



Title	権利能力なき社団論の現在 : ドイツ民法典制定過程における議論の再評価
Author(s)	後藤, 元伸
Citation	阪大法学. 2005, 55(3,4), p. 399-418
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/54770">https://doi.org/10.18910/54770</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

# 権利能力なき社団論の現在

——ドイツ民法典制定過程における議論の再評価——

後 藤 元 伸

I 権利能力なき社団論の現在

II ドイツ民法典制定過程における議論とその再評価

III 結 語

## I 権利能力なき社団論の現在

今日的な社会的・法的状況の下で、なお、権利能力なき社団の法理が必要であろうか。

権利能力なき社団論は、団体を敵視する歴史的・社会的状況から生じたともされるが、今日的な社会的・国家的状況につき、従前の歴史的なそれとの対比でまず指摘しうるのは、私的団体に対する社会または国家の抑圧的な従前の態度から、法政策上も比較的寛容なそれへの変容である。この社会的・国家的状況の変化に加えて、法理論上も次のことを指摘しうる。つまり、警察国家的な規制または公法上の不利益が団体に課せられるとしても、それは法人格の取得に結びつけられたものではなく、したがって、団体の法形式に依存するものではない。たとえば、当

該団体が、社団法人、権利能力なき社団、あるいは、民法上の組合であるかは団体の公法的規制と無関係である。

右の二点に加えて、各種の法形式を整備する団体制度Ⅱ法体系をも勘案するならば、権利能力なき社団と公益目的の社団法人の法的な均等化・均質化を内容とする権利能力なき社団の法理は、再検討されなければならない現況にあるのではなからうか。すなわち、①そもそも権利能力なき社団という法的構成が必要であるか。民法上の公益法人よりもはるかに法人化の容易な特定非営利活動法人（NPO法人）の制度が制定されたことをも勘案しなければならぬ。②権利能力なき社団という法的構成を前提にするとしても、そのアナロジーの対象は、公益目的の社団法人とすべきであろうか。ここでは、近時の中間法人法の制定をも斟酌しなければならぬ。<sup>②</sup>

ドイツでは現在、判例が民法上の組合に権利能力を承認したことから、権利能力なき社団に民法上の組合の諸規定（組合法）の適用を指示するドイツ民法典五四条第一文の不当性が解消されたとの論調もあるようである。<sup>④</sup> もっとも、合有または総有などの法的構成により、権利能力なき社団に一定程度の法主体性を承認したとしても、構成員の個人的債務ないし責任について、権利能力なき社団の法主体性から直ちに結論を導くことは理論上困難であり、なおその問題性が残る。従来、権利能力なき社団論においては、団体目的により構成員の個人責任の有無を区別する見解が有力であるが、かかる見解は、団体財産の充実・維持の観点から、団体に対する債権者の保護を考えたものである。<sup>③</sup>

団体財産の充実・維持と関連させた第三者たる債権者の保護、および、これに加えて、団体法の体系的考慮は、均等・均質化の対象となる団体の決定のための要素である。これは、権利能力なき社団論の現代の変容につながるものである。すなわち、法人の諸制度が比較的完備された状況の下では、とくに、法人法定主義およびその前提となる私法団体法体系が重視されなければならない。わが国では、法人の設立に関して、自由設立主義が採用されて

おらず、法人のメニューは法定されている。

ドイツにおいても、従前、団体目的により権利能力なき社団を区別し、非営利目的の団体についてのみ、権利能力なき社団の法理が妥当するというのが支配的であった。かかる通説的見解は、元来、次のような学説に由来する。すなわち、ドイツ民法典五四条第一文は権利能力のない団体に組合法の適用を指示するところ、商業目的の権利能力のない団体につき、民法上の組合の法規整ではなく、民法上の組合と等しく組合型団体 (Personengesellschaft; Gesellschaft im engeren Sinne) に属する人的会社 (ことに、合名会社) の法規整を類推適用するものであると解釈するのである。<sup>(5)</sup> これは、ドイツ民法典の権利能力なき社団に関する規定を完全に無視することなく一定の範囲で尊重し、それと調和的に、団体法の全体的体系を視野に入れていいる。その後、団体法における法人法定主義 (numerus clausus im Gesellschaftsrecht) への配慮、とくに、団体目的による法人形式の選択の制限という発想から、権利能力なき社団論を非営利目的の団体に限定し、営利目的の団体については、民法上の組合または商法上の人的会社の諸規定を参照するとするに至ったのである。<sup>(6)</sup>

もっとも、権利能力なき社団の法理を非営利団体に限定したとしても、問題性はなお残る。なぜなら、権利能力なき社団の成立要件が、わが国においてもドイツにおいても、純粹に団体の内部事項である組織的狀態が要件となっているからである。構成員の変動の予定された団体が、その総会によって代表者を選任し、その者に法律行為上の代表権を与えた場合であるからといって、たとえ当該団体が非営利目的のものであったにせよ、法律行為の相手方たる債権者は、十分であるかどうか把握しようのない団体財産のみで満足すべきであるとする<sup>(7)</sup>ことが、はたして事物に適合的であるといえるのかどうか甚だ疑わしい。<sup>(8)</sup> 組合型団体か社団型団体であるかの内部事情が、構成員の責任の有限・無限を決することになるからである。

本稿では、ドイツ民法典制定過程における議論を一つの手がかりとする。権利能力の取得（法人の設立）および権利能力なき社團に関するドイツ民法典の規定の制定過程については、その団体抑圧的な政治的意図との関連で、一定の批判的評価が定着しているが、ここでは、ドイツにおける再評価を参照し、現在の状況における権利能力なき社團論の再検討を構想するものである。

## Ⅱ ドイツ民法典制定過程における議論とその再評価

### 一 ドイツ民法典の成立と批判

#### 1 法人の設立および権利能力なき社團に関するドイツ民法典の規定

ドイツ民法典は、経済的事業を営むことを目的としない社團 (nicht wirtschaftlicher Verein：非営利団体) につき、社團登記簿への登記による権利能力の取得、つまり、準則主義 (System der Normativbestimmungen：Normativsystem) を採用している (二二条)。経済的事業を営むことを目的とする団体 (wirtschaftlicher Verein：営利団体)<sup>(10)</sup> については、特別法のないときに、許可主義 (Konzessionssystem) による権利能力の取得を認めている (二二条)。もっとも、営利団体の典型である商會会社については、株式法および有限会社法が準則主義をとり、また、協同組合法も準則主義をとっている<sup>(12)</sup>。したがって、ドイツの団体・会社法体系にあっては、ドイツ民法典二二条の定めるごく例外的な場合を除き、準則主義が妥当しているということができる<sup>(13)</sup>。

ドイツ民法典の成立当初は、旧六一一条一項が、非営利団体のうち、政治的、社会政策的または宗教的団体については、登記に対する行政庁の異議申立権を認めていたので、異議が申し立てられた場合には、このような団体による権利能力の取得が阻止されえた。また、登記の後であっても、政治的・社会政策的・宗教的目的を追求した場合

には、権利能力が剝奪されうる（旧四三条）。このような団体のコントロールのために、旧六一一条一項は、行政庁に対する区裁判所の報告義務を定め、これに対応して、旧七二一条は、区裁判所の求めがあれば何時でも、構成員リストを提出すべきことを理事会に義務づけていた。これが、準則主義を偽装する許可主義（偽装的許可主義〔verschleiertes Konzessionsystem〕<sup>14</sup>）であるとの批判を受けたゆえんである。ここで特に念頭におかれていたのは、労働組合と政党であった。

権利能力のない団体（nichtrechtsfähiger Verein：権利能力なき社団）については、ドイツ民法典五四条第一文が組合（Gesellschaft：組合型団体）の規定を適用を指示している。

## 2 ドイツ民法典第二委員会法案

### ① 準則主義の採用

ドイツ民法典第一委員会草案を修正するための第二委員会では、第一委員会草案で採用された法人の設立に関する許可主義とは異なる三つの提案がなされた<sup>15</sup>。A案によれば、合法的に存在する・団体的組織を備えたすべての社団は、それ自身が財産的能力（権利能力）を有する。その登記能力は、不動産法上の制約から、社団登記簿への登記によって取得される<sup>16</sup>。A案は自由設立主義を原則とし、基本的に権利能力なき社団が生じない。B案によれば、各ラントの法律により許容されていることを前提として、許容されている社団は、社団登記簿への登記により、財産的能力（つまり、権利能力）を取得する<sup>17</sup>。B案は、ラントの法律による制限があるとはいえ、準則主義を一般的に提案するものである。

C案は、団体目的により区別をする。「慈善、社交、学術、技芸その他経済的事業を営むことに向けられたのではない目的を追求する社団は、……社団登記簿への登記により権利能力を取得する。その他の社団は、特別の帝国

法上の規定がないときに、……州における付与により権利能力を取得する<sup>18)</sup>。C案も準則主義を採用するものであ<sup>19)</sup>る。準則主義採用の結果、生じうる権利能力なき社団につき、「権利能力を取得しなかった社団には、組合(Gesellschaft)に関する諸規定を適用する」とした<sup>20)</sup>。

第二委員会は多数決で、C案の準則主義を採用した<sup>21)</sup>。なぜなら、次のような理由で、許可主義をしりぞけると同時に、自由設立主義をしりぞけたからである。

第一に、第二委員会が許可主義を排斥したのは、すでに準則主義が、一定の営利団体につき帝国の立法、あるいは、ザクセンとバイエルンでも採用されていたことから、許可主義を採用すれば、それは前進でなく後退になると感じられたからである。さらに、許可主義は、合法的な団体の成立をも阻害し、また、行政実務に一貫性がなければ、行政の不偏不党に対する信頼を揺さぶることもなる<sup>22)</sup>。

第二に、自由設立主義については、団体設立の自由から、公法上許容された団体のすべてに法人格を承認する必然性がないとされた。かかる自由設立主義の不採用、そして、準則主義の採用の決定的な理由は、合目的性と実用性にある。すなわち、①構成員と第三者にとって、法人格を備えた社団と組合の違いは重要であり、したがって、②その区別の外部的メルクマールとして、法人の成立に登記という公示にかかる行為が結びつけられるのである<sup>23)</sup>。

## ② 権利能力なき社団の法的処理

第二委員会では、権利能力なき社団につき、社団の名でなされた法律行為に対する構成員の個人責任を肯定しつつ、団体としての実体を顧慮して、これを権利能力のある社団と同様に扱い、かつ、当事者能力を認めるという提案もなされた。しかし、多数決で、権利能力なき社団の財産関係に関して、組合法の原則と異なる規律を採らないこととされた。第二委員会は、組合法の規定が、団体的組織を備え、構成員の変動する権利能

力なき社団に、適合しないことを認識しながらも、経済的・政策的懸念から、登記を経ずに法人格を取得することを否定したのである。

第二委員会によれば、① 権利能力なき社団を構成員の個人責任をとまう独立の団体として扱うことは、登記済み社団あるいは許可による社団とは異なる第三のグループの権利能力のある社団を承認することを意味し、公益保護のための登記の要件が回避されう。かかる自由設立主義は、すでに否定されたところである。立法者は、権利能力なき社団に組合型団体の法形式を課すことによって、登記の必要性への理解を定着させるべきである。<sup>24)</sup>

権利能力なき社団の団体的な組織を十分に認識していた第二委員会ではあるが、② たとえ権利能力なき社団を起草中の組合法によらしめたとしても、構成員の脱退があっても存続することなど、<sup>25)</sup> 構成員が団体の存続性に関する合意をなすことは可能であり、ふつう、少なくとも黙示的合意が団体的組織を備えた権利能力なき社団に認められる、とした。すなわち、権利能力なき社団において組合法の適用を望まないのであれば、任意規定の場合には定款に別の定めをすればよい。強行規定の場合には他の現代的な団体形式を選択すべきである。③ 構成員の責任の団体財産への限定は、構成員の責任が制限された近代的な団体形式を選択することによってなされるべきである。かかる近代的な団体形式の要件が充足されていないにもかかわらず、構成員の責任制限が可能であれば、それは第三者に損害を及ぼし<sup>26)</sup>うる。<sup>27)</sup>

第二委員会では、権利能力なき社団が組合型団体 (Personengesellschaft) でないから、これに組合 (Gesellschaft) の規定を「適用」するのではなく、「準用」すべきであるとの提案もなされた。しかし、第二委員会は、すでに自由設立主義をとらないとされていたことをもって、かかる提案をしりぞけた。なぜなら、④ 学説および判例が、準用にあたって、組合法の強行的な規範を排除・制限するとすれば、自由設立主義を事実上認めることに



なるからである。かくして、権利能力なき社団に組合 (Gesellschaft) に関する諸規定を適用するとした案が維持された。<sup>(28)</sup>

### 3 その後の立法過程における議論<sup>(29)</sup>

第三次草案では、権利能力なき社団に関する規定について、それまで組合法のところにおかれていたものが総則に移された。法人の設立については、第二委員会草案の文言が修正され、現行ドイツ民法典とほぼ同じ規定案となった。<sup>(30)</sup>

第三次草案に付された司法省の意見書は、自由設立主義の排斥および準則主義の採用につき再度論じている。司法省の意見書によれば、政治的・政策的懸念を脇においたとしても、なお適用の便宜および法取引の安全に関する考慮が働く、とする。つまり、① 権利能力を有する団体とそうでない団体を区別するメルクマールは容易に認識できるものであることが要請され、それゆえ、権利能力のある社団の成立には公的な行為 (öffentlicher Akt) が必要である。② 登記をともなう準則主義は、権利能力取得のために法的に保障された途を提供するとともに、外部にも認識されうる区別のためのメルクマールを提供する。③ 営利団体についていえば、他の法形式による権利能力取得の可能性があることを考慮すれば、準則主義を導入する動因もない。<sup>(31)</sup>

権利能力なき社団については、構成員が変動し、団体的組織を備えていることから、それに適用が指示されている組合 (組合型団体) の法形式は、たしかに、本来適切なものではない。しかし、④ 草案が団体的組織を備えた団体にただちに権利能力を承認することを拒絶し (自由設立主義の否定)、公益のために権利能力の取得に一定の要件を結びつけた以上 (準則主義の採用)、権利能力取得のための要件を充足する意思のない、あるいは、充足することができない団体に、主要な点において、権利能力のある団体と同等の法的地位を与えることはできない。<sup>(32)</sup>

帝国議会 (Reichstag) 第二委員会、自由設立主義を採るべしとの再度の提案をしりぞけたが、その報告書は、登記をとまなう準則主義の利点を強調していた。<sup>(35)</sup> すなわち、構成員にとっては、組合型団体の構成員であるかあるいは、法人の構成員であるかによって、個人的責任の有無が異なり、これを知ることによりメリットがある。第三者にとっても、相手方が法人か組合型団体かを知るメリットがある。それゆえ、社團登記簿への登記は、構成員に對してだけでなく、対外的にも安全性・確実性を与えるものである。<sup>(36)</sup>

#### 4 ドイツ民法典に対する批判

団体が登記の必要性を理解するであろうという立法者 (第二委員会) の期待は、当初より非現実的であったし、判例が法律に従い、権利能力なき社團に組合型団体の法を適用するであろうという想定もまた非現実的なものであった。<sup>(37)</sup> また、立法者には、権利能力なき社團が、多くの財産を有するなど強固な社会的地位の取得を困難にするという意図もあったが、そもそも、権利能力がなくても、かなりの財産を集積することができ、一定の社会的影響力を持つこともできる。<sup>(38)</sup> また、労働組合や政党が大きな財産を取得するのを困難にすること、かかる財産をあてにする債権者の保護とは、両立しないのである。<sup>(39)</sup> 結局、立法者の期待と意図は、その後の立法の上でも、判例・学説の上でも、達成されなかった。

立法においては、はや一九〇八年に、公法上の統一的な結社法たるライヒ結社法 (Reichsvereinegesetz) が制定され、構成員リストの提出義務を定めた旧規定のドイツ民法典七二条が改正された。ドイツ民法典による団体のコントロールの必要性がなくなったのである。第一次大戦後には、労働組合に対する態度が決定的に変化し、ワイマル憲法二二四条および一五九条によって、結社の自由・団体結成の自由が認められ、これは基本法九条に受け継がれた。<sup>(41)</sup>

権利能力なき社団に組合法の適用を指示するドイツ民法典五四条に対する学説の批判は、ことに一定の団体に対する抑圧の意図を論難して、激しく、第二次大戦後も同様の論調が続いた。<sup>(42)</sup> 同条は、従うべきではない「不合理な規範」<sup>(43)</sup>とされたり、あるいは、「法的現実に対する、本来的に過誤のある、そして、意図的な偏向のある威圧的干渉の典型例」<sup>(44)</sup>とされた。<sup>(45)</sup> ここで指摘しうるのは、批判が激しくなるほど、権利能力なき社団の位置づけが権利能力のある社団のそれに近づけられることである。<sup>(46)</sup>

## 二 現代的再評価<sup>(47)</sup>

行政庁の登記への異議申立権など、政治的・社会政策的・宗教的団体への抑圧的態度に対する批判は正当であるが、実法的な規整は許可主義と自由設立主義の間の中道を行くものと把握することもできる。<sup>(48)</sup> まずもって、現代的にも評価可能な部分である。

すなわち、第二委員会草案およびその後制定されたドイツ民法典は、その批判的評価にもかかわらず、当初から様々な考慮を含み、異なる観点からの評価も可能である。現代的には、再評価が要請されているともいえる。まず第一に、第二委員会では、法人の成立につき、自由設立主義、準則主義または許可主義のいずれによるのかの決定がなされなければならなかったことに着目しなければならない。すなわち、普通法、プロイセン一般ラント法およびライン法等の当時の現行法は許可主義をとっていたのに対し、バイエルンとザクセンでは新しい立法で準則主義を採用し、ドレスデン草案とシュルツェーデーリッチュ (Schulze-Delitzsch) 草案も準則主義を採用していたという法状況<sup>(49)</sup>の中で、第二委員会は準則主義を採用するという進歩・前進を選択したのである。<sup>(50)</sup>

準則主義採用の進歩的性格とともに、準則主義の中核が登記による公示にあることは明確に意識されていた。今

日に至るまで、社団登記簿、協同組合登記簿および商業登記簿は、団体を公示するための基礎であり続けたのである。

批判があるとするれば、それは準則主義の要件の定立に対してである。行政庁に、政治的・社会政策的・宗教的目的を有する団体の登記を阻止できる可能性を与えること（ドイツ民法典旧六一条二項、旧四三条）によって、法国家のあるいは社会政策的観点からも疑問のある団体抑圧の手段を与えたこと、および、公法上の団体規制の手段が私法上の法人成立の要件に混入されていることが、まさに問題であった。<sup>51</sup>しかしながら、今日ではこの問題が解消され、かつての準則主義を偽装した許可主義ともいえるものは、準則主義の本来の姿に戻っている。行政庁の設立登記に対する異議申立権等に関する規定をドイツ民法典から除去することにより、問題がほぼ解消されたことは、すでに第二委員会草案からして、団体設立の公法上の許可・許容の次元と私法上・団体法上の権利能力の付与の次元の区別がなされていたと評価することができる。<sup>52</sup>

第二委員会草案およびドイツ民法典の規定における第二の問題点は、権利能力なき社団に関してその法律上の範例・原型 (Vorbild) が示されていないことである。ドイツ民法典五四条第一文は権利能力なき社団に組合法の適用を指示するのみであり、任意規定がそのほとんどを占める組合法が権利能力なき社団においてどのように修正されるかのひな型が見えないのである。ギールケ (Gierke) の権利能力なき社団論は、社団型団体と組合型団体の本質的相違を説き、そこから権利能力なき社団への組合法の適用の不当性をいうものであるが、ギールケの所論の意義は、権利能力なき社団をめぐる法律関係につき、その範例・原型を提示したことにある。<sup>53</sup>この点にこそ、ギールケの権利能力なき社団論がドイツで（そして、日本でも）通説的地位を占めるに至った原因が求められるべきである。<sup>54</sup>

ドイツ民法典の立法者は、権利能力なき社団に対する組合法の適用を一括して指示することで満足して、その後の学説・判例の発展に委ねるべきでなかったともいえる。その後の学説の展開は、立法者の期待に反するものとなった。もつとも、かかる第二の問題点に関しては、次のようなドイツ民法典制定過程における議論が参照されなければならぬ。すなわち、権利能力なき社団が登記済みの権利能力のある社団と同様に取り扱われることによって、準則主義の意義の失われることが危惧されたのであって、かかる立法者の考慮の基礎には、法的安定性と取引の保護があつた。民法典またはその他の法律の準則主義の要件を満たさない、あるいは、登記をしようしない団体は、これを権利能力のある団体と同様の法的地位におくことができないのである。

### III 結 語

ギールケによる権利能力なき社団の法に関する範例・原型の提示は、自由設立主義を肯定する立場からのもの<sup>(55)</sup>あり、当然に自由設立主義につながるものである。ギールケの権利能力なき社団論は、自由設立主義の採用を意味するとの評価も可能である。また、ギールケの権利能力なき社団論を受け入れた場合に悩ましい点は、いかに議論を詰めても、民法上の組合と権利能力なき社団の区別が困難なことである<sup>(56)</sup>。

翻って、わが国の権利能力なき社団論の問題点をあげると、権利能力なき社団の法理の、特に内部関係における内容の不十分、権利能力なき社団論と自由設立主義の關係に対する意識の希薄、および、従前から指摘されてきたことである<sup>(57)</sup>が、社団と組合の区別の困難がある。すなわち、権利能力なき社団の内部關係につき社団法人の規定を類推適用する<sup>(58)</sup>といつても、どの範囲で如何に類推適用するかについて、十分には明らかにされていない。権利能力なき社団の成立要件からすると、むしろ、内部關係が実体的に同じだから、権利能力なき社団に社団法人の規定が

類推適用されるのである。対外関係についても、特に構成員の個人責任の問題つき、従前からの指摘のように、民法上の組合と権利能力なき社団の違いが相対的なものである以上、このことから対外的な構成員の有限責任を当然のように導くのは理論的に無理がある。また、法人格を有さない団体の下で、どれほど団体財産の充実・維持を図ろうとも、人の無限責任を基本とする私法秩序との関係で、そこから構成員の有限責任を正統化しえない。<sup>(6)</sup>

そもそも、わが国の団体・組織法体系上、自由設立主義が認められるのであろうか。あるいは、解釈的改変による自由設立主義の導人が肯定されているのであろうか。これらの問いの答えは否定的なものであろう。権利能力なき社団の法理は体系上の異物であり、社会状況・立法状況の変化で、それがいつそう強く意識される。判例および通説のいう権利能力なき社団の法理は、今日では、その役割を終えたものとすべきである。

第一に、中間法人法により中間目的の団体の法人成りが可能になっている。第二に、公益目的の団体についても、NPO法において、その採用する認可主義により法人成りが比較的容易である。第三に、営利目的の団体はそもそも公益目的の社団法人になりえない（民法三四条、旧三五条）。第四に、二〇〇五年に成立した会社法の下では、株主の剰余金の配当を受ける権利（利益配当請求権）を制限した場合（会社法一〇五条二項）には、株式会社の営利性がかんりの程度失われる。この場合の株式会社を、主たる目的が非営利目的の株式会社ということができるといえるように、法人となる途が多様化し、法人成りが阻害されることはほとんどないと考えられるから、従前の通説のいう権利能力なき社団論を形成するこの点の動因はほぼ消滅している。

自由設立主義の意味を社団的組織を備えた団体・組織に法上当然の権利能力を承認することと捉えるならば、判例・通説のいう権利能力なき社団の法理が権利能力なき社団を社団法人に近似させ、一定の法主体性をそこに見出すことは、まさに、解釈による自由設立主義の現出である。法人法定主義を宣明する民法三三条は、わが国の団

体・組織法体系が、法人の設立に関し自由設立主義を採用しないことを明らかにするものと考えられるから、権利能力なき社団という法的構成を行い、これを社団法人と同様に取り扱うことは許されない。

もちろんここで、特に非営利目的の団体につき、許可主義等により法人成りの途が制限されていることへの非難があるいは、法律の欠缺をいうことは可能である。しかし、右に見たように、中間法人法、NPO法、および、目的の中立化された会社を容認しているとも解される会社法の下では、ほぼ法律の欠缺は消滅したものと考えられる。法人格を取得しようとしなない、あるいは、取得できない団体・組織に、何らの特権的解釈は必要でない。このことは、将来、非営利団体につき準則主義による法人格の取得が認められるような立法がなされたならば、さらに強く要請される。

もっとも、自由設立主義をとらない以上、法人格のない団体ないし組織は生起するから、その問題領域は存続し続ける。判例・通説のいう権利能力なき社団の法理を採用しないとした場合には、法人格のない団体は、これを法形式上は民法上の組合とせざるをえないが、そこには法律行為自由の原則が妥当するから、社団型団体と同様の組織・規範を備えたものを出現させることが可能である。しかしながら、一般的な構成員の責任制限（有限責任）については、第三者との関係で法的安定性・法律関係の明確性が要求されるから、法律が用意した法人あるいは団体・組織のメニューから構成員の有限責任を承認する法形式を選択することによってのみ可能とすべきである。同様の理由から、不動産登記等についても、法人格のない団体名義での登記は認められない。個別的な構成員の責任制限は、代理権の制限など、一般法によるべきである。

なお生起し続ける法人格のない団体につき、判例・通説のいう権利能力なき社団論を活かすにしても、それはそのままの形では存続し得ない。たとえば、何を原型・範例（Vorbild）として類推するかを再考しなければならな

い。公益目的の社団法人の規定を類推適用するのみではすまされない。団体目的を考慮に入れて、中間法人法あるいは新たに制定された会社法などの規定の類推適用をも検討しなければならない。<sup>(63)</sup>

- (1) 中田裕康「公益法人制度の問題の構造」NBL七六七号一四ないし一五頁（二〇〇三年）参照
- (2) 四宮和夫＝能見能久『民法総則（第六版）』（弘文堂、二〇〇二年）一五〇頁、西島良尚「権利能力のない団体と責任——団体構成員の責任を中心として——」金融法務事情一七二二号二ないし二五頁（二〇〇四年）、近江幸治『民法総則（第五版）』（成文堂、二〇〇五年）一〇七頁、佐久間毅『民法の基礎1 総則（第二版）』（有斐閣、二〇〇五年）三四八ないし三五〇頁、潮見佳男『民法総則講義』（有斐閣、二〇〇五年）四五四頁。
- (3) BGHZ 146, 341; BGH NJW 2002, 1207. 福田清明「日独における社団と組合の峻別論の発展」明治学院論叢〔法学研究〕二七ならし二二頁（二〇〇一年）参照。
- (4) Martin SCHÖPFLIN, Der nichtrechtsfähige Verein, 2003, S. 1.
- (5) Hermann-Arnold SCHULTZE-von LASAULX, Zur Stellung des nicht rechtsfähigen Vereins im Handelsrecht, Festschrift für Alfred SCHULTZE zum 70. Geburtstag, 1934, S. 26ff.
- (6) Friedrich KÜBLER, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., 1999, S. 128f.; 後藤元伸「団体法における団体類型論と法人法定主義（三）」阪大法學四五卷二号一六九頁以下（一九九五年）。
- (7) ドイツ法ではさらに、ドイツ民法典五四条第二文により、法律行為を行った代表者が、行為者として特別の責任を負ふべしと定められている。
- (8) SCHÖPFLIN, a. a. O., S. 3.
- (9) Helmut COING, J. von STAUDINGERS Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., 1980, § 54, Rz. 2; KÜBLER, a. a. O., S. 127; 名津井吉裕「ドイツにおける当事者能力概念の生成（一）（二・完）」民商法雑誌一一九卷三号三九八ないし四〇八頁（一九九八年）、同「ドイツにおける当事者能力論の一局面（一）（二・完）」民商法雑誌一二二卷二号三三三ならし二四六頁（二〇〇〇年）。
- (10) ドイツ民法典二二条にある「wirtschaftlicher Verein」は「経済的社団とするほうが原語に忠実であるが、あえて営利団



体とする。これに対応して、ドイツ民法典二二条の nicht wirtschaftlicher Verein は非営利団体とする。まず、語中の 団 (Verein) は、組合型団体 (Personengesellschaft) を射程に入れているから、組合と社團の対置における社團という意味合いを避け、広義の人的結合体 (Personenzusammenschluss; Personenvereinigung) と同じ意味で、これを団体とし、次に、語中の経済的 (wirtschaftlich) はわが国の営利概念よりも広い(後藤元伸「独仏団体法の基本的構成(一)」阪大法学四七卷二号三五二ないし三五五頁(一九九七年))が、便宜上、営利的とする。

(11) したがって、組合型団体も含め、およそ団体は営利目的であれど、商法・株式法等の規定によらないかぎり、許可がなければ、権利能力を取得することができなうとされている(BGB二二条の阻止機能(Sperfunktion))。

(12) 株式法(AktG)四一条一項、有限会社法(GmbHG)一一条一項および協同組合法(GenG)一三条。

(13) 後藤・前掲注(10)一七五頁以下。

(14) Horst Heinrich JAKOBS/Werner SCHUBERT, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil, 1. Teilband, 1985, S. 360 (帝國議會第一一七委員會の報告のハンネマンス [Eneccerus] の答復; Heinrich STOLL, Gegenwärtige Lage der Vereine ohne Rechtsfähigkeit, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben 2. Bd., 1929 (Nachdruck 1983), S. 51; STAUDINGER/COING, a. a. O., § 54, Rz. 2; 林良平 = 前田達明編『新版 注釈民法(2)』(一九九一年) 四三頁 [奥田昌嗣])。

(15) Vgl. Peter KÖGLER, Arbeiterbewegung und Vereinsrecht, Schriften zum Bürgerlichen Recht Bd. 16, 1974, S. 81ff.; Winfried MUMMENHOF, Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit, 1979, S. 47ff.; SCHÖPFLIN, a. a. O., S. 3 u. S. 37f.

(16) Benno MUGDAN, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, 1899 (Nachdruck 1979), S. 595f.

(17) MUGDAN, a. a. O., S. 597.

(18) 〇案四一条。MUGDAN, a. a. O., S. 603f.; JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O., S. 268.

(19) 〇案五七条以下が登記の要件を定める手続規定である。MUGDAN, a. a. O., S. 643ff.; JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O., S. 263f.

(20) 〇案五七条々。MUGDAN, a. a. O., S. 637; JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O., S. 263.

- (21) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O., S. 267.  
 (22) MUGDAN, a. a. O., S. 600.  
 (23) MUGDAN, a. a. O., S. 601f.  
 (24) MUGDAN, a. a. O., S. 639f.  
 (25) ドイツ民法典においては、組合員の一人による告知(七三三、七三四条)、組合員の一人の死亡(七二七条)または組合員の一人における破産手続きの開始(七二八条)によって、民法上の組合は解散するのが原則である。もっとも、組合契約が、右のような場合でも他の組合員の下で存続するところ(存続条項(Fortsetzungsklausel))を含むときは、当該組合員のみが脱退するものとされ、民法上の組合自体は存続する(七三二六条一項)。  
 (26) MUGDAN, a. a. O., S. 642 u. 641.  
 (27) 結局、第三者の保護、つまり、権利能力なき社団の法律行為の相手方の保護については、組合法の適用により、構成員全員が連帯債務者となることによって図られるているが、さらに、社団の名で法律行為をした者の個人的責任が定められ(BGB五四条第二文)‘受動的当業者能力と受動的執行当業者能力が認められた(ドイツ民事訴訟法典五〇条一項、七三五条)。  
 (28) MUGDAN, a. a. O., S. 642f.  
 (29) KÖGLER, a. a. O., S. 107ff.; Thomas VORMBAUM, Die Rechtsfähigkeit der Vereine im 19. Jahrhundert, 1975, S. 186ff.; MUMMENHOF, a. a. O., S. 52ff.; SCHÖPFLIN, a. a. O., S. 43ff.  
 (30) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O., S. 335, 366, 332 u. 365.  
 (31) MUGDAN, a. a. O., S. 827.  
 (32) MUGDAN, a. a. O., S. 831.  
 (33) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O., S. 359, 358 u. 256ff.  
 (34) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O., S. 362. 本会議でも再度提案され、否決された。JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O., S. 372.  
 (35) エンネクツェルス(Ennecerus)もまた、それまでの団体法システム(許可主義)に対する草案の進歩的性格、社



- (Franz WIEACKER, zur Theorie der Juristischen Person des Privatrechts, Festschrift für Ernst Rudolf HUBER, 1973, S. 366) に対して、キールケ (Gierke) の實在説 (Theorie der realen Verbandspersönlichkeit) は法人の設立に国家が関与することを嫌い、自由設立主義に連なるものである。法人の設立に関する原則的方式をめぐる議論は、法人本質論争が法政策的に実体化したものであるが、民法典の制定により、それは決着を見た。したがって、法人本質論は民法典制定後に固定化されて、その実体性を失い、その後、法人の概念につき、法発展においてその技術的把握が中心となったと一般論として考えられる (Karsten SCHMIDT, Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht, Hamburger Beiträge zum Handels-, Schifffahrts- und Wirtschaftsrecht Bd. 10, 1984, S. 4f.)。しかしながら、権利能力なき社團論は法人本質論の残滓であり、その承認は實在説ななし自由設立主義への傾斜を意味するものといえる。
- (15) KÖGLER, a. a. O., S. 90ff.; VORBAUM, a. a. O., S. 195ff.
- (16) MUMMENHOF, a. a. O., S. 48ff. もっとも、公法上の次元と私法上の次元という区分は、必ずしも必要でない。団体・組織自体の設立の段階と権利能力の取得の段階の区別という観点から捉えられるべきである。権利能力の取得の段階つまり、法人の成立の段階では、自由設立主義でないかぎり、許可あるいは登記という形で、何らかの国家的関与が生じ得る。Vgl. SCHMIDT, a. a. O., 14f.
- (17) Otto GIERKE, Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Recht, 2. Aufl., 1902, S. 15ff.
- (18) SCHÖPFLIN, a. a. O., S. 47ff.
- (19) GIERKE, a. a. O., S. 11f.
- (20) Schon früh, Gerhard SACHAU, Der nichtrechtsfähige Verein als Unternehmer eines Handelsgewerbes, ZHR 56, 1905, S. 459ff.
- (21) 星野英一「いわゆる『権利能力なき社團』について」『民法論集 第一巻』二四七ないし二六四頁 (有斐閣、一九二〇年)。
- (22) 柚木馨「権利能力のない社團」加藤一郎・谷口知平編『民法演習Ⅰ』六四ないし六五頁 (有斐閣、一九五九年)、幾
- 代通『民法総則 第二版』(青林書院、一九八四年) 一五四頁。
- (23) 最判昭39・10・15民集一八巻八号一六七頁。

(60) 江頭憲治郎「企業の法人格」竹内昭夫・竜田節編『現代企業法講座2』七五ないし七七頁（東京大学出版会、一九八五年）。なお、道垣内弘人「団体構成員の責任——『権利能力なき社団』論の現代的展開を求めて」ジュリスト一二二六号六六頁以下（一九九八年）。

(61) 能見能久「法人の法的意義の再検討」NBL七六七号五一ないし五二頁（二〇〇三年）参照。

(62) 我妻栄『新訂 民法総則』一三九頁（岩波書店、一九六五年）。

(63) 権利能力なき社団の法理を解消あるいは限定した場合、法人でない社団の当事者能力を承認する民事訴訟法一九条の意味づけが問題となる。もっとも、法人でない団体の当事者能力につき、その理論的前提として必ずしも実体法上の法主体性の承認は必要でないとの議論が提示されている（名津井・前掲注（9））。「ドイツにおける当事者能力概念の生成」民商法雑誌一一九卷三号四二三頁、同「ドイツにおける当事者能力論の一面」民商法雑誌一二二卷二号三二九頁、一二三卷三号同三八七ないし四〇一頁。