

権利能力なき社団・財団の準拠法の適用範囲について

著者	酒井 一
雑誌名	甲南法学
巻	51
号	4
ページ	43-64
発行年	2011-03-30
URL	http://doi.org/10.14990/00000788

権利能力なき社団・財団の準拠法の適用範囲について

酒 井 一

一、はじめに

先ごろ、権利能力なき社団を債務者とする金銭債権執行に関する重要な最高裁判所の判決が出された。最高裁第三小法廷平成二二年六月二九日判決民集六四卷四号一二三五頁がそれである。⁽¹⁾ 最高裁は、「権利能力のない社団である在日本朝鮮人総聯合会を債務者とする金銭債権を表示した債務名義を有する上告人が、…本件不動産の登記名義人である被上告人は、民事執行法二三条三項所定の『請求の目的物を所持する者』に準ずる者であると主張し、…被上告人を債務者として本件不動産を執行対象財産とする法二七条二項の執行文の付与を求める事案である。」と要約し、つづいて、権利能力なき社団に対する強制執行の手続について判示する。この事案を契機として、権利能力なき社団に対する強制執行の手続に関する議論が活発に行われ、判決に対する評価も分かれている。⁽²⁾ 権利能力なき社団に対する強制執行が、民事執行法や不動産登記法上の技術的な理由から不可能とされてはなら

ない。⁽³⁾ 学説の多くは、突破口を民事執行法二三条三項の類推適用に求め、承継執行文（同法二七条二項）の転用（交替執行文）によって権利能力なき社団に対する強制執行を可能とする解釈を展開してきた。最高裁は、学説の多数説に真つ向から対峙し、民事執行規則二三条二号イに解決の糸口を見つけようとする。⁽⁴⁾ いっけんしたところ、単なる執行技術上の問題に映るかもしれないが、執行手続の形式性という強制執行の本質にもかかわる問題であり、差押え段階のみならず、執行手続の競合や配当段階にも目配せを必要とし、大きな問題に発展する可能性を秘める。⁽⁵⁾ 最高裁の手法に大いに魅力を感じながらも、その波及的効果を慎重に検討する必要がある。本稿では、この点に関しては結論を留保し、後日の検討にゆだねたい。

ところで、最高裁の要約した事案を読んだとき、ある違和感を覚えた。この違和感の所在を明らかにしようとするのが本稿である。

判決による事案の要約は、「権利能力のない社団である在日本朝鮮人総聯合会を債務者とする金銭債権を表示した債務名義を有する上告人」と始まる。たしかに、原審（東京高裁）や原々審（東京地裁）の判決においても、「権利能力なき社団である在日本朝鮮人総聯合会」あるいは、「朝鮮総聯は権利能力なき社団である」点については、当事者間に争いのない事実として摘示されており、最高裁が前提事実として判決したことは誤りではない。しかし、いわゆる朝鮮総聯を法人格なき社団とした点についての理由は示されていない。また、「法人格なき社団」を債務者とする金銭債権」というが、法人格なき社団債務の実体についての説示もない。いずれも最高裁の結論を導くため直接には不要であり、議論の拡大を招く必要はなかったものであり、最高裁の判示を是とすべきであろう。要するに、本稿は、最高裁の判決を契機として、法人格なき社団の問題について若干の検討を行うものとなる。

二、「法人格なき社団」の準拠法

最高裁判平成二二年判決において、法人格なき社団とされたのは朝鮮総聯である。朝鮮総聯のホームページによれば、「朝鮮総聯は、日本に居住する各界各層の同胞と団体によつて構成される連合体である」とされ、⁷⁾ 構成員は朝鮮民主主義人民共和国（北朝鮮）の国民であろう。⁸⁾ 構成員が外国人であり、渉外的な要素を含む団体である。朝鮮総聯は、少なくとも日本法人ではないようであるが、いかなる基準で「法人格なき社団」とされたのであるか。法人格なき社団の準拠法が問題となりそうである。

代表的な教科書によれば、法人格のない社団または財団に関しては、法人格なき「社団または財団の実体並びに経済的機能に即して法人に関する法理を準用しようとする説」、「すなわち従属法説」と「単純な契約関係と同一視して準拠法を定めようとする説」、「すなわち契約準拠法説」の「2つの説が対立」するが、従属法説をして「通説であり、また妥当な見解というべき」と評価し、「法人格のない社団または財団の従属法は、法人のそれと同様に、設立に際して準拠した法律である」とされる。⁹⁾ ほかに、「法人格のない社団や財団についても、法人と同様、設立の際に準拠した法律が従属法になる」と結論のみを記述するものもある。¹⁰⁾ これに対して、近時の教科書においては、法人の準拠法（属人法）の問題については言及するものの、法人格なき社団・財団の準拠法に関して触れないものも少なくない。¹¹⁾ 言及がない理由は明確ではないが、①法人格なき社団・財団の準拠法については法人の準拠法に準じて考えれば必要かつ十分であるとするか、あるいは、②議論の実益を疑問とすることが考えられるのではなからうか。この推測は成り立つであろうか。

法人の準拠法（属人法）について、わが国では設立準拠法説（Gründungstheorie ならし Inkorporationstheorie）

が支配的見解である⁽¹²⁾。法人格なき社団あるいは財団についても、これに準拠して属人法を決すべしとされる場合の例として、イギリス法上の *partnership* が挙げられている⁽¹³⁾。たしかに、法人格の付与は各国の法政策に左右され、わが国では法人のひとつである合名会社（会社法二条一号、三条）に相当するドイツ法上の *Handelsgesellschaft* は法人格を有しないとされており、これらも法人格なき社団・財団に数えられよう。*Partnership* や *Handelsgesellschaft* の場合、英国法あるいはドイツ法に準拠して設立され、これを属人法とすることが素直であろう。ところが、この立論が十分でないことにすぐに気が付く。たとえば、最高裁判平成二二年判決の事案の「朝鮮総聯」は、この国の法に準拠して設立されたのであろう。日本法であろうか、北朝鮮法であろうか。朝鮮総聯の例を待つまでもなく、権利能力なき社団・財団には多種多様なものがある。入会団体や町内会・自治会、檀信徒組織など自然発生的な団体にみることく⁽¹⁵⁾、内部規律も完備せず、設立行為自体あやふやな団体も少なくない。同窓会や学会などのように、一応の設立行為があると評価できるような場合にあっても、構成員において、意識的に、どこかの国の法律に準拠して団体を設立しているわけではないであろう。ただ地縁・血縁団体の場合には涉外的要素はほとんどなく、準拠法を問題とするまでもなく、日本法を適用すればよいであろう。また、学校の同窓会や学会など国内の団体の場合には、無意識のうち日本の慣例にしたがって設立していると評価することができ、默示的に日本法に準拠して設立していると評価することもできる。しかし、国際学会の場合を例にとるならば、構成員の意識として、どこかの国の法に準拠せず、あえて特定することなしに、団体を設立することもあろう。この点において、法人格のない社団・財団は、特定の国家の定めた準則の順守を必須とする法人とは決定的に異なる。すなわち、法人の場合には、特定国の法に従った設立行為が必須であり、これを準拠法とすることによって安定した属人法が得られる。設立準拠法は誰の目にも明らかであり、登記・登録制度と結びつくことによって取引の

迅速・安定にも寄与することができる。これに対して、法人格なき社団・財団の場合、特定の国の組織法上の規律を経ていないことも多く、設立準拠法を特定できるとは限らないのであり、通説である設立準拠法説の長所が十分に生かされない。

設立準拠法が必ずしも適切な準拠法とはいえず、属人法の決定につき、法人格なき社団・財団を法人に準じて捉えようとするならば、本拠地法を属人法とすることも考えられよう。¹⁶⁾しかしながら、法人の準拠法決定に際して指摘されるように、この結論は、本拠地の決定に困難があり、本拠地の移転に伴い属人法が変わる難点を伴うことになる。また、法人格なき社団・財団について本拠地法説を採用すると、法人の属人法に関する議論にも波及が予想される。これは本末転倒ではなからうか。

通説である設立準拠法説によるならば、最高裁判成二二年判決の事案では、どのような結論が導かれるであろうか。朝鮮総聯が設立に際して準拠した法律を確定しなければならぬことになる。在日朝鮮人のための団体であることから、日本法に準拠して設立されたとみることができ、設立の経緯や構成員から判断すると、朝鮮の規律に従って団体が構成されたとする余地は十分に認められる。後者であるならば、北朝鮮法上の法人格なき社団に関する規定を適用して、朝鮮総聯に関わる諸問題は解決されるべきことになり、北朝鮮法上の法人格なき社団の成立要件が検討されるべきことになろう。しかしながら、最高裁判成二二年判決の事案において、北朝鮮法の法人格なき社団・財団に関する規定内容の如何を問わず、朝鮮総連の当事者能力を否定するという結論はとりえなかつたであろう。裁判所としても、朝鮮総聯が法人格なき社団であること自体を問題にする必要はまったくなかつたのである。むしろ、裁判所が朝鮮総聯の設立準拠法に関して一切言及することがなく、北朝鮮法に一顧も与えていない点から推して、最高裁は日本法を適用しているように思われる。準拠法が問題とならない限

りは、日本法の適用が当然とされるからである。当事者も、わが国の法人格なき社団・財団に関する規定や判例の準則を前提として朝鮮総聯が法人格なき社団であるとして、訴訟進行していたのであろう。この結論を国際私法のアプローチにより導く理論的構成としては、①設立準拠法説を維持しながら日本法に従った設立行為があったとするか、②契約準拠法説によって日本法の適用を導くか、あるいは、③朝鮮総聯の活動に着目して本拠地法説に依拠することが考えられる¹⁷⁾。①の方途は事実認定の問題に転嫁される。②の方途による場合には、契約当事者たる構成員の黙示的意思として日本法を準拠法としたとするか（法の適用に関する通則法七条）、あるいはまた、朝鮮総聯の活動目的などに照らして最密接関連地国が日本であるとして（同法八条一項）、日本法の適用を導くことになり、同様に事実認定に依拠しなければならないことになる。いずれも準拠法が北朝鮮法ではなく日本法であることをすつきりと導くことはできない。③の途をとるとして、③——一人の法人の属人法についても本拠地法説とする方法と③——二人と権利能力なき社団・財団とで属人法を分ける方法とがありえよう。法人の属人法にまで影響し、問題が大きくなる。

設立準拠法説と契約法説の違いは、法人格なき社団・財団の準拠法を法人の属人法に準じて捉えるべきか、性質の異なるものとして別個に考えるべきか、という根本的な相違に基づく。こうした観点からすると、前者に属するのが①及び③——一人のアプローチであり、②及び③——二人のアプローチは後者に分類できよう。法人格なき社団・財団について法人に準じて扱おうとする基本的姿勢において、日独両国の通説は共通するものの、法人の属人法についての結論において異なるのである。まず、最初に問題とすべきは、法人格なき社団・財団の準拠法を法人の属人法に準じて扱うことの可否であり、国際私法上の「法人格なき社団・財団論」の意味が問われなければならないことになる。さらに、この問題の結論の当否を検証するためには、準拠法によって決せられるべき事

項範囲が示されなければならず、議論の意義・目的が問われることになる。

三、国際私法上の「法人格なき社団・財団」と準拠法の適用範囲

(二) 法人格（権利能力）

法人は、自然人と同様に、権利義務の帰属主体となり、権利能力を有する。しかし、法人格は、法により付与された擬制的な存在にしか過ぎない⁽¹⁸⁾。法人が権利義務の主体として活動することが認められる根拠は、法が法人格を付与したことに尽きる。自然人の場合には、準拠法を問題とするまでもなく、当然に権利能力が認められるのに対して、法人の権利能力の準拠法が問題とされる理由はここにある。

法人とは、人または財産の集合体であり、自然人以外の権利享有主体である⁽¹⁹⁾。これに対して、法人格なき社団・財団は、社団・財団（法人）の実体を有しながら、法人格のないものをいう⁽²⁰⁾。両者を分けるのは、権利享有主体性の有無であり、この相違は、民法その他の法律が規定する一定の手續を履践したか否かにある。

もっとも、外国で成立した法人は、当然にわが国で法人として活動することが認められるわけではない。外国法人の日本での活動を認めることを認許という（民法三五条⁽²¹⁾）。すなわち、認許は、外国法人の法人格の承認である。では、認許されない外国法人は、わが国での一切の活動が禁じられ、わが国で権利能力は認められないのであろうか⁽²²⁾。たとえば、認許されない外国法人が、わが国で取引を行った場合に、当該外国法人は一切責任を負わないとするならば、取引の相手方の利益が侵され、取引の安全を脅かすことになる。また、インターネットなどを通じた隔地的取引の場合を考えると、取引や活動の場所という地理的・物理的要素は意味を減じつつある。日本における取引か否かを問題とすることなく、当然に当該法人への効果帰属を認めるべきではなからうか。した

がって、準拠法上、法人格が認められる法人であれば、権利能力者とされることになる。そして、権利能力は、権利義務の帰属主体性であり、準拠法が当該団体への効果帰属を認めていれば、権利能力が認められることになり、国際私法上は、法人格が与えられていることになる。

こうして学説は、法人の準拠法を決定し、それに法人に関するあらゆる問題の処理を委ねようとする。そのため、何より先に法人の属人法を決めなければならず、これが決まれば、法人の問題すべてが片付くと考えられているようである。しかしながら、少なくとも権利能力の問題に関する限りでは、法人の属人法から演繹的に結論を導くことは適切でないように思われる。²³

ごく単純な例をあげよう。Aは、甲国のとある町の町内会組織である。町が天災により壊滅的打撃を受け、組織はそのままに、乙国に全員が引越していった。甲国では町内会には法人格はないものとされ、乙国では活動地が乙国にある町内会組織のすべてに法人格が認められている。わが国の建設会社BがAとの間で、道路整備に関する請負契約を締結した。Bは、Aに対して、請負代金の支払いを請求することはできるであろうか。設立準拠法説によれば、Aには権利能力がなく、これを否定せざるを得ないのでなかろうか。これに対して、本拠地法説によると、Aが甲国で一般社団法人として設立されていた場合に、乙国が町内会には法人格を認めないような事案では、やはりAには権利能力がなく、Bの請負代金請求は認められない結果となろう。この結論は不当ではないか。法人と取引関係が確立されたのちに、その法人格が否定され、法律効果のすべてが覆されるならば、法人格を信頼し取引関係に入った相手方の不利益に帰する。

設立準拠法説でも本拠地法説でも不当な結論を回避できないならば、他に準拠法を求めるべきであろうか。どこか一つの国の法に依拠しようとしたならば、同様に法人格が否定され、適切でない事例が出てくるであろう。

準拠法的な処理に限界があるのではなからうか。

つきに、属人法を法人格なき社団・財団にも応用する見解を追ってみよう。法人の準拠法につき、本拠地法説を採ったならば、たとえ本拠地国以外で法人設立に必要な行為を履践していたとしても、本拠地で設立しなせなければ、属人法上は法人格がなく、その活動は、法人格なき社団・財団の活動と評価せざるをえない。しかしながら、この結論で問題をうまく処理できるであろうか。たとえば、日本法では法人格なき社団・財団とされる団体が本拠地国法では法人格なき社団・財団とされておらず、団体としての処理が不可能となることは適切ではないであろう。逆の場合も同じである。これに対して、設立準拠法説によると、設立準拠法国での法人設立行為は履践されている場合、その法人はわが国でも法人格が認められる。この見解によると、設立行為がどこかの国の法に従って行われたが、法人格取得に至っていない団体が法人格なき社団・財団とされる。例として挙げられるドイツの合名会社や英法上の *partnership* のほかに、設立中の法人が考えられるが、結論を左右するほどの議論にはなりえず、また、これら以外に適切な例が思い浮かばない。上記のとおり、設立行為も明確でなく、ましてや設立の準拠法のはっきりしない団体に対して安定的に適切な準拠法を指示できるか疑問である。最近の教科書で法人格なき社団・財団について言及が少なくなっているのは、法人属人法の流用では理論的に興味も薄れ、議論の実益も明確でないことに原因があるのではなからうか。

では、どう考えるべきであろうか。基本に立ち返ってみたい。法人格は、団体への権利能力の付与であり、団体の法人格承認の問題であった。法人格付与の権限を設立準拠法国あるいは本拠地法国に限る必要はないであろう。外国判決の承認の場面で承認管轄の競合が認められるように、法人格承認の場面で権限が競合することは

妨げないのではないか。法人格付与権限を専属化する公益的理由は見当たらないのではないか。どこかの国で法人格が付与され、団体としての活動が認められている以上は、相手方の信頼利益を保護するため法人格は肯定されなければならない。つまり、権利能力存否の問題に関する限り、準拠法を一つに決める必要はないであろう。また、権利能力の範囲の問題に関しては、存否の問題と同じような取引相手の期待保護の問題と構成員の利益保護の衝突があり、属人法をいずれか一つに決めて演繹的に解決できるかは大いに疑問である。また、個別権利能力の問題に関しても、権利自体の準拠法との比較は欠かせず属人法からの演繹的考察ですべてを解決できるわけではなからう。²⁴⁾

国際私法の局面では、いずれかの国により法人格が認められる場合には法人の問題とすれば十分であり、法人格なき社団・財団とは、いずれの国においても法人格が認められない場合だけを問題とすべきこととなる。²⁵⁾

(二) 権利の帰属形態

先に挙げた、最高裁判平成二二年判決の冒頭箇所にある「債務者」の意味は分かりにくい。すなわち、「権利能力のない社団」を「債務者」と「認める趣旨にも読めるし、「権利能力のない社団…を債務者」と「表示した債務名義」があると読むことも可能である。前者の場合、債務者の語を実体的な意味で用いることになり、後者の場合には、執行手続における執行債務者となるべきものという執行法上の概念として用いるものと受け取ることができる。

前者の意味であるならば、最高裁が権利能力なき社団に債務帰属可能性を肯定したことになり、権利能力 \parallel 法人格を認めたことになる。そうであるならば、国際私法的には法人の問題となり、法人格なき社団の問題の領域には入ってこないことにならう。後者の意味であるならば、執行当事者能力の問題となり、国際民事手続法で処理すべき問題となる。

わが国では、権利能力なき社団の財産帰属形態に関しては大いに議論されているが、社団財産は社団構成員の総有に属するものとされるのが一般的である。平成二二年判決は執行の手続に関して判断を示しただけであり、最高裁が、この判決によつて権利能力なき社団の権利能力についてまで決着をつけようとの意図を有しているものとはおよそ考えられない。ここでの「債務者」とは、執行当事者の意味で理解すれば十分である。

ところで、国際私法レベルにおいては、法人格なき社団とは、法人格が否定され、法人自体への権利帰属が認められない団体であり、これへの権利帰属が考えられない場面である。そうすると、権利の帰属主体としては構成員を想定するほかにないことになるが、帰属形態としては、共有、総有、合有あるいは単独所有まで様々である。しかし、この問題は、法人の属人法を持ち出すまでもなく、権利自体の準拠法で処理されれば必要かつ十分ではなからうか。

(三) 内部関係

権利能力なき社団の内部関係はどうか。ひとくちに権利能力なき社団といっても、実体として組合に近いものから法人に近いものまで、社団性の強弱はさまざまである。構成員と団体あるいは構成員相互の関係も一概には断じえない。

設立行為自体危うい団体において、あえて属人法を決め、それを機械的に内部関係処理に利用するならば、構成員が予期しない結果を招くことが予想される。むしろ契約的な処理のほうが妥当な結果を導くのではなからうか。

(四) 小括

以上のとおり、権利能力なき社団の準拠法処理は、実体法的な場面では必ずしも必要がなく、有益ではない。

現実にも、法人格なき社団と取引関係が築かれたのちに、債権債務が問題なく処理されているのであれば、準拠法を問題とする必要はなからう。相手方としては、債務が社団の債務であろうと、構成員の債務であろうと、履行されれば構わないのであるし、債務を負担した場合には、履行行為によって免責をえられればよく、紛争が生じなければ構わないのである。権利能力なき社団にあたるか、あるいは、権利能力なき社団の法律関係はどのように評価され、処理されるのかは、訴訟の場面で問題となる。つぎに、訴訟において権利能力なき社団・財団の議論が機能する場面を検討したい。

四、法人格なき社団論の機能場面

(一) 提訴促進機能（権利保護拡充機能）

① 当事者能力（執行当事者能力）の付与

わが国の民事訴訟法の規律として、法人格なき社団・財団に対して、民事訴訟手続における当事者能力が付与されている（民訴二九条）。

共同所有関係に関する訴えは、しばしば固有の共同訴訟とされる。いわゆる社団財産に関する訴訟は、固有必要的共同訴訟となる場合を生じ、権利帰属主体である構成員全員が当事者とならなければならない。法人格なき社団に対して訴えを提起しようとするならば、原告⇋相手方は、社団の構成員全員を探索する必要に迫られ、不可能を強いられることにもつながる。社団に当事者能力を認めることができ、提訴可能となる。社団が提訴する場合にも、構成員すべての名を列挙せずに、団体名で提訴することにより、提訴が容易になる。

また、社団に当事者能力が認められなければ、団体と取引をした相手方が、社団財産に対して強制執行するた

めには、社団構成員全員に対する債務名義が必要とされることになる。取引の相手方は、構成員全員に対する債務名義を作出するために、構成員全員を被告とするか、反復的提訴の必要に迫られる。

こうした煩わしさが、提訴の断念を導きかねない。法人格なき社団に（執行）当事者能力を認めることにより、提訴を容易にし、権利の実効性を高めることができる。

② 訴訟追行の授権

社団が原告として提訴する場合、任意的訴訟担当や選定当事者の制度を利用することによって、提訴における簡易化は可能となる。しかしながら、多数の構成員を擁する団体において、構成員内部で提訴について意見が分かれる可能性がある。その場合、団体による提訴を断念し、原告に名を連ねない構成員を共同被告として提訴することも考えられる。これは手続の煩わしさに堪えず、提訴の断念にもつながる。社団に当事者能力を付与することにより、社団に準じた扱いを認め、団体法的意思形成を認め、多数決による代表者への授権ができるようになる。結果的に提訴を促す。

これに対して、相手方が社団に対し提訴する場合、訴状には、当事者のほか、代表者名も記載しなければならず、代表権を書面によって立証しなければならぬ（民訴一三三条、民訴規二三三条）。登記によって代表者名が公示されている法人と異なり、第三者が代表者を確知することは必ずしも容易でなく、証明書類を提出することは困難を伴う²⁷。柔軟な扱いが必要となろう。

（二）手続簡明化機能

権利能力なき社団への当事者能力の付与が、訴訟法律関係を単純化し、手続簡明化の機能を有することは、一般に認められている²⁸。

多数存在する構成員全員を当事者としたならば、期日指定すら覚束なくなる。構成員個々の事情によって中断・中止が生じ、手続進行も複雑化する。もつとも、この問題は、訴訟担当を利用したり、共通の訴訟代理人を選任したりすることによって回避することが可能であろう。しかし、団体の構成員が脱退・加入や地位の承継によって交代した場合、訴訟承継を生じ、その都度、請求を変更しなければならなくなる。煩雑さは消えない。

(三) 判決簡素化機能

① 主文の簡素化

本案判決では、原則として、一定の法律関係の存否が宣言されるのであり、多くは権利・義務の存否が判断される。判決の主文において、結論が簡潔に示される。

法人の場合には、法人自体の権利・義務を観念することができるので、それが判決対象とされたならば、法人の権利・義務そのままの形で主文に表示することができる。これに対して、法人格なき社団・財団においては、社団の権利・義務を観念することはできない。社団財産は、実体的には社団構成員に帰属する権利・義務であり、⁽²⁹⁾複数の権利主体に帰属することになる。⁽³⁰⁾主文に実体関係を正確に表示するには、全部（または一部）の構成員名を列挙し、権利・義務の存否及び帰属形態を表示することになる。訴訟担当構成をとつても同じであり、たとえ、法人格なき社団に当事者能力を付与しても、権利能力を認めない限りは、この結論を回避することはできない。また、少なくとも請求を認容するためには、判決の基準時における構成員（権利・義務の帰属主体）を確認しなければならないことになる。煩雑に過ぎ、現実的でない。

権利能力なき社団に当事者能力を付与することは、これを法人に準じて扱うことを含意するものとして、あたかも社団自体が権利主体であるように主文に表記することになる。実務では、たとえば金銭支払請求訴訟におい

て、権利能力なき社団が原告⇨権利者側であろうと、被告⇨義務者側であろうと、単に「被告は、原告に対して、○○円支払え。」と主文に示されているようである。文言は、あたかも権利能力なき社団に権利能力が認められたかのような体裁となっている。たしかに主文は、判決対象とされた権利・義務の存否や範囲を正確かつ一義的に表示しなければならぬ。しかし、表記方法に関しては、訴訟法上の技術的な要請を無視できないのであり、そこで表示されている内容を解釈する必要があり、判決理由から明らかとされる場合があることは否定できない。この例において判決主文で宣言されているのは、社団債権・債務であり、口頭弁論終結時における社団構成員に総有的に帰属する債権・債務の存在を表示するものと解すべきである。

判決主文における社団構成員名の列挙を避けることによって、主文を簡略化できるだけでなく、手続途中における権利・義務の主体的変動を捨象し、実体に適合した解釈が可能となる。

社団財産（構成員の共有・総有財産）に関する共有関係の確認に関しては、必ずしも明らかでないが、債権・債務と同じ扱いがされているわけでもなさそうである。しかしながら、いつけん主文が財団への帰属を宣言している形をとっていたとしても、主体とされているのが権利能力なき社団である以上は、構成員の総有財産であることは、判決理由を合わせみることによって明らかとなる。したがって、法人格なき社団が原告となって、共有関係の確認を求める場合に、「原告の所有に属する。」と表記することも認められてよいのではなからうか。少なくとも、構成員の範囲を明確にすることなく、「原告の構成員らの総有に属する。」との表記が認められるべきであらう。

② 終結の簡易化（経時的な実体変動への対応）

先に述べたとおり、訴訟の途中で構成員が交代した場合、提訴時における構成員と判決（基準）時におけるそ

れとが異なることになる。その場合、訴訟承継を生じ、手続及び判決に承継が反映されなければならないことになる。理論的には、手続の中止など承継に備えた制度は完備されているが、明らかに実際のでない。権利能力なき社団に当事者能力を認めることにより、当事者の交代（承継）を回避できる。

ところで、金銭の支払請求訴訟の場合に、提訴時に請求されているのは提訴時の構成員の権利または義務であるのに対して、判決において宣言されるのは基準時である口頭弁論終結時における構成員の権利または義務である。手続途中で構成員が交替した場合には、両者の範囲にずれが生じる。権利能力なき社団に当事者能力を認め、上述のような主文掲記の方法は、必然的に生じる権利帰属主体のずれを自動的に修正する機能を有する。

（四）執行手続における機能

① 債務と責任の対応

法人の債務の引き当てとなるのが法人財産だけであるのと同じく、法人格なき社団債務の引き当てとなるのは社団財産（構成員の共有・総有財産）だけである。債務と責任の範囲は、債務名義の記載によって明らかにされなければならない。金銭債権執行の不動産執行手続は、登記の記録に基づく開始決定によって開始される。権利能力なき社団には実務で登記能力が認められておらず、差押え手続に関する議論の原因となっている。登記情報いかににかかわらず、社団財産であることの認定が許されるのであれば、社団に対する債務名義で執行できることになる。社団自体を執行債務者として手続を進めることができ、執行法律関係を簡明化でき、その執行手続に配当加入できるのは社団に対する債権者³¹⁾だけであり、債務と責任の対応関係が明確になる。もちろん、執行機関と裁判機関を分離したことによる形式主義との整合性や差押えや買受人への移転登記の手続・方法、名義人の債権者による差押えの競合の可能性など乗り越えなければならない課題は多い。それにもかかわらず、最高裁が、通

説の説く承継執行文の活用（交替執行文）ではなく、直截に財産帰属性の立証問題に帰したのは、⁽³²⁾執行手続の簡明化という手続的考慮だけでなく、債務と責任財産の対応関係が維持できることに魅力を感じたからではなからうか。

ひとまず結論を措くとしても、最高裁の処理は、権利能力なき社団に執行当事者能力が付与されて初めて可能となる。

② 執行手続の迅速

権利能力なき社団に執行当事者能力を付与することにより、これを債権者または債務者と扱えば足りることに
なり、執行手続を簡明化し迅速処理に資する。権利能力なき社団が執行債権者となる場合には、社団代表者に弁
済交付金あるいは配当を渡せばよいことになる。もっとも理論的には、執行担当や代理・授權を活用すること
も説明できるであろう。

権利能力なき社団・財団が、債務者の金銭債権を差し押さえた場合に、権利能力なき社団・財団への転付を命
じることでもある。転付命令によって、実体として社団構成員全体への債権の移転を生じ、総有財産を構成する
こととなる。

五、おわりに

以上に述べたところから、権利能力なき社団・財団の理論は、もっぱら訴訟・執行の局面において機能し、訴
訟外ではさほど効用がないことが確認された。

実体法の局面においては、法人格なき社団・財団の準拠法を議論する実益に乏しく、もっぱら国際民事手続法

上の抵触法問題として捉えれば足りる。

権利能力なき社団・財団は、訴訟法上、当事者能力の問題に位置づけられる。当事者能力は、「私的紛争の国家裁判権による解決調整を合理的、効果的に達成するにはどうすればよいかという、民法法独自の立場から決定⁽³³⁾」⁽³³⁾、決定すべきものである。すなわち、自然人のほか、いかなる団体を当事者とするのが適切かつ合目的か、という訴訟政策的観点から、わが国での訴訟を念頭に、当事者能力は決められることになる。民事訴訟法二九条は、たとえ法人格を有しない団体であっても、団体の実態に即して、わが国で訴訟能力認めることが適切な場合を規定するものである。そうであるならば、民事訴訟法二九条は、団体の内外を問うことなく、すべての法人格なき社団・財団に適用されることになる。反対に、民事訴訟法二九条の要件に合致しない団体に關しては、本来の権利帰属形態に対応した当事者による訴訟で処理できる。したがって、権利能力なき社団・財団の準拠法は日本法となる⁽³⁴⁾。

法人格なき社団・財団にも登記能力を認めるべきとの議論がある。これが実務あるいは立法で採用されるためには、最低限の要請として権利能力なき社団の成立要件を日本法により判断できるようにすべきではなからうか。登記手続で外国法の調査と要件の充足を審査することは困難であろう。実体法的にも日本法を準拠法とすべきである。

(1) 判タ一三三六号一二八頁、判時二〇八二号六五頁、金法一九〇四号一一一頁。

(2) 最高裁に異論を呈するのは、中野貞一郎『民事執行法〔増補新訂六版〕』(二〇一〇、青林書院)一四三頁、同「権利能力のない社団の不動産に対する強制執行」判タ一三四一四号(二〇一〇)四頁以下。福永有利『民事執行法・民事保全法・第2版』(二〇一一、有斐閣)七三頁、上原敏夫・長谷部由紀子・山本和彦『民事執行・保全法・第3版』(二〇一一、有斐閣)一〇

- (3) 最高裁も「権利能力のない社団に対して有する権利の実現を法が拒否するに等しく、かかる解釈を採ることは相当でない」と明言する。異論を挟む余地はない。
- (4) 星野英一「いわゆる『権利能力なき社団』について」民法論集第一巻二九〇頁に強く影響されていることが窺われる。
- (5) 田原裁判官が補足意見で、最高裁の手法を前提として派生する問題のうち、執行開始にあたり提出すべき「証明文書」や保全手続に言及する（岡部判事も同調する）。

証明文書に関して、近時、最高裁は、仮差押においては「強制執行の場合とは異なり、上記事実（筆者注：社団の構成員全員の総有に属する事実）を証明するものであれば足り、必ずしも確定判決等であることを要しない」と判示した（最判平成二三年二月九日判時二一〇七号一一二頁）。証明文書の種類についても議論が続けられることになろう。
- (6) 東京高裁平成二二年四月一五日判決金法一九〇四号一一八頁、金商一三四九号二三頁（松村和徳・私法判例リマックス四〇号一三四頁）、東京地裁平成二〇年一月一七日判決判タ二二〇五号三〇六頁、判時二〇三六号八八頁（田頭章一・判例評論六一六号一九八頁、大門匡ほか判タ一三二五号二九二頁）。
- (7) <http://www.chongyon.com/jc/index3.html>
- (8) 団体が構成員であることも考えられるが、筆者は実体を知らない。
- (9) 山田遼一『国際私法・第三版』（二〇〇四、有斐閣）二四二頁。川上太郎「会社に關する國際私法問題」私法七号（一九五二）一一二頁以下、岡本善八「外國會社に關する諸問題」同志社法學一五一五号六八頁（一九五二）、西島太一「外國會社と我が國民商法規定」阪大法学四八卷三号（一九九八）七七三頁以下、山内惟介「西ドイツ國際私法における法人の屬人法について」法学新報八九卷九・一〇号（一九八三）一六七頁以下、河野俊行「会社の從屬法の決定基準」ジュリ一・一七号（二〇〇〇）二頁以下も参照。
- (10) 木柵照一・松岡博・渡辺惺之『國際私法概論（第5版）』（二〇〇七、有斐閣）一一二頁。
- (11) 櫻田嘉章『國際私法（第五版）』（二〇〇六、有斐閣）七五頁以下、松岡博『現代國際私法講義』（二〇〇八、法律文化社）一

- 六〇頁以下。
- (12) ドイツでは本拠地法説 (Sitztheorie) が通説とされる。Vgl. Kropholler, Internationales Privatrecht 5 Aufl. (2004) §35 I, Kegel, Internationales Privatrecht 7 Aufl. (1995) §17 II.
- (13) 山田・前掲書二四三頁、木棚・松岡・渡辺・前掲書二二頁。
- (14) ドイツの権利能力なき社団論につき、青木哲「民法上の組合の債務と強制執行(二)」法協二二三巻三号四七九頁。
- (15) 構成員に外国人や外国団体が含まれることもあり、活動が国際化していることがあるにしても、団体の性格自体を変えるほどのものではなからう。
- (16) 高桑昭「わが国の外国法人制度について」法学論叢一四〇巻五・六号(一九九七)一六頁以下は、属人法を設立準拠法としながら、権利能力なき社団・財団の準拠法を本拠地国法とする。同二五頁は、「属人法では社団・財団であって法人格を有しないとされたもの」を法人格なき社団と捉えている。法人・社団(財団)・組合が「流動性を与えられた連続系」(福地俊雄「法人に非ざる社団について」神戸法学雑誌一六巻一・二号一三七頁)であるとすれば、準拠法を異にすることは難しいのではなからうか。また、後藤元伸「団体法における団体類型論と法人法定主義(一)、(二)、(三・完)」阪法四四巻一号八五頁以下、四号一〇六九頁以下、四五巻二号三一二頁以下。
- (17) 訴訟法的に説明することも検討に値しよう。第一に、当事者間で争いが無いことを理由とすることが考えられる。しかしながら、朝鮮総聯の当事者能力は、この事件における直接の訴訟要件ではないが、朝鮮総聯に対する執行手続が問われているのであり、朝鮮総聯の当事者能力を訴訟当事者の処分によだね、自白の成立を認めることには疑問が残る。第二に、この事件では債務名義形成のための訴訟が先行し、前訴で被告とされた朝鮮総聯の当事者能力が肯定されている。前訴判決の既判力によって、後訴である本件裁判所がこの点について拘束されるとすることも考えられる。訴訟要件についての既判力に関しては議論のあることは周知のところであり、とりわけ当事者能力のないものに対する判決の効力に関する議論は決着を見ない。いずれにせよ、裁判所が問題としなかったことは賢明とすべきである。
- (18) ここで「擬制的」というのは、法人に社会的実体がないことまで含意するものではなく、権利帰属主体性が法によってはじめて肯定されるという意味である。法人格の意義につき、神崎克郎「法人論研究序説」『会社法・手形法論集』一頁以下。
- (19) 林良平・前田達明編集『新版・注釈民法(二)』(一九九一、有斐閣)一頁〔林良平〕。

- (20) 林・前田編集・前掲書七一頁〔森泉章〕
- (21) 林・前田編集・前掲書一九四頁〔溜池良夫〕
- (22) 野村美明「外国会社の規律」ジュリ一七五号（二〇〇〇）二頁以下、早田芳郎「外国会社の意義」国際私法の争点（新版）九九頁。
- (23) 属人法の適用範囲につき、藤田友敬「会社の従属法の適用範囲」ジュリ一七五号（二〇〇〇）九頁以下。
- (24) 福永有利「権利能力なき社団の当事者能力」木川統一郎博士古稀祝賀『民事裁判の充実と促進上巻』（一九九四）三二七頁は、*Ultra vires* の法理と当事者能力の關係に言及する。
- (25) 法人と「権利能力のない団体」の限界について、江頭憲治郎「企業の法人格」竹内昭夫・龍田節編『現代起業法講座二―企業組織』五七頁以下。
- (26) 預貯金債権に関して裁判例も分かれている。最判平成二一年四月一六日金法一五五四号七七頁、東京高判平成二一年八月三一日判時一六八四号三九頁、東京地判平成一〇年一〇月二二日金商一〇六六号四三頁、さいたま地判平成一九年一月一六日判時二〇〇七号七九頁など。
- (27) 社団が提訴する場合も同様であるが、社団の側で構成員の総会等を開催し、提訴について代表者への授權につき意思決定し、その議事録を作成することによって書面化できる。
- (28) 高田裕成「民法上の組合の当事者能力」福永有利先生古稀記念『企業紛争と民事手続法理論』（二〇〇五、商事法務）一一頁以下。新堂幸司『新民事訴訟法・第四版』（二〇〇八、弘文堂）一三八頁、秋山幹夫ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅰ・第二版』（二〇〇五、日本評論社）三〇一頁、井上治典「ある権利能力なき社団の当事者資格」新堂幸司先生古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築』（二〇〇一）五七七頁
- (29) 法人格なき財団にあつては、構成員がおらず、権利帰属主体を觀念しにくい。無主物とすることはできないし、とりわけ債権者・債務者なき債権・債務は存立しえない。困難な問題であるが、代表者に信託的に帰属するものと構成することができるであろう。なお、後藤元伸「法人格のない人的結合体（団体）と権利共同関係」阪法四一卷四号（一九九二）一三三五頁以下。
- (30) 法人の場合、一人会社が認められるが、法人格なき社団に関しては、一人社団を認めるべきではなからう。その場合、構成

員個人への効果帰属を認めれば足りる。

(31) 承継執行文(交替執行文) 説でも、配当加入権者は同じであろう。渡邊健司「強制換価法における外觀と実体」金法一九一八号(二〇一一)七二頁。

(32) ドイツ民事訴訟法七三五条が、法人格なき社団の財産に対する執行は、団体に対する判決に基づいて実施されることが規定されている。この規定は、登記等から社団財産としての性質が明らかとなった場合に限り適用され、引渡執行等にも適用があり、さらには外国の団体が財産を持っている場合にも類推適用できるとされる(Haßler, Münch. Komm. ZPO 2. Aufl. 2000, §735 Rn.2, 7. Stein/Jonas/Münzberg, ZPO 22. Aufl. 2002, §735 Rn.2, 3.)。

(33) 兼子・原著・前掲書一五八頁。

(34) 伊藤眞『民事訴訟法・第三版』(二〇〇三、有斐閣)九五頁。澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門〔第六版〕』(二〇〇六、有斐閣)は、法廷地法説を支持する(二八六頁)が、認許されない外国法人も法人格なき社団・財団として当事者能力を認める(一八四頁)ため、法人格なき社団・財団の範囲が微妙に異なるであろうか。

*甲南大学は、十一年間奉職し、研究者として初めて勤務した思い出深い大学です。甲南大学法学部が五〇周年を迎えられたこと、心より祝福します。昨年(2010)の三月末日をもって、甲南大学在職中から今日に至るまで公私にわたり暖かくご指導くださった渡辺武文先生が退職をされました。恩を仇で返すような拙稿であるが、本稿を渡辺先生に献呈いたします。

**本稿は、二〇〇九年度全国銀行協会学術研究振興財団及び日東学術振興財団からの助成に基づく研究成果の一部であり、ここに両財団からの助成に対して心より感謝します。