

法人は、取締役になることができないのか？(1)

酒 井 太 郎*

- I はじめに
- II 法人の本質と業務執行者の資格（以上本号）
- III 法人取締役の是非をめぐる学説
- IV 英国における法人取締役制度の改革
- V 取締役会サービス提供者（the Board Service Provider: BSP）

I はじめに

1. 問題の所在

日本において、法人は、会社法の定めにより、株式会社の取締役になることができない（会社 331 条 1 項柱書 1 号）¹⁾。この定めは平成 17（2005）年の会社法制定の際に初めて設けられたものである。それ以前は、条文の具体的な定めがなかったことから²⁾³⁾、法人が取締役になることができるか否かは解釈に委ねられていた。ただし、会社法制定前においても、登記実務上、法人取締役の就任登記は認められていなかったため⁴⁾、日本において法人取締役が利用された例はない

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 21 巻第 2 号 2022 年 7 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

- 1) この会社法 331 条 1 項は、設立時取締役・監査役・執行役・清算株式会社の清算人の欠格事由として準用される（会社 39 条 4 項・335 条 1 項・402 条 4 項・478 条 8 項）。
- 2) 明治 32（1899）年商法制定（さらにいえば明治 23〔1890〕年商法制定）から昭和 56（1981）年商法改正までの間、取締役の欠格事由の定めそのものが存在しなかった。昭和 56 年商法改正で取締役の欠格事由を列挙した 254 条ノ 2 が新設されたのであるが、同条において、法人であることは欠格事由として明示されていなかった。
- 3) 昭和 56 年商法改正までの間、取締役の欠格事由に関して刑法施行法が参照されていたことについて、後掲注 51) 第 2 段落参照。
- 4) 後掲注 51) 第 1 段落参照。

と考えられる。

持分会社の社員は、自己が負う有限責任・無限責任の別にかかわらず、定款に別段の定めがない限り、当該持分会社の業務を執行する（会社590条1項）。そして、業務執行をする社員は、他に代表者が定められていない限りは持分会社を代表する（会社599条1項）。持分会社の社員となる資格には、今日、法律上の制限がないことから、法人は、持分会社の社員となり、当該持分会社の業務を執行し、かつ、当該持分会社を代表して裁判上および裁判外の行為をすることができる。つまり、会社法は、営利法人の1類型である持分会社において、（社員資格と結合されたものであるという特殊性はあるが、）法人が当該持分会社の業務執行機関となることを許容している⁵⁾。

なお、会社法は、持分会社の業務を執行する社員が法人であるときに、当該業務を執行する社員の職務を行うべき者（自然人）を当該法人が選任し、その者の氏名および住所を他の社員に通知することを義務づけているにとどまる（会社598条1項⁶⁾）。当該自然人を通じて、当該法人が当該持分会社の業務を執行する

- 5) このことは、会社の業容や社員の地理的位置に影響を受けない。たとえば、商業登記簿上の記録（2021年11月22日現在）によれば、アマゾン・ドット・コム（Amazon.com, Inc.）の日本法人であるアマゾンジャパン合同会社（本店：東京都目黒区）は、アマゾン・ドット・コムの子会社であるアマゾン・エイパック・ホールディングス・インク（Amazon Apac Holdings, Inc.）を業務執行社員兼代表社員とするものである（代表社員の職務執行者は、東京都渋谷区に住所を持つ某氏が務めている）。ちなみにアマゾン・ドット・コムのフォーム10-K（有価証券報告書に相当）で開示されているセグメント情報によれば、日本における2019年の年間売上高は160億ドル余とされている。グーグル（Google LLC）の日本法人であるグーグル合同会社（本店：東京都渋谷区）も、グーグル・インターナショナル・エル・エル・シー（Google International LLC）を業務執行社員兼代表社員とし、神戸市東灘区に住所を持つ某氏が代表社員の職務執行者となっている。アップル（Apple Inc.）の日本法人であるApple Japan合同会社（本店：東京都港区）は、シンガポール法人であるアップルサウスアジアピーティーイーリミテッド（Apple South Asia Pte Limited）を業務執行社員兼代表社員とし、東京都港区に住所を持つ者1名と、米国カリフォルニア州サンフランシスコ市に住所を持つ者1名がともに代表社員の職務執行者となっている。法人が他の大規模法人の業務執行機関（業務執行社員および代表社員）となっていることもさることながら、Apple Japan合同会社についていえば、法人である1名の社員（業務執行社員兼代表社員）の職務執行者が2名つまり複数置かれていて、うち1名が外国居住者であることが、法人ないし会社における業務執行の技術的側面を考える上で興味深い。
- 6) 同様の規定として、法人が清算持分会社の清算人である場合において、当該清算人の職務を行うべき者の指定・通知を義務づけている会社法654条1項がある。

ための具体的方法については、一切が会社法上の規制の外に置かれている⁷⁾。ここからは、会社法において、法人が、持分会社という他の法人の業務を何らかの方法によって執行することができ、この場合の法人による業務執行の具体的方法は私的自治に委ねられるという前提があることを、読み取ることができる。

他方、株式会社についていえば、その諸般の活動は複数の機関（株主総会と業務執行機関、または、株主総会と業務執行機関と監査機関）が分担し、株主総会を除く機関またはその構成員は、原則として株主総会の決議によって選任および解任される⁸⁾。社員の地位が機関の地位を当然に伴うものではなく、かつ、機関の地位は必ずしも社員の地位を要件とするものではない⁹⁾という点で、株式会社は持分会社と大きく異なる。所有と経営の分離の考え方に従うならば、株式会社から権限を授与され、かつ一定の義務と責任を負うことができる権利義務主体である限り、そして当該株式会社の目的をよりよく実現することができる能力ないし適性を備えたものである限り¹⁰⁾、いかなる権利義務主体も、株主総会において取締役として選任される資格を有するようにも、一見思われる。

しかし、会社法は、法人が株式会社の機関またはその構成員になることに関して、監査法人が会計参与もしくは会計監査人となり、または税理士法人が会計参与となることを認めているに過ぎない（会社 333 条 1 項・337 条 1 項）。つまり、

-
- 7) 法人が代表社員であるときに、その職務を行うべき自然人に関する登記が義務づけられるのみである（会社 912 条 7 号・913 条 9 号・914 条 8 号・915 条 1 項）。なお、持分会社は、法人の実質的支配者（Beneficial Owner）に関する制度（実質的支配者リスト制度）の対象外であり、当該持分会社の社員である法人の実質的支配者（自然人）にかかる、商業登記所での情報の保管・認証文の付与は行われない。犯罪による収益の移転防止に関する法律 4 条 1 項、犯罪による収益の移転防止に関する法律施行規則 11 条 2 項 1 号第 4 号（資本多数決法人の定義）、および「実質的支配者リスト制度の創設（令和 4 年 1 月 31 日運用開始）」〈https://www.moj.go.jp/MINJI/minji06_00116.html〉参照。
 - 8) 会社 329 条 1 項・339 条 1 項。裁判所による一時役員・一時委員・一時清算人・清算人の選任：会社 346 条 2 項・401 条 3 項・479 条 4 項・524 条 3 項。監査役等による一時会計監査人の選任：会社 346 条 4 項 6～8 項。
 - 9) 会社法 590 条 1 項の文言によれば、持分会社において社員ではない業務執行者を定款で定めることが許容されているかのようであるが、同法 591 条 1 項は「業務を執行する社員を定款で定めた場合」としており、このこと（持分会社における所有と経営の分離）を明示的に否定する。
 - 10) ここでは、当該株式会社が属する社会一般の利益ないし公の秩序が尊重され維持されることもまた必要となる。ただし、その具体的方法にかかる考察は本論文では行われない。

法人を取締役として選任することは、(会社法が明文の規定をもって禁止している以上、) 私的自治が及ばない領域の問題であると制定法上とらえられている。もっとも、学説および会社法制定時の議論を見る限り、法人を取締役としてはならないことが、法人の組織(業務執行機関)が抱える理論的・本質的な制約によるのか、それとも公益保護その他、他の何らかの実質的理由によるのかは、必ずしも明確ではないように思われる。

法人を取締役とすることの実際上の有用性についていえば、完全親子会社関係における親会社を子会社の取締役とし¹¹⁾、合併会社において出資者である会社を取締役とし、または、財務および会計に関する知識と経験を豊富に有する法人をもって、指名委員会等設置会社の監査委員もしくは監査等委員会設置会社の監査等委員である取締役とすることなどが考えられる。法人取締役の選任・解任や、これに対する監督は、自然人である取締役に対するそれと一定程度違ったものとなることが予想されるが、それは技術的な事柄(相対的価値判断に服する事実)に属するものである¹²⁾¹³⁾。そして、これが直ちに法人取締役を禁止することの理由になるといえるかどうかについては、仔細かつ慎重な検討をしていく必要がある。

2. 本論文の目的と構成

本論文は、法人であることをもって取締役の欠格事由とする会社法上の取扱いが、理論的な正当性を有するものであるかどうかを検討するとともに、法人が取締役となることについて、果たして政策的な正当性または技術的な相当性がある

-
- 11) このとき子会社の債権者は、親会社による不適切な子会社管理(子会社取締役としての任務懈怠)をもって、親会社が子会社取締役として負う対第三者責任(会社429条1項)を直截に追及することができる。
 - 12) 現時点で法人取締役を許容している国(英国、フランス、台湾等)の制度および実務を参考にすることができるであろう。後掲注81)参照。ただし、本論文は、これらのうち英国における法人取締役制度の当否をめぐる議論を概観するにとどまる。IV参照。
 - 13) 日本会社法の立案担当者もまた、法理論的には法人取締役という制度の採用は可能であるとしつつ、法人取締役の業務執行者が当該法人の意思に基づいて任免されることにより、法人取締役を選任した株主総会の信頼を害することがあるという理由を挙げて、政策的に法人取締役が禁止されるとする。相澤哲・葉玉匡美・郡谷大輔編著『論点解説 新・会社法』(商事法務、2006年)281頁。

といえるのかどうかを検討しようとするものである。法人取締役を不許とすることの理論的な正当性とは、法人の機関というものが自然人以外の権利義務主体（つまり法人）の就任および職務執行を、（持分会社、会計参与、会計監査人、または倒産処理における管財人¹⁴⁾のような制定法上の個別的例外を除いて）原則的に許容するものではないとの立論を可能にする理論的根拠があることを意味する。法人取締役を容認することの政策的な正当性とは、法人取締役の利用を認めることが、株式会社の基本的秩序と諸般の利害関係者の利益を害するものではなく、かつ、会社の目的をよりよく実現することができるということを意味する。そして技術的な相当性とは、法人取締役の利用の著しい妨げとなる技術的な障壁がないということの意味する。

法人取締役を会社法制上認めるべきか否かという論点をめぐっては、古くから多角的な視点からの議論が行われてきた¹⁵⁾。しかし、それらはいずれも会社法が制定される前（2005年より前）の会社制度を前提とするものである。すなわち、会社法の制定以前において、法人であることは取締役の欠格事由として法定されていなかったものの、会社は合名会社および合資会社の無限責任社員になることができず（平成17年改正前商55条）、有限責任社員は合資会社の業務執行権限および会社代表権限を有しないものとされており（平成17年改正前商156条¹⁶⁾、法人に会社の業務を執行させることはできないと解する方向に働く制度的要因が存在していた。ところが、会社法の制定に伴い、社員の全員が有限責任を負うところの合同会社が導入され、かつ、持分会社一般の原則として、法人である社員もまた当然に業務執行権および会社代表権を有するものとされたことから、同じ有限責任制を採用する株式会社において、法人が業務執行を担うことができないとするものの合理性に再検討の余地が生まれた。本論文の執筆は、こう

14) 後掲注30) 参照。

15) III参照。

16) なお、当時の学説は、定款の定めをもって有限責任社員に業務執行権限を与えることは許されると解していた。しかし、会社代表は会社の対外的関係にかかわるものであるという理由により、定款の定めをもってしても有限責任社員に会社代表権を与えることはできないと解していた。以上、上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法(1)』（有斐閣、1985年）637～638頁〔林靖〕参照。

した、会社法制定に伴う制度的環境の変化を背景としている。また、本論文は、(日本と同じく州会社法上法人取締役が認められない)米国において最近唱えられているある解禁論者の主張、および法人取締役を許容する英国における、2022年初頭の時点で進行中の制度改革論議にも影響を受けている。

本論文における考察の対象は、株式会社の機関に限定される。しかし、社員の地位と機関の資格が制度上分離しているところの、会社以外の法人形態——たとえば、一般社団法人——にも、当該法人の固有の目的に反しない限りにおいて、本論文の考察内容が妥当するものと筆者は考える¹⁷⁾。

本論文は、以下の順序で叙述される。まず、Ⅱでは、法人の本質をめぐるこれまでの学説を概観し、それらの学説の背後にあると考えられる人間観・法人観を踏まえつつ、法人の業務執行者(理事)は理論上自然人でなければならないのか——法人理論は、法人の業務執行を他の法人が担当するという入れ子構造を本来的に許さないのか——を考察する。そして、法人が他の法人の業務執行機関(理事・取締役)となることに理論上の制約はないのであり、法人取締役の現実の有用性と必要性が広く認識されるようになったときに法改正をすることができる余地を残しておくのが望ましいという趣旨を明らかにしようとする。Ⅲでは、法人取締役の許否をめぐる日本の会社法学説を概観する。大多数の学説は、法人が取締役となることに理論的な問題がないと解しており、技術的または政策的見地から議論を展開している。そこでは、法人取締役が有するところの自然人取締役にはない特質であるとか、会社経営に与える影響といったものが、否定または肯定の根拠として示されている。

Ⅳでは、英国における法人取締役の効用およびその任用の条件をめぐる議論を概観する。英国の2006年会社法は、取締役の1人以上を自然人とする限りにおいて法人取締役を置くことを認めていた。しかし、違法な取引を会社にさせるために、ある者がその支配する法人を当該会社の取締役に仕立てて傀儡とすること——企業の実質的支配者を隠蔽する目的での法人取締役制度の利用——が懸念されて、2015年会社法改正により法人取締役に關する条文が削除された。しかし、

17) なお、後掲注23) 参照。

法人取締役には一定の効用があり、これを一律に廃止した場合の混乱も予想されるとして、全面廃止の方針を改め、例外的に利用が認められる要件を定めることを目指して検討が続けられている。すなわち、2022年4月末の時点で、法人取締役の廃止を内容とする改正規定は施行されていない。英国で法人取締役制度の廃止の理由として掲げられるところの、企業支配の実態が不明瞭になるという点は、日本の会社法学ではほとんど指摘されていなかったものである。また、法人取締役の濫用という問題およびこれに関連する論点、具体的には、企業支配の透明性を確保するという政策的観点およびその実現方策も、これまで日本では意識されてこなかった。そこで、法人取締役が現在利用されている英国の経験を通じて得られるところの、本制度がもたらす効用とともに、法人取締役の適正な利用を確保するための手段を見ていくこととしたい。

米国の州会社法およびモデル法は、取締役が自然人であることを要求している。しかし解説書や論文でこの点（法人取締役の不許）について疑義を示したり、法人取締役の容認を説いたりするものは、筆者が調べる限りほとんど見られない。こうした中、ベーンブリッジとヘンダーソンが、ある論文と書籍を比較的最近発表し、取締役会（の役務）そのものを企業に外部委託するというアイデアを示した。彼らは、この新しいモデルが既存の取締役会制度が抱えてきた代理問題をいくつも解消することができるかと説く一方、既存の取締役会制度が有する積極的価値が損なわれることになるのではないかという批判に対しては、丁寧な反論を展開している。彼らの議論は、法人取締役（自然人ではない業務執行機関）を導入しようとする際の論点を多様な観点から提示するものであり、かつ、米国の固有の事情に影響されない一般的な考察に富んでいる。そこでVにおいて、ベーンブリッジらの主張および想定される批判への応答を詳しく見ていくこととしたい。

II 法人の本質と業務執行者の資格

法人の本質に照らして、法人の業務執行を担うことができる者は理論上自然人に限られるのかどうかという点を、考えてみる。

法人は、自然人と同じく法律に基づいて¹⁸⁾、独立の権利義務主体としての地

位を有するものと認められた「存在」である（この「存在」が、権利義務の帰属主体であること——構成員または運営従事者とは別個独立の利益を享有するものとして法的に識別されること——を超えて、実存であるともまでいえるのかについては、ひとまず措く）¹⁹⁾²⁰⁾。自然人は、その出生の事実（ないしは生物学上のヒ

- 18) 富井政章『民法原論 第1巻(総論 上) [第4版]』(有斐閣、1905年)194頁、末弘巖太郎「実在としての法人と技術としての法人」同『民法雑記帳上巻(末弘著作集Ⅱ) [第2版]』(日本評論社、1980年)104頁(法人格同様、自然人の人格もまた法律により与えられたものであって、法人も自然人も法的実在であるという点では変わらない)、我妻榮『民法総則 [新訂版]』(岩波書店、1960年)122~123頁。
- 19) 法人本質論にかかる諸学説を紹介した文献として、鳩山秀夫『日本民法総論 [増訂改版]』(岩波書店、1930年)131~138頁、末川博編集代表『民事法学辞典 (下)』(有斐閣、1960年)1831~1834頁 [石本雅男]、川島武宜『民法総則 [法律学全集17]』(有斐閣、1965年)87~97頁、林良平・前田達明編『新版注釈民法 (2)』(有斐閣、1991年)3~6頁 [林良平]、後藤元伸「法人学説の再定位：独仏法人論の再読解とミシュールおよびサレイユの法人論・合有論」関西大学法学論集65巻5号136頁(2016年)など参照。
- 20) 法人とはそもそも何であるかを考えるにあたり、既存の法人学説のいずれかに依拠したり、独自の法人学説を提唱したりするといったことは今日行われていない。すなわち、法人の本質を論じようとするにあたっては、四宮和夫教授が掲げる下の三つの契機を念頭に置きながら妥当な解決(結論)を導くようにすべきであると考えられている。山野目章夫編『新注釈民法 (1)』(有斐閣、2018年)650頁 [後藤元伸]。なお、各種の法人学説は、それらの契機のいずれかに重点を置き、またはそれらの契機について相異なる見方をとった結果であるとも説明される。林・前田編・前掲注19)7頁 [林] 参照。また、現代の法人論が法技術的観点に傾斜していること(下の技術的契機を主眼としていること)に関して、山野目編・前掲書664頁 [後藤] 参照。

四宮教授が挙げる三つの契機とは、①実体的契機(社会的・経済的観点から見て、自然人ではないが取引の主体となるのに適した実体を備えていること)、②価値的契機(法は、政策的見地から価値判断を加え、その社会の歴史的・社会的事情の下で取引の主体となるに値すると判断したものに限り、法人格を付与するものであること)、および③技術的契機(法人は、自然人でない存在を権利義務の統一的な帰属点とすることができる技術であり、このような技術的特質が、取引の平面における法人の本質を形成するものであること)である。四宮和夫『民法総則 [第4版補正版]』(弘文堂、1996年)75頁、四宮和夫・能見善久『民法総則 [第9版]』(弘文堂、2018年)99~100頁(組合との比較において団体の特質を探るという観点から、この三つの契機を敷衍しつつ分析を行った文献として、林・前田編・前掲注19)7~8頁 [林] 参照)。なお、上の①の実体的契機は、その団体の目的の実現にふさわしい実体を有していることを意味していると考えられる。言い換えれば、②の価値的契機にかかる判断を経由した後に、①の実体的契機が考察されることになるものと思われる(次段落の末尾参照)。

本節における筆者の見解は、法人なにかんずく会社を目的事業遂行の器または道具に見立てようとするものであり(後掲注38)対応本文参照)、そのことを前提として、法人における、自律的・能動的な活動をするための機構の存在を必須にしないというものである。これは、少なくとも会社について、(歴史的事実に影響を受けて形成されている諸制度を

トとして現存していること)のみをもって権利義務主体としての地位を取得することができるが(民3条1項)、法人の場合には、基本的に、法令が定める設立手続を履践した後に国家の認証を受けることが当該地位の取得のために必要となる²¹⁾²²⁾²³⁾。この設立手続において設置が求められる法人の機関(設立時役員

無意識的に維持・温存していこうとするのではなく、)社会的に有用な機能を期待することができる限りで私的自治の観点から各種制度を再検討するべきであるという政策的見地から導かれるものである。上の三つの契機の相互の関係として整理すれば、筆者の見解は、(i) 価値的契機(前の文に示される政策的見地)を強調し、(ii) これを根拠として技術的契機(法人を道具ととらえ、その機構を、用途に合うものとして再構築しようとする見方)を論じる一方で、(iii) 実体的契機(法人が備えるべき組織または設備)は、かなりの程度、価値的契機によって規定ないし導出されるという性質を有していること(前者は、後者の解釈の結果であるという従属的な地位にあること)を示そうとするものである。

21) ただし、財産の集合体に法人格があるものと認められるところの、相続財産法人(民951条)という例外がある。

22) 前掲注20)の対応本文で明らかにした筆者の方針(法人が、その構成員または運営従事者とは別個独立の利益を享有するものとして法的に識別されることを超えて、実存であるといえるかどうかについてはまでは検討しないこと)は、本文でいま述べた点、つまり、法人格の取得が、設立登記(国家による認証)を含む法令上の設立手続に基づくものとされ、いわゆる設立自由主義がとられていないことを意識したものである。会社法における会社の設立に関する一般的規定(会社25~103条・575~579条)、特に株式会社の設立に関する諸規定は、法人格を持たない「企業」(営利活動を現に行っている経済的単位体)を「法人成り」させることを意識したのではなく、発起人に定款を作成させ、設立時株主になろうとする者の出資をもって資本を調達させ、機関を設置させて、法人(株式会社)としてこれから事業に着手する上で必要となる環境ないし設備を整えさせるという、もっぱら法人格の取得に向けられた一連の行為に対する規制を目的としている。発起人の開業準備行為をめぐる判例(最判昭和36年9月15日民集15巻8号2154頁)・多数説(たとえば、江頭憲治郎『株式会社法〔第8版〕』109頁注(2)の第2段落)の考え方も、株式会社はその成立後に事業活動を始めるべきである——株式会社は既存の事業体を母体とするものではないという前提に立つものであるといえる(また、会社979条1項参照)。

むろん、法人本質論は、考察の対象である法人の活動時期の違い(設立準備の段階か設立当初か、それとも設立からある程度の期間が経過した後か)を捨象して、目的事業を現実に遂行し、または現実に遂行することができる状態にある法人一般を念頭に置いたものであり、設立されたばかりの法人であっても、目的事業を遂行することができる基盤を備えている限りは目的事業を現実に遂行している法人と何ら質的に変わりがないと見て、議論を展開しているとも考えられる(それは、現実の行為能力の有無や程度にかかわらず、自然人は出生の事実さえあれば「人」として一律に権利能力が認められるという取扱いをするのと同じである)。したがって、設立手続を履践した後に成立した法人は、目的や機関に関する定めその他、将来の活動に役立てられるべき構想と計画をその定款に含むところの、法人の「完成体」(または組織体説にいう組織体)であるということもできるだろう。しかし法律上、設立時に定款に定められなければならない事項も、成立時の会社が備えなければならない機関や設備も、相当程度簡素なものであり、(法人と並ぶ権利能力の

等)²⁴⁾も、(設立準則主義の観点に照らせば)少なくとも法令が定める要件を充

主体であるところのヒトの新生児との比較でいえば)完備性、網羅性、または拡張性を十分に有するものとはいえないように思われる(次段落参照)。見方を変えていえば、成立した法人の活動の内容および範囲は、成立時に大半が規定されてしまっているというよりは、成立後に新規に選択され、または取得されていくことが多いものといえる(なお、一般財団法人の定款変更の範囲と方法にかかる、一般法人法200条参照)。

前の段落で筆者は、成立時の会社が備えるべき機関や設備が、ヒトの新生児との比較において、完備性、網羅性、または拡張性を十分に有するものであるとはいえないと述べた。この点に起因する実際上ないし技術上の問題は、会社の機関またはその構成員を、(完備性・網羅性・拡張性を十分に備えているところの)自然人とすることにより、大部分解消される。しかし、このことが、法人であることをもって取締役の欠格事由とすることの理論的な根拠および積極的な根拠を導くものでないことは、いうまでもない。

- 23) 今日、いかなる組織を備えた団体が法人となる資格を備えるものであるのかは、団体が備えるべき実質をめぐる社会学的観点からの議論(我妻・前掲注18)125~126頁参照)ではなく、立法政策に相当程度依存する事柄である(それが設立準則主義からの帰結であることを示す林・前田編・前掲注19)8頁[林]および法人格付与の価値的契機に関する四宮・能見・前掲注20)99頁参照)。会社法についていえば、社団としての性質の具備よりも起業促進の観点を優先して採用されたところの一人設立および一人会社の許容(平成17年改正前商法94条4号・147条と会社法641条4号[持分会社の解散事由]、昭和13[1938]年改正前商法221条3号と同改正前商法404条[株式会社の解散事由。平成2[1990]年改正前有限会社法69条1項5号と同改正前69条1項も同様]、平成2年改正前商法165条と同改正前165条[発起人の員数]をそれぞれ対照)や、持分会社の無限責任社員に対する資本維持原則の不採用(会社623・628参照。有限責任原則の不適用を裏付けとする措置)などを挙げることができる(なお、本論文は、社員の有限責任をもって法人の基本的属性であるとして解するものではない。この点に関して、星野英一「いわゆる『権利能力なき社団』について」同『民法論集 第1巻』(有斐閣、1970年)294~297頁および四宮・能見・前掲注20)98頁を参照)。また、たとえば一定の政策目的の実現のために、法が特定の目的事業に従事する団体に法人格を与えるものとし、そうした法人の設立と活動を支援することもある(特定非営利活動促進法に基づく特定非営利活動法人[NPO法人]や、資産の流動化に関する法律に基づく特定目的会社など)。ただし、一般法人法10条1項(定款の作成)の解釈をめぐり、「非営利目的の一般社団法人では法人格は単なる道具ではなく、団体活動を支援するための制度」(傍点筆者)であることを理由に、一般社団法人について一人設立は認められないとする見解がある。四宮・能見・前掲注20)112頁注(*) (これと対置されるところの会社について、財産管理のための法的帰属点という技術的性格およびこれを実現するための仕組みを有しているという実体的根拠に注目する一方、社団性という実体的根拠を強調しすぎてはならないことを説いた部分[四宮・能見・前掲注20)107~108頁]も参照)。この見解を前提とするならば、会社(営利法人)を道具に見立てた上で、組織および運営方法に関する法制度を用途に合わせて抜本的に変えていくことは、ひとまず妨げられないということになりそうである。四宮・能見・前掲注20)108頁(財産管理のための法的帰属点を作ることを目的として法人が設立されることに関する叙述)も参照。

- 24) 一般法人16条2項かつ書、会社39条4項第4かつ書。

足していれば足り、(たとえばかつての民法上の公益法人の設立に際して行われていた設立許可主義²⁵⁾に見られるところの) 実体審査——究極的には、社会的に有用な作用を及ぼすことができる実質または能力を備えていることにかかる審査——といった価値判断を差し挟む必要はない。

これを株式会社について敷衍すれば、設立時取締役を含む取締役は、会社法の定めに基づく義務を履行し責任を負うことができる者であれば足りということになる、むしろここでは、取締役の欠格事由に該当しないことが当然に要求されるが、この欠格事由は、取締役としての義務と責任を履行させる際の妨げになるものとして最小限定しておく必要があると考えられるものであり、また、(本論文の問題意識によれば) そのようなものでなければならない。したがって、取締役の欠格事由は基本的には、会社の不利益回避の見地からのものであることが望ましく、会社の利益増進の観点から法が株主総会の選任権限に介入することは、(公開会社における所有と経営の分離原則に関する会社法 331 条 2 項本文・402 条 5 項本文のような例外を除いて) 避けられるべきであると筆者は考える²⁶⁾²⁷⁾。

25) 平成 17 年改正前民 34 条参照。

26) 社外取締役および社外監査役の資格要件(会社 2 条 15・16 号。実質的には欠格事由)は、会社との間の利益相反回避を主眼とするものであり、そのこと自体が会社の利益増進と直接の因果関係を持つと期待されているわけではないと考えられる。会計参与および会計監査人の資格要件(会社 333 条 1 項・337 条 1 項)は、計算書類の内容の適正確保にかかる、債権者を含む会社の利害関係者全般の利益にかんがみためのものであり、やはり会社の積極的な利益増進の観点は意識されていないといえることができる。

27) 成年被後見人または被保佐人であること(外国の法令上これと同視されるべき者を含む)は、もはや取締役および理事の欠格事由ではなくなっている(令和元〔2019〕年改正前会社 331 条 1 項 2 号〔取締役の資格等〕・令和元年改正前一般法人 65 条 1 項 2 号〔役員資格等〕参照)。令和元年の各法改正によるこの欠格事由の削除は、「成年後見制度の利用の促進に関する法律」(平成 28 年法律 29 号) 12 条 1 項に基づく「成年後見制度利用促進基本計画」(平成 29 年 3 月 24 日閣議決定)〈https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/0000202622_00017.html〉に対応したものである。竹林俊憲編著『一問一答 令和元年改正会社法』(商事法務、2020 年) 249～250 頁参照。

ここには、自然人の私権の享有の妨げとなる技術的要因を排除する——他人の利益を著しく損なうことなく本人の利益を実現することができる環境を作り出す——という政策的考慮が働いている。言い換えるならば、行為能力が制約されている権利義務主体がおよそ法人の機関(取締役または理事)として不適格であるという想定は、そもそも行われていない。このように解したとき、同じく私権の享有主体である法人は、享受することができる正当な利益があると認められる限り、他の法人の機関に就任することができるのではないかと考えられる。なお、令和元年会社法改正前において成年被後見人・被保佐人である

法人は、あたかも自律的かつ自発的に権利義務を発生させてこれを自己に帰属させていくという能動的な機能または作用を有するものであるかのような印象を持たれている。しかし、先にも述べた如く、法令の形式（準則主義）および内容（法人制度の実用主義および私的自治強化の思想に影響を受けた諸規定）に照らし、それぞれの法人は、今日、こうした機能または作用を現実を果たすこと（または果たしていること）を条件に法人格を与えられているわけではない²⁸⁾。法人を自然人になぞらえて²⁹⁾³⁰⁾³¹⁾、法人が独立の意思を内生的に（endogenously）

ことが取締役の欠格事由とされていたことの理由の説明として、岩原伸作編『会社法コンメンタル7』（商事法務、2013年）437頁〔榊素寛〕参照。

28) 「『法人』は、そのような有機体的存在がまず現実事実として存在することを前提しているわけではない。法人制度は、団体、または財団が法の要求する一定の組織を備えたときはそれを『法人』として法的に判断し処理するだけのことなのである。」川島武宜「法的構成としての『法人』——民法学および商法学のための基礎作業として——」同『川島武宜著作集 第6巻（法律学2）』（岩波書店、1982年）77頁。

29) サヴィニー（Friedrich Carl von Savigny）の法人擬制説は、（自由に意思決定をすることができないとか、その存在を現実を知覚することができないなどといった理由から、）法人は当然には権利義務の主体となることができず、法により、自然人に準じる権利義務主体として擬制されたものであると説明する。末川編集代表・前掲注19）1832頁〔石本〕、山野目編・前掲注20）653頁〔後藤〕参照。これに対して、法人实在説に属する学説である有機体説は、自然人と同様に、法人独自の活動を可能にする有機体を備えていることをもって、法人は権利義務主体としての地位を有するべきものであると説明する。末川編集代表・前掲注19）1833頁〔石本〕参照。他方、法人实在説に属するもう一つの学説である組織体説は、法人をもって、法の承認に基づき、権利の主体とするに値する組織体として実在するものであると解する（なお、組織体説は、法による法人格承認以前において法人が社会的に実在するものであるかという点について、何らの関心も示さない）。末川編集代表・前掲注19）1833頁〔石本〕参照。組織体説は日本において通説的な地位を占めていたと説明される。林・前田編・前掲注19）283頁〔前田達明・窪田充見〕、山野目編・前掲注20）650頁〔後藤〕。しかし、組織体説に対しては、権利能力を認めるべき社会的有機体とは何かという問いに答えないうまま、（組織体なるものの定義を示すことなく）法人とは権利の主体とするのに適した組織体であるという、似たような説明を繰り返しているだけであるとの批判がある。我妻・前掲注18）126頁。

今日、法人学説は、それが提唱された当時の歴史的・社会的事情に影響を受けたものであって（川島・前掲注19）92頁、林・前田編・前掲注19）3頁〔林〕、四宮・能見・前掲注20）100頁、山野目編・前掲注20）651頁〔後藤〕）、法人に関する法技術的装置が完成している法体系の下では、解釈論に直結するのではなく、論争の意義が失われていると指摘されている（内田貴『民法I〔第4版〕』（東京大学出版会、2008年）217頁）。法人取締役論に関する同様の見解として、泉田栄一「株式会社は取締役となりうるか」富大経済論集19巻1号110～111頁（1973年）参照。

確かに、法人は株式会社の取締役となることができるか——法人は他の法人の理事とな

ることができるか——という問題意識に対し、法法学説から何らかの有意義な答えが直接に得られるわけではない。しかし、「株式会社の取締役ないし法人の理事は、なぜ、自然人でなければならないと考えられているのか」（次の段落参照）という問いを掲げて、これに法法学説をそれぞれ照らし合わせてみると、対外的な取引に従事することが予定された一般的な法人については、いずれの法法学説も、法人の組織またはその活動を把握するにあたり、自覚的にまたは無自覚的に、（取引を自ら能動的に遂行し得る主体として）自然人を基準または標準として想定しているものと考えられる。それゆえ、この問いに対しては、「権利義務主体の原型は自然人であるから、法人の行為をできるだけ自然人の行為らしくするために、法人の行為を担当する取締役・理事は自然人でなければならない」という共通の答えが示されることになるものと思われる（したがって、共通の前提から展開されているところの既存の法法学説による限り、段落冒頭の問いに対して、そのような問いの設定自体に欠陥があると認識することはできないということが、ここで判明する）。以上の考察を踏まえた上で、本論文は、法人（制度）が有する政策的価値判断と法的技術の所産としての性質を踏まえる限り、業務執行機関が自然人でなければならないという帰結は、理論上当然には得られないことを明らかにしようとするものである。

ちなみに、次に列挙するように、民法学説は、（会社法に揃える形で）法人であることを一般法人の理事の欠格事由とした一般法人法（一般法人法 65条1項1号・177条）の制定前——法人である理事を認めるかどうか解釈に委ねられていた時期——においても、法人の理事が自然人に限られると解するものが通説であった。

まず、藤原弘道教授は、後掲のものを含むいくつかの文献を引用して、学説上法人は他の法人の理事になることができないと説明する。また、上柳克郎教授の文献（後掲注72）参照）を参照しつつ、特に公益法人の理事がその個性に重きを置いて選任されることを挙げて、法人が他の法人の理事になることができないという結論に賛成する。林・前田編・前掲注19）356頁〔藤原弘道〕。これは、理論的というよりは、実質的または技術的理由に基づく見解——法人の個性という、法人の外部的徴表の有無およびその識別方法にかかわる事柄——であると考えられる。なお、理事選任の際に重視されるべきであるという個性について、後掲注31）を参照。

我妻榮博士によれば、「法人の行為は、すべて自然人の現実の行為によらねばならない」という。法人において、自然人が理事すなわち法人の代表機関の地位を有する。法人の理事は代理人ではなく機関であり、法人の行為能力の範囲に属する行為を機関がするとき、それは法人の行為であるとされる。我妻・前掲注18）159～160頁。

柚木馨博士は、「法人は自然人と異なり自ら活動する肉体を有せぬから、結局自然人の肉体を通じて自ら活動をなすの外なく」、「機関はその性質上当然に自然人またはその集団である」という。柚木馨『判例民法総論 上巻』（有斐閣、1951年）331～332頁。柚木博士は、法人の本質について法人実在説（組織体説）の立場をとる。柚木・同書280頁。

鳩山秀夫博士は、「理事は自然人を以て之を組織す。法律上特に制限なきも法人を他の法人の理事とするは法律の認めざる処と解す」という。鳩山秀夫『日本民法総論』（岩波書店、1930年）178頁。鳩山博士は、法人の本質について法人実在説（組織体説）が正当であるという。鳩山・同書136頁。

幾代通博士は、法人とは団体をめぐる対内的・対外的法律関係を簡明かつ合理的に処理するための法技術であり、法律の規定上、その背後にある実体は必ずしも直線的には考慮されていないと指摘する。幾代通『民法総則（現代法律学全集5）〔第2版〕』（青林書院新社、1984年）92～93頁。法人と理事の関係についても、個人対個人の関係であり、代

表関係を代理関係と区別する必要はないとする。幾代・同書107頁。ただし、理事の資格に関しては、大審院判例（大判昭和2年5月19日刑集190頁。後掲注53）を参照しつつ、自然人であることを要求する。幾代・同書105頁。そしてこのことは、法人のみを社員とする法人においても異ならない（法人甲らが法人乙の社員であるとき、甲らの理事である自然人が、乙の理事にならなければならない）という。幾代・同書106頁注（一）。

四宮和夫教授および能見善久教授は、純粋に技術的理由をもって、法人は理事になることができないと指摘する。すなわち、理事は理事会において討議をしたり、業務執行の決定をしたりするものであるところ、法人自体は議論をすることができない。そこで、法人を理事とするならば、当該法人を代表する自然人を、理事の職務を執行する者として選任し、理事としての職務を行わせることになるが、その場合、理事を務める法人の関知しないところでこの職務執行者が交代させられるという不都合がある。したがって、（最初から）理事は自然人とするのが適当であるというのである。四宮・能見・前掲注20）128～129頁（四宮教授の単著である同書第4版補正版〔四宮・前掲注20〕には該当する叙述がない）。

なお、会社法の立案担当者の解説では、「法理論的には、法人取締役という制度を採用することも不可能ではない」とされる。すなわち、会社法の規定は政策的に法人取締役を禁止するものであるという。前掲注13）参照。ただし、理論的根拠の詳細は述べられていない。

- 30) 株式会社の会計参与および会計監査人、ならびに、法人の倒産処理手続または民事再生手続における破産管財人、更生管財人、再生管財人および監督委員のように、法人の機関またはこれに準じるものに他の法人が就任することが、法律上許容されていることがある（会社333条1項・337条1項、破74条2項、会更67条2項、民再54条3項・78条）。これらの仕組みが、前記の機関その他の者による権限行使ないし職務遂行における、専門能力の必要性または有用性という政策的価値判断に基づくものであることは明らかである（たとえば、法人破産管財人に関して、伊藤眞『破産法・民事再生法〔第4版〕』（有斐閣、2018年）、伊藤眞・岡正晶・田原睦夫・中井康之・林道晴・松下淳一・森宏司著『条解破産法〔第3版〕』（弘文堂、2020年）618頁参照）。もっとも、株式会社の取締役および法人の理事については、今日、その資格を法人にまで拡張することの必要性または有用性が社会一般において認識され共有されているとまではいえない（ただし、前掲注5）で見たところの、巨大株式会社が巨大合同会社の業務執行社員・代表社員になっている実態にかんがみると、法人取締役に對する潜在的需要は相当程度あるものと推測される）。それゆえに筆者は、本論文において、少なくとも理論的には、法人による取締役就任を排除すべき理由を見いだし得ないことを明確に指摘し、法人取締役の現実の有用性および必要性が広く認識されるようになったときに、速やかに法改正を行うことができる余地を残しておくべきであるとの趣旨（立法に関して理論上の問題が何ら存しないこと）を明らかにしたいと考えている。

- 31) 前掲注29)の第5段落で紹介した、理事は個性が重視されるものであるから法人は理事となることができないとする見解に対して、次の私見を述べておきたい。

ここにいう「個性」（自然人が有する個性）は、理事としての職務執行において「そのまま」発揮されることが想定されているものと推測される。理事をもって法人それ自体（法人の業務執行の全部を担当する機関）であると考えれば、このような理解は望ましいものといえるが、理事会（合議制の意思決定機関）や監事を置いて法人の諸活動を複

有していることを要件とする論理的な必然性はないし³²⁾³³⁾³⁴⁾、さらにいえば、

数の機関に担当させるようになると、自然人として有する個性を「そのまま」発揮させるべき局面は小さくなっていくであろうし、また、個人の個性を無制限に発揮させることは望ましくなく、当該法人自身が設定する手続（内部統制）により、その法人の独自の意思または行為として変容を加えられるべきであるといえる（これにより、法人の「個性」というものが、その理事の個性とは別個独立のものとして形成されていく。そして、そのような法人の「個性」は、なにかんづく本論文の問題意識との関わりでいえば、ある法人を理事として選任するに際して、評価要素とすることを十分可能にするものであるといえる）。また、理事は、理事としての立場上、個人として有している個性または能力の発揮をあえてしないことがあり得る。このことはとりわけ、（理事の善管注意義務および〔または〕忠実義務に含まれるところの）利益相反の回避という形で顕在化する。法人の業務執行が機能別に分けられ、しかも複数の者に分担させられるようになると、その個々の担当者に要求される能力または職務というものは、個性という言葉の背後にある、全人格的な要素に必ずしも依存しないものになっていくように思われる（むしろ、とりわけ大規模な会社では、定量的に測定することができると考えられる専門的能力に着目されることが多いであろう）。

なお、会議体の意思決定機関（理事会、取締役会）を有する法人は、特定の自然人の意思（表示）をもって直ちに法人の意思（表示）とする考え方をあえて回避しているということができる。あわせてこのとき、社員総会の権限が限定されることで（一般法人35条2項、会社295条2項）、業務執行機関の、社員（総会）からの独立性が高められる。ちなみに、一般財団法人には社員総会にあたる機関がないため、業務執行機関である理事による恣意的な運営を回避するため、理事会の設置のみならず、理事の監督を目的とする評議員会、さらに理事の監視を目的とする監事を設置することが法律で義務づけられている（一般法人170条1項）。新公益法人制度研究会編著『一問一答 公益法人関連3法』（商事法務、2006年）117頁参照。

- 32) 法は、便宜にかなうと認めるときには、相続財産法人のように独立の意思を持たないものにも法人格を付与しているから、法人に独立の意思があることをもって、法人の本質を構成する要素であると断定することはできない。富井・前掲注18) 194頁。なお、自然人が権利主体であることの根拠を意思の存在に求めることは、個人意思を絶対とする自然法思想であって、今日の法思想では採用しがたいものであると批判されている。我妻・前掲注18) 125頁。

このように考えると、法人とは、権利義務の帰属主体であることを示す一種の標柱（目印）であり、どのような組織または設備を備えれば法人の成立要件を満たすのかは、その法人のカテゴリーに属する主体に対して法がどのような機能・作用または活動を期待するのかという政策判断——会社であれば、コーポレート・ガバナンス論その他の議論に基づく政策判断——に委ねられるべき問題であると考えられる（前掲注20)・22) 参照）。つまり、当該政策判断を現実に反映させていく上で最低限必要とされる範囲で、法人が備えるべき組織または設備が定められていくということである。むろん、（法人を成立させる上で必要となる）そのような組織や設備が、法人制度以前に形成され、事実上独立した活動主体として認識されていた団体または機構の組織や運営方法などをモデルとしていることは容易に想像することができる。この点をめぐり、先駆会社（フォール・コンパニーエン）に関する大塚久雄『株式会社発生史論（大塚久雄著作集第1巻）』（岩波書店、1969年）341～359頁（特に「会社機関の端緒的形成」にかかる351～353頁）および森泉「合

(それにより生じる権利義務が法人に帰属するところの) 意思決定を含む諸般の行為を自己完結的ないし自給自足的にすることができるよう³⁵⁾、(機関が法人の内部的行為および対外的行為を法人自身の行為としてするとといった理解に基づいて) 法人が内部に固有の機構を備えていることを要件とする論理的な必然性もな

名一合資一株式会社の論理・大塚久雄『株式会社発生史論』の場合) 経済学研究(北海道大学) 27巻1号 65頁(1977年)の叙述を参照。しかし、当然のことながら、歴史的経緯を通じて形成される法人制度の内容は、歴史的事実(政治上または科学技術上の要因)による制約を抱えている。株式会社の取締役が自然人でなければならないという法律上の取扱いも、その一つであると筆者は考える。

法人の技術的性格を強調する見解として、川島武宜教授は、「法人というのは、社会関係を一定のしかたで処理するためのことば的技術或いは記号的技術(symbolic technique)である。すなわち、法人は、人間個人でないところに、あたかも人間個人が存在するかのごとくに権利義務を帰属させて法律関係を処理するための道具として使われることば(或いは概念)である」という。川島武宜「企業の法人格」同『川島武宜著作集 第6巻(法律学2)』(岩波書店、1982年)45頁。

- 33) 相続財産法人は、相続財産移転の形式を整えるという技術的目的のために、法の擬制(仮定)をもって法人としたものであると説明される。梅謙次郎『民法要義 卷之五 相続編[第18版]』(私立法政大学ほか、1910年)245頁。なお、我妻榮博士は「社会的作用を担当するために社会的価値がある」組織を備えていることをもって法人の存在が認められるという、法人实在説の系統に属する見解をとるものであるが(我妻・前掲注18)126頁)、相続財産法人もまた「一つの社会的作用を担当し社会的価値」を備えたものであるとして、他の法人と同様にとらえている(我妻・前掲注18)135頁)。
- 34) 前掲注32)において筆者は、法人が独立の意思を内生的に有することは法人の本質的要素であると断定することができないのであり、法人は権利義務の主体であることを示す一種の標柱であるという趣旨を述べた。この点を会社についてさらに推し進めれば、会社またはその機関がアルゴリズムに基づいて運営されることもまた、そのような会社(自動機械 automaton)の存在および活動が、社会的に有意義な価値(法人格付与の価値的契機[前掲注20)第2段落参照]など)を十分に与え続けるものである限り、是認されるべきこととなる。See, e.g., Sergio Alberto Gramitto Ricci, *Artificial Agents in Corporate Boardrooms*, 105 CORNELL L. REV. 869 (2020); John Armour & Horst Eidenmüller, *Self-Driving Corporations?*, 10 HARV. BUS. L. REV. 87 (2020). なお、アルゴリズムにより経営が行われる会社において自然人の関与が事実上必要になるとしても、それは基本的に、アルゴリズム(の実行装置)に判断を行わせることと、アルゴリズムの判断結果を適用することを目的とする作業または労務に限られる——自然人はもはや領導の主体ではない——であろう。
- 35) 自己完結的にすることができるという視点にこだわると、自然人によって担当されなければならないという認識に、自ずと至るものと思われる(前掲注22)第3段落参照)。

前掲注20)の第2段落の内容を踏まえていえば、法人の技術的側面と価値的側面を強調すればするほど、法人理事・法人取締役を否定すべき理由を見いだしがたくなる。しかし、過去の法人学説を念頭に置いた考察をしてしまうと、法人を自然人に準じたものとしてとらえる傾向が生じてしまう、ということである(前掲注29)第3段落参照)。

いと考えられる³⁶⁾³⁷⁾。法人は、その名をもって権利義務を享有しつつ定款所定の目的事業を遂行するために作り出された器ないし道具 (vehicle) であり³⁸⁾、権利義務を自己に帰属させるにあたって、当該法人が能動的に権利義務関係を形成していくのか、それとも、当該法人のために行為をする他人が発生させた権利義務を帰属させられるのかということ、その法人の利用目的および利用方法に応じて定まる技術的な事柄にとどまると考えられる。すなわち、法人それ自体が (機関の概念に基づいて) 自己固有の権利義務を恒常的に発生させるという理解をとるのか³⁹⁾、それとも、当該法人のために他人が発生させた権利義務が (代理の法理に基づいて) 当該法人に帰属するという理解をとるのかという問題は、法人の本質 (または法人格の認定要件の本質部分) に直接かかわるものではないということである。

法人は、その内部のおよび (または) 対外的業務執行をする権限を法律上有

-
- 36) 以上の叙述は、法人格のない社団に関する議論の視点を欠いている。しかし本論文は、法人の業務執行機関にかかる法定の要件として自然人であることを要求することに合理性があるか否か (自然人でないものの就任が業務執行機関の地位の成立、ひいては法人の成立を阻止するか否か) を論じようとするものであって、“すでに” 一定の組織または設備を備えて事実上活動している団体が法人としての権能を有するものと認められるべきか否かを論じようとするものではないから、法人格のない社団に関連した考察は行われぬ (なお、そのような団体が、自然人で構成されない「業務執行機関に相当すると考えられるもの」を有している場合に、法人としての権能を認めるべきか否かを論じようとするときは、本論文での検討が示唆を与えるものと筆者は考える)。
- 37) 会社は、契約によりその経営活動のすべてを無期限に他人に委任することも妨げられない (株式会社における手続として、会社 467 条 1 項柱書 4 号)。この間、会社の業務執行機関は、代理人の選任および監督にかかる権限行使に従事するだけでよいこととなる (そのような権限行使もまた委任の対象となり得る)。
- 38) 民 34 条参照。ただし、少なくとも会社についていえば、その目的の範囲に属する行為であることの認定は、客観的・抽象的に当該目的の実現に必要なという観点から行われるため (最判昭和 27 年 2 月 15 日民集 6 卷 2 号 77 頁)、幅のある判断をすることが会社に許される限りにおいて、会社を (上で筆者が述べたような) 道具 (すなわち使役されるもの) としてではなく、自律的な存在として見ることが出来る余地が広がる (会社は政治的行為を含む社会的作用に属する行為をすることができるが、当該行為は、定款所定の目的遂行の上に必要であると解して差し支えないと判示した、最判昭和 45 年 6 月 24 日民集 24 卷 6 号 625 頁参照)。
- 39) このような理解は、法人を自然人になぞらえる意識が前提になっているものと考えられるが、当該理解に従うとき、先に述べたように、常設的な機関の構成員にはやはり自然人が適しているという評価を導きやすいように思われる。前掲注 22) 第 3 段落および前掲注 29) 参照。

し⁴⁰⁾、もしくは当該法人から業務執行にかかる権限を授与されたところの機関（業務執行機関）を具えている。法人の業務執行機関は、理事（株式会社の場合は取締役）によって構成される。法人の社員が業務執行にかかる権利を有するものとされる場合⁴¹⁾を除いて、法人は、原則として社員総会の決議に基づいて理事を選任しなければならない⁴²⁾。法人の理事が設立時から設置を義務づけられていること（常設の機関とされていること）の理由は、法人の業務執行の一つ一つについて、他人に個別に代理権を付与する方法は煩瑣であるし、社員全員に業務執行権限を与えるものとする社員多数の場合には事務の不統一または渋滞を招くという点に求められている⁴³⁾。

法人の業務執行を自ら担当する者は、代理人ではなく機関と呼ばれている。通説によれば、これは、機関の行為が法人自身の行為であると観念され、代理のように他人の行為が法人に帰属したものではないことによるものであると説明される⁴⁴⁾。このような説明の背後には、法人実在説の考え方、すなわち、法人には独自かつ固有の意思があり、法人はこの意思に基づいて行動するものであるから、法人の行為というべきものがあり、法人の意思を体現して行動するものが法人の機関であるとする理解⁴⁵⁾⁴⁶⁾が働いているといえる。法人に独自の意思があり、

40) 一般社団法人に関して、一般法人76条1項・77条1項本文4項、株式会社に関して、会社348条1項・349条1項本文4項・363条1項・418条2号・420条3項等。

41) 会社590条1項（持分会社の業務執行）参照。

42) 一般法人63条1項、会社329条1項。なお、一般財団法人の評議員および理事に関して、一般法人153条1項8号3項1号・159条1項・177条・63条1項参照。指名委員会等設置会社の執行役の選任に関して、会社402条2項参照。

43) 法典調査会「民法査査会議速記録 第5巻〔複製版〕」（日本学術振興会、1937年）38～39頁。また、林・前田編・前掲注19）347～348頁〔藤原〕参照（なお、藤原教授は、法人の理事が自然人でなければならないという前提〔前掲注29〕第5段落参照）の下に当該箇所の叙述を行っているものと思われる）。

44) 林・前田編・前掲注19）349頁〔藤原〕参照。機関は法人の手足であるとの比喩がしばしば用いられる。たとえば、幾代・前掲注29）107頁参照。しかし、理事が法人を代表する際の表示は、法人名のみでは足りず、代理と同様の方法（たとえば、「一般社団法人甲代表理事乙」）によらなければならないと解されている。我妻・前掲注18）160頁。

45) 法人実在説にかかる本文の整理は、我妻・前掲注18）156頁による。これに対して法人擬制説によれば、法人の行為というものはなく、法人はその外部にいる代理人の行為によって権利義務を取得するに過ぎないとされる。我妻・同前。上柳克郎教授は、法人の「いわゆる機関」を代理人ではなく機関と呼び、代表行為は法的には法人自体の行為であるとして法人の行為能力を肯定するという論法が、自然人の意思と類似の性質を持つ法人の意

その意思に基づいて独自の行為をする——外部者の行為が法人に帰属させられるのではない——という理解に立つならば⁴⁷⁾、法人は、代理人のような外部者によらずに、法人それ自体で自己完結的に行為をすることができなければならない⁴⁸⁾。そこで法人は、自己完結的に行為をするために、現実に行為をすることができる者を自己の内部に取り込まなければならなくなるが、(現実に行為をすることができる者を取り込んだだけで自己完結的に行為をすることができるというのであるから)それに適する者は自然人しかいないということになる⁴⁹⁾。つまり、理事が自然人に限られるという立論は、法人の行為能力(自己完結的に行為をすることができる能力)を認めることと、理論的および論理的な因果関係を有するものであるといえる。

上記の通説に対しては、理事を法人の機関(法人に吸収された存在)として見

思というものの存在を観念する有機体説を前提にしたものであると指摘する。上柳克郎「会社の能力」同『会社法・手形法論集』(有斐閣、1980年)48頁。そして、森泉章教授は、法人自身の行為という観念が有機体説によって構成されたものであると指摘した上で、法人は、権利義務の帰属点としての観念的存在であり、自然人とは異なり生きていないから、法人自身の行為というものは考えられず、法人の行為能力という観念を認める必要はないと主張する。森泉章「法人の能力と代表機関の権限」同『公益法人の現状と理論』(勁草書房、1982年)52頁。

- 46) 法人と理事との関係を代理と解する見解および代表と解する見解について、両見解の理論的な系譜、論理構成、そして比較の際の評価基準を述べたものとして、川島武宜「法人の代理と代表」川島・前掲注32)56頁参照。
- 47) 法人の行為能力および不法行為能力をめぐる学説状況に関して、林・前田編・前掲注19)281～288頁〔前田・窪田〕参照。それによれば、法人擬制説をとるものは法人の行為は代理人による行為であるとして、法人の行為能力・不法行為能力というものを認めないが、法人実在説(組織体説)が通説になると、法人自身の行為・不法行為というものがあると解されるに至る。しかしその後、法人の技術的性格が再認識されるようになってからは、法人の行為というものを否定し、法人の不法行為責任にかかる法規定も、他人の行為についての報償責任を定めたものであると解する学説が有力になったとされる。
- 48) ここで筆者は、「自己完結的に行為をする」という表現を、「他の権利主体の助けをまったく借りないです」という意味合いで使っている。もっとも、行為というものをもって、過程と、(動機・目的に対応する)結果とを兼ね備えたものではなく、結果のみとらえることができるならば、法人においてある結果(に相当する事実)が生じたという現象——意思表示であれば、形成された効果意思の具体的内容の存在および表示行為の外形的事実——を随意に導くことができる限り、ここで行為の主体となることができるものは、自然人であっても、法人であっても、アルゴリズムが動かしている自動機械であってもよいはずである。
- 49) 前掲注29)第3段落および前掲注22)第3段落の叙述も参照。

るのではなく、法人の代理人としての地位を有する、言い換えれば、理事は法人から独立した行為主体としての地位を失うものではないとする見解が有力に主張されている⁵⁰⁾。これによるときは、技術的にはともかく、少なくとも理論的には、理事が自然人でなければならないという結論は得られないであろう。

(以下次号)

50) 前掲注47) 参照。

川島武宜博士は、理事が必須の機関とされているのは社団の有機体的性格があるからではなく、これを通じて取引の便宜と安定を図るために法律が要求したからであるという(元来は、「総社員が代理人をおく」ことで総社員の便宜を図るという、内部的な需要に基づく手段であるとする)。川島・前掲注19) 120頁。星野英一博士は、法人それ自身は動くことができないので、他の人すなわち代理人が法人に代わって法律行為をし、その効果が法人に及ぶという取扱いが行われると述べ、法人自身が行為をすとか、法人には行為能力があるとかいった説明は、一つのたとえであるという。星野英一『民法概論I(序論・総則)』(良書普及会、1971年)131頁・137頁注(一)。

また、藤原弘道教授は、理事を法人の機関とする立場に対する批判説を概観した上で、理事とは法人の目的の達成のためにその事務の執行を委任された一種の財産管理人としての地位を有し、その管理権に基づいて法人の事務を執行するものとするものであり、その事務が対外関係を伴う法律行為であるときには、この関係は単に代理として処理すれば足りるという。林・前田編・前掲注19) 353頁〔藤原〕。