

## 判例における総有の概念について (1)

古 積 健三郎\*

### I はじめに

### II 「門中事件」前の主要判例

### III 「門中事件」と入会団体に関する判例

1. 「門中事件」(最二小判昭和 55・2・8 民集 34 卷 2 号 138 頁, 判例時報 961 号 69 頁)

(以上, 本号)

2. 平成 6 年判決(最三小判平成 6・5・31 民集 48 卷 4 号 1065 頁)

### 3. 小 括

### IV 近時の判例

### V むすび——社団が権利主体となるための要件

## I はじめに

1. 筆者は、別稿において、いわゆる「権利能力なき社団」の人格構造および財産帰属形態は、実在的総合人としての入会集団の人格構造および財産帰属形態とは異なるものであり、入会集団の財産帰属形態を表現する総有概念を「権利能力なき社団」の財産帰属形態に及ぼすべきではない旨を論じた<sup>1)</sup>。すなわち、実在的総合人とは構成員の人格の結合によって基礎づけられた団体の人格であり、その財産は団体に帰属するとともに各構成員にも帰属することになる。このような財産帰属形態を総有と称するならば、それは「権利能力なき社団」の財産帰属形態には相応しない。というのは、近代的ないし現代的な団体である「権利能力なき社団」は、各構成員の人格から切り離された別個の主体であり、社団に供された財産は、実質的にはもっぱら社団に帰すべきである点で、その単独所有の対象として位置づけられるからである。ただ、法人法定主義(民法 33 条 1 項)との関係で、社団の単独所有を正面から認めることが躊躇われているにすぎない。

\* 中央大学法科大学院教授

それにもかかわらず、最高裁判所の判例は、「権利能力なき社団」の財産帰属形態を総有として位置づけてきたため<sup>2)</sup>、筆者は、そのような総有概念の拡張は改めるべきことも論じていた。

もっとも、一連の判例の事案を具体的に検討すると、財産の処分のために必要とされる意思決定が多数決の原理に基づき、団体と構成員の人格が切り離されている近代的ないし現代的な団体の財産帰属形態に関しては、判例は、団体に供されている財産が各構成員に総有的に帰属するという説明をしつつも、実質的には、団体に権利が帰属するに等しい取扱いをしていることに気づく<sup>3)</sup>。

他方で、ある団体を「権利能力なき社団」として位置づけつつ、その財産は団体自体ではなく、あくまでも構成員全員に帰属することを強調した判例もある。いわゆる「門中事件」がそれである。最高裁は、ここでは、血族集団である「門中」という団体自体が自らへの所有権の帰属の確認を求めることは、当該所有権があくまで団体ではなく構成員全員に総有的に帰属する点から認められないとした<sup>4)</sup>。この判例を機縁として、法人格のない社団にも当事者能力を認める民事訴訟法の規律（旧法46条、現行法29条）に関し、従前は、かかる規定は訴訟を通じて社団を権利主体として認める意味を持ち、それゆえに団体自体に訴訟の当事者能力が容認されるという学説が支配的であったにもかかわらず<sup>5)</sup>、以後は、社団にはあくまで権利能力はなく、民事訴訟法の規律も、財産は社団の全構成員に帰属することを前提にしながら、ただ構成員に帰属する財産をめぐる訴訟に関して、社団には訴訟担当の資格を付与する意味を持つ、という見解が有力化した<sup>6)</sup>。つまり、訴訟法学説において、あくまで「権利能力なき社団」は権利帰属主体となりえないという考え方が強まった。

2. しかし、「門中事件」で当事者となった団体においては、近代的な団体の意思決定における多数決の原理が徹底されておらず、その意思決定は構成員全員の同意を要するという原理が維持されている点で、かかる団体は近代的な団体というより、むしろ、実在的総合人としての入会集団に近接する団体であった。そうすると、この事案においては、団体は「権利能力なき社団」と称されてはいるが、むしろ、実質的には、入会集団と同様に構成員の人格の結合による団体の人格が問題になっているといえるだろう。その意味で、総有が団体とともに各構成員に財産が帰属する形態である点からは、最高裁が団体への財産の帰属を一律に否定した論理には問題があるものの、団体の訴えに対する全構成員の授權のなかった当該事案において、団体による訴えを退けた結論自体は穏当だったのではないか。少なくとも、「門中事件」は、近代的な社団とは異なる性質を有する団体に関する紛争であり、これが「権利能力なき社団」の財産帰属形態について

一般的に妥当する判例とはいえない。

むしろ、近代的な社団が問題となったケースにおいては、やはり、判例は、権利・義務が団体自体に帰属することを実質的に容認しているのではないだろうか。近時では、「権利能力なき社団」自体が登記手続の給付訴訟の当事者適格を有するとした判例が現れているが<sup>7)</sup>、この判例も、財産が実質的に団体自体に帰属することを容認する流れに位置づけることができよう。

本稿では、以上のような判例における総有概念の実態を明確にすべく、「権利能力なき社団」の財産帰属形態に関する一連の判例の事案とその結論を分析することにした<sup>8)</sup>。以下では、まず、「門中事件」以前の主要判例を検討し、判例による団体の単独所有の実質的容認を明らかにし、つづいて、「門中事件」における団体の特異性を明確にし、最後に、近時現れた判例の位置づけに言及することにする。

## II 「門中事件」前の主要判例

### 1. 昭和 32 年判決（最一小判昭和 32・11・14 民集 11 卷 12 号 1943 頁）

#### (1) 事実の概要

株式会社 A の労働組合 X は 612 名の構成員を擁していたが、組合活動の基本方針に関して内部での対立が生じ、最終的に X から構成員のうち 511 名が脱退し、残存した構成員数は 101 名となった。そこで、脱退者 Y らは X に対して組合に属した財産の分割を請求しつつ、その保全のために X が銀行 B に対して有する預金債権の仮差押えを申し立てたところ、仮差押えの決定がなされたため、X が仮差押えの取消しを求める訴えを提起した。

第 1 審は、X を「権利能力なき社団」と認定しつつ、「権利能力なき社団の財産は実質的には社団そのものの財産にして総社員の所謂総有に属し、総社員の同意を以て総有の廃止を為さば格別然らざる限り現各社員は勿論元各社員も社団財産上に共有の持分を有せず又分割請求権を有せざるものと解する」とした。そして、X が組合員全員で組合財産の処分に関し何等の決議をしなかったこと、X の組合員全員の同意を以て組合財産につき総有の廃止をしたのではなかったことから、Y ら各自は X の財産上に共有の持分を有せず、分割請求権も有しないため、その仮差押えは取り消すべきとした。Y らは控訴し、Y らの脱退は X 組合の分裂を意味すると主張したが、原審も第 1 審と同様の判断

を下した。

## (2) 最高裁の判断

最高裁は、以下の理由から Y らの上告を棄却した。

「権利能力なき社団の財産は、実質的には社団を構成する総社員の所謂総有に属するものであるから、総社員の同意をもって、総有の廃止その他右財産の処分に関する定めのない限り、現社員及び元社員は、当然には、右財産に関し、共有の持分権又は分割請求権を有するものではないと解するのが相当である。(なお、法人格を有する労働組合については、労働組合法 12 条 2 項により、民法 72 条が準用せられ、組解散の場合の残余財産の帰属については、民法 72 条 3 項の準用により、定款をもって帰属権利者を指定せず又はこれを指定する方法を定めなかったときは、主務官庁の許可を得、且つ総会の決議を経て、其の法人の目的に類似した目的の為に其の財産を処分するものとせられているところと比照し、本件のごとき法人格なき労働組合についても、たとえ、所論のような解散に準ずる分裂の場合であったとしても、その残余財産を脱退した元組合員に帰属せしめることについては、すくなくとも分裂当時における総組合員の意思に基づくことが必要であって、これなくしては、脱退した元組合員が当然にその脱退当時の組合財産につき、共有の持分権又は分割請求権を有するものと解することはできない。)」

## (3) 若干の分析

この判例は、「権利能力なき社団」の財産は全構成員に総有的に帰属し、入会権の処分における全員一致の原則と同様に、財産の分割のためには構成員全員の同意が必要とされている。その点では、構成員全員に権利が帰属するという本来の総有と一致した取扱いをしているといえよう。しかし、労働組合の財産について各構成員が当然には分割請求権を有せず、団体の決議を通じて分割が認められるという帰結は、当該財産が構成員とは別個の団体・社団自体に帰属するという考え方からも導くことができる<sup>9)</sup>。もちろん、その場合の決議は基本的には多数決の原理に基づくことになる点で、本判決が要求している全員一致の決議にはならないが、もともと、本件では総会の決議などなかった点からは、組合自体に財産が帰属するという立場からも同じ結論に至ることはできたはずである<sup>10)</sup>。また、本判決が比較対象としている法人化された労働組合においては多数決の原理が支配している点からは、組合の財産の分割のためには本当に全員の同意が必要となるのかは疑わしい<sup>11)</sup>。その意味で、本判決の存在によって、判例が、近代的な社団において、財産は全構成員に帰属するがゆえにその処分は全構成員の同意を要するという立場を採用したとは必ずしもいえないように思われる。

本判決が「権利能力なき社団」の財産帰属形態を総有と位置づけ、かつ構成員には持分権がないという判断を下した背景には、当時の民法学説における支配的見解の影響もあったことは、想像に難くない。すなわち、我妻博士は、その体系書において、「権利能力なき社団」の財産帰属形態を総有と解し、構成員の持分権を否定する立場を示していた<sup>12)</sup>。しかし、実在的総合人の財産帰属形態を示す総有概念を、近代的な社団の財産帰属形態にも及ぼすのが不当であることは、冒頭に述べたとおりである。

その後も、労働組合が事実上分裂し、組合から脱退した構成員集団が組合に属する財産について分割請求権を主張した事案において、最高裁は、組合の財産は構成員に総有的に帰属するという命題を維持しながら、かかる請求権を否定する結論をとった<sup>13)</sup>。しかし、その事案においても、組合の内部では財産の分割に必要な決議がなされていなかったものであり、たとえ社団自体に財産が帰属するという立場をとったとしても、最終的には、同じ結論に至ったといえよう。

## 2. 昭和 39 年判決（最一小判昭和 39・10・15 民集 18 卷 8 号 1671 頁）

### (1) 事実の概要

社団法人 A は、外地引揚者の相互協力により生活の維持、安定および更生を図ることを目的として設立され、B は、その支部名義で、特に引揚者の更生に必要な経済的行為をする目的の下に、東京都杉並区内に居住する引揚者によって結成された。B を組織する構成員やその事業は、おおむね A のそれとは別個のものであり、B は独自の存在として活動していた。すなわち、B の主たる事業はマーケットの設置と運営であり、マーケットに店舗を有する者は、A と関係なく、B の構成員であり、店舗所有者の異動すなわち構成員の異動があったときは B の承認が行なわれ、構成員の変更にもかかわらず B は同一性を維持しつつ存続した。B は、マーケットの維持のほか、バザーの開催、物資の配給、日用品交換斡旋等の事業を行ない、その会員、役員、内部における意思決定、外部に対する代表、その他の業務執行等に関する定めとしては、すべて A の定款と全く同旨の規約を定めていた。

B は、その会員のためマーケットを建築運営する目的の下に、C からその所有する甲土地を期間を定めず賃借して、甲土地上に店舗を建築し、会員に店舗の各小間を分与して、その敷地にあたる甲土地の各部分を使用させるとともに、一定の企画方針に従いマーケット全体としての運営をしてきた。しかし、マーケットの売り上げが不振となったので、B は、地の利を最大限に活用して窮境を打開すべく、全会員出席の臨時総会にお



いて、マーケット中間列の店舗所有者が各所有店舗の敷地を明け渡すこと、これに対し東西両側の店舗所有者の負担で店舗の時価相当の補償をなすこと、土地明渡しの後においては本格的商店街を建築することを決議した。ところが、Bの構成員であるYらは、その決議に従わず、最終的にはBから脱退したものの、依然として敷地の使用を継続していた。

株式会社Xは、その設立と同時にBから甲土地の賃借権を含む一切の権利を譲り受けたが、これよりさき、Cが死亡してDらが遺産を共同相続し賃貸人の地位を承継していたので、賃借権の譲渡については、賃貸人の一人であり、かつ、他の共同賃貸人の代理人たるDの承諾を得た。そこで、Xは、甲土地に対する賃借権を保全するため、土地所有者に代位して、Yらに対し、建物の収去およびその敷地の明渡しを請求した。

第1審は、Bが独自の定款を持っていないとしてその権利主体性を否定し、BからXが賃借権を承継することはできないとしてその請求を棄却したが、原審は、BがAの定款と同様の内容を規約としていたとしても、Bは、社会生活上独立した組織体として、その名で法律行為をし、かつ権利を取得し、義務を負担することはできるとして、XによるBからの賃借権の承継およびその請求は認められるとした。

## (2) 最高裁の判断

最高裁は、以下のように述べて原審の結論を維持した。

「法人格を有しない社団すなわち権利能力のない社団については、民訴46条がこれについて規定するほか実定法上何ら明文がないけれども、権利能力のない社団と云うためには、団体としての組織をそなえ、そこには多数決の原則が行なわれ、構成員の変更にもかかわらず団体そのものが存続し、しかしてその組織によって代表の方法、総会の運営、財産の管理その他団体としての主要な点が確定しているものでなければならないのである。しかして、このような権利能力のない社団の資産は構成員に総有的に帰属する。そして権利能力のない社団は『権利能力のない』社団でありながら、その代表者によってその社団の名において構成員全体のため権利を取得し、義務を負担するのであるが、社団の名において行なわれるのは、一々すべての構成員の氏名列挙することの煩を避けるために外ならない（従って登記の場合、権利者自体の名を登記することを要し、権利能力なき社団においては、その実質的権利者たる構成員全部の名を登記できない結果として、その代表者名義をもって不動産登記簿に登記するよりほかに方法がないのである。）」。

「いわゆる杉並支部は、支部という名称を有し、その規約は前記本部の定款と全く同旨のものであったが、しかし、それ自体の組織を有し、そこには多数決の原則が行なわれ構成員の変更に拘らず存続をつづけ、前記の本部とは異なる独立の存在を有する権利能力のない社団としての実

体をそなえていたものと認められるのである。従って、訴外Cと右権利能力のない社団である杉並支部の代表者との間で締結された本件土地賃貸借契約により、いわゆる杉並支部の構成員全体は杉並支部の名の下に本件土地の賃借権を取得したものであると見て、右と同趣旨の原判決は正当である」。

「昭和29年1月12日に被上告人会社が設立され、次いで被上告人会社において右権利能力のない社団である杉並支部から前記土地に対する賃借権を譲り受け、訴外Cの相続人の一人であるDが賃貸人の代表として右譲渡につき承諾を与えたものである旨の原審の認定、判断は、これに対応する挙示の証拠関係等に照らして首肯できないわけではなく、その判断の過程において所論の違法はない」。

### (3) 若干の分析

本判決において、団体が「権利能力なき社団」とされる要件として、多数決の原理が明確にあげられるようになった。もっとも、本判決は、Xが有効に賃借権を取得したことの基礎づけとして、「権利能力なき社団」の財産は構成員に総有的に帰属し、賃借権もあくまで全構成員に帰属するという前提をとっているが、仮に全構成員が直接の権利者であるならば、なぜ、社団の代表者が社団の名において取引をすると、その効果に全構成員が当然に服することになるのかが問題となる。本件では、Cとの間で賃貸借契約を締結したのはBの代表者であり、さらにXに賃借権を譲渡する契約を締結したのもBの代表者であったろう。そして、これらの取引についてすべての構成員による同意はなかったと思われる。本来、賃借権が全構成員に帰属するというのであれば、賃貸借契約が有効に成立し、さらに賃借権が移転されるにはその同意がなければならない。それにもかかわらず本判決が賃借権の成立・移転を有効なものと判断したのは、取引主体は実質的にBであり、賃借権も実質的にBに帰属するものであるからこそ、Bの代表者の意思表示によってこれが有効に移転しうることを認めているからであろう。

本判決の後、法人格のない団体による賃貸借契約の解除および目的建物の明渡請求が問題となった事案において、最高裁は、本判決と同様の「権利能力なき社団」の要件をあげつつ、社団の代表者が社団の名において締結した賃貸借契約によって構成員全体が賃貸人の地位を取得するという原審の判断を支持し、その明渡請求の訴えを認めた<sup>14)</sup>。これは、契約当事者を構成員全員と位置づけてはいるが、社団自体の明渡請求を容認している点で、実質的に社団が契約当事者となることを認めるに等しい。

総有関係は、本来、権利が全構成員に帰属しており、それゆえにその処分のためには全員の同意を要するものであるならば、ここで判例がいう「総有」は明らかにそれとは

異なり、むしろ、団体の単独所有と見るべきであろう。もっとも、団体自体の名義の登記を認めることは困難である。後記の3(3)で述べるように、法人法定主義により、設立の経路を経て登記の完了によって団体が公的に人として認められるのが原則とされている以上、登記に現れていない団体を登記名義人として扱えば、法人法定主義が形骸化するからである。そのため、本判決も、抽象論として、公示の便法として代表者の個人名義の登記を容認したといえるが、このことは、財産が実質的に団体に帰属することを否定するものではないと考えられる。

### 3. 昭和47年判決（最二小判昭和47・6・2民集26巻5号957頁）

#### (1) 事実の概要

Aは、中国北方各省出身の留日華僑を会員とし、会員の愛国団結、大同合作、親睦和好、友愛互助を目的とする団体であり、会長は会務全般を処理し会を代表する地位にあった。Aは、甲土地を当時の所有者から買い受け、さらに、その上に乙建物を新築した。Yは、他の理事、監事とともに理事に選出され、理事監事会により会長に選任された。その後、甲土地および乙建物についてはY個人の名義で登記がされていたところ、A内部での混乱によって、Yに代わってXが会長に選出された。そこで、XはYに対して、甲土地および乙建物についての所有権移転登記手続を請求した。

第1審はXの請求を認容した。原審の係属中にXが死亡したため、新たに会長となったX'による訴訟承継が認められ、原審もその請求を認容した。これに対して、Yは上告し、①「権利能力なき社団」に登記申請の資格を認めるべきであり、代表者個人名義の登記を許すべきではない旨、②仮に個人名義の登記を認めるとしても、登記簿上、単に代表者個人名義の記載をするにとどめるのは相当でなく、社団の代表者である旨の肩書を付した記載を認めるべきである旨、を主張した。

#### (2) 最高裁の判断

最高裁は、「本件訴訟において権利能力なき社団たる訴外連合会がみずから原告となるのが相当であるか、その代表者の地位にある者が個人として原告となるのが相当であるかは、権利能力なき社団の資産たる不動産につき公示方法たる登記をする場合に何びとに登記請求権が帰属するかという登記手続請求訴訟における本案の問題にはかならず、たんなる訴訟追行の資格の問題にとどまるものではない」と述べつつ、以下の理由からYの上告を棄却した。



### ①の主張について

「権利能力なき社団の資産はその社団の構成員全員に総有的に帰属しているのであって、社団自身が私法上の権利義務の主体となることはないから、社団の資産たる不動産についても、社団はその権利主体となり得るものではなく、したがって、登記請求権を有するものではないと解すべきである。不動産登記法が、権利能力なき社団に対してその名において登記申請をする資格を認める規定を設けていないことも、この趣旨において理解できるのである。したがって、権利能力なき社団が不動産登記の申請人となることは許されず、また、かかる社団について前記法条（法人の登記申請に関する旧不動産登記法の規定…筆者補充）の規定を準用することもできないものといわなければならない。

ところで、右のように権利能力なき社団の構成員全員の総有に属する社団の資産たる不動産については、従来から、その公示方法として、本件のように社団の代表者個人の名義で所有権の登記をすることが行なわれているのである。これは、不動産登記法が社団自身を当事者とする登記を許さないこと、社団構成員全員の名において登記をすることは、構成員の変動が予想される場合に常時真実の権利関係を公示することが困難であることなどの事情に由来するわけであるが、本来、社団構成員の総有に属する不動産は、右構成員全員のために信託的に社団代表者個人の所有とされるものであるから、代表者は、右の趣旨における受託者たるの地位において右不動産につき自己の名義をもって登記をすることができるものと解すべきであり、したがって、登記上の所有名義人となった権利能力なき社団の代表者がその地位を失ってこれに代る新代表者が選任されたときは、旧代表者は右の受託者たる地位をも失い、新代表者においてその地位を取得し、新代表者は、信託法の信託における受託者の更迭の場合に準じ、旧代表者に対して、当該不動産につき自己の個人名義に所有権移転登記手続をすることの協力を求め、これを訴求することができるものと解するのが相当である」。

### ②の主張について

「かりに、そのような方法が代表者個人の固有の権利と区別し社団の資産であることを明らかにする手段としては適当であるとしても、かような登記を許すことは、実質において社団を権利者とする登記を許容することにほかならないものであるところ、不動産登記法は、権利者として登記せらるべき者を実体法上権利能力を有する者に限定し、みだりに拡張を許さないものと解すべきであるから、所論のような登記は許されないものというべきである」。

### (3) 若干の分析

本判決は、「権利能力なき社団」の財産が全構成員に総有的に帰属し、社団自体は権利の帰属主体になりえないと明言して、社団名義の登記および社団の登記請求権を否定

した。しかし、代表者の個人名義による登記ないし登記請求権を容認する理由として、代表者は信託的に不動産を所有するという構成を採用しているが、仮に代表者個人名義の登記請求権がこのような信託ないし授權行為によるというのであれば、それは、本来の所有者たる全構成員の意思決定によらなければならないはずである。ところが、この判決はそのような構成員の同意を個人名義の登記請求権の行使の要件ともしていない。あるいは、代表者は社団の代表権を有していることから、全構成員から当然に信託的に所有権を委ねられているというのかもしれないが、社団自体と全構成員は同一視できるものではなく、このような論理は、結局、社団自体が所有権を有し、その代表者はその代表権に基づいて登記請求権を行使する、という考えにつながるだろう。そうであれば、端的に、目的不動産の所有権は社団に帰属するところ、社団名義の登記は法人法定主義との関係で許されないため、社団名義に代わる代表者個人名義の登記が容認されるにとどまるが、その登記請求権はなお社団に帰属するというべきではないか。

もちろん、このことは、「権利能力なき社団」に一般的な登記申請資格を容認するというではない。しばしば指摘されるように、形式審査主義をとる不動産登記法制においては、申請団体が「権利能力なき社団」の実質を具備しているか否かを登記官が審査することはできないし<sup>15)</sup>、「権利能力なき社団」に申請資格を認めることは、法定の手続を経て設立登記によって公的にはじめて人として容認されるという現行法のシステムを形骸化してしまうからである。すなわち、法人法定主義には、国家権力に対する関係では、法人設立の手続を経て法人として登記された団体のみが権利主体として扱われるという趣旨がある。それゆえ、かかる手続を経ていない団体は、国家権力の管理する登記制度においては権利者としては認められないし、その結果、一般には登記申請資格も与えられない。

しかし、このことは、私人間の法律関係において、各構成員が自らとは異なる団体を権利主体として容認し、これに財産を帰属させる意思決定をしている場合にも、団体への財産帰属を否定することには直結しないだろう。社団構成員が事業のために財産を供出するという行為は、団体自体に財産を帰属させるという意思決定を意味する。そうであれば、少なくとも構成員との関係では団体自体への権利帰属を否定する理由はなく、私権としての登記請求権も団体自体に帰属するというべきである。また、登記の対象となる不動産に何ら権利を有しない第三者との間でも、かかる不動産が各構成員によって団体に帰属させられたことが明らかになれば、その登記請求権が団体自体に帰属することを否定する理由はない。したがって、裁判において以上の法律関係が明らかとなれば、裁判所が団体自体への登記請求権の帰属を認めることへの障害もなくなる<sup>16)</sup>。法定の

手続を具備すれば広く団体に法人格を容認するようになった現行法の下では、法人法定主義は、登記管理のような公法的な法律関係を除けば、このような私的自治に基づく意思決定の効力を否定する趣旨まで有するとはいえないのではないか。

#### 4. 昭和 48 年判決（最三小判昭和 48・10・9 民集 27 卷 9 号 1129 頁）

##### (1) 事実の概要

X<sub>1</sub> は麺類の製造および販売を業とする合資会社であり、X<sub>2</sub> は海草の加工および販売を業とする者であった。また、A 協会は、秋田県内の集団給食の栄養管理の向上、県民に対する栄養知識の普及、合理的な食品の消費の指導および食生活の改善を図ることを目的として設立された団体であり、B は A 協会の常務理事であった。B は、A の名において、X<sub>1</sub> との間で、ラーメン等の商品を買受ける契約を継続的に結び、また、金銭を借り受ける契約も結んだ。さらに、B は、A の名において、X<sub>2</sub> との間で、金銭を借り受ける契約を結んだ。ところが、期限まで代金、借受金の支払いがなされなかったため、X らは、A の構成員である Y らに対してこれを支払うように請求した。このさい、X らは A が民法上の組合であると主張したのに対し、Y らは、A がいわゆる「権利能力なき社団」であり、B は A の代表者であるから、Y らは A の取引の相手方に対して直接に債務を負わないと主張した。

第 1 審、原審とも X の請求を棄却したため、X らは上告した。

##### (2) 最高裁の判断

最高裁は、以下の理由から X らの上告を棄却した。

「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ともに、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解するのが、相当である。

これを本件についてみると、訴外 A 協会（以下協会という。）が権利能力なき社団としての実体を有し、被上告人らはいずれもその構成員であること、協会の代表者である訴外 B が協会の名において上告人らと取引をし、上告人らが本訴で請求する各債権は右取引上の債権であることは、原判決（その引用する第一審判決を含む。以下同じ。）が適法に確定するところである。右事実のもとにおいて、被上告人らが、上告人らの本訴各請求債権について、上告人らに対し直接の義務を有するものでないことは、叙上の説示に照らし、明らかであるといわなければならない」。

### (3) 若干の分析

本判決は、「権利能力なき社団」の名の下になされた取引の債務は構成員全員に総有的に帰属するとしながら、構成員は個人的に債務を負わないとする。しかし、「権利能力なき社団」には権利・義務が帰属せず、権利・義務は全構成員に帰属するというならば、その内容は権利・義務が単一人に帰属する場合と異なるとしても、各構成員が対外的に個人的に債務を負わないという結論にはつながらないであろう。むしろ、権利・義務が実質的に社団自体に帰属していると説明することによって、各構成員は債務を対外的には負わないという結論を十分に正当化することができる。その意味で、本判決も、その表面的な命題とは裏腹に、「権利能力なき社団」自体が実質的な権利義務の帰属主体であることを容認しているともいえる。実際に、本判決は、構成員個人が債務を負わないとする基礎づけの中で、問題となっている債権・債務が社団 A の名においてその代表者が行った取引に基づいていることを指摘しており、社団が取引主体、すなわち権利・義務の帰属主体であることを暗に容認している<sup>17)</sup>。

## 5. 小 括

ここまでとりあげた判例の事案においては、構成員らが自らと切り離した団体を設立し財産を供出すれば、その財産は団体に属すること、そして、団体の名において対外的になされた取引によって生ずる権利・義務は団体自体に帰するということが、その団体の構成員のみならず取引の相手方においても前提にされていたと思われる。判例は、そのような団体に属する権利を総有と表現しているけれども、現実には、団体が単独で財産権を有し、また単独で義務を負担することを容認しているに等しい。

もちろん、昭和 47 年判決は、「権利能力なき社団」に属する不動産の登記方法については、社団自体の名義を容認せず、代表者の個人名義の登記しか容認しない立場をとった。そして、その場合の登記請求権は団体ではなく、代表者に属すると見たようである。しかし、判例の理由づけのように、このような権利が構成員全員の信託の下に代表者に認められるというのであれば、代表者が登記請求権を有する要件としては、全構成員による権限授与行為がなければなるまい。ところが、判例は、そのような事実の有無を審理することなしに、代表者は登記手続を請求しうると見ている。このことは、団体自体の登記名義は認められないとしても、「権利能力なき社団」に属する不動産とは、実質的には団体が単独で所有する不動産であり、それゆえにかかる不動産に関する登記請求

権も団体に帰属するために、団体を代表する者はこれに代わってその登記請求権を行使することができる、という考えの正当性を裏づけている。

ところが、その後現れた「門中事件」においては、最高裁は、団体自体に所有権が属することを実質的にも否定する立場を示すに至り、その結果、やはり「権利能力なき社団」には権利は帰属しないという考え方が優勢となる。しかし、「門中事件」を子細に検討すると、「門中」は近代的な社団とは異なる入会集団に近い団体であり、このケースでの判例の結論を一般の近代的な社団に拡張することができないことも明らかになるのである。次節ではこのことを見てみよう。

### Ⅲ 「門中事件」と入会団体に関する判例

#### 1. 「門中事件」(最二小判昭和55・2・8民集34巻2号138頁, 判例時報961号69頁)

##### (1) 事実の概要

##### (ア) 紛争の概要および「門中」の実態

近世以来、沖縄において、「蔡氏門中」と呼ばれる血縁団体が共同の墓地等を管理し、そこから得られる利益を構成員の福利等にあててきたところ、構成員の間で土地の所有権の帰属について争いが生じた。そこで、その代表者の一人である  $X_1$  が、 $Y_1 \sim Y_5$  (「門中」に属する家の構成員) に対して、係争地の所有権が「門中」に帰属することの確認、 $Y_1$  および  $Y_2$  名義の登記の抹消登記手続、さらに、係争地からの  $Y_3$  の収益が不当利得にあたるとしてその返還を請求した。 $X_1$  による訴えの提起の後に、「門中」自体も、当事者  $X_2$  として同様の請求を被告に対してする旨の共同訴訟参加を申し立てた。

裁判所が認定した「蔡氏門中」の歴史および現状は次の通りである。

「蔡氏門中」は、蔡崇の子孫によって構成された血縁団体であり、蔡氏二世譲の女、垂佳度によって寄付された係争地を含む土地およびその地上の祠堂を共同で管理し、それから生じる収益によって祖先の祭祀およびこれに付随する諸行事をとり行ってきた。そして、遅くとも明治時代には、「門中」の財産の管理運営に必要な諸機関がおかれ、大宗家である A 家および中宗家である B 家、C 家、D 家の当主が代表者となり、その任期は特別の事情のない限り生存期間中とし、かつ、事業運営のための諸業務の執行機関として、毎年恒例の彼岸祭に参集した構成員の総意によってアタイ(当番員)が選任され、アタイが書記、会計その他の雑務を分担して諸業務を執行し、さらに、重要事項



は「門中」の長老の集りによって決定する、という慣行があり、この慣行は現在も不文の規約として確立、存在している。訴え提起時において、X<sub>1</sub>は中宗家の一つであるD家の当主であった。

明治時代以降には、「門中」は、祭祀およびこれに付随する事業のほか、「門中」の子弟に対する学事奨励、「門中模合」（頼母子講の一種）、「門中」の貧困者に対する前記土地の一部の貸与などの相互扶助事業を続けてきたところ、第二次世界大戦後、係争地の所有権をめぐる構成員の間で対立が生じたため、従来の事業の執行がいちじるしく困難となり、その多くを一時中断しているが、なお祭祀およびこれに付随する事業を行っている。また、「門中」は、前記土地のうちの一部の売却および係争地の一部の賃貸による収入および係争地の山林での伐木、採草等による収益等をもって、祠堂の改築、祭典費、税金、アタイの手当その他の費用をまかなってきた。現在において、「門中」に属する者の範囲は、大宗家、中宗家、小宗家およびその分家に備えられた家譜記録および現行の戸籍簿を照合し、姓名に関する特殊な法則ないし口伝により基本的系統を推測し、これと併せて構成員として名乗り出た本人の口述を斟酌することによって、確定することができる。

#### （イ）裁判の経過

第1審は、Xらの所有権確認請求をともに認容し、抹消登記手続請求については、X<sub>1</sub>の請求を認容する一方で、「門中」X<sub>2</sub>の請求を棄却し、不当利得返還請求については、X<sub>1</sub>の請求を棄却し、「門中」X<sub>2</sub>の請求を認容した。原審は、「門中」X<sub>2</sub>が「権能力なき社団」であり、代表者の定めがあるから、X<sub>2</sub>は当事者能力を有すると判断したが、X<sub>1</sub>による抹消登記手続請求は認容したものの（X<sub>1</sub>の抹消登記手続請求の認容は確定した）、X<sub>1</sub>の所有権確認請求は棄却し、さらに、「門中」X<sub>2</sub>の所有権確認請求および不当利得返還請求も棄却した。その理由は次の通りであった。

「権能力なき社団たる被控訴人門中の資産ないし債権債務は、社団たる同門中の構成員全員に総有的に帰属しているのであって、同門中自身が私法上の権利義務の主体となることはないから、同門中が私法上の権利義務の主体であることを前提として、同門中に私法上の権利があることの確認を求め、あるいは、同門中に対し、私法上の権利に基づく不当利得の返還を求めることは許されないものというべく（もっとも、被控訴人X<sub>1</sub>が、同門中の代表者すなわち受託者たる地位に基づき、控訴人らに対し、本件各土地が同門中の構成員全員の総有であることの確認を求め、あるいは、同門中の構成員全員に対して不当利得を返還することを求めるのは許されるものと解すべきであるが、被控訴人X<sub>1</sub>の本訴請求はかかる趣旨の請求を含むものとは解されず、また、かりにかかる趣旨の請求を含むとしても、その場合には、当然、構成員の範囲を特定すべきであ

るところ、被控訴人 X<sub>1</sub> の本訴請求は、右の特定を欠いていることが明らかであるから、この点において失当というべきである。)、したがって、被控訴人 X<sub>1</sub>、同門中の、各所有権確認請求および各不当利得返還請求は、いずれも棄却すべきである」。

「権利能力なき社団の資産たる不動産については、社団の代表者が、社団の構成員全員の受託者たる地位において、個人の名義で所有権の登記をすることができるにすぎず、社団自体は、右不動産につき権利主体たり得ず、登記請求権を有するものではないから、社団を権利者とする登記をすることは許されないものと解すべきであり、したがって、権利能力なき社団たる被控訴人門中の代表者である被控訴人 X<sub>1</sub> は、その受託者たる地位において、右登記請求権に基づき、本件各土地の現登記名義人ないしその承継人である控訴人ら（中略）に対し、その登記の抹消登記手続を求めることができるが、権利能力なき社団たる右門中は右の請求をすることはできないものというべきである」。

これに対して、Y らは「門中」X<sub>2</sub> の当事者能力について争うため上告し、「門中」X<sub>2</sub> は所有権確認請求および不当利得返還請求について上告し、X<sub>1</sub> は所有権確認請求について上告した（X<sub>1</sub> の不当利得返還請求の棄却判決、X<sub>2</sub> の抹消登記手続請求の棄却判決は確定した）。

## (2) 最高裁の判断

### (ア) 「門中」の当事者能力の容認

最高裁は、まず、Y らの上告を以下のように棄却した（昭和 50 年（オ）第 701 号・民集 34 卷 2 号 138 頁）。

「被上告人蔡氏門中は代表者の定めのある権利能力なき社団であって、民訴法 46 条により当事者能力を有するものであり、被上告人 X<sub>1</sub> は被上告人蔡氏門中を代表する資格があるとした原審の判断は、正当として首肯することができ、右認定判断の過程に所論の違法はない」。

### (イ) 「門中」の単独所有の否定

次に、X らからの上告も以下の理由から棄却した（昭和 50 年（オ）第 702 号・判例時報 961 号 69 頁）。

「まず、上告人蔡氏門中の名による同請求は、本件各土地が同上告人の構成員の総有に属するとの右のような事実を前提とした請求ではなく、同上告人自体が本件各土地所有権の主体であることを前提とするものであるところ、権利能力なき社団自体は右のような財産について私法上所有権等の主体となることができないのであるから、その点において右請求はすでに失当である。

次に、上告人 X<sub>1</sub>（同上告人は上告後死亡し上告人 X<sub>1</sub>' がその地位を承継しているが、以下、便宜上、上告人 X<sub>1</sub> という。）の名による所有権確認請求も、その趣旨は上告人蔡氏門中の右請求と同じものであるから、右同様の理由により失当である。ただ、同上告人の請求ととくに別に上告

人X<sub>1</sub>の請求がされていることなどをみれば、上告人X<sub>1</sub>の名による請求は、本件各土地が構成員の総有に属することを前提とし、構成員から委ねられた同上告人の財産管理権限に基づいて、本件各土地につき構成員の総有権確認を求める趣旨を含むものと解する余地がまったくないではない。しかし、かりにそう解することができたとしても、右のような総有権確認請求は、その請求についてされる確定判決の効力が構成員に及ぶものであり、代表者が敗訴すると構成員の総有権を失わせる処分をしたのと同じ結果をまねくことになる点において、本件各土地についての構成員の総有権そのものを失わせてしまう実体上の処分行為と同視すべきものであるところ、原審の適法に確定した事実関係のもとでは、上告人蔡氏門中の各代表者が構成員から信託的に委ねられた財産管理権限に基づいて本件各土地についてなしうるのは、本件各土地の価値を維持、増加するための保存、管理行為、本件各土地を利用して収益をはかる行為など、代表者に委ねられた通常の業務運営の範囲に属し又はこれに準ずる行為（第一審判決が認容した無効の所有権登記の抹消登記手続請求、又は本件各土地に対する侵害の排除若しくはその侵害によって生じた被害の回復、賠償請求などは、右行為のうちに含まれる。）に限られるものであり、上告人蔡氏門中にとって重要な資産である本件各土地についての構成員の総有権そのものを失わせてしまうような処分行為は、本来、構成員全員の特別の合意がなければこれを行うことができず、かりにその行為をする権限まで代表者に委ねられているとしても、本件各土地についてされた前記登記が代表者四名の共有名義のものであって登記上各代表者単独では有効に売却その他の重要な処分行為をすることができないようにされていたことなどからみて、代表者四名全員の合意に基づくものでなければこれを行うことができないものと解するのが相当であるから、上告人X<sub>1</sub>は自己のみの意思に基づくだけでは右請求をする権限を有しないというべきである。ところが、本件においては、記録によれば、上告人蔡氏門中の代表者のうちに本件各土地が構成員の総有に属することを否定する者がいるため上告人X<sub>1</sub>が右請求をするにつき他の代表者三名全員の同意を得ることがおよそ期待することのできないことが明らかであるから、右上告人は右請求をする権限を欠いているものというほかない。もっとも、右上告人が、自己と対立する代表者及び同代表者に同調する者を除く構成員全員から特別の授権を受ければ、右請求をすることができると解すべきであるが、記録及び上告人らの上告理由書に徴すると、右のごとき特別の授権を受けているとはいえないのみか、これを得ることはできないことを自認していることが明らかであって、結局、右上告人が右請求をする権限を欠いていることに変わりはない。

「上告人蔡氏門中の名による不当利得金返還請求は、権利能力なき社団である同上告人自身が私法上不当利得金返還請求権の主体であることを前提とするものであるから、（中略）同上告人の所有権確認請求についての判断と同様の理由により、失当というべきで」ある。

## (ウ) 不当利得返還請求に関する反対意見

ただし、不当利得返還請求の訴えを棄却した点については、塚本重頼裁判官の反対意見があった。すなわち、塚本裁判官は、次のように、不当利得返還請求権の行使と総有権の確認請求は区別すべきとしていた。

「不当利得金返還請求権は、その金額などに徴し、同上告人の存立、運営の基本にふれるほどの重要な資産ではなく、各代表者が右金額程度の金員の回収を図ることは、代表者に一任された日常業務の運営の範囲内であることが、それぞれ明らかである。したがって、同上告人の右請求は、右不当利得金返還請求権が、私法上、同上告人の構成員全員の総有に属することを前提としながら、代表者である上告人具志彦修が構成員から委ねられた右財産管理権限に基づいて、上告人蔡氏門中の名でこれをしているものと解するのが相当である」。

「本件各土地が上告人蔡氏門中の構成員の総有に属することの確認請求は、少なくとも代表者全員が右の趣旨の請求をすることを合意している場合でなければこれを行うことができないと解すべきところ、それは右請求が同上告人の存立及び運営の基本にふれるほどの重要な資産処分行為と同視すべきものであるため、本来、構成員全員の特別の授権がなければ行うことができないものであるからであって、各代表者が同上告人の名で本件不当利得金返還請求をする権限を有すると解することと、なんら矛盾するものではない」。

これに対しては、大塚喜一郎裁判官の補足意見が次のように応接していた。

「反対意見によれば、本件において、かりに同上告人の不当利得金返還請求が、私法上同請求権が構成員の総有に属することを前提としたものであれば、原審の適法に確定した事実関係のもとでは、各代表者が同上告人の名でその請求をすることは構成員から委ねられた前記財産管理権限に基づいてなしうる行為の範囲に含まれるようにみられるから、その請求の当否についてなお判断する余地があるとするのであり、右財産管理権限にかんする意見には、一応傾聴すべきところがある。しかしながら、本件における同上告人の請求は右のようなものでなく、同請求権が上告人蔡氏門中自体に属することを前提とするものであることを上告人らが上告理由二においても自陳しているところであるから、右上告人の右請求は、前提を誤ったものとしてこれを棄却するほかないものである、と考える」。

## (3) 若干の分析

この判例は、「門中」が「権利能力なき社団」に該当するとしてその当事者能力を容認したものの、係争不動産の所有権はあくまで全構成員に帰属することを強調して、「門中」自らに所有権が属することの確認は認められないとした。その一方で、「門中」の代表者が係争不動産の所有権が全構成員に属することを確認する請求は、一般論として



は容認されるものの、まさに全構成員に所有権が属するがゆえに、これを処分するに等しい裁判での確認請求のためには、基本的には構成員全員の同意がなければならないとしている。その点で、所有権が構成員全員に帰属するという命題が判例の結論を実質的に決定づけている。所有権がもっぱら構成員全員に帰属するとすれば、「門中」およびその代表者がその確認請求をすることは訴訟担当として容認する余地しかないが、かかる訴訟担当のためには構成員による授權が必要となるため、これがなかったと思われる本件において「門中」等の確認請求を退けたのは、棄却という判決には疑問が残るものの<sup>18)</sup>、穏当と思われる。

この判例が現れた当時、訴訟法学説においては、「権利能力なき社団」に訴訟の当事者能力が容認される理由を、当該訴訟手続の範囲内においては社団自体に権利・義務の帰属が認められる点に求める見解が支配的であった<sup>19)</sup>。しかし、所有権が団体ではなく構成員に帰属するという判例が現れたことは、「権利能力なき社団」の当事者能力が、構成員に権利・義務が帰属することを前提にしつつ、団体はその訴訟担当者となることによって容認されるという見解が有力化するきっかけになったといえよう<sup>20)</sup>。

しかし、「門中」の意思決定は、判例が「権利能力なき社団」の要件とした多数決の原理に基づくというより、むしろ重要事項については全員一致の同意を要するようである。この点で、「門中」は、構成員から切り離された近代的な団体というより、入会集団を典型例とする共同体ないし実在的総合人に近接する<sup>21)</sup>。実在的総合人においては、団体の人格は各構成員の人格の結びつきによって基礎づけられ、少なくとも、その人格的結合の基礎となる財産は、団体のみならず各構成員にも帰属することになる。だからこそ、入会権の処分については構成員全員の同意が必要とされる。それゆえ、「門中」の墓地所有権が全構成員に総有的に帰属するとした判例の命題は正当なものではあるが、これを多数決の原理が支配する近代的な団体にまで推し進めることはできないであろう。

また、「門中」が実在的総合人の部類に属するとしても、所有権が「門中」に属することはないとする点にも疑問が生ずる。というのは、実在的総合人においては、所有権は、全構成員に帰属するとともに、構成員の人格の結合によって基礎づけられる団体にも帰属することになるからである。もっとも、「門中」自体に所有権が属することの確認は、同時に所有権が全構成員に属することの確認を意味することになるので、「門中」が確認請求の訴えを提起するためには、構成員全員の同意がなければならない。その意味で、このような同意がなかったと思われる本件において、判例が「門中」の確認請求を退けたのは、やはり穏当だったといえよう。

しかし逆に、この判例が、抽象論ではあるものの、抹消登記手続請求は代表者に委ね



られた財産管理権の範囲にあるとして、特別の要件なしにこれを容認する立場をとったことには疑問が残る。第1審がこの請求を認容したことを最高裁は追認したことになるが、はたしてこの判断が妥当であったのかは疑わしい。所有権に基づく抹消登記手続請求が棄却されれば、団体の構成員は所有権を喪失するに等しい状況に陥るからである。それゆえ、これについても構成員全員による同意は必要であったのではないだろうか。

おそらく、最高裁が抹消登記手続請求を特別の要件なしに容認する判断を示したのは、先例が「権利能力なき社団」の代表者が構成員の受託者たる地位に基づいて登記手続請求をすることを容認していたからであろう<sup>22)</sup>。しかし、すでに述べたように、先例において問題となっていたのは、近代的社団における代表者による登記手続請求である。そこでは、目的不動産の所有権ないし登記請求権は実質的に団体自体に帰属するため、代表者は団体を代表する権限に基づいて登記請求権を行使することが正当化されるとしても、この論理を実在的総合人のケースに推し進めることはできない。昭和47年判決がとった代表者による信託的所有という構成も、団体が構成員から切り離された近代的な社団においては採用することができるとしても、これを「門中」のような団体に当てはまるのは行き過ぎである。その意味で、本判決が「門中」を単に「権利能力なき社団」として一括りにしたのは、極めて問題であったといえる。

他方で、法廷意見が「門中」による不当利得返還請求を棄却した点にも、反対意見に現れているように疑問が残る。入会権の処分に構成員全員の同意が必要とされるのは、それが入会地を基盤とした村落構成員の人格的結合、共同体を解体するに等しく、各構成員の地位を本質的に変更する意味を持つからである。この点からは、確かに、「門中」の墓地を処分することも、「門中」すなわち共同体の解体につながる点で、構成員全員の同意を要するであろうし、それゆえに、墓地の所有権に基づく登記手続請求をするためにも構成員全員の同意が必要となるだろう。しかし、墓地の不当な使用による利得の返還請求権が否定されたとしても、共同体の解体につながるとはいえない。むしろ、その管理処分権はもっぱら団体の「門中」に属するといえ、これについては多数決の原理が妥当するといってよい。それゆえ、特段の事情がない限り、不当利得の返還を訴求する権限が代表者の権限に属するという余地は十分にある。

(次号に続く)

#### 注

- 1) 古積健三郎「実在的総合人および総有の法的構造について」法学新報123巻5・6号(2016年)275頁以下。

- 2) 後述の最一小判昭和 32 年 11 月 14 日(民集 11 卷 12 号 1943 頁)などの一連の判例。
- 3) 内田貴『民法 I 〔第 4 版〕』(東京大学出版会, 2008 年) 229 頁は、後述の昭和 39 年判決を実質的に社團への權利帰属を認めるものと評価している。
- 4) 最二小判昭和 55 年 2 月 8 日(判例時報 961 号 69 頁)。
- 5) 兼子一『新修民事訴訟法体系』(酒井書店, 1956 年) 111 頁, 三ヶ月章『民事訴訟法』(有斐閣, 1959 年) 182 頁, 小山昇『民事訴訟法』(青林書院, 1968 年) 79 頁, 新堂幸司『民事訴訟法』(筑摩書房, 1974 年) 96 頁。
- 6) 長井秀典「総所有権に基づく登記請求権」判例タイムズ 650 号(1988 年) 18 頁以下は、その嚆矢といえよう。
- 7) 最一小判平成 26 年 2 月 27 日(民集 68 卷 2 号 192 頁)。
- 8) かねてから、ゲルマン法における団体の所有形態である総有概念を「権利能力なき社團」の財産帰属形態に及ぼすことには批判があり(鍛冶良堅「いわゆる権利能力なき社團(非法人社團)について—法律の指導性とその限界—」(初出, 1959 年)同『民法論集』(啓文社, 1976 年) 7 頁以下, 12 頁), 「権利能力なき社團」の財産帰属形態をその単独所有とする見解も有力に主張されている(鍛冶・前掲 13 頁, 森泉章「権利能力なき社團に関する研究」(初出, 1966 年)同『団体法の諸問題』(一粒社, 1971 年) 31 頁以下, 70 頁以下)。さらに、判例の総有概念は社團の単独所有に等しい旨を指摘する見解も見られるが(内田・前掲注 3) 229 頁), 本稿の目的は、一連の判例を検討することにより、判例法が社團に權利が帰属することを容認する立場にあることを明確にする点にある。
- 9) 山本弘「法人格なき社團をめぐる民事手続法上の諸問題(1)」法学教室 374 号(2011 年) 127 頁以下, 133 頁は、平成 32 年判決は、構成員が持分権も分割請求権も有さないとするために総有という命題を借用している感があると見る。
- 10) 瀬元美知男「判例批評」別冊ジュリスト新版労働判例百選(1967 年) 118-119 頁も、多数決であれ、全員一致であれ、本件のようなケースは決議を得ることができない状況であると指摘する。
- 11) 福地俊雄「判例批評」法と政治 9 卷 3 号(1958 年) 342 頁以下, 347 頁は、平成 32 年判決の結論に賛成しつつ、近代的な団体においては多数決の原理によってその意思決定がなされるべきものと解している。また、山本・前掲注 9) 134 頁は、「権利能力なき社團」がその定款において総会の加重多数決による解散決議を解散事由としている場合に、判例が、実際に、総有関係の解消のためには全員一致の同意を要するという理由からこれを無効とするのかは、大いに疑問であるという。
- 12) 我妻栄『民法総則』(日本評論社, 1930 年) 203 頁, 同『物権法』(岩波書店, 1952 年) 297-298 頁
- 13) 最一小判昭和 49 年 9 月 30 日(民集 28 卷 6 号 1382 頁)。
- 14) 最一小判昭和 42 年 10 月 19 日(民集 21 卷 8 号 2078 頁)。
- 15) 吉井直明『最高裁判所判例解説民事篇昭和 47 年度』623 頁参照。代表者の肩書を付した代表者名義の登記を容認する説も、この問題点は意識している(森泉・前掲注 8)『団体法の諸問題』258 頁, 幾代通=徳本伸一『不動産登記法〔第 4 版〕』(有斐閣, 1994 年) 67-68 頁参照)。
- 16) 訴訟を通じて社團への權利の帰属を容認する兼子博士も、「権利能力なき社團」の登記請求を容認していなかったが、その根拠は社團に登記能力がない点にある(兼子・前掲注 5) 111 頁参照)。しかし、社團名義の登記を否定する場合でも、代表者の個人名義の登記手続をするように求める実体法上の登記請求権は社團に帰属すると考えることもできるはずである。現に、「権利能力なき社團」の当事者能力について兼子説とほぼ同様の立場をとる新堂博士は、社團の登記請求を容認していた(新堂・前掲注 5) 96 頁)。
- 17) もちろん、このことは、社團の構成員が常に対外的に責任を負わないということを当然には意味しない。むしろ、営利的な団体において構成員の責任を否定すると、会社法の規律を潜脱する可能性も出てくる(河内宏『権利能力なき社團・財団の判例総合解説』(信山社, 2004 年) 14 頁

参照)。したがって、構成員が責任を負うか否かは、最終的には団体の権利主体性とは別個に検討されるべき問題である。

- 18) 福永有利『民事訴訟当事者論』(有斐閣, 2004年) 509頁参照。すなわち、もともと裁判において「権利能力なき団体」には権利が帰属しないことが前提になっているとすれば、団体に権利が属することの確認の訴えは却下するという帰結が適切ともいえる。
- 19) 兼子・前掲注5) 111頁, 三ヶ月・前掲注5) 182頁, 小山・前掲注5) 79頁, 新堂・前掲注5) 96頁。
- 20) その嚆矢である, 長井・前掲注6) 18頁以下, 26頁は, 旧民事訴訟法46条が, 当事者能力を容認するのみならず, このような訴訟担当の権限の根拠ともなる規定であるという。
- 21) 安次富哲雄「判例批評」判例時報982号(1981年)188頁以下, 190頁は, 「門中」は前近代的な団体であるとし, 山田誠一「判例批評」法学協会雑誌99巻3号(1982年)509頁以下, 517-518頁は, 「門中」を入会団体に類似するものと位置づけている。
- 22) 調査官解説も, 本判決の結論が昭和47年判決に依拠しているのは明らかとしている。堀野悌介『最高裁判所判例解説民事篇昭和55年度』110頁参照。

### ●Zusammenfassung

Nach der japanischen Rechtsprechung stehe das Vermögen des nichtrechtsfähigen Vereins dessen Mitgliedern gemeinschaftlich zu. Es handle sich hier um das Gesamteigentum. Aber diese Einschätzung bringt theoretische Schwierigkeiten mit sich. Würde das Vermögen sämtlichen Mitgliedern gehören, dann könnte das nicht ohne ihre Zustimmung verfügbar sein. Tatsächlich jedoch erkennt die Rechtsprechung ohne weiteres dem Vorstand des Vereins die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis zu. Das heißt also, dass das Vermögen nicht den Vereinsmitgliedern, sondern dem Verein selbst gehört. Zwar gibt es auch ein Urteil, nach dem es zur Verfügung über ein Vermögen einer Gruppe notwendig sei, dass alle Mitglieder dem zustimmen. Aber diese Gruppe ist nicht der moderne Verein, sondern die mittelalterliche Verwandtschaftsgruppe.

In dieser Abhandlung möchte ich den Satz begründen, dass der nichtrechtsfähige Verein Rechtssubjekt sein kann.