

# 続・法人学説の再定位

## —ドイツ法人論におけるサヴィニーと ギールケの現代的再評価と法人の機関論—

後藤元伸

### 目次

- I はじめに
  - 1 法人学説の再定位
  - 2 法人の機関論
- II サヴィニーとギールケの法人学説と法人の機関論
  - 1 サヴィニーによる擬制説および法人の機関に関する代理人説
  - 2 ギールケによる実在説および法人の機関に関する器官／機関説
- III ドイツにおけるサヴィニーとギールケの現代的再評価
  - 1 わが国における擬制説・実在説の理解とドイツにおける現代的再評価
  - 2 サヴィニーとギールケの近似性
  - 3 サヴィニーとギールケの異同
- IV ドイツにおける法人の現代的機関論
  - 1 団体法における機関代理
  - 2 法人ないし団体の意思能力および行為をなす能力
  - 3 団体における機関の概念
  - 4 現代的機関論をめぐるサヴィニーとギールケの位置づけ
- V おわりに～法人の機関論および機関と機関構成員の区別～
  - 1 法人の機関論
  - 2 機関と機関構成員の区別

## I はじめに

### 1 法人学説の再定位

本稿は、以前に公表した「法人学説の再定位—独仏法人論の再読解とミシュエおよびサレイユの法人論・合有論—」<sup>1)</sup>(以下、「前稿」という)の続編をなすものである。

法人の本質論に関しては、わが国に受容されたドイツやフランスの議論について、実益が乏しいとして<sup>2)</sup>、法人学説論争の終焉をいうのがふつうである<sup>3)</sup>。前稿はこのような状況に対して、かつての独仏の法人学説の再読解を通じて、異議を申し立てようとするものであった。

しかし、前稿において論じたことは、不明のいたすところながら、必ずしも明快とはいえないので、ここで簡潔に再論するとともに、それを本稿の緒論としたい。

#### (1) わが国における法人学説の整理・理解

ドイツおよびフランスの学説を継受した法人学説については、それを擬制説、法人否認説および実在説の3種に分類する整理および理解が、鳩山秀夫に始まり<sup>4)</sup>、その後の教科書・体系書等に引き継がれ<sup>5)</sup>、定着してきた<sup>6)</sup>。

---

1) 後藤元伸「法人学説の再定位—独仏法人論の再読解とミシュエおよびサレイユの法人論・合有論—」関西大学法学論集65巻5号(2016年)136-177頁。

2) 四宮和夫＝能見善久『民法総則〔第9版〕』(弘文堂、2018年)100頁。

3) 四宮和夫『民法総則(第4版)』(弘文堂、1986年)75-76頁、林良平＝前田達明編『新版注釈民法(2)』(有斐閣、1991年)6-8頁〔林良平〕、内田貴『民法I(第4版)総則・物権総論』(東京大学出版会、2008年)217頁。

4) 鳩山秀夫『増訂改訂 日本民法総論』(岩波書店、1930年)131-135頁。

5) 我妻栄『新訂 民法総則』(岩波書店、1965年)122-126頁、四宮・前掲(3)75-77頁、林＝前田編・前掲注(3)3-6頁〔林〕、四宮＝能見・前掲注(2)100-101頁。

6) ①擬制説として、サヴィニー(Friedrich Carl von SAVIGNY)、②法人否認説として(四宮＝能見・前掲注(2)100-101頁は、法人否認説をオミットする)、ブリント(Alois BRINZ)(無主財産説または目的財産説)、イェーリング(Rudolf von JHERING)(享益者主体説)、ヘルダー(Eduard HÖLDER)およびビンダー(Julius BINDER)(管理者主体説)、③実

もっとも現在では、法人学説の対立については、それぞれの歴史的・社会的  
事情のもとで、法人における実体的契機・価値的契機・技術的契機のいずれを  
強調するか、という差違に帰着するにすぎないとされ<sup>7)</sup>、あるいは、すでに法人  
が社会において確立した地位を持ち、そのための法技術が整備されている状況  
のもとでは、同じ議論を続ける意味が失われているとされて<sup>8)</sup>、終止符が打たれ  
ている。

## (2) わが国における法人学説の整理・理解の特異性

しかしながら、法理論において歴史的・社会的事情があるのは当然のことで  
あり、また、実体的契機・価値的契機・技術的契機はどの法制度においても見  
られるものであるから、法人についてのみことさら強調して、法人論争を排斥  
するのは生産性のある議論ではない。法人学説は歴史的産物であって、使命を  
終えたというのは、そうした評価自体が歴史的産物ではないか<sup>9)</sup>。

わが国における特異性はそこにはとどまらない。すなわち、わが国における  
法人学説の整理・理解は、継受元のドイツおよびフランスにおけるそれとは異  
なるのである。その原因としては、1つにはフランス文献を通じてドイツの法  
人学説論争を継受したことがあげられる<sup>10)</sup>。

たとえば、わが国の法人学説整理における法人否認説中のブリントツ（Brinz）

---

在説として、ギールケ（Otto von GIERKE）（有機体説）、ミシュー（Léon MICHOU）お  
よびサレイユ（Raymond SALEILLES）（組織体説）があげられる。さらに、コーラー  
（KOHLER）およびデュギー（Léon DUGUIT）（社会的作用説。その名の由来は筆者には  
未詳である）があげられることもある（我妻・前掲注(5)126頁、林＝前田編・前掲注(3)3-6  
頁〔林〕。もっとも、フランス文献では、デュギーの見解は法人否認説中の無主財産説に分  
類される〔後藤・前掲注(1)139頁〕）。

- 7) 川島武宜『民法総則』（有斐閣、1965年）88頁、92頁、96頁、四宮・前掲注(3)75-76頁、林  
＝前田編・前掲注(3)6-8頁〔林〕、四宮＝能見・前掲注(2)99-100頁。
- 8) 内田・前掲注(3)217頁、山本敬三『民法講義I〔第3版〕』（2011年、有斐閣）483頁。
- 9) 後藤・前掲注(1)141-142頁、山野日章夫編『新注釈民法(1)』（有斐閣、2018年）651-652頁  
〔後藤元伸〕。
- 10) 海老原明夫「法人の本質論……その三」ジュリスト954号（1990年）12-13頁、後藤・前  
掲注(1)137-138頁。

の見解につき、無主財産説という名が与えられているが、フランス文献由来の呼称 (patrimoine sans sujet: 無主財産) であろう<sup>11)</sup>。そもそも、ドイツ文献には「法人否認説」という名称自体が見受けられない。これも、フランス文献由来のもの (les théories négatrices de la personnalité morale: 法人否認説) であろう<sup>12)</sup>。

また、わが国において実在説とされるもののうち、ギールケの見解については、ドイツにおいても、それを実在説 (Thorie der Realität) と呼ぶ文献があるが<sup>13)</sup>、一般的にはギールケ自身の表現そのままに<sup>14)</sup>、「実在の団体人格説 (Theorie der realen Verbandspersönlichkeit)」というのがふつうである。実在説という表現は、本来的にフランス文献での呼称 (théorie de la réalité) であろう<sup>15)</sup>。

法入学説の整理の仕方やその呼称の問題だけでなく、わが国における法入学説の理解それ自体、あるいはその後の展開が、ドイツおよびフランスのそれから乖離している。一定時期以降に、法入学説について、原典の文脈から離れて、わが国において書き継がれたことも、その一因であるように思われる。

### (3) 前稿での法入学説の再読解

#### (a) 擬制説の再読解

わが国では、サヴィニーの見解を擬制説であるとし、それは法人の実在性を否定するものであるとされてきたところ、これについて、サヴィニーの見解は法人の実在性を前提とするものであるとの再評価がなされている。サヴィニー

---

11) 後藤・前掲注(1)138-139、152頁。

12) 後藤・前掲注(1)151頁。

13) Z. B., Herbert WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Band I, Grundlagen, 1980, S. 193 ff.

14) 後述 II 2(1)(a)参照。

15) Philippe MALAURIE/Laurent AYNÉS, Cours de droit civil, t. 2, Les personnes: Les incapacités, 3<sup>e</sup> éd., 1994, n° 455; Jean CARBONNIER, Droit civil, 1/Les personnes, 21<sup>e</sup> éd., 2000, n° 201.

の見解の意義は、擬制の点でなく、法人に関する法定性および公示の必要性を示している点にある。法人の実在性を完全に否定する「真の擬制説」は、ヴィントシャイト（Bernhard WINDSCHEID）の見解である。

これらのことについては、前稿においても論じたが<sup>16)</sup>、本稿においても後に論ずる<sup>17)</sup>。

#### (b) 法人否認説の再読解

法人否認説について、その呼称自体に特異性があることは前述の通りであるが、その理解にも特異性がある。

わが国においては、法人否認説は、法人が法の擬制であり、その本体は個人または財産に存すると説くものであるとする理解がある。それは、法人否認説が、無主の財産、享益者または管理者などの実体的契機に着目しているとして、实在説に接続する法人学説であるかのよう<sup>18)</sup>。

しかし、フランスにおいて法人否認説に位置づけられているプリンツ（Alois BRINZ）やプラニオール（Marcel PLANIOL）の見解は、法人という構成自体を否定するものである。このうちの、わが国でも法人否認説と位置づけられているプリンツの見解は、上記のヴィントシャイトの「真の擬制説」とともに、法人を法の擬制であるとするサヴィニーの擬制説を、法人の社会的実在性を完全否定するところまでに発展させて、擬制説を徹底したものであり、实在説の対極にある<sup>19)</sup>。

ヴィントシャイトとプリンツの見解はいずれも、法人の社会的実在性を前提とするサヴィニーの見解とは異なり、それを否定するものであるが、ヴィントシャイトは、法人を、実体のないものに対する技術的必要性からの擬制であるとするのに対して<sup>20)</sup>、プリンツの見解は、法人の実在性のみならず法人という法

---

16) 後藤・前掲注(1)143-149頁、山野目編・前掲注(9)653-655頁〔後藤〕。

17) 後述Ⅲ 2(1)(a)および(2)(a)参照。

18) 我妻・前掲注(5)124頁、四宮・前掲注(3)76頁。

19) 後藤・前掲注(1)149-151頁、161頁。

20) 後藤・前掲注(1)145-146頁。

的構成の必要性をも否定しざるものである<sup>21)</sup>。

フランス文献において、ブリントと並ぶ法人否認説の代表格に位置づけられているのは、プラニオールの見解である<sup>22)</sup>。ブリントの見解は、法人を否認して、無主の財産の存在可能性を承認するのに対して<sup>23)</sup>、プラニオールのそれは、法人を否認して、団体における財産の帰属形式として、単独所有に対する共同所有の形式である集団的所有 (propriété collective) を承認すれば足りるとするものである<sup>24)</sup>。

ブリントが誰のものでもない財産をいうのに対して、プラニオールはみんなのものである財産をいうものであり、誰のものでもないということと、みんなのものであるということは同工異曲であることに気づかされる。

### (c) 実在説の再読解

実在説のうち、ギールケの実在説 (実在の団体人格説) の読み直しについては、ドイツにおける近時の再評価にもとづいて、本稿において詳論する<sup>25)</sup>。

フランスにおいては、実在説のうちに、心理・社会学的実在説 (théorie de la réalité psychosociologique) および法技術的実在説 (théorie de la réalité technique) があるとされる<sup>26)</sup>。わが国でいう有機体説および組織体説に対応する<sup>27)</sup>。

ミシュール (Léon MICHOU) は、ギールケの見解について、集団的意思の

---

21) 後藤・前掲注(1)152-154頁。

22) わが国の法入学説の整理においては (前掲注(6)参照)、ミシュールとサレイユの見解以外は、フランスの学説がオミットされている (海老原・前掲注(0)12-13頁、後藤・前掲注(1)137頁、154頁)。

23) 後藤・前掲注(1)153-154頁。

24) 後藤・前掲注(1)154-156頁、161頁。

25) 後述Ⅱ 2 およびⅢ参照。

26) CARBONNIER, op. cit., n° 201 et s.; MALAURIE/AYNÉS, op. cit., n° 455, 458; Bruno DONDERO, Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé, Contribution à la théorie de la personnalité morale: Tome 1, 2006, n° XXVI; 林=前田編・前掲注(3)49-50頁 [山口俊夫]。

27) 後藤・前掲注(1)162-164頁。

存在を強調するのみで、証明しようとするしていないとして、集団的意思の存在証明をしようとした心理・社会学的实在説（有機体説）のレベルにも達していないと評している<sup>28)</sup>。

(d) ミシュールの法人論および合有論

フランス文献においては、ミシュール（Léon MICHOU）およびサレイユ（Raymond SALEILLES）の見解が、法人論としては、实在説のうちの法技術的实在説に位置づけられ、とくにミシュールの見解がその代表的なものとされる。それは、判例にも採用され<sup>29)</sup>、通説的地位を占めている<sup>30)</sup>。

ミシュールは、権利の基礎的要素が利益にあるとしたうえで<sup>31)</sup>、人の団体において、個人的利益から分別される集団的利益が存在し、それを集団的意思として表示しうる組織が備わっているならば、法人として承認されるべきであるという<sup>32)</sup>。このような要件を備えているのは、国・自治体、非営利社団、株式会社である<sup>33)</sup>。合名会社や民法上の組合は、私益を目的とし、また、構成員が変動しないことから、構成員の利益と集団的利益が一致し、独自の集団的利益がないので、法人にはあたらない。しかしそこでは、共同的な財産があり、共同的な運営がなされるのであるから、ミシュールは合有構成がふさわしいとする<sup>34)</sup>。

このように、ミシュールは、法人論については实在説たる法技術的实在説（組

---

28) Léon MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 1906, n° 32 note 1, n° 32 et ss.; 後藤・前掲注(1)163頁。ドイツにおける同様のゲールケ批判については、後述Ⅲ 2(1)(b)(ii)参照。集団的意思（共同的意思）に関する近時のドイツ学説による再評価については、後述Ⅲ 2(1)(b)(iii)およびⅢ 3(2)(b)参照。

29) フランス破産院第2民事部1954年1月28日判決（2<sup>ème</sup> chambre civile de la Cours de cassation, 28 janv. 1954, Recueil Dalloz 1954, 217）。

30) CARBONNIER, *op. cit.*, n° 202; MALAURIE/AYNÉS, *op. cit.*, n° 349 et ss., 375, 420 et ss.; 林＝前田編・前掲注(3)51-52頁〔山口〕、納屋雅城「小規模法人と技術としての法人格」早稲田法学会誌50巻（2000年）154-157頁、後藤・前掲注(1)163-164頁、170-171頁、山野目編・前掲注(9)653-654頁〔後藤〕。

31) MICHOU, *op. cit.*, n° 45-48.

32) MICHOU, *op. cit.*, n° 48, 51 et ss.

33) MICHOU, *op. cit.*, n° 53, 71 et ss.

34) MICHOU, *op. cit.*, n° 71, 74.

織体説)に立ちつつ、合名会社や民法上の組合については、ドイツ流の合有論を採用している<sup>35)</sup>。

(e) サレイユの法人論および合有／共同所有論

法人論については実在説たる法技術的実在説(組織体説)をとり、組合型の団体(合名会社や民法上の組合)につき、ドイツ流の合有論をとることを鮮明にしているのが、サレイユ(Raymond SALEILLES)である<sup>36)</sup>。

サレイユは、合有を敷衍したものが集団的所有(propriété collective)であるとし、その概念は法人否認説中のプラニオールのそれによっている<sup>37)</sup>。組合型の団体における合有／集団的所有という法的構成は、法人という新たな主体を設けることなく、団体財産に対する各構成員の個人的権利を直視するものであるから、簡便な考え方であると同時に、法人を構成したのと同様の帰結が得られる<sup>38)</sup>。つまり、合有／集団的所有構成により、構成員はその持分を処分できず、また、構成員の個人債権者は構成員の持分へかかっていくことができない<sup>39)</sup>。

サレイユは、法人については、法技術的実在説につながる見解をとっているが、それが妥当するのは株式会社や非営利社団であるとする。権利が一定の利益の実現のための社会的に承認された力／権限(pouvoir)であることを前提に<sup>40)</sup>、法人格の要素として、力／権限を実際に行使しうる組織体(客観的要素)、それに先行する単一の独立した意思(主観的要素)、および、社会的価値との適合性(社会的要素)をあげる<sup>41)</sup>。これらをみたま実体があれば、法人はずでに存

---

35) 後藤・前掲注(1)164-166頁。

36) 後藤・前掲注(1)157-161頁、167-168頁。

37) Raymond SALEILLES, *De la personnalité juridique, Histoire et théories*, 1910, p. 388, 391, 393, 402 et s., 418 et s., 436 et s. プラニオールにつき、前述 I 1(3)(b)参照。

38) SALEILLES, *op. cit.*, p. 390, 393, 418.

39) SALEILLES, *op. cit.*, p. 388 et s., 393, 403 et s., 406 et s., 413.

40) SALEILLES, *op. cit.*, p. 476.

41) SALEILLES, *op. cit.*, p. 574 et ss., 597 et ss., 601.



在しているのであって<sup>42)</sup>、国家的承認はその法的事実を確認するものにすぎない<sup>43)</sup>。

サレイユの見解における法人格の要素としての独立した意思、あるいは、法人の国家的承認の基礎となる事実としての法人の社会的実在性の考え方は、ギールケの実在説（「実在の団体人格説」）の影響が見られる<sup>44)</sup>。プラニオールからの影響を考え合わせると、サレイユの見解は実在説と法人否認説の両者に依拠するものといえよう。

サレイユの見解によるならば、合有／集団的所有については、個人が一定の目的のために自由に創設することができ、また、法人については、独立の意思にもとづいて権利を行使していると見られるような組織体があれば、認められる。このような法人否認説的な合有論および実在説的な法人論は、国家的関与を排除したかたちでの私的自治による団体ないし法人の創設をいうものであるから、サレイユが自認するように、きわめてリベラルな団体論・法人論である<sup>45)</sup>。

## 2 法人の機関論

わが国においては今日、上述のように、法人学説論争の終焉が結果として受容されているが、それと同時に、法人における機関ないし代表概念もまた不要なものとなされ、法人の機関につき、それが「代表」であるか「代理」であるかなどという法的性質を論じることは実益が乏しいなどとされている<sup>46)</sup>。法人本質論のみならず、法人の機関論についてもまた、その終焉が語られているのである。

---

42) SALEILLES, op. cit., p. 606 et ss., 626.

43) SALEILLES, op. cit., p. 427 et ss., 627.

44) ギールケの見解については、後述Ⅱ 2(2)(b)および(c)参照。

45) 後藤・前掲注(1)160-161頁、168頁。

46) 山本・前掲注(2)483頁、織田博子「代表」椿寿夫＝伊藤進編『代理の研究』（日本評論社、2011年）169頁、175-176頁。

## (1) 法人における機関・代表概念とその批判、終焉

法人における機関・代表概念は、従来からの一般的な説明によれば、实在説を基礎として、つぎのことをいうものであるとされている<sup>47)</sup>。すなわち、法人の理事は、法人とは別の存在ではなく、法人組織の一部を構成するものであって、その行為がすなわち法人そのものの行為とされるものであるから、法人の代理人ではなく機関 (Organ) であり、理事の行為は法人の代理ではなく代表である<sup>48)</sup>。

法人の機関とそこにおける代表をいう従前からの見解については、これに対する批判があらわれ、有力となった<sup>49)</sup>。それは、法人の機関による代表といっても、法律行為につき代理の形式によらざるをえないなど、代理との違いを見出すことができず、したがって、機関という有機体的な概念を用いる必要がないなどとするものである。

かかる批判論を受け、今日の教科書・体系書の多くは、法人における機関・代表について詳論することがなく、代理と異なる代表を論じることに意義を見出していない<sup>50)</sup>。わが国においては、法人論とともに、法人の機関論についても、議論の終焉状況があるものといえる。

---

47) シンポジウム「法人の代理と代表」私法23号 (1961年) 6頁 [川島武宣]、幾代通『民法総則 (第2版)』(青林書院、1984年) 107頁、林=前田編・前掲注(3)349頁 [藤原弘道]、織田・前掲注(46)169-170頁。

48) 「機関 (Organ)」については、その語がドイツ由来であることは容易にわかるが、「代表」については、若干の注解が必要であろう。ドイツ法上、法定代理についても機関代理についても、それらは Stellvertretung (ないし Vertretung) であり (後述IV 1参照)、それに対応する vertreten という動詞は、代理行為一般についても、法人の代表行為についても用いられる。事務を代わってするときは「代理する」、人に代わってするときは「代表する」という日本語としての用語法が (林=前田編・前掲注(3)350頁 [藤原])、いわゆる「代理」と「代表」の使い分けに転用されたものと思われる。

49) シンポジウム・前掲注(47)9-12頁、58-63頁 [川島]、川島・前掲注(7)120頁、122頁、幾代・前掲注(47)107-108頁、林=前田編・前掲注(3)351-353頁 [藤原]、椿寿夫『民法総則 (第2版)』(有斐閣、2007年) 156頁、319頁。

50) 織田・前掲注(46)171-175頁。

## (2) 本稿の企図～サヴィニーとギールケの再読解と法人の機関論～

本稿は第1に、サヴィニーとギールケの法人学説の再読解を基礎として、法人の機関に関する法的性質論に向けて、両者の見解の同質性と実質的差異を明らかにしようとするものである。法人学説の再読解という意味では、本稿は、上に要説した前稿の続稿として位置づけられるものである。それを前提として第2に、法人の機関、とくに、代表機関をめぐる諸問題を検討する基礎的作業として、法人の機関の法的性質を論じるものである。

法人の代表機関については、たとえば、代表権の制限とその第三者に対する対抗の問題（代表権の制限は「善意の第三者に対抗することができない」〔一般法人法77条5項、会社法349条5項など〕）など、さまざまな問題があるが、その検討の際には、その土台として、法人の機関の法的性質論を避けて通ることはできないものと考えられる<sup>51)</sup>。ここにあって、近時のドイツ学説によるサヴィニーとギールケの再評価は、法人の機関論に関する新たな理解の地平を開くものとして、きわめて有用である。

こうした観点から、本稿ではまず、サヴィニーとギールケの法人学説、および、それぞれの法人の機関に関する代理人説と器官／機関説の内容を整理・確認したうえで（Ⅱ）、近時のドイツ学説によるギールケとサヴィニーの再評価にかかる議論状況を概観する（Ⅲ）。そののち、ギールケの再評価にもとづいて、飛躍的に発展を遂げた今日のドイツにおける法人の機関論を概観し（Ⅳ）、おわりに、ドイツの機関論のわが国への展開の可能性を探る（Ⅴ）。

## Ⅱ サヴィニーとギールケの法人学説と法人の機関論

法人における機関の意義につき、ドイツにおいては、サヴィニー（Friedrich

---

51) この意味では、代理と代表の違いに関する従来議論（シンポジウム・前掲注(47)9-12頁、58-63頁〔川島〕、四宮・前掲注(3)77-78頁、林＝前田編・前掲注(3)351-353頁〔藤原〕、織田・前掲注(46)171-175頁）とは、別の視角によっている。

Carl von SAVIGNY)に代表せしめている代理人説 (Vertretertheorie)<sup>52)</sup>とギールケ (Otto von GIERKE)に代表せしめている器官／機関説 (Organtheorie)<sup>53)</sup>による古典的理論対立があるものとされている。それは、法人の本質に関する古典的な法人学説の対立の所産であって、代理人説は擬制説 (Fiktionstheorie)から、器官／機関説は実在説 (実在の団体人格説 [Theorie der realen Verbandspersönlichkeit])から派生するものであるとされている<sup>54)</sup>。

### 1 サヴィニーによる擬制説および法人の機関に関する代理人説

擬制説の立場から説かれてきた法人の機関に関する代理人説 (Vertretertheorie)は、法人の権利主体性を承認しながらも、その意思能力および行為をなす能力 (Handlungsfähigkeit)については、これを否定するがために、権利取得のための代理制度の必要性をいうものであるとされている<sup>55)</sup>。

すなわち、自然人であれ、法人であれ、それらが権利主体として法生活に参加するためには、およそ、意思を決定し、それを外部に伝達することができなければならないところ、意思を決定し (wollen)、そして、行為をなす (handeln)

---

52) Friedrich Carl von SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Zweiter Band, 1840, § 90, S. 282 f. なお、サヴィニーの法人学説を再評価し (後述 III 2(1)(a)参照)、法人の機関につき代理人説をいう戦後の有力学説として、フルーメ (Werner FLUME)の見解がある (Werner FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band/Zweiter Teil, Die juristische Personen, 1983, S. 3 ff. u. 377 ff.; 後掲注(167)参照)。

53) Otto von GIERKE, Die Genossenschaftstheorie und die deutschen Rechtsprechung (zitiert als: Genossenschaftstheorie), 1887, S. 603 ff.; ders., Das Wesen der menschlichen Verbände (zitiert als: Wesen der menschlichen Verbände), 1902.

54) Detlef KLEINDIEK, Deliktshaftung und juristische Person, 1997, S. 147 u. 151 ff.; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht (zitiert als: Gesellschaftsrecht), 4. Aufl., 2002, S. 250; Jan SCHÜRNBRAND, Organschaft im Recht der privaten Verbände, 2007, S. 17 f.; Tobias WIPPLINGER, Die rechtsfähige BGB-Gesellschaft als Organ der Personenhandelsgesellschaften: Zugleich ein Beitrag über die mittelbare Organschaft im Personengesellschaftsrecht, 2010, S. 30 f.

55) FLUME, a.a.O., S. 377; Martin SCHÖPFLIN, Der nichtrechtsfähige Verein (zitiert als: Der nichtrechtsfähige Verein), 2003, S.15; SCHÜRNBRAND, a.a.O., S. 9 f.; WIPPLINGER, a.a.O., S. 25 u. 31 f.

ことは、ひとり自然人のみがよくなしうところである。法人は、未成年者あるいは心神耗弱者と同じように、意思能力および行為をなす能力を有しない。

したがって、法人が権利主体として、権利を取得するには、そのための組織および法的制度が必要となる。つまり、法人はその組織において自然人に頼らざるをえず、また、法取引に参加するには、その自然人が代理人となる代理の方法によるほかない。このような意味において、法人の機関をいうならば、それは、権利主体性を承認された法人のために、その組織において行為をなす人また人の集団であるということになる。

ドイツにおいては以上のように、擬制説および代理人説が理解されているが、以下では、サヴィニー（Friedrich Carl von SAVIGNY）の見解につき、その叙述にしたがって、整理・確認するものとする。

#### (1) 法人の権利主体性<sup>56)</sup>

##### (a) 個人である人間の自然的な権利能力と法人の権利能力の法技術的承認

サヴィニーによれば、すべての権利は、倫理的な個人である人間（*einzelne Menschen*）に内在している自由のために存在する。したがって、本来の意味での人、つまり、権利主体の概念は、人間の概念と一致するものでなければならぬ。すべての、個人である人間が、そして、個人である人間のみが、権利能力を有する<sup>57)</sup>。

個人である人間（*einzelne Menschen*）においては、その肉体的存在により、権利能力が生来の／自然的な／当然の（*natürlich*）承認にもとづくものであるのに対して、法人においては、国家が法技術的な権利主体を創設しているので

---

56) 福地俊雄『法人法の理論』（信山社、1998年）81-82頁、84-86頁、88-90頁、183-185頁、石部雅亮「サヴィニーの法人論をめぐる諸問題(1)」法学雑誌32巻4号（1986年）638-639頁、村上淳一『新装版 ドイツ市民法史』（東京大学出版会、2014年）20頁、135-136頁、136-141頁、西脇秀一郎「団体法の二元性(1)―ドイツ民法典社団法の原基的モデルの一考察―」龍谷法49巻4号（2017年）543-545頁。

57) v. SAVIGNY, a.a.O., S. 2.

あるから、国家的承認がそれに代わる。法技術的な権利主体の創設を個人の恣意に委ねようとするならば、きわめて不安定な法状態が出現するのを避けられないであろう<sup>58)</sup>。

このような、本来的には個人である人間の概念に一致している権利能力が、法技術的な (künstlich)、単なる擬制 (Fiktion) によって承認された主体に拡張されていると見られるもの、それを、法的な人 (= 法人 : juristische Person) と呼ぶことができる。つまり、法的な人 (= 法人) は、ただ法的な目的のためにのみ、人として承認され、そこに、個人である人間 (= 自然人 : natürliche Person) とならぶ法律関係の担い手が見出されるのである<sup>59)</sup>。法的な人 (法人) という呼称は、ただ単に、それが法的な目的によってのみ人としての存在を有することを表現するためだけに、個人である人間 (= 自然人) との対比で用いられているのである<sup>60)</sup>。

#### (b) 法人の権利能力としての財産能力

もともと、サヴィニーによれば、婚姻・親子・親族などに関する法律関係が法人に認められることはないから、法人とは、財産に関する権利能力 (Vermögensfähigkeit : 財産能力) を有するものとして、法技術的に承認された主体をいうものとされる。法人の本質は、もっぱら財産能力という私法上の性質に設定されている<sup>61)</sup>。

もちろん、現実に存在する法人では、この財産能力という性質と異なる何らかの自立した目的が前提とされ、それはしばしば財産能力と比べて比較にならないほど重要なものではある (たとえば、都市には、その存在の基礎に政治的・行政的性質があるが、そこでは、その私法上の性質、つまり、財産能力を有する法人としての存在は、重要性において、かなり後景に退いている<sup>62)</sup>)。しか

---

58) v. SAVIGNY, aa.O., S. 277 f.

59) v. SAVIGNY, aa.O., S. 236.

60) v. SAVIGNY, aa.O., S. 240.

61) v. SAVIGNY, aa.O., S. 239.

62) v. SAVIGNY, aa.O., S. 240 Anm. (g).

し、私法体系にとっては、法人は、まったくもって、財産に関する能力を有する主体にほかならず、その本質にある他の側面はすべて、完全に私法体系の境界の外にある<sup>63)</sup>。

## (2) 法人における行為をなす能力の欠如とその補充<sup>64)</sup>

### (a) 権利能力の承認と行為をなす能力の否定

以上のように、サヴィニーによれば、法人は、財産に関する能力を有しているがゆえに、法人であるにすぎない。法人における権利の帰属については、財産に関する能力（財産能力）を有する権利主体という法人の概念こそが、適切な立脚点を与えている<sup>65)</sup>。

ところで、家族関係などから生ずるものを除けば、財産権は法上当然に成立するものではなく、行為（Handlungen）によって取得されるものである。しかしながら、行為の前提にあるのは、思考して意思を決定する存在（denkendes und wollendes Wesen）、つまり、個人である人間である。これに対して、法人は単なる擬制であるにすぎず、思考して意思を決定する存在という前提を欠く。そうすると、法人においては、財産権に関する能力を有する主体でありながら、その取得のための要件である行為をなすことができないという「内部的な矛盾」が生じていることになる。同様の矛盾は、未成年者や心神耗弱者など、自然人においても見られるところであって、それらの者には、行為能力が欠けているにもかかわらず、十分な権利能力が認められている<sup>66)</sup>。

### (b) 組織上の基本構造によって行われる代理による補充

このような「内部的な矛盾」は、法技術的な制度である代理（Vertretung）によって解決されなければならない。それは、行為能力のない自然人において

---

63) v. SAVIGNY, a.a.O., S. 240.

64) 福地・前掲注5682-83頁、91-94頁、185-186頁。

65) v. SAVIGNY, a.a.O., S. 281 f.

66) v. SAVIGNY, a.a.O., S. 282.

は後見にもとづいて、法人においてはその組織上の基本構造 (Verfassung) にもとづいて、行われる<sup>67)</sup>。

法人の組織上の基本構造 (Verfassung) は、法人が私法上の権利の主体となるときに、財産上の取引のための行為を代理の方法によって可能とするために、まさに存在するのである<sup>68)</sup>。

法人は、自然人のような思考して意思を決定する存在ではなく、財産を有するにすぎない存在である。その現実における存在の基礎には、代理にあたろうとする特定の個人である人間の意思があり、かかる意思が、擬制の結果として、法人自身の意思とみなされるのである<sup>69)</sup>。

## 2 ギールケによる実在説および法人の機関に関する器官／機関説

ドイツにおいて、実在説および法人の機関に関する器官／機関説 (Organtheorie) の着想は、以下の点にあるとされている<sup>70)</sup>。

すなわち、法人の機関に関する代理人説は、機関の行為が法人に帰属することをうまく説明しうるところであるとしても、そのような機関がいかにして機能するかという問いにうまく答えるものではない。

そもそも、擬制説かつ代理人説が、法人は意思能力および行為をなす能力 (Handlungsfähigkeit) を有しないとしていることに問題があり、法人に権利能力を認める以上、意思能力および行為をなす能力を認めるべきである。つまり、法人は代理されることなく、法人自身が機関を通じて意思を決定し、行為をなすことができるものと考えらるべきである。そうすると、機関の行為がすなわち

---

67) v. SAVIGNY, a.a.O., S. 282 f.

68) v. SAVIGNY, a.a.O., S. 284.

69) v. SAVIGNY, a.a.O., S. 312. FLUME, a.a.O., S. 377が同箇所を引用。

70) Otto von GIERKE, Deutsches Privatrecht, Band I (zitiert als: Deutsches Privatrecht), 1895, S. 519; K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 247 ff.; SCHÖPFLIN, Der nichtrechtsfähige Verein, S. 15; SCHÜRNBRAND, a.a.O., S. 10; WIPPLINGER, a.a.O., S. 32.



法人自身の行為であるから、先の問い（機関がいかにして機能するか）に対する答えは、法人の組織上の基本構造（Verfassung）の中においてのみ見出すことができる。

このよう理解されている実在説および器官／機関説につき、以下では、ギールケの見解をその叙述にしたがって、整理・確認するものとする。

(1) ギールケの「器官／機関説」、「実在の団体人格説」および「団体論」<sup>71)</sup>

(a) 「器官／機関説」と「実在の団体人格説」

ギールケ（Otto von GIERKE）は、その当時支配的であったサヴィニーの見解に異議を申し立て、法人の機関について、「器官／機関説（Organtheorie）」をうちたてた<sup>72)</sup>。それは、ギールケのいう「実在の団体人格説（Theorie der realen Verbandspersönlichkeit）」<sup>73)</sup>にもとづく。

すなわち、ギールケによれば、人間からなる団体（menschlicher Verband）である社団（Körperschaft）は「現実存在する、まとまりとして構成された人（reale Gesamtperson：実在的総合人）」であって、単に権利能力を有するのみならず、意思能力および行為をなす能力（Handlungsfähigkeit）を有する<sup>74)</sup>。

これがギールケのいう「団体人（Verbandsperson）」である<sup>75)</sup>。そこでの「団

---

71) 石田文治郎『ギールケの団体法論』（ロゴス書院、1929年）58-61頁、77-79頁、柳瀬良幹「ギールケの機関論—機関学説の系譜(1)—」法学31巻1号（1967年）13-15頁、西脇秀一郎「共同所有論の再検討—入会権理論史とオットー・フォン・ギールケ（Otto von Gierke）の Gesamteigentum（総有）概念を手がかりとして—」龍谷大学大学院法学研究15号（2013年）58頁、西脇・前掲注56558-559頁。

72) v. GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 603 f.

73) 呼称については前述 I 1(2)参照。

74) v. GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 603 f. u. 604 Anm. 1); ders., Deutsches Privatrecht, S. 472 f.

75) ギールケは、法人（juristische Person）という語をしりぞけ、団体人（Verbandsperson）なる語を用いる（v. GIERKE, Deutsches Privatrecht, S. 469 f. 柳瀬・前掲注(71) 4-5頁・注2参照）。団体人格を有するのは、社団（Körperschaft）および財団（Anstalt）の2種、ならびに、その混合形態のみであり、そのほかの種類はないとする（v. GIERKE, Deutsches Privatrecht, S. 474 f.）

体人格 (Verbandspersönlichkeit)」とは、構成員を単に足し算したものとは異なる、1つとなっているまとまり (einheitliches Ganze) が権利・義務の主体たりうる能力を有しているこという。それは人間からなる団体 (menschlicher Verband) に対して法秩序が承認したものである<sup>76)</sup>。

(b) 「団体論」

ギールケの「実在の団体人格説」の基礎には、団体人に関する「団体論 (Genossenschaftstheorie)」がある。

ギールケのいう団体論 (Genossenschaftstheorie) は、擬制された人という亡霊のごときものに対抗して、社団 (Körperschaft) を、現実存在する、まとまりとして構成された人 (reale Geesamtperson: 実在的総合人) とするものである<sup>77)</sup>。すなわち、社団を技術的な人ととらえるのではなく、「共同的な全体を有しながら、同時に、それを構成する各部分からなる存在としてとらえ、そのような2重の性質が相互に入り組んだ状態 (Ineinander von gemeinheitlicher und gliedlicher Existenz)」を、社団に関する法の核心に据えるのだという<sup>78)</sup>。

ギールケは、団体人 (Verbandsperson) に権利・義務が帰属するときのように、人の集まりとしての意思を有する1つのもの (soziale Willenseinheit) があられる法領域では、団体人の中で結合された状態にある各構成部分が多数あること (Vielheit) は否認され、権利・義務の主体がおおよそ団体人以外の他のものである余地はないとする。したがって、団体人を構成する一部分である構成員や機関構成員は、団体としてのまとまり (Verbands ganze) に権利・義務が帰属するような法領域 (1つのものとしての法 [Einheitsrecht]) において主体となることはなく、他の法領域 (多数あることに関する法 [Vielheitsrecht]) において主体となるのみである。つまり、団体人とその中で結合された状態にある人 (構成員や機関構成員) の関係は、もともと結びつきのない人どうしの

---

76) v. GIERKE, Deutsches Privatrecht, S. 469.

77) v. GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 5.

78) v. GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 8 f.

関係として取り扱われるのではなく、「分離された中での固定された結合状態（in der Trennung festgehaltene Verbindung）」にある関係として取り扱われることになる<sup>79)</sup>。

それは、ギールケによれば、「人の集まりに関する法（Sozialrecht）」である。他者との結びつきのない個人（Einzelperson）のみを前提とするローマ的な個人の法（Individualrecht）、つまり、人間的な意思の担い手を個別の存在（Einzelwesen）である個人たる人間に求め、その相互の関係を定める法のみでは、団体人とそれを構成する人の関係をはかるには不十分である。人の集まりに関する法（Sozialrecht）がそれを補充する。人の集まりに関する法は、意思の担い手である人間を、共同体を構成する存在（Gesellschaftswesen）とし、そこにおける関係を規律する法である。人の集まりに関する法はまた、一方で、個々の人間をその上位にあるまとまり（Ganze）を構成する部分（Glieder）として取り扱い、他方で、人間からなる団体を共同体的なまとまり（gesellschaftliche Ganze）ないし共同の存在（Gemeinwesen）として取り扱うものである。共同体的なまとまりはさらに、それより上位にある団体のまとまりを構成する部分としても取り扱われる<sup>80)</sup>。

## (2) 団体人格の意義

### (a) 団体人の実在性

ギールケのいう団体人（Verbandsperson）は、個人（Einzelperson）と同じく、現実存在する完全な人であるが、個人とは異なり、組織的に構成された人（zusammengesetzte Person）である<sup>81)</sup>。

団体人は現実存在する人であって、単なる擬制によって創り上げられた人

---

79) v. GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 174 f.

80) v. GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 174 ff.; ders., Deutsches Privatrecht, S. 26.

81) v. GIERKE, Deutsches Privatrecht, S. 470 u. 473.

ではない<sup>82)</sup>。もちろん、団体人の概念もまた、法概念としては、現実からその一部が取り出されて抽象化されたものではある。しかし、この抽象化は、個人の概念が成立するときによって立つところの抽象化と同じ性格のものである<sup>83)</sup>。

(b) 「共同の意思」のドグマ<sup>84)</sup>

ギールケによれば、知覚的に認識しうるのは肉体を有して現れる人間のみである。しかし、内的な経験に優れた心眼をもってすれば、知覚的には認識しえないものであっても、個人として生きていることを中心とするものとならんで、人の集まりとして生きていることを中心とするもの (soziales Lebenszentrum) を、観念的に1つのもの (Einheit) として見出すことができ、両者を区別することができる。それらは、概念上、実在的な本質を有するもの (Wesenheit) であり、法の領域では、個人 (Einzelperson) および団体人 (Verbandsperson) としてあらわれる<sup>85)</sup>。

このうち、団体人のような共同の存在 (Gemeinwesen) においては、1つのものとして存在し続ける「共同の意思 (Gemeinwille)」、あるいは、「まとまりとしての意思 (Gesamtwille)」があり、そのことを法が承認しているがゆえに、権利主体性ないし団体人格 (Verbandspersönlichkeit) が帰属する。ここでも、個人の場合と同じように、対外的な活動の源となる意思が権利主体性の核心となっている<sup>86)</sup>。

(c) 権利主体としての個人と団体人の承認のあり方<sup>87)</sup>

ギールケによれば、権利主体性ないし団体人格 (Verbandspersönlichkeit) を

---

82) 前述 II 1 (1)(a)のサヴィニーの言説を批判するものである。

83) v. GIERKE, Deutsches Privatrecht, S. 470.

84) 柳瀬・前掲注(7)5-10頁、12-13頁、16-21頁、上谷均「共同体的所有の法的構成に関する一考察(2・完)―我国の総有理論の批判的検討―」民商法雑誌90巻3号(1984年)378頁、福地・前掲注56)228-231頁、241-248頁、遠藤泰弘『オットー・フォン・ギールケの政治思想―第2帝政期ドイツ政治思想史研究序説―』(国際書院、2007年)215-216頁。

85) v. GIERKE, Deutsches Privatrecht, S. 470 f.

86) v. GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 608 f.

87) 石田・前掲注(7)77頁、柳瀬・前掲注(7)14頁。

承認するための基礎となる事実については、法ないし国家がこれを創り出すことはできないとされている。法律上の人とすべきものの本質は、すでに存在している事実の中から選び出されなければならない。今日的な法意識からは、もっぱら人間の意思の力のみが権利主体にふさわしいものと考えられるから、人間である個人（Einzelperson）、および、人間からなる団体（menschlicher Verband）のみを人として承認することができる<sup>88)</sup>。

もちろん、2種の権利主体の間には相違点がある。個々の人間については、すべての人間が人として承認されなければならないことが法理念の前提となっており、これは立法者も破ることができない原理としての力を持っている。他方、人間からなる団体（menschlicher Verband）については、個々の人間と同じようなかたちでの人（＝団体人）としての聖なる承認要求は認められない。団体人（Verbandsperson）としての承認については、法が、法理念にしたがって、団体に対してそれを与えたり、与えなかったりすることができるのである<sup>89)</sup>。

したがって、ギールケによれば、国家が団体に権利主体性を付与するとき、それは、国家がそれによって直接に権利主体を創り出すのではなく、権利主体の存在を肯定する法命題を創り、それによって、確認するものであるにすぎない<sup>90)</sup>。つまり、団体人は法命題によってのみ人となる。団体人は、個人の場合と同じく、法が創り出したものではなく、法が承認するかぎりにおいてのみ存在するのである<sup>91)</sup>。

このような団体人の承認については、国家が、法律を制定する力の担い手として、その要件を法によって定めることができる<sup>92)</sup>。

従前は、団体の創設はしばしば国家による特別の承認に結びつけられ、今日

---

88) v. GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 22 f.

89) v. GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 23 f.; ders., Deutsches Privatrecht, S. 471.

90) v. GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 21.

91) v. GIERKE, Deutsches Privatrecht, S. 471.

92) v. GIERKE, Deutsches Privatrecht, S. 472.

においては、団体の権利能力の承認が、国家が設定する法命題による承認に結びつけられるが、ギールケによれば、国家的承認には公示の意義が与えられるべきものとされている<sup>93)</sup>。

国家が特別の承認をするという権限を留保していないときであっても、一定の実質のおよび形式的要件を定めることができる。つまり、いわゆる準則主義による準則規定を設けるとともに、公簿への登記による公示を要求することが可能である<sup>94)</sup>。

### (3) 団体人の機関と行為をなす能力

#### (a) 機関の擬人論的な定式化とそれによる団体人の行為をなす能力の説明<sup>95)</sup>

ギールケは、そのいうところの団体人 (Verbandsperson) につき、有名な擬人論的な定式化を行い、これによって団体人の行為をなす能力 (Handlungsfähigkeit) を説明している。

すなわち、目が見て、口が話して、手が掴むときには、その人間が見て、話して、掴んだことになるように、器官／機関 (Organ) がその権限の範囲内でそれぞれ適切に機能するときには、団体人としてのまとまり (Ganze) が生きている1つのもの (Lebenseinheit) として機能を発揮することになる。器官／機関によって、目に見えない観念的な存在の団体人が、認識して判断し、意思を決定して行為をなす1つのもの (wollende und handelnde Einheit) として、その姿をあらわす。団体人は、法定代理人を必要とする未成年者や心神耗弱者のような存在<sup>96)</sup>では決してなく、自立的に外界にかかわっていく主体である<sup>97)</sup>。

ギールケは、つぎのようにも記述する。すなわち、団体人は、他の人による代理を必要とする死んだような生氣のない概念上の産物ではなく、それ自身が

---

93) v. GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 28.

94) v. GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 30.

95) 石田・前掲注(7)77-78頁、117-118頁。

96) 前述 II 1(2)(a)参照。

97) v. GIERKE, Wesen der menschlichen Verbände, S. 29.

意思を決定し、行為をなす生きた存在である。団体人は、個人である人間からなる器官／機関を通じてのみ活動しうるにすぎないが、総会における決議や理事会の業務執行行為などの機関の活動においては、口によって話し、手を動かしている際の個人と同じように、団体人が直接に姿をあらわしているのである<sup>98)</sup>。

このように論じる前提として、ギールケによれば、「何世紀にもわたるゲルマン精神の奮闘の中で」、人間である個人（Einzelperson）をこえて、人間からなる団体（menschlicher Verband）は、さまざまなレベルの存在秩序において連綿と存続し、そのことによって、歴史的現実の実体的な存在、つまり、頭と手足をもった、人の集まりとしての有機体（soziale Organismen：社会的有機体）として、それぞれがそれぞれの場所で1つのものとなったまとまり（einheitliche Ganze）であることを示してきたのである<sup>99)</sup>。

以上のことを理由として、ギールケは、法人を単なる擬制とする見解が、法人は意思能力および行為をなす能力を欠くとし、未成年者や心神耗弱者と同様に、後見の考え方に依拠した代理によって初めて、法的に活動できるようになるとしていることを<sup>100)</sup>、批判する。そして、団体人（Verbandsperson）につき、それが権利能力を有するだけでなく、意思能力および行為をなす能力（Handlungsfähigkeit）を有するとしている<sup>101)</sup>。

#### (b) 手段としての擬人論<sup>102)</sup>

上で見たような団体に関するギールケの擬人論的論法はよく知られたところではあるが、ギールケ自身が、その学長職講演録<sup>103)</sup>において、擬人論的論法を

---

98) v. GIERKE, Deutsches Privatrecht, S. 472.

99) v. GIERKE, Deutsches Privatrecht, S. 468 u. 473.

100) 前述 II 1(2)参照。

101) v. GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 603 f.; ders., Deutsches Privatrecht, S. 472 f.; ders., Wesen der menschlichen Verbände, S. 29.

102) 石田・前掲注(7)82-83頁。

103) von GIERKE, Wesen der menschlichen Verbände (前掲注53)。

認識のための単なる補助的手段にすぎないとしていることに注意を払わなければならない<sup>104)</sup>。

ギールケはいう。有機体論を批判する者は当然、その行き過ぎを論難するであろうが、自然の有機体と人の集まりとしての有機体 (soziale Organismen : 社会的有機体) を比較するのは、自然の生きているものと同じように、団体という躯体に、各部分からなるまとまり (Ganze) として生きている1つのもの (Lebenseinheit) を認識できることをいわんがためであるにすぎず、それ以上のものではない<sup>105)</sup>。人の集まりとしての有機体 (社会的有機体) の本質自体が解き明かすことのできない問いであるという批判もあるが、有機体とは何かという問いは生きているものとは何かという問いと重なるものであり、それはそもそも知りようのない事柄である<sup>106)</sup>。

思考上の発展はおよそ、イメージ的なものを補助手段とする。ただ、事物の特徴を記述するために、イメージ上の刻印のような、まだ洗練されていない表現しかないときは、概念的な内容をイメージ上の加工からひとまずは切り離しておかなければならないだけのことである<sup>107)</sup>。

### Ⅲ ドイツにおけるサヴィニーとギールケの現代的再評価

#### 1 わが国における擬制説・実在説の理解とドイツにおける現代的再評価

わが国において、擬制説はサヴィニーが主唱者であるとされ、それは自然人のみが権利の主体となりえ、法人が権利主体となるのは擬制によるとするものであると理解されている。擬制説は、法人の技術的契機のみに着眼するものであ

---

104) KLEINDIEK, a.a.O., S. 161; SCHÜRNBRAND, a.a.O., S. 10.

105) v. GIERKE, Wesen der menschlichen Verbände, S. 15 f; ders., Deutsches Privatrecht, S. 470.

106) v. GIERKE, Wesen der menschlichen Verbände, S. 19.

107) v. GIERKE, Wesen der menschlichen Verbände, S. 16.



り、法人にも社会的実体のあることを無視するものと批判されている<sup>108)</sup>。

また、实在説は、法人は法による擬制ではなく、社会的実在であるとするものとされ、ギールケの有機体説、および、ミシュエ、サレイユらの組織体説に分類されている<sup>109)</sup>。このうち、有機体説は、社会的有機体にして団体意思を具備するものが法人の実体であるとするものとされているが、それに対しては、なぜ社会的有機体をそのまま権利主体とすることができるのかという批判がなされている<sup>110)</sup>。

終局的には、前述のように<sup>111)</sup>、両説がその歴史的・社会的背景のもとで実体的契機・価値的契機・技術的契機のいずれか一部を強調するにすぎないともされている。

しかしながら、ドイツにおけるサヴィニーとギールケの見解に対する現代的な再評価を見るかぎり、擬制説と实在説にかなりの近似性があること、および、擬制説と实在説の理論的な異同ないし対立点が、法人ないし団体の機関の意義に関するものであったことがわかるのである<sup>112)</sup>。

擬制説と实在説の近似性についていえば、ドイツにおいては、以下に見るように、サヴィニーの擬制説も法人の实在性を前提とするものである点では实在説と異なるところはなく、また、ギールケの实在説も、団体が实在するからといって、それをそのまま団体人（法人）とするのではなく、法秩序による団体の権利主体性の承認をいう点で擬制説と異なるところはないものとされている。

これに対して、意思能力および行為をなす能力（Handlungsfähigkeit）を法人に承認するか否かは、サヴィニーとギールケにおいて決定的に異なることが

---

108) 鳩山・前掲注(4)132頁、我妻・前掲注(5)122頁、四宮・前掲注(3)76頁。後藤・前掲注(1)142頁参照。

109) 前掲注(6)参照。

110) 鳩山・前掲注(4)134頁、我妻・前掲注(5)125頁、四宮・前掲注(3)77頁。後藤・前掲注(1)143頁。

111) 前述 I 1(1)参照。

112) 四宮・前掲注(3)77-78頁も、法人学説の実際の意義として、法人の行為能力をあげ、代表説（機関説）と代理説の対立にふれている。

指摘されている。このことは法人ないし団体の機関に関する法的性質をめぐる議論に、理論的な差異をもたらす。法人学説論争の理論的意義は、まさにこの点にあるものと考えられる。

## 2 サヴィニーとギールケの近似性

近時のドイツ学説による法人学説の再評価によれば、法人学説における絵に描いたような対立として、一方に「擬制された権利主体 (fingierete Rechtssubjekt)」と「代理 (Vertretung)」をいうサヴィニーの見解<sup>113)</sup>を置き、他方に「実在の団体人格 (reale Verbandspersönlichkeit)」と「機関 (Organ)」をいうギールケの見解<sup>114)</sup>を置くことは、それぞれの見解を子細に見るならば、あるいは、再評価を試みるならば、かなり疑わしいものといわざるをえないとされている<sup>115)</sup>。

### (1) 団体の実在性

#### (a) 団体の実在性に関するサヴィニーの再評価

フルーメによれば<sup>116)</sup>、法人の実在性を完全に否定する「真の擬制説」はヴィントシャイト (Bernhard WINDSCHEID) の見解である。ヴィントシャイトは、法人においては、主体が存在せずに、擬制されるのみであるとしている<sup>117)</sup>。フルーメは、サヴィニーの見解を、人間の団体の実在性を否定し、法人を単なる擬制とするものであると理解するのは、誤解であるとし、サヴィニーは法人を現実に存在するものと認識している<sup>118)</sup>とする。

---

113) 前述Ⅱ 1 (1)(a)および(2)(b)参照。

114) 前述Ⅱ 2 (1)(a)、(2)(a)および(3)(a)参照。

115) KLEINDIEK, a.a.O., S. 151; SCHÜRNBRAND, a.a.O., S. 18.

116) FLUME, a.a.O., S. 16

117) Bernhard WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Band, 8. Aufl., unter vergleichender Darstellung des deutschen Bürgerlichen Rechts, bearbeitet von Theodor KIPP, 1900, § 49, S. 186 ff.「法人は現実に存在する人ではなく、権利・義務の主体として想定された人であるにすぎない」(S. 219 f.)。

118) 前述Ⅱ 1 (1)(b)参照。

このように、サヴィニーの見解は法人の実在を否定する<sup>119)</sup>ものでないとする再評価が、フルーメ（Werner FLUME）によるものだけでなく、ドイツにおいては、すでに確立したものとなっている<sup>120)</sup>。ここでは、サヴィニーは、法人の実在性を前提とするのであって、ただ、法人概念が私法上の財産的な権利能力に尽きるとするにすぎない<sup>121)</sup>とされている。

このような近時のサヴィニー再評価にしたがうならば、サヴィニーの見解においては、法人が擬制（Fiktion）であるとしていることが重要なのではなく、法人概念が私法上の財産能力（Vermögensfähigkeit）にあるとしていることに、議論の中心があると理解すべきだということになる。

ここから先には、2つの方向に議論の展開がある。その1つはサヴィニー自身が論じているものであるが<sup>122)</sup>、国家ないし法による団体の権利主体性の承認に関するものである。本節Ⅲ2の後述(2)「国家ないし法による権利主体性の承認」において詳論する。

もう1つは、本節Ⅲの後述3「サヴィニーとギールケの異同」に見るように、法人の意思能力および行為をなす能力（Handlungsfähigkeit）に関して、それを否定する擬制説とそれを肯定する実在説という両法人学説の本当の意味での差異に帰着するものである。ここから、ドイツの近時の学説においては、法人の意思能力および行為をなす能力を肯定する実在説こそが、法人の機関論に関して、その理論的展開を促しえた点で、擬制説より優位に立つとの評価につながっている。

---

119) 我妻・前掲注(5)122頁、四宮・前掲注(3)76頁。

120) FLUME, a.a.O., S. 3 ff.; Andreas BERGMANN, Die fremdorganschaftlich verfasste offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft und BGB-Gesellschaft als Problem des allgemeinen Verbandsrechts; Ein Beitrag zur Überwindung des Dualismus von Personengesellschaften und Körperschaften, 2002, S. 45 f.; K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 190 f.; SCHÜRNBRAND, a.a.O., S. 18.; WIPPLINGER, a.a.O., S. 33.

121) 前述Ⅱ1(1)(b)参照。

122) 前述Ⅱ1(1)(a)参照。

(b) 団体の実在性に関するギールケの再評価

(i) ギールケの擬人論に対する従前の批判

前述したようなギールケの擬人論的なメタファー<sup>123)</sup>に対しては、当然のことではあるが、法学的な認識において何らの価値もないなどとする批判が従前からなされてきた<sup>124)</sup>。法人を人間と同一視することは、イメージ的な観念を現実の事態と混同するものであるとされている。

これに対して、フルーメは、ギールケの功績として、法人であるとして構成されているものの実在性を、それを完全に否認するヴァントシャイトの「真の擬制説」<sup>125)</sup>などの理論に対抗して、はっきりと認識させたことをあげる。他方、法人の本質を人間の姿になぞらえて判断する擬人論的な視点から、その意思能力および行為をなす能力をいうのは、行き過ぎであるとし、それもまた一種の「擬制説」にほかならないとする<sup>126)</sup>。

また、ヴィーアッカー (Franz WIEACKER) も、ギールケが団体の実在性からただちに人としての承認をいうのは行き過ぎであるとする。すなわち、ギールケもまた当時の法理論の呪縛から逃れることができずに、権利や意思の担い手は現実に存在するものでなければならないと考えていた点で、その見解は擬制説と異なるのではなく、擬制説を換骨奪胎 (Kontrafaktur: 本歌取り) したものにすぎないという<sup>127)</sup>。

(ii) 「共同の意思」に対する従前からの批判

ギールケが団体人の団体人格 (Verbandspersönlichkeit) の根拠とする団体

---

123) 前述 II 2(3)(a)参照。

124) Ludwig ENNECCERUS/Hans Carl NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Halbband, 15. Aufl., 1959, S. 609; Karl LARENZ, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., 1989, S. 134.

125) 前述 I 1(3)(a)および III 2(1)(a)参照。

126) FLUME, a. a. O., S. 18. 四宮・前掲注(3)77頁参照。

127) Franz WIEACKER, Zur Theorie der juristischen Person des Privatrechts, Festschrift für Ernst Rudolf Huber, 1973, S. 368 f.

人の「共同の意思（Gemeinwille）」<sup>128)</sup>についても、従前からの批判的見解は、それは人間のなしうる認識の領域を超えるものであるから、法律学はこれを拒絶すべきであるなどとしている<sup>129)</sup>。

また、ギールケが、何のためらいもなく、現実の「共同の意思」の存在から、団体人格の実在性を導いているが、このような論法の是非はさしおいたとしても、個人を超越した「共同の意思」が現実存在することがまずは証明されなければならないとする批判がある<sup>130)</sup>。個人の意味から区別される団体人の共同の意思の実在性は、証明されていない上に、証明可能であるともいえず、また、経験的に裏付けられていない上に、経験的に裏付けようもないとも批判されている<sup>131)</sup>。

### (iii) ギールケの見解に対する近時の再評価

以上のようなギールケ批判の原因はそもそも、団体人を「生きている1つのもの（Lebenseinheit）」あるいは「人の集まりとしての有機体（soziale Organismen：社会的有機体）」などというギールケの中心的テーゼ<sup>132)</sup>からは、その主張する団体人格をなすものがいったい何であるかがはっきりしないことにある。また、ギールケのかくも有名な擬人論的論法は、ギールケの団体に関する理論にそもそもが負荷をかけるものであり、下手をすると、その学問的成果をも揺るがしかねないものであるとも評されている<sup>133)</sup>。

このような状況に対して、ギールケを再評価する近時のドイツ学説は、ギールケの見解が実は、従前の評価は異なり、法人（団体人）を人間と同一のものとして措定しようとするものではなかったとする。ギールケ自身も、擬人論的

---

128) 前述Ⅱ 2(2)(b)参照。

129) ENNECCERUS/NIPPERDEY, a.a.O., S. 206, Anm. 7).

130) Felix SCHIKORSKY, Die Auseinandersetzung um den Körperschaftsbegriff in der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts, 1978, S. 179, Anm. 15). フランスにおける同様の批判については、前述Ⅰ 1(3)(c)参照。

131) KLEINDIEK, a.a.O., S. 162.

132) 前述Ⅱ 2(3)参照。

133) KLEINDIEK, a.a.O., S. 160 f.

論法におけるイメージによる比較が、認識のための単なる補助的手段にすぎない<sup>134)</sup>ことを意識していたというのである。ギールケが団体の実在性を強調した(あるいは、強調しすぎた)のは、法人(団体人)が意思能力および行為をなす能力を有することの認識をもたらすための手段であるにすぎない<sup>135)</sup>。このような理解は、ギールケの「実在の団体人格説(Theorie der realen Verbandspersönlichkeit)」を、今日の法律学には不要のものであるとしてすべて排斥するわけにはいかないとの評価につながる<sup>136)</sup>。

この点については、ギールケの見解に対する他の再評価と合わせて、後に改めて論ずる<sup>137)</sup>。

## (2) 国家ないし法による権利主体性の承認

### (a) 権利主体性の承認に関するサヴィニーの再評価

たしかに、サヴィニーは、法人を「単なる擬制によって承認された主体<sup>138)</sup>」であるとしているが、しかし、それによって法人として構成されたものの社会的実在性を否定しようとするものではない。サヴィニーは自然人と法人の権利能力が異なる性質を有することを指摘するに過ぎず、そのことは法人の権利能力が財産能力(Vermögensfähigkeit)に尽きるとしていることからわかる<sup>139)</sup>。法人が擬制にすぎないというのは、サヴィニーの擬制説において決定的に重要なことではない。法人の権利能力が実定法上の割当てによるものであり、自然人が当然に権利能力を有するのとは異なり、国家はその割りあて=権利能力の付与を強制されないということに重点がある<sup>140)</sup>。

---

134) 前述Ⅱ 2(3)(b)参照。

135) KLEINDIEK, aa.O., S. 161 f.; SCHÜRNBRAND, aa.O., S. 10 u. 19; BERGMANN, aa.O., S. 49.

136) KLEINDIEK, aa.O., S. 162.

137) 後述Ⅲ 3(2)参照。

138) 前述Ⅱ 1(1)(a)参照。

139) 前述Ⅲ 2(1)(a)参照。

140) K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 191; WIPPLINGER, aa.O., S. 33.

こうした見方からすれば、サヴィニーの擬制説はただ、法人の法的承認のためには国家の何らかの決定権限が必要であることを指摘するものであるにすぎない<sup>141)</sup>。擬制説の代表とされるサヴィニーの見解は、法人の社会的実在を当然の前提とし、取引の安全から国家的承認の必要性をいうものである<sup>142)</sup>。サヴィニーの擬制説における「擬制」は、権利能力の国家的承認による人間と法人の等置という法律効果の面においてのみ見られるのであり、法律効果を指示すること（Rechtsfolgeverweisung）を意味するに過ぎないというべきであるとともされている<sup>143)</sup>。

このように、サヴィニーが、人間に生来の／自然的な／当然の（natürlich）権利能力が帰属するとしたことには<sup>144)</sup>、法倫理的な根拠と法技術的なそれがある。法倫理的には、権利が人間の自由ないし保護に資するからであり、また、法技術的には、自然人の存在を現実知覚によって認識できるからである。対照的に、法人には、それが固有の権利主体であることの現実世界での自然的な認証方法がないので、それは生来の／自然な／当然の権利主体ということではできない。それゆえ、現代的には、法的安定性と濫用防止のために、国家が法人制度を創設し、法人を現実知覚できるようにそれを公示、つまり、法人登記にかからしめているものと評価しうる。この点で、サヴィニーの見解は、今日においてもなお、理論的な存在意義を有するのである<sup>145)</sup>。

#### (b) 権利主体性の承認に関するギールケの再評価

ギールケもまたサヴィニーと同様に、彼のいう「団体人（Verbandsperson）」

---

141) BERGMANN, aa.O., S. 45 f.; SCHÜRNBRAND, aa.O., S. 18 f.

142) FLUME, aa.O., S. 3 ff., 9 f. u. 11 ff.

143) WIEACKER, aa.O., S. 361; WIEDEMANN, aa.O., S. 192; KLEINDIEK, aa.O., S. 155; WIPPLINGER, aa.O., S. 33 f.

144) 前述 II 1(1)(a)参照。

145) K. SCHMIDT, *Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht, Eine Studie über Erwerb und Verlust der Rechtsfähigkeit nichtwirtschaftlicher und wirtschaftlicher Vereine*, 1984, S. 62 f.; ders., *Gesellschaftsrecht*, aa.O., S. 191; SCHÖPFLIN, *Der nichtrechtsfähige Verein*, S. 89 f.

の承認に国家的な関与を認めているのであって<sup>146)</sup>、団体の実在性から直ちに権利主体性を導いているのではない。この点では、サヴィニーの見解との相違点はない。ギールケもまた、法律実証主義によっているのである。ただ、ギールケの見解は、「団体人格 (Verbandspersönlichkeit)」の実在性から、国家は、法理念の要求するところにしたがい、団体人に対する国家的な関与につき、恣意的にこれを取り扱ってはならないことをいうにすぎないものと解することができる<sup>147)</sup>。

また、ギールケは、団体が権利能力を取得するための要件を論じるにあたって、本来的な生来の／自然な／当然の権利能力は人間のみに認められるとする<sup>148)</sup>。サヴィニーの人間中心主義を問題視してはいない。ギールケもまた、法理念が前提として要請するところであるとして、すべての人間である個人が人として承認されるべきことをいう<sup>149)</sup>。個人たる人間を法律上の人概念の出発点としている点でも、ギールケとサヴィニーの見解に差異はないのである<sup>150)</sup>。

### (c) 国家的関与に関するサヴィニーとギールケの見解の近似性

以上のように、サヴィニーとギールケの見解は、法人ないし団体人につき、国家的な関与を認めている点で、きわめて近似している<sup>151)</sup>。

このことを指摘する近時のドイツ学説によれば、サヴィニーとギールケのコンセプトにおける違いは、団体を人として承認する際に国家的な関与があるか否か (“Ob”) にあるのではなく、国家がそれをどのように (“Wie”) 承認するかにある。サヴィニーが、法人の創設を承認するという国家の意思的行為を要

---

146) 前述 II 2(2)(c)参照。

147) KLEINDIEK, a.a.O., S. 158 ff.; SCHÜRNBRAND, a.a.O., S. 18; WIPPLINGER, a.a.O., S. 32.

148) 前述 II 1(1)(a)参照。

149) 前述 II 2(2)(c)参照。

150) KLEINDIEK, a.a.O., S. 159.

151) KLEINDIEK, a.a.O., S. 160; SCHÜRNBRAND, a.a.O., S. 18; WIPPLINGER, a.a.O., S. 32 u. 34 f.



求するのに対して<sup>152)</sup>、ギールケは、そのような国家による創設的行為をいうのではなく、ただ、客観的な法による承認をいう<sup>153)</sup>にすぎない<sup>154)</sup>。

このようなサヴィニーとギールケの見解のニュアンスは、法人（ないし団体人）の設立の際の国家的関与の射程の違いということができ、法人（ないし団体人）の設立に関する立法主義が許可主義から準則主義へと移り変わっていったことが背景にあると解することも可能であるとされている<sup>155)</sup>。

ギールケがいわゆる自由設立主義を主張するものではなく、法人の設立につき、国家的関与を承認し、公示の観点から準則主義をいていたことには、十分な注意を払わなければならない<sup>156)</sup>。サヴィニーが法人の国家的承認に公示の意義からする観点を含ませていたとの評価からすれば<sup>157)</sup>、この点でも、サヴィニーとギールケの見解の間には、さしたる違いはないのである。

### 3 サヴィニーとギールケの異同

以上のようなサヴィニーとギールケの現代的評価にもとづくならば、擬制説と实在説（实在の団体人格説）のいずれにあっても、法人は、法的な地平の以前においてすでに存在するものであって、それに対する法秩序の承認によって、権利能力を備えた法主体となっているものである<sup>158)</sup>。

ここからが、サヴィニーとギールケの見解の分かれるところである。サヴィニーが法人の意思能力および行為をなす能力（Handlungsfähigkeit）を否定するのに対して、ギールケはそれらを肯定する。そうした帰結およびそこにいたる論理展開こそが、サヴィニーの擬制説とギールケの实在説の真の異同である

---

152) 前述Ⅱ 1(1)(a)参照。

153) 前述Ⅱ 2(2)(c)参照。

154) KLEINDIEK, a.a.O., S. 159.

155) KLEINDIEK, a.a.O., S. 159; SCHÜRNBRAND, a.a.O., S. 19; WIPPLINGER, a.a.O., S. 34, Anm. 54).

156) 前述Ⅱ 2(2)(c)参照。

157) 前述Ⅰ 1(3)(a)およびⅢ 2(2)(a)参照。

158) WIPPLINGER, a.a.O., S. 37.

と理解すべきであろう<sup>159)</sup>。

### (1) サヴィニーの擬制説・代理人説に対する批判

サヴィニーの擬制説は、すでに見たように、法人の概念は財産能力という私法上の性質に尽きるのであって<sup>160)</sup>、法人に意思能力および行為をなす能力を認めようとはしない<sup>161)</sup>。なぜなら、行為をなすことの前提にあるのは、思考して意思を決定する存在、つまり、個人である人間 (= 自然人) であり、法人は単なる擬制 (Fiktion) によって権利能力を承認されているにすぎないからである<sup>162)</sup>。

このような論理によって、サヴィニーが法人の意思能力および行為をなす能力を否定したことについては、サヴィニーが法人の社会的実在を認識していたとはいえ、法人概念は財産能力 (Vermögensfähigkeit) という私法上の性質に尽きるとしていたために、法人が人の集まりとして組織されているもの (Sozialgebilde) であるということの本質を論じる論理的必然性を欠くにいった、との評価がある<sup>163)</sup>。

また、以下に見るように、法人が擬制的ないし法技術的な法主体であることからただちにその意思能力および行為をなす能力を否定することを、論難する見解が、ドイツにおいては有力である。

#### (a) 権利能力を承認するならば、行為をなす能力も承認すべきこと

すなわち、法人の機関に関するサヴィニーの代理人説 (Vertreterthorie) は、法人には権利能力があるが、行為をなす能力はないという「内部的な矛盾」を克服するためのものであるとするが<sup>164)</sup>、近時の批判説によれば、そのような内

---

159) BERGMANN, a.a.O., S. 44; WIPPLINGER, a.a.O., S. 35.

160) 前述 II 1 (1)(b)参照。

161) 前述 II 1 (2)(a)参照。

162) 前述 II 1 (1)(a)および(2)(a)参照。

163) BERGMANN, a.a.O., S. 45 f.

164) 前述 II 1 (2)(a)参照。

部的な矛盾の存在は考えられないとされている。

なぜなら、未成年者が権利能力はあるが行為能力がないことについて、そこに内部的な矛盾があるとは誰も考えてこなかったことからわかるように、権利能力と行為をなす能力は必ずしも一組になっている概念ではないからである。サヴィニーの代理人説にはむしろ、権利主体としての法人という構想と、行為をなす能力のない法人という帰結の両者の間に、プランと結果の不一致が見られる。未成年者のように、外部的な手助けを必要とする「法人ちゃん (juristisches Persönchen)」といったようなものだけは、それが生じることのないようにしなければならなかったのである<sup>165)</sup>。

それゆえ、法人に権利能力を承認したのならば、行為をなす能力もまた承認することこそが論理的である。財産能力のある権利主体を構想したのはよいが、行為をなす能力をも承認しなければ、結局のところそれは、権利を取得するための要件を充たすことができず、「未成年者や心神耗弱者」<sup>166)</sup>のように、第三者による代理に頼る以外に方法はないことになる<sup>167)</sup>。権利能力を認めて、自己の名による法取引への参加を認めるのならば、権利能力に加えて、行為をなす能力をも承認すべきである。このことをいう实在説かつ器官／機関説 (Organtheorie) は、論理的に一貫しているものと評価できるのである<sup>168)</sup>。

---

165) Volker BEUTHIEN, Zur Theorie der Stellvertretung im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag, Band I (zitiert als: FS Zöllner), 1998, S. 99.  
166) 前述 II 1 (2)(a)参照。

167) サヴィニーの代理人説をなお擁護するフルーメ (Werner FLUME) は、過失や善意・悪意など、意思表示以外の主観的容態にかかる行為 (Handlung) についても、それに関する行為をなす能力 (Handlungsfähigkeit) は法人にないのであるから、機関がそれを担わざるをえないとする。フルーメによれば、法人の機関とは、法人の組織上の基本構造 (Verfassung) によって法人のために行為をなす能力を基礎づける人または複数の人をいう (FLUME, aa.O., S. 377)。

168) WIEDEMANN, aa.O., S. 193; BEUTHIEN, FS Zöllner, S. 92; ders., Gibt es eine organschaftliche Stellvertretung?, Neue Juristische Wochenschrift (zitiert als: NJW) 1999, S. 1143; Silke BERGHOF, Die organschaftliche Vertretung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 2005, S. 19; WIPPLINGER, aa.O., S. 31 f. u. 35; Daniel A. SPITZE, Geschäftsführung in der Personengesellschaft, Eine organschaftliche Tätigkeit im

(b) 個人である人間のみが意思能力を有するとすることに対する批判

そもそも、権利能力はあるが、行為をなす能力がないという乖離を代理制度の助けを借りて解決するという着想は<sup>169)</sup>、法人には行為をなす能力がないとするサヴィニーの法人に対する基本的理解にもとづくものであるが、それは与えられた事実の分析にもとづくものではなく、何の証明もなされていないものである。個人である人間 (= 自然人) のみが思考して意思を決定する存在であり、単なる擬制である法人はそうではないこと<sup>170)</sup>をいうだけでは、法的に説得的な論拠とはいえない<sup>171)</sup>。

サヴィニーの議論の功績としては、「人間のみが人間らしく責任を持って行為をなし、法人には自然人の意思と行為のみが帰属せしめられうる」としたことが記憶にとどめられるべきだとする見解もあるが<sup>172)</sup>、このような言説を得るために何ら特別の専門的な、あるいは、法的な認識も必要ではない。たしかに、法人が、自然的な、人間がやるような意味において、意思を決定し、行為をなすことはできない。しかし、個人である人間と自然人は法的には別異のものとして解すべきであって、法人と対比されるべきものは、個人である人間 (Mensch) ではなく、自然人 (natürliche Person) である<sup>173)</sup>。

なぜなら、自然人もまた、法人と同様に、法秩序によって承認された権利能力を有する法主体であって、まさに法的に構成されたものであるからである<sup>174)</sup>。たしかに、人間 (Mensch) は、いつでも自らの意思を決定し、その身体を用いた行為をなすことはそのとおりであるが、法秩序によって承認された権利能力、意思能力および行為をなす能力によって、法的な意味における自然人

---

Interesse der Gesellschaft, 2014, S. 33.

169) 前述 II 1 (2)(b) 参照。

170) 前述 II 1 (2)(a) 参照。

171) WIPPLINGER, a.a.O., S. 35.

172) K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S.252.

173) BEUTHIEN, FS Zöllner, S. 92; ders., NJW 1999, S. 1143; BERGHOFF, a.a.O., S. 19; SPITZE, a.a.O., S. 32.

174) BEUTHIEN, FS Zöllner, S. 94 f.

(natürliche Person) となり、そして、法的に意味のある意思決定をし、行為をなすことができるのである。自然人の場合であっても、法人の場合であっても、権利能力は法秩序に基礎をおくものであって、天賦のものではない<sup>175)</sup>。

## (2) ギールケの見解に対する近時の肯定的な再評価

### (a) 「団体論」の今日的意義

ギールケのいう「団体論 (Genossenschaftstheorie)」ないし「人の集まりに関する法 (Sozialrecht)」は、構成員や機関構成員などの、団体において結合された状態にある個人に関する関係を取り扱うとするものであるが<sup>176)</sup>、このようなギールケの議論には、今日の法律学がまさに労力を傾けているところの団体内部の法の萌芽的視点を見出すことができるものとされている。ギールケのいう「人の集まりに関する法 (Sozialrecht)」が今日的な法律学のいう「団体法 (Gesellschaftsrecht; Verbandsrecht)」へと展開したということもでき、そのことは今日、私法上の団体 (Gesellschaft; Verband) を、「共同目的を達成するための組織化された人の集合<sup>177)</sup>」と定義することの中にもあらわれている<sup>178)</sup>。

### (b) 「共同の意思」の意義

「共同の意思 (Gemeinwille<sup>179)</sup>)」に関するギールケの再評価は、個人である人間のみが意思を有するとするサヴィニーの見解に対する批判として前述したところと議論が重複するところである<sup>180)</sup>。

ここでは、ギールケの見解に沿っていうならば、団体を人間にたとえて<sup>181)</sup>、そこから人間の意思と同等の団体の意思をいうのは、たしかに、ギールケの意

---

175) BERGMANN, a.a.O., S. 44 f.; SPITZE, a.a.O., S. 32; BERGHOFF, a.a.O., S. 19.

176) 前述 II 2(1)(b)参照。

177) Z. B., WIEDEMANN, a.a.O., S. 3 f.; K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 168. 後掲注 (197)参照。

178) KLEINDIEK, a.a.O., S. 163 u. 165 f.

179) 前述 II 2(2)(b)参照。

180) 前述 III 3(1)(b)参照。

181) 前述 II 2(3)(a)参照。

図をとび越えかねない、行き過ぎのものであるが、しかし、団体構成員の意思を法的に意味のある「共同の意思」に組織的に構成する (zusammensetzen) ことがまさにギールケの意図するところであり、このことは当を得たものであるとする評価がドイツにおいてなされている。

すなわち、サヴィニーのように、法人につき意思能力などの法律的に意味のある能力を否定し、法人を法的に劣ったものであるかのようにいうのは<sup>182)</sup>、説得的でない。この点、ギールケの見解は、人間の意思と団体のそれを同等に取り扱い、法人に意思能力のあることをいう点で、サヴィニーの見解とは対照的であり、評価に値するものとされている。たしかに、ギールケの見解においては、団体に「共同の意思」を観念的に覚知するというドグマそのものにもはや追随できないが、それは、団体の構成員の個別的な意思とは異なる団体の意思が、法的な意味を持って、組織的に構成されることをいうものとして理解することができる<sup>183)</sup>。

法人を自然人と同じように取り扱うというのならば、法的な意味で、法人が自然人と同様に意思を有するものというべきであり、この点でサヴィニーの見解には難点があるとされる。ギールケの見解については、法人の意思は団体の組織の中で団体的規律にしたがって決定されるとした点で、十分に評価することができ、そのことを擬人論的論法によって展開したために、行き過ぎであった点で、問題があったにすぎないとされる<sup>184)</sup>。

### (c) 法人 (団体人) の意思能力および行為能力の承認

このように、ギールケの実在説については、その擬人論において行き過ぎの面があるにしても、団体において組織的に構成される「共同の意思」を承認していること、つまり、法人 (団体人) に意思能力のあることを承認していることを、近時のドイツ学説は積極的に評価している。

---

182) 前述 II 1 (2)(a)参照。

183) BEUTHIEN, FS Zöllner, 1998, S. 93.

184) BEUTHIEN, FS Zöllner, S. 95; WIPPLINGER, aa.O., S. 36.

また、前述のように、サヴィニーが法人の意思能力および行為をなす能力（Handlungsfähigkeit）を否定することを、権利能力を認めた以上、論理的に一貫していないとし<sup>185)</sup>、この点において、ギールケが法人（団体人）の意思能力および行為をなす能力を承認していることも、積極的に評価している。

もちろん、サヴィニーの見解とは異なって、団体自身が意思を決定し、そして、行為をなすことをいうギールケの見解を評価するとはいっても、ギールケのいうようなかたちで、団体における意思を自然人の意思と同じものとして位置づけることはできないことが殊に指摘されている。このことをいう近時のドイツ学説によれば、法人の意思能力および行為をなす能力を承認するとはいっても、それは、法人が、純粹に法的な意味において、その機関を通じて、意思を決定し、行為をすることをいうものとすれば十分であるとされている。もっとも、このような法人の意思とは、意思表示における内心的な効果意思にほかならず、自然人の意思もまた意思表示における構成部分とされてはじめて、法的な意味での意思となるのであるから、このような意味においては、自然人の意思に対応するものを法人にも見出すことができるものとされている<sup>186)</sup>。

#### (d) 通説としての実在説および法人の機関に関する器官／機関説

擬人論あるいは団体の「共同の意思」ドグマに対する批判を中心とする従前のギールケ評価からすれば<sup>187)</sup>、法人本質論につき、ドイツにおけるかつての通説<sup>188)</sup>が、法人の財産主体性をいうサヴィニーの見解を基本として採用し、ギールケ的な視点は、法人が法的な意味での組織体であるという要素のみをとり入れていたという状況<sup>189)</sup>はよく理解できよう。

---

185) 前述Ⅲ 3(1)(a)参照。

186) KLEINDIEK, a.a.O., S. 162; BEUTHIEN, FS Zöllner, S. 95; WIPPLINGER, a.a.O., S. 36 f. u. 37 Anm. 73).

187) 前述Ⅲ 2(1)(b)(i) および (ii) 参照。

188) Z.B., ENNECCERUS/NIPPERDEY, a.a.O., S. 610.

189) 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41巻4号（1992年）471頁。

そのような状況の下で、かつてのドイツ学説もまた、過去の法人論争は終結したとしていたが<sup>190)</sup>、つぎのIV節「ドイツにおける法人の現代的機関論」で見られるように、現代ドイツの法人における機関論の進展のもとでは、ギールケの実在説および器官／機関説の肯定的な再評価が理論的基礎として確立し、実在説こそが通説となっている。

すなわち、ギールケの見解を、そこから擬人論の部分差し引いて、法的に還元したうえで、積極的に評価する立場からすれば、実在説（実在の団体人格説）の優位性をいう見解が生じるのは当然の理であり、それが今日のドイツでは支配的な見解になっているといえようし<sup>191)</sup>、そのことを明言する文献もある<sup>192)</sup>。ギールケによる器官／機関説的思考についても、その限界にさえ留意すれば、有用なものも含まれているとされる<sup>193)</sup>。すなわち、機関は、対外的には、独立しているものとはいえず、法人の一部にすぎないが、内部的には、一定程度の独立性を備え、法人のためにそれぞれの機能を果たすものであり、その結果、全体としてみれば、法人は行為をなす能力を有するものとされ、自然人と

---

190) 後藤・前掲注(189)467頁、471頁。

191) K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 250 ff.; Volker BEUTHIEN, NJW 1999, S. 1142 f.; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Dieter REUTER, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2001, § 26, Rn. 11 f.; Heinz HÜBNER, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 2. Aufl., 1996, S. Rn. 192 f.; SCHÖPFLIN, Der nichtrechtsfähige Verein, S. 15; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen/Günter WEICK, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 21-79, Neubearbeitung 2005, § 26 Rn. 8; BERGHOF, a.a.O., S. 19; WIPPLINGER, a.a.O., S. 37; Münchener Kommentar zum BGB (zitiert als: MüKoBGB) /LEUSCHNER, 8. Aufl., 2018, § 26, Rn. 3, 4; Beck'scher Online-Kommentar BGB (zitiert als: BeckOK)/SCHÖPFLIN, 52. Edition, Stand 01.11.2019, § 21, Rn. 16.

192) Volker BEUTHIEN/Andreas GÄTSCHE, Vereinsautonomie und Satzungsrechte Dritter, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (zitiert als : ZHR) 156, 1992, S. 468; BEUTHIEN, NJW 1999, S. 1142; HÜBNER, a.a.O., Rn. 197; SCHÖPFLIN, Der nichtrechtsfähige Verein, S. 15; BeckOK/SCHÄFER, § 164, Rn. 1-5.

193) SCHÜRNBRAND, a.a.O., S. 11. 後述IV 3 参照。



同じように法取引に参加しうるのである<sup>194)</sup>。

## IV ドイツにおける法人の現代的機関論

### 1 団体法における機関代理

現代的なドイツ民法総則の体系書および注釈書では<sup>195)</sup>、代理につき、任意代理 (gewillkürte Stellvertretung)、法定代理 (gesetzliche Stellvertretung)、機関代理 (organschaftliche Stellvertretung) の区別が行われるのが一般的である。そこでは、任意代理・法定代理と並ぶ独自のカテゴリーに機関代理が位置づけられている。

非営利社団法人 (eingetragener Verein: 登記済み社団) に関するドイツ民法典26条1項後段は、理事会 (Vorstand) が「法定代理人の地位を有する」と定めているが、立法者<sup>196)</sup>は機関に関する代理人説と器官／機関説の争いを避け、機関の法的性質については学説にゆだねたものとされている。しかし、ドイツ民法典の上記規定は、理事会を法定代理人と性質決定することなく、それに相応する「法定代理人の地位を有する」とのみ定めているものと解釈し、そのことから第3のカテゴリーとしての機関代理が存在することを論理的に導くことが可能であるとされている。

機関代理の下で論じられるのは、団体法 (Gesellschaftsrecht)<sup>197)</sup> における社

---

194) SCHÜRNBRAND, a.a.O., S. 11.

195) Hans-Martin PAWLOWSKI, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl., 2003, Rn. 670; Manfred WOLF/JÖRG Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl., 2016, § 49, Rn. 28 ff.; MüKoBGB/LEUSCHNER, § 26, Rn. 17; MüKoBGB/SCHUBERT, § 164, Rn. 11 ff.; BeckOK/SCHÄFER, § 164, Rn. 1-5.

196) Benno MUGDAN, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I, 1899 (Nachdruck 1979), S. 609.

197) 団体法 (Gesellschaftsrecht) とは、特定の共同の目的を達成するために法律行為により設立された私法上の人の集合、つまり、広義の団体 (Gesellschaft im weiteren Sinne) に関する法をいう (Friedrich KÜBLER/Heinz-Dieter ASSMANN, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., 2006, S. 1)。

団型の団体 (Körperschaft)<sup>198)</sup> および組合型の団体 (Personengesellschaft)<sup>199)</sup> の機関による行為である。

もっとも、後者の、民法上の組合・合名会社など、組合型の団体に対しては、機関概念を認めることについて、ギールケ以来の異論がある。それによれば、組合型の団体における財産は構成員の総体に帰属し、そこでは、場合によっては構成員全員による共同的行為が可能であり、機関によらずとも行為をなするのであるから、機関概念を構成する必要性がないとされる<sup>200)</sup>。

そのような見解の中には、組合型の団体について、機関代理でないとしながらも、その法的独立性が強まれば、機関代理を認めることができるとするものがあった<sup>201)</sup>。そうすると、民法上の組合も合名会社のような組合型団体も、判例・通説によれば法人ではないが権利能力があるとされている現在のドイツ法の状況下では<sup>202)</sup>、機関代理がそこに認められることになる<sup>203)</sup>。

---

198) 社団型の団体 (Körperschaft) には、非営利社団法人 (eingetragener Verein: 登記済み社団)、株式会社、有限会社、協同組合 (eingetragene Genossenschaft: 登記済み協同組合) および権利能力なき社団 (nichtrechtsfähiger Verein) などがある。権利能力なき社団以外はすべて法人である。

199) 組合型の団体 (Personengesellschaft) には、民法上の組合、合名会社および合資会社などがある。それらはいずれも、ドイツ民法典14条2項が事業者になりうるものとして自然人・法人とともに列挙している「権利能力を有する組合型の団体 (rechtsfähige Personengesellschaft)」であって、権利能力を有する (民法上の組合の権利能力については、ドイツ連邦通常2001年1月29日判決 [BGHZ 146, 341] がある [後藤元伸「法人における有限責任と組合型団体における無限責任—ドイツにおける民法上の組合の組合員責任論—」政策創造研究6号〈2013年〉197-198頁、197頁・注21に掲げた文献、および、中田英幸「組合財産の責任関係に関する一考察—組合の権利能力を認めたBGH判決を素材として—」駒澤大学法学部研究紀要74号〈2016年〉37-75頁参照)。合名会社・合資会社については、ドイツ商法典124条1項・161条2項に明文の規定がある)。

200) v. GIERKE, Deutsches Privatrecht, S. 687, Fn. 121); Harm Peter WESTERMANN, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970, S. 151; Fritz RITTNER, Die werdende juristische Person, 1973, S. 257; Ulrich HUBER, Rechtsfähigkeit, juristische Person und Gesamthand, Festschrift für Marcus Lutter, 2000, S. 107 u. 114.

201) BEUTHIEN, NJW 1999, S. 1145 f.

202) 前掲注(199)参照。

203) Vgl., BERGMANN, a.a.O., S. 50 f.

## 2 法人ないし団体の意思能力および行為をなす能力

非営利社団法人や株式会社などの社団型の団体（Körperschaft）、および、民法上の組合や合名会社などの権利能力のある組合型の団体（rechtsfähige Personengesellschaft）について、現在のドイツにおける通説によれば<sup>204)</sup>、法人ないし団体は意思能力および行為をなす能力を有し、それゆえ、法人ないし団体自身が機関を通じて、意思を決定し、行為をなすものとされている。すなわち、機関の行為は、法人ないし団体自身の行為である。法律行為において、機関は、法人ないし団体を代理するのではなく、代理法にいう代理人にあたらない。機関は、法人ないし団体を制度・組織的に構成する部分にすぎないから、その外にある第三者ではなく、代理におけるような第三者の行為の帰属を觀念しえない。

もともと、理事会／取締役会の構成員（Vorstandsmitglied：理事／取締役）の行為が法人ないし団体のためのものであるか自己のためのものであるかを区別する必要があり（顕名の原則）、あるいは、法人ないし団体とは異なる権利主体である機関構成員の意思表示の、法人ないし団体への帰属が問題となるのであるから、ドイツ民法典164条以下の代理に関する規定が補充的に適用される。また、非営利社団法人（eingetragener Verein：登記済み社団）の理事会（Vorstand）は法定代理人ではなく、機関代理における機関であるが、ドイツ民法典26条1項第2文後段が、理事会は「法定代理人の地位を有する」と定められていることから、代理規定の補充的適用を正当化しうる。

機関の行為が法人ないし団体自身の行為であることは、事実行為についても

---

204) BEUTHIEN, NJW 1999, S. 1142; BERGMANN, aa.O., S. 50; SCHÖPFLIN, Der nichtrechtsfähige Verein, S. 15; WIPPLINGER, aa.O., S. 37; BERGHOF, aa.O., S. 20 f.; MüKoBGB/LEUSCHNER, § 26, Rn. 17; MüKoBGB/SCHUBERT, § 164, Rn. 11 ff.; BeckOK/SCHÖPFLIN, § 21, Rn. 8 u. 16. 現在でもなお、代理人説（Vertreterthorie）をとるものとして、J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen/Andreas SCHWENNICKÉ（zitiert als: STAUDINGER/SCHWENNICKÉ）, Buch 1, Allgemeiner Teil § § 21-79, Neubearbeitung 2019, § 26, Rn. 20.

然りである。これにより、機関についての法人の責任に関する規定（ドイツ民法典31条）の趣旨をよく説明しうるものとされている。

以上のようなドイツにおける通説的見解によれば、社員総会（Mitgliederversammlung）あるいは株主総会（Hauptversammlung）、または、理事会あるいは取締役会（いずれも Vorstand）などの機関の行為が、機関（Organ）による法人自身の行為としてとらえられることになる。

### 3 団体における機関の概念

#### (1) 法人ないし団体の組織上の基本構造と機関

ドイツ法においては今日、法人ないし社団型の団体（Körperschaft）の法的な構造上の組み立てのことを組織上の基本構造（Verfassung）といい、それは法律または定款の定めによるものとされている<sup>205)</sup>。組織上の基本構造（Verfassung）は、構成員の法的地位、ならびに、法人ないし団体が意思を決定し、行為をなすために必要不可欠な社員総会／株主総会（Mitgliederversammlung; Hauptversammlung）および理事会／取締役会（Vorstand）の運営や権限について定めるものである。ここでの総会および理事会／取締役会が法人の機関である。法人ないし団体の基礎に関わる事項についての意思決定は、総会によって行われる。業務執行と代表については、理事会／取締役会によって行われる。業務執行の監督については、株式会社や協同組合（eingetragener Genossenschaft: 登記済み協同組合）では監査役会によって、非営利社団法人（eingetragener Verein: 登記済み社団）では社員総会によって行われる<sup>206)</sup>。

---

205) ドイツ民法典25条は「権利能力を有する社団の組織上の基本構造（Verfassung）は、次条以下の規定に定められている場合を除き、社団の定款により定まる」とする。

206) BEUTHIEN/GÄTSCH, ZHR 156, S. 467 f.; BEUTHIEN, NJW 1999, S. 1144; KÜBLER/ASSMANN, a.a.O., S. 123 ff. u. 193 ff.; Ulrich EISENHARDT, Gesellschaftsrecht, 14. Aufl., 2009, Rn. 131 ff. u. 546 ff.; Jens KOCH, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., 2019, § 30, Rn. 1.

## (2) 機関の概念に関する従前の見解

このような機関の概念それ自体について、ドイツにおいて従前よく見られた見解においては、今日的理解との間に差異が認められる。

それによれば<sup>207)</sup>、法人の機関は、その意思を決定し、それを執行する人また人の集団をいうものとされる。機関と機関構成員の区別をすることなく、機関の権限は機関構成員に個人的に割りあてられると解されている。こうした従前からの見解は、法人の機関に関する代理人説的理解にもとづくものが多いが、ことに、機関となる人を自然人であると解し、その自然人の行為が機関たる地位によって法人に帰属せしめられるとしている。

ドイツ伝統型の2層構造の(dualistisch)株式会社においては、監査役会(Aufsichtsrat)や取締役会(Vorstand)の各構成員(監査役や取締役)が機関にあたる。機関構成員である自然人が、個別に、または、共同的になす行為が法人に直接的に帰属せしめられることになる。

## (3) 制度・組織的かつ機能的概念としての機関

これに対して、現在の通説的な見解によれば、理事会／取締役会(Vorstand)そのものが法人の機関であり、理事会／取締役会の構成員(Vorstandsmitglied: 理事／取締役)は法人の機関ではない。こうした見解は、ギールケの見解<sup>208)</sup>を肯定的に再評価し<sup>209)</sup>、法人の機関に関する器官／機関説的理解を前提とするものであるとされている<sup>210)</sup>。

こうした見解のうちの先駆的なものは、理事会／取締役会や総会が、団体目的達成のために権限を割りあてられた、団体を構成する一部分であることから、

---

207) FLUME, a.a.O., S. 377 (前掲・注(167)参照); WIEDEMANN, a.a.O., S. 212 f.; SOERGEL Kohlhammer-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Walther HADDING, Bd. 1, 13. Aufl., 2000, § 26, Rn. 3; MüKoBGB/Schubert, § 164, Rn. 11-13.

208) 前述Ⅱ 2(1)(b)および(3)(a)参照。

209) 前述Ⅲ 3(2)(b)および(c)参照。

210) SCHÜRNBRAND, a.a.O., S. 41 f.

機関概念は制度・組織的 (institutionell) かつ機能的 (funktionell) に定められるべきであるとする。そうすると、機関は、法律または定款によって、(機能的に) 団体目的の達成に資する機能が割りあてられた、(制度・組織的に) 団体の一部として備え付けられたもの (Einrichtung) であるということになる<sup>211)</sup>。

機関構成員ではなく機関そのものを法人の機関であるとする見解は、今日、定評のある注釈書の1つ (ミュンヒナー・コンメンタール) においても受容されるまでにいたっている。それによれば、機関は、定款によって定まる権限を有する組織的に1つのもの (Organisationseinheit) であって (制度・組織的要素)、そのままでは行為をなす能力を有しない法人ないし団体につき、行為をなす能力を創出する機能を担うものである (機能的要素) とされている<sup>212)</sup>。

#### (4) 機関と機関における職務執行者の区別

法人ないし団体における機関を制度・組織的 (institutionell) かつ機能的 (funktionell) にとらえる見解においては、法人ないし団体の機関の概念からは、機関構成員が区別され、機関構成員は、機関そのものではないことになる。機関構成員が数人ある場合に、機関構成員を単に合わせたものが機関となるのではなく、また、機関構成員が1人であっても、機関構成員がただちに機関となるのではない。なぜならば、機関の権限は、機関自体に帰属し、機関構成員に個人的に帰属するのではない、と考えられているからである。たとえば、業務執行権限および代表権限は、理事会／取締役会 (Vorstand) に帰属し、理事会／取締役会の構成員 (Vorstandsmitglied: 理事／取締役) に個人的に帰属するのではない<sup>213)</sup>。このような、機関 (Organ) それ自体から区別される機関構成員

---

211) BEUTHIEN/GÄTSCHE, ZHR 156, S. 468; K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 250 ff.; SCHÖPFLIN, Der nichtrechtsfähige Verein, S. 15.

212) MüKoBGB/ LEUSCHNER, § 26, Rn. 3.

213) 構成員の総会においては、構成員は、機関構成員であるとともに、団体の構成員であるから、たとえば、議決権の行使には、機関における職務執行者としての権限の行使、および、団体の構成員としての権利の行使という2重の意味がある。協同組合 (eingetragener

の法的性質は、機関における職務執行者（Organwalter）という概念で示されている。機関における職務執行者とは、機関の中であってその権限を行使する機関構成員たる自然人をいう<sup>214)</sup>。

機関における職務執行者（Organwalter）の概念をいう根拠としては、つぎのようなことが指摘されている。すなわち、機関構成員（理事／取締役）が機関であるとすれば、権限が機関構成員に個人的に帰属することになり、機関構成員が辞任した場合には、新たに機関構成員となる者に対して、改めて権限を定めて、付与しなすなければならないが、機関構成員を機関における職務執行者と位置づければ、機関構成員を新たに選任するだけでよい。あるいは、全員の事故死などにより、機関構成員が欠亡した場合に、機関構成員個人が機関であるとすれば、機関なき法人が生じ、それがいかなる法的状態にあるのかが問題となるが、機関構成員個人は機関でないとするれば、機関構成員が欠亡しても、機関そのものは存続し、新たに機関が組織されるのではなく、機関が新たな機関構成員によって再び占められるだけであると解することができる<sup>215)</sup>。

---

Genossenschaft：登記済み協同組合）において、総代会が設置される場合には（ドイツ協同組合法43条のa）、総代は総代会で構成員としての権利を行使するのではなく、機関における職務執行者としての権限を行使することになる（BEUTHIEN, NJW 1999, S. 1144）。

214) WESTERMANN, aa.O., S. 150; Karl-Jochen LEWERENZ, Leistungsklagen zwischen Organen und Organmitgliedern der Aktiengesellschaft, 1977, S. 63 f.; BEUTHIEN/GÄTSCH, ZHR 156, S. 468 ff.; BEUTHIEN, FS Zöllner, S. 97 f.; KLEINDIEK, aa.O., S. 178; K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 250, Anm. 7) u. 415; SCHÖPFLIN, Der nichtrechtsfähige Verein, S. 16; SCHÜRNBRAND, aa.O., S. 41 ff.; WIPPLINGER, aa.O., S. 24 ff. なお、これらの文献の多くが、機関（Organ）と機関における職務執行者（Organwalter）の区別とその意義について、行政法学者の見解（Hans J. WOLFF, Organschaft und juristische Person, Bd. 2, Theorie der Vertretung, 1934, S. 224 ff.）に由来していることをいう。

215) 理事会構成員（理事）が欠亡した場合に、ドイツ民法典210条（日本の民法158条に相当）の定める法定代理人のいない制限行為能力者のような事態が生じるのではなく、そのことを立法者（MUGDAN, aa.O., S. 620）は意識していたものとされている（STAUDINGER/SCHWENNICKE, § 26, Rn. 14）。ドイツ株式法78条1項第2文は、取締役が欠亡した会社について、会社に対する意思表示および文書の送達の場合には、監査役会によって会社が代表される旨を規定する。

このように、機関構成員とは区別される機関それ自体に権限が帰属しているものとすれば、機関構成員が交替したとしても、あるいは、機関構成員が欠亡したとしても、法人ないし団体の中で法律または定款により、あらかじめ制度・組織的に機関に権限が割りあてられているのであるから、機関の存続性・連続性の点において、何らの論理的に厄介な問題が生じないのである<sup>216)</sup>。

機関と機関構成員（機関における職務執行者）の区別の根拠はさらに、法律の規定自体にも求められるとされている<sup>217)</sup>。すなわち、ドイツ民法典31条は「社団法人は、理事会（Vorstand）、理事会の構成員（Mitglied des Vorstands）、その他定款によって定められた代表者がその職務を行うについて第三者に加えた損害を賠償する責任を負う」と規定し、はっきりと理事会と個々の理事会構成員（理事）を区別している。また、ドイツ民法典26条1項第2文前段は「理事会（Vorstand）は、裁判上および裁判外において社団法人を代表する」と規定しているが、これについては、機関構成員から区別される理事会という機関それ自体が存在し、社団法人を代表するのは理事会それ自体であると解釈することができるのである<sup>218)</sup>。同様に、ドイツ株式法76条および77条は、取締役会（Vorstand）と取締役会の構成員（Mitglied des Vorstands：取締役）を文言のうえで区別し、同法79条1項第1文は「取締役会（Vorstand）は、裁判上および裁判外において会社を代表する」と規定する。

以上のように、法人ないし団体における機関を制度・組織的（institutionell）

---

216) BEUTHIEN, NJW 1999, S. 1144; SCHÜRNBRAND, aa.O., S. 42 f.

217) BEUTHIEN/GÄTSCH, ZHR 156, S. 469, Anm. 49); ders., FS Zöllner, S. 98, Anm. 50); SCHÜRNBRAND, aa.O., S. 43 u. 46.

218) 法務省大臣官房司法法制調査部司法法制課『ドイツ民法典—総則—』（法務資料445号、1985年）7頁は、本文に示した現行のドイツ民法典26条1項第2文前段と同文の2009年改正前同法典26条第2項第1文前段について、フォアシュタント（Vorstand）を理事と訳して、「理事は、裁判上及び裁判外において社団を代表する」としているが、それは、理事会と理事会の構成員（理事）を区別する同法典31条と合致せず（同書は同法典31条ではフォアシュタント〔Vorstand〕を理事会と訳す）、また、機関そのものと機関構成員（機関における職務執行者）を区別し、理事会の構成員（理事）ではなく理事会を代表機関とするドイツの通説的見解とは異なる見解に立つものである。



かつ機能的（funktionell）にとらえ、機関それ自体と機関における職務執行者である機関構成員を区別し、両者の概念を以上のようにとらえる見解が、今日では、ドイツにおける通説となっている<sup>219)</sup>。

#### (5) 機関構成員の行為の法人における2段階の帰属

法人ないし団体が機関によって行為をなすものと考えるとき、機関は人ではなく、また、代理法という代理人ではない。つまり、機関は法人ないし団体の一部を構成するものであって、法人ないし団体から分離された、その外にある法主体ではない。法人ないし団体においては、機関構成員の行為が、第1段階として、機関に帰属して機関の行為となり、その機関の行為が、第2段階として、法人ないし団体に帰属して法人の行為となるものとされている（doppelte Zurechnung：2段階の帰属）<sup>220)</sup>。

#### 4 現代的機関論をめぐるサヴィニーとギールケの位置づけ

今日のドイツにおける機関の制度・組織的かつ機能的理解、とくに、機関（Organ）と機関における職務執行者（Organwalter）という理解は、法人に関するギールケの見解（实在説〔实在の団体人格説〕および法人の機関に関する器官／機関説）に由来するものである。

もっとも、これについては、2点の留保が必要である。その第1点は、前述したところでもあるが、ギールケの論述には擬人論的論法の点について行きすぎの面があり、その分を差し引いて評価する必要のあることである<sup>221)</sup>。

第2点は、法人の機関に関連した、ギールケによるサヴィニー批判の部分についてである。ギールケは、サヴィニーが法人（団体人）に意思能力および行為をなす能力を承認しないで、法人の法的な活動が後見におけるのと同様に代

---

219) SCHÜRNBRAND, a.a.O., S. 42.

220) SCHÜRNBRAND, a.a.O., S. 45 f; MüKoBGB/LEUSCHNER, § 26, Rn. 5.

221) 前述Ⅲ 3(2)(b)および(c)参照。

理によって可能となるとしていることを、批判する<sup>222)</sup>。しかし、サヴィニーは、法人が権利主体として権利を取得するために必要となる代理が、組織上の基本構造 (Verfassung) によって定まるものとしている<sup>223)</sup>。そこには、代表の権限を有するものとして組織に制度的に備え付けられたもの、つまり、抽象的な存在である代表機関の存在の承認を読み取ることも可能である。また、その中で機関の権限を現実に行使する機関構成員の存在を読み取ることも可能であるから、今日のドイツ学説のいう機関における職務執行者 (Organwalter) の概念もまた、サヴィニーの見解のうちに見出すことが可能なのである。このような読み方をすれば、機関なくして法人は行為をなすことができないから、機関の存在が法人の権利主体性に不可欠の条件であるとする論理は、サヴィニーの見解とも矛盾しないのである<sup>224)</sup>。

もっとも、機関なくして法人なしということをサヴィニーの見解からもいいうるとしても、ギールケは、機関構成員が団体構成員とともに、それぞれの機関を通して、1つのものとして組織化された団体としてのまとまり (Verbandsganze) を構成するものであるとして<sup>225)</sup>、団体人 (法人) の外でなく、内に存在することをいうのであるから、第三者が行為をなすところの代理とは異なることをうまく定式化しているものともいえる<sup>226)</sup>。ギールケの見解にはまさに、今日のドイツにおける機関 (Organ) と機関における職務執行者 (Organwalter) という現代的理解の嚆矢を見ることができるのである。

## V おわりに～法人の機関論および機関と機関構成員の区別～

これまで概観してきたドイツ学説のような法人の機関論、および、機関と機

---

222) 前述 II 2(3)(a)参照。

223) 前述 II 1(2)(b)参照。

224) KLEINDIEK, a.a.O., S. 178 f.; 福地・前掲注5694頁。

225) 前述 II 2(1)(b)参照。

226) KLEINDIEK, a.a.O., S. 179 f.

関構成員（機関における職務執行者）を区別する議論をわが国に持ち込んだならば、以下のようになるであろうか。

## 1 法人の機関論

法人は、機関を通じて、意思を決定し、行為をなす。法人の機関とは、法律または定款によって、《機能的に》団体目的を達成するための機能が割りあてられ、《制度・組織的に》団体の一部として備え付けられたものをいう。

法人は、意思決定機関において、意思決定をなし、業務執行機関において業務執行をなし、業務執行の際に対外的な行為が必要であれば、代表機関において代表行為をなす。たとえば、理事会設置一般社団法人においては<sup>227)</sup>、社員総会、理事会、代表理事および監事が法人の機関である。

法人の基礎に関わる事項についての意思決定は、社員総会によって行われる。業務執行についての意思決定は、理事会によって行われ、業務執行行為および代表行為は、代表理事によって行なわれる。

これら機関の行為は、法人自身の行為である。機関は、法人を制度・組織的に構成する一部分にすぎないから、法人外の第三者ではない。そこには、代理におけるような第三者の行為が本人に帰属するという関係を観念しえない。法律行為についても事実行為についても、機関の行為が法人自身の行為である。

もっとも、法律行為については、顕名および代表行為の効果帰属に関して、代理に関する規定が補充的に類推適用される。代表機関の不法行為については、一般法人法78条や会社法350条において、規定がある。

---

227) 以下の記述においては、（監査役設置会社である）取締役会設置会社についても同様である。

## 2 機関と機関構成員の区別

### (1) 機関と機関構成員（機関における職務執行者）

理事会設置一般社団法人においては、理事会が法人の業務執行決定機関であり、理事は機関構成員であって機関そのものではなく、機関における職務執行者として、理事会の意思決定に参加する。代表理事は、法人の業務執行・代表機関であるが、機関としての代表理事とそれを構成する個人である代表理事は区別される。代表理事の機関構成員は1人であるが、機関構成員自身（個人である代表理事）が機関となるのではない。代表理事が2人以上いるときには、同じ機能を有する複数の業務執行・代表機関が存在することになる。

理事会における理事は機関構成員（機関における職務執行者）にすぎず、機関そのものではないのに対して、代表理事の概念については、機関構成員（機関における職務執行者）としての代表理事と、機関そのものとしての代表理事があることになる。わが国においては、理事会そのものが業務執行・代表機関となるわけではなく、この点で理事会が業務執行・代表機関とされるドイツと異なる。機関構成員が1人である代表理事が業務執行・代表機関であるから、機関と機関構成員（機関における職務執行者）の区別は不明瞭あるいは不要に見え、両者の区別論を想起する契機が失われているように思われる。

理事会設置一般社団法人でない一般社団法人は<sup>228)</sup>、理事が、業務執行決定機関であり、原則として業務執行・代表機関である。ここでも、機関としての理事とそれを構成する個人である理事は区別され、2人以上の理事があるときには、同じ機能を有する複数の機関が存在することになる。

以上のように、機関それ自体は機関構成員（機関における職務執行者）から区別されるものとすれば、機関それ自体に権限が、法律または定款により、法人の中であらかじめ制度・組織的に割りあてられているものと考えることができる。機関構成員は、機関における職務執行者であり、あらかじめ備え付けら

---

228) 以下の記述においては、取締役会設置会社でない株式会社についても同様である。

れている機関という器をみたま存在であるから、機関構成員が欠亡しても、法人から機関自体が欠けることはない。

## (2) 機関構成員の行為の法人における２段階の帰属

### (a) 法人における２段階の帰属

法人が機関によって行為をなすものとするときは、機関構成員自身は機関ではない。法人において、機関構成員の行為は、第１段階として、機関に帰属して機関の行為となり、その機関の行為が、第２段階として、法人に帰属して法人の行為となる。

### (b) 業務執行の決定に関する２段階の帰属

理事会設置一般社団法人において、意思決定のうち業務執行の決定は、つぎのような思考過程によって、法人に帰属する。

理事会における理事個人による業務執行に関する意思決定（賛成）は、他の理事による意思決定（賛成）とともに理事会の決議要件を満たすときに（＝理事会への帰属要件）、理事会に帰属して理事会の業務執行の決定となり、理事会の業務執行の決定が法人に帰属して法人自身の業務執行の決定となる。

理事会設置一般社団法人でない一般社団法人においては、機関を構成する個人としての理事の業務執行の決定が、機関としての理事に帰属して理事の業務執行の決定となり、機関としての理事の過半数につき業務執行の決定がなされたとき（＝法人への帰属要件）、それらが法人に帰属して法人の業務執行決定となる。

### (c) 代表行為に関する２段階の帰属

理事会設置一般社団法人においては、機関構成員（機関における職務執行者）としての代表理事による行為が、機関たる代表理事に帰属してその業務執行行為となり、機関たる代表理事の業務執行行為としての代表行為が、法人に帰属して法人自身の行為となる（顕名その他の法的処理は代理法の補充的類推適用

による<sup>229)</sup>。

理事会設置一般社団法人でない一般社団法人においても、機関構成員（機関における職務執行者）としての個人である理事による行為が、機関たる理事に帰属してその業務執行行為となり、機関たる理事の業務執行行為としての代表行為が、法人に帰属するとともに、法人自身の行為として認識されることになる。

以上のことは、代表行為が適法な（＝業務執行決定手続きにつき法令・定款違反のない）業務執行行為でない場合であっても同じである。すなわち、適法な業務執行の決定がないにもかかわらずなされた、代表者（代表理事または理事）による業務執行としての行為（専断的行為）は、適法な業務執行行為ではない。しかしそこでも、機関構成員（機関における職務執行者）としての個人の行為が、その者が代表者であるがゆえに機関としての代表者に帰属して、その業務執行行為となる。そのつぎに、機関としての代表者のなす業務執行行為としての代表行為が法人に帰属して、法人自身の行為となる。

（なお、本稿は2018年度関西大学学術研究員〔短期学術研究員（2カ月）〕研究費による研究成果の一部である。）

---

229) 代表行為の効果帰属ないし代表権の制限の問題については後段の法人への帰属のところで問題となるのであろうか。検討を要する。代表者の事実行為についても、同様に2段階の帰属が考えられるが、代表者の行為についての法人の損害賠償責任規定（一般法人法78条、会社法350条など）に関して、職務執行性の要件は前段の帰属のところで問題となるのであろうか。これも検討を要する。