

補章 (II) 民法第 34 条の成立沿革 ——日本型公益法人の成立——

諸々の教会の中で最も狭量な教会であるローマ・カトリック教会は、聖者の聖列加入のときにおいてさえ、「悪魔の代弁者」なるものの発言をみとめ忍耐強くこれに傾聴するのである。人間の中でも最も聖なるものでも、彼に反対して悪魔の言い得る一切の非難が知られまた考量せられないかぎりには、聖列加入という死後の榮譽を許されないのである。ニュートンの哲学でさえ、もしもかりにそれに対して疑いを挟むことを許されないとすれば、人類は、この哲学の真理性について、彼らの現に抱いているような完全な確信をもつことはできないであろう。われわれが最も多くの根拠をもっている信念も、全世界に向かって、この信念の根拠なきことを証明せよ、と不断に勧誘すること以外には、依存すべき何の保障ももたないのである。この挑戦を受ける者がいないとしても、また、この挑戦がうけられて、挑戦を破る試みが失敗するとしても、われわれはまだ確実性から、はるかにはなれている。

(J・S・ミル、塩尻公明・木村健康訳『自由論』岩波文庫、2005年、46-47頁)

目次

はじめに

第一節 旧民法「人事編」起草者・法制官熊野敏三における公益法人観念

I. 旧民法における団体観念

1-1. 旧民法の成立の沿革

1-2. 元老院民法編纂局担当時代 (明治 13 年 4 月 30 日～同 19 年 3 月 31 日)

1-3. 司法省法律取調委員会時代 (明治 19 年 3 月 31 日～同 23 年 10 月 6 日)

2. 法例草案に対する批判と起案者の法思想

2-1. 穂積意見書

2-2. 熊野「理由書」

3. 法制官熊野の団体及び公益法人観念

3-1. 熊野の婚姻観

3-2. 熊野の公共観念

3-3. 熊野の法人観念

3-4. 熊野の基本姿勢

第二節 法人制度観念の推転

1. 「法典論争」

2. 「民法中修正案」の国会審議

3. 法典調査会の設置と調査方針

3-1. 法典調査会「規程」

3-2. 「法典調査ノ方針」

第三節 公益法人制度構想の成熟と審決

1. 公益法人制度構想の成熟過程

1-1. 法典調査委員総会議事: 甲第 1 号議案

① 第 5 回民法主査会

② 第 3 回法典調査委員総会

1-2. 穂積における構想の成熟過程: (主) 甲第 4 号議案草稿

① 写條案: 「反古」綴り中、第 1 の束

② 「写條改案」: 「反古」綴り中第 2～3 の束

③ 第一草案: 第 4 の束

④ 第二草案: 第 5 の束

2. 法典調査会における審議

2-1. (主) 甲第 4 号議案

① 法人章の設定理由

② 法人法定主義を採用する理由

③ 「公益法人」制度理由

2-2. 第15回主査会議事 (明治26年11月28日)

① 第36条議案

② 第37条議案

②-1 概括討論

②-2. 公益了解論議

梅: 公益と非営利の関係: 真の対立は非営利対営利

2-3. 第8回總會議事 (明治27年1月26日)

① 第36条議案

② 第37条議案

磯辺四郎: 全面削除を主張

穂積の反論: 法人設立における「国家主義」の固守

岸本辰雄: 此箇条ハ余程危険ナ箇条

磯辺四郎の反論: 行政主官の支配が永続する

穂積: 団体ヲ取締ル箇条ガ37条

磯辺四郎: 余程過激ナ御論ガ出マシタ

穂積: 此37條ガナイト法人ガ生マレヌ

3. 小括

3-1. 公益法人制度設計の理由及び目的

3-2. その構造

① 公益と営利

② 類概念及び種差概念としての公益範疇

③ 公益及び非営利を要件とする第37条 (現行第34条)

エピローグ

はじめに

公益法人に似て非なるものに公法人というカテゴリーがある。実定法上では公法上の法人という意義を有する。広義では国又は地方公共団体を含むが、通常は、特別法に基づいて特定の行政目的のために設立され、特定の行政機能を果たす法人を称する。特殊法人という呼称が現在ではゆきわたっている。

少なくともG8 各国を想定する限り、私法上で、積極的要件として公益の増進を目的とし、消極的要件として営利を目的とせず、かつ、主務官庁の許可を得て設立される「公益法人」制度を予定する国はない¹。また、当該の制度は、その成立の時点をとってすら、1) 統治権を総攬する天皇が裁可した「法律ノ範囲内ニ於テ・・・結社ノ自由ヲ有ス」(明治 22 年 [1889] 2 月公布の大日本帝国憲法第 29 条) とする団体観念を基礎とし、2) その公益活動が予防警察的に担保される民法典上の私法人として設定され、3) 国家行政から家父長的な保護を受けるユニークなものであった²。故に、その来歴を問うことなく予めその存続を前

¹ イタリア民法典第 11 条に「県および市町村、ならびに法人として認められている公の団体は、法律および公法として遵守されている慣習に従い諸権利を享有する」(風間鶴寿『全訳 イタリア民法典(追補版)』法律文化社、1983 年、7 頁) とある。これは、民法上での「公益法人」を認める趣意ではなく、公法人が私権を享有する旨を確認するものである。

Art. 11 Persone giuridiche pubbliche

Le Province e i Comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche, godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico

イタリア民法は、しかし、第 12 条第 1 項で「私法人、財団その他の私的性格の諸制度は、共和国大統領布告により為される認可により法人格を取得する」と定めている。事情次第でこれは octroi 制となりうる。

Art. 12 Persone giuridiche private

Le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato acquistano la personalità giuridica mediante il riconoscimento concesso con decreto del Presidente della Repubblica.

また、フランス憲法第 34 条では「各種の公共営造物の設立」la création de catégories d'établissements publics は法律によって定められるとするが、これも公法上での法人の設立は法律によると言うにすぎず、私法上での「公益法人」を認めるものではない。

Art. 34.

La loi fixe également les règles concernant :

la création de catégories d'établissements publics

わが国で宗教団体は「公益法人」を称するのが通例のようにみうけられるが、宗教団体は私法上の団体としてのみ扱われるわけではない。例としてドイツ基本法は、その制定の時点(1949)において第 140 条の定めによりワイマル憲法第 137 条をその基本的構成部分とし、以下の規定を含んでいる。

「(四) 宗教団体は、民法の一般規定により権利能力を取得する。

(五) 宗教団体は、従来公法上の団体であったかぎり、公法上の団体として存続する。・・・略・・・

(六) 公法上の団体たる宗教団体は、市民租税台帳にもとづき、ラント法の規定にしたがって租税を徴収する権利を有する」。

Artikel 140 des Grundgesetzes vom 23.Mai 1949

Die Bestimmungen der Artikel 136,137,138,139 und 141 der deutschen Verfassung vom 11.August 1919 sind Bestandteil dieses Grundgesetzes.

Artikel 137 der deutschen Verfassung vom 11.August 1919

Religionsgesellschaften erwerben die Rechtsfähigkeit nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

Die Religionsgesellschaften bleiben Körperschaften des öffentlichen Rechtes,soweit sie solchen bisher waren.

Die Religionsgesellschaften, welche Körperschaften des öffentlichen Rechtes sind, sind berechtigt,auf Grund der bürgerlichen Steurlisten nach Maßstabe der landesrechtlichen Bestimmungen Steuern zu erheben.

第 6 項でいう収入は歴史的には 10 分の 1 税と称されたものである。しかし、この多くは、非営利活動の支援のために充てられている。ドイツにおいて教会、政党、労働組合が非営利活動の財政インフラを支えていることはつとに有名である。

² 民法起草委員会にあって法人制度を構想した穂積陳重の手になる「甲号議案」(明治 26 年 11 月 20 日) 中

提とした論議に入ることは問題が多い³。

歴史を問うことなく 21 世紀社会のあるべき姿を展望しオープンに論議するというのも一つの行き方である。しかし、歴史的に成立したものに対し無前提で臨む態度は、この国の協同組合を含めた団体法制の特異性を無批判的に存続させることになる。また、人が人との間で作る社団一般の視座から国家を含む諸社会（自治制度、営利会社、協同組合、非営利団体、商店街組織、集落、町内会等）の制度総体及び其々の団体を統一的原理に即して設計し直す論議に貢献しうるものではない。同時に、それは、市民団体への国家介入のメカニズムを脇に置いたまま、行政的介入、制約を忌避するあまり法人制度全体を結社の自由の観点から捕らえ返し民法 33 条（法人法定主義）の廃止を提起する態度⁴の消極的な対立物である。しかし、双方の態度はニヒリズムという点で通底しあう。なぜならば、いずれも、国家と市民社会という二元フィクションに立脚する西欧近代の立憲的国家構想のあざとから逃れえず、また、社会諸団体の設計を団体的自律の観点から行なう視角を喪失し国家—社会の緊張関係を観念において消失させる他にその出口を見出しえないものだからだ。

さて、この特異性を確認するには、現行民法の原始規範が制定された明治期に遡及しなければならぬが、法人法定主義について技術的には多くを論じる必要はないと考える。

第 37 条（原始民法典の第 34 条に該当する）に、「祭祀、宗教、慈善、学問、技芸其他公益ニ関スル社団若クハ財団ニシテ営利ヲ目的トセサルモノハ主務官庁ノ許可ヲ得テ之ヲ法人ト為スコトヲ得」とある草案に詳細な参照が付けられている。そこには、「澳（オーストリア）26、瑞（スウェーデン）債務法 716、グラウビュンデン 87、88、ツューリヒ 17、18、19、20、モンテネグロ 724、725、755、758、（西）スペイン 35、37、独二草 23、70、普国法（プロイセン一般ラント法）二部六章 22、26、索（ザクセン）1815 年 6 月 15 日法六、紐（ニューヨーク州）草 386」と、各国の事例が挙げられている（括弧内のカタカナ表記は引用者）。

これらは、私法上で公益法人制度を掲げ、または予定する外国法律事例であるか否か今は問わないが、ドイツ民法典（BGB）には公益法人は規定されていない。

甲号議案は、東京大学法学部法制史資料室に所蔵されている原文にあたった。

³ その一例は、「制度疲労をおこしている現行の公益法人」という打ち出しで株式会社のガバナンス改革に追随する制度改革の導入によって「公益法人制度」の修復を図るものである。『調査研究事業「21 世紀の公益法人と制度のあり方を探る」報告書』財団法人公益法人協会、2002 年 11 月、4-11 頁。問題は、当該の「公益」事業が特異な「公益法人」法制により半公法的制度装置として帝国の憲法秩序において保証されてきた歴史的評価を欠落させたまま「制度疲労」論を前提としてかかることである。「公益法人」法制の制度疲労を「公益法人」そのものの制度疲労として二重化して把握する客観的態度が保持されなければ、「公益法人」の特定利益のための制度修復に結果することは明白である。

⁴ この点で引き合いに出されるのはベルギーの例である。同国では、いわゆる届出主義によってのみ法人の設立が認められると言いつてられている——筆者は寡聞にして事実が如何であるのか知らない——からであるが、この種の放任的な態度はベルギーの外に例をみない。2 月革命後に「19 世紀の自由主義の典型的な産物」（清宮四郎「ベルギー国憲法」『世界憲法集』岩波文庫、1983 年、66 頁）として成立し、現在も適用を見ている同国の憲法（1831）第 20 条に「ベルギー国民は、結社の権利を有する。結社権に対するいかなる抑圧処置も、これを禁じる」とある。

引き合いに出す前に、届出による団体を法認するベルギー憲法の歴史的成立事情を「自立的かつ主体的な市民」（清宮）文化・意識の普及等も含めて確認しておく必要がある。制度のみを切り離して問題とし、制度が根付き生かされる諸要件を度外視する超越的な態度を筆者はとらない。

明治 7 年、福沢諭吉が『文明論之概略』（岩波文庫版、1962 年、28-29 頁）において「文明の進歩を謀るものは、欧羅巴の文明を目的として議論の本位を定め、この本位に拠て事物の利害得失を談ぜざるべからず」としながら、「悉皆欧羅巴を目的と為すとは不都合ならずや、宜しく彼の文明を採り此の人心風俗を察し、その国体に従いその政治を守り、これに適するものを撰て、取るべきを取り捨てるべきを捨て、始めて調和の宜を得べきなり」と論じているように、その実践的な態度こそが外国事例を斟酌する場合に肝要と考える。

帝国憲法⁵は結社の自由を「法律ノ範圍内」においてのみ認めるものであるので、法システムの的には、当該結社が 1) その構成員から独立して法律行為をなすことを予定するケースでは商法を始めとし各種の法人法が当然にも予定されるし、2) 組合その他の人的団体にかかわる場合には一般に「安寧秩序ヲ妨ケス臣民タルノ義務ニ背カサル」(帝国憲法第 28 条「信教の自由」)限り放任され、または、3) 「集会及び政社法」(明治 23 年、1890)といった政治的身分的なバイアスのかかった刑事特別法、時に規制対象そのものを壊滅させる弾圧法規が容易に想定可能である。また、それぞれの法人法の構造は法制官にあって——当時普及していた——法人擬制説に基づき「目的の範圍内において権利を有し義務を負う」という発想から、1) アイデンティティ規範(設立目的)、2) アイデンティティ促進規範(構成主体相互の内部関係)、3) 社団性担保規範(代表、公的秩序としての債権者保護等対外的責任、設立手続、目的保全の仕組)を設定し具体的に展開することは特段困難なわけではないからである。すなわち、ここで問われるべきことは「法律ノ範圍内」において結社の自由を認めるとする帝国憲法の抱懐するイデオロギーを社会諸団体に展開する構造、そして個々に示される団体制度設計思想である。この論点は、しかし、本稿の直接の主題ではない。

本稿の関心は、1) 現行の民法第 34 条を設計した明治民法の起草者たちの団体観念、2) 帝国議会での民法草案をめぐる論議を通じたその開示、3) 施行後における起草者たちの団体理解であり、ついで、公益にも営利にも該当しないとの法人性格判断が大正デモクラシー期に大審院で確定する——協同組合の先駆とされる——「産業組合法」をめぐる諸問題である。本節は、現行の民法起草者たちにより否定される旧民法の団体観念の構造に焦点をしばり、必要な限りでの背景説明を行なうものである。

諸問題の検討は、この地上のいづこにおいても軍旗はためく 1800 年代の 4 分の 3 世紀において、土地の資本化(地租改正)を基礎とし、証券市場の開設を含む近代的な財政金融制度を推進力にして殖産興業を推進する明治政府が意識した「公益」観念の成立、大正デモクラシーの時期でのゆらぎ、そして国家総動員体制の下での悲劇的な統制秩序への推転をたどるものとなる。それは、まず、私法上の法人に「公益」を担わせる特殊に日本的な発想が何に由来するのかを確定⁶する所から始められなければならない。

⁵ 帝国憲法(明治 22 年、1889 年)に規定される主権者と人民のあいだでの基本的構造はドイツライヒ憲法(1871 年)に求められたと一般に言われるが、ドイツ憲法は建前として「出版及び結社制度(Vereinswesen)をライヒ及びライヒ法律の監督に服する」(第 4 条第 16)との規定を置いていた。他方で、ザクセン、バイエルンで既に準拠主義に基づく社団の設立が認められていたことは、本稿第六章で示したとおりである。

⁶ 帝国憲法第 17 条において所有権の公用処分が規定されているが、それは「公益」を理由とするものである。すなわち、同条第 1 項で臣民の所有権は不可侵であると原則規定を置き、同第 2 項で「公益ノ為必要ナル処分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」としている。

現行民法典の起草委員中のリーダー格を務めることになる穂積陳重が、旧民法財産取得編人事編の裁可・公布に 6 年早い明治 17 年 12 月より警視庁で「余ノ茲ニ講述セント欲スル所ノモノハ独逸國博士モール氏ノ『ポリツァイ、ウィツセンシャフト』、即チ警察学ト題スルノ書ニ拠レリ」に始まる近代的警察学を講じており、その中に「公益」に論及した興味ある一節がある。

「国家ノ保護ヲ要スヘキ事項ノ内多数ノ利益ニ関スル者ト少数ノ利益ニ関スル者トアル時ハ先ツ多数ノ利益ヲ計ルヘキヲ通則トス……適當ノ場所ニ道路溝渠ヲ開キテ運輸交通ヲ便ニシ大学校ヲ設立スルカ如キハ皆公衆ノ利益ヲ図ルモノ」で左に掲げる「經濟知識体力慣習上ヨリ一個人或ハ集合体ノ力ニ超越セル事業ハ国家ノ保護ヲ与フルヲ適當ナリトス」として、4 種の事業を示す。

本格的な論議においては、神聖不可侵の権威の下に諸社会（人と人との社会的諸関係、その一つの定型的形式としての諸社団）を厳格に統制しつつも、立憲制的ファクターからの規制を免れる柔構造化した帝国憲法に表現される権力と人民との関係構造、そしてそのイデオロギーの具体的な媒介、展開として、例えば公益法人としての水利組合（明治41年/1908）、共益団体としての産業組合（明治33年/1900）、及び典型的な日本型非営利団体としての愛国婦人会（明治34年/1901）、青年団（明治38年/1905）、在郷軍人団（明治40年/1907）等が扱われなければならない。しかし、こういった処理は歴史学、法制史学に譲る。

以下、旧体字、旧仮名遣い等が頻出するが和製漢文調の明治古文を元のまま引用するときは、つとめて（ ）内に口語文をもって補う。現代語に訳して引用するときは原文を付さない。引用文中に付された下線は筆者による。

第一節 旧民法「人事編」起草者・法制官熊野敏三における公益法人観念（明治22年）

現行民法の原始規範の起草者が穂積陳重⁷、富井政章⁸、梅謙次郎⁹の三博士であったことは良く知られている。民法草案起草委員会の指導者であつて総則第二章「法人」制度の

-
- 1 鉄道、溝渠、運輸会社のように経済上一個人の力では十分な資金が集められないために、「公益トナルヘキ事業ヲ興サントスルモ資本ノ欠乏ノ為メ之ヲ果ス能ハサル時ハ国家ハ自ラ其ノ事業ヲナシ或ハ之ヲ補助スヘ」く、それは近世諸国で珍しいことではなく、その方法は直接の資金移転（補助金）、低利の貸付、資本金の貸付及び年賦返済保証、一定額の国家による利益保障があり、
 - 2 鉱山製造等、「人民ノ智識或ハ技術上ノ鍛錬未タ具ハラサルカ為ニ興ラサル事業ハ国家自ラ之ヲ為ス」、なぜならば、人民に放任したならば到底興ると考えられないからであり、
 - 3 広漠の土地で何かを企てる場合や天変地異に際会した時は「人民ノ体力」デハナク「政府ノカニアラサレハ充分ノ労働者ヲ得ル」ことができないし、
 - 4 火災保険会社、貯蓄銀行、開墾事業の如く「人民未タ其利益曉ラサルカ如キ」事業は政府が率先して「人民ニ利益ヲ示」さなければ、「民間ニ其事業ヲ興サシメ」ることができないと。

諸事業は明治の半ばに想定されえた公共事業の諸分野を示すものである。所で、講義の劈頭で与えられた警察の本旨は以下である。「警察ハ国家行政ノ一部ナリ故ニ警察ノ目的及作用ハ必ス国家行政ト其ノ指針ヲ同フシ国政ノ目的ハ国家ノ最終目的ヲ達スルニアリ」と。

よつて、上記の公共事業との関連で「警察ノ本分ヲ積極ヨリ論スレハ警察ハ適理適法ニシテ且公益ヲ増進スヘキ事業ニシテ之ヲ人民或ハ人民ノ集合体ニ放任スル時ハ全ク興ラス或ハ十分ノ結果ヲ得ル能ハサル者ニハ之ニ干渉シテ適当ノ保護ヲ興フ可シ」との結論は、「警察ノ目的及作用ハ必ス国家行政ト其ノ指針ヲ同フシ」という限りにおいて、公益事業に行政が「干渉シテ適当ノ保護ヲ興フ可シ」という主張ともなる（穂積陳重『弥生社 講談会講義録』第一号、警視庁蔵版、明治17年12月、1頁及び34-35頁）。

⁷ 穂積陳重（1856-1926）宇和島藩、祖父、父ともに本居宣長に連なる国学者。陳重自身は、大学南校（東京帝国大学の前身）修了後に英国に明治9年（1876）より同12年（1879）まで留学し Barrister at Law（法廷弁護士）の資格を取得。同年より明治14年（1881）までベルリン大学に学び帰国。明治15年（1882）に東京帝大教授兼法学部長に就任。加藤弘之総長と連携しドイツ法研究の振興に尽くす。

⁸ 富井政章（1858-1935）北白川宮の家臣、富井政恒の長男として京都に出生。京都仏語学校、東京外国語学校を経て、明治10年（1877）にリヨン大学に留学。明治16年（1883）に Docteur en droit（法学博士）の学位取得を得て帰国。明治18年（1885）東京帝大教授に就任。フランス学派でありつつも民法典論争において施行延期派に属し重要な役割を演じた。

⁹ 梅謙次郎（1860-1910）松江藩医の次男として出生、明治8年（1875）に東京外国語大学に入りフランス語を修得。明治17年（1884）年に司法省法学校を修了。明治19年（1886）より3年あまりリヨン大学に学び、大著『和解論』:De la transaction を著し Docteur en droit の学位取得。次いでベルリン大学に学び明治23年（1890）年に帰国し東京帝大教授に就任。民法断行派に属するも、後に穂積、富井両博士とともに民法起草委員、同時に田部芳、岡野敬次郎博士らと商法典起草委員として双方の法典化に尽くす。後年、韓国統監となった伊藤博文に請われ、韓国法律顧問に就任するも、同地でチフスにかかり逝去。

起案者が穂積であったことも既に確認されている¹⁰。『穂積陳重立法関係文書の研究』に収められている「民法整理会議一覧表」によれば、法人制度は第五回整理会（明治28年12月18日）で集中審議に付されている。現行第37条以下の法人の構造及び技術的性格の諸条項について「整理結果」が示すように多くの論議があったことは歴然としている¹¹。だが制度設計のコンセプトたる法人法定主義（第33条）及び公益法人制度（第34条）についてなんらの「結果」記載がされていないところからみて、整理会の席上これら三博士¹²の間で検討がなされたにしても穂積の構想を主導原理とした法案が帝国議会に提出されたことになる。

民法草案は、第9回帝国議会（明治29年/1896）において、「民法中修正案」（総則、物権、債権の三編）として貴族院本会議及び衆議院委員会及び同本会議で審議された。しかし、社会、団体の設計に関わる法人制度の設計をめぐる議論はほとんど為されず、それに関わりがあっても法人の構造（アイデンティティ促進規範）及び技術的な論議（社団性担保規範：財団法人の設立に関わる寄付行為）に終止した。故に、思想水準でどのような発想、構想の下に民法第33条及び34条が設けられたが、この点についてこれまで納得の行く説明はほとんどされていない¹³。

帝国議会での論議の不在は、当該の設計が選良の共通感覚に親しむものであったか、または基本的な利害意識にそぐうものであったことを証すものであろう。理解が及ばなかったということは、この際、度外視してよいだろう。なぜならば、後に法典調査会（総理伊藤に対する明治26年3月31日付けの三博士による「法典調査規程」建議書より実質始動）が「修正」することになる旧民法人事編（明治23年10月、天皇裁可・公布）において自然人と法人が「私権ノ享有及ヒ行使」の「主格」として構想され、その第6条（裁可・公布された法律第98号では第5条）に「法人ハ公私ヲ問ハス法律ノ認許スルニ非サレハ成立スルコトヲ得ス又法律ノ規定ニ従フニ非サレハ私権ヲ享有スルコトヲ得ス」とあったからである。

人事編の編纂を担当した熊野敏三が当該草案に付して内閣に提出した「民法草案人事編理由書」によれば、「法人ハ公私ヲ問ハス」というくだりの「公」的法人が公法人を指称することは当然であるとして、「私」的法人において既に公益法人と私法人とが予定されていたことは明白であった。だが、「公益法人」了解、その制度設計は、旧民法から現行民法に摩擦なく継承されたのではなく、歴史的論理的断絶ともいべき局面を介して一新されてゆく。因みに、「摩擦」というのは、裁可・公布された民法施行の断行か延期かをめぐり政

¹⁰ 福島正夫編「明治民法の制定と穂積文書——『法典調査会穂積陳重博士関係文書』の解説・目録および資料——」『穂積陳重立法関係文書の研究』日本立法資料全集、別巻1、平成12年、信山社、53頁。

¹¹ 上掲書、法典調査会「一覧表」15-18頁。

¹² これら三博士について星野英一が「日本民法学の出発点——民法典の起草者たち——」『明治・大正の学者たち』（東京大学出版会、1978）においてその思想、法律観などを詳細に論じている。しかし、明治民法に具体化した三博士の立法構想次元での思想について、ほぼ何も語るところがない。とはいえ、「起草者たちの思想」（pp.185-236）、「起草者たちの思想の背景」（pp.236-240）は、成立した民法の基本構造とは独立した思想の範囲の論及であることによって、逆に、より広い視野からの創世記の法思想の分析となっている。

¹³ わが国の法典編纂事業中に参照された制定過程にあるドイツ民法典に私法上の公益法人範疇は存在しない。帝国日本において私人が設立する公益法人が何ゆえに必要とされたのかについて、一つの興味深い探求を行なっているのは関英昭（「明治民法における法人制度」『生協総研レポート No.37』財団法人生協総合研究所、2002年12月、31-37頁）である。

界を巻き込んで展開された激しい民法典論争(1889~92)を指すが、家制度の反動的再建を媒介として君主主権の強化に帰一させるか、個人主義的婚姻・家族制度を立憲的制約原理の基礎として「社会」構造化させるかをめぐる決定的な対立として民法の確定を把握すればこそその謂いである。すなわち「民法出でて忠孝滅ぶ」か否かという分水界の時代を象徴するものとして「公益法人」観念も推転する。

明治23年段階で水利組合といった民立の公法人は未だ存在せず、かつ、後の明治29年の第9回帝国議会で法人の設計コンセプトをめぐり本格的な論議がされなかった事実は、既に当該の国会で敢えて論じるには及ばないこととして受け止められていたとの判断を裏付けるものとなろう。故に、主題とする法人制度の論議の解明は現行民法の原始規範体系によって修正されることになった、いわゆる旧民法の成立にまで溯ることになる。

I. 旧民法における団体観念

1-1 旧民法の成立の沿革

ここでは、先人の優れた研究(例 石井良助編『明治文化史資料叢書』第参卷上「民法草案人事編理由書解題」、下「法律編下 解題」、風間書房、昭和34年)があるので、旧民法の成立を逐一追うことをしない。先人の業績を奇貨としつつ、かつ、法務大臣官房司法法制調査部の手になる「舊民法編纂沿革」¹⁴によりこれを補い、法人制度が規定される人事編(第1編)の成立の沿革をスケッチする。

民法編纂の過程は、明治13年春の民法編纂局の開局からボアソナード考案になる民法典編成構想中の一部が提出される明示19年3月までの段階、及び同月以降明治23年10月における財産取得編及び人事編の裁可・公布までの段階とに分かれる。ボアソナードの構想は、第1編「人事編」、第2編「財産篇(第1部物権、第2部人権)」、第3編「財産獲得方法編(第1部特定名義の獲得法、第2部包括名義の獲得法)」、第4編「債権担保編」、第5編「証拠編」としてよく知られている。包括名義の獲得法とは、相続、贈与、遺贈、夫婦財産制による物権取得を指す。よって、第1編及び第3編第2部を総称し「身分法」、その他の諸編部を総称して「財産法」という技術的名称を与えることがある。

編纂は、分野的には財産法が先行し、その後に身分法の整備へ、という過程をたどる。財産法分野の先行完成は、物権及び物権変動、契約という比較的ニュートラルな法規群から構成されるという対象的性格、および、ローマ法をベースにいわば商品交換・秩序法として普遍的な発展を遂げていた欧州諸法を継受する上で明治日本において大きな障害がなかったという事情に由来する。ところが、身分法分野は「一国の風土民情に起因して自国に特発したる法律」であって慣習法という不文法の形態をとり、外国より範型を「採り

¹⁴ 『日本近代立法資料叢書 28』社団法人商事法務研究会、昭和61年、2-6頁。磯部四郎「民法編纂ノ由来ニ関スル記憶談」『法協』31巻8号 ほか。

難」い「精神」¹⁵の範疇に入るので、継受、つまり法制の輸入は問題外であり、固有法に根ざした構成という難問に直面することになる。

1-2. 元老院民法編纂局担当時代 (明治13年4月30日～同19年3月31日)

明治13年(1880)4月30日付で、太政官より参議兼元老院議長・大木喬任を民法編纂総裁に、司法大輔兼議官・玉乃世履の他、太政官権少書記官・磯部四郎を含む11名を編纂委員とする辞令が発令される。元老院は漸次立憲政体を立てるとの詔勅に基づいて明治8年(1875)に設置された法案の議定、立法に関する提言機関である。ここに、従来からの翻案法典化作業すなわち「誤訳もまた妨げず、ただ速訳せよ」(箕作麟祥に対する司法卿江藤晋平の指示)との方針の下でフランス民法を直訳し「フランス民法と書いてあるのを日本民法と書き直せばよい」(穂積陳重「フランス民法をもって日本民法となさんとす」、『法曹夜話』第61)とする試みとは次元も様相も異にする事業が開始された。

翌5月25日に大木は、「本官、このたび民法編纂総裁仰せ付けられましたが、刑法或いは治罪法等の如く既成の草案を審理するのとは自ずと事情が異なり、新たに起草編纂しなければならず、人員を配する必要があります。ついては以下の件は総裁の権限と心得るが、いかがでしょうか。

- 一 民法編纂の目的を設定し、編纂委員をそれぞれの課に配属させること
- 二 民法編纂に関し論じ結論を出すこと
- 三 補助の役人を任命すること」という伺い書を提出している。

太政官指令は、「伺之通」(伺いの通りにせよ)、というものであった。

同29日、6月1日に元老院内に民法編纂局を設置する運びとなった旨、太政官に復命。

ところが、6月2日に、編纂局の事務規定(「民法編纂局章程」)を定め、かつ、分課人員を取り決めたとの届出が行なわれている。

それによれば、委員を「討議員と分任員」に分け、前者は編纂局の会議で討議論説に任じ、「分任員は編集の事務を担当し、かつ、会議の席上でその担当の報告を行い、適任の事務方を任命する」ことが職務となる。

分任員は、第1課から第4課のいずれかに配属される。

第1課は、民法本文案を起案し、翻訳庶務も担当する。ここでは「本案ハ仏文ヲ以テ起

¹⁵ 穂積陳重「英佛独法学比較論」『穂積陳重 遺文集』第1巻、岩波書店、昭和7年、333-334頁。穂積が身分法または「慣習」を人と人との社会的諸関係に根ざすという意義で存在拘束的意識形態と見る限りで唯物論的な把握に通じるものがあるが、法(律)そのものに自己を進化させる「原力」が存するとするかぎりその把握は静態的で、こういった法理学は終生変わることがない。穂積の法律進化論はヘーゲルの歴史=論理哲学より「理念」を奪胎し、その空所に原力を挿入したものに等しいロジックであり、ヘーゲルにとって歴史は「理念」が自己を実現する自由の過程として把握されるのに対し、穂積にあって歴史の行程は社会ダーウィニズム的に把握され、法制度史的には「優法は自然他邦に伝播し、劣法は漸く消滅する」のであって、萬法はローマ法に帰一する過程を辿るとされる(「萬法帰一論」『遺文集』第1巻、360頁)。ところが、価値中立的に把握される「一国の風土民情に起因して自国に特発したる法律」は「国体」を価値として「生成する秩序」を形成する、とされる。K・シュミットを思わせる把握である。

案スヘシ」との命令が但し書きされている。

第2課は、必要とされる語彙を集めて語彙集を作成する。

第3課は、編纂された文言の修正及び民法用語解説集を作成する。

第4課は、わが国の古来からの慣習法を収集する。

討議員には、前記、元老院議員玉乃の他5人が充てられ、うち二名は判事である。

第1課は、議員・箕作麟祥他、太政官権少書記官・磯部四郎を含む三名で構成され、ボアソナードがここに配属される¹⁶。

法務大臣官房の整理になる「沿革」は、次いで明治19年3月31日付の「民法編纂局當三月限相廢候条右事務悉皆司法省へ引渡スヘシ」（民法編纂局は、この三月末に廃止する。よって事務の総てを司法省に移管すべし）との「民法編纂局総裁への訓令」を掲げている。

編纂局は総理伊藤に、その閉鎖の直前に、第2編「財産編」及び第3編「財産編」第1部を提出する。当時、憲法発布、国会開設の基盤整備のために必要な法典化作業を担当した参事院(議長 山形有朋)の議員に任じられていた元老院議員・鶴田 皓の私家本によれば、第2編600条が16年4月にはできあがっており、第3編第1部401条も明治18年中に完成していたとのことである¹⁷。

ここで、当該の編纂局案の配布を上申した副申書から窺い知れる編纂実務の経緯を整理しておく。その要点は、第1に、ボアソナードの関与にかかわり本案は同氏の仏文起稿を翻訳し手を加えたものである、第2に、第4編及び第5編の草案は未了である、第3に、「第

¹⁶ 穂積陳重が「故奥田義人博士追悼談」『穂積陳重 遺文集』第4巻(岩波書店、昭和9年。初出、「法学新法」第29巻第9号、大正6年10月)で「明治15年に私が、法学部で学生と研究会を開いて、当時公にされた「ボアソナード」氏の民法草案を基礎として学生と共に討論研究することを始めた。然るに此級の議論に依って、「ボアソナード」氏の民法案の如き陳腐なる自然主義に就いて論及するよりは、一の学会を起こして大いに法律学の振興を計るほうが宜しいというような説が出て」との件がある(164頁)。

フランス法の牙城、司法省におけるボアソナードを含む法制官主導の法典化作業の成果たる草案は、既に規範性を有していたことが次の資料から伺える。

「1880年(明治13年)より新民法典発布(1896年/明治29年)に至るまで、民事事件の解決に当たり我裁判官は従来適用せし佛民法典に代ふるにボアソナード法典を以てしたことである。由来、社会学的には単なる草案と雖も一度公布せらるるや必ず或程度の權威を有し一の準拠法と看做されるのであるが、ボアソナード法典に至っては、ひとり右に止まらず該期間中所謂書かれたる條理として第三法源たるの効力を認められてゐたのである。即ち……我1875年法は、成文法並びに慣習の不備に際し裁判官は條理並びに衡平に依拠すべき旨明定してゐるのであるが、恰もボアソナード法案こそは條理と衡平を表現せらるものと看做され、該法案の各部門の公表に伴ひ約20年の長きに互つて實際に適用せられたのである。……これ、当時司法官、弁護士又は行政官に対する国家試験の主要科目はボアソナード法典であり、又新民法公布前には如何なる法学生も教授の著書『注釈付日本民法草案』を座右に備へてゐた所以である」と。ボアソナード先生功績記念会代表者・杉山直次郎『ボアソナード先生功績』三省堂、昭和11年、9-10頁。()内、引用者注記。

なお、注17に掲げる文献では、第二編「財産編」の350条が明治14年3月に、500条が明治14年9月に完成していたとのことである(193頁)。

¹⁷ 鶴田徹『元老院議員 鶴田 皓——日本近代法典編纂の軌跡』鶴鳴社、1999年、193頁。同書に明治13年の刑法審査会における「妾」の存廢論議に関する記述がある(162-168頁)。司法大輔(司法省次官)兼元老院議員玉乃は、妾という「数百年の風俗を一朝にして破るのは、忍びない」等の論拠に立つ妾制度の存続及び刑法による規定の立場に与したとある。民法編纂局筆頭委員で討議員の家族観を推量させるに足る振る舞いである。

一編、すなわち人事編、第三編第二部すなわち包括名義の獲得方法に関するものは深くわが国の風俗習慣を斟酌し当を得た内容でなければ、人民はその内容を予期した上で服するということはできない。よって、なおしばらく熟考する必要があり人事編に関する起案を見合わせている」(上掲、石井良助編『叢書』上巻、5頁)というものである。

故に、明治23年10月6日に裁可された「民法中財産取得編人事編」において登場する自然人とならぶ私権の享有及び行使の「主格」である法人制度を掲げる身分法草案は民法編纂局では起案もされず、審議もされなかったということになる。よってボアソナードの関与も問題とはならない。

1-3 司法省法律取調委員会時代 (明治19年3月31日～同23年10月6日裁可、同7日公布)

元老院民法編纂局廃止の後、編纂局の「事務悉皆司法省へ受ケ取ルヘシ」との司法大臣宛訓令が明治19年3月31日に発せられ、同省は4月12日、検事・磯辺四郎及び司法省参事官・熊野敏三¹⁸を含む三名に民法草案編纂委員を命じている。一時、条約改正との関連で外務省の法律取調委員会に事務が引き渡されるが、同年11月29日には内閣より検事・磯辺四郎及び司法省参事官・熊野敏三に対し「民法第二編第三編元老院議定ニ付シ候ニ付内閣委員ヲ命ス」との辞令が発せらる。すなわち、両名は元老院での審議に政府委員として内閣提出にかかる法案の説明要員に任じられたということである(磯辺談では元老院から内閣法制局に草案が返付され、元老院での審議は延期となったという)。

明治20年10月に外務省より司法省に編纂事務が差し戻され(法律取調委員会、長 山田司法大臣)、11月14日に「第6条 総て法案ノ起案者ハ外国委員ヲ以テ之ニ充ツ故ニ起草者ノ説明ヲ要スルトキハ委員会ニ列セシムルコトアルヘシ」という条項を含む全10条からなる「法律取調委員会略則」が定められる。

当該の「略則」からすれば、民法草案(内閣に提出される以前の案であるので、草案とする)の起案者は外国人ということになる。

翌21年12月27日に「民法草案財産編取得編担保編証拠編法律取調委員会ニ於テ議了」の旨が「山田委員長ヨリ内閣総理大臣へ」上申される。すなわち、第2編「財産編」、第3編「財産取得編(名称が、財産獲得編から財産取得編に変更されている)第1部(第2部は、以下で示すように、未提出)、第4編「担保編」、第5編「証拠編」が法律取調委員会で審議終了し内閣に提出される。

同日付で、「今般民法草案財産編取得編担保編証拠編法律取調委員会ニ於テ議了ノ上内閣へ提出致候ニ付一部送呈候也」として山田委員長より「諸大臣、枢密院議長、元老院議長、参事、法制局長官」に連絡が為された。つまり、草案が既に内閣に提出された旨、及び、

¹⁸ 熊野敏三(1854-99)安政5年、長門の国に誕生。明治5年(1872)に司法省学校、明法寮に入学し、同8年フランス留学を命じられる。16年(1883)に帰国。留学中 *Docteur en droit*(法学博士)の学位取得。帰国後、司法省に出仕、19年司法省参事官、同年、民法草案編纂委員となり、翌20年、法学博士の学位を授与さる。23年、大審院判事、25年、民法商法施行取調委員を命じられ、26年、法典調査会主査となり、商法民法その他の法典の起案に参画。27年、官途を辞して弁護士に。32年、逝去。

追って内閣から元老院に法案として提出されることを予告かたがた草案の写しを一部送った、ということになる。

19年3月にいったん提出された第2編及び第3編が其の後にどのように扱われたかは、本稿の主題ではないので究明を差し控える。いずれにしても、この段階では財産法草案のみが提出されたことを確認できれば十分である。

提出された草案は、法案として明治22年(1889)1月に提出されたことが以下の命令から明らかである。

「明治22年1月29日 内閣
法律取調報告委員 司法大臣秘書官 栗塚省吾
同上 大審院評定官 寺島 直
民法元老院議定ニ付セラレタルニ付内閣委員ヲ命ス」

元老院の審議が3月当初終了したことは3月7日付で、当該法案が「天皇親臨シテ重要ノ国務ヲ諮詢スル」(「枢密院官制及事務規定」第1条)機関であって「行政及立法ノ事ニ関シ天皇ノ至高ノ顧問」(同第8条)である枢密院の議事(民法及民事訴訟法会議とある)が3月11日に開始される旨司法大臣に通知されていることから伺える。翌4月21日に当該の諸編が公布され、施行日を明治26年(1893)1月1日とする。とある。

ところが、「深くわが国の風俗習慣を斟酌し当を得た内容でなければ」人民が承服できないとした人事編について、山田委員長は内閣書記官周布公平に「人事編並びに財産取得編第二部(包括名義ノ獲得方法)草案ノ或ル点ニ付ビコツト氏ノ意見諮問可致之處全篇重要ノモノニ付其全案ニ對シ同氏ノ意見相尋度候間可然御取計相成度別冊相添此段及御依頼候也」(人事編並びに財産取得編第二部草案の或る点についてビコツト氏に意見を諮問しなければなりません、編全体が重要なので、案全体について同氏にご意見を伺いたいのでなるべくお取り計らいいただけますよう草案を別添し、お願い申し上げます)と最終校閲の要請とも取れる通知を発している。時に明治23年1月16日のことであった。ビコツト氏というのは、正確には、ピゴットF.T.Piggott(1852~1925. 明治21年1月、伊藤総理大臣の法律顧問として招聘来朝し、明治24年帰国。来日当時は弁護士)¹⁹を指す。

前掲石井(第参卷上、「解題」7頁)は、上述の明治19年3月の大木による副申書に「第一編ニ就テハ、上文ニ述ル如ク、我民情ヲ昭鑑セサル可ラサルニ因リ、特ニ此案及第三編第二部ニ関スル起草ヲ我編集委員ニ於テ分担シ、其案(日本文・仏文)成ルノ後、ボアソナーード氏ト討議シ協定ノ上、同氏更ニ正稿ヲ成シ、此ヲ訳訂シテ以テ全部ノ落成ヲ記セシナリ」(第一編については、上述したように、わが国民のありさまをよくよく存じ上げていな

¹⁹ ピゴットについては、梅溪 昇「我憲法は英国に倣はん乎」『お雇い外国人 11 政治・法制』鹿島研究所出版部、1976年、174-206頁に詳しい。同書によれば、『梧陰文庫文庫目録』(国学院図書館、1963年)には外務卿井上毅宛に差し出されたピゴットの「民法」答議1件があるとのことである。これが、明治23年1月の周布宛の要請とかかわるものかどうかは、不明である。

ければなりませんので、特に第一編および相続、贈与等に関する規定については日本人のスタッフが担当し、和文仏文双方のバージョンの草案が完成した後にボアソナード氏と討議し、一定の条件を付した上でボ氏に更訂をお願いし、当方でその和訳をなし全体の作業の完了を期した) という一節に着目し、「ボアソナードに起草こそさせないにしても、出来た案について、彼の意見を聞いたことはあつたに違いないと考えられる」とする。そして、明治21年10月少し前に人事編草案(これは、意見を徴するために各裁判所長官に送付され、翌22年半ばに「新案」または「別案」と称される草案にまとめられ、次いで「新案」に対する取調委員会での討議修正を経て23年1月草案となったと、石井、第参卷下、「解題」3頁にある)は完成していたようだと推定している。

ボアソナードの関与の有無は、ここでの究明課題ではない。いずれにしても、山田委員長が周布にピゴット氏に草案内容について諮問する機会を得るべく、その斡旋を要請したことは事実であり、前述した「略則」第6条からも外国委員の関与は不可思議なことではない。

だが、ピゴットへの諮問及び同氏の意見は、この局面で重大な意義を有するものとはなり得なかつたろう。すなわち、1月初旬に出来上がった草案(「民法草案人事編再調査案」)に対しては、続いて各委員より意見書が上げられ、この意見を集約した草案が再修正され4月1日に山田委員長より総理大臣に「民法草案人事編取調委員会ニ於テ議了」の旨報告される。同日、当該草案が地方官、大審院、検事長、裁判所長、上席検事宛に60日を期限として見解を提示するよう必要な処置が取られている。

内閣は当該草案を訂正することなく5月に元老院委員会に付議し、元老院では「草案とは全く面目を一新したる有様」(石井、上掲書、4頁)となる程の修正、削除を行い、議事は7月下旬に終了したという。法律取調委員会による条文整理、審査会審査を経た草案は9月に元老院本会議に提出可決され、次いで枢密院の諮詢を得て10月7日に公布に至った(元老院、枢密院での審議内容等は、石井、上掲書の「解題」を参照のこと)。

ピゴットが「私にとって不可解な要因は日本憲法というものは日本人みずからの作品である」と後年述懐するように、旧民法も、かくして、日本人自らの作品であったことが十分に窺い知れる。

公布の文書には、「朕民法中財産取得編人事編ヲ裁可シ茲ニ之ヲ公布セシム此法律ハ明治26年6月1日ヨリ施行スヘキコトヲ命ス」とある。施行を2年有半先に設定したことがこの国のその後の運命にとって致命的とも言うべき意味をもつことになる。同日、17カ条からなる法例が同じく公布されている。法例は、法律の適用に関する諸条項を規定する法律である。故に法例は第1編「人事編」の直前に掲げられる。それは、人事編草案本文とは比較にならない程、完膚なきまでに元老院委員会の手を加えられた。箇条数は35から17に半減させられ、爾来、数度の改正を経るが、法例は国際抵触法の圏内に囲い込まれ今日に至っている。故に、法例草案を含む法人条項案とその思想の検討が次の課題となる。

2. 法例草案に対する批判と起案者の法思想

上記のように人事編草案は明治 21 年 10 月前に一応完成し、草案に対する意見を求め各裁判所地方長官にその写しが同年 10 月 6 日付で送付されたのを皮切りとして逐次各方面に対し同様の処理がなされた。その写しの冒頭には全 35 条からなる法例草案が掲げられていた。その中に以下の箇条がある。

「第 3 条 社会ノ公益ヲ主タル目的ト為ス法律ハ各個人ノ私益ヲ害スルニ拘ラス邇及ノ効ヲ有ス

第 4 条 社会ノ公益ニ関スル法律ト雖モ各個人其身分又ハ資産ニ付既ニ獲得シタル私権ヲ害スルコトヲ得ス但シ其権利ノ行用又ハ保存ノミヲ規定スルハ此例ニ在ラス

第 20 条 前数条ノ条例ニ拘ラス社会ノ権利ニ関スルトキハ行為ノ地、当事者ノ国民分限及ヒ財産ノ性質如何ナルヲ問ハス帝国ノ法律ヲ適用スヘシ」²⁰。

2-1. 穂積意見書

穂積は、法律取調委員会宛の意見書で「社会の公益」、「社会の権利」とある上記の 3 箇条について法理学の観点から相当に厳しい批判を加えたと推定される。というのは、「英佛独法律思想の基礎」（「法学協会雑誌」第 68 号、明治 22 年 11 月）において「余亦た意見の有るあり。然れども、其異見は己に述ぶべき處に之を述べたり。講談論場に立つて之を論ずるは余の好む所に非ざるなり」と、そこで結んでいるからである。しかし、「異見」の本旨は「基礎」において正確に反映されていると考えられる。

穂積は、既に明治 17 年に「英佛独法学比較論」（「法学協会雑誌」第 9 号）と題し、フランス的法観念は、1) 社会観念を法律思想の基礎とし、2) 国家を社会の人格化したものと把握し、3) 民法上の諸制度を社会制度と理解するものである、という観測を提示しているが、このような理解は終生変わることがなかった。

故に、「基礎」では、法例草案に直截に反発するのではなく、それが依拠する法思想を歴史内在的現象として価値相対化し、「我国体に適せざる法理」の機械的移植の弊を具象化し、同時に、法例草案が基盤とするフランス法思想の根底には社会主義の思想があると断定し、当該案そのものを根底的に葬る論理を提示する。

「若し其れ今日の如く一定の原理有らざる時に当たり、一国の法理は万国の法理なりと思惟し、我国体に適せざる法理を移植せば、其弊害や將に測るべからざらんとす。猶ほ熱帯の草木を移して之を寒帯に繁茂せしめんとする如く、時に枯稿の虜なしとすべからず、慎まざるべけんや」と。かつ、「佛国の法律思想は古来歴史上の理由あるを以て其思想の社会主義に基づくも敢えて無理とすべからず」、「是等の佛国歴史に胚胎したる法律思想は、果して我国法典の正文として掲げ得べきか。假へ掲げ得べしとするも、果して我国国体及

²⁰ 石井良助編「民法草案人事編理由書解題」『明治文化史資料叢書』第参卷上、風間書房、14-37 頁。天皇が裁可・公布した法例は、「官報号外」（明治 23 年 10 月 7 日）、21-22 頁。

び人民の思想に適すべきや否や」と²¹。

「一国の法理」とはここでは「人及び市民の権利宣言」、理性法観に貫かれたフランスの法思想を指している。そして、それは歴史的にみて「社会主義」の思想に基づくものである。それがどうして「我国国体及び人民の思想」に適すると言えるのか、適するはずがない、という意見を開示したことが伺える。

当時すでに元老院、枢密院議員すなわち枢機官らにとって「社会主義」が何であるか不案内というわけではなかった。同時に、「フランス革命論の欧州諸国の輿論を振動するに会し彼の団体を以て工業者の自由を検束し平等を傷害するものとなし之を排斥して自由営業法自由移住法を施行するに至らしめたり而して自由平等の説は独り工業上の団体を破壊したるに止まらず亦農商及び漁業の団体を壊滅して殆ど其の余類なきに至り……佛国の革命論及び『スミス』の経済説より生じたる実際の結果は旧制度の破壊の一方に偏し構成的政略及び平等自由（比較的）を實際上に保持するの方策に至っては殆ど之を顧みず是を以て有害なる競争は日に猖獗にして経済上の徳義漸々消耗し」²²といった「ブルジョア民主主義の虚偽性」、矛盾もまた明確に意識されていた。

この矛盾の極限として「多数の窮民は終に生計を保つこと能はず惶惑の余去りて社会党と為り虚無党と為るに至る今やこの種の党民は滔々として欧州の天地に漫延社会を攪乱し国家を脅威するも政府は手を拱して為す所を知らざらんとす殷鑑遠からず」²³との警告が畳み込まれる。故に、こういったフランス革命観、社会主義観の漸次浸透しつつあった明治20年代（1887～1896）、穂積のフランス法理に関する理解は価値中立的であっても政治的に中立的であったとは言えず²⁴、「国体」の見地から欧州、特に英佛独——ドイツの歴史法学派の法理への傾倒は明白であるが——の法制を相対化するのみならず、その文明の一産物たるフランス法もまた「適当すべきや」と懐疑、不信の目をもって見ていたのである。

²¹ 穂積陳重「英佛独法律思想の基礎」『穂積陳重 遺文集』第3巻、岩波書店、昭和7年165-167頁。初出は、『法協』第68号/明治22年11月)。むろん、英国法も「私法中人事法財産法の如きは、我邦立法の模範となるべき甚だ尠し」とされ、継受に足ると評価されていない。その理由は、人事法については、「英国は既に族制時代を経過して一個人の時期に達し、英法は家族を管治せずして各個人の行為を規定す。而して我邦の如きは、未だ全く族制の時期を経過せず、社会の状況大いに彼に異なる所」があるからである。財産法「に至りても亦然り。英国不動産法の如き、尚ほ封建時代の舊法を因襲する者頗る多く、我邦の封建諸制度を全廃したる者と頗る異なる」。よって「人事法、財産法既に我が国情に適せず」と（「英国普通法原論之序」『遺文集』第1巻、354-355頁。初出は、明治17年12月）。「族制」とは家長権を「社会ノ共同生活ヲ維持スル所以ノ綱鎖」（岸本辰雄『民法人事編』巻之一、明治法律学校、明治28年、16頁）とする家族制度の謂い。

²² 品川弥二郎、平田東助『増補再販 信用組合提要 全』東京博文館、明治29年、42-43頁。品川、平田の書は、確かに、旧民法が裁可・公布された6年後の出版物である。だが、明治20年代はおろか、明治4-5年の岩倉遣欧使節団においてすら、富庶ノ大概（39-41頁）、宗門の弊（42-43頁）、代議制民主主義のカリカチュア（85-86頁）、分業による断片化された能力（273-274頁）など既に西欧文明の虚偽性と矛盾は明白であった（『米欧回覧実記（二）』岩波文庫版、1978年）。よって民法裁可と当該の書の出版との間に時日の懸隔はあるが、ここに為政者の代表的な欧州観を確認するために引用した次第である。

²³ 品川弥二郎、平田東助、上掲書、31-32頁。

²⁴ 穂積の反社会主義ポジションが白羽祐三『民法起草者穂積陳重』（中央大学出版部、1995年）において縷々紹介されている。今はその当否について論じる場ではないので、紹介に止める

2-2. 熊野「理由書」

法例草案の起案者は人事編を草した司法省参事官・熊野敏三である。彼は、司法省法学校第1期生で、穂積等後輩に比して、異例の長きにわたる在仏留学経験を有する。その熊野の法律思想は全面的な検討に十分に価する。いまは忸怩たるものがあるが所与の課題に視野を限定して先を急がざるを得ない。

法制官・熊野が提出した法例草案第3条は、明らかに、法律による社会秩序の変革を展望したものである。「理由書」に曰く。

「社会ノ公益ヲ主タル目的トナス法律ハ遡及ノ効力ヲ有スルモノナリ」。第2条に掲げられた「法律ハ将来ノミヲ規定シ遡及ノ効力ヲ有セス」というものは絶対的規則ではなく「却テ一箇ノ例外ニ属ス」るのであって、それは「法律ノ改正ハ社会ノ改良ヲ目的トスルモノニシテ弊風ヲ改正スルニ当リ若シ新法ノ効力ヲ将来ノミニ限ルトキハ決シテ社会ヲ一新シ旧法ノ弊害ヲ一掃スル」ことができないとする。

したがって、「公益ニ関スル法律ハ各個人ノ利益ヲ害スル」ようになっても「其ノ適用ヲ既往ニ及ホサ」ないわけにはいかない。「法律ノ改正ハ必ス人民ノ利益ヲ障害スルモノ」であるが、「若シ此利益ノ為ニ躊躇スルトキハ」社会の進歩を期することはできない。故に「立法官ハ各個人ノ利益ヲ害スルニ係ハラズ法律ヲ改正スルノ権利」を有するばかりではなく、「是レ其職務上ノ義務トモ謂フ可シ」と。

ここまでの「理由書」の件を、官を辞した後の熊野は、より直截に講じている。曰く「夫レ法律ヲ制定シ改正スルモノハ何ノ為ソヤ舊法ノ弊害ヲ矯正スルニ在リ社会並ニ人民ノ利益ヲ満足スルニ在リ速ニ且ツ広ク新法ヲ適用スルハ一般ノ利益ナラン若シ第二条ノ元則ヲ憲法上ノ規則ト為セハ法官ノ自由ヲ束縛シテ社会ノ改良ヲ計画シ其ノ本職ヲ尽ス能ハサルニ至ルヘシ例之ハ佛国革命ノ際封建ノ制度ニ原由スル諸般ノ権利ヲ廢シタル如」²⁵くであると。端的に謂えば、封建的遺習である身分に基づく一切の特権又は差別（貴族の永久年金保障等）を旧に遡って廃止することは一向に差し支えない、というものである。

とはいえ、社会の公益に関する法律であっても「各個人其身分又ハ資産ニ付既ニ獲得シタル私権ヲ害スルコトヲ得ス但シ其権利ノ行用又ハ保存ノミヲ規定スルハ此例ニ在ラス」（第4条）とされるのは何ゆえか。本条は「第二条ノ適用ヲ示スモノ」であって法律は遡及効を有しないというのは「各個人既得ノ私権ヲ害スヘ可ラスト云フ」ことである。つまり、肝心なことは「法律ノ効力ヲ既往ニ及ホス可キヤ否ヤハ利益ト権利トノ区別ヲ為スニ在」るのであって、「私益ヲ害スルコト如何ニ重大ナリト雖モ立法官之ヲ顧慮スルニ及ハズ随意ニ法律ヲ改正スルヲ得」る。しかし、各人が社会で生活するということはその権利を確保するためであり、決してそれにまさる公益はないのであるから「社会ノ公益上如何ニ必要」であっても「人民ノ私権ヲ・・・害スヘカラス」というのが第4条の要義であると²⁶。

そして、かかる法例草案は法制官熊野の法典編纂態度を規定し、かつ、諸規定の内容を

²⁵ 熊野敏三『佛国民法前加巻講義 完』明治法律学校、明治28年/1895、56頁。

²⁶ 石井良助編、前掲書、「民法草案人事編理由書解題」、17頁。

設定する基本指針としての位置を占めていた。

「法例ハ佛国民法ノ前加編ニ相等シ一般法律ノ適用ニ関スル総則ヲ設定スルモノトス此総則ハ民法ノミニ限ラス其ノ他ノ法律ニモ適用ス可キモノナレハ公法ノ部ニ入レルモノニシテ佛国学者中ニモ之ヲ民法中ニ掲載シタルコトヲ批難スル人アルニ由リ佛国民法ニ倣ヒ之ヲ特別法トシテ民法ノ巻首ニ置キ法律全部ヲ総領スルコトトナシタリ」と言う。しかし、それはフランス法例の六倍の分量に達する浩瀚なものである。なぜならば、フランス法例は「甚タ不完全ナルヲ以テ白耳義（ベルギー）草案ニ抛リ之ヲ増補」²⁷したからだという。よって、「19世紀の自由主義の典型的な産物」（注4参照）としての憲法を戴くベルギー民法草案をも参照し佛民法典とは趣を異にする人事編草案が提出される。

3. 法制官熊野の団体及び公益法人観念

熊野は、家族を自立した男女の共同かつ平等の団体として設計した。それは、元老院の刑法草案審議（明治13年4月6日、第三読会）において一端は「妾」制度の存続案が議決された記憶も新しい時期に、枢機官らの常識と鮮やかな対照を見せた次の婚姻の定義に明らかである。

3-1. 熊野の婚姻観

曰く、「夫婦ハ両体一心ヲ為シ苦楽ヲ共ニシ共同ノ天性ヲ遂クルヲ以テ其ノ道ト為スナリト。ここに彼が家制度から遥かに隔たった婚姻制度を構想した中心的思想が現れている。故に彼は「今日欧州諸国ニ於テハ羅馬法及ヒ耶蘇教ノ混同ニ抛リ婦ハ最早所有物ニ非サレトモ尚ホ無能力者ニシテ夫ノ権ニ服従ス可キモノトス」と欧州民法の構造を概括しつつ以下をガイドラインとする婚姻規定を草した。それは、第1に「一夫一婦ノ制」度であること、第2に「婚姻ハ夫婦ノ自由承諾ニ出ツ可キコト」、なぜならば、「父母随意ニ其ノ子女ノ婚嫁ヲ許諾シ子女ハ・・・父母ノ命ニ服従スル」「従来ノ慣習ニ抛レハ」「此ノ如キハ夫婦ノ関係ヲ堅クシ室家ノ幸福ヲ致ス所以ニ非サル」ことであり「故ニ民法ハ夫婦ノ自由承諾ニ出テサル婚姻ヲ以テ無効ト為シタリ」と。第3に「夫婦ノ関係ハ平等ナル可キコト」。第4に「婚姻ハ永久無期ナル可キコト」つまり、「婚姻ハ男女ノ愛情ニ基ツキ人情ハ無量ナルカ故ニ其性質タル永久無期ノモノト為ササルヘカラス然レトモ人事ハ錯誤ナキヲ期セス人情ハ反復ナキヲ保セス若シ夫婦婚姻ノ目的ヲ達セサルトキハ互イニ分離シテ更ニ相等ナル婚姻ヲ為スノ自由ヲ有セサルヘカラス」として、我が国では「欧州婚姻法ノ比ニ非サル」

²⁷ 上掲書、14頁。『佛国民法前加巻講義 完』、1-2頁では法例の意義のみが示される。同時に留意しておくべきことは岸本が「一意佛国民法ノ体裁ニ則リタルハ是レ決シテ賞賛ス可キノ所以ニ非ス」と批判しつつも「我立法者カ伊太利法ノ編次ニ倣ヘルノ致ス所ニシテ佛ノ排列順序トノ差異アルハ実ニ此点ヲ以テ重シトス」（岸本辰雄、上掲書、7頁及び9頁）と述べている如く、熊野がフランス法をベースとしながらもそれに拘泥せず、より進んだ法典構造を採用したということである。岸本に拠れば、人事編に掲げられていてもフランス民法典にないものは第13章「戸主及び家族」であり、それは「佛国ノ如キ個人制度ノ社会タルニ反シテ我国ハ家族制度ノ社会タルニ因ル」からだとする（同上、10-11頁）。

「離婚ノ自由ヲ認許」するというものであった²⁸。

この限りでも熊野が婚姻・家族制度に関する当時の支配的イデオロギーと正面から衝突する思想の持ち主であったことは明白である。しかも、彼は恰も公序良俗に反する官庁の処分は無効であるとするかの如き規範を構想し、フランス法例第6条、「人民ハ特別ノ合意ヲ以テ公ケノ秩序若クハ善良ノ風俗ニ関スル法律ヲ免カルルヲ得ス」On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.を翻案し法例第32条に「公ケノ秩序若クハ善良ノ風俗ニ関スル法律ニ抵触シ又ハ其ノ適用ヲ免レントスル合意若クハ処置ハ不成立トス」(明治23年10月7日公布の法律第97号/官報号外/によれば、その本旨は法例第15条に「処置」を削除し、「行為」に置き換えて生さる)との規定を掲げた。

3-2. 熊野の公共観念

「公ケノ秩序」とは何かと問い、熊野は「公益ト読ミ下ス」と言う。それは、「第6条ノ原案ニハ各人其特約ヲ以テ公衆ニ関スル法律ヲ免カルルヲ得スト在リシカ最後ノ法文ニハ公衆ノ語ヲ改メテ公ケノ秩序ト為シタルモ別段此修正ヲ為シタル議論ノ痕跡ナキヲ以テ其意義マテモ変更シタルモノト思」はれないからであると。すなわち、フランス国会に提出された法案には「公ケノ秩序」とあるが当初それは「公衆」とあり、法案の当該箇所を巡っては別段の論議もなされなかった経緯に照らせば、「公衆」と「公ケノ秩序」とは同義ではないにしても意味上で同質と立法者は解釈したはずなので、熊野は「公ケノ秩序」に「公益」という意義を与えるのだと言う。

そして「公益」とは何かと尋ねる。「立法官カ公益ヲ主トスル法律ヲ設定スルトキハ其ノ或ハ命令シ或ハ禁止スルモノハ社会ノ利益ニ関係スルヲ以テ之ヲ遵守スルト否トハ各人ノ随意ニ放任セサルモノナリ」として、まず、公益とは「社会ノ利益」であるとする。それが私益とどのように関係するか。「公益ハ私益ノ集合」であって一般に「相ヒ混和スヘシト雖モ一個人ノ利益ハ時ニ社会ノ利益ト相ヒ反対スルコトアラン……一己ノ利益ヲ社会ノ利益ノ上ニ置クヲ得ルトキハ安ソ社会ヲ維持スルヲ得ンヤ」²⁹と。つまり、公益は私益の集合であり、私益と公益とが衝突するときは私益は公益に譲歩しなければならず、私益が

²⁸ 熊野敏三、岸本辰雄『民法(明治23年)正義』人事編巻之老(上下)、日本立法資料全集別巻63、信山社。原著は明治24年刊行。138-144頁。人事編・財産獲得編第2部全体を規定する団体は婚姻共同体たる家族であり、かかる団体に関する熊野の構想は——歴史的に相対的な意義においてであるが——自立した男女を要素とするものである。故に、婚姻形態にかかわって、1) 普通婚姻、2) 入夫婚姻とを分けつつも、いきなり廃止することが展望できない戸主制度との関連で入夫婚姻を説き、それは「夫カ婦家ニ入ル場合ヲ謂フヤ明カナリ夫カ婦家ニ入ル場合ヲ尋ヌルニ即チ婦カ戸主タル場合はナリ」として、妻が戸主たるケースを疑いもなく認める姿勢となつて現れている(145頁)。

離婚事情については、ボアソナード草案が「條理」として通用していた当時、全国平均で「結婚5ツニ付テ離婚ガ1ツデ……東京ハ……略結婚3ツニ離婚1ツノ割合デ……離婚ハ我邦ニ於テ多イノデアリマス……離婚ガ易ケレハ自ラ婚姻ヲ軽スルト云フ事ニ相成リ……此ノ如クココデエライ激変ヲ来スコトハドウシテモ出来ナイ」と穂積陳重政府委員が説明を行なっている。「貴族院民法中修正案外一件特別委員会速記録第一号」『貴族院委員会速記録』明治篇6、第12・13回議事、明治31年、45頁。

²⁹ 熊野敏三、前掲書、『佛国民法前加巻講義 完』、43-45頁。

公益に優先させられるようであればどうして社会が維持できようかとの反問を發する。

ここで、注意しておくべきは、「公益」は「社会ノ利益」と同義とされつつも一度たりとも国家の利益として語られることはない、ということである。国益や反動的に復興される戸主権秩序としての家制度をもって公益と解するのは後の事柄に属する。

この公益観を基礎に件の第 5 条「法人ハ公私ヲ問ハス法律ノ認許スルニ非サレハ成立スルコトヲ得ス又法律ノ規定ニ従フニ非サレハ私権ヲ享有スルコトヲ得ス」が読み解かれなければ為らない。だが、今は法人論を開陳する場ではなく、法制官にあつて了解された「公益」観念が論及の対象であり、既に、当時の法人本質論の通説が擬制説であつたということをも前提として一挙に公益法人構想に論を進めることにする。

「民法草案人事編理由書」と『民法正義』での要説とを比べると、前者は公式にはマル秘文書であり後者は公刊物であるので、ここでは社会的浸透性如何に照らし後者での説明を主とする。

3-3. 熊野の法人観念

熊野は「理由書」で(伊二条)と付記していることから見て、1865年のイタリア民法典第2条に依拠し人事編第6条を起案したものと思われる。フランス民法典に倣つたとされるオランダ民法、アメリカ合衆国ルイジアナ州民法等も同様の規定を置いている。ここでの要諦は、公法人、私法人ともに法律の規定によらなければこれを設立することができないという所にあり、現行第33条がカバーする範囲の規定ということになる。

法人は仮想の産物であり、こういった仮想の産物を「何人カ・・・造成スルヲ得ヘキ」と問えば、それは国家の主権者と応えざるを得ない。

何故に法人を造成しこれに権利を付与するのかという問いには、「社会ノ公益ヲ目的トスル」からであるということになる。

よつて「主権者ハ社会ノ公益如何ニ従ヒ自由ニ法人ヲ造成シ又ハ廢滅スルヲ得ル」のである。よつてもつて「法人ハ法律ノ之ヲ認許スルニ非サレハ成立スルヲ得ス」ということになる。

法人には公法人と私法人とがあり、私法人はそれぞれ法律に基づいて「其ノ便益ノ為メ設立シタル法人」を謂う。

私法人すなわち「民商会社及ヒ社寺ニ関スルトキハ認許ノ方法(については引用者、補)・・・法律ハ只或条件ヲ定メ以テ汎ク法人ヲ組織スルノ権利ヲ與ヘタリ・・・故ニ法律ノ条件ヲ遵守セハ自由ニ法人ヲ組成スル」ことができる。

だが、民商会社のように各人に自由に法人を作らせてよいものかどうか。欧州では民商会社以外の法人の設立を認めず、英米両国では「政治、宗教、教育、文学等ヲ目的トシテ自由ニ法人ヲ組織スルコト」を許可している。どちらが果して適当か。

ところで、民商会社を法人と為すことを許すのは「国家ノ殖産商業ノ進歩ヲ奨励スル」目的に他ならないし、「政治、宗教、教育、文学等ノ如キ社会ノ公益ニ関スルコト敢テ殖産

商業ニ劣ラサル」ことは明白で、前者の法人化を許すのであれば後者の法人化の意義も同等である。

しかし、前者は「主トシテ社員及ヒ第三者ノ利益ニ関スルモノニシテ之ヲ以テ真ノ公益ト謂フヘカラス故ニ敢テ政府ノ干渉スルヲ要セス」自由に設立する特権を与えてよい。だが、「政治、宗教、教育等ヲ目的」とする法人は之と同日に論じられない。

なぜならば「其ノ目的ハ皆公益ニ関スル事業ニシテ・・・私益ニ関スルニ非スシテ社会ノ風俗進化ニ影響スル」ものであるので、各人がこの目的の為に団結することは許すにしても「法人ヲ組成スルヲ許スハ即チ不可」とする。なぜならばこの種の法人は、やがて消えてなくなる会社と違って「一旦成立シタル以上永久ニ存立」し続ける可能性があるからだ。

しかも「其ノ弊ヤ遂ニ社会ノ進化ヲ妨害シ財産ノ融通ヲ停止スルニ至ルハ古今ノ歴史ニ照シ明カ」であり「民商会社ヲ除クノ外各人ニ私ノ法人ヲ組成スルノ自由ヲ與ヘサルヲ良制ナラント信」じるが、一概に公益法人の設立を許さないというのではなく「理論上ニ於テハ場合ニ拠リ之ヲ許ルスコトヲ首肯スヘシ」³⁰と。故に、熊野は公益法人の設立を認許する特別法の制定を推進する立場を採用しないのである。

3-4. 熊野の基本姿勢

法制官熊野は原則として公益法人の設立を許さない立場をここに鮮明にした。それは、無償権原の財産取得を法人に制限する外国法制をも念頭に置いた公益法人の私権制限にも繋がってゆく。何故ならば、相続人が居ないときは国は遺産を「占領スルヲ得ルニ過キスト雖モ贈与及ヒ遺贈ノ権利ニ至テハ法人」は社会に惨禍をもたらす存在となる。法人が「若シ自由ニ贈与及ヒ遺贈ヲ受クルヲ得ハ世間ノ財産ハ皆其占有スル所ト為リ其ノ融通ノ道ヲ絶テ各人却テ生活ニ苦ムノ状況ニ至ルコトナキヲ保セス之欧州ニ於テ昔時宗教ノ盛ナル時発生シタル弊害」にその惨状が如実に示されているのではないかと³¹。

³⁰ ①～④、熊野敏三、前掲書、『民法（明治23年）正義』人事編巻之巻（上下）、28-32頁。ところが、岸本は、上掲書において、「修正」を担当した穂積博士に近似する見解を表明している。「政治、宗教、教育、文学、芸術等ニ関スル人聚団体（社団のこと、引用者注記）ハ其ノ目的タル多クハ公益ヲ計算スルニ在リ従ヒテ其ノ影響ノ及フ所モ亦直接ニ国家全般ノ風俗、秩序、治安、進歩等ニ在ルヲ以テ国家ハ直接ニ其ノ成立ニ干渉シ必ス公益ヲ害セサルモノト思惟セルトキニ限り特ニ法律ヲ以テ之ヲ法人トシテ認許スルヲ得策トスルナリ」（59頁）と。

³¹ 上掲書、36頁。熊野は既に「公益法人制度の在り方が社会的批判を招いている」（「中間法人法案に対する附帯決議」、衆議院法務委員会、平成13年6月4日）今日を見越していたとすることができる。但し、熊野はカトリック教会を引きつつも信仰、社寺に対し敵意を披露したわけではない。「目下ノ事情ニ依レハ我国ノ社寺ハ衰態ヲ極メ其維持保存ノ為メ寄附献金ヲ奨励スルノ必要アリテ之ヲ制止束縛スルノ理由ナシトテ一切ノ制限ヲ廢シタリ故ニ此点ニ付テハ法人ノ権利ニ制限ナキモノト解釈スルヲ以テ民法ノ精神ニ適セリ」（上掲書、36-37頁）と言う。

にもかかわらず熊野の懸念は、公益法人が為す公益活動の受益者の意識において生じる当該団体への帰依、心服、依存、信頼といったものが、受益者を結果として疎外し「各個人ヲシテ却テ其ノ生活ニ苦ムノ状況ニ至ラシム」（石井良助編、前掲書、「民法草案人事編理由書解題」、42頁）危険性がある、ということにあった。公益性のある事業として例示され、かつその事業を担う団体、制度は、A・グラムシの顰にならうと「ヘゲモニー」装置に当たるということも追記しておく。

なお、「法人ノ中」「国ハ萬能力ヲ有スルカ如シト雖モ然ラス法律ノ定メタル権限内ニ非サレハ何事ヲモ得

故に、熊野にあって保護すべき公益とは、自立した市民が織り成す自由な交換社会という意味での社会の利益であり、直ちに「公益法人」が目的とする公益を指称するものではない。そして歴史的先例としての「公益法人」の惨憺たる典型はローマン・カトリック教会（死手譲渡）であり、彼の関心事は、かかる「公益法人」から社会の利益を如何に保護するかにあったのであり、当該法人の保護ではなかったことも明らかである。

彼が法例草案の完璧さを期して参照したベルギー民法草案は、「人事編ノ終リニ第二部ヲ設ケ詳細ニ公ノ無形人（公益法人のこと。引用者、注記）ノ地位ヲ規定セリ蓋シ同国ニ於テハ羅馬教会ノ権力殊ニ盛ニシテ法律ヲ犯シ私ニ無数ノ無形人ヲ造成スルノ弊害ニ堪ヘサルヲ以テ之ヲ矯正スルノ目的ナル可シ」³²と洞察している。

熊野のかかる識見、団体構制観は、しかし、そのままに民法「修正案」に引き継がれることはなかった。それは、「公益法人」のヘゲモニー装置としての機能に着目し「干渉シテ適当ノ保護ヲ與フ」るを国家的利益と深謀し「国体」基盤の強化を策する団体観念への転換を刻印されることになる。この点については次節で検討する。

第二節 法人制度観念の推転

前節で法制官熊野が 1) イタリア民法典（1865 年）第 2 条を資料として旧民法・人事編第 5 条を設計立案し、2) 公私の法人は必ず設立根拠法によって設立されるべきで、3) 主権者以外の者が法人を造成することは「公益ニ非スシテ公害タル法人ヲ造成スル」ということに他ならず、4) 「公益法人」は社会的利益を害するおそれのある団体であり、立法政策上その設立を認めないことが妥当である、という団体構制観念を有していた³³ことを紹介した。

サルモノトス」（同、37 頁）という指摘は柔構造の帝国憲法の運用に歯止めを懸けることができない性質のものであるが、執行権に対し立憲制的制約を及ぼそうとする態度の現れとして、法例第 6 条草案と重ねて理解すべきものである。

³² 注 20 に掲げた資料、42-43 頁。

³³ 熊野が、そのものとして実態を有するものではない「社会」*la société* として何を理解したのか今後の説明が必要である。彼の所説の全体からは *le public* つまり「公衆」が想定されていたと推定されうる。しかも士農工商に代えて華族・士族・平民という新たな身分階等制度の再編、強化の流れの中で「平民」から構成される「公衆」を念頭においていたであろうことは前節で述べた法例草案第 3 条の理由に現れているのではないだろうか。

彼が依拠したフランス民法典制定当時における団体の一挙的排除の傾向は徹底的で、同法典は「個人主義を基調とする契約的構成を付着帯有」する「営利組合及び商事会社」を除く他、「宗教・学術・技芸・娯楽等を目的とする集団の結成及び活動」に保証を与えなかった（こういった評価は一般に確定しているが、参考として、山本桂一「フランスにおける営利組合と非営利社団」『法協』第 73 巻第 6 号/昭和 31 年）674 頁）。ここで言う「営利組合」（法人）とは山本教授の造語で、それは、1) ドイツ民法及び日本民法で「組合」を非営利の組合に限定し、2) 双方の国で「組合」を契約的結合形態として社团的結合に対立するものとして把握し、同時に非法人とするあり方に対し、3) 日本において契約的結合に基づく団体を、その一点においてのみ止目して「組合」とする事情を前提とし、4) フランス民法に掲げられる *société* は営利の団体であり、かつ、契約に基づくものであるという意義をこめて「営利組合」と訳したことによる。

山本が当該の訳語を当てた箇条はフランス民法典の第三篇第九章 *du contra de société* (*société* 契約) において「*société* は、それから生じることのある利益を配当する目的で財産又は勤労を共同事業に出資する契約の取り決めを為す二人以上の者がこれを設立する」（旧第 1832 条）とある。本条の訳出においては、稲本洋之助訳『フランス民法典——物権・債権関係——』法務大臣官房司法法制調査部、昭和 59 年、212 頁

本節は、こういった観念がどのような経緯、かつ、ロジックで「祭祀、宗教、慈善、学術、芸芸其他公益ニ関スル社団又ハ財団ニシテ営利ヲ目的トセサルモノハ主務官庁ノ許可ヲ得テ之ヲ法人ト為スコトヲ得」（以下「公益法人制度」）という規範に推転したのかを論じる。経緯の最たるイベントは民法典の施行延期か断行かをめぐる「法典論争」というものになる。

1. 「法典論争」

当該の論争は、は天皇が裁可した商法典（明治23年3月27日に公布。同24年1月1日に施行予定）、民法典（明治23年3月27日及び同年10月6日に公布、同26年1月1日に施行予定）の実施の可否をめぐる論争に端を発する。施行延期派が帝国議会の両院で多数を制し終局において双方の法律そのものが廃止に追い込まれる。すなわち、明治23年12月27日に貴族院で商法の実施を民法の施行日まで延期する旨が決し、続いて明治25年5月28日に貴族院で「民法商法施行延期法律」が採択され、同年6月1日に同じく可決された「民法商法修正審査委員を設けるの建議案」を経て同年6月10日に双方の法典の施行を明治29年1月1日まで延期するとの法案を衆議院が議決するまでの期間にわたって展開された論争をいう。翌11日、田中正造議員より足尾銅山鉍毒加害に関する質問が提出され「此被害たる公共の安寧を危殆ならしむるが如き性質を有するものにあらず……既往の損害の如きに至ては行政官は之に対し何等の処分を為すの職権を有せざるものとす」³⁴との農

を参考とした。因みに、箕作麟祥が本章にいう *société* を「会社」と訳したことは周知の事柄である。

上で言う一挙的排除の流れはル・シャプリエ法（1791年6月14-17日）による既往の団体の廃止による個人的自由の確立に繋がるものである。同法は、職業選択と土地及び生産物の個人的実現の自由の確保をめざすものであり、「同一の身分及び職業に携わる市民のあらゆる団体の廃止はフランス憲法の基本的基礎の一つであり、いかなる理由、いかなる形式の下でもこれを事実上復活させることは禁止する」（第1条）とある。

熊野が公益法人に対し嫌悪感を隠さないバックグラウンドは、彼の婚姻観にも明らかのように、身分制のくびきから解放された個人的意思の絶対視にあったと見てよいであろう。

³⁴ 木に竹を接ぐ答弁は『大日本帝国議会議誌』第1巻2号、2192頁に所収。同議会議中に提出された「集會及結社法案」（末松謙澄提出）の第1条に「此ノ法律ニ於テ……結社ト稱フルハ専ラ営利商業ヲ目的トスルモノノ他何等ノ名義ヲ以テスルニ拘ラス社員ヲ募集シテ団体ヲ組成スルモノヲ謂フ」とある。法案全体の趣旨からすれば「結社」が政治結社（政社）に限定されていることは明白であるが、「ノ他」と不得要領な表現がされている。また、「凡ソ結社ニシテ安寧秩序ニ妨害アリト認ムルトキハ内務大臣ハ之ヲ禁止スルコトヲ得ル」（第21条）とある。

後に民法主査委員の一人となる末松の起案にかかる本法案によれば「営利商業ヲ目的トスル」結社にして「安寧秩序ニ妨害アリト」認定されれば操業停止が命じられることになるはずである。しかし、末松の提案理由中に企業にかかわる部分はない（上掲『議会議誌』、1868-1870頁）。法制官の「公共の安寧」、公益了解がどのようなものであるのかを十分に推察させうる答弁である。

江木 衷は明治18年に「公用土地買上規則ヲ論ス」と題し国家について以下の役割認識を提示した。「国家者単ニ民人私益ノ保護増進ヲ事トスルノミナラス専ラ人民ノ公益即チ共同ノ利益ヲ保護増進スル事ヲ務メサルヘカラス」と（『法協』第11号、41頁）。江木の理解では *expropriation*（所有権の没収）は「公益」のために「公権ヲ以テ私権ヲ制限スル」（同所）一形態であり、「公益」とは「一般共同ノ利害幸福ノ意ニシテ必スシモ国家ノ利益ナルニアラス世人往々共同ト国家ト即チ官ト公トヲ混同シ」「国家即チ政府」とまで解する混乱が見られると（同書、47頁）慨嘆している。

江木は、私益に公益を対置したが、公益の受益主体を「一般共同」つまり「人民」と解したので、故に「公用土地買上規則ト稱スル如キハ頗ル其ノ当ヲ失シタル者」と断定する。何故ならば *expropriation* は「益」という点では「公」（つまり人民）に値しても「用」という点では「公」（つまり人民が受益者となる）わけ

商務大臣の答弁が行なわれている。

当該論争の過程について多くの研究³⁵もあり、この論争については先々で必要がある場合にのみ関説することにし、日清間の硝煙さめやらぬ明治29年、我が国の憲政史上始めて民選議員による法典審議が行なわれた第9回帝国議会に視線を移すことにする。

2. 「民法中修正案」の国会審議

第9回帝国議会・衆議院本会議第一読会（明治29年/1896年3月16日）において、「民法中修正案委員会」委員長星亨は、明治29年2月28日より3月14日まで都合12回の委員会審査を行なった旨、及び全723条に及ぶ総則・物権・人権（債権）の範囲で、委員会審議において「修正」を受けた箇所「24ヶ所」（議事録では29箇条 筆者注記）を列席議員に対し「報道」³⁶した。法人制度に関しては、僅かに第70条（法人の破産宣告）が報道されたにすぎない。つまり、当該制度に関する法案の件は、ほとんど修正を経ず委員会審査をパスしたということになる。

法人制度に関し衆議院の委員会では審査された主たる項目は、寄付行為（第39条）という表現の適否、社員理事の損害賠償責任とのかかわりで法人の目的外行為（第44条第2項）による利益の扱い、社員の間における表決権の平等規定（第65条）の妥当性、代理人（同条第2項）となりうる者の範囲等であり、その他は字句にこだわるもの（例 理事を理事者、「ノ」をどこに置くか、「違反」とするのか「反スル」とするのかなど「文勢」なるものの観点からの字句の修正）で総じて内容にかかわる論議ではない。文言の適否という措辞にと

ではないからであると。例を挙げれば「採鋳ノ業、防衛ノ為ニスル砦塞・・・・等ヲ建築スルノ事業ハ其ノ利益ハ公同公衆ノ為メニスレトモ之ヲ使用スル者ハ未タ必スシモ公同公衆ナル社会民人ニアラストス」と。引証例の適否はともかくも、「公益トハ公衆ノ利益幸福ヲ指ス者ニシテ必スシモ国家政府ノ利益ト同一ナル者ニアラストス」（同書、第12号、19頁）という主張は傾聴に値する。

³⁵ その全体を通覧する上で簡にして要を得たものとして仁井田益太郎『舊民法典』日本評論社、昭和18年。旧民法典から新民法典への不連続な展開を法社会学の角度から考察したものとして、石村善助、潮見俊隆、中尾英俊、渡辺洋三『日本の農村』岩波書店、昭和32年を挙げておく。

後者は、家族制度及び地主的土地所有制度の日本型的確立を媒介するものとして新民法典を位置づける。しかし1)当該制度は婚姻・家族・相続制度を華・士族慣習に倣いそれを普遍化（p.173）させるものであり、2)同時に「国民の宗家とされる天皇および皇族の家族制度に範をとるものであるという論理によりその不可侵性・永続性を理論づけられ」（p.175）、3)「天皇制の重要な精神的支柱を形成」してきた、とするロジックには一定納得できるものがあるが、「梅博士はすでに法典調査会において主査委員として『家』とは単に『戸籍面だけのこと』にしかすぎない、と説明した」（平野義太郎『『家』を中心とする身分法の成立史』129頁）という記述と平仄がどのように合うのか理解しがたい。

問題は主権者たる天皇を国家の機関としてではなく、さように「国」の生きた神として設計構想させた同時代的要請を「祭祀、宗教」のあり方を含め再検討することにある。この点で大久保氏使節団の秘書官の地位にあった久米邦武がカリフォルニアよりワシントンに旅する見聞をもとに日本を省みて「野ニ遺利アリ、山ニ遺宝アリ、（しかるに 引用者補記）上下貧弱ヲ免レサルハ何故ソ、蓋不教ノ民ハ使ヒ難ク、無能ノ民ハ用ヲナス、不規則ノ事業ハ効ヲミス、民力ノ多キモ、其至宝タル値ヲ生セシムルニハ、豈漫然ニシテ希望スヘキモノナランヤ、米國ノ紳士ミナ熱心ニ宗教ヲ信シ、盛ンニ小学ヲ興シ、高尚ノ学ヲ後ニシテ、不通ノ教育ヲ務ム、是其故ヲ察スヘシ、流民傭奴ノ頑魯ナル、其ノ明善ヲ啓発スルハ、敬神ニアラサレハ不可ナリ」『回覧実記（一）』（初出は明治11年。p.162）と記したのは意義深いものがある。久米の記した意義で天皇への「敬神」を担保する物的機構としての国民皆兵、郷土連隊の創設及び建軍イデオロギーを担う軍人勅諭、精神的機構としての靖国と護国神社の全道府県における設置がやがて上記の「精神的支柱を形成」することになる。

³⁶ 「民法中修正案（政府提案）」『衆議院議事速記録』第九回議会上、明治28年、618-622頁。

らわれた論議に終始したわけである³⁷。

この水準の論議は法人制度の設計がなされた基本思想に当然にも及ばない。むろん審査委員らが組合ならぬ社団の構造に関心を寄せた限りドイツ型の法人制度に不案内というわけではなかったろう³⁸。だが制度設計思想そのものは一顧だにされなかった。これは、狭義では彼等の蔵する「公益」観念の未成型性を、広義では団体設計観念の不明確性を反映す

³⁷ 「第九回帝国議会 衆議院民法中修正案委員会速記録」『衆議院委員会議録』第九回議会議決追加二、明治28年、76-86頁。第2回委員会審議の冒頭で修正案提案理由説明を政府委員・梅謙次郎が行なった。説明は、1) 参照諸外国、2) 法典の体系の変更、3) 「学理上順序を得タル」規範排列、4) 手続き的規定の排除と実態規定の配置、5) 商法・民法間のバランス 6) 新規に整備した法人、法律行為、7) 「法律ノ体裁トシテ或ハ穩ヤカデハナイ」「定義、種類、引例」は「今度ノ修正案ニ於キマシテハ疑ヒノアルモノハ仕方モアリマセヌカラ掲ゲヌコトニ」し、「必要ノナイ限ハサウ云フ定義トカ引例トカ或ハ種別トカハ省クコトニ」したので条数が大幅に減じられたこと、8) 「成ベク日本ノ慣習ニシテ採ルベキモノハ採タイ、已ムヲ得ザル必要ノナキモノノ外ハ慣習ヲ変ヘルコトヲシタクナイ……社会ノ……進歩ニ……差シ支ノナイ限りハ従来ノ慣習ニ従フト云フ」こととし、9) 商業上の慣習についても広く斟酌し「採ルベキモノハ成ルベク採ッテ、之ヲ修正案ノ基礎」としたと、概略9点にわたる。

ここで注意して置くべきは、「慣習」は石村善助が言うように「それ自身階層的」（『日本の農村』147頁）であり、かつ、石村が紹介するように、「裁判事務心得」（明治8年6月8日）に対する滋賀県庁に対する司法省の回答に「習慣トハ民間ニ於テ習慣俗ヲ為シタル習慣ニハ無之事」（同書、196頁）と解されるものである。すなわち、梅らの言う慣習とは「農工商」身分、次いで、平民身分社会における慣習ではなく、士分層のそれである。

³⁸ フランス民法典に編制をも含めて做った旧民法には、第1832条の直訳に近い条文が民法財産取得編第6章会社、第115条に置かれている。「会社収ムル目的ニテ或ル物ヲ共通シテ利用スル為メ又ハ或ル事業ヲ成シ若クハ或ル職業ヲ営ム為メ各社員ガ定マリタル出資ヲ為シ又ハ之ヲ諾約スル契約ナリ」（官報号外、明治23年4月21日、58頁）と。ここで「会社」とは、後の法典調査会において富井の提唱で「組合」に変更され、かつ、営利目的を要件しない現行の第667条に構造変換される。

フランス民法典中に当該「会社」（営利組合）を法人とする箇条は存しなかった。むろん1978年における法律第78-9号による民法典の大改正によっても事情には変わりはない（参照 奥島孝康『フランス企業法の理論と動態』成文堂、平成11年、63-86頁）が、旧民法の編纂当時、フランスにおいて1) 「会社」の法人性は重大な争点を為し確定していない、2) しかし、法人付与に問題はないとするポアソナード『注釈』（1889年）は世にあり、「取得編」第118条「民事会社ハ当事者ノ意思ニ因リ之ヲ法人ト為スコトヲ得」との箇条が付加されたという（野田良之「会社という言葉について」『鈴木竹雄先生古稀記念 現代商法学の課題』中、有斐閣、昭和50年、701頁）。程なくして法人性を肯定する判決が破棄院判決（1891年、明治24年）で確定する。

契約的結合体である営利組合と法人とを対当関係に布置しない法思考を採用するのは、法技術的には組合対社員関係における出資財産の組合帰属により媒介されるものであるが、徹底した個人主義を原理とするフランス民法起草者にして唯一可能なものである。フランス法の影響下にあった明治20年代の日本で、構成員間の契約関係による結合として成立する組合を非法人圏に放逐し、団体対社員の関係において団体資本を成立させる社団的結合にのみ法人格を認めるドイツ的発想が突如行き渡った事情は別途に考察される必要がある。「死すること能わざる財産」（ブラックストーン）において社団を了解し、そのみを人為的人格として法的に構成するという方向へのきっぱりとした転換であったからである。

ドイツ的発想は「ナチス法律家たるものが……採るべき根本的態度」として民法第22条でいう社団（経済的営利事業を目的とする社団）「は全部之を民法の社団法の外に置く」ことにより「『社団』という名称及び法律形式は、かくして、『文化的・科学的・教育的・社会的又は之と類似の目的を遂行する結合体に限られることになる』（山田 晟「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、966頁）との叙述を想起したとき、「公益ニ関スル社団又ハ財団ニシテ営利ヲ目的トセサルモノ」というものに極めて親近することになる。

いずれにしても、契約関係の成立する前提である主体的な個人というものを団体的世界から徹底して放逐しようとする現行民法の起草者等の発想がここに示されているのではないかと思慮される。

会社の社団法人性に関する不均一な各国での法制が自覚され始めるのは実に第二次大戦後のことである。しかし、人的会社=組合的結合に過ぎないとする見解に対し当該の会社といえども社団であるとの説の開陳に止まり（鈴木竹雄「会社の社団法人性」『松本先生古稀記念 会社法の諸問題』有斐閣、昭和26年、59-74頁）その後に見るべき展開はない。

るものに相違ない。なぜならば、修正作業において擬制説の立場からことのほか法人制度に意を尽くしたと言う³⁹起案者による法人制度の構造了解に照らすと、法人法定主義の下では所与として存する団体を法人に値すると認識するには、つまり単なる事実的存在ではなく法的存在として価値評価するには当該の観念を前提としなければならない。法人に値する団体の存在の承認と、法人たる団体の「主格」性（法主体性）付与とは技術的に関連しても別の次元の問題である。「承認」は現に生成しつつある対象認識における「公益」観念に基づく評価的行為である。対して権利が帰属し義務を負担する法主体性の法認は既存の仕組に依拠することによってすら相当の解決が図られうる認識的行為に過ぎない、ということになるはずである。法人制度をめぐる審議において提案者を代表する政府側委員からも審議委員からも、公益という言葉すら一度も登場しなかったことは上記の顛末をよく物語るものである。

当日、星委員長による報道を受け木村議員が、全 723 条をたった 44 時間の論議で確定議決を行なった委員会の審議不備なること、衆議院の残る会期に照らし本会議で十分な論議を尽くせないこと、仮に衆院で可決されても貴族院の審理時間を保障できない恐れがあるとし、審議を延期するために成案を否決するとの態度を表明した。

それに対する草刈議員による反論をもって「討議終結」発言がなされるや議場より「賛成賛成」の声興り→討論終結に関する表決、賛成多数→第二読会の開会、梅 謙次郎政府委員による時効中断条項（第 149 条）の復旧要請発言→委員会修正の全条項に対する同意採決、可決→第三読会の開会、波多野議員による民法修正案全部廃棄要求発言、山田議員による修正案賛同発言→該案全部の確定議決⁴⁰という手順を踏んで同日、民法中修正案は衆議

³⁹ 前掲注 37 書、梅発言、「第三編 資料」、129 頁。前掲書、福島正夫編『穂積陳重立法関係文書の研究』所収、『日本立法資料全集』別巻 1、平成 12 年、信山社。そこには、「前三編議会提出理由説明草稿」中に「(四) 法人ニ関スル規定ヲ加ヘタルコト(現今ノ大事業ハ法人ノ擬制ニ依リテ成ルモノ極メテ多シ)」とある。

穂積、富井、梅三氏の校閲になる『帝国民法正解』（日本立法資料全集別館別巻 95、信山社、平成 9 年、復刻版。初出、明治 29 年）では实在説、意思説、仮想説を検討（257-263 頁）しているが、かかる法人本質論にたちいて検討を行なう実益は、ここでは、ない。擬制説を採用する立場が民法起案者等にとって極めて有利であったということだけを述べておきたい。すなわち、法人法の根拠に基づき、又は法人法の根拠に基づき、かつ、行政庁による許認可を得ることによってのみ法人として登記が行なえんとする主義を貫徹するには擬制説による他はないからである。

⁴⁰ 前掲注 36 書、623-624 頁。即時採決を主張した草刈議員の論法は、1) この民法の修正案は 724 条にわたる浩瀚なものではあるが、2) 明治 23 年に公布された法律を修正するもので当該の法律は「日本国民全体ガ心得テ居ル所、知ラザルベカラザル所ノ法律」で「其ノ習慣ニ背キ其ノ穩当ヲ欠ク所ノ箇条ニ限り、訂正ヲシタル」法律である。3) その草案は「学士博士選リニ選ンダ所ノ一粒種ガ集マツテ」調査した結果、委員会も是認したので、4) 「修正民法ガ果シテ優レルヤ既成民法ガ優レルヤ」という点で議場は判断すべきである、という理由にならない根拠を述べ立てるものであった。

「其ノ習慣ニ背キ其ノ穩当ヲ欠ク」という認識は起草委員らに共通する認識であった。上掲注に挙げた『帝国民法正解』は新民法前三編の採択後、後二編の成立以前の間起草されたものだが、そこには、こう書かれていた。「吾人ハ既ニ総則、物権及ヒ債権ノ三編ニ依リテ家族関係以外ノ法律関係ニ付キ大ニ権利ノ保障ヲ得タリ然レトモ人事ニ関スル法律関係及ヒ家督又ハ遺産ノ相続ニ関スル法律関係ノ如キ常ニ種々弊害ヲ生シ社会ノ風儀ヲ壊乱シ遂ニ国家ノ根本ヲ腐敗セシメル虞アルモノニ付キ未タ確固タル法律ヲ得ルニ至ラス」（17-18 頁）と。

下線部分は、民法施行延期派の主張と同一である。参照、穂積『法窓夜話』第 97 法典実施延期戦。「江木衷、奥田義人、土方 寧、岡村輝彦、穂積八束の諸博士を始め、松野貞一郎君、伊藤悌次君、中橋徳五郎

院を通過し、貴族院に送付される。

3月23日に貴族院本会議に法案が上程されたおり山川議員よる黒田議長に対する「委員会ハ何回程御開キニナリマシタカ」との問いに同議長は3月19日及び同21日(福島編「第一編 解説」『穂積陳重立法関係文書の研究』所収、13頁によれば、23日とある)と二度委員会審議がされたと答弁を行なった。「二回ノ委員会デ十分ナ御審査ガ出来タノデアリマスカ」との問いに黒田議長は「委員ハ法典調査会ノ調査ニ十分ノ信用ヲ置カレマシテ全会一致デ可決シタ次第デゴザイマス」と応答⁴¹し、同日、同院にて当該修正案は可決成立した。

上に明らかなように、現行民法典は立法院で十分な審議を経て成立したものではない。

君等法学院派の法律家十一名の名をもって発表された「法典実施延期意見」(明治25年春)では、既成民法典の思想的文脈を衝く言葉として提示されたものである。

⁴¹ 「貴族院議事速記録第40号」『貴族院議事速記録』11、第9回議会で、明治29年、504頁。『大日本帝国議会誌』に明治29年3月21日及び23日の委員会記録は掲載されていない。3月24日に開かれた貴族院本会議で児島惟謙が委員会の審議状況に対する山川質問に対し不思議な答弁を行なっている。「前日21日会議ヲ致シマシタガ此通ナモノダカラ逐条議シタラ其日モ無イコトデアリマスカラ其日ハ皆一同引き去リマシテ中一日、間ヲ置キマシテ其間、宅デ能ク審査ヲ致シマシテ翌々日出テソレゾレ異議ノアル所ヲ述ベテ而シテ其委員会ヲ開クコトニ致シマシタ、然ル所デ翌々日ニ至ッテ出マシタ所デ何レモ逐条ニ涉ッテ異議ガナイト云フコトデ……決議ヲ致シマシタ」と。

概略を述べれば、21日に委員会が召集されたが浩瀚なもので逐条審議もまま為らず草案を家に持ち帰り検討審査し、23日に異議があればそれを述べるということにした。所が23日の委員会で全く異議がなく委員会として草案を採択した、ということになる。

加藤弘之・東京帝大総長は、既成法典と修正案との優劣を3点にわたり確認し、次いでドイツでの法典化事業は20年近く続いているにもかかわらず「マダ本当ノ法典ニ為ラヌ」のに引きかえ「日本ノハ僅ナ年月デ今日修正ガ出来上ッテ両院モ経過シヤウト云フノデアアルカラ其ノ修正委員ノ勉強ト云フモノハ一通リデナイ」のであり、「唯修正委員ノ学識或ハ経験ト云フモノヲ信用シテ、サウシテ其ノ信用ニ依ッテ起立スルヨリ他ニ仕様ガナイ」と、論争を棺に閉じ込める発言を行なった。因みに3点とは、1) 条数が半分以下に減った、2) 文章が翻訳ではなく、一体の法文のようになった、3) 既成法典は主にフランスの法典に依拠したものだが、修正案はその外の各国法典をも参照した点である。

次いで彼は、起草委員において既成民法典の何れの点が不完全な点であったのかの確認を為している。穂積、梅委員が的確な答弁をしたが、前者の発言を概括しておく。1) 条数が減じたについては、ア) 国民分限(国籍のこと)、手続規定の如きものを排除し、イ) 総則編を置くことで各編の冒頭に重複して置かれた規定を一括し、ウ) 定義、引例、説明に関する規範、語句を除外し、エ) 規定の仕方としては概括主義を採用し、原則、変則及び疑義が生じるおそれのあることだけを規定したからである。2) 大きな異同として編制を変更(パンデクテン)し各編の排列順序(物権は民法中で私権の最も重いもので、それを債権に優先した)を改めたことである。

団体設計コンセプトに直接間接にかかわる極めて重要な発言が、さらりと付け加えられている「相続ナルモノハ親族ノ関係モ定マリ且ツ財産ノ関係モ定マッテ而シテ家長権或ハ財産権ヲ相続スルモノデアリマスカラ一番最後ニ置イテアル其ノ外大キナ点デ変リマシタノハ賃借権ヲ債権ト致シタコトデゴザイマス」と。前者は、家族という団体の、後者は、当時における賃借権の主たる形式が土地の賃借小作権であったということから、農村地域社会の今後がどのようなものに成りうるのかを決定する。すなわち、一方で婚姻共同体を家長による統制下に置き個人とくに女性が自立する機会を封殺し、他方で物権的小作秩序を否定し小作人を無権利化し温情的家父長制の小作関係及び共同体規制の維持温存をはかる梃子となる。

ここで気になるのは、穂積は「権利の感想」(『遺文集』第2巻所収。初出は『法協』第55、56、57号/明治21年)において物権的小作権を擁護する立場を「共產主義を奉ずる者」と観測していた節があることである。「百姓の田地に於ける、町人の金銭に於けるが如く、労働と財産と密接の関係のある者に於いては、其所有権の思想稍々発達せるが如しと雖も、従来一国の精神とも称せられ、最も教養ある士族及び其子弟等に至りては、所有権なる概念は甚だ薄弱にして殆ど共產主義を奉ずるものの如く、自己の財産を護るの精神に乏しく、従って他人の所有権を尊ぶの念も亦甚だ厚からず」(46-47頁)と。

こうした家族、村落における団体設計と並んで法人が登場する。「既定法典ニハ法人ニ関スル規定ガ缺ケテ居リマシタガ是ハ本案ニ於テハ加ヘマシタ、何ゼナレバ此頃ノ大キナ事業ト云フモノハ主トシテ人ノ集合体若クハ財産ノ方法ニ依ッテ為リレルノデアリマスカラ此規定ハ必要ト認メマシテ加ヘマシタ」(505頁)と。

法典調査会において議された草案が法案として上程され、衆議院の委員会審査により僅かな修正を蒙ったものの「法典調査会ノ調査ニ十分ノ信用ヲ置」くということで一气呵成に可決成立している。この意味では新民法典は上程された段階で既に成法となっていたに等しい。よって、帝国議会での審議を素材にとってみても、ここで論及にたるほどの内容は得られない。

3. 法典調査会の設置と調査方針

ここで現行民法の成立過程を概観しておく。

商法典、民法典の施行延期は、ただ単にその施行を延期するものではなかった。貴族院の発議により延期を確定した明治 25 年 6 月の衆院議決を受け同年 11 月 24 日に公布された法律第 8 号に、双方の法典及び法例の「修正ヲ行フカ為明治 29 年 12 月 31 日マテ其ノ施行ヲ延期ス但シ修正ヲ終リタルモノハ本文期限内ト雖モ之ヲ施行スルコトヲ得」とある。すなわち、延期の目的は明確に「修正ヲ行フカ為」とされ、それに必要な法典調査会がやがて組織される。

内閣総理大臣を総裁とする調査会は、主査委員及び査定委員から構成され、主査委員会を予決機関、民法調査委員総会を確定議決機関とし精力的な「修正案」の審査を行うが、当初期限内に草案全体の審議終了を見込めなくなり、明治 27 年 3 月をもって組織変更を行っている。すなわち主査会、総会を廃止し法典調査会による審議を 27 年 4 月 6 日より明治 29 年 12 月 16 日まで 202 回続行し、同年 12 月 29 日に明治 31 年 6 月 30 日を期限とする再延期法が提出され同 31 日に可決成立している。その間、29 年 4 月 27 日に民法三編が公布（法律第 89 号）されていることは前述した。民法後二編及び新法例は明治 31 年 6 月 21 日に公布される。

法人法制にかかわる審査は、調査会の組織変更以前にすべて完了していた。したがって、検討素材は以下に求めうる。

① 民法主査会議事録

第 15 回主査会 (明治 26 年 11 月 28 日) ～第 19 回主査会 (27 年 1 月 19 日)

② 民法調査委員総会議事録

第 1 回総会 (明治 26 年 4 月 28 日)、第 3 回総会 (同年 7 月 4 日)、第 8 回総会 (27 年 1 月 26 日)～第 12 回総会 (27 年 2 月 16 日)

③ 甲第 4 号議案 (明治 26 年 11 月 20 日)、(総)甲第 3 号、同修正案(明治 27 年 1 月 21 日)

④ 民法整理会議議事録

第 2 回 (明治 27 年 12 月 21 日)、第 5 回 (28 年 12 月 18 日)

⑤ 民法整理案 (整)第 1 号 (明治 27 年 12 月 15 日配布)

現行民法の法人制度は、フローチャートの整理すれば、次のプロセスを辿って成立したことになる。

第 1 回総会 (明治 26 年 4 月 28 日) ⇒第 3 回総会 (同年 7 月 4 日) ⇒甲第 4 号議案 (明治

26年11月20日)⇒第15回主査会(明治26年11月28日)～第19回主査会(27年1月19日)⇒(総)甲第3号、同修正案(明治27年1月21日)⇒第8回総会(27年1月26日)～第12回総会(27年2月16日)⇒(整)第1号(明治27年12月15日)⇒第5回民法整理会議(28年12月18日)。

さらに、法人制度の設計コンセプト形成に絞り込むと以下のようなになる。

第3回総会(同年7月4日)⇒甲第4号議案(明治26年11月20日)⇒第15回主査会(明治26年11月28日)⇒第8回総会(27年1月26日)⇒(整)第1号(明治27年12月15日)⇒第5回民法整理会議(28年12月18日)。

このプロセスは、1) 甲第4号議案中「法人」の設計を担当した穂積サイドにおけるその構想案の成熟過程、2) 当該草案をめぐる審議過程に段階区分することができる。このプロセスは、しかし、特異な経過をもって成立した法典調査会及び同調査会における審議手続の軌道上で進行したものである。よってまず、第1回総会(明治26年4月28日)の審議内容を紹介しつつ調査会の構造を確認しておきたい。

3-1.法典調査会「規程」

明治26年4月27日に、法典調査会総裁伯爵伊藤博文に対し内閣書記官長伊東巳代治より「法典調査規程別紙ノ通定メラレ候ニ付内閣総理大臣ノ命ニ依リ此段及御通達候也」との通達が発送された⁴²。これに先立ち、3月25日に民法・商法及び付属法規を法典調査会において調査審議せしめる旨の勅令第11号(公布は2月22日。「官報」2918号)が発せられている。時に、咸鏡道防毅令施行(明治27年/1889年11月)を口実として朝鮮半島有事を策し続け終に東学党の乱興(明治27年/1894年)や清国派兵に対抗し半島に陸軍部隊を派出させ、戦時大本営を参謀本部に設置する1年3カ月前のことである。

勅令は明治25年11月24日の法律第8号(「官報」2823号)により施行延期された民法商法を「修正」する調査会の編制及びその手続を命じるもので、その要目は5点ある。法典調査会は1) 内閣総理大臣の監督に属し民法商法及び付属法律を調査審議する、2) 総裁、副総裁を各1人、主査委員20人以内、査定委員30人以内をもって組織し、3) 委員は、高等行政官、司法官、帝国大学教授、帝国議會議員その他学識経験ある者の中より内閣総理大臣が天皇に奏請し任命する、4) その議事及び会務整理に関する規則は内閣総理大臣が定め、5) 総裁は議事を整理し決議された内容を内閣総理大臣に具申する⁴³、というものである。

法律第8号と勅令第11号の文体は異なっていた。「調査審議」する対象範囲が文体から見て明らかに整合していなかった。第1回主査委員会(明治26年5月12日)において法例でなす法令の効力規程をめぐる乙第1号議案(富井提案)について、伊東主査委員より天皇の独立命令は法律で拘束されないにもかかわらず、当該命令を法律たる法例の規定で「検束」

⁴² 法務大臣官房司法法制調査部監修「法典調査規程」『日本近代立法資料叢書 28』社団法人商事法務研究会、昭和61年、10頁。

⁴³ 官報2918号(明治26年3月25日)、293頁。

する、よって天皇の権力を法律で「検束」することになるのではないかという疑義が呈せられ、かかるものを議することは調査会の越権であるとの発言に端を発し調査会の権限範囲に関し論議が紛糾することになる。法例を議す権限は明文として勅令にはないが「其ノ精神ニ立入ツテ是ガ解釈ヲセネバナラヌ・・・解釈ヲシテ我々ハ権限内ニアルト云フ議決」(穂積)をしておけば安心であるし、「勅令ノ内ニアルト信ジテヤッタ・・・サウ云フヤウニ信ジテヤッタト云フコトヲ此ノ議決トシテ置」(梅) けばいいと処理される⁴⁴。後の昭和時代に幕僚専制が致命的な問題として登場するが、これは彼等の規範意識の一端を示すものとして、記憶しておいてよいエピソードである。

多元的な論議が保障される委員会構成をとりつつも、総理伊藤の信任厚い起草委員の決定的関与、指導が保障される調査会であることが容易に見て取れる。何よりも委員は、総理大臣が「天皇に奏請」し任命され、当該人事は総理の職権に属するものであった。総理伊藤が抱懐する思想が何であれ、帝国憲法にそれが表出している限度で、万世一神たる天皇が統治する国体観念の推進者であったことは否定されうべくもなく、三博士ともどもその点で人後に落ちない。

調査会総裁伊藤宛に通知された「法典調査規程」は総理大臣である伊藤本人から発せられたものであるが、伊藤本人にとっては既知のものであった。なぜならば、4月28日に開催された第一回法典調査委員総会(以下「総会」)議事録によれば、当人が「此案ハ元ト主査委員中ニ於テ特ニ三名ニ命シテ起草セシメタルモノニシテ是レニハ方針ト規程」とが合わせて起草されていたが、「法典調査規程」は勅令に基づいて総理伊藤が職権で抜き出したものであると述べているからである。よってこの「規程」は議事に付されることがない。

「法典調査規程」は「調査規程」、「委員」、「議事規則」の3章33条からなり、調査会の構成及び審議手続を定めたものである。その主たる内容は、① 法典調査委員会は主査委員会と総会から構成され(第6条)、② 主査委員中の三名を起草委員とし(第2条)、③ 法典の修正は「単独起草合議定案」の形式により(第1条)、④ 修正草案の議決は主査委員会の議決を予決とし、総会の議決を確定議決にし(第12条)、⑤ 修正動議は「賛成者アルニ非レハ議題ト為スコトヲ得ス」(第27条)、かつ、⑥ 同「委員会ノ議事及配布ノ議案ハ総テ秘密トス」(第18条)というものである⁴⁵。

これを草案の作成プロセスという面から整理すると次のようになる。① 起草委員に任じられた者つまり梅、富井、穂積のうちのある者があるタイトルの付せられた諸条項の起案を行なう(例。「整理案」の第1章 人: 担当、梅、第2章 法人: 担当、穂積、第3章 物: 担当、富井)、② 当該案を起案者を含め三者で納得が得られるまで合議して定案を作成し、③ その定案を主査委員会に提案する、④ 席上、修正動議が提案されても提案者以外にその動議を支持する者がおらず、又は動議が提出されない場合は直ちに提案を予決とし、動

⁴⁴ 法務大臣官房司法法制調査部監修「民法主査会議事録」『日本近代立法資料叢書 13』社団法人商事法務研究会、昭和61年、8-13頁。

⁴⁵ 法務大臣官房司法法制調査部監修「民法調査委員総会議事録」『日本近代立法資料叢書 12』社団法人商事法務研究会、昭和61年、1-2頁。

議が成立し表決の結果多数となればそれが予決とされ、⑤ 予決された草案が総会で確定議決に付される、というものである。

この流れからすれば、法人制度を担当した穂積における規範形成プロセスと上記のプロセスを重ね合わせることの重要性は明白である。また、上記の「規程」第 27 条は、主査委員会及び総会における迅速な草案作成を保障するだけでなく、場合によって三者協議案たる「定案」を即上程草案としうる特異な立法過程を示すものなので、この意義からもプロセスの重ね合わせは決定的重みをもつ。

ところで第 18 条に掲げられた議事の秘匿具合はどうであったか。第 9 回帝国議会衆議院民法中修正案委員会第一回委員会 (明治 29 年 2 月 28 日) の冒頭で「修正」案の理由書の提出をめぐり議事が紛糾したことから、「委員会ノ議事及配布ノ議案ハ総テ秘密」が保たれていたかの如き印象を受ける。旧民法典が「広論ニ決ス」(「五箇条の誓文」、慶応 4 年/1868) のものであったればこそその「民法論争」であり、延期の決定であったことをこの度の委員会は重々自覚していたということになる。

穂積文庫資料に「法典調査の基本に関する資料」があり、その甲類^{こんにやく}蒔蕪^{まきわら}版本に以下の建策書が収められている。発信日は明治 26 年 3 月 31 日とある。

「
其等^{それがしら}
曩^{なま}ニ閣下ヨリ取調ヲ命セラレタル法典調査規程協議ノ上別紙ノ通立案^{りつあんつかまつりそうろうあいだ} 仕候間 其理由ノ概略ヲ附記シテ上進仕候^{もつとも} 尤^{もつとも} 其中一二ノ條項ニ関シテハ其等ノ間ニ於テ意見ヲ同フセサルモノ^{これありそうらえども} 有^あ之候得共其ノ点ニ関シテハ尚ホ他日ヲ俟テ具申^{まつ} 可^{つかまつるべくそうろう}仕候
梅 謙次郎
富井政章
穂積陳重

内閣総理大臣伯爵伊藤博文殿」

以下、34 箇条の「法典調査規程」が掲げられる。主たるものを取り出してみる。

「法典調査規程

法典調査ノ方針

第 1 条 法典ノ調査ハ既成法典ヲ其ノ基礎トス但^レ其編成並ニ順序ハ第 2 条及第 3 条⁴⁶ノ定^ルムル所ニ據リ法規ノ分属並ニ排置ハ特ニ委員会ノ議定スル所ニ據ル

第 2 条 民法全典ヲ五編ニ分チ其順序ハ左ノ如ク定ム

- 第 1 編 総則
- 第 2 編 物権
- 第 3 編 人権
- 第 4 編 親族
- 第 5 編 相続

⁴⁶ 「第 3 条ハ」中の「ハ」は、鉛筆で丸と訂正書きされている。しかし「ハ」を訂正する理由はないし、「3」は「8」の誤記と思われるので、「8」を「9」と訂正する趣旨の加筆であったろう。

第3条⁴⁷ 民法総則ニ於テハ私権ノ主格目的得喪及行使等ニ関スル通則ヲ設ク

第6条 民法親族編ニ於テハ家族及親族ノ私法的権利関係ニ関スル規程ヲ掲ク

第9条 商法ノ順序及排列ハ概ネ既成法典ニ據ル

第11条 法典修正案着手ノ順序ハ左ノ如ク定ム

1.民法総則 2.民法物権編 3.民法人権編 4.民法親族法 5.民法相続編 6.商法

第14条 法典ノ条文ニ原則変則及ヒ疑義ヲ生ス可キ事項ニ関スル規則ヲ掲クルニ止メ細密ノ規定ニ渉ル可ラス

第15条 法典ノ文章ハ簡易ヲ主トシ用語ハ成ル可ク従来普通ニ行ハルルモノヲ採ル可シ

第16条 法典中ノ定義解説其他教科書ニ類スル規定ハ総テ之を^{はず}刪リ立法的解釈ヲ要スル文章用語ノミニ定解ヲ下ス可シ

法典調査ノ方法⁴⁸

第17条 法典ノ修正ハ単独起草合議定案ノ方法ニ依ル

第18条 主査委員中ニ起草委員 (⁴⁹) 名ヲ置キ専ラ修正案ノ起草ニ任セシム

第19条⁵⁰ [主査委員中ノ二名ヲ以テ協議委員トシ起草委員ヲシテ常ニ之ト協議シテ立案セシム

但必要アルトキハ臨時協議委員ヲ置クコトヲ得ルモノトス

第25条 法典調査委員会 主査委員会と委員調査委員総会を設けるとある。

第34条⁵¹ 確定議決ヲ経タル修正案⁵²「⁵³ 欠陥アリ」又ハ他ノ法律⁵⁴ト抵触スル(アリト認ムル⁵⁵)時ニ限り総裁ハ之ヲ委員調査委員総会ノ再議ニ付スルヲ得ルモノトス」

上記の内容中「調査規程」に抜き出されたものの他が「法典調査ノ方針」と題して第一回総会に提出された。伊藤は総会の冒頭で「主査委員諸君ハ拜命⁵⁶以降既ニ二回ノ会合ヲ為シタルモ査定委員諸君ハ今日始メテノ会合」である旨を述べている。ところが第1回総会以前に民法主査委員会の常会は開かれていない。彼は、主査委員を拜命した者等が「調査規程」、「方針」の最終的練り上げのために会同したかのような口吻で開会挨拶を切り出したわけである。

伊藤の挨拶を解析的に提示すれば、こうなる。1) 梅、富井、穂積三者の間で「法典調査規程」案の基本妥協線を確定し、2) それを伊藤総理に建言するとともに、伊藤をして、梅、富井、穂積を含め他の主査委員(総計17名。総裁は伊藤、副総裁・筆頭主査委員は西園寺

⁴⁷ 条文の上にイを○で囲んで、その後、法規、人、法人、権利、[二字判読不能](能力、意思……不法行為、代理、条件、期限)、懈怠、錯誤、時効、判決、証拠、担保と書き込みが朱筆されている。

⁴⁸ 「方法」を鉛筆で塗りつぶし、規定と書き込んである。

⁴⁹ 鉛筆で、三、と書き加えられている。

⁵⁰ 第19条に削除線が入れている。

⁵¹ 「調査委員総会ノ」、という文言が「確定議決」に前置されている。

⁵² 「修正案」のあとに「ニシテ」と朱がはいっている。

⁵³ この箇所、2字分空白

⁵⁴ 「他ノ法律」の「律」に一部かぶさって「令」とも読める朱筆あり。

⁵⁵ この部分朱筆

⁵⁶ 前掲書、福島正夫編「解説」によれば主査委員、査定委員は4月12日に任命されている(9頁)。

公望) らを二度召集せしめ当該の「調査規程」を成案とし、3) それが「今日始メテノ会合」となった「査定委員諸君」(査定委員という委員カテゴリーの権限規定は「規程」には無い)に提示したということになる。

しかし、「二回ノ会合ヲ為シタル」「主査委員」は、主に(というのは、つまり専らと言えないのは、延期派に属した法制局長官末松謙澄が「規程」第20条の起案者は私、と第二回総会で発言をしていることから)梅、富井、穂積を指していることは、「方針」中の「排列」について伊藤がなした背景説明中に「起草委員ハ諸君ニハ御吹聴申サルモ」との件があることから明白である。つまり三者は伊藤の命を受けて密かに「方針」を準備し、その「方針」といえばそれは「調査規程」と一体を為し3月31日に伊藤に上申されていることは上に見たとおりである。

この三者の人選が施行断行派・梅、日和見延期派・富井、延期派・穂積の代表それぞれを網羅する超党派的編成の結果であるかどうかはともかくとして、重要なことは、「法典編纂ノ方針」の肝要な点について彼らの間で思想的に何の不一致も見られなかったということである⁵⁷。この意味では彼らがかつて何派に所属したかは実質的な意義を持たない。各派の筆頭格の者を起草委員に迎えるというのであれば断行派からは法制官僚熊野敏三において適格者はいなかったはずである。しかし、熊野は整理委員として「修正案各部ノ関係及法典修正案ト他ノ法律命令トノ関係ヲ審査」する、つまり修正草案の規範整合性を審査する副次的な役割を伊藤から与えられたにすぎない。しかも彼はやがて官を辞し、主査委員の地位も失う。

施行延期後一端確定していた「民法商法施行取調調査委員会」(設置命令は明治25年10月7日)に梅、木下廣次(法博・第一高等学校長)、富井、横田國臣(司法省参事官)ら主査委員ともなる者らと並び名を連ねた判事岸本辰雄(断行派)は当初主査委員にすら命じられていない。旧民法典の起草関係者は施行延期派から「倫常ヲ壊乱ス」、「国家思想ヲ欠ク」(後に主査委員となる穂積八束、土方寧が署名した「法典実施延期意見」中の理由)と論難されたが、熊野、岸本等が主導的な役割を發揮する主査委員に任命されなかったことは当然としても、同時にそれは「修正」案を起案する者等及び審議する者等の思想がどのようなものであるのかを浮き立たせる。より直截に言えば、延期派の代表的な意見書「法典編纂ニ関スル法学士会ノ意見」に示された次の件は起案者等の立法構想とも符合する。

「惟フニ我邦社会ハ、封建ノ旧制ヲ脱シ、百時改進ノ際ニシテ、変遷極リナクガ故ニ、

⁵⁷ 第一回総会で民法と商法の編纂を別の委員に付託することに格別強情に反対をしたのは梅委員である。理由は、1) 商法と民法とは一の法典ではなく別物であるが、民法の規定対象と商法の其れとは全く無関係というわけではなく、2) 商法の規定は民法に収まらない規定を「取除ケ」規定するものであるので、双方の規定間に抵触や重複があってはいけない、3) 民法中の人権物権と総則との関係は民法と商法との関係よりも薄い、4) よって単独起案合議定案という方式を採用するのであれば、民法商法は同一の委員に付託すべきである、というものである。前掲注13書、4-5頁。梅は民商法二法典統一論者であったと水林彪が紹介(『公共哲学 4 欧米における公と私』東京大学出版会、2002年、202頁)しているが、梅の上記の理由付けからは、真剣に取り上げるほどの話題であるとは思われない。

梅が民商法内在統一論者であれば、それは、この後に紹介される法人法制の設計をめぐる論議において明確にその輪郭が示されることになろう。

今例規習慣ヲ按シテ、法制ヲ大成セントセハ、封建ノ旧制ニ依ル可カラス、又専ラ欧米ノ制度ニ則ル可カラス・・・体裁美、論理精ナリト雖モ、民情風俗ニ適セサレハ、之ヲ善法ト謂フ可カラス⁵⁸。つまり、現状は封建制度から離脱する過渡期にあつて封建遺制に依拠してはならないし西欧の法制をそのまま引き写すべきではない。法典の体裁がいかに立派であっても、また、論理が精密であっても、この邦の民衆の法意識、習慣に馴染むものでなければ良い法律とは言えない、と。

ここで問題は、「民情風俗」をどのように認定、判定、評価するかであり、「百時改進」する国家のあるべき将来をどのように展望し制度設計を行なうか、ということである。「法学士会」は、しかし、「旧慣故法ヲ斟酌スルコト殆ント有名無実」であるとして「欧州ノ制度ヲ模倣トスル者ナレハ」と批判の刃を向ける。彼等には、法の実効性を担保する民衆の法意識とは「忠孝ヲ尊ヒ信義ヲ重ニスル国風」として脳裏に映じている⁵⁹。故に、将来展望

⁵⁸ 「法典編纂ニ関スル法学士会ノ意見」は多くの研究書で再録されている。ここでは、穂積陳重『法典論全』東京哲学書院、明治23年、(復刻版 540頁)に所収されているものにあつた。同書は『明治文化全書』(第9巻 法律篇、日本評論社、1992年)に復刻版が収められている。

ところで「民情風俗」なるターミノロジー、時に「民俗習致」ともいわれるが、何が念頭に置かれていたのか。明治24年2月に「民法及び商法に関する建議案」を民法主査委員となる穂積、村田保議員等を賛成者として貴族院に提出した小畑美穂は「民法もまた商法に同じく民俗習致に通せず不備缺陷のあるは一般法学者の唱道する所」であり、商法の規定の範囲では「日本古来よりの慣習を破り或は美風を損なう」例として同一区域内での暖簾分けの禁止が指弾される。それは、「大阪などへ行きますると一町内に同様の屋号を掲げておるものは軒を並べて居る」にもかかわらず「一区域内に於て同様の商号を唱へられぬと云う裏面から申しますれば其の区域外に於ては何軒でも同様の商号を用ゐて商業をしても宜しいと云ふことになる」のであり、これでは「徳義を守つて(商号の濫りの使用を 引者補記)致さざつた者も勝手にすることになつて甚だ美風を破り徳義を損ふやうである」と。

民法の範囲では、尊属の「養料の義務」というものは、「親をかつえさせねば宜しい凍えさせねば宜しい」という類のもので、「古来の習慣で仮令貧賤の者から起つても自分が富貴になれば親をも同様に富貴に扱わねばならぬと云ふことになつて居る」美風を破ることになる。また、現行刑法の施行以前には「妾となつて居りますものは其以前の法律に依つて立派に戸籍に載せられていたが今ではそうではなく、生まれてくる子を「私出子とも言われぬから庶子と云ふことを加へねばならぬ」ということで「(家系の 引者補記)連続を致し兼ねることがある」と。

いずれの例も牽強付会なもので敢えて解析し論駁するに足らない。かかる例が「民情風俗」の具体例であり、それを損なうことが「古来の美風」を損なうことであるという。

小畑の珍無類の論議に渡辺議員が反駁を試みている。精彩の乏しいものであるが要点を引いておく。法典調査委員は、1) 風土人情に適する法律にするために日本の慣習を充分役立てる、2) しかし、日本の慣習といつても「封建以来の慣習で封建時代には300諸侯が其土地区域を異にし制度法例を異にし・・・到底一致したる慣習は得られなかつた」、3) 我が国に未だかつてない規定が法典中にあるのは当然で、それは「社会の進歩に随つて又世運の変遷に促されて已むを得ず我邦の習慣になつたことも加へて入れなければならぬ時世」なのだ。また4) 法学者の気に入るように、かつ、人民がことごとく満足するようなものに改正しようとするのであれば「幾度委員が代わつて改正補修をしても之はできない」と。

次いで登壇した村田保は「学士会」の意見書に沿つて、10の理由を挙げて建議書擁護の論陣を張る。これまた見るべきものはない。僅かに「此民法商法等の編纂の体裁・・・は実に彼の注釈体と申して宜しいか又は教科書体と申して宜しいか反譯(翻訳の誤記と思われる 引者補記)体と申して宜しいか実にどうも其法律編纂の体裁を失つて居る」という点が同感できる唯一のものである(以上、『大日本帝国議会議録』1巻1号、261-265頁)。

⁵⁹ 筆者は未見であるが、星野通『民法典論争史』、昭和19年、163頁以下に所収とある(白羽祐三『穂積陳重論』、65頁)。ここまで直截かつ激烈ではなくても、穂積陳重、前掲注58書、「法典編纂委員たる者は、先ず第一に法典の主義を確定せざる可らず、例へば憲法を編纂するに当たりては、国家主義に依るべきか、君主主義に拠るべきか、將た民主主義を執るべきかを決せざるべからず、」「一個の法典を編纂するに当たり、其基礎とする主義を定むるには必ず他の諸法典の主義と調和一致せんことを勉めざるべからず、若し憲法に於ては国家主義を執りながら、民法に於ては社会主義を基礎とするが如く、数種の法典、互いに主

にたった設計という視座を最初から有するものでなかったことは歴然としている。「社会党ノ勃興」につながる「個人主義ノ法典」ではなく「旧慣故法ヲ斟酌」する天皇制国家の法典こそが志向されるべきものであった。

3-2. 「法典調査ノ方針」

方針は全 13 箇条からなる。第 1 回及び第 2 回の総会で「法典調査の方針」を確定する論議が行なわれている。以下、主要な方針を一瞥しておく。

法典の構造～「人事法」、「物件法」、「証拠法」の三部を原基とするユスチアーヌス法典形式より総則を含む五法編制のパンデクテン方式に～

上記の第 2 条に掲げたように「総則」を掲げ「物権」を首部におくザクセン民法典(1865 年)に倣うパンデクテン方式を採用する。

「建策書」で、旧民法の編成は、これ以下の評価はあるまいと思われるほど酷評される。曰く「本邦民法ノ排列ハ古今各国ノ法典編纂史上未タ其ノ類例ヲ観サル所ノモノニシテ一定ノ論理的彙類法ニ據リテ其ノ法規ヲシタルモノニ非ス只便宜上各編個々ノ標準ニ據リテ其ノ法規ヲ輯集セルモノ」と。すなわち、施行延期が決定した民法典は世界史上稀に見るもので、論理的に編纂されたものではなく、ランダムに個々のカテゴリーを選び、そこに規範を排列しただけである、と。しかし、ここで、第 1 回総会の席上、梅主査が財産 (物権、債権編) に先行させ親族編を首部に置くべきであると主張したことは記憶されてよい。

曰く、「今日日本ノ有様ヲ見ルニ身分ノ事ト財産ノ事トヲ比較スルトキハ十中八九ノ重キヲ身分ニ置ケリ故ニ此点ヨリ見ルトキハ必ズ親族ヲ先ニ置カザル可カラス」と。梅は、物

義を異にするあらば、何を以て能く一国各種の法律、互いに相依り相扶け、以て国家の安寧を保持し、社会の公益を増進することを得んや」(574-576 頁) と述べられている。民法はフランス民法典の基礎にある「社会主義」の思想を実現することではなく、宜しく国家主義を体して「社会の公益」を図るべきであると言う。

同種の発言は「民商法施行延期決議案」を擁護した谷 干城に見られる。「総て国家を組織した以上は……主権を根本にして置かなければならぬ」、「憲法を凌ぐ様な法律が出来ては甚だ相済まぬ訳である」。「憲法に悖る法律を作ることは出来ぬ」のであって、民法が施行されれば「法で国を乱す法乱国になりはせぬかと思う」からである。また、木下廣次は、女子の家督相続が認められる民法では華族令で規定された華族の存立を支える「皇室を輔翼し奉るべしと云ふ精神」を「取消して仕舞ふて居る」ので「国家主義の中に入られませうか」との批判も浴びせられる(『大日本帝国議会誌』第 1 巻 2 号、1612、1628 頁)。

富井が、同日、貴族院議員として「此民法は殆ど起草者の著書と云ふが如き体裁を以て(「持つて」の誤記と思われる 引用者注記) 居ると思ふ、臣民の権利義務を定むると云ふ法文の体裁は全く失つて……それから終始基盤となつて居る考が古い、昨日出ました自然法と云ふ考が……天賦人權と云ふ考が終始基盤となつて居る此自然法と云ふ考は今日の学問の上から見れば全く……歴史上の遺物である既に 18 世紀の夢と消えた考である」(上掲書、1621-1622) と発言している所もまた注目される。

穂積自身は、後年、ドイツが「世界戦に一敗して国威忽ち地に墜ち」(『法律進化論』第 2 巻、第 6 章第 1 節第 2 款『ドイツ』法の形態的国民化、419 頁) 後に、「社会文化の上進と共に法規と徳教との文化漸く行なわれ、徳義の実現を国家の公権力に依って強要する代わりに、教育を盛んにし、法禁を恃まずして教化に待つもの漸く多きを加ふるに至り、修身齊家の行為にして、直接に国家の治安、社会の公益に関せざるものは、之を法律によって制裁せざるに至るものである」(『法律進化論』第 3 冊、第 1 部 法源論 中巻 原質論 前編、岩波書店、昭和 2 年、22 頁) と教育・文化の向上が法規による規律対象と道德による規律対象とを分離することを述べている。

権・債権という財産権を、身分を機軸として規定する旧慣に復し、それを論理的に反映させるために編別の順序の入れ替えを主張したことになる。

編纂の思想 ～旧慣を尊重する～

第 6 条に「民法親族編ニ於テハ家族親族ノ私法的諸権利関係ニ関スル規程ヲ掲ク」とある。建策書に理由が付されている。親族編は、二つの「主義」つまり基本観念の見地から規定することが可能であるとし、その一は権利の主体に関するすべての規定を置く（形式的にはフランス民法典方式）いうもので、その二は親族間の関係する事項だけを規定するというものである。しかし、本邦では「個人主義ニ依リタルヤ（数多？）・・・ノ問題ヲ生シ為ニ世間ノ争議ヲ招キタリ故ニ修正案ニ於テハ第二ノ主義ニ依リ・・・殊ニ我邦ノ家族諸関係ハ方今變遷時代ニ在ルヲ以テ一方ニ於テハ旧慣ヲ重シ之ニ依ルノ必要アリト雖モ亦一方ニ於テハ将来ノ進歩ニ適応スルヲ得ヘキ規定ヲ為ササル可ラス是レ修正案ニ於テハ第二ノ主義ヲ採リ親族法ヲ設ケル所以ナリ」と。過渡期にあるというこの複眼的な見方は妥当である。文体から見て力点は「必要在リト雖モ」以下にあって当然であるが、後に見るように、「必要在リ」にひたすら傾斜する親族法が提案される。つまり、家長の権力即ち戸主権及びその相続に付随する「家傳ノ財産」の継承つまり身分の相続を中核とする家制度の規範体系がそれである⁶⁰。

文章用語 ～難解を避け平易を旨とする～

第 12 条に「法典ノ文章ハ簡易ヲ主トシ用語ハ成ルヘク普通慣用ノモノヲ採ル」とある。これは、穂積が『法典論』（明治 23 年 3 月）において「法典編纂の性質」と題して法典を実質及び形態の両面から述べた折に掲げた主張に一致する。すなわち「若し法律の文章用語にして其意義明瞭ならざるか、又は其真意の理解し難きものある時は、人民は之に依りて己の権利を守り、之に據りて己の義務を盡くすを得」ないので、「立法者にして殊更に難文を草し、好んで、奇語を用ゐ、常人の之を理解する能はざるを意とせざる者は」古代ギリシアのディオニシヤスにも等しく「民をして依らしむべし、知らしむ可らず」の政策を踏襲することになる。「民をして知らしむべし據らしむべし」としなければならないと⁶¹。

⁶⁰ むろん穂積らは、旧幕時代にさながらの士分階層の家長権を構想したわけでもなければ、それに止まったわけではない。後二編(親族、相続編)に関する貴族院民法中修正案外一件特別委員会の第一回会議で「家族制ト云フモノガアリマスル以上ハ公法上デハ殆ド戸主ト云フコトノ権利義務ハ誠ニ少ウナリマシタガ殆ドナイト申シテ宜シイ位デアアル勿論幾ラカアルケレドモ此民法ニ於テハ戸主ノ家族ニ対スル権利義務ヲ認メテアリマスル以上ハ戸主ト云フモノノ其権利義務ガ行ハレルダケノ資格ガ必要デアアル」(『貴族院委員会速記録』明治篇 6、第 12・13 回議会、明治 31 年、45 頁)。しかし「我邦の家族制デアリマシテモ法律上カラ見マシテモ、モウ既ニ維新以前ハ純然タル家族制デアッテ戸主ヨリ外ニ国ノ国体ハナイ、戸主ニ非サレバ公役ヲ負担セズ、公務公権ヲモタヌ、他ノ者ハ其団体ノ中ニ這入ッテ一個ノ成立ヲ持ッテイケマセヌ」(同、48 頁)という発言の件からは、かかる意義での戸主権は維新以前の「農工商」身分からはイメージできない。

⁶¹ 穂積陳重、前掲注 58 書、525-526、577 頁。後年においても、『法律進化論』第二冊(第一部 法原論、上巻 原形論後篇、第三編 法の認識 第 6 章 法の文体、300 頁)において「法文の難易は国民文化の程級を標示するものである。難解の法文は専制の表徴である。平易なる法文は民権の保障である」と、明治 25 年当時の主張はそのままに維持された。「法文の難解なる」は「低級文化の国の現象」として、そ

規定方法 ～定義等を法文から削除する～

第13条に「法典中文章用語ニ関シ立法上特ニ定解ヲ要スルモノヲ除ク他定義種別引例ニ渉ルモノハ之ヲ削除スル」とある。この条項に関し質疑はもとより審議は一切されていない。「特ニ定解ヲ要スルモノヲ除ク」とは、その術語内容が常識によって明察されうる場合、常識というほどには確定したものでも専門家には慣用語として内容が推知される場合等では、敢えて法律技術的概念つまり定義を構成する必要はない、との意味であろう。

『法典論』において穂積は、「法典の用語の意義を明らかにする方法は一にしてならず、或は仏蘭西民法の如く法典の正条中に於て、所有権、地役、契約その他重要な用語に定解を下す者あり、或は英国近世の法律の如く、法令中に解釈文なるものを挿むものあり……法典中疑義を生ずべき用語に定解を施すことあり……行政法、商法も之を民法に比すれば、其の条項が亦自から細密なるべからず、之に反して、憲法、民法、刑法等の如きは、原則、副則、変則に止まりて、成るべく細密に渉らざるを要す」と。そうすれば「星移り物換り、社会の状態一変するにあらざれば、之を改正するの必要を觀るに至ることなし」と察するからである⁶²。

これらの方針内容は、ほぼ穂積に抱懷されていた。彼は、『法典論』の緒論で「往々舊制存続の可否、新設条規の利害得失等の論議」すなわち「法律の実質論議は、寧ろ政治論に属すべき者にして、純然たる法典編纂論議に非らず」として法典編纂論は「法律の形態論に属す」と断定しつつも、法典編纂の主義として、意味が不明な言葉であるが、「国家主義」(注18を参照のこと)を採る態度を鮮明にした点で既に己らに課した制約を踏み越える。内容的には、旧慣をできるだけ存続させるということにより、一方で華・士族の「家」制度にまつわる旧慣に依拠し再編された身分階等制を固定化する道を掃き清める。他方で、自作農より——特に、明治10年代の松方インフレ政策の影響を蒙り——没落し小作人となった直接的生産者と(寄生)地主階層との間で慣行となりつつあった物権的小作権を法技術的に土地賃貸借関係に絞り込んで債権化することにより地域社会における農業的生産関係をめぐる矛盾を激化させる「政治」に足を踏み入れている。一見すると技術的に中立的であるかに思われる「方針」は、こういう意義で極めて政治的な決断を内容に蔵したものであった。因みに、自作農の没落、農業労働者の地主に対する反抗といったものが「信用組合」制度の法制化次いで産業組合の制度化を提起する機縁となってゆくという意味で、賃借権の債権化というものは独り地主—小作人関係の間での「賃借」に止目した論理的純化による権利義務関係の構成に止まらず直接に社会の構造問題に関係するものであった。

法典調査会の構成

上述したように調査会は、民法施行断行派、同延期派、中間派の三派から構成されたと

の三因を挙げている。1) 法を秘密にすること、2) 法は治民の具であったこと、3) 難文は法規に威厳を保つものとしたこと(300-303頁)と。現代においても留意されるべき戒めである。

⁶² 穂積陳重、前掲注58書、578頁。前掲注37中7)をも参照のこと。

の回顧談がある。穂積は法制が半開程度の国では実定法が固有法、継受法より構成され複数の系統の法律としてたち現れる、したがって学者も数系統に分かれるので「各学派」から法典起案者を選任すべとしたが(『法典論』、566頁)、しかし、それぞれの派の代表格と目される梅、穂積、富井三博士の政治的立場、「形態論」上でのスタンスは同質であり、主査会において傑出した勢力は貴族院議員であり、3分の1に及ぶ。貴族院議員の総てが延期派に属したわけではないが、構成に関し語るほど多くの内容はない。

第三節 公益法人制度構想の成熟と審決

「此 37 條(公益法人制度)ト云フモノハ随分危険ノ箇條」(岸本)、「若シ本條ヲ削ラレバ此第二章(法人)ト云フモノハ結果トシテ廃案ニナルト同ジ」(穂積陳重)、「之ハ少シ脅迫的ナ御論ト云フヨリ外ハアリマセヌ」(磯辺四郎) [明治 27 年 1 月 26 日、第 8 回法典調査委員総会議事速記録より]

1. 公益法人制度構想の成熟過程

1-1. 法典調査委員総会議事：甲第 1 号議案

起草委員は第 3 回法典調査委員総会（以下総会）に総則の編制に関する甲第 1 号議案を提出したが、穂積委員は法人の章の編制内容について「予言スル事ハ少シク尚憚カル所」があるとして明らかにしなかった。しかし、以下に検討するように（文書 6-2 参照）穂積は当該総会で「公益ニ関スル団体」と述べており、それはある段階までは使われていない措辞である。これに照らすと制度設計の基本構想を固めていたと判断できる。その時点では編制が未だ具体性に欠けると考えていたのであろうか。

「法典調査会 穂積陳重博士関係文書」第四部に「甲号議案草稿 甲類 穂積陳重博士担当部分 一法人(上)1~11」、同(中)「明治 26 年夏於小田原滄浪閣起案 民法第一編第二章」、および、(主)甲第 4 号議案確定草案と見て間違いのない同(下)に分類された綴りが空襲による罹災をからくも免れ今では東京大学法学部法制史資料室に保管されている。「滄浪閣案」に収められた第二章各条案及び理由書草案は現行民法典を標高にとれば、その到達度は高い。「草稿(上)」すなわち「民法総則第二章 第一回 原案 反古」との表題を有する 5 つの束からなる各綴りは「滄浪閣」案に結晶する構想過程を示す記録と意義づけ得る。よって当該総会の顛末の次に「反古」綴りを手掛かりとして該委員が構想していた法人制度の諸問題を検討することにする。

① 第 5 回民法主査会⁶³：法人章の独立編成化をめぐって

⁶³ ①の項に関する引用は、法務大臣官房司法法制調査部監修「民法主査会会議事録」第五回『日本近代立法資料叢書』第 13 巻、昭和 61 年、107-108 頁。

第3回法典調査委員総会に提示される議案は第5回民法主査会(明治26年6月9日、以下主査会)で予決されたものである。総会の議題は総則編4章(人、法人、物、法律上の行為)及び物権編2章(総則、占有権)の編制そのものであり、第二章に法人を置くとしてどのように構成するかを主題とした。末松、富井の双方から重要な論点が提出される。

末松謙澄は、まず、1)「法人ノ揃ヘ方ノ事迄民法中ニ規定スルノカ」、それとも2)「法人ト云フモノハ他ノ法律デ出来ルモノト見テ其出来ヌ法人ニ就テノ権利義務ヲ定メル御積リデアリマスカ」と的確な質問を發し、穂積は以下の返答をした。

「民法デ以テ総テノ法人ノ發生原因ヲ極メテ仕舞フト云フコトハ何処ノ国デモ出来ナイ」ので、「独逸ノ如ク或ル行政官庁ノ許可ヲ受ケタルモノハ云々ト云フ様ニ矢張り行政上ノ關係、立法上ノ關係等ヲ見テ民法ニ必要ナモノ丈ケヲ入レルト云フコトハ必ず有ル」⁶⁴と考えると。解析すれば、1) 総ての法人を民法で取り扱うことはできない、2) 民法上の法人については行政官庁の許可を得てとの規定を置き 3) 「立法上ノ關係ヲ見テ」他の法律に譲れるものは譲り、4) 民法で規定する必要のある法人だけを対象とする、ということになる。末松による質問の第二点におおむね照応する回答と言えよう。

この回答を受け末松は秋田県の感恩講に触れ、当該団体は「全ク慈善ノ目的ニ出タ組合ノ様ナモノ」であるが法人格性をめぐり大審院に訴えが提起された。「裁判所デハ認メルト云フ……一番困難ナノハ其ノ社ノ財産ハ社員ノ共有物カ何ウカト云フコトガ分ラナイ……純粹ノ法人トハ違フ様デアリ……日本ノ法典ガ不完全デアッテ何カ仏蘭西ノ法律ノ翻訳ノ様ナモノヲ持テ来テ……行政官庁ガ認メタモノハ法律ノ取扱ニナル……トカ言ツテ喜ンデ居リマシタガ其中ニ解散シタ時ハ其財産ハ政府ノ物ニナルト云フ様ナ事ガ書イテアル」ので、この方面に就いても講究されたいと⁶⁵。

富井は「何ウ云フモノヲ法人ニスル」かについて種々論議はある。しかし、富井としては、1)「元来日本ニハ種々ナル学会ノ様ナモノガアル又神社仏閣ガアル是等ハ……法人ト認メルト云フ方ニ傾イテ居リマス」。この場合には「精神デ案ヲ立テル事ニナル……其原則ノ立テ方ニ於テ今ノ感恩講モ或ハ這入ル」し、2)法人の設立、管理、解散については「此法人ノ所ニ詳細ナ規程ヲ置クカ或ハ会社ノ規程ニ譲ルカ」未定である。ところが3)「独逸民法草案ニハ会社ト云フモノハ仏蘭西民法杯トハ違ツテ營利ノ目的ト云フコトヲ主トセ

⁶⁴ 第三草案を経て採択された民法第21条の規定では「經濟上の業務を目的としない社団は管轄区裁判所の社団登記簿への登録により権利能力を取得する」とあり、第22条では「經濟上の業務を目的とする社団はライヒ法律において格別の規定を欠くときは権利能力を国の付与により取得する。当該の付与は、社団が所在するラントに帰属する」とある。付与 *Verleihung* とは、例えばドイツ協同組合法第63条、同63a条にもあるように、許可を意味しない。ドイツにおける団体政策は、設立準拠要件が充たされているか否かという形式的判断に立つ法人格の付与つまり認証の段階にすでに移っていたからである。

ブルンデルヒ『独逸新民法論』(注7参照)の翻訳では「付与」に「特別の認可」という訳語を充てるが、誤解を招く。行政が申請事項に関し形式的要件の存否により権限等の授与の判断をなすという意義で「認可」の訳語は誤りではない。

⁶⁵ 感恩講に就いては極めて優れた分析が田中 實により『公益法人と公益信託』勁草書房、1980年、27-57頁でなされている。

穂積博士使用本とある甲第一号議案(菟菟版、全9頁)中の第二章法人の下段には朱筆で「秋田感恩講、静岡県報徳講、解散処分ニ際シ財産ハ国ニ帰属スルト云フテ悦ブト云フ末松ノ説アリ参考スベシ」とある。

ズシテ學術研究トカ或ハ慈善トカ云フ様ナ目的ヲ持テ居ルモノヲモ会社ト見テ居」る。これらを「会社ト云フカ言ハナイカハ別ノ話」だが「法人ノ中ニ這入ルモノデアラウト思」うし、「寄付財団ト云フ様ナモノハ日本ニハ認メルニハ及バナイト云フ議論ガ起コル」にしてもこれ等のことは未だ確定していないと⁶⁶。

第一の論点で「精神ヲ案ヲ立テル事ニナル」という意味は確定できない。しかし、「其原則ノ立テ方ニ於テ今ノ感恩講モ或ハ(法人に 引用者補記) 這入ル」という観測との脈絡では、感恩講を包括する「精神」とは、当該の講が備荒を目的とする多数の同志の出資によるチャリティ組織であることに鑑み、かつ、富井が理解した限りでの「経済上ノ事業ニ非ザル目的」(独草 23) をドイツの学説が「精神的」、「理念的」事業と積了する意義での「精神」を指していると考えられる。その効果は、営利団体のみならず非営利団体を法人化できることにある。

第二の論点でいう「会社」は既成民法財産取得編第六章の会社(民事会社)である。

第三の論点は「会社」の性格了解に關説しつつも力点は第一の論点に同じく「精神ヲ案ヲ立テ」財団を含め「営利ノ目的ト云フコトヲ主トセズ」「學術研究トカ或ハ慈善トカ云フ様ナ目的ヲ持テ居ルモノヲモ」法人化する意図を披露したものである⁶⁷。これは重大な指摘である。すなわち、営利法人のほか、現代の文脈で言う非営利目的の法人を予定し、かつ、後者をその後の了解とは異なり公益法人として範疇化したわけではないからだ。

⁶⁶ 富井が言う「会社」についての論議は二重に混乱している。前号で關説したフランスの *société* にドイツの社団を対応させ、かつ、後者に冠せられる *wirtschaftlich* を「営利的」と狭義に了解しているからである。「会社」に關する当時の語法を前提とすれば社団に「会社」の訳語を充てても筆者は誤訳とみなさない。

しかし、問題は、フランス法とドイツ法との間に横たわる団体の法的設計に關する基本思想の違い、構造的差異に富井が注意を払わなかったことである。当時において、前者は営利性・団体財産の独立性を法人格の構成原理とし、後者は *Körperschaft* (社団)・団体目的(精神的社団・独民法第 21 条又は経済的社団・独民法第 22 条)を法人格の規定的範疇とする。前者において組合が法主体となり得、後者において組合、人的会社は法人たりえない。

同じドイツ語圏に属するドイツ民法とオーストリア民法での団体制観も一様ではない。類概念としての *Gesellschaft* (会社) は前者では *Körperschaft* (社団たる株式会社、その亜種としての協同組合) と *Personengesellschaft* (人的会社・組合)、後者では商事会社 (*Handelsgesellschaft*)、民法上の社団 *Verein*、民事会社という種概念に分かたれる。

富井のユニークな把握は、やがて民法第三編人権(債権)第二章第十二節会社(議案では 674 条)を組合とする設計変更に繋がってゆく。同時にまた、この国における「中間団体」に、その後の長い冬の時代をもたらす機縁ともなったという意味で、極めて重大である。

⁶⁷ 当時既に、非公益かつ非営利の団体、「中間」団体の法人化は石井菊次郎(「倶楽部法」『法協』第 9 巻第 5 号/明治 24 年、18-32 頁)により提起されていた。これは、廃止が予定されているが現行の中間法人として成立を見た。

曰く、「例へば法学ノ發達ヲ謀ルニ法学協會アリ経済学ノ進歩ヲ謀ルニハ經濟協會アリ陸軍ニ皆行社アリ海軍ニ水交社アリ政治ヲ談スルニ自由党アリ改進黨アリ保守党アリ……漢学ヲ興スニ斯文学會アリ仮名ヲ興スニ仮名ノ會アリ」(18 頁)。倶楽部は有志の結合である点で会社と、有志の者深く相結託し同一の希望を抱いて同一の方向に進む団体である点で任意加入自由脱退の公会(21 頁)と、金銭の利益を配分することを目的とせず「社交生活ノ便益ヨリ社交風俗ノ改良ヲ目的」とする点で組合(22 頁)と区別されるので、会社、公会、組合の「中間ニ位スル一種特異ナル例外的現象」(32 頁)であるが、「今日既ニ我国ニ於テ顯著ナル現象ノ一」(19 頁)つととなっている。しかし、今日ふさわしい法律がないばかりか「此点ニ論及シテ以テ立法者ノ注意ヲ促セルモノアルヲ聞」かざるが故に一種独特な「代理法」なるものを提起している。民法調査会はこのような中間団体の法的処遇にまったく関心を持つことがなかった。

② 第3回法典調査委員総会⁶⁸ (明治26年7月4日)、甲第1号議案:法人の規定個所と編制
甲第1号議案は、総則の編制を示すものである。提案された編制は以下である。

「第1編 総則

第1章 人

権利ノ享有

能力

住所

失踪」

この編制に関する疑義は磯辺四郎より出され、それは「住所」、「失踪」を総則に入れることの不具合にかかわるものである。異議に賛成する委員はおらず、それ故に直ちに確定案とすることは手続にかなうが、富井委員が疑義に応答した。これらは「民法全体ニ関係ヲ持ツモノト信ズル」し民法外で規定するというのであればまだしも「民法ノ内デ何処ニ入レヤウカト云フ事ナラバ総則ノ外ニ仕方ハナイ」と。総則の主題を親族編の編制の主義(全体の身分関係を規定する既存民法のような「人事」編か親族関係のみを規定する「親族」編か)と関連づける性格の論議に及ぶが、これは既に前稿で示したように決着済みで、編制議案が採択される。次の議題は第2章「法人」、第3章「物」を其々独立の章とすることの適否をめぐるものである。

冒頭で穂積八束が「第1章第4節ノ次ニ第5節」を起し、1)法人をそこで規定したところで「書き加ヘルトカ省クトカ云フヤウニ實際ニハ関係ハナイ」、2)「総則ハ自カラ学問上ノ区別ヲモ御参考ニナル」のであれば、第1章は「人」、第2章は「権利ノ目的タルモノヲ以テ物」、第3章は「権利ノ関係ヲ規定スル」と「厳格」にすべきで、3)「人ト云フモノヲ権利ノ主体デアルト看タナラバ人ノ資格ヲ有スルモノニ変体ガアルト言フコトデ第5節ニ法人ト云フモノヲ加ヘテ第3章ヲ第2章ニ改メル」としたほうが理屈に合うと。

八束の説には箕作麟祥、奥田義人、小笠原貞信が賛成の意を表した。対して富井は「理論上カラ言ヘバ正シイ御説」であるが、1)法人は「人ノ一種ニ相違ナイ」にしても「通常ノ人ト法律ノ規定ヲ異ニセネバナラヌ事」があるので、2)「便宜ト云フ事モ余程考ヘナケレバナリマセヌ」とし第1章には収められないと釈明した。第1の理由に挙げられた「異ニセネバナラヌ事」とは、擬制説の文脈において法人には権利能力があっても行為能力がない、ということ想定したものである。故に、ここでは、法人には「(行為)能力ト云フモノハ無イ、之ハ代理ノ問題デアル、代表スル者ガ法人ニ代ッテ其ノ権利ヲ代理スル」⁶⁹のであり

⁶⁸ ②の項に関する引用は、法務大臣官房司法法制調査部監修「民法調査委員総会議事録」第三回『日本近代立法資料叢書』第12巻、33-39頁。富井は外国事例について「外国ノ例ハ起草委員会ニ於テハ重ナル理由トハシテイナイノデアリマシタ、併シ近イ例ハ充分ニアルト思ヒマス第一ニ独逸民法草案其他独逸法根拠ノ法律ハ大抵皆ナスウヲツテ居ル」と、ドイツ型の編制に同じであることを確認している(34-35頁)。

⁶⁹ 法人には権利能力は認めても行為能力を認めないという筋で法人の行為は法人の「理事其他ノ代理人」(民法第44条)に担われることになる。当時既に、ドイツ民法第二草案の審議が終了しており、それは仁保亀松訳により「独逸民法草案」(法人制度に関しては、『法協』第11巻第12号/明治26年、17-38頁)として発表されていた。そこには「社団ニハ頭取ヲ置クコトヲ要ス頭取ハ数人ヨリ成立スルコトヲ得裁判上ニモ亦裁判外ニモ社団ヲ代理ス」(第25条第1項)、「頭取ノ代理権ハ定款ニ依リテ第三者ニ対シ有効ニ之ヲ

「法人自カラ其権利ヲ行使スル事ハ無イ」し、「財産ノ管理方、精算方、人格ノ消滅」等を定めるには章を異にするほうが「便宜上」宜しいのだと。

奥田義人は第 2 章で扱われる規定の範囲が判然としない以上、法人の章を独立させることの意義を判定できないとし、これには穂積委員が下記の答弁をした。

「規程ニ関シテハ只今起案中」であるが、「未定ト申スヨリ外ナイ」と。それは、「此法人ト云フモノハ如何ナル団体デモ政治上ノ団体デアラウトモ宗教、慈善、教育、其他公益ニ関スル団体ハ悉ク人ノ資格ヲ得ルヤウニスルカ又ハ其範圍ヲ余程狭クスルガ宜シイカ、其設立ニ関シテモ自由設立主義ヲ取ルカ、又ハ国家主義ヲ取ルモノカ其他大イナル關係ガアリマスカラ、只今此法人ノ置キ所ヲ極メルニ就テ大凡此中ニ入レルモノハ斯ウ云フ形チノモノデアルト云フ事ヲ予言スル事ハ少シク尚憚カル所」があるからだと言う。ここで言う「国家主義」とは、法人設立の主義の次元の謂いであり、形式的には特許主義を指す⁷⁰。

穂積は、富井が法人を「人ノ一種ニ相違ナイ」と位置づけたことに対し、そういう理解であると、1)「人」と書くと、法人を除いてという規定をおこななければ、いつでも法人を含めて理解される、2) 自然人について規定する場合に、法人を除いてという意味を込めるには自然人は云々と書かなければならない、3) 故に、民法の慣例として人というときは「並ノ人間」⁷¹としておこななければ「余程實際上ニ差シ支ヘヲ生ジ」るので、民法で「人」というときは「人格(人) Personen」ではなく、「人間(ヒト) Menschen」を意味するものでなければならぬ。その根拠は「併シ元ト法人ト云フモノハ法律ノ擬制ヨリ出来タモノデアツテ人デ無イト云フ議論サヘ学者間ニ余程聞ヘル位デアリマス」ので、擬制説を「一定動カスベ

制限スルコトヲ得」(同第 2 項)との規定があった。

仁保訳には訳し漏れがある。第二草案の「理事は法定代理人の地位を有する」(第 2 項第 2 文)、との箇所が脱落している。Vgl. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Leipzig 1895, S.13.

成立したドイツ民法は、その訳に梅、富井、穂積が献辞を寄せたブルンデルヒ『独逸新民法論』(坂本三郎、池田龍一、津軽英磨共訳、早稲田大学出版部、明治 44 年 3 月)において「法人は単に権利能力を有するのみならず意思能力殊に行為能力をも有する……法人の意思は……法人内部の統一的精神に由て創造せられ……蓋し法人の意思は統一的精神と意思活動とを法人の為に実現せしむる機関が其の法人の組織に適合して存在することに因りて成立するものとす故に此等の機関が法人の組織に従ひ法人の意思として発表したるものは即ち法人の意思に外ならず又……法人の為に斯る機関に対し為したる意思表示は即ち法人に対して為したる意思表示」(422 頁)と説明されたように、機関の行為を代理ではなく代表と見るものであった。ブルンデルヒは、故に、「彼の法人を擬制説に依て説明せんとするが如きは実に無用にして有害なり」(423 頁)と断定して憚らない。

法人の代理、代表問題と擬制説、有機体説との関連については川島武宜「法人の代理と代表」『川島武宜著作集』第 6 卷、岩波書店、1982 年、56-69 頁を参照のこと。

⁷⁰ 岡松参太郎著述、富井政章校閲『注釈民法理由』有斐閣、明治 29 年 5 月。法人設立に 4 種ありとし自由設立主義、準則主義、法律特許主義、政府特許主義を挙げ、公益法人の要は政府特許主義であるとし「政府(或は国長)ノ特許ニヨル……(政府特許主義——普、蘭、独 1 章 23 ハ自由設立主義と此主義とを併行ス)。此主義ノ方法ハ多少煩雜ヲ来シ又干渉ニ涉ルルコトヲ免レトモ公益的ノ法人ニ関シテハ公益ヲ保護スルコト必要ナルヲ以テ本法ハ採用ス我現行民法モ社寺学校等ニ関シテハ此主義ヲ採ル」(77-78 頁)。

⁷¹ ドイツ民法第 1 章は自然人: *Natürliche Personen*、第 2 章は法人: *Juristische Personen* とし、ともに、自然の人格、法律上の人格とある。穂積は、近代市民社会における理念型としての人格を個人主義において認める一方で、それと区別される「族制時代」における特殊具体的な身分を具有する「人間」の現存の合理性を承認する。その態度が「並ノ人間」なる措辞に現れている。それとも華士族を意識した「平民」の意か。

カラザル議論トマデニハ往カヌカモ知レマセヌ」が法人を人の一種としたのでは「条項ヲ起草スルニ就テ非常ナ混雜ヲ生ジ難儀ヲ生」じるからである。この旨をご承知ありたいと結んでいる。

穂積八束案の賛成は少数で、第 3 章「物」については論議もなく原案が承認され、次いで第 4 章「法律上ノ行為」に関する審議に進むが、これは本稿の論及の対象外である。

1-2. 穂積における構想の成熟過程: (主) 甲第 4 号議案草稿、「法人」資料

「民法総則第二章 第一回 原案 反古」との表題を有する綴りは 5 種から成る。第 1 は B5 版より大き目で群青の升目入り 10 行 25 字詰め原稿用紙の束、第 2 は茶褐色罫線入りの法典調査会用箋の束で「法人通則 設立 検査」、「寄付財団 罰則」、「法人登記 罰則定款」、「法人管理者 監査役 社員」、「社員及社員会議」、無題であるが破産の箇条に関するもの、及び「(案) 條」という節のタイトル入りの束、第 3 は市販の原稿用紙で赤い罫線入りの 12 行 20 字詰めの束で理由づけが試みられており、第 4 は青い罫線が 10 行分ある用箋のもの、第 5 は法典調査会用箋の束である。

第 1 の束は全体で 21 頁分使用され、「写條」次いで起案に当てられている。写條 (と読める、草書体崩しの書き込み) とは不思議な言葉である。ドイツ民法草案の関係条文を写した、という意味であろうか。全くの翻訳でもないが、本人の扱いは写條である。

「反古」綴りは全体として写條関連部分と起案の構想部分に区分することができる。かつ、後者は写條を基礎とする基本構想段階と、理由案が添付された基本設計案とに区別することが可能である、また、基本設計は二度試みられ、二度目にして滄浪閣案 (法典調査会用箋及び市販の 12 行 20 字詰原稿用紙からなり全体で 122 頁) の原案が成立する。

穂積の設計構想はドイツ民法草案を改案することから出発する極めて実践的なもので、作条理由は後に求められる。よって、理由案の成熟度に照らし成立段階区分する必要がある。特に、標記の主題と関連する箇条づけの理由は解釈の内容を確定し、その後の制度発展の方向を規定する誘導灯的な意義を有するので、かかる処理は避けて徹れない。

第 1～第 3 の束、第 4 の束、第 5 の束、滄浪閣案を、写條案、第一草案、第二草案、滄浪閣案と区分すべきであるが、主題との関連では滄浪閣案中の理由草案は第二草案の部分的拡充に止まるので独立させず、以下、所定の目的に照らし必要な個所に限ってノートの復元を試み、一定の確認をしつつ過程を追うこととする。しかし、実は、「非営利法人」制度の設計理由についてのみ従来構想の軌道から離脱し突然変異とも言うべき様相を呈する。よって、滄浪閣案を格別に扱う理由がある。とはいえ、その変異の根拠を突き止めることができず、該当する理由を掲げるに止める。論理もコペルニクスの転回を遂げる。

軌道離脱とは、現行民法第 34 条が「営利ヲ目的トセサル」法人つまり非営利法人設計で追及され続けたにもかかわらず、(主) 甲第 4 号議案のための確定草稿案を最終的に起案する過程で「公益ヲ目的トスル」法人制度であるとの理由を与えられた、ということを目指す。

当該の案を含め抹消、加筆、修正、浄書は穂積自身又は彼の指示を受けた助手がしたも

の(福島、前掲書、29頁)であるが、第3の束以降の起案ノートは彼を含めて明らかに何人かの手になるものであることが書体から窺える。各人の崩し書きの癖、そして記述の緊張度は色々で、読み下すことが困難な個所がある。赤のバツ点を加えられ全面削除された個所を含め、行論の展開に必要な限り、余程困難な場合を除いて努めて忠実に再現し、思考過程の全容をここに紹介する。ありうべき誤読は筆者の責に帰すことは言うまでもない。

① 写條案:「反古」綴り中、第1の束

第1の束は21枚42頁、第2の束は首節「法人通則」だけで13枚26頁、第3の束は26頁あり、この束のうちで理由が多少なりとも書き出されているのは、法人の代理人が負うべき損害賠償責任及び法人法定主義だけである。厳密には第2、第3の束は「写條」ではなく箇条デッサン、「理由」下書きに予定されたものであるが、特に後者は論旨、体裁が不備で、途中で筆が投げられており、この面では「写條」段階より離脱しえていない。

「写條」自体は、法人法定主義、非営利法人制度の諸要件に照らしていえば、ドイツ型モデルの「写條」、それを一定程度相対化し参考事例として引く段階とも区分できる。煩雑になるきらいがあるが、ここでは写條案の応用形として処理する。

写し取られた条文は主としてドイツ民法第1草案及び第2草案であり、わが国の既成商法は第205条(定款を変更する議決能力)が僅かに引かれる。基本構想の素材がドイツ民法草案に局限して求められたことは明白である。ところで、先のことであるが、写條案の素材とした草案もドイツ帝国議会の審議を経てその内的編制、引例を伴わない条文に改められ採択される。だが、さような変化を見越した相対的な距離の置き方とはなっていない。

また、フランスにおける「営利組合」の法人格承認にまつわる判例に目を閉ざしたように、総じて判例、学説を一顧だにしない。「顕著ナル現象」となりつつあった「中間」団体の乱造、農商務省、大蔵省で盛んに研究が行なわれていた協同組合、審議未了となったが貴族院本会議に上程(明治24年12月1日)された信用組合法案等、穂積がその法理学のスタンス⁷²からして充分に関心を持ってしかるべき素材は多々存在したが、これらを念頭に置

⁷² 穂積は、一例を挙げれば、『法典論』(明治23年/1890年)において「法典は社会の進歩に伴ふ能はず」とのテーゼを論じる段で、オースチンを引き「立法者は、或は社会の需要未だ発生せざるに先ちて新法を設くとあり、或は社会の需要既に去りて尚旧法を存すとあり、単行法すら尚社会の進歩と共に消長する能はざるの病あり」(542頁)との認識を示している。

後年、フランス民法百周年記念祝賀会(明治38年/1904年)の際に「法律一たび社会の現況に追及することあるも、社会は其先に走り抜け、追隨竟に及ばざるが如きの觀を呈す。此際に当りて立法者の職責は、其法律と社会の需要との間に存する溝渠を及ぶべきだけ狭からしむるにあり」(11-12頁)として、社会と法典との間に遠隔的現象を発生させる政治的、社会的、精神のおよび物質的遠隔力なるものを分析、開陳した。同祝賀会は民法前三編の可決成立後10年後の行事であるので、以下の発言要旨は法典調査会当時の認識とは言えない。しかし、起案者の思想的スタンスにもかわらず *Economie sociale* に客観的評価を与えていたことを示すために引いておく。

社会的遠隔力に関連し、ルイ・ブラン、ブルードン等の所説を「社会主義の学説」であり、1) フランス民法の基礎的觀念に変動を及ぼすもので(18頁)、それは、2) 民法の主義に反して「団体組合法を其の政策の主体」とする、故に、3) 所有権の基礎、契約の自由、相続権を否認するものであるが、4) 「彼等の政策中能く時弊に適中するもの頗る多く近時諸国に於ても漸を以て其实行を觀るに至る」(19頁)と述べてい

いた節もない。故に、法典が時を経て化石化する必然性を自覚しつつも、法規範以外にも素材を求める視点が欠落しているのがドイツ帝国民法—第二草案段階—型法人制度の改鑄となるのが最初から運命づけられていた。

穂積は、「写條」または簡略に「写」とマーキングしたノートに一重又は二重の抹消線を付し右に線を引いて修正の文を書き込んでいる(△を以って書き込み個所を示す)。ここでは、元の文章と、修正後の文章を対比することにする。

文書 1(頁。ノートの日であることを示す。以下同じ)

一、(四一) 独草二、(二二)

元の文章

~~公益~~△慈善学問技術△其他射利ニアラサル目的ヲ以テセサルモノハ定規ニ従ヒ行政官庁ノ許可ヲ經管轄裁判所ニ於テ登記及公告ヲ受ケルニ依リ法人タルヲ得ルモノトス

修正後

祭祀宗教慈善学問技術ノ為メニ設立シタル△団体又ハ財団ニシテ射利ニアラサル目的ヲ以テセサルモノハ定規ニ従ヒ行政官庁ノ許可ヲ經管轄裁判所ニ於テ登記及公告ヲ受ケルニ依リ法人タルヲ得ルモノトス 写條

独草一、(四一)とは、ドイツ民法第一草案第 41 条を指す。独草二、(二二)とは、ドイツ民法第二草案第 22 条を謂う。ただし、当該条は自然人の名称使用の権利及び使用妨害差し止め請求権を規定するもので、第 22 条は第 23 条の誤記である。波下線部分は「以テセルモノハ」又は「以テナセルモノ」、このいずれかの単なる誤記であろう。

加筆後の文章はドイツ民法の法人制度の単なる翻訳ではなく、彼なりきの制度の把握に立った翻案ともいふべきものである。すなわち、1) 祭祀宗教慈善学問技術の為に設立されたもので、2) 「射利ニアラサル目的」を有し、3) 団体 (更に思惟を重ね、社を書き加え、社団としている) 又は財団は、4) 法律の規定に従って行政官庁の許可を経て、5) 管轄裁判所に設立登記をし、登記の公告をなさしめることで、6) 法人として事業を行なうことができる、との了解を示す。「祭祀宗教」とは、神道は自己を宗教と意識しない故の謂いである。

ドイツ民法第二草案との比較の上での相違は、1) 「公益、慈善、社交、学術、技芸上ノ目的」(仁保訳に拠る独草第 23 条)が「祭祀宗教慈善学問技術ノ為メニ」に、2) 「経済上ノ事業ニ非ザル目的」が「射利ニアラサル目的」に書き改められた所に認めうる他、3) 法人格の「政府ノ授受」改め「行政官庁ノ許可」とした点である。因みに、ドイツ民法第三草案

る。すなわち、濫觴段階にある各国協同組合、協同組合法に十分に注意を払っていたことが窺える。引用は、『遺文集』第三巻によった。

穂積講演の印刷版初出は『仏蘭西民法百周年記念論集』法理研究会出版、明治 38 年。そこには、梅による「開会ノ辞及ヒ仏蘭西民法編纂ノ遠隔」と題する極めて精緻な民法制定過程の開陳が掲げられている。富井は「仏蘭西民法制定後佛国ニ於ケル沿革」と題し「司法解釈ノ作用ト特別法ノ補充」(『記念論集』、34 頁)とによってフランス民法が百年の風雪に耐えた経緯を報告している。

第 21 条に「公益、慈善、社交、学術、技芸其の他経済上の業務を目的としない社団」とあった引例は帝国議会の審議においてすべて削除され、単に「経済上の業務を目的としない社団」に変更されたことは周知のとおりである。

充てられた形容詞は公益 *gemeinnützig* であり、以下、慈善:*wohltätig*、社交:*gesellig*、学術:*wissenschaftlich*、技芸:*künstlerisch*。ここで社交を想定外とし削除したことは後に重大な意義を持つことになる。

「射利ニアラサル目的」と謂う。この否定態たる「射利ヲ目的トスル」とは、当時、どのようなものとして理解されていたか。それは、1)「会社ノ事業商業ニ係ルモノハ之ヲ商事会社ト為シ」、2) 商業トハ「商取引」ヲ謂い、3)「民事会社ト雖モ・・・配当スヘキ利益ヲ目的トスル」ものなれば、4)「商取引ト民事上ノ行為トヲ區別スルノ標準モ其目的射利ニアルト否トニアリ」、5)「射利ヲ目的トスルモノハ商取引」⁷³であるという文脈からすれば、行為の性質が営利を目的とし商人として対外的商取引、商行為を行なうというものになる。すなわち、両者の相違は商行為概念の要素としての「営利」性においてではなく、商人概念の要素としての「営利」性、つまり収支の差額を利得する目的の存否に求められたと言える。

ところが、ドイツ民法草案、現行民法でいう „ *wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb* “ (21 条、22 条) は、「射利」、商人概念の要素としての営利性を要件とするタームではない⁷⁴。

穂積は、この段階で、1) 法人の設立目的に関して、先に「法典調査ノ方針」④規定方法

⁷³ 引用箇所は、ポアソナードの財産取得編のコンメンタールである、富井政章校閲、本野一郎、城 数馬、森 順正、寺尾 亨 共著『日本民法義解』金欄社、525-527 頁、明治 23 年によった。著者等は「民事会社ノ類例ヲ示スコトハ甚ダ容易ナラサルナリ」(527 頁) と言うが、「商法第 9 条ニ於テ商業ニアラスト為セル」諸分野は第一次産業、原始産業分野であり、それは、制定当時の生産力水準、生産様式からして基本的商行為概念そのものの成立を想定しえないという事情に由来しよう。当該分野の民事会社が「社員共同ノ利益ヲ企図」(519 頁) し「其ノ利益ハ各自ニ配当」(520 頁) しても、それは「射利」の観念に含まれない。「射利」にあたる事業は商法第 4 条及び第 5 条に列挙されている。

射利ニ非サル事業、つまり、「農作、牧畜、養蚕、狩猟、捕漁及採藻ノ業」「ヲ目的トスル会社ハ民事会社ナリトス」(527 頁) とされ、当該の事業を行なう者が民事会社であると認識されていた。

民事会社の法人格性、その行為の非商行為性は、その「何物タルヲ知ラント欲スレハ其ノ射利ヲ目的トスル会社ト其ノ利益ヲ目的トセサル結社トノ中間ニ位スルモノヲ求メサル可ラス即チ其ノ合同ノ目的ハ利益ノ配当ニアルモ其目的亦射利ニアラス從テ商取引ニ非サルモノナラサル可ラス」(526-527 頁) と。

⁷⁴ このことを最も早く問題にした論考として、松本丞治「公益法人、営利法人ノ類別」『法協』第 22 卷第 1 号/ 明治 37 年、61 頁。松本は『『営利ヲ目的トスル社団』ノ意義分明ナラス社団自身カ特定ノ事業ヲ営ミテ利益ヲ收穫スルノ謂カ將タ社員ニ利益ヲ分配シ社員カ利益ヲ拾得スルノ謂カ、法文ノ字句ニ依リテ之ヲ論スレハ『営利ヲ目的トスル社団』トハ社団ノ目的カ営利ニ在ルコトヲ表示スルニ止マルヲ以テ社員カ利益ヲ拾得スルト否トハ之ヲ問ハサルモノナリ、果シテ然ラハ営利事業ヲ営ミ其拾得シタル利益ヲ社員ニ分配セス之ヲ挙ケテ慈善事業ニ寄付スルカ如キ社団ハ営利法人ナリヤ』と問い、この文脈では当該の社団は「公益ニ関スル社団ニシテ営利ヲ目的トスルモノ」と言わざるをえないではないかと (56 頁)。

彼の論考の目的は、公益法人、営利法人という括りでは「法人ト為ルコトヲ得サルモノアリ、先ス現行法上公益法人、営利法人ノ何レニモ属スルモノト認メ難キ法人ヲ挙レハ相互保険会社、産業組合、漁業組合、市町村内ノ区」などがあり (57 頁)、「何レノ範疇ニモ属スルモノト謂ヒ難キノ結果法人トシテ権利ヲ享有スルコト能ハサル社団アルニ至リテハ此類別ノ周到ナラサルノ缺點ヲ暴露スルモノト謂ハサルコトヲ得ス」(59-60 頁)。

総括的に言えば、民法第 34 条の規定する公益法人、営利法人の「類別ハ・・・明確ナラサルト同時ニ周到ナラス」(64 頁) ということである。先で検討を加えるが「公益法人、営利法人ノ類別・・・(ドイツ民法第 21 条、第 22 条)ニ倣ヒタルモノニ非サルカ保シ難シト雖モ、「其大ニ之ト差異アル」(63 頁) と。

で掲げた原則に背馳し、「祭祀宗教慈善学問技術」等を引例として挙げ、2) ドイツ草案にある「公益」を抹消し、それに換えて「祭祀宗教」を充て、3) 同草案第 22 条中に掲げられた「経済上の業務を目的としない社団」 „ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe gerichtet ist“なる文言中の「経済上の業務」なる措辞を営利行為と誤解し「射利」と変換し、引例として挙げられた分野で、同時代知としては「射利ニアラサル目的」を有する法人、現代の文脈では非営利法人のみを想定し構想したことが推察できる⁷⁵。「公益」を抹消した趣旨は想像の域を超える。

文書 2 (頁)

独草一 四二)

ニ(二三)

元の文章

本条ニ定メタル目的~~以外~~ノ法人ハ特別法ノ規定ニ拠ル

修正後

本条ニ定メタル目的ヲ有セサル法人ハ特別法ノ規定ニ拠ル

廢

文書 2 は法人法定主義に関わる。「本条ニ定メタル目的」とは「祭祀宗教慈善学問技術ノ為メニ設立シタル団体又ハ財団ニシテ射利ニアラサル目的」を指す。「射利ニアラサル目的」を有する団体に限定を付する措辞が「祭祀宗教慈善学問技術ノ為メニ設立シタル団体又ハ財団ニシテ」というものである。「射利ニアラサル目的」を有する団体は多様に存在し、その総てが法人の扱いを受ける公益性 (ここでいう「公益性」は本紙 133 号、45 頁、①で解説した類概念次元の意義) を有するわけではないので、こうした限定が必要なわけである。しかし、上記の措辞のうちで限定されるものが中核概念にあたることは、「祭祀宗教慈善学問技術ノ為メニ設立シタル団体又ハ財団ニシテ」「射利ヲ目的トスル」との文言を置いたときにこの法文全体の趣旨が失われることから明らかである。

「行政官庁ノ許可ヲ経」て設立されるという仕組からすれば、「祭祀宗教慈善学問技術ノ為メニ設立シタル団体又ハ財団ニシテ」という限定句も本来的には不必要である。

⁷⁵ 前掲書、福島正夫 (42 頁) に「仁井田博士は『この (ドイツ民法) 草案は私が翻訳し、富井さんに見て貰ったのです』、『私が法典調査会書記に任命された時に、一番最初に富井先生に頼まれたのはドイツ民法草案の法律行為の翻訳です』と述べられている」との記述があり、仁保亀松訳ではなく、あるいは仁井田訳がベースとなっているのかも知れない。

翻訳の件もさることながら、営利法人はどのように把握されていたか。先駆的な研究は松本烝治、「営利法人ノ概念」『法協』第 28 卷第 3 号/ 明治 43 年、351-374 頁。承前、28 卷 4 号、明治 43 年、554-566 頁。松本は民法 35 条でいう「営利ヲ目的トスル社団」について「社員ノ営利ヲ目的トスル社団ノ意味ニ解スルハ法文ノ字句ニ反ス」とし穂積と見解を異にする。「営利ヲ目的トスル社団」という場合、1) その目的主体は社団であるが、2) 「社団ノ究極ノ目的カ営利ニ在ルコト」は理屈からいってありえない。なぜならば、3) 取得した剰余を「社員ニ分配スルカ又ハ公益事業ニ供用スルカ」、いずれにしても営利はこれらの究極目的の手段であり、民法で言う営利を目的とする社団とは、4) その直截の目的が営利にあり公益ではないことの結果として、剰余を社員に分配することを要件とする、と(366-367 頁)。

「廃」との書きこみがあり、それは廃棄を意味するとすれば、ここで多くを詮索するいわれはない。「廃」とした理由は単純に解してよいであろう。民法に基づいて設立手続きとられる法人を文書 1 に掲げる事業「目的」の法人、つまり「射利ニ非サル目的」団体に限定するのであれば、その他の事業目的を掲げる法人を特別法で設立できるとしなければならぬのは必定であり、穂積の明晰な思考回路からすれば、言わずもがなの規定ということになる。営利法人は民法の特別法である商法に基づいていた。

「写條」段階のノートには、この外に、定款変更手続（独一、48 条、独二、32 条と並び既成商法第 205 条を参考としている）、社団目的の変更の禁止、権利能力、損害賠償、財団法人、住所、国庫、管理者及び管理、議決まで「写條」が試みられた。

権利能力に関して「法人ハ其ノ設立証書ニ定メタル目的ノ範囲内ニ於テ特立ノ財産ヲ所有シ又独立シテ権利ヲ得義務ヲ負フ又訴訟ニ付キ原告又ハ被告ト為ルコトヲ得」と記されている。写した対象を示していない。既成商法典第 73 条、民事訴訟法第 10 条が想定されていることは明白である。

財団法人は、以下の文書 3 に示される規定を与えられる。

文書 3 (12 頁)

第 一 條 祭祀宗教慈善学問又ハ技術ノ為ノ財団ヲ寄附シテ之ヲ法人ト為サントスルモノハ政府ノ許可ヲ得クル后ニ之ヲ法人登録簿ニ登記スルヲ要ス

元の文言 修正後

許可 免許

独ニ(七〇)

全

財団法人を設計するにあたり、ドイツ第二草案第 70 条乃至第 76 条が斟酌されている。仁保訳では *Stiftung* (財団) は「寄付財団」。「政府ノ許可」を「免許」に改める趣旨は不明である。設立規制を強化するものであったろうか。

②「写條改案」：「反古」綴り中第 2～3 の束

文書 4 以下は(主)甲第 4 号草案である「滄浪閣」案に構想が具体的に結晶してゆく過程の文書にあたる。法人に総則第 2 章を当て、基本構想がまとまりを見せ始める。筆者は、ここで「写條改案」と名づけたノートの束が第 3 回法典調査会総会に先行して出来上がっていたのではないかと推測した。その理由は、法人要素を苦心惨憺して設計した記述である文書 6-2 に至って始めて「公益ニ関スル」という措辞が登場するからである。また、設立の主義に関し、いずれにしても明白なことは、当該の総会で法人設立の主義について自由設立主義及び「国家主義」について触れたにせよ、「写條」段階のノートにも、「写條改案」

においても前者を検討した節が一切ないことに注意をしておきたい。

次の文書の上覧には「B68 法人設立ハ免許ノ時トス」との書き込みがある。「B68」とは何を意味するのか不明である。設立とは「免許」が与えられた時となる、つまり、既存商法第 69 条が登記及び公示を設立かつ対抗要件とするのとは異なり、設立は官の行為となる⁷⁶。

文書 4 (2 枚目) 第二の束に属し「法人通則、設立、検査」との表題を有するサブの束の首条に掲げられた法人たりうる団体の要件。

第 一 條 祭祀宗教慈善学問又ハ技術ノ為メニ設立シタル団体又ハ^ハ財団ニシテ射利ヲ目的トセサルモノハ政府ノ許可ヲ得且^ハ管轄事務所ニ於登記及公告ヲ受クルニ依リ法人タルヲ得
独一 (四一)、ニ(二三)七〇)

ここでは加筆、修正は 3 点ある。1) 「団体又ハ財団」の箇所では財団の左に「社」を当て一端は「社団」とした後に「社」を抹消し、右に「寄付シタル」を「財団」の形容詞句とする書き込みがある⁷⁷。2) 「政府ノ許可」を「免許」に変更し、3) 「管轄事務所」に「事務所ノ存スル」という限定句を施した。独ニ (二三)七〇) と、閉じ括弧を抹消し 70 条を追加したのは、「寄付財団」つまり財団法人の規定を参考として挙げる趣旨である。

⁷⁶ 草案第 47 条 [現行第 45 条、設立登記] をめぐる論議において横田国臣が「設立ト云フノハ何時カラヲ示スノカ」と問い、穂積は「設立ト云フノハ第 37 條ニ依リ・・・主務官庁ノ許可ノアリマシタ時カラ」と応じていることは、公益法人の設立とはその許可の言い換えにすぎないことが判明する。法務大臣司法法制調査部監修「民法主査会議議事録」、『日本近代立法資料叢書 13』社団法人商事法務研究会、昭和 63 年、477 頁。

⁷⁷ Verein, Korporation (独); corporation (仏) に対応する訳語が「社団」であるとして、我が国での初出はいつで、それはどのように理解されていたのか。逆を言えば、合名会社等の社団性を否定して人的会社と理解した当座において「社団」たる要件は何であったのか。

梅は、「社団法人トハ人ノ集合即チ二人以上相集リテ一定ノ目的ノ為ニ設立シタルモノ・・・数人相集リテ営利的又ハ公益的会社若クハ組合ヲ組織スル場合ノ如シ」(『民法原理』法政大学、明法堂、明治 37 年、46 頁)と述べ、組合を社団と対抗させず、社団の一形態として把握している。これは組合をも法人とするフランス団体法の観念に規定されていたことの結果と思われる。

後年の『民法講義』(有斐閣、1912 年、27-28 頁)では、組合と社団とを区別する。団体を構成員の契約関係に基づき結合した組合と、団体対構成員の関係即ち社員関係に基づき結合した社団とに分かつ。後者に視線を当てると、権利能力なき社団の成立要件の基準又は「社団の実体を有している団体」特性において、社団に内属する条件が浮上する。この論点について判例及び学説の両側面から検討を行なっているものとして、関 英昭「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、269-293 頁。

関は判例の準拠する学説を提出した我妻の論理構成における同義反復性を指摘し、社団の四要件を確認しつつ、定款を形式的要件、構成員、団体財産、機関を実質的要件として把握し、これらのいずれかを欠く場合に権利能力なき社団性を認めることができない (289-290 頁) とする。

判例を通じて組合 (société) の法人格を承認したフランスでは関が一つの実質的要件とする団体財産の独立性の存否をその判断の根拠とした。社団の核心的要件はこの独立性にあるとされるが、社団を含む法人を財産権の主体としてのみ意義づけるのでは、大企業に対する規制は構想できない。参考として、関 英昭、「法人構成員の責任について」『小島康祐教授退官記念 現代企業法の新展開』信山社、平成 13 年、319-332 頁。

因みに、当時、道府県の法人格を称し美濃部達吉等は「地団」なる言葉を充てている。

加筆訂正後の文書 4

第 一 條 祭祀宗教慈善学問又ハ技術ノ為メニ設立シタル団体又ハ寄付シタル財団ニシテ射利ヲ目的トセサルモノハ政府ノ免許ヲ得且事務所ノ存スル管轄裁判所ニ於テ登記及公告ヲ受クルニ依リ法人タルヲ得

これは現行第 34 条の公益法人要件に注目したときは、そのプロトタイプにあたることが判明する。現行箇条の文言との本質的相違は、1) 祭祀宗教等を事業目的分野とし、2) 「射利」を目的としない、つまり、商人概念の要素としての営利を目的としないという点にあり、これ等に比すれば 3) 「許可」又は「免許」は二義的な措辞の問題である。登記については管轄裁判所への登記とドイツ法、フランス法の仕組に倣ったものである。

次の文書からは、法人性を「目的財産」に求めた節のあることが窺える。

文書 5 (3 枚目)

第 一 條 法人ハ其設立届出ニ定メタル目的ノ範囲ニ於テ特立ノ財産ヲ有シ又独立シテ権利ヲ得、義務ヲ負フ又訴訟ニ付原告又ハ被告ト為ルコトヲ得
蘭(七三)

この作条案は、上掲文書 2 において関説した「権利義務」の規定に同一である。蘭 (七三) とはオランダ民法第 73 条。同国の民法はフランス民法典を「鼻祖」とする。岸本の講義録に「伊太利民法典ヲ始メ其他噠馬国民法、和蘭国民法及ヒ北米合衆国ノ一連邦タルルイジアナ国民法」(岸本、前掲書、6 頁) が挙げられている。仏法に倣うオランダ法から「目的財産」の考えを借用する意図は不明である。参考とすべき箇条は商法第 73 条に求めたはずである。同条には「会社ハ特立ノ財産ヲ所有シ又独立シテ権利ヲ得義務ヲ負フ殊ニ其名ヲ以テ債権ヲ得債務ヲ負ヒ・・・・又訴訟ニ付キ原告又ハ被告ト為ルコトヲ得」とある。

文書 6 は法人制度を独立の章で編制する構想を明確に反映する。現行民法の法人法定主義の箇条及び 34 条のプロトタイプの変形が草される。

第 1 条は民法人事編第 5 条の前段の規定を抜き出しつつも、同条でいう「法律ノ認許」というくだりを民法典以外の特別法による認許と読むことにより、この規定とは異なり民法を法人設立の通則法とするという思考回路で第 1 条を草したことが後の「理由書」から明らかになる。第 2 条は、加筆訂正の跡を、筆勢を含め仔細になぞると最低二度若しくは三度にわたって書き換えを試みたのではないかと推定できる。ここでは二度の修正が施されたと仮定して原案→第一修正→第二修正の順で復元を試みる。そのために文書 6-1 と同一の頁に掲げられた文書を 6-2 として便宜的に別途に扱うことにする。

文書 6-1 (8 枚目)

第1條 法人ハ本法又ハ特別法ノ規定ニ依ルニ非サレハ成立スルコトヲ得ス

民人 (五)

文書 6-2

第 2 條 原案

祭祀宗教学問慈善其他營利ヲ目的トセサル社ヲ有スル社団若クハ財団ハ主務行政官庁ノ許可ヲ受ケタルトキ

第一修正

祭祀宗教学問慈善其他營利ヲ目的トセサル社ヲ有スル社団若クハ財団ヲ法人ト為サントスルトキハ主務行政官庁ノ許可ヲ得ルニ因リテ法人トナルヲ得

第二修正

祭祀宗教学術技芸慈善其他公益ニ関スル社団若クハ財団ニシテ營利ヲ目的トセサルモノハ主務行政官庁ノ認許ヲ得ルニ因リテ法人トナルヲ得

上掲の文書 4 と、現行の第 34 条で掲げる公益法人要件に——「主務行政官庁ノ認許」なる措辞は措くとして文意上では——完全に一致するこの文書 6-2 との間の時日的懸隔がどれ程か想像できないが、それは重要な問題ではない。起案にあたり参考とした法条が本邦のそれを含め何も記されていないことに意味がある。穂積にすれば独創した箇条となるのであろう。文書 4 と第二修正との相違は、1) 引例として挙げた分野を事業目的分野ではなく、「公益ニ関スル」事業分野に、2) 「学問」を「學術」に、「射利」を「營利」に、「許可」を「認許」に変更し、3) 技芸を付加したことにある。論理的には第一修正から第二修正への移行は連続するものではない。突如の飛躍ともいうべきものだ。1) 「其他營利ヲ目的トセサル社ヲ有スル」なる文言を「其他公益ニ関スル」に置き換え、2) 引例を事業目的分野ではなく公益関係分野に限定したからである。その含意の射程は、やがて判明する。

行きつ戻りつ去来し穂積の脳裏に膠着し続けた問いは「營利ヲ目的トセサルモノ」にどのような限定を加えるかであった。それは、營利団体の法人格の取得が次の頁に記されていることとを考え合わせると、穂積の当初意図が「公益法人」の規定を掲げるのではなく、「營利ヲ目的トセサル」社団又は財団の規定を正確に限定することにあり、その当否の判断基準は「干渉シテ適當ノ保護ヲ興」えるにふさわしい事業分野の類的性格とは何かであったろう。文書 1 からこの文書 6-2 まで改めて眺め渡すと、作条の中心は「營利ヲ目的トセサル」なる措辞に明確な制限を付することであったことが判明する。「營利ヲ目的トセサル」法人、「營利ヲ目的トスル」法人の単純な対比設計ではなく、国家が「干渉シテ適當ノ保護ヲ興」える非營利法人と營利法人という設計構想が確定する。故に一般的意義での非營利法人の成立が否定されたことになる。

確かに「写條」の劈頭で抹消された「公益」なる文言がここで復活する。しかし、それは事業目的分野でなく、列挙された分野を国家が「干渉シテ適當ノ保護ヲ興」えるにふさわしい「公益ニ関スル」分野として概括するためである。ここから作条の段階で「公益法

人」の制度化を意図したと断言できる根拠は全くない。

当時の認識では祭祀宗教学術技芸慈善其他は「公益」それ自体を目的とするものではない。また、「営利ヲ目的トセサル」事業又はその在り処を直截に示すものでもない。祭祀の社団の目的は、言うまでもなく、特定の先祖の御霊を祭ることにあるとされていた。このくだりでの「目的」、「ニ関スル」なる文言については、後に第 15 回主査会議事において西園寺より問題が提起されるのでその折に論ずることとする。

文書 6-3 (9 枚目) 営利団体の法人格取得

第 3 條

営利ヲ目的トスル社団ハ法人登記簿ニ登記ヲ受クルニ因リテ法人タルヲ得
但法律命令ニ依リ官庁ノ許可ヲ受クル事業ヲ目的トスル社団ハ其許可ヲ受ルニ非サレハ設立スルコトヲ得ス

取(一一八) 商(六八)

取 (一一八) とは民法財産取得編第 118 条で、「民事会社ハ当事者ノ意思ニ因リテ之ヲ法人ト為スコトヲ得」とある。同条は第 6 章会社第 1 節会社ノ性質及設立において掲げられたものである。商 (六八) は商法第 68 条で、「法律命令ニ依リ官庁ノ許可ヲ受ク可キ営業ヲ為サントスル会社ハ其許可ヲ受ルニ非サレハ設立スルコトヲ得ス」とある。

参考事例の挙げ方は民事会社の任意設立を意識して準則主義を構想したかのような印象をもたらす。商法第 68 条は、但し書きにそのまま踏襲されている。

修正は一箇所で「法律命令」が「法令」に短縮されただけである。

力点は、第二条所定の法人に対比し、営利法人のケースにおける法人格取得手続を「登記」によると規定することにあつた、と見る。

以下、ノートは、同じサブの束中に、第 4 条 (対抗要件としての登記)、法主体性を定款所定の範囲内で承認するとの規定、設立申請等が設計され、以下、上述したように、束は「寄付財団 罰則」、「法人登記 罰則 定款」、「法人管理者 監査役 社員」、「社員 社員会議」等の表題を有する。財団法人、ガバナンス規定の骨格が定められている。ここでは、これらの論点に立ち入らず、第三の束即ち理由書草稿を一瞥しておくことにする。

文書 7: 第 3 の束 (21 頁)

この束には寄付行為、遺言による寄付行為、管理者又は代理人による不法行為責任、主たる登記を行なう場所等に一定の理由を付し、時に規定だけが置かれ (解散のケース)、「第 21 條 (理由)」と題したまま白紙の頁もある。僅かにまとまっているのは不法行為責任の論証理由だけである。

文書 7 は「営利ヲ目的トセサル法人」制度を念頭においた理由である。これは文体、書

体から観て穂積の起案ではなく、助手の手になるものと推定される。第 2 条理由との表題が付されているが、理由の冒頭に「第 42 條」とあり、第 5 の束では「第 2 條」と朱で抹消線を付した横に、同じく朱で 42 とあることから観て、第 1 章「人」の編制がほぼ完了し、条数を揃えにかかった段階のものだと判断できる。

法人ハ固~~コリ~~無形ノ創設物ナルヲ以テ意思ヲ有スベキモノニ非ス^{もとも} 故ニ法人ノ・・・
第 42 條 臣民ノ法律ノ範圍内ニ於ル集会及ヒ結社ノ自由ハ既ニ憲法ノ保障スル所タリ其自由ノ範圍内ニ於テ設立

~~固コリ~~は「固^{もとも}と」に変更され、「非ス」の後に「其ノ行為能力ヲ有スル所以ノモノハ全ク法律ノ規定アルヲ以テナリ」との朱の加筆がある。「無形ノ創設物」という措辞はフランス法系のもので英法ついで独法の価値を高く評価する穂積の語法になじまない。英法に則すれば artificial person (当時の訳語では「技巧人」)であり、独法では juristische Person に法人の訳語が与えられ「無形ノ創設物」ではなく「権利能力ヲ有スル組織体」と表記されたはずである。ちなみに明治初期以来、箕作により「無形人」の訳語を与えられた原語は (形而上の人格) *personne morale* であり、それは生身の人間 (自然人) *personne physique* に対するものである。

因みに、「第 42 條 臣民、法律ノ範圍内ニ於ケル集会及ヒ結社ノ自由ハ既ニ憲法ノ保障スル所ナリ其自由ノ範圍ニ於テ設立」は、ここで途切れている。

第 3 の束で理由書の原案を書き得なかったことは何を物語るか。多くの推定が可能である。筆者は、全体編制、個別規定の配置、各条の要件等にかかわり成熟していた明確なコンセプトは「国家主義」、社・財団の編制、商法への民事会社の駆逐、平易な文体による法案の記述といったものではなかったかと推定する。むろん、団体をして団体との間に利害関係を有する者との間において客観化し対象化するスタンスは明らかで、それは不法行為責任の理由づけから窺える。しかし、第 3 の束は、無残としか言いようのないものである。

③ 第一草案: 第 4 の束

第 1 の束よりこの束まで、さほど時間は経過していないと思われる。法人法制そのもののほか第 1 条よりの第 7 条まで理由付けが試みられる。

文書 8: 第 1 条「法人法定主義」の制度理由

本條ハ人事編第 5 條ヲ改革シタルモノナリ抑法人ハ自然ノ存在ヲ有スルモノニ非スシテ法律ノ創制ニ依ルモノナリ・・・

本條ハ既成法典ト其ノ基礎ヲ殊ニセス・・・(既成法典の様な 引用者、補) 特別法ニ依ルノ主義ヲ改メ法人カ私権ノ主格タル通則ヲ掲ケ同時ニ特別法ニ依ルノ余地ヲ存シタルモノナリ

人事編中「公私ヲ問ハス」ノ文字ヲ省キタルハ之ヲ云フノ必要ナシ……「法律」改メ「本法又ハ特別法」トセル……

これは、法人章の冒頭の條ということで、法人法定主義に関する条を採りあえず第 1 條とし、その理由に掲げられたものである。ポイントは明白である。人事編第 5 条の規定を基礎にしつつも、民法に法人通則を掲げること⁷⁸、公法人の組織は民法の規定対象外とする、ということである。

文書 9: 第 2 条「営利ヲ目的トセサル法人」の制度理由

~~「臣民ノ法律ノ範圍内ニ於ケル集会及ヒ結社ノ自由ハ既ニ憲法ノ保障スル所ナリ其自由ノ範圍内ニ於テ設立シタル団体ニシテ祭祀宗教慈善學問技芸其他公益ニ関スル目的ヲ有スルモノ又ハ其目的ノ為ニ設立シタル財団ニ特別ノ資源ヲ与ヘ財産權利財産義務ノ主格タラシメントスルハ直接間接法律ノ力ニ依ラサル可ラサルハ既ニ前ニ述フガ如シ~~

古代ニ於テ法人……公益ヲ目的トスル団体日々増加シ随テ諸国……法制變シ大ニ設立ノ便利ヲ与フルニ至レリ。

法人ノ設立ハ一ニ特別法ニ依ルヘキモノトスレハ之ヲ許可スル權ハ国家立法部ニ属スルモノナレトモ若シ本邦ノ如ク準則ヲ定メ法人格トスル団体（ニ引用者、補）……適フヤ否ヤヲ査定シ且國家ノ經濟上公安上弊害ヲ生セサルモノナルヤ否ヤヲ調査シテ其許否ヲ定メルハ國家ノ行政部ニ属スルモノナリト云ハサルヲ得ス是レ法人設立ハ本條ニ除外セル営利的ノ団体ノ他ハ主務官庁ノ許可ヲ要スルモノトセル所以ナリ」と。

この理由書は興味深い。

相当のくだりが抹消されたのは何ゆえか。文書 7 と同一の書き出しである。穂積が難ありとしたのは、内容に異を唱えての否定ではないと思われる個所もある。それは、彼の明晰な思考回路からすれば「臣民ノ法律ノ範圍内ニ於ケル集会及ヒ結社ノ自由ハ既ニ憲法ノ保障スル所ナリ其自由ノ範圍内ニ於テ設立シタル団体」といった言わずもがなの記述を必要としないからである。しかし文書 3 で紹介したように、「B68 法人設立ハ免許ノ時トス」という規制の立場は「其自由ノ範圍内ニ於テ設立シタル団体」という理解を共有するものではない。

問題は「~~設立シタル団体ニシテ祭祀宗教慈善學問技芸其他公益ニ関スル目的ヲ有スルモノ又ハ其目的ノ為ニ設立シタル財団ニ特別ノ資源ヲ与ヘ財産權利財産義務ノ主格タラシメ~~

⁷⁸ 法人通則を要したについて梅は後年、講義でこう語る。「旧時開花ノ程度低下ナリシ時代ニ於テハ法人ノ必要多カラサリシヲ以テ一般ノ立法例ニ於テモ民法中法人ニ関スル規定ヲ掲クルコト甚タ少ク又今日ト雖モ未タ旧套ヲ脱セサルモノ敢テ尠シトセス旧民法ノ如キハ……僅ニ人事編第 5 条ノ規定及ヒ財産取得編ノ一ニノ箇条ニ於テ……規定アルニ過キス……今日解明ノ世ニ於テハ法人ノ必要ナルコト昔日ノ比ニアラス」（上掲注 77 書、『民法原理』、167-168 頁）と。

梅は既成民法の起案者が時代に立ち遅れた法意識の持ち主であること、及び、法人規定の不揃いを指摘したことになる。しかし、注 15 で紹介したように当時彼は組合的結合と社团的結合とを峻別してはいなかった。

ントスルハ直接間接法律ノ力ニ依ラサル可ラ」~~ず~~のどこが穂積の設計思想に対立したのか、ということである。この文書までの段階では穂積において、1)「団体ニシテ祭祀宗教慈善学問技芸其他公益ニ関スル目的ヲ有スルモノ」という把握は成立していないし、2)「干渉シテ適当ノ保護ヲ興」るにたる団体とは何かを構想しても当該の社団または財団に「特別ノ資源ヲ与へ」る発想はなく、3)「主格タラシメントスルハ直接間接法律ノ力ニ依」るというのでは法律の規定に基づくことによるのみ法人格を与えるという構想と相容れなくなる。「特別ノ資源」とは何か。端的に言えば国庫からの直接の支出というものであろう。それでは、しかし、公の支配という問題が登場することになる⁷⁹。

こういった判断の当否の蓋然性は、当該の社団等が「法人格トスル団体 (ニ)・・・適フヤ否ヤヲ査定シ且国家ノ經濟上公安上弊害ヲ生セサルモノナルヤ否ヤヲ調査シテ其許否ヲ定メル」との言に照らしたとき、なお一層高くなるであろう。すなわち、「祭祀宗教慈善学問技芸」等、いわばイデオロギー的、観念的諸形態を法的営造物とするにおいては「国家ノ經濟上公安上弊害ヲ生セサルモノナルヤ否ヤ」の判断を不可避とする治安取締の発想を固めているからである。この脈絡では人事編起案法制官、熊野の団体認識に通底する。相違は、熊野が非営利団体の法人化を否定したのに対し、穂積は設立そのものを「經濟上公安上」の観点からする「国家ノ行政部」の許否にかかわらしめるという点にある。

文書 10:第 3 条「営利団体」の処遇

第 3 条の理由は、民事会社の処遇に就いての見解を抱懐する。「既成法典ハ取得編第 118 條ニ於テ民事会社ハ当事者ノ意思ニ因リテ之ヲ法人ト為ルコトヲ得タレトモ第 120 條ニ於テソノ資本ヲ株式ニ (分割スルトキハ 引用者、補)・・・商法ノ規定ニ従フヘキモノトセリ」。ここまでは既成法文を写したにすぎない。ところが、組合は当事者の意思で法人を造成できるとする既成民法とは異なり「本條ハ苟クモ其団体ノ事業ニシテ営利目的トスルモノハ商法会社ノ規定ニ依ルニ非サレハ法人ト為ルヲ得サルモノトセリ」と。故に「非商事団体ニシテ営利ヲ目的トスルモノハ商事会社ト同一ノ規定ニ従フヘキモノ間ニ於テ其設立ト存立及ヒ権限ニ関シテ殊別ノ規定ニ據ルヲ要セサルモノトス」と述べ、民事会社と商事会社はことさら別個の法律によって規定するいわれがない、という主張が披露される。取得編中の大概の規定はこれでは不用となる。このくだりは理由書において再現される。

穂積の認識では民事会社は「非商事団体ニシテ営利ヲ目的トスルモノ」である。民事会社の営業目的行為に関する規定は、すべて商法によるということになる。

⁷⁹ 地方公共団体が設備経費の一部を負担する立法 (中央卸売市場法/大正 12 年、公益質屋法/昭和 2 年) が後に登場する。

公法人と私法人とを区別する司法判断の根拠は大正初期においてもなお明確ではなかった。美濃部達吉「公法判例批評」『法協』第 34 卷第 7 号/大正 5 年、122-137 頁)の所論は、「公法人トハ国家ヨリ特別ノ公ノ権能ヲ認メラレタル法人ノ謂ニ外ナラズ」(132 頁)、「公法人トハ法人中国家ニ類似スル法律上ノ地位ヲ有スルモノ」(同)、「公法人ハ唯国法ノ認ムル限度ニ於テ特別ノ公ノ権能ヲ有スルノミ、唯此ノ限度ニ於テノミ公法人ハ私法人ト法律上ノ地位ヲ異ニスルニ止マル」(134 頁)といった同義反復的説明の域を超えない。

この理由が綴られた頁の上段欄外には、民事会社は「(法) 人トナリ得ヘシト云フニ止マリタルヲ以テ民事会社トシテ法人タルモノハ資格権限等明カナラズ」との鉛筆による記載がある。既成民法で掲げられる「会社」つまり非営利事業法人としての会社に関する規定を今後も置く必要があるのか、という疑念がやがて兆すはずである。これは、衆議院における第三編人事編第二章第十二節会社の論議の折に巨大な争点となる。フランス法型の団体法制観から決定的に決別する記念碑として民事会社規定は葬り去られてゆく⁸⁰。

④第二草案: 第5の束

ここで、作条案、参考、理由という書式が登場する。(主) 甲第4号議案の定型が確定した。以下に掲げる文書は、特に理由書は当該議案に収められたものの原形で滄浪閣案に媒介されてその論旨が「国家主義」を機軸として彫琢されてゆく。

文書 11: (第5ノ束、1頁) 法人章の設定理由

法人章を設けるについては既成民法の基本原則との相違を示す必要がある。

法人

本章ニ於テハ法律ノ規定ニ依リテ権利ノ主格ヲ受クヘキ者ニ関スル規定ヲ掲ク既成法典ハ人事編第5條ニ於テ只法人成立ハ法律ノ認許ニ依リ其ノ私権ノ享有ハ法律ノ規定ニ従フヘキノ通則ヲ示スニ止マリ敢テ其成立認許及ヒ私権ノ享有ニ関スル規定ヲ掲ケス是蓋シ特別法ニ譲ルノ主義ヲ採リタルモノナリ

⁸⁰ 第108-109回法典調査会(明治28年9月2日/9月4日)において第三編人權第二章契約第十二節会社(第674条-684条)の論議が行なわれた。ここで会社とは民事会社と称されるものである。起案者富井は、会社契約(第674条第1項、「会社契約ハ各当事者カ共同ノ目的ヲ達スルニ必要ナル出資其他ノ事項ヲ約スルニ因リテ其効カヲ生ス」)の理由説明にあたり既成法典及び他の国の法典と本案との相違を述べた。1)「民事会社ノ規定ト云フモノハ民事会社ト云フモノヲ全ク人ノ觀察ヲ土台トシ極ノツタ人ノ間ニ出来タ結合」であり、2)「人智ノ発達シナイ時代」においては申し分のないものだが、3)「段々社会ガ進ンデ参」と多人数の会社が生まれそれを法人にすることに利点が存するが、4)「必ズシモ法人ニスル訳ニハ往カナイ契約関係ヲ済マシテモ可ナリアロウト」想定して、5)「随分多人数デ会社契約ヲヤルコトモアラウ思ヒ其ノ精神ヲ以テ條文ヲ規定」し、6)「会社ト云フモノハ営利ヲ目的トスル契約ニ限ラナイコトニ致シ」、7) 既成法典の「会社」規定の解散の箇条は原則として不都合なので合名会社の規定にならって改編したと。

同時に、「此ノ会社ト云フ辞ニ付テ・・・会社ト云フ辞ハ何ウモ一般ノ人ノ感じニ契約ノ結果即チ契約ニ依テ出来タモノ即チ商事会社ノ如キ法人ノヤウナ感じヲ持ツ人カ多」いので「今一層優ツタ辞ハアルマイカ」と思考するに「組合」、「結社」というものを考えついた。だが「孰レモ充分デナイ」。とりあえず「余程聞エガ悪イ」ものであるが「仮ニ会社ト云フ辞ヲ存スルコトニ致シマシタ」とある。

いずれにしても「会社契約ト云フモノハ漸々ニ適用ノ狭マイモノニナツテ来ル」。

当該の箇条を審議した衆議院民法中修正案委員会(明治29年3月13日)における中島委員による質疑と政府委員富井の答弁を受け「会社」は「組合」に修正された(『帝国議会衆議院委員会議録』明治編27、第9回帝国議会、明治28年、追加二、149-151頁)。

第675条「各社員ノ出資及ヒ会社ノ利益ハ総社員ノ共有ニ属ス」という条項により組合型法人の成立の芽は摘み取られ、フランス型協同組合法を構成する機会が失われる。

設計者富井は東京帝大の講義で不思議なことを述べている。「民法ハ出資ヲナシテ共同ノ事業ヲ営ムコトヲ約スル契約ト云ヒオルカ、余ハ法文トシテハ常ニ当ヲ失シ居ルト考フ、即チ共同ノ目的ヲ達スルタメニ、其ノ事ニ協力スルヲ云フ、即チ出資ヲナシ第一ノ義務ニシテ・・・共同ノ目的ヲ達スルタメニ之等ノ義務ヲ約スル契約ト云ハント欲ス」(『債権各論』大正元年東京帝大講義録、文信社、大正三年、268-269頁)と。設計者当人が設計を失敗したというのではなく「常ニ当ヲ失シ居ルト考フ」と述べたことは、真の設計者が別に居たことを匂わすものである。そうでなければ、ドイツ民法に倣い民法を私権の体系として構想する穂積が起案プロセスに及ぼした事情等への批判であつたらうか。

民法典ニ法人ノ規定ヲ掲ケサルモノ

仏民

537-542,619,910,937,1712,2045,2121,2227

之ヲ掲クルモノ

独草第1読会1、第3章41-63

白草1、第2部、531-555

チューリヒ民、1,2,19-58

ニューヨーク民法、PartIII, TitII, ch. III 379-428」

「権利ノ主格」は「人格」に、「受」は「享」に訂正されている。「権利」が訂正された理由は「私権ノ享有ハ・・・」で起される第1条での術語を意識したためである。ここでは触れることをしないが第9回主査会(明治26年9月26日)で第1章第1節のタイトルが「権利ノ享有」であるにもかかわらず第1条では「私権」とあって表題を「私権ノ享有」とすることの適否をめぐる論戦が闘わされたことを付記しておく。

「特別法ニ譲ルノ主義ヲ採リタルモノ」という観測は形式的で平盤な指摘という他はない。よって文書8に同種の記述があるのも不思議ではない。肯定的に言えば、フランス法に倣った既成民法上の法人構成の基本観念に敢えて触れず棚上げして進むことが時の経済の観点から合理的で実践的であった。フランス法の団体構成を革命思想との皮相な関連で否定的に処理することは容易であるが、成立した構造を法人問題として処理することは難事であったろう⁸¹。

文書12:(第5ノ束、5頁)

第5の束では全体で11の作条案が綴られている。議案草稿案として確定したタイプに則って記載されたものは法人法定主義だけである。「営利ヲ目的トセサル」法人の箇条、営利団体の法人化規定は、作条案に参考が付されるに止まっている。

注目されるのは、ここで、法人章を8節編制とするプランが登場したことである。

「営利ヲ目的トセサル」法人に関する作条案に理由が付されなかった事情は何か。窺い知れない。しかし、ことはあまりにも重大である。なぜならば、第5の束が作られた後、明治26年夏に起案された「滄浪閣案」中の当該箇条理由に「法人設立ノ目的中最モ普通ナルモノヲ指示スルヲ便利ナリトセルカ故」に祭祀宗教慈善等を列挙したとのくぐりや登場するからである。思考の発展なのか転換なのか。

これまで検討してきた諸文書から「目的中最モ普通ナルモノヲ指示」するために祭祀等の引例を行なったという理由は、導き出せるか否か、どちらとも言えない。

⁸¹ 後出の注86とも密接に関連するが、「18世紀の農業経済的な法」(山口俊夫『鈴木先生古稀記念 現代商法学の課題』中巻、有斐閣、昭和50年、1578頁)の側面を有するフランス民法における *sociétés civile* (営利組合) と *sociétés anonyme* (株式会社) の構造的異質性と営利的同質性に関する研究は富井、梅の守備範囲であったが、梅も含め組合を「必ズシモ法人ニスル訳ニハ往カナイ契約関係」と裁断したことは、団体設計の基本思想をドイツ型に求めフランス型から転換したことの結果であろう。社団性と法人性とを即時的に連結させる発想である。ただし、梅が、この時期、組合を社団の一コロラリーと解した節があることは前掲注15の文献から知れる。

明治 20 年代末当時、祭祀、宗教、慈善、学問、技芸は公益を目的とする、という定言判断は社会通念として成立していたのであろうか。曰く、「宗教は公益を目的とする」、「技芸は公益を目的とする」とストレートに表現してみれば、現代においてもその異様怪異は自明である。技芸、つまり美術工芸は「公益を目的とする」という場合、その「公益」は意味不明である。「慈善は公益を目的とする」ということは何を暗示するか。それが家父長的温情政策のシステムに組み込まれない限り、さような判定は誰も納得させることはできない。これらの公益引例は主査会の論議において参照されていない。便宜的に鉄道事業が挙げられただけである。当時において確立した認識は、「公益」に関係し、場合により公益と為りうる、蓋然判断の水準のものであったろう⁸²。引例は、そのものとして公益を目的とする領域であると認定しても、それは牽強の域を超えるものではない。

いずれにしても、祭祀等「目的中最モ普通ナルモノ」という判定は、明白なことに、祭祀等「営利ヲ目的トセサルモノ」とした段階、祭祀等「公益ニ関スル社団若クハ財団ニシテ営利ヲ目的トセサルモノ」というそれとは、決定的に異なる。作条の最終段階で「営利ヲ目的トセサル」法人制度を唐突に「公益」法人制度に改鑄したからである。

文書 12:

第 1 條 法人ハ本法又ハ特別法ノ規定ニ依ルニ非レハ成立スルコトヲ得ス

人五、伊二、白草 531、西民 35

(理由)

人五:人事編第 5 条、伊二:イタリア民法典第 2 条、白草 531:ベルギー民法草案第 531 条、西民 35:スペイン民法第 35 条。

これは文書 6-1 と同一の文体である。相違は、送り仮名を「非サレハ」とするのではなく「非レハ」とし、参考として外国民法を掲げ、理由を付記した点にある。前者の文体が現行民法第 33 条である。上記の外国民法を検討する余裕は、今はない。先において関説する機会があるだろう。

理由を一瞥しておく。「本條ハ人事編第 5 条ヲ改案シタルモノナリ抑モ法人ノ設立ニ関シ諸国ノ法制ノ採ル所ノ主義ニ三アリ特許主義……準則主義……自由設立主義……民法人事編……ハ法人ノ成立ニ頗ル狭隘ナル制限ヲ置ケリ本案ニ於テハ (一) 法人ノ成立ハ法律ニ依ルヘキコトヲ示シ (二) 法人ノ成立ハ特別法ニノミ依ルモノニ非ルコトヲ示シ茲ニ法人設立ノ自由ノ範圍ヲ拡メタリ」と。文書 8 の理由を基本的に踏襲しているが、「民法人事編……ハ法人ノ成立ニ頗ル狭隘ナル制限ヲ置ケリ」、「茲ニ法人設立ノ自由ノ範

⁸² 松本、上掲論説、「其間接ノ効能ヲ挙げ来タリ相互保険会社ハ保険事業ヲ為スニ因リ国民ノ財産ヲ鞏固ニシ産業組合ハ中産以下ノ小民ノ実業ヲ發達セシムルヲ以テ公益ニ関スル法人ナリト謂ハンカ鉄道会社、鉱業会社、其他天下ノ社団殆トトシテ公益法人ニ非サルナキニ至ルヘシ」という文脈で、公益と「公益ニ関スル」ということとの区別が論じられている (58-59 頁)。「公益ニ関スル」と言い、「公益ニ為ル」と言い、そのものとして「公益」ではない点で同次元にある。これらを何らかの基準で区別しても実益はない。

困ヲ拈メタリ」とは、民法に新たに法人通則としての諸規定をおき、かつ、「営利ヲ目的トセサル」法人の設立根拠規定を掲げたとの趣旨である。

文書 13 (同、9 頁)

第二條 祭祀宗教~学問技芸慈善其他公益ニ関スル社団若クハ財団ニシテ営利ヲ目的トセサルモノハ~官庁ノ認許ヲ得ルニ因リテ法人ト為ルヲ得

作条案に次いで参考が挙げられる。理由が後から着いてくる、と先に述べた。ドイツ民法典の灯りを頼りに進むべき路を探ってきた穂積 (及びその助手を含む) の作業は、本来的にも現実的にもベルギー草案、イタリア民法典、オーストリア民法典、オランダ民法典等に参照箇条を求める必要性和意義を有するものでは全くない。なぜならば穂積が依拠したドイツ民法草案における法人概念と参考として挙げられるフランス法系の法人概念とは原理を異にするからである⁸³。そして法理学者である穂積がその構造を検討した節はない。

多くの国々の法典、法律を列挙するが、その効果は法人制度を形式面から普遍的なものとして印象づけることに止まる。真の狙いは別であったろう。議会对策用に浩瀚なる資料を渉猟したというイメージを醸し出す。こういう作為以外筆者は思いつかない。

加筆、修正は「祭祀宗教学問技芸慈善」の語順を「祭祀宗教慈善学問技芸」に入れ替え、「営利ヲ目的トセサルモノハ」の後に「主務」を書き加え、「認許」を一端「免許」とした後に「許」の後に「可」を付加し、「許可」とし、「因リテ」に続け「之ヲ」を一端は加えたものの削除し、「法人ト為ル」を「法人ト為スコトヲ得」として、次いで、本来の意図に照らせば奇妙なことにもこれを破棄し「為ルコトヲ得」とした点に認められる。

「為ル」、「為ス」に拘るのは、1)「為ル」では法人が自然に為る傾きを有し自由設立を想定させかねず、2)「為スコトヲ得」とすれば、法人の法的意義での設立は「許可」という官の意思のみに因り、3) 登記もまた官の意思の敷衍として「登記ヲ受ケヘシ」という「国長主義」に基づく不思議な措辞に繋げ得るからである。ここでは、社員は設立主体ではなく国家意思を本源としその意思のままに行為せしめられる受動的な客体として立ち現れる。こういった非民法的仕組は調査会で厳しく追及されることになるが、「営利ヲ目的トセサルモノ」の限定と並び穂積が苦心した点である。

以上の資料によって穂積サイドにおける「公益法人」制度構想の成熟過程を十分に示し

⁸³ 筆者の構造的把握は、山本桂一『フランス企業法序説』東京大学出版会、昭和 44 年に拠っている。なお、すでに山本が「営利組合」なる術語を使用した理由を述べた (注 33)。それは、「フランスにおける営利組合と非営利社団について」(一)『法協』第 73 卷第 6 号/昭和 32 年)中の注 (七) (676 頁)に「sociétéの規定は民法典のみでなく、商法典にも存在し、両者の関連は、甚だ明確を欠く。前者を『組合』、後者を『会社』と訳することが通例で、私も従来これに従ったが、今回は二の法典の制度の有機的連関を一層明らかにするために、敢えて société を営利組合とし、société civile を民事的営利組合、société commerciale を商事の営利組合という廻りくどい表記を用いた」とあることに着目して為したものである。

だが同氏による「フランスにおける組合法人論」『法協』第 65 卷第 4 号 (昭和 22 年)中の注 (三)に「営利組合」とは「来栖・共同相続財産について、法協 55 卷 5 号 41 頁は此の訳語を使用される」との記述があり、造語者は来栖三郎に訂正しておく。だが山本の把握の鋭さは、いささかも減じることはない。

えたとは考えられないが、以下、(主) 甲第 4 号議案をめぐる論議とその推移を追うことにする。その前に、「滄浪閣案」中の「公益法人」制度理由から枢要な部分を摘出しておく。

「自由設立主義ハ放任ニ失シ公益上ノ団体ニ対スル国家ノ保護及ヒ監督ヲ欠クニ至ル故ニ本條ニ於テ祭祀宗教慈善学問技芸其他略記セルハ単ニ公益ニ関スル社団及ヒ財団ト汎稱スルトキハ其意義稍漠然ニ失スルノ嫌アルヲ以テ独逸民法草案及ヒ瑞西債務法其他諸国ノ法典ニ往々見ユル所ノ例ニ倣ヒ特ニ法人設立ノ目的中最モ普通ナルモノヲ指示スルヲ便利ナリトセル故ナリ」⁸⁴と。これは作条した第 42(朱で 37) 条の理由書の一部である。

「公益上ノ団体ニ対スル国家ノ保護及ヒ監督ヲ欠ク」という。「公益上ノ団体」を国家が「保護」という発想は、その特殊の相においては、文書 9 において「~~公益ニ関スル目的ヲ有スルモノ又ハ其目的ノ為ニ設立シタル財団ニ特別ノ資源ヲ与ヘ~~」の如く、一端は否定されたものである。その具体的な構想は未だ熟していない。

既成民法起案者において敵視された「公益法人」は、かくて、「国家主義」に基づく「国家ノ保護及ヒ監督」の下に設立され。活動する機会を与えられる。しかし、その前に法典調査会の主査委員会審議及び総会審議をくぐらなければならない。

2. 法典調査会における審議

2-1. (主) 甲第 4 号議案 (明治 26 年 11 月 20 日配布、以下議案)

明治 26 年夏に滄浪閣 (法典調査会総裁・首相伊藤の別荘) にて起案に勤しんだ穂積には同行者があった。梅、富井の起草委員である。梅、富井の所蔵していたと思われる民法起草関係文書は先の大戦末期に双方の居宅が爆撃を受け全て消滅した。三者の間で行なわれた共同作業の実態を明らかにすることは永久に不可能である。穂積起案の「滄浪閣」案以外の草案、例えば、民法総則第一章人に関する (主) 甲第 3 号議案草稿 (明治 26 年 9 月 21 日配布) が富井によって仕上げられていたことは確かだが、その起案プロセスも再現できない。この意味では「滄浪閣」案が現存することは僥倖というほかはない。

法人制度の基本骨格に関する諸条項及びその理由という点で、「第二草案」と「滄浪閣」案との関係は、後者による前者の拡充という量的次元のもので、その異同を論じるメリッ

⁸⁴ 「穂積博士使用本」である (主) 甲第 4 号議案(4 頁) の余白には多くの書き込み (ここでは便宜的に [] に入れる) があり、その中に、[独二草 公益、慈善、社交、学問、技芸、紐ハ 391 二於 28 種ノ法人列举、「カリ」ハ 26 種ニ限ル(286)] というものがある。紐とは紐育州民法を略記したもの、「カリ」とはカリフォルニア州民法の略。他に、[瑞債 716 慈善、社交、宗教、学問、技芸其他理想的「イデアール」ノ目的ヲ有スルモノ例] という朱の書き込みがある。引用例の数に拘った跡が窺える。理由書に挙げられたスイス債務法には 6 例ある。穂積は作条の思想という点ではなく、この引例に焦点を当て「法人設立ノ目的中最モ普通ナルモノヲ指示スルヲ便利」との理由を引き出した。

書き込みのうちで特に注目されるのは、[英 Friendly Societies Act 1875 (1) Friendly Societies (2) Cattle Insurance Societies... 4 Woking Mans' Club] 等と中間法人の設置法が挙げられていることである。穂積の関心は、しかし、法人法定主義の抜書きに限られ、これら中間法人の本質を検討した節はない。

トはない。後者の案を整理した議案草稿、議案とについても同様のことが言える。ここでは甲号議案の内容を確認することに止め、第15回主査会の論議を検討する前提処理を行なう。(参照)と題された各国法令については、前に述べたように、作条の後から枚挙、整理されたもので参考事例として検討に付された形跡はない。故にここで紹介する理由はない。

① 法人章の設定理由

「本章ニ於テハ法律ノ規定……」と始まる理由は、既にわれわれに馴染みのある措辞である。上掲文書11と同一であるからだ。文書11は「滄浪閣」案段階で、1) 仏国民法は法人の存在を明記せず間接的にこれを認定するという形式であり、その他に特別法による、2) 仏法系の国々はこの方式を踏襲し、3) 「輓近公共心ノ發達及ヒ經濟上ノ進歩ニ因リ法人設立ノ必要大ニ増加シ從テ諸国ノ立法ハ特ニ法人ニ關スル通則ヲシ纏括シテ之ヲ民法中ニ掲ケルノ主義ヲ採ルニ至」り、4) 仏法に倣ったイタリアでも第2条で法人の存在を明記し、その他ベルギーは一章を法人に充て、スイス連邦⁸⁵、ドイツも然り、という文章が附加される。フランス民法については第937条 (des donations entre vifs生前贈与の諸形式)、第1712条 (第三編財産取得第七章du contrat de louage役務貸借契約、第一節総則dispositions générales) などが間接的規定の例として挙げられている⁸⁶。議案草稿段階で、「滄浪閣」案中の「輓近」を「近世」と通俗化した跡が見られるが、議案段階で復活している。

スイス民法について松本丞治が「當利法人ノ觀念」を論じる前提として紹介している件があるので引いておく。「瑞西新民法カ政治的、宗教的、學術的、技芸的、慈善的、社交的、其他非經濟的ノ任務ヲ目的トスル社団ト定メルハ我民法ノ如ク公益ナル文字ニ依リテ其目的ヲ制限スルノ愚ヲ為ササル点ニ於テ獨逸民法ノ規定ニ類セルカ如キモ經濟上ノ業務ナル用語ヲ採ラスシテ却テ經濟的ノ目的ナル文字ヲ使用シタル」と。

② 法人法定主義を採用する理由

「滄浪閣」案とほぼ同一内容である。それを踏襲した議案の校閲段階で新たに附加されたくだりを挙げておく。「認許ノ文字ハ或ハ一法人ヲ設立スル毎ニ一ノ法律ヲ制定スルノ必要アルカヲ疑ハシメ且認許トハ既ニ存在スルモノヲ認メルノ謂ニシテ法人ノ自然存在説ヲ

⁸⁵ スイス民法について松本丞治が「當利法人ノ觀念」を論じる前提として紹介している件があるので引いておく。「瑞西新民法カ政治的、宗教的、學術的、技芸的、慈善的、社交的、其他非經濟的ノ任務ヲ目的トスル社団ト定メルハ我民法ノ如ク公益ナル文字ニ依リテ其目的ヲ制限スルノ愚ヲ為ササル点ニ於テ獨逸民法ノ規定ニ類セルカ如キモ經濟上ノ業務ナル用語ヲ採ラスシテ却テ經濟的ノ目的ナル文字ヲ使用シタル」。「當利法人ノ觀念」『法協』第28巻第3号/明治43年、355頁。

⁸⁶ フランス民法における特殊な企業概念との関連で、穂積の扱いは概ね肯定できる。だが、同国での企業概念の歴史的かつ構造的分析を行なっている山口俊夫によれば、「役務貸借」は、「個人主義的自由主義体制にあつては、『企業』はそれ自体として固有の法律概念を構成してはいなかった。企業とは、生産設備、資材等の個別的所有権の集積であり、企業活動とは、資本提供者ないしその代理人によるこれら一連の所有権ないし占有権の総合的行使にほかならないものとされた。他方、企業活動のために形成される労働関係は、個々の労働者を使用者に結びつける個別的雇用契約 (louage de service 役務契約) の並列的集積としてとらえられた」という文脈で意義を有するものである (前掲注19書、『現代商法学の課題』、1677頁)。

取りタルモノノ如ク見ユルヲ以テ・・・第5条ノ後半ヲ削」った、と⁸⁷。法人が擬制に基づくという学説を措辞の次元において貫徹する姿勢は、このように明瞭である。

③「公益法人」制度理由

既に上述したので、ここでくりかえすことをしない。

2-2. 第15回主査会議事(明治26年11月28日)⁸⁸

主査委員は(主)甲第4号議案を素材に第二章、第一節中第36条より第38条まで審議し原案をすべて承認し、予決とする。第二章は決議対象ではなく、第36条(法人法定主義)から逐条審議が行なわれる。

議事録の抜書きは冗長に流れるものであるが、努めて争点を明瞭にして紹介を進める。

なお、我々が参照しうる当該議事録は日中戦争の折に司法省に保管されていた議事録を恒久保存するために原本を定本としてタイプ打ちした版である。戦時下のこととはいえ、遺憾なことに校閲漏れが随所にある。肝要なくだりで論旨から明らかにタイプミスが認められる個所中の一つは、引用者の判断で書き直した。それは、磯辺四郎が第37条の全面削除を要求して理由を開示した中に「必要ノモノヲ除ク多額ノモノハ受ケタ」(第8回総会議事)とあるが、それでは意味が通らないので「必要ノモノヲ除ク多額ノモノハ受ケヌ」とした。他の校正漏れについては、ママをルビとして振っておいた。なお、原本は大戦末期に爆撃で焼失している。

① 第36条議案

法文は「法人ハ本法其他ノ法律ノ規定ニ依ルニ非サレハ成立スルコトヲ得ス」。

ここに掲げた法人法定主義が、その思想及び措辞の上で争点となったのは当然である。措辞の面は「本法其他ノ」を削除するか否かをめぐるものであるが、民法及び特別法により法人を定めるとの趣旨であり、削除したならば体裁は悪い(梅)、説明とも感想とも見分けのつかない論議となる。

論議の推移を無視して穂積の回答を2点に絞っておく。1)「此民法デハ法律ノ規定ニ依ラザレバ出来ナイト云フ斯ウ云フ事ヲ初メニ掲ゲテ、総テ初メニ成立スル原因ト云フモノヲ認メナイト云フ積リデ、此處ニ『法律ノ規定ニ依ルニ非サレハ』云々ト書キマシタ」、法律の規定によって法人を造成する意味は、2)「明ニ37條38條ノ如ク如何ナル目的ヲ以テ如何ナル事ヲスルモノハ法人トナルコトヲ得ル、斯ウ書テアルノモ法人ノ規程ニ依ルノデゴザイマス」と。

⁸⁷ 「認」とは既にある事柄を事実として認めること。だが、草案第39条は外国法人には設立=許可という行政行為が当然にも及ばないので、認許とし、現在も残存している。

⁸⁸ 第15回主査会議事録中の該当引用箇所は、は法務大臣司法法制調査部監修「民法主査会議議事録」『日本近代立法資料叢書 13』社団法人商事法務研究会、昭和63年、391-403頁。ただし②中の引用箇所は個々に以下で挙げる。

前者は、「総テ初メニ成立スル原因ト云フモノヲ認メナイ」、つまり人民が結社の自由に基づいて団体を設立しても、それが行政庁から許可（すなわち第 37 条の意義での設立）を受けたものでない限り、社会学的事実として存在するにすぎず、よって保護も与えない、という趣旨である。かかるものは、集会結社法等の取締法規⁸⁹の対象とされることをつけくわえておく。後者は、法律は「如何ナル目的ヲ以テ如何ナル事ヲスルモノ」を法人とするかを定めるものであり、法律で法人となることを「明言シテ無クテモ」「府県制或ハ郡制ノ如ク」「財産権ヲ持ツコトガ出来ルト云フコトガ法律ニ書テアルトキハ」それらは法人と成りうる。それも「法律ノ規定ニ依ル」、と考えているのだと。要は、府県郡は財産権の主体であると規定されたとき、そのことにより法人格を取得するが、これも法律の規定に依ってのことである、という趣旨である⁹⁰。

削除に賛成する委員は少数で、原案が予決となる。

予決のあとに不規則発言があり、それは法人を定義する必要の存否についてである。穂積の回答はニューヨーク、カリフォルニア民法には「法人ト云フモノハ法律ノ創制シタル所ノ一ノ無形体デアッテ権利義務ノ主格トナルト云フコトガ書テ」あるが、それこそ「定義即教科書臭イト忽チ諸君ニ排斥」されるのがおちであり、「吾々ニ於テモ排斥スル事デアリ」、よって掲げる必要はない、と。

② 第 37 条議案

②-1. 概括討論

法文は「祭祀、宗教、慈善、学問、技芸其他公益ニ関スル社団若クハ財団ニシテ営利ヲ目的トセサルモノハ主務官庁ノ許可ヲ得テ之ヲ法人ト為スコトヲ得」。

当然のことであるが、文言の内容の確定、確認から論議が起される。1) 主務官庁に関し、その行為能力の存否、主務官庁と狭めた理由について（本野）。2) 学問とかかわり、小中学校、官立公立悉皆、ここでいう法人となるのかと（箕作）。3) 営利を目的とする財団というものとは考えられないのか（箕作）、4) 公益分野とする事例が不十分ではないのか、「今後段々殖ヘル所ノ俱樂部等ノ如キモノモ矢張り法人トスル便宜ヲ興ヘル方ガ宜クハナイカ」、そのためにこの 37 条を修正し「総テ公益ヲ目的トスルトカセヌトカ云フヤウナ事ハ取ツテ仕舞」。しかし、祭祀、宗教、慈善、学問、技芸の後に交際を加える（田部）。5) 公益即ち「国トカ何ントカ云フモノノ利益ニ限ル・・・（のか、それとも）多勢ノ利益ト云フ意味デハナイカ」、

⁸⁹ 「集会及結社法案」第 1 条に「此ノ法律ニ於テ・・・結社ト称フルハ専ラ営利商業ヲ目的トスルモノノ他何等ノ名義ヲ以テスルニ拘ラス社員ヲ募集シテ団体ヲ組成スルモノヲ謂フ」とある。『大日本帝国議会誌』第 1 巻 2 号、1868-1870 頁。本法案は政治集会を取り締まるものであり、結社そのものを敵視する治安警察法（法案審議は『大日本帝国議会誌』第 3 巻、998-1001 頁）とあいまって団体規制の中核立法を成す。こういった発想は、強制の機構がこの世に登場したときから、権力者に常につきまとったものである。

⁹⁰ 前掲注 77 書、『民法原理』（168 頁）で梅は「国、府県、郡、市、町、村・・・（について）法律ハ此等ノ団体カ権利義務ノ主体ト為ルコトヲ認ムルカ故ニ之ヲ法人ト看做サルヘカラス何トナレハ法人ニアラサレハ権利義務ノ主体タルコトヲ得サレハナリ」と、地団の存在を所与とし、その意思をもって説きうるような回答を与えている。前掲注 69 書、「法人の代理と代表」では川島は梅を「法人否認説の基礎の上で擬制説的な表現」（61 頁）をしたものと見ている。

6)「営利ト云フノハ誰ノ営利」、「法人ノ営利」か「社員ノ営利」か、との質問も出されている。

全体的な設計構想を糾し、又は設計自体を問う質問は出されていない。もっとも肝要な論点、即ち何故に当該の箇条が必要なのかという疑念が委員の間で兆すことはなかった。

第一の問いに穂積は「政府ハ或ハ法人トシテ独立ノ働キガ出来ル」と考えたゆえの質問として承ったが「政府トアリマスノヲ……主務官庁ト致シ区域ヲ狭メタ」そういった方が「直接ニ管理スル所ガ分リ易イ」と応答したのみで法人の行為能力にまつわる論議⁹¹を回避した。

第二の問いでは、公法人、私法人の別なく法人格は法律によること、しかし、これらの学校法人は民法法人に属すると穂積が回答したため論議は脱線し、官立は民法法人つまり私法人なのか(箕作)と迫られる場面がある。

第三の問いには、財団には社員が存しない、存しないので社員に利益を配分するという意義での営利性は成立し得ない、よって財団において営利を目的としうるものはありえない、という予定されていたであろう回答⁹²ではなく、色々考えたが、「私利ノ為ニシテ居ル財団ハ是迄ニモナイ、又将来ニ於テモアリ得ナイ」という経験的判断、予測ですました。

第四の問いには何の返答もない。「写條」段階から意識的に社交を放逐しているからだ。

第五の質問には、「多勢ノ利益」とする考えを直ちに首肯している⁹³。

第六の問いは、横田のもので、「営利ト云フノハ誰ノ営利デアリマスカ、法人ノ利益ハ一寸トモ目的トシナイト云フノデアリマスカ、例ヘバーノ学校ヲ建テテ金ハ取ル、之ハ全ク社員ノ営利ノ目的ト云フノデアリマセウカ」と問い、穂積は「其通りデ社員ノ利益ノ為ニ揃ヘタ社団」と応じた。

横田の質問の力点を穂積は社員の営利性が肯定されるか否定されるかと解し、その返答は「其通り」であった。この質疑の文脈からは、社員の営利の否定は明白であるが、種差概念としての公益性は法人自身の営利目的性の排除に止まらず法人自身の営利性の否定を意味するものであるか否か、明白でない。法人自身の営利性の否定肯定問題は明確性を欠き、棚上げされた結果、後にあいまいな決着に落ち着く。曰く、主たる事業としての公益事業、従たる事業としての収益事業及びその収益の本来事業への投入と。

この回答にたいし、それでは、公益に関しては法人とかかわらしめ、営利に関しては社

⁹¹ 行為能力の存否と意思能力の存否とは相即する。松本丞治は法典問答において客観的記述であるが、ブルンチュリ、ギールケ等の所説として意思説を引き、「此ノ説ハ近時ニ至リ大ニ勢力ヲ得仏国学者中ニモ之ニ傾ケル者アリ……両説ノ可否ニ至リテハ茲ニ論評スヘキノ限ニ非スト雖モ我国法ノ解釈トシテハ法人ハ意思能力ヲ有セスト論スル学者多キモノノ如シ」として、論者の代表格に富井、梅を挙げている(『法典質疑問答集』第一編民法総則全、有斐閣、明治42年、第五版、103頁)。

⁹² 『法典質疑問答集』第1編民法総則全(明治42年、初出)、日本立法資料全集別巻17、信山社、に杉山直次郎による的確な回答がある。曰く「営利法人トハ其法人ヲ組成スル者ノ営利ヲ目的トスルモノト解釈スルトキハ社員ヲ要素トセサル財団法人ニ営利法人ナキコトハ当然謂フヲ須タサルナリ」(108頁)と。

Privatstiftung(私財団)を視野に納めた回答を中山成太郎が与えている(106頁)。

⁹³ 「多数ノ利益」が「不特定多数の者の利益」に推転する実体的理由は産業組合等の中間法人の設立による。この種の量的差別化は、一定の意味において意義があるにすぎない。

員にかかわらしめることになるので「可笑シイ」し、「其他公益ヲ目的トスル社団若クハ財団」で十分に意は尽くせる、「営利ヲ目的トセサル」のくだりを削除するべきだとの異論が提出される（横田國臣）。横田の説は高木、箕作、土方の賛成を得ている。

議事はここでいったん堰きとめられる。副総裁西園寺が「学問ノ目的ハ公益ノ目的デハ無イ、国ヲ治ムルノハ目的ト思フ、夫レデ又此祭祀デモ公益ガ目的ト云フノデスカ」との所見を披露し、公益了解をめぐる論議に集中する。

②-2. 公益了解論議

西園寺の見解に対し、横田、穂積、梅の間で 37 条全体の理解をめぐる論議が闘わされる。整理すれば、1) 公益とは何か、2) 公益と非営利の関係、この二点に焦点を絞り込むことができる。双方の論点とも納得が得られる論議の水準には到達していない。論議そのものが途中で終わったという印象を拭えないが、各自の見解の分岐を確認することができる。

公益とは何か

横田は、上述の修正案を提出しただけではなく、西園寺説に「そんなものハ此処ニハ入ラヌ・・・起案者ト雖モ矢張り其積リデアロウ」とし、祭祀の類は公益には該当しないとの態度を鮮明にした。対して西園寺は「公益ニ違イナイガ、公益ト公益ニナルト云フノト違ウ、祭祀デモ其ノ目的ハ祭ルノガ目的デアル」。

穂積は、双方の発言を受け、本條には「公益ヲ目的トスルモノ」と「各自ノ利益ガ目的トスルモノガ並ンダト言ヤシナイカ」と、後に解釈で登場する形式的な思考パターン、つまり公益法人の積極要件、消極要件といった区分につながる想定をなげなく提示した⁹⁴。

梅は、穂積の発言を、鉄道を例に引いて解析する。曰く、鉄道事業は「公益事業ナルコトハ説明ヲ要セヌ事」であり、「其ノ社員トナル者ノ目的ハ詰リ金儲ケデアル」場合は本條に該当するとお考えかと横田に逆に質問を投げ返す。横田は「其ハ這入ラヌ」と応じ、梅は、だから「此ノ原案ノ如クニ『営利ヲ目的トセサル』云々ト云フノデアリマス」と誘導したものの、「若シソウ云フ論ナラバ商人デモ公益ト云フコトニナル」（横田）として、民間鉄道事業の場合を例に引く。曰く、それは「結果ガ公益デ直接ニ公益ヲ目的トスルノデアリマセヌ、夫レハ儲ケヤウト云フノガ目的デ（事業に）掛カルノデアル」として、公益の直接的目的性の論議に逸れてゆくが、土方も「私設鉄道ニアツテハ矢張り私ノ利益ガ目的デ間接ニハ公益ニナル」と横田に賛成する立場を披露した。

穂積は横田らの説を受けたかのように、「営利ト云フモノト公益ト云フモノトハ必ズシモ相反スルノデハナク、其間ニ界・・・ガアルカ無イカト云フ事ハ甚ダ六カ敷イカモ知レマセヌガ」と言いつつ、根拠も示さずに、「営利ヲ目的トセサル」を削除せよとの横田説に

⁹⁴ 前掲注 92 書、『問答集』中に杉山直次郎による回答があるが、要件は並列的である（124 頁）。

管見するところ、起草委員たちの関心は積極要件、消極要件、行政庁による許可という三要素説に置かれることはない。この種の整理は、法律実証主義的解釈に腐心した鳩山秀夫『日本民法総論』（上巻、岩波書店、大正 12 年、152 頁）が初出であろうか。

賛成できないと⁹⁵。

法文の上で一般に定義を行なうことに起案者等は一応に反対する立場であることは既に紹介した。しかし、論争の場において一定の意味を確定する道具概念を確認することなく進行する論議は不毛である。このくんだりでの収穫は、起草委員らが、1) 公益とは「多数ノ者ノ利益」、2) 第 37 条の規定は、公益そのものの側面と社員間における利益の不配分というものが「並んだ」ものとする見解を抱いていたということに尽きる。

横田は次いで、「真ノ區別デ論ジマシタナラバ」営利で区別するよりか仕事の種類で区分すべきで「営利デアル無イト云フ事ハ決シテ私ハ真ノ區別ニナラス」とし、作条構想そのものを批判した。ここで、ドイツ語かオランダ語か判断のつかない不思議な言葉を使ってドイツではと述べている。議事録に記されている「うりーどやふ」は、後で学問と月謝を語るくんだりで「うゝいるとや一ふ」と記述され、どうやらヴィルトシャフト *Wirtschaft*、経済、節約と見当をつけることができた。「みつとぐりーど」は *Mitglied*、社員。しかし、ドイツ草案の当該の条にこの文言はない。

梅：公益と非営利の関係：真の対立は非営利対営利

梅は横田の説に同意できないとして、ドイツ第二草案第 23 条を朗読している（議事録に記載されている外国語のバラグラフは一部ドイツ語らしくもあるが、相当に支離滅裂な表記となっている。しかし、なんとか判読した結果、23 条であることが確認できた。）「（この草案では 引用者、補）公益ト云フ字ハ此方ニハ使ツテナイ、広ロイ言葉ニ先ズ営利ヲ目的トセザルモノト云フ方ノ意味ニ書イテアリマス、営利ヲ目的トセザルモノハ皆云々ト斯ウ云フ風ニ言ツテアリマス又此方ガ宜シイト思ヒマス」と。これが第 23 条の誤解に基づく誤訳であることは既に触れたので先を急ぐことにする。

「夫レデ私共上ノ公益ニ関スルト云フ事ハ丸デ公益ノ無イモノハ法人トナル事モナイト云フ精神ヲ初メニ顯ハシタ方ガ宜イト思ヒマス」と。これは、決定的に重要な発言である。第一に、公益性のないものは法人に値しない、第二に、その精神を「祭祀、宗教」等と記し箇条の初めに顕現させた、というのである。この発言の真意は次に明らかである。

「夫レデ其自安ハ何処ニアルカト云ヘバ、営利ヲ目的トスルトシナイト云フ方ニアリマエ、即チ営利ヲ目的トスル方ガ 38 條営利ヲ目的トシナイ方ガ 37 條ニ依ル、斯ウ云フ風ニシタ方ガ宜シイト思ヒマス」と。すなわち、梅ら起草委員は、23 条の文言 *Ein Verein, dessen Zwecke nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist*（経済上の業務を目的としない）を「営利ヲ目的トセザル」と読み込んだとしても、梅は、ここでまず、人事編起案者熊野の見地と同様に、公益性とは法人に値する団体一般に帰属する性格として位置づけ、第 37 条と第 38 条との「真ノ區別」は営利性の存否にあるとの理解を提示したことになる。

⁹⁵ 前掲注 84 で紹介した「書き込み」の中に鉛筆で「横田・・・「営利ヲ目的トセザルモノ」ヲ削レ」がある。穂積が回答を避けた事情について、ある種の想定が可能である。端的にいえば、公益と非営利とを非営利に即して比較すると後者が類的概念で、又は外延の大きいものであると自覚しつつも、敢えて前者を焦点とする積極的な見解を用意するに至っていなかったということである。この点で梅の見解は正鵠を射たものである。

前者でいう公益とは類的概念として、後者の引例で想定される公益は種差として把握しておいてよいであろう。

法人章の起案者である穂積に対し、この指摘を受け確認を求められるべき論点は一つしかなくなる。すなわち、公益対私益でもなければ、非営利対営利でもなく、公益と営利とが正対するのか、ということである。

土方は「公益ト云フノト営利ト云フノトハ正反対デ、営利目的トシナイモノハ即チ公益ヲ目的トスル云フオ考ヘデアリマスカ」、また、「祭祀カラ^マず^トと技芸マデ・・・列挙シテアルモノハ無論公益ヲ目的トスルト云フ」のかと。第一点につき、穂積は直截の回答を避け、不得要領な答えを繰り返すのみである。第 37 条と第 38 条とは表裏の関係にあるので、本条で法人となすことのできないものは他の条に従わなければならないと。第二点には「是等ノモノモ公益ノツノモノデアル」、つまり列挙されたそれぞれが公益を目的とすると。公益法人と営利法人の規範適用関係上の「表裏」を述べたからといって、公益が営利に正対することを意味しない。双方がクリアな対抗関係に位置しないのであれば、同時に双方に帰属し、又は帰属しない団体が出現するのは当然である。

箕作は、梅の説明を誤解した節があるが、穂積の構想した公益対営利の正対説を引きつつ「独逸ノ草案デハ公益ヲ目的トシナガラ営利ヲ目的トスルモノモアル、営利ト公益トヲ目的トスルモノモアルト云フコトデアリマシヨウカ」と、発言の真意は伝わるものの意味不明の質問を投げた。論議の進展具合を前提とすると、箕作の本来の意図は、1) 法人に値する団体は類概念としての公益性を有する、2) 種差概念としての公益は、箇条に関する穂積の説明によれば、商行為概念の要素としての営利性（剰余の社員間における配分）を排除する、そうであるのであれば、3) ドイツ草案第 23 条に掲げられた法人は穂積の言う、つまり種差概念としての公益法人であるとして法人自身の営利つまり商人概念の要素としての営利性（収支の差額の利得）は排除されるのか、されないのか、というものであったろう。

しかし、質問は要領を得たとは言えず、穂積に軽く一蹴されている。穂積は第 23 条を朗読し（ここの欧文パラグラフにも奇怪な単語が並んでいる）「独逸ニハ営利ニ非ザルモノハ必ズ公益トカ、夫レカラ公益ハ営利デハナイトカ云フヤウニ、斯ウ云フ事ニ決シタヤウニハ解シカネマス」⁹⁶と。上述したように種差概念としての公益は法人自身の営利性を否定すると穂積が明確にしていないのは、あるいはこういったドイツ草案の読み由来するのかもしれない。

ここに予決機関としての主査委員会での論議が打ち切られ、採決に付される。議題は横田提案を可とするか否かで、否決され、第 38 条（営利法人は商事会社の規定に従って法人と為すことができる、との箇条）の審議に移る。

当面の検討対象ではないが、第 38 条（営利法人）と関連し、民事会社の規定を組合に変換する前提となる理由が掲げられているので引いておく。曰く「本案ニ於テ営利的団体ハ

⁹⁶ ドイツでの論議は、既述のように、*wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb* をめぐるものであって、それは経済上の利益を目的とし、又は経済上の利益を享けることを要件とするか否かを争点とするものであった。当時の一つの整理として、前掲注 85 書、「営利法人ノ概念」を参照のこと。

其資本ヲ株式ニ分ツト分タサルトニ拘ハラヌ苟モ法人ヲ組成セント欲スルトキハ商事会社ノ規定ニ從フヘシトセル理由ハ主トシテ (一) 其目的ノ商事会社ニ同シク利益ノ取得ニ在ルコト、(二) 法人タルトキハ公益上其事業ノ商事タルト非商事タルトニ拘ハラヌ均シク保護及ヒ取締ヲ要スルコト (三) 其設立、解散及ヒ社員間相互ノ間接並ニ第三者ニ対スル社員ノ権利業務等ニ関シテ必要ナル規定ハ概ネ商事会社ノ規定ニ同シキコト等ニ在リ但本條ノ規定カ農業、漁業其他ノ非商事団体ニ関スル特別法令ノ効用ヲ妨ケサルヤ固ヨリ論ヲ俟タサルナリ」⁹⁷と。

2-3. 第8回総会議事 (明治27年1月26日)⁹⁸

ここにおいて第15回主査会議で予決された議案が審議される。激しい論戦であった様子が議事録の端々に窺える。論議は、起草担当者穂積が孤立無援で奮闘する不思議な流れとなった。主査委員会で鮮やかな切り口をもって弁じた梅はひたすら沈黙を守る。この日大阪天満紡績で前近代的な労務管理に反発した労働者数百人の行動は騒擾と化し、警察隊が鎮圧に出動した、と新聞が速報している。

① 第36条議案

末延他が異見を述べるが、総裁伊藤は「本條ニ付イテ別ニ御異見ハアリマセヌカ」と言うのももどかしげに直ちに可決を宣告し次条の審議を促している。審議の雰囲気忍ばせる議事運びである。

② 第37条議案

南部委員が主務官庁の許可を経てというくだりの削除を言い立て、末延が賛成した。よって起案者からの説明が必要となる。削除の理由は、商事会社の定款の認可業務ですら円滑さを欠いている現状に照らし、許可を要するとなると事務煩雑を極め「公益ニ関スル法人ヲ作ルニ付イテ差支ヲ生ズル」という実務処理の見地からのものであった。

穂積はここで始めて文書8に掲げたと同趣旨の理由で許可が必要だと回答する。曰く、「祭祀、宗教、慈善、学問、技芸等ノ如キモノハ最モ公益ニ重イ関係ガアル……商事会社……トハ其性質ヲ異ニシテ居ルノデ最モ行政上ノ監督ヲ要スル事柄デアリ……悉ク宜イ事ノヤウニ聞ヘマスケレドモ其実際ニ於テ国政上行政上社会上種々ノ関係ヲ有スル事デアリマスカラシテ……公益ヲ主トスル所ノ法人ハ必ズ行政ノ監督ガナケレバナラヌモノデ……一度行政上ノ取調ヲシテ果シテ其言フ所ノ事ガ公益ヲ進捗スルニ足リルモノデアリトスレバ之ヲ許ス」という趣旨であり、「之ハ元ノ儘ニ存シテ置カレンコトヲ希望」と付け加えている。

⁹⁷ 法務大臣司法法制調査部監修、民法第一議案「(主)甲第四号議案」『日本近代立法資料叢書 13』社団法人商事法務研究会、昭和63年、45頁。

⁹⁸ 第8回総会議事録中の該当引用箇所は、法務大臣司法法制調査部監修「民法調査委員総会議事録」『日本近代立法資料叢書 12』社団法人商事法務研究会、昭和63年、251-259頁。

磯辺四郎: 全面削除を主張

ここから本格的な論争が開始される。口火を切ったのは磯辺四郎であり、彼は 37 条の全面削除を唱えた。彼の論拠は広範にわたる。1) 祭祀宗教「トカ云フ如キ種類ノ社団ヲ組織スルニ付イテノ規則」は「36 条以下ノ規則ヲ以テ支配セシメテ」も全く不十分で、2) 当該の社団等は穂積が言うように「行政司法ニ関係スルモノトカ又私権ヲ離レテ私権ノ問題ハ枝葉」⁹⁹として処理されるのであれば特別法に則るべきであり、3) 「同一ノ規則ヲ以テ支配スルコトガ出来ルカ出来ナイカト云フ」点からは祭祀宗教は一の規則で充分であるが、慈善は「奢侈ニ渉ルヤウナ社団ニナツテハ往カヌト云フヤウナ次第カラ・・・寄付金ヲ受ケルニ付テノ規則デゴザイマスルトカ・・・必要ノモノヲ除ク多額ノモノハ受ケヌ方ガ宜シト云フ・・・制限法」が外国にもあり、学問、技芸についても同様であり、4) 「是等ノ法人ニ対シテ許可ヲ受ケルトカ受ケナイトカ云フ事ノ如キ、唯細則め一た (ママ) 事柄ハ此ノ大体ヲ旨トスル総則中ニ入レラレルモノデハナイ」ので引例された社団はすべて特別法によるべきで、5) それは第 36 条の趣旨にも合致する。6) 第 37 条自体が第 36 条を「御設ケニナツタ精神等ニモ違ツテイル」とも考えると¹⁰⁰。

穂積の反論: 法人設立における「国家主義」の固守

磯辺異見に小笠原貞信の賛意が表され、穂積は、上述した異見の 3) ないし 6) について回答を与えている。切り出しはこうである。第二章は法人通則を設けたものである。特別法が必要なことは承知している。しかし、「民法上斯ノ如キモノガーノ法人トナツタ時ニハ之ガ財産ヲ有シ又私法上ノ義務モ負」うのでここに成立条件を定めて置かなければ特別法で「権利ヲ得義務を負フ」条件を掲げられないとし、通則規定を置く必要を述べた。4) に対する反論は「何ウ云フ具合ニシテ設立スルコトヲ得ルカト云フ箇条ハ丸デ此一箇条ガアリマセヌケレバナクナツテ仕舞ウ、夫レデハ此頭ガ無クナリ精神ガナクナルヤウナモノデアル、夫故ニ此條ガナクナレバ此第二章ト云フモノハ殆ド其魂ヲ抜イタヤウニナツテ来ル」というものである。

⁹⁹ 「私権ヲ離レテ私権ノ問題ハ枝葉」とは穂積の起案思想を評してのものである。「私権ヲ離レテ」とは民法の規定目的から逸脱しているとの意味で、「私権ノ問題ハ枝葉」とは主務官庁の許可が 37 条の規定の眼目であると喝破しての謂い。

「枝葉」は以下の箇条にも関連する。第 41 条 [定款の変更] の立法理由に「定款ノ条項ハ設立許可ノ条件ト為レルヲ以テ若シ擅ニ之ヲ変更スルコトヲ得ルモノトスレハ国家ノ監督権ハ為ニ有名無実ナルニ至ラン故ニ其変更ハ更ニ主務官庁ノ許可ヲ得ルニ非サレハ効力ヲ有セサルモノトナセリ」とあり(主) 甲第 4 号議案、上掲注 35、47 頁)、第 51 条 [財産目録、社員名簿] については、「本條ノ規定ハ専ラ公益ヲ目的トスル法人ニノミ適用ス而シテ社員各自ノ利益ヲ目的トセサル法人ニ於テハ殊ニ其監督ヲ厳ニシテ其財産ノ濫用ヲ防止セサルヘカラス」というのが本条の規定を要する所以であると(同上、52 頁)。

主務官庁による監督規定(第 66 条)の設定理由において予防的取締的トーンは最高潮に達する。「法人ハ総テ公益ニ関シ其業務ノ景況如何ハ国家ノ治安及ヒ經濟ニ影響ヲ及ホシ公衆ノ利害ニ関係スルコト頗ル大ナルヲ以テ行政上ノ監督ヲ要スルモノトス 本條ハ法人設立ニ主務官庁ノ許可ヲ受ケシメ又主務官庁カ許可ノ取消ヲ為スコトヲ得ルノ條ト照応シテ法人設立ヨリ生スル濫弊ヲ防御スルノ旨意ニ出タルモノナリ」(同上、57 頁) と。

¹⁰⁰ ここでいう精神とは、理由では人事編第 5 条を改正したものと言いつつも、同条で予定していない「許可」制度を軸とした法人の設立を規定したという意義で改正限度を超えている、という意味。

当該の回答の主眼は、公益増進を目的とする法人制度整備ではなく実は「何う云う具合ニシテ設立スレコトヲ得ルカ」つまり法人設立において「許可」を媒介とする国家的干渉、「国家主義」の防衛であることがわかる。営利社団以外のすべての法人を、社団財団の別なく行政の許可にかかわらしめる、その許可対象として、引例を行なわないという基本姿勢に反してまで祭祀宗教慈善学問技芸等とその事業の類的性質を確定し得ない分野を掲げたことが判明する。列挙された分野は、それ自身が私的制度としてありながら、「許可」を経て法人に造成されることにより、価値観を物象化し、制度化するイデオロギー機構として人民を直接に捉え、国家へのその包摂を日常的に担保するものとなる。

第6の異見に対する説明は何者をも納得させえないもので「第36条ノ精神ニ従ツテ此第37条ガ出テキマシタ」というだけである。

岸本辰雄：此箇条ハ余程危険ナ箇条

岸本辰雄は「此箇条ハ余程危険ナ箇条デ随分英断ヲ以テスノ如ク制定セラレタモノデアル」との所見を披露した。削除説を提出する勇氣はないと言いつつ、民事会社にあるような規定もあり、当該社団等は民事上の会社となってその規定に従うのか、それとも別種の団体として「唯法人ト見テ（これらの規定を）置クノカ」、その趣旨は何であるかと糾す。岸本が言う「英断」とは、フランス法学者としてローマン・カトリック系の公益法人の無道振りを念頭に置いていたことによる。無謀にも、といった感想に近い¹⁰¹。

穂積の回答は丁寧なものであった。岸本の質問の趣旨を民事会社の規則を揃えるものであるのかという質問として了解したとし、民事会社の構造原理つまり、1) 財産上の契約関係、2) 契約であることにより契約の章で定める、3) 民事会社それ自身は法人ではない、4) 当事者の意思で法人化できるとしながらも、5) 民事会社に関係すること即ち「利益ヲ目的トスルモノ」は第38条に規定し、第37条にあるのは公益法人の規定であると。

岸本は、「然ラバ此37条ト云フモノハ随分危険ノ箇条デハナイカ」と再度懸念を表している。それは、泡沫団体の倒産にからむ債務処理に裁判所が忙殺されている現状を説明しつつ公益法人の乱造が裁判実務の混乱に拍車をかけるとの懸念にかかわる。主務官庁が設立許可申請に鷹揚に対応することを想定したものであり、「今日ノ儘デモ之ヲ法人トシナイカラト云ツテモ別ニ不都合ナ結果ヲ見ナイ・・・旁々以テスノ如キ危険ナ條ハ寧ロナイ方ガ宜シイ」と、法典化の水準での論議とは言いがたい、ポイントのずれた感想で締めくくられる。

磯辺四郎の反論：行政主官の支配が永続する

当然にも磯辺四郎は削除説に賛成を得たけれど、岸本とは「其精神ガ丸デ違ウ」とし、主務官庁の許可を得て設立される団体であるとなれば法人となっても「純然行政主官ノ監

¹⁰¹ ただし、問題は、教会に死手譲渡された不動産、財産等が市場から排除され、結果として財貨が有効に社会化されないといった論点に及んでいないことである。

督ヲ受ケテ往カナケレバ独立シテ往クコトガ出来ナイ、實際上ニ於テ危険デアル、又公益ニ関係スル丈従ツテ此行政主官ノ監督ヲ離レルト云フト危険ノ社団デアル、シテ見ルト云フト、其ノ性質上ニ於テハ公法人デナクトモ實際ニ於テハ公法人ノ部類ニ属シテ所謂行政主官ノ支配ヲ常ニ受ケテ往カナケレバナラヌ社団」になる。ところが、民法は私権を規定するものである。だが、「一ノ財産ガアツテ其財産ヨリ権利ヲ得義務ヲ負フ事ガ偶々アル」との口実で 37 条を設けるとするのは本末転倒であると。

磯辺が懸念したのは、設立される法人の独立性、自立性が行政主官により否定されることであり、そのために「主務官庁ノ許可得テ之ヲ法人ト為スコトヲ得ルト迄踏込シテ御規定ニナルト普通ノ定則ニ差支ヘラ生ジハシマセヌカ」という深刻な疑問を提示しつつ、これこれの営利を目的としない法人は特別法によるとする、それで充分であると結ぶ。

穂積：団体ヲ取締ル箇条ガ 37 条

穂積は岸本、磯辺に対しコンメンタールまがいの回答を続けた（よって省略する）上で、ついに決定的な言葉を口にする。曰く、「社会ガ段々進ミ往クニ従ツテ色々ノ団体ガ出来ル、夫レニ付イテノ権利義務ヲ取締ル所ノ民法上ノ事ガナイト不都合ト思ヒマヌ……何シテ種類デモ主務官庁ノ許可ヲ要スルト云フ通則丈ヲ挙ゲタノデアリマヌ……若シ本條ヲ削ラレバ此第二章ト云フモノハ其結果トシテ廃案ニナルト同ジモノデアラウト思ヒマス」と。解説の必要はないと思うが、穂積は、1) 団体取締の箇条として第 37 条を構想し、2) 営利を目的とする団体以外の法人化はことごとく主務官庁の許可を要し、主務官庁が法人と為さしめる、との思想をここに表明したことになる。

磯辺四郎：余程過激ナ御論ガ出マシタ

「余程過激ナ御論ガ出マシタ……脅迫的ナ御論ト云フヨリ外ハアリマセヌ」

一方で営利法人を規定するのであれば他方で非営利法人を規定すれば済むはずであるのに、「起草委員カラモ尚一層此上取締ヲ厳ニシナケレハナラヌト云フ御考へ」なのであれば、「唯許可ヲ要スルト云フ事丈ノ為メニ是丈ノ條ヲ挙ゲルノ必要ハアリマセヌ……何ウカ此 37 條ハ御削除アルヤウニ偏ニ希望致シマス」と。これをもって磯辺の異論開示は終わる。

穂積：此 37 條ガナイト法人ガ生マレヌ

穂積は、「此 37 條ガナイト法人ガ生マレヌ、法人ガ生マレヌト……全体ガナクナルト申シタノデアリマス」と、独白めいた応答をなしただけである。だが、その数秒後に採決に付され、ここに功罪あいともに有する公益法人 100 年の歴史が開始される。

3. 小括

法典調査会の論議を手がかりとし一定の論点を整理しておく。

3-1. 公益法人制度設計の理由及び目的

理由は明白である。それは、1) 法人制度を必要とする時代の趨勢として説かれる (2-1 参照)。目的は、2) 「主務官庁ノ許可」を設立要件とする点において規制的取締の本質 (文書 8 参照) を示す。

制度設計理由に関し少なからぬ著書で説かれる基本的な内容は以下である。

「社会ノ進歩スルニ従ヒ一方ニ於テハ各個人ノ独力ニ依リテ成就スルコト能ハサル公益上又ハ私益上ノ事業ハ日ニ月ニ發生スルト同時ニ他ノ一方ニ於テハ戮力協心以テ公私ノ事業ニ従事セントスル公共心ハ各個人ノ間ニ益發達シ殊ニ輓近經濟上ノ進歩ニ因リテ一層各人ノ公共心ヲ増長セシメ諸種ノ社團若クハ財団カ続々勃興シテ殆ント停止スル所ヲ知ラサルモノノ如」¹⁰²き状態にある。

設計理由のくんだり、即ち公私の事業に従事しようとする公共心を、営利法人を含む各種法人・財団の盛んな設立の動機とする把握は今日においても妥当する。故に、かかる設計動機は類概念としての公益の承認、したがって法人法の制定に繋がりうる。

だが、設計目的は公共心の自由な展開、実現を保障するものではない。法人法定主義、つまり、法人の人格的成立の根拠は国家の意思にあるとする観念に一定の歴史的合理性を認めるにせよ、時代の支配的イデオロギーは結社の自由一般を否定する傾向を有し、団体規制の法秩序の構築を要請するものであった。したがって、主たる関心は臣民の公共心を主権者たる天皇を頂点として階等秩序的に編制された国家の意思に包摂することであり、国家の意思に沿わず、対立する団体には社会的生存すら承認されることがない。

こういった設計思想に異を唱えた者は法典調査会では少数で、フランス法系統の学者、法制官だけである。公共心を法人設立の主義において規範構造に媒介する観点は、しかし、何人も持ち合わせなかった。

3-2. その構造

① 公益と営利

正対性において捉えたのは穂積そして主査会の多数であるが、こういった判断は「単独起案合議成案」を基本方針とした起草委員たちの間で最後まで合意に達していない。それは、真の対立は非営利対営利とした梅見解に明らかである。

② 類概念及び種差概念としての公益範疇

公益は類的次元で、すなわち、営利会社を含め法人たるに値する団体に共通する性格として、同時に、引例として示された諸分野つまり種概念の次元でも把握された。

後者においては、厳密には、そのものとしての公益性が確認されたわけではない。「二関

¹⁰² 穂積陳重、富井政章、梅 謙次郎校閲、松波仁一郎、仁保亀松、仁井田増太郎合著『帝国民法正解第一編総則』、明治 29 年、270 頁。富井政章『民法原論』第 1 巻総論、訂正第 4 版、有斐閣、明治 37 年 10 月、183 頁。梅 謙次郎、前掲注 15 書、『民法原理』、167-168 頁。

スル」、「ニ為ル」といった偶発性、仮言的・条件的関係性に着眼して了解されたにすぎない。故にその水準では個々の引例に共通する内包を公益と概括せざるを得ない。他方で個々の引例(例として宗教)においても公益目的性は仮言的に成立しうるにすぎない。よって、例えば祭祀は公益を目的とするということは偶有性の虚偽となる。これこれの祭祀団体が何々を為すについて、当該行為が公益「ニ関スル」ということから、祭祀団体一般が、その一般的行為において公益「ニ関スル」と言えば、その虚偽性は判然とするだろう。

故に、種差水準での公益目的性は蓋然判断の水準に止まるものと言える。公益性の確認は法制官に、公益性の存否を決定し法的干渉保護に任ずる権限は行政官にあり、故に、公益法人の取締、監督の主体は「公共心」を拘束し国家戦略を実現する水路に誘導する。

国策の見地から神社を宗教に該当させず、民法施行法 28 条により「寺院、神社、祠宇及仏堂」に法人化の道を閉ざすことができたのは、公益法人の真の設立者が国家であるということを実証する¹⁰³。実に今次大戦の開戦(寺院)又は敗戦(神社)に至るまで、財団法人並みの処遇は与えても法人格を国家が許可することはなかった。

公益は、因みに、講学的には、「多数ノ利益」であることが確認された。

③ 公益及び非営利を要件とする第 37 条 (現行第 34 条)

前者に就いては上述した。後者は、剰余の社員間における非配分として理解された。つまり、商行為概念の要素としての営利性は、ここでいう非営利と対立するが、商人範疇の要素としての営利性が同様に対立するとの印象があったにしても、前者ほどには明確ではない。ここから主たる事業、従たる事業という論法が成立してくるのであろう。

ここでの論議の不透明さは非営利・非公益の中間法人に関する多くの問題とも関連し、先に、序章で示したように、今に至るも全体として解決を見たとは言いがたい。一言にして述べれば、非営利とは剰余の配分に与らないという同義反復紛いの理解が行きわたっているからである。

エピローグ

戦死傷 2 万数千名を算する激闘のすえ沙河戦線を維持した日本軍がロシアに対し持久戦に入る頃、対露開戦を強行に主張した帝大七博士の一人富井は、法人制度設計の失敗を認め「或ハ独逸民法ニ於ケル如ク経済上ノ目的ヲ有スルト否トニ依リテ区別スルコト至当ニ非サリシカ」¹⁰⁴と深刻な反省の念を吐露した。

¹⁰³ 林 寿二『公益法人論』(湘南堂書店、昭和 56 年)は、民法制定から宗教団体制定を経て宗教法人令制定に至る過程及びその後を歴史的に分析する(32-45 頁)。宗教法人法の制定に至るまで当該分野の法人化が進展しなかった事情については法社会学的検討を要する。

前稿において引例分野がヘゲモニー装置に属するとしたが、当該の装置は思想信条の自由、公共圏、コミュニケーション等を対概念とするもので、この意義で戦後日本において始めて政治的社会的意味を持つ。敗戦後における公益法人の爆発的増加の決定的要因はかかる連関のうちに求めることができる。

¹⁰⁴ 富井政章、前掲注 103 書、『民法原論』、198 頁。富井は「公益法人ハ公共ノ便益ヲ目的トスルモ国家ノ公務ヲ行ナフモノニ非ス公益事業ハ決シテ国家ノ占有物ニ非サルナリ公益法人ハ常ニ私ノ事業ヲ営ムモノト見ルヘシ唯其目的カ公益ヲ計ルニ在ルカ故ニ国家ハ一定ノ条件ヲ以テ之ニ人格ヲ賦与スル」(196 頁)と述

日清戦役の折に法典調査会で激しく闘わされた論議を回顧し、それを遼陽沙河の戦いに重ね合わせることがあったろう。胸中に去来した思いは、果して、何であったろうか。時に、惨敗を喫する第二回旅順要塞総攻撃に先立つこと数旬前のことである。

べ、穂積に微妙に異なる見解を蔵していたことを窺わせる。1) 公共性の国家独占を否定しつつ、2) 私的事業を行なうものであるが、3) 「唯其目的カ公益ヲ計ルニ在ルカ故ニ」法人格を国家が与えるのだ(196 頁)。

制度設計が不十分であったという思いは「法人ニシテ同時ニ公益及ヒ營利ヲ目的トスルモノナキコトハ疑ナキ所トス然リト雖モ公益ヲ目的トセサルモノハ必ス營利ヲ目的トスルモノト解スヘキヤニ付テハ疑ナキ能ハス例ヘハ産業組合又ハ相互保険ノ如キハ其何レニモ属スルモノニ非サルヘシ」(198 頁) という文脈において兆した。