

近時の法人制度に関する諸立法について

はじめに

近時、法人制度においては、有限責任団体多様化の流れと、会社法に見られるガバナンス改革としての執行者を中心とする内部組織の柔軟化の流れが存する。有限責任団体制度多様化とは多様な有限責任団体の簡易な創設可能性による事業（営利、非営利）の活性化であり、会社組織の柔軟性とは取締役を中心とする機動的な会社組織を可能とすることによる事業の活性化であり、諸団体の資金調達の容易化と併せて、いずれも法人制度自由化による事業の活性化を目的とするものである。一般社団法人法も公益法人の問題点を是正すると共に非営利活動の活性化というこの流れに沿って制定された。その他、法人制度には多くの特別法が存するのであるが、近時の法人諸立法は一定の方向性を示すものである。

このような傾向において、問題となるのは、共同事業型団体においては従来無限責任が通常であったのであるが、そのような場合に有限責任制度を導入することによって、第三者に対して責任を負うべき者が負わなくなる場合が生じうる点であり、また、擬制的法人の容易な設立においても同様の問題が生じる。さらに株式会社を中心とする法人

一般について、法人を擬制的に捉えると共に、所有と経営が分離するなど構成員の意思とは離れた団体が多数生じることによって、法人格自体を濫用する問題が生じると共に運営組織の独善的利用という内部的問題が生じ、さらに、業務執行者を中心とする集権的組織であるために、活動に対する監督機構が機能しにくいという問題点があり、この組織上の問題点は執行者の責任軽減化によってさらに顕著な問題点として現れると考えられる。これらの近時のあり方は事業活性化を重視するあまり法人制度の有する危険性を考慮しないものであると考えられる。即ち、執行者の権限濫用の問題、集団内部の不健全な形態、団体が構成員の意思から離れることに基づく問題であり、構成員の権利と責任の問題である。このように自由かつ簡易な法人制度(法技術としての法人制度)は多くの問題点を含むものと考えられる。

以下、まず、社団についての近時の法人諸立法の流れを概観し、特徴的な点を取り上げ、そして、上記問題点に関して、団体の行為と責任を内部関係から捉える視点に基づき考察していく(ここでは主要な団体のみを取り上げる)。また、信託法も近時改正され、大きく変わったのであるが、事業目的での利用も念頭に置かれており、この信託との比較考察も有益である。¹⁾

なお引用条文は数字で表すが、それぞれの項目において民法(旧規定)、会社法、一般社団法人法などを意味するものである。

一. 近時の法人制度多様化に関する立法概観

1. 公益・中間目的の法人

公益法人制度改革については以下のよう⁽²⁾に述べられている。

「1. 改革の目的と検討の方向等

我が国においては、個人の価値観が多様化し、社会のニーズが多岐にわたってきている。しかし、画一的対応が重視される行政部門、収益を上げることが前提となる民間営利部門だけでは様々なニーズに十分に対応することがより困難な状況になっている。

これに対し、民間非営利部門はこのような制約が少なく、柔軟かつ機動的な活動を展開することが可能であるために、行政部門や民間営利部門では満たすことのできない社会のニーズに対応する多様なサービスを提供することができるとして民間非営利活動は、社会に活力や安定をもたらすと考えられ、その促進は、二一世紀の我が国の社会を活力に満ちた社会として維持していく上で極めて重要である。」

「2. 新たな非営利法人

(1) 一般的な非営利法人制度の創設

現行の公益法人制度は法人格の取得と公益性の判断や税制上の優遇措置が一体となっているため、様々な問題が生じている。

このため、法人格を一定の優遇措置と分離し、公益性の有無に関わらず新たに非営利法人制度を創設する。

この非営利法人制度は、民間の非営利活動を促進するため、準則主義（登記）により簡便に設立できるものとし、そのガバナンスについては、準則主義を採る現行の中間法人や営利法人を参考にしつつ、法制上の在り方を検討する。」

(1) 中間法人法

公益も営利も目的としない中間的な団体について、権利能力なき社団として判例法に委ねるのではなく、法人格を取得し、目的、組織にふさわしい規律に服することになると構成員たる個人・法人が団体活動に参加し、利益を享受でき、第三者の保護も図られることになる³⁾とし、また不特定多数の利益を目的としない非営利団体に公益法人として許可が与えられることに対して批判があるなど健全な公益法人制度の発展にも資するとする。

(2) NPO法人

「特定非営利活動を行う団体に法人格を付与すること等により、ボランティア活動をはじめとする市民が行う自由な社会貢献活動としての特定非営利活動の健全な発展を促進し、もって公益の増進に寄与することを目的」(法第一条)として非営利活動の活発化のために認証主義による設立を可能とするNPO法が平成一〇年に規定された。

特定の非営利活動を目的とする場合に認証による設立を可能とし、理事による業務執行、監事、行政庁の監督、情報開示が規定され、他は民法が準用されている。また、認定により税法上の特例を受けることができる。

(3) 一般社団法人法

民間が担う公益を積極的に位置づけ、その活動を促進するとともに、公益法人に関する問題に適切に対処する観点から、公益法人制度が抜本的に見直された。今までの中間法人制度に代わって(無限責任中間法人は一定期間内に有限責任である一般社団法人に移行する)、剰余金の分配を目的としない一般社団法人、一般財団法人制度を設け、公

益認定を受けることによって、公益社団法人、公益財団法人となり、税制上の措置を受けることができる。⁽⁴⁾

2. 共同事業型有限責任団体

(1) 有限責任事業組合

多様な形態の共同事業を振興するために、外国におけるLLP、LLCを参考に、我が国においても出資者の有限責任（それに伴う債権者保護規定）、内部自治原則（損益・権限の配分、組織の柔軟性）、構成員課税の行われる団体の創設を目的として、民法上の組合の特例として有限責任事業組合法を制定した。⁽⁵⁾

(2) 合同会社

新たに合同会社を設けたことについて、創業の活性化、情報・金融・高度サービスの振興、共同研究開発、産学連携の促進等を図るため、出資者の有限責任が確保され、会社の内部関係については組合的規律が適用されるという特徴を有する新たな会社類型の創設とする。原則として社員の全員一致により重要な意思決定が行われ、各社員が業務執行にあたる。社員は有限責任であり、株式会社と同様の債権者保護手続が存する。組織については柔軟な設計が認められる。持分譲渡についての制限が存する。⁽⁶⁾

3. 会社法

多様な事業活動、その他の活動に対応するために法人制度の改革が行われた。法人の多様化については少人数の事

業形態間での競争が予想されるとされる。⁽⁷⁾

戦後の商法改正の特徴として、ファイナンス分野での規制緩和、ガバナンス分野での規制強化、企業組織再編整備が挙げられる。二〇〇一年以降において、ファイナンス分野の規制緩和、ガバナンス分野の多様化の他に、IT対応、クロスボーダー取引対応、ベンチャー企業支援が挙げられている。そして実態として、経営の自由度が増し、その分説明責任が増しているとされる。また、議員立法という形で立法化されるものが多いと共に、特別立法の先行が特徴としてあげられている(特別法としてやってみて、うまくいくようならば商法のルールとする)。⁽⁸⁾

会社法については、定款自治の拡大(規制緩和)、企業再編・起業の容易化(ビジネスニーズに応え、経済活性化)、株主総会・取締役会開催の簡易化、監査役不設置会社の容認、最低資本金の廃止(企業の実態に合わせる)と言われる。⁽⁹⁾

4. 投資のための法人制度

(1) 投資事業有限責任組合法

民法上の任意組合が、組合員の無限責任制度のために十分な資金調達をなしえない、組合員に対する財務諸表等の情報開示が法律上担保されないという問題を克服するためにその特則として、一九九八年に中小企業等投資事業有限責任組合契約に関する法律が制定され、TOB型事業再生、DES先行型事業再生、債権取得型中小企業再生、出融資融合型などの多様な事業再生、ベンチャー支援に対応するために二〇〇四年に抜本改正された。⁽¹⁰⁾

主たる改正内容は、投資対象・手法の拡充、投資家保護ルールの導入である。

(2) S P C 法

資産の証券化における導管体について、これまでケース・バイ・ケースで組合、信託が設置され、それぞれに応じた規制が行われ、海外 S P C も利用されてきたが、S P C 法はこのように各業態ごとにタテ割り分散所管されていた証券化を横断的、包括的にカバーし、導管体を格段に設置しやすくし、国内の空洞化を阻止する意義があるとする。法制整備の基本的態度について、投資家保護、発行者、投資家のニーズに応じた商品開発の促進、資本市場の健全円滑な発展のために、証券化関連商品に係る一般的な枠組みとして投資家の自己責任原則を前提としたディスクロージャー制度、取引の公正確保のための規制等を整備することが望ましいとされる。

具体的な形態としては、他業務を行えず、投資家（優先株主、社債権者）保護を重視した簡素化した株式会社形態が念頭に置かれている。⁽¹¹⁾

(3) 投資法人（投資信託法）

投資法人（ファンド）は、資産を主として特定資産に対する投資として運用することを目的として設立された団体である。そして資産運用会社、資産保管会社、一般事務受託会社が実際に運用管理などを行う。投資証券の買い戻しを求めることのできるオープンエンド型と買い戻しを求めることができないが、証券取引所等で売買できるクローズドエンド型がある。

同種の資産運用を行う投資信託委託業者、あるいは資産運用の知識・経験のある信託会社等を含む設立企画人が規約を作成し、金融庁長官に届出、登録を受け、登記する。均等の割合的単位に細分化された投資法人の社員たる地位

(投資口) が投資証券として投資主に引き受けられる。クローズドエンド型においては投資法人債を発行することができる(規約に定める額を限度として役員会の承認による。一億円未満のときは投資法人債管理会社を定める)。投資主総会が、執行役員・監督役員・会計監査人の選解任、規約の変更、資産運用業務委託契約の承認、解散合併を決議する。執行役員が業務を執行し、法人を代表する。監督役員が職務の執行を監督する。執行役員と監督役員からなる役員会が重要事項を決定する。会計監査人が会計監査を行う。資産運用については規約に定められた方法で行い、投資信託委託業者に委託される。投資信託委託業者は忠実義務等を負い、行為準則が規定される。資産の保管は資産保管会社が行う。資産保管会社は忠実義務、善管注意義務等を負う。その他一般事務受託者が投資法人債に関する事務などを行う。⁽¹²⁾

投資法人の委託を受けて資産を運用する業務を行う投資法人資産運用業者は投資信託委託業者とされる。

5. 信託法改正

多様な信託の意義(知的財産管理信託、売掛債権流動化、不動産管理信託等)から信託法、信託業法を見直すことが要望され、全面的な改正がなされた。信託法の特色としては、旧法の過度に規制的な内容を改め、受託者の義務の内容の合理化を図り、財産管理制度としての信頼性確保の観点から、受益者の権利行使の実効性の確保のための制度を設け、また多様な信託のニーズに対応する制度を創設したとされる。⁽¹³⁾ 信託業法の特色としては旧法の限定列举をやるめることによる受託可能財産の拡大、信託業の担い手の拡大がある。

6. 近時の法人制度の特色

以上のように、基本的には経済活性化のために多様な法人、団体が有限責任において簡易に設立、簡易に活動できるのが近時の法人立法の特色である。個々の団体立法の目的は以下である。

公益法人の問題点を見直し、民間非営利活動の促進を意図する公益法人を含む非営利目的の法人規定の整備。

株式会社形態での多様な事業活動の促進を目的とする会社法整備。

有限責任での共同事業の促進を目的とする共同事業型団体整備。

投資活動の活性化を目的とする投資関係法人制度整備。

このような目的での法人制度の多様化は、集団が集団として活動する場合の問題だけでなく、法人格が擬制的に利用される場合も生じる可能性が増えることになると考えられる。擬制的に法人が利用されることの問題点として法人財産が散逸するあるいは債権者が損失を受けることが考えられる。また、共同事業型団体の有限責任制度における債権者の不利益について問題となる。執行者を中心とする組織の柔軟性については執行者の不当行為の恐れとその監督機構の機能性が問題となる。いずれの問題も簡易な設立・活動が可能となったために今までよりも多くの危険性を内包すると考えられる。

法人財産の散逸による債権者・構成員の不利益に対しては適正な会計制度と共に内部の責任体系が問題となる（債権者に対しては有限責任の問題も重なる）。執行者の不当行為問題については対内的・対外的責任のあり方、多様な責任の相互関係が問題となる。

このように、これらの問題点については法人の責任、構成員の責任が問題となる。

以下、新しい法制度に伴う団体制度の多様化によってどのような規定がなされたのかを従来の規定と共にまず考察する。

二 株式会社

1. 会社法を検討する視点

営利団体は本来無限責任である共同事業集団として活動してきたものであるが、株式会社として出資を受け、有限責任となり、所有と経営の分離現象が生じた。このような会社においては利益の最大を得るために事業を円滑に進める要請があり、このことは会社組織において責任ある取締役が権限を集中することによって、また従業員組織においても同様にトップに権限を集中することによってもたらされうるが、不正の生じるリスクも大きい。今まで生じてきた会社に関する大きな問題としては、粉飾決算による倒産、ワンマン社長の放漫経営による倒産があるとされる。このような点から主に監査の強化、会計の適正さの確保、業務執行の適正さの確保が図られてきた。また、利益追求のみを考えることから公害問題も生じ、企業の不法行為責任追求のあり方、刑事責任が考察された。バブル崩壊後、事業の活性化が強調されるようになり、多くの法改正がなされるのであるが、会社法もこの点からの立法がなされた。柔軟な組織活動、資金調達の容易化などである(資金調達の容易化は技術的な問題とされる)。そしてこのことは基本的に当初のように取締役が権限を集中することによってもたらされうるのである。⁽¹⁴⁾

また、会社法を検討する視点として、所有と経営の分離の点からは以下の指摘が重要であると考えられる。

株主が剰余金配当請求権又は残余財産分配受領権の少なくとも一方を保障されていることから会社において対外経済活動における利潤最大化、株価最大化等の株主利益最大化原則を重視する立場と様々な会社関係者（ステークホルダー）の利益、社会的視点を重視する立場、さらに人的資本の最適活用から長期的な企業価値の最大化を目的とする立場があるとされる⁽¹⁵⁾。

2. 商法（会社法）改正の歴史⁽¹⁶⁾

明治三二年現行商法成立後、明治四四年改正では、日露戦争後の経済発展と共に泡沫企業問題が生じたために、発起人、取締役、監査役の民事責任を明確にすると共に刑事責任が規定された。

昭和一三年改正において、第一次大戦後の経済発展、金融恐慌を経ての独占の進展と共に企業の巨大化、株式所有の分散、所有と支配の分離に対して、株主総会権限の拡大による取締役権限の制約、取締役の民刑事責任の強化、企業金融方法の拡充として、無議決権株、転換株式、転換社債を認めた。

「株式会社法は、一八九九（明治三二）年に成立し、一九一一（明治四四）年の改正によって株主総会を中心とする『近代株式会社法』として一応の形を整え、一九三八（昭和一二）年の改正によって完成したといつて良い」とされる。

昭和二五年改正において、第二次大戦後、「わが国社会経済の『米国化』が行われた」として以下の規定が置かれた。一、授權資本制度が導入され、会社設立時に全部の株式を発行する必要がなくなり、一定の枠内において新株発行を取締役会の決議において可能とした（無額面株式制度も導入された）。二、所有と支配の分離の進展に対応

するために、取締役の権限強化がなされ、取締役会制度（代表取締役が執行し、取締役会が監督する）が導入された（株主総会の権限を大幅に移譲。監査役の権限を縮小し、会計監査に限定）。三、株主の権利が強化され、株主代表訴訟提起権、違法行為差止請求権、会計帳簿閲覧請求権、取締役解任請求権、会社解散請求権、株式買取請求権などが認められた。

昭和三七年改正において、企業会計実務に対応し、期間損益計算を可能にした（「株式会社の貸借対照表、損益計算書、営業報告書及び付属明細書に関する規則」の制定）。

昭和四一年改正において、株式譲渡の絶対的自由を制限し、中小株式会社の閉鎖会社維持の要望に応えた（さらに記名株券裏書廃止、株券不所持制度、議決権不統一行使）。

昭和四九年改正において、朝鮮戦争勃発による特需の発生、高度成長開始において、粉飾決算による倒産事件の多発のために監査役の権限が強化され、業務執行監督権限が与えられた。「株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律」の制定により、大会社において公認会計士または監査法人が会計監査人として会計監査を行うとされた。

昭和五六年改正において、倒産事件の多発のために企業の自主監視制度の整備が必要となり、取締役会の監督権限が明文化され、大会社の監査役を二名以上とするなど監査役の権限強化、独立性確保の規定が置かれ、会計監査人の選任も株主総会によるとされた。株主総会の取締役に対する監督強化のために説明請求権、提案権が認められ、書面投票制度が導入され、総会屋への利益供与が禁止された（株式単位を五万円に引き上げ、単位株制度が導入された）。計算書類の承認は取締役とされた。会社間の株式持ち合いの進展に対して、子会社による親会社の株式取得が禁止され、議決権制限が規定された。

平成二年改正において、最低資本金制度が導入された。さらに小規模閉鎖的会社における株主の新株引受権が法定された。

平成五年改正、平成六年改正において、日米構造協議による米国の要求に基づく改正として、株主の会計帳簿へのアクセスの改善、株主総会招集通知の発送期限の延長、社外取締役からなる監査委員会の設置、株式持ち合い解消のための自己株式取得・保有の緩和、非居住者株主議決権行使の保障が挙げられ、帳簿閲覧要件の緩和がなされ、株主代表訴訟の手数料が一律八二〇〇円とされ、監査役の任期延長、大会社における監査役増員、社外監査役・監査役会制度の設置がなされ、自己株式取得禁止の緩和については平成六年に株式持ち合いと結びつけることなく実施された。社債制度の改善として、社債発行限度規制の撤廃。社債管理会社の設置義務化、商法の社債規定と担保付社債信託法規定の調整がなされた。

平成九年五月改正において、合併法制の改正がなされ、合理化、簡素化がなされた。さらに議員立法によってストックオプション制度の創設、「株式の消却の手続に関する商法の特例に関する法律」の制定がなされた。

平成九年十一月改正において、総会屋への利益供与に対する法定刑の引き上げ、利益要求罪・威迫利益要求罪の新設がなされた。

平成一〇年改正において、自民党の緊急国民経済対策に沿って株式消却特例法の改正がなされ、土地の再評価に関する法律が主として金融機関の自己資本比率の向上のために制定された。

平成一一年改正において、一九九七年独占禁止法改正により、事業支配が過度に集中する場合を除いて純粹持株会社が解禁されたことに伴い、本年改正において株式交換、株式移転による完全親会社を作り出す手続が定められた。

平成一二年改正において、合併法制の合理化、株式交換制度の導入など企業再編制度のための法整備の一環として会社分割法制が整備された。

平成一三年六月改正において、株式制度の改革(単元株制度、額面株式の廃止、自己株式取得の原則自由化)、株式制度の見直し(普通株式における無議決権株の承認、種類株式制度の整備)、会社関係書類の電子化、新株予約権概念・新株予約権付社債の創設、取締役の責任軽減(議員立法)がなされた。犯罪や重過失による場合を除き、定款の記載による取締役会決議か株主総会の特別決議によって、代表取締役は報酬の六年分、取締役は報酬の四年分、社外取締役は報酬の二年分に制限することができる(ただし責任限定の取締役会決議は、発行済み株式総数の3%以上の株主の異議があれば無効)。それと共に監査役制度の強化がなされた。

平成一四年五月改正において、コーポレートガバナンスに関する改正がなされ、取締役会・代表取締役制度の他にアメリカ型の社外取締役が過半数を占める委員会(指名委員会、報酬委員会、監査委員会)と業務執行を担当する執行役制度が創設された。社外取締役の存する取締役会の意思決定の迅速化のために重要財産委員会が創設された。その他、株主総会特別決議の定足数緩和、招集手続の簡素化がなされ、計算書類記載事項の法務省令への委任、連結計算書類制度の導入、株券失効制度創設、社債の振替制度の整備などもなされた。

平成一五年改正において、定款授權による取締役会決議に基づく自己株式取得制度、中間配当額の計算方法の見直しがなされた。

平成一六年改正において、電子公告制度、株券不発行制度が創設された。社債等振替法の改正もなされた。

平成一七年会社法では、目的として、会社法の現代語化、会社に関する諸制度間の規律の不均衡の是正、最近の社

会情勢の変化に対応するための各種制度の見直しが挙げられている。⁽¹⁷⁾

具体的には、有限会社と株式会社の統合、最低資本金制度の廃止、会社経営の機動性・柔軟性のための組織の自由化、株式・新株予約権・社債制度の改善、株主に対する利益還元方法の見直し、会社経営健全性確保のための株主代表訴訟制度の合理化、内部統制システムの構築、会計参与制度の創設、その他合同会社形態の創設などである。⁽¹⁸⁾

商法改正史について、二〇〇〇年までの資本市場・証券市場の発展に伴うファイナンス分野での規制緩和、ガバナンス分野での規制強化（大会社における公認会計士・監査法人監査、監査役の業務監査等）、企業組織再編分野での自由化、二〇〇一年以降のファイナンス分野での引き続きの規制緩和、ガバナンス分野においてはコーポレートガバナンス議論（不祥事防止か企業活動の活性化か）の進展に伴う規制緩和と強化（基本的には経営の自由度の増大）、さらにはベンチャー企業支援が挙げられている。⁽¹⁹⁾

会社形式の問題として新会社法において、有限会社が廃止されたのであるが、規定面においては小規模閉鎖会社のルールが基本に置かれ、組織の柔軟性に基づく定款自治において、規模などの発展に応じて適切な形態の会社を選択できる⁽²⁰⁾とされる。

現行会社法制概要としては以下の項目が挙げられる。

設立に関する規定として、発起人による定款作成、株式の引受、設立登記、創立総会、役員を選任等の規定が存する。組織に関する規定として、取締役、株主総会、監査役等機関に関する規定があり、委員会設置が可能となったと共

に柔軟な組織設計が可能となり、どのような組織設計が合理的であるのかが問題となる。

株式、その他資金調達に関する規定が存する。株式とは会社にとっては資本金としての資金調達であり、株主にとって財産的には会社の持分であり、身分的には構成員資格を表す。

計算に関する規定が存する。会計の適正さ、情報開示の重要性が規定される。
変更、終了に関する規定が存する。

また現行法において、株式会社は全株式について譲渡制限のある中小規模のものと大会社、公開会社が区別される(広い定款自治が認められるか否か)。さらに取締役会設置会社と非設置会社が区別され(株主総会と取締役会との権限分配)、取締役会設置会社においては委員会設置が可能である。⁽²¹⁾

3. 資本制度・会社財産

(1) 設立

設立方法としては発起設立と募集設立があり、定款作成、認証後、発起人が株式を引き受け、払い込みがなされ、役員を選任し、あるいは引受人を募集し、払い込みがなされ、創立総会が開催され、設立登記がなされる。

(2) 資本

平成二年改正によって導入された最低資本金制度は、会社債権者保護に対してそれほど役に立たず、会社設立の足かせとなりかねないということにより、廃止された。

最低資本金の果たす機能としては、一、設立時の出資額の下限、二、配当の際の純資産額規制、三、資本金として表示する計数の下限であるとされ、最低資本金規制の撤廃の意味として、設立時出資額の下限に対しては「平成二年改正後の経済情勢の変化、他国における立法動向、近時における起業促進の必要性の増大」、資本金表示の下限に対しては、会社の純資産額にかかわらず、一〇〇〇万円以上の資本金に対してマイナス勘定を計上し続けることに合理性がないとし、また、配当の際の規制については別途三〇〇万円の純資産額規制を維持しているとする。⁽²²⁾

(3) 出資の確保

株式を引き受けた者の出資の履行が確保される。設立時の出資の確保については、会社の事業活動と社員間の公正な利益分配の前提とされる（設立時の出資が一元でも良いことから債権者保護にはあたらないとされる）。⁽²³⁾

出資の確保に関する定款記載について、事業活動の機動性確保から、最低限の事項を定め、発起人に裁量権が与えられるとする。⁽²⁴⁾

会社設立の際に出資される財産価額、又はその最低額については定款記載事項であるが、設立時発行株式数の定款記載は必要でなくなった（発行可能株式総数も設立時定款に記載する必要がない）。このために失権した株式が生じた場合でも、出資された財産価額が定款に記載された額に足りる限り、設立手続を続行できる（同様の趣旨から引受・払込担保責任も廃止された）。⁽²⁵⁾

また、発起設立の際の払込金証明制度の廃止と財産価格填補責任の過失責任化が行われた。⁽²⁶⁾

(4) 債権者保護規制(財源規制)

また、債権者保護規制として以下のよう述べられている。

会社財産の状況の適切な開示、会社財産の流出の防止という二つの観点から債権者保護制度を構築しているとし、株式会社においてはその要請が強く、情報開示については、計算書類作成義務、債権者の閲覧謄写権、貸借対照表(要旨)の公告、資本金額の登記が存し、流出防止については、事業遂行の際の流出について詐害行為取消権の一般規定によるほかないとし、株主の払戻・配当について、出資後の純資産額減少後の払戻による簿価債務超過状態に陥ることのないように出資の払戻を禁止し、資本金・資本準備金は株式の発行価額ではなく、実際に払込がなされた金額・給付された現物出資財産の時価を計上し(資本充実の原則)、違反した取締役等はそれを信賴した債権者等に対して損害賠償責任を負い、又過料の制裁を受け、登記した者は公正証書原本等不実記載罪によって罰される。また、剰余金の配当・自己株式取得については、財源規制を課し、分配可能額に反する配当受領者、業務執行者に当該金額の支払義務を負わせ(免責禁止、会社財産を危うくする罪)、債権者も返還を求めることができるとされ(資本維持の原則)、純資産額が三〇〇万円を下回る際の剰余金配当・自己株式取得を禁止する。さらに資本金・準備金の額の減少により、分配可能額が増加する場合の債権者保護手続きが規定されている(資本不変の原則)⁽²⁷⁾。

(5) 会計制度(構成員・債権者に正確な情報を与えるとともに税法上の意義を有する)⁽²⁸⁾
 会計は公正妥当と認められる企業会計慣行による(四三二条)。

適時に正確な会計帳簿を作成しなければならない(四三二条一項)。一定の株主は会計帳簿の閲覧・謄写権を有す

る（四三三条）。

計算書類として、貸借対照表、損益計算書、株主資本等変動計算書、注記書の作成が義務づけられる（会計参与を設置することができる）。計算書類は監査を経て、取締役会、株主総会の承認を受ける。

監査役監査の対象は、計算書類、事業報告、付属明細書についてであり、会計監査人監査の対象は、計算書類、付属明細書である。

決算公告は義務づけられている（四四〇条一項）。

4. 組織法制

（1）会社の意思決定、行為

目的の範囲

会社は目的の範囲内において活動することができる。目的の範囲についての考え方は民法上の法人と同様のところがあり、営利法人においては広範な範囲が認められる（最判昭和二七年二月一五日民集六卷二号七七頁、最判昭和四五年六月二四日民集二四卷六号六二一五頁）。政治献金も目的の範囲とされる（構成員の意思、思想信条は重視されない）。

意思決定

会社の意思は株主総会によって決定される。一定の事項は法令、定款あるいは株主総会によって取締役（取締役会）

に委ねられる(下部組織へも委ねられうる)。取締役会設置会社では取締役会が主たる意思決定を行う。

取締役は意思決定に従って業務を執行する。一定の業務執行の決定は取締役に委ねられる。その場合、取締役会が設置されている場合には取締役会で決定しなければならない。また、取締役会は取締役の業務執行を監督し(監査役(会)も)、代表取締役は三ヶ月に一回業務執行状況を報告する。委員会制度を採る場合には委員会が監督する。

委員会制度を採る場合には一定の業務執行の決定を執行役に委任することができる(取締役会専決事項を除き)⁽²⁹⁾。

代表権

取締役は会社を代表する(下部組織に委ねられうる)。

代表取締役が決められているとき、代表取締役は会社を代表する(取締役会が設置されているとき、通常取締役には代表権がないとされる)。取締役会決議事項を執行する。取締役会から委任を受けた事項を自ら決定あるいは委任し、執行する。委員会制度が採られる場合には執行役に委任されうる。

代表取締役は一切の事項についての代表権を有するが、代表権の範囲は定款、総会決議、取締役会決議によって制限されうる。但し、この制限は善意の第三者に主張できない。善意者保護については民法理論が当てはまるのが議論されうる(判例は異なるとする。法令上の制限は相手方に調査義務がある—決議に基づかない代表行為は悪意有過失者に対して無効である(最判昭和四〇年九月二二日民集一九卷六号一六五六頁)。

代表権濫用についても民法九三条但書を類推適用する民法理論との関係が問題となる(最判昭和三八年九月五日民集一七卷八号九〇九頁は適用されうるとするが、適用されないと解する見解もある)⁽³⁰⁾。

代表者の名称を使用する表見代表取締役の行為について善意の第三者に対して会社は責任を負う（重過失は悪意と同視される―最判昭和五二年一〇月一四日民集三一巻六号八二五頁）。

不法行為

不法行為責任については民法理論が当てはまるが、職務行為、善意無重過失などの認められる範囲は異なると解されうる（旧民法四四四条―現行会社法三五〇条、民法七〇九条）。最判昭和四九年二月二八日判時七三五号九七頁は法人の不法行為について代表取締役も個人責任を負うとする。⁽³¹⁾

被用者の事業の執行による加害行為に対して会社は使用者責任を負う（民法七一五条）。事業の執行については外形理論が採られ、会社の責任は広く認められる（最判昭和三九年二月四日民集八巻二五二頁等多数）。取引的不法行為については悪意重過失の被害者に対して責任を負わない（最判昭和四二年一月二日民集二二巻九号二二七八頁）。⁽³²⁾

機関の柔軟性として、公開会社と非公開会社、また会社の大きさに合わせて柔軟な組織設計が可能となり（組織の自由競争といわれる）、また、委員会制度、執行役制度の採用により、柔軟な執行制度も可能となった。

(2) 執行制度

取締役

前述のように、取締役については、監督機能強化などが存するが（どのような監督方法が良いのかについても様々

に行われている)、権限と責任に関しては、基本的に広い権限が認められるものの責任は厳しく考えるものと裁量を多く認めるものがある。また、近時の特色としては社外取締役、委員会制度などの多数の実質的関与を求める制度が整えられている。さらに取締役会設置会社と非設置会社では取締役の立場が異なり、取締役会設置会社における取締役は取締役会構成員としての地位を有する。

会社に対する義務として以下のものがある。義務違反行為は善意者保護の認められない限り無効であり、会社に対して損害賠償責任を負う(四二三条)。

取締役は職務遂行に際して善管注意義務を負う。積極的に行為した結果、会社に損害が生じた場合に責任を問うことには慎重であるべきとされる。

取締役は法令、定款、総会決議を遵守し、会社のために忠実に職務を遂行する義務を負う。内部統制の構築も含まれる(アメリカでは信託による責任とする)⁽³³⁾。

競業禁止義務を負う(取締役会(株主総会)の承認事項)。

利益相反行為が禁止される(取締役会(株主総会)の承認事項)。

義務違反について、以下のように判断される⁽³⁴⁾。

違法配当、株主権行使に対する利益供与、他の取締役への貸付、利益相反行為、法令定款違反行為(法令定款違反行為について取締役の故意過失が必要とされる—最判昭和五一年三月二三日金法七九八号三六頁)があたる。

判断の誤りについては、柔軟な裁量が認められうる(東京地判平成五年九月一六日判時一四六九号二五頁、東京地

判平成一六年九月二八日判時一八八六号一一一頁)

大和銀行事件(大阪地判平成一二年九月二〇日判時一七二一号三頁)は内部統制構築義務を認める。大阪高判平成一八年六月九日資料版商事法務二六八、七四頁は食品に対する消極的隠蔽に対する義務違反を認める。

利益相反による損害については、直接取引した取締役(無過失責任かつ免除が認められない)、第三者のために取引した取締役、取引を決定した取締役、取締役会決議に賛成した取締役が責任を負う。⁽³⁵⁾

株主権行使に対する利益供与に関与した取締役、剰余金の違法配当を行った取締役は責任を負う。⁽³⁶⁾

取締役の会社に対する責任については監査役等が訴えを提起する、あるいは株主代表訴訟を提起する。

取締役の会社に対する責任は総株主の同意によって免除することができる(四二四条)。

取締役の会社に対する責任は株主総会決議によって善意無重過失の場合に一部減免(六年分の報酬が上限)することができる(四二五条)。

取締役の会社に対する責任は定款の規定に基づき同様に一部減免することができる(四二六条)。

社外取締役、会計参与、社外監査役、会計監査人に対しては一部減免の他に定款に基づき善意無重過失の場合の責任限定契約を締結することができる(四二七条)。

取締役が悪意重過失のあるときは第三者に対する責任を負う(四二九条—連帯責任四三〇条)。最判昭和四四年一月二六日民集二三卷一一号二一五〇頁は以下のように判示する。「法は、株式会社が経済社会において重要な地位

を占めていること、しかも株式会社の活動はその機関である取締役の職務執行に依存するものであることを考慮して、第三者保護の立場から、取締役において悪意または重大な過失により右義務に違反し、これによって第三者に損害を被らせたときは、取締役の任務懈怠の行為と第三者の損害との間に相当の因果関係があるかぎり、会社がこれによって損害を被った結果、ひいて第三者に損害を生じた場合であると、直接第三者が損害を被った場合であるとを問うことなく、当該取締役が直接に第三者に対し損害賠償の責に任ずべきことを規定したのである。このことは、現行法が、取締役において法令または定款に違反する行為をしたときは第三者に対し損害賠償の責に任ずる旨定めていた旧規定（昭和二五年法律第一六七号による改正前の商法二六六条二項）を改め、右取締役の責任の客観的要件については、会社に対する義務違反があれば足りるものとしてこれを拡張し、主観的要件については、重過失を要するものとするに至った立法の沿革に徴して明らかであるばかりでなく、発起人の責任に関する商法一九三条および合名会社の清算人の責任に関する同法一三四条ノ二の諸規定と対比しても十分に首肯することができる。したがって、以上のことは、取締役がその職務を行なうにつき故意または過失により直接第三者に損害を加えた場合に、一般不法行為の規定によって、その損害を賠償する義務を負うことを妨げるものではないが、取締役の任務懈怠により損害を受けた第三者としては、その任務懈怠につき取締役の悪意または重大な過失を主張し立証しさえすれば、自己に対する加害につき故意または過失のあることを主張し立証するまでもなく、商法二六六条ノ三の規定により、取締役に対し損害の賠償を求めることができるわけであり、また、同条の規定に基づいて第三者が取締役に対し損害の賠償を求めることができるのは、取締役の第三者への加害に対する故意または過失を前提として会社自体が民法四四条の規定によって第三者に対し損害の賠償義務を負う場合に限る必要もないわけである」。

直接損害（返済見込みのない借り入れ、債務不履行等）だけでなく、間接損害（会社の損害による会社債権者の損害等）に対しても責任を負う。不法行為による責任は別個に存しうる。

関与した取締役が連帯責任を負うと解されるが、関与者の範囲は争われている（名目的取締役、事実上の取締役）⁽³⁷⁾。

委員会・執行役制度

取締役会設置会社において、上場企業向きとして監査役会、会計監査人を置く、あるいは執行役、三委員会、会計監査人を置く場合、従来の中会社型として監査役会あるいは監査役を置く場合、従来の小会社型として監査役を置く場合（会計参与を置く場合もありうる）、取締役会非設置会社において、監査役と会計監査人を置く場合、監査役を置く場合、何も置かない場合があるとされる⁽³⁸⁾。

平成一四年度に導入された委員会制度は、アメリカ型の制度であり、「取締役会の中にいずれも社外取締役が過半を占める指名委員会、監査委員会、報酬委員会のおよび業務執行を担当する執行役を置き（特二一条の五第一項）、取締役会は、法の定める特定の事項を除き、業務の決定を執行役に大幅に委任することができる制度とされ、長所として、経営事項を大幅に取締役会から執行役に委任することができるために経営の効率化、迅速化が図れるとされるが、このことは不祥事の可能性も高めるものであるために、三委員会が執行役の独走を効果的に抑制できるのか⁽³⁹⁾が問題であるとされる。

委員会設置会社における委員会は取締役会の諮問機関であり（委員会は取締役会の内部機関であり、取締役会の監督の下に、取締役会と緊密な連絡を取りつつ、職務を遂行するとされ、また取締役会とは独立した地位を有し、取締

役会によって決定を覆されることはない(とされる)、執行役は代表取締役の執行機関(復代理)であると考えられる。執行役が責任を負うべき事項については当然に取締役も責任を負う。⁽⁴⁰⁾ 執行役が執行機関であり、取締役がその監督機関とし、取締役は監督責任のみを負うとすることも考えられる(モニタリングモデル)⁽⁴¹⁾。

執行役は会社と委任関係にあるとされ、会社に対して善管注意義務、忠実義務、競業禁止義務を負い、利益相反行為を禁止される。⁽⁴²⁾

執行役には三ヶ月に一回取締役会での報告義務、取締役会の要求により取締役会での説明義務がある。業務執行上、取締役会の同意が必要なときは招集を請求できる。⁽⁴³⁾

内部統制

取締役中心の監督システムにおいて一定の内部統制基準が要求される。

大会社においては内部統制システムの構築が義務づけられる(大阪地判平成二二年九月二〇日は内部統制システムの整備を取締役の忠実義務の内容とする)。内部統制については、委員会設置会社の監査委員会に関して商法特例法、商法施行規則によって内部統制関連項目の整備が取締役に求められ、この規定が監査役設置会社にも拡張された内容としては法令遵守(コンプライアンス)を中心とし、実施基準が作成されている。⁽⁴⁴⁾

具体的には、1. 取締役(執行役)及び使用人の職務執行が法令・定款に適合することを確保するための体制(会社の業態に応じて生じる可能性の高い法令違反行為の把握、監視予防体制、対処方法等)、2. 取締役の職務の執行に係る情報の保存及び管理に関する体制、3. 損失危険の管理に関する規程その他の体制(会社の業態に応じ

て生じる可能性のあるリスク、未然に防止するための手続・機構、現実化した場合の対処、これらのための人的・物的体制)、4. 取締役の職務執行が効率的に行われることを確保するための体制(職務執行の際の必要な手続、職務分担の合理性を検証する体制、職務執行に必要な使用人の員数の過不足を把握する体制等)、5. 企業集団における業務の適性を確保するための体制(親会社、子会社共に双方の情報、業務執行に関して要求される項目がある)、6. 監査役監査の環境整備に関する体制が挙げられている。⁽⁴⁵⁾

(3) 監査制度

監査役制度は昭和四九年改正によって小会社を除き業務監査を行うことになり、大会社においては会計監査人監査が導入された。昭和五六年改正によって常勤監査役制度が設けられ、平成五年改正によって大会社において社外監査役、監査役会制度が導入され、平成一三年改正によって社外監査役の充実が図られた。そして平成一七年会社法において以下のように規定された。

監査役・監査役会⁽⁴⁶⁾

取締役会設置会社において、取締役会が業務執行を決定すると共に業務執行取締役を監査する(適法性だけでなく合目的性も)。

監査役は会計監査と業務監査を行う。業務監査に関しては取締役会と異なる立場から客観的な違法性に重点を置いて監査する。取締役会が承認した計算書類・付属明細書の監査、株主総会に提出される議案・書類などの監査を行う。

そのために取締役、会計参与、支配人等に対して報告を求め、業務・財産状況を調査することができる。取締役会招集権限があり、出席義務がある。総会での報告義務がある。差止請求権、その他の会社法上の訴えの提起権限が認められている。監査役の地位の独立性として他の役職との兼任の禁止、費用請求権、選解任に関する総会での意見陳述権等がある。

監査役会設置会社（大会社においては義務づけられている）において監査役会は監査報告書の作成、常勤監査役の選定解職、監査方針決定、業務財産状況調査方法等の決定等を行う。

取締役会非設置会社において監査役の設置は任意である（会計監査人を置くときは置かなければならない）。

会計監査人⁽⁴⁷⁾

大会社、委員会設置会社において会計監査人が計算書類等を監査し、会計監査報告書を作成する。会計監査人は監査役とは異なり、外部の独立した存在であり、公認会計士又は監査法人でなければならない。地位の独立性として総会での選解任が認められている。

会計参与⁽⁴⁸⁾

中小企業の計算書類の正確性を高めるために創設された制度であり、非公開会社は会計参与（税理士・公認会計士）を置くことによって監査役を置かないことが可能である。会計参与は取締役と共同して計算書類等を作成し、報告書を作成する。

検査役⁽⁴⁹⁾

必要な場合に選任され、業務・財産状況を調査する。

(4) 株主

株主の権利

昭和二五年以降株主の権利の強化についての改正が行われてきた（特に株主代表訴訟制度）。

経済的利益に関する権利として配当請求権、残余財産分配請求権、譲渡する権利、各種の買取請求権があるとされ、経営に参加する権利として議決権、質問権、議案・議題提案権、差止請求権、閲覧・謄写権があるとされる。⁽⁵⁰⁾

議決権は原則として一株一議決権であるが（非公開会社では一人一議決権も可能。種類株式に関して種類株主総会を開くこともできる）、単元株制度においては単元未満に議決権はなく、自己株式、相互保有対象株式にも議決権はない。議決権制限株式を発行することもできる。議決権行使に際しての利益供与は禁止される。

最も重要な権利が株主総会における議決権であるが、実質的には会社の規模に応じて（取締役会が設置されているか否か）株主が独自に決定できる事項が少ない場合が多い（形骸化）。

経済的関心については、違法配当に対する権利、取締役の義務違反、利益減少、会社財産の侵害に対する権利がある（株主代表訴訟⁽⁵¹⁾）。

株主総会

株主総会は、取締役設置会社において法令・定款所定の事項を決議することができる。非設置会社においては会社の組織、運営、管理、その他一切の事項を決議することができる。⁽⁵²⁾

また、種類株主総会も必要事項に関して置かなければならない。

手続・決議方法の瑕疵、決議内容の違法なときには、決議の取消、無効の主張が認められる。

株主代表訴訟等会社法上の訴訟

株主代表訴訟として、六ヶ月前から(公開会社)一株以上の株式を有する株主は、会社(監査役)に対して取締役の責任追及を求め、なされないときに、自ら会社のために代表訴訟を提起することができる(八四七条)。差止請求も認められる(三六〇条)。

提訴権の濫用による却下、提訴者の不法行為責任、担保提供が認められうる。⁽⁵³⁾

また、株主総会で否決された役員解任について、役員解任の訴を会社、役員に対して提起することができる(八五四条)。

その他、会社組織に関する訴えとして、組織に関する行為の無効の訴え、新株発行等不存在確認の訴え、総会決議不存在・無効確認の訴え、総会決議取消しの訴え、持分会社設立取消しの訴え、解散の訴え(八二六条―八四六条)、特別清算における役員等責任免除取消しの訴え、責任査定決定に対する異議の訴え(八五七条、八五八条)が認められる。

5. 問題点

ガバナンスに関する今までの流れとして、取締役の権限・義務の強化、監査役の権限・義務の強化、株主の権利の強化による適正な業務運営のための諸改正が存するが、どのような項目が有効であるのかについては様々な意見が存する。基本的には組織構成の問題であり、諸構成員の権利義務、あるいは派生する契約関係の問題である。

前提問題としての、構成員（株主）有限責任については適正な監査制度、会計制度、債権者保護制度が置かれており、このことが適正に行われているのが問題となる。ただし、有限責任であっても一定の構成員は自らの行為に対して個人責任を並行して負い、この責任範囲も問題となる。

また近時の傾向である委員会制度による機動的な組織運営を可能とするために執行者への権限集中（執行者の責任軽減を伴う）への危惧が問題点としてある。

規模の大きな株式会社において、大多数の構成員は経済的な利益のみが主たる関心であり、全ての構成員が経営内容に関して実質的に関与することはない（可能ではあるが）。

また、構成員が経営関与者として個人的に責任を負う場合は、執行関係者である場合（小規模）を除いてほとんどない。

債権者、第三者は財産運用体としての会社と取引を行うと考えられ、会社財産・利益が関心事となる。但し取引行為者（経営者）に対しては個人責任を問いうる場合がある（また会社も行為者に対して個人責任を問いうる場合がある）。

責任問題を考える場合に株式会社においては執行者の裁量の尊重という意味において運営行為と恣意的な行為の区別が重要と考えられる。

また内部的責任と外部的責任も区別される。ただし、内部的責任は外部的責任と同様に厳格に対処すべきと考えられる。

対外的な行為に対する責任については法人の責任、行為者の責任、保護されるべき第三者の範囲、何が合理的な責任であるのかが問題となる。

恣意的な行為に対しては、第三者保護が認められない限り、個人責任のみ存する。

運営行為に対しては、基本的には法人が責任を負い、行為者の個人責任も併存しうる。

運営行為については、対外的にも対内的にも、実質的な運営者の内部的な適正さが求められ、構成員の関与が問題となる。その際には権限分配が重要であり、取締役を広範な裁量が認められうる。

運営行為の適正さの確保については経営者自身の受託者責任を厳しくすることに加えて構成員関与、監督機構を増やすことによってもたらされる。

執行役員制による機動化、それに伴う委員会など諮問機関としての監督機構の増加が近時の傾向であるが(構成員関与による監督機構ではなく)、このことは柔軟な組織設計によってもたらされ、これらの委員、執行役の取締役会諮問機関としての責任を明確にすると共にあくまでも取締役の厳格な責任体制が必要と考えられる。我が国では執行の機動化が重視され、広範な裁量が認められ、そのための組織の合理化、責任の軽減が重視されている。

このような取締役を中心とするアメリカ型のシステムはアメリカにおける経営者の厳格な責任(受託者責任)が基

礎にあるために可能であると考えられるが、日本で可能であるのが問題とされなければならない。

また、内部的な責任についてはある程度の合意によって許容することができるのであるが、厳しくするのかどうか
が政策判断となりうる。また定款・総会決議による免責については実質上多数の株主が関与しないために慎重でなければならぬ（恣意的な行為に対する責任は免除されないと解すべきである）。

法人の行為、不法行為の問題については民法とも比較されうる。

以上の点について、会社規模、意思決定方法、代表行為、監督機構の問題（取締役、監査役、株主）、相互関係、第三者保護が問題となる。委員会・執行役制度は取締役会の諮問機関であるために共同行為者として取締役と同等の責任を負うものと解される（共同不法行為）。

法人の責任の範囲、執行者の責任の範囲について考える場合、基本的な立場として構成員主権を中心と考えるのか
厳格な義務を伴うリーダーシップを中心と考えるのかがある。

株主はどのような立場であるのかが問題となり、株主のように会社の運営に関して執行組織に一任している構成員
はどのように関与すべきであるのかが問題となる。

また、このようなことが小規模の株式会社についても同様に当てはまるのかについては問題がある。小規模な株式
会社において構成員はより密接に会社に参加する関係にあるとともに、業務執行者として全権を持つものであると考
えられるために、責任を負うべき場合が広く考えられうる。

柔軟な組織設計についてはどのような権限分散が望ましいのかが、責任の問題と関連して考察されなければならない

い。最も簡易な組織（中小会社で株式の譲渡制限のある場合の取締役のみ、株式の譲渡制限のない場合の委員会設置と会計監査人、大会社では株式の譲渡制限のない場合の委員会設置と会計監査人）を想定した場合にどのような問題が生じうるかである。

それぞれの団体に応じた役員の方全体に対する位置づけ、関係が問題となる。

規模の大きな株式会社の方の構成員は積極的な関与をしない場合が多いと考えられるために、個々の構成員の財産的権利が強く認められなければならないと共に、経営者の受託者責任は厳格でなければならない。

このように会社の規模の問題、組織多様化の問題において、個々の構成員の責任関係が明確にされなければならない。

さらに、あるべき組織が検討されなければならない。

即ち、規模の大きな株式会社においては株主の構成員としての団体運営への意思関与が弱いと考えられるために、従業員など別組織の意思決定関与を認めるのか、執行機関の合理的な官僚化による機動的団体運営を促進すべきであるのかなどが考察されなければならない。

三 非営利法人・公益法人

1. 民法上の法人⁽⁵⁴⁾

(1) 設立

公益社団法人は、公益活動を目的（学術、技芸、慈善、祭祀、宗教その他の公益）とし、定款を作成し、実績に基づき主務官庁の許可によって設立される。對抗要件としての登記（目的、名称、事務所所在地、設立の許可の年月日、別段の定めによる存立時期、資産の総額、出資の方法を定めたときは、その方法、理事の氏名及び住所）があり、財産目録・社員名簿が置かれる。

(2) 会計制度⁽⁵⁵⁾

収支計算書、正味財産増減計算書、貸借対照表、財産目録が作成・公開され、会計帳簿が備え置かれ、公益法人会計基準に基づき詳細な手続が課され、総会で承認され、主務官庁に報告される。

(3) 組織⁽⁵⁶⁾

基本的な規定としての定款（目的、名称、事務所の所在地、資産に関する規定、理事の任免に関する規定、社員の資格の得喪に関する規定）が設立時に定められ、定款変更については社員総会における四分の三の同意と許可が必要とされる。

意思決定機関としての社員総会には、通常総会と特別総会があり、通常総会は年一回以上開催され、定款変更、解散・残余財産処分、事業報告・収支決算、役員選解任等、入会金・会費、長期借入金等、事務局組織・運営などが決議され、議決事項についての事前通知を経た上で開催される。

理事の選任方法は定款に記載され、総会において選任される。理事は対内的に業務を執行し、対外的に法人を代表する。「指導監督基準」によると理事の定数は事業規模、内容等の法人の実体から見て適正な数とされ、総会で選任され、任期は原則二年、特定の親族・企業関係者・所管する官庁出身者の割合は三分の一以下、報酬・退職金が高すぎないこととされている。複数理事がいる場合、理事会が置かれうる。

監事は任意機関であるが、「指導監督基準」によると一名以上置くように求められている。会計監査については外部の公認会計士・監査法人に依頼されることも行われる。

「公益法人の指導監督体制の充実について」(平成一三年二月九日)によって一定規模以上の公益法人に公認会計士・監査法人の監査が要請されている。

主務官庁に対して事業報告がなされる。

(4) 法人の行為と責任

目的の範囲

目的の範囲外の行為は無効である⁽⁵⁷⁾

目的の範囲をどのように捉えるのかという問題があり、目的の範囲は営利法人においては広く捉えられているが(最判昭和四五年六月二四日民集二四卷六号六二五頁)、非営利法人においてはある程度限定的である(員外貸付について、最判昭和四一年四月二六日民集二〇卷四号八四九頁)。

また政治献金等の判断に見られるように、強制加入団体等を理由として目的の範囲外とする事例もある―最判平成

八年三月一九日民集五〇卷三号六一五頁（同様の団体において震災復興支援金支出は目的の範囲内とされる―最判平成一四年四月二五日判時一七八五号三一頁）。

代表権に基づく法人の責任⁵⁸

目的の範囲内において、代表権に基づく行為は法人の行為とされる（ただし代表権濫用は悪意有過失者に無効とされる―九三条但書類推適用―最判昭和三八年九月五日民集一七卷八号九〇九頁）が、代表権に基づかない行為は無効である。

各理事は包括的代表権を有するのであるが、定款などにおいて代表権を制限することができる。理事の代表権の制限がある場合の権限外行為は無効であるが善意の第三者には無効を主張できない（五四条）。善意とは制限について知らないことであり、相手方が立証する。また、制限について悪意者でも適正な手続きを経たと信ずる正当の理由があれば有効とされる（一一〇条類推適用―最判昭和六〇年一月二九日民集三九卷七号一七六〇頁）。無効な場合の理事の無権代理人の責任類似の責任あるいは四四条二項責任、不法行為責任を問う余地はある。

法人の不法行為について⁵⁹

目的の範囲外における不法行為については七〇九条による。

目的の範囲内において職務行為による不法行為に対して法人は責任を負う四四条一項―理事も連帯責任。外形理論により権限内とされれば法人は善意無重過失者に責任を負う（最判昭和五〇年七月一四日民集二九卷六号一

〇一二頁)。

目的の範囲外の職務行為によるものは四四条二項により、理事、賛成社員が責任を負う。

相手方に過失のある場合は過失相殺がなされる。

権限外法律行為の無効は法人が相手方に主張する。相手方が善意あるいは表見代理を主張する。

不法行為による損害賠償は相手方が法人に主張し、法人が相手方の悪意重過失を主張する。過失の際の過失相殺が柔軟に認められうる。

法人の不法行為責任と履行責任については、立証、善意者の範囲が異なると共に過失相殺が認められるのか否かが相違する。

(5) 理事の責任⁽⁶⁰⁾

目的の範囲内とされる不適切な行為について理事は対内的な義務違反責任を負う。目的の範囲外とされる行為について理事は対外的に善意無過失者に対して無権代理人の責任類似の責任(善意無重過失者に対する四四条二項責任とも解されうる)、あるいは一般に不法行為責任を負う。

表見的に有効とされる法人の行為について理事は対外的には責任を負わないが(不法行為でない限り)、内部的に責任を負う。法人の行為とされない場合(法人の責任が選択されない場合も)には理事が対外的に善意無過失者に対して無権代理人の責任と類似の責任(善意無重過失者に対する四四条二項責任)あるいは一般に不法行為責任を負う。

法人の不法行為について、理事は共同不法行為責任を負いうる。内部的な責任も併存しうる。

理事が責任を負う場合に賛成社員の責任が存するとされるときは共同して責任を負う。

さらに会社法に規定される悪意重過失者責任が一般に認められるのが検討されなければならない。

他の構成員は関与が認められない限り原則として責任を負わない。

2. 中間法人⁽⁶¹⁾

中間法人と営利法人の相違として、出資が社員資格取得の要件ではない、社員は剰余金分配請求権、財産払戻請求権を持たない、残余財産の帰属は定款の定めによる点が挙げられている。

中間法人は定款作成等必要な要件を備えた上での設立登記によって成立する。

中間法人には有限責任中間法人と無限責任中間法人がある。

有限責任中間法人は有限会社に準じ、無限責任中間法人は合名会社に準じているとされる。

2-1. 有限責任中間法人

(1) 基金

三〇〇万円以上の基金が必要とされる(一二条)。

(2) 出資の確保

基金の拠出に関して拠出者未確定部分について社員、理事は担保責任を負う(一九条)。現物拠出については検査

役検査がなされる(一七条)。金銭による場合は募集・割当・払込により、払込保管証明書、申込取扱証明書が必要とされる。それらについて理事及び監事によって設立手続調査がなされる(二八条)。

(3) 債権者保護

剰余金の分配は禁止される(二条)。純資産額が基金総額等を越えるとき損失填補準備金が積み立てられる(六四条)。基金の拠出者(社員とは限らない)の権利に関する規定、基金の返還の手続については定款で定められる。基金拠出者の権利としての基金の返還について、貸借対照表上の純資産額が、基金の総額、既に積み立てた損失填補準備金額、資産を時価評価したときの評価益、年度末に積み立てなければならぬ損失填補準備金額の合計額を超えなければ返還できないとされる(六五条)。違法な基金の返還について理事は連帯責任を負う(四七条)。基金利息は禁止される(六六条)。基金の返還に係る債権の取得が禁止される(六二条)。基金の返還の際には代替基金が積み立てられる(六七条)。定款変更による基金の増加、及びその手続については七三条以下に規定される。

(4) 会計

一般に公正妥当と認められる会計慣行に従う(五八条の二)。

計算書類(貸借対照表、損益計算書、事業報告書、剰余金処分又は損失処理に関する議案)の作成、理事の承認、監事の監査、公示がなされる(五九条、六〇条、六一條)。債権者・社員の閲覧請求(六九条)。

監事は必置であり、業務監査、会計監査を行う(五五条)。必要な場合は検査役が選任される(七〇条)。

(5) 理事等役員の責任

理事は社員総会によって選任され、法人と委任関係にあり、業務を執行し、代表する(四〇―四五条)。理事の定款法令違反行為に対する法人に対する責任について規定される(四七条―総社員の同意により免除可)。理事と法人間の取引等には総会の承認がある(四六条)。違法な基金の返還に対する連帯責任については四七条。社員は法人に対して書面で理事の責任を追及するように請求することができる(代表訴訟四九条)。職務執行の際に悪意重過失のある理事は第三者に対して損害賠償責任を負う(四八条)。監事は職務怠慢により法人に対して損害賠償責任を負い(五六条)、悪意重過失による職務行為について第三者に損害賠償責任を負う(五七条)。

(6) 社員の権利

社員総会については二八条以下に規定される。社員はいつでも退社でき(二四―除名については二六条)、社員総会における議決権(三三条)、招集権(三〇条)を有し、会計書類閲覧権(六九条)を有する。代表訴訟については四九条に規定される。残余財産の帰属は定款の定めるところによる(八六条)。

2-2. 無限責任中間法人

(1) 基金は不要である。

(2) 債権者保護としては剰余金分配禁止が存する。

(3) 会計については、一般に公正妥当な会計慣行に従う。計算書類の公示、債権者・社員の閲覧請求の規定が置かれる（一〇六条の二以下）。

(4) 社員の責任として、法人財産で債務の完済ができないときは社員が連帯責任を負う（九七条）。

(5) 社員の権利は以下である。定款に別段の定めのある時を除き、いつでも退社できる（九八条―除名については一〇〇条）。定款に別段の定めのある時を除き、社員の過半数によって業務を執行する（一〇二条）。定款に別段の定めのある時を除き、各自代表する（一〇三条）。社員は他の社員に対して事業遂行状況についての報告を求めることができる（一〇五条）。残余財産の帰属は定款の定めるところによる（一一三条）。

2-3. 問題点

「社員が法人の債権者に対して責任を負わない一方、設立及び運営について詳細な規律が求められる」有限責任中間法人と「社員が法人に対して責任を負う一方、簡易な設立および運営が可能となる」無限責任中間法人の二類型が設けられるとされる。⁶²⁾

中間法人制度自体の問題点としては以下の点が挙げられる。残余財産の分配請求権を認めない、非営利性を強調す

るあまり、構成員の団体に対する権利が強くないのではないのか、運営組織面での不安はないのかである。この点は一般社団法人法においても変わっていない。このように中間法人においては、会社と同様に社員の関与がそれほど重視されていないと考えられる。⁽⁶³⁾

中間法人はより一般的な一般社団法人に包摂され、現在の中間法人は一般社団法人に移行する（無限責任中間法人は特例無限責任中間法人としてあるいは債権者保護手続き等を経た上で一般社団法人に移行する）⁽⁶⁴⁾。

このように中間法人は、より一般的な制度として一般社団法人へと移行するのであるが、その際には有限責任制度、組織の柔軟性など会社法の影響が見られる。

3. 一般社団法人⁽⁶⁵⁾

(1) 設立

剰余金の分配を目的としない団体である。設立にあたって定款を作成する（社員全員が署名し、公証人が認証し、備え置き、閲覧に供する。一〇—一四条）。

定款記載事項は目的、名称、主事務所所在地、社員氏名住所、社員資格の得喪、公告方法、事業年度であり（その他任意記載事項）、剰余金、残余財産分配規定は効力を有しない（清算時の残余財産の帰属については定款で定めるところにより、定まらないときは社員総会によって定められる二三九条）

設立時役員の過半数による設立時役員の選解任（理事—理事会設置法人は三人以上、監事・会計監査人設置法人の

監事・会計監査人(監事解任は三分の二)、理事過半数による設立時代代表理事の選定解職、理事による設立手続調査が行われる(一五―二一条)。

主事務所所在地における設立登記により成立する(二二条)。

設立時社員・理事・監事の任務懈怠による法人に対する損害賠償責任(二三条一項)、総社員の同意による免除(二五条)が規定される。

悪意重過失による第三者に対する損害賠償責任(二三条二項)が規定される。複数関与は連帯責任である(二四条)。

(2) 資本関係

① 基金

一般社団法人は定款により基金制度を採用することができる(財団法人は三〇〇万円以上とされる)。

② 出資の確保

基金制度を採用した場合、基金の募集、拠出者の権利(社員とは限らない)、返還手続きについて定款で定められる。それに基づき募集、引受、割当が行われる(相殺不可)。金銭以外の財産の拠出については原則として検査役による価額の調査が行われる。基金の返還は総会決議によって行われ(二四一条)、基金の返還についての限度額(純資産の基金総額超過額)、違反に対する返還を受けた者、業務執行者の責任について規定される。また、基金の返還に係る債権に利息を付することができない(二四三条)。基金の返還の際には代替基金が計上される(二四四条)。

③債権者保護

剰余金又は残余財産の分配を受ける権利を社員に認めることができない（一一一条）。

基金制度のあるとき、基金の抛出の履行、返還の制限等出資の確保についての規定が置かれる。

④会計

会計帳簿を作成、保存しなければならない、少数社員の閲覧請求権が認められ、裁判所の提出命令に服する（一二〇—一二二条）。

計算書類を作成、保存しなければならない、規定に従って監査を受けなければならない、公告され、備え置かれ、閲覧に供されなければならない、裁判所の提出命令に服する（一二三—一三〇条）。

一般に公正と認められる会計慣行に従う（例えば公益法人会計基準）。

(3) 組織関係

役員は社員総会において選解任される（六三条）。監事・会計監査人の選任については監事の同意が必要であり、また監事は選任を理事に請求することができる（七二条、七三条）。監事は会計監査人を解任することもできる（七一条）。

組織の柔軟性については以下である。

総会（必須）。

理事(必須) 理事会(任意—六〇条)。

監事(任意であるが、理事会設置・会計監査人設置法人必須—六〇条、六一條)。

会計監査人(任意であるが、大規模法人必須—六〇条、六二條)。

① 理事

理事は総会によつて選解任され、業務執行権を有する(複数の時は過半数—七六條)。

理事は代表権を有する(複数の時は各自が有するが、代表理事の定めをすることもできる)。代表権の制限は善意の第三者に対抗することができない(七七條)。

代表者の職務行為による第三者への損害に対して法人は賠償責任を負う(七八條—民法四四條二項にあたる規定は置かれなかったが、この責任については一般の不法行為責任として当然のことと解される)。法人理事間の訴訟における代表者は総会決議によつて定められる(八一條)。

代表名称許諾による表見代表理事の行為は善意の第三者に対抗できない(八二條)。

理事の忠実義務(八三條)、競業・利益相反禁止(八四條、総会承認事項)、報告義務(八五條)の規定が置かれる。理事の業務執行の不正行為、定款違反の疑いの際に、一〇分の一以上の議決権を有する社員は裁判所に検査役選任を申立てることができる(八六條)。検査役の報告結果により裁判所は総会招集権等を有する(八七條)。

目的範囲外の行為、定款違反行為による著しい損害の恐れのあるときの社員の差止請求権が規定される(監事設置の場合は回復不能損害—八八條)。

理事会

理事会は業務執行を決定し、理事の監督を行い、代表理事選定解職を行う（九〇条）。

重要財産処分、使用人選解任、事務所・重要組織の設置変更廃止、職務執行適正確保措置等の決定の理事への委任はできない（九〇条）。

理事会設置法人において代表理事、理事会決議による業務執行理事が業務を執行する（理事会への報告義務―九一条）。

競業・利益相反行為は理事会承認事項であり、報告義務を負う（九二条）。

理事会は各理事が招集する（定款による招集権者の定め可―九三条、招集手続は九四条）。

別段の定めのない限り理事の過半数で決議を行い（特別利害関係理事の排除）、議事録が作成される（九五条）。

理事全員の承認により理事会決議の省略が可能であり（九六条）、理事・監事・会計監査人の通知による理事会報告の省略が可能である（九八条）。

理事、監事、会計検査人は任務懈怠により生じた損害を法人に賠償しなければならない（一一一条）。

総社員の同意による責任免除（一二二条）、総会決議による善意無重過失者の責任一部免除が可能である（一二三条）。

監事設置法人において理事会決議による善意無重過失者の責任一部免除が可能である（一二四条）。

外部役員に対して責任限定契約をなすことができる（一一五条）。

競業・利益相反について責任免除、責任限定はなされない（一一六条）。

悪意重過失の役員は第三者に対して損害賠償義務を負う(一一七条)。

②社員

社員は定款で定める経費支払義務を負う(二七条)。

社員はいつでも退社できる(定款で別段の定めができるが、やむを得ない事由のあるときは退社できる——二八条)。

法定退社事由として定款記載事由、総社員の同意、死亡、解散、除名が規定される(二九条)。

除名は正当な事由のある場合に社員総会決議による(弁明の機会——三〇条)。

社員名簿作成、備置き、閲覧(三一条、三二条)、社員に対する通知とその省略(三三条、三四条)が規定される。

社員総会

社員総会は一切の事項の決議権限を有する(理事会設置法人では法定事項、定款記載事項についてのみ決議することができる)。

社員に剰余金を配分する旨決議することはできない(三五条)。

事業年度終了後の定時総会の招集、その他必要な場合の特別総会の理事による招集、一〇分の一以上の議決権を有する社員による招集が可能である(三六条、三七条)。

総会日時、場所、目的、書面、電磁的方法による議決権行使の可能性等について決定し、一—二週間前に通知する(三八条)。

社員の理事に対する決議事項提案権が規定される（理事会設置法人では三〇分の一以上の議決権を有する社員に制限することができる―四三条）。

社員の総会目的事項についての議案提出権が規定される（四四条）。

社員の議案要領の六週間前までの通知請求権が規定される（理事会設置法人では三〇分の一以上の議決権を有する社員―四五条）。

法人、三〇分の一以上の議決権を有する社員は招集手続、決議方法について検査役選任を裁判所に申し立てることができる（四六条）。

別段の定めのない限り一社員一議決権である（四八条）。議決権代理行使・書面・電磁的行使についての規定が置かれる（五〇条、五一条、五二条）。

総会通常決議は過半数により、特別決議（除名、役員解任、役員責任免除、定款変更、事業譲渡、解散、吸収合併等）は三分の二以上による（四九条）。

社員全員の同意により決議の省略が可能である（五八条）。

理事等は説明義務を負う（五三条）。

議長権限について規定が置かれる（五四条）。

資料調査者の選任が可能である（五五条）。

議事録についての規定が置かれる（五七条）。

訴訟

組織に関する訴えとして、組織に関する行為の無効の訴え、総会等決議不存在・無効確認の訴え、決議取消の訴え、設立取消しの訴え、解散の訴え(二六四条―二七七条)、さらに責任追及の訴え(二七八条―二八三条)、役員等解任の訴え(二八四条―二八六条)が規定される。

③ 監事 (理事会設置、会計監査人設置の場合は必置)

監事は理事の職務執行の監査(監査報告書)を行い、調査請求権を有する(九九条)。

監事は理事の不正行為、その恐れ、定款違反行為等について理事(理事会)への報告義務を負う(二〇〇条)。

監事は理事会への出席義務を負い、招集請求権を有する(一〇一条)。

監事は、総会議案、書類を調査し、定款違反、著しく不当な事項について総会報告義務を負う(一〇二条)。

監事は理事の目的範囲外の行為、定款違反行為によって著しい損害の恐れがある場合に差止請求権を有する(一〇三条)。

監事は法人理事間の訴訟における代表権、その他の代表権を有する(一〇四条)。

④ 会計監査人 (公認会計士または監査法人、大規模には必置)

会計監査人は計算書類・付属明細書の監査(監査報告書)を行い、書類閲覧・写権、理事等に対する報告請求権を有する(一〇七条)。

会計監査人は理事の不正行為、定款違反行為について監事への報告義務を負う（一〇八条）。
監事との意見の相違について総会での意見陳述義務を負う（一〇九条）。

一般社団法人について業務を一般的に監督すべき官庁は存在せず、従来の公益法人会計基準や企業会計原則のいづれかを統一的な会計基準とすることは困難であり、準拠すべき会計基準については自主的に判断すべきとされる。⁽⁶⁶⁾

（4）公益認定

公益目的事業を行う一般社団・財団法人は内閣総理大臣・知事に公益認定申請することができる。

申請後、公益認定委員会・合議制機関が審査する。

認定基準は以下である。

1. 事業に関して、公益目的事業遂行が主たる目的であり、経理的基礎・技術的能力があり、関係者・営利事業を営む者に特別の利益を与えず、社会的信用にふさわしくない事業を行わず、公益目的事業収入が実施に要する適正な費用を償う額を超えず、収益事業等が公益目的事業遂行に支障を及ぼさず、
2. 法人財務に関して、公益目的事業比率が一〇〇分の五〇以上となり、遊休財産額が一定額を超えず、
3. 法人機関に関して、同一親族・他の同一団体関係者が理事または監事の三分の一を超えず、収益・費用・損失その他の勘定の額がいずれも一定の基準に達しないものを除き会計監査人を設置し、理事・監事・評議員の報酬支給基準を定め、社員の不当な差別的扱いをせず、理事会を設置し、
4. 法人財産に関して、他の団体の意思決定に関与しうる株式等を保有せず、公益目的事業に不

可欠な特定財産の処分制限等必要な事項を定款で定め、公益認定取消の場合に公益目的取得財産残額に相当する財産を類似事業を目的とする公益法人等に贈与する定款の定めがあること（清算の場合も同様）が挙げられている。⁶⁷

ただし、役員資格、認定取消後五年以内の法人など一定の欠格事由が定められている。

認定されると、公益社団・財団法人の名称を使用でき、税制上の優遇措置がとられる。

活動においては二条別表記載の公益事業及び認定基準を満たす範囲でのその他の事業を行うことができる。営利活動との関わりは極力避けられている（営利事業を営む者に対する特別の利益供与の禁止、公益目的事業収入の制限、公益目的事業比率、遊休財産額制限、株式等の保有制限、残余財産帰属先の制限）。そして認定基準を満たすこと、財産処分の制限、特別会計の設置などいくつかの遵守事項が置かれる。

資産については、一定の規模のものについて会計監査人の設置が義務づけられている。社員等に対する特別な利益供与が禁止され、役員に対する報酬等の支給基準が定められる。また、不可欠の特定財産の維持が図られている。事業計画書、収支予算書、計算書類、財産目録、定款、社員名簿等を備え置き、閲覧に供する。

内閣総理大臣の下での公益認定等委員会、都道府県知事の下での同様の機関が監督し、認定取消などの処分をなし得る。

（5）問題点

一般社団法人法の特徴としては以下のことが挙げられる。

一般社団法人は非営利活動の促進を目的とする。非営利とは中間法人の場合と同様に剰余金の配分を目的としない

(残余財産も原則として分配しない) という意味であり、活動目的としては営利活動も可能である。

有限責任非営利目的の法人が準則により設立可能であり、一定の財産保全、債権者保護制度が存する(中間法人でも可能であった)。

組織面での柔軟性がもたらされた。

理事の義務責任など役員、構成員の権限、義務、責任の明確化がなされた。

これらの事柄については全体として、一般社団法人は会社法の影響を強く受けていると考えられる。

公益法人とは一般法人が公益認定された場合のことであるが、その際の公益認定基準が明確化されたこととその基準の維持、財産維持などの配慮があり、組織の態様については会計監査、監督機構などの点の強化がある。そして、他の組織面での公益性保持のための措置については考慮されないのが問題となる。

また、近時の諸法人制度の問題点と同様に、有限責任団体の設立容易化の問題、執行者中心の柔軟な組織の問題があると考えられる。

どのような運営があるべきであるのかについては、ガバナンス面では会社法と同様に、権限分散の問題、執行組織においては委員会組織、執行役等の必要性はあるのかが問題とされうる。

責任態様の問題については、義務、責任の明確化によって従来の民法上の責任問題が、会社法の影響を受けた一般社団法人法においてどのような解釈が採られるべきであるのかという問題が存する。

また責任制限はどの範囲で許容されるのかも同様に問題とされうる。

この点において、法人の行為、責任、構成員の責任問題については民法上の法人のところ考察したように、当該団体における構成員の関与のあり方がどのようなものであるのかが問題となる。

構成員の団体活動への関与がほとんど見られない団体の場合でも個々の構成員の権利を強く認める必要があると共に、執行者の責任を厳格なものにしなければならない。

四 共同事業型団体

1. 民法上の組合

(1) 成立

各組合員が出資し(労務も可)、共同事業を営むことを合意する(どのような目的の事業でも可)ことによって組合契約が成立する(六六七条)。

(2) 組合財産

組合財産は出資額の割合に応じて組合員に合有される(六六八条)。共有持分均等の推定(二五〇条)

組合員の持分処分は組合、組合と取引をした者に主張できない(六七六条一項)。債権者は持分を差し押さえることができない。清算前に組合財産の分割請求はできない(六七六条二項)。地位の譲渡は全員の合意でなすことがで

きる。

組合債権は分割債権とならない。組合の債務者は組合員に対する債権と相殺することができない（六七七条）。
損益分配について特段の定めがなければ出資の割合による（六七四条）。

組合債務は分割債務ではない。

組合債権者は損失分担の定めを知らない場合、各組合員に均一割合で請求することができる（六七五条）。

組合債権者は組合財産とともに各個人の分担を請求することができる（無限責任）。

会計

民法上の組合においても団体としての活動を行っている場合には一般の会計処理がなされる場合が多い。また、出資者として会計処理が必要とされる場合も存する（「金融商品会計に関する実務指針」、所得税基本通達三六・三七共—二〇、法人税基本通達一四—一—二）⁽⁶⁸⁾。

(3) 業務執行

業務執行は各組合員の多数決によって行う。業務執行組合員（委任規定の準用）を定めているときはその者の多数決によって行う（六七〇条）。

常務（日常業務）は各組合員（各業務執行組合員）が行うことができる（六七〇条三項）。

各組合員は業務・組合財産の状況の検査権を有する（六七三条）。

組合の対外的活動は全員で、あるいは各組合員が全員を代表して行うが、常務以外は過半数の決議が必要である。業務執行組合員が定められている場合は各業務執行組合員が代表する。この場合、代表権制限は善意の第三者に主張できない。

(4) 組合員

組合存続期間を定めないとき(終身間存続も)、組合員は不利な時期でなければ(やむを得ない事情のない限り)いつでも脱退できる。組合存続期間を定めたときもやむを得ない事情があれば脱退することができる(六七八条)。

脱退組合員は持分払い戻し請求権を有する(六八一一条)。

正当な事由のあるとき、他の組合員の全員一致により除名することができる(六八〇条)。

やむを得ない事情があれば各組合員は解散請求することができる(六八三条)。その他の解散事由(六八二条)。

2. 匿名組合⁽⁶⁹⁾

当事者の一方(匿名組合員)が相手方(営業者)の営業のため出資し(金銭・財産のみ)、利益配分を受ける契約(終了により出資の返還)である(五三二五条)。

営業者は善管注意義務、営業遂行義務を負う。

権利義務関係は営業者についてであり、出資は営業者に帰属する。

組合員は利益分配請求権を有し、業務に関する検査権を有する。損失分担は特約のない限り負担すると解される

(ただし、出資の限度の有限責任)。

組合は契約一般の終了原因によって終了するほかに、期間の定めのない匿名組合契約(終身間も)は年度末に解除することができる(六ヶ月前の予告―やむを得ない事情はいつでも可)

3. 合同会社⁽⁷⁰⁾

(1) 設立

定款を作成し(目的、商号、本店、社員(有限責任、無限責任の別)、出資の目的・価額等)、出資を履行し、登記することによって成立する(五七五条、五七六条、五七七条、五七八条、五七九条)。

(2) 資本関係

① 出資の確保

出資は義務づけられないが、出資の確保として、出資は金銭に限られ、全部履行義務がある(五七八条、五八二条)。

② 債権者保護

有限責任社員は会社財産が債務弁済に不足するときも責任を負わない(五八〇条二項―合同会社においては出資履行済みである)。そのために一定の財産保全、債権者保護制度が置かれている。

合同会社の名称を用いなければならない。

会計帳簿、計算書類作成保存義務は存するが、計算書類の公告は義務づけられていない。債権者は会計帳簿、計算書類の閲覧謄写権を有する。

出資の払戻し(社員たる地位を維持)について、出資の価額の減少のための定款変更を行う場合、減少された出資の範囲内でのみ払戻しを請求することができる。払戻しは剰余金額を限度とし、資本金の額の減少には債権者の異議手続がある。剰余金額を超える払戻しについては払戻しを受けた社員、業務執行社員が連帯して責任を負う(六三二条、六三三条)。

利益配当について、利益額を超える配当に対して、債権者は当該社員に対して債権者代位権の特則として支払いを請求することができる(六二八条、六二九条)。

退社の際の持分払戻しについて、剰余金額を超えて行う場合は債権者の異議手続を経る。違反に対しては連帯責任が生じる(六三五条、六三六条)。

利益配当、出資の払戻し、退社の際の持分の払戻しについて財源規制が存するが、純資産額規制、配当時の資本金の最低組み入れ額、準備金の計上義務はないとされている。⁽⁷¹⁾

③会計

会計帳簿の適時・正確な作成が義務づけられる。

貸借対照表、損益計算書、持分変動等計算書などの計算書類の内容については法務省令に委任される(六一五条)⁽⁷²⁾。

決算公告義務はない。

会計帳簿、計算書類について六一四―六二〇条。合同会社の特則について六二六―六二七条。

(3) 組織関係

① 業務執行

業務執行は社員が過半数によって行う（別段の定めのない限り）。常務は各社員が行うことができる（五九〇条）。業務執行社員を定めることもでき、業務執行社員の過半数で行われる（他の社員の検査権五九一条、五九二条）。業務執行社員は会社を代表し（五九九条）、善管注意義務、忠実義務、報告義務を負い（五九三条、民法六四六―六五〇条準用）、競業が禁止され（五九四条）、利益相反行為が制限され（五九五条）、損害賠償責任を負う（五九六条）。悪意重過失ある業務執行有限責任社員は第三者に対して損害賠償責任を負う（五九七条）。会社は代表者の職務行為について第三者に損害賠償責任を負う（六〇〇条）。

② 社員の権利

社員全員が意思決定、業務執行に関与する形態が原則である。

持分譲渡の制限があるが、業務を執行しない有限責任社員持分は業務執行社員の承諾により可能である（五八五条）。新たな社員の加入は認められる（六〇四条）。任意退社は、会社の存続期間の定めのないとき、終身間の存続の定めのあるとき、六ヶ月前の予告により事業年度の終わりに認められる（六〇六条、やむを得ない事由のあるときはい

つでも認められる)。法定退社事由として、総社員の同意、死亡、合併、破産、解散、後見開始、除名等がある(六〇七条―除名の訴えは八五九条)。社員の持分差押債権者による退社請求も認められる(六〇九条)。退社社員は会社の財産状況に従って持分の払戻を受ける(六一一条)。

社員は利益配当請求権を有し(六二一条)、別段の定めのない限り出資に応じて損益分配される(六二二条)。有限責任社員の利益配当額について六二三条。

社員は会計帳簿、計算書類の閲覧謄写権を有する。

(4) 株式会社と合同会社の比較

合同会社においては社員が行為者として直接責任を負うことがある場合が多いと考えられる。

どちらも小規模な会社である場合には、規模の拡大を考える場合は株式会社を採る。

4. 合名・合資会社⁽⁷³⁾

(1) 出資の確保

出資は義務づけられないが、出資の目的、価額又は評価の標準を定款で定めなければならない(五七六条一項五号)。現物出資についての検査役調査、填補責任はない。

有限責任社員の出資の際の責任規定がある(五八二条)。

出資時に価額の定まらないものを有限責任社員は出資できない(労務出資はできない)が、社員の損益分配等持分

に関する事項については定款において出資価額とは別に定めることができる。

(2) 債権者保護

無限責任社員の支払能力を含めて会社の支払能力が判断されるために会社から社員への財産流出を防止する必要は少なく、会社運営のコスト削減の要請が強いとされる。

計算書類の作成は義務づけられているが、閲覧・謄写権、公告制度は存しない。会社財産の流出防止規定は存しない。⁽⁷⁴⁾ 損益分配は別段の定款規定のない限り出資割合による。

有限責任社員への違法配当については支払義務が課され、債権者に対しては超過額から会社に支払義務を履行した額を控除した額について責任を負う(六二三条)。

無限責任社員の持分譲渡には他の社員全員の承諾、有限責任社員の持分譲渡には業務執行社員の承諾が要る(五八五条)。社員間の価値移転についての規制はない。

無限責任社員は会社財産で債務が完済できないときに連帯責任を負う(五八〇条一項)。有限責任社員は出資の限度で責任を負う(五八〇条二項)。有限責任社員は直接有限責任を負うという点で株式会社の株主(間接有限責任)と異なる。社員の責任の変更についての特則がある(五八九条)。

有限責任社員は無限責任社員であるとの誤認を与える行為による責任を負う(五八八条)。組合の共同性と無限責任を根拠として、人的会社の構成員の共同性は無限責任の根拠としてあげられる。

(3) 会計

会計帳簿の適時・正確な作成の義務づけ、貸借対照表などの計算書類の内容の法務省令への委任が規定される(六一五条)。

(4) 業務執行(合同会社と同様)

社員が業務を執行し、代表する。業務執行社員を指定することができる(他の社員の検査権)。

従来、有限責任社員に業務執行権、代表権はなかったが、この点について、会社の債務について負うべき責任が軽いことと業務の執行権付与は関係がないとされる(責任は結局無限責任社員が負う⁽⁷⁵⁾)。

業務執行者は善管注意義務、忠実義務等を負い、会社、第三者に対して損害賠償責任を負う。会社に対する責任は免除されうる。第三者に対する責任は悪意重過失によるものもある。他の社員の業務執行に関する監視義務はない。

(5) 社員の権利

基本的には社員が意思決定し、業務を執行する。社員には利益配当請求権があり(六二二条)、計算書類の閲覧・写権がある(六一八条)。

退社については六〇六条、差押債権者による退社については六〇九条で規定される。

出資の払戻、退社した社員の持分払戻は原則として可能である(六一一条、六二四条)。但し責任が残る場合がある(六一二条、六二四条)。

5. 有限責任事業組合

(1) 設立

個人または法人が出資し、出資の価額を責任の限度として共同で営利事業を営むことを約する有限責任事業組合契約（不当に債務を免れる目的での濫用の禁止（三条）、有限責任が適当ではない業務、債権者に不当な損害を与える恐れのある業務として政令で定めるものを除く（七条））を締結する（出資の履行によって効力を生じる——二条）。この組合は「有限責任事業組合」の名称使用しなければならない。組合契約は登記によって公示される。

(2) 出資の確保

組合員は金銭その他の財産を出資する（一一条）。労務出資は禁止される。組合員は全額出資義務を負う。出資の履行による新たな組合員の加入が認められる（二四条）。任意脱退は原則的に禁止される（二五条）。

脱退に伴う持分払戻は脱退時の組合財産の状況に従って行われる。

(3) 債権者保護

有限責任事業組合という名称使用の強制、有限責任を認めることが適当ではない業務等の禁止が規定される。組合財産は個人財産から分別管理される（二〇条）。組合財産は分配可能額を超えて分配されない（三四条）。欠損が生じたときは支払義務を負う（三六条）。残余財産の分配制限（四九条）がある。

(4) 会計

会計は経産省令によるほか、一般に公正妥当と認められる企業慣行（「金融商品会計に関する実務指針」）に従う。会計帳簿の作成・保存、財務諸表の備置き・閲覧等が義務づけられる（二九条、三一条）。

監査制度は予定されていない。

(5) 業務執行

業務執行は総組合員の同意による（重要財産の処分・譲受け、多額の借財以外については他の執行方法を定めることができる。またそれらについても経済産業省令で定めるものは総組合員の三分の二以上の同意とすることができる（二二条））。組合常務は各組合員が行いうる（二四条）。一部についての業務執行を委ねることができる（委任による）。組合業務に関して第三者に損害を与えたとき組合員は組合財産による損害賠償責任を負う（二七条）。悪意重過失によって損害を与えた組合員は個人責任を負う（一八条）。

(6) 組合員の権利

組合財産は組合員の合有である。組合員は、その出資の価額を限度として、組合の債務を弁済する責任を負う（一五条）。組合員は業務・財産状況の検査権を有する。

損益分配は別段の定めのない限り、出資の価額による（三三条）。

組合財産の持分処分は組合（第三者）に対抗できず、分割請求もできない。

民法の準用（六六八条、六六九条、六七一条、六七三条、六七四條二項、六七六条、六七七条、六八一条、六八三条、六八四條、六八八条）。

(7) 終了

目的達成、達成不能、存続期間満了、総組合員の同意等によって解散する（三七条）。

7. 問題点

(1) 合同会社と合名・合資会社の相違

財源確保、債権者保護についての相違が存する。合同会社においては金銭出資履行義務があり、出資の払戻に伴う資本金減少に関する制限・債権者の異議、利益配当についての制限・違反に対する責任・欠損に対する責任、出資払戻の制限・違反に対する責任、退社に伴う持分払戻に対する債権者の異議・違反に対する責任が規定されている。

この点が共同事業型団体における有限責任と無限責任の区別の根拠と考えられているのであるが（この姿勢は有限責任事業組合においても見られる）、共同事業型団体においては共同行為性から無限責任が原則とされていたことに対して、有限責任を認める点について、実質的に団体の性質が変わったと考えなければならぬ。即ち、有限責任である共同事業型団体においては、共同行為性が特徴となるのではなく、団体としての実在性が備わると見なければならぬ。有限責任事業組合における共同性の強調もこの点から考えられなければならない。即ち、構成員全員が団体としての活動を行っているのである（単純な共同行為ではない）。

(2) LLPとLLCの相違⁽⁷⁶⁾

LLPとLLCの相違としてまず法人格の有無がある。

LLPは存続期間を定め、二人以上で契約する必要があるが、LLCは永続的であり、一人で設立でき、他の会社形態への組織変更が可能である。

LLPは構成員課税が適用される。

このようなことから、LLPは個人や企業の信用力・能力を前面に出す事業、期限を区切ったプロジェクト、ハイリスクハイリターン事業に適し、LLCは将来株式公開を予定している事業、永続的事业、安定的な収益を生み出す事業に適していると言われる。

(3) LLPとLPSの相違⁽⁷⁷⁾

LPSは投資ファンドのための事業体であり、最低一名の無限責任組合員が必要とされる。LLPは一般の共同事業に活用され、組合員全員の有限責任が確保されている。LLPは共同事業要件があるために出資だけで業務に参加しない投資家を集めるには適しないと言われている。

(4) 共同事業と有限責任

共同事業を営む方法として、各人が無限責任を負う民法上の組合、合名会社、有限責任社員と無限責任社員がいる合資会社、有限責任である合同会社、有限責任事業組合がある。

共同事業において有限責任が認められるための制度的相違として、出資の確保、利益配当・払戻の制限、会計制度がある。

法人格の有無は法人名での活動可能性の点での相違として捉えられるが、実質的には違いがないものとして捉えられる。

民法上の組合・合名・合資会社と合同会社・有限責任事業組合との相違が重要であり、共同行為を基本とする団体であるのか、独立の財産を伴って活動する法人性を有する団体であるのかという基本的な相違が存する。

有限責任の場合でも、法人代表者の個人責任の問題と同様に、共同行為者としての責任を広く捉えることによって行為者の責任を広く問題とすることもできる（悪意重過失の対外的責任あるいは一般の不法行為責任）。

このように有限責任共同事業型団体における行為者の責任の範囲が問題となりうる。また、諸法人の場合と同様に、有限責任共同事業型団体において執行の組織化、執行の機動化は目指せるのか、ガバナンス面において、どのような権限分散が望ましいのか、行政面での効率的活動のための措置などについての考慮がなされる必要があるのかが問題となる。

五 問題点の考察

1. 有限責任・無限責任と行為関与者の責任
有限責任団体は容易に認められるのかという問題（特に共同事業型団体）を考える上で考慮すべき前提として、以

下の点が挙げられる。有限責任団体においても行為者責任として無限責任を負う者があり得る。また、有限責任団体における行為者が個人保証を行うこともある。それに対して、無限責任団体において構成員の個人資産の状況は把握されない。このことから、有限責任と無限責任の問題は限定的な意義を有するものとも考えられるが、理論上、基本的な相違点が存すると考えられる。

(1) 権利能力なき社団における論争⁽⁷⁸⁾

団体構成員の有限責任についての従来の考え方としては、権利能力なき社団における考え方が参考となる。権利能力なき社団債務に対する社団構成員の責任として論じられる。団体が権利能力なき社団であると認められれば、当該団体は統一体として法人類似の性格が認められ、有限責任が認められる。そうでなければ組合として多数性が認められ、無限責任とされる。権利能力なき社団論は、伝統的には社団と組合の性格の違いから論じられてきた。

このように権利能力なき社団とは、社団として統一性を有しながら法人格のない団体のことであり、中間法人法ができるまでは中間目的の社団が当てはまるとされていた。

判例において権利能力なき社団として主体性が認められる団体の要件が述べられている。

「権利能力のない社団というためには、団体としての組織をそなえ、そこには多数決の原則が行なわれ、構成員の変更にもかかわらず団体そのものが存続し、しかしてその組織によって代表の方法、総会の運営、財産の管理その他団体としての主要な点が確定しているものでなければならぬ」とし、「このような権利能力のない社団の資産

は構成員に総有的に帰属」し、社団名において活動がなされるとする。そして、本件において、「杉並支部は、昭和二二年七月頃社団法人引揚者更生活協同連盟」の支部名義で、特に引揚者の更生に必要な各種の経済的行為をする目的のもとに、杉並区内に居住する引揚者によって結成されたものであるが、これを組織する構成員やその行なう事業もおおむね本部のそれとは別個のものであつて、独自の存在と活動をし、「すなわち、杉並支部の主たる事業はマーケットの設置と運営であり、右マーケットに店舗を有する者は、本部と関係なく、杉並支部の構成員であり、従つて右店舗所有者の異動すなわち構成員の異動があつたときは支部の承認が行なわれ、構成員の変更にも拘らず支部は同一性を維持しつつ存続したのである」。「杉並支部は、右マーケットの維持のほか、バザーの開催、物資の配給、日用品交換斡旋等の事業を行ない、その会員、役員、内部における意思決定、外部に対する代表、その他の業務執行等に関する定めとしては、すべて社団法人たる前記本部の定款と全く同旨の規約を定めていた。すなわち、杉並支部は、その事務所を東京都杉並区天沼一丁目一四二番地におき、「海外ヨリ終戦後引揚タル一般人ニシテ会費一口二十円以上五十口千円マデヲ一時ニ払込ミタル者」(正会員)と「正会員ニ準ズル者ニシテ連盟ノ趣旨並ニ目的ニ賛成シ正会員ト同率ノ会費ヲ払込ミタル者」(特別会員)とをもつて組織し、その意思決定は総会の決議によることとし、代表者としては総会が過半数の議決をもつて選任する支部長一名を置き、その他の役員として副支部長、理事等の定めがあつた」として権利能力のない社団であるとした。

権利能力なき社団として団体に主体性が認められる要件が定立されたのであるが、必ずしもこの要件によつて主体性が認められるとは限らないとされ(最判昭和三八年五月三一日民集一七卷四号六〇〇頁)、この要件が充たされる

場合でも構成員に個人責任を認める必要のあるときは組合であるとするのが判例の立場であるとされる。そして、権利能力なき社団において構成員が有限責任を負うものと無限責任を認めるべきものがあるとする方法と構成員が無限責任を負う団体が組合であり、有限責任を負う団体が権利能力なき社団であるとする方法があるとされる。そして、この問題を営利目的か否かで区別する見解について、組合では組合財産と個人財産の分別の不完全さ(脱退の際の持分払戻、規制なしの利益分配)から、無限責任を負うべきと考えられるが、持分払戻、利益分配のない非営利目的の組合では有限責任を認めることができ、権利能力なき社団でも営利団体では持分払戻、利益分配が行われ、有限責任が認められるためにはそれらについての規制が必要となるが、規制がないために無限責任を負うべき場合があると考えられる。公益法人の収益活動については基本財産の存在から事実上債権者保護が図られているために有限責任が認められ、有限責任中間法人についても三〇〇万円の出資があるとされる。協同組合は剰余金配当が可能であるが、厳格な規制があり、有限責任とされるが、協同組合型の権利能力なき社団についてはこのような規制がないために個人責任を認めるべきとされる。

最判昭和四八年一〇月九日(「権利能力なき社団の代表者が社団の名においてした取引上の債務は、その社団の構成員全員に、一個の義務として総有的に帰属するとともに、社団の総有財産だけがその責任財産となり、構成員各自は、取引の相手方に対し、直接には個人的債務ないし責任を負わないと解するのが、相当である」)については、公益的団体であり、収益事業についても利益配分がないために結論は妥当であるが、財産をほとんど持たない公益団体の収益事業については問題が生じうるとされる。

このように権利能力なき社団においても営利目的か否か、団体財産に関する債権者保護規制の有無を基準とする立場が有力である。

また、「事業の開始にあたりリスクに応じた合理的な出資の引受が構成員によってなされ、以後維持され、かつ財務状況に関して合理的な方法で第三者に対する開示がなされること」を有限責任の必要十分条件とする考え方、当該団体のキャッシュ・フローの仕組みをどのように作り、またそれが債権者にどのように開示されているかを重視する考え方があるとされる。⁽⁷⁹⁾

この点について、まず、前提として現実に法人格の有無と有限責任は必ずしも結びつかない。

有限責任営利団体としては、株式会社、合同会社、有限責任事業組合、匿名組合があり、無限責任営利団体としては合名会社（合資会社）、民法上の組合がある。有限責任非営利団体として、一般社団法人（一般財団法人）、NPO法人、その他の特別法法人がある。非営利法人においてはより緩やかに有限責任が認められる。

また、今日の法人制度において、共同事業執行型の営利団体であることから直ちに無限責任であるということとはできず、一般に会計規定、利益配分方法などから有限責任が肯定されうる。

中間法人法において、三〇〇万円の基金によって剰余金配分を目的としない有限責任団体設立が可能とされる。剰余金処分として代替基金を積み立て、純資産額が基金の総額を上回る限り基金拠出者の返還請求が可能とされうるが（利息は付され得ない）、剰余金の配分、財産払戻請求権がなく、解散時定款の定めのあるときの残余財産分配が認め

られる(有限責任中間法人と無限責任中間法人については詳細な設立・運営規定の有無が相違として挙げられている⁽⁸⁰⁾)。

この点について、営利団体が債権者保護規定の緩やかな中間法人を利用する弊害が議論されたとされ、利益配分禁止、残余財産分配請求権の否定(但し、解散時には可能⁽⁸¹⁾)によって、営利目的で利用することが不便、不確実、非効率であるとされる。

一般社団法人における有限責任制度も同様に会計規定、剰余金配分の禁止、残余財産分配の禁止があると共に、基金制度が置かれている場合の返還制限が存する。

このように、有限責任性については、営利団体については適切な会計、情報開示、利益配当の制限、債権者保護手続が挙げられ、非営利団体については剰余金配分禁止、残余財産分配請求権の不存在、適切な会計、情報開示、基金返還の制限・債権者保護手続が挙げられる。

不正な会計処理のために損害を被った構成員に対して、行為者が責任を負うが、不正な会計処理のために損害を被った債権者に対して、行為者のみが責任を負うのか、構成員も負うのかという観点からの考察も必要となる。さらに執行機関のどの範囲の行為が法人の行為とされ、構成員が責任を負うのか(有限責任)が関連する。

(2) 営利法人

社団法人においては法人が独自に行為し、財産を有するのであるが、法人の負う債務に対して、法人だけが責任を

負うのではなく、構成員も責任を負う法人がある。

合名会社の社員は債権者に対して直接に連帯して無限責任を負う。

合資会社では債権者に対して直接に連帯して無限責任を負う社員と出資の限度で責任を負う有限責任社員がいる。

合同会社の社員は有限責任を負う（間接有限責任）。

株式会社（有限会社も）では、構成員は出資の限度で責任を負う（間接有限責任）。

この区別は社員の個性と会社企業の疎密に応じた人的会社と物的会社の区別と関連する。少数であるが全社員が経営に関わり、無限責任を負い、社員地位の移転も原則として認められない人的会社、多数となりうる社員が出資の限度の有限責任を負い、経営に関与することなく、会社の信用は会社財産におかれ、社員の地位の移転も自由である物的会社である。⁽⁸²⁾

また有限責任、無限責任について以下のようにも説明される。

株式会社の株主の有限責任が正当化される理由として、公開会社の小株主については、1. 少額投資糾合の必要、2. 所有と経営の分離が挙げられ、閉鎖会社の株主については、3. 失敗の可能性が高くても社会的に望ましい企業活動の促進、4. 会社債権者の方が株主よりもリスク負担能力が勝るケースがある点（個人保証を求められる場合はある）が挙げられている。そして、有限責任の見返りとして法が会社・株主に要求することは、第一に資本の制度であり、第二に計算書類等の開示であるとされる。

資本は株式会社・有限会社において、会社債権者保護のために、株主（社員）の出資を一定金額以上会社財産として保有させる仕組みである（さらに資本充実の原則がある。また資本の額は定款記載事項であり、全額引き受けられることを要した（資本確定の原則）が、株式会社においては昭和二五年に授權株式制度が導入され、新株発行に打切

り発行が認められた)。そして、法律上、貸借対照表上の純資産額が資本・法定準備金等の総額を上回る場合でなければ、利益配当など財産分配をしてはならないとされる(資本維持の原則)⁸³。

有限責任が認められる根拠の一つとして資本に関する諸原則が挙げられる。

この点について、先に述べたように行為者責任のあり方が問題とされうる。その際に営利法人においては運営の機動性の側面から運営行為と恣意的行為の区別が重要である(運営行為については広い裁量が認められる)。異なる考え方もあり得る。この場合は法人自体の考え方の相違も関連しうる。实在説の考え方からは構成員の法人に対する地位の相違と考えられる。

適正手続関与者として構成員は個人責任を負わない。適正手続が株式会社では緩やかに認定される(個々の構成員の積極的、実質的関与は必要とされない)。

(3) 共同事業型団体における有限責任と無限責任

共同事業型団体構成員は無限責任(執行者に限定されるものもある)を負うと考えられていたのであるが、有限責任団体も認められている(LLC、LLP)。

民法上の組合において、組合財産は組合員の合有であり、組合の債務は組合員が分担割合(持分割合)に応じて負い、この場合に組合財産と個人財産のどちらに対しても追及することができる(債権者は組合員全員を訴えると考え

られるが、執行段階では組合財産、個人財産のどちらを差し押さえても良い。

この点については、一時的には組合財産が責任を負うべきという主張があると共に、組合の実情に応じて責任を考
えるべきという主張もある⁽⁸⁴⁾。

業務執行組合員が選任されている場合も同様に組合員は個人責任を負うのであるが、業務執行組合員の権限違反の
行為に対して、どの範囲で組合の行為とされるのか、どの範囲で組合員が責任を負うのかについては検討されなけれ
ばならない（相手方は善意か善意無過失か、逸脱の程度など）。

合名会社、合資会社においては会社財産の流出防止規定はなく、会計書類作成義務のみ存する。

会社の債務に対して会社財産をもって債務の履行ができない場合に無限責任社員は連帯責任を負う。

債権者はまず会社財産に執行し、二次的に無限責任社員が連帯責任を負う。

合資会社の有限責任社員は直接有限責任を負うという点で株式会社の株主、合同会社の社員（間接有限責任）と異
なる⁽⁸⁵⁾。

どの範囲の代表者の行為が法人の行為とされるのかという問題が存する。

合名会社は原則として共同で事業を執行することが予定されているが、代表者を定めることもでき、適正な代表行
為に対して社員は二次的に個人責任を負うのであるが、不適正な代表行為に対する法人の責任については他の法人の
場合と同様に相手方の善意などが考慮されなければならず、無限責任社員を伴う共同事業型団体であるためにその範
囲について別の考慮が必要となる。業務執行社員の不適正な行為によって法人の責任のない場合には、他の社員は、

共同行為者とされない限り、責任を負うことはない（業務執行権のない社員も監視権を有することによって運営に關与する場合はあり得る）。

合資会社の場合は従来無限責任社員が代表していた。現行法では合名会社と同様にすべての社員が関わるのであるが、業務執行社員を定めることもでき（無限責任社員に限られない）、有限責任社員と無限責任社員の活動への關与のあり方が問題となる。⁽⁸⁶⁾

合名・合資会社のような法人格があるけれども構成員の共同執行を原則とする団体において、業務執行者の行為に対する法人責任は厳密に解することができ、構成員の關与する団体行為である場合と關与しない恣意的な行為が構成員の意思に基づき厳密に區別され（法人性の問題、但し共同行為として構成員が關与する場合が多く、法人性と多数性の區別が不明確な場合もあると考えられる——団体目的に反するが、共同の合意の存すると考えられる場合）、基本的には内部的な取り決めに従って、法人の行為と考えられる場合には法人が責任を負い（構成員は無限責任を負いうる）、恣意的な行為については行為者個人が責任を負う。

合同会社については出資の全部履行義務があり、債権者保護として利益配当、払戻の制限等があり、適正な会計規定が存する。

合同会社の社員は間接有限責任を負うと解される。⁽⁸⁷⁾

合同会社においても組織の構造は合名会社、合資会社と同様であり、原則として社員全員で事業を行う（各自が代表する）が、業務執行社員を定めることもできる。業務執行社員の職務行為による損害に対して会社は責任を負う。

悪意重過失の業務執行社員は第三者に損害賠償責任を負う。同様にこれらの場合の第三者の範囲の問題があり、どの範囲の行為について会社が責任を負い、どの場合に業務執行社員が責任を負うのかという問題がある。

合同会社においては、共同事業が念頭に置かれているにもかかわらず、有限責任団体であるために株式会社と同様に団体としての実在性が問題となる。この点において株式会社と異なり、構成員の意思が強く反映される団体であるために、法人の責任と行為者の責任は厳密に区別することができると解される（活動への実質的関与が法人責任（有限）の前提である）。即ち、内部的な関与の認められる代表行為については法人が責任を負い（共同事業であるために多くは法人の行為とされうる）、認められない恣意的な行為については代表者の個人責任となるのであるが（この場合も恣意的行為の関与者は個人責任を負う）、株式会社の場合と異なり、第三者保護は限定的な意義を持ち、基本的には内部的関与に従って、両者の責任は厳密に区別されうる。構成員の団体に対する密接な関与が団体責任の限定（第三者保護の限定）の要件である（ただし、単なる共同行為者責任は広く認められうる）。

有限責任組合は共同事業型団体であるが、組合員の全額出資義務、財産保全制度、会計制度をもつて有限責任とする。

業務執行は基本的に総組合員の同意によって決定され、共同で行われ、悪意重過失の組合員の第三者に対する責任が規定されている。このことから組合行為に対して基本的に組合員全員が責任を負うものと解されるのであるが、有限責任であるために一時的に組合財産が責任を負い、悪意重過失者の責任がそれに併存すると解される（この有限責任の理論的説明は困難である）。また悪意重過失の組合員の個人責任と共に一般の不法行為責任も認められる。

業務執行組合員が定められている場合には業執行組合員が組合員全員を代理して行為するのであるが、権限外行為、不法行為に対しては法人代表者と同様の理論が当てはまると考えられる。この場合にも他の組合員は有限責任の利益を受けることになりうるのであるが、同様に理論的説明の問題がある。

有限責任事業組合における有限責任性も合同会社の場合と同様に根拠を団体の実在性に求めることができる(法人格はないけれども、この点で有限責任事業組合における取引は責任限定の伴う個々の共同行為としてではなく、権利能力なき社団のように団体性を持つ行為と解すべきである)。従って、合同会社の場合と同様に団体の責任と行為者の責任は厳密に区別されうる。即ち、団体としての共同行為とされる場合とそうでない場合が内部的な取り決めに従って区別されるのである(共同責任を負う場合が多いと考えられるが)。この点で個々の組合員の責任(無限責任)が広く認められる。ここでも構成員の関与が密接であることが適正さの根拠となる。

(4) 考察

多様な有限責任団体の容易な設立を認める近時の立法において、利益配当の制限、払戻の制限など債権者に対する保護制度と計算書類等の開示の確保がそのための制度であるとされる。本来、法人格と有限責任は結びつくものと考えられるが、共同事業型法人においては無限責任のものが認められている(無限責任を前提とする法人活動)。法人格は団体の実在性と結びつき、構成員全員が法人としての活動を意図するとき、法人独自の責任財産が第三者に対しても認められうると解されるのであるが、法人と多数人の集合との区別が不明確なもの、擬制的なもの有限責任については限定的に解されなければならない。

また、法人格のない共同事業型団体において、有限責任団体が認められている。この点の根拠も債権者保護制度の存在とされるが、独立の組織性（実在性）である点が強調されなければならない。濫用の問題が同様に存する。

このように、営利目的・非営利目的の有限責任法人、共同事業型の有限責任法人・団体の一定の団体財産確保措置を伴った簡易な設立において、一つには適正に団体財産が確保されるのかという問題があると共に、法人性の問題、濫用的に利用された場合の責任問題、行為者の責任問題が存する。法人格、有限責任団体制度が擬制的に用いられる場合に有限責任が認められて良いのか、濫用的に利用された場合に構成員はどのような責任を負うのか、また実際に行為した法人代表者は代表者責任を負うのであるが、構成員はどのような責任を負うのかである。この場合に団体に応じて、構成員の関わりを広く認める必要が生じうる。有限責任制度については対第三者関係としての会計の適正さの他に構成員の団体との関わりが問題とされなければならないのである。

構成員が密接に団体活動に関わる団体、即ち多くの意思決定に関与する団体においては法人の行為と執行機関の恣意的行為は厳格に区別され、法人の行為に対して構成員は原則として有限責任となる（有限責任を前提とした適切な運営がなされている）。執行機関（関与者）の個人責任は適切な法人の行為である限り負わないのであるが、不適切な場合には法人責任と並んで、あるいは個人責任のみ負うことになる。

構成員が団体活動に直接的には関わらない団体においては善意者保護として法人の行為は広く認められ、この場合も原則として有限責任となる。執行機関（関与者）の責任もこの場合、法人責任と並んで、あるいは個人責任のみに

ついてより広く認められうる(構成員の適切な関与を求めないために)。

このように有限責任の問題については構成員の個人責任の問題が関わるのである。有限責任性は団体の実在性(構成員の強い関与)を根拠とすると考えられ、実在性は構成員の団体としての活動を意味するものであり、この点において適正手続に基づく団体行為の恣意的行為との区別の厳密性が関連する。構成員の団体としての関与の程度が問題となり、多くを執行者に一任する団体においては執行者責任が重くなると考えられる。

どのような対外責任が認められるべきであるのかについては、法人責任、行為者責任、組織構成員としての責任が考えられる。

以下、次に責任問題について考察する。

2. 団体組織の運営制度における責任構成とガバナンスの問題

以下、法人の行為、責任と構成員の行為、責任についての考え方を考察する。

その際には、法人の対外的責任を内部の帰責性問題(信頼保護もあるが)を中心として考察し、代表者等執行関係者の対外的責任として不法行為責任(無権代理人類似の責任)、対内的責任として受託者責任(内容は団体によって異なる)を考察する。これらの責任の範囲を団体ごとに比較することが有益であると考えられる。

(1) 民法上の法人(公益法人については目的、活動の公益性が濫用を阻止する要因ともなる)

前述のように、法人の目的の範囲外の行為は無効であり、それについては目的の範囲をどのように捉えるのかという問題があり、営利法人においては広く捉えられているが、非営利法人においてはある程度限定的である（員外貸付）。また政治献金についての判断に見られるように、営利法人では目的の範囲内とされるが、中間目的の法人において強制加入団体をも理由として目的の範囲外とする事例もある（同様の団体において震災復興支援金支出は目的の範囲内とされる）。これらの問題はどの範囲の団体決議に個人が拘束されるのかという問題でもあり、構成員が当該団体においてどれほど尊重されるのかとも関連する。⁸⁸⁾

目的の範囲内において、代表権に基づく行為は法人の行為とされる（ただし代表権濫用は悪意有過失者に無効とされる）が、代表権に基づかない行為は無効である。

各理事は包括的代表権を有するのであるが、定款などにおいて代表権を制限することができる。理事の代表権の制限がある場合の権限外行為は無効であるが善意の第三者には無効を主張できない（五四条）。善意とは制限について知らないことであり、相手方が立証する。また、制限について悪意者でも適正な手続きを経たと信ずる正当の理由があれば有効とされる（一一〇条）。一般論（表見法理）としての内部的な帰責事由に基づく善意者保護である。無効な場合の理事の無権代理人の責任類似の責任（善意無過失者に対して）あるいは旧四四条二項責任、不法行為責任を問う余地はある（法人責任の存するときには通常、無権代理人類似の責任等は生じないと考えられるが、選択的主張の余地はある。表見的法人責任の存しないとき、通常、無権代理人の責任要件である善意無過失が充たされていないと考えられるが（最判昭和六二年七月七日）、要件の相違する場合が考えられうる。また、代表権外の行為に対する旧四四条二項責任を考慮する余地もあると考えられる——旧四四条と表見法理の類似性⁸⁹⁾）。

このように代表権の制限を知らない第三者は保護されるのであり(定款記載は悪意と考えられうる)、知っていたとしても一一〇条の類推適用される余地がある。この場合もどのような第三者が保護されるのかについて、正当理由の判断の際には第三者の善意無過失だけでなく、法人側の帰責事由も考慮される。法人側の帰責事由としては構成員の関与の態様も問題とされうる。

権限濫用における第三者保護、権限外行為における第三者保護において、どの範囲の第三者が保護されるべきであるかが問題となり、善意無過失の判断において、権限逸脱の程度等構成員の関与が問題となりうる。

法人の不法行為について、目的の範囲内において職務行為内(代表権内)の不法行為に対して法人は責任を負う(代表者も連帯責任)。目的の範囲外については旧四四条二項による。職務行為については外形理論により範囲内とされれば法人は善意無過失者に責任を負うが、そうでない場合は行為者が責任を負う。⁹⁰⁾

代表者の職務行為による法人の不法行為責任についても、職務行為を外形的に捉えて当てはまるときには、善意無過失の第三者は法人の責任を問うことができるのであるが、同様に職務行為と認められる範囲の認定について、第三者保護の側面だけでなく、法人側の帰責事由も問題とされ、構成員の関与の態様が問題とされうる。

従業員の職務行為に対する使用者責任も同様の議論が考えられる。

また、一般論として、法人の責任範囲に関して、内部的手続を重視するののか、信頼保護を重視するののかによって、目的の範囲、代表権の範囲、職務行為の範囲についての考え方が異なる。

即ち、内部手続きを重視する場合、正当な手続きを経て決定された目的の範囲、代表権の範囲を尊重すべきと考える場合、第三者保護を否定してでも、それに反する行為の効力を否定し、自治を守るべき場合がある。構成員の自治を尊重すべきであるために目的の範囲外の行為は第三者に対して否定すべきである、代表権の範囲外の行為は第三者に対して否定すべきであると解されうるのである。

内部手続きを重視する場合（構成員の実質的関与が行われている場合）には、個々の法人の組織のあり方が問題とされる。

このように公益法人の法人責任についても法人の内部問題、構成員の地位（固有権）の問題として考察されうる。

理事の責任としては対外的責任と対内的責任がある。

対外的責任として、代表行為については善意無過失の相手方に対して無権代理人の責任類似の責任が存すると考えられる（善意無重過失者に対する旧四四四条二項責任とも解されうる）。即ち、相手方は法人の責任の要件を満たさないとき、あるいは法人に対する責任追及を選択しないときに、理事個人の責任を問うことができる場合があると考えられる。この場合、要件が備われば理事個人の不法行為責任が、法人責任と並行して存することになる。

また法人の不法行為責任において、理事は共同不法行為者として責任を負う。法人の不法行為が認められない場合には理事個人、賛成社員の不法行為責任が認められうる（旧四四四条二項責任）。但しこれらの責任は取引的不法行為については善意無重過失者に対してである。

理事の不適切な行為によって法人が責任を負う場合に、理事は対内的に損害賠償責任を法人に対して負うと考え

られる。

さらに会社法に規定される第三者に対する悪意重過失者責任が考慮されなければならない。

他の構成員は共同不法行為としての関与が認められない限り原則として責任を負わない。

団体に応じて、例えば理事に広範な裁量が認められるときは理事に重い責任が課されうる。

対外的責任についてはその要件が問題となり(相手方の保護される範囲)、裁量逸脱行為について法人の責任が認められない場合には理事の責任が広く認められうる。

内部的責任については免除可能と考えられるが、適切な決議がなされるのかについての問題がある。

(2) 一般社団法人の責任、理事等役員の責任について

この問題を考察する場合には、民法における理論と会社法における理論の双方の考察が必要となる。

以下の問題については主として民法理論が影響する(営利法人である会社法においても同様の議論は存する)。

目的の範囲外行為が無効であるときのその範囲の判断。

代表権の制限のあるときの制限外行為に対する七七条にいう善意者保護の範囲。

制限外行為に対する一一〇条類推適用の範囲。

権限内行為についての代表権濫用に対する九三条類推適用の範囲。

職務行為による不法行為における法人の責任に関する外形理論の範囲。取引的不法行為の場合の保護される被害者の範囲(主観的要件)。

また新たに設けられた以下の規定の解釈については会社法理論が影響する。

八二条の表見代表理事規定。

八三条、八四条など理事の義務違反行為の明定。

八八条による不当行為に対する社員による差止請求。

一一一条の役員¹の法人に対する責任規定。

以下の責任免除に関する規定（総社員の同意による責任免除（一一二条）、総会決議による善意無重過失者の責任一部免除（一一三条）、監事設置法人において理事会決議による善意無重過失者の責任一部免除（一一五条）、競業・利益相反についての責任免除（一一六条））。

悪意重過失の役員²の第三者に対する損害賠償義務（一一七条）。

訴訟に関する規定（八二八条以下）。

即ち、従来の論点である、目的の範囲、表見法理の適用範囲（五四条の善意、一一〇条の善意無過失）、不法行為責任の適用範囲（外形理論、善意無重過失）、表見法理と不法行為責任の相互関係、代表権濫用についての九三条類推適用、七一五条の使用者責任、役員責任（七〇九条）と法人責任の関係については主として民法における議論が参考となる（公益法人が非営利法人と³な⁴ってからも対外的な問題と構成員の内部的な問題から考察される）。ただし、旧四四二条二項規定がなくなったた⁵たこの意味が考⁶えられなければならない（解釈上の⁷変わりはないと考⁸えられるが⁹¹）。
新たな論点（義務違反行為の効力、免責の定め、責任限定契約の効力、悪意重過失役員¹⁰の責任、役員相互の責任の関

係)については会社法が参考となる。

また従来の民法上の法人の責任、理事の責任として議論されていたことが、会社法における会社の責任、取締役等役員の責任として議論されていたことによって、どのような影響を受けるのが考察されなければならない。⁽⁹²⁾

(3) 株式会社における行為と責任

目的の範囲については広く捉えられている(定款記載から客観的・抽象的に必要かどうか)。学説としては、判例に賛成する立場、代表権の制限と見る立場、定款の目的条項を忠実義務の問題とする立場があるとされる。⁽⁹³⁾ 後者の立場は四三条適用否定説、あるいは類推適用否定説と言われる(理由として、会社の事業(目的)は利益獲得の手段に過ぎず、権利能力制限のための理論的根拠としては薄弱、会社と取引をする者はいちいち登記を見ないので取引の安全を害する、その他比較法的理由が挙げられている)⁽⁹⁴⁾。構成員の団体活動への関与が強いものではないと考えられる。

代表取締役は会社の営業に関する一切の代表権を有する。

代表権の制限は善意の第三者に対抗できない。定款によって取締役会決議が必要とされる行為について決議に基づかない代表行為は原則として有効であるが、悪意有過失者に対して無効である(最判昭和四〇年九月二二日)。この場合の悪意は定款記載についてではなく、決議がなかったことについてであると解される(登記事項は悪意とされる)。この行為は昭和五六年改正によって取締役会の法定決議事項とされている。「この行為を『対外的な個々の取引行為』と

認定し、これを取締役会の決議を経ないとしても、それは内部的決定を欠くととまるから、原則として有効であつて、悪意有過失者には無効とするが、本件行為が「『会社の営業に関する行為』に含まれ、したがつて、本来代表取締役の権限に属するものであれば、商法二六一條三項↓商法七八條二項↓民法五四條が適用され、会社は悪意（過失があつてもかまわない）の者に対してのみ、内部的制限を對抗できる」とされる⁹⁵。これについて「必要な取締役会の決議を経ない代表取締役の行為の効力については、その決議を要求することにより守られるべき会社の利益と、その行為を会社の代表行為と信頼した第三者の利益との比較衡量により具体的に判断されているが、本件のような対外的業務執行行為については、取引の安全を重視し、善意の相手方との間ではその行為は有効と解することにおいて異論はない」とされる⁹⁶。

法的構成について判例の立場を肯定する説、一一〇条類推適用説、代表権制限説、一般悪意の抗弁説があるとされる。また、この点について取締役会と代表取締役の機関相互の関係からも説明される（並立機関説と派生機関説）。どちらも決議手続の尊重と取引安全から説明される⁹⁷。九三條但書と一一〇條では過失の認定事由が若干異なる。

この問題について最判昭和六〇年一月二十九日における判例理論が参照される。「漁業協同組合は、水産業協同組合法四五條の準用する民法五三條、五四條の規定により、定款の規定又は総会の決議によつて特定の事項につき理事が代表権を行使するためには理事会の決議を経ることを必要とするなどと定めて理事の代表権を制限することができ、善意の第三者に対してはその制限をもつて對抗することができないものであるところ、右にいう善意とは、理事の代表権に制限が加えられていることを知らないことをいうと解すべきであり、また、右の善意についての出張立証責任は第三者にあるものと解すべきである。そして、第三者が右にいう善意であるとはいえない場合であつても、第三者において、理事が当該具体的行為につき理事会の決議等を得て適法に漁業協同組合を代表する権限を有するも

のと信じ、かつ、このように信じるにつき正当の理由があるときには、民法一一〇条を類推適用し、漁業協同組合は右行為につき責任を負うものと解するのが相当である」。ここでは必要な議決を経ない行為について一一〇条が適用されうるのである。

ただし、調査官解説によると、最判昭和四〇年九月二二日事例と昭和六〇年一月二九日事例は異なるとされる。⁽⁹⁸⁾ 民法五四条の第三者の善意の証明責任についても疑問とされる。⁽⁹⁹⁾

代表権の濫用について最判昭和三八年九月五日民集一七卷八号九〇九頁は九三条但書の類推適用を認めるが、学説において批判される(代表権制限と同様に考える、あるいは一般悪意の抗弁による)⁽¹⁰⁰⁾。

代表者の名称を使用する表見代表取締役の行為について善意の第三者に対して会社は責任を負う。登記簿を見ない者も保護されうる。重過失は悪意と同視される(最判昭和五二年一〇月二四日民集三二卷六号八二五頁)。最判昭和四三年一二月二四日民集二二卷一三三三三四九頁によると共同代表の定めに反する単独代表行為については二六二条が類推適用される(新会社法では廃止され、各自代表が認められる)。最判昭和四〇年四月九日民集一九卷三号六三二頁は「会社名義で記名押印をした者に代表権がない場合であっても、会社が後者に対して常務取締役等会社を代表する権限を有するものと認められる名称を与えており、かつ、手形受取人が右後者の代表権の欠缺につき善意であるときは、右後者がいわゆる表見代表取締役として直接自己の氏名を右手形面上に表示した場合と同様、会社はその責に任ずべきものと解するのを相当とする」とする。⁽¹⁰¹⁾

名板貸し、表見支配人に対する責任についても重過失は悪意と同視される。

このように会社の代表権外取引、権限濫用取引において取引の安全から対外的責任が広く認められるのであるが、このことが問題となると考えられる。即ち、代表者の恣意的行為の範囲を内部の適正さ（手続きの適正さ）を考慮して判断する必要があるのかである。ただし、機動的な運営を重視する場合には運営行為と恣意的行為の区別において、運営行為を広く認め、その際の裁量を広く認めることになる。

取締役は職務遂行に際して善管注意義務を負うが、積極的に行為した結果、会社に損害が生じた場合に責任を問うことには慎重であるべきとされる。即ち、判断の誤りについて、東京地判平成五年九月一六日判時一四六九号二五頁は以下のように判示する。「取締役の経営判断の当否が問題となった場合、取締役であればそのときどのような経営判断をすべきであったかをまず考えたうえ、これとの対比によって実際に行われた取締役の判断の当否を決定することとは相当でない。むしろ、裁判所としては、実際に行われた取締役の経営判断そのものを対象として、その前提となつた事実の認識について不注意な誤りがなかつたかどうか、また、その事実に基づく意思決定の過程が通常の企業人として著しく不合理なものでなかつたかどうかという観点から審査を行うべきであり、その結果、前提となつた事実認識に不注意な誤りがあり、又は意思決定の過程が著しく不合理であつたと認められる場合には、取締役の経営判断は、許容される裁量の範囲を逸脱したものとなり、取締役の善管注意義務又は忠実義務に違反するものとなると解するのが相当である」。東京地判平成一六年九月二八日判時一八八六号一一一頁は以下のように判示する。「企業の経営に関する判断は不確実かつ流動的で複雑多様な諸要素を対象にした専門的、予測的、政策的な判断能力を必要とする総合的判断であり、また、企業活動は、利益獲得をその目標としているところから、一定のリスクが伴うものである。

このような企業活動の中で取締役が萎縮することなく経営に専念するためには、その権限の範囲で裁量権が認められるべきである。したがって、取締役の業務についての善管注意義務違反又は忠実義務違反の有無の判断に当たっては、取締役によって当該行為がなされた当時における会社の状況及び会社を取り巻く社会、経済、文化等の情勢の下において、当該会社の属する業界における通常の経営者の有すべき知見及び経験を基準として、前提としての事実の認識に不注意な誤りがなかったか否か及びその事実に基づく行為の選択決定に不合理がなかったか否かという観点から、当該行為をすることが著しく不合理と評価されるか否かによるべきである」。

また、内部統制の構築に対する、大和銀行事件（大阪地判平成一二年九月二〇日判時一七二一三頁）は以下のように判示する。「健全な会社経営を行うためには、目的とする事業の種類、性質等に応じて生じる各種のリスク、例えば、信用リスク、市場リスク、流動性リスク、事務リスク、システムリスク等の状況を正確に把握し、適切に制御すること、すなわちリスク管理が欠かせず、会社が営む事業の規模、特性等に応じたリスク管理体制（いわゆる内部統制システム）を整備することを要する。そして、重要な業務執行については、取締役会が決定することを要することから（商法二六〇条二項）、会社経営の根幹に係わるリスク管理体制の大綱については、取締役会で決定することを要し、業務執行を担当する代表取締役及び業務担当取締役は、大綱を踏まえ、担当する部門におけるリスク管理体制を具体的に決定すべき職務を負う。この意味において、取締役は、取締役会の構成員として、また、代表取締役又は業務担当取締役として、リスク管理体制を構築すべき義務を負い、さらに、代表取締役及び業務担当取締役がリスク管理体制を構築すべき義務を履行しているか否かを監視する義務を負うのであり、これもまた、取締役としての善管注意義務及び忠実義務の内容をなすものと言うべきである。監査役は、商法特例法二二条一項の適用を受ける小会

社を除き、業務監査の職責を担っているから、取締役がリスク管理体制の整備を行っているか否かを監査すべき職務を負うのであり、これもまた、監査役としての善管注意義務の内容をなすものと言うべきである」。もっとも、「現時点で求められているリスク管理体制の水準をもって、本件の判断基準とすることは相当でないと言うべきである。また、どのような内容のリスク管理体制を整備すべきかは経営判断の問題であり、会社経営の専門家である取締役に、広い裁量を与えられていることに留意しなければならない」として、本件において「問われているのは、主として、被告らのうち、大和銀行の代表取締役の地位にあつた者及び取締役在任中にニューヨーク支店長の地位にあつた者が、同支店における財務省証券取引及びカスタディ業務に内在する、価格変動リスク等の市場リスク及び事務リスクのうち、特に事務リスクを適切に管理する仕組み、すなわちリスク管理体制を整備していたか否か、また、その余の被告らに、取締役又は監査役としての監視義務違反又は監査義務違反が認められるか否かである。ところで、取締役は、自ら法令を遵守するだけでは十分でなく、従業員が会社の業務を遂行する際に違法な行為に及ぶことを未然に防止し、会社全体として法令遵守経営を実現しなければならない。しかるに、事業規模が大きく、従業員も多数である会社に於いては、効率的な経営を行うため、組織を多数の部門、部署等に分化し、権限を部門、部署等の長、さらにはその部下へ委譲せざるを得ず、取締役が直接全ての従業員を指導・監督することは、不適當であるだけでなく、不可能である。そこで、取締役は、従業員が職務を遂行する際違法な行為に及ぶことを未然に防止するための法令遵守体制を確立すべき義務があり、これもまた、取締役の善管注意義務及び忠実義務の内容をなすものと言うべきである。この意味において、事務リスクの管理体制の整備は、同時に法令遵守体制の整備を意味することになる」とし、義務違反があるとする¹⁰²。

このように取締役の内部的責任については運営裁量に関して寛大な扱いが認められうるのであるが、リスク管理に対する執行機関の責任関係について厳しく判断する事例も存する。

また以下のように一定の手続きを経た免責が認められている。

取締役の会社に対する責任は総株主の同意によって免除することができる（四二四条）。

取締役の会社に対する責任は株主総会決議によって善意無重過失の場合に一部減免（六年分の報酬が上限）することができる（四二五条）。

取締役の会社に対する責任は定款の規定に基づき同様に一部減免することができる（四二六条）。

社外取締役、会計参与、社外監査役、会計監査人に対しては一部減免の他に定款に基づき善意無重過失の場合の責任限定契約を締結することができる（四二七条）。

取締役が悪意重過失のあるときは第三者に対する責任を負う。

悪意重過失については以下のように判示される。「株式会社代表取締役は、自己のほかに、他の代表取締役が置かれている場合、他の代表取締役は定款および取締役会の決議に基づいて、また、専決事項についてはその意思決定に基づいて、業務の執行に当たるのであつて、定款に別段の定めがないかぎり、自己と他の代表取締役との間に直接指揮監督の関係はない。しかし、もともと、代表取締役は、対外的に会社を代表し、対内的に業務全般の執行を担当する職務権限を有する機関であるから、善良な管理者の注意をもつて会社のため忠実にその職務を執行し、ひろく会

社業務の全般にわたって意を用いるべき義務を負うものであることはいうまでもない。したがって、少なくとも、代表取締役が、他の代表取締役その他の者に会社業務の一切を任せきりとし、その業務執行に何等意を用いることなく、ついにはそれらの者の不正行為ないし任務懈怠を看過するに至るような場合には、自らもまた悪意または重大な過失により任務を怠ったものと解するのが相当である」(最判昭和四四年一月二六日民集二三卷一〇二五〇頁)。

取締役の監視義務について、前掲最判昭和四四年一月二六日は「代表取締役が、他の代表取締役その他の者に会社業務の一切を任せきりとし、その業務執行に何等意を用いることなく、ついにはそれらの者の不正行為ないし任務懈怠を看過するに至るような場合には、自らもまた悪意または重大な過失により任務を怠ったものと解するのが相当である」とし、最判昭和四八年五月二二日民集二七卷五号六五五頁は「株式会社の取締役会は会社の業務執行につき監査する地位にあるから、取締役会を構成する取締役は、会社に対し、取締役会に上程された事柄についてだけ監視するにとどまらず、代表取締役の業務執行一般につき、これを監視し、必要があれば、取締役会を自ら招集し、あるいは招集することを求め、取締役会を通じて業務執行が適正に行なわれるようにする職務を有するものと解すべきである」とする。⁽¹⁰³⁾

これらの点について、多くの株式会社においては構成員の団体活動への関与の度合いが弱く、多くが執行機関に委任されていることから取引安全と外観保護が広く認められ、それに合わせて責任関係も考察される。具体的には以下である。

意思決定を行うのは株主総会が基本であるが、大規模な株式会社においては機関投資家の問題と共に株主の関心が主として株式に関してであるために、その側面での意思決定を行うものと考えられる(決算承認等)。

業務執行は取締役が行うのであるが、その点における意思決定は取締役に委ねられると考えられ、広範な裁量を有すると考えられる。この場合の執行者責任をどう考えるのが考察されなければならないと共に、この意思決定に関しても、集団的な意思決定が望ましいと考えられる。この場合の集団は共同行為者を増やす、下部組織として官僚組織化を行う、あるいは業務執行集団として従業員を組織化するなど意思決定を組織化することが考えられる。

この点で大会社において労働者が監査役に就任し、労使関係に影響を与える業務についての会社内での発言権を確保するドイツの共同決定法は、役割が限定的ではあるが、参考となる。ただし、従業員を共同目的を有する集団と構成するか、労働者集団と構成するかは大きな違いがある。

また、監督機構については監督する者は直接構成員が行うのが良いのか、執行者の諮問機関が良いのか、組織外の者が良いのか、また責任を負う者は多い方が良いのかという問題がある。

これらの問題について株式会社と民法上の法人の以下の解釈の相違はどうか解釈すべきかが問題となり、先に述べたように構成員の団体活動に対する関与の程度、どのような意思決定に関与するのかなどによる相違と解される。

法人の行為(目的の範囲、代表権の範囲)、不法行為(職務行為)の認められる範囲は営利法人の方が広い(営利目的自体が広いと共に第三者保護の要請が強い)。

執行機関自体の対外的責任の範囲は職務行為についての悪意重過失責任の付加される営利法人の方が広いと解する

ことができるが、幅広く法人の行為が認められる点から狭いとも解されうる。執行者の対外的責任は無権代理人の責任類似の責任あるいは旧四四条二項責任、不法行為責任として法人の行為と認められない場合に存し、範囲が考察される。

執行機関の義務違反の認定についても営利法人の方が認められる裁量が大きいと考えられる。

執行機関の対内的責任については営利法人において免責範囲、手続が定められている。

その他の関与する構成員責任はどう考えるのかについても相違が存する。

(4) 共同事業型団体の執行者の責任

共同事業型団体においても、目的（組合契約）の範囲外の行為、代表権の範囲外の行為は無効と解され、その範囲が問題となり、同様に構成員の関わりが問題となる（全員が密接に関わる場合に業務執行者の権限の範囲外の行為は構成員の関与が認められないときには厳密に無効と解される）。ただし、組合としての共同行為と単なる共同行為との区別が不明確な場合はある。

民法上の組合

民法上の組合において、組合の取引は組合員全員の取引と考えられ、債務は組合員全員が負う（業務執行組合員が定められていない場合に各組合員が代理権を有すると考えられるときと全員で行為しなければならないときがある――常務は各組合員が執行できる）。債権者は組合員全員を相手に履行請求し（組合に当事者適格は認められうる）、組合

員の合有財産である組合財産、あるいは組合員の個人財産に執行することができる。個人財産に執行する場合には、負担割合に応じて（知らないときは平等に）執行する。この組合員の負う責任は分割責任であると解されるが、組合員の数名が無資力のために債権者が債権の全額を回収できない場合には、分割責任であるために債権者がそのリスクを負担するのか、それとも他の組合員に再び負担割合に応じて請求できるのか、あるいはそもそも一定の債権については組合員が連帯債務を負うことがあるのか、あるいは個々の組合に応じて検討されなければならない（会社から成る共同企業体の場合に連帯債務となり（最判平成一〇年四月一四日民集五二卷三号八一三頁）、共同不法行為についても連帯債務となる）。

業務執行組合員が定められている場合（各組合員が代理権を有する場合も）、業務執行組合員は他の組合員を代理する。この場合、業務執行組合員の代理権についての定めをおくこともできる。業務執行組合員の権限外行為については、代理に関する法理が当てはまり、表見代理が成立する場合には善意無過失の相手方に対して組合員全員が責任を負う。表見代理が成立しない場合には（成立する場合も選択的に）善意無過失の相手方に対して業務執行組合員が無権代理人の責任を負う（成立しない場合は組合の行為（組合員全員の行為）ではないので、組合員は責任を負わない）。権限内の行為についても代理権濫用によって悪意有過失の相手方に対して効力を否定しうる。

また、業務執行組合員の職務行為による不法行為については組合員全員の行為として組合員全員が責任を負う。職務行為については外形から判断され、善意無過失の相手方は損害賠償を請求しうると解される（議論は存しうる）。組合員全員の行為と認められない場合には行為者の個人責任のみ存する。

表見代理の成立をどの範囲で認めるのか、業務執行組合員の職務行為による組合員の共同不法行為責任をどの範囲

で認めるのか問題となり、組合員の団体活動との関わりが密接な場合、即ち組合員が多く意思表示決定に関与する場合には適正な行為が多いのであるが、不適切な行為についても組合の行為と恣意的行為は厳密に区別され、組合員の関与が認められれば全員が責任を負うと認められうる（全員の行為とされなるときは責任を負わない）。善意者保護は限定的な意義を有する。即ち、組合員が積極的に組合活動に参加する場合に恣意的な代表行為について組合の行為であると信ずることが正当化される場合は限定される。

業務執行組合員自身は第三者に対して通常不法行為責任を負い、組合員としての責任も併存しうる。
業務執行組合員の内部的責任については委任契約による。

合名会社・合資会社・合同会社

合名会社・合資会社・合同会社において、目的の範囲内の代表行為について、業務執行社員の定めのないとき、すべての社員が業務を執行する（基本的には過半数で運営するが、民法上の組合と同様に各社員が代表権を持つ場合と全員で代表行為を行う場合があると考えられる―常務は各社員が執行できる）。会社の行為に対して会社が債務を負い、一次的に会社が責任を負うのであるが、二次的には無限責任社員が連帯責任を負う。

業務執行社員が選任されている場合（各社員が代表権を持つ場合も）、業務執行社員は包括的代表的代表権を有する。この場合、業務執行社員の代表権についての定めをおくこともできる。業務執行社員の権限外行為については、五九九条が適用され、善意の第三者に制限を主張できない（悪意のときも一一〇条の類推適用の余地があり、善意無過失の相手方が保護されうる）。この場合も一次的に会社が責任を負うのであるが、二次的には無限責任社員が連帯責任を

負う。善意者保護の認められない場合でも(認められる場合でも選択的にあるいは併存して)善意無過失の相手方に対して業務執行社員が無権代理人の責任あるいは不法行為責任を負う。権限内の行為についても代表権濫用によって悪意有過失の相手方に対して効力を否定しうる。

悪意重過失の業務執行社員は対外的責任を負う。

業務執行社員の内面的責任は委任契約に基づくものであるが、一定の手続きにおいて免除されうる。

また、業務執行社員の職務行為による不法行為については六〇〇条が適用され、一次的に会社が責任を負うのであるが、二次的には無限責任社員が連帯責任を負う。職務行為については外形から判断され、善意無重過失の相手方は損害賠償を請求しうると解される。執行者個人の不法行為責任は併存する。

善意者保護の成立をどの範囲で認めるのか、業務執行社員の職務行為による不法行為責任をどの範囲で認めるのか
が問題となる。この場合に、無限責任社員と有限責任社員が区別され、同様に社員の団体活動への関わりが問題とされる。無限責任社員の団体活動への関わりは強いと考えられ(法人の行為と共同行為の区別が不明確となりうる)、適正さの自主的な確保の度合いも強いと考えられる。従って、不適切な行為については通常は無限責任社員の関与がない執行者の恣意的行為と考えられるために法人の行為と認められないことになるが、関わりが認められるときは法人の行為とされ、無限責任を負う(法人としての運営の問題—合資会社においては有限責任社員の位置づけが問題であるが、基本的には無限責任社員を中心とする組織と考えられ、無限責任社員には広範な権限と責任が存しうる)。このように法人の行為と恣意的代表行為は厳密に区別され、善意者保護は限定される(ただし、執行者への一任が存

する場合は同様に一定の善意者保護が認められる。法人の行為とされない場合、社員は責任を負わないが、共同行為者としての責任は存しうる。この点で法人の行為であるのか、単なる共同行為であるのか区別の不明確な場合は特に無限責任社員について生じうる（有限責任社員は通常、共同行為者ではなく、法人の責任を有限責任の限度において負うに過ぎない）。

執行者責任（個人責任）について、持分会社においては、共同事業を予定すると考えられるために、代表行為は共同行為と解される場合が多いと考えられ、恣意的行為とされる場合でも共同不法行為者と認められる者は多いと考えられる。

合同会社については社員の有限責任性が強調される。このことは団体の実在性に基づくものであり、合同会社では組織において社員の団体活動（意思決定、代表行為）への強い関与が前提とされ（組織としての共同行為——合名会社よりも組織としての適正さの要請は強く、関与が要請される）、同様に不適切な行為については基本的には法人の行為とされないのであるが（善意者保護も限定される）、ここでも意思決定等への関与の認められるときは法人の行為とされる（共同事業の点から関与するとみなされる場合もある）。執行者への一任が存し、社員の活動への関与の少ないときには権限外行為等についての善意者保護が広く認めらうれる。またこの場合には執行者の個人責任も広く存するため、実質的には無限責任を執行者が負う場合も多いと考えられる（相手方としては法人の責任と執行者の責任を選択的に、場合によっては両方問うことになる）。法人の行為とされない場合においても関与する社員は共同行為者として責任を負い、この場合も関与者は多いと考えられる。

法人、会社と同様の問題と考えられるが、無限責任社員は実質的に共同行為者の問題が併存すると共に（合資会社では有限責任社員との関係も問題となる）、各会社においても社員の団体活動への関与の度合いが強いという相違点があり、個々の会社類型に応じた相違が問題となる。

有限責任事業組合

有限責任事業組合においては共同事業性が強調され、業務執行の一部についてのみ業務執行者に委任することができる。

原則として組合員全員が共同で行為する（重要な意思決定については総組合員の同意が義務づけられる。各組合員が代表権を持つ場合も存すると解される―例えば常務）。組合員の共同行為に対して共同で有限責任を負うのであるが、悪意重過失の組合員は個人として損害賠償責任を負い、不法行為の場合には、不法行為責任を負う（複数の場合は連帯責任）。

一部の組合員を業務執行組合員として代理権を与えることができる。この場合に代理権について加えられた制限は善意の第三者に対抗できない。この問題については代理に関する法解釈が適用されると解される（本人である総組合員の責任は有限責任である）。また、悪意重過失の業務執行組合員は損害賠償責任を負い、不法行為の場合には、不法行為責任を負う（複数の場合は連帯責任）。業務執行組合員の職務行為による不法行為については総組合員が有限責任の限度で責任を負うと解される。

ここでも合同会社と同様に、有限責任性については団体の実在性が根拠となり（権利能力なき社団）、構成員の団

体活動への強い関与、多くの意思決定に対する関与が前提とされる（組織的な共同行為）。業務執行組合員を定めることはできるが、共同性の確保が図られている。従って団体活動の適正さの要請も強く、不適切な行為については団体の行為とされず（善意者保護も限定的である）、執行者の個人責任のみ存する。但し、ここでも構成員の関与が認められる場合には共同行為者としての責任が存する（関与すべきとされる場合は多いと考えられる）。この場合には行為者（関与する構成員も）の個人責任が無限責任として認められる。善意者保護として団体行為であると認められる場合も、行為関与者として併合的に個人責任を負う場合もありうる。

この場合の対外的責任を他の無限責任を負う同事業執行形態と比べて広く認めるべきであるのか、行為関与者の責任を広く認めるべきであるのかという問題が構成員の関与の度合いに応じて存する。

（5）考察

これらの法人内部の組織面から見た対外的責任、対内的責任の問題を考察する上で、以下の近時の傾向を考慮に入れなければならない。

簡易な有限責任団体設立、執行機関を中心とする柔軟な組織・執行機関の責任緩和（機動的経営）、資金調達の様化、容易化であり、これらはいずれも事業の活性化を目的とするものである。

営利法人においては営利活動を重視する傾向があると考えられる（事業活性化という側面だけでなく、金融活性化の側面も大きい）。

まず、一般理論として組織の行為者・構成員の対内的責任、対外的責任の問題が考察されなければならない。

法人(団体)の行為(不法行為)については法人(団体)が責任を負う。この場合、代表者は自ら個人責任を引き受けない限り個人責任を負わない(不法行為責任は負う)。

法人(団体)の行為ではない場合でも表見法理により法人(団体)が責任を負う。この場合、行為者も責任を負う(表見法理が認められない場合でも無権代理人類似の責任、旧四四条二項責任、あるいは不法行為責任)。

これらの問題については法人(団体)の行為として認められる範囲が問題となり、構成員の関与が問題となる。行為者は別個の対外的責任、対内的責任を負う。この場合、行為者の権限、義務が問題となる。

法人でない集団の行為の場合、団体としての集団が責任を負う(権利能力なき社团)とき(有限責任が認められる)と集団内の個人が責任を負うとき(無限責任)がある。単なる共同行為は行為者全員が連帯して責任を負う

法人の責任を論ずる場合に、構成員の関与に基づく団体責任(有限責任)を認めていくのか、多くの権限を委ねられている執行者責任(無限責任)を厳しくするのかという二つの方向があると考えられる。本来無限責任団体である共同事業型団体も法人と同様に団体性を強調し、団体活動の有限責任性を認めていくのか、執行者責任を重視するかとなる。

通常の法人においては構成員の意思が重視される(構成員に強い権利が認められる)が、株式会社においては所有と経営の分離により、構成員はそれほど関与しない。

株式会社においては誰が実質的に関与しているのか考察し、実質的関与者に強い権限と責任を認めるべきであると共に利益関与者(株主)に強い財産的権利を認めるべきである。

執行者がこれにあたる場合、執行者の活動を保証することによる機動性、活性化を目指す場合は裁量を広く認めるべきと考えられるが、疑問であり、執行者の責任を重くすべきと考えられる。また、このように機動的活動を重視する場合には取引関係にある第三者の信頼は強く保護すべきである（法人の責任と執行者の責任の併存）。

非営利法人においてはどのように考えればよいのか。

構成員の相互利益のための関与の強いもの（自治的団体）においては構成員権を重視する。この場合には意思決定が重視されるために、機動性、活性化は多少損なわれる。第三者の保護も原則として認められない。

収益活動重視のもの（営利的団体）については営利法人と同様に考えるべき場合があると考えられる（実質的構成員を考慮しなければならない）。機動性、活性化を重視すべきであるときはその代わりに執行者の責任を重くすべきであると考えられるが、これに対しては裁量を広く認める考え方もある（望ましくないと考えられるが）。第三者の信頼は広く保護されることになる。

非営利法人が公益認定されたときは性質に変更があるのかについても、上記の性質論と共に組織上の特徴から考察されなければならない。また、その際には団体活動の公益目的への制限は厳格に守られなければならない。このことが運営の適正さを確保し、濫用を阻止する意義を有する。

共同事業型団体においては執行者と有限責任性の問題が考察されなければならない。無限責任団体においては構成員が団体運営に強く関わると考えられ（共同行為との区別が不明確となりうる）、その意味で無限責任性と共に団体

活動の適正さが自主的に強く図られうる。有限責任団体においても、構成員の強い関与による適正さの確保が前提とされるのであるが、そうでない場合も存し、その場合に、他の法人と同様に構成員の関わりと団体責任、行為者責任の関係が考察されなければならない。また、法人格のない場合には共同行為性と有限責任の理論的な問題も考察されなければならない。

これらの問題についてあるべき組織の自治と責任問題が株式会社、非営利法人、共同事業型団体等のそれぞれについて考察されなければならない。

自治とは、構成員の関与の保障、監督による自浄能力であり、関わりが強いほど適正な団体活動が保証され、関与の基礎として財産的な関わりも関連する。有限責任団体においてはこのような自治が強く確保されるべきである。

単に出資のみの構成員として利益にのみ関心のある構成員については強い自治は認められず、執行者が自己責任として運営することになる(構成員の関与が図られるべきである)。非営利団体、公益団体については目的自体への構成員の関わり方が問題となる。

執行者の責任法制について、強い自己責任の体系を採るのか(官僚化)、分散責任の体系を採るのか(多様な内部団体の形成)が問題となり、ここでも構成員の団体との関わり方が問題となる。

六 信託

信託を用いて同様の事業活動目的を達成することもできるのであるが、その場合の相違点をここで考察する。

1. 事業信託

信託は一定の財産運用を受託者に委ね、収益を受益者に配分することを可能にする制度である。この仕組みを用いると、出資者の財産を用いて受託者（経営者）が事業を行い、収益を出資者に配分することも可能とされる。この方法を用いる事業運営の特色としては設定契約に強い拘束力が認められ（このことは強い受益権保護に見られる）、また運営者である受託者に広い裁量が認められるという点が挙げられる（信託の変更については一四九条に規定されるが、受益者全員の利益のために厳しい要件が必要と考えられる）。

このことは事業信託によってより容易に行われうるとされる。事業信託は以下のように説明される。

信託制度を用いて一定の事業を行うものとして、旧法において、土地信託を利用した不動産賃貸事業がなされ、具体的には、「地権者が土地を受託者に信託し、受託者は、賃貸建物の建築等の不動産開発、そのための資金調達、テナントの誘致・管理等を行い、受益者（地権者）にその事業収益を信託配当として交付し、信託終了時には受益者に信託不動産を引き渡すという内容の信託」、即ち「受託者は、信託された土地に、信託事務処理として金融機関等から資金を借り受け、当該借入金によって賃貸ビル等を建築して不動産賃貸事業を展開し、その収益を受益者に配当するもの」が用いられていた（この場合は信託事務処理の結果、債務が発生していた。既存の賃貸ビルについては債務引受によってなされ得た）。新法では、積極財産、消極財産の一体としての信託（事業譲渡の信託版）が可能となり、不採算事業部門の立て直しのための利用、当該事業部門の収益を受益権として証券化することによる資金調達等も可能とされる。

また、限定責任信託を利用することによって受託者が負担する債務の責任を信託財産に限定することが認められる。

そのために登記がなされ、受託者の帳簿等の作成等、報告・保存義務等に特例が設けられ、法務省令に定める方法により算定される給付可能額を超えて受益者に給付することができないとされる。受託者は悪意重過失のあるときは損害賠償責任を負う。受益証券発行限定責任信託では、一定の資産額以上のときに会計監査人の監査が義務づけられる⁽¹⁴⁾。さらに自己信託を用いる場合、自らの出資財産について自ら受託者として事業運営をすることが可能となる。

2. 有限責任

限定責任信託を利用すると、信託財産の範囲での有限責任において事業運営が可能となる。限定責任信託において一定の債権者保護が規定され(二二二条、二二五―二二八条)、登記がなされる(前述)。

3. 信託における対外的責任

受託者は事業経営において当初の委託者との間の信託契約における信託目的に拘束される(委託者≡受益者であると考えられる)。

この信託取引における責任は信託財産に限定される。

信託違反の取引においても第三者に対して信託財産が責任を負うべき場合は生じうる。

信託義務として、善管注意義務、忠実義務、公平義務、分別管理義務等が課され、義務違反行為は無効と考えられるが、第三者との取引については善意無過失者が保護される余地は存する。

目的違反の行為の効力は善意無過失の相手方に対して取り消すことができない(不動産の場合、信託目的自体は

登記されうるが、登記の存在が必ずしも悪意重過失とは結びつかないと規定されるが、この点は疑問である。

4. 受託者の対外的責任・対内的責任

信託事務遂行過程での取引行為について悪意重過失の受託者に責任が課されうる。また、貸借対照表への虚偽記載、虚偽登記、虚偽公告によって過失のある受託者は責任を負う（二二四条）。

また、受託者の不法行為責任が生じうる。

内部的に義務違反行為、目的違反行為によって受託者は受益者に対して損失填補責任を負う。

この場合に責任免除特約は可能である。

5. 団体との相違について

意思決定、行為については全面的に受託者に委ねられている（信託目的に拘束される）。

このようなシステムが成り立つのは受益者に強い権利が認められているからである。受益者は強い物権的権利を問題が生じた場合に行使し、信託財産を確保することができ、また受託者の厳格な義務から受託者に対する責任を強く追及することができるのである。また、受益者の財産的権利の主張が強く認められることが受益者の事後的救済を確保すると共に、信託財産に対する積極的な関与ももたらさうる。

法人の場合は構成員が意思決定し、構成員の代表者が行為する。構成員の関わりの強弱が問題となる。

共同事業型団体の場合は構成員が意思決定し、共同行為（あるいは代表者）を行う。ここでは構成員全員が関わるのであるが、代表機関が定められ、多くの権利が委ねられている場合には同様に構成員の関わりが問題となる。

七 結語

法人制度の問題として、法人が擬制的に利用される、法人が構成員の意思を離れ、恣意的に利用される等の問題点が存し、その際に構成員、債権者の保護をどのように考えるのかという問題が存する。

近時、法人、団体の自由化、法技術化（有限責任団体設立の容易化、運営の機動化、資金調達の容易化）が事業活性化としてもたらされている。そして、以上の問題意識の下に、有限責任制度と行為者の責任に関して見てきた。以下、それらを概観した上で制度のあり方を含めて考察する。基本的には、取り上げた問題について、近時の傾向を踏まえた上で、構成員の関与を活性化する方向での解決が望ましいことになる。そして、そのためにどのような団体組織があるべきであるのかについても考察する。

1. 有限責任問題

考察してきたように、法人活動の有限責任の根拠については、権利能力なき社団事例において言われたような団体としての実質を備えること（組織化）だけでは不十分であるとされ（法人においても無限責任が認められる）、また、会社法において議論されてきたように物的会社というだけでは不十分であるとされ、多様な根拠が主張されている

(権利能力なき社団においては財産所有形態(総有)が挙げられ、組合において無限責任の根拠として行為者性、共同性等)。特に、法人格のない共同事業型団体(有限責任事業組合)の有限責任については明確な根拠が説明されなければならぬ(この点について、私は、構成員の総意に基づく実在的法人として責任財産を伴う構成員による適切な活動が根拠となると考える。即ち、有限責任事業組合については法人格がないけれども有限責任団体として十分な資産を有した上での活動実態を備えること、構成員全員が団体として適切に活動することが根拠となると考える)。

有限責任の制度的な保証としては、適正な会計制度、開示制度、資本原則(剰余金配当規制、払戻規制等)、債権者保護が挙げられる。このことから取引相手方は当該法人の資産状況を把握することができる(法人を実在的に考える場合には制度的な保証は有限責任が認められる根拠ではない)。

但し、行為者の第三者に対する個人責任が併存する場合がある(悪意重過失の役員 of 第三者に対する損害賠償責任等)。法人責任、執行者責任の併存は構成員の関与の弱い場合に認められる。

ここで、目的の範囲、代表権の範囲の問題と共に行為者の範囲の問題(実際行為した者、監督を怠った者等)、行為者の帰責事由の判断の問題(過失あるいは重過失判断)、相手方の保護される要件(善意、善意無過失、あるいは善意無重過失)の問題が存する。この場合、取引的不法行為についても考察されなければならない。

その際に、同じ有限責任団体である共同事業型団体と株式会社と非営利団体の場合を比較しなければならない。無限責任共同事業型団体においては共同行為としての性質を多く認めうる点、自主的に適正さが確保される点、法人性と多数性の区別が不明確である点が考慮されなければならない。

このように様々な団体において代表者の行為による団体の責任態様が問題となると共に、代表者あるいは代表行為

関係者が個人責任をどの範囲で負うべきであるのかが問題となる。

構成員が団体と同視できる場合、関与が強い場合に団体の行為と構成員の関与しない恣意的行為は厳密に区別され、第三者保護が認められる場合が少なくなる。構成員が利益にのみ関心があり、団体活動に対する関与が少ないと考えられる場合には執行者の権限が強く、執行者責任が重くなると共に善意者保護が認められる場合も多くなると解される。

構成員は執行者に対して委任契約違反責任、不法行為責任を問いうる。

この点、株式会社においては、会社の責任が広く認められ、代表行為者には裁量が多く認められ、内部的責任を追及しうる場合も一定の免責が認められている。

このように構成員の関与と団体、行為者の責任態様は関係する。

そして、これらの問題を考える場合に、適正な運営（構成員と法人には従属ではなく独立の関係があり、自治が行われ、その前提としての独立性として財産関係が重要である）がなされることが重視されることになる。

こうして有限責任問題は団体の責任問題へと展開する。

この場合には近時の傾向である団体の機動性の意義についても考察されなければならない。

2. 団体、構成員の対外的責任、対内的責任の問題について（内部的適正さの確保としての団体の責任）

目的の範囲外の行為と代表権の制限外の行為の議論

目的の範囲を広く認めるのかどうかについては、当該取引の相手方をどの範囲において保護すべきかという問題でもあるとともに、構成員の意思をどの程度尊重すべきであるのかという問題でもあり、法人の執行行為を構成員に強

制しうるのかという問題でもある。

構成員を尊重する立場からは目的の範囲を厳格に解し、範囲を越える事柄については構成員の意思を確認すべきであり、それがなされない限り団体に対して効力を有しないと解される。

代表権の制限外の行為の問題は代理法理が関連すると解され、相手方保護の範囲の問題と考えられる。

民法法人において代表権の制限は善意の第三者に主張することができず、制限について悪意である場合も一一〇条が類推適用されうるとされる。

株式会社において代表権の制限は同様に善意の第三者に主張することができず、必要な決議を経ない行為については九三条但書が類推適用されるとする。

どちらの判断も類似するものの一〇条においては正当理由として手続きが問題とされうることに対して、九三条但書は相手方の主観的事情のみを考慮すると考えられる。

代表権の濫用についてはどちらも九三条但書が類推適用されるが、適用範囲については相違が存しうる。

株式会社の場合の方が会社の行為と認められる範囲が広いと考えられるが、構成員の関わりが弱いことが執行者への一任として捉えられると考えられる。

共同事業型団体において業務執行者が定められている場合に同様に判断されるのであるが、共同性の強い団体の場合、構成員の関わりが強く認められることから、団体行為と恣意的行為が厳密に区別されると考えられる（無限責任社員については共同行為性がさらに考慮に入れられる）。

例えば、執行者の代表権に制限が課されている場合、制限を課す構成員の意思を尊重すべきであるのか第三者の信頼を保護すべきであるのかという問題になり、団体に対する構成員の関与の度合いが考察されなければならず、関与の度合いの大きな団体、即ち構成員の意思が尊重されるべきである団体においては制限が尊重され、第三者保護が制限され、団体に対する責任の主張は制限される。

職務行為による取引的不法行為については善意無重過失の被害者(相手方)に対して法人は損害賠償責任を負う。この場合も営利法人、非営利法人、共同事業型団体において主観的事実の認定の相違が問題となり、構成員の関わりが問題とされなければならない(被用者の職務行為に対する使用者責任も種々の団体について同様の視点が必要である)。

意思決定と業務執行

意思決定を行うのは総会が基本であり、団体活動の全てを決定し、あらゆる事柄に構成員全員が関心を持ち、意思決定、業務執行に関与するのが望ましいと考えられるが、活動の機動性の点で多くの事柄の決定が執行機関に委ねられうる(業務執行の決定は執行機関に委ねられる)。例えば株式会社において株主の関心が株式(利益)に関してであるために、その側面での意思決定のみを行うものと考えられる(決算承認等)。

この細分化された意思決定に関しても、集団的な意思決定が望ましいと考えられる。この場合は総会機能の細分化としての意思決定が望ましいのであるが、執行機関の意思決定の細分化、あるいは諮問機関としての意思決定が多くなる場合になされる。

株式会社の場合の集団は執行者の諮問機関の組織化、あるいは業務執行目的を有する従業員集団であり、この意思決定の組織化とその意義を考察することが重要と考えられる（株主組織、執行機関、従業員組織等多様な組織が考えられ（stake holderの意思関与をもたらすことも場合によっては必要と考えられる）、それぞれの関係、意義を明確にしなければならない。例えば、会社組織としての従業員集団と会社と対立組織である労働者集団は異なるものと考えられるが、統一的な方向が目指されなければならない）。

このように多数の団体活動への関与が望ましいのであるが、その際には意思決定への直接関与である総会機能の細分化としてか、執行機関の意思決定の細分化か、諮問機関としての意思決定であるのかを区別して考えなければならぬ。

この意味で執行役、委員会制度も執行機関の諮問機関としての責任主体の増加という意味では望ましい制度と考えられるが、諮問機関の位置づけは議論があり、責任所在が不明確となり、チェックシステムが働かない危険性、官僚化の危険性も存する。一定の多様な組織的意思決定システムが存する場合にはより望ましいと考えられる。

会社の対外的責任を広く認めるということは原則として構成員の関与を前提とするものであるが（執行者への包括的委任を含めて）、関与が少ない場合においても第三者保護の側面を強調すれば、会社の行為は広く認められ、株式会社のようにある程度包括的に取締役に委ねる状況において広く第三者保護が認められる。

逆に、共同事業型団体の場合には、共同事業者としての関与が前提とされ、関与する団体行為と関与しない代表者の恣意的行為は厳密に区別され、善意者保護も恣意的行為を団体行為と見る何らかの特別な事情（構成員の特別な意思的関与）のある場合に限定される（執行者に一任される場合を除いて）。

執行者の対外的責任(刑事責任については論じない)

法人の理事等代表者は目的の範囲外の行為、代表権外の行為を行った場合、第三者に対して不法行為責任、あるいは善意無過失者に対して無権代理人類似の責任(善意無重過失者に対する旧四四二条二項責任)を負うと解される(相手方によって法人の責任が選択されない場合も)。代表権濫用の場合も同様と解される。

また、法人の不法行為責任の場合に自ら不法行為の要件を満たす場合には共同不法行為責任を負う。旧四四二条二項の責任も負う(取引的不法行為においては善意無重過失者に対する責任と一般不法行為責任の関係が議論されうる)。さらに以下の責任が多くの団体において問題となる。

悪意重過失のある執行者は第三者に対して損害賠償責任を負う。この責任については任務懈怠についての悪意重過失による責任を認めるものとして、七〇九条責任とは別の責任である⁽¹⁰⁵⁾とされる。このように解する場合には取締役の責任を加重するものとされる。

この責任と不法行為責任、無権代理人類似の責任も併存すると解される。

ただし、近時の流れからすると、取締役の第三者に対する責任はこの責任に収斂されると解されることになるが、この場合には通常の責任要件が緩和されることになる。

これらの団体責任と併存する執行者の責任、団体責任の認められない団体行為についての執行者の責任、団体責任が選択されていない場合の執行者の責任について、個々の団体において負うべき責任の範囲が異なると考えられるのかどうかという問題と共に、執行者の権限が関連する。執行者に裁量があまり認められない場合、基本的には執行者

は決められたことを実行するにすぎないので、それに違反するか否かによって責任が決められる。大きな裁量権限を持つ者（構成員によって多くを委ねられた者）は、執行範囲も大きいのであるが、総合的に多くのことに関与しなければならず、不適切な裁量権行使を含む違反行為に対して対外的にも重い責任を負うと解される。

業務執行社員・組合員についても同様と解される。この場合には執行者の権限自体は構成員の関与によって裁量の余地は少ないと考えられ、対外的責任も純粋な恣意的行為の個人責任となるのであるが、この場合、構成員の団体活動への関与の度合いは強い、多くの意思決定に関与すると考えられるために構成員が共同責任を負う場合も多くあると考えられる。無限責任社員については行為の共同性が強く認められうる。

執行役制度等、執行機関の多様化において同様に執行機関に多くの権限が委ねられている場合は責任が併存すると解される。

執行者の対内的責任

理事の義務違反行為、不法行為による会社の損失について監事、社員は理事に対して法人を代表して損害賠償を請求しうる。この場合には理事に委ねられた裁量権行使に関して対内的には責任を問うことができないうる。会社における取締役の義務違反行為、不法行為について、監査役、株主は会社を代表して損害賠償を請求しうるが、取締役の義務違反の認定は緩和されていると共に免責が認められる。但し、免責については総会決議について構成員の意思に基づくものとは限らないという危険性がある。

業務執行社員・組合員についても同様と解される。

以上の問題の問題点として以下のように述べることができる。

責任問題

団体責任、即ち、行為者のどの範囲の行為に団体が責任を負うのかについては基本的には内部制度が重視されるべきである。不正行為がなされたのであるが、手続的に不適正な場合には団体は対外的な責任を負わない（構成員が自ら責任を負うことを予定していない）。

行為者責任、即ち、行為者の個人責任を広く認めるのか否かについても、構成員の適正な関与が行われているのか否かが問題となる。団体活動の主たる機能を構成員が有しているのか、執行者が有しているのかである。

ただし、執行者が多くの裁量を有する場合には執行者は受託者と同様の義務を負うので、判断の誤りなどについては厳しい責任を負うと考えられ、広範な権限を有するほど責任は重いと考えられる。また、免責には慎重であるべきである（構成員の適切な関与が前提となる）。

このことから団体の制度設計にあたっては構成員の団体活動に対する関わりが重要な問題となる。基本的には構成員の団体関与に基づく三権分立体制が通常であるが、構成員の関与の弱い団体においては執行機関に多くの権限が委ねられ、濫用の問題があり、またどちらにも官僚化の問題があるのであるが、執行権に関して官僚化の問題はより大きく、執行者の権限行使の適正さ確保について様々な方法が考察されなければならない。執行者の責任を重くする、執

行者自身に独立の監督組織、外部の監督組織を備える、自発的な内部統制基準を義務づけるなどである。この点について、構成員の関与を重視すべきであり、特に信託のように財産的な権利の重視が図られなければならない（団体内の財産権が積極的な活動への関与をもたらす）。

また以上のことと比較して、信託においてはどのような事柄が重要であるのかが確定されなければならない。

信託において受託者に広範な裁量権が認められ、厳しい義務が課され、受益者に信託財産に対して強い物権的権利が認められる。

このように信託においては構成員の強い権利に基づく運営者の全権による財産運用がなされるのである。

3. 団体制度設計

以上考察してきたところから、団体の種類として、構成員全員が関与する団体と構成員から委託された執行機関が全権を掌握する団体の二種類が理念型として存する。基本的に構成員が重要な意思決定に参加できるのか執行機関に委ねているのかという相違が存するのであり、それぞれの要因が混在する。

団体活動における様々の危険予防のための団体に応じた組織設計がなされる（構成員の責任重視か執行者の責任重視か）。執行者の責任重視の場合には組織が分化されるが、その場合に官僚制化の問題があり、独立した意思決定団体を形成し、実質的構成員が常に関わる体制が図られなければならない）

機能する組織の形成としては構成員の団体に対する関わり合いの強い民主的な運営のなされる組織が考えられ、そのための組織形態としてはどのようなものが望ましいのかが考察されなければならない。

但し、どのような組織形態を用いたとしても常に硬直化の問題が存する。

これらの問題点は団体によってどのように異なるのであろうかについて考察する際に、団体はどのように分類すればよいのか、何が基準となるのかが問題となる。

団体の従来の分類としては以下のように分類され、問題点が指摘される。

株式会社（規模の大きな公開株式会社、小規模閉鎖会社）

株式会社の特色としては会計、計算規定等、資産に関連する技術的な点について詳細な制度、規定が置かれている。大規模会社においては執行機関の肥大化、機動化が常に問題となっているのであるが、委員会制度、執行役制度、外部役員制度による対応の問題がある。

小規模有限責任会社の廃止によって、様々な種類の株式会社全てに当てはまる会社法規定を置くことにより柔軟性を重視することになったのであるが（定款自治に委ねる）、基本的な性質の違いはないのかが問題となりうる（簡易な組織の濫用問題）。

共同事業型団体（法人格の有無、有限責任・無限責任）

組合型団体においても有限責任形態を取ることができるようになったと共に組織の柔軟性も認められる。

同様の形態の団体において、有限責任・無限責任の相違はどのように考えられるのか、法人格の有無はどのような

相違と考えられるのか、共同行為を原則とする団体に有限責任制度を認める根拠の問題がある。こちらにも簡易な組織の濫用問題がある。

非営利法人・公益法人

非営利法人については従来の公益法人法制から非営利事業の活性化のために新法が制定されたのであるが、その際の一般社団法人の株式会社化は何をもたらすのか、組織の柔軟化に伴って従来の責任態様はどのように変わったのか。会社と同様に考えて良いのか。非営利法人の方が執行者の責任が重いのかなどが考察されなければならない（非営利目的であるために、有限責任性は認められやすい）。

また、公益法人化によってどうなるのか 柔軟な団体に公益性が付与されるのかも問題となる。

その他の特別法法人は基本的に非営利法人、公益法人と同様なものが多いと考えられるが、投資目的団体のような法人制度の擬制的利用はどの範囲で認められるのが問題となる。

以上の問題点を考察してきたのであるが、これらの問題を統一的に考察するために、区別のための要因はどのように設定すればよいのかをさらに考えなければならない。構成員の団体活動への関与の度合いを何によって判断するかである（主として意思決定への関与であるが、多くの要素が関連する）。即ち、実質的に構成員はどのような権限を持つのか、それは団体活動にどのような意義を有するのかである。それについて以下の項目が考えられうる。1. 有限責任か無限責任か、2. 構成員の活動態様が自由であるのか規制されたものであるのか、3. 所有と経営が分離されるのか否か（株主中心か執行者中心か）、4. 大規模団体か小規模団体か、5. 権限の集中（官僚化）か分散か（執

行の機動化か安定化か)。

団体と構成員の関係から団体形式を再検討すると以下のようになる。

1. 構成員が共同で事業を行う団体。全員決定・行為、即ち全員関与型組織である。合同会社、有限責任事業組合が当てはまりうる。この場合は単なる共同行為者とは異なる。このような団体が無限責任団体である場合は実態として共同行為性が強調されると共に自主的適正さの確保が強く図られうると考えられるのであるが、有限責任団体である場合は実在性が強調され、法人の行為と恣意的行為は厳密に区別されうるが、構成員関与の実態の考察が必要となる。

2. 構成員が目的に関心を持つが、執行者組織が運営する団体。この団体として非営利法人が当てはまりうる。この場合、構成員重視の組織が採られるべきであり、意思決定への関与が多く図られるべきである。但し、この場合も実質的に団体活動への構成員の関与を確保するために、信託のように構成員には団体に対する財産的権利を認める方がよいと考えられる。

3. 構成員が利益に関心があり、執行者組織が運営する団体。株式会社が当てはまりうる。大規模な場合は執行者重視の組織が採られるべき(執行者に重い責任)であり、執行機関による独善的運用の危険性が高く、そのために委員会制度、事業部制等について、目的実行の別団体を併せて構成すべきか、執行者の個々の意思決定を委ねると解すべきかによって性質が異なる。また、官僚機構化の問題も存する。

4. 構成員が技術的にのみ拘わる擬制的団体。構成員の意思の関与しない団体活動は望ましくなく、広く法人格を

否認すべきである。

5. 信託を用いる団体。この場合、受託者が広範な裁量権を有し、厳しい義務が課され、受益者が財産に対して物的権利を有する（物的権利を有することの意味が大きい）。

一般に構成員の団体活動への関与が多い場合、重要な項目への関与が行われている場合ほど運営の適正さが確保され、執行者の裁量は狭く、責任を負うべき範囲は狭い。逆に構成員の責任は重い、適切な行為である限り、有限責任である。

構成員が多くの活動を執行者に委ねている場合、執行者に広い裁量があり、重い責任を負う。ただし、この場合でも構成員の権利（財産権）は強く認めることによって、団体へのコントロールを確保することはできる。

権限の集中と分散について、集中すれば機動的であり、分散すれば安定的である。

そして、構成員の団体に対する関わり具合に応じた団体の分類を基礎として、団体責任、行為者責任の程度、範囲が考察される（団体と構成員の責任との関係）。

また、団体の規模が重要な要因となる。多人数団体において構成員が自らの権利を確保し、活動に参加し、かつ機動的な運営が行われなければならない。

この場合には権限分散がなされることになるが、どのような権限分散が望ましいのか（立法、司法、行政）、どの権限機構においても構成員の実質的な意思決定が確保される限りは有効に機能するのであるが、いずれの機構においても、特に行政機構について、官僚的なものとなる可能性が常に存する（組織の硬直化）。従ってそうなることなく（所有と経営の分離は組織の官僚化をもたらすものであり、またどのような組織においても官僚化し、硬直化がもた

らされる)、民主的運営の確保が重要な問題となる。それについては組織における責任のあり方(団体責任、機関責任、構成員責任)が重要である。

基本的には執行権限が集中する場合でも、個別の合意が真に認められない限り、責任の軽減は認められず(特に執行者の恣意的な行為に対しては認められない)、また多くの人が関与する体制がとられるべきである(特に財産的権利が強く確保されるべきである)。

団体の機能不全、組織の硬直化については、支配関係の理論から考察されている。あらゆる団体においては支配性が存する。支配関係については、三つの分類がなされている。

伝統的支配は権威に基づくものであるが、ヘル(支配者)の権威の伝統化(権力志向に基づく恭順義務)に基づく恣意的権力行動の是認につながる。

カリスマ的支配は支配者の優れた能力を信頼する支配関係であるが、カリスマの日常化の危険性がある。

合法的支配は物理的強制力を持つ国家によって形式的に正しい手続で定められた制定規則への服従義務に基づく官僚制支配(契約に基づく団体もこの支配性が認められる)であり、制定規則が国家の権力目的に転化する危険性はある。

いずれの支配類型も問題を持つ。即ち、支配者・被支配者の相互の安易な依存関係に基づく硬直化の問題がある。またそれぞれの支配類型の要素は混在する。

このような支配的問題を解決するためにも構成員の関与のあり方を問題にしなければならない。

構成員の関与のあり方として、理論的なモデルを与えるのが法人实在説である。

構成員重視の实在説（団体意思、行為についてあくまでも自らの団体としての関与が重視される）と機動性重視の擬制説（法人の技術的な意義が重視される）である。

いずれも結論としては民主的運営の確保に基づく権限分配、それによる硬直化の阻止、構成員関与の問題である。

4. 団体の实在性⁽¹⁰⁶⁾

实在理論に基づく解釈は以下である。

意思決定に関する内部的正当性（民主的なものであるのか）を重視する。

団体に対する構成員の権利義務を強固なものと考え、団体活動への関与を促す。

ギールケの議論を要約すると以下である。

ギールケは社団法人の存在の基礎をゲノツセンシャフト団体の实在性に置く。

「ゲノツセンシャフトとはジッペのような全人格的結合である血縁団体であり統一性と多数性の区別がなく、その後ゲマインデ、ギルドのような兄弟契約に基づく全人格的団体となる。構成員の全体が同時に統一的であり、多数的であり、全体として存在する」

その後、ケルペルシャフトとして多様な社団が法人として活動するのであるが、ギールケはそれらの団体もゲノツセンシャフトを基礎に理解する。

「ケルペルシャフトは社団組織を有する（構成員の共同意思に基づく）統一体であり、今日公法において用いられ、

私法においてはフェライン(社団)が用いられる。このケルペルシャフトの内部的性質はゲノッセンシャフトに基づく。」

「ケルペルシャフト概念が導入されて以来、ゲノッセンシャフトは国家、ゲマインデ以外のケルペルシャフトの一種類概念である(協同組合)。」

このようにギールケは社団法人の基礎にゲノッセンシャフトを置く。即ち、社団の法人格の根拠を實在性に置くのである。

「ケルペルシャフト団体實在性は歴史的には兄弟誓約団体であるギルドが自治都市に発展することによって獲得された観念であり、ゲノッセンシャフトに基づく。即ちそれまで構成員の総和と構成員の全体の区別が意識されなかったのに対して、構成員の総和と異なる団体に内在する統一性が構成員によって内部的に、また対外的にも意識されることによつて、団体が一つの統一体として存在することになるのである(ゲノッセンシャフトからケルペルシャフト)。そしてこのように諸団体においても全体の統一性によつて實在性が獲得されるのである。」

このような法人實在説の理論的特色として指摘される点は以下の点である。

(1) 合同行為

法人の實在性は構成員全体の統一性の認識に基づく。構成員全体が一個の主体としての活動を意図するのである。このことは法人が構成員全体の合同行為により成立し、活動目的、内部秩序については合同行為に基づく定款によつて定められることを重視することになる。法人においては「どのようにして構成員資格、機関が認められ、どの範囲

まで構成員の人格が団体に埋没するのか、どの要件で機関の意思、行為が団体の意思、行為とされるのか、全体と構成員の間、構成員相互間にどのような関係があるのかが定款により定められるのである」。このように合同行為（全員の合意）が法人活動の基礎である。

この点が擬制説との大きな相違である。ギールケの擬制説に対する批判として（団体の擬制的理解はローマ法、カノン法のコルポラツィオン理論に基づき近代においてサヴィニーが主張する）「ギールケの擬制説に対する批判は、私法団体と公法団体を区別して考察すること、明白に存在を認められた団体存在を影のような技巧的な存在、意思・行為無能力で、永久に後見の必要な存在とすること、そしてその結果もたらされる国家主義と個人主義に対してである。」

設立行為も合同行為であり、当初の主たる活動内容に関する合意である定款も合同行為である。またその後の法人活動もすべて合同行為（総会）に基礎づけられる。機関の存在、活動も合同行為に基礎づけられ、代表者の代表行為も合同行為に基礎づけられる。

このように法人活動を合同行為に基礎づけることから、目的の範囲外のことについては全員の合意のない事柄であるために効力が認められず、代表権の範囲外の行為も同様に合意のない事柄であり、効力は認められない。

どの範囲で法人活動の外形を信頼した第三者の保護が認められるのかについては、外観法理の一般理論として、外形作成者の帰責性と第三者の信頼から説明される。

法人において「その統一的活動の根拠はその合同性（自治）にみられるのである。」このことは法人活動が「外部的には個人的な対象とされうるのに対して、一次的に内部規範が基準とされることを意味する。即ち実在人の機関、

意思、行為概念から内部的正当性がまず問題とされるのである。」

「団体の強固さは、団体自体の存在が自治に基づくと共に、団体の内部組織、活動が同様に自治に基づくということに存する。即ち団体の存在と共に団体の活動は方式遵守と自治の関与が要求されるのである。このことは団体活動の統一性について対外的統一性を強調するわが国の解釈学に対して、内部的正当性、即ち自治の内容を考察することをもたらす（機関、意思、行為概念の考察）。」

(2) 固有権

また合同性を実在の根拠とすることは自治の尊重、即ち、団体への国家の不干渉をもたらし、さらにこのことは構成員の団体内での尊重をもたらす。

団体人と構成員の定款に基づく法的関係は三つに区別される。一つめは外部的関係である。法人外において法人と構成員は個人として対立し、個人法が適用される。二つめは内部的関係である。法人内において法人と構成員は統合関係にあり、内部法（定款）が適用される。この関係は全く法人権力の支配に含まれる。最後に法人内と法人外に同時に存在する法的関係（固有法関係）が存在する。即ち一方で構成員は法人に対して個人的な法律関係と構成員としての統一的法律関係に同時に属し、他方で法人は構成員に対して統一的法律関係と個人としての法律関係に同時に属するのである。この固有法関係は定款に基づきそれぞれの法人において様々の内容を有する。

内部関係において法人決議は固有権に干渉できない。他方構成員の固有権の処分はそれが法人関係への組み入れをもたらすことよって制限される（固有権の主張、処分の団体的制限）。

外部関係において一定の範囲で法人の統一的行為は固有領域に関わり（例えばゲマインデが共同地を譲渡するあるいは負担を負わず法律行為の構成員の固有用権と固有負担への影響する）、構成員の固有行為は団体の統一領域に関わる（例えばゲマインデ構成員の占有はゲマインデの占有であり、株式の処分は同時に株式会社の構成員地位の処分である）。

このように構成員は法人に対して人格権的固有権（法人に対して自由、平等を主張することができ、地位の尊重を主張することができる）、物権的固有権（法人財産の利用権、持分権―総有等）、債権的固有権を有し、団体的な制限は可能な場合があるものの、剥奪されることはない。

「固有法理論により団体意思によって干渉されない固有領域が確保される。そしてこの固有法理論が人権の尊重、中間団体の是認をもたらす。ギールケは固有法理論にいう個人の尊重を団体との調和に基づくとする。即ち個人の尊重が団体の尊重であり、団体の尊重が個人の尊重であるとするのである。」

5. 最後に

以上のように団体の責任、団体のあり方についての諸問題において、構成員の団体活動への関与、団体意思決定への関与のあり方が重要な意義を有する。団体としての行為に対して団体は団体財産において責任を負うことになり、このことは団体の実在性、即ち構成員の団体としての存在に基づくものである。団体活動は団体目的の範囲内においてであり、内部意思が尊重されるべきである。構成員の団体意思決定への直接的な関与の多く認められる団体（共同事業型団体）においては団体の行為と団体の行為とは認められない行為が厳密に区別されると共に業務の適正さが強

く確保される。構成員の団体意思決定への関与が間接的であり、多くを執行機関に委ねる団体においては執行機関による不適正な行為の生じる余地があり、機動性を重視するために執行者の運営行為の裁量を幅広く認める場合、第三者保護によって団体の行為とされる場合が生じ、執行者の責任を重くする必要性が生じる。このような構成員の意思から団体が離れる問題は執行機関の官僚化によってもたらされる(官僚化と機動性は相通するものである)。また、いずれの組織においても組織の硬直化の問題がある(共同事業型団体においても官僚化、硬直化と結びつく)。

しかし、このような構成員の関与が間接的なものにすぎない団体においても、構成員が団体目的に強く関心を持つこと、あるいは団体の財産的利益について強い権利を有することによって積極的な関与が図られうる。

構成員の団体への関与が維持され続けなければならないのである。

こうして団体性の問題点は実在性と民主制の意義、官僚制の問題といういずれも古くから議論されてきたことに行き着く。

そして、近時の立法の流れと問題点がこのことに基づいて考察されなければならない(法の技術化、制度の自由化の問題点)。

自由化・技術化(簡易な有限責任団体の設立運営、執行の機動化、執行者の責任軽減)は法人の擬制的利用、濫用をもたらすものであり、それを阻止する方法が上記の理論に基づいて考察されなければならない。即ち、法人制度には権力作用が含まれるために、実在性、民主制に基づく自由でなければならず、構成員の関与が確保され、維持されるものでなければならぬ。

法人規制のあり方は国家のあり方を示すものである(どの程度民主制を尊重するのか、指導者に依存するのか)。

目指されるのは個々の構成員の団体活動への関与の度合いを増やすことであり、近時の法人制度の多様化、設立の容易化において、それが図られなければならないのであるが、まずは構成員に強い権利を認めると共に団体運営についての責任を課すべきである。そして必然的に執行者の対外的責任の厳格化が図られなければならない。また、構成員の関与という意味での内部的責任の厳格化も必要となる。団体活動はこのような厳しさによって構成員に多くの利益をもたらすものとなる。

(1) このような視点に基づく拙稿として、「ギールケのゲノツセンシャフト論の実定法上の意義について」『イギリス土地信託法の基礎的考察』神戸商科大学研究叢書Ⅹ二八一頁、「マンションの復興と少数者の権利」商大論集四八巻一号五五頁、「権利能力なき社団構成員の基本的権利と中間法人制度」商大論集五三巻四号三三三頁。また、諸法人の比較を行うものとして、森泉章『新・法人法入門』（二〇〇四）がある。

(2) 「公益制度の抜本的改革に関する基本方針」（平成一五年六月二七日閣議決定）。

(3) 相澤哲・谷口園恵・山口英幸・杉浦正典・内野宗揮「中間法人制度の概要」金法一六一五号五五頁。

(4) 新公益法人制度研究会編著『一問一答公益法人関連三法』三頁以下。

(5) 経産省ホームページ http://www.meti.go.jp/policy/economic_oganzization/pdf/LLP_gaiyou.pdf

(6) 法務省ホームページ <http://www.moj.go.jp/HOUAN/houan33.html#19>

(7) 神田秀樹『会社法入門』（二〇〇六）一三三頁。

(8) 神田秀樹前掲書一三頁。

(9) 小林英明『わかる！会社法』(二〇〇七)二〇頁以下。

(10) 岡橋寛明「投資事業有限責任組合法(ファンド法)の抜本改正」金法一七〇八号二〇頁。ただし、投資目的団体に関しては、法人としての意義の特殊性からここでは詳しくは触れない。

(11) 蟬山昌一「証券化の定着を願って」片山さつき『SPC法とは何か』(一九九八)一頁以下。「SPCのあり方に関する懇談会」は証券化の促進について、資産の信用力を生かした資本市場からの資金調達が可能になり、新たな金融仲介機能の確立であり、信用補完などによる資金調達リスクの低下も期待でき、貸付債権の証券化によるオフバランスとキャッシュフローの発生、不良債権処理の促進、不動産取引の活性化、土地の流動化、有効利用の促進が図られ、投資家の選択肢が拡大されるとする。長崎幸太郎・和佐健介・馬渡直史・遠藤友哉『逐条解説資産流動化法』(二〇〇三)二五頁以下。

具体的な経緯について、住専法成立、住宅金融債権管理機構発足(一九九六)以後、担保不動産等関係連絡協議会が設置され、金融・証券市場ワーキンググループ、不動産市場ワーキンググループ、有効利用ワーキンググループが設けられ、担保不動産流動化総合対策として収益性の向上、証券化、情報化などが決定された。また日本版ビッグバンもスタートし、金融制度調査会報告書、証券取引審議会報告書に置いてABSの基本的な考え方が提示された。SPCのあり方に関する懇談会がSPC、投資家保護、行政関与、税制、外部組織、信託受益権、プロジェクトファイナンスに関して検討した(スキームとして他業務を行えないなど投資家保護を重視した簡素化され、優先出資証券の発行可能な会社形式が適当とされた)。片山さつき前掲書一九頁以下。

(12) 田村威・杉田浩治・林皓二・青山直子『四訂プロフェッショナル投資信託実務』(二〇〇七) 五二頁以下。投資信託には契約型投資信託(従来型の委託者指図型投資信託と新たな委託者非指図型投資信託)と会社型投資信託(投資法人)がある。委託者指図型投資信託のうち主として有価証券に投資運用するものを証券投資信託という。法人と信託との相違の点で以下、この文献に依拠して投資信託の概要を挙げておく。

委託者指図型投資信託は、信託財産を委託者の指図に基づいて主として有価証券、不動産などの特定資産に対する投資として運用することを目的とする信託であり、投資信託委託業者を委託者とし、信託会社等を受託者とし、受益権は分割され、受益証券を発行し、複数の者に取得させるものである。この関係において、実質的には投資家が委託者・受益者である。投資信託委託業者(登録制)が運用受託者であり、信託財産の運用指図を行う(その他信託約款の作成・届出・交付、目論見書・運用報告書・計算書類の作成等)。受託銀行が管理受託者である。投資信託委託業者の受益者に対する忠実義務、善管注意義務が存する(すべてのファンドについてでなければ外部委託可能)。投資信託委託業者の利益相反防止のための行為準則として、自己又は第三者の利益を図ることの禁止、利害関係人等の利益を図ることの禁止、委託業者が兼業する業務に係る利益相反禁止がある。会計監査人の監査も行われる。(募集・販売は投資信託委託業者と契約した証券会社、登録金融機関が行う) 受益者は信託財産の収益金、償還金に対する権利、帳簿閲覧権、解約変更の際の買取請求権を有する。委託者非指図型投資信託は、信託会社等である受託者が投資家である複数の委託者との間の信託契約により受け入れた金銭を、合同して、委託者の指図に基づかず、主として有価証券以外の特定資産に対する投資として運用することを目的とする信託である。受託者の分別管理義務、忠実義務、善管注意義務が規定され、同様の

行為準則が置かれる(外部委託は一部のみ認められる)。

(13) 佐藤哲治編著『よくわかる信託法』(二〇〇七)二頁以下

(14) 例えば、河本一郎・岸田雅雄・森田章・川口恭弘『日本の会社法』(新訂第九版)二七頁以下。ここで諸立法の特色を取り上げる。近時の法人立法の特徴的な点を最も良く表す会社法から考察する。ただし、会社法に関しては特徴的な文献から基本的な事柄に関して概要を見るにすぎない。

(15) 田村義則・六川浩明・小泉大輔・吉良佳子・(株)アmend創己塾・コーポレート・ガバナンスとディスクロージャー研究会『コーポレート・ガバナンス報告書分析と実務』(二〇〇七)二頁以下。

(16) 以下、参照、河本一郎・岸田雅雄・森田章・川口恭弘前掲書四七頁以下。

(17) 神田秀樹前掲書一五頁以下。

(18) 落合誠一・近藤光男・神田秀樹『商法(2)会社』(二〇〇八)三八頁。

(19) 神田秀樹前掲書二〇頁以下。

(20) 森淳二郎・吉本健一『会社法』(二〇〇六)一一頁。

(21) 江頭憲治郎『株式会社法』(第二版)六頁、二八一頁以下。

(22) 税務経理協会編『新会社法の詳解と実務対応』(平成一七年)二三頁以下(岩崎友彦)。

(23) 葉玉匡美『新・会社法一〇〇問』(第二版)七一頁。

(24) 葉玉匡美前掲書七一頁。

(25) 前掲『新会社法の詳解と実務対応』二四頁以下(岩崎友彦)。

- (26) 前掲『新会社法の詳解と実務対応』二六頁以下（岩崎友彦）。
- (27) 葉玉匡美前掲書六三頁以下。
- (28) 前掲『新会社法の詳解と実務対応』七一頁以下（岩崎友彦）。
- (29) 江頭憲治郎前掲書三四八頁
- (30) 江頭憲治郎前掲書三九二頁
- (31) 法人の不法行為責任について、多くの文献があるが、参照、前田達明「法人の不法行為責任」『民法講座1』（昭和五九年）一九三頁。
- (32) 使用者責任について、多くの文献があるが、参照、國井和郎「事業の執行」國井和郎編『新・現代損害賠償法講座（4）』六三頁。
- (33) 江頭憲治郎前掲書三九四頁以下。
- (34) 江頭憲治郎前掲書四二五頁以下。
- (35) 江頭憲治郎前掲書四三一頁。
- (36) 江頭憲治郎前掲書四三二頁。
- (37) 江頭憲治郎前掲書四五九頁。
- (38) 葉玉匡美・郡谷大輔編著『会社法マスター（二〇〇七）』一七頁。
- (39) 河本一郎『現代会社法』（新訂第九版）五六九頁以下。
- (40) 河本一郎前掲書五八七頁以下。

- (41) 江頭憲治郎前掲書三五二頁。
- (42) 河本一郎前掲書五八九頁。
- (43) 河本一郎前掲書五八九頁。
- (44) 町田祥弘『内部統制の知識』(第二版)二八頁。
- (45) 田村義則・六川浩明・小泉大輔・吉良佳子・(株)アmend創己塾・コーポレート・ガバナンスとディスクロージャー研究会前掲書一〇頁以下。
- (46) 落合誠一・近藤光男・神田秀樹前掲書一六四頁以下。
- (47) 落合誠一・近藤光男・神田秀樹前掲書一七〇頁以下。
- (48) 落合誠一・近藤光男・神田秀樹前掲書一七二頁以下。
- (49) 落合誠一・近藤光男・神田秀樹前掲書一七三頁。
- (50) 葉玉匡美・郡谷大輔編著前掲書三一頁。同じく会社の資金面での寄与者である社債権者は会社の運営には関与しない。
- (51) 江頭憲治郎前掲書二八九頁以下、四四六頁以下。
- (52) 江頭憲治郎前掲書二八一頁。
- (53) 江頭憲治郎前掲書二八一頁。
- (54) 旧制度である。公益財団法人についてはここでは詳しく取り上げないが、以下のような団体である。公益財団法人は、公益活動を目的とし、寄附行為(贈与遺贈を伴う)を行い、主務官庁の許可を得て設立され、登記

- (対抗要件) がなされ、財産目録が置かれる。寄付行為(根本規則) 寄附財産は設立時あるいは遺言効力発生時に財団に帰属する。理事は原則として評議員会で選任される。社団法人と同様に内容が「指導監督基準」により求められている。評議員会が置かれ、重要事項について諮問される。監事も同様に一名以上置くことが求められている。
- (55) 中央青山監査法人編著『公益法人の運営実務と税務・会計Q&A』四八頁以下
- (56) 中央青山監査法人編著前掲書七頁以下。
- (57) 目的の範囲について、多くの文献があるが、参照、鍛冶良堅「法人の目的の範囲」前掲『民法講座1』七七頁。
- (58) 代表権の制限について、多くの文献があるが、参照、能見善久「理事の代表権の制限と民法一一〇条」『民法判例百選1』(第五版補正版) 七二頁。
- (59) 法人の不法行為について前掲注三一。
- (60) 理事の責任については主として四四条において論じられている。例えば、内田貴『民法。』(第四版) 二五六頁以下。
- (61) 中間法人について相沢哲・杉浦正典『一問一答中間法人法』(二〇〇二) 三頁以下。
- (62) 相沢哲・内野宗揮『わかりやすい中間法人法』一九頁。
- (63) 拙稿前掲「権利能力なき社団構成員の基本的権利と中間法人制度」五五頁。
- (64) 新公益法人制度研究会編著『一問一答公益法人関連三法』二二二頁以下。
- (65) 一般社団法人法制について、新公益法人制度研究会編著前掲書。一般財団法人についてはここでは詳しくは取

り上げない。

- (66) 新公益法人制度研究会編著前掲書八四頁
- (67) 新公益法人制度研究会編著前掲書一九九頁
- (68) 木村一夫『組合事業の会計・税務(第二版)』(二〇〇八)一五頁以下。
- (69) 匿名組合について、参照、平出慶道『商行為法(第二版)』(平成元年)三三二頁。
- (70) 持分会社について、参照、前掲『新会社法の詳解と実務対応』九三頁以下(郡谷大輔)。
- (71) 葉玉匡美前掲書九三頁以下(郡谷大輔)。
- (72) 前掲『新会社法の詳解と実務対応』一〇一頁(岩崎友彦)。
- (73) 前掲『新会社法の詳解と実務対応』九三頁以下(郡谷大輔)。
- (74) 葉玉匡美前掲書六五頁以下。
- (75) 前掲『新会社法の詳解と実務対応』九六頁(郡谷大輔)。
- (76) 日下部聡・石井芳明監修、経済産業省組織課編『日本版LLP』(平成一七年)一二二頁。
- (77) 日下部聡・石井芳明監修、経済産業省組織課編前掲書一二二頁。
- (78) 河内宏『権利能力なき社団・財団の判例総合解説』九頁以下、一三頁以下、一六頁以下。
- (79) 江頭憲治郎「企業の法人格」『現代企業法講座2』七六頁、道垣内弘人「団体構成員の責任―『権利能力なき社団』論の現代的展開を求めて」『ジュリ』一二二六号六六頁、内田貴前掲書二二八頁以下。
- (80) 相沢哲・内野宗揮前掲書一九頁以下。

- (81) 能見善久・出塚清治・中川晃『中間法人の設立と運営』二一―三頁
- (82) 上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編『新版注釈会社法(1)』(一九八五)二〇頁(上柳克郎)。過小資本の観点から有限責任制度を批判するものとして後藤元『株主有限責任制度の弊害と過小資本による株主の責任』(二〇〇七)がある。
- (83) 江頭憲治郎前掲書三四頁。
- (84) 木村一夫前掲書一三頁、鈴木祿弥『新版注釈民法(12)』一三一頁以下(品川孝次)。
- (85) 田邊光政『会社法読本』(二〇〇八)三三三頁。
- (86) 河本一郎前掲書七九七頁、八〇一頁、田邊光政前掲書三二五頁。
- (87) 田邊光政前掲書三二三頁。
- (88) 目的の範囲について、前掲注57。
- (89) 代表権の濫用、代表権の制限について、前掲注58。
- (90) 法人の不法行為責任について、前掲注31。
- (91) これらの問題について、参照、織田博子「非営利法人の『目的の範囲』」金法一七一五号九〇頁、中舎寛樹「非営利法人・団体の対外的責任」金法一七二三号四〇頁、椿久美子「非営利法人・団体における理事の個人責任(上)(下)」金法一七一九号四四頁、一七二〇号二七頁。目的の範囲と共に理事の対外的責任も営利、非営利、公益によって異なるとする。
- (92) 非営利法人制度の問題について、参照、後藤元伸「非営利法人制度」『民法の争点』(二〇〇七年)五六頁、神

作裕之「非営利法人と営利法人」『民法の争点』五九頁。

(93) 河本一郎前掲書六四頁以下

(94) 多くの文献があるが、参照、服部栄三「会社の能力と目的の範囲」『会社判例百選』（第5版）六頁。

(95) 河本一郎前掲書四六三頁以下。

(96) 米沢明「代表取締役の代表権に対する制限」『会社判例百選』（第5版）九六頁。

(97) 田邊光政前掲書二一四頁以下。

(98) 中田昭孝「解説」曹時四一巻六号一三八頁。

(99) 江頭憲治郎前掲書三六四頁。

(100) 田邊光政前掲書二二〇頁。

(101) 田邊光政前掲書二二一頁。

(102) 取締役の責任について、参照、森淳二郎「取締役の善管注意義務と忠実義務」『商法の争点』一三六頁、中川和紀「取締役の監視義務と取締役会の監督権限」同一三八頁、上村達男「代表取締役の権限濫用行為・専断的行為の効力」同一四二頁、久保欣哉「取締役の第三者に対する責任の性質と範囲」同一五四頁。

(103) 田邊光政前掲書二四三―二四四頁。

(104) 天野佳洋・折原誠・谷健太郎編著『一問一答改正信託法の実務』（二〇〇七）五六頁以下、三七八頁以下。

(105) 河本一郎前掲書五〇九頁以下。

(106) 拙稿前掲「ギールケのゲノッセンシャフト論の実定法上の意義について」一一九頁以下。