

〔論 説〕

民法改正後の民法上の組合と権利能力なき社団

— ドイツにおける権利能力なき社団論の現代的展開とともに —

後 藤 元 伸

目次

- I 緒論～2017年民法改正後の民法上の組合と権利能力なき社団～
- II 民法改正後における民法上の組合に関する新たな解釈論
 - 1 組合の債権者に対する責任関係（民法675条）
 - 2 組合員個人の債権者による権利行使の禁止（民法677条）
 - 3 権利能力なき社団論への影響
- III ドイツにおける権利能力なき社団論とその現代的展開
 - 1 権利能力なき社団論の成立と従前の通説的見解
 - 2 権利能力なき社団論の変容
 - 3 権利能力なき社団論の現代的構成
 - 4 構成員の責任制限のための法律構成
- IV 組合規定の改正に伴う権利能力なき社団論の現代的変容
 - 1 民法における組合規定の一般法的性質
 - 2 権利能力なき社団論の現代的変容
 - 3 構成員の個人的責任に関する法律構成
 - 4 代表権の制限と構成員の個人的責任の不発生
 - 5 総括：権利能力なき社団への組合法の適用論

I 緒論～2017年民法改正後の民法上の組合と権利能力なき社団～

2017年民法改正は、民法制定以来の主要な大規模改正をなすものであり、そこには、新たな規律を生み出そうとする意欲的な改正もかなり見られるが、従来の「一般的な理解¹⁾」ないし解釈を明文化したにすぎないとされる改正も多く見られる。2017年民法改正は、民法667条以下の民法上の組合に関する規定にも及ぶものであったが、そこでは、一般的な解釈を明文化したにすぎないとされるものがほとんどである。

もっとも、立案担当者や立法過程での意図が一般的な解釈の明文化にとどまるものであったとしても、それは現行法を解釈する上での参考資料となるにすぎない。また、暗黙知かもしれない一般的な解釈の明文化は字面ほど容易なものではないであろうから、法律に明示されるに至った

1) 「一般的な理解」の明文化は、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）」に頻出する表現である。

規定の文言・表現が従来の一般的な解釈をどの程度反映しているかについては、それこそ解釈の余地がある。

こうした中であって、改正後の組合規定の中には、従来の一般的な解釈の明文化のように見えて、実は、組合法に関する法発展を促すような新たな解釈をなしうる規定が、随所に見受けられる。次のⅡ節において論じるところであるが、そのような組合規定としてたとえば、組合財産および責任関係に関する規定である民法675条および民法677条が挙げられよう。

組合の債権者が組合財産について権利行使することができることを定める民法675条1項、および、組合員個人の債権者が組合財産について権利行使することはできないことを定める民法677条は、2017年民法改正において新たに設けられた規律であるが、ともに従来の一般的な解釈を明文化したものにすぎないとされている²⁾。しかしながらそこには、現状維持のように見えて、実は組合規定の解釈にあたっての転機を見出すことができるものがあるように思われる。

すなわち、民法675条1項および民法677条により、組合財産が組合の債権者のための排他的責任財産であることが明文の規定をもって定められるに至ったものと解釈することができ、今や組合財産の一定程度の独立性（組合員の個人財産からの分離）を語ることも不可能ではない。団体の債権者のための排他的責任財産の設定は、法人の法人格の属性の第1のものであり、それを民法上の組合も有することが、民法の明文規定となっているものと見ることもできる³⁾。

組合財産ないし民法上の組合の、組合員の個人財産からの分離ないし組合員個人からの一定の独立性を言うことができるものとすれば、責任関係においても、民法上の組合の責任を独立させ、組合員個人の責任を否定すること（組合員の有限責任）も背理ではない。これに対して、民法675条2項本文が、そうではないものとし、組合員の個人的責任（組合員の無限責任）を特に定めていると解することができる⁴⁾。従来解釈からすれば、民法675条2項（2017年改正前民法675条）は各組合員に対する組合の債権者の権利行使割合を定める規定であり、その前提として組合員の個人的責任が発生することが含意されているにすぎないところである⁵⁾。

以上のようにして、2017年民法改正に伴い、民法上の組合に関する解釈論的進展が可能であるとするならば、権利能力なき社団に関する議論もまた再考を迫られるものと考えられる。なぜなら、伝統的な権利能力なき社団論は、組合法が権利能力なき社団にふさわしくないことから立論していたからである。

改正後の組合規定については、組合財産を組合の債権者のための排他的責任財産とする民法675条1項と民法677条を代表として、むしろ権利能力なき社団に適用するにふさわしい規定が存在するに至ったと言えるのではないか。なにしろ、権利能力なき社団の財産がもつばらその債権者の

2) 法制審議会民法（債権関係）部会資料75A・45頁、山本豊編『新注釈民法（14）債権（7）』（有斐閣、2018年）558頁、573頁〔西内康人〕。

3) 山野目章夫編『新注釈民法（1）総則（1）』（有斐閣、2018年）657-658頁〔後藤元伸〕、松岡久和＝中田邦博編『新・コンメンタール民法（財産法）〔第2版〕』（日本評論社、2020年）1142-1143頁〔後藤元伸〕。

4) 後述Ⅱ1(2)参照。

5) 山本編・前掲注(2)559頁〔西内〕。

ための責任財産となっていることを、民法675条1項と民法677条を適用し、法律の規定に根拠付けて法律構成をすることができるのである。

内部関係については、社団法人の規定が、法人格を前提とするものではないことから、権利能力なき社団に類推適用されるとされてきたが⁶⁾、組合の規定を類推適用してもよいような権利能力なき社団もあり、社団法人の規定と組合の規定を使い分けて類推適用すべきだともされてきた⁷⁾。対外関係についても、改正後の組合規定から生じた新たな解釈論から、組合法の適用を基礎として同様のことを言えるのではないかというのが本稿の最終節Ⅳにおいて論じる事柄である。

以上のような解釈論・法的構成論のアイデアの源泉として、ドイツ法における権利能力なき社団論の現代的展開を参照している。日本の権利能力なき社団論は、従前のドイツ学説を継受したものであったが、権利能力なき社団に関するドイツ学説は、民法上の組合に権利能力を認めた最上級審の判決以降、決定的に転回し、民法上の組合に権利能力を承認するのみならず、「権利能力なき社団」にも権利能力を承認するに至っている。ドイツでは、民法上の組合に関する法状況の変容によって、権利能力なき社団に関する法状況もまた大きく変容し、従前の権利能力なき社団論はまったくもって旧式モデルとなったのである。ドイツにおける現代的な権利能力なき社団論の生成と展開についてはⅢ節において概観する。

Ⅱ 民法改正後における民法上の組合に関する新たな解釈論

1 組合の債権者に対する責任関係（民法675条）

(1) 組合の債権者に対する責任財産としての組合財産（民法675条1項）

民法675条1項は「組合の債権者は、組合財産についてその権利を行使することができる」とし、総組合員に共同的に帰属する組合財産（民法668条）が組合の債権者のための責任財産であることを定める。現行の民法675条1項の規律内容は、2017年改正前には、明文の組合規定としては存在しなかったものであるが、すでに一般的であった解釈を明文化するにすぎないものとされている⁸⁾。

しかしながら、民法675条1項によって組合財産が組合の債権者のための責任財産であることが明定されているがゆえに、民法675条2項本文および民法677条とのコントラストないし結びつきにおいて、以下で見ると、組合財産の組合員の個人財産からの一定程度の分離・独立が明確にされるとともに、組合員の個人財産による責任（個人的責任）もまた明確にされていると解釈することが可能となっている。

6) 我妻栄『新訂 民法総則』（岩波書店、1965年）133頁、幾代通『民法総則（第2版）』（青林書院、1984年）145頁、147頁、林良平＝前田達明編『新版 注釈民法（2）総則（2）』（有斐閣、1991年）83頁〔森泉章〕。

7) 幾代・前掲注(6)147頁、林＝前田編・前掲注(6)76頁、84頁〔森泉〕、平野裕之『民法総則〔第3版〕』（日本評論社、2011年）45頁。

8) 前掲注(2)部会資料75A・45頁、山本編・前掲注(2)558頁〔西内〕。

(2) 組合員の個人的責任（民法675条2項本文）

民法上の組合における組合債務の合有的帰属、および、組合員の個人的責任については、従前、次のように説明されてきた。

すなわち、持分処分制限（民法676条1項）や分割請求の禁止（民法676条3項。2017年改正前同条2項）などの属性から、組合財産の共有をいわゆる合有であると解した場合⁹⁾、合有財産である組合財産、および、組合員の個人財産がともに、組合の債権者の債権の引当てとなることが、組合債務の合有的帰属の特徴であるとされている¹⁰⁾。

また、組合員の個人財産を引当てとする組合員の個人的責任については、自己の財産を運用した結果としての無限責任の原則によるものであるとされる¹¹⁾。民法675条2項（2017年改正前民法675条）は、各組合員に対する組合の債権者の権利行使の割合を定めるのみであり、組合員の個人的責任はその前提とされているにすぎないものと解されている¹²⁾。

しかしながら、民法675条2項本文は、2017年民法改正によって設けられた同条1項との対比から、組合債務についての組合員の個人的責任を直接に規定する規定であると解すべきである。民法675条1項に続けて、それとは別に同条2項本文が存在することは、債務の合有的帰属における組合員の個人的責任が明文化されているものと言える。民法675条1項によって、組合の債権者は、「組合財産についてその権利を行使することができ」、同条2項本文によって、「組合員の各組合員に対して……その権利を行使することができる」とされているのである。2004年民法改正により付加された民法675条の条文見出しが（組合員に対する組合の債権者の権利の行使）であり、また、2017年民法改正後の同条の条文見出しが（組合の債権者の権利の行使）であることから正統化することができる。

このように、民法675条2項（2017年改正前民法675条）が組合員の個人的責任を前提とはしているが、直接に規定しているのは、組合員の個人的責任の割合であるとの理解は、次の段階へと推し進められるべきである。民法675条1項（および民法677条）が組合財産を組合債権者のための責任財産であることを規定し、組合員の個人財産からの組合財産の一定の分離・独立を示すものとするれば、組合債務の引当ては基本的に組合財産であり、組合員の個人財産を引当てとする組合員の個人的責任は、例外的に民法675条2項本文が明文をもって特に規定しているとの解釈も今や可能であると言えよう¹³⁾。

9) 我妻栄『債権各論 中巻二』（岩波書店、1962年）802頁、803頁。

10) 我妻・前掲注(9)809-810頁、同『新訂 債権総論』（岩波書店、1964年）382頁、鈴木祿彌編『新版 注釈民法（17）債権（8）』（有斐閣、1993年）83-84頁〔品川孝次〕。

11) 横俣次「組合員の責任」契約法大系刊行委員会編『契約法大系 V 特殊の契約（1）』（有斐閣、1963年）157頁。

12) 我妻・前掲注(9)809-810頁、812頁、山本編・前掲注(2)559頁〔西内〕。

13) 山野目編・前掲注(3)658頁〔後藤〕、松岡＝中田編・前掲注(3)1140頁〔後藤〕。合名会社に関して、上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編集代表『新版 注釈会社法（1）』（有斐閣、1985年）273頁〔大塚龍児〕参照。

2 組合員個人の債権者による権利行使の禁止（民法677条）

(1) 組合員個人の債権者による組合財産に属する個別財産に対する差押え等の権利行使の禁止

民法677条は、「組合員の債権者は、組合財産についてその権利を行使することができない」とし、組合員個人の債権者が組合財産に属する個別財産に対して差押え等の権利行使をすることを禁止している。2017年民法改正前は、組合員による持分処分の制限（＝持分処分の禁止¹⁴⁾）をいう民法676条1項から、組合員個人の債権者による、組合財産に属する個別財産に対する組合員の持分（個別的持分）の差押えの禁止が導かれていた¹⁵⁾。現行の民法677条は、この従来からの一般的な解釈を明文化したにすぎないとされている¹⁶⁾。

しかしながら、組合員個人の債権者による組合財産の差押禁止（それゆえ、個別的持分の差押えも禁止）が、民法677条という明文規定によって定められるに至ったことは、組合財産の共同的帰属（合有）の準則に関する組合規定の解釈に変更をもたらすものとする。

2017年民法改正前は上述のように、民法676条1項から、組合員個人の債権者は組合員の個別的持分を差し押さえることはできないと解釈されてきた。差押えが、民法676条1項の持分処分の禁止にいう「処分」に含まれる、あるいは、それと同等のものとしてされていたのである。しかし、現行法の下では、組合員の債権者による、個別的持分を含む組合財産の差押禁止は、民法677条に明定されているのであるから、わざわざ民法676条1項からの解釈による必要はない。「処分」に差押えが含まれるという、可能な語義の範囲を超えた解釈は、もはや不要となっている。

同時に、民法676条1項の持分処分の禁止にいう「持分」の解釈もまた見直しが必要である。

従前からは、民法676条1項にいう「持分」とは、組合財産に属する個別財産に対する組合員の持分（個別的持分）をいい、組合財産総体に対する組合員の持分（包括的持分）を含まないとされてきた¹⁷⁾。包括的持分の差押えは従前より可能であると解釈されてきたところ¹⁸⁾、個別的持分の差押えの禁止については、上述のように、持分処分の禁止をいう民法676条1項から導いていた関係上、差押えの可能な包括的持分は、民法676条1項の持分処分の禁止にいう「持分」にあたらぬとする必要があったものと言えよう¹⁹⁾。現行法上は、民法677条に個別的持分の差押禁止をいう明文規定が存在するから、そのような解釈はもはや必要のないものとなっている。

その結果、組合財産総体に対する組合員の持分（包括的持分）も民法676条1項の持分処分の禁止にいう「持分」にあたるものと解釈することが可能となる。つまり、組合財産に属する個別財産に対する持分（個別的持分）のみならず、組合財産総体に対する持分（包括的持分）もまた、

14) 我妻・前掲注(9)804-805頁。

15) 星野英一「いわゆる『権利能力なき社団』について」『民法論集 第1巻』（有斐閣、1970年）291頁、鈴木編・前掲注(10)147-148頁〔品川〕。

16) 前掲注(2)部会資料75A・46頁、山本編・前掲注(2)573頁〔西内〕。

17) 我妻・前掲注(9)805頁、鈴木編・前掲注(10)138頁、145頁〔品川〕、山本編・前掲注(2)569頁〔西内〕。

18) 我妻・前掲注(9)815-816頁。現行法上は、持分会社規定の類推適用により、組合員の持分を差し押えてその組合員を脱退させ（会社法609条の類推適用）、脱退により生じる持分の払戻しから（会社法611条7項類推適用）、満足を受けることができる（民事執行法167条1項）ものと考えられる。

19) 我妻・前掲注(9)819頁参照。

民法676条1項にいう「持分」として、組合員は処分することができないものと解すべきである²⁰⁾。

この組合財産総体に対する持分（包括的持分）の処分禁止は、それを組合員たる地位と切り離して処分することができないことを意味する²¹⁾。組合財産総体に対する持分（包括的持分）は、組合員たる地位の一部（財産的側面）をなし²²⁾、組合員たる地位の譲渡として、組合員全員の同意があれば可能であると解される（民法677条の2第1項類推適用）。

（2） 組合の債権者のための排他的責任財産としての組合財産

2017年改正後の民法677条を通じた民法上の組合に関する発展的議論には、さらに、次のようなものが構想されよう。

民法677条の規律内容を民法675条1項のそれと並べて記述すると鮮明になる。民法675条1項によれば、組合の債権者は、組合財産についてその権利を行使することができるのに対して、民法677条によれば、組合員個人の債権者は、組合財産についてその権利を行使することができない。つまり、民法675条1項により、組合財産が組合の債権者のための責任財産であるとされ、民法677条により、それがもっぱら組合の債権者のためのものであるとされているのである。総組合員の共有に属する組合財産（民法668条）は組合の債権者のための排他的責任財産であることが、民法675条1項および民法677条という明文の規定をもって、定められている。

団体の債権者のための排他的責任財産を創り出すことは、法人の法人格の第1の法技術的属性である²³⁾。そのことが民法上の組合にも認められることが、上記（1）に見たような民法676条1項の解釈を通じた²⁴⁾迂遠な論理（持分処分の禁止から、組合員個人の債権者による組合財産の差押えの禁止を導くこと）ではなく、現行法上、明文の組合規定によって定められていることになる。また、組合員の個人的責任につき、それが私法上の一般原則である無限責任の原則によって根拠付けられるのではなく、前述のように²⁵⁾、民法675条2項本文により明文をもって法定されているものとするれば、組合財産の組合員の個人財産からの分離、ないし、民法上の組合の組合員からの独立性が一定程度、現行の日本民法において、明確に打ち出されているのであり²⁶⁾、このことを基礎にしての組合法、さらには団体法の体系的再構築が可能とも言えるのである。

20) 後藤元伸「権利能力なき社団の法理と民法上の組合」法律時報85巻9号（2013年）31頁、松岡＝中田編・前掲注(3)1141頁〔後藤〕。

21) 包括的持分の処分禁止を規定するドイツ民法典719条1項（後述Ⅲ3(1)参照）についてのドイツ法上の解釈を参照している。Vgl. Friedrich KÜBLER / Heinz-Dieter ASSMANN, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., 2006, S. 30 f.

22) 我妻・前掲注(9)818頁。

23) 星野・前掲注(15)270-271頁、上柳克郎「法人論研究序説」『会社法・手形法論集』（1980年、有斐閣）1頁、4-5頁。

24) 星野・前掲注(15)291頁。

25) 前述Ⅱ1(2)参照。

26) 山野目編・前掲注(3)657-658頁〔後藤〕、松岡＝中田編・前掲注(3)1142-1143頁〔後藤〕。

3 権利能力なき社団論への影響

組合財産に以上のような一定の分離・独立性が認められるものとするれば、そして、それが民法の明文規定によって根拠付けられているものとするれば、権利能力なき社団論もその影響を受けるものとしなければならない。たとえ、判例・学説によって定立された権利能力なき社団に関する準則をそのまま維持するにしても、その実定的な根拠付けは変わらざるをえないものとする。

たとえば、権利能力なき社団において、構成員個人の債権者は社団財産について差押え等の権利行使をすることはできないが、それは、民法上の組合においても同様のことがあてはまる²⁷⁾。民法上の組合においては、2017年民法改正前は、民法上の組合についてそのことを定める明文の規定はなかったが、現行法では民法677条が直接に規定する²⁸⁾。

この民法677条を、権利能力なき社団が民法上の組合の成立要件（民法667条1項）を充たしているものとして²⁹⁾、それに適用すれば、構成員個人の債権者は権利能力なき社団の財産について差押え等の権利行使をすることができないとの結論を導くことができる。組合法からの法律構成は従前から主張されていたことではあるが³⁰⁾、2017年民法改正後は、明文の組合規定の適用結果であるとするのであり得るのである。

あるいは、構成員の個人的責任について考えてみるならば、権利能力なき社団と民法上の組合では、構成員・組合員の個人的責任の有無について基本的に異なるものとされてきた。ここでも現行上、民法上の組合については前述のように³¹⁾、組合員の個人的責任を明文規定で直接に定めるものとして、民法675条2項本文が存在するとの解釈が可能となっているのである。権利能力なき社団における構成員の有限責任は、債務の総構成員への総有的帰属から導かれているが³²⁾、組合法の今日の変容を承認するならば、その根拠付けにつき組合法から改めて再考することができよう。

すなわち、権利能力なき社団が組合の成立要件（民法667条1項）を充たすものとして、それに組合員の個人的責任を定める民法675条2項本文を適用するならば、権利能力なき社団の構成員は個人的責任を負う。こうして、権利能力なき社団における構成員の無限責任が原則になるとすれば、その有限責任をいうには、何らかの法的構成を捻り出さなければならない。

権利能力なき社団への組合法の適用の問題については、最終節のIVで詳論することとし、次節のIIIではまず、権利能力なき社団への組合法の適用に舵を切った現代ドイツ法について概観する。

III ドイツにおける権利能力なき社団論とその現代的展開

日本における権利能力なき社団論、特に伝統的通説によるものは、ドイツにおける従前の権利

27) 従前よりこのことを指摘するものとして、星野・前掲注(15)290-291頁。

28) 前述II 2(1)参照。

29) 星野・前掲注(15)254-256頁。後述IV 1参照。

30) 星野・前掲注(15)291頁。

31) 前述II 1(2)参照。

32) 最判昭48・10・9民集27巻9号1129頁。後述IV 3(1)参照。

能力なき社団論を継受したものである³³⁾。

ドイツにおける戦前のライヒ裁判所 (Reichsgericht) の判例によれば、権利能力なき社団にいう社団とは、「共同目的の達成のために、継続することが予定された比較的多数の人の結合であって、それは、定款によって社団的に組織され、全体を表す名称を使用し、かつ、構成員の変動を予定している」ものをいう³⁴⁾。権利能力なき社団には、それが社団的に構成されている限りにおいて、「権利能力を有する社団の団体的組織に関する規定を類推適用する」ものとされていた³⁵⁾。これらを見ただけでも、わが国における直接的な継受のほどを窺い知ることができよう。

もっとも、ドイツにおける権利能力なき社団論は新ミレニアムを迎えて、画期的な転回／展開を見せた。ドイツ連邦通常裁判所が、以下に見るように、民法上の組合に権利能力を承認し、これが確定した判例・通説となったために、「権利能力なき社団」にもまた、ドイツ民法典54条第1文による組合規定の適用指示に基づき、権利能力を承認するのが判例・通説となっているのである。

1 権利能力なき社団論の成立と従前の通説的見解

(1) ドイツ民法典における権利能力なき社団に関する規定

ドイツ民法典54条第1文は、「権利能力を有しない社団 Vereine, die nicht rechtsfähig sind」に対して組合に関する規定が適用されることを定めている。それは、ドイツ民法典が、権利能力 (Rechtsfähigkeit) の取得 (法人の設立と考えられていた³⁶⁾) につき、自由設立主義を採用しなかった結果である。立法者は、ドイツ民法典54条第1文によって、団体に権利能力の取得 (= 法人の設立) を強く促し、自由設立主義を事実上も排除しようとしたのである³⁷⁾。

ドイツ民法典によれば、非営利の社団 (nicht wirtschaftlicher Verein: 非経済的社団) は、社団法人登記簿への登記によって、権利能力を取得する (21条)。営利の社団 (wirtschaftlicher Verein: 経済的社団) は、特別な法律の規定のないときに、国家的付与によって権利能力を取得する (同法典22条)³⁸⁾。つまり、例外的な国家的許可による法人設立の場合を除き、ドイツ法にお

33) 阿久澤利明「権利能力なき社団」星野英一編集代表『民法講座 第1巻 民法総則』(有斐閣、1984年) 239-242頁、251頁。

34) RGZ 143, 212 (ドイツ・ライヒ裁判所1934年1月18日判決), 213. RGZ 60, 94 (ドイツ・ライヒ裁判所1905年2月2日判決), 99は同旨の先例。林=前田編・前掲注(6)42頁 [奥田昌道] 参照。

35) Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1922, 22 (ドイツ・ライヒ裁判所1921年9月2日判決), 23.

36) 後掲注(61)とそれにかかる本文参照。

37) Vgl. Benno MUGDAN, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I, 1899, S. 642.

38) ドイツ団体法における非営利・営利 (nichtwirtschaftlich / wirtschaftlich: 非経済的・経済的) の区別について、ドイツ民法典21条・22条の文言上からは、社団の目的が「営利事業に向けられている (auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet)」か否かのみが規準となっているようにも見える。しかし、ドイツの伝統的見解はそこに、営利事業を営むという要素だけではなく、団体自身または構成員が利益を追求するという要素 (後者については利益分配の要素) をも含めているので (KÜBLER / ASSMANN, aa.O., S. 120 f.)、本稿では経済的・非経済的社団とせず、営利・非営利社団としている (山野目編・前掲注(3)701頁

いては準則主義が採用され、それによって権利能力を取得しない社团は、権利能力なき社团（nichtrechtsfähiger Verein）であるとされ、ドイツ民法典54条第1文により、民法上の組合の規定が適用されることになる³⁹⁾⁴⁰⁾。

(2) 立法者の政治的意図への批判

ドイツ民法典における準則主義の採用（同法典21条）および権利能力のない社团に対する組合規定の適用指示（同法典54条第1文）に対しては、学説が、そこに労働組合や社会主義政党を規制しようとする立法者の政治的意図があるとして指弾した⁴¹⁾⁴²⁾。そもそも、立法者自身も、民法上の組合が構成員が変動する社团にふさわしい法形式ではなく、社团の本質に適合し、そこにおける必要事項を充足しうる唯一の法形式は法人であることを認識していた⁴³⁾。

制定当初のドイツ民法典においては、行政庁が政治的・社会政策的・宗教的な目的の社团の登記に対して異議を申し立てることができること（旧61条2項）、登記された場合であっても、上記のような目的を追求したときは、権利能力が剥奪されること（旧43条3項）、また、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（旧72条）などが定められていた。こう

〔後藤〕参照。

39) ドイツ民法典制定時の議論につき、MUGDAN, a.a.O., S. 639 ff.; Martin SCHÖPFLIN, Der nichtrechtsfähige Verein, 2003, S. 34 ff.; Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen / Andreas SCHWENNICKKE, Buch 1, Neubearbeitung 2019 (zitiert als: Staudinger / SCHWENNICKKE, 2019), § 54 Rn. 3; Beck'scher Online-Kommentar BGB (zitiert als: BeckOK) / Martin SCHÖPFLIN, 53. Edition, Stand 01.02.2020, § 54 Rn. 2.1.

40) 日本語文献として、柚木馨「権利能力のない社团」谷口知平=加藤一郎編『民法演習 I [総則]』（有斐閣、1958年）64頁、阿久澤利明「権利能力なき社团の法律行為に対する社团構成員の責任—ドイツ法理論の展開を中心として」杏林社会科学研究 1 巻 1 号（1984年）78-79頁、後藤元伸「権利能力なき社团論の現在—ドイツ民法典制定過程における議論の再評価—」阪大法学55巻3・4号（2005年）402-410頁、名津井吉裕『民事訴訟における法人でない団体の地位』（大阪大学出版会、2016年）37-47頁など。

41) Herbert WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Band I, Grundlagen, 1980, S. 45 f.; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht (zitiert als: Gesellschaftsrecht), 4. Aufl., 2002, S. 740; Andreas BERGMANN, Die fremdorganschaftlich verfasste offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft und BGB-Gesellschaft als Problem des allgemeinen Verbandsrechts; Ein Beitrag zur Überwindung des Dualismus von Personengesellschaften und Körperschaften, 2002, S. 350 f.; SCHÖPFLIN, a.a.O., S. 45 ff., 54 ff. u. 64 ff.; KÜBLER / ASSMANN, a.a.O., S. 133; Manfred WOLF / Jörg NEUNER, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl., 2016, § 17 Rn. 126; Staudinger / SCHWENNICKKE, 2019, § 54 Rn. 3 ff.; BeckOK / SCHÖPFLIN, § 54 Rn. 2.1.

42) 日本語文献として、服部栄三「法範疇としての法的人格者の基本構造」私法 2 号（1955年）64頁、柚木・前掲注(40)62-63頁、森実「W・ハーブシャイド『法人と組合との中間体たる権利能力なき社团』」法学志林59巻2号（1961年）89頁、森泉章「権利能力なき社团に関する研究」『団体の法の問題』（一粒社、1971年）34-35頁、相本宏「権利能力なき社团論覚書—社团の権利主体性承認と国家の政策—」佐賀大学経済論集 6 巻 2 号（1974年）37頁、林=前田編・前掲注(6)42-44頁〔奥田〕、後藤元伸「団体の法における団体類型論と法人法定主義（1）—権利能力なき社团を素材として—」阪大法学44巻1号（1994年）89-91頁、名津井・前掲注(40)39-43頁、74-75頁など。

43) MUGDAN, a.a.O., S. 642.

した制約のある準則主義は「偽装された許可主義 verschleiertes Konzessionssystem⁴⁴⁾」であると論難された。また、権利能力を有しない社団に対する組合規定の適用指示（ドイツ民法典54条第1文）は、規制を逃れようとした団体に対して、資産形成の困難と構成員の個人的責任という不利益をもたらそうとするものであるとされたのである。

(3) ドイツにおける従前の通説的見解

ドイツにおける従前の通説的見解は、組合規定の適用を指示するドイツ民法典54条第1文が、立法者の政治的意図によって、「真の対立は組合と法人ではなく、組合と社団である」という事物の本性（Natur der Sache）に反して定められたものであるとしていた⁴⁵⁾。そこから、ドイツ民法典54条にいう「権利能力を有しない社団（Vereine, die nicht rechtsfähig sind）」が、民法上の組合でなく、権利能力なき社団（Vereine ohne Rechtsfähigkeit; nichtrechtsfähiger Verein）という団体形式をとるものであると解し、それには組合規定でなく社団法人規定を可能な限り類推適用すべきであるとした。こうした解釈は「法律に反する法の継続形成 Rechtsfortbildung contra legem」の典型例であるとされてきた⁴⁶⁾。

もっともその後、社団法人規定を類推適用するという権利能力なき社団論は、すべての権利能力なき社団にあてはまるものではないという議論がなされるようになった⁴⁷⁾。

商業を営むことを目的とする権利能力を有しない社団は、商業を営むことによって商人となり（当然商人 Istkaufmann。ドイツ商法典1条）、ドイツ商法典105条以下の合名会社に関する規定の適用を受ける。つまり、商業を営むことを目的とする権利能力なき社団は、登記をしていなくても業務を開始した時点で、合名会社となり（ドイツ商法典105条1項・123条2項）、構成員は個人的責任を負う（同法典128条）⁴⁸⁾。この限りにおいて、権利能力なき社団論は機能しない。

44) Horst Heinrich JAKOBS / Werner SCHUBERT, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil, 1. Teilband, 1985, S. 360（ドイツ帝国議会第12委員会におけるエンネクツェルス [Enneccerus] の発言）。

45) Heinrich STOLL, Gegenwärtige Lage der Vereine ohne Rechtsfähigkeit, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, 2. Band, 1929 (Nachdruck 1983), S. 49 ff. シュトル (Heinrich STOLL) 論文は、ドイツにおける権利能力なき社団に関する伝統的見解を決定づけるものであったが、ライヒ裁判所の権利能力なき社団の成立要件については（前掲注(34)とそれにかかる本文参照）、「社団を特徴づけるものとされるメルクマールはすべて、組合においても実定法上見出されるか、あるいは、いずれにせよ組合契約によって設定しうるものである」（STOLL, aa.O., S. 73）としていることに注意が払われなければならない（後藤・前掲注(42)96-97頁参照）。

46) Karl LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 419 f.; WOLF / NEUNER, aa.O., § 17 Rn. 126 u. 128.

47) Hermann- Arnold SCHULTZE- v. LASAULX, Der nicht rechtsfähige Verein im Handelsverkehr, Festschrift für Alfred Schultze zum 70. Geburtstag, 1934, S. 27 ff.; Manfred NITSCHKE, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970, S. 112 ff.; Karsten SCHMIDT, Zur Stellung der oHG im System der Handelsgesellschaften, eine Untersuchung des gesellschaftsrechtlichen Grundsatzes der unbeschränkten Haftung (zitiert als: Zur Stellung der oHG), 1972, S. 202 ff.

48) 民法上の組合に権利能力を承認した連邦通常裁判所2001年判決（後掲注(50)）後の文献として、K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 734 ff.; KÜBLER / ASSMANN, aa.O., S. 120, u. 134; Ulrich EISENHARDT,

さらに、営利の社団には社団法人規定を類推適用する権利能力なき社団論が妥当せず、非営利の社団についてのみそれが妥当するものとされた。営利の社団が法人となるには、原則として株式会社・有限会社などの法形式を選択すべきだからである。ドイツ民法典は、非営利の社団 (nicht wirtschaftlicher Verein: 非経済的社団。21条) と営利の社団 (wirtschaftlicher Verein: 経済的社団。22条) を区別し、その22条は、営利の社団は、連邦法に特別の規定がないときに限り、例外的に州の許可によって社団法人となることができるにすぎないとしている⁴⁹⁾。

2 権利能力なき社団論の変容

(1) 判例・学説による民法上の組合の権利能力の承認

(a) 対外関係の生ずる民法上の組合 (AuBengesellschaft) の権利能力の承認

権利能力なき社団論が転回を見せる契機になったのは、ドイツ連邦通常裁判所2001年1月29日判決である⁵⁰⁾。それは、対外関係の生ずる民法上の組合 (AuBengesellschaft) に権利能力を承認するものであった。学説上、従前の通説的見解は民法上の組合に構成員の合手的結合 (gesamthänderische Verbundenheit: 合有) の状態を認めるにすぎないものであったが、上記2001年判決の後、民法上の組合に権利能力を承認する見解が学説上ほぼ異論のないものとなった。

(b) 民法上の組合の土地登記能力の承認

加えて、ドイツ連邦通常裁判所2008年12月4日決定は、民法上の組合につき、土地登記能力 (Grundbuchfähigkeit) をも承認した⁵¹⁾。これを受けて、2009年にドイツ土地登記法 (Grundbuchordnung) が改正され⁵²⁾、その47条2項第1文において、「権利が民法上の組合につき

Gesellschaftsrecht, 14. Aufl., 2009, S. 114 f.; BeckOK / SCHÖPFLIN, aa.O., § 54 Rn. 8.

49) 議論の詳細については、後藤元伸「団体法における団体類型論と法人法定主義 (3・完) — 権利能力なき社団を素材として —」阪法44巻1号 (1995年) 70-83頁参照。

50) BGHZ 146, 341 (ドイツ連邦通常裁判所第2民事部2001年1月29日判決), Tz. 5 u. 14 ff. 福田清明「日独における社団と組合の峻別論の発展 — 民法上の組合の権利主体性を中心に —」明治学院論叢法学研究72号 (2001年) 29-31頁、福瀧博之「ドイツ法における民法上の組合の権利能力 (1) — BGHの判決と Karsten Schmidtの見解 —」関西大学法学論集54巻2号 (2004年) 5頁以下、青木哲「民法上の組合の債務と強制執行 (1) — ドイツ民事訴訟法七三六条をめぐる学説の展開 —」法協121巻4号 (2004年) 464-470頁、西内康人「団体論における契約性の意義と限界 (3) — ドイツにおける民法上の組合の構成員責任論を契機として —」法学論叢165巻5号 (2009年) 18頁以下、後藤元伸「法人における有限責任と組合型団体における無限責任 — ドイツにおける民法上の組合の組合員責任論 —」関西大学政策創造研究6号 (2013年) 197-199頁、高橋英治「ドイツにおける民法上の組合の規制の現状と課題 — 日本の債権法改正への示唆」『会社法の継受と収斂』(有斐閣、2016年) 316-322頁、中田英幸「組合財産の責任関係に関する一考察 — 組合の権利能力を認めたBGH判決を素材として —」駒澤大学法学部研究紀要74号 (2016年) 44-50頁参照。

51) BGHZ 179, 102 (ドイツ連邦通常裁判所第5民事部2008年12月4日決定), Tz. 8 ff. u. 20ff.

52) Drucksachen des Deutschen Bundestages 16/113437, 17. 6. 2009, S. 23 ff.; Johann DEMHARTER, Grundbuchordnung, mit dem Text der Grundbuchverfügung und weiterer Vorschriften, 29. Aufl., 2014, § 47 Rn. 1; 金叡姝「ドイツにおける共同所有に関する研究 — 共有と組合の関係をを中心に —」広島法学41巻3号 (2018年) 209頁参照。

登記されるべきときは、その組合員もまた土地登記簿に登記されなければならない」と定められた。なお、ドイツ民法典も関連して同時に改正され、新設された899条a第1文において、「民法上の組合が土地登記簿に登記されたときは、登記された権利につき、土地登記法47条2項第1文により土地登記簿に登記された者が組合員であること、および、そのほかに組合員のいないことも推定される」と規定された。

(2) 判例・学説による「権利能力なき社団」の権利能力の承認

(a) 従前の通説的見解による応接

民法上の組合に権利能力を承認する上記2001年判決後も当初は、権利能力なき社団に権利能力を承認するのは矛盾であるとして、権利能力なき社団の権利能力を否定する見解が見られた⁵³⁾。それは、上記2001年判決が、対外関係の生ずる民法上の組合（Außengesellschaft）に部分的権利能力を認めるものにすぎないとし、権利能力なき社団における財産は依然として、権利能力なき社団自身ではなく、総構成員に合有的に帰属するとしていた。

このような見解は、民法上の組合についての判例変更があったとしても、従前の権利能力なき社団論を維持しようとするものであった。これに対しては、民法上の組合に関して従前の通説的見解を支持していた文献の中からも、上記2001年判決によって、「権利能力なき社団」に権利能力を認めざるをえないとするものが現れた⁵⁴⁾。

すなわち、ドイツ民法典54条第1文は権利能力なき社団に組合規定の適用を指示しており、民法上の組合の権利能力を承認する以上、「権利能力なき社団」に権利能力を認めるより他はないとした。権利能力なき社団という呼称は混乱を招くものとなってしまったという。権利能力なき社団は、法人でないという点のみ社団法人と異なるにすぎない。権利能力なき社団における財産は、法人としての社団に帰属するのではなく、民法上の組合と同じく、合手的に結合された構成員の人的結合体、つまり、合手的共同体（Gesamthandsgemeinschaft）に帰属する。

もっとも、土地登記能力（Grundbuchfähigkeit）については、公示に服さない権利能力なき社団はその同一性および代表者の代表権につき登記所で確認できないので、否定していた。（同じく法人ではないが権利能力が承認されている）合名会社・合資会社とは異なり、民法上の組合および権利能力なき社団には登記簿が存在しないからである。

(b) 「権利能力なき社団」の権利能力・当事者能力の承認

結局、民法上の組合に関する上記2001年判決がブレイクスルーとなって、判例・学説が一致して、権利能力なき社団に完全な権利能力を承認する方向に収斂した。

当事者能力についても、ドイツ連邦通常裁判所は、上記2001年判決で対外関係の生ずる民法上の組合（Außengesellschaft）に権利能力を承認し、それゆえ⁵⁵⁾、完全な当事者能力をも認めるこ

53) Dieter MEDICUS, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., 2006, Rn. 1148 ff.

54) KÜBLER / ASSMANN, aa.O., S. 132 f. u. 136 f.

55) ドイツ民事訴訟法50条1項は「当事者能力を有するのは、権利能力を有する者である」と規定する。

とができるとしていたことから、その2007年7月2日判決において、権利能力なき社団に能動的当事者能力を認めていなかった従前の判例⁵⁶⁾を変更し、「権利能力なき社団」にも能動的当事者能力を認めざるをえないとした⁵⁷⁾。

立法の動きもまた、これに追隨した。権利能力なき社団に受動的当事者能力のみを認めていたドイツ民事訴訟法50条2項は、2009年に改正され、権利能力なき社団につき、それまでのように受動的当事者能力のみを承認するのではなく、能動的当事者能力を含む完全な当事者能力を承認するものとなった⁵⁸⁾。

現在では、ドイツの判例・学説は、「権利能力なき社団」を権利能力のある「権利能力なき社団」として、その一般的な権利能力および当事者能力を承認するのである。その論拠は、上記2007年判決も指摘するように⁵⁹⁾、ドイツ民法典54条第1文の指示により、権利能力が承認されている民法上の組合に関する規定が適用されるということが第1にある。

(c) 権利能力を有する「権利能力なき社団」の概念

ドイツ学説によれば⁶⁰⁾、組合規定の適用を指示するドイツ民法典54条第1文は、すべての「権利能力を有しない社団 Vereine, die nicht rechtsfähig sind」に適用される。そこにいう「権利能力を有しない社団」、つまり「権利能力なき社団 nichtrechtsfähiger Verein」は、それが権利能力を有しないことを意味するのではない。ドイツ民法典54条第1文にいう「権利能力を有しない社団」は、同条同文による権利能力を有する民法上の組合の規定の適用指示により、権利能力を有するのである。論者によっては、登記により法人となる非営利の社団法人（ドイツ民法典21条）を「登記された社団 eingetragener Verein」と一般的に呼ぶこととの対比で、「権利能力なき社団」を「登記されていない社団 nicht eingetragener Verein」と呼ぶべきものとする。

そもそも、「権利能力なき社団」にいう「権利能力なき」とは、19世紀末に生じた用語法であっ

56) BGHZ 109, 15 (ドイツ連邦通常裁判所第5民事部1989年10月6日判決), Tz. 14. 権利能力なき社団の当事者能力に関するドイツの従前の判例については、名津井・前掲注(40)96-118頁参照。

57) BGH, Urteil vom 02. Juli 2007 - II ZR 111/05 -, juris (ドイツ連邦通常裁判所第2民事部2007年7月2日判決), Tz. 55.

58) もっとも、民法上の組合に権利能力が承認され、民法54条第1文の組合法の適用指示により、権利能力なき社団に権利能力が認められるとすれば、「当事者能力を有するのは、権利能力を有する者である」とするドイツ民事訴訟法50条1項により、当事者能力も認められる。それゆえ、権利能力を有しない社団 (Vereine, die nicht rechtsfähig sind) にとくに当事者能力を認めるという同法50条2項は、その適用対象がなくなり、本来的な意義を失うことになる。Vgl. Karsten SCHMIDT, Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig-Besprechung des Grundlagenurteils II ZR 331/00 vom 29. 1. 2001, Neue Juristische Wochenschrift (zitiert als: NJW) 2001, S. 1003; ders., Gesellschaftsrecht, S. 752 f.; BERGMANN, a.a.O., S. 348.

59) BGH, Urteil vom 02. Juli 2007 (連邦通常裁判所2007年判決・前掲注(57)), Tz. 55.

60) K. SCHMIDT, NJW 2001, S. 1002 f.; ders., Gesellschaftsrecht, S. 736 ff.; BERGMANN, a.a.O., S. 351; Johannes WERTENBRUCH, BGB Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2014, S. 31; WOLF / NEUNER, a.a.O., § 17 Rn. 124 ff.; Münchener Kommentar zum BGB (zitiert als: MüKoBGB) / LEUSCHNER, Band 1, 8. Aufl., 2018, § 54 Rn.1.

て、社団が登記や許可により法人となっていないことをいうにすぎなかったとの指摘がなされている⁶¹⁾。学説の中にはさらに、法形式としては、「権利能力なき社団」と民法上の組合はいずれも登記されていない団体であって、概念的に区別することができず、権利能力なき社団は社団的に構成された民法上の組合であるにすぎないとし、ドイツ民法典54条第1文が権利能力なき社団に組合規定の適用を指示するのはこのことを表しているとする見解もある⁶²⁾。

もっとも、ドイツ民法典21条と22条によるドイツ団体法上の体系的仕分けに則って整理するならば、ドイツ民法典54条第1文の「権利能力を有しない社団 *Vereine, die nicht rechtsfähig sind*」にいう「権利能力を有しない」とは、非営利の社団 (*nicht wirtschaftlicher Verein*: 非経済的の社団。21条) については社団登記簿に登記されていないことをいい、営利の社団 (*wirtschaftlicher Verein*: 経済的の社団。22条) については国家的許可を受けていないことをいうのであって、ドイツ民法典54条第1文は非営利の社団と営利の社団の双方を想定したものとなっている。つまり、「権利能力なき社団」には、ドイツ民法典21条に基づき登記をして法人格を取得することが可能であるが、登記をしていない非営利の社団 (*nicht wirtschaftlicher Verein*)、および、ドイツ民法典21条に基づく登記によっては法人格を取得することのできない(原則として会社などの営利法人に関する法規定に従って登記により、または、例外的にドイツ民法典22条にいう州の許可により、法人格を取得することができる) 営利の社団 (*wirtschaftlicher Verein*) であって、法人となっていないものがある⁶³⁾。したがって、「権利能力なき社団」を「登記されていない社団」と呼ぶのは、非営利の権利能力なき社団を念頭に置いたものであって、例外的とはいえ、州の許可による法人格取得の場合がある以上、権利能力なき社団のすべてを言い表していないのである⁶⁴⁾。

(d) 組合規定の適用を指示するドイツ民法典54条第1文の今日的意義

今日のドイツにおいては、従前の権利能力なき社団論のように、権利能力なき社団に組合規定を適用しない、などとするようなドイツ民法典54条第1文の明文の規定に反する (*contra legem*) 解釈をする必要性が、もはや消滅したのである。民法上の組合にすら権利能力が認められているのであるから、社団的な組織上の基本構造から法人により近い「権利能力なき社団」には権利能力が当然に認められるとする、もちろん解釈 (*Erst-recht Schluss*) をいうこともできる⁶⁵⁾。民法上の組合に権利能力が認められ、その結果、「権利能力なき社団」にもそれが認められることについては、「権利能力なき社団」にドイツ民法典54条第1文の通りに組合規定を適用しても何の不都合もないのである。

61) K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, S. 663 f. u. 736.

62) BERGMANN, aa.O., 2002, S. 347 f, 351 u. 353 ff. 判例・学説が転回する以前のものとして、フルーメ (Werner FLUME) の見解がある (後藤・前掲注(42)108-110頁参照)。

63) 前述Ⅲ 1 (1) および(3)参照。

64) Staudinger / SCHWENNICKE, 2019, § 54 Rn. 1; BeckOK / SCHÖPFLIN, aa.O., § 54 Rn. 1 f.

65) WOLF / NEUNER, aa.O., § 17 Rn. 125; Peter ULMER / Andreas SCHÄFER, *Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft*, 7. Aufl., 2017, Vor § 705 Rn. 137.

立法者が、ドイツ民法典54条第1文により組合法の適用を指示して、登記による権利能力の取得（＝法人化）を強く促そうとしたその企図は⁶⁶⁾、完全に潰えているのである。今日のドイツ法学の解釈のもとでは、民法上の組合に権利能力が承認されているので、組合法の適用を指示するドイツ民法典54条第1文が、「権利能力なき社団」に権利能力の取得を認めているという意味で、立法者の企図とは異なって、まさに正当なものとしてされているのである⁶⁷⁾。みごとにオウンゴールであるとまで評するものもある⁶⁸⁾。

(3) 小括～ドイツにおける権利能力なき社団に対する解釈論の変遷～

権利能力なき社団に対する基本的な解釈論は、本来的には次のようなものであった。日本法にも継受されたが、それは、権利能力なき社団が社団的な組織上の基本構造（*körperschaftliche Verfassung*）を有するものであるから、ドイツ民法典54条第1文の指示に従って組合の規定を適用するのは適当でなく、法人ではないが社団法人の規定を類推適用すべきであるとするものであった。

後に、そのような基本的解釈論がまずは、商業を営むことを目的とする権利能力なき社団につき、ドイツ商法典の合名会社の規定が適用され、権利能力なき社団論が妥当しないものと修正された。次いでより一般的に、営利の権利能力なき社団につき、原則として株式会社・有限会社などの法形式が選択されるべきであるとされ、権利能力なき社団論が妥当しないものとされた。

近時、対外関係の生ずる民法上の組合（*Außengesellschaft*）の権利能力を承認することが判例・通説となるに及んで、「権利能力なき社団」にも権利能力を承認することを念頭に、非営利のものも含めて、ドイツ民法典54条第1文の通りに、「権利能力なき社団」に組合法が適用されるとの見解が生じたのである。

ただ、学説の中には後述のように⁶⁹⁾、非営利の権利能力なき社団における責任関係については、ドイツ民法典54条第1文に従わずに、組合法を適用しないことを原則とするものがある。つまり、非営利の権利能力なき社団について、ドイツ民法典54条第1文にもとづいて、権利能力を承認するものの、構成員の個人的責任に関しては、責任制限（＝有限責任）を認めない組合法を原則とするのではなく、従前の権利能力なき社団論と同様に、責任制限（＝有限責任）を原則とするのである。「いいとこどり *Rosinenpickerei*」である。

もっとも、大きな流れとしては、ドイツにおける権利能力なき社団に対する基本的な解釈論が、組合法の適用を否定しての社団法人法の類推適用から、法文通り組合法の適用を肯定した上での、社団法人法と近似した法的結果の追求へと変遷したものと言える。

66) 前掲注(37)とそれにかかる本文参照。

67) SCHÖPFLIN, a.a.O., S. 1.; BeckOK / SCHÖPFLIN, a.a.O., § 54 Rn. 1 ff. 判例・学説が転回する以前のものとして、Werner FLUME, *Der nichtrechtsfähige Verein*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 148, 1984, S. 517 f. u. 521.

68) BERGMANN, a.a.O., S. 351.

69) 後述Ⅲ 4 (4) 参照。

権利能力なき社団に組合の規定の適用を指示しているドイツ民法典54条第1文については、もともとは団体規制という立法者の政治的意図があったのであるが、そうした意義は失われ、判例・学説による民法上の組合の権利能力の承認に伴って、「権利能力なき社団」に権利能力を承認するための根拠規定であるという新たな意義が獲得されたのである。

しかしながら、こうした変容は、以下の各論で見ると、構成員の責任制限の法的構成の点で難点をもたらすことになった。

3 権利能力なき社団論の現代的構成

(1) 合手的共同体としての権利主体性

権利能力なき社団における権利の担い手は、構成員とは別個の存在である法人ではなく、合手的に結合された構成員からなる合手的共同体 (Gesamthandsgemeinschaft) ないし合有体 (Gesamthand) である。つまり、ドイツ民法典54条にいう権利能力なき社団は、法人ではなく、合手的共同体 (= 合有体) として権利能力を有する⁷⁰⁾。民法上の組合に権利能力を承認したドイツ連邦通常裁判所2001年判決は、対外関係の生ずる民法上の組合 (Außengesellschaft) につき、それが合名会社・合資会社と同様に⁷¹⁾、法人の地位を占めることなく、合手的共同体として権利能力を有するとしていたが⁷²⁾、そのような権利主体性を権利能力なき社団も備えていることになる。

合手的共同体 (= 合有体) においては、各構成員は、合有財産 (Gesamthandsvermögen)、あるいは、合有財産に属する個別財産について、それに対する持分を処分することができず、また、分割を請求することができない (ドイツ民法典719条1項)。個別財産については、民法上の組合においては組合代理権を有する業務執行組員が、権利能力なき社団においては代表機関である理事会が、それを処分することができる⁷³⁾。

権利能力なき社団における合有財産は、権利能力なき社団の債務に対する責任財産となる⁷⁴⁾⁷⁵⁾。権利能力なき社団の債務は、たとえば、理事会その他の代表者が権利能力なき社団を代表して行う法律行為によって生ずる。また、機関 (理事会、理事会の構成員およびその他定款によって定められた代表者) が職務の執行につき第三者に加えた損害に対する社団法人 (Verein) の責任を規定するドイツ民法典31条 (日本の一般法人法78条・会社法35条に相当) は、権利能力なき社団

70) K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 203; WOLF / NEUNER, a.a.O., § 17 Rn. 127.

71) ドイツにおける合名会社・合資会社の権利能力については、上柳克郎「合名会社の法人性」『会社法・手形法論集』(有斐閣、1980年) 16頁以下、高橋英治『ドイツ会社法概説』(有斐閣、2012年) 26-29頁、65-66頁参照。

72) BGHZ 146, 341 (連邦通常裁判所2001年判決・前掲注(50)), Tz. 134.

73) K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 736 f.; WOLF / NEUNER, a.a.O., § 17 Rn. 132.

74) Julius v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen / Günter WEICK, Buch 1, Neubearbeitung 2005 (Staudinger / WEICK, 2005), § 54 Rn. 51 u. 71; K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 743 f.; WOLF / NEUNER, a.a.O., § 17 Rn. 135; BeckOK / SCHÖPFLIN, a.a.O., § 31 Rn. 3, § 54 Rn. 221 u. 31.

75) 構成員の個人的責任については、後述Ⅲ 4 参照。

に対しても類推適用されるとするのが通説であり⁷⁶⁾、それによっても、権利能力なき社団の債務が生じる。

(2) 土地登記能力

土地に関する権利の取得については、ドイツ法上、土地登記簿への登記が必要であるが（ドイツ民法典873条）、民法上の組合については前述のように⁷⁷⁾、ドイツ土地登記法47条が2009年に改正され、同条により民法上の組合の名義での登記が可能になった。

それゆえ、ドイツ民法典54条にいう権利能力なき社団もまた、その名義による登記が可能であり、土地登記能力（Grundbuchfähigkeit）を有するものとされている。もっとも、ドイツ連邦通常裁判所2016年1月21日決定は、権利能力なき社団の名のみで登記をすることができないとしている⁷⁸⁾。それは、ドイツ民法典54条第1文による権利能力なき社団への組合規定の適用指示に忠実に従い、民法上の組合におけるのと同様に、組合員の全員を登記すべきことを規定するドイツ土地登記法47条2項によって、登記申請時のすべての構成員が登記されなければならないとするものである⁷⁹⁾。また、このドイツ土地登記法47条2項に関しては、組合代理権を有する業務執行者を登記するだけでは不十分であると解されている⁸⁰⁾。

このように、権利能力なき社団に土地登記能力が認められるとしても、構成員全員が登記されなければならないと、構成員の変動が予定されている権利能力なき社団においては不便なこと極まりない⁸¹⁾。実務的には、受託者たる個人の名義、あるいは、100%子会社である株式会社または有限会社の名義によって登記をしているようである⁸²⁾。

4 構成員の責任制限のための法律構成

非営利の権利能力なき社団における構成員の責任制限（＝有限責任）を承認することについて

76) ドイツ民法典31条は、民法上の組合に対しても類推適用されるものと解されている。K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 745 f.; Kurt LUKA, Rechtsnatur und Haftungsverfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 2004, S. 148 ff.; Jan-Hendrik SCHULZE, Die akzessorische Haftungsverfassung der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts, 2006, S. 31 ff.

77) 前述Ⅲ 2 (1) (b) 参照。

78) BGH, Beschluss vom 21. Januar 2016 – V ZB 19/15 –, juris (ドイツ連邦通常裁判所第5民事部2016年1月21日決定), Tz. 8 u. 13. Vgl., BeckOK / SCHÖPFLIN, aa.O., § 54 Rn. 29.

79) BGH, Beschluss vom 21. Januar 2016 (連邦通常裁判所2016年決定・前掲注(78)), Tz. 14.

80) DEMHARTER, aa.O., § 47 Rn. 29.

81) WOLF / NEUNER, aa.O., § 17 Rn. 133; BeckOK / SCHÖPFLIN, aa.O., § 54 Rn. 28.

82) MEDICUS, aa.O., Rn. 1150 f.; WOLF / NEUNER, aa.O., § 17 Rn. 133.

は、ドイツにおいて今日、通説⁸³⁾・判例⁸⁴⁾となっているが、それを何らかの法的構成によって根拠付けるのは⁸⁵⁾、かなりの難問であることが認識されている⁸⁶⁾。

民法上の組合における組合員の個人的責任については、合名会社規定（ドイツ商法典128条）の類推適用によって、それを無限責任とする附従説（Akzessorietätstheorie）がドイツにおける現在の判例・通説である⁸⁷⁾。「権利能力なき社団」の権利能力を承認するときに、その根拠を、権利能力なき社団に組合規定の適用を指示するドイツ民法典54条第1文に求めるならば、組合における無限責任の原則も同時に妥当させることになる⁸⁸⁾。今日のドイツにおいては、そうした帰結を避けるための法理論的な解釈の必要性に迫られていると言えよう⁸⁹⁾。

後に見るように⁹⁰⁾、根拠付けの困難さが意識されているゆえであろうか、議論の証明責任が転換されているとする見解も有力である。つまり、非営利の権利能力なき社団においては、構成員の責任制限（＝有限責任）が原則であって、営利の権利能力なき社団における構成員の個人的責任（無限責任）こそが特別の法的な根拠付けを必要とするというのである⁹¹⁾。

（1） 不法行為から生じる債務についての構成員の責任制限

不法行為から生じる権利能力なき社団の債務についての構成員の責任制限（＝有限責任）については、その根拠付けの点において、問題性が小さいと言えるかもしれない。すなわち、ドイツ民法典31条（日本の一般法人法78条・会社法35条に相当）の類推適用によって、権利能力なき社団が機関の行為につき責任を負うときには、同条の解釈上、その責任は社団財産のみについて生

83) MüKoBGB / Dieter REUTER, Band 1, 3. Aufl. (ziteirut als: MüKoBGB / REUTER, 3. Aufl.), 1993, § 54 Rn. 26; K. SCHMIDT, Zur Stellung der oHG, S. 216 ff.; ders., Gesellschaftsrecht, S. 746; Staudinger / WEICK, 2005, § 54 Rn. 49; EISENHARDT, aa.O., S. 114; MüKoBGB / LEUSCHNER, aa.O., § 54 Rn. 42; Staudinger / SCHWENNICKE, 2019, Rn. 100 ff.

84) BGH, Urteil vom 30. Juni 2003 - II ZR 153/02 -, juris (ドイツ連邦通常裁判所第2民事部2003年6月30日判決), Tz. 8.

85) 従前の議論についての日本語文献として、阿久澤・前掲注(40)85-89頁、林＝前田編・前掲注(6)45-47頁〔奥田〕、青木哲「民法上の組合の債務と強制執行(2)——ドイツ民事訴訟法736条をめぐる学説の展開——」法協123巻3号(2006年)479-486頁。

86) MüKoBGB / REUTER, 3. Aufl., § 54 Rn. 26; K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 746; SCHÖPFLIN, aa.O., S. 426 ff.; KÜBLER / ASSMANN, aa.O., S. 138.

87) SCHÖPFLIN, aa.O., S. 400 ff. u. 429; ULMER / SCHÄFER, aa.O., § 714 Rn. 4 f. u. 34. 青木・前掲注(50)466-467頁、同・「民法上の組合の債務と強制執行(3)——ドイツ民事訴訟法736条をめぐる学説の展開——」法協123巻4号(2006年)643-664頁、後藤・前掲注(50)220頁以下、高橋・前掲注(50)17-19頁。

88) Barbara DAUNER-LIEB, Ein neues Fundament für die BGB-Gesellschaft, Deutsches Steuerrecht (zitiert als: DStR) 2001, S. 358 ff.; Dieter REUTER, Persönliche Haftung für Schulden des nichtrechtsfähigen Idealvereins, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (zitiert als: NZG) 2004, 217; Staudinger / WEICK, 2005, § 54 Rn. 48; BeckOK / SCHÖPFLIN, aa.O., § 54 Rn. 32.

89) SCHÖPFLIN, aa.O., S. 400 u. 411 ff.; WOLF / NEUNER, aa.O., § 17 Rn. 136.

90) 後述II 4(4)参照。

91) K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 747; Staudinger / WEICK, 2005, § 54 Rn. 51 u. 53.

じ、被害者が、構成員の個人財産に対して、かかっていくことはできないものとする事ができるからである⁹²⁾。

そもそも、民法上の組合についても、そのように解されている。業務執行組合員の不法行為につきドイツ民法典31条の類推適用による時は、同条が機関代理における団体の責任を定めるものであって、他人の行為に対する責任を定めるものではないから、団体の構成員にすぎない組合員に個人的責任は生じないものとされている。不法行為上の組合債務についての組合員の個人的責任は、別の法律構成による根拠付けを要するのである⁹³⁾。

こうした見解によれば、権利能力なき社団においても、ドイツ民法典31条の類推適用からは社団財産のみが引当てになるとして、構成員の責任制限（＝有限責任）を根拠付けることができるので、この点は幸いなのである。もっとも、非営利・営利の区別をする理論構成が困難となり、営利の権利能力なき社団についても、構成員の責任制限（＝有限責任）が認められることになりかねない。このような結論はドイツにおいても受け入れがたいものとされ、解釈論上の難点を残している⁹⁴⁾。

(2) 代表権の制限とそれによる構成員の個人的責任の不発生

次には、法律行為から生じる権利能力なき社団の債務に対する構成員の個人的責任について論じるのが順序であるが、構成員の個人的責任が生じるためには、そもそも権利能力なき社団において債務が発生していることが必要であり、これに関する議論がドイツにある。

日本ではあまり論じられていないことであるが、権利能力なき社団においても、団体目的（Gesellschaftszweck; Vereinszweck）による制限が問題となる。ドイツ法上、それは代表権の制限の問題となる。代表権の制限については他に、定款の定めによるものがあるとされている。

団体目的また定款によって代表権が制限されているとするならば（第三者にそれを対抗しうるとして）、当該行為についてそもそも権利能力なき社団に債務は発生せず、それゆえ、構成員が個人的責任を負うこともない⁹⁵⁾。

92) K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 746; WOLF / NEUNER, a.a.O., § 17 Rn. 135.

93) 詳細については、後藤・前掲注(50)212-214頁参照。

94) Staudinger / WEICK, 2005, § 54 Rn. 50. ドイツ民法典31条が類推適用されるときに、営利の権利能力なき社団においても思い切って、構成員の有限責任を承認する見解もある（BeckOK / SCHÖPFLIN, a.a.O., § 54 Rn. 31.）。

95) SCHÖPFLIN, a.a.O., S. 407.

(a) 団体目的による代表権の制限

ドイツの通説的見解は⁹⁶⁾、社団法人 (Verein) における代表機関 (理事会⁹⁷⁾) の代表権の範囲は団体目的 (Gesellschaftszweck; Vereinszweck) によって制限されるとする。すなわち、理事会の代表権の範囲は、原則として社団の事務に必要な行為のすべてに及ぶところ、それは団体目的によって推断的に (schlüssig) 制限され、代表機関の行為が団体目的の範囲外にあることが認識可能 (erkennbar) ないし明白 (evident; offensichtlich) であるときは、それは代表権の範囲外となる。たとえば、社団法人であるボウリング・クラブの理事会が社団法人の名でポルシェやヨットを購入したり、あるいは、株式の信用買いを始めた場合、代表機関たる理事会の行為は、団体目的の範囲外にあることは認識可能 (ないし明白) であろうから、当該クラブに対してその効力を生じない。

批判説は⁹⁸⁾、通説的見解が団体目的 (Gesellschaftszweck; Vereinszweck) による制限をいうウルトラ・ヴァイレス論 (Ultra-Vires-Doktrin) を承認するに等しいものであり、ウルトラ・ヴァイレス論を採用していないドイツ団体法体系に反するとする。ドイツ株式法82条1項・ドイツ有限会社法37条2項・協同組合法27条は、法人における代表権をおよそ制限することができないことを定め、団体目的による制限をも不可能としているから、ドイツにおいては実定法上、一般的にウルトラ・ヴァイレス論が採用されていないとすることが前提とされている。

したがって、批判説は、団体目的による代表権の制限ではなく、代表権 (代理権) の濫用の法理によるべきことをいう。代表権 (代理権) の濫用は、代表機関の行為が団体目的の範囲外にあることが認識可能 (ないし明白) である場合にも、認められるとし、そのときには、当該行為が法人に効力を生じないとする。

通説的見解の側からは⁹⁹⁾、批判説に対して、代表権 (代理権) の濫用の法理によったとしても実際の結論としてあまり変わらないのではないかという反論がなされている。理論的にも、上記

96) Andreas von TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Allgemeine Lehren und Personenrecht, 1910, S. 527; Ludwig ENNECCERUS / Hans Carl NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Halbband, 15. Aufl., 1959, § 109 II Anm. 21); Franz Jürgen SÄCKER, Zur Problematik wettbewerbsrechtlicher Verbandsklagen durch Spitzenorganisationen der Wirtschaft, Der Betrieb 1986, S. 1505 ff.; Heinz HÜBNER, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., 1996, Rn. 140 226; Karl LARENZ / Manfred WOLF, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, § 10 Rn. 15 u. 74 f.; SCHÖPFLIN, aa.O., S. 250 f u. 407.

97) ドイツの今日の通説的見解においては、社団法人の代表機関は、理事会 (Vorstand) そのものである。そのメンバーは理事会を構成するにすぎず、ドイツ語では理事会構成員 (Vorstandsmitglied) という。ドイツ民法典26条1項第2文前段は、「理事会 (Vorstand) は、裁判上および裁判外において社団法人を代表する」とし、同条1項後段は、理事会 (Vorstand) が「法定代理人の地位を有する」としている。日本におけるような、代表機関としての代表理事は存在しない (今日のドイツにおける法人の機関論については、後藤元伸「続・法人学説の再定位 — ドイツ法人論におけるサヴィニーとギールケの現代的再評価と法人の機関論 —」政策創造研究14号 [2020年] 67頁以下参照)。

98) MüKoBGB / REUTER, 3. Aufl., § 26 Rn. 15; Staudinger / WEICK, 2005, § 26 Rn. 9; K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 221; WOLF / NEUNER, aa.O., § 16 Rn. 8 u. § 17 Rn. 58.

99) SÄCKER, aa.O., S. 1505; LARENZ / WOLF, aa.O., § 10 Rn. 15; SCHÖPFLIN, aa.O., S. 250 f.

のようなドイツ株式法などに見られる代表権の制限が不可能なことは、営利法人にのみ必要であって、非営利の社団法人については、そうではない¹⁰⁰⁾ことが指摘されている。そもそも、非営利の社団法人において団体目的が代表権を制限するとしても、それはせいぜい行為をなす能力 (Handlungsfähigkeit) を制限するのみであって、ウルトラ・ヴァイレス論のように権利能力を制限するものではないともされている。

(b) 定款による代表権の制限

社団法人 (Verein) に関するドイツ民法典の規定によれば、代表機関 (理事会) の代表権を制限する定款の定めがある場合に、それが登記されているか、あるいは、第三者に知れているときは、社団法人は代表権の制限を第三者に対抗しうる。

ドイツ民法典26条1項は、「理事会 Vorstand は、裁判上および裁判外において社団法人 Verein を代表する」として (第2文前段¹⁰¹⁾)、代表権の範囲が原則として包括的であることをいうが、「代表権の範囲は、定款により、第三者に対する効力をもって制限することができる」とする (第3文¹⁰²⁾)。つまり、定款によって、代表機関である理事会の代表権を制限することが可能である。もっとも、ドイツ民法典70条 (同条は68条第1文を準用する) によれば、代表権の制限は、第三者との間で法律行為がなされた時に、社団法人登記簿に登記されているか (同法典64条¹⁰³⁾)、または、第三者に知れていたときに限り、第三者に対抗することができる。したがって、代表権制限の登記がない場合であっても、代表権の制限を知っている第三者に対抗することができ、当該行為は社団法人に対して効力を生じない。

(c) 組合法における組合代理権 (組合代表権) の制限

以上の議論は社団法人法を類推適用するときの前提である。それゆえ、組合法の適用を通じて、「権利能力なき社団」に権利能力を承認するという法律構成が構築された今日のドイツにおいては、権利能力なき社団に組合法を適用した場合であっても、第三者に対抗しうる代表権の制限を承認しうるのかという議論のために、組合法を確認する必要がある¹⁰⁴⁾。

ドイツ民法典714条は民法上の組合に関して、「組合員に組合契約により業務執行に対する権限が帰属している場合に、疑わしいときは、その者は第三者に対して他の構成員を代理する権限をも有する」とする。業務執行権からの組合代理権 (組合代表権) の推定規定である¹⁰⁵⁾。つまり、組

100) Schon, MUGDAN, aa.O., S. 405 f.

101) 2009年改正前26条2項第1文前段。

102) 2009年改正前26条2項第2文。

103) ドイツ民法典64条によれば、「登記に際しては、社団の名称および住所、定款作成の日付、理事会の構成員、ならびに、その代表権が記載されることを要する」。同条中の「記載されることを要する sind anzugeben」は (“sollen angegeben werden” の意味であって)、登記官を義務づける秩序規定 (Ordnungsvorschrift) であるとされる。Vgl. MüKoBGB / REUTER, 3. Aufl., § 64 Rn. 1.

104) SCHÖPFLIN, aa.O., S. 253.

105) ドイツ民法典714条のいう代理権が、他の組合員のみについてのものであるか (組合に権利能力を認めていな

合代理権（組合代表権）の範囲は、原則として業務執行権の範囲に一致するが、組合契約による制限が可能である¹⁰⁶⁾。

また、組合における業務執行は組合目的（Gesellschaftszweck：団体目的）を達成するためのものであるから、業務執行権の範囲は組合目的によって制限され、業務執行権の範囲に原則として一致する組合代理権もまた組合目的によって制限され、その範囲外の行為には及ばない¹⁰⁷⁾。

組合代理権（組合代表権）の制限については、社団法人や合名会社におけるような第三者に対する対抗可能性に関する特別の規定（ドイツ民法典26条1項第3文・70条、ドイツ商法典126条2項）が存在¹⁰⁸⁾しないので、一般法である代理法が適用され、認容ないし外観代理権（Duldungs- oder Anscheinsvollmacht）という権利外観法理による第三者の保護が学説上、承認されている¹⁰⁹⁾。

もともと、組合代理権の範囲は重要であるから、第三者は実際には、法律上の義務でないにしても、慎重を期して調査をするのがふつうである。ドイツ学説はこのことから、組合目的の範囲内で組合の一切の業務に及ぶのを原則とする組合代理権（組合代表権）についての制限は、認識可能（erkennbar）ないし明白（offenkundig; offensichtlich）でなければならないとしている¹¹⁰⁾。第三者に調査義務は課せられないが、悪意・重過失の第三者には組合代理権の制限を対抗しようという趣旨であろう。

以上のように、ドイツ法上、民法上の組合においても、組合目的（Gesellschaftszweck：団体目的）または組合契約による組合代理権（組合代表権）の制限が考えられる¹¹¹⁾。

かった従前の通説）、組合自体と他の組合員についてのものであるのか（組合に権利能力を認める集合体説かつ二重の義務づけ説）、それとも、組合自体のみについてのものであるのか（組合に権利能力を認める集合体説かつ附従説〔前掲注(87)〕）、見解が分かれていたが、現在では最後の見解が通説・判例となっている（後藤・前掲注(50)200-202頁）。なお、我妻・前掲注(9)791頁は、2017年改正前の日本民法の解釈論として、ドイツ民法典714条と同様に、業務執行組合員が原則として組合代理権を有することをいう。

106) SOERGEL Kohlhammer- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen / Walther HADDING, Band 4 (zitiert als: Soergel / HADDING, Bd. 4), 11. Aufl., 1985, § 714 Rn. 14 f. u. 24; SCHÖPFLIN, aa.O., S. 253; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts (zitiert als: Münchener Hdb) / Hoimar von DITFURTH, Band 1, herausgegeben von Hans GUMMERT / Lutz WEIPERT, 3. Aufl., 2009, § 7 Rn. 80; ULMER / SCHÄFER, aa.O., § 714 Rn. 1, 18 u. 24.

107) Soergel / HADDING, Bd. 4, § 714 Rn. 17; SCHÖPFLIN, aa.O., S. 253; Münchener Hdb / v. DITFURTH, aa.O., § 7 Rn. 83; ULMER / SCHÄFER, aa.O., § 709 Rn. 23 ff., § 714 Rn. 25.

108) 社団法人においては、前述Ⅲ 4 (2) (b)の通り、代表権の制限が可能であり（ドイツ民法典26条1項第3文）、登記をすれば第三者に対抗可能である（同法典70条）。合名会社においては、「代表権の範囲の制限は、第三者に対して効力を有しない」（ドイツ商法典126条2項）とされているので、代表権の制限は不可能である。相手方が代理権の範囲につき調査を強いられないとすることによって、取引を簡便にすることを目的とする（KÜBLER / ASSMANN, aa.O., S. 83）。

109) Soergel / HADDING, Bd. 4, § 714 Rn. 20; SCHÖPFLIN, aa.O., S. 253 f.; Münchener Hdb / v. DITFURTH, aa.O., § 7 Rn., 83; ULMER / SCHÄFER, aa.O., § 709 Rn. 23 ff., § 714 Rn. 28.

110) Soergel / HADDING, Bd. 4, § 714 Rn. 25; SCHÖPFLIN, aa.O., S. 254.

111) K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 1776.

(d) 権利能力なき社団への社団法人法の類推適用または組合法の適用

社団法人法を権利能力なき社団に類推適用すれば、代表機関の行為が団体目的の範囲外にあって、それが認識可能（ないし明白）である場合、または、定款による代表権が制限され、（登記は問題にならないから）それが第三者に知っている場合には、当該行為は権利能力なき社団に対して効力を生じない。そのとき、社団の債務が生じることはなく、それゆえ、構成員の個人的責任も生じないことになる¹¹²⁾。

組合法をドイツ民法典54条第1文の指示の通りに適用したとしても、組合目的または組合契約による組合代理権の制限があり、それが認識可能（ないし明白）であれば、社団法人法を類推適用したときと同様の結論を得られる（債務は発生せず、構成員の個人的責任も生じない）。非営利の権利能力なき社団について、その非営利性に着目して言うならば、社団法人法の類推適用によったとしても、組合法の適用によったとしても、非営利という団体目的から代表機関の代表権が制限され、それが認識可能（ないし明白）であれば、結果的に、構成員の個人的責任は生じない¹¹³⁾。

(3) 法律行為上の債務についての構成員の責任制限

さて次に、権利能力なき社団における法律行為上の債務が有効に成立したとして、構成員の個人的責任がどうなるかという問題に叙述を戻そう。

前述したところであるが、権利能力なき社団において、ドイツ民法典54条第1文による組合規定の適用指示に従い、組合員の個人的責任を妥当させるとき、構成員の責任制限（＝有限責任）を言うためにはそれを根拠付ける法的構成が必要である¹¹⁴⁾。特に非営利の権利能力なき社団において、構成員の責任制限（＝有限責任）のための法的構成が求められるのであるが、なかなか一筋縄では行かず、ドイツでは以下に見るような多様な立論がなされている。

(a) 構成員の個人的責任を排除するような代表権に関する定款の定め

権利能力なき社団とその相手方との間に、構成員の個人的責任を排除するという個別の合意があれば、それが効力を有することに異論はない。問題は、定款によって一般的・制度的な形で、それを実現しうるかである¹¹⁵⁾。これに関しては、責任財産を社団財産のみに限定するような形の代表権を定款で定め、それについて相手方と合意があったという法律構成を行い、さらに、それらは黙示のものであってもよいとするのが、かつての見解であった¹¹⁶⁾。

112)SCHÖPFLIN, a.a.O., S. 252.

113)SCHÖPFLIN, a.a.O., S. 254 u. 407.

114)前掲注(88)(89)とそれにかかる本文参照。

115)Schon, Otto von GIERKE, Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte, 2. Aufl., 1902, S. 38 f.

116)v. GIERKE, a.a.O., S. 39; TUHR, a.a.O., S. 581 ff.; RGZ 63, 62 (ドイツ・ライヒ裁判所1906年3月16日判決), 64 f.; RGZ 90, 173 (ドイツ・ライヒ裁判所1917年4月24日判決), 176 f.; RGZ 143, 212 (ライヒ裁判所1934年判決・前掲注(34)), 213; ENNECCERUS / NIPPERDEY, a.a.O., § 116 Anm. 42). 阿久澤・前掲注(40)79-84頁参照。

このような法律構成に対しては、擬制にすぎないとされたり、あるいは、見せかけの論理であって、団体目的の非営利・営利による区別も難しいなどとの批判がなされてきた¹¹⁷⁾。また、このような形で一般的な法準則を定立できるのであれば、理論的な根拠付けなど、もはや無用であろうとまで評されている¹¹⁸⁾。

民法上の組合に関する判例・学説の転回の後でもなお、黙示による、代表権を制限する定款の定めとそれについての相手方との合意という、かつての見解を、権利能力なき社団においてなお維持できるかは疑わしい¹¹⁹⁾。なぜなら、民法上の組合においては、責任財産を組合財産のみに限定して、組合員の責任制限(=有限責任)を一般的に図るような形での組合代理権の制限は認められないというのが、現在の判例・学説のほぼ一致した結論になっているからである。

すなわち、ドイツ連邦通常裁判所1999年9月27日判決によれば、「法律に別段の定めがあるか、または、契約の相手方と責任制限が合意されていない限り、個人として、あるいは、他の者とともに事業を営む者は、事業より生じる義務につきそのすべての財産によって責任を負う」のが「民法および商法の一般原則」である¹²⁰⁾。責任制限は有限会社などの設立により実現しなければならないとされている¹²¹⁾。

したがって、個別的な行為ないし一定種類の行為について、組合代理権(組合代表権)を制限することは可能であるが(それが認識可能ないし明白であれば、第三者に対抗可能である¹²²⁾)、組合員の個人的責任を一般的に制限するような組合代理権(組合代表権)の制限は、無限責任の一般原則を潜脱するものであるとして、許されないとされているのである¹²³⁾。

従前は、責任財産を組合財産に限定し、組合員の個人的責任を一般的に制限するような組合代理権(組合代表権)の制限もまた、個別的な行為についての組合代理権(組合代表権)の制限と同様に、それが認識可能(erkennbar)ないし明白(offenkundig; offensichtlich)であれば第三者に対抗可能であるとする見解が通説的な地位を占めていた¹²⁴⁾。しかし、上記1999年判決にも見ら

117) Hans SCHUMANN, Zur Haftung der nichtrechtsfähigen Vereine, 1956, S. 18 f.; KÜBLER / ASSMANN, aa.O., S. 138; WOLF / NEUNER, aa.O., § 17 Rn. 137.

118) K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 746.

119) SCHÖPFLIN, aa.O., S. 430. それでもなお、社団財産に代表権の範囲を限定するという構成員の意思が、権利能力なき社団の組織上の基本構造(Verfassung)が社団的であることから導かれるとする見解も見られる(MEDICUS, aa.O., Rn. 1154; EISENHARDT, aa.O., S. 114)。

120) BGHZ 142, 315 (ドイツ連邦通常裁判所第2民事部1999年9月27日判決), Tz. 9 u. 12 (福田・前掲注(50) 27-29頁、西内康人「団体論における契約性の意義と限界(1) — ドイツにおける民法上の組合の構成員責任論を契機として —」法学論叢165巻3号〔2009年〕25-28頁、後藤・前掲注(50) 206-207頁参照), BGHZ 146, 341 (連邦通常裁判所2001年判決・前掲注(50)), Tz. 39. 組合員の個人的責任の態様は、先にも述べたように、個人的責任を定める合名会社規定(ドイツ商法典128条)の類推適用による附従説(Akzessorietätstheorie)がドイツの判例・通説である(前掲注(87))。

121) BGHZ 142, 315 (連邦通常裁判所1999年判決・前掲注(120)), Tz. 16 f.

122) 前述Ⅲ 4 (2) (c) 参照。

123) Barbara DAUNER-LIEB, Das Ende der BGB-Gesellschaft mit beschränkter Haftung - was nun?, DStR 1999, S. 1996; SCHÖPFLIN, aa.O., S. 253.

124) SOERGEL Kohlhammer- Kommentar Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen

れる組合員の責任に関する現在のドイツ判例・学説のもとでは、もはや通説とは言えない¹²⁵⁾。

(b) 権利主体性

権利能力なき社団の権利主体性から基礎づける見解もある¹²⁶⁾。すなわち、「権利能力なき社団」に権利能力が承認されうるのであれば、その名による代表行為に基づき成立した債務は社団の債務であり、それについては社団財産が引当てとなるのであるから、構成員の個人的責任は特別な根拠のない限り生じないとするものである。

特別財産の設定という観点から、同様のことをいう見解もある¹²⁷⁾。すなわち、非営利の権利能力なき社団を設立する場合の設立者の本来的な意思に遡るならば、設立者が、社団の存在に関連して生じた債務については、社団財産のみが引当てとなるような特別財産 (Sondervermögen) を創設する意思を有していたとする。このような特別財産を創設する意思は、実定法上、社団法人について承認されているところ、そこでは、社団を設立する意思の存在するところに、特別財産を創設する意思が承認されているのであるから、等しく社団を設立する意思が存在する権利能力なき社団にも、特別財産を創設する意思が承認されなければならないことになる。このようにして、特別財産を創設する意思が承認されるならば、特別財産である社団財産のみが責任財産となる。

以上のような見解に対しても、上記 (a) で掲げたのと同様の批判が可能である。ドイツ連邦通常裁判所の先導的判決¹²⁸⁾以降、民法上の組合には権利能力が認められるが、それでもなお無限責任の原則が妥当するとされているのであるから¹²⁹⁾、権利能力なき社団の権利主体性やその財産の特別財産性を言うだけでは、構成員の責任制限 (= 有限責任) を十分に根拠付けるものとは言えない。そもそも、権利主体性等は構成員の個人的責任と論理的に直結するものではない。また、団体目的の非営利・営利による区別をすることもできない¹³⁰⁾。

/ Hermann- Arnold SCHULTZE- v. LASAULX, Band 4, 10. Aufl., 1969, § 714 Rn. 9.; Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen / Ernst KEßLER, 2. Band, 4. Teil, 10. / 11. Aufl., 1975, § 714 Rn. 12 f. 前述 III 4 (2) (c) 参照。

125) SCHÖPFLIN, a.a.O., S. 255. 後藤・前掲注(50)205-207頁参照。

126) MüKoBGB / REUTER, 3. Aufl., § 54 Rn. 26; SOERGEL Kohlhammer- Kommentar Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen / Walther HADDING, Band 1, § 54 Rn. 24; K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 747; BERGMANN, a.a.O., S. 358.

127) Julius v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen / Helmut COING, Erstes Buch, 12. Aufl., 1980, Vor § 21 Rn. 52 f.; Staudinger / WEICK, 2005, § 54 Rn. 52 f.

128) 前掲注(50) (120) 参照。

129) 前述 III 2 (1) および III 4 (3) (a) 参照。

130) SCHÖPFLIN, a.a.O., S. 433 f.

(c) 社団としての組織上の基本構造

「権利能力なき社団」の社団としての組織上の基本構造 (Verfassung) から論じる見解もある¹³¹⁾。

すなわち、民法上の組合においては、個人的な信頼関係に基づく構造があり、共同の業務執行を原則として予定するものであるから、組合員の個人的責任が妥当する。今日の通説・判例となっている附従説 (Akzessorietätstheorie) は¹³²⁾、組合員の個人的責任に関して、合名会社規定であるドイツ商法典128条を類推適用するものであるが、そこにはこうした考え方が反映されている。

対照的に、「権利能力なき社団」は社団的な組織上の基本構造 (Verfassung) を有しており、構成員に個人的責任を負担させるのは適格的でない。なぜなら、権利能力なき社団においては通常、構成員が多数であり、その議決権が平等で、かつ、多数決の原則が行われるという社団的構造の特質のために、各構成員の業務執行に対する影響力が限定的であるからである。

こうした見解に対する批判としては、第1に、そこで対置されている組合と社団の組織上の基本構造はあくまで典型的な場合のそれであるにすぎないことが挙げられる。第2に、社団としての組織上の基本構造から構成員の責任制限 (=有限責任) を導きうるとすると、責任制限のために定められた団体の法形式を採用することなく、構成員が個人的責任を免れうるという問題点が生じる。その結果、第3に、非営利と営利の区別をすることもできず、営利の権利能力なき社団においても構成員の責任制限を認めることに繋がりがかねないとされている¹³³⁾。

(d) 行為者の個人的責任を定めるドイツ民法典54条第2文による根拠付け

(i) 行為者の個人的責任 (ドイツ民法典54条第2文)

ドイツ民法典54条第2文は「権利能力なき社団の名で第三者に対して法律行為が行われたときは、その法律行為から行為者 der Handelnde が個人的責任を負う」ことを規定する。行為者 (Handelnder) とは、社団の名での法律行為において現れた者、つまり、代理人として行為した者をいい、代表機関の構成員に限られない。行為者は、真に社団の構成員あるいは代表機関の構成員であるかどうか、あるいは、代表権を有しているかどうかに関わりなく、責任を負う¹³⁴⁾。

行為者の責任は、権利能力なき社団において有効に債務が発生するか否かに関わりなく生じるが、生ずべき債務に附従的な責任であって、個人財産でもってする内容的に同一の無限責任である。無限責任社員の個人的責任を定めるドイツ商法典128条の解釈と同じく、行為者は損害賠償責任のみを負うのではなく、無権代理人 (ドイツ民法典179条) と同様の履行責任を負う¹³⁵⁾。

131) Staudinger / WEICK, 2005, § 54 Rn. 51. 判例・学説が転回する以前の見解については、後藤・前掲注(42) 100頁、103頁参照。

132) 前掲注(87)および(120)とそれにかかる本文参照。

133) SCHÖPFLIN, aa.O., S. 3 u. 434 f.

134) MUGDAN, aa.O., S. 641; K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 748 f.; SCHÖPFLIN, aa.O., S. 478 ff.; MüKoBGB / LEUSCHNER, aa.O., § 54 Rn. 55; Staudinger / SCHWENNICKE, 2019, § 54 Rn. 123; BeckOK / SCHÖPFLIN, aa.O., § 54 Rn. 40.

135) K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 749; SCHÖPFLIN, aa.O., S. 489 f.; MüKoBGB / LEUSCHNER, aa.O.,

(ii) 行為者の個人的責任を根拠とする構成員の個人的責任の排除

古くより、ドイツ民法典54条第2文が行為者の個人的責任を定めているので、構成員の個人的責任は排除されるとする見解が見られる。

その根拠としては、まず、ドイツ民法典54条第2文の反対解釈によることが考えられている。同条第2文は、「行為者 der Handelnde が個人的に責任を負う」と規定し、構成員に言及していないのであるから、行為者のみが個人的責任を負い、構成員は個人的責任を負わないとするのである¹³⁶⁾。

これに対しては、行為者が責任を負うからといって、論理必然的に、構成員が責任を負わないということにはならないとの批判がある。そもそも、ドイツ民法典54条第2文の行為者の責任は、相手方たる債権者の立場を強めるためのものであるとの指摘もなされている¹³⁷⁾。

近時の学説の中には、利益状態 (Interessenlage) の評価¹³⁸⁾を取り込んだ上で、ドイツ民法典54条第2文を構成員の責任制限 (=有限責任) の根拠とするものがある。すなわち、同条第2文によって、相手方たる債権者の利益が、行為者の責任に関する特別規定のない民法上の組合に比較して、十分に図られているとする。債権者の利益は、社団財産と行為者の責任で満足されるという¹³⁹⁾。また、権利能力なき社団においては、理事会が業務執行を支配し、構成員の影響力は限定的であるから、このような状況に対して、ドイツ民法典54条第2文に行為者の責任が定められ、それゆえ、構成員の個人的責任は排除されているものと解することができるとする¹⁴⁰⁾。

さらに、ドイツ民法典54条第2文の行為者責任があれば、構成員の個人的責任を認める実際上の必要性が考えられないことから、構成員の責任制限 (=有限責任) が正当化されるという。すなわち、権利能力なき社団の理事会は、行為者責任を果たさなくて済むように、社団財産から履行することが可能な範囲で債務を負担するであろう。相手方たる債権者からしても、権利能力なき社団とともに、ドイツ民法典54条第2文に責任が法定されている行為者を追及するのが便宜であり、名前も住所も知るのが容易でない構成員を追及するのは困難である。このように、構成員の個人的責任を追及することは、實際上、期待可能性がない (unzumutbar) というのである¹⁴¹⁾。

§ 54 Rn. 61; Staudinger / SCHWENNICK, 2019, § 54 Rn. 133 f.; BeckOK / SCHÖPFLIN, a.a.O., § 54 Rn. 44.

136) Heinrich DERNBURG, Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens, 3. Aufl., 1906, S. 246; RGZ 90, 173 (ドイツ・ライヒ裁判所1917年4月24日判決), 177.

137) K. SCHMIDT, Zur Stellung der oHG, S. 214; ders., Gesellschaftsrecht, S. 746.

138) 学説において典型的なものは、構成員が個人的責任を負うことが、社団の構成員となった者の典型的な意図に反し、また、法取引においても通常は期待されてはいないとするものである (Staudinger / WEICK, 2005, § 54 Rn. 48. Vgl. auch, v. GIERKE, a.a.O., S. 38; SCHUMANN, a.a.O., S. 19 ff.; LARENZ / WOLF, a.a.O., § 11 Rn. 14 ff. u. 18; KÜBLER / ASSMANN, a.a.O., S. 138)。

139) SCHÖPFLIN, a.a.O., S. 432 u. 443; BeckOK / SCHÖPFLIN, a.a.O., § 54 Rn. 33.

140) SCHÖPFLIN, a.a.O., S. 411, 413 f., 434 u. 440 f. 前述 4 (3) (c)「社団としての組織上の基本構造」における議論を利益状態の評価として、ドイツ民法典54条第2文の解釈に取り込むものである。

141) SCHÖPFLIN, a.a.O., S. 408 f.

(e) 判例による慣習法

従前から、権利能力なき社団における構成員の責任制限（＝有限責任）を判例による慣習法によって根拠付けていた見解がある。それは、構成員の責任を社団財産に限定することが、判例の積み重ねによって¹⁴²⁾、慣習法になっているとする¹⁴³⁾。

この見解に対しても、上記 (a) (b) の議論において見たように、1999年と2001年のドイツ連邦通常裁判所の判決¹⁴⁴⁾後において、判例・学説は大きく転回したのであるから、判例による慣習法が成立していたとしても、それが今日のドイツにおいてもなお存続するものとは言いがたい。むしろ、民法上の組合に権利能力を承認し、組合員の個人的責任をいう上記2判決が¹⁴⁵⁾、権利能力なき社団に与える影響こそが問題であり¹⁴⁶⁾、本稿でまさに採り上げているところである。

(4) 構成員の有限責任を原則とする見解

以上のように、構成員の個人的責任に関して、責任制限（＝有限責任）を法的にいかにか根拠付けるかという議論が生じるのは、ドイツの判例¹⁴⁷⁾もいうような無限責任の原則を出発点としているからであるが¹⁴⁸⁾、その法的構成は多様である。多様性は、有限責任の法的構成の困難さの裏返しでもある。

こうした中であって、ドイツ学説の中には、権利能力なき社団の権利主体性から¹⁴⁹⁾、もしくは、権利能力なき社団論における歴史的な法の継続形成の中において¹⁵⁰⁾、または、多様な法的構成の合わせ技において¹⁵¹⁾、非営利の権利能力なき社団における構成員の有限責任を承認し、そのようにした上で、もはや議論の証明責任が転換されているとする見解も有力である。つまり、権利能力なき社団においては、構成員の責任制限（＝有限責任）が原則であって、構成員の個人的責任（無限責任）こそが特別の法的な根拠付けを必要とするというのである¹⁵²⁾。したがって、営利の権利能力なき社団について、その構成員の責任制限を否定する（無限責任を肯定する）ための法的

142)前掲注(34)・前掲注(116)に掲げたドイツ・ライヒ裁判所判決、および、ドイツ連邦通常裁判所第2民事部1979年4月2日判決(BGH, Urteil vom 02. April 1979 - II ZR 141/78 -, juris, Tz. 21)など。

143)BOEHMER, a.a.O., S. 172; LARENZ / WOLF, a.a.O., § 11 Rn. 18.

144)前掲注(50)(120)参照。

145)前述Ⅲ 2 (1) (a)および4 (3) (a)参照。

146)DAUNER-LIEB, DStR 2001, S. 361; Harm Peter WESTERMANN, Erste Folgerungen aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft, NZG 2001, S. 295.

147)前掲注(120)とそれにかかる本文参照。

148)前掲注(88)(89)とそれにかかる本文参照。

149)K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 747; BERGMANN, a.a.O., S. 358; WOLF / NEUNER, a.a.O., § 17 Rn. 138. なお、前述Ⅲ 4 (3) (b)参照。

150)K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, ebenda.

151)SCHÖPFLIN, a.a.O., S. 431 ff. u. 445 (前述Ⅲ 4 (3) (d) (ii)参照); ders., BeckOK / SCHÖPFLIN, a.a.O., § 54 Rn. 33.

152)K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 747; BERGMANN, a.a.O., S. 358; Staudinger / WEICK, 2005, § 54 Rn. 51 u. 53.

構成が必要となる。

すなわち、「権利能力なき社団」自身に債務が帰属し、構成員が社団の債務につき個人的責任を負わないのが原則であるとしても、それは強行的な法原則に反することはできない。社団が営利を目的とする場合には、団体法秩序は、株式会社・有限会社など、構成員の責任制限（＝有限責任）を可能とする法形式を選択するときのみ、それを承認しているのである。これは、団体法（Gesellschaftsrecht）における団体法定主義（numerus clausus）ないし定型強制（Typenzwang; Rechtsformzwang）であって、ドイツ民法典21条・22条が定める法原則である。営利の権利能力なき社団においては、有限責任である法形式が選択されていないから、構成員は有限責任を享受することができない¹⁵³⁾。

このような議論の仕方は、ドイツにおいては、従前の権利能力なき社団論においても行われていたものである¹⁵⁴⁾。今日において構成員の有限責任を原則とする議論は結局、構成員の個人的責任の点についてだけは、従前の権利能力なき社団論を借用して、現在の組合法適用を原則とする権利能力なき社団論に接ぎ木し、営利の権利能力なき社団の構成員の責任制限を根拠付けていることになる。

(5) 補論：非営利の民法上の組合における組合員の有限責任？

権利能力なき社団について非営利と営利のものに区別し、非営利のそれにもみ構成員の責任制限（＝有限責任）を認めるとした場合、民法上の組合についても同様の論理が働くのではないかとの考えは容易に浮かぶところである¹⁵⁵⁾。ドイツでは、非営利の民法上の組合につき、非営利の権利能力なき社団と同様に、有限責任を承認すべきことが従前より有力に主張されてきた¹⁵⁶⁾。ここでは、組合員の厳格な個人的責任が、非営利組合の利益状況にそぐわないと考えられている。また、債権者は、組合に営利目的のないことから、組合員に個人的責任のないことをあらかじめ計算することができるともされている。

今日、組合法の適用を通じて、「権利能力なき社団」に権利能力を承認する状況となっても、同様のことを言う有力説がある。それは、限界事例における民法上の組合と権利能力なき社団の区別は困難であるとして、非営利の民法上の組合においても、組合員の責任制限（＝有限責任）を承認する¹⁵⁷⁾。

153) K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, ebenda; Staudinger / WEICK, 2005, § 54 Rn. 54.

154) 前述Ⅲ 1 (3) 参照。

155) 日本においても同様のことを論じる見解がある（江頭憲治郎「企業の法人格」『会社法の基本問題』〔有斐閣、2011年〕110頁。反対、平野・前掲注(7)55頁）。後藤・前掲注(20)34頁参照。

156) FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I / 1, Die Personengesellschaft, 1977, S. 330 ff.; Soergel / HADDING, Bd. 4, § 714 Rn. 31; Peter REIFF, Die Haftungsverfassung der GbR nach dem Urteil des BGH vom 27. 9. 1999 (II ZR 371/98), NZG 2000, 283 f.; Wolfram TIMM, Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre Haftungsverfassung, NJW 1995, S. 3217（民法上の組合へのドイツ商法典128条第1文の類推適用〔附従説〕が、目的論的に縮小解釈されるとする）。

157) ULMER / SCHÄFER, aa.O., Vor § 705 Rn. 137, § 714 Rn. 42. Vgl. auch, REIFF, NZG 2000, S. 283 Anm.

以上に対しては、先にも触れたところであるが、ドイツ連邦通常裁判所の現在の判例によれば¹⁵⁸⁾、民法上の組合の中にあっても、「事業を営む者は、事業より生じる義務につきそのすべての財産によって責任を負う」のが「民法および商法の一般原則」であって、そこでは民法上の組合の目的による区別は見られないとの指摘がある¹⁵⁹⁾。

そもそも、合名会社の社員の無限責任を定めるドイツ民法典128条第1文の制度趣旨として語られるところの、会社財産の充実・維持のないこと、支配と責任の連動¹⁶⁰⁾、および、法取引にとっての法的安定性は、民法上の組合が非営利であっても等しく妥当するのである。非営利の民法上の組合に有限責任という例外を認めることは、著しく法的安定性を害する。というのも、取引に立つ第三者が組合の目的を調査しなければならないことになるが、それには期待可能性がない(unzumutbar)からである。組合の目的は、組合契約の当事者間の事項であり、原則として対外的な効力はないものとすべきである¹⁶¹⁾。また、法取引において、非営利の権利能力なき社団から非営利の社団法人(eingetragener Verein: 登記された社団。ドイツ民法典21条)を想起しうるが、非営利の民法上の組合からはそれを想起しえない¹⁶²⁾。したがって、民法上の組合における組合員の責任論においては、非営利の組合を別異に論じることができない。

なお、以上のような構成員の責任制限の議論は、組合目的による組合代理権(組合代表権)の制限の議論¹⁶³⁾に類似するが、組合債務の発生を前提にしている点で異なる。ここでの議論における通説は、組合債務が生じている場合に、非営利の組合であることを理由に構成員の責任制限を認めないとするものである。組合目的による組合代理権の制限についての通説は、非営利目的による組合代理権の制限を承認し(それが認識可能ないし明白であるときに)、組合債務の不発生、そして、構成員の個人的責任の不発生をいうものである。

(6) 小括～ドイツの議論状況におけるジレンマ～

以上に見てきた、権利能力なき社団における構成員の個人的責任、および、その前提となる、民法上の組合における組合員の個人的責任に関する議論は、ドイツ法学らしく詳細を究めるものと言ってよい。

判例・学説が、民法上の組合に権利能力を承認したことによって、「権利能力なき社団」に権利能力を承認するまではよかったが、構成員の責任関係については、民法上の組合と同様なものだとすると、個人的責任を肯定せざるをえなくなる。しかし、そうした結論は、非営利の権利能力

37).

158)BGHZ 142, 315 (連邦通常裁判所1999年判決・前掲注(120)), Tz. 9 u. 12.

159)Wulf GOETTE, Anmerkung, BGH: BGB-Gesellschaft: Unzulässigkeit der "GbR mit beschränkter Haftung", DStR 1999, S. 1708; Hartwig HENZE, Beschränkung der Gesellschafterhaftung - Teilrechtsfähigkeit der GbR im Wandel?, der Betriebs-Berater 1999, S. 2262.

160)後藤・前掲注(50)217-219頁参照。

161)Soergel / HADDING, Bd. 4, § 714 Rn. 29; Münchener Hdb / Hans GUMMERT, § 18 Rn. 108 ff.

162)SCHÖPFLIN, aa.O., S. 405 f.

163)前述Ⅲ 4 (2)(c)参照。

なき社団における構成員の個人的責任の排除という満場一致の結論と矛盾を来す。

それがゆえに、学説は構成員の個人的責任を否定する論拠をあれやこれやと模索するのであるが、どの法的構成もそれぞれに難点を抱えているので、合わせ技一本のように各論拠を抱き合わせ、あるいは、歴史的経緯や判例による慣習法を持ち出して、原則と例外を入れ替え、構成員の有限責任が原則で、構成員の無限責任こそが特別の理由に基づいて認められるとしたりする。

ところが、その帰結は、民法上の組合にも反射して立ち帰り、団体目的（Gesellschaftszweck：組合目的）の非営利・営利による区別が、民法上の組合にも持ち込まれ、非営利の民法上の組合でも組合員の有限責任が問題になる。学説の中には思い切って、組合員の有限責任を承認するものもあるが、やはり一般的には、組合員の無限責任を維持しようとするのが学説の趨勢であって、そうすると、非営利の権利能力なき社団の場合との立論の差異が問われるのである。

なにやら、あちらを立てればこちらが立たずのジレンマに陥っているようでもある。

Ⅳ 組合規定の改正に伴う権利能力なき社団論の現代的変容

本節では、前節Ⅲで見たドイツにおける議論を参考にしつつ、翻って、日本における権利能力なき社団論について、組合規定の改正に伴う新たな解釈論を前提にしつつ、その現代的な議論展開の可能性を探ることとしたい。

1 民法における組合規定の一般法的性質

2017年民法改正後の組合規定に基づく新たな解釈論の可能性については、その一端をすでにⅡ節で論じたところである。権利能力なき社団論との関連で、そこから提起したい解釈論の始点の1つは、日本においては、2017年の民法改正により、組合法の法体系上の一般法的性質が鮮明になった、あるいは、そのように変容したのではないかという点である。

(1) 成立要件における組合規定の一般法的性質

そもそも、従前から指摘されていた通り¹⁶⁴⁾、民法676条1項は、民法上の組合の成立要件として、単に「各当事者が出資をして共同の事業を営むこと」を要求するのみで、それは、各種の法人を含め、人の集まりである団体（社団）すべてを包含しうるものである。権利能力なき社団の成立要件とされるもの¹⁶⁵⁾は、民法の組合規定に見出すことができるか、あるいは、組合契約によって設定することができるものである¹⁶⁶⁾。民法上の組合の成立要件は権利能力なき社団を包摂する。

164) 星野・前掲注(15)254-256頁。

165) 判例によれば、権利能力のない社団が成立するためには、「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」、「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」ことを要する（最判昭39・10・15民集18巻8号1671頁、最判昭42・10・19民集21巻8号2078頁）。

166) 星野・前掲注(15)254-264頁。また、前掲注(45)参照。

(2) 業務執行者に関する組合規定の一般法的性質

ところで、組合規定中の民法670条は、第三者に組合の業務を委任しうるとする伝統的学説¹⁶⁷⁾に従って、組合員のみならず、第三者を「業務執行者」にすることができることを前提にしている¹⁶⁸⁾。

しかしながら、民法上の組合では労務出資も可能であるところ（民法667条2項）、業務執行者となった者は、業務の執行という労務を出資しているものと解することが可能であるから、この場合、当該の者は第三者にとどまることなく、労務出資をする1人の組合員として、「業務執行組合員」となる¹⁶⁹⁾。業務執行者が組合員であれば個人的責任を負担し（民法675条2項）、支配と責任を連動させるという意味からも¹⁷⁰⁾、適正な業務執行の期待可能性が高まるのであるから、民法上の組合における業務執行者を原則として「業務執行組合員」であると法性決定することには実体的正当性がある。持分会社では「業務を執行する社員」のみが規定され（会社法591条）、自己機関の原則がとられていることも、このような解釈の正当性を示す。民法上の組合においても、業務執行者による労務出資および支配と責任の連動に基づき、自己機関の原則が妥当するものと言えよう。

これに対して、第三者が業務執行者であること、つまり、第三者機関性は、組織上の基本構造が社团的に構成された権利能力なき社団においてこそ妥当する。民法670条にある第三者が業務執行者である組合とは、第三者機関を備えた権利能力なき社団をいうものと解することができるのである。このことも、民法の組合規定に権利能力なき社団が包摂されることの証左となる。

(3) 責任関係に関する組合規定の一般法的性質

(a) 組合規定に見る責任関係

2017年の民法改正によってはまた、民法上の組合における責任関係に関して、組合法の法体系上の一般法的性質が明らかになった、あるいは、そのように変容したというべきである。

そのことは、前述のように¹⁷¹⁾、改正された民法675条および民法677条から生じ、従前は民法上の組合における責任関係につき規定上、詳らかでなかったものが、詳らかになったとすることができる。民法675条1項（組合財産についての組合の債権者の権利行使＝責任財産としての組合財産）、同条2項本文（組合員の個人財産についての債権者の権利行使＝組合員の個人的責任）およ

167) 我妻・前掲注(9)784頁。

168) 第三者を業務執行者にすることができることは、民法の現代語化が図られた2004年民法改正の際にまずは、「業務執行者」という文言が民法670条2項括弧書の中に取り入れられることによって確認された。民法672条にいう「業務執行組合員」とは異なって、組合員でなくともよいという意味で「業務執行者」とされている。2017年民法改正ではさらに、「第三者」という文言が670条2項に挿入されることによって、第三者が業務執行者たりうることがいっそう明確にされた。

169) 松岡＝中田編・前掲注(3)1133-1134頁〔後藤〕。着想は、キューブラー（KÜBLER / ASSMANN, a.a.O., S. 342）に得ている。

170) 前掲注(160)とそれにかかる本文参照。

171) 前述Ⅱ1および2参照。

び民法677条（組合財産についての組合員個人の債権者の権利行使の禁止＝組合の債権者のための排他的な責任財産としての組合財産）は、団体（＝共同目的ないし共同の事業のために設定された団体的規律を有する共同関係）において生じた責任関係の原則的規律にふさわしいものとなっている。

この点においても、現行の組合規定の一般法的性質を語ることができよう。

（b） 構成員の無限責任の原則（民法675条2項本文）

団体（共同目的ないし共同の事業のための団体的規律を有する共同関係）においては、構成員の無限責任が原則であり、民法675条2項本文がこのことを定めていると解することができる。団体の構成員が有限責任の地位を享受するには、そのことを定める実定法上の法準則が必要であるとしなければならない¹⁷²⁾。

民法675条2項本文は、すべての団体において、組織上の基本構造が社団型であるか組合型であるかにかかわらず、自己の財産を運用する者は、他の者との共同であるがために団体的拘束を受けていたとしても、無限責任を負うことを原則とすることを定めるものと解すべきである。ドイツ判例を借用するならば、「法律に別段の定めがあるか、または、契約の相手方と責任制限が合意されていない限り、個人として、あるいは、他の者とともに事業を営む者は、事業より生じる義務につきそのすべての財産によって責任を負う¹⁷³⁾」。

すべての団体に対して、民法典の組合規定が一般法的性質を有するものとするれば、民法675条2項は、団体における構成員が、団体の中にあるとはいえ、自己の活動の結果として、団体における債務について無限責任を負い、団体の債権者の側から見れば、団体財産および構成員の個人財産が責任財産となり、この責任財産の範囲は原則として変更できないことを一般法として規定するものと解釈することができよう（構成員の無限責任の原則）。

民法675条2項本文が構成員の無限責任を私法上の一般原則として措定するものとするれば、これと異なる構成員の責任態様が認められるためには、そのことを規定する法律の規定が必要となる。構成員の有限責任のためには、有限責任規定を有する法人・団体形式によらなければならない（有限責任の法定性¹⁷⁴⁾）。

2 権利能力なき社団論の現代的変容

（1） 組合法の変容による権利能力なき社団論の変容

前述のように¹⁷⁵⁾、ドイツにおいては、民法上の組合に関する2001年の連邦通常裁判所の判決によって、権利能力なき社団論が変容した。日本においても、民法上の組合に関する2017年の民法改正によって、権利能力なき社団論が変容したものとすることができるのではないか。2017年改

172) 後藤・前掲注(50)222-223頁、山野目編・前掲注(3)663頁〔後藤〕。

173) BGHZ 142, 315（連邦通常裁判所1999年判決・前掲注(120)）、Tz. 9.

174) 前掲注(172)参照。

175) 前述Ⅲ 2 および 3 参照。

正で民法に取り込まれた「一般的な解釈」ないし判例・通説は、民法の原規定とは異なり、団体的規律の要素を多く含むものであったとも言えるであろう。

日本の権利能力なき社団論はドイツのそれを継受したものであるが¹⁷⁶⁾、ドイツでは従前の権利能力なき社団論が放棄され、組合法の適用を見たうえでの新たな権利能力なき社団論が判例・学説となっている。日本のみにおいて（韓国でも同様であるかもしれないが）、民法の規定の埒外にあって、法律構成が必ずしも実定的とは言えない権利能力なき社団論を展開するのは、今やガラパゴスである。

ドイツには、従前の権利能力なき社団論を構築しなければならない歴史的・社会的事情があったのである。ドイツ民法典の制定当初の社団法人規定が、労働運動や社会主義政党に敵対的であると評価されたために、その適用を回避した団体であっても、社団法人と同じ扱いを受けることができるように構成されたのが、ドイツの従前の権利能力なき社団論である¹⁷⁷⁾。

それは、「真の対立は、組合と法人ではなく、組合と社団である」とし¹⁷⁸⁾、権利能力なき社団が、組合ではなく社団であるから、社団法人規定を類推適用するにふさわしいとするものであった。しかしながら、今日においては、真の対立はやはり、組合と社団ではなく、組合と法人であるとすべきであろう。組合と社団は類型論的系列の上において、概念的に区別できないのであるから、(法人でないという意味での) 組合と法人の区別こそが、法人格の有無によって明快である。さらに、法人には、公示・情報開示およびそれに関連する手続きが、法律上、規定されている。

ドイツにおいては、ドイツ民法典の社団法人規定の改正などの法発展による事情変更¹⁷⁹⁾、あるいは、民法上の組合に関するドイツ連邦通常裁判所判決を起点とする判例・学説の転回から¹⁸⁰⁾、従前の権利能力なき社団論がもはや旧式モデルとなった。日本には、ドイツにおけるような社団法人法をめぐる歴史的事情はなかったし、現在も特別な社会的事情があるとは言えないであろうのに、なにゆえドイツ旧式モデルが維持されなければならないのであろうか。現在では、一般法人法あるいはNPO法による法人成りも容易である。

ドイツでは今日もなお、歴史的経緯から権利能力なき社団のままにとどまっている労働組合が多数ある。組合員数200万超えを誇るIGメタル（ドイツ金属産業労組）などが存在することを斟酌すれば、ドイツにおいてはなお、非営利の権利能力なき社団における構成員の有限責任など、権利能力なき社団としての特別な法的構成を行う実体的理由が社会に存在する。日本には果たして、特別な法的構成を行うべき社会的実体が存在するのであろうか。

176) 前掲注(33)とそれにかかる本文参照。

177) 前述Ⅲ 1 (2)および(3)参照。

178) STOLL, aa.O., S. 49; 石田文治郎「権利能力なき社団」『民法研究 第1巻』(弘文堂書房、1934年) 38頁、我妻・前掲注(6) 132-133頁。前掲Ⅲ 1 (3)参照。

179) 後藤・前掲注(42) 91-93頁、名津井・前掲注(40) 77-83頁。

180) 前述Ⅲ 2 参照。

(2) 権利能力なき社団への組合規定の適用可能性

伝統的な権利能力なき社団論は、組合法を権利能力なき社団に適用することの不当性を言うものであった。

(a) 内部関係における組合規定の適用

しかし、内部関係については、従前から指摘されている通り¹⁸¹⁾、民法の組合規定にも社団的な規定があり、また、組合規定は原則として任意規定であるから、組合契約によって社団的な規律を設定することもできる¹⁸²⁾。

民法の組合規定については、権利能力なき社団の内部関係において、そのままの形で権利能力なき社団に適用され、あるいは、定款等による団体自治により排除され、異なる規律が設定されていると解することができるから、権利能力なき社団への適用を語っても何ら不当ではない。その上で、団体自治による組合規定と異なる規律の設定の際に、法人格を前提としない一般社団法人などに関する規定が取り込まれる、あるいは、類推適用されると考えることが可能である。このように考えるときは、そもそも権利能力なき社団であると法性決定することの必要性が問われていると言えよう¹⁸³⁾。

(b) 財産帰属関係における組合規定の適用

権利能力なき社団における財産の帰属関係については、民法668条・676条といった組合規定が適用されるものとしても差支えない。否、実定法上の根拠となるだけに、そう解する方が優れているであろう。

すなわち、民法668条によって、社団財産は総構成員に共同的に帰属する。この帰属関係を合有と言おうが、総有と言おうが、法的に有意な差異はない。民法676条所定の属性（持分処分の制限〔1項〕・債権の単独行使の禁止〔2項〕・分割請求の禁止〔3項〕）が備わっている点で、総有は合有と異ならないからである。

もちろん、合有とされる典型的な民法上の組合においては持分の払戻しがあり、総有とされる典型的な権利能力なき社団においては持分の払戻しがないという点では、違いが見られる¹⁸⁴⁾。しかし、権利能力なき社団においては、特に非営利の権利能力なき社団について、持分の払戻しのないことを、内部関係に関する組合規定の定款等による排除から導くことができよう。

181) 星野・前掲注(15)254-264頁。

182) 前掲注(7)(45)参照。

183) 星野・前掲注(15)279頁は、「『権利能力なき社団』をすべて一律に扱い、一定の要件をまず決め、これを備えている団体には、全面的にいくつかの効果を認めるというやり方に問題があると考えられる」とする。

184) 後藤・前掲注(20)31-32頁、山野目編・前掲注(3)776-777頁〔後藤〕、松岡＝中田編・前掲注(3)1141頁〔後藤〕。

(c) 責任関係における組合規定の適用

権利能力なき社団における責任関係についても、民法675条1項をそのままの形で適用することが十二分に可能である。民法667条1項にいう「民法上の組合」に「権利能力なき社団」もまた包摂されるとすれば、権利能力なき社団の債権者は、民法675条1項の適用により、権利能力なき社団の財産について、その権利を行使することができるものとされる。また、民法677条も権利能力なき社団にそのままの形で適用され、構成員個人の債権者は、権利能力なき社団の財産について、その権利行使をすることができない。

したがって、民法675条1項および民法677条から、権利能力なき社団の財産（総構成員に総有的に帰属する社団財産。民法668条）は、もっぱら権利能力なき社団の債権者のための責任財産（社団の債権者のための排他的な責任財産）であるとする¹⁸⁵⁾ことができる。

3 構成員の個人的責任に関する法律構成

さて問題は、権利能力なき社団における構成員の個人的責任に関してである。組合員の個人的責任を定める民法675条2項本文は、それをそのままの形で権利能力なき社団に適用すると、構成員が無限責任を負うことになる。伝統的な権利能力なき社団論が組合法を適用することの不当性をいうのも、まさに構成員の無限責任の点にあった。

(1) 権利能力なき社団において構成員の有限責任を原則とする法的構成

権利能力なき社団への組合規定の適用を前提にして議論するとした場合、ドイツ学説のいう、非営利の権利能力なき社団における構成員の責任制限に関する議論を参照することができよう。

たとえば、ドイツにおけるのと同様に¹⁸⁶⁾日本においても、権利能力なき社団に関しては、構成員の有限責任が判例による慣習法として定立されたと見ることができるとも¹⁸⁷⁾。そうすると、構成員の個人的責任を定める民法675条2項本文の原則とは異なる特則が実定法上、成立していると解することができ、構成員の個人的責任は特別な根拠のない限り生じない。営利の権利能力なき社団についてこそ、その構成員の個人的責任が生じることを言うための根拠付けが必要となる。

ここでも、ドイツに見られる見解と同様の論理によるならば¹⁸⁸⁾、営利目的の場合に構成員が有限責任を享受するには、構成員の有限責任が法定されている法人ないし団体形式を選択すべきであり、そうでない限り（営利の権利能力なき社団の場合には）、構成員の有限責任は認められず、原則に戻って、構成員の無限責任をいう民法675条2項本文が適用されるとすることになる。

185) 前述 I 3 参照。

186) 前述 III 4 (3) (e) 参照。

187) 最高裁昭和48年判決・前掲注(32)は、「権利能力なき社団の代表者が社団の名においてした取引上の債務は、その社団の構成員全員に、一個の義務として総有的に帰属する」として、「社団の総有財産だけがその責任財産となり、構成員各自は、取引の相手方に対し、直接には個人的債務ないし責任を負わない」とする。

188) 前述 III 4 (4) 参照。

(2) 権利能力なき社団においても構成員の無限責任を原則とする法的構成

(a) 構成員の無限責任の原則（民法675条2項本文）

しかしながら、以上のような法的構成によるよりも、前述のように¹⁸⁹⁾、権利能力なき社団は民法667条1項の成立要件を充たすのであるから、それに組合規定を適用し、構成員の個人的責任を定める民法675条2項本文を適用するほうが正統的である。権利能力なき社団においても、民法675条2項本文により、原則として構成員の個人的責任が認められると解すべきである（構成員の無限責任の原則〔民法675条2項本文〕）。

この原則とは異なって、非営利の権利能力なき社団について構成員の有限責任が認められるべきだと言いたいのであれば、それが認められるような実定法上の根拠を有する法律構成が提示されなければならない。それが無いのであれば、民法675条2項本文に見られる実定法上の原則（構成員の無限責任の原則）の通りに、構成員の有限責任は認められないとすべきであろう。

(b) 不法行為上の債務についての構成員の個人的責任

不法行為から生じる債務については、次のような法的構成によって、結果的に構成員の有限責任を承認すると同様の帰結が得られる。

代表者の不法行為によって生じた権利能力なき社団における責任について、法人における代表者に関する規定（一般法人法78条・会社法350条など）を類推適用とした場合¹⁹⁰⁾、その責任は権利能力なき社団の業務執行という職務を行うについてのものであるから、責任主体は権利能力なき社団（＝そこにおいて共同関係にある総構成員）となる。したがって、責任財産を構成するのは権利能力なき社団の財産（＝そこにおいて総構成員に共同的に帰属する財産。民法668条）であり、その場合には、構成員の個人的責任は生じないと解することができる¹⁹¹⁾。代表者に対しては、一般の構成員に指揮・命令権限があるとは言えないから、民法715条によって一般の構成員の責任を導くこともできないであろう¹⁹²⁾。このとき、権利能力なき社団においては、営利目的のものも含めて、その構成員に個人的責任を負わせることの根拠付けが困難である¹⁹³⁾。

(c) 法律行為上の債務についての構成員の個人的責任の前提問題

法律行為から生じる債務については、これまでも述べたように¹⁹⁴⁾、構成員の責任制限（＝有限責任）のためには、それを根拠付ける実定法に基づく法律構成が必要であるところ、権利能力なき社団においては、それを見出すのが困難であるがゆえに、構成員が個人的責任を負担すると

189) 前述IV 1 (3) (b) 参照。

190) 林＝前田編・前掲注(6)114頁〔森泉〕、同291-292頁〔前田達明・窪田充見〕参照。

191) 後藤・前掲注(20)34頁。

192) 民法上の組合における民法715条の適用および一般法人法78条・会社法350条の類推適用に関する問題については、後藤・前掲注(50)195-196頁参照。

193) 山野目編・前掲注(3)778-779頁〔後藤〕。

194) 前述IV 1 (3) (b) およびIV 3 (2) (a) 参照。

いう結論に至らざるをえないと考える（＝無限責任の原則）。

もっとも、構成員の個人的責任が発生する前提として、そもそも権利能力なき社団において法律行為上の債務が発生していることが必要である。権利能力なき社団において債務が発生していなければ、構成員の個人的責任もまた発生しようがない。たとえば、代表権の制限によって、債務発生原因である代表行為が代表権の範囲外であるときには、権利能力なき社団において債務発生の効力が帰属せず、構成員も個人的責任を負担しないという事態が生じる。

以下では、権利能力なき社団において、構成員の個人的責任の発生を阻害するような代表権の制限につき、「組合の代理」（民法670条の2）とそこにおける制限に関する組合法を基礎として、検討を加える¹⁹⁵⁾。

4 代表権の制限と構成員の個人的責任の不発生

(1) 「組合の代理」とそこにおける制限

権利能力なき社団における代表権の制限の問題に入る前に、準備作業としてまずは「組合の代理」（民法670条の2）に関する解釈論を提示する。

(a) 「組合の代理」の意義

民法670条の2の条文見出しにいう「組合の代理」とは、業務執行権者（各組員〔民法670条1項〕または各業務執行者〔民法670条3項前段〕）が組合の業務を執行する場合において、他の組員を代理することをいう（民法670条の2第1項）。

「組合の代理」は、民法上の組合の対外的業務執行の際に必要となるものであって、一般法上の代理におけるような個別的な代理権の授与によるものではない。組合の代理（＝組合代表）は、組合の業務を執行するために《機能的に funktionell》、民法上の組合という共同事業のための共同関係の内部において《制度・組織的に institutionell》、設定された機関代理である¹⁹⁶⁾。

「組合の代理」は、組合の業務執行のためのものであるから、法人における代表と同じく、《機能的に》組合の業務に関する一切の行為についてのものとなる。その意味で、組合の代理は包括的な代理であって、組合代表というにふさわしい。明文の規定を欠くが、組合の代理（＝組合代表）における業務執行権者の代理権（＝組合代表権）は、組合の業務に関する一切の行為に及ぶものと解すべきである。

(b) 「組合の代理」の設定

組合の代理を組合代表と解する根拠として、まず第1に、組合の代理の設定に、一般法上の代理とは異なる準則が法律上特に規定されていることが挙げられる。民法670条の2第1項および第2項後段によれば、業務執行権者が数人あるときは、その過半数の同意があるときに、当該の業

195) 前述Ⅲ 4 (2) で見たドイツにおける議論を参考にしている。

196) 機関代理につき、後藤・前掲注(97)71-72頁、77頁参照。

務執行者に組合の代理（＝組合代表）が認められる（組合の代理〔＝組合代表〕の《制度・組織的》性質）。一般法上の代理によるならば、法律効果の帰属先である組合員全員による代理権授与が必要なところである。訴訟行為については、民法670条の2を根拠として、法令上の代理人（民事訴訟法54条1項前段）を認めることができよう。

なお、民法670条の2における組合の代理（＝組合代表）のための過半数の同意要件は、それが明文の規定をもって定められていること、および、第三者の存在を考慮すると、業務決定に関する民法670条とは異なり、一定の強行法性を認めざるをえないと考える¹⁹⁷⁾。

(c) 「組合の代理」の包括性

第2に、民法670条の2第1項に「組合の業務を執行する場合において」とあるように、組合の代理（＝組合代表）は組合の業務の執行のためのものである（組合の代理〔＝組合代表〕の《機能的》性質）。

組合の代理（＝組合代表）は、民法670条における組合の業務の執行に関する準則を受けてのものであり、個別の対外的な行為についての代理ではなく、業務執行全般に関わる代理であることから、原則として、その包括性が生じる。したがって、法人における代表権に関する規定（一般法人法77条4項・会社法349条4項など）のようなその包括性を示す明文の規定がないとしても、組合の代理は、組合の業務の一切の行為に及ぶ（組合）代表であると解さなければならない。法人における代表権に関する規定（一般法人法77条4項・会社法349条4項など）と同様の法的状態があるものと言えよう。

(d) 効果帰属先としての共同関係にある総組合員

第3に、組合の代理（＝組合代表）による行為の効果は、組合の業務の執行の結果として、総組合員に帰属するものである。そうすると、組合の代理は、民法670条の2第1項の文言にある「他の組合員を代理する」のみならず、組合の代理（＝組合代表）を担う業務執行組合員については、自身の行為としてその者にも及ぶ。この点で、一般法上の代理とは異なる。

組合の代理における代理権（＝組合代表権）を有する者は、組合が法人ではないので、組合自身を代理するのではないが、総組合員を代理するものである。総組合員とは、民法上の組合という共同関係にある総組合員をいう。この意味では、組合員全員の代理というのではなく、民法670条の2の条文見出しのように「組合の代理」という表現が適格的である。

197)たとえば、組合契約で組合の代理（＝組合代表）につき全員の同意を要するものと定めた場合、過半数の同意要件を定める民法670条の2第1項および第2項後段との関係では、それは組合の代理（組合代表）に関する制限であると解することになる。後述のように、法人における代表権の制限に関する規定（一般法人法77条5項・会社法349条5項など）の類推適用があるとするならば、全員の同意を要する旨の組合契約による組合代表権の制限は、善意の第三者に対抗できない。

(e) 組合の代理における代理権（＝組合代表権）とその制限

以上のように、組合の代理を、組合の業務執行の一切に関する包括的な代理、つまり、組合代表と解するならば、それは、業務に関する一切の行為をする包括的な代表権が規定されている法人における代表（一般法人法77条4項・会社法349条4項など）と同じ性質を有する。したがって、組合の代理（＝組合代表）については、法人における代表に関する規定の類推適用が可能であると言うべきである¹⁹⁸⁾。法人における代表権の制限に関する規定（一般法人法77条5項・会社法349条5項など）を組合の代理（＝組合代表）に類推適用すれば、組合の代理における代理権（＝組合代表権）は、組合契約等による制限が可能であるが、善意の第三者に対抗することができないことになる。

(2) 権利能力なき社団における代表権とその制限

権利能力なき社団が、民法667条1項にいう組合の成立要件を充たしているものとして、そこにおける代表関係について組合法を適用して法律構成をすれば、以下のようになるであろう。

(a) 権利能力なき社団における業務執行と代表

権利能力なき社団において、たとえば理事という名の業務執行者は、民法670条2項にいう第三者である業務執行者にあたる。

前述のように¹⁹⁹⁾、民法670条にある第三者である業務執行者は、社団的な組織上の基本構造においてこそ第三者機関として、その意義を有する。典型的な民法上の組合では、業務執行が労務出資（民法667条2項）にあたるから、業務執行者が第三者にとどまることはなく、組合員（業務執行組合員）となる。そこでは、民法670条にいう第三者である業務執行者は意味をなさない。

代表理事という名の権利能力なき社団における代表者は、理事という名の業務執行者が数人あるときは、その過半数の同意によって選任され（民法670条の2第2項後段）、組合の代理における代理権（＝組合代表権）として、権利能力なき社団における代表権を有する。

(b) 権利能力なき社団における代表権とその制限

権利能力なき社団における代表は、組合の代理（＝組合代表）に包摂され、社団の業務執行の一切に関する包括的な代理（＝代表）である。したがって、代表権の制限については、法人における代表権に関する規定（一般法人法77条5項・会社法349条5項など）が類推適用され²⁰⁰⁾、代表権の制限は可能であるが、善意の第三者に対抗することができないものと解される。

(c) 非営利の権利能力なき社団における代表権の制限

権利能力なき社団においては、法人における定款所定の目的による権利・義務の帰属制限をい

198)2017年改正前民法の下での解釈論として、後藤・前掲注(50)223-225頁参照。

199)前述IV 1 (2)参照。

200)前述IV 4 (1)(e)参照。

う民法34条が類推適用されるとすべきである²⁰¹⁾。

したがって、非営利の権利能力なき社団においては、非営利目的の範囲外の行為について、代表権が制限されるものとする。もっとも、法人における代表権に関する規定（一般法人法77条5項・会社法349条5項など）が類推適用され、善意の第三者には対抗することができない。

民法34条について定款所定の目的により法人の権利能力が制限されるとの所説²⁰²⁾に従うならば、権利能力なき社団においては、権利能力がないので権利能力が制限されることができないが、総構成員に共同的に権利・義務が帰属するのが非営利目的の範囲内に制限されることになる。

(d) 構成員の個人的責任の不発生

以上のように、定款等によって特定の行為につき代表権が制限される場合、または、非営利という団体目的から代表権が制限される場合は、(善意の第三者には対抗しえないものの)当該行為の効果は権利能力なき社団に帰属せず、そこに債務は発生しない。したがって、構成員の個人的責任も発生しない。

(3) 構成員の無限責任の原則の相当性

(a) 代表権の制限によるコントロールの可能性

代表権の制限などを理由として、権利能力なき社団において債務が発生せず、それゆえ、構成員の個人的責任も生じないという場合でないかぎり、非営利の権利能力なき社団であっても（そこに債務が発生しているのであれば）、構成員は個人的責任として無限責任を負うものとせざるをえない。それは、団体（＝共同目的ないし共同の事業のために設定された団体的規律を有する共同関係）における一般原則を示す民法675条2項本文が妥当する結果である²⁰³⁾。このように解したとしても、上記のような非営利目的による代表権の制限、あるいは、定款等による代表権の個別的限制が認められるときには、構成員の個人的責任は生じないのであるから、それで十分であるとすべきである。

たとえば、ボランティア事業を行う非営利の権利能力なき社団がボルシェを買うという法律行為において、非営利目的からふつうは代表権が制限されているものと考えられる。非営利目的からの代表権の制限が言えない、あるいは、それが明らかでないときは、財産的に重要な一定の行為などにつき総会での承認が必要であるなどと定款で定めておけば（善意の第三者に対抗できないとはいえ）、代表権が制限されて、代表者をコントロールすることが可能である。

(b) 構成員の個人的責任の不当性？

以上のような見解をとれば、権利能力なき社団において有効に法律行為上の債務が生じた場合

201) 前述のⅢ 4 (2) (b) および (d) で見たドイツ法における議論を参考にしている。

202) 我妻・前掲注(6)126頁、155-157頁、最判昭27・2・15民集6巻2号77頁、最判昭30・10・28民集9巻11号1748頁、最判昭45・6・24民集24巻6号625頁参照。

203) 前述Ⅳ 1 (3) (b) およびⅣ 3 (2) (a) 参照。

には、民法675条2項本文により、構成員は個人的責任を免れないことになるが、実際上もそうすることに不都合があるように思われぬ。

第1に、個人的責任が生じたとしても、それは分割債務で、ふつうは頭割りとなる（民法675条2項。なお、ドイツ民法典427条は連帯債務を原則とする）。構成員が多数であればあるほど、それだけ責任額は少なくなる。また、非営利目的のための事業であれば、債務額もそれほどではなからう。

第2に、本稿では、非営利の権利能力なき社団について、定款所定の非営利目的による代表権の制限から、法律行為から生じる債務につき、債務の不帰属・構成員の個人的責任の不発生という法律論を提示している。不法行為上の債務についても、前述のように²⁰⁴⁾、団体における構成員の責任は、現行法上、生じないものと考えている。

第3に、そもそも日本では権利能力なき社団として保護すべき現実の社会的要請があるのかどうかわからない。権利能力なき社団として何らかの不都合があるのであれば、一般的には、一般社団法人あるいは株式会社として法人化すればよいだけのことである。

5 総括：権利能力なき社団への組合法の適用論

これまでの叙述をふまえて最後に、権利能力なき社団に組合法を適用するとした場合について、その総括を以下に一覧的に掲げる。

(a) 組合規定の適用（民法667条以下）²⁰⁵⁾

権利能力なき社団は、民法667条1項所定の民法上の組合の成立要件を充足しているものとして、民法667条以下の組合規定の適用を受ける。

(b) 業務執行と代表²⁰⁶⁾

権利能力なき社団において、たとえば理事は、民法670条2項にいう第三者である業務執行者にあたる。

民法670条の2第2項後段によって選任された代表者、たとえば代表理事は、組合の代理（＝組合代表）における代理権（＝組合代表権）として、権利能力なき社団における代表権を有する。組合の代理（＝組合代表）は、業務執行のための包括的代理として、法人における代表と同様の性質を有し（＝機関代理）、それに関する準則が類推適用されるから、権利能力なき社団における代表についても、法人の代表における準則が類推適用される。

204) 前述IV 3 (2) (b) 参照。

205) 前述IV 1 およびIV 2 (2) 参照。

206) 前述IV 4 (2) (a) 参照。

(c) 代表権とその制限²⁰⁷⁾

権利能力なき社団における代表権の範囲は、法人における代表権に関する準則（一般法人法77条4項・会社法349条4項など）と同様に、社団の業務に関する一切の行為に及ぶ。したがって、代表権の制限については、法人における代表権に関する準則（一般法人法77条5項・会社法349条5項など）が類推適用され、代表権の制限は可能であるが、善意の第三者に対抗することができない。

(d) 総構成員への共同的帰属（民法668条・676条）²⁰⁸⁾

民法668条に従い、社団財産は総構成員に共同的に帰属する（総有）。この共同的帰属は、持分処分・制限・社団の債権の単独行使の禁止・分割請求の禁止という民法676条所定の属性がある限りにおいて、民法249条以下の通常の共有とは異なる。

(e) 持分処分の禁止（民法676条1項）²⁰⁹⁾

権利能力なき社団の構成員は、民法676条1項により、社団財産に属する個別財産に対する持分（個別的持分）、および、社団財産の総体に対する持分（包括的持分）を処分することができない。

社団財産総体に対する持分（包括的持分）は、構成員たる地位の一部を構成するものであって、持分の払戻しの際に現実化するものである²¹⁰⁾。包括的持分を含む構成員たる地位の譲渡・差押えは、組合財産の処分・差押えでないから、民法676条1項および民法677条に反しない。もっとも、持分の払戻しのない権利能力なき社団（ふつうは非営利の権利能力なき社団）においては、定款等により、財産的価値がなく、構成員たる地位の譲渡が制限されているものと考えられる。

(f) 債権者のための排他的責任財産としての社団財産（民法675条1項・677条）²¹¹⁾

権利能力なき社団の債権者は、民法675条1項により、社団財産について差押え等の権利行使をすることができる。構成員個人の債権者は、民法677条により、社団財産について差押え等の権利行使をすることができない。社団財産は、もっぱら社団の債権者のための責任財産である。

(g) 構成員の個人的責任

(i) 構成員の無限責任の原則²¹²⁾

権利能力なき社団の債権者は、民法675条2項本文により、構成員の個人財産について差押え等の権利行使をすることができる（構成員の無限責任の原則）。つまり、権利能力なき社団の構成員

207) 前述Ⅳ 4 (2) (b) 参照。

208) 前述Ⅳ 2 (2) (b) 参照。

209) 前述Ⅱ 2 (1) 参照。

210) 山野目編・前掲注(3)776-777頁〔後藤〕。

211) 前述Ⅱ 2 (2) およびⅣ 2 (2) (c) 参照。

212) 前述Ⅳ 1 (3) (b) 参照。

は、権利能力なき社団における債務について個人的責任を負う。構成員の個人的責任は原則として、分割の無限責任である（民法675条2項）。

(ii) 代表権の制限と構成員の個人的責任の不発生²¹³⁾

権利能力なき社団においては、定款等によって特定の行為につき代表権が制限され、あるいは、民法34条の類推適用により、定款所定の団体目的から代表権が制限される。代表権が制限されているときは、原則として当該行為の効果は権利能力なき社団に帰属せず、債務が発生しない結果、構成員の個人的責任も生じない。もっとも、代表権の制限については、法人における代表権に関する準則（一般法人法77条5項・会社法349条5項など）が類推適用され、善意の第三者に対抗することができない。

(iii) 不法行為上の債務についての個人的責任²¹⁴⁾

代表者の不法行為によって生じた権利能力なき社団における債務については、法人における代表者に関する準則（一般法人法78条・会社法350条など）が類推適用され、職務の執行についての責任であるから、権利能力なき社団の財産のみが責任財産となり、構成員は個人的責任を負担しない。

〔付記〕

なお、本稿は、2019年度関西大学研究拠点形成支援経費において、研究課題「法の支配と法多元主義」として研究費を受け、その成果の一部として公表するものである。

213) 前述Ⅳ 4 (2) 参照。

214) 前述Ⅳ 3 (2) (b) 参照。