

# 「組織形態と法に関する研究会」 座談会の模様

日本銀行金融研究所では、法律研究の一環として、2001年6月から2003年3月にかけて13回にわたり「組織形態と法に関する研究会」を開催した（メンバー 五十音順、敬称略：伊藤秀史、岩村充、宇賀克也、神作裕之、神田秀樹、北村行伸、能見善久、藤田友敬、前田庸 座長、増井良啓、事務局：日本銀行金融研究所）。

企業活動をはじめとする各種の共同事業のために、法によって、法人、組合その他の様々な組織形態が設けられているが、近時、そうした組織形態に関する法制度については、新しい組織形態（特定目的会社、中間法人、弁護士法人等）の創設、特定の事業に関し利用できる組織形態の範囲の拡大（証券取引所の株式会社化等）等、組織形態の多様化・流動化とでもいふべき動きが生じており、またそれを受けて組織に関わる税制面においても新たな動き（特定目的会社に対する導管課税等）がみられる。こうした中において、企業活動その他の共同事業の円滑化を図る観点から、組織形態に関する法規整（私法ルールや課税ルール）はいかにあるべきか、組織形態に関する近時の立法の背後に理論的・政策的整合性を見出し得るか等といった点が問題となる。

「組織形態と法に関する研究会」では、このような問題意識に基づき、組織形態に関する法規整のあり方について検討を行った。その成果は、『「組織形態と法に関する研究会」報告書』として、既に公表されている（2003年10月日本銀行金融研究所ホームページへの掲載等により公表。その後、『金融研究』第22巻第4号 2003年12月 に掲載）。

日本銀行金融研究所は、上記報告書の公表後、2003年10月24日に、「組織形態と法に関する研究会」の活動を締め括る趣旨から、同研究会メンバーの先生方に、研究会における議論や報告書の意義、今後の研究課題等を話し合つて頂くための座談会を開催した。本稿は、同座談会の模様を紹介するものである（文責、日本銀行金融研究所）。

本稿に示された意見はすべて発言者たち個人に属し、その所属する組織の公式見解を示すものではない。

## 「組織形態と法に関する研究会」座談会の模様

日 時：2003年10月24日(金) 午前10:00～11:30

場 所：日本銀行

参加者：研究会メンバー（五十音順、敬称略）：伊藤秀史（一橋大学教授） 神作裕之（学習院大学教授 現東京大学教授） 神田秀樹（東京大学教授） 北村行伸（一橋大学教授） 能見善久（東京大学教授） 藤田友敬（東京大学助教授 現東京大学教授） 前田庸（学習院大学名誉教授 座長） 増井良啓（東京大学教授 誌上参加）

事務局：翁邦雄（日本銀行金融研究所長） 鮎瀬典夫（日本銀行金融研究所参事役 現金融研究所参事役兼金融市場局参事役） 浜野隆（日本銀行金融研究所調査役 現金融研究所企画役）

### ．はじめに

**鮎瀬**：本日は、お忙しい中、お集まり頂きましてありがとうございます。2001年6月以来、13回にわたり活発にご議論を頂いた「組織形態と法に関する研究会」につきましては、今般、報告書を取り纏め、公表させて頂くことができました。厚く御礼申し上げます。本日は、同研究会に関しまして、将棋でいえばいわば「感想戦」をお願いしたいということでお集まり頂きました。同研究会での議論の意義や残された課題等につきまして、忌憚のないご意見、ご感想を頂戴できればと存じます。なお、本日ご欠席の増井先生にも、後日、誌上参加して頂けることとなっております。

### ．当研究会における議論・報告書の意義

**浜野**：まず、当研究会における議論・報告書の意義について、ご議論頂ければと存じます。すなわち、当研究会における議論や当研究会報告書の内容が、学界における議論や実務界のニーズ等に対して何らかの貢献をなし得たとすれば、それはどのような点か、ということでございます。

ご参考まで、報告書において取り上げさせて頂いた論点をいくつか挙げてみますと、次のようなものがございます。

まず、「私法上の観点」からは、第1に、民法上の団体・法人理論との関係で、「団体と法人との関係」や「法人格の意義」に関する伝統的な議論、ハンスマン（Hansmann, Henry）教授の法人格を機能的に捉える見解、中間法人法<sup>1</sup>の制

1 平成13年法律第49号。

定等に伴い「権利能力なき社団」の理論が変容していく可能性、わが国における現行の法人法制のように、組織の「目的」毎に組織形態を区分することの当否等を取り上げました。第2に、商法上の企業形態論に関連して、経済学的な視点も交えながら、組織形態の多様性のコスト・ベネフィットの検討を行いました。第3に、組織構成員の責任の態様、すなわち、有限責任制度の当否やこれと関連した債権者保護のあり方等につき、検討しました。第4に、組織法の強行法規性を巡る問題について、私的自治の許容と強行的規整のバランスについてどのように考えるか等を分析しました。

また、「税法上の観点」からは、第1に、組織形態と所得課税のあり方、例えば、エンティティ課税とパス・スルー課税の線引きのあり方といった問題を取り上げました。第2に、「公益」・「非営利」活動への課税のあり方という論点についても検討しました。

さらに、「経済学の観点」からは、企業・組織の経済学の展開と組織形態の存在意義に関する経済学的分析について概観しました。

以上、報告書における主な論点を例示させて頂きました。それでは、ご議論をお願いいたします。

## 1. 「権利能力なき社団」の理論

**前田**：「権利能力なき社団」の理論について一言申し上げたいと思います。これまで主張されてきた「権利能力なき社団」の理論は、法人格がない組織・団体であっても、極力法人格のある社団と同様に扱うという考え方であったと思いますが、私は、かねて、法人格があるものとなないものをできるだけ同じに扱うというのはおかしいのではないかと考えてきました。この点については、まず、中間法人制度ができたことにより、これまで「権利能力なき社団」とするしかなかった中間目的の組織・団体に関して、構成員が有限責任の形態と無限責任の形態という2つの形態の法人化が可能とされたということがいえます。そしてまた、同じ「権利能力なき社団」といっても、「営利」を目的とするものもあれば、「非営利」を目的とするものもあるということがいえます。そういうことを考えますと、「権利能力なき社団」を「できるだけ社団法人と同様に扱う」といっても、どのような社団法人と同様に扱うことになるのかが問題となると思います。従来は、「権利能力なき社団」というと、暗黙のうちに、「公益」目的の組織・団体が念頭におかれていたと思いますが、必ずしも「公益」目的ではない「権利能力なき社団」もあるとすれば、「権利能力なき社団」についての従来の理論について、考え直さなければならないのではないかとということになるかと思います。当研究会報告書は、こうした点について問題提起をしている点で、一定の成果を挙げ得たのではないかと考えています。

**神作**：「権利能力なき社団」の理論は、もともとはドイツから輸入された議論であると思います。ドイツにおいて、「権利能力なき社団 ( Verein ohne Rechtsfähigkeit )」とされているのは、いわゆる「非経済的 ( nichtwirtschaftlich )」目的の団体のみであって、「経済的 ( wirtschaftlich )」目的の団体は対象とはされていません。要するに、「経済的」目的の団体であれば商事会社になればよいということです。ところが、わが国に輸入された際に、わが国の民法が法人について「経済的」目的の社団法人と「非経済的」目的の社団法人という分類の仕方をしていなかったこともあって、ドイツの議論が団体の目的を勘案することなく取り入れられたのではないかという印象を持っています。そして、そのことは、「非営利」・「非公益」の団体が一般的に法人格を取得する方法がなかったというわが国の法制の欠缺を実質的に埋める機能を果たしてきたと思われる。しかしながら、中間法人法の制定を契機にわが国でも「非営利」・「非公益」目的のために法人格を取得することが一般的に可能となったことにより、わが国において「権利能力なき社団」を広く認める必要性が減少し、「公益」的な目的を有しない団体あるいは少なくとも「営利」を目的とする団体については「権利能力なき社団」と認める必要がないのではないかという議論が生じてきたことは、ドイツにおける「権利能力なき社団」の理論と接近するかたちで、本来の姿に戻りつつあるのではないかという印象を持っています。

ところで、ドイツにおいて、「非経済的」目的の団体について、なぜ、法人格がないにもかかわらず、法人格があるものと同様に扱われているのかという点、これには政治的な理由があります。すなわち、ドイツにおいて「権利能力なき社団」とされる「非経済的」目的の団体の中心は、具体的には政党と労働組合であったわけでありまして、いずれも法人格のあるものと同様に扱わなければならないという強い政治的な要請があります。

以上のような意味で、当研究会報告書が打ち出した「権利能力なき社団」の理論の再検討という方向性は、正しいものであると考えています。

**能見**：今年の日本私法学会大会（第67回大会）においても、「権利能力なき社団」の理論がどのように正当化されるのかという点について、シンポジウム（「団体論・法人論の現代的課題」）での議論が行われました<sup>2</sup>。この問題については様々な観点があり得ますが、そもそも、どのような団体を「権利能力なき社団」としてイメージするかという点から出発しないと正当化のための立論も難しいといえます。私は、神作先生がおっしゃったように、「権利能力なき社団」は、「非営利」目的の団体に限って認めるべきであろうと考えています。この点については、歴史的な経緯もありますが、歴史的な経緯をぬきにしても、「営利」目的の世界において「権利能力なき社団」を認める積極的な意味は見出せないのではないかと、これに対して、「非営利」目的の活動の分野においては、政策

2 同シンポジウムの模様については、私法66号3-55頁（2004）参照。

的な理由、例えば「非営利」目的の団体の活動をどの程度自由にさせるかという基本的な理念の観点から、「非営利」目的の活動の分野における「権利能力なき社団」の正当性を根拠付けることができるのではないかと、思います。日本私法学会のシンポジウムでも、私は、どのような領域において、どの程度団体の活動の自由を認めるべきかという観点からみた場合、「営利」目的の団体については、「営利」活動をする上での一定のルールがあるべきで、「権利能力なき社団」の存在を認めるとそのようなルールが破られるのではないかと、これに対して、精神的な活動や、構成員に共通した「非営利」の目的を追求する領域では、団体の実態や活動に照らして必要であれば、「権利能力なき社団」の存在を認めてもよいのではないかと、という趣旨の報告（「法人の法的意義の再検討」<sup>3</sup>）をしました。

先ほど前田先生が問題提起をされたように、従来の「権利能力なき社団」の理論は、当初は、「権利能力なき社団」はできるだけ「社団法人」に近づけて取り扱う、すなわち、民法の社団法人の規定を適用する、と考えられていたのが、いつ頃からそうなったのかははっきりしませんが、いつのまにか「法人」と同様に扱うという議論に変化してきた経緯があります。これは、従来のわが国の法人法制において、「公益」でも「営利」でもない中間的な目的の領域において法人格を取得する途がないという事情があったために、特にその領域で法人となれず、仕方なく「権利能力なき社団」に止まっている団体に対して法人格を与えるのと同様の効果を与えようという議論になっていたのではないかと、思います。しかし、中間法人法の制定等により、中間目的の領域でも比較的容易に法人格を取得できるようになったため、従来の正当化のロジックは使えなくなってきたわけです。それでは、現在は、どんな目的の領域でも法人は作れるのだから、「権利能力なき社団」の理論は、もはや必要のない議論かということ、私はそうは考えていません。「非営利」目的の活動においては、自由な私たちで活動を発展させ、団体の活動としてそれをさらに発展させるためには、色々な組織形態をとり得ることとすべきではないか、その場合には、法人格を取得したいものはもちろん取得してよいが、法人格を取得しないで「権利能力なき社団」に止まってもよいのではないかと、考えています。その場合に、敢えて「権利能力なき社団」に止まる実益はどこにあるのかについては、私自身もまだ十分に詰めきれていませんが、例えば中間法人制度においても、法律上、かなり厳しい縛りないし制約があり、法律が用意している法人類型の中では、必ずしも自分たちの要請を満たすことができないと考えている団体があれば、「権利能力なき社団」に止まって、比較的自由的な活動を展開するということがあってもよいのではないかと考えています。この点を前面に打ち出していくと、わが国の法人法制が法人類型について、ある種の「型」を強制するという法人

3 報告論文は、能見善久「法人の法的意義の再検討」NBL767号43-53頁（2003）。

法定主義を採用していることと対立する面があるため難しいのですが、今日における「権利能力なき社団」の意義は、そうした法人法定主義との緊張関係の中で、法律の用意している法人類型ではない組織形態で団体活動を行っていききたいという人たちの利益を守る観点から、正当化する余地があるのではないかと考えています。

**神田**：当研究会報告書は、組織形態について従来議論されてきた様々な論点について、現時点において、この点についてはここまで分かっていて、この点については、ここが分からないということを整理しようと試み、その点に関しては一定の成功を収めていると思います。おそらく、伝統的な法学者は、星野英一先生以来かもしれませんが、「権利能力なき社団」についても、法人についても、ある団体が法人であるといったときにどのような具体的な法律効果が生じるのかという点について非常に緻密な議論をしてきました。しかし、その名において権利義務の主体になれるか、訴訟の主体になれるか、といった細かい議論をしたり、あるいは、「権利能力なき社団」のように法人でないものについても法人と同じ法律効果が得られるという解釈論がなされたことにより、法人格の本質的な機能がよく分からなくなってきた面があったのではないかと思うのです。当研究会報告書で紹介したハンスマン教授は法学者ですがけれども、法人格について、経済学的な分析とまではいえないとしてもより機能的な観点から分析してみることによって、新しい視点を提示できないかというのがその一貫した問題意識であったと思います。おそらく、法人を機能的にみた場合に、コアとなる部分は、内部のガバナンスの問題と責任財産の分離ないし倒産隔離という対外関係の問題の2つに大雑把に分けられると思います。そして、その場合に重要なことは、伝統的には両者が必然的に結びついていると考えられ、典型的には、対外的には有限責任、つまりは倒産隔離が認められるような組織の内部のガバナンスは、比較的強行法規的であると解されてきたのだと思います。もちろん、有限会社のように有限責任であっても内部のガバナンスの柔軟性は多少ゆるい組織形態もあるため、一概にはそうとはいえませんが。この点、両者は必ずしも直接結びつかないのではないかと、あるいは、結びつくとしてもそれほどまでなのか、といった問題提起をしていることが、当研究会報告書のインプリケーションの1つであると思います。「日本版LLC」に関する議論も、その延長に位置づけられる議論であり、対外的には有限責任・倒産隔離を認めるけれども、内部のガバナンスについては思い切って民法上の組合くらいの柔軟性を認めることができないかどうか、そういう内部のガバナンスと対外的な財産関係の関係について分析しようとしており、この点は今後の研究の方向を示唆しているという気がします。

また、「企業形態論」についてですが、能見先生がおっしゃったように法人法定主義の下では、法人形態の類型を法がワン・セットで提示しており、例えば、Aという法人類型とBという法人類型の、よいところだけを組み合わせるような、つまみ食いは許されないという面があります。現在検討されている商

法の現代化においては、株式会社と有限会社を1つの会社類型にしよう、合名会社と合資会社を1つの会社類型にしよう、新たに「日本版LLC」という会社類型を作ろう、といった議論がなされており、例えば、商法上の会社（引き続き会社というかどうか分かりませんが）を3類型にした上で、その中にさらにサブの類型を設けるといったようなことを目指しているのですが、その場合にも、法が一定の組織形態のフォーマットを用意したときに、フォーマット内での選択はどこまで許されるのか、あるいは全部をワン・セットで選択しなくてはならないか、それはなぜかという点は、今後の検討課題ではないかと思えます。この点については、従来は、内部関係の強行法規性という文脈を除けば、あまり研究がなされていないと思うのですが、そうした問題が法人法定主義とどのような関係にたつのかといった点についても、当研究会報告書は検討の出発点となり得るような分析をしていると思えます。

## 2. 法人の目的

**能見：**当研究会においては、「営利」・「非営利」の違いや、「営利」・「非営利」と「公益」や「公共」という概念との関係を議論しましたが、「非営利」というのは非常に広い概念であると思えます。米国においては、広い意味の「非営利（nonprofit）」の法人の中に、まず「公益」にあたるpublic benefitという類型があり、その他に、いくつかの州法において、これと区別されるmutual benefitという類型があります。このため、例えば、コントロール権を誰に与えればよいのかという問題についても、「非営利」目的の法人の中にも様々な態様のものが存在するので難しいのです。当研究会は、非営利法人ないし非営利団体に特化して研究するものではなかったため、この点についてはさほど深く踏み込んでいませんが、純粹に「非営利」と言いきれぬか微妙な取引所のような組織の組織形態について議論した際に、従来の「営利」・「非営利」の区別についても議論がなされました。今後、非営利法人ないし非営利団体についても議論を深めていけば、色々面白い論点があるのではないかと感じています。

ところで、民法上の団体・法人理論との関係では、かつては、民商法の学者は「団体論」という観点から比較的活発に議論をしていたのですが、星野英一先生のご論考（「いわゆる『権利能力なき社団』について」<sup>4</sup>）が出た後ぐらいからは、商法学者はこのような観点からの議論をしなくなり、むしろ、法人の行う実際の事業等に着目した実際の・具体的な議論に関心が移り、会社の組織形態についても、コーポレート・ガバナンス等の点が議論の中心になっていったのではないかと思います。一方、非営利法人の領域において、民法学の方で

4 星野英一「いわゆる『権利能力なき社団』について」法学協会雑誌84巻9号1-86頁（1967）〔『民法論集第1巻』（有斐閣、1970）所収、227-314頁〕。

議論が進展しなかった背景には、そのような法人の行う具体的な事業との関係という観点での議論があまりなされなかったことがあるのではないかと思うのです。この点について、当研究会では取引所の目的とは一体何なのかといった点を、「営利」と「非営利」を区別する際に色々と議論しましたので、今後、民法学あるいは私法学一般において、非営利法人ないし非営利団体について議論を深めていくある種のきっかけを作ったのではないかと考えています。

**神作**：「営利」と「非営利」の区別について、一言申し上げたいと思います。法人をその目的に従って「営利」と「非営利」に大別するというのは、世界的にみて普遍的な分類の方法ではないと思います。わが国では、法人を「営利」・「非営利」で区分しますが、大陸法では、一般に、法人の活動の非営利性と構成員への分配の禁止という点が、英米法ほどは強く結びついていないといわれています。例えば、ドイツでは、法人を、「経済的」目的と「非経済的」目的とに分けています。ドイツ人にいわせると、法人の活動により稼得した利益を構成員に分配するのか（「営利」）、分配しないのか（「非営利」）というのは、結果に着目しているだけであって、法人を捉えるためには、その活動自体に着目しなければならない。その意味では、「営利」か「非営利」かではなく、経済的な活動をしているのか（「経済的」）それ以外の活動をしているのか（「非経済的」）という分類の軸をたてているわけです。しかしながら、私がみるところでは、この分類は、事実上破綻を来しており、「非経済的」な団体も、今日の市場化・商業化の進んだ社会の中では「経済的」活動を行わずにはいられなくなっています。そこで、ドイツではどのような議論がなされているかということ、「主要目的論」という名の下に、法人の「主要な目的」が「経済的」なのか、それとも「非経済的」なのかという観点から分類し、結局のところ「非経済的」団体が「経済的」活動を主要な目的として行うことは許されないとしながら副次的に行うことは許容しています。ドイツ法のこのような状況に鑑みるならば、法人の活動に着目するという手法にも非常に難しい問題があるということになります。そうであるとすると、様々な批判はあるとしても、差し当たり、対外的な事業活動であげた利益を構成員に分配するか否か、という極めて形式的な基準により「営利」と「非営利」に区分してみるとという視点は、なお有用なのではないかと思えます。ただし、その場合であっても、欧米諸国におけるように、「非営利」目的と「営利」的な活動が本当に相容れないものなのかどうか、利益分配禁止原則にはどのような機能が認められ、その実効性はどのようにしていかに確保しうるのかといった点は、今後検討していくべき重要な論点ではないかと思えます。

**能見**：只今ドイツで、「営利」と「非営利」はさほど強く峻別されているわけではないというお話がありましたが、「営利」と「非営利」を最も強く峻別しているのは実はわが国なのではないかという気がしています。例えば、米国におけるmutual benefitないしnonprofitの法人の場合は、確かに、利益を構成員に分配することは許されていないのですが、残余財産を構成員に分配することを許容

している例があります。わが国の中間法人制度については、構成員（社員）に残余財産を分配するというを定款に記載することは許されないという非常に厳格な考え方がとられています（ただし、解散決議の際に、財産を構成員に分配する旨を決議することは差し支えないと解されています）が、この点は、米国ではさほど厳格ではないと思います。

**神田**：組織を機能的（functional）にみた場合、「営利」目的の組織と「非営利」目的の組織は、一体どこが違うのかという問題があります。「営利」、すなわち、利益の獲得が目的であるような組織（会社等）については、ガバナンス構造としてどのようなものが望ましいのか、例えば、誰にコントロール権を与え、誰に経済的権利を与えればよいのか、というガバナンス構造に関する研究は、これまでかなり行われてきています。これに対して、「非営利」の組織については、誰にコントロール権を与え、誰に経済的権利を与えればよいのかという点は必ずしも明確になっていません。その点を解明しようとしたのがハンスマン教授の本来の一貫した問題関心だったのだと思います。そうした点について整理しようとしていることも、当研究会報告書の意義の1つではないかと思います。そして、そのインプリケーションは、「営利」目的の組織について、誰に支配権を与え、誰に経済的権利を与えるべきかということがいえれば、「営利」にも使えるし、非営利にも使える」という法律上の制度が「営利」に使われる場合にも、応用できるということではないでしょうか。例えば、民法上の組合や信託が「営利」目的に使われる場合です。建設分野のジョイント・ベンチャーは民法上の組合を使うのが慣例であり、信託についても土地信託のような事例があるわけですが、そうしたものについて、何らかのインプリケーションが得られたのではないかと思います。

**北村**：神作先生にお伺いしたいのですが、経済学の観点からみれば、労働組合も、組織自体としては利益を得てはいないとしても、完全に経済的な利益を求めた交渉（賃金交渉や労働時間交渉）をしており、その意味では、主たる目的は「経済的」目的であるように思われます。それでも、ドイツでは、労働組合は、「非経済的」目的の団体と捉えられているのでしょうか。

**神作**：ドイツにおいては、労働組合は典型的な「非経済的」活動をしている団体であると解されています。ここでの「経済的」活動の意味は、わが国でいうと、「事業性」という言葉に最も近いのではないかと思います。典型的な「経済的」活動とは、第1に、市場において活動していること、第2に、何かを市場に対して提供することです。何かを市場から購入するだけでは、ドイツでは「経済的」活動とは認められません。さらに第3に、活動の「計画性」、第4に、活動の「継続性」、第5に、活動の「有償性」が要件とされています。この5つの要件を満たす活動が、典型的な「経済的」活動であるとされます。他方、労働組合の活動は、「経済的」活動の要件を欠く、典型的な「非経済的」活動と解されているのです。

### 3. 法人格の意義と機能

**藤田**：只今のご議論も、「経済的」活動ないし「営利」活動について、法律学の捉え方と経済学の捉え方が食い違っているということを示唆しているように思います。ところで、そうした法律学の見方と経済学等の見方の相違という観点に関連していえば、当研究会報告書の意義として、従来、法律学固有のロジックで検討されてきた組織法に関する問題を、経済学的なロジック、例えば、ハンスマン教授の理論（もっともハンスマン教授は法学者ではありますが）のような、別のロジックないし新しい視点でみてみようという点があったのではないかと思います。

この報告書のそのような試みは成功した面もありますし、必ずしも徹底できなかった、限界があったという面もあるかと思います。後者の例は、法人格に関する分析なのではないかと思います。つまり企業形態論については、ハンスマン教授の理論等を取り込むかたちで、誰にコントロール権を与えるべきか、といった新しい視点からの議論がかなりの程度盛り込まれています。それに対して、法人格の意義や機能に関しては、ハンスマン教授の理論を紹介するかたちで、法人格の機能的（functional）な見方の紹介がなされていますが、報告書における分析には、そうした新しい視点がほとんど反映されていないのではないかと思います。法人格の意義や機能という問題は、法律学における議論の中で、機能的な検討があまり進んでいない領域であり、当研究会報告書においても、やろうと試みたにもかかわらず、十分切り込めなかったということになりそうです。

それでは、その点について、どのような分析をすべきであったのかは、私も十分詰めきれていないのですが、例えば、基本的に内部の構造が同じであるにもかかわらず、法人格がある団体とそうでない団体の両方を用意するのはなぜなのか、その両方が競争するということはどういう意味があるのか、そういった観点からの検討が十分にはなされてこなかったのではないかという気がしています。この点に関連して、「権利能力なき社団」の理論についても、仮に今後議論がなされるとすれば、従来の法律学において、どういう観点の議論が欠落していたのか、という角度からみてもよいのではないかと思うのです。例えば、「権利能力なき社団」にどのような法的効果を認めるかという話は、法人格のある団体を採用すると、一定の法律上の効果が与えられるところ、法人格のある団体を採用しなかった人たちに対してはどのような法的効果を与えるかという問題ですが、これは民法がデフォルト・ルールとしての典型契約を用意していることの意味、デフォルト・ルールの存在意義についての議論等こういった点については若干なりとも「法と経済学」の議論はありますとも関連性が出てくるのではないかと思います。その意味では、おそらく、法人ないし法人格に関する議論は、まだまだ当研究会報告書が全体としてとらうとしたアプローチを徹底する余地が残っている領域なのではないかという印象を

持っています。

**伊藤**：法人格の意義は、私も興味を持っている問題ですが、当研究会では、この点についてはさほど突っ込んだ検討はできず、結果的に、報告書の中でハンスマン教授の分析がやや「浮いた」かたちで紹介されただけに止まってしまったと感じています。ハンスマン教授の分析自体は、いわゆる「法と経済学」のアプローチであり、必ずしも純粋に経済学的なものではないと思いますが、今後、経済学者の中にも、これをベースとして、経済学の立場からの分析を行う人が出てくるのではないかと思います。ところで、ハンスマン教授の分析においては、法人格を機能的（functional）に捉えるというアプローチが使われており、そのような切り口は、私たち経済学者には理解しやすい面があるのですが、この点を知人の法学者に話してみたところ、「そんな話は別に目新しいことではなくて、以前からあった」といわれ、「読んでみたが、あまり面白くなかった」という反応であったため、やや意外に感じました。今後何らかの機会があれば、法学者の方々が、過去の法律学における議論と関連させて、ハンスマン教授のような法人の見方をどのように評価するのかについて、議論を深めてみて頂くとう有益なのではないかと感じた次第です。

**神田**：ハンスマン教授の法人格の分析が法学者からみると当たり前のことではないかというお話は、私としては、半分は理解できるし、半分は理解できない、という印象を持ちます。まず、法人格の機能が責任財産の分離（asset partition）にあるという点は確かに法学者からみれば「当たり前」という反応だと思います。しかし、ハンスマン教授の分析は、単に責任財産の分離だけをいっているのではなく、法人の「法主体性」に着目した上での分析であり、しかも、法人格を、伝統的な法学者とは異なり、「責任財産の分離を可能にするような『仕組み』」といった意味で機能的に定義しています。そのような意味での法人格をいうのであれば、それは信託にもあるはずです。さらに、そのような意味の法人格について、財産の所有者とその債権者との間の取引コスト（transaction cost）に着目し、法人格を得ることは、取引コストにどのように影響を与えるかという視点から検討しているのです。このような視点は、従来の法学者は着目してこなかった視点だと私は思います。確かに、責任財産の分離というのは当たり前ではないかといわれるかもしれませんが、なぜそれが重要かという点については、従来の法律学からいえば、新しい視点を提供しているように思います。

また、機能的な観点からの法人格の分析がこれからだというのは、そのとおりだと思いますが、そのような分析は、おそらく米国でもこれまで十分にはなされてきていないのではないかと思います。この点に関連して思い出されるのは、岩井克人・東京大学教授のご論考(“The Nature of the Business Corporation”<sup>5</sup>)

5 Katsuhito Iwai, “The Nature of the Business Corporation: Its Legal Structure and Economic Functions,” *The Japanese Economic Review*, Vol.53, No.3, pp.243-273 (2002).

です。岩井教授は、かねてから、法人格は非常に重要であると指摘されていますが、そこで着目されているのは、債権者とのバーゲンというコンテキストではなく、法人のガバナンスというコンテキストです。つまり、会社財産に対する支配という観点からは、会社に法人格があると、株主が保有しているのは会社の株式であり、会社の財産は会社が保有していることになるので、株主による財産の所有は一步退いて間接的なものになる、というのが岩井教授の法人論のキー・コンセプトであると思います。藤田先生のご指摘のように、確かに法人格の意義や機能については、当研究会では、分析をしそこなったと思います。その意味では、より機能的に定義した法人格の分析というのは、どのような分析が可能かはよく分かりませんが、今後研究がなされていく分野なのかもしれません。

**伊藤**：法人格の意義に関する研究が、米国でもほとんどなされておらず、今後、なされていくのかもしれないとお話がありましたが、私は、米国の経済学者は今後もこの点について研究しないのではないかという印象を持っています。米国の経済学者は、法人格の有無という点は、全くといってよほど重要視しておらず、むしろ、オーナーシップが重要であると考えているものと思います。ですから、米国では、オーナーシップが100%であれば、会社の中（内部組織）であろうが、外（子会社）であろうが同じだと考えられているというのが私の印象です。その意味では、法人格の意義という問題は、日本の経済学者が研究していくべき問題ではないかと思います。

**藤田**：伊藤先生のご指摘のとおり、米国における組織の経済学の議論をみると、例えば、100%子会社とその親会社は1つの会社であると捉えられており、その意味で法人格の意義といったことは、全く無視されているのではないかと思います。その場合、法人格の機能を、責任財産の分離（asset partition）というかたちで切っていったとしても、子会社を100%支配しているとすれば、結局自ら所有しているのと変わらないことになってしまうため、そのような切り方では、法人格の実質的な意味は出てこなくなるわけです。しかし、例えば、かつて伊藤先生が権限委譲との関係で法人格の意義を論じられた論文（ドラフト）を読ませて頂いたことがあります。このように法人格の有無によってガバナンス・メカニズムの面で実質的な違いがありうるかといった分析を行っていくと、別の観点から法人格に意味が出てくるものと思います。法人格について機能的な分析をするにしても、ハンスマン教授の分析のようなasset partitionという角度から議論するのか、それとももう少し別の角度から機能的に意味を持たせて議論するのか、研究すべき方向性についても、まだまだ多くの選択肢が残っているという状況だと思えます。こういう点について経済学者の方に研究して頂けると法律学の方でも色々な示唆を受けることが可能ではないかと思っております。

#### 4. 私法と税法との関係

**神田**：私法上の組織形態論が税制にどのように影響しているかという点について感想めいたことを申し上げたいと思います。英米の文献を読んでいますと、法人ないし団体の目的はfor profit（「営利」）かnonprofit（「非営利」）であり、例外的に、先ほど能見先生のおっしゃったmutualがあることを除けば、それ以外はないとされています。他方、わが国では、「営利」か「非営利」という分類ではなくて、「営利」か「公益」という分類がなされ、中間法人法が制定されるまでは、「非営利」の典型は「公益法人」とあるとの前提で議論がなされてきました。そうなっていたのは、やはり、民法の公益法人に関する規定の存在が大きいのですが、公益法人になるということは、監督官庁の監督を受けるということの意味するのですね。つまり、公益法人は、「公益」を目的としており、官庁の監督を受けるものとして、そうでないものとの間に截然と線が引かれている存在であるわけです。同じように、わが国では、法人格のある団体とない団体との間にも截然と線が引かれています。もちろん、各論をみると、民事訴訟法上の当事者能力があるかどうかという点では必ずしも両者の間に截然と線が引かれているわけではないのですが、それがなぜなのかということはいさぐさ問われないまま、法人法定主義の下で、基本的には、截然と線が引かれているといえます。さらに、これと同じことが、「営利」と「非営利」の区別についてもいえるのではないかと思います。先ほど能見先生が、「営利」と「非営利」をこんなに強く峻別しているのはわが国ぐらいなのではないかとおっしゃいましたが、この点についても、公益法人の影響が強いわけです。それはなぜかということ、1つの説明は、私の言葉でいうと、税制が私法に「依存し過ぎ」ていることがあります。つまり、税制の側では、「法人格がなくても法人税が取れます」という構造になっておらず、私法の方で法人格ありといってくれないと法人税が取れない。その逆も然りで、「法人格があっても税固有の論理で一定の場合は法人税は取りません」という構造にはなっていないという問題があります。この点は、「営利」・「非営利」・「公益」の区別についても同じであって、私法の側で「公益」であるといってくれて、官庁が監督していると民法に書いてあるので、税を減免しますという構造であり、私法の側でそうっていないと税も減免できませんという構造になっています。そうした税制の私法に対する依存関係の中で、「営利」・「非営利」あるいは「公益」・「非公益」というように区分せざるを得ないし、法人格のある団体とない団体とを区分しなければならぬという考え方になっていたのではないかと思います。

もっとも、最近の流れは、おそらく経済実態を反映してのことかと思いますが、法人格の有無や目的如何にかかわらず、同じような活動を行っているのではないかと、「非営利」目的といっても、事業をやらないわけにはいかないのではないかとということになってきた結果、税制の側も、私法上の分類にそのまま

依存するのは止めて、どのようなガバナンス構造をとっているのか、といった組織の中身に注目する方向　なお一定程度私法に依存してはいますが　そうした新しい方向に踏み出してきているといえます。例えば、「特定目的信託」に対する税制がその一例であり、そこでは、法人格はないけれども法人税を取ります、という対応がとられています。また、「日本版LLC」についても、法人格のある団体であっても、法人税を取らないこととする、という対応が議論されています。このように、税制の側も変わりつつあるのではないかと思います。同様に、現下の公益法人制度改革においても、税制の側で従来のような「私法への依存」、すなわち、私法の側できちんと区分してくれなければ、優遇税制は認めないという姿勢が変化していき、「営利」か「非営利」かにより、いわばall or nothingで税制上の扱いが定まるのではなく、その組織がどのような活動を行っているのかといった点に即して、税制の側である類型の組織にはこういう課税を行うというルールを作る方向に進むべきではないか、諸外国、典型的には米国では既にそのような流れになっているわけですが、わが国もそうした方向に進むべきではないかということが議論されています。こうした論点も、当研究会報告書が指摘している重要なポイントの1つであると思います。

**前田：**米国のLLCに関して、私は専ら、「内部管理の自由度が高い上、法人二重課税がなされず構成員だけが課税されるため、実務界から歓迎されている」と理解していました。しかしながら、当研究会において、増井先生が導管税制についてご説明された際、「法人二重課税を排除するパス・スルー課税の下では、LLCといった組織の段階で利益が出た場合には、実際に構成員への配当が行われなくても構成員に課税される」というご説明があり、非常に印象的でした。当研究会報告書では、そのような点も含めて、LLCの内容がきちんと説明されており、今後の「日本版LLC」導入の議論に対して、有益な材料を提供していると思います。ところで、「日本版LLC」の課税方式については、どのような方向で議論が進められることになりそうなのでしょう。

**神田：**現時点では、はっきりしているわけではありませんが、おそらく、「日本版LLC」についても、二重課税を排除し、一重課税をするという方向で議論が進んでいくように思います。そのようなかたちで「日本版LLC」が導入されるとすると、研究者としては、非常に面白いと思います。すなわち、「日本版LLC」は法人格があるのに一重課税であるということになりますと、組織に対する課税のあり方が私法上の法人格の有無から解放されて議論することができるようになり、また、私法上の組織形態を巡る議論も税制から解放されて議論できるようになるものと思います。

**増井：**この研究会では多くを学ぶことができ、とても有益でした。報告書は、パス・スルー課税の基本的なルールを確立することが重要であると述べており、これからの立法課題を世に提示した意義は小さくないと考えます。私も引き続き、各種ステークホルダー（stakeholders）の権利義務のあり方に照らして法人税制を捉え直す方向で、理論的な検討を続けたいと思っています。

## 。「組織形態と法」に関するさらなる検討課題

**浜野**：それでは次に、当研究会において必ずしもカバーしきれなかった「組織形態と法」に関するさらなる検討課題について、ご議論頂きたく存じます。ご参考まで、事務局としましての印象を申し上げますと、当研究会において明示的には議論されなかった論点の例として、第1に、コーポレート・ガバナンスとその前提となる企業観を巡る議論が挙げられようかと思えます。例えば、米国では、従来支配的であったエージェンシー理論、すなわち、取締役が企業の所有者たる株主のエージェントとして株主価値の最大化を図るという企業観に対して、近時新たに、チーム生産理論（team production theory）、すなわち、企業を株主、債権者、従業員等様々なステークホルダーによるチームと捉え、取締役は企業の受託者としてステークホルダー間の利害対立の調整役を担うという企業観が提示される等、活発な議論が行われているようです。第2に、わが国では現在、新しい非営利法人制度に関する議論が進められているところですが、これと関連して、非営利法人のガバナンスのあり方も論点の1つであると思えます。第3に、大規模・公開会社に対する法規整と小規模・閉鎖会社に対する法規整について、それぞれのあり方や両者の関係をどう考えるか、という論点があろうかと思えます。さらに、第4に、企業結合や企業のグループ化の動きと組織形態論の関係といった点も、議論されなかった問題の1つであると思っております。

### 1. 企業のオーナーシップ、企業結合・企業のグループ化

**神作**：企業のオーナーシップに関しまして、伊藤先生にお聞きしたいことがあります。コーポレート・ガバナンスの議論をみると、ヨーロッパ大陸諸国では、少数の大株主が会社の株式の多くを所有した上でガバナンスに強く関与するというガバナンスのタイプをとっているのに対して、米国においては、むしろ、株式を多くの株主に分散所有させて、その意味では、オーナーシップを分散させるかたちのガバナンスのタイプが主流であると聞いております。そうだとしますと、先ほど伊藤先生がおっしゃった「米国の経済学者は、オーナーシップを中心に企業を考える」という点は、私が思い描いていた米国と欧州大陸諸国におけるガバナンス構造の違いと丁度裏返しのように思われて、非常に興味深く感じた次第です。私は、米国では、コーポレート・ガバナンスにせよ、信託にせよ、その他多くの点で、オーナーシップを分散させる点に特徴があるのではないかと考えていたのですが、こうした点については、経済学分野で何か研究はなされているのでしょうか。

**伊藤**：株式を分散させるか、それとも集中させるかという問題は、経済学の観点からは、集中させることのコストとベネフィットと、分散させることのコストとベネフィットとのトレード・オフの問題であり、両者のバランスによりどこか

に決まりますが、そのバランスが、どういう要因で、どちらに動くのかという問題なのだと思います。

**神田**：ちなみに、アジア諸国においては、わが国以外では、公開会社ないし大規模会社で、株式が分散所有されている例は少なく、少数の同族や家族が集中的に保有している例が非常に多いようです。他方、わが国では、トヨタ自動車といえども豊田家の持株比率はおそらく1%にも満たないごく僅かしかありません。

ところで、企業結合や企業のグループ化について触れてみたいと思います。株式会社のような資本会社の形態ですと、色々なかたちの企業結合・グループ化を行いやすいのに対して、他の組織形態においては、組織をつなげることが法技術的に難しい面がある、ということがいえると思うのですが、これは、非常に法律学的な議論のたて方ではないかと思います。先ほどの藤田先生のご意見を伺って私も思い出したのですが、10年ほど前に「100%子会社はなぜ存在するのですか」と米国の経済学者に尋ねたところ、「考えたこともない」という答えでした。つまり、先ほどの法人格に関する従来の経済学の捉え方と結合企業・企業グループの捉え方は一貫しているわけです。要は、企業ないし組織の限界は何かという問題を考える場合に、従来の経済学では、おそらく「100%子会社は親会社の一部である」と答えるのでしょう。

もう1点、最近の経済学の議論をみて気がついた点があります。従来、経済学におけるコーポレート・ガバナンスの議論では、オーナーシップをcontrol rightsとcash-flow rightsとに分けた上で、それを誰に付与するのがよいのかというコンテキストで議論がなされていたと思います。これに従来の法律学の概念を当てはめれば、株式会社のcontrol rightsは議決権や支配権であり、cash-flow rightsは配当受領権等であったわけです。ところが、最近の経済学の文献をみますと、この分類がcontrol rightsとcash-flow rightsにliquidation rightsというものを加えた3分類になっているのです。例えば、ジョイント・ベンチャーを分析する際には、liquidation rightsを独立したパラメーターにしています。それはなぜなのかを考えてみると、liquidation rightsというのは、企業を解散させる権利であり、株式会社でいえば、解散させて残余財産を受け取ることができるという意味では支配権と経済的権利の両方を含むことになるわけです。要は、control rightsとは会社を経営していくに当たり経営陣に対して持っている支配権であり、cash-flow rightsは、liquidation rightsを別にすれば、会社が継続していく限り、すなわち平時において、配当を受け取る権利です。そしてliquidation rightsとは、会社そのものを売り払い、あるいは、消滅させる権利であり、それは企業再編、すなわちM&Aやリストラクチャリングに対する支配権であると表現することができます。実は企業再編も、法律学の言葉でいえば、企業に法人格があることを前提として、これを結合したり結合を解いたりするという話であるともいえます。このような観点を踏まえると伝統的な法学者の議論とは異なるとは思いますが、企業に対する分析も、企業結合とか企業のグループ化といった動的な結合・分離という観点を含むかたちで、従来とは

異なるパターンの発展を遂げていく兆しがあるのではないかという気がしています。

**伊藤**：先ほどの神作先生のご質問に対し、十分なお答えをしませんでしたので、補足的に、只今お話のあったliquidation rightsにも関連する話を申し上げたいと思います。米国において、株式の分散所有が理念型になっているという点は、90年代における米国の成功が背景にあるのではないかと思います。もともとは、株式所有が分散していると、エージェンシー問題が発生するという認識がありました。そして実際に、80年代以前の米国では、株式の分散所有の下で、経営者が好き放題やっていた面があったのではないかと思います。しかし、80年代にM&A等による大きな変革があり、さらに90年代に入り、エージェンシー問題に対応するため、社外取締役を置く等ガバナンス・メカニズムを整備する代わりに、株式所有は分散させても問題ない、ということになりました。そして、むしろ株式所有を分散させた方が、経済状況に応じて機動的かつ迅速に、お金が流れるべきところに流れるようになり、その結果、IT等の成長産業にお金が流れた、という論調になったのではないかと思います。liquidation rightsといったビジネスの再組織化と関連する部分がクローズアップされてきたのも、以上のような背景と関係しているのではないかという印象を持っています。実際liquidation rightsに着目している人の多くは、経済学者ですが、その相当部分はコーポレート・ファイナンスの学者ですね。アメリカのビジネス・スクールにおいては、ファイナンスの学者、特にコーポレート・ファイナンスの学者が大勢おり、彼らがこうした議論を主導してきた面があるのではないかという気がします。

## 2. コーポレート・ガバナンス

**藤田**：当研究会においてコーポレート・ガバナンスが正面から議論されなかったというのは、そのとおりだと思います。そのうち、先ほど事務局からお話のあったエージェンシー理論による企業観とチーム生産理論による企業観といった点については、議論がなされなかったというのは確かにそのとおりですが、当研究会報告書のアプローチになじみやすいトピックであると思います。つまり誰にコントロール権を与えるのがよいのかという問題に関連して、複数の異なる主体にコントロール権を与えた場合は、その調整を経営陣が行うということになりますから、こうした問題は、当研究会報告書のアプローチの延長線上に、比較的すんなりと位置づけることができる議論ではないかと思います。

他方、当研究会で議論できなかったコーポレート・ガバナンスに関連する論点の中には、当研究会報告書のアプローチとは別のアプローチを必要とする問題もあると思います。例えば、組織の意思決定に関する権限分配の問題です。株式会社等では、投資家（株主）の集まりである株主総会で決めるべき事項と、経営陣（取締役会）で決めるべき事項が分かれています。それがどのような

ロジックで分かれているのかについては、これまで、あまり分析がなされてきていません。商法の定めている権限分配の多くはデフォルト・ルールであり後から変えられるルールに過ぎないのですが、それでも取締役会に委譲できない決定事項もあります。そうした事項がなぜあるのかといった点は、ガバナンスの関係では重要なのですが、十分な議論はなされてこなかったわけです。また、集団的意思決定の仕組みやそのロジックについても十分な分析がなされていません。確かに資本多数決というのは一番分かりやすいロジックなのですが、この点についても、実はきちんとした分析はなされていないように思います。例えば、1株1議決権がなぜよいのか、それがよくないとすればどういう局面においてであり、それを回避するためには、どのような意思決定のバリエーションを用意すればよいのか、といった点です。最近の商法改正で、株式の議決権に関するルールは極めて柔軟化され、多様化しましたが、その背後にロジックがあるのかないのかについてはきちんとした分析はできていません。ですから、今後、誰がコントロール権を持つのがよいのかという議論のみならず、権限分配や集団的意思決定の仕組みといった点についても、議論が深められていくことになればよいと思っています。

### 3. 非営利法人のガバナンス

**能見：**ガバナンスの問題については、商法ないし会社法の領域における議論の蓄積が圧倒的に進んでおり、民法における非営利法人の領域では、ただ啞然として議論をみているだけというのが、これまでの実情であろうと思います。只今お話のあった組織内の権限分配の点も、非営利法人の領域では、最近ようやく議論が始まったばかりです。従来、公益法人である社団法人については、社員総会に絶対的な権限があり、社員総会の意思が法人の意思であるという考え方が基本にあったと思います。しかし、中間法人法の制定や商法学におけるコーポレート・ガバナンスの議論等を受けて、果たして社員総会の決議は絶対的なものなのかどうか、理事にどこまで権限を委譲することができるのか、といった点が問題として認識されてきています。現時点では、あまり議論は進んでいないため、商法学における議論を注目しているところですが、只今藤田先生がいわれたような機能的な権限分配といった観点から議論ができるのではないかという印象を持っています。

**前田：**只今のご指摘に関連して申し上げます、財団法人は非常に使いづらい組織形態であると思います。

**能見：**全く同感です。

**前田：**会員組織であった証券取引所が株式会社に組織変更する際には、財産を承継できたのに対し、かつて財団法人形態であった証券保管振替機構が株式会社に組織変更する際には、財団法人の残余財産を株式会社に承継させることができないということで、財団法人を解散後、残余財産を加入者保護信託（社債等の

振替に関する法律<sup>6</sup>により設定が求められているもの)に寄附して、別途新たに株式会社への出資を求めるという手続きがとられました。このように、財団法人の場合は、実務上、非常に使いづらい面があると思います。

**能見**：財団法人は、どのような組織形態なのかを理論的に説明すること自体が、非常に難しいのです。財団法人においては、社団法人の定款に当たるものについて寄附行為という特別な概念を用いており、財団を設立する者が、財団の財産をこのように使って欲しいということを記載して指示するものであるため、信託に類似しています。また、財団の理事は意思決定機関ではなく、寄附行為に定められたことを忠実に実行するものとされています。その意味では、財団法人には、そもそも意思決定がないということになるのです。従来の伝統的な説明は以上のようなものですが、そこから、色々な問題が派生しています。また、実際には、「非営利」あるいは「公益」の分野における財団法人と社団法人の実態はほとんど変わらないということもあります。わが国ではおそらくドイツでは社団法人に該当するようなものを財団法人として設立している例もあるので、その当否はともかく、実態面では社団法人とさほど変わらないものが少なくないのです。それにもかかわらず、財団法人に固有の理論があるために、非常に使いにくいのだと思います。特に、支障があるのは、定款に当たる寄附行為の変更です。これについては、民法上は全く方法がないという問題があります。財団法人をどのように考えていくのかが、「新しい非営利法人制度」を検討する際にも、非常に大きなポイントの1つであると思います。

**前田**：先ほど、会社を3つの類型に分けるといような議論のご紹介がありました。当研究会報告書でも取り上げられております非営利法人の組織変更という動きについては、協同組合、証券取引所、および証券保管振替機関とも、専ら株式会社化という動きであり、現在は会員制法人である東京金融先物取引所も株式会社化する方針であると報じられています<sup>7</sup>。このような流れをみますと、「組織形態の流動化」といっても、その中身は、「株式会社化」といってもよいと思います。そして、なぜ株式会社化するのかという点については、一般には、資金調達が便利になる、意思決定が迅速にできる、組織の提携・再編等に便利である、といった説明がなされています。当研究会報告書では各種の組織形態を横断的に比較していますが、特定の組織形態の優劣については論じていません。そこで、従来非営利法人であった組織にとって、株式会社という形態が果たしてそれほど優れた組織形態なのかどうかという点も、今後検討していく価値のある課題ではないかと思います。

6 平成13年法律第75号。

7 2004年4月、会員制法人から株式会社へ組織変更。

## . おわりに

翁：本日は、大変有意義なご議論を頂き、ありがとうございました。本日のご議論の内容も、報告書とともに、当研究会の貴重な成果であると存じます。これをもちまして、「組織形態と法に関する研究会」の幕を閉じさせていただきます。長期間にわたりお世話になりました。誠にありがとうございました。