

ハンス・シューマン著「権利能力なき社団の責任について」(Hans Schumann; Zur Haftung der nichtrechtsfähigen Vereine; Carl Heymanns Verlag. 1956, S. XII+103.)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2011-02-28 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 保住, 昭一 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/9218">http://hdl.handle.net/10291/9218</a>

— 紹介 —

ハンス・シューマン著「権利能力なき

社団の責任について」

Hans Schumann ; Zur Haftung der nichtrechtsfähigen Vereine ;

Carl Heymanns Verlag. 1956, S. XII + 103.

保 住 昭 一

本書はその標題が示しているように、いわゆる権利能力なき社団の責任の内容およびその限界をどこにおくか、とくに社団財産を限度とする社員の有限責任がどこまで可能であるかの究明を試みたものである。従来、この種の問題を論じた文献は、その数においてかなり多いが、本書の特色となつてゐるところは、つぎの二点にある。すなわち、その一は、この種の問題の究明のために、従来のドグマティシユな構成を中心とする法律学の方法を排斥して、近代利益法学 (moderne Interessenjurisprudenz) の立場に従ひ、利益衡量 (Interessenlage) による解釈の必要性を強調している点である。その二は、権利能力ある社団 (rechtsfähiger Verein) と権利能力なき社団とのドグマティシユな対比から導きだされる結論は、社団をめぐる利益衡量の関係から修正されねばならず、かくて営利を目的と

せむの社団 (nichtwirtschaftlicher Verein) は社団財産を限度とする有限責任を、營利を目的とする社団 (wirtschaftlicher Verein od. Verein mit erwerbswirtschaftlichem u. genossenschaftlichem Zwecke) は無限連帶責任を負うべきであるとする点である。最も権利能力なき社団の責任に關連するこの結論は、とくに耳新しい創作ではなく、著者自身その序文中に述べているように、すでにハインリッヒ・シュトール (Heinrich Stoll, *Gegenwärtige Lage der Vereine ohne Rechtsfähigkeit, Die Reichsgerichtspraxis*) の論じつくしているところであるが、著書は、従来の代表的文献を辿りながら、未解決のままに残されてきたところを体系的に解明したまでであつて、かくて本書の研究は単に社団責任の問題に寄与するばかりでなく、実り多き成果を可能にすべき法認識の方法論への寄与をも目的とすると思ふ (Vorwort u. S. 92 f.)。この試みが成功しているか否かにはかに断定し難いにしても、戦後ドイツ法学における社団責任論の動向を窺え、併せてこの種の問題の所在について反省をうる機会として、本書は検討に値するものと思ふ。

本書は序章および第六章からなつてゐるが、その全部をここに紹介することは本書の内容からみてその必要はなからう。そこで本稿では、本書の総論的部分としての第一章と、法律行為上の社団債務と機関による不法行為の各責任を論じた第二章および第三章を主として紹介するにとどめる。ただし、この部分にこそ著者の主張が集約され、本書の中心ともいふべきところだからである。

なお、著者シューマンは、ミュンスター大学教授で「商法」全二卷(一九五四年)の近著がある。

## 二

まず序章のところでは、現代の法律生活においてその数、そしてその重要性の点で決して権利能力ある社団に劣ら

ない役割を演ずる権利能力なき社団を、民法起草者は、民法五四条により全くふさわしくなく組合規定の下に置いて、許可主義 (Konzessionsystem) または準則主義 (Normativsystem) 以外の社団設立を困難にしてきたことは周知のことであるが、社団を登記によつて国家支配の下に隷属しようとする思想は失敗している。私法は公の社団法 (öffentliches Vereinsrecht) に奉仕するためのものではなく、ギールケが指摘したように、多くの社団は特定の外的形式によつて目的を実現するだけであるとすれば、権利能力の取得を断念する。かくて権利能力なき社団の存在は、法律実践上考慮されねばならなくなつており、法律実践の上では組合 (Gesellschaft) と権利能力なき社団の原理的區別を承認しながらも、その法的取扱は多くの点で権利能力ある社団と同一視しているが、一九二九年シュトールの研究に結論されたように、裁判所は権利能力なき社団と権利能力ある社団との統一的基本觀念を見失つており、一面ではその社団的性格を強調しながら、他面ではそれに組合規定を適用すべしと固執して、とくに債務責任の問題に関しては今日でも本質的に變つていない。つぎに社団債務の概念について、権利能力なき社団の債務は、法人の意味における独立の権利・義務の担手たる資格を否定されるから、民法七〇五条以下の組合規定により社団構成員によつて担われる債務である。正確には組合員の共同債務と規定され、その強制執行には総組員に対する判決を必要とし、また、該判決によつて共同責任ある各組合員の私的財産に執行することも可能である。かかる債務を「組合債務」 (Gesellschaftsschulden) とよめるか否か争いがあるが、合名会社に対してはその總手的性質 (Gesamthandnatur) にもかかわらず「会社の債務」と明確に規定し、会社財産を強制執行の対象と認め、会社財産に対する破産を特別の破産原因としている<sup>(前二二八条、一二三)</sup>。権利能力なき社団の場合にも合名会社のように「社団債務」の概念を肯定すべきである。すなわち、社団財産に対する強制執行を認め、その際には「社団」の執行名義で充分であり、社団の破産は社団財産が社団債務を完済するに足りない場合のみ債務超過を形成する<sup>(株式法八三)</sup>と説いている。

さて、本論に入つて第一章では、ドグマティシユな基本原理としての総手 (Gesamthand) と法人 (juristische person) との対照を試みたのち、社團責任をめぐる利益衡量の基礎におよんでいる。

それによると、総手と法人との原則的対照は目的結合、組織と(内部的)権限、対外関係、権利(義務)の帰属関係の四つの観点からすれば充分であり、(一) まず、目的結合の点においては、総手の団体も法人と同様団体員から独立した協同目的のために結合され、その独立の目的が継続的法律関係を前面に押出すという意味では、両者は共通である。したがつて、法人の目的を権利能力たる地位に関連せしめる必要はなく、権利能力たる地位は自然人その他の社会構成物に直接行われるところの法的原則であり、また、法的技術の範囲をなすものである。ここで問題としているのは社会構成物自体の目的なのであり、ただ法人の場合は法人という集合特色に陰れるにすぎない。たとえそれが人の結合体に関連するにせよ、財団または事実上の一人会社のように特定の目的に捧げられた特別財産に関連するにせよ定款に記載することを強制される一定の目的に例外なく奉仕するものである。かくて民法五四条により「組合」とされる権利能力なき社團の目的は、権利能力ある社團の目的と区別することはできない。(二) 総手と法人を組織的側面から比較するとき、総手は一つの組織形式だが、法人は組織をもつていえるといえる。いずれにせよ総手という概念は、一面において組織形式を意味し、他面においては構成員を拘束する共同権限としての権利帰属の形式として、二重の意味に用いられている。これいわゆる共同行為の原則であり、その全く純粹な形においては全員の一致を前提とするが、業務執行と代表権限とは予め予定された者に委託される場合と、構成員各別に委ねられる場合とがあり、その基本形式は変更が可能である。しかし、これらの権限を団体外の第三者に委託すること、すなわち、第三者機関 (Fremdorganschaft) は否定される。また構成員の権限は総手組織によつて拘束されるが、この基本形式が変更されて、業務執行と代表権限が一部の構成員に掌握されるときはそれから除外された構成員の権限は縮小され、場合に

よつては異議権を承認され、または多数決に服さねばならず、あるいは監視権 (Kontrollrecht) だけに制限される。他方、社団は社員総会とともに業務執行および代表については理事者を組織上設ける。理事者は社員である必要はなく、したがつて、いわゆる第三者機関も可能である。権利能力ある団体に対しては社団構造が典型的である。社団内部においても業務執行と代表権限は理事者に掌握される結果、社員の権限は議決権に制限され、定款に別段の定めがない限り議決権をもつて理事者の任免に参加するが、それは社員総会を通じて決定するという可能性に限定され、しかも社団に本質的な多数決原理が社員の権限を制限する。権利能力なき社団では権利能力ある社団と同様、理事者と社員総会とが権限の分配に従つて区別され、理事者には業務執行と代表とを義務づけ、社員の権限は議決権だけに限定される。民法の規定にもかかわらずその実相は社団であり、組合と異なつていわゆる第三者機関も可能である。(三) 対外関係の点では、総手はその基本形式として共同行為の原則が重点であり、とくに機関は不用である。総手団体の構成員は対外的に人的複数体として共同行為的に現われる。法人の場合はその全ての形において統一的に現われる。法人は自己の名において行為し、権利の担手または意思の担手として特色づけられ、社員の人格は背後に蔭れる。法人は機関によつて行為するが、機関は社員によつて構成されるを必要としない。かつ機関の権限は定款に確定されている。総手と法人との対外関係における対立は、総手的構成員が共通の名称のもとに對外活動をなす場合、その基本形式は変更されてくる。共同行為の原則が代理権授与行為によつて変更されるのではなしに、業務執行および代表権限が数人の、または単独の構成員に指定されるという組合契約に変更がある場合、総手組織が合名会社や合資会社のように法によつて弱められている場合などには、上位の統一概念への傾向が増強されているのである。これらの場合には独立の権利担手としての外觀が少くとも外部関係としては備わっているから、法はそれを承認して不十分ではあるがこの種の団体を個別的な方向に統一体として扱っている。合名会社は法人とはされてないが、その可能性を現わ

すものである。権利能力なき社団の対外関係に際しても総手の観念は見捨てるべきである。自己の社団名称のもとに行爲すること権利能力ある社団と同様であり、対外取引における多くの業務には、社団に権利能力があるか否かを問うところなく、有効な団体の統一性が事実上または法律上認められるか否かを問う必要がない。(四) 権利能力ある社団と権利能力なき社団とのドグマティシユな原理としての相違は、総手と法人とに一般的に生ずる権利(義務)・帰属の形式の相違の点に存する。すなわち、総手は組織的統一体として対外関係には現われるが、独立の権利・義務担手にまでは高められていない。それは構成員の共同権限の形式であつて、自然人としての構成員に共通の権利・義務を並列せしめる。一方、法人の名のもとに存在する社会構成物は、法律上独自の権利担手とされ、社員または財産管理者は法人格から分離され、固有の法人格者として法人と対立する。法人の権利帰属の問題は、共同権限または共同義務としてではなく、法人の単独権または単独義務の意味において現われる。この権利帰属形式に関しては総手と法人とに何の共通点も生じない。これはすでに述べた如く権利能力ある社団と権利能力なき社団にも当嵌まり、両者はこの点で全く相違しているというべきであると説く。

以上述べてきたとおり、著者は、ドグマティシユな原理としての総手と法人の比較対照から演繹される相違点は、権利帰属の形式が独立の権利担手とされるか否かの法形式的なもしくは法技術上の点にあるのみであつて、社会的平面においては、その目的、内部構造と権限、対外関係の点で、権利能力ある社団と権利能力なき社団とは全く同一物であることを帰納する。この観点から権利能力ある社団の規定を、権利能力なき社団に対して如何なる範囲まで適用することが可能であるかについては、社団の目的規定、組織と権限および社員を超越した統一体としての対外活動を基礎とする諸規定は類推適用を許されるが、法技術上固有の法人格者とされることから生ずる規定は類推を許さないという結論に達する。しかし、この純粋なドグマティシユな結論は、社団責任をめぐる実定法秩序からの利害関係

の比較衡量によつて修正されねばならないとする。

それによると、(一) 社員は自己の出資額以上の財産法的責任を、社団に対して負担しないことが社員の利益に合致する。とくに営利を目的とせざる社団の場合には、利益のないところに損失もまた存しないという觀念によつて是認され、それは社団内部の権限の分配によつて正当化される。けだし、業務執行、代表権限は理事者に掌握され、各社員はその選任の多数決議に一個の議決権をもつて関与するにすぎないのであり、社団の名における債務に人的に影響する権限なくして全財産を賭けることは妥当でないからである。(二) 他方、社団債権者にとつては、社員の人的無限責任が利益である。しかし、権利能力ある社団についてはその場合はあり得ないし、権利能力なき社団の場合には、債権者がとくに権利能力の欠缺を確認したときのみ可能であるとしても、それは特別の要式行為（登記簿上の取引、訴訟）以外は生じない。その他の場合には債権者は法的形式を問題にすることなく、社団財産の状態、とくにその支払能力を問題とする。ここから債権者の利益のために無限責任を認めるか、逆に社員の利益に優先を認めるか考慮されねばならない。(三) 社団責任をめぐるより高い観点から重要とされるのは、国家の利害関係である。責任の法体系は国家の経済と関連し、今日の「社会市場経済」も例外ではない。然るときは企業者とその財産法上の全責任を負担せしめる人的無限責任は、一方において企業の倒産を惹起するが、他方、資本の投下または資本の構成に注意を促す。しかし、無限責任は今日の経済における大機構に照応しなくなつてきている点を注意しなければならない。近代においては、国内、国外の競争により大企業または経済力集中を生じており、それに中小企業と同じような意義で人的責任を認めるわけにはいかない。そこには有限責任の承認された法形式が使命であり、法律政策上の問題がある。私法上の社団責任についても、それを前提として有限責任が考慮されねばならないであらうし、これはとくに営利を目的とする社団に重要である。として、営利を目的とせざる社団は社員の利益を考慮しなければならないが、営

利を目的とする社団ではもつと上位の責任秩序が考慮されねばならないと説いている。

### 三

第二章では、法律行為上の社団債務に対する社員責任を、前述した総論的結論の具体化として論ずる。以下その内容をみよう。

法律行為上の社団債務、すなわち、機関または授權された代理人が、その権限内であつた社団の名においてなした法律行為上の債務に対して、民法七〇五条以下の規定は、社員の無限な人的かつ連帯債務という結果を生ずる。したがつて、社員の抗弁については民法四二二条以下の規定に従う。しかし、実定法の予定するこの無限責任は、社団構成員の利益に矛盾するので、従来、社員責任を社団財産の限度に制限する理論的根拠が探求されてきた。(一) その一は合意による有限責任である。すでにギールケは、七〇五条以下の任意規定が自己の特分の限度でのみ責任を負担するという社員の人的抗弁を許容する点を指摘している。この合意は債権者との明示または黙示になし得る。しかし、かかる意思を推論する事実が全く存しない場合には、合意理論は意思擬制 (*Willensfiktion*) の方法によるという欠陥を有する。(二) その二は機関の権限を制限する方法である。すなわち、機関の代表権限の範囲は定めることが可能であることから、理事の代表権限を、社員は社団財産を限度とする責任を負担するにすぎないという点に制限することである。権限制限は定款に表示されれば可能である。通説はとくに定款に定めがない場合でも暗黙の意欲された定款の内容と看做されるときも同様に解する。しかし、この理論は決して最上の解決ではない。とくに権限制限の効果が対外的におよぶという前提では、定款の規定の充分性が吟味されねばならない。また理事の権限を定款によつて制限するという内部的行為のみでは不充分であつて、会社法上の特別規定のようにさらに外部的に公示されねばならない

(商法二二五條四、株式法七三條、有限責任会社三九條)。<sup>(三)</sup> 仮りに定款に留保したのみで充分であると考へたとしても、かかる定款規定の無い場合には、合意理論と同様意思擬制という欠陥を有する。(三) その三は有限責任を利害関係の衡量によつて基礎づけることである。しかし、黙示の合意もしくは権限制限でもつて基礎づける立場はこれを否定するが、有限責任は法の目的および利害の基礎を正當に評価するという方法においてのみその目的に到達しうる。すなわち、民法五四條は、社員が無限責任を社団債権者のために規定したのではなく、むしろ公の社団法を根拠としている。一九〇八年成立の社団法は有限責任を登記済社団と未登記社団とで区別しなかつたし、ワイマール憲法一二四條は社団の登記に対する民法六一條二項の異議権を除去して、公の社団法にとつて登記の意義は實際上失われていた。その後の社団立法が設立の自由を制限したにせよ<sup>(例へば VO zum Schutz von Volk u. Staat v. 30. 2. 23 及び einsch.)</sup>、承認したにせよ<sup>(Art. 9 GG u. neue Lit.)</sup>、それは続いてきている。かように公の社団法のための登記の重要性は薄れ、国家の社団支配の手段としての本質が失われているとすれば、組合規定による社員が無限責任の意義も、かつて考慮されていた内容を失わねばならない。そうであれば責任問題を公の社団法に関連づける必要はなく、疑念に充ちた規定に煩わされることもなく、私法上、経済法上の利害関係の基礎に照応した解決をすべきである。しかし、利害関係の衡量からする結論は、さきに述べ如く営利を目的とする社団と然らざる社団とで、自ら結論を異にする。

営利を目的とせざる社団の利害評価は、社団財産を限度とする社員の有責任を結論する。けだし、社員は何等の利益をも取得しないから、その引受けた出資または社団財産に対する社員の特分に比較してそれ以上の責任を要求することは酷だからである。しかし、社員と意義を異にする債権者の利益には対立するが、債権者の関心は財産の状態であり、社員が無責任は決して計算に入れてはいない。権利能力ある社団の民法の規定に、債権者を保護するため維持を予定する最小限の財産についての定めは何等存しないから、権利能力ある社団の場合であつても債権者は現

存する財産で満足するほかはない。営利を目的とせざる社団の社員は、何等営利経済上の目的を追求するものではないから、この点での公法上の利害は問題にならない。かくて営利を目的とせざる社団は、法律行為上の債務に対し有限責任を負うという基礎において権利能力ある社団と同一であるが、法人格を有するという法技術上の点から生ずる相違を否定することはできない。すなわち、一方は社団が債務者であるが、権利能力なき社団では、社員が直接人的有限責任を負うという法的相違である。

営利を目的とする社団の利害評価は、しかし、右と異つて簡単ではない。社員の社団内部の権限が業務執行から除外されている点では、合資会社の有限責任社員 (Kommanditisten) と同様、有限責任が照応する。債権者に対しても社団の責任関係が対外的に明白化される限り (例えば有限責任を負ふことなき旨、を社団名稱に添加することによつて)、有限責任で充分である。この種の社団責任につきとくに考慮されねばならないのは無限責任に対する国家の利害である。本来、営利企業者が、企業支配権を全ての営利可能性に求め得る反面、無限の人的責任を負担すべしとする思想は、早くからそして諸外国の法制と同様現行法に明示されてきている。それは自由主義経済体制の副題でもあつたのである。けだし、有限責任形態はいずれの場合にも特別の前提によらねばならなかつたからである。したがつて、個人企業者に対し何人にも特別の合意なしに有効な有限責任 (例えば營業財産を有限とする責任) を主張しうる法的可能性は現行法上には存しない。商法上の会社においても無限責任が同様の理由によりその出発点となつてゐる。合名会社では内部の権限の分配を顧慮することなしに無限責任を定め、合資会社の有限責任社員は、責任ある支配権から除外されていることによつて是認されるが、それはとくに登記による対外的公示を義務づけられる (商二七二)。全社員の有限責任は法人形式の選択によつてのみ可能である。すなわち、営利を目的とする権利能力ある社団の設立は、準則主義に定められた設立手続によつて (株式会社、有限責任社、登記済の Genossenschaft)、しかも法人格認許の形式によつて (民二)、例外なく一種の制限の下に置かれ、商法上の物的会社では最低資

本額の調達と(株式会社一〇条、二八条、二九条)、その維持(株式会社五二条、六五条、一三〇条、一七五条以下)とが重要とされ、かつ公開性が指導的役割を演ずることを予定されている。以上のところから、現行法は、個人企業であると会社企業であるとを問わず、人的無限責任から出発して、有限責任は特別の前提のものにのみ許容するか、または法律上定型化された形式を選択することによつてのみ許容するという点で制限を加えているのである。この基本的な経済政策上の利益のために設定された原則は、この範囲に關係する限り、営利を目的とする社団の有限責任が、商法上の会社形態の選択もしくは民法二二条による法人格の認許による以外に方法がないことを示している。かようにして、営利を目的とする社団は、法律行為上の責務に対し社員の人的な無限連帯責任を結論するが、それは合名会社の責任規定に従う。その結果商法一〇五条以下の適用をうけ、民法七〇五条以下の規定とは若干相違を生ずる。例えば、既存の社団に加入した者は、入社以前の社団債務に対しても商法一三〇条相当の無限責任を負う(既存の組合に加入した者は組合財産に対する自己の特定の限度で責任を負うと解される)。営利を目的とする権利能力なき社団が、共同商号をもち、商業登記されるならば、これを合名会社として取扱うべきか否かについては争いがあるが、これを積極に解するものからは、以上の無限責任は当然の結論である。

なお、社団の契約違反による損害賠償責任の問題が残されるが、これは機関の職務執行による損害行為の社団責任を定めた民法三二条の問題に還元すべきであることから、次章の不法行為責任の箇所によらずられている。

#### 四

第三章は、機関による不法行為責任を論じているが、結局、ここで問題の中心となるのは、権利能力ある社団の機関がその職務を行うにつき他人に加えた損害の賠償責任を定めた民法三二条を、権利能力なき社団に類推適用しうるか否かである。

ギールケ以来の有機体説に強く影響された学説は、権利能力なき社団には有機体説にいうところの機関がなく、その法的性格は総手 (Gesamthand) であるとして、民法三一条の適用を否定して民法八三一条の使用者の責任による立場が有力であつた。また民法三一条は法人に限つてその準用を予定している(民八六条)点を強調して、ニッパードイなどは、成文法に反する類推は無軌道な社団設立主義の弊害を生ずると反対しているが、有機体説の反対理由は、かつてギールケが指摘したように、権利能力なき社団には社団自身の行為を可能にする対外的機関をもたないという点を中心である。しかし、民法八三一条はその法文およびその体系的地位においても、またローマ普通法の伝統を承継した個人法的過失責任の原則という発生史からみても、これをそのまま社会的実体として社団性の認められる権利能力なき社団に適用することは、多くの点で疑問がある。(一) まず、同規定にいう「使用者」とは誰を指すかである。機関の選任を決議した社員とするか(決議に加わらなかつた者、反対)、または総社員とするかであるが、前者は社団法上の意思形式の構造を看過しており、後者は選任された機関が社員総会とは自主独立の地位を有するという社団の組織に反する。(二) また選任・監督についての注意義務の立証を如何なる範囲の社員で行えば足りるか、一社員の関係で免責が立証されるならばその効果は総社員におよぶと考えると、債権者に著しく不利であり、社団を不当に保護する結果とならう。全社員に立証されねばならないとすれば訴訟上の手続が著しく煩雑化する。選任を決定した過半数社員に立証されれば免責されるとすれば八三一条の法文に一致しない。(三) 免責の立証として如何なる内容を証明すれば足りるかは一層困難である。選任が過半数決議による場合、候補者の人格、職務を行うについての一般的能力などにつき反対投票をした者や、議決権を放棄した者についての取扱い、また監督義務についても特別の監督機関のない以上、定時または臨時の社員総会を通じて間接に監督するにすぎないから困難をきわめるであらう。かような諸困難を克服するため、社団組織の瑕疵をもつて社団の過失に還元して解決しようとする努力が、とくに裁判所の判例に現われて

いる。社団責任を社団の行為自体に帰せしめようとする意味では、民法八三一条の免責立証を避けられるが、こんどは社団の過失の立証責任をして債権者を不利にする。ただし、個人の不法行為とは違つて、過失の問題は「社団の過失」としての団体の過失を前提としてのみいえるからである。しかも、団体の不法行為能力については、法人の場合ですら争いがあり、とくに意思能力を前提としてのみ過失が構成される。結局、不法行為による社団責任は、個人法的な社団の行為能力または債務負担の能力に関する問題ではなく、機関の行為が如何なる範囲まで社団財産にその法的効果をおよぼすか、とくに債務が社団財産にどこまで消極的に作用せしむべきかという団体法的社会関係の問題である。

権利能力なき社団の不法行為に民法三一条を準用する觀念は、古くはデルンブルヒならびにロームバッハの学説にみられるが、その根拠は薄弱である。近時これを詳細に理由つけたのはエルトマンであり、彼は民法三一条の規定を権利能力という法的技術の特殊性に基づかない点を指摘した。さらにこれを徹底したのはシュトールであり、ついでレーマンの民法総則はその四訂版から三一条の準用を認めている。なお合名会社に対する三一条の準用は、今日では判例・学説ともに慣習法とされているが、しかしその理由として、合名会社の代表権ある社員を機関と擬制しているのは有機体説の影響である。ヴァラントだけは見解を異にしていて、会社の利益の期待の下において行われた不法行為について会社財産が責任を負わねばならないのは、不法行為による個人商人の責任が営業財産に限定されるのと同様であるとしている。

以上で明らか如く民法三一条準用の問題は、それが権利能力ある社団に特有の規定であるか、社会学の平面に属する規定であるかであり、解決の基準はこの点にある。ただし、権利能力ある社団と権利能力なき社団のドグマティシユな相違は、権利能力の有無という法的技術に存するのみであり、社会構成体という諸点では同一の存在だからで

ある。そもそも民法三一条(第一草案 四六条)の立法趣旨は、取引における衡平を土台としている。三一条には、権利能力ある社団が組織上に理事を設け、超個人的目的のために法律取引に社団名称を使つて安全に活動しようという配慮とともに、機関の行為は社団の特別財産(Sondervermögen)に積極的にならばなしに、消極的にもその効果をおよぼすべきであろうという衡平観念がある。この事実から同規定を権利能力ある構成体にのみ適用を限定する理由はななく、社団として組織され、対外的活動による効果が特別財産を形成し(法人の單獨所有であると総て、手的含有であるを問わぬ)、対外的機関が設けられるあらゆる団体にその適用が是認されねばならない。しかし、今日なお三一条の準用に反対する主要な根拠とされる「機関」の欠缺について問題がある。すなわち、権利能力なき社団には機関がなく、代理人または不真正代表があるにすぎないとする有機体説の主張である。これは法人論に関することだが、機関(Organ)と代理(Stellvertretung)の相違は他人による行為の効果の範囲が異なる点にある。しかし、循環論を避けるために行為の効果からその区別を論ずるのは止めて、それを要件事実(Tatbestand)から把握すべきである。いうまでもなく代理は法律の規定または本人の意思表示に基づく個人法的制度であり、その適用範囲は意思表示の伝達、受領および法律行為に限定される。他方、社団の理事は法律の規定の範囲内にある社団組織に基礎を有する。すなわち、定款に定められた方式においてのみ選任され、解任もまたそれに従う。職務の点でも、代理は対外的代理権限に限定されるが、理事の権限は社員に對する法律関係におよび、法律行為だけではなく社団のために行はずべき包括的範囲におよび、社員は社団名称の下に無名的存在となる。理事は団体的に社団の組織によつて定まる。この観点から機関と代理を限界づけるならば、機関概念を組織された人的結合体または財団の名において行為するために定款の規定により選任されたものに限定することができ、そうであれば権利能力なき社団にも機関は存在しうる。けだし、その構造は権利能力ある社団と完全に一致するからである。だが権利能力なき社団の機関の行為の効果には、権利能力ある社団の場合と比較して一点

の相違がある。前者の機関の行為による効果は総手的に結合された社員に帰属するが、後者では権利主体としての「法人」に対して単独に帰属するという、法的技術から生ずる帰属主体に関する相違である。かくて権利能力なき社団に民法三一条の準用を否定する機関欠缺の理由は殆んど克服することができよう。これを要するに、民法三一条は法人の章中におかれてはいるが、権利能力という資格によつてその適用が制限されるのではなく、法人の背後にある社会構成体の組織された構造の需要から明定された規定であるというべきである。それは定款の規定によつて選任せられたものが、単一体として対外活動する団体に代つて行為し、財産を特別財産として管理する地位を有するという事実を標準とする。

以上述べてきた民法三一条の類推適用は、しかしその責任範囲との関連において、法律行為上の責任同様、利害関係の衡量からする修正を必要とするが、ここでその衡量が重要となるのは矢張り営利を目的とする社団である。三一条の立法政策の目的は、特別財産の管理から利益を得るものは、管理者の責任において惹起された損害をも負担すべしという衡平の観念である。したがつて、責任が特別財産のみならず社員の私的財産をも拘束する如きは、三一条の目的内容を越えている。社団財産を限度とする責任の制限をとくに強調してないのは、それが法人に適用された場合自明のことだからである。一般的にいつて三一条の準用により社員は社団財産を限度とする有限責任を負うことになるが、営利を目的とする社団は、有限責任を準則主義によつて許容されない限り、社員の人的無限連帯責任を結果するものといわねばならない。そしてこの場合の社員の地位は、合名会社・合資会社に民法三一条が準用される場合と同様、社団財産とともに社員の私的財産の人的責任を結果する(商一三八。最後に、不法行為による社団責任と契約違反による損害賠償責任の統一的考慮が残されているが、民法三一条は契約違反による責任にも適用があることは認められている。しかも両責任の限界は流動的であり、損害賠償請求権は契約違反と不法行為とに同時に基づくことが多

いから、両者の分裂は避けられる。

なお、第四章は契約以外の社団債務としての不当利益、特殊な不法行為、危険責任、事務管理を、第五章は社員變更の責任を、第六章は社団責任追求の訴訟における立証責任の問題を簡単に扱う。

## 五

以上が本書の概要であるが、著者の見解は非常に明快な理論である。今これを詳細に検討する余裕はもたないが、二、三の感想を附加しよう。

(一) わが民法には権利能力なき社団に関するドイツ民法五四条の如き規定はない。したがって、この種の社団の外部に対する法律関係および内部の法律関係は、全く学説に委ねられているのであるが、しかし、本書をまつまでもなくドイツ民法五四条の規定は、著しく不当な規定として批判され、その解釈においても組合の規定の大部分は適用されず、社団の実体を可能な限り反映させようと努力されている。この点ではわが国の場合とその事情を同じくするともいえる。著者が本書の第一章において、権利能力なき社団と権利能力ある社団を、ドグマティシユな原理から演繹される法的人格をもたないという止むを得ない結果をのぞいて、社団の社会関係から帰納される諸点では全く差異がないとした結論には、殆んど異論をさしはさむ余地はない。

(二) 本書でとくに注目すべきは、利害関係に対する評価から営利の目的を基準として、社員責任を有限責任と無限責任に分類した点であろう。法的技術としての抽象的な法人格をもたないから、社団財産に含まれる債務は総社員によつて負担されるよりほかに仕方がないが、それが総手的に帰属するか、合手的に帰属するかはともかくとして、営利の目的の有無によつて社員責任を限定しようとするのは傾聴に値するであろう。しかし、営利の觀念に疑問が生じな

いでもない。もつとも著者はこの点でつぎのように述べている。営利を目的とする社団の無限責任は、営利企業の競争範囲の存在としての政策によるのであるから、狭義の営利社団に制限される。例えば埋葬費積立社団 (Sterbekassenverein) の如き、社員のために支出と費用の節約を目的とすることによつて直ちに財産上の利益に到達するような社団をも、営利社団というならば無限責任は当たらない。この種の社団には経済政策上の利害は存しないから、社員の利益を優先せしめて有限責任とする。そして狭義の営利社団とは商的営業またはゲノッセンシャフト法一条にいうところの目的を有する社団に制限する趣旨のことを述べている (S. 21)。要するに営利の観念を商法およびその特別法によつて決する趣旨と思われるが、これに経済政策上の考慮を加味した点はなお検討を要するものがあると思う。

(三) 不法行為による責任を論じた第三章は、最も問題の多いところであろう。権利能力ある社団に関するドイツ民法三一条は、わが民法四四一条一項に相当する規定であるが、この規定を有機体説のいう機関の拘束から解放して、社団の社会関係を処理するための衡平の観念から、社学的平面に属する規定であるとした著者の見解は妥当である。また社団の不法行為は行為能力や不法行為能力に関する問題ではなく、機関の行為がどこまで社団責任に影響するかの問題として、ドイツ民法三一条を権利能力から切断した点も支持することができる。しかし、著者が、社団の内部および外部的構造から帰納する社会関係によつて、三一条の類推適用を肯定しながら、なお権利能力なき社団の機関の観念を確定した態度は疑問である。著者のいう機関が有機体説のそれとは意義を異にするにしても、代理と機関(代表)の相違を強調して、三一条の規定をもつて、機関の行為の効果に結びつけることは、むしろ有機体説の不当な拡張ではなからうか。もつとも著者は機関観念をもつて被用者の行為と区別して、ドイツ民法八三一条(わが民法七二五)適用の排除に重点をおいたと思うのだが、わが民法四四一条一項と七一五条との関係は、これを他人の行為による責任として共通のものとも考えることも可能であり、この点は一概に賛成し難い。

本書は、その理論においてギールケをはじめとするドイツ社団法学の共通の遺産の上になり立つている。とくに有機体説の影響を多分に受けながら、それを消化することによつて社団責任をめぐる利害の対立からする社会関係の考察を行つている態度は、全体として肯定することができよう。しかし、本書を産み出した共通の遺産の理解なしに著者の主張を云為することは困難であつて、あるいは私の批判が的はずれになつてゐるのではないかを恐れる次第である。

(一九五八・一一・一〇)

X X X

なお、NJW 1957 S. 494 に本書の簡単な紹介がなされている。