

法人に関する法体系の構想

金 教昌*

- I 法体系, 権利と義務, 主体と客体
 - 1 法体系
 - 2 権利と義務, 主体と客体
- II 権利主体としての自然人と法人, これらに関する法体系
 - 1 権利主体としての自然人 (a natural person)
 - 2 権利主体としての法人 (a judicial person, a legal person)
 - 3 人格の賦与
 - 4 自然人に関する法体系と法人に関する法体系
- III 法人の本質
 - 1 三つの学説
 - 2 法人実在説のうち有機体説と組織体説
- IV 法人の種類
 - 1 準拠法による分類
 - 2 目的による分類
 - 3 形態による分類
 - 4 正規の法人と準法人
- V 法人法の法源
- VI 法人の機関
 - 1 最高意思決定機関, 執行機関, 監査機関
 - 2 代表と代理
 - 3 会議の意思決定
- VII 法人の合併と分割
 - 1 合併と分割の意義
 - 2 会社合併の経営的目的と法律的目的
 - 3 合併の本質
 - 4 合併の方法 — 折半の合併と合併の模範型
 - 5 合併の一般化と合併に関する立法論
- VIII 法人の類型拡張 — 家計, 宝物
 - 1 家計
 - 2 物

* 金 教昌 (キム キョウチャン), 一新法務法人 代表弁護士, ソウル地方法院元判事, 司法研修院および淑明女子大学非常勤講師, 大韓公證協会前会長, 韓国上場会社協議会相談役, 大韓弁護士協会登録審査委員長, 大韓商事仲裁院 仲裁委員, 韓日弁護士協議会副会長。

I 法体系, 権利と義務, 主体と客体

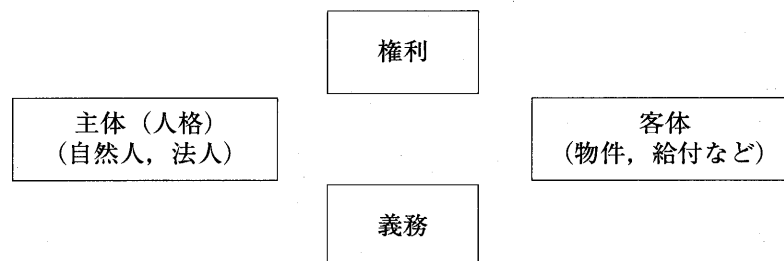
1 法体系

法とは人間の社会生活を規律する規範のうちの一つであり, 国家権力によって強制される規範である。規範としての法を言う際に, 法というのは個々の法律やこれらの単純な集合体を言うのではなく, 一つの体系(system)として構成されている一連の法規範を言う¹⁾。そして, ここでの体系とは一つの理念の下に相互関連されて多様な認識等の統一体を言う。現在我々の法体系を支えている理念は自由民主主義である。我々の法規範は全てこの理念の下に相互関連されている統一体である。

2 権利と義務, 主体と客体

我々の法系は縦には権利と義務を, 横には主体と客体をその軸とみなしている。権利には義務が対立する。権利と義務にはその主体と客体が当然登場するものである。このうち権利義務の主体としては自然人と法人がある。このうち権利義務の客体としては物件, 給付などがある。我々の法体系は, これら4つの概念を縦横の軸とみなす構造物である。

〔図表1〕 法体系, 権利と義務, 主体と客体



主体等の間で客に対して権利を持ち, 義務を負う法律関係が形成される。今日, 人間の社会生活は上の4つの概念によって法律関係として脚色され, 法規範により評価され, 規律されている。法体系の中の該当規範によって評価され, 規律されているのである。

II 権利主体としての自然人と法人, これらに関する法体系

1 権利主体としての自然人 (a natural person)

自由民主主義の理念を信奉する国家の憲法は全ての自然人を権利主として待遇し, その地位を保護する。このような国家の市民らはその地位が天賦のものであり当然のものと認

識している。しかし、実はそうではない。振り返って見ると、このような国家においても全ての自然人が権利主体として待遇されるようになったのは近年のことである。何世紀にもわたって人間が栄と辱の過程を繰り返した果てに、近年に至って法的に自由民主主義の理念を確固たるものとして定着させたのである。そのような後によりやく成立したというわけだ。

それ以前にはこのような国家においても自然人のうちのごく一部のみが権利主体としての地位を享受していた。一部の支配階級だけがその地位に与っていたのである。一般市民は主体として待遇されることはなかった。一般市民が主体として待遇されるようになる過程においても、女性はまた一步遅れていた。第二次世界大戦の後まで、韓国と日本の女性は権利主体として扱われなかった。西欧でも事情は似たり寄ったりだった。そして、わずか約100年前ですら、自然人の中には権利義務の客体として取り扱われる自然人さえいたのである。奴隷がまさにそのような自然人である。米国のLincoln大統領が奴隷解放を宣言したのがわずか150年前のことである。奴隷解放とは法的に言うならば、奴隷を権利客体から権利主体へと昇格させたということである。

このように全ての自然人が権利主体として待遇されるに至った過程を振り返ると、主体という地位は天賦のものではなく、人間、人間の立法技術による産物であることを認識させられる。人間の生と死は神の御手にかかっているが、主体としての地位は人間が立法技術によって人格 (Personlichkeit, 権利能力) という法概念を作り、自然人の出生に権利能力を付したことに始まったものであることを認識することになるのだ²⁾。自由民主主義国家の憲法には例外なし“全ての人は人間としての尊厳と価値を持つ”と規定されており、民法の中には“人は生存する間、権利義務の主体となる”と規定されている。このようなことがまさに、自然人に権利能力を付与し、権利主体として待遇するという規定である。

2 権利主体としての法人 (a judicial person, a legal person)

人間は立法技術によって、自然人に加えて社会的価値がある組織体と一団の財産にも人格を賦与するに至った。以下、組織体だけに対して説明する。

自然人の存在は我々の五感で感じることができるが、組織体の存在は我々の五感で感じることができない。立法技術は、我々の五感で感じることができないものにも一つの人格を賦与するに至らしめたものである。立法技術によって法人制度を創設したのである。

そのような組織体に賦与した人格を自然人に賦与した人格と対比して法人格と呼び、法人格を賦与された組織体を自然人と対比して法人と呼ぶ。

国家は早くから法人としての待遇を受けた。そして国家以外にも法人として待遇するだけ

の組織体が存在するという事をローマ法とゲルマン法が既に認識していた。

現在、ほとんど全ての国家は一定の要件を備えた組織体を法人として待遇している。現在、法人格を賦与されている組織体としては、人々の結合である社団と出捐された財産である財団の二つの類型がある。

自然人であれ、法人であれ、権利主体として待遇を受けるに至ることは全て法によって人格を賦与されることに始まる。等しく立法技術の所産であるというわけだ³⁾。一見自然人は神の被造物として当然のごとく、また、法人は人間の被造物として、法によって初めて主体として待遇を受けることになったように見えるが、そうではない。上に述べたように自然人の場合にはその生と死は神の御手にかかっており、法人の場合にはその成立（設立行為と出捐行為）と消滅（清算終結）自体も人間の手にかかっているが、その生と成立に人格を賦与したのは等しく立法技術の所産なのである。自然人と法人の間で、その点においては何ら異なるところがない。

後に法人の種類において再度述べるが、法人には大規模の法人もあり、中または小規模の法人もある。国際的な法人もあり、国内的な法人もある。公法人もあり、私法人もある。営利法人もあり、非営利法人もある。社団法人もあり、財団法人もある。その姿を見ると規模、種類などが実に多岐多様である。今日、法人は社会の全ての分野で実に大きな役割を担っている。

人間が法人制度を創設したのは、社会科学において人間が達成した偉大な業績である。自然科学において人間が水力と火力に加えて電力と原子力を発明したことに匹敵するだけの業績である。自然人が活動できる期間は数十年を超えない。自然人が活動できる地域の範囲もそれほど広くない。自然人の力は微々たるもので、容易に揺れ動く。それに比べると法人は、時空を超えて活動できる。法人は力強く、容易に揺れることもない。人間は法人制度を通じて、時空を超え、確固たる基盤の上に発展することができた。自然人だけではとうてい達成できない事業を現在に至るまで達成してきたし、これからも達成していかだろう。今日、法人は社会の全ての分野で実に大きな役割を担っている。

3 人格の賦与

人間が自然人と組織体に人格を賦与したのを、算術的に言うと、0から1を造りだしたようなものだ。それは算術的な観念を超えたという意味になる。

「要点1」で見ると、自然人と法人に人格を賦与したのは、前に説明したように、等しく立法技術の所産である。

〔要点1〕 人格の賦与

| |
|--|
| <p>自然人と法人に人格を賦与したこと (0→1) —— 等しく立法技術の所産である</p> |
|--|

4 自然人に関する法体系と法人に関する法体系

主体のうち自然人に関しては民法の総則編に一部、親族編と相続編に大部分が規定されている。自然人に関する法体系は現在きちんと定立されており、相当に高い水準に上っている。自然人に関する法体系を学者たちは独自の法域で認め、身分法または家族法という異なる名称で呼んでいる。

主体のうち法人に関しては民法の総則編に一部、商法と様々な特別法に大部分が規定されている。ところで法人に関する法体系は未だきちんと定立されておらず、相当に低い水準に止まっている。法人に関する法体系を学者たちは未だ独自の法域として認めておらず、身分法に対比して別途に法人法なり、その他の名称をつけて呼んでもいない。

筆者は法人に関する法体系の定立を試図しながら、その構想の一端として本稿を抄する。自然人に関する身分法に相当するものとして、法人に関する身分法を“法人法”と名付けて呼び、その定立の試図として“法人法序説”を抄しようとするものである。

「要点2」で見ると、法人法は法人の組織と運営に関する法である。その内容には組織法と手続法が含まれる。法人法の法域は公法と私法の両方にわたっている。

〔要点2〕 法人法

| |
|----------------------------|
| <p>法人法 = 法人の組織と運営に関する法</p> |
|----------------------------|

III 法人の本質

1 三つの学説

自然人に加えて権利主体として待遇されている法人の本質は何であろうか？ 法人の本質論は19世紀に100年にわたって法学界で論争の焦点となっていた。それに関しては大きく三つの学説が台頭していた。法人擬制説、法人否認説、法人実在説がその三つである。

このうち法人擬制説は法人という実在は存在せず、法律が自然人に擬制したものであるという説である。この説を主張した代表者はSavignyである。この説がひととき西欧で風靡

したが廃れていった。

法人否認説は自然人に擬制されたものとは、結局は実在しないということなので、法人を構成する個人や財産において実在を見出そうとする説である。Brinz, Jhering, Holderなどがこの説を主張したが、この説はあまり注目されることなく消えていった。

法人実在説は、法人を社会的実体として見る。現在ではこの説が定説として定着しつつある。法人実在説について、以下でもう少し説明する。

2 法人実在説のうち有機体説と組織体説

法人実在説は再び二つに分けられる。有機体説と組織体説がその二つである。

1) 有機体説

Gierkeが法人を社会的有機体と説明した。“部分の多数性と全体の単一性が組織的に結合された統一的構造の有機体だ”ということである。法人が人的要素と物的要素を兼備し、持続的に活動する有機体 (going concern) であることに間違いはないが、それだけをもって法人の本質として説明することは社会学的理論に止まるものであり、法学的理論としては多少不足である。

2) 組織体説

組織体説の主唱者はMichoudとSaleillesである。彼らは法人を権利主体として適切な法律的組織体と説明する。有機体説が社会学的理論に止まるのに比べ、この説は法学的理論だという点で有機体説よりも一歩進んだ説である。しかし、この説において“権利主体として適切な”という表現は権利主体として待遇される法人の本質が何であるのかという問いに問いをもって答えているに過ぎない。

この説のこうした弱点を我妻栄教授が補完している。彼は法人の実在を“自然人以外に自然人と同様に独立して社会的活動をすることで権利主体として待遇されるだけの社会的価値を持つ組織”と説明する。彼の説を特別に社会的価値説と呼ぶが、組織体説の内容を補完したに過ぎないため、彼の説を組織体説と別個の説として分類するものではない。我妻教授は法理論に社会的価値という非法的概念を登場させたが、それは不可避なことである。法人格を付与される以前のものであるため、ある組織体の存在を認定しようとするれば非法的概念を登場させるしかないからである。法以前に組織体の存在を認定するこの説は妥当なものである⁴⁾。筆者はこの説を支持する。

IV 法人の種類

規模による分類（大規模，中・小規模），国際的なものと国内的なものとの分類は省略し，それ以外の基準による分類だけを紹介する。

1 準拠法による分類

公法人—公法を準拠法とみなして設立された法人。ここに該当する公法としてはUN憲章，憲法，地方自治法，政党法，その他特別法を挙げることができる。公法人のうち国際的な法人としてはUN（国際連合），IAEA（国際原子力機構），IMF（国際通貨基金），WTO，APECなどがある。公法人のうち国内的な法人としては国家，地方自治団体，政党などがある。

私法人—私法を準拠法とみなして設立された法人。ここに該当する私法としては民法，公益法人法，商法及びこれらの特別法を挙げることができる。私法人のうち国際的な法人としてはICC（国際商工会議所），国際Olympic委員会などがある。私法人のうち非営利法人として世界的に活動をしている法人は国際Lions協会，Jaycees Internationalなどが挙げられる。韓国国内的な非営利法人としては大韓商工会議所，大韓体育会などがある。営利法人のうち米国，日本，韓国の各種会社で言うなら，全世界を舞台に営業活動を繰り広げているGE，GM，IBM，Micro-Soft，Mitsubishi，Toyota，Sony，SamSung，Hyundai，LGなど大型会社等が挙げられる。

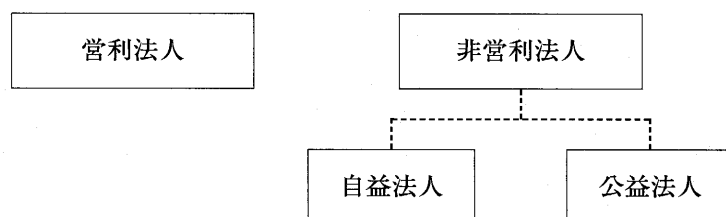
2 目的による分類

営利法人—営利を目的として設立された法人。民法上の営利を目的とする社団，商法上の会社，その他特別法上の営利法人。

営利法人は事業を営営し，営利を取得し，これを構成員らに分配する。

非営利法人—営利以外のものを目的として設立された法人。この中には法人自体の利益を目的として設立された法人（自益法人）もあり，公共の利益を目的として設立された法人（公益法人）もある。

〔表2〕目的による法人の分類



自益法人を日本では中間法人と呼ぶ。

3 形態による分類

社団法人 (a corporate juridicial person, Verein) — 一定の目的のもと多数の人で組織された団体。社団法人は発起人の設立行為により人格を取得し、清算終結により人格を喪失する。

財団法人 (a foundational juridicial person, Stiftung) — 一定の目的に出捐された一団財産。財団法人は設立者の出捐行為により人格を取得し、清算終結により人格を喪失する。この財産が出捐者とは別個の人格を持つことになる。財団法人の中には人格の取得原因が特別なものもあり、破産財団と相続人不明の相続財産がそのような財団法人である。破産財団は破産宣告が出捐行為にあたり、上記の相続財産は被相続人の死亡が出捐行為にあたる。

4 正規の法人と準法人

法人のうち、管轄官庁の設立許可または認可を受けた法人。準則に基づき設立され設立登記または登録を終えた法人を正規の法人と呼ぶ。

我々の社会には許可または認可を受けず、登記または登録を終えていないが正規の法人に劣らず組織体としての実体を備えているだけでなく、社会的に目覚しく活動している組織体が数え切れないほど多くある。正規の法人に劣らず社会的価値を持つ組織が多くあるということである。学説と判例はこれらを権利能力（人格）のないまたは非法人社団、権利能力のないまたは非法人団財と呼ぶ。名称はそのように付けて呼んでいるが、彼らをほとんど正規の法人と変わらず権利主体、すなわち法人として待遇する。訴訟手続きにおいて当事者能力も認定し、財産に関する登記または登録手続きにおいてその能力も認定する。そのような組織体の頭に相変わらず権利能力のないまたは非法人という修飾を付けて呼ぶことは実に見合っていない。

学者の中には「法人格を前提にしているのを除いては」という但し書きを付ける人もいるが⁵⁾、韓国でその但し書きは蛇足に過ぎない。今まで不動産を取得し、登記をする場合には登記能力が問題となっていたが、韓国の不動産登記法はその登記能力を全面的に認めるようになって、その但し書きは蛇足になった⁶⁾。

筆者は今後これらを“準法人”という修飾を付けて呼ぶことを提議する。2004年8月に韓国で法務部の民法改正案が国会に提出されたが、その改正作業の中で筆者は韓国会議法学会を通してこのような改正意見を法務部に提出したものである⁷⁾。遺憾なことに、その意見は改正案には反映されなかった。今後、多くの学者たちが筆者の意見に賛意を表し、次回改正時には筆者の意見が必ず反映されることを願っている。

〔要点3〕 準法人

権利能力のない社団、財団→ 準法人である社団、財団

V 法人法の法源

法人の種類において準拠法として列挙されたものが、まず最初の法人法の法源である。韓国券去来法、独占禁止及び公正去来に関する法律、金融産業の構造改善に関する法律、会社整理法、法人税法などもそれらに含まれる。次に慣習法、判例法、条理などが法人法の法源である。

VI 法人の機関

1 最高意思決定機関、執行機関、監査機関

法人は自ら意思決定をすることができず、自らその決定を実行に移すこともできない。その点で意思能力と行為能力がない自然人と類似している。法人はその機関を通して意思決定をし、これを実行に移す。その機関の地位は意思能力と行為能力がない自然人の法定代理人の地位と類似する。

法人の最高意思決定機関と執行機関が、すなわちそのような機関である。社団法人の最高意思決定機関は社員全員で構成される社員総会（これを会員総とも呼ぶ）である。株式会社においては株主総会がこれに該当する。会員総会の代わりに代議員総会を置いている法人も多くある。民主的組織体は必ずこのような総会または代議員総会を置く。財団法人の最高意思決定機関は理事会である。社団法人の理事会、理事、代表理事と財団法人の理事、理事長がこれら組織体の執行機関である。これらのうち代表理事、理事長は法人を代表する機関である。法人は自ら決定し、執行できず、機関を通して決定し、執行するため、その機関を監査する機関を必要とする。そのため、上の機関に加えて監査機関を置くものである。監事が、監査機関である。

2 代表と代理

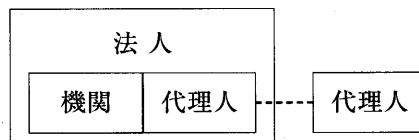
機関の概念を理解するには、まず代理制度を理解しなければならない。振り返ってみる

と、代理制度はその範囲は狭かったが、いち早くローマ法において認定されていた制度であって、私的自治の補充と拡張のために近代法が発展させた制度である。本人が意思能力と行為能力を全く持っていなかったり、不十分な場合にこれを補充し、本人が多くの法的活動をするために、そのうちの一部だけを自身が担い、残りは代理人に委任し、代理人によって担えるようにすることで拡張を図るものである。

機関制度は代理制度の延長として発達した制度である。機関制度が創案されなかったなら、法人制度はそもそも創設されなかったはずである。機関は組織体としての法人を構成している一部である。法人自体と変わるところがない。代理より本人に近いと言えることができる。そうではあるが、やはり本人自身ではないため、民法は機関の代表行為に関して代理に関する規定を準用する（韓国民法第59条第2項）。

法人は機関に加えてその組織体内部に、そして、その組織体外部に代理人を置いて活動する。会社の支配人は内部の代理人であり、代理店は外部の代理人である。

〔図表3〕 法人の機関と代理人



3 会議の意思決定

総会と理事会は民主的組織体内の議決機関である。このような議決機関を会議（a deliberative assembly）と呼ぶ。会議は会議規則に基づく会議を通して団体的意思決定をする。

組織の意思決定を一人の人または何人かに委ねることもできる。そうすれば時間と費用は節減できるかもしれないが、彼らの専横に流れやすい。そして、会員たちが組織の活動に消極的参加にとどまってしまう。それで、民主的組織体は時間と費用を多少消費しても会員たちが会議体を構成し、会議を通して団体的意思決定をするよう定めている。組織体を会員たちが自治的に運営するようにし、会員たちが組織体の活動に積極的に参加するようにしているのである。

会議体の意思決定は決議として成り立つ。その決議は民主的会議進行法に基づく会議を経て成されなければならない。これが民主社会の基盤である。民主的会議進行法は英・米の議会で約1,000年にわたって慣行を通して形成された。

Robert's Rules of Order (RR) にその内容が集大成されている。この冊子は米国の予備役将軍であったHenry M. Robert (1837-1923) によって最初に発刊されたもので、彼の後継者らによって今日まで増補されてきている。2000年に発刊された第10版が最新版である。RRは現在、万人の会議規則と同義語（Synonym）だと言ってもいいほどである⁸⁾。韓国と

日本にも第2次世界大戦終結後に議会と平会議体を通してこれが導入された。UN会議規則もRRを手本にしたものである。

RRはRobert将軍が本来平会議のために執筆し始めたものであるが、どういうわけか現在議会のことまで網羅されている。本文だけで640ページ余りに至る膨大な分量である。複雑でもある。これをmasterして議会進行に臨むことは非常に難しい。それで、筆者が参加している韓国会議法学会が平会議に必要な分だけその内容を要約した“韓国標準会議規則”を作成し、2003.10.15.に公表した次第である。

Ⅶ 法人の合併と分割

1 合併と分割の意義

権利主体としての自然人と法人を創設した (0→1) 人間はその立法技術によって法人の創設から一歩進んで、法人の合併制度 (1+1→1) と分割 (1-1→1, 1) 制度も創設した。

〔図表4〕 法人の合併と分割

| | |
|------------|---|
| 合併 1+1 → 1 | 分割 1-1 $\begin{cases} \rightarrow 1 \\ \rightarrow 1 \end{cases}$ |
|------------|---|

合併とは複数の法人（以下、合併参加法人、または参加法人と言う）が結合して一つの法人（以下、統合法人と言う）に変換できるようにする制度である。結果的に合併を通じて一つの法人が設立される。一般的な法人の設立と合併を比較してみる。複数の法人が全て解体された後、その株主たちが発起人として解体された法人の人的・物的組織を基盤に一つの法人を設立することができる。これは事実上の合併である。事実上とは一般的な法人の設立過程に複数の法人がしばし登場して消えただけのことで、一般的な法人の設立と変わるところがない。別個のものではないということである。法律上の合併はそのようなものではない。複数の法人が統合法人の設立過程に直接参加し、それらが解体されないまま、統合法人に吸収されるものである。法律上の合併はこのように特殊な法人の設立である。法人制度を創設した立法技術の延長線に人間が法人の合併制度も創設したのである。

分割とは、単数の法人が分割して複数の法人に変換できるようにする制度である。結果的に分割を通して複数の法人が設立される。

以下、合併と分割のうち、合併のみを挙げて扱う。分割に関する説明は、合併に関する説明を反対にすればよいので省略することにする。

また、本稿は合併を挙げて扱うことにおいても、便宜上合併に関する研究が最も深く進

展している株式会社の合併を挙げて扱うことにする。甲が存続会社として、乙が消滅会社（解散会社とも言う）として参加し、合併によって丙という統合会社を設立した場合を例に挙げる。統合会社を甲と区別し、丙と呼ぶことは、仮に甲が存続会社であっても合併前の会社と合併後の会社を明らかに区分するためであり、さらに突き詰めれば、合併前の会社（甲）と合併後の会社（甲+乙）は実際に組織上大きな変換により、明らかに違う会社であるためにそうするものである。

2 会社合併の経営的目的と法律的目的

1) 会社合併の経営的目的は、一言で言うなら経営合理化のための財産の合一である。ここで経営合理化とは業種の転換、業種の多様化、市場支配、費用節減、税務上の利点など複合的な要素を全て包容する概念である。産業合理化のための合併（韓国公正去来法第7条第1項）。不実企業の回生のための合併（韓国会社整理法第211条第2項、第224条、第225条、第249条、第258条、同金融産業の構造調整に関する法律第5条、第12条）などを法律が特別に規定しているが、これらもすなわち経営合理化に属する。

2) 合併の経営的目的をそのまま合併の法律的目的としてはならない。そこから一步進まなければならない。財産の合一は法律上の合併以外の方法、すなわち事実上の合併やそれ以外の企業結合を通してもなすことができる。しかし、事実上の合併などによるときには参加会社を解体（impair）しなければ一つに変換することができない。したがってその過程で有機的な組織が相当解体される。それによって持続的な活動もしばらく断絶され、解体されたものを復旧することにおいて多くの時間、労力及び費用が所要される。解体と復旧に所要される費用のうち、比重が大きいものを一つ挙げれば、資本の増加と乙から丙への財産移転手続きに伴う各種租税の負担である。これら租税は乙が既に負担していたものを丙が二重に負担するようになるものである。さらに事実上の合併は一時的なものに過ぎず、確固たるものではない。合併の法律的目的は人格の合一を通して複数の会社が解体なく（unimpaired）一つになるようにすることによって、合併の経営的目的を法的に最大限支援することである⁹⁾。解体なく一つになれるようにすることで、清算手続きを必要としない。断絶なく、そうしながら事実上の合併に比べ、永久的で確固として一つになるようにするものである。

〔要点4〕 合併の法律的目的

合併の法律的目的 = 複数の法人を人格の合一を通して解体することなく
一つの法人に変換できるようにすること

3 合併の本質

1) 会社合併の本質とは何であるか。この本質論は早くから韓国と日本で合併に関する hot issue の一つとして登場していた。この本質論では大きく人格合一説と現物出資説が真っ向から対立している。

人格合一説は、合併を複数の会社が一つの会社になるようにする組織法上の行為とみなす。そして財産の合一は人格の合一に伴う現象であると説明する。一方現物出資説は合併は消滅会社が営業全部を存続会社または新設会社に現物出資する財産法上の行為とみなす。これによって存続会社の資本増加、新設会社の設立がなされると説明する。

この二つの説を対比してみる。合併の過程で法人格の合一と株主の収容、資本金の合一と権利義務の包括承継などがなされる。合併には人格の合一と財産の合一の二つの要素が含まれているのである。人格合一説は前者に、現物出資説は後者にその重点を置いている説である。

二つの説に対する批判を挙げてみる。人格合一説は問いに対して問いで答えているもので、同義語反復 (tautology) に過ぎない¹⁰⁾。1+1=1という不可思議な結果を容認した半神秘的 (halbmystisch) な説明であり、比喩的ないし浪漫的説明である¹¹⁾。結局内容を伴っていない説であり、本質を明らかにできない説であるという指摘である。一方、現物出資説は債務超過会社の合併、無増資合併の各許否に答えることができない。

2) 合併は組織法上の行為である。この点で、筆者はまず、人格合一説の側に立つ¹²⁾。しかし、単純に複数の会社が合わさって一つの会社になるという説明だけでは上と同じ批判を免れない。その説明に合併参加会社が全て“人格の解体なく”結合し、一つに変換できるようにするという説明を加えるべきである。“人格の解体なく”一つになれるようにすることで合併参加会社と統合会社の間には、人格の同一性が維持される。これによってこの説が内容を伴った説となり、本質を明らかにした説となる。このように内容を伴った人格合一説に、筆者は賛同するものである¹³⁾。

中村健教授は、これを以下のように説明する。

“解散会社の財産を解散・清算なく、そのまま社団財産として営利機能が維持されるようにすると同時に、共同目的遂行のための株主たちの社団法的結合関係もそのまま維持されるようにすることで、合併によって解散会社の物的・人的要素が社団を媒介に継続される¹⁴⁾。”

合併制度は人格を創設した (0+1→1) 立法技術によって、人間が複数の人格が合わさって一つになるようにする (1+1→1) 道を備えたものである。人格 (主体) の合一を通して解体なく財産の合一をなすようにしたものである。

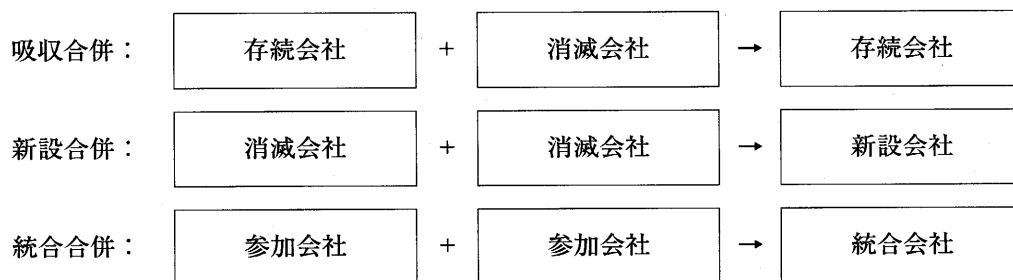
4 合併の方法 — 折半の合併と合併の模範型

現行法制は合併の方法として吸収合併と新設合併の二つを規定している。吸収合併の場合は、甲は全く解体なく、乙は折半解体して丙に吸収させる方法、算術的に言えば $1+0.5 \rightarrow 1$ であり。新設合併の場合は甲と乙を全て折半解体して、丙に吸収させる方法、算術的に言えば $0.5+0.5 \rightarrow 1$ である。しかし、内容を突き詰めてみると、二つの方法の間の差は、丙がどの登記簿を利用するかにとどまるに過ぎない。上記で“折半解体し”とは、解散はするが清算手続きだけは経ないものを言う。したがって、合併による解散の場合には、解散登記を必要としない（韓国商法第228条）。そのため、学者たちは、合併を、解散するが清算を経ず、複数の会社が一つになるものだと説明する¹⁵⁾。もし半分ではなく、完全に解体するのなら、それは法律上の合併ではなく、事実上の合併である。

現行法制の合併は、今明らかにした通り、折半の合併である。合併に参加する会社の中で一つだけを除くほかの会社または全部を、合併の過程で折半解体させるものとして規定している。日本の新会社法（2006. 5. 施行）にもそのままである。折半の合併を行うように止めていると、私は解釈している。

なぜ両国の合併制度は折半の合併を行うように止めているのだろうか？ 一つだけ解体しないし、残りは半分でも解体してこそ複数のものを一つにできるという観念からそのような考えに至ったのではないかと、私はそう推測している。まったく解体せず、つまり複数のものをすべて存続させては一つになれないという観念、つまり $1+1$ は 1 になれないという算術的な観念にとらわれているからではないか、そのように思っている。 $1+1=1$ が不可思議だという算術的思考を抜け出すことができず、折半の合併に止まるものである。筆者は $0 \rightarrow 1$ を創設した立法技術で $1+1 \rightarrow 1$ を創設することができると主張する。振り返ってみると、自然人や法人に人格を付したことで、 0 から 1 を生み出したことは立法技術の所産です。そのような立法技術により、 $1+1$ から充分 1 を作り出すことができます。この立法技術によって参加会社を全て存続会社とする合併もなすことができるということである。

〔図表5〕 合併の模範型（統合合併）



これが合併の模範型（paradigm）である。筆者はこれを上の二つの合併と区別するために統合合併と名づけて呼ぶ。統合合併の場合には参加会社らが全て存続会社として統合会社に吸収される。全て解散すらく合併をなすということである¹⁶⁾。

現行合併の方法によれば、折半解体によって有機的な組織が折半解体され、資本の増加と乙から丙への財産移転手続きに伴う登録税、取得税など各種租税を負担するようになる。乙が特別付加税（自然人に付加する譲渡所得税と同様のもの）も負担することになる。統合合併によれば、主体の名称が改正されたことに伴う表示変更をする程度に止まるものである。上記の様々な租税の負担からも免れる。

5 合併の一般化と合併に関する立法論

現在、会社の合併と分割に関しては、商法に多くの規定が盛り込まれている。しかし、合併と分割は、会社に限られた現象ではなく、すべての方面から見られる現象である。私法だけでなく、公法でも見られ、私法でも商法のみでなく、各種特別法でも見られる。西ドイツや東ドイツの統一、ソ連の崩壊、地方自治の合併と分割、政党の合党と分党が公法上の例であり、単位農業協同組合の合併と分割、単位信用共同組合の合併と分割、学校法人の合併、社会福祉法人の合併、各種社会団体の合併と分割などが特別法上の例である。このように法人の合併と分割は各種法人に一般化されている。いまや法人に関する基本法である民法がこれを受容しなければならない。そして、私は、合併に関する重要な規定を民法も受容すべきだと主張する。

そして、民法がこれを受容するときに、合併の方法としては、吸収合併、新設合併でなく統合合併を受容すべきである。

2004年3月、韓国で民法の改正作業中に筆者はこのような改正意見も提出したが¹⁷⁾、残念ながらこの意見もまた改正案に反映されなかった。次回の改正時には、筆者の意見が必ずや反映されることを願うものである。

VIII 法人の類型拡張 — 家計，宝物

現在、法人の類型としては社団法人と財団法人の二つだけである。この二つに局限しなければならない理由はない。それ以外に権利主体として昇格するだけのものが他にあれば、類型を拡張すべきである。

筆者はそうし得るだけの類型として、家計と宝物の二つを挙げる。この二つを追加して

法人の類型を社団、財団、家計、宝物の四つに拡張することを主張する。この四つの類型別に、人格の取得喪失事由を図表に整理しておく。

〔図表6〕法人の類型

| 類型 | 社団 | 財団 | 家計 | 宝物 |
|-------|------|------|--------|----|
| 人格の取得 | 成立行為 | 出捐行為 | 結婚, 結縁 | 指定 |
| 人格の喪失 | 清算終結 | 清算終結 | 離婚, 離縁 | 解除 |

1 家計

家計は我々の経済構造で最も基本的な経済主体である。経済主体としては企業、政府、家計などを挙げることができるが、このうち企業は生産主体であり、政府と家計は消費主体である。少し前から、これら以外に共同組合を経済主体の一つとして追加しようと主張する経済学者たちがいる。共同組合のうちには生産主体もあり、消費主体もある。

家計のうちには1人で構成されたものもあり、複数の人で構成されたものもある。1人で構成された家計は、その1人に与えられた人格以外に、別に人格を与える必要がないため除いておき、以下複数の人で構成された家計に限って論じることにする。

家計は家族を構成員とする組織体である。家計の典型的な姿は、1男1女が結婚によってなす家計において見られる。夫婦の間に子女が生まれると、彼らもその構成員になる。養子縁組を通して養子女を構成員とすることもある。

家計はこのように結婚という厳格な身分行為と血縁及び縁組を基礎になされる。この地上にこれ以上に堅固な組織はない。そして、家計は既に経済主体として待遇を受けている。社会的価値を持っているのである。したがって、しかるべく法人として待遇すべきである。

現行法に、既に家計を法人と同じく待遇する規定が入っている。夫婦間の家事代理権に関する規定（韓国民法第827条）、夫婦のうちどちらの財産であるかが不分明な財産を共有のものとして推定するという規定（同第830条第2項）、離婚時の財産分割請求権に関する規定（同第839条の2、第843条）などがそれである。

最近、同姓間の結婚を許容するかの是非をめぐって、地球のあちこちで論争が起こっている。結婚とは、異性間の結合（ $x + y$ ）だけを言う。同姓間の結合（ $x + x$, $y + y$ ）を結婚と言うことはできない。筆者は同姓間の結合を異性間の結合と区別して“準婚”と

呼ぶことを提議する。そして、同姓間に準婚によって一つの家計を構成する道を開いても構わないと考える。そのような道を開けば、同姓間の結婚を許容するかの是非を論争する必要はないであろう。

2 物

この宇宙には人間が特別に保護しなければならない宝物が多くある。その中には自然宝物 (natural resources) もあり、文化宝物 (cultural resources) もある。UNESCOが指定した世界遺産 (world heritage)、各国の政府が指定した自然記念物と文化財などは全てこれに属するものである。そして、それ以外にも特別に保護するだけの宝物がまだあるはずである。そう遠くない未来に、人間が旅をすることになる月も宝物として指定されるだけのものである。これら宝物の自然的、文化的価値は、すなわち権利主体として待遇を受けただけの社会的価値でもある。これらを徹底して保護するためには国際的、国内的機構による指定を通して、これらを権利主体 (法人) に昇格させなければならない。

現在、これらの保護機構が主体として活動している。宝物を主体に昇格させ、これらの保護機構はこれらの機関としての場を得るべきである。一定の目的に出捐された一団の財産に対して、人格を賦与したことと同じ視角で、指定された宝物に対しても人格を賦与することが可能だと思っている。

自然宝物を権利主体として待遇しようという発想は、既に、1972年にアメリカの Christopher Stone がその著書 “Should Trees Have Standing - Toward Legal Rights for Natural Objects” で示している。そして、Sierra v. Mutton 事件で Douglas 判事によって少数意見として提出されている。Catacean Community v. G. W. Bush, President of United States of America 事件、Palila v. Hawaii Department of Land and Resources 事件でも提起された。

韓国と日本でも自然宝物が訴訟当事者として待遇を受けようと試みた事例がある。

韓国では2004.4.28チョセンオオサンショウウオと“サンショウウオの友だちたち”という環境団体が共同原告で千聖山トンネル工事の施工者を相手に、トンネル工事着工禁止仮処分申請を蔚山地方法院に提出した。この事件は、第1審で却下と棄却、控訴審 (釜山高等法院2004ラ41, 42) で控訴棄却され、原告等の再抗告により今大法院に繫留中である。

日本では1995.2.23奄美の黒ウサギ、オオツラツグミ、アマミヤマシギ、ルリカケスなど4種の動物と住民数名が共同原告として、奄美大島ゴルフ場建設業者を相手に林地開発許可処分の無効確認及び取り消し請求訴訟を鹿児島地方裁判所に提出した (平成7年行ウ第1号)。この事件は、第1審で訴棄却、控訴審で控訴棄却され、終結された。

上記動物らは、両国の訴訟手続きにおいて、当事者として待遇を受けることには失敗した。しかし、上の試みは自然宝物を徹底して保護するためには、これら権利主体として待遇しなければならないという点を我々に自覚させてくれた¹⁸⁾。

文化宝物も同様に、権利主体として待遇すべきである。

自然人と一定の要件を備えた組織体が、権利主体として待遇されるに至るには、相当に長い歳月がかかった。自然宝物と文化宝物は、そのように長い歳月を経ずして権利主体として待遇を受けるに至るものと筆者は展望する。

[脚注]

- 1) 崔鐘庫, 法学通論 (博英社, 2005) 105面。
- 2) 郭潤直, 民法総則 (2001, 博英社) 111面。
- 3) 郭潤直, 前掲177面, 李英俊, 韓国民法論 (2003, 博英社) 774面・高翔龍, 民法総則 (2004, 法文社 173-174面)。
- 4) 郭潤直, 前掲179面。
- 5) 現在の日本の通説・判例。
- 6) 高翔龍, 前掲259面。
- 7) 韓国会議法学会誌第2号 (2004.6.) 95面以下。
- 8) Alice Sturgis, The Standard Code of Parliamentary Procedure (1993, McGRAW-HILL INC.)
- 9) 拙稿“会社合併の模範型 (paradigm)” 無碍徐燉珏 博士 八秩頌壽紀念論叢 商事法学への招待 (2000, 法文社) 311面以下。
- 10) 竹田省“会社合併について” 民商法雑誌12巻5号。
- 11) 大隈健一郎“会社合併の本質” 会社法の諸問題358-359頁, 竹田省“現金交付を伴う会社合併” 民商法雑誌5巻5号。
- 12) 孫珠瓊 商法 (上) (博英社, 1996) 465-466面。
- 13) 拙稿“会社の合併に関する総合的研究” 会社法の諸問題 (1982, 育法社) 13面以下。
- 14) 中村健, 合併の公正と株主保護 (1987, 千倉書房) 11-46頁。
- 15) 韓国司法行政学会 註釈 商法 [会社 (1)] (2003) 130-131面, 孫珠瓊 前掲464-465面, 鄭東潤 会社法 (法文社, 1996) 761面, 鄭燦亨 商法講義 (上) (博英社, 1998) 451面, 林泓根 会社法 (法文社, 2000) 778面, 権奇範 現代会社法論 (三知院, 2005) 78-79面。
- 16) 拙稿前掲“会社合併の模範型 (paradigm)”
- 17) 註3) 参照。
- 18) 宋在雨“サンショウウオと黒ウサギ” 韓日弁護士協議会誌 第27号。藤原猛爾“菴末 自然の権利訴訟を語る”。