

会社の法人格——比較法史の一断章

村上 淳一

「会社」と訳されるドイツ語はゲゼルシャフト(Gesellschaft)であるが、ドイツ私法においてゲゼルシャフトとは「特定の共同目的を達成するために設立された私法上の人的結合」であつて、社團と組合（民法上の組合もゲゼルシャフトと称する）の両者を含む概念である。それと関連して、ゲゼルシャフトには、法人と、（民法上の組合のように）法人でないものとが含まれる（私法の枠を取り払えばゲゼルシャフトはむろん「社会」をも意味するから、ドイツ人同士の会話でも、Gesellschaftsvertrag が組合契約を意味することもあれば社会契約を意味することもある。後者はさらに、近世自然法論のそれを指すこともあれば、使用者側と労働組合との基本的合意という現代的な意味で用いられることもある）。そして、ドイツ法上、法人と認められるのは——財団は別として人的結合のなかでは——社團（ケルパーシャフト）としての構造をもつもの（株式会社や有限会社のような資本金会社、および、楽友協会・学会・「公法人」として性格づけられるカトリックや福音主義教会以外の）教団・経済団体などの登記社團法人〔*eingetragene Verein*〕だけであるから、商事会社であつても社團ではなく組合としての性格をもつとされるもの（合名会社や合資会社のようないわゆる人的会

社」は、法人ではないとされる¹⁾(ただし、商号によって債権債務の主体となり、所有権その他の物権を取得し、訴訟の当事者たりうるものとされている。HGB 一二四条一項)。

これに対して日本の商法は、人的会社を含むすべての会社を社團法人と認める(五二条一項「本法ニ於テ会社トハ商行ヲ為スヲ業トスル目的ヲ以テ設立シタル社團ヲ謂フ」、同二項「営利ヲ目的トスル社團ニシテ本編ノ規定ニ依リ設立シタルモノハ商行ヲ為スヲ業トセザルモノヲ会社ト看做ス」、五四条一項「会社ハ之ヲ法人トス」)。日独会社法のこうした差異は、つとに日本の商法学者によつて意識された。とくに、商法五二条一項のいう「社團」を人的結合にすぎぬものと解し五四条の「法人」を商号による権利能力・当事者能力の承認に他ならずすることによつてドイツの原則との同一化を試みる松田二郎と、「成員相互の關係を簡明に処理する法的技術」として人的会社の社團性を認めるとともに「完全な法人格」を認める(そして無限責任を認めることは法人であることと矛盾しないと説く)鈴木竹雄との論争を生じたことは、周知のとおりである²⁾。しかし、こうした解釈論争の細部に立ち入ることは、本稿の意図するところではない。本稿の目的は、法人概念の理解に関する日独の差異を歴史的に振り返つて、両国法文化の比較の手がかりとすることにある。

一

ヘルマン・レースラー³⁾によつて起草された日本の旧商法草案は、レースラー自身の逐条解説を付したドイツ語版(Dr. Hermann Roesler, Entwurf eines Handelsgesetzbuches für Japan mit Commentar, Tokio, 刊行年の記載なし)、およびその邦訳版(ロエスレル氏起稿『商法草案・上巻』司法省。やはり刊行年の記載なし)として公にされ

ている（前者は条文を冒頭にまとめて列記した後に各条の註釈を収めるドイツ式の体裁をとり、後者は条文を一つ挙げては註釈を付している。司法省顧問レースラーが商法典起草を委嘱されたのは明治一四「一八八二」年であつたが、草案の完成には三年を要した⁴。したがつて、右のドイツ語版も邦訳版も一八八四年の刊行であろう。邦訳版の「第六卷 商社」の前註では、商社に関する仏国の一八六七年の立法、および英国の一八六二年の立法に触れ、「各国商法中商社ニ関スル条例ニシテ其完否粗密ヲ論ズルハハ独逸商法ノ右ニ出ルモノナシ」と誇つた上で（但シ該商法中ノ各箇条ニ就テ論ズルハハ是認シ難キモノナシト謂フベカラズ」という留保を付している）、こう論ずる。

従前ハ羅馬法律ノ先例ニ從ヒ会社ノ契約ヲ以テ他ノ契約ノ如ク社員相互ノ間ノ契約上ノ關係ト同一視セシト雖モ今日ノ法理見解ニ於テハ商業上ノ需求ニ応ジ会社ヲ以テ法律上一箇獨立ノモノト視做ス然レモ眞成ナル意義ニ於テノ無形人ト断言スルナシ会社ノ權利義務、所有權、要求權及ビ負債ハ皆社員ノ身体ニ係ラズシテ会社全体ニ屬スルモノトス之ヲ以テ法律上緊要ナル關係ヲ及ボスモノ數ヶ条アリ譬バ会社ハ倒産処分ヲ受クルヲ得又会社ノ債主ヲ社員ノ債主ト別異シ又会社ハ裁判所ニ出訴セラル、コヲ得ルノ類是レナリ夫レ商社ヲ以テ此ノ如キ性質ノモノト見解スルハ民法上ノ尋常ノ会社ト自ラ區別アリ故ニ商社ニ就テハ詳密ニシテ且ツ幾許カ嚴重ナル規則ヲ立ザルベカラザルナリ

さらに、人的会社（「合名会社」および「差金会社」「現在の合資会社」と資本金会社（「株式会社」）の双方を含む「商社」の「総則」（第六十七條—八十條）に置かれた第七十一條第一項（各商社ハ特別ノ財産ヲ有シ又獨立シテ權利義務ヲ有スルモノトス殊ニ社名ヲ以テ金錢ヲ貸借シ動産不動産ヲ所得シ又訴訟ニ付テハ原告又ハ被告トナルヲ得ベシ「ADHGBプロイセン草案の八七條と同様の規定」）への註釈において言う。

本条ニ於テハ商社ハ法律上ニ於テ如何ナル性質ヲ有スルカヲ概説ス夫レ商社ハ無形人ニ非ラズト雖モ法律上ニテ

無形人ノ如クニ見做サル、コ往々之アリ就中他人ニ対スル外部ノ事及ビ營業上其然ラザルヲ得ザル場合ニ於テ尤モ多シトス……夫レ商社ハ法律上一種特別ノモノニシテ財産及ビ權利義務ヲ有スルモノナレバ獨立シテ所有ヲ領得シ又契約其他法律上ノ処置ニ付テハ各社員又社員ノ財産ニ關係ナク直接ニ之ヲ為スモノナリ然レハ社員ノ財産上ニ如何ナル關係ヲ生ズルヤ否ヤニ至テハ会社契約ノ定メニ因ルベシ又商社ハ自己ノ名前ヲ以テ獨立シテ裁判所ニ出ルヲ得ベシ……商社ハ社名ニ因テ使用スベキ特別ノ財産ヲ有シ社名ノ目的ニ供用セシムルハ最モ緊要ノ事タリ社員殊ニ合名会社ノ社員ノナシタル商業上ノ取引ヲ商社ノ為メニナシタル取引ト視做スハ敢テ妨アルナシ何トナレバ其社員ハ社名ノ担任者タルヲ以テ其取引ハ一身ノ為メニ為スモノニ非ザルガ故ニ之ヲ社名ノ為メニスルモノトス是ヲ以テ会社法ノ理ニ於テ認可スル部分ハ社員ノ為シタル取引ニテモ会社其權利義務ヲ有スルモノトスベシ

これらの註釈においては、「会社」が「真成ナル意義ニ於テノ無形人「法人」」ではないにもかかわらず「商業上ノ需要ニ応ジ」「法律上一箇獨立ノモノト視做」されていると指摘され(前註)、また、「商社ハ無形人ニ非ラズト雖モ法律上ニテ無形人ノ如クニ見做サル、コ往々之アリ」と説かれている(第七十一条註釈)。ところで、ドイツ語の原文を照合すると、まず前註から引用した部分の「会社」はゲゼルシャフトに当てられた訳語であることが判る。しかし、ここに出てくるゲゼルシャフトを一貫して「会社」と訳するのは適當ではなかった。「ローマ法はゲゼルシャフト」「ローマ法の *societas*」に——他のあらゆる契約によつて生ずると同様の——成員間の純粹に人的な債務關係だけを見出した(原文)というのであるから、このゲゼルシャフトを強いて訳すなら、(合手的關係ですらない契約關係としての)「組合」とすべきであった。これに対して、「近時の法觀念は、ゲゼルシャフテンに対し、商業上必要とされるかぎりで——嚴密な意味で法人 (*juristische Personen*) と解するわけではないが——一つの独自・獨立の法的人格 (*eine besondere und selbständige Rechtspersönlichkeit*) を認めるようになって」(原文)。商業上必要とされるかぎりで

一種の法的な人格が認められる各種のゲゼルシャフト（ゲゼルシャフテン）が、「商社」（Handelsgesellschaften「商社会社」）なのである（第七十一条註釈を見よ）。したがって、このゲゼルシャフテンは本来——この文脈では——「組合」をも含む上位概念としての「人的結合」を指しているのであり、「会社」と訳すのは狭すぎる憾みがある。さまざまなゲゼルシャフテン（「人的結合」のうち「商業上必要とされる」もの（「商社会社」）に限って一種の法的な人格が認められるというのが、原文の趣旨であつた。前註は、邦訳によれば、次の文章で結ばれている。「夫レ商社ヲ以テ此ノ如キ性質ノモノト見解スルハ民法上ノ尋常ノ会社ト自ラ區別アリ故ニ商社ニ就テハ詳密ニシテ且ツ幾許カ嚴重ナル規則ヲ立ザルベカラザルナリ」。ここにいう「民法上ノ尋常ノ会社」とは「民法上の通常のゲゼルシャフテン」（原文）であり、嚴密な意味で法人でないばかりでなく「一つの独自・独立の法的な人格」を認める余地すらないもの、つまり——いわゆる「民社会社」ではなく——「組合」をも含む広い概念なのである。⁶

いずれにせよ、レースラーが商社会社に便宜上「一つの独自・独立の法的な人格」を認めるにとどまり、これを——株式会社を含めて——「完全な意味での法人」ではないと強調したこと（第七十一条註釈の「商社ハ無形人ニ非ラズ」は、原文では「商社会社は完全な意味での法人ではない」となっている）の理由をレースラーの註釈から読み取ることはできないが、レースラー草案に基づき司法省の法律取調委員会（明治二〇年設置）と元老院の審議を経て明治二三年三月二十七日に公布された旧商法⁷は、その第七十三条においてレースラー草案第七十一条を受け継ぎ、「会社ハ独立ノ財産ヲ所有シ又独立シテ權利ヲ得義務ヲ負フ殊ニ其名ヲ以テ債權ヲ得債務ヲ負ヒ動産、不動産ヲ取得シ又訴訟ニ付キ原告又ハ被告ト為ルコトヲ得」と規定した（明治二六年の施行にさいし「殊ニ……取得シ」を削除）。おそらく法律取調委員会（司法大臣を委員長とし、大審院長、東京控訴院長、両院の裁判官若干名、元老院議員若干名、司法次官等から成り、別に法律取調報告委員なるものを置いた）に関係していたと思われる控訴院評定官、長谷川 喬の「商法正義・

第一卷』(明治法律学校講法会内・新法註釈出版、刊行年の記載なし)は、第七十三条を註釈してこう述べている。

本条ハ商社会社ノ法人タルコトヲ認メタル規定ナリトス夫レ商社会社ヲ法人ナリト明言シタル条文ハ商法中ニモ見ルヲ得ズ又民法中ニモ之ヲ掲ゲタルモノナシ即チ之ヲ法人ト認メタルハ独リ本条アルノミ故ニ他ノ語ヲ以テ本条ヲ簡略ニ云ヘバ「会社ハ法人ナリトス」トノ意義ニ外ナラザルナリ

いまや、リースラーに見られた「一つの独自・独立の法的人格」というまわりくどい表現に代えて、端的に「会社ハ法人ナリトス」と説かれるに至ったわけである。ただし、その「法人」は「純粹ノ法人」ではないとするところに、リースラーの所論はなお痕跡をとどめている。

然レドモ商社会社ノ法人タルコトハ府県町村ノ如ク地勢、風俗、人情ヲ同シテ自然ニ團結シタル純粹ノ法人ニアラズシテ法律上強ヒテ一個ノ法人ナリト看做シタル人爲ノモノニ過ギザルナリ是ヲ以テ民法ノ如キ会社(特ニ民事会社)ヲ法人ト認ムルヤ否ヤニ付キ学者ノ議論頗ル囂々タリシガ本法ハ幸ニシテ其疑議ヲ防グ為メ特ニ本条ノ規定ヲ為セリ故ニ会社ノ目的商事ナルニ於テハ常ニ法人ナルコト明々瞭々ナリトス然ルニ其目的民事ナルニ於テハ如何ト云フニ財産取得編第百十八条ニ規定セル如ク其会社ヲ法人トスルト否トハ社員ノ意思如何ニ在ルモノニシテ之ヲ法人ト為サント欲セバ商社会社ノ公示ノ規定ニ遵依シテ会社ノ設立ヲ公示シ以テ会社タルモノ、戸籍ニ編入シ且公衆ニ向テ其成立ヲ披露セザル可カラザルナリ

ここで注目されるのは、長谷川が「府県町村ノ如ク地勢、風俗、人情ヲ同シテ自然ニ團結シタル純粹ノ法人」との対比において商社会社を擬制的法人としてとらえながら、その擬制的法人を——リースラーとは違って——「純粹ノ法人」に一籌を輸するものとしては理解せず、商社会社を正面から(擬制的法人すなわち)法人と規定する旧商法第七十三条のために弁じていることである。これは、一つには、長谷川も言うように、民法系の旧民法の会社(societe: 山

本桂一は「営利組合」と訳す。⁹⁾ 民事的営利組合と商事の営利組合とを含むを法人と認むべきか否かの論議の圏外に立って商事会社（商事の営利組合）が——「純粹ノ法人」ではないにせよとにかく——法人であることを明確にしようという態度として理解することができ。しかし、もっと重要なのは、「純粹ノ法人」の純粹なる所以が「地勢、風俗、人情ヲ同フシテ自然ニ團結シタル」点に求められていることではあるまいか。法にとつていけば外在的な「地勢、風俗、人情」が、法的概念としての法人の法的概念としての純粹さを根拠づけるというのは、背理というしかないが、この背理の結果、法の立場からすれば「純粹ノ法人」にこだわる必要は全くなり、レースラーによつて法人に準ずる「一つの独自・独立の法的人格」として把握されたものが、何のためらいもなく「法人」と認められることになるのである。もっとも、長谷川が「純粹ノ法人」として「府県町村」を例示していることは、実はドイツの法人概念の由来にかかわる重要なポイントを押さえている（そのことを、長谷川はレースラーから学んだのであろう）。しかし、このポイントの意味を長谷川は理解しておらず、その結果、「府県町村」に地勢・風俗・人情を同じくする自然的團結の側面のみを見えるという誤解に陥ることになったと思われる。それでは、ドイツにおいてはなぜ、「府県町村」とくに「市町村」に相当するゲマインデが「完全な意味での法人」（レースラー）とされたのか。

二

この問題を考えるには、単一性と多数性の両要素を兼ね備えるケルパーシャフト概念の形成に寄与したオットー・フォン・ギールケに遡るだけでは足りない。株式会社に關するかぎりで言えば、ギールケは、商事会社が従来「完全な意味での法人」とされてこなかったことを知りながら、ケルパーシャフト概念の構成によつてせめて株式会社を「完

全な意味での法人」と同列に置こうとしたにすぎないと思われるからである。

サヴィニーが一八四〇年の『現代ローマ法体系』第二巻において「法人」(juristische Person)という用語をとると宣言するまで、「倫理的人格」(persona morais, moralische Person)なる語の使用が一般的だったことは、よく知られている。サヴィニーは法人を自然人と並べて「法的関係の担い手」すなわち権利能力の主体と見るのであり、そのような技術的概念にとつて倫理性の有無は無関係だという理由で「倫理的人格」なる用語を不適切とするのである。¹¹しかし、サヴィニー以前には、「倫理的人格」なる用語は不適切ではなかった。「倫理的人格」なる概念の沿革は、一七世紀ドイツの自然法論者ザームエル・プーフエンドルフまで遡る。プーフエンドルフによれば、世界は、もろもろの自然的事実すなわち自己自身を自覚的に処理しえぬものと、もろもろの倫理的事実すなわち自己自身について自由に決定を下しうるものとに二分される。後者が「倫理的人格」(persona morais)に他ならない。「倫理的人格」は、さらに、個人(自然人)と「複合的な倫理的人格」とに分けられる。後者は、「複数の個人が結合し、その結合のために欲すること、為すことが一個の意思、一個の行為に他ならないようにすることにより、形成される」。ところで、プーフエンドルフによれば、個人たると「複合的な倫理的人格」たるとを問わず、およそ「倫理的人格」は、「各自の status(地位・身分) ないし各自が共同体の生活において果たす munus (任務・職務)」との関連で自己自身について自由に決定を下しうるものとされる。自分の判断で身分制的な生活世界の秩序(＝倫理性)を担いうるものが「倫理的人格」であり、その一種としての「複合的な倫理的人格」だとされるわけである。

したがって、「複合的な倫理的人格」に該当するものとしてプーフエンドルフが挙げるのも、身分制的な秩序を支えるさまざまな中間団体である。公的団体として教会とその下部団体、世俗の各種の政治体や軍団が挙げられる他に、私的団体としては家(familia)と並んで商人団体や手工業者団体などの「コレギウム」(collegium)が挙げられるが、

ここに「コレーギウム」とは、ギルドやツンフトの類を指すであろう。要するに、プーフェンドルフのいう「倫理的人格」は、文字どおり——身分制の意味で——倫理的な人格であった。

これに対して、一八世紀末には、「倫理的人格」の概念はかなり脱倫理化される。プロイセン一般ラント法の起草者スヴァーレッツによれば、「倫理的人格」とは「団体の対外的権利の問題」であり、スヴァーレッツの協力者クラインも「倫理的な人格なる概念は、通常、人間の意思によつて定められた一切の権利義務主体を指すところまで拡張されている」と説いているのであつて、すでに、一九世紀のサヴィニーが「倫理的な人格」の名称を棄てて「法人」を選ぶ前提が整つていたという印象を受ける。それにもかかわらず、一七九四年の一般ラント法が対外的主体の意味での「倫理的な人格」と認めたのは、スヴァーレッツのいう「公的ゲゼルシャフト」すなわち市町村やツンフトや教会だけであつた。「許された私的ゲゼルシャフト」(erlaubte Privatgesellschaft) すなわち公共善に反しない目的をもつ私的ゲゼルシャフトは、内部関係においては公的な「コルポラツィオンやゲマインデ」すなわちツンフト的団体や市町村と同様に扱われるものの、対外的には「倫理的な人格」と認められないのである。しかも、スヴァーレッツが学術協会、教団、結社、クラブと並べて「私的ゲゼルシャフト」の例として挙げる商事ゲゼルシャフト(Handelsgesellschaft)は、一般ラント法においては「許された私的ゲゼルシャフト」としてさえ扱われず、組合および商人に関する規定の適用を受けるものとされている。伝統的な身分制的秩序が絶対主義的な紀律化によつて空洞化した分だけ、国家目的に奉仕する——その意味で倫理的な——ゲゼルシャフトとそれ以外のゲゼルシャフトとの扱いの差が生まれ、とくに、商事ゲゼルシャフトが「倫理的な人格」と認められる可能性は明確に否定されたわけである。公益性から遠ざかれば遠ざかるほど、国家的監督が希薄化する反面、対外的な権利能力の承認は拒否されるのである。

こうした伝統は、「倫理的な人格」ではなく「法人」(juristische Person)の名称を用いるべきだと明言したサヴィニー

にも痕跡をとどめている。サヴィニーは古代ローマにおける法人概念の形成を論じた後、ゲマインデ(市町村)、任意団体、財団、国庫に分けて法人の歴史をたどっているが、そのさい、任意団体に属する「営業団体」(*gewerbliche Unternehmung*)として念頭に置かれたのは、何よりもまず——公益性と関わりのある——ツンフトであつて、企業については付加的に言及されるにとどまった。

営業団体に属するものとしては、まず第一に、きわめて古くから存在し、いつの時代にも見られた……手工業ツンフトが挙げられる。さらに、ローマのパン屋ツンフトや、ローマと属州の水夫たちのツンフトのような、比較的新しいツンフトもこれに属する。これらの営業は同種のものであるが(そのことに基づいてこれらの団体が形成されたのである)、共同でなされたものではなかった。各個人は、現在におけると同様に、自己の計算において働いた。しかし、共同で営業を行う企業(*gemeinschaftliche gewerbliche Unternehmung*)もまた、法人という形をとることがあつた。そのような結合の一般的名称は組合(*societas*)であつて、その大多数は単に契約としての性格をもち、債権債務関係を生み出し、個々の成員の契約解除や死亡によつて解散した。しかし、そうしたもののうちで、組合という一般的名称を維持しながらコルポラツイオンの権利を得たもの「ツンフトと同様に法人と認められたもの」もある。鉱山、塩坑、関税徴収代行といった事業を行うためのゲゼルシャフトが、その例である。¹²⁾

この文章を含む『現代ローマ法体系』第二巻が刊行された二年後、サヴィニーがベルリン大学教授を務めるかたわら立法担当大臣の職にあつたプロイセンでは一八四三年十一月九日の株式会社法が制定され、君主の承認を得て設立された株式会社を明示的に法人と認めた。「株式会社は、君主の承認によつて法人(*juristische Person*)としての性格を与えられ、とくに自己の名において土地と資本を取得し、これを抵当登記簿に登録する権利を与えられる」(第八条)。また、ヴァイスケの『法律辞典』第三巻(一八四四年)に *Corporation* の項目を執筆したプフタも、コルポラツイオー

ン「法人」たりうるものの代表例として株式会社を挙げている。しかし、プフタにおいても、国家や市町村などの公法人(öffentliche Corporation)を別として、その他のコルポラツィオンは、国家目的を支える性格を有するかぎりで公的な目的をもつもの(ツンフトや大学)と、直接的には単に私的な目的をもつもの(たとえば株式会社)に分けられ、後者は、警察上の観点から団体としての存立を許可されたとしても当然に法人となるわけではなく、君主がコルポラツィオンとして承認してはじめて法人たりうる、とされる(許可主義)。公益性の希薄な団体は本来的なコルポラツィオンではなく、君主ないし君主の定める法律によってコルポラツィオンとみなされうる、ということだったのである。

これに対して、一九世紀五〇年代以降の経済的自由主義の成果の一つとして一八七〇年のドイツ一般商法典改正により株式会社設立の準則主義がとられてからは、むしろ、株式会社の設立に君主ないし国家の承認が必要とされることはない。それにもかかわらず、一八七二年に『社会的行政法』第一巻を上梓したレースラーは、国家目的としての公益性ではないにせよ個人の意思に還元できない「文化関係」に立脚するものとして、コルポラツィオンを理解する。

コルポラツィオンは共通の目的のための複数の自然人の結合たるにとどまらない。それだけのためならば、結社法(Vereinsrecht)の原則や私法上「民法上」の組合(privatrechtliche Societät)の原則によれば済むであらう。コルポラツィオンとは、自然人の活動によって具体化されるにもかかわらず個人生活の表現とは言えないような、社会生活自体に基礎をもつ文化関係(Culturverhältnisse)のために必要な法形式なのである。それは、とくに、ある種の公的なコルポラツィオンにおいて明らかである。たとえば、市町村(ゲマインデ)は、成員の自発的な結合といったものではなく、ある地区における共住に基づく共同体から必然的に生まれたものである。また、教会は、

神の定めに基づく精神的共同体である。いずれの場合も、その機関は一定の形で成員から独立し、成員に対峙する。その他のコルポラツイオンにおいても、共同体関係は、成員の自由な私的意思から生ずるのではなく、社会生活そのものから——一定の限界内で成員によつて多かれ少なかれ独自に形成されるのが社会生活だといえ、とにかく社会生活そのものから——生ずるのである。それでも、コルポラツイオンは複数の自然人のための共同体関係であり、かれらによつて存立する。それゆえ、コルポラツイオンの生活は、成員たちの生活と調和するものでなければならず、コルポラツイオンはその法的構成においても、個人の文化生活が具体的な満足を得るための道を開くものでなければならぬ。¹⁴⁾

ゲマインデが「ある地区における共住に基づく共同体から必然的に生まれた」というレースラーの表現は、「地勢、風俗、人情ヲ同フシテ自然ニ団結シタル」という長谷川 喬の表現と似ているように見える。しかし、後者がゲマインデの——そしてコルポラツイオン一般の——法的構成に全く関係をもたない冗語であるのに対して、前者は「成員の自発的結合ではないこと」、「成員の自由な私的意思から生ずるのでないこと」を意味する。それはとりわけゲマインデや教会を始めとする「ある種の公的コルポラツイオン」において認められるのであるが、私的コルポラツイオンについても、「単なる私生活の目的のためにコルポラツイオンを設立することはできない」とされる。¹⁵⁾ そうだとすれば、私的な経済的利益のために設立される商事会社はコルポラツイオンとは認められない、ということにならぬ。いか。レースラーによれば、「私的コルポラツイオンは近時の法用語においてゲノツセンシャフトと呼ばれることが多い」とされ、その「ゲノツセンシャフト」が「無限責任ゲノツセンシャフト」と「有限責任ゲノツセンシャフト」に分けて論ぜられる。¹⁶⁾ そのさい、無限責任たると有限責任たるとを問わず、およそゲノツセンシャフトたるものは——「私法上の組合」とは違つて——成員を限定せず、加入の自由を認めるものでなければならない、とされる。なぜ

なら、「これは、ゲノツセンシャフトの社会的性格からくる必然的な結論である。ゲノツセンシャフトは他の行政機関と同じく、限定された範囲の人々のために設立され機能するものであつてはならない。万人の同権という社会的理念が、集会・結社「の自由を認める場合」と同様にここでも決め手になるのである」⁽¹⁷⁾。

それゆえ、「無限責任ゲノツセンシャフト」として取り上げられるのも主として——当時盛んに設立されていた——協同組合 (Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft) であり (現在のドイツ法においては、登記協同組合は法人であり、それゆえ無限責任の原則をとるものとされる)、人的会社への言及は見られない。人的会社はゲノツセンシャフトないしコルポラツィオンではなく、したがって「国家と比べれば」部分的な協同関係において展開される文化生活の機関たることを本質とする」法人ではない、とされるのである。では、「無限責任ゲノツセンシャフト」についてはどうか。

リースラーが「有限責任ゲノツセンシャフト」として挙げるのは、何よりもまず、株式会社 (Actiengesellschaft) である。しかし、協同組合についてリースラーが説くところによれば、「成員の私的営利という目的のためのゲゼルシャフトはコルポラツィオンの権利を合法的に取得しえず、協同組合も社会的理念を増進するものだからこそコルポラツィオンと認められる」⁽¹⁸⁾のであつた。では、株式会社は「成員の私的営利という目的のためだけのゲゼルシャフト」ではないのか。この問題について、リースラーは、次のように註記している。

こうした「株式会社という」ゲノツセンシャフトは商事企業だけを予定するものではない (商事企業は、むしろ、「まだそれを正面から法人と認めていない」ドイツ一般商法典 (ADHGB) 二〇七—二四九条によって規律される)。株式会社は、あらゆる種類の企業を予定するものである。株式会社という形式を利用して、とくに教会の目的、慈善の目的、公益的な目的を追求することもできる。⁽¹⁹⁾

他方で、レースラーは、文化生活のさまざまな目的のために、株式会社の形式をとらない「有限責任ゲノツセンシャフト」、とくに相互保険会社を設立しうることを指摘する。要するに、レースラーは、商事会社としての株式会社を、文化的・社会的な目的に奉仕する本来のゴルフライオンとは見ていないのである。公益性の意味での倫理性を特徴とした往時のゴルフライオンに代って、経済的自由主義を修正する「社会行政法の機関」としての倫理性を備えた人的結合だけが、ゴルフライオン法人として承認されるわけである。その結果、ドイツ一般商法典が権利能力を認めるかぎりでの株式会社も、本来の法人ではないということにならざるをえまい。レースラーが日本の商法草案の解説において、株式会社を含むすべての商事会社を「完全な意味での法人」ではないとしたのは、おそらくそのためであった。

しかし、いったい、法人が「文化生活の機関」だと言われる場合、その「文化生活」とは何であろうか? 「ゲノツセンシャフトの社会的性格」や「協同組合の社会的理念」について云々される場合、その「社会的」とは何を意味するのか? そもそも、レースラーの「社会的行政法」なる観念は、国家と社会の区別に立脚するドイツ近代法の図式のなかで、いかなる内容をもっていたのか?

レースラーによれば、「行政法は、国家における人間の文化生活の諸機関の協力的活動のための法秩序から成る」。まず人間のさまざまな文化関係があつて、そのために行政機関の活動が展開されるわけだが、そうした文化関係を把握し、そのための諸機関を適切な法的性質をもつものとして形成するとともに諸機関の活動の態様を定め、その活動に必要な財源を確保することが、行政法の目標である。ところで、「行政機関には、社会という分野そのものの内部における人間の文化生活によって生み出され、社会的文化生活の必然的産物として現れる社会的行政機関と、国家が諸官庁やその補助機関に細分されたものとしての行政機関とがある」。そこで、行政法を実質的行政法(materielles Ver-

waltungsrecht)と形式的行政法(formelles Verwaltungsrecht)に二分し、実質的行政法は(1)「社会そのものの内部で人間の文化関係と、文化発展に向けられた活動とを法的に規律する社会的行政法」および(2)「人間の文化的必要により生じた国家と社会の関係を——国家がその任務を果たすために必要な財源（財政と軍政）に関して——とらえる政治的行政法」とから成り、「形式的行政法は国家の行政機関の設置と活動形態を扱う（国家行政の政策）」とすべきだとされる。⁽²⁰⁾

国家と社会の区別がここで前提とされていることは、明らかであろう。しかし、レースラーは、社会をもつば私法の領域として把握すべきではないと考えるのである。

私法の理念は、具体的な次元を問わず個人が個人として存在することにある。個人は歴史をもたず、したがって全体にかかわらない。これに対して社会法の理念は、共同の活動が歴史的に生み出した具体的な発展である。私法においても社会法においても、原則として法的平等が支配する。しかし、私法において人と物が自然的存在のキャリヤー(Carrier)でしかないものとして全く抽象的に、無規定的・無連関的に現れるのに対し、社会法においては、人と物は特定の文化関係によって規定された——文化関係が現実の姿をとった——主体ないし客体として現れる。ここでは、人は互いに相似的な抽象的個人ではなく、特定の文化的理念・文化的課題にとって必要な要素なのである。したがって、社会法においては、人々はさまざまな文化活動ごとに（財産や職業や労働の如何による）部類に分けられる。同じ理由から、社会法は、動産と不動産を区別するだけでなく、それらをさらに多様な種類（家、畑、牧草地、森、湖沼河川、機械等々）に分けてとらえる。さらにまた、個人意思の自由は、社会法においても私法においても承認されている原理である。しかし、私法においては自然的な事物の秩序だけが自由意思の対象であり、限界でもあるのに対して、社会法においては、自由意思も特定の社会状態と特定の発展方向でしか發揮されない。

私法において権利者の処理が——およそ可能であるかぎり——動機と結果の如何を問わずに認められる（処分自由）のに対して、社会法においては、自由な法的意思は共同体の要請の枠内においてのみ認められるのであり、義務は個人の同意と引受の有無を問わずに生ずる。⁽²¹⁾

リースラーの社会法が人を「特定の文化関係によって規定された」側面においてとらえる場合、「特定の文化関係」とは「純粋な人間性の意識が活性化している」状態であり、「社会のすべての機関が完璧な発展に達するような社会状態」だとされる。したがって、「（外面的な共^{コネクシステツ}存ではなく）協^{グワイシヤフト}同という内的動機をもつような生活関係は、すべて、私法の分野を離れて社会法の分野に属さざるをえない。……近時の国民経済学は、交換こそ人間の経済の基本法則であるとし、交換は内面的結合ではなく外面的共存を前提とするにすぎないという理由で経済の社会的性格を否定したが、それは、国民経済を奇怪にも私法の基礎の上に据えるものであつて、営業立法に影響を与えることにより実際にきわめて憂慮すべき事態をもたらしている。アダム・スミスは、⁽²²⁾「労働の権利、自身の労働の成果を享受する権利は万人のものであり、財産権のなかで最も原初的なものである」と述べているが、これはロビンソンの境遇にある者の労働に当てはまっても、社会的機能にまで高められた文化的人間の労働には当てはまらない⁽²³⁾。そもそも、「社会的な営利関係は他の社会的関係から切り離せないものであり、国民経済を自己完結的なものと考えすることは不可能である。現代の社会問題は、大部分、営利性向が社会生活の広範な条件から切り離されたことから生じたものである。したがって、独立の学問としての国民経済学（営利活動の学）は、現代の社会的意識に適合するものではない⁽²⁴⁾」。まさにそうした意味で、法人は「文化生活の機関」でなければならないのであつて、営利目的の意味での経済的目的のみを追求する商事会社は——株式会社を含めて——リースラーによれば「完全な意味での法人」ではない、ということにならざるをえなかつたであらう。

三

ゲルマニストのオットー・フォン・ギールケが団体法の構造の史的考察から出発し、一八八七年の『ゲノツセンシャフト理論とドイツの判例』において株式会社を——社団（単一性と多数性の両要素を兼備する総合人としてのケルパーシャフト）たる構造をもつゆえに——躊躇せずに法人と認めるに至るのに対して、株式会社濫設時代のさなかに『社會的行政法』第一卷（序文の末尾に「一八七二年ロストックにて」とある）を刊行したレースラーは、株式会社と人会的会社の構造的差異を認識しながらも、法人の果たすべき社会的・文化的使命に照らして、株式会社を——自由放任主義的な営利追求を本旨とするものと解されるかぎりで——人会的会社と同じく「完全な意味での法人」に非ずとしたのであろう。²⁶しかし、レースラーに商法起草を委嘱した日本には、こうした歴史的・思想的背景が存在しなかった。「完全な意味での法人」と「一つの独自・独立の法的人格」との区別は、いままさに自由主義的な私法を手にしようとする当時の日本人の眼には不可解な、いかにもドイツ的な概念への拘泥に見えたと思われる。

そうである以上、旧商法第七十三条が——レースラーが「完全な意味での法人」ではなく「一つの独自・独立の法的人格」を認めたにすぎないものとした草案以来の文言にもかかわらず——長谷川 喬によって「商事会社ノ法人タルコトヲ認メタル規定」とされたのも当然であった。レースラーにおける区別への拘泥を理解するには、ドイツの法人概念が倫理的人格の概念に遡ること、その「倫理的」が伝統的な政治社会を構成した諸団体の「政治的」性格を意味したことが、政治権力の国家への集中が完成し政治から解放された一九世紀後半のドイツにおいても国家（行政）の指導の下に文化的な秩序を維持する力が社会に残されているという発想が見られたことを、心得る必要があったのである。

すでに政治社会としての秩序形成力を奪われた徳川社会の延長上に、ドイツ以上に徹底した営利本位の経済発展を遂げることになる近代日本では、株式会社を含むすべての商事会社を「完全な意味での法人」に非ずとしたレースラーの見解が、そのまま裏返された。人的会社を含むすべての商事会社が法人とされ(明治三二年の新商法において明文化される)、「一つの独自・独立の法的人格」(レースラー)が「完全な法人格」(鈴木竹雄)と認められることになる。明治三三年刊行の志田鉦太郎『日本商法論』巻之二(上)は誇って言う。「新商法ニ於テハ……第二編第一章総則ニ於テ会社ノ法人ナルコトヲ明言シ以テ争ヲ生ズルノ余地ナカラシム(新商法第四十四条第一項)是レ各国立法例上多ク見ザル所ニシテ最モ適當ノ規定ナリトス」。サヴィニーはもとより、レースラーにおいても、そして法人性をケルパーシャフトとしての内部構造と結びつけたギールケにおいてさえ不徹底に終った法人概念の技術化は、日本において完了を見たわけである。⁽²⁷⁾

だが、われわれは、すべての会社の法人格の承認に見られる技術化・実定化の徹底を、本当に誇ることができるのだろうか？ レースラーにおける「社会的」ないし「文化的」なる観念の時代的制約性を指摘することは容易である。しかし、現代において先端的な法理論の構築を試みるグンター・トイブナーの次のような示唆は、レースラーのこだわりを理解せずに論理的整合性を達成することで満了した日本の商法学、ひいては実定私法学一般の問題性を衝いてはいないか？

私法の拠り所が社会の自律であり、「自律的な社会との」構造運動「法の自己準拠的構造を保ちながら、法的コードに乗る限りで社会からの刺激に対応してゆくこと」であるということに变りはないが、その社会が経済システムだけを意味するのではなく多種多様な社会的論議を意味するとしたら、これは、法の新しい道のモデルとなるかもしれない。そこでは、法はもはや政治的正統化や経済的効率ばかりを気にせずに、「経済社会としての市民社会(bür-

gerische Gesellschaft)ではなくみずから秩序を生み出しうる」市民社会(Zivilgesellschaft)のデューナミクに対してオープンな態度を取れるものになるであろう。⁽²⁸⁾

(1) 比較的新しいゲゼルシャフト法の教科書(Gesellschaftsrecht)のタイトルの下に会社法ばかりでなく民法上の組合や登記社団法人、権利能力なき社團、登記協同組合等も論ぜられている。によれば、「合名会社は合手的団体であつて法人ではない。たしかに、これについては昔も今も争いがある。合名会社は何よりも一個のまとまりをなしたものととして取引の世界に登場するのだから、「やはり合手的な結合である」民法上の組合とは違う。……しかし、会社財産に関する権限の問題は、これと別である。会社財産は、合手的に結合した社員各自に直接帰属するのであつて、社員から完全に切り離された権利主体に帰属するのではない。……この違いは、とりわけ法的形態の変更にさいして明らかにする。民法上の組合から合名会社への変更(またはその逆)は、結合の同一性に影響を及ぼさない。結合は変更の前後を問わず合手的結合であり続ける。合手的財産の譲渡は不要である」(Friedrich Kübler, Gesellschaftsrecht, 1981, S. 65)。そもそも、Personengesellschaftを「人的会社」と訳すことからして問題であつて、民法上の組合をも含む「人的ゲゼルシャフト」のうち商事会社とみなすべきものだけが「人的会社」と訳すに値するのである。

(2) 松田二郎『株式会社の基礎理論』(一九四二年)。鈴木竹雄「会社の社團法人性」(「松本古稀記念・会社法の諸問題」、一九五一年)。松田二郎「会社の組合性と社團性」(「田中還暦記念・商法の基本問題」、一九五二年)。

(3) レースラーが明治憲法起草にさいして中心的役割を演じたことについては、贅言を要しない。レースラーについては、ジームスの基礎的研究がある(Johannes Stienes, Die Gründung des modernen japanischen Staates und das deutsche Staatsrecht, 1975)。村上「ローベルト・フォン・モールとヘルマン・レースラーの社会理論」(野田古稀記念「東西法文化の比較と交流」、一九八三年)をも参照されたい。

(4) 石井良助『日本法制史概要』(一九五二年)二三三頁。鴻常夫『商法総則』全訂第四版補正二版(一九九一年)四三頁は「ヘルマン・レースラーの草案(明治一四年)」とするが、正確には(明治一七年)とすべきであろう。

(5) ローマ法上の組合と、合手的結合との区別については、来栖三郎「共同相続財産に就いて(一一四)」法協五六巻二一六号(一九三八年)を見よ。

(6) 「一つの独自・独立の法的人格」の次のような内容は、商事会社に限って認められる。「ゲゼルシャフトの権利・義務、所有権、債権・債務は、成員各自ではなくゲゼルシャフトそのものに属するのであって、そこから重要な法律的結論が出てくる。たとえば、ゲゼルシャフトの破産が可能であり、ゲゼルシャフトの債権者は成員の債権者から区別され、ゲゼルシャフトそのものを当事者として裁判所に訴えることもできる」。

(7) 周知のように、明治二三年に公布された旧商法は翌二四年一月一日に施行される予定であったが、やはり明治二三年に公布された(そして二六年の施行が予定されていた)旧民法が民法典論争の結果施行延期となったのに伴って、一般法としての民法の特別法たる旧商法の施行も延期された。しかし、その旧商法のなかでも、経済活動の展開に必要な会社法、手形法、破産法は、明治二六年に施行されたのである。商法の全体は、二六年に設けられた法典調査会で起草され、三年の第十二回帝国議会に提出されたが審議未了となり、同年七月一日より旧商法全部が一旦施行された。しかし新商法は翌三二年に第十三回帝国議会でも可決され、同年施行された(法典調査会が起草した新民法のうち総則・物権・債権の三篇は二九年、親族・相続の二篇は三〇年に公布され、両者とも三〇年に施行された)。石井良助『日本法制史概要』二二〇頁以下を参照。

(8) 同書の「緒言」に言う。「本法ハ我内閣法律顧問独逸国法学博士「ヘルマン・ロエスレル」氏ノ起稿ニ係ルモノニシテ其勤勞ニ付テハ吾人共ニ之ヲ記憶セザル可ラザルナリ余ノ曾テ欧州ニ在リシ時常ニ同氏ト居テ同フシ談論屢々該草案ニ及ビ既ニ同氏ノ辛苦ヲ察知セシノミナラズ其後審査ノ職任ヲ辱ムルニ当テヤ其益々謝セザル可ラザルヲ知レリ」。「緒言」において長谷川は旧商法が明治二三年三月二七日に公布されたこと、翌二四年一月一日施行の予定であることを記している。同書は旧商法の公布後、予定された施行日までの間に校了となったものと推定される。

(9) 山本桂一『フランス企業法序説』(一九六九年)八頁。

(10) Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 2, 1840, S. 236 ff.

- (11) 村上『ドイツ市民法史』（一九八五年）、一〇八頁以下。もともと、君主が特権として法人格を付与した場合は別である（特許主義）。
- (12) Savigny, a. a. O., S. 254 f.
- (13) 村上・前掲一四一頁以下。当時の株式会社は何よりも鉄道建設のための企業形態として利用されたのであり、その意味ではやはり国家目的に奉仕するものでもあった。なお、サヴィニーの法人理論においては団体の成員から明確に区別された法人のみが法人の権利義務の主体たりうるものであり、成員に持分を認める株式会社は法人ではありえなかった、と指摘するのはキフナーである。この見方によっても、サヴィニーにとって株式会社は本来コルポラツィオン＝法人ではなく組合(Societas)であり、単に対外的な関係で法人とみなされるにすぎなかった、ということになる。Kiefler, Personae vice fungitur? Juristische Person und "industrielle Corporation" im System Savignys, in: FS Harry Westermann, 1974。
- (14) Roesler, Das soziale Verwaltungsrecht I, Abt., 1872, S. 222. 本書についても邦訳がある。ヘルマン・リョースレル（江木衷訳）『社会行政法論』明治一八（一八八五）年。「訳述ノ体裁ハ意義ノ通シ易キヲ旨トシ原意ノ取捨訳文ノ伸縮ニ一訳者ノ採択ニ出ツ」と断っている。なお、コルポラツィオンには「共衆団結」なる訳語があてられている。
- (15) Roesler, a. a. O., S. 224. 他方において、レースラーは、むしろ身分制社会におけるコルポラツィオンとの違いを看過しているわけではない。「個人の権利能力をかがり帰属する法団体「身分」に結びつけ、その法団体の外で独立の個人の権利能力を認めなかった身分制的法秩序とは異なり、社会法におけるコルポラツィオンはその成員の客観的に限定された範囲の法関係にすぎず、成員の文化活動を一定の方向で規律・助長するものにすぎないのであって、相互関係および国家との関係における個人の法的地位を基礎づけ媒介する独占的な力をもつ独立の人格といったものではない。したがって、社会法におけるコルポラツィオンは、その成員の自由な結合であり、社会的自由の原則を廃棄するものではなく、「社会的理念の増進という」一定の方向で実現するものにほかならない」（S. 226）。
- (16) 江木訳は、ゲノッセンシャフトをすべて「会社」と訳してしまっている。明治一七年に訳されたレースラーの商法草案

と比べて、疑問の多い訳である。

- (17) Roesler, a. a. O., S. 232.
- (18) Roesler, ebenda. この箇所は、江木訳では省略されている。
- (19) Roesler, a. a. O., S. 242. 別の箇所で、レースラーは、「経済単位としての外形をとるものすべてを法人として構成しなければならぬ」という「誤解」を避ける必要があると指摘し、これに註記して、「そのこと」[すべての経済単位が法人と認められるわけではないということ]は、本来の組合については理解されているが、他の営利ゲゼルシャフト、とくに株式会社については、よく理解されていない」と述べている(a. a. O., S. 200 ff.)。なお、江木訳では Aktiengesellschaft が「合資会社」となっている。
- (20) Roesler, a. a. O., S. 1. (1)における「マテリアル」が社会秩序の歴史性・具体性を指すのに対して、(2)の「マテリアル」が物質的・金銭的を意味することは、明らかであろう。
- (21) Roesler, a. a. O., S. 20 f.
- (22) Roesler, a. a. O., S. 5. レースラーによれば、「純粋な人間性の意識」をもちうるのはキリスト教徒、とくにプロテスタントだけだとされる(ただし、レースラーは後にカトリックに改宗した)。
- (23) Roesler, a. a. O., S. 23. レースラーは引き続いて、ローレンツ・フォン・シュタインを引用しながら、さまざまな不平等を克服して高次の文化に達するには私法(交換や契約)の観点を棄て、社会法の観点をとる必要があると力説する。なお、レースラーの「スミス主義」批判は、すでに一八六八年の『アダム・スミスによつて樹立された国民経済学の基礎理論について』(Ueber die Grundlehren der von Adam Smith begründeten Volkswirtschaftslehre)において展開されている。
- (24) Roesler, a. a. O., S. 13.
- (25) Otto von Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 38 ff., S. 174 ff. ギールケの場合も「社会法」の観念が大きな役割を演ずることは言うまでもないが、少なくとも法人論に関するかぎり、「社会法」は「個人法的な」単一性と多数性を媒介するという技術的意味をもつにすぎず、営利企業を「完全な意味での法人」と認

めることを逡巡させる倫理的・実質的な意味をもたない。ここでは、没倫理的なローマ法を批判するはずだったゲルマン法の原理自体が没倫理的な解釈論的法理になっているわけである。

(26) 『社会的行政法』第二巻の「営業」の章において、レースラーはこう述べている。「営利事業が私的な事柄として個人の任意に委ねられるとか、自然的でどうにもならない必然性に基づくとかいうわけではない。営利性向も営利活動の法則性も人間の共同生活に根ざすものであり、歴史的に展開される文化発展によって具体的な姿をとるものである。……社会的な営業秩序は、国家権力の中央からの指導の下での自治という原則によって、社会的行政の諸機関〔法人も当然含まれる〕の自由な、そして法的に秩序づけられた協同をもたらす」(Das soziale Verwaltungsrecht, 2. Abt., 1873, S. 499 f.)。

(27) 「新商法ニ所謂会社トハ商業ヲ営ム目的ヲ以テ設立セラレタル社團ヲ指スモノト言ハザルベカラズ（新商法第四十二条）」と志田が説くとき、その「社團なる文字は單に人的結合の意義に用ひられ」という松田二郎（前掲・九一頁、九四頁註二〇）の指摘には、直ちに同意できない。この社團概念がギールケのケルパーシャフトないしドイツ的社團概念と異なることは確かであるが、志田の論理は、「法人ニ非ザルモノヲ除外シ法人タルモノ、ミラ会社ト称スル」（四四頁）べきであり、その意味での会社が社團に他ならないというのであつて（すべての人的結合が社團とされるわけではない）、ドイツとは別の意味で社團＝法人の建前が貫かれている。社團としての実態があるから法人だとするドイツとは違って、技術的な法人概念から出発する日本の商法学では、「法人だから社團」なのである。そのかぎりでは、鈴木竹雄の議論は、志田以来の日本的な法人→社團論に忠実なものであつた。

(28) Gunther Teubner, Die zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der Spätmoderne, in: Eike Schmidt/Hans-Léo Meyers (Hrsg.), Liber Amicorum. Josef Esser zum 85. Geburtstag, 1995, S. 191 ff., 214.

（むらかみ じゅんいち・本学法学部教授）