

< 公益法人制度改革 >

非営利団体は「共益」団体か 「公益」団体か (3-2)

～法人制度観念の推転～

島村 博(協同労働法制化市民会議)

第4節 法人制度観念の推転

「此 37 條(公益法人制度)ト云フモノハ随分危険ノ箇條」(岸本)、「若シ本條ヲ削ラレバ此第二章(法人)ト云フモノハ結果トシテ廃案ニナルト同ジ」(穂積陳重)、「之ハ少シ脅迫的ナ御論ト云フヨリ外ハアリマセヌ」(磯辺四郎) [明治 27 年 1 月 26 日、第 8 回法典調査委員総会議事速記録より]

4) 公益法人制度構想の成熟過程

4-1) 法典調査委員総会議事: 甲第 1 号議案

起草委員は第 3 回法典調査委員総会(以下総会)に総則の編制に関する甲第 1 号議案を提出したが、穂積委員は法人の章の編制内容について「予言スル事ハ少シク尚憚カル所」があるとして明らかにしなかった。しかし、以下に検討するように(文書 6-2 参照)穂積は当該総会で「公益ニ関スル団体」と述べており、それはある段階までは使われていない措辞である。これに照らすと制度設計の基本構想を固めていたと判断できる。その時点では編制が未だ具体性に欠けると考

えていたのであろうか。

「法典調査会 穂積陳重博士関係文書」第四部に「甲号議案草稿 甲類 穂積陳重博士担当部分 一法人(上)1～11」、同(中)「明治 26 年夏於小田原滄浪閣起案 民法第一編第二章」、および、(主)甲第 4 号議案確定草案と見て間違いのない同(下)に分類された綴りが空襲による罹災をからくも免れ今では東京大学法学部法制史資料室に保管されている。「滄浪閣案」に収められた第二章各条案及び理由書草案は現行民法典を標高にとれば、その到達度は高い。「草稿(上)」すなわち「民法総則第二章 第一回 原案 反古」との表題を有する 5 つの束からなる各綴りは「滄浪閣」案に結晶する構想過程を示す記録と意義づけ得る。よって当該総会の顛末の次に「反古」綴りを手掛かりとして該委員が構想していた法人制度の諸問題を検討することにする。

第 5 回民法主査会¹: 法人章の独立編成化をめぐる

第 3 回法典調査委員総会に提示される議案は第 5 回民法主査会(明治 26 年 6 月 9 日、以下主査会)で予決されたものである。総会の議題は総則編 4 章(人、法人、物、法律上の行為)及び物権編 2 章(総則、占有権)の編制

そのものであり、第二章に法人を置くとしてどのように構成するかを主題とした。末松、富井の双方から極めて重要な論点が提出される。末松謙澄は、まず、1)「法人ノ揃へ方ノ事迄民法中ニ規定スルノカ」、それとも2)「法人ト云フモノハ他ノ法律デ出来ルモノト見テ其出来又法人ニ就テノ権利義務ヲ定メル御積リデアリマスカ」と的確な質問を発し、穂積は以下の返答をした。

「民法デ以テ総テノ法人ノ発生原因ヲ極メテ仕舞フト云フコトハ何処ノ国デモ出来ナイ」ので、「独逸ノ如ク或ル行政官庁ノ許可ヲ受ケタルモノハ云々ト云フ様ニ矢張り行政上ノ関係、立法上ノ関係等ヲ見テ民法ニ必要ナモノ丈ケヲ入レルト云フコトハ必ず有ル」²と考えると。解析すれば、1) 総ての法人を民法で取り扱うことはできない、2) 民法上の法人の設立については行政官庁の許可を得てとの規定を置き3)「立法上ノ関係ヲ見テ」他の法律に譲れるものは譲り、4) 民法で規定する必要のある法人だけを対象とする、ということになる。末松による質問の第二点におおむね照応する回答と言えよう。

この回答を受け末松は秋田県の感恩講に触れ、当該団体は「全ク慈善ノ目的ニ出タ組合ノ様ナモノ」であるが法人格性をめぐり大審院に訴えが提起された。「裁判所デハ認メルト云フ……一番困難ナノハ其ノ社ノ財産ハ社員ノ共有物カ何ウカト云フコトガ分ラナイ……純粹ノ法人トハ違フ様デアリ……日本ノ法典ガ不完全デアッテ何カ仏蘭西ノ法律ノ翻訳ノ様ナモノヲ持テ来テ……行政官庁ガ認メタモノハ法律ノ取扱ニナル……トカ言ツテ喜ンデ居リマシタガ其中ニ解散シタ時ハ其財産ハ政府ノ物ニナルト云フ様ナ事ガ書イテアル」ので、この方面に就いても講究されたい³。

富井は「何ウ云フモノヲ法人ニスル」かについて種々論議はある。しかし、富井として

は、1)「元来日本ニ八種々ナル学会ノ様ナモノガアル又神社仏閣ガアル是等ハ……法人ト認メルト云フ方ニ傾イテ居リマス」。この場合には「精神デ案ヲ立テル事ニナル……其原則ノ立テ方ニ於テ今ノ感恩講モ或ハ這入ル」し、2) 法人の設立、管理、解散については「此法人ノ所ニ詳細ナ規程ヲ置クカ或ハ会社ノ規程ニ譲ルカ」未定である。ところが3)「独逸民法草案ニハ会社ト云フモノハ仏蘭西民法など杯トハ違ツテ営利ノ目的ト云フコトヲ主トセズシテ學術研究トカ或ハ慈善トカ云フ様ナ目的ヲ持テ居ルモノヲモ会社ト見テ居」る。これらを「会社ト言フカ言ハナイカハ別ノ話」だが「法人ノ中ニ這入ルモノデアラウト思」うし、「寄付財団ト云フ様ナモノハ日本ニハ認メルニハ及バナイト云フ議論ガ起コル」にしてもこれ等のことは未だ確定していないと⁴。

第一の論点で「精神デ案ヲ立テル事ニナル」という意味は確定できない。しかし、「其原則ノ立テ方ニ於テ今ノ感恩講モ或ハ(法人に引用者補記)這入ル」という観測との脈絡では、感恩講を包括する「精神」とは、当該の講が備荒を目的とする多数の同志の出資によるチャリティ組織であることに鑑み、かつ、富井が理解した限りでの「經濟上ノ事業ニ非ザル目的」(独草23)をドイツの学説が「精神的」、「理念的」事業と釈する意義での「精神」を指すだろう。その効果は営利団体のみならず非営利団体を法人化できることにある。

第二の論点でいう「会社」は既成民法財産取得編第六章の会社(民事会社)である。

第三の論点は「会社」の性格了解に關説しつつも力点は第一の論点に同じく「精神デ案ヲ立テ」財団を含め「営利ノ目的ト云フコトヲ主トセズ」「學術研究トカ或ハ慈善トカ云フ様ナ目的ヲ持テ居ルモノヲモ」法人化する意図を披露したものである⁵。これは重

大な指摘である。すなわち、営利法人のほかに、現代の文脈で言う非営利目的の法人を予定し、かつ、後者をその後の了解とは異なり公益法人として範疇化したわけではないからだ。

第3回法典調査委員総会⁶(明治26年7月4日)、甲第1号議案: 法人の規定箇所と編制

甲第1号議案は、総則の編制を示すものである。提案された編制は以下である。

「第1編 総則

第1章 人
権利ノ享有
能力
住所
失踪」

この編制に関する疑義は磯辺四郎より出され、それは「住所」、「失踪」を総則に入れることの不具合にかかわるものである。異議に賛成する委員はおらず、それ故に直ちに確定案とすることは手続にかなうが、富井委員が疑義に応答した。これらは「民法全体ニ関係ヲ持ツモノト信ズル」し民法外で規定するというのであればまだしも「民法ノ内デ何処ニ入レヤウカト云フ事ナラバ総則ノ外ニ仕方ハナイ」と。総則の主題を親族編の編制の主義(全体の身分関係を規定する既存民法のような「人事」編か親族関係のみを規定する「親族」編か)と関連づける性格の論議に及ぶが、これは既に前稿で示したように決着済みで、編制議案が採択される。次の議題は第2章「法人」、第3章「物」を其々独立の章とすることの適否をめぐるものである。

冒頭で穂積八束が「第1章第4節ノ次第5節」を起し、1) 法人をそこで規定したところで「書き加ヘルトカ省クトカ云フヤウニ實際ニハ関係ハナイ」、2) 「総則ハ自カラ学問上ノ区別ヲモ御参考ニナル」のであれば、第

1章は「人」、第2章は「権利ノ目的タルモノヲ以テ物」、第3章は「権利ノ関係ヲ規定スル」と「厳格」にすべきで、3) 「人ト云フモノヲ権利ノ主体デアルト看タナラバ人ノ資格ヲ有スルモノニ変体ガアルト言フコトデ第5節ニ法人ト云フモノヲ加ヘテ第3章ヲ第2章ニ改メル」としたほうが理屈に合うと。

八束の説には箕作麟祥、奥田義人、小笠原貞信が賛成の意を表した。対して富井は「理論上カラ言ヘバ正シイ御説」であるが、1) 法人は「人ノ一種ニ相違ナイ」にしても「通常ノ人ト法律ノ規定ヲ異ニセネバナラヌ事」があるので、2) 「便宜ト云フ事モ余程考ヘナケレバナリマセヌ」とし第1章には収められないと釈明した。第1の理由に挙げられた「異ニセネバナラヌ事」とは、擬制説の文脈において法人には権利能力があっても行為能力がない、ということ想定したものである。故に、ここでは、法人には「(行為)能力ト云フモノハ無イ、之ハ代理ノ問題デアアル、代表スル者ガ法人ニ代ツテ其ノ権利ヲ代理スル」⁷のであり「法人自カラ其権利ヲ行使スル事ハ無イ」し、「財産ノ管理方、精算方、人格ノ消滅」等を定めるには章を異にするほうが「便宜上」宜しいのだと。

奥田義人は第2章で扱われる規定の範囲が判然としない以上、法人の章を独立させることの意義を判定できないとし、これには穂積委員が下記の答弁をした。

「規程ニ関シテハ只今起案中」であるが、「未定ト申スヨリ外ナイ」と。それは、「此法人ト云フモノハ如何ナル団体デモ政治上ノ団体デアラウトモ宗教、慈善、教育、其他公益ニ関スル団体ハ悉ク人ノ資格ヲ得ルヤウニスルカ又ハ其範圍ヲ余程狭クスルガ宜シイカ、其設立ニ関シテモ自由設立主義ヲ取ルカ、又ハ国家主義ヲ取ルモノカ其他大イナル関係ガアリマスカラ、只今此法人ノ置キ所ヲ極メルニ就テ大凡此中ニ入レルモノ

ハ斯ウ云フ形チノモノデアルト云フ事ヲ予言スル事ハ少シク尚^{はば}憚カル所」があるからだと言う。ここで言う「国家主義」とは、法人設立の主義の次元の謂いであり、形式的には特許主義を指す⁸。

穂積は、富井が法人を「人ノ一種ニ相違ナイ」と位置づけたことに対し、そういう理解であると、1)「人」と書くと、法人を除いてという規定をおかなければ、いつでも法人を含めて理解される、2) 自然人について規定する場合に、法人を除いてという意味を込めるには自然人は云々と書かなければならない、3) 故に、民法の慣例として人というときは「並ノ人間」⁹としておかなければ「余程實際上ニ差シ支ヘヲ生ジ」るので、民法で「人」というときは「人格(人)」「Personen」ではなく、「人間(ヒト)」「Menschen」を意味するものでなければならない。その根拠は「併シ元ト法人と云フモノハ法律ノ擬制ヨリ出来タモノデアツテ人デ無イト云フ議論サヘ学者間ニ余程聞ヘル位デアリマス」ので、擬制説を「一定動カスベカラザル議論トマデニハ往カヌカモ知レマセヌ」が法人を人の一種としたのでは「条項ヲ起草スルニ就テ非常ナ混雜ヲ生ジ難儀ヲ生」じるからである。この旨をご承知ありたいと。

穂積八束案の賛成は少数で、第3章「物」については論議もなく原案が承認され、次いで第4章「法律上ノ行為」に関する審議に進むが、これは本稿の論及の対象外である。

4-2) 穂積における構想の成熟過程:

(主) 甲第4号議案草稿、「法人」資料

「民法総則第二章 第一回 原案 復古」との表題を有する綴りは5種から成る。第1はB5版より大き目で群青の升目入り10行25字詰め原稿用紙の束、第2は茶褐色罫線入りの法典調査会用箋の束で「法人通則 設立

検査」、「寄付財団 罰則」、「法人登記 罰則 定款」、「法人管理者 監査役 社員」、「社員及社員会議」、無題であるが破産の箇条に関するもの、及び「(案) 條」という節のタイトル入りの束、第3は市販の原稿用紙で赤い罫線入りの12行20字詰め束で理由づけが試みられており、第4は青い罫線が10行分ある用箋のもの、第5は法典調査会用箋の束である。

第1の束は全体で21頁分使用され、「写條」次いで起案に当てられている。写條(と読める、草書体崩しの書き込み)とは不思議な言葉である。ドイツ民法草案の関係条文を写した、という意味であろうか。全くの翻訳でもないが、本人の扱いは写條である。

「復古」綴りは全体として写條関連部分と起案の構想部分に区分することができる。かつ、後者は写條を基礎とする基本構想段階と、理由案が添付された基本設計案とに区別することが可能である、また、基本設計は二度試みられ、二度目にして滄浪閣案(法典調査会用箋及び市販の12行20字詰原稿用紙からなり全体で122頁)の原案が成立する。

穂積の設計構想はドイツ民法草案を改案することから出発する極めて実践的なもので、作条理由は後に求められる。よって、理由案の成熟度に照らし成立段階区分する必要がある。特に、標記の主題と関連する箇条づけの理由は解釈の内容を確定し、その後の制度発展の方向を規定する誘導灯的な意義を有するので、かかる処理は避けて徹れない。

第1~第3の束、第4の束、第5の束、滄浪閣案を、写條案、第一草案、第二草案、滄浪閣案と区分すべきであるが、主題との関連では滄浪閣案中の理由草案は第二草案の部分的拡充に止まるので独立させず、以下、所定の目的に照らし必要な個所に限ってノート¹⁰の復元を試み、一定の確認をしつつ過程を追うこととする。しかし、実は、「非営利

法人」制度の設計理由についてのみ従来構想の軌道から離脱し突然変異とも言うべき様相を呈する。よって、滄浪閣案を格別に扱う理由がある。とはいえ、その変異の根拠を突き止めることができず、該当する理由を掲げるに止める。論理もコペルニクスの転回を遂げる。

軌道離脱とは、現行民法第34条が「営利ヲ目的トセサル」法人つまり非営利法人設計で追及され続けたにもかかわらず、(主)甲第4号議案のための確定草稿案を最終的に起案する過程で「公益ヲ目的トスル」法人制度であるとの理由を与えられた、ということを目指す。

当該の案を含め抹消、加筆、修正、浄書は穂積自身又は彼の指示を受けた助手がしたもの(福島、前掲書、29頁)であるが、第3の束以降の起案ノートは彼を含めて明らかに何人かの手になるものであることが書体から窺える。各人の崩し書きの癖、そして記述の緊張度は色々で、読み下すことが困難な個所がある。赤のバツ点を加えられて全面削除された個所を含め、行論の展開に必要な限り、余程困難な場合を除いて努めて忠実に再現し、思考過程の全容をここに紹介する。ありうべき誤読は筆者の責に帰すことは言うまでもない。

写條案:「反古」綴り中、第1の束

第1の束は21枚42頁、第2の束は首節「法人通則」だけで13枚26頁、第3の束は26頁あり、この束のうちで理由が多少なりとも書き出されているのは、法人の代理人が負うべき損害賠償責任及び法人法定主義だけである。厳密には第2、第3の束は「写條」ではなく箇条デッサン、「理由」下書きに予定されたものであるが、特に後者は論旨、体裁が不備で途中で筆が投げられており、「理由」づけという側面からは「写條」段階より離脱

してないということになる。

「写條」自体は、法人法定主義、非営利法人制度の諸要件に照らしていえば、ドイツ型モデルの「写條」、それを一定程度相対化し参考事例として引く段階とも区分できる。煩雑になるきらいがあるが、ここでは写條案の応用形として処理する。

写し取られた条文は主としてドイツ民法第1草案及び第2草案であり、わが国の既成商法は第205条(定款を変更する議決能力)が僅かに引かれる。基本構想の素材がドイツ民法草案に局限して求められたことは明白である。ところで、先のことであるが、写條案の素材とした草案もドイツ帝国議会の審議を経てその内的編制の設計変更、引例を伴わない条文への改定を経て採択される。しかし変化を見越し距離を置くという姿勢は見られない。

また、前項で触れたフランスにおける「営利組合」の法人格承認にまつわる判例に目を閉ざしたように、総じて判例、学説を一顧だにしない。また、「顕著ナル現象」となりつつあった「中間」団体の乱造、農商務省、大蔵省で盛んに研究が行なわれていた協同組合、審議未了となったが貴族院本会議に上程(明治24年12月1日)された信用組合法案等、穂積がその法理学のスタンス¹⁰からして充分に関心を持ってしかるべき素材は多々存在したが、これらを念頭に置いた節もない。故に、法典が時を経て化石化する必然性を自覚しつつも、法規範以外にも素材を求める視点が欠落しているのでドイツ帝国民法 - 第二草案段階 型法人制度の改鑄となるのが最初から運命づけられていた。

穂積は、「写條」または簡略に「写」とマーキングしたノートに一重又は二重の抹消線を付し右に線を引いて修正の文を書き込んでいる(^を以って書き込み個所を示す)。こ

ここでは、編集の都合で、元の文章と、修正後の文章として対比することにする。枠は、そこに収められた文章が当該の頁に書き込まれている文書の全体であることを示すために付した。

文書 1 (1 頁。ノートの頁であることを示す。以下同じ)

<p>一、(四一) 独草二、(二二) 元の文章 公益[△]慈善学問技術[△]其他射利ニアラサル目的ヲ以テセサルモノハ定規ニ從ヒ行政官庁ノ許可ヲ經管轄裁判所ニ於テ登記及公告ヲ受ケルニ依リ法人タルヲ得ルモノトス 修正後 祭祀宗教慈善学問技術ノ為メニ設立シタル[△] 団体又ハ財団ニシテ射利ニアラサル目的ヲ以テセサルモノハ定規ニ從ヒ行政官庁ノ許可ヲ經管轄裁判所ニ於テ登記及公告ヲ受ケルニ依リ法人タルヲ得ルモノトス 写條</p>

独草一、(四一)とは、ドイツ民法第一草案第 41 条を指す。独草二、(二二)とは、ドイツ民法第二草案第 22 条を謂う。ただし、当該条は自然人の名称使用の権利及び使用妨害差し止め請求権を規定するもので、第 22 条は第 23 条の誤記である。波下線部分は「以テスルモノハ」又は「以テナセルモノ」、このいずれかの単なる誤記であろう。仮に誤記ではないとすれば、営利団体の設計ということになるが、ドイツ草案とは対応しなくなる。

加筆後の文章はドイツ民法の法人制度の単なる翻訳ではなく、彼なりきの制度の把握

に立った翻案ともいうべきものである。すなわち、1) 祭祀宗教慈善学問技術の為に設立されたもので、2) 「射利ニアラサル目的」を有し、3) 団体(更に思惟を重ね、社を書き加え、社団としている)又は財団は、4) 法律の規定に従って行政官庁の許可を経て、5) 管轄裁判所に設立登記をし、登記の公告をなさしめることで、6) 法人として事業を行なうことができる、との了解を示す。「祭祀宗教」とは、神道は自己を宗教と意識しない故の措辞である。

ドイツ民法第二草案との比較の上での相違は、1) 「公益、慈善、社交、学術、技芸上ノ目的」(仁保訳に拠る独草第 23 条)が「祭祀宗教慈善学問技術ノ為メニ」に、2) 「経済上ノ事業ニ非ザル目的」が「射利ニアラサル目的」に書き改められた所に認めうる他、3) 法人格の「政府ノ授受」改め「行政官庁ノ許可」とした点である。

ドイツ民法草案では法人格の「政府の授受」(許可)は「経済的事業」に関わる社団についてのみ想定され、「射利ニアラサル目的」を有する社団の設立要件は登記にすぎなかった。故に穂積が非経済的社団の設立を「許可」としたことは構造上での決定的相違となる。また、第三草案第 21 条の「公益、慈善、社交、学術、技芸其他経済上の業務を目的としない社団」なる文脈での引例はドイツ帝国議会の審議においてすべて削除され、単に「経済上の業務を目的としない社団」に変更されている。「射利ニアラサル目的」を持つ社団の設立に当初から「許可」という国家的関与を想定したことは記憶されておいてよい。察するに、財産取得編に所定の民事会社について、1)それが法人となる場合には商事会社の規定を準用し2) そうではない場合は任意組合に止め非法人とすることで、3) ドイツ草案で「経済的事業」に関わるが「特立ノ財産」の維持義務を負わない、

すなわち債権者保護の極めて不十分な社団に設定した法人格の「政府ノ授受」を不必要とする構想も兆していたことであろう。

「政府の授受」を仮に「許可」として叙述を図式的に整理をすると次のような具合となる。

	ドイツ民法草案	穂積プラン	許可の根拠
非経済的社団	登記設立	許可による設立	公益保護
経済的社団	許可による設立	登記設立	債権者保護

社団の設立に国家介入を要する根拠もまた相違する。穂積が積年にわたり抱懐し続けてきた「公益保護」の仕組は、やがて構造が明らかになるが、公益に関する法人に対し行政が「適当ナ干涉ト保護」を与える、というパターンリズムに帰着する。ドイツ草案の立場は、公的秩序の利益保護を理由としてのみ結社の自由を制限できるという法思想に由来する。すなわち、結社の自由に対する行政の恣意的な制限を許さないとする觀念の表出として「政府の授受」は上記の「利益保護」により正当化される。ここでいう「利益」とは債権者保護、少数者保護、社会的利益の促進に責任を負う経営陣、といった文言で現される。

充てられた形容詞は公益 *gemeinnützig* であり、以下、慈善: *wohltätig*、社交: *gesellig*、學術: *wissenschaftlich*、技芸: *künstlerisch*。社交を想定外とし削除したことは後に重大な意義を持つことになる。

「射利ニアラサル目的」と謂う。この否定態たる「射利ヲ目的トスル」とは、当時、どのようなものとして理解されていたか。それは、1)「会社ノ事業商業ニ係ルモノハ之ヲ商事会社ト為シ」、2)「商業トハ「商取引」ヲ謂い、3)「民事会社ト雖モ・・・配当スヘキ利益ヲ目的トスル」ものなれば、4)「商取引ト民事上ノ行為トヲ區別スルノ標準モ其目的射利ニアルト否トナリ」、5)「射利ヲ目

的トスルモノハ商取引」¹¹であるという文脈からすれば、行為の性質が営利を目的とし商人として対外的商取引、商行為を行なうというものになる。両者の相違は商行為概念の要素としての「営利」性においてではなく、商人概念の要素としての「営利」性、つまり収支の差額を利得する目的の存否に求められたと言える。『資本論』でいう商品流通表式に擬えれば、G-W-G' という図式がここでは該当する。

ところが、ドイツ民法草案、現行民法でいう "wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb" (21条、22条)は、「射利」、商人概念の要素としての営利性を要件とするタームではない¹²。

穂積は、この段階で、1) 法人の設立目的に関して、先に「法典調査ノ方針」規定方法で掲げた原則に背馳し、「祭祀宗教慈善學問技術」等を引例として挙げ、2) ドイツ草案にある「公益」を抹消し、それに換えて「祭祀宗教」を充て、3) 同草案第22条中に掲げられた「経済上の業務を目的としない社団」 *ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe gerichtet ist* なる文言中の「経済上の業務」なる措辞を営利行為と片面的に誤解し「射利」と変換し、引例として挙げられた分野で、同時代知としては「射利ニアラサル目的」を有する法人、現代の文脈では非営利法人のみを想定し構想したことが推察できる¹³。「公益」を抹消した趣旨は想像の域を超える。

文書2(2頁)

独草一(四二)

二(二三)

元の文章

本条ニ定メタル目的[^]以外ノ法人ハ特別法ノ規定ニ拠ル

修正後

本条ニ定メタル目的ヲ有セサル法人ハ
特別法ノ規定ニ拠ル
廢

文書2は法人法定主義に関わる。「本条ニ定メタル目的」とは「祭祀宗教慈善学問技術ノ為メニ設立シタル団体又ハ財団ニシテ射利ニアラサル目的」を指す。「射利ニアラサル目的」を有する団体に限定を付する措辞が「祭祀宗教慈善学問技術ノ為メニ設立シタル団体又ハ財団ニシテ」というものである。「射利ニアラサル目的」を有する団体は多様に存在し、その総てが法人の扱いを受ける公益性(ここでいう「公益性」は本紙133号、45頁、で解説した類概念次元の意義)を有するわけではないので、こうした限定が必要なわけである。しかし、上記の措辞により措定されるものが中核概念にあたることは、「祭祀宗教慈善学問技術ノ為メニ設立シタル団体又ハ財団ニシテ」「射利ヲ目的トスル」との文言を置いたときにこの法文全体の趣旨が失われることから明らかである。

「行政官庁ノ許可ヲ経」て設立されるという仕組からすれば、「祭祀宗教慈善学問技術ノ為メニ設立シタル団体又ハ財団ニシテ」という限定句も本来必要ではない。

「廢」との書きこみがあり、それは廃棄を意味するとすれば、ここで多くを詮索するいわれはない。「廢」とした理由は単純に解してよいであろう。民法に基づいて設立手続がとられる法人を文書1に掲げる事業「目的」の法人、つまり「射利ニ非サル目的」団体に限定するのであれば、その他の事業目的を掲げる法人を特別法で設立できなければならないのは必定であり、穂積の明晰な思考回路からすれば、言わずもがなの規定ということになる。営利法人は民法の特別法である商法に基づいていた。

「写條」段階のノートには、この外に、定

款変更手続(独一、48条、独二、32条と並び既成商法第205条を参考としている)、社団目的の変更の禁止、権利能力、損害賠償、財団法人、住所、国庫、管理者及び管理、議決まで「写條」が試みられた。

権利能力に関して「法人ハ其ノ設立証書ニ定メタル目的ノ範囲内ニ於テ特立ノ財産ヲ所有シ又独立シテ権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」と記されている。写した対象を示していない。既成商法典第73条、民事訴訟法第10条が想定されていることは明白である。

財団法人は、以下の文書3に示される規定を与えられる。

文書3(12頁)

第 條 祭祀宗教慈善学問又ハ技術ノ為ノ財団ヲ寄附シテ之ヲ法人ト為サントスルモノハ政府ノ許可ヲ得クル^{あと}后ニ之ヲ法人登録簿ニ登記スルヲ要ス

元の文言	修正後
許可	免許
独二(七)	
全	

財団法人を設計するにあたり、ドイツ第二草案第70条乃至第76条が斟酌されている。仁保訳ではStiftung(財団)は「寄付財団」。「政府ノ許可」を「免許」に改める趣旨は不明である。設立規制を強化するものであったらうか。

「写條改案」:「復古」綴り中第2~3の束文書4以下は(主)甲第4号草案である「滄浪閣」案に構想が具体的に結晶してゆく過程の文書にあたる。法人に総則第2章を当て、基本構想がまとまりを見せ始める。筆者

は、ここで「写條改案」と名づけたノートの束が第3回法典調査会総会に先行して出来上がっていたのではないかと推測した。その理由は、法人要素を苦心惨憺して設計した記述である文書6-2に至って始めて「公益ニ関スル」という措辞が登場するからである。また、設立の主義に関し、いずれにしても明白なことは、当該の総会で法人設立の主義について自由設立主義及び「国家主義」について触れたにせよ、「写條」段階のノートにも、「写條改案」においても前者を検討した節が一切ないことに注意をしておきたい。

次の文書の上覧には「B68 法人設立ハ免許ノ時トス」との書き込みがある。「B68」とは何を意味するのか不明である。設立とは「免許」が与えられた時となる、つまり、既存商法第69条が登記及び公示を設立かつ對抗要件とするのとは異なり、設立は官の行為となる¹⁴。

文書4(2枚目) 第二の束に属し「法人通則、設立、検査」との表題を有するサブの束の首条に掲げられた法人たりうる団体の要件。

第 條 祭祀宗教慈善学問又ハ技術ノ為メニ設立シタル団体又ハ[^]財団ニシテ射利ヲ目的トセサルモノハ政府ノ許可ヲ得且[^]管轄事務所ニ於登記及公告ヲ受クルニ依リ法人タルヲ得
独一(四一)、二(二三)七)

ここでは加筆、修正は3点ある。1)「団体又ハ財団」の箇所では財団の左に「社」を当て一端は「社団」とした後に「社」を抹消し、右に「寄付シタル」を「財団」の形容詞句とする書き込みがある¹⁵。2)「政府ノ許可」を「免許」に変更し、3)「管轄事務所」に「事務所ノ存スル」という限定句を施した。独二

(二)七)と、閉じ括弧を抹消し70条を追加したのは、「寄付財団」つまり財団法人の規定を参考として挙げる趣旨である。

加筆訂正後の文書4

第 條 祭祀宗教慈善学問又ハ技術ノ為メニ設立シタル団体又ハ寄付シタル財団ニシテ射利ヲ目的トセサルモノハ政府ノ免許ヲ得且事務所ノ存スル管轄裁判所ニ於テ登記及公告ヲ受クルニ依リ法人タルヲ得

これは現行第34条の公益法人要件に止目したときは、そのプロトタイプにあたる事が判明する。現行箇条の文言との本質的相違は、1)祭祀宗教等を事業目的分野とし、2)「射利」を目的としない、つまり、商人概念の要素としての営利を目的としないという点にあり、これ等に比すれば3)「許可」又は「免許」は二義的な措辞の問題である。管轄裁判所への登記とはドイツ法、フランス法の仕組に倣ったものである。

次の文書からは、法人性を「目的財産」に求めた節のあることが窺える。

文書5(3枚目)

第 條 法人ハ其設立届出ニ定メタル目的ノ範囲ニ於テ特立ノ財産ヲ有シ又独立シテ権利ヲ得、義務ヲ負フ又訴訟ニ付原告又ハ被告ト為ルコトヲ得
蘭(七三)

この作条案は、上掲文書2において関説した「権利義務」の規定に同一である。蘭(七三)とはオランダ民法第73条。同国の民法はフランス民法典を「鼻祖」とする。岸本の講義録に「伊太利民法典ヲ始メ其他^{デンマーク}噓馬国民法、和蘭国民法及ヒ北米合衆国ノ一連邦ヲ

ルルイジアナ国民法」(岸本、前掲書、6頁)が挙げられている。仏法に倣うオランダ法から「目的財産」の考えを借用する意図は不明である。参考とすべき箇条は商法第73条に求めたはずである。同条には「会社ハ特立ノ財産ヲ所有シ又独立シテ権利ヲ得義務ヲ負フ殊ニ其名ヲ以テ債権ヲ得債務ヲ負ヒ・・・又訴訟ニ付キ原告又ハ被告ト為ルコトヲ得」とある。

文書6は法人制度を独立の章で編制する構想を明確に反映する。現行民法の法人法定主義の箇条及び34条のプロトタイプの変形が草される。

第1条は民法人事編第5条の前段の規定を抜き出しつつも、同条でいう「法律ノ認許」というくだりを民法典以外の特別法による認許と読むことにより、この規定とは異なり民法を法人設立の通則法とするという思考回路で第1条を草したことが後の「理由書」から明らかになる。第2条は、加筆訂正の跡を、筆勢を含め仔細になぞると最低二度若しくは三度にわたって書き換えを試みたのではないかと推定できる。ここでは二度の修正が施されたと仮定して原案 第一修正 第二修正の順で復元を試みる。そのために文書6-1と同一の頁に掲げられた文書を6-2として便宜的に別途に扱うことにする。

文書6-1(8枚目)

第1條 法人ハ本法又ハ特別法ノ規定ニ依ルニ非サレハ成立スルコトヲ得ス
 民人(五)

文書6-2

第2條 原案

祭祀宗教学問慈善其他営利ヲ目的トセサル社ヲ有スル社団若クハ財団ハ主務行政官庁ノ許可ヲ受ケタルトキ

第一修正
 祭祀宗教学問慈善其他営利ヲ目的トセサル社ヲ有スル社団若クハ財団ヲ法人ト為サントスルトキハ主務行政官庁ノ許可ヲ得ルニ因リテ法人トナルヲ得

第二修正
 祭祀宗教学術技芸慈善其他公益ニ関スル社団若クハ財団ニシテ営利ヲ目的トセサルモノハ主務行政官庁ノ認許ヲ得ルニ因リテ法人トナルヲ得

上掲の文書4と、現行の第34条で掲げる公益法人要件に 「主務行政官庁ノ認許」なる措辞は措くとして文意上では 完全に一致するこの文書6-2との間の時日的懸隔がどれ程か想像できないが、それは重要な問題ではない。起案にあたり参考とした法条が本邦のそれを含め何も記されていないことに意味がある。穂積にすれば独創した箇条となるのであろう。文書4と第二修正との相違は、1) 引例として挙げた分野を事業目的分野ではなく、「公益ニ関スル」事業分野に、2) 「学問」を「学術」に、「射利」を「営利」に、「許可」を「認許」に変更し、3) 技芸を付加したことにある。論理的には第一修正から第二修正への移行は連続するものではない。突如の飛躍ともいうべきものだ。1) 「其他営利ヲ目的トセサル社ヲ有スル」なる文言を「其他公益ニ関スル」に置き換え、2) 引例を事業目的分野ではなく公益関係分野に限定したからである。その含意の射程は、やがて判明する。

行きつ戻りつ去来し穂積の脳裏に膠着し続けた問いは「営利ヲ目的トセサルモノ」にど

のような限定を加えるかにあった。それは、営利団体の法人格の取得が次の頁に記されていることとを考え合わせると、穂積の当初意図が「公益法人」の規定を掲げることではなく、「営利ヲ目的トセサル」社団又は財団の規定を正確に限定することにあり、その当否の判断基準は「干渉シテ適當ノ保護ヲ與」(本紙 133 号、50 頁に掲げた注 6 を参照のこと) えるにふさわしい事業分野の類的性格とは何かにあったろう。文書 1 からこの文書 6-2 まで改めて眺め渡すと、作条の中心は「営利ヲ目的トセサル」なる措辞に明確な制限を付することにあったことが判明する。「営利ヲ目的トセサル」法人、「営利ヲ目的トスル」法人の単純な対比設計ではなく、国家が「干渉シテ適當ノ保護ヲ與」える非営利法人と営利法人という設計構想が確定する。故に一般的意義での非営利法人の成立が否定されたことになる。

確かに「写條」の劈頭で抹消された「公益」なる文言がここで復活する。しかし、それは事業目的分野でなく、列挙された分野を国家が「干渉シテ適當ノ保護ヲ與」えるにふさわしい「公益ニ關スル」分野として概括するためである。ここから作条の段階で「公益法人」の制度化を意図したと断言できる根拠は全くない。

当時の認識では祭祀宗教学術技芸慈善其他は「公益」それ自体を目的とするものではない。また、「営利ヲ目的トセサル」事業又はその在り処を直截に示すものでもない。祭祀の社団の目的は、言うまでもなく、特定の先祖の御霊を祭ることにあるとされていた。このくだりでの「目的」、「ニ關スル」なる文言については、後に第 15 回主査会議事において西園寺より問題が提起されるのでその折に論ずることにする。

文書 6-3 (9 枚目) 営利団体の法人格取得

第 3 條

営利ヲ目的トスル社団ハ法人登記簿ニ登記ヲ受クルニ因リテ法人タルヲ得
但法律命令ニ依リ官庁ノ許可ヲ受クル事業ヲ目的トスル社団ハ其許可ヲ受ルニ非サレハ設立スルコトヲ得ス
取(一一八)商(六八)

取(一一八)とは民法財産取得編第 118 条で、「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」とある。同条は第 6 章会社第 1 節会社ノ性質及設立において掲げられたものである。商(六八)は商法第 68 条で、「法律命令ニ依リ官庁ノ許可ヲ受ク可キ營業ヲ為サントスル会社ハ其許可ヲ受ルニ非サレハ設立スルコトヲ得ス」とある。

参考事例の挙げ方は民事会社の任意設立を意識して準則主義を構想したかのような印象をもたらす。商法第 68 条は、但し書きにそのまま踏襲されている。

修正は一箇所「法律命令」が「法令」に短縮されただけである。

力点は、第二条所定の法人に対比し、営利法人のケースにおける法人格取得手続を「登記」によると規定することにあった、と見る。

以下、ノートでは、同じサブの束中に、第 4 条(對抗要件としての登記)、法主体性を定款所定の範囲内で承認するとの規定、設立申請等が設計され、続いて「寄付財団 罰則」、「法人登記 罰則 定款」、「法人管理者 監査役 社員」、「社団員 社員会議」等の表題を有する束が収められている。財団法人、ガバナンス規定の骨格が定められている。ここでは、これらの論点に立ち入らず、第三の束即ち理由書草稿を一瞥しておくことにする。

文書7: 第3の束(21頁) この束には寄付行為、遺言による寄付行為、管理者又は代理人による不法行為責任、主たる登記を行なう場所等に一定の理由を付し、時に(解散のケース)規定だけが置かれ、「第21條(理由)」と題したまま白紙の頁もある。僅かにまとまっているのは不法行為責任の論証理由だけである。

文書7は「営利ヲ目的トセサル法人」制度を念頭においた理由である。これは文体、書体から観て穂積の起案ではなく、助手の手になるものと推定される。第2条理由との表題が付されているが、理由の冒頭に「第42條」とあり、第5の束では「第2條」と朱で抹消線を付した横に、同じく朱で42とあることから観て、第1章「人」の編制がほぼ完了し、条数を揃えにかかった段階のものと判断できる。

法人ハ固ヨリ無形ノ創設物ナルヲ以テ
意思ヲ有スベキモノニ非ス^ハ 故ニ法人
ノ・・・

第42條 臣民ノ法律ノ範囲内ニ於ル集会
及ヒ結社ノ自由ハ既ニ憲法ノ保障スル所
タリ其自由ノ範囲内ニ於テ設立

固ヨリは「^固固」とに変更され、「非ス」の後には「其ノ行為能力ヲ有スル所以ノモノハ全ク法律ノ規定アルヲ以テナリ」との朱の加筆がある。「無形ノ創設物」という措辞はフランス法系のもので英法、独法の価値を高く評価する穂積の語法になじまない。英法に則すれば artificial person(当時の訳語では「技巧人」)であり、独法では juristische Person に法人の訳語が与えられ「無形ノ創設物」ではなく「権利能力ヲ有スル組織体」と表記されたはずである。ちなみに明治初期以来、箕作により「無形人」の訳語を与えられた原語は(形而上の人格) *personne morale* であり、そ

れは生身の人間(自然人) *personne physique* に対するものである。

因みに、「第42條 臣民、法律ノ範囲内ニ於ケル集会及ヒ結社ノ自由ハ既ニ憲法ノ保障スル所ナリ其自由ノ範囲ニ於テ設立」は、ここで途切れている。

第3の束で理由書の原案を書き得なかったことは何を物語るか。多くの推定が可能である。筆者は、全体編制、個別規定の配置、各条の要件等にかかわり成熟していた明確なコンセプトは「国家主義」、社・財団の編制、商法への民事会社の駆逐、平易な文体による法案の記述といったものではなかったかと推定する。むしろ、団体を団体との間に利害関係を有する者との間において客観化し対象化するスタンスは明らかで、それは不法行為責任の理由づけから窺える。しかし、第3の束は、無残としか言いようのないものである。

第一草案: 第4の束

第1の束よりこの束まで、さほど時間は経過していないと思われる。法人法制そのもののほか第1条よりの第7条まで理由付けが試みられる。

文書8: 第1条「法人法定主義」の制度理由

本條ハ人事編第5條ヲ改革シタルモノナリ抑法人ハ自然ノ存在ヲ有スルモノニ非スシテ法律ノ創制ニ依ルモノナリ・・・

本條ハ既成法典ト其ノ基礎ヲ^{こと}殊ニセス・・・(既成法典の様な)特別法ニ依ルノ主義ヲ改メ法人カ私権ノ主格タル通則ヲ掲ケ同時ニ特別法ニ依ルノ余地ヲ存シタルモノナリ

人事編中「公私ヲ問ハス」ノ文字ヲ省キタルハ之ヲ云フノ必要ナシ・・・「法律」改メ「本法又ハ特別法」トセル・・・

これは、法人章の冒頭の條ということで、法人法定主義に関する条を採りあえず第1條とし、その理由に掲げられたものである。ポイントは明白である。人事編第5条の規定を基礎にしつつも、民法に法人通則を掲げること¹⁶、公法人の組織は民法の規定対象外とする、ということである。

文書9:第2条「営利ヲ目的トセサル法人」の制度理由 長文なので枠を使用しない。

「臣民ノ法律ノ範囲内ニ於ケル集会及ヒ結社ノ自由ハ既ニ憲法ノ保障スル所ナリ其自由ノ範囲内ニ於テ設立シタル団体ニシテ祭祀宗教慈善学問技芸其他公益ニ関スル目的ヲ有スルモノ又ハ其目的ノ為ニ設立シタル財団ニ特別ノ資源ヲ与ヘ財産権利財産義務ノ主格タラシメントスルハ直接間接法律ノ力ニ依ラサル可ラサルハ既ニ前ニ述フガ如シ

古代ニ於テ法人・・・・公益ヲ目的トスル団体日々増加シ随テ諸国・・・・法制変シ大ニ設立ノ便利ヲ与フルニ至レリ。

法人ノ設立ハ一ニ特別法ニ依ルヘキモノトスレハ之ヲ許可スル権ハ国家立法部ニ属スルモノナレトモ若シ本邦ノ如ク準則ヲ定メ法人格トスル団体(に)・・・・適フヤ否ヤヲ査定シ且国家ノ經濟上公安上弊害ヲ生セサルモノナルヤ否ヤヲ調査シテ其許否ヲ定メルハ国家ノ行政部ニ属スルモノナリト云ハサルヲ得ス是レ法人設立ハ本條ニ除外セル営利的ノ団体ノ他ハ主務官庁ノ許可ヲ要スルモノトセル所以ナリ」と。

この理由書は興味深い。

相当のくだりが抹消されたのは何ゆえか。文書7と同一の書き出しである。穂積が難ありとしたのは、内容に異を唱えての否定ではないと思われる個所もある。それは、彼の明晰な思考回路からすれば「臣民ノ法律ノ

範囲内ニ於ケル集会及ヒ結社ノ自由ハ既ニ憲法ノ保障スル所ナリ其自由ノ範囲内ニ於テ設立シタル団体」といった言わずもがなの記述を必要としないからである。しかし文書3で紹介したように、「B68 法人設立ハ免許ノ時トス」という規制の立場は「其自由ノ範囲内ニ於テ設立シタル団体」という理解を共有するものではない。

問題は「設立シタル団体ニシテ祭祀宗教慈善学問技芸其他公益ニ関スル目的ヲ有スルモノ又ハ其目的ノ為ニ設立シタル財団ニ特別ノ資源ヲ与ヘ財産権利財産義務ノ主格タラシメントスルハ直接間接法律ノ力ニ依ラサル可ラサル」のどこが穂積の設計思想に對立したのか、ということである。この文書までの段階では穂積において、1)「団体ニシテ祭祀宗教慈善学問技芸其他公益ニ関スル目的ヲ有スルモノ」という把握は成立していないし、2)「干渉シテ適當ノ保護ヲ與」るにたる団体とは何かを構想しても当該の社団または財団に「特別ノ資源ヲ与ヘ」る発想はなく、3)「主格タラシメントスルハ直接間接法律ノ力ニ依」るというのでは法律の規定に基づくことによるのみ法人格を与えるという構想と相容れなくなる。「特別ノ資源」とは何か。端的に言えば国庫からの直接の支出というものであろう。それでは、しかし、公の支配という問題が登場することになる¹⁷。

こういった判断の当否の蓋然性は、当該の社団等が「法人格トスル団体(に)・・・・適フヤ否ヤヲ査定シ且国家ノ經濟上公安上弊害ヲ生セサルモノナルヤ否ヤヲ調査シテ其許否ヲ定メル」との言に照らしたとき、なお一層高くなるであろう。すなわち、「祭祀宗教慈善学問技芸」等、いわばイデオロギー的、観念的諸形態を法人とするに際しては「国家ノ經濟上公安上弊害ヲ生セサルモノナルヤ否ヤ」の判断を不可避とする治安取締

の発想を固めているからである。この脈絡では人事編起草法制官・熊野の団体認識に通底する。相違は、熊野が非営利団体の法人化を否定したのに対し、穂積は設立そのものを「経済上公安上」の観点からする「国家ノ行政部」の許否にかかわらしめるという点にある。

文書10：第3条「営利団体」の処遇

第3条の理由は、民事会社の処遇に就いての見解を抱懐する。「既成法典八取得編第118條ニ於テ民事会社八当事者ノ意思ニ因リテ之ヲ法人ト為ルコトヲ得タレトモ第120條ニ於テソノ資本ヲ株式ニ(分割するとき)・・・商法ノ規定ニ従フヘキモノトセリ」。ここまでは既成法文を写したにすぎない。ところが、組合は当事者の意思で法人を造成できるとする既成民法とは異なり「本條八苟クモ其団体ノ事業ニシテ営利目的トスルモノハ商法会社ノ規定ニ依ルニ非サレハ法人ト為ルヲ得サルモノトセリ」と。故に「非商事団体ニシテ営利ヲ目的トスルモノハ商事会社ト同一ノ規定ニ従フヘキモノ間ニ於テ其設立ト存立及ヒ権限ニ関シテ殊別ノ規定ニ據ルヲ要セサルモノトス」と述べ、民事会社と商事会社はことさら別個の法律によって規定するいわれがない、という主張が披露される。取得編中の大概の規定はこれで不用となる。このくだりは理由書において再現される。

穂積の認識では民事会社は「非商事団体ニシテ営利ヲ目的トスルモノ」である。民事会社の営業目的行為に関する規定は、すべて商法によるということになる。

この理由が綴られた頁の上段欄外には、民事会社は「(法)人トナリ得ヘシト云フニ止マリタルヲ以テ民事会社トシテ法人タルモノハ資格権限等明カナラズ」との鉛筆による記載がある。既成民法で掲げられる「会社」

つまり非営利事業法人としての会社に関する規定を今後も置く必要があるのか、という疑念がやがて兆すはずである。これは、衆議院における第三編人事編第二章第十二節会社の論議の折に巨大な争点となる。フランス法型の団体法制観から決定的に決別する記念碑として民事会社規定は葬り去られてゆく¹⁸。

第二草案：第5の束

ここで、作条案、参考、理由という書式が登場する。(主)甲第4号議案の定型が確定した。以下に掲げる文書は、特に理由書は当該議案に収められたものの原形で滄浪閣案に媒介されてその論旨が「国家主義」を機軸として彫琢されてゆく。

文書11：(第5ノ束、1頁)法人章の設定理由

法人章を設けるについては既成民法の基本原則との相違を示す必要がある。

2 法人

本章ニ於テハ法律ノ規定ニ依リテ權利ノ主格ヲ受クヘキ者ニ関スル規定ヲ掲ク既成法典八人事編第5條ニ於テ只法人成立ハ法律ノ認許ニ依リ其ノ私權ノ享有ハ法律ノ規定ニ従フヘキノ通則ヲ示スニ止マリ敢テ其成立認許及ヒ私權ノ享有ニ関スル規定ヲ掲ケス是蓋シ特別法ニ讓ルノ主義ヲ採リタルモノナリ

民法典ニ法人ノ規定ヲ掲ケサルモノ

仏民

537-542,619,910,937,1712,2045,2121,2227

之ヲ掲ケルモノ

独草第1読会1、第3章41-63

白草1、第2部、531-555

チューリヒ民、1,2,19-58

ニューヨーク民法、PartIII, Title, ch. III 379-428」

「權利ノ主格」は「人格」に、「受」は「享」

に訂正されている。「権利」が訂正された理由は「私権ノ享有ハ……」で起される第1条での術語を意識したためである。ここでは触れることをしないが第9回主査会(明治26年9月26日)で第1章第1節のタイトルが「権利ノ享有」であるにもかかわらず第1条では「私権」とあって表題を「私権ノ享有」とすることの適否をめくり論戦が闘わされたことを付記しておく。

「特別法ニ譲ルノ主義ヲ採リタルモノ」という観測は形式的で平盤な指摘という他はない。よって文書8に同種の記述があるのも不思議ではない。肯定的に言えば、フランス法に倣った既成民法上の法人構成の基本觀念に敢えて触れず棚上げして進むことが時の經濟の観点から合理的で実践的であった。フランス法の団体構成を革命思想との皮相な関連で否定的に処理することは容易であるが、成立した構造を法人問題として処理することは難事であったろう¹⁹。

文書12:(第5ノ束、5頁) 第5の束では全体で11の作条案が綴られている。議案草稿案として確定したタイプに則って記載されたものは法人法定主義だけである。「営利ヲ目的トセサル」法人の箇条、営利団体の法人化規定は、作条案に参考が付されるに止まっている。

注目されるのは、ここで、法人章を第二章法人、第一節 設立、第二節 登記、第三節 管理者、第四節 総会、第五節 監督、第六節 解散、第七節 清算、第八節 罰則として8節編制とするプランが登場したことである。

このプランは現行民法典における編成より詳しい区分であり、単に公益法人に限らず非営利の法人通則章としても設計する意図のあったことが推測されうる。

「営利ヲ目的トセサル」法人に関する作条

案に理由が付されなかった事情は何か。窺い知れない。しかし、ことはあまりにも重大である。なぜならば、第5の束が作られた後、明治26年夏に起案された「滄浪閣案」中の当該箇条理由に「法人設立ノ目的中最モ普通ナルモノヲ指示スルヲ便利ナリトセルカ故」に祭祀宗教慈善等を列挙したとのくだりが登場するからである。思考の發展なのか転換なのか。

これまで検討してきた諸文書から「目的中最モ普通ナルモノヲ指示」するために祭祀等の引例を行なったという理由は、導き出せるか否か、どちらとも言えない。

明治20年代末当時、祭祀、(13流81派とも称される)宗教、慈善、学問、技芸は公益を目的とする、という定言判断は社会通念として成立していたのであろうか。曰く、「宗教は公益を目的とする」、「技芸は公益を目的とする」とストレートに表現してみれば、現代においてもその異様怪異は自明である。技芸、つまり美術工芸は「公益を目的する」という場合、その「公益」は意味不明である。「慈善は公益を目的する」ということは何を暗示するか。それが家父長的温情政策のシステムに組み込まれない限り、さような判定は誰も納得させることはできない。これらの公益引例は主査会の論議において参照されていない。便宜的に鉄道事業が挙げられただけである。当時において確立した認識は、「公益」に関係し、場合により公益と為りうる、蓋然判断の水準のものであったろう²⁰。引例は、そのものとして公益を目的とする領域であると認定しても、それは牽強の域を超えるものではない。

いずれにしても、祭祀等「目的中最モ普通ナルモノ」という判定は、明白なことに、祭祀等「営利ヲ目的トセサルモノ」とした段階、祭祀等「公益ニ関スル社団若クハ財団ニシテ営利ヲ目的トセサルモノ」というそれ

とは、決定的に異なる。作条の最終段階で「営利ヲ目的トセサル」法人制度を唐突に「公益」法人制度に改鑄したからである。

第1條 法人ハ本法又ハ特別法ノ規定ニ依ルニ非レハ成立スルコトヲ得ス
人五、伊二、白草531、西民35
(理由)

人五:人事編第5条、伊二:イタリア民法典第2条、白草531:ベルギー民法草案第531条、西民35:スペイン民法第35条。

これは文書6-1と同一の文体である。相違は、送り仮名を「非サレハ」とするのではなく「非レハ」とし、参考として外国民法を掲げ、理由を付記した点にある。前者の文体が現行民法第33条である。上記の外国民法を検討する余裕は今はない。先において関説する機会があるだろう。

理由を一瞥しておく。「本條ハ人事編第5条ヲ改案シタルモノナリ抑モ法人ノ設立ニ関シ諸国ノ法制ノ採ル所ノ主義ニ三アリ特許主義……準則主義……自由設立主義……民法人事編……ハ法人ノ成立ニ頗ル狹隘ナル制限ヲ置ケリ本案ニ於テハ(一)法人ノ成立ハ法律ニ依ルヘキコトヲ示シ(二)法人ノ成立ハ特別法ニノミ依ルモノニ非ルコトヲ示シ茲ニ法人設立ノ自由ノ範圍ヲ拡メタリ」と。文書8の理由を基本的に踏襲しているが、「民法人事編……ハ法人ノ成立ニ頗ル狹隘ナル制限ヲ置ケリ」、「茲ニ法人設立ノ自由ノ範圍ヲ拡メタリ」とは、民法に新たに法人通則としての諸規定をおき、かつ、「営利ヲ目的トセサル」法人の設立から罰則まで通則規定を掲げたとの趣旨である。

文書13(同、9頁)

第三條 祭祀宗教ハ學問技芸慈善其他公益ニ関スル社団若クハ財団ニシテ営利ヲ目的トセサルモノハ官庁ノ認許ヲ得ルニ因リテ法人ト為ルヲ得

作条案に次いで参考が挙げられる。理由が後から着いてくる、と先に述べた。ドイツ民法典の灯りを頼りに進むべき路を探ってきた穂積(及びその助手を含む)の作業は、本来的にも現実的にもベルギー草案、イタリア民法典、オーストリア民法典、オランダ民法典等に参照箇条を求める必要性和意義を有するものではない。なぜならば穂積が依拠したドイツ民法草案における法人概念と参考として挙げられるフランス法系の法人概念とは原理を異にするからである²¹。そして法理学者である穂積がその構造を検討した節はない。

多くの国々の法典、法律を列挙するが、その効果は法人制度を形式面から普遍的なものとして印象づけることに止まる。真の狙いは別であったろう。議会对策用に浩瀚なる資料を渉獵したというイメージを醸し出す。こういう作為以外筆者は思いつかない。

加筆、修正は「祭祀宗教学問技芸慈善」の語順を「祭祀宗教慈善学問技芸」に入れ替え、「営利ヲ目的トセサルモノハ」の後に「主務」を書き加え、「認許」を一端「免許」とした後に「許」の後に「可」を付加し、「許可」とし、「因リテ」に続け「之ヲ」を一端は加えたものの削除し、「法人ト為ル」を「法人ト為スコトヲ得」として、次いで、本来の意図に照らせば奇妙なことにもこれを破棄し「為ルコトヲ得」とした点に認められる。

「為ル」、「為ス」に拘るのは、1)「為ル」では法人が自然に為る傾きを有し自由設立を想定させかねず、2)「為スコトヲ得」とすれば、法人の法的意義での設立は「許可」とい

う官の意思のみに因り、3) 登記もまた官の意思の敷衍として「登記ヲ受クヘシ」という「国長主義」に基づく不思議な措辞に繋げ得るからである。ここでは、社員は設立主体ではなく国家意思を本源としその意思のままに行為せしめられる受動的な客体として立ち現れる。こういった非民法的仕組は調査会で厳しく追及されることになるが、「営利ヲ目的トセサルモノ」の限定と並び穂積が苦心した点である。

以上の資料によって穂積サイドにおける「公益法人」制度構想の成熟過程を十分に示しえたとは考えられないが、以下、(主)甲第4号議案をめぐる論議とその推移を追うことにする。その前に、「滄浪閣案」中の「公益法人」制度理由から枢要な部分を摘出しておく。

「自由設立主義ハ放任ニ失シ公益上ノ団体ニ対スル国家ノ保護及ヒ監督ヲ欠クニ至ル故ニ本條ニ於テ祭祀宗教慈善学問技芸其他略記セルハ単ニ公益ニ関スル社団及ヒ財団ト汎稱スルトキハ其意義稍漠然ニ失スルノ嫌アルヲ以テ独逸民法草案及ヒ瑞西債務法其他諸国ノ法典ニ往々見ユル所ノ例ニ倣ヒ特ニ法人設立ノ目的中最モ普通ナルモノヲ指示スルヲ便利ナリトセル故ナリ」²² と。これは作条した第42(朱で37)条の理由書の一端である。

「公益上ノ団体ニ対スル国家ノ保護及ヒ監督ヲ欠ク」という。「公益上ノ団体」を国家が「保護」するという発想は、その特殊の相においては、文書9において「公益ニ関スル目的ヲ有スルモノ又ハ其目的ノ為ニ設立シタル財団ニ特別ノ資源ヲ与ヘ」の如く、一端は否定されたものである。その具体的な構想は未だ熟していない。

ここでいう「保護」とは、どのような意味か。「写條案」文書1で関説したように、ドイツ草案で法人格の「政府ノ授受」というと

きに想定されていた「保護」は第三者、特に債権者保護という公的利益の保護が名分となっていた。対して穂積構想では「公益」そのものの保護は明白であるにしても、法人が事業を行なうについての第三者保護は不法行為責任としてしか想定されていない。だが、この脈絡での保護を指しているわけではない。よって、政府が公益法人に対して与える保護とは不透明なままである。

既成民法起案者において敵視された「公益法人」は、かくして、「国家主義」に基づく「国家ノ保護及ヒ監督」の下に設立され、活動する機会を与えられる。しかし、その前に法典調査会の主査委員会審議及び総会審議をくぐらなければならない。

4-3)法典調査会における審議

(主)甲第4号議案(明治26年11月20日配布、以下議案)

明治26年夏に滄浪閣(法典調査会総裁・首相伊藤の別荘)にて起案に勤しんだ穂積には同行者があった。梅、富井の起草委員である。梅、富井の所蔵していたと思われる民法起草関係文書は先の大戦末期に双方の居宅が爆撃を受け全て消滅した。三者の間で行なわれた共同作業の実態を明らかにすることは永久に不可能である。穂積起案の「滄浪閣」案以外の草案、例えば、民法総則第一章人に関する(主)甲第3号議案草稿(明治26年9月21日配布)が富井によって仕上げられていたことは確かだが、その起案プロセスも再現できない。この意味では「滄浪閣」案が現存することは僥倖というほかはない。

法人制度の基本骨格に関する諸条項及びその理由という点で、「第二草案」と「滄浪閣」案との関係は、第37条の理由を除き、後者による前者の拡充という量的次元のもので、その異同を論じるメリットはない。後者の

案を整理した議案草稿、議案とについても同様のことが言える。ここでは甲号議案の内容を確認することに止め、第15回主査会の論議を検討する前提処理を行なう。(参照)と題された各国法令については、前に述べたように、作条の後から枚挙、整理されたもので参考事例として検討に付された形跡はない。故にここで紹介する理由はない。

a. 法人章の設定理由

「本章ニ於テハ法律ノ規定……」と始まる理由は、既にわれわれに馴染みのある措辞である。上掲文書11と同一であるからだ。文書11は「滄浪閣」案段階で、1) 仏民法は法人の存在を明記せず間接的にこれを認定するという形式であり、その他は特別法による、2) 仏法系の国々はこの方式を踏襲し、3) 「ほんきん輓近 公共心ノ発達及ヒ経済上ノ進歩ニ因リ法人設立ノ必要大ニ増加シ從テ諸国ノ立法ハ特ニ法人ニ関スル通則ヲシてんかつ纏括シテ之ヲ民法中ニ掲ケルノ主義ヲ採ルニ至」り、4) 仏法に倣ったイタリアでも第2条で法人の存在を明記し、その他ベルギーは一章を法人に充て、スイス連邦²³、ドイツも然り、という文章が付加される。フランス民法については第937条(des donations entre vifs 生前贈与の諸形式)、第1712条(第三編財産取得第七章 du contrat de louage 役務貸借契約、第一節 総則 dispositions générales)などが間接的規定の例として挙げられている²⁴。議案草稿段階で、「滄浪閣」案中の「ほんきん輓近」を「近世」と通俗化した跡が見られるが、議案段階で復活している。

b. 法人法定主義を採用する理由

「滄浪閣」案とほぼ同一内容である。それを踏襲した議案の校閲段階で新たに付加されたくたかりを挙げておく。「認許ノ文字ハ或ハ一法人ヲ設立スル毎ニ一ノ法律ヲ制定ス

ルノ必要アルカヲ疑ハシメ且認許トハ既ニ存在スルモノヲ認メルノ謂ニシテ法人ノ自然存在説ヲ取リタルモノノ如ク見ユルヲ以テ……第5条ノ後半ヲ削」った、と²⁵。法人が擬制に基づくという学説を措辞の次元において貫徹する姿勢は、このように明瞭である。

c. 「公益法人」制度理由

上述したが、理由は、唐突と思えるほどの転換を示すものである。転換の理由は突き止められないが、1) 作条の一定の段階で理由が後追いで付けられ、2) 当初プランは非営利法人の設計として写條改案段階まで一貫し、3) 以下に掲げる理由は設計プランの変更だけではなく理由構想の転換を前提として始めて成立しうる、ということことは既述のとおりである。理由は『法典論』で揚言した態度から逸脱し弁解に近い。

「本條ニ於テ祭祀、宗教、慈善、学問、技芸ヲ列挙シテ其他ヲ略記セルハ単ニ公益ニ関スル社団及ヒ財団ト汎稱スルトキハ其意義漠然ニ失スルノ嫌イアルヲ以テ独逸民法草案及ヒ瑞西債務法、其他諸国ノ法典ニ往々見ル所ノ例ニ倣ヒ特ニ法人設立ノ目的中最モ普通ナルモノヲ指示スルヲ便利ナリトセルカ故ナリ」(出所は、注26に同じ。397頁)と。

この理由は「滄浪閣案」に掲げられた理由と同一であり、これ自体について多くを述べる必要はない。

外国民法に規定の形式は倣っても内容が全く変更されていることは、既に写條案以下の文書について関説した。新規に追加されたスイス民法等につき、ここで整理をしておく。

スイス民法では、「政治、宗教、学術、芸術、慈善、社交其他非経済的任務を目的とする社団(Vereine)は、団体として存続する意

思が定款より明白となるやいなや、人格を取得する」(第1編人權第2章法人第2節社團第60条設立1. 団体的人的構成体: Körperschaftliche Personenverbindung)とある。定款は「書式で定められなければならない、かつ、当該社團の目的、資産、機関に関し説明をあたえるものでなければならない」(同第2項)のものであるが、登記については、「1. 社團定款が採択され、かつ、理事が任用されたときに、当該社團は商事登記簿に登記せしめられうる権利を有する。2. 社團がその任務のために商人的態様に従って行なう營業に従事するときは、当該社團は登記の義務を負う」(第61条)とある。

穂積が公益法人箇条の参照例の一つとして挙げたスイス民法の仕組は、団体対社員の間を機構として装備した民事会社のスイスの変種である。設立は人格取得の効果を有し、それは定款に示される明白なる継続的存続の意思によるものであり何等の国家介入も予定されていない。引例は公益に概括されるわけではなく、登記は申し立てによる。よって「人格が帰属せず、又は人格を取得していない社團は、單純組合に同等とする」(同62条[人格なき社團])との規定が続いて置かれるわけである(ここに引用した原文は(CONFOEDERATIO HELEVETICA, Die Bundesbehörden der Schweizerischen EidgenossenschaftのHP経由の)電子版の現行民法典にある。

引例を掲げるという目的からは、穂積は1881年のスイス債務法の第716条よりも民法第60条を参照に挙げるべきであった。しかし、そこから国家主義を導くことは全く不可能である。なお、スイス民法典の採択は1907年12月10日(施行は1912年)であり、法典調査会での議事当時は、ドイツ民法典に同じく草案であった。

第15回主査会議事(明治26年11月28日)²⁶

主査委員は(主)甲第4号議案を素材に第二章、第一節中第36条より第38条まで審議し原案をすべて承認し、予決とする。第二章は決議対象ではなく、第36条(法人法定主義)から逐条審議が行なわれる。

議事録の抜書きは冗長に流れるものであるが、努めて争点を明瞭にして紹介を進める。読者が退屈と思う個所があるだろうが、正確を期しておきたい。なお、我々が参照している当該議事録は日中戦争の折に司法省に保管されていた議事録を恒久保存するために原本を定本としてタイプ打ちした版である。戦時下のこととはいえ、遺憾なことに校閲漏れが随所にある。肝要なくだりで論旨から明らかにタイプミスが認められる個所中の一つは、引用者の判断で書き直した。それは、磯辺四郎が第37条の全面削除を要求して理由を開示した中に「必要ノモノヲ除ク多額ノモノハ受ケタ」(第8回総会議事)とあるが、それでは意味が通らないので「必要ノモノヲ除ク多額ノモノハ受ケヌ」とした。他の校正漏れについては、ママをルビとして振っておいた。なお、原本は大戦末期に爆撃で焼失している。

a. 第36条議案

法文は「法人ハ本法其他ノ法律ノ規定ニ依ルニ非サレハ成立スルコトヲ得ス」。

ここに掲げた法人法定主義が、その思想及び措辞の上で争点となったのは当然である。措辞の面は「本法其他ノ」を削除するか否かをめぐるのであるが、民法及び特別法により法人を定めるとの趣旨であり、削除したならば体裁は悪い(梅)、説明とも感想とも見分けのつかない論議となる。

論議の推移を無視して穂積の回答を2点に絞っておく。1)「此民法デハ法律ノ規定ニ依

ラザレバ出来ナイト云フ斯ウ云フ事ヲ初メニ掲ゲテ、総テ初メニ成立スル原因ト云フモノヲ認メナイト云フ積リデ、此處ニ『法律ノ規定ニ依ルニ非サレハ』云々ト書キマシタ」、法律の規定によって法人を造成する意味は、2)「明ニ37條38條ノ如ク如何ナル目的ヲ以テ如何ナル事ヲスルモノハ法人トナルコトヲ得ル、斯ウ書テアルノモ法人ノ規程ニ依ルノデゴザイマス」と。

前者は、「総テ初メニ成立スル原因ト云フモノヲ認メナイ」、つまり人民が結社の自由に基づいて団体を設立しても、それが行政庁から許可(すなわち第37条の意義での設立)を受けたものでない限り、物的に存在する或るものにすぎず、よって保護も与えない、という趣旨である。物的にしか存在しない団体は、集会結社法等の取締法規²⁷の対象とされることをつけくわえておく。後者は、法律は「如何ナル目的ヲ以テ如何ナル事ヲスルモノ」を法人とするかを定めるものであり、法律で法人となることを「明言シテ無クテモ」「府県制或ハ郡制ノ如ク」「財産権ヲ持ツコトガ出来ルト云フコトガ法律ニ書テアルトキハ」それらは法人と成りうる。それも「法律ノ規定ニ依ル」、と考えているのだと。要は、府県郡は財産権の主体であると規定されたとき、そのことにより法人格を取得するが、これも法律の規定に依ってのことである、という趣旨である²⁸。

削除に賛成する委員は少数で、原案が予決となる。

予決のあとに不規則発言があり、それは法人を定義する必要の存否についてである。穂積の回答はニューヨーク、カリフォルニア民法には「法人ト云フモノハ法律ノ創制シタル所ノーノ無形体デアッテ権利義務ノ主格トナルト云フコトガ書テ」あるが、それこそ「定義即教科書臭イト忽チ諸君ニ排斥」されるのがおちであり、「吾々ニ於テモ排斥

スル事デアリ」、よって掲げる必要はない、と。

b.37 条議案

b-1. 概括討論

法文は「祭祀、宗教、慈善、学問、技芸其他公益ニ関スル社団若ク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」。

当然のことであるが、文言の内容の確定、確認から論議が起される。1) 主務官庁に関し、その行為能力の存否、主務官庁と狭めた理由(本野)。2) 学問とかかわり、小中学校、官立公立悉皆、ここでいう法人となるのか(箕作)。3) 営利を目的とする財団というものは考えられないのか(箕作)、4) 公益分野とする事例が不十分ではないのか、「今後段々殖ヘル所ノ俱樂部等ノ如キモノモ矢張り法人トスル便宜ヲ與ヘル方ガ宜クハナイカ」、そのためにこの37条を修正し「総テ公益ヲ目的トスルトカセヌトカ云フヤウナ事ハ取ツテ仕舞」。しかし、祭祀、宗教、慈善、学問、技芸の後に交際を加えること(田部)。5) 公益即ち「国トカ何ントカ云フモノノ利益ニ限ル・・・(のか、それとも)多勢ノ利益ト云フ意味デハナイカ」、6)「営利ト云フノハ誰ノ営利」、「法人ノ営利」か「社員ノ営利」か、との質問も出されている。

全体的な設計構想を糾し、又は設計自体を問う質問は出されていない。もっとも肝要な論点、即ち何故に当該の箇条が必要なのかという疑念が委員の間で兆すことはなかった。

第一の問いに穂積は「政府ハ或ハ法人トシテ独立ノ働キガ出来ル」と考えたゆえの質問として承ったが「政府トアリマスノヲ・・・主務官庁ト致シ区域ヲ狭メタ」、そういった方が「直接ニ管理スル所ガ分り易イ」と応答したのみで法人の行為能力にま

つわる論議²⁹を回避した。

第二の問いでは、公法人、私法人の別なく法人格は法律によること、しかし、これらの学校法人は民法法人に属すると穂積が回答したため論議は脱線し、官立は民法法人つまり私法人なのか(箕作)と迫られる場面がある。

第三の問いには、財団には社員が存しない、存しないので社員に利益を配分するという意義での営利性は成立し得ない、よって財団において営利を目的としうるものはありえない、という予定されていたであろう回答³⁰ではなく、色々考えたが、「私利ノ為ニシテ居ル財団ハ是迄ニモナイ、又将来ニ於テモアリ得ナイ」という経験的判断、予測ですました。

第四の問いには何の返答もない。「写條」段階から意識的に社交を放逐しているからだ。

第五の質問には、「多勢ノ利益」とする考えを直ちに首肯している³¹。

第六の問いは、横田のもので、「営利ト云フノハ誰ノ営利デアリマスカ、法人ノ利益ハ一寸トモ目的トシナイト云フノデアリマスカ、例ヘパーノ学校ヲ建テテ金ハ取ル、之ハ全ク社員ノ営利ノ目的ト云フノデアリマセウカ」と問い、穂積は「其通りデ社員ノ利益ノ為ニ揃ヘタ社団」と応じた。

横田の質問の力点を穂積は社員の営利性が肯定されるか否定されるかと解し、その返答は「其通り」であった。この質疑の文脈からは、社員の営利の否定は明白であるが、種概念としての公益性は法人自身の営利目的性の排除に止まらず法人自身の営利性の否定を意味するものであるか否か、明白でない。法人自身の営利性の否定肯定問題は明確性を欠き、棚上げされた結果、後にあいまいな決着に落ち着く。曰く、主たる事業とし

ての公益事業、従たる事業としての収益事業及びその収益の本来事業への投入と。

この回答に対し、それでは、公益に関しては法人とかかわらしめ、営利に関しては社員にかかわらしめることになるので「可笑シイ」し、「其他公益ヲ目的トスル社団若クハ財団」で十分に意は尽くせる、「営利ヲ目的トセサル」のくだりを削除するべきだとの異論が提出される(横田國臣)。横田の説は高木、箕作、土方の賛成を得ている。

議事はここでいったん堰きとめられる。副総裁西園寺が「学問ノ目的ハ公益ノ目的デハ無イ、国ヲ治ムルノハ目的ト思フ、夫レデ又此祭祀デモ公益ガ目的ト云フノデスカ」との所見を披露し、公益了解をめぐる論議に集中する。

b-2. 公益了解論議

西園寺の見解に対し、横田、穂積、梅の間で37条全体の理解をめぐる論議が闘わされる。整理すれば、1)公益とは何か、2)公益と非営利の関係、この二点に焦点を絞り込むことができる。双方の論点とも納得が得られる論議の水準には到達していない。論議そのものが途中で終わったという印象を拭えないが、各自の見解の分岐を確認することができる。

公益とは何か

横田は、上述の修正案を提出しただけではなく、西園寺説に「そんなものハ此処ニハ入ラヌ・・・起案者ト雖モ矢張り其積リデアロウ」とし、祭祀の類は公益には該当しないとの態度を鮮明にした。対して西園寺は「公益ニ違イナイガ、公益ト公益ニナルト云フノト違ウ、祭祀デモ其ノ目的ハ祭ルノガ目的デアル」。

穂積は、双方の発言を受け、本条には「公益ヲ目的トスルモノ」と「各自ノ利益ガ目的トスルモノガ並ダト言ヤシナイカ」と、後

に解釈で登場する形式的な思考パターン、つまり公益法人の積極要件、消極要件といった区分につながる想定をなにげなく提示した³²。

梅は、穂積の発言を、鉄道を例に引いて解析する。曰く、鉄道事業は「公益事業ナルコトハ説明ヲ要セヌ事」であり、「其ノ社員トナル者ノ目的ハ詰リ金儲ケデアル」場合は本条に該当するとお考えかと横田に逆に質問を投げ返す。横田は「其ハ這入ラヌ」と応じ、梅は、だから「此ノ原案ノ如クニ『営利ヲ目的トセサル』云々ト云フノデアリマス」と誘導したものの、「若シソウ云フ論ナラバ商人デモ公益ト云フコトニナル」(横田)として、民間鉄道事業の場合を例に引く。曰く、それは「結果ガ公益デ直接ニ公益ヲ目的トスルノデアリマセヌ、夫レハ儲ケヤウト云フノガ目的デ(事業に)掛カルノデアル」として、公益の直接的目的性の論議に逸れてゆくが、土方も「私設鉄道ニアツテハ矢張り私ノ利益ガ目的デ間接ニハ公益ニナル」と横田に賛成する立場を披露した。

穂積は横田らの説を受けたかのように、「営利ト云フモノト公益ト云フモノトハ必ズシモ相反スルノデハナク、其間ニ界・・・・ガアルカ無イカト云フ事ハ甚ダ六カ敷イカモ知レマセヌガ」と言いつつ、根拠も示さずに、「営利ヲ目的トセサル」を削除せよとの横田説に賛成できないと³³。

法文の上で一般に定義を行なうことに起案者等は一応に反対する立場であることは既に紹介した。しかし、論争の場において一定の意味を確定する道具概念を確認することなく進行する論議は不毛である。このくだりでの収穫は、起草委員らが、1)公益とは「多数ノ者ノ利益」、2)第37条の規定は、公益そのものの側面と社員間における利益の不配分というものが「並ンダ」ものとする見解を抱いていたということに尽きる。

横田は次いで、「真ノ区別デ論ジマシタナラバ」営利で区別するよりか仕事の種類で区別するべきで「営利デアル無イト云フ事ハ決シテ私ハ真ノ区別ニナラヌ」とし、作条構想そのものを批判した(ここで、ドイツ語かオランダ語か判断のつかない不思議な言葉を使ってドイツではと述べている。議事録に記されている「うりーどやふ」は、後で学問と月謝を語るくだりで「う`いるとやーふ」と記述され、どうやらヴィルトシャフト Wirtschaft、経済、家計と見当をつけることができた。「みつとぐりーど」はMitglied、社員。しかし、ドイツ草案の当該の条にこの文言はない。)

公益と非営利の関係：真の対立は非営利対営利(梅)

梅は横田の説に同意できないとして、ドイツ第二草案第23条を朗読している(議事録に記載されている外国語のパラグラフは一部ドイツ語らしくもあるが、相当にでたらめな表記となっている。しかし、なんとか朗読した結果、23条であることが確認できた)。「(この草案では)公益ト云フ字ハ此方ニハ使ツテナイ、広ロイ言葉ニ先ズ営利ヲ目的トセザルモノト云フ方ノ意味ニ書イテアリマス、営利ヲ目的トセザルモノハ皆云々ト斯ウ云フ風ニ言ツテアリマス又此方ガ宜シイト思ヒマス」と。これが第23条の誤解に基づく誤訳であることは既に触れたので先を急ぐことにする。

「夫レデ私共上ノ公益ニ関スルト云フ事ハ丸デ公益ノ無イモノハ法人トナル事モナイト云フ精神ヲ初メニ顯ハシタ方ガ宜イト思ヒマス」と。これは、決定的に重要な発言である。第一に、公益性(類的概念としての公益性)のないものは法人に値しない、第二に、その精神を「祭祀、宗教」(種差)等と記し箇条の初めに顕現させた、というのであ

る。この發言の真意は次に明らかである。

「夫レテ其目安八何処ニアルカト云ヘバ、営利ヲ目的トスルトシナイト云フ方ニアリマス、即チ営利ヲ目的トスル方ガ38條営利ヲ目的トシナイ方ガ37條ニ依ル、斯ウ云フ風ニシタ方ガ宜シト思コマス」と。すなわち、梅ら起草委員は、23條の文言 Ein Verein, dessen Zwecke nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (経済上の業務を目的としない) を「営利ヲ目的トセザル」と誤読、誤解したにしても、梅は、ここでまず、人事編起草者熊野の見地と同様に、公益性とは法人に値する団体一般に帰属する性格として位置づけ、第37條と第38條との「真ノ區別」は営利性の存否にあるとの理解を提示したことになる。

法人章の起草者である穂積に対し、この指摘を受け確認を求められるべき論点の一つしかなくなる。すなわち、公益対私益でもなければ、非営利対営利でもなく、公益と営利とが正対するのか、ということである。

土方は「公益ト云フノト営利ト云フノトハ正反对デ、営利目的トシナイモノハ即チ公益ヲ目的トスル云フオ考ヘデアリマスカ」、また、「祭祀カラずっと技芸マデ・・・列挙シテアルモノハ無論公益ヲ目的トスルト云フ」のかと。第一点につき、穂積は直截の回答を避け、不得要領な答えを繰り返すのみである。第37條と第38條とは表裏の関係にあるので、本条で法人となすことのできないものは他の条に従わなければならない。第二点には「是等ノモノモ公益ノーツノモノデアル」、つまり列挙されたそれぞれが公益を目的とすると。公益法人と営利法人の規範適用関係上の「表裏」を述べたからといって、公益が営利に正対することを意味しない。双方がクリアーな対抗関係に位置しないのであれば、同時に双方に帰属し、又は帰属しない団体が出現するのは当然であ

る。

箕作は、梅の説明を誤解した節があるが、穂積の構想した公益対営利の正対説を引きつつ「独逸ノ草案デハ公益ヲ目的トシナガラ営利ヲ目的トスルモノモアル、営利ト公益トヲ目的トスルモノモアルト云フコトデアリマシヨウカ」と、發言の真意は伝わるものの意味不明の質問を投げた。論議の進展具合を前提とすると、箕作の本来の意図は、1) 法人に値する団体は類概念としての公益性を有する、2) 種差としての公益は、箇条に関する穂積の説明によれば、商行為概念の要素としての営利性(剰余の社員間における配分)を排除する、そうであるのであれば、3) ドイツ草案第23條に掲げられた法人は穂積の言う、つまり種差としての公益を目的とする法人であるとして法人自身の営利つまり商人概念の要素としての営利性(収支の差額の利得)は排除されるのか、されないのか、というものであったろう。

しかし、質問は要領を得たとは言えず、穂積に軽く一蹴されている。穂積は第23條を朗読し(この欧文パラグラフにも奇怪な単語が並んでいる)「独逸ニハ営利ニ非ザルモノハ必ず公益トカ、夫レカラ公益ハ営利デハナイトカ云フヤウニ、斯ウ云フ事ニ決シタヤウニハ解シカネマス」³⁴と。上述したように種差水準の公益は法人自身の営利性を否定すると穂積が明確にしなかったのは、あるいはこういったドイツ草案の読み由来するのかもしれない。

ここに予決機関としての主査委員会での論議が打ち切れ、採決に付される。議題は横田提案を可とするか否かで、否決され、第38條(営利法人は商事会社の規定に従って法人と為すことができる、との箇条)の審議に移る。

当面の検討対象ではないが、第38條(営利法人)と関連し、民事会社の規定を組合に変

換する前提となる理由が掲げられているので引いておく。曰く「本案ニ於テ営利的団体ハ其資本ヲ株式ニ分ツト分タサルトニ拘ハラズ苟モ法人ヲ組成セント欲スルトキハ商事会社ノ規定ニ従フヘシトセル理由ハ主トシテ(一)其目的ノ商事会社ニ同シク利益ノ取得ニ在ルコト、(二)法人タルトキハ公益上其事業ノ商事タルト非商事タルトニ拘ハラズ均シク保護及ヒ取締ヲ要スルコト(三)其設立、解散及ヒ社員間相互ノ間接並ニ第三者ニ対スル社員ノ権利業務等ニ関シテ必要ナル規定ハ概ネ商事会社ノ規定ニ同シキコト等ニ在リ但本條ノ規定力農業、漁業其他ノ非商事団体ニ関スル特別法令ノ効用ヲ妨ケサルヤ固ヨリ論ヲ俟タサルナリ」³⁵と。多くの重大な指摘があるが、次稿において産業組合法制を論じる折に改めて立ち返ることにする。営利、非営利に関する同時代的了解を確定するためである。

第8回総会議事(明治27年1月26日)³⁶

ここにおいて第15回主査会で予決された議案が審議される。激しい論戦であった様子が議事録の端々に窺える。論議は、起草担当者穂積が孤立無援で奮闘する不思議な流れとなった。主査会で鮮やかな切り口をもって弁じた梅はひたすら沈黙を守る。この日、大阪天満紡績で前近代的な労務管理に反発した労働者数百人の行動が騒擾と化し、警察隊が鎮圧に出動、と新聞が速報している。

a. 36条議案

末延他が異見を述べるが、総裁伊藤は「本條ニ付イテ別ニ御異見ハアリマセヌカ」と言うのももどかしげに直ちに可決を宣告し次条の審議を促している。審議の雰囲気をおぼせる議事運びである。

b. 37条議案

南部委員が主務官庁の許可を経てというくだりの削除を言い立て、末延が賛成した。よって起案者からの説明が必要となる。削除の理由は、商事会社の定款の認可業務ですら円滑さを欠く現状に照らし、許可を要するとなると事務煩雑を極め「公益ニ関スル法人ヲ作ルニ付イテ差支ヲ生ズル」という実務処理の見地からのものであった。

穂積はここで始めて文書8に掲げたと同趣旨の理由で許可が必要だと回答する。曰く、「祭祀、宗教、慈善、学問、技芸等ノ如キモノハ最モ公益ニ重イ関係ガアル・・・商事会社・・・トハ其性質ヲ異ニシテ居ルノデ最モ行政上ノ監督ヲ要スル事柄デアリ・・・悉ク宜イ事ノヤウニ聞ヘマスケレドモ實際ニ於テ国政上行政上社会上種々ノ関係ヲ有スル事デアリマスカラシテ・・・公益ヲ主トスル所ノ法人ハ必ず行政ノ監督ガナケレバナラヌモノデ・・・一度行政上ノ取調ヲシテ果シテ其言フ所ノ事ガ公益ヲ進捗スルニ足リルモノデアリトスレバ之ヲ許ス」という趣旨であり、「之ハ元ノ儘ニ存シテ置カレンコトヲ希望」として付け加えている。

磯辺四郎、全面削除を主張

ここから本格的な論争が開始される。口火を切ったのは磯辺四郎であり、彼は37条の全面削除を唱えた。彼の論拠は広範にわたる。1)祭祀宗教「トカ云フ如キ種類ノ社団ヲ組織スルニ付イテノ規則」は「36条以下ノ規則ヲ以テ支配セシメテ」も全く不十分で、2)当該の社団等は穂積が言うように「行政司法ニ関係スルモノトカ又私権ヲ離レテ私権ノ問題ハ枝葉」³⁷として処理されるのであれば特別法に則るべきであり、3)「同一ノ規則ヲ以テ支配スルコトガ出来ルカ出来ナイカト云フ」点からは祭祀宗教は一の規則で充分であるが、慈善は「奢侈ニ渉ルヤウナ社団

ニナツテハ往カヌト云フヤウナ次第カラ・・・寄付金ヲ受ケルニ付テノ規則デゴザイマスルトカ・・・必要ノモノヲ除ク多額ノモノハ受ケヌ方ガ宜シト云フ・・・制限法」が外国にもあり、学問、技芸についても同様であり、4)「是等ノ法人ニ対シテ許可ヲ受ケルトカ受ケナイトカ云フ事ノ如キ、唯細則^{ママ}め一た事柄ハ此ノ大体ヲ旨トスル総則中ニ入レラレルモノデハナイ」ので引例された社団はすべて特別法によるべきで、5)それは第36条の趣旨にも合致する。6)第37条自体が第36条を「御設ケニナツタ精神等ニモ違ツテイル」とも考えると³⁸。

穂積の反論：法人設立における「国家主義」の固守

磯辺異見に小笠原貞信の賛意が表され、穂積は、上述した異見の3)ないし6)について回答を与えている。切り出しはこうである。第二章は法人通則を設けたものである。特別法が必要^{かく}なことは承知している。しかし、「民法上斯ノ如キモノガノ法人トナツタ時ニハ之ガ財産ヲ有シ又私法上ノ義務モ負」うのでここに成立条件を定めて置かなければ特別法で「権利ヲ得義務を負フ」条件を掲げられないと、通則規定を置く必要を述べた。4)に対する反論は「何ウ云フ具合ニシテ設立スルコトヲ得ルカト云フ箇条ハ丸デ此一箇条ガアリマセヌケレバナクナツテ仕舞ウ、夫レデハ此頭ガ無クナリ精神ガナクナルヤウナモノデアル、夫故ニ此條ガナクナレバ此第二章ト云フモノハ殆ド其魂ヲ抜イタヤウニナツテ来ル」というものである。

当該の回答の主眼は、公益増進を目的とする法人制度整備ではなく実は「何ウ云フ具合ニシテ設立スルコトヲ得ルカ」つまり法人設立において「許可」を媒介とする国家的干渉、「国家主義」の防衛であることがわかる。

営利社団以外のすべての法人を、社団財団の別なく行政の許可にかかわらしめる、その許可対象として、引例を行なわないという基本姿勢に反してまで祭祀宗教慈善学問技芸等とその事業の類的性質を確定し得ない分野を掲げたことが判明する。列挙された分野は、それ自身が私的制度としてありながら、「許可」を経て法人に造成されることにより、価値観を物象化し、制度化するイデオロギー機構として人民を直接に捉え、国家へのその包摂を日常的に担保する機能を果すものとなる。

第6の異見に対する説明は何者をも納得させえないもので「第36條ノ精神ニ從ツテ此第37條ガ出テキマシタ」というだけである。

岸本辰雄： 此箇条ハ余程危険ナ箇条

岸本辰雄は「此箇条ハ余程危険ナ箇条デ随分英断ヲ以テスノ如ク制定セラレタモノデアル」との所見を披露した。削除説を提出する勇氣はないと言いつつ、民事会社にあるような規定もあり、当該社団等は民事上の会社となってその規定に従うのか、それとも別種の団体として「唯法人ト見テ(これらの規定を)置クノカ」、その趣旨は何であるかと糾す。岸本が言う「英断」とは、フランス法学者としてローマン・カトリック系の公益法人の無道振りを念頭に置いていたことによる。無謀にもといった感想に近い。

穂積の回答は丁寧なものであった。岸本の質問の趣旨を民事会社の規則を揃えるものであるのかという質問として了解したとし、民事会社の構造原理つまり、1)財産上の契約関係、2)契約であることにより契約の章で定める、3)民事会社それ自身は法人ではない、4)当事者の意思で法人化できるとしながらも、5)民事会社に関係すること即ち「利益ヲ目的トスルモノ」は第38条に規定し、第37条にあるのは公益法人の規定であると。

岸本は、「然ラバ此 37 條ト云フモノハ随分危険ノ箇条デハナイカ」と再度懸念を表している。それは、泡沫団体の倒産にからむ債務処理に裁判所が忙殺されている現状を説明しつつ公益法人の乱造が裁判実務の混乱に拍車をかけるとの懸念にかかわる。このくだけで岸本は、一方で当該法人に債権担保となる財産の保全・維持に関する規定がないにもかかわらず、他方で社員の債務責任も全く不明である、という前提を十分に明確にする必要があった。語調の激しさからすれば、こういった前提認識は委員には周知の事柄として共有されていたのではないか。まして、主務官庁が設立許可申請に鷹揚に対応する可能性も考慮に入れると、「随分危険ノ箇条」となることは論を俟たず、「今日ノ儘デモ之ヲ法人トシナイカラト云ツテモ別ニ不都合ナ結果ヲ見ナイ・・・・旁々以テ斯ノ如キ危険ナ條ハ寧ロナイ方ガ宜シイ」と、廃棄を主張した。

岸本が債権者保護の見地から法人及び社員の責任(無限、保証、有限等の区別)について積極的に論点を提出せず、論議もしなかったことのつけは、今も清算されていない。

磯辺四郎の反論：行政主官の支配が永続する

当然にも磯辺四郎は削除説に賛成を得たけれど、公的秩序の利益を主題とする岸本とは「其精神ガ丸デ違ウ」とし、許可を媒介とする国家と法人との関係に焦点を置く。主務官庁の許可を得て設立される団体であるとなれば法人となっても「純然行政主官ノ監督ヲ受ケテ往カナケレバ独立シテ往クコトガ出来ナイ、實際上ニ於テ危険デアル、又公益ニ関係スル丈従ツテ此行政主官ノ監督ヲ離レルト云フト危険ノ社団デアル、シテ見ルト云フト、其ノ性質上ニ於テ八公法

人デナクトモ實際ニ於テ八公法人ノ部類ニ屬シテ所謂行政主官ノ支配ヲ常ニ受ケテ往カナケレバナラヌ社団」になる。ところが、民法は私権を規定するものである。だが、「一ノ財産ガアツテ其財産ヨリ権利ヲ得義務ヲ負フ事ガ偶々アル」との口実で 37 条を設けるというのは本末転倒であると。

磯辺が懸念したのは、設立される法人の独立性、自立性が行政主官により否定されることであり、そのために「主務官庁ノ許可得テ之ヲ法人ト為スコトヲ得ルト迄踏込シテ御規定ニナルト普通ノ定則ニ差支ヘラシジハシマセヌカ」という深刻な疑問を提示しつつ、これこれの営利を目的としない法人は特別法によるとする、それで充分であると結ぶ。

穂積：団体を取締る箇条が 37 条

穂積は岸本、磯辺に対しコンメンタールまがいの回答(よって省略する)を続けた上で、ついに決定的な言葉を口にする。曰く、「社会ガ段々進ミ往クニ従ツテ色々ノ団体ガ出来ル、夫レニ付イテノ権利義務ヲ取締ル所ノ民法上ノ事ガナイト不都合ト思ヒマス・・・・何シナ種類デモ主務官庁ノ許可ヲ要スルト云フ通則丈ヲ挙ゲタノデアリマス・・・・若シ本條ヲ削ラレバ此第二章ト云フモノハ其結果トシテ廃案ニナルト同ジモノデアラウト思ヒマス」と。解説の必要はないと思うが、穂積は、1) 団体取締の箇条として第 37 条を構想し、2) 営利を目的とする団体以外の法人化はことごとく主務官庁の許可を要し、主務官庁が法人と為さしめる、との思想をここに表明したことになる。

磯辺四郎：「余程過激ナ御論ガ出マシタ・・・・脅迫的ナ御論ト云フヨリ外ハアリマセヌ」

一方で営利法人を規定するのであれば他方で非営利法人を規定すれば済むはずであ

るのに、「起草委員カラモ尚一層此上取締ヲ嚴シナケレハナラヌト云フ御考へ」なのであれば、「唯許可ヲ要スルト云フ事丈ノ為メニ是丈ノ條ヲ拳ゲルノ必要ハアリマセヌ・・・何ウカ此37條ハ御削除アルヤウニ偏ニ希望致シマス」と。これをもって磯辺の異論開示は終わる。

穂積は、「此37條ガナイト法人ガ生マレヌ、法人ガ生マレヌト・・・全体ガナクナルト申シタノデアリマス」と弁明をしている。だが、その数秒後に採決に付され、ここに功罪定めがたき公益法人100年の歴史が開始される。

4-4) 小括

法典調査会の論議を手がかりとし一定の論点を整理しておく。

公益法人制度設計の理由及び目的

理由は明白である。それは、1) 法人制度を必要とする時代の趨勢として説かれる(4-3) 参照)。目的は、2) 「主務官庁ノ許可」を設立要件とする点において規制の取締の本質(文書8参照)を示す。

制度設計理由に関し少なからぬ著書で説かれる基本的な内容は以下である。

「社会ノ進歩スルニ從ヒ一方ニ於テハ各個人ノ独力ニ依リテ成就スルコト能ハサル公益上又ハ私益上ノ事業ハ日ニ月ニ發生スルト同時ニ他ノ一方ニ於テハ戮力協心以テ公私ノ事業ニ從事セントスル公共心ハ各個人ノ間ニ益發達シ殊ニ輓近經濟上ノ進歩ニ因リテ一層各個人ノ公共心ヲ増長セシメ諸種ノ社団若クハ財団力続々勃興シテ殆ント停止スル所ヲ知ラサルモノノ如」³⁹ 状態にある。

設計理由のくんだり、即ち公私の事業に従事しようとする公共心を、営利法人を含む各種法人・財団の盛んな設立の動機とする

把握は今日においても妥当する。故に、かかる設計動機は類概念としての公益の承認、したがって法人法の制定に繋がりうる。

だが、設計目的は公共心の自由な展開、実現を保障するものではない。法人法定主義、つまり、法人の人格的成立の根拠は国家の意思にあるとする観念に一定の歴史的合理性を認めるにせよ、時代の支配的イデオロギーは結社の自由一般を否定する傾向を有し、団体規制の法秩序の構築を要請するものであった。したがって、主たる関心は臣民の公共心を主権者たる天皇を頂点として階級秩序的に編制された国家の意思に包摂することにあり、国家の意思に沿わず、対立する団体には社会的生存すら承認されることがない。

こういった設計思想に異を唱えた者は法典調査委員総会では少数で、フランス法系統の学者、法制官だけである。公共心を法人設立の主義において規範構造に媒介する観点は、しかし、何人も持ち合わせなかった。

その構造

a. 公益と営利

正対性において捉えたのは穂積そして主査会の多数であるが、こういった判断は「単独起案合議成案」を基本方針とした起草委員たちの間で最後まで合意に達していない。それは、真の対立は非営利対営利とした梅見解に明らかである。

ただし、そこでの営利了解は私利なる表現にも明らかのように、社員の利益という側面を強く意識したものである。営利的財団法人の成立が論理的に排除されるのも、この故である。

b. 類概念及び種差としての公益範疇

公益は類的次元で、すなわち、営利会社を含め法人たるに値する団体に共通する性格

として、同時に、引例として示された諸分野つまり種概念の次元でも把握された。

後者においては、厳密には、そのものとしての公益性が確認されたわけではない。「二関スル」、「二為ル」といった偶発性、条件的関係性に着眼して了解されたにすぎない。故にその水準では個々の引例に共通する内包を公益と概括せざるを得ない。他方で個々の引例(例として宗教)においても公益目的性は仮言的に成立しうるにすぎない。よって、例えば、祭祀は公益を目的とする、と言うことは偶有性の虚偽となる。これこれの祭祀団体が何々を為すについて、当該行為が公益「二関スル」という仮言判断から、祭祀団体一般が、その一般的行為において公益を目的とするとの定言判断を遡及して導き出すと、その虚偽性は判然とするだろう。

故に、種差水準での公益目的性は蓋然判断の水準に止まるものと言える。公益性の確認は法制官に、公益性の存否を決定し法的干渉保護に任ずる権限は行政官にあり、故に、公益法人の取締、監督の主体は「公共心」を拘束し国家意思を実現する水路に誘導する。

国策の見地から神社を宗教に該当させず、民法施行法28条により「寺院、神社、祠宇及仏堂」に法人化の道を閉ざすことができたのも、公益法人の真の設立者が国家であるということを証だてる⁴⁰。財団法人並みの処遇が与えられていたといわれるが、寺院には今次大戦の開戦にいたるまで、神社には敗戦まで法人格を国家が付与することはなかった。

公益は、因みに、講学的には、「多数ノ利益」であることが確認された。

c. 公益及び非営利を要件とする法37条 (現行第34条)

前者に就いては上述した。後者は、剰余の社員間における非配分として理解された。つまり、商行為概念の要素としての営利性は、ここでいう非営利と対立するが、商人範疇の要素としての営利性が同様に對立するとの印象があったにしても、前者ほどには明確ではない。ここから主たる事業、従たる事業という論法が成立してくるのであろう。

ここでの論議の不透明さは非営利・非公益の中間法人にまつわる多くの問題と関連する。

d. 失われた視角、そして、それを取り戻すために

真の対立は非営利対営利にあり、37条の文言の初めに祭祀等を置いたのは「公益ノ無イモノハ法人トナル事モナイ」という精神を「顕現」させるためだ、という主査会での梅の発言は、極めて重大であるが、設計の不具合を衝くものでもある。当該の精神は36条の法人法定主義に関係するもので、定義、引例等教科書風の規定を存置させない起案者の形態論からすれば、掲げてはならないものであったからだ。

しかし、梅に倣い、37条法人(現行34条法人)が非営利法人の設立簡条であるとして、1)何故に外的与件つまり国家的干渉(許可、監督、解散命令)が必要とされうるのか、2)法2章全体は非営利法人の通則簡条集成として過不足のないものであるのか、といった観点からの論議は一切されていない。委員会の多数が、公益目的法人簡条として採択したからである。しかし、それ故に、逆に今日も上記の論点は開かれたままである。

その致命的な今日的な結末も明白である。法2章が二重に有する通則簡条の意義づけ、そして、その構造探求視角がまったく消失したからである。

公益法人制度の改革は、当該制度を規定し

た民法第34条の一部文言の改定に尽きるわけではない。たとえば、第35条との対比の上で当該条を非営利法人の設立簡条に純化したところで、事態は何も変わりはない。第35条〔営利法人〕第36条〔外国法人〕を除外し、民法第2章全体が公益法人制度の通則簡条であるからだ。すなわち、公益法人であるかぎり設立から解散に至る過程全体は第2章所定の規定に係留される。と同時に、同章は、法35条で営利社団法人には総て商事会社に関する規定を準用すると定めたので、すべての非営利法人の通則章としての位置を占めることになる。

「論点整理」でNPO法人、中間法人が改革対象として明記されているが故に公益法人改革がNPO法人、中間法人に係するのではない。公益法人改革は、その設立要件を定めた簡条（形態規定）の改革に止まらず、その現存を規定する通則が二重の意味で通則（基礎）であるが故に直接間接に法2章全体と関連し、故にまたNPO法人、中間法人を包括する。

公益法人改革論議のさ中、積極的な改革提言を行なうには、こういった団体法の構造的諸問題全体を念頭に置かなくてはならない。それは、方法的には、基礎が非営利法人一般の基礎でありつつも、それぞれの形態にとっては特有の基礎のありかたがあるという意義で、個々の非営利法人の特殊規定を導くものでもなければならぬ。そして、基礎はと言えば、「権利能力なき社団」にまつわる論議を公的利益の確保の視角つまり団体及び社員の両側面における責任の問題の視座から推し進め、法人に値する団体の類的契機である公益性を確保できるものでなければならない。と同時に、それは、団体のアイデンティティ規範、アイデンティティ確保規範にも浸透貫徹させられることにより、当該の意義での公益性が社員総体

の意思として担保されうる機構において表現されなければならない。しかし、法二章は、この意義での構造を備えたものではない。

現に存する公益法人には、国家的干渉という外的与件を除外して、物的＝財産的意義でも社員の＝機構的意義でも、公的利益を担保する民法的、つまり市民的仕組はない。

4-5) エピローグ

戦死傷2万数千名を算する激闘のすえ沙河戦線を維持した日本軍がロシアに対し持久戦に入る頃、対露開戦を強行に主張した帝大七博士の一人富井は、法人制度設計の失敗を認め「或八独逸民法ニ於ケル如ク經濟上ノ目的ヲ有スルト否トニ依リテ區別スルコト至当ニ非サリシカ」⁴¹と深刻な反省の念を吐露した。

日清戦役の折に法典調査会で激しく闘わされた論議を回顧し、それを遼陽沙河の戦いに重ね合わせることがあったろう。胸中に去来した思いは果たして何であったろうか。時に、惨敗を喫する第二回旅順要塞総攻撃に先立つこと数旬前のことである。

（注）

¹ の項に関する引用は、法務大臣官房司法法制調査部監修「民法主査会会議議事録」第五回『日本近代立法資料叢書』第13巻、昭和61年、107-108頁。

² 第三草案を経て採択された民法第21条の規定では「経済上の業務を目的としない社団は管轄区裁判所の社団登記簿への登録により権利能力を取得する」とあり、第22条では「経済上の業務を目的とする社団はライヒ法律において格別の規定を欠くときは権利能力を国の付与により取得する。当該の付与は、社団が所在するラントに帰属する」

とある。

「ライヒ法律」における「格別の規定」とは、1871年ライヒ憲法第4条に掲げるライヒ立法権に専属する立法による法人規定を意味する。同条で、関税・商法典(2.)、債務法・刑法・商法・手形法・裁判手続法に関する普通立法(13.)が掲げられており、「規定を欠くとき」とは、これらの法律で「経済上の業務を目的とする社団」に関する規定が存しないとき、ということの意味する。

付与 Verleihung という文言は、例えばドイツ協同組合法第63条、同63a条にもある。

ボン大学の Dr.G.Bitter が経済的社団の現況について述べたくだりがある。彼によれば民法上の経済的社団の「設立は自由ではない。それは社団登記簿への登録により設立されるのではなく、国の賦与(認許 Konzession)によるのである。かかる認許は稀にしか授けられない。事業活動を行なう人格的結合(Personenvereinigungen)は、原則として、事業活動のために法律で定められている法的諸形態を利用するのが当然であるからだ。当該の法的諸形態は、それぞれの場合において、社員の個人責任(人的会社)を要求するのであれ又は最低資本の調達を前提とするのであれ、債権者保護規定を掲げるものである。かかる債権者保護規定は、権利能力を有する経済的社団を随意に設立できるのであれば、迂回されてしまう。そこでは責任が団体財産に限定されるに反し、資本調達及び資本維持に関する規定が存しないからである。僅かに許可が与えられた経済的社団の一例として Wort 利用会社を挙げることができる。同社は、1958年に著者及び出版者が共同して、言語作品の再販権を換価するためにミュンヘンで設立されたものだ」と。*Privatrecht II(Wirtschaftsrecht)Teil 2-Gesellschaftsrecht, Universität Bonn, 2001, S.29.*

ビッターの説明から、1)非経済的社団であるが故に許可が必要であるというのではなく、2)事業活動を行なうが故に債権者保護の見地から Konzession が必要となり、それは、3)民法上の経済的社団は債権担保となる独立の社団資産に関する規定の支配を受けないからた、ということが判明する。

これに対し非経済的社団は Konzession を要しない。穂積の理解、構想とまったく対立する。

³ 感恩講に就いては極めて優れた分析が田中 實により『公益法人と公益信託』勁草書房、1980年、27-57頁でなされている。同氏がドイツ民法とわが国の民法を対比し公益法人の許可制を述べた件(7-8頁)は、正確さを欠く。非経済的社団を公益法人と読み違い、かつ、民法上の経済的社団に要する許可を非経済的社団の設立要件と解しているからである。

穂積博士使用本とある甲第一号議案(荊蕀版、全9頁)中の第二章法人の下段には朱筆で「秋田感恩講、静岡県報徳講、解散処分ニ際シ財産八国ニ帰属スルト云フテ悦ブト云フ末松ノ説アリ参考スベシ」とある。

⁴ 富井が言う「会社」についての論議は二重に混乱している。前号で関説したフランスの société にドイツの社団を対応させ、かつ、後者に冠せられる wirtschaftlich を「営利的」と錯覚したからである。「会社」に関する当時の語法を前提とすれば社団に「会社」の訳語を充てても筆者は誤訳とみなさない。

しかし、問題は、フランス法とドイツ法との間に横たわる団体の法的設計に関する基本思想の違い、構造的差異に富井が注意を払わなかったことである。当時において、前者は営利性・団体財産の独立性・個人主義的性格を法人格の構成原理とし、後者は人的組合(Gesellschaft)に対立する Körperschaft(組織体)性を機軸とし、団体目的(精神的社団/独民法第21条又は経済的社団/独民法第22条、商法第1条の事業目的、協同組合法第1条)別に法人格のクラスカテゴリーが成立する。前者において組合が法主体となり得、後者において組合、人的会社は法人たりえない。

同じドイツ語圏に属するドイツ民法とオーストリア民法(See, Thomas H. Reynolds, Civil Law Codification in the German-Speaking States of Northern and Central Europe; Civil Law III, Sitio do Regato April 1998, the university of California at Berkeley, pp.1-48.)での団体法制観も一様ではない。類概念としての Gesellschaft(団体)は前者では Körperschaft と Personengesellschaft(人的会社・組合)、後者では 商事会社(Handelsgesellschaft)、非経

済社団(Verein)、非法人である組合(Gesellschaft bürgerlichen Rechts)、営利組合(Erwerbsgesellschaften)といった種概念・クラスカテゴリーに分かたれる。

オーストリア民法典は多民族国家ハープスブルク帝国時代の制定(1812)にかかるものであり、フランス民法典の系列に位置すると考えられるがドイツ民法典の編制への過渡的タイプとなっている。ハンガリー、チェコ、スロバキアの民法典との関連について拙稿「中欧諸国における法の構造転換プロセス」、Discussion Paper No.19, Graduate School of International Department, Nagoya University, March 1994, pp.1-30.

本稿で Verein に伝統に倣って「社団」の訳語を充てたのは便宜にすぎない。

富井のユニークな把握は、やがて民法第三編人權(債権)第二章第十二節会社(議案では674条)を組合とする設計変更につながってゆく。同時にまた、この国における「中間団体」に、その後の長い冬の時代をもたらす機縁ともなったという意味で、極めて重大である。

⁵ 当時既に、非公益かつ非営利の団体、「中間」団体の法人化は石井菊次郎(「倶楽部法」法学協会雑誌、第9巻第5号、明治24年、18-32頁)により提起されていた。

曰く、「例へば法学ノ発達ヲ謀ルニ法学協会アリ経済学ノ進歩ヲ謀ルニ経済協会アリ陸軍ニ皆行社アリ海軍ニ水交社アリ政治ヲ談スルニ自由党アリ改進黨アリ保守党アリ・・・漢学ヲ興スニ斯文学会アリ仮名ヲ興スニ仮名ノ会アリ」(18頁)。倶楽部は有志の結合である点で会社と、有志の者深く相結託し同一の希望を抱いて同一の方向に進む団体である点で任意加入自由脱退の公会(21頁)と、金銭の利益を配分することを目的とせず「社交生活ノ便益ヨリ社交風俗ノ改良ヲ目的」とする点で組合(22頁)と区別されるので、会社、公会、組合の「中間ニ位スル一種特異ナル例外的現象」(32頁)であるが、「今日既ニ我国ニ於テ顯著ナル現象ノ一」(19頁)つとなっている。しかし、今日ふさわしい法律がないばかりか「此点ニ論及シテ以テ立法者ノ注意ヲ促セルモノアルヲ聞」かざるが故に一種独特な「代理法」なるものを提起して

いる。法典調査会はこのような中間団体の法的処遇にまったく関心を持つことがなかった。

⁶ の項に関する引用は、法務大臣官房司法法制調査部監修「民法調査委員総会議事録」第三回『日本近代立法資料叢書』第12巻、33-39頁。富井は外国事例について「外国ノ例八起草委員会ニ於テハ重ナル理由トハシテイナイノデアリマシタ、併シ近イ例ハ充分ニアルト思ヒマス第一^ニ独逸民法草案其他独逸法根拠ノ法律八大抵皆ナスウヲツテ居ル」と、ドイツ型の編制に同じであることを確認している(34-35頁)。

⁷ 法人には権利能力は認めても行為能力を認めないという筋で法人の行為は法人の「理事其他ノ代理人」(民法第44条)に担われることになる。当時既に、ドイツ民法第二草案の審議が終了しており、それは仁保亀松訳により「独逸民法草案」(法人制度に関しては、法学協会雑誌、第11巻第12号、明治26年、17-38頁)として発表されつつあった。そこには「社団ニハ頭取ヲ置クコトヲ要ス頭取ハ数人ヨリ成立スルコトヲ得裁判上ニモ亦裁判外ニモ社団ヲ代理ス」(第25条第1項)、「頭取ノ代理權ハ定款ニ依リテ第三者ニ対シ有効ニ之ヲ制限スルコトヲ得」(同第2項)との規定がある。

仁保訳 意図的か誤解にもとづくものかは明らかではないが は必ずしも正確ではない。筆者は第二草案を参照できず、採りあえず、ほぼ第二草案に等しい第三草案を定本として「社団は理事会を設置しなければならない。理事会は、若干の者よりこれを構成することができる」(第26条第1項)。「理事会は社団を裁判上及び裁判外において代表する。理事会は法律上の代表者の地位を有する。当該の代表権の範囲は、定款により第三者に対し有効にこれを制限することができる」(同第2項)、と訳す。仁保と筆者の見解の分岐点は、vertretenを「代理する」と読むか「代表する」と読むかにある。つまり、法人の機関たる理事の行為を「代理」とみるか「代表」とみるかという相違である。「代理」と「代表」に関する現在の論議とは異なり、その相違が実質的な意義を有していたことを看過してはならない。

成立したドイツ民法は、その訳に梅、富井、穂

積が献辞を寄せたブルンデルヒ『独逸新民法論』(坂本三郎、池田龍一、津軽英麿共訳、早稲田大学出版部、明治44年3月)において「法人は単に権利能力を有するのみならず意思能力殊に行為能力をも有する……法人の意思は……法人内部の統一的精神に由て創造せられ……蓋し法人の意思は統一的精神と意思活動とを法人の為に実現せしむる機関が其の法人の組織に適合して存在することに因りて成立するものとす故に此等の機関が法人の組織に従ひ法人の意思として発表したものは即ち法人の意思に外ならず又……法人の為に斯る機関に対し為したる意思表示は即ち法人に対して為したる意思表示」(422頁)と説明されたように、機関の行為を代理ではなく代表と見るものであった。ブルンデルヒは、故に、「彼の法人を擬制説に依て説明せんとするが如きは実に無用にして有害なり」(423頁)と断定して憚らない。

法人の代理、代表問題と擬制説、有機体説との関連については『川島武宜著作集』(第6巻、岩波書店、1982年)に所収の「法人の代理と代表」(56-69頁)を参照のこと。

⁸ 岡松参太郎著述、富井政章校閲『注釈民法理由』有斐閣、明治29年5月。法人設立に4種ありとし自由設立主義、準則主義、法律特許主義、政府特許主義を挙げ、公益法人の要は政府特許主義であるとし「政府(或は国長)ノ特許ニヨル……(政府特許主義 普、蘭、独1章23頁自由設立主義と此主義とを併行す)。此主義ノ方法ハ多少煩雜ヲ来シ又干渉ニ涉ルルコトヲ免レトモ公益的ノ法人ニ関シテハ公益ヲ保護スルコト必要ナルヲ以テ本法ハ之ヲ採用ス我現行民法モ社寺学校等ニ関シテハ此主義ヲ採ル」(77-78頁)。

⁹ ドイツ民法第1章は自然人:Natürliche Personen、第2章は法人:Juristische Personenと表記し、ともに、自然の人格、法律上の人格とある。穂積は、近代市民社会における理念型としての人格を個人主義において認める一方で、それと区別される族制時代における特殊具体的な身分を具有する「人間」の現存の合理性を承認する。その態度が「並ノ人間」なる措辞に現れている。

¹⁰ 穂積は、一例を挙げれば、『法典論』(明治23年/1890年)において「法典は社会の進歩に伴ふ能はず」とのテーゼを論じる段で、オースチンを引き「立法者は、或は社会の需要未だ発生せざるに先ちて新法を設けるとあり、或は社会の需要既に去りて尚旧法を存するとあり、単行法すら尚社会の進歩と共に消長する能はざるの弊あり」(542頁)との認識を示している。

後年、フランス民法百周年記念祝賀会(明治38年/1904年)の際に「法律一たび社会の現況に追及することあるも、社会は其先に走り抜け、追隨竟に及ばざるが如きの觀を呈す。此際に当りて立法者の職責は、其法律と社会の需要との間に存する溝渠を及ぶべきだけ狭からしむるにあり」(11-12頁)として、社会と法典との間に遠隔的現象を発生させる政治的、社会的、精神的および物質的遠隔力なるものを分析、開陳した。同祝賀会は民法前三編の可決成立後10年後の行事であるので、以下の発言要旨は法典調査会当時の認識とは言えない。しかし、起案者の思想的スタンスにもかかわらずéconomie socialeに客観的評価を与えていたことを示すために引いておく。

社会的遠隔力に関連し、ルイ・ブラン、ブルードン等の所説を「社会主義の学説」であり、1)フランス民法の基礎的觀念に變動を及ぼすもので(18頁)、それは、2)民法の主義に反して「団体組合法を其の政策の主体」とする、故に、3)所有権の基礎、契約の自由、相続権を否認するものであるが、4)「彼等の政策中能く時弊に適中するもの頗る多く近時諸国に於ても漸を以て其實行を觀るに至る」(19頁)と述べている。すなわち、濫觴段階にある各国協同組合、協同組合法に十分に注意を払っていたことが窺える。引用は、『遺文集』第三巻によった。

穂積講演の印刷版初出は『仏蘭西民法百周年記念論集』、法理研究会出版、明治38年。そこには、梅による「開会ノ辞及ヒ仏蘭西民法編纂ノ遠隔」と題する極めて精緻な民法制定過程の開陳が掲げられている。富井は「仏蘭西民法制定後佛国ニ於ケル沿革」と題し「司法解釈ノ作用ト特別法ノ補充」(『記念論集』、34頁)とによってフランス民法が百年の風雪に耐えた経緯を報告している。

¹¹ 引用箇所は、ポアソナードの財産取得編のコンメンタールである、富井政章校閲、本野一郎、城数馬、森 順正、寺尾 亨 共著『日本民法義解』、金欄社、525-527 頁、明治 23 年によった。

著者等は「民事会社ノ類例ヲ示スコトハ甚ダ容易ナラサルナリ」(527 頁)と言うが、「商法第 9 条ニ於テ商業ニアラスト為セル」諸分野は第一次産業、原始産業分野であり、それは、制定当時の生産力水準、生産様式からして基本的商行為概念そのものの成立を想定しえないという事情に由来しよう。当該分野の民事会社が「社員共同ノ利益ヲ企図」(519 頁)し「其ノ利益ハ各自ニ配当」(520 頁)しても、それは「射利」の觀念に含まれない。「射利」にあたる事業は商法第 4 条及び第 5 条に列挙されている。

射利ニ非サル事業、つまり、「農作、牧畜、養蚕、狩猟、捕漁及採藻ノ業」「ヲ目的トスル会社ハ民事会社ナリトス」(527 頁)とされ、当該の事業を行なう者が民事会社であると認識されていた。

民事会社の法人格性、その行為の非商行為性は、その「何物タルヲ知ラント欲スレハ其ノ射利ヲ目的トスル会社ト其ノ利益ヲ目的トセサル結社トノ中間ニ位スルモノヲ求メサル可ラス即チ其ノ合同ノ目的ハ利益ノ配当ニアルモ其目的亦射利ニアラス從テ商取引ニ非サルモノナラサル可ラス」(526-527 頁)と。

水林 彪が「民法的な次元の市場というのはマルクスの『W-G-W』、単純商品流通で、基本的には土地の流通でした。他方、商法の念頭にあるのは動産で、『G-W-G』。この二つの原理は違うはず」(『欧米における公と私』、東京大学出版会、2002 年、29 頁)という観測は妥当性に乏しい。価値増殖は、財貨の物的性質にまったく依存しないからである。民事会社の商行為が G-W-G' と把握されず、したがって商人的営利性が見出されなかったのは、その当時の生産様式、低位の生産力水準に規定され、照応する観測に由来する。

¹² このことを最も早く問題にした論考として、松本 丞治「公益法人、営利法人ノ類別」法学協会雑誌、第 22 巻第 1 号、明治 37 年、61 頁。松本は「『営利ヲ目的トスル社団』ノ意義分明ナラス社団

自身力特定ノ事業ヲ営ミテ利益ヲ収獲スルノ謂カ將タ社員ニ利益ヲ分配シ社員カ利益ヲ拾得スルノ謂カ、法文ノ字句ニ依リテ之ヲ論スレハ『営利ヲ目的トスル社団』トハ社団ノ目的カ営利ニ在ルコトヲ表示スルニ止マルヲ以テ社員カ利益ヲ拾得スルト否トハ之ヲ問ハサルモノナリ、果シテ然ラハ営利事業ヲ営ミ其拾得シタル利益ヲ社員ニ分配セス之ヲ拳ケテ慈善事業ニ寄付スルカ如キ社団ハ営利法人ナリヤ」と問い、この文脈では当該の社団は「公益ニ関スル社団ニシテ営利ヲ目的トスルモノ」と言わざるをえないではないかと(56 頁)。

彼の論考の目的は、公益法人、営利法人という括りでは「法人ト為ルコトヲ得サルモノアリ、先ス現行法上公益法人、営利法人ノ何レニモ属スルモノト認め難キ法人ヲ拳レハ相互保険会社、産業組合、漁業組合、市町村内ノ区」などがあり(57 頁)、「何レノ範疇ニモ属スルモノト謂ヒ難キノ結果法人トシテ権利ヲ享有スルコト能ハサル社団アルニ至リテハ此類別ノ周到ナラサルノ缺點ヲ暴露スルモノト謂ハサルコトヲ得ス」(59-60 頁)。

総括的に言えば、民法第 34 条の規定する公益法人、営利法人の「類別ハ……明確ナラサルト同時ニ周到ナラス」(64 頁)ということである。「公益法人、営利法人ノ類別……(ドイツ民法第 21 条、第 22 条)ニ倣ヒタルモノニ非サルカ保シ難シト雖モ」、「其大ニ之ト差異アル」(63 頁)と。

¹³ 福島、前掲書(42 頁)に「仁井田博士は『この(ドイツ民法)草案は私が翻訳し、富井さんに見て貰ったのです』、『私が法典調査会書記に任命された時に、一番最初に富井先生に頼まれたのはドイツ民法草案の法律行為の翻訳です』と述べられている」との記述があり、仁保亀松訳ではなく、あるいは仁井田訳がベースとなっているのかも知れない。

翻訳の件もさることながら、営利法人はどのように把握されていたか。先駆的な研究は松本 丞治、「営利法人ノ觀念」法学協会雑誌、第 28 巻第 3 号、明治 43 年、351-374 頁。承前、28 巻 4 号、明治 43 年、554-566 頁。松本は民法 35 条でいう「営利ヲ目的トスル社団」について「社員ノ営利ヲ目的トスル社団ノ意味ニ解スルハ法文ノ字句ニ反ス」とし穂積と見解を異にする。「営利ヲ目的トスル社

団」という場合、1)その目的主体は社団であるが、2)「社団ノ究極ノ目的カ営利ニ在ルコト」は理屈からいってありえない。なぜならば、3)取得した剰余を「社員ニ分配スルカ又ハ公益事業ニ供用スルカ」、いずれにしても営利はこれらの究極目的の手段であり、民法で言う営利を目的とする社団とは、4)その直截の目的が営利にあり公益ではないことの結果として、剰余を社員に分配することを要件とする、と(366-367頁)。

関 英昭は「非営利法人制度の基本問題」『非営利法人法の研究』研究叢書第7号、青山学院大学総合研究所、2002年5月、13頁で、ドイツ民法上の経済的社団は「わが国の営利法人に近い概念であるが、実際にはそれよりも広い概念である。すなわち経済的社団は、企業活動を行なう本来の型(Volltypus)の社団の他、一定の市場内でのみ活動する社団(Vereine mit wirtschaftlicher Tätigkeit an einem inneren Markt)(例えば消費団体、販売センター、観光団体等)および協同組合活動を行なう社団(genossenschaftliche tätige Vereine)の三種類の社団を含む概念」であってわが国の営利社団の概念よりも広く、非経済的社団の概念と非営利社団とにおいても同様であると論じている。

筆者は、関教授と相違して、協同組合を Verein 範疇の一つとする理解に至っていない。それは、Körperschaft を類概念とする団体のクラスカテゴリーを考える場合に団体の独立財産の存否、維持を必須の契機とするからである。ドイツ協同組合法に最低資本金規定はない。しかし、債権者及び組合員の利益保護の規定(第11条4、第11a条2)が掲げられ、これらに関する諸規定(zB. 第6条3、第7条2)が設けられていることから、Verein 範疇に帰属させる立場を採らない。

現行の租税基本法(Abgabenordnung,1977)第14条に Wirtschaftliche Geschäftsbetrieb の定義規定が置かれている。それによれば、経済的業務とは「所得その他の経済的利益を取得し、かつ、資産管理の範囲を超える独立の持続的活動を言う。利潤の取得はこれを要件としない。資産管理が認められるのは、通例、資産を運用する、例えば、元資を利息収入のために供し、又は不動産を賃貸する場合である」(Steuernetz.de/volltext.html.,S.5)と。

¹⁴ 草案第47条[現行第45条、設立登記]をめぐる論議において横田国臣が「設立ト云フノ八何時カラヲ示スノカ」と問い、穂積は「設立ト云フノ八第37条ニ依リ・・・主務官庁ノ許可ノアリマシタ時カラ」と応じていることは、公益法人の設立とはその許可の言い換えにすぎないことが判明する。法務大臣司法法制調査部監修「民法主査会議議事録」、『日本近代立法資料叢書 13』、社団法人商事法務研究会、昭和63年、477頁。

¹⁵ Verein,Korporation(独),corporation(仏)に対応する訳語が「社団」であるとして、我が国での初出はいつで、それはどのように理解されていたのか。逆を言えば、合名会社等の社団性を否定して人的会社と理解した当座において「社団」たる要件は何であったのか。

梅は、「社団法人ト八人ノ集合即チ二人以上相集リテ一定ノ目的ノ為ニ設立シタルモノ・・・数人相集リテ営利的又ハ公益的の会社若クハ組合ヲ組織スル場合ノ如シ」(『民法原理』法政大学、明法堂、明治37年、46頁)と述べ、組合を社団と対抗させず、社団の一形態として把握している。これは組合をも法人とするフランス団体法の観念が混入したことの結果と思われる。

後年の『民法講義』(有斐閣、1912年、27-28頁)では、組合と社団とを区別する。団体を構成員の契約関係に基づき結合した組合と、団体対構成員の関係即ち社員関係に基づき結合した社団とに分かつ。

後者に視線を当てると、権利能力なき社団の成立要件の基準又は「社団の実体を有している団体」特性において、社団に内属する条件が浮上する。この論点について判例及び学説の両側面から検討を行なっているものとして、関 英昭「権利能力なき社団の成立要件」『久保欣哉先生古稀記念論文集 市場経済と企業法』、中央経済社、平成12年、269-293頁。

関は判例の準拠する学説を提出した我妻の論理構成における同義反復性を指摘し、社団の四要件を確認しつつ、定款を形式的要件、構成員、団体財産、機関を実質的要件として把握し、これらのいずれかを欠く場合に権利能力なき社団性を認めることができない(289-290頁)とする。

判例を通じて組合 (société) の法人格を承認したフランスでは関が一つの実質的要件とする団体財産の独立性の存否をその判断の根拠とした。筆者はこの独立性を核心的要件とする。この立場から法人構成員の責任に関する諸問題を射程に納めることができる。参考として、関 英昭「法人構成員の責任について」『小島康祐教授退官記念 現代企業法の新展開』、信山社、平成 13 年、319-332 頁。

因みに、当時、道府県の法人格を称し美濃部達吉等は「地団」なる言葉を充てている。

16 法人通則を要したについて梅は後年、講義でこう語る。「旧時開花ノ程度低下ナリシ時代ニ於テハ法人ノ必要多カラサリシヲ以テ一般ノ立法例ニ於テモ民法中法人ニ関スル規定ヲ掲クルコト甚々少ク又今日ト雖モ未タ旧套ヲ脱セサルモノ敢テ尠シトセス旧民法ノ如キハ……僅ニ人事編第 5 条ノ規定及ヒ財産取得編ノ一ニノ箇条ニ於テ……規定アルニ過キス……今日解明ノ世ニ於テハ法人ノ必要ナルコト昔日ノ比ニアラス」(上掲注 15、『民法原理』、167-168 頁)と。

梅は既成民法の起案者が時代に立ち遅れた法意識の持ち主であること、及び、法人規定の不揃いを指摘したことになる。しかし、前掲注 15 に紹介したように当時彼は組合的結合と社团的結合とを峻別してはいなかった。

17 地方公共団体が設備経費の一部を負担(中央卸売市場法/大正 12 年、公益質屋法/昭和 2 年)する立法が後に登場する。

公法人と私法人とを区別する司法判断の根拠は大正初期においてもなお明確ではなかった。美濃部達吉「公法判例批評」法学協会雑誌(第 34 巻第 7 号、122-137 頁。大正 5 年)の所論は、「公法人トハ国家ヨリ特別ノ公ノ権能ヲ認メラレタル法人ノ謂ニ外ナラズ」(132 頁)、「公法人トハ法人中ノ国家ニ類似スル法律上ノ地位ヲ有スルモノ」(同)、「公法人ハ唯国法ノ認ムル限度ニ於テ特別ノ公ノ権能ヲ有スルノミ、唯此ノ限度ニ於テノミ公法人ハ私法人ト法律上ノ地位ヲ異ニスルニ止マル」(134 頁)といった同義反復の説明の域を超えない。

18 第 108-109 回法典調査会(明治 28 年 9 月 2 日/9 月 4 日)において第三編人権第二章契約第十二節会社(第 674 条-684 条)の論議が行なわれた。ここで会社とは民事会社と称されるものである。起案者富井は、会社契約(第 674 条第 1 項、「会社契約ハ各当事者力共同ノ目的ヲ達スルニ必要ナル出資其他ノ事項ヲ約スルニ因リテ其効力ヲ生ス」)の理由説明にあたり既成法典及び他の国の法典と本案との相違を述べた。1)「民事会社ノ規定ト云フモノハ民事会社ト云フモノヲ全ク人ノ觀察ヲ土台トシ極々人ノ間ニ出来タ結合」であり、2)「人智ノ発達シナイ時代」においては申し分のないものだが、3)「段々社会ガ進ンデ参」と多人数の会社が生まれ、それを法人にすることに利点が存するが、4)「必ズシモ法人ニスル訳ニハ往カナイ契約關係デ済マス場合モ可ナリアロウト」想定して、5)「随分多人数デ会社契約ヲヤルコトモアラウ思ヒ其ノ精神ヲ以テ條文ヲ規定」し、6)「会社ト云フモノハ営利ヲ目的トスル契約ニ限ラナイコトニ致シ」7)既成法典の「会社」規定の解散の箇条は原則として不都合なので合名会社の規定にならって改編したと。

同時に、「此ノ会社ト云フニ付テ……会社ト云フ辞ハ何ウモ一般ノ人ノ感じニ契約ノ結果即チ契約ニ依テ出来タモノ即チ商事会社ノ如キ法人ノヤウナ感じヲ持ツ人カ多」いので「今一層優ツタ辞ハアルマイカ」と思考するに「組合」、「結社」というものを考えついた。だが「孰レモ充分デナイ」。とりあえず「余程聞エガ悪イ」ものであるが「仮に会社ト云フ辞ヲ存スルコトニ致シマシタ」とある。

いずれにしても「会社契約ト云フモノハ漸々ニ適用ノ狭マイモノニナツテ来ル」。

当該の箇条を審議した衆議院民法中修正案委員会(明治 29 年 3 月 13 日)における中島委員による質疑と政府委員富井の答弁を受け「会社」は「組合」に修正された(『帝国議會衆議院委員會議録』明治編 27、第 9 回帝國議會、明治 28 年、追加二、149-151 頁)。

第 675 条「各社員ノ出資及ヒ会社ノ利益ハ総社員ノ共有ニ屬ス」という条項により組合型法人の成立の芽は摘み取られ、フランス型協同組合法を構成する機会が失われる。

設計者富井は東京帝大の講義で不思議なことを述べている。「民法八出資ヲナシテ共同ノ事業ヲ営ムコトヲ約スル契約ト云ヒオルカ、余八法文トシテ八常ニ当ヲ失シ居ルト考フ、即チ共同ノ目的ヲ達スルタメニ、其ノ事ニ協力スルヲ云フ、即チ出資ヲナス八第一ノ義務ニシテ・・・共同ノ目的ヲ達スルタメニ之等ノ義務ヲ約スル契約ト云ハント欲ス」(『債権各論』、大正元年東京帝大講義録、文信社、大正三年、268-269頁)と。設計者当人が設計を失敗したというのではなく「常ニ当ヲ失シ居ルト考フ」と述べたことは、真の設計者が別に居たことを匂わすものである。そうでなければ、ドイツ民法に倣い民法を私権の体系として構想する穂積が起案プロセスに及ぼした事情等への批判であったろうか。

¹⁹ 注24とも密接に関連するが、「18世紀の農業経済的な法」(山口俊夫、『鈴木先生古稀記念 現代商法学の課題』中巻、有斐閣、昭和50年、1578頁)の側面を有するフランス民法における *sociétés civiles*(営利組合)と *sociétés anonymes*(株式会社)の構造的異質性と営利的同質性に関する研究は富井、梅の守備範囲であったが、梅も含め組合を「必ずしも法人ニスル訳ニハ往カナイ契約関係」と判断したことは、団体設計の基本思想をドイツ型に求めフランス型から転換したことの結果であろう。社団性と法人性とを即時的に連結させる発想である。ただし、梅が、この時期、組合を社団の一コロラリーと解した節があることは前掲注15の文献から知れる。

²⁰ 松本、上掲論説、「其間接ノ効能ヲ挙げ来タリ相互保険会社ハ保険事業ヲ為スニ因リ国民ノ財産ヲ鞏固ニシ産業組合ハ中産以下ノ小民ノ実業ヲ発達セシムルヲ以テ公益ニ関スル法人ナリト謂ハンカ鉄道会社、鉱業会社、其他天下ノ社団殆トートシテ公益法人ニ非サルナキニ至ルヘシ」という文脈で、公益と「公益ニ関スル」ということとの区別が論じられている(58-59頁)。「公益ニ関スル」と言い、「公益ニ為ル」と言い、そのものとして「公益」ではない点で同次元にある。これら双方を何らかの基準で区別しても実益はない。

²¹ 筆者の構造的把握は、山本桂一『フランス企業法序説』、東京大学出版会、昭和44年に拠っている。なお、拙稿の本誌第134号掲載分の注1で山本が「営利組合」なる術語を使用した理由を述べた。それは、「フランスにおける営利組合と非営利社団について」(一)、法学協会雑誌第73巻第6号(昭和32年)中の注(七)(676頁)に「*société*の規定は民法典のみでなく、商法典にも存在し、両者の関連は、甚だ明確を欠く。前者を『組合』、後者を『会社』と訳することが通例で、私も従来これに従ったが、今回は二の法典の制度の有機的連関を一層明らかにするために、敢えて *société* を営利組合とし、*société civile* を民事的営利組合、*société commerciale* を商事の営利組合という廻りくどい表記を用いた」とあることに着目して為したものである。

だが同氏による「フランスにおける組合法人論」法学協会雑誌、第65巻第4号(昭和22年)中の注(三)に「営利組合」とは「来栖・共同相続財産について、法協55巻5号41頁は此の訳語を使用される」との記述があり、造語者は来栖三郎に訂正しておく。だが山本の把握の鋭さは、いささかも減じることはない。

²² 「穂積博士使用本」である(主)甲第4号議案(4頁)の余白には多くの書き込み(ここでは便宜的に[]に入れる)があり、その中に、[独ニ草 公益、慈善、社交、学問、技芸、紐ハ391ニ於28種ノ法人列挙、「カリ」ハ26種ニ限ル(286)]というものがある。紐とは紐育州民法を略記したもの、「カリ」とはカリフォルニア州民法の略。他に、[瑞債716 慈善、社交、宗教、学問、技芸其他理想的「イデヤル」ノ目的ヲ有スルモノ]といった朱の書き込みがある。引用例の数に拘った跡が窺える。理由書に挙げられたスイス債務法には6例ある。穂積は作条の思想という点ではなく、この引例に焦点を当て「法人設立ノ目的中最モ普通ナルモノヲ指示スルヲ便利」との理由を引き出した。

書き込みのうちで特に注目されるのは、[英 Friendly Societies Act 1875 (1) Friendly Societies (2) Cattle Insurance Societies... 4 Working Mans' Club]等と中間法人の設置法が挙げられていることである。穂積の関心は、しかし、法人法定主義の抜書きに限られ、これら中間法人の本質を検討した節

はない。

²³ スイス民法について松本丞治が「営利法人ノ觀念」を論じる前提として紹介している件があるので引いておく。「瑞西新民法力政治的、宗教的、學術的、技藝的、慈善的、社交的、其他非經濟的ノ任務ヲ目的トスル社団ト定メルハ我民法ノ如ク公益ナル文字ニ依リテ其目的ヲ制限スルノ愚ヲ為サル点ニ於テ独逸民法ノ規定ニ類セルカ如キモ經濟上ノ業務ナル用語ヲ採ラスシテ却テ經濟的ノ目的ナル文字ヲ使用シタル」。「営利法人ノ概念」法学協會雑誌、第28巻第3号、明治43年、355頁。

松本は当該の第二節Die Vereineに先行する第59条第2項の構造に注目し「佛国法ノ主義ニ近キモノタルコトヲ知ルヘシ」(356頁)と述べるが、それはDie Vereineの節に関してこそ正鵠を射るものとなる。第59条2.に「經濟的目的を追求する人的団体(Personenverbindungen)は、会社及び協同組合に関する諸規定に服することとする」とある。スイス法でいう人的団体はドイツ法KVereineなる一つのクラスカテゴリーとすることは第60条からも明らかである。

ドイツ法でのVereineに社団という訳語を当てる限り、スイス民法でのVereineという術語に、それが団体的機構を備える民事会社であるが故に、社団なる訳語を充てる不都合さが明らかとなる。

²⁴ フランス民法における特殊な企業概念との関連で、穂積の扱いは概ね肯定できる。だが、同国での企業概念の歴史的かつ構造的分析を行なっている山口俊夫によれば、「役務貸借」は、「個人主義的自由主義体制にあつては、『企業』はそれ自体として固有の法律概念を構成してはいなかった。企業とは、生産設備、資材等の個別的所有権の集積であり、企業活動とは、資本提供者ないしその代理人によるこれら一連の所有権ないし占有権の総合的行使にほかならないものとされた。他方、企業活動のために形成される労働関係は、個々の労働者を使用者に結びつける個別的雇用契約(louage de service 役務契約)の並列的集積としてとらえられた」という文脈で意義を有するものである(前掲注19、『現代商法学の課題』1677頁)。

²⁵ 「認」とは既にある事柄を事実として認めること。だが、草案第39条は外国法人には設立=許可という行政行為が当然にも及ばないので、認許とし、現在も残存している。

²⁶ 第15回主査会議事録中の該当引用箇所は、は法務大臣司法法制調査部監修「民法主査会議議事録」、『日本近代立法資料叢書13』、社団法人商事法務研究会、昭和63年、391-403頁。ただし中の引用箇所は個々に以下で挙げる。

²⁷ 「集会及結社法案」第1条に「此ノ法律ニ於テ・・・・結社ト称フルハ専ラ営利商業ヲ目的トスルモノノ他何等ノ名義ヲ以テスルニ拘ラス社員ヲ募集シテ団体ヲ組成スルモノヲ謂フ」とある。『大日本帝国議会誌』第1巻2号、1868-1870頁)。本法案は政治集会を取り締まるものであり、結社そのものを敵視する治安警察法(法案審議は『大日本帝国議会誌』第3巻、998-1001頁)とあいまって団体規制の中核立法を成す。

²⁸ 前掲注15『民法原理』(168頁)で梅は「国、府、県、郡、市、町、村・・・・(について)法律ハ此等ノ団体力権利義務ノ主体ト為ルコトヲ認ムルカ故ニ之ヲ法人ト看做サルヘカラス何トナレハ法人ニアラサレハ権利義務ノ主体タルコトヲ得サレハナリ」と、地団の存在を所与とし、その意思をもって説きうるような回答を与えている。前掲注7「法人の代理と代表」では川島は梅を「法人否認説の基礎の上で擬制説的な表現」(61頁)をしたものと見ている。

²⁹ 行為能力の存否と意思能力の存否とは相即する。松本丞治は法典問答において客観的記述であるが、ブルンチュリ、ギールケ等の所説として意思説を引き、「此ノ説ハ近時ニ至リ大ニ勢力ヲ得仏国学者中ニモ之ニ傾ケル者アリ・・・・両説ノ可否ニ至リテハ茲ニ論評スヘキノ限ニ非スト雖モ我国法ノ解釈トシテハ法人ハ意思能力ヲ有セスト論スル学者多キモノノ如シ」として、論者の代表格に富井、梅を挙げている(『法典質疑問答集』第一編民法総則全、有斐閣、明治42年、第五版、103頁)。

30 前掲注 28『問答集』中に杉山直次郎による的確な回答がある。曰く「営利法人トハ其法人ヲ組成スル者ノ営利ヲ目的トスルモノト解釈スルトキハ社員ヲ要素トセサル財団法人ニ営利法人ナキコトハ当然謂フヲ須タサルナリ」(108頁)と。

Privatstiftung(私財団)を視野に納めた回答を中山成太郎が与えている(106頁)。

ドイツ民法の編制と異なり、わが国で「社団組織の営利法人を会社として認めるが、財団組織の営利法人を認めていない」(前掲注 4、田中、7頁)とするが、何を指すか。民法調査会での穂積の論議では、非営利性の成立根拠を剰余の社員間における非配分に求める、逆を言えば営利性を社員間における剰余の配分とする。同時に財団の実体を寄付された財貨とする。よって、ここでは、営利の財団法人は論理的に成立しない。ドイツ民法も同様である。

31 「多数ノ利益」が「不特定多数の者の利益」に推転する実体的理由は産業組合等の中間法人の設立による。この種の量的差別化は、一定の意味において意義があるにすぎない。

32 前掲注 28『問答集』中に杉山直次郎による回答があるが、要件は並列的である(124頁)。

管見するところ、起草委員たちの関心は積極要件、消極要件、行政庁による許可という三要素説に置かれることはない。この種の整理は、法律実証主義的解釈に腐心した鳩山秀夫『日本民法総論』(上巻、岩波書店、大正12年、152頁)が初出であろうか。

33 前掲注 21 で紹介した「書き込み」の中に鉛筆で「横田・・・「営利ヲ目的トセサルモノ」ヲ削レ」がある。穂積が回答を避けた事情について、ある種の想定が可能である。端的に言えば、公益と非営利とを非営利に即して比較すると後者が類的概念で、又は外延の大きいものであると自覚しつつも、敢えて前者を焦点とする積極的な見解を用意するに至っていなかったということである。この点で梅の見解は正鵠を射たものである。

34 ドイツでの論議は、既述のように、

wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb をめぐるものであって、それは経済上の利益を目的とし、又は経済上の利益を享けることを要件とするか否かを争点とするものであった。一つの整理として、前掲注 23、「営利法人ノ概念」を参照のこと。

35 法務大臣司法法制調査部監修、民法第一議案「(主)甲第四号議案」、『日本近代立法資料叢書 13』、社団法人商事法務研究会、昭和63年、45頁。

36 第8回総会議事録中の該当引用箇所は、法務大臣司法法制調査部監修「民法調査委員総会議事録」、『日本近代立法資料叢書 12』、社団法人商事法務研究会、昭和63年、251-259頁。

37 「私権ヲ離レテ私権ノ問題ハ枝葉」とは穂積の起案思想を評してのものである。「私権ヲ離レテ」とは民法の規定目的から逸脱しているとの意味で、「私権ノ問題ハ枝葉」とは主務官庁の許可が37条の規定の眼目であると喝破しての謂い。

「枝葉」は以下の箇条にも関連する。第41条[定款の変更]の立法理由に、「定款ノ条項ハ設立許可ノ条件ト為レルヲ以テ若シ擅ニ之ヲ変更スルコトヲ得ルモノトスレハ国家ノ監督権ハ為ニ有名無実ナルニ至ラン故ニ其変更ハ更ニ主務官庁ノ許可ヲ得ルニ非サレハ効力ヲ有セサルモノトナセリ」とあり((主)甲第4号議案、上掲注 35、47頁)、第51条[財産目録、社員名簿]については、「本條ノ規定ハ専ラ公益ヲ目的トスル法人ニノミ適用ス而シテ社員各自ノ利益ヲ目的トセサル法人ニ於テハ殊ニ其監督ヲ嚴ニシテ其財産ノ濫用ヲ防止セサルヘカラス」というのが本条の規定を要する所以であると(同上、52頁)。

主務官庁による監督規定(第66条)の設定理由において予防的取締のトーンは最高潮に達する。「法人ハ総テ公益ニ関シ其業務ノ景況如何ハ国家ノ治安及ヒ経済ニ影響ヲ及ホシ公衆ノ利害ニ関係スルコト頗ル大ナルヲ以テ行政上ノ監督ヲ要スルモノトス 本條ハ法人設立ニ主務官庁ノ許可ヲ受ケシメ又主務官庁力許可ノ取消ヲ為スコトヲ得ルノ條ト照応シテ法人設立ヨリ生スル濫弊ヲ防御スルノ旨意ニ出タルモノナリ」(同上、57頁)と。

38 ここでいう精神とは、理由では人事編第5条を改正したものと言いつつも、同条で予定していない「許可」制度を軸とした法人の設立を規定したという意義で改正限度を超えている、という意味。

39 穂積陳重、富井政章、梅 謙次郎校閲、松波仁一郎、仁保亀松、仁井田増太郎合著『帝国民法正解第一編総則』、明治29年、270頁。富井政章『民法原論』第1巻総論、訂正第4版、有斐閣、明治37年10月、183頁。梅 謙次郎、前掲注15『民法原理』、167-168頁。

40 林 寿二『公益法人論』（湘南堂書店、昭和56年）は、民法制定から宗教団体制定を経て宗教法人令制定に至る過程及びその後を歴史的に分析する(32-45頁)。宗教法人法の制定に至るまで当該分野の法人化が進展しなかった事情については法社会学的検討を要する。

前稿において引例分野がヘゲモニー装置に属するとしたが、当該の装置は思想信条の自由、公共圏、コミュニケーション等を対概念とするもので、この意義で戦後日本において始めて政治的社会的意味を持つ。敗戦後における公益法人の爆発的増加の決定的要因はかかる連関のうちに求めることができる。

41 富井政章、前掲注39『民法原論』、198頁。富井は「公益法人ハ公共ノ便益ヲ目的トスルモ国家ノ公務ヲ行ナフモノニ非ス公益事業ハ決シテ国家ノ占有物ニ非サルナリ公益法人ハ常ニ私ノ事業ヲ営ムモノト見ルヘシ唯其目的カ公益ヲ計ルニ在ルカ故ニ国家ハ一定ノ条件ヲ以テ之ニ人格ヲ賦与スル」(196頁)と述べ、穂積に微妙に異なる見解を蔵していたことを窺わせる。1) 公共性の国家独占を否定しつつ、2) 私的事業を行うものであるが、3) 「唯其目的カ公益ヲ計ルニ在ルカ故ニ」法人格を国家が与えるのだ(196頁)。

制度設計が不十分であったという思いは「法人ニシテ同時ニ公益及ヒ営利ヲ目的トスルモノナキコトハ疑ナキ所トス然リト雖モ公益ヲ目的トセサルモノハ必ス営利ヲ目的トスルモノト解スヘキヤニ付テハ疑ナキ能ハス例ハ八産業組合又ハ相互保険ノ如キハ其何レニモ属スルモノニ非サルヘシ」

(198頁)という文脈において兆した。

ところで、現在においても影響力を有し続けている川島武宜の法人了解についてふれておく。川島にあって法人とは「社会関係を一定の仕方では処理するためのことば的技術或いは記号的技術(symbolic technique)」「企業の法人格」(著作集第6巻、42頁)である。こういった把握は「財産関係を分別し権利義務の単一の単一の帰属点として個人法的(individualrechtlich)に処理されるにふさわしいような・且つそのように処理されることを必要とするような・社会関係が・どのような型、どのような構造のものであるか」を問題(46頁、傍点は川島による)とし、社会関係の規範的構造類型を確定処理する上で実践的な指針としての意義を有する。だが、価値中立的な「技術」として法人を把握する立場は、「社会関係」を個人法的処理の適否、かつ、その必要性の観点から対象化するという方法的制約から逃れがたい。

そこでは、いかなる社会関係を法人として設計する必要があるのかという価値的問い、類概念としての公益性判断が問われることは稀であろう。そのために、一方で、実践的には、法技術が仕える社会つまり団体を時代の要請の観点から設計し、改変する視座を欠く危険性がある。他方で、理論的には、現に存する団体的法秩序を特殊歴史的な階級性を帯びた公的意思の存在形態として分析する視座も確定されえない。

例を挙げれば、実践的つまり社会的要請の見地から外部理事、監査制度を導入するといったことを川島の把握はとりこめるのであろうか。ここでは、当然にも諸団体そのものを社会的編成の視角から対象化する必要があり、その構造を問うとき「個人法的」に処理することは困難である。むしろ、この面では、それは団体の独立性、特に意思決定過程及び執行監督における団体、社員の自立性の確保と公的利益の保全における員外の関与という複雑な問題を抱え込むことになる。

また、「型」認識を歴史的に相対化する視角を欠いては、技術自体が陳腐化する。この意味で現にある制度の歴史的分析が必要とされるのである。なお川島が「ことば的技術或いは記号的技術」という法人了解は、その本質において擬制説に基づくもので説明技術上の新規さは見られるものの、内容に新しさはない。