

# 協同労働者と労働法

島村 博(協同労働法制化市民会議)

## 目次

### はじめに

### 対象と方法

#### I. 協同労働の中心的論点

- 1-1. 協同労働者
- 1-2. 企業組合法人の構造変容
- 1-3. 従来の非営利観念と労協(本号)  
(以下次号)

#### II. 社団と企業をめぐる基礎的観念

- 2-1. 結合契約と社団秩序
- 2-2-1. 従属契約と企業秩序
- 2-2-2. 結合契約と従属契約
- 2-3. 労働秩序への結合契約の媒介

#### III. 端緒範疇と媒介

- 3-1. 組合員範疇
- 3-2. 従事組合員範疇
- 3-3-1. 形式的媒介
- 3-3-2. 実質的媒介
- 3-4. 労協における賃労働関係

## はじめに

小稿は、協同労働者と労働権との関係にあてられる。協同労働の協同組合法の制定は、広義で法人改革の一環をなすものであり、この意味で、現に進行中の「公益」法人改革に関する一定の提言を含まざるをえない。さすれば、以下で提出する論議は、法人にまつわる全包括的論議をバックグラウンドにおいた検討を踏まえるものとならざるをえない。

とくに、協同組合を念頭においた「企業」観念の検討を欠いては市民会議が提起している労働の構造把握が不可能である。ここでは、焦点となる論点の一部について検討を行っておきたい。

## 対象と方法

### 二つの目的をもつ法制化運動

市民会議は「協同労働の協同組合」(以下、労協)の法的認知を求めている。労働者、市民が就労機会を自ら創出するために資本をもちより、ともに働き、経営を管理するふさわしい法の仕組がないからである。法制化運動の目的は、一面で、働く者による出資・労働・管理を保障する団体に法人格を付与させる、つまり労働者協同組合の法的認知をめざすものであり、他面で、当該法人における就労者に対し公正な労働ルール適用を保障し、当該法人にその実現責務を負わ

せることにある。こういった働き方をめざしている人々の数は、推定で既に10万人を超える。この意味で、法制化はすでに社会的事実となっている労協に形式面及び内容面で制度的保障枠組を与えるものとなる。

### 三つの主題とかがわる法制化運動

法制化運動の法的に重要なテーマは、実践的には、第一に、ふさわしい法人の形態、構造とはどのようなものか、第二に、従属労働でもなければ個人的な自営業者の働き方でもない労働の意義とは何か、第三に、この労働のあり方との関連で、又はあり方にもかかわらず公正な労働基準、それを支える社会的仕組とは何であるのか、というものになる。

第一の主題は、公益的な、又は観念的な(イデアール)事業を目的とせず、組合員の相互扶助を目的として経済的事業に従事するということから、協同組合法人に焦点を据えて考察されうる(法人のタイプ強制)。第二の主題は、賃労働者との対比において当該労働者の意義を明確にすることにかかわる。第三の主題は、労働法の適用問題に直接に関連する。労基法上の労働者(法9条という使用人としての労働者つまり従属労働者)又は労働組合法でいう労働者(法3条でいう賃金労働者)のいずれにも該当しない労働者

がすでに登場している。協同労働者は法的定義の与えられない労働者であるにしても、積極的な、自発的な選択を通じた労働者の一つのありかたとして、緊急避難的な対処によってではなく立法によってその地位を明確にしてゆくべき恒常的な存在である。しかも、これら、法の圏外にいる労働者にとっても公正な労働ルール適用が必要であるとすれば、それはどのような仕組を通じて行われうるのか、という設問となる。

### 第一の主題に関する欧州の経験 多様な労働者協同組立法

欧米では、労協を創りあげるうえで法的障壁はない。つまり、第一の主題は、一応、解決されている。しかも、憲法による促進(イタリア)から自由設立(ベルギー、ルクセンブルク)の承認に至るまで多様な回路が用意されている。それは、見かけ上で、一般に生産・労働者協同組合と呼称される労協の根拠法及び法構造の多様性となって現れている。

多様性は、協同組合法人の法的形式特有の協同組合法人格を有する(形態的協同組合)か、法人の形式は何であれ協同組合基準に従って協同組合として処遇を受ける(実体的協同組合)か、国によって相違する<sup>1</sup>のみならず、そこで就労する組合員と労働法との関係においても見られる。

法的水準での相違は、商法典を基準とし

て概ねフランス法圏、ドイツ法圏と区別することができるかに見えるが、必ずしもそれで説明しつくせるわけではない。また、民法、商法を基礎として成立する私法人体系の構造的相違との関連で各国のありようを浮かび上がらせる作業も実りが無い。それは、歴史的にみて、会社・組合の法人諸形態の全系列が舞台に登場した後で最後に登壇をまたれていたのが協同組合であった、といういわれの中でしか処理し得ないものである。

労働法との関係での多様性についても同様のことが言える。しかし、ここでは、従属労働者に適用される法律を協同労働者に及ぼすか、及ぼさないかという点を基準とした相違<sup>2</sup>となって現れ、事態は格別に単純である。これは各国の労働立法に関する法政策に直接に関係する。しかし、賃金労働者ではなく剰余の配分を受ける労働者であるという労働者規定においては同一であるか、それに親しむ。

こういった多様性の根拠は、近現代史を紐解いて説明すべき事項であり、一般的には市民革命の展開構造に関連し、特殊には各国の団体法制度史に深く根ざすものであり、ここでの関心の範囲を超える<sup>3</sup>。法制史的概観を要するとは、労協法を含む協同組合法 これらと密接に関連する民法商法の歴史は多様な経路を辿って現在に至っており、いくつかのキーワードで処理

できる水準にはない、ということを含意する。

ところで、わが国において公益法人改革の推進されつつある現在、ふさわしい協同組合法を追求する上で、西欧諸国における法人にまつわる全系列の論議を念頭におき制度設計思想を打ち固める必要がある。

一般的には、法主体 法的人格(自然人、法人)、人格 権利能力(部分的権利能力)、主観的権利 客観法といった法人の本質を巡る論議の歴史的相対化を通じた内容における現代化又は相対化が、特殊には、1960年代末に提起され今日に至っている企業法論の概念枠組み、「企業は法主体か、法客体か」<sup>4</sup>といった論点の 未完であるが故の継承、発展が法人法に関与する者にとって避けては通れない。

## 第二の主題へのアプローチ

我われは出資もすれば経営もする労働者に協同労働者という術語を与えてきたが、第二の論点は、この構造にかかわる。ここでは組織された人格的結合体 法人の構造的、形態的クラス概念としての意義ではなく、広義で、社団 の観念が不可欠の契機として前提される。論点は、税法のロジックとの関係を一端は度外視すれば、単純である。従属労働者ではない組合員労働者、従事組合員を予定する企業組合制度との対比を行えばさしあたり十分である。

### 第三の主題へのアプローチ

第三の論点は、第一に、労働法の形式的な対象に即した観点からの評価ではなく、その内容に照らした把握を前提として、対内的には、協同労働者に労働保護法制を媒介する仕組みを、対外的には、労働者という側面との関連で協同労働者にとっての団結権のあり方を、協同事業主体という側面との関連で公正な契約のあり方にかかわる問題を包括する。ここでは、第二の論点で展開される労協という企業構造における主体を確定しつつ、それぞれの問題が処理される。そのポイントは、人格的結合体つまり社団においても経営においても法関係の個別の当事者として登場する協同労働者という名の従事組合員となる。

処理の容易さという技術的理由から、冒頭において協同労働者について述べ、次いで、労協の企業構造にふれ、最後に協同労働者の労働権を考察する。

## I. 協同労働の中心的論点

### 1-1. 協同労働者の存在形式

協同労働 (le travail associé) とは、措辞としてなじみがうすい。ところが法制官僚は、占領期に、中小企業等協同組合法 (S.24 年 6 月 1 日公布、法律第 181 号。以下、中協法)

で掲げる企業組合の制度設計において、雇用関係のない労働なるものの核心に接近しうる機会を得られたはずである。同法案を審議した衆議院商工委員会で政府委員は「資本と労働が合体」した「新しい経営形態をここに創出しようというような考え方」に立って当該経営を協同組合として構想した旨、述べているからである。だが、同法は、以来 50 余度の改正を経たものの、企業組合を労協として発展させる軌道をたどることなく、先ごろの改正 (H.14 年 11 月 22 日) により成法的意味での協同組合基準すら喪失するに至る。

該委員会で、雇用労働者ではないにしても労働組合法 (中協法と同日採択) 第 3 条の意義での労働者 (賃労働者) との対比において、「新しい経営形態」における労働が何であるのかは明確にされなかった。戦後復興段階における状況に深く規定され、組合員の所得保障及び課税優遇に焦点を当て「給与」所得を無前提に想定したからである。すなわち「企業組合の組合員が組合で働いた場合に受け取る給与に対しまして、勤労所得者の勤労所得とみなしてゆくとというような形に……して……企業主体に対する事業税のようなものを排除しておる」。それは「企業組合員はそれ自身において、もうすでに経営者の地位を去って……経営体としては一つであるわけで……税法上の問題として」このように考えられるのだと<sup>5</sup>。

所得の扱いは税法との関連で重要であるがそれが法技術的処理に止まったこと、及び、「すでに経営者の地位を去った」という組合員の意味づけは、「出資・労働・管理」を組合員において一体化させる働き方になじむ協同組合の発展方向を描きうる可能性をもつものではなかった。「組合員でこの組合に働く方々の給与の上において……(みなし勤労者所得という)制度をとる」ことで「零細企業をできるだけ高めたい」<sup>6</sup>(カッコ内の文言は委員会での論議を踏まえての筆者による挿入)という答弁に示されるように、時の経済的、社会的課題に対応できる小企業の競争力の育成、経営改善をめざし、負担の軽い勤労者課税処遇を図ることによりその設立を刺激することが制度設計目的であったからである。雇用関係のない「新しい経営形態」を構想しえても、雇用関係のない労働に着目することはなかったということになる。

この限界を反映し、剰余処理に関連し中協法で設計されたものは利用分量配当だけである(法9条、59条)。後に、中協法第8次改正(S.30.8.2)により、勤労者所得の規定(法23条の2)が導入されたときには、もはや、労働に従事したことを基準とする配当という観念は歪んだ形でしか規定されえなかった(法59条第3項)。それは、従事分量配当という投下労働時間量に対応する賃金のような性格づけを与えられるとともに、

かつては組合所得から控除された利用分量配当(に埋没していた「従事分量配当」とは扱いを異にし、企業そのものの剰余として課税利益とみなされるに至ったからである。ここで、「資本と労働が合体した」働き方を独自に意義づける機会はさしあたり失われたことになる。

核心とは、働く者が労働の対価、労賃を得るのではなく、経営の剰余処分として利潤の配分を受ける働き方である。この所得の形式的性質から導きうる労働者を仮に協同労働者と呼ぶことにする。このかぎりでは企業組合における働き方と決定的に異なる。だがこれでは賃労働者規定をまとわない自営業者の働き方と区別がつかない。

自営業者との決定的相違は、協同労働者は対外的取引において団体の名において登場し、権利を取得し、債務を負担し、訴訟当事者となる、むろん、破産能力も強制執行能力も認められ、という点にある。すなわち、人格的結合体つまり社団、共同団体に自己を組織した労働者としてのみ存立する。ここでふさわしい共同団体は、現在までに開発されている法人の体系からすれば、協同組合となる。したがって、利潤配分との関連で協同労働者と仮称された労働者は、ここで、社員権つまり共益権の行使により自益する労働者、自益権の享受を共益権の行使に依拠させる労働者であるとの実質的規定が与えられる。

と同時に、労働する者は、経営の原資を自らもちより、本来配分可能な利益の一部を放棄し団体の独自財産である積立金へ繰入ることにより資本を造成するという意味で、資本と無縁な賃労働者ではない。形式的に、資本が人格した資本家を予定しないだけでなく、実質的に、社員権つまり共益権の行使により資本を形成する決断を行うからである。この意味で管理と労働とは互いに関連しあい、労働する者が経営をも行う。

協同労働者が存続しうる仕組～私法内存在に止まらない労協という法人

ここでは、しかし、当該団体を市場のアクター、取引主体として制限的に解する協同組合を経済的取引の主体として設定することは不可欠であるが、今や、この主体的契機もまた相対化されなければならない段階に到達していることは、先で触れるとして、一方で資本維持の規定を欠落させたまま組合員の責任が有限化され、他方で債権者保護という公的秩序の利益を維持する責任が組合に内部化されるということに鑑み、監査制度のありかたが営利企業の場合と比較にならないほど重要となる。営利法人では、一方でそのガバナンスが資本維持に関する法的統制規定により制約され、他方でマネージメントが日常的に証券市場により外在的にコントロールされる。透明な経営、債務を担保する団体責任の確保は、

このように、ともかくも客観的に強制されるからである。

因みに、ここで、見落としてはならないことは、公開会社(Public Company)を基本とする営利会社は、証券市場の制度であって、市民的公共空間内の存在ではない、ということである。つまり、無数の投資家を保護する制度の一環として営利会社のガバナンスが発想されているわけで、そこでの制度的なありかたを協同組合に導入する可能性はない、ということである。また、現行の法人制度の基本的コンセプトがほぼ固まった19世紀末、20世紀初頭において、債権者保護といった対外的な組織構築のモメントは明確であったものの、ふさわしい内部構造への問いかけは極めて希薄であった、ということである。商品市場の主体として、外部との取引を中心とし、その内的反映としてのみ団体の内部構造設計がなされたにすぎないからである。

だが、こういった枠組それ自体を協同組合において課題化することは、企業という仕組から協同組合に光を当てたときに、古典的テーマに属する。現代の協同組合については、より拡大した視座から、と同時に、企業法のロジックをさらに越えた地平に光を照射して組織の内的構造を問わなければならない。そのキーワードは、マルチ・ステークホルダー・システムである。それは、債権者、利用者といった人格的ファクター

においてのみ語られるものではなく、人格そのものが生き、暮らす地域そして将来の利益をも見込むものである。

したがって、このキーワード自体は、経済的な取引の主体 商人人格の現実態 としての協同組合の性格を副次的な性格に位置付け返す機能、可能性を有していることを見過ごしてはならない。端的に言えば、マルチ・ステークホルダー・システムというキーワードは、協同組合を含め経済的事業をいとなむ組織、法人を市場の競争単位として、従って財産権の主体としてのみ抽象的に発想し、法主体化してきた近代法のパラダイムを越える起動力をもつ観念であり、協同労働者はこういった脈絡においてしか存在し続けることはできない。地域に密着し、地域のニードを就労機会に結びつける地域内企業として労協がはじめて存立しうからである。

この意味では、労協法人は、大企業 内部的には多元的な利害構造を有し、対外的には一国の経済すら破滅させうる経済的、政治的力を有するが故に と同様に、しかし「NPO」法人等とは異なって、単なる私法内的法人に止まることはできない。直截には「不分割積立金」の積立を協同組合要件として法定することを主張する限り、大陸法つまりドイツ法、フランス法に見られず特殊英国的なメモランダム制度を考慮に入れた登記制度といったことも想定すると、

単なる私法人ではない労協の法的位置づけが正面から論議されても良いと考える。

労協の企業特質を「出資・労働・管理」の三位一体と称する。だが、ここから従事者は従属労働者ではないという印象が得られるにしても、同時に賃労働者でもないという観念を導くことは容易ではない。協同労働者の上記の核心的及び実質的規定が浮上しないからである。営利企業よりも峻厳さが必要な統制機構の役割についても同様のことが言える<sup>7</sup>。

## 1-2. 企業組合法人の構造変容

企業組合は生産協同組合の一般的形式であり、事業者ではなく自然人のみが組合員となれる協同組合とされる。そのために労協の設立にあたり企業組合の参照が指摘される。しかし、すでに述べたようにその利用可能性は全くない。企業組合が制度的に労協に応用可能なものとなりうるベクトルを完全に喪失したからである。ところで、企業組合には多様な形態があり、事業所集中型(事業者中心型、勤労者中心型)、事業者のみを組合員とする事業所分散型(統合型、単一型)と区別されることがある<sup>8</sup>。これらそれぞれについてではなく法律が予定する理念型としての非事業者たる個人からなる事業所集中型を念頭において論じることとする。このタイプだけは労協に使えるだろうという発想だからである。

ベクトル喪失との判断は、平成14年改正で、第一に、当該組合の行う事業に従事する組合員割合〔従事割合〕が1/2以上に（法9条の11）、第二に、当該組合の行う事業に従事する者（従事者）の割合〔組合員割合〕が同じく1/3以上に（法9条の11-2）緩和されたということに基づく。因みに、この種の規定は原始中協法において存せず、それ以降の改正の基本方向において登場してきたものである。第三に、個人に限られていた組合員資格を投資ファンド等の法人、利用者にまで拡大（法第8条の6）し、従事割合、組合員割合を低めたことと並び、協同で労働する者が創る協同組合の形式的側面を廃した、という点にも求められる。

変質理由として、企業組合の現状の法的追認及び起業ツールとして利用しようとする政策的意図を挙げうる。現状とは、一方で、ミッション駆動型企業ではないので組合員として加入する魅力が小さく、他方で従事組合員が高齢化し就労離脱を余儀なくされ、雇用労働者を抱えなければ事業を継続できないという事態をさす。後者は、雇用が縮小する一方、働き甲斐のある職場を求め仲間と共にコミュニティ・ビジネス分野で起業する動き（マイクロビジネス）が一つの潮流として登場する中で、こういったイニシアチブを企業組合の設立につなげようとするものである。問題は改正意図<sup>9</sup>を超えたところにある。

第一に、組合員による事業機会の利用率を意味する組合員割合の歴史的な弾力化傾向は、非組合員による利用の禁止又は制限という他の協同組合法（生協法第12条の3）における事業規制の維持と全く整合しない。事業を利用する組合員はすでに1/3の少数であり、逆に非組合員である雇用労働者による利用つまり員外利用がここでは圧倒的になっているからである。これは員外利用規制の強化の歴史として彩られる生協法では考えられない。

第二に、従事割合の緩和は、組合員及び非組合員の就労より生じた剰余の配分にあずかれる非就労組合員の増加を許容するものである。配分はしかも出資配当が従事分量配当に優先し、配当原資は剰余の2割（改正により倍加）まで認められるようになったことも見過ごせない。むろん、不労所得者の発生を排除するために法定基準以上に厳しい割合を双方について定款で定めることは許される。しかし事業が堅調に発展する組合では、就労せずに出資配当を受け取る組合員が組合関係者（被傭者プラス組合員）の25%まで許容されることから、生産者の協同組合がまったくの形骸となる可能性がきわめて大きい。

第三に、しかし決定的に重要なことは、社会政策的観点を完全に払拭した中小企業基本法の制度改革（H.11）の一環として「中小企業の事業活動の活性化等のための中小企



業関係法律の一部を改正する法律」(法律第222号、H.11・12・22)が制定され、その第100条の定めにしたがい、企業組合は法人の解散手続を経ることなく、組合員の議決で株式会社又は有限会社への団体移行が可能になったということである。移行手続の簡素化という評価もあろうが、法人制度上で社団タイプを固定する制度保障が崩れた<sup>10</sup>とも言う。本質的には、「特有な目的に特有な法人を対応させるタイプ強制」に法人体系の内部編成の形式的基準を求めると、その強制の維持が規範によってではなく内部自治に委ねられたということになる。企業組合が営利企業への過渡的形態として一貫して位置づけられてきたことと符合する。

市民会議は、労協法要綱案において、不分割積立金を協同労働とならぶ不可欠の制度として想定している。それは、団体の事業開発及び発展を担保する独自財産として世代から世代に相伝されるべきものである。しかし、現行の企業組合を労協の根拠法として採用したときに、やがて簡易な移行議決によりそれが新会社の資本となり、かりそめにも新会社たる法人が解散されれば残存社員の間で分割され個人的に領得される。労協が企業組合法人を依拠しうる法人として決して想定できない根本的理由もここにある。

法制度上で企業組合が漁業生産組合、生産森林組合、農事組合法人等の個別生産

組合の一般的形態としての地位を有していることを想起するならば、上記の指摘が含意する意味は普遍的で、場合により組合の発展にとって致命的と言える。この種の生産組合において真の発展方向を描き保障するという意味でも労協の制度化が必要な所以である。そして、なによりもここで強調しておきたいことは、法人そのものが市民的自由、自治の実現手段として多大な意義を有していることに鑑みれば、こういった市民的定存の価値を保障する団体の正式な構成員の地位を確保することが営利社団化によって、より困難になる、ということである。

### 1-3. 従来非営利観念と労協

形式的意義における協同労働者を論じた件で、そのメルクマールとして、所得の源泉を剰余に求め、その配分を受ける労働者と説明した。ところが、わが国では、協同組合法人の事業性格及び剰余配分の制限に着目して、当該法人を非営利法人として意義づける。古くは産業組合の貸金請求にかかる大審院判決(大審院民事判決集26、1561-1577頁、大正9年)、最近ではY労働金庫振出手形の支払請求に関する大阪高裁昭和45年7月29日判決(判例時報621号80頁)で判旨されているとおりである。

原始的には現行民法の原案を議した法典調査会第15回主査会議事(明治26年11月28

日)この方、NPO法人に至るまで非営利とは剰余を分配しないこと 因みに協同組合法では配分の制限という規定を置く だ という見解が法制官の思考を支配し、一般にかかる見解が牢固として存在し続けている。こういう観念は占領軍当局(GHQ天然資源局)が深く関与したにもかかわらず曲折を経て成立した協同組合法すべての仕組に具体化されていく<sup>11</sup>。

経済的事業法人である協同組合は、成法的意義では、概して商品の実現における非第三者取引(組合 組合員間の取引)という点で収支の差額を取得(商人概念の要素としての営利)することを目的とせず、期末剰余を配分しても割戻の手法によるので本来の剰余配分(商行為概念の要素としての営利)に当たらないとされ、営利団体から除外される。対して、労協は、主として非組合員と取引を行う。つまり、組合 組合員間の取引<sup>12</sup>という非市場取引による事業を行うものではない。そして実現剰余を組合員の間で配分する。これに照らせば労協は紛れもなく営利団体である。労協の非営利性を論じることは本意ではないが、人口に膾炙した素朴な非営利観念、規範的定義としての非営利を照射することで労働者協同組合の組合員概念がより際立つものとなる

ここでは、剰余配分を捨象しないかぎり、協同組合は非営利である、労協は協同組合の一つの型である、よって労協は非営利団

体である、という素朴な三段論法は成立しない。ところで、他の協同組合法では期末における剰余配分を「利用割戻」の技術により商行為観念の要素としての剰余配分には該当しないものとして構成する。労協は組合員の労働力を最大限に産業経済的(erwerbsswirtschaftlich)に利用する仕組であり、組合員は自己の労働力を共同して事業的に市場化する媒介として労協を利用する<sup>13</sup>。だから、生協、農協等における利用は、労協では組合が提供する就労機会の組合員による利用としてあらわれる。

この意味では労協でも「割戻」は想定できるかのようなのであるが、それは不可能である。労協では、期末における剰余処分により組合員は所得を得るのであって、それは利用高に応じた期末調整としての剰余の配分とは意義を異にするからである。論理的には、X事業年度末において一端は剰余処分をなしXプラス1事業年度中に現実に配分したときに 剰余処分による配分額を一挙に受け取るか月割とするかは技術的問題にすぎない 当該年度末に「割戻」される剰余というものはありえないからである。

しかし、この意味での割戻は現実にあるし、必要である。それは、期末剰余が実際の事業運営では期末前において推計され、現象的には「従事するものに対して支払う給料、賃金」等の形式で前払されるからである。推計に基づく前倒しの支払いであるた

めに、実際の決算において当然にも誤差が生じえ、推計剰余以上の成果が確定した時点で割戻しが行われうる。したがって、論理的には後払いであるが、現象的に前払いであるが故の期末調整がここで必要となる。それは、労働の対価、賃金の期末補正のように映現するにしても、可能な剰余配分の補正にすぎない。だが、この筋でも労協は営利団体であるという規定から逃れることはできない。

しかし、労協では、営利会社たる株式会社に典型的な資本・賃労働関係を機軸とした企業が成立しているわけではない。他方で、後述する如く、非営利企業とされる他の協同組合では株式会社と同質の資本・賃労働関係を通じて組合の目的が実現される。対して労協は、商人概念要素としての営利性及び商行為概念要素としての営利性を共に満たす。この脈絡では、1868年のプロイセン協同組合法この方ドイツで協同組合を商法上の商人、つまりHGB第1条に列挙された営業を行うという意義での当然商人と規定(産業経済協同組合法第17条第2項)されてきたことと符合する。

問題は、労働者協同組合が成法上の形式的な根拠に照らし営利団体性要件を充たすものであるという判断を政策的観点から棚上げすることではない。事業の公益性により営利性を消し去るというロジックを使うことでもない。そうではなくて、成法的観念

の歴史的限界を念頭において当の基準自体を再検討に付することにある。

営利性は、第一に、非第三者取引か第三者取引かという形式的な区別においてではなく事業目的が収支の差額を狙うこと、射利を狙うものか否かにおいて確認されるべきであり、第二に、典型的には資本・賃労働関係を媒介として事業が遂行されているのか否か、第三に、出資を権原として事業に実際に従事しないにもかかわらず利益を得るのかどうか、という観点から判断されるべきなのである。第一は、商法上の商人範疇(日本)又は営業範疇により特定される商人範疇(ドイツ)にかかわり、この点で農業・林業等の原始産業や芸術又は学問的職業が商人範疇から当然にも排除されることを想起する必要がある。ここでは産業の性質や職業もさることながら、射利性を第三者取引に依存させてはいないことが重要である。第二は、非社員たる他者の労働を利益実現の手段とする社団を営利社団とすることである。第三は、第二の要件の裏面をなし、出資を権限とする配当の取得は厳密な意味で私利と呼ばれるに値する<sup>14</sup>。こういった取得は、株式の配当から企業組合における非従事組合員の出資配当まで多様である。この要件を充たすものを営利団体と呼ぶべきである。

第一に、労協は非組合員との取引により営利を得ることを目的とするものではない。その事業目的は協同労働による仕事の創出

であり、協同労働による財貨及びサービスの生産とその提供により組合員を経済的に促進することにある。第二に、労協はこの先で論じるが、社团的契機を企業水準に媒介した全組合員就労、経営を原則とする経営である。第三に、剰余配分を労働に従事したことを基準とし、出資を理由とする配分を行うものではない。これらのいずれに照らしても、陳腐な成法的観点からの判断を措くとして、労協が営利企業であるとの了解は成立しない。

もちろん、剰余配分を実務上で恰も賃金であるかのように処理することも可能であるが、それは別の次元の問題であり、協同労働者のエートスを涵養する躰きともなる。しかし、剰余配分を事業者所得として把握することは、上に挙げた第二、第三の要件を欠き、現実の働き方に照らしても形式的にすぎず。剰余配分の目的が第一の要件つまり組合員の経済的、文化的促進にあることを閑却するものであるからだ。(続く)

## (注)

<sup>1</sup> 拙稿「EUの協同組合法制」協同の発見、2001/4,33-47頁。現時点で振り返ると、多くの不備が目につくが、形態的意義での協同組合と実体的意義での協同組合という区別にそこでは到達しえた。

<sup>2</sup> 「労協で組合員は被傭者の法的地位を有するか否か、したがって労働法に服するか否か、又は基本的に協同組合経営の結合(アソシエーション)契約に服する自立した労働者が否か」という深刻な問題が提起されるが、「各国での法学説はこの問題に対し明快な解答を提出してこなかった」と言われる。The Impact of labour law, industrial relations system and international labour standards on cooperatives and cooperative law; Final Report, Meeting of Experts on Cooperative Law, Cooperative Branch ILO, 1995, P.42. この報告で「協同組合を非協同組合企業と区別する主たる性格の一つは自己同一性の原則である。つまり、組合員は協同組合企業の所有者であって同時に当該の協同組合企業の顧客/供給者又は労働者である、ということである」(p.78.)という記述が見られる。こういった「二重性論」といわれる思弁的な発想は法人格を識別基準として企業内の労働関係の本質を機械的に把握する誤り陥る。団体法制度・理論史的にみれば、1960年代以前の発想ですらある。筆者は、組合員が組合を所有するという法的(?)見解に与しない。所有の根拠を出資とするが出資は組合員権を取得する権原にすぎない。

<sup>3</sup> Vgl. hierzu L. Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrecht, Stuttgart, 1891, SS. 253-299.; K. Lehman, Die geschichtliche Entwicklung des

Aktienrechts bis zum Code de  
Commerce, Berlin, 1896,  
SS.21-42.

<sup>4</sup> Vgl. T. Raiser, *Unternehmen als  
Organisation*, Berlin, 1969, S. 68f., SS. 127-  
154, S. 167ff.; C. Ott, *Recht und Realität der  
Unternehmenskorporation*, Tingen, 1977.; R. Tschäni,  
*Funktionswandel des  
gesellschaftsrechts*, Bern, 1978, SS. 17-28. 企業法  
論者に対するネオリベラル陣営からの反撃として、  
F. Rittner, *Aktiengesellschaft oder  
Aktienunternehmen?*, ZHR., 1980/  
3., S. 330ff.; W. Flume,  
*Unternehmen und juristische  
Person*, in: Beitzke Festschrift, Berlin, 1979, SS. 42-  
57.

<sup>5</sup> 第五回国会衆議院商工委員会議録第13号四、  
1949年、391頁。現行の第23条2にある勤労者  
所得課税規定は原始法にはないが、この発言が一  
人歩きして企業組合の設立ラッシュが現出する。  
当該の規定は、「企業組合の組合員が企業組合の行  
う事業に従事したことによって受ける所得のうち、  
企業組合が組合員以外の者であって、企業組合の  
行う事業に従事するものに対して支払う給料、賃  
金、費用弁償、賞与及び退職給与並びにこれらの  
性質を有する給与と同一の基準によって受けるも  
のは、所得税法（昭和二十二年法律第二十七号）  
の適用については、給与所得又は退職所得とす  
る」。当該組合員は、従属労働者ではないが賃労働  
者であるという意味で、労働組合法第3条にいう  
労働者に符合する。紛争の度に実質的な従属関係  
の存否なる判断への退行の標がここに据えられる。

<sup>6</sup> 上掲資料に同じ。

<sup>7</sup> 加入脱退の自由に依存する経営資本の可変性は、  
協同組合の価値なるものによってその不安定さが  
解消されうるものではない。不確実資本に由来す  
る危険は、マネージメントに対する日常的で厳格  
な統制によってのみ軽減されうる。しかし、家族  
主義的な日本的結社の結合原理を正面に見据えた  
場合、市民的原理が「集団の構成員たちを精神的  
に結合する教義 spiritual indoctrination」（飯塚  
浩二『日本の軍隊』岩波現代文庫、249頁）にど  
の程度まで浸透貫徹しているのかという問題を傍  
らにおいて統制を語ることは絵空事となる。この  
筋で「徹底民主主義」（中西五洲）の現代的意義が  
再考されなければならない。

<sup>8</sup> 土本顕「京都の企業組合の経験から『協同』を  
考える」季刊・仕事の発見、中高年雇用・福祉事  
業団、1992年、季刊22、56-61頁において企業  
組合を4種に分けている。ここでは、その分類に  
従う。事業所集中型・事業者中心型の大半は、か  
つては米穀販売組合であり、最近では「自治体と  
タイアップして事業者が集団化して、まちおこ  
し・村おこしのためにふるさと名産づくりなどを  
すすめる組合」として注目を浴びている。そのう  
ちの勤労者中心型とは労働者協同組合と性格を一  
にするもので、事業所分散型には総合化したもの  
と単一型があり、前者の典型として「西陣や友禅  
という地場産業のなかの賃加工業者」が、後者と  
してはクリーニング業者が「新鋭機器を導入して  
協同工場を持ち、店舗経営は組合員が責任をもつ  
て行う」ものであると言う。法制官がデザインし  
ていた企業組合とは、事業所集中型で勤労者中心  
型にあったことが「企業組合員はそれ自身におい

て、もうすでに経営者の地位を去って・・・経営体としては一つである」との政府委員答弁から知られるが、現行の法人税法を審議した折の大蔵委員会議録(第48回国会衆議院大蔵委員会議録第25号、22-23頁)からは、さらに踏み込んだ認識が政府委員から開示された。

「個人の企業がなくなって企業組合に没入するという形においては、普通の株式会社と変わるところはない」し「私企業の姿を残しながら一つの企業の一部分だけ協同事業でやっている」協同組合とも異なる、と。こういった企業組織のありかたは協同組合には該当しない、と明言されたわけである。したがって、協同組合において認められる課税処遇は行われるべきではなく、それは従事分量配当についても留保金についても言える。「帳簿の記帳等につき・・・本来あるべき姿に到達していない」ので、「現在ございます企業組合の・・・相当数のものは、税務当局から見るとどうも企業組合として法人格を認めがたい」と。ここで問題とされた記帳とは、個人事業者単位の収支計算を行い、剰余を組合口座に振り込み、各事業者たる組合員はそこから事業所別口座への振替により給与を受ける、というものである。企業組合の大半が「租税の軽減のみを目的として設立」されたという認識は事実の裏づけのあるものであった。

<sup>9</sup> 平成14年改正のための「中小企業組合法制の課題に関する調査研究」(平成13年度中小企業庁委託調査)、2002年3月、日本アプライドリサーチ研究所、17-18頁。この調査において、筆者は独任調査及び報告の双方を担当した。しかし、仕事おこしをしようとする復員兵、引揚者等の所得保障のための特異な制度として成立した企業組合を生産者協同組合にシフトさせようとして海外事例

研究を位置づけたわけではない。

<sup>10</sup> 欧州においてもタイプ強制は崩壊しつつある。ところが、そこでは、一般に、税法の適用関係を中心として生じており、広義の非営利団体に属する団体の営利化において現れているわけではない。Typen-gemischtheit(タイプ混交)問題として論じられるものである。

<sup>11</sup> 小倉武一・打越顕太郎監修『農協法の成立過程』(財)協同組合経営研究所、1961にその具体的例を見ることができる。当時は占領中でもあり公式の官報は英文、邦文と2種存在した。ところが、その間には看過できない重大な相違が見られる。農協法を題材にとれば、「組合は、その行う事業によってその組合員及び会員のために最大の奉仕をすることを目的とし、営利を目的としてその事業を行ってはならない」(邦語版法6条、『官報』第6255号、109頁)。対する英文官報は「各協同組合の目的は、許可された事業に一致し組合員に最大の奉仕を与えることにあり、かつ、出資金に配当金(dividends)を支払うことであってはならない」(Official Gazette, 1947, No. 492, p. 1.)とある。本条の基礎となったGHQ天然資源局第二次案(英文)に「各々の協同組合アソシエーションの目的は、遂行を許可された事業に合致して組合員に最大の奉仕をすることにあり、出資金に配当金を支払うことであってはならない。かかるアソシエーションは、非営利法人とこれを見なすこととする」(『成立過程』、193頁)とある。傍点箇所は、The object of each cooperative association shall be . . . not the paying of dividends on invested capital. Such associations shall be considered as non-profit juridical persons.

占領軍当局は、剰余配分一般を営利とみていた

わけではなく、出資配当を目的とするか否かにおいて営利性を判断していたことが、ここから窺える。配当が目的ではない限り同法第52条にあるように、損失を補填し利益準備金、繰越金への繰入後の配分は制限内で許される。

対する霞ヶ関は、「営利を目的」としないという訳語を充て伝統的な営利観念に引き戻している。採択法律邦文が英文に翻訳されたわけではなく、英文が和訳され、省内でのブラシアップを経て国会に上程されたことは「最大の奉仕」という当時としても奇妙な日本語からも窺える。当時を知る人の話では、作業部会で米軍将兵と日本官僚が双方の文言を互いにチェックしていた由であるが、傍点を付した箇所は同義と評しうるものではない。

<sup>12</sup> 前掲注5に挙げた大蔵委員会における政府委員の見解に、協同組合とは組合 組合員取引の仕組みであるとの認識が示されている。よって、企業に埋没する企業組合の組合員の働き方は企業 第三者取引に媒介されるので、企業組合が(普通の)協同組合ではないという判断が成立する。同様の説明は『中小企業組合等協同組合法の解説』中小企業庁組織課編著、ぎょうせい、1998,181,197頁等。これは、見識ある発言とは言えない。媒介に本質があるのではなく、組合 組合員関係に本質が求められなければならないからである。とはいえ、それは「事業者たる地位を捨て、勤労者として組合に没入」(上掲『解説』、181頁)するという類の関係においてではない。組合 組合員関係における組合員の主観的権利としての謂いである。

<sup>13</sup> Volker Beuthin, Genossenschaftsgesetz mit Umwandlungsrecht, 13. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2000, S. 32.

<sup>14</sup> この点は、注7で示したが、GHQ天然資源局の観念は首尾一貫している。