

補章 (I) 協同組合法をめぐる現代的諸問題

ある一定のスタンドの思惟様式が惹起した諸問題は、同一のスタンドの思惟様式によつては解明することができない

(A・アインシュタイン)

目 次

第一節 協同組合の暫定的定義

1. 近藤康男の定義
2. 暫定的定義
3. ICA 定義

第二節 協同組合法人了解をめぐる現代的諸問題

1. 協同組合法人の事業
2. 協同組合法人の新旧タイプ、一般的な協同組合法人観念の成立
 - 2-1. 目的・組合員構成・協同事業
 - 2-2. ガバナンス構造の型
 - 2-3. 協同労働者、剰余処分と従事組合員所得
3. 「新しい経営形態」
 - 3-1. 企業組合法人と雇用関係のない働き方の相互無媒介性
 - 3-2. 企業組合法人の構造変容
 - 3-3. 従来 of 非営利観念と労働者協同組合
4. 仮言的定義の限定的成立とその意義
5. 協同組合法人の根拠法の帰属

第三節 法人、社団、組合

1. 法人論の射程の予備的概観
2. 法人の实在性格
3. 対当関係
 - 3-1. 組合—社団
 - 3-2. 社団—法人
 - 3-3. 協同組合社団—株式会社

現代において協同組合及び協同組合法ということでは何を想定するのか、恰も、石に鉄でもって刻まれているが如く処理されている。だが、協同組合そのものをめぐって多くの論点が提起されている。いわゆる協同組合、ということでは論を進展させることはできない。また、協同組合法についても同様である。そのために、ここで、協同組合及び協同組合法について認識を進展させてゆく嚮導的定義を設定しておかなければならない。

「協同組合の本質」を「独立人格者の自由なる結合」に着目し、その結合のあり方として把握せず、「社会に於いて果たすところの機能」に求める近藤康男の所論を手がかりとして前提的な処理を行なっておく。処理は、だが、近代において成立する社団たる会社組織と関連づけて行なわれることにより、定義が必要な水準で確保され得る。

第一節 協同組合の暫定的定義

1-1. 近藤康男の定義

近藤康男は、『協同組合原論』(高陽書院、第三版増補版、昭和30年)において、「株式会社の株主と協同組合の構成員」との対照性を論じ、株式会社の構成員である「株主は企業資本家としての実力を失い、提供した資本は法人としての会社の財産となり、株主は資本の所有権を事実上失うと同時に、その代償として会社の事業から生ずる年々の利潤に対し……これを請求する権利をもつことになるのである。彼が自由に処分し得るのはこの収益権である」として、まず、株式会社が古典的な資本家のアソシエーションではなく資本のコンビネーションと化している姿を鮮明にする。

「これに反して協同組合に於いては、その構成員の独自性は完全であって、協同組合はその捕捉物たるに過ぎない」。すなわち「株式会社にあってはその株主は単に収益請求権を有するのみで、経営自体に何等関与しないに反して、協同組合に於いては個々の組合員の経済活動を離れてその経営は存在し得ない。かかる関係を協同組合は資本の組織に非ずして人の組織であると言い、或いは特定人格の結合であるという」(29頁)が、「独立人格者の自由なる結合という結合の仕方に於ける特徴は、協同組合の本質を示すものでもなく、他の組合との差を示すものではない。……協同組合の本質はかかる結合のしかたに……あるのではなく、かかる結合を通してそれが今日の社会に於いて果たすところの機能に求めなくてはならない」(30頁)と。

つまり、協同組合は「独立人格者の自由なる結合」という意義で人格のアソシエーションという特徴において資本のコンビネーションとは異なるが、この限りでは民法上の組合と相違するところはなく、ここにその本質を見出すことができない、という。では「協同組合の独自性とその構成員の独自性」はどこに見出されるのか問い、1) 構成員の独立性は組合自身の独立性を妨げるものではないとして、「法人として認められて独立した存在であり、財産を所有し、契約の当事者となっている」(39頁)が、「このことは単なる見かけだけ

であって、組合は結局において組合員に従たる存在である」(40頁)。2) 構成員の独立性は、各組合員が置かれている生産関係、階級関係をそのまま維持した独立性である(38頁)、との結論を導いている。

総資本との関連において協同組合の社会的本質・機能を問う経済学プロパーの論点としての後者の論題は措くとして、前者の理解が問題となる。近藤のターミノロジに照らすと、法人を含め法的上部構造は単なる「見かけ」と観測され、この限りで「組合は……組合員に従たる存在」であると断定される。だが、同様の判断は、それ自体として法主体性を有することのない組合においても成立する。よって、かかる把握は「他の組合との差を示すものではない」ということになり、「協同組合の本質」は「かかる結合のしかたに……あるのではなく……機能に求めなくてはならない」との課題の反復確認に止まる。

社会学的——に認識された——事実存在としての人格的アソシエーション(結合体)は、法的な水準では、組合的団体と法人である社団とに区別され得る。近藤の見方では「法人」そのものが見かけであるので、組合も見かけとなり、よって、双方の区別も見かけとなる。この判断を正当と為すのであれば、協同組合が事実としての人格的結合体を基礎としながらもそれに止まることなく法的結合体を必要とし、法的認知を求めた運動の意味は見出されなくなる。また、社会学的な事実存在に止まる組合において「協同組合の本質」を見出す場合も同様である¹。むろん、結社の自由が法認された時点以降においては、社会学的事実を社会学的事実のままに認識することが可能であるが、それはここでの関心の外にある。

近藤の言う「機能」において識別し得る事柄は、資本会社との対比の水準では、法的には、敢えて検討するに値しない。何故ならば、株式会社も協同組合も共同事業組織として定在するからであり、出資者と出資された団体との間に成立する財産権的關係の内容により問題とされる「機能」は、金利的・投機的な生活者と現実に従事する組合員の要求の満足との相違といった社会学的・経済学的機能水準以上のことを物語らないからである。

したがって、「みかけ」として処理された団体の法的構造に止まって、協同組合とは何であるのかの最初の確認を行なわなければならない。

¹ 大塚喜一郎は、『協同組合法の研究』(平成2年、有斐閣308頁)において「協同組合の実体は組合」とする村橋時郎の説に対し、それは「現行協同組合法の実体には妥当しない」のであり、村橋の見解は「経済学的ないし社会学的考察である」として退ける。肝要なことは、しかし、協同組合の「経済学的ないし社会学的考察」を法的構造に媒介することであり、双方を切断し法的構造それ自体を取り扱うことではない。すなわち、社会学的には同じく共同事業組織である資本会社との「経済学的ないし社会学的」型識別を法構造に媒介したときに、その法構造をそれとして独自かつ独立して協同組合の法構造として認知することができるのである。法人否認説が法人論の主流を占める今、かかる視座がなければ、法律実証主義の協同組合版が亡霊のように生きながらえるだけであり、法制度の発展を主張する根拠も見出しえなくなる。

むろん、論理的には、「組合法」の「実体」という把握は、「組合」の「実体」の把握以上に困難である。真に実在するモノの主体が「実体」であり、その「実体」とは個人か、それとも社会かという唯名論と実在論の圏内に包摂される次元での理解の仕方に囚われたものであるからだ。いずれの「実体」も道具的観念としてののみ有用であるにすぎない。社会学的事実とその法的形式という関係に、双方の「実体」は布置されるにとどまり、事実及び法形式双方において問題となるのは、組合及び法人それぞれにおいて、一人一人の関係、及び、組合員—組合員関係というものである。後者の関係は、だが、組合又は法人に特有の構造として現れ一人一人関係に止まらない。

1-2. 法的次元における協同組合

「組合員に従たる存在」としての組合とは、法的には、文字どおり組合についてこそ言え、社団²であり法人である協同組合について言い得るものではない。社団 (Korporation) 観念は、遠く 13 世紀にインノケンティウスIV世により、ただし、カノンのバイアスのかかった法人擬制説による説明の過誤を犯してはいるが、組合とは別途の法人の器として確立され今日に至っている³。そこでは、団体の運命が構成員の運命 (脱退、死亡) に規定される組合と、構成員の運命から超越し存続する社団とに分かたれている。「超越する」が故に、逆に、加入脱退の自由が始めて言い得ることになる。

確かに、人格のアソシエーションというだけでは、合名会社、合資会社とも区別されない。これらは、株式会社が資本のコンビネーションであるのに対し、資本家のアソシエーションであり、人格のアソシエーションといっても、こういった資本家のアソシエーションを含みこむ観念であるからだ。また、「人格のアソシエーション」という観念に拠ったの

² ここまで、社団とは何かということの規定せずに、社団というコトバを頻出させてきた。今、この段階で、社団とは何かと問われれば、関 英昭が「権利能力なき社団の成立要件」(『久保欣哉先生古稀記念論文集 市場経済と企業法』中央経済社、平成 12 年)において掲げている 4 つの要件つまり 1) 構成員が存在すること、2) 団体の財産が存在すること、3) 機関が存在すること、4) これらのことを定めた規約 (定款) が存在すること(289 頁)、これらを満たす組織と答える他はない。

問題は、1)-2) の組み合わせにおいて示される内部的関係と、3) における対外的・対内的地位・機能ということになる。

³ Vgl. Otto Gierke, Die deutsche Genossenschaftsrecht, Dritter Band, Berlin 1881, SS.246-285.

「今や、ゲゼルシャフトとゲマインシャフトとコルポラツィオンとの対立が把握されることになる。インノケンティウスが初めて *societas* を *societas* の術語を用いた多くの箇所 *universitas* にダイレクトに対置した。*societas* はその構成員の一人の死亡により解散し、*collegium* は一人になっても存続する」(S.285.)。すなわち、*universitas-societas* との対抗を、団体と構成員との運命の相関関係の有無を基準にして社団—組合関係として把握し、かつ、前者を単なる概念存在と解される法的人格と認定した初出がインノケンティウス IV 世であるとギールケは見抜いた。概念存在にすぎない、という認識は、1245 年、リヨン公会議で、教会の破門の可否を巡り破門の為しえざる旨を判旨した教令の冒頭で掲げられアクシオム「*Impossible est quod universitas delinquant.*(普遍的なものに関しては、犯罪を犯す能力はない)(S.344.) より伺える。破門が教会内部でその組織的な危機を伴い、破門の不可を示すために擬制説が持ち出されたについては、拙稿、「協同労働の協同組合における固有権 (3)-1, 2.」『協同の発見』協同総合研究所、第 157 (2005.8.)、158 号 (2005.9.) を参照されたい。

インノケンティウスの了解する社団—組合の関係は前者を法人とするものであるが、これは、社団—組合関係の、それまでのローマ法的理解に立ったときの概念的な不鮮明さが「人格」概念の成立を媒介として明確な区別標識を得て真に対抗関係におかれるに至った、ということの意味する。すなわち、数多にして一なるという *universitas* の観念が成立するには「人格」概念が必要であり、この「人格」概念が擬制として *universitas* に外から付け加わることで、〈社団は法人である〉、というその後の観念が打ち固まる。その逆、〈法人は社団である〉という観念が成立したわけではない。ドイツ法人論は、インノケンティウス以来のこのローマ的了解の圏内に封じ込められたものである。

しかも、バルードスによるカノン法学とロマニステンの教義との総合は、*universitas* における魂の虚無性より「コルポラツィオンにとって、構成員が一人となっても、或いは構成員がゼロとなつてがらんとつても *universitas* の変わることなき存続の可能性が生じる」(S.432.)ことになる。ここに、自然人が存在せず法人のみを「社員」とする一人会社の成立も肯定される論拠が据えられる。

因みに、インノケンティウスの「コルポラツィオン論に、今世紀のサヴィニーと同じ方法で、サヴィニーの理論とインノケンティウスの理論は実質においても奇妙なことに一致する」(S.246.) というギールケの観測に対し、石本雅男が、「法人論における中世的性格」と題し、「中世より彼 (サヴィニーのこと、引用者補記) を経て発展した法人擬制説の底を一貫して流れる一般的主張のうちに更に特殊的類型を区別することを可能」ならしめたサヴィニー理論の独自性の存在を主張 (239 頁) し、中世の団体論に関しギールケとの対照を本格的に行なっている。『立命館 35 周年記念論文集 法経篇』立命館出版部、昭和十年。

では、文字どおりの組合とも区別されない。そこで、アソシエーションという術語により協同組合を把握する場合は、さしあたり、社団に編成された非資本家の人格的アソシエーションという所まで具体化しておかなければならない。

ところが、だが、1901年のフランス・アソシエーション法⁴を知っているわれわれにとっては、フランス法圏とドイツ法圏との区別は念頭に置きつつも、経済的事業を行なうアソシエーションと非経済的事業を行なうアソシエーションとを区別しておかなければならない。したがって、この限りで、経済的事業を目的として社団に編成された非資本家の人格的アソシエーション、という観念を念頭におかなければならない。

しかし、ここでいう「目的」はドイツ法でZweck (BGB第21条及び第22条) という術語で示されるものであり、協同組合にとっても「目的」は、„ein Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist“ という脈絡において語られるものである。しかし、協同組合においては「経済的事業を目的とする」という場合、ここで使われるZweckは、語義的には最終的ゴールを示すZielに該当するZweckではない。たとえば、ドイツ協同組合法でZweckとして語られるのは „Gesellschaften,...welche die Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder....bezwecken.“ (「組合員の産業又は経済を促進することを目的とする組合」) という脈絡においてである。すなわち、「組合員の産業又は経済の促進」がZweckつまり達成されるべき目的であり、この達成手段としての事業対象・性格が上記の「経済的事業を目的とする」という文脈での「目的」Gegenstandに当たる⁵。そして、かかるGegenstandがZweckによる規定を被ることにより、「経済的事業を目的とする」という文言は、「経済的事業を目的としない」 „dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist“ というBGB第21条の規定に親和する「営利を目的としない」との文言で置換されることになる。したがって、かかる規定性を前提としたときに、「経済的事業」を営業として把握しても問題はない⁶。商行為概念の要素としての利益の配分を目的としないからである。すなわち、利益の配分が為されるとしても、それは、ここでいう目的つまりプライマリーな達成目標ではないからである。

かくして、ひとまず成立する基本的な定義は、営利を目的とせず組合員の諸要求の充足を目的として社団に編成された非資本家の人格的アソシエーション、というものになる。

1-3. 現代における協同組合 (社会的協同組合)

かかる文脈での目的は、1992年のフランス協同組合の定款に関する法律 (以下、フランス協同法) により飛躍的に拡大され、かつ、質的転換を遂げさせられている。そこでは、「組合員の諸要求の満足、組合員の社会的及び経済活動の促進」(第1条3.) という規定が掲げ

⁴ 1901年法については、例えば、森泉 亨、フランス「1901年7月1日法」『青山法学論集』第14巻3号、1972年、161-169頁を参照のこと。

⁵ Zweck, Gegenstand 及びわが国の法的措辞としての「目的」について、星野英一が、第4回公益法人改革有識者会議 (平成16年2月4日) における有識者ヒアリングの折に触れている。

⁶ プロイセン協同組合法において協同組合経営を商人と看做すについての論議、規定を参照のこと。

られるに至った⁷。この目的規定の意味は、極めて重い。協同組合をもって共益団体とする、つまり、組合員（のみ）の利益を実現することにおいて公益的性格の団体と識別し、間接的にその社会的「機能」を理解する時代の終焉を告げるものであるからである。より広い観点からこれをみてみよう。

株式会社等商事会社及び協同組合は、その構成員（社員、組合員）の利益を促進するというかぎりにおいて、その目的・機能は本質的に相違しない。つまり、利益が配当の形式をとるか、人格的諸要求であるのかという決定的相違はあるものの、こういった区別を消去すると、構成員の利益を促進するかぎりでの目的という点で違いはないのである。ところが、フランス法に掲げられた目的規定は、そして、前年に成立したイタリア法（社会的協同組合法）もその機能において、構成員の利益に限定されない社会の利益の実現を組合の事業目的に収納することにより、社団—社員又は組合員関係の圏域に止められていた従来の社団の目的を超えてマルチステークホルダー団体の領域での存在意義を主張・確定するに至ったとあって良いのである（社会的協同組合）。故に、創世記の時代の協同組合と現代の協同組合とは史的連続性と断絶的飛躍の両面において把握されるべきことが要請される。

さて、行論の筋に戻るとして、以下、協同組合に直接にかかわって「人格のアソシエーション」と表記する場合は、ここで限定した意義で使用することにする。

1-4. 伝統的な会社及び社会的企業

20世紀末以来、法人格の相違にかかわらず、社会的目的を有する経済的事業団体に「社会的企業」という呼称が与えられ、営利企業であっても社会的・公共的役割とは無縁であるばかりではなく、積極的にこういった役割を担うことが当然視されつつある。

近藤も確認しているように、久しい以前から、株式会社は組織社会学的事実としては資本のコンビネーションに壊変させられ、この水準で、資本を有する人々の人格的組織つまり資本家のアソシエーションという意義における社団としての実質と機能を喪失してしまっている。他方で、労働者集団は、伝統的に、資本家のアソシエーションによる物的な経営要素として会社法の圏外に放置されたままである。労働者集団は非人格化された経営要素、コスト管理の対象として意味づけられ、近代法において法的存在たりうる人格又は人格的集団には属さないからである。逆に言えば、近代商法の創世記においては資本家集団又はかれらにより委任された機能資本家の直接的な指揮の下で労働の編成管理が行なわれたが故に、資本保有者のみからなる集団を会社として意味づけ、資本保有者のアソシエ

⁷ 1992年の大改正に次いで2001年にもフランス協同法の今本的な改正が行なわれ、92年本文に画期的な構造が挿入された。当該の改正を含む92年法（Loi No. 47-1775 du septembre 1947 portant de la cooperation）の拙訳・解説として、「現代フランスの協同組合法 Note」『協同の発見』第114号（2001.12）18-42頁を参照されたい。1992年法の翻訳の初出は、大谷正夫、フランス協同組合法の研究、「生活協同組合研究」、生協総合研究所、1009/9に所収されたものである。

この第1条の「社会的」促進規定をめぐって、非組合員の促進を協同組合のアイデンティティとしないドイツ協同組合、同外務省は、フランス的な協同組合観念との対立を深め、進行中の欧州協同組合法の成立を阻み、後に、EU第23総局に設置されていた「社会的経済」ブランチの廃止をもたらす。この事情については、拙稿、「EU雇用戦略 Note(1)」『協同の発見』第104号（2001.2.）を参照されたい。

ーションと、その物的機構たる結合資本団体との間の法的なありようを規律すれば充分であったということになる。

だが、資本家のアソシエーションが擬制（形骸と成った社団）となる一方、相当規模の会社経営における意思決定・執行の主体は、資本保有者という企業家集団により雇われる専門的経営者、管理職層であり、かれらがこの経営要素つまり労働者集団に相對している（所有と経営の分離）。こういった社会学的事実に基づく、会社はもはや資本家のアソシエーションとして規律されれば十分な存在ではない。むしろ、その日常生活現象に即し、資本保有者の代理人である経営陣及び労働者集団及び、又は顧客を含めて法的に規律されるものとならなければ——商法改正により術語は削り取られたが——社団としての実質・機能を有し得ないものになっている。この水準の社団は、株主のアソシエーションとしての会社と区別するために企業たる社団（Unternehmenskorporation）、または端的に企業という術語で表記されるべきものである。

端的に言えば、現代の企業とは、資本・経営・労働において異なる人格を諸契機とするマルチステークホルダー型社団たることを社会学的事実とし、その法的媒介としての社団構造を前提として初めて「社会企業」という範疇が意味を持ち、その普及が展望されうる。何故ならば、こういった人一人の集団の契機を内包する「企業」観念を前提とせず、会社というアソシエーションの人格的要素を、依然として、株主のみに見るのでは、M・フリードマンらシカゴ学派が主張するように、社会的・公共的利益の実現をも会社目的とすることは会社利益の侵害として正当にも糾弾されざるを得ないからである。

行論の筋に照らすと、しかし、会社の創世記において観念された「資本家のアソシエーション」というものは、協同組合の組合員との対抗性において意味づけられ、後者の特質を検出する鍵となる。そのために、「資本家のアソシエーション」という術語は、今しばらく保存しておく価値がある。

上記の企業をめぐる問題は、資本結合団体に特殊で特有の問題ではない。協同組合は会社範疇との区別もなされないまま「企業」⁸（Unternehmen, entreprise, enterprise）であるという定義が国際的に掲げられ始めているからである。そして、大規模な協同組合の市場行動も企業一般の性格を帯びており、かつ、そこでの労働者集団は概して物的要素の圏内に封じ込められ⁹ており、こうして協同組合の「企業」性もまた問われる。しかも、こういう脈

⁸ 社会的企業 social enterprise なるものが 80 年代以降欧州で注目され始め、紹介も盛んになりつつある。v.Hélène Clément, Laurent Gardin, Une nouvelle législation pour les entreprises sociales en Europe, Rapport d'étape, Janvier 1999. 拙訳「欧州における社会的企業に関する新しい法制度」『協同の発見』第 112 号 (2001. 10)、113 号 (2001. 11)。社会哲学的分析として、Alain Lipietz, Rapport relatif à la lettre de mission du 17 septembre 1998 adressée par Madame Aubry, Ministre de l'Emploi et de Solidarité. <http://lipietz.net/spip.php?article318>

⁹ 欧州協同組合組合 (ESC: Societas Cooperariva Europaea) 法案が 1992 年案において合意に至らなかった重要な対立点として、同法第 4 条乃至第 8 条に掲げられた共同決定条項が挙げられる。これは、協同組合における理事会の決定に対し非組合員従事者の副次的決定権を導入しようとするもので、協同組合企業におけるマルチステークホルダー型管理構造の設計に繋がっていた。だが、加盟国で合意を見た 2002 年 ESC 法は、当該の仕組について何も記す所がない。すなわち、資本会社の株主に相当する組合員のみのアソシエーションとして協同組合が設計されるに止まったということである。これらの点については、拙考、「EU の雇用戦略～EU の協同組合法制」『協同の発見』第 106 号 (2001. 4)、第 111 号 (2001. 9) を参照されたい。

絡で、共同決定の仕組みを装着する法系における「会社」概念との対照を経ることにより協同組合「企業」の法的存在様式がより鮮明となる。

2. 暫定的定義

考察の基本的土台は、かくして、協同組合をもって、さしあたり、「営利を目的とせず組合員の諸要求の充足を目的として社団に編成された非資本家の人格的アソシエーション(結社)」と理解することによって与えられた。

だが、上の規定は定言的判断に類するもので、論理学からすれば、これは類概念プラス種差によって対象の定義を行なうスコラ的なものである。すなわち、こうして規定される対象そのものが何を基底にして成立するのか、また、歴史的かつ共時的にみて、どのような形態を有するのか、そして、これらがどのような法的形式に媒介されているのか、そしてまた、法形式がどのような歴史的かつ共時的な展開をみているのか、こういったこと的一切を語らない抽象的な規定である。

にもかかわらず、このスコラの定義が経済学的又は社会学的側面と法的側面とを併せもっていることから推し量られるように、それは法的認識にとっての単なる社会学的な対象的存在性格に照らしたものではないことも明らかである。だが、経済学的又は社会学的な範囲の定義を一面で突き抜けているとはいえ、他面で、法的な構造の示唆に止まる。

この定義は、協同組合(法)にかかわる基本的な争点を抱え込んでいる。したがって、今、幾つかの基本的な争点を整理する段に到達した。整理は法的な協同組合像にかかわる。そのために上記の規定に今ひとつの要素を付加し、検討対象をより鮮明しておきたい。

協同組合とは、営利を目的とせず組合員の諸要求の充足を目的として社団に編成された非資本家の人格的アソシエーション(結社)である法人である、と。

しかし、比較考察する資料として想定するが合名会社、合資会社等の人的会社を法タイプとしての協同組合範疇より捨象するので、「非資本家の」という規定は不要となる。

「法人である」と無造作に付加した。協同組合が現実にその根拠法をもたなければならず、かつ、その根拠法によって協同組合ならざる団体が協同組合であると名乗れない(法人タイプ強制¹⁰)が故に、付加したわけではない。経済学的及び法的な理由から法人でなけれ

上記の条項については、See Proposal for a Council Regulation on the statute for a European cooperative society, Official Journal of the European Communities, 21.4.92, No C 99/ 20-21. ECS をめぐるドイツと他の国、とくにラインの南の国々との対立点については、例えば、Eberhard Dürfer, Was sind aus den Genossenschaften in Europa? in: Neue Hallesche Genossenschafts-Korespondenz, Wissenschaftliche Beiträge Bd, 2/2000, Institute für Genossenschaftswesen an der Martin-Luther Universität Halle-Wittenberg, S.17f.

¹⁰ タイプ強制については、つとにH・パウリックが緻密に論理化している。その一端を示すと、こうなる。「立法者は、法的安定性を確保するために、法的に重要な活動構成要件を、その多様な形態性及び変動可能性において法原則により把握する努力を強いられ、抽象化という方法によって法律を労作することに従事」(S.14.)、そのために債務法、婚姻財産法、相続法及び会社法といった法制度において型構成を行なう。とくに会社法の分野では処分の自由が重要な役割を果たし、「ここで、法律は、関係者に一連の典型的な会社(会社タイプ)を自由に使用せ、こういったものの中から関係者は——それぞれに法的、経済的、経営経済的かつ租税の見地にしがたい——利益を実現する上で個々のケースでもっとも目的にかなっていると思われるものを選択することができる」(S.17.)。こういったタイプ選択の自由は契約・組織化の自由の現われ

ば協同組合は立ち行かない、ということに求められる。市場に社会が完全に埋めこまれたというK・ポラーニの歴史区分標識を引き合いに出すまでもなく、家族内部の関係を原則として除外するとして、すべての社会関係が商品=貨幣的關係として成立し、かつ、かかる關係が法主体間の關係に織り込まれる資本主義の時代に、かかる關係の主体、項として登場し、かつ、加入脱退が自由でそれ故に市民が自由にアソシエートする協同組合はそれ自体として社団たらざるを得ず、組合の規模も遙かに超える。故に、同じく社団として資本会社に裝備され保障された法的仕組み、とくに、法人という仕組みを欠いて持続的な事業を行なうことは困難である。ただ単に「アソシエート」しただけでは、つまり即自的な集團としてのみある団体は、法によって定立された会社との間で競合關係に立ち続けることが不可能であるばかりではなく、存立すら不安定になる。

市場經濟においてもっとも重要な制度、信用の關係一つをとっても、それは明らかである。法的団体として信用を供与される会社と、数十、数百の構成員の数多そのままに供与される場合と、信用力(債務償還能力)に雲泥の差があるばかりではなく、債務担保手段が団体において提供されるのと、数十、数百の構成員の数多そのままに供されるのと、根本的に相違する。貨幣の供給者たる債権者の保護を「社会的秩序の維持」という角度から法の名において絶對的に保護する資本制社会では、定立された団体であつてその構成員の責任が有限なものとして設計可能であつても、後者にあつては連帶債務責任が装着されるのは必定である。

法的団体ならざる場合、信用力に不安のある法人の場合がそうであるように、担保は、個人が現実に財物を信用供与者に提供し供与者の支配下に置くことにより、担保足りうる。なぜならば、協同組合に集う零細な事業者を例に取れば、不動産に抵当権を設定することは考え難く、通例は、事業に必要な欠くべからざる生業手段の引渡(商事留置権)という形式をとり、結果、事業そのものが立ち行かなくなる。故に、まずは、對外的に独立の財産・責任主体として構成員に代わつて法主体としての団体が、法人が必要とされることになる¹¹。

その他に、加入脱退に伴う組合の解散、組合契約の新規設定や組合員の全員の名義によ

(S.18.)であるが、「狭義のタイプ選択の自由及び内容上での組織化の自由は、法律で準則が定められるタイプを超えて、實際に、法律で準則として定められていない内容を有する新しいタイプを創る自由を意味しない」(S.19.)のであつて、「立法者が一定の法形式の利用を拘束力をもって定める場合は、タイプ選択の余地はないのである。こうして、タイプ選択の自由に代わつて法律によるタイプの強制が登場する」(S.20.)と。Heinz Paulick, Die eingetragene Genossenschaft, Tübingen 1954.

¹¹ 即自集團としての協同組合が法により定立されたそれ、つまり協同組合法人たらざるを得ないこと理由は、法学の対象範囲から駆逐又は度外視されており、組織社会学、経営社会学又は経営・産業社会学の分野における研究に俟つものようであるが、管見するところ、かかる研究は絶無に等しい。集團の法人化の由縁は、ここでは、資本会社との對抗という事実から機能論的にア・ポステオリに引き出される。シュルツェ・デーリッチュ曰く、「協同組合の出発点は競争ではなく、むしろその反対である。すなわち、資産のない労働者は資本家とまさに競争することができない。したがって、彼らに資本化との眞の競争を始めて可能にしてやることこそ重要である」と(緒言、注12. S.25.)。しかし、これでは、まだ、即自的な集團としての協同組合の必要を述べたにすぎない。協同組合法を求めたシュルツェ・デーリッチュにあつて、即自集團としてある協同組合から、何ゆえに、法律により定立された協同組合とならなければならぬのかは本論で述べた如くである。

る法律行為等、社団ならざる団体の生活律は、継続的な経済的事業団体になじまない。

3. ICA 定義

ところで、一般に、協同組合について ICA（国際協同組合同盟）定義（1995 年採択）、そしてこれを踏まえた ILO（協同組合勧告第 193 号、2002 年採択）定義というものが行きわたっている。法的な角度からの検討を要しないかに思われるが、実定的に掲げられている国（スペイン）もある由である。よって、検討の俎上に上せなければならない。その定義は、英語版を定本として、以下の如く翻訳されている。

協同組合とは、「共同で所有し民主的に管理する事業体を通じて、共通の経済的・社会的・文化的なニーズと願望を満たすために、自発的に結びついた人々の自治的な協同組織」¹² である、と。

この定義は、定本に即して翻訳すると協同組合とは、1) 「人々の自治結社」“an autonomous association” であり、2) 結社に集うその目的は「共通の経済的、社会的及び文化的要求と願いを満たすこと」“to meet their common economic, social, and cultural needs and aspirations” にあり、3) それは、「合同で所有され民主的に管理される企業」“a jointly-owned and democratically-controlled enterprise” を通じてなされる、と 3 つの契機より成る。

“a jointly-owned” を「共同で所有され」と訳さず、「合同で所有され」と訳すのは、法的な意味を限定するためである。何故ならば、共同の事業を営むために出資を行なって経営の継続性を維持することが必要な協同組合において、組合財産に対する各人の持分権が無制限に譲渡でき、分割請求を行なうことができる団体的な統制関係を欠く個人主義的な色彩の共有がここで想定されるはずはないからである¹³。同時に、また、「共同で所有され」という意義で最も団体的統制の強い共有つまり総有関係の成立が認められる場合は、協同組合をもって「権利能力なき社団」と解することになり、“a jointly-owned” は、原語の字義はともあれ「総有され」と訳すほかなくなる。しかし、これでは、法人としての協同組合を論じる前提が失われる。特殊に不分割積立金についてこうした総有説を採る論者¹⁴もいるが、別の次元の事柄であるので今は立ち入らない。

¹² 白石正彦・監修、農林中金総合研究所・編『新原則時代の協同組合』社団法人 家の光協会、平成 8 年、326 頁。堀越芳昭、第三段階の ICA（国際協同組合同盟）原則——その系譜と定義・価値・原則の検討——山梨学院大学社会科学研究所「社会科学研究」第 20 号（1996 年 12 月）279-289 頁に、幾分か異なる訳文の下に定義の解析が行なわれているが、そこで提示されている「核心的な本質的規定」が「人々の結合体」にあるのか「事業体」にあるのか、「両者の関連をどのようにみるのか」という設問は、あまりに抽象的すぎて意味をなさない。ただし、「協同組合の定義においては、本質的な規定に基づいた協同組合の目的と構造を確定することが求められる」というのは同感である。社会学的事実としての「目的」は問うまでもないことであるが、「構造」とは、資本会社が法人として定存することに対比しての「構造」でなければ意味をなさず、故に、法的意味合いでの「目的」が組合員の法的地位に即して具体化されなければならない。

¹³ Industrial Common Ownership（産業共有運動）を 1990 年代より今世紀にかけて展開したイングランドでは、それ以前において文字通りの共有として協同組合所有が把握されていた由であるが、今は、この点に立ち入らないことにする。上記の運動における「共有」は、合有の意味でそのアドヴォカシーらにより語られていた。産業共有法 Industrial Common Ownership Act 1976 の 2 (b) (iii) では、債務の完済後の残存財産を組合員のあいだで配分せず同種の組合又は当該組合の中間支援基金に譲渡する旨、定めている。See The Statute Law Database, Ministry of Justice. <http://www.statutelaw.gov.uk>

¹⁴ 前掲、堀越芳昭、305-310 頁。

第一の契機に「自発的に結合した」“united voluntarily”と、ソ連東欧圏の体制的崩壊後の時代環境にあつて必ずしも必要とも思われない副詞句が添えられている。確かに、これは、今に至るも主として途上国において開発政策の道具として協同組合が使われていることに照らせば意味なしとしないが、先進諸国では僅かに政治的脈絡でのみ意味を有するにすぎず、法的には冗語に等しい。第二の契機に（英語及びフランス語バージョンで）「願い」（ドイツ語バージョンでは、“Vorstellung”とあり、観念、表象として物的な要求と対比されている）という、「要求」と区別する実益がどこにあるのか理解に苦しむ言葉が添えられているが、深く立ち入らないことにする。第三の契機は、普及している訳語によれば、「共同で所有し民主的に管理する事業体」となるが、筆者は「合同で所有され民主的に管理される企業」という訳語をあてることにする。

「自発的に結合した」結社が「民主的に管理される」という、屋上屋を架する副詞句を必要とするとも思われない。この件を捨象すると「合同で所有される企業」となる。それは、フランス語版で《une entreprise dont la propriété est collective》、ドイツ語のそれで „ein Unternehmen, das ihnen allen gemeinsam gehört” となり、意味は同一である。

したがって、もっとも簡明な ICA 協同組合定義は、次のようなものとなる。

「協同組合とは、人々の自治結社であり、合同で所有される企業をつうじて構成員の共通の経済的、社会的及び文化的要求を満たすことを目的とするものである」。

因みに、「経済的」(economic, économique, wirtschaftlich) 要求という場合に、これが何を意味するのか。

「経済」を物質的な財貨の生産・分配・消費の過程・行為と一般的に解し、「生産・分配・消費」に対する要求と解するのか、それとも、より狭く、例えば、フランス協同法第1条に掲げられているように、「一定の財貨又はサービスの製造原価、場合によって販売価格を引き下げる」という脈絡で組合員にとっての「節約」を単に示すものなのか、理解が分かれる。しかし、広義にとっておく。

問題は、大きくいって2点ある。第一に、現代的意義での理念型としての結社は国家からの自立すなわち自治を当然にも前提とするので「自治」を消去しても「結社」の意義は損なわれないので、「人々の自治結社」という規定は人格的結社というにすぎず、協同組合の結社性を具体的に把握するには極度に抽象的である¹⁵。「結社」は、ドイツ語版でいう Vereinigungであるが、これは、Verein (社団) 及びGesellschaft (組合と商事会社) を含む団

¹⁵ この意味で、ICA 原則のうちの第1(公開組合員制度)、第2(組合員による民主的管理)、第4原則(自治と自立)は、協同組合に特有の原則ではないし、「新」原則でもない。結社(社団)の通則であるにすぎない。また、第3(組合員の財務参加)は共同事業形式という平面で想定可能であり、第5(教育、研修、広報)は、営利非営利を問わず社団一般で理念的に要請される事柄である。第7(地域社会への貢献)は非営利社団に属する諸団体について言い得るものである。第6(協同組合間協同)は、国際性をもった組織なればこそ具体性を有する。このような把握に立つと、協同組合原則とは、協同組合のみの原則である、ということにはならない。とはいえ、重要なことは、「結社(社団)の通則であるにすぎない」ということのうちにある。すなわち、近代史において協同組合が一般的結社(社団)に先行したがゆえに、一般的に結社の原則となり得る原則が、協同組合から結社に移植された、ということである。ここにこそ、実は、第7原則が「公益法人」等典型的非営利団体とは異なって協同組合が特有の主体として登場し得る鍵を見出しえる。

体を指し、「人々の結社」という規定から資本結合団体としての株式会社が排除され、合名会社、合資会社は人格結合団体又は人的会社であることにより、この圏内に止まりうる。英仏版はともにassociationであり、英独仏版に共通する意義を探るとそれは「社団」となり、ドイツ語の意義はこれによって限定され、組合そしてその変種である合名会社、合資会社が排除され、社団の圏内に収まる¹⁶。よって、第一の契機の核心は、「自治社団」ということに落ち着く。

第二に、普及している翻訳に沿えば「共同で所有される事業体」(筆者の訳語として、「共同で所有される企業」)という文脈での「共同」所有「企業」は、通常の「共有」団体ならざる「合同」所有つまり合手的共有(合有)の団体である組合 *Gesellschaft* に相即することが明らかになる。この組合観念をドイツより継受した日本についても同様である。

BGB 第 718 条はこの組合を規定する条項であるが、そこでは、「(1) 組合員の出資金及び業務執行により組合のために取得された物は、組合員の共同の財産(組合財産)となる。(2) 組合財産に帰属する権利根拠に基づいて、又は組合財産に帰属する物の破壊、毀損又は撤去の代替物として取得される物も組合財産に帰属することとする」とある。フランス法での *société* は、この *Gesellschaft* に類似する。

ところが、フランス民法第 1832 条では、「組合 *société* とは、それから生ずることのある利益を分配し、又は節約 (*économie*) を利用することを目的として財産又は勤労を共同事業 (*une entreprise commune*) に充てる契約により取り決めを行なう二又は数人により設立される」との定義が掲げられている。これは、組合は共同事業の団体であるが営利団体である旨を定義したものである。この共同事業形式は「共有により家族財産の分散を阻止し、共有財産の運営方式として利用されることが少なくない」と観測されるように、*indivision* (共有) 不分割会社とも *société* は表現される。「利益を分配」することを目的とするという点でこれは商事会社と並ぶ営利団体の仕組であるが、「又は節約を利用する」というくだけは協同組合にとって無縁なわけではない。しかし、ソシエテを協同組合に適用することは、その構造に照らし排除される¹⁷。英国の *Partnership (Partnership Act 1890)* が資本結合体である

¹⁶ 因みに、*association, Vereinigung* を「協同組織」と訳したのでは、定義の体をなさない。定義とは、A は B である、つまり、述語により主語を言い当てる判断形式であるという論理学の初歩に照らすと、定義されるべき対象(A:協同組合)を定義するコトバ (B:協同組織) で定義するという同義反復に陥るからである。

¹⁷ ドイツ法 (BGB 第 709 条) では共同の業務執行について多数決が承認されるが、フランス民法 (第 1836 条) で規約の改正には全員の同意を要し、利益及び損失への持分 (*Anteil, part*) について、ドイツ法では「利益及び損失に対する組合員の持分が (組合定款で) 定められない場合は、出資の種類及び金額を顧慮せず同等の持分」(第 722 条) が掲げられているのに反し、フランス法では「利益における各組合員の持分及び損失に対する分担は、組合資本における持分に比例してこれを決定する」とあり、ドイツの組合と異なる。フランス法における組合員のこういった比例的処遇は、古くはローマ法に遡及させられるが、「組合資本における各組合員の権利は組合の設立時又は組合の存続期間中において組合員の出資金にこれを比例させる」(第 1843 条の 2) という原則を受けたものである。ここからは、営利目的のための共同ということが直ちに知られる。*société* の規定自体からは協同組合による利用可能性が言いが、こういった仕組は、人格的アソシエーションという協同組合の社会学的観念になじまない。

société と共有 (*indivision*) との関係は、奥島孝康『フランス企業法の理論と動態』成文堂、平成 11 年、72-73 頁を参照されたい。

ドイツ法でいう組合とフランス法でいう組合とを比べると、前者が登記を認められないのに対して後者

Company)に対比される人格的結合体たる組合であることも特段言及する必要はないであろう。

ドイツ及び英米の組合は確かに「共同で所有される事業体」に該当する。しかし、ドイツ及び日本では「合手的共有の制約」(BGB 第 719 条、日本民法第 676 条) に服するものとなる。すなわち、「組合員は、組合財産及び組合に帰属する個々の物に対する持分について処分することができない。組合員は、分割を請求する権利を有しない」と。組合は、「共同の目的の達成を契約により定められた方法で促進し、とくに、定められた出資を履行する」義務を組合員が相互に負い(BGB 第 705 条)、かつ、「共有」団体であるが、合手的共有のしにより、対外的には一個独立の財産主体として機能する。

したがって、財産の側面での団体一構成員関係に即してみればドイツ型の組合は「共同所有」の事業体であるが、団体と第三者との関連では出資された物・金銭等は対外的に統一された財産¹⁸として扱われ(例。民事訴訟法第 859 条 1 項 2 段に規定する個別持分に対する執行の不能)、組合それ自体が財産権の主体として機能する合手団体である。すなわち、人的会社の形態をまとう合手的団体も、上記の意味での対外的関連において、また内部的に合手的共有の縛りを通じて構成員に対し独立の機能単位として登場する(BGB 第 124 条)。この限りでは株式会社に典型的なケルパーシャフトの財産構造と原理的に同一であって、こういった合有の観念によって、しかも当該の観念を基底に有する合名会社を念頭において協同組合をもって「共同で所有される企業」となすことは可能である。

しかし、合名会社は組合の形式の限界を超え出ることにはできず、組合自体の財産をもって責任を負い得ないときに、又は直接に無限連帯責任が問われることになる。すなわち、財産権の主体として組合が機能するということは、独立した組合財産の債務責任における自立性を意味しないのである。とはいえ、「共同で所有される事業体」である合名会社のこういった社員の責任の構造が協同組合にとって直ちに不都合である、ということにはならない。そのためであるか否かは判明しないが、協同組合定義を各則的に展開した 7 原則では、組合員の責任の有限性について触れていない。

問題は、第一の契機つまり「自治社団」であることと、合名会社という「組合」形式とが相即しえないばかりか、「組合」であるとすれば実務上で多大な困難を来すということにある。加入脱退の自由が認められるということは、新規の加入、脱退に際し、そのたび毎に、論理的には、組合契約が締結されなおされ、かつ、新会社として登記されることを要するからである。また、この煩雑さを回避するために会社の連続性を織り込むとすると、組合員の死亡に伴い組合員の地位の相続という事態が招き寄せられる。

法人としての社団は、ところで、内部的に構成員により合同で所有されるという構造をとらず、いかなる意義においても「共同で所有される事業体」に該当しない。すなわち、組合財産の独立性は債務責任における自立性と相即する。それでは、協同組合法人は、構

では認められ、団体それ自体の権利能力において決定的に相違する。

¹⁸ Lasd. Sarközy Tamás : A Magyar társasági jog Európában, Budapest, 2001, 27.old

成員の身分との関係では社団でありつつ、責任に限定された対外的関係において独立した組合財産の自立性の契機を欠く財産構造を有する団体、すなわち、組合員の第二次的債務責任を装着する社団という点において団体特性を有するものであるのか。本論で見たように、プロイセン協同組合法は、こういった団体特性を与えられるものであった。

ここまでは、訳語の問題もさることながら、現代という時点における定義の不確かさにまつわる。「共同で所有される事業体」に協同組合のありようを見出す限り、構成員の身分関係について社団的規定を立法者が装着すれば協同組合は合名会社として設立されても、なんら不都合ではない、ということになる。実際に、ドイツの合名会社は、半ばケルパーシャフトリッヒな構造を内部的に創り上げることが可能である。果たしてそうなるのか、この意味でプロイセン法の立法過程が細部にわたって再現される意義と価値を有したわけである。

今ひとつ、訳語の問題がある。ドイツ語版で、「合同で所有される企業」、„ein Unternehmen, das ihnen allen gemeinsam gehört“ との文言で表現される件である。Unternehmenには、それがUnternehmung (事業) から、その遂行単位として自立化し、かつ、左様に法的にも把握されるに至った 20 世紀初頭以来、「事業」の訳語は充てられない。これは、社員として合同する者らの合同組織という意義での会社つまり商人のアソシエーションに「実体」があり企業が企業家という言葉に溶融していた——M・チャンドラーの指摘を挙げれば、「企業は、所有者が経営し、経営者が所有した」¹⁹——歴史段階から、companyそれ自体が物的機構として法的に自立化したことを前提とする²⁰。したがって、「事業」に類縁する「事業体」と

¹⁹ M・チャンドラー、鳥羽欽一郎・小林袈裟治訳、『経営者の時代』上巻、東洋経済新報社、1979年、16頁。彼は、特有に「株式が少数の個人あるいは家族の手中に留保されていた」段階で言っているとす。

²⁰ 時のオーストリアの理論動向を反映し、Kamillo Edlen von Ohmeyer, Das Unternehmen als Rechtsobjekt mit einer systematischen Darstellung der Spruchpraxis betreffend die Exekution auf Unternehmen, Wien 1906 につづいて、Oskar Pisko は、Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehr, Wien 1907 において、冒頭次のように述べたことは記憶されて良い。それは、「社員として合同する者らの合同組織という意義での会社」観念から企業観念を分離する試みであり、端的には、「法客体としての企業」観念を提示したものであったからである。これは、「企業それ自体」と揶揄されるラテナウらの「法主体としての企業」論が後に登場しうる論理的な含意となる。K・ポパーの「EはNの情報内容に属するから、非EはNの論理的内容に属する」という有名なテーゼに即していえば、企業自体は法客体であるという立言が為されれば、それは、やがて、「社員として合同する者らの合同組織という意義での会社」ではなく企業自体が法主体であるとの言説を浮上させるからである。

曰く、「企業 Unternehmen という言いまわしは、元来は一定の生業活動又はその外的な現象形態を表示するために使われる同種のその他の諸々の言い回しを日常生活の言葉で再現するものであり、また、その言い回しに本来的意義と並んで今ひとつ別の意義が帰属することになる関連で用いられる立法上での言葉なのである。商業・製造工場・メディア・運送・劇場の事業 (Unternehmung) の所有、譲渡、賃貸、相続、共同所有、用益などが、かかる一語で言い表されている。立法は、経済的取引により創出されるこの種の諸関係を、裁判所が実務において法的保護を与える関係であるかぎり、一部は明白に、一部は個別的な効果に言及し強調することにより、有効な法律行為及び法的関係として承認してきた。(S.1.)・・・したがって、立法が前提としていることは、企業 (Unternehmen) は客体であり、企業の実事実上かつ法的な帰属は、関係者の意思のみによってではなく、企業の強制用益賃貸、強制管理及び破産手続きによる売却といった言及を示しているように、当事者の意思に反して変更され得るのである」(S.3f.) と。

「社会的企業」という、「企業」という言い回しで何を示したいのか、にわかに分明しない術語が我が国で頻用されているが、この問題には立ち入らない。

いう訳語を充てることも相応しくない。しかも、「事業体」という訳語は、それが醸成する中立的な印象の圏内に論者を止め、協同組合と企業との関係、協同組合と商事会社との関係を正面から見据える決断すら回避させかねないものである。

むろん、Unternehmen概念自体はポレミーシュなテーマであって、別途に述べるを得ないほどの巨大な歴史を有するので今は立ち入らない。大著Die werdende juristische Person (1973)²¹をものにした「会社」法のネオ・クラシコであるF・Rittnerの指摘を掲げるに留める。

「法にとっては、企業は、何よりも先ず (P・Giesekeが言う)『レーベンの構成体』つまり経済学的社会的現象として立ち現れるのであって、この現象にともない、当該の法秩序が、いろいろな、とりわけ商法・経済法・税法の観点の下で把握されなければならないのである。『企業』という言い回しは——又は(商)行為、事業といった類義の言い回しは、それが法において登場する場合どこでも同一の意義を有するものでは決してない。むしろ、それは、法領域の個々の諸規範ないし意味連関という意義から説明されなければならない」²²と。つまり、「企業」とは定義され得るものではなく概念の地平で把握されうるものであって、かかる概念をもって、最も抽象的な定義の契機を規定することは不可能という他はなく、イメージは拡散する。そして、西欧とわが国において、社会的企業を同日に論じ得ないしきりとして、共同決定制度の存否がある。

さて、これまでの検討から明らかなように、ICAの協同組合定義及びILO協同組合勧告におけるそれは、協同組合なかんずく協同組合法に接近する有益かつ有用な手がかりを与えるものであるが、第一の契機と第三の契機との符合という点でも問題の多いものである²³。それは、根底において、法的な術語によって構成されたものであるが、社会的な次元での定義に止まり、直ちに、法的な意義で意味づける上では難点がある、ということになる。組合は、組合員のモノ、という意識に相即する規定であるが、モノとして共有されるわけではないからである。よって、冒頭に掲げた定言判断を縮約した規定、「営利を目的とせず組合員の諸要求の充足を目的として社団に編成された人格的アソシエーション(結社)である法人」に依拠して論を進めることにする。だが、ICA協同組合定義を検討した今、上記

²¹ 「企業とは、種々の観点から概念的に把握されるものであり、かつ、機能として規定されうる。法においては、久しく、私法的考察様式が、ことに、商法のそれが際だっていた。すなわち、企業を、相続し、売却し、用益賃貸することのできる『生業』又は『商行為』とみなす考察様式である。かくして連邦裁判所は、かかる場合について、今日ですら「財産的諸対象の総体」としての企業について語り、学説もかようにして形成されている」と。リットナーは、このように、在来のUnternehmenの理解を「事業」の圏域に止まるもので、企業所有者にとって対象的存在として見做されてきたことを指摘する。Fritz Rittner, Die werdende juristische Person, Tübingen 1973, S.282.

²² ders., Wirtschaftsrecht, Heidelberg 1987, S.124. 彼は、「会社」法の新自由主義的擁護者として、とくに、組織社会学を基礎とする T. Raiser の「組織としての企業」論を分水嶺とする現代的な企業法論に対する批判者として登場する。P. Gieseke に濫觴する「会社」的企業把握批判については別に論じる機会があろう。

²³ 2005年のICA・カルタヘナ総会にJohnston Birchallより“Co-operative Principles Ten Years On”と題してICAの価値・原則の批判的考察が提出された。価値は協同組合及び協同組合員のエートスに、原則は、定義から直接に、及び、価値に媒介されて導かれるものであるが、パーチャルは、価値と原則との相関関係の枠内でのみそれぞれを検討するという方法を採用し、結果として、検討の結果が定義に遡及されないままに終わっている。See Review of International Co-operation, Geneva 2005, pp.45-62.

の規定は冗長であり、次のように定義を変更しなおさなければならない。

協同組合とは、「営利を目的とせず組合員の諸要求の充足を目的として編成された社団たる法人」である、と。むろん、ICA 定義における「共通の経済的、社会的及び文化的要求と願いを満たすこと」というアイデンティティ規定の斬新さと革命的な意義は、強調しないわけにはゆかない点である。現代における協同組合運動の力強い発展の源泉もここにあり、それは、協同組合を共益団体という圏域に押し込め続けるものではない。

こういった規定をカバーする協同組合法人論に所論を今一步進めることにする。その手がかりとして上柳克郎の定義を取り上げることにする。

第二節 協同組合法人とは何かをめぐる現代的諸問題

協同組合法人は、(イ) 私法人であり、(ロ) 社団であり、(ハ) その行なう事業によって構成員の事業又は家計の助成を図るものであって営利を目的としない、と考えられてきた²⁴。因みに、成法上では、協同組合はイングランドの「産業節約組合法」この方、概して、二タイプにおいて存する。第一は、農林水産業等の第一次産業分野において事業者のみを組合員としその「産業」の促進を目的とするものである。第二は、生協という消費財の供給を担う、つまり第三次産業分野において地域又は職域区分によって参加資格が制限された消費者たる自然人の取引行為における経済つまり「節約」を促進することを目的とするものである。むろん鉱工業等の第二次産業分野でも第一のタイプのコロラリーとして協同組合が歴史的に存在したが、現在はほとんどその意義を失っている。

さて、私法人であることに異存がない。しかし、社団性 *Körperschaftlichkeit* の点で株式会社のような営業社団とどのように異なるのか、異なるのか、必ずしも明確ではない²⁵。

²⁴ 上柳克郎『協同組合法・工業所有権法』法律学全集、第54巻、有斐閣、1960年、18頁。

²⁵ 社団と組合との区別が昔からいろいろと論じられてきた。奥島孝康編『争点ノート商法I』では、「構成員の個性が濃厚で、構成員が団体を形成する相互の契約によって結合する団体を組合」とし、「構成員の個性が稀薄化しており、構成員が団体との間でそれぞれに構成員となることによって、人が結合するものを社団」という。だが、構成員のかかる個性の濃厚稀薄は「実質的な問題」であって、「構成員が相互に組合契約を結んで結合するか、社団という団体を形成して、そこに入社するかは、形式的な法律行為の違いの問題で……(商法)52条に言う社団とは、形式的な意義の社団を言う」と説明する。法学書院、改訂第三版、1998年、36-38頁。以上の説明は、古くは、『松本先生古稀記念 会社法の諸問題』(有斐閣、昭和26年)に所収された鈴木竹雄「会社の社団法人性」(62頁)に見られる。

上の説明は、分かりにくい。第一に、「構成員の個性が濃厚で」又は「構成員の個性が稀薄化しており」というのは、明らかに、成立した組合又は社団内部における構成員の「個性が濃厚で」あり、又は「稀薄化して」いるのであって、組合又は社団が成立する以前の「構成員」の「個性」を述べたものではないと、瞬時に判断できないからである。団体が成立する以前は、「構成員」という術語が当てられないので、成立した団体内部での「個性」の「濃厚」又は「稀薄化」を言うのであれば、では、それは、構成員相互の間における法的地位・関係の凝集力の濃淡と言う意味であるのか、と問えばそうではなく、団体と構成員との関係における団体の非自立性又は自立性を言い当てる符牒となっているにすぎない。

第二に、「形式的な意義での社団」を説明する上で「社団という団体を形成して、そこに入社する」としたのでは、「社団」とは何かの説明されたことにはならない。論理学では、これを、トートロジーという。主語(社団)に述語(社団)が包摂されているからである。また、「組合同的な結合方式では、その内部的関係が複雑になり(例えば、A・B・Cが組合契約を結ぶと、A・B間、B・C間、A・C間にそれぞれ契約関係が存在することになる)」という説明からは、この契約の相互媒介性において「共同の事業を営む」(民・667)、ものが組合であるとすると、組合員の任意脱退又は非任意脱退という場合に、共同事業を行なう契

非営利性についても、旧協同組合法たる産業組合法には多くの争いがあった。

最初に、企業組合法人によって出資・労働・経営を一体化する仕組をとる労働者協同組合の事業・経営はカバーしきれるとい判断が立法府に残っていることと関連し、一般に協同組合が行なう「共同事業」という文言について触れておく。

1. 協同組合法人の事業

協同組合法人の「その行なう事業」という言い回しは、社団の側面における協同組合と齟齬を来たすものではない。ところで、企業組合という協同組合の特質を規定するにあたり、「企業組合にあつては、企業組合の事業と組合員の関係は、事業協同組合等におけるそれのごとく、別個の活動をするのではなく、組合員の活動は直ちに企業組合の事業活動」²⁶であるという指摘がある。

組合員が「組合の事業活動」に従事する、ということは、紛れもなく企業組合は社団であるというにすぎない。ところが、組合員が「組合の事業活動」に従事することをもって事業者が創る——「事業協同組合等」という中には農協、漁協等も含まれる——協同組合に対し企業組合の特異性を言い立てることが肯じられるのは、協同組合とは組合員の共同

約主体の「個性が濃厚」であるが故に、つまり、組合自体は組合員から自立したものではないが故に、現象的には直ちに組合自体の消滅を帰結させないにしても残存する組合員相互の間での再契約によって本質的には存続すると解する他はない。すなわち、論理的には、組合員の脱退において組合関係は終了すると見るべきであるが、民法は左様な解散事由を設けていない。かかる場合は契約当事者が退出し「契約関係」が、より簡素になつても、「構成員の個性の濃厚さ」つまり組合の非自立性とはかかわりなしに組合が存続するということになり、「実質的な問題」とされる「構成員の個性の濃厚さ」をこの場合に論じる実益はない。

鈴木においても「団体を、成員間の契約関係により結合するものと、団体対成員間の関係すなわち社員関係によって統合するものとに分ち」として、すでに「団体対成員間」と、「社員関係」によって「統合」される成員からすれば「団体」の所与的存在・設立を前提として左様な団体と「成員」間の関係質により「社団」を説明するというトートロジーに陥っているが、それとは独立に組合対社団の関係を「団体内における成員相互の関係をいかに処理するか」の形式に関する問題（63頁）であると、半ば正しく指摘する。しかし、この場合でも、契約によって構成員が結合するものが組合であり、社団との間で構成員が社員関係に立つものが社団である、という意味不明な説明に終始する。「いかに処理するか」を導く、組合と社団とを分かち基本的標識が——できあいの感性的事実的所与ではなく、事実の論理的反省的処理の結果として再定立された所与として——与えられてこそ、「形式」に説き及ぶことができる。そうでなければ、法人否認説によってのみ唯一合理化できるただの技術的「処理」におわり、他面で、「処理」は、それこそただの「形式」に終わる。

しかし、翻って、営利社団と協同組合社団の区別は、精々のところ協同組合基準の構造化において、述べられるにすぎない。協同組合社団とは何であるのかが、その本質的属性を構成する原理において論じられたとすることは、上掲書、大塚喜一郎『協同組合法の研究』（平成2年、有斐閣 304-309頁）を除き、寡聞にして知らない。なお、大塚の所説に対しては、本論の第四章で検討に付した。

²⁶ 中小企業庁組織課 編著『中小企業等協同組合法の解説』ぎょうせい、1998年、197頁。この対比は、説得力がある。Aが一般に(a, b)を要素とし、AにA'及びA"が属するときに、A'の属性をa、A"の属性をbと言立てると、A'とA"とはまるで別のものであるかのように印象づけられるからである。因みに、Aは協同組合法人であり、aは社団性、bは組合性であり、A'は企業組合、A"は、その他の協同組合である。

しかし、企業組合の大半の実体は、社団ではなく、法人性は商業帳簿上のおいてのことにすぎない。同、181-182頁を参照のこと。上柳自体も、「大多数の協同組合が、組合員の事業又は家計の独立性を前提として、その助成を図るための事業を行なうものであるのに反し、漁業生産組合及び企業組合は、いわゆる生産組合であつて、それ自体が一個の企業体であり、組合員は組合に加入することによって独立性を失う」（46頁）と区分する。

の事業を行なうものであり、協同組合それ自体の事業を行なうものではないという、法的に言って、社団と対蹠する組合に即して発想したときに限ってである。より正確に言えば、これは協同組合の古典的クリテリウムにすぎない。協同組合が社団として登場するにおいて、組合員の数多性により担われる統一体、その機関が自立的に行為する側面を捨象し、組合員が恰も協同組合の機関を通じて共同で行為するという点に協同組合の存在性格を見出す場合に、「組合員の共同の事業を行なう」という判断が突出して成立するにすぎない。

形式的には協同組合に帰属するものとして、実質的には第 5 の営利会社として扱われ、実際に、法形式において平成 11 年度に大改正された「中小企業団体の組織に関する法律」により法人の解散手続を経ることなく総会議決で営利法人への改組が認められ、かくして制度的な壊変が徹底された企業組合法人の法的構成には多くの問題がある。この検討は、今は措として、当該法人がまったく変貌してしまう以前に想定されていた見方、つまり、協同組合は、それ自体の事業を行なうものではなく組合員の事業を行なうものである、という観念に拘泥し、企業組合は組合自体の事業に組合員が没個性的に挙げて参入する、したがって、普通に言われる協同組合とは違うのだ、とすると、社団としての協同組合の事業対象が著しく限定されるばかりではなく、資本会社との対比が片面的にしか行ないえなくなる²⁷。

協同組合が「行なう事業」つまり共同事業とは、通説を前提として述べるとすれば、協同組合自体の事業に組合員が従事し、また、組合員の共同事業に協同組合が従事する、という二つの側面で語り得るものである。前者は一般に協同組合の社団性を、後者は、協同組合の組合性を証すものであるが、共同事業のいずれかのありかたを突出させ協同組合の事業の共同性を一面的に把握するべきではないし、社団又は組合を規定する上でこの事業のありようを必須の内容とすることは抽象的にすぎる。大事なことは、株式の購入者という出資者の立場において会社との関係で債権者的立場に純化する傾向のある資本コンビネーションと対比して、協同組合では、すでに述べた目的²⁸を達成するために、組合員自体が

²⁷ すなわち、資本会社は、社団として、資本ホルダーの共同事業を遂行し、協同組合は、組合として、組合員の共同事業を行なうものである、と。そして、同じ共同事業組織として、社員又は組合員に対する「最大奉仕」をなし、前者では株主価値の最大化、後者では組合員の要求の最大満足を目的とする、と。前者には社団の仕組が、後者には組合の仕組が装着される、と。又は、前者においては社団の仕組は、無議決株式に見られるように社団性が希薄化し社員は単なる債権者集団に化しつつある反面、協同組合では人格的結束が中心であるためにその仕組は形骸化しない、等々と。

²⁸ 目的について、たとえば、F・ヴィアッカーは言う「一般に、人格的結合体の構造と目的との間には、やはり、事柄の論理的関係が存在する。合手的共有 (societas) は典型的に共同的個人的 (individuell) 利益を追求するものであり、ケルパーシャフト (universitas) は共同的超個人的利益を追求する。蓋し、一身の (persönlich) 目的は、やはり、共同の目的として、同じ意味で (sinngemäß)、(折々の)個人的な (individuell) 人間の集まり (Personenkreis)、まさしく合手的共有を媒介として、かつ、それを目的とすることによってのみ果たされるからである。超個人的な目的は個人の存在と利益を超えて生きながらえるし、また、それ故に、個人の交代を超えて持続する集団つまりケルパーシャフト (又は、出捐者の意思により設立される持続的組織・財団) に信託されざるをえない。まさにそのために一身の目的は、それが数多の者により共同で追及されるのだとして、独立の意思の担い手を必要とせず、独立の団体機関も要しないのである。それは、場合によっては個々の社員の [団体利益と] 衝突する個人的意思に反し貫徹されざるをえない・ケルパーシャフトの超個人的目的と異なるわけである」と。ここでの組合における「共同的個人的利益」、社団における「共同的超個人的利益」との対比は、〈組合員の共同の利益を実現する事業〉と〈社員の個人的利益

共同事業に現実には、労働によって、またはその他の形態で関与する、ということにあり、外形的にそれが組合の事業への従事となって現れるか、組合員の共同事業への組合の関与となって現れるかは、文字どおり現象地平のものにすぎない。そして、こういった区分自体が古典的な発想に立つものとしか言いようもなく、ここに深入りしても意味はない。

共同事業のありよう、かたちに止目すると、こうして、協同組合は、社団性と組合性とを併せ持つ団体である、ということになる。

上述の、ICA 定義にまつわって述べた第2、第3の契機をさらに深く考察するために、ここで労働者協同組合に光をあてて、その協同組合性を問うことにする。

この組合は、共同購入・販売という面で組合員の共同の事業を行なうものではなく、労働の合理的管理及びその実現において組合員に対する促進目的を実現するという特異な構造を有する組合であるために、より根底的な検討を必要とし、かつ、他の協同組合制度と同日に論じられないが故に協同組合の一般性を探求する格好の素材となるからである。

ここで、わが国において汎通的に理解される協同組合というものによったのでは、もはや現代において協同組合を論じることはできないということを示しておきたい。なぜならば、世界史的に、かつ、共時的にみて、類的次元での協同組合は、組合—組合員間で組合の事業を（共同）購入・共同販売の形で利用する関係につきないにもかかわらず、わが国ではかかる関係におけるあり方のみが止目され、協同組合観念の外延に労働者協同組合が包摂されず、結果、内包が内包たりえず、総じて——社団を普遍範疇、経済的事業に従事する社団を個別的団体範疇と設定して言えば——資本会社との対比におけるその特殊性が経済的次元では曖昧となり、かつそれ故に〈資本家のアソシエーション〉又は〈資本のアソシエーション〉対〈人格のアソシエーション〉という抽象の次元においてのみ取り出され、強調され、対比ならざる対比によって処理されているきらいがある。

対比は、特殊の水準では、生きた主体すなわち営利会社における理念型としての資本ホルダーと協同組合に置ける組合員に止目し、営利会社—株主、協同組合—組合員という二項的対立関係において為されなければならないのである。

世界に広く目を転じれば、日本的な協同組合の類的観念もまた、その狭い外延を前提とした限定にすぎないということが氷解する。同様に、「営利を目的としない」という理解もまた、「資本会社との対比」においてではなく、資本会社において想定される営利観念をそのままに前提して、かつ、経済的事業を行なわない団体又は営利を目的としない団体との対照において、つまり、分析的な意味においてではなく感覚的な適用の次元で機械的に処理されてきたにすぎないことも判明する。故に「営利を目的としない」ということは、素朴にも、事業そのものにおいて利益を出さないこと、という感覚と通底しあう。これは、誤った非営利観念として退けられるべきものではなく、非営利観念を、団体特性を超越して無差別的に把握する誤りの素朴な反映にすぎない。

を超越した団体利益を実現する事業）と言い換えられるが、ここに見られる〈組合—社団〉の対比が〈協同組合社団—資本社団〉を組み込んだ上でのものではないことは明らかである。Franz Wieacker, Zur Theorie der Juristischen Person des Privatrechts, in: Festschrift für Ernst Rudolf Huber, Göttingen 1973, S.354.

上で述べたが、日本的な協同組合の類概念の外延に包摂されない法現象は労働者・生産協同組合（労働者協同組合）である。だが、労働者協同組合自体が歴史的に構造的な発展を遂げつつあり、問題は、より複雑になっている。そのために、当該協同組合の構造次元での歴史を示す新旧のタイプについて、まず、一瞥しておかなければならない。

新しいタイプは、同時に、現代という共時的空間において旧タイプの労働者協同組合を含む協同組合の類一種概念の新しい区別も示すものである。すなわち、労働者協同組合の歴史的タイプの発展は、これまでのすべての協同組合を在来型として意味づけることを可能にし、そうすることにより、協同組合を普遍—個別—特殊の層において把握することを要請する。故に、協同組合法人了解をめぐる現代的諸問題は、ここに提示した認識枠組において提起されるものとなる。

2. 協同組合法人の新旧タイプ又は一般的な協同組合法人観念の成立

欧州及び日本において 90 年代の初めから、それまでの協同組合タイプの構造認識によつたのでは把握しきれない、いわば新類型の協同組合が「ラインの南」で登場する²⁹。それは出資・労働・管理を組合員において一体化した労働者協同組合の発展型と把握できる「社会的協同組合」である。したがって、ここに、労働者協同組合をふくめ在来の協同組合を古典タイプとし、社会的協同組合を新タイプと規定することが可能となった。その決定的な相違点は、団体の必須の契機、つまり目的、組合員構成、ガバナンス構造、剰余処分、剰余財産処分秩序において見られる。典型的に整理して言えば、アイデンティティ規定、これを促進する規定及び、さしあたりの言い方であるが、社団諸規定の諸領域で偏差を検出することができる。これらと並んで、古典的労働者協同組合においてすでに登場していた事柄であるが労働法との微妙な接点も見られる³⁰。ここでは、目的、組合員構成、ガバナンス構造の型、協同労働者—剰余処分—非営利観念の連関の一端について触れ、新タイプの新タイプたる由縁を示しておきたい。

旧タイプは労働者協同組合を含め組合員の共同の利益を組合が組合—組合員関係において促進することを目的とし、かつ、単一類型（モノ・タイプ）の組合員を構成員とし、資本

²⁹ イタリアの 1991 年法律第 381 号、フランスの 1992 年法律第 92-643 号等が根拠法となっている。イタリアの「社会的協同組合」については、田中夏子『イタリア社会的経済の地域展開』（日本経済評論社、2004 年）に研究と調査の見事な総合が見られる。フランス法については、緒言、注 37 の拙訳を参照されたい。

³⁰ この問題について今は深く立ち入らないが、雇用関係が認められない労働者協同組合における労働権について 1995 年に ILO 国際労働機関協同組合ブランチで論議が行なわれた。See Final Report Meeting of Experts on Cooperative Law, Cooperative Branch-ILO, Geneva 1996. 邦訳は、拙訳で、「ILO 協同組合法専門家会議」『欧州ワーカーズコープ最新事情』協同総合研究所編、1999 年、190-224 頁。また、2002 年に新たに採択された ILO 勧告「協同組合の振興」を議した 2001 年及び 2002 年において、この問題について発言がなされている。2002 年勧告を分析したものとして、拙稿、「2002 年協同組合勧告分析ノート(1)~(3)」『協同の発見』第 121 号 (2002. 2)、第 124 号(2002 年 10)、第 128 号(2003. 3) があり、(2) は、2002 年 ILC 総会の英仏西文による議事録の全訳であり、2001 年会議での合意内容との正確な異同の検出を行うものであり、その検出作業の前提となった 2001 年 ILC の同議事録の訳文は、「ILO 勧告第 127 号見直し討議(第一次討議)・抄訳(1)~(3)」として、『協同の発見』第 146 号 (2004. 9)、第 148 号 (2004. 11)、第 150 号 (2005. 1) に所収されている。なお、今回の勧告改正の基礎となった文書の一つとして「協同組合の発展のための国連ガイドライン決議案」があり、『協同の発見』第 87 号 (1999.7) に所収されている拙稿を参照されたい。

社団との対比において人格的に修正された統治構造を装着するものであり、その共同の利益は組合員に共通する利益に止まる³¹。そのために、伝統的意義で解される公益に異なり「公益」団体に区分されてきた。

かように区分されてきたが、営利団体ではない証として、「営利を目的としてはならない」との目的規定及び剰余配分の制限が命じられる。統治構造では、資本会社における資本保有を基礎とする累積議決権ではなく、構成員という人格に基づきその平等に基礎を置いた1人1票が原則となる、とされる。しかし、このような水準での資本会社との対抗において、かつ、その否定形式においてのみ、非営利観念及び統治構造を解説する——こういった講学的説明は分かりやすいが——というのでは、協同組合は太陽に照らされた月のように、自立的な仕組を積極的な意義で持つものではないということになる³²。

これは、事物の本性の一端を規定するにとどまる。つまり、A（協同組合法人）はB（営利法人）ではない（規定）としても、一向にA（協同組合法人）が何であるかは伝わってこないのである。すでに処理済のことであるが、資本に対するに人格を導入しても、このかぎりでは、社団と対蹠する組合及び営利を目的しない一般社団の圏域での論議に止まる。すなわち、端的に言えば、人頭割議決権を持ち出しても、それは、組合にも非営利社団、結社にも一般に当てはまるものであって、協同組合の特性をこれ等団体との差異性において示し得るものではない。したがって、1人1票は、協同組合のアイデンティティに属さず、それを促進する仕組に止まる。加入・脱退の自由のほか、この種の特性として言い立てられるICA「原則」についても、上記の団体との対比が必要である。

また、協同組合の法的構造について独自の論議が示されなければ、協同組合法は独自の対象を持ちえず、商法の後追いに終わることになる。その好個の例が、商法の論議の水準に止まる協同組合ガバナンス論である。

³¹ これを象徴する協同組合法の規定は、農協法第8条、消費者生活協同組合法（生協法）第9条にいう「最大奉仕」原則であり、中小企業等協同組合法（中協法）第5条〔基準及び原則〕、森林組合法第4条〔事業の目的〕、水産業協同組合法第4条〔組合の目的〕に掲げられる「直接の奉仕」規定である。中協法以下では、独立の原則箇条として置かれていないが、これらすべての条項において同時に「営利を目的としてその事業を行なってはならない」との禁止命令が記されていることが特徴である。こういった原則と禁止命令との独特な接合的解釈が成立するところに、日本的協同組合観念が示される。

³² こういった片面的で平面的な協同組合の構造観と、ガバナンスにおいて「主権者—代理人理論」、「受託者モデル」、「ステークホルダーモデル」を機械的に並列し、その実際における優劣を論じるロジャー・スピアの組み立て方は通底しあうものがある。そこでは、やや立ち入って狭量的に言えば、法人と組合との区別を前提とするわが国で論外の議論が入り込んでおり、また一般社団と協同組合組合社との原理的差別にも注意が払われていない。致命的なことは、協同組合経営に関心を集中し、資本会社と協同組合との対抗という視角すら見いだされないことである。スピアの所論の紹介は、たとえば、「ヨーロッパの協同組合におけるコーポレートガバナンス」『生協総研レポート』（財）生協総合研究所、No.16（1997）、『生活協同組合研究』（財）生協総合研究所、269号（1998）。

むろん、ここには、ドイツ型社団制度にのみガバナンスの典型を見出す狭い発想ではなく、信託法の法理により、特殊には定款自治に依拠して役員—組合員関係を構成する英米法の見方が示されており、立法論的に眺めれば多くの示唆深い指摘がある。こういった方向への舵の切り替えは、家父長的・規制的な団体法の設計観念の色濃い近代以降現代に至る立法者サイド及びそれを当然視してきたこの国の市民水準における法感覚・観念の批判的克服、市民的自治観念の団体法への反映等の課題を含み持つ。

2-1. 目的・組合員構成・協同事業

対して新タイプは、失業者、無業者、高齢者、女性、無技能者、障害者その他「社会的不利益者」social disadvantaged groupsとされる人々が労働を通じて社会参加する回路として、自ら就労の場を創り上げることがめざし、零細ではあるが資本を持ち寄り起業し、共に経営を管理することを目的とする「協同労働の協同組合」である(アイデンティティ)。非組合員の起業に対する支援(自立支援)、福祉等の社会的サービスの提供に典型的に見られるように、共同事業による利益の充足を組合員内部に限るものではない³³。同時に、この組合では、何よりも特徴的なことにも、労働に従事する組合員(従事組合員)、組合の事業・サービスの利用者、ボランティアワーカー、出資その他により支援者する市民及び公共といった複合的な組合員構成を予定する³⁴。こういった構成からしても、このタイプの組合が、農協等事業者、職能者の協同組合とも、一般的ではあっても共同購入の意思ある者という意味で限定される消費協同組合とも異なることは縷説する必要はあるまい。ここでは、組合員制度は複合的なのである。因みに、これ等のタイプの組合員が同時に二つのタイプを満たすことがないので、混合的組合員制度と称することはできない。

しかし、この複合的組合員制度をやや立ち入ってながめると、直ちに、利益の相反・対抗を見出しうる。例えば、従事組合員と利用組合員との間で、従事組合員とボランティアワーカーとの間で、日常的に組合事業に関係する従事組合員等ワーカー、利用者と、必ずしもそうとは言えない支援者集団との間で、それが見出しうる。よって、形式的な意味で複合的組合員制度と言い当てることができる組合構造は、実質的な意味では多元的組合員

³³ こういった意味での「社会目的」に対しては、ドイツサイドから猛烈な反撃が加えられた。フランスの1992年法に先んじて草案の公表されたEU協同組合(Societas Cooperativa Europae: SCE)規則(Proposal for a Council Regulation on the statute for a European cooperative society, Official Journal of the European Communities, No C 99-17, pp.17-36)には「SCEの定款で別段の規定が掲げられる場合を除外して、SCEは、その事業の便益を非組合員に拡大し、又はSCEのビジネスへの参加を許可してはならないだろう」(第1条6.)との規定が掲げられた。同時に、第9条でSCEは、「別表に掲げられる加盟国の法律の下で設立される2以上の法人によりこれを設立することができる」とされ、その法人形式として、社会的経済と括られる3つの法人すなわち協同組合、アソシエーション(ベルギー、デンマーク等)、共済団体(フランス、イタリア等)が掲げられたことに関してE・デュルファは言う。「(かかる社会的促進という)目的の定式化は、組合員に限って関係する『促進的使命』のためのドイツにおけるこれまでの鉄石の法律から逸脱するものである。……EU規則は『組合員の社会的活動の促進』という意義で、したがって、ただ単に公共経済目的のみならず公益目的の方向で真正の拡大を可能にしようとするものである」(Dürfer, *ibid.*, S.18.)と。

こういった批判は、1) 社会的経済(第3セクタ)という括りは、協同組合を社会政策及び経済政策の手段と化するものであって、その結果として「まったく片面的な性格し・深刻な経済的政治的企業政策的な結末をもたらす行政的等級づけの貫徹」を招くもので、2) そうした場合に産業政策の転換または失政により、制度理論及び制度政策に倣い自らを「公共経済」経営又は「自由な公共経済企業」に位置づけた消費者協同組合及び労働組合企業(Neue Heimat運動)が被った衝撃的な失敗(1970年代)に追隨させられかねず、3) そもそも、ドイツの協同組合運動は社会的市場経済の構成部分として承知されており、「純粋に市場経済を指向し、他社とともに競争場裡に存在する企業」(*ibid.*, SS.5-15.)であるとの歴史認識に由来する。³⁴ 多様な類型の組合員制度を予定した場合に、「協同組合を非協同組合企業と区別する主たる性格の一つは自己同一性の原則である。つまり、組合員は協同組合企業の所有者であって同時に当該の協同組合企業の顧客/供給者又は労働者である、ということである」(p.78.)という組合員の二重性論に拠ったのでは、新タイプの協同組合を言い当てることができない。この二重性論は、フランスで「二重資格の原則」principle de double qualitéとして知られるものであり、この筋から員外取引の禁止の論理が導かれる。理の当然のことであるが、労働者生産協同組合及び消費協同組合には、この員外取引の禁止は適用されない。Vgl. Thoms Fisher, *Die Europäische Genossenschaft*, Münster 1999, SS.60-79.

制度として把握されなければならない。

組合員制度が多元的であるということは、そこで共同の事業による「共同の利益」を語るにおいて、多元性が差異性・対立の契機を既に含むものである限り、モノ・タイプの組合員制度の場合に成立する組合員の「共同の利益」と同日には論じきれない、ということの意味する。つまり、それぞれに異なる構成員の利益が直ちに「共同の利益」とはならないことは明白である。ところが、組合員制度から見れば利益はこのように多元的であるが、他面で、組合から見れば、この組合は組合員間の差異性・対立の契機を残しつつも就労を通じた社会参加・その(利用及び物的な)支援により共同事業を実現することを組合員の「共同の目的」にして設立され、運営されるものである。すなわち、就労機会となる地域社会のニーズに労働を合理的に結合する管理を通じて多角的な組合員の要求を統一するものである。したがって、即自性における差異性・対立は、この意味で組合を媒介にして、したがってガバナンスを通じて「協同の利益」に止揚される回路を必要とする。

別の言い方をしてみよう。「協同労働の協同組合」は、他の協同組合に同じく、組合であると共に社団でもある。まず、この二重性を正面から見据えたときに、この組合そのものにおいて成立しうるであろう「共同の利益」を含みこんだ「協同の利益」を問うる。第一に、組合が組合員自身の労働力を合理的に協同事業化することに従事し、第二に、組合員自身に必要とされる要求のみならずその社会的要求に示される要求の実現に向けた協同事業に組合員が従事し、第三に、かかる協同の事業により組合員(利用者)・非組合員関係において物・サービスの提供等が保証されることにより、直接に(地域)社会のニーズも充足されるということである。したがって、法的な意義における組合として組合員の共時的な「共同の利益」が、そして、これを超える社団として協同組合自体の「協同の利益」及び地域社会・住民にとっての利益もここで語りうることになる。それは、このタイプの組合における中心的テーマが、労働という社会的コミュニケーション手段に、J・ハバースの響に倣えば、市民的公共性に関わるが故である。

故に、この組合は、他の協同組合とは異なり、組合員に対する組合の「最大奉仕」原則という礎で係留されない。すなわち、所属する組合員諸個人の諸要求の満足が何にもまさる必要事として優先し組合の内と外とが区切られ組合を外部に対して封鎖する「原則」は、ここでは、論じる前提を欠くものとなる。すなわち、このタイプの協同組合では、組合の設立・存立目的、つまりアイデンティティは、組合員関係内部に収納しきれないことになる。したがって、この組合は、社会学的にみれば、すでに組合員のアソシエーションには止まらず、地域に埋めこまれたアソシエーションとしての役割を担うことになる。それは多角的組合員制度に表現される地域社会の利益という「協同の利益」を追求する中で組合員の「共同の利益」を形づくるもので、その逆ではない。

しかし、組合員の「共同の利益」つまり従事組合員どうしの相互連帯による「自助」という焦点を曖昧にする場合には、従事組合員自身の経済的自立、文化的ニーズの享受、社会的関心の充足が背景に退かされ、不特定多数の者の利益を担う擬似的な公益法人団体に

変容する。従事組合員の労働を前提とする利用者、従事組合員の労働に金銭その他の手段により支援を行なう人々は、従事組合員の労働の存続、拡大、発展に関心を寄せるのであって、かかる労働の主体を離れ組合自体に抽象的な利益を見出すものではない。したがって、上記の多元的な協同は、従事労働者の労働を光源として放射され、組合は「組合員が共同で負担する協同組合企業を媒介としてナチュラルな産出力を経営管理」し、そうすることにより「組合員の労働力を最大限に産業経済的に利用し・・・組合員自身の労働力を共同して企業的に市場化する」³⁵ ことにおいて組合員を促進しなければならない。従事組合員をかように組合が促進することにより、「協同の利益」を実現する「共同の利益」が保障され、持続力のあるものとなる。すなわち、従事組合員の「共同の利益」の確保を欠くときには、地域社会の「協同の利益」も組合員総体の「共同の利益」も神話となるほかはない。そして、この「共同の利益」の圏内に、物的・精神的要求のみならず、1) 就労機会の保障、2) 労働基本権の尊重、3) 労働の社会的保護、4) 社会的対話機構の確立という 4 つのパイラによって構成されるディーセントな働き方³⁶も当然に包含される。

2-2. ガバナンス構造の型

労働、利用 (のみ)、出資 (のみ) といった組合への参加形式の相違は、「共同目的の共同事業による実現」を古典タイプとは異なった回路で追及せざるを得なくする。すなわち、ここでは、モノ・タイプの組合員間における即時的な対立的な利益の調整のみならず多様な組合員タイプの間における利益調整とその実現とを図る回路として統治構造を設計することを余儀なくされる。モノ・タイプの協同組合にみられる組合的構造によって修正された社団一般の統治構造によるだけでは、かかる利益の調整・実現を行ない得ないことは明白である。こういった視座を欠いて「修正された社団一般の統治構造」を組み込むだけでは、多様な主体からなる組合員制度の意義が発揮されず形骸と墮することになる。この意

³⁵ Volker Beutien, *Genossenschaftsgesetz mit Umwandlungsrecht*, 13. Aufl. München 2000, S.32. ボイチェンの所論の主題は、生産協同組合においては促進任務が疑わしいとする見方に対し、「共同で資金調達され有償雇用をめざす自助」の形態としての当該組合における特殊な促進とは労働力の「最大限の産業経済的利用」にある、とした点で意義深い。しかし、労働力の大量廃棄以外の何物でもないリストラや、就業機会に就く以前に可能的労働力を、マルクス的な意味で道徳的に摩滅させてしまう非就業希望者を生み出している現代の労働市場、就労環境を想定した時に、「組合員自身の労働力を共同して企業的に市場化する」ことに意味がある。しかし、より適切な規定は、「組合員自身が、組合員の労働力を最大限に産業経済的に利用し、組合員自身の労働力を共同して事業化することにおいて自らを促進する」組合、というものになる。

³⁶ 篠原一は、『市民の政治学』(岩波新書、2004年)で「新しい社会運動」に焦点をあて、ドイツのU・ベックらの「内政的近代化論」の新しいバージョンをつくることにしたとして同書を纏め上げたが、ベックらの運動は単に「市民活動」を「婦業化 Hausfrausierung コンセプト」に止めるものであり、「支払いと物質的な生存保障の問題をほとんど気にもかけないという限度でネガティブでもありシニカルでもある」と指摘するJ・ヒルシュの指摘は、当を得ている。Vgl. Joachim Hirsch, *Zukunft der Arbeitsgesellschaft*. <http://www.Labournet.de>. 問題は、ディーセント・ワークというコンセプトが、もはや社会的アパルトヘイトの様相を呈するまでに立っている正規雇用対非正規雇用の深刻な対立の克服を課題とするところにあるように、労働のインフォーマル化を捨象しアンペイドの家事労働を「市民活動」の名の下社会化させることにあるわけではない。かかる「社会活動」が政治的意思形成過程に接続する場合、そこで醸成されるコミュニケーションは生成した状況に対する公共的コミットメントを意味せず、社会問題の「家事」化・内部化に帰着する他はない。就労機会の保障、労働権、その社会的保護及び社会的対話と4つの柱から成る Decent work の概念については、Report of the Director-Genera: Decent Work, 87th Session, Geneva 1999, ILO.を参照されたい。

味で多元的組合員制度として表現される地域社会の利益は、事業のみならず組合内部での運営のあり方を欠いて軽々に語ることはできない。

端的に言えば、多元的な組合員構造を前提としたときには、組合の最高議決機関をその場とする意思決定手続において多数者の支配すなわち民主主義ということで処理できない深刻な問題が横たわる。確かに、従事組合員、ボランティアワーカー、事業・サービス利用者、支援者は、ともに組合員として共益権行使において形式的に等しく処遇される（平等原則）。しかし、量的に少数に止まるにしても、この組合及び組合の事業の存続を日常的に、及び究極において支えるのは従事組合員である。よって、組合民主主義の正統性を損なうことなく働く者の意思をどのように優位させることができるのか（衡平の原則）、という脈絡で「対立的な利益の調整」を含みこんだ統一的な意思形成の問題が登場する。

この意味で、資本会社の対比主題として協同組合を際立たせ、構成員の人格を抽象的に前提としてその特質を1人1票である、とするだけでは形式的にすぎるし、「民主的に管理される事業体」というICA定義を抽象的に前提とするだけでは、上記の「協同」と「共同」を接合する回路の設計を行なうことはできない。同時に、形式的な意義での多数者支配の論理は、従事組合員の、労働権も含むであろう不可侵の権利領域（固有権³⁷）、および、多数決の有効性と正当性の限度の存在、つまり「権利の濫用」abus de droitを制約する先実定的つまり理念的な原則をカバーしきれない。

かかる問題への解答は、しかし、既にその構造において示唆されている。すなわち、多元的な組合員制度に立脚した多元的な意思決定の機会を保証しつつ、それを調整する回路を組み込み、数多にして単一の団体意思を形成するシステムを設計することである³⁸。むしろ、ここで、利用組合員との関連でありうべき後見人問題を除外することとして、一般的に言えば、総組合員中に占める非従事組合員の上限定、団体を含む出資のみの組合員の表決権をどのように設計するのか、という独自の問題が発生する。前者の問題については、たとえば50%以下とするという量的な規制で事足りるにしても、後者の扱いは慎重を要する。出資を行なう目的、意図はともかくも、資本ホルダーとしてのみ組合員であり続けるからである。ここでは、1) 資本ホルダー総体としての組合の総出資金に占める上限及び個々

³⁷ 具体的に如何なるものが固有権に該当するか、株式会社を例にとると、「その権利が株式会社に参加する株主にとってその本質的利益に関するものであるか否かによって決定される」もので「弾力的に固有権をかんがえるべきではないかと思う」と。鈴木竹雄、竹内昭夫『会社法』法律学全集第28巻、有斐閣、1981年、104-105頁。会社法については「具体的な法律的規定により問題の大部分が解決されている現在では、固有権の意義はそれほど大きくない」（同、104頁）とされるが、本稿が対象とする協同組合においては当該の問題は未解決で、その意義は極めて大きい。また、協同組合では「株主の同意がない限り奪うことのできない」権利として固有権を捉え、BGB第35条も「社員の固有権は、その者の同意がないときは、社員総会の議決によって害することができない」とする。

しかし、社員総会という匿名の権力を含め機関権限の濫用問題として固有権を把握する必要がある。特殊に労働者協同組合、社会的協同組合においては、労働力の「最大限の産業経済的利用」において現れる匿名の権力又はそれから独立した執行力と「労働権」との抵触において固有権を構成しなければならない。³⁸ 多元的組合員制度をとるかに見えるイタリア1991年法は、筆者の語法での複合組合員制度に止まっている。対して2001年フランス協同法は、各組合員類型ごとのコレージュ内における票決権の平等、組合水準における1コレージュの最大票決権の上限50%とその下限を10%とするという制限条項によって、多様性の統一を図っている。拙稿、「現代フランスの協同組合法 Note」、緒言、注37.25-26頁を参照されたい。

の資本ホルダーのその上限を設定し、かつ、2) このタイプの総持分 (及び総表決権) が従事組合員の持分 (及び総表決権) を超えてはならないこととし、3) 資本ホルダータイプの組合員と他の組合員との表決権を持分割で配分³⁹し、かつ、このタイプに属する組合員間においてさらに持分割で表決権を配分するか、それとも、1) 組合員タイプ別の意思決定基幹構造を前提とし、この構造の上に総会を想定し、2) 当該総会では従事組合員以外の総表決権を 50%以下とするという多段階的な意思形成過程を想定する⁴⁰か、という選択肢が考えられる。

単純に、協同組合は人格的アソシエーションであるので、組合員はすべて 1 人 1 票であるとする原則に拘泥し、これをそのままに適用するという単純な行き方もある。しかし、これでは複合的な組合員制度の地平に止まり、多元的な組合員タイプを結束する社会的意義が組合員内部で共有されることにはならないであろう。多様性が参加形式の相違という以上に出ず、意思決定・執行・執行監督において多元的に反映されないからである。

いずれの型を採用するかは措くとして、ガバナンスの型においても、古典タイプとは同日に論じ得ない構造が必要とされ、かつ、また、現実実験的に行われていることを確認しておきたい。当然にも、ここでは述べないが、多元性に由来する事柄は総会の仕組みについてのみ問われるのではなく、如上のように組合員の個別タイプ間における衡平の観念に基づく機関編成においても登場する。

こうして、新タイプは、組合員制度の多元化という点で旧タイプと区別されるが、従事組合員の優位性⁴¹において、旧タイプを止揚した型として登場し、他の協同組合と対蹠する。

2-3. 協同労働者、剰余処分と従事組合員所得

この組合における中核であって主体を形成するのは、どこまでいっても、実際に就労する組合員である。この労働者を雇用労働者と識別するために、協同労働者という術語で言い表し、雇用労働と区別するためにその働き方を「協同労働」として語る。

逆説的に思われようが、協同労働者を組合員とし、又はそれを含む協同組合は、営利性のメルクマールとされる「剰余の配分」によって従事組合員の所得を保障する。ここで働く者は、組合契約を結び、又は定款を承認し既定の加入条件に基づく加入手続きを行ない就労する共同同衆⁴²とでも呼ぶべき者である。つまり、他人に雇用されて働き、労働の対価

³⁹ 1992 年フランス協同法はこの方式を採用し、同法により、従事組合員の表決権総数及びポスト配分比率を超えない限度での出資(のみ)の組合員に対する持分割表決権総数及びポスト就任保証規定を掲げた労働者生産協同組合法 (1978 年法第 6 条及び第 14 条) の規定が廃止された。

⁴⁰ この仕組みは、2001 年に新規に補充された SCIC : Société Coopérative d'Intérêt Collectif (集団的利益の協同組合) の規定による 2001 年フランス協同法が、この SCIC について予定する。

⁴¹ 1991 年のイタリアの社会的協同組合法では、組合員従事者とボラタリー・ワーカーの総計中で後者の比率が 50%を超えないこと、という設定を行なっている。フランスでは、の現行生産労働者協同組合法において従事組合員と雇用関係に立つ労働者との比率において前者が 50%を下回ったときに、税法上では、一般営利企業と同様の処遇を受けることになる。

⁴² しかし、このように言ったからといって、それは、ドイツにおける「企業それ自体」論(W.ラテナウ)、フランスにおける「制度理論」(J.パッユッソー)によって駆逐される観念、つまり会社=株主のアソシエーションに対比される水準で、協同組合=組合員のアソシエーションと規定してかかっているわけではない。

を得る従属労働者ではない。しかし、経営剰余を所得の源泉とし恰も給与の如くに支給される者である。よって、「剰余の配分」という脈絡では、資本会社の対比主題として協同組合をその否定的形式でのみ意義づけるコモン・センスに依ったのでは、当該協同組合は非営利団体ではないとの烙印が容易に押されかねない。これは、だが、素朴な法律実証主義的立場からの観念的な判断にすぎない。

ここで、従事組合員の所得形成という面において、在来の協同組合との相違を見ておきたい。これは、成法的観点から生産組合の一般的形式とされる企業組合における従事組合員との違いを確定することによって、より厳密に検討に付され得る。何故ならば、農協、漁協等事業者の協同組合では、今、法的側面を削り落としてのことであるが、集团的な労働関係が存在せず、消費者協同組合を含め協同組合において一般に成立する集团的な労働関係は使用一従属関係に基づくので、ここでの検討対象となりきれないからである。

3. 新しい経営形態

3-1-1. 企業組合法人—経営形態と「雇用関係のない働き方」の相互無媒介性

協同労働 (le travail associé) とは、措辞としてなじみがうすい⁴³。ところが法制官は、占領期に、中小企業等協同組合法 (S.24 年 6 月 1 日公布、法律第 181 号。以下、中協法) で掲げる企業組合の制度設計において、雇用関係のない労働なるものの核心に接近しうる機会を得られたはずである。同法案を審議した衆議院商工委員会で政府委員は「資本と労働が合体」した「新しい経営形態をここに創出しようというような考え方」に立って当該経営を協同組合として構想した旨、述べている。だが、同法は、以来 50 余度の改正を経たものの、企業組合を労働者協同組合として発展させる軌道をたどることなく、先ごろの改正 (H.14 年 11 月 22 日) により成法的意味での協同組合基準すら喪失するに至る。

該委員会で、雇用労働者ではないにしても労働組合法 (中協法と同日採択) 第 3 条の意義での労働者 (賃労働者) との対比において、「新しい経営形態」における労働が何であるのかは明確にされなかった。戦後復興段階における状況に深く規定され、組合員の所得保障及び課税優遇に焦点を当て「給与」所得を無前提に想定したからである。すなわち「企業組合の組合員が組合で働いた場合に受け取る給与に対しまして、勤労所得者の勤労所得とみなしてゆくというような形に……して……企業主体に対する事業税のようなものを排除しておく」。それは「企業組合員はそれ自身において、もうすでに経営者の地位を去って……経営体としては一つであるわけで……税法上の問題として」このように考えられるのだと⁴⁴。

⁴³ “Associated labour and society” は、かつてチトー時代のユーゴスラヴィアにおいて国家及び社会、経営のすべての仕組を規定する観念であったが、ここで、論じる内容は、それとは無縁である。See The associated labour law, Belgrade 1977.

⁴⁴ 第五回国会衆議院商工委員会議録第 13 号四、1949 年、391 頁。昭和 30 年の第 8 次改正で導入された現行の第 23 条 2 にある勤労者所得課税規定は原始法にはないが、この発言が一人歩きして企業組合の設立ラッシュが現出する。当該の規定は、「企業組合の組合員が企業組合の行う事業に従事したことによって受ける所得のうち、企業組合が組合員以外の者であって、企業組合の行う事業に従事するものに対して支払う

所得の扱いは実務の上で重要であるが法技術的処理に止まったこと、及び、「すでに経営者の地位を去った」という組合員の意味づけは、「出資・労働・管理」を組合員において一体化させる働き方の特質に照らした協同組合という発展方向を描きうる可能性をもつものではなかった。「組合員でこの組合に働く方々の給与の上において……(みなし勤労者所得という) 制度をとる」ことで「零細企業をできるだけ高めたい」⁴⁵ (カッコ内の文言は委員会での論議を踏まえての筆者による挿入) という答弁に示されるように、復興段階の経済的、社会的課題に対応できる小企業の競争力の育成、経営改善をめざし、負担の軽い勤労者課税処遇を図ることによりその設立を刺激することが制度設計目的であったからである。雇用関係のない「新しい経営形態」を構想しえても、雇用関係のない労働に着目することはなかったということになる。そして、本質において、組合員が組合との間で雇用関係に立つことがないとしても、社団である組合に加入している組合員は、社団として、非組合員である雇用者との間で労使関係に立つ。つまり、組合員にとって雇用関係がないということは、社団—被用者関係の成立を排除しない。

この限界を反映し、中協法で設計されたものは利用分量配当だけである(法9条、59条)。後に、中協法第8次改正(昭和30年8月2日)により、勤労者所得の規定(法23条の2)が導入されたときには、もはや、労働に従事したことを基準とする配当という観念は歪んだ形でしか規定されえなかった(法59条第3項)。それは、従事分量配当が投下労働時間量に対応する報酬の性格づけを与えられる半面で、かつては組合所得から控除された利用分量配当(に埋没していた「従事分量配当」)とは扱いを異にし、企業そのものの剰余として課税利益とみなされるに至ったからである。ここで、「資本と労働が合体した」働き方を独自に意義づける機会はさしあたり失われたことになる。

3-1-2. 協同労働の協同組合——経営形態と就労形態の相互媒介性

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

自営業者との決定的相違は、協同労働者は、対外的取引において団体の名において、機関に媒介されて登場し、権利を取得し、債務を負担し、訴訟当事者となる、という点にある。すなわち、社団に自己を組織した労働者としてのみ存立する。ここでふさわしい社団は、現在までに開発されている社団の体系からすれば、協同組合となる。したがって、利

給料、賃金、費用弁償、賞与及び退職給与並びにこれらの性質を有する給与と同一の基準によって受けるものは、所得税法(昭和二十二年法律第二十七号)の適用については、給与所得又は退職所得とする」。当該組合員は、従属労働者ではないが賃労働者であるという意味で、労働組合法第3条にいう労働者に符合する。紛争の度に実質的な従属関係の存否なる判断への退行の標がここに据えられる。

⁴⁵ 上掲資料に同じ。

潤配分との関連で協同労働者と仮称された労働者は、ここで、社員権つまり共益権の行使により自益する労働者、自益権の享受を共益権の行使に依拠させる労働者であるとの実質的規定が与えられる。

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

ここでは、しかし、一方で資本維持の規定を欠落させたまま組合員の責任が有限化され、他方で債権者保護という公的秩序の利益を維持する責任が組合に内部化されるということに鑑み、監査制度のありかたが営利企業の場合と比較にならないほど重要となる。営利法人では——最近における商法改正によりすでに、認識としては、理念型となってしまったが——一方でそのガバナンスが資本維持に関する法的統制規定により制約され、他方でマネージメントが——わが国の株式会社のインフレ化を前提とすると、同様に、理念的認識であるが——日常的に証券市場により外在的にコントロールされる。透明な経営、債務を担保する社団責任の確保は、このように、ともかくも客観的に強制されるからである。

労働者協同組合の企業特質を「出資・労働・管理」の三位一体と称する。だが、ここから従事者は賃労働者ではないという印象が得られるにしても、同時に従属労働者でもないという観念を導くことは容易ではない⁴⁶。協同労働者の上記の核心的及び実質的規定が浮上

⁴⁶ 労働法でいう「従属」概念は、使用者—使用人関係において意味づけられる労働者の位置、つまり賃金労働者性の中に埋設されており、従属はかかる労働者に固有の意味づけを行なう社会法的限界の内部に収められている。だが、従属概念自体は、M・ヴェーバーが遺著『社会学の根本概念』（岩波文庫、1972年、78-79頁）で言うように、単なる社会関係か団体かを分かち標識とする、1) 指揮者つまり行政スタッフの存在、その者による団体的秩序の実施又は秩序の強制を目的とする行為の存在、2) 行政スタッフの命令によって指揮された団体員の行為、という団体の社会学的事実に由来するものである。それが労使関係に特殊に織り込まれていることをもって当該の関係において特有に成立するものと解する必要はない。

すなわち、従属概念自体は、秩序に従って行動する人間とそれを強いる人間の存在の故に単なる社会関係と区別される団体に特有の社会関係を内容とするものであり、組合を含む団体において、とくに団体それ自体が機能単位として構成員から自立する社団において汎通的に成立する関係である。故に、現行の労働関係立法は、この限りで、労働者協同組合、社会的協同組合において「従属」する労働者を保護する仕組として意義づけられるかのようであるが、労働関係立法を適用する今ひとつの根本的要件である資本—賃労働関係を欠いていることを看過してはならない。すなわち、社団編成をとる団体に典型的に、かつ、必然的に登場する従属関係は未だ社会学的な次元のものであり、それが労使関係に直接に媒介されて賃労働の形態をまとめて法的に固定化される場合と同質の従属を意味しない。社会学的な次元での従属は共同の目的を合理的かつ持続的に追求する技術的性格のものであり、労働者協同組合におけるかかる従属は自立的な意思の主体が相互の協約として、相互の関係を制約するものとして取り結ぶあり方の現象でしかないからである。なによりもここでは、かかる従属は団体（加入）契約に媒介されて技術的に現象する。

しかし、技術的従属それ自体は、一方で、労使関係にのみ由来する「従属」観念を古典化するとともに、かかる労働者の「従属」を外延に収めることで、当該観念の内包を充実させる機縁ともなり、他方で、労使関係のあいまいさをもって従属の否認を帰結させる法的思考を相対化させる素材となる。

したがって、労働法において「従属」の諸形態を定義することと並んで、「従属」をどのように導出するのか、つまり、「純粋に技術的に優位性を有する」官僚制という社会学的な事実から法規範への媒介が重要となる。この媒介水準において、労働法に示される規範内容は、文字通り一般的な、公正な労働秩序・基準として把握され得ることになる。この筋で、労働者協同組合においても「秩序」・「基準」が尊重されな

しないからである。営利企業よりも峻厳さが必要な統制機構の役割についても同様のことが言える⁴⁷。

3-2. 企業組合法人の構造変容

企業組合は生産協同組合の一般的形式であり、元来は事業者ではなく自然人のみが組合員となれる協同組合とされる。そのために労働者協同組合の設立にあたり企業組合の参照が指摘される。しかし、すでに述べたようにその利用可能性は全くない。企業組合が制度的に労働者協同組合に応用可能なものとなりうるベクトルを完全に喪失したからである。ところで、企業組合には多様な形態があり、事業所集中型（事業者中心型、勤労者中心型）、事業者のみを組合員とする事業所分散型（統合型、単一型）と区分されることがある⁴⁸。これらそれぞれについてではなく法律が予定する理念型としての非事業者たる個人からなる事業所集中型を念頭において論じることにする。このタイプだけは労働者協同組合に使えるだろうという発想だからである。

ベクトル喪失との判断は、平成14年改正で、第一に、当該組合の行なう事業に従事する組合員割合〔従事割合〕が1/2以上に（法9条の11）、第二に、当該組合の行なう事業に従事する者（従事者）の割合〔組合員割合〕が同じく1/3以上に（法9条の11-2）緩和されたということに基づく。因みに、この種の規定は原始中協法において存せず、それ以降の改正の基

ければならないことは論を俟たない。

重要なことは「従属」が発生史的には団体（加入）契約に媒介されて成立するという点にあり、団体契約に規定される「労働関係」の社团的規制のあり方を工夫することにある。

⁴⁷ 加入脱退の自由に依存する経営資本の変動性は、協同組合の価値なるものによってその不安定さが解消されるものではない。不確定資本に由来する危険は、マネジメントに対する日常的で厳格な統制によってのみ軽減される。しかし、家族主義的な日本的結社の結合原理を正面に見据えた場合、市民的原理が「集団の構成員たちを精神的に結合する教義 spiritual indoctrination」（飯塚浩二『日本の軍隊』岩波現代文庫、2003年、249頁）にどの程度まで浸透貫徹しているのかという問題を傍らにおいて統制を語ることは絵空事となる。法治に人治が優先する「結合原理」は協同組合教育により克服され続けなければならない。

⁴⁸ 土本顕「京都の企業組合の経験から『協同』を考える」『季刊・仕事の発見』中・高年雇用・福祉事業団、季刊22（1992）56-61頁において企業組合を4種に分けている。ここでは、その分類に従う。事業所集中型・事業者中心型の大半は、かつては米穀販売組合であり、最近では「自治体とタイアップして事業者が集団化して、まちおこし・村おこしのためにふるさと名産づくりなどをすすめる組合」として注目を浴びている。そのうちの勤労者中心型とは労働者協同組合と性格を一にするもので、事業所分散型には総合化したものと単一型があり、前者の典型として「西陣や友禅という地場産業のなかの賃加工業者」が、後者としてはクリーニング業者が「新鋭機器を導入して協同工場を持ち、店舗経営は組合員が責任をもつて行う」ものであると言う。法制官がデザインしていた企業組合とは、事業所集中型で勤労者中心型にあったことが「企業組合員はそれ自身において、もうすでに経営者の地位を去って……経営体としては一つである」との政府委員答弁から知られるが、現行の法人税法を審議した折の大蔵委員会議録（第48回国会衆議院大蔵委員会議録第25号、22-23頁）からは、さらに踏み込んだ認識が政府委員から開示された。

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

本方向において登場してきたものである。第三に、個人に限られていた組合員資格を投資ファンド等の法人、利用者にまで拡大（法第8条の6）し、従事割合、組合員割合を低めたことと並び、協同で労働する者が創る協同組合の形式的側面を廃した、という点にも求められる。

変質理由として、企業組合の現状の法的追認及び起業ツールとして利用しようとする政策的意図を挙げうる。現状とは、一方で、ミッション駆動型企业ではないので組合員として加入する魅力が小さく、他方で従事組合員が高齢化し就労離脱を余儀なくされ、雇用労働者を抱えなければ事業を継続できないという事態をさす。後者は、雇用が縮小する一方、働き甲斐のある職場を求め仲間と共にコミュニティ・ビジネス分野で起業する動き（マイクロビジネス）が一つの潮流として登場する中で、こういったイニシアチブを企業組合の設立につなげようとするものである。問題は改正意図⁴⁹を超えたところにある。

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

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

第三に、しかし決定的に重要なことは、社会政策的観点を完全に払拭した中小企業基本法の制度改革（H.11）の一環として「中小企業の事業活動の活性化等のための中小企業関係法律の一部を改正する法律」（法律第222号、H.11・12・22）が制定され、その第100条の定めにしたがい、企業組合は法人の解散手続を経ることなく、組合員の議決で株式会社又は有限会社への団体移行が可能になったということである。移行手続の簡素化という評価もあろうが、法人制度上で社団タイプを固定する制度保障が崩れたとも言う。本質的には、「特有な目的に特有な法人を対応させるタイプ強制」に法人体系の内部編成の形式的基準を求めると、その強制の維持が規範によってではなく内部自治に委ねられたということになる。企業組合が営利企業への過渡的形態として一貫して位置づけられてきたことと符合する。

⁴⁹ 平成14年改正のための「中小企業組合法制の課題に関する調査研究」（平成13年度中小企業庁委託調査）、日本アプライドリサーチ研究所、2002年3月、17-18頁。この調査で筆者は独仏調査及び報告の双方を担当した。しかし、仕事おこしをしようとする復員兵、引揚者等の所得保障のための特異な制度として成立した企業組合の仕組みを生産者協同組合に拡張させようとする他の論者と立場を異にする。

協同労働の協同組合法による制度化を求める団体は、「不分割積立金」（という名の基金）を協同労働とならぶ不可欠の制度として想定している。それは、団体の事業開発及び発展を担保する独自財産として意義づけられている。しかし、現行の企業組合を労働者協同組合の根拠法として採用したときに、この種の不分割積立金もやがて簡易な移行議決によりそれが新会社の資本となり、かりそめにも新会社たる法人が解散されれば残存社員の間で分割され個人的に領得される。労働者協同組合が企業組合法人を依拠しうる法人として決して想定できない根本的理由もここにある。

法制度上で企業組合が漁業生産組合、生産森林組合、農事組合法人等の個別的生産組合の一般的形態としての地位を有していることを想起すると、上記の指摘が含意する意味は普遍的で、場合により組合の発展にとって致命的と言える。この種の生産組合において真の発展方向を描き保障するという意味でも労働者協同組合の制度化が必要な所以である。

3-3. 従来の非営利観念と労働者協同組合

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

原始的には現行民法の原案を議した法典調査会第 15 回主査会議事（明治 26 年 11 月 28 日）この方、NPO 法人に至るまで非営利とは剰余を分配しないこと——因みに協同組合法では配分の制限という規定を置く——だという見解が法制官の思考を支配し、一般にかかる見解が牢固として存在し続けている。かかる観念は占領軍当局（GHQ 天然資源局）が深く関与したにもかかわらず曲折を経て成立した協同組合法すべての仕組に具体化されていく⁵⁰。

⁵⁰ 小倉武一・打越頭太郎監修『農協法の成立過程』（財）協同組合経営研究所、1961 にその具体的例を見ることができる。当時は占領中でもあり公式の官報は英文、邦文と 2 種存在した。ところが、その間には看過できない重大な相違が見られる。農協法を題材にとれば、「組合は、その行なう事業によってその組合員及び会員のために最大の奉仕をすることを目的とし、営利を目的としてその事業を行ってはならない」（邦語版法 6 条、『官報』第 6255 号、109 頁）。対する英文官報は「各協同組合の目的は、許可された事業に一致し組合員に最大の奉仕を与えることにあり、かつ、出資金に配当金 (dividends) を支払うことであってはならない」(Official Gazette, 1947, No.492, p.1.) とある。本条の基礎となった GHQ 天然資源局第二次案(英文)に「各々の協同組合アソシエーションの目的は、遂行を許可された事業に合致して組合員に最大の奉仕をすることにあり、出資金に配当金を支払うことであってはならない。かかるアソシエーションは、非営利法人とこれを見なすこととする」(『成立過程』、193 頁) とある。傍点箇所の英文は、The object of each cooperative association shall be . . . not the paying of dividends on invested capital. Such associations shall be considered as non-profit juridical persons.

占領軍当局は、剰余配分一般を営利とみていたわけではなく、出資配当を目的とするか否かにおいて営利性を判断していたことが、ここから窺える。配当が目的ではない限り同法第 52 条にあるように、損失を補填し利益準備金、繰越金への繰入後の配分は制限内で許される。

対する震ヶ関は、「営利を目的」としないという訳語を充て伝統的な営利観念に引き戻している。採択法

経済的事業法人である協同組合は、成法的意義では、概して商品の実現における非第三者取引（組合—組合員間の取引）という点で収支の差額を取得（商人概念の要素としての営利）することを目的とせず、期末剰余を配分しても割戻の手法によるので本来の剰余配分（商行為概念の要素としての営利）に当たらないとされ、営利団体から除外される。対して、労働者協同組合は、主として非組合員と取引を行なう。つまり、組合—組合員間の取引⁵¹により事業を行なうものではない。そして実現剰余を組合員の間で配分する。これに照らせば労働者協同組合は紛れもなく営利団体である。労働者協同組合の非営利性を論じることが本意ではないが、人口に膾炙した素朴な非営利観念、規範的定義としての非営利を照射することで労働者協同組合の組合員概念がより際立つものとなる

ここでは、剰余配分を捨象しないかぎり、協同組合は非営利である、労働者協同組合は協同組合の一つの型である、よって労働者協同組合は非営利団体である、という素朴な三段論法は成立しない。ところで、他の協同組合法では期末における剰余配分を「利用割戻」の技術により商行為観念の要素としての剰余配分には該当しないものとして構成する。労働者協同組合は組合員の労働力を最大限に産業経済的（erwerbswirtschaftlich）に利用する仕組であり、組合員は自己の労働力を共同して事業的に市場化する媒介として労働者協同組合を利用する⁵²。だから、生協、農協等における利用は、労働者協同組合では組合が提供する就労機会の組合員による利用としてあらわれる。

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

しかし、この意味での割戻は現実にありうるし、必要である。それは、期末剰余が実際の事業運営では期首において推計され、現象的には「従事するものに対して支払う給料、賃金」等の形式で前払されるからである。推計に基づく前倒しの支払いであるために、実際の決算において当然にも誤差が生じえ、推計剰余以上の成果が確定した時点で年度末に

律邦文が英文に翻訳されたわけではなく、英文が和訳され、省内でのブラシアップを経て国会に上程されたことは「最大の奉仕」という当時としても奇妙な日本語からも窺える。当時を知る人の話では、作業部会で米軍将兵と日本官僚が双方の文言を互いにチェックしていた由であるが、傍点を付した箇所は同義と評しうるものではない。

⁵¹ 前掲注 44 に挙げた大蔵委員会における政府委員の見解に、協同組合とは組合—組合員取引の仕組であるとの認識が示されている。よって、企業に埋没する企業組合の組合員の働き方は企業—第三者取引に媒介されるので、企業組合が(普通の)協同組合ではないという判断が成立する。同様の説明は中小企業庁組織課編著『中小企業組合等協同組合法の解説』ぎょうせい、1998 年、181, 197 頁等。媒介に本質があるのではなく、組合—組合員関係に本質が求められなければならないからである。とはいえ、それは「事業者たる地位を捨て、勤労者として組合に没入」(上掲『解説』、181 頁) するという類の経営社会学的な関係においてではない。組合—組合員関係における組合員の主観的権利としての謂いである。

⁵² Beuthin, *ibid.*, S.32.

割戻しが行われうる。したがって、論理的には後払いであるが、現象的に前払いであるが故の期末調整がここで必要となる。それは、労働の対価、賃金の期末補正のように映現するにしても、可能な剰余配分の補正にすぎない。だが、この筋でも労働者協同組合は営利団体であるという規定から逃れることはできない。

しかし、労働者協同組合では労使関係が成立しない。他方で、非営利企業とされる他の協同組合では株式会社と——組合の労働者が組合員であるか否かは、事柄の本質と何の関係ももたない——同質の資本・賃労働関係を通じて組合の目的が実現される。対して労働者協同組合は、表見的には、商人概念要素としての営利性及び商行為概念要素としての営利性を共に満たす。この脈絡では、1868年のプロイセン協同組合法この方ドイツで協同組合を商法上の商人、つまり HGB 第 1 条に列挙された営業を行なうという意義での当然商人と規定（産業経済協同組合法第 17 条第 2 項）されてきたことと符合する。

問題は、労働者協同組合が成法上の形式的な根拠に照らし営利団体性要件を充たすものであるという判断を政策的観点から棚上げすることではない。事業の公益性により営利性を消し去るというロジックを使うことでもない。そうではなくて、成法的観念の歴史的限界を念頭において当の基準自体を再検討に付することにある。

営利性は、第一に、非第三者取引か第三者取引かという形式的な区別においてではなく事業目的が収支の差額を狙うこと、射利を狙うものか否かにおいて確認されるべきであり、第二に、典型的には労使関係を媒介として事業が遂行されているのか否か、第三に、出資を権原として事業に実際に従事しないにもかかわらず利益を得るのかどうか、という観点から判断されるべきなのである。

第一は、商法上の商人範疇（日本）又は営業範疇により特定される商人範疇（ドイツ）にかかわり、この点で農業・林業等の原始産業や芸術又は学問的職業が商人範疇から当然にも排除されることを想起する必要がある。ここでは産業の性質や職業もさることながら、第三者取引に射利性を依存させてはいないことが重要である。第二は、非社員たる他者の労働を利益実現の手段とする団体を営利団体とすることである。第三は、第二の要件の裏面をなし、出資を権限とする配当の取得は厳密な意味で私利と呼ばれるに値する⁵³。こういった取得は、株式の配当から企業組合における非従事組合員の出資配当まで多様である。この要件を充たすものを営利団体と呼ぶべきである。

こういった営利団体認定とのかかわりでは、第一に、労働者協同組合は非組合員との取引により営利を得ることを目的 Zweck とするものではない。その事業目的 Zweck は、既述のように、協同労働による仕事の創出であり、協同労働による財貨及びサービスの生産とその提供により組合員を促進することにある。第二に、労働者協同組合は、全組合員による出資・就労・経営を原則とするものである。第三に、出資（のみの）組合員にかかわる問題については次に述べるのでかかる組合員タイプを除外して言えば、剰余配分を労働に従事したことを基準とし、出資を理由とする配分を行なうものではない。これらのいずれに

⁵³ この点は、注 50 で示したが、GHQ 天然資源局の観念は首尾一貫している。

照らしても、陳腐な成法的観点からの判断を措くとして、労働者協同組合が営利企業であるとの了解は成立しない。

もちろん、剰余配分を実務上で恰も賃金⁵⁴であるかのように処理することも可能であるが、それは別の次元の問題であり、協同労働者のエートスを涵養する躰きともなる。しかし、剰余配分を事業者所得として把握することは、上に挙げた第二、第三の要件を欠き、現実の働き方に照らしても形式的にすぎる。ここでは、剰余配分が、資本が資本を産出する運動過程を媒介しているわけではなく、第一の要件つまり組合員の経済的、文化的促進にあることを閑却するものであるからだ。

4. 仮言的定義の限定的成立とその意義

総じて、新タイプの協同組合、「協同労働の協同組合」は、このように、古典的協同組合の法人像に対し多くの新しい問題を投げかける。新旧のタイプに対する上位概念としての一般的な協同組合の法人観念を必要とする所以である。すなわち、ここまでの検討を踏まえると、「営利を目的とせず組合員の諸要求の充足を目的として編成された社団たる法人」との規定はもはや不正確である。「営利を目的とせず」との規定は、資本会社との対比で行ない得るものでもなければ、公益法人等一般非営利法人に対照して為されるべきものでもなく、資本会社と個別水準で対比される特殊性を協同組合が有するのであるとすれば、それぞれの団体における人格に定位して、つまり、資本保有者との対抗において協同組合員を布置することが当然であり、それ故に資本保有者との対抗性において組合員に対し「出資に配当を付することを目的とせず」と改められなければならない。同時に、「組合員の諸要求」を、組合員それ自身にとって不可欠で、それ自身において完結する要求の圏域に止

⁵⁴ この脈絡では、労働者協同組合において労働組合を結成することが法的に認められ得る、という判断が成立するかのようである。昭和23年3月24日の労働基準法解釈通達に照らせば、「共同経営事業の出資者であっても、当該組合、又は法人との間に使用従属関係があり、賃金を受けて働いている場合は、基準法第9条の労働者である」（「基発第489号」）ということになり、また、「企業組合の従事組合員であって、組合との間に、実質的使用従属関係があると認められる者は、労働組合を結成することができるものと解される」（昭和32年の中小企業庁）との判断が示されているからである。肝要なことは1) 従属を法—形式的な使用従属関係に限定せず、かつ、2) 法—形式的な従属を前提とせず、実質的従属を独立のものとして把握していることである。出資者として働く者は、使用（者）—従属（使用人）関係の成立とかかわりなく、賃金を得、かつ、組合との間で実質的従属関係に立つ場合、労働法の保護下に置かれるということである。

実質的な従属の存否の判断基準は、たとえば、安枝英紳・西村健一郎『労働法』（有斐閣、プリマシリーズ16、1999年、31頁）では、「①勤務時間の拘束、勤務場所の指定の有無、②業務遂行過程での指揮命令の有無、③専属関係の有無、④第三者による代行性の有無、⑤仕事の依頼・業務に対する諾否の自由の有無、⑥生産器具、道具等の所有（帰属）、⑦報酬が労務の対償たる性格をもつか否か、などを総合的に考慮して判断すべきである」と。片岡 昇『労働法(1)』（有斐閣双書、2002年、55頁）。「総合的に考慮」するならば、従属の導出（前掲注42を参照のこと）とはかかわりなく、社団たる編成を有する労働者協同組合において従属の成立が言いうる。しかし、これは、注46で述べたように技術的次元のことである。

「賃金」の法的定義は労働基準法第11条に、「賃金、給料、手当、賞与その他名称の如何を問わず、労働の代償として使用者が支払うすべてのもの」をいうとある。「労働の代償」という観念、及び労基法という労働者と対抗関係に立つ「使用者」は、労働者協同組合では存在しない。よって、従属の成立にもかかわらず賃金労働者性を欠いている結果、労働法の適用は排除（前掲注42を参照のこと）され、また、法人税法別表三で従事組合員に賃金を支払う組合を協同組合等から除外とする政策判断は、労働者協同組合には妥当しないことを付記しておく。

ならず、社会的アспектをもった要求として、例えば、フランス法の促進規定の文脈で解されなければならない。

協同組合のこうした現代あり方も古典的な協同組合と並んで協同組合の一類型として意味づけられえるのだとすれば、協同組合の外延は拡大し、結果、内包としての定義は以下となる。

協同組合とは、出資に配当を付することを目的とせず、社会的要求も含む組合員の諸要求の充足を目的として編成された社団たる法人である、と。

しかし、「出資に配当を付することを目的とせず」ということは、出資配当を行なうてはならないという禁止を意味しない。ここで言う「目的」が *Zweck* としての意義での目的であれば、それは営利法人圏内における目的で、そこでは、「出資に配当を付することを目的とする」ものとなる。ところが、この件は、協同組合において剰余が生じた場合に、優先的に、かつ、許される最大限度において「出資に配当を付することは目的」とされず、制限的にそれが許されるということを述べたものである。

したがって、この限りにおいて、出資 (のみの) 組合員を認めることができる。ところが、かかる組合員タイプは、高齢・労災等により就労より離脱した労働者協同組合員に引き続いて組合員資格を認める生産・労働者協同組合法 (フランス,1978 年法律第 78-763 号) に見られたが、この協同組合を特殊類型とするフランスの協同法 (1992 年法律第 92-643 号)——「協同組合のサービスに頼る適格性を有せず、かつ、その事業を利用しない半面に出資により協同組合の目的の実現に寄与することを意欲する自然人又は法人」(第 3-II 条) を積極的に組合員化することにより、株主と協同組合員の相違を際立たせてきた伝統的な「二重の資格原則」⁵⁵ (*principe de la double qualité*) から離脱したとの鋭い批判がドイツサイドより加え続けられている——及び「社会的協同組合」において見られる。端的に言えば、これは「ラインの南」に一般化した制度であり、社会的協同組合を導入したスカンディナヴィア諸国、ベルギー、カナダ・ケベック州に限られる。ドイツについて協同組合法は何も語らない。「自助」という契機を欠く組合員制度であるので、その余地がないからである⁵⁶。

⁵⁵ 「協同組合のサービスに頼る適格性を有せず、かつ、その事業を利用しない」者 (*associés non coopérateurs*: 非組合員協力者) が、投資(=出資)組合員 (*associés investisseurs*) となることは、「(組合員である) 自己を促進する自助制度」として協同組合を了解するドイツ側から、論外の組合員類型となる。同時に、ここに立脚して「社会的経済」、そしてそれに帰属する社会目的の協同組合が批判にさらされる。自助とは、国家からの自立において語られるもので、それは、協同組合を社会政策の用具と為すことに対する批判として現れる。Vgl. H-H, Münkner, *Economie Sociale aus deutscher Sicht*, Marburg 1995. 出資 (のみの) 組合員とかかわって「人頭割議決権」に換えて「持分割議決権」を導入したについての批判として、例えば、Andreas Möhlenkamp, *Die französische Genossenschaftsnovelle von 1992*, Münster 1997, S.94-103.

⁵⁶ 欧州協同組合規則の制定に向けて再び意思を統一した欧州委員会の文書は、その冒頭で、「協同組合は企業である。協同組合は伝統的な投資駆動型会社と同様に山積する問題——集中、グローバリゼーション、組織上及びテクノロジー上の変化、顧客ニーズの変化——に直面している。しかし、協同組合には、その組合員に適正に配分される経済的利益を提供する民主的にコントロールされる組織というその特有の性格に起因する追加的な任務も生じる。

成功する協同組合であるためには、競争の中で己を持し、同時に、利用者志向の、民主的に構造が整えられ、かつ組合員により経営される事業たる特殊の性格を保全しなければならない。成功は、協同組合にすれば、企業それ自身の高い収益性だけを意味するのではなく、(法人又は自然人である)組合員及び、協同

「ラインの北」ドイツの有力な協同組合研究者であるH・ミュンクナーは、協同組合を「可変的組合員及び可変資本をともなう人的な結合体であり、主として、公の登記簿への登録により固有の権利能力を取得するものであって、ここでは資本に奉仕的な役割が充てられなければならない」⁵⁷とする。すなわち、協同組合は、1) 社団であり、2) 登記によって権利能力を取得し、3) 資本が奉仕的役割を演じる、という要素から協同組合の定義が為されたことになる。1) -2) の連関は、通例は法人として事業を行なう、ということの意味する。

彼は、欧州諸国の協同組合法に内在する諸原理として、1) 自由意志の、かつ、開かれた組合員制度、2) 民主的な経営及び管理、3) 経済的成果の公平な分配、4) 積立金の不分割を挙げ、これらは法律で準則として定められる協同組合の法形式に必ずしも依存・従属するものではないとの認識を示し⁵⁸、その結果、1) 大概是法人であり、2) 資本が従属的な役割を果たすにすぎない団体を協同組合として定義するに至った。「従属的な役割を果たすにすぎない」団体として、どのようなことを想定するのか明らかではないが、上記の4点を重ね合わせれば、2) の含意として累積議決権の排除、3) のそれとして、組合事業への参加に応じた「経済的成果」の分配、というものが導かれ得る。

ここには、非営利規定も、組合員の社会的促進目的規定も掲げられていない。むしろ、掲げられていないということは、これらを排除することを意味しないが、協同組合に必須の契機としては見ない、ということの意味する。すなわち、以下で見るように各国の協同組合法の由来、法体系へのその法帰属と発展方向は区々としており、協同組合基準——これすら、掲げない国々もあるが——もその仕組みも様々ではない。これらを価値中立的に眺めれば、上記の内在的標識がかるうじて検出されるにすぎず、そこから帰結する定義もより簡素となることは自明である。

ミュンクナーの定義は、したがって、次のように把握することができる。

協同組合とは、社団であり、組合員を経済的に促進するものであって、往々法人の形式をまとう団体である、と。

彼の定義に照らせば、これまで、詰めてきた類の協同組合定義は、世界のすべてに適用されるものではなく、一定の前提を正当と見做した場合の定義、つまり仮言的定義であるにすぎない、ということになる。しかも、「出資に配当を付することを目的とせず」、とい

組合が事業を行なう（地理的その他の意義での）共同体の物質的及び社会的福祉の増進も意味する」と言う。ここで、資本の集積の必要が暗に、及び、企業としての経営それ自体の収益性向上が明確に言われる。この文書は、言うまでもなく、欧州の協同組合一般を念頭において作成されたものであるが、その内容からすれば、普通企業のありようを制約する仕組みとして協同組合が意味づけられるかのような印象が強烈である。正確には、企業としての組合の射利性と組合員の促進とが同一の水準で衡平に論じられている。See Draft Consultation paper, Cooperatives in Enterprise Europe, Commission of the European Communities, Brussels, 7.12.2001.

⁵⁷ Hans-H Münkner, Selbstverständnis und Rechtsverfassung von Genossenschaftsorganisationen in EG-Partnerstaaten, in: Die Genossenschaft im Wettbewerb der Ideen – eine europäische Herausforderung, Bericht der IX. Internationalen Genossenschaftswissenschaftlichen tagung in Münster, Tübingen 1985, S.87ff.

⁵⁸ ders., Artikel Genossenschaftsgesetze, Internationale, in: Handwörterbuch des Genossenschaftswesen, Wiesbaden 1980, S.840ff.

う判断は、協同組合の資本強化⁵⁹を図ろうとする「ラインの南」において（フランス 1992 年協同法以降）、論じられることはない。この点をソシエテ観念に関連させて次に検討する。

それでは、仮言的定義は、まったく意味をもちえないのか。定言的定義をより厳密にする手続自体は、正当なものであった。しかし、現実には、わが国での立法過程に照らしても、当該の規定は、幻のように歴史の中で揺らめいているにすぎず、この意味で制度的現実を再生できない抽象的な思惟の産物であることは明白である。ところが、この規定は、ミュンクナーの様に法律によって与えられている制度的現実を平均値において抽象したものではなく協同組合のイデアール・テュープスを示すものであるが故に、協同組合制度の法的壊変を把握する認識枠組としての意義を有する。この壊変は、協同組合法の法制度上での帰属とも重なり合いつつ、政治的、経済的、社会的かつ心理的な複雑な諸要因の絡み合いの中で組成されたものである。特にフォーディズム的蓄積体制が機能不全に陥り、既存の社会福祉メカニズムが崩壊する中で協同組合に対し与えられた社会経済的役割を無視してその由来、そして、現に見られる構造への変異を解明することはできない。

さて、この由来及び変異の解明が現代協同組合法の特殊南欧的構造を対象とするものであるかぎり小考の範囲を超えることは確かであり、ここでは法制度上での帰属にかかわって幾つかの論点に触れるに止める。

5. 協同組合法人の根拠法の帰属

ミュンクナーの祖国ドイツの協同組合法は商法の特別法として成立し、フランスのそれは、商法典一可変資本金会社法一協同組合一般法一個別協同組合法という 4 層の法適用関係が成立するものの、これまた商法圏域に帰属する。すなわち、協同組合法は、商人又は商行為を営む法人の特殊類型又は変異態として成立している。

故に、ここでは、偽装（フランス）であれ、立法過程での論争技法（ドイツ、これは、次章で詳述する）として採用されたのであれ、両国及びそれぞれの法圏に帰属する国では、協同組合は民法の傘の下に庇護されているわけではない。

すでに、共同の事業のありようをどのように考えるのかということとの関連で、協同組合が社団性と組合性とを併せ持つ、と述べた。他方で、関 英昭は、F・テンニースの意義でのゲゼルシャフトGesellschaftとゲマインシャフトGemeinschaftに関説し、「ゲゼルシャフト的身体に、ゲマインシャフトの精神を合体させたもの」が協同組合であるとの主張を提示している⁶⁰。こういった見方を皮相に眺めれば、会社に典型的な利益団体を組合において

⁵⁹ フランス 1992 年協同法は、特別利益つきの協同組合持分、無議決権の特別利子つきの持分（優先的協同組合持分）、協同組合投資証明書、組合員のための追加的協同組合持分といった制度を導入し、equity finance の手法が協同組合にとっても既に無縁ではないことを示している。

⁶⁰ 関 英昭は「商法・農協法における機関の改正動向」『生協総研レポート』（財）生協総合研究所、No.42（2004）35 頁で「組合の法的形式は・・・ゲマインシャフト的な経済原理が、ゲゼルシャフト的生活条件に適應せる形態をとって」とのテンニースの言葉を引き「ゲゼルシャフト的身体に、ゲマインシャフトの精神を合体させたもの、それがゲノッセンシャフトであると云いたい」と立言する。研究者を挑発させずにはおかない提言である。しかし、この限りでは、テンニースの意味合いでのゲゼルシャフトにそう限り、最初から、商法の圏内に協同組合法は布置されることになりはしまいか。

想定される共同の精神で経営する仕組ということになるだろうが、これに尽きるものではないだろう。信託の法律を採りうる場合は別として、稀釈化されてきたとはいえドイツ法・法理論・法実務が身体の構造全体を規定しているこの国では、法的身体に精神を機械的、機能的に接合できないことは同氏が充分に知悉していることからしても、上記の「合体」とは、身体(社団)と精神(組合)を——精神要素が身体要素に汚染されず、身体要素が精神要素に拒絶されない、という意味で——有機的構造的に合体させるという意味で受け止めておきたい。

これが法的にどのような構造・論理をまとうのか、この課題に接近する前提を確保するためにも、ここで、一端、独仏日に素材をとり、法人体系を大まかに整理しておきたい。

協同組合は、財団として組織されることはありえない。理論上の可否は措くとして、成法論的には、財団は人格を主体として組み立てられるものではないからだ。協同組合は、ドイツにおいては、協同組合法人が成立した当時の理解では、持続的に経営することをめざすかぎり構成員の一身的運命(死亡、脱退等の構成員の交替)によって団体が解散する組合⁶¹(Gesellschaft)に止まりえず、構成員の変動にかかわらず存続する社団(Verein)と解されるものであった。それは、団体として権利能力を得て⁶²、人々が、かれらの共同の目的を共同で実現するために、資本を自ら持ち寄りそれを社団の独自財産と為し、共同の仕組を定款に定め、対外的に代表権を有する経営陣を選出し、共同で決定した経営方針の下で事業を推進する法人となる。同時に、協同組合が事業を行なうには、公益法人としての事業ではないことは当然とされるが、営利団体と自己を区別するために、必ず協同組合法人として登記を行ない公示し、逆に、当該法人ではないものは登記済協同組合法人を名乗ることも許されない(法人のタイプ強制)。ここまでは、既存のドイツタイプの法制度を前提

筆者は、マックス・ヴェーバーが(前掲注42)テンニースの区別の再整理を試みた上で、「闘争と共同社会というのは、相対的な概念である」(68頁)とする遺訓を閑却することができない。共同関係内部でも極悪非道な有形無形の暴力の出来を組み込んだガバナンスが必要とされる歴史的資料に我われはこと欠かない。ここにおける「従属」関係の成立を前提とすると、なおさらである。

⁶¹ 組合(societas)をこのように把握するのはローマ法以来の伝統である。例えば、佐藤篤士監訳、早稲田大学ローマ法研究会訳『ガイウス法学提要』敬文堂、2002年、160-161頁を参照のこと。筆者は、ローマ法以来のsocietasとuniversitas(corps)との区別、つまり、団体の運命が構成員の運命に規定されるか、規定されないか、という標識が今もって重要であるとの見地に立つ。すなわち、構成員の死亡、債権者による強制的解約告知、capitis deminutio「頭格減少」に対応する構成員の破産を解散事由とする団体を組合とし、これらを解散事由とは為しえない団体を社団Körperschaft, Korporation, Verinと解する。

こういう見方は、ドイツ一般商法典(1861)より原始BGB(1896年)の間に確立した古典的な見方である。組合と社団との相対化が、立法上、理論上で進展をみるからである。たとえば、「共同事業を営むという目的によって各人の持分は制限されている。こうして組合は一種の団体を作るのである。最近の学説は、こうした団体的側面を強調する」(鎌田 薫他編著『民事法』日本評論社、2005年、37頁)とされるように、ローマ法以来の古典的な組合の仕組は社団のそれによって侵食され続けている。

⁶² むろん、「法律上の要件と法人という組織構造も、基本的には法人よりもずっと結社(association)に近い協同組合の真の性格をゆがめるかも知れない。言い換えれば、協同組合は法的には法人として設立されているが、その実践が結社の概念にもとづいている時に真の性格を見出すことができる。通常の法人は、その権力基盤から離れて存在し、活動しうるが、協同組合は組合員である人々の集団から離れて存在し得ない」(Laidlaw, Alexander Fraser. 日本協同組合学会・編訳『西暦2000年における協同組合』日本経済評論社、1989年、85頁)との指摘もある。レードローは国際的に著名な協同組合理論家として現在も影響力を保持しているが、社団としての協同組合法人のガバナンスはアソシエーションつまり組合のそれを市場の主体にふさわしく止揚したものであるという認識が脱落していると言える。

とした協同組合の一応の意味づけである。

法人の法形式上での帰属という面で、ドイツと日本は公法人、私法人の別を知り、フランスは公共機関、公企業を含め、法人はすべて私法人とされる⁶³。こういった相違は、団体観念の相違及びそれを基底にした設計思想、法人観念の違いの現れであり、これはこれで、それぞれの国の団体法制度・法理論史、とりわけ中世末期移行のその検討を必要とするが、今は、近代市民革命移行を念頭において論を進める。

社団である法人は、概して、理念的には、その構成員の共同事業を目的とする——この規定は厳密には組合に親しみ、社団のそれとは考え難い面がある。すなわち、社団は構成員の変動と運命を伴にしないという限りで、すでに、ここには構成員の共時的な共同の目的を超越する目的が予定されるからである。しかし協同組合社団においては共同の目的が高次で保存されるという所に社団としてのその特異性が見られる——とすることができる。共同事業を行なう団体は必ずしも社団法人に限られず組合（合名会社、合資会社といった商事組合）に分類され、「権利能力なき社団」（ドイツ民法典第54条）に配されることもある。わが国では営業に従事する団体は、フランス商法典と立場を共有し、合名会社、合資会社を含め法人とされる。因みに、合名会社、合資会社という商事組合の商事会社法人への帰属如何は、中世以来の*societas-universitas*をめぐるローマ法の継受における団体観念や商法典の設計の基本的観点（主観主義・商人主義に則るドイツ、客観主義・商行為主義に則るフランス、折衷主義を採用した日本）と深く関連するものではないかと推定する⁶⁴。しかし、こういった論点は当面の主題から逸れるので脇に置くことにする。

ドイツの立場は法人を厳格に社団*Körperschaft, Korporation*に限定する。対して、わが国はフランスと同様に営業、商行為に着目し商事組合・会社をすべて法人とし、会社というチームの下に収めてきた。つまり、この脈絡ではドイツは営利社団のみを法人と為し、わが国（組合と社団）とフランスは営利団体（商法上の組合と民法上の組合）を法人としてきた。ところが、わが国は社団と組合とを区別し、対してフランスは社団と組合とを区別しない。しかし、その種差はともかくとして、非営業社団（独・*Idealverein*、日・公益社団法人、仏・*association*）⁶⁵も法人とするという点では、これらの国において相違はない。しかも、非営

⁶³ フランスにおける法人論は、したがって、公法人と私法人とを統一して処理する論理的前提を必要とする。この意味で、「目的財産」説がフランスでほとんど注目されなかった意味が明白となる。例えば、国庫を除くし国家という法人を「財産」を本質として論ずることはできないからである。同様に、法人否認説によったのでは権力機関の法人格は全く論じ得ない。法人論についてドイツ私法学の圧倒的影響下にあるわが国では、法人という法的符牒を、財産権を軸として独立の法主体性を明示する技術であると、否認説の論議で法人論を片づける。こうして、今では、法人そのものとは何かが論ぜられることが稀となった。

周知のことであるが、フランス民法典に法人章は当初より存在せず、1978年の法律第78-9号により抜本的な改正を受けた「組合 *la société*」を規定する第9章が、いわば法人章に当たる。当該の改正については、例えば、奥島孝康、前掲書、63-86頁を見られたい。

⁶⁴ フランス商法典及びドイツ商法典が成立するに至る詳細な論議を跡づけたときに、この仮説の当否が検証されうると確信しているが、未だ、その作業には取り掛かっておらず、今後の課題としておく。この点で、山口俊夫『概説フランス法 下』東京大学出版会、2004年、第五部第一章「フランスにおける企業概念の歴史的沿革」（455-476頁）は、研究指針として極めて有益である。

⁶⁵ ただし、ドイツ民法第21条でいう営業を目的としない社団は、それ自体がすべて公益法人としての処遇を受けるわけではない。この点については、関 英昭「非営利法人制度の基本問題」『青山学院大学総合研

業社団を法人と為すについて広義の社会政策的観点、狭義で治安政策が根幹となっているところが共通する。

協同組合法人は、わが国では営利法人の根拠法である商法で規律せず、民法の特別法を根拠法とする。ところが、ドイツ、フランスともに、既に述べたように、協同組合法は商法特別法として登場してきた。産業組合法時代はともかくも、わが国で戦後に成立した各種の協同組合法は「営利を目的としてはならない」とのパッセージを掲げているので、民法第34条に所定の「営利を目的しない」法人の範疇に布置される。ドイツでは寡聞にして知らないが、フランスではかつて協同組合法人は営利法人であるか非営利社団associationであるかが争われたことがある⁶⁶。対してドイツでは協同組合の法人性がかつて問われ⁶⁷、労働者協同組合の協同組合性に疑念を呈する一部有力な議論が今もある⁶⁸。日本では、戦後において商法適用に懸かる商人性が問われもした⁶⁹。

ともあれ、ここでの整理は一つの手かぎりを与える。すなわち、第一に、ドイツ及び日本では協同組合法人は社団として想定されるのに対し、フランスでは、組合として把握され、第二に、ドイツ、フランス、日本とも、当然のことであるが、私法人に配するが、前二者では商法の圏域に、わが国では民法の圏域に配する。ところが、第三に、ドイツ、日

究所法学研究センター研究叢書』第7号(2002)13-16頁を参照のこと。

⁶⁶ マニゴ地方金庫事件として知られる。フランス破棄院が、営利会社であるとの断を下した。Cour de Cassation, arrêt du 11 mars 1914, Daloz, Recueil périodique et critique mensuel (DP), 1914, I. p.259.

⁶⁷ すでに現行の原始協同組合法が施行されておりドイツ民法典が施行された翌年に、「たくさんの協同組合形態を世に送り出したが、それらは、多くの点で同一であるが、他面では同時にまたさまざまに組織される。ライヒの立法者は、法人をめぐる学術的論争に対し、そうこうする間に臆病になり、かかる[=協同組合]団体の法人格をめぐる明白な決定を意識的に回避し、かつ、学問に最後の言葉を委ねた」(S.74.)が、「協同組合法において協同組合は法人であることをはっきりさせようという委員会での提案に基づいて、政府代表は次のように注釈を加え『法人』なる言い回しは意図的に回避された。『法人なる措辞の意味は法律学により一様に把握されているわけではない。(協同組合法第92条自体を参照のこと)協同組合に技術的な言い回しなしに、ただ単にその内容に従い、協同組合が法・取引活動において協同組合の目的を成就するために必要とする権利が授与されるので、協同組合の必要にとってもそれで充分である』、と。私が主張することもこれと同じことである。協同組合の法的独立性は、対外的取引の方向においてのみ定められているのであって、この限りにおいて通例は法人に限って与えられる法的地位を協同組合は享受するのである。協同組合は、しかし、その内的な組合的基本構造故に、対内的にも対外的にも一体性原理に基づく処遇を受ける本物の法人とはならない。満場一致の学説に協同組合の組合員の一身の責任故に法人としての性格を拒否するプロイセン上級行政裁判所の一定不変の実務が対峙する」(S.91f.)という指摘が行なわれている。Christian MEURER, Die Juristische Personen nach Deutschen Reichsrecht, Stuttgart 1901。「一身の責任」とは、1889年の原始ライヒ協同組合法に掲げられた無限連帯責任、無限追加出資責任を指す。

ところで、欧州において民法の圏域で——ルソーも知ることのなかった——responsabilità という名詞が歴史的に登場してくるのは18世紀半ば又は末であったということに留意しておきたい。Lasd. Földi András: A másért való felelőség a római jogban. Budapest, 2004. 47-55. old.

⁶⁸ 生産労働者協同組合について、組合による組合員の促進関係を疑問視する有力な論議が存在する。ドイツ協同組合法のコンメンターラーV. Beutien(前掲注33、S.32.)は、Henzler, Paulickをその代表に挙げている。彼らの判断は、協同組合法に掲げられた組合員の「促進目的」を基準として資本会社との協同組合の型識別に則るものである。

Henzler, Paulickは、協同組合を「人格のアソシエーション」として基本的に型識別したうえで「促進目的」の多様性を論じるべきであったし、既に世に出ていたH・ラスキの多元的社会論を導入し現代的協同組合論への架橋を試みるべきであったと言っておく。

⁶⁹ 緒言、注27に掲げた関英昭、小林群司の論考を参照のこと。

本は民法に法人通則章を有するが、フランスでは法人章は当初より存在しない。第四に、現実には、実務的には大きな相違はないものの、ドイツ、フランスでは設立は準則主義により、日本では認可主義による。

上記の論点の中で、今、検討に値することは、第一と第二の論点であるかのように見える。すなわち、社団—組合という区別と関連であり、次いで、同じ商法の圏域に属しつつも、ドイツとフランスと対蹠性が論点となるように見える。

しかし、奥島孝康が概括するように、組合 (*société*) は、その「設立行為は契約」であるが、「その実現の結果たる団体 (法人) とを同時に示す」ものであり、ドイツ社団型法人とフランス組合理型法人との構造的な差異を問うのであればまだしも、社団—組合関係が法人—非法人のそれとされる限りでは、上記の第一の論点は論点となりえない。

むしろ、重要なことは、上でも触れたが、協同組合の機能がフランス民法典第 1832 条に掲げられた「目的」の一つに十分に当てはまり得る、ということである。すなわち、1978 年の民法改正により、「組合」たる *société* の営利会社である由縁を明示する営利のメルクマールとして、伝統的な営利規定である 1) 「利益の配分」(*partage le benefice*) に加えて、2) 「節約を利用する」(*profiter de l'économie*) が掲げられたことにより、1947 年協同法の規定、つまり「協同組合とは、その基本的な諸目的が」「1. 組合員のために、かつ、組合員の共同の努力により、利益を原価に上乗せする企業者又は中間業者の業務を遂行することにより一定の生産物又は一定のサービスの原価、場合により、その販売価格を引き下げる」ことにあるとする、すなわち、端的に言って、組合員の「節約」を促進するものであるという規定が、表見的には、包摂されることになるからである。

民法典第 3 編第 9 章「組合 *société*」に関する章は、会社通則法であり、1914 年の破棄院判決により協同組合は 1901 年法の意義でのアソシエーションから排除されており、この限りでは、協同組合は、一般営利会社に相当することになる。したがって、1978 年改正以前において「協同組合、相互扶助組合、職業組合・・・この種の非営利社団も・・・その実質は営利的団体に類似又は同質であるが、構成員の共同の幸福または生活の安定を直接の目的とするで・・・営利社団ではなく、非営利社団の一種とされる」⁷⁰というだけでは、非営利性を主張することはできない。

しかし、上記の包摂関係の理解は、山本の論旨に即すれば、皮相なものである。すなわち、「利益を分配し、又は節約を利用する」という *société* 観念を構成する営利標識は、既に述べたように、「構成員の共同の幸福または生活の安定を直接の目的」とする、という意義での目的 *Zweck* (協同法第 1 条 3.) を達成するための手段としての目的 *Gegenstand* の圏内に収まるものであるからだ。したがって、奥島が新しく追加された営利性のメルクマール(「節約を利用する」とかかわって、ソシエテとアソシアシオンとの区分標準が (1978 年改正前の営利性のメルクマールである 筆者補) 利益配当目的の有無に依りえなくなった

⁷⁰ 山本桂一『フランス企業法序説』東京大学出版会、1969 年、103 頁。103-107 頁、112-114 頁及び奥島、前掲書、80-85 頁をあわせ参照されたい。

とするのは事実であるが、「アソシアシオンが究極的に（奥島訳で「経済的目的」という「節約を利用するという」）営利目的を追求することを禁止することはできない・・・(シ)利益分配以外の目的（「節約を利用する」こと）を追求するというのでは、両者が交錯する領域は当然ありうる」という判断は、アソシアシオンに限らず協同組合についても Zweck-Gegenstand 関係を欠いたものである、とすることができる。

ところが、1947年法の1992年における改正前は、上記の Zweck にあたる「3. より、一般的に、組合員の諸要求の満足、組合員の社会的及び経済的活動の促進並びに組合員養成に貢献する」という規定は掲げられておらず、この脈絡では、Zweck-Gegenstand 関係は法の論理として成立するものではなかった。と同時に、1992年のこの規定は、et「かつ」、で接合されており、全体としてみれば、「節約を利用する」という「目的」と並んで les objets essentiels「基本的な諸目的」の一つとして意味づけられている。こういった法的な論理からすれば、上記の包摂関係の理解は皮相ではなく、奥島の判断が成立する。

法文の表記方法の次元に拘泥せず、第1条3に示される社会学的な意義での協同組合の目的を実現する手段としての法的意義での「目的」に上記の1の規定が掲げられたものであるとして、ここに Zweck-Gegenstand 関係が成立するのだと解釈しても、société 観念を構成する営利標識、したがって、一般に会社水準で成立する営利観念が、協同組合の圏域では、目的を実現するただの手段である、したがって、本来の目的ではないと述べて営利性は協同組合のあずかり知らないところである、という論法に拠ることはできない。

なぜならば、社会学的な意義での協同組合が法的な意味での協同組合に媒介される場合、前者の意義での目的 Zweck が法において「目的 objet」Gegenstand から自立し・それ自体として意味づけられるときは、形式的には媒介された意味が失われ、実質的には、Zweck に照らす限り Gegenstand における営利性がまったく消失するという法的ニヒリズムに陥ることになるからである。こうも言える。法で示された営利の観念にどれほど該当しても、Zweck は営利を目的としていない、ということから、協同組合における営利性を問う目線が封鎖される、と。

したがって、問題は、媒介ということで、営利行為（「節約を利用する」こと）によって生み出された剰余が Zweck に照らしてどのように利得の配分規制が為されるのか、ということになる。「利得の配分規制」とは、耳慣れない言葉であろう。当然である。「節約を利用する」ことそれ自体が利得であるからである。この節約そのものによって生み出された利得——これは、協同組合においてはソシエテと同一の次元での営利に当たらないと仮に判断したとして——は、しかし、すべて利得として消尽されるわけではない。共同購入においても共同販売においても、節約はコストの引き下げであるが、この節約の利益がそのまま購入者、販売依頼者に引き渡されれば、協同組合経営は継続して存在しえず、かならず一部は移転されずに協同組合自体に留保される。かくして集積された留保を原資として、利用割戻、出資配当などの資金移転が行なわれることになる。こういった意味で、「完全に

は組合員に移転されなかった利得の(再)配分」が登場する。問題は、この「配分」が、公益団体であるという限り為されえる状態であれば当然に為されるわけであるが、無際限無限定に為すことが、Zweck に照らして正当なことであるのか、ないのか、ということになる。この意味で重要なのは、「協同組合が資本に奉仕することが許されるのは、利子、とりわけ年利率が・・・私企業の社債利回りについて経済管轄相により公布される平均年利率に限ってのことである」(第 14 条) という制限規定である。

この規定が、Gegenstand (節約の利益の追求) に媒介される Zweck (構成員の共同の幸福または生活の安定を直接の目的) により再び媒介された配分の規制として言えるのか否か、はなはだ疑問である。証券市場ベースでの私会社の債券利回りと同程度であれば資本への奉仕が許されるというのでは、一般に証券の果実を手に入れることは営利と見做されても協同組合にあっては営利にあたらないということになる。ここで、形式的に、債券購入は出資に該当しないので、債券への利子配分は出資への配当を目的としたものではないといえるが、また、実質的に「利益の配分」を目的としてなされるものではないといえるが、現に「配分」がなされる事実が変わりはない。

同時に、1992 年改正協同法に掲げられた各種の資本充実の仕組は、1) 「定款で・・・特別の利益を授ける組合債」の発行(第 11 条)、2) 優先利子つき債券の発行 (第 11-II 条)、3) 協同組合投資証券制度 (第 2-IV 章。1987 年改正により導入)、4) 協同組合員証券 (第 2-V 章) というものから成り、これら債券・証券に付着する金銭的利益は利息及び配当の形式をとるが、全ての組合員がこれらを取得するために加入するわけではないので、当該の利息及び配当の取得が目的 Ziel であるとは言えないにしても、一般的流通性を有する協同組合証券を除外し、組合員であるが故の特典として取得が可能であることからすれば、「利益の配分」に排他的に与える、ということは否定できない。問題は、このことから、協同組合の営利団体性を導き得なくとも、山本の「その実質は営利的団体に類似又は同質である」という判断が往時以上の切実さをもって迫ってくることである。

こういった事柄からすれば、フランスの現行協同組合法の構造に照らした非営利性をめぐる論議は、奥島の指摘を超えてしまい、意味をもつものではない。1992 年の改正協同法は、山本の論旨そのものを皮相なものに歴史的に変えてしまったのである。

かたや、ドイツでは、協同組合がプロイセン協同組合法このかた、会社法の圏域に独立の会社形態として布置されてきたことは、論じるまでもないが、それは、協同組合が社団である、ということをも語る。そして、既に、ここでの促進目的については ICA 定義を検討した箇所に関連してあり、改めて論じる必要はないであろう。この先で、この論点に立ち返ることがあるであろう。

ただし、今ひとつ、追加されるべき形式的な論点がある。

ドイツ及び日本は、原始的な協同組合法の仕組を採用したが、ドイツは文字どおり自生的に、しかも、協同組合一般法であるのに対し、日本は占領下で一般法が存在しない個別協同組合法を制定した。他方で、フランスは、1947 年に協同法を採択する過程で各々の協

同組合特別法の統一化が図られたが挫折し、現在では特別法が第一の適用順位を占めている。「現在では」というのは、不思議なことに、1992年の協同法で明示されるまで、特別法に一般法が優位し、特別法は一般法を廃すとの原則がこの分野では確立を見ていなかったことを指してのことである。

フランスにおいて商法の圏域に属する論点は登記される法形式（株式会社又は有限責任会社）に関連する資本金額（普通商事会社の半額）の他は、協同法—個別協同組合法で規律されることから、形式的に商法圏域にあっても、フランスで採用されている論理ではないが、Zweck-Gegenstand のロジックによって実質的に民法の一部に当たる非営利社団法の圏域にあると解することができる、という論議は過去のものとなった。

さて、行論の筋に再び立ち返るとして、協同組合法人法の帰属が協同組合の定義に何ごとかを付け加えたかと問うと、協同組合の目的が、協同組合法の形式的な法帰属如何にかかわらず、「利益の配分」を目的としない（ドイツ）、一般社債の利回り限度内での資本への奉仕は許される（フランス）、という営利会社の営利観念を制約する一般的な非営利定義の圏内に止まっていることが確認できる。だが、フランス協同法に見られるように、「節約」の利益（経済上の利得）自体も協同組合の目的に掲げられており、フランスにおいては社会的意義での協同組合の観念をその法的観念に媒介し、かつ、この法観念から再度「目的」たる事業のあり方より生じる剰余の配分規制を行なわなければ、組合水準での営利性を排し得ない脆弱性を持つものになった、とすることができる。

節約をただの手段として理解し法の規定から削除しても、事の本質は変わらない。協同組合の事業それ自体の非営利性を節約で論じることの限界が上記のように露になっているからである。協同組合水準における収支の差額の源泉が組合員の共同事業による節約にあり、この節約利得が組合員の「経済的」利益の内容であり、よって、協同組合自体は営利を目的としていないと言いえても、その利益は形をかえた配分された利益である。つまり、協同組合は利益を組合員に配分するのである。したがって、こういった営利会社の営利性を示す基準に拠り、又は非営利法人において非営利を規定する観念に対照させるだけでは、協同組合において言い得る非営利性は示しえないのである。

この意義で、定義中の「出資に配当を付することを目的とせず」という一契機は、成法的次元での協同組合基準を批判的に検討する支柱足りえる。これは、やがて、不分割積立金のより包括的な意味づけによって、新たに支えられるものになるだろう。

これまで、法人、社団、組合といった法的符牒を検討することなく、論を進めてきた。協同組合の目的が示された今、ここで、その目的を担う協同組合の法構造を論じるうえで必要なこれらの術語について検討を行なう段に到達した。

第三節 法人、社団、組合

I. 法人論の射程の予備的概観

わが国が近代民法の範を求めたドイツ——にかぎらず、施行されることのなかった旧民法の基本的構造つまりフランス法の影響も同じく大きい——では、近代的法人つまり社団の法は、シュルツ・デーリッチュ議員提案になる 1867 年プロイセン協同組合法、同じく同議員の提案に懸かる 1868 年北ドイツ同盟協同組合法、1869 年社団法 (実施されず。提案者、シュルツ・デーリッチュ)、1896 年ドイツ民法典 (BGB) 第 2 章「法人」という流れの中で成熟し一定の完成を見ている。

1848 年 3 月革命においてバリケード戦を闘った戦士と連帯したシュルツ・デーリッチュがこのように近代法人制度の設計においてヘゲモニーを握っていたことは協同組合人に記憶されて良い⁷¹。

同時に、ドイツに範をとり、また、戦前より法解釈学において多大な影響を蒙ってきた限りで、ドイツにおける法人の「本質」論をめぐる論争史に照明を当て、法人と組合の区別を改めて確認する必要がある。こういった区別を知らず、発生史的にみれば自生的にではなく、ドイツからの輸入理論として法人の「本質」論が闘わされる一方、契約理論に始まるフランス独自の論議もまた顧みられなければならないだろう⁷²。社団と組合に関する各国での論議にできるだけ接近していかなければ、協同組合法人がどのような意味で組合性を、「経済学的ないしは社会学的」型識別を、社団性に媒介するのか、一般性又は普遍性をもって浮上させられないからである。

課題は、かくして、協同組合法人の独自性を念頭に置いた法人論の検討というものになる。とはいえ、法人の「本質」をめぐる論議が実定的秩序としての法人制度に与えた影響は BGB の制定過程においてすら僅かである。故に、主たる関心は、立法論の *de lege ferenda* 観点から上記の問題に、そして、当面の主題からすればドイツの論議を中心にしてアプローチすることにある。

ところで、欧州で「協同労働の協同組合」、社会的協同組合は社会的企業に属するものとして扱われ、わが国でも社会的企業が語られ始めている。当該の概念の意味づけも内外で試みられている。しかし忘れてならないことは、わが国では企業⁷³という観念そのものが法

⁷¹ フランス革命後における団体への畏怖・警戒の念が社団への敵意となって現れたことは良く知られている。「人及び市民の権利宣言」で集会・結社の自由が宣せられていないことは、この意味で象徴的である。対してドイツでは、3 月革命の生々しい記憶が団体法を論ずるにおいて重い影を落とし、特に連邦参議院において社団に対する警察的取締が維持され続け、「権利能力をもたない社団」という法制度を胚胎する。しかし、結社に対する警戒はローマ時代に始まり、結社は認許によってのみ許されるという法意識は歴史性を有する。この点については、例えば、サヴィニー、小橋一郎訳『現代ローマ法体系』第二巻、成文堂、1996 年、226-228 頁。

⁷² Sarközy, *ibid.* シェルクジーによれば、「法人学説は、19 世紀半ばのフランスの強力な行政の影響を受け、最初から、混合的な性質を帯びて形成された。原理的に独自の法人論はフランスではミショウ Michoud を別として、それほど知られていない。法的人格に対する畏怖及びフランス革命の自然法イデオロギーにもっとも良く照応したのはドイツの文献ではサヴィニーの擬制説であり、フランスの文献は圧倒的にこれを採用した」(26-27. o.) と。

⁷³ 富山康吉は、企業を主体的側面と客体的側面とに分かつ。企業の主体性は、商品交換の主体性として、商法上での商人、民法上での人に異なる権利主体として登場する。客体的側面では、客観的意味にお

範疇として処理されているわけではない、ということである。商法が独自の体系を有する根拠として企業が語られ、その規範的統一体として商法が語られるに止まる。

しかし、独仏では、企業の法とは、認識の次元での範疇ではなく、存在の範疇であり、50年代のフランス商法学分野での論議に始まり、フォーディズム的蓄積体制が不全化し「黄金の30年」が終焉を迎える最中にドイツにおいて激しい論議を経て一応の——とは、未完である、という意味であるが——決着をみたものである。故に、これは特殊に欧州的な範疇であり、その構造了解が確認されなければならない。よって欧州とくにドイツ、フランスにおける法的意義での企業観念の成立を、その法客体性から法主体性への展開において確認する必要がある。同時に、法主体としての企業との関わりで把握される株主、受業務者⁷⁴ (Arbeitnehmer: ほぼ、わが国の使用人に相当)、供給者、顧客などなど多元的諸主体の法主体性をめぐる論点が、当面の課題と関連する限度で、視野に収められなければならない。

こういった論点は、副次的に、法的枠組みにおける社会的企業観念の生育環境とは何であるのかを明らかにするものとなる。と同時に、これは、わが国の既存協同組合及び営利法人の法的・イデオロギー的構造を見定めることにつながる。

この意味で、法範疇としての企業概念の歴史的形成とその現代的構造から、多元的組合員制度をとる「協同労働の協同組合」は多くの養分を吸収することができるであろう。他面で、財産権を軸として法人を組み立てた近代的な団体設計観念の歴史的意味と限界とが問われる中で、その対比主題として理解されてきた既存の協同組合の歴史的な設計の限界も露となるであろう。

今は、企業観念を独自に検討する巨大な意義に着目しつつも、1) 社団—組合、2) 社団—法人、3) 営利法人—協同組合法人、という二項対立図式を整理しつつ、協同組合定義をさらに検証し、上記の企業観念を展開させる前提的な了解を確たるものにしておく必要がある。

さて、行論の筋に戻るとして、法人について論点を設定することには、今更の感がないわけではない。H・J・ヴォルフが『器官会社と法人』(Organschaft und Juristische Person, Berlin 1933.)⁷⁵ と題する大著を送り出し、それまでの法人論争の当事者らの見解を整理記述し諸学

いて用いられる営業とほぼ等しく、企業主体の支配権能の客体であり、かつ統一体を為すと言う。大阪市立大学経済研究所(編集)『経済学辞典』岩波書店、1992年、1148-1149頁。主体性は、ここでは、法人と同義で、「資本を拠出した元来の所有者は法人の社員としてたんに内部的に支配・収益の権能を有するにすぎない」。このような論議では、企業とは法人の別名にすぎず、当該法人の構造を規定する商法に照らすと、当該の法律は法人の機関と株主との関係及び株主相互の関係を規律するに止まることから、企業=資本ホルダーのアソシエーションという見方が成立してくる。客体的性格という点では、労働者を除外した投下資本総体の現象形態ということになり、これに労働者を結合したときに「経営」という観念が成立するにすぎない。今、たちいった論議は行なわないが、こういった企業観念が成立させられる法的土壌は社会的企業観念の生育環境とはならないとだけ述べておく。あくまで実定法に即した理解としては正確である。

⁷⁴ この不思議な訳語は、吉永栄助「共同決定と企業法」『企業法・経済法の諸問題』所収、校倉書房、平成16年、213頁から借用させていただいたものである。Arbeitnehmerは、しかし、BGB第611条(役務契約)の規定対象の一部をなす「労働者」という訳語で十分ではないか。

⁷⁵ Hans J. Wolff, Organschaft und Juristische Person, Bd. 1, Juristische Person und Staatsperson, Berlin 1933, S.516. 今に至るも法人の本質をめぐる論争を整理したこの記念碑的業績においてヴォルフが諸理論を識別したメルクマール、概念は現代の論者において無視されることもあるが、光彩を放ち続けている。ヴォルフ自身

説を分類したのはNSDAP (ナチ党) が政権を掌握した遠い過去に属するし、F・ブレッヒャー⁷⁶が法人論争の終焉を象徴的に宣告してから半世紀が経過しているからである。しかし、「イエーリンクは、ローマ法が (より正確にはローマ法の根拠に基づいてパンデクテニストが) 現在ほんの僅かなことだけを捕捉すれば足りるほどに完成させた債務法に比べ『人格的結合体についてはなお多くの事柄と法学は発見することになる』と予言したことが現実のものになった」⁷⁷というシヤールグシィの指摘は今もリアリティーを失っていない。

概括すれば、F・C・サヴィニーに始まる「擬制」説といい、フォン・ギールケを祖とする「実在」説といい、法人の「本質」をめぐる論争に参戦した論者らの論議は、後の「目的財産説」、「利益説」を含め、第一に、法主体の実体 (substance) をめぐるものであり⁷⁸、第二に、法人と第三者との間における対外的な関係主体としての「実体」を財産的機能において規定したにすぎず⁷⁹、第三に、法人—社員関係という内部的な関係を正整する論理を提示したわけではない⁸⁰。尽きるところ、本質にかかわるものではなかった。

は、人間の総体が利益の担い手であるとともに、人格を思惟的統一体としての法的人格において把握し団体人格もかかるものとして理解する。よって Uwe John によれば、利益説論者にイエーリンクともども配される、と。Vgl. Uwe John, *Die organisierte Rechtsperson*, Berlin 1977.

⁷⁶ F. Brecher, *Subjekt und Verband*, in: *Festschrift für Alfred Hueck*, München 1959, S.233ff. 「modus vivendi (生活様式) が日常用語となっていることに誰しもが一致する。かつて (法人の本質をめぐり提示されたもろもろの) 理論の軍旗を翻した生真面目さは、実際、常識に道を譲っている」と。しかし、法人の本質という城砦を指向した攻城軍は、すべて幻の城門の前で壊滅した、というのが真相に近い。いずれにしても、法人は、大概は「因みに」übrigens として触れられ、背景に退けられる術語に成り下っている。

⁷⁷ Sárközy, *ibid.*, 10.o. イェーリンクの当該の予言は、R.Jhering, *Der Zwecke im Recht*. Leipzig 1893, Bd. 1, S.217.

⁷⁸ 例えばブルンチュリが、1.主体を欠く権利は存しない、故に、主体のない権利は存在しない。2.権利の主体たりうるのは人間だけである。3.「主なき財産として法的複合体」が自然の主体を欠いても成立する、と立言するときに、法主体を「人間」または財産の「主」として、つまり実体として把握していたことは明らかである。既にこういった見解は、1840年代に登場していた「すべて個人は、そして、個々の人間だけが権利能力を有する」とのサヴィニーの定言命題に基づくものである。I.C.Bluntschli: *Deutsche Privatrecht*. Jena 1853. S.105; F.C.Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin 1840, Bd. 2, S.1f.

⁷⁹ 新擬制説の理論的根拠を与えた B・ヴィントシャイトは、法人は実在ではなく、実際の必要から、実定法がその主観的権利及び義務の主体として処理する他はないとする。つまり「実際の必要」すなわち対外的な取引主体としてのみ法人は立ち現れる。Vgl. V.B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main 1887.

⁸⁰ 法人論に参戦した論者はもとより、フランスを除外し現代でも、団体の内部設計は、主として、ローマ法継受のさなかに処理済みとなった成法的次元での対比、つまり社団対組合に基礎を置いて行なわれた。

前者も後者も、その内部構造は、古代ローマ法を基礎とし、その後の 1,000 年にわたる法発展の中で、基本的な骨格を完成させていったことは、例えば、O.Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. 3.で詳述されている所である。

とはいえ、その歴史的な成熟判断は、「ローマ法においては権利能力を有する人格的結合体も、財団も、それが近・現代の法制度において登場する水準にまで発展することはなかった」という限定付きのものでなければならない。Lasd. Földi András és Hamza Gabor. : *A római jog története és intézményei*, Budapest, 1996, 230. old. ここでいう、財団とは、universitas bonorum として把握される pia causa である。「現代の法制度において・・・することはなかった」とは、「ローマ人の人格的結合体のケースでは抽象的な『法人』を法主体と看做したというのではけっしてなく、ケルパーシャフトたる法人の折々の構成員総体を法主体と看做したということに留意しなければならない」(M・カーザー) からである (Földi, 231. old)。

わが国での公益法人法制の改革との関連で、能見善久は「団体と法人の間には論理必然的な関係はないという立場をとる。理論的には、法人の内部形態、すなわち団体の形態はどのようなものであってもかまわないと考えるべきであろう」(日本私法学会シンポジウム資料「法人の法的意義の再検討」NBL

現代では、法学文献で法人について稀に本格的に説き及ぶときは、概して、不毛に終わったとされる法人の本質論を傍らにおき専ら法人の機能を論じることに関心を集中する⁸¹。すなわち、当該の機能は、その根幹において諸個人が出資した資金・財貨を団体そのものの独立財産として出資者の所有より分離すること、つまり、法人の財産的自立化又は——ロマニステンの圧倒的な影響下にあったBGB第1草案第41条に最初の例を検出できる⁸²——その財産能力として論じられるのが通例である。しかし、これは、端的に言えば、目的財産説の立場からの記述に止まる。しかし、かかる把握は、法の妥当性をめぐる理論史と同様に、とどのつまりは形式により担保されるものとなる。法人はそれ自体として実体又は属性attributをもつものではなく法制官僚が設計した制度にすぎない、との「否認」説的見方に立脚する説明に帰着するからである⁸³。敷衍すれば団体には固有の存在様式はないとい

No.767、平成15年、45頁)と、結社の自由の観点から十分に納得の行く瞳目すべき見解を披露している。能見は同時に「一定の目的の法人にはそれにふさわしい団体形態があるかどうかという問題は別に論議する必要がある」(同所)とも言う。

「団体と法人との間に論理必然的な関係はない」というのは、正当である。いかなる団体を法人と為すかは、国家の公権的な決断に委ねられているからである。また、「法人の内部形態、すなわち団体の形態はどのようなものであってもかまわない」というのも、対外的、内部的な団体の自立性の標識が多様であることを念頭におけば、同様である。能見の見解には、全体として、ドイツ的なローマ法伝統とは異なる英米的団体法への旋回があると思われるし、これではこれで法的意義での団体を自由な視野から論じるうえで一つの重要な布石となっていることは確かである。問題は、社会学的事実として社会的支配権 Macht を獲得している営利企業、とくに大企業の行動をどのように制約するか、巨大な内部留保を抱えるに至っている非営利法人に対する公法的処遇という基本的見地を欠くことがあってはならないということである。

⁸¹ 『『法人』は、法的主体性に関する記号的技術であるが、ここに注意すべきことは、それは同時に、或る財産を他の財産から分別する記号的技術でもある。川島武宜『著作集』第6巻、岩波書店、1982年、75-76頁。「さまざまな人の結合体あるいは一定の財産がある目的のために基金として運用されるような場合に・・・一定の団体が法人となると、法人に帰属する財産、債権・債務とその責任は団体の構成員や代表者個人の財産、債権・債務とは峻別され、相互に無関係であることを原則とする」と。林良平編『民法総則』青林書院、1986年、57-58頁。こういった法人の機能の規定自体が誤りと言うのではない。筆者の立場は、こういった規定に尽きることを問題とする。

⁸² 第一読会バージョンによる BGB 第41条の規定とは、以下である。

「社団 [Personenvereine] 及び財団は、かかるものとして独立して財産権及び財産的義務を有する能力を得ることができる(法人格)」。Entwurf eines bürgerlichen Geseßbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung, Amtlich Ausgabe, Berlin 1888, S.9.

むろん、ここでは財産権以外の能力は後景に退けられている。BGB 第二草案以来、法人の能力を規定する上で、団体は、「その名において権利を取得し、債務を引き受け、不動産に対する所有権その他の物権を取得し、訴訟の当事者となりうる」、という周知の公式(例 HGB 第123-130b条)を採用しない(ibid., S.79.)との立場が取られる。よって当該条の文言は、「社団は、管轄区裁判所の社団登記簿への登記又は州の [staatlich] 授与により権利能力を取得する」との文言に差し替えられる。Entwurf eines bürgerlichen Geseßbuches für das Deutsche Reich, Zweite Lesung, Amtlich Ausgabe, Berlin 1895, S12. しかし、権利能力とは何か、これを規定することが法ドグマティックの課題となり、それは今日にまで至る。

⁸³ 「法人の本体が法の擬制したものならば・・・個人あるいは財産の他に、とくに法人の本体となすべきものはない」(林、前掲書)との意義での「否認説」は、「連邦参議院提出第一読会検討法案理由」においても、内容としては提示されている。「理由」に曰く、「法人の内容は法律で確定されなければならない。この方向について何も言わないでおくことは、所与の諸規定の理解を妨げ、又は、なんととっても格別に困難にするであろう。法人の本質は、民法にとってみれば、それ自体としては自然人にのみ帰属する財産能力が確定された定款 (positive Saßung) の力により社団 (Personenvereine) 又は財産的化身 (Vermögensbegriffe) とされる(参照のこと、ザクセン法典 G.B. 第52条)、という点に存する」と。しかし、「理由」は、法人=財産能力と規定するならば、「財産能力を欠く公法団体」を法人として意義づけ

うことになる。こういった理解の魁をなした論者はヴォルフによって「利益説」論者に配置されたR・イエーリンク⁸⁴である。

同時に確認しておかなければならないことは、ここで語られる機能は法的なもので、しかも特殊に民法的なものであり、より正確には法人そのものを財産権の主体として見定め、その限りで対外的かつ対内的に独立の法主体であることを明示したにすぎない、ということである。すなわち、法人をドグマーティッシュに規定することが肝要である——法人の法的定義はない——にしても、ナチス時代⁸⁵及びIMF体制の深刻な動揺期⁸⁶に光芒を放った認識、つまり、法人はかかる法的存在にすぎないものではない、という視角がほぼ完全に消失している。法人は、たとえば、ドイツにあつて「実在」説の退却とともに、フランスにあつては当初から、国家に対抗する政治的性格を剥ぎ取られ⁸⁷、A・ブリントツAloys Brinzの提唱する目的財産説——フランスは、法人の公・私法の区別を知らないので、当然のことであるが、レオン・マゾーLeon Mazeud⁸⁸、イヴォンヌ・ランベール=ファールYvonne

られなくなるので、不十分であるとする。だが、「法人の概念を構成しかつ正当化することが法学の任務である」として、法人の定義を法律学に委ねると言う立場を鮮明にしている。Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung, Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrathe berufene Kommission, Amtliche Ausgabe, Berlin 1888. S.78.

⁸⁴ R.von Jhering の評価は様々である。福地俊雄「イエーリンクの法人理論について」(『法人法の理論』信山社、1998年、115-191頁)は、こういった評価に正面から否定を挑む。法人問題にアプローチする上で多くの示唆に富む内容と方法を展開した論考である。だが、イエーリンクは、法人を論ずるに当たり、意思的要因ではなく権利の享受に力点を置く功利主義的把握を中心とする。すなわち、主観的権利は客観法によって保護される利益である。故に、権利享受は権利の防衛に資するものでなければならず、そのために訴訟法を最優先課題として設定する。彼の所論では、団体—構成員関係において団体は法主体として登場することもない。福地が問題とするイエーリンクの所論全体を下敷きとした法人論の意義づけというものも、逆に、法人自体論を軸に置いた所論全体の評価方法を執ると「理論については」一挙に相対化される。

⁸⁵ 企業代表が「国防経済指導官」という地位に就任した時代、当然のことにも、「生存組織」das Gebild des Lebens という法人の意義づけが登場する。法体制が民族共同体イデオロギーで染め上げられ、この観点から追求された法人の新秩序については、当時、たとえば、山田 晟が紹介を行なっている。「社団法の改正に対するヘーデマンの提案」『法協』第56巻第5号(昭和13年)。Friz Rittner, Wirtschaftsrecht, Heidelberg 1987, S.124では代表的論者とその著作として以下が挙げられている。P. Gieseck, Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens, in: Festschrift für Heymann, 1940, Teil II, S.118.

⁸⁶ この時代の論争について詳細な復元と理論的解明は、例えば、正井章彦、『西ドイツ企業法の基本問題』成文堂、1989年、を参照されたい。

⁸⁷ 今は、Franz Wieacker の次の言葉を引用するに止めておく。「ギールケは、ゲマインシャフトの本源的一体性の瓦解を通じて己が対峙していることを察知した二正面で首尾一貫して干戈を交えた。絶対国家により準備され、フランス革命で実現された現代国家の全権に対する戦線、とともに、啓蒙主義により用意され、産業革命のブルジョア社会で実現された個人主義に対する戦線。より高次の結合体人格

(Verbandspersönlichkeit) に人格が肢的部分として編入される人間の結合体の「有機体」こそ、機械体国家(mechanische Staat)を克服し、利己主義的(eigennützig)個人を再び拘束するべきであるとするギールケの呪文である。社会は、個人から家族、ゲノッセンシャフト、自主管理社団(Selbstverwaltungskörperschaft)を経てフォルク全体のケルパーシャフトのゲシュタルトである国家に至るまで有機的に上昇する諸結合体のハイアラーキーとして登場し、国家においては国家と市民との対立、社会と個人との対立、公法と私法との対立が私法、社会法、公法の三位一体の内では止揚される」。Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1967, S.455. 同様に、Claus Ott は言う、「ローマ法の影響、ことに、ローマ法が立脚するとされる包括的な国家という立地点からローマ法が国家と個人とを媒介する集団について述べるところがないことをギールケは、嘆いた。彼は、国家権力の下にこれら集団が屈服させられたということのうちに、優越的な国家をして個人を服属させることを思いとどまらせる障壁が倒壊したことを察知した」と。Recht und Realität der Unternehmenskorporation, Tübingen 1977, S.60.

⁸⁸ v. Leon Mazeud, Leçon de droit civil, 1er volume, Paris 1967, p.327, n°290, p.327, n°297.

Lambert-Faivre⁸⁹らを除いて普及することはなかったが——に至り脱人格化させられる。こういった経緯の中で、法人は独り立法者の——イングランド法の術語を借用すれば——いわば「胸法」⁹⁰に宿るものに押し込められてゆく。これが、法人の本質をめぐるドグマとその論争・設計思想の歴史的顛末なのである。

2. 法人の実在性格

法人は、その制度の全体系においても、それ自体として、つまり法体制を離れて客観的に自然的所与として実在するものではない⁹¹。

それは、何を措いても、各国の伝統の中に生き、特有の法意識、法感情を有する法制官による高度に抽象的な思惟の産物である。かれらにより、法人は法的機能の限度内で、所与の目的及び要件との必然的な関連構造として思弁の中で組み立てられる⁹²。そして、当該

⁸⁹ v. Yvonne Lambert-Faivre, *L'entreprise et ses formes juridiques*, RDC.1968, p.907 et s.

⁹⁰ 「胸法」*Laws written in the breast of deemsters*とは、ここでは、法人とは何かと言うことが立法者の胸に収められていることの喩えとして使っている。その原義は、穂積陳重『法律進化論』（原形論前編、岩波書店、大正13年）によれば、*deemsters*とは「人民中より選挙せられた裁判官で慣習、伝説の倉庫と見做されたものであった。彼等は慣例、伝説、先例等の記憶により又新事実に即しても自己の正当なりと巻がふる所に依り慣例と称して判決を為したものである。……慣習を認めるのも固より裁判官の職権であった。故に法は『裁判官の胸』に秘蔵されてある」、(27-29頁)と。

⁹¹ フォン・ギールケは「結合人は、故に、敗北を欲しない。仮にそれが偽りの形象であっても、それを我われは甘受しなければならない。しかし、おそらく、強靱な反対勢力は、幽霊の影でなく生きている本質である、と仄めかすだろうか。法が有機的な共同団体を人格とみなすことにより、法は現実矛盾するのではなく、現実とふさわしい表現を授与するのだろうか。結社は、ことによると、法によるその人格の承認により、その現実の性質に照応するものだけを受け取るレナールな単位ではないのか。多くの人に同じく、私も、そうだ!、と応じるものである。私には、しかも、誰でもが、個人主義的な社会観念と関係を断ち切ったこと、人間の共同団体を、個人生活が編入される・より高次の生活と見做すと答えなければならないように思われる。国家と法の学問が成立してこの方、すべての共同団体は個人の集合体にすぎないとする見解と、社会団体に特有の本質を備えた独立の全体を洞察する見方が戦闘を交えている」、と言う。*Das Wesen der menschlichen Verbände*, Leipzig 1902, S.9f.

「結合人」*die Verbandspersonen*というのは法人を意味するが、ここには、即自的な結社が法的意義での法人であるという認識は示されていない。しかし、単独の個人と同様に「結合した人」である法人は「生きている本質」であって、それは「偽りの形象」、「幽霊の影」ではない、故に「現実に照応するものだけを授与」された法人では、機関が法人に代わって行為するのではなく、法人が機関を媒介として行為する、という論理が成立する。

⁹² BGB第二章の成立過程を眺めると、法典論争に参戦した論者の法人論が法人に関する整齐たる諸規範を導いた、というよりか私法上のケルパーシャフトの権利能力を確定する確実な出発点とは何か、「法人の本質に関する理論であるのか、それとも法体制の実定的内容なのか」を問うOtto SCHREIBERが「法人論は、そのうえに、今日の重要な理論のほぼ大概がそうしているように、哲学的又は社会学的な一定の内容から出発している。それは出自から、また、その内的な必然性によって法律を媒介とするその再現を最終的成果として要請せざるをえない。しかし、この種の理論は、それが具体的な法体制を説明するという要請を提出しうるものではない。蓋し、法体制はその内容を主権が規定するのであって、理論的根拠に羈束されるということはないからである」とする見方が妥当する。*Die Kommanditgesellschaft auf Aktien*, München 1925, S.12f. また、BGB第三草案(連邦参議院採択法案、帝国議会提出議案)の「理由書」*Denkschrift*に至っても「民法典に主たる課題として残存するものは、精神、道徳、社会、政治、宗教等の目的に従事する社団、つまり『イデアールな傾向』を有する社団の秩序 *Ordnung* ということになる。私的な社団の権利を規律するための第一の、かつ、最も重要な問いとは、どのような要件の下で社団が権利能力を取得するか、ということである。この問題に対する現行法の態度を視野に入れると、3つのシステムが代表的なものであることが見出される」と、設立の主義に主要な関心が集中していることが判明する。「BGBの立法者による総ての準備活動の連続性がまさしくその人格化において示されたPlanckが今や彼のコンメンタールに

構造は、法体制全体との整合性及び——人と人とが当該の目的を共同で実現する仕組である（社団と財団との伝統的な区別は、今は措く）ことにより——その法主体性を構造化する諸原理の定在において正整される⁹³。そして、立法府により承認され、実定法として成立し、存続する。法人の本質をめぐる論議は歴史的記述の対象に移し変えられたが、法制官のこうした分野での作業は今も途切れることなく続けられる。国家又は個人によって達成されないか、達成することが困難な課題はいつでも生起するからである。また、完結した法体系はあっても完成した法体系というものはこの世に存在しないからである。

意識的な観念的な創造物である法人は、それが擬制fictionであるにせよ、実在realityであるにせよ、こうして、所与としての原生的団体を一定の社会目的を実現するにふさわしい要件、構造を有するものに変換する媒介としての役割を与えられる。しかし、その役割は、上述したように、法人を財産権の主体として明示することにより、かつ、この点より積極・消極の訴訟当事者能力、身分法的保障（商号保護など）を派生させるに止まる⁹⁴。

いま、こういった通説的理解に対抗する上で、実体、実在をめぐるギリシア以来の哲学史を紐解きつつ、法人の本質（essentia）を論じるには及ばない。法人そのものは、「擬制」説に拠ろうが「実在」説に加担しようが、法人—社員関係において明らかなように、近代のイデオロギーにおいて実体とされる個人の法主体性の投影物として構想され、ほぼそのまま規範化され構造に纏め上げられているからである。確かに、法人は、一面において、対外的に社員の「数多性」を「一体性」として表出させる法技術を介して法主体、法客体となり、対内的に機関を媒介としてのみ社員との対抗関係に立つ法主体、法客体となる。しかし、この水準で本質を問うことは、カント的な物自体として本質なるものを語るにすぎない。法人という対象そのものにおいて検出されうる本質というものは存在しないからである。また、法人を商品=貨幣的世界の法的現象として考察する立場においても、つまり法の上部構造において個人と並ぶ対比主題として法人を設定してかかるときにも、同様である。そこでは、商品=貨幣関係の一主体として法人が登場させられうる客観的社会関係の本質が法人観念の基礎として正面から問われることがあっても、その基礎の上に成立する規範的水準における法人の定在を当該関係の形態として——抽象態において——認識せし

において『法人の本質論という争点に誠実に対応することは、BGBの諸規定の理解にとって必要ではなかった』と解説している」とも当時指摘されている。MEURER, *ibid.*, S.49f.

⁹³ 既に第一草案の理由書（前掲注78、S.80.）には、「財産能力として法人を特徴づけることは、事物の本質が変象(Anderes)をもたらしないうで、自然人に鑑みて存立する財産権的vermögensrechtlich諸規定が法人にも同様に適用される、ということに帰着する。遺言で配慮される法人の能力に関しては、第1759条を参照のこと。権利の自然的担い手を前提とするような諸規定は法人には適用不能であり、又は特定の制限の下においてのみ適用が可能である。既存の法では法人の法的地位は自然人の法的地位とは、平生でも多様に異なる。法人の個々の種類は、さらに、一部は、同時に、別様に取り扱われる」とある。

⁹⁴ ヴィアッカーは「本質的に財産能力として規定されざるを得ない」が、それに止まらず、「五体の保全又は一身の(性、婚姻、家族又は交際)親密圏の確保を求める一般的人格権……などは帰属しない。これに対し、登記され、又は市民権の与えられた社団名称、法人の取引名称(Handelsnahme)、社団の盾に記した標語、紋章その他の装飾類(Ausstattungsmerkmale.Pickwickクラブの有名な燕尾服のボタンのような)や……結局のところ、ケルパーシャフトには、主観的権利に成型されず、又は『暖簾』、信用(第824条)、『組織され実行されている営業』といった、目的物として独立の処分にふされない財産的価値のある権利状態が帰属している」と見る（前掲注31、S.373f.）。

めることに止まるからである。すなわち、法人そのものの本質に到達することはない。むしろこういった方法がK・マルクスの「経済学批判」に等価的なブルジョア法・法学の批判という現代法学において固有の価値をもつものであることは明らかであるが、それは本稿の範囲を超える。

法人は、法的主部構造のうちで法主体としての個人とならび人格の与えられた観念的ではあるが制度的実在である⁹⁵。故に本質的属性 (essential attribut) を、ブルジョア法のドグマの限界に押し込めることなく、その諸機能を復元しつつ、一つの構造として解き明かすことは可能であり、必要である。それは、提示されている機能論に止まらず、他ならぬその機能の与えられ方、法人設計思想を批判する課題を担うものとなる。

ところで、上記の団体の独自財産という観念が成立するまでに長い歴史が経過する。その間に見られた団体的所有は、例えば、K・マルクス⁹⁶や大塚久雄⁹⁷の卓抜な歴史的把握によって提示された種々の共同体的共同所有である。

ローマ法の泰斗、ガイウスはconsortium (家長死後の卑属団体) としての「家共同体」について指摘し、法務官法が発展する前のjus civileにおいて組合契約societasが登場していたことも知られている。しかし、societasは、単純な共同所有を超え出たにしても債権関係に止まる、という把握が定着している。他方で、collegium, corpsといった社団もローマ法において登場するが、貴族的ローマで該方面の法律は発展を見なかった⁹⁸。

⁹⁵ リットナーが与えた法人概念の象徴的な総括語句は「法人は法制度の超個人的な機能単位である」というものである。その単位は、3つの側面から内容が説明される。1) 弁証法的な過程におかれている客観的精神というものの変動があるにせよ、内容が限定され、かつ、法的に把握される一定の実体の実現に仕えるべきもの、2) であるが、法的人格 (Rechtspersonen) というものが——直接にであれ間接にであれ他の法人 (juristische Personen) により——当該の機能単位に分節化されることにより人員(Personalen)に係留され、法的人格はそのままに、かつ、客観精神の実体は具体的な分節化により規定される様式において不断に実現され、3) こうして、それ(機能単位)は本質的な関係において、だが少なくともその任務が達せられる限り、法的人格に等置される、(Rittner, ibid., S.229.) と。

一読して何を言っているのか判断できない。

ここで、「客観精神」objektiver Geistが、ヘーゲルの『精神現象学』でいうそれを翻案した意味で使われていることは明白であるが、「法的人格の法律行為は、人間の内に、主観的精神の自然の中心をもつものであり、法共同体の客観精神に対する関係についてはすでに述べた事柄である」(S. 210.) という脈絡で使用されている。「法共同体」Rechtsgemeinschaftは、スイス民法でいう組合を表示する術語として知られるが、ここでは、組合も含む「法的人格の相関関係概念」(S. 164.) として特殊な使われ方をしている。すなわち、「法共同体は、その分枝たる法仲間の相隣的並存においてのみならず、共同関係にある法的人格の全体のうちにも存在する」(S.165.)と。

「法的人格」とは、したがって、法人に同義ではない。それは、「G・ラートブルフが語っていることであるが『人という概念は平等概念』であり、『私法なしには考え難い』が故に人の概念の射程は、現代の法システムにとって何はさておき決定的である。『法的人格』たる人間をかつての法秩序は知らず……」(S.151.) とあるように、無差別に法主体として把握される人間をまずは指示するコトバである。

従って、上の契機的説明は、こういった法的人格に諸々の法的人格の法共同体が同じく法主体として対応しつつ、同時に、それは法的人格に超越する機能的単位として登場する、というにすぎない。法人の把握そのものが技術的で観念的であり、法人が媒介されたもの、「観念的」被造物という把握は見られない。

スイス民法でいう Rechtsgemeinschaften については、講学的シェーマによるものであるが、Arthur Meier-Hayoz, Peter Forstrmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 1998, SS.35-53.

⁹⁶ K・マルクス、手島正毅訳『資本主義的生産に先行する諸形態』大月書店、1963年。

⁹⁷ 大塚久雄『共同体の基礎理論』岩波現代文庫、2000年。

⁹⁸ .Sarközy, ibid., o.23. 「大陸欧州の法では、すべての法制度をローマの法制度に遡及させることが慣わしである。会社法の分野でも、貴族制のローマ法は商法を知らず、かつ、商法にかんして適切なラテン語の

これらは、一個人によっては為し難いが、共同することによってのみ能く為しうる共通の目的を基礎にして人々が結束する仕組である。かかる意義での団体は、洋の東西、歴史の諸段階を問わず遍在する。ところが、歴史は、その法的な基本的な存在形式⁹⁹を、ローマにおいてすでに知られていた組合と社団以外に僅かに財団の類を生成させたに止まる。これらの形は本源的であり、かつ、本源において論理的に対蹠する構造を備えていたが故に、以来今日に至るまで団体の女王、王たる位置を占め続け、その膝下にそれぞれのバリエーションを配している。

公権力にとって如何なる団体が存在に値し、存続が許されるのか、という時々の価値規制的関係において団体が捉えられる。よって、団体の法認とあり方には国家—市民の関係も投射される¹⁰⁰。

しかし、こういった法的定在及びそれに団体が如何に媒介されるかという論点に組織行動論、生産工学、産業及び制度の社会学、制度主義経済学、これらいずれも論究することがない。これらの学問はS・マーグリン¹⁰¹がA・メンガー、W・S・ジェヴォンズ、L・ワルラスらの新古典派経済学には経営管理が不在であると批判の矛先を向けたことを嚆矢として続々と成立してきた(マーグリン論争)ものである。彼の批判の核心には、市場メカニズムにおいて効率を把握しその強制以外の契機を棚上げにする——主体性なき効率——競争モデルを不完全なものであると痛撃するに止まらず、経営内部の分業とヒエラルヒーに照射を浴びせ、市場主体の効率の概念を多面的な観点から豊かにしようとする方法観念が位置づけられていた。ところが、目的的な結束の仕組という団体の規定にあるコンセプト、側面を一顧だにしない。所与としてある仕組を規範的合理性の観点から官僚制として把握することに関心を集中し¹⁰²、稀に労働過程論において主体形成論の観点から労働者を据えIdentityとcollectivitiesの総合が追求されるに止まる。全体としてこれら諸学は国家を消去し、したがって国家を欠いて成立することのない産業組織、所有、団体内規律、そして市場、

表現が存せず、とフルディ・アンドラーシュ Földi András が記し、また、例えば、キケロが商業を『浅ましき事柄』hitvány dolog と度々言い表しているが、こういった遑及を行なうことは原理的に可能である」と。

⁹⁹ 大塚は、前掲書で、「およそ『共同体』は、それがどのような転化形態である場合にも、ともかく『土地』を占取し、成員である諸個人の労働をもって直接それに関係することによって、自己を現実的に『共同体』として再生産していく」(30-31頁)という観点で、共同体—土地—労働主体である構成員の相互媒介的統一において団体が再生産される特殊歴史的構造を類型化した。こういった方法にたつて、さらに(例として、村落)共同体—(家父長制小家族としての)団体—構成員関係の間の原理的構造的特質を、目的及び共同の目的を有する構成員相互の関係という概念によって検出する(128頁以下)。大塚の方法が有効であり、これが方法的トートロジーに陥らないのは「共同体」の限度に止まらない。ケルバーシャフトとして編成される団体(前掲注61)を素材とする場合、例えば、組合—組合員関係に対し社団—社員関係の原理的構造的特質を問うときに、それは構成員相互の関係の構造的特質(例 action pro socio の存否、機能)においても問いえるはずであるからだ。この意味では、団体内部における「構成員相互の間における法的地位・関係」(前掲注25)の独立性(組合員)又は非自立性(社員)においても団体特性を示し得る。

¹⁰⁰ 人口に膾炙した事例であるが、BGB第54条(第二草案第676条、第三草案第51条)に規定する「権利能力なき社団」制度の成立の背景に、政治、宗教又は社会政策を目的とする社団の認否をめぐる連邦参議院、同委員会、帝国議会、同委員会における激しい論戦があったことを挙げておく。

¹⁰¹ S・A・マーグリン、青木昌彦編訳『ラディカル・エコノミックス』中央公論社、1973年、99頁。

¹⁰² 沢田善太郎『組織の社会学』(ミネルヴェア書房、1997年、第III部 官僚制と合議制)は、ここでの批判を突き出ている稀な例に属する。

効率を——叙述がどれ程まで具体的であっても——構造的には静態的、抽象的論題とし続けている、と言っても過言ではない。

ここに述べたことは、故に、T・ライザーが組織社会学の成果にたって構想した「企業結合体」論 *Unternehmensverband*¹⁰³ についても言える。国家、公共態と種々の関係を織り成す企業という発想も、個人に対し国家に「優越せる臣下」として聳立する企業という社会的、政治的な企業に着目せず、企業内の多元的關係に止まるからである。

企業コルポラツィオン *Unternehmenkorporation* を国家⇔企業⇔個人との関連で問う K・オットはライザーを突き抜けたとされる¹⁰⁴ が、彼が提出した大企業の規制は観念的で、抽象的水準に止まる。

上記の法人の機能をめぐる観念は、特殊な歴史の所産である。すなわち、それは、独立の財産の担い手として個人が立ち現れ (諸々の原生的共同体からの個人の分離)、かつ、そのことにより一身的人格が客体、財貨の直接の支配者として分泌されること (私的所有権)、及び、その者の意思による財産の自由な処分 (法的人格としての個人の成立) を基礎とし、そのうえに、ギリシア時代以来の法的アクシオムの一つであるが、私人は国家権力が明白に禁止したこと以外はすべて自由に為すことができる (自治、その一つの表出としての契約自由) との原則を前提する¹⁰⁵。こういった基礎の上で、自身の計算、責任と危険負担によって商品世界に算入する (国家的任務と商業との交錯の終焉) 恰も単独の個人の如く団体を設計することもまた可能となり、かつ、ここに要点を見出すことが論理的に可能になる。それは、M・ボラーニの顰に倣えば、土地、労働力、資本の商品化は、それにより全社会が商品・貨幣関係でもって覆い尽くされ、社会が当該の關係に埋めこまれたということの証となるが、法人が独自財産の担い手として設計されたことは、国家—団体—個人が財産、その担い手たる有産者 (ブルジョアジー) の關係として整齐と秩序立てられたことの証である。マルクス『共産党宣言』に曰く、「ブルジョア階級は、かれら自身の姿に型どって世界を創造する」と。

法人は、平生、民法上の法人及び、主要には商事会社を素材にして論ぜられる¹⁰⁶。しかし、今、再び行論の筋に立ち返り、社団—組合、社団—法人、協同組合法人と営利法人との関連について概括的整理を行なう段に到達した。

3. 対当關係

上記の範疇的連関は、徹頭徹尾、關係に即して論じられるべきものである。より正確に

¹⁰³ Vgl. Thomas Raiser, *Das Unternehmen als Organisation*, Berlin 1969, S.165ff.

¹⁰⁴ Sárközy, *ibid.* 「10年以上の理論的前進の榮譽に輝いているのは、ハンブルク大学の Calus Ott が 1977 年に刊行した大著であり、それは、法人論の変革を任務とするものである」(242 o.) との指摘が与えられているが、企業コルポラツィオンの支配力形成と法的形式との相關性を示すに止まっている。

¹⁰⁵ 旧聞に属するが、1989年のチェコの「ベルベット革命」の最中、現実に解体されつつあったチェコスロヴァキア民法の法的凝集力を回復させるために、その体系を再建する原理を古典的アクシオムに求め、チェコ民法の再設計を展望した者に J・フィアラ、J・フルディークがいたことは象徴的である。J Fiala, J.Hurdík, *K princip m ob anského práva*, Právník, Praha 1990, č 7, s.624-631.

¹⁰⁶ 「平生」は言ったからといって、Ott Meyer, Léon Michoud らにあった公法人と私法人とを統一して把握する、という意義を否定するものではない。Vgl. Otto Mayer: *Der juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht*. Tübingen 1908; Léon Michoud, *La théorie personnalité morale*, Paris 1924, t.II.

は、団体一構成員関係の原基的構造の思惟による再現として与えられるべきものとなる。

組合—社団の関係は法範疇の関係であるが、社団—法人は、事実的存在範疇に対する法範疇の関係の側面を有し、協同組合社団—株式会社は、社団として同一の平面にある法範疇の関係である。したがって、対当関係としては、この三つの組み合わせは同一の論理的平面にはない。

3-1. 組合—社団

ローマ法で、*consortium : societas-universitas* フランス法で、*association-société*、ドイツ法で、*Gesamthand-Körperschaft*、英国法で、*partnership-corporation* を想定してみる。

これは、通例、対立のメルクマール問題として処理される。1) 社団にあってその団体目的が社員の目的を超越し、それ自体としての目的となっていること、対して組合では、それは組合員に共通の目的であること、2) 社団は定款・機関・全体名称を有する統一体であるのに対し組合はそうではない、というものである。

ここで、社団といい組合といい、これらは、人と人とが相集って創る団体という平面では何らの差異も示さない。法的地平では、精神の所産として、例えば、上記のような対立のメルクマールの相においてその質的規定が与えられる。すなわち、法的な関心のサイドから切り取ってみると、人と人とが相集って創った団体そのものがすでに一定の構造を有するものとして表象される。しかし、団体そのものを見渡してみても、上記のメルクマールが検出されるわけではない。団体一構成員関係として内包を、そして、双方の関係項において関係の主体たる項である構成員に着目し、もっとも単純な関係性格、つまり、構成員の自立、非自立において種差を検出するときに、逆に言えば、構成員からの団体の自立、非自立において上記の対立のメルクマールをその定在として了解することができる。

すなわち、第一に問題となるのは団体一構成員関係であり、次いで団体一構成員関係に規定された構成員—構成員関係である。論理的には、ここでいう団体はすでに法に媒介されてしか現実には存立し得ないのであるが、歴史的に、原生的に団体が成立したその当座の関係を表象し当該の関係を規範関係としてではなく、まずは団体の——これとても精神の所産であるが——いわば事実的所与の相として思惟により反省的に再現しなければならない。しかし、規範的に把握される前の関係そのものが、そのものとして存在することを主張することが目的ではない。あくまでも、認識の手續として、法以前的に存在する団体を恰も法的構造を宿しているが如くに評価的に考察する、つまり、理念的に社会学的所与として設計者の思惟において再現されたものの如くに把握するということである。と同時に、法的媒介は、事実的所与の認識に止まるものではなく、それ自体が評価的規範として意味づけられておかなければならないし、認識と評価とは密接に関連しながらも、相対的に独自の精神作用である。その好個の例は、たとえば、日独における合名会社の規範システムである。

かかる意義での事実的所与の次元における社団—組合の対当関係は、最も抽象的には、

生成する団体を構成員との関係において自立的存在又は依存的存在として認識（思弁的な蓋然的区別）するかの相違として設定される。すなわち、死亡、脱退——法的な設計段階では、破産、ときには市民権の喪失——等構成員の運命と団体の消滅とを連動させるか、させないか、という認識がここで意味を有する¹⁰⁷。次いでここから、論理として導出されるものが、団体目的が構成員の目的から自立するか依存するか、という区別である。しかし、ここで言う「自立」とは、構成員の人格から超越する永続性又は無期性と言うに等しく、「依存」とは、論理的意義での対当関係を維持するための思弁的説明にすぎない。

ついで、それに規定され、団体—構成員関係を開放系となすか、封鎖系となすか、つまり加入脱退の自由を認めるか認めないのか、となつてあらわれる¹⁰⁸。ここまでの、事実的所与としての、団体—構成員関係というものである。封鎖系である組合が例えば組合員の脱退、死亡によつても解散に至らないで開放系に近づけられる、又は両者の境界線が削られるのは、有用性の観点からする規範的設計における歴史的壊変の問題を呈することになるが、組合といい社団といい、それ自体が、認識された事実的所与の枠組を突き抜けた価値判断に基づく設計の産物にすぎないということを物語る。しかし、かかる所与を前提としないかぎり、こうした接近又は削除という規範設計を意味づけ得ない。

次いでこういった関係に規定される構成員—構成員関係は、目的を実現する上で他者との交通に入らざるをえないかぎり、対他的関係においても対当関係として設計される。ここでは、しかし、対他的関係を想定するが故に、行為にまつわる仕組の内部的設計が逆に必要となる。すなわち、対外的な意思形成・表示・執行・監督という意思的契機において、同時に、対他的関係の取引的性格の故に物的な商品=貨幣関係としても現れる意思関係つまり財産関係的契機において対当設計が必要となる。

社団にあつては、その団体的自立は、構成員の個別的意思に規定されながらもそれを超越する団体名称・意思決定・表示・執行・監督・債務責任として表示されるべく設計され、組合にあつては、構成員依存的に設計される。こうして、前者にあつて機関編成が、後者にあつて構成員の地位そのものが、双方の意義における意思関係つまり、単純化すれば代表及び責任の帰着点として構成されることになる。前者において「団体債務についても、

¹⁰⁷ ここでの識別メルクマールは、レアールな、つまり実定法に即しての区分でも検出されうるが、規範システムの変遷を経た現在ではそのままに見出されえない。近代の初頭において、たとえば普通ドイツ商法典に規定する各種の商事会社の規定において十分に観測され得るが、今では近時的にしか妥当しない。つまり、イデアールな区別なのである。会社・組合の諸形態についてイデアールな識別とレアールなそれとを対置するものとして、Herbert Widemann, *Gesellschaftsrecht*, Band 1, München 1980, SS.88-139.

¹⁰⁸ ヴィーデマンは、「閉じられた組合と解放されているケルパーシャフトとの区別の位置価値は巨大であるが、それは純粋に概念的な演繹に帰着させられてはならない。当該の仕切りは、何はさておいても、非経済的団体が民法典の組合として又はイデアールな社団として階層づけられるべきときに、民法典の適用にあたり重きをなす。社員は、その括りにしたがって非常に異なる規律に服せしめられる。民法上の組合員は、組合の債務に原則として一身的に責任を負い、そのために脱退に際し BGB 第 738 条にしたがって示談が受けられなければならない。これ等双方は、社員には妥当しない。さらに、BGB 第 21 条以下はケルパーシャフトのすべてのタイプ（株式会社、株式合資会社、協同組合）にとつて貧弱ではあれ大綱的秩序を、BGB 第 705 条以下はすべての人的組合（合名会社、合資会社、匿名組合）にとつての基本秩序を示す」と。Ibid, S.92f.

原則としてケルパーシャフトが責を負うが、それと並行してしばしば構成員の責任も生じうる」というのも、つまり、団体固有財産の相対的な自立化の法認も、後者において、典型的には合名会社において社団になじむ構造が部分的に設計されたのも、これまた価値判断としての設計の問題であり、事実的所与の認識又は規範的反映の論理性の問題には収まらない。

対他的関係には、今ひとつの側面が加わる。国家と団体との関係である。社団は、構成員からの自立性ゆえに、その内部関係及び対他的関係は、概して客観的法秩序としてその定款の内容が確定させられ、組合は、構成員に依存するがゆえに、私的自治の圏内で許される組合契約秩序——定款と呼ぶか否かは技術的問題である——として定めることができ、かくして、典型的に社団には強行規範に裏打ちされた定款が必須となる。

しかし、歴史的に事実として存在した各種の団体を論理的な対当関係において区別することと、それを規範的次元で思惟において再構成することとは連関を有していても別であり、前者は反省された事実認識に、後者は論理的ではあっても意思的価値判断に属するが故に、事実認識における対当関係が価値判断におけるそれと必然的に符合する関係にはない。中世晩期より現在に至るまで、社団—組合の対当関係は、前者の原理が後者のそれに転記——例えば、多数決による議決の成立、代理権の授与による対外的な代理関係、組合員の破産、死亡を超越する存続など——されることにより、相互の境界が削り落とされてゆく壊変プロセスを閲歴している。これが、事実の反省的認識と規範秩序設計判断との緩やかな結びつきを、後者の判断レベルでの対当関係の相対性を物語っている。とはいえ、認識水準での対当関係は、設計判断の基底に置かれる。別の仕組として設計しようとする意思があつての事実の反省的認識であるからである。

3-2. 社団—法人

ギールケは、『ドイツ団体法論』第三巻において、古くは*copus, universitas*として語られた社団と法人観念とがどのように接合されたかを述べている。「法人の本質は……公認の*corpus*であり、*corpus*の担い手を構成する全体に結びつけられる、ということにより規定されてゆく。この点から法人は、法人が „*corpus*” として、かつ、特に、 „*universitas*” と表示され……ここから法人は、公認の団体概念から転記され、かつ、私法上で現金化される豊富な本質的メルクマールを同時に受け取った。現実には、いっさいのゲノッセンシャフト的な全体的法関係 (*Gesamtrechtsverhältnisse*) と同様に、その力により、社団*universitas* の権利が、当該団体に結束する構成員たる諸個人*singuli*の個体的権利において現れ、ついには個々ばらばらの端切れとなって消滅したので、当該の理論において、*universitas*の権利は共同関係の権利と(S.100.)まったく符合する、とする通俗的な把握が法律学の側で精力的に反駁され、権利の形成に対するその影響が封じられる。むしろ、断固として明言されたことは、私法においてすら*universitas*は*singuli* の総計から断然区別される統一体である、ということであり、ここでも、その全体は公法により定立される組織においてのみ統一体として

機能する、ということであり、結局のところ、ここでも、その都度ごとの全体ではなくて、その構成員の交替にもかかわらず己自身と自己同一であり続ける団体統一体が考慮に入れられる、ということである¹⁰⁹。

こういった観念連想は、中世晩期に注解学派において「實在に従えば (secundum rem veritatem) 個々の人間だけが實在するとの観念が首尾一貫して貫徹されるや否や、(S.430.) 擬制によって人為的な主体が無から創造され、かつ、完全なる分離において自然の諸主体の数多性 *Vielheit* と並んで定立される、という見方が出現する。事実、こういった見方に大概のカノン法学者が傾斜した。・・・しかし、しばしばまた明白に主張されたことは、擬制人 *persona ficta* としての *universitas* は諸個人の総計 *die Summe der singuli* だけではなく、共同的に考えられる総体 *Gesammtheit* (総計) とも別であり、かつ、その定款に従った集会においてすら構成員の総体(総計) がケルパーそのものを構成するのではなく、擬制された身体 *corpus fictum* を代理するにすぎない、ということである。ここから、集会の議決がコルポラツィオンの意思と見做されること、という命題の根拠づけのために新たな擬制の必要が生じ、その場合はかかる見方から、*universitas* の意思無能力がそこから演繹されるのと同様の正当性を持って、擬制に媒介される人為的な自由意志 *voluntas*、悪意 *mala fides*、詐欺 *dolus*、占有意思 *animus possidendi* について、結局、*universitas* の虚構の魂について語られうることになる。コルポラツィオンの全ての法的関係において、この見解に従えば、構成員は (S.431.) コルポラツィオンに第三者さながらに對することになる。しかも、なんの躊躇いもなくコルポラツィオンにとって、構成員が一人となっても、或いは構成員がゼロとなつてがらんどつとなつても *universitas* の変わることなき存続の可能性が生じる¹¹⁰ という所まで昂進してゆく。アンシュタルト的なバイアスのかかった法人論がこうして成立し、後世、一人社団が登場することになる。

このように制度設計観念の次元において、構成員の運命を超越し、がらんどつとなつても存在するものが社団であるが故に、その存在そのものは生ける人格とは関わりが断たれても存在する¹¹¹。しかし、物自体ではない。具体的に人格ある者が存在しなくとも、具体的に存在するものとして処遇されるからである。

団体存在に、次いで近代法において確立を見る人格又は人格的能力が擬似的に付与され法人という観念が成立する。人格が擬似的に付与されるとは、団体そのものには人格が本来備わっていないが、あるが如くに処遇する、ということである。処遇の結果、法人に「擬似的な人格」が備わっているかに映じるにすぎない。肝要なことは、「擬似的に付与され

¹⁰⁹ Gierke, *ibid.*, Die deutsche Genossenschaftsrecht, Band 3, SS.100f. ここで、ローマ法の系譜からは、ドイツのケルパーシャフトと異なり、「共同的に考えられる総体」つまり社団における機関がついに思惟においても構成されなかったということが判別する。

¹¹⁰ *ibid.*, SS.430-432. ローマ法におけるユニフェルシタースとソキエタース、ゲルマン法における社団と合手的共有との枠組的対比については、さしあたり、大塚、前掲書、297-300頁を参照されたい。

¹¹¹ ブラックストーンの比喩は、不死性 *immortality* というものである。曰く「法律における人格だけが決して死することがない人格である。さながら、それは、テムズ川が一瞬たりとも常なき部分を貫いて流れるも、相変わらず同じ流れのようなものである」と。Blackstone, W. *Commentaries on the Laws of England*. New York: William S, 1992, p.456.

るが故に、制限的法主体性と完全な意味での法主体性との区別、及び、法主体性と法人観念の区別が成立する¹¹²。

あるが如くに処遇するその仕方は、論理によって反省された事実に対する価値判断の領分に属し、事実の客観的認識という領域を超え出る。よって、団体が依存する構成員の人格に着目し、私的自治の圏内で許される組合契約秩序として組合を法設計において限界づけ、こうして法的秩序の下で完全な私事に組合を止めるかぎり、組合を法人として積極的に設計するには及ばず、法曹の関心に捉えられる限りでそれに限定的な権利能力を付与すれば足りる。すなわち、構成員とは異なる存在そのものに人格を与える必要は、構成員から自立した存在として論理的に構成された団体においてのみ、まずは、問題となりうる¹¹³。

しかし、今、財団を除外するとして、事実としての社団一般に、また社団のみに限って法人格が与えられるわけではない。一般化して言えば、いかなる団体を法人と為すか、どのように「人格又は人格的能力が擬的に付与」されるかは、法人が国家の手になる規範的客観秩序であるが故に、国家一団体（諸個人）の複雑な、時々政治的、経済的、文化的、倫理的等々の観点からの公的処遇問題として登場するからである。こういった処遇のコロラリーとして、事実存在としての社団が選別される。それを端的に示すのは、結社それ自

¹¹² ドイツの支配的見解は退けるところであるが、権利能力を有する法的被造物と権利能力を持たないそれという「二元的考察方法」を破砕し後者において「制限された」、「部分的」、「相対的」、「半ばの」、「特殊な」、「比較的僅かの」権利能力を帰属させる試みを為した先駆として、Fritz Fabricus, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, München und Berlin 1963, SS.1-30. しかし、ファブリクーシュの法哲学的な試みに対し、実定法の分析によって先駆けた者として Karl Haff, *Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts*, Zürich 1918, S.239ff. を挙げ得る。

また、ドイツでは、「1.『法人』概念は、ドイツ法の私法上のケルパーシャフトについて、内容が厳密に定められていないし、精密に限定されてもいない。故に、しかじかの団体が法人であるか否かをめぐって為される争論は誤りである。むしろ糾されるべきことは、しかじかの団体が法人の特質を備えているのか、いないのか、ということである。されば、ある団体が法人であるという措定から決して何事も導出されえない。むしろ、それぞれの個別のケースにおいて、個体的自立化がどの程度まで具体的になっているのかが探求されなければならない。

2.ドイツ私法は、法律上の人格性を備えた人的団体と法人格性を備えない人的団体との対立を識別せず、法律上の人格性を備えない単純な組織に始まり、法律上の人格性を備えるもっとも完成させられた組織に終わる・種々の組織の非常に複雑な段階的連続を知るのみである。故に、ある団体への権利能力の授与は新規の団体 (novum) の創設として判断されるものではなく、既に予め存在する団体の組織としての完成として判断されなければならない。当該団体の財産は新しい主体を受け取るのではなく、同一の主体が別の法形態を受け取るのである。(登記の完了をもって 訳者補) 当該財産の移転が行なわれるわけではないし、権利能力の取得以前に締結された契約の承認の機縁が生じるわけでもない。当該団体は、権利能力の取得以前に、(登記の完了をもって) 権利能力のある(存在となる当の) 団体に適用される定款にしたがって既に事業を行なう (のが通例である)。当該団体は、権利能力の取得に条件づけられることのない・権利能力を有する団体の一切の特質を有する」という指摘が既に第一次大戦後のインフレーションの終息期に登場している。Otto Schreiber, *Die Kommandit-Gesellschaft auf Aktien*, München 1925, S.37. 「権利能力のない社団」、「人格なき社団」とは、法人格を欠くというにすぎず権利能力が無であるということの意味せず、また、法人格あるものとして団体に付与される権利能力も一様ではなく、団体設立目的との関連で必要にして充分なる範囲に限定されている。こういった観点から、また立法論的見地からもファブリクーシュ、シュライバーに倣い、「二元的考察方法」を筆者は採用しない。

¹¹³ とはいえ、ここでも、如何なる団体に法人格を与えるか、ということも価値判断の領分に属するということは、フランスの組合法人において明らかである。同時に、どのように与えるか、つまり設立の主義という問題もある。しかし、準則主義が一般化しつつある現代では、法制史の分野にこの論点は移りつつある。懸案は、準則主義にふさわしい国家一団体関係を再構成し行政監督・罰条を削除することにある。

体が久しい間にわたって警察的取締の対象となり、現代社会においても法人格は「公共の福祉を危殆に瀕せしめる」場合にはその剥奪（ドイツ民法典第二草案第40条、同第三草案第40条、帝国議会採択案第40条、制定法第43条）が予定されるからである。よって、ここでの対当関係は、端的にいうと政治的判断を基礎とする公権的判断により関連づけられ、あるいは切断される。

したがって、当該の関係は、公共性の信託を受けた国家が再びいかなる団体をいかなる基準に基づいて公的存在として処遇するか、しているのか、という問題として論じられるべきものである。ここで対当関係を成立させるのは、時々々の公益性の観念を前提とする国家—市民の関係ということになる。公益性の否定される団体は禁圧のリストに搭載され、法人として処遇される機会を最初から持ちえないからである。

いかなる団体にどのように「人格又は人格的能力が擬似的に付与」されるかは、各国の法伝統に、唯一ではないが、決定的に規定される。ここに各国特有の法人構造が成立してくる由縁がある。それを擬制説、実在説、目的財産説、否認説等、又は契約説、制度説等により、どのように解釈・判断するかは、その次の、法ドクマティーク問題である。

ところが、協同組合法人は、原生的には——社会政策、開発政策の観点から後発の国々において上から与えられる時代が来るにしても、その濫觴において——、各国での人民の運動の中から誕生した事実を国家との対抗の中で法認させたものであり、近代社会の成立した時期に国家の側が自覚的、意識的に設計し自らのイニシアチブにより公的な存在として押し広げたものではない。すなわち、結社の自由¹¹⁴の自覚的追求が協同組合法の制定運動となって現れる次第である。

よって、次に問われるべき対当関係は、国家の側が公的で普遍的な規範存在として与えた商事会社、とくに、社団地平で並立する株式会社との相違が確認されなければならない。

3-3. 協同組合法人—株式会社

ここでは、両者の成立史を問い、確認することが課題となるわけではない。問題は、双方ともに社団を原基構造としながらも、如何なる点で相互的な地位の交換が不能なのか、これを予備的に確定することにある。その成立から解散に至る団体的生活現象の種々の側面、階梯に即させれば、対当関係ということ種々の切り口を設定することが可能となる。しかし、もっとも重要な対当関係は、相互否定的なそれである。このような問題の立て方を行なうのは、株式会社の仕組で協同組合の目的が追及できる、したがって協同組合法人というものは必要ではないとする見方が、過去にも現在にもあり、また、協同組合を唯一

¹¹⁴ 「基本権である結社の自由が保障するのは、一般にGG第9条第2項に「したがって許される社団の設立は公の権力により侵害されないこと、かつ、権利能力の取得のための諸前提が一般的法原則により確定され、かつ、平等原則が侵害されることなく適用される、というそれだけのことにすぎない」。Wieacker, *ibid.*, S.343. 規範秩序としての結社の自由とは、かかるものであるが、「一般的法原則により確定され」るだけでは団体は法人として処遇されえない。実体的に、形式、内容ともに全く自由な定款作成の自由を認める完全な意味での団体自治が実現され、かつ、手続的に、法原則において一般的登記手続が掲げられるということを所与として法人法定主義は排除されえる。しかし、現実にかかる条件を有する国はない。

の株主とする資本会社も多々見うけられるからである。

団体の目的つまりアイデンティティ、それを促進する仕組、社団一般の内部的組織のいずれをとっても、株式会社サイドにおいて実務的地平で差異を解消することは可能である。営利目的を否定し、社員の共同の要求を充たす事業に従事し、同額の資本出資を為さしめ累積議決権ではなく人頭割議決権を保有させ、株式の第三者譲渡に制限を加える等々によってである。よって、対当関係を株式会社の側から解消することはまったく不可能である、という判断は成立しない。「社会的企業」なるものが成立し得る由縁もここにあるのであろう。では、協同組合社団の側から見た場合は、どうなるであろうか。

この問題は、協同組合社団を、組合一組合員関係に、株式会社を、会社一社員関係に、より具体化して考察する場合においてのみ、問題と為し得るということを意味するであろう。すなわち、組合員の地位対社員の地位として対当させるときに、意味のある考察となる。同時にそれは株式会社をどのように協同組合社団に類似のものに変換しようと為しえない関係を言い当てるものでなければならない。それは、組合員の地位の一身専属性であり、その典型的な現れとしての死亡脱退、除名である。これは、協同組合社団が資本結合社団としての株式会社と区別され、人的結合体であることを端的に意味する。

組合員の地位は、わが国では、だが、「出資を基本的由縁とする経済的協力関係をはなれては意味をもたない」¹¹⁵協同組合における組合員の事業及び経営に対する関与権として意味づけられる。したがって、時系列的には、組合員相互の関係における協同により事業経営に関与するという協同組合の人的要素は出資に示される経済的要素を起点とする。

村橋は、ここから直ちに、「人的要素も経済的要素を前提としてのみ意義を有するとの意味で人的要素は付随的である」、または、双方の要素が「主・従の関係において有機的に綜合統一化せられている」、(324頁)との判断を導く。むろん、それは「現行各種の協同組合」の規範的構成を前提として「経済的・人格的協同体であって人格的・経済的協同体ではない(この箇所は、校正もれがあるが、文脈からかように読む 筆者補)」(323頁)というかぎりのもので、解釈として正当である。

だが、協同組合における「紐帯」として経済的要素と人格的要素を想定する場合、組合員関係は経済的要素を主とし、協同的關係を従と規定するときには、「両者は一体をなして一つの地位を形成しているから……組合員地位の構成要素である。しかし、ここに言う主従関係は協同組合の機能、目的との関連、すなわち、経済的助成目的を達成するために、精神的協同を必要とする意味においてで」(324-325頁)ある、という説明には納得し難いものがある。零細な規模の株式会社を含め、共同事業組織一般にあてはまる理解だからである。むろん、相当の規模の株式会社を想定し、協同組合にあつては「両者が綜合統一せられて組合員の地位が形成される」のに反して「株式会社においては財産的要素が……社員たる地位に対し最終的意義をもつ」(同所)と対比することは可能である。

「経済的要素」つまり出資の法的性格を最後に整理しておきたい。一つには、村橋の上

¹¹⁵ 村橋時郎『協同組合法の研究』酒井書店、1966年、324頁。

記の見方がわが国独自のものである、ということを確認するためである。今ひとつは、わが国で独特な持分観念が導入されているからである。そして、これらがあいまって、ICA 定義が協同組合=共同所有団体という見解を設立させる基にもなっているからである。

わが国では要物契約により組合員関係が設立するので、出資は当然にも組合員の地位の取得要件として、いずれの協同組合法においても規定されている。これは、ドイツの協同組合法の仕組みと相違する。ドイツの場合、諾成契約により組合員関係に入る。よって、H・Paulickは、協同組合法第 15 条を引いて「組合員の地位は、株式会社の場合とは異なって一又はそれ以上の持分の引き受けの結果として取得されるものではなく、定款への共同署名により、及び、協同組合登記簿への定款の届出をした後では加入、承諾及び組合員名簿への登記により取得される。ドイツ協同組合法は、ここでも、出資についていかなる指摘も回避している」¹¹⁶と言う。こういった規範設計に沿うかぎり、「協同組合の組合員関係の基礎は、資本による関与ではなく、組合員の人格であり、組合員は——協同組合の促進目的により規定され——経営又は家政の所持者として協同組合ともっとも緊密に経済的に結び合わされる」(S.107.) と言いうる。

問題は、出資が組合員の地位の取得要件であり、又はそうではない、という次元にあるわけでない。なぜならば、「紐帯」とは、すでに加入している組合員—組合員関係を指し、この局面では、ドイツでも出資・貸分形成が組合員資格の維持要件となるからである。よって、「紐帯」の結節環である組合員の地位とは何かが問われなければならないことになる。「協同組合の人的要素は経済的要素……からの派生物又は流出物ではなく」(村橋、324 頁)、と言い、いきなり「総合統一せられ」と言ったのでは、二つの要素を区別しその関係を規定した意味がなくなるからである。

上に挙げたパウリックは、「株式会社の場合では財産権的行為(株式の引受又は取得)が二次的に人格権的構成員関係を成立せしめ得るのに反し、協同組合にあっては組合員の財産権的な権利義務が組合員の地位を意義づけるものではない。当該の権利義務は組合員の地位の必然的効果にすぎない。社員の地位が資本参加により初めて生成する株式会社の場合では、等しからざる資本参加の結果として不平等な社員の権利義務が成立する。権利の平等を最高の原則とする協同組合では、等しからざる資本参加により、確かに組合員の財産権的内容(協同組合法第 19 条)はともかくも、人格権的内容とともに組合員の地位は全体として影響させられ得ない」と、資本会社との対当関係において、人格的権利と財産権の相反関係つまり前者より導出される後者の関係を把握する。ところが、パウリックは、「組合員は……経営又は家政の所持者」とする規定を与えている。

これに対しV・ボイチェンは組合員の地位は「主観的権利ではなく、協同組合における組合員の人格的な法的地位である」との見解を展開する。つまり、それは、「登記済協同組合に対する個別の組合員の人格権的並びに財産権的な権利及び義務の担い手の身分 Trägerschaftなのである。したがって、一方では、協同組合に対する権利・義務の複合が、

¹¹⁶ Heinz Paulick, Die eingetragene Genossenschaft, Tübingen 1954, S.108.

他方で、協同組合内での法的地位ということが肝要なのである。組合員の地位は、個別の組合員の間での主たる・従たる給付義務を伴う法的関係ではなく、総務的誠実義務を根拠づけるにすぎない。それは、分割されえず、故に、譲渡・質・抵当に付されえない。……組合員の地位から生じる各種の権利は、原則として、一身にかぎって行使されるだけである。にもかかわらず、登記済協同組合の目的に違背しないかぎり、法定代理人によりその行使が許される。任意代理人によるその行使は、例えば、第 43 条V.1.におけるように、協同組合法又は定款が明文で許可しないかぎり、排除される。組合員の地位は、BGB第 823 条第 1 項の意義でのその他の権利を示すものではない¹¹⁷」と。

ボイチェンは「法的地位」*Rechtsstellung*を定義することはないが、*Trägerschaft*と同義としている。よってG・ハーナイが言う「権利義務の担い手たる能力、権利義務を有する可能性」¹¹⁸ 又は「権利能力、法主体性」(S.258.)を意味し、それは、団体内部における組合員の主体的な人格的地位を意味するものと解してよいであろう。さすれば、それは協同組合法全体において与えられる具体的な権利及び義務の総括名称に等しく、権利の側面としての組合員の地位を語るパウリックと対立するものではない。しかし、かかる総称名称は、それ自体において具体的に予め想定できる権利義務を包括するものではなく、協同組合—組合員関係において設計され与えられた権利義務関係の担い手たる地位という意義に止まり、組合員の具体的な権利義務は組合—組合員関係における役割の布置として登場するに止まる。この端的な表現が、出資をもって、それが化体された団体財産に対する組合員の所有権を根拠付けず、制限的な「債権」的性格を保証するに止める法的設計なのである。

よって、「経済的要素」に焦点をあて社員—組合員の対当関係を問うとすれば、それは、パウリックによる対比を前提しながらもボイチェンの見解に与することが正当と思われる。

小括

労働者・生産協同組合を古典タイプとする協同労働の協同組合の登場は、従来の協同組合観念を相対化する。事業の性格の点で社団と組合との接合を予定し、多元的組合であることにより共益団体性を市民的・地域的公共的団体性に媒介し、伝統的な非営利観念に代わる非営利性を提起し、団体ガバナンスの新しい仕組を必須とするからである。

わけでも、労働というコミュニケーションの手段を共同管理する団体として、開かれた組合員構造を組み込む謂れがある。そして、「生協法」を除外し戦後の協同組合法のすべてに装着されている協同組合=共有団体という発想、これに根拠づけられる持分制度に汚染されていない仕組として、市民型的人格的結社として協同組合運動、観念に新たな内容を付加できる可能性をもっている。

協同労働の協同組合¹¹⁹は、プロイセン協同組合法を源流とするわが国の協同組合法の全

¹¹⁷ BGB 第 823 条第 1 項:「他人の生命、身体、健康、自由、所有権その他の権利を故意又は過失により侵害した者は、当該の他者に対しそこから生じた損害を賠償する責任を負う」。ここでいう、「その他の権利」とは絶対権とされる。山田 晟『ドイツ法概論 II』有斐閣、昭和 49 年、141 頁。

¹¹⁸ Gerhard Haney, *Sozialistisches Recht und Persönlichkeit*, Berlin 1967, S.244.

¹¹⁹ 協同労働の協同組合法・要綱案は筆者の起案になる。See <http://kyodoken@jicr.org>

面的な現代的刷新を展望する上で避けて通れない素材であり、源流において契機をなしていた連帯した組合員による自助、自主管理、自己責任の現代的な一つのあり方も指し示す。