

権利能力なき社団について〔再論〕

相本, 宏

<https://doi.org/10.15017/16193>

出版情報：法政研究. 47 (2), pp.391-419, 1981-03. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：



権利能力なき社団について〔再論〕

相本 宏

はじめに

- 一、我国における権利能力なき社団論の意義
- 二、権利能力なき社団と組合との区別の基準
- 三、権利能力なき社団の社員の責任
- 四、法人設立主義、設立中の法人に関する問題
おわりに

はじめに

権利能力なき社団については、これまで多くの研究がなされてきた。星野教授は、権利能力なき社団については基本的問題は解決され、他は細部の議論を残すのみと考⁽¹⁾えておられるようである。このように考⁽¹⁾えてよいかについては、疑問の余地はありうるが、教授の研究によって、権利能力なき社団についての基本的問題の解決の方向は明らかにされた、⁽¹⁾といつてよいのではないかと考⁽¹⁾える。

権利能力なき社団についての最も基本的な問題は、権利能力なき社団という概念は何のために必要なのか、権利能力なき社団と組合とはいかにして区別されるのか、といった問題であろうと思われる。この点について教授は次のよ

うに述べておられる。

まず、権利能力なき社団という概念がなぜ必要なのかという点については、「ある法人でない団体を『権利能力なき社団』と認めるのは、これに対して組合とは異なった法律効果を認めるためである」と⁽²⁾。次に、権利能力なき社団と組合とはいかにして区別されるのかという点については、次のように考えておられる。権利能力なき社団と組合とを区別する一般の基準を立てるべきではなく、問題ごとに、組合と同様の効果を認むべき団体を「組合」とし、社団法人と同様の効果を認むべき団体を「権利能力なき社団」として、区別の基準を考えていけばよい、と⁽³⁾。

私は、教授のこの見解に基本的には賛成である。しかし、ある法人でない団体を「権利能力なき社団」と認めるのは、これに対して組合とは異なった法律効果を認めるためであるというとき、組合と異なる法律効果として、いかなる効果を考えるかで、教授と若干意見を異にする。また、教授は、権利能力なき社団と組合とを区別する方法論を、権利能力なき社団の社員の責任論において、十分に展開されていないのではいかという疑問もある。本稿では、このような問題に関して、私の考えを再度述べたい。なお、最後に、権利能力なき社団論に関連して、法人設立主義、設立中の法人についても若干論じることにした。

(1) 星野「法人論—権利能力なき社団・財団論を兼ねて」民法論集四一五八頁参照。

(2) 星野・最高裁判所判例研究・法協八二巻三号六四頁。

(3) 星野「いわゆる『権利能力なき社団』について」民法論集(一)二七九頁以下参照。

一、我国における権利能力なき社団論の意義

我国では、権利能力なき社団として、一般に、学友会、町内会、婦人会、未登記の労働組合などが挙げられてい

る。問題は、これらの団体がなぜ権利能力なき社団と呼ばれるのかである。星野教授の見解によれば、これらの団体を「権利能力なき社団」とするのは、これに対して組合と異なる法律効果を認めるためである。では、組合と異なるいかなる法律効果を認めるためなのであるか。この点が従来あまり自覚して議論されていなかったように思われる。私は、次のように考えている。

第一に、これらの団体を「権利能力なき社団」としたのは、これに対して不動産登記能力を認めるためである。これらの団体が民法上の組合の規定に従うということになると、これらの団体はその不動産を構成員全員の名で登記しなければならぬ。しかし、これらの団体には通常構成員が多数いるため、これらの団体が構成員全員の名で不動産登記をすることは事実上困難である。このため、これらの団体には、団体の名による不動産登記、すなわち不動産登記能力を認めることが必要となったのである。この意味では、権利能力なき社団という概念は、純粹な解釈論のための概念というよりは、立法論のための概念というべきである。すなわち、構成員が多数いる団体（≡権利能力なき社団）に不動産登記能力を認めないと、団体不動産をめぐる法律関係を適切に処理できないということ（⁴）を明らかにし、これに不動産登記能力を認めるよう、立法者ないし裁判官を説得するための概念なのである。

ところで、星野教授も権利能力なき社団には不動産登記能力を認めるよう主張しておられるが、教授は、ある団体を「権利能力なき社団」と認めることの効果として、団体構成員の個人債権者が団体財産を差押えることができないという効果を重視しておられる。⁽⁵⁾しかし、このような効果を「権利能力なき社団」の効果と考えることが果して妥当であろうか。教授の見解によれば、ある法人でない団体を「権利能力なき社団」とするのは、これに組合と異なる効果を認めるためであった。ところが、団体構成員の個人債権者が団体財産を差押えることができないという効果は、教授も認めておられるように、民法上の組合にも認められている効果なのである。⁽⁶⁾このような効果を「権利能力なき

「社団」の効果と考えることになる、ある法人でない団体を「権利能力なき社団」とするのは、これに組合と同じ効果を認めるためであるということにならないであろうか。

私は、構成員が多数いる法人でない団体を「権利能力なき社団」としたのは、これに組合と異なる効果、つまり不動産登記能力を認めるためだ、と考える。しかし、今日、これを認める立法はなされていないし、裁判所もこれを認めていない。このため、権利能力なき社団は団体不動産を代表者個人名義で登記することを余儀なくされている。この結果、権利能力なき社団では、組合でも認められている法律効果、つまり団体構成員の債権者が団体不動産を差押えることができないという効果を認めることができるか、が問題となっているのである。つまり、構成員が少数の団体（＝組合）であれば、団体の不動産を構成員全員の名で登記することが可能なため、これに組合の規定によって認められた効果、つまり団体構成員の債権者が団体不動産を差押えることができないという効果を認めることができるが、構成員が多数いる団体（＝権利能力なき社団）では、不動産が代表者個人名義の登記になっているため、組合の規定によって認められている効果をこれに認めてよいかが問題となっているのである。このように考えると、星野教授が、組合にも認められている効果を「権利能力なき社団」の効果として挙げておられる理由もよく理解できるように思われる。しかし、組合と同様の効果を認めうる団体が「権利能力なき社団」なのではない。権利能力のない団体の中で、組合と同様の効果を認めてよいかを特に問題としなければならないような団体が、通常は、「権利能力なき社団」なのである。⁷⁾

第二に、これらの団体を「権利能力なき社団」としたのは、この団体の構成員に持分払戻請求権（民六八一条）を認めないためである。これらの団体が民法上の組合の規定に従うということになると、団体の構成員が脱退した場合、持分の払戻しを認めなければならない。しかし、これらの団体は非営利的団体であるから、構成員に持分の払戻

しをしないのが普通である。このため、これらの団体の構成員には、持分払戻請求権を認めないことが必要になったのである。⁽⁸⁾

ある法人でない団体を「権利能力なき社団」とするのは構成員に持分払戻請求権を認めないためなのである。この点は、権利能力のない労働組合に対する脱退組合員の財産分割請求の問題（いわゆる労働組合の分裂問題）を考える場合、重要な視点だと思われる。星野教授は、この問題に関して、労働組合を民法上の組合と解したとしても、脱退によって構成員に財産分割請求権は生じないと解されるから、労働組合を「権利能力なき社団」と認める必要はないと述べておられる。⁽⁹⁾しかし、民法上の組合では、組合員は脱退によって個々の組合財産の分割を求めることはできない（民六七六条二項）が、持分を払戻すよう請求できるのであるから（民六八一条）、結局、全体としての組合財産の分割はこれを請求できることになる、と思われる。このため、労働組合を民法上の組合と解すれば、脱退組合員に全体としての組合財産の分割請求を認めなければならなくなるはずである。このような効果を認めまいとすれば、やはり、労働組合を「権利能力なき社団」と認めることが必要になると考えられる。⁽¹⁰⁾

第三に、これらの団体を「権利能力なき社団」とするのは、団体構成員に有限責任を認めるためである。これらの団体が民法上の組合の規定に従うということになると、団体構成員は無有限責任を負わなければならない（民六七五条）。しかし、これらの団体は非営利的団体であるから、構成員に無限責任を課するのは妥当ではないと考えられたのだと思われる（権利能力なき社団の社員の責任については後に詳しく述べることにする）。

我国で、校友会等の団体が「権利能力なき社団」とされたのは、主として、これらの団体に不動産登記能力を認め、構成員の持分払戻請求権を否定し、構成員に有限責任を認めるためであった、といつてよいであろう。

(4) 従来から、社團と組合とを区別する基準として、構成員の数の多少を挙げる見解は存在した。しかし、なんの目的で構成員の多数いる団体を社團とするのか、その目的は明確ではなかったように思われる(いわゆる社会的見地からの社團と組合との区別について、この点を鋭く衝かれたのは星野教授である(星野・民法論集(一)二四八頁以下参照))。この点については、権利能力なき社團と組合との区別の基準のところで述べることにしたい。

(5) 星野・民法論集(一)二八一頁、二八四頁以下参照。

(6) 星野・民法論集(一)二九一頁参照。

(7) ここで、「通常は」としたのは、構成員の数の少ない団体(Ⅱ組合)であっても、なんらかの事情で、団体不動産が構成員の個人名義になっていることがありうるからである。この場合も、組合に認められている効果をこれに認めてよいか、が問題となりうる。

では、権利能力のない団体の不動産が代表者(ないし構成員)の個人名義になっている場合に、これらの者の債権者がこれを差押えてきたとき、いかなる処理をすべきであろうか。星野教授は、この場合に差押えができないという効果を認めようか否かは団体によって異なるとされ、差押えができないという効果を認めようか否かのような基準で決めるべきだと言われる。「……団体財産の独立性こそが基準となるべきものであり、それが構成員の財産から区別されて独立に管理されているか否か、特にそれが外部から見てもかなり明らかであるか否かをもって判断されるべきである。」

(星野・民法論集(一)二九一頁)。たしかに、財産の独立性という基準で権利能力のない団体を分類することは、大まかには可能であろう。それ故、星野説には大筋で賛成できるように思われる。しかし、細かく見ていくと、一応財産の独立性のある団体財産の中にも、独立性のはっきりしたものと、そうでないものがありうるように思われる。例えば、団体の事務所に使われているような不動産は独立性がはっきりしているであろうが、団体の事務所を建てるために購入された更地で、事務所建設予定地等の表示もないような不動産はかならずしも独立性がはっきりしているとは言えないのではないかと思われる。このような更地を代表者の債権者が善意・無過失で差押えたような場合にも、星野説では、差押えを許さないということになるのであろうか。もし、そうだとすると、若干硬直的なように思われる。私には、団体財産の独立性のある団体の場合でも、差押債権者が善意・無過失であれば保護されるとした方が、星野説の趣旨にそうように思われる。代表者の個人名義の不動産を代表者の債権者が差押えた場合、差押債権者は善意・無過失のときのみ保護される

としておけば、財産の独立性のある団体では、通常差押えは許されないことになる——独立性のある不動産を差押えた場合には悪意もしくは過失が推定されるであろうから——であろうから、星野説と結果的にはそんなに変わらないことになる。ただ、例外的に、財産の独立性のある団体でも、差押えが許されることがありうるという点が星野説と異なるところである。

(8) この点、営利的団体では、構成員の脱退が持分譲渡の形式で行なわれなければならない限り、持分払戻しがあるのが当然である。このため、営利的団体は民法上の組合の規定に従っても、なんら不都合は生じない、と考えられる。

(9) 星野・民法論集(一)三三—三四頁。

(10) ただ、星野教授が問題とされている判例——最判昭和三年一月一日・民集一一卷二二号一九四三頁、いわゆる品川白煉瓦未登記労働組合事件——の労働組合には、一旦納入したる組合費は如何なることがあっても返還しない旨の規約があったようである(民集一一卷二二号一九五三頁参照)。この規約は、民法六八一条の適用を当該労働組合につき排除する趣旨の規約と解することができるかもしれない。もし、そのように解することができるならば、教授が当該労働組合を民法上の組合と解しても問題ないとされたのも十分理由のあることになる。しかし、労働組合に常にこのような規約があるとはかぎらない。そのような場合にも、脱退組合員に全体としての組合財産の分割請求を認めまいとすれば、やはり、労働組合を「権利能力なき社団」と認める必要があると考えられる。

二、権利能力なき社団と組合との区別の基準

さて、以上の検討から言いうることは、権利能力なき社団とは、組合の規定でうまく処理できない団体、すなわち、典型的には、構成員の多数いる営利を目的としない団体であり、組合とは、組合の規定でうまく処理できる団体、すなわち典型的には、構成員の数の少ない営利を目的とする団体ということである。しかし、このような区別の基準によると、構成員の多数いる営利を目的とする団体や構成員の数の少ない営利を目的としない団体を、権利能力なき社団とするのか組合とするのかその判断に迷うことになる。このような事情を考えると、権利能力なき社団と組

合とを区別する一般基準を立てるのではなくて、問題ごとに、組合と同様の効果を認むべき団体を「組合」とし、組合とは異なる効果を認むべき団体を「権利能力なき社団」として、区別の基準を考えていけばよいとする考えが出てくるのも十分理由のあることだといふことがわかる。このような方法によると、団体の不動産登記能力に関する問題で、「権利能力なき社団」と判断された団体が、構成員の持分払戻請求権や構成員の責任の問題では「組合」と判断されても少しも問題ないことになる。

ところで、この方法論は星野教授が主張しておられるものなのであるが、教授自身この方法論を権利能力なき社団論で徹底されていないという問題があるように思われる。それは、権利能力なき社団の社員の問題に関してである。教授の方法論からすれば、権利能力のない団体の構成員の責任の問題に關しても、構成員に組合と同様の効果を認むべき団体を「組合」とし、これに組合とは異なる効果を認むべき団体を「権利能力なき社団」として、区別の基準を考えていくことになるはずである。しかし、権利能力なき社団の社員の問題に關しては、このような方法をとっておられない。ここでは、営利を目的とする社団の社員には組合と同様の分割・無限責任を、営利を目的としない社団の社員には有限責任を認めるべきであると論じておられる⁽¹¹⁾。しかし、営利を目的とする社団の社員には組合と同様の効果を認めるというのであれば、そのような団体を「社団」と呼ぶ必要はないはずである。ある法人でない団体を「権利能力なき社団」とするのは、それに組合と異なる効果を認めるためのはずだからである。教授の方法論からすれば、営利を目的とする法人でない団体は、団体構成員の責任という問題に關して、例えば、むしろ「組合」と呼ぶべきではないかと考える。

なお、本稿では、権利能力なき社団と組合とを区別する基準の一つとして、構成員の数の多少という基準を用いた。従来から、社団と組合とを区別する基準として、構成員の数の多少を挙げる見解は存在したが、これに対して

は、土生教授の次のような批判がある。「構成員何名までを組合とすと決定しうるのであれば、極めて明快であり、区別論として最も優れたものといえようが、それは不可能である。」¹²⁾ このような批判が出てくるのは、なんの目的で構成員の多数いる団体を社団とするのか、その目的が従来明確ではなかったからだと考えられる。私の考えでは、構成員の多数いる団体を「権利能力なき社団」と定義するのは、次のような目的のためである。すなわち、構成員の多数いる権利能力のない団体に、例えば当事者能力を認めないと、団体をめぐる訴訟を適切に処理できないということ を明らかにし、これに当事者能力を認めるよう、立法者ないし裁判官を説得するためである。構成員の多数いる団体に当事者能力を認めなければ、団体は構成員全員の名で訴訟をしなければならぬし、相手方も構成員全員を相手に訴訟をしなければならぬ。しかし、そのようなことは事実上困難である。このため、構成員が多数いる団体に当事者能力を認めるよう、立法者ないし裁判官を説得する必要があるが生ずるのである。「権利能力なき社団」とはこのような目的のための概念であると考えるならば、構成員の数の多少という区別の基準も決してあいまいなものではないということが分かる。なぜなら、権利能力のない団体に当事者能力を認めるよう、立法者ないし裁判官を説得するためには、構成員が多数いる団体に当事者能力を認めないと、団体をめぐる訴訟を適切に処理できないということ を明らかにすれば十分であって、何人以上になると適切に処理できないのか、ということまで言う必要はないからである。「権利能力なき社団」という概念は、このような立法論のための概念であると考えれば、前述した土生教授の批判も 当らないのではないかと思われる。

ところで、「権利能力なき社団」という概念がすでに述べたような目的のための概念であるということは、次のことをも意味する。すなわち、「権利能力なき社団」に当事者能力を認めよ、という説得を、立法者ないし裁判官が受け入れるならば、この「権利能力なき社団」という概念は役割を終えるということである。権利能力なき社団の当事

者能力に関して言えば、立法者はこの説得を受け入れた（民訴法四六条）。それ故、ここでは、構成員の多数いる団体を「権利能力なき社団」と呼ぶ必要はなくなったのである。民訴法四六条の「権利能力なき社団」を構成員の多数いる団体に限る必要はないし、また限ることは不可能でもある。というのは、民訴法四六条の解釈の際に、構成員の数の多少という基準をもちいるのであれば、何名以上が社団かを明らかにしなければならなくなるが、そのようなことは不可能だからである。

構成員が多数いる団体を「権利能力なき社団」と呼ぶ必要があるのは、すでに述べたように、権利能力のない団体の不動産登記能力に関連してである。というのは、ここでは、なお立法者も裁判官も説得に応じていないからである。

なお、権利能力なき社団に不動産登記能力を認めよという主張は、立法論としてだけでなく、解釈論としても主張されている。しかし、この解釈論は、裁判官にいわば法創造を促すものであるから、私はこれをも広い意味で立法論と考えている。権利能力なき社団という概念は立法論のためのそれであるというとき、広義の立法論が考えられることに注意してほしい。

(11) 星野・民法論集(一)二九六―七頁。

(12) 土生・組合の法理一八六頁。

三、権利能力なき社団の社員責任

権利能力のない団体の構成員の責任を論ずる場合、組合と異なる効果を認むべき団体を「権利能力なき社団」とし、組合と同様の効果を認むべき団体を「組合」として、区別の基準を考えるという方法をとるのが、正しいのでは

ないかと思われる。しかし、この区別の基準を明らかにするためには、権利能力なき社団の社員の責任についての学説の推移を検討することが、役立つのではないかと考える。

従来、権利能力なき社団の社員の責任については、それを有限責任とするのが通説であったが、今日では、すべての社団に有限責任を認めることに批判的な見解が有力になってきている。ここでは、まず、従来なぜ権利能力なき社団の社員の責任が有限責任と考えられてきたのかについて検討したい。

従来、権利能力なき社団としては、主として学友会、町内会等の営利を目的としない団体が考えられてきた。このような団体の場合、組合の場合と異なり、構成員に有限責任を認めようと考えられたのはなぜであろうか。この点を明らかにするためには、民法上の組合では、なぜ組合員が無限責任を負うとされているのかを検討しておくことが必要である。この点については次のように言うことができよう。団体の構成員に有限責任を認めるためには、団体債権者の利益を考慮するとき、団体財産と構成員の個人財産との分別を十分に行なうことが、ぜひとも必要なのであるが、民法上の組合では、そのような措置がとられていない。すなわち、組合員は脱退の際に持分の払戻しを受けうる(民法六八一条)し、組合員は利益分配を受けうる(民法六七四条)。しかも、この利益分配については何らの規制もなされていない。このため、民法上の組合では、組合財産と組合員の個人財産との分別が不完全であるということになる。このような状況を考えると、組合債権者の利益を考慮するとき、組合員が無限責任を負うのは当然ということになるわけである。ところが、学友会、町内会等の営利を目的としない団体では、民法上の組合と異なり、団体財産と構成員の財産との分別が完全に行なわれている。というのは、営利を目的としない団体では、構成員は持分の払戻しを受けないし、利益分配も受けられないからである。このように、学友会等の営利を目的としない団体では、団体財産と構成員の個人財産との分別が完全であるため、団体債権者の利益を考慮してもなお、容易に構成員に有限責任を認めうる

と考えられたのだと思われる。

ところが、権利能力なき社団として、営利を目的とする団体も含めて考えることになる。次のような問題が生じてくる。すなわち、営利を目的とする団体では、構成員の脱退が持分譲渡の形式で行なわれない限り、持分払戻しがあるのが当然である。また、営利団体では当然利益分配も行なわれる。このため、このような団体の構成員に有限責任を認めるためには、団体債権者の利益を考えると、構成員の脱退を持分譲渡の形式で行なわせるだけでなく、利益分配に対しても厳格な規制を行なうことが必要となる。たとえば、株式会社では、純財産額から資本の額と法定準備金との合計額を控除した額がプラスの場合に初めて利益の配当が可能となり(商二九〇条)、資本の額は登記によって一般に公示されることになっている(商一八八条二項六号)。そして、この資本の額の減少については、債権者保護のための厳格な手続(商三七六条二項・一〇〇条)が規定されている。しかし、権利能力のない営利団体はこのような規制の下にはない。このため、団体債権者の利益を考えると、構成員に有限責任を認めることは無理と考えられるようになったのだと思われる。

ところで、権利能力なき営利社団の社員の責任を無限責任とする見解の中にも、この責任を合名会社の社員の責任にならって補充的連帯責任(商八〇条参照)とする見解がある。⁽¹³⁾この点はどう考えたらよいであろうか。ここで問題となるのは論者が「権利能力なき営利社団」としていかなる団体を考えているか、である。この点はあまりはつきりしないが、財産の独立性がかなりある団体が営利社団として考えられているようである。⁽¹⁴⁾では、なぜ財産の独立性があると、構成員の責任を補充的連帯責任にすべきだと考えられたのであろうか。三島教授は、社団債権者の保護ということとその理由として挙げておられる。⁽¹⁵⁾しかし、財産の独立性があると、なぜ社団債権者の保護を特に問題としなければならぬのであろうか。普通に考えれば、財産の独立性のない団体についてこそ債権者保護を問題にしなければ

ならないのではあるまいか。財産の独立性のない団体では、構成員の責任は組合の規定に従って分割責任なのに、財産の独立性のある団体では、構成員の責任が連帯責任となり、その責任が強化される、というのでは十分納得がいかない。もちろん、これに対しては、組合では構成員の責任は並存的責任だが、権利能力なき営利社団では構成員の責任は補充的責任になるので、責任の強化にはならないとの反論が予想される。⁽¹⁶⁾しかし、補充的責任か並存的責任かは構成員にとってあまり重要とは思えない。というのは、法律上並存的責任となっても、団体財産が十分にあれば、団体債権者はまず団体財産から支払を求めるであらうからである。問題は、団体財産が十分でなくする場合であって、その場合は連帯責任か分割責任かが構成員にとって決定的に重要となる。団体財産の独立性が十分でない団体の構成員の責任を強化して連帯責任にしようというのであればともかく、その逆の主張にはとうてい賛成できないように思われる。

なお、構成員が多数いる団体の場合、分割責任では、団体債権者の構成員に対する責任追及が事実上困難になるとの反論も考えうる。⁽¹⁷⁾しかし、構成員が多数いる団体では、団体の運営に参画している者とそうでない者との分化が生じているのが普通であり、利益分配を受けるだけの者の責任を、分割責任から連帯責任へと強化するのが妥当かは、やはり疑問である。⁽¹⁸⁾もちろん、このような場合、利益分配を受けるだけの者の責任は有限責任にすればよいとの反論も考えうる。⁽¹⁹⁾つまり、合資会社の場合と同様の処理をすればよいとする見解である。しかし、合資会社の場合、社員
の責任が有限か無限かは登記事項とされている(商一四九条一項一号)。このような措置なしで、利益分配を受けるだけの者の責任を有限責任としてよいかは疑問である。⁽²⁰⁾

以上の検討から言いうることは、権利能力のない団体の構成員の責任は、その団体が営利を目的としているか否かで区別され、営利を目的とする団体では、構成員に分割無限責任を認めてよい、ということである。つまり、構成員

の責任の問題に關して言えば、營利を目的とする団体は「組合」として処理してよいと言ふことである。

なお、ここで營利を目的とする団体と言う場合、純粋な營利団体だけでなく、協同組合型の団体も含めて考へてゐる。それ故、以下で營利を目的としない団体と言う場合、協同組合型の団体を除いて考へることにする。ドイツでは、社團は、大きく、經濟的社團 (wirtschaftliche Vereine) と非經濟的社團 (nichtwirtschaftliche Vereine) —— 精神的社團 (Idealvereine) ともいふ—— とに分けられ、經濟的社團には協同組合も含まれてゐる。⁽²³⁾ そして、非經濟的社團とは、學問、藝術、慈善、宗教、教育、訓育、政治、社會、社交、運動、体操、娯樂等を目的とする社團を意味する。⁽²²⁾ 權利能力なき社團の責任についても、經濟的社團では、構成員に無限責任を、非經濟的社團では、構成員に有限責任を認めるのが通説である。⁽²³⁾ 私も、ここでは、營利、非營利という言葉を、ドイツの場合の wirtschaftlich, nichtwirtschaftlich と同意義に用いたいと考へる。ただ、ドイツでは、權利能力のない協同組合型社團の構成員はすべて、無限責任を負うと解されているが、我國では、消費生活協同組合的なものでは、構成員に有限責任を認めてよいとする見解が有力である。その理由は、このような団体では、利益分配や持分払戻しがあつてもとるにたらない程度のものである、⁽²⁴⁾ ということである。この点は、我國の見解の方が妥当ではないかと考へる。すなわち、營利的 (經濟的) 目的の団体であっても、利益分配や持分払戻しがとるにたらない程度のものであれば、構成員に有限責任を認めてもよいのではないか、ということである。

では、營利を目的としない団体の構成員の責任はいかに考へるべきであろうか。従来は、非營利的団体の中にも構成員が無限責任を負う「組合」が存在することが當然のこととして考へられていたように思われる。では、非營利的団体の中のかなる団体を「組合」と考へるべきであろうか。鍛冶教授は、構成員が潜在的持分を有するか否か—— 脱退のさいに持分的な意味の払戻しをうけるか否か—— で、構成員の責任を考へるべきだと言われる。⁽²⁵⁾ 鍛冶説によれ

ば、非営利的団体でも、構成員が潜在的持分を有すれば、構成員は無限責任を負うということになると思われる。しかし、構成員が潜在的持分を有するか否か——持分の払戻しをうけるか否か——は、団体の目的と密接に関連しているのではあるまいか。というのは、公益団体では、団体財産はいわば主体のない財産であり、構成員は団体財産に対して財産的持分をもたないと考えられるため、構成員への持分払戻しはまったく問題にならないのに対して、営利団体では、それが法人とされている場合でも、団体財産は実質的には構成員の共同所有物であり、構成員はそれに対して実質的持分をもつと考えられるため、構成員の脱退を持分譲渡の形式で認めない限り、脱退の際に持分払戻しを認めなければならないと考えられるからである。公益団体の場合だけでなく、労働組合、町内会、婦人会等の中間的団体の場合も、その目的が非営利的であるということと、その団体の構成員が脱退の際に持分払戻しを受けないということとの間には密接な関連があると考えられる。²⁶⁾ 非営利的団体では、その目的からして、一般には持分払戻しが行なわれないということが仮に正しいとすれば、非営利的団体の構成員には広く有限責任を認めてよいことになるのではないかと、と思われる。²⁸⁾ つまり、権利能力のない非営利的団体は、構成員の責任という問題に、例えば、広く「権利能力なき社団」と認めてよいのではないかと考えられる。²⁹⁾

(13) 三島宣也「人格なき社団の債務と構成員の責任」愛媛法学会雑誌三巻一号九一頁。なお、鍛冶教授も、いわゆる組合型社団で営利を目的とするものについては、合名会社の規定を類推適用すべきであるといわれる（鍛冶「権利能力のない社団」と民法上の組合」演習民法（総則・物権）七三頁）。ただ、教授は、営利団体の中にも、構成員が有限責任を負ういわゆる社団法人型社団を認められる点で、三島教授とその見解を異にされる（鍛冶・前掲書七二—七三頁参照）。

(14) 星野教授は、権利能力なき営利社団として財産の独立性のかなりある団体を想定しておられる（星野・民法論集(一)二九七頁）が、三島教授も、この星野説を前提にして議論されている（三島・前掲書九一—九二頁）ので、教授も財産の独立性のかなりある団体を営利社団と考えておられると言っても誤りではないであろう。なお、鍛冶教授は、「団体としての財産

の管理・運営の体制が整い、構成員の個人財産と名実ともに区別されているかどうか、組合と社団を識別すべき重要な基準」(鍛冶・前掲書七一頁)と考えておられるので、教授も、いわゆる組合型社団で営利を目的とするものとしては、財産の独立性のかなりある団体を想定しておられると言っていてよいであろう。

(15) 三島・前掲書九一頁。

(16) 三島・前掲書九一—二頁参照。

(17) 三島教授は、「構成員が多数の場合、債権者は分割責任の追及を断念せざるを得ないであろう」と述べておられる(三島・前掲書九二頁)。

(18) 同旨、星野・民法論集(一)二九七頁。

(19) 我妻・債権各論中巻(一)八一〇頁参照。

(20) なお、仮に構成員が多数いる団体では、構成員の責任を連帯責任にするとした場合、何人以上であれば多数と言えるかという問題がでてくると思われる。しかし、この問に答えることは不可能である。構成員の数の多少という基準は立法論では使えても、純粋な解釈論で用いることは無理なのである。

(21) 山田・ドイツ法概論II二七頁参照。

(22) 現代外国法典叢書・独逸民法(I)七六頁参照。

(23) Vgl. Soergel-Stebert, Kommentar zum BGB, 10. Aufl., Bd. 1 S. 305—6.

(24) 星野・民法論集(一)二九七頁、同旨、鍛冶・前掲書七三頁。

(25) 鍛冶・前掲書七三頁。

(26) この点については、川島「法的構成としての『法人』」鈴木古稀記念・現代商法学の課題(下)一三四一頁以下参照。

(27) 団体の目的と構成員の持分のあり方との間には、本稿で述べたように密接な関連があると考える。しかし、営利目的か、非営利目的かで分けて、構成員の持分の方を考える方法が常に適切かは問題である。持分の払戻しの問題を考える場合には、営利か非営利かという視点が有益であるが、残余財産の分配の問題を考える場合には、むしろ、公益目的か非公益目的かという視点が重要だと思われる。たとえば、労組法一二条二項は民法七二条を法人である労働組合に準用しているが、民法七二条二項・三項の準用を認めることは問題である。民法七二条二項・三項は公益団体には適切な規定であ

でも、非公益団体には適切とは言えない規定だからである。非公益団体では、規約に別段の定めのないときは、構成員に残余財産の分配を認めるのが妥当である（片岡「労働組合の法的性格と分裂問題」於保不二雄先生還暦記念・民法学の基礎的課題（上）三七六頁、三八二頁参照）。

(28) ただ、非営利的団体にも、さまざまなものがあるので、持分払戻しの行なわれている団体が断言できない。非営利的団体でも、持分的意味の払戻しが行なわれていれば、構成員に有限責任を認め得ないことは言うまでもない。その意味では、鍛冶教授の見解にも一理あると思われる。

(29) ただし、非営利的団体でも、組合に認められている程度の財産の独立性——構成員の債権者が団体財産を差押えることができないうこと——ももたないような団体の構成員には有限責任を認め得ないことは言うまでもないことである（星野・民法論集(一)二九六頁参照）。すなわち、構成員の財産から独立した財産をもたないような団体の構成員には有限責任を認め得ないことである（星野・民法論集(一)二九〇—二頁、本稿注(7)参照）。このような団体では、いわば団体財産が存在しないのであるから、構成員の有限責任が問題にならないのは当然である。

四、法人設立主義、設立中の法人に関する問題

本稿の冒頭で、権利能力なき社団論については基本的問題の解決方向は示されているのではないかと述べたのであるが、権利能力なき社団論と関連して説明されねばならない基本的問題はなお少なくないと思われる。例えば、法人設立主義や設立中の法人に関する問題等がそれである。法人設立については、我国では、公益法人について許可主義がとられている。許可主義に対しては、反対の見解が有力であるし、公益法人のみが規定されていることに對しても、非営利法人一般について規定を置くべきであるとする見解が有力である⁽³⁰⁾。しかし、非営利法人一般につき規定を置くとした場合、準則主義と自由設立主義のいずれによるべきかについては、なお議論は煮詰まっていない⁽³¹⁾。ところで、このような議論をするためには、まず、準則主義と自由設立主義とを区別する基準を明らかにしておく

必要があると考えられる。しかし、準則主義と自由設立主義とを区別するメルクマールを、いかなる点に求めるべきかはあまりはつきりしない。森泉教授は、準則主義と自由設立主義について次のように説明しておられる。

「準則主義 法人の設立要件をあらかじめ法律で一定しておいてこの要件をそなえれば当然に法人とする主義である。……この主義をとる場合には、通常その組織内容を公示するために、登記・登録が必要とされる。……」「自由設立主義 法人の設立にはなんら形式的要件を設けないで、任意に法人を設立させる主義である。³³⁾……」

この森泉教授の説明によれば、準則主義と自由設立主義との差異は、法人設立につき形式的要件を要求するかにあるということになりそうである。そして、これが従来一般的に行なわれてきた説明と違ってよいであろう。しかし、星野教授は、この点について若干異なる説明をしておられる。

「ゆるやかに法人格を認めるものは、法律に定める一定の要件、主として組織に関する要件を備えれば、当然に法人格が得られるものである。『準則主義』という。……この要件として、登記を要求するものと、それを要しないとするものがある(もっとも、この場合も、登記は対抗要件とされる)。「もっともゆるやかな方式として、わが国には例がないが、一定の要件を要した時から法人格を取得する『自由設立主義』がある(スイス民法)とされる。しかし、この場合も、一定の要件は必要だから、準則主義と大差ない。しかも、実際上は争いになった場合に、果たしてその要件が充たされているかどうかが問題になり、準則主義におけるようなはつきりした組織上の要件でないため、かえって厄介なこともあるように思われる。³⁴⁾」

星野教授は、自由設立主義も法人設立につき一定の要件を要求しているので、準則主義と大差はないと述べておられる。この教授の説明を理解するためには、自由設立主義を規定していると言われるスイス民法を見しておく必要がある。スイス民法六〇条は次のように規定する。

「政治、宗教、学術、技芸、慈善、社交その他非経済的事業を目的とする社団は、団体として成立する意思が定款から明らかなとき、人格を取得する。

定款は書面で作成し、社団の目的、（目的遂行の）方法、組織について規定しなければならぬ。」スイス民法では、非経済的（非営利的）社団が法人格を取得するためには、書面で作成された定款の存在が必要とされているのである。そして、この定款は、社団の目的、例えば古典音楽の奨励、（目的遂行の）方法、例えば古典音楽を聞くだけなのかそれとも一緒に演奏するのかがということ、組織——少なくとも社員総会と理事団について——、社団の名称について規定していなければならない（社団の名称を定款に記載すべきことは、法規では要求されていないが、当然のこととされている）。また、非経済的社団が法人格を取得するためには、社員総会と理事団は現実に設置されていなければならないと解されているようである。³⁶しかし、非経済的社団では、法人格取得のために法人登記は要求されない（スイス民法五二条二項参照）。

スイス民法の例を考えるならば、自由設立主義の場合にも、一定の形式的要件——書面による定款——が要求されることがわかる。しかし、自由設立主義の場合、法人設立につき法人登記が要求されることはないと言ってよさそうである。それ故、本稿では、準則主義と自由設立主義を区別するメルクマールを、一応、法人設立につき法人登記を——成立要件としてであれ対抗要件としてであれ——要求するまいかという点に求めて、論を進めることにしたい。³⁶

すでに述べたように、非営利法人一般につき規定を置くとした場合、準則主義と自由設立主義のいずれによるべきかについては、なお議論は煮詰まっているとは言えない。しかし、一般に法人設立主義が論じられる場合には、準則主義を支持する見解が有力のように思われる。そして、準則主義を支持する見解は、取引の安全ないし法律関係を確

実にするために法人登記を要求しているのではないかと考えられる。

まず、川島博士は、準則主義を支持する理由を、次のように述べておられる。「団体には、構成員の個性のつよいもの（組合）から弱いものに至る種々の段階があり、取引の相手方は団体が法人格をもつかどうか、どのような責任をおうか、を明確に知る必要があり、また財団を法人とすることは必ずしも必要ではない（信託による処理も可能である）、からである。」³⁷⁾博士がここで述べておられることは、取引の安全のために、準則主義——法人登記——を要求するという趣旨と解しても誤りではないであろう。

次に、星野教授も自由設立主義には批判的である。その理由は、自由設立主義の場合も法人格取得のために一定の要件が必要とされているが、その要件は、準則主義におけるようなはっきりとした組織上の要件ではないため、果してその要件が充されているかどうかの問題になり、かえって厄介なことになる、ということであった。³⁸⁾結局、法律関係を確実にするためには準則主義の方がよいということだと思われる。しかし、自由設立主義の場合の要件は、星野教授が言われるようにあいまいなものであろうか。スイス民法の例を考えると、書面で定款を作成し、それに一定の事項を記載し、理事団と社員総会が設置されていれば、法人格を取得できるというのであるから、それほどあいまいな要件とは思えない。ただ、法人登記が法人設立の要件とはされていないため、外部からみて、社団の法人格取得の有無がわかりにくいという問題はあるかもしれない。このため、第三者と社団との間で法人格の有無をめぐってトラブルが生じやすいというのが、星野教授の趣旨であるかもしれない。もし、そうだとすると、教授は、法律関係を確実にするために、準則主義——法人登記——を要求しておられると言ってよいであろう。

さらに、森泉教授は、「この主義（＝準則主義）をとる場合には、通常その組織内容を公示するために、登記・登録が必要とされる。したがって、営利事業を営む会社には、その組織・資産・代表者の権限等を取引の相手方に知ら

しめるために、この主義が適する。しかし、労働組合は、資本に対抗するための自然発生的な団体として法によって創設されるものではないから、法の干渉はかえって不当な結果をまねくおそれがあり、準則主義によらず自由設立主義によるべきであろう。⁽³⁹⁾と述べておられる。教授は、取引安全のために、会社につき準則主義——法人登記——を要求しておられるのである。労働組合については、自由設立主義を主張しておられるのであるが、別のところでは、自由設立主義を批判する星野説に賛成しておられる。⁽⁴⁰⁾改説されたのであろうか。

ところで、権利能力なき社団論においては、法人設立主義を論ずる場合とは異なる論調がみられるように思われる。権利能力なき社団には当事者能力が認められているのであるが、これはいわば部分的に自由設立主義を認めることを意味する。なぜなら、権利能力のない社団は法人登記を経ることなしに、法人格の一部である当事者能力を取得できるのであるから。しかし、この規定を批判する見解はない。また、権利能力なき社団には不動産登記能力を認めよとする見解も有力である。⁽⁴¹⁾この見解によれば、権利能力なき社団については自由設立主義を認めることになる。なぜなら、権利能力なき社団は、法人登記を経ることなしに、すべての法人格を取得することになるからである。⁽⁴²⁾権利能力なき社団論では、意識的にか無意識的にか、自由設立主義を主張する見解が有力なのである。法人設立主義を論ずる場合と権利能力なき社団論とで、なぜこのような差異が生じたのであろうか。この点については、次のように考へることができるかもしれない。我国では、法人設立に関しては、公益法人につき許可主義がとられている。このため、公益団体の一部は、権利能力のない団体であることを余儀なくされているし、公益団体以外の非営利団体は、特別法によらない限り、法人になれず、やはり、権利能力のない団体であることを余儀なくされている。つまり、権利能力なき社団は法人格を取得しようとしても取得できないので、権利能力なき社団に法人格——不動産登記能力——を認めよ、ということが有力に主張されているのかも知れない。もし、そうだとすれば、権利能力なき社団論では、

社団に不動産登記能力を認めるよう論じながら、法人設立主義については準則主義を主張しても、一応矛盾はないと言えそうである。なぜなら、将来、民法典を改正して、我民法でも、非営利法人一般について規定を置くことになれば、法人設立につき準則主義をとり、そのかわりに、権利能力のない社団には不動産登記能力を認めないとする見解をとることは可能だからである。⁴³⁾

問題は、将来、非営利法人について規定を置く場合に、準則主義、自由設立主義のいずれをとるべきかにあると思われる。準則主義を支持する者は、社団と取引する者——社団債権者——の利益を考え、自由設立主義を支持する者は、社団の利益を考えて、それぞれの見解を主張している、といつてよいであろう。しかし、このような対比は果して妥当なのであろうか。自由設立主義を主張することは社団の利益のためだけなのであろうか。たしかに、自由設立主義によれば、社団は準則主義の場合にくらべてより容易に法人格を取得しうるのであるから、自由設立主義は社団の利益に役立つと言いうるのであろう。しかし、団体が法人格を取得することは、団体の利益のためだけに役立つのではない。例えば、団体に消極的当事者能力を認めるのは団体の利益のためではないし、積極的当事者能力や不動産登記能力も団体の利益のためだけに役立つものではない。団体に積極的当事者能力を認めなければ、団体の権利行使が困難になり、団体だけでなく団体の債権者も害されることになる。同様に、団体に不動産登記能力を認めなければ、構成員の債権者か、団体の債権者かが不利益を受けることになる。⁴⁴⁾ 団体ができるだけ容易に法人格を取得できるようにすることは、団体のためだけでなく、団体債権者の利益にも役立つということを考えて、法人設立については、自由設立主義をとるのが望ましいのではないかと考えられる。⁴⁵⁾

ただし、ここで自由設立主義といっているのは、当事者能力、不動産登記能力の取得を法人登記を経ることなしに認めるということであつて、構成員の有限責任まで、法人登記と無関係に認めるという趣旨ではない。権利能力なき

社団の社員の責任のところでは、営利団体では法人登記を経ていない団体の構成員には有限責任を認め得ない。この意味では、有限責任まで得ようとすれば、営利団体は準則主義に従うことになる。これに対して、非営利団体では、法人登記を経ることなく構成員に有限責任も認めてよいのではないかと考える。このような差異は、窮極的には、営利団体と非営利団体との性質の違い——利益分配の有無、持分払戻しの有無——に由来するのであるが、より直接的には、法人登記のもつ意味が営利団体と非営利団体とは異なるということに由来する。法人登記の機能の中で、取引の安全、団体債権者の保護という観点から見た場合に最も重要な機能は、責任財産の公示機能であると思われる。しかし、責任財産の公示のもつ意味は、営利団体の場合と非営利団体の場合とは、まったくその意味が異なる。営利団体の場合は、登記事項たる「資本の額」(商一八八条二項六号)は、団体に確保すべき財産の額を意味し、この減少には債権者保護のための厳格な手続がある。このため、「資本の額」が公示されていることは、債権者保護のために役立つと言ってよい。しかし、非営利団体の場合、登記事項たる「資産の総額」(民四六条一項六号)は、団体に確保されるべき財産の額を意味しないし、特に債権者保護のための手続を経ることなく自由に減少して、変更の登記さえすれば、第三者に対抗できるものである。このため、「資産の総額」はたとえ登記されていても債権者保護にはほとんど役立つたないと思われる。営利団体では、構成員に有限責任を認めるために法人登記を要求するのに対して、非営利団体では、これを要求しないのは、法人登記のもつ責任財産公示機能の以上のような差異に由来するのである。⁽⁴⁶⁾

設立中の法人をめぐる問題についても、営利団体と非営利団体とは問題状況が非常に異なると思われる。株式会社や有限会社では、団体に確保されるべき一定の財産＝資本というものがあるため、この確保のために、設立過程においても、法が一定の介入を行なう必要があるが、非営利団体では、特に団体に確保されるべき一定の財産というもの

は存在しないため、法が特に設立過程に介入する必要性はない。このため、設立中の法人の義務の設立後の法人への承継についても、株式会社や有限会社では一定の制限が課されているが（商一六八条一項、有限会社法七条参照）、非営利団体では、原則として、これを認めてよいと考えられる。⁽⁴⁷⁾ また、設立中の法人の権利の設立後の法人への承継については、営利、非営利法人を問わず、これを認めてよいと考えられるが、権利の承継があつた場合に、對抗要件を具備しなければ第三者に対抗しえないか、が問題となる。設立中の社団法人は、社団の名で不動産登記ができないため、對抗要件の具備を要求すると社団の保護に欠けることになる、と思われる。對抗要件の具備を要しないとする見解に賛成したい。⁽⁴⁸⁾ しかし、本稿のように、法人設立につき自由設立主義を認めるならば、社団は法人登記を経ることなく不動産登記能力を取得できるため、このような問題もほとんど生じなくなるのではないかと思われる。

なお、設立中の法人と関連して、民法四五条二項の解釈も問題になると思われる。民法四五条二項は、法人の設立は、主たる事務所の所在地で登記をしないと、「他人ニ対抗スルコトヲ得ス」と規定するが、この意味について星野教授は次のように言われる。「その意味は、他の人に、法人であるという主張ができないということである。例えば、ある財産につき、法人の財産だから社員に対する債権者が差し押えることはできないと主張することはできない。」⁽⁴⁹⁾と。ところで、設立中の社団法人が、社員の財産から外観上分離されて独立に管理されている社団財産をもつとき、社員の債権者がこれを差押えた場合、権利能力なき社団についての教授の見解からすると、この差押えは認められないのではないかと思われる。⁽⁵⁰⁾ところが、民法四五条二項についての教授の見解によれば、この設立中の社団法人が法人格を取得してから設立の登記をするまでの間に、社員の債権者が社団財産を差押えた場合には、その差押えは認められることになるのである。このような見解が果して妥当であろうか。教授の権利能力なき社団論に従えば、民法四五条二項は権利能力なき社団論の結果効力を失うことになったといふべきではあるまいか。なお、民法四五条

二項の本来の意味からすると、社団の債権者は、社団法人の法人格を否認して、社員の無限責任を追究することができるはずである。しかし、権利能力のない非営利社団の社員には有限責任を認めるといふ見解の有力な今日、そのような解釈はやはりとれないのではないかと思われる。今日では、権利能力なき社団論の結果、民法四五条二項は効力を失ったといふべきであろう。⁽⁵⁾

(30) 川島・民法総則一〇七頁。

(31) 森泉「公益法人制度の問題点と課題」公益法人の研究一四頁以下参照。

(32) 森泉・前掲書一九頁参照。

(33) 森泉・別冊法学セミナー・基本法コンメンタール・新版民法総則五八一―九頁。

(34) 星野・民法概論Ⅰ(序論・総則)一一五―六頁。

(35) Vgl. Schweizerisches Privatrecht II S. 532—3, 556—7.

(36) ただし、準則主義と自由設立主義を区別するメルクマールとしては、ドイツで一般的に挙げられている基準の方が、より理論的であるように思われる。奥田教授は、この点についてのドイツでの説明を次のようにまとめておられる。「社団自由設立主義 (System der freien Körperschaftsbildung) 設立過程を国家が個別的に審査することなく、一般的に法人の形成を認めるものである。もっとも、この場合も国家は、法人として認めるために社団が充足すべき最小限度の基準を法規によって定める。ただ、このような要件の充足についての、法人成立時点での国家のコントロールがないだけである。自由設立主義はスイスの非営利社団についてみられる」「準則主義 (System der Normativbestimmungen) 自由設立主義と異なる点は、そこで述べられた基準・要件の充足について官庁の審査がなされること、および、原則として登記簿への登記によってその設立が認証されることである。……」(奥田・注釈民法(2)二〇頁)。つまり、法人設立の要件の充足を法人成立時点で国家がチェックするかいなか自由設立主義と準則主義とを区別する基準というわけである。この基準は、比較法的に見れば、法人登記を要求するかいなかという基準よりは、より正確でもある。というのは、準則主義の場合、法人登記が常に必要とされている訳ではないからである。例えば、フランスの非営利社団は、官庁への届出と官報の

公示によって権利能力を取得している（フランス「一九〇一年七月一日法」——非営利社団契約に関する法律——第五条参照。この法律については、森泉教授の翻訳——公益法人の研究一〇四頁以下——を参照のこと）。

しかし、我国には、このフランスのような制度はないし、準則主義の場合、法人登記が——成立要件ないし對抗要件として——要求されているのが常である。また、自由設立主義の場合、一定の要件が要求されることがあるとしても、法人登記が要求されることはないと思われる。というのは、法人登記が要求されれば、登記官による審査が形式的にておれ行なわれることになるであろうから、ドイツでの基準からしても、自由設立主義とは言えなくなるからである。それ故、本稿では、若干不正確ではあるが、準則主義と自由設立主義を区別するメルクマールとして、法人設立につき法人登記を要求するか否かという基準を用いることにしたい。

(37) 川島・前掲書一〇六頁。

(38) 星野・前掲書一二六頁。

(39) 森泉・別冊法学セミナー・基本法コンメンタール・新版民法総則五八―九頁。

(40) 森泉・公益法人の研究一九頁。

(41) 星野・民法論集(一)三〇一頁以下参照。

(42) 星野教授も、「今日の日本法上は、法人でないとその名で不動産登記ができないので、これだけが法人性のメルクマールということになります。」（民法論集四一四―四頁）と述べておられる。権利能力なき社団に不動産登記能力を認めれば、社団はすべての法人格を取得することになると思われる。なお、構成員の有限責任の問題は後述する。

(43) しかし、もしこのような見解をとるのであれば、今日でも、準則主義の下にある団体（営利団体や協同組合・労働組合）には、不動産登記能力を認める必要はないと言わねばならないであろう。なぜなら、このような団体は、法人格を取得できるのに怠っているから、保護してやる必要はない、ということになると思われるからである。このように考えると、権利能力なき社団に当事者能力を認めた規定も問題となるであろう。消極的当事者能力はともかく、積極的当事者能力は、このような団体に認めてやる必要はないということになりかねない。事実、ドイツでは、権利能力なき社団には消極的当事者能力しか認められていないのである（ド民訴法五〇条二項参照）。

なお、法人設立につき準則主義をとり、権利能力のない社団に不動産登記能力を認めるとする見解もありうるかもしれ

ないが、理論的には矛盾していると思われる。というのは、権利能力なき社団に不動産登記能力を認めることは自由設立主義を意味すると考えられるからである。

(44) 団体に不動産登記能力を認めなければ、構成員の多数いる団体は、不動産を代表者個人名義で登記せざるを得ない。この不動産を代表者（＝構成員）の債権者が差押えた場合に、これを認めれば団体の債権者が不利益を受けるし、これを認めなければ構成員の債権者が不利益を受けることになる。

(45) この場合、どのような団体に法人格を認めうるかが問題となる。私は、民訴法四六条の場合と同様、代表者の定めのある団体には広く法人格を認めてよいのではないかと考える。

(46) ドイツでは、非経済的社団（非営利的社団）にも法人登記が要求されているが、資産に関する事項は登記事項とはされていなく（下民六四参照）。スイスでは、非経済的社団には法人登記は要求されていない（ス民五二条二項）。

(47) Vgl. Soergel-Siebert, a. a. O., S. 216.

(48) 福地「いわゆる發起人組合および法人の前身たる団体」法と政治一九卷一号九三—九五頁参照。Vgl. Soergel-Siebert, a. a. O., S. 215—6.

(49) 星野・民法概論（I）二二八—二九頁。

(50) 星野・民法論集（一）二九〇—二九二頁参照。

(51) なお、鍛冶・民法講義（1）（五十嵐他著）一〇四頁参照。

おわりに

本稿では、星野教授の方法論に従って、権利能力のない団体の構成員の責任について検討してみた。しかし、残念ながら十分満足のいく結果を得ることはできなかった。その最大の理由は、権利能力のない団体の実態がほとんど知られていないということにあると思われる。学会、学友会、町内会、婦人会、未登記労働組合などが典型的な「権利能力なき社団」であることは誰もが認めていることである。これらが民法上の組合の規定でうまく処理できないこと

は、従来から当然のこととして認められていた（もちろん、組合の規定に従うと、どの点で困るのかについて従来十分に自覚した議論がなされていなかったという問題はあがる）。また、このような団体については、その実態について、われわれもかなり知っているし、知ることでもできる。しかし、この他に、たとえば営利を目的としない権利能力のない団体にはどのようなものがあるのかはよく分らない。このため、権利能力のない非営利の団体の構成員には広く有限責任を認めてよいのではないかと、の仮説を本稿では提出したのであるが、それもいきおい抽象的にならざるを得なかった。権利能力のない営利の団体の構成員には無限責任を課すべきではないか、との本稿の主張もかなり抽象的である。その理由の一つには、権利能力のない営利社団にも有限責任を認めるべきであるとする論者が、具体的に営利社団としてどのような団体を想定しておられるのがよく分らないということがある。このため、私の批判も抽象的にならざるを得なかった。同様のことは、営利社団に補充的連帯責任を認めるべきであるとする見解についても言える。ここでも、論者が、営利社団としてどのような団体を想定しておられるのがよく分らなかった。権利能力なき社団論を突りあるものにするには、もっと権利能力のない団体の実態にそくして議論する必要がある、と痛感した。

なお、法人設立主義、設立中の法人についての私の考えは、思いつきの域をでないものである。多くの人の御批判をいただければ幸いである。

(52) 我々が権利能力のない団体の実態を知る一つの手がかりとしては、判例があるが、判例からは我々の知りたいことがかならずしも明らかにならないという問題がある。たとえば、最高裁は、「東北栄養食品協会」という団体を「権利能力なき社団」と認定して、構成員の有限責任を肯定しているのである（最判昭和四八年一〇月九日・民集二七巻九号一一二九頁）が、構成員の責任を考えるうえで重要なポイントと考えられる、持分の払戻しの有無、利益分配の有無は判例から十

分明らかでないという問題がある（同旨、三島・前掲書九三頁）。控訴審の判決理由の中に、「……構成員が主として当該社団から利益の配分を受けることを目的とするものであるときは（営利を目的とする権利能力のない社団に多いと思われる）、自ら社団を営利の手段としながらその損失の危険から免れしめるのは衡平の觀念に反するから、構成員をして社団の債務を支払わしめる余地はあろうと思われるが、……」（民集二七卷九号一一四五頁）とあるので、「東北栄養食品協会」は純然たる営利団体ではないと思われるが、それ以上のことは分らない。福地教授は、「東北栄養食品協会」はおそらく協同組合型社団と目すべきものであるから、営利社団の構成員には有限責任を認めえないとする立場に立つても、判決の具体的結論は是認できると述べておられる（福地「権利能力のない社団の債務と構成員の個人責任」ジュリスト・昭和48年度重要判例解説四六頁）が、協同組合型社団の場合、常に構成員の有限責任が是認し得るわけではない（福地教授も、経済的活動を主たる目的とする協同組合型社団の構成員には有限責任を否定しておられる（福地「法人に非ざる社団について」神戸法学雑誌一六卷一・二号一六六頁））。ドイツでは、協同組合型社団の構成員の責任は無限責任と解されているし、我国でも、利益分配や持分払戻しがとるにたらない程度のものである、消費生活協同組合的なものを除けば、協同組合型社団の構成員の責任は無限責任と解すべきではないかと思われる。「東北栄養食品協会」が福地教授が言われるような協同組合型社団であるとすると、構成員の責任を考えるうえでポイントになるのは、利益分配や持分払戻しの程度だと思われるが、判決からはこの点は明らかではないのである。権利能力のない団体の構成員の責任について判断する場合には、持分払戻し、利益分配の有無、程度について言及されるよう裁判所に期待したい。