

# 法人学説の再定位

——独仏法人論の再読解とミシュールおよび  
サレイユの法人論・合有論——

後藤元伸

## 目次

- I はじめに——わが国における法人学説継受の特異性——
  - 1 法人学説継受の特異性
  - 2 法人学説論争の終焉？
- II 法人論の再読解
  - 1 わが国における擬制説，法人否認説および実在説理解
  - 2 擬制説の意義と機能
  - 3 法人否認説の意義
  - 4 実在説の意義と機能
  - 5 フランスにおける法人論の実用性
- III おわりに——民法上の組合の権利主体性をめぐる独仏比較法——
  - 1 ドイツおよびフランスにおける民法上の組合の権利主体性の承認
  - 2 ドイツにおける民法上の組合に関する法発展
  - 3 フランスにおける民法上の組合に関する法発展
  - 4 権利主体の二元論および三元論

## I はじめに——わが国における法人学説継受の特異性——

### 1 法人学説継受の特異性

#### (1) わが国における法人学説継受の特異性

鳩山秀夫・我妻栄・四宮和夫は，法人学説およびその主唱者をつぎのように分類・整理している<sup>1)</sup>。法人学説を擬制説，法人否認説および実在説に分類し，

1) 鳩山秀夫『増訂改版 日本民法総論』(1930年，岩波書店) 131-135頁，我妻栄『新訂 民法総則』(1965年，岩波書店) 122-126頁，四宮和夫『民法総則 (第4版補正版)』(1996年，弘文堂) 76-77頁，四宮和夫・能見善久『民法総則 [第8版]』↗

擬制説につきサヴィニー (Friedrich Carl von SAVIGNY)、法人否認説につきブリント (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) (以上、管理者主体説)、実在説につきギールケ (Otto von GIERKE) (有機体説)、ミシュール (Léon MICHOUUD) およびサレイユ (Raymond SALEILLES) (以上、組織体説) を挙げている。

このようなスタイルの法人学説の分類・整理は、鳩山秀夫に始まるものである<sup>2)</sup>。その分類・整理を基礎としてなされている法人学説の内容把握と評価は、我妻栄に始まり、それが一般的に受容されているものと言えるであろう<sup>3)</sup>。その後には、法人論の今日的評価・意義づけが四宮和夫によってなされ<sup>4)</sup>、いわば法人論に一区切りがついたかのようになっている<sup>5)</sup>。

すなわち、法人学説は、団体に敵対的な、あるいは、好意的な時代の歴史的産物であって、それぞれ法人を成り立たせる契機の1つを強調したものにすぎないとして敬遠されている。法人を構成する契機としては、実体的契機、価値的契機および技術的契機があげられている。実体的契機とは法人の社会的実体であり、価値的契機とは法人格を付与するに値するか否かの政策的価値判断であり、技術的契機とは権利義務の帰属点たりうるという法技術としての法人格であるとされている。

しかしながら、わが国における法人学説整理のしかたは、独仏の法人論を継受しながらも、ドイツのそれともフランスのそれとも異なる特異性を有する。

まず、法人擬制説・否認説・実在説といった法人学説分類を、フランス文献を通じて継受しながらも、それらにつき、鳩山秀夫・我妻栄はミシュール・サレイユ以外のフランス法学者の名を脱落させ、ドイツ法学者の名のみを残した<sup>6)</sup>。

↘ (2010年、弘文堂) 81-83頁。法人学説の内容把握については後述Ⅱ1で見る。

2) 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。

3) 海老原明夫「法人の本質論……その一」ジュリスト950号 (1990年) 12頁。

4) 四宮・前掲注(1)75-76頁。

5) 後述Ⅰ2を参照されたい。

6) 海老原・前掲注(2)12-13頁。

したがって、わが国の法人学説の整理および評価はドイツのそれによったものではない。

また、後に詳論するように、フランスにおける法人学説の評価とも異なっている。とくに、法人否認説につき（ドイツにはこのような名称とカテゴリーはない<sup>7)</sup>）、我妻栄および四宮和夫の理解にはその特異性が大きいように思われる。

もちろんここで、ドイツやフランスの法人学説の分類方法によるべしなどと言いたいのではない。ただ、わが国独自の法人学説整理およびその評価が、今日の法人学説論争の終焉論につながっていることは指摘しうるであろう。

## (2) 仏独およびわが国における法人学説の分類とその異同

### (a) 法人否認説および実在説をめぐる異同

さて、わが国の法人学説整理において、法人否認説中の無主財産 (*patri-moine sans sujet*) という呼称はフランス文献での呼称であり、ドイツ文献ではそのような表現は一般的ではない。

また、実在説 (*Thorie der Realität?*) という表現もまたドイツ文献において一般的ではなく、本来的にフランス文献での呼称 (*théorie de la réalité*) である。フランスでは、実在説が、社会学の強い影響を受け、19世紀末のドイツにおいて始まったものとして理解されている<sup>8)</sup>。なお、ギールケの学説につき、わが国では実在説ないし有機体説などと呼ばれているが、ドイツでは「実在の団体人格説 (*Theorie der realen Verbandspersönlichkeit*)」というのがふつうである。

鳩山秀夫および我妻栄が法人学説整理において言及するフランス学説は、ミシュール (*Léon MICHOU*D)、サレイユ (*Raymond SALEILLES*) の見解のみである。そこでは、ミシュールとサレイユの見解が、実在説の一種の組織体説と

7) 後述のII 3(2)を参照されたい。

8) 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.

して分類されている<sup>9)</sup>。

このようなフランス法人学説の整理は、サレイユを引用する松本烝治論文<sup>10)</sup>に遡るであろう。松本論文はサレイユのつぎのような記述をもとに実在説を分類・整理している。すなわち、サレイユは自説を組織体説 (théorie institutionnel : 松本論文は「構成体説」と訳す) と名づけ、それはギールケならびにフランスでギールケを受容したオーリウ (Maurice HAURIOU), ミシュエ, デュギー (Léon DUGUIT) らを総合したものであると自ら規定している<sup>11)</sup>。もっとも、サレイユはデュギーについて、その見解を法人否認説に位置づけながら、それはギールケを暗黙のうちに受け入れたものだ評価している<sup>12)</sup>。なお、フランスの文献では一般に、デュギーは法人否認説中の無主財産説に分類されている<sup>13)</sup>。また、オーリウの法人学説は組織体説 (théorie d'institution ; théorie de l'organisation) と呼ばれている<sup>14)</sup>。

(b) ミシュエ実在説をめぐる異同

フランスの実在説において、主流となったのはミシュエの見解である<sup>15)</sup>。わが国では、ミシュエではなくサレイユが実在説の代表であるかのようになっているが<sup>16)</sup>、フランスではそうではない。

9) 鳩山・前掲注(1)134-135頁, 我妻・前掲注(1)125-126頁。

10) 松本烝治「法人学説」『私法論文集』第1巻(巖松堂書, 1916年)114-115頁。

11) Raymond SALEILLES, De la personnalité juridique, Histoire et théories, 1910, p. 601.

12) SALEILLES, op. cit., p. 544, 601.

13) Léon MICHOD, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 1906, n° 20 et s.; SALEILLES, op. cit., p. 533, 541; Nathalie BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, Éléments pour une théorie, 2004, n° 42.

14) CARBONNIER, op. cit., n° 201; BARUCHEL, op. cit., n° 55.

15) BARUCHEL, op. cit., n° 58; Bruno DONDERO, Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé, Contribution à la théorie de la personnalité morale: Tome 1, 2006, n° XXVIII, 337.

16) 四宮 = 能見・前掲注(1)82頁, 内田貴『民法I (第4版) 総則・物権総論』(2008年, 東京大学出版会) 217頁。これに対しては, 大村敦志「ベルエポックの法人論争——憲法学と民法学の対話のために——」藤田宙靖・高橋和之編『憲法論集』

その著書『法人論とフランス法へのその適用』<sup>17)</sup>は、サヴィニーやイエーリングらのドイツ法人学説をも検討の対象とし、そのタイトルのとおり、フランスの法人学説のみならず、ドイツの法人学説をも含めた法人学説のフランス法への適用可能性を論じている。フランスでは、ミシュールの時代までにすでに、つまり、19世紀にすでに、サヴィニーとイエーリングのフランス語訳が出版されていた。法人学説を論じる今日の文献でも、それらのフランス語版が引用されるのがふつうである。

フランスでは、ミシュールの見解は組織体説またはそれを想起させるような呼称ではなく、法技術的実在説 (théorie de la réalité technique) と呼ばれている<sup>18)</sup>。

わが国における法人学説の整理と理解については、フランスの法人論によりながらも、学説の分類・整理は、上述のように、フランスにおける今日的なそれとは異なるところがある。また、法人学説の内容理解および評価も、後述のように、仏独における今日的なそれとは様相が異なっている。

## 2 法人学説論争の終焉？

我妻栄は独仏の法人論を論じつつ、自らの法人学説として、社会的作用説を提示している。それは、法人が擬制であることを否定するとともに、その実在する本質は「一個独立の社会的作用を担当することによって、権利能力の主体たるに適する社会的価値を有するもの」であるという<sup>19)</sup>。そこでは、法人論の

↘ (樋口陽一先生古稀記念)』(創文社, 2004年) 57頁注(7), 時本義昭「レオン・ミシュールの法人論(1)」龍谷大学社会学部紀要35号(2009年) 13頁。

17) MICHOU, op. cit.

18) MALAURIE/AYNÉS, 3<sup>e</sup> éd., n° 458 (Philippe MALAURIE, Les personnes : La protection des mineurs et des majeurs, 6<sup>e</sup> éd., 2012 では法人の法的性質の章 [MALAURIE/AYNÉS, 3<sup>e</sup> éd., n° 450] がなくなっている); CARBONNIER, op. cit., n° 202; BARUCHEL, op. cit., n° 58; DONDERO, op. cit., n° XXVIII. なお, 法技術的実在説という本稿の訳語は, 「法」という語をフランス語中にないにもかかわらず付加するものであるが, それは, サレイユの命名 (théorie de la réalité juridique), あるいは, 法的な実在性をいうとするカルボニエの説明によったものである (SALEILLES, op. cit., p. 678; CARBONNIER, op. cit., n° 202)。

19) 我妻・前掲注(1)126頁。

無用性をいうところまでにはいたっていない。

これに対して、四宮和夫は、我妻栄の法人学説整理に依拠しながらも、自らの法人学説を言わない。というよりも、自らの法人学説を示すことに意義を見出していないのである。

四宮和夫によれば、実定法は「その社会の歴史的・社会的事情のもとで取引の主体となるに値すると判断したものに限って、法人格を付与する」のであって<sup>20)</sup>、法人学説の対立は「法人における実体的契機・価値的契機および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」にすぎないから、「従来の特定の法人学説にとらわれることなく、右に上げた3つの契機を念頭におきながら妥当な解決をはかるようにすべき」である<sup>21)</sup>。このような、いわば法人学説論争の終焉が、体系書等において一般的に受容されている<sup>22)</sup>。

しかし、実定法やその解釈において、歴史的・社会的事情が基礎にあるのは当然のことである。歴史的・社会的事情を法人論においてのみ、ことさらに強調し、何らかの結論を導くのは生産性のあるフェアな議論ではない。また、このことは上記の3つの契機論についても同じことであり、それは法制度すべてにあてはまる事柄である。

ましてや、法人学説は歴史的産物であるから、法人論はその歴史的使命を終えた、などと言えるであろうか。さらには、法人については上記の3つの契機さえ押さえておけばよいのであって、法人の本質を論じるなど実用性のない机上の空論である、などと言えるであろうか。

そもそも、法人学説論争の終結をいう現代日本の状況も、未来から見れば過去の歴史的産物かもしれないのである。法制度ならばおよそあてはまりそうな3つの契機をいうだけで満足し、法人論を不要なものとするのは、それこそ何

---

20) この部分の理解は、川島武宜『民法総則』（有斐閣、1965年）88、92、96頁の理解を引き継ぐものである。

21) 四宮・前掲注(1)75-76頁。

22) 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・前掲注(16)217頁、山本敬三『民法講義I〔第3版〕』（2011年、有斐閣）483頁。

らかの歴史的・社会的事情によるものであろう。

一方で、法人の政治的活動の自由については実在説的思考によってこれを承認し、他方で、法人税制については擬制説的思考によって法人税の二重課税論や法人減税を主張するのは、まさに脱哲学の現代日本的プラグマティシズムである。

## II 法人論の再読解

### 1 わが国における擬制説、法人否認説および実在説理解

#### (1) 擬制説

わが国では、擬制説は、サヴィニーに始まり、サヴィニーの擬制説がその代表であると考えられてきた。鳩山秀夫は、擬制説中にヴィントシャイトも挙げていたが<sup>23)</sup>、我妻栄の法人学説整理の中では脱落している。

擬制説は、「理論上自然人のみが権利の主体たるべきものとし、自然人にあらざるものが権利の主体たるは法律の擬制 (fiction; Fiktion) に因るもの」とするものであると理解されている。かかる擬制説に対しては、「権利の主体たる者を自然人のみに限局する理由なし」との批判がなされている。そして、擬制説は社会的実在を無視し、技術的契機にのみ着目するものであるとされている<sup>24)</sup>。

#### (2) 法人否認説

鳩山秀夫は、法人否認説につき「法人なる人格を否認する学説に3種あり」とし、法人につき、権利主体のない一定の目的のための財産にすぎないとする目的財産説、実際上の利益享受者が権利主体であるとする享受者主体説、および、法人の財産を管理する地位にある者が権利主体であるとする管理者主体説を挙げる<sup>25)</sup>。

このような分類と理解はその後も基本的に踏襲されている。すなわち、法人否認説によれば、「法人は法の擬制にすぎず、その本体は個人または財産に存

23) 鳩山・前掲注(1)132頁。

24) 鳩山・前掲注(1)132頁，我妻・前掲注(1)122頁，四宮・前掲注(1)76頁。

25) 鳩山・前掲注(1)133頁。

在する<sup>26)</sup>」。法人の本体は、一定の目的に捧げられた無主体の財産（目的財産説）、利益を享受する多数の個人（享益者主体説）、あるいは、法人財産の管理の任に当たるもの（管理者主体説）にある<sup>27)</sup>。

法人否認説に対する評価については、擬制説および実在説との関係づけの議論とともに、後に詳論する（後述Ⅱ 3(1)）。

### (3) 実在説

わが国では、実在説について、これを有機体説（ギールケ）と組織体説（ミシュー、サレイユ）に二分することが行われている。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であり、これに対して、組織体説は法人の実体を社会的有機体ではなく「権利の主体たるに適する組織体」であるとするものである<sup>28)</sup>。

有機体説に対しては、社会的有機体をなぜ権利主体とすることができるのかにつき批判がなされている<sup>29)</sup>。一方、組織体説に対しては、トートロジーだという批判がある。つまり、「権利主体たるに適する法律上の組織体」だから権利能力を付与するというのは問題をもって問題に答える憾みがあるというのである<sup>30)</sup>。

## 2 擬制説の意義と機能

### (1) サヴィニーの再評価と「真の擬制説」

#### (a) サヴィニーの再評価

さて、サヴィニー（Friedrich Carl von SAVIGNY）の擬制説に対しては、それが巷間で言われるような、法人の実在を否定する<sup>31)</sup>ものではないとする

26) 四宮・前掲注(1)76頁，我妻・前掲注(1)123頁も同旨。

27) 我妻・前掲注(1)123-124頁，四宮・前掲注(1)76頁。

28) 鳩山・前掲注(1)134頁。

29) 鳩山・前掲注(1)134頁，我妻・前掲注(1)125頁，四宮・前掲注(1)77頁。

30) 我妻・前掲注(1)126頁，四宮 = 能見・前掲注(1)82-83頁。

31) 我妻・前掲注(1)122頁，四宮・前掲注(1)，四宮 = 能見・前掲注(1)82頁。フランスでは、1930年頃のパリ大学の講義において、「私は法人と昼食をともにしたことなどない」と言って憚らなかった公法の大家（Gaston JÈZE）がいたといふ

再評価がすでになされている。すなわち、サヴィニーの見解は、法人の実在性を前提としているのであって、法人の実体を法人概念の構成要素としないだけであるという。

石部雅亮論文よれば、「サヴィニーの法人擬制説が、法人の社会的実在を認めない……説であるかのように理解するのは、正しくなく、「法人の社会的実在性は、サヴィニーにとって自明の前提であり、ただ法人概念の構成要素とされていないだけのこと」である。「サヴィニーの理論は……団体の社会的実在性に対する考慮をぬきにして唱えられているわけではない」<sup>32)</sup>。

以上はドイツにおけるサヴィニーの再評価と一致するものである。石部論文も引用するフルーメ (Werner FLUME) によれば、ドイツにおける従前のサヴィニー理解に誤解があったとし、擬制説 (Fiktionstheorie) という呼称は誤解を招きやすいものでもあったとする。すなわち、サヴィニーは、法人たる団体の社会的実体につき見誤るところがなく、それを自明の所与の前提としていた。サヴィニーの見解は、法人の実体には、自然的・必然的存在 (国家やゲマインデ [都市・村落]) および必然的でない技術的・恣意的存在 (人の団体や財団) があるとするものである。それらは、人間に必要的に認められているところの権利能力が転用されることによって、技術的な、擬制のみによって認められた主体、つまり、法人となる。法人の本質はもっぱら財産能力という私法上の属性の中にある<sup>33)</sup>。

このようなサヴィニー理解の上に立って、フルーメはサヴィニーの見解の決定的な意義をつぎようなことに見出している。すなわち、法人における権利主体性が、個々の構成員や総構成員の中ではなく、観念的な全体の中にあるがゆえに、人の団体は構成員から分離された技術的・恣意的存在であり、したがって、それが法人として成立することについては、構成員の私的な判断のみに

↘う (MALAURIE/AYNÉS, 3<sup>e</sup> éd., op. cit., n° 454)。

32) 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。

33) Werner FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 2. Teil, Die juristische Person, 1983, S. 3ff.

委ねられることなく、国家的承認が必要であるとしていることである。なぜなら、人間はその肉体的存在のゆえに、自然的な権利能力が認められ、国家やゲマインデは必要的存在であるがゆえに法人として承認されるが、人の団体は法的理由および政策的・国家経済的理由にもとづいて国家が法人として承認するものだからである。ここでいう法的理由とは法取引の安全である<sup>34)</sup>。

(b) ヴイントシャイトの「真の擬制説」

フルーメは、サヴィニーの再評価に続けて、法人の実在性を完全に否定する法人学説こそ「真の擬制説」であるとし、ヴィントシャイト (Bernhard WINDSCHEID) の所説をその第一に挙げている。フルーメによれば、サヴィニーの擬制説が法人の社会的実在性を前提とし、ただ、それを法人概念の内容としないにすぎないのに対して、「真の擬制説」たるヴィントシャイト説は、法人の実在性を完全に否定する。すなわち、法人において、主体は存在せず、それが擬制されるのみであるとするものである<sup>35)</sup>。

ヴィントシャイトによれば、「人」の下に理解されるうるものは人間のみである。なぜなら、人間の世界におけるそれぞれの支配領域を画するのが法秩序の役割であり、他方、人間のみが意思を有するからである。しかしまた、権利が、一定の目的に資するため、権利主体としての人間に結びつけられずに、存在しうることも事実である<sup>36)</sup>。

これについて、ヴィントシャイトは、2つの法的な考え方が可能であるとする。まず、ただちに思い浮かぶ第1の考え方は、権利主体が存在しないとするものである。このとき、権利が人格とは離れた何らかの目的のために定められることになる。このような考え方は、しかしながら、人格に対する、意思を有するという人間の性質を通しての考察からすれば、それにもとづく自然な感覚に反する。これに対して、第2の考え方は、権利について担い手たる主体を探

34) FLUME, a. a. O., S. 9f., 11ff.

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

36) Bernhard WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Theodor KIPP, 1900, § 49, S. 187.

求しようとするものである。すなわち、主体を、観念的操作によって技術的に創造される観念的な人の中に見出すことにより、自然的な感覚をみたすとともに、権利主体の不在を解消し、「法技術的な必要性」をもみたす。技術的に創造された人が、従前からの表現によれば、法人と呼ばれるものであり、性質上人格をそなえる人間に対置される。それは、「擬制された人」と呼ぶのがよりふさわしい<sup>37)</sup>。

このようにして、ヴィントシャイトは、法人の実在性を否定して、権利に現実の主体が存在しないことから出発し、そこで法人を擬制することは、単に「法技術的な必要性」をみたすだけのものと見ているのである<sup>38)</sup>。

## (2) フランスにおける擬制説の意義

### (a) フランスにおける擬制説理解

フランスにおいても、サヴィニーは擬制説の主唱者として知られ、その著書のフランス語版が引用されている<sup>39)</sup>。フランスにおける擬制説の理解は、今日においてもなお、さきに見たようなサヴィニーの再評価をとまなうものではなく、基本的にはフルーメのいう「真の擬制説」にとどまるものである。

もっとも、そこでは、「法人は擬制的にのみ存在する<sup>40)</sup>」という有名なフレーズのみならず、つぎのような叙述も引用されている。すなわち、自然人にはその有体的なあらわれ方のゆえに権利能力が附与されるのに対して、見えざる観念的存在については高権的意思が法技術上の主体を創造する<sup>41)</sup>、というものである。

### (b) 法人の法定性と公示

すなわち、フランス文献での評価によれば、擬制説は法人の実体またはその

37) WINDSCHEID, a. a. O., § 49, S. 188 ff.

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

39) MICHOU, op. cit., n° 6 note 1; BARUCHEL, op. cit., n° 34; DONDERO, op. cit., n° XXVIII.

40) Friedrich Carl von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. par Ch. GUENOUX, t. 2, 1841, § XC, p. 282.

41) SAVIGNY, op. cit., § LXXXIX, p. 276 et s.

擬制的性質には関心がないものであるが、その意義は、法人を承認することに関する立法者ないし国家の権限をいうことにある<sup>42)</sup>。

つまり、法律の定めがなければ法人は認められない。擬制説は立法者に法人承認に関する排他的な権限を承認するものであり、実在説はこれに反対して、団体的法主体の実在を喚起し、立法者はそれを確認するにすぎないとするものである。擬制説の最大の意義は立法者が法人格取得をコントロールすることであり、この専制的な結論が擬制説の衰退と実在説の興隆の一因であったという<sup>43)</sup>。

日本での評価に、擬制説は法人の技術的契機のみに着眼するものであるといったものがある<sup>44)</sup>。しかしながら、わが国やドイツにおける前述のサヴィニーの再評価<sup>45)</sup>に照らせば、そのような評価はあたらない。のみならず、上のようなフランスにおける擬制説理解からしても、擬制説は法人の法定性、さらには、公示の必要性をいうものである<sup>46)</sup>。これは、先述の、サヴィニーの擬制説のフルーメによる読み直しに見られるところの、取引の安全から国家的承認の必要性を説くのと相通ずるものがある。

(c) フランスにおける擬制説の現代的意義

かつてのフランスにおいては、擬制説が支配的であったものと考えられるが<sup>47)</sup>、しだいに実在説、とくに、後述の法技術的実在説 (*théorie de la réalité thechnique*<sup>48)</sup>)、つまり、わが国で組織体説として紹介されているところのものが有力となった。このような状況下で、民法上の組合 (*société civile*) につき、法人であることを明定する法律上の規定がないにもかかわらず、判例<sup>49)</sup>・

---

42) F. ARTHUYS, *Traité des sociétés commerciales, comprenant un commentaire de la faillite et de la liquidation judiciaire des sociétés*, t. 1, 3<sup>e</sup> éd., 1916, n<sup>o</sup> 146; MALAURIE/AYNÉS, 3<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 454.

43) DONDERO, *op. cit.*, n<sup>o</sup> XXIII et ss., XXIX.

44) 四宮・前掲注(1)76頁, 四宮 = 能見・前掲注(1)82頁。

45) 前述Ⅱ 2(1)(a)を参照されたい。

46) ARTHUYS, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 146.

47) ARTHUYS, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 107 note 2; 時本・前掲注(16)14頁。

48) 後述のⅡ 4を参照されたい。

49) フランス破毀院審理部1891年2月23日判決 (*Chambre des requêtes de la Cours* ↗

学説が実在説的思考から民法上の組合の法人格を承認していた。

ところが、1978年のフランス民法典改正<sup>50)</sup>により、フランス民法典1842条1項が、組合 (société) は登記の時から法人格を享受する旨を定めるにいたった。すなわち、民法上の組合 (société civile) は、その法人格が明文の規定により法定されるとともに、法人格を取得するためには登記が必要となり、その結果、公示に服するに至った。このような法制度のもとでは、ソシエテ・シヴィル (société civile) の語をもはや民法上の組合と訳すことはできず、それは民事会社というにふさわしいものとなっている<sup>51)</sup>。

1978年以前に設立された民法上の組合は、それに法人格を承認する判例のもとで、1978年の民法典改正後もなお法人格を有するものとされてきた<sup>52)</sup>。しかし、新経済規制 (NRE: nouvelles régulations économiques) に関する2001年5月15日の法律<sup>53)</sup>により、2002年11月1日までに登記されるべきことが義務づけられた (同法律の部44条)。それまでに登記がなされなければ、当該民法上の組合は法人格を失い、法人格のない組合<sup>54)</sup> (société en participation) または事実上設立された組合<sup>55)</sup> (société créée de fait) として法性決定され

↳ de cassation, 23 févr. 1891, Recueil Dalloz 1891, I, 337)。なお、山本桂一『フランス企業法序説』(1969年、東京大学出版会) 187頁以下 (196-197頁)、小西美典「フランス法人論序説——判例を中心として——」法学雑誌6巻4号 (1960年) 133頁以下 (133-134頁)、平野裕之「組合と権利能力なき社団における共有論の可能性——財産群法理と団体的拘束原理——」法学研究84号 (2011年) 734頁を参照されたい。

50) 組合の章を改正する「民法典第3編第9章を改正する1978年1月4日の法律」(Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978, modifiant le titre IX du livre III du Code civil)。

51) 拙稿「独仏団体法の基本的構成 (2)」阪大法学47巻6号 (1998年) 76頁、同「組合理型団体における共同事業性の意義——損益分配と事業の共同性の連関——」関西大学法学論集59巻3=4号 (2009年) 597-598頁・注(6)、600-601頁・注(28)。

52) 前掲注(50)・民法典第3編第9章を改正する1978年1月4日の法律4条4項。

53) Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

54) 匿名組合の系譜に属する法人格のない組合 (société en participation) である。後述のⅢ3(2)を参照されたい。

55) 事実上設立された組合 (société créée de fait) は、内縁関係の夫婦などが行う共同事業等においてその成立が認められるもので、フランス民法典1873条により、後述Ⅲ3(2)の法人格のない組合 (société en participation) に関する民法典の規定を

る<sup>56)</sup>。

このようなフランス民法典改正は、たしかに、実在説的思考にもとづき民法上の組合に法人格を承認する判例・学説の見解を、法律が採用したものということができる。しかし他方では、民法上の組合＝民事会社 (société civile) の法人性および公示を法律が定めたのであるから、この点を斟酌すれば、法人の法定性および公示の必要性をいう、かつての支配的見解であった擬制説の内容が立法的に採用されたものともいえる。この意味では、実在説中の法技術的実在説が通説的地位を占めている今日のフランスにおいてもなお、擬制説がその意義を失っていないとの評価も成り立ちうるのである<sup>57)</sup>。

### 3 法人否認説の意義

#### (1) 日本における法人否認説の評価とその特異性

わが国では、法人否認説が、法人は法の擬制であり、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<sup>58)</sup>。そして、法人否認説に対する評価として、それが法人制度の存在理由を実質的に観察するものであるとされたり、あるいは、法人の技術的契機の背後にある実体的契機にも着目した点に歴史的意義があるとされている<sup>59)</sup>。

こうした理解と評価によるならば、法人否認説が、法人を否認するというその名称にもかかわらず、法人の実体を肯定的にとらえ、あたかも法人を否認していないかの如くである。法人否認説が法人制度の存在理由を実質的に観察し

が適用される。たとえば、共同事業を行っていた内縁関係の配偶者の一方は、内縁関係解消後、組合財産の清算というかたちで、共同事業に供せられた財産の分配請求をすることが可能となる。

56) DONDERO, op. cit., n° LXX, LXX note 228; Philippe MERLE/Anne FAUCHON, Droit commercial, Sociétés commerciales, 16<sup>e</sup> éd., 2013, n° 2 note (a), n° 74 note 3.

57) MERLE/FAUCHON, op. cit., n° 74 et s.; Kai-Steffen SCHOLZ, Verselbständigung bürgerlicher Gesellschaften in Deutschland und Frankreich, 2001, S. 165.

58) 四宮・前掲注(1)76頁。

59) 我妻・前掲注(1)124頁, 四宮・前掲注(1)76頁。

ているという評価は、以下で見るように、ブリントツ（Alois BRINTZ）やプラニオール（Marcel PLANIOL）の法人否認説が法人という構成自体を否定するものであるがゆえに、法人否認説理解としては一面的で不十分であるように思われる。加えて、法人否認説が実体的契機にも着目しているとして、その後の実在説に接続する法人学説である<sup>60)</sup>かのようにいうのは、いささか行き過ぎの感がぬぐいきれない。

もちろん、わが国における上記の法人否認説理解は、法人否認説が法人は法の擬制であるとしていることにも触れ、実在説とは基本発想が異なることにも言及している。しかし同時に、法人の本体は個人または財産であるといった法人否認説の内容の説明、あるいは、法人の実質的観察あるいは法人の実体的契機への着目といった法人否認説の積極的評価があることから、法人否認説がその名のとおり法人の存在意義を否定するものではなく、あたかも擬制説と実在説を架橋するものであるかのような扱いとなっている。

このような位置づけの源になったのは、おそらくは松本烝治論文であろう。同論文は、前述のヴィントシャイトの所説<sup>61)</sup>を擬制説の中に位置づけながらも、法人否認説たる無主財産説の始祖であるとし、それとともに、実在説に向かって一步を進めたものであるとしている<sup>62)</sup>。もっとも、ヴィントシャイトの法人学説は、松本論文におけるその微妙な位置づけのためか、我妻栄の体系書では、擬制説の中でも法人否認説の中でもその名が挙げられていない。

## (2) 擬制から否認へ

法人否認説については、その名のとおり法人の存在意義ないし法人構成の必要性自体を否定していることがその眼目であるとするべきである。

フルーメによれば、サヴィニーの擬制説が法人の社会的実在性を前提とし、ただ、それを法人概念の内容としないのみであるのに対して、ヴィントシャイト、ブリントツ、イエーリングおよびヘルダーらの法人学説は、法人の実在性を

60) 四宮・前掲注(1)76頁。

61) 前述のⅡ 2(b)を参照されたい。

62) 松本・前掲注(10)94, 97頁。

全体として否定するものであるとしている<sup>63)</sup>。と同時に、ギールケの实在の団体人格説は、これらの法人の实在性を否定する学説に反対して、法人の实在性を認識させた点に功績があるともしている<sup>64)</sup>。

つまり、プリンツらの、日本において法人否認説として整理されている法人学説、および、ヴィントシャイト説は、サヴィニーの擬制説を法人的存在の否定にまで発展させ、そのことから、法人的存在のみならず法人構成の必要性をも否認する（プリンツ）か、あるいは、よしんば法人的存在を認めるにしても、法人を、実体のないものに対する技術的必要性からする単なる擬制である（ヴィントシャイト）として、いわば擬制説を徹底したものといえるであろう。

この意味では、法人否認説は实在説の嚆矢ではなく、实在説とは対極にある擬制説のある種の発展形態として位置づけられるべきものである。

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。一方、フランス文献には、その呼称 (*les théories négatrices de la personnalité morale*) が見られる。日本に法人否認説という法人学説の分類があるのは、フランス文献を介してドイツ法人学説を継受した結果である<sup>65)</sup>。

法人否認説というフランス語のとおり、法人否認説は法人を否定することにその本旨があるとすべきであろう。フルーメも指摘するように、プリンツらの法人学説に実体的契機が見受けられる<sup>66)</sup> のは間違いないにしても、ドイツの法人学説の整理のために法人否認説というフランス由来の呼称を用いる必然性はない。

次述のフランス法人論の文脈における法人否認説の位置づけにも見られるように、法人否認説はまさに団体が法人を構成すること自体を否定するものである。後述の法人否認説の評価にもあるように、それが何らかの実体を指向するものである<sup>67)</sup> とはいっても、それは、法人の実体ではなく、財産を有する団体の実体、ないしは、目的に捧げられた財産総体の実体をいうにすぎない。

63) FLUME, a. a. O., S. 16f.

64) FLUME, a. a. O., S. 17f.

65) 海老原・前掲注(2)12頁。

66) FLUME, a. a. O., S. 17.

67) 後述Ⅱ 3(5)を参照されたい。

(3) フランス法人論の文脈における法人否認説

(a) 法人の存在と必要性を否定するものとしての法人否認説

フランスの文献においても、法人学説として、法人という擬制を排除し、かつ、人間のみが人であるという公理を起点として維持するという立場によるならば、法人の存在と必要性を完全に否定する結論に帰着するであろうとされている。これが法人否認説であり、それには2つの途がある。その第1は、財産が何人にも帰属しないとすものであり、その第2は、団体を構成している個人に財産が帰属すると考えるものである<sup>68)</sup>。

かかる整理における第1の法人否認説、つまり、無主の財産の存在可能性を認める法人否認説が、無主財産 (patrimoine sans sujet) 説ないし目的財産 (propriété d'affectation ; Zweckvermögen) 説といいならわされるものであり、その嚆矢として、ドイツ法人学説中のプリンツやベッカー (Ernst Immanuel BEKKER) の法人学説が挙げられている<sup>69)</sup>。

第2の法人否認説としては、ドイツの法人学説が挙げられることはなく、プラニオール<sup>70)</sup>の集団的所有 (propriété collective) 説がその典型として挙げられている<sup>70)</sup>。

(b) プリンツの目的財産説

上記分類中第1のプリンツ (Alois BRINZ) の目的財産 (Zweckvermögen ; propriété d'affectation) 説は、人間に属さない財産について、そこにおいて人格化する必要がないとし、目的に捧げられた財産としての無主の財産を承認すれば足りるとするものである。念頭にあるのは、国家、ゲマインデ (都市・村落)、コルポラチオン、教会などの共同体 (universitas)、および、財団、とくに信仰目的のものである<sup>71)</sup>。

68) MICHOU, op. cit., n° 16 ; SALEILLES, op. cit., p. 388, 390 et s.

69) MICHOU, op. cit., n° 17 ; BARUCHEL, op. cit., n° 40.

70) SALEILLES, op. cit., p. 388, 390 et s. ; CARBONNIER, op. cit., n° 200 ; BARUCHEL, op. cit., n° 38.

71) Alois BRINZ, Lehrbuch der Pandekten, 2. veränderte Aufl., Bd. 1, 1873, § 61, S. 201 ff.

ブリントはその立論中において、ローマ法源からは今日、法人を固有の、第2種の人であるとし、倫理的な、擬制的な、法律上の人として、人の団体ともの団体に分類することが一般的に行われているとし、このことに対して異議を唱えている。すなわち、ローマ法学者は国家／都市 (civitas) や相続財産などが人であるとはせずに、それらがそのままのかたちで現れるものとしていたにすぎないとする。つまり、人の分類に法人はなく、人間があるのみであったという。物の分類によろやく今日では法人扱いされるものが出てくるが、ここでは第2種の人に物が帰属するのでなく、何人にも帰属しない無主物 (res nullius) が存在するにすぎない<sup>72)</sup>。

ブリントによれば、無主物に法人をあてるのは進歩ではない。国家や都市を人であるというのは、ファンタジーには許されるが、制度や理性には許されない。人であるという言い方は一般の感覚や用語法から来ているのであって、専門的な技術的産物として法人をあて、それを思考上の必然であるというのは誤りである<sup>73)</sup>。

このような誤りは、「人なくして財産なし」という公理によっているためであるという。それは、主体なき財産は認めることが不可能だから、法人を立てているだけのことである。しかしながら、「人なくして財産なし」ということから法人の必要性をいう擬制的思考には、何の論理的必然性も見いだすことができない。また、実在的思考に依拠して、そこにおいて人格に必要なのは肉体でなく意思であり、肉体なき意思が観念上存在しうるとして、法人に現実性をもたらそうとしても、それは不自然である<sup>74)</sup>。

結局のところ、ブリントによれば、「人や主体が存在しなくても財産は存在しうる<sup>75)</sup>」のである。すなわち、財産に対しては、誰に帰属するかどうかだけではなく、何のためにあるのかをも問うるのであって、前者の問いに何者にも帰属

72) BRINZ, a. a. O., § 60, S. 196.

73) BRINZ, a. a. O., § 60, S. 196 f.

74) BRINZ, a. a. O., § 60, S. 197 ff.

75) BRINZ, a. a. O., § 60, S. 200.

しないと答えるのであれば、後者の問いのみが残る。これに対する答えが、目的である。人に帰属しない財産は、目的のために存在する目的財産である。このことは、信仰目的の団体において、まさに目的こそが決定的であるから、顕著である。これに対して、世俗の都市やコルポラチオンの財産においては、それほどではないが、公的な目的があるものといえる。国家にあっては、その目的どころか、それ自体がまさに公のもの／国家（*res publica*）である<sup>76)</sup>。

(c) プラニオール<sup>76)</sup>の集団的所有説

(i) プラニオール説の概要とその位置づけ

ブリントツの目的財産説に対しては、フランス文献において、法人の存在と必要性を完全に否定するフランス法人否認説の代表として、プラニオール（*Marcel PLANIOL*）の集団的所有（*propriété collective*）説が挙げられるのがふつうである<sup>77)</sup>。我妻栄は、プラニオールの見解を法人否認説としてとり上げてはいない。そもそも、法人否認説という名称がフランス由来でありながら、先にも見たように、鳩山秀夫以降、わが国ではフランス法学説が脱落していた<sup>78)</sup>。

プラニオールの法人否認説によれば、法人構成のような擬制的な考え方を採用する必要性はなく、団体における財産の帰属形式として、単独所有に対する集団的所有を承認すれば足りるのであって、たとえば、集団的所有においては構成員個人は総構成員に帰属する財産を処分しえないなどとすればよい、とされる<sup>79)</sup>。

(ii) 法人否認説としてのイエーリング<sup>80)</sup>の見解の位置づけ

プラニオールも認めているところであるが<sup>80)</sup>、フランスにおいては、イエーリング（*Rudolf von JHERING*）の見解が、プラニオールの法人否認説の萌芽

76) BRINZ, a. a. O., § 61, S. 201 ff.

77) SALEILLES, op. cit., p. 388, 390; CARBONNIER, op. cit., n° 200; BARUCHEL, op. cit., n° 38. ミシユーは代表的なものとしては扱っていない（*MICHOUD*, op. cit., n° 26）。なお、大村・前掲注(16)45頁も参照されたい。

78) 前述 I 1(1)を参照されたい。

79) *Marcel PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit, 3<sup>e</sup> éd, 1905, t. 1, n° 3005 et s.*

80) *PLANIOL, op. cit., n° 3018.*

として位置づけられている<sup>81)</sup>。

日本ではイエーリングの所説を享益者主体説と呼ぶことがあるが、イエーリングは財団についてのみ、その受益者が権利主体であるというにすぎない。イエーリングによれば、真の権利主体は、法人それ自体ではなく、法人とは区別される構成員であるとして、法人は、そこにおいて構成員の対外的な法律関係があらわれるところの特別な法形式にほかならないという<sup>82)</sup>。

イエーリングの見解につき、ミシュールは、それがプラニオールの法人否認説ほどラディカルではなく、法人概念の技術的有用性や必要性を認めるものであると評している<sup>83)</sup>。

### (iii) プラニオールの集团的所有説

さて、プラニオールによれば、集团的所有〈権〉(propriété collective)は所有〈権〉(propriété)の特別形態であって、個別的所有〈権〉(propriété individuelle)に基礎を置く不分割の共有(copropriété indivise)とは異なる。集团的所有においては、共有におけるような持分の自律性(持分には持分権者があり、この持分権者は独立の所有権を有する者であって、持分に対する処分をなしうること)がない。否、持分は存在しない。そこには物の共同使用あるいは一般的有用性への全面的な割当て(affectation)が見られるのみである。物の一般的有用性への割当てとは、たとえば、戦艦や要塞の軍事力から生じる利益を国民全体が受けるというようなことであって、このとき、個々の国民はそれらを個人的に利用することも所持することもなく、現実に見ることすらない<sup>84)</sup>。

このような集团的所有は現代国家においても相当数がお存在し続けているのであって、個別的所有という法的構成がいかに決定的な社会の進歩であったとしても、それのみでは人間の欲求を満たすのには十分でなく、集团的所有が

81) MICHOU, op. cit., n° 27; BARUCHEL, op. cit., n° 38.

82) Rudolf von JHERING, L'esprit du droit romain, Dans les diverses phases de son développement, trad. par Octave de MEULENAERE, 1878, t. IV, p. 430.

83) MICHOU, op. cit., n° 27 note 1.

84) PLANIOL, op. cit., n° 3005.

個別的所有とともに必要であり、これからも存在し続けるものである<sup>85)</sup>。

にもかかわらず、学説において、個別的所有のみが論じられ、集团的所有につき言及がなされないのは、その存在が人格の属性を与えられた擬制的存在、つまり、擬制人 (personnes fictives) によって、いわば隠蔽されているからである。そこでは、すべての集团的所有は擬制人に帰着せしめられ、擬制人のみが唯一の所有者だとされる結果、集团的所有が個人的所有としてのみ顕れるのである。誤っている上に、無用な構成である<sup>86)</sup>。かかる擬制人は、法人 (民事上の人 [personnes civiles] または倫理的な人 [personnes morales]、あるいは、ドイツ流に法律上の人 [personnes juridiques]) とも呼ばれているが、上記の理由から、擬制人と呼ぶのがもっとも明快である<sup>87)</sup>。

なお、以上がプラニオールの集团的所有説の概要であるが、それにもとづく各論的・具体的展開に乏しいことには注意を要する。

#### (d) サレイユによるプラニオール説の評価

サレイユは、法人否認説を、人格化の考え方によらずして、団体における財産の一体性を実現する団体学説であるとして評価している。このような人格化によらない団体財産の一体性をいう見解として、ドイツ学説中ではプリンツの目的財産説を、そして、フランス学説中ではプラニオールの集团的所有説を代表的なものとして挙げている。サレイユは、プラニオールの法人否認説が集团的所有説であることのゆえんは、新たに創設された法人格ではなく、共同所有の特殊な形式を指向するものであるからとする<sup>88)</sup>。

ところで、プラニオール自身は、自らの見解がプリンツ (無主財産説) の旗幟の下に語られ、無主の財産の存在を受容しているかのごとくに理解されたことに不満をあらわにしている。すなわち、プラニオールによれば、集团的所有とは個人的所有の制度以外の制度に従う所有をいうのであって、主なき所有を

85) PLANIOL, op. cit., n° 3006.

86) PLANIOL, op. cit., n° 3007.

87) PLANIOL, op. cit., n° 3008. 法人を表すフランスの用語につき, DONDERO, op. cit., n° VII.

88) SALEILLES, op. cit., p. 388 et s., 393.

いうのではない。擬制説をいう伝統的学説は存在しないものに財産を帰属させているのであるから、それこそ無主の財産を承認するに等しい。集团的所有は、擬制人として人の種類に付け加えられるものではなく、それは財産を共同で所有する方法の1つであり、所有の1形式であるにすぎない<sup>89)</sup>。

この辺りの事情をサレイユはつぎのように分析している。すなわち、法人というかたちで新たな主体を創設するのではない思考方法において、ドイツの議論を借用するとすれば、合有 (Gesamte Hand) と目的財産 (Zweckvermögen) という要素の組み合わせが基本となるべきところ、プラニオールの見解は合有類似の集团的所有をいうものではあるが、後者の目的財産という要素をかなりの程度消し去ったものとして位置づけることができるという<sup>90)</sup>。

なぜなら、プラニオール説は人の団体たる社団のみに着目しているのであって、財団にあてはまるものではないからである。このようにして、サレイユは、プラニオール自身が自説を目的財産をいうプリンツの見解とは異なると主張するのも理解できるとするのである<sup>91)</sup>。

#### (4) サレイユの合有／集团的所有説

##### (a) 合有／集团的所有の意義と限界

サレイユは、合有 (Gesamte Hand; propriété en main commune; サレイユは単に propriété commune ともいう) あるいは集团的所有 (propriété collective) の考え方が、人的会社である商事会社および民法上の組合を説明するのにもっとも適しているとする<sup>92)</sup>。ここでの合有という術語はドイツ学説に<sup>93)</sup>、集团的所有という術語はプラニオールに負うものであるとしている<sup>94)</sup>。サレイユは、集团的所有が合有を敷衍し、より組織的に改良した変種にすぎないとして、集团的所有と合有を区別せずに、自らの見解として採用してい

89) PLANIOL, op. cit., n° 3005 note 1.

90) SALEILLES, op. cit., p. 391.

91) SALEILLES, op. cit., p. 426.

92) SALEILLES, op. cit., p. 393, 402 et s., 418 et s., 436 et s.

93) SALEILLES, op. cit., p. 165, 393; cf., MICHOU, op. cit., n° 67.

94) SALEILLES, op. cit., p. 391.

る<sup>95)</sup>。

サレイユによれば、合有／集团的所有説は、法人という抽象的な擬制を避けることができ、また、構成員という反論しがたい現実の人を見ている点で、事実に向き合ったシンプルな見解である<sup>96)</sup>。それゆえ、組合理体には十分かつ適切な構成である。もっとも、プラニオールの集团的所有の考え方に欠けているのは、ブリントツのいう目的のために拠出された財産という考え方であり、それを補うならば、理論的によりいっそう優れたものとなる<sup>97)</sup>。

このようにサレイユは、合有／集团的所有説を、合名会社や民法上の組合などの組合理体については支持して採用するが、株式会社、非営利社団法人などの社団型団体および財団については、集团的所有の考え方に目的財産の考え方を付加したとしても、不十分な理論構成であるとする。なぜなら、社団型団体等にあつては、目的のために拠出された財産という考え方は2次的な要素にすぎず、その主たる要素は、団体において定められた目的のために団体の名においてなされる集团的活動が構成されていることにあるからである<sup>98)</sup>。

すなわち、社団型団体の構成員および財団の設立者は、団体財産の権利者ではなく、目的財産の拠出者であるというにすぎない。社団型団体には構成員の総会があるとはいえ、それは権利者としての集合体ではない。社団型団体の構成員は、総会を通じて目的の実現をはかる管理者であるにすぎない<sup>99)</sup>。

このように、社団型団体または財団においては、構成員の個人性が財産管理の無名性のために消滅したものであるか、あるいは、そもそも構成員が存在しないのである。そこでは、財産的な共同である集团的所有を超えて、構成員の集团的な活動が組織されているのである<sup>100)</sup>。つまり、団体的活動によって権

95) SALEILLES, op. cit., p. 388, 393, 403.

96) SALEILLES, op. cit., p. 390, 393, 418.

97) SALEILLES, op. cit., p. 394 et s., 398 et s., 431 et s.

98) SALEILLES, op. cit., p. 391 et s., 393 et s., 396, 402 et s., 409, 411, 419 et s., 426 et s., 435 et s.

99) SALEILLES, op. cit., p. 396 et s., 426 et s.

100) SALEILLES, op. cit., p. 392, 419 et s., 429 et ss.

利を行使し、実現することのできる組織体という法人の実体が、そこにはある<sup>101)</sup>。

(b) 合有／集团的所有の財産法的意義

サレイユによれば、合有／集团的所有という法的構成の基礎は、構成員とは異なる新たな法人という主体が創設されることなく、団体財産に対する構成員の個人的権利が存続することにある。構成員の権利は、財産の組織的、統一的管理によって分かちがたく結合されているから、清算の段階にいたるまでは、財産に対する構成員の持分を特定することができない。それゆえ、構成員はその持分を処分することができない。このように、新たな主体を擬制的に創り出す必要もなく、法人を構成したのと同じ帰結が得られることが、合有／集团的所有説の大きな特徴である。法人構成と同様の帰結には、構成員が持分を処分できないことに加えて、さらに、法人化の実用的なメリットと従前されてきた点でもあるが、構成員の個人債権者による構成員の持分への追及を阻止できることがあげられる<sup>102)</sup>。

もっとも、後者の帰結については、フランス民法典2092条（現行2284条<sup>103)</sup>）が障碍となりうる。けだし、そこでは個人的に債務を負担する者はその全財産で履行しなければならないとされているからである。これに対しては、民法上の組合に関するフランス民法典1860条（旧1860条<sup>104)</sup>）を指摘することができる。それは、業務執行者でない構成員が組合に属する財産につき譲渡し、または、担保に供することができないとするものであった。これを内部的な制限にすぎないと解釈するのではなく、第三者に対する関係でも構成員に処分権がないものと解釈すれば、構成員の個人債権者が構成員の持分を追及すること、つ

101) 後述II 4(3)(b)で見るサレイユの法技術的実在説につながる。

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

103) 現行法では、担保に関する2006年3月23日のオルドナンス（Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés）により、フランス民法典2284条となっている。

104) フランス民法典旧1860条は、日本の民法典676条1項に対応するものであるが、組合の章を改正する1978年改正（前掲注〔50〕）により、組合は法人格を有する民事会社となったから、現行のフランス民法典には内容的に相応する現行規定はない。

まり、個人債権者が組合財産につき組合債権者と競合することが阻止される。このように解釈することができるのは、ここでは債権者間の優先弁済の問題ではなく、組合への財産の割当て、つまり、合有／集团的所有への財産の処分の結果を問題としているからである<sup>105)</sup>。

(c) 合有／集团的所有の設定の自由

サレイユによれば、合有／集团的所有は、そこにおける統一的な財産管理が、多数決にもとづき、全体の利益を代表する業務執行者によって行われうる点で、それが共同所有の特別の形式として、ローマ法上の単純な共有と異なる。これは、共同所有者たる構成員の合意にもとづく結果である。構成員が合意に基づいて、自己の権利を他の者との合有／集团的所有というかたちに処分したものであり、それは自己の権利を譲渡したものにほかならない。つまり、このことと目的財産という構成を考え合わせると、合有／集团的所有にあっては、それを個人が一定の目的のために自由に創設することができ、国家の関与を排除するという利点がある。擬制説のもとでは原理的に国家の関与を避けることができないが、合有／集团的所有説はこの点でかなりリベラルに進歩しているのである<sup>106)</sup>。

もっとも、権利処分の自由から国家的認許なく合有／集团的所有を設定しうることを導くことは、原理的に十分可能であるが、フランス実定法上は問題が残る。なぜなら、財産の上に有しうる権利として所有権、単純な用益権および地役のみの権利を限定的に列挙したフランス民法典543条が障碍となりうるからである。同条は権利の種類だけでなく、その態様にまで及ぶものと解釈されてきたが、この解釈を前提にすると、合有／集团的所有を承認するには法律の定めがなければならない。法定性が必要だとすると、構成員による団体財産の処分を禁ずる前述のフランス民法典1860条<sup>107)</sup> (旧1860条) のような規定のなにかぎり、合有／集团的所有説は、フランス実定法上これを採用することがで

105) SALEILLES, op. cit., p. 393, 403 et ss.

106) SALEILLES, op. cit., p. 389 et s., 398 et ss., 403, 408 et s., 411 et ss, 416 et s.

107) 前述のII 3(4)(b)を参照されたい。

きず、原理的なものを示すものにとどまる。しかし、かかる立論にとどまるのであれば、国家による承認を必要とする擬制説からの進歩性がなくなり、合有／集团的所有説の利点の1つが失われる<sup>108)</sup>。

(5) 法人否認説の意義

フランス文献の中には、法人否認説が結局のところ、法人概念を財産的な側面にのみ還元したものであると評するものがある<sup>109)</sup>。つまり、フランスにおける法人否認説は法人を否定的にとらえるにすぎない見解ではなく、法人という構成そのものを否定する見解である。わが国で言われるような<sup>110)</sup>、法人制度の存在理由を実質的に観察する見解でも、法人の技術的契機の背後にある実体的契機に着目する見解でもない。フランスの法人否認説に見られる実在性は、団体の実体にかんがみて法人をあらたに構成する必要はなく集团的所有として構成すべきだという主張との関連の程度で、理解されるべきものであり、実在しているから承認すべきだという実在説における団体の実在性とは趣旨が異なる。

プラニオールやサレイユの集团的所有説は、後述のミシューの合有説もそれらと同じであるが、法人ではなく共同所有の一種としての集团的所有ないし合有を認め、それは自由な財産処分の結果であるとして、擬制説に見られる法人の法定性あるいは国家的関与の必要性を否定し、団体の自由な設定を認めるものである。まさに、国家から与えられる法人という枠組みを否定し、自由な集团的所有を承認するという法人論ならぬ団体論である。

サレイユ団体論のリベラル性として指摘しうるところであるが<sup>111)</sup>、国家的関与の必要性を消極的にとらえる点こそが、法人否認説と実在説の共通するところというべきであろう。

108) SALEILLES, op. cit., p. 399, 403, 411 et s., 413 et ss.

109) BARUCHEL, op. cit., n° 45.

110) 我妻・前掲注(1)124頁, 四宮・前掲注(1)76頁。

111) 前述のII 3(4)(c)および後述のII 4(3)(b)(iii)を参照されたい。

#### 4 実在説の意義と機能

##### (1) フルーフによるギールケ説の評価

さて、フルーフ評によれば、ギールケの実在の団体人格説の功績は、法人であるとして構成されているものの現実を、それを否認する真の擬制説などの理論に対抗して、はっきりと認識させたことにある。しかし、その擬人論は行き過ぎである。法人の本質を人間の姿によって判断し、法人の意思能力および行為能力をいうのは、擬制を嫌っているにもかかわらず、一種の擬制に陥っている<sup>112)</sup>。

##### (2) フランスにおける実在説2種とその一般的評価

###### (a) フランスにおける実在説2種

フランスでは、実在説が2種に分類され<sup>113)</sup>、それぞれ、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) などと呼ばれるている。わが国では、有機体説および組織体説として紹介されているものである。

###### (b) 心理・社会学的実在説 (théorie de la réalité psychosociologique)

前者の心理・社会学的実在説は、実在説の中でも前段階的なものとして位置づけられ、19世紀末のドイツにおいて生じ、フランスにおいても、社会学の強い影響の下、広まったものだと、フランス文献では紹介されている。その通奏低音は、法人の実在性を生物学的比喩や社会学的団体意思などの擬人論によってということにあるとされている。「神はその姿に似せて人間を創り、人間はその姿に似せて団体を創る」というような擬人論に対しては、行き過ぎがあるとして、フルーフのギールケ批判と同様の批判がなされている<sup>114)</sup>。

112) FLUME, a. a. O., S. 18; 四宮・前掲注(1)77頁参照。

113) CARBONNIER, op. cit., n° 201 et s.; BARUCHEL, op. cit., n° 46, 58; cf., MALAURIE/AYNÉS, 3<sup>e</sup> éd., n° 455, 458; Paul DIDIER, Droit commercial, t. 2, L'entreprise en société, Les groupes de sociétés, 3<sup>e</sup> éd., 1993, p. 53; DONDERO, op. cit., n° XXVI; 林 = 前田編・前掲注(22)49-50頁 [山口俊夫]。

114) MALAURIE/AYNÉS, 3<sup>e</sup> éd., n° 455; CARBONNIER, op. cit., n° 201; BARUCHEL, op. cit., n° 46 et ss.; DONDERO, op. cit., n° XXVII

このような萌芽的な实在説の切り出しと、それに対する否定的な評価は、ミシュエに始まるものであると思われる<sup>115)</sup>。ミシュエの批判の矛先の1つは、ギールケを代表とするゲルマニステンの实在説である。すなわち、ギールケが構成員の個人的意思とは異なる集団的意思の存在から法人の实在性を言うことについて、集団的意思の存在を強調するのみであって、その存在証明を試みようとしていないと批判する<sup>116)</sup>。集団的意思の存在証明を試みたのが、社会を有機体としてとらえる有機体説 (théorie organique)、つまり、心理・社会学的实在説であるとするのである<sup>117)</sup>。この意味では、ミシュエからすれば、ギールケの見解が有機体説 (心理・社会学的实在説) にも達していないことになる。

(c) 法技術的实在説 (théorie de la réalité technique)

心理・社会学的实在説に対して、法技術的实在説は法人の社会的实在性を法的に洗練したかたちで言い、心理・社会学的实在説の弊を免れているものとされ、フランスにおける法人学説の主流となっている<sup>118)</sup>。すなわち、法技術的实在説は心理・社会学的实在説と異なり、人間と団体の間の現実的实在性の偶然的な近似性を指向するものではない<sup>119)</sup>。法技術的实在説では、法人に見出すべき団体意思が法技術的に代表者などの自然人から発せられたものでもよいなどとして、団体に固有の意思の現実的な实在性を探求する必要がないのである<sup>120)</sup>。このようにフランスでは、实在説を萌芽的・前段階的な心理・社会学的实在説と発展的・法的な法技術的实在説とに二分し、後者を肯定的に評価するのが、現在では一般的であると言える。

115) MICHOU, op. cit., n° 31 et ss.

116) MICHOU, op. cit., n° 32 et n° 32 note 1.

117) MICHOU, op. cit., n° 33 et ss.

118) MICHOU, op. cit., n° 45 et ss.; CARBONNIER, op. cit., n° 202; BARUCHEL, op. cit., n° 58; Anne PAYNOT-ROUVILLOIS, *Personnalité morale et volonté*, *Droits: revue française de théorie juridique* 1999, n° 28, p. 22. マロリー = エネスやマロリーの体系書の法人の章も法技術的实在説によって叙述されている (MALAURIE/AYNES, 3<sup>e</sup> éd., n° 349 et ss., 375, 420 et ss.; MALAURIE, 6<sup>e</sup> éd., n° 348 et ss., 375, 428 et ss.)。

119) DONDERO, op. cit., n° XXVIII.

120) BARUCHEL, op. cit., n° 58; cf., FLUME, a. a. O., S. 18.

わが国において、実在説を有機体説と組織体説に分類し、それぞれをギールケとミシュール、サレイユに代表させ、前者について社会的有機体になぜ法人格を認むべきかの理由づけがないと批判し、後者を実在説の法的に洗練したかたちの発展型として位置づけ、一定の評価をするのは<sup>121)</sup>、上に見るようなフランスにおける実在説の分類とその評価に合致あるいは由来するものであるといえよう。

しかしながら、ミシュールのギールケ評はさておくにしても、実在説の代表がサレイユであるかのように言うのは<sup>122)</sup>、少なくともフランスの文脈においては一般的ではなく、その評価においても、以下に見るように、フランスのそれとはかなり様相を異にする。

### (3) ミシュールとサレイユの法技術的実在説

#### (a) ミシュールの法技術的実在説と合有説

##### (i) ミシュールの法技術的実在説

法技術的実在説 (théorie de la réalité technique) はミシュールに始まり、ミシュールの見解が代表的なものとされている<sup>123)</sup>。

ミシュールは、その議論を主観的法／権利の概念から始め、権利利益説的思考によって、主観的法／権利が意思 (volonté) ではなく、利益 (intérêt) に基礎づけられるとする<sup>124)</sup>。人の団体においては、それが集团的利益 (intérêt collectif) に基礎づけられるとするものである<sup>125)</sup>。

すなわち、ミシュールによれば、イェーリングが「権利は法的に保護される利益である<sup>126)</sup>」としているように、権利の基礎的要素は利益である<sup>127)</sup>。もっと

121) 鳩山・前掲注(1)134-137頁, 我妻・前掲注(1)125-126頁, 四宮・前掲注(1)76-77頁, 四宮 = 能見・前掲注(1)82-83頁。

122) 四宮 = 能見・前掲注(1)82頁。

123) BARUCHEL, op. cit., n° 58; DONDERO, op. cit., n° XXVIII, 337.

124) MICHOU, op. cit., n° 45-48.

125) MICHOU, op. cit., n° 51 et s.; BARUCHEL, op. cit., n° 60 et ss.

126) JHERING, op. cit., p. 326, 337.

127) MICHOU, op. cit., n° 48, p. 103. ミシュールは仏訳のイェーリング (JHERING, op. cit., p. 319 et ss., 326) を引用しているが (MICHOU, op. cit., n° 46, 48, ↗

も、権利は、反射的利益ではなく、直接に保護されるべきものであるから、意思の要素が第2の要素として加味されなければならない。この意思に、利益を実現する権限が認められるのである。つまり、主観的法／権利とは、「人間または人間の団体の利益であって、利益を表示し、主張する意思に認められた力／権能によって、法的に保護されるもの」をいう<sup>128)</sup>。

この権利の定義においては、個人の利益ばかりでなく、人の団体の利益もまた取り込まれている。なぜなら、ミシュールによれば、人間は社会的存在であり、社会の発展には、集団的かつ世代を超えた営みが不可欠だからである。法が、人間の必要性に応答し、そのために人間社会に存在するさまざまな関係に定式を与えようとするならば、個人の利益だけでなく、人の団体の利益も保護しなければならない。ここで権利にまで高められるべき利益は「人の団体の集団的かつ永続的な利益」である。このような利益を有する団体は、それを法人として取り扱わなければならない<sup>129)</sup>。

したがって、ミシュールによれば、法人として承認するための要件は、権利概念の要素の応じて、2つに分けられる。第1に、個人的利益から分別された集団的利益の存在である。第2に、法律関係において集団的利益を表示する集団的意思を引き出すことができる組織のあることである<sup>130)</sup>。

(ii) ミシュールの法技術的実在説における集団的利益

---

51), イェーリングは、個人のみを権利の名あて人としているために、前述のように、フランス文献においては法人否認説に近いものとして位置づけられている (BARUCHEL, *op. cit.*, n° 61)。

128) MICHOU, *op. cit.*, n° 48; DONDERO, *op. cit.*, n° XXVIII. マロリー＝エネスは、法人には意思と利益からなる活動があるとし、意思を行為する権限、利益を権利・義務であるとしている (MALAURIE/AYNÉS, 3<sup>e</sup> éd., n° 350; MALAURIE, 6<sup>e</sup> éd., n° 350)。

129) MICHOU, *op. cit.*, n° 52; MALAURIE/AYNÉS, 3<sup>e</sup> éd., n° 350, 352; MALAURIE, 6<sup>e</sup> éd., n° 348, 350, 352。

130) MICHOU, *op. cit.*, n° 53 et s.; DONDERO, *op. cit.*, n° XXVIII, 337. マロリー＝エネスによれば、集団的利益を主張することを可能にする集団的意思、および、この集団的意思を表示することを確保するための組織となる (MALAURIE/AYNÉS, 3<sup>e</sup> éd., n° 356; MALAURIE, 6<sup>e</sup> éd., n° 356)。

したがって、法人か否かは、構成員の利益から分別される集团的利益の有無により決せられ、国および自治体にはかかる集团的利益があるがゆえに、それらは法人である<sup>131)</sup>。非営利社団もまた同じである<sup>132)</sup>。

株式会社についていえば、それは私益を目的とする。これが構成員の財産の増加を目的とするものだとすれば、集团的利益と構成員の個人的利益に一致があるようにも見える。しかし、株式会社は構成員が変動することを典型とするから、団体財産と構成員の財産は、その増減する状況を考えただけで、別物であることがすぐわかる。したがって、集团的利益と個人的利益は一致せず、構成員から分別された集团的利益の存在を認めることができる。それゆえ、株式会社は法人である<sup>133)</sup>。

(iii) 組合型団体におけるミシュアの合有論

これに対して、合名会社・合資会社および民法上の組合は、私益を目的とし、構成員が固定されていることを典型とする。したがって、構成員の利益と集团的利益が一致するので、法人でない<sup>134)</sup>。それらは共同的な財産を有するにすぎない。ただし、分別された集团的利益は存しないが、多数決および代表者（業務執行者）の選任により、統一的業務執行がなされるので、構成員の権限を制限する合有構成がふさわしい<sup>135)</sup>。

このように、ミシュアはドイツ法学からの合有概念を援用し、法人制度とローマのソキエタス制度（単純な共有）の間の中間的制度として合有を承認するのである<sup>136)</sup>。

131) MICHOU, op. cit., n° 53, 71. カルボニエは税金の例で、構成員の利益と集团的利益の対立、つまり、独立した集团的利益の存在を説明している (CARBONNIER, op. cit., n° 202)。

132) MICHOU, op. cit., n° 71 et s.

133) MICHOU, op. cit., n° 73. カルボニエは、株式会社につき、内部留保を目指す会社の利益と配当を目指す株主の利益の対立をいう (CARBONNIER, op. cit., n° 202)。

134) MICHOU, op. cit., n° 74.

135) MICHOU, op. cit., n° 71.

136) MICHOU, op. cit., n° 67 et s.

(b) サレイユの法技術的实在説

(i) 法人格の要素

サレイユの实在説は、法技術的实在説の系譜に属する<sup>137)</sup>ものであるが、ミシュー以上に法的に行為するための組織 (institution ; organisation) に重点を置いている。もっとも、前述のように<sup>138)</sup>、民法上の組合や合名会社などの組合型団体については、集团的所有／合有説をとっていることに注意しなければならない。サレイユの法技術的实在説は株式会社、非営利社団法人および財団を念頭においている。

サレイユによれば、権利は、人間的価値を有する一定の利益の実現のために、社会的に承認された力／権限である<sup>139)</sup>。このような権利の主体となるための要素を、当然にそれが認められるべき人間についてまず考えて、そこから導くならば、それは4つの要素からなるという<sup>140)</sup>。すなわち、法的な人格の要素は、力／権限を実際に行使しうる組織体 (客観的要素)、それに先行する判断能力を有する独立の意思 (主観的要素)、その時の社会的価値との適合性 (社会的要素) および人格の単一性／一体性である<sup>141)</sup>。

これらの要素を有する団体であれば、法的な人格が認められるから、それは法人となる<sup>142)</sup>。権利の特質がその力／権限にあることから、法人の実体は、上記の要素を満たす団体の組織にある<sup>143)</sup>。

---

137) DONDERO, op. cit., n° 337, note 977. サレイユ自身は自説の属する法人学説を、後の一般的な呼称である法技術的实在説 (théorie de la réalité technique) ではなく、法実在説 (théorie de la réalité juridique) としている (SALEILLES, op. cit., p. 678)。

138) 前述II 3(4a)を参照されたい。

139) SALEILLES, op. cit., p. 476.

140) SALEILLES, op. cit., p. 574 et s.

141) SALEILLES, op. cit., p. 575 et ss.

142) 合名・合資会社および組合に関しては、組合員の人格から独立した単一性／一体性がないとして、その法人性を否定する (SALEILLES, op. cit., p. 299 et s., 580, 591 et s.)。

143) SALEILLES, op. cit., p. 597 et ss., 601.

(ii) 国家的承認の意義

人の団体や財団が、このような法人の法的実体をみたしているのであれば、それらを法人とすることに国家の認証が必要であるとする一般的法原理は必要ではない<sup>144)</sup>。なぜなら、事実的な結果（実体）に法的な考え方（法人格）をあてはめればよいだけであって、人為的な、あるいは、法的な創作はそこに必要ないからである<sup>145)</sup>。

すなわち、権利主体に関する要素がみたされたならば、つまり、単一性／一体性のある人格を構成して活動しうる組織体が存在するのであれば、法的現実の世界に事実状態として存在する人がすでにあるのであって、法律が承認していなくとも、それは法的な人格を有している。したがって、団体は、公法上適法でさえあれば、行政的な認証なく法人格を有する。私法上、たとえ法人格の附与が国家的承認にかからしめられていたとしても、それは当事者の設立行為によってすでに存在する法的事実を了承するものにすぎず、新たなものを作り出すわけではない<sup>146)</sup>。

(iii) サレイユ団体論のリベラル性

このように、法人は個人の設立行為によって設立され、法律はそれを確認するのみである。他方、集団的所有／合有は、先に見たように、共有の1変種として設定されるのである<sup>147)</sup>。このサレイユの法人論および合有論に共通に見られる特徴は、法人および集団的所有／合有のいずれもが、国家的承認によらずして個人の意思によって創設されると考えられている点である。この意味では、サレイユ自身も誇っているように<sup>148)</sup>、その団体論はきわめてリベラルである。

(4) フランスにおける法技術的実在説の意義と機能

(a) 組織体説と呼ばれるものの「実体」

わが国においては、実在説のうち、組織体説がトートロジーだという批判が

144) SALEILLES, op. cit., p. 626.

145) SALEILLES, op. cit., p. 606 et ss., 609 et s.

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

147) 前述 II 3(4)(c)および(5)を参照されたい。

148) 前述 II 3(4)(c)を参照されたい。

ある。つまり、「権利主体たるに適する法律上の組織体」だから権利能力を付与するというのは問題をもって問題に答える憾みがあるとする<sup>149)</sup>。

たしかに、フランスの現代的文献の中にも、法技術的实在説において人格を構成するのは法／権利の主体となることへの適性であると表現するものがある<sup>150)</sup>。しかし、フランスにおける法人・団体論の理論的生成の文脈をふまえるならば、これをトートロジーであるということはできないであろう。

すなわち、ミシュールやサレイユなどの实在説はそもそも、主観的法、つまり、権利の概念から出発するものである<sup>151)</sup>。それは、フランスにおいても権利の本質が利益であるか意思であるかについての見解が分かれているとはいえ、ともかくも、個人のそれとは分別される利益ないし意思を有しうる団体を法人とすべきであるとするものである。实在説の中でも、組織体説、つまり、ミシュールを主唱者とするフランスの法技術的实在説によるならば、個人のそれとは異なる団体の利益を主張しうるような組織、すなわち、意思決定をなし、それを表示するための代表機関のある組織が法的に存在すれば、法律の定めがなくとも、そのような団体を法人と認めうるのである<sup>152)</sup>。

すなわち、日本で組織体説と呼ばれているところのフランスの法技術的实在説は、単に「権利主体」に適する法律上の組織体を問うものではなく、ミシュールによれば<sup>153)</sup>、本来は個人に割り当てられてきた「権利（＝法的に保護されるべき利益）」について、それに適する法律上の組織体を問うもの、あるいは、権利を行使するにふさわしいものは何かを問うものであるとすべきであろう。ミシュールを代表とするフランスの法技術的实在説は、本来的には個人にのみ法／権利主体性を承認する一元論的な擬制説に対するアンチ・テーゼであ

149) 我妻・前掲注(1)126頁，四宮＝能見・前掲注(1)82-83頁。

150) MALAURIE/AYNÉS, 3<sup>e</sup> éd., op. cit., n° 458.

151) PAYNOT-ROUVILLOIS, op. cit., p. 22.

152) MICHOU, op. cit., n° 48, 52; SALEILLES, op. cit., p. 627; CARBONNIER, op. cit., n° 202; MALAURIE/AYNÉS, op. cit., n° 458; DONDERO, op. cit., n° XXVIII, 337.

153) MICHOU, op. cit., n° 52.

ると同時に、フランスでいうところの心理・社会学的实在説、つまり、素朴な实在説である擬人論的实在説を理論的に克服するものである。

(b) 法技術的实在説の2面性

以上のようなフランスの法技術的实在説もまた实在説の1つであり、社会的現象としての法人の实在を前提とする。もっとも、フランスの現代的文献も指摘するところであるが<sup>154)</sup>、フランスの法技術的实在説には2面性がある。それは、ミシュエの団体論に特徴的に顕れているように、国家的権限からの自由という意味でリベラルであると同時に、国家的権限に対するリスペクトを払っている。

すなわち、立法者は、何も創造することなく、集团的利益の实在を否定しえず、ただ承認しうるのみである<sup>155)</sup>。しかし同時に、法技術的实在説は、法人の承認につき国家が決定的役割を果たすことも認めている。つまり、立法者が団体の法人格を承認するための要件をあらかじめ定めることもできるとするのである<sup>156)</sup>。

(c) 法技術的实在説の現代的意義と機能

したがって、フランスの法技術的实在説によれば、法人の承認には、法律にもとづくもの、および、法技術的实在説のいう法人承認の要件（つまり、集团的利益とそれを主張しうる組織）にもとづくものがあることになる。後者のものについては、今日まで、判例によって法人格が承認されてきたところである。

すなわち、フランス破毀院第2民事部1954年1月28日判決は、法技術的实在説の主張していた法人承認の要件を採用するものであった。それによれば、団体が「適法な、そして、法的に承認された保護にあたいする利益を主張するための、集团的な利益表示の可能性をそなえていれば」、法人として認められるのである<sup>157)</sup>。同判決は、企業における従業員参加にかかる事業所委員会 (comité d'entreprise) の法人格を承認するものであった。これに対して、立法

154) DONDERO, op. cit., n° XXVIII.

155) MICHOU, op. cit., n° 13.

156) MICHOU, op. cit., n° 58.

157) 2<sup>ème</sup> chambre civile de la Cours de cassation, 28 janv. 1954, Recueil Dalloz 1954, 217.

者はかかる判例の結論をのちに受け入れ、立法により、事業所委員会の法人格を承認するにいたった<sup>158)</sup>。

上記破毀院判決はほんの一例にすぎないが、フランスでは今日まで、法律の定めがなくとも、判例が法技術的实在説にもとづいて法人を承認することが行われてきたとされている。このことを法人を承認する法律との関係の中でとらえるならば、立法者と裁判所のいわば共同作業の中で、法人が承認されてきたものということができる。つまり、法律によって明確に法人格が附与されている団体がある一方で、法律が法人格を明確に否定せず、沈黙しているにすぎないのであれば、集团的利益を主張しうる組織を有する団体については、判例が法人格を承認しうるのである<sup>159)</sup>。

そして、判例の承認があれば、それを受けて立法が行われることも多い。ここにも立法者と裁判官の共同作業が見られる<sup>160)</sup>。法技術的实在説がプラグマティックであるとされるゆえんでもある。

このような法状態にあったからこそ、民法上の組合について、かつてのフランス民法典がその法人性を明定しないにもかかわらず、法技術的实在説がそれを法人とする判例・学説の理論的根拠になりえているのである<sup>161)</sup>。組合の法人性を承認したかつての判例の定式はミシユール实在説が公刊される以前のものではあるが、法技術的实在説によって説明可能なものとなっている<sup>162)</sup>。

## 5 フランスにおける法人論の実用性

フランスの法人論は、有用性なき単なる観念的な論争ではなく、そこには実

---

158) 1982年9月28日の法律 (loi n° 82-915 du 28 octobre 1982) により改正されたもので、現行の労働法典 (Code du travail) 法律の部435-1条2項。

159) DONDERO, op. cit., n° XXX, 2.

160) DONDERO, op. cit., n° XXIX et s., XXXII, XXXIV, XXXVII.

161) もっとも、ミシユール自身は、法人と組合は別の法技術的構成 (法人構成と合有) によるべきであるとしている (MICHOU, op. cit., n° 5)。また、個人の利益と区別される集合的利益がないとして、合名会社と合資会社にも法人格を認めない (合有) (ibid., n° 74)。

162) SCHOLZ, a. a. O., S. 160f.; DONDERO, op. cit., n° 308.

用性があったものとされている。

擬制説の実際的な効用<sup>163)</sup> について言えば、それは法人に関する厳格な解釈をもたらすものである。すなわち、法人について定める法律の規定がなければ、解釈者は法人を承認することができない。また、法人格の効果、つまり、法人の能力は、財産的なものに限られ、法律の規定および団体目的の定める範囲をこえて解釈することはできない。

これに対して、法技術的実在説の実際的な効用<sup>164)</sup> について言えば、それは団体に対するリベラルな立場をもたらす。法律の規定がなくとも、集团的利益 (*intérêt collectif*) が認められ、それを主張するための最小限の組織があれば、解釈者は法人の存在を承認しうる。また、団体的利益を実現するために必要であれば、たとえ法律の定める範囲をこえたとしても、法人に権利を認めうる。それゆえ、法人によって法人格の内容は異なり、それは相対的なものとなる。

もっとも、擬制説は、国家ないし立法者の全能性のみから、法人創設に対する制限的態度をとっていたのではない。あるいはまた、擬制説をとる論者は、民法上の組合の法人性を否定していたが、法律に明文の規定がなかったからという理由のみをあげていたのではない。そこでは、公示のないこと、それゆえ、第三者、とくに構成員個人の債権者のリスク、そして、構成員が個人責任を負うことのメリットが理由として挙げられていたのである<sup>165)</sup>。

### Ⅲ おわりに——民法上の組合の権利主体性をめぐる独仏比較法——

#### 1 ドイツおよびフランスにおける民法上の組合の権利主体性の承認

民法上の組合は、団体の権利主体性を考える上での試金石となるべきものであるが、以下に見るようなドイツおよびフランスにおける法発展の近似性に鑑みると、比較法的にも興味深い素材である。

ドイツ連邦通常裁判所は、2001年になって、民法上の組合に権利能力を承認

163) CARBONNIER, op. cit., n° 199; MALAURIE/AYNÉS, op. cit., n° 454.

164) CARBONNIER, op. cit., n° 202; MALAURIE/AYNÉS, op. cit., n° 458.

165) ARTHUYS, op. cit., n° 146.

した<sup>166)</sup>。それまでのドイツにおける従前の通説・判例は、わが国の学説が継受していたように、民法上の組合に構成員間の合手的結合 (gesamthänderische Verbundenheit: 合有) のみを認めるものであったが、ドイツ連邦通常裁判所2001年判決により、それまでの判例が決定的に変更され、学説上も、民法上の組合に権利能力を承認するものが圧倒的な通説となった<sup>167)</sup>。

21世紀に入り、ドイツでは民法上の組合において、権利能力を認めるというかたちで、その権利主体性が承認されるにいたったが、フランスにおいては、それを遡ること110年前、19世紀末にすでに、民法上の組合に権利主体性を承認するフランス破毀院の判決が下されていた<sup>168)</sup>。それは民法上の組合に法人格を承認するというかたちで権利主体性を承認するものであった。ドイツにおける民法上の組合の権利能力の承認は、フランスにおける組合法人論とは異なり、民法上の組合に法人格を承認するというものではない。

## 2 ドイツにおける民法上の組合に関する法発展

ドイツにおいては、民法上の組合に権利能力が承認され、そこでは、当事者による自由な民法上の組合の設立、および、権利能力を承認することによる一定の画定性がうまく併存しているかのようでもある。しかしながら、公示の要請からすぐに、自由設立という利便性は、簡便性および匿名性という点におい

166) ドイツ連邦通常裁判所第2民事部2001年1月29日判決 (BGHZ 146, 341, Tz. 5)。

167) 高橋英治「ドイツ法における民法上の組合の法人格」奥島孝康教授還暦記念(第1巻)『比較会社法研究』(1999年)433頁以下、福田清明「日独における社団と組合の峻別論の発展——民法上の組合の権利主体性を中心に——」明治学院論叢法学研究72号29-31頁(2001年)、福龍博之「ドイツ法における民法上の組合の権利能力(1)——BGHの判決とKarsten Schmidtの見解——」関西大学法学論集54巻2号5頁以下(2004年)、西内康人「団体論における契約性の意義と限界(3)——ドイツにおける民法上の組合の構成員責任論を契機として——」法学論叢165巻5号18頁以下(2009年)、拙稿「法人における有限責任と組成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員責任論——」関西大学政策創造研究6号(2013年)197-199頁。

168) フランス破毀院審理部1891年2月23日判決 (Chambre des requêtes de la Cours de cassation, 23 févr. 1891, Recueil Dalloz 1891, I, 337)。

て、滅殺されるに至った。

すなわち、ドイツ連邦通常裁判所の上記2001年判決、および、その後の2008年決定<sup>169)</sup>により、民法上の組合に権利能力が承認されるとともに、土地登記能力も承認されるにいたったが、これに登記手続きを適合させるために、2009年にドイツ土地登記法(Grundbuchordnung)の改正が行われた。そこでは、ドイツ土地登記法47条が改正され、その2項第1文において、権利が民法上の組合につき登記されるべきときは、その組合員もまた土地登記簿に登記されなければならない、とされた<sup>170)</sup>。同時にドイツ民法典も改正され、899条のaが挿入された。それによれば、民法上の組合が土地登記簿に登記されたときは、登記された権利につき、土地登記法47条2項第1文により土地登記簿に登記された者が組合員であり、そのほかに組合員のいないことが推定される。

このように、現行ドイツ法の下では、土地登記簿の公示を通じた、いわば間接的な民法上の組合の実体関係の公示がなされている。ドイツ文献には、民法上の組合が「間接的に」登記されているとするものもある<sup>171)</sup>。ふつうであれば、権利主体である法人・団体自体の公示がなされ、それを前提として、不動産所有権等の権利関係の公示が行われるところ、このような関係がちょうど逆転し、不動産の権利関係の公示を通じて、団体関係の公示が行われていると見ることができる。

### 3 フランスにおける民法上の組合に関する法発展

#### (1) 法人としての民法上の組合

さて、フランスにおいては前述のように、19世紀の末にすでに、民法上の組合につき、それを法人とすることによって、権利主体性を承認していた。権利

169) ドイツ連邦通常裁判所第5民事部2008年12月4日決定(BGHZ 179, 102, Tz. 17)。  
Vgl., Christof WAGNER, Die »registrierte« Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 2014, S. 7.

170) Johann DEMHARTER, Beck'sche Kurz-Kommentare Bd. 8, Grundbuchordnung, 29. Aufl., 2014, § 19 Rn. 108, § 47 Rn. 28.

171) WAGNER, a. a. O., S. 3.

主体性を自然人と法人のみに承認するという二元論的な権利主体に関する制度枠組みが、堅持されたわけである<sup>172)</sup>。

フランスの組合法人論は、当初は、法律でなく判例によって法人の成立を承認するものであったが、前述のように<sup>173)</sup>、民法上の組合の法人性については、判例による承認から法律による承認へと発展した。もっとも、等しく民法上の組合を法人として構成するものとはいえ、公示の要請から、そこには本質的な変質が見られる。すなわち、1978年のフランス民法典は改正<sup>174)</sup>により、その1842条1項が、組合 (société) は登記の時から法人格を享受するものとしたのである。

これは、先に見たドイツにおける法発展と似た方向にあるものといえるであろう。タイムスパンに大きな差違はあるが、すなわち、当事者の意思により自由に設立されうる組合につき、権利主体性が認められるようにはなったが、その後の公示制度の充実にともない、一定程度の制約が課せられるにいたっているのである。

## (2) 法人格のない組合の新たな生成

しかし、フランスにおける法発展にはさらに続きがある。すなわち、いわば画定された民法上の組合の外縁に、あらたに自由度の高い代替物が生じたのである。それは、フランス法上の匿名組合の変質によっている。

1978年のフランス民法典改正<sup>175)</sup>により、フランス法上の匿名組合 (société en participation) は必ずしも匿名性をもつものではなくなった。なぜならば、フランスのそれには、次に示すように、非匿名型組合 (société en participation ostensible) を含むからである。それゆえ、フランス法上の匿名組合 (société en participation) はもはや匿名組合と言うことはできない。それは法

---

172) フランス民法典成立後から19世紀を通じて、フランスでは、自然人にのみ権利能力を承認すべきであるという権利主体一元論が先行していたものと考えられる。

Cf., PLANIOL, op. cit., n° 3012.

173) 前述 II 2(2)(c)を参照されたい。

174) 前掲注(50)・民法典第3編第9章を改正する1978年1月4日の法律。

175) 前掲注(50)・民法典第3編第9章を改正する1978年1月4日の法律。

人格のない組合とでも言うべきであろう<sup>176)</sup>。

すなわち、フランス法において、法人格のない組合 (*société en participation*) とは、構成員が登記しないことを合意した組合 (*société*) をいう (フランス民法典1871条1項)。このとき、わが国における民法上の組合たる内的組合および匿名組合に相当するものであるといえよう。フランス法上の法人格のない組合は、系譜的には匿名組合の流れをくむが、非匿名型組合 (*société en participation ostensible*) を含む点で伝統的な匿名組合とは異なる。非匿名型組合とは、法人格のない組合において、第三者に知られて (*au vu et au su des tiers*) 構成員の資格で活動する者が、組合債務につき債務を負担する (フランス民法典1872条の1第2項) ときの法人格のない組合をいう。

フランス法の下では、このような法人格のない非匿名型組合 (いわば非匿名型匿名組合) の承認により、団体設立に関する、ある種の自由度あるいは柔軟性が再び回復されたと言うこともできる。しかも、これに組織化された不分割 (共有) の合意 (*convention d'indivision organisée*: フランス民法典1832条の2) が組み合わされることにより、法人格のない非匿名型組合は共同財産を有することができるのである<sup>177)</sup>。まさにここには、法人格のない民法上の組合の再来を見出すことも可能となっている。

#### 4 権利主体の二元論および三元論

ところで、現在のドイツ団体法に特徴的なことは、自然人と法人にのみ権利主体を認めるというフランスやわが国におけるような権利主体二元論をとらず、民法上の組合が権利能力はあるが法人ではないという、自然人と法人以外の第三の権利主体を承認するかたちでの、いわば権利主体三元論である<sup>178)</sup>。自然

176) 山田誠一「フランスにおける法人格のない組合」日仏法学17号 (1991年) 119-127頁。

177) Thomas RICHTER, *Die BGB-Gesellschaft im Vergleich zu den französischen Zivilgesellschaften*, 2009, S. 244 ff., 平野・前掲注(49)719-723頁。

178) Vgl., Kai-Steffen SCHOLZ, *Verselbständigung bürgerlicher Gesellschaften in Deutschland und Frankreich*, 2001, S. 33ff.

人および法人とならんで、権利能力を有する組合型団体 (rechtsfähige Personengesellschaft) に事業者としての主体性を認め、これを明示するドイツ民法典14条には、この権利主体三元論がよく表されている。

なるほど、権利主体を二元論的に構成するか三元論的に構成するかの選択には、一見、大きな差違があるようにも見える。しかしながら、権利主体性の承認とその公示の要請の間に存する強固な関連性のために、当事者の意思のみによって設定されうる民法上の組合のような団体に権利主体性がたとえ承認されたとしても、権利主体に関する公示の要請から、結局のところ、当事者の意思にもとづく自由な権利主体の設定は何らかのかたちで制約を受けざるをえないのであるから、三元論が再び二元論に近似することも容易に想像されるのである。

つまり、権利主体性あるいは法人性の外縁においては、柔軟性や簡便性が希求されて、非定型的な事象が不断に生じるものであるところ、これに対して法制度ないし法理論を進展させて、一定のものとして画定しようとする力が働くのがふつうである。当初は、柔軟性と定型性の両者をみたしうるように画定されるかもしれないが、やがて、確定しようとする力の前に柔軟性は消失する。しかし、その後は、さらに外縁に非定型的な事象が再び生じることは容易に想起することができる。

このような不確定性のうちに、団体の権利主体性ないし法人性を理解しなければならぬように思われる。