

# 権利能力なき社団に関する 一 考察 (I)

国 府 新 助

## 目 次

- I はじめに
- II 判例の立場
- III 学説の展望  
(以上本号)
- IV 検 討

## I はじめに

権利能力なき社団とは、一般に社団としての実体は有するが、法人格のないものをいう、とされている。たとえば、同窓会やPTA、あるいは学術団体などがこれに該当する。

わが国の法人制度は、社団法人に関しては公益または営利を目的とするものに限られ、中間的な非営利を目的とするものについては特別法によらない限り、法人格は認められていない。

一方、社会の各方面で団体として多くの社会的役割を担っているものに組合がある。

同じ法人格を有しない団体でありながら、一方で権利能力なき社団が存在し、他方で組合なる団体が存在する。

そこで本稿は、これら権利能力なき社団と組合との実体は果してどう違うのか、という問題について、権利能力なき社団と組合との区別の基準がどのあた

りにあるものなのかどうかを考察することを目的とする。現代社会においては多くの団体が独自に社会的に行動し、かつ財産をもつようになり、これら団体間または私人との間に紛争を生ずることも稀ではなくなっている。このような場合に、その紛争が訴訟によって解決されなければならなくなったとすれば、ある団体が権利能力なき社団であるとする、民事訴訟法46条（以下民法と略記する）により、上記団体に訴訟能力が認められ、訴訟の簡便化・能率化が図られるが、逆にそれが組合であるとする訴訟能力が認められない場合があるために、訴訟の簡便化・能率化が図れない可能性が生じるのでこれらの区別を考察する実益があろう。

ただ、社会に現実に存在する団体には、純然たる組合から、単に法人格を取得していないだけの典型的な権利能力なき社団に至るまで、段階性・連続性が存在しているので、その間に決定的な一線を描くことは困難であろうと思われる。したがって本稿においても、その区別の基準については、一応の考え方を示したものである。

## II 判例の立場

### 1. 権利能力なき社団としてその成立が認められたもの

#### (1) 最判昭和39年10月15日（民集18巻8号1672頁<sup>1)</sup>）

##### 〔事実の概要〕

原告X（控訴人、被上告人）は、昭和21年7月頃、外地引揚者の相互協力により生活の維持安定並びに更生を図ることを目的として設立された社団法人引揚者更生生活協同連盟支部の名で、特に引揚者の更生に必要な各種の経済的行為をする目的のもとに、杉並区内に居住する引揚者によって結成されたものであるが（いわゆる杉並支部）、これを組織する会員や、その行なう事業（生協連更生マーケットの設置と運営の他、バザーの開催、物資の配給、日用品交換幹旋などを行っていた。）はおおむね本部のものとは別のものであって、独自の存在と活動とをなし、その会員、役員、内部における意思決定などに関す

る定めとしては、すべて社団法人である本部の定款を準用して、その規約としていた。

昭和21年9月、Xは、引揚者更生のための市場建物敷地として本件土地を訴外Aから借り受けて自ら賃借人となり、ここに南北三列の店舗を建設し、会員にその店舗の各小間を分与して、各小間敷地の使用を容認し、上記会員より徴集した会費をもって地代を支払ってきた。

ところで、Xは時勢の推移に鑑み、将来の発展を期するため、前記マーケットの中間列の建物を撤去し、通路を拡張して両側の店舗でこれを使用することを決定したが、被告Y（被控訴人、上告人）らの所有する店舗は上記中間列に存在していたため、Yらははじめ上記撤去に同意したが、後に建物の評価に関しての見解の相違からYらは撤去に関する協力を拒むようになり、昭和28年ついにXの代表者に対して今後地代分担金を直接Aに対して支払うことを通告した。これによりXからYらに建物収去土地明渡請求の本訴がなされたが、Yらは、上記本訴の前提として、Xが権利義務の主体たり得ないとして争った。第一審はXの請求を棄却。第二審はXの請求を認容したので、Yらが上告した。

〔判 旨〕

「権利能力のない社団というためには、団体としての組織をそなえ、そこには多数決の原則が行なわれ、構成員の変更にもかかわらず団体そのものが存続し、しかしてその組織によって代表の方法、総会の運営、財産の管理その他団体としての主要な点が確定しているものでなければならない」

本件は上告が棄却となり、権利能力なき社団の成立が肯定された事案であるが、判旨は上記権利能力なき社団の成立要件として、団体としての組織を備えていること、多数決の原則が行なわれていること、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、代表の方法、総会の運営、財産の管理その他団体としての主要な点が確定していること、という点を挙げている。

(2) 大阪高判昭和30年10月31日（高民集8巻9号634頁<sup>2)</sup>)

〔事実の概要〕

事実の詳細は明らかではないが、判旨部分から推定すると次のようである。

X区（控訴人，原告《是安区》）は，X区がX村と称していた古来より，A区その他の部落と本件物件である山林の一部を共有していた。しかるに，上記物件は，大正11年無償譲与を原因としてB村に移転登記がなされ，大正14年に合併を原因としてC村に移転登記がなされた。

その後，昭和24年にX区住民が一同として本物件をC村から払い下げを受けたとして，C村から所有権移転登記を受けていたYら（被控訴人，被告）にその所有権移転登記の抹消を求めたが，その前提として，X区が民訴法46条にいう当事者能力を有するかどうかが争われたようである。

〔判 旨〕

「元来市町村の一部たる部落（大字或は区等名称は問わない）は通例永い歴史と慣習に従って一定の地域に居住する住民が一の団体的共同生活を営むものであって，その所属する市町村の事業とは別に，部落独自に或は道路又は用水路の開設，修理，清掃等土木に関する事業をなし，或は葬儀等宗教上の行事をなし或は災害防除，衛生娯楽其の他共同の福利を増進するための諸事業を行い，これ等に要する施設，資材其の他の財産を所有し，部落常会総寄合等の集会によって住民の意思決定をなし，一定の手續に従って代表者その他の役員を選任し，部落の諸経費は一定の手續と基準によって住民に賦課する等，一の統制ある共同体を構成しているのが実情であるから，かかる部落はこれを法律上民法の組合に類似する社団であると解するのを相当とする。従って本件は安区が右に示すような内容を有する部落と認め得られるときは，民事訴訟法第四六条にいわゆる法人に非ざる社団で代表者の定めのあるものに該当するから，その名において訴訟を為し得る能力を有するものと謂はなければならない」

この判決では，X区が是安区という名称を有し，土木に関する事業や宗教上の行事あるいは共同の福利を増進するための諸事業を行なうという目的を有し，代表の方法，財産の管理体制が整い，部落常会総寄合などの意思決定機関を有し，一の統制ある共同体，すなわち組織と存続性を有しているところから，権利能力なき社団と認められたものであろう。

(3) 東京高判昭和28年7月9日(下民集4巻7号990頁)

〔事実の概要〕

被控訴人坂田第十区(Y)は、群馬県邑楽郡大川村大字坂田にある坂田第十区と称する一部落の住民(戸数約160~170戸)が団結して一の団体をなしているものであるが、Aを代表者と定めて、昭和24年9月頃、格納庫解体作業を控訴人(X)より代金113万4,000円で請負い、その支払い期日を同年12月25日と定め、同日までに作業を完成する約束をした。Yは、請負った上記格納庫解体作業を約定期日より早く完成させ、上記作業の結果も約束通りの出来上りであったので、Xも何ら異存なく請負代金の支払いを諒承したにもかかわらず、Xは請負代金113万4,000円のうち金86万5,000円を支払ったのみで、その余の金26万9,000円の支払いをしなかった。

そこでYが、Xに対して請負残代金の支払いを求めて本訴を提起した。第一審はYの請求を認容したので、Xが上記請負残代金の支払い請求の前提としてYの当事者能力を争ったのが本件である。

〔判 旨〕

「被控訴人坂田第十区は……(中略)……その共同の利益のために該部落内の土木事業の設営、村役場との事務連絡その他区民の一般福祉の増進を目的として組織せられ、同区は区民より区費を徴収して区の事業運営に資し、同区においては、区民全員によって構成せられる定時総会が毎年二期に開催され、区の機関たる駐在員、班長その他の総代が定時総会において選任せられ、区は区民の変動によって影響を受けないものであるという一の組織的団体をなした法人格なき社団である」

この判決では、上記団体が坂田第十区なる名称を有し、部落内の土木事業の設営、村役場との事務連絡や区民の一般福祉の増進という目的をもち、区民全員によって構成せられる定時総会と、区の機関たる駐在員、班長その他の総代が定時総会において選任せられるという代表の方法を有し、区は区民の変動によって影響を受けないという一の組織と存続性を有していた、という点から権利能力なき社団と評価されたものと思われる。

(4) 大判昭和15年7月20日(大民集19卷1210頁<sup>3)</sup>)

〔事実の概要〕

被上告人講会(被控訴人,原告(X))は,訴外Aの発起により設立された無尽講で,総口数100口,一口の掛け込み金を30円とし,落札者は落札後満会に至るまで,毎年2,6,10月の毎開会日に30円の掛け戻しをなし,もし一回でもその履行を怠る場合は一時に掛け戻し金全部を支払う旨の特約があった。

上告人(控訴人,被告(Y))はXの会員で証拠預り人たる地位にあるが,大正6年6月15日の開会で一口を落札し1,153円の給付を受けたので,同年10月15日開会の第20番会から満会の第100番会まで毎会金30円,合計2,430円の掛け戻し義務を負担したが,昭和6年6月15日開会の第61番会以降掛け戻し金の支払いをしなかった。よってXはYに対し掛け戻し金合計1,200円の支払いを求めて本訴を提起した。第一審はXが勝訴。第二審ではYが上記講金の支払いの前提問題として,Xが民法上の組合であり法人ではないから権利義務の主体とはならない,として争った。しかしYが敗訴したので,Yは第二審と同様の理由で上告した。

〔判 旨〕

「講会規約ニ依レハ被上告講会(X)ハ明治四十四年十月十日大城(A)ノ発起ニ係ル頼母子講ニシテ民法上ノ組合ノ性質ヲ有スルモノト解スルヲ相当トスヘク而シテ世話人ハ講金ノ取立其ノ他諸般ノ事務ヲ処理シ講会ニ関スル総テノ行為ニ付特別ノ委任ヲ要セス当然裁判上及裁判外ノ行為ヲ為スノ権限ヲ有スルコト亦右規約ニ依リ明カナルヲ以テ世話人ハ講会ノ代表者ナリト謂フヘク從テ被上告講会(X)ハ民事訴訟法第四十六条ニ所謂法人ニ非サル社団ニシテ代表者ノ定アルモノニ該当シ訴訟当事者能力ヲ有スルモノトス」(カッコ内は筆者)

本件講会は,A発起講会という名称<sup>4)</sup>,そして講会員に対する講金の給付(貸し付け)という金融機関的な目的を有し,また講会という總會,および代表者である世話人,規約,を持っているところから民法46条にいういわゆる法人にあらざる社団にして代表者の定めあるものに該当し,訴訟当事者能力が認められたものであろう<sup>5)</sup>。

## 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

(1) 宮城控判昭和8年6月22日(法律新聞3574号5頁<sup>6)</sup>)

## 〔事実の概要〕

事実関係は定かではないが、被控訴人(原告《X》)組合は、A他72名をもって組織せられ地主、小作人間の親睦ならびに勤儉貯蓄農事奨励を目的とする団体であるが、そのXが同じXの組合員である控訴人(被告《Y》)などに金員を貸し付けたが、Yらはその金員をXに返還しないため、XがX自身の名でYらに対し上記金員の支払いを求めて本訴を提起したところ、その前提としてYらがXに訴訟当事者能力がない、として争ったものようである。

## 〔判 旨〕

「被控訴組合(X)は富谷外三名を代表者と定めあることを認め得れども同法(民訴法)第四十六条に代表者又は管理人の定めあるものと謂ふは財産の管理処分権が社団又は財団自体に属し代表者又は管理人に依り其の管理処分権が遂行せらるゝ場合を指称するものと解すべきが故に代表者を有すればとて之に因り民法上の組合たる被控訴組合(X)の性質を変更するものに非ざるのみならず同法条は其の規定の趣旨よりするも社団又は財団と其の本質を異にする民法上の組合に準用すべきものに非ざるを以て被控訴組合(X)自体が訴訟当事者たる原告として提起したる本訴は不合法として却下すべきものと謂はざるべからず」(カッコ内は筆者)

本判決では、Xが名称<sup>7)</sup>を有し、また地主、小作人間の親睦ならびに勤儉貯蓄農事奨励という目的、さらに代表者の定め、を有してはいるが、Xの財産の管理処分権がまだ確立されていないために、民訴法46条という社団とは認められなかったのではなかろうかと思われる。

## (2) 宇都宮地判昭和35年6月8日(下民集11巻6号1251頁)

## 〔事実の概要〕

甲椎茸協会(X')は、昭和31年2月末頃、椎茸種菌および生産品の販売ならびに栽培指導という共同事業を営む目的のもとに、控訴人(被告《X》)を代表者とし、同人が金銭を、訴外B、C2名が労務を出資して設立せられ、さ

らに訴外Aが同年3月末頃、この共同事業に加入して10万円の金銭出資をした。しかるにXは、昭和31年10月10日頃Aに対し未払い出資金10万円の出資（XとAとの間にAがX'に20万円出資する約束があったようである）を求めたところ、Aはさらに5万円追加出資するが、被控訴人（—Aの妻—原告《Y》）に対する関係上、出資済みの10万円も合わせて約束手形を書いて貰いたい旨要請したので、XはX'の理事長の資格で、上記出資済み10万円の本件約束手形を振り出した（5万円の約束手形については、X名義で振り出している）。

ところが、X'の事業は経営不振で、欠損を続け、加えてX'内部において経営方針などにつき、XとA、B、Cの意見が対立したりしたため、X'は事実上解散の止むなきに至った。そこでYがX'名義での上記約束手形金の請求をX個人に求めた。

第一審では、Yの上記約束手形金支払い請求が認められたが、第二審でXは、上記約束手形はX個人ではなくてX'が振り出したものだと争った。そこで裁判所は、上記約束手形金支払い請求の可否の前提として、X'が法律上実在するか否かを判断した。

〔判 旨〕

「椎茸協会は将来会社組織とする予定で設立されたものであるけれども、法律上の会社設立手続は何等履践されなかったのであるから法人といふ得ないのは無論であるが、椎茸種菌及び生産品の販売並びに栽培指導という共同事業を営む目的のもとに、控訴人《X》が20万円の金銭を出資し、訴外小林《B》と福田《C》が労務（椎茸菌栽培に必要な技術等）を出資して設立せられ、更に訴外中村《A》がこの共同事業に加入して10万円の金銭出資を為したのであるから、民法上の組合契約により設立されたことが明らかである。のみならず……（中略）……椎茸協会には出資金の他自動車一台と商品等の組合財産があり、不完全ながらこれを管理するための帳簿も備えられ、各組合員の業務分担も定められており、且つ控訴人《X》が組合員を代理して業務を執行する委任を受け椎茸協会理事長として業務執行に当る等、組合としての実態を有していたことが明らかであって、控訴人《X》が椎茸協会の経営をほしこまにしていたよ



うな事実は認められないから、たとえ控訴人《X》が椎茸協会の実権を握っていたとしても、椎茸協会が民法上の任意組合であるとの認定を妨げるものではない。」(二重カッコ内は筆者)

上記椎茸協会は、甲椎茸協会という名称を有し、椎茸種菌および生製品の販売ならびに栽培指導という共同事業を営む目的を有し、またXが組合員を代理して業務を執行する委任を受け、X'の理事長として業務執行にあたるという代表の方法を有してはいるが、社団としての組織、運営方法、また定款の作成<sup>8)</sup>、が行なわれなかった点で権利能力なき社団と認められなかったものである。

(3) 大阪高判昭和45年2月16日(判例時報602号62頁)

[事実の概要]

本件土地は昭和19年頃、被控訴人(被告《Y》)が将来造船所を建設する目的で買受けた海浜地であるが、都合によりそのまま放置していたところ、かねてから地域の親睦野球の興隆に力を注いでいた控訴人甲野球連盟代表者(原告《X》)がこれに目をつけ、昭和36年5月頃Y方自宅を数回にわたり訪ね、軟式野球のグラウンドに使わせてほしい旨申し入れたがYはこれを承諾しなかった。

しかしXは、Yの確約を得ないまま勝手にそこを整地し、一角にバックネットを作るなどして軟式野球用グラウンドとし、以来多い時で週一回位の割合で昼間だけ上記甲野球連盟加入チームの野球試合のために使用するに至った。

ところで本件土地はこれより先、これとは別に、訴外A、Bらが必要に応じ漁網や魚の干場に使用していた関係上、同人らはYの弟Y'に対し、その謝礼を手渡していた。Xは前記使用開始後間もなく上記事実を知り、翌37、38年には上記謝礼のうち一部を負担する旨Aに申し出で、同人に交付したがY'としてはこのような内部事情は十分諒知していなかった。しかしその後Aらが土地の使用を止めたため昭和39年以降はXが無償使用を続けた。

YはY'に対し、かつて本件土地につき他に使用させるような権限を与えたことはなく、もとより前記のような金品の授受を積極的に容認したこともなかったので、YはXに対し使用禁止の申し入れをしたところ、Xが占有権、留置

権にもとづき処分禁止の仮処分申請をして仮処分決定を得たが、Yがこれに異議を申し立て、第一審ではX敗訴、すなわち仮処分決定を取消す旨の判決がなされた。Xはこれを不服として控訴したが、これに対し大阪高裁はまず上記仮処分申請人たる甲野球連盟の実体を職権で判断した。

〔判 旨〕

「連盟は一応規約を設け、明石、西神戸地区の野球チーム相互の親睦を図るのを目的とする旨定め、且つ代表者として理事長〔X〕を置くほか、総会、役員会（理事、会計、審判、監事等で構成）なるものを設置し、定期的に野球大会を開催する等一定の社会的機能を果していることが疎明せられる。しかし、社団成立の中核的要素ともいべき構成員（究極的に権利義務の主体—資産の総有的帰属主体—となる人格）としては、単に『20名以内で編成する野球チーム』と定めているに過ぎず、これでは、右構成員自体の成員も不特定で、それ自体も、控訴人も、法律上の権利主体と認めるに足らず……（中略）……構成員による総会の組織運営方法も明定されていないことが明らかであり、これらの実態をみると、同連盟は未だいわゆる社団たる実質を備えたものでもないと解するほかない」（二重カッコ内は筆者）

甲野球連盟は、一応規約を設け、明石、西神戸地区の野球チーム相互の親睦を図ることを目的とし、Yなる代表者を有してはいるが、社団成立の中核的要素ともいべき構成員が特定できず、また総会は有するが、構成員による総会の組織運営方法も明定されていないために、権利能力なき社団と認められなかったものである<sup>9,10)</sup>。

註

- 1) 同旨大判昭和16・8・14（法律新聞4724号16頁）、大分地判昭和42・3・28（判例時報489号26頁）、東京地判昭和42・4・11（判例時報478号18頁）、最判昭和42・10・19（判例時報500号26頁）など。
- 2) 同旨東京地判昭和44・10・6（判例時報593号55頁）。
- 3) 同旨大判昭和8・2・9（東北大学法学2巻9号1132頁）。
- 4) 判決の1210頁に、当事者としてA発起講会なる名称が記されている。
- 5) ただし、講の財産については、本文の昭和15年判決1213～4頁が、「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」と述べているように存在しない。また代表の方法については、同1215頁が、「世話人ハ講会規約ニ従ヒ講会員過半数出席シタル総会ニ於テ出席会員ノ過半数ノ決議ニ依リ選任セラルル」と述べている。

- 6) 同旨東京区判昭和7・6・17（法律新聞3438号12頁）。
- 7) 判決には被控訴人名として甲貯蓄会なる名称が示されている。
- 8) 組織、運営方法の点につき、本文の昭和35年判決は「権利能力のない社団として法人の規定の適用を受け得るためには、団体としての組織を備え、代表の方法、総会の運営、財産の管理その他社団として主要な点が規則によって確定していなければならないのであって……(中略)……椎茸協会にかゝる社団としての組織、運営方法が定められていたとは到底認めることができない」と判示し、定款の作成の点についても「会社設立を目的とする団体は、いわゆる設立中の会社として法律効果の帰属主体たり得るのであるが、設立中の会社というためには、少くとも会社設立の第一段階である定款の作成……(中略)……が完了しなければならないと解するから、椎茸協会において定款の作成すら経ていない以上」と判示している。
- 9) 判旨には、会計業務を設置していることが記載されているが、甲野球連盟での財産の有無の点については触れられていない。
- 10) その他、権利能力なき社団としての成立が認められなかった事案としては、(i) 団体としての独立性のないもの（東京地判昭和26・2・7<下民集2巻2号156頁>）、(ii) 活動の実体のないもの（東京地判昭和27・9・8<下民集3巻9号1201頁>）、(iii) 組織としての永続性のないもの（甲府地判昭和27・12・17<下民集3巻12号1790頁>）がある。

### Ⅲ 学説の展望

#### 1. 権利能力なき社団面からみる学説

##### (1) 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説

福地説 この説は権利能力なき社団を、(イ)公益団体、(ロ)営利団体、(ハ)中間団体、の三つに分類し、(イ)についてその組織は、一般に社団化方向に単純化されるが、その場合でも成員相互間の種々の義務づけや残余財産の帰属の予定などについて組合的要素を混入させることも不可能ではないとし、(ロ)についても特に資本的機能の効率の観点から、社団化の傾向が極度に推進される場合があるが（たとえば株式会社）、しかしその要素の中に、成員の団体財産に対する直接の関係（持分）、追出資義務など種々の点において組合化的要素を加味した形態づけが自由になされるし、逆に組合化にしたがう企業に、多かれ少なかれ

成員の責任制限、脱退の自由など社団性を加味して形態づけを試みることも不可能ではなく、さらにについては、その中にも経済的目的のもの（たとえば協同組合）、労働団体、社交団体など雑多なものが、あるのに応じ、社団的要素と組合的要素の結合の状況も多様であるので、一般的傾向を抽出することさえ困難である、とする<sup>1)</sup>。要するに権利能力なき社団と組合との峻別の実益は無に帰してしまっている、とするものである<sup>2)</sup>。

森泉説 権利能力なき社団について、社団的結合形態をとっている、いわゆる典型的な意味における権利能力なき社団のみを問題にしようとする説である。その理由は、法人格なき団体で実際に某団体という名称で呼ばれていても、その結合形態において組合的性格を帯びたものもあり、あるいはまた、社団的性格を帯びたものもあり、その質的な差異の識別はきわめて困難である<sup>3)</sup>、という点にある。

鈴木竹雄説 この説は、会社の社団法人性を論ずる前提として、社団と組合との区別の考察をしたものであるが、その説くところは、組合と社団とを、実質面（成員の個性が濃厚か否かという面）と形式面（その結合が契約関係によるか社員関係によるかという面）の両面からみた場合、成員の個性の濃いものが契約関係と、逆に成員の個性の薄いものが社員関係と必ずしも結びつかないのではないかとして、上記の二面をどうみるべきかは、結局のところ立法政策の問題である、とするものである<sup>4)</sup>。

## (2) その区別をする説

加藤説 権利能力なき社団の対外的な取引関係に視点をおいて、個々の団体構成員が取引の実質的な主体とみられるか、それとも団体が正面に出て取引の主体となるか、という違いを区別の基準とする説である<sup>5)</sup>。

川島説 社団と組合との区別の基準について下記のような考え方をとる説である。すなわち、

a. 構成員相互の関係を定める内部規則が、特定の具体的な諸個人を当事者とする契約という型態をとっているか、それとも具体的な諸個人を特定することなく構成員に対する一般的規定（定款）という型態をとり、そのことに対応

して構成員の加入および脱退を予定しているかどうか。

b. 団体の業務執行が、特定の具体的構成員（契約当事者）に固定的に属しているか、それとも、一定の方法（通常は構成員の総会）によって選任されることが一般的抽象的に規定されているかどうか。

c. 業務執行に関しては、業務執行構成員のみが存在するのか、それとも、業務執行構成員とならんで構成員の総会が設けられ業務執行に対する監督をすることが予定されているか。

上記のうち a, b, c の考え方の中のそれぞれの前者が肯定される場合には組合が、後者が肯定されるときには社団が、認定されるべきであろう、とするものである<sup>6)</sup>。

鍛冶説 この説は、団体としての財産の管理・運営の体制が整い、団体財産が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、組合と権利能力なき社団を識別すべき重要な基準となるという認識のもとに、組合財産における持分という観念を手がかりとして、上記の区別の基準を次のように説明する。すなわち、

潜在的持分性（議決権の行使や利益の配当、あるいは残余財産の分配）があり組合的性格のあるものも、代表者および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ものについては、権利義務が団体自体に帰属するものとして処理するにふさわしい民訴法46条にいう社団として捉え、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<sup>7)</sup>、とするものである。

松田説 数の問題は質に影響を及ぼすものであり、数量の増加は単に量的増加を意味するに止らないで質的变化を伴う、とする説である。換言すれば、構成員の数量の差異は質的变化を伴い、そこに組合と社団という相対立する法律形態を生ぜしめる。すなわち、構成員数が少ないため、それが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じ、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、そこに社団の構成を生ずる、という考え方をするものである<sup>8)</sup>。

倉沢説 団体を形成する当事者の意思に主眼をおいた考え方で、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に、全員が一定目的の拘束の下に共同して、直接の関係をもつことを意思内容としている限り社団性はなく、これに対し、第三者対団体自体、団体対構成員個人という二段階の関係をもつことを意思内容としている限り、社団性がある、とするものである<sup>9)</sup>。

## 2. 組合面からみる学説

(1) 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  
服部説 この説は以下のように要約できる。すなわち、

第一に、民訴法46条は法人に非ざる社団の実体法上の権利主体性の訴訟法的反映とみるべきである、とし、同条には民法上の組合も包含され、第二に、組合財産は通常の共有の場合とは異なり合有であるとする。そしてこのことは組合に権利主体性が認められて、はじめていえることだと考え、第三に、組合がその名において取引をなしていることは、周知のところであるとされていること、また法的に組合財産の独立性が認められるのみならず、現実にも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ことなどから、組合が慣習法上の権利主体性を認められている、とするものである<sup>10)</sup>。

(2) 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

新堂説 この説は、実際上の問題として、訴えを提起するに際し、問題の団体が社団か組合かをいちいちせんさくしなければ民訴法46条の便法を利用できないとすれば、民訴法46条の便益を実質的に殺ぐ結果になる可能性があり、また一審二審で上記の両者がいずれに属するのかを問題とせず、上告理由としてのみ濫用される争点になりかねないところから、組合財産の独立性がある程度確保されている以上、代表者の定めのある組合には、代表者によって組合の名で訴え訴えられる道を認めるのが少なくとも組合財産が引き当てとなっている紛争については簡単明瞭な解決方式といえよう、とするものである<sup>11)</sup>。

## (3) 成員全体から独立した存在をもつ団体を社団とする説

来栖説 民法上の組合と社団との区別につき、成員全体から独立した存在をもつ団体が社団である、という点にその根拠を求める説で、その具体的内容は下記の三点に要約される。すなわち、

第一に、社団の根本規則を定めるのは社団の定款であるが、組合の根本規則を定めるのは組合契約にすぎず、そこから組合にあっては組合契約に基づく組合員相互間の法律関係が成立する。たとえば組合契約に基づく各組合員の出資義務については、各組合員も他の組合員に対し出資せよ、と請求する権利もっているということ。第二に、組合も外部に対しては全組合員が一体として現われるが、しかし一体としてというのは全組合員を超越した存在をもつということではないこと。換言すれば社団にあっては社団財産は程度の差こそあれ成員全体から独立し、成員全員の同意をもってしても勝手に処分できない制限が存在するが、組合では、組合員は清算前に組合財産の分割を請求し得ない規定(民法676条2項)があるにもかかわらず、組合員全員が一致すれば、清算前でも組合財産を有効に分割しようということ。第三に、社団にあっては成員の加入脱退によって社団財産の名義に影響はないが、組合の場合には、組合財産を総組合員の共有名義としておいたときは、組合員の加入脱退のあるごとに組合財産の名義が変わること、である<sup>12)</sup>。

三カ月説 典型的な民法上の組合は、その財産が組合員の共有であること(民法668条)、また組合員が共同の事業を営むために契約で結合したに止まっていること(民法667条)から社団に該当しないとみるべきであるが、構成員が多数存し、そ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観念される程度に組合員の個性が稀薄になり、外部の第三者も構成員の個性を問題としないで団体そのものと交渉していると考えられる場合にはむしろ社団と認めるべきである、とする説である<sup>13)</sup>。

## (4) 民訴法46条拡張解釈説

末川説 組合は結合の強弱・組合員の多少・財産の大小・活動範囲の広狭などにおいて色々の段階のものが存するけれども、とにかく一般には共同の事業

を営むという目的のもとに独自の組合財産を有して対外的には団体として現われ、業務執行者の如き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から、民訴法46条の「法人に非ザル社団」を法人に非ざる団体程度に拡張して解釈し、同条の適用を認めるものである<sup>14)</sup>。

(5) 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  
宮井説 権利能力なき社団の設立の目的のため、構成員とは独立して存在する継続的な組織体を有するものが権利能力なき社団であり、当事者の個性を重視し、その相互の間に債権・債務を発生させる関係にあるのが組合である、とする考え方である<sup>15)</sup>。

(6) 団体を個別・具体的にみる説

鈴木重勝説 民訴法46条にいう社団とは、典型的な社団概念より広義に把握される社团的結合体、つまり独立した社会的存在をもち、その機能を営む団体であり、単一の目的、一定の組織およびその代表者を有し、構成員の変更によっても同一性を失わず、また構成員の財産から独立した団体財産をもつような人的結合体を意味する。これに対し民法上の組合も、上記の社団と殆ど同様の実体を有しているといえようが、そういう社団にあってもその内容によって定められる団結性の強弱の度合い、換言すれば、民法上の組合に近い社団もあれば、単に法人格を取得していないだけの社団もあることから、団体の内部組織を個別、具体的に判断して問題の団体が社団か組合かを決定しようとする説である<sup>16,17)</sup>。

#### 註

- 1) 福地俊雄「組合と法人」契約法大系41～2頁。
- 2) 同45～6頁。同旨星野英一「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。もっとも同教授は効果面からケースバイケースで両者の相違を研究される。なお福地俊雄「法人に非ざる社団について」神戸法学雑誌16巻1・2号132頁以下も参照。
- 3) 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。
- 4) 鈴木竹雄「会社の社団法人性」商法研究Ⅱ5頁以下。
- 5) 加藤一郎「人格のない社団」新民法演習Ⅰ73頁。



- 6) 川島武宜「民法Ⅲ」288～9頁, 同「民法総則」138頁。
- 7) 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1総則」118頁以下。
- 8) 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。
- 9) 倉沢康一郎「営利社団法人の意義」会社法の論理16頁, 二段階構成につき同旨西本辰之助「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頁以下。もっとも同教授はそれを, 一種の信託の関係から導かれる。
- 10) 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, 組合に権利主体性を認めることにつき, 同旨小松俊雄「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。
- 11) 新堂幸司「民事訴訟法」95頁。
- 12) 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。
- 13) 三ヶ月章「民事訴訟法」181～2頁。もっとも同教授は, 結局民法上の組合か社団かはそれぞれについて個別的に決めるほかない, と言っておられるので, 後述の鈴木重勝説と同一になるかも知れない。
- 14) 末川 博「債権各論」第二部390～1頁, 同旨山本桂一「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。
- 15) 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。
- 16) 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。
- 17) なお, わが国の多数説一鳩山秀夫「日本債権法各論下巻」685頁, 我妻栄「債権各論中巻二」797～8頁, 同「判例民事法昭和10年度71事件評釈」, 細野長良「民事訴訟法要義第一巻」375～6頁, 山田正三「改正民事訴訟法第二巻」320～1頁, 兼子一「新修民事訴訟法体系」110頁, 小山昇「民事訴訟法」86頁など一は, 組合概念と社団概念とが全く別異のものであるとして, 組合に当事者能力を認めない。

(未完)