

Title	権利能力なき社団と信託法理
Sub Title	Verein ohne Rechtsfähigkeit und Treuhandstheorie
Author	大賀, 祥充(Ōga, Yoshimitsu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1963
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.36, No.2 (1963. 2) ,p.48- 86
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19630215-0048

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

権利能力なき社団と信託法理

大 賀 祥 充

- 一 はしがき
- 二 権利能力なき社団の(手形)行為の方法とその効果帰属
- 三 社団財産の帰属と公示方法
- 四 信託法理応用の適性
- 五 責任の態様と限度
- 六 あとがき

一 はしがき

「権利能力なき社団」の法律関係をいかに処理すべきかは、古くから多くの学者によつてとり上げられてきた問題であるが、⁽¹⁾現在では、「権利能力なき社団」がその実体は社団法人と何ら異るところがないとして、できるだけ社団法人に関する規定を類推すべきであるという風に、一般に理解されていることは、⁽²⁾周知の通りである。

しかしながら、この問題の核心は、云うまでもなく、「権利能力なき社団」と、その社会的実体を同じうする「権利能力ある社団」、つまり社団法人とが、法的取扱においていかなる差異を示すかにある筈である。云いかえれば、たとえ社会的

実体が同じであるとしても、法人格の有無という・すぐれて法律的な(あるいは形式的と云つてもよい)違いが法律上どのような取扱の差異となつてあらわれてくるかになければならないと思われる。それ故、「権利能力なき社団」と社団法人とは社会的実体が同じだから、法律上できるだけ同じように取扱うべきであると云うだけでは、未だ本問題の・十分な解決にはならないと云つてよい。問題は、まさに、民法に規定のない「権利能力なき社団」に対して、社団法人に関する規定のうち、形式的に法人たることに基づく規定を適用しえない結果は、一体いかなる規定が適用ないし類推されるのか、そしてその結果、「権利能力なき社団」における・いろいろの法律関係が一体どのように処理されるのか、そしてそれは社団法人におけるそれとどのように異なるかにある。しかも、そのうち最も重要、かつ大きな差異の予想される問題は、「権利能力なき社団」の対外的法律関係、殊にその責任関係である。³⁾

ところで、「権利能力なき社団」の法律関係に信託法理を応用すべきことは、従来より一部の学者によつて提唱されてきたところであるけれども、⁴⁾それにも拘らず、その応用の具体的成果は未だみのつていない。私自身、この信託法理の応用には強い関心を持つており、殊に会社設立(ないし社団法人設立)の法律構成とも密接に関連する問題でもあるので、以下では、「権利能力なき社団」の対外的法律関係を、その効果帰属の公示方法とも関連して信託法理応用の適性を考え、それに従つて権利能力なき社団の責任関係を中心にして、信託法理的にアプローチしてみることにする。

(一) 我國の文献の主なものとしては、菅原春二「権利能力なき社団」法学論叢九卷一号(六一二)、末弘敏太郎「訴訟当事者としての人格なき社団財団」民法雑考(昭七)、同「人格なき社団財団の法人化」続民法雑記帳(昭二四)、同「団体財産と信託法理」同、石田文次郎「権利能力なき社団」民法研究一卷(昭九)、森泉章「権利能力なき社団に関する一考察」法学一七卷四号(昭二八)、同「権利能力なき社団の法律関係について」法経論集二号(昭三〇)、富山康吉「ロイド・英法における権利能力なき社団」立命館法学八号(昭二九)、柚木馨「権利能力のない社団」民法演習Ⅰ(総則)(昭三三)、保住昭一「シューマン・権利能力なき社団の責任について」法律論叢三二卷四号(昭三四)、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」法律論叢三二卷五号(昭三四)、福地俊雄「権利能力なき社団」民事法學辭典上(昭三五)、

於保不二雄「権利能力のない社団の法律関係」法学教室一〇(昭三六)。

ドイツの文献については、Ehneccerus = Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allg. Teil Bd. I. 1 Hb. (1959). S. 690 Anm. 1 及び
Behmer: Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, II. 2. (1952). S. 167 f. 2 詳し。

(2) 現在の定説と云つて差支えない。例えは、我妻榮「民法講義 I (総則)」一一五頁、末川博「全訂民法上」四五頁、判例としては、例えは、福岡高(民四)判、昭三二・二・二四、高裁民集一〇卷一・一〇六三九頁(時報一四九号一四頁)。

この点は、我国と違つて BGB 五四条の規定を持つドイツにおいても、ほぼ同様である。Ehneccerus = Nipperdey: a. a. O. SS. 693, 695. ただ、若干異なる点は、ドイツあるいはスイスの如く、権利能力なき社団については組合の規定を適用する旨の規定がある場合には、本質を異にする組合規定がいかなる範囲まで排除され、またいかに修正されねばならないかが問題の出発点であることである。

(3) Boehmer: a. a. O. S. 174.

(4) 西本辰之助「株式会社発起人論」一四九頁、二二六頁、同「株式引受の性質に関する学説と批評」本誌四卷一〇六一頁、同「社団と組合」本誌四卷四号一三一頁、末弘「信託法外の信託」民法雑誌帳一七六頁、同「団体財産と信託法理」続民法雑誌帳一〇七頁、川島武宜「民法 III」二八九頁。

(5) 田中耕太郎「発起人責任論」合名会社責任論三六一頁、松岡熊三郎「設立中の会社の権利能力」私法一〇号二三頁、山本桂一「生成過程に於ける会社の活動及其の限界」法協二二卷一〇号一八五頁、大隅健一郎「株式会社の成立と権利義務の帰属」会社法の諸問題一九頁、北沢正啓「設立中の株式会社の活動範囲」私法一四号六一頁、同「設立中の会社」株式会社法講座一卷二二頁、平出慶道「株式会社不成立の場合における発起人の責任」北大法学論集二二卷二号一七五頁、殊に一八五頁、但し二二三頁、鍛冶良堅「松岡博士」設立中の会社の権利能力」論をめぐつて」法律論叢三五卷四・五・六合併号七九頁、その他、八木弘「株式会社の財団的構成」神戸経大創立五〇周年記念論集法学編四三八頁、同「株式会社設立手続の構造——営利財団説の立場から——」神戸法学雑誌一〇卷四号四八三頁、なお國歳胤臣「株式会社」登記前後」竹田記念論集一〇五頁、も参照。

二 権利能力なき社団の(手形)行為の方法とその効果帰属

権利能力なき社団の理事の法律上の性質をいかなるものとみるかに拘らず、理事が社団のために行為をする場合には、全社員の名においてするのではなくて、社団の名においてこれをなしうることは一致して認められているところである。

しかしながら、「要式行為」については一応の検討を必要とする。例えば、理事が権利能力なき社団のために手形を振出そうとする場合、社団の名においてこれをなしうるか⁽³⁾。手形は、云うまでもなく、文言証券として、その法律関係は一切手形面上に記載された文言に従つて解決されるものである関係上、それ自身権利・義務の帰属主体となりえない「権利能力なき社団」の名だけ⁽⁴⁾を記載したのでは、手形関係の当事者が現に誰であるのかが手形文言からは不明であつて、このような記載が許されないことは自明である⁽⁵⁾。それ故、右のことから、「権利能力なき社団」の手形行為については、現に手形上の権利・義務を取得しうる者の記載が必要なわけであるが、これをいかにすべきかが問題となるのである。

一応考へうる方法は三つ。すなわち、一は社員全員の名において行ふ場合であり、二は代表者の個人名において行ふ場合であり、三は代表者が社団代表者たることを示す肩書を附して行ふ場合である。第一の方法は、社団の構成員が通常多数であり、しかもその移動が原則として自由である関係から、事実上不可能となる場合が殆んどであろうと予想される。第二の方法によるときは、代表者が自らのためにする場合と社団のためにする場合との区別がつかない。それ故、最も適当な方法は第三の方法と思われるが、問題なのはその適法性である。

これと同様の問題は、それ自身権利能力を有しない・民法上の「組合」についても起りうる。すなわち、民法上の組合にあつては、手形行為によつて手形上の権利・義務を取得する者は組合員であつて、組合自身ではないから、従つて、組合が手形行為をするには組合員全員が手形上に署名すべきが本来であるが、このようなことは實際取引の迅速・円滑な運行を妨げる。そこで、実際上行われている方法は、代表組合員がその代表資格を示して組合員全員を代理して署名する方法であり、しかもその代表資格を表示するに当つては本人たる組合員全員を具体的に表示する必要はなく、単に「甲組合代表者乙」と表示すれば足りるとするのが判例⁽⁶⁾であり、学説もこれに賛成している⁽⁷⁾。

要するに、「組合」の場合には前記第三の方法が認められているわけで、「権利能力なき社団」の場合についても右と全く

同様の根拠からこれを肯定してよいと思われるが、もしそうとすると、むしろ重要な問題は、「権利能力なき社団」の代表者がその代表資格を表示（つまり、社団代表者たる肩書を附記）して手形行為を行つた場合、このような記載の手形によつて現に手形上の義務者（あるいは権利者）となるのは誰なのか。より具体的に云えば、このような手形行為の効果が帰属するのは、当該代表者個人なのかそれとも社員全員になるのかということ、さらに換言すれば、「権利能力なき社団」の場合手形面上代表者の名に附記された「社団代表者」の肩書は、有益の記載事項なのか無益の事項なのかということである。

この点については、前述の「組合」の場合には従来より多くの判例・学説によつて全組合員が手形上の責任を負うことが認められていたが、比較的最近（と云つても昭和三六年七月三一日だが、最高裁（第二小法廷）がこの点につき（最高裁としてはじめての）判決を行つた（民集一五巻七号一九八二頁）。その要旨は、『民法上の組合の代表者が、その権限にもとづき、組合のために、その組合の代表者名義をもつて約束手形を振出した場合には、同組合の組合員は、手形上、各組合員の氏名が表示された場合と同様、右手形について共同振出人として、合同してその責を負うものと解するのが相当である』という点にある⁽¹¹⁾。云うまでもなく、これは従来多数の判例及び通説と同じ立場を踏襲したものであり、組合代表者の肩書を有益の記載とみて、⁽¹²⁾ いることになる。

ただ注目すべきは、この判決が、五人の判事のうち二人の反対意見を伴っている点である⁽¹³⁾。反対意見の要旨は、『手形の顕名主義の原則よりして、手形行為の代理関係は証券面に明らかにされておらなければならない。従つてこの原則からすれば、『法人格を有しない民法上の組合の名称を手形上に表示しても、固よりその表示が組合の構成員たる各組合員の表示とみることはできないし、また組合長、理事等組合の業務執行者の表示は各組合員の代理人の表示とみることもできない。』から、本件手形振出人の記載により『組合長以外の組合員に手形上の責任を負担せしめることはできない。もつとも、右組合長は手形法八条により自ら手形の支払義務を負うけれども、右手形の振出が組合の業務執行の範囲内であり、その権限に

基き為されたものである限り、その支払は組合の業務執行のため支出した費用として組合財産又は他の組合員から、これが求償を求めることができる。また、多数説の如く、手形面に顕名されていないものまでが直接手形債務を負担するものとするれば、その手形が不渡となりたる場合、名が顕われていないものに対しても所謂手形不渡処分を為し得るや等の問題を生じ、手形取引の実情に適せざる結果を生ずるものと云わなくてはならない。』という点にある。⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾

このことからみても明らかなように、代表者資格の肩書を附記した代表者名義の手形によつて、代表者以外の構成員が手形上の責任を負うかどうかについては、民法上の「組合」の場合においてすら右の如き疑問が生じうるのであるから、いわんや、「権利能力なき社団」の場合においては明らかに大きな問題をはらむものとみなければならぬであらう。何故なら、一般に認められている如く、⁽¹⁶⁾「組合」にあつては、団体自らの独立性は弱く、構成員個人の個性が非常に強く現われるものであるから、従つて、組合の団体的特質は主として組合員相互の内部関係に認められるにすぎず、外部関係においては組合自体はその影を没してしまい、総じて組合の場合その個人性 (Individualität) が特徴的である。それ故、組合にあつては、団体の単一性 (Einheit) よりはそのれを構成している各個人の複數性 (Vielheit od. Mehrheit)⁽¹⁷⁾の方が強くあらわれる——従つて、これらのことから考えれば、組合のためにした行為に基づく権利義務は法律上は組合員各自の権利義務にはかならないとして、前記多数意見に賛成することは理由のないことではない——のに対して、「社団」にあつては、団体それ自体が全一としてとらえられ団体の独立性が強い反面、その構成員の個性は極めて弱い。⁽²⁰⁾そこには、構成員の複數性は没してしまつて社団自体の単一性が⁽²¹⁾浮きぼりにされるだけである。

従つて、これらのことから考へるならば、「権利能力なき社団」にあつては、代表者が代表資格を表示して手形行為を行つた場合、それによつて各構成員が直接手形関係の当事者として表面に登場してくるものとみることは当らないと考えられるのである。⁽²³⁾⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾

してみれば、組合の場合とはちがつて、権利能力なき社団の場合には、代表者の氏名に附記した代表者の肩書は、その記載によつて代表者以外の者に手形上の責任を負担せしめえないという意味で、手形上無益的記載事項と理解しなければならぬことになる。

しかしながら、ここに注意すべきは、右の代表者の肩書が手形上無益的事項だからと云つて、それを附記しないで手形行為を行うことは適当でないということである。何故なら、もし代表者の肩書を附記しないでその個人名だけを以て手形行為を行ったとすれば、それを個人的に自らのために行つた場合との区別がつかないであろう。肩書を附記していることは、その行為を社団のために行つたこと、従つて自らのために行つたものでないことが明らかとなり、それ故、社団の内部関係の処理——無論それは手形外の関係であるが——にとつて極めて有用なのである。のみならず、権利能力なき社団と代表者との関係は、後述する如く、信託的に理解するのが最も適切だと思われるのであるが、そうすると、右の方法は信託法二八条の・いわゆる「分別管理の原則」の趣旨にもよく合致するのである。そして、これは、次に述べる「権利能力なき社団の財産帰属の公示方法」とも関連するのである。

(1) この点については、代表機関とみる説(菅原・前掲九卷六号四五頁)、Einnecerus-Tippertey: a. a. O. Ann. 31. (S. 700))と法形式上は(社員全員の)代理人と解する他ないとする説(石田・前掲四三頁)とあつて、これは、権利能力なき社団の場合には、理事がその社団のためになした行為の効果が社団自身には帰属しえないことに原因する。無論、前説は、理事の行為そのものに重点をおいて、これを構成員全員とは別個独立の、社団自体の行為とみながら、ただ、その法律効果が行為者たる社団自身には帰属のしようがない・特異な場合と理解するに對して、後説は、理事の行為そのものではなくて、その効果(帰属)を重視して、それが社団自身には帰属しえないで、社員全員に帰属するものとみ、そのことから社員全員のための代理とみながら、ただ、その代理の方式が社団の名においてなしうる点で特異な場合と理解する。しかし、いずれにしても、民法の代理規定の適用ないし類推を認めるのであるから、この議論の実益は乏しいものと云つてよい。

(2) 菅原・前掲九卷六号四六頁、石田・前掲四三頁。また、東京高(民八)判・昭二八・七・九、下民四・九・九九〇は「法人格なき社団は、その總會において選任された代表者を通じて自己の名において有効に私法上の契約をなしうる」という。同旨、京都地判・昭二九・八・二三、

下民五・八・一三三四。

(3) Vgl. Boehmer: a. a. O. S. 174. なお、登記・登録については後述する。

(4) このことは、法人の手形行為(従つて署名方法)について、単に法人名の記載と捺印だけで、機関の署名は不要とする少数の見解(学説としては、鈴木竹雄「手形法・小切手法」一六四頁他、判例としては、熊本地判・昭二五・二・二五、下民一・一九〇三、岐阜地判・昭二五・九・二五、下民一・一五三)を便りにとつた場合であつても(通説及び多数の判例は反対)、認められないであろう。このことから明らかのように、権利能力者と権利無能力者との間の法律上最も大きな・そして最も本質的な差異に基づく結果の一つは、この要式行為について具体的に現われる。

(5) 保住昭一「組合と社団」綜合法学三七年六月号三八頁は、「社団の名だけでは要式行為をなしえない」という。

(6) 大判・大四・五・一一、民集四・六・二五六(小町谷・判民、大四・一九二賛成)(但し本判决は手形受取人に関するものである)、台湾高判・昭七・四・一六、評論二二商三四二、朝高判・昭一二・四・二三、司協一六・七民録一四二(評論二六商三七五)、東京地判・昭一二・七・三〇、評論二六商三九四、同、昭一五・三・一三、新聞四五五三・一一、なお最高(二小)判・昭三六・七・三一、民集一五・七・一九八一については後述する。

(7) 我妻・有泉「コンメンタル債権法」四六四頁、伊沢孝平「手形法・小切手法」七四頁、竹田省「手形法・小切手法」一九頁、二四頁、大隅・河本「手形法・小切手法」六〇頁、田中誠二「判例体系手形法小切手法」五六頁、田中・並木「最近手形・小切手ハンドブック」五五頁、高橋勝好「手形・小切手の法律実務」七九頁。

(8) 肩書をつけても、手形上の権利義務は代表者個人だけに帰属するのであれば、無益的記載事項と解することになる。

(9) 前記註6及び7参照。

(10) 事實は「甲組合長理事乙」の表示を以て行つたものである。

(11) 第一審(仙台地裁気仙沼支部)は「組合の債務は組合員各自の債務にはかならず、組合代表者たる乙が代表者の資格において振出した手形債務は乙個人ではなく、組合員において当然支払の義務を負う」としたのに対して、原審(仙台高裁)は「民法上の組合は法人ではないから、行為能力を有するはずがなく手形を振出すことはできない。組合の組合長が組合長として第三者と取引しても、右取引の主体は組合ではなく組合長個人であり、組合長の表示は単に組合のためにすることを示したにすぎないものと解するのを相当とする」と云っている。

(12) 判例批評として、大隅健一郎「組合の代表者名義で振出された約束手形に対する組合員の責任の有無」民商四六卷二号三六二頁は賛成、右田部付「組合の代表者名義で振出された約束手形に対する組合員の責任の有無」法曹時報一三卷九号一一五頁も結論的に賛成。但し、宮川茂夫「組合代表者名義の振出手形と組合員の責任」法律時報三四卷五号八八頁参照。

なお、共同振出人の責任が連帯責任でなく合同責任であるとされた点については、前記大隅・三六八頁、右田部・一一八頁参照。

- (13) 多数意見は藤田八郎、池田克、河村大助の各裁判官、少数意見は奥野健一、山田作之助の各裁判官。
- (14) 右田部・前掲評釈一七一頁は、「甲組合組合長乙」の甲組合の表示がその代表権限の明示たる「組合長」の表示とあいまつて、「本人たる組合員を確定しうべき記載」と認めることにながりの疑問をもつておられる(但し、大隅・前掲評釈三六六頁はこれに反対)。なお、これが代理行為における顕名主義の問題なのか(前記少数意見及び右田部・一七一頁、宮川・八八頁の各評釈)、それとも手形の文言証券性の問題なのか(大隅・三六四頁)は、この際重要な問題ではない。
- (15) なお、宮川・前掲評釈八九頁は、試論として、この少数意見の前提に立つて、ただ、組合の団体性からみて、その記載の實質的意義を考慮し、たとえば、記載者の抗弁を通じて組合員全員のための代理資格の表示とみる余地を残すよう主張されている。
- (16) 末川博「民法上の組合の本質」民法論集二二五頁、Enneccerus=Nipperdey: Bd. II (1958), S. 723 ff.
- (17) 原田慶吉「日本民法総則編の史的素描(一)」法協五七卷四号六二二頁、Boehmer: a. a. O. S. 169.
- (18) 大隅、前掲評釈三六六頁。
- (19) 社團は各構成員とは別個・独立の存在であつて、構成員の変動に関係なく団体の「同一性(Identität)」を持續するところの・継続的な団体組織であらう。Boehmer: a. a. O. S. 169 及び大隅健一郎「二重組織(Doppelseitigkeit)」に就て」論叢三二卷二号三七二頁、三七二頁の註三参照。
- (20) Enneccerus=Nipperdey: a. a. O. S. 691. なお、森泉・前掲法学一七卷四号四七六頁は、「個性の強弱を以て、組合と社團との区別のメルクマールの一にしようという。
- (21) もつとも、ここに社團について認められる「団体の単一性」というものも、実は、団体から生ずる諸関係を簡易化したり、單純化しようとする我々の意識作用によつて生じてくるものであつて(Wieland: Handelsrecht, I, S. 428 ff.)、決して、個人の結合により、そこに實在的な単一性が生ずるものと考えることができない(森泉・前掲法学一七卷四号四六八頁)。何故なら、「団体とか社会とかに於て我々に与えられているものは、人間の結合であり、結合せられた人間である」(服部榮三「法範疇としての法的な人格者の基本構造」私法二号五七頁、同旨、鍛冶・前掲法律論叢三二卷五号七六頁の註一)からである。
- (22) なお、鈴木竹雄「会社の社團法人性」松本記念論集六二二頁、同「会社法」七頁は、「社團」と「組合」とをそれぞれ實質的・形式的との二義に分け、前者の意味においては、成員の個性の濃厚な団体を組合とし、個性の稀薄な団体を社團とし、後者の意味においては、成員間の契約関係によつて結合する団体を組合とし、団体対成員間の関係によつて結合する団体を社團とし、両義の間に必然的つながりはなく、両者は必ずしも一致するものではないとされる(同旨・平出・前掲北大法学論集二二卷二号二一八頁)。
- しかし、これに対しては、松田二郎「株式会社法の理論」一五〇頁が鈴木『教授のいう「實質的意味の組合」とは、成員の個性が濃厚であるという社会的性格を示すものであつて、法律上の概念以外のものである。』と批判されている。

なお、松田・同書一三七頁によれば、契約的結合関係（但しその団体性も強調される一一八頁、一二八頁）こそが組合であつて、もし構成員が多数になつてくるとすれば、契約的結合は不可能となつて、多数決によつて結合する他ないから、そこには質的变化を伴つて、社団が生ずるといふ（一三七頁）。そして、社団と組合における団体性の強弱については、法律的把握と社会学的考察との差異を指摘される（一四一頁）。しかし、これに対しては、平出・前掲二一九頁を参照。

(23) 森泉・前掲法学一七卷四号四七〇頁によれば、権利能力なき社団は、法人格を有しないというだけで、個々の構成員から独立した団体であり、単一性が極めて強く現われてくる団体である。従つて、権利能力なき社団に関するすべての法律関係は、この社団の単一性を維持するように保障されるものでなければならぬし、また、権利能力なき社団に関する解釈も、社団の単一性にそつたものでなくてはなるまい、と云われる。

(24) 但し、柚木馨「権利能力のない社団」民法例題解説一四〇頁によれば、社団代表者の資格をつけて手形行為をした場合には、その手形債務は社団債務なのであるから、「行為者たる代表者自身は個人的責任を負うものではない」と云われる。

(25) なお、この点についてドイツの学説をみると、見解は分れてゐる。

「社団の名において」なされた手形行為に基つて責任に關して、Baumbach=Lefermeil: Wechselgesetz und Scheckgesetz (1953) Einl. IV. 2 (S. 16)によれば、社団の名は社団事務にあつては社団構成員を表わすが (§ 164, S. 2, BGB) のことは、手形行為に關してもその形式性に拘らずあつてはまるから、社団の名において理事が振出した手形の責任は構成員にあるという（同頁）Halscheid: Der nicht rechtsfähige Verein zwischen juristischer Person und Gesellschaft, AcP. (1956) 155, 4/5, S. 404。また、Ehneccerus=Nippert: a. a. O. S. 704, Ann. 49によれば、その社団の名が通常用いられているものであり、それによつて責任を負うものが十分表示されている場合には、社員が手形上の義務を負うという。そして、Jacobi: Wechsel- und Scheckrecht (1956) S. 228 f. は、社員は十分表示されているという。

しかしながら、社団の名においてなした場合に社員の名が表示されたことになることには、かなりの疑問がある。何故なら、社団の名においてすることは、社団のためにすること従つて社員の總括的な表示になりえても、社員の總括的な名にはならないから、手形上表示されていない社員が手形上の権利義務を取得することはない (Stranz: Wechselgesetz (1952) Ann. 4 zu § 7 (S. 65); Staub=Stranz: Komm. zum Wechselgesetz (1934) Ann. 8 zu § 7 (S. 122 f.) 及び Boehmer: S. 177 以下、RGZ. 112; 125)。結局、署名者自ら手形上の責任を負ふ (§ 54, S. 2, BGB, にして § 8 WO にして) の点に争はない。その者の行為が権限に基つてなされた場合には、内部的に社団財産に対して求償する関係となるものと思われる（なお、社団に対する請求権は、手形所持人も、行為者に対する債務名義を取得したときは、行使できるという Staub=Stranz: a. a. O. S. 123)。

三 社団財産の帰属と公示方法

権利能力なき社団は、それ自身一個独立の存在として、その社員に対し出資請求権を有し、又その代表者たる理事の行為によつて種々の権利を取得し第三者に対して債務を負担する筈である。これらの権利・義務は社団目的のために奉仕すべき目的財産 (Zweckvermögen) であつて、各社員の固有財産とは別個の「社団財産 (Vereinsvermögen)」⁽¹⁾ としてとらえることができるが、権利能力なき社団が法人格を有しない以上、その帰属関係を法的に社団の単独所有とするわけにはゆかないから、この社団財産帰属の法律構成をどの様にすべきかが大きな問題となる。

まず検討すべきことは、社団自体が権利・義務の主体となりえないところから必然的に、社団自身以外のものが財産関係の主体とならざるをえないが、それは一体誰かということである。

この点について、一般には、総社員の共同所有であると解する他ないが、ただそれは、共有というよりもむしろ「総有」とみるべきであると説明されている。⁽²⁾ 従つてその限りでは、各社員は、この社団財産について個人的な持分権を有せず、管理・処分⁽³⁾の権能もなく、ただこれを使用・収益しうるにすぎないことになる。

してみれば、社団財産の管理・処分は社団自体だけがこれをなしうるにとどまるが、ここで問題となるのは、財産の管理・処分をなしうべき社団自体に権利・義務が帰属しえず、従つて帰属してゐないとすれば、その社団財産の管理・処分は如何に行われるのかということである。

そこで、まず検討しなければならぬのは、前述の一般的説明の如く社団財産は総社員の総有であると一応云つてみても、その権利関係は対外的にはどのように公示されるのか、従つて、社団財産の帰属は対外的にはどのような関係としてとらえられるべきかということではなければならない。

特に問題となるのは公示方法として登記・登録をなすべき財産権一般についてであるが、これを不動産物権について考えてみると、実務上の取扱は、不動産登記法が法人以外の登記権利者についてはその氏名・住所の記載のみを要求していること（不登三六・五〇）を理由に、権利能力なき社団の場合、その社団の名において登記することを認めないのは勿論、その代表者が名義人となりそれに社団の代表者たる肩書をつけることも許されない——従つて、代表者個人が自己の名において登記すべきものという風に行っているようである。そして、通説・判例もまた、この実務上の取扱を現行法上当然の帰結とし、ただ、代表者の個人名義で登記する他ないとしても、その関係は代表者がその権利能力なき社団の財産の受託者として信託的にこれを行うのであるという風に説明している。⁽⁴⁾

考えてみると、このように信託法理によつて権利能力なき社団の法律関係を理解しようとする⁽⁵⁾こと自体には、後述する如く私としても全く賛成なのであるが、ただ疑問に思われるのは、右の場合代表者は単に自己の名においてのみ登記・登録をなしうるにとどまるのかということである。

仮りにそうする他ないとすれば、そこに登記・登録されている財産が実は代表者自身の純然たる個人財産ではなくて、社団の財産なのだという事実は、登記簿あるいは登録原簿の記載からは全く知ることはできず、従つて公示の面からは代表者自身の固有財産であるのと何ら変りはないことになつてしまふ。しかしながら、これでは、後述する如くはなはだしく不便であつて、極めて不都合である。

通説は、この点、名義上代表者個人の財産となつていても『それがためにそれらの権利義務が名義人たる代表者個人の権利義務となるのでは勿論ない。それらの権利義務は権利能力なき社団の財産を構成する社団自身の権利義務である。ドイツの判例に於ても、権利能力なき社団の不動産は其の代表者の名義で登記するけれども、之がため其の物が其の社団の所有物であることについては何等の変化がないと判決してゐる（原註・BGZ Bd. 74, S. 371 ff.）。故に、権利能力なき社団の債務は其の

財産の形式的名義人の何人たるかを問はず其の財産を差押へることが出来る(原註・同説末弘「労働組合の私法的性質」労働法研究一三三頁)。又形式的名義人の債権者が其の権利を差押へた場合には、権利能力なき社団は、第三者異議の訴を提起して(民訴五四九条)、実質上自己の権利なることを証明し、其の差押を解くことが出来ると思はれる(原註・反対末弘一三三頁)。』という風に説明している。⁽⁶⁾

しかしながら、この通説的解釈と実務上の取扱との不便を考えてみると、まず、社団債権者としては、自分と取引した代表者の名義になつてゐる財産のうち一体どれが社団のものであるのか全く区別がつかないばかりか、仮りにその代表者名義の社団財産を以てしては自己の債権を満足させえないような事態を想定してみると、取引に当つた当該代表者以外にその社団に代表者はいないかどうか、また、もしいたとしてもその者の名義になつてゐる社団財産があるかどうかといつたことは、公示されていないから判断がつかない。また、たまたま別の代表者をみつけて差押えたとしても、いつ第三者異議の訴を以て対抗されるか判らないのであるから、先の通説の如く単に『権利能力なき社団の債権者はその財産の形式的名義人の何人たるかを問はずその財産を差押へることが出来る』と漠然と云つてみても、それは抽象論にすぎるとし、実際には社団債権者は不測の不利を蒙るおそれがないとは云えない。

一方、形式的名義人となつてゐる代表者個人の債権者について考えてみても、公示上社団財産と個人財産との区別がなくすべて個人名義になつてゐるものと解する以上、実質的には社団財産であるものについて差押をする場合が予想されるが、この場合社団としては、もし前述の如く『第三者異議の訴を提起して、実質上自己の権利なることを証明し、其の差押を解くことが出来る』としたところで、举证責任の問題、時間と手数・費用等かなりの不利益は免れないところであろうし、また仮りに、このような場合には相手方(つまり、この場合は代表者個人の債権者であるが)が登記・登録を記載通り信頼したことを保護して取引の安全を保つために社団側としては対抗できないという風に解釈したとすれば、⁽⁷⁾それだけ余計に社団の不利益

は著しいものになつてしまふであらう。

その他考えられる不便は、例えば、権利能力なき社団が後に法人格を取得するに至つた場合⁽⁸⁾、従来登記簿上には純粹の個人名義と何ら変らない記載がなされていたにとどまり、信託的な実質關係が何ら表示されていなかった關係上、形式的な帰属關係を従来の名義人たる代表者個人から法人格を取得した社団自身に切りかえ調整しなければならぬ⁽⁹⁾が、その際の面倒・不便も容易に予測される⁽¹⁰⁾ところである。同様の懸念は社団代表者の更迭の場合にも考えられる。一体どれが、どの範圍まで社団財産なのか公示されていないからである。

このようないろいろな面にわたる不便・不利益は、すべて社団財産帰属の公示方法が代表者の個人名義になつていて純然たる個人財産との区別がつかめない点に一切の原因があることは云うまでもない。そこで考えられることは、このような不便・不利益を避けるための最も適切な方法は、代表者の個人名義だけでなく、それに加えて「社団の代表者たる資格」を肩書⁽¹¹⁾することではなからうかということである。

ところで、こういった見解に対して予想される批判は、たとえ社団とその代表者資格とを肩書として附記したとしても、肝心の社団自体が、法人の場合とは違つて、その実体というか組織内容を公示していない以上、そのような登記簿上の記載は意味が少くないということであらうと思われる。

しかしながら、権利能力なき社団の場合、その社団自体が権利義務の帰属主体として登場してくるのではないからして、第三者との取引における効果帰属の主体は、先に手形行為についてみた通り直接には代表者個人にならざるをえない關係上、社団自体の組織が法人登記簿のようなものに公示されていないことは、取引の相手方にとつて決定的な不利益とは云えないであらうと考えられる。むしろ、取引の相手方にとつて決定的なことは、その代表者が個人的に自らのために行爲をするのか、あるいは社団のために信託的にそれを行うのか、そのいずれであるかが表示上明らかにされていること、及び、そ

のことと関連するが、社団財産はどれだけあり誰の名義になつているかということに他ならない。それ故、この意味で、法形式上一応代表者に帰属する他ない社団財産も、実は代表者の純然たる個人財産とは別個のものであることが公示の面で見事にされていれば、第三者にも充分に認識される実益があり、それだけ第三者保護ないし取引の安全に役立つものであるわけであり、しかも同時に、前述の社団自体の蒙るおそれのある不便も回避されて社団自体の利益保護にも奉仕しうるのである。

そしてこのための最も適切な方法は、右に述べたように、代表者が権利能力なき社団代表者の肩書を附して名義人となる方法であつて、もしこれが認められるならば、その代表者は法技術的な要請によつて登記名義人となつてゐるにすぎないこと、そして少くともそれが純然たる個人財産でないことがはつきりと公示されることとなり、先の懸案の問題はことごとく解決される筈である。

のみならず、後に詳述する如く、権利能力なき社団とその代表者との関係は信託的に理解するのが最も適切だと考えられるのであるが、従来の個人名義だけの表示とは違つて、右の如く、さらに加えて社団代表者たることを表示すべき肩書を附記する場合には、この信託的な実質関係がそのまま明らかにされることとなる。信託法二八条も「信託財産分別管理の原則」を規定してその必要を説いているが、その趣旨は、云うまでもなく、管理の混合によつて受益者や第三者の利益を害することを避けるためである。信託法学者によつて説かれてゐる分別管理の効用は、『たとへば、各信託財産の果実を容易に識別でき、受託者死亡の場合に(一五条参照)公示のない財産権についても信託財産を識別することができ、受託者が受益者を犠牲にして自己の利益を……はかることを防止するのに役立つ、受託者の信託違反処分(三一一条)・第三者の信託財産に対する強制執行(二六条)を防止するのにも役立つ』⁽¹²⁾ことである。これをみれば、社団財産の登記・登録において代表者資格を肩書せず代表者個人名義だけにした場合の不便・不利益と、信託財産混合管理の不便・不利益とが、本質的に全く同一であ

ることは明らかである。そして、このように、法的に保護されるべき諸利益の状況が同一であることは、その規定の適用もしくは類推を示唆するものと云えるのである。

してみれば、権利能力なき社団の代表者がその肩書を附記して名義人（従つて、権利・義務帰属者）となるべきことは、信託法二八条の趣旨から考へて、単に登記・登録についてのみならず、先に述べた要式行為としての手形行為についても、さらにその他の行為一般についても、認められなければならないことにならう。⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾

以上を要するに、権利能力なき社団の行為は、登記・登録その他手形行為等の要式行為を含めて、一切社団の名において（つまり、代表者が社団代表資格の肩書を附した形で）なしうるし、また、なすべきであり、しかも、社団が第三者との間に行つた行為の効果については、当該行為の担当者たる代表者が信託的にその帰属主体となり、それをそのまま公示して信託的に社団財産の分別管理を行うべきものという風に理解するわけであるから、結局、代表者は、社団の対外的な取引における「窓口」のようなもので、社団の行為及び社団に対する取引はすべて代表者の「窓口」を通して行われることになり、その効果はすべて法形式的には一応代表者自身のみ（信託的に）帰属するものとみるべきことになる。

そして、このように、権利能力のない社団の行為はすべて代表者を通じて行われ、しかもその効果は当該代表者のみに帰属するものと解すべき根拠は、実は、社団の本質から導かれるものである。この点は、先に権利能力なき社団の手形行為の効果に関連してふれたように、社団の場合には、組合の場合とは違つて、社団自体の単一性が強く浮きぼりにされ、構成員の個性従つて複数性は没してしまふ關係上、代表者以外の他の社員が対外的取引の効果の帰属主体となるものと考えられることは適切でないからである。⁽¹⁷⁾そして、このように解すべき根拠が実に社団の本質から導き出されるものである以上、単に前述の手形行為に限らず、広く権利能力なき社団の行為一般について同様のことが認められなければならないのである。

してみれば、権利能力なき社団の財産帰属關係について、先に紹介した通説的な見解が「総社員の総有」従つて一つの共

同所有形態として説明している点は、単に社団の内部關係についての一つの説明としてのみ理解されなければならないことにならうかと思われる。⁽¹⁸⁾ けだし、右に述べた如く、対外的には社団の行為とその効果帰属とは、社団の本質及び財産帰属の公示方法とも関連して、代表者の「窓口」一本にしぼられるものと解すべきだからである。従つてその限りでは、当然、法形式的には代表者の単独所有⁽¹⁹⁾というか、代表者の権利・義務となるだけで、代表者以外の他の社員と第三者との間に直接の権利・義務關係が生ずるものではない。云い換えれば、社員の対外的關係はいわゆる「間接責任」に相当し、当該行為担当者たる代表者のみが「直接責任」を負担することになる（責任の限度については後述する）。

ところで、右にみてきた私の理解は、社団の本質から導かれるものであると先に述べた。しかるに、これと同じ出発点にあつた通説的見解とは違つて、社団の対外的關係を総社員⁽²⁰⁾の共同所有形態としてとらえることに賛成しないのみならず、「権利能力なき社団の法律關係」に信託法理を応用すべき必要を説くのは何故か、その根拠が今や明らかにされなければならない。

(1) Enneccerus=Nipperdey: a. a. O. S. 702 によれば、社団財産は次のものからなる。

(i) 構成員の出資（払込請求権も含む）
 (ii) 業務執行により社団のために取得されたもの（物及び権利）

(2) 一部には「合有説」（川島武宜「民法Ⅲ」二八九頁、なお菅原・前掲九卷六号五三頁も参照）もあるが、通説は「総有」關係とみる。例えば、石田・前掲四八頁、我妻・総則一一五頁、福地・前掲四八九頁、於保・前掲二五頁、柚木・前掲民法演習六五頁、民法例題解説三四頁、森泉・前掲法経論集二号五一頁等。判例として、最高（一小）判・昭三三・一一・一四、民集一一・一二・一九四三、同判例批評として、窪田集人・民商三七卷五号九五頁、長谷部・法曹時報一〇卷一号七九頁、瀬元美知男・ジュリスト一六二号八〇頁、津曲藏之丞・ジュリスト二〇〇号一七二頁、その他、阿久沢亀夫・本誌三二卷一号七四頁、川口実・綜合法学三十七年六月号三六頁も参照。

(c) Enneccerus=Nipperdey: a. a. O. S. 702.

(4) Boehmer: a. a. O. S. 174.

(5) 石田・前掲四六頁、末弘「労働組合の私法的性質」労働法研究二四頁、福地・前掲四八九頁、東京高(民五)判・昭二七・一・二八、高民五・九・三五三、神戸地判・昭三〇・一・二九、下民六・一・一三二、大津地判・昭三四・一・一〇、下民一〇・一・一三三九三。

なお、ドイツでも、通説は、登記の確実性と明瞭性から総社員の名においてこれをなす他ないとする(Enneccerus=Nipperdey: a. a. O. S. 703; Boehmer: a. a. O. S. 176, Habscheid: a. a. O. S. 401 ff. 但し異見に「*gründet*」Enneccerus=Nipperdey: Ann. 48 (S. 703), Boehmer: S. 176 ff. 参照)として、構成員の人数が多くその交替がひんばんな社団の場合には「受託者の登記 (die Eintragung auf einen Treuhänder)」をすると言う点は(Enneccerus=Nipperdey: S. 703 及び Habscheid: S. 401 参照)注目に値する。

(6) 石田・前掲四八頁。

なお、神戸地判・昭三〇・一・二九、下民六・一・一三二も「法人格のない社団がその代表者名義で登記されている物件を社団自体の所有物として主張することは妨げない」という(同旨、大津地判・昭三四・一・一〇、下民一〇・一・一三三九三)。

(7) 柚木・前掲例題解説三七頁。

ちなみに、大審院・昭一五・八・一七・民四決定、民集一九・一四八一によれば、頼母子講・落札掛返債務の債権者を講世話人の個人名義にした場合、その相続人から債権を譲り受けた者は原則として有効に債権を取得する。

(8) 「設立中の社団法人 (entstehende juristische Person)」(O. v. Gierke: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung (1887), S. 114 ff.)あるいは「設立中の会社」を「権利能力なき社団」の法律関係としてとらえる場合は「これに当る」なお、前記はしがきの註5参照。

(9) 株式会社につき商法一七二条但書はあるが、問題は同じである。

(10) 末弘「人格なき社団財産の法人化」統民法雑誌九頁、及び一〇一頁。但し、公益法人についてはあまり問題となることはあるまいとせられる(我妻・総則・一六八頁)。

(11) 少数説ではあるが、末弘・前掲一〇一頁、同「団体財産と信託法理」一〇八頁、柚木・前掲民法演習六七頁、例題解説三六頁、於保・前掲二五頁(但し、「代表者名義の登記は信託法理を用いることなく直ちに社団登記としての効力を認めて然るべき」といわれる点は、賛成し難い)。なお、Boehmer: a. a. O. S. 176 f. 参照。

(12) 四宮和夫「信託法」法律学全集九七頁。その他、「信託法案説明書」信託実務講座一卷五一頁参照。

なお、信託法一六条及び現行破産法八八条は、破産法政府草案八八条との対比で考察されるべきであろう。それによれば、「破産宣告前破産者に財産を譲渡したるものは担保其他信託の目的を以てしたる事を理由として其財産を取戻すことを得ず、但し第三者が信託の目的を以てしたることを知り得べかりしものと認むるときは此限りに在らず」とあつた。細矢祐治「譲渡担保と信託(三完)」新報三四卷九号三八頁参照。

(13) 周知の如く、預金債権等については、預金通帳に、代表者の氏名に社団代表者たる旨の肩書を附した記載が慣用されているが、本文の理解は、このことも相応する。

(14) 四宮・前掲九七頁によれば、分別管理は第三者に対する公示の意義をも有する関係上、その必要は、とくに公示方法のない財産権について大きい旨、説かれている。

(15) 一応疑問となるのは、ことを信託法二八条の関係から考える場合においても、分別管理の必要は受託者の義務ではあつても——従つて、登記申請における登記原因の表示(不登三五条)には必要であるとしても——登記官吏の義務たりえないのではないかということであろう。しかし、登記原因は登記簿の記載事項の一つであるし(不登五一条、肩書も信託の場合にはいわば登記原因の一部をなすものとみうるから、問題を肯定的に解しうる。

(16) 問題となるのは、分別管理の原則から登記・登録について肩書を附記した場合でも、なお信託の對抗要件としては「信託に関する登記(信託法三条)」を必要とするかであろう。権利能力なき社団の場合にいちいち信託の表示を必要とするかは疑問であるとする・判民、昭一五年度八四事件三三九頁(戒能通孝)は注目に値する(四宮・前掲六三頁註一)。社団代表者たる肩書をつけることその他に、法人の場合に準じて不動産登記法三六条三号の類推が考えうるからである(柚木・前掲民法演習六七頁、福地・前掲四八九頁参照。なお、同法三五条一項五号、細則四四條一七及び八参照)。そして、権利能力なき社団を恒久的なもの(即ち、現行民・商法によつては一般的に法人格を取得しえないもの、及び取得を意欲しないもの)と、時的なもの(即ち、法人格を未だ取得していないもの)とに二分して、後者については、信託の公示を省略することも考ええないではないが(商法一七二条但書参照)、しかし、解釈論としては疑問が残る。

(17) のみならず、社団の場合、代表者以外の社員にとつてみれば、代表者を選出すること自体、自分自らは取引の矢面に立たない意図があるものとみるべきであろう。Enneccerus=Nipperdey: a. a. O. Ann. 54 (S. 706) 参照。

(18) 千葉地判・昭三五・一・三〇、タイムズ一〇一・七五は「その集団に帰属する財産は終局的には、その所属員各自に帰属するものである……」という。

(19) 東京高判・昭三四・一〇・三一、下民一〇・一〇・三三五は「社員は特約のない限り社団取引の相手方に対し直接に権利義務を負うものではない」という。また、Enneccerus=Nipperdey: a. a. O. S. 703 は、各社員には直接権利義務は帰属することなしという。

但し、柚木・前掲民法演習六七頁は「社団債務は対外的にも代表者個人の債務となるのではなくして、社団財産を引当とする総社員の債務となるのである」といわれている。なお、平出・前掲一九一頁参照。

四 信託法理応用の適性

ところで、民法第三三条のそもそもの立法趣旨をここでふりかえつて考えてみると、それは、無暗に団体に対して権利能

力を認めるときは第三者を害するおそれがあるという点に帰着するであろう。⁽¹⁾云い換えれば、人々が社会的に一個の主体として是認している団体のうちでも、法の要求する要件を満たした一部の団体のみを法人としてその法的主体性 (Rechtssubjektivität) を認め、⁽²⁾以て法律関係を簡潔にし、その他のものについては法律制度上主体性を認めないことにすれば、その団体をめぐる法律関係において第三者を害するおそれもなくならないこと——これこそが実に法人制度の趣旨というか出発点であつた筈である。⁽³⁾⁽⁴⁾そして、その際第三者を害するおそれを取り除こうとすれば、法人でない団体の行動については、それを例えはその構成員ないし代表者個人の行動として法律的に評価し、結局において代表者に個人的に無限責任を課する以外にないであろうと思われる。⁽⁵⁾

この意味からすれば、通説が、権利能力なき社団の法律関係をその社会的実体が同じである社団法人に出来るだけ似せて取扱おうとする趣旨は、充分理解できるとしても、その結論において、後に詳述する如く、社員及び代表者の直接・有限責任しか認めていないことには、まず根本的な疑問が生じるのである。

一方、先に述べた如く、社団財産帰属の公示方法とも関連して、(団体の単一性が強調され、社員の個性喪失が認められる) 社団の本質から考へるならば、社団の対外的取引の効果が各社員に直接に帰属するものとみるべきでないことは明らかである。しかも、そのように理解することは、取引に当らなかつた社員が一体幾人いて、それが誰であるのかが相手方に公示されていないことも関連して、第三者保護に極めて役立つと同時に、そのような理解は、組合におけるが如き複雑な法律関係にならないですむという・いわば社団構成員の意図にも相応した・法律関係単純化の便宜も認められるのである。⁽⁶⁾従つて、これらのことを前提にする限り、社団の対外的取引の効果はすべて当該代表者のみに帰属するものと解すべきことになることも先述の通りである。

してみれば、「権利能力なき社団」の本体というか問題の出発点は、実に、法形式と社会的実質とのくいちがい、⁽⁷⁾即ち、

実質的には社団の財産であるものが形式的には（たとえ分別管理されるべきものであるとは云え、一応）代表者個人に帰属する他ないという・形式と実質とのくいちがいの関係に帰着するものと云つてよからうかと思われる。

しかるに、ここに極めて好都合なことに、かかる形式と実質とのくいちがいをそのままに組立てられた法概念があるのである。英米衡平法に源を發する「信託」⁽⁹⁾がそれに他ならないことは云うまでもない。

周知の如く、「信託」の觀念が英米法制上に占める地位は極めて大きく、⁽¹⁰⁾ちなみに、英米会社法では取締役 (Directors) の地位を説明するのに「信託受託者」という表現を以てなされることが常識となつてゐるようである。⁽¹¹⁾もつとも、英米法においても、会社財産は会社という法人格者によつて所有されるのであり、決して取締役の名において取得所有されるのではないのであるから、厳格な意味における「信託受託者」と云ふことは決して妥当ではない。⁽¹²⁾

しかしながら、「権利能力なき社団」の場合には、事情はこれと全く根本的に異つており、「信託法理」をそのまま応用することができるのであり、また現に英米法ではそれを以て説明されてゐるのであつて、⁽¹³⁾我国においてもこれを援用すべきではあるまいかと考えられるのである。⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾

英米法においては、従来より、法人格を附与されなかつた諸団体としては信託の制度を利用して法人格附与の代用の機能を果たしたようであつたが、⁽¹⁶⁾このことは、間接的には、「権利能力なき社団」の法律関係を「信託法理」によつて解決することが社団設立者及び社団構成員の意思と必ずしも全くかけはなれたものでないことを意味する。というのは、彼らは決して組合關係の設定を意欲したのではなく、しかも信託法理応用の場合にはその法律關係は組合におけるが如き複雑なものとはならず、実質的に法人の場合と似てくる筈だからである。⁽¹⁷⁾のみならず、極めて重要なことに、この信託法理応用の結果は取引の安全・第三者保護にいささかも欠けるものではないのである。

それ故、私の考えでは、この際、信託法理を援用すべきかどうかというよりもむしろ問題として検討すべきは、信託法理

を応用した場合、つまり社団代表者を「信託受託者」として理解するという場合、「信託委託者」及び「受益者」は何人であるのか、そして、信託法理応用の結果権利能力なき社団の法律関係は具体的にはどうなるのかということである。

この点について信託法学者は一般に総社員が自己のためにする信託（従つて、総社員の自益信託）と解しているようであるが、一部には社団自体を委託者として受益者とする信託（従つて、社団自体の自益信託）と考えるべきであるという見解もある⁽¹⁸⁾。

考えてみると、まず、委託者については、これを各社員と解すべきではなからうか。何故なら、信託の目的物は財産権でなければならぬが、⁽¹⁹⁾そもそも社団形成の過程を考えてみると、「財産権ノ移転、其ノ他ノ処分ヲ為シ他人ヲシテ一定ノ目的ニ従ヒ財産ノ管理又ハ処分ヲ為サシ」（信託法一条）めたものは、まさに各社員に他ならないからである。つまり、この点は何を信託財産とみるかにも関連するのであるが、各社員の社団への出資こそが信託設定の目的物⁽²¹⁾とみるべきであると思われるのである。そして、この理解は、委託者に必要とされる財産権についての処分（行為）能力⁽²²⁾とも対応する。

問題なのは、委託者を各出資者（従つて各社員）とみた場合、信託行為は個別的に複数存在することになるが、これが社団の団体的規律をうける関係（例えば、社団組織・運用の面にわたつて、総会・理事会などにおいて多数決原理を採用すること等）をいかに説明するかであろう。私としては、本来個別的な信託行為が、社団の内部規約たる定款の定めに基づいて、いわば附合契約的な修正をうけるものという理解を以て説明しうるもの⁽²³⁾と考える。

一方、受益者⁽²⁴⁾については、いわゆる受益権の内容と関連して権利能力を前提にして理解されているから、権利能力なき社団自体を受益者とみることは、かなりの疑問がある。そこで、この何人を受益者とみるかについては、権利能力なき社団を恒久的なもの⁽²⁵⁾と一時的なもの⁽²⁶⁾との二つに分けて、それぞれについて検討すべきではあるまいか。けだし、各場合について委託者たる各社員の意欲は異なるであらうし、従つて信託終了後の信託財産の帰属関係は全く異つて然るべきだからである。

かかる見地から問題を考えるならば、（設立中の社団法人（会社）におけるが如く）一時的な権利能力なき社団の場合に

は、その社団の目的従つて信託の目的も結局は当該社団の法人化に他なるまいから、一方において法人設立という信託目的の達成により信託が終了(信託法五六条)した場合には信託財産は成立後の法人に帰属すべく、他方において法人不成立という信託目的達成の不能により信託が終了(信五六条)した場合には社員全員に帰属すべきであると思われるのであるが、この両面から考えてこの場合には結局将来成立すべき法人を受⁽²⁶⁾益者と解すべきではあるまいか。⁽²⁸⁾

これに対して(法人化を意欲しない社団及び現行民・商法上は法人化不可能な社団の如く)恒久的な権利能力なき社団の場合には、信託の継続及び終了のいずれの際にも信託法の・殊に五七、五八、六一、六二、六五条等との関連で全社員が受益者と解すべきであろうと思われる。

このように、何人を受⁽²⁹⁾益者とみるべきかについては更に検討すべき問題もないではないが、いずれにしても、各社員を委託者、社団財産を信託財産、代表者を受⁽³⁰⁾託者とする信託関係として「権利能力なき社団」の法律関係を理解すべきであろうと考えるわけである。

そうすると、次に問題なのは、信託法理を応用する結果権利能力なき社団における責任関係は一体如何なるものになるのかということである。適法行為に基づく場合と違法行為に基づく場合とを分けて考察するを便宜とするが、以下では、それぞれの典型として法律行為に基づく場合と不法行為に基づく場合とを順次みてみることにする。

(1) 鍛冶・前掲法律論叢三二巻五号七三頁。なお、民法三三条の沿革について、原田・前掲法協五七巻四号六一八頁参照。

(2) すでに西本辰之助「株式引受の性質」七八・九頁は、法人格というものが実は組合を単純化するための手段であるといわれている。その他、法人制度が法律関係を明確かつ単純化するための法技術であることについては、末弘「実在としての法人と技術としての法人」統民法雑誌帳六四頁、鈴木・前掲論文六八頁、川島「企業の法人格」田中記念論集一八八頁、森泉・前掲法経論集二四四五頁、同法学一七巻四号四六六頁、同「法人の不法行為責任についての一考察」勝本記念・現代私法の諸問題一九七頁、兼子「破産財団の主体性」民事法研究四五〇頁、於保・前掲二三頁、国歳胤臣・前掲竹田記念論集一一一頁、松田・前掲株式会社法の理論一三五頁、一三八頁、八木・前掲神戸経大記念論集四二四頁

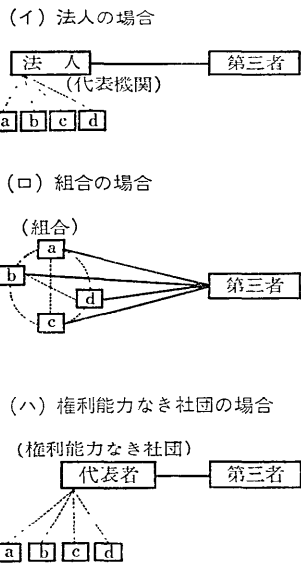
(四)、ドイツにおいても、法人の擬制的・技術的側面を強調するのは、例えば Turr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. I. S. 373 ff.; Wieland: Handelsrecht. I. S. 397.

(3) 富山康吉「ロイド・英法における権利能力なき社團」立命館法学八号七二頁によれば、『法人性の有無は第三者の権利に関係するからその団体自身で決めることはみとめないし、裁判所で決定するとしてもそれまでは事態が不明なままにおかれるという不都合を免れない、結局、法によつて法人性を与えられたもののみが、またその与えられた範囲でのみ独立の主体としてみとめられる、とするのが実際のな解決といわざるをえないのであり、法律関係の明確という要求に応えうるのである』という。

(4) 但し、我妻・有泉「民法 I」五八頁は、『実際、合法的なものとして認められた社会の実際において活動する団体が、法律上法人であると宣言されるか否かによつて、その法律関係が根本から異なるものになるというようなことは、あまりにも社会の事実即し法律論といわれなければならない』といわれる。

なお、平出・前掲二二頁によれば、社團性自体のうち法主体性が内在しているものと考えうるから、法人格を賦与されていない社團も不完全ながら法主体性を有するとして、国が社團に法人格を賦与することの私法上の意義は社團の有する法主体性を完全なものとして權威的に確定することにあるから、法人格の技術性も相対的なものである旨説かれる。すでに、鍛冶・前掲法律論叢三二巻五号八七頁、及び同三五巻四・五・六合併号九四頁も、法人格は国家権力によつて権利の主体たるに適する実体を有していることを公証すること、とみておられる。

(5) 鍛冶・前掲法律論叢三二巻五号七三頁、その他 Beumer: a. a. O. S. 171 参照。



凡例

- は権利・義務帰属主体
- (実線) は対外的法律関係
- ⋯ (点線) は対内的法律関係
- a, b, c, d は団体構成員

権利能力なき社團と信託法理

これをみても明らかな如く、権利能力なき社團の対外的法律関係を代表者の窓口一本にしぼることは、法律関係を単純化し、それ故、それが、実質的に「権利能力なき社團」の法律関係を「社團法人」のそれと出来るだけ似せて取扱うことになるのである。

(7) 田中耕太郎・前掲発起人責任論三七六頁、松岡・前掲四〇頁、平出・前掲二二二頁、参照。

(8) 大阪谷公雄「判例に現われた信託の観念」民商二三・六・九二五―六によれば、英米法に於ける trust の設定は信託財産に対する legal interest と equitable interest との分離によつて成立するという観念に基づくのである、という。

(9) 高柳賢三「英米信託法原理(二)」法協四〇巻六号九一―五頁、宮本英雄「英米信託法に於ける受益権の發達及び性質」法学論叢二三巻三号三一―三頁、入江真太郎「信託法」新法學全集二頁、三淵忠彦「信託法及び信託業法」現代法學全集九、栗栖魁夫「信託法綱論」四三頁、吳文炳「經濟上より見たる信託の理論及實際」六頁及び一四頁、信託協會編「信託実務講座」一卷一頁。

(10) Gelart: Elements of English Law (1955) pp. 26, 28, 125; Maitland: Trust and Corporation (from Collected Papers Vol. III (1911)) pp. 32-3. 高柳・前掲法協四〇巻五号七二三頁、河合博「信託の概念と機能」法律タイムズ一九号四〇頁及び四四頁、建井良憲「信託と法人に関するメートランドの見解」政経論叢五巻三・四合併号三〇三頁。

(11) Cooke: Corporation, trust and company (1951) pp. 69-72; Palmer's Company Law (by Topham) 12 ed. (1924) pp. 187~及びそこに引用する多数の判例参照。大阪谷公雄「英米法に於ける取締役の地位と信託理念」信託復刊一〇号四頁、同「改正会社法に現われた信託受託者原理」信託復刊八号一四頁、小島昌太郎「比較株式会社形態論」二五四頁参照。

(12) 大阪谷・前掲信託復刊一〇号四頁、同八号一四頁、それ故、英米の一部の学説は、取締役の地位について判例が常に「信託受託者」という表現を為すのに拘らず、最も妥当な表現はこれを信託關係に於ける受信者 (fiduciary) と呼ぶを相当すると主張しているという(前掲一〇号四頁)。その他 Palmer: op. cit. pp. 187; Ballantine: On Corporations (1946) pp. 167. 参照。

(13) 河合・前掲四四、富山・前掲七四頁及び七八頁、宮本・前掲六六四頁、吳・前掲一五頁、建井・前掲政経論叢五巻三・四合併号三一九頁、三三三頁、三三五頁、同「クック・法人・信託・会社」同六巻二号一四八頁、その他 Cooke: op. cit. pp. 86-8; Stevens: Handbook on the Law of Private Corporations (1949) pp. 217 and note 79; Maitland: op. cit. p. 367 参照。

(14) 前記はしがきの註4の他に、四宮・前掲九頁。その他、田中耕太郎・前掲発起人責任論三七六頁、鈴木・前掲六九頁も参照。

なお、判例の中にも、信託法理を応用して理解しているものもある。例えば、京都地判・昭二九・八・二三三、下民五・八・一三三四は「本件の売買契約も、その人格なき組織体が締結したものと解する。但し人格がないのであるから、その名において権利を有し、義務を負うこととはできないから、財産(積極・消極ともに)は、總てその代表者Aに信託せられ、代表者は信託事務を処理するため、自己の名において、未登記会社のために、権利を有し、義務を負うものとしなければならない。』その他、神戸地判・昭三〇・一・二九、下民六・一・一三二、大判・大六・二・二八、新聞一二四七・三〇、大判・大六・一・九、新聞二六三〇・一一、朝高判・昭一三・一二・一三、評論二〇民四四七。その

他、大阪谷・前掲「判例に現われた信託の観念」(民商二二卷二二二頁、同一三卷二七四三頁、入江真太郎「従来の信託行為と信託法に於ける信託との關係を論ず」新報三八卷二六五―七九頁、参照。

(15) ちなみに、戒能通孝「無尺譜——講世話人の死亡と講の債權關係」前記判例批評(判民昭一五)三三頁は、解釈上信託關係の構成される場合にも、信託法の適用を肯定すべきとする判旨に賛成しておられる。

(16) Matland: *The Unincorporated Body* (from *Collected Papers* Vol. III.) pp. 272, 279; Cooke: *op. cit.* p. 86. 河合・前掲四四頁、四宮・前掲九頁、森泉・前掲勝本記念二〇五頁註五、蓮井・前掲政経論叢五卷三・四合併号三〇五頁、三一九頁、三三五頁、三四〇頁、三四四頁。

(17) 前記註6の図を参照。

(18) 四宮・前掲九頁、一五八頁註(二)参照。なお鍛冶・前掲法律論叢三五卷四・五・六合併号八〇頁参照。

(19) 入江・前掲二二頁、三淵・前掲一七頁、河合・前掲四四頁、四宮・前掲五〇頁、三苫茂「英法と対照して見たる日本信託の性質」法協四二卷四号五六九頁。

(20) Cooke: *op. cit.* p. 86 によれば、*mutual covenants between the members of the company (the shareholders) and the trustee selected by them* という、もともと、この場合において、*社団代表者選任以前の關係を考えてみると、受託者は社団設立の発起人もしくはその代表者とみる他なく、後の社団代表者選任によつて受託者が交替するものと考えなければならぬであらう。*

(21) 但し、信託法一四条及び前記三の註1参照。

(22) 入江・前掲二六頁、三淵・前掲二七頁、栗栖・前掲一一五頁、四宮・前掲四二頁。

(23) 四宮・前掲二四九頁、宮本・前掲論叢一二卷三三三―三三二頁、三四〇頁、大阪谷公雄「信託法に於ける受益期待權の成立に就いて」法学論叢二二卷五号七三〇頁註四、七三四頁。

但し、受益者の享受すべき信託の利益(信託法七条)を、単に經濟上の利益とみる(岩田「信託法新論」一三頁)場合には、權利能力なき社団自体を受益者とみることもあながち不可能ではないであらう。ただし、社団自体が独立の単一体と認められ、さらに、その利益追求のためには訴訟法上も当事者能力が認められている(民訴四六条)からである。

(24) 入江・前掲二八頁、四宮・前掲一四七頁。

(25) この点は、殊に会社の設立に関連して、発起人のなした行為の効果が成立後の会社に帰属する關係をいかに法律構成するかの問題として、いづれ稿を改めたいと考えている。その際、主として検討すべきは、云うまでもなく、現在の通説であるところの「同一性説(Identitätstheorie)」と信託的理解との比較である。なお、前記はしがきの註5及び後記註28参照。

(26) 信託行為当時、受益者が現存する必要のないことについては、信託法八条、信託業法規則七条二号、信託法案説明書(信託実務講座一卷)四八頁、同三九頁、入江・前掲二七頁、三淵・前掲三一頁、吳・前掲一〇七頁、栗栖・前掲二二七頁、岩田・前掲一三六頁、細矢・前掲二七

頁、三苫・前掲五八四頁、四宮・前掲四八頁、Stevens: op. cit. pp. 217 and note 79.

(27) 将来の法人(会社)を受益者と解する場合には、信託管理人(信託法八条)としては監事もしくは監査役(民五八・五九、商二七三)を考へるべきであらう。

(28) 田中誠二「会社法提要(全)」(昭三)三〇五頁。但し、同「会社法」(昭三)七七頁、玉井茂「法律上の地位と信託理論」法学新報三
八巻六号五五頁、平出・前掲二二三頁、鍛冶・前掲法律論叢三五巻四・五、六合併号八〇頁、なお、前記註25参照。

(29) この限りでは、権利能力なき社団の管理につき、社員にあらざる第三者を受託者としうる便宜、従つて社団の目的とする事業につき経営上最も適当と考へられる者を選任しうる便宜はあるが(宮本・前掲論叢二一卷五号六七二頁)、他方で、受託者たりうる能力の制限(信託法五条)がでてくる。

(30) 但し、信託の設定の際は、各出資者(委託者)がその出資(信託の目的物)を發起人ないしその代表者(受託者)に信託する関係であることは、前記した通りである(前記註20参照)。

五 責任の態様と限度

先に、権利能力なき社団の対外的関係はすべて代表者の窓口一本にしぼられ、代表者のみが直接責任を負担すると述べた。しかし、それだからと云つてすぐさま、社団債務に対して代表者が個人的責任を負うべきことにはならない。前述の如く、社団財産は法形式的には一応代表者に帰属するにしても、それは信託的に、従つて分別して管理されるのであつて、社団債務に対して先ず責任を負うべきは分別管理されている社団財産であり、第一次的には社団財産が引当となつてゐるわけである。

しかし、社団の債務、殊に社団財産によつては完済しえない社団債務⁽¹⁾に対して、各社員は間接にしろ無限の責任を負うか否か、次に代表者についてはその点どうであるかは、別に検討されなければならぬ問題である。

BGB 五四条により権利能力なき社団には組合に関する規定を適用することにしたドイツ⁽²⁾では、この点をどのように理解

してきているかという点、最初は各社員の直接かつ無限の責任が肯定されたが、後に判例は、定款によつて社員の責任を社団財産に限定した場合は無論のこと、かかる明文の定めのない場合でも社員の責任をそのように限局する黙示の約款が定款中に存するものと解すべきであるとした。⁽⁵⁾しかし、今日の通説は、これを不必要な擬制であるとし、権利能力なき社団の責任は、本来的な社団と社員との関係の目的・本質からみて当然に社団財産に限局されるべきであるから、従つて各社員は直接かつ無限の責任を負わないと解しているようである。⁽⁷⁾それ故、各社員としては、社団に対してのみ、しかも出資義務を限度とした・いわゆる間接・有限責任を負うにすぎないと考えられているわけである。

そして、我国の通説・判例によれば、我国の民法の解釈としても、これと違つて解すべき理由はないとされているのであるが、しかし、この点については反対説がないわけでもない。⁽⁸⁾

一つは、出資義務の有限性は必ずしも当然のことではない。何故なら、社員の損失負担義務は出資義務の一態様と考えられるべきであろうし、出資義務もいろいろに定めうるのであるから、従つて出資義務ないし損失分担義務の有限性は、非營利的か營利的か、また業務執行者の直接的責任が認められるか否か(ドイツ民法五四条参照)、資産の維持・充実に十分な保障があるか否かなどとの関係で、具体的に検討して決定しなければならぬという考え方であり、⁽⁹⁾二つは、社団債務が第三者に影響することであり、この種の団体をめぐる利害関係の最も対立する点でもあるから、当然に社団債務を限度とする有限責任が原則であるとするには疑問がある。即ち有限責任制度は現行法上では社団法人ですら一定のものに認められるのみであり(商一五七、二〇〇、有限会社法一七参照)、これを当然の原則とすることは著しく取引の安全を害する。従つて、むしろ無限責任を原則とし(商八〇、八一参照)、営利を目的としない社団にのみ有限責任を肯定すべきであるという考え⁽¹⁰⁾方である。

しかし、これらを検討してみると、いくつかの疑問が生じる。例えば、一つには、原則として無限責任であるという建前

は如何にして肯定しうるのか、もし取引の安全・相手方の保護を根拠とするならば、社員(11)の保護はどうなるのかという点、また他の一つには、もし、統一的な組織をもつ団体自体が取引を行うのであるということ及びそれが独自の社団財産をもつているという・いわば社団の本質から、責任の有限性を導くのであるならば、何故に営利社団については責任を限定しないことが許されるのかという点(12)、また他の一つには、営利社団と非営利社団とを区別するやり方は、この際、いかなる合理的根拠に基づいているのか、等々決して少くない(13)。

一方、諸般の事情を具体的に検討して責任の限度を決めるということは、とりもなおさず、社団に対する出資義務(ないし損失分担義務)の定め方如何にかかっていることになるわけであるから、各社員の責任は、一応社団に対する出資義務によつて限定されるという意味では、出資額を限度とした有限責任とみることが出来る。それ故、各社員(14)の責任については、いわゆる間接・有限責任として、結論的にはドイツ及び我国の通説と同様に営利社団と非営利社団とを分けないで考えて行くのが妥当であろうと思われる。そして、この理解は、前述の如く信託法理を応用した場合の・むしろ当然とも云うべき帰結と一致するのである(14)。

次に問題は、代表者個人(15)の責任についてはどうであるかという点である。ドイツ民法五四条二文には『権利能力なき社団の名においてなされた法律行為については、行為者自身も個人的な責任を負う』旨規定されている。云うまでもなく、これは取引の相手方保護を強化せんがための政策的な規定である(15)。

これについて、我国の学者は、立法論としては参考に値するが、明文の規定のない我民法においてはドイツ民法と同様に解することには難点があるかと云われている(16)。しかし、それでは、前述の如く社員の責任を間接・有限と理解したこととも関連して、相手方保護に著しく欠けることは云うまでもない。他方、それを肯定する見解もないようであるが、その根拠は明らかでない(17)。

そこで、この点をも信託法理を応用して考えてみると、社団の代表者が社団目的を遂行するために行った法律行為については、信託の受託者として現実の行為者であり、社団財産の信託的名義人でもある代表者自身が、第三者に対して人的債務を負担する⁽¹⁹⁾ということになる。

ただ、その行為が、社団のためにすることを示して⁽²⁰⁾（従つて社団の名において）しかも代表者の権限内において行われたときには、内部的に社団財産に対して求償することが出来ることは云うまでもない。信託法三六条もこのことを前提にして、代表者が自己の個人財産から第三者に社団債務を弁済したときは、信託財産（受益者）に対して求償しうるものとしていのである。

してみれば、社団の代表者は、外部に対する関係では、第三者保護・取引の安全のために、直接・無限の責任を負うものとみなければならないことになるのである。⁽²¹⁾⁽²²⁾そして、注意すべきは、右に述べてきたことは、（社団の内部規則に別段の定めがあればともかく、そうでない限り）営利社団と非営利社団とで、その適用従つて結論を異にすべき理由は全然ないということである。

もつとも、この代表者の無限責任負担は、前述の如く相手方保護のためであるから、相手方との特約によつて責任を社団財産に限定することは、必ずしも不可能ではないと思われる。⁽²³⁾その際問題となるのは、代表者（受託者）の責任の限定と第三者との関係であるが、善意の第三者に対しては對抗できないものと解すべきであらう。⁽²⁴⁾

以上を要するに、社団代表者の・社団の名においてなした「法律行為」に基づく責任は、信託法理を応用して考えれば、（内部的にはともかく）対外的には代表者個人のみが直接・無限の責任を負うものという風に理解すべきことになる。⁽²⁵⁾これは、「権利能力なき社団」の法律関係につき「信託法理」を応用して考察した結果、我国の従来の一般的理解と結論的に大きな差異が認められる点の一つである。

次に問題となるのは、社団代表者がその職務を行うにつき第三者に損害を加えた場合、その代表者の行つた「不法行為」に基づく責任は一体誰が、いかなる限度で負担するかという問題である。

この点については、権利能力なき社団の性質につきこれを組合に準じて考えようとしていた段階では、社団財産がその引当になるということは否定されていたが、団体として考える現在の一般的立場からはそれを当然のこととして肯定されている現状である。⁽²⁷⁾つまり、我民法において機関⁽²⁸⁾の不法行為に対する法人の責任を規定する四、四、条は、組織体の本質に適合する規定であつて、必ずしも法人格に必然的に結合するものではないとし、同条一項を類推して、権利能力なき社団は社団財産をもつてその責任を負うべきものと解するのが、現在の定説的見解となつている。⁽³⁰⁾

そして、民法四四、条一項の解釈論として、法人の責任とならんで、機関担当者自身の個人的責任をも認める通説・判例の立場に相応して、権利能力なき社団の場合にも、代表者の個人的責任をも合せて肯定している。⁽³³⁾

しかしながら、いわゆる法人実在説を前提に法人の不法行為能力を肯定し、民法四四、条を法人自身の不法行為に基づく自己責任の規定と解する限り、法人の不法行為責任と合せて同時に機関担当者個人の責任をも肯定することは困難である。⁽³⁵⁾⁽³⁶⁾

しかるに、多数の学説は、(法人の不法行為能力を認めつつ)「機関の行為の二面性」を主張することによつてそれを肯定せんとするが、不法行為についてのみ法人の行為と機関担当者個人の行為との二面性を承認する根拠はない。⁽³⁶⁾

また、一説によれば、法人の不法行為能力を認めると同時に機関担当者個人の責任をも合せて認めんとすることは、我々の規範感情に合致するものであるし、あるいは、民法七、一、五、条との権衡上、⁽⁴⁰⁾からしても、認められるべきであるというが、⁽⁴¹⁾いずれも、先的前提をとる限り、制定法の解釈論からは困難である。

してみれば、民法四四、条に関連して法人の不法行為能力を肯定する限り、法人の行為は同時に機関担当者個人の行為ではありえないとして、同条適用の場合には機関担当者個人の責任を否定する⁽⁴²⁾のが必然の論理の筈であるが、これが相手方(後

害者⁽⁴⁴⁾の保護に著しく欠けることは今さら云うまでもない。⁽⁴⁵⁾しかも、この点は、権利能力なき社団の場合について考えてみると、法人の場合以上に強調されなければならない。何故なら、社団財産のみを引当とする場合にも拘らず、社団組織の公示は欠けており、しかも前述の・公示に関する実務的取扱によれば、一体どこにどれだけの社団財産が存在するのかは全く知ることが出来ないからである。

もしそうとすると、この場合、相手方保護のために——しかも権利能力なき社団の場合については特に要請されるところの・機関担当者個人⁽⁴⁶⁾の責任を認めるためには、何らかの別の理論構成を必要とする。そして、一つには、社団自身の「不法行為」を否認して、機関担当者の本来的な個人責任を前提し、民法四四四条を他人の行為に基づく責任として構成することが考えられるが、⁽⁴⁶⁾ここで今一度「権利能力なき社団の法律関係」に応用すべき「信託法理」を検討してみる。

信託法上は、受託者が信託目的遂行上おとした不法行為（及び債務不履行）については、信託財産は全然責任を負わず、単に受託者のみが第三者に対して責任を負うものと考えられている。すなわち、『信託法一六条によつて信託財産に対して強制執行または競売することのできる権利は、信託事務の適法な処理につき生じた権利でなければならないから（入江・四〇頁註一）、受託者が故意過失に基く違法な行為によつて他人に生じさせた損害については、信託財産は賠償責任を負わない。しかも、受託者が賠償しても、三六条の「信託事務ヲ処理スル為自己ニ過失ナクシテ受ケタル損害」に当らないことは、いうまでもないから、受託者は信託財産に対して求償することもできない。かように信託財産は受託者の違法行為によつては、第三者に対していかなる責任も負わないのである。⁽⁴⁷⁾そして、これは『信託が受託者に対する信頼を重視するからで、この原則は、信託財産の信託目的による拘束がきわめて嚴重で管理者の違法行為はすべて権限踰越行為として管理者個人のみ⁽⁴⁸⁾の責任を発生させる、ということにはほかならない』といわれている。

それ故、この信託法理を応用するならば、社団代表者がその職務を行うにつきおとした不法行為に基づく責任は、社団財

産を引当とするのではなくて、不法行為をおかした代表者のみが無限の責任を負うべきこととなる。⁽⁴⁹⁾⁽⁵⁰⁾

してみれば、「権利能力なき社団」につき「信託法理」を応用して考察した結果、従来の一般的な理解と最も大きな差異を示す点は、この点にも認められることになる。

こうして、権利能力なき社団に関する責任関係を、まず法律行為に基づく債務につき、次に不法行為に基づく賠償義務につきみてきたが、いずれも、対外的には代表者の窓口を通して一本にしぼられている点は、先にみてきた社団財産（積極財産）についてと全く同じであり、しかも、これは財産帰属の公示方法とも対応し、それらがすべて相互に見合っている点で、右の理解が統一的なものとなるのである。

(1) 但し、社団の行為がA代表者名義のとき、それに基づく債権者は、B代表者名義の社団財産に対しても差押をなしうる（石田・前掲四六頁参照）点については前述した。

なお、この点についても、信託法理を応用すれば、「共同受託者の連帯責任」（信託法二五条）を適用もしくは類推して適切な解決がえられるであらう。

(2) 普通法時代のそれについては、Enneccerus=Nippertey: a. a. O. S. 691 f. 参照。

(3) 組合員の場合に準じて考えれば、無限責任は当然である。なお、菅原・前掲法学論叢九卷六号五八頁参照。

(4) RGZ. 85, 260; 90, 177; 143, 216.

(5) かかる制限を有効とした判例としては、RGZ. 63, 62 ff. 但し、菅原・前掲五九頁は、この制限は善意の第三者には対抗力なしという。

なお、富山・前掲七五頁によれば、英法においても、代表者がその権限内てなした行為については社員が連帯して無限責任を負うが、ただ責任を団体財産のみに限定する旨を内部規約で定めると、それは代表者（agent）の権限を制限するものと解釈され、団体財産の額を超える部分についてはagentの権限外のものとして社員は責任を負わない。しかしその際にもエントラッペルの法理により、善意者との関係では責任の限定を対抗しえない、という。

(6) Boehmer: a. a. O. S. 178 f. und dort zitiert. Habscheid: a. a. O. S. 406 und Anm. 99. RGZ. 74, 317 ff. (aber 90, 173 ff.) 及び Enneccerus=Nippertey: a. a. O. S. 706 f. und Anm. 56 f.

(7) Enneccerus=Nippertey: a. a. O. S. 691 f. und S. 701. Boehmer: a. a. O. S. 179 f. Habscheid: a. a. O. S. 410. 柚木・前掲民法演習六八頁参照。

(8) 柚木・前掲六八頁、福地・前掲四九〇頁、東京高判・昭三四・一〇・三一、下民一〇・一〇・二三三五。

(9) 於保・前掲二五頁、なお、Enneccerus-Nipperdey: a. a. O. S. 701 ff. Insbesondere 706 ff. によれば、非営利社団にあつては、社団自体が団体的な組織をもつて取引を行うのであり、社員の財産とは別個独立の社団財産があることから、有限責任を認め、営利社団にあつては、ドイツの商取引社会が無限責任を原則とする建前であることから、特に債権者保護の規定(例えば株式会社ならびに有限会社における資本充実・維持)があればともかく、さもなければ、無限責任を認めるべきと説く。

しかし、BGB § 54 S. 2 には、明らかに相手方保護の規定があるものであるから(Enneccerus-Nipperdey: a. a. O. S. 706 f. Boehmer: a. a. O. S. 180)、右の説明は営利社団についてだけ無限責任を認めるための根拠としては薄弱である。

(10) Boehmer: a. a. O. S. 179 f. に紹介するStollの見解、Habscheid: a. a. O. S. 407 ff. 保任昭一「ハンク・シューマン著『権利能力なき社団の責任について』法律論叢三三巻四号一二八頁」及び一四一頁(Hans Schumann: Zum Haftung der nichtrechtsfähigen Vereine 1956, S. 11 ff. 20 ff. 61 ff.)、同「組合と社団」綜合法学三七六年六月号三三頁、およびEnneccerus = Nipperdey: a. a. O. S. 706 f. も同旨。なお、石田・前掲五三頁は、営利社団には商事会社殊に合資会社に関する法規を類推して、普通社員の有限責任を、業務執行社員の無限責任を認めることにより、債権者の保護ができるという。

(11) なお、社員の利益と社団債権者の利益との比較については、保任・前掲法律論叢一二三七頁参照。

(12) 前記註9参照。

(13) Boehmer: a. a. O. S. 180. 以下の区別に反対「*op. cit.*」

なお、Habscheid: a. a. O. S. 407 ff. によれば、債権者の信頼保護のために(§ 41 参照)、両者を区別すべきであるとし、非営利社団では債権者は社員の無限責任を期待しておらず、一方、営利社団では株式会社及び有限会社設立の手続をとらないでいて有限責任を認めることはできないという。また、保任・前掲一三九頁によれば、非営利社団の「社員は何等の利益をも取得しないから、その引受けた出資または社団財産に対する社員の持分に比較してそれ以上の責任を要求することは酷だからである」という。

しかし、非営利社団では債権者ははたして社員の無限責任を期待していいないのであるか。また、営利社団においても、利益を社員に分配することは、必然でもまた必要でもないのではあるまいか(津田利治「会社法の大意上」三七頁。但し、通説は社員への利益分配を営利観念の一要件とする)。

(14) 但し、宮本・前掲法学論叢二二巻五号六五五頁によれば、英米法における権利能力のない株式組織の社団にあつては、社員の責任は、原則として間接無限であるという。

(15) Enneccerus-Nipperdey: a. a. O. S. 706 f. Boehmer: a. a. O. SS. 171 und 180.

(16) 柚木・前掲民法演習六九頁。なお、東京高判・昭三四・一〇・三一、下民一〇・一〇・二三三五は「取引の相手方に対し、機関や社員が直

接に権利義務を負うものではない」という。

(17) ちなみに、*Enneccerus=Nipperdey: a. a. O. S. 707* によれば、非営利社団につき有限責任を認めても BGB 五四条二文によって行為者自身が責任を負うから、相手方保護に欠けることはないという。

(18) 福地・前掲四九〇頁及び柚木・前掲民法演習六九頁参照。

(19) 信託法学説によれば、信託財産から当然に生ずる諸経費や信託事務を処理するための費用などについては、受託者が第三者に対する債務者となること信託法上予定されている(信託法二五条後段・三六条)。相手方保護の趣旨であることは言うまでもない(四宮・前掲二五頁、同「信託法における信託違反受託者の賠償責任の性質」我妻記念論集上四六五頁)。なお、社団の内部関係については信託法一九条参照。その他、宮本・前掲六六四頁、参照。

(20) 効果の帰属が異なることから、行為の形式に注目しなければならないことについては、北沢・前掲「設立中の会社」二二五頁、鍛冶・前掲三五卷四・五・六合併号・八九頁及び九一頁！

(21) それ故、四宮・前掲二六頁、一一五頁、一三八頁、同(我妻)四六六頁によれば、受託者の債務は、外部に対する関係で信託財産の信用能力の不足を補うために、信託財産と並んで一種の連帯債務(負担部分のない連帯債務類似の債務、ことに四宮・前掲二七頁註(二)参照)を負わされたものという。

しかるに、前記・京都地判・昭二九・八・二三、下民五・八・一三三四は、信託を応用しながら、なお『敗訴の場合、その信託された財産を以てのみ弁済の義務があるもので、自己の本来の個人財産を以て弁済の義務に服する必要はない』とし、責任の有限性を説くが、信託法理とは相容れないという他ない。なお、その他、代表者個人は責任を負わないとするものに、大阪地(民一六)判、昭二六・二・一〇、タイムズ一・六二、東京高判・昭三四・一〇・三一、下民一〇・一〇・三三三四。

(22) この理解は、取引の安全を重視したものであることは無論であるが、見方によれば、代表者としては社団財産の価格を考慮して債務を負担すべきであり、それを怠つた以上自ら負担を負うのはやむをえないとも考えられる。

(23) 四宮・前掲一三八頁、同(我妻)四六六頁。なお、同四六八頁註五によれば英米法においても同様であるという。

なお、責任の限定の仕方について、*Enneccerus=Nipperdey: a. a. O. Ann. 56 und 57 (S. 706)*、*Boehmer: a. a. O. S. 177 ff. insbesondere S. 181*、参照。

(24) 柚木「判例民法総論上」三七七頁、菅原・前掲九卷六号四六頁、石田・前掲四二頁、福岡高(民四)判、昭三三・二・二四、民集一〇・一・六三九(時報一四九・一四、新聞九二・一一)等は、民法五四条の類推を認める。なお、代表者の権限に加えた制限として、民法一一〇条あるいは一一七条の類推も認められよう(四宮・前掲一一五頁及び一一六頁の註(一))。さらに信託法三一条及び四宮・前掲二六頁、一一六頁、一三八頁、同(我妻)四六六頁参照。

(25) として、このことは、法人設立の効用とされる(四宮・前掲(我妻)四六六頁、同四六八頁註四によれば Rhode: Juristische Person und Treuhand, S. 12) 責任の限定が、権利能力なき社団の場合には認められないことを意味し、同じ社会的実体をもちながら、法人格の有無といふ、すぐれて法律的形式的(法形式的)な差異の現われた、いわば「権利能力なき社団」と「社団法人」とを区別する一つのメルクマールになりうるであらう。

(26) 菅原・前掲九卷六号六一頁。

(27) 於保・前掲二五頁。

(28) 機関の行為に対する法人の責任に関する比較法的研究として、岡松參太郎「無過失損害賠償責任論」八五頁。

(29) 民法四四一条一項にいう「理事其他ノ代理人」は機関をいうものと解すべきである(末弘「機関関係の理論的考察」続民法雑誌七四頁、上柳「会社の能力」株式会社法講座一卷二〇七頁、服部「法人の不法行為能力」我妻記念論集中五四〇頁、石井編「法律学演習講座・商法上」三七九頁、大(民三)判・大六・四・一七、民録三三・六九〇(松本丞治・商法判例批評録・大十二年三〇八頁)は賛成)、Enneccerus=Nippertey: Bd. I, Halbbd. 1, §110 I, Anm. 3 (S. 661); Oertmann: Komm. zum BGB, Anm. 8 zu §31。代表機関に限定すべき根拠は認められない。但し、多数の学説及び判例は反対(例えば、富井政章「法人ノ不法行為能力」法協三四卷一〇号一頁、松本「人・法人及物」三二四頁、我妻・前掲一四三頁、柚木「代表機関の行為に対する法人の責任」民商二四卷四号三三頁、末川「民法上」四八頁、田中耕太郎「改訂会社法概論」六六頁、米沢・前掲三四頁)、その他。また判例としては、大判・大九・六・二四、民録二六・一〇八七(菅原卷二「不法行為と代理との関係及び民法第四四一条一項の趣旨」論叢八卷四号八四頁)は賛成。その他、東京地判・昭九・一〇・二三、評論三三、民一一五〇。また、Staudinger-Riezler: Komm. zum BGB, Bd. I (1925) Anm. 4 zu §31(S. 214); v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I (1910) S. 538 を参照)。

(30) 例えば、柚木・前掲民法演習六九頁、保住・前掲三二頁、福地・前掲四八九頁、石田・前掲五四頁。

なお、Enneccerus = Nippertey: a. a. O. S. 708 f. によれば、ドイツの今日の通説(及び OLG)は、我民法四四一条一項に相当する BGB §31 の類推を認める。根拠とされているのは、権利能力なき社団の理事が団体法(Verbandsrecht)に基く機関的地位(organartige Stellung)において、対内的には社団の業務執行を、対外的には社団の代表の職務を行うものであることにある(なお、保住・一四五頁によれば「BGB 三二一条の立法政策の目的は、特別財産の管理から利益を得るものは、管理者の責任において惹起された損害をも負担すべし」という衡平の観念である)から、権利能力という資格によつてその適用が制限されるのではないと説明されている。なお、Habscheid: S. 410, Boehmer: S. 182 und dort zitiert 参照)。そして、責任の限度は、違法行為によつても、適法行為におけると同様に、営利社団にあつては無限、非営利社団にあつては有限と解すべきである(Enneccerus=Nippertey: Anm. 73 [S. 710], Anm. 76 [S. 712], Anm. 58 und 59 [S. 707] 保住・一四五頁参照。ただし、Habscheid: S. 410 f. は適法行為の場合とは違つて、兩者を区別すべきでないがごとく)。

但し、BGB § 31 の類推については、以前の通説及び今日なおライヒ裁判所の判例は、これに反対している (Einnecerus = Nipperdey: S. 708. Boehmer: S. 182 und dort zitiert. 保住・一四二頁参照)。この点については後述。

(31) 石田「現行民法総論」一四〇頁及び米沢明「会社の不法行為能力についての一考察」法と政治七卷三号五二頁を除いて、殆んど定説と云つてよい。しかしながら、何を根拠としてこの「二重責任」を肯定するかについては、後述するように種々の見解の相違がある (後記註37以下参照)。

(32) 大判・明三九・一〇・三、民録二二・一六七、同・昭七・五・二七、民集一一・一〇・一〇六九 (川島武宣・法協五〇巻二二号二四三〇頁、判民昭七・二七六は賛成)、東京地判・昭二九・六・二二、下民五・六・八九九、青森地判・昭二〇・六・六、訴訟月報一・五・六九。但し、大判・明三九・一〇・三の控訴審たる東京控判・明三九・五・一五、新聞三五八・二三ならびに東京控判・昭六・一二・二二、民集一一・一〇八八参照。

(33) 柚木・前掲民法演習六九頁、保住・前掲三一頁、福地・前掲四八九頁、Einnecerus = Nipperdey: a. a. O. Bd. I Halbbd. 1 S. 665 und Anm. 19
(34) 富井・前掲八頁、鳩山「日本民法総論」一四七頁、我妻・前掲一四三頁、我妻・有泉「コンメンタール民法総則」七一頁、末川・前掲三七頁、松本「日本会社法論」四七頁、田中耕太郎・前掲六六頁、田中誠二「会社法」二二頁、大隅健一郎「全訂会社法論上」四〇頁、松田二郎「新会社法概論」二六頁、石井照久「商法 I」一二七頁、大森忠夫「改訂会社法講義」一七頁、その他多数。

(35) 石田・前掲総論一四〇頁、柚木・前掲論文二二六頁、同・前掲書三六二頁、片山金章「法人ノ損害賠償責任ト機関組織者個人ノ責任」新報三四卷八号一〇六頁、上柳・前掲一〇六頁、川島・前掲書二七六頁、穂積重遠「民法総論」二二二頁、服部・前掲松本記念一四四頁、私法学会シンポジウム「法人の代理と代表」私法二三号一二頁、米沢・前掲五二頁、森泉・前掲勝本記念二二三頁。

(36) なお、柚木・前掲論文二二六頁、同・前掲書三三三頁、三宅正男・判民昭一五・九六頁は、民法四四条について機関の権限外の行為による場合は機関担当者個人の不法行為に基づく法人の無過失責任を認めたものと理解するから、この限りでは二重責任は肯定しうるが、権限内の行為による場合には、問題は同様である。

(37) 富井・前掲一六一〇頁、牧野英一「法人の責任と行為者の責任」法協三四卷四号六六五頁、鳩山・前掲一四八頁、我妻・前掲一四五頁、我妻・有泉「民法 I」七四頁、末川・前掲三八頁、舟橋諱一「民法総則」七四頁、松本・前掲五〇頁、田中誠二「新会社法論上」六五頁、石井・前掲一二七頁、大隅・前掲四〇頁。

(38) 不法行為については「二面性」を肯定しながら、何故に適法行為についてはそれが持出されないのかという批判 (石田・総論一四〇頁)、服部榮三「会社の権利能力・行為能力及び不法行為能力」松本記念論集一一四頁、同・前掲我妻記念三五九頁、米津昭子「会社の目的外の行為の効力」本誌二六卷四号五六頁、本間輝雄「会社の不法行為能力」私法二四号一四四頁) が仮りに当らない (舟橋諱一「民法総則」七六頁、同「法人の不法行為と機関個人の責任」法政研究一三卷一号一二三頁) 及び米沢・前掲五三頁によれば、適法行為については私的自治の原

則により機関関係の二面性の存在する余地はないとする。なお、富井・前掲一四頁も同旨か」としても、不法行為における機関の行為の二面性が根拠づけられたことにはならない。(米沢・前掲五三頁も結論的に同旨)。

(39) 米沢・前掲五五頁参照。

(40) 舟橋・前掲書七六頁、同前掲論文二二三頁、なお、上柳・前掲一〇七頁註六参照。

(41) 米沢・前掲五五頁。なお、Bealmer: a. a. O. S. 184 は、合目的に肯定しうる旨説している。

(42) 石田・前掲総論一四〇頁、米沢・前掲五四頁、永田「新民法要義Ⅰ」一六二頁、東京控(民三判・明三九・五・一五、新聞三五八・二三)。

(43) 本間・前掲一四四頁。

(44) 上柳・前掲一〇七頁註六によれば、右の推論は論理的には明解であつても、その結論は法人でない単なる被用者の業務執行中の不法行為の場合(民七一五参照)と比較して、権衡を失すると批判されている(同旨、本間・一四四頁)。また、舟橋・前掲論文一七七頁によれば、「二面性説」は被害者の保護を厚くせしめるという結果の妥当性から考えられたものであるという。その他、穂積・二二三頁、米沢・五五頁、本間一四四頁参照。

(45) そこで、判例はもつばら結果の妥当を期し、二重責任をむしろ当然としている(前記註32、その他、片山・一〇六頁、穂積・二二三頁、舟橋・論文四一九頁等参照)。

(46) 法人擬制説の立場からすれば、これはむしろ当然の帰結である(梅謙次郎「民法原理」二〇一頁、二上兵治「不法行為ニ基ク法人ノ責任」法学大家論文集・民法之部上二三九頁、岡松参太郎「民法理由」九〇頁、同「民法総則講義」七九頁、川名兼四郎「民法総論」一九八頁、中島玉吉「民法積義一卷」二七二頁、松本・前掲五一頁の註一八頁参照)。なお、民法四四條の沿革については、原田・前掲法協五七卷四号六二二頁参照)しかし、実在説の立場から、法人の行為能力は認めながらも、不法行為能力を否認する見解もあることは注目に値する。川島・前掲二七二頁、近藤「民法大綱(総則)」一七三頁、服部・前掲松本記念一三三頁(但し、九九頁を参照)、同我妻記念五三九頁、上柳・前掲一〇六頁、石井編・前掲三七九頁、実方正雄「会社法学Ⅰ」五一頁、本間・前掲一四三頁、(森泉・前掲勝本記念二二三頁も同旨か)、なお、柚木・前掲論文二二六頁参照。

(47) 四宮・前掲書二二頁、同、我妻記念四六七頁。

(48) 四宮・前掲書二二頁、二五頁、二七頁、同我妻記念四六七頁。

(49) ちなみに、ドイツでは、この場合、先に紹介した通説(前記註30)と違つて、BGB § 31ではなくて、我民法九一五條に相当するBGB § 831を準用すべきであると、従つて社員は責任が社團財産に限定されることを主張しえなうとするのが、かつての通説であつたし、現在のライヒ裁判所の判例である(前記註30の他、柚木・前掲民法演習に掲げるRGZ. 91, 74; 135, 244; JW. 33, 423参照)。但し、これに対しては、保住・前掲一四二頁参照。

(50) 英法では、法人格なき団体の不法行為責任は、法人の場合と同様に servant の不法行為についての manager の責任と考えられており、この不法行為責任については、それを団体財産の範囲に限定することは許されないとされる(富山・七六頁)。

してみれば、ここで一つ考えられることは、このように信託法理的に代表者に不法行為責任を認める場合においても、なおさらに、民法七一五条によつて、社員に責任を認めうる場合がありうるのではないかと云うことである。もしそうとすると、その限りで被害者の保護は一層厚くなる。

六 あとがき

要するに、「権利能力なき社団」における法形式と社会的実体とのくいちがいに着目し、それに対応する「信託法理」を応用してその法律関係を検討してみると、「権利能力なき社団」の財産帰属関係と公示方法とは、対外的には代表者の窓口を通じ、社団代表者の肩書を附してこれを行うべきものであるから、結局、対外的な法律関係は代表者の窓口一本にしほられ、極めて簡潔なものとなり、この限りで「法人」制度に著しく近づくが、他方、その責任関係は、「社員」については間接・有限責任を認めうるにしても、「代表者」については直接・無限責任(ただ、法律行為的責任についてのみ内部的に求償しうる場合があるにすぎない)を認めないわけにはゆかないから、この点で法人における法律関係とは根本的に相違することがわかる。

ところで、民法三三条以下の立法趣旨をふりかえつて法人制度の出発点を思い返してみると、法人に非ざるものの法律関係がある程度、個人法的になることはやむをえない、というよりもむしろ当然のことであつた筈であり、相手方を害するおそれを取り除くためには代表者に個人的無限責任を課する以外に適切な方法はなかつた筈である。一方、団体自体の単一的独立性と構成員の個性喪失とは対外的法律関係における単一化を要請する。

結局、社団法人とは社団である点で同じく、法人でない点で異なる「権利能力なき社団」の法律関係をそのままその通りに的確に把握して規律しようとするれば、右に述べてきた如く「信託法理」を応用して考察するのが最も適切と考えられるのである。