

組合と権利能力なき社団における共有論の可能性

——財産群法理と団体的拘束原理——

平野 裕之

- 一 はじめに
 - (一) 本稿の目的
 - (二) 問題点の確認——日仏比較の視点
- 二 フランス法の一瞥
 - (一) フランス共有規定についてのこれまでの改正状況
 - (二) 法人化による財産の管理
 - (三) フランス法からの示唆
- 三 日本法の考察(1)——総論及び組合はじめに
 - (一) 組合をめぐる学説の状況
 - (二) 組合をめぐる判例の状況
- 四 日本法の考察(2)——権利能力なき社団
 - (一) 入会における総有理論の導入と転用
 - (二) 権利能力なき社団をめぐる学説の状況
 - (三) 権利能力なき社団をめぐる判例の状況
- 五 おわりに——検討と提言
 - (一) 「団体財産」の存続保障と独立財産性の承認
 - (二) 組合及び社団への「財産群」法理のあてはめ

一 はじめに

(一) 本稿の目的

所有権、債権、債務といった積極・消極の財産、またその原因である契約関係（更にいえば、取消権、解除権、時効援用権、予約完結権等の形成権）が複数人に帰属する法律関係は、一方で物については共有法理、他方で債権債務については多数当事者の債権関係の法理により規律され⁽¹⁾、当該複数人に何ら特別の関係がなければ、個人主義的な共有、分割債権債務が原則とされ、互有や不可分債権債務（形成権では解除権等の不可分性）といった例外が認められるにすぎない。ところが、団体を構成するか否かを問わず（共同相続人、区分所有者のように）、その複数人に共同的に帰属する所有権その他の財産権、債権債務が一团の財産として構成されるべき関係が認められる場合には、その管理、権利行使、義務の履行等について、独立した財産関係性を保障する法理また何らかの共同の拘束が必要になる。それも、それぞれの関係の特質に応じて、規律は異なって然るべきであり、団体が形成される場合には団体により管理運用がされるべきであり、また、財産関係の存続が保障されるべきである（団体の内容により更にその内容も分かれてよい⁽²⁾）。

筆者は、二〇一〇年九月のパリ第一大学における日仏物権法セミナー（カピタン協会とパリ第三大学の共催）において共有論の報告を担当し、総有・合有といったドイツ的な思考の影響を多く受けた日本の議論とフランスとの議論の温度差を感じる一方で、背景の法状況の行きついた先（現状）には共通性を感じた。フランスでは、極端な個人主義的共有論（管理事項の決定も全員一致が必要）から出発し、団体関係の権利関係については、民法に法人規定また法人法定主義を宣言する規定がないことから、一九世紀末に民法の会社（民事会社）日本にあてはめれば営利目的の組合とでも考えてもらえばよい）に解釈上当然に法人格を認める判決が現れる。その後、法人化の

要件が立法により設定されたが（法人登記が要件になる）、非営利団体も届出の受理証の官報への公告だけで法人化でき、更には商事会社として多様な法人制度が用意され（一時的なジョイントベンチャーまで法人化可能）、いとも簡単に法人になれるため、その手続きをとらない限り法人格は認められないことが法律により明記された（結局、法人法定主義を採用したのと同じ）。他方で、法人化しない団体のための選択肢として、個人主義的共有規定とは別に合意により規律される共有制度の規定を別個に導入した。法人化しない以上は、共有制度により規律され、これに実質的に法人格を認めたと等しい保護を実現しなければならぬといった意識はない。

本稿は、紙数が限られているため、所有関係に限定して、団体と共有をめぐる問題について、フランス法を一瞥し日本法への示唆を確認した後⁽³⁾に、日本法について再検討を試みたい。債権関係また契約関係については改めて別稿において詳論したい⁽³⁾。

(二) 問題点の確認——日仏比較の視点

(a) 出発点としての共有規定

①当初のフランス民法の共有規定

一八〇四年当初のフランス民法は、所有権の絶対を標榜し、共有を所有権の利用を妨げ流通を阻害し経済発展の支障となるものと評価し（敵視し）、共有についてわずか三カ条の規定を置いたのみであった。即ち、共有の場合に共有に止まるよう拘束は受けな⁽⁴⁾いことを原則として宣言し、続いて解消の手続きについて二カ条を続けて規定しただけであった。しかも、共有規定を所有権の規定の中に置くのではなく、相続の規定の冒頭に規定したにすぎない（共有が問題になるのは、殆ど相続と組合においてである）。

②日本の共有規定

日本では、旧民法はフランス民法とは異なり、財産編の「所有権」の規定の中に三カ条の共有関係の規定を置き、現行民法も、ドイツ民法(当時草案)を参考にして民法(以下、日本民法は条数のみで引用する)二四九条から二六四条に共有について詳細な規定を置いた⁽⁵⁾。共有の原因として、起草者梅があげている例は、①相続、②組合、③夫婦財産契約において共産制を採った場合、及び、④共同契約(共同購入等)の四つであり、特別規定がない限り共有規定が適用になるものと説明をしている⁽⁶⁾。そして、注目されるのは、日本民法は、共有物の管理について多数決原理を導入し個人主義的共有理論を緩和しており(二五二条)、また、社団法人について明文規定を置き(現在は削除)、組合財産について共有としつつ(六六八条)、独立財産性を承認する特別規定を置いていることである(六七六条、六七七条)。

(b) 共有論と法人論——団体的所有関係

①条文なしに法人格を認めることにより解決

一八〇四年制定のフランス民法には、法人についての規定も民事会社についての共有の特別規定もなかった。即ち、団体については、民法の中に、民事会社(societe civile)の規定が契約各論の中に置かれたが、その所有関係については何らの規定がされていなかった。その後、一九世紀末に、民事会社の権利帰属をめぐっていわゆる法人学説の議論が生じ(ドイツ民法学説に倣い合有説も主張されたが、法人化できないのを補うためのものであった)、一八九一年の破毀院判決により民事会社に解釈上当然に法人格が認められた。そのため、団体所有は法人所有に解消され、総有・合有といったドイツ民法原理は議論されたものの認められなかった。

二〇世紀後半になり、一九七八年一月四日の法律により、民事会社につき法人登記が法人化の要件であることが明文で規定される。その反面、法人登記をしていない民事会社は法人格を認めないことが明記されたのである。

但し、その受け皿として、その前に一九七六年二月三十一日の法律により、組合規定に続けて（即ち、組合規定ではない）「共有者の権利行使についての合意」という節が追加され（フランス民法典「以下、CCと略記」一八七三—一条以下）、新たに合意により規律される共有の特別規定が置かれ、存続を前提とする共有関係をめぐる規定が導入された。⁽⁷⁾ 民事会社について、法人化しないと法人格が認められなくなった手当てを予め講じておいたのである。なお、二〇〇六年の改正により、法定共有についても、管理を全員一致から持分の三分の二以上で決定できる等柔軟な運用ができるように改正がされた。⁽⁸⁾

②日本における法人格（ないし権利能力）なき社団論の承認

旧民法は、契約の部分に営利目的の「会社」規定を置いたのはフランスと同じであるが（財産取得編一一五条—一五六条）、社団法人といった制度は未だ導入されておらず、また民事会社が当然に法人格を認められるというフランスの判例が出る前でもあり、公示（法人登記）を会社の法人格取得の要件としていた（同一—一八条）。これに対し、現行民法は、ドイツ民法に倣い総則に社団法人の規定を、契約各論に「組合」の規定をそれぞれ置き（営利に限定せず、また「会社」から「組合」に名称を変更）、組合が登記により法人になるのではなく、総則に公益社団法人の規定を置き、営利法人は商法の「会社」に委ねることにした。民法施行後、定款作成等社団の要件を満たしているが法人化の手続きを経っていない団体の法的扱いが問題となり（特に、労働組合のように法人化できない団体。そのため、無意識のうちに、権利能力なき社団に法人に等しい保護を与えようという解釈の指針が設定される）、権利能力なき社団の議論を引き起こすことになる。ところが、フランス民法とは異なり法人法定主義を宣言しているため（三三三条二項）、法人ではない団体に当然に法人格を認めることには支障があった。

他方、組合所有は「共有」としつつも（六六八条）、特別規定により存続保障・財産の独立性確保がなされており（六七六条、六七七条）、法人化しない団体の受け皿は当初から作られていたのである。ところが、学説は、

これには満足せず、組合に合有、そして、社団に総有といった法理を導入しようとしたのである。

二 フランス法の一瞥

(一) フランス共有規定についてのこれまでの改正状況⁽⁹⁾

(a) 当初のフランス民法

フランス革命後の一八〇四年に制定された民法典は、所有権の絶対性を宣言し（CC五四四条）、共有に対してこれと抵触するものとして消極的な評価を与えている。即ち、CC五四四条の「最も絶対的な方法で物を処分しまたは利益を享受する権利」という所有権の定義からは、これと抵触する共有は好ましい状態ではないことになる。共有は紛争の元であり、また、経済発展にとって支障になると考えられた（個人主義的共有法）。そのため、一八〇四年当時の民法は、共有について、相続法に分割というタイトルの下、CC八一五条に共有に止まることを強制されないということを宣言しただけであった（CC八一六条以下は共有物Ⅱ遺産分割についての規定）。

(b) その後の改正

(ア) 一九七六年一月三十一日の法律

共有が問題となる団体的所有関係については、民事会社については、一九世紀末の判例が民事会社（組合）に当然に法人格を認めたため最大の問題は回避される。そのため、共有理論の議論は発展することはなく、超個人主義的な共有法理の緩和だけが課題とされただけであった。その後、民事会社について法人登記を法人化の要件とすることにより、法人化していない民事会社の共有関係の規律のために、一九七六年一月三十一日の法律により特別の共有規定が導入されている。こうして、現在、フランス民法には二種類の共有規定が置かれている。

① 法定の規律による共有 (L'indivision légale: 法定共有)

先ず、共有者間に共有物の管理についての合意がされていない場合があり、法定共有と称される。発生原因が法定の原因によるという意味ではなく、共同購入など合意によって共有が生じても、共有物管理について何ら合意がされていなければ、この法定共有になる。法定共有については、相続規定の中に新たな chapitre III「共有の法定の規律 (du régime légal de l'indivision)」を追加して、CC八一五条に続けて枝番号を付けてCC八一五一条からCC八一五一条の規定が置かれている。

② 合意による規律による共有 (L'indivision conventionnelle: 合意共有)

民事会社の規定の後に、「共有に属する権利の行使についての合意 (des conventions relatives à l'exercice des droits indivis)」という新たな titre (第九章の二) を新設し、所有権、虚有権、用益権について共有財産についての権利を行使する者は、その権利について合意をすることができるとし (CC一八七三一条)、合意によって規律される共有関係について詳しい規定を置いている (CC一八七三二条、一八七三一条)。民事会社に限定されず合意によって共有関係についての特別の規律を合意する場合についての広く一般規定として考えられている。この規定は、CC一八七三一条を除き、次の二〇〇六年の改正の対象にはなっていない。

(イ) 二〇〇六年七月二三日の法律——法定共有の改正

二〇〇六年七月二三日の法律は相続法を改正するものであるが、一九七六年法により導入された法定共有の規定について、共有物の管理をスムーズにするために、多数決原理を多く取り入れる改正をしている。また、新たに「分割」章を独立させて、共有物の分割についての詳細な規定を置いた。⁽¹⁰⁾

(二) 法人化による財産の管理

(a) 民事会社⁽¹¹⁾への当然の法人格の付与

一八〇四年制定のフランス民法には、法人については何らの規定もなかった。また、民事会社は、営利目的の団体に限られ、それ以外の公益ないし非営利目的の団体については民事会社ではなく、⁽¹²⁾特別法によって規律された。民事会社については、法人規定また法人法定主義を宣言する規定のないフランス民法において、法人格を認めるか否かが解釈論として議論された(法人論)。即ち、一九世紀には、民事会社の法人格の認否の問題に焦点が当てられ、法人格は認められず共同所有なのかそれとも法人格が認められ単独ないし個人所有 (*propriété individuelle*) なのか議論されたのである。ブラニオールらは民事会社に法人格を認めることに対して反対をしたが、結局、判例は民事会社に法人格を認める明文規定なしに法人格を認めることになる。それが、破毀院の一八九一年判決である。⁽¹³⁾

但し、現在のフランスの民事会社は日本の組合とは大きく異なっている。民事会社は、二人以上の者によって、事業により受ける利益を分配するまたは経済的利益を享受するために、共同事業を行う契約によって設定される(CCC一八三二条一項)、定款を必ず書面にて作成することが必要とされ、各社員の出資財産、形態、目的、名称、住所、資本、存続期間及びその活動方法について定めておくことが要求されている(CCC一八三五条。一八〇四年民法はここまでの要件を設定していなかった)。定款の変更は、異なる条項が規定されていない限り、全員一致でのみ変更が可能とされる(CCC一八三六条)。このように、目的を営利目的に限定するものの、定款の作成を要求するなど、日本の理論でいうと社団の要件を満たす団体が念頭に置かれているが、総会、代表者の定めなども必須の要件とはなっておらず、日本の判例が社団の要件として設定している基準をクリアーしていることは必要ではない。⁽¹⁴⁾

(b) 一九七八年一月四日の法律——法人登記を法人の要件化

判例により民事会社に法人格が当然に認められたが、その後、一九七八年一月四日の法律により、民事会社は商業登記 (Registre du commerce et des sociétés = R S C) により法人格を取得するという制限が導入された (C 一八四二条)⁽¹⁵⁾。そのため、法人登記を経していない会社 (sociétés de fait) は、法人格はなくその財産は社員の共有になるが、財産管理について合意がなければ法定共有となり C C 八一五条以下が適用される。なお一九七六年一月三十一日の法律により導入された合意によって管理される共有についての C C 一八七三一条以下を用意し、個人主義的共有規定による不都合さを回避している。

C C 一八七三一条以下により、法人格を認めなくても、合意により共有関係を規律することを可能とし、その規律の内容を法人とする場合と遜色のないものとしたのである。即ち、管理者を決めて管理を行い、多数決原理を取り入れ、社員の個人債権と民事会社自身に係わる債権者とを区別するなど、共有に団体法原理を取り込むことにより、法人格を認めるのと変わらない権利関係を実現できるようにしたのである。この結果、民事会社について、法人化するか共有について合意をするかの選択が認められ、いずれによるかの財産管理の違いは紙一重になった。ところが、実際には、税務・会計上の理由から、法人化が選択され合意共有による方法は殆ど選択されて⁽¹⁶⁾いない。民事会社を法人にしたほうが、共有よりもより安定的な法形式を提供すると考えられたのである。

(c) 民事会社以外の法人

① 商事会社

営利目的の商法に規定する商事会社については、その要件を満たせば法人格が認められるが、商事会社にも多様なメニューが用意されている。その代表が株式会社 (Société anonyme = S A) であるが、その他に、S A S

(Société par actions simplifiée)、S A S U (Société par actions simplifiée unipersonnelle)、S A R L (Société à

responsabilité limitée)´ EURL (Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée)´ SCS (Société en commandite simple)´ SCA (Société en commandite par actions)´ SNC (Société en nom collectif)´ SASP (société anonyme sportive professionnelle) 等多様なバリエーションがある。存続期間が限定され資本不要な経済利益団体 (GIE = les groupements d'intérêt économique) は、一九六七年九月二三日のオールドダンスにより制度化され商法典 L.二五一一六条となり (L.二五一一四条一項により法人とされる)、société と association の中間的なものといわれ、GIE はジョイントベンチャーにも用いられている (但し、債務については連帯責任)。このように、日本では法人とはされないジョイントベンチャーまで法人とする可能性を用意して活動を支援するといったように、容易に法人を認めてなるべく法人という選択肢を広く認めようという方向性が垣間見れる。

② 非営利団体

非営利団体については、既に一八七五年の法律により上級教育を組織するための非営利団体 (association) の設立、一八九八年の法律により共済団体の設立が認められていたが、一九〇一年七月一日の法律により、非営利団体 (association) の一般法が導入¹⁷⁾され、非営利団体の設立の自由を認め、但し一定の手続きを踏まなければ法人格を取得できないという制限をした。その要件は、①最低二人の構成員の存在、②利益分配を目的としないこと、③その活動により、直接または間接であれ構成員を利することがないことである。④そして、県知事または郡長への届出の受理証の官報への掲載が法人格取得のための要件になる。この公告をしていない事実上の非営利団体 (L'association de fait) は法人格が認められない (そのため、代表者及び構成員が団体としてなした取引について責任を負い、財産は構成員の共有になると考えられている。この共有について特別の議論はない)。このように、団体に当然に法人格を認めるのではなく、法律により要件を設定すること (個別的な法人法定主義の宣言) が、一九〇一年に非営利団体、一九六八年に営利団体 (民事会社) について導入されたのである。

③利益共同団体 (les syndicats)

個別立法により、構成員の利益のための非営利団体が法人格を取得することが可能とされている。①使用者団体 (Groupements patronaux)、例えば UNAPL、MEDEF、CIDUNATI、CGPME、CEDI、FNSEA等、また、②労働者団体 (Syndicats de salariés) は、労働法典 L.1111-1 一条によって法人格の取得が認められている。③更には、区分所有者の団体である管理組合 (Syndicats de copropriétaires) にも、法人登記を要することなく法人格が認められている (一九六五年七月一〇日の法律一四條一項)⁽¹⁸⁾。

(三) フランス法からの示唆

本稿では、合意による共有の内容、合有理論の導入をめぐる二〇世紀前後の議論⁽¹⁹⁾、共有財産の独立性を確保する法理等について詳しく紹介する予定であったが、かなりの量になるので、この部分の原稿を削除し別の機会に紹介することにしたい。概説だけでも、フランス法の雰囲気伝わると思われるので本稿の意図は達せられたといえよう。そこで、日本法の議論への橋渡しとして、フランス法からの示唆をまとめておこう。

フランス法において、個人主義的共有規定しかない時代に、民事会社の法律関係の処理として、法人格を認めるか合有概念をドイツから導入するかの選択を迫られたが、一八九一年の破毀院判決は解釈上当然に民事会社に法人格を認める解決を採用した。ところが、その後、立法により民事会社に当然には法人格を認めないことに制限がなされた。その原因は二つである。①一つ、民事会社について正式に法人制度が導入され、法人登記により法人になるものと規定されたことである。法人制度を導入しながら、法人化の手続きをとっていない民事会社に法人格を認めるのは不合理であり、法人登記をしない民事会社には法人格を認めないという規定を明記する必要があったのである。②他は、共有法理に団体の財産関係を処理する受け皿ができていたということである。③確

かに、暫定的な解消までの共有関係を規律する法理は、民事会社には適切ではないが、合意により規律される共有関係の規定が立法され、存続保障がされていたのである。⑥また、共有法理の下でも、理論的に民事会社の財産の独立性が認められていたのである。そのため、法人化の手続きを採っていない以上、共有法理によって規律されるのはやむを得ないが、その共有法理も存続保障また財産の独立性を保障されたものである。また、民事会社以外の非営利団体 (association) も同様であり、広く団体を簡易に法人化することを可能とし、その手続きをとらない団体は合意による共有によるしかないという、自由主義・自己責任原理がフランスでは貫かれている。⁽²⁰⁾

立法の出発点こそ異なるが、辿りついた法制度の現状は、日本もこれと大差ないものになっており、現在はフランスより一世紀近く遅れていわゆる一般法人法が導入され、設立登記だけで非営利団体も自由に法人化することが可能になっている (一般法人法三二条)。そのため、法人化の手続きをとらない団体については、⁽²¹⁾理論的な問題を抱える「総有」という法理を認めてまで保護すべきなのか疑問となる (総有論導入当時は、法人化できなかった労働組合の保護が意識されていた)。求められているのは存続保障・独立財産性の保障そして団体に応じた + a であり、それを実現できる共有法理が立法・解釈によって用意されていればそれで十分ではないかといった疑問を生じる。この点、団体においては、団体的拘束により存続保障は実現され、残されるのは独立財産の実現も複数人の所有 (共有) する「財産群」といった概念を認めることで実現できる。但し、法人とは異なり、団体による登記ができない等の不都合があるが、それは法人化しない以上は甘受するしかない。

共有法理を固持して憚らないフランスの態度は窮屈なようでもあるが、①共有財産管理の存続保障、及び、②共有財産の独立性が実現できればよいという、態度は一つのあり方として参考になる。次に日本法に移ろう。

三 日本法の考察(1)——総論及び組合

(一) はじめに

日本では、ドイツ民法学において議論された総有及び合有という概念が学説によって導入され、判例によっても採用されている。⁽²²⁾ ドイツ民法の制定に際して、第一草案ではローマ法に忠実に共有と法人だけを認めるに過ぎなかつたが、第二草案において、組合と共同相続財産に合有理論が導入され、また、権利能力なき社団は組合の規定に従うものと明記される。こうして、ローマ法の共有と法人とは別に、ゲルマン法の合有理論が導入されたが、総有理論は葬り去られたのである。⁽²³⁾ 合有については、権利能力なき社団(ドイツ民法典「以下、BGBと略記」五四条)、組合(BGB七一九条)、夫婦財産(BGB一四一九条)、相続財産(BGB二〇三三条)について規定がされ、合有とされる組合財産については、組合員は、組合財産上の持分及び組合財産に属する個々の持分を処分することはできず、また、組合員は、分割を請求することができないことが規定されている(BGB七一九条一項)。⁽²⁴⁾

総有法理はドイツでは否定されたものの、日本では後述のように入会権の議論を経て権利能力なき社団に採用され、他方で、合有については、その内容を認めつつも、これを共有の一特殊類型と位置付ければよいと考えるか、合有という名を冠するか、呼称だけの争いとされているが議論はある。以下、組合そして権利能力なき社団の順でこれまでの議論を外観してみよう。

(二) 組合をめぐる学説の状況⁽²⁵⁾

(a) 当初の特殊な共有説

共有については、自由主義・個人主義を徹底したフランス民法の共有規定を修正した旧民法の共有規定の路線を維持しつつ、ドイツ民法に倣った共有規定を現行民法は導入した。しかし、組合にはドイツ民法の合有規定を導入せず、これを共有と規定したものの（六六八条）、組合には六七六条及び六七七条といった存続保障また組合財産の独立性保障を目指した規定が導入されている（この構想は合有規定を持つドイツ民法「草案」から導入）。起草者により、梅謙次郎『民法要義卷之三債権』（有斐閣復刻版）は、これらは「本条の場合に於ては共有に関する一般の規定を適用し難きが如し蓋し本節に特別の規定あればなり」（七八六頁）、六七六条は「組合契約の目的に反する」、「組合の目的に反する」といった理由でその特則を説明されている（八〇三頁）。合有概念を認めず、個々の財産について組合員の持分を認めつつも、合有法理で認められている結論自体は、組合という目的・団体の特殊性を理由に導入したのである。

①このような起草者の理解、また②六六八条の「共有」という文字に忠実に、当初の学説は、組合財産が独立した目的財産であることを認めつつも、組合共有も共有の一種であり特別の規律があるだけと理解するのが通説であった。⁽²⁶⁾ ③個々の財産に持分を認めず、組合財産という一つの包括財産への持分を認めるという合有論の前提を、日本の民法の解釈としても無理であるということも（物権法定主義が援用されることもある）、合有説を否定する理由になっている。

例えば、末弘巖太郎『債権各論』⁽²⁷⁾（大八）は、ドイツ民法は組合について「総有」（合有の趣旨）を採用しているが、「元来総有とは独逸学者の通説に依れば一箇の権利が一体としての数人に帰属する場合を謂うものにして、共有に於るが如く権利（持分権）を各共有者之を有し其行使のみが共同となれる場合を謂うに非ず」、「六六八条に所謂共有は尚を単純な共有」にすぎないという（八二七頁）。ローマ法とドイツ法の中間の折衷主義とも評する）。また、鳩山秀夫『日本債権法各論（下）』（大二三）六九一頁以下も、組合共有は共有と合有の中間であり、「特別

財産なるものを認め、其上に一個の権利の存在し得ることを認むるが為めには法典上の根拠あることを必要とし、組合に付ては此の如き規定ありと解するを得ざるが故に、尚個々の財産権が総組合員の共有に止まるものと解するを正当とすべし」と述べる（六九五頁。三瀨信三『契約法』（昭一五）三一五頁以下も同様の理由⁽²⁸⁾）。

(b) 合有説 1

① 全体のみを持分を認める徹底した合有説

川添清吉『民法講義〔債権分則〕』（昭一一）二八八頁は、組合「共有」は、「総有または合有」に属するものと解するを相当とする、「即ち総組合員は一個の結合体としてのみ組合財産の権利の主体たるにして共有に於けるが如く各自が一定の割合を以て権利を有するものにあらず。第六七六条には組合財産の持分とあるも茲に持分とは組合員たる地位を意味し又第六八一条に持分とあるは組合の純財産に対する組合員の分配額を意味し共に共有財産の持分とその意義を異にするものなり」と、かなり徹底した見解を述べている（二八八～二八九頁⁽²⁹⁾）。

② 個々の財産について持分を認めるが特殊な「身分共有説」というものを主張する学説

横田秀雄『債権各論』（明四五）七二五頁は、「組合財産の合同的共有を以て組合員の身分に伴う権利と為すものにして各組合員は組合財産を組成する権利に付きて自己の持分を有するも……唯其身分権上の理由に基づき組合員の一人として持分を有するに過ぎず換言すれば組合財産に対する組合員の持分は組合員の共同団体に加入して其一員たる資格を得るに因りて当然之を取得し組合員たるの資格を失うに因りて当然之を喪失」する、「組合財産は各組合員が組合員たる資格に於て共有する財産にして各組合員が其財産に付き個別的持分を有せざる以上は組合財産は総組合員または其代表者に於て之を処分するは格別各自単独に自己の持分を処分することを得ざる合同関係より生ずる当然の結果」なりとし（七二五頁）、この説を採用する（七二六頁⁽³⁰⁾）。

(c) 組合に法人格を認める異説

異説として、組合に法人格を認める学説が、戦前また戦後ともに少数ながら存在している。岡村玄治『債権法各論』(昭四)は、「今組合の本質を観るに組合は民法の認むる社團なること六六七条以下殊に第六七九条以下の規定に依り明瞭にして、此社團が権利義務の主体たることを實質上認められて居ることは、民法組合の規定殊に第六七六条第六八八条等に依りて窺知するに足るが故に、組合は實質上民法の規定に依りて認められたる法人なりと云わざるべからず」(四九三頁)、「組合は当然財産権の主体と為り組合財産は総組合員の共有に非ずして其實組合なる法人に属するものとす」(四九三〜四九四頁)とする。従って、共有ではないので、組合員は組合財産に持分を持たず(五一五頁)、六七五条は、組合債務も組合に帰属するが、これについての組合員の責任を規定したにすぎない(五一七頁以下)、という。

戦後のものとしては、三宅正男『契約法(各論)下巻』(昭六三)が、「六六八条、六七六条にいう『組合財産』とは、文字通り一体としての包括的組合財産であり、『持分』とはその上の包括的持分であると解する」(一一四二頁)、「組合契約關係に媒介される組合の団体性を定立する立場に立ち、権利主体を人と法人に限定する建前にこだわらず、組合財産ならびに組合債務が組合に帰属することの承認に踏切るべきである。この観点に立てば、重疊的な共同帰属は解消し、組合員は専ら、組合契約を前提とし物権や債権とは全く異質の、増減変動する組合財産の上の包括的持分のみを有し、組合財産をめぐる議論は、この持分の性質と内容に集中することになる」(二二四九頁)と述べ、徹底した合有説とも組合に法人格を認めるものとも取れる見解を表明している。

(d) 合有説2——個々の財産に持分の成立を認める

合有論が戦後には微妙に変化してくるようになり、組合財産に包括的持分を認めつつ共有同様に個々の物に持分権自体を認め、ただその処分が制限されまた分割請求も制限されるという、特殊な共有Ⅱ合有といった理解に変わってくる。その結果、合有というか、共有の一特殊類型というか、表現ないし説明の差になってしまっている。

石田文次郎「合有論」同『民法研究1巻』（昭九）八五頁以下（初出昭六）は合有説を採用しているが、⁽³¹⁾戦後の石田文次郎『債権各論』（昭二二）二〇〇頁でも、「組合は共同事業を営むがための多数人の結合であり、組合財産は其目的のために結合せる各種の権利の総体であるから、組合が存在する限り、組合財産は独立した目的財産（……）であり、各組合員の一般的私財から区別さるべき特別財産（……）である。民法が『組合財産』なる文字を用い、組合財産について種々の規定を設けているのは、組合財産が独立した特別財産であることを認めたと謂はなければならぬ」（二〇〇～二〇一頁）といいつつも、「現行法上財産が全体として一物の如く権利の客体となり得ないから、組合財産其のものを客体とする共有権は成立しない」、故に個々の財産に持分を認めざるをえないと述べている（二〇一頁）。戦後の新たな合有論の魁であるといえよう。⁽³²⁾

我妻栄『債権各論中巻二』（昭三七）は、「持分処分自由と分割請求権とは、共有の本質をなすものであるのみならず、組合財産がこの本質を欠くのは、組合員の間にも共同目的のための人的結合関係が存在するためであるから、これを共有とは種類を異にする合有とみるのが正当である」（八〇〇頁）。「組合に帰属する積極的な財産（……）と債務とを一括した、包括的な組合財産（一種の目的財産）を法律的な存在として捉えること」は「可能であり、かつ実際上の利益もあると考える」（八〇一頁。目的財産としての組合財産は八一四頁で詳論）。「組合財産は……全体として一個の目的財産を構成し、組合員はその上に包括的な持分を有すると解しても、組合財産に属する個々の物もまた個々の全組合員の共同の所有に属し、各員がそれについて持分を有することは疑いない」（八〇三頁⁽³³⁾）という。我妻説の影響度はかなり大きく、我妻博士が合有論を支持したことは注目される。こうなると、特殊な共有というか、合有というかは表現の差でしかなくなり、その後も「なんとなく合有論」とでもいうべき学説が続いている。⁽³⁴⁾

近時、加藤雅信『新民法大系IV契約法』（平一九）は、団体の規律について、合有や総有に匹敵する法的構成

は世界各国にあり、このような構成は法人格を實質的に認めるのと同じことを実現しようとするものであり、「以上の論証からわかるとおり、合有論とは、共同所有形態の規律に託して、組合団体の継続性を維持しようとするための理論である。これが、著者が『総有論・合有論のミニ法人論的構造』と名付けた合有論の機能なのである」と、合有論を再評価する(四七六頁)。

(e) 合有説が通説となった以降の特殊な共有説

このように表現の問題に解消される程度の問題になると、民法が「共有」といつているので、特殊な共有と理解すれば十分だという共有説が盛り返すことになる。

永田菊四郎『新民法要義第三卷下(債権各論)』(昭三四)三〇五頁は、民法は一応「共有」として扱いこれに特則をもうけて制限するのが民法の建前であり、「共有持分につき制限のある共有と見るのが、民法の態度に合致し、妥当であろう」という(三〇六頁)。末川博『契約法下(各論)』(昭五〇)二六四頁は、「いわゆる合有(広くいえば総有)たる性質を有するものと見ることができ。もつとも、合有とか聯有とか総有とかいうことは、今日なお必ずしもはっきりした概念になっていくわけではなく、しかも民法では共有という言葉が用いられていることでもあるから、ここでもこのような概念を持つてくることを避けて、組合財産は、上述のような制約を受けた意味において総組合員の共有に属するというふうに理解しておく方が妥当ではあるまいか」と述べる(三六四頁)。また、星野英一『民法概説Ⅳ(契約)』(昭六一)も、「『合有』とは何かについても、わが民法には規定がない以上明かとはいえないが、通常そう呼ばれるものに近いとはいえる(……)。故に、そう呼んでも差し支えないが、そう呼ぶ必要もない。……要は、民法上の「共有」とは異なる点が多い独自の関係と解すればよく、どの点が異なるのかをはっきりさせることが重要である」(三〇四頁)。更には、石田穰『契約法』(昭五七)も、「民法六六八条は組合財産を共有であると明言しているのであり、必ずしもこれを合有といいかえる必要はない

ように思われる。ただ、民法六六七条以下で特別の規律がされている限度で通常の共有と異なるわけである。結局、組合財産は、一定の制約を伴った共有である」という（三九三～三九四頁）。

(f) 性質決定不要説

こうして合有・共有（特殊な共有）といっても、その認める内容に差はないとすれば、戦後の結果の妥当性を重視する法学の傾向を顕著に表わす、合有か共有かの法的性質論に重要な意味を認めない学説が現れてくる。

水本浩『契約法』（平七）は、合有・共有に固執することなく、「具体的事案に応じて、当該組合の目的や存続に適合するように処理する態度をとることが望ましい」といい（三八〇頁）、鈴木祿弥『民法総則講義改訂版』（平二）も、「組合においては、原則として、多数の個々の物からなる組合財産全体が複数の組合員に共同に帰属」する（五九頁）、これは合有と呼ばれるが、「組合財産が合有だといっても、それは純粹の共有とはなんらかの意味で違った点があることを意味するにすぎず、ある組合の組合財産についての各組合員の権利の内容が、それによって具体的に明かにされるわけではない」と主張する（六〇頁）。

(三) 組合をめぐる判例の状況

判例は、組合財産について、「民法が契約関係たる組合に一種の団体性を認め組合財産の性質に付ても普通の共有と異にし」「一種の団体財産たる特質を帶有せしめたる」ものとか（大判昭七・一二・一〇民集二一巻二三一三頁）、「組合財産は特定の目的（組合の事業経営）の為に各組合員個人の他の財産（私有財産）と離れ別に一団を為して存する特別財産（目的財産）にして其の結果此の目的の範囲に於ては或程度の独立性を有し組合員の私有財産と混同せらるることなし」、「以上説示の如く組合財産が一の特別財産として存する結果組合と組合員との間には相互に債権関係成立し得るものと云ふべく……而して此の場合債権者は当該組合員の持分（組合が債権者な

る場合) 又は負担部分 (組合員が債権者なる場合) を控除することなく全額に付て弁済を受け得るものと為さざるべからず。従て組合員が組合に対する債権を取得したる場合、其の組合員の負担部分に付債権者と債務者との混同を生じ債権消滅するものとなす所論は妥当なりと云ひ難」と判示し、古くより独立財産性を認めている (大判昭一一・二・二五民集一五卷二八一頁)。その後、「組合財産として、組合員に合有的に帰属」とすると、合有という表現を採用するに至っている (最判昭四三・六・二七判時五二五号五二頁)。

但し、判例では、組合財産が一团の財産であることが承認され独立性が認められているが、組合財産への包括的な持分といったものは宣言されておらず、合有という表現が使われてはいるが、その内容は必ずしも明らかにされていない。そのため、判例は合有説とも特殊な共有説ともいずれともとれるが、「合有」と表現する判決があるので、合有説といってよいであろう。学説の検討は最後に行うとして、次に権利能力なき社団の権利関係についての学説・判例を紹介してみたい。

四 日本法の考察(2)——権利能力なき社団

(一) 入会における総有理論の導入と転用

民法施行当初においては、ドイツの合有論・総有論が紹介されても、日本の体系に合わない不要な概念とされたことは先に述べた (また、物権法定主義から認めることはできない、その前提である「一つの組合財産」という概念も同様という主張もされた)。ところが、ドイツ法の解釈による導入の絶頂期に状況が変わってくる。⁽³⁵⁾末弘博士が、『物権法』(六一〇)で、共有とは別に、「同有 (聯有、総有、合有)」があると主張し、「各自は独立して格別の所有権を有することなく、数人が結合して一体として其物を所有する場合」とし、共有の性質を有する入会権がこ

の「同有」であるとした。入会という日本の慣習を認めるだけでなく、これに古代ゲルマンの血縁的村落共同体の総有概念を導入しようとしたのである。その後、入会所有に総有という概念が学説により導入されるが、⁽³⁶⁾ 総有理論の影響はそれに止まらず、フランスどころかドイツとも異なり総有概念を権利能力なき社団に導入することが提案されるのである。⁽³⁷⁾ その背景には、組合・社団峻別論、法人実在説がある他、⁽³⁷⁾ 同時に問題となっていた労働組合（当時の立法では法人になれない）の保護という実践的な問題意識があり、「権利能力なき社団には法人同様の保護を与えなければならない」といった意識が、いつのまにか根付いていったという事情がある。

平野義太郎『民法におけるローマ思想とゲルマン思想』（大二三）は、ゲルマン法を詳しく紹介した上で、ローマ法の個人主義的な「共有」と「法人単独所有」に対して、ゲルマン法の団体主義的な「総有」と「聯有」とを対置した上で、入会を総有（一八六頁以下）、組合の聯有にそれぞれ分析する（一一一頁以下）。その後も、石田文次郎博士が、社団と組合とを区別すべきことを提唱し、⁽³⁸⁾ そして権利能力なき社団を総有、組合を合有と、通説を絵に書いたように明快な議論を展開し、その後の学説の展開に大きな影響を与えていく。

(二) 権利能力なき社団をめぐる学説の状況

(a) 組合共有説

起草者が組合についても「共有」と規定し、また、組合の他に社団といった概念を考えていなかったことは既に述べたが、当初の学説も同様の理解であった。昭和の時期に入っても、大審院裁判官を務めた沼義雄『綜合日本民法論別巻第一民法総論上』（昭二一）は、社団は組合に非ずといえども、「権利能力なき社団に關し何等の規定を設けざるを以て民法組合の規定を類推適用するの外なし」と明言している（二四八頁）。

(b) 信託説

しかし、社団構成員（以下、社員と略称する）の個人財産ではなく「社団の財産」であり、その権利関係を共有と構成することは適切ではないと考えた上で（この点では、組合と社団の峻別を認める）、信託によって独立財産性を実現するしかないという記述が散見されるようになる。例えば、三瀧信三『全訂民法総則提要上』（大八）は、総有は一七五条の規定があるがため認められず、共有か役員に信託されているか各事例毎に判断するしかないという（一六七頁³⁹）。遊佐慶夫『民法概論総則』（大九）も、「人格なき社団……が、其財産の保有管理を為すに付ては信託を為すことに因て其需要を充すことを得可し」という（一四三頁）。孫田秀春『民法総則上巻』（昭八）も、総有を一七五条の物権の限定主義に反するとして否定し、「結局此種の社団の財産は役員其他の者が、信託完結として個人名義を以て之を所有する以外に途なきことと為る」という（二六六頁）。戦後も、勝本正晃『新民法総則』（昭二七）が、「財産の取得契約の締結等については結局、代表者に委任又は信託せられたものとして、其効力を認むべきであろう」と述べる（九二頁⁴⁰）。社団の財産関係について全て代表者に信託し、その管理・処分のための契約も代表者が当事者として行うことになる。

(c) 合有説

ところが、学説には六六八条の「共有」を「合有」と整理し、これを社団にも適用し、信託によらずに「社団財産」の独立性を実現しようとする学説が現れる。日本における権利能力なき社団についての初めての論文である菅原脊二「権利能力なき社団（二・完）」論叢九卷六号（大一二）が、その嚆矢をなし、「権利能力なき社団の財産も組合財産と同じく総社員の共有に属すると解すべきである」（五三頁）、社団財産は社員の一般財産と区別すべき特別財産である（五四頁）、「社団債務については、各社員は各自の負担部分に対し人的有限責任を負う」（五八頁）などの主張をする。結局は、組合所有を合有とし、権利能力なき社団も同様に考えている。他にも、田島順『民法総則』（昭一三）も、「外部関係につきましては、例えば財産の所有、代表の問題等異論あるも、組合と

同一に解するの外なかるべく、従って代表者は各人の委任に基く権限のみを有し財産は組合財産と同様に、所謂合有関係にある」という（九五頁）。戦後の学説としても、川島武宜『民法総則』（昭四〇）が合有とし（一三九頁）、また、川井健『民法概論Ⅰ民法総則（第四版）』（平二〇）は、「総有概念は明確とはいえない」と批判し、「法人格のない社団の性質に基づき共有が制限され、分割請求の禁止を定める六七六条二項類推適用を認めるという意味で合有に近い性質を持つといえよう」と述べている（一〇七頁）。

(d) 総有説

総有論を入会について認めていた石田文次郎博士は、総有論を権利能力なき社団に導入するという衝撃的な提案をする。これが、後掲の我妻『民法総則』と共に、日本のその後の研究を総有論へと大きく舵を切らせることになる。即ち、石田文次郎「権利能力なき社団」同『民法研究Ⅰ』（昭九）は、「私は権利能力なき社団の存在を構成している一切の権利義務は組織的単一体としての社団そのものに帰属すると解したい」（四七頁）、「其の所有の形態は団体所有の形態であり、総有権（Gesamteigentum）であると思う。即ち結合せる社員の全体が独立した団体として所有権を有し、所有権の内容は団体内部の組織法の反映によって質的に分解し、客体に対する管理処分権能は団体が団体の権利として之を有し、客体に対する使用収益の権能は各社員が社員たる資格に於て之を有し、団体の総体権と各社員の個別権とが組織的に結合して完全な所有関係を実現するものと見るのが事実の真相に符号している」、「組合は各組合員の債権的結合にすぎないから、其の所有権の形態も個人所有型の結合した合有型として現出せざるを得ない。反之、権利能力なき社団は組合と其の本質を異にする社団であり、組織的単一体であるから、其所有権の形態も亦当然組合の所有の形態と其の本質を異にする総有型である」と論じる（四九頁）。

そして、総有説が我妻博士によって採用されたことが、総有説が判例によって採用される伏線になる。⁽⁴¹⁾ 我妻栄

『新訂民法総則』(昭四〇)⁽⁴²⁾は、「社団の資産は、社団員の総有に属し、社団員各自は、総会を通じてその管理に参画するだけで、個々の財産について、持分権をもつものではない」と簡略にまとめている(一三四頁)。その他、小出廉二『民法教室総則編』(昭三五)一一三頁、松坂佐一『民法提要総則(第三版・増訂)』(昭五七)一二二頁、潮見佳男『民法総則講義』(平一七)四五三頁等の総有論の支持が見られるが、決して通説といえるほどの多数ではない。ほぼ忠実に総論を引き継ぐ説明として、例えば、船越隆司『民法総則改訂版』(平一三)は、「社団において、財産上の権利義務は社団そのものに帰属しているから(社団の単独所有)、構成員には『持分』といった観念は認められていない」、脱退しても持分の払戻請求権は認められない(三八一頁)、「権利能力なき社団の財産すなわち権利義務は、社団員全員に総有的に帰属する」(三八三頁)、「『総有的帰属』とは、社団員全員による実在的総合人に帰属するということであり」持分は認められない、「個々の社団員には総会を通じて社団財産についての管理権能が認められるにすぎない」(三八四頁)といった説明をしている。

総有論に対しては、判例に採用された後も、中世ドイツ村落共同体の理論であり現在のドイツでも認められていない法理であること、総有の内容が必ずしも明確ではなく、実質的に社団所有を実現する比喩の域を超えていないこと等の点で依然として批判が強い⁽⁴⁴⁾。

(e) 社団所有説(社団に法人格を肯定)

社団に帰属することを認めつつ社員の総有と構成する迂遠な手法には批判が強く、学説には直截に社団に法人格を認める主張も有力である。既に組合に法人格を認める主張があったことは述べたが、戦後に鍛冶教授と森泉教授によって積極的に展開される。

鍛冶良堅「いわゆる権利能力なき社団(非法人社団)について」同『民法論集』(昭五一)は、民事訴訟法四六条「現行二九条」により、訴訟という権利実現の場で権利主体と扱われるものであるとすれば、それはまた社団

が一般的に権利能力を有していることを意味する（二〇頁）、法人というのは権利主体たるにふさわしい実体を有することを公認されたことを意味し（二五頁。制限行為能力と意思無能力のような関係。法人でも法人格否認の法理が適用される）、そのため権利能力なき社団ではなく「非法人社団」と呼ぶのが適切であるという（二七頁）。また、同「権利能力なき社団と組合」同書所収も、「団体財産としての独立性が確保されているかぎり、潜在的持分を有することは必ずしも社団の性格と矛盾しないのではないかと考える」、「潜在的持分があり組合的性格のあるものも、代表者および財産管理体制が確立し、対内外的に独立性が確保されているものについては」民事訴訟法四六条の社団としてとらえ、これを有しないもののみを民法上の組合として処理する（一〇二頁）⁽⁴⁵⁾。

森泉章『団体法の諸問題』（昭四六）も、社団という実体から、「権利能力なき社団財産は、権利能力なき社団が実定法上権利義務の主体として扱われていること、また社団財産が構成員の個人財産と混同されない独立の財産であることからして、社団有と解すべきであろう」という（一三六頁）⁽⁴⁶⁾。槇悌次『民法総則講義』（昭六一）も、社団の名において財産を所有でき、「社団的所有とでもいうほかない」という（五七頁）。

平成期にはいっても、石田穰『民法総則』（平四）が、「法人ではないが、構成員や財産出捐者により団体自体に権利義務が帰属すると考えられている団体がある。このような団体には私的自治の原則に照らし当事者の意思を尊重して団体自体に権利義務が帰属するのを承認すべきである」（二一一頁）、北川善太郎『民法総則（第二版）』（平一三）が、社団単独所有説が「もっとも明快であり、また、現実に即しているといえよう」（九一頁）と、依然として社団所有説の支持は根強い。近時も、後述のミニ法人論を主張する加藤雅信『民法総則（第二版）』（平一七）、ミニ法人論から⁽⁴⁷⁾、財団もふくめた構成として、「権利能力なき社団、財団についての統一的理解としては、権利能力なき社団、財団それ自体の所有を認めたくえで、登記、登録が必要なものについては、信託的な登記、登録を認めるといふ私見にいきつくことになる」と述べている（一五〇頁）。

この考えが批判されている点は、法人法定主義（三三三条）に反するという点にある。総有説に対する物権法定主義（一七五条）に反するという批判は今日では見られなくなっており、法人法定主義が唯一考慮されるべき点になる⁽⁴⁸⁾。

(f) 柔軟な解決を志向する学説

① 合有または総有と分ける学説

先ず、社団と組合に分けることに対して、その中間的な団体もあるため、社団を必ず総有と決めつけずに解決を図る学説が主張される⁽⁴⁹⁾。福地俊雄「法人に非ざる社団について」同『法人法の理論』（平一〇）がそれであり、類型に応じて、総有になったり、合有になったり、また中間的な処理をしたり柔軟に使い分けるべきであり、一律に総有と決め付ける融通性のない処理を否定する（三〇六頁以下、三二九頁）。近江幸治『民法総則Ⅰ民法総則（第六版）』（平二〇）は、このような解決を支持する（二二二頁）。

② 演繹的構成不要説

星野教授は、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』において、フランスやイギリスで「法人」承認の意義とされた点の殆どが、我が国では、法律によって認められてしまっている（民訴二九条、民六七六条、六七七条等）、「既に実質的に法人とほぼ同じ効果の認められた団体の存在を広く認めているのである」（三〇〇～三〇一頁）、「総有」「合有」「信託」といった法律関係が一義的に明確ではない、それらは権利能力なき社団に適用されるために構成されたものではないために適切ではなく（三〇六頁）、「『権利能力なき社団』をめぐる種々の利益を比較考量して各問題につき判断すべきであり、かつそうすれば足りるのである。つまり、『権利能力なき社団』においてはこれこれの法律効果を生ずる、端的に論ずればよい」のであり、総有、合有、信託といった構成による必要はないという（三一二頁）。四宮和夫『民法総則（第四版）』（昭六一）も、組合型も

あり合有と見られる場合も存し、「実際には、法律構成にとらわれることなく、具体的場面において当該団体に最もふさわしい解決をはかることに努めるべきである」と、同趣旨を述べている（八六頁）。

（三） 権利能力なき社団をめぐる判例の状況

判例は、戦後、総有説を採用しており、詳しく述べる余裕はないが、例えば、「権利能力なき社団の財産は、実質的には社団を構成する総社員の所謂総有に属するものであるから、総社員の同意をもって、総有の廃止その他右財産の処分に関する定めのない限り、現社員及び元社員は、当然には、右財産に関し、共有の持分権又は分割請求権を有するものではない」という（最判昭六二・一一・一四民集一一卷一二号一九四三頁。最判昭四七・六・二民集二六卷五号九五七頁、最判昭五五・二・八判時九六一号六九頁等も同様）。債務についても同様であり、債務も構成員全員に総有的に帰属し、権利の総有につき構成員に個人的持分がないのに対応して、債務については各構成員に個人的責任がなく、債権者は団体の財産のみを引当にすることしかできないと考えられている（最判昭四八・一〇・九民集二七卷九号一二二九頁）。

五 おわりに——検討と提言

（一） 「団体財産」の存続保障と独立財産性の承認

現行の日本法においては、法人法定主義を採用しているが（三三条）、全ての団体が容易に法人化可能である⁽⁵⁰⁾。それなのに法人化の手続きを採っていない団体に、法人格を解釈上認めたりまたは法人格を認めるに等しい扱いを実現することを志向した過去の遺物であり法的な理解・説明の困難な総有理論を敢えて認めることは、適切で

あるとは思われない⁽⁵¹⁾。

しかし、このことは法人化していない複数人（便宜上、「団体」という言葉を用いておく）による活動を、個人主義的共有や債権関係についての分割主義の原則によって規律してもかまわないということを決して意味するものではない。やはり付合により共有になったり、数人で飲食店に入るのとは異なった特殊性がある。そこには、①団体の存続保障⁽⁵²⁾、団体的な決定に社員は従うべき団体的拘束といった特殊性があり、これを反映して財産関係についても存続保障、団体的拘束⁽⁵³⁾が認められる。また、②それと並行して、一つの団体財産を社員の個人財産から独立させその管理・処分を認める法理も必要である⁽⁵⁴⁾。後者のためには、法人や信託といった選択肢も可能であるが、それを選択しない以上はこれらに比べて最善ではなく不都合が生じる点は甘受されるべきである。③次善の解決ということに甘んずべきこと、また、④団体財産についての法理を一緒くたに団体性から導くことを再考すべきこと（①②の根拠を分けること）、この二つがここで確認されるべきである。しかし、次善の策ではあるものの、団体財産の独立財産性ないし財産隔離制度の実現の努力はされるべきであり、この点について以下に検討を加えたい。

独立財産を実現する最善の方法は、法人や信託であるが、団体を必須の要件とするものではなく、財団法人や相続財産法人に見られるように一体としての財産自体に法人格を認めることも可能である（共同相続や区分所有もあえて団体を想定する必要はない）。団体財産については、団体性からくる拘束とは別の原理として、団体財産を一つの「財産群」として構築する法理を認め、団体財産には、これと団体の性質に応じた柔軟な団体的拘束との二重の原理による規制を認めることを提案したい。集合物概念を認めるのと同様に、合意による物権の創設ではなくそのような物権法制度を解釈により認めるものであり、物権法定主義（一七五条）に反することはない。

物概念について、担保に限れば財団や解釈による集合物といった概念が認められており、また、相続財産と相

続人の固有財産の分離制度が認められている（九四一条以下）。明文規定がなくても、社員や組合員（以下、両者を含む場合には構成員と呼ぶ）の個人財産と区別された団体財産を一つの「財産群」として観念することが許されるところを考えるべきである（「財産群」の根拠は多様であるが、ここでは法人代用・加藤教授のいうミニ法人論。繰り返すが次善の策というだけで、団体に特別の保護を一切否定するものではない）。そして、集合物の上の一つの抽象的な所有権を認めるのと同様に、一つの団体財産についての包括的財産権を認めこれを総構成員に帰属させ、各構成員にその上の抽象的な持分が認められるべきである（これが通常の共有との差異）。但し、個々の財産も総構成員に帰属し、財産権の場合には各構成員に持分が成立することも認めてよい。⁽⁵⁵⁾とはいえ、構成員は分割請求ができず、持分を処分できずまた構成員の債権者も差し押さえることはできない。これは、団体に自己の意思に基づいて参加したことによる団体的拘束の引き受け、また、独立財産性を実現するための団体財産の抽象的持分と個々の財産の持分との不可分性の両者から基礎づけられる。これを特殊な共有というか、合有というかはあまり重要ではなく、重要なのは共有であっても「財産群」という観念の承認そして団体的拘束と共にそれが個々の財産にも拘束力を及ぼすことを認めることである。この二つの制限はあるが、総有のような法人所有の「ぬえ」⁽⁵⁶⁾的構成と断絶するため、共有の一種であり、敢えて「合有」という言葉は用いなくてもよいであろう。⁽⁵⁶⁾

団体財産としての独立した財産を実現するこの「財産群」の法理は、団体は常識的には組合と社団とを区別できようが、いずれの類型にも当てはまり、ただ、団体的の強弱や団体の目的が、団体的拘束や団体的意思決定に影響を及ぼすにすぎない。以下にそれぞれについてあてはめていこう。⁽⁵⁷⁾

- (a) (二) 組合及び社団への「財産群」法理のあてはめ
組合について

(一)に述べた「財産群」として団体財産を認める法理は、営利目的か非営利目的かを問わず、民法上の組合に適用される⁽⁵⁸⁾。組合員が脱退した場合には、組合員という団体的拘束がなくなりまた「財産群」の帰属主体である総構成員という地位を失うのでそれによる拘束から解き放たれ、出資財産の額ではなくその当時の組合財産についての出資割合に基づいて計算された割合により、脱退組合員には払戻請求権が認められる(六八一条一項)。また、組合が解散した場合にも、組合という団体的拘束がなくなり、残余財産は「財産群」を構成したまま清算されるべき財産へと運命づけられ、出資の割合に応じて清算される(六八八条三項)。本稿の検討対象ではないが、組合債務については、「財産群」を構成する財産であることから分割主義(四二七条)の適用は排除され、一つの組合財産たる債務として総組合員に帰属するが、組合員は損失分担の割合に応じて分割責任を負い⁽⁵⁹⁾、もしそれを債権者が知らなければ等しい割合で個人財産によって無限責任を負う(六七五条)。但し、商法五一一条一項により全組合員が連帯債務また連帯責任を負うことになる可能性があるのは、法人化の手続きを採っていない以上やむを得ない。他方で、損益分担が合意されていないことが通常であろう非営利組合についても、難問ではあるが、社団とは異なり、団体と契約をしたというよりも複数の個人と契約をしたという法意識があることから、やはり六七五条を適用して債権者を保護し、組合員の個人財産についても分割無限責任の追及は可能と考えられる。

(b) 権利能力なき社団について

⁽⁶⁰⁾ 団体財産を独立財産たる「財産群」として総構成員への帰属を認める法理は、権利能力なき社団にも適用してよい。確かに、数十万人の会員を持つ団体と、二人で定款も作らず契約により共同事業(例えばラーメン屋)⁽⁶¹⁾を行っている場合とが、人の集まりとして異なる性質のものであるというのは常識であろう。団体の創設・加入といったことが問題になる社団と、共同事業を行うという契約関係に過ぎない組合とは法的にも区別でき、更には中間的にいざれとも単純に割り切れない団体もあることは確かである。しかし、内部関係の運用は異なるとして

も、独立財産の実現については、いずれについても「法人」によって実現できると同様に、いずれにも「財産群」法理により実現できると考えられる。繰り返すが、全ての団体が容易に法人化できる現在、「権利能力なき社団には法人同様の保護を与えなければならぬ」といった問題意識を前提にするのは適切ではない。

通説・判例は、権利能力なき社団について、社団財産は総社員に総有的に帰属し個々の財産どころか社団財産自体についても社員は持分を持たないと考えている。しかし、団体に法人格を認めない以上、いくら実質的に法人格を認めるための法理とはいえ、持分がどこにもなくからっぽの財産権というのは大いに抵抗感がある。やはり、権利能力なき社団についても、社団財産は総社員に一つの「財産群」として帰属し、個々の社員はこれに包括的な持分が認められ⁽⁶²⁾、更には個々の財産についても個々の社員に持分が認められるが、上記組合について述べたような制限を受けるにすぎないと考えるべきである。その権利関係については、団体的拘束を受けるといふことは、反面として団体的な合意によって自由に決められるということであり、団体の性質によって異なった合意が定型的に考えられる(団体的私的自治)。営利か否かで分けてみよう。

① 営利目的の権利能力なき社団

営利団体が定款を作成してそのまま法人登記をすれば会社として認められる状態で、法人登記もせずに活動している場合を考えると、形式的な基準によって社団と認められるとしても、組合同様に脱退に際して払戻しを認めてもよいし、また、解散の場合に残余財産を清算して社員に分配してよい。他方で、営利目的の団体である限り、六七五条により損失分担割合に応じた、債権者がそれを知らなければ等しい割合による無限責任が認められるべきである(商法五一一条一項が適用されるのも組合と同様⁽⁶⁵⁾)。社員として営利団体に参加する以上はそのような覚悟で行うべきであり、また、事実上このような営利団体が数百人も人間により運営されるということはないであろう。

② 非営利目的の権利能力なき社団

問題は、この世にあふれている非営利団体であり、名前だけの社員も多くかなりの人数によって構成されている可能性がある。これにつき、われわれの常識的な感覚と異なる法的扱いは避けなければならない。非営利目的の社団であっても、社団財産は総社員に一つの「財産群」として帰属し、各社員が社団財産全体について包括的・抽象的な持分を有し、また、個々の財産についても——行使が制限された社員の数に相当数に及ぶために等しいが——持分を有していると考えべきである⁽⁶⁶⁾。但し、社員は、団体的拘束を受け入れる意思でその団体に参加しており、団体による意思決定が最優先にされることは営利団体と同様であり、分割請求も持分譲渡もできないのは営利団体と同様であるが、脱退の場合の払戻しや解散の残余財産の分配については、社団の定款や総会決議によりこれと異なる内容を決めることができ(そのような団体的拘束を受ける)、脱退の場合には持分を放棄する(少なくとも公益団体の場合には有効と考えてよい)、また、解散の場合に残余財産は公益目的に従い処分すると決められている場合には、持分の払戻し請求や残余財産の分配請求は認められない。この点につき、定款で明確に規定されていなくても、少なくとも公益目的の団体である場合には、公益目的の実現のための自己の財産を出捐して見返りを考えていないので、反対の規定がない限り団体の目的から合理的にこのように考えてよいのではなからうか(改正前七二条参照)。社団債務についての社員の責任もその裏返しであり、非営利社団であり損失分担が合意されていない場合には、利益を配当しない裏面として損失も負担すべきではなく、社団財産のみが責任財産となると考えるべきである⁽⁶⁷⁾。

(1) 契約については、権利義務帰属の当事者を顕名により表示する必要があり、権利義務の帰属との整合性を図る契約法理が必要になるが、この点は別稿によりたい。

- (2) 既にこのような視点からの研究業績として、山田誠一「団体、共同所有、および、共同債権関係」星野英一ほか編『民法講座別巻Ⅰ』（平二）二八五頁がある。解消を運命とした暫定的な共有という狭い共有理論から解放され、共有の継続を目的とする場合も包含する柔軟な広い共有概念への転換が先ず提唱される。分割による換価を主とするものと持分処分による換価を主とするものとに分ける（山田誠一「共有者間の法律関係（四・完）」法協一〇二巻七号「昭六〇」一三八頁以下。同「建物区分所有等に関する法律と共有物の管理」『特別法からみた民法（民商法雑誌創刊50周年記念論文集Ⅱ）』「昭五三」七八頁）、また、分割終了型と存続型とに分類する（山田・前掲民法講座別巻三四五頁以下）。二五七条以外にも分割請求が性質上否定されるべきものが認められるべきであるとして、複数宅地の所有者が共用私道を共有したり、区分所有建物の敷地を区分所有者全員が共有する場面にも、性質上当然に分割請求を否定する提案もされている（玉田弘毅「共有類型論への一つの接近」曹時四三巻四号「平三」一頁以下）。
- (3) 債務については、契約とは異なった特殊な効果が団体に認められる根拠を検討しようとする立場から、組合において組合員が無限責任を負うことについて、「代理や履行補助者といった他者の行為による責任を定めた規律に対する例外と考えられ、それ自体、説明を要する」という指摘がされるに至っている（西垣康人「団体論における契約性の意義と限界（一）」論叢一六五巻三号「平二二」六頁以下）。
- (4) 処分だけでなく管理行為も共有者全員の合意が必要であり、管理などするまでもなくすぐに解消されるべき関係と考えていたのである。そのため、二〇〇六年の改正までは、保存行為が必要な場合に、事務管理や黙示の委任があったという擬制により解決がされざるを得なかった。
- (5) ドイツ民法も物権法の所有権の部分に共有（Miteigentum）の規定を置いており（BGB一〇〇八条〜一〇一一條）、共有者の持分を平等と推定（BGB七四二條）、共有者は持分に応じて使用収益をなす権能を有する（BGB七四三條）、管理行為は原則として持分の過半数で決し、保存行為は単独で可能（BGB七四四、七四五條）、目的物の利用、管理についての定めは特定承継人にも承継される（BGB七四六條。不動産については登記必要「BGB一〇一〇條」）、持分処分は自由（BGB七四七條）、いつでも分割の終了を請求できる（BGB七四八條）、分割禁止の合意は有効で、永久に分割しない合意も可能（BGB七五一條。不動産については登記必要「BGB一〇一〇條」）、といった規定を置いている。

- (6) 梅謙次郎『民法要義卷之一』(有斐閣復刻版) 一九一頁。
- (7) 財産の独立性は、相続編の共有規定においても実現されており(相続財産群法理)、存続保障と財産の独立性保障とは異なるアプローチであることが分かる(また、必ずしも団体原理と結びつくものでもない)。
- (8) 二〇〇八年一月のアンリ・カピタン協会作成の物権法改正準備草案(紹介及び翻訳として、フランス物権法研究会「フランス物権法改正の動向」民商一四一巻一号「平二二」一三四頁)は、物権法に「共同所有権(Des propriétés collectives)」という節を新たに設ける提案をしているが、その第一款「通常の共有(De l'indivision ordinaire)」には、共有の定義(五六九条一項)及び「共有は法人格を有しない」(同二項)と法人論との決別を宣言するほかは、既存の八一五条〜八一五―一八条及び一八七三―一八条が共有には適用されると宣言するだけで(五七〇条)、これらの規定を物権法に整理移転するということはしない(第二款「区分所有(De la copropriété par lots)」も、一九七六年二月三十一日の法律(区分所有法)の定義規定など総論規定のいくつかをここに移すだけにすぎない)。実質的な改正はないといってよい。
- (9) フランスでは、共有にl'indivisionの用語を当て、区分所有関係にcopropriétéの用語を当てている。その他、条文では、境界上の建築物などについてmitoyenneté(互有)という用語が使われている(稲本洋之助「indivision」の制度的編成について)『野田良之先生古稀記念—東西法文化の比較と交流』(昭五八)四五―頁以下参照。そして、条文上の用語ではないが、これらの上位概念としてpropriété collective 共同所有という言葉が使われる(注8の改正準備草案に採用されている)。
- (10) Grimaldi, Michel、北村一郎／訳「フランスにおける相続法改革(二〇〇六年六月二三日の法律)」ジュリー三五八号(平二〇)六八頁、幡野弘樹「相続及び贈与・遺贈法改正、パクスの改正——相続及び贈与・遺贈の改正に関する二〇〇六年六月二三日法律第七二八号」日仏二五号(平二二)二一八頁参照。宮本誠子「フランスにおける遺産の管理(一)(二・完)」阪法五六巻四号(平一八)一〇〇七頁、五号(平一九)一二二九頁も参照。
- (11) 野田良之「会社という言葉について」『鈴木竹雄先生古稀記念現代商法学の課題(中)』六九〇頁以下参照。山田誠一「フランスにおける法人格のない組合」日仏(平二)一一二頁は「民事組合」の訳語を当てる。société 自体、associationと異なり営利的なものに限定された意味を持っており、山本桂一「フランス企業法序説」(昭四四)は、

- société* に営利組合という訳語を当てている（また、同書二七頁は、*société civile* に民事的営利組合の訳語を当てている）。
- (12) 中世には、家族的共同体について、これを *société tacites* と称して、継続的な共有関係を認めていたが、民法の制定により、民事会社には会社契約についての書面による合意が必要とされたため（一八三五条）、黙示の会社は終止符を打たれる。
- (13) 山本・前掲書一九二頁以下参照。擬制説は、法人の繁茂を避けるために、法人を無体物に比喩し、立法によって明確に認めている場合に限って法人を認めようとした（法人法定主義のような思想）のに対して、実在説は、団体（*groupement*）の具体的な意図（団体的意思 *volonté collective*）に法人格を結び付けた。判例は後者に従っており、例えば、「*Personnalité civile* は法により創造されたものではなく、原則として適法な利益を守るために集団的表示をすることが可能であれば、全ての *groupement* に認められる」（一九五四年一月二八日の破毀院第二民事部判決）と説明している（*Christian Aïas, Droit civil Les biens 10^e éd., 2009, n°133, p.103*）。但し、法人格を認めても、社員個人責任は否定されず（但し、民事会社は営利目的であることに注意）、会社財産の持分に応じた責任を負うことになつており（一八五七条）、また、法人については、債権者は法人の財産で回収した残債務について社員の責任を追及することができにすぎない（一八五八条）。
- (14) 民事会社は、例えば *SC I*（不動産民事会社）の家族的タイプのものでは、實際上、社員の資格と共有持分とは紙一重であるといわれている。
- (15) 商業登記（*RSC*）は、商業を営むすべての法人及び自然人が必ずしなければならない登記であり、民法の会社（民事会社）も営利目的のものに限定されているので、この登記が必要になる。団体の共通の利益を目的とする場合には（*L'association*）、民事会社にはなりえず、特別法により規律されことは後述する。
- (16) *Jean-Louis Bergel, Marc Bruschi, Sylvie Cimanonti, Les biens 2^e éd., 2010, n°472, p.537*. 法律関係の簡明化もやることながら、法人化が税法や会計といった他の理由で選ばれるのであり、財産管理としては法人化と共有とが大きく変わらないことは再認識してよい。
- (17) 公益法人と中間法人とを分けておらず、従って、日本よりも一世紀近く前に一般法人法に匹敵する法制度が導入されていたのである。非営利団体については、山本・前掲書六九頁以下参照。また、一九〇一年法については、森泉

章「フランス『一九〇一年七月一日法』(Loi du 1^{er} juillet 1900)」同『公益法人の研究』(昭五二)一〇四頁以下参照。法人化されていない会社については、山田・前掲論文一〇五頁以下参照。

(18) 区分所有についての法律であり、この法律については、小沼進一『建物区分所有の法理』(平四)参照。

(19) サレイユのようにドイツ法の影響を受けて、民事会社に合有理論を承認しようという提案もあった(山本・前掲書一六五頁参照)。

(20) ドイツでは非営利社団も裁判所の社団登記簿への登記による準則主義により容易に法人化できるため、ドイツ民法五四条が、法人化していない社団に法人と同じ扱いをしたのでは自由設立主義と同じになってしまふのを避けようとして、組合の規定によることを規定したが、その批判の対象は内部関係の規律である。そして、フランス民法は、法人登記の有無により法人格の有無の差は出てくるが、民事会社の内部関係に関する限り民法の民事会社が適用になることは変わらないのであり、その規定は改正により定款等の作成を要件とするなど、法人化していない民事組合に適用しても何ら不都合はないものである(特別法に依る非営利団体も同様)。日本の改正前の民法でいえば、総則に社団の規定を置き、社団の登記をすれば法人格を取得できると規定し、法人か否かを問わない共通規定を置くようなものである。そのため、日本では、組合規定ではなく社団法人の内部関係の規定を類推適用するという意味で、権力能力なき社団の議論の意義は残されている。

(21) 大村敦志『基本民法Ⅰ(第三版)』(平一九)三五二頁は、かつては中間的団体に法人格取得が認められないという問題があったが、中間法人法を経て一般法人法が制定されたことによって、この問題は立法的に解決されたものと言える。「法人という制度があり、法人格のあるものとなないものを分けているのに、この区別をなきがごときものとするのは本当に望ましいことだろうか」と述べている(三五二頁)。佐久間毅『民法の基礎Ⅰ総則(第2版)』(平一七)三五〇頁も、「権力能力なき社団に関する議論の大きな前提が崩れた」と評する。他方で、四宮和夫・能見善久『民法総則(第八版)』(平二二)一四九頁は、法人化しないで活動するかの選択の自由があり、「後者を選択した者に対しても法は不当に不利に扱わないようにすべきであろう」(一四九頁)とする。

(22) ドイツにおける議論について、福地俊雄『法人法の理論』(平一〇)及びその引用文献参照。ドイツ合有論及び総有論については、石田文次郎「合有論」同『民法研究Ⅰ』(昭九)八五頁以下、上谷均「共同体的所有の法的構成

- に関する一考察（二・完）」民商九〇巻三号（昭五九）三七五頁以下、岡田康夫「ドイツと日本における共同所有権史」早誌四五卷（平七）四七頁以下。
- (23) ドイツでは総有概念が否定されたのにもかかわらず、日本においては大正時代に末弘、石田博士らによって総有理論が導入されたのは、入会権を認める必要性に支えられていたことが指摘されている（岡田・前掲論文九〇頁）。
- (24) 日本民法は合有理論を採用しなかったため、包括的な組合財産上の持分といった部分は削られたが、この規定がほぼ六七六条によって導入されている。
- (25) 債権法改正論議においては、民法（債権法）改正検討委員会案【3.2.13.04】は「共有」と規定するままであるが、民法改正研究会案六二七条は「合有」と明記する。前者は、【3.2.13.05】〈1〉で、「組合財産に属する債権は、総組合員が共同してのみ行使することができる」、【3.2.13.06】で「組合員の債権者は、組合財産に対し、その権利を行使することができない」といった、組合財産の独立性を明記する規定の新設を提案している。この点について、大阪弁護士会編『民法（債権法）改正の論点と実務（下）』（平二三）四三五頁、東京弁護士会編『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理』に対する意見書』（平二三）四九五頁は、これに異論はないと表明する。
- (26) 大正時代になってから、初めて日本の議論にドイツの総有・合有といった議論が紹介されるようになるが（しかも当初はこの二つが明確に区別されていなかった）、これは日本では認められないというのが当初の説明であった（山田・前掲民法講座別巻三〇四頁以下参照）。その後、末弘、平野、石田らにより、これらが日本法の解釈として導入されることになる（この点につき、岡田・前掲論文七四頁以下参照）。
- (27) 国立国会図書館の電子図書による四版を参照した。以下、古い文献また判決文の引用においては、カタカナ文をひらがな文に修正し、また、適宜句読点を追加したことをお断りしておく。
- (28) 当初は特殊な共有であり独立性を認めつつも個々の財産に持分を認め（その処分は制限される）、合有とはいわない学説が多くであった（村上恭一『債権各論』（大三）七四五頁、磯谷幸次郎『債権法論（各論）下巻』（昭四）七二九頁以下、近藤英吉『債権法各論』（昭八）一五三頁、林信雄『判例を中心とした債権法各論』（昭一〇）三二二頁以下）。中村萬吉『債権法各論（下巻）』（大一〇）五二六頁以下、同『増訂債権法概論（各論）』（昭一一）四九五頁以下は、「各組合員」の共有ではなく「総組合員」の共有と規定した趣旨を強調する。

- (29) 沼義雄『綜合日本民法論別巻第5債権各論下』(昭一八)一九三頁以下は、組合財産を総有とし、債権も総有として帰属し組合の規定により規律されるという。
- (30) 平野義太郎『民法に於けるローマ思想とゲルマン思想』(昭二七)は、「合手的所有権共有」を「聯有」といい、いわゆる合有を認め(一七一頁以下)、組合財産をこれによることを主張する(一八二頁以下)。内容は横田説と同様である。横田秀雄「共有ニ就テ」新報三二巻一号(大一一)七頁では、組合財産の共有は総有であるという(総有と合有の混乱が見られる)。
- (31) 「組合財産そのものを客体とする一個の所有権の成立すべき由がない。従って又組合財産そのものを客体とする共有権などあり得ない」、故に組合財産の共有とは、「組合財産を構成する個々の対象」の共有を意味する(一一二頁)。「組合員たる法律上の地位に基く権利義務の総体であり、社員権」を「所謂身分的持分」、「個々の共有関係上の持分権」を「所謂物権的持分権」とし、「組合員は組合財産に対してこの両者の持分権を有する」ことを認める(一一三頁)。そして、「物権的持分権の自由処分を許さない共有権は即ち合有権であるから、組合財産に対する組合員の『共有権』は実は『合有権』である」(一一七頁)。
- (32) 山中康雄『共同所有論』(昭二八)は、「組合が経営共同体であるということは、同時に、組合財産の所有の帰属共同体でもあることである。組合においては、実質的には、組合財産の所有は組合に帰属しており、各組合員は……組合財産を構成する個々の客体については、なんらの共有持分をもたぬような共同所有のしかたがなされているのである」という(七二頁以下)。但し、法形式上は、組合財産を構成する個々の客体に対する持分を認める(六七六条等の規定のため)。
- (33) その他に、山主政幸『債権法各論』(昭三四)は、合有といいつつ(一九二頁)、「組合財産の総体が、一物として総組合員の共有となり得ないから、それを構成する個々の物また権利につき共有持分を有することになる」(一九三頁)という。来栖三郎『契約法』(昭四九)六六一頁、甲斐道太郎「組合の財産関係」契約法大系刊行委員会編『契約法大系V特殊の契約(1)』(昭和三八)一二三頁、一三四頁、松坂佐一『民法提要債権各論(第五版)』(平五)二二三頁以下等も合有説。
- (34) 例えば、北川善太郎『債権各論(第三版)』(平一五)は、「用語の問題であるが、共同事業体としてその事業遂

行に必要な財産としてみる限り、共有概念一つで性質の異なる財産の共同所有関係をくくるよりも、合有を組合員の地位の積極財産面を指す用語とすることも意味がないとはいえない」(二〇〇頁)とし、川井健『民法概論4債権各論』(平一八)も、個々の財産への持分を認めるので、これを合有といわないで、共有だが修正を認めるというのも可能、そのため「多分に用語法の問題ではあるが、合有と称するほうが便宜であろう」(三二八頁)といい、加賀山茂『契約法講義』(平一九)も、性質は合有であるが、「ただし、社団財産(社員の持分権・財産管理権を原則的に否定)ほど独立性は強くなく、持分その他の原則として共有の規定の適用を受ける、いわば制限的な共有としての合有である」という(五五二頁)。

(35) BGB五四条前段は、権利能力なき社団には、組合の規定が適用される旨規定しているが、これは、第一草案にはなく第二草案において新設された規定であり、第一草案までを参考にした現行民法にはこれに匹敵する規定はなく、起草者は問題意識も有していなかった。その後、大正一五年には、民事訴訟法の改正により四六条(現行二九条)が導入され、大正一二年の菅原論文の発表もあり、この時期周辺から、権利能力なき社団の問題意識が広く共通のものになっていく。

(36) 中田薫『村及び入会の研究』(昭二四)に収められた諸論稿の影響が大きい。

(37) 権利能力なき社団の議論については、阿久澤利明「権利能力なき社団」星野英一ほか編『民法講座1』(昭五九)二二七頁以下、日本における総有論については、上谷均「共同体的所有の法的構成に関する一考察(一)」民商九〇巻二号(昭五九)一九一頁以下参照。

(38) 従って、この議論の背景にある法人本質論もここでの議論に大きな影響を与えているが、法人論については、相本宏「法人論」星野英一ほか編『民法講座1』(昭五九)一三二頁以下、森泉章・大野秀夫「法人論史——法人本質論を中心に」水本浩・平井一雄編『日本民法学史・各論』(平九)一頁以下参照。また、ドイツの議論については、福地俊雄『法人法の理論』(平一〇)参照。

(39) 三瀧信三『物権法提要上』(大五)一二五頁以下は、ドイツにおける合有及び総有を紹介しつつ、わが国にはこれに相当する規定がないことから、日本においては認められずとしていずれも否定する。

(40) 西本辰之助「社団と組合」同『私法学の諸問題』(昭四二)六二八頁(初出大一四〇昭三)も、社団がその名義

で所有できず、社員の共有でもなく、代表者の名義でこれを有し、実質社団の財産たらしめ、これは一種の信託関係であるとす。

(41) 山田・前掲民法講座別巻三二九頁は、「大正期から昭和一〇年代にかけてみられた学説における新たな展開は、我妻栄によって、整理され、そして、理論的に定式化された」と評する。

(42) 我妻栄『民法総則（現代法律学全集第一巻）』（昭三）二〇〇頁において（現代法律学全集として分冊で出したものを一書にした非売品。その後昭和五年に岩波から民法総則が出版される）、「社団の財産は総社員の総有であって、各社員は何等の持分を有せず、又債務は社団財産を以つてのみ弁済すべく、各社員の責任は出資義務を限りとなすべきものである」と述べていた。

(43) 他にも、須永醇『新訂民法総則要論（第二版）』（平一七）は、総有構成につき「その具体的な解決の方向性においては正当なものがある」（二〇三頁）と述べる。

(44) 総有概念はなおあまりはつきりしていないと評されたり（星野英一『民法概説Ⅰ』一七八頁）、日本では総有概念は不要という否定説が提唱される（石田穰・前掲書三七一頁）。その他、加藤・前掲書一四九頁も参照。

(45) 同『民法講義Ⅰ総則（改訂版）（有斐閣大学双書）』（昭五六）一一八頁以下も同様。幾代通『民法総則（第二版）』（昭五九）も、民訴二九条「当時四六条」を根拠に、権利能力なき社団には、「私法上の法主体性が實際上認められている、といわざるをえず、これを、権利能力（法人格）——ないし不完全な権利能力——とよぶかどうかは、単に用語の問題であるように思われる」という（一五〇頁）。

(46) 森泉章『新・法人法入門』（平一六）一九九頁は、自説を「社団の実質を重視しつつ、社団そのものの主体性Ⅱ単一性を強調し、社団の名において取得した財産は社団という単一体の単独所有であるとし、社団法人の場合と全く同一に構成されうると考えるもの」と表記している。

(47) 加藤教授は、合有論・総有論は特殊ドイツ的な概念であつて普遍性がないものなのか、という疑問を提起し、それと似たような規律内容はアメリカ・インディアンの社会を始め世界各地で見られるものであり、「複数所有者間の団体的結合を所有の場合から保障するミニ法人論的な実質をもつものである」として、権利能力なき社団にこれらを適用するのは「自然な転用形態」と評する。「権利能力なき社団の財産に対し、構成員たる社員が個別に権利主張をす

ることを封ずる必要があるのであって、総有論、合有論はまさにこのような機能を果たすための概念であるからである」とする。そして、無公益目的の場合には総有、営利目的及び中間目的の場合には合有とする（加藤雅信「総有論、合有論のミニ法人論的構造」星野英一先生古稀祝賀『日本民法学の形成と課題上』「平八」一八八頁以下）。アメリカ法でも、共有（tenancy in common）以外に、joint tenancyとこう法理が認められ、各合有者に持分権がなく、譲渡はできないし、合有者の一人が死亡しても相続は生ずることなく、残りの合有者に帰属する（岡田康夫「共有者間における共有物の利用関係（一）」法研論集七七号「平八」八頁以下）。

(48) 権利能力なき社団の法人格を否定すると、民事訴訟法二九条をどう理解するかといった問題が残される。団体の法人格を否定する以上は、権利義務の帰属主体、契約当事者となるのは総社員全員となるが、不動産登記ができないことその他、訴訟また執行手続きについて法人よりも不都合が生じるのはやむを得ないところであり、本来ならば民事訴訟法三〇条の選定当事者によるべきであるが、選定当事者代用として団体名義での訴訟を便宜的に認めたものと考えざるしかない。判決の効力は、総社員全員に及び、総社員に帰属する団体財産への強制執行のための債務名義（個々の社員の個人財産への強制執行のためには、個々の社員を被告にする必要がある）たる効力が生じると考えるべきである（最判平二二・六・二九民集六四卷四号一二三五頁のいうように、更に強制執行の対象財産が団体財産であることも判決で確認することが必要である）。

(49) 組合Ⅱ合有、社団Ⅱ総有と構成する通説的理解では、組合と社団との差が重要になるが、この区別は程度の問題であり、区別は明確ではないと批判されている（鈴木・前掲論文一六頁）。そして、組合も社団に含まれると考えれば、いずれかで財産帰属の法的性質上の差異はなくなるといふ（二〇頁）。

(50) 特別法によっても各種の法人が無数に認められており（区分所有者の管理組合等）、弁護士も、会社ではなく弁護士法人（弁護士法三〇条の二以下）を設立できる（設立登記が成立要件「同三〇条の九」）。しかし、多くの弁護士は、個人事業でいわゆるイソ弁を雇用するか、または、民法上の組合（パートナーシップ）形態で経営をしている（有限責任事業組合「LLP」は採用できない）。他の事業も同様であるが、名称（〇〇法律事務所）だけからは個人事業か組合かの区別はできない。

(51) 筆者はかつて社団所有説を支持したことがあるが改説する。その契機は、繰り返すがフランス法研究にあり、①

法人法の整備がされている以上、法人化を選択しないのであれば法人と異なる不利益は甘受すべきこと（日本も法状況が変わっていることを再評価してよい）、また、②法人化と共有とが選択関係になり、団体の規律を共有と称して憚らないこと、この二点を重く評価すべきだと考えたことにある。

- (52) 存続をその本質とする共有関係として、境界壁等の互有の他、区分所有の共有部分の共有のように、必ずしも多数人がいるからといって団体を問題とし、団体的拘束ということを問題にする必要はない。区分所有における共用部分については、伊藤栄寿『所有法と団体の交錯』（平二三）が、団体的拘束ということに対して疑問を提起している。
- (53) ドイツでは、組合の議論において団体性・組織性を言わずにその法律関係が説明されており、これを参考に契約という観点また他人の行為についての責任という観点からの規律を前面に打ち出して考察をしようという主張があり注目される（西内康人「団体論における契約性の意義と限界（一）」（八）・完」論叢一六五巻三号〜六号、一六六巻一号〜四号）。団体といっても、内部関係については当事者で自由にとりきめられ、その合意を問題にすればよいという契約志向の規律は既に主張されているところであり（鈴木・前掲論文）、合意により作られた団体であり、最終的には当事者意思に規律の根拠は求められ、法定の効果といってよい独立団体性も敢えて団体ということの効果とまでいう必要もなく、団体性の過度の強調はナチス民法学の時代ならばいざしらず、現代では避けるべきであろう。
- (54) 法人の意義については、「団体に提供された財産が、団体に対する債権者の優先的な責任財産となり、構成員に対する債権者からの追及を免れる」という点に求められており（星野・前掲論文二七一頁）、これを共有論において実現する法理が、この問題の核心的議論といえる。

- (55) 個々の財産についての持分については、これを否定する徹底した合有論もあることは述べたが、これに対して、他の共有のように持分があることを認め、その処分が制限されているというだけの説明の他、個々の財産には潜在的な持分があるにすぎないという「ぬえ」的な説明もあることも述べた。ここはコピーライターの表示能力に勝負がかかっているにすぎず、説明の妙の問題であろうが、個々の財産の持分がないというのは大胆であるが、個々の財産の所有権自体は否定しないのでいささか躊躇する。やはり、集合物の上の所有権の他に個々の構成物についても所有権が成立すると同様に、個々の財産にも持分はあるが、これを処分したり差し押さえることはできず、また、持分に基づいた使用収益はできず団体的な管理・処分に服すると考えればよいので、個々の財産についても持分はあると

いべきである。解散までは通常の共有にならず、このような拘束を受けた状態にあり、それを潜在的な持分しかないというのは比喩でしかない。

(56) 合有、総有と分けて、種々の効果を合有だから、総有だからと論じるのは、「有益ではなく、無益であり、しかも、あまり適切ではない」と評されている(星野・前掲論文三〇六頁以下)。

(57) 定款を作成せず単なる共同事業運用契約をただけでは組合契約にすぎないが、法人だけでなく団体についても形式を原則的な基準としてよく、実体は同じでも形式的に定款を作成するという一般法人や会社化のための要件を満たせば法人になれるように、組合ではなく社団と考えてよい(但し、私見では区別の実益は殆どない)。

(58) ジョイントベンチャーのように、構成員が法人(会社)であつてもよいのはもちろんである。また、信託同様に、法人格を別に作るのではないので、構成員個人財産との別管理をすべき義務が認められる。

(59) 山田・前掲民法講座別巻二九二頁は分割債務と明言する。但し、出資を限度にしないので無限責任といわれている。「財産群」法理によれば、一つの債務として総組員に帰属するが、責任は分割責任であると考えればよい。

(60) 組合財産の帰属と権利能力なき社団の財産の帰属とは、その法的性質上の差異はないといわれる(鈴木・前掲論文二〇頁)。

(61) 組合と社団の区別があいまいであるということが指摘される(星野・前掲論文二四七頁以下)。しかし、論者からみて完全な定義がされていないというだけで、常識としては本文の二つの例が同じ団体だとは考えられていないであろう。むしろ、「なんの目的で」団体を組合と社団に区別するのかという問いが重要であり(星野・前掲論文二五一頁)、既述のように星野教授はこれを効果論から柔軟に考えることになる。本稿は、独立財産性では区別を設けず、団体性の所で団体の規模や目的に応じた柔軟な差を認めるものであり、それも当事者意思を離れた団体原理ではなく、基本的にその当事者ないし団体の決めた(定款や総会決議等により)ところに従うべきであると考えている。

(62) 団体に法人格を認めない以上は、契約当事者も社員全員(但し、これが団体を構成している)であり、その顕名表示として団体の名を示すことを有効であると考えてよい。また、団体の名で代表者が訴訟をできるという特殊な訴訟担当を認めるのが民法二九条であり、判決の効力が社員全員に及ぶものと考えられる。

(63) 森島昭夫「権利能力なき社団」柚木馨ほか編『判例演習(民法総則)』(昭三八)四一頁は、総有と解するにしても、

持分の有無はそれぞれの社団の定款が定めるところによるものと主張している(阿久澤・前掲論文二八三頁も同旨)。

(64) 会社の事例ではないが、大学公認サークルである「お笑い研」が、部員が七名にすぎず、設立当初に作成された規約が存在するが、学生課が、学生団体結成の承認手続の際に配布している規約例をほぼそのまま踏襲して作成されたものであり、この規約に基づいて「お笑い研」が活動していたとは認められないとして、「原告お笑い研は、本件大学における学生自治活動の一環としての役割しか有しておらず、権利能力なき社団として当事者適格を認められるにふさわしい実体を有していない」とされている(大阪地判平一・一・二一判タ一〇五三号一一頁)。現在では、このような団体でも形式的な要件を満たして法人登記をすれば一般法人になることができ、法人登記の有無という形式で法人か否かは判断するのは当然であるが、法人登記がないだけの事例については、実体を審査して社団性を判断するのであろうか。存続保障と独立財産性という観点からは、社団と認めてもよい。

(65) 星野教授の「有限責任にしたいなら、法的手段は十分に供給されているから、それをとればよいだけであり、あえてその手段をとらないものを保護する必要はあるまい」(星野・前掲論文二九六頁) という言葉を引用しておこう。

(66) 福地・前掲書三二九頁以下は、協同組合や会社に類似した法人に非ざる団体について、持分の存在を不能とすべき理由はないとし、他方で、純然たる公益目的の社団では、「社員の自益権的権能は全然もしくは殆どなく、持分を云々することは無意味である」という。中舎寛樹『民法総則』(平二二) 四五〇頁も、権利能力なき社団について当然に脱退に際して払戻し請求ができないと考えるのではなく、「団体財産の帰属にも多様性がありうるので、むしろ団体と構成員間で趣旨に関してどのような合意がなされているかにより個別に処理すべきではないかと思われる」という。また、鈴木・前掲論文一六頁も、「それが構成員の合意によって形成されるものである限り、……少なくとも内部関係に関する限り、構成員の自由な合意によって規律されてよいはずである」と述べる。

(67) 構成員が団体に対する債権者からの追及を免れうるということは、法人の必然的帰結ではなく、別個の要請から認められる効果である(星野・前掲論文二七一頁)。中間的団体については、福地・前掲書三三三頁以下、星野・前掲論文二九七頁の分類に賛成しておこう。