三法一九、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團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、同第三三条第二項は、「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團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、明治八年一月三日小田県伺に対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対する同年五月一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庁に於て従来ノ類例に照合検閲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、この地方庁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(志田鉦太郎「日本商法論卷之二」第二編会社上巻)九頁)。

(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・ルドフ氏手記日本訴訟法案」(独逸文)によれば、Gesellschaften oder sonstige Personenvereine と云つてゐる。

(75) 明治一〇年二月一七日民事訴訟法案審議第二回における渡辺委員の「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ソウダ」と指摘されている。法典調査会民事訴訟法草案按議事筆記一卷九三丁表、同九六丁裏。

(76) 同右九三丁表。

(77) 明治一〇年二月一七日の第二回民事訴訟法案審議における村田委員の発言。同右一卷九五丁裏。

(78) 同右 箕作委員の発言。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、明治三三年一〇月三十一日の、修正案に関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團又ハ財団」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」と述べているが、⁽⁸⁰⁾「此法人ニ非スシテ訴訟ノ当事者トナル団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……」という質問に対して、⁽⁸¹⁾「独逸アタリデハ色々議論ガアリマシヤウデスガ、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が大変アルヤウデス、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」⁽⁸²⁾と答えているから、これも

し合名会社 (Offene Handelsgesellschaft) および合資会社 (Kommanditgesellschaft) を意味するとすれば、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団と対立する意味での組合すなわち狭い意味での Gesellschaft と解されてい
るからであるわけで、そうなると、この狭義の Gesellschaft すなわち「組合」をもわが国の民事訴訟法ではまさにこの
「社団」の中を含めて理解していることになる。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
ノ社団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り含ムト云フ趣旨ナンデアル
カ」という質問に対して、「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」⁽⁸³⁾とはつきり答えている。

(80) 民事訴訟法議事速記録二卷二七丁裏

(81) 明治三三年一月七日の民訴第二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) 明治三四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、「法人其ノ他ノ社団又ハ財団ノ普通裁判籍ハ
其ノ主たる事務所又ハ營業所ニ依リ……」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こととしている。

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
人に非ざる社団と云ふものがある、財団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、さ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
ざる社団財団と云ふ名で以て訴へられることが出来る、斯う云ふやうに明かにしたのであります」⁽⁸⁵⁾と説明している。そし

て、具体的にいかなるものが、ここにいう「社団」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 「法人に非ざる社団と云ふのは法令にあるのも無いのも含むのですか。」

松岡義正委員 「法人に非ざる社団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、組合の實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「社団」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、その結果がいずれになるにしても、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つてくるし、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、「四三条へ現行四六条——大賀註、以下同じ」に付ては四四條へ現行四七條の規定があれば四三条へ現四六條の規定は不必要ではないかと云ふことでありますが、之も我々共研究の結果否決致しました。それは四三条へ現四六條の規定は所謂法人に付ての規定でありまして、四四條へ現四七條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ひ、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。」と説明している。⁽⁹⁷⁾

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け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。」と説明して、第三二条第二項〈現行二〇一条二項〉を持ち出している。⁽⁹⁸⁾

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つて、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……」という質問に對しても、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條の中に這入る、四條は四三條〈現行四六條〉と相對する規定でありました、組合全部を此中に入れる、さうして組合の爲めに或は之に對して爲す訴訟を簡單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⁽⁹⁴⁾」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經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條にいう「社団」の中に含まれると解されてゐたことを、ここに認識しなければならない。⁽⁹⁵⁾

(85) 民事訴訟法改正調査委員会速記録(昭四、法曹会) 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(同一一一頁以下、ただし一一五頁では、組織の如何によつては組合も含まれることを認めている)。その論拠とするところは、社団という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爲めに使われ

る財産があるわけで（仁井田、一一五頁）、その財産を目標けて強制執行を命ずるという趣意が本条ででてくるのであり（仁井田、一一五頁、そうでなければ次条（現行四七条）だけでなぜいかなんかが疑問になるというわけであらう。

これに対して、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つて、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つ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（同二一七頁）。

(89) 同右、岡野発言（同二〇九頁）。

(90) 同右、岡野発言（同二〇六頁）。

(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総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爲めに非常に煩雜になつて来る、それで簡略主義で斯う云ふことにしたらと云ふ丈の考えであります。」と述べている（同一一一頁）。

(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(九)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）三三八頁以下、末川博「組合の業務執行について」末川博法律論文集Ⅲ四二二頁以下、坂田桂三「権利能力なき財団と手形責任」手形研究一八三号九頁註、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らうと思われるわけで、また同様に、「財団」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らう。(97) そして、実定法の解釈としては、そのように解することです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結社として継続的で団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 vecligalium として解され、従つてローマ法学は、広く人的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たようである (石本雅男「羅馬法に於ける Societas の概念とその機能」法と経済三卷二号五三頁以下、Lehmann II Dietz: Gesellschaftsrecht, S. 6; 梅謙次郎「民法要義卷之三」七八頁参照)。そしてこのローマ法における Societas は、ギリシヤの *κοινωνία* (コイノブラクシア) の形式を採用したものとされているが、*κοινωνία* は *κοινός* (共通) と *πράξις* (仕事) との結合語であつて、ドイツ語の *Gesellschaft* に相当するし、ギリシヤでは、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 *κοινωσία* (仲間という語に相当する) と一般に呼んでいたようである (石本・前掲五七頁)。

(97) 穂積陳重・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「帝国民法正解」第巻編二七三頁、磯部四郎「大日本新典商法釈義」第二編三四八頁以下。この点については後記四の註(65)以下参照。

(98) 社團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、はやくから強調されていたのは西本辰之助博士である (同「社團と組合」私法学の諸問題所収六一六頁以下、同「株式引受の性質」同二一八頁以下、なお高島正夫「発起人の法律上の地位」法研三八卷二二二頁註(1)参照)。

なお、商法五二条にいう「社團」については広く人的結合を指すものと解している者が少なくない (松田・前掲田中記念二一四頁、国歳胤臣「株式会社登記前後」竹田記念・商法の諸問題四八頁、星野・前掲法協八四卷九号二八頁等、ただし、松岡・前掲法研三八卷二二二一五六頁は反対、なお鈴木・前掲松本記念七頁参照)。