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

Title	津田利治先生「横槍民法総論」質問録 : 私の研究ノート
Sub Title	Eine Diskussion über den Begriff der juristischen Person im Allgemeinen Teil jap. BGB
Author	内池, 慶四郎(Uchiike, Keishiro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1993
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.66, No.12 (1993. 12) ,p.19- 46
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	阪埜光男教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19931228-0019

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.

津田利治先生「横槍民法総論」質問録

——私の研究ノート——

内池慶四郎

一　序
二　津田利治先生「横槍民法総論」（法人ノ部）について
（一）　全体的印象—読後感
（二）　本書の構成
（三）　本書における具体的論点
（四）　附説　神戸学説と津田学説
（五）　本書の意義
三　質問表
四　質問に対するお答
五　津田先生よりのお便り
質問録後記

一　序

今を去る昭和六十二年の夏の頃、本塾名誉教授津田利治先生より、ワープロで打たれた小冊子を頂戴した。題して「横槍民法総論―法人ノ部―」。その内容は、民法総論のうちの法人の部分についての、先生の講義録である。利益法学の立場から、法人に関する民法の各規定について、極めて詳細にして緻密な解釈論を展開されたものであり、おそらくは先生が、かつて通信教育部の夏期スクリーグでなされた民法の集中講義のノートに補筆されたものかと思われる。

最初に頂いたものは、本文三十八頁、付録一頁、第一節「法人総説」より第五節「法人ノ能力」（行為能力）までの部分であったが、平成四年四月十五日補訂の最新版では、本文百十四頁、付録八頁、第六節「法人ノ機関」第三款「総会」にまで及んで、現在なお未完結の大作である。

本書冒頭に、「若しお暇の折にお目通し下されて、御気付きの点をお漏らし下されば、誠に幸いです」とある一句が千鈞の重荷と成り、その後に先生にお目にかかる度に、宿題をやって来なかった小学生の気分を味わう羽目となったが、ついに今年（平成四年）一月怪しげな読後感をものし、二、三の愚問を並べた質問表を添えて、鎌倉の先生の御宅に持参した。

数日を経て、先生より、これに対してご懇切を極めるお返事を頂戴した。

その内容は、先生のお人柄と共に、先生の基本的な学問上のお立場や、その独特の学風を如実に伝えるものがあり、さらに「横槍民法総論」の内容を、より具体的に説き明かされたものとして、まことに貴重なものである。個人的なお手紙ではあるが、私個人が私蔵するに忍び難く、先生のお許しを得て、研究ノートとしてここに掲載する次第である。

二　津田利治先生「横槍民法総論」（法人ノ部）について

（一）　全体的印象—読後感

民法総則における従来の教科書や参考書の法人についての記述は、これを学ぼうとする者を、迷わせ苦しめるものが多い。権利能力、行為能力、住所、法律行為（とくに代理）あるいは不法行為責任などの基本的概念は、その殆どが自然人を対象として説明されているので、法人についてこれらをどのように考えるのか、民法の諸規定を法人の現象についてどのように適用ないし準用あるいは類推するべきなのかが、よくわからない。

法人についての民法三三条以下の諸規定も、民法全体の諸制度との関連から、どのように理解すればよいのか不明であり、法人は、民法典のなかに孤立する離れ小島の観がある。従来の民法総論における法人は、総論的課題でありながら、実際には甚だ特殊な現象として扱われ、法人論は極めて特殊な領域であったといえよう。

津田先生の「横槍民法総論」を通読して感じることは、今まで特殊特別な難解な問題と思いこんできた法人の問題が、これほどに法学の一般普遍の問題として明瞭なものであったのか—誤解を恐れずにいうならば、かくも易しく、入りやすい問題であったのか—という驚きである。そしてそれと同時に痛感することは、学問—ここでは津田先生による法学すなわち実定法規範学—実定法の規範的意味内容を科学的に確認し確定する努力—をひとすじに追求する作業というものが、かくも難しいものか、という畏怖の念である。本書は入りやすくはあるが、これを読み抜くことは至難である。

元来法学の研究対象は広範囲にわたり（事実としての生活現象の解明、制度の歴史的展開の追跡、比較法的知識、哲学的洞察等々）、研究の方法や態様も様々ではある。しかし狭義の法学—実用法学としての法解釈学—の徹底した実践がいかなるものかを、本書は如実に示している。わが国の民法学が大正期以後いわゆる法社会学の影響をうけて法現象の事

実的解明にのみ専念し、その反面において法解釈の厳密な科学的方法がなおざりにされてきた現実に対して、本書は伝統的法解釈学（ただし本書の主張内容は、随所において全く伝統的ではない）の立場からする批判の書であり、挑戦の書（Kampfschrift）である。本書のいう「横槍」には、現在の民法学の主流に対する異端の発言としての意味と、時の流行に惑わされることなく、あるべき法学の源流にまで立ち戻れという意味とが、兼ねられているものであろうか。

（二）本書の構成

本書は総体として古典的民法教科書のスタイルをとり、民法総論の一部として法人の部分を対象として書かれている（第×章法人として、章の序列が意識的に省かれている点に注意）。その文体は、正字体・旧かなづかいで統一されている。この点は、現行法の正確な文体・表現に対応したもので、単なる個人的な趣味とか好みの問題ではない。解釈法学が、解釈の対象たる成文法源の忠実で正確な確定から始まるべきことを示すものである（冒頭の問題提起「試ミニ問フ」また巻末の法人格付与の諸規定の収集を参照）。

講義に先立って「設問数題」また講義の随所に「研究課題」が多数設けられている。これらの具体的な問題の提起によって、読者は本書のねらいがどこにあるかを知り得る。そしてこれらの課題に主体的に取り組むことにより、読者は自分の理解を確かめながら、さらに限りない問題のひろがりに自ら導かれて行く（直接の答は与えられていなくとも、どのように考えるべきかという示唆は、本文の随所に明確周到に用意されている）。この点で、本書は、まことに親切丁寧でありながら、読者にたいして、はなはだ期待と注文が大きい（この点について後述）。

（三）本書における具体的論点

本書は、民法の基本的課題である行為とくに法律行為・事実行為また不法行為が、法人制度のなかでどのような形

で現実に現れ、どのように機能し、それがいかに処理されるべきかを、綿密周到に吟味検討している点で（権利能力、行為能力、住所等々の基本法制度についても同様）、まさに「民法総則」的課題に正面から取り組んでいる。従来の民法学説が、なお見逃し、その使命を果たしていなかった巨大な領域が、特に法人制度において残されていることを、痛感させるものがある。

本書全体を通じるこのような学問的特質を示すものとして、以下に本書における幾つかの具体的論点を、思いつくままに取り上げてみよう。

1　定款作成における作成者の署名・記名捺印の要件に関する問題の提起（四一頁）は、法律行為の主体・作成者としての「当事者」が、定款・寄付行為に限らず、要式行為一般において如何なる意味（意思表示が意思表示として、決定的拘束力を持つための（Geltungserklärung）表現形式としての署名の意味）を持つものかを具体的に示す好例である。総則的課題を具体的に検討する必要性を感じさせる（BGB 126 は明文を以て要式行為における署名を要求するが、わが民法には規定がないために議論がある）。

意思表示が確定的な意思の表明であるためには、そのことを徴表するなんらかの社会的行為が存在することが普通であり（表示意思の実現）、書面のような形式を必要とする行為においては、署名・記名捺印は、まさしく「当該文書の内容を自己の表示内容とする旨の表白行為」ということになろう。このような形での、表示意思の発現形式としての署名あるいは記名捺印は、意思表示の成立するための基本的要件の具体的顕現ということができよう。「横槍」は慣習法というが、かりに慣習法として成立していないとしても、要式行為・書面による意思表示の表示意思は、署名・記名捺印の形で実現されるのが普通なのではなかろうか。

2　法律行為としての法人設立行為の問題として、例えば「横槍」六五頁以下の「法人設立ノ無効・取消」の記述を見よ。ここでは設立行為に方式不備、内容の強行法違反、発起人の無能力、無権代理、心裡留保、詐欺・強迫、錯誤、

詐害行為、遺留分侵害等々がある時、法律行為の無効・取消に関する一般原則をそのまま法人に適用する場合の困難な問題を、極めて具体的に指摘して、民法の規定の不備を明快に摘出している。

「其結果如何ナル混乱ト不公平ガ生ズルカヲ、関連スル各個ノ規定ト突キ合ハセテ具体的ニ考察シ、立法ノ欠陥ヲ実感的ニ把握セヨ」（六六頁注1）とあるのは、本書における著者の基本的解釈論の立場とその狙いが何処にあるのかを、如実に示している。

3　また法人の住所について、「自然人ノ住所ハソノ生活ノ本拠ナレドモ、法人ニハ自然人ノ如キ肉体ナク、肉体ノ作用トシテノ生活モ無ク、従ッテ其意味ノ生活ノ本拠モアリ得ザレドモ、民法ノ公益法人ニハ社会的組織体トシテノ活動（法人事業＝業務執行）ガ存在スル故ニ、ソノ活動ノ本拠・業務執行ノ拠点（所在）ヲ以テ法人ノ住所トスルヲ相当トスベシ」（六六頁）。「法律ガ自然人ノ住所ニツキ或効果ヲ規定スルトキ、其規定ノ立法理由、其原因的利益状況(kausale Interessenlage)ハ様々ナリ。其利益状況ノ共通スル限度ニオイテノミ第二一条ノ適用アルコト」（六七頁注1）という記述は、住所概念の相対性を正確に指摘するものとして、法人学説の範囲を超えて、総則的課題としての重要な意味がある。

4　民法第四十三条の法人の権利能力の目的による制限（七〇頁以下）や法人の行為能力（七八頁以下）に関して、権利能力と行為能力との区別、法人における行為能力外の行為と無権限代表の問題また代表権限の行使義務の問題等についての明晰な分析とその具体的な論述を見よ。これらは法制度の基本的構造にかかわる、極めて総則的課題にかかわる重要な論点であるが、学説・判例においてかなり混乱した記述が見られる箇所であり、本書における記述の白眉をなすものということができる。

さらにこの論点に関連して、本条の解釈と比較法的研究の意味合いにつき、次の記述が注目される。「解釈論ノ為ニハ、粗雑ナル比較法的観察ノ機械的接合ニ甘ンズルコトナク、マズ民法ノ規定ヲ直視シテ、立法者ノ立法ヲ動機ヅ

ケタル利益紛争ノ状況ヲ的確ニ把握シ、立法者ガコレヲ如何ニ規制セントシテ（立法目標）、現行法ノ文言（規制手段）ヲ最終的ニ選択シタルカヲ、究明セザルベカラズ」（七三頁注3）。ここに著者の解釈論の基本的立場が明快に示されている（後述・神戸学説と津田学説参照）。

5　法人による法律行為・事実行為・不法行為等の場面について、その行為の関与機関、行為の形式、効果帰属の態様などの点に精密な分析が加えられている（七四頁以下）。直接には、これらは、多く理事の代表行為や業務執行行為などの面で明瞭に現れる法人法の問題であるが、自然人についての法律行為・事実行為や行為能力、不法行為能力を見ているかぎりでは、考察が十分に及ばない行為論の基本的課題として、重要な記述である。

6　法人の不法行為責任（民法四四条）に関して、従来の学説が、代表機関の代表行為を前提に、また一般的業務執行機関の業務執行行為のみを前提に法人の不法行為を論じていることの誤謬の指摘（八一頁）は、法律行為と不法行為との現象する場面の差異を的確に捉えているものである。またその要件たる「其職務ヲ行フニ付キ」の本書の解釈は、法律行為と不法行為とにおける夫々の制度目的・根拠の差異からの実質的論証であり、いわゆる法人学説からの概念的演繹ではないこと（機関構成員の固有の責任と法人の責任との関係についてその併存を認める合理性の論証も同様・八二頁注3）などは、いずれも、法律行為あるいは不法行為という基本的法制度の根幹に関わる重大な論点として、見逃すことのできない記述というべきである（本書における総則的課題の確認）。

7　法人の法律行為における代表と民法の代理制度との対比（八八頁）また理事の権限たる代表行為（外部関係）と業務執行行為（内部関係）の関連性の分析（九〇頁）は、法律行為制度の基本構造にかかわる貴重な論点である。とくに代表と業務執行との関係が、民法における代理と委任との関係に準じて論じられている点は、比較法的にドイツ法学の理論的長所を高く評価する分析として注目される（神戸説においても、財産法の体系を債権と物権とに明確に分離して扱うドイツ法的な思考を積極的に評価する論述が見られる）。

8　総会の決議と、その実行行為としての理事による法人の法律行為との関係についての詳細な分析に注意（一〇四頁）。法人の意思決定とその実現形式との担当機関の関連性が法律行為制度上どのように処理されるかの問題として興味深い論述である。

9　総会の召集・議事・決議等に関する極めて具体的かつ詳細な検討（一〇六頁以下参照）は、法人をめぐる内外の関与者の尖鋭な利害対立の状況を念頭において、初めて意識されるものであり、会社法と対比して民法典の法人規定の不備・空白を摘出するとともに従来の研究の不十分なことを感得させるものである。

（四）　附説　神戸学説と津田学説

神戸先生講義の「民法総論」でも法人の部分については、神戸先生独特の精緻な解釈論が展開されている（法学研究六六巻五号一〇二頁以下参照）。ただ民法総論の講義の一環として扱われているためか、その内容は法人全般に及ぶものの、具体個別的論点において詳細に渉るものではない（しかし例えば法人設立行為の法的性質、とくに寄付行為の問題とか、法人の代表行為などについて、神戸法律行為論の特色ある一端を見ることができるし、法人の権利能力と行為能力との厳格な区別等が注目される記述である）。津田先生による「横槍・民法総論」は、この神戸学説がその大綱を提示しながら、なお十分に展開されずに終わった法人の部分を引き継いで、さらに展開・発展させたものと見られるであろう。しかも「横槍」は民法の法人の部において、なお完結していないのである。

あくまでも民法典の規定する法人制度の厳格な解釈論に徹し、各条規の立法趣旨の解明を目指し、具体的な結果の妥当性を考慮するという点では、神戸説と津田説とは共通する性格をもっている。規制対象たる事実関係の着実な分析・把握を前提として、ドイツ法的な論理の正確さと緻密な理論構成を採りながら（前述5の論点参照）、しかも厳密な比較法的観察から、わが民法の独自性に着目し、ドイツ法の学説に盲従しない点でも、両学説には基本的な姿勢に

おいて一致するものがある（例えば営利法人の「営利」性の見方などで、両説がたまたま結論が異なるような所があるけれども、両説の基本的な解釈論の姿勢は共通している）。

ただこういうことは言えるであろう。神戸説においては、解釈された結論が、常に一定の法理論の適用として叙述され、その結論を導き出すにいたる方法論が明示されることは稀である。「立法政策」とか「立法者の意思」あるいは「立法趣旨・主旨」また「結果の良好さ」といった指摘は、神戸説においても、その結論や論理構成を導いた要素として論文や講義の各所に現れてはいるが、それが意識的に法解釈の方法論としては提示されていない。神戸説においては、その結論が厳密に確定された法概念・法論理の演繹・適用の結果として叙述されているので、読むものにとっては、神戸学説はまさに概念法学の極致と見られるのである（この勝れて概念的記述の故に、神戸学説は誤解されやすく、また理解が―その思考の後を追うことが―困難なのである）。しかし神戸説の背後にある―法規範の発見というその結論を導いた―実質的な諸要因や、その解釈結果の現実的実用性を考えると、神戸説を単純に概念法学と見ることはできないのであり、「概念法学の衣装を纏った目的論的法学」（神戸・債権各論講義における津田批判参照。近代日本研究八巻二〇五頁）というような見方が成り立つのである（ただしここに言う「目的論的」の目的とは、法の目的すなわち立法趣旨の意味であって、法の外にあるなんらかの恣意的目的の意味ではないことに注意。神戸説における立法趣旨の重視は特徴的である）。

津田説は、「横槍」において、ヘック的な意味における利益法学の方法論を明確に打ち出している（前掲二頁に引用せる津田説の解釈方法論参照）。ここにおいて、神戸説においては概念という上部構造の下に潜んでいた、法発見の手だてが、津田説により白日のもとに引き出されて、解釈の方法論として鮮明に提示され、その具体的作業が各条規の解釈として表現されている。津田説においても理論構築の努力はなされているけれども（体系上の理論整合性の重視、また例えば七七頁における「代表」という法概念について、正確・精密な法概念を定立すべき提言を参照）、これは発見された法規範の体系的な叙述・表現の問題として、その視点の置き方は神戸説とは明らかに異なっている。個々の問題における津

田説よりの神戸説批判もこの観点より加えられている（例えば権利概念の相対性を認める津田説よりの神戸説批判を見よ。神戸・民法総則1・法学研究六五巻四号一三二頁の津田質疑参照）。このような意味において、津田説は、津田先生ご自身の方法論的立場よりする、神戸説の承継であると同時に、その発展的展開なのである。

また法理論的な関心からみれば、神戸先生はその生涯を通じて契約理論―法律行為論―の解明を主題とされておられた。神戸先生の代表的著述とされる「契約総則」も「契約解除論」も、ともにわが民法学における法律行為論の金字塔とも言うべき業績である。津田先生の「横槍」は、商法学者としての津田先生の従来よりの会社法研究を土台として、民法の法人の行為能力の検討や、法人設立行為の法律行為的構成あるいは法人の代表行為などの緻密極まる分析・理論構成において、神戸先生の果たされなかった、まさに民法典の法人論の分野において、神戸先生伝来の法律行為論の具体的にして精密な展開を果たされたように思われる。神戸・津田両先生の学説史的絆の強さを、畏敬の念をもって改めてここに認識するばかりである。

見師と斉しければ師の半徳を減ず。知師を過ぎれば方に伝授に堪えたり。津田先生がご自身の勉学の指針とされたこの言葉の見事な実践を、神戸学説を承継しさらにこれを発展させた津田学説に見出す所以である。

（五）本書の意義

津田先生の法人についての御著作としては、「会社法の大意」上下（昭和三三年・慶應通信社）や「会社法以前」（昭和四四年・私家版）がある。これらは先生の慶應義塾法学部における商法・会社法の講義をまとめられたものであるが、実質的には本書に先行して社団法人としての会社を扱われたものであり、本書は本来はそれらの基礎理論としての民法上の法人論ないし団体論をなすものである。とくに「会社法以前」は、会社を直接の対象としつつも、社団・財団の性質や会社の能力をめぐっての先生の基本的な主張が詳細に展開されており、本書はその継続発展とみてよいと思

われる。先の二著作が、いわば先生による法人各論であるのに対して、本書は法人総論といえるものであろう。従来の民法教科書・参考書による法人論の弱点は、法人についての最も精緻・複雑な現行法である商法の会社に関する詳細な規定との連絡を欠き、それ自体として不完全な箇所の少なくない民法の法人規定のみを視界において論じられているものが多かった（それでいて法律行為・意思表示、権利能力、行為能力等の民法の基本制度と法人制度との連絡・照合も不十分であることは、前述の通りである）ところから、いわば各論のない総論として、論旨が浮き上がってしまい、法人をめぐる現実具体的な利害関係の実態を正確に捉えることができず、自らその論述が概念法学的記述にはしって実用性を失うに至ったことにあることを、率直に反省するべきであろう。本書は、この点を的確厳正に指摘するものである。本書を敢えて「横槍民法総論」と題した津田先生の意図は、商法―会社法―学者からの民法学に対しての「横槍」的発言との意味かとも思われるが、その内容は正しく法人論の正道を行くものというべきである。あるべき法解釈学を求める基本的方法論の提示とともに、「民法総論」としてふさわしい法人論が、本書の「横槍」により初めてわが学界に登場したことを喜びたいと思う。

本書は未完の書物である。さきに述べたように、本書は、民法総論のうちの一章として、民法の規定する公益非営利の社団・財団法人を取り上げたものであり、その内容も第一節・総説より第六節・法人ノ機関（第三款総会）までであり、叙述が法人に関する規定の全般に及ぶならば、法人の解散、清算あるいは罰則といった部分がこれに続くはずのものである。

もとより今後とも先生がお元気に筆を進められることを、心から願うものであるけれども、本書の完結それ自体を、先生ご自身は、それほど問題としては居られないのではないか、とも思われる。おそらく筆者たる先生の御意図は、民法の法人という限定された領域についての業績の完成にあるのではなく、たまたま法人という具体個別的な題材を通して、その幅と深さにおいて無限な今後の展開を可能なものとする学問の道を切り拓くことにこそあるもので、本

書は、その意図をすでに見事に果たしていると見られるからである。

およそ学問に完成・到達がないように、本書にも完結というようなものは、そもそもあり得ぬであろう。これをうけとる者がさらに自らの思考を重ねて、その一行一節をも書き継ぎ、書き足し、出来ることならばさらに批判し書き直しさえして、限りない学問の進歩に参加することを、先生は読者に期待しておられるのではないだろうか。

三　質問表

若干の質疑として、思いつくままに、以下の諸点をご質問申し上げます。

1　法人の設立行為の性質について。

法人設立行為―定款作成―が法律行為であるのに対して、社団の成立は事実行為であるとの見方（二八頁）。

a これは法人実在説から導かれる帰結か（あるいは、この限りで実在説の主張が正しいという意味か）。また事実としての社団の存否はなにより判断されるのか。

b 現実の社団が多く何らかの法律行為により設立されていると思われるが、その際の社団設立の法律行為の有効無効・取消などが、法人設立の法律行為の効力に当然には影響しない、と理解すればたりるのではないか（法人、社団共に設立を法律行為とみる）。

c 社団設立が事実行為でたりるとすれば、法人設立もまた同様に事実行為と解し得るのではないか（定住事実にたいする住所の効果のごとく）。

d 法人設立行為を法律行為として捉えることの実益は、結局どの点にありや。

たとえば法人組織規範の任意的創設、その組織を持つ社団・財団についての法人格の取得（反面において目的事業による特別権利能力の限定）、社員権の取得（社団法人）あるいは寄付財産の移転（財団法人）等々における私的自治の支配（その結果としての設立行為の無効・取消等についての法律行為・意思表示の諸規定の適用範囲の確認）の肯定？

他面においては、法定的効果としての行為能力その他の諸効果の区別の確認？

2 法人の事実行為について（代表を事実行為についても考える余地なきや）

法人がその業務執行機関たる自然人の活動を通して社会的に活動するものであるならば、法人自身による事実行為を考えることも可能ではないか。たとえば理事による非法律行為的なる事務処理、監事の監査報告、総会の決議などは、法人の目的範囲内で法人のために機関権限内でなされる限り、これらを法人自身による事実行為と解してよろしきや。あるいは、事実行為は、その事実上の結果が法人に帰属すればたりるから、とくに法人自身の事実行為なるものを想定することに実益がない、ということか。ただし事実行為に法律効果が結びついている場合は如何。たとえば、法人の住所設定、占有、準占有、発明、著作、不法行為等。

これに関連して

a 定款所定の営業場所と法人の現実の活動本拠地とが異なっている時、法人の住所が変更され未登記の状態となるか（住所客観説）。

b 研究開発を事業目的とする法人の理事が、法人の業務執行中に法人の施設をもちいて発明・発見・開発をなした時、法人自身の発明・発見行為とみることは無理か。法人に特許権・実用新案権等の原始取得を認め得る余地はないか。現行法上無理があるとすれば、その理由は法人の事実的無能力か、それとも特許権・著作権等の保護を自然人の知的活動に限定する立法趣旨か。

c民法が機関の活動による法人自身の不法行為を認める以上は、法人自身の適法行為たる事実行為をも認めるものと理解してよろしきや。

3　法人の不法行為につき

a本文に（八二頁）法人の不法行為は「事実認識」として、「寧ロ理事ノ不法行為ナルガ故ニ、法律ハ法人ノ不法行為ト看做ス」とあるは、すくなくも不法行為責任については法人擬制説をとるものか。

b「行為の多面性」という見方は、同一の社会的対象事実としての行為について、その「規範的判断」と「事実認識」とが分かれるだけではなく、同一対象について複数の「規範的判断」が重複してなされる場合をも含むであろう（複数規範の競合・重畳的適用）。そうすれは法人の不法行為責任も理事個人の不法行為責任も、それぞれ独立の「規範的判断」が成り立つとして良いのではないか（単なる説明の違いか）。

c本文に（八九頁）代理と代表とで不法行為責任に差異ありとの意味は？　代理人の不法行為によって本人が責任を負う場合はない（使用者責任のごときは別として）との意味か。

4　法人の目的事業につき

本文に（三四頁）法人の目的事業として営利事業の兼業を不可としつつ、関係者の便宜のためにごく小規模の営利事業を営むを可能とするのは、定款に掲げることは不可能（要式不備―定款作成無効）なれども、事実上は法人活動として適法との意味に解してよろしきや（七一条にいう「目的以外ノ事業」としての設立許可取消事由にはあたらない？）。

5　定款作成者の署名につき（四二頁）

ドイツ民法には方式不備の法律行為を無効とする規定あるも、わが民法に規定なし。署名を欠く定款は、形式的表示がないものとして不成立と解する余地なきや。これを無効とするのは、追完・追認の余地を残せしものか。

6　相続財産法人の擬制たる性質につき（一五頁）

a これを擬制とみる理由が、法人格付与の対象としての社会的実態・組織体としての活動を欠く点にあるならば、裁判所が財産管理人をさだめた以後における管理人の活動は、法人の活動とみることはできないか。

b これが権利義務の擬制的帰属点とすれば、相続人の存否確定までの扱いは、あたかも出生確定以前の胎児のごとく浮動的なものとみてよろしきや。またもし民法九五一条の規定なしと仮定すれば、不在者の財産管理（二六条以下）に準じて扱うことになるか（類推）。

7　学校法人を財団法人と解する根拠はなにか。法文に「寄付行為」を設立行為とする故か。評議員会の評価はいかに。

8　代理と代表との関係（七四頁）

代表について代理の規定を準用する際に、任意代理・法定代理のいずれに準ずるか。法人の行為能力が設立行為の法定的効果とすれば、代表権限の発生もまた法規的効果であろう（法定代理？）。他面において代表機関担当者の任命は法人との契約（委任その他の）による（任意代理？）。両者の関係をいかに解するべきか。

9　総会の決議の「無効」の意味について（一〇二頁）

「有効」「無効」は本来法律行為ないし意思表示の効力に関するものなれば、法令・定款に違背する総会決議の効果は、「無効」というよりも、なんの効果もないという意味での「無意味」というに近いものか（決議がそのままに法人の意思表示ないし法律行為となる場合についての無効か。法人解散・合併等の決議等の場合）。

10 理事の行う事業が法人の事業とみられるかどうかは、法人の行為能力の問題ではなく特別権利能力の問題なりとする（七八頁）。行為の反復・集合としての事業は、なにゆえに権利能力・資格の問題となるか。これは四三条が行為能力の制限規定となる結果とならずや。また例えば未成年者の営業許可は行為能力の問題ならずや。

11 （イ）六八頁に特許法三条とあるは三五条か。（ロ）六六頁に法人が債務者たる例に四八四条（持参債務）を引用せる点はいかに。（ハ）六八頁に法人の相続能力につきスイス債務法四六条は誤記か。

以上（平成四年一月四日内池慶四郎）

三　質問に対するお答

内池教授の御質問に対する返答

一九九二・一・一〇　津田　利治

拙稿「横槍民法総論」法人の部に対して、内池教授より、一九九二年一月四日付にて、過分の御推奨の御言葉と共に、若干の御質問を頂戴したので、先ずはあの故意にものした難読の文章を、根気よく通読されたことに敬意を捧げ、此処に熱心な読者を少なくとも一人獲得し得たことを、大なる歓喜とすることを申し上げ、夫れなればこそ、夫処に提起された各御質問に逐一返答申上げる責務を、一層強く感ずる次第である。

1　社団法人の設立を一種の法律行為としながら、社団の創設を法律行為とは見ない理由如何？

a之は法人実在説から導かれる帰結か（此の限りで実在説が正しいという意味か）。

（答）　法人実在説から導かれる帰結には非ずして、民法が社団法人設立行為の不可欠の組成分子の一として、社団の実在を要求するが故である（第三四条……ノ社団……ハ……之ヲ法人ト為スコトヲ得）。其結果として其限度で偶々法人実在説と結論を同じうするに過ぎない。法人実在説を論理的前提として推論結果を実定法規範と主張するのは、概念法学の根本的誤謬である。

事実としての社団は、社会的事実として其存否を確認する外ない。如何なる事実を確認すれば社団の存在を肯定し得るかは、一般の社会的事実（例へば交通渋滞の存否、運動会の存否など）の確認と同類の作業である。

b法人設立も社団設立も共に法律行為と見ても、社団設立の無効取消が法人設立の効力に影響しないと理解すれば、足りるのではないか。

（答）　社団を設立することを約束する契約が法律行為たることは無論なるも、此約束の法律効果として直ちに社団の社会的実在が実現するに非ずして、之により社団が約束通り規範的に存在すべきものとなるに過ぎない（規範的存在のみにては未だ社会的実在性を獲得し得ない。法律行為は事実を創作し得ない）。尚貴下の御意見に従ひ社団設立を法律行為とするがためには、其行為の不可欠の組成分子として、何等かの意思表示がなければならないが、何を以て其意思表示とするか。其意思表示の効果意思の内容は何か。何人の何人に対する意思表示か、或は相手方なき意思表示か、其は一個の意思表示か数個の意思表示（合同行為的意思表示）か。社団の目的、名称、事務所、社員資格、代表者管理人其他契約の必要条項が定められるのか、それら必要条項の全部または一部を定めずして社団を設立する契約の効果如何。御教授を乞ふ。

c社団設立が事実行為なりとすれば、法人設立も事実行為と解し得るのではないか。

（答）遺憾乍ら現行民法は社団法人設立を目的とする行為の不可欠の組成分子の一として、定款作成なる意思表示を要求するので、社団法人設立は現行法上一種の法律行為と見る外ない。此点を無視して勝手な議論をしても、正しい解釈論とはなり得ない。無論立法論としてならば何とでも言うが宜しい。

d法人設立を法律行為として捉える実益如何。

（答）其最大の実益は、法律行為に関する一般的法規が性質の許すかぎり法人設立にも補充的に適用されることである。法律行為総則の規定は固より、設立者の行為能力、意思表示（相手方なき単独行為的意思表示たる範囲にて）の規定、代理（同）の規定、無効取消の規定等総て補充的に適用される。定款作成・寄付行為に於ける効果意思が実現して、設立行為の主たる効果として、法人権利能力、社員権の発生乃至寄付財産帰属等が生ずるのも、法律行為たる特質を示す。但し法人の行為能力・不法行為能力などは、設立行為が法律行為たると否とを問はず発生する設立行為の付随的法定的効果である。現行民法が其様に規定する。

2　法人の事実行為に付いて、法人が其業務執行機関たる自然人の活動を通じて社会的に活動するものであるならば、法人自身に依る事実行為を考えることは可能か。

（答）理事が法人の為に為す業務執行行為は、法人自ら自己の業務を執行したものと看做される（規範的判断される）が、之が為、法人自身の行為たる事実を作出するものではない。法律に其様な力はない。社会的には、実在する社団の現実の活動として、社団行為が観察される場合も在り得るが、其場合に常に、必ずしも法律上も夫れが法人の活動となるのではなく、法律の認める法人の機関が法律の認める権限内で法人の為に為したる行為だけが、法人の行為と

看做されるのであって、夫れ以外は仮令社会的には法人の行為として観察され得るものがあったとしても、法律上は法人の行為とはならない。反対に法律上は法人の行為と認められても、社会的には理事個人の行為としか見られないものも在り得るであらう。社会的事実の曖昧さ、其確認の困難に伴ふ取引の不安を除去する為の法技術に外ならない。占有継続に依る所有権の時効取得の場合、法人が其占有を継続したと言うが為には、法人の為占有を為す権限ある機関（理事）が法人の為に其物の占有を継続したことが必要である。尤も民法は代理占有に因る所有権の時効取得を認めるから、法人の使用人が法人の為に代理占有したのでも良い。又或は法人自身の占有たることが、社会的事実として確認（立証）されるならば、夫れでも時効取得可能と見て良いかも知れない（占有の事実性・但し此点は宿題）。

a之に関連して、定款所定の事務所と現実の業務執行の本拠とが一致しないとき、法人の住所は何処にあると見るべきか。

（答）如何なる法律関係に付き法人の住所が問題となるかに依り、其答は異なる。例へば法人の対外的取引関係に付き、法人の住所に於て債務を履行するとか、法人住所地の相場に依り金額を定めるとか言へば、別段の指定なき限り、夫れは現実の業務執行の本拠を指すものと見てよいであろうし、社員の出資払込の場所としては、夫れは定款所定の事務所と見て良いし、理事選任の効力を争う訴訟の管轄の所在に付ては、登記簿上の主たる事務所を住所と見るべきであろう。要するに何の為に住所が問題になるかで、相対的に住所の概念を定めるべきである。強いて住所の概念を固定的画一的に定めたがるのは、住所客観説でも住所主観説でも何れも概念法学的妄執である。

b法人の特許権、実用新案権等の原始取得を認め得る余地はないか。

（答）社会現象として事実上或る社団又は財団が或る発明又は考案を行ったと認め得る場合があり得ることは確かで

あらう。然し法律は之を其儘、其社団又は財団自体の発明考案として認めることはしないで、一定の限られた条件の下でのみ（特許法第三五条、実用新案法第九条第三項、意匠法第一五条第三項、商標法第一五条等）法人に其原始取得を認める。従って之等法条に掲げる前提条件を充足する限り、仮令社会的には其様に認められ得ない場合があったとしても、其法人は当該発明考案等に付き特許権其他を原始取得すべく、反対にその前提条件の全部又は一部を欠く時は、仮令社会的には或る組織体が自ら発明考案したと認められても、法律上は其発明考案等を実行した個人が特許権其他を原始取得するものと解する外ないであらう。法律には法律の立場があるから（取引の安全保護など）社会現象を其儘、鵜呑にすることなく、立法政策的配慮に基く利益考量を加へて（生の現象を加工・変形して）法規制をする。だから事実としての生の社会現象を幾ら綿密周到に調査研究しても、其方面からは精確な法概念を獲得することは不可能である。

c民法が機関の活動に依る法人自身の不法行為を認める以上は、法人自身の適法行為たる事実行為をも認めるものと理解してよろしきや。

(答) 不法行為と適法行為とは其構成要件が必ずしも一致しないから、其何れか一方の承認が直ちに他の一方の承認を必然たらしめることはない。特に不法行為制度は公安維持・被害者救済を目的とし、適法行為に関する諸制度は主として私的自治其他私的利益の保護増進を目的とするであらうから、色々な点で、両者の法規制が異なって居て然るべきである。だから法人に於ける適法の事実行為能力と不法行為能力とに付ても、実定法規の扱いが異なるのが、寧ろ自然であり、若し両者一致すれば、結果に於て偶然一致したに過ぎないと見るべきであらう。結局現行の実定法規が之を如何に定めるかで決まる。

3　法人の不法行為につき

a「横槍」八二頁に「寧ロ理事ノ不法行為ナルガ故ニ、法律ハ法人ノ不法行為ト看做ス」とあるは、少くとも不法行為に付ては、法人擬制説を採るものか。

(答) 個々の論点に付き法人本質論から演繹して結論を導き出すのは、概念法学其ものであり、左様な論理的推論は正しい法解釈を生み出さない。偶々正しい解釈に一致したからと言って、其論理に服することは之を拒否する外ない。尚、法人擬制説では、法人使用人たる代理人（理事）の不法行為につき法人は民法第七一五条の責任（選任監督上の責任）を負ふ旨主張するのであって、法人自身には不法行為の能力はない、と見る様である。

b行為の多面性について

(答) 此所に「行為の多面性」なる語を用ゐたのは、或は不用意軽率であったかも知れない。不法行為法の一般原則に従へば、本来当該行為を現実に実行した自然人が第七〇九条の責任を負へば足り、法人には自然的な行為の能力は無いから、自ら現実に不法行為を為す能力も無い筈である。然し社会現象として観察すれば、当該自然人の単独の行為と言ふよりは、其背後の組織体が行った行為であると評価する方が妥当な場合もある。其処で民法第四四条は如何なる場合に法人は不法行為の責任を負ふべきかを定めたので、此場合にも法的安定性 Rechtssicherheit の見地から、社会的基準に依らず、法律（第四四条）の基準に依り法人の不法行為責任を定めたのである。だから此所に行為の二面性など持出す必要など無かったのである。同一人の同一行為が場合に依り適法行為でもあり、不適法行為でもあり得ると言ふならば、多面性の語が当たるかも知れないが、理事の行為が法人の不法行為となるのは、之とは別次元のことの様に見える。

c「横槍」八九頁注2に代理と代表との差は、実質的差異を生ずることなく、唯不法行為責任に於て多少の差異あ

りと言ふ意味如何。

（答） 民法第四四条に依る法人の不法行為責任は、法人自らの行為に基づく第七〇九条と同質の責任であり、第七一五条に依る被用者の行為に付き使用者の責任、即ち他人の行為に付き、其の選任監督上の注意義務違反の責任とは、性質を異にする意味。其差異は責任の態様に現れる。即ち第七一五条第一項但書に定める免責条項は、第四四条の責任には存在しない。自己自身の行為の責任の方が他人の行為に付き負はされる選任監督上の注意義務違反の責任より重いと言ふ差別扱を民法が行って居ることの合理性が認められる。

4 公益法人が関係者の便宜の為、極く小規模の営利事業を営むは差支なしとするのは、定款の目的に掲げることは許されないが、其目的外に之を行っても、適法な法人活動となる意味か。

（答） 之は専ら現実との妥協であって、正面から暴き立てて禁止する程の実害なき程度範囲に於て大目に見ると言ふことである。形式的には第七一条前段に該当するが、之を理由に設立許可の取消処分のような重大な責任を課すべきではない、と言ふ程の意味である（一厘事件の如き詰まらぬことにエネルギーを浪費するな）。だから通説の主張する様な公益事業の経費を賄ふ為に目的外の営利事業を行ふなどは以ての外である（設立許可取消処分相当）。

5 署名なき定款の効力

（答） 定款に署名がなくても、実質的定款の内容が記載されてあれば、其書面は定款として作成されたものと認め得るから、定款不存在とは言へない。其記載要件の一部を欠いた要式書面は一般に無効と解されるから（例・手形、小切手其他）、定款の場合も夫れで良さそうに思ふが如何？

方式不備の要式文書の追完・追認が可能か、又其効果如何に付いては、一般論として民法専門家の御意見を伺ひた

し。

尚「横槍」四二頁三行 Ernstheit は Ernstlichkeit（BGB用語）の方が適当。

6　相続財産法人の擬制性に付き

a 相続人不明の相続財産管理人の活動は、法人自体の活動と見得ないか。

（答）裁判所の選任する管理人は、相続財産の管理人であって、相続財産法人の管理人ではない。裁判所の選任する管理人は、財産を管理する公の執行機関（私法的管理行為に付き法定代理権を有する）と見られ、法人とは関係がない。法人の私法的機関とする特別の必要も理由も無い。不在者の財産管理人と差別する理由も無い。

b 相続人の存否確定するまで相続財産の法人への帰属は、胎児に依る相続の如く、浮動的なものと見るべきか。第九五一条の規定なしとせば、不在者の規定（第二六条）を類推し得るか。

（答）貴見の通り。

7　学校法人を財団法人と解する根拠如何。

（答）私立学校法第三章の規定に依れば、学校法人の実体は第二五条に規定する財産を第三〇条に依る寄付行為を以て組織化したものと見るべく、夫れ以外に学校法人の実体たるべきものは、規定されて居ない。学校法人に財団法人に関する民法の規定を多数準用するのは（第三四条）民法の財団法人と学校法人とが其本質を同じうすることを示す。尚、同法附則に於て、同法施行前学校を経営する民法上の財団法人が、学校法人に組織変更する規定を設け、其他のものの新法移行に付き規定が無いことも、学校法人の財団法人性を示すものと言へよう。評議員会の存在は財団法人

性と矛盾しない。民法の財団法人でも、寄付行為を以て評議員会なる任意的合議機関を設置することは何等性質に反することではない。唯、注意すべきは、学校法人は私立学校法上の財団法人であって、民法上の財団法人ではないことである（民法の財団法人の規定は当然には私立学校に適用されない）。

8　法人代表に付き代理の規定を準用する際、法定代理の規定に依るべきか、任意代理の規定に依るべきか。

（答）　一般的には法定代理の規定を類推すべきであらうが、事柄の内容如何で、背後の Interessenlage が任意代理の夫れに近いものもあり得るかもしれない。若し左様な場合があるとすれば、強ひて法定代理に拘泥するのは止めるべきであらう。詳しい詮索は民法学にお任せする。

9　総会の決議の無効と法律行為・意思表示の無効。

（答）　総会決議の性質に付ては、未だ究明されない点もあって、一概に例外なしに断定することは、避けなければならないが、其内容次第で意思表示又は観念表示たるものもあり、或は其の前段階的表明（動機決意表明など）に過ぎないものもあり得よう。唯、大体に於て意思表示・法律行為の法則になじみ得るものが多いので、其規定を適用又は類推して差支ないと思はれる。要は総会決議なる概念と法律行為なる概念とを比較して、両者の概念要素に如何程の共通性ありやが決定的鍵なのではなく、其の Interessenlage にどれ程の共通性ありやが、重要である。

10　理事の行ふ事業が法人の事業と見られるか否かは、法人行為能力の問題に非ずして、法人権利能力なりとする理由如何。

（答）　自然人は目的に依る権利能力の制限を受けないから、如何なる資格、地位をも獲得する能力がある。従て其の

資格・地位に基づく個々の行為の行為能力を問題にすれば良い。其の個々の行為を為す為に必要な資格や地位は別途に（例・免許に因り）付与されるか、又は自然に（行為の付随的効果として）発生する。本人の意思行為は直接の発生原因ではない。従って行為能力も問題にならない。例へば法定代理人が未成年者に営業許可を与へれば、其の営業上の個々の取引に付き未成年者に行為能力が生ずるのであって、其の結果商行為営業ならば其の未成年者は商人資格を獲得する。然し商人資格の獲得には行為能力を必要としない。未成年者が営業を相続しても、法定代理人が未成年者に代って商行為を行っても、商人資格は未成年者に帰属する。法人の場合には其の特別権利能力が定款・寄付行為に定める目的の範囲に限定されるから、事業資格も目的の範囲内（権利能力の範囲内）に限定される。事業者資格は権利能力の問題である。

11　若干の誤記に付て

（答）（イ）「横槍」六八頁一三行に第三条は第三五条の誤記。（ロ）「横槍」六六頁一三行に債務者・法人は債権者・法人の誤記。（ハ）「横槍」六八頁一四行に Schw. OR. は Schw. ZGB の誤記。

五　津田先生よりのお便り

（一）　一九九二年三月一日付け　津田先生よりのお便り

有斐閣六法全書　平成四年版を入手致しましたので、「横槍」付録の頁数を此の版のものに改め、又先日御教授を賜った地方自治法改正法の規定する所謂「地縁による団体」の法人性につき、新たに問題となり得ますので、この点も一言、横槍を呈する文句を六頁末に挿入致したく、此の頁と、付録の法人格付与文例に付した新頁との刷直しを同

封して御高覧に供します。

其の外、お気づきの点がありましたなら、御遠慮なく御指摘くださる様お願い申します。研究室の若い諸君の中にも、疑問や反論が沢山あるに違ひないので、それを日常会話の中で、常に取り上げて話題とし、互いに切瑳琢磨しながら、各自科学的見識を深める努力を積み重ねると言った習慣が出来たら良いと思ひますが、貴見は如何ですか？

三月一日　　津田　利治

（二）　一九九二年四月一四日付け　津田利治先生よりのお便り

拝啓

「横槍」の中の「法人不法行為能力」の部分に付けた「注1」「注2」「注3」の記述（八一頁）が、未だに従来の説明方法から脱却してゐない点がある様に見えて、気になってゐましたが、本格的不法行為論をせずに、法人の不法行為のみを簡略・的確に説明するのが、案外面倒なので、今迄放置してありました。如何なる風の吹回しか、今回とうとう手を入れてみました。之で御納得頂けますかどうか自信はありませんが、御参考までに同封致しますので、何卒御高見をお漏らし下されたく、御願ひ致します。

今迄の法人不法行為論は、法人の法律行為と同一地盤・同一前提で考へる傾向が強かった為に、法律行為論と不法行為論とを混同して、統一的に理解しやうと苦心するのではないでしょうか？　制度目的が違ふから、行為は行為でも、別個の側面から独立して把握すべく、別個の利益較量から規範を割出すべきではないかと思ひますが、如何ですか？

其他の点も、読み直す度に色々気になることが出て来て、一々チェックして来ました。何度かもう止めやうと思ったのですが、今度こそ最後の最後と思って、数十か所改定してお目に掛けます。御気が向いたら御目通し下さって、

御気付きの点を御教へ願へたら有り難く存じます。

今迄にお目に掛けた「横槍」や其前身の断片的補訂の類は全部破棄して下さい。夫等は総て試合前の訓練用に振り回した棒振りの槍扱で、本番の「横槍」ではありません。本番は最後の真剣勝負の一突だけと見て下さい。其の最後の一突きはまだ手の中にあり、易々とは御目に掛けられません。死ぬ前には何とか片付けなければ、とは思って居りますが、正義の仇討ち？　どうなりますやら！

草々

四月一四日

津田　利治

質問録後記

およそ人に物事を伝える説得力というものは、それを語る人の社会的地位とか、知識の多寡とか、あるいは語り口の上手下手といったことよりも、結局はその人の人格と識見にかかるものと思われます。

1　教授か助手か学生かによって、話す内容に差がつくものでもないし、教師がすぐれた学生の質問や答案に圧倒される思いをすることも間々あることです。

2　知識と学識とは等しからず。注記やページ数厖きが故に論文貴からず。見事に凝縮され、鋭く切り詰められた表現から筆者の学識を窺うにたる場合も少なくないように思います。

3　斬新奇抜な表現や洒落た言い回しも、再読三読にたえるものは稀です。

聖賢碩学の言葉も、その内容自体は、誰かが何処かで語っていても不思議でない、ごく常識的なことが多いようで

すが、時代を越え場所を越えて、ひしひしと聞くものに迫る言葉の重さは、これを説く人の大いなる人間性とは切り離すことの出来ない、独自の説得力に支えられているように思います。

大学の教師も、年を経ればおのづから地位・給料（？）があがり、学位もとり、知識経験も増えて、教え方も次第に上手になるでしょう。これらはいずれも職業上の技術的な上手・下手ないし器用・不器用の問題です。これはこれとして、大事な問題に違いありませんが、しかし、より大きな大切な問題は、学問の説得力にあると思われます。これなくしては、大学の研究教育も仏作って魂いれず、俗に百日の説法屁ひとつと申します。

津田先生の「横槍」と、それに対する質問についてのご返答やその後のお手紙には、これについての重要なご示唆が多々含まれているように思われますが、如何なものでありましょうか。

一九九二年三月九日

不肖の弟子　内池　慶四郎　誌す