

権利能力なき社会に関する 一 考 察 (II)

国 府 新 助

目 次

- I は じ め に
- II 判 例 の 立 場
- III 学 説 の 展 望
(以上17卷3号)
- IV 検 討
(以上本号)

IV 検 討

権利能力なき社団と組合との区別の基準がどのあたりにあるかという問題について、学説はそれを社団面から眺めるもの¹⁾と、組合面から眺めるもの²⁾とに分けられる。前者は、社団に最も特徴的と思われる事項を一つまたはいくつか抽出して、これを備えているものが社団であるとの観点から社団と組合とを区別している。これに対し後者は、専ら組合に民訴法46条の訴訟当事者能力が認められるか否か、という点に着目し、それについてどの程度の団体性が備われば、それが社団と認められるのか、という観点から社団と組合とを区別している。

判例³⁾は、具体的な事案の中で、問題の団体が社団として成立するかしないかを、個別に検討しながら具体的基準を模索しているように思われる。

ところで、社団と組合との間には本稿のはじめに記載したように人間間の結合によって段階性・連続性があり、その間に一線を引くことは至難と言える。法人の実体は何か、という問題について、代表機関の有無、構成員数、内部規

則の整備の程度などを総合的に判断するほかはないと説かれているように、社団と組合との相違についても、社団の実体を、法人の場合と同じように代表者の定めの有無、構成員数などを基準とし、どの要件まで満たせばそれが社団となるかを、より多くの基準を策定することによって総合的に判断するのが最も妥当な方法であろうと思われる。

学説の多くは、その点を当然のこととはしているのであろうが、しかし実際上その点を意識的に述べたものがあまり見受けられないのはこの点が極めて難しい問題であるからであろう。

そこで、私は判例の考え方に近い、理論的、実際の立場から、総合的な判断をすることによってより妥当な解決がはかられるものと考え、よってこのような視点に立って、以下、学説・判例を検討し、私見を述べることにしたい。

1 学説についての検討

(1) 権利能力なき社団面からみる学説について

(a) 権利能力なき社団と組合との区別の実益は少ないとする、福地説、森泉説、鈴木竹雄説は本稿外としたい⁴⁾。

(b) 権利能力なき社団と組合との区別をする説について

加藤説⁵⁾は、団体が一の取引主体として、正面に出てくるかどうかという点を社団と組合との区別の基準とする考え方である。しかし、取引の場面では、組合も一の取引主体として見られる場合が多い点を考慮すれば、一概に取引主体として正面に出るか否かをもって決定的な区別の基準とはなし得ないと思われるし、また具体的にいかなる場合に団体が正面に出て取引をしているとみるのか、逆にどういう場合に個々の構成員が取引の実質的な主体とみられるのかは必ずしも明らかではないように思われる。

代表者の定めと財産の管理体制が確立し、対内外的に独立性が確保されている団体を社団とみる鍛冶説⁶⁾は、潜在的持分性という概念を導入して、これが存在するか否かということによって社団か組合かを区別するとしたのは傾聴すべきものであるが、財産の管理体制が確立しているとはどのような状態をいう

かがいまだ明瞭ではないように思われる。

川島説⁷⁾については、組合契約は一の合同行為とも解され、また総会が設けられ、業務執行構成員の選任方法も定められている組合も多数存在するのであるから、これらによって最終的な組合と社団との区別をすることも困難であろう。

社団と組合との区別の基準が構成員の数による、とする松田説⁸⁾については、構成員数が少ないため、契約的關係によって結合し得る限り、そこに組合的形態を生ずるとする場合に⁹⁾、どの程度的人数であればそうなるのか、逆に構成員数が多いために、契約的關係によって結合し得ないで、多数決によって結合するとき、そこに社団的構成を生ずるとするならば、やはりどの程度的人数の場合¹⁰⁾にそのように考えられるのかは必ずしも明らかでないように思われる。

団体を形成する当事者の意思に主眼をおく倉沢説¹¹⁾についてみると、確かに団体を形成する意思は重要な要素ではあるが、共同事業をなそうとする個人が事業の相手方である第三者との間で、果してどこまで、一定の拘束の下に共同して、直接の關係をもつことを意思内容としているか、また第三者対団体、団体対構成員個人という二段階の關係を意思内容としてもつことができるかは問題であろうと思われる。またこの考え方を採れば、共同事業をなそうとする個人が組員としての意識で第三者と取引行為をしているとするならばその団体は組合となり、また上記個人が社員としての意識で第三者と取引行為をしているとするならば、その団体は社団となる可能性があるようにも思われる。

(2) 組合面からみる学説について

(a) 組合に慣習法上の権利主体性を認めて、民訴法46条を適用する説について

服部説¹²⁾は、組合に慣習法上の権利主体性を認めて、民訴法46条を適用するについて、三つの根拠を挙げて社団と組合との区別を説明されている。しかし、民法上の組合に権利主体性を認めるについては、社団と組合との概念の相違、組合にも、結合の強弱、構成員数、組合財産の多少などにおいて様々なレベルのものが存在するため疑問が残る。組合財産の独立性についても、現実には組

合財産は、組合員の財産とは区別されて独立に管理されているのが普通であるとしても、ただちに法的に組合財産の独立性が認められる、とするには問題があるように思われる。

(b) 組合財産の独立性がある程度確立されているものを民訴法46条にいう
社団とする説について

新堂説¹³⁾は、代表者の定めがあり、組合財産の独立性がある程度確保されている場合には、権利能力なき社団と認めてよいのではないかとするものであるが、どのような状態をもって組合財産の独立性ありと認めるのかが問題であると思われる。

(c) 成員全体から独立した存在をもつ団体を社団とする説について

来栖説¹⁴⁾は、成員全体から独立した存在をもつ団体を社団とするとして三つの根拠を挙げられるが、第一の根拠とされる社団の定款と組合契約の問題については、組合契約はなるほど組合員相互間に法律関係を成立させるが、社団の定款と同じように、規約という形で組合の一般的内部規則を定めることができるとも考えられる。第二の財産の独立性についても、財産の管理体制の整った組合も存在するのであるから、必ずしもこのように言えないのではないと思われる。第三の団体財産の名義の問題については、組合財産を総組合員の共有名義としておいた場合に、組合員の加入脱退のあるごとに組合財産の名義が変わり、組合の同一性はないとされるが、実際の組合が第三者と取引をする場合には、組合員の変更があっても組合としての実体は同じであるということが看過されているように思われる。

来栖説と同一の立場に立つと思われる三ヶ月説¹⁵⁾も、どの程度の構成員が存在すれば多数と言えるのか、また構成員の加入脱退などの変動があってもそれには関係なく終始独立の団体として存続するとみられる程度に組合員の個性が希薄になるとは、どの程度のことを言うのか必ずしも明らかではないように思われる。

(d) 民訴法46条拡張適用説について

末川説¹⁶⁾は、民訴法46条の「法人ニ非ザル社団」の概念を法人に非ざる団体

程度に拡張して解釈するにつき、独自の組合財産を有すること、対外的には団体として現われること、業務執行者によって代理されて団体として活動する単位をなしていること、を上記法人に非ざる社団の要件とされているようであるが、業務執行者、即ち代表者の点は別としても、前述したように独自の組合財産を有するとはどの程度のものを言うのか、また対外的には団体として現われるとはどのような場合を言うのかは、必ずしも明瞭ではないように思われる。

（e） 団体性を重視するか、あるいは個人性を重視するかによって区別する説について

宮井説¹⁷⁾は、組合は法形式的にみれば当事者の間に債権・債務を発生させる契約であるが、これを実質的にみるときは当事者の個性に重きを置いた団体である、とするが組合契約は前述のように、一の合同行為と解されること、組合にも構成員数が多く、構成員の個性が希薄になっているものも多く存在しているのであるから、社団と組合との区別の基準を団体性と個人性の面だけで判断するのも、理由づけとしては難点があるように思われる。

（f） 団体を個別・具体的にみる説について

鈴木重勝説¹⁸⁾のいう内部組織については、おそらく社団性を具備しているものを指しているのではないかと思われるが、それを個別・具体的に判断する場合には、その団体が社団、組合のいずれに帰属するかについて、まずどのような要件を満たせばその団体が社団であり、逆にどのような要件が備わっていないければ社団とならないのかを判断しなければならないように思われるので、内部組織の具体性について、いささか説得力に欠けるように思われる。

（3） まとめ

以上の検討のとおり、いずれの学説においても社団と組合との区別の基準に関する論拠が薄弱ないしは説得力に欠けるところが見られるのであって、権利能力なき社団と組合との区別を、抽象的に何らかの基準または要件を設定して論ずることは極めて困難であることを物語っていると思われる。従って、権利能力なき社団と組合との区別については、そのことが争点となった具体的事件において、判例がどのような判断を示して区別しているか、ということを検討

することが重要であると思われる。

2 判例についての検討

(1) 権利能力なき社団としての成立が認められたものについて

(a) 最判昭和39年10月15日（民集18巻8号1672頁）

本判決は、権利能力なき社団に関するリーディングケースと言われ、そこには、社団に関するすべての成立要件が網羅されていると言ってよいであろう。この判決では、権利能力なき社団に関するいわば一般的成立要件が挙げられているが、これを本判決の団体についてみると、構成員の異動があったときは支部の承認が行なわれ、構成員の変更にもかかわらず支部は同一性を維持しつつ存続したこと¹⁹⁾。内部における意思決定は総会の決議によること、代表者としては総会が過半数の議決をもって選任する支部長一名を置き、その他の役員として副支部長、理事などが規約によって定められていたこと²⁰⁾、ゆえに団体自体の組織が備わっていたこと、が認定されている。財産の管理体制については判旨からは定かではないが、会員から会費を徴収している事実からみるとその管理体制は整っていたものと推測できる。

その他に社団として認定された要件的事実として、引揚者の更生に必要な各種の経済的行為をするという目的を有すること、引揚者更生生活協同連盟支部という名称を有すること、前記の内部における意思決定、外部に対する代表などについてはすべて規約を定めていたこと、などが挙げられている。

(b) 大阪高判昭和30年10月31日（高民集8巻9号634頁）

本判決は、市町村の一部たる部落が社団と認定されたものであり、最高裁昭和39年判決とほぼ同様の要件（目的を有すること、名称を有すること、代表の方法が確定していること、財産の管理体制が確定していること、構成員の変更にもかかわらず団体そのものが存続すること、総会の運営方法などを定めていること²¹⁾）が判示された事案である。ただ最高裁昭和39年判決と相違する点は、市町村の一部たる部落であるところから、その組織が規約によってではなく、慣行によって定まっていた、という点である。

（c） 東京高判昭和28年7月9日（下民集4巻7号990頁）

本判決も、一部落が権利能力なき社団と認定されたものであるが、これを最高裁昭和39年判決と比較してみると、次の二点で異なっている。即ち、問題の団体は実体が一部落であるところから、大阪高裁昭和30年判決と同様に規約は存在せず、目的、総会、代表の方法など、その組織は慣行によっていたこと（判旨からはこのように推測される）、この団体は区民より区費を徴収し区の事業運営が行なわれていたが、財産の管理体制が確立されていたか否かは明らかではないこと、である。

（d） 大判昭和15年7月20日（大民集19巻1210頁）

本判決は、その実体が頼母子講である団体を権利能力なき社団と認定したものである。しかし、その実質は民法上の組合の性質を有しているものであったと思われ、社団か組合かが最も区別し難い団体であると言えよう。

講の組織内容からいって講には本来財産が存在しない、と言えるか否かは問題であろうが、判旨が「本訴講会ニハ其ノ組織内容ノ示ス如ク毎会集メタル講金ヲ落札者ニ交付スルモノニシテ講会ニ財産ナシ」²²⁾と述べているように講の財産は存在しないと判断されており、これはさきの最高裁昭和39年判決と異なるところである。判旨からみる限り、この講は明治44年の発起当時から少なくとも昭和15年の判決当時までは存在しており、この継続性が社団成立の要件として評価されたものと思われる。

（2） 権利能力なき社団としての成立が認められなかったものについて

（a） 宮城控判昭和8年6月22日（法律新聞3574号5頁）

本判決は、判旨からみる限り、総会や組織などの有無については触れていないが、特に社団の成立要件の一として財産の管理処分権が団体自体に属しており、代表者によってその権限が行使されなければならないことを強調して、この団体にはそれらが備わっていないとして社団性を否定したものである。

（b） 宇都宮地判昭和35年6月8日（下民集11巻6号1251頁）

本判決では、問題の団体は代表の方法は定められていた。しかし、その構成員数、資産などいずれも小規模のものであったため、総会の運営、財産の管理

などは、その都度会員が相談して事務を処理していた事実から、団体としての組織、運営方法が定められていたとは到底認められないとして社団の成立が認められなかった²³⁾。

この判決は、問題の団体を当事者が設立中の会社と主張したために特に規則（定款）の定めが存在しないことをもって社団不成立とした事情があると思われる。

（c） 大阪高判昭和45年2月16日（判例時報602号62頁）

本判決は、問題の団体が親睦のための野球連盟だったこともあり、その連盟の財産の管理体制については、会計を設置しているとするだけで他には何ら触れられていないが、名称、代表者、総会を有し、一応規約を設けていることは認定されている。総会の組織運営方法が明定されていなかったこともあるが、社団成立の中核的要素ともいうべき構成員の特定ができなかったために社団とは認められなかったものである。

（3） まとめ

以上判例を検討したところによると、一口に団体とは言っても、単に法人格を取得していないだけのもの、市町村の一部であるもの、その他講あるいは親睦団体であるものなど実に様々な類型のものが存在しているが、これを裁判所は、事案の解明という目的に向けて社団とするか否かを確定せざるを得ないという宿命を負っている。

そのために具体的事案の中で、その団体にいかなる要件が備わっていれば社団となしうるかに腐心していると言える。個々の判決で、抽出された一つあるいはいくつかの要件を吟味してゆけば、そこには権利能力なき社団の具体的な姿が導き出されてくるものと思われる。

3 私 見

以上の学説・判例の検討からみると、少なくとも権利能力なき社団として認められるためには以下のような要件が必要になってくるのではないかと考えられる。

(1) 個人の目的とは離れた団体独自の目的を有すること。

この点については、どの判決も認めているところであるが²⁴⁾、組合においてもその目的をもっていることが考えられうる。しかし組合の目的はあくまでも組合員個々人の利益に沿うためだけのものであってそれ以上のものではない。即ち組合は、組合員各個人の契約により、各個人の意思を反映して成立したものであり、組合は組合員個々人の意思以上の独立の目的をもたないといえる。後に組合に加入してくる組合員は、組合を成立させた組合員の契約の主旨に賛同して加入するのであり従って団体独自の目的を有しない場合は、その団体は組合としか認められないことになるであろうから、社団成立の要件として、団体独自の目的を有することが要請される。

(2) 名称を有すること

この要件については判例²⁵⁾・学説とも特に取り立てて述べているものは見あたらないようである。社団においても組合においても、名称の存在しない団体は存在しないからであろう。しかし、団体の同一性を識別する指標として、名称は必要であり、税法上（国税通則法 3 条，所得税法 4 条，地方税法12条など）は権利能力なき社団を法人とみなしていること，銀行取引や郵便貯金などではその団体名を冠記した代表者名義の通帳の発行，口座の開設などがなされている実情からみれば²⁶⁾，団体名は社団と組合との区別をする基準の一とすべきものであろう。

(3) 代表者の定めを有すること。

この要件については、民訴法46条が規定するほか、どの判決においても認められていることは言うまでもない。

組合においても、業務執行組合員（民法670条 2，3 項），つまり代表者が存在し、その選任方法が組合契約によって定められている場合も多いことが考えられる。しかしこのような組合は少数であって、通常の組合においては業務執行組合員を選任せず、組合員全員が業務執行を行なうところも多いであろうから實際上からみて、この基準は必要な要件の一になると思う。

(4) 構成員の財産とは区別された団体独自の財産の管理体制が整っているこ

と。

社団では、その本質から、団体の財産として明瞭に区別された財産が存在する。

これに対して組合においては、組合財産は、総組合員の共有に属す（民法668条）と規定されている。しかし、持分処分の制限（民法667条1項）やその分割請求を禁ずる（同条2項）ところから、この規定は共有とは種類を異にする合有と解されている²⁷⁾。理論上は、社団と組合との財産の帰属関係は以上のようになるとしても、実際上はその帰属関係が不明瞭なもの²⁸⁾が多く存在するために、この財産の管理体制が確立されているかいないかという要件は社団と組合とを区別する明瞭な一基準となると考えられる。

(5) 構成員の範囲の確定が可能であること。

社団か組合かを区別する基準の一として、構成員の数の多少ということが考えられるかもしれない。しかし、前述のように、構成員数の多少が団体に質的变化を与える²⁹⁾のではなくて、構成員の範囲、つまり構成員数が確定できるかどうかということが、社団か組合かを区別する重要な要素になると思うのである³⁰⁾。ある団体がその最も根本的な構成員の範囲さえ確定できないのであれば、その基盤は極めて脆弱なものであり、社団としての成立の余地はないと考えられる。組合においても構成員の範囲の確定ができなければ、それは組合としても成立しないかもしれない。従ってこの要件が社団成立の決定的要件ということは困難であるかもしれないが、社団と組合とを区別する決定的な基準の発見がむしろ困難なことから、比較的多くの基準を見出すことによって両者の区別に迫ろうという視点にたてばこのことも必要な要件の一に加えるべきものと考えられる。

(6) 以上(1)～(5)の事項が規約もしくは慣行によって決まっていること。

社団の根本規定である規約(定款)が存在するか否か³¹⁾が、法形式面からする社団と組合との区別の基準の一であることは論を俟たない。ただ、社団には極めて多くの種類があり、大阪高裁昭和30年判決の市町村の一部である部落（大字あるいは区など）も社団として認められうる³²⁾。このような場合は、部落の

性格からみて明文の規約は存在せず、その内部の組織については慣行によるのが通例であろう。従って、目的、代表者の定めなどが慣行によって定まっても差し支えないものと思う。

(7) 構成員に変更があってもその団体に継続性があること。

社団としての成立が認められるためには、その構成員に変更があってもその団体に継続性が存在することが必要であろう³³⁾。社団は一つの目的のために構成員が結束するものであるから、構成員が変わっても団体が継続しなければその目的を達成することができない。逆に言えば、団体の継続と目的達成のうえにたつてのみ構成員の変更があり得るということである。

これに反し、組合においては構成員の変更によっても組合を継続しなければならない必要は存しない。構成員の利益のためには、組合契約を解除し、新たに別に組合を成立させればよいからである。

(8) 団体としての組織を有すること³⁴⁾。

社団が成立するためには団体としての組織を有することが必要なことは、最高裁昭和39年判決ほか、社団の成立が認められた判決のいずれもが肯定しているところである³⁵⁾。団体が団体として行為する場合にはある一定の組織を有しなければ、その行為は一貫性を欠き、不統一となってその目的を達し得ないであろうから、社団として成立するためにはこの要件は当然に必要であろう。

組合にも組織を有するものは存在するであろうが、それは各組合員の個人的利益の追求のためにあるのであって、組合自体の目的遂行のために有するものではないから、社団成立の要件としての組織とは自ら異なるものであろう^{36) 37)}。

社会に存在する各種団体には、組合的なものから社団的なものまで実に様々な類型があって、それぞれが取引の当事者となったり、財産を所有したりして社会的な活動をしている実情をみると、いずれか社団であって訴訟当事者能力が認められるか、いずれが組合であって当事者能力が否定されるか、ということとを区別することは実際的には極めて困難な問題である。しかしそのことが争われた場合には具体的に区別されなければならないのであるから、主として判例を中心として考察した結果、上述した八個の基準によって一応の区別をする

ことができるのではないかと考える次第である。勿論これらの基準によって決定的に社団と組合とを区別し得るものと断定するものではなく、より明確な基準を策定ないしは抽出することができるならば、それに越したことはないのであるが、本稿がより明確な基準提示への一つの礎ともなり得るならばと思うものである。

註

- 1) 加藤一郎「人格のない社団」新民法演習Ⅰ73頁、川島武宜「民法Ⅲ」288～9頁、同「民法総則」138頁、鍛冶良堅「権利能力のない社団と民法上の組合」演習民法（総則・物権）65頁以下、同「民法講義Ⅰ総則」118頁以下、松田二郎「株式会社の基礎理論」122～3頁、同「株式会社法の理論」138頁、倉沢康一郎「営利社団法人の意義」会社法の論理16頁、西本辰之助「社団と組合」私法学の諸問題628頁以下、同慶大法学研究7巻1号62頁、福地俊雄「組合と法人」契約法大系41～2頁、森泉 章「権利能力なき社団に関する研究」福島大学商学論集34巻4頁、113頁、鈴木竹雄「会社の社団法人性」商法研究Ⅱ5頁以下、星野英一「いわゆる『権利能力なき社団について』法学協会雑誌84巻9号231頁、247～262頁。
 - 2) 服部栄三「組合の手形行為」手形研究56号8～12頁、同「演習商法下巻」服部栄三＝加藤勝郎共著86～90頁、小松俊雄「民法上の組合と手形行為」明大法制研究所紀要9号22～3頁、新堂幸司「民事訴訟法」95頁、来栖三郎「民法上の組合の訴訟当事者能力」菊井維大先生献呈論集・裁判と法(上)335頁以下、三ヶ月章「民事訴訟法」181～2頁、末川 博「債権各論」第二部390～1頁、山本桂一「組合の法理」私法の理論178頁、同「フランス企業法序説」183頁、吾妻光俊「新版債権法」245頁、戒能通孝「債権各論」344頁、宮井忠夫「民法上の組合の訴訟当事者能力」同志社法学15巻2号63頁、鈴木重勝「『民法上の組合』の訴訟当事者資格」早稲田法学38巻3～4号120～1頁。
 - 3) 成立が認められたものにつき、最判昭和39・10・15（民集18巻8号1672頁）、大阪高判昭和30・10・31（高民集8巻9号634頁）、東京高判昭和28・7・9（下民集4巻7号990頁）、大判昭和15・7・20（大民集19巻1210頁）。成立が認められなかったものにつき、宮城控判昭和8・6・22（法律新聞3574号5頁）、宇都宮地判昭和35・6・8（下民集11巻6号1251頁）、大阪高判昭和45・2・16（判例時報602号62頁）。
 - 4) これらの説は、両者の峻別の実益は無に帰してしまっているとか（福地俊雄・前掲書41～2頁）、両者の質的な識別は極めて困難であるとか（森泉 章・前掲論文4頁、113頁）、あるいは、立法政策の問題であるとか（鈴木竹雄・前掲書5頁以下）としている。
- しかし前述したように、社会に存在する団体は、単に法人格を取得していないだけの社団から民法上の組合に至るまで千態万様のものがあるのであるから、その間に明確な一線を画することは、至難な問題であるには違いないが、本稿のはじめに記載したように両者の区別をする実益は存すると思う。
- 5) 加藤一郎・前掲書73頁。

- 6) 鍛冶良堅・前掲演習民法65頁以下，同前掲民法講義118頁以下。
- 7) 川島武宜・前掲民法Ⅲ288～9頁，同前掲民法総則138頁。
- 8) 松田二郎・前掲基礎理論122～3頁，同前掲理論138頁。
- 9) 松田・前掲基礎理論122頁。
- 10) 同122～3頁。
- 11) 倉沢康一郎・前掲書16頁。
- 12) 服部栄三・前掲手形研究8～12頁，同前掲演習商法86～90頁。
- 13) 新堂幸司・前掲書95頁。
- 14) 来栖三郎・前掲論文335頁以下。
- 15) 三ヶ月章・前掲書181～2頁。
- 16) 末川 博・前掲書390～1頁。
- 17) 宮井忠夫・前掲論文63頁。
- 18) 鈴木重勝・前掲論文120～1頁。
- 19) 前掲最判昭和39年1674頁。
- 20) 同1674～5頁。
- 21) 存続性の点については認定されていないが，市町村の一部たる部落という性質から当然に導かれるであろう。
- 22) 前掲大判昭和15年1213～4頁。
- 23) 前掲宇都宮地判昭和35年1256～58頁。
- 24) 前掲最判昭和39・10・15，同大阪高判昭和30・10・31，同東京高判昭和28・7・9，同大判昭和15・7・20ほか。
- 25) わずかに，甲府地判昭和27・9・8（下民集3巻9号1205頁）がこの点について触れている。
- 26) 浦野雄幸「権利能力なき社団と登記請求権」判例時報474号別冊判例評論100号83頁。
- 27) 我妻 栄「債権各論中巻二」800頁。
- 28) たとえば社団としての成立が認められてはいるが，前掲東京高判昭和28・7・9は財産の管理体制の点については不明である。
- 29) 松田・前掲基礎理論122～3頁，同前掲理論138頁。
- 30) 前掲大阪高判昭和45・2・16。
- 31) この要件を欠くものにつき，前掲宇都宮地判昭和35・6・8。
- 32) 前掲大阪高判昭和30・10・31，同旨前掲東京高判昭和28・7・9。
- 33) この点を欠くものにつき，前掲甲府地判昭和27・12・17。
- 34) この点を指摘する学説につき，宮井・前掲論文63頁。
- 35) 前掲大阪高判昭和30・10・31，同東京高判昭和28・7・9，同大判昭和15・7・20。
- 36) 総会が存在することという要件も最高裁昭和39年判決ほか社団の成立が認められた判決すべてに認められている点であるが，この点につき，比較的構成員数の少ない社団では総会をもたずに団体の意思決定を代表者に一任するところもあると思われること，民法37条の社団法人の定款の記載事項に総会が存在する旨の文言が存在しないことなどから，社団には総会の存在は必ずしも必要ではないと考える。また，前記昭和39年判決では多数決の原則が行なわれていることがその要件として挙げられているが，社団においても代表者に構成員の意思を一任するところもあり，逆に

組合においても多数決の原則を採用しているところも多く存在すると思われるので、必ずしもこのようには言えないのではないかと思う。

- 37) 本文に掲げた判決以外で、特に社団性が認められた事案として、外国法上のパートナーシップ（東京高判昭和30・8・9＜下民集6巻8号1583頁－英国法上のもの－＞、東京地判昭和35・8・9＜下民集11巻8号1647頁－ケニア法上のもの－＞）判決と、最判昭和55・2・8（判例時報961号64頁－いわゆる門中事件－）とがあるが、前者については、日本法に抛らずに設立されたものであるという事情、また後者については、沖縄に古来から存在する親族集団たる団体である、という事情から、特殊の考察を必要とすると思われたので、触れなかった。

（完）