

論 説

権利能力なき社団の不動産に関する訴訟における 社団の当事者適格と判決の効力

中 本 香 織

- 第1章 はじめに——問題の所在と本稿の目的
- 第2章 権利能力なき社団の不動産に関する訴訟の原告適格についての裁判例
 - 第1節 最高裁判決
 - 第2節 権利能力なき社団による登記請求訴訟についての下級審判決
 - 第3節 判例理論の分析
- 第3章 従来の学説からの検討
 - 第1節 学説の概要
 - 第2節 訴訟担当構成の検討
 - 第3節 固有適格構成の検討
- 第4章 私見——新固有適格構成か、訴訟担当構成か？
 - 第1節 総有説の意義
 - 第2節 権利能力なき社団の訴訟追行権の根拠
 - 第3節 判決の効力を構成員に及ぼすことができる根拠
 - 第4節 小括
- 第5章 おわりに

第1章 はじめに——問題の所在と本稿の目的

権利能力なき社団は、その名の通り実体法上の権利能力は有しないが、訴訟法上は民訴法29条により当事者能力が与えられ、訴訟当事者となるこ

とが認められている。もっとも、権利能力なき社団の財産形態は、構成員全員に総有的に帰属するものとされており、加えて、判例・実務上、権利能力なき社団が不動産の登記名義人となることは認められていない⁽¹⁾。そのため、総有権確認訴訟では権利能力なき社団に当事者適格を認める最高裁判決⁽²⁾が存するものの、登記請求訴訟において社団の当事者適格、特に原告適格を肯定できるかについては学説上争いがあった。この問題については古くから議論がなされていたが、最一小判平26・2・27民集68巻2号192頁が、権利能力なき社団の登記請求訴訟における原告適格を肯定する初の判断を示した。同判決は、権利能力なき社団の原告適格を肯定したのみならず、権利能力なき社団に対する判決の効力が構成員全員に及ぶことをも認めた。しかし、同判決がいかなる根拠により社団に訴訟追行権を認め、また、いかなる法律構成により権利能力なき社団に対する判決の効力が構成員全員に及ぶことを認めたのか、判文上は必ずしも明らかではない。加えて、同判決の調査官解説⁽³⁾を見る限り、同判決が採用したと考えられる法律構成を既存の学説のみで説明することは困難であるように思われる。というのも、通説的見解とされる固有適格構成は、社団に対する判決の効力が構成員には及ばないと解しており、他方、有力に主張されている訴訟担当構成では、法定訴訟担当であれば法律上の根拠が、任意的訴訟担当であれば構成員全員からの授權が必要となるが、同判決はそれらの点に言及していないからである。

そこで、本稿では、登記請求訴訟における原告適格に限らず、総有権確認訴訟等を含む不動産に関する訴訟における権利能力なき社団の原告適格を対象に、従前の判例理論及び学説の議論を再検討し、社団に原告適格が認められる根拠と、社団に対する判決の効力が構成員全員に及ぶ理論的根

(1) 最二小判昭47・6・2民集26巻5号957頁、昭和23・6・21民事甲第1897号民事局長回答・登記先例上834-835頁、昭和36・7・21民事三発第625号民事局第3課長回答・登記先例追Ⅲ588頁。

(2) 最三小判平6・5・31民集48巻4号1065頁。

(3) 武藤貴明「判解」曹時67巻12号278頁以下(2015)。

拠を提示することを目的とする。

なお、私見は、権利能力なき社団の財産形態が、構成員全員への総有的帰属であることを前提に、権利能力なき社団に固有の原告適格を肯定するものである。私見の提示にあたっては、権利能力なき社団に訴訟追行権が肯定される根拠と、権利能力なき社団に対する判決の効力が構成員全員に及ぶ根拠とを区別した上で考察を行う。結論として、第一の点については、構成員全員に総有的に帰属する財産の権利関係、すなわち、訴訟当事者でない第三者の権利関係が訴訟物となる場合であっても、当該訴訟の目的たる特定の財産についての財産的独立性が権利能力なき社団に認められることを根拠に、権利能力なき社団の訴訟追行権を肯定する。また、第二の点については、構成員の総意により権利能力なき社団が活動するという、権利能力なき社団と構成員の組織法的な関係を根拠に、社団に対する判決が構成員全員に及ぶことを肯定する。加えて、構成員全員に判決の効力が及ぶ条文上の根拠については、判決の効力の主観的範囲を規定する民訴法115条1項2号の立法経緯をもとに、同号の直接適用を認めることができると解する。

第2章 権利能力なき社団の不動産に関する訴訟の 原告適格についての裁判例

第1節 最高裁判決

まず、権利能力なき社団の不動産に関する訴えにおいて、当該訴訟における原告適格が問題となった最高裁判決を追ってみたい。ここでは、登記請求訴訟及び総有権確認訴訟における原告適格が問題となった判決を中心に紹介するが、最高裁が権利能力なき社団自身の原告適格を肯定するに至るまでの従前の議論にも触れるべく、権利能力なき社団以外の者の原告適格が問題となった判決も、検討の対象とする。なお、最高裁は、とりわけ

登記請求訴訟について、権利能力なき社団の代表者（①判決）、権利能力なき社団において登記名義人とされた者（③判決）、権利能力なき社団自身（④判決）に、原告適格を肯定している。

①最二小判昭47・6・2民集26巻5号957頁〔権利能力なき社団の代表者による所有権移転登記手続請求訴訟〕

〔事案の概要〕 権利能力なき社団 A の資産である土地建物について、A の会長であった Y の個人名義で、土地の所有権移転登記、建物の所有権保存登記がなされていたところ、Y が会長を辞任した後に、新たに X が会長に選任された。そこで、X が個人として Y に対し訴えを提起し、当該土地建物の所有権移転登記手続を求めた。これに対し Y は、X は当事者適格を欠き、訴えは不適法であると主張した。第 1 審と原審は、請求を認容。Y が上告。

〔判旨〕 上告棄却。最高裁は以下のように述べ、代表者 X の原告適格を肯定した。「……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つて、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、したがつて、登記請求権を有するものではないと解すべきである。」「……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つて登記をすることができるものと解すべきであり、したがつて、登記上の所有名義人となつた権利能力なき社団の代表者がその地位を失つ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ひ、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。」

（下線は筆者による、以下同じ）

②最二小判昭55・2・8裁判集民129号173頁〔権利能力なき社団による所有
権確認訴訟〕

〔事案の概要〕 事案を簡略化して紹介すると、沖縄における血縁団体であるいわゆる門中 X_1 と、 X_1 門中の4人の代表者のうちの1人である X_2 が原告となり、門中の構成員である Y_1 、 Y_2 の名で所有権の登記がされていた土地について、 Y_1 、 Y_2 を被告として、「当該土地が X_1 門中の所有であることの確認」等を求めて訴えを提起した、というものである。所有権確認請求について、第1審は X_1 門中の請求を認容、控訴審は X_1 門中の請求を棄却した。これに対し、 X_1 門中が上告。

〔判旨〕 上告棄却。最高裁は X_1 門中と X_2 の当事者適格については特に問題とせず、 X_1 門中と X_2 の各請求を棄却した原審の判断の可否という形で、 X_1 門中と X_2 の請求について判断した。「本件各所有権確認請求についてみると、まず、上告人 X_1 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。」

なお、 X_2 の請求の判断にあたって、仮に X_2 の請求が X_1 の所有権の確認ではなく総有権の確認を求めるものであるならば、「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」として、代表者が訴訟当事者となる場合の判決の効力が構成員全員に及ぶことを肯定している。

③最三小判平 6・5・31民集48巻4号1065頁〔権利能力なき社団による総有権
確認訴訟、登記名義人とされた構成員による所有権移転登記手続請求訴訟〕

〔事案の概要〕 X_2 は、A 村落に居住する住民によって構成された入会団体である X_1 組合の代表者でない構成員の一人であり、 X_1 組合の総会での全員一致の議決によって、入会地とされる土地の登記名義人としてとされた者である。当該土地は、A 村落の当時の戸主42名を共有者として、売買を原因とする所有権移転登記がされたが、そのうちの一人である B について、相続を原因として、C・D を経由し亡 E に移転登記がなされている。E を共同相続した Y_1 と Y_2 は、当該土地が X_1 組合の構成員全員の総有に属することを争っている。そこで、(ア) X_1 組合は、 Y_1 と Y_2 に対し、「当該土地が X_1 組合の構成員全員の総有に属することの確認」を求め、(イ) X_2 は、 Y_1 と Y_2 に対し、真正な登記名義の回復を原因とする共有持分移転登記手続を、E の持分につき抵当権設定登記等をしている Y_3 に対し、抵当権設定登記等の抹消登記手続を求め、訴えを提起した。第 1 審は両者の請求を認容、原審は第 1 審判決を取り消し、 X_1 組合及び X_2 の訴えをどちらも却下した。 X_1 組合と X_2 が上告。

〔判旨〕 原判決破棄、差戻し。

(ア) X_1 組合による訴えについて まず最高裁は、最二小判昭41・11・25民集20巻9号1921頁を引用し、入会権は村落住民の総有に属するとした上で、以下の理由により入会団体の総有権確認訴訟における原告適格を肯定した。「訴訟における当事者適格は、特定の訴訟物について、誰が当事者として訴訟を進行し、また、誰に対して本案判決をするのが紛争の解決のために必要で有意義であるかという観点から決せられるべき事柄であるところ、入会権は、村落住民各自が共有におけるような持分権を有するものではなく、村落において形成されてきた慣習等の規律に服する団体的色彩の濃い共同所有の権利形態であることに鑑み、入会権の帰属する村落住民が権利能力のない社団である入会団体を形成している場合には、当該入会団体が当事者として入会権の帰属に関する訴訟を進行し、本案判決

を受けることを認めるのが、このような紛争を複雑化、長期化させることなく解決するために適切であるからである。」

なお、「右の総有権確認請求訴訟についてされた確定判決の効力は構成員全員に対して及ぶものであり、入会団体が敗訴した場合には構成員全員の総有権を失わせる処分をしたのと事実上同じ結果をもたらすことになる上、入会団体の代表者の有する代表権の範囲は、団体ごとに異なり、当然に一切の裁判上又は裁判外の行為に及ぶものとは考えられない」ため、代表者の訴訟追行権限を肯定するには、入会団体の規約等において代表者に対する授權を要するとした。

（イ） X_2 による訴えについて 入会団体において登記名義人とされた者の、登記請求訴訟における原告適格については、「……右構成員は構成員全員のために登記名義人になることができるのであり、右のような措置が採られた場合には、右構成員は、入会団体から、登記名義人になることを委ねられるとともに登記手続請求訴訟を追行する権限を授与されたものとみるのが当事者の意思にそうものと解されるからである。このように解したとしても、民訴法が訴訟代理人を原則として弁護士に限り、信託法11条が訴訟行為をさせることを主たる目的とする信託を禁止している趣旨を潜脱するものということとはできない。」として、原告適格を肯定した。特に本件については、 X_2 が訴えの提起に先立って、 X_1 組合の総会における構成員全員一致の議決によって本件各土地の登記名義人とすることとされたことが認められるとして、 X_2 の原告適格を肯定している。

④最一小判平26・2・27民集68巻2号192頁〔権利能力なき社団による所有
権移転登記手続請求訴訟〕

〔事案の概要〕 権利能力なき社団である消防団Xの資産とされている土地建物について、その登記名義はBら11名の共有名義となっている。Xは、当該土地建物の登記名義を代表者Aに変更するため、共有持分を有する登記名義人Bを家督相続したCの三女であるYに対し、代表者A

への各持分移転登記手続を求めた。第 1 審は、建物持分についての請求を認容し、土地持分についての請求を棄却。X のみが土地持分に係る判断について控訴したところ、原審は土地持分に関する第 1 審判決を取り消し、請求を認容した。

〔判旨〕 上告棄却。「訴訟における当事者適格は、特定の訴訟物について、誰が当事者として訴訟を迫行し、また、誰に対して本案判決をするのが紛争の解決のために必要で有意義であるかという観点から決せられるべき事柄である。そして、実体的には権利能力のない社団の構成員全員に総有的に帰属する不動産については、実質的には当該社団が有しているとみるのが事の実態に即していることに鑑みると、当該社団が当事者として当該不動産の登記に関する訴訟を迫行し、本案判決を受けることを認めるのが、簡明であり、かつ、関係者の意識にも合致していると考えられる。また、権利能力のない社団の構成員全員に総有的に帰属する不動産については、当該社団の代表者が自己の個人名義に所有権移転登記手続をすることを求める訴訟を提起することが認められているが（最高裁昭和45年（オ）第232号同47年6月2日第二小法廷判決・民集26巻5号957頁参照）、このような訴訟が許容されるからといって、当該社団自身が原告となって訴訟を迫行することを認める実益がないとはいえない。」「そうすると、権利能力のない社団は、構成員全員に総有的に帰属する不動産について、その所有権の登記名義人に対し、当該社団の代表者の個人名義に所有権移転登記手続をすることを求める訴訟の原告適格を有すると解するのが相当である。そして、その訴訟の判決の効力は、構成員全員に及ぶものと解されるから、当該判決の確定後、上記代表者が、当該判決により自己の個人名義への所有権移転登記の申請をすることができることは明らかである。なお、この申請に当たって上記代表者が執行文の付与を受ける必要はないというべきである。」

第2節 権利能力なき社団による登記請求訴訟についての下級審判決

登記請求訴訟における権利能力なき社団の原告適格について、④判決が肯定するまで、下級審においては判断が分かれていた。以下、権利能力なき社団の原告適格を肯定した判決でその法律構成についても言及したもの（⑤判決）、原告適格を否定したもの（⑥判決。もっとも、権利能力なき社団名義又は肩書付での代表者名義の登記を求めた事案である）を紹介する。

⑤大阪高判昭48・11・16高民26巻5号475頁（社団の当事者適格を肯定）⁽⁴⁾

〔事案の概要〕 権利能力なき社団であるXが、Y名義の登記がされている土地について、Yに対し総有権の確認を求めるとともに、X代表者の個人名義への所有権移転登記手続を求めた（控訴審において、訴えの変更によりこれらの請求がなされた）。

〔判旨〕 請求認容。権利能力なき社団の資産は構成員全員の総有に属するが、究極的には管理処分権能が社団に帰属する旨を述べ、社団自身は登記名義人とはなれないが、「社団が自己のため手続上可能な登記すなわち、社団の資産たる不動産につき代表者個人を登記権利者とする登記手続を第三者に対して求めることができ、これまた登記請求権の一形態であると解すべきである」として、社団の登記請求権を肯定した。なお、①判決が、社団が登記請求権を有しない旨を判示したことについては、「通常の場合のように自己の名義に登記を求めることができないことを説示したにすぎない」とした。さらに、当該請求が認容された場合の判決の効力については、「代表者は、民訴法201条1項〔現115条1項4号、筆者注〕にいう当事者のための請求の目的物を所持する者に準じて、判決の効力を受け、右判決に基づきみずから登記申請をすることができるものと解すべきである。また、社団を当事者とする前記確認および登記手続請求の訴訟におけ

(4) その他に権利能力なき社団の原告適格を肯定したものとして、東京地判昭36・2・15判時255号28頁、東京地判昭37・2・3ジュリ250号判例カード206等参照。

る判決の既判力は、社団の構成員に及ぶものではないが、社団勝訴の確定判決があれば、これによつて構成員の権利は対外的に確保されるのであるから、重ねて構成員が第三者に対して各自の収益権能の確認を求める前記のような訴等を提起する必要はなくなるのである。」と述べた。

⑥東京地判昭41・3・30判タ191号176頁⁽⁵⁾ (社団の当事者適格を否定)

〔事案の概要〕 権利能力なき社団 X が、Y に対し、権利能力なき社団の土地建物について、主位的に X のために、予備的に代表者 A のために所有権移転登記手続を求めた。

〔判旨〕 訴え却下。「実質的に考えても、権利能力のない社団は、それ自体としては元来私法上の権利主体となりえないうえに、権利能力のない社団のために登記をすることになると、権利能力のない社団たるの実質を有するかどうかを登記官吏は審査しなければならないところ、登記官吏は実質的審査権を有せず、単に形式的審査権しか有しないから、申請書に権利能力のない社団と表示してくる限り、かかる社団の実質を有しないものまで、登記官吏は常に右申請を受理しなければならず、実体に合わない登記がなされるおそれがあり、かくては登記の表示に対する信頼を害し、不動産取引の安全を保護しようとする不動産登記法の建前に矛盾することとなる。」として、権利能力なき社団の当事者適格を否定した。社団名義及び代表者の肩書付きの個人名義が認められていない実務運用に沿う判断である。

第3節 判例理論の分析

次に、ここまで概観した裁判例の分析を本稿でも行っておきたい。ここではまず、一連の最高裁判決が共通の前提としている点を抽出し、次に、代表者、登記名義人とされた者及び権利能力なき社団自身の原告適格を肯定する一連の判決が、それぞれいかなる根拠により原告適格を肯定した

(5) ①判決の事案の権利能力なき社団 A 自身が、原告となった事案である。

か、各判決の差異を明らかにしながら検討する。

1. 総有的帰属

まず、権利能力なき社団が有する財産の実体法上の帰属について、判例は、「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」として、最一小判昭32・11・14民集11巻12号1943頁、最一小判昭39・10・15民集18巻8号1671頁（以下、それぞれ「昭和32年最判」、「昭和39年最判」とする）以降、一貫して総有説を採用している。この総有的帰属という法律構成を採用する限り、当該財産に関する権利義務も、実体法上は構成員全員に総有的に帰属すべきものとなる。この点は、①判決（昭和47年最判）、②判決（昭和55年最判）からも明らかである。特に①判決は、権利能力なき社団に登記請求権が帰属することを明確に否定して⁽⁶⁾おり、また、②判決も、権利能力なき社団に権利主体性が認められないことを理由に、権利能力なき社団の所有権確認請求を棄却している（他方で③判決（平成6年最判）では、総有権の確認を求める訴えは否定されていない）。このことから、構成員に総有的に帰属する財産に関する請求権は、実体法上構成員全員に帰属する、という定式も、判例上維持されているといえる。

その結果、当該財産に関する訴えについて、権利能力なき社団に原告適格が肯定されるとすれば、社団がその訴訟で行使する権利は、（訴訟当事者ではない）第三者たる構成員全員の権利である、ということになる。

なお、④判決（平成26年最判）は総有的帰属という立場から権利能力なき社団の権利主体性を肯定したものであると解する見方もあること、それに関連して、現在もなお総有説を維持すべきか否かという問題が存するこ

(6) なお、①判決が、権利能力なき社団に「社団名義への移転登記請求権」が帰属することを否定したものであるか、「代表者名義への移転登記請求権」が帰属することを否定したものであるかが、⑤判決（昭和48年大阪高判）との関係で問題となり得る。もっとも①判決は、権利能力なき社団が私法上の権利義務主体となることができないことを理由に、登記請求権の帰属を否定していることから、登記請求権一般の権利帰属主体性を否定していることは明らかである。

とについては、第 4 章で後述する。

2. 当事者適格の判断基準

③判決及び④判決は、当事者適格の判断基準について、「訴訟における当事者適格は、特定の訴訟物について、誰が当事者として訴訟を迫行し、また、誰に対して本案判決をするのが紛争の解決のために必要で有意義であるかという観点から決せられるべき事柄である」という基準を採用して⁽⁷⁾いる。この判断基準は、実体法上の権利義務の帰属主体を基準にせず、訴訟法上の観点を考慮するものであり、訴訟物たる権利関係の主体が当事者であるとする実体的当事者概念ではなく、当事者をその名において訴えまたは訴えられる者として把握する形式的当事者概念を基礎とするものである。もっとも、形式的当事者概念は、当事者概念を統一的に説明することを可能とした利点がある一方で、誰が当事者たるべきかをなんら指示することがないため、その概念内容が無内容だという弱点があることから、判例はこの基準を当事者適格の判断基準として採用している⁽⁸⁾のである。

権利能力なき社団が有する財産が構成員全員に総有的に帰属することを前提に、判例は、権利帰属主体ではない、代表者、登記名義人とされた者、及び、社団自身が当事者として訴訟を迫行し、また、それらの者に対して本案判決をするのが紛争の解決のために必要で有意義である、として当事者適格を肯定している。もっとも、それらの者が訴訟を迫行し本案判決を受けるのが、なぜ必要かつ有意義であるかについては、当該当事者ごとに理由が異なる。

3. 原告適格を肯定する根拠ないし法律構成⁽⁹⁾

それでは、上記一連の最高裁判決は、具体的にどのような根拠ないし法

(7) 本稿で紹介した判決以前にこの基準を採用したものとして、業務執行組員の任意的訴訟担当資格が問題となった、最大判昭45・11・11民集24巻12号1854頁参照。

(8) 高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上 [第2版補訂版]』241頁(有斐閣、2013)。

律構成により、権利帰属主体ではない者らに当事者適格を肯定しているのだろうか。権利能力なき社団の代表者（①判決）、権利能力なき社団において登記名義人とされた者（③判決の登記請求に係る部分）、権利能力なき社団自身（③判決の総有権確認請求に係る部分、④判決）に原告適格を認めるにあたり、最高裁判決は以下のような法律構成を採用していると考えられる。

（１） ①判決（昭和47年最判）——権利能力なき社団の代表者が登記請求訴訟の原告となる場合

まず、①判決は、権利能力なき社団の新代表者から旧代表者への所有権移転登記手続請求訴訟において、社団構成員の総有に属する不動産が「信託的に」代表者個人の所有とされ、新代表者は受託者の更迭の場合に準じ登記請求をすることができるとして、代表者の原告適格を肯定する。もっとも、③判決の調査官解説⁽¹⁰⁾はこの判旨について、「代表者個人名義の登記の根拠を社団の構成員全員のための信託的所有と解することの論理的帰結として、新代表者はその地位に就くことにより他に何らの手続を要せずに当然に受託者の地位に就き、その結果、実体法上の登記請求権が新代表者に帰属するとの理論構成によっているように見える」と指摘する。すなわち、①判決において代表者が訴訟上行使することが認められた実体法上の

（９） ここでの分析については、中本香織「判批」早法91巻2号73頁以下（2016）参照。

（10） 田中豊「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇平成6年度』416頁（法曹会、1997）。なお、①判決の調査官解説である吉井直昭「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇昭和47年度』627頁（法曹会、1974）も、①判決は「代表者個人名義の登記の根拠を信託的所有と解する結果」、受託者の更迭に準ずると解するものとしており、信託的所有という構成は、不動産の所有権全体についてではなく、あくまで登記名義についてのみに妥当するものであると考えられる。

さらに、①判決が「信託的」所有とした点について、信託であれば、代表者個人は独立の権利主体の名義者として自己名義で登記をすることができ、代表者個人による権利主体性を強調すると信託的構成をとらざるを得ないと解するものとして、浦野雄幸『判例不動産登記法ノート（第1巻）』92頁（テイハン、1988）。

権利は、代表者自身に帰属する登記請求権であり、構成員全員に総有的に帰属する権利ではない。

そして、①判決が、「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つて登記をすることができるものと解すべき」と述べること、及び、前記調査官解説の指摘を考慮すると、信託的所有が代表者の原告適格の直接の根拠とされているのではないように思われる。すなわち、①判決はあくまで、社団構成員の総有に属しているはずの不動産の登記名義を代表者個人名義にできるとする根拠を、実体法上、信託的所有として解したにすぎず、訴訟法上の原告適格自体は、当事者適格の一般的な判断基準に従い肯定していると考えられる。このように、登記名義の根拠を信託的所有と解し、代表者の交替を受託者の更迭に準じて扱うことで、受託者の更迭（変更）の場合には旧受託者に帰属していた全ての信託上の権利義務等⁽¹¹⁾が新受託者へと移転する、という法律構成を用いることができ、旧代表者は当然に、新代表者に対し登記を移転する義務を負う、との結論を導くことができる。

なお、③判決を踏まえ、①判決は③判決が訴訟担当であるとしている点を、「信託」ないし「受託者」として説明したものと解することができる、と指摘する見解も⁽¹²⁾見受けられる。しかし、①判決における登記請求権の帰属主体は代表者自身であり、他方で、後述のように、③判決は構成員全員が権利帰属主体であることを前提に訴訟担当構成を採用していることからすると、この 2 つの判決の間では、訴訟上行使されている権利の帰属主体が異なる。また、任意的訴訟担当として構成する場合、権利帰属主体から

(11) 信託法75条1項（旧法50条1項）及び新井誠『信託法 [第4版]』218頁（有斐閣、2014）参照。

(12) 田邊誠「判批」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選 [第4版]』23頁（2010）。

訴訟担当者とされる者への訴訟追行の授權を要するところ、③判決においては権利能力なき社団の規約等に定められた手続により明白に授權がなされていると認められるが、①判決の事案においては、何を以て訴訟追行の授權があったといえるかが明らかでなく、③判決と同様に任意的訴訟担当構成を採用したものと解することは困難である⁽¹³⁾。

加えて、①判決の理論構成による場合の判決の効力の帰趨について触れておきたい。①判決の理論構成を採用する場合、③判決や④判決と異なり、権利能力なき社団に対する判決の効力が構成員に及ぶか否かは、判文上明らかでない。①判決は代表者にのみ判決の効力が及ぶことを当然の帰結とするものである、と解する場合、構成員全員に判決の効力が及ばないことから、後に構成員は登記請求権の有無を争うことができることになるため、代表者に原告適格を肯定した意義は小さいとも考えられる。しかし、信託的所有を登記の根拠とすることを前提に代表者の原告適格が肯定できるのであれば、実体法上、登記請求権は他の構成員には帰属せず、そもそも代表者以外の構成員は、登記請求訴訟の原告適格を有しないと解することができる。そうすると、①判決の構成を採用する場合、代表者以外の構成員は後に登記請求権の有無を争うことはできないと解することになり、③判決や④判決のように判決の効力を構成員全員に及ぼすまでもないのである。

（２） ③判決（平成６年最判）——権利能力なき社団による総有権確認訴訟の可否、権利能力なき社団において登記主義人とされた者が登記請求訴訟の原告となる場合

（ア） 総有権確認訴訟における権利能力なき社団の原告適格について

③判決は第一に、総有権確認訴訟における権利能力なき社団自身の原告適格を肯定している。本稿で引用した判旨の前段部分は権利能力なき社団

(13) なお、黙示的な授權を認め、任意的訴訟担当構成を採用したと解することは困難である点について、第３章第２節参照。

の原告適格について、後段部分は代表者の訴訟追行権限について述べるものである。権利能力なき社団たる入会団体の原告適格を導くにあたっては、団体的色彩の濃い共同所有形態という性質を挙げるのみであるが、後段では当該訴訟の「確定判決の効力は構成員全員に対して及ぶ」、と判示している。そのため、③判決は訴訟担当構成により X₁組合の原告適格を肯定したものである、と解する見解が多い。⁽¹⁴⁾ もっとも、次の (イ) についての判示部分と異なり、X₁組合の原告適格の判断にあたって、構成員からの授權の要否が問題とされていないことから、ここでの判旨が任意的訴訟担当を肯定したものと解するのは困難である。また、法定訴訟担当と解する場合には、具体的にいかなる条文に依拠するのが明らかではない。これらを踏まえて、私見は、③判決が権利能力なき社団固有の原告適格を肯定したものであると考えるが、その具体的内容については第 4 章で検討する。⁽¹⁵⁾

なお、権利能力なき社団の原告適格を肯定するに伴い、代表者の訴訟追行権限に関し、規約等による授權が必要であることについても判示されている。これは、代表者の権限に関する法律上の定めがない権利能力なき社団においては、代表者の代表権限の範囲を明確にする必要がある、という限度での授權である。よってこの授權は、代表者の任意的訴訟担当資格の根拠となるものではない（当事者はあくまで権利能力なき社団であり、代表者ではない）。

(14) 山本克己「判批」平成 6 年度重判解（ジュリ臨増1068号）119頁（1995）、「解釈による訴訟担当」と解するものとして、高橋宏志「判批」法教174号75頁（1995）、小島武司「判批」リマークス11号132頁（1995）、任意的訴訟担当と解するものとして、上野泰男「判批」伊藤眞ほか編『民事訴訟法判例百選 [第 3 版]』33 頁（2003）。

(15) 田中・前掲注（10）406頁は、「入会権（総有権）確認請求訴訟については、このような入会団体固有の事件と捉える方が事の実体を反映しているのではないか」として、訴訟担当構成ではなく固有適格構成を示唆する。

（イ） 権利能力なき社団において登記名義人とされた者の登記請求訴訟における原告適格について

さらに③判決は、権利能力なき社団である入会団体において社団の規約等により登記名義人とされた者に、登記請求訴訟の原告適格を肯定する。その理由として、登記名義人とされたことで、当該構成員が登記請求訴訟の訴訟追行の授權を受けたと解されること（③判決の事案では、実際に授權が認定されている）、弁護士代理の原則や信託法上の訴訟信託の禁止に反しないことを挙げる。ここで挙げられている理由から、③判決は、当該構成員に任意的訴訟担当として原告適格を肯定していると解されている⁽¹⁶⁾。そうすると、民訴法115条1項2号により、当該訴訟の判決の効力は権利帰属主体たる社団構成員全員に及ぶことになる。

（3） ④判決（平成26年最判）——権利能力なき社団が登記請求訴訟の原告となる場合

さて、本稿の主題である、権利能力なき社団の登記請求訴訟における原告適格を肯定したのが、④判決である。既に述べたように、④判決の判旨からは、いかなる理論構成により社団自体に登記請求訴訟の原告適格が認められるのか、明らかでない。本判決の評釈においても、本判決が「その訴訟の判決の効力は、構成員全員に及ぶものと解される」と述べることから、訴訟担当として原告適格を肯定したものであると解する見解も多い⁽¹⁷⁾が、固有適格構成に親和的であると解する見解も存する⁽¹⁸⁾。

(16) この点について、田中・前掲注(10)417-418頁を始め、③判決の評釈は、任意的訴訟担当であるとの解釈で一致している。

(17) 我妻学「判批」法の支配176号120頁（2015）、川嶋隆憲「判批」法研88巻3号66頁（2015）、西内康人「判批」平成26年度重判解（ジュリ臨増1479号）68頁（2015）、田邊誠「判批」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選〔第5版〕』25頁（2015）。

(18) 大江毅「判批」新・判例解説 Watch（法セ増刊）15号152頁（2014）、川嶋四郎「判批」リマークス50号113頁（2015）、松原弘信「判批」判評673号30頁（判時2244号160頁）（2015）、堀野出「判批」平成26年度重判解（ジュリ臨増1479号）130

私見は固有適格構成を支持し、④判決も権利能力なき社団の固有適格を肯定したものであると解するが、法律構成についての詳しい検討は第 4 章で行うこととし、ここでは、権利能力なき社団の原告適格を肯定するために挙げられた理由について、④判決を読み解くこととする。

④判決は、権利能力なき社団の原告適格の根拠として、訴訟政策的な点を 2 点述べるのみである。

まず 1 点目が、「実体的には権利能力のない社団の構成員全員に総有的に帰属する不動産については、実質的には当該社団が有しているとみるのが事の実態に即していることに鑑みると、当該社団が当事者として当該不動産の登記に関する訴訟を追行し、本案判決を受けることを認めるのが、簡明であり、かつ、関係者の意識にも合致している」、という点である。ここでいう「実質的には」社団が不動産を有している、ということの意味は、本件各不動産が実体的に（＝実体法上）は「構成員全員に総有的に帰属する」が、経済的・社会的活動上（＝事実上）は社団が不動産を有している、ということにすぎない。実体法上の権利帰属からすると、登記請求の対象となる不動産は社団の構成員全員に帰属するが、当該不動産は構成員が権利能力なき社団の一員として占有・使用するのが通常である。④判決のいう「実質的」とは、権利能力なき社団に当事者適格を認める理由の一つにすぎず、権利帰属主体を構成員から社団へ変更するものでもなければ、両者が並んで権利帰属主体となることを認めるものでもない。

また、「簡明」であり「関係者の意識にも合致している」とは、当事者能力に関する民訴法 29 条の延長線上で、原告適格を肯定することを示す記述であるように思われる。権利能力なき社団が活動するにあたり、構成員全員に総有的に帰属する不動産に関し紛争が生じた場合、構成員各人ではなく社団自身が訴えまたは訴えられることが認められなければ、社団構成員全員が揃って訴えを提起しなければならず、また、相手方も構成員全員

を探知して訴えを提起しなければならない。民訴法29条の第1の趣旨は、このような不合理な事態を回避し、訴訟法律関係を単純化することにある。この訴訟提起時の原告側の負担を考慮すれば、社団自身に訴訟追行及び本案判決を受けることを認めるのが「簡明」だとの趣旨であると考えられる。加えて、対外的活動を団体として行っているのであるから、団体を訴訟当事者とする方が实际的で、構成員やその他の関係者の期待に合致する。同条の第2の趣旨は、このような団体自身の便宜であり、「関係者の意識にも合致している」とは、この第2の趣旨に沿うものである。⁽¹⁹⁾

このように、原告適格を導き出す第1の根拠は、民訴法29条の趣旨に沿う記述である。もっとも④判決は、同条を直接の根拠にして権利能力なき社団の原告適格を肯定しているとはいえないであろう。確かに、29条により権利能力なき社団に当事者能力が肯定されたとしても、その先に当事者適格を認める余地がなければ、わざわざ当事者能力を認める意味がない。しかし、29条から直接に当事者能力を超えて当事者適格まで認め得るというより、29条のふりいを経た社団の当事者適格が、個々の訴訟物との関係で当事者適格の一般的な判断基準に従い決せられる、と解されるべきである。④判決は、構成員全員に総有的に帰属する不動産を、実質的に社団が有していることを考慮し、「簡明」「関係者の意識にも合致している」と述べる。これは、不動産（財産）を経済的・社会的に社団が有していると評価できる場合であれば、29条によって当事者能力が認められる権利能力なき社団に、当該財産に関する権利関係が訴訟物となっている訴訟の当事者適格まで認め得る場合があることを示すものであるといえる。

2点目は、代表者が原告となる方法が認められるとしても、「当該社団自身が原告となって訴訟を進行することを認める実益がないとはいえない

(19) 民訴法29条の趣旨については、伊藤眞『民事訴訟の当事者』27頁（弘文堂、1978）、兼子一原著・松浦馨ほか『条解 民事訴訟法〔第2版〕』171頁〔新堂幸司＝高橋宏志＝高田裕成〕（弘文堂、2011）等参照。

い」、という点である。最高裁は、「実益」がある、とまでは断定していないが、実益が認められるとした場合、その内容としてどのようなことが考えられるだろうか。

まず、④判決が、権利能力なき社団に原告適格を肯定するための法律構成として、仮に③判決のような訴訟担当構成を採るものではなく、社団自身の固有の適格を認めるものであるとすれば、③判決のような特別の授権は不要である（少なくとも④判決はそのような授権を要求しない）。構成員が多数いる場合には社団への授権の立証が容易ではないことも考慮すると、④判決の方が、原告適格を肯定するための要件が簡易である⁽²⁰⁾。また、①判決の信託的所有という構成を前提とすれば、代表者に原告適格を肯定する場合、判決の効力は当事者たる代表者のみに及ぶと考えられる⁽²¹⁾。④判決は構成員全員に判決の効力が及ぶことを前提としていることを考慮すると、判決の効力という点で、①判決の構成よりも、権利能力なき社団自身に原告適格を肯定する方が有益であるといえよう。

その他に、登記請求訴訟において社団の原告適格が肯定されれば、(a) 代表者交替の場合、新代表者名義へ移転登記手続を求める訴えの変更をすれば足りること、(b) 代表者の事故の場合、特別代理人の選任により訴訟を続行することが可能であること、(c) 明渡請求訴訟と登記請求訴訟を併合提起する場合、いずれの訴訟についても社団が原告となることができること、(d) 代表者以外の構成員が登記名義人とされ、当該構成員が訴訟進行に消極的である場合に有用であること等が、「実益」として指摘さ

(20) 登記名義人たるべき者が社団内部で何らかの意味で定まっていることは、誰が原告になるにせよ必要であり、それが定まっている以上は、登記名義人たるべき者は訴訟進行権限を有するものとして扱われる（①判決、③判決）ことからすると、社団が原告になる方が簡便とは言えないのではないか、と指摘するものとして、畑瑞穂「権利能力のない社団による不動産登記手続請求—最判平成26・2・27民集68巻2号192頁」法教422号21頁（2015）参照。

(21) もっとも、①判決の構成により代表者の訴訟進行権を肯定する場合、構成員全員には当事者適格が認められないと考えられることについては、①判決の分析（本節3（1））を参照。

⁽²²⁾
れている。

（４）⑤判決（昭和48年大阪高判）の法律構成——権利能力なき社団が登記 請求訴訟の原告となる場合

下級審裁判例においても、権利能力なき社団に登記請求訴訟の原告適格を肯定したものがいくつかみられる。その中でも⑤判決は、権利能力なき社団に対する判決の効力が及ぶ者について言及している点で、権利能力なき社団の原告適格を認める法律構成を検討する際に参考となる。

⑤判決は、権利能力なき社団の代表者が「請求の目的物を所持する者」（民訴法115条1項4号）に該当し、社団に対する判決の効力が当該代表者に及ぶことを肯定する。学説上も、本来は権利能力なき社団のものである不動産には団体名義で登記する方法がなく、代表者名義か構成員の共有名義で登記せざるを得ないという事情が存することから、名義人たる代表者あるいは構成員は、民訴法115条1項4号にいう「請求の目的物を所持する者」⁽²³⁾に該当し、既判力が及ぶ、と解する見解が存する。もっとも、最高裁判例は、執行力に関するものであるが、こうした法律構成に否定的である。⁽²⁴⁾

また、⑤判決は、訴訟当事者である権利能力なき社団に原告適格を肯定する根拠として、④判決のように、実質的には社団が訴訟の目的たる不動産の所有権を有するのと異なることを挙げている。さらに、①判決が社団の登記請求権を否定した趣旨については、社団名義に登記を求める権利を否定したにすぎないとして、代表者個人名義への登記を求めるという意味での登記請求権が社団に帰属することを肯定する。そうすると⑤判決は、訴訟担当としてではなく、社団自身の固有の原告適格を肯定したものと解することができる。

(22) 武藤・前掲注（３）277頁。なお、川嶋（隆）・前掲注（17）64-65頁も参照。

(23) 伊藤・前掲注（19）32頁。

(24) 最三小判平22・6・29民集64巻4号1235頁（以下、「平成22年最判」とする）。

なお、代表者又は登記名義人とされた構成員にも判決の効力が及ぶ根拠を民訴法115条1項4号に求める点について、当該代表者又は構成員が「請求の目的物の所持者」であるとしても、判決の効力はその者（と訴訟当事者である社団）にのみ及び、その他の構成員には及ばない、としている。同判決は、社団勝訴の判決があれば、対外的には構成員の権利が確保されることから構成員へ判決の効力が及ぶ必要性はないとするが、構成員全員からの再訴や、それによる矛盾判決のおそれが訴訟の相手方に生じ得ることを考慮すると、構成員全員にも判決の効力を及ぼす必要性はなお存する（この点については第3章第3節を参照）。したがって、登記名義人たるべき者にのみ社団に対する判決の効力が及ぶことを肯定する⁽²⁵⁾判決の法律構成は、支持できない。

4. 小括

このように、登記請求訴訟については、判例上異なる3者に原告適格が肯定されている。③判決の総有権確認訴訟についての判断部分を含め、「実体法上誰に帰属する権利」を「訴訟上誰が行使するか」、という点に着目して一連の最高裁判決の分析をまとめると、以下のようになる。

- (i) ①判決（昭和47年最判）：実体法上代表者に帰属する登記請求権を、訴訟上も代表者が行使することを肯定。
- (ii) ③判決（平成6年最判）：実体法上は構成員全員に総有的に帰属する総有権（入会権）を、訴訟上は入会団体（権利能力なき社団）が行使することを肯定。同じく実体法上は構成員全員に総有的に帰属する登記請求権を、訴訟上は登記名義人とされた構成員が行使することを肯定〔任意的訴訟担当〕。
- (iii) ④判決（平成26年最判）：実体法上は構成員全員に総有的に帰属する

(25) 武藤・前掲注(3)304頁注63も、④判決が、権利能力なき社団に対する判決の効力が構成員全員に及ぶことを肯定した点について、115条1項4号を根拠にしたとみることは相当でない、とする。

登記請求権を、訴訟上は権利能力なき社団が行使することを肯定。

特に③判決及び④判決から明らかであるのは、訴訟物たる権利関係が、訴訟当事者ではない第三者に帰属するものであっても、判例は具体的な要件に言及することなく、権利能力なき社団自身に訴訟追行権を肯定するに至っている、ということである。

第3章 従来の学説からの検討

第1節 学説の概要

権利能力なき社団に当事者適格を肯定する学説として、従来、社団固有の当事者適格を肯定する固有適格構成と、社団に訴訟担当者としての当事者適格を肯定する訴訟担当構成とが主張されてきた。前者は兼子説⁽²⁶⁾に由来するものであり、社団固有の適格を肯定する結果、構成員には判決の効力が及ばない、と解するものである。他方後者は、そのような固有適格構成の帰結では紛争解決に資さないことから、社団は構成員の訴訟担当として当事者適格を有すると構成することで、構成員へ判決の効力が及ぶことを認める点をメリットとする。前者の固有適格構成が伝統的な通説とされているが、最高裁判決が、構成員に判決の効力が及ぶことを認めることから、その理由を説明しやすい訴訟担当構成も近年有力に主張されている。もっとも、④判決（平成26年最判）以前から、固有適格構成側から判決の効力を構成員に及ぼす見解も示されており、依然として学説上の議論は絶えない。

本章では、訴訟担当構成と固有適格構成それぞれの分析を行うとともに、特に固有適格構成の立場から、判決の効力を構成員に及ぼす解釈の可能性について検討する。

(26) 兼子一『新修 民事訴訟法体系 [増訂版]』111頁（酒井書店、1965）。

第 2 節 訴訟担当構成の検討

1. 訴訟担当構成

権利能力なき社団を担当者、実体法上の権利帰属主体である構成員全員を被担当者として、権利能力なき社団に当事者適格を肯定しようとするのが、訴訟担当構成である。もっとも、訴訟担当構成を支持する論者や、判例が訴訟担当構成を採用するものであると解する論者においても、法定訴訟担当と解するか任意的訴訟担当と解するかについては見解が分かれる。

(1) 任意的訴訟担当構成

任意的訴訟担当と解する場合には、登記請求権を有する社団の構成員全員からの授権により、権利能力なき社団が原告となり、移転登記⁽²⁷⁾を求める訴えを提起することができる、と解することになる。しかし、権利能力なき社団に原告適格を肯定した判例⁽²⁸⁾は、構成員から権利能力なき社団への授権を全く問題にしていないことから、任意的訴訟担当構成を採用していないと考えられる。

なお、③判決（平成 6 年最判）においては、構成員全員の合意に基いて社団が設立された時点で、任意的訴訟担当に必要な授権が一般的なかたち⁽²⁹⁾でなされたと考えるのが妥当であるように思われる、との見解も存する。しかし、判例上その要件の充足が厳格に要求されている任意的訴訟担当で、そのような黙示的な授権を任意的訴訟担当の授権として肯定できるのか、いささか疑問である。⁽³⁰⁾

(27) 田邊・前掲注 (12) 23 頁。

(28) 前掲②判決（昭和 55 年最判）、③判決（平成 6 年最判）、④判決（平成 26 年最判）。

(29) 上野・前掲注 (14) 33 頁。

(30) 権利能力なき社団が提訴を前提として形成されたものではないことから、訴訟担当の授権の理解としては抽象的であると指摘するものとして、山本和彦「判批」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選〔第 5 版〕』27 頁（2015）参照。

（２） 法定訴訟担当構成

次に、法定訴訟担当と解する見解については、何を以て訴訟担当であることが法定されていると解するかが、論者によって異なる。

まず、具体的な条文に依拠するものとして、民訴法29条を法定訴訟担当の根拠とする見解が挙げられる。すなわち、同条は、権利能力なき社団が原告となる訴訟において、訴訟物たる権利の実体法上の帰属主体と訴訟の当事者とは食い違うことを予定しているのであり、単に権利能力なき社団の当事者能力を定めただけの規定ではなく、社団に対し、社団構成員全員に代わって訴訟を進行する権限を与えた規定である、という⁽³¹⁾。民訴法29条は権利能力なき社団に当事者能力のみを認める規定であるとして、その先に当事者適格を認める余地がなければ、わざわざ権利能力なき社団に当事者能力を認める意味がないのは確かである。しかし、同条が個々の訴訟物を離れて、一般的に権利能力なき社団に当事者適格まで認めている規定と解釈するのは行き過ぎの感があり、既に述べたように、当事者適格は個々の訴訟物との関係で一般的な判断基準に従い決せられる、と解されるべきものである⁽³²⁾。

ところで、平成22年最判（前掲注（24））の田原睦夫補足意見が、権利能力なき社団の債権者が、社団に代位して（社団自体に登記請求訴訟の原告適格が認められない場合には、登記名義人とされた者に代位して）移転登記手続を請求する、という代位構成を示唆している。これを受けて東京高判平22・12・24判タ1351号162頁（以下、「平成22年東京高判」とする）が、社団

(31) 長井秀典「総有的所有権に基づく登記請求権」判タ650号26頁（1988）。なお、坂田宏「当事者能力に関する一考察—非法人の当事者能力に関する議論を中心に—」法学68巻1号15頁（2004）は、同条は第三者の訴訟担当を予定している条文であると述べ、山本克己「入会地管理団体の当事者能力・原告適格—最三小判平成6年5月31日民集48巻4号1065頁」法教305号111頁（2006）も、坂田教授の見解を踏まえて、民訴法29条が法定の訴訟担当資格を与えた規定である、との解釈を提示する。

(32) この点については、中本・前掲注（9）73頁も参照。

債権者による登記請求権の代位行使を肯定している。そこで、権利能力なき社団が登記請求訴訟を提起する場合においても、社団が登記名義人たる代表者又は登記名義人とされた構成員に代位して請求する、というような債権者代位構成によって、権利能力なき社団の原告適格を肯定することはできないだろうか。権利能力なき社団は、社団自身に登記をせよと求めているのではなく、請求の趣旨としては、代表者又は登記名義人とされた構成員に登記をすることを求めているのであるから、債権者代位権の転用型事例と同視することができるようにも思える。

しかし、権利帰属主体とはなり得ない社団に、代表者に対する債権が実体法上帰属すると考えることは、権利帰属主体性が否定されることと矛盾するものであることからすると、社団債権者とは異なり、権利能力なき社団と代表者又は登記名義人とされた構成員との間に、債権者代位権行使の要件である債権関係を認めるのは困難である。⁽³³⁾なお、代位構成を肯定する平成22年東京高判は、「登記名義人と定められた構成員又は代表者と当該社団との間において、当該社団の規約等に基づいて負担する上記登記手続請求を行う登記名義人と定められた構成員又は代表者の義務を觀念することができる」としている。この記述を前提とすれば、同義務の裏返しとして、社団は登記名義人と定められた構成員又は代表者に対する登記請求権を有することになるが、判例は、登記請求権は権利能力なき社団に帰属しない⁽³⁴⁾と解していることから、当該記述は判例理論とは矛盾するものであるように思われる。

また、平成22年最判の田原補足意見はこの点について、問題となる登記請求訴訟の当事者適格が社団に認められるか否かにより、執行債務者が社団に代位するのか、登記名義人とされた者に代位するのかを決している。そのため同補足意見は、平成22年東京高判とは異なり、登記請求権が権利

(33) 山本克己「判批」金法1929号46頁(2011)も、社団の請求権が觀念できるかどうか、及び、社団について無資力が要求されるかの検討が必要であると指摘する。

(34) 前掲①判決(昭和47年最判)。

能力なき社団に帰属することを前提とするものではないと考えられる。

加えて、法定訴訟担当構成について最も注目すべき見解が、「解釈による法定訴訟担当」構成であり、判例はこの構成を採用するものであると解する論者が多い⁽³⁵⁾。もっとも、この見解はその具体的な内容が不明確な嫌いがある。以下、この見解について検討する。

2. 解釈による法定訴訟担当について

「解釈による法定訴訟担当」というネーミングを初めて用いた高橋宏志教授は、権利能力なき社団が権利主体たる構成員とは別個の主体だとする従来の判例の立場を貫いた平成6年判決の法律構成が、解釈による法定訴訟担当を採用したものであると解する。もっとも、「解釈による法定訴訟担当」という構成が如何なる内容を有するものであるかについては、おそらく、法律の条文に根拠を求めない⁽³⁶⁾、というものであると考えられるが、その他に特に説明はなされていない。また、同様に③判決（平成6年最判）が「解釈による法定訴訟担当」を採用したものと解する見解には、総有財産の基礎の上に権利能力のない社団が組織されているという事実を踏まえて、解釈による法定訴訟担当ともいうべきものを導き出している⁽³⁷⁾と解する見解、社団が法人化しない限り、社団に帰属するかに見える権利義務は、実は、構成員に総有的に帰属しているのである、という実体的法律関係を基礎とすれば、⁽³⁸⁾「解釈による法定訴訟担当」であることが自然に理解されると述べる見解が存する⁽³⁹⁾。

(35) 高橋・前掲注(14) 75頁、同・前掲注(8) 190頁、小島・前掲注(14) 132頁、下村眞美「法人でない社団の当事者能力」法教363号12頁（2010）、川嶋（隆）・前掲注(17) 66頁、田邊・前掲注(17) 25頁等。なお、田邊教授は、③判決の判批において任意的訴訟担当構成を示唆しつつも（前掲注(12) 参照）、④判決が「解釈による法定訴訟担当」の構成を採用したものと解している。

(36) 山本（克）・前掲注(31) 109頁注10参照。

(37) 小島・前掲注(14) 132頁。

(38) 下村・前掲注(35) 12頁。

第三者の訴訟担当は、実質的な権利帰属主体に代わり、又はこれと並んで、第三者が訴訟物についての適格をもつ場合⁽⁴⁰⁾であると解されている。権利帰属主体と訴訟追行権者が乖離する場合については、第三者の訴訟担当以外に存しないとの理解が一般的であることから、解釈による「訴訟担当」とする見解が生まれたものであるように思われる。では、この「解釈による法定訴訟担当」を主張する論者が、“権利帰属主体と訴訟追行権者が一致せず、かつ、具体的な条文に基づく法定訴訟担当及び任意的訴訟担当⁽⁴¹⁾どちらの構成も用いることができない場合”は、常に「解釈による法定訴訟担当」であると構成するのかというと、そうではないであろう。権利能力なき社団に帰属するかのように見える財産が構成員全員の総有財産であることに着目した上でこの見解が提唱されていることに鑑みると、「解釈による法定訴訟担当」が妥当し得る場面は、権利能力なき社団が、“社

(39) なお、山本弘「権利能力なき社団の当事者能力と当事者適格」青山善充ほか編『民事訴訟法理論の新たな構築 上 一新堂幸司先生古稀祝賀』870、875頁（有斐閣、2001）は、入会団体は、当該団体に分属する入会地の管理处分権に基いて、入会総有権の確認訴訟を提起する原告適格を有し、この管理处分権は、長い歴史の過程において自然に成立した総有という特殊な所有形態に由来するもので、したがって一種の法定訴訟担当とみるべきであるとし、これを踏まえて一般の権利能力なき社団についても、その訴訟追行権の根拠は共同所有関係の属性に基づく一種の法定訴訟担当と捉えるべきである、とする。山本弘教授によれば、この見解は本文中の「解釈による法定訴訟担当」とは異なる構成である（同論文・890頁注74参照）。また、山本（和）・前掲注（30）27頁も、団体的色彩の濃い権利形態という入会権の特質から、団体の実質的な管理处分権を前提として、③判決は当然の法定訴訟担当を認めたもののとの解釈を示唆した上で、その趣旨が④判決にも妥当するという。入会団体の特質に対する両教授の指摘は首肯すべきものであるが、権利能力なき社団の態様（規模の大小や、構成員の人的結合の程度）は多岐にわたることから、果たしてこの解釈が入会団体以外の権利能力なき社団にも妥当するかは疑問である。もっとも、④判決の事例で原告となった権利能力なき社団は、その誕生が江戸時代にまで遡る消防団であることから、団体的色彩の濃い権利形態を有するという点では、入会団体と似た性質を有する社団であるともいえる。

(40) 兼子・前掲注（26）159頁。

(41) 例えば、第三者の法律関係の確認を求める訴訟（転借人が賃貸人に対し、賃借人と賃貸人との間の賃貸借関係の確認を求める訴訟）が、この場合に当てはまる。

会的・経済的には権利能力なき社団が有すると評価できる財産に関する権利関係”が訴訟物である訴訟の当事者となる場合のみである、と解することができる。ただし、このように解することができるとしても、既定の条文に根拠を求めない「法定」訴訟担当という解釈は、容易に首肯しがたい。

第3節 固有適格構成の検討

1. 学説

(1) 通説的見解

次に、訴訟担当構成と異なり、権利能力なき社団の固有の原告適格を認める構成として、固有適格構成が主張されている。学説上の通説とされる固有適格構成は、民訴法29条により権利能力なき社団に当事者能力を認めることは、個別的事件の解決を通じて、権利能力を認めることに帰する、というものである（いわゆる、「事件限りの権利能力⁽⁴²⁾」）。権利能力が肯定されるのであれば、（少なくとも訴訟法上は）権利帰属主体と訴訟追行権者が一致し、権利能力なき社団自身の当事者適格を問題なく肯定できる⁽⁴³⁾。ただしこの見解からは、権利能力なき社団の受けた判決の効力は、当事者である社団について生じるので、当然には構成員に及ばないことになる⁽⁴⁴⁾。

もともと、①判決（昭和47年最判）は、「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

(42) 兼子・前掲注(26) 111頁（ただし登記能力がないことを前提に、登記請求はできないとする）、三ヶ月章『民事訴訟法（法律学全集35）』182頁（有斐閣、1959）、新堂幸司『新民事訴訟法〔第5版〕』150頁（弘文堂、2011）、伊藤眞『民事訴訟法〔第4版補訂版〕』120頁（有斐閣、2014）、高橋・前掲注(8) 186-187頁等。この見解を、八田卓也「入会集団を当事者とする訴訟の形態」法時85巻9号23頁以下（2013）は、「権利主体構成」として分類する。

(43) 額田洋一「権利能力なき社団の当事者能力と当事者適格」山梨学院ロー・ジャーナル9号72頁（2014）も参照。

(44) 固有適格構成の立場から、権利能力なき社団に対する判決の効力を構成員に及ぼす見解については、後掲注(49)、後掲注(84) 参照。

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。」と明確に判示し、また、③判決（平成6年最判）、④判決（平成26年最判）が、権利能力なき社団が受けた判決の効力は構成員にも及ぶとしていることから、判例がこの見解を採用していないことは明かである。学説上も、訴訟担当構成を主張する論者から、権利能力なき社団が訴訟当事者になるや、あるいは判決が言い渡されるや、それまでは構成員に総有的に帰属していた権利義務が唐突にも権利能力なき社団に帰属する、などと説明する必要はない、との批判がなされている⁽⁴⁵⁾。

このように、判例理論からすると固有適格構成を維持することは困難であるように見えるが、④判決の調査官解説はなお、判例が固有適格構成を採用するものであることを示唆する。

（２）④判決の調査官解説

④判決の武藤調査官解説は、④判決が、「実体的には権利能力のない社団の構成員全員に総有的に帰属する不動産については、実質的には当該社団が有しているとみるのが事の実態に即している」と述べていることから、社団と構成員とを隔絶した存在ではなく、権利能力なき社団と構成員を不即不離ないし表裏一体の存在とみた上で、構成員の財産は社団の財産でもあるという理解に立って、固有適格を認めたとの解釈を提示する。もっとも、ここでいう、権利能力なき社団と構成員が「不即不離ないし表裏一体の存在」であるとは、固有適格を結論付けるための理論的な説明としてはやや曖昧ではなかろうか。同調査官解説は、権利能力なき社団と構成員とを「隔絶した存在」と解することに否定的であることから、両者を全く別個の主体であると捉えているわけではない。かといって、両者が主体として一致するものであるとも解しておらず、ここにある種の不透明さが

(45) 下村・前掲注(35) 11-12頁。

(46) 武藤・前掲注(3) 283頁以下。

残る。権利能力なき社団においては、社団と構成員との間に何ら実体的な関係が存しないことから、両者が（隔絶した）全く別個の存在であると認めない場合、その関係性を明確に表現することには困難を伴うのである。⁽⁴⁷⁾

そうすると、後段の「構成員の財産は社団の財産でもある」という理解も、「構成員の財産」と「社団の財産」がイコールで結びつく（ないし、後者は前者を包含する）という内容であるのか否か、両者の関係は依然不明確なままである。

2. 判決の効力を構成員全員に及ぼす必要性

権利能力なき社団においては、構成員全員に総有的に財産が帰属することから、当該財産に係る訴訟を提起する場合、構成員全員が原告となって訴訟を提起することができる（固有必要的共同訴訟⁽⁴⁸⁾）。権利能力なき社団自身に原告適格が認められるとしても、判例・通説を前提とすれば、構成員全員に財産が総有的に帰属することには変わりはない。そのため、構成員全員も原告適格を失わず、権利能力なき社団と並んで原告適格を有する。

このとき問題となるのが、相手方（被告）に対する再訴のおそれである。権利能力なき社団に原告適格が肯定され社団が敗訴した場合、社団に対する判決の効力が構成員全員に及ばないとすれば、構成員は再度、同一の権利関係に係る訴訟を提起することができ、相手方は再度の応訴を余儀なくされ、権利能力なき社団との間になされた前訴判決と矛盾する判断がなされる危険にもさらされることになる。権利能力なき社団自身に原告適格を肯定するのであれば、相手方にこれらの不利益が生じることを防止するため、権利能力なき社団を名宛人としてなされた判決の効力が、構成員全員に及ぶことが必要不可欠である。この点を考慮し、学説上も（訴訟担

(47) 山本（克）・前掲注（31）110頁は、実質的には権利帰属主体でありながら、形式的には帰属主体となり得ないという、判例法理における権利能力なき社団の性質を、「ヌエ的」性格と表現する。

(48) 入会権確認訴訟について、最二小判昭41・11・25民集20巻9号1921頁参照。

当構成を採用する論者はもちろん、固有適格構成を採用する論者も) 何らかの方法で、権利能力なき社団に対する判決を構成員が後に争うことを否定する結論を導く見解が多い⁽⁴⁹⁾。

判例も、権利能力なき社団が総有権確認訴訟を提起することを肯定した③判決、及び、登記請求訴訟における権利能力なき社団の原告適格を肯定した④判決は、権利能力なき社団に対する判決の効力が構成員全員に及ぶことを肯定する。

もっとも、判決の効力が構成員全員に及ぶとする理論的な根拠は、判例も明らかにしていない。この点についても武藤調査官解説は、権利能力なき社団と構成員全員との「不即不離ないし表裏一体という特殊な関係」を理由に、権利能力なき社団が受けた判決の効力が原則として構成員全員に及ぶと解するのが自然であり、紛争の一回的解決にも資する⁽⁵⁰⁾、と述べる。同解説も、相手方の保護及び紛争の根本的解決のために、判決の効力の拡張が要求されると考えているようであるが、この点についてもやはり理論構成は曖昧なままである。

以上のことから、権利能力なき社団固有の当事者適格を肯定するとしても、相手方の保護や紛争の根本的解決の必要性を考慮し、構成員全員へ判決の効力を及ぼすことが必要不可欠である。そこで、固有適格構成の立場⁽⁵¹⁾

(49) 兼子説に由来する固有適格構成(「事件限りの権利能力」説)に立ちつつも、構成員が権利能力なき社団の責任を争えなくなると解するものとして、新堂・前掲注(42)150頁。また、西口元「権利能力なき団体と当事者能力」中村英郎編『民事訴訟法演習』66頁(成文堂、1994)も、通説の固有適格構成に立ちつつ、構成員に既判力が及ばないのであれば紛争の根本的解決にはならず、権利能力なき団体に当事者能力を認めた意義が失われる、として民訴法115条1項2号の適用を肯定し、小島武司『民事訴訟法』140頁(有斐閣、2013)も、権利能力なき社団の提訴許容との関係では、115条1項2号ないし反射効により、構成員に判決効を及ぼすことが一貫した取扱いである、と指摘する。なお、後掲注(84)も参照。

(50) 武藤・前掲注(3)284頁。

(51) 通説とされる固有適格構成は、構成員に判決の効力が及ぶことを否定することから、ここで「固有適格構成」という名称を用いることは不適切であるようにも思

からは、いかなる根拠により構成員全員に（ないし、当事者たる社団以外の者全員に、いわば対世的に）判決の効力を及ぼすことができるか、その根拠が明らかにされなければならない。

3. 昭和44年最判——実体法上の支配干渉権限の有無？

（1）権利能力なき社団による「組織法上の地位」の確認を求める訴え

固有適格構成の立場から判決の効力が構成員全員に及ぶ根拠を検討するにあたり、当事者たる権利能力なき社団以外の者（社団の構成員も含まれる）全員に、判決の効力が及ぶとされた点で参考になる2つの裁判例が存する。それが、(a) 東京高判平26・8・27判時2242号59頁、並びに、(b) 最一小判昭44・7・10民集23巻8号1423頁である。両判決の事案及び判旨は、それぞれ以下のようなものである。

（a）東京高判平26・8・27判時2242号59頁

〔事案の概要〕 権利能力なき社団である X_2 （マンション自治会）及び X_2 自治会の現会長である X_1 が、それぞれ、自己が X_2 自治会の会長であると主張する前会長の Y に対し、 X_1 が X_2 自治会の会長の地位にあることの確認を求める訴え等を提起した。第1審は、 X_1 の訴えを却下し、 X_2 自治会の本件地位確認を求める訴えにつき請求を認容した。これに対し Y のみが、 X_2 の訴えについて、主位的に地位確認請求に係る訴えにつき訴え却下を、予備的に地位確認請求の棄却を求めて控訴した。

〔判旨〕 一部控訴棄却、一部控訴却下。控訴審での争点は、 X_1 が会長の地位にあることの確認を求める訴えの法律上の争訟性、確認の利益及び当事者適格の3点であったが、本稿との関係で必要な、当事者適格に関す

われるが、本章での検討は、権利能力なき社団の（訴訟担当としてではない）固有の適格を肯定するという点では従来の通説と共通する。そこで、以下の検討では、兼子説に由来する従来の固有適格構成を「旧固有適格構成」、判決の効力が構成員に及ぶと解しつつも、社団固有の原告適格を肯定する構成を、「新固有適格構成」と呼ぶこととする。

る判断のみを抜粋する。

「本件においては、Y は X₂の前会長であり、X₁が会長の地位にあることを争うとともに、自らが X₂の会長であることを前提とする行動を取っている。そして、X₂が、Y を相手取って本件地位確認を請求し、これを認容する確定判決により、X₂と Y との間で X₁が X₂の執行機関としての組織法上の地位にあることが確定されるのであるから、紛争の抜本的解決に資することは明らかである。

よって、当事者適格も認められる。」(下線は筆者による、以下同じ)

(b) 最一小判昭44・7・10民集23巻8号1423頁

〔事案の概要〕 宗教法人 A 寺の住職であったが A 寺に辞任する旨の退職願を提出した原告 X が、A 寺住職の任免権を有する包括宗教法人 Y₁ と、新たに A 寺の責任役員及び代表役員に就任した Y₂を相手に、自己の辞任の意思表示が無効であると主張して、自己が宗教法人 A 寺の住職・責任役員・代表役員の地位にあることの確認を求める訴えを提起した。

第 1 審は請求を棄却。X が控訴したところ、控訴審は第 1 審判決を取り消し、住職たる地位の確認を求める訴えについては訴え却下、責任役員及び代表役員の地位の確認を求める訴えについては請求を認容した。これに対し Y₁及び Y₂が上告。

〔判旨〕 原判決破棄、訴え却下。「被上告人は、本訴において、宗教法人 A 寺を相手方とすることなく、上告人らに対し、被上告人が同宗教法人の代表役員および責任役員の地位にあることの確認を求めている。しかし、このように、法人を当事者とすることなく、当該法人の理事者たる地位の確認を求める訴を提起することは、たとえ請求を認容する判決が得られても、その効力が当該法人に及ばず、同法人との間では何人も右判決に反する法律関係を主張することを妨げられないから、右理事者の地位をめぐる関係当事者間の紛争を根本的に解決する手段として有効適切な方法とは認められず、したがって、このような訴は、即時確定の利益を欠き、不

適法な訴として却下を免れないことは、当裁判所の判例の趣旨とするところである（最高裁昭和39年（オ）第554号同42年2月10日第二小法廷判決民集21巻1号112頁、同39年（オ）第1435号同43年12月24日第三小法廷判決裁判集民事93号登載予定参照）。法人の理事者が、当該法人を相手方として、理事者たる地位の確認を訴求する場合にあっては、その請求を認容する確定判決により、その者が当該法人との間においてその執行機関としての組織法上の地位にあることが確定されるのであるから、事柄の性質上、何人も右権利関係の存在を認めるべきものであり、したがって、右判決は、対世的効力を有するものといわなければならない。それ故に、法人の理事者がこの種の訴を提起する場合には、当該法人を相手方とすることにより、はじめて右理事者の地位をめぐる関係当事者間の紛争を根本的に解決することができることとなる。」

このように、(a) 判決は権利能力なき社団を当事者とするものであり、(b) 判決は宗教法人を当事者とするものである。また、前者は後者と同様に、「組織法上の地位」が確定されることにより紛争の抜本的解決が図れることを指摘するも、権利能力なき社団に対してなされる判決の「対世的効力」については言及せず、(b) 判決を引用していない。もっとも、(a) 判決の原審（東京地判平26・3・31 LEX/DB25504751）は、 X_1 と X_2 自治会の当事者適格の有無を判断するにあたり、次のように判示している。

まず、現代表者 X_1 については、「原告 X_1 は、本件訴えにおいて、原告 X_1 と被告との間で原告 X_1 が権利能力なき社団である原告自治会の会長に〔原文ママ〕地位にあることの確認（本件地位確認）を求めている。しかし、権利能力なき社団を当事者とすることなく、当該社団の役員たる地位の確認を求める訴えについては、これを認容する判決が得られても、その効力は当該社団に及ばず、当該社団の間では何人もこの判決に反する法律関係を主張することを妨げられないから、当該役員の地位をめぐる関係当事者間の紛争を抜本的に解決する手段として有効適切な方法とは認めら

れず、したがって、このような訴えは、即時確定の利益を欠き、不適法な訴えとして却下を免れないというべきである（最高裁昭和41年（オ）第805号同44年7月10日第一小法廷判決・民集23卷8号1423頁参照）。」として、(b)判決を引用し、 X_1 の原告適格を否定している。続いて X_2 自治会については、「請求を認容する確定判決により、原告自治会と被告との間で原告 X_1 が原告自治会の執行機関としての組織法上の地位にあることが確定されるのであるから、事柄の性質上、何人も同権利関係の存在を認めるべきものであり、したがって、同判決は対世的効力を有するものと解される。そして、この場合には、誰が原告自治会の代表者の地位にあるかを対世的に確定することが、代表者の地位をめぐる関係当事者間の紛争を根本的に解決する手段として有効適切な方法であるというべきである」として、原告適格を肯定している。

では、両判決の関係をどのように考えるべきか。(a)判決の評釈では、同判決が(b)判決のいう「対世的効力」を否定するものであると、明確に指摘するものは見当たらない⁽⁵²⁾。私見は、 X_2 自治会とYとの間で X_1 の「組織法上の地位」を確定することが「紛争の抜本的解決に資する」という判旨の文言からしても、(a)判決も原判決と同様に対世的効力を肯定するものであると考える。また、(b)判決は、「組織法上の地位」を確定する判決に対世的効力を肯定することから、法人が組織的に運営されていることを前提に対世的効力を認めるものである。権利能力なき社団については、判例上、社団性を肯定する要件として、団体としての組織が備えられていること、団体が構成員から独立していること、団体としての運営方法が確定していること等が挙げられ⁽⁵⁴⁾、学説においてはこれを、i 対内的独立

(52) 吉垣実「判批」リマークス52号117頁(2016)は、①判決が原判決と異なり対世的効力について言及していない点について、①判決は、「判決効は X_2 にのみ及び、構成員に及ばないとの判断を示したものとみて、固有適格構成を採った」ものであるとの解釈を提示する。

(53) この点については、中本香織「判批」早法91卷4号164-165頁(2016)参照。

性、ii 財産的独立性、iii 対外的独立性、iv 内部組織性として整理するのが一般的である。⁽⁵⁵⁾これらの要件を充足し、社団性が認められる団体においては、内部規律により社団の運営方法が確立しているのが通常である。そうすると、判例・通説上「権利能力なき社団」と認められるような団体については、法人と同様に組織的に運営がされているといえ、法人格の有無にかかわらず、権利能力なき社団も組織法上の主体であるとして、(b) 判決を援用することができるであろう。⁽⁵⁶⁾なお、原判決と異なり (a) 判決が (b) 判決を引用しなかったのは、権利能力なき社団自身が原告となっており、訴訟物たる組織法上の地位が訴訟当事者ではない「X₁の組織法上の地位」であることから、(a) 判決の事案は (b) 判決とは異なる事案であり、(b) 判決が直接には妥当しないと考えたことによるものであろう。

(a) 判決（ないしその原審）は、先に検討した①～④判決と異なり、構成員全員が権利帰属主体であることに言及せずに権利能力なき社団自身の原告適格を肯定していることから、同判決は少なくとも、X₂の原告適格を肯定する理論的根拠が訴訟担当であるとは考えていないであろう（むしろ後述のように、権利能力なき社団固有の原告適格を肯定しているように思われる）。そこで、(b) 判決のいう「対世的効力」が、権利能力なき社団が訴訟当事者となって「組織法上の地位」の確認を求める訴えに係る請求認容判決にも認められると解することが可能であるならば、③判決（平成6

(54) 前掲昭和39年最判、最一小判昭和42・10・19民集21巻8号2078頁。

(55) 伊藤・前掲注（19）29-30頁。

(56) 伊藤眞「判批」昭和52年度重判解（ジュリ臨増666号）126頁（1978）、及び、大阪高判昭52・1・25判タ350号285頁参照。同判決は、権利能力なき社団（私立学校の父母の会）の会員が、社団を被告として会員総会決議無効確認の訴えを提起した事案において、「右の訴の請求認容の判決の効力は第三者に拡張されると解するのが相当である」として、対世的効力を肯定する。同様に、権利能力なき社団における総会決議の無効確認訴訟及び不存在確認訴訟における請求認容判決の対世的効力を認めたものとして、東京地判平25・6・19判タ1417号348頁参照。もっとも同判決は、会社法838条の類推適用を肯定している。

年最判)や④判決(平成26年最判)が、構成員全員に総有的に帰属する財産に関する訴訟の「判決の効力は、構成員全員に及ぶものと解される」というところの「判決の効力」と、(b)判決の肯定する「対世的効力」とは、同一の内容を指すものであるといえるのではなかろうか。この「対世的効力」の性質は、権利能力なき社団が有する財産に関する訴訟の判決の効力が構成員全員にも及ぶ根拠を検討するにあたり、参考となるのではないか、というのがここでの問題意識である。

(2) 「組織法上の地位」を確認する判決の「対世的効力」

この問題に答えるためにはまず、(b)判決(及び(a)判決の第1審判決)のいう「組織法上の地位」と「対世的効力」の具体的な中身を明らかにする必要がある。そこで、それぞれが如何なる内容を有するものであるか、以下検討する。

ア. 「組織法上の地位」とその確認を求める訴訟の当事者適格

「組織法」とは、関係当事者から独立した客観的な、法律関係ならびに事実関係の観念的・統一的全体である組織と、そのような組織の設定・変更及び消滅を目的とする行為を規律する法を指すとされており、⁽⁵⁷⁾「組織」の文言を法律上採用しているのが、会社の組織に関する訴えの被告適格を規定する会社法834条である。同条は「会社の組織に関する訴え」を列挙しており、その訴えの内容をおおまかに分類すると、会社の設立無効及び解散、会社の合併や分割等、新株発行の無効等、総会決議の無効確認や取消し等に関するもの、すなわち、会社の存立自体に関する事項、会社の基礎の変更に関する事項、会社の構成員の地位に関する事項、会社の意思決

(57) 服部英三「組織法及び組織行為について」吉永榮助編『現代商法学の諸問題—田中誠二先生古稀記念』465頁(千倉書房、1967)。組織法及び行為法の概念については、田中耕太郎「組織法としての商法と行為法としての商法」同『商法研究 第1巻』235頁以下(岩波書店、1929)も参照。

定に関する事項に分類される。これらは会社の基礎となる法律関係に関する事項であるが、このような組織に関する事項は、もっぱら会社内部で決定されるものである。

会社法の適用のない法人においても、法人の設立や構成員の地位等、法人の基礎となる法律関係に関する事項が、法人の「組織」に関する事項としてもっぱら法人内部で定められるものであることは、会社と同様である。そして、法人の理事・代表者（以下、「代表者等」とする）が誰であるかは、例えば法人の名で法人を代表して対外的活動を行う際に、行為の有効性に関わる事項である等、法人の行為の基礎となるものであるといえ、これもまた法人の「組織」に関する事項である。

(b) 判決（昭和44年最判）の事案における確認対象は、法人の理事者たる地位、すなわち組織法上の地位である。判例理論上、当該地位を争う個人同士が原告及び被告となる場合、当該地位は法律上の地位であるため確認対象の適切性は否定されていないが、当該地位を確認することによって⁽⁵⁸⁾は紛争の抜本的解決に資さないため、即時確定の利益が否定されている。これはいかなる理由によるものであろうか。

団体の代表者等の地位には、組織法上の地位の他、それに付随して得られる名誉、社会的名声、加えて報酬や待遇といったプラスアルファの利益が生じる。自身が代表者等であると主張する私人同士の争いでは、このプラスアルファの利益が当該私人のどちらに帰属するかという紛争が、背後に存在するのが通常である。そうすると、個人間で確認されているのは、誰が代表者等であるかという地位ではあるが、団体を離れた個人固有の地位にすぎず、「組織法上の地位」ではない。そのため、個人間で当該地位を確認したところで、団体をめぐる紛争の抜本的解決は得られないのである。

(58) (a) 判決が引用する、最二小判昭42・2・10民集21巻1号112頁、最三小判昭43・12・24集民93号859頁参照。

加えて、判例が法人を当事者とする事で「組織法上の地位」を確定することができる⁽⁵⁹⁾と述べていることからすると、判例は、「組織法上の地位」の確定は法人を当事者とすることによってしかなし得ない、と解しているように思われる。これは、「組織法上の地位」が個人の処分権には属さず、もっぱら法人（団体）における意思形成により処分がなされるものであることによると考えられる。

このように、法人における「組織法上の地位」の確認を求める訴訟の当事者適格を有する者はまず法人自身であり、法人が当事者となることが必須である。また、確認訴訟では、当事者適格の判断は確認の利益の判断に包含されるため、法人の相手方の当事者適格は、第一に確認の利益（法人との間での紛争の成熟性の有無）により判断されることになり、確認の利益が肯定される者に原告適格又は被告適格が肯定される。

もっとも、法人が原告となるか被告となるかで、相手方の当事者適格の判断基準はいささか異なる。法人が原告となる場合は、前述のように法人と相手方との間の紛争の成熟性が肯定できれば、相手方に被告適格が肯定できる。しかし、法人を被告として組織法上の地位の確認を求める場合はそうでない。

まず、自己が組織法上の地位にあることの確認を求める積極的確認訴訟については、その者自身が組織法上の地位にあることが法人との間で争われているのだから、特に問題なく原告適格が肯定される（(b) 判決もこの点は問題にしていない）。しかし、訴訟当事者でない第三者が組織法上の地位（代表役員たる地位）にないことの確認を求める消極的確認訴訟における原告適格について、判例（最三小判平 7・2・21民集 49 卷 2 号 231 頁）は一定の要件を課している。すなわち同判決は、訴外第三者が代表役員たる地位にないことを、原告たる氏子 26 名が宗教法人に対して求めた事案で、「訴えの利益、また、したがって原告適格を肯定するには、組織上、原告

(59) 兼子・前掲注 (26) 159 頁、新堂・前掲注 (42) 271 頁等。

らが被告の代表役員の任免に関与するなど代表役員の地位に影響を及ぼすべき立場にあるか、又は自らが代表役員によって任免される立場にあるなど代表役員の地位について法律上の利害関係を有していることを要するものというべきである」としており、原告となる者にはこのような法律上の利害関係が要求されるのである。⁽⁶⁰⁾

ここまで述べた団体（法人、権利能力なき社団を含む）の組織法上の地位の存在・不存在確認訴訟における当事者適格の判断基準をまとめると、以下のようになる。

- (i) 団体の「組織法上の地位」の存否の確認を求める訴えでは、当該団体を当事者としなければならない。
- (ii) 当該訴訟で団体が原告となる場合、相手方との間で確認の利益が肯定されれば、相手方は被告適格を有する。
- (iii) 当該訴訟で団体を被告とする場合、自己が組織法上の地位にあることの積極の確認を求める者は、確認の利益がある限り原告適格が肯定されるが、第三者の組織法上の地位の消極の確認を求める者に原告適格が認められるためには、その者が、組織上、団体の組織法上の地位に影響を及ぼすべき立場にあるか、又は自らが当該組織法上の地位に任免される立場にあるなどの法律上の利害関係を有していることが必要である。

イ. 対世的効力

(b) 判決が対世的効力を肯定した理由として、団体の代表者等の地位は、それを前提として団体の運営がなされるものであることからすると、法的生活の安定性ないし取引の安全の要請からして、この種の訴訟におい

(60) 同判決では、原告ら氏が被告宗教法人の機関でないことから、代表役員の任免に関与する立場になく、自らが代表役員によって任免される立場にもないため、代表役員たる地位について法律上の利害関係を有しているとはいえないとして、氏子の原告適格は否定されている。

ては、その判決により法律関係の画一的確定を図る必要がある、ということが一般的に言われている。⁽⁶¹⁾この理由づけからは、対世的効力の内容は既判力ということになるだろうが、判旨自体は判決の効力の中身を明らかにしていない。

この「対世的効力」という言葉からすると、当該効力の対象には、団体構成員のみならず対外的な第三者（団体の取引の相手方等）も含まれるであろう。もっとも、何人も団体が受けた判決の対世的効力を受けるとしても、その理由は、団体構成員とそれ以外の者とでいささか異なる。

まず、団体構成員以外の対外的な第三者は、団体と取引関係にある者であっても、当該団体の代表者等の組織法上の地位について実体法上支配干渉する権能を有しない。組織法上の地位を争う訴訟で争点となるのは、通常、団体の意思形成過程の瑕疵である（例えば、ある者が組織法上の地位に就くにあたり、選任手続が違法であるとして争う場合）。しかし、対外的な第三者は組織法上の地位を選任する実体法上の権限を有しないため、当該第三者が、もっぱら団体内部の問題である組織法上の地位の存否が目的となる訴訟を迫行し、本案判決を受けることが必要で有意義であるとはいえない。そのため、訴訟上は、組織法上の地位を争う訴訟の当事者適格を有しない。そうすると、団体と代表者等の間で誰が代表者等であるかを確定する判決がなされた場合、対外的な第三者は当該判決を承認しなければならない地位にあるといえる。すなわち、代表者等と団体との間で行われた訴訟の判決の効力を前提とするまでもなく、当該訴訟の当事者適格を否定される結果、対外的な第三者は団体が受けた判決の効力を受容すべき地位にある。そのため、対外的な第三者に対する「対世的効力」は、消極的に判決の効力が及んだのと同様の状況にある、という意味でしかない。判決の効力が対世的に及ぶから第三者が争えなくなるのではなく、「事柄の性質上、何人も同権利関係の存在を認めるべきものであり、したがって、同判

(61) 本間義信「判批」民商63巻1号72-73頁（1970）、五十部豊久「判批」新堂幸司＝青山善充編『民事訴訟法判例百選〔第2版〕』57頁（1982）。

決は対世的効力を有するものと解される」のである。

他方、構成員らは、団体の代表者等を選任するにあたり意思形成過程に関与する権限を有する場合も多いことから、法人の組織法上の地位について実体法上支配干渉しうべき権能を有するように思われる。しかし、そのような意思形成過程への関与が肯定されるのであれば、代表者等として選任された者の地位を容認しなければならない（例えば、代表者等の選任は構成員及び議決権の各過半数で決するとされている場合、反対の議決権を行使した者も、適法に選任決議がなされたのであれば、選任された代表者の地位を認めなければならない）。

この点を考えるにあたり、(b) 判決とは場面が異なるが、対世的効力について言及した、最二小判平28・3・4民集70巻3号827頁（以下、「平成28年最判」とする）の千葉勝美補足意見が参考となる。千葉補足意見は、「株主総会の決議は、個人の意思表示とは異なり、組織上の運営に関する集団的な取決めであり、それを前提に会社が様々な活動を行い、その結果、関係する多くの第三者も、そこに様々な法律関係を多数形成していくことになるものであって、その意味では、第三者に対しても効力を及ぼすという点で、いわば対世的な効力を有するものといえよう」として、株主総会の決議の対世的効力を肯定する。⁽⁶²⁾

ここで対世的効力が肯定されているのは、あくまで株主総会の決議である。株主総会の決議は、株式会社の基本的事項についての会社の意思を決定するものであるが、千葉補足意見が指摘するように、個人の意思表示と

(62) なお、小山昇「株主総会の決議を争う訴訟の訴訟物について」竹内昭夫編『現代商法学の課題（上）—鈴木竹雄先生古稀記念』258頁（有斐閣、1975）は、株主総会決議の効力の紛争解決が、会社内部においても当事者かぎりの解決では足りない理由について、会社の内部で会社の単一の意思決定の効力がその構成員にとって一義的でなければ、会社は団体の名に値しないこと、団体の構成員は、特段の事由がないかぎり、会社の意思決定の効力との関係においては等しい扱いを受けるべきであり、そうでないと構成員平等の団体を構成するといえなくなるところ、決議の効力の有無が株主ごとに区々になされるならば、その結果、事実面（決議の執行面）において等しい扱いを受けないことになること、を挙げる。

は異なる集団的な取決め、すなわち会社の背後に存在する株主の総意に基づきなされる意思決定である。⁽⁶³⁾このような株式会社と構成員たる株主との関係に着目すれば、「組織法的に」、(会社自身によるのではなく、構成員個人のものでなく、) 会社の意思として構成員らが意思決定を行う、という構成員らと会社との関係性を肯定することができよう。株主総会決議が有する「対世的な効力」とは、対外的な第三者のみならず内部的な構成員らにも効力が及ぶものであると考えられるが、このような構成員らと会社との組織法的関係が認められるのであれば、団体の背後にいる構成員らは、団体が行った行為の結果を、意思形成に関与した者として原則的に実体法上受容すべき地位にあるといえる(例えば、多数決か否かは別として、代表者等の選任手続において反対の議決権を行使した者も、適法に選任決議がなされたのであれば、選任された代表者の地位を認めなければならない)。

訴訟行為に関していえば、団体と訴訟の相手方との間で当該地位について有効に判決どおりの処分行為が行われたのと同様にみて、処分行為に当⁽⁶⁴⁾たる判決の結果をも承認すべき法的地位にあると考えられる。この点について、団体に対する判決の確定後は当該判決を争い得ない、という意味

(63) 株主総会は、株主の総意によって株式会社の基本的事項についての会社の意思を決定する機関である。もともと、株式会社の意思決定機関は株主総会のみではなく、取締役会および代表取締役も各権限に応じて意思決定をする機関であって、株式会社の意思決定機能は、内容に応じて各機関に分属している(上柳克郎ほか編代『新版 注釈会社法(5)』14頁〔谷川久〕(有斐閣、1986)、岩原紳作編『会社法コメンタール7』27頁〔松井秀征〕(商事法務、2013))。ここでは、会社の構成員の総意という点に着目し、株主総会決議に焦点を当てて検討を進める。

(64) 法人の内部関係者及び判決基準時以後に利害関係を有する第三者を一括りにし、その者らは、法人と代表者等との間で有効に確定された当該代表者等の地位の存否について、個人的に支配干渉しうべき実体法上の権限を有するとはいえない、と解するものとして、柳川俊一「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇昭和44年度(下)』760頁(法曹会、1971)参照。また、本間・前掲注(61)73頁は、法人における組織法上の地位に関しては、利害関係人以外の第三者は実体法上にこれに容喙する権能なく、利害関係人間で定められた地位を承認しなければならない、と述べる。

で、対外的な第三者と構成員に生じる効果は同じである。もっとも、団体と構成員との間の組織法的関係は、団体を当事者とする訴訟が提起される前にも妥当するものであるので、組織法上の地位が争われる訴訟（実質的には団体内部の意思形成過程を争う訴訟）では、構成員は当事者適格を有し得るが、対外的な第三者はそもそも当事者適格を有し得ない、という差がある。また、構成員のうちのいずれかが団体を相手方として組織法上の地位の有無を訴訟で争った場合、他の構成員も、当該団体が受けた判決の効力を積極的に引き受けなければならないのである。

（３）「対世的効力」と「判決の効力が構成員全員に及ぶ」ことの関係

では、③判決（平成６年最判）と④判決（平成26年最判）が「判決の効力が構成員全員に及ぶ」とするところの「判決の効力」も、「対世的効力」と同じ内容を有するものといえるだろうか。

まず考慮すべきことは、訴訟物の違いである。請求認容判決に「対世的効力」が肯定される、組織法上の地位の確認を求める訴訟では、当該組織法上の地位の存否が訴訟物である。他方、③判決（権利能力なき社団が訴訟当事者となる部分）及び④判決では、それぞれ、総有権の存否、移転登記手続請求権の存否という財産上の請求権が訴訟物である。ここで着目すべきことは、「組織法上の地位」は問題となっている団体のみが有するものであり、権利能力なき社団が訴訟上行使している総有権・移転登記請求権は構成員全員に総有的に帰属する、ということである。「組織法上の地位」を巡る訴訟については、訴訟物となっている組織法上の地位は構成員全員に帰属するのではなく、構成員のうち当事者適格が認められる者は、（前述のような確認の利益を有する）一定の者に限られる。これに対し、財産関係の訴訟については、当該財産及び財産に関する請求権は、構成員全員に総有的に帰属するものであるから、権利能力なき社団自身に当事者適格が肯定されたとしても、並行的に構成員全員にも当事者適格が認められ⁽⁶⁵⁾る。

加えて、(b) 判決 (及び (a) 判決の第 1 審判決) は、「対世的効力」が、団体を当事者として組織法上の地位の確認を求める訴訟の「請求を認容する判決」のみに肯定されることを断言する。これに対し、財産に関する請求権を訴訟物とする場合には、権利能力なき社団に対する判決が、勝訴判決であるか敗訴判決であるかを問わず、当該判決の効力が構成員全員に及ぶことを肯定するものであると考えられる。というのも、そのように解さなければ、権利能力なき社団の敗訴判決が確定したとしても、なお当事者適格が認められる構成員全員の再訴により、相手方は応訴を強いられ、さらに矛盾判決の危険が生じるからである。そのため、法律関係の画一的確定という趣旨は共通するが、訴訟の相手方の保護という観点から、③判決と④判決の「判決の効力が構成員全員に及ぶ」ことの内容は、(b) 判決 (及び (a) 判決の第 1 審判決) が肯定する「対世的効力」とは異なるものであると考えなければならない。

以上の検討から、組織法上の地位の確認請求を認容する判決の「対世的効力」と、権利能力なき社団の不動産に関する訴訟における構成員への「判決の効力」は同一のものであるとはいえない。そのため、後者の訴訟においていかなる理由から「判決の効力を構成員全員に及ぼす」ことができるのかについては、さらに検討を要する。

ここまでの検討を簡単にまとめると、以下のようになる。

- (i) 「組織法上の地位」が訴訟物となる場合：請求認容判決が有する「対世的効力」とは、対外的な第三者との関係ではいわば「消極的」な効力しか有さず (そもそも当事者適格が認められないため、判決内容を争う訴えを提起しても不適法となる)、団体の構成員との関係ではい

(65) 少なくとも判例は、債権者代位訴訟において、債権者が債権者代位権を行使することにより債務者が当該権利を行使できなくなるように (大判昭14・5・16民集18巻557頁参照)、権利能力なき社団が当事者となることで、構成員全員が訴訟追行権を喪失するものとは述べていない。

わば「積極的」な効力を有する（判決の効力が当事者である団体の構成員にも及ぶ）ことを意味する。

- (ii) 財産に関する権利関係が訴訟物となる場合：権利能力なき社団が当事者となる場合であっても、構成員全員での当事者適格はなお認められるが、社団に対する判決が社団の請求を認容する判決であるか否かにかかわらず、構成員に対しても判決の効力が及ぶ。

第4章 私見——新固有適格構成か、訴訟担当構成か？

本章では、ここまで挙げた判例・学説の分析をもとに、いかなる根拠により、権利能力なき社団に当事者適格が肯定され、社団に対する判決の効力が構成員全員に及ぶのか、私見として検討を行う。

第1節 総有説の意義

1. 判例による総有説の採用と学説上の批判

④判決（平成26年最判）を含む一連の最高裁判決は、権利能力なき社団の財産形態が構成員全員への「総有的」帰属であることを前提にしており、この構成を崩していない。多数説も、権利能力なき社団は権利能力を有さず、権利義務の帰属主体となり得ないから、社団の財産は構成員全員に総有的に帰属すると解する⁽⁶⁶⁾（総有説）。

判例は総有説を採用することで、構成員の持分権や脱退に際しての財産分割請求権を否定し、社団の名で行った取引によって生じた債務は構成員全員に総有的に帰属するとともに、代表者が社団の名で行った取引によって生じた債務については、社団の総有財産だけが責任財産となり、構成員

(66) 柚木馨「権利能力のない社団」谷口知平＝加藤一郎編『民法演習Ⅰ（総則）』65頁（有斐閣、1958）、我妻榮『新訂 民法総則（民法講義Ⅰ）』133-134頁（岩波書店、1965）、佐久間毅『民法の基礎Ⅰ 総則〔第3版〕』379頁（有斐閣、2008）等。

(67) 前掲昭和32年最判。

各自は直接的には個人的債務ないし責任を負わないとの結論を導いている。⁽⁶⁸⁾ もっとも、④判決は、権利能力なき社団に登記請求訴訟の原告適格を肯定することにより、権利能力なき社団自身に実体法上の権利帰属を肯定したように読めなくもない。⁽⁶⁹⁾

そもそも、判例・通説が総有説を採用することについては、ゲルマンの村落共同体の所有形態が典型であり、団体が個性を失わずに全一体として結合している、といわれる「総有」と、構成員が個性を失い団体自体が強く打ち出される社団の所有とでは、その所有形態ないし支配形態において異なり、同質的なものとして扱うことができない、との批判がなされている。⁽⁷⁰⁾

このような論者は総有説を採用する代わりに、「社団理論」から導きだされるものは構成員による総有という支配形態ではなく、社団の所有という支配形態でなければならないとか、社団財産の権利義務の担い手は社団自体である、との理解を示す。⁽⁷¹⁾ さらに、債権者保護のためにできるだけ無限責任を肯定すべきであるとし、有限責任しか負わない場合には、取引相手の保護のために、代表者に社団債務についての保証責任を負わせるべきである、という。⁽⁷²⁾ また、「総有」「合有」「信託」という法律関係の曖昧さを理由に、そもそもこのような議論をすることは有益ではなく無益である。⁽⁷³⁾

(68) 最三小判昭48・10・9民集27巻9号1129頁。

(69) ④判決は、民訴法29条により当該事件限りで権利能力が付与され、権利能力のない社団が固有の当事者適格をもつと明白に判示する方が、より簡明かつ明快であったと指摘するものとして、川嶋（四）・前掲注（18）113頁。

(70) 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—法律の指導性とその限界—」法論32巻5号74頁（1959）、森泉章「権利能力なき社団に関する研究」福島大学商學論集34巻4号66頁（1966）（同『団体法の諸問題』31頁以下（一粒社、1971）所収）等。

(71) 鍛冶・前掲注（70）75頁。

(72) 森泉・前掲注（70）67頁。

(73) 四宮和夫＝能見善久『民法総則〔第8版〕』152頁（弘文堂、2010）。

(74) 四宮＝能見・前掲注（73）153頁。担保責任としての人的無限責任を代表者に負わせるべきとするものとして、森泉・前掲注（70）99頁参照。

り、しかもあまり適切ではないのであって、各種の団体につき各個の効果を考えれば足り、したがって「社団の単独所有」という必要も⁽⁷⁵⁾ない、との見解も見受けられる。

2. 総有説の必要性

総有説を徹底するならば、対外的活動を行う場合には構成員全員で行動しなければならないが、代表者が社団の名において権利を取得し義務を負うことが一般的に認められている。我が国の判例・通説上採用されているこのような総有説は、構成員の持分権、財産分割請求権や、構成員の無限責任を否定する効果を導くための仮託理論でしかない。⁽⁷⁶⁾ そうであれば、もはや総有説を維持する必要はないとも考えられるが、構成員の手元から離れ、権利能力なき社団が有する財産を、構成員が自由に処分ないし分割することを認めれば、一定の財産的基礎を元に社会的・経済的活動を行う権利能力なき社団の活動の基盤が容易に消滅する可能性があり、取引活動主体や訴訟活動主体としての存続が不可能となってしまう。

結局のところ、権利帰属主体性のない権利能力なき社団には実体法上財産が帰属し得ないという前提のもとでは、構成員の持分権や分割請求権を否定するために、総有説という構成を維持する必要性がなお存するのである。このような必要性に基づき、判例は一貫して総有的構成を採用し続けていると考えられ、加えて、権利能力なき社団の原告適格を肯定した^④判決も依然として総有説を前提とするものであることは明らかである。したがって、同判決が権利能力なき社団への権利帰属を肯定したものと読むのは誤りである。

以降本稿では、権利能力なき社団の財産形態について総有説を前提に検

(75) 星野英一「いわゆる『権利能力なき社団』について」法協84巻9号79頁以下（1967）（同『民法論集 第1巻』227頁以下（有斐閣、1970）所収）。

(76) 四宮＝能見・前掲注（73）151頁。山本弘「法人格なき社団をめぐる民事手続法上の諸問題（1）」法教374号133頁（2011）も参照。

討を行うこととする。

第 2 節 権利能力なき社団の訴訟追行権の根拠

総有的帰属を前提にすると、権利能力なき社団が訴訟上行使する訴訟物たる権利関係は、社団の構成員全員に総有的に帰属する権利、すなわち当事者ではない第三者に帰属する権利である。そこで、権利能力なき社団の当事者適格の根拠として第一に考えられるのは、第三者の訴訟担当である。もっとも既に検討したように、現在の判例の理解は、既存の訴訟担当概念（法定訴訟担当、任意的訴訟担当という分類）には当てはまらず、また、第二に考えられる、兼子説に由来する通説の旧固有適格構成でも説明がつかない。

結局のところ、判例が考えている法律構成は、「第三者である構成員に総有的に帰属する権利を、権利能力なき社団が、社団固有の当事者適格に基づき訴訟上行使する」というものであろう。これを、法定訴訟担当でも任意的訴訟担当でもない「第三の訴訟担当」とするか、「新固有適格構成」として説明するかはひとまず措くこととして、ここでは権利能力なき社団に訴訟追行権が認められる法律構成を探ることとする。

1. 構成員の手元を離れた財産——財産的独立性

この点を考えるにあたって示唆を与えるのが、権利能力なき社団として民訴法29条により当事者能力が認められるための要件である⁽⁷⁷⁾。同条が規定する「法人でない社団」とであると認められるためには、上述のように、判例の示した要件を受けて、学説上は、対内的独立性、財産的独立性、対外的独立性、内部組織性、の4つの要件が要求されている。これらの要件が認められることが、団体に当事者適格が肯定される前提であるのはもちろんであるが、ここで着目すべきは財産的独立性である。

財産的独立性の要件について、判例は、必ずしも固定資産ないし基本的

(77) この点の検討については、中本・前掲注（9）84頁以下参照。

財産を意味することではない、⁽⁷⁸⁾としている。権利能力なき社団に、特定の財産についての財産的独立性が認められる場合、社団が有する財産とはいっても、当該財産は実体法上構成員全員に総有的に帰属する。しかし、構成員が権利能力なき社団として経済的・社会的活動をする中で使用収益する財産は、経済的・社会的には社団の所有とみられるのが通常である。この点については既に、「実体的には権利能力のない社団の構成員全員に総有的に帰属する不動産については、実質的には当該社団が有しているとみるのが事の実態に即している」として、④判決が示している。

このように対内的にも対外的にも（実質的に）社団が有すると評価される財産については、当該財産を“社団の財産”として用いることを前提に、構成員全員が総有関係にある、ということは既に述べたとおりである。すなわち、構成員は、当該財産を構成員の固有財産から切り離して、社団が当該財産を使用収益する、ということを容認しているといえる。そうすると、実体法上の権利帰属主体たる構成員と同程度に、事実上当該財産を有する権利能力なき社団も、当該財産の権利関係について密接な利害関係を有する（むしろ、当該財産は構成員の「ポケット」を離れているのだから、個々の構成員よりも、構成員の総体の意思決定により活動する社団の方がより強い利害関係を有するであろう）。そうすると、社団による当該財産の使用収益を妨害する者から、当該財産に関し社団自身が有する利益（社団の財産として当該財産を使用収益できる利益）を保護するためには、権利帰属主体たる構成員全員に帰属する権利を、権利能力なき社団自身が訴訟上⁽⁷⁹⁾行使する必要性が認められる。

(78) 最二小判平14・6・7民集56巻5号899頁。

(79) 勅使川原和彦「他人に帰属する請求権を訴訟上行使する『固有』の原告適格についての覚書—債権法改正の訴訟法理論的受容可能性を契機として」高橋宏志ほか編『民事手続の現代的使命—伊藤眞先生古稀祝賀論文集』436頁（有斐閣、2015）参照。

なお、④判決については、閲覧した一件記録によると、登記名義人であるBら11名は既に死亡しており（うち9名については大正12年に、2名については昭和2～8年の間に登記名義人となり、その後登記名義人の変更はない）、Xの代表者A

2. 当事者適格の判断基準へのあてはめ

当事者適格の有無は、「特定の訴訟物について、誰が当事者として訴訟を進行し、また、誰に対して本案判決をするのが紛争の解決のために必要で有意義であるかという観点から決せられる」のであり、(構成員全員に総会的に権利関係が帰属しているということではなく、) 権利能力なき社団を当事者とするのが紛争の解決のために必要で有意義であるかが判断の基礎とされなければならない。そして、訴訟の目的たる不動産等の個別財産について、権利能力なき社団に、構成員のポケットを離れた財産的独立性が認められる場合に、社団自身に上記のような訴訟提起の必要性が肯定できれば、実体法上は構成員全員に訴訟物たる権利関係が帰属するとしても、当該社団が当事者として訴訟を進行し、本案判決をするのが紛争の解決のために必要で有意義であるといえ、当該社団自身の固有の事件として、社団の当事者適格を肯定することができるのである。

これを先に検討した各判例の事案に当てはめれば、総有権確認訴訟については入会地が、登記請求訴訟については登記がなされている不動産が、構成員個人のポケットを離れ、経済的・社会的には権利能力なき社団が独立して有するものと評価することができ、そのような権利能力なき社団自身に当事者適格が肯定できるであろう。そして、私見によれば、④判決の調査官解説は、このことを「不即不離ないし表裏一体」⁽⁸⁰⁾の関係と称したと考えられる。

第3節 判決の効力を構成員に及ぼすことができる根拠

次に、権利能力なき社団に対する判決の効力が構成員全員に及ぶ根拠に

を含む現構成員は、一人も登記名義人となっていない。このような事情の下では、問題となっている土地建物が、実体法上はXの構成員全員の総有に属するとしても、公証する登記にはそれが表れておらず、そのような意味で総会的帰属という実態が形骸化しており、権利能力なき社団であるX自身が原告となって当該財産に関する紛争を解決する必要が存しよう(中本・前掲注(9)85頁参照)。

(80) 武藤・前掲注(3)283頁。

について検討する。この点については、なぜ当事者ではない第三者たる構成員に判決の効力を及ぼすことができるか、という実質的根拠と、具体的な条文上の根拠が必要か、必要であるとすればどの条文によって判決の効力を及ぼすことができるか、という形式的根拠が問題となる。

1. 実質的根拠

（1） 権利能力なき社団と構成員の関係

訴訟の相手方の利益の保護のため、社団の勝訴敗訴にかかわらず構成員に判決の効力を及ぼす必要性が存することについては、既に述べたとおりである（第3章第3節）。しかし、訴訟当事者ではない第三者たる構成員全員に判決の効力を認めるのであるから、そのような必要性のみを根拠にするのは安易にすぎる。そこでさらに、第三者たる構成員全員に判決の効力を及ぼしても良いという、構成員側の利益に着目した正当化根拠が要求される。

権利能力なき社団が受けた判決の効力を構成員全員に及ぼすのであるから、社団の訴訟追行権の根拠と同様に、ここでも社団と構成員との関係を基礎に考える必要がある。既に述べたように、④判決の武藤調査官解説は、判決の効力が構成員全員に及ぶ根拠についても、両者が「不即不離ないし表裏一体」の関係にあると指摘する。その上で、「社団が受けた判決の効力は原則として構成員全員に及ぶと解するのが、むしろ自然であり、かつ、紛争の一回的解決にも資するように思われる⁽⁸¹⁾」として、「不即不離ないし表裏一体」という関係を根拠に、判決の効力が構成員に及ぶことを肯定しているが、ここでもその具体的な中身については詳細に述べられていない。

（2） 権利能力なき社団に対してなされた判決の意味

権利能力なき社団について、我が国の民事訴訟法の母国であるドイツ

(81) 武藤・前掲注（3）284頁。

においても、ライヒ裁判所時代の古い判決 (RG, Urteil vom 4. 2. 1929 - IV 237/ 28, LZ 1929, 831 Nr. 2) ではあるが、興味深い判示がなされている。事案は、前訴で権利能力なき社団に対し売買代金の支払いを命じる判決がなされた後、後訴において、社団の債権者が構成員らに対し当該支払いを求めることができるか否かが争われたというものであり、ライヒ裁判所は以下のように判示している。

「2. ……被告らが主張するように、本訴訟において、訴求債権の存在に対する本案の抗弁をなお被告らが提出することができるか否か、という問題が重要である。高裁〔原審〕は、合名会社に対しなされた判決が社員に対して既判力を生じると同様の方法で、社団に対しなされた判決が、構成員に対して既判力を生じること理由に、それ〔被告らが抗弁を提出すること〕は不可能であると考えた。しかし、このように両者の場合を手続法上同様の地位におくことには、理由がない；すなわち、ZPO〔ドイツ民事訴訟法〕50条2項では、権利能力なき社団に、合名会社が有しない訴訟上の地位が与えられている。この差異は、とりわけ、〔権利能力なき社団の〕構成員と〔合名会社の〕社員の証人となる資格の問題において、明らかになる。しかしながら、前訴で社団の債務が確定されたことは、実体法上、社団構成員を拘束する。社団は実体法上法人格がなく、むしろ、社団構成員の総体が社団の財産の主体であるので、社団に支払いを命じる敗訴判決は、構成員にとって、社団財産からの支払いを命じる敗訴判決がなされるような場合と同じ意味を有する。そのため、構成員が後に固有の財産からの支払いを訴求される場合、前訴で確定された社団の債務の存在を争うことはできない。」(下線、括弧内は筆者による)

ドイツの学説上は、権利能力なき社団に対する判決の既判力は、権利能力なき社団のみを拘束し個々人としての構成員には拡張されない、との見解が有力に主張されている。⁽⁸²⁾ 本判決も、構成員には既判力が及ばないこと

(82) Vgl. Staudinger/ Weick, BGB, Neubearb. 2005, § 54 Rn. 11.

を前提に、社団に対する判決が構成員を「実体法上」拘束することを認める。本判決はあくまでライヒ裁判所時代の古い判決であり、実体法上の拘束力を肯定する点で、既判力理論に関する訴訟法説からは説明が困難であることから、おそらく実体法説に立つものではないかと思われる。もっとも、社団財産の帰属態様について述べる下線部は、まさに、「実体的には権利能力のない社団の構成員全員に総有的に帰属する不動産については、実質的には当該社団が有している」という我が国の④判決の説示及び調査官解説のいう「不即不離ないし表裏一体」という関係の意味を理解するために、示唆的なものである。すなわち、訴訟の目的たる財産の実体法上の帰属主体は構成員全員であり、判決により命じられた債務は構成員全員が総有的に有する財産によって実現されるのであるから、社団に対して財産の出捐を命じる判決がなされた場合、これは財産の帰属主体である構成員に対して判決がなされたのと同じ状況にある、との考え方が、両判決の背後に存するように思われる⁽⁸³⁾。

（３） 権利能力なき社団と構成員の「組織法的」関係

もっとも、このような権利能力なき社団と構成員との間の財産関係だけでなく、もう少し一般的な両者の関係から、社団に対する判決の効力が構成員に及ぶことを肯定することができる。

思うに、権利能力なき社団というのはそれ自体が一個の権利帰属主体ではない上に、社団の行為は構成員全員の総意により行われていると評価さ

(83) 堀野出「法人格のない社団の当事者能力と当事者適格—民事訴訟法29条の適用効果を中心に」（平成27年度民事訴訟法学会大会シンポジウム報告）民訴62号87頁以下（2016）は、社団と構成員は別主体としつつも、構成員の総有とは、権利能力のない社団に権利が帰属し得ないことの裏返しとしての意義を有する場合であり、「構成員全員の総有＝社団の所有」と扱ってよい場合であるとする。そして、構成員全員の所有と社団の所有は同義であることを前提に、社団が原告となった訴訟の請求棄却判決が構成員を拘束することを認める。これは、本来の財産帰属主体に着目し、社団に対してなされた敗訴判決を構成員に対して敗訴判決がなされたのと同視する、1929年ライヒ裁判所判決と同様の解釈を採る見解であろう。

れるものである。ここでの総意というのが、構成員の全員一致か多数決かは社団ごとに異なるであろうが、権利能力なき社団自身が意思決定を行うわけではなく、社団の社会的・経済的行為の背後には構成員全員の総意によるとみなされる何らかの意思形成が存在しているはずである。このことは、社団の名で行われる裁判外の取引行為等のみならず、訴訟行為についても妥当するであろう。すなわち、社団が当事者としてその名で訴訟行為を行うとしても、訴訟行為を行うか否か、如何なる訴訟行為を行うかは、構成員の総意にかかっているのである。

(b) 判決(昭和44年最判)及び平成28年最判の千葉補足意見の指摘する「対世的効力」についての検討でも述べたように、団体と構成員との間には、構成員の総意が団体の行為の前提となっており、そうである以上は、構成員は団体の行った訴訟行為の結果に従わなければならない、という組織法的関係が存する。「対世的効力」の概念そのものと、権利能力なき社団の財産に関する請求権を訴訟物とする訴訟の「判決の効力」とが完全に一致するものでないことは、既に指摘したとおりである。しかし、法人と同様に組織的に運営されている権利能力なき社団においても、団体内部での意思形成に関与した構成員は、実体上はその意思形成の結果、すなわち団体の意思決定に従うべきである(かつ、対外的な第三者は、これを争うことができない)という、団体と構成員との間の実体上の組織法的関係が肯定できる。加えて、このような実体上の意思決定が争われる場合に訴訟が用意されており、その訴訟でいったん争った以上、二度とその結果を争えない、というのが訴訟上の判決の効力であるのと同様に、構成員が、自己が属する団体を相手取って意思形成過程の瑕疵を争った以上、その判決の効力を、団体の他の構成員ももはや訴訟上争うことはできない、という訴訟法上の組織法的関係それ自体も、不動産上の権利関係に関する訴訟の判決の効力が構成員全員に及ぶことの根拠とすることは可能であろう。また、このような組織法的関係を、武藤調査官解説は「不即不離ないし表裏一体」の関係として、構成員全員に判決の効力が及ぶ根拠と解していると

考えられる。

もっとも、会社を含む法人と権利能力なき社団との間には、法人格の有無という重大な差異が存するのであり、法人化しているか否かで、構成員が団体の訴訟行為の結果をどのように受容すべきかについて、それぞれの性質から以下のような異同があると解することができる。

まず、(a) 判決（平成26年東京高判）と (b) 判決（昭和44年最判）の検討で述べたように、組織法上の地位は法人のみが有するものであり、当該地位が訴訟物となる訴訟においては、法人及び当該地位を争う者のみが訴訟当事者となることができる。また、会社を含む法人は、それ自体が実体法上の権利帰属主体であり、訴訟法上も当然に当事者能力が肯定される。そのため法人については、法人に帰属する財産に関する権利関係を訴訟物とする訴訟（例えば、法人が所有権に基づく移転登記手続請求訴訟を提起する場合）においては、独立して法人格を有する法人にのみ判決の効力が及ぶが、当該訴訟物について構成員らには当事者適格が認められないため、法人の得た判決の内容を法人の構成員が訴訟で争うことはできない。

また、権利能力なき社団に関していえば、組織法上の地位については既に述べたように、権利能力なき社団のみが当該地位を有することから、法人の場合と同様に、当該地位を争う者及び権利能力なき社団に当事者適格が肯定される。問題は、財産に関する権利関係を訴訟物とする場合である。権利能力なき社団が、④判決（平成26年最判）の事案のように訴訟当事者となる場合には、社団が既に訴訟当事者となって判決を受けた以上は、構成員らが当該訴訟の結果を受容すべき地位にあることは既に述べたとおりである。しかし、権利能力なき社団においては、財産に関する権利義務が社団ではなく構成員全員に総有的に帰属するのであるから、法人の場合と異なり、社団の背後に存在する意思形成主体たる構成員全員にも当事者適格が肯定される。また、④判決の事案のように、権利能力なき社団に当事者適格が肯定された場合であっても、（債権法改正前・現行法上の）

債権者代位訴訟における債務者のように、構成員全員はその当事者適格を喪失するわけではない。そのため、この場合に、相手方に対する再訴の危険を除去するためには、既判力という形で、⁽⁸⁴⁾ 社団に対する判決の効力を受容すべき地位を顕現させる必要がある。

(4) 構成員の財産の侵害ないし制約

このように、権利能力なき社団に対する判決の効力を構成員全員に及ぼすことが許容される場合、社団の勝訴判決であれば特に問題は生じないが、社団に対する敗訴判決については、訴訟に当事者として出てこない構成員らに不利益な判決の効力を及ぼすことは許されない、との批判が考えられる。しかし、実質的にみても、社団に財産的独立性が認められる、すなわち“社団の財産”と観念されている財産が実体的には総有的に構成員に帰属するにすぎないのだから、仮に社団が敗訴し、その判決の効力を構成員に及ぼしたとしても、「社団の財産として構成員に帰属する」財産に関する訴訟の敗訴判決が及ぶにすぎない。つまり、少なくとも構成員固有(構成員の「ポケット」の中)の財産を侵害ないし制約するものではないの

(84) 名津井吉裕「法人でない社団の受けた判決の効力」徳田和幸ほか編『民事手続法制の展開と手続原則—松本博之先生古稀祝賀論文集』597頁以下(弘文堂、2016)は、権利能力なき社団と構成員との関係を、権利能力なき社団の形態に着目して検討する。すなわち、「法人でない社団という法律関係は、構成員全員として把握できると同時に、構成員全員によって構成された一個の主体として把握することもできるという意味で二面性を有するものと解され(中略)、換言すれば、両者は、『社団性の徴表(固有の名称、代表機関の存在、各人の個人財産から分別管理された財産)を備えた複数人の集まり』という一つの事象に還元されるものであるから、上記の二つの法律関係は、そのような人的構築物の発現形態としての法的評価の一つにすぎない」と分析する。その上で、構成員らに判決の効力が及ぶ理由については、構成員全員についても、社団と同様の既判力が同時並行的に生じることを認めて初めて、法人でない社団という人的構築物の特性に応じた判決効の主観的範囲を捕捉したことになること、社団が構成員の略称であり、構成員の組織的な結合そのものを表示する名称としての意味を有することから、社団に民訴法115条1項1号の「当事者」としての既判力が生じる場合には、社団と等置される構成員全員にも判決効が生じることが、理論上必然的に帰結されることを挙げる。

であり、当事者でない構成員全員に判決の効力を及ぼしても特に問題はないと考えられる。

2. 形式的根拠

（1） 依拠すべき条文の必要性

以上のように、権利能力なき社団と構成員との間の組織法的関係を実質的根拠として、社団に対する判決の効力が構成員全員に及ぶことを肯定できる。もっとも、既判力の主観的範囲を規定する民訴法115条1項は、主観的範囲の大原則（1号の「当事者」）とその例外（2～4号）として主観的範囲を限定しているため、構成員へ積極的に判決の効力が及ぶことを肯定するのであれば、ここでの構成員も115条1項各号のいずれかに該当する必要がある。

（2） 民訴法115条1項2号適用の可否⁽⁸⁵⁾

まず、「当事者」たる権利能力なき社団には民訴法115条1項1号により判決の効力が生じるが、その構成員全員は当事者として訴訟に現れているわけではないから、同号を適用することはできない。⁽⁸⁶⁾

そこで次に検討すべきは、民訴法115条1項2号である。もっとも、同号の「当事者が他人のために原告又は被告となった場合のその他人」とは、現在では一般的に、訴訟担当における被担当者を指すと解されている⁽⁸⁷⁾

(85) ここでの検討は、中本・前掲注（9）81頁以下参照。

(86) 堀野教授は、この場合の構成員は民訴法115条1項1号の特殊な場合に当たると解し、115条1項「1.5号」という表現をされている。（山本弘ほか「当事者論の現代的課題」（平成27年度日本民事訴訟法学会大会シンポジウム）民訴62号117頁〔堀野出発言〕（2016）。これは、構成員全員の総有と社団の所有を同義と解することから、1号の特殊な場合、すなわち構成員全員を「当事者」に準ずるものとして扱おうとする見解である。もっとも、構成員と社団はあくまで別主体であると解するのであれば（前掲注（83）参照）、訴訟に現れない構成員らは、既判力が生じる大原則である「当事者」ではなく、当事者に準ずる者として2号～4号のいずれかに該当すると考えるべきである。

ため、その規定の趣旨を明らかにする必要がある。

この規定は大正改正時に取り入れられ、ドイツ法には規定されていない我が国独自のいわゆる独創条文であるが、⁽⁸⁸⁾いかなる趣旨のもと制定されたのであろうか。同号に相当する文言は、大正改正の際、当初の起草委員会提出法案には記載されていなかった。しかしその後、同じく大正改正で新設された選定当事者制度の議論がなされるにあたり、選定者へ判決の効力を及ぼすべきではないかと問題提起がされている。

以下括弧内は、改正調査委員会議事速記録を引用する。⁽⁸⁹⁾

○松岡義正委員「……之〔現行法30条2項、筆者注、以下同じ〕は此共同訴訟人が訴訟をして居つて員数が多い、さう云う場合に此總員の爲めに原告若くは被告となる可き當事者を定めて他の當事者を訴訟より脱退せしめることにしたならば訴訟の進行上手續が簡易になつて便利であらう、斯う云う所からして訴訟脱退の規定を設けたのであります。」

○鈴木喜三郎委員「之は勿論脱退したる當事者に對しても判決の効力は及ぶのでせうな、明文がなくても宜しいのでせうな。」

○松岡委員「其點は本來當事者でありますから及ぶだらうと思ふのでありますけれども明文があればそれに越したことはない。」

○原嘉道委員「あるに越したことはない⁽⁹⁰⁾と仰しやるが七十條の但書を見るとそれは書き方に於て一寸をかしくはないか、七十條の但書には書いてある、さうすると何だか五十九條にも要るではないか、それから四十四條⁽⁹¹⁾

(87) 伊藤・前掲注(42)534頁、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第8版〕』644頁〔松本〕(弘文堂、2015)。

(88) 三ヶ月章『民事訴訟法研究 第6巻』3頁(有斐閣、1972)、鈴木正裕＝青山善充編『注釈民事訴訟法(4)』428頁〔伊藤眞〕(有斐閣、1997)。

(89) 松本博之ほか編『日本立法資料全集本巻 民事訴訟法〔大正改正編〕(3)』108-109頁(信山社、1993)。

(90) 「前條ノ場合ニ於テハ被參加人ハ相手方ノ承諾ヲ得テ訴訟ヨリ脱退シ參加人ヲシテ訴訟ヲ引受ケシムルコトヲ得但シ判決ハ脱退シタル當事者ニ對シテモ其ノ效力ヲ有ス」(改正案第一案)。現行民訴法48条。

〔現行法30条〕も随つて何か規定が要るではないかと感ぜられる。

○松岡委員「此判決の効力のことは四十四條にもあつたら宜しからう。」

○仁井田益太郎委員「私は此儘で、それがなくても分かると思う、それは總員の爲めにと云う文字を特に用ひてある、けれども七十條にはさう云うことがないから、そこへは判決の効力を書かねばならぬ、それから今の議題になつて居る條、此場合には總員の爲めに原告又は被告となるべき當事者を選定すると云うことがあるから其總員の爲めと云う文字で分ると思う、分からぬだらうと云う御話もあつたけれども、甚しきに至つては破産法では破産管財人に對する判決は本人に及ぶと云うことも聞いて居る、それは何の規定もない。」

その後、改正調査委員会において、起草委員会での検討結果が以下の⁽⁹²⁾ように報告されている。

○松岡委員「それから此四十四條を〔で〕判決の効力を及ぼす條文を設くる方が宜くはないかと云うことでありましたが、之は我々でさう云う趣旨を設ける方が正しいと云う所から致しまして設けました、それで其場所は此所で設けるは適當でないと云う所から致しまして活版の三百二十四條第二項〔現行法115条1項2号〕に之を設けました、『他人ノ爲メニ』云々と云う規定であります」

後に提出された法律案理由書では、以下の⁽⁹³⁾ように記されている。

「第二百一條 確定判決ハ當事者、口頭辯論終結後ノ承繼人又ハ其ノ者ノ爲
請求ノ目的物ヲ所持スル者ニ對シテ其ノ效力ヲ有ス
他人ノ爲原告又ハ被告ト爲リタル者ニ對スル確定判決ハ其ノ他人ニ對シテモ

(91) 「共同訴訟人ハ共同ノ利益ヲ有スル場合ニ於テ總員ノ爲メニ原告又ハ被告タルヘキ當事者ヲ訴訟ヨリ脱退セシムルコトヲ得」(改正案第一案)。現行民訴法30条2項。

(92) 松本博之ほか編『日本立法資料全集本巻 民事訴訟法〔大正改正編〕(4)』21頁(信山社、1993)。

(93) 松本ほか編・前掲注(92)192頁。

効力ヲ有ス」

「〔理由〕 ……又第二項ハ他人ノ爲メニ訴訟ノ當事者ト爲リタル者（第四十⁽⁹⁴⁾七條、第八十六條⁽⁹⁵⁾参照）ニ對スル判決ハ其ノ他人ニ對シテモ効力ヲ及ボスヘキコトヲ規定シタルモノニシテスル訴訟ノ性質上蓋シ當然ノコトナリ」

また、その後の帝国議會貴族院特別委員會における旧201条の趣旨説明⁽⁹⁶⁾として、

「二百一條ノ二項ノ規定ハ、例ヘバ此四七條の規定ニ依リマシテ、他ノ人ノ爲ニ代表的ニ當事者トナッタ者、ソレカラ八十六條ノ規定ニ依リマシテ、例ヘバ船長ノ如キ他ノ船舶、債權者等ノ爲ニ其資格ニ於テ當事者トナタト云フモノヲ含メマシテ、他人ノ爲ニ當事者トナッタ者ニ對スル判決ハ、其ノ他人ニ効力ヲ及ボスト云フ、是ハマア斯ウ云フ趣旨デ認メマシタ當然ノ結果デアリマス」

との説明がされている。

このような制定の経緯からすると、現行民訴法115条1項2号の文言は、選定当事者の制度を採用するにあたり取り入れられたものである。上記の記述内容からも、同号の適用対象としては、現在法定訴訟担当とされている類型、任意的訴訟担当とされている類型を想定していたようにも思える。しかし起草者は、判決の効力が及ぶことが「性質上蓋シ當然ノコトナリ」、「スル訴訟ノ性質上蓋シ當然ノコトナリ」と述べていることから、訴訟担当に限らず、「他人のために」当事者となった場合の「他人」に対し、判決の効力を及ぼすことを認める趣旨であつたと解することもできよう。⁽⁹⁷⁾

(94) 現行民訴法30条（改正案第二案までは四四條、第三案からは四七條）。

(95) 「一定ノ資格ヲ有スル者ニシテ自己ノ名ヲ以テ他人ノ爲メニ訴訟ノ當事者タルモノノ訴訟代理人ノ代理權ハ當事者ノ資格ノ喪失ニ因リテ消滅セス」（改正案第五案）、現行民訴法58条2項。

(96) 松本ほか編・前掲注（92）464頁。

(97) 池田辰夫『債權者代位訴訟の構造』66頁以下（信山社、1995）は、このような

以上のような立法過程を踏まえると、必ずしも（狭い意味での）訴訟担当構成によらなくても、民訴法115条1項2号の適用が可能であると考えられる。ただし、広く「他人のために」当事者となった場合に同号の適用が認められるわけではなく、判決の効力を及ぼす実質的根拠が存しなければならない。少なくとも、訴訟の目的たる財産について構成員からの財産的独立性を有する権利能力なき社団の原告適格を肯定する際には、第三者である「社団」の訴訟追行も、権利帰属主体である構成員の「総意」によるとみなさざるを得ない以上、構成員も訴訟追行の結果を引き受けるべき地位にあるともいえ（私見によれば、武藤調査官のいう社団と構成員との「不即不離」の関係がこれに当たると考えられる）、そのような社団と構成員との組織法的関係を根拠に、115条1項2号を適用することは可能であると考えられる。⁽⁹⁸⁾

制定経緯をたどった旧民訴法201条2項が「さしたる議論もみないまま、成立するに至ったのである」と指摘する。その上で、旧201条2項の解釈の方向性として、債権者代位訴訟においては、「選定当事者の有する訴訟上の完全な管理処分権に象徴されるように、こういった授權型に匹敵するだけの構造上の実体化を代位訴訟に施したうえで、本規定を適用するという立場」から、適用の可否を解釈すべきとする。

(98) 勅使川原・前掲注(79)434頁も、権利能力なき社団に固有の適格を認めることを前提に、構成員全員に形式的には帰属する権利を社団が当事者として訴訟上行使する場合、構成員の意思が反映されている社団に当事者能力が与えられているのであれば、むしろ社団と構成員との間に利害関係の共通性があるとも評価できる、として、民訴法115条1項2号の適用を示唆する。

また、名津井・前掲注(84)601頁は、民訴法115条1項2号の類推適用を肯定した上で、そのように判決の効力が構成員に生じることを、「反射的な効力」として説明する。これは、同号が訴訟担当を対象とする規定であるため、「類推」適用にとどまると解するものである。名津井教授はこれまで、権利能力なき社団による訴訟における訴訟物たる権利が実体的には構成員に帰属する権利であるから、社団の受けた判決の効力は「反射的効力」として構成員に及ぶとの見解を示されていた（名津井吉裕「法人格のない社団・組合をめぐる訴訟と当事者能力・当事者適格」法時85巻9号42頁（2013）、同「判批」法教409号63頁（2014））が、法人でない社団の場合には、社団と構成員の関係を同時に問題とせざるを得ないから、判決効が同時併存的に生じると解するほうが自然であり、この場合には、「拡張」よりも「生じる」という方が正確であるという。その意味で2号は類推にとどまり、これ

第 4 節 小括

以上の検討の結論は、以下の 2 点に集約される。

- (i) 構成員全員に総有的に帰属する財産であっても、当該財産が構成員の手元を離れ、当該財産について権利能力なき社団に財産的独立性が肯定できる場合は、当該財産の権利関係に係る訴訟において、社団自身に固有の適格が認められる。
- (ii) 権利能力なき社団に対する判決は、組織法的な関係により構成員全員に及ぶが、条文上の根拠を求めるとすれば民訴法115条 1 項 2 号が適切である。

ここでの検討については、権利能力なき社団が訴訟上行使する権利は依然として第三者たる構成員全員に総有的に帰属する権利であり、民訴法115条 1 項 2 号により判決の効力が構成員に及ぶことを肯定することから、訴訟担当として構成する可能性が存しないでもない。しかし、社会通念上も取引主体として活動することが認められ、民訴法29条により独立して当事者能力を認められている権利能力なき社団の地位に重点を置き、社団の固有の適格としての当事者適格を肯定する見解（新固有適格構成）として示しておく。

第 5 章 おわりに

本稿では、権利能力なき社団の財産が構成員全員に総有的に帰属する、というこれまでの判例・通説の解釈を前提に、当該財産に関する訴訟における権利能力なき社団の原告適格を肯定するための法律構成について検討した。その結果導き出された私見は、権利能力なき社団固有の適格を肯定

を「反射的な効力」と説明することも許される、と述べるが、同号の類推により構成員らに判決の効力が生じるのであれば、あえて「反射的な効力」として構成する必要性は乏しいように思われる。

するものであるが、訴訟上も一貫して総有的帰属を前提とすること、社団に対する判決の効力が構成員全員に及ぶことを肯定する点で、伝統的な通説とされる兼子説の旧固有適格構成とは異なるものである。

検討にあたっては、権利能力なき社団の訴訟追行権の根拠と、判決の効力が構成員全員に及ぶ根拠とを別個に検討し、前者は、権利能力なき社団には訴訟の目的たる財産についての財産的独立性が認められることを根拠として、後者は、権利能力なき社団と構成員全員との組織法的な関係を根拠として、それぞれを肯定した。

特に、判決の効力については、条文上の根拠を形式的には民訴法115条1項2号に求めるが、これは、一般的に訴訟担当に関する規定であると解されている同号の適用範囲を、訴訟担当以外にも拡張するものである。もっとも、第三者の訴訟担当の場合の被担当者に、115条1項2号により判決の効力の拡張を認めることの許容性は、任意的訴訟担当については、利益帰属主体自身の意思によって基礎づけることができ、法定訴訟担当については、各訴訟担当制度設置の是非の判断のなかで考慮されていること⁽⁹⁹⁾から、同号の適用を肯定する場合には、これらと同程度の許容性の根拠が存しなければならない。そのため、私見による115条1項2号の適用は、同号の適用範囲の拡張を容易に認めるものではないことを付言しておきたい。すなわち、総有的帰属という特殊な財産形態に基づき、社団が総有財産に関する権利を行使する事案であることが、同号が適用できる前提であり、かつ、本文中で述べたような構成員と社団との間の組織法的な関係という実質的根拠により、同号適用の許容性を基礎付けることができるもの⁽¹⁰⁰⁾と考える。

権利能力なき社団と構成員全員との関係を、両者が一致するものであるとする見解や、「等置」であるとする見解は、社団固有の地位に着目する⁽¹⁰¹⁾

(99) 賀集唱ほか編『基本法コンメンタール 民事訴訟法1 [第三版追補版]』289頁〔上野泰男〕（日本評論社、2012）。

(100) 堀野・前掲注（83）87頁以下。

点で私見と同じである。しかし、権利能力なき社団と構成員全員は、一致するものでもなければ「等置」でもなく、社団の意思決定をなす構成員と、それ自体では自然人におけるのと同じ意味での意思を有しない権利能力なき社団という関係から、両者を切り離すことができないに過ぎないのである。社団の意思形成や訴訟追行は、代表者個人で行われているわけでも、権利能力なき社団それ自体が行うわけでもなく、あくまで構成員全員による意思形成の結果と評価せざるを得ない。そうである以上は、構成員は実体上社団の意思決定を争うことができず、加えて社団が固有に受けた判決の内容に拘束されなければならないが、それはなぜか、ということが明らかにされなければならない。しかし、既存の見解ではこの点が十分に示されていないように思われる。私見はその理由を、社団と構成員との組織法的関係に求める点で、既存の見解の不明な点を明確化するものである。

なお、本稿は、権利能力なき社団の不動産に関する訴訟の原告適格が問題となった一連の最高裁判決を検討のきっかけとしたことから、権利能力なき社団の原告適格を念頭に置いて考察を行った。もっとも、権利能力なき社団を被告とする場合であっても、権利能力なき社団自身に、訴訟の目的たる財産についての財産的独立性が肯定できれば、被告適格も同様に肯定することができると考えている。被告とされる場合には、実質的に応訴が強制されることになるが、任意的訴訟担当と解する場合のような、訴訟追行の授權の要否を問題とする必要もないのであるから、むしろ権利能力なき社団を被告とすることで認められる実益は大きいように思われる。

また、本稿では、登記実務と関連して問題となっている不動産関係の訴訟における原告適格に焦点を当てて検討を行った。これは、この問題についての最高裁判決と従来の学説との乖離の解消を試みるべく、検討対象を限定したためである。そのため、不動産以外の財産の訴訟において、権利能力なき社団自身に当事者適格が肯定される根拠と、その訴訟の判決の効力については論じていない。そこで、不動産以外の財産に関する訴訟につ

(101) 名津井・前掲注 (84) 597頁以下。

いても、権利能力なき社団の当事者適格とその判決の効力との関係を改めて検討し、権利能力なき社団の当事者適格を一般化して論じる必要があるが、この点の検討については、筆者の今後の課題としたい。

（2016年7月脱稿）