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

Title	『社団・財団・組合』管見 (三・完) : 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 (3, end)
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.10 (1973. 10) ,p.45- 72
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19731015-0045

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（三・完）

――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　以上前々号
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　…以上前号
四、社団・組合・財団の理解の仕方とその相互関係
むすび

四、社団・財団・組合の理解の仕方とその相互関係

ところで、「社団」・「財団」・「組合」に関する前述のような理解に誤りがないと仮定すれば、少くともわが国の場合、従来云われていたように、「社団」を、殊に「組合」との対比においてとらえ、団体としての単一性があるものと解し、その

メルクマールとして、例えばメンバーの数の多寡とか、メンバーの交替に拘らない存続とか、根本規則の存否、機関の存否、固有の名称・固有の財産等の存否など、種々の区別の基準、従つて社団性のメルクマールとして多くのものが指摘されているけれども、それらのうちの全部または一部が備わらなければ「社団」たりえないというふうにみる必要はない、ということになるであろう。

勿論、それらのメルクマールのうちのいくつかは、当該社団がそれを備えない限り、その社団は現行法上会社たりえないし、また社団法人たりえない、或いはさらにまた、現行法上訴訟当事者能力をもちえないことにはなるけれども、厳密に云うならば、それは「社団」としての要件とはみるべきでないと考えられる。例えば、代表者の定めのない社団や、固有の名称をもたない社団は、社団でないのではなくて、「其ノ名ニ於テ訴ヘ又ハ訴ヘラルルコトヲ得」ないだけであり、また定款の定めのない社団は、社団でないのではなくて会社たりえないだけであり、それは丁度、主務官庁の許可のない公益社団が現行法上法人たりえないのと同様である。

そこで、前述の前提に従つて、わが国の実定法にいう「社団」の要件を考えてみると、(1)(ア)複数人の存在、(イ)ある特定の目的の存在、そして(ウ)自由な意思に基づく結合、の三つに集約できると思われる。その内容を分説してみよう。

(ア)複数人の存在。

社団であるためには、まず複数の人の存在がなければならない。この点について、「法人ニシテ自然人ノ集合体ヨリ成ルモノ」を「社団法人トス」、つまり社団というのは自然人の集合体とみる見解もあるが、(2)社団のメンバーをあえて自然人に限定する根拠は乏しい。法人もまた社団のメンバーたりうべきことは、学説判例の承認するところであつて、これを援用してよいと思われる。(3)

従つて、社団であるためには、少くとも二人の自然人または法人の存在が必要であるとみるべきである。(4)

(イ)ある特定の目的の存在。

わが国の現行民・商法がともに[5]、社団なり会社なりを、その目的との係わりでとらえていることは疑いない[6]。もつとも、その場合の目的は、民・商法の法文の構成上、社団自体のもつ目的であつて、そのメンバーの目的ではないと読むべきことも、文章的には無論明らかであるが、ここで、このメンバーの共同の目的と、団体固有の目的と呼ばれるものとの関連を考えてみると、そもそも団体と呼ばれるものが、社会的に何らかの機能を果たし、法律関係にも登場してきて、これを法的にも規律する必要と意味とが生ずるのは、複数の人が、個々的に活動する場合に比べて、何らかの目的のために結集することによつて、個々人の能力を超えた「何か」、つまり超個人的な機能を果たしうるからに外ならないと考えられる[7]。その意味では、団体というものは単なる烏合の衆とは違い、また個々人ではない「何か」であつて、この超個人的な機能に、団体たる存在理由があり社会的意義があるものと云つてよいと思われる[8]。

はたしてそうであるとすれば、幾人かの人が何か共同の目的をもつて結集する場合は、そこに、単なる個人ではない独自の機能が始まるものとみてよい。例えば、民法上の組合の場合、共同の事業を営むという共同の目的をもつて組合契約が結ばれることによつて、法律上は組合員の共有という形をとりながら、経済上は独立の組合財産なるものを認め、しかもこれを各組合員の財産とは区別して、それを基盤として組合は社会的にも独自の働きをする[9]。このように超個人的な「何か」がもつ社会的機能に着目するならば、人々の単なる寄合いではなくて、そこに「超個人的な目的(überindividueller Zweck)」[10]がある以上、そのメンバー共同の目的を団体の目的としてとらえて一向に差支えないように思われる[11]。

そしてこのことは、前述のように、民事訴訟法にいわゆる「法人ニ非ザル社団」の中に組合が含まれると解すべき以上、組合員共同の目的は社団自体の目的ではないとか、あるいは社団の目的はメンバー固有の目的の総合ではないなどと強いて[12]云う必要は必ずしもないように思われる[13]。

(ウ)　自由な意思に基づく結合。

およそ人の営む共同生活のうちで団体と呼ばれるものには実に様々なものがあり、またそこで人が相互に作用し関係し合う動機や目的も多種多様であると共に、人がそこに入りこむ過程においては、人の意思が全く働く余地のないものもあれば、意思が働くにしても、その働く程度や様相はそれぞれ異なるわけであるが、私法の領域において問題となるのは、主として、意図的に形づくられる団体であると云ってよい。(14)

従つて、これらの団体では、利害を共通にする個々人が共同の目的を達成するためにみずからの自由な意思に基づいて結合するのが常であるから、自由な意思に基づく人の結合に限つて、これを私法上の社団とみることができるであろう。(15)

それ故、自由な意思に基づく限り、その結合の仕方、態様の如何、程度の強弱等を問わないとみるべきであつて、従つて各メンバー相互の組合契約に基づいて、共同の事業を営むという共同目的の下に一つの集団つまり組合という名の社団が形づくられようと、あるいはまた、定款などの根本規則に基づいて、一定の目的のために一つの集団つまり社団を構成しようと、その原因・経過などは重要な問題ではないと云つてよい。

このようにみてくると、結局、わが国の実定法上「社団」として要求されているものは、一定の目的のために複数人が自由意思(16)に基づいて集合することにあるわけで、これらの要件をみたす限り、そこに「社団」の存在が認められるとみてよいように思われる。(17)

(1)　社団であるか否か、従つて団体性の認識の問題は、社会的な認識できまることであるとし、従つて法律学として社団の要件を検討することの意味を疑問とする見解もありえようが、ここで問題としているのは、わが国の民商法・民訴法にいう「社団」の意味の確定は、少くともここにあげた三要素以外のものは社団性のメルクマールとして不要であるという意味で、法規適用の前提問題であり、従つて実定法解釈の問題であると考えられるからである。ちなみに、Reichert=Dannecker=Kühr : a.a.O はいくつかのメルクマールを法的意味における社団概念 (Der heutige Begriff des Vereins im Rechtssinne) として挙げている。

(2) 明治二六年の「民法第一議案」第二章法人の理由ならびに猪股淇清「増補訂正株式会社本質論」三五頁註(一)に掲げる文献参照。

(3) もつとも、法人が合名会社または合資会社の無限責任社員たりうるかについては議論が岐れるが、株式会社または有限会社についてはその社員たりうることに関して異論はない。猪股・前掲三五頁註(二)参照。

(4) この点については、少数説として少くとも三人を要求する見解もあるが(Reichert=Dannecker=Kühr: Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts. S.3f.)、根拠が判然としないため、通説の如く少くとも二人を要求すれば足りるとみるべきであろう(Neubecker: Vereine ohne Rechtsfähigkeit S.4u. 14f.: Westermann: Personengesellschaftsrecht. S.5)。志田鉀太郎「私法ノ研究ト社会法」法学大家論文集(民法之部)上巻二頁は、団体とは「苟クモ二人以上ノ人相集マリ一定ノ組織ノ下ニ共同ノ目的ヲ達スル結合ヲ為スモノノ総称タリ」という。

(5) この点、民訴法は、目的については直接には何ら触れていない。しかし、目的との関連を何らもたないところの、いわば烏合の衆的存在、人の単なる寄合いを訴訟法上とりあげて問題とする意味は全くないと考えられるから、民訴法においても、民商法の場合と同様に、目的との関連で「社団」をとりあげるべきであろうと思われる。

(6) 富井政章「法人ノ本性」法学大家論文集上巻一六五頁、清水新「会社法」四頁。

(7) 末川博「民法上の組合の本質」末川博法律論文集Ⅲ四〇五頁は、「構成員を超越した独自の存在」が「社会生活における超個人的な一つの活動単位となつて」「それ自身としての生命と機能とを有する」ところに、「団体の存在理由がありその社会的意義が存する」旨述べておられる。

また、平出・前掲北法一二巻二号九一頁は、「元来、法律が個人の他に団体を認め、社会学的に存在する団体を、単に個人の集合としてではなく、法律的にも団体として特殊な取扱をするのは、組合と社団とでは、その程度こそ非常に異なるが、社会的な要請に応じて、団体の活動を助長し、団体の法律関係を明確にしその処理を容易にして、団体、団体員及び第三者の利益を保護するためであると云うことができる」とされる。

(8) 末川・前掲四〇五頁参照。

(9) 民事訴訟法改正調査会における岡野敬次郎発言、同議事速記録一一〇頁参照。

(10) Enneccerus=Nipperdey: a. a. O. Bd. I. S.651.: Lehmann=Dietz: Gesellschaftsrecht S.16 u. 46.: Hefermehl; Allgemeine Bemerkungen zum Gesellschaftsrecht. JURA EUROPAE I. 10.00.5~6.

(11) この点は、前述した商法等の規定の変遷から考えてみても、用語上形式的には、メンバーの共同の目的と団体固有の目的とを区別しているにも拘らず、実質的には両者を必ずしも截然区別しているようにはみえないことからも伺える。

(12) 仁井田益太郎委員は、民訴四三条(現行四六条)に関する審議の際、「社団と云ふは独立の目的を持つて居るものでなければならぬので、組合は個々各自の目的の為めに出来て居る唯結合に外ならぬ、社団と云へば独立の目的がなければ社団とは云はぬと思ふ」と述べ、従つて組合はいわゆる「法人ニ非サル社団」の中にははいらないと主張されている(民事訴訟法改正調査委員会議事速記録一〇七頁)。また、組合の目的と社団の目的との違いを強調するのは、Haberkorn, K.; Rechtliche Struktur der werdenden Kapitalgesellschaft. Der Betriebs-Berater 1962. S.1410. なお、Wagner; Gesellschaftsrecht. S. 8: Larenz; Schuldrecht Bd. II § 57 I ~も参照。

(13) 岡野敬次郎委員は、民訴四三条（現行四六条）に関する審議の中で、「私は組合員個々の目的ではない、組合員共同の目的の為めに組合は出来て居ると思ふ、それを称して組合の目的と云ふ、矢張り組合独立の目的に相違ない、一人離しては共同の目的はない、共同の事業を営む為めに共同の目的があると述べ、組合も「法人ニ非サル社団」に相違ないと主張されている（民事訴訟法改正調査委員会議事速記録一〇七頁）。また、松岡義正委員も「社団と云へば共同の目的を有する……」と云われている（同右一〇七頁ないし一〇八頁）。

また、福地俊雄「法人理論の対象」民商法雑誌三八巻二号二一頁は、「客観的対象としての無限に複雑な、矛盾対立を含んだ人間行動の関連の中から『法人』という抽象概念として綜括されるところの共通の特色」の一つとして、「非個人的・共同的目的のために統一的に財産運営がなされる関係」をあげておられる。

なお、すべての種類の会社を一元的にGesellschaftとして統一的に把握すべきことを説くWieland : Handelsrecht. B.d. I S.455 ff.も、それが共通の目的（Gemeinsamheit der Zweck）の実現に向けられた関係であるとみている。

(14) 末川・前掲民法上の組合の本質三九七頁、四〇五頁。

(15) 団体への加入脱退が成員の自由な意思に基づかないもの、例えば、国、公共団体、あるいはまた民族、種族、家族等地縁血縁的団体は、これに含まれない。Vgl. Neubecker : a. a O. S. 5

(16) この点について、ドイツの文献には、法律行為ないし契約に基づく結合として説明するものが多い。例えば、Larenz, K. ; Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. S.180f. : Müller-Erzbach ; Deutsches Handelsrecht S.254f. : Lehmann＝Dietz ; Gesellschaftsrecht S.6. : Hueck, A. ; Gesellschaftsrecht S.1. : Hefermehl ; Allgemeine Bemerkungen zum Gesellschaftsrecht, JURA EUROPAE. I. 46-1-3, 10.00. 1 : Stehle, H. ＝Stehle, A. ; Die Gesellschaften. S. 14. : Westermann ; Personengesellschaftsrecht. S. 5. 等。ただし、A. von Tuhr ; Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. I. S.475 ff. はWillensakt とよび、社団の設立が債権的契約でないことを強調している。

しかしながら、私の考えでは、社団ないし団体の結成というものは、法律効果とみるべきではなく、事実上の結果であって（大賀祥充「会社設立行為論」法研四四巻三号三一六頁、三一九頁註(2)ないし(4)参照）、法人格の取得・法人の成立こそが、設立の法律行為に基づく法律効果であるとみるべきであろうと思われる（大賀・前掲三一六頁）。同様に、組合契約も、組合団体設立を目的とする法律行為ではないとみるべきであろう。

(17) この理解は、実はドイツにおける広義のGesellschaftの理解と対応するものである（例えば、Enneccerus＝Nipperdey ; a. a. O. S. 621 : Larenz ; a. a. O. S.180. : Lehmann＝Dietz ; a. a. O. S. 3. : Neubecker ; a. a. O. S. 4f. : Westermann ; a. a. O. S. 3.）。そして、前述のようなわが国の実定法制定の沿革やその背景との関連からみれば、実定法上の社団の解釈として最も自然な理解になるのではないかと推量している。つまり、従来わが国の通説的見解が、社団を狭義のGesellschaft（組合）と対応させる意味で解していたのに対して、広義のGesellschaft（人的結合・人の集団）の意味に解すべきことを主張したいと考えているわけである。

勿論、社団なり団体というものを、先に述べたように社会上独自の機能を果たす・超個人的な「何か」として更につきつめて考えてみるならば、個々人あるいは個々人の単なる寄合いにとどまらない何か、つまり超個人的な機能を営む団体としての認識は、先述の三つの要件をみたしただけでは単に社団としての存在があるだけで、まだそれほど団体性殊にその機能が顕在化しているわけではない。そして、この団体性ないし機能の認識は、その社団・団体が一定の目的を達成するための活動を始めることによって次第に顕在化してくるであろうと考えられる。

社団の団体としての機能が顕在化してくる場合を、より具体的に検討してみると、[18] 第一に、団体として一定の目的を達成するための統一的行動をとる前提として、団体としての統一的な意思決定をする際、例えば多数決原理を採るとした場合、おそらくは全員一致の方式を採るよりも、より一層団体性つまり、非個人性ないし超個人性の認識は強い筈であろう。また同様に、第二として、団体としての活動・行為の方式について云えば、団体独自の名称を用い、一定の資格と権限とをもつた者が[19]一定の方式の下にこれを行う場合には、おそらくは、団体構成員全員が共同的に業務執行をする場合よりも、より一層明確に団体性つまり非個人性ないし超個人性が認識されるであろう。さらに第三として、団体としての一定目的達成のための活動の財産的基盤として、各構成員のなした出資その他の団体財産が構成される場合、その帰属の形態が、分別管理され、各構成員がそれに対してもつ直接的な権能が少なければ少ないほど、団体の独自性がより一層強く意識されるものであろうし、最後に第四として、団体としての一定目的達成のための行動に基づいて負担した債務について、各構成員が責任を負うか否か、その限度如何によつては、それだけ団体の独自性が強く意識されてくるであろう。

要するに、これらいくつかのメルクマールのうち一部でも認められるならば、その場面で団体性の認識が抽象的に強く形成・意識されてくることになるものと思われる。

しかしながら、団体性の認識やその強弱というものは、右に述べたような意味で、極めて相対的なものでしかない。それ

故、従来わが国やドイツの通説が種々挙げている、「社団」としてのメルクマールの全てが備わらなければ団体性が認識できないわけではないし、最少限度前述の三つの要件を備える限り、それを「社団」と解して、実定法適用の各要件を考察すれば足りるのではなかろうか。

(18) 福地・前掲註釈民法(17)一〇頁以下。

(19) これが機関の問題であり、また代表なり代理なりの形との関係で、法律効果帰属の問題と係わりをもつことになる。そして、本文に述べるように、団体としての存在と行動とを一応区別するとすれば、しかも団体の場合その存在はまさに行動のためであり、従つて行動によつて初めて団体としての社会的機能を果たしうるものとすれば、その団体としての行為は、団体の代表者ないし機関の存在と機関の行動とによつてなされる。そして、機関の存在のためには定款などの根本規則の設定が、また機関の行動のためには、団体からの機関権限の授与と、機関が団体のためにすることを示す表示とが要求されるものと考えられる。なお、これらの点については、新田敏「法人の行為――事実行為を中心として――」法学研究四四巻三号二三一頁以下参照。

以上を要するに、わが国の実定法にいう「社団」の意味が、既に繰返し述べてきたように、一定の目的達成のために自由意思に基づいて結集した人の集団であるとすれば、ドイツならびにわが国における通説のように、社団を狭義の Gesellschaft すなわち組合との対比でのみとらえて、幾多のメルクマールを要求し、それらの全てをみたすもののみを「社団(Verein)」として限定的にとらえようとする見解は、当らないことになる。

このようにみてくると、松田二郎博士が立法の沿革的研究の必要を強調され、実定法上の「社団」の意味が単なる人的結合の意味であると喝破され、従つて「条文上『社団』の文字あるに拘らず、会社は決して今日の意味の『社団』として規定されたものでない」[20]と指摘されている点は、正しいものと高く評価しなければならない。しかしながら同時に、博士が、会社は「却つて組合性を有しつつ法人格を有し得たのである」[21]とか、また「当時において、民法の債権各論の組合すら、法人格を有し得ることを承認されていた」[22]とか、あるいは「会社と組合とが同義なりし以上、今日の意味の会社が本来今日の意味の組合と解されたことは当然であつたろう」[23]等と主張されている点は、いずれも納得し難い。何故なら、当時「会社」と同

意義に用いられた「組合」の語は、既に述べたように、あくまで、数人の者が組合つてできる人の団体という程度の意味と理解しなければならないのであつて[24]、それだからこそ、いわゆる「組合」も公益社団法人ないし営利社団法人（会社）になりうることが承認されえた[25]ものとみるべきだからである。云いかえれば、「社団」も「組合」も、すべて人の集まり、団体という程度の意味に解されていたのであつて、その限りで両者は同義語とされ、相互の区別は殆んど意識されていなかつたとみるべきである。つまり、そこではいわゆる「団体性」の強弱など問題にされてはいなかつたということでもある。

(20) 松田・前掲研究一六五頁。
(21) 松田・前掲研究一六五頁。
(22) 松田・前掲研究一六四頁ないし一六五頁。
(23) 松田「会社の組合性と社団性」田中記念・商法の基本問題二一四頁。ただし、同・前掲株式会社法研究二一五頁では、この一文は削除されている。
(24) 民法修正案理由書によれば、第三編第一二節「会社」の理由として、「既成法典其他多クノ法典ニ於テハ民事会社ヲ以テ特定セル少人数の組合トシ人ノ観察ヲ基礎トシテ一切ノ規定ヲ為セリ然レトモ今日ノ社会ニ在リテハ不充分ノ観ナキ能ハス蓋シ今日ニ至リテハ民事上ノ会社契約ニヨリテ多数ノ人相共同シテ事業ヲ営ム事極テ多キヲ以テナリ尤モ多クノ場合ニハ法人ヲ設立スルコトニナルヘシト雖モ又農業ヲ目的トスル団体ノ如キ法人ヲ成ササルモノアリ是ヲ以テ本案ニ於テハ右ノ事情ヲ斟酌シテ会社ノ規定ヲ設ケタリ……」「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団結其モノヲ示スモノナリト雖モ他ニ適当ノ文字ヲ発見セサルヲ以テ遂ニ此語ヲ用ヒタリ」（一頁）とある（なお、前掲穂積文書三七頁によれば、第三編の理由書は起草委員補助〈具体的には仁井田益太郎、仁保亀松、松波仁一郎の三名〉が、起草委員の草稿等を基礎にして執筆したもののようである）。この他、前記三の註(30)における中嶋発言、谷沢発言等参照。
(25) 梅・前掲七八二頁によれば、「組合ハ往往ニシテ之ヲ法人トスルコトアリ而シテ其目的公益ニ在ルトキハ民法第三十四条ニ従フヘク営利ヲ目的トスルトキハ同第三十五条ニ従ヒ商事会社ニ関スル規定ニ依ルヘシ（此場合ニ於テハ立法者ハ之ヲ会社ト称セント欲スルナルヘシ）」とされている。
なお、松田・前掲研究一六五頁原註(六)によれば「梅・前掲七七一頁。かかる見解が、仏法の影響によるものであることは言を俟たない」とされる。

問題なのは、このように、わが国の実定法の起草者が「社団」も「組合」もすべて単なる人の団体という程度の意味に解し、その前提で実定法の制定がなされたとすれば、はたして「社団」と「組合」とを理論上区別しようとすることは全く無意味なことなのであろうかという点である。

社団と組合との区別の無益さを指摘される星野英一教授の所論が、既成の抽象概念による区別の曖昧さと、そして、それにも拘らず両者を峻別する従来の考え方の甘さとに、鋭い批判の目を向けられた点は、正しい。

しかし、教授自身も指摘し承認しておられるように、もし「社団法人」に関する民法の規定の中にも、「構成員相互の関係、構成員と団体との関係、団体の意思決定などに関するもの」は、「その『法人』たることに由来する規定でなく、『社団』であることに着目した規定である」[26]とすれば、「この種の規定だけを類推適用するに止めるべき団体の存在も、十分考えられることである。これを『権利能力なき社団』と呼ぶか否かは、用語法の問題にすぎないが、たとえば、解散請求権（民法六八三条）のように組合か社団かによつて大差のある場合もあるから、そのように呼んでもよいであろう」[27]として、教授みずから、社団と組合との区別の意味をこの限りで肯定される点は、前述した教授の基本的な主張と、いかに調和するであろうか。

ここで根本に遡つて考えてみなければならないのは、そもそも社団と組合との区別を、星野教授のように基本的に否定するにしろ、あるいは福地俊雄教授[28]のように大体論として肯定するにしろ、いずれにしても、現実の社会に存在する団体が、「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」[29]とか、「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」[30][31]と云われるのは、一体いかなる意味であろうかという点である。

前述のように、一定目的達成のために自由意思に基づいて結集した人の集団をすべて「社団」として理解する以上、その目的、結合の広狭・強弱等を問わないから、そのような人の集団つまり「社団」は実に多種多様、世に無数存在しうるし、またしている。従つて、もしこの疑いもない事実を表して「無限の連続系列がある」と云われるのならば格別、その他の意味において社団と組合との「連続系列」を是認されるのであれば、そのことの当否は問題であろう。

確かに、現実の社会に存在する人の結合が、構成員の数の多寡にしろ、結合の目的にしろ、結合の度合いないし団体性の

強弱にしろ、無数の段階なりニュアンスのあることは、疑いない事実である。[32] しかしそのことは、はたして典型的な組合から典型的な社団に至るまで同一平面において連続していることになるのだろうか。

わが国の実定法の起草者達が意識しなかつたように、社団と組合とを仮りに区別しないで、ともに人の団体という程度の意味に解すべきものとすれば、つまり、社団も組合もその意味で同義語であるとすれば、およそその間の連続性なるものは存在しえない道理である。また逆に、社団と組合との連続性なるものを承認すると仮定すれば、その限りで両者が同一次元上の現象であることを当然の前提とするが、その際問題となるのは再び出発点に戻つて両者の区別の基準は何かということであり、仮りに構成員の個性の濃淡とか員数の多寡を基準とする限り、たとえ連続性の説明にはよく奉仕するとしても、区別の基準としては極めて曖昧なものであることは、繰返し述べるまでもない。それにも拘らず、その極めて相対的で曖昧な基準に従つて社団と組合とをあえて峻別しようとすることには、理論上明らかに無理があると云わなければならない。この意味で、従来の社団と組合との峻別の理論は、両者の連続性の承認とは、相容れない関係に立つものと考えられる。[33]

(26) 星野・前掲「いわゆる『権利能力なき社団』について」法協八四巻九号五四頁。
(27) 星野・前掲法協八四巻九号五五頁。
(28) 福地・前掲「法人に非ざる社団について」神法一六巻一・二号一三七頁以下、前掲「いわゆる発起人組合および法人の前身たる団体」法と政治一九巻一号八三頁、前掲「法人の法的主体性と社会的主体性」法と政治一〇巻四号六〇頁、前掲「組合と法人」契約法大系Ⅶ三九頁以下。
(29) 星野・前掲法協八四巻九号二七頁以下は「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」とされる（同旨五二頁）。
(30) 前記註(28)に掲げる文献によれば、「現実に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結系列がある」とされる。
(31) なお、福地・前掲「組合に関する前注」注釈民法(17)一二頁によれば、「近時の進んだ通説は、組合と社団との間におけるいわば連続系列の存在を承認し」ているとして、我妻栄「債権各論中巻二（民法講義Ⅴ3）」七五五頁ないし七五六頁を引用しておられるが、それによれば、「社会に存在する団体には、典型的な組合から典型的な社団まで、多くの異つた性質を有する団体が存在する。従つて、これを法律的に規律するには、その団体の組合的性

質の大小によつて適用する規定ないし理論を違わせねばならない。」とされているだけであつて、これが「連続系列の理論」であるのかどうか、つまりこれが社団と組合との連続性を認めていることになるのかどうかは、これだけでは判断できないように私には思われる。

(32) 松田・前掲研究一五五頁、末広厳太郎「訴訟当事者としての人格なき社団財団」加藤祝賀論文集二一六頁、Neubecker : a. a. O. S.15

(33) 福地・前掲「組合に関する前注」注釈民法（17）一二頁によれば、「連続系列の理論はこの限りは全く問然する余地がないようにみえる。しかし、一方において社団と組合との原理的区別を強調しながら、他方において両者の連続性を認めることの間には、なお理論的に調和し切れないものが感ぜられる。もつとも、その不調和は、上記の諸点が制定法によつて具体的に構成され形態づけられている団体に関して論ずるかぎりでは、それほど顕在化しない。たとえば、株式会社について、それを純然たる社団として説明しても、社団に組合性を加味したものとして説明しても、いわば理論的興味はともかく、解釈論的実益の上では異曲同工といえる場合が少なくない（立法論的な意義は重視すべきであろう）。しかし、この理論的不調和は、制定法によつて具体的に構成されていない団体、とくに権利能力なき社団（ないし、権利能力なき社団か民法上の組合かが不明な団体）について法律関係を論ずる段になると、顕在化する。」と指摘されている。

ここで視点を変えて、社団が組合性を兼有しうるか否か、換言すれば、社団性と組合性との両立の可能性の有無について考えてみよう。

前述のように、メンバーの個性の濃淡とか員数の多寡というような相対的な基準に基づく社団と組合との峻別論は、両者の連続系列の承認と相容れないばかりか、両者の両立性をも否定せざるをえない筈である。何故なら、その際云われうる両立性とは、より組合的なものに対する社団性と、より社団的なものに対する組合性との兼有でしかなく、比較の視点の移動を前提とするものだからである。逆に、社団性と組合性との兼有ないし両立の可能性を承認するとすれば、両者の区別の基準は、個性の濃淡とか構成員数の多寡といつたような相対的なものではありえない道理である。

こうなつてくると、考えられる途は二つ。その一つは、星野教授の所説の如く社団と組合との区別を基本的に否定することであり、他の一つは、社団と組合との区別の基準を別に求めることである。

すでに述べたように、星野教授が、法律学において社団と組合とを考察する場合、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どれほどの意義があるかをまず疑問とされ[34]、さらに実定法上の社団と組合との区別にしても、そ[35]

の沿革的な事情の探究に基づいて、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ないことを指摘される点には、全面的に賛成できる。

そして何よりも高く評価しなければならないのは、現実の社会に存在する様々の団体につき各個別的に法律関係を判断すべきことを説かれる点[36]であるが[37]、しかし問題なのは、民法における社団法人の内部関係に関する規定と、組合の内部関係に関する規定とを比較検討した結果、両者に殆んど差異がないと断じて、次の如く述べておられる点である。

すなわち、教授は「右の諸規定の中でもつとも重要なものは、『組合』においては、各組合員に解散請求権のあること（民法六八三条）、脱退にさいして払戻請求権のあること（民法六八一条）、業務執行を原則として組合員全員が行なうこと（民法六七〇条第一項、二項）、業務執行組合員をおいた場合でも各組合員が常務を専行できること（民法六七〇条三項）にあるといつてよいであろう。しかし、これらの規定の多くも、特約によつて別段の定めをなしうる旨も論じたところである。従つて、ある団体において、右の諸点が明示的に規約で定められていれば、まず「組合」にあたり、「組合」の他の規定を適用してもよいことになろう。しかしこれらの点について別段の定めがないときに、「組合」の規定によるか「社団」の考え方によるかも未だ明らかとはならない。さらにこれらの点が明示的に排除されているときは、その限りで「社団」に近づくが、なお全く「組合」の規定の適用が排斥されるのへここに「か」の欠語があるのではなかろうか――大賀註〉は明らかでない。これらの場合に、「組合」が人数の少ない団体を予定しており、「社団」が人数の少ないへこれは「多い」の誤植ではなかろうか――大賀註〉団体を予定してはいるが、どのていどかははつきりしないから、結局実定法上もきめ手はないのである。

そして、それ以外の点では、いわゆる内部関係については、社団法人におけると組合におけるとで、そう大差はなく、多人数の団体を組合としても差支がないこと、少人数の団体を社団法人としても別に不便でないことが示された。

このことは、つぎのことを意味する。「権利能力なき社団」に、組合の規定でなく社団法人の規定を適用することにしても、そう大きな実益はなく、従つて、「権利能力なき社団」の理論は、この見地からはあまり意味のある理論ではないということである[38]」と。

しかし、先にも指摘した通り、星野教授自身も認めておられるように、「社団法人」に関する民法の規定の中にも、「構成員相互の関係、構成員と団体との関係、団体の意思決定などに関するもの」は、「その『法人』たることに由来する規定でなく、『社団』であることに着目した規定である[39]」とすれば、「この種の規定だけを類推適用するに止めるべき団体の存在も、十分考えられることである。これを『権利能力なき社団』と呼ぶか否かは、用語法の問題にすぎないが、たとえば、解散請求権（民法六八三条）のように組合か社団かによつて大差のある場合もあるから、そのように呼んでもよいであろう[40]」として、教授自ら社団と組合との区別の意味を肯定されている。しかも、たとえ「特約によつて別段の定めをなしうる」としても、右の解散請求権の有無以外にも、教授の指摘されるようにいくつかの点で、民法の規定は社団法人の内部関係に関する規整と、組合の内部関係に関する規整とを区別していることは、まぎれもない事実である[41]。

そうとすれば、この事実を事実として受けとめることから出発すべきであつて、星野教授の如く、両者に「それほどの差がない」とか「そう大差がな」いなどと、一概に断定することは[42]適切でないと思われる。

(34) 前記一の註（43）参照。
(35) 星野・前掲法協八四巻九号二〇頁以下。
(36) 星野・前掲法協八四巻九号五二頁以下、同旨・福地・前掲神法一六巻一・二号一三四頁。
(37) この点については、後にまた触れるし、できれば、いずれ稿を改めたいと考えている。
(38) 星野・前掲法協八四巻九号三五頁、同・民法論集一巻二六一頁ないし二六二頁。
(39) 星野・前掲法協八四巻九号五四頁。
(40) 星野・前掲法協八四巻九号五五頁。

(41) 福地・前掲神法一六巻一・二号一三九頁も同旨。
(42) 星野・前掲法協八四巻九号三〇頁以下。

しからば、両者の違いは一体どこに起因するか、殊に、前述の如く、わが国の実定法制定の沿革を検討した結果、「社団」は一定目的達成のために複数人が自由意思に基づいて結集した団体を意味し、特に組合との区別が意識されていたわけではなく、かえつて組合もそれに含めて理解されていたとみるべきである以上、それにも拘らず、社団法人の内部関係に関する規定と、組合の内部関係に関する規定との違いは、一体何故に認められるのか、が次に詮索されなければならない。

ここで再び想起されてよいのは、わが国の実定法上「組合」は、当初「会社」という用語のもとに、営利・非営利を問わず、共同目的達成のための契約を指し、また同時に、その契約に基づいてできあがる人の集合体をも意味していたという事情である。(43)

そして、組合契約に基づいてできあがる人の集合体、つまりいわゆる団体としての組合も、前述のように「社団」に含めて解されている以上、云いかえれば、一定目的達成のために複数人が自由意思に基づいて結集した団体という意味では、「社団」も「組合」も何ら異ならない以上、民法の社団法人の内部関係に関する規定と、組合の内部関係に関する規定との違いは、一方では組合の契約性に求められなければならないであろうし、また他方では社団の法人性の有無に求められなければならないと考えられる。

そこで、「組合」を、団体としてではなくて、契約として、従つて法律要件・効果の面から考えてみると、(44)まず、「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」によつて組合契約は成立する。そしてここに「当事者」が「約スル」というのは、当事者の一人一人が意思表示をなし、しかもその意思表示はAからB・C・Dへ、BからA・C・Dへというふうにすべての当事者の間で相互に交換され、各自がその余の当事者に対して意思表示をするとともに、その余の当事者から

の意思表示を受けるという意味であると解すべきであるから[45]、結局、契約としての組合は、一つの法律要件として当事者間の複数の意思表示の存在を前提とし、それ故にまた、それに基づく法律効果として「各当事者ヵ出資ヲ為シテ共同ノ事業ヲ営ムコト」を義務づけられ（民六六七）、対外的にも各組合員が対債権者関係において直接の当事者となる（民六七五）。要するに、契約としての組合の法律関係は、法律要件として各当事者間の契約関係から始まり、法律効果として各当事者相互間および各当事者対第三者の法律関係を生ずる[46]。従つて、契約としての組合に基づいて、団体としての組合が生ずるとしても、それは法律効果ではなく、事実上の効果であつて、組合契約の結果生ずるところの・各組合員相互間および各組合員対第三者間の法律関係とはディメンジョンの異なる問題であることに注目しなければならない[47]。

これに対して、社団法人の法律関係は、社団法人対構成員および社団法人対第三者の間に認められるが、それはまさにその社団が構成員とは別個・独立の「法人格」を有することによるのであるから[48]、法人格をはなれて、「社団」としてのディメンジョンにおいて、いかなる法律関係が生じるかは、別個に検討を要する問題である。

そして、一定目的達成のために複数人が自由意思に基づいて結集する団体をすべて「社団」として理解する以上、その目的、結合の広狭・強弱・態様の如何等を問わないから、その法律関係は、場合によつては組合契約に基づき、従つて組合員相互間および組合員対第三者間に生ずることもあれば、社団法人の場合のように、定款作成行為に基づき、従つて社団法人対構成員間および社団法人対第三者間に生ずることもあるし、また場合によつては、社団代表者対構成員間および社団代表者対第三者間に生ずることもありうるであろう[49]。つまり、「社団」であるか否かのディメンジョンないし団体としての組合のディメンジョンは、それがいかなる原因に基づいて生ずるかに拘らず、一定目的達成のために複数人が自由意思に基づいて結集した団体という事実上の効果を問題とするのであつて、法律要件・効果のディメンジョン、殊に法律要件としての組合契約の結果法律効果として組合員相互間および組合員対第三者間に一定の法律関係を生ずるという法律関係のディメンジョ

ンとは、厳格に区別されなければならない。

このようにみてくるならば、民法上の組合の場合、その契約性従つて法律要件・効果として各組合員相互間および組合員対第三者間に一体いかなる法律関係が生ずるか[50]こそが重要な問題であること[51]が強調されてよいと同時に、右とは別個のディメンジョンとして、事実上の効果たる団体性の面では「社団」と同義的に理解され、両者の区別は問題とされていなかつたことが再び想起されてよい。

そして、前者にあつては、当事者間の意思表示の効果意思の内容として必要十分なものは、「出資ヲ為シテ共同ノ事業ヲ営ムコト」（民六六七）であつて、団体形成の意思などは全く不要という他はない[52][53]。従つて少くともこのディメンジョンにおいては、組合の・団体としての結合の時期、程度などは、一切無縁の事柄である。ただ、組合契約の結果生ずる事実上の効果として、共同目的達成のための複数人の集団的社会関係[54]をも、「組合」と呼び「組合財産」（民六六八、六七三、六七六）、「組合ノ業務執行」（民六七〇、六七一、六七三）、「組合ト取引ヲ為ス」（民六七六Ⅰ）、「組合ノ債権者」（民六七五）、「組合ノ債務者」（民六七七）、「組合ノ存続」（民六七八）、「組合ノ為メ不利」（民六七八Ⅰ）、「組合ノ解散・清算」（民六八二以下）などと表現しているにすぎない[55]。

それ故、結局、「組合」と「社団」との区別については、ディメンジョンを二つに分けて、それぞれにつき論ずべきことになるわけで、一方では、一定目的達成のために複数人が自由意思に基づいて結集した団体という意味、従つて事実上の効果のディメンジョンでは、組合も社団も同義的に解すべく、従つて両者を区別すべきではないと同時に、他方において、法律関係のディメンジョン、従つて法律要件・効果のディメンジョンにおいては、「組合」の場合、組合契約に基づき、組合員相互間および組合員対第三者間の法律関係を生ずるが、「社団」については、それがいかなる法律要件に基づきいかなる法律効果をもたらすか、その法律関係は各個具体的に検討されなければならないことになるから、従つてこの法律関係のデ

イメンジョンにおいては、社団と組合とを常に同一に論ずることは必ずしも当らないことになる。[56]

つまり、ある社団（団体）の法律関係は、それが組合契約ないしそれに準ずべき無名契約に基づく場合には、組合に関する民法の規定が適用ないし類推されて、構成員相互間および構成員対第三者間に一定の法律関係を生ずるが、場合によつては、社団法人におけるように、社団法人対構成員間および社団法人対第三者間に法律関係を生ずることもあるし、さらにまた場合てよつては、法人でない社団におけるが如く、社団代表者（または管理者）対構成員間および社団代表者対第三者間に法律関係を生ずることもありうるであろう。

このようにみてくると、「社団」と「組合」との区別について、例えば、組合の結合は契約関係によるのであり社団の結合は合同行為によるのであるとする主張[57]とか、あるいは、組合においては組合員間の関係しか存在しないが社団においては、社員相互の関係はなく、社団対社員の関係のみが存在するという主張[58]などは、当らないことになる。[59]

ところで、ある社団（団体）について、具体的にその社団（団体）としての形態・性格・強弱等を直接的に決定するもの、云いかえれば、その社団の法律関係を直接的に決定するものは、実は、「社団」形成の事実上の原因たる[60]、例えば組合契約とか、あるいは団体の組織に関する根本規約たる定款に他ならないから[61]、それ故、それら基礎となつている根本的取決めに従つて、そこに先述の意味での社団性（団体性）が認識できる以上、それぞれの団体の実態に応じた個別的な法律関係の検討を、各団体について各個になすべきことになる。[62]

それ故、わが国の実定法にいう「社団」の意味が、すでに繰返し述べたように、一定の目的のために自由意思に基づいて結集した人の集団であるとすれば、その目的、結合の広狭・強弱その他実に多種多様な人の集団を、通説のように狭義のGesellschaft（組合）との対比でのみ捉えて、幾多のメルクマールを要求し、それらをすべてみたすもののみを「社団」と呼んで限定し、「社団」に対しては一律に社団としての画一的な取扱いをしようとすることに、実は根本的に問題があつたこ

とになる。(63)

そして肝心なことは、わが国の実定法が「会社」の本体として要求している「社団」性は、右にみてきたように、「組合」との対比において捉えられるべきではなくて、単に一定目的達成のために自由意思に基づいて結集する人の集団の意味に解すれば足りると同時に、それがいかなる法律要件に基づきいかなる法律効果を与えられ、従つていかなる法律関係が生ずるかは、「社団」性とは別個に検討されなければならないということであろう。(64)

(43) 前記三参照、殊に註(17)、また末川・前掲民法上の組合の本質三九七頁以下、福地・前掲注釈民法(17)二頁なども参照。

「組合」の用語に、この契約性と団体性との二面性あることは今日一般に承認されている。梅・前掲民法要義巻之三、七八一頁は「組合又ハ会社ナル文字ハ従来団体ヲ意味スルコト多シト雖モ本節ノ標題ニ於テハ其団体ヲ創設スル契約ノ意味ヲ以テ組合ナル文字ヲ用ヒタリ。但条文中ニ於テハ組合ハ団体ヲ意味シ契約ハ特ニ組合契約ト云ヘリ」とされている。

なお、ローマ法上は、複数人が共同の目的を追求するために相互に給付をする契約を Societas とよび、この Societas(組合)契約の結果、共同目的達成のための財産共同関係(Vermögensgemeinschaft)を生ずる事実を Communio とよんで、両者を区別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」法と経済三巻二号五五頁以下、なお原田慶吉「ローマ法」一九六頁も参照)。

(44) 契約としての組合か、いかなる性質のものであるかについては、周知のとおり、種々の見解があるが(福地俊雄「民法六六七条に関する注釈」注釈民法(17)二四頁以下、末川・前掲民法上の組合の本質三九七頁以下殊に四〇四頁)、ここでは触れないでおく(Vgl. Larenz, K.; a. a. O. S.98 ff)

(45) 末川・前掲民法上の組合の本質四〇三頁。

(46) ちなみに、松田博士は、民法上の組合の場合、「一見、組合そのものと組合員との間に法律関係が存在するような観を呈しますが、私はそこでは組合員相互間の法律関係のみが存在しているのであつて、この法律関係の外に、『組合そのもの』と組合員との間には、法律関係は存在しないものと思っております」と発言されている(シンポジウム「法人論」私法三三号一一〇頁)。

(47) 星野教授が「組合というのは、ある種の人的結合に対して与えられている法律効果の総体であり、社団とは、社団法人の基礎である人的結合を意味し、両者は別個の次元の問題と考えています」と発言されているのは(シンポジウム「法人論」私法三三号一一一頁)、注目に値する。

(48) 星野・前掲法協八四巻九号三四頁以下。

(49) 松田博士は、「社団では、社団法人であれ権利能力なき社団であれ、社員と社団との間には法律関係が存在」する旨主張されるが(シンポジウム「法人論」私法三三号一一〇頁)、権利能力なき社団の場合について云えば、法律関係すなわち権利義務関係の一方の帰属主体は、事柄の性質上社団自体ではありえないから、何人か、社団の実体を形成する権利能力者でなければならない筈であつて、各個の社団につき、また各行為につき、個別具体的

に検討しなければならないが、多くの場合には、総社員共同の権利義務になるか、あるいは代表者または管理人の定めのある場合には、その代表者に信託的に権利義務が帰属する形となるのではあるまいか。この点については、大賀祥充「権利能力なき社団と信託法理」法学研究三六巻二号四八頁以下参照。

(50) さらに、その契約としての特性も問題となろうが（前記注(44)参照）、ここでは深く立入らないけれども、民法がこれを双務契約として把えていることを軽視すべきではないと思われる。

(51) この点、従来はとかく組合の団体性が強調されすぎているように思われるし（松田・前掲人的会社の組合性・法曹会雑誌一三巻一号一四頁、同二号一一頁。福地・前掲注釈民法(17)二頁以下）、これが組合と社団との対比における通説的理解に少なからず影響を及ぼしているものとみることができるであろう。

(52) この点につき、松田・前掲人的会社の組合性・法曹会雑誌一三巻一号一四頁、同二号一一頁は、組合契約が一面組合員相互間の権利関係を定めつつ、他面組合なる団体の成立を目的とするものであり、しかも「組合員間に権利関係を設定せんとする意思と団体を創設せんとする意思は本来一個の意思の両面の作用にすぎず、両者は不可分の関係に立つ」とされ、また福地「民法六六七条に関する注釈」注釈民法(17)二四頁は、組合契約が「組合という団体の創設に関する合意」であり、団体設立契約であるとされるが、いずれも根拠に乏しいと云わざるをえない。

(53) 松岡和生・前掲法研三八巻一二号一六〇頁以下は「『組合』においては組合共有（合有）として組合員は持分権をもつのみならず、各個人が多元的に外部に現われるから、厳密にいえば、そこに『共同性』はあるが『団体性』はないといえるし、また、その多元的構造をもつて完結すべき体系のものと考えられる」と云われている。

(54) 米山桂三「人類学・特殊社会学・一般社会学」法研四三巻一号三三頁によれば、「集団」は、その成員間のあるいは「集団」間の「相互作用」を通してのみ実在するものである、という。

(55) もつとも、この「組合」における法律関係は、すべて組合員相互間および組合員対第三者間にのみ存在するのであつて、組合自体が法律関係の当事者として現われることはない。例えば、民法六六八条の「組合財産」なるものも、社会生活の実態において現に認められるが、それも法律的にはそのままの形で権利義務を考えるのではなくて、権利能力者たる組合員の次元に還元して、総組合員の共有という形で捉えられているわけである。

(56) このようにみてくると、先に掲げた一つの問題点、すなわち社団性と組合性との両立の可能性の有無についても、おのずから結論が導き出されてこよう。つまり、「社団」と「組合」とは互に相排斥する概念（松田・前掲研究一五六頁、一六七頁ないし一六八頁、同「シンポジウム法人論」における発言・私法三三号一〇八頁以下、Lehmann-Dietz: Gesellschaftsrecht S.5）ではなく（鈴木・前掲松本記念七七頁、六六頁、福地・前掲神法一六巻一・二号一三九頁、同・前掲組合と法人・契約法大系Ⅶ四一頁以下、星野・前掲法協八四巻九号五三頁の註(六)、同「シンポジウム法人論」における発言・私法三三号一一一頁、平出・前掲北法一二巻三号二頁以下、四頁の註(8)、同「英国法上のパートナーシップの当事者能力」商事判例研究昭和三〇年度四二事件評釈二一九頁以下、森泉・前掲商学論集三四巻四号三〇頁、組合（契約）に基づく社団（団体）もあれば、組合（契約）に基づかない社団（団

(体) もあるとみてよいと思われる。本文に述べたように、法律要件・効果のディメンジョンと、事実上の効果のそれとを区別する以上、当然のことと云うべきである。

そしてこのことはまた、合名会社（および合資会社）の内部関係につき組合に関する民法の規定が準用されていること（商六八条、一四七条）の実質的根拠についての争いにも終止符をうつことになるであろう。つまり、それは、合名・合資会社の実態が組合であるから（田中耕太郎「商法学の任務」商法研究一巻八〇頁ないし八一頁、松田・前掲人的会社の組合性――人的会社に対する社団的理論構成の否認――法曹会雑誌一三巻一号一頁、殊に二号一〇頁以下、同・前掲株式会社の基礎理論八七頁以下、同・前掲会社の組合性と社団性・二〇三頁ないし二〇四頁、前掲研究一五一頁ないし一五二頁、大隅健一郎「会社法論」上六三頁、田中誠二「会社法詳論」下九一七頁、実方正雄「会社法学Ⅰ」七四頁、八〇頁、兼子一「破産財団の主体性」民事法研究一巻四六三頁、我妻・前掲民法総則一一四頁）でもなければ、また、それが実質的意味における組合であるから（鈴木・前掲松本記念八〇頁、喜多川篤典「社団法人性の再検討（一）」法協七〇巻三号一〇八頁）でもない。それは、社団性に着目してそれに法人格を与えようとしている合名・合資会社についても、多くの場合には同時に組合性をも認めうるであろうから、その内部関係については組合規定を参酌することにしようという趣旨であつて、ただ会社の場合には法律関係の一方の当事者は常に法人たる会社自体であるから、組合の場合のように組合員相互の関係には限らないために、それを「準用」と云つているものと解されるのである（なお、鈴木・前掲松本記念一六六頁参照）。

(57) Homberger, L.: Das Recht der entstehenden Aktiengesellschaft. S.20 は株式会社設立における定款作成および総株式の引受を einseitige Akte としてとらえ、Gierke: Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung. S.128 ff. を引用して sozialrechtliche Betrachtung の必要を説き、契約が Sozietät の基礎になるわけではないとしている。

また Lehmann-Dietz: a. a. O. S.7 は、この点を一応認めながらも、この区別を誇張してはならない旨を指摘している。

なお、Larenz, K.: Algemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. S.98 ff. さらに平出・前掲北法一二巻三号一五頁註(6)の文献参照。

(58) 鈴木・前掲松本記念六三頁、Gierke: Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung S.58 Note 2. なお、松田・前掲基礎理論一三二頁以下、前掲理論一三七頁以下、前掲研究一五五頁以下も参照。

(59) 星野・前掲法協八四巻九号三四頁以下。

(60) 社団の形成が法律上の効果とみるべきものでないことについては、前記四の註(16)参照。

(61) 福地・前掲注釈民法(17)一一頁は「団体形態を直接的に決定するのは、実定法であり、また団体自体の内部規範（規約・定款）である」とされる。

(62) 各団体の具体的な状況に応じた個別的な考察の必要を強調するのは、Müller: Die rechtliche Natur eingetragenender Vereine, Gesellschaften oder Genossenschaften in der Zeit vor der Eintragung. DJZ 1905 Nr. 16/17 S.810.

(63) 星野・前掲法協八四巻九号五二頁、福地・前掲神法一六巻一・二号一三四頁、一七〇頁、前掲契約法大系Ⅶ三五頁、前掲注釈民法(17)一三頁、同旨・平出・前掲北法一二巻三号二頁。

(64) その意味で、準則主義のもとに会社設立のための手続の全体について、法律要件・効果の面から、全体として一つの法律行為たる「会社設立行為」の構成を考究する必要があると同時に（大賀祥充「会社設立行為論」法研四四巻三号三一一頁以下参照）、それに基づく法律効果としての会社法人格の取得と、従つて会社法人対構成員間および会社法人対第三者間の法律関係のみならず、会社設立中の法律関係、従つて法人格を未だ取得していない段階における団体（社団）の法律関係の検討が要求されるわけである。この点については、いずれ稿を改めたいと考えている。

これまで、主として「社団」を中心に、それが民法・民法施行法・商法・民事訴訟法などの実定法上いかなるものとして捉えられてきたか、殊に社団と組合との区別、その相互関係等に重点を置いて検討してきた。その結果、「社団」は一定目的達成のために自由意思に基づいて結集する人の集団という程度の意味に解されていたものであり、従つて、組合契約の結果事実上できあがる団体としての組合との区別は問題とされず、むしろ組合も社団の中に含めて解されていたこと、およびそれらがいずれも法律要件・効果という法律関係のディメンジョンでは各個具体的に検討されなければならないこと等について述べてきたが、次に「財団」についても、若干触れておきたい。

すでにみてきたところからすれば、「財団」についても、「社団」について述べてきた論法が殆んどそのまま妥当するものと云つてよいが、若干注意を要するのは次の点であろう。

すなわち、「財団」とはある特定の目的(65)のために結集された財産の集合体(66)をいうものと理解されていたことはほぼ間違いないが(67)、しかし寄附行為の目的たる財産は、あえて「集合体」である必要はなく、一個の財産であつてもよい(68)と同時に、必ずしも「無主」である必要はない(69)から、従つて、わが国の実定法上「財団」の要件としては、一定目的達成のために自由意思に基づいて拠出された財産を考えれば足りるのではないか、という点である。

それ故、「財団」について、殊に「社団」のそれとの対比においてその要件を簡単に分説すれば、

まず、(ア)人の存在。

これは財団の設立者（寄附行為者）として一人以上の自然人または法人が存在しなければならないし、またそれは複数であ

ることを要しない点で、「社団」の場合と本質的に異なる。

次に、(イ)ある特定の目的の存在。

この点については、わが国の現行民法上「公益ニ関スル財団ニシテ営利ヲ目的トセサルモノ」でなければ（公益財団）法人たりえないとされているけれども（民三四条）、逆に「公益ニ関スル」もので「営利ヲ目的トセザルモノ」でなければ「財団」たりえないわけではないことに注意しなければならない（民訴四六条参照）。

最後に、(ウ)自由な意思に基づく財産の拠出であること。

以上要するに、わが国の実定法上「財団」とは一定目的達成のために自由な意思に基づいて拠出された財産をいうものと解すべきことになるが、同時に、前述の如く「社団」を一定目的達成のために自由な意思に基づいて結集した複数人の集団とみる以上、「社団」と「財団」との両者の関係については、次のことが指摘できるであろう。

すなわち、社団性と財団性とは、いわば人的な側面と物的な側面という二つの異なるディメンジョンの問題であるから、従つて、現実に社会に存在するある組織体が、人的な要素と物的な要素とを兼ね備え[70]、それ故に社団性と財団性とを併せもつこともありうることになる[71]。この意味で、ある組織体が「社団」であることを認められたからと云つて、それが直ちに財団であることを否定されたことにはならないし、また逆に財団性が認められるからと云つて、それが直ちに社団性を否定されることにもならない。つまり、社団性と財団性とは、それらの性質の一つ一つについて格別に、独立してその有無の判別をしなければならない筈のものである。

従つて、民・商法が一定の要件を備えた「社団」を法人として認め（民三三、三四、三五、商五二、五四、有一）、また民法が一定の要件を備えた「財団」を法人として認めているのは（民三三、三四）、法がそれぞれの組織のもつ社団性または財団性に着目し、それらの営む超個人的な社会的機能を評価したからであるとみるべきであり、しかも法は、その社団性または財団

性の強弱については何ら問題としていないのみならず、社団性を認められた組織体が他面財団性をもつか否か等についても何ら触れていないとみなければならないから、従つて、社団性と財団性とは決して相容れない排斥的概念ではないと解すべきである。

そして、このように、社団性と財団性とが相排斥するものでないとすれば、株式会社の本体が「社団」であると同時に、物的会社として財団的側面を併せもつものであることは、これを無理なく承認しうる。しかし、一部の学説の主張するように、株式会社制度の現状をその機能面から現象的に捉えようとする立場に立つて、その財団的性格を強調するの余り、株式会社のもつその社団的性格を否定してしまうことは[72]、明らかに行き過ぎであると云わなければならない[73]。全く同様に、株式会社制度の現状を「社団」から「財団」への移行ないし過渡的形態を示しているものとして捉え、それを純粋な「社団」でも「財団」でもない第三種の法人として観念する立場[74]にも、右の理由からこれに賛しえないことになる。

(65) 富井政章「法人ノ本性」法学大家論文集上一六〇頁参照。

(66) 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」第壱編二七三頁、磯部四郎「大日本新典商法釈義」第二編三四八頁以下。

(67) 民法第一議案七一丁裏によれば、「無主財産ノ集合体ヨリ成ル」とし（前記二の註(49)参照、同旨・民法修正案理由書第二章法人一頁、岡松参太郎「民法理由総則」七三頁）、また松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎合著・前掲帝国民法正解第壱編二七三頁などは、単に「財産ノ集合体」と云つている。

(68) 猪股淇清「株式会社本質論」三六頁。

(69) 猪股・前掲三五頁。

(70) 社団法人といえども、人的要素のみならず物的要素を不可欠とし、また財団法人でも、財産のみならず、その管理のための人的要素を不可欠とするものであることは、ギールケがすでに強調している（O. v. Gierke; Deutsches Privatrecht. Bd. II. S. 647 ff. 同旨、福地・前掲神法一六巻一・二号一四一頁。なお喜多川・前掲法協七〇巻三号一〇四頁、七一巻一号五四頁註(6)も参照）。

(71) 森泉・前掲法人制度の問題点・ジュリスト四一三号三八頁、喜多川・前掲法協七〇巻三号七六頁、七一巻一号六三頁、坂田桂三「権利能力なき財団と手形責任」手形研究一八三号七頁、川島・前掲民法(三)二三一頁、幾代通「民法総則（現代法律学全集）」九四頁以下。

なお、兼子一「破産財団の主体性」民事法研究一巻四六一頁によれば、「社団と財団との区別も現実的には人の集合に重きを置くか、財産管理機構を主とするかの視察上の差異に止まる場合が多い」といわれ、また、境一郎「株式会社の過渡的性格」経済新法令一二号二七頁も「社団と財団は通常考えられる程対立的な観念のものではない」とされている。

(72) 八木弘「株式会社の財団的構成」神戸大学五十周年論文集法学編Ⅲ一五頁以下、同「株式会社財団論」一頁以下、一三〇頁以下。なお、境・前掲経済新法令一二号二六頁もほぼ同旨か。

(73) 殊に、株主の意識によつて会社の財団性・社団性がきまるとする考え方（八木・前掲、境・前掲一四頁）には賛成できない。けだし、書面行為たる株式引受において法律上最少限度要求されている効果意思の内容は、あくまで一定株数の株式取得とそれに対応する出資とに関するものだけであつて（大賀・前掲会社設立行為論・法研四四巻三号殊に三三九頁以下）、決して利益配当の請求や残余財産の分配に関するものは含まれていないし、結局のところ債権者的意識は法律的には全く意味をもたないからである。

(74) 服部栄三「株式の債権的構成」株式の本質と会社の能力五五頁以下、同「社員権論」同八三頁以下、境一郎「株式会社の過度的性格」経済新法令一二号二〇頁以下。

むすび

わが国の現行法は、法人たりうる実体として、あるいは訴訟当事者能力を認めうる実体として、一定の要件を備えた「社団」または「財団」を規定しているが、それぞれの内容および相互関係については、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。

他方、外国におけるこの点の理解の仕方をみると、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固有の事情を探究する必要が生じてくる。

そこで、わが国の実定法における「社団」「組合」あるいは「財団」規定の沿革とその背景を検討してみると、結局「社団」は、一定の目的を達成するため自由な意思に基づいて結集する複数人の集合体という程度の意味に解されていたもので

あり、従つて少くともその意味では、組合契約に基づきその結果事実上できあがる団体としての組合との区別は問題とされず、むしろ組合も社団の中に含めて解されていたことを知つた。この限りで、従来の通説的見解が「社団」を「組合」との対比においてのみ捉えようとし、種々のメルクマールを問題としていたことには再検討の余地があると云わなければなるまい。

一方、わが国の実定法が、一定目的達成のための複数人の集合体という意味で「社団」も「組合」も区別していなかつたとすれば、現行法上両者を区別することは意味をもたないかと云うと、そうではないと答えなければならない。何故なら、現行法上は、「組合」を組合契約という法律要件と、従つて組合員相互間および組合員対第三者間におよぶその法律効果という法律関係の面からとらえているのに対して、「社団」は一定目的達成のための複数人の集合体という事実上の効果の面からとらえ、従つてその社団の法律関係については、それがいかなる法律要件に基づきいかなる法律効果を伴つたものであるかを別個の検討に委ねているからである。すなわち、「社団」の法律関係は、一定目的達成のための複数人の集合という事実上の効果をもたらすにいたつた具体的な法律原因が、例えば組合契約に基づくときには組合の法律関係になるし、また定款作成その他法人設立行為に基づくときには法人の法律関係になるし、さらに場合によつては代表者対構成員および代表者対第三者の法律関係になることもありうるであろう。

従つて、わが国の場合「社団」については、一定目的達成のために結集した複数人の集団という事実上の効果の側面からその団体性が強調されなければならないし、逆にその法律関係の側面では、定款作成なり組合契約なりの具体的な法律原因が別途に検討され、それに基づいて、それぞれの社団（団体）の法律関係が定められなければならないことになる。他方、「組合」について云えば、現行法がこれを法律要件・効果の面からとらえていることとの関連で、その契約性が正しく強調されなければならないし、逆に、組合契約に基づきその結果できあがる事実上の効果の面では、その社団性（団体性）が認め

られてよいけれども、反面それがあまりに強調されすぎてはならないと思われる。

それ故、「社団」と「組合」との関係を考察するに当つては、まず一定目的達成のために自由な意思に基づいて結集した複数人の集合体という事実上の効果の側面と、それがいかなる法律要件に基づきいかなる法律効果をもたらすものであるかという法律関係の側面との二つのディメンジョンを区別しなければならない。そして、前者にあつては同一物として区別されていなかつた「社団」と「組合」も、後者のディメンジョンにおいては、明らかに異なるわけで、「社団」の人的集団という事実上の効果の側面と、「組合」の法律要件・効果という法律関係の側面との違いに思いをいたすならば、両者の区別とその実益は明らかに認めうることになるであろう。

他面において、「社団」が一定目的達成のために自由な意思に基づいて結集した複数人の集団という事実上の効果の面からの把握であるのと同様に、「財団」も一定目的達成のために自由な意思に基づいて拠出された財産という事実上の効果の側面からの把握である。従つて、それがいかなる行為に基づいて行われるか、例えば単独行為によるか契約によるか、従つてまたその法律関係がいかなるものになるかは、法律関係の側面として別途の検討を必要とすることになる。

「社団」および「財団」を右にみたように理解するとすれば、前者は人的側面を、そして後者は物的側面を捉えていることになるから、従つて両者は相排斥する概念ではないことになる。それ故、ある組織体が「社団」であることが認められたからと云つて、直ちにその財団性が否定される筈のものでもないし、逆に「財団」であることが認められるからと云つて、直ちに社団性が否認される筈のものでもない。従つて、現実の社会に存在するある組織体が社団性と財団性とを同時に兼有することは一向に矛盾しないし、むしろその方が一般的な現象であると云えるであろう。

要するに、「社団」「財団」「組合」の理解を右に述べたように解する以上、株式会社の物的会社としての財団的側面を強調するの余り、その人的側面たる社団性を看過もしくは軽視してはならないと考える。この意味で、株式会社財団説および

第三種特殊法人説には賛同しえないと云わざるをえない。

一九七三・五・三

附記　本稿は、私が、「団体法の研究」をテーマにした内地研修で、一九七一年一〇月より七二年三月まで、慶應義塾大学法学部にお世話になつていた際、同大学法学研究会の御好意により同会での研究発表の機会を与えられ、七二年一月二八日口頭発表した論旨を敷衍したものである。骨を削り、接ぎ足し、それに肉をつけているうちに、肝心なところで、寸足らず、歪、贅肉になつてしまわなかつたかを怯れている。

研修中一方ならぬ御指導を賜わつた高鳥正夫教授をはじめ法学研究会の皆様、さらには、文献の閲覧・複写等に便宜を計つて下さつた同大学研究教育情報センターの皆様、就中法学部資料室の竹内寿美子さんに、改めて心からの謝意を表したい。なお、文献の複写については、Reprographie der Universitätsbibliothek der Frein Universität Berlin および境一郎教授にも御世話になつたことを記し、御礼を申し述べたいと思う。