
協同組合の潜在能力と発展の可能性

青山学院大学 名誉教授 関 英昭

＜研究報告書の基本的視点＞

1. 研究方法

法律学の研究方法にはいくつかあるが、ここでは2つの方法を考えている。

第一は、わが国の民法における法人制度の歴史を概観し、その法人制度の中で協同組合法はどのように位置付けられるか、その歴史の流れを概観することである。法律は時代の変化とともに変更を余儀なくされる。その流れと特徴を見てみたい。

第二は、協同組合法を2つの視点から比較する方法である。その1つは会社法の視点と比較することであり、もう1つは外国法（主としてドイツ法）と比較することである。物事は、比較することでそのものがよく見えることが多い。株式会社を中心に、会社は今や基礎の変更のさなかにある。協同組合の組織構造もそれに接近するのかどうかを考えてみたい。ただし、ドイツ法との比較は必要な限度にとどめることにする。

2. 協同組合法の特徴

わが国の協同組合法の特徴に関して、これまでの協同組合法研究者の見解と裁判の中で議論されてきた結論を追うことにする。学説は、上柳克郎「協同組合法」（有斐閣）、村橋時郎「協同組合法の研究」（酒井書店）、大塚喜一郎「協同組合法の研究」（有斐閣）及び「判例 協同組合法」（商事法務研究会）を中心に検討することにする。わが国の現行協同組合法は多くの法律によって構成されているが、そのうちの農協法、生協法及び中協法を中心に扱うことにする。

3. ICA原則の再確認と協同組合の潜在能力

「法の目的は平和であり、それに至る手段は闘争である」。これは、イエー

リングの「権利のための闘争」の最初の文章である。平和は基本的人権の尊重と置き換えても良い。協同組合の潜在力・可能性は、ここにヒントがある。そのことは、2011年3月11日の東日本大震災及びその後の東電福島第一原子力発電所の爆発事故で学んだことであると同時に、われわれが確信したことでもある。地域社会における人と人の結びつき、絆、助け合い、思いやり等が、人間にとって何よりも大切なものであることが明らかとなった。これらは、1995年のICA声明に見られる協同組合の原則、正義、価値とも合致する。高齢化社会、格差社会、社会的弱者を排除する社会という現実が見られる今日、協同組合（共済も含め協同組合）がわが国にとって最も必要・有用な組織体、存在であることを確認したい。

日本の昨今の社会・経済状況の変化及び協同組合のこれまでの成果から判断すると、協同組合の存在がますます重要になってきている。協同組合陣営は、農業協同組合及び生活協同組合を中心にして、そのような社会的要請にこたえるに十分な地位と力量を備えるに至っていることは勿論であるが、これからの人口構成や労働条件等を考慮すると、協同組合の潜在能力は極めて大きいものがある。しかもその能力の実践が、今日ではもはや猶予できない状況にあることも確かである。

<本 論>

設問 1 協同組合は商人か？

次のケースを考えることで、私の研究報告をスタートしたい。

事 例

Xは、中小企業等協同組合法に基づいて設立された信用協同組合である。Xは組合員であるY印刷株式会社に、運転資金として1億円を貸し付けた。Yは弁済期日に5千万円の弁済をしたが、残りの5千万円については弁済期を過ぎても返済をしなかった。そこでXが支払いを求めて訴えを提起したところ、Yは、本件金銭消費貸借契約は5年の商事時効が成立し、債務は消滅していると主張して争った。

両当事者の主張

Xの主張は、X自身は商人ではない。したがって、XとYとの間の金銭消費貸借には民法が適用される。民法上の一般債権の消滅時効は10年である（民法167条1項）。したがって、時効は完成していないから、XのYに対す

る請求は正当である。他方、Yの主張は、Yは組員であると同時に印刷業を営む商人である。商法は、商事債権の消滅時効を5年（商法522条）と定めているから、この場合は商法が適用され、5年で消滅時効が成立する。したがって、時効が成立しているので、弁済義務はない。さて、どちらの言い分が正しいか。

結 論

Xが、商人ではないと主張する点は正しい。そうすると、このケースで民法が適用されるかという点、裁判所は第一審、第二審及び最高裁のいずれも、商法が適用されると判断した。その理由を、最高裁昭和48年10月5日第二小法廷判決は、「中小企業等協同組合法に基づいて設立された信用協同組合は、商法上の商人にあたらないと解すべきである。しかし、商人たる組員Yに貸付けをしたときは、商法が適用される」、と判示した。この立場は、その後の最高裁でも踏襲されている（最高裁平成18年6月23日第二小法廷判決）。

このように、最高裁判所は、信用組合は商人ではない、と判示した。その理由は、協同組合は営利を目的とするものではないからだという。しかし、組員が商人だから、双方に商法を適用する、というものである（商法3条1項）。それでは、農業協同組合（以下、農協ということもある。）、生活協同組合（以下、生協ということもある。）あるいは他の協同組合の場合はどうか。すなわち、一般論として、協同組合は商人か、商人ではない（非商人）か。営利性を中心に考えてみたい。

I. 協同組合の商人性・営利性・企業性を考える¹⁾

(1) 問題の所在

株式会社も協同組合も人的団体である。商法上、株式会社や有限会社と
いった会社の法的性質を、営利・社団・法人と特色づけていた（商法旧52
条、54条）。商法改正とそれに伴う会社法の制定（2005年）に伴い、その
性質については若干の条文上の変更はあるものの、ここでは、従来の一般
的な考え方である、会社の営利・社団・法人という法的性質を維持してお
こう。その上で、協同組合の場合はどうかを考えてみる。各種協同組合法
は、商法におけるような明確な規定を有しない。しかし各種協同組合法の
規定を整理すると、社団・法人という2つの性質は確認され²⁾、学説もほ
ぼこれを承認する³⁾。しからば営利性についてはどうであろうか。協同組
合法は、協同組合の目的を「最大奉仕」（消費生活協同組合法（以下、生
協法という）9条、農業協同組合法（以下、農協法という）8条）や「直
接奉仕」（森林組合法（以下、森組法という）4条、水産業協同組合法（以
下、水協法という）4条、中小企業等協同組合法（以下、中協法という）
5条2項）にあるといい、「営利を目的としてその事業を行ってはならな
い」という（前掲条文参照。但し中協法5条2項は「特定の組合員の利益」
といい、水協法はそれに相当する条文を持たない）。これらの条文の趣旨
は、営利性の否定即ち非営利であると見るのが普通である⁴⁾。そうすると、
協同組合とは一口でいえば非営利・社団・法人であるということになる。

協同組合がこのように非営利・社団・法人と解されるとした場合、社団
と法人の性質については株式会社の性質と同じであるから、それは商法の
説明に従うことになる。したがって、ここでは非営利性が最も重要な要素
となる。そして非営利性といった場合、まず差し当たり疑問となるのが、
協同組合法という営利・非営利の意味は商法上のそれと同じかどうか、ま
たもし仮に同じ意味に用いられるとした場合、営利の反対は非営利で良い
のかどうかである。これを第一の疑問としておく。

ところで、協同組合法で議論されるのはこのような疑問点に関してでは
なく、むしろ協同組合は非営利であることを当然の前提として、その上で、
協同組合は商人であるかどうかという点にある。協同組合の商人性は否定
されるのかどうかである。これを第二の疑問とする。

通説は協同組合の商人性を否定する。その理由は、第一の疑問点で見た

ところの協同組合の非営利性と関連する。即ち協同組合に営利性がないこと（又は非営利であること）から、協同組合の行う事業は商法上の商行為（商法501条、502条）に該当せず、商行為を業としない以上、それは商人ではない（商法4条）という論理である⁵⁾。

学説と同様に判例も協同組合の商人性を否定する⁶⁾。商人性を否定する結果、協同組合に商法の規定を準用ないし類推適用することをも制限する。通説・判例のこのような論理構成をとるとき、直ちに第三の疑問が生じてくる。それはこうである。

最近の学説の多くは、商法の対象を「商人」に代わって「企業」であるとする⁷⁾。そうすると、そこでは企業をどのように理解するか（商人との関係はどうか）という問いとも関連して、協同組合は企業か、という問題が生じてくるのである。もし協同組合が企業であるとすると、それでもなお商法の規定を協同組合に準用することは制限されるか。

以上、非営利性・商人性・企業性の3点を中心に商法及び協同組合法の立場から検討し、その検討を通じて協同組合の本質を探ること、それが本稿の目的である。作業としてはまず協同組合の商人性をめぐる学説・判例の議論を概観し、次にそこでは営利性や企業性がどのように扱われているかを考察していきたい。

(2) 学説にみる協同組合の商人性に関する議論

学説の争いを検討するにあたり、時代区分を戦前の産業組合法の時代と戦後の法律改正後の2つに分けて考察していくことにする。

1) 産業組合法時代の議論

1900年に成立した産業組合法5条は、「産業組合ニハ本法ニ別段ノ規定アルモノヲ除クノ外商法及商法施行法中商人ニ関スル規定ヲ準用ス」と規定している。主題との関連で見ると、この条文は2つの点で問題となる。

第一は、この規定の趣旨をめぐり、産業組合法に基づく協同組合は商人なりや否やである。第二は「商人に関する規定」とは何を意味するか、即ちその準用はどこまでか、である。

第一の点については、法は「産業組合を一個の商人と看做し」ていると解する立場もあるが⁸⁾、通説は商人性を否定する⁹⁾。通説が商人性を否定する根拠は、「協同組合は組合員の人的結合力を以てする組合員の家計又

は営業上の共済手段となることを以つて其の本質と」する¹⁰⁾といい、あるいは「少なくとも其営利の目的を欠くの点より常に商業を営むものに非」¹¹⁾ざるが故であるといい、結局は協同組合の非営利性に求める¹²⁾。

第二に準用の範囲については、少数説は商法旧265条（現行503条）を積極的に解し商法の準用を広く認めようとする¹³⁾。これに対し通説は商人の規定の解釈をめぐり、その準用範囲を狭く解するか広く解するかで学説が分かれる。

- (a) 消極説…この立場は、「商人ニ関スル規定」の意味を字義通りに解し、その準用範囲を「商号・商業帳簿・営業所等直接商人又は商人の施設についての規定」に限られるとし、商行為に関する規定の準用は消極的に解する¹⁴⁾。その根拠は、「産業組合もその組織において集团的でありその事業も集团的経済行為であるから、ある程度は商人的に取り扱われることにはなるが、営利法人と同程度である必要はない。その商人的待遇の範囲は、各規定の精密な吟味に待たねばならない」¹⁵⁾、とする。
- (b) 積極説…この立場は、産業組合法5条の趣旨を「産業組合は自己の名において営業を為すことなきも之を商人と同一視し商人に関する商法及商法施行法中商人に関する規定を準用せんとする」¹⁶⁾ ことにあるとし、「商人に関する規定」とは広く商行為に関する規定をも含むとする。そしてその理由を次のようにいう。生産品販売等の協同組合は、商人ではないが、その形式において商人の営業の外観を呈する場合があり、それ故にこそ産業組合法5条の存在意義があるのであり、商行為に関する規定が準用されないとすると、同条はその規定の趣旨の大半を失うことになる、と¹⁷⁾。
- (c) 折衷説…この見解は、産業組合法5条の趣旨を、「産業組合が外部に対して、営利的活動を為す場合に於いては全く抽象的な経済人として現われ、その組合員自身の本質はこの営利的活動の範囲に迄反映するものでないから、之を商人と同一に取り扱い商法規定の規律の下にあらしめようとする点にある」¹⁸⁾ と解する。そうすると同条の「商人に関する規定」も字義通りに解する必要はなく、あまねく「商人的活動を律する規定若しくは商行為に関する規定と解す」¹⁹⁾ ることになり、結果的に積極説に近い。但しこの説は「産業組合の特殊機構に留意して商人的取扱を為す場合を産業組合の外部的経済行為に限局」²⁰⁾ する。

-
- (d) 結局、商人性肯定説では、産業組合法5条の趣旨に反しない限り、広く商法の準用を認めて良いことになる。

2) 現行法における学説の態度

産業組合法が第二次大戦後に廃止され、それに代わり各種協同組合法に大きく改称・改編されて成立したことは周知の通りである。したがって、今や協同組合法一般という形で論ずることはできなくなった。その結果、各種協同組合法を個別的看着ていくことになるが、その多くが産業組合法5条のような包括的準用規定を持たない。それぞれが個別的に商法又は民法を準用するという立法形式をとる。それ故に、産業組合法で扱ったと同様の問題がここでも生じる。即ち協同組合の商人性如何の問題と、協同組合の行為に商法（とりわけ商行為法）の規定が準用または類推適用されるかどうか、準用又は類推適用されるとすればその範囲はどこまでか、という問題である。便宜上、学説を、商人性否定説と商人性肯定説とに分けて考察することにする。

- (a) 商人性否定説…通説は協同組合の商人性を否定する²¹⁾。その根拠は、協同組合が営利目的を有しないことに求められる²²⁾。通説の代表格として常に引用される上柳克郎は次のように説明する。

「協同組合は（漁業生産組合・企業組合を除き）その事業そのものによって組合員の事業又は家計の助成を計ることを目的とし、金銭的利益を得てこれを組合員に分配することを目的とするものではない。また、各協同組合法は、これらの協同組合が行うことができる事業を限定しており、これらの協同組合は、組合自体が金銭的利益を得ることを目的として、直接に組合員の事業又は家計の助成を計るための事業以外の事業を行うこともできない。従ってその事業は商法上の営業ではなく、商法501条又は502条に列挙せられた行為に該当又は類似する行為を事業とする場合でも、これらの協同組合は商法上の商人（商4条）ではなく、また、これらの協同組合の行為が組合のために商行為となる場合はない（但し、商501条4号の絶対的商行為の場合を除く）と解すべきである」²³⁾と。

また大塚喜一郎は、協同組合は営利法人ではないから商人ではないとした上で、更に、産業組合法5条のような条文を有した産業組合ですら

商人でない」と解されていたのだから、そのような規定を持たない現行法上の協同組合はなおのこと商人ではないと説く²⁴⁾。

ところでこのような商人性否定説は、商行為に関する規定の協同組合への類推適用をどう見るかについては、原則否定説と類推適用説とに分かれる。前者の立場をとる上柳は、「産業組合法5条のような規定を欠く現行法のもとにおける解釈論としては、商人に関する商法の規定を協同組合に類推適用すべきであるという一般的原則は認めることはできない²⁵⁾」という。とはいっても商法の規定の類推適用を全く認めないとするのではなく、「解釈として、かなりの範囲で、中小企業等協同組合法の規定、ないし同法が準用する商法の規定を、他の協同組合法による組合に類推適用する²⁶⁾」ことはかまわないという。これに対して大塚は、商法の類推適用を積極的に承認される。即ち産業組合法5条のような規定を持たない現行法では、同法のもとでの解釈をストレートに是認することはできないが、「しかし、産業組合が事業のためにする行為と現行各協同組合が事業のためにする行為との間に、実質的に差異はないと考えられ、現行各協同組合の行う行為の性質が商法上の企業の性質に類似するものであれば、商行為に関する規定の類推適用を認めてもよく」、「各協同組合がその事業のために行う行為は、その類型性・反復性・継続性のゆえに民法上の法人の事業活動よりは、商人会社の事業活動に類似するところが多いというべきであって、各協同組合について商行為に関する規定の類推適用をまず考えるべきである²⁷⁾」という。上柳説を消極説とすれば、大塚説は積極説といえる。この積極説に立ち、適用される行為の範囲を明確にするのが村橋時郎である。村橋は、「協同組合の経済活動は組合員のそれを助成するところに本来の使命」があると解しつつ、法の適用にあたっては組合と組合員の内部関係と組合の外部に対する関係とに分け、前者の関係は「人的要素ないし道義的要素を基調としてなされることが必要であるから、商法的処理が望ましくないのみならず不適当なため極力回避されるべきであるが、後者即ち「組合の対外活動はあたかも商人の経済活動の行動形式に酷似するが故に、商人に対する施設あるいは行為に関する規定を準用²⁸⁾」させるべきだと説く。

- (b) 商人性肯定説…通説が商人性を否定するのに対し、近時商人性を承認する見解が有力に主張されている。ここでは商人性を原則的に否定し例

外的に肯定する学説も肯定説として扱う。したがって、肯定説といっても、積極的に商人性を認めようとする立場と、例外的に商人性を認めようとする立場に分けられる。

まず積極的商人性肯定説であるが、服部栄三は次のように説く。即ち協同組合は営利法人ではないが、「企業組合のように、協同組合自体が、商業、工業、運送業、サービス業などを直接経営し、商行為に該当する行為を収支適合原則の下に反復して行っている場合には、これを商人と認めて差しつかえなく」、また「企業組合以外の協同組合においても、組合員の事業又は家計の助成という目的を達するために、その手段として営利事業を付随的に営んでいる場合には、そのかぎりで協同組合は商人性を取得する」²⁹⁾ ことになる。服部はこのように協同組合の営利法人性は否定しながらも、その目的達成のために営利事業を付随的に営むことは可能であり、その限りで商人性を承認する。進んで、商人性が肯定される限り、「商人に関する商法の規定が協同組合にも適用される」³⁰⁾ ことになるという。

次に鴻常夫は、「協同組合だからといって直ちに一律に商人性を否定したり、肯定したりすることは適当ではなく」、むしろ「協同組合が現に付随的に営利事業を行っている場合に、その限りで商人性を認めるべきであり」、「のみならず、企業組合のように商業・工業・鉱業・運送業・サービス業その他の事業を行い（中協法9条の10・9条の11）その事業収益から経費等を支弁し（中協法12条・13条参照）、制限はあるにせよ剰余金の配当をすることができる（中協法59条3項参照）ような協同組合については、商人と認めていっこうに差しつかえなく、その商人性を積極的に肯定すべきである」³¹⁾ と説く。商人性を積極的に認める点では服部と同じであるが、商法の協同組合への適用又は準用については明らかでない。

これら積極説に対して岩崎稜は、「組合員の相互扶助目的に適合した事業に協組事業が協組法上限定されているということ…と、その事業処理を商法所定の技術的処理に従わしめることは、論理上も政策上も」矛盾することはないが、しかし實際上「協組の商人性を認めることは、あくまで取引次元での商法適用に限られる」³²⁾ と説明する。したがってこの立場では商人性を認めることと商法が適用される場合とが一致すること

になる。

(3) 判例にみる協同組合の商人性に関する議論

1) 産業組合法時代の判例の態度

産業組合法の下でも、学説の立場と同様、組合への商法の準用は承認するが（同法5条）、組合の商人性は否定するのが一般的であった。以下代表的事例を年次順に概観してみよう。

<事例①> 大審院大正9年10月21日判決（民録26輯455頁）³³⁾

事実関係は明らかでないが、大審院判決で示された事実を整理すると次のように推測される。Yは訴外A信用購買販売組合の理事としてA組合との間に金銭消費貸借契約を締結したが、その金銭債権をA組合から譲受けたXがYに貸金返還請求をしたところ、Yは右債権は5年の商事時効により消滅しているとして支払を拒否したものである。控訴審は、右債権は商行為によって生じた債権ではなく、したがって商法上の商事時効であるところの5年で消滅することはない。むしろ民法の10年の時効が適用されると判示し、Yの抗弁を排した。そこでYが上告。大審院は産業組合法5条の解釈についてはYの抗弁を認めつつも、次のように判示した。少し長くなるが重要と思われるので引用する。

「然レトモ産業組合法第五條ニ産業組合ニハ商法及ヒ商法施行法中商人ニ関スル規定ヲ準用スト規定シアルニ依リテ之ヲ觀レハ商法第二百六十五條ノ規定ハ産業組合ニ準用セラルルモノト謂フヘク即チ産業組合カ其業務ノタメニスル行為ハ本来商行為ノ性質ヲ有セサルモノト雖モ商行為ト看做サルルモノニシテ從テ商行為ニ基ク債権ノ時効ニ関スル商法第二百八十五條ノ規定モ之ニ準用セラルルモノト謂フヘシ蓋シ産業組合ニ商人ニ関スル規定ヲ準用シタルハ産業組合ハ会社ニ非サレトモ組合員ノ利益ヲ目的トスル社団法人ニシテ会社ニ類似シタルカ為メナルヲ以テ之ヲシテ商人ニ付キ設ケラレタル規定ヲ遵守セシメ且ツ其為シタル行為ヲ律スルニ商人ノ行為ニ関スル規定ヲ以テセントスルノ趣旨ナリト解スルヲ相当トスレハナリ故ニ本件無限責任A組合カ訴外Bヨリ本訴ノ金員ヲ借入レタル行為ハ組合ノ業務ノ為ニシタルモノト推定セラレ商行為ト看做サルヘキモノニシテ其債務ハ五年ノ消滅時効ニ罹ルモノト謂フヘシ然ラ

ハ原院カ本件消費貸借ニ基ク債務ニハ商法第二百八十五條ノ準用ナキモノニシテ民法ノ規定ニ從ヒ十年ノ消滅時効ニ罹ルヘキモノナリト判断シタルハ失当ニシテ此點ニ關スルYノ所論ハ相当ナレトモ原院ノ認定シタル事實ニ依レハ右五年ノ時効ハ中断セラレ其債務ハ未タ消滅セラルヲ以テ原院カ右債權ノ讓受人タルXニ勝訴ノ判決ヲ与エタルハ結局相当ニ帰ス仍テ本論旨ハ原判決ヲ破毀スルノ理由ト為スニ足ラス。

要約すれば次のようになる。④産業組合の行為は本来商行為ではないが、その業務のためにする行為は商行為と看做される。⑤よって産業組合法5条により、商行為中商人に関する規定が準用されることから、商法265条の商事時効の規定が準用される。⑥その理由は産業組合が組合員の利益を目的とする社団法人であり、これは社員の利益を目的とする会社に類似していること、それ故に商人に関する規定を産業組合にも遵守させその行為を律することが妥当であること、にある。⑦故に本件債務は商事時効の5年にかかるというべきところ、原審が民事時効の10年と判断したのは法の解釈を誤っている。⑧しかし本件事実判断によれば5年の時効は中断されているから、原審がX勝訴とした判決は相当である。

結局、大審院は商行為法の規定が産業組合に準用されることを明らかにしたことになる。

<事例②> 大審院昭和2年7月15日判決（大民集6巻10号478頁）³⁴⁾

X信用購買販売利用組合はその組合員の生産した木炭をYに販売したが、Yは代金の一部を支払わないままだったのでその支払を求めたが、Yは時効を理由に支払を拒否した。第一審はX組合の請求を認容したが、第二審は「木炭売買代金ハ民法第七十三條ノ所謂生産者ノ産物代価ニ該当スルモノト認ムルカ故ニ該代金債權ハ二年ノ時効ニ因リテ消滅ス」として逆にYの請求を認めた。そこでX組合は次のような理由をもって上告した。「産業組合ハ組合員ノ産業又ハ其ノ経営ノ發達ヲ企図スルタメ設定セラレタル社団法人ニシテ商人ニハ非ス其ノ組合ノ目的ハ組合員ニ対シ又ハ組合員ヨリ産業ニ必要ナル物品ヲ販売スルニアリ決シテ營利ヲ目的トスルモノニアラサルコトハ同組合法第六條ニ規定スルカ如ク所得税及ヒ營業稅ヲ課セサル點ヨリ見ルモ明ナリ從テ本件債務ハ商行為ニヨリナシタルモノニアラサルヲ以テ第七十三條ヲ準用スベキ性質ノモノニア

ラスシテ民法所定ノ一般債権十年ノ時効ニ罹ルモノト判決スヘキモノトス」。

大審院は原審と同様商法の準用を認め、次のように判示してX組合の請求を斥けた。「産業組合法第五條ニ産業組合ニハ商法及商法施行法中商人ニ関スル規定ヲ準用スト規定シアルヲ以テ商法第二百六十五條ノ規定ハ産業組合ニ準用セラルルモノト謂フヘク即チ産業組合カ其ノ事業ノタメニスル行為ハ本来商行為ノ性質ヲ有セサルモノト雖商行為ト看做サルモノニシテ從テ商行為ニ基ク債権ノ時効ニ関スル商法第二百八十五條ノ規定モ亦之ニ準用セラルルモノナルコトハ当院ノ判例トスルコトコナリ（大正九年（オ）第九百九十四号大正九年十月二十一日第二民事部判決参照）而シテ商法第二百八十五條ハ其ノ法文ノ規定ノミナラス但書ノ規定モ亦準用セラルヘキコト明ナルヲ以テ商行為ニ基ク債権ニ付他ノ法令ニ五年ヨリ短キ時効期間ノ定メアルトキハ其ノ規定ニ從ウヘキモノニシテ民法第七十三條第一号ニ依レハ卸売商人及小売商人カ売却シタル商品ノ代価ノ債権ハ二年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅スル旨規定シアルヲ以テ右ノ規定モ亦産業組合カ其ノ事業ノタメニスル行為ニ基ク債権ニ準用セラルヘキモノトス」。

事例①の判断を採用し、商行為法の規定が産業組合に準用されることを確認している。

<事例③> 大審院昭和9年4月6日判決（大民集13卷14号1011頁）³⁵⁾

X（非組合員）はYの勧誘に応じて訴外A信用販売購買組合に貯金をしてきたが、A組合が解散後もその事実を知らず継続して貯金をしてきた。YはA組合の理事であり、その解散後は清算人であるので、XがA組合から貯金の払戻しを受けることができなくなった以上、Yは商法の規定に従い（産業組合法5条による商法の準用）、Xに対し損害賠償責任があるとしてYに損害賠償を請求したものである。

第一審ではX敗訴。第二審は「産業組合法第五條ニハ本法ニ別段ノ規定アルモノヲ除ク外商法及商法施行法中商人ニ関スル規定ヲ準用ストアリ商法第七十七條第二項ハ所謂商會社中株式会社ノ機關タル取締役ノ責任ヲ規定シ同法第二百三十四條ニ依リ同シク清算人ノ責任ニ付準用セラルルモノニシテ（勿論所謂民事會社ニモ適用アリ）商人ニ関スル規定ナ

リト解スヘク且産業組合法中理事又ハ清算人ノ責任ニ付右第七十七條第二項ハ産業組合ノ理事又ハ清算人ノ責任ニ付準用セラルモノ」であるとして、Xの請求を認めた。そこで、Yが上告して争った。

大審院は次のような理由でYの上告を認め原判決を破毀している。「産業組合法第五條ニハ『産業組合ニハ本法ニ別段ノ定アルモノヲ除クノ外商法及商法施行法中商人ニ関スル規定ヲ準用ス』トアリ茲ニ所謂商人ニ関スル規定トハ主トシテ商人ナル地位ニ直接ノ関係アル法條例ヘハ商業登記商号商業帳簿商業使用人等ニ関スルソレヲ指称シ株式会社ノ取締役若シクハ清算人カ会社債権者ニ対スル直接ノ責任ニ関スル商法第七十七條第二百三十四條第二項ノ如キモノヲ包含セサルコト明瞭ナリ果シテ然ラハ原審カ此等法條モ亦組合法第五條ニ所謂商人ニ関スル規定ノ範囲内ニ在リト解シYカ組合解散後清算人トシテXヨリ貯金ヲ受入タル行為ニ対シ同法條ヲ準用シ本訴損害賠償請求權ヲ肯認シタルハ違法ト云ハサルヘカラス」。

大審院は、産業組合への商法の規定の準用を一般論としては認めながら、しかし取締役に関する規定についてはこれを認められないとした。

<事例④> 大審院昭和9年8月22日判決（大民集13卷17号1463頁）³⁶⁾

XはA信用購買協同組合に金銭の貸付をしたが、A組合はその一部を返済ただけで解散した。Xは残余の部分につき支払を受けることなく清算結了されてしまったので、A組合の連帯無限責任を負っているY理事に対しその支払を求めたものである。

第一審はXの請求を棄却。第二審でも裁判所はXの請求を認めなかったが、その理由として次のように判示している。「産業組合法第五條商法第六十三條第三百條ノ各規定ノ趣旨ヲ比照考察セハ無限責任タル信用組合ノ組合員ノ組合債務ニ対スル連帯責任ハ組合解散登記後五箇年ヲ経過スルコトニヨリテ消滅スルモノ」というべきである。

そこでXは上告して争った。上告理由は次の3点である。①産業組合は組合員の協同により産業・経済の発達を目的として認められた法人であり、営利法人とはその性質を根本的に異にする。②産業組合法5条による商法等の準用は、産業組合の性質に反しない限りにおいて認められるべきものである。③商法103条の規定は産業組合には準用されない。

大審院はXの上告理由をほぼ認め、原判決を破毀差戻した。

「産業組合ハ組合員ノ相互扶助ヲ以テ其ノ主義トシ組合自体ノ利益ヲ図リ又ハ組合員ニ利益ヲ分配スルカ如キコトハ本来ノ目的トスル所ニ非ス從テ此點ニ於テ産業組合ハ營利ノ觀念ヲ缺クモノト謂フヘキナリ然レトモ右ノ資金ノ貸付及貯金ノ受入行為ト謂ヒ物品ノ販売若クハ購入行為ト謂ヒ設備ノ利用行為ト謂ヒ執レモ其ノ行為ノ外形ヨリスレハ商人カ營利ノ目的ヲ以テ為ス場合ト異ラスココヲ以テ産業組合法ハ其ノ第五條ヲ以テ産業組合ニ対シ本法ニ別段ノ規定アルモノヲ除クノ外商法及商法施行法中商人ニ関スル規定ヲ準用スト定メタルモノニシテ該規定ハ産業組合ノ営ム行為ニ付商人ヲ以テ律セントスル趣旨ニ出タルモノト解スヘク從テ該條ニ所謂『商人ニ関スル規定』ノ範圍ハ主トシテ商人タル地位ニ關係若クハ商人ノ為ス行為ニ關係スル規定ヲ指稱スルモノト看做スヘク商事会社カー面商法第四條ニ照ラシテ商人タレハトテ会社ノ組織機關及社員ノ責任ニ関スル規定ノ如キモノ迄之ヲ産業組合ニ準用セントスルハ右法條ノ趣旨ニ副ハサルモノト謂ハサルヘカラス」。

大審院は、商法の規定の産業組合への準用は、商人たる地位・商行為等の規定に限られ、会社の組織、社員の責任等に関するものは準用されないとした。

2) 現行法における判例の態度

産業組合法時代と異なり、現行協同組合法は各業種別立法の形式をとっているため、ここでは各協同組合法別に争われた代表的事例をとりあげ、それぞれの協同組合の商人性について考察する。

<事例⑤> 最高裁昭和37年7月6日判決（民集16巻7号1469頁）³⁷⁾

X農業協同組合連合会（売主）は、Y会社（買主）との間に豚肉の売買契約を締結した。代金支払については分割払方式とし、Y会社が期日までに分割分の支払がないときは期限の利益を失い、残額分を一括請求されても異議なしとする約定であった。Yが期日までに第一回目の支払をしなかったため、X組合が右約定に基づき全額の支払を求めて訴えを提起したところ、Y会社は次の抗弁を主張して争った。①農業協同組合はその経済的実質からみると民法173条にいう生産者に該当する。仮に生産者でないに

しても、農業協同組合が外部と営利的活動を行う場合は全く抽象的な経済人として現われる。㊸ X組合はその限りで商人的待遇を受けるべきであり、民法173条の卸売商人に準じ同条の準用を受ける。㊹したがって本件支払代金債権は2年の消滅時効にかかることになり、本件債権は既に時効が完成しているから、Y会社の支払義務はない。

第一審・第二審ともX組合が勝訴した。そこでY会社は申告して、「組合の事業活動は、すべてその組合員自体の営利を目的とする生産ないし消費等の経済活動の代行的性格を帯びるから、組合の事業活動もまた営利活動であり、少なくとも組合の外部的活動に関しては、商法及び商法施行法中商人に関する規定を準用し、民法173条の解釈にあたっては、X組合連合会はこれを卸売商人に準ずるものとして取り扱うべきである」と主張した。最高裁は次のような理由で農業協同組合の商人性を否定し、Y会社の申告を棄却した。

「農業協同組合法によれば農業協同組合は、その行う事業によって組合員のために最大の奉仕をすることを目的とし、営利を目的としてその事業を行ってはならないのであって（同組合法8条）、それゆえにまた、同法には、旧産業組合法5条のごとき規定は設けられていないのである。したがって、組合の事業は、商法上の営業ではなく、組合の行為が商人の営業のためにする行為として商行為となるものではないといわなければならない。されば、農業協同組合につき、商法及び商法施行法中商人に関する規定を準用することはできないのであって、X組合連合会を民法173条1号にいわゆる卸売商人に準ずるものとする 것도できないといわなければならない。

これまでの大審院の理解と異なり、協同組合の行為は非営利であり、商法上の営業活動はしていない。したがって商人ではないが故に、協同組合への商法の規定の準用はできない。故に民法173条の卸売商人に該当しない、とした。

<事例⑥> 東京高裁昭和35年10月8日判決（下民集11巻10号2082頁）

訴外A経済農業協同組合連合会（一審脱退原告）は、Y会社（非組合員）との間に大豆の売買契約を締結した。Y会社は売買代金支払のために、1954年6月1日を支払期日とする約束手形を振出した。右手形は1958年4

月3日に期限後裏書によりXに譲渡され、現在Xが所持人である。Xが手形金額の支払を求めたところ、Y会社は次の如く抗弁して支払を拒否した。④大豆の売買代金債権は民法173条1号により2年の消滅時効にかかる。⑤故に本件手形債権も満期日から2年後の1956年5月31日をもって時効が完成している。⑥よって本件請求に応じることはできない。

第一審はXが勝訴。そこでY会社が第一審と同じような抗弁を主張して控訴。東京高裁は次のように判示してY会社の主張を認めつつも、時効は中断されているからY会社に支払義務があるとして結果的にXを勝訴させている。

「Yは訴外A組合は民法第173条第1号にいわゆる生産者または商人に当たるからその債務につき同条所定の短期消滅時効の完成により消滅した旨を主張し、Xはこれを争うものであるが、……訴外A組合が農業協同組合法にもとづきX主張の目的を以て設立せられた組合であることが明らかであるから、訴外A組合は右にいわゆる生産者若しくは商人に当たらないものといわねばならぬ。しかしながら右のような組合であっても外部関係における活動すなわち第三者との取引状況においては商人のそれと類似することは顕著な事実であるからこれについてはなお商法中商人に関する規定が準用せられ従って商法第522条民法第173条第1号により訴外A組合からYに対して売渡した本件大豆の売掛代金債権（本件約束手形の基本債権）についても民法同条の短期時効の進行を見るものと解するのが相当である」。しかし証拠によれば、Yは途中その債務の存在することを認めているから、「Yの承認によりその消滅時効の中断があったものというべく、従って右時効の完成により本件約束手形債務をも免れた旨のYの抗弁も採用することができない」。

<事例⑦> 最高裁昭和42年3月10日判決（民集21巻2号295頁）³⁸⁾

X漁業協同組合はYに販売した魚類等の売掛代金債権を有しているが、同時にYから購入した車の代金支払債務も有していた。そこでX組合はその差額につき支払を求めたところ、Yは次の抗弁を主張して支払を拒否した。④X組合は民法173条1号の生産者又は卸売商人にあたるか又はこれに準ずるものである。⑤したがって同条が適用又は準用されるから、本件売掛代金は2年間の時効によって消滅している。⑥仮にそうでないとして

も、YはX組合に対して金銭貸付債権を有しているから、対等額において相殺する。

第一審はY主張の㊦㊧の抗弁は退けたものの、㊨の抗弁を認めてX組合の請求を棄却した。X組合は控訴したが、第二審はYの㊨の抗弁である相殺の主張も、当該貸付はX組合の理事に対するものであってX組合ではないと否定して、X組合の請求を認めた。そこでYが上告。

最高裁は次のように判示してYの上告を棄却した。

「水産業協同組合法4条によれば、同法に基づいて設立された組合は、その行う事業によって組合員または会員のために直接の奉仕をすることを目的とするのであって、営利を目的とするものではないから、右組合が、その事業の一環として、みずから漁獲し、または組合員の漁獲した魚類を販売し、あるいは組合員等に対し、その事業、生活に必要な物資を販売する場合でも、当該組合は民法173条1号にいう『生産者』または『卸売商人』にあたらないと解するのが相当である（当裁判所昭和37年7月6日第二小法廷判決、民集16巻7号1469頁参照）。また、右組合とその組合員とは法律上別個の人格者であるから、組合員が生産者であるからといって、右組合を前記法条にいう『生産者』に準ずるものと解すべきでないことは、当然である。されば、X組合がその組合員が漁獲した魚類を販売したことから生じた本件売掛代金債権については、前記法条が適用または準用されないとした原審の判断は、結局、相当である」。

<事例⑧> 最高裁昭和48年10月5日判決（裁判集民事110号165頁）³⁹⁾

X信用組合はその組合員Yとの間に金銭消費貸借契約を締結したが、Yはその大部分を返済していない。そこでX組合が貸付金の支払を求めて訴えを提訴したものである。

第一審はX組合敗訴。第二審は、X組合が協同組合であるとしてその商人性を否定する。しかしYは商人であるからYの行為は附属的商行為となり、商法522条が適用され、5年の商事時効が完成しているという理由でX組合敗訴。そこでX組合は次のような理由を主張して上告した。㊦信用協同組合は「各組合員が相互扶助を目的として結合した相互扶助団体たる点にその本質があり」、中協法に規定がない場合は民法を第一次的に準用（又は類推適用）すべきである。㊧商人たる組合員が自己の営業のために

使用する目的で組合から資金を借受けた場合、それは組合事業の利用であり、相互扶助関係の一環としてみるべきで、組合と組合員の内部関係はあくまで非営利的な相互扶助関係と解され、したがって商行為性は有しない。④故に協同組合には当該法規に商法を準用する旨の規定がある場合の他は、商法は準用されない。以上の理由に対し最高裁も、次のように判示してX組合の請求を棄却した。

「中小企業等協同組合法に基づいて設立された信用協同組合は、商法上の商人にあたらぬと解すべきである。しかし、信用協同組合につき中小企業等協同組合法が商法中の特定の条文を準用する旨を定めている場合のほかは同法の適用が排除されると解すべきではなく、信用協同組合が商人たる組合員に貸付をするときは、同法五〇三条、三条一項により、同法五二二条が適用されるものと解するのを相当とする」。

これが、最初に問題提起した事例である。

〈事例⑨〉 最高裁昭和63年10月18日判決（民集42巻8号575頁）⁴⁰⁾

訴外A（組合員かどうかは不明）とY信用金庫との間に信用金庫取引約定が締結され、同約定に基づき手形の割引や取立の委任等の取引が行われた。その後Aが破産宣告を受けたので破産管財人となったXは、Y金庫が破産宣告前後にAより取立委任された2通の手形の手形金相当額を不当利得であるとして返還請求した。Y金庫は、右約定に基づきA依頼の割引手形につき買戻請求権があるので、その金額と取立手形金額の対等額につき相殺すると抗弁して争った。

第一審・第二審ともX勝訴。そこでY金庫は次の理由をもって上告した（本稿と関係する論点のみをあげる）。④Y金庫は商法502条8号の「銀行取引」を業とする商人である（信用組合と異なり、実質的には営利事業を行うものである）。⑤したがって商法521条が適用され、Y金庫は上述2通の取立手形につき商事留置権を有する。

最高裁は次のように判示して、信用金庫の商人性を否定するとともに商法521条の準用も否定し、Y金庫の上告を棄却した。

「信用金庫法に基づいて設立された信用金庫は、国民大衆のために金融の円滑を図り、その貯蓄の増強に資するために設けられた協同組織による金融機関であり、その行うことのできる業務の範囲は次第に拡大されてき

ているものの、それにより右の性格に変更を来たしているとはいえ、信用金庫の行う業務は営利を目的とするものではないというべきであるから、信用金庫は商法上の商人には当たらないと解するのが相当である（最高裁昭和46年（オ）第781号同48年10月5日第二小法廷判決・裁判集民事110号165頁参照）。そして信用金庫の行うことのできる業務の性質が右のとおりである以上、特定の取引行為についてだけ信用金庫が商人に当たると解することもできないというべきである。したがって、商事留置権の成立を否定した原審の判断は正当として肯認することができる」。

＜事例⑩＞ 大阪高裁昭和47年7月29日判決（判例時報621号80頁）

Y労働金庫福地山支店長訴外Aは、訴外B会社振出しの手形3通（手形金額合計100万円）が不渡りにならないようにするため、金融業を営むXから100万円を借受け、この3通の手形の決済資金に充てると同時に、100万円の支払を担保する目的で、Aの名義で手形3通（合計100万円）を振出しXに交付した。Xの手形金額支払請求に対しY金庫は、Aによる本件借入れ行為は定款の目的外の行為であるとして支払を拒否した。第一審ではXが敗訴したので控訴して争った。大阪高裁は、労働金庫が会員以外の金融業者から金員の借入れをする行為は金庫の目的の範囲外の行為とはならないと判断し、当該借入金額の存在を確認したうえで、次にその遅延損害金については利息の約定がないので、民法の規定に従うべきであるとして、次のように判示した。

「Xがいわゆる金融業者であるというだけでは、たとえ法定の届出をし、業として貸金を行っていても、その金融行為をもって商法第502条第8号の『両替其ノ他ノ銀行取引』とすることはできず、従って同人を商人と認めることはできないし、Yは、銀行取引を反復継続して行う者ではあるが、労働金庫法第5条により、会員に直接の奉仕をすることを目的とし、営利を目的として事業を行ってはならないとされているのであるから、商法第4条第1項にいう商行為を為す『業トスル』者に該当せず、やはり商人と認めることはできないのであって、本件貸金を営業的行為、附属的商行為とみることもできないから、法定利率は民法所定の年5分の割合によるべきこととなる」。

(4) 学説・判例の整理

以上概観してきた学説・判例をここで整理してみる。

1) 戦前の学説・判例の整理

まず産業組合法時代の学説・判例を要約すると、この時代は学説・判例ともに、産業組合法5条の解釈に終始した観があり、「この規定の意味を巡って学説・判例が混乱を重ねた」⁴¹⁾時代であった。その原因は、5条の「商人に関する規定」という条文の文言にこだわったということが第一であるが、第二に、その商人が営利性を前提にするということに拘束された結果であると考えられる。

学説のうち積極説が商行為の規定にまで広く準用を認めようとするが、結果的には消極説とそれ程大差はない。産業組合＝非営利性＝非商人という等式で考える当然の限界であり帰結である。それに比べると折衷説は、産業組合が「営利的活動」を行うことを認める点では一步前進であるが、しかしそれとて産業組合の対外的取引行為にのみ商人性を認めるだけだから、やはり「限定された商人」性とならざるを得ない。この時代の判例(事例①～④)は、産業組合が商人であるか否かにつき明言を避ける。

しかし学説は事例④の判例批評で、裁判所も商人性を否定すると理解する⁴²⁾。事例③・事例④はそのことを裏付けるかの如く、「商人に関する規定」とは「商人たる地位」または「商人の行為」に関する規定に限定されるとし、商人の組織即ち「会社の機関及び社員の責任に関する規定」について準用されないと判示した。その理由は、事例④で明らかにしている通り、産業組合が「営利の観念を欠く」からである。結果的に、事例①・事例②のように、商法の時効に関する規定が準用されるか否かという問題に争いが限定されてしまう。したがってここでも、産業組合＝非営利＝非商人という等式が成り立つ。学説と一致することになるが、なかでも消極説に近い。

2) 戦後の学説・判例の整理

次に戦後から今日までの学説・判例を整理してみよう。現行協同組合法が産業組合法5条のような包括的準用規定を持たないが故に、協同組合の商人性をめぐる議論は新たな進展を見せる。その結果、学説の流れとしては、産業組合法時代よりもはるかにはっきりした形で商人性を否定し又は

肯定することになった。

商人性否定説は産業組合法5条のような規定がないことに影響を受けた見解もあるが、基本的には主要協同組合法で明文化された協同組合の非営利性にその根拠を見出す。その意味では商人性否定説は産業組合法時代の通説と軌を一にし、その流れにあるとあって良い。したがってここでも協同組合＝非営利＝非商人の等式が成り立つ。

これに対し少数説である商人性肯定説は独自の論理を展開する。肯定する根拠は二通りに考えられる。第一は、協同組合の営利法人性は否定されるとしながらも、しかし「附随的に営利事業」を行うことができるとする。その範囲で商人性を肯定する。そうするとこの立場では部分的にはあるが、協同組合＝営利事業＝商人という等式が成り立つ場合が認められることになる。しかし、商人性を営利性と結びつけて考えるという点では通説の立場と同じ土俵で考えていることになる。これと異なり第二の考え方は、営利性を直接の根拠とするのではなく、「収支適合原則」に従って行う取引に商人性を認めようとするものである。その典型が企業組合の場合であるとされる。

判例は学説の商人性否定説と一致し、戦後一貫して協同組合の商人性を否定してきた⁴³⁾。事例⑤～事例⑩はいずれも協同組合の商人性を否定する。判例が学説と著しく異なるのは、商人性を否定する結果、商行為に関する規定が類推適用されるか否かに争いが集中していることである。最高裁はいずれも（事例⑤、事例⑦、事例⑧、事例⑨）その類推適用を否定する。下級審判決では、事例⑥は商法522条の類推適用を認めた例であり、事例⑩は商法14条の類推適用を否定した例である。これらのことから、判例の態度は学説の通説のうち、上柳説に近いといえることになろう。

なお事例⑤、事例⑥は農協法に基づく農業協同組合についてのケース、事例⑦は水協法に基づく漁業協同組合のケース、事例⑨は信用金庫法に基づく信用金庫のケースである。生協法に基づく生活協同組合に関する事例がないだけで、あとは主要な協同組合に関する重要判決をとりあげた。このうち事例⑤～事例⑧はいずれも商事時効に関するものであり、争われるケースとしてこの他にも同様のものが多い。その意味では現行法のもとでも産業組合法時代に争われたと同様の傾向にあるといえる。事例⑨は商法521条の商事留置権を争ったケースであるが、協同組合の商人性を直接に

問題とした最初の最高裁判決である。今後の裁判所の判断にとって重要な地位を占めることになる。事例⑩は商法514条の商事法定利率を争うものである。

(5) 商法・協同組合法上の営利・非営利概念

最初に提起した問題点にもう一度ふりかえてみよう。第一の疑問は、協同組合法でいう営利概念は商法上のそれと同じかどうか、また営利の反対概念は非営利かどうか、というものであった。第二の疑問は、協同組合の商人性如何であり、それは第一の問いとの関連で、協同組合の営利性が否定されるが故に商人性も否定されるのかどうかにあった。

これまでの考察から明らかになったことは、学説・判例はいずれも営利性（又は非営利性）と商人性を関連させて判断していることである。このことは通説も少数説も同様である。しかし果たしてそうであろうか。営利性と商人性は密接不可分なものであろうか。

ここでは、その前提作業として、まず営利・非営利の内容について考えてみたい。最初の疑問は、商法上の営利・非営利概念と協同組合法上のそれは同じものであるかどうかである。それぞれの法領域でどのように理解されているか、それを確認しておこう。

まず商法上の営利とは、「会社がその活動によって利益を得、それを社員に分配することを目的とする」⁴⁴⁾ことをいう。これが一般的な理解である。但し商法上に営利という表現はない⁴⁵⁾。正しい言い方をすれば、商法上営利概念を説明する条文は存在しない。商法旧52条2項に「営利を目的とする社団」でかつ「商行為を為すを業と」しないものも「会社と看做す」という場合にだけ営利という用語を用いていたにすぎない。即ち民事会社のための規定である。したがってこの条文は、むしろ民法旧35条でいう営利法人の規定を基礎とし、それから派生するものであろう。そうすると商法上の営利概念の基礎はむしろ民法に遡ることになる。それでは民法上の営利概念はどうかというと、民法上も上述したような商法上の理解と同じであるといつてよい⁴⁶⁾。

しからば協同組合法上の営利概念はどうか。協同組合法上の営利概念を説明する文献は余り多く見当たらないが、学説は一応商法上の営利と同じように理解していると見て良い⁴⁷⁾。

次にそれならば法律上の営利の対立概念は非営利となるか。これについては、民法も商法も非営利という表現を知らない。民法上それに近い表現をしているのは、「営利を目的とせざる」公益法人（民法旧34条）として現われる場合であり、この規定をもって通常非営利といっている。但し商法上はこれに相当する規定は見当たらない。他方協同組合法は最初に見たように、「営利を目的としてその事業を行ってはならない」という表現を有しており、これを非営利と理解するのが一般的である。そうすると民法と協同組合法に非営利という概念が予定されていることになり、そのいずれもが営利と対置して考えられていることから、両者は同じ意味に解して良いであろう。別々に理解すべき特別の理由はない。それならば、民法上の非営利はどのように理解されているか。この点に関して明確に述べているものは少ないが、営利の概念と対置させて、「あがった利益を構成員に分配しないこと」⁴⁸⁾と解する立場もあり、この見解が最も一貫しているといえる。このように、営利・非営利概念は、法律上は団体の得た利益が構成員に分配されることを目的とするか否かを基準として判断されるものである。

(6) 協同組合の企業性

以上の考察から通説・判例の協同組合観は、営利性と商人性を結びつけて考えるが故に、協同組合の商人性を否定していることが分かった。したがって最初に問題提起した第一と第二の疑問に対する通説・判例の回答は上述の通りである。しからば第三の疑問はどうなるか。疑問点の図式はこうなる。通説（商人性否定説のうち上柳教授に代表される消極説）・判例に従えば、協同組合＝非営利＝非商人であるが故に、協同組合には商法の規定が類推適用されないこととなる。この結論は、商法の対象が企業であるとする今日の一般的理解に立つとき、協同組合＝非営利＝非企業という等式にそのまま置き換えられるか、ということである。この問いに対する通説・判例の回答は明らかでない。概観してきた限りでいえることは、協同組合の議論になると「企業」という表現が使用されなくなるということである。これに対し、前述した如く、商人性否定説のうちの商法類推適用積極説をとる大塚説は「協同組合の行う行為の性質が商法上の企業の性質に類似する」場合に類推適用を認めると述べ、協同組合の企業性を予定す

る。

これに対し商人性肯定説をとる服部説は協同組合の営利行為を是認し、その限りで協同組合＝営利事業＝商人性という等式の設立を一応予定した。そうすると服部説では第三の疑問点はどのように解決されるか。即ち協同組合＝営利事業＝企業という等式に置き換えが可能か。服部は次のようにも述べる。「協同組合の行う事業が企業としての性質を有するかどうかについては、協同組合は……営利法人ではなく、構成員の相互扶助を目的とするにとどまるので、これを否定する見解が強い……。しかし協同組合が商業・工業・運送業など、商行為に該当する行為を収支適合の原則の下に反復して行っている場合には、そこに営利事業が成立し、その企業的性質も肯定されうると考えて差しつかえない。したがって、協同組合も企業形態の一種と認められる」⁴⁹⁾と。とすれば前述等式は承認されたことになる。服部のこのような結論の基礎には、企業を「資本的計算方法の下に経営される継続的・営利的経済単位にして、法律上独立体として取り扱われべきもの」⁵⁰⁾という基本的理解がある。

わが国の商法学者の多くが商法の対象を企業に求める。この点では一致している。しかしこの「企業」をどのように理解するかについては若干の相違があり、一致していない⁵¹⁾。この相違を中心とした「企業」概念を議論することは本稿の目的ではない。ここでいえることは、最初に問題提起した第三の疑問点に対しては、通説・判例よりも少数説の方が明解にかつ論理一貫して回答を出してくれたように思う。ここではそのことを確認しておくだけにしたい。

(7) 小括

協同組合＝非営利＝非商人という等式は絶対か。むすびとしてまず第一にこの点を考えてみたい。通説・判例はそのようにとらえる。これを逆にしたのが協同組合＝営利＝商人である。

いずれの関係式を作るにせよ、そこで最も重要な要素は、営利概念であろう。学界も実務もこの概念に翻弄されている感がする。それ故に説明に一貫性がなく、考え方が混乱する。

したがってまずこの営利・非営利概念をはっきりさせ、使用する場合にその立場を明確にさせること、これが何よりも基本となる。その意味で、

ここでまず営利とは「団体がその活動によって利益を得、それを構成員に分配することを目的とすること」であり、非営利とは、「団体がその活動によって利益を得、それを構成員に分配することを主たる目的としないこと」と確認しておこう。このように営利・非営利概念を理解すると、協同組合＝非営利＝非商人の等式が成立することになる。第二にそれならばこれらの式に、商人に代えて企業を置いた場合はどうか。ここでは企業概念に詳しく触れることはしなかったが、企業概念と営利性とを不可分のものとするかそれとも営利性とは直接結びつかないものとして理解するかにより異なる。商人のところで論じたことがここでもあてはまり、結論も同じことがいえる。

したがって協同組合＝非営利、協同組合≠営利という関係式はいずれも成立するが、それが企業であるかどうかは、企業の内容如何である。前述したように、服部説の結論に一応の賛意は示してきたが、しかし服部自身にも営利の言葉の使い方に一貫しないものを感じる。商法上の営利を一般的な理解と同じくしながら、企業概念の説明で「営利的経済単位」という表現を用いるからである。そこでいう営利は、商法のところで見せた営利と同じ意であろうか。もし同じとすれば協同組合は企業ではない。反対にもし違くとすれば、営利概念に一貫性がなくなる。

このような現象は広く認められるところであり、西原寛一も、会社の営利性とは、「団体たる会社が第三者との取引によって利益を収めることと、その利益が結局何らかの形で団体の構成員に帰属することの二重の意味」⁵²⁾を有すると解しつつ、企業概念になると、企業とは「私経済は自己責任主義のもとに、継続的意図をもって企画的に経済行為を実行し、これによって国民経済に寄与するとともに（公共性）、企業自体およびその構成員の存続発展のため、収益を挙げることを目的とする（営利性）一個の統一ある独立の経済的生活体」⁵³⁾と定義付ける。企業の定義に見られる営利性の意味は、会社のところで説明した営利と同一であろうか。企業の営利性は、「収益を挙げることを目的とする」意に解しているようであり、若干疑問が残る。

結論を述べよう。営利の定義については前述したように、団体のみが利益を得るのではなく、その利益が構成員に帰属すること、何らかの形で構成員に分配されることを目的とすることである。単に「会社が利潤追求に

専念するというような狭く限定する意義を有するものでないことを注意すべきである」⁵⁴⁾。

それでは商法上の企業とは何か。それは、「不定量の利潤を獲得するために、計画的かつ継続的に資力と労力を投じて経済的給付を供給する行為をなし、このための特別の施設もしくは組織を有する独立の経済単位」⁵⁵⁾と考える。このように理解するときのみ、協同組合＝非営利＝企業の等式が成立すると考える。

(注)

- 1) 本稿Ⅰは「協同組合の法的性質—商人性・営利性・企業性を中心として—」『協同組合法の研究』(青山学院大学総合研究所刊、1995年)と題して公表したものに加筆・修正を加えたものである。
- 2) 社団性については例えば、生協法2条1項1号、15条、19条、農協法55条、20条、21条、信金法22条、13条、16条を参照。いずれも「社団」と明定していないが、これらの条文から社団たることが前提されていることが分かる。これに対して法人性については、いずれも条文中で明らかにしている(生協法4条、農協法5条、信金法2条)。
- 3) 通説である。上柳克郎『協同組合法』有斐閣1960年、18頁、大塚喜一郎『協同組合法の研究』有斐閣1964年、30頁。これに対して協同組合を組合と見るのは、村橋時郎『協同組合法論』千倉書房1955年、100頁。
- 4) 谷川久『新版注釈会社法(1)』有斐閣1985年、39頁は、「団体の内部活動によって、経済的利益を直接的に構成員にもたらすことを目的とする相互保険会社・中小企業等協同組合その他の協同組合・金庫・会員組織の取引所などは、営利を目的とするものではない」と説く。多くの学説の説明もほぼ同様である。
- 5) 上柳克郎 注3) 文獻19頁。詳しくは後述参照。
- 6) 最近の例として最高裁昭和63年10月18日判決がある(民集42巻8号575頁、判例時報1296号1989年、139頁、判例タイムズ185号1966年、154頁)。詳しくは本文<事例⑨>参照。
- 7) 大隅健一郎『商法総則(新版)』有斐閣1957年、31頁、田中誠二『全訂商法総則詳論』勁草書房1981年、17頁等。
- 8) 平田東助『産業組合法要義』大日本産業組合中央会 1905年、47～48頁。なお畔上英治 判例批評 判例タイムズ133号1962年、32頁もそのように解する。
- 9) 竹田省・判例批評・「法学論叢20巻3号」1928年、818頁、伊沢孝平・判例批評「判例民事法」1927年、365頁、石井照久・判例批評「判例民事法」1934年、248頁、山本豊「産業組合法と民法商法との関係」法律時報4巻11号1932年、44頁等。
- 10) 伊沢孝平・注9) 文獻364頁。
- 11) 竹田省・判例批評「法学論叢8巻4号」1922年、524頁。
- 12) 逆に、産業組合の商人性を肯定する少数説が営利性を積極的に認めるのかどうかは明らかではない。やはり営利性を否定するものと思われる。平田東助は、商人性を認める根拠を「組合諸般

の取引上往々にして組合若くは相手方にとりて法律上の錯誤を生じ易く組合の權威を明確ならしむる」為に「法律は之を一両断して」商人と看做したとし、立法政策に求めている。注8）文献47頁。

- 13) 平田東助・前掲48頁。
- 14) 竹田省・注9）文献818頁。
- 15) 竹田省・前掲819～820頁。
- 16) 水口吉蔵・判例批評「法律論叢7巻5号」1933年、70頁。
- 17) 水口吉蔵・前掲71頁。
- 18)、19) 伊沢孝平・注9）文献364頁。
- 20) 山本豊・注9）文献43頁。
- 21) 上柳克郎・注3）文献19頁。石井照久『概説商法最新版』勁草書房1970年、33頁、田中誠二・注7）文献192頁、小島孝・判例批評・法律時報私法判例リマークス1号1990年、152頁等。
- 22) 岩崎稜・判例批評・ジュリスト昭和63年度重要判例1989年、88頁。
- 23) 上柳克郎・注3）文献19頁。
- 24) 大塚喜一郎『判例協同組合法』商事法務研究会1985年、170頁。この他、石井教授は「協同組合のように、資本主義に対する自衛組織として、その目的が限定され（組合員相互の利益の擁護）、かつその事業と認められない法人は、たとい、組合員に対し物品の販売などをなしていても、商人資格を取得しない」という注21）文献31頁。
- 25) 上柳克郎・注3）文献20頁。
- 26) 上柳克郎・前掲22頁。
- 27) 大塚喜一郎・注24）文献170頁。
- 28) 村橋時郎『協同組合法の研究』111頁。
- 29) 服部栄三『商法総則（第二版）』青林書院新社1977年、244～245頁。
- 30) 服部栄三・前掲245頁。
- 31) 鴻常夫『商法総則』弘文堂1981年、102～103頁。
- 32) 岩崎稜・「商法の適用範囲と商人概念」『現代企業法講座1巻』東京大学出版会1984年、103頁。
- 33) 本件の判例批評については、竹田省・注11）文献参照。
- 34) 本件の判例批評については、竹田省・注9）文献、伊沢孝平・注9）文献参照。
- 35) 本件の判例批評として、石井照久・判例民事法 1927年、246頁がある。
- 36) 本件の判例批評として、石井照久・判例民事法 1934年、342頁がある。
- 37) 本件の判例批評として、上柳克郎・民商法雑誌48巻4号 1962年、570頁、宮田信夫・法曹時報14巻9号 1962年、112頁がある。
- 38) 本件の判例批評として、大塚喜一郎・民商法雑誌57巻3号 1967年、445頁、平井宣雄・法学協会雑誌85巻3号 1968年、394頁、豊水道祐・法曹時報20巻6号 1968年、100頁がある。
- 39) 本件の判例批評として、実方謙二・ジュリスト商法総則・商行為法判例百選1975年、20頁がある。
- 40) 本件の判例批評として、岩崎稜・注22）文献、小島孝・注21）文献がある。
- 41) 岩崎稜・注22）文献89頁。
- 42) 竹田省・注11）文献525頁、伊沢孝平・注9）文献366頁。
- 43) 大塚喜一郎・注24）文献172頁。
- 44) 谷川久・注4）文献39頁。会社法の教科書も大体そのような説明をしている。

- 45) 商法とは異なり有限会社法1条は、「有限会社トハ商行為其ノ他ノ営利行為ヲ為スヲ業トスル目的ヲ」有する社団であるといい、そこで営利という表現を積極的に使用する。
- 46) 『注釈民法(2)』187頁(林良平執筆)は、「営利とは、構成員の経済的利益を追求し終局的に収益が構成員に分配されることである」と説き、また191頁では、「営利法人とはもっぱら構成員の経済的利益をはかり、終局的には、法人の利益も利益配当その他何らかの方法で構成員個人に分配し経済的利益を与えることを目的とする法人である」と定義付ける。民法の教科書もほぼ同様の説明をする。
- 47) 上柳克郎・注3) 文献18頁、高畑三夫／古澤松之丞／二木三郎『再訂農業協同組合法入門』全国協同出版1989年、27頁。
- 48) 森泉章『公益法人の研究』勁草書房1988年、7頁。
- 49) 服部栄三『商法大要 I 企業形態法』勁草書房1980年、27頁。
- 50) 服部栄三・注29) 文献9～10頁。
- 51) 服部栄三・前掲10頁の注1参照。村橋時郎・「協同組合の法的企業性」田中誠二先生古稀記念『現代商法学の諸問題』千倉書房1968年、601頁。
- 52) 西原寛一『商法学第2版』岩波書店1965年、124頁。
- 53) 西原寛一・前掲21頁～22頁。
- 54) 田中誠二『再全訂会社法詳論上巻』勁草書房1982年、56頁。
- 55) 田中誠二・注7) 文献 19頁。

II. 共済と保険をめぐる議論

設問2 共済と保険は同じか？

(1) 問題の所在

協同組合が商人であるか否かを検討したので、最も議論の盛んな点である共済と保険の内容について吟味してみたい。共済と保険の違いに関しては、共済陣営からも保険陣営からもそれぞれの思いが述べられてきた。保険法研究者（商法研究者）と共済研究者（協同組合研究者）との間の論争のその核心を、坂井幸二郎の筆を借りて簡潔に述べると次のようになる¹⁾。

「最近、各種の協同組合法等により実施されている共済事業の大方は、保険業者の目から見れば事業活動の実態は保険であり、また保険業法の立場から見れば“類似保険”、保険類似行為ということになる。そして機能的また国際的視点に立ってみればその大方は紛れもなく“協同組合による保険”である。しかしながら保険業法がこれを保険事業としてとらえ、保険業法違反に問うことができないのは、①それらがすべて『共済』の名称によって根拠法をもち共済として事業を実施していること、②保険業法ないし商法に『保険』ないし『保険事業』の定義がない—違法性を問う根拠に欠ける—からである」。問題点をきわめて明快に指摘された説明である。

要は、保険業界から見ると、共済事業は保険事業に類似するか又は「協同組合による保険」である。しかし、共済事業を保険業法で取り締まることはできない。その理由は、共済には根拠法があること、また保険業法や商法は「保険」や「保険事業」を定義していないからである。何とかならないか、ということである。このような保険業界の要望と、恐らくその要望に何とかしなければという監督官庁の思いを受けたのであろう、商法学者（中でも保険法学者）が動き出した。その代表は竹内昭夫であり、その後何人かの商法学者が続いている。学界でも有力な理論家であり実力者でもあった、竹内昭夫教授の主張をおさらいし、それに対する根立昭治教授の反論を検討してみたい。

1) 竹内昭夫論文の主張内容

共済を扱った竹内論文には2編あるが、その主張をまとめると次のようになる。

- a. 第一論文（1974年公表）の主張はこうである²⁾。

1973年に公表された、国民生活審議会の答申「サービスに関する消費者保護について」は、「保険サービス」についても触れており、保険は消費者保護の見地からいくつかの点で改善が必要である、と指摘する。その指摘は当然である。消費者保護の必要性は、保険商品の特殊性すなわち保険が無形の商品であること、保険は万一の場合に備えて用意するものであることにある。そのために、従来、①保険契約の内容的合理性・公平性の確保 ②保険会社の財務内容の健全性維持のための監督 ③保険商品の売り込み方に関する規制・監督の3点について契約者保護が図られてきた。執筆の目的は、このうち①と③を中心に述べ、損害保険契約法の改正の方向との関連で共済問題を考察することにある。要は、共済のことを批判してみたい、ということであろう。

改正前商法(旧502条9号)は保険を商行為の1つとしている。また商法旧629条(損害保険契約の定義)の規定は保険契約だけでなく相互保険にも準用される(商法旧664条)。しかし共済については、商法の明示規定がないので、各種共済の根拠法が商法を準用していない限り商法の適用はない。

そこで①共済を見てみると、大規模なものは保険とその約款の内容にほとんど差異がない。②大規模の共済の事業運営は保険に接近する。③今後、保険契約法は契約者保護の面を強化すべきである。④以上のことから、共済についても商法の規定を準用すべきである³⁾。⑤また、保険契約者が保険契約を締結するにあたっては十分な情報を知り得ることが必要であり、そのために「保険募集の取締に関する法律」がある。契約締結過程の公正性確保の観点からすれば、保険と共済を区別する理由はない。⑥したがって、共済にも募集取締法が適用されるべきである、と主張する。

- b. 次に竹内第二論文(1985年公表)を見てみる。この論文は、第一論文公表から約10年後に発表されたものである。その内容を要約すると、概ね以下ようになる⁴⁾。

論点は2つある。1つは、共済契約と保険契約の関係をどう見るかである。具体的にいうと、共済契約にも保険契約に関する商法の規定を適用又は準用すべきかどうか、である。この点は第一論文の内容と大きな違いはない。つまり、商法の準用を認めるべきである、とする。第二点は、共済事業と保険業法との関係であり、共済事業に対する保険業法の監督はいか

にあるべきか、である。結論を先にいえば、これも肯定する。そのことを以下のように展開する。(その後の法律改正により、条文によっては内容上の変更を受けているものもあるが、ここでは竹内論文の引用条文そのものを記載する。)

第一点については、前述の第一論文で述べたことを再度詳論するものであって、くりかえしていうと、こうである。共済契約に関しては、中小企業等協同組合法上の火災共済には商法準用規定があるが(中協法9条の7の5第1項、9条の9第6項)、他の協同組合の共済については準用規定がない。共済契約の商法準用については、法は一貫性がない。商法上の保険契約は、「ほんらい、営利保険の引受、すなわち独立の保険者が保険を引き受ける契約を締結することを意味する。これに対し、相互保険は、保険に加入したいと望むものが直接に団体を形成して、相互に保険し合う形式を取る。したがって、ほんらい相互保険は商行為編における保険には含まれない。しかし、相互保険の実態をみると、保険関係については営利保険と殆んど全く同じとってよい」。だから、商法は保険に関する章の規定を相互保険にも準用しているのである(商法664条、663条1項、815条2項)。ところで、共済契約には法律上の定義はないが、その契約内容は相互保険と何ら異なるところはない。商法が相互会社に準用される以上、商法の保険に関する規定をできるだけ共済契約にも準用すべきである。相互保険との均衡上、立法論としてはそうあるべきだ。

これが竹内説の第一点である。第一論文の内容とそれ程大きな違いはない。

第二の論点については次のように説く。共済事業と相互保険事業の法律的構造からみると、両者は基本的には同じである。異なるのは、①共済事業団体の構成員が一定の地域や職域に制限されるのに対して、相互保険にはそれが無い。②共済に加入する主たる目的は、災害や不幸に遭った構成員を助けることにある。そのような領域に国の監督の及ぶ余地はない。しかし、それは共済金額が見舞金程度の額であるような場合に限定されるべきである。共済加入者が多くなり、「加入者が自分もまた同様の共済保護を受けることを期待」するようになり、共済金額が見舞金規模を超える程度になった場合には、保険業法の適用を否定すべき理由はない。③法的根拠規定があるものについては保険業法の適用はないとしても、共済事業に

つき法的根拠規定がないものについては保険業法違反の疑いが出てくる。

④イギリス、西ドイツ、アメリカ（ニューヨーク州）の保険監督法を比較法的に考察すると、保険事業を包括的にとらえており、事業主体の違いにより区別していない。⑤したがってわが国も同様に解すべきであり、共済事業にも保険業法の適用があると解すべきである。その場合、共済事業監督法の基本的あり方は、整合性、実効性、能率性の視点が必要である⁵⁾。⑥また、共済契約の募集については、募集取締法が準用される必要がある⁶⁾。以上が竹内第二論文の要約である。

第一論文も第二論文も、共済事業は相互保険事業と同じものである。相互保険事業に商法が準用され、保険業法による監督があるのだから、共済事業も同様に保険業法の監督を受けるべきだ、という主張である。

2) 根立昭治論文による竹内論文に対する批判

これに対し、根立論文は竹内論文を以下のように批判する。根立論文にも2編ある。ここでも公表された年次を付記することで、議論の流れを明示しておきたい。

- a. 第一論文（1984年公表）は⁷⁾、主として竹内第二論文に対する批判である。
- b. 第二論文は⁸⁾、1988年に行った講演原稿に加筆した論文である。

竹内論文批判を簡潔にまとめてあるのは第一論文であり、第二論文はそれをさらに詳述したものである。したがって、ここでは第一論文をもとに、根立説を要約する。

まず竹内第二論文に対する批判的問題点として、次の3点をあげる⁹⁾。

竹内論文は、第一に、火災共済協同組合の行う火災共済事業が中協法によって火災保険事業と同様に監督規制されている。だから他の共済事業も保険業法によって規制されるべきだというのが、それは、1949年と1957年の中協法の制定及び改正の歴史的・社会的背景を無視した議論である。

第二に、相互保険契約と共済契約の保険関係に差異がないのだから共済契約にも商法を準用すべきだとするが、それは現代社会の保険関係の本質を、社会経済的な面から把握せずに議論するものである。

第三に、共済事業と相互保険事業の法律的構造は基本的に同じであって、異なるのは、共済事業団体が一定の地域又は職域によって結成されている

団体である点だけである。しかし現実には共済団体はそのように限定されて結成された団体ではない。したがって、そのような団体によって営まれる共済事業は保険業法によって国家の監督規制に服すべきだと主張する。しかし、それは共済事業と相互保険事業の加入者が結成する団体の性格を把握しない議論である。

以上のような問題点を指摘した後、さらに次のように詳しく批判する。

第一の点については、中協法1949年制定と1957年改正についての竹内解釈は、「論理の摩り替え」である。なぜなら、竹内理解は、1957年改正によって火災共済事業が保険業法の適用を受けることで火災事業の適法性が担保されたのであるから、他の共済事業も同様に保険業法の適用を受けべきだと主張するからである。

改正に至る事実は異なる。むしろ「損保企業・大蔵省は、火災共済事業の法制化と引き換えに火災共済協同組合の行う火災共済事業に対して商法、保険業法、募取法の営利保険的規制の適用と通産省及び大蔵省の監督共管を実施するという中協法の改正に成功した」のである。火災共済事業が法律で認められたのだから保険業法の監督規制を受けるのは当然だという竹内解釈とは、成立の背景が全く逆である、ということである。

第二の点については、竹内論文は、最初に相互保険の保険関係は営利保険のそれとほとんど全く同じであり、また相互保険契約と共済契約は両方とも同様の法律形式をとること、その結果相互保険契約に営利保険に関する商法の保険に関する規定を準用するのだから、立法論として共済契約に商法の保険規定を準用すべきである。これが竹内解釈であるが、そのような理解は単なる観念論的な把握にすぎない。むしろ、「営利保険としての相互保険契約関係は、営利的・貨幣取引的・個人主義的關係であり、共済契約の保険関係は非営利的・相互救済的關係である」とする笠原長寿博士¹⁰⁾や、「相互保険の保険関係は、非合理的他力的団体構成員が保険料のみによって営利的・貨幣取引的団体を形成するという個人主義的保険関係即営利的組合関係であるが、共済の保険関係は、非合理的他力的団体構成員が出資によって事業体を協同組合という形において形成し、その保険を展開するという非営利的出資組合関係の上に相互救済的保険関係を展開するものである」とする、米谷隆三博士¹¹⁾の学説を引用して竹内論文を批判する。

第三の点については、根立論文は最初に協同組合と相互会社の相違を検討する。相互会社の社員＝保険契約者は、「相互救済の精神」によって団体＝相互会社を結成するのではない。形式的には全ての社員が出資者であり、その総体が会社資産の共同所有者である。総代が会社資産の運用等に参加する権利を持つ。しかし、実質的には、その総代は経営陣が指名し経営者が資産運用の決定をする。保険加入者から集めた膨大な資金はトップ・マネジメントが資産運用にあたる。相互会社をこのように理解する北原勇教授¹²⁾の説に立ち、協同組合との違いを比較する。

他方、協同組合の性格を大塚喜一郎説や米谷隆三説を引用した後、「保険（共済）協同組合の性格は、資本主義的保険事業の高料率・高収益及び保険資金の産業資本化を批判して階級的自覚をもった不特定多数人と協同して共済事業を営むことを目的とするものである。したがって、実質的に共済事業の規模が相互保険事業の規模と同様に成長したからといって、団体の性格の相違する相互会社の保険事業を監督規制する保険業法と同じ基準によって国が共済事業に対しても公的監督を加えなければならないという竹内論文」には反対である¹³⁾。

但し、保険商品の特殊性ゆえに消費者保護の視点が必要であること、共済事業が近代的保険技術を導入し不特定多数人を加入対象としかつ共済金額も高額化している点を指摘する竹内説には、共済業界は耳を傾ける必要がある。根立論文はそうように指摘することも忘れていない。

3) 小括

a. 竹内論文と根立論文の主張を整理してみる。

竹内説を法律解釈の手法で簡単に説明すると、 $A=B$ 、 $B=C$ であるときは、 $A=C$ が成り立つ、という論理学の三段論法的解釈を応用したものである。具体的に見ていこう。

第一論文では、 A （保険） $=B$ （商法が適用される）、 C （大規模共済） $\Rightarrow A$ （保険に接近する）、したがって、 C （共済にも） $=B$ （商法を準用すべきである）、となる。伏線としては、相互保険会社には商法が適用される、という前提がある。

第二論文の解釈はもっと分かりやすい。

A （保険事業には保険業法が適用される） $=B$ （相互保険事業には保険

業法が適用される)、B(相互保険事業)とC(共済事業)は同じであるから、 $A=C$ (共済事業にも保険業法が適用されるべきである)、という結論になる。

これに対する根立説は、三段論法的法律解釈ではなく、むしろ歴史的・社会経済的視点から考察することを重視する。したがって、特に竹内第二論文に対しては、 $A=B$ であったとしても、BとCは異なるもの($B \neq C$)であるから、AはCではない($A \neq C$)、という分析をしているようにも見える。そうすると、この議論にとっては、相互保険事業及び相互保険会社の理解が重要な鍵となる。

簡潔に言えば、相互保険(事業)と共済(事業)は同じか、それとも両者は異なるものか、である。それをもう少し詳しく分析すると、第一に、保険、相互保険、共済の三者間の異同、第二に、保険会社、相互保険会社、協同組合の三者間の異同を検討することが必要になってくる。第一の点は行為の問題であり、第二の点は行為主体の問題である。

つまり、第一の点は、保険=相互保険=共済の等式が成り立つかどうかであり、第二の点は、保険会社=相互保険会社=共済協同組合が成り立つかどうかである。

第一の点については、用語の使い方の問題でもあるかもしれないが、協同組合保険という表現を用いると、言葉の上ではこの等式が成り立ちそうである。

しかし共済を「協同組合の行う保険」ではなく、保険とは異なる別の概念であると理解するとこの等式は成り立たない。第二の点については、法律形態としての株式会社、相互会社、協同組合の法的性質をめぐる議論である。

b. 最初に、はっきりしている第二の点について検討する。

前述したように、株式会社の法的性質は営利・社団・法人であり、協同組合の法的性質は非営利・社団・法人であると理解した。したがって、株式会社=協同組合は成立しない(株式会社 \neq 協同組合)。しからば、相互会社の法的性質は何かである。竹内論文も根立論文もいずれも保険業法の1995年の改正前の議論であるので、その後の保険業法の改正によって法律条文の違いがあるが、ここではそれを無視して、改正後の規定を中心に見ていくことにする¹⁴⁾。

相互会社は、商法（会社法）上の会社ではなく、保険業法6条で認められた法律形態である。保険業法が制定された当時から相互会社は存在するが、相互会社の定義は存在しなかった。しかしその後の改正保険業法は、相互会社の定義を次のように定める。相互会社とは、「保険業を行うことを目的として、この法律に基づき設立された保険契約者を社員とする社団であ」（2条5項）り、「法人である」（18条）、と。このことから、相互会社は「社団・法人」であること、保険契約者が社員であること、が理解できる。その他の条文を検討してみると、相互会社の設立には、発起人が定款を作成することから開始される（保険業法22条1項）。その発起人の数に制限はないので、発起人は1人でも良い。株式会社の場合と同様である。定款には基金の総額と基金拠出者の権利及び基金償却方法等が記載されなければならない（23条1項）。発起人は定款作成後に基金の総額を募集することになるが、法律の文言は「基金の総額を募集」するのであって（27条）、「基金拠出者の募集」とは表現していない。つまり、相互会社では、定款で定める基金総額が重要なのであり、基金拠出者の人数は問題とならない。基金拠出者は相互会社の社員（構成員）ではないからである。人数が問題となるのは相互会社の社員の数であり、設立に必要な社員数は100人以上でなければならない（30条の6第2項）。保険契約者の社員としての責任は、社員の払い込むその「保険料を限度とする」（31条）。つまり、社員の責任は有限責任である。相互会社は、社員名簿を作成し（32条の2）、基準日を設けて、社員名簿に記載ある社員が社員権を行使する社員であると見做すことができる（33条）。

以上のことから明らかなように、相互会社の社員には株式会社の株主や協同組合の組合員が支払う出資金に相当するものは存在せず、保険料の支払いが社員資格と結びついていることが分かる。相互会社には基金拠出者と保険契約者が存在するが、基金拠出者は社員ではなく、基金は拠出者に返還される性質のものである。したがって、拠出金には定款で定める方法で（23条1項5号）利息の支払い（55条1項）が行われる。また保険契約者である社員に対しては、内閣府令で定める「公正かつ衡平」な基準に従った剰余金の分配（55条の2第1項）が可能である。しかし、これは出資金に対する分配ではなく保険料に対する分配であるから、法が定める「剰余金の分配」は法律上の利益配当ではない。その点、株式会社の利益配当

とは異なる。したがって、相互会社の社員には、株主の固有権である利益配当請求権のような権利は存在しない。相互会社における保険関係が消滅すると、社員は原則として退社することになるが（34条1項1号）、その際社員には、定款又は保険約款の規定に従い払い戻し請求権がある（35条）。ただし、これは社員の残余分配請求権ではない。

このようなことから、学説は、保険業法改正前・後にかかわらず、相互会社は非営利・社団・法人であると説明する¹⁵⁾。

そうすると、相互会社＝非営利会社＝協同組合という等式は成り立つが、営利会社である株式会社との関係はいずれも成立しない（相互会社≠株式会社）。

c. それでは第一の点についてはどうであろうか。

行為としての保険と相互保険はそもそも同じであろうか。また、保険と共済の違いは存在するか。

最初に保険について法律の扱いを見てみよう。

商法旧502条10号は、「保険」を営業的商行為の1つとしてあげている（但し、共済に関する規定はない）。そのうえで、商行為の重要な1つとして保険契約に関する規定を置いていた。それが2008年の商法改正と「保険法」の制定に伴い、「保険」に関する商法旧629条から683条までの条文は全て「保険法」に移された。商法旧629条にあった損害保険契約に関する規定「当事者ノ一方カ偶然ナル一定ノ事故ニ因リテ生スルコトアルヘキ損害ヲ填補スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其報酬ヲ与フルコトヲ約スル」契約であるとしていた規定は、新保険法においては「保険契約、共済契約その他如何なる名称であるかを問わず、当事者の一方が一定の事由が生じたことを条件として財産上の給付を行うことを約し、相手方がこれに対して当該一定の事由の発生の可能性に応じたものとして保険料（共済掛金を含む）を支払うことを約する契約」（保険法2条1号）であると修正された。保険法になって初めて、共済の文言が商法分野の法律に登場することとなったのである。保険法は、共済を定義することはしないで、共済契約を広義の保険契約に含ませることにした。この条文の解釈は、文言上、共済契約を保険契約と区別して規定したものであると理解することも、共済契約は保険契約の一種であると解釈することも可能である。しかし、根立論文が指摘するように、保険は営利目的で行うものであるが、共済は「非営利的・

相互救済的關係」あるいは非営利的出資組合關係・相互救済的關係の性格を有している点で区別できる。共済の出生の由来から歴史的解釈をすれば、石油を発掘するために井戸を掘っていたら温泉がわき出てきた、と隠喩できるであろう。即ち、保険事業を望んでいたが、それが妨害されたので共済事業を開発した、と表現しても良い。その意味では、最近、保険事業、相互保険事業、共済事業に代わる新しい概念として、一部の論文や共済団体が、「保障事業」という表現を使用し始めていることと関連するであろう¹⁶⁾。保険も共済も、その上位概念は「保障」である、という意味である。この指摘は重要な意味を持つてくる。

d. そのことは、外国の制度と比較してみればよく分かる。

英語のinsuranceやassuranceは保険を意味する単語ではあるが、insuranceの動詞insureには、その他にも保証する、請け合うといった意味があり、assuranceの動詞assureにも同じように保証する、請負う、確約する、確信するといった意味もある。共通するのは、保証又は請負いといった意味を有する単語であることであり、保険の意味に限らないことである。

同様に、ドイツ語のVersicherungには、保険の他に保証、誓言、確言、請負い、の意味がある。Versicherungの動詞はversichernであるが、この単語は、動詞のsichernに接頭語verをつけたものである。動詞sichernのもともとの意味は、守る、安全にする、保障するという意味であるから、単語の基本にある言葉の意味は、保障にあると見ることも可能である。

保険が外国から輸入した制度であるとすれば、保険は保障制度の一部分を日本語に翻訳したにすぎない。保険を単一的に理解するのではなく、保険という単語の背後には保証、請負い、確信といった本来の意味が隠れていることを知る必要がある。

そうすると前述した一部の論文や共済団体が、保険の上位概念として「保障」を採用したこと、そして保障制度を「事業提供者の組織形態にかかわらず、保険のしくみ及び保険技術に基づいて、あるいはこれらを応用して設計された制度（商品）」¹⁷⁾と定義付けたことは大いに意義のあることである。この考え方によれば、共済も保険も「保障制度」のうちの1つの種類にすぎない。したがって、ここで共済を仮定義すれば、「非営利で行われる保障である」となる。そうすると、保険と共済は同じものではない、という結論になる。

相互保険に関していえば、商法にはその用語は存在しなかったが、2008年の商法改正で、商法第3篇「海商」の保険規定の中に、「本章ノ規定ハ相互保険ニ之ヲ準用ス」る、という条文を新設した。それ以外は、商法には相互保険に関する規定は存在しない。そうすると、相互保険は保険であるか、それとも保険とは異なる保障制度であるかが問題となる。保険と明示している以上、それは保険であると見る方が素直な解釈であろう。しかし、相互保険は、もともとドイツのVersicherungsverein auf Gegenseitigkeitの制度を輸入したものであるから、ドイツ法の制度を検討しなければならない。

e. ドイツ法を概観すると、ドイツの保険に関する法律には、Gesetz über den Versicherungsvertrag（保険契約法）とVersicherungsaufsichtsgesetz（VAG保険監督法）の2つがある。どちらもVersicherungの単語を用いており、わが国では、これを保険と訳している。しかし、その単語には上述したような含意があることに注意する必要がある。更に注意すべき点は、用語の翻訳そのものにある。保険監督法は、保険事業を営む保険企業（Versicherungsunternehmen）の法形式を、Aktiengesellschaft（株式会社）、Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit（相互保険社団）及びKörperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts（公法上の団体・施設）の3つであると規定する（保険監督法7条）。私法上の法律形態としては、保険の事業主体は株式会社か相互組合（又は相互社団）であり、いずれの事業主体も保険監督庁の監督に服する。つまり、ドイツ法では、竹内論文が紹介するように、相互保険会社も保険監督法の監督に服する。その限りでは、竹内論文が指摘することに正当性がありそうである。しかし2点ほど指摘することで、竹内論文の問題点を明らかにしたい。

最初に用語の使い方である。日本の保険業法はドイツ語のVersicherungsverein auf Gegenseitigkeitを採用するにあたり、相互会社と翻訳した。しかしドイツ語の単語の意味は「会社」ではなく「社団」である。保険業法が相互会社と表現しているところは、正確には「相互社団」又は「相互組合」と翻訳すべきなのである¹⁸⁾。ドイツ法の相互社団という法律用語を相互会社として翻訳した点が、そもそも問題とすべきであったはずである。なにゆえに相互「会社」としたのかは、不明である。商法にはこのような種類の会社は存在しない。会社ではないにもかかわらず会社と表現しているこ

と、その点がそもそもおかしい。相互社団又は相互組合であるところを相互会社にしたので、人は相互組合を普通の会社と同じ会社であると誤解し、社員も経営者もそのような考え方でふるまったとしてもおかしくない。坂井幸二郎の問題指摘の際にも「協同組合による保険」と表現する。しかし面白いことに、前述した竹内第二論文では、西ドイツ法の紹介の中で、相互保険会社ではなく「相互保険組合」と訳している¹⁹⁾。そのように、通常の使用法とは区別しながら、しかし竹内論文は相互保険会社の実態を見て、相互保険を営利保険と全く同じと評価している。そのような認識の上で、三段論法の分析を行ったのである。その結果、相互会社＝株式会社という間違った結論に至ったと判断される。次に、竹内論文は、共済及び協同組合を論ずるにあたり、協同組合に関する判例・学説を何ら考察していない。判例等に触れることなく、単に大規模協同組合共済の実態が営利保険に接近している状態をとらえて論述しているのである。前述したように、協同組合に関する判例・学説は、協同組合の商人性を否定しているが、竹内説は、その点をどう評価するのであろうか。商人性が否定される以上、法律の規定がない限り保険業法の適用・準用を受けることはできない。ドイツの相互保険社団が保険監督法の監督下にあるのは、後述するように相互保険社団が商法上の商人であるからである。

- f. 以上をまとめてみると、行為の点では、保険＝相互保険は成り立つが、相互保険＝共済は成立しない（相互保険≠共済）。また行為者の点では、株式会社＝相互会社の等式は成立しないが、非営利組織であるという点から見れば相互会社＝協同組合は成立するが、出資の視点から見ると相互会社＝協同組合は成立しない、という結論が導き出される。これらを整理すると、①株式会社の行う保険は営利社団法人の営利行為であるから保険業法が適用される。②協同組合の行う共済は非営利社団法人による非営利行為であるので保険業法の適用はない。

③相互会社の行う保険を法的に理解することは難しい。

その理由は、いくつかある。その最も大きな原因は、相互保険会社が「保険・会社」であることである。この2つの用語が用いられていることを重視して解釈すれば、相互保険会社の行う事業は営利行為であり法人は営利団体であるといえる。しかし相互制度の由来や概念を重視して解釈すれば、相互保険会社の行う事業は非営利行為であり、法人は非営利団体であ

る。その結果、相互会社の行う事業は、営利行為でもあり非営利行為でもあるし、法人は営利法人でもあり非営利法人でもあることになる。これが、わが国における相互保険会社の複雑さの中身である。そのような複雑さの原因は、保険・会社の点だけでなく、さらに法制度としてもそれが株式会社と同様な扱いを受けている点にある。いくつかの例をあげてみよう。保険業法は、株式会社と相互会社間の自由な組織変更を認めていること（保険業法68条、85条）、相互会社の機関構成が株式会社のそれとほぼ同様であること、取締役（会）、監査役、会計参与等の用語も株式会社と同じであること、相互会社に会社法の規定をいたるところで準用していること（同法21条、23条4項、24条2項、30条の8第6項、41条等々）、総代会における人数は定款の自由であること（同法42条2項、日本生命の定款11条は、「総代の定数は、200名とする」とある。保険契約者数が1千万人近いにもかかわらず、である）。現実の経営の面での比較は今後の検討を要するので、ここでは詳論しない。ただ、少なくとも草創期に矢野恒太が思いをはせた相互組織とは、大きく異なっているであろうことは想像できる。

かくて、相互保険会社の行っている「保障行為」は、利益分配を目的としていない点では「非営利」といえるが、経営組織の構造（特に社員の経営参加の弱さ）、経営者及び社員である保険契約者の意識が、構成員の相互扶助や最大奉仕の原則という価値を欠いている点で、共済とは異なる保障行為であると結論付けることができる。

（注）

- 1) 坂井幸二郎「共済事業の歴史的展望」、日本協同組合学会編『共済の現状と課題』所収、お茶の水書房1985年、151頁。
- 2) 竹内昭夫「損害保険契約法改正の基本的問題—保険・共済と消費者保護—」『損保事業研究所創立40周年記念損害保険論集』所収、1974年、1頁以下参照。
- 3) 竹内昭夫・前掲3頁～10頁。
- 4) 竹内昭夫「保険と共済」『八十年代商事法の諸相』（鴻常夫先生還暦記念）所収、有斐閣 1985年、481頁。
- 5) 以上 竹内昭夫・前掲490頁～502頁参照。
- 6) 竹内昭夫・注4）文献518頁～520頁参照。
- 7) 根立昭治「共済事業監督法の制定論をめぐって」『共済と保険』1988年2月号、40頁。
- 8) 根立昭治「保険業法等の改正と共済事業法制定論」『共済と保険』1989年7月号、17頁。

- 9) 根立昭治・注7) 文献41頁。

組合陣営では、共済と保険の違いについて長い間議論してきたが、結論を出すのは難しい。その理由は単純ではない。

- 10) 笠原長寿遺稿刊行会『協同組合保険論集』、1977年、100頁～104頁を引用する。
- 11) 米谷隆三「保険制度—保険及び保険事業の法社会学的取扱—」『損害保険実務講座第一巻 損害保険総論』有斐閣 1954年、374頁～379頁を引用する。
- 12) 北原勇『現代資本主義における所有と決定』岩波書店 1984年、326頁～328頁を引用する。
- 13) 根立昭治・注7) 文献 47頁。
- 14) 我が国の保険業法の歴史は、1900年3月22日に成立、同年7月1日施行の法律をもって開始される。1939年に改正され、その後1995年に大改正されたものが現行保険業法である。原始保険業法が、ドイツの保険監督法を母法としていること、ドイツ法に倣って相互主義の法形態を採用したことに特色がある。
- 共済陣営では、自ら「共済は協同組合保険」である、という表現をしてきた。また、共済は、保険の原理を用いている以上それは保険類似の制度であるとも説明してきた。これらの表現には、共済が保険と明確には区別できないものである、というしがらみがある。
- 15) 相互会社の資金構成が、基金拠出者の基金と保険契約者（社員）の支払う保険料の二段構成になっていることから、相互会社の法的性質については、今後の検討が必要である。相互会社は、社団ではなく財団であると主張する説もある。
- 16) 例えば、富永紅「共済の特徴と役割」『損害保険研究第73巻第4号』2012年、105頁【本論文・講演集第4章に所収】、全国労働者共済生活協同組合連合会『日本の保障事業における共済の存在意義』2012年等がある。
- 17) 全国労働者共済生活協同組合連合会・前掲2頁。
- 18) このような相互保険組合という表現に馴染みがないかといえば、日本にも次のような法律があることを想起すべきである。即ち、「船主相互保険組合法」という法律がそれである。1950年に制定されたこの法律は、「船主相互保険組合の行う相互保険たる損害保険事業の健全な経営を確保し、その組合員及び組合の一般債権者の利益を保護することを目的とする」（1条）として制定されたものである。相互保険会社ではなく、相互保険組合と表現しているところに注意する必要がある。この法律による船主相互保険組合が行う保険は組合員のために行う相互保険であり、この組合に実質は協同組合類似の団体である。
- 19) 竹内昭夫・注4) 文献498頁。

Ⅲ. 企業法における協同組合法の位地

設問3 社団とは何か？

協同組合の法的性質については、非営利・社団・法人であることが理解できた。また協同組合が商人ではないことも理解できた。

しからば、社団とは一体何か？また協同組合は株式会社とどのように異なるか？

(1) 問題の所在

憲法21条は「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する」と規定し、「結社の自由」を集会の自由や精神的自由と同じ条文の中に入れて保障している。ここでいう「結社」とは、「多数人が集会と同じく政治、経済、宗教、芸術ないし社交など、さまざまな共通の目的をもって、継続的に結合することを」いい、「結社の自由」とは、「団体を結成しそれに加入する自由、その団体が団体として活動する自由はもとより、団体を結成しない、もしくはそれに加入しない、あるいは加入した団体から脱退する、という自由をも含む」概念であると説明される¹⁾。このように、憲法上の「結社の自由」は、これから新しく団体を結成する／しないことの自由、および既存の団体に加入する／しないことの自由を意味する。日常、われわれは、団体を結成する場合に結社という表現を用いることに違和感はないが、団体に加入する場合に結社に加入するという表現はほとんど用いない。つまり、団体に加入する場合には、結社に加入するとはいわずに団体に加入すると表現するのが普通である。したがって、憲法上の「結社」の意味は「団体」の意味に理解してもさほど大きな違いはないであろう。このことは、憲法28条が「勤労者の団結権」の保障を、「結社」ではなく「団結」と表現している場合も同様であり、団結は「労働者の団体を組織する権利（労働組合結成権）」²⁾の意味に解されている。したがって、憲法28条は「団体」交渉権や「団体」行動権と表現し、「団結」ではなく「団体」の語を用いる。また憲法20条が宗教「団体」と表現する場合も、これと同じ趣旨に解しても良いであろう。そうすると、憲法は「結社」・「団結」・「団体」と3つの異なる表現をしているが、それらの言葉の意味は、「団体」の語に置き換え、「団体の設立」又は「設立された団体」を示していると理解しても良さそうである。さてそうすると、わが国における「団体」とは一体何であるかが問題となり、その実体をど

のように理解するかが検討されなければならない。さらに、この「団体」と「法人」はどのような関係にあるか、それが次の課題となる。そしてさらに協同組合をどのように位置付けたら良いか、それがわれわれの次の関心事となる。これらの点について、最初に検討し、次に、わが国における社団はどのような状況にあるか、を検討する。法人制度の本質的な議論に関係するので、わが国の実態とドイツ法を比較することで、検討してみたい。

(2) 団体の定義と社団

1) 法律上の団体の意義

それでは「団体」とは一体どのようなものであり、その定義は何であろうか。

団体の概念は、使用される割には定義付けされることがきわめて少ない。法律用語辞典の説明するところによれば、団体とは「共同の目的を達成するための人の結合体又はその連合体」と解説し³⁾、広辞苑は「共同の目的を達成するために、意識的に結合した二人以上の集団」と説明する。これを分かりやすく解説すれば、(イ)「共同の目的」を持った(ロ)複数人による(ハ)人の結合体、となり、両者の内容はほぼ一致しているといつて良い。ところが実際に法律用語として団体の語が用いられる場合、法律は概ねその定義規定を持たず、解釈に委ねられているのが実状である。講学上も団体の語は多用されるが、どうも解釈上確定した定義は見当たらない⁴⁾。この用語を用いる人によって異なるのが現実である。解釈が異なる典型的な例をあげてみよう。例えば、ある者は団体を社団と財団の両方を含む概念として用いているのに対し⁵⁾、ある者は社団のみを意味すると理解する⁶⁾。前者は、団体を「一定の目的に向かって、構成員の活動力を結集したり、一定の目的に向かって財産を集中させることにより、社会生活において個人よりも強大な活動力を得る」だけでなく、「内部において構成員を一定の目的に向かって拘束したり構成財産の管理・運用を一定の目的に向かわせ制約することにより、会社の財貨の運用を制約」するもの、と理解し、そのような実体を有する場合、「人の集合によって団体的活動を行う社団と、一定の財産が一定の定立された運用方針に従って財産を提供して人の意思をはなれて運用される財団」として法認される、と説明す

る⁷⁾。この説明から明らかなように、前段は「社団」であり、後段は「財団」を意味する。したがってこの見解では、「団体」には「社団」と「財団」があると理解していることになる。これに対し後者は、「法人の設立と、団体の設立および財団の設定とは、別の問題である」とし、まず「団体」と「財団」を別の範疇に位置付け、次に「団体形成の自由」は憲法上の「基本的人権」の問題であり、「財団設定」は「所有権の自由という私有財産制度の問題」であるのに対し、「団体や財団が……法的人格者として扱われるかどうかは……法的技術の問題である」と区別する⁸⁾。そして「団体」についていえば、「団体には、構成員の個人性のつよいもの（組合）から弱いものに至る種々の段階がある」と説明するのみで積極的に団体を定義しない⁹⁾。しかしこの立場では、団体を「社団」の意味に解すると見て良く、前説のように「団体」を社団と財団の上位概念と見ることはしない。それでは社団と財団を含む上位概念は何かというと、その説明は見当たらない。上位概念として法人が位置付けられそうでもあるが、「財団を法人とすることは必ずしも必要ではない（信託による処理も可能である）」と理解されるところを見ると¹⁰⁾、法人が上位概念であるとはいえなくなり、したがって上位概念の説明はないことになる。

このように、法律上の団体概念1つをとっても解釈は様々である。しかしいずれの見解に従うにせよ、「団体」には「社団」が含まれており、社団が団体の中心にあることは確かである。前述した法律用語辞典や広辞苑の説明は、団体の中心概念にある社団を意識した説明であることが分かる。

2) 社会学上の団体

社会学辞典によると、「団体」(Verband)とは「管理主体をもつ組織集団」であるとし、どちらかといえばMax Weberの理論に依拠して説明する¹¹⁾。すなわち、「団体は特定の目的をもっており、それを達成するために成員の諸行為を制御し調整する仕組、つまり管理する仕組をもっている。このような仕組が組織である。したがって団体は組織された集団であり、管理主体としての指揮者や行政スタッフは不可欠なのである」、という。つまり団体は、私的な団体であれ行政団体であれ、「指揮者および一般に代表権をもつ行政スタッフの管理によって秩序が維持されているような集団、

しかも規則によって対外的に一定の閉鎖性を持つ集団」のことである。そして「団体の下位類型として、自発的結社（任意団体Verein）とアンシュタルト（強制団体Anstalt）」を区別し、「前者は協定によって成立し自発的加入者のみはその秩序に従うような団体であり、後者はその秩序が特定の属性を持つ者全てに強制される団体である」と分類する。つまりいわんとするところは、(イ)「団体とは、特定の目的を持つ組織化された集団のこと」であり、(ロ) 集団が組織化されているという場合の「組織とは、特定の目的を達成するために結合した集団を管理する仕組のこと」を意味し¹²⁾、(ハ) そしてそのような団体には、VereinとAnstaltの2種類がある、ということになろう。したがって、ここでは団体の語はどちらかといえば主として社団が考えられており、財団は含まれないかあるいは含まれていても従たる存在であると見て良いであろう。

ところでMax Weber自身は¹³⁾、このVerband, Verein, Anstaltをどのように定義付けているかという点、清水幾太郎訳は次のように翻訳する¹⁴⁾。まずVerbandの概念については、「規則によって対外的に制限された社会的関係は、その秩序の維持が、その実施に特に目的とする特定の人間の行動によって保証されている場合、これを『団体』と呼ぶ¹⁵⁾。次にVerein（任意団体）とは、「協定による団体を指し、その実定的秩序は、自発的加入によってメンバーとなった人間に対してのみ効力を有する」団体のことであり¹⁶⁾、Anstalt（強制団体）とは、「その実定的秩序が、特定の活動範囲内において、ある基準に合致する一切の行為に比較的効果的に強制されるような団体をさす」¹⁷⁾、と。Weberの定義を社会的に理解し表現するとこのような表現になるようである。

Weber流の独特の表現であり、難しい概念定義であるので、内容それ自体を理解することもまた日本語の意味を理解することもきわめて難しい。そこでこれに法律学的解釈を入れ、特に団体法的解釈を加えて翻訳してみると、次のように理解し表現することが出来るであろう。

Verband（団体）とは、「外部に対し制限的又は閉鎖的に規制されている（自由意思で集まった構成員だけを対象とする）社会関係であって、そこでは、その団体の業務執行を任された一定の者が、団体内部で約束したことを実行することが保証されている集団」のことである。この団体のうち、Verein（社団）とは、「約束によって統一された団体（vereinbarter Verband）

であり、そこで作成された定款 (gesetzte Ordnung) は、自由意思で加入した構成員に対してのみ適用される」ものをいう。これに反してAnstaltとは、「効力の及ぶ広い領域内で、一定の要件に従って為された行為に対して、作成された定款 (gesetzte Ordnung) が (比較的) 有効に強制しうるもの」であり、これには国家や教会がある、と¹⁸⁾。

いずれにしてもWeberの表現は難しく、十分な理解と説明は困難である。それに比べると、法律学の表現は、次に述べるように、比較的明解である。

(3) 我が国の民法における法人制度

憲法で保障する団体を直接規定する法律は、わが国には存在せず、団体の法人性を規定するのは民法である。ところで、民法は「人」、「物」及び「法律行為」を中心に法律関係を規定する法律であり、人を「権利義務の主体」として理解している。さらに人を「自然人」と「法人」の2種類に分類し、法人をさらに「社団法人」と「財団法人」に分ける。したがって、民法では「団体」という表現は使用しない。(なお、2006年に「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律」が制定された段階で、法人に関する基本法はそちらに移行されたので、現行民法には「社団」「財団」の区別はない。)

1) 民法の法人制度

わが国のこれまでの民法は、法人をいくつかの基準で分類してきたが、典型的な分類方法として3つの分け方がある。その第一は、法人を「公法人」と「私法人」に分ける方法である。法人が国家的目的のためのものであるか否かによる区別である。国家や地方公共団体を公法人という場合もあるが、一般的にはこれらの行政権行使のために設立された法人を意味する。これに対して、私法人は私的目的のために設立された法人である。国家は当然の法人であると理解されているが、法律で規定する例として地方自治法がある。地方自治法は、地方公共団体が法人であると規定する(2条1項)ほか、その「予算決算及び会計令」99条16号において、「公法人」と規定する法人がその例である。第二は、法人の目的が「営利」であるか「公益」であるかという基準であり、民法上前者を「営利法人」(35条)、後者を「公益法人」(34条)と呼んでいた。第三の基準は、「人の結合体」か「財産の集合体」かによる区別であり、民法上前者を「社団」、後者を

「財団」と呼んでいた（34条の2）。民法の改正で、これらの条文上の根拠規定や法人の分類方法が変更されることになるが、それについては後述する。いずれにせよ、ここで扱うのは第二と第三の分類による私法人であり、公法人は対象としない。

前述したように、わが国における「法人制度」のあり方は、複雑でかつ分かりにくい。その根本的な原因は、民法が、法人を「営利法人」と「公益法人」とに二分してきたこと、しかも営利法人に対応する法人を公益法人としたこと、そこに問題の根っこがあったのである。公益法人に該当しない法人を設立するためには、民法の法人規定では設立できないので、わざわざ別の法律を制定するしかなく、特別法の制定を待つてようやく法人の設立に取り掛かることが出来ることになる。法律の制定は国会でのみ行うことが出来るので（憲法41条、59条1項）、政治や行政に関わりがあるか影響力のある団体の声は通りやすく、反対にそれ以外の団体の声は立法に反映されにくいのがわが国の現実である。民法により設立された公益法人の数も、民法以外の法律により設立された特殊法人の数もやたらと多く、それらが時として官僚の天下り先であったりする。法人認可の根拠法制定権が立法者に独占され、かつその法律に基づき認可をする裁量権が所轄官庁に独占されていた結果である。その結果、わが国の立法者や所轄庁は、公益法人や特殊法人の設立には極めて気前が良かったが、逆に真に国民が求める法人設立の立法に対しては極めて厳しかったといつて良い。

何故にこのように厳しい制度になったのかは、あまりよく分からない。その点について、次のような興味深い講演記録があるので、少し脇道にそれるが、それを最初に見ておく。

2) 若干の学説にみる法人制度

旧民法下における法人について記述した論文は、きわめて少ない。私の知るところでは、旧民法の理由書を起案した熊野敏三の書いたものが存在する程度である¹⁹⁾。その熊野の教科書は、前述の理由書とほぼ同じ内容の説明であるが、「無形人」ではなく、はっきり「法人」として記述している。したがって、ここで再び繰り返す必要はない。ただ強調しておきたいことは、熊野の論述は、法人の設立が何故認められるかということ、それは、「社会ノ公益ヲ目的トスル」からだとする点である。但し、公益について

説明はない。時期的に旧民法下で発行されたものではないが、その内容から旧民法を扱っていると思われるものに、岡松参太郎の著書がある²⁰⁾。岡松は法人の分類について他の民法学者とは違った表現を用いている。すなわち、法人をまず「公法人」と「私法人」に分け、公法人とは「公ノ事業ノ為メニ存在スルモノヲイ」い、私法人とは、「営利ヲ目的トシテ私ノ事（国家ノ公務ニ関係ナキ）ヲ営ムモノヲイフ」と説明する。その上で、私法人を社団法人と財団法人に二分したあと、社団法人を次のように更に2種類に分ける。すなわち、「一定共同ノ目的ノ為ニ集リタル自然人ノ集合体ヨリ成立スル法人ニシテ其ノ公益ヲ目的トスルト営利ヲ目的トスルニ因リテ公益的社団及営利法人」がある、とする。つまり、岡松は社団法人を「営利的社団法人」と「公益的社団法人」と表現し、直接営利法人、公益法人と表現していない。これが何を意味するかは不明であるが、営利法人や公益法人と断言しないで、特に「公益的社団法人」と表現しているところは、その行間に何か意図するものを感じる。他の説明の部分との関連でいえば、その意味するところは、営利法人、公益法人と内容上は同じものである。しかし、岡松自身も社団法人を何故営利的法人と公益的法人に二分するかについて、何も説明していない。

3) 小括

以上見てきたように、明治民法下では法人を明確に「営利法人」と「公益法人」に分類していない。むしろ、私法人につき、営利法人とそうでないものに分けて考えていると思われる説明すら見られる。まだ法人の発展が十分でなかったと見るべきなのか、営利や公益という概念が未成熟だったと見るべきなのか、はたまた別の理由があるのか、分からない。何しろ少し前までは法人を「無形人」と表現していた時代である。したがって、民法が法人を何故営利法人と公益法人に二分したかという問いに対する解答は、その施行が延期されることになった1892年以降の法律制定史の分析を待たなければならないことになる。ただし、明治民法史を調べる中で、明治民法草案人事編と同時に起草された「法例」の中で、既に「公益」と「私益」という用語が用いられている（法例3条・4条）²¹⁾ ことから、今後はそれらの概念がどのように理解されていたか、これらが営利法人や公益法人と結びつくものであるかどうか、そういった点について注視してい

く必要がある。

当時のわが国の社会情勢・政治情勢は、近代国家としての法治主義（法の支配）を採用し整備することが急務であり、それは不平等条約を撤廃するためにも不可欠の作業であった。したがってまず何よりもヨーロッパの進んだ法制度を導入することに熱心となり、とりわけフランス法が法人制度に消極的であったことも重なり、全体として、明治政府は、法人制度にそれ程関心はなかつたものと思われる。それ故に、法人の種類にどのようなものがあるか、についても十分に理解するに至っていなかつたものと想像される。

その結果が、今日の法人制度の複雑さの原因となったことは否めない。

(4) 民法の改正とその後の法人法の制定

1) 特定非営利活動促進法及び中間法人法の制定

そのような状況の中、1998年に「特定非営利活動促進法」が制定される。この法律の立法のきっかけになったのは阪神・淡路大震災であったことは知られている通りである。したがって、ボランティア活動等の市民活動団体が法人設立をすることが容易になった。その意味では、この法律は、市民の側に立ったこれまでにない立法の典型例であったといっても良い。しかし設立が容易になったとはいうものの、設立目的が法律の別表で定める12項目に限定されていたため、設立の範囲は制限的なものであった。活動できる項目はその後追加されるが、しかし特定非営利活動法人は公益目的を有する場合に限定されているので（2条1項）、設立そのものに限界が存在していた。したがって、この法律制定ののち、今度は「中間法人法」なる法律が制定されることになる。2001年のことである。ところで、特定非営利活動法人を設立するには、10名以上の社員（構成員）と所轄庁の「認証」が必要である（特定非営利活動促進法10条1項）。認証は、認可とは異なり、法律の条件を満たしている限り原則として設立が認められる（同法12条1項）というもので、その意味では設立の自由が大きく保障されている。これに対し、中間法人の設立の場合は準則主義が採用された（中間法人法6条参照）ことから、法人の設立は認証の場合よりはるかに容易になった。しかも設立の際の人数に制限がなく、2名以上であれば良い（同法81条1項4号、108条4号参照）。その意味では、特定非営利活動法人の

設立よりはるかに設立が簡単であることになる。しかし、有限責任中間法人の場合には最低300万円の基金が必要であり（同法12条）、無限責任中間法人の場合には社員の責任が無限責任である（同法97条）、というデメリットが存在する。

2) 一般社団法人及び一般財団法人に関する法律の制定

2004年に民法が改正され、法人制度の規定も変更を受けるが、それと平行して、2006年に「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律」（以下「一般社団・財団法人法」又は「一般法人法」という。）が新たに制定された。これにより、社団と財団の設立に関する一般法が出現することとなった。一般社団・財団法人法によれば、法人は「社団法人」と「財団法人」に区分される。この点では従来と同じであるが、しかし、社団も財団も公益目的であるかどうかに関係なくこれを自由に設立出来ることとした。しかも設立に際しては準則主義が適用されるので、所轄庁の認可は必要ない（一般法人法22条参照）。民法が認可主義をとっていたことと比較すると大きな前進である。しかし同時に制定された「公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律」（以下「公益社団・財団法人法」又は「公益法人法」という。）により、公益法人の制度が温存された点では、法人制度の複雑さが依然として残されたままであることになる。つまり、本来ならば民法の「公益法人」とあったところを「非営利法人」とし、必要な条文を改正すれば足りたと思われるのに、実際には公益法人の名称とその既得権を残すことになったのである。その結果、わが国の法人法制度の複雑な点はそのままに残されてしまったことになる。

ところで、一般社団・財団法人法は「社団」を設立する場合、その構成員の数は何人必要としているか。新法はその規定を持たない。したがって、1人で社団を設立することも可能であり、また1人で社団を存続させることも可能なのである。構成員がゼロになった時に初めて社団の解散事由となる（一般法人法148条）。メンバーが1人もいない社団という表現が成立するかどうかはともかく、それまでは社団として存在する、と立法者は考えたようである。このような法律制度のあり方に疑問を禁じえない。この法律は、公布の日から2年6カ月以内に施行されることになっていたが、2008年12月1日に施行された。施行と同時に前述した中間法人法は廃止さ

れることになった（一般社団法人及び一般財団法人に関する法律及び公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律の施行に伴う関係法律の整備に関する法律1条）。矢継ぎ早の法人法制定と法律の廃止は一体何を意味するか。このような現状は、決して好ましい立法の姿ではない。しかし元をたどれば、このような姿は、そもそも現行民法が法人規定を用意した時の不備のなせる業である。

3) 商法改正と新会社法の制定

法人制度に関しては更に、2005年に成立し、2006年5月から施行されることになった新会社法（以下「会社法」という）が加わる。会社法が制定されたことにより、これまで商法の中にあつた会社に関する規定は全てなくなった。したがって、今後は、「会社の設立、組織、運営及び管理について」は、原則として会社法の規定に従うことになる（1条）。ところで、会社法は株式会社の設立は発起人が1名でも良いとし、いわゆる一人会社の設立を承認した（26条1項参照）。複数の発起人で会社を設立したけれども、その後株主が1人になった場合の一人会社も当然承認される。商法においては、設立後に結果的に一人会社になることは認められていたが、最初から1人で会社を設立することについては見解が分かれていた。その理由は、合名会社や合資会社の設立が複数人を前提としていること、株式会社の設立はかつて7名以上の発起人を必要としたこと等の状況が背景にあつた。しかし企業再編のために子会社や別会社を設立する場合、親会社だけで設立する方が便利である。そこで会社法は、株式会社の設立は発起人の数に制限を設けないことにし、発起人は1名でも良いこととした。持分会社を設立する場合も、合資会社を除き、一人会社の設立が認められることになった（575条、576条3項）。それらのことと関係するかどうかは明らかでないが、かつて商法の中に存在していた会社は「社団」であるという規定（商法旧52条）が、会社法では放棄されている。その結果、会社法のもとでも会社が依然として社団であるかどうかは、学説が分かれる事態が生じている。「社団説」、「潜在的社団説」、「組合・社団・財団混合説」、「社団・財団否認説」等の見解があり、「会社の社団性」は混乱状態にあるとあって良い。

① 社団法としての会社法の問題点

わが国における、最近の法律改正の状況を概観することから見えてくるものは一体何か。いくつかあげることができる。総論的には、わが国におけるバブル崩壊後の後始末のための立法が多く見られること、しかしその立法作業の混雑の中にありながら、法律の体系的な整備の見直しが行われていること、これらを指摘することができる。その意味では、立法に関与した人たちの努力と労苦には感心する。その反面、余りにも急ごしらえの作業の故に、各論における欠点も見受けられる。例えば、民法から法人規定を切り離し、一般社団・財団法人法を制定したことは評価できるが、しかしそこで明文化した組織の概念については、法は何も説明しない。また、商法から会社の規定を切り離し、会社法を制定したことは評価して良いが、しかし余りにも実利主義に走り、会社法の基礎理論が何処にあるか不明確になっている。

以下では、それらの点について若干の検討をしてみたい。

A. 組織の概念の変化

- i 判例は、社団が成立するためには、団体としての組織を備えていること、多数決の原則が行われていること、構成員が変化しても団体が存続すること、組織において代表の方法・総会の運営・財産管理等（つまり団体としての主要な点）が確定していること、という。しかし、そこでいう団体としての組織とは何かは、何も説明しない。学説も判例と同様である。したがって、一般社団・財団法人法1条や会社法1条がせっかく「組織」という用語を採用したにもかかわらず、組織が何であるかは分からないままである。現在までのところ、組織に関しては、判例で示された内容以上のものではない。

ちなみに、経営学における「経営組織」や「経営組織論」を見ても、そこでいう「組織」が何であるかははっきりしない。やはり、分かりやすく説明することは難しいようである。そこで伝統的な会社法における理解を基に検証してみると、次のようなことがいえそうである。

- ii 会社法学者の多くは、「会社」とは営利・社団・法人であると定義する。その場合の社団とは、共同の目的を持った複数人の結合体と見るのが一般的である。また、組合に対する概念であると理解する立場もある。いづれにせよ、財団が一定の目的のために提供された財産の結合体である

のに対して、社団は人の結合体である。したがって、民法は法人を社団法人と財団法人に分けていたのであり、一般社団・財団法人法も同様の立場をとっている。商法の旧会社法規定も現在の会社法の規定も、社団法人のうち財団法人と公益社団法人を除き営利法人のみを規整する。その点では変わりはない。しかし、である。かつて商法165条は、会社を設立するには7人以上の発起人が必要であると規定していたが、1990年の商法改正で発起人は1人でも良いことになった。更に、改正前商法52条2項は、会社が社団であることをはっきりと規定していたのに、今度の会社法はその規定を削除し、社団規定をなくした。これらのことは一体何を意味するのであろうか。根底には、従来の会社観を放棄しようとする意図が存在したのかもしれない。

- iii 判例がせつかく「社団が成立するための組織」という表現を示しながら、その内容を明らかにしなかったことが、このような法律規定の結果となった原因とも思われる。すなわち会社は社団であることを放棄したのであれば、社団の組織の内容を議論する必要は最初からなくなる。そのような考えの極端な例は、社団の構成員について見ることができる。社団が「同じ目的を有する複数人の結合体」だと解するのであれば、社団や会社の設立、またはその後の存続には、複数人の社員（構成員、メンバー）がいなければならない筈である。株式会社の場合であれば、仮に会社の発行する株式が全部1人の株主の手に渡ったとしても、いずれはその株式が他人に譲渡される可能性があるから、その場合にも会社の社団性は維持される、というのが従来学説の説明である。しかし最近では事情が変わってきた。最近の法律改正の方向は、必ずしもこの考え方に立っているとは思えない。例えば、株式会社は最初から発起人1人で設立できるし（会26条）、その後株主が1人もいなくなっても、それは会社の解散事由とはならない（会471条）。つまり会社に株主がいなくなっても解散しなくとも良いのである。このことは、持分会社の場合と比較するとはっきりする。持分会社では、社員（構成員）が欠けると解散しなければならない（会641条）が、株式会社では解散事由になっていない。会社法471条と会社法641条とを並べて読むと、そのように解釈できる。改正前商法では、その点を次のように解釈していた。合名会社等（現在の持分会社と理解しても良い）では、「社員が1人になる」と会社は解

散しなければならない（94条）が、株式会社の解散事由を定めた商法旧404条がこの規定を準用していなかったことから、株式会社の場合は株主が1人になっても存続する、と説明していたのである。しかし、前述したように、会社法は、持分会社は「社員が1人になったとき」ではなく、「社員が欠け」たときに解散すると規定し、株式会社の場合にこの規定を準用していないから、従来の考え方で解釈すると、結局株主ゼロの会社が出来上がることになる。社員のいない社団が成立するという奇妙なことになる。会社法471条における立法者の意図は何処にあったのかは不明であるが、結果としては、このような解釈が可能である。そうすると、このような状態でも、会社は社団であるといえるであろうか。否である。そのような状態を、法律は従来財団であると理解してきた筈である。かくして、社団としての組織をどのように理解すべきか、結果としてきわめて難しい問題である。

ちなみに、一般社団・財団法人法は、「社員が欠けたこと」が解散事由になるとしている。つまり、社員が1人になっても存続するが、社員がいなくなったら解散しなければならないのである。それが当たり前の論理であろう。

- iv 従来の法人法の理解では、社団の組織の要件を次のように見ていたことが分かる。つまり、前述したように、一般社団・財団法人法が「組織」に関する法律であると宣言し、会社法も同様な規定を設けた。とすれば、一般社団・財団法人法も会社法も、社団組織の要素を示しているはずである。それは何処にあるか。それは、実は、設立のところを見れば明らかとなる。

会社を設立するには、最初に発起人（1人以上）が定款を作成し（会26条）、公証人の認証を受けなければならない（会29条）。次にその発起人が株式を引き受け、引き受けた金額の払込をする（会34条）。その後発起人が設立時取締役を選任し（会38条）、登記をすれば、それで会社は成立する（会49条）。これが会社の発起設立の手続きの概略であるが、この手続きのプロセスの中に社団組織の要件が存在する。つまり、社団は定款、社員、資本及び取締役（役員）の4つの要素で構成されているのである。これが法律上の社団組織の要件である。4つの要素のうち、株式会社の場合は資本（出資）が重要であり、出資をしてくれた後の社員の

存在はそれ程重要ではない。社員よりも出資財産に重きを置く、これが株式会社の特徴である。それに反して一般社団法人の場合は、社員による出資の条件はなく、それに代わるものが経費（一般社団・財団法人法27条）である。したがって、ここでは出資よりも人（構成員）に重きを置くことが明らかである。

このことから、組織の概念をどのように見るかという、「定款・社員・出資・役員から構成される団体」と理解することができる。このような団体を組織体という。この4つの要素は、組織であるための最低限の要素であり、団体が大きくなればなるほど組織の要件も複雑になるのは当然であろう。株式会社の場合、大規模・公開会社の機関構成はきわめて複雑であるし、また機関以外にも、組織の事業を営むために多くの使用人（会10条、14条、15条）が必要となる。

- v 会社法が組織に関するそのような規定を用意する一方で、前述したように社団性を放棄したようにも思われるのは理解に苦しむ。社員の存在が社団の社団たる所以であるとすれば、社員が存在しなくなった場合は、もはや社団の組織を欠き社団ではなくなる。社員がいなく、資本（財産）だけの団体は、財団である。その結果、会社は財団であることになる。会社は社団でもあり財団でもある、とでもいうのだろうか。これが、会社法の基礎理論の問題である。ついでに、基礎理論の問題をもう1つの視点から眺めてみる。

B. 株式の本質に関する変化

- i 株式の本質・・伝統的な学説の説くところによれば、株式の法的性質は債権でもなければ物権でもない社団法上の特殊な権利、すなわち社員権であると説明する。これを社員権説という。学説上は債権説も有力に主張されているが、しかし少数説であった。この学説は、新会社法でも維持されているか。これが疑問の出発点である。新会社法上の株式の本質は、この社員権説では説明できない内容に変容しているのではないかと。それを検証してみる。
- ii 株式の権利の変化…従来、普通株式を前提として、株式は社員たる地位を表象したものと理解し、全ての株式は等しく様々な権利即ち社員権を有するものと解釈してきた。勿論改正前商法も「数種の株式」という名称で、種類株式類似の株式の発行を認めてもいた。例えば、「利益若は

利息の配当、残余財産の分配又は利益を以てする株式の消却に付内容の異なる数種の株式を発行」（商法旧222条1項）がそれである。また、このような数種の株式の発行を前提として、「特殊な株式」を発行することも認めていた。それが、会社法のもとでは大きく変わり、単に内容の異なる様々な種類の株式の発行を認めることとし、そこでは、株式の権利はその株式に与えられた権利しか存在しない。従って、株式平等の原則が認められるのは、同じ種類の株式の間についてのみいえるにすぎないこととなった（会109条1項）。もはや、全ての株式が平等である、という意味ではない。しかも、株式の権利の典型例は、イ）剰余金の分配を受ける権利、ロ）残余財産の分配を受ける権利、ハ）株主総会における議決権の3つであるが（会105条1項）、定款で、イ）とハ）又はロ）とハ）の権利を与えない株式を発行しても良いとした（但し、イ）とロ）を同時に排除することは出来ない）（会105条2項）。このことは、従来株主の固有権とされていた利益配当請求権及び議決権を全く認めない株式を発行しても良い、ということである。残余財産請求権だけが残った株式に、はたしてどんな意味があるか。

- iii 株式の譲渡…株主が投下資本を回収するには、株式を他人に譲渡する必要がある。従来、株式は自由に譲渡することが出来るとするのが原則であった。株主が持つもう1つの重要な権利である。ところが会社法は、「株式会社は、その発行する全部の株式の内容として次に掲げる事項を定めることが出来る」として、株式の譲渡につき3種類の譲渡制限のついた株式、即ち、イ）株主が株式を譲渡するにあたり会社の承認を要する株式（いわゆる譲渡制限株式）、ロ）株主が会社に対して自己の持っている株式の買い取りを請求することが出来る株式（いわゆる取得請求権付株式）、ハ）株主の持っている株式を発行することが出来る会社が一定の事由が生じたことを条件に、取得請求することが出来る株式（いわゆる取得条項付株式）の発行を認めた（会107条）。株式の譲渡を、定款自治の原則に委ねたのである。
- iv 種類株式の種類…以上に述べた「株式の権利に関する原則」と「株式の譲渡に関する原則」を相互に組み合わせて利用することで、会社は様々な種類の株式を発行することが出来る。それを利用して、会社が2種類以上の株式を発行する場合、その株式のことを種類株式というが（会108

条)、その種類には実に様々な内容の株式がある。イ) 剰余金の配当(優先株式、劣後株式等)、ロ) 残余財産の分配、ハ) 株主総会において議決権を行使することが出来る事項(議決権制限付種類株式)、ニ) 譲渡による当該種類の株式の取得について当該株式会社の承認を要すること(譲渡制限付種類株式)、ホ) 当該種類の株式について、株主が当該株式会社に対してその取得を請求することが出来ること(取得請求権付種類株式)、ヘ) 当該種類の株式について、当該株式会社が一定の事由が生じたことを条件としてこれを取得することが出来ること(取得条項付種類株式)、ト) 当該種類の株式について当該株式会社が株主総会の決議によってその全部を取得すること(全部取得条項付種類株式)、チ) 株主総会において決議すべき事項のうち当該決議の他、当該種類の株式の種類株主を構成員とする種類株主総会の決議があることを必要とするもの(拒否権付種類株式)、リ) 当該種類の株式の種類株主を構成員とする種類株主総会において取締役又は監査役を選任すること(取締役選任・解任権付種類株式)(但し監査役設置型の非公開会社のみ発行可能)等である。更に、「公開会社でない株式会社は、105条1項各号に掲げる権利に関する事項について、株主ごとに異なる取扱いを行う旨を定款で定めることが出来る」(いわゆる属人的種類株式)(これも非公開会社のみ発行可能)とした。これらの種類株式の発行も定款の自由にまかされている。

- v 会社による自己株式の取得…従来厳しく規制されていた会社による自己株式の取得につき、会社法は、このような種類株式が発行されることによって、結果的に様々な形での自己株式の取得を認める結果となった。155条各号が認めるのは、次のような場合である。イ) 取得条項付株式(107条2項)の場合(1号)、ロ) 譲渡制限付株式(138条1号ハ又は2号ハ)の場合(2号)、ハ) 株主総会決議(156条1項)がある場合(3号)、ニ) 取得請求権付株式(166条1項)の場合(4号)、ホ) 全部取得条項付株式(171条1項)の場合(5号)、ヘ) 相続人に対して株式の売渡請求(176条)をする場合(6号)、ト) 単元未満株主から買い取り請求(192条1項)がある場合(7号)、チ) 競売に代えて買い取る(197条3項)場合(8号)、リ) 端数の処理(234条4項)をする場合(9号)、ヌ) 事業全部を譲り受ける(467条1項3号)場合(10号)、ル) 合併消滅会社から承継(749条)する場合(11号)、ヲ) 吸収分割(757条)による場合(12

号)、ワ) 法務省令で定める場合 (13号)。これらの規定を整理すると、次のように3種類に分類できる。ア) 定款規定に基づく自己株式の取得 (155条) (取得請求権付株式 (166条1項)、取得条項付株式 (168条1項)、全部取得条項付株式 (171条、309条2項)、相続人に対して株式の売渡請求する場合 (174条))、イ) 株主との合意による自己株式の取得 (156条) (但し、株主総会決議が必要)、ウ) 市場取引等による自己株式の取得 (165条) である。

vi 金庫株の再利用…会社法は、自己株式の取得機会をこのように広く認めたと同時に、更にその後会社がその株式を保有することまで認めることとした (会178条1項参照)。このように会社が保有し続ける株式のことを金庫株という。しかも、会社はこの金庫株を消却するもよし、また次のような方法で再利用することもよしとしたのである。イ) 新株予約権として付与する (236条)、ロ) 合併の対価として付与する (749条1項2号等)、ハ) 組織変更 (株式交換) 等に利用 (743条以下)、ニ) 株式分割に利用 (183条)、ホ) 募集株式として交付 (新株の発行のこと) (199条)、ヘ) 種類株式との交換、ト) 株式の無償割当てとして交付 (185条)、チ) 相互保有の手段として交付 (308条1項、規則67条1項)、リ)、従業員持株会への交付、ヌ) 市場で売却等々である。実に様々な形で再利用出来ることとしたのである。会社にとって、株式はきわめて便利な道具となったのである。

C. 小括

以上見てきたような変化を、われわれは協同組合の立場からどのように理解したら良いであろうか。会社は社団法人としての性格よりも、金融商品としての株式・社債を発行する単なる法人にすぎない存在となる。しかも、その株式は社員たる地位を表する社団法人上の社員権ではなく、むしろ、民法206条の所有権の内容を示す物権に近いものとなる。具体的にいえば、所有権の使用にあたるのが議決権を内容とする株式、収益を示すのが剰余金の分配や残余財産の分配を内容とする株式、処分を示すのが譲渡に関する内容とする株式である。処分を示す株式が圧倒的に多いことになり、これは会社が自由に処分することができるしくみである。しかし、見方を変えれば、株式会社は協同組合にとっても使いやすいものに変化したともいえる。従来のように、株式会社イコール営利企業と

見るのではなく、むしろ定款自治の利点を生かして、協同組合陣営も株式会社をうまく利用することも考えられる。

例えば、議決権がなくかつ配当を制限した譲渡制限株式を発行すれば、農家は1株の議決権付株式を所有するだけで、農地を手放すことなく経営を他人に委任できる。そうすれば、将来後継者が戻ってきたときに農業を再開できる。わずかな給与だけでも、残りを生産物で支給する条件で他人を雇うことも考えられる。そうすれば若い人に、労働の場を提供することもできる。但し、その場合、テンニースがいうように、協同組合がゲマインシャフトの身体とゲゼルシャフトの精神が合体したものであると理解するならば、常に精神を忘れてはならないであろう。生まれながらにしてゲマインシャフト（家族や村落共同体が典型）とゲゼルシャフト（株式会社が典型）の両方の性格を持っているゲノッセンシャフト（協同組合）は、ゲマインシャフトに軸足を置きつつ、ゲゼルシャフトの良さを生かす管理・運営を行うことが重要である。ゲゼルシャフトに重点を置けば置くほど、株式会社に接近してくるのである。そのことは、最近の世界のマーケットが市場原理主義の魔法に翻弄されている今日の状況からの教訓でもある。資産（資金）を中心と見るか、人と人の結合を大切にするか、その選択を迫られている。われわれは、Otto Von Guerickeが言った、「人の人たる所以は、人と人の結合にあり（Was der Mensch ist, verdankt er der Vereinigung von Mensch und Mensch.）」を、もう一度吟味する時にあると思うし、人間関係を重視する哲学を必要とする時であると思う。

4) 農業協同組合法・生協法の社団性

1. 農協法

農協法は、これまで多くの改正の波を受けてきたが、それでも一貫して変更を受けないできたものがある。それは、農業協同組合（以下「組合」という）の社団性である。以下にそれを概観してみる。

- ① 組合を設立するには、15名以上の農業者が発起人となり、設立準備会の開催に向けて作業を開始しなければならない（55条、56条）。この15名という人数は、組合の成立要件であるだけでなく、組合成立後も組合員として保持しなければならない組合の存続要件でもある。すなわち、

組合員が15名未満になった場合、組合は解散しなければならないのである(64条4項)。また、設立準備会が開催されると、そこに出席した一定の者の中から定款作成委員が選出されなければならないが、その数も15名以上であることを要する(57条2項)。

- ② その発起人や定款作成委員の資格は、原則として農業者であることが必要であり(55条、57条1項)、同様に組合員は原則として農業者でなければならない(12条1項1号)。株式会社の社員のように社員が誰でも良いというわけではなく、組合における組合員の資格は制限されており、その資格条件は定款の絶対的記載事項である(28条1項5号)。組合が「農業者の協同組織」であること(1条)、農業者のための組織であることに由来する当然の制限である。したがって、組合員ひとり一人の個性が重要であり、組合員が平等に尊重される。その結果、組合員の議決権は一人一票である(16条)。
- ③ 組合員の資格が制限されているだけでなく、理事の資格もまた制限されている。組合設立時に選出される理事は、農業者(又は組合員)であることが必要であり、成立後の理事はその3分の2以上が組合員でなければならない(30条11項)。理事の選出方法は、総会における選挙という方法であり、これは投票によることを原則とする(30条)。株式会社の役員(取締役・監査役・会計参与)の選出が、選任方式であることと大きく異なる(会社法329条1項)。選挙では、選任方式のように候補者を一括して承認することはできない。これも組合員ひとり一人の意見を尊重することが目的である。
- ④ 組合の重要事項の決定は、組合員総会(又は総代会)で行うことが必要であり(44条)、理事会は組合の業務執行を決定し理事を監督する権限しかない(32条)。取締役会を設置する株式会社において見られるような、取締役会の権限と株主総会の権限の違いの如きものはない(会社法295条1項・2項参照)。組合においては、組合員総会中心主義が貫かれていることになる。

2. 生協法

農協法に比べると、生協法はわずかな改正しか経験していない。生協の社団性については、改正によって何ら変更を受けていない。

- ① 生協を設立するには、20人以上の発起人が必要である(54条)。農協の

場合と異なり、生協設立の発起人は、「経営をしていくのに適当と思われる人数の賛成者」を300人集めることが必要であり、その後で定款案を公告し、創立総会を開催することになる（55条1項、2項）。賛同者の数は設立の要件であるだけで、組合の存続要件ではない。なぜなら、組合は、組合員が20人未満になった場合が解散事由であるからである（64条1項）。

- ② 組合員の要件は、組合員資格が定款に記載された「一定の地域内に住所を有する」個人であれば良く（法人は組合員資格がない）、この点でも農協の場合と異なる（14条1項1号）。（地域組合の場合）

5) 小括

以上のことをまとめてみると、次のように整理することが出来るであろう。

- ① わが国の憲法は「結社の自由」を認め、ドイツ基本法は「Vereinigungsfreiheit」を認める。いずれの国もその国の最高法規で「団体設立の自由」を保障している点では同じといえるが、ドイツ法では、その原則のもとに如何なる団体であっても、それが「法律及び公の秩序に違反しない団体である限り」、団体を自由に設立することが出来、かつそれが制度的に保障されている。ドイツ基本法は、さらにその団体の内容を「社団」と「広い意味での組合」と明示し、それらの団体の設立の自由を具体的に認める。またこの憲法保障をもっと現実化するために、ドイツ民法は社団を「非営利社団」と「営利社団」とに分けることによって、社団を広くとらえようと努力している。恐らく、それにより全ての社団が網羅されることを考えているのであろう。その発想は、ドイツ民法が法人格を取得できる社団の他、さらに「法人格のない社団」を法認している点において、最も良く現れているであろう。これに対し、わが国の態度は、なるほど憲法は「社団」の設立を保障するが、民法の段階になると、それが全く心もとない状況にあることが分かった。憲法で保障されたはずの基本的な人権が、その下位の法規である民法の段階で制限を受けるという実態であったのである。さすがに最近の民法改正や一般社団・財団法人法の制定によって、これらの法規制の不備は修正されたが、公益法人の既得権は残される結果となった。明治時代以来のお上思想が、わが国

では依然として残っていることの証明であろう。

- ② わが国における最近の立法例を概観してみた結果、会社法や一般社団・財団法人法においては団体の社団性を否定する傾向にあるのに対して、協同組合法や非営利活動促進法では社団性の維持が厳しく要求される傾向にある、といえる。社団には2つの種類がある、という結果になる。社会学や憲法学では、社団とは複数人の結合であるとしながら、会社法や一般社団・財団法人法は1人でも社団であるという。一体同じ社団が、如何なる理由でこのように異なるのか、社会科学としてこのような学術的表現が許されるのか、理解に苦しむ。立法者及び立法に携わった者は、それらを明確に説明する義務がある。
- ③ 会社法と農協法を比較してみると、農協法が組合の社団法人性と組合員の個性を如何に重視しているかがはっきりとしてくる。組合員や理事の資格が厳しく要求されていることはその典型例である。所有と経営が一致することの結果であろう。したがって協同組合は、この性格をむしろ強みとして大切にしなければならない。准組合員の方が正組合員の数よりも多くなるということは、組合の自己否定になる。経営の論理を追求すると、それは組合員のための社団ではなくなる。テンニースの概念分析に従えば、協同組合は生まれながらにしてゲゼルシャフト的な性格とゲマインシャフト的な性格を持つ。経営の論理に従い営利の追求を求めたという要求は、協同組合に内在する性格でもある。反対に、お互いに助け合う社団である、という基本理念をも併せ持つことを忘れてはならない。会社法は社員が1人でも会社として存続しうるとしたが、協同組合では組合員が1人になることはありえない。協同組合に一人組合は存在しない。

(注)

- 本稿Ⅲは、「団体法 序論」『青山法学論集第51巻第1・2合併号』2009年で発表した論文に加筆・訂正を加えたものである。
- 1) 芦部信喜『憲法 新版補訂版』岩波書店 1999年、197頁。
 - 2) 芦部信喜・前掲 247頁。
 - 3) 有斐閣法律用語辞典〔第2版〕有斐閣 2000年、928頁。
 - 4) 芦部信喜・注1) 文献 247頁。
 - 5) 有斐閣法律用語辞典〔第2版〕有斐閣 2000年、928頁。
 - 6) 例えば、『新版注釈民法(2)』有斐閣 2001年、1頁以下は、法人の説明のところで、途中から法人の言葉に代えて、「団体の管理」、「団体としての同一的活動」、という表現になり、その後は「団体規制の必要」、「団体の実体と法人格」という項目をたて解説している。しかし、何処にも「団体」の定義説明はなく、ごく当たり前に「団体」という用語を用いている(林良平執筆)。このような利用の仕方が、法律学特に私法分野における一般的な用い方であろう。
 - 7) 林良平・注6) 文献 2頁。
 - 8) 川島武宜『民法総則』有斐閣法律学全集 17 有斐閣 1965年、104頁。
 - 9) 林良平・注6) 文献 2頁。
 - 10) 川島武宜・注8) 文献 104～105頁。外尾健一『労働団体法』現代法学全集40 筑摩書房、1975年、45頁は、労働組合の団体性の説明につき、「団体」とは、「一定の目的のもとに組織された複数人の結合体を指すから、団体であるためには、これを組織する構成員と構成員統合の基本となる規則の存在が必要である」と説き、団体(労働組合)は社団であると理解する。
 - 11)、12) 森岡清美・塩原勉・本間康平 編集代表 『新社会学辞典』有斐閣 1993年、979頁(塩原勉執筆)。
 - 13) ここで新たに「組織」なる表現が出てきたが、この組織概念については、実は非常に重要であると考えている。本稿では詳しく扱わないが、本文との関係でいうと、前掲の『新社会学辞典』では、同じ執筆者が、Max Weberに従って説明しながら、参考文献ではChester I. Barnardをあげている。最近の組織論は、どちらかといえば、アメリカの経営学上の組織論に影響を受けているように思われる。
吟味を要する点である、ということだけを指摘しておきたい。
 - 14) Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5.Re. Aufl. (Mohr, Tuebingen, 1972) S. 26
 - 15) 清水幾太郎『社会学の根本概念』岩波文庫 1972年(但しここでは1990年版を使用している。)
 - 16) 清水幾太郎・前掲78頁。
 - 17)、18) 清水幾太郎・注15) 文献85頁。
 - 19) 熊野敏三「民法正義人事編巻之老(上)」(熊野敏三・岸本辰雄合著『民法正義人事編巻之老(上下)』所収 新法注釈会 1893年)27頁。なお、同書は日本立法資料全集別巻63 信山社 1996年に収録されている。
 - 20) 岡松参太郎『訂正三版注釈民法理由』(有斐閣書房、1896年12月14日発行。この本の初版は1896年5月19日発行である)。
 - 21) 石井良助編『明治文化資料叢書第3巻 法律編(上)』風間書房1959年、16頁以下参照。

IV. ドイツ法における団体及び団体法

(1) 一般的な枠組み

ドイツ基本法（憲法）は¹⁾、その9条1項で、Vereinigungsfreiheitというタイトルで、「すべてのドイツ人は、VereinおよびGesellschaftを設立する権利を有する」と規定する²⁾。重要なのはこの3つの用語の意味内容である。日本語にいかにか表現するかであるが、ここでは、一応Vereinigungsfreiheitを「結社の自由」、Vereinを「社団」、Gesellschaftを「組合」と訳しておく³⁾。そうすると、基本法は「結社」即ち「団体」を上位概念として、その下に社団と組合を位置付けていることになる。

ところでドイツ語のGesellschaftは、「社会」、「組合」、「会社」、「社交界」等広い意味を持つ概念であり、1語でもって日本語化するのは難しい⁴⁾。法律上もGesellschaftは、民法（BGB）では組合の意味で用いられ、株式法（Aktengesetz）、有限会社法（GmbH-Gesetz）及び商法（HGB）では会社又は商事会社の意味に用いられている。したがって、単純に日本法の組合概念及び会社概念と同列に見ることは出来ない。

ドイツ民法は、まず最初に法人（juristische Person）の種類を、社団（Vereine）、財団（Stiftungen）及び公法上の法人（juristische Personen des öffentlichen Rechts）の3種類に分け、次に、社団（Verein）を「非経済的社団＝非営利社団」（nichtwirtschaftlicher Verein）（BGB21条）と「経済的社団＝営利社団」（wirtschaftlicher Verein）（BGB22条）に分類する。このような基準に従えば、会社は社団に分類され、社団のうちの経済的社団に分類されることになる。そうすると、基本法が考えるGesellschaftの範囲は、ここでは会社を除いた団体、すなわち広い意味での組合的な団体を意味すると考えても良いであろう。

(2) ドイツ民法上の法人

ドイツ基本法がVerein（社団）の設立を保障しているのを受け、ドイツ民法は、この社団が法人格を取得することも法人格のないままでいることも自由である、という立場をとる。社団性が認められることと法人格が認められることは別の問題であり、それは個人の自由であるとする。法人格を取得したい社団は、民法の規定に従って社団としての一定の実体を形成し、登記をした場合にのみ承認される（BGB20条、21条）。実体を備えて

はいるが登記に至っていない場合は、「権利能力のない社团」(nicht rechtsfähige Vereine)として組合扱いとなる(BGB54条)、と規定する。法人格を認めるかどうかは国家や行政権力に権限はなく、民法の規定に従った要件を具備している限り当然に認められる。準則主義の当然の帰結である。この社团登記(Vereinsregister)は、区裁判所(Amtsgericht)において行われるが(BGB20条、21条)、裁判所が審査するのは登記申請に提出される定款(Satzung)の記載事項と添付書類(BGB57～59条)であり、これらの書類の内容が不備であるか社团構成員(社員)が7名未満である場合(BGB56条)は、裁判所は理由を付して申請を却下しなければならない(BGB60条)。この場合、裁判所には書類については形式的な審査をするだけで、単に定款の目的が公序良俗に違反しているかどうか(例えば、テロや犯罪行為目的)の実質審査権があるのみである⁵⁾。

法人格が認められることの意義は、権利能力(Rechtsfähigkeit)を取得することにある(BGB20条、21条)が、如何なる実体を備えた場合に権利能力主体にふさわしいかについては、民法は明言しない。しかし、前述した裁判所が登記申請を却下する場合(BGB60条)のケースを反対解釈すれば、民法56条ないし59条の要件を満たすことが社团の実体を充足することになる、と解釈できる。

そうすると、社团の要件は

- ① 社員が7名以上であること(BGB56条)、
- ② 定款を作成し、そこに、社团の目的・名称・住所が記載されていること(BGB57条)、
- ③ 定款には、社員の加入・脱退の定めその他、社員の出資(Beiträge)の有無及び額、理事(Vorstand)の設置、社員総会の招集、招集の方式、決議の議事録に関する規定、が記載されていること(BGB58条)、
- ④ 申請書類に定款の原本と謄本、理事就任承諾書の謄本が添付されており、かつ定款には7名以上の社員の署名と、書類作成日の記載があること(BGB59条)、となる。

以上を要約すれば、社团の実体の構成要件は、

- ① 7名以上の社員(構成員)の存在、
- ② 定款が作成されており、目的、名称、社員の入・退社等の内容が明確であること、

③ 場合によっては、社員が出資をしていること、

④ 理事（代表）が存在すること、

の4つである。なお、社団の設立に際しては7名以上の構成員が必要であるが、法人が存続するための社員数は3名であり、2名以下になった場合は、裁判所は職権で法人を解散させることが出来る（BGB73条）。その構成員の数を把握するため、裁判所の要求があるときは、理事は構成員の数を正確に証明する必要がある（BGB72条）。

ドイツ民法は、機関（Argane）として、Mitgliederversammlung（社員総会）とVorstand（理事会）の2つを用意する。Vorstandを我が国の民法の用語法に従って訳すと理事会となり、会社法流に訳すと取締役会となる。ドイツ法は、民法と会社法で用語の使い方に区別がない。その他の機関として、例えば、社団と重要な利害関係のある者によるBeirat（評議会）を置くことができる⁶⁾。

(3) ドイツの商法及び株式法上の会社

わが国と異なり、ドイツ法は早くから、会社を株式（Aktien）の発行が可能な会社と発行不可能な会社の2つに分ける。株式の発行が認められる会社には、株式会社（AG=Aktiengesellschaft）と株式合資会社（KGaA=Kommanditgesellschaft auf Aktien）とがあり、これは株式法（Aktiengesetz）で規制する。他方、株式の発行が認められない会社には、合名会社（OHG=Offene Handelsgesellschaft）と合資会社（KG=Kommanditgesellschaft）の2種類があり、これは商法（HGB=Handelsgesetzbuch）が規制する。商法上のこの2つの会社を商事会社（Handelsgesellschaft）といい、この商事会社の他に、商法は、匿名会社（stille Gesellschaft）を認める。日本法では、「匿名会社」といわず、「匿名組合」として理解され、契約の一種として商行為に分類されている（商535条）が、ドイツ法では会社の種類に分類されている。この場合のドイツ語のGesellschaftを、会社と訳すか又は組合と訳すかは検討の余地があるが、わが国では、ドイツ語のstille Gesellschaftを「匿名組合」と訳し、匿名組合契約であると理解するのが通例である。この他、有限会社法（GmbHG=Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung）があり、そこで有限会社（GmbH）の制度を認める。民法のところでも述べたように、ドイツ語のGesellschaftの語の使い方はこ

のように非常に多様である⁷⁾。

このように会社の種類を分類したあと、ドイツ法は、株式法と有限会社法により設立された会社には法人格を認めるが、商法上の会社には法人格を認めない。商法上の会社は、民法上の組合（Gesellschaft）の規定が適用される。そこで、法人格の認められる会社のことを物的会社（又は資本会社）（Kapitalgesellschaft）といい、法人格の認められない会社のことを人的会社（Personengesellschaft）と表現するのが一般的である。その意味するところは、法人格の認められる会社では会社の財産（物）に信用の基礎が置かれ、法人格の認められない会社では構成員の人的信用（人）に基礎が置かれるというものである。わが国と比較すると、ここに大きな違いがあることが分かる。この法人を運営する任務を負うのが機関（Organe）であり、機関は法人内部の意思形成を行い、その意思を外部に対して実現する機能を有する⁸⁾。

ドイツ株式法は、機関として株主総会（Hauptversammlung）、取締役（会）（Vorstand）、監査役会（Aufsichtsrat）の3つを置く。Vorstandは、取締役又は取締役会の意味であり、これは合議制（Kollegialprinzip）の意思決定機関である⁹⁾。この取締役は、監査役会によって選任されるが、ドイツ法独特の共同決定法の規制を受け、監査役メンバーは、原則として株主の代表と労働組合の代表の半々の人数で構成される。株主の代表は株主総会で選出されるのは当然であるが、労働者代表は労働組合から選出されてくることになる。

(4) ドイツ協同組合法上の協同組合

ドイツの協同組合法（Genossenschaftsgesetz）は¹⁰⁾、戦前の日本の産業組合法の母法であり、その意味では今日でもわが国における影響は大きく残っている。したがって似ているところもあるが大きく異なるところもあり、簡単に同列に見ることは出来ない。例えば、ドイツ協同組合法は、協同組合に関する統一法典であることである。以下、その団体性を中心に見ることとする。

ドイツ協同組合法（2006年改正前）1条1項は、二段構成になっており、最初に「構成員を限定せず、共同の事業活動によりその構成員の産業又は経済を助成することを目的とする」「団体Gesellschaft」のことを「協同組合

Genossenschaftである」と定義し、そのようなGesellschaftとして「貸付信用社団Vorschussund Kreditvereine」等7種類の「Vereine社団」を列挙していた。次に、このようなGesellschaftは、「登記協同組合 eingetragene Genossenschaft」の権利を取得し協同組合法の適用を受けることが出来る、と規定する。つまり登記した協同組合だけが、協同組合法の適用対象になる、とする。1つの条文に、Gesellschaft, Genossenschaft及びVerein 3種類の単語が出てくることにまず注意する必要がある。最初のGesellschaftはわが国では「組合」ではなく「団体」と訳され¹¹⁾、ドイツにおける解釈上も、協同組合Genossenschaftは社団Vereinであると理解されている¹²⁾。そうすると、ドイツ法上の用語使用は、Genossenschaft協同組合=Gesellschaft組合=Verein社団となり、3種類の用語が同じ性質のものとして理解されていると見て良い。われわれにとっては分かりにくい用語の使用方法であるが、これがしかし概念の正確な使用方法なのかもしれない。

ところで現行規定によれば、協同組合を設立するには、3名以上の構成員（4条）が発起人となって定款を作成し（5条～8条）¹³⁾、組合員の中から理事及び監事を選出する（9条）。選出された理事が管轄裁判所の協同組合登記簿に登記の申請をする（10条）。組合は登記されて初めて法人格を取得し、同時に形式商人（Formkaufmann）となる（17条）¹⁴⁾。ドイツ法上は、登記をする／しないは組合の自由であるが、登記をしない限り法人格は取得できない。したがって、未登記の状態にある協同組合に対しては、民法上の組合に関する規定か又は組合が行った商人活動については商法上の合名会社の規定が適用されることになる¹⁵⁾。

協同組合の定款には、事業目的、破産の場合の組合員の責任額、組合員総会、組合員の出資額（持分）等が記載されなければならない（6条、7条）。そして登記の申請には、この定款の他、組合員名簿、理事・監事の選出議事録等が添付される（11条）。これらはいずれも公示されなければならない事項でもある（12条）。

なお、協同組合の設立の場合と同様、組合員が3名以上存在することは組合の存続要件でもあり、組合員が3名未満になったときは、6週間以内に取締役が届出をしない場合、裁判所は職権で解散を命じることが出来る（80条）。この数は、民法の法人の存続要件と合わせたことになる（BGB 73条1項参照）。株式会社の場合と同様、協同組合においても機関概念を

採用し、社員総会、取締役（会）及び監査役会からなる。しかし株式会社の場合と異なるのは、次の点である。協同組合は、原則としていずれかの検査団体に登録しなければならず、その検査を受けることになる（54条）¹⁶⁾。

(注)

- 1) 法律学特に公法の領域では、Anstaltを営造物又は公共の施設を示す意味で用いることが多いので、ここでWeberが定義付けている原文の意味とは異なる。
- 2) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S.1)
- 3) 条文から明らかなように、ドイツ基本法は、このVereinigungsfreiheit（結社の自由）とVersammlungsfreiheit（集会の自由）をそれぞれ9条と8条に分けて規定する。
この点でわが国の憲法とは規定の仕方が異なる。
- 4) 高田敏・初宿正典編訳「ドイツ憲法集」第3版 信山社 2001年、213頁は、Vereinigungsfreiheitを「結社の自由」、Vereinを「社団」、Gesellschaftを「団体」と翻訳している。Gesellschaftを「団体」と訳すと、本文で見たように、Verbandの意味での団体とどのように区別すべきかが問題となる。またその場合、社団と団体の上位概念を何と表現するかも問題となる。SteinのStaatsrechtを翻訳した浦田賢治によると、Freiheit der Vereinigungを「結社の自由」、Vereinを「社団」、Gesellschaftを「会社」と訳しているが（ドイツ憲法、早稲田大学比較法研究所 1993年、189～190頁）、Gesellschaftを「会社」とするのは狭きに失する。ちなみに、日本国憲法の英文訳を見ると更に混乱してくる。英文訳では、憲法21条の「結社」をassociation, 20条の「宗教団体」をreligious organization、28条の「勤労者の団結する権利」をright of workers to organizeとあり、ドイツ語のVereinigungに相当する語としてassociationを、Verein及びGesellschaftに相当する語としてorganizationを充てている。語源の解釈や実際の使われ方から見ていくと、一層複雑になってくるであろう。
- 5) Däubler, Wolfgang BGB kompakt 2. Auflage Deutscher Taschenbuch Verlag, Muenchen 2003, S.123
- 6) Däubler a.a.O S.123
- 7) 例えば、テンニース（F.Tennies）の有名な著作である、『ゲマインシャフトとゲゼルシャフト』（Gemeinschaft und Gesellschaft）では、Gemeinschaft（通常共同社会と訳されている）に対する語としてGesellschaft（通常利益社会と訳されている）を位置付けている。この場合のゲゼルシャフトの概念は、合理的な目的を持つ者による契約関係によって成り立つ、会社・組合・社会等を含む広い概念である。商法や株式法等におけるGesellschaftは、日本語表現では、合名会社、合資会社、有限会社及び株式会社では「会社」と訳し、匿名組合の場合は会社ではなく「組合」と訳している。会社表記の極端な例として、ドイツの会社法の教科書をあげることが出来る。「会社法」はGesellschaftsrechtという表題を付けるのが通例である。これを「組合法」と日本語訳することは出来ない。
- 8) Windbicher, Christine Gesellschaftsrecht 22. Aufl. 2009, S.289
- 9) Windbicher a.a.O. S. 290
- 10) ドイツの協同組合法は、正式にはGesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889（1889年5月1日公布の産業及び経済協同組合に関する法律）という。

-
- 11) 農林中央金庫訳「西ドイツの協同組合法」海外資料No.3、1971年、3頁参照。
 - 12) Müller,Klaus Kommentar zum Gesetz betreffend die Erwerbs-und Wirtschaftsgenossenschaften Erster Band (§ 1-33), 2.Aufl.Bielefeld 1991, S. 84
 - 13) 発起人の数は、かつては民法上の社団と同様7名以上必要であったが、2006年に改正で3名以上とされた。その理由は、協同組合の設立を容易にすることにある。設立の際に3名という数に変更されたので、解散の要件もこれにそろえることになった(80条1項参照)。
 - 14) Müller a.a.O S.342 undS. 365
 - 15) Müller a.a.O S.366
 - 16) 詳しくは、拙稿「新会社法における社団性の検討」『青山法学論集48巻1・2合併号』2006年、36頁以下参照。

V. 協同組合の将来…協同組合の潜在能力

(1) 商人の定義及び共済の概念

ところで、最初に判例の検討で扱った商人とは一体何であろうか。つまり商人の概念は何か、である。

- 1) 商法は、商人とは「自己の名をもって商行為をすることを業とする者という」(商法4条)、と定義する。したがって商人であることの要件は、①「自己の名」即ち商号のもとで ②「商行為」をすることを ③「業(なりわい)」とする、という3点である。日本の商法は、商行為をあらかじめ列挙し、その商行為を行う者を商人であるという立法主義を基本的に採用した。これを客観主義(又は商行為中心主義)という。ところが商法501条、502条及び503条で定める商行為では、商行為全てを網羅することはできず、商行為から漏れるケースが出てくる。そこで、「店舗その他これに類似する設備によって物品を販売することを業とする者又は鉱業を営む者は、商行為を行うことを業としない者であっても、店舗等の設備で物品の販売を業とする場合、鉱業を業とする場合も、これを商人とみなす」(4条2項)こととした。これを擬制商人という。こうやって、商行為中心主義ではあるが、その他の場合も商人の概念に含むという立法主義を採用することとしたのである。これを折衷主義という¹⁾。いずれにしても、前述したように、保険は商法502条で列挙する商行為の1つであるが、共済は規定されていない。商法501条及び502条は列挙主義であるから、ここにあげられていない行為は商行為に該当しない。したがって、共済は商行為ではない。

それでは共済の概念は何かである。正確に定義をすることはむずかしいが、次のように仮定義をしておこう。共済の文言上の意味は、共に助け合う意である。したがって共済とは、お互いに出資と共済金を提供して行う相互扶助の保障制度である。

共済と保険は保障の一種であるから、共済と保険が類似するのは当然のことである。しかし、はっきりしていることは、保険は保険者(会社)が発行する保険商品を保険契約者に販売するものであって、それは究極的には株主のためである。会社は保険商品の売主であり、保険契約者は単にその商品の買主であるにすぎない。保険契約者はその商品の消費者であるから、消費者は、自分に合った商品を市場で探した上で購入すれば良い。こ

れに対して共済は、構成員全員で相互の危険等を保障し合うものである。協同組合共済は、形の上では共済団体が共済契約者の立場に立つように見えるが、共済の売主ではない。共済契約者は、共済団体に出資金を支払い組合員になった上で共済契約を締結するのである。社団法上の入社契約が前提になっている。したがって、共済は商品ではなく、また共済という目的物の売主もいない。共済関係を明確にするために共済商品の売買のような外観を呈するが、その本質は入社契約と共済契約があるだけである。共済契約者は、あくまでも協同組合の組合員であり、消費者ではない。

2) 商人に関するドイツ法の制度を簡単に見ておこう。商人に関するドイツ法の立場は、主観主義をとる。これは、あらかじめ商人を決めておく立法主義である。ドイツ商法は1条から6条において必然的商人Istkaufmann、Musskaufmann（1条）、任意的商人Kannkaufmann（2条、3条）、小商人Minderkaufmann（4条）、登記による商人Kaufmann kraft Eintragung（5条）及び法律形態による商人Formkaufmann（6条）の5種類を規定する。ここでは、日本法とは著しく異なることだけを指摘しておき、本稿と関係のある6条の商人を見ておく。6条1項は、「商人に関する規定は、商事会社に対して適用がある」と規定し、第2項で「企業の目的にかかわらず、法律が商人であると規定する全ての社団に」商法を適用する、と定める。この規定を受け例えば、株式会社3条は、株式会社は商業を営業としなくとも商事会社である、と規定し、保険監督法16条は、相互保険社団には商法の商人に関する規定を適用する、と規定し、ドイツ協同組合法17条2項も協同組合は商法上の商人であると規定する。このことから、日本の商人概念の規定の仕方とドイツ法の商人概念の仕方には大きな違いがあることが分かる。もちろん、その結果においても大きく異なる。

3) 次に、相互保険会社は保険という商行為を行うことにより、商人に該当しそうである。しかし相互保険会社の行う営業が、第3の要件である「業とする」に該当するか否かは問題である。通常「業とする」とは、営業するという意味であり、「営利の目的をもって計画的に同種の行為を反復継続して行うこと」である、と解釈されている。また、ここでいう「営利の目的」とは、「法人の得た利益を社員に分配することを主たる目的とする」

ことである²⁾。相互保険会社の保険営業行為は、それ自体は商行為に該当するが、その営業行為は社員（保険契約者）に分配することが目的かというところではない。そのことは前述した。つまり、相互保険組合は、非営利の相互扶助の団体である。ドイツ語のGegenseitigkeitには、相互主義、互惠主義、相互依存の意味がある。したがって、ドイツ保険監督法15条が、「相互扶助の原則により構成員の保障を営む社团は、“相互保険社团”として監督官庁の認可を受けることにより、権利能力を取得する」、と定める規定は重要である。この規定により、相互保険社团は法人格を取得すると解されているが³⁾、より重要なことは、「相互扶助の原則により構成員の保障を営む」ことが相互保険であると理解出来ることである。つまり相互保険の本質は、「相互扶助の原則に基づく保障」であり、その行為主体が相互保険社团である、と解釈できそうである。お互いに助け合う人的結合体であるという理解である。構成員の営利を目的とするものではない。このような保険監督法15条の文言を見ると、ドイツ法の相互社团をわが国に継受した際、当時の立法作業に携わった立法者も、この精神を継受したであろうことは推測できるが⁴⁾、その後の実務はどこを向いていたのであろうか。ともあれ、この点では、ドイツの相互保険はわが国の共済ときわめて類似する保障制度であることになる⁵⁾。

- 4) 前述したように、日本の判例・学説は、長い間、協同組合は商人ではないと理解・解釈してきた。協同組合は商人ではないから、協同組合にも共済協同組合にも、原則として商法の適用や準用はない。商法1条は、原則として「商人の営業」に対して商法を適用する旨規定している。これは原則であるから、他の法律で特別の規定がある場合には、商法が適用・準用されることになる。したがって、保険業法は保険事業者に対して適用されることはもちろんである。また、中協法9条の7の5の規定のように保険業法を準用すると規定している場合には、その限りで保険業法が準用される。しかし農協法や生協法はそのような規定をもっていないから、保険業法の適用・準用の余地はない。しかも、協同組合が商人でないことから、商人の事業を監督するための保険業法の準用は行われるべきではない。

ただし、このような考え方は、協同組合が商人ではないという前提に立つからであって、将来、判例・学説が協同組合の商人性を認める解釈をす

ることになれば、協同組合にも保険業法が準用される可能性がある。したがって、事例分析で検討した通り、協同組合があるときは商人でないとして主張し、あるときは商人であると主張するようなご都合主義をとるようなことはあってはならない。そうしないと、竹内論文で指摘されたように、協同組合もその実質は営利企業（商人）であるから、協同組合にも保険業法を準用すべきである、ということになりかねない。

確認しておこう。協同組合は商人ではない。その理由は、協同組合は営利を目的とする社団ではないことにある。

(2) ICA声明及び国際協同組合年

- ① 日本人は長い間、「勤勉、正直、親切、謙虚、素直、感謝」といった徳目を規範にして生きてきた（富国有徳の思想）。このような生活上当たり前だった徳が、いつから日本人の日常生活において変化したのか、という問題はここでの関心事項ではない。重要なことは、次のことである。
- ② 1995年にイギリスのマンチェスターで開催されたICA創立100周年記念大会は、総会一致で「協同組合のアイデンティティ声明」を採択した。このいわゆるICA声明の重要性は、協同組合の世界ではあらためて述べる必要はない程に評価されている。

声明は、協同組合の定義、価値、原則の3つに分けて規定されているが、そのいずれも意味がある。協同組合の価値は、「協同組合は、自助、自己責任、民主主義、平等、公正、連帯という価値を基礎とする。協同組合の創設者たちの伝統を受け継ぎ、協同組合の組合員は、正直、公開、社会的責任、他者への配慮という倫理的価値を身上とする」ことにある。そうすると、この価値観は、上述した日本人の価値観ときわめて近いことが分かる。

エンロン事件やリーマン・ブラザーズ事件によって、市場経済原理主義なるものが世界経済を震撼させたが、それは資本主義制度のあくなき利益追求の結果であり、株式会社の営利目的が背負う宿命でもある。今日、市場経済至上主義に代わる、「人こそ資源である。人の時代である」といわれるが、それは株式会社の時代に対する反省の声でもある。

- ③ 2012年は国際協同組合年にあたる。これは国連総会が採択したものであるから、国際的に承認された行事である。日本の協同組合人が世界の

協同組合人と協働することは、世界が協同組合を通じて連帯することであり、世界の人々がお互いに理解し合うことでもある。株式会社のあくなき利益追求は、市場競争という名目で世界の富を一部の者に集中する。その結果として格差や貧困をもたらすことはあっても、そこから相互扶助が生まれてくることはない。ところが、わが国の協同組合人は、2012年に「協同組合憲章草案」をまとめた⁶⁾。これは日本のあらゆる分野の協同組合の協同作業による1つの成果である。草案は、前文で次のように述べる。

「経済と社会がグローバル化するなか、世界的な金融・経済危機、大規模自然災害等に際して、協同組合は、地域社会に根ざし、人々による助け合いを促進することによって、生活を安定させ、地域社会を活性化する役割を果たしている」。とりわけ「東日本大震災では、政府による公的支援が遅れるなかで、多くの協同組合が、これまで培ってきた協同のネットワークを活用して、被災住民への支援を積極的に行った。…社会を安定させるためには、自己責任（自助）、と政府の援助（公助）だけでは不十分であり、人々の助け合い（共助）が必要だという社会認識が広まっている」と。

(3) 協同組合の将来

協同組合が商人ではないこと、したがって協同組合は株式会社のように営利を目的とする団体ではないこと、それゆえに協同組合は株主の要求に応じなくても良いこと、協同組合はICA原則のような世界共通の原則や価値を世界の人々と共有していること、協同組合は人を大切にする組織であること、協同組合は人と人の絆を大切にする組織であること、このような性質を持っている。したがって、協同組合の可能性としては、あらゆることにチャレンジできる潜在能力があることである。その際、協同組合は、株式会社を非難する必要もなければ拒絶する必要もない。協同組合自身及び組合員が株式会社、NPOその他の法人制度を大いに利用すること、それらの組織団体と協働することがあっても良い。広い意味での協同組合間協同の実践である。その際気を付けなければならないことは、常に協同組合の原則を忘れないこと、行動基準の前提にすることである。そうすることで、協同組合は、これまでのような事業活動を継続することは勿論である

が、更に進んで、社会福祉事業、医療事業、介護事業、教育事業、地域社会起こし事業、原子力発電に代わる自然再生エネルギー事業等、様々な領域で事業活動を展開するチャンスがある⁷⁾。

グローバリゼーションではなくグローカリゼーション（地域社会に貢献すること）を目指すことも必要である。日本のグローバリゼーションはアメリカニゼーションであったと考えるが、今後は、共済がわが国の固有の制度であるように、協同組合をわが国の文化に基づいた団体制度にすることも出来るのである。

日本の協同組合人は、苦しいときほど知恵を働かせ、苦しいときほど新しいエネルギーを獲得してきたのである。協同組合を今日の姿にまで築きあげ、共済という新しい文化を創造したのである。今後は協同組合憲章草案で提示されているように、まさに「人びとの助け合いの絆を強化し、無縁社会を友愛と連帯の社会に変え、限界集落の増加・人口減少・雇用の不安定などで疲弊する地域社会を活気づけ、食料・環境・エネルギーのテーマに取り組み、持続可能な社会をめざして未来を切り拓くためには、相互扶助組織としての協同組合の発展が不可欠である」⁸⁾のである。

最後に、われわれはotto・フォン・ギルケの次の言葉をもう一度確認しよう。

「人の人たる所以は、人と人の結合にある」(Was der Mensch ist,verdankt er der Vereinigung von Mensch und Mensch.)

(注)

- 1) 商人の立法主義については、坂本延夫・中村建・西川昭・関英昭編著『新現代商法総則・商行為法』嵯峨野書院2006年、18頁以下参照。
- 2) 江頭憲治郎『株式会社法』有斐閣2006年、19頁参照。
- 3) Schmidt,Reimer Versicherungsaufsichtsgesetz München 1977 S.537ff.
- 4) 青谷和夫監修『コンメンタル保険業法(上)』千倉書房1975年、459頁以下参照。
- 5) 石田満『保険業法』文真堂2007年、41頁以下参照。
- 6) 2012国際協同組合年全国実行委員会編著『協同組合憲章「草案」がめざすもの』家の光協会2012年、1頁。
- 7) 内橋克人「いま、なぜ協同組合なのか」家の光協会編『協同組合の役割と未来』所収。家の光協会2011年、30頁は、次のように述べる。「競争セクターの原理は分断と対立と競争。これに対して、『共生セクター』は参加、連帯、協同原理とする。共生セクターが担うのが、ミッション意識を同じくする『使命共同体』である」と。私も同意見である。
- 8) 注6) 文献2頁。