

Title	会社、組合、社団
Sub Title	Zum Begriff der „Körperschaft" im japanischen Gesellschaftsrecht
Author	高田, 晴仁(Takada, Haruhito)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2010
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.83, No.11 (2010. 11) ,p.1- 43
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20101128-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20101128-0001</a>

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.

# 会社、組合、社団

高田晴仁

- 一 はじめに
- 二 人的会社の「社団」性
  - 1 松田＝鈴木論争
  - 2 ドイツ法との乖離
- 三 「会社」の法典化——旧民法典・旧商法典
  - 1 旧民法典
  - 2 旧商法典
- 四 「社団」と「組合」の分化——新民法典・新商法典
  - 1 「会社」から「組合」へ——新民法典
  - 2 「モノ」から「社団」へ——新商法典
- 五 「モノ」への回帰？——新会社法

一 はじめに

新会社法は、「本法ニ於テ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 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ザルモノヲ会社ト看做ス」(二〇〇五〔平成一七〕年改正前商法五二条) という会社の規範的な定義 (normativer Begriff) —— 会社の設立要件 —— を削除した。

この「社団」性の削除にも拘らず、神田秀樹は「しかし、会社は社団である」と断ずる。「社団とは組合に対する概念で法的形式として、出資者である団体の構成員が相互に契約関係で結合する団体を組合、構成員が団体との間の社員関係により団体を通じて間接に結合する団体を社団と呼ぶ」と定義づけ、「社団では、各構成員の権利義務は社員の地位という団体に対する権利義務の内容となり、団体の財産は団体自身に帰属し、構成員は観念的な持分を有するにすぎない。団体の構成員の関係を処理するためには、社団のほうが組合より簡便であり、構成員が多数いる場合には、社団形式による処理が優れている」と社団の組合に対する特徴を述べるが、結局のところ「社団に関するさまざまな法律関係は法律上明定されているため、社団性を論じる実益はな<sup>(1)</sup>いものとする。これに対して、森本滋は、より積極的に会社の社団性の意義を強調してつぎのよう<sup>(2)</sup>にいう。「会社は会社法の定める法人であるということでも足りる(民三三条参照)。しかし、株主・社員の法的地位を明確化するため、会社は、社団法人であると解すべきである。(中略) 社団法人とは、理念的には、定款という根本規則を基礎に形成された人の団体に法人格が認められたものであり(一般法人一〇条一項)、一人社団ないし一人会社については、その社会的・経済的意義を承認して(また、社員が一人となることを解散事由とする特別の要請もない)、例外的に認められるにすぎない」。

江頭憲治郎もまた会社を「社団法人・財団法人の区別でいえば、一種の『社団法人』である」と確言しながらも、社団性の削除の理由については、「わが国では、『社団』の語が元来複数人の集合体の意味で使用されてきたのに対し、株式会社には一人会社がきわめて多く、かつ、会社法は、持分会社にも一人会社を許容したことから、会社を『社団』と明示することに躊躇が感じられたのであろうと推測される」ものとし、一人会社や、一人社団法人の全面的法認からすると、新会社法上の「社団」の概念が「当然に『社員が複数』であることを前提としているわけではな」く、したがって「『財団』と区別された意味での『社団』、すなわち構成員である社員が存在するものである趣旨と、形式的にとらえる」見解が支持されるべきであって、「『社団』の意味は、出資者である社員を構成員とする組織体という以上のものではない」と結論づけている。<sup>(4)</sup>

いったい一人会社を社団性の内にあるものとみるか、そうではなく、特別財産などの形で社団とは異質なものと捉えるかはそれ自体大きな問題であるが、論理的には、新会社法においても上記の諸学者によって根本的に否定されているわけではない「社団」概念をどのように捉えるか、という古典的な問題が無視し得ない前提として存在している。<sup>(6)</sup> むろん、会社法制定前には「共同の目的を有する複数人の結合体」<sup>(7)</sup>と捉える見方が一応定着していたとはいえるが、この度の新会社法から「社団」という文言が削除されたことによって従来のような商法の条文解釈としてではなく、理論的な問題としてこれを検討する余地と必要性が生じたものというべきであろう。<sup>(8)</sup>

ことに従来から通説によって「社団」と対立する共同企業形態として捉えられてきた「組合」について、投資事業有限責任組合、有限責任事業組合といった新たな企業の器が設けられ、また、社団に分類される会社の内部にも組合的規律（組合そのものではないという意味である<sup>(9)</sup>）を特徴とする合同会社が新設されたことによって、組合と社団との境界を従来に比べていっそう明確にしづらい現象が生じてきている。

この点、それらの企業形態ごとに個別具体的な規定が整備されているという評価のもとに概念的区別の実益を

否定する向きもないではないが、理論の役割としては、解釈論のみならず立法論のためにも、基本的な組織の類型を明らかにする努力を放棄するべきではないであろうし、概念区別に「実益」があるか否かはその区別を明確にしたのちに判定すればよいことである。<sup>(10)</sup>

本稿は、筆者がテーマとする明治期における商法典成立史研究の一環として、法典成立のプロセスのなかに現れた「社団」の意義と、これと相互に密接不可分な関係にある「会社」、「組合」の意義と変遷を明らかにし、倉澤康一郎教授によるフランス法研究の驥尾に付して、もっぱら日本における会社の「社団」性という古くて新しいテーマにアプローチしようとするものである。

- (1) 神田秀樹「会社法」(第二版、弘文堂、二〇一〇年)六一七頁。同旨、岩原紳作「一条解説」酒巻俊雄∥龍田節編集代表『逐条解説会社法 第一巻 総則・設立』(中央経済社、二〇〇八年)二八頁。
- (2) 森本滋「三条解説」酒巻∥龍田編集代表・前掲注(1) 八五頁。
- (3) 江頭憲治郎「会社法コンメンタール1——総則・設立(1)」(商事法務、二〇〇八年) 八三頁(括弧書きは割愛した)。
- (4) 江頭憲治郎「会社の社団性と法人性」『会社法の争点』(有斐閣、二〇〇九年) 八—九頁。同旨、神作裕之「一般社団法人と会社」ジュリスト一三二八号四三頁注(30)(二〇〇五年)。「会社法には、会社が社団であることを示す規定は承継されず、かえって持分会社についても改正前法と異なり(改正前商九四条四号)、社員が一名となったことは会社の解散事由ではなくなった。社員の存在は必要であるが、複数の社員という意味における社団性は要求されないこととなった」。
- (5) 江頭・前掲注(4)「会社の社団性と法人性」は、森本の主張に対して、会社法では持分会社もふくめて「一人会社の存在が全面的に認められたこと」から「一人会社は、制度的に例外的存在であるとはいえない」として複数人の結合体であるとの見方を批判する。しかし一人会社も「社団」にふくまれる、というその前提が問われなければな

らないであろう。この点、倉澤康一郎「一人会社設立の法認の意義」企業会計四三巻五号一〇二頁以下（一九九一年）を参照。

(6) 竹内昭夫はその講義のなかで、後述する松田⇨鈴木論争に触れてつぎのように述べている。「個々の点についての実定法上の扱いの差を導き出す社団と組合との法的本質に即して社団と組合の概念を確定したうえでなければ、人的会社が社団か組合かということ論じてみても、決め手はないことになる。ところが、社団と組合の概念、本質について、学説は一致していない。人的会社の社団性と組合性をめぐる従来の論争が、必ずしも生産的でなかった一つの理由は、このように、出発点にある概念がはっきりしていなかったことにあると思われる。あるいは裏からいえば、従来の論争は、人的会社は社団であるか組合であるかを争いながら、それを通じて、実は社団と組合の概念が、はっきりしていないこと、それを明確にする必要があることを、明らかにしてきたと言ったこともできよう」（傍点は引用者による）。ここで指摘されている状況はいまも変わらないどころか、商法旧五二条の削除を奇貨として、なされてしかるべき議論が素通りされかねない状況なのではないか。竹内昭夫⇨弥永真生補訂『株式会社法講義』（有斐閣、二〇〇一年）三三—三四頁。

(7) 鈴木竹雄⇨竹内昭夫『会社法』（第三版、有斐閣、一九九四年）八頁、大隅健一郎⇨今井宏『会社法論 上巻』（第三版、有斐閣、一九九一年）一五頁。なお、後者の初版である大隅健一郎『会社法論 上巻』（巖松堂書店、一九三八年）一四頁には、合名会社・合資会社の実質が「民法の組合的なもの」であると説いた箇所、割注でつぎのように付言されていた。「団体性の希薄な人的結合の法的形態を組合という。通常組合に対して社団を対比せしめるが、前者は結合の法的形態を見ているに反し、後者は社会学的な実体を見ているのであって、此の対照は可成り無理なように思われる」。法的な結合形態としては組合のみを認めうるかにも読めるこの割注は戦後の『全訂会社法論 上巻』（有斐閣、一九五四年）一四頁では姿を消している。

(8) この一片の法文の変更によって、会社の本質論として理論化されてきた事柄が、実務的に不要になる、などというの——理論抜きの実務——などというものがあるなら別であるが——いかにもおかしなことである。かのキルヒマンの過激な実定法至上主義への攻撃を想起すべきであろうか。「実定法を通じて法律家は虫けらに成りさがった。虫けらは健康な木（自然法）に背をむけて、腐った木（実定法）にだけに棲む。病んだ木にのみ彼らは巣をつくり動

き回るのだ。学問は偶然なもの〔実定法〕をその目的とすることによって、自らが偶然なものになる。〔そうであるならば〕立法者の三つの言葉の訂正によってすべての図書館が反古になるであろう。Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848 (Nachdruck 2003), S.21 f.

(9) 平成一六年一二月八日法制審議会会社法部会（現代化関係）部会決定「会社法制の現代化に関する要綱案」第三部合同会社・合資会社・合名会社関係、第一総論「1 新しい会社の類型 社員の有責任が確保され、会社の内部関係については組合的規律（原則として全員一致で定款の変更その他の会社の在り方が決定され、社員自らが会社の業務の執行に当たるといふ規律）が適用される特徴を有する新たな会社類型（合同会社（仮称））を創設するものとする」。江頭憲治郎「会社法制の現代化に関する要綱案の解説（Ⅷ・完）」商事法務一七二九号四頁（二〇〇五年）参照。

(10) 念のために付言しておく、立法論的・解釈論的意義を抜きにして「社団」や「組合」のことは区別のみを追究しようなどということではなく、一人会社論や設立中の会社論等々、従来から「社団」を鍵概念として論じられてきた問題へアプローチするための基本概念の確定と、それによる企業の分類を指向するものであって、その基本概念のみからすべての個別問題の結論を演繹しようなどという概念法学的な方法とは別である。

(11) 本研究は科研費（課題番号 21530093）の助成を受けた。

(12) 倉澤康一郎「営利社団法人の意義」同「会社法の論理」（中央経済社、一九七九年）（初出・法学研究四四巻二号、一九七一年）一頁以下。

## 二 人的会社の「社団」性

### 1 松田川鈴木論争

社団と組合の変遷について江頭憲治郎は「社団」の語に、「権利能力なき社団」という概念に見られるように、「組合」（民六六七―六八八）と対立する一定の要件を備えた組織形態の意味が付されるようになったのは、明治

三二年商法の制定より後、ドイツ法の影響が強くなって以後のことである<sup>(13)</sup>と指摘する。この指摘が明治三二年の新商法制定当時には、「社団」は単に人的結合という意味しかなかった<sup>(14)</sup>、という彼の見方に繋がるわけであるが、その根拠のひとつとなっているのは、松田二郎による沿革研究である。これは従来の商法学説において、立法過程に関する先駆的研究として最も参照されてきたものであつて、松田二郎の人的会社組合説の重要な論拠として位置づけられる<sup>(15)</sup>。

松田は日本における人的会社が「社団法人」とされた沿革をつぎのように振り返っている。

まずロエスレル草案七一条一項は「各商社ハ特別ノ財産ヲ有シ又独立シテ權利義務ヲ有スルモノトス 殊ニ社名ヲ以テ金銭ヲ貸借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ヲ得ヘシ」と定めており、司法省の注釈によれば「夫レ商社ハ無形人ニ非ラスト雖モ法律上ニテ無形人ノ如クニ見做サル、コト往々之アリ。就中他人ニ対スル外部ノ事及營業上其然ラサルヲ得サル場合ニ於テ尤モ多シトス<sup>(17)</sup>」と説明されている。そこで松田は、「右法条は外部に対して或る程度の当事者能力を認めたるも、然も商社を以て法人となす意思なかりしこと明である」という。なぜならこのロエスレル草案が脱稿された一八八四年には、「当時独逸に於ても未だギールケの団体法理あらはれず、従つて団体法理による組合と法人、従つて人的会社と物的会社との対立が知られざ」る段階にあつたのみならず、「当時独逸旧商法の下に於て株式会社の法人性も未だ一般的に承認せられずして総ての会社が会社なる名の下に総合的に考察せられし」ことから、ロエスレル草案がすべての会社に関して総則的な条文を定め、しかもそれらに対して法人格を与えなかつたのである、と会社の法人格を認めない草案の背景を推測している。

だが松田が疑問を提起するのは、上記の草案を承けた旧商法典七三条が「会社ハ特立ノ財産ヲ所有シ又独立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被告ト為

ルコトヲ得」と規定し、「草案と大差のない文言」を用いているにも拘らず、梅謙次郎<sup>(19)</sup>ははじめとする学者はこぞつてこれをもって商事会社に法人性を認めたものと解釈し、旧民法典財産取得編一一八条<sup>(20)</sup>とともに日本ではじめての法人制度を規定したものと理解していたことであつた。

松田はこの旧商法時代の通説を批評している。「しかしながら、右旧商法の法条により会社が権利を取得し、義務を負い訴訟上原告となり得る事実は必然的に会社を以て法人となす結論を生じない。それは独逸商法上合名会社が通説上組合とせらるるに拘らず、尚其の商号の下に権利を取得し、義務を負ひ訴訟上原告となり得る事実(独商二四)<sup>(21)</sup>によつて明であらう」。

さらに松田はリヨンカンとルノー (Lyon-Caen et Renault) に依拠してフランス法に言及する。すなわち、フランスでは「学説及判例は総ての商事会社を以て法人となす」のであり、しかも「条文中会社を法人となす規定はなく其の根拠とする所は若干の条文」であつて、その一つは「会社は其の商号の下に訴へらるるとの条文(仏民訴六九)」にもとづくものである。そうであるなら、「当時我国に於て民法の隆盛なりしことに思を致す時に、旧商法上何等合名会社を法人となす規定なきにも拘らず旧法の条文を根拠として商事会社法人論の唱へられしは理解し得る所である」と。

たしかにリヨンカンとルノーは会社の人格 (personnalité des sociétés) について、「商事会社は、匿名組合を除いて法人となる。いいかえれば、商事会社は、社員のそれとは区別される個性を有するものとみなされるのである。フランスでは、商事会社の人格は、いくつかの国のように成文によつて認められてはいるわけではない。しかしながら商事会社の人格は一般的に承認されているのである。それは少なくとも中世にさかのぼる伝統を確認しただけのものではなく、フランスの諸法典でも一定の条文が人格の觀念の適用とみられる解決を認めていることから、商事会社の人格が前提とされていたと思われるのである<sup>(22)</sup>」といい、フランス法では会社が法人である

ことを認める点でなんらの差し支えもないことを裏書きしている。

また、フランス法の影響に関する松田の指摘は、ドイツの法制史家レーメが一九〇二（明治三五）年の論文「日本商法」<sup>(23)</sup>でつぎのように評していることも符合する。日本の「立法者は商事会社の法的性質を確定することを怠るべきではないと考へ、」<sup>(24)</sup>「会社ハ之ヲ法人トス」（日本商法四四条一項）とした。つまりはフランス法律学の支配的学説に従ったのである。合名会社、合資会社、株式合資会社はドイツ法では法人ではないのであるから、矛盾に満ちた制度にならないように、日本のそれらの法はさまざまな点で手本であるドイツ法とは異なつた形であつて、もちろん、その相違にもかかわらず、法人格を与える法律構成と、個々の点で三会社それぞれになされてゐる規整との間で完全な調和が達成されてゐるということとはできないために各所で母法（であるドイツ法）の制度の構造を垣間見せてゐるのである」。

かくして松田は、「我國に於ては右旧商法の条文を根拠とする法人説に付いては、學者間に異説なき能はず、こゝに於て現行商法を制定するに当りては立法者は条文上会社の法人たることを明定し、以て右旧商法上の学説を条文化したのである。然らば仏法上合名会社を法人としつゝも合名会社に特有なる規定は社員<sup>(25)</sup>の第三者に対する關係に關し、社員相互の關係に關せざるものとし後者が組合的に律せらるることを考へる時、我商法の条文に於ても亦同様の会社の可能なるべきであつて、人的会社はいつてみれば「組合法人」であるという。しかし商法旧五二条にいわゆる「社団」がこの解釈の障害になるのは明らかである。そこで松田は「商法の制定された明治三〇年初頭のころ、「社団」という文字は、単に人的結合の意味に用いられたのであつて、決して組合概念に對立するところの今日の社団概念を意味してゐたのではなかつた」。その論拠として、まず梅謙次郎が「組合ハ往々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從フ」<sup>(26)</sup>と述べていることを挙げて、「民法三十四条は社団法人の規定であり、右の所論は組合が法人格を与えられて社団法人と

なり得ることを肯定するからである<sup>(27)</sup>といい、また、志田鉀太郎が「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」と述べ、青木徹二が「組合モ会社モ均シク社團ニシテ經濟上ニ於テハ同一ノ觀念ニ基ク」ものと論じた一節を援用して、「これらを今日の社團概念をもつて読むときは、全く解し難いものである」るから、商法が会社を「社團」と規定したことは、それが社團と組合の双方を含む意味での「人的結合」であることを示すにとどまり、合名会社を「組合」と解することは商法の規定には反しないと主張したのであった。

松田が論敵とした鈴木竹雄は「かような見解は、わが商法上の合名会社を可及的にドイツ商法的に解した<sup>(30)</sup>の」と松田の狙いを的確に捉え、つぎのように反論する。合名会社の成員の立場から実質的にみると成員の個性が濃厚であるから組合といってもよいが、成員相互の関係を処理する法形式からみると、合名会社は成員間の契約関係による結合ではなく、団体対成員間の関係すなわち社員関係によつて結合したものとみるべきである。社團方式は成員相互の関係を簡明に処理する法技術として生じたものであり、合名会社を社團と認めれば、社員に對しまたは社員から請求をなす場合にも、他の社員の全員からまたは他の社員の全員に對して請求する必要はなく、会社からまたは会社に對して請求すればよく、きわめて簡単な処理が可能だからである。社團方式は、成員の数が多い場合に最も有効であるが、合名会社のように成員の数がすくない場合でもこの方式によりうる。商法が合名会社の内部関係につき組合に関する民法の規定を準用する趣旨は（平成一七年改正前商法六八条）、合名会社も民法の組合と同様、成員の個性の濃厚な実質的意味での組合に属するため、民法の組合の規定が実質的には合名会社にも当てはまるが、しかし民法の組合では成員相互間の関係として現れるものを、合名会社では会社對社員の關係に形式的に變容することを要する趣旨である。鈴木は「日本商法の立場こそ、法的處理の方式としてみれば、諸外国の法に比し一歩前進したものと認めうるのであって、法がせっかく社團と規定しているにかかわ

らず、これを単なる人的結合の意味に解し、そして合名会社の本質を組合と認めるのは、全く無用な解釈といふはかない<sup>(31)</sup>と松田を突き放した。<sup>(32)</sup>

学説史的な観点からは右の鈴木<sup>(33)</sup>の立場は、岡野敬次郎<sup>(33)</sup>、松本烝治<sup>(34)</sup>の系譜を引き、永らく通説の地位を占めてきたものであつて、現在でも冒頭にあげた神田の説明方法にはほそのまま引き継がれているといつてよい。また、「社団方式」と鈴木がよぶ組織原理は典型的にはドイツの株式会社<sup>(35)</sup>のそれに該当し、松田が日本の合名会社をドイツの合名会社をモデルに理論構成しようとしたのに対し、鈴木は日本の合名会社（をふくむすべての会社類型）をドイツの株式会社の理論をつかつて説明しようとした、ということもできるのである。

概念の混乱を避けつつ、上記の論争の意味をよりいっそう明らかにするために、つぎに日本法とドイツ法の概念立ての相違について触れておきたい。

## 2 ドイツ法との乖離

日本の「社団」概念がドイツ法由来のものであるという理解は今日一般的ではあるが、だからといつてドイツの会社がすべて「社団」であり「法人」であるわけではない。村上淳一の指摘するところを引用しておこう。<sup>(35)</sup>

「すべての日本の会社の法的類型は「社団」*stadan* すなわち日本の民法においてドイツ民法の社団 *Verein* に比較しうる概念に該当するものとみなされている。日本商法〔旧〕五四条一項はすべての会社——つまり資本会社のみならず人的会社も——法人とみなされるものと規定している。このことは、特別法によつて規整される〔旧〕有限会社についても同様である。

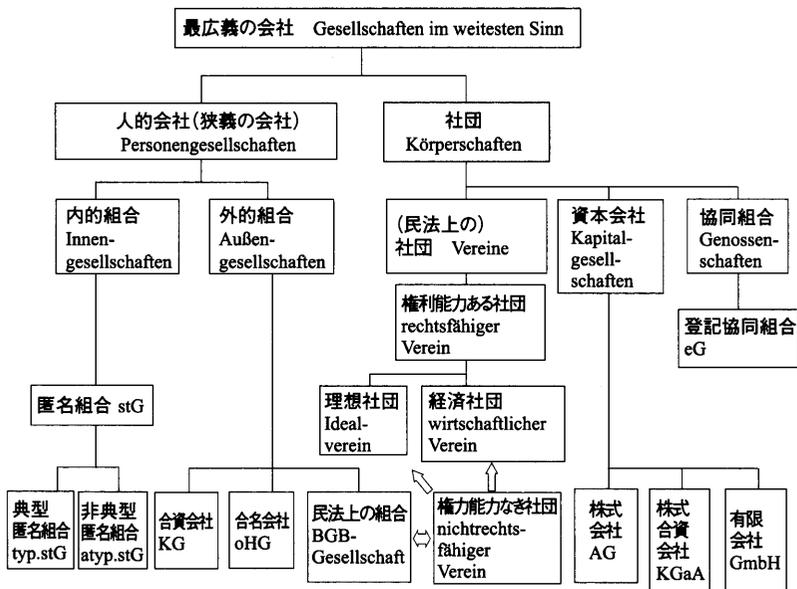
ドイツ民法の「社団」*Verein* は——ドイツでの意味内容によれば——社団 *Körperschaft* であると理解される。ところが、日本の「社団」という名称は誤解されがちである。というのは、ドイツでの意味内容によれば

社团的に構成されていない人的会社（合名会社、合資会社）も「社团」と称され、従って社团的に構成された人的結合とみなされるからである。社团的構造から法人格を捉えるのではなく、この見方を逆にして、つまり法人から社团的構造を捉えれば、こうした誤解は避けられたであろう。人的会社の権利能力を法人の性質から単純に捉えれば、日本の「社团」は、ドイツのような社团 *Körperschaft* ではなくて、「権利能力ある人的結合」*„rechtsfähige Personenvereinigung“* と称すべきものであろう。まさにこの意味において、日本商法はすべての会社を社团および法人とみなしているものと理解すべきである」。

要するに、ドイツでは社团 *Körperschaft* にふくまれていない人的会社までをも日本では立法的に「社团」と性質決定していたために、ドイツ法からみると日本法の「社团」の射程は大きく拡大し、それゆえに質的に変容したもの——せいぜい「財団」との対比で人的結合と称すべきもの——と捉えざるをえず、日本法の立場からみると、この点で実は母法（あるいは母法のひとつ）から大きなずれが生じているわけである。しかもこのドイツ法との乖離が日本での法概念の混乱の源になっていると考えられる。すでに日本でも繰り返し紹介されてきたドイツの会社（人的結合）の分類を、ここではクルンツィンガーの図表を用いて鳥瞰しておきたい。

まず最広義の会社（*Gesellschaft im weitesten Sinn*）は、共同の目的を達成するための複数人の結合であり、目的財産である財団（*Stiftung* ドイツでは経済目的（営利目的）の財団も許容されている）に対して、最も広く人的結合を包含するカテゴリーである。この最広義の会社が二つの基本的な類型に分かれる。すなわち狭義の会社（*Gesellschaft im engeren Sinn*）および社团（*Körperschaft*）である。

狭義の会社はまず構成員が相互に法律関係で結ばれるだけでなく、第三者に対しても法律関係に立つ外的組合（*Außengesellschaft*）と、そうではなく、当事者間の法律関係にとどまる内的組合（*Innengesellschaft*）とに分類される。外的組合の基本型となるのは、民法上の組合（*Gesellschaft des bürgerlichen Rechts: GbR*）とあつて、



合名会社 (offene Handelsgesellschaft: oHG) / 合資会社 (Kommanditgesellschaft: KG) はこの民法上の組合の特則という位置づけである。他方、内的組合は実際上は匿名組合 (stille Gesellschaft: stG) を指すものであって、これはさらに典型匿名組合 (typische stG) と非典型匿名組合 (atypische stG) に分類されている。もう一方の社団 (Körperschaft) は、民法上の社団 (Verein) をその基本型とする。登記済み社団 (eingetragener Verein: e.V.) は法人格をもつため、権利能力ある社団 (rechtsfähiger Verein) ともいわれるが、この登記済み社団が対象とする事業内容(何を事業の対象とするかという意味であり、営利目的・非営利目的の区別とは一致しない)によって、経済的社団 (wirtschaftlicher Verein) と非経済的社団 (nicht wirtschaftlicher Verein 理想社団 精神的社団 Ideal-vereinともいう) に分かれる。<sup>(3)</sup> なお、権利能力なき社団 (nicht rechtsfähiger Verein) は民法上の組合の規定を準用するもの(ドイツ民法典五四条)<sup>(4)</sup> とされているが、権利能力ある社団に近似した扱いがなされて

来ている<sup>(42)</sup>。

また、社団 (Körperschaft) のうち資本会社 (Kapitalgesellschaft) は、日本では「物的会社」と言い慣わされている<sup>(43)</sup>。資本会社にくまられるのは、まず株式会社 (Aktiengesellschaft: AG) を典型とし、さらに株式合資会社 (Kommanditgesellschaft auf Aktien: KGaA 日本では一九五〇年に廃止)、および、株式会社に人的要素を加味した「妹」 („kleinere Schwester der AG“) とこの有限会社 (Gesellschaft mit beschränkter Haftung: GmbH) がある。

さらに協同組合 (登記済み協同組合 eingetragene Genossenschaft: e.G.) もこの社団 (Körperschaft) のひとつであって、ほかに相互保険社団 (Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit: VVaG) もこれにくまられる。

右のうち、日本法との比較のために最も重要なのは、いかなる理由でドイツでは人的結合を二つの類型すなわち狭義の会社 (Gesellschaft im engeren Sinn) と社団 (Körperschaft) に区別しているのか、という点である。この点、まず狭義の会社は、その組織原理 (Organisationsprinzip) を債務法上の組合契約 (ドイツ民法七〇五条一七四〇条) に依ってはいいるが、これは単なる債権・債務契約ではなく一定の団体性をもつ合手的共同体 (Gesamthandsgemeinschaft)<sup>(44)</sup> であると捉えられている。団体といえども法人 (Juristische Person)<sup>(45)</sup> ではなく、合名会社はドイツ商法一二四条によって商号のもとに権利義務の担い手となりうるものとされ<sup>(46)</sup>、その基本型である民法上の組合もまた近時の判例によって権利能力を承認されるに至っている<sup>(46)</sup>。この合手理論は一九世紀末のギールケ (あるいはその師であるベーゼラー)<sup>(47)</sup> の団体法理から始まっており、一九七〇年代にはフルーメによって、組合財産はグループ (Gruppe) すなわち集団に帰属するという形で再構築されているものの<sup>(48)</sup>、理論構成について争われることが多く、しかもフランス法などには見いだせないドイツ法特有の理論である。他方で、「社団」 (Körperschaft) は構成員に対する結合の独立性によって特徴づけられる一定の組織形態である。これもまた市

町村 (Gemeinde) やギルド (Zunft) などを起源とするドイツ団体法理論の所産であつて、現代でも公法人 (公法上の社団、Körperschaft des öffentlichen Rechts) を理論的カテゴリーにふくみ、法人税 (社団税、Körperschaftssteuer) の根本に存する、射程の大きい組織形態である。その特徴は、およそつぎの四つの点によつて示される。すなわち、第一に、構成員の死亡、破産、脱退のような構成員に関連した解散事由がないこと、第二に、構成員の交代が可能であること、第三に決議は全員一致の原則ではなく多数決原則によること、第四に外部に対する代表は、構成員以外から選任しうる機関 Organ (第三者機関 Fremd-Drittorganschaft) を通じてなされること<sup>(50)</sup>である。

その一方、フランスの association は構成員が非営利目的で結合した組合であつて、<sup>(51)</sup> 商事会社 (société commerciale) との相違は、構成員の目的が前者では非営利、後者では営利である点によつて区別されるものである。すなわち association と商事会社とは組織原理が違つてゐるわけではなく、日本法でいえば共に「組合契約」といふべき共通の基盤のうえに立つてゐる。<sup>(52)</sup> いずれも当事者が団体を形成する契約の内容を規定するものであつて、フランス革命後の中間団体排除の思想の余蘊のゆえにドイツ民法上の社団 Verein とは異なり、すくなくとも規定のうえでは団体それ自体あるいは団体それ自体の目的という発想はない。<sup>(53)</sup>

ドイツ法・フランス法の相互関係でみると、たとえば association は一般的に Verein の訳語として使用されるのが通例であり、<sup>(54)</sup> また、スイス民法典でも両者は同義に用いられてはいるが (スイス民法典五二条、六〇条以下)、<sup>(55)</sup> フランス・ドイツの法伝統の違いを反映して、両者の理論構成には大きな隔たりがあることは否定できないのである。

(13) 江頭・前掲注 (3) コンメ八四頁。

(14) 江頭憲治郎『株式会社法』(第三版、有斐閣、二〇一〇年)二五頁注(一)。これによれば、今日では、人的結合から「結合」(複数性)が脱落して、たんに「人的」要素のみが残った、という見方(前掲注(4))に繋がるであろう。なお、明治三二年の新商法立法当時の理解として、青木徹二は「社团とは共通の目的の為に集りたる人の集合体にして其構成分子として少なくとも二人以上の社員あることを必要とするものなり。社团は財団と相對して用ひらる、語にして公益社团、営利社团の二あり。会社は営利社团の一種にして商業なる共通の目的の為に集りたる人の集合体なり、財団は如何なる場合にも会社たることなし」と説く。青木徹二『会社法論』(初版、明治三七年、金港堂)三頁。

(15) そもそも松田の人的会社組合説は、師である田中耕太郎の問題提起を受け継いだものであって、田中は、彼の商的色彩論を打ち出した論文「商法学の任務」においてつぎのように示唆していた。「我が商法上に於て總て会社を法人としてある故に(商法四四条一項(引用者注・会社法三条)、合名会社及び合資会社が法人なりや組合なりやの議論は独逸に於て盛んなりしと反對に、我が国の学者間には其の跡を絶つて仕舞つた。然しながら、上述の法条の存在に拘らず、合名会社及び合資会社の實質に關する疑問は依然残存せざるを得ないのであつて、独逸学者間の論争は我が国の学者間にも繰り返されなければならなかつたのである」田中耕太郎「商法学の任務(下)」法学協會雜誌四二卷五号九二頁(一九二四年)(同「商法学 一般理論(田中耕太郎著作集7)」(追補復刻版・新青出版、一九九八年)所収)。

田中がさらに右の問題意識を敷衍して『会社法概論』で述べるところをみると、「わが商法は合名会社の合資会社の内部關係に關し民法の組合の規定を準用している(商六八条、一四七条(引用者注・会社法では削除))。これこれらの会社の内部關係が組合的性質のものたるに起因する。……この故に我々は「準用」という文字に拘泥して法が組合でないものを組合の規定の支配の下におくものと解してはならないのである。のみならず……フランスにおいて民法上の組合が法人と認められていることに想到するとき、二觀念が背反するものでないこと明瞭である。我々は法人性を強調するのあまり事物の本質を見誤つてはならない」といい、つぎのように「疑問」を呈する。いわく、「合名会社のような人的会社と株式会社のような物的会社との間には法人性において濃度が異なる。前者においては社員の個性が尊重せられ、相互間の結束が固くかつ外部に対する直接關係が生じ法人たる特色は稀薄なるに反し、後者にお

いては社員である株主はあたかも烏合の衆のごとく、自己の個性を会社企業に打ちこむことがなく、離合集散が自由であるから、外部的輪郭である法人格は社員の個性に反比例して明瞭に顕われる。この故に会社と組合とが全然対立する觀念のごとく思われてきたが、合名会社については、対内關係においては組合、対外關係においては法人と認めることができないか、即ちこれらの種類の会社においては組合と法人との両性質を兼有することができないか、一派の学者のごとく合名会社を相対的人格者（ガーライス）〔引用者注：Gareis, *Das deutsche Handelsrecht*, 8. Aufl. 1909, S. 162 ff.）またはその活動の方面（契約締結、権利の取得および処分行為）において法人（ハーメル）〔引用者注：Hamel, Walter, *Die rechtssnatur der offenen Handelsgesellschaft*, Diss. Bonn, 1928）と認めることを得ないか〕と（田中耕太郎）『改訂会社法概論 上巻』（岩波書店、一九五五年）二九頁。この叙述の内容は、同書の初版である『会社法概論』（岩波書店、一九二九年）四二頁以来一貫したものであって、後述の人的会社の部分的權利能力を承認する現代のドイツ法学説・判例と同一の方向を示したものと云ってよい。

(16) 江頭・前掲注(14)が引用するのは、松田二郎『株式会社の基礎理論』（岩波書店、一九四二年）九一頁であるが、松田の人的会社組合説の詳細は「人的会社の組合性——人的会社に対する社团的理論構成の否認——」法曹会雑誌二三卷一号、二号（一九三五年）に公表され、以後、前掲の松田『株式会社の基礎理論』、松田「会社の組合性と社団性」同『株式会社法研究』（弘文堂、一九五四年）一五二頁以下（初出、田中耕太郎先生還暦記念「商法の基本問題」〔有斐閣、一九五二年〕）、松田『株式会社法の理論』（岩波書店、一九六二年）一一四頁以下において一貫して主張された。

(17) 司法省『ロessler氏起稿 商法草案 上巻』（刊年不詳、復刻・新青出版、一九九五年）二〇九丁。

(18) オットー・フォン・ギールケ (Otto von Gierke) の主著『Das deutsche Genossenschaftsrecht』は第一巻が一八六八年、第二巻が一八七三年、第三巻が一八八一年にそれぞれ刊行されている（第四巻は一九一三年刊）からこの説明は必ずしも正確ではない。例えばロesslerのロストック大学時代の著書『社会的行政法論』で Corporation の本質に言及した箇所ではギールケの Genossenschaftsrecht, Bd. 1 の參觀を求めている (Roesler, *Das Sociale Verwaltungsrecht*, Bd. 1. Abt. 1. 1872, S. 227 Anm. 4)。ただ、このゲノッセンシャフトの史的発展を描いた大著とは別に、ギールケが商事会社について論じたところの多い *Binding 叢書* 『ドイツ私法 第一巻』(v. Gierke,

Deutsches Privatrecht, Bd.1. 1895) や『ゼノッセンシヤフト理論とドイツの判例』(v. Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887) を公にしたのはロエスレルが草案を脱稿した一八八四年より後であり、右の二者が草案に影響をおよぼすことはありえなかったのはもとよりである。

(19) 梅謙次郎『会社法綱要 第一冊』(六法講究会、一八九四年) 五五—五六頁。

(20) 旧民法財産取得編一一八条 ①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

②此場合ニ於テハ会社ニ社名ヲ付シ且其契約ハ商事会社ノ公示ノ為メ法律ニ規定シタル方式ニ從ヒテ之ヲ公示スルコトヲ要ス但社名ヲ付シ又ハ公示ヲ為シタルトキハ其会社ヲ法人ト為ス意思アリト推定ス

(21) § 124 Abs.1 HGB, Die offene Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.

商法一二四条一項 合名会社ハ其ノ商号ニ於テ權利ヲ得、義務ヲ負ビ、土地ニ付キ所有權其ノ他ノ物權ヲ取得シ、又裁判所ニ訴ヘ又ハ訴ヘラルルコトヲ得 (大隅健一郎『國歲胤臣』現代外国法典叢書(6) 独逸商法①『会社法』(有斐閣、一九五六年)三四頁の訳文による)。

(22) Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, T. II. 1<sup>re</sup> partie, 5<sup>éd.</sup>, avec la collaboration de Amiaud, 1926, n°105.

(23) Rehme, Paul, Das japanische Handelsrecht, ZHR 52 (1902), S.457. なお、この引用は拙訳によるが、浅木慎一『日本会社法成立史』(信山社、二〇〇三年) 一一二頁には、岡本芳二郎訳「レーメー博士日本商法評論(四)」明治法学五八号四二頁(一九〇三〔明治三六〕年)の訳文の紹介がある。

(24) これに対して、レーメの論文と同年の刊行ながら、株式会社のほか、株式会社、登記済み経済的共同組合)のKörperschaft性を強く肯定するのはDernburg, Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens, Bd.1. 2.Aufl. 1902, § 80.

(25) 平成一八年改正前民法三四条「祭祀、宗教、慈善、學術、技芸其他公益ニ關スル社團又ハ財団ニシテ営利ヲ目的トセサルモノハ主務官庁ノ許可ヲ得テ之ヲ法人ト為スコトヲ得」

- (26) 梅謙次郎『民法講義卷之三 債権篇』(有斐閣、一九二二(大正元)年、復刻・有斐閣、一九八四年)七七一頁。
- (27) 松田二郎『株式会社の社団法人性』同『株式会社法の理論』(岩波書店、一九六二年)一五〇頁、一五一頁注(2)。
- (28) 志田鉦太郎『日本商法論 第二編 会社 第六版』(有斐閣、一九〇〇(明治三五)年)四一頁。しかしこれは志田の意図から離れた理解である。というのは、本文の引用で志田が「社団」といつているのは広義の「社団」のことだからである。志田は「会社以外ノ社団ト汎稱スルトキハ其意義極メテ広ク之ニ包含スヘキ社団ノ種類亦一ナラス」(三二六頁)といい、この広義の「社団」のなかに民法上の社団法人(狭義の社団)および組合がふくまれるものとしつつ、会社は民法上の社団法人の一種であると明言し(三七頁)、かつ、民法上の組合ではない、とつぎのように述べている。「会社ハ法人ナリ。之ニ反シテ組合ハ法人ニ非ス(往々組合ヲ法人ト為スコトヲ得ヘシト論スル者アリト雖モ誤謬ナリ。社団ヲ法人ト為シタルトキハ其社団ハ組合ニ非ス、社団法人ト稱スヘキモノトス)」(四三頁、傍点引用者)。
- (29) 青木徹二『会社法論 増訂三版』(有斐閣、一九〇六(明治四二)年)一二頁。ただし前後のコンテクストをみるとここでも松田の引用は適當とはいえないことが判る。「法人ハ之ヲ組成スル個々ノ分子ト離レテ法律上独立ノ存在ヲ有スルモノナルガ故ニ会社ナル法人モ亦之ヲ組織スル社員又ハ株主トハ法律上別個ノ存在ヲ有ス。此点ハ民法上ノ組合ト異ナル所ナリ。蓋シ組合モ会社モ均シク社団ニシテ、經濟上ニ於テハ同一ノ觀念ニ基クモノト云フヲ得ベキモ、法律上ハ全ク別種ノモノナリ。即チ組合其物ハ組合員間ノ契約關係ニシテ法ガ之ニ人格ヲ認ムルコトナケレドモ会社ハ法人ニシテ固有ノ人格ヲ有ス。決シテ社員間ノ契約關係ニ非ザルナリ」(傍点引用者)。
- (30) 鈴木竹雄「会社の社団法人性」同『商法研究Ⅱ 会社法Ⅰ』(有斐閣、一九七一年)五頁(初出、松本先生古稀記念『会社法の諸問題』有斐閣、一九五一年)。
- (31) 鈴木・前掲注(30)八頁。
- (32) 合名会社の法人性については、合名会社を形式的な社団と認める立場から、完全な法人格を承認し、内外ともに会社の名義において活動し、権利義務の主体となるが、社員の第三者に対する直接(無限)責任は合名会社の法人格の例外となるものとする。鈴木・前掲注(30)一三一―一四頁。

- (33) 岡野敬次郎『会社法講義案』(中央大学、一九二〇年) 六頁、三〇頁、同『会社法』(有斐閣、一九二九年) 二一三頁、四五―四六頁。
- (34) 松本悉治『日本会社法論』(巖松堂書店、一九二九年) 四八七頁以下。とくに四九〇頁。
- (35) Murakami, Junichi, Die Rechtspersönlichkeit der Handelsgesellschaften: Ein Beispiel für eine kon-textfreie Begriffsransplantation, in: Marutschke, Hans-Peter (Hrsg.), Beiträge zur modernen japanischen Rechtsgeschichte, 2006, S.212 f. なお、村上淳「会社の法人格——比較法史の断章」桐蔭法学四号一頁以下(一九九六年)。これら二つの論文のモチーフは共通ではあるが、前者はドイツ法の立場から独日の相違に詳しく言及しており、単なる異言語バリエーションではない。
- (36) 野田良之「会社という言葉について」鈴木竹雄先生古稀記念「現代商法学の課題 中」七〇七頁以下(有斐閣、一九七五年)、大賀祥充「株式会社設立の法理」(慶應通信、一九七五年) 一三〇頁以下、後藤元伸「法人格のない人的結合体(団体)と権利共同関係——権利能力なき社団と民法上の組合の財産関係、ならびに、法人——」(阪大法学四一巻四号四七六頁(一九九二年)、同「独仏団体法の基本的構成(二)」(阪大法学四七巻二号一七二頁以下(一九九七年)、上谷均「組合前注」右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂、一九九五年) 五七七頁、福田清明「日独における社団と組合の峻別論の発展——民法上の組合の権利主体性を中心に——」(法学研究(明治学院大学) 七二号三頁以下(二〇〇一年)、新津和典「一九世紀ドイツにおける社員権論の生成と展開——社員権論の歴史性と現代的意義——」(法と政治五九巻一号二四六頁以下の注(131)〜(134)(二〇〇八年)。
- (37) Klunzinger, Grundzüge des Gesellschaftsrechts, 15. Aufl. 2009, S.4.
- (38) 「広義の会社」Gesellschaft の分類は、ナチス時代の株式立法法(一九三七年)を契機として Gierke, Julius von, Handelsrecht und schiffahrtrecht, Teil 2, 5. Aufl. 1941, S.6 ff. にやがてなされたこの指摘がある。松田・前掲注(16)『株式会社の基本理論』一四三頁(註七)。
- (39) 私法上の人的結合であって、一定の共同の目的の達成のために法律行為によって設立されたもの(die private rechtliche Personenvereinigungen, die zur Erreichung eines bestimmten gemeinsamen Zwecks durch Rechtsgeschäft begründet werden) とらえられ得る。Kühler/Assmann, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2006, §1 I,

Windichler, Gesellschaftsrecht, 22. Aufl. 2009, §1 I.

(40) 津田利治(慶應義塾大学商法研究会編)『会社法以前』(慶應義塾大学出版会、二〇〇三年)八六頁。なお、松本丞治「公益法人、営利法人ノ類別」法学協会雑誌二二卷一頁(一九〇二〔明治三七〕年)、同「営利法人ノ觀念」私法論文集(巖松堂書店、大正五年、復刻・有斐閣、一九八九〔平成元〕年)二六頁以下(初出、法学協会雑誌二八卷三三・四号、一九一〇〔明治四三〕年)、富井政章「訂正増補民法原論 第一卷 総論」(有斐閣、一九二二〔大正元〕年、復刻・有斐閣、一九八五年)一三五頁では、ドイツの社団の事業目的が、非経済的社団(ドイツ民法典二二条)と経済的社団(同二二条)とに截然と分かれており、日本の新民法のような中間形態(公益に関せず、かつ、営利を目的としない社団)が生じる余地のない構造を採っていることを指摘している。

(41) § 54 BGB Auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, finden die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. Aus einem Rechtsgeschäft, das im Namen eines solchen Vereins einem Dritten gegenüber vorgenommen wird, haftet der Handelnde persönlich; handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner. 「権利能力ナキ社団ニ関シテハ組合ニ関スル規定ヲ適用ス。カカル社団ノ名ニ於テ第三者ト為シタル法律行為ニ付テハ、行為者自ラ責ヲ負フ。行為者数人アルトキハ、連帯債務者トシテ責ヲ負フ。」柚木馨「高木多喜男補遺」現代外国法典叢書(1) 独逸民法(1) 民法総則(有斐閣、一九五五年)九五頁の訳文による。

(42) 枚挙に暇ないが、学説史的観点からの叙述として大村敦志「民法説解 総則編」(有斐閣、二〇〇九年)二三〇頁以下。

(43) 岡野・前掲注(33)『会社法』八一―九頁。

(44) オットー・ギールケによる合手理論(Gesamthandlehre)である。石田文次郎「ギールケの団体法論」(ロゴス書院、一九二九年)二〇三頁以下(特に二〇九頁以下)、同「合有論」法学協会雑誌四九卷四号二九頁以下(一九三一年)、「民法研究 第一卷」(弘文堂書房、一九三四年)所収)、我妻栄「債権各論 中巻二(民法講義V)」(岩波書店、一九六二年)八〇〇頁、来栖三郎「共同相続財産に就いて(二)」法学協会雑誌五六卷三三―三七頁以下、「同(三)」五号四一頁以下、「同(四・完)」六号六六頁以下および七六頁以下(一九三八年)、上谷均「ドイツ民法典の組合契約における合有制」石部雅亮編「ドイツ民法典の編纂と法学」(九州大学出版会、一九九九年)三八五頁以下。

- (45) 上柳克郎「合名会社の法人性」同『会社法・手形法論集』(有斐閣、一九八〇年、初出、大森先生還暦記念「商法・保険法の諸問題」有斐閣、一九七二年)一六頁以下、高橋英治「ドイツ法における組合の法人格」同『ドイツと日本における株式会社法の改革』(商事法務、二〇〇七年、初出、奥島孝康教授還暦記念第一巻)『比較会社法研究』成文堂、一九九九年)三三三頁以下。
- (46) BGH Urteil v. 29.1.2001, II ZR 331/00; BGHZ 146, 341; NJW 2001, 1056. 高橋・前掲注(45)三三三頁以下、福瀧博之「ドイツ法における民法上の組合と権利能力(一)(二)」関西大学法学論集五四卷一頁以下、二二頁以下(二〇〇四年)、青木哲「民法上の組合の債務と強制執行(一)」法学協会雑誌一二二巻四号三二頁(二〇〇四年)、西内康人「団体論における契約性の意義と限界(一)」法学論叢一六五巻三号一頁(二〇〇九年)。
- (47) 西村貴裕「法人実在説の端緒とその意義——法人本質論再考」人間環境論集四号七三頁以下(二〇〇五年)。
- (48) 高橋・前掲注(45)三二七頁。なお、岡野・前掲(33)『会社法講義案』二六頁参照。
- (49) 村上・前掲注(35)「会社の法人格」七頁以下、同「団体と団体法の歴史」『岩波講座 基本法学2—団体』(岩波書店、一九八三年)一六一—一七頁。
- (50) Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl. 2010, § 65 Rn. 1096. Vgl. Windbichler, a.O., § 2 Rn. 9ff.; Kübler/Asmann, a.O., § 31f.
- (51) 大森忠夫「商一般(商人、会社、商行為、手形・小切手)」『現代外国法典叢書(9)仏蘭西商法(1)』(有斐閣、一九五七年)七三頁、山本桂一『フランス企業法序説』(東京大学出版会、一九六九年)九一頁以下。associationを明文化した一九〇一(明治三四)年七月一日法の以前からその本質はsociétéであるものと理解されていた。
- (52) 倉澤・前掲注(12)八頁以下、奥島孝康「フランス私法人基本法制」同『フランス企業法の理論と動態』(成文堂、一九九九年)(初出、比較法学一五巻二号、一九八一年)六六頁、高村学人「フランスのアソシエーション法」比較法研究六九号五〇頁(二〇〇七年)。
- (53) 「仏蘭西法上 sociétéなる用語は、之を日本流に言へば、組合と会社の何れを表現する為にも用ひられる。蓋し日本流に単なる債権契約関係たるに止る組合なる觀念と、法人格を有する団体たる会社なる概念とは、仏蘭西法上は、然く相排斥する概念として取り扱はれることなく、日本流に所謂会社も亦仏法上は組合の一種たる性質を具備してあ

るものと考へられてゐるからである。即ち、*société*なる概念は、専ら或人的結合の団体構成の實質に着眼した概念であつて、之が対外的に一箇の法人格者たる地位を認められるか否かは、専ら法技術的な形式の問題として、自ら別箇の問題とされるわけである。従つて、邦語に訳するに際しては、*société*なる語はむしろ社団（又は社団契約）とでも訳すべき内容を有し、之に法人格が認められてゐる場合は会社と訳し、法人格が認められぬ場合には之を組合と訳するのが適當であるかも知れぬ（大森・前掲注（51）七一頁（傍点引用者）。また、倉澤・前掲注（12）一二三頁）。

(54) z.B. Potonnier, Wörterbuch für Wirtschaft, Recht und Handel, Bd.1. Deutsch-Französisch, 4. Aufl. 2008, S. 875; Douset/Fleck, Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaft, CD-ROM, Ed. 2007. ただし後者は、*Verein*を „körperchaftlicher Zusammenschluß mehrerer Personen“（複数人の社团的結合）であると断りを入れたつゝ *association* との仏訳を示してゐる。また、最近のベルリン・フンボルト大学のドイツ人研究者による独仏一人会社法の比較研究（仏文）（Krolop et Birtinger, *La société unipersonnelle et l'idée d'un patrimoine d'affectation en Allemagne, Qu'en est-il du Code de commerce 200 ans après? État des lieux et projections, sous la direction de Saint-Alary-Houin, 2009, p. 268*）も *Verein* を *association* と訳してゐる。

(55) スイス民法典では、*corporation*（仏）および *Körperschaft*（独）、*société*（仏）および *Personenverbindung*（独）という用語法が採用されてゐる。

### 三 「会社」の法典化——旧民法典・旧商法典

ドイツにおいては、民法上の組合は合名会社、合資会社の基本型であつて、ひとつの企業形態であることを見た。日本の従來の捉え方は、たとえば竹内昭夫が「組合財産の合有制や組合債務につき組合債権者と組合員との個別的關係が原則とされていること等は、大量の取引を連続して行ふ近代的企业形態としては組合が適さない」理由になる<sup>(56)</sup>と述べたように、制度的な限界ないし制約を指摘してその利用の少なさを説明することが一般的で

あつたが、ドイツでは実際の利用の多寡よりも（それ自体もけつして少なくはないが）人的会社に補充適用される一般法であるという点に理論的な意味での意義があるものとされている。

日本にも実は「組合契約」を基礎とした会社法の体系が存在した時期がある。それは旧民法典・旧商法典である（ただし周知のように旧民法典は一度も施行されなかつたため、この「体系」がそのまま実効性をもつことはなかつた）。

## 1 旧民法典

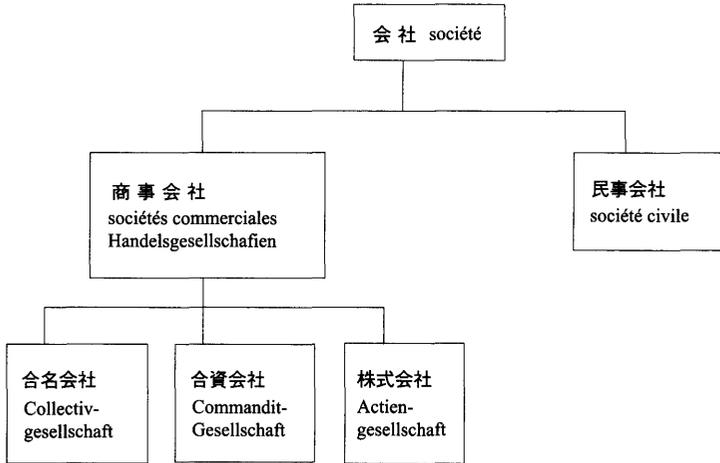
まず、ポワソナード起草の旧民法典財産取得編<sup>(57)</sup>の中の「会社」*société*は、「会社ハ数人カ各自ニ配当ス可キ利益ヲ収ムル目的ニテ或ル物ヲ共通シテ利用スル為メ又ハ或ル事業ヲ成シ若クハ或ル職業ヲ営ム為メ各社員カ定マリタル出資ヲ為シ又ハ之ヲ諾約スル契約ナリ」<sup>(58)</sup>（財取編一一五条）と定義づけられており、契約者各人の目的が営利にあることがその要素とされている（これに対して現行法の組合契約〔民法六六七条一項〕では契約者の目的が限定がない）。この会社すなわち民事会社は「常に原型（*type*）、典型（*modèle*）とみなされ、そのほかはその変型（*variété*）か発展型である<sup>(59)</sup>」とされる。起草の方針として「商事会社ノ規則ハ商法ニ之ヲ定メタレハ本章ニ於テハ商事ニ関セズ民事ノミニ関スル会社ノ規定ヲ掲グ。而シテ民事ト商事トノ区別ハ商法ニ商事ナルシテ列記シタルモノ、外ハ皆民事ナリトス。又本章ニハ会社ノ設定ヨリ社員ノ権利義務及ヒ会社ノ解散其精算<sup>(60)</sup>及ヒ分配ニ係ル規則ヲ掲ケ商事会社ト雖トモ商法ニ特別ノ規則ヲ設ケサルモノハ本章ノ規則ニ従フヘキモノトセリ」<sup>(60)</sup>とされ、財取編一一六条は「商事会社ニ特別ナル規則ハ商法ヲ以テ之ヲ定ム<sup>(61)</sup>」として、商事会社の規整を旧商法典に譲っている。

ただ注意を要するのは、右の民事会社（*société civile*）と、商事会社（*société commerciale*）とは、当事者の

営利目的において共通であり、それらの区別の基準は他の要素に求めるべき点である。右の財取編一一六条の注釈では、「民事会社と商事会社との相違は、民事売買と商事売買、民事債務と商事債務との相違、概していえば民事行為 (acte civil) と商行為 (acte commercial ou de commerce) との相違と同じである。商行為は個人が単独で行うことがありえ、もしその者が商行為を職業的かつ偶発的ではなく為した場合には、商人 (commerçants) となる。これと同じ商行為をその目的で société に結合した諸個人が行うこともあり、これが商事会社すなわち (実際のところは商人会社 (sociétés commerçantes) である)」<sup>62</sup> という。個人商人と同様に、事業内容が商行為の営業であるか否かによって商事会社になるか否かが定まるのである。

ただし、右はあくまで原則的な基準であつて、民事会社といえども商事会社の規程を受けることがある。財取編一二〇条は「会社ハ其目的ノ商事ニ在ラサルモ資本ヲ株式ニ分ツトキハ商法ノ規定ニ從フ」<sup>63</sup>ものとして、株式会社を非商事目的で営む場合には例外的に商事会社の規程を受けるものとしている。旧民法典財取編会社は、右のような配慮のもとに、今日でいえば実質的意味での商法——企業法——といつてよい性格を有していたのである。

では、法人格の取得についていかなる要件が考えられていたか。「法人ハ法律ノ認許スルニ非サレハ成立スルコトヲ得ス」(旧民法人事編五条) という許可主義の一般的ルールを敷きつつ、その例外として、財取編一一八条<sup>64</sup>は、一項で「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」として、民事会社にも当事者の意思——設立意思——にもとづいて法人格を開放する反面、二項で「此場合ニ於テハ会社ニ社名ヲ付シ且其契約ハ商事会社ノ公示ノ為メ法律ニ規定シタル方式ニ從ヒテ之ヲ公示スルコトヲ要ス 但社名ヲ付シ又ハ公示ヲ為シタルトキハ其会社ヲ法人ト為ス意思アリト推定ス」るものとして、公示については商事会社の規程を適用するものとした。要するに、旧民法典は成員が営利を目的とする契約的結合である会社 société という実体に対してその事



業の内容を問わず法人格をあたえる途を開いていたわけである。

## 2 旧商法典

ロエスレル起草の商法草案の「商社」Handels-gesellschaft は右の旧民法典と体系的な接合性を考慮して起草されたものであった。旧民法典・旧商法典の通弊であった、起草者を異にすることに起因する矛盾・抵触からはけつして自由ではなかったにせよ<sup>(66)</sup>。

会社法の前注<sup>(67)</sup>においてロエスレルはいう。「かつてはローマ法の例にならつて会社を——他のあらゆる契約から生じる債務関係と同様に——構成員間の純粹に人的な債務関係とのみ見たのであるが、新しい法的な見解は、商業の必要性があるかぎりにおいて、会社に特別かつ独立の法的な人格 (besondere und selbständige Rechtspersönlichkeit) を認めるが、しかし会社を言葉の厳密な意味において法人 (Juristische Person) と解釈することはない。それゆえに、会社の権利・義務すなわち会社の所有物、債権および債務は、成員個々人ではなく会社それ自体に結びつけられ、また、そこから重要な

法的な結論が導かれる。例えばある会社が破産に陥った場合、会社債権者は成員の債権者から隔離され、会社それ自体に訴えが提起されうる。まさにこの商事会社の近代的な考え方が、会社を民法上の通常の会社 (die gewöhnliche Gesellschaften des Civilrechts) と区別し、また、厳密かつ一部は厳格な規定が会社に必要であるとするのである」。

会社の実体は純粹な債務関係とは異なるというが、しかしその相違点について例えば草案六七条「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ヲ得」(旧商法六六条) という共同の意義について彼はくわしくふれるところがない。だが、彼の育ったドイツ一般商法典 (ADHGB) 制定前後の理論構成はいまだ契約的結合 (societas; Societät) のレベルにあり、なにより彼の博士論文はローマ法における商事会社の財産をあつかひ、ローマ法的契約構成のもとでも組合員の意思によつて団体そのものに直接権利義務を帰属させるような連帯性をもとめることは可能であると主張するものであった。<sup>(69)</sup>

また、ロesslerは草案の注釈において、会社は法人ではない、外部の第三者に対しては会社には社員からの独立性がある、という措辞をしばしばくりかえしてはいる。それは村上によれば、ロesslerが抱懐していた公的な団体のほかには完全な法人格をみとめがたいものとする「社会法」論からくる制約であるというが、その措辞とは別に、とくに株式会社は法人であるかのような口吻を漏らすなど、いささか曖昧な面もあるにせよ、法人概念に頼らずに社員個人財産と会社財産を分別するべく、現在のドイツ法における人的会社あるいは有限会社と類似する文言を用いている。すなわちロessler草案七一条一項「各商社ハ特別ノ財産ヲ有シ又独立シテ權利義務ヲ有スルモノトス 殊ニ社名ヲ以テ金錢ヲ貸借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ヲ得ヘシ」<sup>(72)</sup>と定め、その注釈においてつぎのようにいう。

「本条において商事会社の法的性質の一般的な特色の性格づけがなされる。商事会社は確かに完全な意味での

法人ではない (keine juristischen Personen im vollen Sinne des Wortes)。だが商事会社は、ことに外部の第三者に対す、関係で、商経営の需要がそれを必要とするかぎり——普通の民法上の概念とは常に一致するわけではない商法上の概念の柔軟な性質に依じて——法的にはしばしば法人のように扱われている。商事会社はそれゆえに特別な存在である。商事会社は特別な会社財産および独立の権利義務を有する。商事会社は、自らの特別な所有物を取得し、自らの契約その他の法的行為は、各構成員やその財産ではなく、直接会社自体に効果を有するのである。これらが構成員の個人的財産にいかなる効果を有するかは、会社契約〔定款〕の規定による構成員の議論に任されている。また、商事会社は自らの名義で独立して訴えを提起しうる。これらすべては現代の法律学において一般的に認められており、したがってこれ以上の釈明を要しないのである」と。

こうしてロesslerは会社契約による結合と、団体構成員の人格を集团的に利用することによる対外的な権利義務の帰属をドイツにおいて紛糾の的となっていた社團あるいは法人理論によらずに導き出したのであった。

しかしさきの松田の指摘にあるように、当時の日本人法律家はフランス法を学んだ者が多く、また、会社をあえて法人と構成しないことの中途半端さを嫌って、旧商法典の解釈者は——ロesslerの通訳・本尾敬三郎もふくめて<sup>(78)</sup>——例外なく右の規定を法人性を定めたものと理解し、これが新商法へと繋がっていくのであった。だが新法典によるより大きな変更は会社の実体に対して行われたのである。

(56) 竹内昭夫「企業形態と法」同『会社法の理論Ⅰ 総論・株式』(有斐閣、一九八四年)二四頁(初出、『岩波講座現代法 九卷 現代企業と法』岩波書店、一九六六年)。

(57) 周知のようにいわゆるボワソナード草案財産取得編にはいくつかのエディションが存在し、とくに最終版である「新版」(G.Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire, nouvelle*

- édition, T. III, 1891. 復刻「ポフソナード民法典資料集成 後期Ⅳ」雄松堂出版、一九九八年」と「旧民法理由書」(Code civil de l'empire du Japon accompagnée d'un exposé des motifs, T. III. Traduction officielle, Tokio, 1891 (復刻・日本立法資料全集 別巻28「仏語公定訳」日本帝國民法典並びに立法理由書 第三巻) 信山社、一九九三年) (以下、Exposé des motifs) には多くの見逃せぬ相違点があるが(標題からして「公定訳」が De la société 新版が De la société particulière) の「ポフソナード民法典」の「公式な理由書」である後者に拠るものとす。
- (88) Art. 115. La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes font ou promettent chacune un apport déterminé dans le but de tirer des bénéfices destinés à être partagés entre elles, soit en faisant valoir les choses mises en commun, soit en accomplissant une entreprise ou exerçant une profession.
- (89) Exposé des motifs, p.222.
- (90) 「民法財産編 財産取得編 債権担保編 証拠編 大体議筆記(明治二十三年三月一日)」(枢密院會議審議録〈国立国会図書館憲政資料室所蔵「伊東口代治文書」〉)『ポフソナード民法典資料集成Ⅱ後期Ⅲ—Ⅳ 解題／参考資料』(二〇〇三年)一六九頁。
- (91) Art. 116. Les règles particulières aux sociétés commerciales sont exposées ou[au] Code de commerce.
- (92) Exposé des motifs, p.223.
- (93) Art. 120. Les sociétés dont le capital est divisé en actions sont soumises aux règles du Code de Commerce, lors même que leur objet n'est pas commercial.
- (94) Art. 118. Les sociétés civiles constituent des personnes morales, lorsque telle est la volonté des parties. Dans ce cas, elles doivent prendre un nom social et le contrat doit être publié dans les formes prescrites par la loi pour la publication des sociétés commerciales; le seul fait d'avoir donné un nom social à la société ou d'avoir publié l'acte de société fait présumer de la part des associés la volonté de lui donner une personnalité propre.
- (95) Roesler, Hermann, Entwurf eines Handels-Gesetzbuches für Japan mit Commentar, 3. Bde. 1894 (Nachdruck Shinsei-syuppan), 1996. (ポフソナード民法典の Entwurf と論評)。ロエスレルの会社法草案の起草者森泰博「ロエス

- ラーの会社法」商学論究（関西学院大学）二七卷一―二―三―四号四五九頁以下（一九八〇年）、大野直治「旧商法における合資会社について」社会科学論集（埼玉大学経済研究室）五八号七九頁以下（一九八六年）、伊藤紀彦「近代的公司法の出発」浜田道代編『日本会社立法の歴史的發展』（商事法務研究会、一九九九年）四六頁以下、島田志帆「合同会社制度の創設と持分会社規制」山本爲三郎編『新会社法の基本問題』（慶應義塾大学出版会、二〇〇六年）三四―一頁以下。
- (66) 梅謙次郎『商法修正要領』（和仏法律学校、明治三二（一八九九）年度講義録）七八頁。
- (67) Entwurf, Bd.1, S.192. 村上・前掲注(35)「会社の法人格」四頁参照。また、松井秀征「株主総会制度の基礎理論」（有斐閣、二〇一〇年）三二―八頁。
- (68) Art. 67. Eine Handelsgesellschaft kann nur für den gemeinschaftlichen Betrieb eines Handelsgewerbes errichtet werden.
- (69) Roesler, Die Rechtliche Natur des Vermögens der Handelsgesellschaften nach römischem Rechte, Diss. Erlangen, ZHR 4 (1861). 海老原明夫「ロースレル」シュリストー一五五号四〇頁（一九九九年）。
- (70) 村上・前掲注(35)「会社の法人格」一四頁。ただし s.25 II 6 ALR は Gesellschaft のうち「永続的な公益目的を結びつた」(sich zu einem fortdauernden gemeinnützigen Zweck verbunden haben) ものみに特権としての社団権 (Korporationsrechte) を与える態度をとり、商事会社もその例外ではなかった、といわれる。庄子良男訳「ホルマン・シューマッハー著普通ドイツ商法典に至るまでのドイツ法における株式会社の内部組織の發展——株式会社の経営管理の問題についての寄与——一九三七年」駿河台法学二二卷一―七三頁（二〇〇八年）。Schumacher, Herrmann, Die Entwicklung der inneren Organisation der Aktiengesellschaft im deutschen Recht bis zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 1937, S.7. そのことからすると、ロースレルは古くドイツ法の発想をひききっていたとはいえず、それ自体は特異な考え方ではなかったと評しうるであろう。この点、新山雄三「一九世紀プロイセンにおける株式会社の法的地位についての一試論」岡山大学法学会雑誌二〇卷二号二二頁（一九七〇年）（同「ドイツ監査役会制度の生成と意義」）（商事法務研究会、一九九九年）所収）および伊藤雄司「会社財産に生じた損害と株主の損害賠償請求権」（三）「法学協会雑誌二二四卷一―三三三頁注（5）（二〇〇六年）も参照。

(71) Entwurf, S. 306 zu Art. 191.

(72) Art. 71. Jede Handelsgesellschaft hat ein besonderes Vermögen und selbständig Rechte und Pflichten; insbesondere kann sie auf ihren Namen Forderungen und Schulden eingehen, bewegliches und unbewegliches Eigentum erwerben, und vor Gericht klagen und verklagt werden.

明治三三年旧商法七三条「会社ハ特立ノ財産ヲ所有シ又獨立シテ、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被告ト為ルコトヲ得」

明治二六年商法七三条「会社ハ特立ノ財産ヲ所有シ又獨立シテ、權利ヲ得義務ヲ負フ 又訴訟ニ付キ原告又ハ被告ト為ルコトヲ得」

(73) 「本条の規定は商事会社の性質を定めたるものにして会社は一の法人たることを認めたるものなり。」本尾敬三郎講述『商法講義』(一八九〇〔明治二三〕年に行われた旧商法典の講義筆記)(九州大学所蔵)二二二頁。本尾の右の記述は、ロエスレルが会社に法人性をみとめるか否かの点でこれを否定する自説から譲歩したことを推測させる。

#### 四 「社團」と「組合」の分化——新民法典・新商法典

##### 1 「会社」から「組合」へ——新民法典

旧商法典には、第六編「商事会社及ヒ共算商業組合」として、商事会社に続けて商事会社とは異なるものとされた「共算商業組合」(二二五条)すなわち「当座組合」(二二六条)、「共分組合」(二二七条)、および「匿名組合」(二六八―二七三条)の三つの類型の契約を定めた。旧商法典上の「組合」といえばこれらを指す。<sup>(74)</sup>

他方で、民法上の組合は、旧民法典以来、衆議院の修正を受けるまでは常に「会社」と称されてきた。ドイツの *Gesellschaft* フランスの *société* は本稿では「会社」と称んできたが、最も広い意味では団体あるいは人的結合という意義を有し、日本の旧民法典・旧商法典もこれと同じ「会社」システムを予定していたことはすでに

見たとおりである。

これに対して日本では、「会社」という語は今日では商法上の会社のみを指すまでに縮小・限定している。それは旧民法典上の「会社」を変更して民法で「組合」ということが生み出されてきたためである。今日では「社団と組合」という形で、組織原理を対立的に捉えるのがごく一般的であるが、そのような対比が成り立つのは、一方ではドイツ社団理論が継受されたからであるが、もう一方ではこのような旧民法典の修正があったからといえる。

ところが、この民法上の組合という鍵概念の誕生の経緯はじつに奇妙なものであった。明治二十九年三月三一日の衆議院の民法中修正案委員会議録<sup>(75)</sup>によれば、それはつぎのようなやり取りである(傍点は引用者)。

○(中島又五郎君) 十二節ノ会社ト云フコトニ付テ御尋致シマスガ、此会社ハ一般会社ト違ツテ、唯私ニ設ケタ組合体ノモノヲ指ス御考デアリマスカ

○政府委員(富井政章君) 左様デゴザイマス、法人デ、ナイ契約ヲ見タノデアリマス

○(中島又五郎君) 此会社ト云フ言葉ガ甚タ当ラズシテ面白クナイト思ヒマス、組合トデモシタラドウ云フモノデアリマセウ

○政府委員(梅謙次郎君) 是ハ文字ノコトデアリマスルケレドモ、商法デモ商事組合トシマスノデスカ、民法ニ於テ会社ト云フコトニスレバ、商事ニ関スルト関セザルトガ違ツテ、他ノ性質ハ同ジモノデス、ソレヲ商法ノ方デ、今ノ通り商事会社ト唱ヘテ、民法ニ限ツテ組合ト云フコトニナリマスト余程変ナコトニナラウト思ヒマス、事体ハ同ジモノデアルケレドモ、商事ニ関スルヨリ之ヲ商事会社ト言ツテ、商事組合ト言ハズ、民法ニ於テハ組合ト云フコトガアツテ、商事会社モ、商業組合モ、同ジヤウナモノデアルト云フノデ宜シイト云フ御考デスカ

○(中島又五郎君) 商法ノ方モ商事組合ト直ツテ来マス

中島の提案の趣旨は、政府原案の民法の「会社」が「一般の会社」すなわち明治二六年旧商法一部施行によつて設立を認められた「会社」と違って「唯私ニ設ケタ組合体ノモノ」であるから「組合」と称び方を変えるべきではないか、というものである。当時の株式会社は主務省の「発起ノ認可」(一五九条)と「設立ノ免許」(一六六条)とを要したから、そのような官庁の認可・免許を要さないという意味での私設の組合体をとくに「組合」と称び分けよ、という素朴な観点にもとづく、いつてみれば私法的な性質論には関わらない提案にすぎなかったものと見られる。しかし富井は、これに対し民法上の「会社」は商法上の会社ではない、すなわち法人でない契約の称び名である、という法人格の有無が決め手であると応答している。

このやり取りを聞いて梅がおそらく慌てたであろう理由は両者の応答のすれ違いにある。というのも、梅は商行為を業として行う *societe* を商法上の会社、それ以外の事業を共同して行う *societe* を民法上の会社と理解するフランス法的な考えを採っているにも拘らず、もし中島の「民法上の会社契約は、公の存在である会社と紛らわしい」という素人的な発想と、富井の応答にある「会社には法人である会社と契約である会社の区別がある」という法律論が混線<sup>76</sup>してしまうと、梅にとって本質的に一体であるはずの *societe* が日本法の文言上「法人である会社」(商法)と「契約である組合」(民法)とに分離してしまい「余程変ナコト」になるからである。

中島の提案は梅から見ればしよせん「文字ノコト」だったとはいえ、将来の解釈論に影響する可能性がある以上、梅には捨てて置けない問題であり、民法で会社を「組合」と改めるならば、商法でも同様に「組合」と改めるつもりか、と彼が切り返したのは当然であった。

だが中島には梅の意図は通じていない。そもそも商法の会社と民法の会社を区別せよと言った中島本人が「商法ノ方モ商事組合ト直ツテ来マス」と頓珍漢なことを言い出す始末であったからである。が、委員長の星亨が「第十二節中ニ会社トアリ、又社員トアルハ、詰リ此会社ハ組合トシ、社員トアルヲ組合員トスル、斯ウ云フ修

「正ノ動議ガ成立ツテ居リマス、是ニ賛成ノ御方ハ手ヲ挙ゲテ下サイ」と採決した結果、挙手者多数で修正動議が可決されてしまった。この当時の政府の主導による日本社会への会社の定着ぶり<sup>(77)</sup>と、反面で近代的な共同企業の伝統をもたなかつた日本社会の特質<sup>(78)</sup>からすれば、このようなことばの行き違いも致し方なかつたかもしれない。

しかしこれに対する梅の憤懣は『民法講義卷之三 債権篇』に如実に現れている(傍点は引用者、但し傍丸は原文のまま)<sup>(79)</sup>。まず「組合又ハ会社 (societas, société, Gesellschaft) ノ意義」について、旧民法典のように組合員が「各自ニ利益ヲ収ムル目的」(財取編一一五条)を有する場合にかぎらず、広く組合員が共同の事業を営むことを目的とするものをいうとしたうえで、梅はいう。「茲ニ規定セルモノハ従来多ク之ヲ会社ト云ヘリ。故ニ初メ政府案ニハ之ヲ会社ト称セシモ衆議院ニ於テ之ヲ組合ト改メタリ。余ハ殆ト其何ノ故タルヲ知ルコト能ハスト雖モ、蓋シ会社ハ商事会社ノ如ク法人タルモノヲ意味スルノ嫌アリト云フニ過キサルカ如シ。然リト雖モ従来ノ会社ノ悉ク法人タリシニ非サルコトハ人ノ皆知ル所ナリ。又組合中ニハ水利組合ノ如ク法人ヲ組成スルモノナキニ非ス(多少議論アルモ)。故ニ寧ロ組合ナル文字カ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。

衆議院の「組合」への修正は単なる気まぐれな立法者の好みにすぎないとし、その理論面への影響を否定する梅の強い意思はつぎの一節にも宣言されている。いわく、「組合ハ往々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)」。ドイツの社團理論を受け容れず、民法の社團と商法の会社の基底に民法の組合理論を置く梅の考えがここに明らかである<sup>(81)</sup>。

## 2 「モノ」から「社團」へ——新商法典

さらに新商法典に「社団」が登場した契機に目を移すと、それは立法プロセスの最終段階においてである。志田鉦太郎によれば、「第十一回帝国議会ニ提出セラレタル新商法草案ニ依レハ『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』ルモノト為シ（同草案第四十条）、第十二回帝国議会ニ提出セラレタル新商法草案ニ依レハ『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』ト為シ（同草案第四十二条）、最後に第十三回帝国議会ニ提出セラレタル新商法草案ニ依レハ『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』モノト為シタリ（同草案第四十二条）」（二重括弧および傍点は引用者）というが、なぜ商法旧五二条一項の文言が右の立法プロセスの最終段階で「モノ」から突如「社団」という語に変更されたかには言及していない。<sup>(84)</sup> その経緯を記した記録で現在知られているのは商法整理会の議事録のうちつぎの部分のみである。<sup>(85)</sup>

「商法整理会第六回議事要録 商法整理案 明治三二年一月六日配布

第四十二条「モノ」ヲ「社団」ト改ム

梅君ノ説明ニ曰ク此修正ハ単ニ文字ニ止リ意味ニ於テハ更ニ異ナルコトナシ

右ハ修正原案ニ可決」

この記録から汲み取ることができるのは右の文言の変更が「文字」の整理にとどまり「意味において変更はない」ということだけである。しかしこれに先立つ経緯をみると、右の文言の変更がなされた理由は容易に推測される。すなわち、すでに一八九三（明治二六）年末から翌年初頭の法典調査会・民法主査会の審議で「財団」に対する「社団」ということが創造されて審議の関係者によって異論なく用いられており、民法典では「営利ヲ目的トスル社団ハ商事会社設立ノ条件ニ從ヒ之ヲ法人ト為スコトヲ得」「前項ノ社団ニハ総テ商事会社ニ関スル規則ヲ適用ス」との規定をすでに確定済みであった。<sup>(87)</sup> したがって実質的には商法上の会社もまた右と同じ意味

での「社団」である、という共通の理解ができていたのであって、商法整理の最終段階で民法典・商法典の文言の整序をはかったにすぎないものとみるべきであろう。では、その従前からの「社団」の意味は何か。民法上の「社団」の内容の理解がここでの鍵を握るわけである。

しかしながらこの民法上の「社団」がそもそも何を意味するのかについては、疑問が多い。法典調査会においては穂積陳重が地縁団体を例にとつて「社団ハ何トカノ講トカ、又ハ氏子トカ云フヤウナモノガ一ノ団体ヲ為シテ一ノヤシロ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」という説明をしているが、もともと「会社」という日本語が江戸期に地縁団体をモデルに造語された任意団体を意味すると言われていることからすると、右の穂積の説明はその「会社」の原義との区別すらも怪しまれるほど相当曖昧なものであったことは否定できない（もとより審議の当時は、明治二六年の会社法が一部施行された段階であるから、商法上の「会社」との区別が不分明という意味ではない<sup>(88)</sup>）。しかしながら、審議過程ではドイツの民法上の社団 Verein をモデルにされていたことは間違いないこと<sup>(89)</sup>からすると、まず新民法典の総則でドイツの民法上の社団 Verein を継受し、それに連動する形で新商法典の会社も民法上の社団と同じ性質をもつ「社団」と規定したという今日の一般的な見方が成り立ちちうるであろう。その一方、さきにもたように旧民法典・旧商法典ともに会社の実体を会社契約 (contrat de société; Gesellschaftsvertrag) と捉えていたのに対して、旧民法典上の「会社」は、新民法上の典型契約のひとつである「組合契約」という形で残ったものの、もはや商法上の会社の基底にはなく、これとは切り離された組織形態に置き直されたことになる（「社団」対「組合」）。

しかしながら、こうした現在につづく大方の見方によれば、ドイツ法では、資本会社の基本組織と捉えられている社団 (Körperschaft) が、日本では資本会社のみならず、人的会社にも全面的に適用され、人的会社を社団的組織 (Körperschaftliche Organisation) 化する<sup>(90)</sup>という、いわばドイツ法的構成の極端な形での「継受」という

帰結をもたらすのである。

これに対して、もうひとつの見方がありうる。というのは、「モノ」から「社團」への修正の提案者である梅謙次郎（民法法の起草者を兼任）は、法典制定後も民法上の *société*（組合契約）と商法上の *société*（商會社 *société commerciale*）との間には本質的な違いがないものとするフランス法的な學說を保持していたのであつて、<sup>(91)</sup>前述の商法整理會での梅の説明の中で「此修正ハ単ニ文字ニ止リ意味ニ於テハ更ニ異ナルコトナシ」というのは、少なくとも梅の主観においては会社が *société* であるという意味において変更がない、という趣旨であつたものと考えられる。そしてこの提案が異論なく承認されたのは、結局のところ、組合を原型として会社を理解するフランス法的構成がオーソライズされた、という見方である。

ただし、このような見方をとる場合には、民法と商法の「社團」の關係を一貫して説明できるのか、という困難な問題を生じさせることとなるであろう。<sup>(92)</sup>この点、もし、梅のように、民法上の「社團」を *association* と捉え、これも本質的に *société* と通底する共同事業契約であるとみて民法上の「社團」の組織原理を一本化することができればそのような困難は生じない。

だが右の梅の会社＝組合觀は、岡野、松本らに排斥され、少数說としてすら残らなかつた。日本の立法と解釈論は、ひたすら社團 *Körperschaft* の拡大に向けて舵を切っていくことになつたのである。

(74) 梅謙次郎はこれらの商法上の「組合」についていう。「組合トハ広キ意味ニテ会社モ亦組合ナリ。止テ商會社トハ法人トナリ、組合ハ法人トナラザルノミ。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」『商法會議第二回 明治一八年九月三〇日』『法典調査會 商法會議筆記』（日本近代立法資料叢書19）（商事法務研究會、一九八五年）一三一—一四頁。匿名組合もフランス法の *société* の一種と觀る考え方が披瀝されたものであ

ろう。

- (75) 「第九回帝國議會 衆議院民法中修正案委員會速記録 明治二九年三月二三日」一四九頁上段—一五一頁上段  
 (廣中俊雄編『第九回帝國議会の民法審議』(有斐閣、一九八六年)二四一—二四三頁)。
- (76) 富井の迷いは「第一〇八回法典調査會議事速記録(明治二八年九月二日)」『法典調査會 民法議事速記録四』(日本近代立法資料叢書4)(商事法務研究会、一九八四年)八二三頁下段にも現れている。
- (77) 淺木・前掲注(23)四七頁。
- (78) 宮本又郎「阿部武司ほか編『日本經營史(新版)』(有斐閣、二〇〇七年)一〇二頁(阿部武司)」。
- (79) 梅謙次郎『民法講義卷之三 債權篇』(有斐閣、一九二二(大正元)年、復刻、有斐閣、一九八四年)七八一頁。  
 なお、同書では、組合の各条の参照条文は、ほぼ全条に亘つて新旧商法典が引用されており(例外は六七二条と六八  
 四条のみ)、梅が民法上の組合を実質的な意味での商法として捉えていたかが判る。法典調査會での審議過程につ  
 ては相本宏「民法上の組合について——編纂過程を中心に」佐賀大学經濟論集九卷一—二—三三三—三三三頁以下(一九  
 七七年)。
- (80) 「組合又ハ会社ナル文字ハ從來団体ヲ意味セルコト多シト雖モ本節ノ標題(第十二節 組合)ニ於其団体ヲ創設  
 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之ヲ組合契約ト云  
 ヘリ」(七八二頁)といい、契約的結合が団体性をもつことを認めるが、しかしそれは *Körperschaft* の理論による  
 のではない。
- (81) 相本宏「法人論」星野英一編集代表『民法講座 第一卷 民法総則』(有斐閣、一九八四年)一三六—一三七頁。
- (82) この案の趣旨についてはつぎのように説明されている。「本条ハ現行商法第六六条ノ規定(注…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)ヲ修正シテ以テ本案ニ所謂会社ノ何タルコトヲ明カニス。抑モ  
 本案ニ所謂会社ハ、商行為ヲ業トスルモノ、ノミヲ指示スルコト、素ヨリ言フヲ俟タサルコトコナルカ如シト雖モ、其  
 他ニ商行為ヲ業トセサル会社アリトセハ、其会社ト本案ニ所謂会社トノ關係如何ニ付テハ疑ヲ生スルノ恐アリ。是レ  
 本案ハ特ニ商行為ヲ業トスル云々ト曰ヒ、以テ一方ニ於テハ他ノ法令ニ依リ商行為ヲ業トセサル会社ヲ設立シ得ヘキ  
 コトヲ示シ、他方ニ於テハ其会社ハ本案ニ規定セル会社中ニ包含スルモノニアラサルコトヲ明カニシタル所以ナリ」

- 『商法修正案参考書 附商法修正案正文』(八尾書店、一八九八(明治三一)年)四三頁および末尾附録「商法修正案」九頁。『法典調査会 商法修正案参考書』(日本近代立法資料叢書21)(商事法務研究会、一九八五年)二二頁も同文。右の趣旨説明も結局のところ旧商法典の「商事会社」から新商法典の「会社」への移行が「会社契約」から「社団」への本質的な転換を伴うものとみるか——「モノ」とは何か——の手がかりとしては弱い。
- (83) 志田・前掲注(28)二六頁。
- (84) 志田は広義の「社団」を最広義の意味での *Gesellschaft* ないしは *société* と同義に「団体」と解しており、この点をとくに自覚的に採り上げる理由がなかったものと考えられる。例えば「旧民法及旧商法二依レハ会社ハ二人以上ヲ以テ組織シタル社団」であるといい、組合契約による結合体を「社団」と称んでいる。前掲注(28)を参照。
- (85) 星野英一「いわゆる『権利能力なき社団』について」『民法論集 第一巻』(有斐閣、一九七〇年、初出、法学協会雑誌八四卷九号、一九六七年)二五五—二五六頁、藤田祥子「法典編纂期における会社の概念」奥島孝康教授還暦記念第二巻『近代企業法の形成と展開』(成文堂、一九九九年)一三七頁。
- (86) 『法典調査会 商法整理会議事要録』(日本近代立法資料叢書20)(商事法務研究会、一九八五年)四一頁。
- (87) 議事の記録は「明治二六年一月二八日 民法主査会 第十五回議事速記録」同「十六回議事速記」『法典調査会 民法主査会議事速記録』(日本近代立法資料叢書13)(商事法務研究会、一九八八年)四〇三—四一五頁、「明治二七年一月一八日 第一回法典調査委員整理会議事速記録」『法典調査会 民法整理会議事速記録』(日本近代立法資料叢書14)(商事法務研究会、一九八八年)一三頁。議案は「明治二六年一月二〇日 甲第四号議案」および「明治二七年一月二〇日(総) 甲第三号」『民法第一議案』(日本近代立法資料叢書13)(商事法務研究会、一九八八年)四五頁、六八頁。
- (88) 「明治二六年一月二八日 民法主査会 第十五回議事速記録」『法典調査会 民法主査会議事速記録』(日本近代立法資料叢書13)(商事法務研究会、一九八八年)四〇一頁、藤田祥子・前掲注(85)一三四頁。
- (89) 野田・前掲注(36)六九五頁。馬場宏二「会社という言葉」(大東文化大学経営研究所叢書20、二〇〇一年)によれば、江戸期の日本で、オランダの *genootschap*, *matschappij* (フランスの *société*, ドイツの *Gesellschaft* に相当する)の訳語として、「会」と「社」を繋げた和製漢語であるという。

(90) 「明治二十六年一月二八日 民法主査会 第十五回議事速記録」『法典調査会 民法主査会議事速記録』(日本近代立法資料叢書13) (商事法務研究会、一九八八年) 四〇二—四〇三頁。ドイツ民法第二草案二三条が実際に梅および穂積によって朗読までされている。七戸克彦「現行民法典を創った人々3 起草委員——穂積陳重・富井政章・梅謙次郎」法学セミナー六五五号六四頁(二〇〇九年)。

(91) そのもつとも典型的な言説は梅謙次郎「株式ノ性質並ニ会社存立中ノ株式ト会社解散後ノ株式トノ差異」法学志林一〇巻二号四八頁(一九〇八(明治四一)年)。梅謙次郎は、民法三六四条二項(平成一七年の改正により民法から削除、会社法一四七条三項に編入)は「暗ニ株式ノ債権タルコトヲ認メテ」いる規定であるとして、民商法を通じて株式の本質は債権であると捉えていた。この点は、社員権説をとる岡野敬次郎の批判の対象となった。岡野・前掲注(33)『会社法』五八頁。この点、奥島孝康ほか編『新基本法コンメンタール 会社法I』(別冊法学セミナー二〇四号)(日本評論社、二〇一〇年)二七一頁(高田晴仁)を参照。

(92) とくに民法上の「社団」はドイツ法の民法上の社団(Verein)に由来する社団(Körperschaft)と理解する場合には(現在の日本でこの理解を否定する学説は皆無であろう)、会社すなわち組合は「社団」といっても実体は契約にもとづく団体であつて、民法上の社団とは異質であるとして、民法と商法とで「社団」の意義を相対化する考えをとらざるをえないであろう。しかも、民法上の組合は、後者の意味での「社団」にふくめなければならない。つまりこの考え方を推していけば、広い意味での「社団」が、狭義の「社団」すなわち民法上の社団、および、これとは異なり組合を本質とする「社団」、すなわち会社および民法上の組合をふくむ契約的団体との二つに岐れることになるのである。

## 五 「モノ」への回帰?——新会社法

日本の会社概念は当初、旧民法典・旧商法典によって、意外なほどフランス法的な *société* Ⅱ 会社契約による一貫した立法が構想されていた。しかし、新民法典の編纂過程で、民法総則中の法人にこれとは異質なドイツ団

体法的「社団」(Verein, Körperschaft)として理解し、<sup>94</sup>る文言が編入されたこと(民法三五条「営利ヲ目的トスル社団」、また、債権編の「会社」契約が法人である「会社」とは存在の次元を異にするという理由で「組合」契約に名称を変更され、会社から疎外されたようにみえることが相俟つて、梅にみられるような、会社契約による「会社」の基礎づけは旧民商法典の段階に比較して影がうすくなつていった。結果的にそのとどめとなつたのが新商法会社編に「会社トハ商行為ヲ為ス業トスル目的ヲ以テ設立シタル社団ヲ謂フ」との文言が加えられたことであつて、商法学者がこれをドイツ法的に捉えたために、結果的に、日本では、すべての会社がドイツの「社団」Körperschaftに染め上げられるというドイツ法からも相当に乖離した体系が主流をなしていった。しかもこの会社の社団化のねらいは、会社の実体(「體」と書いたほうがおそらくは Körper; corpus の原義に近いであろう)の簡易な理論化をはかることと、法人格をあたえる前提をととのえることとである。

欧州の会社は、複数人の契約による特別財産(営業財産)の設定から始まり、とくにドイツでは社団 Körperschaft 概念の発達によって徐々に法人格と呼べる機能を獲得して行き、ようやく法人格の成文化に結びついていった。これに対して、日本の会社は、そのような歴史的段階を経ずに、一九世紀末の新民法・新商法において一足跳びに立法的に法人格をあたえられて今日に至つてゐる。欧州では、企業の器うぐ、法形式の数の限定(numerus clausus)<sup>(93)</sup>が企業形態の定型化による法的安定性を求めたものであつて必ずしも企業に法人格をあたへることを意味しなかつた(例えばドイツの人的会社)のに対して、日本の「法人法定主義」(民法三三条、二〇〇五〔平成一七〕年改正前商法五四条一項・会社法三三条)はとくにその法典編纂期には、ドイツ法的な合手理論(合名会社・合資会社は法人ではないが、商号のもとで権利・義務の担い手たりうる≡権利能力を有する)という理論上の難物を素通りし、人的会社も資本会社と同じように法人化してしまふ役割をもつ、いつてみれば魔法の杖であつたといえる。<sup>(94)</sup>そしてその法人化のためには人的会社の「社団」化を引き換えにするほかなかつた(もし組合とすれば、

合手理論の泥沼に捕まってしまふ)。つまりは法人格の付与のみならず、もともとの組織原理についても立、法、技術的な定型化がおこなわれてきたわけである。

このような日本の特殊性を前にわれわれは「社団」をどのように解すべきか。もとよりひとつの方向性は、たんなる人的要素をもって「社団」と捉えるものである。しかしこれでは解釈論的・立法論的に格別の意義を有しない概念(せいぜい財団説を否定する程度)をたんなる旧商法の残滓として引きずることにしかならないだろう。もうひとつは、構成員とは別個の複数人の結合の技術としてこれを捉える鈴木竹雄の行き方である。この考え方がドイツ法に似寄りでありながら、じつは比較法的正統性をもたないものであることは右に述べてきたとおりである。しかし自覚的にドイツ法から離れ、日本式にモディファイした理論構成としてこれを活かすことは当然考えられる。とくに合同会社については、これを「社団」と性質づけるとしても、「組合的規律」という濃厚な人的関係をどのように理論構成していくか、という従来から合名会社で争われたのと同様の問題を抱え込むことになるが、合名会社と異なる合同会社の間接有限責任性は、「社団方式」にとつて説明を容易ならしめる要素といえるであろう。

これに対して一人会社についてはなお検討すべき点が多い。新会社法において「社団」性が削除されたことを理由に会社から社団性(団体性といいかえてもよいし、人的要素といってもよい)を取り去るとそこには実体不明の法人格のみが残るといふ奇妙な図式になるからである。その極端な例が「一人合名会社」の制度的許容であつて、その実体は社団でも組合でもなく、また有限責任化された特別財産でもない。一人無限責任社員である自然人または法人のほかにはいわば法人格があるだけである。会社の実体に関して組合ないし社団理論をとれば一人合名会社の存在の余地はないはずであつて「持分会社の種類の変更」(会社法六三八条)<sup>95</sup>のためというパズルの論理からはじき出した日本式の幽霊といふべきであろう。

社団性（およびこれとの関係で法人性）の問題は論じ尽くされたものでもなければ、無用になったわけではなく、かつての論争の復活あるいはあらたな理論の建設<sup>96)</sup>を待っているだけであるといわざるをえない。

(93) Windbichler, a.a.O., § 1 Rn. 5; Klunzinger, a.a.O., S. 8 邦語文献として後藤元伸「団体法における団体類型論と法人法定主義（二）——権利能力なき社団を素材にして——」阪大法学四四卷四号一五一頁以下（一九九五年）、「同（三・完）」阪大法学四五卷二号六九頁以下（一九九五年）。

(94) 松本・前掲注（32）三六—三七頁（註一）は法人の実体を「法律に依って組織せられたる組織体」とする、「法的組織体」説の論拠を述べる中でつぎのようについて。「法律が会社を法人と認めたる立法理由は……事實上独立の利益及び意思を有する株式会社を目標として之を法人と認めたる結果、便宜上、総ての会社を法人と認むるに至つたものに外ならぬ。……独商法上の通説は合名会社及び合資会社を法人に非ざる組合と観て居るのであるが、少数説は之をもって法人なりとし又は相対的法人なりとして居って、学説上種種の疑問がある。我商法が総ての会社を一様に法人として居るのは、實際の便宜より之を觀れば寧ろ法律關係を簡明にする長所あるものと考えらる。法人を以て法的組織体であつて、「ギールケの社会的有機体説を去つて——引用者補）其社会的有機体たる」と否とを問はないものとするば、理論上此の主義を不可とすべき根拠は存しないのである」と（傍点引用者）。

(95) V. Krolow et Bittinger, op.cit., p.267 et.s.

(96) 昭和二五年改正を契機とする信託法理による英米法的な方向での会社の「基礎の交代」も考えられる。その先駆的業績として、岩崎稜「取締役責任の信託的構成(1)(2)(3)——現代株式会社法構造の状況的理解によせる覚書——株式会社支配の法理論(2)」香川大学経済論三六卷一七〇頁以下、二五五四頁以下、四号七三頁以下（一九六三年）。また、関英昭「新会社法に於ける社団性の検討——社団と信託の接近」青山法學論集四八卷一—二二三頁以下（二〇〇六年）参照。