

財団・組合および社団の結合構造（二）

林 寿 二

第二 財団の結合構造

一 はじめに

はじめに本稿の取扱う財団の概念と考察の対象をあげておく。

既に少し触れたように、本稿では、組合や社団との対比・関連に於て、財団の構造をみようとするものである。従つて、例えば抵当財団のような単なる財産の集りとか、又はその管理機構を併たものでありながら、それ自体社会的活動の主体たり得ない、むしろ行為の客体とされるものは、考察の対象にならない。これに反して、例えば或種の宗教団体・国家・大学のような財団の性質をもつものは、民法上の財団と共に考察する。

ここにいる財団は、一定の目的たる事業を永続的に遂行するために、設立者が一定の財産を提供することによって設立せられるところの、構成員をもたない独立の結合体を指す。この財団は、人格を取得することによつて

財団・組合および社団の結合構造（二）

財団・組合および社団の結合構造 (二)

財団法人とされるもので、いわゆる権利能力なき財団(民訴四六)もこれに含まれる。⁽¹⁾かくて財団は次の意味ではあり得ない。非独立的又は所謂信託的財団。⁽²⁾(即ち)財団法人は、一定目的のために決定された、何ら独立の権利主体性をもたない特別財産ではあり得ない。それどころか、むしろ、寄附者によって決定された目的(奨学・芸術目的・社会目的等)のために使用すべく譲渡された財産 *Eigentum* のための、現存しつつある法人(国家・……・大学等)である。⁽⁴⁾

財団の実体は何であるか。O・ギルケは「財団法人は人として認められた営造物である」、⁽⁵⁾即ち「われわれは、団体人として認められた営造物を財団法人と呼ぶ」としている。⁽⁷⁾デルンブルヒも「営造物の亜種に財団がある。それは特に財産 *Vermögensmitteln* を彼の指定する目的のために充足しようとするところの営造物である」としている。⁽⁸⁾私も財団の実体又は構造は営造物のそれと同じである、として考察を進める。

そこで、営造物の概念に触れておく。O・マイヤーによれば、公的営造物は、物的および人的の、公的行政の担い手の手中にある、特別の公的目的に継続的にサービスするように定められたところの手段の存続 *Bestand* である。⁽¹⁰⁾財団は、いわば私的営造物と云われるもので、勿論、公権力をもたない。営造物は(法)技術的意味に於て構成員をもち得ない。(人は)営造物機関に選任される団体の構成員資格はあるが、しかし営造物構成員資格はない。機関地位から眼を転じて(考察して)も、営造物によって与えられる精神的及び物質的利益の享受を得られる人々は、唯その名宛人(享益権者)に過ぎない。もし、明かに(彼らが)、ただに営造物に対して一定の権利義務を有する止まらず、機関構成について授けられたところの「関係者」(として)の固定した(権利義務)の範囲が組織法に、限定されるならば、(右の享益権者の)その関係は構成員の身分に全く似ているけれども。⁽¹¹⁾

營造物内部の法関係は、O・ギールケによれば、營造物人と機関地位又は（それに）参加（すること）によってその編入又は加入された人々との間に、營造物の公的性質に従い公権が所屬するところの社会的種類の組織的法関係が存在する。（又）營造物団体に関係しない個人法的法関係も存在する。そこには、団体人（としての）結合人が第三者として（營造物）に対立する。ここで亦、營造物的特別法関係として、社团的特別法関係に相応ずるところの複雑な法関係に遭遇する。多くの營造物は、この種の關係に、団体法の本質的要素としての營造物組織法により直接に基礎づけられる。かくて、組織法的特別權利義務は、時々、營造物的機関担当者地位と結合され、しかも亦、めつたに營造物的参加者に割当てられない、という¹³²。又、公的營造物には、彼が法的単一性を組織づけるべき組織法 *Vertassung* が必要である。營造物機関として、個人・団体員又は會議が活動する。多くの營造物はただ一人の機関をもつのに（比して）、他（の營造物）は、諸理事・諸委員及び會議を伴う多数人の機関が存在する。この機関構成は、時折排他的に、そして殊んど常に、或部分營造物の上位団体の意思活動により、しかし又（他方）しばしば營造物自身の選出又はその他の内部的生活關係によって、生ずる。（かくて）營造物組織法は極めて強く団体組織法に近づくことができる¹³³。「營造物」の諸秩序は、一定の標徴（生産・居住……）に該当する。各人に対してあてはまる要求を掲げるのであって、当該者が——協會においてのよう——個人的に加入するか、さらには、当該者がもろもろの法規の作成に参劃するか、ということはどうでもよいことである。したがって、それらの秩序はまったく特質的な意味で授与された秩序である¹³⁴。本稿では、公的營造物のもつ公権力や人格の問題は取り上げないが、ギールケの所謂広義の營造物で、「自己の人格をもたない永続的組織」¹³⁵で、「独立の存在」¹³⁶を保つものを問題にする。

財団・組合および社団の結合構造(二)

営造物と財団との関連についてみるに、財団の中核をなす団体組織法は私法に属する。財団の名称は、差当りかかる営造物を創設するところの私的意思想行為を表示する。営造物が、財団や社団と共に、団体であるとする見解(例えば、O・ギールケ、M・ウエバー)については付説せられるべき点がある。営造物と社団との関連については「協会(Verein)本稿では社団と訳した(筆者)と『営造物』とは合理的に(計画的に)法規化された諸秩序をもつ二の団体である。あるいは、より正しくは、団体が合理的に法規化された諸秩序をもつ限り、それは協会または営造物というべきである。なかんずく、そのあらゆる他主的団体とともにある国家と、——その諸秩序が合理的に法規化されている限り——教会とは『営造物』である。」²⁰⁾とい得よう。

以上によって、財団の一般的概念に一応触れたが、この財団概念も、また財団型態も全く純粹なものとして常に存在するとは限らない。O・ギールケによれば「社团的及び財团的型態は混合することができる。しかもその上、しばしば、時の経つにつれてそれらの団体が型態を変えた。かくて当局たる国家は、自治団体及び中世の自由な仲間団体から生れた公的団体を多かれ少なかれ、決定的に営造物に改鑄した。然るに、われわれの世紀に於ては、自治団体及びギルドは社団に変わり戻った。しかし、常に一の型か又は他の型が勝る。それ故、人は、あらゆる団体の区別を、社団及び営造物に導くことができ、且つ意識してのみ唯社団は営造物的組織と觀念を、営造物は社团的組織と觀念を受入れ又は発展し得るものとして、留らねばならない。しばしば、明かに境界には、何らかの専制が存在するであらう。かくて大学は、さまざまの州法に於て、透徹した見解によつても、或は社団に或は営造物に数えられねばならない」²¹⁾。

ここで財団の歴史を振り返つてみることにする。財団法人概念の構想は、事柄の性質上およびまったくの技術

上、ほとんどどこでも宗教的に制約されていた。寄進を法的に構成するにつき利益をもっていたのは、主として、寄進の趣旨にかなう行為の実行をまかされていた祭司層であった。したがって祭司層が世俗の権力から十分な独立を確得してその結果宗教法が発達したところにおいてのみ、財団法人に関する法が成立した。⁶²⁾ 権利能力ある財団は元来ローマ法はそれを知らなかった。そのため、この目的を達するために利用できたのは、これを社團財産として構成するという手段だけであった。⁶³⁾ その後ローマキリスト教の行われた帝政時代に、キリスト教の信仰慈愛の目的の下に、貧民救済所・病院・孤児院の設備が設けられ、僧侶の監督の下に在りながら、自ら管理できる権利主体として存在していた。しかし、これも最初は、聖職者が、法技術的に寄進財産の所有者として取扱はれたのであった。⁶⁴⁾ その後、ピザンチン法において、はじめて永久の地代を確保するために、自己の家族が管理および定期地代徴収の権利を有することを留保して、僧院を設立する形式が用いられた。ピザンチンの寄進を受けた僧院は、人々に職俸を支払はねばならず、さらに特定の貧民に喜捨しなければならなかった。しかし、地代の十分の九の額は僧院の設立者の家族に帰属したのである。設立者は世俗の権力による侵掠から土地を保護するために、僧院寄進の形で信託遺贈をなした。⁶⁵⁾ 似たようなことは、回教寺院への寄進にもみられる。この寄進制は、一見敬信的目的のために行われたごとき観を呈すが、実際はサルタン (Sultan) が土地に租税を賦課することができないようにし、家族に対し地代を確保せんとしたものである。⁶⁶⁾ 中世になると財団は (その) 数と意味が展開し、且つ教会の全ての特権に参与した教会の法主体として (それを) 享有した。しかし、教會的支配と監督も、カノン法の詳細な配慮に従属していた。⁶⁷⁾ 更に進んで信仰的な財団の外に尚ほ世俗的財団の設立をみ、これが欧州民族間に於て、数世紀に亘って発達した遺物の成立をみた。即ち、財団は人類の不幸を軽減し、幸福をま

財団・組合および社団の結合構造 (二)

し、宗教目的及び文明の事業を目的とするが、一時の時代の風潮の感化によって設立された財団、設立者の偶発の発意に基づく財団も成立した。³¹そして宗教改革以来、増大しつつある数量に於て、財団制度は原則的に教会から離脱した。その時、一方では嘗ての教會的課題、例えば慈善及び教育が世俗化すればするほど、他方財団が種々に「慈善基金」の古い意味で一般的に包含しない目的を通例もつに至った。³²しかるに近世、殊にルネッサンス時代以降既にみたように世俗的財団の設立が多くなるにつれて、財団は国家立法の目的となり、設立は國家の許可を必要とし、國家は監督・改良の權限を有するに至った。³³そして新時代になると、財団は他の有用な目的、特に美術的及び文學的(目的)を知った。家族の利益に關連ある家族財団も亦あらわれた。³⁴さらに、財団に關する理論についてはO・ギールケによれば、「われわれの世紀の初めまで、獨立の財団概念の竣工を見逃した。理論はここでは、財団が「*pia corpora*」として、いや応なしに適合しなければならなかったところの、社団概念をもつ公的營造物におけるようにして間に合せていた。最初、Heise が、法人に關する市民的學說の中に、団体と財団との區別を挿込んだ。それ以來、理論は、特に *Siedelschen* の首唱で、相続の場合、財団に甘んじたところの獨立の財団意義を把握した。この根本基礎の上に打建てられた新建築に、理論は、しかも、社団と財団の内部的近似性を見逃すところの全く逆の誤謬に陥った³⁵」という。

- (1) この財団概念は通説のいうところのものであるが、なお若干の所説を掲げてみよう。例えば、H. Dernburg; *Pandekten I Bd.* 1902 S. 143 は「財団法人は、獨立した權利能力を伴う、継続的に、計画された一定目的を設定するたゞに財産を提供するもの營造物である」として、A. Tuhr; *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts* 1910 S. 592 44「財団は、「一回だけの確立した目的に奉仕すべく決められた獨立財産(である)」。……」

財団は寄附者の一方的意思によって設立され、且つそれによって寄附行為に規定され、(その)意思に永久的に支配される。財団は(その)目的や継続について決議できるところの、(社団の社員総会のような)主権的機関は存在しない。それどころか、設立者の意思を實行すべき奉仕機関 *diende Organe* があるのみである」といふ、*Enneccerus-Nipperdey: Allgemeine Theil des Bürgerlichesrechts I halbband 1952, S. 468* は、財団は「ある一定目的を人間の力によって永続的に(行)う、全くの組織自体である。それ故に、財団法人は、一定の目的實現のために法律的人格を賦与される、人格団体に依拠しない、組織である」といふ、又 *H. Mittels; Deutsches Privatrecht, 1953 2 Aufl. S. 39* は、私法における財団概念の成立を説明するに關連して、財団は「今や、財産の一般的、目的奉仕として承認され、その中には設立者の意思がより長く生き永らえて、そして理事団によって動かされるもの」としておる。フランスに於ても *C. Ozanam; associations, syndicats, fondations 1957 p. 241 45* 「言葉のより一般的な意味では、財団は、財産の全部又は一部を、公益目的に永続的關係に特別化する配置 *affectation* である。この配置を實現するには次の方法がある。(その一)、設立者はかかる必要な財産を、それを受領できる法人に寄附することである。……しかし、設立者のために、その処分について法人が常に存在することは限らない。或は又、(設立者の)追求目的に丁度相応する使命をもつものが存在しなかつたり、或は又(上述の寄附を)頼もうとするのに法人がその使命を肯んじないこと(がある)。(その二)そこで(設立者は)財団を設立しなくてはならない。これが、ここでわれわれの述べる意味で理解する財団である」といふ、又「財団は……その根底に設立者自身の、ある設備の将来を確実にするために、資金援助につき手を差し出すところの、唯一人の設立者の意思のみを持つ(ものである)」(*ib. p. 242*)、という。然し、財団を別な面から主張する見解もある。 *H. et L. Mazeaud et J. Mazeaud ib. p. 599* は「財団は、いわば、一定のを達成するための財産の集合である。勿論、財団は個人の分野に属する利益を取扱う(事業)目的を追求する(例えば病人の取扱、貧乏人に与える援助等)。然し、事業を利用するそれら病人・貧乏人は、財

財団・組合および社団の結合構造(二)

財団・組合および社団の結合構造 (二)

団の構成員とは考えられない。彼らはその事業が創立されたときの不確定な受益者である。従つて財団は人的団体ではなくて、むしろ財産の集合である」という。更に、梅謙次郎「民法要義卷の一、総則編」七三頁は「財団法人トハ或財産ヲ一定ノ目的ニ供シ其財産ノ主体ヲ創生センが為メニ設立シタルモノナリ」、「社寺・養育院等」がこれである、としており、岡松参太郎「註釈民法理由」七三頁も、財団法人は「一定ノ目的ニ供セラレタル無主財産ノ集合体ヨリ成立スル法人ナリ」という。

右の各説は主として財団法人に関して述べたものであつて、勿論その主張するところは、各々の法人理論によつてちがう。しかし法人理論を二次的に取扱う本稿の目的からみれば、各説の財団概念は大体似ていると思われる。

- (2) イギリス法の foundation は、「非常利事業の基金を提供し、及び発起人 originator の計画を実行するため、法人又は社団を設立する近代形式の一である。それは公益信託の特別な種類である」。又、「法人設立又は基金を与えること——例、スカラシップ基金——の行為が foundation である。与える者 grantor (個人又は組織体)、通常、使用せらるべき基金又は財産に対する目的を特別化する彼は、設立者である。組立てられた組織は trustee である。通俗的な慣用語では foundation は完全な企業を、又は(よりしばしば)基金を管理する組織又は基金そのものを意味する」(H. Oleck ib. p. 5)。従つて foundation は「財団」に似てはいるが、本稿の「財団」そのものではない。

- (3) 「國家」が全て財団組織体であるか、に關しては疑問である。これについては後に詳説する。
- (4) H. Lehmann ; Allgemeiner Theil des B G B 10 Aufl. 1957 S. 443-4
- (5) O. Gierke ; Deut. PR. I. S. 647
- (6) 營造物が団体であるという主張に對しては、他の箇所、財団と併せて考察したい。
- (7) O. Gierke ; Deut. PR. I. S. 645
- (8) H. Dernburg ; Pandekten I Bd. 1902 S. 143

(9) O. Mayer; Deutsches Verwaltungsrecht II Bd. 3 Aufl. 1924 S. 268

(10) 営造物は元來公法上のものとされている。しかし、本稿はその考察目的からみても、「公的営造物」と「営造物」とは構造上同じものとみている。

なお「公的営造物は、安全と秩序を保証されつつ、恰も国家の大規模な営造物、(例えば) 軍隊又は天文台・アカデミーのように、公共の文化問題にサービスマスし」、又「公衆に、多くの個々人に、恰も学校・貯蓄銀行・病院・郵便局・鉄道のように、便益を与えサービスマスする」(O. Mayer *ib. S. 269*) ものである。

(11) O. Gierke; Deut. PR. I. S. 641

(12) O. Gierke; Deut. PR. I. S. 642

(13) O. Gierke; Deut. PR. I. S. 640—1

(14) マクス・ウェバー「社会学の基礎概念」前掲 八三頁

(15) O. Gierke; Deut. PR. I. S. 635

(16) O. Gierke; Deut. PR. I. S. 635

(17) O. Gierke; Deut. PR. I. S. 645

(18) ギールケは「営造物は団体の外部から植付けられた人格を伴う団体である。その精神は統一した財団意思であり、その身体は有機的組織であり、それによって、序々に、人間がこれ(身体)に意思を奉仕させるものである」(O. Gierke; Deut. PR. I. S. 474) とする。

(19) ウェバーは「営造物 (Anstalt) とは、その法規化された諸秩序が所与の効果範囲内で一定の標徴にあてはまる所与の各行爲に(比較的) 有効に授与される団体のことを云うべきである。(マクス・ウェバー「社会学の基礎概念」前掲、八二頁) としている。

財団・組合および社団の結合構造 (二)

財団・組合および社団の結合構造 (二)

- ⑳ これについては、本章「三 財団の事業構造」で説明する。
- ㉑ マクス・ウェバー「社会学の基礎概念」前掲 八三頁
- ㉒ O.Gierke; Deut. PR. I. S.474
- ㉓ マクス・ウェバー「法社会学」前掲 二〇四頁
- ㉔ O.Gierke; Deut. PR. I. S.645
- ㉕ マクス・ウェバー「法社会学」前掲 二〇四頁
- ㉖ Dernburg, ib. S.143
- ㉗ マクス・ウェバー「法社会学」前掲 二〇五頁
- ㉘ マクス・ウェバー「法社会学」前掲 二二二頁
- ㉙ マクス・ウェバー「法社会学」前掲 二二二頁
- ㉚ O.Gierke; Deut. PR. I. S.646
- ㉛ 坂本三郎・池田竜一・津軽英麿共訳「デルンブルヒ独逸新民法論」上巻 六八九頁
- ㉜ O.Gierke; Deut. PR. I. S.645
- ㉝ 坂本・池田・津軽共訳前掲書 六九〇頁
- ㉞ H.Dernburg, ib. S.143
- ㉟ O.Gierke; Deut. PR. I. S.646

二 財団の意思構造

財団は独立の事業体であるから意思を有するものと考えられる。以下、この意思構造を分析する。

(一) 財団の設立意思

ここに財団の設立意思というのは、財団を設立しようとする設立者の目的又は意図を指す。財団の設立意思は、その動機が宗教的なものと世俗的なものがあるといわれる。民法(三四)は、公益・非営利を財団法人の目的としたが⁽¹⁾本稿はこの点には触れない。

財団は私的結合体であり、私人が設立できる。⁽²⁾即ち、個人は私的団体を設立できる。……彼は或は遺言によって、又或は生存中の寄附行為 *Siftungsgakt* によって、財産をある有用な目的に提供し、且つ一の独立の経営(権)を与えるときに、財団を設立する。⁽³⁾寄附行為はその法的内容によれば、それは同時に一の社会創設行為(であり)又、一の法律行為である。⁽⁴⁾また寄附行為は債務者の一方的債務宣言によって、一の債務関係が成立されるであろうところの行為である。それはその意味では現代法の原則からは一の例外である、ともいわれる。⁽⁵⁾

財団法人の設立には、独立的营造物の適法な組織と人としての承認が必要である。設立は私的意思行為、即ち寄附行為によって行われる。ドイツ普通法によれば、私的意思行為だけで十分である。しかし殆んど全ての(下伊ツ国の)州法律は、その法的安定性を国家の承認にからしめられる。この財団自由の制限は、全体としては正当である。何故なら、財団法は、個人意思の範囲を広く、彼の自然的限界を超えて拡大するから。財団証書に

財団・組合および社団の結合構造(二)

膠著した故人の意思が、生存者の意思に及ぼす支配(力)を確実にしながら、彼(財団法人)によって把握された目的財産は死手にまでも持込む。……。国家が(財団法人を)私的意思行為の最高の共通意思の担い手として、諸結果を保護すべきであるならば、財団事業自体に能力があるか、及び(財団法人がそれを行うに)相応しいのかの審査が当然に行われなければならない。然し、国家の承認によっても、私的意思行為、彼(財団法人)の独創的な力は決して奪われぬ。国家は設立者の地位に立たないで、むしろ適法か又は不適法に、寄附行為を明かにするのみである。⁽⁶⁾要するに、「財団法人に在っては、設立者の意思は、法人の目的と其管理方法を設けて、爾後の紛更を許さず」。その意味でこれは「設立者の専制」である。又「現在に於ける社会一般の需要状態を基礎として其将来を率せんとす」るのである。⁽⁷⁾

財団設立に際しては、設立者は、財団によって達成しようとする目的たる事業が永久に、少くともできるだけ永く行われることを期待する。永続性を保証されない事業は、重要な調査作業のようなものに何らの能力をもたないであろうし、又、仮に事業が人の生命の存続を超えてなされても、企てることができまいであろう。⁽⁸⁾この永続性の要請のために、財団の組織はこれに応ずるように構成されなくてはならない。これには、国家が財団に人格を与えることもその一であるが、これには触れない。

財団の永続性を保証するために、設立者は財産の拠出と財団の管理(組織)(例えば寄附行為の制定、管理機関の設置)を規定する。これについて H. Lehmann⁽⁹⁾は、「永続的目的のために、独立した人的結合体によって成立しないで、むしろ設立行為によって確定した目的の達成のために、財産を賦与されるころの、法人格をもつ一定の組織」(財団法人)をつくるという。財団の永続性を担保するために、設立者が財産を拠出することは、

財団の特色の一である。財団の設立者は、彼自身の資産の助けによって、(財団設立の)準備に入り、又、非営利性の設備の将来を保証する傾向がある。というのは社団とちがって、財団は構成員を持たないから、社費を得られない。永続性を運命づけられた財団は、(債務)返済の見込みのある資源を用意しなくてはならないからである。但し、ある見解によれば財団とは、一定の目的を達せんため、財産を以て形成せられ、独立の権利能力を有する永久的施設なり、故に財団は、設立者の財産の寄附と直接関連するを常とするも、将来、偶然なる収入、例えば、第三者によってなされる拠金を以て目的とする財団も、法律上、成立しがたきに非ず、とするが、理論上はとにかく、わが国では、偶然の収入のみによる財団法人の設立は認められないであろう。

以上の寄附行為は、財団の組織法、殊に寄附行為に示される。寄附行為の規定は財団をして独立なる権利主体として生活せしむるの意思を明白にせざるべからず。又、その行為は、一定の永久的目的及び組織の要領を明示し、且つその実行の方法をも定めざるべからず。但し寄附者はその規定事項の補充を国家に委すことを得べきも、国家は当然にその許可に際して、重要な関係につき補充をなす権能はない。即ち、寄附行為は、財団の目的を示すところの意思表示である。通常この目的のために、ある財産を役立てるように提供する。そして、独立的法主体として財団を設立するという設立者の意思をはっきりさせる。それには普通、同時に、管理規則を、就中理事団の任命又はそれに加えて理事団が如何に形成せらるべきかの規定を含む。しかし、寄附行為に、もしそのような組織規定が欠けているときは、文句なく無効とすべきである。財団の組織法は、設立者により又は設立者の指令により、その上それについて権限ある人に与えられた営造物組織に根拠を有する。法律は、個々の点について、強行的に又は補充的に規定する。かくて財団の組織法は、強行法規に反しない限り、寄附行為に基づく。

財団・組合および社団の結合構造 (二)

そして慣習は補充的に問題になり得る。それは又（法律によれば）たとへ慣習が明示的に言及されなくても有効である。⁽⁶⁵⁾ 財団の社会法は私法であるから、又、財団とその機関担当者間の組織法的表示及びそれから生じた相対立する権利義務は、それ自体私法関係である。このことは、単に財団の官職に結付けられた特別の権利義務についてのみでなく、むしろかくの如きものとしての機関地位にも当てはまる。⁽⁶⁶⁾ 要するに財団の組織は、個人の孤独の意思に永久的価値を与えるものであって、個人意思の人為的拡張として、その自然的範囲を超越せしめるものである。⁽⁶⁷⁾

財団意思の永続性が財団の本質の一とすれば、それを表わす寄附行為にも亦永続性が確保されなくてはならない。寄附行為は原則として変更できない。この点について、J・コーラーは次のように説く。ここで社団と並んで、人の集団にこだわらなくてむしろ一定の財産管理と財産利用とによって達成せらるべきところの、一定の目的を目指す他の法人の（説明）に入る。かかる法人は財団法人といわれる。社団がその活動の様式について変更し得、特にその目的や規則を絶えず変更し、新しい道を進み得るに反して、財団にはこれらの関係が閉ざされている。即ち、設立者によって与えられた目的は、絶対的に財団法人に内在する。定款がいろいろに規定し得る社員総会の社員の如きものが存在しない。そこには一方の側に受益者 *Stiftlinge* が、他方の側に財団管理者のみが存在し、そして設立者の目的命令が結合の環鎖である。財団は、又、殆んど固定している。しかし財団が永続すれば、それは数百年もそびえ立つ。⁽⁶⁸⁾ かくて「民法ハ財団法人ノ目的及ビ組織ハ寄附行為者ノ意向ニ因リ確定スベキヲ原則トスベキモノトシ、其変更ニ付テ規定ヲ設ケ」ない。⁽⁶⁹⁾

しかし、この不変更の原則を厳格に貫こうとすると、さまざまの矛盾を生ずる。例えば成文化・固定化された

寄附行為は、時日の経過と共に、設立者の意図したものと異つたものになり、その結果、目的の達成・事業の永續性などが保証されなくなる。そこで設立者はおそらく、事業の同一性・永續性が確保される限りという枠内で、寄附行為の変更を認めることがあるであらう。そのため、これを寄附行為の中に特に規定するに至る。²⁰

しかし、設立者は既に財団をはなれて財団の意思機関ではなく、その他にも財団の意思機関がない場合は、寄附行為の変更は財団自ら行うことができない、従つて寄附行為の変更とされるものは、実は設立者の定めた寄附行為変更規定の実行に過ぎないとするのが通説である。だから、国家と雖も、明かに公共の福祉に反しない限り、寄附行為の規定を無視してそれを変更することはできない。

財団の設立意図は、組織法全体によつて知り得るが、法令又は財団目的に反しない限り、できるだけ尊重されなくてはならない。例えば、設立者が財団を設立することによつて彼又は彼の後継者が、財団から何らかの特典を享けようとする場合（例、彼らが将来一定の年金その他の財産供与をうけるとか、財団の代表理事・終身理事又は専門職に就任するとか、解散後の残余財産の分配をうけるとか）の如きである。²¹

(二) 財団意思の形成者は一人である。

結合体の意思形成には、組合は二人、社团は三人を必要とするの²²に対して、財団は一人のみである。

財団は……その根底に、唯一人の、即ち設立者の意思のみがあるに過ぎない。²³即ち、財団の意思形成には、組合や社团のように、対等の地位に在る他の意思主体の存在を必要としない。²⁴理事や受益者が財団の意思形成者でないことは一般に認めるところである。受益者について少し触れておく。財団は目的たる事業を行うために、事業の対象たる人々を必要とする。この人々を受益者と呼ぶ。受益者は後述（三）、財団の事業構造(三)財団事業の受

財団・組合および社団の結合構造(二)

益者)のように財団の意思機関を構成しない。財団を意思形成の面からみると、財団意思は設立者が与えて、その後彼は財団意思の形成に参与しないし、又、財団には通常意思機関がないから、その点から財団はラードブルフの所謂超人格的存在であるとも考え得る。しかし、財団を事業体の面からみると、理事団は勿論、受益者も必要欠くべからざる要素として入ってくる。従って事業体としての財団は、かかる人的団体を包含するものと考えられる。勿論、財団の受益者は、組合や社団の受益者が多くの場合、同時に組合員又は社員としてそれら団体の意思形成に参加するものところが、恰も支配者に対する被支配者、君主に対する臣民、教祖に対する信者のように、対等ならざる地位にたつのであるが。

財団意思形成者は一人であり、しかも彼は理事や受益者と異なった地位に在ることから、意思形成者は理事や受益者の人格を超絶して、いわば神格を与えられる。彼は理事・受益者からみれば対等・現実の人間ではない。いわば雲上の神又は神の後えいである。彼は、理事や受益者の能力を超えた、最高・絶対の意思力を持ち、その地位は不可侵であるとされる。彼は財団に対してカリスマ的存在であり、財団内に於てカリスマ的支配力をもつ。

財団の意思形成者が一人であるという意味は、厳格には、彼以外には、同時にも前後にも存在しないということである。然しこの意味も、一定の時に、ある一人のみが意思形成者である、というように考えられることがある。従って、ある意思形成者が死亡すると直ちに後継者がその地位に即くというような場合は、前後に連鎖する多数の意思形成者の存在にも拘らず、右の「唯一人である」ということになる。⁶⁰勿論この多数者は、組合や社団の意思形成の場合のように、具体的、特定の意思を同一時に形成したのではない。なお、一人の意思形成者が連

綿と前後に続くある地位を抽象的に観念し、自然人たる意思形成者は、実はその地位を充足するに過ぎない、とする見解も生じる。

(三) 財団意思は設立者が与える。⁵⁹⁾

財団設立者は、財団に対して創造主たる地位にあることは、一般に団体意思が設立者によって与えられるのと同じである。これについて、ある見解によれば、人は財団の事実上の主体を探す。人はそれを時々設立者の影響ある意思にみつける。しかし、これには異論があり得る。即ち、心理的な現実として寄附行為内に設定された設立者の「意思」は、もはや存在しない、⁶⁰⁾ という。しかし、過去に形成された意思によって、現在が支配されていることは、社団に於て、過去の社員総会の決議に現在の理事が従うのと同じである。

財団意思はかくて、他主的に与えられ、しかも設立者は通常財団をはなれ、財団に亦意思機関がないから、一たん与えられた意思はもはや変更できないのを原則とする。⁶¹⁾ ただ、設立者が特に変更できる旨を明かに示す場合にのみ変更できることは既にみた通りである。

- (1) フランスでも「財団法人は常に、非営利目的、慈善・宗教・芸術・文学等を追及する」(H. et L. Mazeaud et J. Mazeaud ; ib. P. 599) とする。
- (2) フランス法では、全ての自然人・法人に財団設立の資格がある」(C. Ozanam ib. P. 242) とする。
- (3) H. Dernburg ib. S. 145
- (4) O. Gierke ; Deut. PR. I. S. 651
- (5) G. Böhmér ; Einführung in das Bürgerliche Recht 1954 S. 238

財団・組合および社団の結合構造 (二)

財団・組合および社團の結合構造 (二)

- (6) O. Gierke ; Deut. PR. I. S. 649—650
- (7) 鳩山秀夫「民法研究」前掲 四八一及二頁
- (8) H. et L. Mazeaud et J. Mazeaud ib. p. 605
- (9) H. Lehmann ; ib. S. 443
- (10) C. Ozanam ib. p. 242
- (11) 坂本・池田・津軽共訳前掲書六九〇頁
- (12) 坂本・池田・津軽共訳前掲書 六九二頁
- (13) Ennecerus-Nipperdey ib. S. 469

A. Tuhr は「寄附行為の内容には、更に、財団組織に関する規定が入る。設立者は、理事団の人、更に事情によっては機関を決定する様式を定めなくてはならない。組織のない財団は生活能力がなく、且つ（國家に）承認されない。設立者の規定が欠けたり、又規定が承認権ある官庁の勧誘によつても、設立者によつて充足され得ないならば、仮に（当該）官庁の州法が、設立者に代つて緊要な組織的規定を行うことを認めても、この財団法人は世間に踏出し得なからず」(A. Tuhr ; ib. S. 597) とする。

- (14) O. Gierke ; Deut. PR. I S. 653—4
- (15) Ennecerus-Nipperdey ib. S. 473

設立者の設立意思は、設立趣意書、寄附行為その細則その他の財団組織法規に示される。財団の組織法の根底には二の要素がある。一は「設立者の意思表示」であり、他は「政府によつてなされる公益の承認」である。そしてさらに、設立者の意思表示、即ち制定法。それは（又）彼（設立者）が永久に又は少くとも長い永続的期間、何らかの資金を配置するつもりの一の事業を設立しようとする、彼の意思表示上の行為である(C. Ozanam ib. p. 245)。

「あらゆる財団の基礎に寄附行為の作成が行われる。且又、(それ)は参事院によって起草された寄附行為形式の枠内で規定されねばならない。そしてわれわれが附属書類として再生するそれら制定法は、必要な意思の表明、一人若は数人の設立者、又は彼らを代理する人々によって署名される表示によって構成される」(C. Ozanam p. 245)。

(16) O. Gierke; Deut. PR. I. S. 656

(17) 人間にかかる要請の存する限り、財団形態存在の必要もつくんであらう。

(18) J. Kohler; Einführung in die Rechtswissenschaft 1919 S. 15

(19) 鳩山秀夫「増補改訂日本民法総論」二〇六頁

(20) 「寄附行為自体ニ其変更シ得ベキコトヲ規定セザルトキハ寄附行為ハ変更シ得ベカラザルガ故ニ財団法人ハ固定性ヲ有スルモノト云フ」ことができる(鳩山秀夫「増補改訂日本民法総論」一五七頁)。なお、富井政章「前掲書二九五頁参照」。

「財団法人ノ寄附行為ト雖モ全ク永久不変ノモノトスルハ不都合ナル結果ヲ生ズルコト勘カラザルヲ以テ或ハ理事ニ寄附行為変更ノ権限ヲ与ヘ或ハ評議員会ヲ設ケテ之ニ寄附行為変更ノ権限ヲ与フルコト寧ロ便宜に適スルモノト云ハザルベカラズ」(鳩山秀夫「増補改訂日本民法総論」二〇六頁)。

(21) 立法例によれば、国家に寄附行為変更権を認めたのがある。例えばスイス民法は、「……もし財団の財産の維持又は目的の継続が、緊急に変更を必要とするならば、連邦参事院は、監督官庁の提案に基づき、及び最上級の財団機関に聴いて、財団の組織変更が許される」(同法八五)。又「……連邦参事院は、もし財団の原初目的が全く他の意味や作用を保っており、その結果、財団が設立者の意向に明かに反するなら、監督官庁の要請及び最高級の財団機関に聴いて、財団の目的変更が許される」(同法八六)、とする。

ドイツ民法は「(主務官庁は)目的変更の際には、できるだけ設立者の意図を考慮しなくてはならない。特に財団・組合および社団の結合構造(二)」

財団・組合および社団の結合構造 (二)

財産の収益は、設立者の意味からみて、帰属させるべき人ができるだけ保持されるように配慮しなくてはならない。官庁は目的変更に必要な限度で、財団の組織法の変更ができる」(同法八七・II)。「目的変更及び組織法変更の前に財団の理事の意見を聴かなくてはならない」(同上・III)とする。

理論も亦、寄附行為不変更の原則に関して、場合によると国家の変更権がますます必要である。国家はこの際、形式的な法的制限によって制限することなしに、立法の方法で各財団を変更し得る。然し、国家は、もし硬直した財団意思の不変更の実施が、現時の関係の下で不可能な、目的喪失的な、又は公安を害するものとして証明がなされるならば、監督行政の方法で変更できる。しかし……設立者に対する篤信を、又財団の永続性における、財団のもつ意味の營養(的価値)に対する不可欠の信用の維持を配慮して、原初的財団規定の変更は、必要である以上に、無条件に広(範囲)に行わな(O. Gierke; Deut. Pr. I. S. 657—8)。かくて「法秩序は財団目的又は營造物目的を、受益者の変遷から自主的に保とうと努める。唯、万一財団目的(の達成)が不可能になり、又は万一彼が公益に危険を及ぼすときは、財団又は營造物の監督官庁は他の目的決定をする」(K. Hoff; Institutionen des Deutschen Privatechts 1927 S. 82)。

- 22) これに関して、民法八二条一項を解して「是蓋シ設立者ノ意思ヲ貫徹セシムルト同時ニ公益事業ヲ奨励スルニ最モ適當ナル方法ナレバナリ」(富井政章 前掲書 三〇二頁、なお、三〇三頁参照のこと)とするのもこの考え方に当る。
- 23) Ledlie; Sohn's Institution of Roman Law Zed. 1900 p. 214 註「ロー法に於ける規範は、tres faciant collegium (三人は社団を作る)であった。即ち、団体 corporate body を設立するには、少くとも三人の構成員がなくてはならない。しかるに組合契約は、勿論二人の間で締結できる」とする。

24) C. Ozanam ib. p. 242

- 25) 「寄附行為は原則として、単独の意思表示にして、受諾を要する意思表示にあらず、この性質は、その行為が契約に

- よつて実行される場合でも変りはない」(坂本・池田・津軽共訳 前掲書 六九二頁)。
- 260 理事も意思形成者ではない。「財団には、法律上的人格の担当者と考えられる複数の人々がない。何故なら、もし財団が、それはしばしば該当することすらないのだが、複数の人々によつて管理されても、この複数人はなお法人(をなすもの)ではなく、他(財団)の事務を管理するに過ぎない」(Enneccus-Nipperdey ib. S. 467)。
- 270 教会の意思形成は「上から」、即ち「司祭」ひいては神から発する(ラードブルフ「法哲学」前掲 二七五頁)。
- 280 A. Tuhr ib. S. 593
- 290 「財団法人ニ在リテハ設立者ハ其構成部分ニ非ズ……故ニ当初其存立ノ基礎ト為ルベキ規程即チ法人ノ目的及ビ財産ノ如キ重要ナル項目ヲ定メ以テ之ニ關スル設立者ノ意思ヲ表明セシメ其規程ヲシテ永ク法人ノ最高不変ノ憲章タラシムルコト殊ニ緊要ナリトス」(富井政章 前掲書二四二頁)。
- 300 「財団は、設立者の明示的な権力授与がないときは、自己の意思行為で変更でない」(O. Gierke ; Deut. PR. I. S. 657)。参照 K. Hoff ib. S. 84 参照(270)。