

# 「分割を前提としない共有」に関する一考察(1)

—— 共同所有 3 類型論の批判的再検討 ——

吉 原 知 志

## 目 次

### 一. 本稿の目的

- (1) 問題の所在
- (2) 本稿の対象

### 二. 共同所有学説史

- (1) 3 類型論の定義と学説史を見る観点
- (2) 3 類型論の以前 - 共有の本質論への撞着期
- (3) 3 類型論の登場
  - a) 「總有」論の展開
  - b) 団体主義による基礎づけ
- (4) 3 類型論の批判期
  - a) 法人論争の収束 - 川島武宜の有機体説批判
  - b) 実体的社団概念の解体 - 星野英一の社団論批判
  - c) 3 類型論の終焉 - 「分割を前提としない共有」の登場
- (5) 現況と考察 - いま石田文次郎に着目する意義
  - a) 団体法の現況
  - b) ローマ法理解の再検討 (以上, 本号)

### 三. 石田のローマ共有法理解

### 四. ローマ共有法の検討

### 五. 結語

## 一. 本稿の目的

### (1) 問題の所在

共同所有の規律について、現在の物権法の教科書や講義では共有・合有・総有の 3 類型が伝統的であると解説された後、「3 類型はあくまで理念型であり、すべての共有が<sup>(1)</sup>いずれかに当てはまるわけではない。そのため、3 類型は、講学上は有用であるが、現実の問題を解決するにあたってはほとんど意味を持たない<sup>(2)</sup>」<sup>(2)</sup>と習う。しかし、3 類型なしに「現実の問題」として眼前にある共同所有に対してどのような規律を当てはめて解決すべきか、民法の共有規定をそのまま適用してはならない場合があるのか、いまいちよくわからないまま説明項目としての共同所有は流れていく。

あらゆる共同所有に対して民法 256 条 1 項の分割請求権の主張を貫徹させるべきではない、との指摘には広く同意が得られよう。しかし、3 類型論であれば持分権の態様と共同所有類型が対応することで分割請求の可否の説明が簡潔であるのに対して、3 類型論を否定した場合に分割請求の可否をどのように説明するかには不明確さが残る。

さらに勉強が進んで民事訴訟法の講義にも出るようになると、そこでは「総有団体の原告適格の存否」<sup>(3)</sup>などの形で 3 類型論を前提とした概念が頻繁に飛び交う。この不整合をどう咀嚼すべきか明快な説明にめぐり合うことはないまま、学生は科目ごとに区々の学習を迫られる。さらに民法総則に遡れば、権利能力のない社団の権利義務は構成員に総有的に帰属する

---

(1) 民法第 2 編第 3 章第 3 節の見出しや条文で用いられている用語は「共有」だが、3 類型論でいう「狭義の共有」との区別が手間であるので、一般的な論点として表記する場合には「共同所有」を用いる。我妻榮〔幾代通=川井健補訂〕『民法案内 4 物権法下』（勁草書房、2006 年）92 頁の指摘に則る。

(2) 秋山靖浩ほか『物権法』（日本評論社、2015 年）157 頁〔伊藤榮寿〕。

(3) 最判平成 6 年 5 月 31 日民集 48 卷 4 号 1065 頁〔民法判例百選 I 〔第 8 版〕78 事件、民事訴訟法判例百選〔第 5 版〕11 事件〕、同平成 26 年 2 月 27 日民集 68 卷 2 号 192 頁〔民事訴訟法判例百選〔第 5 版〕10 事件〕。

と説明されており、<sup>(4)</sup> 総則で受けた説明との関係をどう理解すべきか、ということについても明確な指針が示されていない。

本稿は、「ポスト・3類型論」とも称しうる現在の共同所有論を整序する準備的作業として、共同所有論が拠って立つ法史的・比較法学的な基盤について再検討することを目的とする。共同所有規定の解釈については、近時、再構成に向けた学説の動きが活発化しつつある。<sup>(5)</sup> 筆者自身、実体法と訴訟法の交錯関係を手掛かりとして、共同所有の解釈論について間をおかずに考察を著していく予定である。<sup>(6)</sup> そこで、本稿は解釈論そのものではなく、そのような解釈作業の基礎にあり、解釈を枠付けてきた歴史的・思想的な認識の方を検討の対象とする。このような作業にも一定の意義が認められることにつき、次に示す。

## (2) 本稿の対象

3類型論が通説の地位から退いたことは認めるとしても、3類型論を批判的に検討する意義はなお失われていない。3類型論に代わる新たな共同所有の解釈論が確立していないからである。「ポスト・3類型論」の解釈に指針を与えるためには、3類型論がどのような問題意識を前提に、どの

---

(4) 辻正美『民法総則』（成文堂、1999年）169-170頁、河上正二『民法総則講義』（日本評論社、2007年）192頁、内田貴『民法I 総則・物権 [第4版]』（東京大学出版会、2008年）229頁、山本敬三『民法講義I 総則 [第3版]』（有斐閣、2011年）520頁、佐久間毅『民法の基礎1 総則 [第4版]』（有斐閣、2018年）381頁、四宮和夫＝能見善久『民法総則 [第9版]』（弘文堂、2018年）172頁。

(5) 平野裕之「組合と権利能力なき社団における共有論の可能性」法研84巻12号717頁（2011年）、伊藤栄寿「共同所有論の現状と課題」民研674号2頁（2013年）、同「ドイツにおける共有者間の法律関係」名法254号183頁（2014年）、武川幸嗣「共同所有論」吉田克己ほか編『財の多様化と民法学』（商事法務、2014年）712頁、松下朋弘「共有持分権論」慶應36号409頁（2016年）、江渕武彦「共同所有論における学説上の課題」島法60巻3＝4号1頁（2017年）などごく最近に限っても多数の文献がある。その他、「権利能力のない社団＝総有」との図式的説明に見直しを迫るものとして、伊藤栄寿「権利能力なき社団論の展開」加藤新太郎ほか編『21世紀民事法学の挑戦 加藤雅信先生古稀記念上巻』（信山社、2018年）411頁など。

(6) 科学研究費補助金（若手研究）「共同所有関係における権利の行使と帰属に関する研究」（研究代表者：吉原知志、期間：2018年4月－2021年3月）の研究課題である。

ような経緯で成立した考え方であるのかを知り、この論点の下でどの範囲の問題につきどのような方針で解釈を行う必要があるのかを明らかにする必要がある。しかし、この作業はなお十分に尽くされていない。本稿はこのような認識の下、日本の民法学に 3 類型論を本格的に導入した石田文次郎の研究を批判的に検討し、共同所有を論じる上で前提となる歴史的・思想的な背景を明らかにする。

石田の研究は 19 世紀から 20 世紀初頭にかけてのドイツ法学の影響を濃厚に受けた、いわゆる学説継受期のものである。したがって、パンデクテン法学同様、古代ローマ法についても一定の理解を前提としている。そして、この歴史研究の作業に相当の比重がかけられていることから、3 類型論がただ便宜的に共同所有の類型分けをしたというのではなく、一定の法史的認識に裏打ちされたものであることがわかる。したがって、3 類型論に代わる新たな解釈を打ち立てるためには、基礎法学上の認識も再検討を迫られる。このような作業の意義は、単に新しい解釈論に基礎法学の裏付けを与えて説明技法を彫琢することには尽きない。基礎法学的認識と解釈論の相関図式が動くことによって、これまで伝統的見解の下では視界に入らなかった法史上の素材、あるいは比較法上の素材にも焦点を当てるきっかけが生まれ、解釈論を充実させていく可能性をも包蔵している。本稿の考察も、このような成果を視野に入れている。

本稿では、まず現在に至るまでの共同所有学説史を整理し、石田の 3 類型論に立ち返る意義を明らかにする (二)。そして、石田の拠って立つローマ法理解を明確にし (三)、近時のローマ法学におけるローマ共有法の見方との偏差を見ていく (四)。最後に、以上の検討を踏まえて、共同所有解釈論の方向性について一定の見解を提示する (五)。なお、筆者は実

---

(7) 石田文次郎『土地総有権史論』(岩波書店、1927 年) 614-622 頁〔以下、『史論』と略す〕、同『物権法論』(有斐閣、1932 年) 483-484 頁、同「合有論」同『民法研究 I』(弘文堂書房、1934 年) 89 頁。石田による 3 類型論の導入の経緯につき、岡田康夫「ドイツと日本における共同所有論史」早稲田法学会誌 45 卷 (1995 年) 68 頁参照。

定法学を専攻しており、本稿の提示するローマ法研究が十分な水準に達していないことは自覚している。問題点のご指摘を俟つこととしたい。<sup>(8)</sup>

## 二. 共同所有学説史

### (1) 3類型論の定義と学説史を見る観点

本章では、日本における共同所有の解釈学説史をたどることで3類型論の民法学における位置付けを明らかにする。共有の3類型論とは、共有者の個性が前面に出る、すなわち持分権が観念される「狭義の共有」と、共有者の個性が共同所有関係に埋没し、持分権を観念しえない「総有」とを両極とし、この間に持分権は観念されるが譲渡・分割の自由がなく潜在化しているとされる「合有」を挟むことで共同所有関係を包括的に捉えることを目指した学説である。<sup>(9)</sup> 本稿は、3類型論をあらゆる共同所有類型を包摂できる一般的な概念として3類型を編成した学説という意味で限定的に用いる。というのも、以下で見るとおり「総有」という言葉は石田の研究の登場以前から用いられており、社会に特殊な共有類型が存在するとの

---

(8) 本稿は、2018年3月18日に日本ローマ法研究会第1回大会（於：京都大学）で行った口頭報告「*actio communi dividundo*の現代的展開に関する一考察」の報告原稿を論説の形に修正・補充して作成したものである。報告は、筆者の法史学上の研究能力の限界から、近時のドイツでのローマ法研究における博士学位論文（Dissertation）である *Thomas Drosdowski, Das Verhältnis von actio pro socio und actio communi dividundo im klassischen römischen Recht*, Duncker & Humblot – Berlin, 1998 を底本とし、筆者の理解できた範囲でのローマ法研究を前提に、現代の共同所有論に対する問題意識を明らかにするものにとどまった。本稿も基本的な構成は同報告と同様である。

上記研究会では拙い報告に対して多くの有益なご質問、ご発言をいただいた。本稿の質の向上は、ひとえにこれらの示唆によるものであり、参加者の皆様にはこの場を借りてお礼申しあげる。

(9) 我妻榮〔有泉亨補訂〕『民法講義Ⅱ 物権法』（岩波書店、1963年）314-319頁。なお、「総有」は法令上に見られないが、「合有」は信託法79条の共同受託者の規定に存在する。ただし、同条も3類型論の文脈で成立したのではなく、そもそも信託財産の所有形態に関する規定でもない。共同受託者が合手的に行動する規範を言い表すものとして「合有」という用語が採用されたにすぎない。道垣内弘人編著『条解信託法』（弘文堂、2017年）428-429頁〔道垣内弘人〕参照。

認識は初期の学説から今日に至るまで広くもたれてきた。これに対して、石田及びその影響を受けた学説の特徴は、3 類型が、思想的な根拠を付与されることで汎用性の高い一般的な概念とされたことである<sup>(10)</sup>。本稿が批判的に検討するのは、このような体系的解釈論としての 3 類型論である。

本章では、学説史につき、3 類型論の登場以前、3 類型論の登場と成立、3 類型論の批判期の 3 期に分けて検討を進める。なお、学説史の先行研究としては、山田誠一「団体、共同所有、および、共同債権関係」<sup>(11)</sup>と阿久澤利明「権利能力なき社団」<sup>(12)</sup>があり、本稿の分析の多くは両文献に負う。本稿の分析の独自性は石田の見解を主軸に据え、同見解の問題点を明らかにすることを中心に再構成を図った点にある。

## (2) 3 類型論の以前—共有の本質論への撞着期

そもそも民法が起草された当時は、共同所有については物権法上の共有規定及び契約法上の組合規定のみで対処できるものとして構想され、それで手に負えない団体的な法関係は全て法人法で対処するものと考えられていた<sup>(13)</sup>。そこでは共同所有に様々な形態があるとの発想はなく、共同所有には民法上の共有規定が一律に適用されることになる<sup>(14)</sup>。

とはいえ、民法成立後、学説は規定の字句解釈のみに汲々としていたわけではない。早々にドイツ語の *Gesamteigentum* や *Eigentum zur gesamten Hand* といった概念が「總有」や「聯有」などと訳されて紹介され、共同所有に様々な類型がありうることは認識されつつあった<sup>(15)</sup>。しかし、これらの類型はなお体系的に整序されておらず、組合共有や入会共有に関連して

(10) 3 類型の道具概念としての用いられ方は、我妻・前掲注(1) 78-106 頁が見やすい。

(11) 山田誠一「団体、共同所有、および、共同債権関係」星野英一編集代表『民法講座 別巻 1』(有斐閣, 1990 年) 285 頁。

(12) 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』(有斐閣, 1984 年) 285 頁。

(13) 星野・後掲注(6) 254-257 頁、山田・前掲注(11) 288 頁以下の分析に依る。梅謙次郎『訂正増補 民法要義 卷之二物権編』(私立法政大学有斐閣書房, 1914 年) 205 頁以下、富井政章『民法原論 第二巻物権』(有斐閣, 1923 年) 159 頁以下。

区々に言及されるだけであつた。この時期の学説がもつぱら関心を有していたのは、一物一権原則の下で、一つの物に複数の所有権が成立するととの命題をどのように整合的に説明するか、ということの方である。様々な考え方が検討されるが、結論的には、一物に対する一所有権が割合的に各共有者に帰属しており(持分権)、各共有者とも当該物の全体に対して支配を及ぼすことができる、とする今日一般的な説明に落ち着く。その過程では、物の想像上の部分を観念してその部分に対して所有権が成立するとの説(物の観念的分割説)<sup>(16)</sup>、物の交換価値が分割されて所有権の対象となるとする説(価値分割説)<sup>(17)</sup>、所有権そのものが分割されるとする説(所有権分割説)<sup>(18)</sup>、

(14) 松波仁一郎=仁保龜松=仁井田益太郎『帝國民法正解 物權編 [第3版]』(日本法律學校, 1903年) 639頁(「共有ノ原因ニハ種々アルモータヒ共有ノ關係生シタルトキハ共有者間ニ於クル權義ハ總テ本節ノ規定ニ因リテ定マルヲ原則トス」)。横田秀雄『物權法論』(巖松堂書店, 1921年) 175頁以下も淡々と共有規定の解釈に絞って解説を進める。このような解釈態度は、北川善太郎『日本法学の歴史と理論』(日本評論社, 1968年) 322頁が「法律実証主義 (Gesetzespositivismus)」として論じる文脈で理解できる。ただし、岡松参太郎〔富井政章校閲〕『註釈民法理由 物權編 [第5版]』(有斐閣書房, 1899年) 220-221頁は、「共有權」の發生原因には①組合契約によるものと②それ以外によるものがあり、①については「其共有關係ハ一々契約ノ趣旨ニ因リ之ヲ定ム故ニ其關係ハ種々アリテ一定セス」とされ、②についても「其共有關係一定シ概シテ本節ニ定ムル所ニ從フ」とされつつも、相続、遺贈、夫婦財産契約、偶然の原因(附合、混和)など「種々アリ」とされており、様々な共同所有類型が存在することを前提にそれらを包摂する意図が感じられてややニュアンスが異なる。北川によれば「概念法学」の旗手である石坂音四郎と岡松参太郎は「法律実証主義」の克服を問題意識として掲げていたとされるから(前掲書 313頁)、共同所有に関する記述も当該問題意識に照らして再読し共同所有の類型思考の萌芽と見る余地はあるかもしれない。その場合、組合契約の解釈(①)により共同所有を広範かつ柔軟に規律していく立場として新たに光を当てる可能性も浮上する。

(15) 川名兼四郎『物權法要論』(金刺芳流堂, 1915年) 114頁、三濑信三『物權法提要 第一冊物權総論・所有權』(有斐閣, 1918年) 125-126頁、中島玉吉『民法積義 卷之二物權編上』(金刺芳流堂, 1920年) 434頁、横田秀雄「共有ニ就テ」新報 32 卷 1 号 1 頁 (1922年)、鳩山秀夫『物權法』(国文社, 1928年) 171頁。

(16) 川名・前掲注(15) 113頁、鳩山・前掲注(15) 168頁。共有者は各自物全体を支配するとの考え方に反する、として否定される。

(17) 鳩山・前掲注(15) 168頁。物の価値は物と物の関係(市場で決まるもの)にすぎないから物を分割せずにその価格のみを分割することはできない、として否定される。

(18) 川名・前掲注(15) 113-114頁、鳩山・前掲注(15) 170頁。「所有權の一部」にすぎない権利の性質が曖昧であつて取得方法も登記方法も不明である、として否定される。

所有権の権能が処分権や利用権として分割されて各共有者に割り当てられるとする説<sup>(19)</sup>、共有者が集合して1つの所有権を有するとする説などが紹介されては否定される。これらはドイツ普通法学でされた議論を模写したものであり、論者ごとに議論の対立軸の詠え方が少しずつ異なる点は興味深い。しかし、所詮は持分権をどう定義するかの問題<sup>(20)</sup>であって、最終的に打ち出される結論の意義も不明確なままである。例えば、「故に各共有者は権利の一部を有するのではなくて一部の権利を有するものと解するのを正当と信ずるのである<sup>(21)</sup>」とする前段の命題と後段の命題との間の違いは晦渋である（「一部の権利」とは、結局、物の観念的「一部の権利」のことにならないか）。この議論は、共同所有に関する現実の事案に適用されることを想定したものではなかったと見られる。この時期の解釈論が共有者単体の権利の性質の解明に焦点を絞っていたのに対し、これ以後の解釈論は共有者間に存在する法律関係の解明に関心を移していく。

(19) 川名・前掲注(15) 113 頁, 三瀧・前掲注(15) 125 頁, 中島・前掲注(15) 435-436 頁, 鳩山・前掲注(15) 169 頁。所有権は完全な支配権であって、共同所有は他の共有者の権利によって制限を受けるものにすぎないと理解に反する、として否定される。

(20) 川名・前掲注(15) 114 頁。これでは共有者が寄り合って特別の権利主体を創設している (Gierke が言うところの *Personenheit*) ことに他ならない、として否定される。

(21) 石田・前掲注(7)『史論』271 頁以下は、これらの学説の原典となる普通法学の文献と、当該文献が参照するローマ法文を網羅的に検討している。

(22) 碧海純一「法哲学および社会科学における仮象問題」同『法と言語』（日本評論社、1965 年〔初出 1956 年〕）169 頁のいう仮象問題と思われる。同書 178 頁（「外延があらかじめ確定しているときには、内包の確定は発見という方法で可能であるが、外延がきまっていないときには、内包の確定は、実際に若干の制約はあるにせよ、原理上は論者の任意の選択にかかっている」）。同書は後に社団と組合の峻別を批判する文脈で頻繁に引用される（福地・後掲注(61) 314 頁, 星野・後掲注(66) 281 頁など）。

(23) ただし、七戸克彦「共有者の一人による不実登記の抹消登記請求（一）」民商 131 卷 2 号 225 頁（2004 年）は、持分権の本質論（分量説と独立所有権説の対立）が共有者の対外的主張の可否（共有物に対する第三者の侵害に対して物権的請求権を行使する場面）と結びついていたことを明らかにしている（252-254 頁）。しかし、それは起草者である富井・梅と判例が主たる担い手であった議論の展開であったようであり、やはり本文に見た議論の効用は疑わしい。

(24) 鳩山・前掲注(15) 171 頁。



### (3) 3 類型論の登場

#### a) 「總有」論の展開

既に触れたとおり、3 類型が体系的に整序される以前に、「總有」概念は既に普及していた。<sup>(25)</sup> 「總有」はドイツの村落共同体の所有形態として早くから紹介されており、日本の旧慣上の林野に対する利用関係である入会関係を説明するために便宜であったからである。<sup>(26)</sup> この性質決定は、大正期に、入会集団の入会林野に対する所有関係を保護する実践的意図からも受け止められた。すなわち、入会林野は伝來的に農村住民の重要な生活資源の補給地であったところ、明治政府は入会林野の所有関係が不明確であったことに藉口して部落有から国有や町村有への転換作業を進めていた。これによって農民が生活基盤を失い賃金生活者に顛落し、社会問題化していたとの認識の下、「總有」概念は、従来「部落有」と称されていた入会林野の所有関係が実は住民の共有関係にあった<sup>(27)</sup> ということを明らかにする概念として期待されたのである。

しかし、入会関係に「總有」概念が当てはめられた段階では、なお「總有」という言葉の役割は、入会という特殊旧慣上の共同所有関係を言い換えることにすぎなかったとも言える。「合有」と併せて3 類型が体系的に整序されることとなった直接の契機は、「権利能力なき社團」概念の登場である。同概念は、共同所有法と法人法を峻別する民法起草時の運用方針の不具合が大正期に意識されるに及んで必要とされた。というのも、民法256条1項が共有者に分割請求権を保障した以上、継続的に共同して物を利用していく法関係は全て法人法で扱われる。しかし、法人格の取得を営利法人と公益法人に厳格に絞りをかけていたかつての法制の下では、大量<sup>(28)</sup>

---

(25) 前掲注(15)の諸文献。

(26) 中田薫「徳川時代に於ける村の人格」同『村及び入會の研究』（岩波書店、1949年〔初出1920年〕）所収。

(27) 末弘厳太郎『物權法 下巻第一分冊』（有斐閣、1922年）695-697頁、同『民法講話 下巻』（岩波書店、1927年）202頁以下。

(28) 相澤哲＝内野宗揮編『わかりやすい中間法人法』（有斐閣、2002年）2頁。

の非営利団体が法人格を取得できず、活動の基盤となる固有財産の構築に困難を抱えることとなった。とりわけ、資本主義経済の進展による労働者の増加に伴って重要性を増した、労働組合の活動基盤の確保は社会法的な関心の対象となっていた。<sup>(29)</sup>折から紹介された「権利能力なき社団」論は、労働組合の財産帰属関係を説明するために早速活用される。ただし、権利能力のない社団の財産帰属関係については、組合の規定が準用・類推適用されたり<sup>(31)</sup>、信託契約の利用が提唱されたりし、当初は総有とは結び付けられていなかった。<sup>(33)</sup>1934年の石田論文「権利能力なき社団」<sup>(34)</sup>が初めて、権利能力のない社団の財産帰属関係を総有として説明する。そこでは、特定人間の債権関係にすぎない「組合＝合有」の関係と対比的に、構成員から独立した団体に財産帰属関係が集約される関係として「社団＝総有」の特徴が描き出されている。<sup>(35)</sup>ここに共同所有の3類型について体系的な解釈論が完成した。

(29) 末弘厳太郎『労働法研究』（改造社、1926年）116頁以下。

(30) 菅原啓二「権利能力なき社団（一）（二・完）」論叢9巻1号1頁、6号42頁（1923年）。

(31) 菅原・前掲注(30)（二）53頁。

(32) 末弘・前掲注(29) 137頁。

(33) 末弘・前掲注(27)『物権法』695頁で入会関係につき明確に「総有」が採用されているのに対して、同『民法講話』第17章「組合と法人」や末弘・前掲注(29)『労働法研究』では労働組合につき「総有」とする説明は登場しない。『民法講話』については初版において「法人格なき社団」の項目がなかったが、項目が立てられるようになった1954年の戒能通孝改訂版に至ってなお社団が「独立の財産を有すること当然である」とされつつその法的性質は説明されない（改訂版765頁）。

(34) 論叢31巻2号157頁（1934年）、石田・前掲注(7)『民法研究I』所収。同書49頁（「組合の所有型は共有型の變種である合有型である。反之、権利能力なき社団の所有型は團體所有權たる總有型である。組合は各組員員の債權的結合にすぎないから、其の所有權の型態も個人所有型の結合した合有型として現出せざるを得ない。反之、権利能力なき社団は組合と其の本質を異にする社団であり、組織的單一體であるから、其所有權の型態も亦當然組合の所有の型態と其の本質を異にする總有型であらねばならぬ。」）。

(35) 過渡的な記述として、近藤英吉『民法大綱II〔總則〕』（嚴松堂、1936年）126-127頁が挙げられる。共有と対比させて「合有（社団の財産につき構成員各自が持分權を有することなく、又財産の分割請求權も有しない關係）」とする説明が見られる。組合共有への考慮を併せれば、3類型論の立場に行き着くだろう。

## b) 団体主義による基礎づけ

石田の所説がそれまでの散発的な「總有」や「聯有」の紹介と異なるのは、共同所有法の解釈の背後に、民法典に対する修正原理としての団体主義の考え方が意識的に取り上げられたことである。石田に先行して既に平野義太郎が、オットー・ギールケ Otto Gierke の学説の紹介を通じて「ローマの共有 *communio* に対立するゲルマン法の總有 *Gesamteigentum*」の構図を打ち出していた<sup>(36)</sup>。石田はこの構図を歴史研究によって跡付けるとともに、ギールケの法思想家としての側面の紹介に精力的に取り組むことによって、団体主義の考え方を民法の解釈原理として打ち出した。石田によれば、ギールケの法思想は「個人と全體とは自己のためと同時に相互のために存在してゐる」<sup>(37)</sup>とする「團體法論」の立場とされ、「個人本位の思想を排して、各種の人的および物的組織體を人間と全然同地位に立たしめ、團體の有する社會的機能を、能ふ限り法の上に實現せしめ」<sup>(38)</sup>る自身の考え方の基盤となっている。

ここで留保が必要であるのは、石田の団体主義が必ずしもそのままの形で通説に受け入れられたわけではなかったことである。団体主義と裏表の関係にある法人有機體説に対しては、「所謂團體人が有機體で自然人と同一だと云ふことを論證しやうと試みる點に於て、却つて擬制説の色彩を帯びて居る」<sup>(40)</sup>として距離を置く姿勢が一般的である。そもそも、石田のギー

---

(36) 平野義太郎『民法に於けるローマ思想とゲルマン思想』(有斐閣, 1924年) 168頁。同書174頁以下, 498頁以下で入会を「總有 (*Gesamteigentum*)」, 組合を「聯有 (*Gesamthand*)」に振り分けており, 3類型論が形となって現れている。「一大社會問題として襲つて來た農村問題に離れることのできぬ關係を持った此の入會を最もよき模範として, 我民法物權法が更に團體的, 共存的形態に改造を受けねばならぬのではなからうか」(189頁)として示される問題意識も, 石田の「社會本位」の解釈論と連続的である。

(37) 石田文次郎『ギールケの團體法論』(ロゴス書院, 1929年), 同『オットー・ギールケ』(三省堂, 1935年), 同『ギールケの法學』(三省堂, 1944年)の3種の著作がある。

(38) 石田・前掲注<sup>(37)</sup>『團體法論』40頁。

(39) 石田文次郎『現行民法總論 [第19版]』(弘文堂, 1941年) 2頁。

ルケ研究以前から法人論争は擬制説、否認説、實在説という形で紹介されていたが<sup>(41)</sup>、日本では同じ實在説の中でもフランスのレオン・ミシュール Léon Michoud<sup>(42)</sup>、レイモン・サレイユ Raymond Saleilles<sup>(43)</sup> を代表とする組織体説が多数説となっており、3 類型論通説化後もこの状況に大きな変化はなかった<sup>(44)</sup>。日本の多数説が組織体説を宣言する際に念頭にあったのは、団体の社会的活動があることのみによって法人格が発生するのではなく、これを実体的な原因事実とした法的効力の付与によって初めて法人格が成立すると

(40) 穂積重遠『改訂民法總論』(有斐閣, 1930 年) 191 頁(同旨, 田島順『民法總則』(弘文堂, 1938 年) 89 頁)。戦後には、「これを社会的有機体とみるべきかどうか, これに団体意思なるものを認むべきかどうかは, 専ら社会学のとり扱うべき問題」とする我妻榮『新訂民法總則』(岩波書店, 1965 年) 125-126 頁の批判が一般化する(四宮和夫『民法總則【初版】』(弘文堂, 1972 年) 92 頁など)。

(41) 海老原明夫「法人の本質論 その一—三」ジュリ 950 号 12 頁, 952 号 10 頁, 954 号 12 頁 (1990 年)。擬制説はサヴィニー Savigny が主唱者であり, 否認説はブリント Brinz の無主財産説, イェーリング Jhering の享有者主体説, ヘルダー Hölder, ビンダー Binder の管理者主体説に分かれる。海老原によれば, この分類と順序は富井政章がフランスの文献から導入したことが嚆矢であって, ドイツでの認識のされ方は異なる。

(42) ミシュール, サレイユの属する科学学派について, 碧海純一ほか編『法学史』(東京大学出版会, 1976 年) 201 頁[山口俊夫]を参照。科学学派の日本への影響について, 大村敦志『20 世紀フランス民法学から』(東京大学出版会, 2009 年) 60 頁以下を参照。

(43) 鳩山秀夫「法人論」同『民法研究 第一巻(總則)』(岩波書店, 1925 年[初出 1908 年]) 446 頁, 松本治浩『人法人及物 第一巻第二冊』(嚴松堂, 1911 年) 299-301 頁, 川名兼四郎『日本民法總論』(金刺芳流堂, 1912 年) 80-81 頁, 富井政章「法人ノ不法行為能力」法協 34 卷 10 号 1 頁 (1916 年), 菅原春二『日本民法論』(弘文堂書房, 1922 年) 206-207 頁, 鳩山秀夫『日本民法總論上巻』(岩波書店, 1923 年) 127-135 頁, 中島玉吉『民法積義 卷之一總則編』(金刺芳流堂, 1925 年) 225-233 頁, 穂積・前掲注(40) 189-195 頁, 田島・前掲注(40) 86 頁の他, 判事経験者である長島毅『民法總則』(日本大学, 1922 年) 23-24 頁, 三淵忠彦『民法概説』(慶應義塾出版局, 1924 年) 55-57 頁, 中島弘道『民法總則物權法論』(清水書店, 1925 年) 59 頁, 牧野菊之助『民法要綱』(嚴松堂, 1929 年) 39-40 頁も組織体説を明言する(有機体説を採るものは, 三淵信三『民法總則提要 第二冊』(有斐閣, 1922 年) 155-165 頁)。なお, 相本宏「法人論」星野編集代表・前掲注(12) 145-146 頁は, 「組織体」の捉え方は松本よりも鳩山において団体の社会的實在性が強調されていると指摘する。

(44) 3 類型論通説化後も組織体説を多数説と紹介するものとして, 柚木馨『判例民法總論上巻』(有斐閣, 1951 年) 272 頁, 宗宮信次『新訂民法總論』(有斐閣, 1955 年) 63 頁, 薬師寺志光『日本民法總論新講第一冊』(文徳社, 1952 年) 189 頁, 中川善之助編『法律学ハンドブック民法總則』(青林書院, 1957 年) 82 頁[幾代通]。

の考慮であり、<sup>(45)</sup>法律の定めによって法人格が発生すると留保は、法解釈論としては至極穏当な発想だったと思われる。<sup>(46)</sup>

ただし、見逃してはならないのは、この多数説においても法人設立の原因事実として団体の社会的活動や組織体という「実体」は観念されていたことである。というのも、有機体説を否定して組織体説を採用した帰結として、法律の定めがない限り団体の実体があっても特別の扱いはしないとの立場も十分に考えられた。しかし、組織体説を宣言した論者らは、単なる契約関係にすぎない組合関係と、権利義務関係の主体が単一化する社団法人との相違を法人格付与の有無ではなく団体の実体的な性質の区別に結びつけることで、<sup>(47)</sup>権利能力のない社団論を積極的に受容した。<sup>(48)</sup>権利能力のない社団について条文上の根拠を有していたドイツ民法と異なって、本

---

(45) 末弘厳太郎「法人」同ほか編『法律學辭典 第四卷』(岩波書店、1936年)2157頁、勝本正晃『新民法總則』(弘文堂、1948年)88頁。ただし、ギールケの見解を法律を無視して法人格を認めるものと見ることは正当な理解ではないとされる(相本・前掲注(43)141頁注(44))。

(46) フランスの組織体説論者の問題意識は、ギールケのように社会学的に観察される集団意思の実在性を直接に国家法の世界に押し上げることが国家権力の統一性を阻害することにあつたとされる(高村学人『アソシアシオンへの自由』(勁草書房、2007年)227-229頁)。この問題意識と、日本の多数説のそれとの間にどこまで共通性があるかは一概には評価できない(後藤元伸「法人学説の再定位」関法65巻5号136頁(2016年)によれば、サレイユは国家の団体形成に対する関与を消極的に見ていたようである)。少なくとも、フランスの法人論争が国家と中間団体の関係一般を論じ、公法も射程に含めた広範なものだったのに対し、日本では私法学説にとどまったことは指摘しうる(高村236頁、大村敦志「ベルエボックの法人論争」同・前掲注(42)81頁[初出2004年]、海老原・前掲注(41)ジュリ954号13頁)。ただし、日本の法人論争の射程の狭さが学説紹介の不適切さによると断じることは早計だろう。末弘厳太郎が一方でサヴィニーの擬制説は法人の社会的実在性まで否定するものでなかったと指摘しつつ(同「法人学説について」同『民法雑記帳』(日本評論社、1940年)58頁)、他方で公法上の国家法人説と私法上の同説は全く別物であると注意喚起していること(同「私法学説としての國家法人説」同書64頁)からは、公法と私法の捉え方に絡めて掘り下げて考える必要があると考える。有機体説に立つ船田享二「ギールケに於ける有機體の概念(一)-(三・完)」法政新誌21巻1号31頁、3号57頁、5号73頁(1924年)はギールケとイェリネク Jellinek の有機体説を対比して論じており、有機体説の研究は相当の水準に達していた。それにもかかわらず日本で有機体説が通説化しなかったことには、一定の意義があると思われる。

(47) 菅原・前掲注(42)214-216頁、穂積・前掲注(40)195頁、田島・前掲注(40)94-96頁。

来、日本民法で社團概念を用いる際には一定の根拠付けが必要とされる。しかし、組織体説が組合と社團の間の区別を所与とした結果、このことは大きな問題とは捉えられなかった。<sup>(49)</sup>

このように組合と実体的に本質を異にする社團概念を指定する限り、いかに石田の団体主義思想までは採用されなかったとしても、なお組合共有と社團共有を対比させて後者に総有概念を割り振る土壤は存続していたと言えることができる。もちろん、後に随所で見るとおり権利能力のない社團の財産帰属関係に関する学説は多岐に別れるが、組合と社團という実体的に性質を異にする団体類型の区別を認める限り、これをローマ法とゲルマン法の思想と結びつける石田理論は一つの極まった理解を示すものとして無視はできないまま残り続ける。有機体説が通説化していなかったにもかかわらずこの後幾度も有機体説が取り上げられて批判の対象となるのは、こうした事情によるだろう。

#### (4) 3 類型論の批判期

3 類型論は戦前から戦後にかけて学説<sup>(51)</sup>・判例<sup>(52)</sup>で広く採用され、盤石の地位を築き上げた。しかし、細部にまで目をやると、権利能力のない社團の財産帰属関係を総有とする説明までは必ずしも一般化していなかった。<sup>(53)</sup>また、総有概念の本丸とも言える入会関係についても「前近代的遺制であ

(48) 第 54 条 権利能力ナキ社團ニ關シテハ組合ニ關スル規定ヲ適用ス。カカル社團ノ名ニ於テ第三者ト爲シタル法律行爲ニ付テハ、行爲者自ラ責ヲ負フ；行爲者数人アルトキヘ連帶債務者トシテ責ヲ負フ。

柚木馨 = 高木多喜男『獨逸民法〔I〕民法總則 現代外國法典叢書 (1) [復刻版]』(有斐閣, 1955 年) 95 頁。

(49) 森泉章「権利能力なき社團に関する一考察 (1)」法学 17 卷 4 号 98 頁 (1953 年) は、組合と社團の実質を区別することが困難であることを率直に認めながら、なお「吾々の日常の生活観から判断する以外に途はなかろう」(112 頁) として区別の必要性を疑わない。

(50) 菅原・前掲注(30) (一) 9 頁は、自由設立主義の法制を仮定したときに当然に社團法人となるべきものが社團、これを認められないものが組合とし、同 11 頁は、「権利能力なき社團は社團法人と組合との中間物」とする。

り、したがって、法律的に見てきわめて不明確な構成をもっているのみならず、社会的にも、将来廃絶の運命にある<sup>(54)</sup>との評価が物権法の代表的な体系書においてされている。3類型論は採用されるとしても、「現代では総有や合有のみで共同所有を律することはできない<sup>(55)</sup>」との留保も見られる。

以下ではまず、3類型論と密接に結びついていた法人有機体説が改めて取り上げられ批判を受ける過程を追い(a)、次に総有概念と密接な関連を有していた実体的社団概念が批判される過程を追う(b)。そして、3類型論そのものが批判される過程を最後に見る(c)。以上により、法人論という外堀

---

(51) 林良平『物権法』(有斐閣, 1951年)130-132頁, 柚木馨『判例物権法總論』(有斐閣, 1955年)467-470頁, 末川博『物権法』(日本評論新社, 1956年)306-308頁, 松坂佐一『民法提要 物権法』(有斐閣, 1955年)105-108頁, 浅井清信『物権法論』(法律文化社, 1959年)110頁, 舟橋諄一『物権法』(有斐閣, 1960年)373頁, 川島武宜『民法I 総論・物権』(有斐閣, 1960年)135-138頁, 我妻・前掲注(9)314-419頁。例外的に山中康雄『共同所有論』(日本評論社, 1953年)104-105頁, 117頁が, 合有・総有は封建主義的な概念であって近代法には適合しないと批判する。

(52) 労働組合の財産帰属関係が総有であることにつき最判昭和32年11月14日民集11巻12号1943頁, 組合において合有であることにつき最判昭和33年7月22日民集12巻12号1805頁がそれぞれ明示している。ただし, 後者の判決は組合員の1人のする保存行為としての妨害排除請求(保存登記の抹消登記手続請求)を認めたものであり, 「組合=合有」の性質決定は傍論でしかされていないとも見うる。

(53) 総有説を明示するものは, 柚木・前掲注(51)378頁, 松坂佐一『民法提要 総則』(有斐閣, 1954年)98頁, 幾代・前掲注(43)92頁, 於保不二雄「権利能力のない社団の法律関係」同『民法著作集I 財産法』(新青出版, 2000年[初出1961年])8-9頁, 我妻榮『新訂民法総則』(岩波書店, 1965年)133-134頁[1951年の初版から同様]。これに対し, あえて総有説を否定はしないが, 所有形態に言及しないものとして, 舟橋諄一『民法総則』(弘文堂, 1954年)65-66頁[「組合の法理をもつて臨むこと」は不適當としつつも, 共同所有の形態は明示しない], 吾妻光俊『民法講義I 民法総則』(青林書院, 1954年)89-92頁[団体財産の帰属の仕方について3類型及び法人所有の類型を示しつつも, 「共同所有の実質が要求されながら法人所有の形態をとり得ない場合」の所有形態を総有としない。個人名義とする「信託的所有」を示しながらも, 「自由なる所有権を立前とするローマ法系(大陸法)の系統に於いては法律的承認を得るに困難」とする。3類型を法人所有に昇華する過渡的形態とする見方は, 林・前掲注(51)131-132頁にも見られる], 石本雅男『民法総則』(法律文化社, 1962年)142-143頁。

(54) 舟橋・前掲注(51)373頁。同旨, 松坂・前掲注(51)106頁。

(55) 末川・前掲注(51)308頁。

から共同所有法という本丸へと 3 類型論が次第に追い詰められていく過程を明らかにする。

### a) 法人論争の収束—川島武宜の有機体説批判

石田の見解は、戦後、まず法人有機体説の部分で強く批判を受ける。川島武宜は、法人有機体説は社会における団体の存在を所与としてしまっており、個人と団体の間の「矛盾=対抗関係」を覆い隠しているとして有機体説の法思想的側面を痛烈に批判した<sup>(56)</sup>。その際、批判を補強する実定法上の根拠として、1 人会社や合名会社（実体は組合とされる）など必ずしも社団とは言えない団体も営利法人として成立を認められていることが指摘され、法人擬制説が、法人格を団体の実体が組合であるか社団であるかを問わず法律によって付与されるものとしていたことが見直される<sup>(57)</sup>。川島は権利能力のない社団の財産帰属関係について合有説の立場に立つが<sup>(58)</sup>、この解釈は上に指摘した営利目的の社団と人的会社（本質は組合であるので持分が存在する）の近接性に配慮した結果と見られる<sup>(59)</sup>。

川島は続けて、法人論争の捉え方そのものの再検討を迫る。川島は、

---

(56) 川島武宜『所有権法の理論 [新版]』（岩波書店、1987 年 [初版 1949 年]）14-15 頁（「社会有機体説や団体説が近代化のおくれたドイツにおいて有力に唱えられ、より多く立ちおくれた日本で有力な支持をうけたこと、それがナチス・ドイツで華やかに復活したこと、は決して偶然ではない）。これに賛同するものとして、喜多川篤典「法人理論の問題性」内田力蔵ほか編『市民社会と私法』（東京大学出版会、1963 年）31 頁 [修正の上論文集『株式会社の法理』（中央経済社、1966 年）所収]、特に 40-42 頁。「法人実在説は国家実在説につらなり、それは全体主義への橋渡しとなる」（58 頁）。

(57) 川島武宜「営団の性格について」同『著作集 第六巻』（岩波書店、1982 年）2 頁、12-13 頁 [初出 1941 年]、同「企業の法人格」同書 40 頁 [初出 1952 年]。会社法學上組合と社団の区別を否定することは戦前から田中耕太郎『會社法概論 [改訂版]』（岩波書店、1927 年）29 頁、松田二郎『株式會社の基礎理論』（岩波書店、1942 年）117-119 頁が主張していたが、西原寛一「株式會社の社団法人性」同『商事法研究 第二卷』（有斐閣、1963 年 [初出 1955 年]）31 頁の反論や、人的会社の社団性を擬制する鈴木竹雄「合名会社の社団法人性」同『商法研究 II 会社法 (1)』（有斐閣、1971 年 [初出 1951 年]）9 頁があり、通説化はしていなかった。さらに、八木弘「株式會社の財团的構成」同『株式會社財団論』（有斐閣、1963 年 [初出 1953 年]）の財団法人説も少数ながら有力に主張されるなど、なお議論は流動的であったと見うる。



体系書の「法人の本質」の箇所において、「種々の法人理論を同一の平面にならべてその優劣を比較することは、意味がない。右の諸學説は、それぞれの歴史的時代環境の中において多かれ少かれその時の課題に答えているものであり、したがってそれらの學説を評價するにあたっては、この點を考慮におくことが必要である<sup>(60)</sup>」と論じた。この主張には、福地俊雄の法人學説史研究が裏付けを与える。福地は、サヴィニーの法人擬制説は産業革命が本格化し社会対立が激化する前の安定的な絶対主義体制の下で運用されていた許可主義法制を前提としており、<sup>(61)</sup> ギールケの時代には国際競争の激化と産業革命の進展により過去と現在の一貫性を欠くドイツ社会の「民族精神」を掻き立てる課題が意識されていたとして、<sup>(62)</sup> 各學説の歴史的背景を明らかにした。川島以後の体系書においては法人學説の「歴史的時代環境」を踏まえる必要性が説かれ、<sup>(63)</sup> 論争に論者自らが踏み込んでいく傾

---

(58) 川島武宜『民法(三)[改訂版]』(有斐閣, 1955年) 289頁。ただし、社団が営利目的の場合には構成員の持分が認められるが、「社団財産が構成員の個人的利益以外の目的を有する目的財産である場合には、構成員は持分を有しない」とする(同『民法総則』(有斐閣, 1965年)95-96頁ではこの区別に関する記述が消えている)。四宮・前掲注(40) 102頁、稲本洋之助『民法Ⅱ(物権)』(青林書院新社, 1982年) 296-297頁も、総有と合有の両方の可能性を提示しつつその意義や判断基準を提示しない。明確に合有説を採るものには、川井健『民法概論Ⅰ 民法総則[第4版]』(有斐閣, 2008年) 107頁がある。

(59) ただし、構成員の有限責任を直ちに否定することはしない(前掲注(58)『民法(三)』289-290頁、『総則』139頁)。このことは後出の星野英一の見解と対比すると、「社団のみが帰属主体となるから構成員は有限責任となる」とする論理(後掲注(68))がなお息づいているものと見ることもでき、川島において実体的社団概念が完全に否定されていたわけではないことを示すものと思われる。

(60) 川島・前掲注(58)『民法(三)』222頁[初版1951年]。

(61) 福地俊雄『法人法の理論』(信山社, 1998年)。

(62) 福地・前掲注(61) 61頁[初出「サヴィニーの法人理論について」(1956年)]。河内宏「サヴィニーの法人論」原島重義編『近代私法学の形成と現代法理論』(九州大学出版会, 1988年) 205頁は、擬制説には法人の自治を限定的に解する側面があることを明らかにする。

(63) 福地・前掲注(61) 218-221頁[初出「ギールケの団体人格論について」(1959年)]。村上淳一『ドイツの近代法学』(東京大学出版会, 1964年) 193頁以下[初出「ドイツの協同組合運動とギールケ」(1963年)]は、資本主義の進展で没落した階級の精神的・経済的自立を促すギールケの問題意識を明らかにする。

向は弱まる。

川島の批判の結果、法人有機体説が団体関係の基礎理論として用いられる可能性は大幅に縮少した。しかし、法人有機体説が否定されてもその上位にある法人実在説までが否定されたわけではない。上に見たように、通説の権利能力のない社団論は必ずしも有機体説を前提としていなかったが、その一方で、権利能力のない社団概念は戦後の判例法理として確立し、むしろ存在意義を高めていく。通説は、組合と社団の対概念を、峻別を前提とせず構成員の関係の密度を表すにすぎない尺度的な概念に置き換え、当該尺度と構成員間の権利義務関係の規律を相関関係的に連関させるとの解釈論を立てることで<sup>(65)</sup>3 類型論を延命させた。

#### b) 実体的社団概念の解体—星野英一の社団論批判

通説的な社団概念を批判したのは、星野英一である。<sup>(66)</sup>星野は、組合と社団の区別は曖昧であって法概念として有用でなく、判例における社団の認定も実際には結論を導くために必然のものではないとし、問題の解決には組合の規定と社団法人の規定の適用要件を個別に検討していくことで足りると主張する。星野は、通説が組合と社団は「理想型」にすぎないとして延命を図った点をまさに捉えて、「社会に存在する団体は、社団的団体から組合的団体に至るまで、無限の色合をもって連続しているから、これがある線で切って、一方の側に対しては社団法人の規定または考え方をできるだけ類推適用し、他方の側に対してはこれを全く適用しないというのは、

(64) 舟橋・前掲注(53) 61 頁、松坂・前掲注(53) 91 頁、幾代通『民法総則 [第 2 版]』(青林書院、1984 年) 91-92 頁。

(65) 福地・前掲注(61) 306-310 頁 [初出「法人に非ざる社団について」(1966 年)]、同「組合と法人」契約法大系刊行委員会編『契約法大系 VII 補巻』(有斐閣、1965 年) 38-42 頁、我妻・前掲注(9) [物権法] 318 頁。我妻・前掲注(53) [総則] 126 頁は、従来の法人学説を批判しつつも、なお法人実在説に立つことを明らかにする。そして、同 127 頁は、社団の組合の区別につき両者を「理想型」と位置付ける。

(66) 星野英一「いわゆる『権利能力なき社団』について」同『民法論集 第 1 巻』(有斐閣、1970 年 [初出 1967 年]) 227 頁。

硬直であり、実際に適しない<sup>(67)</sup>」と批判する。

星野は、実体的社團概念を前提としない結果として、社團の単一性に結び付けられていた諸々の効果の当否を個別に検討している。例えば、これまで「社團のみが帰属主体となるから構成員は有限責任となる」とされてきた<sup>(68)</sup>社團と構成員の責任に関する説明は当然には妥当せず、構成員の有限責任の当否は、社團の資本空洞化によって社團債権者を害することを防止するという観点から実質的に考慮される。その結果、当該団体に持分の払戻しが観念されるか、利益分配があるかという問題がクローズアップされる<sup>(69)</sup>。星野は問題点の指摘にとどめたが、構成員に払い渡される財産が「持分」に当たるか否かという共同所有の理解が有限責任の成否と一定の関連性をもつことが明らかになる<sup>(70)</sup>。そして当然、実質的な社團所有の表現とされる総有構成も採用されない。星野は、総有と合有はそもそもその内実についての議論が乏しく、これらを用いた議論をすることは「特に有害であるともいえないが、有益ではなく、無益であり、しかも、あまり適切ではない<sup>(71)</sup>」とする。

星野の批判以降の体系書では「権利能力のない社團＝総有」とする図式への批判記述が一般化する<sup>(72)</sup>。しかし、この段階ではなお3類型の使用が「無益」とされたのにとどまり、それが民法の解釈として採用できない「有害」

---

(67) 星野・前掲注(66) 279-280頁。大賀『「社團・財団・組合(一)－(三・完)」管見』法研46巻8号16頁、9号86頁、10号45頁(1973年)はこの指摘を受け、社團も組合も「単なる人の団体という程度の意味」に解することができるとする。内田・前掲注(4) 218-219頁は、2006年改正で民法から社團規定がなくなり、社團と組合を区別する必然性はないとする。

(68) 石田・前掲注(34)『民法研究I』53頁(「権利能力なき社團が社團として組織的単一性を有する限り、其の債務に對する責任についても不可分的に社團の財産に止まらねばならぬ」)。判例では、最判昭和48年10月9日民集27巻9号1129頁がこの理解を明示する。阿久澤・前掲注(12) 271頁、三島宣也「人格なき社團の債務と構成員の責任」愛媛法学会雑誌9巻1号83頁(1976年)も参照。

(69) 星野・前掲注(66) 294-298頁。脱退による持分の払戻しが認められる団体、構成員に利益を分配する団体は無限責任とし、公益目的や構成員の生活・福祉の向上を図るような団体は有限責任でよいとする。

なものとされたわけではなかった。3 類型がドイツ法史上の特殊な概念であるとの指摘はされても、積極的に共同所有の解釈に適合しないことが論証されたわけではなかった。<sup>(73)</sup> 3 類型論を本格的に通説の座から退かせた立役者は、1984 年の山田誠一の論文「共有者間の法律関係」<sup>(74)</sup> である。

(70) 江頭憲治郎「企業の法人格」同『会社法の基本問題』(有斐閣, 2011 年 [初出 1985 年]) 107 頁は、この点を捉えて「わが国の相互会社および協同組合の構成員が、持分払戻しを認められながら原則として有限責任を享受している点をどう説明するのだろうか」として星野の立論を批判する。星野の見解は団体財産が何らかの形式で逸出することに着目するもので持分の存否と有限責任の成否を直結させているわけではないが(三枝・後掲注<sup>(79)</sup>)「法人格なき社団の財産関係」75-76 頁は、むしろ従来の見解が財産の帰属形態と構成員の責任形態を結びつけていたのを、星野が切り離したと評価する。反対に、持分と有限責任を関連付ける方向性を強めたものとして、鍛冶良堅「権利能力のない社団と民法上の組合」同『民法論集』(啓文社, 1976 年 [初出 1971 年]) 102-103 頁)、この関係は明らかにする必要がある。組合契約において払い渡される財産(財産分割)の性質につき、平野秀文「組合財産の構造における財産分割の意義(一)-(五・完)」法協 134 巻 4 号 1 頁, 7 号 76 頁, 8 号 1 頁, 135 巻 1 号 103 頁, 3 号 77 頁(2017-2018 年)が主に中世以降の法史を素材に検討しており、この研究が共同所有一般の理解に与える影響を検討する必要がある。

(71) 星野・前掲注<sup>(66)</sup> 307 頁。

(72) 幾代・前掲注<sup>(64)</sup> 147-148 頁, 広中俊雄『物権法 [第 2 版]』(青林書院, 1982 年) 421 頁, 四宮和夫『民法総則 [第 4 版補正版]』(弘文堂, 1996 年) 84-86 頁。鈴木禄彌『民法総則講義』(創文社, 1984 年) 68-75 頁, 同『物権法講義 [5 訂版]』(創文社, 2007 年) 68-78 頁では、権利能力のない社団の財産帰属関係について総有という言葉を用いない説明が貫かれている。

(73) 北川善太郎『民法綱要 I 民法総則 [第 2 版]』(有斐閣, 2001 年) 122 頁(「総有説に対しては、総有という歴史的な共同所有形態を近代の団体に適用することは無理であるという批判があるが、この点は、総有のもつ法的特質を法技術的に現代に活用すること自体妥当でないとはいえないであろう」)。加藤雅信『新民法体系 I 民法総則 [第 2 版]』(有斐閣, 2005 年) 149 頁(「総有という言葉自体はドイツに源流をもつが、総有論のもつ規律内容は、ドイツのみならずヨーロッパ各国、日本、さらにアメリカ・インディアンの社会にもみられるきわめて普遍的なものである。[...] このように考えると、法人論的実質をもつ総有論を準法人的存在である権利能力なき社団に用いるのは、自然な展開であり、さきの批判はあたらない」)。なお、北川、加藤自身は社団単独所有説を採る。

(74) 山田誠一「共有者間の法律関係(一)-(四・完)」法協 101 巻 12 号 1855 頁, 102 巻 1 号 74 頁, 3 号 492 頁, 7 号 102 頁(1984-1985 年)。

### c) 3類型論の終焉—「分割を前提としない共有」の登場

山田論文は、それまで顧みられなかった共同所有規定の起草過程に視点を移し、<sup>(75)</sup>ボワソナード草案を介した日本民法へのフランス法の影響、さらに法典調査会で参照された諸国法の影響を検討の俎上に乗せ、日本民法の規定上に3類型論の根柢となる手がかりは存しないことを明らかにした。山田によれば、日本の共有規定はフランス法由来の個人主義的な「基層部分」と、諸国法を参照しつつ団体的な関係にも対応できるように上積みした「第二層部分」とからなる。フランス法的な個人主義の観点からは、共有状態は単独所有に対する制約と捉えられ、「基層部分」の規律は共有物の分割を強く志向する内容となる。それに対して、「第二層部分」は共有関係の継続を前提として法律関係を調整する規律であり、共有状態を厭う共有者には、持分処分による脱退が推奨される。このような継続を前提とした共有関係の例としては、フランスの学説・判例が想定していた複数の家屋のため用いられる通路、路地、中庭、排水溝、井戸などの共有がある。結局、3類型論の基礎となるローマ法思想とゲルマン法思想の対立という構図は日本民法の起草趣旨には存在しないことが明らかにされた。

山田による「分割を前提とした共有（分割型）」と「分割を前提としない共有（措分処分型）」の類型化は、民法規定の歴史的解釈を土台としたこともあり、大きな影響力をもった。その結果、3類型論はそのままの形では維持できないとの認識は物権法研究者に広く普及し、近時の物権法教科書では、共有・合有・総有の概念は、①説明しても完結的な分類ではないとして有用性に疑問符を付すか、②組合共有や入会共有の箇所<sup>(76)</sup>で従来の説明概念として紹介するにとどめるという方針が採用されている。

---

<sup>(75)</sup> 山田論文に先行して新田敏「民法254条と区分所有法25条」法研47巻12号29頁(1974年)が、共有者間の債務の特定承継人への承継を定めた民法254条の起草過程を検討し(40頁以下)、同条の源流において分割を前提としない共有関係も想定されていたことを明らかにしている(44頁)。山田の研究は、共有の節全体に考察対象を広げ、フランス法がボワソナード草案を介して影響を与えた過程を明らかにした点でより大きな影響力をもった。

ただ、それならば近時の教科書で山田発案の「分割を前提とした共有」と「分割を前提としない共有」の 2 類型が直ちに採用されたのかと言えば、そういうわけでもない。近時の教科書では、組合共有、遺産共有、入会といった形で共同所有の発生原因ごとに分類して説明されることが多い。つまり、山田の 3 類型論に対する批判までは広く受け入れられたが、対案としての分割の可否に着目した類型化が受け入れられているわけではないということである。この背景には、3 類型論の用意する規律と共同所有者間の団体関係に妥当すべき規律が必ずしも対応していないことは認識されつつも、「分割を前提としない共有」とはどのような法律関係であるのか、あるいは「分割を前提とする共有」としても分割以前の法律関係はどうなっているのか、なお明確でないという問題点があると思われる。しかし、それでも山田によって「分割を前提としない共有」の概念が提示されたことの意義は見失うべきではない。3 類型論は「狭義の共有」を分割を前提とした個人主義的な類型と位置付けることで成り立っていたのであり、「分割を前提としない共有」概念の存在を民法上の共有規定の解釈として認めることは、3 類型論の発想を根本的に変えることを意味する。したがって、「ポスト・3 類型論」の解釈を構築するために、「分割を前提としない共有」の分析が次の課題となる。

---

(76) ①に属すものとして、伊藤・前掲注(2)、近江幸治『民法講義Ⅱ 物権法 [第 3 版]』(成文堂、2006 年) 242 頁、河上正二『物権法講義』(日本評論社、2012 年) 296-297 頁、平野裕之『物権法』(日本評論社、2016 年) 310-311 頁、松岡久和『物権法』(成文堂、2017 年) 72-74 頁。②に属すものとして、内田・前掲注(4) 396 頁、佐久間毅『民法の基礎 2 物権 [補訂 2 版]』(有斐閣、2010 年) 191-192 頁、山野目章夫『物権法 [第 5 版]』(日本評論社、2012 年) 176 頁、安永正昭『講義物権・担保物権法 [第 2 版]』(有斐閣、2014 年) 159-160 頁、大村敦志『新基本民法 2 物権編 財産の帰属と変動の法』(有斐閣、2015 年) 126-127 頁。特殊なものとして、総有・合有の両概念を「ミニ法人論」の立場から基礎付ける加藤雅信『新民法体系Ⅱ 物権法』(有斐閣、2005 年) 293-300 頁、ドイツ法やスイス法の規律を参照して合有と共有の区別までは有用とする石田穫『民法大系(2) 物権法』(信山社、2008 年) 375 頁がある。

(77) 鈴木祿彌「共同所有の状況の多様性について(上)(下)」民研 483 号 12 頁、484 号 11 頁 (1997 年)。

## (5) 現況と考察—いま石田文次郎に着目する意義

### a) 団体の現況

ここまでの学説史の概観で明らかになったのは、民法上の共同所有の扱いと団体の扱いは密接な関連性をもちながら議論が進展してきたということである。民法起草時には平行して交わらないものとして構想された共同所有の規律と法人の規律は、石田において団体主義的解釈の体系にまとめ上げられ、3類型論という形で整理し直された。すなわち、合有・総有という所有形態は、共同所有者への所有権の帰属の仕方を明らかにする概念であると同時に、共同所有者の所属する団体の性質を表す概念ともされたのである。法人格の存否や社団性の判断をいったん措いて、広く社会に存在する団体を対象とした法領域を仮に「広義の団体法」と呼ぶとすれば、石田の3類型論は共同所有法と法人法を体系的に連結させることによって「広義の団体法」を民法体系に包摂した考え方と評しうる。そのように考えるのならば、3類型論を否定した場合に必要であるのは、共同所有法解釈の再構成だけでなく、法人法にまで及ぶ広義の団体法の再構成である。<sup>(78)</sup>民法起草時の考え方は、共同所有法と法人法に包摂されない領域は法律外の問題とするものだったと考えられる。しかし、権利能力のない社団論が、法的構成はどうあれ判例法理として定着している以上、安易に広義の団体法を法外に押しやることは現実的でない。

再構成の一つの方向は、法人法定主義の理解を緩め、緩やかに解した法人法を広義の団体法領域に広く及ぼしていくというものである。この発想を突き詰めたのが社団単独所有説であり、星野の通説批判と同時期に有力化した。<sup>(79)</sup>ただし、この理解の下で問題となるのは、2006年の一般社団法人及び一般財団法人に関する法律（以下、「一般法人法」と称する）施行の影響である。1998年の特定非営利活動促進法、2002年の中間法人法制定に続く一般法人法の施行により、営利目的でも公益目的でもない団体の

(78) 再構成の試みは既に見られる。例えば、山田誠一「フランスにおける法人格のない組合」日仏法学 17号 105頁（1990年）、131頁の指摘を参照。

法人格取得への道が整備された。この結果、権利能力のない社団が法体系上必然的に発生する法人法の構造は見直され、権利能力のない社団論が担っていた過重な役割は大幅に軽減された。<sup>(80)</sup> 一般法人法の制定は、これまで法人法の外で扱うものとされていた広義の団体法の領域を大幅に法人法の中に取り込む決断を示した点で、法人法制の一大方針転換と言える。そして、本稿で見てきた広義の団体法の歴史を踏まえてこの新方針の趣旨を解釈すると、一見して相反する 2 つの捉え方を導き出すことができる。

1 つは、新法制定を法人法の弛緩現象に対する引き締めと捉え、法人格を取得できる団体は一般法人法による法人格取得の途を念頭に置くべきであり、この途を採らない場合、安易に法人の効果は享受させないというものである（一般法人法の完結的解釈）。この考え方によれば、法人格を取得できる団体についてわざわざ社団単独所有説のような扱いを認めることは、規制の実質を損なう反制定法的な解釈とみなされよう。しかし、法人格のない団体を法人と同視する扱いは否定されるとしても、なお一般法人法の外に広義の団体法の位置付けを探ることは必要だろう。近時注目に値する進展を見せたフランスの団体論研究を前提とすれば、<sup>(81)</sup> 国家と社会の間に存在する団体の在り方には様々な形がありえ、<sup>(82)</sup> 団体の法律上の地位は多面的に捉えていく必要がある。広義の団体法について法人法に引きつけて扱うことができないからといって、直ちに広義の団体法の存在自体を否定

(79) 鍛冶良堅「いわゆる権利能力なき社団（非法人社団）について」同・前掲注(70) [初出 1959 年] 7 頁、森泉章「権利能力なき社団に関する研究」同『団体法の諸問題』（一粒社、1971 年 [初出 1966 年]）31 頁、三枝一雄「判例上の法人格なき社団」法論 41 巻 2 = 3 号 99 頁、121 頁（1968 年）、同「法人格なき社団の財産関係」明治大学法制研究所紀要 11 号 51 頁（1969 年）、さらに前掲注(73)の北川及び加藤。なお、星野は同説に対しても、団体の単一性の認められる基準が明らかでなく（前掲注(66) 247-254 頁）、法人法定主義にも反する（275 頁）と批判している。

(80) 前掲注(4)の河上 191 頁、内田 226 頁、山本 517 頁、佐久間 379 頁、四宮 = 能見 170 頁。ただし、いずれの論者も現実には権利能力のない社団は残り続け、その意義は失われないと留保する。権利能力のない社団論の意義が失われていないことを裁判例の動向から明らかにする研究として、山下純司「権利能力なき社団と非営利活動」NBL 1104 号 21 頁（2017 年）。



する必然性はない。

そこで、もう1つの捉え方が明らかとなる。すなわち、一般法人法の制定は国家がこれまで視界の外に置いていた広義の団体に正当な地位を付与する取り組みの一つとして法人制度を拡充するものにすぎず、広義の団体法の扱いについては様々に考えられてよいとするものである（一般法人法の開放的解釈<sup>(83)</sup>）。この捉え方の下では、広義の団体法を法体系の中で正当に位置付けていくことには積極的な意義が認められ、法人法以外の領域も含めて広義の団体法を扱う方法を模索していくことも必要となる。すなわち、民法起草時には法人法とは平行して交わらないと考えられてきた組合法や共同所有法の規律を広義の団体法の一部を構成するものと位置付けて

---

(81) 山本桂一『フランス企業法序説』（東京大学出版会、1969年）に始まり、大村敦志『フランスの社交と法』（有斐閣、2002年）、高村・前掲注(45)などがフランスの *société*（営利組合）と *association*（非営利組合）の法制を明らかにする。日本の権利能力のない社団論の背景には憲法上の結社の自由があるが（菅原・前掲注(30)（一）6頁）、フランスでは革命時にいったん結社の自由が否定されている。フランスの団体法は、結社の自由の否定を出発点とした社会情勢の変遷と議論を経て、ようやく1901年のアソシエーション法によって非営利社団設立の自由が承認されるとの経過をたどる（樋口陽一『国法学〔補訂版〕』（有斐閣、2007年）9-12頁）。この歴史を踏まえると、フランスの団体法は従来の日本にない団体法モデルを提供していると言える。

(82) 国制上の中間団体の位置付けを考察する研究として、村上淳一『ドイツ市民法史』（東京大学出版会、1985年）、石川健治『自由と特権の距離』（日本評論社、1999年）、仲野武志『公権力の行使概念の研究』（有斐閣、2007年）、島田幸典『議会制の歴史社会学』（ミネルヴァ書房、2011年）、小島慎司『制度と自由』（岩波書店、2013年）、井上武史『結社の自由の法理』（信山社、2014年）、時本義昭『法人・制度体・国家』（成文堂、2015年）など。

(83) 星野英一「法人論」同『民法論集 第4巻』（有斐閣、1978年〔初出1971年〕）148頁の問題意識に連なる（株式会社の準則主義を念頭に置いた文脈だが、「簡単に法人になれるのにならないでいる存在にたやすく法人と同じ効果を認めるということもおかしくはないか、といった批判も当然出てきようかと思われまます。しかしやはり私としては、法人であるという形式に着目するよりも、背後の実体に着目して、その実体をいかに妥当に解決すべきかという見地を優先させるほうがいいのではないかと考えるわけです。そして、より根本的には、有限責任の法人をつくるということが果たしてそれほど自由に認められてよいのか、ということについて根本的に考え直すべきではないかと思います。）。他に例えば、小野秀誠「団体論・法人論の新課題」同『司法の現代化と民法』2頁（信山社、2004年〔初出2003年〕）も、中間法人法制定後の状況で、「団体としての利益をえるために、法人格をも必要としないことも可能」（18頁）と論じる。

考察の対象としていくことが可能となる。「分割を前提としない共有」は、複数の権利者が継続的に共有物を利用する関係を規律する点で、まさしく広義の団体の法の基礎となる可能性がある。

## b) ローマ法理解の再検討

広義の団体法と共同所有法の関係を検討するにあたっては、3類型論の見直しが先決問題となる。これまで広義の団体法は3類型論の枠組みの中で展開してきたからである。仮に3類型論を否定し、今後は実定法上の社団法人規定、組合規定、共有規定を適宜組み合わせる現実の事案に当てはめていくのだとしても、どのような事案にどの規定をどのような基準で適用することができるのか体系的に示す必要があり、その前提として3類型論に代わる共同所有理解のモデルが必要となる。その結果、「合有・総有」の文言を解釈の中で維持するか否かは開かれた問題と考える。<sup>(84)</sup>少なくとも、従来「合有・総有」という概念を駆使して実現してきた効果に対しては何らかの形で配慮する必要がある。例えば、冒頭に見たように訴訟法の領域では、「総有」概念に団体の当事者能力、あるいは当事者適格までを基礎付ける技術的意味を読み込んで議論されてきた。<sup>(85)</sup>さらに、労働法学では労働組合の財産帰属関係を総有と解する見解がなお有力であり、労働組合の「分裂」と称される特殊な概念の位置付けと関連付けて検討する必要がある。<sup>(87)</sup>

(84) 前掲注(73)参照。

(85) 拙稿「区分所有法における権利行使主体としての『団体』(一)－共同の利益の実現における実体法と訴訟法の交錯」論叢 183 卷 1 号 43 頁 (2018 年) 以下連載予定を参照。

(86) 石川吉右衛門『労働組合法』(有斐閣, 1978 年) 55-56 頁, 浅井清信『日本労働法原理』(有斐閣, 1978 年) 59 頁。菅野和夫『労働法 [第 11 版補正版]』(弘文堂, 2017 年) 815-816 頁は「組合員の出捐も持分保持を期待した出資行為というよりは、組織体の必要経費の分担というべきものである。これらが、法人格の有無を問わず組合の財産に対する組合員の持分の存在を否定させる実質的理由といえよう」と総有説を根拠付ける。

以上の考慮を民法の共有規定で採りうる解釈の枠の中でどこまで実現可能かを検討しなければならない。この問題を検討するためには、3類型論の基礎に立ち返ることが有益である。3類型論は、石田がローマ法の個人主義的な共有法とゲルマン法の団体主義的な共有法の対立を止揚した理論として称揚したものであった。石田は、当時の社会問題の一因は民法の過度な個人主義的性格にあると考え、ギールケの思想をモチーフとして民法解釈論を団体主義的に修正する必要があると考えた。そのため、石田が想定するローマ法由来の「狭義の共有」は、ゲルマン法的団体主義に対立するところの、過度に分割を奨励する法律関係であった。その一方で、石田は単に個人主義と団体主義の対比的な理念図式に依拠するだけではなく、ローマ法文をふんだんに参照した法史的考察も示している。その背後には、石田によって継受されたところの19世紀パンデクテン法学の成果がある。しかし、石田の基本思想とそうした研究業績とを照らし合わせて見直すと、石田の示したローマ法の評価には、「個人主義」というバイアスがかかっていたのではないかと、この仮説を立てることができる<sup>(88)</sup>。そうであれば、3類型論において石田が過度に個人主義的性質を強調することで一面的な捉え方をされ、その後の3類型論批判の過程でも十分に着目されて

---

(87) 「分裂」概念を射程に収めた広義の団体法の研究として、山口敬介「非営利団体財産に対する離脱者の権利(一)-(七)[未完]」法協131巻5号1頁、6号22頁、7号57頁、8号1頁、9号1頁、10号1頁、132巻9号1頁(2014-2015年)がある。

(88) この仮説は、石田と同様に団体主義の立場に立つ石本雅男の歴史研究(『法人格の理論と歴史』(日本評論社、1949年))の示す情景が、石田のそれとだいぶ様相を異にすることからも裏付けられる。石田は「ローマ法に於ける法人の人格は個人の人格と異なるものでなく、個人人格に還元されたものである」とし、このようなローマ法が中世末期にドイツに継受されたとする(前掲注(7)『史論』323-333頁)。しかし、石本はローマ法上の「コレギウムの性格は、所謂ユニベルシタスの概念に對して、却つてゲルマン的なゲノッセンシャフトリッヒな傾向を有するといふことができる」(141頁)とするなど、古代ローマでも団体における全体としての集団と個別の構成員の区別(全と個の区別)が意識されない局面はあったとする。そして、その後の団体理論がローマ法から卑属法を経て、教会法においてゲルマン法の観念と複雑に混淆する過程を経たこと、有機体説はキリスト教説を発端とし当初は集団の単一主体性を基礎付ける理論ではなかったこと、を明らかにする。石本の研究を踏まえるなら、ローマ法とゲルマン法は必ずしも対比的に捉えることのできる関係には立たない。

いなかったローマ共有法を改めて見直す余地が生ずる。すなわち、ローマ共有法を現在の視点から見直すことで、3類型論に代わる「分割を前提としない共有」を含み込んだ共同所有法の解釈モデルを提示することが可能となる。本稿は、以上の想定から、まず石田のローマ共有法理解を示し、その後、ローマ共有法そのものを見るという手順を踏むこととする。

(2018年6月29日脱稿)

(よしはら・さとし 法学部准教授)