

# 韓国の非法人社団に関する規律

金 旼 姝\*

—目次—

- I はじめに
- II 非法人社団の法的地位
  - 1. 権利能力の認否
  - 2. 名称の問題
- III 非法人社団の関連規定に関する改正の論議
  - 1. 法人設立の諸主義（許可主義－認可主義）
  - 2. 概念規定の不備（39 条の 2 立法論）
  - 3. 財産関連の規律（総有規定の存廃論）
- IV 法務部の民法改正（試）案の内容及び検討
- V 終わりに

## I はじめに

非法人社団は、現代の韓国の社会で、宗中、教会、寺、政党など、すでに生活と切り離せない非常に密接な関係を結んでいる団体である。したがって、非法人社団の法的性質と財産関係に対する規律は、今日の重要な関心事であり、解決すべき課題を残している。

まず、非法人社団の法的地位について、権利能力を認めるか否か議論がある。これは韓国の民事訴訟法 52 条、不動産登記法 26 条が、非法人社団の名義により、訴訟能力、登記能力を認めていることに起因した議論であると考えられる。

---

\* 韓国の崇実大学で博士課程を修了し、2015 年 4 月から広島大学で外国人客員研究員として研究に従事している。

また、非法人社団関連の規定における問題点が提起されている。第1は、法人設立の諸主義について許可主義を取っているため、管轄官庁の裁量で法人設立の許可を決定するという点である。これに対しては、認可主義に改正して法人設立の要件を緩和する方向が有力である。

第2は、非法人社団自体の概念規定がないという点である。韓国民法（以下「民法」という）上、「非法人社団」と関連した規定は、275条以下の共同所有の節に、「法人ではない社団が社員の集合体として物を所有するときは、総有とする」と定め、それ以下の276条は、総有物等の管理、処分と使用、収益を、277条は、総有物に関する権利義務の得喪を規定する。そこで、民法の「法人」の章の最後に39条の2を追加して非法人社団の概念規定を導入するという立法論が注目された。

第3は、上に紹介した民法275条以下の共同所有の類型について、総有制度の存続と廃止に関する議論がある。275条以下の総有規定は、総有物等の管理及び処分は、社員総会の決議によると定め、これを強行規定とし、社員総会の決議がない管理及び処分は無効とされ<sup>(1)</sup>、第三者を保護できないという問題点を抱えている。また、非法人社団の代表的な形態である宗中と教会の場合、総有物等によって発生した利益の分配（宗中の場合）、団体の分裂（教会の場合）などが実際にあるにもかかわらず、現民法上の規定だけでは法理上解決が困難な点がある。そこで多様な根拠を挙げて総有規定それ自体を廃止することが問題解決に簡明という廃止論者、総有規定自体は維持するものの第三者との法律関係における公平性と様々な団体の財産関係の規律に関する規定を補完するという存続論が対立している。

以下では、非法人社団について、第1に、法的地位、第2に、関連規定の問題点を中心に、第3に、韓国の法務部の民法改正委員会の改正議論と改正

---

(1) 大法院 1992. 4.24. 宣告 91 다후 18965 判決; 大法院 1996. 8.20. 宣告 96 다후 18656 判決; 大法院 2003. 7.11. 宣告 2001 다후 73626 判決; 大法院 2007.12.13. 宣告 2005 다후 52214 判決; 大法院 2009. 2.12. 宣告 2006 다후 23312 判決など。

(試) 案などを紹介・検討する。

## II 非法人社団の法的地位に関する議論

### 1. 権利能力の認定可否

非法人社団は、権利能力なき社団と呼ばれるなど、法人格のないことと権利能力がないことが同一視されてきた従来の学説について、最近新しい見解として、非法人社団にも権利能力があるのではないかという主張が提起されてきた。その根拠は、韓国の各種法令で非法人社団に一部の能力を認めているためである<sup>(2)</sup>。以下でこれを詳しく述べる。

#### (1) 学説

非法人社団に対して、権利能力を否定するのが通説であり、権利能力を認めることは法律解釈の限界を超え、実定法規を無視することとして許されない<sup>(3)</sup>と言う。これに対して、最近、多くの学者たちは、不動産登記能力を認めた規定（不動産登記法 26 条）、訴訟及び執行当事者能力を認めた規定（民事訴訟法 52 条）、その他の租税能力を認めた税法上の規定（国税基本法 13 条）など実定法上の根拠を提示し、権利能力の肯定を主張する<sup>(4)</sup>。

#### (2) 判例

---

(2) 団体種類別の詳しい分類及び検討については、高翔龍「韓・日両国における権利能力なき社団について」155 頁（北大法学論集、第 51 卷第 6 号、2011 年）。

(3) 郭潤直・金載亨『民法講義 I』127 頁（博英社、2013 年）、李英峻『韓国民法論』801 頁（博英社、2005 年）、金曾漢・金學東『民法総則』165 - 166 頁（博英社、2006 年）。非法人社団は「権利能力を有しないもの」と定義しながらも「時には非法人社団に権利能力が認められる場合がある。」とし、不動産登記法上の登記能力、訴訟法上、当事者能力、特別法上の権利主体性の認定についての叙述として、金相容『民法総則』267 - 269 頁（HwaSan-media、2009 年）参照。

判例は、非法人社団の当事者能力を認める民事訴訟法 52 条の趣旨について、「民事訴訟法 52 条が非法人社団の当事者能力を認めるのは、法人でなくても社団としての実体を備えて、その代表者又は管理人を通じて社会的な活動や取引を行うときは、それによって発生する紛争はその団体が、自分の名前で当事者になり、訴訟を通じて解決するようにするためのもの」と判示<sup>(5)</sup>している。

### (3) 検討

韓国の現行法上、非法人社団に登記能力、訴訟能力、租税能力などを認めていることを根拠とした、非法人社団にも権利能力があるのではないかという論争について、次のように整理する。

まず、不動産登記法 26 条で認める登記能力について、民法は共同所有形態での総有を認めており、不動産物権変動において登記を成立要件（形式主義）として必要としている。したがって、非法人社団の不動産をその団体の名義で登記できるようにしたと解釈できる<sup>(6)</sup>。

民事訴訟法 52 条で、非法人社団の当事者能力を認めるのは、権利能力がない一定の人的結合体に対して、その代表者がある場合、社団の名前で訴訟上の当事者になれるようにしたもの<sup>(7)</sup>と考えられる。これは判例の趣旨と同様である。構成員の加入と脱退と関係なく維持される団体に対して、その構成

---

(4) 南孝淳「設立登記なき社団・財団の法的規律」16 - 21 頁（法務部研究用役課題報告書、2009 年）、李好珽「韓国民法上、共同所有制度への若干の疑問 - 特に合有と総有を中心に -」116 - 118 頁（ソウル大学法学第 24 冊 2・3 号、1983 年）、南基潤「司法上、法人の概念の新しい構成 - 新しい法人理論の提案 -」201 頁（ジャスティス第 70 号、2002 年）、姜台星「いわゆる総有に対する批判的検討」83 - 85 頁（民事法研究第 15 冊第 1 号、2007 年）、非法人社団の権利能力認定と関連してドイツと日本の議論を詳しく紹介したものと洪日杓の執筆部分『民法注解 I』513 - 515 頁（博英社、1992 年）参照。

(5) 大法院 1999. 4. 23. 宣告 99 다후 4504 判決；大法院 2009. 1. 30. 宣告 2006 다후 60908 判決など。

員を一人一人記載して訴訟を遂行させ、彼らの増減がある度に変更の手続きを踏ませる場合、非常に面倒だけでなく、それによって訴訟自体が不可能になりかねないためである。当事者能力とは、権利能力に対応するものだが、結局、それとは別に訴訟遂行のための訴訟法上の資格なので、その違いを区別して 52 条と同じ規定を置いていると解釈できる<sup>(8)</sup>。

税法上、非法人社団は、それ自体として収税対象になり (国税基本法 13 条)、利便性のために租税能力を認めているという説明<sup>(9)</sup>ができる。

## 2. 名称の問題

団体の実質が社団であるにもかかわらず設立登記をせず、法人格を与えら

(6) <http://www.law.go.kr/lsRvsRsnListP.do?lsiSeqs=173292%2c173253%2c155048%2c151994%2c152003%2c140550%2c136696%2c115247%2c113261%2c112304%2c109465%2c104086%2c94598%2c91422%2c85896%2c83677%2c79106%2c73927%2c72265%2c66673%2c59791%2c59793%2c59905%2c59795%2c59794%2c59909%2c59907%2c59916%2c59906%2c59908%2c59910%2c59913%2c59912%2c59911%2c59792%2c59914&chrClsCd=010102> 法制処「不動産登記法の制定／改正の理由」、任相懋「法人ではない社団の当事者能力と権利能力」423 - 425 頁 (民事法学第 39 - 1 号、2007 年)。しかし、現在韓国は不動産に関する所有権とその他の物権を実体的権利関係と一致するように実権利者の名義で登記することで、不動産登記制度を悪用した投機、脱税、違法行為など反社会的行為を防止しようと「不動産実権利者名義の登記に関する法律」を制定して施行している。この法律によると、名義信託は原則的に禁止されるが、例外規定によって非法人社団に該当する主要団体である宗中の場合、団体の名義がなくても登記が可能になる。

(7) ドイツでは非法人社団に受動的当事者能力 (被告) だけを認めて、積極的に訴訟を提起できる能動的当事者能力 (つまり原稿になりうる資格) は認めない (50、Abs.2 ZPO)。これは非法人社団の債権者にして提訴を容易にするために認められている。しかし、非法人社団でも反訴 (Widerklage) 提起は可能である (Larenz 187-199)。金相容『民法総則』270 頁 (HwaSan-media、2009 年) 参照。

(8) 任相懋「法人ではない社団の当事者能力と権利能力」434 頁 (民事法学 39 - 1 号、2007 年)。

(9) 任相懋「法人ではない社団の当事者能力と権利能力」435 頁 (民事法学 39 - 1 号、2007 年)。

れていない団体を非法人社団という。これは非法人社団だけでなく、法人ではない社団、権利能力なき社団、法人格なき社団、又は人格なき社団とも呼ばれ、学者ごとに多様に使われている。一方、民法をはじめとするその他の実定法は、法人ではない社団（民法 275 条、民事訴訟法 52 条、不動産登記法 26 条、鉄道施設管理権の登録令 19 条など）、又は、法人格なき社団（国税基本法 13 条 1 項、法人税法 1 条 2 号、所得税法 2 条 3 項、地方税法 75 条）という用語を使用している。

### (1) 学説

学説は、①非法人社団の名称に関して、民法上の手続きを経て法人格を取得しなかったことにより権利能力なき社団、又は（法）人格なき社団と名づける見解<sup>(10)</sup>、②実体が法人と完全に同一であるが、設立登記がないという点が法人と異なるので、設立登記なき社団もしくは非登記社団法人と名づける見解<sup>(11)</sup>、③権利能力と法人格は同じ意味で使用され、もともと権利能力という概念は権利・義務の帰属主体となることができる完全かつ混一された能力を意味するのであって部分的または制限された能力を意味するものではない

---

(10) 郭潤直・金載亨『民法講義 I』162 頁（博英社、2013 年）、金曾漢・金學東『民法総則』165 頁（博英社、2006 年）、李英峻『韓国民法論』801 頁（博英社、2005 年）、金相容『民法総則』267 頁（HwaSan-media、2009 年）。

(11) 法人ではない社団についても、不動産の所有などの権利能力が付与されるので、このような範囲で法人格が認められるために法人設立登記を備えていない社団という表現がより正確とし、設立登記なき社団と称する南孝淳「設立登記なき社団・財団の法的規律」26 - 27 頁（法務部研究用役課題報告書、2009 年）、立法者はすでに当事者能力・強制執行能力・破産化の能力などを通じて制限された権利主体性を承認したものであり法人格のない社団の概念としてさらに適合したのは「設立登記をしなかった社団」という Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, § 25 II . 1.S.561 などがある。李宙興「権利能力なき社団」（司法論集、1991）、金教昌「非登記社団法人は非法人社団がない」91 - 110 頁（ジャスティス通巻第 140 号、2014 年）は、最初から非法人社団を非登記社団法人・登記社団法人と分けて他のカテゴリに分類している。

が、そのような権利能力の概念を区別して説明するのは容易ではないため非法人社団、または法人ではない社団と命名するのが望ましいという見解<sup>(12)</sup>、④最も主要な民事法の民法と民事訴訟法で、法人ではない社団という名で規律するため、この用語を使うのが無難という見解<sup>(13)</sup>などがある。

## (2) 判例

判例は、概ね「法人ではない社団<sup>(14)</sup>」、「非法人社団<sup>(15)</sup>」と呼ぶ。そして「法人ではない社団については、社団法人に関する民法規定のうち、法人格を前提とするものを除いては、これを類推適用すべきである。」と判示している<sup>(16)</sup>。

## (3) 検討

従来の学説は非法人社団の名称の使用だけでなく、法人の活動を過度に法人本質論と結びつけて説明しているが、これは方法論上でも現実的な問題の解決にも適切でないという議論がある<sup>(17)</sup>。

その意味で法人実在説と法人擬制説の基本的な前提の下に、上記の学説が展開されれば、公示性を持つ不動産登記された非法人社団には法人格を付与するかどうかである。しかし、それでは不動産登記された非法人社団に対しては「法人格なき社団」と呼ぶことができなくなるだろう。また、不動産登

(12) 宋鎬漢「民法上の法人ではない団体に関する立法論研究」16 頁（法学研究通巻第 39 号、全北大学校法学研究所、2013 年）。

(13) 任相赫「法人でない社団の民事法上の地位に関する考察－総有規定に関する民法改正論議と関連して－」190 頁（ソウル大学校法学第 54 卷第 3 号、2013 年）、朴燦柱「法人ではない社団及び財団に対する新たな理解」819 - 820 頁（法学研究第 48 卷第 1 号、釜山大学校法学研究所、2007 年）。

(14) 大法院 2012.10.25. 宣告 2010 다후 75723 判決など。

(15) 大法院 2012.10.25. 宣告 2010 다후 75723 判決など。

(16) 大法院 1996. 9. 6. 宣告 94 다후 18522 判決；大法院 1997. 1. 24. 宣告 96 다후 39721 判決；大法院 2011. 4. 28. 宣告 2008 다후 15438 判決など。

記されていない非法人社団は、個別法律で与えられる能力だけを享有するのか。しかし、それでは現行法令によって不動産登記の能力や当事者能力などを有する非法人社団は、「権利能力なき社団」とは呼ぶことができない曖昧な問題が残っているということである。

したがって、権利能力と法人格を同一視することを意味する権利能力なき社団、法人格なき社団、人格なき社団などの名称よりは、判例と法の規定によって「非法人社団」あるいは「法人ではない社団」と表記するのが簡明であると考えられる。

### Ⅲ 非法人社団の関連規定に関する改正の論議

#### 1. 法人設立の諸主義（許可主義－認可主義）

民法 32 条は非営利法人の設立時の主務官庁の許可を受けるように規定することで、その設立を厳しく制限している<sup>(17)</sup>。この主務官庁の許可権は自由裁量的な性質を持つが、これによって必然的に許可を受けていない状態の非法人社団が無数に存在することになる。このような非法人社団と取引する第三

---

(17) 法人本質論を法人は現実的に存在する実在体（実在説）なのか、あるいは、法律家らの頭の中で加工されて出た虚構体なのか（擬制説）という問題として理解するならば、今日、このような論争は（株）SAMSUNG 電子、（社）韓国民事法学会、（財）峨山社会福祉財団などの法人が実際に存在して自然人よりももっと広範囲で大きな規模の経済的・法的活動を営為していることについて、これ以上疑問の余地がないためにこれといった意味がなく、法人本質論から法人の活動問題を当てはめようとする従来の学説の妥当性や実効性について根本的な疑問を持たずにはいられない。法人本質に関する学説が主張者の意図とは違って、後世の学者たちによって法人擬制説あるいは法人実在説と命名され、講学上の必要に応じて論理的に仕上げられたものであることを発見できるという宋鎬漢「法人の活動と帰属の問題－法人本質論争の克服のための一つの時論－」4頁以下（韓国民事法学会冬季学術大会及び定期総会資料集、韓国民事法学会、2006年）を参照。このような法人本質論に対する批判については、金相容『民法総則』206－211頁（HwaSan-media、2009年）を参照。



者は 275 条以下の規定と関連して、自然人あるいは法人との取引に比べて相対的に不利な地位にあるという問題点<sup>(19)</sup>がある。

## 2. 概念規定の不備 (39 条の 2 立法論)

民法の非法人社団に関する規定は、物権編の所有権の章第 3 節の共同所有の部分で「法人ではない社団の社員が集合体として物を所有するときは、総有とする。」という 275 条以下を置くが、「非法人社団」の概念自体には何の規定も設けていない。これに対して、法務部の改正委員会は、39 条の 2 を新設し、法人の章の下段に非法人社団の概念を導入しようという意見を提出したことがある。

## 3. 財産関連の規律 (総有規定の存廃論、補完論)

それでは、このような非法人社団の財産関係はどのように規律されているか。民法は共同所有の類型を共有 (262 条)、合有 (271 条)、総有 (275 条) に区分してこれを規定している。一般的な持ち分的所有は共有、組合は合有、非法人社団は、総有で規律することを原則とする。特に、総有は、民法上、最も特徴的だと評価され、多くの議論が進められてきた。

まず、第三者との関係において宗中など非法人社団の代表者が社員総会の決議を経ずに非法人社団の所有の不動産などの財産を処分する場合、無効と

---

(18) 例えば、宗教と関連して出損する公益法人が国税庁の統計の上の資料によると、2013 年に 17,629 個が存在するという。しかし、実際に主務官庁である文体部の許可を受け、成立した法人の数は 2015 年 2 月時点 852 個程度しかないと指摘し、非営利法人の設立の困難を逆説的に代弁しているという尹喆洪「公益法人制度の意義」『公益法人研究』25 頁 (景仁文化社、2015 年) 参照。この論文では非営利法人の部分公益法人に説明したが、広義の公益法人を説明し、現韓国民法上の許可を受けてこそ、設立が可能な非営利法人の一例として、宗教団体を取り上げたものと解釈される。

(19) 諸哲雄「団体と法人—社会的機能の類似性と適用法理の相違の合理的調整のための試論—」109 頁 (民事法学第 36 号、2007 年)。

なり、取引の相手方である第三者、あるいは、転得者は善意であっても処分の有効を主張できない不利な地位に置かれるようになったこと<sup>(20)</sup>は、前述のとおりである。

第三者との関係以外にも民法制定の当時から今まで、総有制度の前近代性<sup>(21)</sup>、外国立法例がないという点<sup>(22)</sup>、総有規定はすでに死文化されたという点<sup>(23)</sup>、それによって裁判規範として機能を果たしていないという点<sup>(24)</sup>、共同所有に関する規定自体が若干の矛盾点を内包している点<sup>(25)</sup>など廃止論が絶えず主張されてきた。また、その規定があまりにも簡単であるため、実務上非

- 
- (20) 大法院 2009. 2.12. 宣告 2006 다편 23312 判決を通じて教会の代表者が権限なしに行った教会財産の処分行為について民法 126 条の表見代理に関する規定が準用されないと判示し、取引の相手は非法人社団に準用される 35 条を援用し、法人に対する不法行為による損害賠償を請求できるが、過失相殺が適用される場合、十分な賠償を受けられないと言う。鄭炳浩「法人ではない社団の財産関係の規律改善に関する研究」56 頁（法務部研究用役課題報告書、2012 年）参照。
- (21) 郭潤直『物権法』289 頁（博英社、2000 年）、李好珽「韓国の民法上、共同所有制度への若干の疑問－特に合有と総有を中心に－」116 - 118 頁、（ソウル大学法学第 24 冊 2・3 号、1983 年）、金大貞「総有関連規定の改正に関する研究」71 - 72 頁（法務部、研究用役報告書、2011 年）。
- (22) 李好珽「韓国の民法上、共同所有制度への若干の疑問－特に合有と総有を中心に－」118 頁（ソウル大学法学第 24 冊 2・3 号、1983 年）、金基善『韓国物権法』248 - 249 頁（法元社、1990 年）。
- (23) 李好珽「韓国の民法上、共同所有制度への若干の疑問－特に合有と総有を中心に－」116 - 118 頁（ソウル大学法学第 24 冊 2・3 号、1983 年）、姜台星「いわゆる総有に対する批判的検討」83 頁以下（民事法研究第 15 冊第 1 号、2007 年）、南孝淳「設立登記ない社団・財団の法的規律」10 頁（法務部研究用役課題報告書、2009 年）。
- (24) 教会分裂の際の財産紛争に関する従来の大法院の判例（2006. 4.20. 宣告 2004 다편 37775 全員合議体判決）を考へて、総有規定は裁判規範としての機能を喪失したという見解として全京暈「韓国の民法上、総有に関する一考察」164 頁以下（土地法学第 26 - 1 号、2010 年）がある。判例の詳細な内容は上記論文を参照。
- (25) 金相容『民法総則』397 頁（HwaSan-media、2009 年）、全京暈「韓国の民法上、総有に関する一考察」167 頁（土地法学第 26 - 1 号、2010 年）。

法人社団と関連して発生する多様な所有権紛争に関して十分な規律ができないという<sup>(26)</sup>点なども、現行の総有制度の批判の根拠となっている。

しかし、このような問題点があるとして、総有制度自体を廃止することが望ましい解決策と言えるだろうか。これに対して総有制度自体は近代的産物である点<sup>(27)</sup>、総有制度を削除して民法 39 条の 2 を新設し、非法人社団の法律問題に適用する場合、非法人社団の単独所有を認めるようになるが、これはもう一つの類例のない立法になる点<sup>(28)</sup>、法人の登記をしなかった社団との差がないため、法人の自由設立主義を正面から認める結果になり、それによって非法人社団は敢えて法人を設立する必要がないため、法人制度が衰退して設立登記を前提として法人に課せられる各種の義務を回避しようとする現象が発生しかねないという点<sup>(29)</sup>である。また、共同所有を峻別して 3 類型化し

(26) 金容漢『物権法論』321 頁 (博英社、1993 年)。

(27) 特に、社会的基底が大きく変化したことにも欧米の生活関係を規律していたことによる由来する多くの法学の概念が現在まで流用した法律的な道具に利用されるのはそれらが普遍妥当性を獲得したためであり、見直すべきものは、今日、韓国法体系に合理的な規律の根拠を持っているのかにあることで、非法人社団がドイツの前近代的団体と類似性を持つためではないとの批判については、任相嫻「法人ではない社団の民事法上の地位に関する考察－総有規定をめぐる民法改正論議と関連して－」198 頁 (ソウル大学校法学第 54 巻第 3 号、2013 年) を参照。詳しい外国の立法例と総有理論史については、鄭鐘休「ドイツと日本の総有理論史」(法史学研究第 14 号、韓国法史学会、1993 年) を参照。

(28) 2011 年民法改正委員会第 2 分科 2011.12.28. 会議で総有制度を廃止すべきかについては総有に関する規定がある状況で、そしてその規定が完全に死文化されているものもない状況で敢えてその規定を削除していき、構成員らの意思に反して単独で所有を強要するというのは行き過ぎだという意見が表明された。鄭炳浩「法人ではない社団の財産関係規律改善に関する研究」45 - 46 頁 (法務部研究用役課題報告書、2012 年) 参照。

(29) 任相嫻「法人ではない社団の当事者能力と権利能力」432 頁 (民事法学第 39 - 1 号、2007 年)、全京暉「韓国の民法上、総有に関する一考察」169 - 170 頁 (土地法学第 26 - 1 号、2010 年)。

たのは望ましく<sup>(30)</sup>、その規定を基礎にして裁判所が具体的な事例を解決してきた結果、判例法が成立したと言えるほどに議論が発展して根付いた点<sup>(31)</sup>、体系的に決して不整合ではなく、むしろ整合的であることを主張<sup>(32)</sup>して、むやみに総有制度を廃止することに反論する声が少なくない。

#### IV 法務部の民法改正（試）案の内容及び検討

上記の非法人社団に関連する規定に対して、韓国の法務部の民法改正委員

---

(30) 金容漢『物権法論』320頁以下（博英社、1993年）ひいては「さらに高次元的な観点から見るとそれは結社の自由を前提とする経済社会における人的結合関係の多様性を予定したという意味で、むしろ近代的感覚を感じなければならない。」と主張し、人的結合関係の多様性に応じてその財産の帰属関係を合有や総有の概念で区分することに積極的に賛成する見解を取っている。

(31) 李英峻『物権法』571頁（博英社、1996年）、果たして実務が、具体的な事件を解決したことにおける実質的に総有の法理を「大きく発展させて」いるかは検証が必要だが、合有・総有の概念を認めたことが、理論的に優れており、実際の紛争の解決に有用なら、これを法律で規定したのは妥当だという見解として梁彰洙「共同所有：民法制定過程での議論とその後の評価を中心に」149頁（民法研究第6冊、2007年）を参照。

(32) 民事訴訟法51条が当事者能力を民法の権利能力の規定に基づくものとし、特に非法人社団に対して52条の例外規定を設けたのはそれが権利能力を持っていないことを前提とすると解釈するのが妥当るので民事法上体系整合的であるという見解として任相赫「法人ではない社団の民事法上の地位に関する考察－総有規定をめぐる民法改正論議と関連して－」199－200頁（ソウル大学校法学第54巻第3号、2013年）がある。組合の場合、業務執行の方法で合有財産の処分は、民法272条にもかかわらず、706条2項をまず適用するので、業務執行組合員が数人である場合、その過半数の決定で、合有財産を有効に処分でき、業務執行組合員が1人の場合には1人単独で業務執行するので1人単独で合有財産を有効に処分できる。これに対して、総有財産の場合は、代表者による総有財産の処分も社員総会の決議がないという理由で無効となり、その強い団体性を意味するという見解であり、共同所有に関する規定自体で矛盾を持ったことがないという見解として諸哲雄「民法の改正法律案の評価－民法総則の中、法人法を中心に」14－15頁（財産法研究、2005年）がある。

会は、2004 年に発足して、2010 年、2013 年に至るまでに改正案を提示している。

### 1. 法人設立の諸主義関連改正案

現行	2004 年法務部の改正案
民法 32 条(非営利法人の設立と許可) 学術、宗教、慈善、技芸、社交その他、 営利でなく、事業を目的とする社団 又は財団は、主務官庁の許可を得て これを法人とすることができる。	民法 32 条(非営利法人の設立と認可) 学術、宗教、慈善、技芸、社交その他、 営利でなく、事業を目的とする社団 又は財団は、主務官庁の認可を得て これを法人とすることができる。

現行の民法 32 条が採用する許可主義について、学界で許可主義を認可主義に改正しなければならないという声が多かった<sup>(33)</sup>。このような改正の主張について、時期尚早である、または法人の設立が乱立しかねないという理由で反対する見解もあった<sup>(34)</sup>。しかし、このような主張は前近代的な性悪説的な法人観から起因するものであり、法人の設立者や目的によっては乱立要素が全くないわけではないが、法人設立を自由に保障することと共に、法人の事業を監督や統制する案が望ましいという見解<sup>(35)</sup>が有力だった。比較法的に、

(33) 2004 年、法務部の民法改正案ですでに認可主義を提案し、学説でも「認可主義」や「準則主義」に改正しなければならないという主張が提起されてきた。これについての詳しい内容は尹喆洪「非営利法人の設立に関する立法論的考察」(民事法学第 47 号、2009 年)、南孝淳「設立登記ない社団・財団の法的規律」34 頁(法務部研究用役課題報告書、2009 年)参照。しかし、これについて法律に「許可」と表現していると言っても、私法上、法律行為の効力を補填することで、一般的禁止を解除することがない限り、これを認可と理解するのが実務や行政法学界の統一された立場なので、どんな「主義」を変更したのではなく、用語を整備したと見るのが適切という見解として諸哲雄「民法の改正法律案の評価—民法総則の中、法人法を中心に」6 頁以下(財産法研究、2005 年)がある。

(34) 金曾漢・金學東『民法総則』179 頁(博英社、2006 年)、洪日杓の執筆部分『民法注解 I』546 頁(博英社、1992 年)、黃迪仁『現代民法論 (I)』107 頁(博英社、1985 年)。

ドイツ民法制定者たちが非法人社団に対して組合法を適用し、第三者との関係においても、法人と同一の責任を負うことにして法人格取得を誘引しようとする政策を採用した<sup>(36)</sup>というのは示唆点を提供してくれるだろう。

このような法人設立に関する認可主義への転換は、非法人社団の財産関係規律に大きな影響を及ぼすことになると考えられる。非法人社団は、その性格上、法人化する必要がない場合及び自発的に法人化を回避しようとする場合を除いて<sup>(37)</sup>、法人化の手続的要件が簡素化される。法人格を取得する団体は、法人規定をそのまま適用されるようになることで、第三者の取引安全をより確保できる認可主義への改正が妥当であると言える。2014年、法務部で、現行民法32条の許可主義を認可主義に転換する改正案が採択・立法予告<sup>(38)</sup>され、国会に提出された。

## 2. 非法人社団の財産関係に関する改正試案

現行	2013年法務部の改正試案
なし	<b>民法39条の2 [新設]</b> ①法人ではない社団と財団については、主務官庁の認可又は登記を前提

(35) 尹喆洪「非営利法人の設立に関する立法論的考察」748頁（民事法学第47号、2009年）。

(36) 鄭鐘休「ドイツと日本の総有理論史」53頁（法史学研究第14号、韓国法史学会、1993年）。

(37) これについては総有規定の補完で解決できるだろう。

(38) [http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs\\_04/ShowData.do?strNbodCd=foru0002&strFilePath=moj/&strRtnURL=MOJ\\_40203000&strOrgGbnCd=100000&strThisPage=1&strThmWrtNo=712&strThmAnsNo=A&strType=](http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_04/ShowData.do?strNbodCd=foru0002&strFilePath=moj/&strRtnURL=MOJ_40203000&strOrgGbnCd=100000&strThisPage=1&strThmWrtNo=712&strThmAnsNo=A&strType=) 法務部ホームページに立法予告の掲示板参照。また、法務部の民法改正案39条の2の1項が「法人ではない社団と財団については、主務官庁の認可又は登記を前提にした規定を除いては、本章の規定を準用する。」と規定して「許可」代わりに「認可」という用語を使用しているのも、またこのような議論を反映したものと考えられている。

	<p>にした規定を除いては、本章の規定を準用する。</p> <p>②不動産に関する代表者の処分権の制限は、登記しない場合、第三者に対抗できない。</p> <p>③法人ではない社団の財産は、相当な理由があるときは、定款又は社員総会の決議によって社員に分配することができる。</p> <p>④法人ではない社団が解散する場合、定款で残余財産の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いときは、理事または清算人は社員総会の決議によって社団の目的に類似した目的のためにその財産を処分できる。第 3 項は解散の場合にも準用する。</p> <p>⑤営利を目的とする法人ではない社団の財産と社団の債務を完済できないときは、各社員は、連帯して弁済する責任がある。</p> <p>⑥第 5 項の財産に対する強制執行が効を奏しなかったときにも各社員は、連帯して弁済する責任がある。</p> <p>⑦第 6 項の規定は、社員が法人ではない社団に弁済の資力があり、執行が容易なことを証明したときには適用しない。</p>
<p>民法 275 条 (物の総有)</p> <p>①法人ではない社団の社員が集合体として物を所有するときは、総有とする。</p> <p>②総有に関しては、社団の定款その</p>	<p>廃止</p>

<p>他の契約による以外に次の2条の規定による。</p> <p><b>276条（総有物の管理、処分と使用、収益）</b></p> <p>①総有物の管理及び処分は、社員総会の決議による。</p> <p>②各社員は、定款その他の規約に従い、総有物を使用、収益できる。</p> <p><b>277条（総有物に関する権利義務の得喪）</b></p> <p>総有物に関する社員の権利義務は、社員の地位を取得喪失することにより、取得喪失される。</p>	
--	--

(1) 法務部の民法改正委員会は、2004年の改正案、2010年の改正案、2013年の改正試案まで総有制度に関する無数の議論を展開してきた。2004年の改正案では、現実的に非法人社団が活動しているので総有規定以外にこれらを規律する直接的な規定をおく必要性を実感して従来通説と判例の立場を明文化した民法39条の2を新設し、その性質に反しない限り、法人の規定を準用することにした。2010年の改正案は、営利を目的とする非法人社団に対して各社員の連帯責任を規定し、構成員の責任を加重させた。2013年改正試案は、2010年の改正案の問題点を補完しながらも、民法275条以下の総有関連規定を削除するという変化が大きい。

(2) 2013年の改正試案は、既存の民法改正案39条の2の問題として、第1に、非法人社団の代表者の処分権が制限される場合、取引安全のためにこれをどのように公示するのか、第2に、非法人社団の財産を社員に分配できるか、第3に、非法人社団が解散する場合、その残余財産をどう処分すべきかという疑問を提示した<sup>(39)</sup>。これを補完するため、39条の2の2項、3項、4項が追加された。これに対して総有制度を存続させながら、現在実務上非法人社



団をめぐる法律問題である処分権限のない非法人社団の代表者の総有財産の処分問題、総有財産の分配問題、教会の分裂問題などを合理的に解決しようとする案を提示する見解<sup>(40)</sup>などがある。

しかし、民法制定以来、絶えず提起されてきた総有制度の存廃についての学説の対立のうち、2013 年の改正試案で特に、総有制度の廃止が強く主張されたことによって総有制度が韓国の現実で作用している姿と、肯定・否定の両面を総合的に考察してみる必要はあると考えられる。

総有制度の前近代性及び死文化議論に対して、判例と多くの学説が総有制度を根幹として、多くの法人格を取得できない非法人社団を規律し、その財産関係に対する基準を着実に確立してきたとすれば、その所有の概念が前近代的な共同体で発生したという事実だけで韓国社会に定着した総有概念を直ちに削除するのは適切でないと考えられる。

(3) 外国の立法例がないということについて、日本民法は共同所有に関して、主として共有だけを規定（例外、294 条）して非法人社団の所有形態については民法上の規定はなかったが、総有概念を認め<sup>(41)</sup>、日本最高裁判所の判例も財産の帰属形態について、「権利能力なき社団の財産は構成員に総有的に帰

(39) 鄭炳浩「法人ではない社団の財産関係の規律改善に関する研究」41 頁（法務部研究用役課題報告書、2012 年）。

(40) 諸哲雄教授の改正試案は、現行民法 275 条を維持しながら③項を追加して、「代表が定款その他の総会の議決なしに集合体を代表して総有物を管理及び処分した場合、59 条 2 項を準用する。」と規定して、追加的に 276 条の 2 を新設して「非法人社団の分裂」について規律する。鄭炳浩「法人ではない社団の財産関係の規律改善に関する研究」41 - 44 頁（法務部研究用役課題報告書、2012 年）参照。

(41) 非法人社団の総有説、合有説、信託説などの理論が展開されている。齊藤和夫『民法 I』163 頁（中央経済社、2007 年）、佐久間毅『民法の基礎 1』379 頁（有斐閣、2008 年）詳しい内容は末弘巖太郎、石田文次郎、近藤英吉、來栖三郎などの議論を経て我妻榮の共同所有に関する人的結合形態による 3 類型論に至るまでの過程を詳細に展開した山田誠一（星野英一編集代表）『団体、共同所有および共同債権関係』304 頁以下（民法講座別巻第 1 号、1990 年）などを参照。

属されること」と判示<sup>(42)</sup>するなど、学説と判例の議論は少なくない。また、ドイツ民法は非法人社団について組合に関する規定を準用するとしているが（BGB § 54Abs.1）、これは、人的団体が可能な限り法人格を取得しようと努力するだろうと判断して、社団に対する国家的統制を容易にできるようにするため<sup>(43)</sup>という政策目的のためだったということを見過ごしてはならないだろう。

(4) 全般的に総有規定の存置論と廃止論で学説の議論が対立しているが、二つの共通した点を見ることができる。第1に、第三者の保護問題について、最近、総有規定について議論するほとんどの見解は、非法人社団についても、法人と同じように、第三者を同一に保護しようという部分については異論がないとみられる。この部分は現行の総有規定に追加規定を設け、代表者が総有物等を処分した場合、代理に関する規定を準用できるように補完することが合理的であると考えられる。第2は、現行の総有規定が非常に簡単で、現実社会の多くの非法人社団を規律するには足りないという点である。存廃論の双方は、現行の総有規定だけでは不足であるとして、宗中、教会や寺など主に問題になる代表的な非法人社団の財産関係について追加的な規律が必要だという。民法の制定当時の立法者たちも、この規定だけで全ての問題を解決しようとする意図で規定したものではないだろう<sup>(44)</sup>。まず、総有規定自体について、韓国の共同所有の規定は、人的結合の強度に応じて単独所有と総有、合有、共有の3類型に分けて規定して、そのような結合の強度に応じて、

---

(42) 非法人社団の社員の共有持分権と分割請求権の当然の成立を否定して、社団の財産に対する持分権、分割請求権、解散時の残余財産分配請求権も持っていないという判決を下したことがある。最判昭和32・11・14、民集11巻12号1943頁、最判昭和39・10・15民集18巻8号1671頁、最判昭和47・6・2民集26巻5号957頁など。対外的に形成された法律関係について、代表者が団体の名前で法律行為をした場合、社員全員が総有的な権利・義務を持つようになるという判例として最判昭和48・10・9民集27巻9号1129頁参照。

(43) 金相容『民法総則』269頁（HwaSan-media、2009年）。

持分の存在と処分の自由などを論理的に規定していると考えられる。そのような所有形態を宣言した総有規定の存在意味が、紛争解決の能力にのみあるのではないのであって、現行の総有規定について非法人社団の所有形態に基本的な根拠を提供する例示的規定として解釈できる<sup>(45)</sup>と考えられる。そして、その例示的規定では不足した現代社会で具体化された個別事案について類型化して立法的に補完できる改正作業がより効果的だと考えている。非法人社団と法人との違いはそのまま認めながら、非法人社団の財産の分配と分裂などに関して補完する立法が望ましいと考えられる。

(5) 2013 年の改正試案によって総有規定を廃止して、法人に関する規定を準用することで、非法人社団の財産を社団自体に単独で帰属させることは、その総有制度を廃止するにもかかわらず、根拠にした多様な批判の声を蚕食させることのできる代案を提示しているかを深く考えてみなければならない。非法人社団の財産を社員が総有するのではなく、社団自体に単独で帰属させるなら、非法人社団には、法人設立の手続きを踏む必要がなくなって、民法の法人規定の意味がほとんど喪失される恐れもある。これは、法人登記制度も、意味のないものにするとみなされ、現実には無数に存在する団体の財産関係を単独所有だけで誘導することが、果たして望ましいだろうかという疑問もある。

総有規定に加えて、すでに長い間、集積された判例法理が形成されていて、判例によって、実質的な問題となる事案を中心に区分してみると、非法人

---

(44) 尹喆洪『物権法』287 頁 (法元社、2009 年)。総有規定に対して、単なる「民法の裝飾物」と批判しながらも非法人社団の所有形態を総有と規定する根拠条文を民法 275 条以下の規定とする感情自体が、総有規定の存在を民法の理解と解釈・適用に意味があると考えかねないだけでなく、たとえその規定が不十分で、不明確だとしても、これを十分かつ明確な内容を備えるように展開または形成 (Fortbildung) して行くことができる実定法上の基礎を築いたものとの評価として、梁彰洙「共同所有：民法制定過程での議論とその後の評価を中心に」142 頁 (民法研究第 6 冊、博英社、2007 年) がある。

(45) 尹喆洪『物権法』287 頁 (法元社、2009 年) がある。

社団の財産の分配、分裂解散、第三者への処分などで規定の不備がみられる。

これに対して、総有規定はしばらく存続させ、民法 32 条の法人設立の許可主義を認可主義に改正し、それによる自発的な団体の法人化を誘導する一方、非法人社団の概念の導入、第三者との関係で代表者や社員の責任を強化、団体財産の分配、解散の問題などを補完する形で条文化した場合、総有規定の廃止からくる予期せぬ結果を排除して、立法しなければならない領域における規律も可能になると考えられる。

## V 終わりに

韓国の非法人社団の財産関係は、民法 275 条から 277 条の総有規定に規律されている。以上では、実務で多様に存在するしかない団体に対して民法 32 条がもつ意味と効果、そして非法人社団という団体の財産関係を規律している総有規定をめぐる問題点と多様な学説、立法論などを検討した。

非法人社団を法人化と関連して分類した場合、非法人社団に見合った一定の要件を取り揃えた団体が主務官庁の許可を受けることを希望したり、その監督下に入ることを望まなかったり、性質上そのような必要性がない団体に分けられるであろう。韓国民法が法人成立法定主義を取る以上、自然に非法人社団の存在は発生するだろう。しかし、上記で分類したとおり法人化をしようとする団体（許可を受けたい団体）には主務官庁の許可を認可と改正して、法人化要件を緩和する方法があるだろうし、法人化を望まなかったり、そのような必要性がない団体には現行の総有規定が、その財産関係を規律して立法的な空白状態を防止しなければならないだろう。

総有規定は韓国民法制定当時、少ない規定だけで導入されたが、民法施行から 50 年余りが過ぎた今としては多くの学者と判例の悩みの中で、多様に存在する団体の所有形態の一つとして、その運用が続いて発展してきたことが認められなければならない。ただし、その規定が抽象的、かつ包括的である

ことで発生する多様な批判を傾聴し、実際の紛争解決の裁判規範になるような規定で補完して外国の立法例とは少し違うとしても、独特で、意味のある制度として位置づけるようにすることが現韓国民法の立法課題であると考えられる。

## 「参照法律」

### 「民法」

#### 262 条 (物の共有)

- ①物が持分によって数人の所有となったときは、共有とする。
- ②共有者の持分は均等なものと推定する。

#### 263 条 (共有持分の処分と共有物の使用、収益)

共有者は、その持分を処分できる、共有物全てを、持分の割合で使用、収益できる。

#### 264 条 (共有物の処分、変更)

共有者は他の共有者の同意なしに共有物を処分したり変更したりしない。

#### 265 条 (共有物の管理、保存)

共有物の管理に関する事項は、共有者の持分の過半数で決定する。しかし、保存行為は各自ができる。

#### 271 条 (物の合有)

- ①法律の規定又は契約により数人が組合体として物を所有するときには、合有とする。合有者の権利は合有物の全部に及ぼす。
- ②合有に関しては、前項の規定又は契約による以外に次の 3 条の規定による。

#### 272 条 (合有の処分、変更と保存)

合有を処分または変更するのは、合有者全員の同意がなければならない。しかし、保存行為は各自ができる。

#### 273 条 (合有持分の処分と合有物の分割禁止)

- ①合有者は全員の同意なしに合有物に対する持分を処分できない。
- ②合有者は合有物の分割を請求しない。

#### 274 条 (合有の終了)

- ①合有は組合体の解散または合有物の譲渡によって終了する。
- ②前項の場合に、合有物の分割に関しては、共有物の分割に関する規定を準用する。

「不動産登記法」

26条（法人ではない社団などの登記申請）

①宗中、門中、その外に代表者や管理人がいる法人ではない社団や財団に属する不動産の登記に関しては、その社団や財団を登記権利者又は登記義務者とする。

②1項の登記はその社団や財団の名義で、その代表者や管理人が申請する。

48条（登記事項）①登記管が甲区又は乙区に権利に関する登記をするときは、次の各号の事項を記録しなければならない。

1. 順位番号

2. 登記の目的

3. 受付年月日及び受付番号

4. 登記原因及びその年月日

5. 権利者

②1項5号の権利者に関する事項を記録するときには権利者の姓名又は名称以外に住民登録番号または不動産登記用登録番号と住所又は事務所所在地を一緒に記録しなければならない。

③26条によって、法人ではない社団や財団の名義の登記をするときは、その代表者や管理者の氏名、住所及び住民登録番号を一緒に記録しなければならない。

④1項5号の権利者が2人以上の場合には権利者別持分を記録しなければならず、登記する権利が合有のときは、その意味を記録しなければならない。

「不動産実権利者名義の登記に関する法律」

4条（名義信託約定の効力）

①名義信託の約定は、無効とする。

8条（宗中、配偶者・宗教団体に対する特例）次の各号のいずれかに該当する場合として脱税、強制執行の免除または法令上の制限の回避を目的としない場合には、4条から7条まで背を適用しない。

1. 宗中が保有する不動産に関する物権を宗中（宗中とその代表者を一緒に表示して登記した場合を含む）の以外の者の名義で登記した場合

2. 配偶者名義で不動産に関する物権を登記した場合

3. 宗教団体の名義で、その傘下の組織が保有する不動産に関する物権を登記した場合（2013.07.12. 追加）。

「国税基本法」

13条（法人とみなす団体）

①法人（「法人税法」1条1号及び3号による内国法人及び外国法人をいう。以下同じ）

ではなく、社団、財団、その他の団体（以下「法人ではない団体」という）の中、次の各号のいずれかに該当するものとして収益を構成員に分配しないのは、法人としてこの法と税法を適用する。

1. 主務官庁の許可、または、認可を得て設立されるか、法令によって主務官庁に登録した社団、財団、その他の団体として登記されないもの

2. 公益を目的に出捐した基本財産がある財団として登記されないもの

②1項によって、法人とみなす社団、財団、その他の団体の以外の法人ではない団体の中、次の各号の要件をすべて備えたものとして代表者や管理人が管轄税務署長に申請して承認を受けたのも法人としてこの法と税法を適用する。この場合、社団、財団、その他の団体の継続性と同質性が維持されていると考えられる。

1. 社団、財団、その他の団体の組織及び運営に関する規程を持って代表者や管理人を選任している

2. 社団、財団、その他の団体、自分の計算や名義で収益と財産を独立的に所有・管理すること

3. 社団、財団、その他の団体の収益を構成員に分配しないこと。