

早稲田大学審査学位論文（博士）

権利能力なき社団の当事者適格と判決の効力

—当事者適格概念の再検討—

中本 香織

## 目 次

はじめに

### 第1編 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

#### 第1章 はじめに

#### 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1款 総有的帰属

###### 第2款 当事者適格の判断基準

###### 第3款 原告適格を肯定する根拠ないし法律構成

###### 第4款 小括

#### 第3章 ドイツにおける権利能力なき社団の取扱い

##### 第1節 権利能力 (Rechtsfähigkeit) 及び登記能力 (Grundbuchfähigkeit)

##### 第2節 当事者能力 (Parteifähigkeit)

##### 第3節 小括

#### 第4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1款 訴訟担当構成

###### 第2款 解釈による法定訴訟担当について

##### 第3節 固有適格構成の検討

###### 第1款 学説

###### 第2款 判決の効力を構成員全員に及ぼす必要性

###### 第3款 昭和44年最判一実体法上の支配干渉権限の有無?

#### 第5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1款 判例による総有説の採用と学説上の批判

###### 第2款 総有説の必要性

##### 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1款 実質的根拠
- 第2款 形式的根拠
- 第4節 本章のまとめ
- 第6章 小括

## 第2編 訴訟担当概念の比較法的考察と民事訴訟法 115 条 1 項 2 号の適用対象

### 第1章 はじめに

### 第2章 ドイツにおける訴訟担当概念

#### 第1節 訴訟担当概念の変遷と権利帰属主体への既判力拡張の根拠

第1款 *Kohler*による訴訟担当の提唱とその内容

第2款 BGB 旧 1380 条に関する *Hellwig* の理解

第3款 *Hellwig* と *Henckel* の依存関係説

第4款 *Bettermann* と *Blomeyer* の見解

第5款 *Sinaniotis* による既判力拡張の判断基準

第6款 *Sinaniotis* の見解に対する批判と現在の理解

#### 第2節 法定訴訟担当の種類—並存的訴訟担当とその例外

第1款 概要

第2款 具体例

#### 第3節 本章のまとめ

### 第3章 日本における訴訟担当概念

#### 第1節 民訴法 115 条 1 項 2 号の制定

#### 第2節 「民訴法 115 条 1 項 2 号＝訴訟担当」との定式が確立するまで

### 第4章 日本型「並存的訴訟担当」の試み

#### 第1節 株主代表訴訟と民法（債権法）改正後の債権者代位訴訟の取扱い—並存的訴訟担当か？

第1款 株主代表訴訟における会社の地位

第2款 債権法改正後の債権者代位訴訟の取扱い

第3款 日本型「並存的訴訟担当」の範囲

#### 第2節 民訴法 115 条 1 項 2 号の適用範囲

### 第5章 小括

## 第3編 わが国における当事者適格概念の生成過程—判決効との関係を中心に—

### 第1章 はじめに

#### 第1節 問題の所在

第2節 考察の方法

第2章 雑本論文の登場

第1節 雑本論文における Sachlegitimation と Prozessführungsrecht

第2節 権利帰属主体への判決効

第3節 雑本論文における「正当ナル当事者」の位置付け

第3章 雑本論文以降の理解

第1節 「正当なる当事者」から「当事者適格」へ

第1款 「正当なる当事者」と「当事者たる適格」

第2款 Sachlegitimation と Prozessführungsrecht の位置付け

第3款 他人の権利関係を訴訟の目的とする場合の判決効の範囲についての理解

第4款 小括

第2節 兼子教授により示された「当事者適格」の意義と「訴訟担当」概念

第1款 「当事者適格」の意義

第2款 訴訟信託（訴訟担当）について

第3款 兼子・法律学辞典以降の「当事者適格」に関する兼子教授の見解について

第3節 権利保護要件から訴訟要件へ

第1款 大判大2・6・13民録19輯433頁

第2款 学説

第4章 小括

第1節 Sachlegitimation と当事者適格概念について

第2節 松本説とこれに対する批判について

第1款 Sachlegitimation の役割

第2款 実体適格（Sachlegitimation）と当事者適格の混同のおそれ

第3節 当事者適格の要素としての判決効

第4編 給付訴訟における権利能力なき社団の原告適格と判決効の主観的範囲

第1章 はじめに

第2章 平成23年最判

第1節 事案の概要・判旨

第2節 平成23年最判に対する評価

第1款 原告適格の判断基準について

第2款 原告適格を認めるための法的構成

第3章 権利能力なき社団の給付訴訟における原告適格の法的構成

第1節 従来判例

第1款 判例の概観

第2款	最高裁の立場
第2節	「事件限りの権利能力」を伴わない固有適格構成の可能性
第4章	判決効の主観的範囲
第5章	小括

おわりに

引用文献一覧

## はじめに

権利能力なき社团は、その名の通り実体法上の権利能力を有しないが、訴訟法上は民事訴訟法 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、権利能力なき社团の財産形態は、構成員全員に総有的に帰属するものとされている。そこで、構成員全員に帰属する権利関係について権利能力なき社团自身が訴訟を進行する場合、社团の当事者適格がいかなる法的構成により認められるか、加えて、社团の構成員に判決の効力が及ぶとすれば、いかなる法的構成により判決効が拡張されるのが問題となる。本稿は、わが国の民事訴訟法の母法であるドイツ民事訴訟法の議論を参考に、権利能力なき社团の当事者適格、及び、社团に対しなされた判決の効力の構成員への拡張について検討するものである。加えて、権利能力なき社团の当事者適格という具体的検討を元に、他人の権利関係を訴訟上行使する場合の「当事者適格」概念の検討を行う。

近時、登記請求訴訟における権利能力なき社团の原告適格が問題となった事案で、最高裁判所は、権利能力なき社团に登記請求訴訟の原告適格を肯定し、さらに、権利能力なき社团に対しなされた判決の効力が社团の構成員全員に及ぶことを認めた（最判平 26・2・27 民集 68 卷 2 号 192 頁、以下「平成 26 年最判」とする）。権利能力なき社团の当事者適格については古くから議論がなされていたが、この判決を契機に、いかなる法律構成により権利能力なき社团に当事者適格が認められ、いかなる法律構成により構成員全員への判決効の拡張が認められるのかについて、さらに議論が活発化している。平成 26 年最判は、この 2 つの点についていかなる法律構成を採用したものかを明らかにしていない。学説上は古くから、権利能力なき社团に固有の当事者適格を肯定し、構成員への判決効拡張を否定する固有適格構成が通説とされてきた一方で、訴訟担当として当事者適格を肯定し、民訴法 115 条 1 項 2 号の適用により構成員への判決効拡張を肯定する訴訟担当構成も有力に主張されている。また、平成 26 年最判では、権利能力なき社团が登記請求訴訟における原告として訴訟を進行する事案であったところ、権利能力なき社团を被告とする場合の当事者適格、及び、その場合に社团に対してなされた判決の効力が、構成員全員へ拡張されるか否かについては、原告適格として訴訟を進行する場合ほどは議論がなされていない。このように、判例及び学説上、権利能力なき社团の当事者適格と社团構成員への判決効拡張については、未だ理論的に十分な説明がなされていない点が多い。

さらに、近年、わが国独自の概念である「当事者適格」概念は不要であるとの見解が主張されており、この見解に対する批判的検討もなされているが、当事者適格概念を維持すべきか否かについて、積極的な根拠は示されていないように思われる。そのため、従来用いられてきたわが国オリジナルの当事者適格概念の要否、及び、その判断基準について、改めて検討を行う必要が生じている。

以上のように、本稿における問題関心は、権利能力なき社团の当事者適格がいかなる根拠により認められるか、及び、権利能力なき社团に対する判決の効力は構成員全員へ拡張

されるか、拡張されるとすればいかなる根拠により肯定されるか、という具体的事案に関する点、加えて、「当事者適格」概念の要否及びその判断基準、という一般的な点にある。

これらの問題について、本稿では、以下の順序により検討を行う。

まず、第1編において、上記平成26年最判を元に、権利能力なき社団の構成員に総有的に帰属する不動産に関する給付訴訟において、当該社団に当事者適格を認めるにあたっての訴訟法上の法律構成を検討する。権利能力なき社団を当事者とする不動産に関する訴訟（特に、権利能力なき社団が原告となる登記請求訴訟）における社団の当事者適格の有無は、権利能力なき社団の判決の効力を社団の構成員に及ぼすための理論構成も絡み、複雑な議論がなされている問題であり、近年は任意的訴訟担当や法定訴訟担当とする学説が多数を占めているところである。第1編においては、権利能力なき社団に訴訟追行権が存するか否かという訴訟追行権の観点と、構成員への判決効拡張が肯定できるか否かという判決効拡張の観点から検討を行う。

第2編では、第1編で権利能力なき社団の当事者適格を検討するにあたって視点を据えた「訴訟追行権」と「判決効拡張」という2つの側面から、第三者の訴訟担当の再構成を行う。第三者の訴訟担当については、わが国の訴訟担当概念と、わが国の民訴法の母法であるドイツ法の訴訟担当概念とで、その類型と、権利帰属主体への判決効拡張の有無について注目すべき違いが存する。そこで、わが国の民訴法とドイツ民訴法との比較により、なぜそのような違いが生じたのかを明らかにする。

第3編では、わが国の「当事者適格」概念について、なぜドイツ法にはないオリジナルな概念を用いるに至ったのかを明らかにする。わが国では、当事者適格と訴訟追行権とを同義に用いているが、ドイツ民訴法では、訴訟上の訴訟追行権限を意味する「訴訟追行権（Prozessführungsbefugnis）」と、実体法上の権利帰属主体性を意味する「実体適格（Sachlegitimation）」の2つの概念を用い、「当事者適格」なる概念を使用しない。第3編では、わが国における「当事者適格」概念について、その生成過程を、明治大正期の文献を日独共に参照しながら明らかにする。

最後に、第4編では、第1編で示した、権利能力なき社団に訴訟追行権を認めるための法律構成と、社団を名宛人とする判決が構成員全員に及ぶとする法律構成が、登記請求訴訟以外の、構成員に総有的に帰属する権利関係を訴訟物とする給付訴訟にも妥当するか否かについて、検討を行う。

以上の検討を通じて、他人の権利関係を訴訟上行使する訴訟における当事者適格について、概念の内容と判断枠組みを提示することが本稿の目的である。

## 第1編 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

### 第1章 はじめに

権利能力なき社団は、その名の通り実体法上の権利能力を有しないが、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<sup>1</sup>。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<sup>2</sup>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 卷 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<sup>3</sup>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、通説の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、本編では、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に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

<sup>1</sup> 最二小判昭 47・6・2 民集 26 卷 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。

<sup>2</sup> 最三小判平 6・5・31 民集 48 卷 4 号 1065 頁（後掲③判決）。

<sup>3</sup> 武藤貴明「判解」曹時 67 卷 12 号 278 頁以下（2015）。

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考える。

## 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ている者（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 卷 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って、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、したがって、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、したがって、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い、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請求訴訟〕

〔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当否という形で、 $X_1$ 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 卷 4 号 1065 頁〔権利能力なき社団による総有権確認請求訴訟・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することとされた者である。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<sub>1</sub>とY<sub>2</sub>は、当該土地がX<sub>1</sub>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<sub>1</sub>組合は、Y<sub>1</sub>とY<sub>2</sub>に対し、「当該土地がX<sub>1</sub>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<sub>2</sub>は、Y<sub>1</sub>とY<sub>2</sub>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<sub>3</sub>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<sub>1</sub>組合及びX<sub>2</sub>の訴えをどちらも却下した。X<sub>1</sub>組合とX<sub>2</sub>が上告。

[判旨] 原判決破棄、差戻し。

(ア) X<sub>1</sub>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、代表者の訴訟進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<sub>2</sub>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進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、信託法一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<sub>2</sub>が訴えの提起に先立って、X<sub>1</sub>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<sub>2</sub>の原告適格を肯定している。

④最一小判平 26・2・27 民集 68 卷 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 の資産であ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。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進行し、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（才）第 232 号同 47 年 6 月 2 日第二小法廷判決・民集 26 卷 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進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 卷 5 号 475 頁（権利能力なき社団の原告適格を肯定）<sup>4</sup>

〔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、民訴法二〇一条一項〔現 115 条 1 項 4 号〕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（〔〕内は筆者による、以下同じ）。

⑥東京地判昭 41・3・30 判タ 191 号 176 頁（権利能力なき社団の原告適格を否定）<sup>5</sup>

〔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民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。

<sup>4</sup> 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。

<sup>5</sup> 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。

### 第3節 判例理論の分析

本節では、ここまで概観した裁判例の分析を行う。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か、各判決の差異を明らかにしながら検討する。

#### 第1款 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、本編においてはそれぞれ「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おり<sup>6</sup>、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の確認を求める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とについては、第5章で後述する。

---

<sup>6</sup> 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、登記請求権を有するものではないと判示していることから、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。

## 第2款 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」という基準を採用している<sup>7</sup>。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<sup>8</sup>、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進行し、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進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、当該当事者ごとで理由が異なる。

## 第3款 原告適格を肯定する根拠ないし法律構成<sup>9</sup>

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判決の入会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<sup>10</sup>はこの判旨について、「代表者個人

<sup>7</sup> 本編で紹介した判決以前にこの基準を採用したものとして、業務執行組合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。

<sup>8</sup> 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）。

<sup>9</sup> 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。

<sup>10</sup> 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、

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理論構成によっていえるようにみえる」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すべての信託上の権利義務等が新受託者へと移転する、という法律構成<sup>11</sup>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、と指摘する見解も見受けられる<sup>12</sup>。もっとも、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、権利帰属主体から訴訟担当者とされる者への訴訟追行の授権を要するところ、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権がなされていると認められるが、①判決の事案にお

---

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）。

<sup>11</sup> 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。

<sup>12</sup> 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）。

いては、何を以て訴訟追行の授権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<sup>13</sup>。

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り、代表者に原告適格を肯定した意義は薄いとも考えられる。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請求訴訟の可否、権利能力なき社団において登記名義人とされた者が登記請求訴訟の原告となる場合

### （1）総有権確認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

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。本章第1節で引用した判旨の前段部分は権利能力なき社団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X<sub>1</sub>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<sup>14</sup>。もっとも、次の（イ）についての判示部分と異なり、X<sub>1</sub>組合の原告適格の判断にあたって構成員からの授権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かが明らかではない。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<sup>15</sup>。

<sup>13</sup> なお、黙示的な授権を認め、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、本編第4章第2節参照。

<sup>14</sup> 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）。

<sup>15</sup> 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。

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、規約等による授権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、という限度での授権である。よってこの授権は、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）。

## （２）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権を受けたと解されること

（③判決の事案では、実際に授権が認定されている）、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<sup>16</sup>。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、本編の主題である、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<sup>17</sup>も多いが、固有適格構成に親和的であると解する見解<sup>18</sup>も存する。

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 5 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た理由について、④判決の判旨を読み解くこととする。

---

<sup>16</sup> 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。

<sup>17</sup> 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）。

<sup>18</sup> 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 頁（2015）。

④判決の判旨は、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進行し、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しているが、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。判旨のいう「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、社団自身に訴訟進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だから、団体を訴訟当事者とする方が実際的で、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<sup>19</sup>。

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。もともと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、と解されるべきものである。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

---

<sup>19</sup> 民訴法29条の趣旨については、伊藤真『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。

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について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」、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<sup>20</sup>。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<sup>21</sup>。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、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」として指摘されている<sup>22</sup>。

#### 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、権利能力なき社団が受けた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。

<sup>20</sup> 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。

<sup>21</sup> 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（本節第3款1）を参照。

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

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」に該当し、既判力が及ぶ、と解する見解が存する<sup>23</sup>。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<sup>24</sup>。

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。

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）のみに及び、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 4 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⑤判決の法律構成は、支持できない<sup>25</sup>。

#### 第 4 款 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、以下のようなことになる。

- (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

---

<sup>23</sup> 伊藤・前掲注（19）32 頁。

<sup>24</sup> 最三小判平 22・6・29 民集 64 卷 4 号 1235 頁（以下、本編においては「平成 22 年最判」とする）。

<sup>25</sup> 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、民訴法 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。

- (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、訴訟上は権利能力なき社団（入会団体）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 ドイツにおける権利能力なき社団の取扱い

以上の判例の分析をふまえ、日本法の学説の検討を行う前に、わが国の民事訴訟法の母法であるドイツ法における権利能力なき社団の取扱いを確認する。ドイツにおいては、後述のように、権利能力なき社団を民法上の組合に準じて取り扱おうとする傾向があり、日本法とは解釈の出発点が異なる。また、近年まで、ドイツ民訴法（*Zivilprozessordnung* [以下、ZPO とする。]）において権利能力なき社団の能動的当事者能力が否定されていたこともあり、訴訟法上の取扱いについても日本法と異なる議論がなされている。そこで、本章では、日本法における権利能力なき社団の実体法上の取扱い・訴訟法上の取扱いと異なる点に着目しながら、ドイツ法の議論を概観する。

#### 第 1 節 権利能力（*Rechtsfähigkeit*）及び登記能力（*Grundbuchfähigkeit*）

##### 1. 権利能力なき社団の「権利能力」

ドイツ民法典（*Bürgerliches Gesetzbuch* [以下、BGB とする。]）上、「権利能力なき社団には組合の規定を適用する」、との定めが存する（BGB 54 条前段）。もともと、権利能力なき社団（*nicht rechtsfähige Verein*）は、その性質が組合（*Gesellschaft*）よりも法人に近いことを理由に、当該規定が誤りである旨の批判がなされている<sup>26</sup>。また、登記がなされる法人と異なり、権利能力なき社団においては代理関係が不透明であることから、代表者の責任が明文により規定されている（BGB 54 条後段）。

<sup>26</sup> 森実「W・ハープシャイド『法人と組合との中間体たる権利能力なき社団』」志林 59 卷 2 号 85 頁（1962）参照。なお、この点は権利能力なき社団の性質論に関する問題である。社団と組合の峻別論については、内田貴『民法 I [第 4 版] 総則・物権総論』218 頁以下（東京大学出版会、2008）を参照。

なお、権利能力なき非営利団体には、今日、組合法は広範には適用されない、とされている。Vgl. Jauernig/ Mansel, Kommentar zum BGB, 16. Aufl., 2015, § 54 Rn. 5.

このように、権利能力なき社団に組合の規定が適用されると定められていることから、ドイツの学説上は、組合の議論を参考に権利能力なき社団の取扱いを論じる傾向があり、そこで参照される判例が、民法上の組合の権利能力につき判断した 2001 年 1 月 29 日連邦通常裁判所判決<sup>27</sup>である。同判決は、「民法上の（外的）組合は、それが法取引に参加することによって固有の権利義務を生ぜしめている限りにおいては、権利能力を有する。」として、民法上の（外的）組合（*die (Außen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts*）の権利能力を肯定した<sup>28</sup>。この判決の後、権利能力が肯定された民法上の（外的）組合よりも、権利能力なき社団の方がより法人に近いとして、学説上は、権利能力なき社団にも権利能力が肯定されると解する見解が有力となっている<sup>29</sup>。もっとも、この判決を肯定しつつも、取引の相手方保護等の見地から用意された社団登記簿の登記を経て初めて権利能力を認めるとする準則主義の効果が、権利能力なき社団に権利能力を肯定することにより喪失されるとして、訴訟法学説上は、権利能力なき社団にも権利能力を肯定することに否定的な見解もなお存する<sup>30</sup>。

## 2. 登記能力

さらに、権利能力なき社団が登記名義人となることの可否について既に議論が収束している日本法とは異なり、ドイツ法上は権利能力なき社団の登記能力についても学説上議論がなされており、ここでも組合の議論が出発点とされている。

まず、組合については、かつて土地登記能力が判例上否定されていたが、学説上はこれを肯定する見解が有力であったこともあり、2008 年 12 月 4 日連邦通常裁判所決定<sup>31</sup>は、組合が権利能力を有することを根拠に土地登記能力を肯定した。この決定が、ドイツ土地登記法上、組合の登記についていかなる記載がなされるべきか欠缺が生じていると判示し

<sup>27</sup> BGH, Urteil vom 29. 1. 2001 - II ZR 331/00 -, BGHZ, 146, 341.

<sup>28</sup> 判旨については、この判決を仮訳として紹介している、福瀧博之「ドイツ法における民法上の組合の権利能力（一）－BGH の判決と Karsten Schmidt の見解－」関法 54 卷 1 号 5 頁以下（2004）を参考にした。なお、青木哲「民法上の組合の債務と強制執行（一）－ドイツ民事訴訟法 736 条をめぐる学説の展開－」法協 121 卷 4 号 466 頁以下（2004）も参照。

<sup>29</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, S. 736f.; Staudinger/ Weick, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2005, § 54.

なお、現行 ZPO 50 条 2 項への改正前に、権利能力なき社団の能動的当事者能力を肯定した 2007 年 7 月 2 日連邦通常裁判所判決（BGH, Urteil vom 2. 7. 2007 - II ZR 111/ 05 -, NJW 2008, 69.）が、権利能力なき社団の権利能力をも肯定したものであると解するものとして、Vgl. Musielak/ Voit/ Weth, Zivilprozessordnung, 14. Aufl., 2017, § 50 Rn. 27. この見解は、わが国の通説的見解である固有適格構成に親和的であろう。

<sup>30</sup> Wagner, Grundproblem der Parteifähigkeit, ZJP 117 (2004), S. 359ff.

<sup>31</sup> BGH, Beschluss vom 4. 12. 2008 - V ZB 74/08 -, BGHZ 179, 102.

たことから、ドイツ土地登記法（Grundbuchordnung〔以下、GBOとする。〕）は2009年の改正により、組合所有の土地の登記に関する規定<sup>32</sup>を設けた<sup>33</sup>。

この判例及び法改正を援用し、権利能力なき社団にも当然に登記能力が肯定されるのかというと、そうではない。権利能力なき社団の登記能力は、民法上の組合の権利能力が判例上肯定される前に、ライヒ大審院時代から否定されており<sup>34</sup>、他方で学説上はここでも民法上の組合を参照し、GBO 47条2項の登記方法で対応しようとする見解もみられる<sup>35</sup>。しかし、構成員数が多く、かつ、構成員の流動性が予定されている権利能力なき社団については、GBO 47条2項の方法による登記は実際上不可能であるとの見解もあり、その結果、受託者に登記をさせるという対応のみが残されているようである<sup>36</sup>。

### 3. 実体法上の権利主体性

以上のように、民法上の組合についてはその権利能力及び登記能力が判例・通説上肯定されているものの、権利能力なき社団については未だ争いがある。ドイツの判例においても、権利能力なき社団は「共通の目的を達するための多数人の結合であり、規約により組織され、共同の名義を用い、かつ、構成員の入れ替わりを前提とするもの」<sup>37</sup>として定義されており、日本法と同様に、その概念上構成員の流動性が予定されている。学説におい

<sup>32</sup> ドイツ土地登記法は、47条2項で組合の登記について規定する。以下の条文の翻訳は、石川清＝小西飛鳥『ドイツ土地登記法』450頁（三省堂、2011）による。

第47条（共有の権利の登記もしくは民法上の組合の権利の登記）

(1) 一つの権利が複数の者のために共有として登記されるべき場合には、その登記は、権利者の持分を割合的に示すか、または共同関係の原因となる権利関係を記述する方法ですべきものとする。

(2) 民法上の組合の権利が登記されるべき場合には、その組合員は、登記簿に登記されなければならない。権利者に適用される規定は、組合員にも準用される。

<sup>33</sup> この点につき、高橋英治「ドイツにおける民法上の組合の規制の現状と課題－日本の債権法改正への示唆－」商事2026号14頁（2014）参照。

<sup>34</sup> RGZ 127, 309; BGHZ 43, 316; OLG Zweibrücken NJW-PR 1986, 181.

<sup>35</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 246 は、「登記されていない社団Xの構成員としての合手的（合有的）共有者である（Miteigentümer zur gesamten Hand）A、B及びC」名義、又は、「権利能力なき社団Xの合手（合有）関係にある構成員としてのA、B及びC」名義での登記を肯定する。

なお、合手的（合有的）共同所有関係（Gesamthandsgemeinschaft）の範囲はもっぱら法律において規定されており、そのような関係にある共同所有者は、相続共同体を除き（BGB 2033条1項）、共同所有者間に存在する共同目的に拘束されるため、合手的共同所有関係にある目的物について有している持分を単独で、かつ、自由に処分することができず、分割を請求することもできない（BGB 719条1項、1419条1項）が、合手的共同所有関係にあるそれぞれの制度はその共同所有関係については格別に規律されているため、具体的な共同所有関係の内容が記載されなければならないとされている（石川＝小西・前掲注（32）158頁参照）。そのため、上記のような権利能力なき社団の構成員名義の登記を認める場合も、「権利能力なき社団の構成員として」という記載を要することになる。

<sup>36</sup> *Staudinger/Weick*, a. a. O. (Fn. 29), § 54 Rn. 79.

<sup>37</sup> RGZ 143, 212, 213.

て指摘されているように、このような権利能力なき社団の性質を考慮すると、民法上の組合の取扱いを権利能力なき社団に援用することには慎重になる必要があろう。

## 第2節 当事者能力 (Parteifähigkeit)

では、訴訟法上は如何なる取扱いがなされているか。権利能力なき社団の訴訟法上の取扱いに関し、とりわけ重要な点は、2009年に改正された、権利能力なき社団の当事者能力を規定するZPO 50条2項である。

### 1. ZPO 50条2項

権利能力なき社団の当事者能力については、わが国の民訴法29条に相当する規定としてZPO 50条2項が存する。もともと、日本法においては民訴法29条(旧民訴法46条)制定当初から、原告側被告側の区別なく、権利能力なき社団の当事者能力が全面的に肯定されているのに対し、ZPO旧50条2項は、権利能力なき社団に受動的当事者能力 (passive Parteifähigkeit, 被告としての当事者能力)のみを認め、能動的当事者能力 (aktive Parteifähigkeit, 原告としての当事者能力)を否定していた<sup>38</sup>。これは、権利能力なき社団による訴訟追行を困難にし、かつ、権利能力なき社団に対する訴訟追行を容易にする趣旨であり、旧法の立法者は、権利能力なき社団(とりわけ労働者協会(ユニオン)と労働組合)の活動を困難にすることを意図したようである<sup>39</sup>。しかし、判例<sup>40</sup>及び学説<sup>41</sup>は、権利能力なき社団の能動的当事者能力を肯定しており、その流れに沿う形で、ZPO旧50条2項は2009年に改正された<sup>42</sup>。

この改正に関しては、民法上の組合がその営利性に左右されずに包括的な当事者能力を有するのであるから、より法人に近い性質を有する権利能力なき社団は、なおのこと当事者能力を有する、という通説的見解が取り込まれたものと解されており<sup>43</sup>、上記の権利能力や登記能力の取扱いと同様に、当事者能力についても組合の取扱いが参照されたとの見

<sup>38</sup> ZPO旧50条2項の下での権利能力なき社団の取扱いについては、青木哲「民法上の組合の債務と強制執行(二)ードイツ民事訴訟法736条をめぐる学説の展開ー」法協123巻2号479頁以下(2006)参照。

<sup>39</sup> Vgl. *Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht*, 30. Aufl., 2011, § 19 Rn. 10. ZPO旧50条2項制定までの過程については、名津井吉裕「当事者能力概念の生成と展開」同『民事訴訟における法人でない団体の地位』27頁以下(大阪大学出版会、2016)〔初出2013〕が詳しい。

<sup>40</sup> BGH, Urteil vom 2. 7. 2007 - II ZR 111/05 -, NJW 2008, 69, 74.

<sup>41</sup> *Hess, Grundfragen und Entwicklungen der Parteifähigkeit*, ZJP 117 (2004), S. 267, 293.

<sup>42</sup> 高田裕成「民法上の組合の当事者能力」高田裕成ほか編『企業紛争と民事手続法理論ー福永有利先生古稀記念』9頁(商事法務、2005)は、ZPO 50条2項と異なり、民訴法29条で「法人でない社団又は財団で代表者又は管理人の定めのあるもの」に当事者能力を肯定する日本法は、代表者や管理人の定めのない社団を想定する点で、ドイツ法と「社団」のとらえ方に差異があると指摘する。

<sup>43</sup> *MünchKomm BGB/ Arnold*, 7. Aufl., 2015, § 54 Rn. 20.

方が強い。なお、訴訟法学説では、このように権利能力なき社団の能動的当事者能力が肯定されたことで、権利能力なき社団は、訴訟手続上、権利能力を有する社団の地位を有する<sup>44</sup>、とされている。

## 2. 権利能力なき社団が受けた判決の効力

以上のように、現行 ZPO 50 条 2 項は、わが国の民訴法 29 条と同様に権利能力なき社団の完全な当事者能力を肯定するものである。では、権利能力なき社団が訴訟当事者となる場合、当該社団に対する判決の効力と構成員との関係についてはどのように解されているだろうか。

前提として、ZPO 上の既判力の主観的範囲に関する規定を確認する。既判力の主観的範囲については、ZPO 325 条 1 項<sup>45</sup>が規定するが、わが国の民訴法 115 条 1 項 2 号に相当する規定は存在せず、個別に判決効の拡張を認める規定として、ZPO 326 条、327 条<sup>46</sup>が規定されているのみである。日本民訴法 115 条 1 項 2 号は、第三者の訴訟担当に関する規定であるとされているところ、ドイツ民訴法上、一定の類型の訴訟担当については、明文の規定なくして被担当者に判決の効力が及ぶことが認められている<sup>47</sup>。

では、権利能力なき社団が受けた判決の効力についてはどのように解されているだろうか。学説上、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、との見解が有力なようである<sup>48</sup>。

### 第3節 小括

以上のように、ドイツの議論では、実体法上も訴訟法上も、民法上の組合の議論が参照されている。これに対し日本法での権利能力なき社団と組合の関係については、民訴法 29 条の「法人格なき社団」には組合が含まれるか否か、という問題設定がされるのが通常である。このような点からも、組合と権利能力なき社団の性質論の理解の相違が、権利能力なき社団の取扱いの差異に現れているように思われる。また、権利能力なき社団に対する

---

<sup>44</sup> *Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht*, 18. Aufl., 2018, § 43 Rn. 21; Vgl. auch *Stein/Jonas/Jacoby, Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. 1, 23. Aufl., 2014, § 50 Rn. 23.

<sup>45</sup> 以下、本稿で参照する ZPO の和訳は、法務大臣官房司法法制部編『ドイツ民事訴訟法典』（法曹会、2012）による。

ZPO 325 条① 確定した判決は、当事者のため及び当事者に対して、並びに、訴訟係属の発生後に当事者の権利承継人になった者のため及びこの者に対して、又は、係争物の占有者であって、当事者の一方若しくはその権利承継人が間接占有者になる方法によって係争物の占有を取得した者のため及びこの者に対して、効力を生じる。

<sup>46</sup> ZPO 326 条は、先順位相続人が当事者として受けた判決の後順位相続人に対する効力を、同 327 条は、遺言執行者が当事者として受けた判決の相続人に対する効力を規定する。

<sup>47</sup> 本稿第 2 編第 2 章参照。

<sup>48</sup> Vgl. *Staudinger/Weick, a. a. O. (Fn. 29), § 54 Rn. 11.*

判決の効力に関する判例の理解は、ドイツ法と日本法ではその効果が明確に異なっていることがわかる。

## 第4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<sup>49</sup>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たが、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。

### 第2節 訴訟担当構成の検討

#### 第1款 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、移転登記手続請求を求める訴えを提起することが

---

<sup>49</sup> 兼子一『新修 民事訴訟法体系 [増訂版]』111頁（酒井書店、1965）。

できる、と解することになる<sup>50</sup>。しかし、権利能力なき社団に原告適格を肯定した判例<sup>51</sup>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<sup>52</sup>。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<sup>53</sup>。

## 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が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<sup>54</sup>。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<sup>55</sup>。

ところで、平成22年最判（前掲注（24））の田原補足意見が、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、登記名義人とされている者に代位して）移転登記手続を請求する、という代位構成を示唆し

---

<sup>50</sup> 田邊・前掲注（12）23頁。

<sup>51</sup> 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）。

<sup>52</sup> 上野・前掲注（14）33頁。

<sup>53</sup> 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。

<sup>54</sup> 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。

<sup>55</sup> この点については、中本・前掲注（9）73頁も参照。

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る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<sup>56</sup>。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観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<sup>57</sup>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<sup>58</sup>。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。

---

<sup>56</sup> 山本克己「判批」金法 1929 号 46 頁（2011）も、社団の請求権が観念できるかどうか、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。

<sup>57</sup> 前掲①判決（昭和 47 年最判）。

<sup>58</sup> 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。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。

## 第2款 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年最判の法律構成が、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<sup>59</sup>、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ふべきものを導き出していると解する見解<sup>60</sup>、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、「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<sup>61</sup>が存する<sup>62</sup>。

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<sup>63</sup>であると解されている。このように権利帰属主体と訴訟追行権者が乖離する場合は、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どちらの構成も用いることができない場合<sup>64</sup>”は、常に「解釈による法定訴訟担当」であると構成する

<sup>59</sup> 山本（克）・前掲注（54）109頁注10参照。

<sup>60</sup> 小島・前掲注（14）132頁。

<sup>61</sup> 下村・前掲注（58）12頁。

<sup>62</sup> 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—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処分権に基いて、入会総有権の確認訴訟を提起する原告適格を有し、この管理処分権は、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り、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（53）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処分権を前提として、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。

<sup>63</sup> 兼子・前掲注（49）159頁。

<sup>64</sup> 例えば、第三者の法律関係の確認を求める訴訟（転借人が貸貸人に対し、賃借人と貸貸人と

のかということ、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、既存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

#### 第1款 学説

##### 1. 通説的見解

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、兼子一教授により主張された、いわゆる「事件限りの権利能力」説である。この見解は、「原告又は被告となる場合は、訴訟上法人である団体と同様に取り扱われ」、「紛争解決のためこれらの団体に権利義務の帰属を判決することも差し支えない」、「この意味で、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」<sup>65</sup>というものである。上述のように、ドイツにおいては、ZPO 50条2項により権利能力なき社団に当事者能力が肯定され、「訴訟手続上」権利能力を有する社団と同様の地位を有すると解されており、したがって、ドイツにおけるZPO 50条2項の理解も、わが国の事件限りの権利能力説も、いずれも権利能力なき社団に、訴訟上、当該訴訟の訴訟物たる権利関係が帰属するかのような扱いを肯定するものである<sup>66</sup>。このような立場からは、訴訟当事者たる権利能力なき社団自身が、訴訟物たる権利関係の帰属主体である（と主張する）ことが許され、

---

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。

<sup>65</sup> 兼子・前掲注(49) 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6版]』149頁(弘文堂、2019)、伊藤眞『民事訴訟法[第7版]』127頁(有斐閣、2020)、高橋・前掲注(8) 186-187頁等も、通説とされる固有適格構成の立場である。なお、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。

<sup>66</sup> もっとも、ドイツ法では、ZPO 50条2項により権利能力が肯定された上で当事者能力が肯定されることになるのに対し、わが国の固有適格説は、民訴法29条により当事者能力が肯定され団体の権利義務の帰属を判決する結果、権利能力が肯定される、という違いがあると指摘するものとして、名津井吉裕「法人でない団体の当事者能力の再構成」同・前掲注(39) 265頁[初出2013]参照。名津井教授は、前者を「権利能力に基づく当事者能力」、後者を「権利能力を伴う当事者能力」として分析している。

したがって、給付訴訟の当事者適格の一般的基準に従えば、当然に社団自身に当事者適格が肯定されることになる（固有適格構成）<sup>67</sup>。

兼子教授はさらに、権利能力なき社団に対しなされた「判決の効力は、当事者である団体について生じるので、当然には社員には及ばない」<sup>68</sup>とし、実体法上は訴訟物たる権利関係が総有的に帰属するはずの構成員への判決効拡張を否定する。もともと、わが国で通説とされる固有適格構成（事件限りの権利能力説）に立ちつつも、何らかの形で構成員への判決効拡張を肯定する見解もみられる<sup>69</sup>。このような見解は、構成員からの再訴を懸念するものであると思われるが、そうすると、社団の構成員がなお権利帰属主体である（したがって、構成員の当事者適格も失われない）ことを前提とする立場であると考えられる。兼子教授の事件限りの権利能力説が、構成員への判決効拡張を否定していることからすると、兼子教授は、「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」結果、実体法上の権利帰属主体であるはずの構成員からは、権利帰属主体性が（ひいては当事者適格も）失われる<sup>70</sup>と考えているように思われる。

このような「事件限りの権利能力」説については、請求の趣旨・判決主文等における簡略な表現として「事件限りの権利能力」を用いることに、簡明さというメリットがあることが指摘されている<sup>71</sup>。「事件限りの権利能力」という表現自体に、そのようなメリットがあることは否定できない。しかし、兼子教授が主張する「事件限りの権利能力」説をみる限りは、実体法上の権利帰属態様を変容する効果をも認めるものであるように読み取ることができる。（兼子教授のように、既判力の本質論について権利实在説<sup>72</sup>に立つならまだしも）わが国の通説的見解である訴訟法説からは、やはり「事件限りの権利能力」説を、民訴法 29 条の適用の帰結として採用することは困難であろう。

なお、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らかである。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

<sup>67</sup> 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）参照。

<sup>68</sup> 兼子・前掲注（49）111 頁。

<sup>69</sup> 後掲注（77）の文献参照。

<sup>70</sup> このような指摘をするものとして、高田・前掲注（42）19 頁。岡成玄太「法人でない社団・財団の当事者能力」法雑 64 卷 1・2 号 28 頁注 95（2018）も参照。

<sup>71</sup> 畑瑞穂「法人でない社団等の『事件限りの権利能力』についての覚書」三木浩一ほか編『民事裁判の法理と実践—加藤新太郎先生古稀祝賀記念論文集』105 頁以下（弘文堂、2020）。

<sup>72</sup> 兼子・前掲注（49）335-337 頁参照。

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<sup>73</sup>。

このように、判例理論からも、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<sup>74</sup>。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らうか。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<sup>75</sup>。

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。

### 第2款 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<sup>76</sup>）。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。

<sup>73</sup> 下村・前掲注（58）11-12頁。

<sup>74</sup> 武藤・前掲注（3）283頁以下。

<sup>75</sup> 山本（克）・前掲注（54）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。

<sup>76</sup> 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。

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決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<sup>77</sup>。

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、紛争の一次的解決にも資する<sup>78</sup>、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<sup>79</sup>の立場からは、いかなる根拠により構成員全員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。

---

<sup>77</sup> 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（65）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（112）も参照。

<sup>78</sup> 武藤・前掲注（3）284頁。

<sup>79</sup> 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、本編における検討では、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。

### 第3款 昭和44年最判一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、⑦東京高判平26・8・27判時2242号59頁、並びに、⑧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。

##### ⑦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<sub>2</sub>（マンション自治会）及びX<sub>2</sub>自治会の現会長であるX<sub>1</sub>が、それぞれ、自己がX<sub>2</sub>自治会の会長であると主張する前会長のYに対し、X<sub>1</sub>がX<sub>2</sub>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<sub>1</sub>の訴えを却下し、X<sub>2</sub>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<sub>2</sub>の訴えについて、主位的に地位確認を求め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<sub>1</sub>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、本編との関係で必要な、当事者適格に関する判断のみを抜粋する。

「本件においては、YはX<sub>2</sub>の前会長であり、X<sub>1</sub>が会長の地位にあることを争うとともに、自らがX<sub>2</sub>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、X<sub>2</sub>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、X<sub>2</sub>とYとの間でX<sub>1</sub>がX<sub>2</sub>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。」

##### ⑧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Y<sub>1</sub>と、新たにA寺の責任役員及び代表役員に就任したY<sub>2</sub>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Y<sub>1</sub>及びY<sub>2</sub>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 卷 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、⑦判決は権利能力なき社団を当事者とするものであり、⑧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、⑧判決を引用していない。もっとも、⑦判決の原審（東京地判平 26・3・31 LEX/DB25504751）は、 $X_1$ と $X_2$ 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、当該社団と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 $X_1$ 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、⑧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。⑦判決の評釈では、同判決が⑧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<sup>80</sup>。⑦判決が、X<sub>2</sub>自治会とYとの間でX<sub>1</sub>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」と述べているところからすると、⑦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られる<sup>81</sup>。また、⑧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<sup>82</sup>、学説はこれを、i 対内的独立性、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<sup>83</sup>。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、⑧判決を援用することができるであろう<sup>84</sup>。なお、原判決と異なり⑦判決が⑧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「X<sub>1</sub>の組織法上の地位」であることから、⑦判決の事案は⑧判決とは異なる事案であり、⑧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。

⑦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、X<sub>2</sub>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

---

<sup>80</sup> 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<sub>2</sub>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。

<sup>81</sup> 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。

<sup>82</sup> 前掲昭和 39 年最判、最一小判昭和 42・10・19 民集 21 卷 8 号 2078 頁。

<sup>83</sup> 伊藤・前掲注（19）29-30 頁以下。

<sup>84</sup> 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。

いるように思われる)。そこで、⑧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、⑧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、⑧判決（及び⑦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。

### (1) 「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<sup>85</sup>、「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。

---

<sup>85</sup> 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。

⑧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<sup>86</sup>。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個人同士の争いでは、このプラスアルファの利益が当該個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。

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こと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<sup>87</sup>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（⑧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巻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

<sup>86</sup> ⑦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。

<sup>87</sup> 兼子・前掲注（49）159頁、新堂・前掲注（65）270-271頁等。

て原告適格を肯定するには、組織上、原告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<sup>88</sup>。

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

## (2) 対世的効力

⑧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<sup>89</sup>。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、その効力の対象には、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

<sup>88</sup> 同判決では、原告ら氏子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。

<sup>89</sup> 本間義信「判批」民商 63 卷 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）。

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進行し、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。したがって、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と思われる。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、⑧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 卷 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<sup>90</sup>。

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

---

<sup>90</sup> 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的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はいえなくなる。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。

意見が指摘するように、個人の意思表示と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<sup>91</sup>。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もなく、構成員個人のものとしてでもなく、) 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、対世的という性質からすると、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、意思決定を行った者として原則として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<sup>92</sup>。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うるが、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

---

<sup>91</sup> 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。もっとも、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（上柳克郎ほか編集代表『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。

<sup>92</sup> 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（89）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。

まずここで考慮すべきは、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・移転登記手続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る<sup>93</sup>。

加えて、⑧判決（及び⑦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、権利能力なき社団の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、⑧判決（及び⑦判決の原判決）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。

---

<sup>93</sup> 少なくとも判例は、平成29年民法（債権法）改正前の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と解されていたように（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。

- (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わば「積極的」な効力（判決の効力が当事者である団体の構成員にも及ぶ）を有することを意味する。
- (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であるにかかわらず、構成員に対しても判決の効力が及ぶ。

## 第5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

#### 第1款 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、この構成を崩してはいない。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（総有説）<sup>94</sup>。

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<sup>95</sup>、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<sup>96</sup>。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<sup>97</sup>。

<sup>94</sup> 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1）』133-134頁（岩波書店、1965）、佐久間毅『民法の基礎1 総則 [第5版]』383頁（有斐閣、2020）等。

<sup>95</sup> 前掲昭和32年最判。

<sup>96</sup> 最三小判昭48・10・9民集27巻9号1129頁。

<sup>97</sup> 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。

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、団員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<sup>98</sup>、との批判がなされている。

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<sup>99</sup>とか、社団財産の権利義務の担い手は社団自体である<sup>100</sup>、との理解を示す。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<sup>101</sup>、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<sup>102</sup>。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」という必要もない<sup>103</sup>、との見解も見受けられる。

## 第2款 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。わが国の判例・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<sup>104</sup>。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になってしまう。

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

<sup>98</sup> 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 卷 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 卷 4 号 66 頁（1966）（同『団体法の諸問題』31 頁以下（一粒社、1971）所収）等。

<sup>99</sup> 鍛冶・前掲注（98）75 頁。

<sup>100</sup> 森泉・前掲注（98）67 頁。

<sup>101</sup> 四宮和夫＝能見善久『民法総則 [第9版]』175 頁（弘文堂、2018）。

<sup>102</sup> 四宮＝能見・前掲注（101）175 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（98）99 頁参照。

<sup>103</sup> 星野英一「いわゆる『権利能力なき社団』について」法協 84 卷 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）。

<sup>104</sup> 四宮＝能見・前掲注（101）173 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。

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。

以降本編では、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。

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<sup>105</sup>。同条が規定する「法人でない社団」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<sup>106</sup>。

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財産を意味することではない、としている<sup>107</sup>。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

<sup>105</sup> この点の検討については、中本・前掲注（9）84 頁以下参照。

<sup>106</sup> 財産的独立性の要件に関する議論については、伊藤・前掲注（19）69 頁以下、長谷部由起子「法人でない団体の当事者能力—財産的独立性の要件をめぐって—」成蹊 25 号 95 頁以下（1987）、名津井吉裕「当事者能力の要件としての『財産的独立性』」同・前掲注（39）199 頁以下〔初出 2011〕、山本克己「財産的独立性についての覚書き—民事訴訟法 29 条に関する一考察—」論叢 180 巻 5・6 号 125 頁以下（2017）を参照。

<sup>107</sup> 最二小判平 14・6・7 民集 56 巻 5 号 899 頁。

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、ということを経済的に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行使する必要性が認められる<sup>108</sup>。

また、④判決では、①判決で肯定されているように、権利能力なき社団の代表者が原告となって登記請求訴訟を提起できるからといって、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」と、消極的にはあるが、社団の訴訟進行権を肯定する実益を認めている。上述のとおり、ここで考えられる実益としては、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、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、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、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挙げられる。これらのうち、特に、登記名義人とされる構成員が消極的である場合については、構成員全員が原告となって訴えを提起することも期待できないため、権利能力なき社団の訴訟進行を認めなければ、構成員全員に総有的に

---

<sup>108</sup> 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を含む現構成員は、1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有的に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）。

帰属するはずの訴訟物たる権利関係の実現を図ることが困難となると考えられ、この点からも、社団自身に訴訟追行権を認める必要性が肯定できよう。

### 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。

#### 第1款 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4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上での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では、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」の関係にあることを挙げる。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、紛争の一次的解決にも資するように思われる」<sup>109</sup>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、わが国の民事訴訟法の母国であるドイツにおいても、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。

---

<sup>109</sup> 武藤・前掲注(3) 284頁。

「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が理由に、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〕社員の証言能力の問題において、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を命じる敗訴判決がなされるような場合と同様の意味を有する。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。」

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<sup>110</sup>。本判決も、構成員には既判力が及ばないことを前提に、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り、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」というわが国の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<sup>111</sup>。

<sup>110</sup> Vgl. *Staudinger/ Weick*, a. a. O. (Fn. 29), § 54 Rn. 11.

<sup>111</sup> 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と述べ、これを前提に、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。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

### 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はなく、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。

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決定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。つまり、構成員らに総有的に帰属する権利関係について、個々の構成員が社団に訴訟追行の授權を行っているわけではなく（したがって、任意的訴訟担当の要件である訴訟追行の授權がなされているわけではない）、そこで行使されるのは社団自身の訴訟追行権であり、その行使についての意思決定が、構成員の総体により行われる、ということである。

⑧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、団体とその構成員の間には、団体の意思として構成員らが意思決定を行う、という組織法的関係が存する。ここでの意思決定の対象は、あくまで団体の意思そのものである。「対世的効力」の概念そのものが、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。後者の場合は、前者と異なり、社団の組織法上の地位が訴訟物とはなっていないが、ここでも、訴訟物たる権利関係である構成員に総有的に帰属する権利関係について、その帰属主体である構成員の総体が社団の意思決定を行い、その意思決定に基づいて社団が訴訟行為を行っている、という組織法的関係が認められる。組織法的関係に基づいて、つまり、構成員らが自らに帰属する権利関係を、構成員の「総意」に基づいて、社団を通じて争った以上、その「総意」に反する行為を行うこと、すなわち社団を当事者とする訴訟の結果を再度争うことは許されないであろう。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、このような組織法的関係を、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。

---

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。

まず、⑦判決（平成 26 年東京高判）と⑧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のみに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、民法（債権法）改正前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、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<sup>112</sup>。

#### 4. 構成員の財産の侵害ないし制約

---

<sup>112</sup> 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つ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。

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。

## 第2款 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<sup>113</sup>

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<sup>114</sup>。

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、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<sup>115</sup>ため、その規定の趣旨を明らかにする必要がある。

<sup>113</sup> ここでの検討は、中本・前掲注（9）81 頁以下参照。

<sup>114</sup> 堀野出教授は、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」という表現を用いる。（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〔堀野出發言〕（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（111）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。

<sup>115</sup> 伊藤・前掲注（65）592 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）。

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わが国独自のいわゆる独創条文であるが<sup>116</sup>、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<sup>117</sup>。

- 松岡義正委員「……之〔現行法 30 条 2 項〕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対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と思はるが七十條の但書<sup>118</sup>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<sup>119</sup>にも要るではないか、それから四十四條〔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つと思う、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かつと思う、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対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。」

---

<sup>116</sup> 三ヶ月章『民事訴訟法研究 第 6 卷』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）。

<sup>117</sup> 松本博之ほか編『日本立法資料全集 12 民事訴訟法〔大正改正編〕（3）』108-109 頁（信山社、1993）。

<sup>118</sup> 「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効力ヲ有ス」（改正案第一案）。現行民訴法 48 条。

<sup>119</sup> 「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。

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ように報告されている<sup>120</sup>。

○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、以下のように記されている<sup>121</sup>。

「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効力ヲ有ス

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（第四十七條<sup>122</sup>、第八十六條<sup>123</sup>參照）ニ對スル判決ハ其ノ他人ニ對シテモ効力ヲ及ホスヘキコトヲ規定シタルモノニシテ斯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会における旧 201 条の趣旨説明<sup>124</sup>として、

「二百一條ノ二項ノ規定ハ、例ヘバ此四七條ノ規定ニ依リマシテ、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ッ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」、「斯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

<sup>120</sup> 松本博之ほか編『日本立法資料全集 13 民事訴訟法〔大正改正編〕(4)』21 頁（信山社、1993）。

<sup>121</sup> 松本ほか編・前掲注（120）192 頁。

<sup>122</sup> 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）。

<sup>123</sup> 「一定ノ資格ヲ有スル者ニシテ自己ノ名ヲ以テ他人ノ爲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。

<sup>124</sup> 松本ほか編・前掲注（120）464 頁。

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ったと解することもできよう<sup>125</sup>。

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（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。）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、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<sup>126</sup>。

---

<sup>125</sup> 起草者が、選定者（被担当者）に判決の効力が及ぶのは「性質上」当然であると考えた背景には、既判力の主観的範囲を規定する ZPO 325 条（前掲注（45）参照）が、実体的当事者概念を前提として制定されたものであることの影響があったのではないかと推測される。この点を指摘するものとして、本間靖規「口頭弁論終結後の承継人に関する覚書」加藤哲夫ほか編『現代民事手続の法理—上野泰男先古稀祝賀論文集』395 頁（弘文堂、2017）。ZPO 325 条 1 項の「当事者」に関する議論については、本稿第 2 編第 2 章第 1 節第 3 款参照。

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

<sup>126</sup> 勅使川原・前掲注（108）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（112）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「反射的な効力」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「法人でない団体の当事者能力の再構成」同・前掲注（39）288 頁、同「法人でない社団の登記請求訴訟」同・前掲注（39）307 頁〔初出 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。

#### 第4節 本章のまとめ

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」のであり、（構成員全員に総有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、社団自身が訴訟を迫行する必要性が肯定でき、かつ、社団と構成員との間に、組織法的関係が存在する場合には、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迫行し、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よう。

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当該土地が、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。

なお、本章で示した私見は、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、構成員の総意に基づき社団が訴訟行為をするという組織法的な関係を根拠に、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6章 小括

本編では、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<sup>127</sup>ことから、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とする。

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<sup>128</sup>や、「等置」であるとする見解<sup>129</sup>は、社団固有の地位に着目する点は私見と同じである。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は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にするものである。

---

<sup>127</sup> 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）。

<sup>128</sup> 堀野・前掲注（111）87 頁以下。

<sup>129</sup> 名津井・前掲注（112）597 頁以下。

なお、本編は、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、訴訟追行の授権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、本編では、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、第4編で行う。

## 第2編 訴訟担当概念の比較法的考察と民事訴訟法 115 条 1 項 2 号の適用対象

### 第1章 はじめに

「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」に判決の効力が及ぶと規定する民訴法 115 条 1 項 2 号は、その文言だけからは必ずしも明らかでないようにも思われるが、いわゆる第三者の訴訟担当の規定であると解されている<sup>130</sup>。このような条文を有するわが国の民事訴訟法とは異なり、母法であるドイツ民事訴訟法 (ZPO) には民訴法 115 条 1 項 2 号に相当する規定がなく、したがって同号は日本法オリジナルの条文である。また、日本の訴訟担当概念とドイツの訴訟担当 (Prozessstandschaft) 概念との間には、条文の有無にとどまらず、訴訟担当の種類と既判力拡張の有無について異なる点が存する。

まず、わが国の訴訟担当は、訴訟物たる権利義務の主体に代わり、またはこれと「並んで」、第三者がその訴訟物について当事者適格をもち、判決の効力が権利義務の主体にも及ぶ場合であると説明されることが多い<sup>131</sup>。これに対し、訴訟担当とは、訴訟追行権が権利帰属主体以外の第三者に付与され、実体法上の権利帰属主体から訴訟追行権が「奪われる」場合<sup>132</sup>であるとか、権利帰属主体に「代わって」訴訟追行をなす当事者適格が第三者に認められる場合<sup>133</sup>を訴訟担当と定義付ける論者もおり、訴訟担当の内容について各論者で理解が異なっている。また、民訴法 115 条 1 項 2 号が訴訟担当の規定であると解されていることから、わが国の訴訟担当は、訴訟担当者に対してなされた判決の既判力が権利義務の帰属主体たる「他人」に及ぶことが前提とされている、ということがわかる。

他方でドイツの法定訴訟担当では、訴訟担当者のみが訴訟追行権を有する場合である排他的訴訟担当 (verdrängende Prozessstandschaft) と、権利者が訴訟担当者と共に訴訟追行権を有する場合である並存的訴訟担当 (parallele Prozessstandschaft) との区別が示されている<sup>134</sup>。そして、この二つの訴訟担当の間で注目すべき相違点が、前者の排他的

<sup>130</sup> 兼子・前掲注 (49) 346 頁、伊藤・前掲注 (65) 592 頁、松本＝上野・前掲注 (115) 644 頁 [松本]、高橋・前掲注 (8) 250 頁等。

<sup>131</sup> 兼子・前掲注 (49) 159 頁、新堂・前掲注 (65) 292 頁、高橋・前掲注 (8) 250 頁、福永有利「第三者の訴訟担当 (1)」法セミ 337 号 138 頁 (1983)、齋藤秀夫ほか編著『注解 民事訴訟法 (2) [第 2 版]』22 頁 [齋藤秀夫＝大谷種臣＝小室直人] (第一法規、1991)、兼子一原著・松浦馨ほか・前掲注 (19) 565 頁 [竹下守夫]、梅本吉彦『民事訴訟法 [第 4 版]』399 頁 (信山社、2009)、小島・前掲注 (77) 241 頁、長谷部由起子『民事訴訟法 [第 3 版]』154 頁 (岩波書店、2020)。

<sup>132</sup> 松本＝上野・前掲注 (115) 261 頁 [松本]。

<sup>133</sup> 三ヶ月章『民事訴訟法 [第 3 版]』229 頁 (弘文堂、1992)、伊藤・前掲注 (65) 195 頁、小林秀之『民事訴訟法』118 頁 (新世社、2013)、笠井正俊＝越山和広編『新・コンメンタール民事訴訟法 [第 2 版]』130 頁 [下村眞美] (日本評論社、2013)。

<sup>134</sup> Vgl. Stein/ Jonas/ Jacoby, a. a. O. (Fn. 44), vor § 50 Rn. 28; Grunsky/ Jacoby, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., 2018, Rn. 253. この分類について、Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, a. a. O. (Fn. 44), § 46 Rn. 58f. では、それぞれ、„ausschließliche

訴訟担当では訴訟担当者に対してなされた判決の既判力が権利帰属主体にも及ぶが、後者の並存的訴訟担当では権利帰属主体への既判力の拡張が否定される<sup>135</sup>、と解されている点である。

このように、わが国の訴訟担当とドイツの訴訟担当では、①法定訴訟担当における、権利帰属主体への既判力拡張を伴う排他的訴訟担当と、権利帰属主体への既判力拡張を伴わない並存的訴訟担当という区別の有無、②訴訟担当者に対しなされた既判力を権利帰属主体へ拡張する明文規定の有無、という二つの点で差異を有する。

ところで、民訴法 115 条 1 項 2 号については、同号が訴訟担当の条文である、という定式とは異なる解釈を採るようにもみえる見解が示されている。その契機となったものとも言えるのが、登記請求訴訟における権利能力なき社団の当事者適格について、社団の当事者適格と構成員全員への既判力拡張を肯定した最高裁判決（最一小判平 26・2・27 民集 68 卷 2 号 192 頁、以下「平成 26 年最判」とする。）である。

権利能力なき社団が当事者として、構成員全員に総有的に帰属する不動産に関する登記請求訴訟を進行するならば、他人の権利関係（権利能力なき社団の構成員全員に総有的に帰属する権利）を第三者（権利能力なき社団）が訴訟上行使することになる。この場合、権利能力なき社団は「訴訟担当」として当事者適格を有するのか、権利能力なき社団自身の「固有適格」として当事者適格を有するのかについて、学説上古くから争いがある<sup>136</sup>。訴訟担当者として当事者適格を肯定する前者の見解（訴訟担当構成）からは、民訴法 115 条 1 項 2 号により構成員全員への既判力拡張が肯定される。他方で後者の見解（固有適格構成）からは、既判力は当事者たる社団のみに生じ、構成員全員には拡張されない<sup>137</sup>ことになり、この見解が通説的見解とされてきた。しかし、平成 26 年最判が現れた後、固有適格構成からも 115 条 1 項 2 号の適用を肯定する見解が主張されており<sup>138</sup>、“民訴法 115

---

Prozessführungsbefugnis“、„konkurrierende Prozessführungsbefugnis“と表現されている。この分類については、堀野出「任意的訴訟担当の意義と機能（二・完）」民商 120 卷 2 号 89-90 頁（1999）も参照。

<sup>135</sup> *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, a. a. O. (Fn. 44), § 46 Rn. 58.; *Stein/Jonas/Leipold*, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. 4, 22. Aufl., 2008, § 325 Rn. 55. これらの見解のような名称を用いていないが、訴訟担当が排他的に訴訟追行権を有するか否かを権利帰属主体への既判力拡張の基準として採用するものとして、*Prütting/Gehrlein/Gehrlein*, *Zivilprozessordnung*, 12. Aufl., 2020, § 50 Rn. 37; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, *Zivilprozessordnung*, 77. Aufl., 2019, § 325 Rn. 36; *MünchKommZPO/Gottwald*, Bd. 1, 6. Aufl., 2020, § 325 Rn. 48; *Wieczorek/Schütze/Büscher*, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, Bd. 5/1, 4. Aufl., 2015, § 325 Rn. 70; *Schack*, *Drittwirkung der Rechtskraft?*, NJW 1988, S. 865, 867ff.; *Schreiber*, *Die Prozessführungsbefugnis im Zivilprozess*, Jura 2010, S. 750, 753. なお、任意的訴訟担当においては、排他的か並存的かの区別なく既判力拡張が認められることは、日本法と同様である（後掲注（182）参照）。

<sup>136</sup> 学説の詳細については、本稿第 1 編第 4 章参照。

<sup>137</sup> 兼子・前掲注（49）111 頁。なお、固有適格構成から構成員全員への反射的効果を認めるものとして、名津井・前掲注（126）論文参照。名津井教授の見解の詳細については、前掲注（112）参照。

<sup>138</sup> 勅使川原・前掲注（108）436 頁、名津井・前掲注（112）601 頁。私見も同号の適用を肯

条1項2号は、訴訟担当の規定である”のか否か、すなわち、同号がいかなる意味で訴訟担当を適用対象とするものであるかについて、検討する必要があると言える。

そこで、本編ではまず、民訴法115条1項2号の適用範囲を明らかにする前提として日本とドイツの訴訟担当制度の比較・分析を行う。加えて、わが国独自の条文である民訴法115条1項2号の制定過程とわが国における訴訟担当の解釈の変遷を辿ることで、第一に、日本とドイツの訴訟担当概念にはなぜ差異が存するのかを明らかにすることを、第二に、権利帰属主体と「並んで」訴訟追行権ないし当事者適格を有する訴訟担当について、そもそもそのような訴訟担当の類型がわが国において認められるのか、認められるとすればいかなる場合を指すのかを明らかにすることを目的とする。

## 第2章 ドイツにおける訴訟担当概念

### 第1節 訴訟担当概念の変遷と権利帰属主体への既判力拡張の根拠

#### 第1款 *Kohler*による訴訟担当の提唱とその内容

わが国の訴訟担当制度のもととなっているドイツの「訴訟担当 (Prozessstandschaft)」概念を提唱したのは、*Kohler*である<sup>139</sup>。旧ドイツ民事訴訟法 (Civilprozeßordnung [以下、CPO とする]) 成立当時 (1877年) は、「訴訟物たる実体的権利関係の主体が正当な当事者であり、そのような実体的主体であると主張する者が当事者である」という実体的当事者概念 (materieller Parteibegriff) が支配的であった。ところが、差し押さえた債権について取立命令を得た者は、被差押債権を取り立てることができるとする CPO の規定 (CPO 735条、736条) や、破産管財人などの財産管理人、妻の持参財産に関する夫の地位などについて、実体的当事者概念ではこれらの場合を説明できない、という問題が生じた。そこで登場したのが、*Kohler*の「訴訟担当」概念である。

*Kohler*によると、訴訟担当とは、「他人の私権とある者の私法上の関係で、その関係に基づき訴訟を進行する権限がその者に帰属し、当該訴訟の私法上の効果をその他人に及ぼす関係—すなわち、ある者が他人の私権を訴訟上管理する (walten) ことが許されている関係」であり、管理という点については、「訴訟は処分 (Disposition) ではないため、処分ではなく管理である」という<sup>140</sup>。この定義からわかるように、*Kohler*は、訴訟担当者によりなされた訴訟の効果が、訴訟物たる権利関係の帰属主体 (である他人) に及ぶ類型こそが訴訟担当である、と考えていたようである。

---

定する (本稿第1編第5章参照)。

<sup>139</sup> *Hellwig*, System des Deutschen Zivilprozessrechts, T. 1, 1912, S. 166 (Anm. 1).

<sup>140</sup> *Kohler*, Über die Succession in das Prozessverhältniss, ZZP 12 (1888), S. 97, 100 f.

*Kohler*により訴訟担当が提唱されるに至る過程の詳細については、福永有利「ドイツにおける当事者理論の変遷」同『民事訴訟当事者論』32頁以下 (有斐閣、2004) [初出1967] を参照。

ところで、前述のように、ドイツではわが国の民事訴訟法 115 条 1 項 2 号に相当する規定がないにもかかわらず、任意的訴訟担当<sup>141</sup>及び（法定訴訟担当のうちの）排他的訴訟担当の場合に、権利帰属主体への既判力の拡張が肯定されている。このうちとりわけ排他的訴訟担当の場合に、他人の権利関係についてなされた判決の既判力がなぜ権利帰属主体をも拘束するのかについて、ドイツでは様々な説明が試みられてきた。

訴訟担当を提唱した *Kohler* は、訴訟の効果を権利帰属主体に及ぼすということを訴訟担当概念の内容の中に含めている。すなわち、訴訟担当を「第三者〔権利帰属主体〕への効力を伴って訴訟を進行する権限」（〔 〕内は筆者による、以下同じ。）と解する結果、「既判力により、訴訟進行をする当事者だけでなく、第三者たる権利者も拘束される」という<sup>142</sup>。そのため、*Kohler* のいう訴訟担当にとって、権利帰属主体を訴訟担当者による訴訟の結果に拘束することは必然の帰結であった。ところで、*Kohler* が訴訟担当概念を生み出したのと同時期に、ドイツでは形式的当事者概念（*formeller Parteibegriff*）が主張され始めていた<sup>143</sup>。*Kohler* が訴訟担当を「他人の私権とある者の私法上の関係」と説明していたことで、訴訟担当者の当事者地位を正当化するためになお実体法的構成を用いていることから<sup>144</sup>、彼は実体的当事者概念に立っていたようにも思える。もともと *Kohler* は、訴訟担当を実体適格（*Sachlegitimation*）から厳密に区別しており<sup>145</sup>、当事者が係争権利関係の主体であることは必ずしも必要ではないと解していることから、形式的当事者概念に立っていたとの見方も考えられる。

このように *Kohler* によって訴訟担当が提唱された後、学説の変遷を経て、「当事者とはその名において権利保護を要求し、あるいはその者に対する関係で権利保護が要求される者である」という形式的当事者概念が次第に支配的見解となっていく<sup>146</sup>。

## 第 2 款 BGB 旧 1380 条に関する *Hellwig* の理解

*Kohler* が、訴訟担当＝権利帰属主体への既判力拡張を伴う場合と定義付けたことで、それ以降の学説も、このような *Kohler* による定義を維持し続けたのかというと、そうでは

<sup>141</sup> 任意的訴訟担当については、訴訟進行の授権が権利帰属主体の意思に依拠していることから、既判力の拡張が常に肯定されることに争いはない（Vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, a. a. O. (Fn. 44), § 46 Rn. 62; *Stein/Jonas/Leipold*, a. a. O. (Fn. 135), § 325 Rn. 63）。

<sup>142</sup> *Kohler*, *Gesammelte Beiträge zum Civilprocess*, 1894, S. 37.

<sup>143</sup> *Oetker*, *Besprechung von Seuffert, Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich*, 5. Aufl., *Juristisches Litteraturblatt*, 1890, S. 188, 189.

<sup>144</sup> また、*Kohler* は、訴訟担当は担当者に「処分用益権」が存する場合に認められると解しており、この処分用益権が実体法の問題であることから、*Kohler* の訴訟担当は現在の当事者適格とは趣を異にするものと指摘するものとして、福永・前掲注（140）33 頁。

<sup>145</sup> *Kohler*, a. a. O. (Fn. 142), S. 348. *Kohler* がいかなる当事者概念に立っていたかについて、理解は様々である。この点については、福永・前掲注（140）42 頁注 3、松原弘信「民事訴訟法における当事者概念の成立とその展開（二）ードイツにおける学説の変遷を中心にー」熊法 52 号 56 頁注 11（1987）参照。

<sup>146</sup> *Gaupp-Stein*, *Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich*, Bd. 1, 8-9. Aufl., 1906, vor § 50, S. 133; *Hellwig*, a. a. O. (Fn. 139), S. 145.

ない。おそらく *Kohler* が提唱した訴訟担当概念の変容の契機となったのが、*Hellwig* によるドイツ民法 (BGB) 旧 1380 条の解釈である。

BGB 旧 1380 条<sup>147</sup>は、妻の持参財産に属する権利を夫が「自己の名で」裁判上行使することを認めており、さらに、夫によりなされた訴訟の判決の効力が妻に及ぶのは、夫が妻の同意なしに権利を処分することができる場合であると規定している。BGB 制定後のコンメンタールでは、同条においては「夫の能動的実体適格 (Aktivlegitimation)、すなわち、夫が、自己の管理権に基づいて、妻の持参財産に属する権利を裁判上行使する権限を有するか否か、及び、どの程度有するか」が問題であり、「夫が妻の同意なしに権利を処分することができる限りで、妻の権利そのものが訴訟物となる」とされている<sup>148</sup>。つまり、BGB 旧 1380 条により夫が訴訟上行使する権利は「夫の固有の権利」であり、原則として当該訴訟の判決の効力は妻に及ばず、同条第 2 文に規定する場合に限り、夫は「妻に帰属する権利」を訴訟上行使することになる。そしてこの場合には、夫によりなされた訴訟の判決の効力が妻に及ぶというのである。また、ライヒ裁判所の判決でも、夫が妻の財産について行使する権利は、「夫の実体権」であると述べるものがある<sup>149</sup>。この判決の影響を受けてか、少なくともドイツ民法学者の間では、BGB 旧 1380 条により夫が裁判上行使するのは原則として「夫の固有の権利」であり、夫が妻の同意なしに妻の権利を処分することができる場合にのみ、夫は「妻の権利」を裁判上行使する、という理解が一般的であったのではないかと推察される。

このように、BGB 旧 1380 条第 1 文の場合は、既判力が妻に及ばないため、夫が裁判上行使しているのは自己の権利であり、第 2 文の場合は、既判力が妻に及ぶため、夫が裁判上行使しているのは妻の権利である、という思考過程によって、誰の権利が訴訟上行使されているかが判断されていた。加えて、少なくとも BGB のコンメンタールにおいては、判決の既判力は権利関係の主体の間で効力を生じる、すなわち、ZPO 325 条 1 項<sup>150</sup>で既判力が生じる「当事者」は権利帰属主体であると解されていたということがわかる<sup>151</sup>。

BGB 旧 1380 条のこのような理解に対し、形式的当事者概念を採用した<sup>152</sup>*Hellwig* は異なる見解を主張した。*Hellwig* によると、同条にいう「持参財産に属する権利」とは、妻の権利であり、夫が妻の権利に対して有する夫の権利ではなく、したがって持参財産に属する権利とは、例えば目的物に対する所有権であって、夫の用益権及び管理権ではない

---

<sup>147</sup> BGB 旧 1380 条 夫は、妻の持参財産に属する権利を、自己の名で裁判上行使することができる。夫が、妻の同意なしに権利を処分する権限を有するときは、判決は妻に有利にも不利にも効力を生じる。

<sup>148</sup> Staudinger/ *Keidel*, Kommentar zum BGB, Bd. 4, 9. Aufl., 1926, § 1380, S. 261.

<sup>149</sup> RG, Urteil vom 14. Januar 1888 - V 269/ 87 -, Gruchot 32, 1024 ff. なお、RG, Urteil vom 11. November 1893 - I 419/ 93 -, Gruchot 38, S. 471 ff. は、持参財産に関する妻の能動的実体適格を否定している。

<sup>150</sup> ZPO 325 条 1 項の内容については、前掲注 (45) 参照。

<sup>151</sup> Vgl. *Henckel*, Parteibegriff und Rechtskrafteerstreckung, ZJP 70 (1957), S. 448, 460 f.

<sup>152</sup> *Hellwig*, a. a. O. (Fn. 139), S. 145.

153。すなわち *Hellwig* は、夫による訴訟の判決の効力が妻に拡張されるか否かを問わず、BGB 旧 1380 条により夫が訴訟上行使する権利を、一貫して妻に帰属する権利であると捉え、夫を例外なく訴訟担当とみなしたのである。このように *Hellwig* が、BGB 旧 1380 条を、他人の権利を訴訟上行使する場合で、かつ、権利帰属主体に既判力が拡張されない場合であると解したことで、訴訟担当はもはや、当事者が権利帰属主体に有利不利な効力を伴って訴訟を進行するための法的地位として定義付けられるのではなく、権利帰属主体への既判力の拡張を問わず、他人の権利を訴訟上行使する権限として捉えられるようになった。

*Hellwig* が、BGB 旧 1380 条を他人の権利を訴訟上行使する類型であると捉えたことで、その後、権利帰属主体への既判力拡張は、一定の要件のもとで生じる結果であると認識されるに至った。同条第 2 文が、夫が「妻の同意なしに権利を処分する権限を有するとき」に妻への既判力拡張を認めていることで、民事訴訟法学者は、訴訟担当者が訴訟物たる権利関係について有する処分権限に、権利帰属主体への既判力拡張の要件を見出した。すなわち、訴訟担当者が、他人の実体法上の権利について、権利帰属主体の同意なく自己の名で処分することが許される場合にのみ、訴訟担当者に対してなされた判決は権利帰属主体の有利にも不利にも効力を生じる<sup>154</sup>という。このように、*Hellwig* による BGB 旧 1380 条の解釈を契機として、訴訟担当者による訴訟の効果を権利帰属主体に及ぼすことを前提とする *Kohler* の訴訟担当の定義が一般的なものではなくると同時に<sup>155</sup>、ZPO 325 条の「当事者」も、訴訟法律関係の主体すなわち形式的当事者であると解されるに至ったのである。

### 第 3 款 *Hellwig* と *Henckel* の依存関係説<sup>156</sup>

ところで *Hellwig* は、訴訟当事者ではない権利帰属主体や承継人、すなわち第三者に既判力が拡張される根拠は、第三者の法的地位が当事者の法的地位に依存しているという私法上の依存関係（*civilistisches Abhängigkeitsverhältnis*）にあると説明していた<sup>157</sup>。訴

<sup>153</sup> *Hellwig*, *Anspruch und Klagerecht*, 1900, S. 302.

<sup>154</sup> *Rosenberg*, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*, 9. Aufl., 1961, S. 198; *Beinert*, *Die Prozesstandschaft im schweizerischen Recht*, 1963, S. 41; *Blomeyer*, *Zivilprozessrecht*, 1963, S. 476.

<sup>155</sup> もっとも、*Kohler* も後に、訴訟担当を「自己の名で行動するが、他人の権利を行使する」場合として、広い意味で用いている（*Holtzendorff-Kohler*, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, Bd. 3, 7. Aufl., 1913, S. 292）。この点については、中村宗雄「訴訟遂行権の系譜的考察」『民事訴訟法学の基礎理論』130 頁（敬文堂、1957）参照。

<sup>156</sup> 訴訟担当に限らない判決効拡張一般における依存関係に関する文献として、吉村徳重「既判力拡張における依存関係」『民事判決効の理論（下）』3 頁以下（信山社、2010）〔初出 1960-1961〕、鈴木正裕「既判力の拡張と反射的效果（一）（二）」神戸 9 卷 4 号 508 頁以下（1960）、10 卷 1 号 37 頁以下（1960）、本間靖規「反射効について—根拠論を中心に」徳田ほか編・前掲注（112）601 頁以下等参照。

<sup>157</sup> *Hellwig*, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, 1901, S. 51.

訟担当の場合については、訴訟を進行する者が第三者の訴訟物について処分権能

(Verfügungsmacht) を有し、そのため、その実体的法律関係にある第三者に対する効果を伴う訴訟をする権限を有する場合に、依存関係を根拠にして既判力拡張が基礎付けられる<sup>158</sup>、という。Hellwigによると、第三者の権利関係について管理権

(Verwaltungsrecht) を有する場合のみならず、権利帰属主体の同意や、善意者保護などから特に法が認めた処分権能を有する場合、及び、特別財産の管理の場合を含み、このような依存関係によって、実体法上、第三者の法的地位が訴訟を進行する者の処分権能ないし管理権能に服さざるをえないために、かつ、その範囲で既判力拡張の立法上の正当化根拠が生ずる<sup>159</sup>。すなわち Hellwig の依存関係概念によると、既判力拡張が依存関係から当然に生ずるのではなく、依存関係はあくまで立法理由という媒介項を通じて、初めて訴訟法上に顕出されることになる<sup>160</sup>。

このような Hellwig の依存関係説は、当事者に実体法上の処分権ないし管理権があり、これが実体法上の依存関係として既判力拡張の根拠となるという見解であるが、Hellwig と同様に、訴訟担当者の処分権限を実体法上の依存関係として権利帰属主体への既判力拡張の根拠とするのが、Henckel である。

Henckel の見解の特徴として挙げられるのが、形式的当事者概念に立ちつつも、ZPO 325 条 1 項の「当事者」を実体的当事者概念の意味で解する点である。Henckel は、ZPO 325 条 1 項をそのように解すべき理由として、同項の文言が、実体的当事者概念が支配的であったときに規定されたことを挙げる<sup>161</sup>。このような見解によると、他人の権利を訴訟上行使する場合、既判力は権利帰属主体に常に及ぶことになることから、Henckel は以下のように述べる<sup>162</sup>。訴求されている権利について処分権限を有しない訴訟担当者による訴訟進行の場合、権利帰属主体へ常に既判力が拡張されることは正当でない。この場合に考慮されるべきことは、既判力が当事者間に制限されることの根拠が、弁論主義及び処分権主義にあるということであり、訴訟に関与していない第三者たる権利帰属主体の法的地位を、当事者の恣意 (Willkür) にかからせるべきではない。したがって、既判力により拘束されるべき者の範囲は制限されるべきであり、自己の法的地位において当事者の行為に依存する者のみが、既判力を受けるべきである。この依存関係は、実体法から生じ、また、処分権限の規律に由来するものである。訴訟担当者の訴訟進行が権利帰属主体を拘束するのは、訴訟担当者が、主張されている権利について、権利帰属主体に対する効力を伴って処分をすることができる場合のみである。

このように ZPO 325 条 1 項を実体的当事者概念の規定であると解する Henckel の見解に対しては、Henckel 自身は実体的当事者概念を否定しているにもかかわらず、ZPO 325

<sup>158</sup> Hellwig, a. a. O. (Fn. 157), S. 56, 62.

<sup>159</sup> Hellwig, a. a. O. (Fn. 157), S. 57-62, 183 ff.; ders., a. a. O. (Fn. 153), S. 255 ff.

<sup>160</sup> 吉村・前掲注 (156) 16 頁。

<sup>161</sup> Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1961, S. 139.

<sup>162</sup> Henckel, a. a. O. (Fn. 151), S. 462 f.

条1項の意味での当事者を権利帰属主体と解すべきであると主張するならば、当事者概念を一貫させる必要性と矛盾する<sup>163</sup>、という批判がある<sup>164</sup>。

#### 第4款 *Bettermann* と *Blomeyer* の見解

訴訟担当の場合に、当事者に実体法上の処分権ないし管理権があり、これを実体法上の依存関係として既判力拡張の根拠とする *Hellwig* や *Henckel* の見解に対し、第三者への既判力拡張が、依存関係を基礎として一般に認められるとしつつも<sup>165</sup>、訴訟担当の場合には専ら、訴訟の相手方の不利益という訴訟法上の理由に基づいて既判力拡張が認められるとするのが、*Bettermann* である。

*Bettermann* は、実体法上の無権利者（又は単独で権利を有しない者）の訴訟追行権は、常に、訴訟外に存する権利帰属主体へ既判力拡張をもたらす、と主張した。この *Bettermann* の見解は一見すると、権利帰属主体を既判力で拘束することが訴訟担当の重要なメルクマールであると解する、*Kohler* の訴訟担当の定義<sup>166</sup>に依拠するものであるようにも思える。しかし、*Bettermann* がこのように、常に権利帰属主体への既判力拡張が生じると解したのは、訴訟の相手方の利益が優越することを重視したためである。

すなわち、*Bettermann* によると、既判力が第三者に拡張されるのは、「既判力拡張に対する相手方（及び国家）の利益が大きく、そのため、相手方の利益が、既判力拡張に対する第三者の利益を優越しない場合—すなわち、既判力を制限することが相手方にとって期待できない可能性が、第三者へ既判力を拡張することが期待できない可能性よりも大きい場合」である<sup>167</sup>。訴訟担当者とされた者に対して応訴し勝訴判決を得ても、実体法上の権利義務の帰属主体から同一内容の訴えを再度提起された場合に前訴判決の既判力がなんら作用しない、というのでは、前訴で訴訟担当者とされた者に訴訟を進行させ、この者に本案判決をすることが、紛争の解決にとって必要で有意義である、とは言えないはずである。その意味で、実体法上の権利義務の帰属主体ではない者に訴訟担当者として訴訟追行権を認めるには、相手方に、実体法上の権利義務の帰属主体からの再訴のリスクという「訴訟法上の不利益」を免れさせる（すなわち、権利義務の帰属主体への既判力拡張を認める）必要があるということが、ここでいう訴訟の「相手方の不利益」であると考えられる。

<sup>163</sup> *Sinaniotis, Prozeßstandschaft und Rechtskraft, ZJP 79 (1966), S. 78, 80.*

<sup>164</sup> なお、わが国で民訴法115条1項1号の「当事者」を実体的当事者と解すべきと主張する見解として、上田徹一郎「形式的当事者概念と既判力の主観的範囲の理論」同『判決効の範囲』25頁（有斐閣、1985）〔初出1959〕がある。

<sup>165</sup> *Bettermann* の依存関係説の詳細については、吉村・前掲注（156）24頁以下、本間・前掲注（156）617-618頁参照。

<sup>166</sup> 本節第1款を参照。

<sup>167</sup> *Bettermann, Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, 1948, S. 86.*

もっとも *Bettermann* が主張するように、権利帰属主体へ既判力を無制限に拡張することは、一定の場合に、訴訟で主張されている権利そのものの性質と矛盾する結論をもたらすことになる。例えば、BGB 432 条及び BGB 1011 条の場合が挙げられる。BGB 432 条 1 項は、不可分債権の複数の債権者について、各債権者が、全ての債権者に対する給付のみを請求することができる旨を規定し、BGB 1011 条は、各共有者が、所有権に基づき、共有物全体の返還を求めることができる旨を規定している。*Bettermann* の見解をこれらの場合にも適用すれば、不可分債権者の一人が不可分の給付を求め、又は、共有者の一人が共有物全体の返還を求めて訴えを提起し、その請求が棄却される場合、他の不可分債権者又は他の共有者に対しても、当該訴訟の判決の既判力が及ぶことになる。しかし、BGB 432 条 1 項や BGB 1011 条により不可分債権者の一人又は共有者の一人がした訴訟の判決の既判力は、他の不可分債権者又は共有者に及ばないというのが、判例<sup>168</sup>及び多数説<sup>169</sup>であり、*Bettermann* の見解に従うと、訴訟に関与していない他の不可分債権者や共有者の共同の利益を害することになる。

そこで、*Blomeyer* は、*Bettermann* が重点を置いた「訴訟の相手方の利益」という点には賛同しつつも、既判力拡張の根拠について新たな見解を主張した。*Blomeyer* は、相手方の利益が優先することにより権利帰属主体へ既判力が拡張されるのは、既判力拡張が法律に明文で規定された場合に限られ、その他の訴訟担当の場合においては、係争権利関係について訴訟担当者が処分権限を有することにより、権利帰属主体への既判力拡張を正当化しようとした<sup>170</sup>。前者の場合について *Blomeyer* は、(実体法上の根拠ではなく) 訴訟法上の根拠に基づき既判力拡張を法律で規定している場合 (例えば、ZPO 327 条 1 項による、遺言執行者に対しなされた判決の相続人に対する効力) については、「訴訟追行権 (Prozeßführungsbefugnis) に基づく既判力拡張」として、訴訟追行権が認められることが既判力拡張の根拠であるという<sup>171</sup>。訴訟追行権が既判力拡張の根拠であるという点は、*Bettermann* に同調するものであるが、*Blomeyer* は権利帰属主体を既判力で拘束することについて一貫した説明をすることを断念し、権利帰属主体への既判力拡張の問題をケースバイケースで対応したのである。

### 第 5 款 *Sinaniotis* による既判力拡張の判断基準

このように、*Bettermann* と *Blomeyer* が、訴訟の相手方の利益を考慮して、訴訟追行権を根拠に既判力拡張を肯定する見解を主張したことに影響を受け、*Sinaniotis* も相手方

<sup>168</sup> RG, Urteil vom 30. November 1927 - V 135/ 27 -, RGZ 119, 163 ff.

<sup>169</sup> MünchKommBGB/ *Schmidt*, Bd. 8. Aufl., 2020, § 1011 Rn. 8; Staudinger/ *Looschelders*, Kommentar zum BGB, 2017, § 432 Rn. 78. なお、BGB 432 条及び BGB 1011 の制定過程については、鶴田滋「共有者の共同訴訟の必要性に関する現行ドイツ法の沿革と現状」同『共有者の共同訴訟の必要性－歴史的・比較法的考察－』125 頁以下 (有斐閣、2009) [初出 2005] において、詳細な分析がなされている。

<sup>170</sup> *Blomeyer*, a. a. O. (Fn. 154), S. 476 ff.

<sup>171</sup> *Blomeyer*, a. a. O. (Fn. 154), S. 480 f.

の利益を考慮要素として権利帰属主体への既判力拡張の根拠を基礎付けようとした。また、*Sinaniotis*は、訴訟担当者が排他的に訴訟追行権を有する場合と、権利帰属主体と並んで訴訟追行権を有する場合の違いに着目した上で、前者では権利帰属主体への既判力拡張が肯定され後者では否定されるということ、一貫して説明しようと試みている<sup>172</sup>。

*Sinaniotis*は、利益法学的方法により提唱された *Bettermann* の見解が、理論的には一貫しており、実際に正当な解決をもたらす方法であるという。その上で彼は、以下のように述べる。権利帰属主体への既判力拡張に対し相手方が有する優越的な利益

(*überwiegendes Interesse*) は、他人の訴訟追行権によって基礎付けられる。なぜなら、既判力が権利帰属主体に拡張されないにもかかわらず、訴訟の相手方に、訴訟担当者として訴訟をすることを法律によって義務付けるとすれば、相手方にはそのことについて期待可能性がない（すなわち、権利義務の帰属主体から同一内容の再訴を提起される可能性が法律上認められるならば、相手方には、その再訴に対し応訴しなくてもよいという期待をすることが許されない）からである。この点では *Bettermann* の見解は正当であるが、(前述のような) BGB 432 条、1011 条の性質を考慮すると、相手方の利益の優越を理由に、常に、権利帰属主体を既判力で拘束することが認められるべきであるということ、を一般化することはできない。他方で、訴訟の相手方の利益が優越するか否かは、裁判官の判断に委ねられることもある。そのため、訴訟の相手方の利益を基礎付ける要素である、期待不可能性 (*Unzumutbarkeit*) は、法律上規定されている基準によって確定することができなければならない、そのような法律上の基準を明らかにする必要がある。

このように、*Sinaniotis*は、*Bettermann* の見解を修正する方向で権利帰属主体への既判力拡張の根拠を明らかにしようとする。ところで、*Sinaniotis* がくり返し述べる「訴訟の相手方の利益」がいかなるものであるかについては、*Sinaniotis* により具体的な説明はなされていない。もっともその内容は、既判力が権利帰属主体へ拡張されないことにより生じる相手方の（権利帰属主体からの再訴に対する）応訴の煩や、訴訟担当者に対しなされた判決と権利帰属主体による再訴においてなされた判決の矛盾という不利益を、相手方が回避する利益を指しているのであろう。そして、*Sinaniotis* がいう

“*Unzumutbarkeit*” とは、既判力が権利帰属主体へ拡張されないまま訴訟担当者との間で訴訟をすることを受忍させることについて、相手方には期待可能性がない、という意味であると考えられる。

では、*Sinaniotis*は、相手方の *Unzumutbarkeit* の基準をどこに求めたのであろうか。それを明らかにするために、彼は、既判力拡張を明文で認めている ZPO の規定を考察の対象とした。例えば、ZPO 327 条 1 項<sup>173</sup>は、遺言執行者と第三者との間で「遺言執行者の管理に服する権利について」なされた判決は、相続人の有利不利に効力を生ずる旨規定し

<sup>172</sup> *Sinaniotis*, a. a. O. (Fn. 163), S. 91 ff.

<sup>173</sup> ZPO 327 条① 遺言執行者と第三者との間で遺言執行者の管理に服する権利についてなされた判決は、相続人のために及びこの者に対して効力を有する。

ている。この規定から明らかになるのは、訴訟追行権が実体上の無権利者に帰属する結果、権利帰属主体はもはや訴訟追行権を有しない、という場合にのみ、権利帰属主体への既判力拡張が認められている、ということである。このように *Sinaniotis* は、既判力拡張が明文で規定されている類型において、権利帰属主体から訴訟追行権が剥奪されている点に着目し、これを *Unzumutbarkeit* の基準とする。すなわち、権利帰属主体がもはや独立して係争権利関係に関する訴訟追行権を有しない場合にのみ、(権利帰属主体への既判力拡張なく) 訴訟担当者との間で訴訟を進行することを期待できない、という<sup>174</sup>。

このように、権利帰属主体の訴訟追行権が剥奪されているか否かを *Unzumutbarkeit* の基準とした上で、*Sinaniotis* はさらに、既判力が権利帰属主体へ拡張される場合とそうでない場合について、それぞれの根拠を以下のように述べる<sup>175</sup>。

訴訟担当者による訴訟追行の場合、訴訟の対象たる実体的権利に関する権利帰属主体の利益、及び、権利帰属主体との間で法律関係を有するその他の者(例えば、債権者)の利益を保護することが望まれるので、特定の実体的権利に関して第三者に訴訟追行権を排他的に付与する場合には、少なくとも権利帰属主体の利益の保護も目的とされている。権利帰属主体の利益の保護を目的とする訴訟において、訴訟担当者に対しなされた判決の既判力が権利帰属主体に及ばないということを、相手方に受忍するよう期待することはできない。この点で、権利帰属主体への既判力拡張について、訴訟の相手方は重要な利益を有する。反対に、権利帰属主体の訴訟追行権限を同時に剥奪することなく(並存的に)第三者へ訴訟追行権を付与することは、訴訟追行権を有する第三者(訴訟担当者)の固有の利益を満足させることに資する。このような訴訟追行権の付与は、権利帰属主体の利益の保護とは関係がない。なぜなら、権利帰属主体は自ら(又は他の共同権利者と共同して)自己の権利に関して訴訟を進行することができるからである。したがってこの場合、権利帰属主体への既判力拡張に対する重要な利益を訴訟の相手方に認めることはできないので、既判力は訴訟担当者だけに及び、訴訟外に存する権利帰属主体には及ばない。

以上のように *Sinaniotis* は、相手方の不利益に加え、訴訟担当者の訴訟追行が権利帰属主体の権利利益をも保護する目的を有するものであるかを基準に既判力拡張の有無を判断している。要するに、①権利帰属主体の利益保護が目的とされているならば、第三者が訴訟担当者として訴訟を進行するとしても、再度の応訴の負担など相手方の不利益を考慮すると、利益保護を目的とされている者にも既判力を及ぼすべきであり、②他方で権利帰属主体の利益ではなく専ら訴訟追行権者の利益保護が目的とされているのであれば、権利帰属主体が既判力拡張を引き受ける必要はなく、相手方も既判力拡張を必要とするほどの利益を有しない、ということである。

---

<sup>174</sup> *Sinaniotis*, a. a. O. (Fn. 163), S. 91.

<sup>175</sup> *Sinaniotis*, a. a. O. (Fn. 163), S. 91 f.

このように、*Sinaniotis*によって、訴訟担当の類型と既判力拡張の有無に関して、「排他的訴訟担当＝既判力拡張肯定、並存的訴訟担当＝既判力拡張否定」という定式が明確に示された。

### 第6款 *Sinaniotis*の見解に対する批判と現在の理解

*Sinaniotis*が訴訟の相手方及び権利帰属主体の利益をもとに既判力拡張の基準を定立したことに対して、*Berger*から、訴訟の相手方の利益を考慮するのであれば、排他的訴訟担当の場合だけでなく並存的訴訟担当の場合にも実体法上の権利帰属主体を既判力で拘束すべきであるとの批判がなされている。すなわち、権利帰属主体が訴訟担当者と並んで訴訟を提起する権限を有し続ける場合、訴訟の相手方には、同一権利関係について権利主体から新たに訴訟が行われる危険がある。これとは逆に、権利帰属主体から訴訟追行権が剥奪された場合、訴訟担当者による訴訟の後に、同一係争権利関係について権利帰属主体から第二の訴訟が提起されることは想定し難く、少なくとも権利帰属主体の訴訟が奏効する見込みはない。訴訟担当者に対しなされた判決の既判力が権利帰属主体に及ぶ場合、訴訟の相手方は、たしかに確定判決の存在を理由に防御することができる。しかし、権利帰属主体の訴訟追行権の欠缺は相手方の利益となるものであり、同一の権利関係に関する訴えに巻き込まれなければならないという負担から相手方を解放することになる。したがって、訴訟追行権が第三者である訴訟担当者に排他的に存する場合、訴訟の相手方は、並存的に訴訟追行権が認められる場合よりも、権利帰属主体を既判力で拘束することに関して利益を有しない<sup>176</sup>、という<sup>177</sup>。

このような批判を受けつつも、排他的訴訟担当と並存的訴訟担当という区別は、法定訴訟担当における既判力拡張の基準として現在も採用されている<sup>178</sup>。なお、このような区別

---

<sup>176</sup> 以上の批判につき、Vgl. *Berger*, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozeßstandschaft, 1992, S. 30 f. なお、*Berger*は、権利帰属主体が訴訟担当者と並んで訴訟追行権を有する場合を„kumulative Prozeßführungsbefugnis“と表現する。また、訴訟担当者による訴訟追行の法律効果は権利帰属主体による訴訟追行の効果と区別されるものではなく、訴訟担当者は権利帰属主体が訴訟行為をする権限（prozessuale Handlungsbefugnis）を行使するものであることを理由に、係争権利関係の主体が訴訟担当者による訴訟においてなされた判決に拘束されるとして、訴訟追行権自体を根拠に既判力拡張を根拠付けようとする。加えて、この基準は権利帰属主体が訴訟担当者と並んで訴訟追行権を有する場合にも妥当するものであるとして、*Sinaniotis*と異なりその場合にも既判力拡張を肯定する（以上につき、*Berger*, a. a. O., S. 287, 289 f.）。

なお、排他的訴訟担当及び並存的訴訟担当の両方で既判力拡張を認めつつ、並存的訴訟担当の場合に訴訟担当者が受けた請求棄却判決については既判力拡張を否定する見解として、Vgl. *Braun*, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 2014, S. 952 ff.

<sup>177</sup> *Sinaniotis*の見解に対する批判については、Vgl. auch *Schwab*, Zivilprozessrecht, 5 Aufl., 2016, § 7 Rn. 404.

<sup>178</sup> 前掲注（134）及び（135）参照。ただし学説上は、専ら*Sinaniotis*のように権利帰属主体からの訴訟追行権の剥奪のみを基準とするのではなく、訴訟上主張されている権利について訴訟担当者が実体法上処分することができることも、既判力拡張の根拠とされている（Vgl. *Stein/ Jonas/ Leipold*, a. a. O. (Fn. 135), § 325 Rn. 55; *MünchKommZPO/ Gottwald*, a. a. O.

の基準は、法定訴訟担当における既判力拡張の基準として展開し多数説化したものであり、任意的訴訟担当の場合に当てはまるものではない。任意的訴訟担当の場合については、ドイツ法上、権利帰属主体が訴訟担当者に訴訟追行の授権を行っても権利帰属主体自身の訴訟追行権の有無に変更はないと解する見解が多数である<sup>179</sup>（この場合、権利帰属主体が同一権利関係について訴えを提起することは、ZPO 261 条 3 項 1 号<sup>180</sup>により禁じられる<sup>181</sup>）。もっとも、任意的訴訟担当の場合には、権利帰属主体が訴訟担当者による訴訟追行に同意していることによって権利帰属主体への既判力拡張が正当化されるため<sup>182</sup>、訴訟担当者の訴訟追行権が排他的か並存的かという区別は問題とされていない。

## 第 2 節 法定訴訟担当の種類－並存的訴訟担当とその例外

### 第 1 款 概要

ここまで、ドイツにおける訴訟担当概念及び既判力拡張の規律の変遷について概観した。既にくり返し述べているように、ドイツでは、任意的訴訟担当と法定訴訟担当という区別に加え、法定訴訟担当を排他的訴訟担当と並存的訴訟担当に分類する点で、日本の訴訟担当とはその内容が異なる。訴訟担当者のみが訴訟追行権を有する場合（排他的訴訟担当）と、権利帰属主体が訴訟担当者と並んで訴訟追行権を有する場合（並存的訴訟担当）とで、両者の違いが顕在化するのには、*Sinaniotis* が述べるように、既判力拡張の場面においてである。

現在の日本では、このような訴訟担当の分類は（おそらく）なされていない<sup>183</sup>。そこで、ドイツ法上認められている排他的訴訟担当と並存的訴訟担当について、日本法でも類似の条文が規定されている不可分債権の事例と、（後述のように）並存的訴訟担当のよう

---

(Fn. 135), § 325, Rn. 48)。これは、訴訟で当該権利を行使し判決により権利の存否を確定することが、当該権利を実体上処分するのと同視することができるためであると考えられる。

<sup>179</sup> Zöller/ Vollkommer, Zivilprozessordnung, 31. Aufl., 2016, Vor § 50 Rn. 54; Grunsky/ Jacoby, a. a. O. (Fn. 134), Rn. 262; MünchKommZPO/ Lindacher/ Hau, Bd. 1, 6. Aufl., 2020, Vor § 50 Rn. 80; Wiczorek/ Schütze/ Hausmann, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Bd. 1/ T. 2, 3. Aufl., 1994, Vor § 50, Rn. 93.

<sup>180</sup> ZPO 261 条③ 訴訟係属は以下の効力を有する。

1 訴訟係属が存続している間は、当事者は訴訟事件を他に係属させることができない。

2 受訴裁判所の管轄は、その原因となった事情が変更したことによって妨げられることはない。

<sup>181</sup> BGH, Urteil vom 7. Juli 1993 - IV ZR 190/ 92 -, NJW 1993, 3072 ff.; Zöller/ Vollkommer, a. a. O. (Fn. 179), Vor § 50 Rn. 54; Thomas/ Putzol/ Hüßtege, Zivilprozessordnung, 38. Aufl., 2017, § 51 Rn. 40.

<sup>182</sup> Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, a. a. O. (Fn. 44), § 46 Rn. 62; Stein/ Jonas/ Leipold, a. a. O. (Fn. 135), § 325 Rn. 63; MünchKommZPO/ Gottwald, a. a. O. (Fn. 135), § 325 Rn. 57; Musielak/ Voit, Grundkurs ZPO, 13. Aufl., 2016, Rn. 1059; Musielak/ Voit/ Weth, a. a. O. (Fn. 29), § 51 Rn. 36; Zöller/ Vollkommer, a. a. O. (Fn. 179), Vor § 50 Rn. 54.

<sup>183</sup> この点については、本編第 4 章で検討する。

にも思える、遺言執行者を被告とする訴訟の既判力拡張に関する ZPO 327 条 2 項を材料として、その内容と意義を検討する。

## 第 2 款 具体例

### 1. 不可分債権

BGB 432 条 1 項では、「複数の者が、不可分の給付を請求する権利を有する場合において、これらの者が連帯債権者でないときは、債務者は、全ての者に共同の給付のみを行うことができ、各債権者は、全ての債権者に対する給付のみを請求することができる。」と規定されている。このような不可分債権の事例で、不可分債権者の一人が債務者に対する訴訟によって履行を請求し本案判決を得た場合、ドイツ法の規律によれば、当該債権者は訴訟担当者であるが、法定訴訟担当のうちの並存的訴訟担当の種類であるので、他の不可分債権者に判決の既判力は拡張されない<sup>184</sup>。

わが国の民法 428 条も、不可分債権の債権者は、各債権者がすべての債権者のために履行を請求することができる旨を規定している。もっとも、BGB 432 条は、各債権者が、「全ての債権者に対」して履行することを債務者に対して請求することができる」と規定しているのとは異なり、わが国の民法 428 条は、各債権者が、「各債権者に対して」（＝自己に）給付をすることを債務者に請求できる旨を規定している。すなわち、BGB 432 条では、各債権者が総債権者の権利を訴訟上行使することができる」と解されているのに対し<sup>185</sup>、民法 428 条が規定する不可分債権では、不可分債権者の数に応じた独立かつ複数の債権が存すると解されている<sup>186</sup>。立法論としては、全員が揃ってでない」と履行を請求することができず、債務者も債権者も債権者全員に対して履行しなければならないとする方法、BGB 432 条のように、一人が履行を請求することができるが、全員に対して履行することのみを請求でき、債務者も全員に対して履行しなければならないとする方法があるが、わが国の民法はもっとも穏当で便宜なものを使ったとされる<sup>187</sup>。

---

<sup>184</sup> BGH, Urteil vom 23. Januar 1981 - V ZR 146/ 79 -, NJW 1981, 1097 ff. は、BGB 432 条を準用する BGB 1011 条によって、各共有者が所有権に基づき訴えを提起する場合、当該共有者は他の共有者のために法定訴訟担当として訴訟行為をすると判示した。また、他の共有者の訴訟追行権が剥奪されないことを理由に、共有者の一人に対してなされた判決の効力が他の共有者に対しては及ばないとする。なお、本文中で挙げた BGB 432 条や 1011 条を訴訟担当の例として挙げたのは、*Rosenberg* の教科書の第 1 版 (*Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts*, 1927, S. 117) が初めてのものである。この点について、鶴田・前掲注 (169) 176 頁参照。

<sup>185</sup> もっともこの点については争いがある (Vgl. *Wieser, Prozessrechts-Kommentar zum BGB*, 2. Aufl., 2002, § 432 Rn. 3)。わが国における民法 428 条に関する解釈のように、各不可分債権者が固有の債権を有するため複数の権利が存すると解するものとして、*Hadding, Zur Mehrheit von Gläubigern nach § 432 BGB*, in FS Wolf, 1985, S. 107, 122; *MünchKommZPO/Lindacher/Hau*, a. a. O. (Fn. 179), Vor § 50 Rn. 59。

<sup>186</sup> 西村信雄編『注釈民法 (11) 債権 (2)』29 頁 [椿寿夫] (有斐閣、1965)。

<sup>187</sup> 星野英一『民法概論Ⅲ (債権総論)』150 頁 (良書普及会、1978)。立法例については、我妻栄『新訂 債権総論』398 頁 (岩波書店、1964) も参照。

また、各不可分債権者が単独で請求し、債務者は各債権者に対して履行しうるとされる結果、その範囲で絶対的効力を生じるため、不可分債権者の一人による請求は、全債権者のために効力を生じ、一人の債権者への弁済は全債権者に対して効力を生ずることになる<sup>188</sup>。不可分債権者の一人による請求や一人が受けた弁済が、実体法上は絶対効を生じるのであるならば、訴訟法上は訴訟担当の問題として、不可分債権者の一人による訴訟の判決の既判力を他の不可分債権者にも及ぼすことができると解する余地もありうる（この点については、第4章で若干の検討を試みる）。しかしわが国の不可分債権については、総債権者の不可分債権を債権者の一人が行使するのではなく、不可分債権者各人が固有の請求権を有すると解される結果、他人の権利を訴訟上行使するものである訴訟担当とは考えられていない<sup>189</sup>。

## 2. 遺言執行者ないし相続人による受動訴訟

BGB 432 条と同様に、条文自体からは並存的訴訟担当を肯定するようにも思われる規定であるのが、遺産に対する権利を請求する相手方について規定する BGB 2213 条 1 項である。

遺言執行者はドイツ法上、いわゆる職務上の当事者（*Partei kraft Amtes*）と解されており<sup>190</sup>、遺言執行者を当事者とする訴訟でなされた既判力については、ZPO 327 条が、相続人の有利不利に効力を生じることを明文で規定している。

遺言執行者の裁判上の権限について BGB に目を転じてみると、まず、遺言執行者の能動訴訟（*Aktivprozess*）については BGB 2212 条が、「遺言執行者の管理下にある権利は、遺言執行者によってのみ、裁判上行使することができる」と規定している。BGB 432 条 1 項とは対照的に、（他人の権利を訴訟上行使する訴訟担当者たる）遺言執行者に訴訟追行権を専属させる規定である。これに対し遺産に対する権利に関する受動訴訟

（*Passivprozess*）については、BGB 2213 条に規定がなされている。同条 1 項 1 文は BGB 2212 条とは異なり、訴訟追行権を遺言執行者に専属させるのではなく、「遺産に対する権利は、相続人に対しても遺言執行者に対しても行使することができる」とし、（被告としての）訴訟追行権を遺言執行者と相続人の双方に認めている。

前述のような、排他的訴訟担当と並存的訴訟担当の既判力拡張に関する規律の帰結からすると、遺言執行者による能動訴訟では、相続人の権利について遺言執行者が排他的に訴訟追行権を有するため、当該訴訟でなされた判決の既判力は権利帰属主体たる相続人にも拡張されることになる。他方、受動訴訟の場合には、遺言執行者と相続人双方に訴訟追行

<sup>188</sup> 我妻・前掲注（187）398 頁、星野・前掲注（187）150 頁、中田裕康『債権総論 [第4版]』517 頁（岩波書店、2020）。

<sup>189</sup> 福永・前掲注（131）139 頁。

<sup>190</sup> 判例及び通説の立場である。Vgl. BGH, Urteil vom 29. April 1954 - IV ZR 152/ 53 -, BGHZ 13, 203 ff.; Staudinger/ Reimann, Kommentar zum BGB, 2016, Vor §§ 2197 ff. Rn. 19; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, a. a. O. (Fn. 44), § 40 Rn. 13, § 46 Rn. 6.

権が並存して認められるため、遺言執行者を被告とする訴訟でなされた判決の既判力は、権利帰属主体たる相続人には及ばないことになるはずである。しかし、ZPO 327 条 2 項は、遺言執行者が訴訟追行権を有するときは、遺産に対する権利について遺言執行者になされた判決の既判力が、相続人の有利不利に効力を生じること認める。*Sinaniotis* は、このような ZPO 327 条 2 項は、権利帰属主体が訴訟追行権を有しない場合にのみ既判力拡張が肯定されることの例外である<sup>191</sup>、という。

BGB 2213 条が、遺産に対する権利に関する訴訟について、受動的訴訟追行権を相続人にも肯定したのは、以下のような理由による。すなわち、相続人は遺産に属する債務について人的にも責任を負うため、相続人が有する、ZPO 780 条 1 項、781 条、785 条により訴訟及び強制執行において責任制限を主張する権限は別として、債権者が相続人の財産にかかっていくことを、遺言執行者によって閉ざされるべきではない<sup>192</sup>。したがって、本来は能動訴訟と同様に遺言執行者が排他的に訴訟追行権を有する場合であるところ、相続人の人的債務者たる地位という実体法上の特別な理由に基づき、例外的に相続人にも訴訟追行権が付与されたのである。他方で、遺言執行者に対する判決がなければ、相続人に帰属する遺産に対し強制執行をすることができないため (ZPO 748 条 1 項参照)、遺言執行者が被告となる場合には、その訴訟の判決の既判力が権利帰属主体である相続人に拡張されることは依然として要求される。したがって、相続人が並んで (受動的な) 訴訟追行権を有する場合であっても、遺言執行者に対してなされた判決の既判力が相続人に及ぶとする規律が ZPO 327 条 2 項に取り入れられたのである。

わが国の遺言執行者については、民法旧 1015 条が「相続人の代理人」として規定していたが<sup>193</sup>、遺言執行者は遺言の執行に必要な包括的な権限を有しており (民法旧 1012 条 1 項、現 1012 条 1 項も同趣旨)、他方で相続人は処分権を制限されることから (民法旧 1013 条・現 1013 条 1 項)、遺言執行者は訴訟担当者であると解するのが判例<sup>194</sup>・通説<sup>195</sup>であった。では、遺産に対する請求権に関する訴訟については、誰に訴訟追行権が認められていたのか。古い裁判例<sup>196</sup>では、遺言執行者がいる場合でも、遺言の執行に関係のない被相続人の負担した債務の弁済を求めため、相続人に対して給付の訴えを提起することは妨げられない、と判示したものがある。学説上も、被相続人の生存中の法律原因によって発生した債権的請求権については、限定承認がない限り給付訴訟を提起してよく、この場合に遺言執行者が遺産全体につき包括的に管理権を有するときには、その管理権には義務負担権能も含まれているとして、遺言執行者の被告適格をも肯定する見解がみられる

<sup>191</sup> Vgl. *Sinaniotis*, a. a. O. (Fn. 163), S. 90 (Anm. 42).

<sup>192</sup> MünchKommBGB/ *Zimmermann*, Bd. 11, 8. Aufl., 2020, § 2213 Rn. 1.

<sup>193</sup> 平成 30 年相続法改正により、相続人の代理人とするとの文言は削除された。

<sup>194</sup> 最判昭 31・9・18 民集 10 卷 9 号 1160 頁、最判昭 43・5・31 民集 22 卷 5 号 1137 頁等。

<sup>195</sup> 新堂・前掲注 (65) 296 頁、斎藤ほか編著・前掲注 (131) 23 頁 [斎藤=大谷=小室]、中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義 [第 3 版]』176 頁 [福永有利] (有斐閣、2018) 等。

<sup>196</sup> 大判昭 14・6・13 新聞 4452 号 12 頁。

197. このような判決及び学説は、遺言執行者を被告としてなされた判決の既判力について、民訴法 115 条 1 項 2 号の適用を否定していないが、この点については言及されていないことから、既判力は相続人に拡張されることを当然の前提にしていると考えられる。そうすると、わが国でも、遺言執行者と相続人に「並んで」訴訟追行権が肯定される場合が認められることになり、ZPO 327 条 2 項が適用される遺言執行者又は相続人を被告とする場面では、ドイツでも日本でも、訴訟追行権者と既判力拡張の範囲について結果的には同じ取扱いがなされている。

### 第 3 節 本章のまとめ

このドイツ法における二つの類型から明らかになることは、並存的訴訟担当＝既判力拡張なし、という不文の規律が原則であるが、法が特別な理由から明文の例外として（本来であれば訴訟追行権が剥奪されるはずである）権利帰属主体にも訴訟追行権を付与している場合には、既判力拡張が肯定されるということである。

ここまでドイツ法における訴訟担当概念の変遷をみたところによると、現在の訴訟担当の内容は、夫や破産管財人の当事者たる地位を説明するために *Kohler* が提唱した訴訟担当の内容とは異なり、広い意味を有するものとなっている。すなわち、ドイツの訴訟担当は「自己の名で他人の権利に関する訴訟を進行する場合」<sup>198</sup>と定義付けられ、必ずしも権利帰属主体への既判力拡張を伴うものではない。

加えて、権利帰属主体への既判力拡張についても、*Kohler* はそれを訴訟担当の内容としていたが、その後の見解によって、様々な観点から既判力拡張の正当化が試みられた<sup>199</sup>。現在は、排他的訴訟担当すなわち権利帰属主体から訴訟追行権が剥奪される場合には、権利帰属主体へ既判力が拡張されるという理解が一般的であるが、ZPO 327 条 1 項のような、法政策的理由から例外的な取扱いが認められる規定も存する。

このように、法定訴訟担当の類型と権利帰属主体への既判力拡張の基準について、ドイツでは日本と異なる取扱いがなされている。したがって、民訴法 115 条 1 項 2 号という明文の規律を、他人のために当事者になる場合には必ず既判力がその他人に拡張されるものと解釈でき、かつ、そのような解釈が一般的になったわが国で、権利帰属主体と「並んで」訴訟追行権を有する場合をも訴訟担当に含めるならば、それは、ドイツで用いられている「並存的訴訟担当概念」を離れた、日本型の「並存的訴訟担当」であると言える。

もともと、わが国の民事訴訟法はドイツの民事訴訟法をもとに制定されており、訴訟担当概念もドイツから輸入したもののはずである。そこで、本章で明らかになった点をもと

<sup>197</sup> 福永有利「遺言執行者の訴訟追行権」同・前掲注（140）375-376 頁〔初出 1988〕。

<sup>198</sup> Stein/ Jonas/ Jacoby, a. a. O. (Fn. 44), vor § 50 Rn. 28; Prütting/ Gehrlein/ Gehrlein, a. a. O. (Fn. 135), § 50 Rn. 33; MünchKommZPO/ Lindacher/ Hau, a. a. O. (Fn. 179), Vor § 50 Rn. 46; Zöller/ Vollkommer, a. a. O. (Fn. 179), Vor § 50 Rn. 20.

<sup>199</sup> 本章第 1 節第 2 款以下参照。

に、次章ではわが国の訴訟担当について、なぜドイツの訴訟担当との差異が生じたのか、比較法的・歴史的観点から分析を行う。

### 第3章 日本における訴訟担当概念

わが国の民訴法 115 条 1 項 2 号は、「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」に判決の効力が及ぶと規定し、同号は、訴訟担当の規定であると解するのが一般的である。すなわち、ドイツの訴訟担当概念とは異なり、日本の訴訟担当概念では、「訴訟担当＝民訴法 115 条 1 項 2 号＝権利帰属主体へ既判力が拡張される」という定式が成り立っている。もっとも、訴訟担当がどのように定義付けられているかを見てみると、「訴訟担当とは、訴訟物たる権利義務の主体に代わり、又はこれと並んで、第三者がその訴訟物について当事者適格をもち、判決の効力が権利義務の主体にも及ぶ場合である」とするものが多い<sup>200</sup>。ところがドイツ法の訴訟担当概念と比較すると、この定義について一つの疑問が生じる。すなわち、(原則として権利帰属主体への既判力拡張を伴わない) 並存的訴訟担当概念を認めるドイツとは異なり、権利帰属主体への拡張を伴うものであると解されるに至ったわが国の訴訟担当においても、権利帰属主体と「並んで」訴訟担当者が当事者適格を有する場合が一般的に認められるのか、ということである。

そこで以下では、わが国ではいかなる過程を経て、権利帰属主体と「並んで」訴訟追行権を有する場合が訴訟担当に含められるようになったのか、民訴法 115 条 1 項 2 号の制定史とわが国の訴訟担当概念の変遷を追いながら検討してみたい。

#### 第1節 民訴法 115 条 1 項 2 号の制定<sup>201</sup>

現行の民訴法 115 条 1 項 2 号は、旧民訴法 201 条 2 項として規定されていた。この旧 201 条 2 項はドイツ法にはない、日本オリジナルのいわゆる独創条文である。また、同条は、大正 15 年改正の際に、同じくドイツ法にはない選定当事者制度の新設に伴い制定されたことが、立法資料から読み取れる。

大正 15 年改正前の旧々民訴法の下では、入会権に関する訴訟など多数の当事者が存在する訴訟が増加し、そのような訴訟では訴訟手続が煩雑となることが問題視されていた。すなわち、実際の必要から、選定当事者の制度が設けられたとされている<sup>202</sup>。選定当事者

<sup>200</sup> 前掲注 (131) 参照。

<sup>201</sup> 旧民訴法 201 条 2 項の制定経緯については、池田・前掲注 (125) 64 頁以下も参照。

<sup>202</sup> 山内確三郎『民事訴訟法の改正〔大正 15 年〕第一巻』88 頁 (法律新報社、1929)、松岡義正『新民事訴訟法注釋 第二巻』315 頁 (清水書店、1930)、染野義信「任意的訴訟担当の許容性とその限界」三ヶ月章＝青山善充『民事訴訟法の争点』ジュリ増刊 90 頁 (1979)、新堂幸司＝小島武司編『注釈民事訴訟法 (1)』444-445 頁 [徳田和幸] (有斐閣、1991)。本稿第 1 編第

制度は制定当初から訴訟担当の一つと解されていたが<sup>203</sup>、ドイツ法にはない制度であり、イギリス法における代表訴訟（Representative Action）を参考にしたものであるといわれる<sup>204</sup>。

立法資料をみると、この選定当事者制度を取り入れるにあたり、選定者は本来当事者であることから判決効が及ぶと思われるが、明文を規定したほうが良いのではないかとの提案がされていることがわかる<sup>205</sup>。その際に、独立の条文を設けるのか、選定当事者の規定（旧 44 条）の「總員ノ爲メニ」という文言に既判力拡張を含めるのかについては問題とされているが、それ以降は特に議論がされた形跡はない。また、法律案理由書では、「…他人ノ爲メニ訴訟ノ當事者ト爲リタル者（第四十七條<sup>206</sup>、第八十六條<sup>207</sup>参照）ニ對スル判決ハ其ノ他人ニ對シテモ効カラ及ホスヘキコトヲ規定シタルモノニシテ斯ル訴訟ノ性質上蓋シ當然ノコトナリ」<sup>208</sup>（下線は筆者による。）と述べられており、旧 201 条 2 項の趣旨説明<sup>209</sup>でも同様な説明がされ、さらに、同項の適用例としては、その他に、破産管財人や海難救助料に関する船長などが挙げられているのみである。

以上のように、選定当事者訴訟における選定者への判決効拡張がきっかけとなり旧 201 条 2 項が制定されたことは明らかであるが、いかなる場合に適用されるかについては、立法資料を読む限り不明確であると言える。このような立法経過から、同項はさしたる議論もみないまま成立するに至っている、とも評されている<sup>210</sup>。ドイツ法では、特定の例外（遺言執行者について、並存的訴訟担当でも権利帰属主体に既判力の拡張があったとした ZPO 327 条 2 項）が明文で規律されたことで、逆に、不文の原則（並存的訴訟担当では権利帰属主体に既判力の拡張がない）の規律が肯認されうる状況にあった。他方わが国では、明文の規定が、他人のために当事者になる場合には例外なく既判力がその他人に拡張されるという解釈を方向付け、かつ、そのような解釈が一般的になった、という対照的な法状況に至ったわけである。加えて、このように、第三者に訴訟追行権が認められると既判力が必ず権利帰属主体に拡張されることこそが、ドイツ法では使用しない「当事者適格」という概念をわが国で使用する独自の意義（並存的訴訟担当でも既判力が権利帰属主体に拡張されるものと解釈されるという意義）を生み出しているように思われる。

---

5 章も参照。

<sup>203</sup> 松岡・前掲注（202） 297 頁、315 頁。

<sup>204</sup> 中村宗雄『改正民事訴訟法評釋』53 頁（巖松堂書店、1930）、斎藤ほか編著・前掲注（131）51-52 頁〔小室直人＝大谷種臣〕。なお、イギリスの代表訴訟の沿革については、吉垣実「イギリス代表訴訟手続について－わが国の選定当事者制度と消費者団体訴訟制度への示唆－」大阪経大論集 56 卷 2 号 109 頁以下（2005）を参照。

<sup>205</sup> 改正調査委員会議時速記録の鈴木喜三郎発言（松本ほか編著・前掲注（117）108-109 頁）。

<sup>206</sup> 現行民訴法 30 条（前掲注（122）参照）。

<sup>207</sup> 前掲注（123）参照。

<sup>208</sup> 松本ほか編著・前掲注（120）21 頁。

<sup>209</sup> 松本ほか編・前掲注（117）464 頁。

<sup>210</sup> 池田・前掲注（125）66 頁。

## 第2節 「民訴法 115 条 1 項 2 号＝訴訟担当」との定式が確立するまで

以上のように、旧 201 条 2 項は選定当事者制度を念頭に置いて新設された規定である。立法資料からは「代表」構成の場合に、被代表者にも代表者が受けた判決の既判力を及ぼそうとしたものであることは明らかであるが、それ以外の適用対象については十分に議論がされていないこともあり、「訴訟担当」一般における、被担当者への既判力拡張の規定として制定されたものと断定することはできない。にもかかわらず前述のように、現在では旧 201 条 2 項（現 115 条 1 項 2 号）は訴訟担当の場合の既判力拡張の規定であると解されている。それでは、いかなる過程を経て、旧 201 条 2 項ないし現 115 条 1 項 2 号は第三者の訴訟担当の規定であると解されるようになったのだろうか。

大正 15 年改正直後に、改正民事訴訟法の注釈書や教科書が複数公刊されている。そこでは旧 201 条 2 項の適用例として、立法経緯に沿って選定当事者や破産管財人を挙げる文献がいくつか見られるのはもちろん、興味深いのは、債権者代位訴訟（民法 423 条。当時の文献では「間接訴権」との表現が多い。）をも旧 201 条 2 項の適用例として挙げる文献が複数存することである<sup>211</sup>。というのも、当時の判例では、債権者代位訴訟において代位債権者に対しなされた判決の権利帰属主体への既判力の拡張が否定されており<sup>212</sup>、かつ、立法資料を読むかぎり、旧 201 条 2 項の立法の過程で債権者代位訴訟は（おそらく）同条の適用対象として想定されていなかったようにも思われるからである。

また、大正 15 年改正直後に公刊された文献では、旧 201 条 2 項が「訴訟担当（Prozessstandschaft）」に関する規定であると明言するものは少ない。もっとも、他人の権利関係に関し独立して訴訟をなす権能を有する者が、その資格において訴訟をなす場合にはその者が当事者となるという意味で、“Prozessstandschaft”に「当事者」の訳語を当てるものや<sup>213</sup>、第三者が訴訟遂行権を有することを第三者の「訴訟権能」

（Prozessstandschaft）と説明するものは存する<sup>214</sup>。このうち、中村宗雄教授は、第三者が訴訟権能を有する場合（すなわち、Prozessstandschaft の場合）について細かな分類を行っている。これによれば、Prozessstandschaft には、訴訟の目的の主体（権利帰属主体）が当事者適格を喪失する場合とそうでない場合があり、前者の例として、破産者、遺言執行者がいる場合の相続人などを、後者の例として、代位債権者、第三者による消極的

<sup>211</sup> 菰淵清雄『改正民事訴訟法注解』279 頁（清水書店、1929）、細野長良『民事訴訟法要義 第四卷』209 頁（巖松堂書店、1934）、中島弘道『日本民事訴訟法 第一編』827 頁（松華堂書店、1934）。

<sup>212</sup> 大判大 11・8・30 民集 1 卷 507 頁。もっとも、同判決の判例評釈である加藤正治「判批」法協 41 卷 10 号 129 頁（1923）は判旨に反対し、債務者への既判力拡張を肯定する。なお、初めて債権者代位訴訟へ旧 201 条 2 項の適用を肯定した判例は、大判昭 15・3・15 民集 19 卷 8 号 586 頁である。

<sup>213</sup> 山田正三『改正民事訴訟法 第貳卷』306 頁（弘文堂、1929）。

<sup>214</sup> 中村宗雄『改正民事訴訟法要論 上巻』124 頁（敬文堂書店、1929）。

確認の訴えにおける訴訟の目的たる権利関係の主体などを挙げる<sup>215</sup>。また、旧 201 条 2 項の「他人ノ為メ」という文言を重視し、権利帰属主体が当事者適格を喪失せず、第三者が「自己ノ利益ヲ保全スルガ為メニ訴訟遂行権ヲ行使スル場合」、例えば債権者代位の場合などには旧 201 条 2 項の適用がないと解している<sup>216</sup>。これらの記述から推測されることは、中村教授は少なくとも法定訴訟担当について、ドイツにおける *Prozessstandschaft* の理解のように、排他的訴訟担当と並存的訴訟担当という分類を維持した上で旧 201 条 2 項の解釈を行っているということである<sup>217</sup>。

大正 15 年改正から約 10 年が経つ頃に至ると、訴訟担当の定義として現在も用いられている記述が見られるようになる。例えば<sup>218</sup>、兼子一教授は、*Prozessstandschaft* を「訴訟信託」と訳し、「一般の場合の利益の実質的帰属主体に代り又は之と並んで第三者が正当な当事者として訴訟追行権を有する」場合と述べる<sup>219</sup>。そしてこの場合には、第三者に対する判決が実質的帰属者に対して効力を生ずるとし、旧 201 条 2 項は訴訟信託の規定であるという<sup>220</sup>。ここでいう「並んで」訴訟追行権を有する場合がいかなる場合か、兼子教授により明確には指摘されていない。もっとも、選定当事者を選定した選定者の地位について、「選定者は選定を爲すも當然には自己の訴訟追行権を失は」ないとしていることから

---

<sup>215</sup> 中村・前掲注 (214) 130-132 頁。

<sup>216</sup> 中村・前掲注 (214) 132-133 頁。

<sup>217</sup> なお、中村・前掲注 (204) 53 頁では、*Prozessstandschaft* に「訴訟適格」の訳語を当てている。

<sup>218</sup> 兼子一『民事訴訟法概論〔中冊〕』180 頁 (岩波書店、1937)。

<sup>219</sup> 兼子・前掲注 (218) 182 頁では、既に正当業務説の骨子が掲げられ、選定当事者以外の明文の規定のない任意的訴訟担当を認めている。

<sup>220</sup> 兼子・前掲注 (218) 382-383 頁。債権者代位訴訟における債務者への既判力拡張については、兼子一「判批」判民昭和 14 年度 134 頁以下 (1941) も参照。なお、その後、兼子一『民事訴訟法 (一)』230 頁 (有斐閣、1949) では、「訴訟擔當」の語が用いられている。

221、「並んで」訴訟追行権を有する場合に、選定当事者の場合を含んでいる<sup>222</sup>ものと考えられる<sup>223</sup>。

このように兼子教授は、選定当事者を念頭に置いた旧 201 条 2 項の新設により選定者にも既判力が拡張されることを前提に、選定者について訴訟追行権を失わないという理解を示している。このことが、「訴訟担当者（選定当事者）と被担当者（選定者）が並んで訴訟追行権を有し、かつ、被担当者への既判力の拡張を認める」という任意的訴訟担当（選定当事者）についての理解を、法定訴訟担当にも同じ訴訟担当としてそのまま妥当する<sup>224</sup>ものと考えていく、現在のわが国流の「並存的訴訟担当」（ひいては、ドイツ法から離れた「当事者適格」概念—権利帰属主体に既判力拡張を認めないのに訴訟追行権が認められ

---

221 兼子一『民事訴訟法概論〔下冊〕』442 頁（岩波書店、1938）。同『條解 民事訴訟法 I』120 頁（弘文堂、1951）も参照。

選定者の地位、すなわち選定当事者を選定することにより訴訟追行権を喪失するか否かについては学説上争いがあり、兼子教授のように訴訟追行権（ないし当事者適格）は喪失しないと解する見解（加藤正治『民事訴訟法要論』123 頁（有斐閣、1946）、新堂＝小島編・前掲注（202）451-452 頁〔徳田〕、兼子原著・松浦ほか・前掲注（19）178 頁〔新堂＝高橋＝高田〕）、喪失すると解する見解（中村・前掲注（204）56 頁、三ヶ月・前掲注（65）190 頁、斎藤ほか編著・前掲注（131）58-59 頁〔小室＝大谷〕、菊井維大＝村松俊夫『全訂 民事訴訟法〔I〕〔補訂版〕』287 頁（日本評論社、1993）、伊藤・前掲注（65）202 頁）が主張されている。前者の見解は、選定当事者制度は、選定者からすれば自己の訴訟についての具体的な訴訟追行の手間を省くことに重点があることや、選定当事者が訴訟追行している限り選定者の訴訟追行が許されないとするのは、具体的な訴訟追行権能の次元の問題として見る余地もあり、選定者が当事者としての資格を全面的に喪失していると解するのは疑問であるという理由によるものであり（新堂＝小島編・前掲注（202）451-452 頁〔徳田〕）、仮に選定者が相手方に訴えを提起した場合は、重複起訴として訴えは却下されることになる。他方で後者の見解は、訴訟の簡素化を目的とする選定当事者制度の趣旨からいって、選定者は選定当事者の選定行為をした以上、選定当事者による訴え提起の前後にかかわらず当事者適格を有しないと解すべきというもので、選定当事者制度の趣旨を理由とするものである（菊井＝村松・前掲書 287 頁）。後者の見解からは、選定者が相手方に訴えを提起した場合、訴訟追行権の不存在を理由に訴えは却下されることになる。

222 第三者が権利帰属主体と「並んで」正当な当事者となる場合とは、任意的訴訟担当の場合であると解するものとして、河本喜與之『新訂 民事訴訟法提要』64 頁（法文社、1949）がある。

223 また、旧 201 条 2 項制定後、上述のように *Prozessstandschaft* 概念の理解が論者によって異なっていたことを考慮すると、同概念をドイツ法から取り入れる際に、*Hellwig* が、夫が妻の持参財産に関する訴訟を進行するが妻への既判力拡張を伴わない場合（BGB 旧 1380 条 1 文）をも訴訟担当に含めたこと、*Rosenberg* が BGB 432 条や 1011 条をも訴訟担当に含めたこと（前掲注（184）参照）を、兼子教授が参照していなかった（ないしは知らなかった）とは考え難い。そうだとすれば、意図的に、「法定」か「任意的」かの区別なく）訴訟担当における訴訟追行権の所在について「排他的」と「並存的」の両方の場合を含み、いずれも権利帰属主体に既判力拡張を認める、という訴訟担当の定義付けをしたのではないかという推測をすることも許されるのではないだろうか。

224 もとより、敗訴判決の既判力拡張について権利帰属主体への拡張に訴訟告知などの手続保障が論じられることはあるが、それは「排他的」「並存的」の区別によるものではなく、訴訟の勝敗による区別である。

るといふ場面〔ドイツ法の並存的訴訟担当〕が想定されないもの)の「萌芽」ではなかったか、とも考えられる。

大正15年改正による選定当事者制度及び旧201条2項の制定を契機に訴訟担当＝既判力拡張との定式が通説化したわが国において、第三者が「並んで」訴訟追行権を有する場合を訴訟担当に含めるならば、ドイツ法上の並存的訴訟担当を離れなければならない、逆に、既判力拡張がないと結論付ける場面でドイツ型の「並存的訴訟担当」構成を採らないならば、わが国ではそれは「訴訟担当」に当たらない場面であると言わざるをえない<sup>225</sup>。

以上のように、旧201条2項の規定が制定されたことに伴い、同項の解釈を行うために訴訟担当概念がわが国でも積極的に議論され、ドイツとは反対に、既判力が及ぶ場合を(排他的であろうが並存的であろうが一律に)訴訟担当と呼ぶ、というKohlerへの先祖返りのような解釈が定着した。もっとも、第三者に訴訟追行権が認められれば必ず権利義務の帰属主体に既判力が及ぶ(当該第三者に訴訟追行をさせ、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)、という法状態を指して「当事者適格」が認められると称するのが、わが国の「当事者適格」概念であり、その第三者の訴訟追行権の態様が「訴訟担当」であろうが第三者「固有」の訴訟追行権であろうが、訴訟追行権の中身は問われていないのではないか、という点を指摘しておきたい。

#### 第4章 日本型「並存的訴訟担当」の試み

##### 第1節 株主代表訴訟と民法(債権法)改正後の債権者代位訴訟の取扱い―並存的訴訟担当か?

##### 第1款 株主代表訴訟における会社の地位

ところで、兼子教授が訴訟担当の中に権利帰属主体と「並んで」訴訟追行権を有する場合をも含めて解した後、昭和25年の商法改正により、株主代表訴訟が取り入れられた(旧商法267条・現行会社法847条)。株主代表訴訟において訴えを提起する株主は、会社が取締役に対して有する損害賠償請求権について会社のために訴訟を進行するため、株主代表訴訟は法定訴訟担当であり、民訴法115条1項2号(旧201条2項)により会社に既判力が拡張されるというのが改正時からの通説<sup>226</sup>である。

<sup>225</sup> 前述のように、訴訟担当とは、訴訟追行権が権利帰属主体以外の第三者に付与され、実体法上の権利帰属主体から訴訟追行権が「奪われる」場合であるとする見解(前掲注(132)参照)と、権利帰属主体に「代わって」訴訟追行をなす当事者適格が第三者に認められる場合であるとする見解(前掲注(133)参照)は、権利帰属主体と「並んで」訴訟追行権を有する場合を訴訟担当に含めていないと考えられる。

<sup>226</sup> 岡咲恕一『解説 改正会社法』139頁(日本経済新聞社、1950)、松田二郎＝鈴木忠一『條解 株式會社法』314頁(弘文堂、1951)、兼子・前掲注(49)160頁、上柳克郎ほか編集代表『新版 注釈会社法(6)』358頁〔北沢正啓(有斐閣、1987)、江頭憲治郎『株式會社法〔第7版〕』502頁(有斐閣、2017)〕。

もっとも、株主代表訴訟においては、原告株主と被告取締役との馴合訴訟により会社の権利が害されることを防止するため<sup>227</sup>、株主が提起した株主代表訴訟の原告側に、会社が参加することが認められている（旧商法 268 条 2 項・現行会社法 849 条 1 項）。この場合の会社の参加形態については、株主代表訴訟の提起により会社は訴訟追行権を失うことから、共同訴訟的補助参加をすることができるのみと解する見解<sup>228</sup>、会社と原告株主・被告取締役の利害はそれぞれ対立していることを理由に、独立当事者参加であるとする見解<sup>229</sup>などが主張されているが、通説は、共同訴訟参加（民訴法 52 条 1 項）であると解している<sup>230</sup>。

通説のように会社が共同訴訟参加により当事者となることができるとすると、訴訟担当者として株主代表訴訟を提起している株主と、権利帰属主体たる会社の双方に訴訟追行権が肯定されることになる。すなわち、訴訟担当者と権利帰属主体が「並んで」訴訟追行権を有する場合にあたる。とすると、「並んで」訴訟追行権を有する場合を含めて訴訟担当を定義付ける見解は、その類型として株主代表訴訟を想定しているとも考えられる<sup>231</sup>。

そして、この場合も（遺言執行者の事例と同様に）、民訴法 115 条 1 項 2 号により、訴訟担当者である株主に対しなされた判決の既判力は権利帰属主体たる会社へ及ぶことになる。したがってこれを、権利帰属主体と「並んで」訴訟追行権を有する場合と解するならば、並存的訴訟担当では既判力が拡張されないドイツ法を離れたわが国独自の「並存的訴訟担当」概念に含まれることになる<sup>232</sup>。

## 第 2 款 債権法改正後の債権者代位訴訟の取扱い

さらに、訴訟担当者と権利帰属主体が「並んで」訴訟追行権を有する場合としてもう一つ問題となりうる類型が、平成 29 年民法（債権法）改正後の債権者代位訴訟である。改

<sup>227</sup> 徳田和幸「株主代表訴訟と会社の訴訟参加」曹時 48 巻 8 号 9 頁（1996）。

<sup>228</sup> 松田＝鈴木・前掲注（226）317 頁。

<sup>229</sup> 谷口安平「株主の代表訴訟」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座 5』107 頁（日本評論社、1969）、徳田・前掲注（227）18 頁、同「株主代表訴訟における会社の地位」民商 115 巻 4・5 号 601 頁（1997）、中島弘雅「株主代表訴訟制度－民事訴訟手続上の問題点」ジュリ 1050 号 156-157 頁（1994）、同「株主代表訴訟における訴訟参加」小林秀之＝近藤光男編『新版・株主代表訴訟大系』259 頁（弘文堂、2002）。

<sup>230</sup> 岡咲・前掲注（226）139 頁、鈴木竹雄＝石井照久『改正 株式会社法解説』183 頁（日本評論社、1950）、上柳ほか編・前掲注（226）375 頁〔北沢〕、江頭・前掲注（226）500 頁。

<sup>231</sup> もっとも、現在はこのように解することができるとしても、前述のとおり、「並んで」訴訟追行権を有する場合を訴訟担当に含めた兼子教授の見解は、株主代表訴訟が規定される十数年前から見られるものである。このことを考慮すると、商法において株主代表訴訟が制定されたことを理由に、「並んで」訴訟追行権を有する場合が訴訟担当に含まれるに至ったとは言えないであろう。なお、旧商法において株主代表訴訟が制定されるまでの立法過程については、徳田・前掲注（227）3 頁以下、中島・前掲注（229）『新版・株主代表訴訟大系』243 頁以下参照。

<sup>232</sup> 大正 15 年改正直後の文献上、法定訴訟担当かつ並存的訴訟担当という類型が見受けられないことから、株主代表訴訟は、法定訴訟担当かつ並存的訴訟担当に含まれる最初の例であるようにも推測される。

正後の民法 423 条の 5 では、「債権者が被代位権利を行使した場合であっても、債務者は、被代位権利について、自ら取立てその他の処分をすることを妨げられない。この場合においては、相手方も、被代位権利について、債務者に対して履行をすることを妨げられない。」との規定が新たに設けられている。これは、債務者は、債権者の権利行使につき通知を受けたとき、又は、これを知ったときには、もはや権利の処分ができないとする大判昭 14・5・16 民集 18 卷 9 号 557 頁の見解を改めるものである。同判決は、債務者による権利の処分が禁じられる結果、債務者は当事者適格も喪失すると判断したものである。したがって、同判決の判示と異なり債務者の処分権限が失われなくなると、債権者代位訴訟が提起されたとしても、債務者は自己に属する被代位債権を訴求する際の原告適格も失わない、ということになる<sup>233</sup>。

加えて、同法 423 条の 6 では、「債権者は、被代位権利の行使に係る訴えを提起したときは、遅滞なく、債務者に対し、訴訟告知をしなければならない。」とされている。この「訴訟告知」がなされなかった場合に、いかなる効果を生じるのかについては解釈の余地がある。というのも、民訴法上の訴訟告知は、参加効力を生じさせるものであり（民訴法 53 条 4 項・46 条）、既判力を生じさせるものではないはずだからである<sup>234</sup>。そこで、代位債権者による訴訟告知は、代位債権者に訴訟追行権を付与する根拠であるとして、訴訟要件的に解する見解がみられる<sup>235</sup>。もっとも、このように法律自体によるのではなく、訴訟告知により訴訟追行権を付与する類型を法定訴訟担当と解することに疑問がないでもない。しかし、訴訟告知を既判力拡張の要件とするならば、訴訟告知の有無で既判力拡張が左右される（民訴法 115 条 1 項 2 号の適用の可否が変わる）ため、債権者代位訴訟は法定訴訟担当であるという理解が揺らぐことになる。他方で訴訟告知を訴訟要件的に解するならば、訴訟告知がなければ本案判決がなされず、訴訟物たる被代位債権の存否について

<sup>233</sup> 法制審議会「民法（債権関係）部会資料 35 民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（7）」商事法務編『民法（債権関係）部会資料集 第 2 集（第 5 卷）—第 41 回～第 45 回会議事録と部会資料—』341 頁（商事法務、2013）、法制審議会「民法（債権関係）部会第 2 分科会第 3 回会議事録」（平成 24 年 5 月 15 日開催）商事法務編『民法（債権関係）部会資料集 第 2 集（第 12 卷）—第 1～第 3 分科会 議事録と分科会資料—』511 頁以下（商事法務、2016）、名津井吉裕「債権者代位訴訟と第三者の関与」（平成 25 年度民事訴訟法学会大会シンポジウム報告）民訴 60 号 89 頁（2014）、勅使川原・前掲注（108）421-422 頁。

<sup>234</sup> 他方で、訴訟告知ないし権利催告を既判力拡張の根拠とする見解もある。訴訟の告知（債権法改正に伴い削除された、非訟事件手続法 88 条 2 項参照）を行い、独立当事者参加又は共同訴訟的補助参加をする途を設け、これを利用しない場合には、公平・訴訟経済の観点から、既判力が債務者に拡張されるとする見解として、新堂・前掲注（65）295 頁、代位債権者は、債務者へ権利の行使をすることができ、債務者がこれに拒絶ないし権利行使しない場合、債権者は財産管理権限を取得し、これにより代位債権者は訴訟担当者として完全な訴訟上の処分権を取得すると解する見解として、池田・前掲注（125）81 頁以下がある。

<sup>235</sup> 酒井一「債権者代位権についての覚書—債権法改正検討委員会の提案を手掛かりとした検討—」立命 339・340 号 112 頁（2012）、勅使川原・前掲注（108）424 頁、山本和彦「債権者代位権（連続特集 民法（債権関係）改正のエッセンス）」NBL 1047 号 9 頁注 25（2015）、高須順一「訴訟告知の効力（上）～債権法改正の文脈において～」NBL 1063 号 46 頁（2015）。

判断がなされない。訴訟の相手方の不利益を避けるためには、(請求認容・棄却いずれであっても) 本案判決の既判力が権利帰属主体たる債務者にも拡張される方が適切であると考えられることから、訴訟告知を訴訟要件的に解すべきであろう。

このように訴訟告知を訴訟要件的に解し、さらに、民法改正後も債権者代位訴訟は訴訟担当であり、かつ、民訴法 115 条 1 項 2 号により訴訟担当者たる代位債権者に対してなされた判決が権利帰属主体たる債務者に及ぶという理解を維持するのであれば、訴訟担当者と権利帰属主体が「並んで」訴訟追行権を有する類型に分類することができる。もっとも、この場合も、権利帰属主体への既判力拡張を伴う点でドイツの並存的訴訟担当とは異なる性質を有するものであり、したがって、既判力拡張を伴う並存的訴訟担当というわが国独自の訴訟担当の類型に属することになる。

### 第 3 款 日本型「並存的訴訟担当」の範囲

わが国の民訴法 115 条 1 項 2 号は、選定当事者、すなわち、(訴訟追行権者が権利帰属主体の代表であるという意味で代表型の) 任意的訴訟担当を出発点として制定され、破産管財人等の法定訴訟担当、選定当事者以外の法定されていない任意的訴訟担当へと次第に広がって解釈されていった。また、民訴法 115 条 1 項 2 号による既判力拡張の根拠は、権利帰属主体たる本人の利益が訴訟担当者により保護されるだけでなく、自らに関係のない理由で発生した当事者適格(訴訟追行権)により二重に攻撃防御を余儀なくされる相手方の不利益を避けることにある<sup>236</sup>とされる。このような相手方の不利益に着目すると、「当事者が他人のために原告又は被告とな」る場合とは、専ら当事者自身のみによる訴訟の利益がもたらされる場合ではなく、他人(権利帰属主体)にも訴訟の利益がもたらされる(「他人のため」)場合で、当該当事者が敗訴した場合には、訴訟の利益がもたらされなかった権利帰属主体が改めて自己の権利利益を訴訟(再訴)によって保護しようとするのが合理的であり、相手方の不利益を避けるためにその再訴を規制する必要がある場合を指す、とも考えられる。この再訴への複次応訴負担リスク(相手方の不利益)から相手方を保護するものが 115 条 1 項 2 号なのだとなれば、訴訟担当に該るか否かを問わず、訴訟の典型的に権利帰属主体からの再訴のリスクを考えるのが合理的であるものは、115 条 1 項 2 号の適用対象となりうると思われる<sup>237</sup>。

<sup>236</sup> 菊井維大＝村松俊夫原著・秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ〔第 2 版〕〕480 頁(日本評論社、2006)、兼子原著・松浦ほか・前掲注(19) 566 頁〔竹下〕参照。

<sup>237</sup> 定見に至っているわけではないが、例えば、ドイツでもわが国でも既判力拡張が否定されている不可分債権者の一人による訴訟にも、並存的訴訟担当として既判力拡張を肯定する余地はないだろうか。

不可分債権者の一人による訴訟は、ドイツでは不可分債権者全員に対する給付を請求することから、他人にも帰属する権利を訴訟上行使するものとして訴訟担当と解されるが、実体法上は各債権者が請求することが認められていることから並存的訴訟担当として既判力拡張が否定されている。他方でわが国では、実体法上、各債権者が単独で自己への給付を求めることができることから、訴訟法上も「自己の」権利を行使するものとして各債権者に固有の訴訟追行権

## 第2節 民訴法 115 条 1 項 2 号の適用範囲

以上のような日本型の「並存的訴訟担当」を承認した上で、民訴法 115 条 1 項 2 号の適用範囲を整理しつつ検討してみたい。

まず、現在の通説に従うと、わが国の民訴法 115 条 1 項 2 号制定のきっかけとなった選定当事者（任意的訴訟担当）（表①）、現行の債権者代位や破産管財人等、権利帰属主体から訴訟追行権が剥奪される類型（表②）が、同号の適用対象となる。②は、ドイツ法でいうところの排他的訴訟担当に分類することができる類型である。加えて、本編で検討対象とした債権法改正後の債権者代位訴訟や株主代表訴訟についても、民訴法 115 条 1 項 2 号の適用が肯定され、これを日本型の「並存的訴訟担当」として分類することができる（表③）。また、前述のように、不可分債権者の一人が提起する訴訟についても、仮に、他の不可分債権者への既判力拡張を肯定することができるとするならば、これを代位型の③と

---

が認められ、他の不可分債権者への既判力拡張が否定されている。しかし、各不可分債権者が訴訟上行使する権利は、排他的に当該不可分債権者一人のみに帰属する権利ではなく、他の不可分債権者にも帰属する性質を有する権利であり、各債権者が自己へ給付をするよう請求することができる、すなわち単独で行使することが認められているに過ぎない。そうすると、他人にも帰属している権利関係を訴訟上行使するものとして、訴訟担当と解する余地もあるように思われる。

また、仮に各不可分債権者が固有の権利を行使するものであるという解釈を維持するとしても、そのこと自体は、訴訟上は訴訟追行権に関わる問題であり、既判力拡張の場面とは切り離すことができるはずである。すなわち、単に“訴訟担当だから権利帰属主体へ既判力拡張が生じる”、“固有の権利を有するから他の権利者へ既判力拡張は生じない”、として訴訟追行権と既判力拡張の有無を一律に画するのではなく、固有の権利に基づき訴訟を進行していたとしても、相手方の不利益に着目すれば、既判力を拡張すべきか否かは別途判断することが可能ではないか。不可分債権については、民法 428 条の「総債権者の『ために』」というのは、債権者全員の名前を出すということではなく、債権者全員に効果が及ぶという意味である（星野・前掲注（187）150 頁）にもかかわらず、（訴訟担当と解されない結果、）訴訟上は他の不可分債権者からの再訴には既判力が及ばないことになる。不可分債権者の 1 人が訴訟を提起して敗訴した場合、他の不可分債権者からの再訴は十分に考えられる事態である。そのような再訴をされる度に、債務者たる相手方が抗弁として絶対効を主張すれば足り、それを主張するか否かは債務者の自由で自己責任であるとするのも、訴訟法側で採りうる 1 つの規律である。しかし、複次の再訴への応訴を余儀なくされる相手方の不利益を回避するため、日本型の「並存的訴訟担当」として民訴法 115 条 1 項 2 号の適用対象と解することも、訴訟法上考えられる余地もあるろう。

このように考えるならば、民法 428 条が「各債権者」に他の不可分債権者のために履行を請求することを認めていることを、他人に（も）帰属する権利を一人の不可分債権者が代表して訴訟上行使することを認めるものと読むこともでき、したがって不可分債権者の一人が他の債権者を代表する、代表型並存的訴訟担当として訴訟追行権を有することができるものと解することになる。なお、この場合、訴訟に登場しない他の不可分債権者に、何らの手続的配慮なしに債権者敗訴判決の既判力を及ぼすことの可否が問題になるが、平成 29 年民法（債権法）改正後の債権者代位訴訟のように、既判力拡張を正当化するため他の不可分債権者への訴訟告知（ただし、敗訴判決の既判力拡張につき利益を受ける相手方〔債務者〕からの訴訟告知）を要求することが考えられよう。

区別して（権利帰属主体の代表としての）代表型並存的訴訟担当とすることができる（表④）。

これら訴訟担当と異なるのが、まず、表⑥の他人間の法律関係を確認する訴訟である。例えば、転借人が貸貸人に対し、貸貸人と賃借人間の貸貸借関係の確認を求める場合がこれにあたる。この場合、当該法律関係を確認することについて確認の利益が肯定されれば当事者適格も認められる。すなわち、確認訴訟における当事者適格は確認の利益に含まれることから、訴訟追行権ないし当事者適格が正面からは問題とならない。もっとも、他人間の権利関係の確認に確認の利益が認められるのは、訴訟物たる権利関係の主体でない当事者が、その権利関係の確認について独自の法律上の利益を有するからであり、他人の権利関係そのものを訴訟上行使する訴訟追行権とは別に、原告独自の法律上の利益が必要となる<sup>238</sup>。このような原告独自の法律上の利益が、確認の利益を基礎付け、したがって、第三者個人の固有適格として訴訟追行権が肯定されることになる<sup>239</sup>。また、⑥の場合は、賃借人が貸貸借関係の存否を争わないことから、第三者である転借人が他人間の貸貸借関係の確認を求めるのが通常であり、問題となっている権利関係の一方当事者（賃借人）が相手方（貸貸人）に再訴をする可能性が低いと言える。したがって、前述の①～④の訴訟担当とは異なり、相手方の不利益を回避する必要性が典型的に低いと言え、権利帰属主体への既判力拡張を伴う必要はない。

最後に、⑤の権利能力なき社団による登記請求訴訟であるが、これは平成 26 年最判により既判力拡張が認められている類型であり、前述のように、同最判以降、固有適格構成の立場から民法 115 条 1 項 2 号の適用が主張されているものである。

この類型は、権利能力なき社団が、構成員全員（他人）に総有的に帰属する権利関係を訴訟上行使するものであるが、権利能力なき社団に法律上明確に訴訟追行権を付与する根拠がなく、（平成 26 年最判では）構成員全員からの明確な授権がなくとも訴訟追行権が認められうるため、法定訴訟担当ないし任意的訴訟担当に分類することには問題がある。この類型を訴訟担当ではなく固有適格に分類する場合、権利帰属主体の訴訟追行権は奪われるものではないと考えられ、そうすると、（権利能力なき社団と構成員全員との）固有適格が並存する類型であるといえる。この場合、固有適格を有する権利能力なき社団自身が訴訟追行権を有しており、権利帰属主体へ既判力が拡張されないとすれば、構成員全員又は社団の代表者により再度同一内容の訴えが提起される可能性は⑥に比して典型的に高いと考えられる。そうすると、訴訟追行権の場面では⑥に近接するが、既判力拡張の場面で

<sup>238</sup> 伊藤・前掲注（65）194-195 頁参照。

<sup>239</sup> ドイツ法においても、訴訟担当者による訴訟と他人間の法律関係の確認を求める訴訟とを区別し、前者については、当事者の自己の利益と名において他人の権利が保護されるのに対し、後者については、他人の法律関係を確認することによって原告の保護を目的とするものであると説明される。また、他人間の法律関係の確認の場合には、法律上の利益が存在することによって代替されるため、（当該法律関係について）訴訟追行権を有することを示す必要はないとされる。以上の点につき、Vgl. Stein/ Jonas/ Roth, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 4, 22. Aufl., 2008, § 256 Rn. 34.

は①～④に近接する類型であり、相手方の不利益を回避するためには民訴法 115 条 1 項 2 号により既判力を拡張すべき類型であると解することができる。権利帰属主体の権利を行使するための訴訟で、第三者に訴訟追行権が認められる場面とは、常に既判力が実体適格者に拡張される場面である（そうでなければ、その第三者に訴訟追行をさせ本案判決をするのが、紛争の解決に必要で有意義とは言えない、と考える。）、ということがわが国独自の「当事者適格」概念の機能に含まれる 115 条 1 項 2 号の作用場面であるとすれば、当該第三者の訴訟追行権の根拠が「訴訟担当」か「固有」のものかを問わず、したがって、①～⑤については、115 条 1 項 2 号の適用対象であると考えることが可能であろう。

表：民訴法 115 条 1 項 2 号の適用対象

	権利帰属 主体の 訴訟追行権	既判力拡張 (民訴法 115 条 1 項 2 号の 適用)	例	類型
①	学説上 争いあり <sup>240</sup>	○	選定当事者	任意的訴訟担当 (並存的又は 排他的訴訟担当)
②	×		旧民法下の債権者代位訴訟、 破産管財人	排他的訴訟担当 (法定訴訟担当)
③	○		現行民法（債権法改正後）の 債権者代位訴訟	並存的訴訟担当 (代位型・ 法定訴訟担当)
④			不可分債権者の一人による訴訟 ※自己のためでも「他人のため」でも ある訴訟	並存的訴訟担当 (代表型・ 法定訴訟担当)
⑤			権利能力なき社団による登記請求訴訟 ※自己のためでも「他人のため」でも ある訴訟	固有適格
⑥	×	他人間の法律関係の確認 ※「他人のため」ではなく専ら自己の ための訴訟		

<sup>240</sup> 前掲注 (221) 参照。

## 第5章 小括

本編では、ドイツの訴訟担当を対象とする分析をもとに、日本の訴訟担当についてドイツの訴訟担当との相違と、権利帰属主体と「並んで」訴訟追行権を有する訴訟担当、すなわち日本型の「並存的訴訟担当」について検討を試みた。

わが国ではドイツ法とは異なり、旧民訴法 201 条 2 項の制定に伴って、訴訟担当概念の内容について議論がされるようになった。ドイツの訴訟担当概念が、*Kohler*により提唱された既判力拡張を伴う訴訟担当から、既判力拡張を伴う排他的訴訟担当+既判力拡張を伴わない並存的訴訟担当へと次第にその概念が拡張されていったのと異なり、わが国では選定当事者制度を念頭に規定された旧 201 条 2 項を前提に訴訟担当を定義付けたことから、訴訟担当には既判力拡張が必然的に伴うことになった。また、複数人で共同して有する権利について、ドイツの不可分債権 (BGB 432 条) のような解釈がなされていない日本では、ドイツ法にいう (権利帰属主体への既判力拡張を伴わない) 並存的訴訟担当が登場する契機が無かったこともあり、訴訟担当は常に既判力拡張を伴うもの、したがって旧 201 条 2 項 (現行 115 条 1 項 2 号) が訴訟担当の規定であると理解されるに至ったと言える。

他方で、株主代表訴訟や民法改正後の債権者代位訴訟など、権利帰属主体と訴訟当事者が「並んで」訴訟追行権を有する日本流の「並存的訴訟担当」を認めなければ、法定訴訟担当としての説明がつかない場合も存する。もっとも、ここでいう並存的訴訟担当は、訴訟当事者に対しなされた判決の既判力が権利帰属主体へ常に拡張される点で、ドイツの並存的訴訟担当とは異なる類型である。したがって、日本型の「並存的訴訟担当」概念、すなわち、権利帰属主体と「並んで」訴訟追行権を有する訴訟担当概念は、株主代表訴訟や債権法改正後の債権者代位訴訟を説明することができる点で独自の意義を有すると言える。

また、民訴法 115 条 1 項 2 号の趣旨は、訴訟を迫行する相手方の (複次応訴の) 不利益を避けることにもあり、この点を考慮すると、不可分債権や権利能力なき社団による登記請求訴訟の事例も、同号の適用対象に含む余地があると考えられる。前者の不可分債権については、本編ではこれまでの通説と相反する結論の可能性を示すにとどまったが、不可分債権者による請求や不可分債権者への履行について実体法上は絶対効が認められるにもかかわらず、訴訟法上は既判力が他の不可分債権者に及ばないとする点に齟齬が生じていることや、その結果、債務者に不可分債権者の数だけ複次応訴のリスクを負わせることは疑問である。

### 第3編 わが国における当事者適格概念の生成過程 —判決効との関係を中心に—

#### 第1章 はじめに

##### 第1節 問題の所在

当事者適格とは、「請求の当否即ち訴訟物である権利関係の存否について、何人が当事者となった場合に、本案判決で確定するのが必要かつ有意義であるかの問題であり、「訴訟物についての利害関係人として、その存否を確定する判決を受ける適格を当事者適格と呼び、或は訴えの目的を達するために、当事者として訴訟を進行できる権能として訴訟進行権といい、かかる適格若しくは権能を有する者をば、その訴訟物についての正当な当事者と称する」<sup>241</sup>とされている。以上のような、当事者適格、訴訟進行権、そして正当な当事者という3つの概念の関係について、わが国ではこれらの概念を同義に用いて整理する論者が圧倒的多数である<sup>242</sup>。このような整理を前提とすると、当事者適格、訴訟進行権、正当な当事者とは、概念を説明する視点が異なるだけで、その中身自体に相違はないことになる。すなわち、これら3つの概念は、「当事者適格を有する者＝訴訟進行権を有する者＝正当な当事者」という関係にあることになる。

他方でわが国の民事訴訟法の母法であるドイツ民事訴訟法では、少なくとも現在は、わが国の「当事者適格」に対応する用語はなく、「正当な当事者（die richtige Partei）」であるか否かは「訴訟進行権（Prozessführungsbefugnis, Prozessführungsrecht）」の有無によって決せられている<sup>243</sup>。なお、ドイツでは、権利帰属主体性を意味するSachlegitimation（わが国では、「実体適格」又は「事件適格」と呼ばれる。）とProzessführungsbefugnisとを厳格に区別することが求められている<sup>244</sup>が、わが国の当事者適格論の中では、Sachlegitimationについて言及されないことが多い。

このSachlegitimationとProzessführungsbefugnisの各概念については、実体適格と訴訟進行権との混同を危惧し、わが国においても「当事者適格」という用語ではなく「訴訟進行権」を用いるべきという松本博之教授の見解<sup>245</sup>（この見解を、「松本説」とする。）がある。松本教授は、実体適格と訴訟進行権を「正当な当事者」＝「当事者適格」の概念

<sup>241</sup> 兼子・前掲注（49）158-159頁。

<sup>242</sup> 三ヶ月・前掲注（133）228頁、伊藤・前掲注（65）193頁、新堂・前掲注（65）283頁、上田徹一郎『民事訴訟法〔第7版〕』226頁（法学書院、2011）、中野ほか編・前掲注（195）170頁〔福永〕等。

<sup>243</sup> MünchKommZPO/ Lindacher/ Hau, a. a. O. (Fn. 179), Vor § 50 Rn. 45.

<sup>244</sup> Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, a. a. O. (Fn. 44), § 46 Rn. 3; Stein/ Jonas/ Jacoby, a. a. O. (Fn. 44), vor § 50 Rn. 27.

<sup>245</sup> 松本＝上野・前掲注（115）261-262頁〔松本〕。雉本論文の分析については、松本博之「民事訴訟における訴訟係属中の係争物の譲渡」同『民事訴訟法の立法史と解釈学』263-264頁（信山社、2015）〔初出2010-2011〕も参照。

に纏めたのは、雉本朗造「民事訴訟ニ於ケル『正当ナル当事者』ナル觀念及其訴訟法上ノ地位ヲ論ス (Die richtige Partei - Sachlegitimation u. Processführungsrecht)」(1909、明治 42 年)<sup>246</sup> (本編ではこの論文を「雉本論文」とする。)が初めてであるとして、雉本論文について以下のように述べる。すなわち、雉本論文は、訴権論について権利保護請求権説に立ち、私法上の請求権が存在し、保護の適格を有し、かつ履行期にあることは、権利保護要件をなすとして、実体適格も権利保護要件に位置付け、訴訟法上の問題であるとし、そして、積極的実体適格を意味する **Aktivlegitimation** と消極的実体適格を意味する **Passivlegitimation** を権利保護要件の問題、すなわち「原告適格」「被告適格」という訴訟法上の問題として扱った。その結果、実体適格は権利保護要件に吸収され、独自の概念としてはわが国の民事訴訟法学から消えた。この点に、実体適格と訴訟追行権の混同が生じた原因がある、とするのである。

このような松本教授の指摘は、訴訟承継の原因を「当事者適格」の承継に求める兼子一教授の適格承継説の検討においてもなされている<sup>247</sup>。松本教授は、兼子論文は承継の原因を「当事者適格」の承継に求めているが、兼子教授が実体適格を意味する **Sachlegitimation** を「当事者の適格」としていることを捉えて、同論文が「承継人に移転すると考えていたものは、内容上、係争中の権利又は法律関係の帰属主体たる地位、すなわち実体適格であることを確認しておくことが重要であろう」<sup>248</sup>と述べ、訴訟係属中の係争物の譲渡及び口頭弁論終結後の承継人への既判力拡張において譲受人によって承継されるのは、原則として前主の実体適格である<sup>249</sup>、とする。

このように、松本教授が(兼子教授の)適格承継説がいう承継の対象は、当事者適格ではなく実体適格であることを強調していることからすると、「議論の混乱を招く原因となるので、当事者適格の概念はやめ、本案判決をするに適した当事者であるか否かの基準としては訴訟追行権の概念を用いるべきである」<sup>250</sup>という松本説の背景には、訴訟承継の場面では特に当事者適格と実体適格の混同が顕著であり、このような混同を正すために、訴訟追行権概念に一本化すべき、という考慮が働いていると考えられる。

他方でこの松本説に対しては、松原弘信教授から、学説史的考察からすると、わが国の今日の民事訴訟法学において当事者適格概念が **Sachlegitimation** 概念と混同されるおそれは皆無に等しいといつてよいのではないかと<sup>251</sup>、との指摘もなされているところである。

---

<sup>246</sup> 雉本朗造「民事訴訟ニ於ケル『正当ナル当事者』ナル觀念及其訴訟法上ノ地位ヲ論ス (Die richtige Partei - Sachlegitimation u. Processführungsrecht)」同『民事訴訟法論文集』1 頁以下 (内外出版印刷、1928) [初出 1909]。

<sup>247</sup> 松本・前掲注 (245) 263-264 頁参照。

<sup>248</sup> 松本・前掲注 (245) 264 頁。

<sup>249</sup> 松本=上野・前掲注 (115) 262 頁 [松本]。

<sup>250</sup> 松本=上野・前掲注 (115) 262 頁 [松本]。

<sup>251</sup> 松原弘信「当事者適格概念の理論的基礎と同概念不要説の批判的検討」熊本ロージャーナル 12 号 8 頁 (2016)。本稿ではこの論文を、「松原論文」とする。

この議論の当否は本編第4章で検討するが、松本教授及び松原教授の両見解は、わが国の「当事者適格」と「訴訟追行権」は同義であることを前提とするものである。わが国においては、「当事者適格を有する者＝訴訟追行権を有する者＝正当な当事者」との理解が一般的であることは既に述べたところである。しかし、果たして、「当事者適格＝訴訟追行権」として訴訟追行権のみに着目して当事者適格を定義する図式が正しいものといえるであろうか。というのも、確立した判例が示す、「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追行し、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」<sup>252</sup>との基準を容認するならば、当事者適格の内容は、誰が当事者として訴訟を追行するか（＝訴訟追行権の有無）、及び、誰に対して本案判決をすべきか（＝判決の名宛人、ひいては判決効の範囲）という2つの要素を併せ持つものであるように思われる。

## 第2節 考察の方法

本稿第1編において、権利能力なき社団の登記請求訴訟における原告適格と、当該社団に対しなされた判決効の社団構成員への拡張について、前者は社団の財産的独立性を根拠に社団の固有適格として認められ、後者は社団と構成員の組織法的関係を根拠に認められることを論じた<sup>253</sup>。その際、社団に訴訟追行権が認められる根拠と、構成員への判決効拡張が認められる根拠とを分け、それぞれ異なる視点から検討を行った。すなわち、当事者適格の有無の判断において、訴訟追行権の有無と判決効の範囲を切り離して考察した。このような考察の手法（当事者適格概念の中には、訴訟追行権の有無と判決効の範囲という要素が含まれ、当事者適格の有無については両者をそれぞれ検討するという手法）は、実体法上権利帰属主体となりえないという特殊性を有する権利能力なき社団の当事者適格のみならず、他人の権利関係を訴訟上行使する場合の当事者適格の判断一般に妥当しうのではないかという点については、検討を行わなかった。

そこで、以上のような問題意識を元に、本編では、以下の2つの点を軸に据えて、わが国における当事者適格概念の生成過程を検討する。

まず、わが国で「当事者適格」概念が用いられ、現在のような「当事者適格」＝「正当な当事者」＝「訴訟追行権」との理解が定着するまでの過程を明らかにしたい。母法であるドイツ民法には対応する用語がない「当事者適格」が、独自に用いられるに至った理由が明らかでないことは、従前から指摘がなされているところである<sup>254</sup>。そこで、当事者

<sup>252</sup> 最大判昭45・11・11民集24巻12号1854頁（以下、本編においては「昭和45年最大判」とする。）、最三小判平6・5・31民集48巻4号1065頁、最三小判平7・3・7民集49巻3号919頁、最一小判平26・2・27民集68巻2号192頁等で示された当事者適格の内容である。

<sup>253</sup> 本稿第1編参照。

<sup>254</sup> 高橋・前掲注(8)239-240頁では、「母法ドイツでは、訴訟追行権という表現の方が多く

適格概念の発生と、それ以降の議論の変遷を追うこととする。これに加えて、わが国独自の概念である当事者適格とは、ドイツの正当な当事者ないし訴訟追行権とは異なるものであるのか、異なるとすればいかなる点が異なるのかについても、分析を試みる。

また、確立した判例が、当事者適格の判断基準として、「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か」という判決の名宛人の要素を、当事者適格の中で考慮するようになった契機について、当事者適格と判決効との関係に着目して検討を行いたい。

なお、当事者適格概念については、「訴訟追行権」に重点を置いた先行研究が複数存する<sup>255</sup>。本編では、「訴訟追行権」に関する議論についてはこれらの先行研究に拠ることとし、当事者適格と判決効の関係を中心に、当事者適格概念の生成過程を検討することとしたい。

## 第2章 雉本論文の登場

大正15年改正前の旧々民事訴訟法（1890、明治23年制定）施行後しばらくは、当事者適格に関する議論はほとんどなされていない。管見の限りでは、この当時の民訴法の概説書では、当事者の意義及び訴訟能力については触れられているものの、当事者適格（ないし正当な当事者）について言及する文献は見られない。

このような中、1909（明治42）年に公表されたのが、雉本論文である。

### 第1節 雉本論文における Sachlegitimation と Prozessführungsrecht

雉本論文では、正当なる当事者（*die richtige Partei*）とは、訴訟物を成す私法上の請求権又は私法上の法律関係につき、訴訟を為す権能（*Prozessführungsrecht*）を有する者であり、民事訴訟の当事者が訴訟物を成す私法上の請求権又は法律関係について訴訟を為す権能を有するのは、（イ）当事者が私法上の請求権又は法律関係の主体たる場合、又は、（ロ）当該私法上の請求権又は法律関係の主体ではないが、これについて訴訟を為す権能を有する場合であるとされている。この分類について、ドイツの学説では、通常、訴訟物を成す私法上の請求権又は法律関係が当事者に属すること（*die subjektive Zuständigkeit*

---

用いられるようであり…（中略）…、我が国でなぜ当事者適格という表現が常用されるのかは明らかではない。」と指摘されている。

<sup>255</sup> 代表的なものとして、福永・前掲注（140）2頁以下、松原弘信「民事訴訟法における当事者概念の成立とその展開（一）～（四・完）」熊法51号85頁以下（1987）、52号33頁以下（1987）、54号59頁以下（1987）、55号25頁以下（1988）がある。また、最近の研究では、鶴田滋「固有必要的共同訴訟における実体適格と訴訟追行権」徳田ほか編・前掲注（112）125頁以下、本間靖規「当事者適格の機能領域」山本克己ほか編『民事手続法の現代的課題と理論的解明－徳田和幸先生古稀祝賀論文集』25頁以下（弘文堂、2017）がある。

des Rechts) を Sachlegitimation といい、(ロ) の場合を Processlegitimation

(Processführungsrecht) ということが指摘されている。しかし雉本論文は、当事者が訴訟物を成す私法上の請求権又は法律関係の主体たる場合においても、その主体であることが重要なのではなく、主体であるがために当該請求権又は法律関係について訴訟を為す権能を有するということが重要であり、その点では(イ)と(ロ)は異ならないとして、

(イ)と(ロ)とを総括して、「正当ナル当事者」と呼び、原告として訴訟を為す権能を Aktivlegitimation、被告として訴訟を為す権能を Passivlegitimation とした上で、前者を「正当ナル原告」、後者を「正当ナル被告」とする<sup>256</sup>。したがって、雉本論文によれば、Sachlegitimation を有する者も、Processlegitimation を有する者も、正当なる当事者である、ということになる<sup>257</sup>。

このような雉本論文を指して、松本教授は、「実体適格と訴訟追行権とを『正当な当事者』＝『当事者適格』の概念に纏めたのは」雉本論文が多分初めてだと思われる、と述べる<sup>258</sup>。しかしここで注意すべきことは、雉本論文は、Sachlegitimation を「正当ナル当事者」と呼びつつも、Sachlegitimation に「当事者適格」という訳語をあてていないことである<sup>259</sup>。

雉本論文において Sachlegitimation とは、私法上の請求権又は法律関係が当事者に属することを意味するものである(すなわち権利帰属主体性の問題である)と認識されていたことは、明らかである。Sachlegitimation が権利帰属主体性の問題であると認識しているにもかかわらず、(積極的実体適格、消極的実体適格という意味を有する)

Aktivlegitimation と Passivlegitimation を専ら「正当な原告・被告」の意で用いている点では、現在から見れば、Aktivlegitimation, Passivlegitimation の理解としては誤ったものであると言わざるをえない。しかし、雉本論文が着目しているのは、Sachlegitimation を有する者は問題なく当該権利又は法律関係について訴訟を為す権能を有する、ということであり、この点を捉えて Sachlegitimation を「正当ナル当事者」の問題に含めているに過ぎない(したがって、Sachlegitimation を現在の「当事者適格」と同義と解しているわけでもなければ、「訴訟追行権 (Prozessführungsbefugnis, Prozessführungsrecht)」と同義と解しているわけでもない)。そのため、雉本論文のみをもって、わが国では Sachlegitimation に「当事者適格」の訳語があてられたと断定するのはやや早計であるようにも思われる。

---

<sup>256</sup> 以上につき、雉本・前掲注(246)1-4頁。

<sup>257</sup> なお、雉本論文は、後述のように、訴訟追行権概念を提唱した Hellwig の見解の影響を大きく受けている。Hellwig の訴訟追行権概念は、実体的当事者概念から形式的当事者概念への転換を期に、「正当なる当事者」であるための要件として提唱されたものであった。そのため、雉本論文では専ら「正当なる当事者」が主題とされているものの、当事者概念については形式的当事者概念を前提としていると考えられる。

<sup>258</sup> 松本＝上野・前掲注(115)261-262頁〔松本〕。

<sup>259</sup> 松原・前掲注(251)5頁参照。

## 第2節 権利帰属主体への判決効

なお、雉本論文では、遺言執行者が訴訟を為す権能を有し、正当なる当事者たるべきであるとし、遺言執行者を相続人の代理人とみなすと規定する旧民法 1117 条は、遺言執行者の為す管理若しくは訴訟が、相続人にその効果を及ぼすことを求めるものであり、このことは民事訴訟の範囲においては判決の既判力の主観的範囲の拡張によって、その目的を達することができる」と述べる。そして、当該箇所の脚注においてドイツの文献<sup>260</sup>を参照し、「判決ノ既判力ハ、当事者間ニ止マルヲ以テ原則トスト雖モ、第三者カ訴訟物ヲ為ス私法上ノ法律関係ニツキテ管理権ヲ有シ、従テ其ノ訴訟ヲ為ス権能ニ基キ当事者トシテ為シタル訴訟ニ於ケル判決力、訴訟物ヲ成ス私法上ノ法律関係ノ主体ニ既判力ヲ及ホスハ通説ノ認ムル所ナリ」<sup>261</sup>としている。このような雉本論文の記述から、（大正 15 年改正で旧民法 201 条 2 項〔現行民法 115 条 1 項 2 号〕が制定される前に公刊された）雉本論文では、権利義務の帰属主体以外の第三者が訴訟追行権を有する場合の権利帰属主体への既判力拡張について、権利帰属主体へ既判力が拡張されるのが通常であるというドイツ法の理解<sup>262</sup>をそのまま持ち込んでおり、既判力拡張の可否が特に問題とされていないことがわかる。

表：雉本論文における「正当ナル当事者」と判決効の範囲

正当なる当事者	Sachlegitimation を有する者 （実体法上権利関係が帰属する者）	Sachlegitimation を有する者に判決効が生じる
	Processlegitimation を有する者	訴訟を進行していない権利帰属主体への判決効拡張あり

## 第3節 雉本論文における「正当ナル当事者」の位置付け

Sachlegitimation を有する者と Processlegitimation (Processführungsrecht) を有する者を「正当ナル当事者 (die richtige Partei)」とした雉本論文では、さらに進んで、訴訟物を成す私法上の請求権又は法律関係について訴訟を為す権能を有するか否かの問題は、権利保護の要件（又は私権保護の要件 [Rechtsschutzvoraussetzung]）に属するものであると解されている（以下、「権利保護要件説」とする）。これは、訴権論について、訴

<sup>260</sup> Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1, 1903, S. 241; Hellwig, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts, Bd. 1, 1903, S. 323.

<sup>261</sup> 以上につき、雉本・前掲注 (246) 12 頁。

<sup>262</sup> 前掲注 (260) の文献参照。なお、Hellwig, a. a. O. (Fn. 260), S. 323 (Anm. 23)では、権利帰属主体に判決効が及ばない場合として、BGB 旧 1380 条（前掲注 (147) 参照）が挙げられている。

権とは私人が国家に対して自己に有利な判決を要求する公権であるとする権利保護請求権説（具体的訴権説）に立ち、裁判所が判決請求権（訴権）の存在を認め、原告又は被告に有利な判決をするのは、権利保護要件の存在が認められる場合に限られるという見解に立つことを前提とするものである。権利保護請求権説の立場から、訴訟を為す権能が権利保護要件に属することを明示するものとして、雉本論文では *Hellwig* の見解が挙げられている<sup>263</sup>。これによると、*Hellwig* は「権利保護要件（Rechtsschutzbedingung）カ判決請求権（訴権）ニ関スルトキハ訴権要件（Klagvoraussetzungen）ト名ヅク可ク之ハ訴訟成立要件〔今日にいう訴訟要件〕トハ全ク異ナルモノト」し、「判決請求権ノ権利保護ノ要件ヲ区別シテ、実質的〔実体的〕ノモノ及訴訟的ノモノ（materielle und processuale Klagvoraussetzungen）トシ」、「訴訟ヲ為ス権能ハ、判決請求権ノ権利保護ノ要件中訴訟的ノモノニ属ス」（〔 〕内は筆者による、以下同じ。）るとしている<sup>264</sup>。

雉本論文は、このような *Hellwig* の見解だけでなく、訴訟を為す権能が訴訟成立要件（Processvoraussetzung）に属しないということについてドイツの学説は一致していること、さらに、訴訟を為す権能は、訴訟物を成す私法上の法律関係について管理権を有するか否かに係るもので、所有権及び債権などの財産権については権利の内容に属するものであることから、本案に関するものである、という結論を導き出している<sup>265</sup>。そしてこのような権利保護請求権説からは、「正当ナル当事者」でない者がした訴訟において、裁判所が、原告若しくは被告又は双方が訴訟を為す権能を有しないことを理由に判決をするときは、その判決は不適法として訴えを却下（Abweisung als unzulässig; absolutio ab instantia）する本案前の判決ではなく、「請求ヲ理由無シトシテ棄却スル（Abweisung als unbegründet; absolutio ab actiones）」本案判決をすることになる、という<sup>266</sup>。もっとも、雉本論文が権利保護請求権説を採用するにあたって依拠していると思われる *Hellwig* の見解では、権利保護要件を実体的なものと訴訟的なものとの二つに区別する結果、当事者が訴訟を為す権能を有しない場合、訴訟的な権利保護要件を欠くときは「請求ノ一時的棄却」（Klagabweisung zur Zeit）判決を、実体的な権利保護要件を欠くときは請求を理由無しとして棄却する判決をすることになるとされているが、わが国の民訴法ではこのような区別を前提とした判決が認められていないことから、請求棄却判決をすべきである、としている<sup>267</sup>。

以上のように、雉本論文では、*Sachlegitimation* と *Processführungsrecht* のいずれかを有する者を「正当ナル当事者」と呼んだ点、「正当ナル当事者」とは訴訟物を成す私法上の請求権又は法律関係について訴訟を為す権能を有する者をいい、「訴訟ヲ為ス権能」は訴訟成立要件ではなく権利保護要件に属すると解した点に特徴がある。そして、「正当

<sup>263</sup> 雉本・前掲注（246）34頁以下。

<sup>264</sup> ここでの *Hellwig* の見解については、*Hellwig*, a. a. O. (Fn. 260), S. 150 ff.

<sup>265</sup> 雉本・前掲注（246）33-35頁、51頁。

<sup>266</sup> 雉本・前掲注（246）48-49頁。

<sup>267</sup> 雉本・前掲注（246）52-53頁。

ナル当事者」に関する雉本論文の理解は、Sachlegitimationをも（その意味に権利帰属主体性を認めつつ）「正当ナル当事者」に含めて理解している点、「訴訟を為す権能」が訴訟（成立）要件ではないと解する点で、現在の当事者適格や訴訟追行権の理解とは大きく異なるものであるといえる。

### 第3章 雉本論文以降の理解

以下では、雉本論文以降の「正当なる当事者」ないし「当事者適格」概念の理解の変遷と、その訴訟法上の位置付けの理解の変遷を確認する。

#### 第1節 「正当なる当事者」から「当事者適格」へ

##### 第1款 「正当なる当事者」と「当事者たる適格」

雉本論文公刊後、大正時代から昭和初期にかけて、「正当なる当事者」に言及する文献が現れる。例えば、岩田一郎『民事訴訟法原論 [第11版]』（1916、大正5年）では、正当なる当事者とは、訴訟物たる権利又は法律関係につき訴訟を実行する権利を有する者をいい、正当なる当事者と当事者能力とは区別されるべきである<sup>268</sup>との記述がある。同『民事訴訟法原論 [訂正改版第6版]』（1913、大正2年）では、正当なる当事者についての記述がなく<sup>269</sup>、この記述は新たに加筆されたものであることがわかる。もともと、正当なる当事者についてこれ以上の記述は見当たらず、また、正当なる当事者が権利保護要件に関する問題か否かについては言及されていないことから、ドイツ法の議論ないし雉本論文の影響を受けているか否かは定かではないものの、「正当なる当事者」か否かは、訴訟を実行する権利（訴訟追行権）の有無により定まるものであると解していることが分かる。

他方で、「正当なる当事者」と（雉本論文では登場していない）「当事者たる適格」という語を、同義のものとして用いる文献<sup>270</sup>も現れた。このうち、仁井田益太郎『民事訴訟法大綱 全 [改定増補]』（1918、大正7年）（以下、本編においては「仁井田・大綱」とする。）では、正当な当事者であるには「訴訟実行権」を有することが必要であり、訴訟実行権は訴訟の目的たる法律関係の当事者に属するが、この当事者が当該法律関係に関し管理権を有せず第三者がこれを有する場合には、当該法律関係の当事者はその訴訟につき訴

<sup>268</sup> 岩田一郎『民事訴訟法原論 [第11版]』159頁（明治大学出版部、1916）。

<sup>269</sup> 岩田一郎『民事訴訟法原論 [訂正改版第6版]』154-155頁（明治大学出版部、1913）参照。なお、前掲注（268）の第11版が発行されたのと同年に、増補改版第10版が発行されており、正当なる当事者についての記述は増補改版の際に加筆されたものと思われる。

<sup>270</sup> 仁井田益太郎『民事訴訟法大綱 全 [改定増補]』81頁（有斐閣、1918）、渡邊彰平『新民事訴訟手続詳解』89頁（山洞書院、1931）、河本喜與之『民事訴訟法提要』87頁（南郊社、1934）等。なお、大正9年度京大講義本である雉本朗造『民事訴訟法 上巻』164頁（石田正七、1920）でも、「正当ナル当事者又ハ当事者タル適格」という表現が用いられている。

訟実行権を有せず、却って管理権を有する第三者がこれを有する、と述べる<sup>271</sup>。また、この場合の判決効については、他人の法律関係を目的とする訴訟につき訴訟実行権を有する者は、その法律関係に関し自己の名を以って訴訟を実行するものであるため訴訟の当事者であり代理人ではないが、その者は訴訟実行権を有するため、これに対する判決は訴訟の目的たる法律関係の当事者にその効力が及ぶ<sup>272</sup>、という。管理権を中心に訴訟追行権の有無（正当なる当事者か否か）を判断し、権利帰属主体への判決効の拡張を認める立場は、*Hellwig*や雉本論文の採るところであり、これらの論者の影響を受けたものであると思われる。この点から推測できるのは、仁井田・大綱が公刊された時点で、他人の権利関係が訴訟の目的となっている場合の当事者たる適格（正当な当事者）は、訴訟追行権を元に判断され、これが認められるならば、権利帰属主体への判決効拡張も当然に認められる、と解されているということである。この当時、既に大正15年改正作業が始まっており、旧民法201条2項の新設にあたって立法者の間でも（公刊物を見る限り）特に議論がなされていないことから<sup>273</sup>、同項の制定の背景には *Hellwig*や雉本論文の理解と共通の理解があったように思われる。

## 第2款 Sachlegitimation と Processführungsrecht の位置付け

### 1. Sachlegitimation と Processführungsrecht を同視する見解

ところで、以上の文献では、Sachlegitimation 及び Processführungsrecht については触れられないまま、「当事者たる適格」の内容が示されている。これらの文献が、Sachlegitimation を当事者適格として理解していたのかは明らかでない。もっとも、雉本論文以降、Sachlegitimation について、それが実体法上の権利帰属主体性を意味することについては言及することなく、「当事者たる適格」や「訴え提起の適格」との訳語をあてるものや<sup>274</sup>、現在一般的に用いられている語である「当事者適格」と訳するものが現れた<sup>275</sup>。例えば、山田正三『民事訴訟法 第二卷 [第3版]』（1923、大正12年）では、正当なる当事者（die richtige Partei）とは、特定の訴訟の当事者がその訴訟に関し訴訟を為す

<sup>271</sup> 仁井田・前掲注（270）81-83頁。

<sup>272</sup> 仁井田・前掲注（270）84頁。

<sup>273</sup> この点については、本稿第2編第3章参照。

<sup>274</sup> 加藤正治「判批」法協41巻1号177、180頁（1923）〔同『民事訴訟法判例批評集 第一巻』47頁以下（1926、有斐閣）所収〕、山田正三『民事訴訟法 第二卷 [第3版]』276頁（弘文堂書房、1923）、勅使河原直三郎『改正民事訴訟法概論 完 [第3版]』158頁（1928、巖松堂書店）、兼子一「訴訟承継論（一）」法協49巻1号47頁（1931）〔同『民事法研究 第一巻』1頁以下（酒井書店、1950）所収〕（以下、この論文を「兼子・訴訟承継論」とする）。

<sup>275</sup> 加藤正治「判批」法協43巻4号680頁（1925）〔同『民事訴訟法判例批評集 第二巻』8頁以下（1927、有斐閣）所収〕、同・前掲注（221）115頁、薄根正男「民事訴訟に於ける当事者適格（一）（二）（Die Sachlegitimation）」法論8巻11号23頁以下（1929）、12号15頁以下（1929）。なお、中島・前掲注（211）221頁は、Processführungsrecht 及び Sachlegitimation を訴訟実施権（自己の名において訴訟を追行しかつ裁判を受ける権能）と訳し、当事者適格を有するとは、訴訟実施権を有することを意味する、としている。

権能 (Processführungsrecht) 即ち当事者たる適格 (Sachlegitimation) を有することをいい、原告たる適格 (Aktivlegitimation) を有する原告を正当なる原告、被告たる適格 (Passivlegitimation) を有する被告を正当なる被告という<sup>276</sup>、とされており、Sachlegitimation は明らかに訴訟追行権 (Processführungsrecht) 概念と同義に用いられている。これらの文献は、Sachlegitimation と Processführungsrecht をいずれも当事者適格の問題として理解するものであり、後述の *Hellwig・System* の影響を受けているものであると読み取ることができる<sup>277</sup>。雑本論文や *Hellwig・System* の影響を受けたことで、当時の見解では、両者を当事者適格の問題として扱う理解が多数であったようである。

## 2. Processführungsrecht を重視する見解

他方で、Sachlegitimation には言及せず、Processführungsrecht のみで「正当なる当事者」を説明する文献も見られる。細野長良『民事訴訟法要義 第一巻』(1930、昭和5年)では、「正当なる当事者」とは、訴訟の原告又は被告として本案の裁判を要求する地位にある当事者であって、訴訟の実施権 (Processführungsrecht) を有する当事者である<sup>278</sup>、とされており、中村宗雄『改正民事訴訟法要論 第一分冊』(1928、昭和3年)は、訴訟の目的たる権利若しくは法律関係につき当事者として訴訟を実施する権能すなわち訴訟遂行権 (Processführungsrecht) を有する当事者をいい、この場合に「当事者適格」ありという<sup>279</sup>、として「正当なる当事者」の内容を示している。両者が、Sachlegitimation を権利帰属主体性と捉えていたのか、当事者適格概念に含めていたのか定かではないが、当事者適格を Processführungsrecht の有無に係らしめている点は特徴的である。

## 3. Sachlegitimation との峻別を強調する見解の登場

さらに、昭和初期には、Sachlegitimation が訴訟追行権とは異なる内容を有するものであることを鋭く指摘するものも現れた。竹野竹三郎『新民事訴訟法積義 上巻』(1930、昭和5年)(以下、本編においては「竹野・積義」とする。)では、「正当当事者 (Sachlegitimation) なる語は旧説の当事者観念 (当事者は独り争いある実体上の権利主体に限る [実体的当事者概念]) の権利状態 (Rechtszuständigkeit) を指すに過ぎぬからあまりにも狭きに失する嫌がある。新説 [形式的当事者概念] の当事者観念の見解に立脚すれば正当当事者の問題は寧ろ訴訟を実施する権能 (Prozessführungsbefugnis) の問題

<sup>276</sup> 山田・前掲注 (274) 276 頁 (なお、その後公刊された山田正三『日本民事訴訟法論 第一巻 [再版]』293 頁 (弘文堂書房、1933) においても記述に変更はない)。

<sup>277</sup> 正当なる当事者の問題について、後述の *Hellwig・System* を引用するものとして、山田・前掲注 (274) 277 頁、薄根「民事訴訟に於ける当事者適格 (一) (Die Sachlegitimation)」・前掲注 (275) 11 号 31 頁、中島・前掲注 (211) 222 頁がある。

<sup>278</sup> 細野長良『民事訴訟法要義 第一巻』381 頁 (巖松堂書店、1930)。

<sup>279</sup> 中村宗雄『改正民事訴訟法要論 第一分冊』123 頁 (敬文堂書店、1928)。

でなければならぬ」<sup>280</sup>として、*Sachlegitimation* が実体法上の権利帰属主体性を表す語であることが指摘されている。同書では、*Rosenberg* の教科書の第 1 版が参照されており

(ただし、「正当事者」の項目では文献の引用はない。)、*Rosenberg* は、

「*Sachlegitimation* とは、係争法律関係の主体の観点、権利帰属主体性でしかなく、訴訟追行権 (*Prozeßführungsbefugnis*) とは厳格に区別されなければならない。実体適格は理由具備性の要件であるが、訴訟追行権は訴えの適法性の要件である。」<sup>281</sup>として

*Sachlegitimation* を訴訟追行権から切り離している。竹野・積義も、おそらくこのような *Rosenberg* の理解に影響を受け、*Sachlegitimation* が権利帰属主体性を意味するものであり、正当なる当事者の問題ではないと解するに至ったのであろう。

竹野・積義と同様に、*Sachlegitimation* 概念について、*Sachlegitimation* が権利帰属主体性の意味を有する概念であることを明確に示したのが、末弘巖太郎＝田中耕太郎編『法律学辞典 第三巻』〔兼子一〕(1936、昭和 11 年) (以下、本編においては「兼子・法律学辞典」とする。) である。すなわち、兼子教授は、「嘗て訴訟を以て私法上の権利者が義務者に対する権利行使の手段と考えた時に於ては、当事者は当然私法上の権利者及び義務者たるべきものと為し、当事者適格とは訴訟物たる権利義務の帰属主体たることに過ぎぬと説かれたが、… (中略) …現在に於ても当事者適格をば *Sachlegitimation* (訴訟物に付き権利を有するの意) と呼ぶのは旧い見解の遺物と謂うべきである」<sup>282</sup>と述べている。

また、兼子・法律学辞典においては、「当事者適格」を意味するドイツ語として、*Prozesslegitimation* と *Prozessführungsrecht* が挙げられているのみで、*Sachlegitimation* は用いられていない。もっとも、当事者適格とは、「当事者として特定の訴訟を追行しこれに付き本案判決を求め得る権能即ち訴訟追行権 (*Prozessführungsrecht*) を謂ふ。而して原告たるべき適格を能動的適格 (*Aktivlegitimation*)、被告たるべき適格を受動的適格 (*Passivlegitimation*) と呼び、又かかる適格又は権能を有する者をば其の訴訟に関する正当なる当事者 (*die richtige Partei*) と謂う」<sup>283</sup>としており、その内容としては実体適格を意味する *Aktivlegitimation* と *Passivlegitimation* とを、未だ当事者適格の内容として用いている<sup>284</sup>。

兼子教授は、兼子・法律学辞典以前に公表された文献において、「正当なる当事者 (*richtige Partei*)、当事者の適格 (*Sachlegitimation*) 乃至訴訟追行権 (*Prozessführungsrecht*)」としてこれら 3 つの概念を同列に扱っていた<sup>285</sup>。しかし、兼

<sup>280</sup> 竹野竹三郎『新民事訴訟法積義 上巻』130 頁 (有斐閣、1930)。

<sup>281</sup> *Rosenberg*, a. a. O. (Fn. 184), S. 116.

<sup>282</sup> 末弘巖太郎＝田中耕太郎編『法律学辞典 第三巻』2016 頁〔兼子一〕(岩波書店、1936)。

<sup>283</sup> 末弘＝田中編・前掲注 (282) 2016 頁〔兼子〕参照。

<sup>284</sup> ただし、兼子・法律学辞典では *Sachlegitimation* が実体法上の権利帰属主体性の意味で用いられていることからすると、ここでの „*legitimation*“ は、単に「適格」という意味で用いられているに過ぎないと思われる。

<sup>285</sup> 兼子・前掲注 (274) 47 頁、兼子一『民事訴訟法講義案』136 頁 (出版者不明、1935) (以下、本編においては「兼子・講義案」とする)。

子・法律学辞典で Sachlegitimation が権利帰属主体性を意味する概念であることを明らかにして以降は、当事者適格を意味する語として Sachlegitimation が用いられていない<sup>286</sup>ことから、この時点が Sachlegitimation ないし当事者適格概念についての兼子教授の理解の転換点であったといえよう<sup>287</sup>。

### 第3款 他人の権利関係を訴訟の目的とする場合の判決効の範囲についての理解

雉本論文は、他人の権利関係を訴訟の目的とする場合の判決効について、第三者が私法上の法律関係について管理権を有する場合、管理権ひいては訴訟追行権を有することに基づき、当該第三者が受けた判決の効力は権利帰属主体に及ぶという見解を採用したが、雉本論文以降、なぜ判決効が権利帰属主体に及ぶのかについて議論がなされた形跡はない。大正15年改正前は、そもそも判決効が権利帰属主体にも及ぶことに言及する文献が少なく、判決の既判力は当事者間においてのみ存在し、例外の場合（旧々民法55条〔従参加〕、62条〔指名参加〕、人事訴訟における判決など）に限り第三者に及ぶ<sup>288</sup>とするものが多い。なお、大正15年改正前後になると、判決の効力が権利帰属主体にも及ぶことを指摘するものが現れ、そこでは、「他人ノ法律関係ヲ目的物トスル訴訟ニ付キ訴訟実行権ヲ有スル者ハ其法律関係ニ関シ自己ノ名ヲ以テ訴訟ヲ実行スルモノトス故ニ訴訟ノ当事者ニシテ代理人ニ非ス然レトモ其者ハ訴訟実行権ヲ有スルカ為メ之ニ対スル判決ハ訴訟ノ目的物タル法律関係ノ当事者ニ其効力ヲ及ホスモノトス」<sup>289</sup>というように、他人に訴訟追行権があることだけを理由に権利帰属主体への判決効拡張を肯定している<sup>290</sup>ものの、それ以上に訴訟追行権と判決効拡張の関係については述べられていない。

<sup>286</sup> 兼子・前掲注(218)178-179頁(以下、本編においては「兼子・概論」とする。)では、「訴訟物に関する利害関係人として本案判決を受けうる適格を当事者適格(Parteilegitimation)と名付け(原告については能動的適格、被告については受動的適格)、或は当事者の訴えの目的を達せんが為に訴訟を進行し得る権能として訴訟追行権(Prozessführungsrecht)と称し、且かかる適格又は権能を有する者をば当該請求に付ての正当な当事者(richtige Partei)と呼ぶ」、としている。ここでは、Sachlegitimationに言及することはなく、当事者適格に相当する語として Parteilegitimation が用いられている。この用語については、松原論文において、「ドイツでは『正当な当事者』理論上の概念として実際に使用されておらず、当事者適格という訳語について従前の Sachlegitimation と区別するために兼子博士が用いたドイツ語の造語ではないかと推測される。」との指摘がなされている(松原・前掲注(251)12頁注32)。

<sup>287</sup> なお、その後公刊された兼子『民事訴訟法(一)』・前掲注(220)96頁においては、Sachlegitimationだけでなく、Parteilegitimationの語にも言及されていない。

<sup>288</sup> 仁井田益太郎『民事訴訟法要論 中巻[訂正5版]』568-569頁(有斐閣書房、1915)、佐伯兼次郎『民事訴訟法通義[改版第5版]』278頁(清水書店、1917)、早川彌三郎『民事訴訟法論 全[再版]』411-412頁(明治堂書店、1924)、板倉松太郎『民事訴訟法綱要[改訂版]』282-283頁(巖松堂書店、1926)等。

<sup>289</sup> 仁井田・前掲注(270)84頁。

<sup>290</sup> 加藤・前掲注(274)180頁(大判大10・7・18民録27輯1392頁の判例評釈である。)では、共有者の一人が共有権確認訴訟を提起する場合について、「共有者ノ一人ノ為シタル訴訟タリト雖モ其訴訟ノ結果共有権確認ノ肯定的判決ヲ得ルトキハ其判決ノ結果ヨリ見テ共有者全員

また、大正 15 年改正で旧民訴法 201 条 2 項（現行民訴法 115 条 1 項 2 号）が制定されたからは、当然、同項に言及するもの<sup>291</sup>が増え、権利帰属主体へ判決効が拡張される理由及び同項が新設された理由については、権利帰属主体は「自ラ訴訟ヲ為スニハ非スト雖モ訴訟物ニ付キ当事者ト同一視セラレルヘキ関係アルヲ以テナリ」<sup>292</sup>とするものもある。しかし、選定当事者の規定について、「此場合には他人の為に訴訟の当事者と為りたる者に対する判決は其他人に対しても効力を及ぼすべく、斯る訴訟の性質上当然の事と云わざるべからず」<sup>293</sup>と述べるものや、旧民訴法 201 条 2 項と同じく大正 15 年改正で新設された旧民訴法 47 条（現行民訴法 30 条）を踏まえて、「此等の代表的当事者に対する判決は当然代表せられたる多数の当事者に対しても確定力を生じなければならぬ。是れは勿論の義である。新法第 201 条第 2 項は此の義を明かにして居る。」<sup>294</sup>と述べるものなど、他人の権利関係を訴訟の目的とする場合に、権利帰属主体へ判決効が拡張されるのは当然のことであるという理解に立っているように窺える記述も見られる<sup>295</sup>。これらの記述からもわかるように、大正 15 年改正前だけでなく、同改正により旧民訴法 201 条 2 項が新設されるに至ってからも、権利帰属主体への判決効拡張についてはそれが当然のものとされていたといえよう。

表：雉本論文以降の正当なる当事者・当事者適格概念と判決効についての多数説的理解<sup>296</sup>

---

ノ為メニスル保存行為ト化シ其一人ノ為シタル訴訟行為カ共有者全員ノ為メニスル代表的ノ意味ニ於ケル訴訟行為トナルモノトス換言スレハ一人ニテ全員ノ為メニ訴訟ヲ為ス管理権

（Processführungsrecht）ヲ行ヒタルト同一ノ結果ニ帰着ス從テ其判決ノ既判力

（Rechtskraft）ハ共有者全員ニ及フモノトス」との私見を提示している。この記述からすると、権利帰属主体への判決効拡張は訴訟追行権に基づき認められるものであると解していると思われる。

<sup>291</sup> 早川彌三郎『改正民事訴訟法要義 第一編』266 頁（明治堂書店、1927）、岩本勇次郎＝三ヶ尻好人『新民事訴訟法要論〔下巻〕』1084 頁（巖松堂書店、1928）、勅使河原・前掲注（274）318 頁、住岡時三郎『改正民事訴訟法論 新旧対照書式附』515 頁（明治大学出版部、1929）、山内確三郎『民事訴訟法の改正 第一巻〔再版〕』319 頁（法律新報社、1930）、中村・前掲注（279）132 頁、河本・前掲注（270）502 頁等。

<sup>292</sup> 岩本＝三ヶ尻・前掲注（291）1084 頁。

<sup>293</sup> 勅使河原・前掲注（274）319 頁。

<sup>294</sup> 山内・前掲注（291）319 頁。

<sup>295</sup> このような理解の背景については、前掲注（125）参照。なお、河本・前掲注（270）502 頁では、旧民訴法 201 条 2 項の規定について、「他人の為に訴訟実施権を有する第三者の爲したる訴訟に於ける判決の効力が本人に及ぶことに付ては従来学説上一般に認められたところであつて法典は之を明規したのである。」との解説が付されている。

<sup>296</sup> Sachlegitimation は「当事者適格」そのものではなく権利帰属主体性の問題であることを指摘した兼子・法律学辞典以降の兼子教授の（正当なる当事者・当事者適格概念と判決効についての）理解は、本章第 2 節において整理する。

正当なる当事者	当事者適格 (Sachlegitimation) を有する者	Processlegitimation を有する者	権利帰属主体	Sachlegitimation を有する者に判決効が及ぶ
			他人の権利関係について Processlegitimation を有する者	訴訟をしていない権利帰属主体への判決効拡張あり (旧民訴法 201 条 2 項)

#### 第 4 款 小括

以上のように、Sachlegitimation の位置付けや「正当なる当事者」の内容については、雉本論文以降、様々な捉え方がされるに至った。雉本論文では、Sachlegitimation は（その概念自体としては、実体法上の権利帰属主体性という意味を持つことを認識しつつも）、Processführungsrecht と並んで「正当なる当事者 (die richtige Partei)」の問題と位置付けられているが、そこでは「当事者たる適格」や「当事者適格」の問題として論じられていなかった。しかし雉本論文以降は、Sachlegitimation を「当事者たる適格」や「当事者適格」と訳し、「正当なる当事者」を「当事者たる適格」や「当事者適格」の問題と位置付ける見解が多く見られる。これらの見解は、Sachlegitimation を（本来そこに置かれるべき）権利帰属主体性の問題から切り離し、もっぱら訴訟法上の問題として位置付け、Sachlegitimation を「正当なる当事者」の中心に置くものである。雉本論文以降の文献では、Hellwig・System の影響もあってか、（雉本論文では認識されていたはずの）Sachlegitimation を有する者と Processführungsrecht (Prozessführungsbefugnis) を有する者の両者が「正当なる当事者」である、という正しい理解のうち、Sachlegitimation の権利帰属主体性が消え、それが当事者適格概念に吸収されたといえる。もっとも、Processführungsrecht のみで当事者適格の内容を説明するものもあり、雉本論文以降大正 15 年改正を経た後も、Sachlegitimation 概念と当事者適格概念の理解は未だ定まっていないう状況にあったといえる。ただし、いずれの理解でも一致しているのは、当事者適格は訴訟追行権の有無に係らしめられているということであり、この時点で既に、「当事者適格＝訴訟追行権」という図式が出来上がっている。

問題は、Sachlegitimation を「当事者適格」と訳し、訴訟追行権と同義に解した原因は奈辺にあるのかであるが、これは、雉本論文やそれ以降の文献が参考にしたと思われる、当時のドイツの議論に影響を受けたことにあると考えられる。

日本の学説に影響を与えたと思われる Sachlegitimation に関するドイツの議論については、とりわけ本間靖規教授による分析が詳細である<sup>297</sup>。本間教授は、実体的当事者概念が

<sup>297</sup> 以下は、本間・前掲注 (255) 38 頁参照。

採られていた時代においては、法律関係の帰属主体であることが正当な当事者の基準であり、そこでは実体適格こそが正当な当事者の要件となっていたが、形式的当事者概念の登場によりそのような状況に変容がもたらされたと指摘した上で、1900年台初期のドイツでは実体適格に訴訟追行権と同様の訴訟法上の意味を与えようとする見解が後を絶たなかったことに着目している。そのような状況は、「実体適格の法的性質をめぐる議論を経たのちに初めて、訴訟追行権という概念が確立する環境が醸成されたことを意味する」という。また、雉本論文が Sachlegitimation を「訴訟をなす権能」を表すドイツ語としてあてられていることや、権利保護要件に属するとの見解を採用していること、さらに、兼子・訴訟承継論で Sachlegitimation が「当事者の適格」として訴訟追行権と同義のものと位置付けられていることについて、実体適格と訴訟追行権の区別が未だ明確になされていなかった当時のドイツの議論が反映されたものであると指摘する<sup>298</sup>。

こうしたドイツの議論の影響につき、雉本論文及びそれ以降の文献<sup>299</sup>でも見られるように、当時、正当なる当事者の内容については Hellwig の見解の影響を受けたと考えられるが、その Hellwig 自身の見解にも変遷が見られる<sup>300</sup>。まず、Hellwig の最初の主著である Anspruch und Klagrecht (1900年) では、正当な当事者は、給付訴訟においては実体適格を有する者であり、確認訴訟においては確認の利益を有するものであるとされている<sup>301</sup>。Hellwig はこの当時から、実体適格の存在・確認の利益の存在（正当な当事者であること）は訴訟要件ではなく勝訴要件（権利保護要件）と解しており、その欠缺は請求棄却（Abweisung der Klage als unbegründet）をもたらし<sup>302</sup>としていた。その後、雉本論文でも引用されている Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts (1903年)（以下、本編においては「Hellwig・Lehrbuch」とする。）では、Sachlegitimation を「判決せられるべき権利の主観的帰属（帰属主体たる資格）」と解し、「訴訟追行権」とは異なるものであると位置づけ<sup>303</sup>、訴訟追行権の存在は、訴訟的勝訴要件（prozessuale Klagvoraussetzung）であり、その欠缺は請求の「一時的棄却（Abweisung zur Zeit）」をもたらし<sup>304</sup>、としている。

その後の Klagrecht und Klagmöglichkeit (1905年) では、権利保護要件という立場は維持しつつも、訴訟追行権の欠缺の効果を「(一時的) 不適法却下 (Abweisung der Klage als unzulässig (zur Zeit))」と呼ぶのが適当としている<sup>305</sup>ものの、System des deutschen

<sup>298</sup> 本間・前掲注(255) 41頁。

<sup>299</sup> 前掲注(277)の文献を参照。

<sup>300</sup> Hellwig の見解については、詳細な分析がなされている松原弘信「民事訴訟法における当事者概念の成立とその展開(三)」熊法54号65頁以下(1987)に多くを拠った。Hellwig による実体適格と訴訟追行権の理解に変遷があったことについては、鶴田・前掲注(255) 130-133頁、本間・前掲注(255) 38頁、40-41頁も参照。

<sup>301</sup> Hellwig, a. a. O. (Fn. 153), S. 128 f.

<sup>302</sup> Hellwig, a. a. O. (Fn. 153), S. 138 ff.

<sup>303</sup> Hellwig, a. a. O. (Fn. 260), S. 155 ff.

<sup>304</sup> Hellwig, a. a. O. (Fn. 260), S. 162.

<sup>305</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, 1905, S. 64 f. なお、ここでいう「不適法却下」

Zivilprozeßrechts (1912年) (以下、本編においては「*Hellwig*・System」とする。)では、正当な当事者は、*Hellwig*・Lehrbuchと同様に、基本的に訴訟追行権を有する者であると考えているものの、Sachlegitimationを訴訟追行権と同義に用いており<sup>306</sup>、再びSachlegitimationと訴訟追行権概念を混用していることが読み取れる。

このように、Sachlegitimationと訴訟追行権との区別、及び、その欠缺の効果については、*Hellwig*の見解だけを見ても変遷がある。本間教授の指摘の内容や、雉本論文以降の文献が(実体適格と訴訟追行権の位置付けが定まっていない)*Hellwig*の見解を引用していることからわかるように、ドイツにおける実体適格と訴訟追行権についての混乱が、Sachlegitimationに「当事者適格」との訳語をあて訴訟追行権と同義に解することとなった一要因であると思われる。

なお、この当時、他人の法律関係を訴訟の目的とする場合には、権利帰属主体への判決効拡張が当然とされていたようである。この点については、雉本論文が通説とするところのドイツにおける理解を取り込んだまま、旧民訴法201条2項が制定されるに至っており、その後も同項については特に議論がされているわけではない。しかし、他人の法律関係を訴訟の目的とする場合の判決効については、当事者として訴訟に現れた者に訴訟追行権が認められるならば、権利帰属主体への判決効拡張は当然に認められる、という理解がされていたことは明らかであり、この理解は旧民訴法201条2項の新設によって、ますます揺るぎないものとなっていったのではないだろうか。

## 第2節 兼子教授により示された「当事者適格」の意義と「訴訟担当」概念

### 第1款 「当事者適格」の意義

ところで、先に紹介した兼子・法律学辞典では、当事者適格の意義について、特に、当事者能力や訴訟能力との違いに着目した意義として、「当事者適格は訴訟物たる特定の権利又は法律関係の存否に付き何人の間に判決を為すのが適当且つ有意義であるかの問題」(下線は筆者による、以下同じ。)で、専ら特定の訴訟物との関係で考察されるものであることが指摘されている<sup>307</sup>。この当事者適格の意義に関する記述は、任意的訴訟担当が認められるための要件を示した昭和45年最大判以降、最高裁が用いている当事者適格の判断基準<sup>308</sup>(「訴訟における当事者適格は、特定の訴訟物について、何人をしてその名において訴訟を進行させ、また何人に対し本案の判決をすることが必要かつ有意義であるかの

---

とは、訴訟要件を欠くことを理由とするものではなく、あくまで訴訟的な権利保護要件を欠く結果としての「不適法却下」である。*Hellwig*は訴訟要件を欠く場合の却下を、

Prozeßabweisung“としており、訴訟的な権利保護要件を欠く場合を、Klagabweisung“として区別している(vgl. *Hellwig*, a. a. O., S. 63 f.)。

<sup>306</sup> *Hellwig*, a. a. O. (Fn. 139), S. 160 ff.

<sup>307</sup> 末弘=田中編・前掲注(282)2016頁[兼子]。

<sup>308</sup> 前掲注(252)参照。

観点から決せられるべきものである。)に沿う内容である。この記述は、当事者適格が専ら訴訟追行権の有無だけに係る問題ではなく、「何人の間に判決を為す」のかにも係る問題であることを示すものである。他人の権利関係を訴訟の目的とする場合において、誰に対して判決を為すのが適当かつ有意義かを考えるにあたっては、当事者として訴訟に登場した第三者に判決を為したところで紛争解決に資さないのであれば、当該第三者に判決を為すのが「適当且つ有意義」とはいえないはずである。加えて、訴訟の相手方が同一の権利関係について、複次の再訴への応訴を余儀なくされるならば、当該第三者に訴訟追行権を認めることが「適当且つ有意義」であったかも問われることになる。すなわち、訴訟の目的たる権利関係の帰属主体に判決効を及ぼすことができ初めて、権利帰属主体ではない第三者に「判決を為すのが適当且つ有意義」であるといえるのであり、誰に対して判決をすべきかという裁判所側の視点・相手方保護の視点も、当事者適格の中で考慮されるべきであることが示されているといえよう。

## 第2款 訴訟信託（訴訟担当）について

正当なる当事者となる者は何人か、当事者適格が認められる場合はいかなる場合かについて、兼子・法律学辞典以降、訴訟物につき対立する利害関係を有する者が当事者適格を有する「一般の場合」と、「一般の場合の利益の実質的帰属者に代り又はこれと並んでこれ以外の者が訴訟追行権を有する」場合である「特別の場合」とに分けられている<sup>309</sup>。後者の特別の場合については、「これ所謂当事者が他人の為め原告若くは被告となりうることを意味し」、「コーラー（*Kohler*）が訴訟信託（*Prozessstandschaft*）と名付け、ヘルヴィヒ（*Hellwig*）が第三者の訴訟追行権（*Prozessführungsrecht eines Dritten*）と呼ぶ場合である」との説明がなされている。

さらに、実質的利益主体の意思に基づき訴訟追行権を授与された者が当事者となる場合を、「任意的訴訟信託（*gewillkürte Prozessstandschaft*）」と呼び、「取引の必要上権利利益の処分権能の授権が認められる限りこれに付随して訴訟信託も亦許されると見るべきではあるまいか」<sup>310</sup>として、選定当事者及び手形の取立委任の被裏書人以外にも、任意的訴訟信託（任意的訴訟担当）が認められる可能性を示唆しており、この時点で既に、いわゆる正当業務説の萌芽が見られる。

なお、兼子教授は、当初 *Prozessstandschaft* に「訴訟信託」という訳語を付していたものの、後に「訴訟担当」の語を用いるに至っている<sup>311</sup>。もっとも、なぜ表現を変えたのか

<sup>309</sup> 末弘＝田中編・前掲注（282）2016頁〔兼子〕、兼子『民事訴訟法（一）』・前掲注（220）96頁、兼子一『民事訴訟法体系〔初版〕』159頁（酒井書店、1954）。

<sup>310</sup> 末弘＝田中編・前掲注（282）2017頁〔兼子〕。

<sup>311</sup> 兼子『民事訴訟法（一）』・前掲注（220）96頁。これ以降、兼子『條解 民事訴訟法 I』・前掲注（221）108-109頁、同「労働組合の訴訟当事者適格」討論－労働法－14号2頁（1952）〔同『民事法研究 第二巻』205頁以下（酒井書店、1954）所収〕でも、「訴訟担当」との表現が用いられている。

については、兼子一『民事訴訟法体系〔初版〕』（1954、昭和29年）において明らかにされるようになった。すなわち同書では、特別の場合について、「一般の場合の実質的な適格者に代り、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ことがある。これは、当事者となる者の方からいえば、他人の利益について、その紛争を解決するため、当事者として訴訟を進行し判決を受ける資格権能の認められる場合で、第三者の訴訟担当と呼ぶことができる（訴訟信託と呼ぶ例があるが、本人の意思に基く信託に限らないし、又信託法上の訴訟信託（同11〔旧信託法11条〕）と混同するおそれがあるので、これを避けた。」としている。兼子・法律学辞典で、実質的利益主体の意思に基づき訴訟進行権を授与された者が当事者となる場合を指して任意的「訴訟信託」との説明がされていることからわかるように、訴訟進行権を第三者に授与することで、（訴訟の目的についての権利名義を移転するわけではないが）あたかも信託したようになる点を捉えて、「訴訟信託」と呼ばれていたのである<sup>312</sup>。

---

<sup>312</sup> わが国において、任意的訴訟担当（任意的訴訟信託）は、大正11年の信託法制定の際に議論されたのが始まりと言われている（平野亮一「任意的訴訟担当の許容性に関する一考察—最高裁昭和45年11月11日大法院判決以降の裁判例分析を中心として—」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル8巻36頁（2001）。任意的訴訟担当論の形成過程の詳細については、伊東俊明「任意的訴訟担当論について—兼子理論を手がかりとして—」岡法68巻1号1頁以下（2018）参照）。わが国の信託法制定にあたっては、インド信託法やカリフォルニア民法典が参照されたとされているが（新井・前掲注（11）16-17頁）、任意的訴訟担当の許容性が論じられる場合に挙げられる訴訟信託の禁止（現行信託法10条・旧信託法11条）の規定は、母法には見られない規定であるとされている（四宮和夫『信託法〔新版〕』142頁（有斐閣、1989））。

このような訴訟信託と任意的訴訟担当とは、いずれも第三者が訴訟進行権を有するという地位そのものについては類似性を有する（桜田勝義「判例にあらわれた訴訟信託（1）」判評94号4頁（判時453号）（1966））が、信託法で禁止される訴訟信託は、権利名義を訴訟実施の目的を以て受託者に移転する場合であり、任意的訴訟担当は、権利そのものは留保しつつただその訴訟実施権だけを第三者に与える場合であるという違いがある（この点について、三ヶ月・前掲注（65）186頁参照）。したがって、訴訟信託では、実体適格者となる受託者と訴訟進行権者が一致することになる。

大正11年の信託法制定の際には、訴訟信託を禁止する旧信託法11条について、訴訟信託を認めると、「自分ガ財産ノ取得者デアリマシテ権利者デ之ヲ自分名義ノ権利デ之ヲ訴訟ニ依テ主張スルト云フコトニナ」ると指摘されており（山田昭編『信託法・信託業法〔大正11年〕日本立法資料全集2』377頁〔池田寅二郎発言〕（信山社、1991））、訴訟信託では受託者が実体適格者となるという理解がされていることがわかる。他方で、民訴法大正15年改正の際に新設された選定当事者制度を定める旧民訴法47条について、立法者の間では当初、「訴訟信託と云うやうな意味で、訴訟信託の形式に於て」規定ができていたとされていた（松本ほか編著・前掲注（117）73頁〔松岡義正発言〕）。このように解すると、選定当事者も訴訟信託と同様に、被選定者が訴訟進行権者であり実体適格者でもあることになる。もともと後に、訴訟信託とは異なるものであることが認識され始めたようであり、旧民訴法47条について、「当事者の訴訟信託と云うと少し語弊があるかも知れませぬが、さう云う意味の規定である」との説明がされている（松本ほか編著・前掲注（120）21頁〔松岡義正発言〕）。また、旧民訴法201条と関連して、（訴訟信託に限らず、受託者が訴訟当事者となる場合に）受託者に対する判決が委託者に対して効力を有するかについても議論がされた形跡があるが、受託者が訴訟当事者となった場合の委託者への判決効拡張は否定されている（松本ほか編著・前掲注（120）67頁〔松岡発言〕）。したがって、訴訟信託を含め、信託目的物の権利関係について受託者が訴訟当事者とな

### 第3款 兼子・法律学辞典以降の「当事者適格」に関する兼子教授の見解について

さて、現在の訴訟担当の理解を踏まえて兼子・法律学辞典以降の兼子教授の見解を見ると、「特別の場合」（訴訟担当に該当する場合）について1つの特徴を見出すことができる。それは、兼子・法律学辞典で当事者適格が認められる「特別の場合」の中に、(a) 権利帰属主体に代り権利帰属主体以外の者が訴訟追行権を有する場合（すなわち、権利帰属主体から訴訟追行権が剥奪される類型。排他的訴訟担当・排他的訴訟追行権）、又は、(b) 権利帰属主体と並んで権利帰属主体以外の者が訴訟追行権を有する場合（すなわち、訴訟担当者と権利帰属主体の両者が訴訟追行権を有する類型。並存的訴訟担当・並存的訴訟追行権）<sup>313</sup>の両方を含めている点にある。加えて、特別の場合については、旧民訴法 201 条 2 項が挙げられていることから、同項が訴訟担当の規定である（すなわち、排他的訴訟担当でも並存的訴訟担当でも、実質的利益帰属主体に判決の効力が及ぶ。）と解していると考えられる。このような理解は、兼子教授のその後の論文・著書でも変わらず、また、いずれの文献においても、権利帰属主体への判決効拡張は、旧民訴法 201 条 2 項だけが根拠とされており、これらの場合になぜ判決効が拡張されるかの具体的理由については特段述べられていない。

また、「特別の場合」について、*Kohler* と *Hellwig* がそれぞれ提唱した訴訟信託（訴訟担当。以下では、「訴訟信託」との表現を用いる必要がある場合を除き、「訴訟担当」との表現に統一する。）、第三者の訴訟追行権がこれに当たるとしている。訴訟担当

（*Prozessstandschaft*）を提唱した *Kohler* は、*Prozessstandschaft* とは、「他人の私権とある者の私法上の関係で、その関係に基づき訴訟を進行する権限がその者に帰属し、当該

---

る場合には、受託者は実体適格者かつ訴訟追行権者であり、旧民訴法 201 条 2 項は適用されないことになる（なお、現在、受託者に対し判決がなされた後、信託の終了により信託の目的たる権利が受託者から委託者（受益者）に移転した場合に、「口頭弁論終結後の承継人」（現行民訴法 115 条 1 項 3 号）である委託者（受益者）に判決効が及ぶと解するものとして、小野傑「訴訟手続における受託者・信託財産・受益者の関係—訴訟信託と任意的訴訟担当の関係に関する立法過程の議論を参考として—」東京大学法科大学院ローレビュー4 巻 158、160 頁（2009）、青木哲「任意的訴訟担当」法教 456 号 120 頁（2018）参照）。

そのため、任意的訴訟担当を任意的「訴訟信託」として訴訟法上扱ってしまうと、旧民訴法 201 条 2 項の適用場面ではなくなる可能性がある。この点に気がついた学説は、比較的早い段階で「訴訟信託」から「訴訟担当」とへと *Prozessstandschaft* の理解を切り替えたのであろう。他方で判例は、昭和 45 年に至っても、昭和 45 年最大判において「いわゆる任意的訴訟信託」としてその許容要件を判示していた。

選定当事者制度や旧民訴法 201 条 2 項が新設された大正 15 年改正時、未だ訴訟追行権や実体適格という概念についての理解がわが国において浸透していたわけでもなく、まして両者の区別が明確にされていない状況であったはずである。そのような状況であれば、旧民訴法 201 条 2 項が定める「他人ノ為」に委託者も含まれるという解釈を採ることも、（当時の議論状況を前提とすれば）ありえたのではないかと思われるが、そのような解釈は見られない。

<sup>313</sup> この分類については、本稿第 2 編参照。

訴訟の私法上の効果をその他人に及ぼす関係」<sup>314</sup>としている。すなわち、*Kohler*のいう訴訟担当は、権利帰属主体への判決効の拡張が前提となっていたことがわかる。他方で、第三者の訴訟追行権（*Prozessführungsrecht eines Dritten*）を提唱した *Hellwig*<sup>315</sup>はどのように考えていたのかという点、この点については、妻の持参財産に関する夫の権利について規定していた BGB 旧 1380 条<sup>316</sup>についての *Hellwig* の理解が参考になる。当時のドイツの民法学者の間では、同条第 2 文は妻への判決効拡張を肯定しているのに、第 2 文は夫が妻の権利を訴訟上行使する規定であるが、第 1 文は妻への判決効拡張が認められていないので、夫が自己固有の権利を行使する（すなわち妻の権利を訴訟上行使するのではない）規定であると解されていた<sup>317</sup>。しかし *Hellwig* は、同条第 1 文の場合をも、妻には判決の効力が及ばないにもかかわらず、夫が「妻の権利」を行使することを認めたものであると解していた。このような *Hellwig* の理解は、(*Kohler* による *Prozessstandschaft* の定義とは異なり) 判決の効力が権利帰属主体に及ぶか否かにかかわらず、他人の権利を訴訟上行使することを認めるものである。すなわち、*Hellwig* の理解では、他人の権利関係を訴訟の目的とする場合において、権利帰属主体への判決効拡張が前提とされていないことがわかる<sup>318</sup>。なお、現在のドイツでは、訴訟担当のうち法定訴訟担当は 2 つの類型に区別されている。1 つが、訴訟担当者のみが訴訟追行権を有する場合である排他的訴訟担当（*verdrängende Prozessstandschaft*）、もう 1 つが、権利者が訴訟担当者と並んで訴訟追行権を有する場合である並存的訴訟担当（*parallele Prozessstandschaft*）である<sup>319</sup>。両者の違いは、前者の排他的訴訟担当では訴訟担当者に対してなされた判決の既判力が権利帰属主体にも及ぶが、後者の並存的訴訟担当では権利帰属主体への既判力の拡張が否定されている点にある<sup>320</sup>。

このようなドイツの訴訟担当の理解から兼子・法律学辞典を改めて検討すると、権利帰属主体への判決効拡張を訴訟担当の内容に含めている兼子・法律学辞典は、少なくとも *Kohler* の訴訟担当の定義には沿うものであるが、並存的訴訟担当に該当する類型では権利帰属主体への判決効拡張を認めない *Hellwig* の見解及び現在のドイツの訴訟担当概念とは異なるものであることがわかる。現在のわが国の訴訟担当概念も、(権利帰属主体と「並んで」訴訟追行権を有する場合を訴訟担当に含めるか否かは見解が分かれるものの<sup>321</sup>) 現行民法 115 条 1 項 2 号があることで、訴訟担当とは権利帰属主体への判決効拡張を伴う

<sup>314</sup> *Kohler*, a. a. O. (Fn. 140), S. 97, 100 f.

<sup>315</sup> *Hellwig*, a. a. O. (Fn. 153), S. 302.

<sup>316</sup> BGB 旧 1380 条については、前掲注 (147) 参照。

<sup>317</sup> *Staudinger/ Keidel*, a. a. O. (Fn. 148), § 1380, S. 261.

<sup>318</sup> 以上の点については、本稿第 2 編第 2 章参照。

<sup>319</sup> *Stein/ Jonas/ Jacoby*, a. a. O. (Fn. 44), vor § 50 Rn. 28; *Grunsky/ Jacoby*, a. a. O. (Fn. 134), Rn. 253.

<sup>320</sup> *Rosenberg/ Schwab/ Gottwald*, a. a. O. (Fn. 44), § 46 Rn. 58f.; *Stein/ Jonas/ Leipold*, a. a. O. (Fn. 135), §325 Rn. 55.

<sup>321</sup> この点の学説の整理については、本稿第 2 編第 1 章参照。

ものであるとの理解が一般的である。このように、旧民訴法 201 条 2 項（現行民訴法 115 条 1 項 2 号）を前提とした兼子・法律学辞典が登場した時点で、わが国の訴訟担当概念の内容は、*Hellwig* 以降のドイツ法の訴訟担当概念から離れたものとなったことがわかる。

なお、兼子教授は、「特別の場合」に旧民訴法 201 条 2 項により判決効が拡張される「他人ノ為」の他人を、「利益の実質的帰属者」と解しており、実体適格（*Sachlegitimation*）を有する者（すなわち、権利帰属主体）と異なる概念を用いている。兼子教授は、当事者適格を、「訴権の要件である本案判決を求めるに付ての正当の利益乃至必要（*rechtliches Interesse*）をば、訴訟当事者の方面から観察したもの」としており、したがって、ここでいう「利益の実質的帰属者」とは、本案判決を受ける利益の帰属主体をいうと思われる<sup>322</sup>。そうすると、兼子教授のいう旧 201 条 2 項の「他人」とは、実体適格を有する者よりは広い概念を指すことになる。兼子教授が同項の「他人」を、実体適格を有する者ではなく「利益の実質的帰属者」と解しているのは、他人間の権利関係の確認訴訟の場合（例えば、転借人が貸貸人に対し、貸貸人と賃借人間の貸貸借関係の確認を求める場合）には旧民訴法 201 条 2 項の適用がないことを考慮に入れているからであると思われる。この場合、当該権利関係の存否を確認することについて本案判決を受ける利益を有するのは、確認訴訟を提起している当事者（原告）自身であり、当該権利関係の存否を争っていない権利帰属主体（賃借人）ではない。したがって、本案判決を受ける「利益の帰属主体」ではない権利帰属主体（賃借人）には旧民訴法 201 条 2 項の適用はないことになる<sup>323</sup>（もっとも本編では、旧民訴法 201 条 2 項・現行民訴法 115 条 1 項 2 号の適用がある場合を念頭において検討を行うため、同項の「他人」とは、兼子教授のいう利益帰属主体をも含めた概念として、「権利帰属主体」ということとする）。

また、兼子教授は、「当事者適格は訴訟物たる特定の権利又は法律関係の存否に付き何人の間に判決を為すのが適当且つ有意義であるかの問題」としており、上述のように、当事者適格の中に、誰に対して（本案）判決をすべきかという裁判所の視点・相手方保護の視点も取り込んでいる。兼子教授が当事者適格の内容をこのように解するに至ったのは、おそらく、兼子教授が訴権論について訴訟法上本案判決を必要とする利益を措定する本案判決請求権説を採った結果ではないかと思われ、したがって、旧民訴法 201 条 2 項の「他人」の意義だけでなく、当事者適格の内容の理解についても、本案判決請求権説が前提となっていることが窺える。

ところで、当事者適格の判断基準・内容について、昭和 45 年最大判以降、判例は「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追行し、ま

<sup>322</sup> 福永有利「当事者適格理論の再構成」同・前掲注（140）126 頁〔初出 1974〕でも、「当事者適格は『請求の当否即ち訴訟物である権利関係の存否について、何人が当事者となった場合に、本案判決で確定するのが必要且つ有意義であるかの問題であり』、本案判決を求めるにつき法的利益を有する者が正当な当事者である」とするのが、わが国の有力説であるとされている。

<sup>323</sup> 末弘＝田中編・前掲注（282）2017 頁〔兼子〕参照。

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められるべき事柄である」という判断基準を用いている。ただしこの基準は、他人の権利関係を訴訟上行使する者の当事者適格が問題となった事例で用いられているものである。学説も後に（兼子・法律学辞典以降）、当事者適格ないし正当な当事者の問題について、本案判決を受けることのできる資格を有する者が誰かという問題であること、すなわち、訴訟追行権だけでなく誰が判決を受けるべきかという要素も、当事者適格概念の中に含めるに至っている<sup>324</sup>。このような判例・学説が示す当事者適格の内容は、兼子・法律学辞典以降、当事者適格とは、「訴訟物たる特定の権利又は法律関係の存否に付き何人の間に判決をなすのが適当かつ有意義であるかの問題」として示された内容に沿うものであるといえよう。

表：兼子教授による当事者適格概念と判決効の理解

正当なる当事者	当事者適格を有する者 (※1)	Processlegitimation (Prozessführungsrecht) を有する者	(本来の) 利益 帰属主体 (※2)	Sachlegitimation を有する者に判 決効が生じる
			利益帰属主体で はないが訴訟追 行権を有する者	訴訟をしていな い利益帰属主体 への判決効拡張 あり (旧民訴法 201 条 2 項)
			利益帰属主体で あり訴訟追行権 を有する者 (例：選定当事 者)	

※1 当事者適格を意味する語として、Sachlegitimation 概念は用いられない。

※2 破産債務者と破産管財人のように、法律により管理処分権（ひいては訴訟追行権）を剥奪され、当事者適格を有しないと解されている者を除く。

<sup>324</sup> 小野木常『民事訴訟法』83頁（有信堂高文社、1949）、山木戸克己『民事訴訟法』96頁（三和書房、1950）、野間繁『民事訴訟法学概説』92頁（巖松堂出版、1950）、慶應義塾大学通信教育部編・伊東乾『民事訴訟法 第一部（二）』113頁（慶應通信教育図書、1951）、菊井維大『民事訴訟法講義 上』99頁（弘文堂、1955）、中田淳一『民事訴訟法講義 上巻』89頁（有信堂、1956）等。

### 第3節 権利保護要件から訴訟要件へ

#### 第1款 大判大2・6・13民録19輯433頁

雉本論文では、*Hellwig*の影響を受け、正当なる当事者であること、すなわち訴訟を為す権能（*Processführungsrecht*）があることは、権利保護要件であり、したがってこれを欠く場合は請求棄却判決をすべきと主張されていた。この点については、雉本論文以降の見解は後述のように3つに分かれているが、この問題に関する裁判例として、雉本論文が公表された直後の判決である大判大2・6・13民録19輯433頁（以下、本編においては「大正2年大判」とする。）を紹介する。

具体的な事案を確認することはできなかったが、この事件では、原告として訴えを提起している者が、訴訟を提起することができる適格を有するか否かが問題となったようである。大審院は、「原告及ヒ被告カ当事者トシテ訴訟ヲ提起シ相手方トシテ訴訟ヲ提起セラルルノ適格ヲ有スルコトハ民事訴訟ノ成立要件ニ属シ原告タルヘキ適格ヲ有セサル者ノ提起シタル訴訟又ハ被告タルノ適格ヲ有セサル者ニ対シテ提起セラレタル訴訟ハ訴訟ノ成立条件ヲ欠如セル不適法ナル訴訟ナル」、すなわち、訴訟を提起することができる適格は、民事訴訟の成立要件に属し、原告たるべき適格を有しない者が提起した訴訟・被告たるべき適格を有しない者に対して提起された訴訟は、訴訟の成立条件を欠き不適法であると判示している。

したがって大審院としては、原告適格・被告適格は今でいうところの訴訟要件であり、これを欠く場合には、訴えは不適法却下となる（以下、この立場を「訴訟要件説」とする。）と解していることがわかる。

第2章で検討した雉本論文が公表されたのは本判決の3年前であり、既に述べたように、わが国では当事者適格の性質やその欠缺の効果については議論が無いに等しい状況であった。では、この大審院判決はいかなる議論を元にこのような解釈を示したのだろうか。

この当時のドイツ法の議論に注目すると、雉本論文では引用されていない *Hellwig* の *Klagrecht und Klagmöglichkeit* (1905、明治38年) では、*Hellwig* は既に不適法却下という処理を示唆しており<sup>325</sup>、大審院判決の前年に公刊された *Hellwig・System* では、訴訟追行権（実体適格）は訴えの適法要件であり、これを欠く場合には訴えは不適法却下とすべきことが主張されている<sup>326</sup>。そこで、当事者たる適格がない場合には訴えは不適法となると解する大正2年大判は、は、*Hellwig* が示唆した「不適法却下」という取扱いに影

<sup>325</sup> *Hellwig*, a. a. O. (Fn. 305), S. 64 ff.

<sup>326</sup> *Hellwig*, a. a. O. (Fn. 139), S. 163. *Hellwig* によると、この場合の「不適法却下」は、訴訟要件が欠ける場合の「訴訟却下（*Prozeßabweisung*）」とは異なり、適法要件

（*Zulässigkeitsvoraussetzungen*）につき裁判がなされる限りでは、訴えの内容についての限定された審理を含み、したがってその意味で本案の裁判（*sachliche Entscheidung*）であるとされていることについては、*Hellwig*, a. a. O. (Fn. 139), S. 253 f., 松原・前掲注（300）72頁注23参照。

響を受けていると考えることもできよう。しかし、*Hellwig*の見解について注意しなければならないのが、*Hellwig*は、*Hellwig・System*に至っても、一貫して権利保護要件説の立場を崩してはいない<sup>327</sup>ということである。そうすると、大正2年大判が、*Hellwig*の見解に直接に影響を受けたとは言い切れないようにも思える。

## 第2款 学説

この当時の学説は、大正2年判決の影響を受けておらず、*Hellwig*や雉本論文の影響を受け、(訴権論についての権利保護請求権説を前提に) 正当な当事者たること(訴訟追行権の存在)を権利保護要件と解する権利保護要件説が多数であった<sup>328</sup>。ただし、「正当なる当事者」でない者(訴訟追行権を有しない者)による訴訟において裁判所はいかなる判決をすべきかという問題については、権利保護要件説の中でも結論が分かれている。

### 1. 権利保護要件説・中間的要件説からの主張

まず、わが国では雉本論文から主張され始めたのが、請求を棄却すべきとする見解(以下、本編においては「請求棄却説」とする。)<sup>329</sup>である。前述のように、雉本論文では*Hellwig*の見解が参照されているが、*Hellwig*が当初主張していた「請求の一時的棄却」(Klagabweisung zur Zeit)判決という処理について、わが国の民訴法ではこのような区別を前提とした判決が認められていないことを理由に、同論文は請求棄却説に立っている<sup>330</sup>。

権利保護請求権説からはこのような処理が素直であろうが、権利保護請求権説の立場から、正当なる当事者たること(訴訟追行権の存在)は訴訟要件ではないため、それが欠ける場合、訴えを不適法として却下すべきではないが、本案判決でもないの、「請求」を「却下」すべきとする見解<sup>331</sup>もみられる。

さらに、正当なる当事者たること(訴訟追行権の存在)を訴訟成立要件と権利保護要件の中間的な要件と位置付けた上で、その欠缺は「請求却下」を導くとする見解<sup>332</sup>や、正当なる当事者たること(訴訟追行権の存在)を、(大正2年大判と異なり)訴訟要件と解す

---

<sup>327</sup> 松原・前掲注(300)67-68頁は、このような*Hellwig*の理解について、実質的にみると今日にいう訴訟要件と大して変わらないものとなっており、ここに至って、正当な当事者たる地位は、本案の問題から一応切り離された、と評している。

<sup>328</sup> 山田・前掲注(274)280頁、岩本勇次郎=三ヶ尻好人『新民事訴訟法要論〔上巻〕』370頁(巖松堂書店、1928)、勅使河原・前掲注(274)160頁、仁井田・前掲注(270)84頁等。

<sup>329</sup> 雉本・前掲注(246)48頁以下、山田・前掲注(274)280頁、加藤・前掲注(274)177頁、岩本=三ヶ尻・前掲注(328)370頁、中村・前掲注(279)133頁(中村教授は反対説〔訴え却下とすべきとする見解〕として、大正2年大判及び*Rosenberg, a. a. O. (Fn. 184), S. 120*を挙げている。)等。

<sup>330</sup> 本編第2章第3節参照。

<sup>331</sup> 勅使河原・前掲注(274)160頁。

<sup>332</sup> 細野・前掲注(278)382-383頁、前野順一『民事訴訟法論 第一編総則』191-192頁(松華堂書店、1937)、河本・前掲注(270)88-89頁、222頁。

る立場でないにもかかわらず、それが欠ける場合には訴えを却下すべきとする見解<sup>333</sup>がある。

「請求却下」・「訴え却下」という処理を主張する見解の中には、権利保護請求権説を前提とする論者もいれば、訴訟成立要件と実質的訴権（権利保護要件）の中間的要件と解する論者（若しくは、権利保護要件と解することを明示していない論者）もいる。これらの見解は、正当なる当事者でない（訴訟追行権を有しない）ことを理由に裁判所がすべき判決というのは、本案に関するものではないにもかかわらず「請求棄却」とする点に違和感を覚え、主張されたものであると思われる。

## 2. 訴訟要件説の登場と確立

以上のような見解が主張される中で、正当なる当事者たることを一貫して訴訟要件として位置付けていたのが、兼子教授である。

兼子教授は、兼子・訴訟承継論の中で、訴訟追行権ないし当事者適格の訴訟法上の本質如何は、訴権と関係した理論的に困難な問題とした上で、訴権論について当時の通説の見解であった権利保護請求権説に対し疑問を呈している。そして、当事者が争いの解決前において有するものは、具体的事件に関してその実質的な解決を求める利益に過ぎないこと、かかる解決は終局的な本案の裁判によって為されるものであるから、この意味の利益とは訴訟法上本案判決を必要とする利益であるとしている。また、「訴訟法の内部に於いては、之を本案判決の条件（*Sachurteilsvoraussetzung*）、或は当事者の当該訴訟に参与して其利益を追行し得る権能（*Befugnis*）と為すを以て足り、この利益の存在は、「訴訟に於ける本案判決の前提条件である点に於ては他の所謂訴訟条件（訴訟成立要件）

（*Prozessvoraussetzung*）と同様である」とし、このような利益がないところに解決する争いは存在しえず、本案の裁判をすることはそれ自体無意味であるため、不適法として訴え却下の訴訟判決をすべきであるという<sup>334</sup>。すなわち、兼子教授はこの時点で既に、当事者適格ないし訴訟追行権を訴訟要件と解していることがわかる。このような兼子教授の見解は、当事者適格の訴訟法上の位置付けについて、現在と同じ理解が示されている点でも重要である。

兼子・訴訟承継論以降の学説の状況を見てみると、この見解に影響を受け、当事者適格の訴訟法上の位置付けについて、訴訟要件説へと見解を改めるものも現れた。例えば、加藤・前掲注（274）177頁では、当事者適格を欠く場合の処理について請求棄却説を採っていたが、『正当なる当事者』の問題は訴訟追行権有無の問題であって追行権無くば訴訟

<sup>333</sup> 仁井田・前掲注（270）84頁、中島・前掲注（211）228-229頁。

<sup>334</sup> 以上につき、兼子・前掲注（274）50頁以下。兼子教授の訴権論は、*Bley*により提唱された本案判決請求権説（Vgl. *Bley*, *Klagrecht und rechtliches Interesse*, 1923, S. 58 ff.）に依拠するものである。

代理権無きと同様、本案審理の前提要件たる訴訟要件を欠くものとして訴却下の訴訟判決を為すべきは当然のこと」<sup>335</sup>として、兼子・概論に言及した上で改説している。

## 第4章 小括

以上のように、本編ではわが国における当事者適格概念の生成過程を明らかにすべく、「正当なる当事者」概念をドイツから持ち込んだ雉本論文以降の当事者適格の内容、訴訟法上の位置づけ、及び、判決効との関係を考察した。以下では、本編で明らかになった点を纏め、私見を述べることにする。

### 第1節 Sachlegitimation と当事者適格概念について

わが国において、「当事者適格」概念が用いられるようになった原因として、まず、(未だ「当事者適格」という言葉は用いていない) 雉本論文が、「正当ナル当事者」の中に Sachlegitimation を含め、それ以降の論者が Sachlegitimation に「当事者(たる)適格」との訳語をあてたことが挙げられる。雉本論文以降の学説は、雉本論文では引用されていない *Hellwig・System* の影響を受け、Sachlegitimation と Prozessführungsrecht を同義に扱い、両概念を「当事者適格」概念の中に組み込んだ見解が多数であった。

雉本論文において、実体適格を有する者は常に訴訟追行権を有すると考えられ、この時点で既にドイツ法の理解を離れており、このような雉本論文の理解は、実体適格

(Sachlegitimation) と訴訟追行権とを混用する時代を経て、明示的に両者の混用を避けた兼子教授の一連の文献においても維持されている。その結果、わが国において、当事者適格の有無を判断するには、外形的には訴訟追行権の有無だけを見れば足りることとなり、実体適格を取り立てて問題にする必要が無くなったといえよう。また、わが国において、雉本論文やそれ以降の文献で、Sachlegitimation に当事者適格との訳語を用いこれが訴訟追行権と混同されていた原因は、実体的当事者概念から形式的当事者概念への移行に伴い、当時のドイツにおいても両者の混同が長く続いていたことにあると考えられる。

---

<sup>335</sup> 東京地判昭 10・11・6 新聞 2936 号 4 頁の判例評釈である、加藤正治『破産法研究 第十卷』236 頁(有斐閣、1943)において示された見解である。なお、同評釈の初出である、同「判批」法協 58 卷 11 号 103-104 頁(1940)では、未だ権利保護要件説が維持されていた。

## 第2節 松本説とこれに対する批判について

### 第1款 Sachlegitimation の役割

もっとも、兼子教授の見解に見られるように、わが国でも Sachlegitimation が実体法上の権利帰属主体性の問題であることは後に認識され、その認識は現在にも引き継がれている。Sachlegitimation が「当事者適格」（ひいては訴訟追行権）と同義の概念ではなく、請求の理由具備性の問題であると理解されるに至ったことで、当事者適格の場面で Sachlegitimation については論じる必要が消滅したのかということ、実はそうではない。

Sachlegitimation が重視される第一の場面が、訴訟承継である。本編の冒頭で紹介した松本教授の見解では、兼子・訴訟承継論で承継の対象とされているのが、当事者適格ではなく、実体適格すなわち Sachlegitimation であることが強調されている。

同じく、訴訟承継の局面では実体適格が移転するという見解を採用する高橋宏志教授は、適格承継説のいう「適格」を、当事者適格と解する場合、係争物の譲渡があったときは当事者適格も移転し、旧来の当事者がそのまま訴訟を続けると当事者適格のない者の訴訟として訴え却下となり、新しく当事者適格を得た者が訴訟承継をする、と議論されることがあるが、給付訴訟での原告適格は、自己に給付請求権ありと主張しているだけで足りるはずであり、譲渡人たる旧来の原告にも原告適格は残っている<sup>336</sup>、と指摘している。

これらの立場からは、権利帰属主体が誰であるかという実体適格の有無が重要であり、適格承継説の「適格」とは当事者適格ではなく実体適格であるとして、当事者適格と実体適格の混同を回避するためにも、Sachlegitimation を論ずる意義が存する。

さらに、Sachlegitimation と当事者適格（ないし訴訟追行権）の区別が強調される第二の具体的場面として挙げられるのが、給付訴訟の当事者適格の場面である。すなわち、原告が「自己が請求権を有する」と主張し、あるいは原告によって義務者と主張される場合であっても、主張された実体法上の権利関係の性質・内容に照らし、権利者・義務者となることができない者であるならば、当事者適格を否定すべきか否かという問題である。この問題については、主張された権利関係において権利者・義務者たりえない者に当たる場合には、当事者適格を否定すべきとする例外的却下説<sup>337</sup>と、例外否定説<sup>338</sup>が主張され、後者が通説とされている。

前者の例外的却下説に対しては、中野貞一郎教授から、「実体適格と訴訟上の当事者適格との混同があり、訴えの有理性についての顧慮も欠けている」<sup>339</sup>との批判がなされている。すなわち中野教授は、（被告が義務者たりえない場合について）被告が給付義務を負

<sup>336</sup> 高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 下 [第2版補訂版]』566-567頁（有斐閣、2014）。

<sup>337</sup> 徳田和幸「給付訴訟における当事者適格の機能について」同『複雑訴訟の基礎理論』332頁（信山社、2008）〔初出2005〕。

<sup>338</sup> 中野貞一郎「当事者適格の決まり方」同『民事訴訟法の論点I』103頁以下（判例タイムズ社、1994）、福永有利「給付訴訟における当事者適格」同・前掲注（140）355-356頁〔初出1995〕、高橋・前掲注（8）247頁等。

<sup>339</sup> 中野・前掲注（338）104頁。

うかどうかは、実体適格の問題であり、証拠調べの結果による事実認定を経て給付義務なしと判断される場合と、主張された実体法上の権利関係の性質・内容から被告に給付義務なしと判断される場合とで、なんら異ならないし、実体的に給付義務を負わない者であっても、原告がその者に対する給付請求権ありと主張して訴えている以上、その給付請求権の存否を審理し判決により既判力ある確定がなされなければ、紛争は解決しないのであるから、当事者適格は認められる、したがって訴えを却下すべきではない<sup>340</sup>という。ここでもやはり、**Sachlegitimation** が重視されている。すなわち、当事者適格は訴訟要件であり、実体適格は本案の理由具備の要件であるという、両者の訴訟上の性質が厳格に解され、権利帰属主体か否かという問題は、もっぱら **Sachlegitimation** の領域に属することが強調されている<sup>341</sup>。

## 第2款 実体適格 (Sachlegitimation) と当事者適格の混同のおそれ

松本教授や高橋教授が指摘するように、訴訟承継の場面で適格承継説が想定しているのは、実体適格であって当事者適格ではないとみるならば、この場面では当事者適格と実体適格との混同のおそれは無いとはいえない。むしろ、適格承継説にいう適格とは、当事者適格であるとして議論されているのであれば、実体適格の承継と考える立場としては、訴訟承継の場面での当事者適格と実体適格との混同を回避すべく、当事者適格という概念に代えて (実体適格との混同のおそれがない) 訴訟追行権概念を用いるべきと主張することも一理ある。これは、給付訴訟の当事者適格における例外否定説の立場にも妥当する。

そして、松本説は、これらの場面 (少なくとも、訴訟承継の場面) において実体適格と訴訟追行権の混同が生じることを危惧したことから当事者適格概念を不要としているのであると考えられる。そうすると、(仮に、実体適格、訴訟追行権及び当事者適格概念そのものの理解に関する歴史的変遷からは混同のおそれが無くなったといえるとしても) 訴訟承継の場面や例外的否定説との関係においては、松原説の松本説に対する批判はあたらぬのではないかと思われる。

## 第3節 当事者適格の要素としての判決効

ただし、筆者は、当事者適格と訴訟追行権とを同義のものと捉えて、当事者適格概念をやめて訴訟追行権概念のみを用いるべきとする松本説に、全面的に賛同するわけではない。

<sup>340</sup> 中野・前掲注 (338) 104 頁。

<sup>341</sup> 中野・前掲注 (338) 95 頁では、わが国では、あまり「実体適格」という用語を使わないが、権利関係の実体的帰属と「当事者適格」を峻別する必要については、ドイツと全く変わるところがないと指摘されている。

兼子教授が、当事者適格概念の内容に、誰に対して判決をすべきかという観点を取り込んで以降、上述のように、最高裁判例も、他人の権利関係を訴訟の目的とする場合の当事者適格については、「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」として、当事者適格が訴訟進行の側面だけでなく、判決の名宛人も考慮した上で紛争解決に資するか否かを考慮するものであることを示している。兼子教授が、誰に対して判決をすべきかという観点を当事者適格の中に取り込んだ点については、雉本論文以降通説的であった訴権論に関する権利保護請求権説の立場を離れ、本案判決請求権説を採ったこと（併せて、訴訟物に関する利害関係人として本案判決を受けうる適格と定義した当事者適格を、権利保護要件でなく訴訟要件であるとしたこと）が大きく影響していると推測される。そして、このような兼子説（及びそれ以降の文献）と判例の理解からすると、わが国の訴訟担当については、第三者に訴訟進行権が認められるだけでなく、権利帰属主体への判決効拡張が認められることが、訴訟担当者の「当事者適格」が認められる前提とされるようになったのではないかと考えられ<sup>342</sup>、私見としても、以下の理由から、当事者適格は訴訟進行権と判決効の範囲が要素となっていると考える。

わが国では、法定訴訟担当又は任意的訴訟担当にあたりとされれば、民訴法 115 条 1 項 2 号で自動的に権利帰属主体への判決効の拡張が肯定される。民訴法 115 条 1 項 2 号（旧 201 条 2 項）が、選定当事者や破産管財人等の限られた類型を念頭において制定されたものである<sup>343</sup>ことを考えると、法定訴訟担当か任意的訴訟担当にあたらぬ限りは、当事者適格が認められないことになるとも考えられよう。しかし、同号はもともと、わが国において訴訟担当という概念及びその類型が確立する前に、他人の権利関係を訴訟上行使する場合を想定し設けられた規定である。旧民訴法 201 条 2 項制定後、訴訟担当とされる類型が段々と整理されてきたことで、民訴法 115 条 1 項 2 号が第三者の訴訟担当の場合の被担当者への判決効拡張の規定との理解が定着したが、立法沿革的には、訴訟担当とされる類型に入らないものについても、同号の適用対象に含める解釈もありえなくはない<sup>344</sup>。

---

<sup>342</sup> もっとも、訴訟担当の場合の当事者適格を検討するにあたっては、ドイツとは異なりわが国では民訴法 115 条 1 項 2 号があることで、判決効拡張は問題とされない点に留意が必要である。すなわち、法定訴訟担当として法律の規定により訴訟進行権が認められるか、任意的訴訟担当として昭和 45 年最大判の示す要件を充足することで訴訟進行権が認められるのであれば、権利帰属主体への判決効は民訴法 115 条 1 項 2 号により自動的に肯定され、訴訟担当者に当事者適格が認められることになる。

<sup>343</sup> この点については、本稿第 2 編第 3 章参照。

<sup>344</sup> もっとも、当事者適格の機能は、訴訟進行に不適切な者を排除すること（及び、紛争解決にとって適切な者を選び出すこと）にあることから（伊藤・前掲注（19）90-91 頁参照）、「訴訟担当」としては当事者適格が肯定されない者に、広く当事者適格を肯定すべきとは考えていない。

なお、法人の理事たる地位を確認する訴訟において請求を認容する判決が対世的効力を有することを理由に、法人の理事者がこの種の訴えを提起する場合には法人を相手方とすべきとする最判昭 44・7・10 民集 23 卷 8 号 1423 頁（以下、本編においては「昭和 44 年最判」とする。）について、訴訟追行権（当事者適格）と判決効（の拡張）とを結びつけるものであるとし、これに疑問を呈する見解<sup>345</sup>もみられる。（昭和 44 年最判の事案は、訴訟担当ないし“他人の権利関係を訴訟上行使する場合”として議論されていないことから、本編の検討対象からは外れてしまうものの）当事者適格の要素は、訴訟追行権と判決効（の範囲）で構成されるという立場は、昭和 44 年最判とも整合的なものではないかと思われ<sup>346</sup>、この点でも私見の理解が意義を有すると考えられる。

---

<sup>345</sup> 本間・前掲注（255）44 頁。

<sup>346</sup> ただし、昭和 44 年最判については、本稿第 1 編第 3 章において、同判決がいう「対世的効力」とは、必ずしも既判力の拡張を意味するものではないとの立場を示した。

## 第4編 給付訴訟における権利能力なき社団の原告適格と判決効の主観的範囲

### 第1章 はじめに

権利能力なき社団が有する財産は、社団の構成員全員に総有的に帰属し、社団自身が私法上の権利義務の主体となることはないとするのが、判例<sup>347</sup>及び多数説<sup>348</sup>である。もっとも、訴訟法上は、民訴法 29 条により、「法人でない社団」としての要件を充足すれば、当事者能力が肯定される<sup>349</sup>。

このような実体法上の権利義務の帰属形態からすると、社団が原告となって社団財産に関する訴訟を提起することが認められる場合、当該社団が訴訟物たる権利関係として訴訟上行使している権利関係は、実体法上社団の構成員全員に総有的に帰属する権利関係であると考えられる。

例えば、最一小判平 26・2・27 民集 68 卷 2 号 192 頁（以下、本編においては「平成 26 年最判」とする。）は、権利能力なき社団は、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求める訴訟の原告適格を有すると判示した。この平成 26 年最判については、社団に原告適格を肯定する法的構成が明らかでなく、学説上は、社団に固有の原告適格を認める見解（固有適格構成）<sup>350</sup>と、構成員全員の訴訟担当として原告適格を認める見解（訴訟担当構成）<sup>351</sup>とが主張されている<sup>352</sup>。

他方で、権利能力なき社団が原告となり、金銭債権の履行等を求めた訴訟において、最判平 23・2・15 裁判集民 236 号 45 頁（以下、本編においては「平成 23 年最判」とする。）は、自己に給付請求権が帰属すると主張している権利能力なき社団に、当該訴訟の原告適格が認められると判示した。同判決は、権利能力なき社団の財産形態に触れず、後述のように、給付訴訟における当事者適格の一般的基準を用いて社団の原告適格の有無を判断している（他方で平成 26 年最判は、総有的帰属を前提に、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ている）。もっとも、前述のような登記請求訴訟における原告適格の議論と同様に、平成 23 年最判に関連して、（登記請求訴訟以外の）給付訴訟一般における権利能力なき社団の原告適格についても、固有適格と解するか、構成員全

<sup>347</sup> 最一小判昭 32・11・14 民集 11 卷 12 号 1943 頁。

<sup>348</sup> 前掲注 (94) の文献を参照。

<sup>349</sup> 最一小判昭 39・10・15 民集 18 卷 8 号 1671 頁（以下、本編においては「昭和 39 年最判」とする。）、最一小判昭 42・10・19 民集 21 卷 8 号 2078 頁。

<sup>350</sup> 従来の通説的見解とされる、兼子・前掲注 (49) 111 頁の他、名津井・前掲注 (112) 597 頁以下等。ただし、構成員への判決効拡張の有無については、固有適格構成の中でも理解が異なる。

<sup>351</sup> 長井・前掲注 (54) 26 頁、坂田・前掲注 (54) 15 頁、下村・前掲注 (58) 12 頁等。

<sup>352</sup> 議論状況については、本稿第 1 編第 4 章参照。

員の訴訟担当と解するか、また、社団を名宛人とする判決の効力が構成員にも及ぶか否か、学説上は議論が存するところである。

そこで本編では、まず、給付訴訟における権利能力なき社団の原告適格を正面から肯定した平成 23 年最判、及び、社団の原告適格が認められることを前提に判断を示したと思われる最高裁判例の分析・検討を行い、そこでの分析・検討を元に、給付訴訟において社団の原告適格を認める場合の法的構成について考察する。

ところで、本稿では、第 1 編において、権利能力なき社団の登記請求訴訟における原告適格及び社団を名宛人とする判決の効力について検討を行い、ここでは、権利能力なき社団の構成員の総体が社団の意思決定を行い、その意思決定に基づいて社団が訴訟行為を行うという、権利能力なき社団と構成員の「組織法的関係」を根拠に、社団を名宛人とする判決の効力が構成員全員へ拡張することを肯定した<sup>353</sup>。平成 23 年最判は、権利能力なき社団自身への給付を求める訴訟における社団の原告適格の有無が問題となっており、したがってこの訴訟では、（構成員に総有的に帰属するのではなく）権利能力なき社団自身に帰属すると主張されている権利関係を、訴訟物として捉えるのが素直である。このように、社団自身に帰属すると主張されている権利関係が訴訟物とされる場合でも、社団が当事者として訴訟追行するか否かは、構成員の総意にかかっているはずである。そうすると、仮にそのような訴訟で権利能力なき社団に原告適格を肯定した場合にも、構成員の総体が社団の意思決定を行い、その意思決定に基づいて社団が訴訟行為を行っているという組織法的関係が社団と構成員の間に認められることを根拠に、社団に対しなされた判決の効力が構成員へ拡張されるようにも思える。本編では、この点についても検討を行うこととする。

## 第 2 章 平成 23 年最判

### 第 1 節 事案の概要・判旨

[事案の概要] Xは、Aマンション（以下、「本件マンション」とする。）の管理組合であり、本件マンションの区分所有者全員で構成される団体であって、権利能力なき社団である。Xは、本件マンションの一室の区分所有者であるY<sub>1</sub>、前区分所有者であるY<sub>2</sub>及び同室の賃借人であり占有者であるY<sub>3</sub>が、本件マンションの管理規約（以下、「本件管理規約」とする。）に違反して本件マンションの共用部分の改造工事を行ったとして、Y<sub>1</sub>に対し、本件管理規約に基づき工事結果の撤去及び違約金の支払等を求めるとともに、Y<sub>2</sub>及びY<sub>3</sub>に対し、共同不法行為に基づく損害賠償として違約金相当額の支払及び弁護士費用相当額の支払を求めた。また、Xは、Y<sub>1</sub>が共用部分の使用契約終了後も権原なくその使用を継続していると主張し、使用料相当額損害金の支払も求めている。

<sup>353</sup> 本稿第 1 編第 5 章参照。

第1審（東京地判平20・6・24 LEX/DB25470539）は、Xの当事者適格を問題とすることなく、Xの請求を一部認容・一部棄却した。これに対し原審（東京高判平20・12・10 LEX/DB25470540）は、区分所有建物の共用部分は区分所有者の共有に属するものであるから、共用部分の侵害を理由とする本件各請求権は区分所有者に属し、区分所有者によって行使されるべきものであるとし、権利能力なき社団である管理組合に訴訟担当を認める規定が存在しないこと、区分所有法上、管理者や管理組合法人等に訴訟担当が認められていることからして、更に任意的訴訟担当を認める合理的必要性があるとは考えられないとし、Xの原告適格を否定した上で原判決を取り消し、Xの訴えを却下した。Xが上告受理申立て。

〔判旨〕 原判決破棄、差戻し。「給付の訴えにおいては、自らがその給付を請求する権利を有すると主張する者に原告適格があるというべきである（ア）。本件各請求は、上告人〔X〕が、被上告人ら〔Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>〕に対し、上告人自らが本件各請求に係る工作物の撤去又は金員の支払を求める権利を有すると主張して（イ）、その給付を求めるものであり、上告人が、本件各請求に係る訴えについて、原告適格を有することは明らかである。」〔下線、〔 〕内及び番号は筆者による。〕

## 第2節 平成23年最判に対する評価

### 第1款 原告適格の判断基準について

学説上、給付の訴えにおいては、自己の給付請求権を主張する者が原告適格を、原告により給付義務者とされる者が被告適格を有することについては争いが無い<sup>354</sup>。判旨アは、この一般原則を示したものであり、いわば当然の法理を改めて確認するものにすぎない<sup>355</sup>と指摘されている。

平成23年最判の控訴審は、区分所有建物は区分所有者の共有に属することから、共用部分の侵害を理由とする妨害排除請求権及び損害賠償請求権は区分所有者に属するものとして、区分所有者において行使されるべきものとした。すなわち控訴審は、原告が“誰に帰属する権利関係を訴訟上行使しているのか”を検討し、本件では、原告である権利能力なき社団が訴訟当事者として行使している権利関係は、構成員に（共有の形で）帰属する権利関係である、と解している。他方で最高裁は、“訴訟上行使されている権利関係が誰に帰属するものであると主張されているのか”を検討し、本件ではあくまで、原告である

<sup>354</sup> 兼子・前掲注（49）159頁、三ヶ月・前掲注（133）229頁、斎藤ほか編著・前掲注（131）22頁〔斎藤＝大谷＝小室〕、新堂＝小島編・前掲注（202）408頁〔新堂幸司〕、菊井＝村松・前掲注（221）218頁、上田・前掲注（242）227頁、兼子原著・松浦ほか・前掲注（19）161頁〔新堂＝高橋＝高田〕、高橋・前掲注（8）246頁、松本＝上野・前掲注（115）260-261頁、伊藤・前掲注（65）194頁、中野ほか編・前掲注（195）174頁〔福永〕、新堂・前掲注（65）291頁等。

被告適格については、最判昭61・7・10裁判集民148号269頁参照。

<sup>355</sup> 平成23年最判解説・判タ1345号131頁（2011）。

社団が、上記請求権が社団自身に帰属するものと主張している、として、上記の一般原則に従って社団の原告適格を肯定した（判旨イ）。このように、控訴審判決と平成 23 年最判では、原告が訴訟物として設定した権利関係が誰に帰属するものか（誰に帰属するものと主張されているか）について理解が異なっており、これが原告適格の有無の判断の分岐点となっている。

なお、平成 23 年最判は、権利能力なき社団 X が、自己に給付請求権が帰属すると主張していることを理由に X の原告適格を肯定した上で、事件を原審に差し戻した。しかし、X は実体法上権利帰属主体とはなりえないため、差戻審では X の請求が認容される可能性がなく、差戻しの必要性に乏しいとの指摘がなされている<sup>356</sup>。

## 第 2 款 原告適格を認めるための法的構成

平成 23 年最判が権利能力なき社団に原告適格を認めた点について、学説は、本件各請求権が社団の構成員である区分所有者全員に総有的に帰属することを前提として、(i) 社団の固有適格を肯定したと解するものと、(ii) 社団に訴訟担当としての原告適格を肯定したと解するものがある。

(i) の立場は、平成 23 年最判が、民訴法 29 条によって当事者能力の認められる社団に、個別事件を解決する限りで社団への給付を求める旨の請求を立てることを許容したものであるとし、これは、兼子説に由来する固有適格構成（事件限りの権利能力説）<sup>357</sup>に符合する、という立場<sup>358</sup>である。この立場からは、権利能力なき社団が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、社団の構成員には及ばないという帰結が導かれる<sup>359</sup>。

なお、権利能力なき社団の代表者の個人名義に所有権移転登記手続を求める訴訟において、当該社団に原告適格を肯定した平成 26 年最判の担当調査官解説においても、平成 26 年最判がいかなる法律構成により社団に登記請求訴訟の原告適格を肯定したのかを検討する中で、平成 23 年最判は固有適格構成に符合するとの指摘がなされている<sup>360</sup>。平成 26 年最判は、社団対しなされた判決の効力が、社団の構成員へ拡張されることを認めてお

---

<sup>356</sup> 上田竹志「判批」法セミ 682 号 132 頁（2011）、八田卓也「判批」リマークス 44 号 124 頁（2012）等。上田・前掲 132 頁は、本件で差戻しの意義を認めるための方法として、差戻控訴審で、組合員全員に総有的に帰属する権利につき、X が何らかの訴訟担当として当事者適格を主張すること、又は、原告を X の代表者に変更した上で、区分所有法 26 条 4 項、57 条 3 項ないし本件管理規約に基づき、任意的訴訟担当として当事者適格を主張することを挙げる。

<sup>357</sup> 兼子・前掲注（49）111 頁、新堂・前掲注（65）149 頁、高橋・前掲注（8）187 頁等。

<sup>358</sup> 名津井吉裕「判批」セレクト 2011 II 28 頁（2012）、同「法人でない団体の当事者能力の再構成」同・前掲注（39）277 頁。八田・前掲注（356）124-125 頁も、平成 23 年最判が原判決を破棄した意図として、固有適格構成（事件限りの権利能力説）を採用したものと解する余地があることを示唆しつつも、結論としてそのような解釈を採ったものと解すべきでないとする。

<sup>359</sup> 兼子・前掲注（49）111 頁。

<sup>360</sup> 武藤・前掲注（3）114 頁、132-133 頁注 53。

り、同調査官解説は、そのような平成 26 年最判についても、(平成 23 年最判と同様に) 固有適格構成を採用したものと解釈を示唆している<sup>361</sup>。平成 26 年最判はあくまで権利能力なき社団による登記請求訴訟における原告適格を肯定したものであるが、同調査官解説の立場は、構成員への判決効拡張を否定する固有適格構成(事件限りの権利能力説)とは異なり、構成員への判決効拡張を伴う固有適格構成として、平成 23 年最判の法的構成を説明しているようにも読める。

次に、(ii) は、平成 23 年最判が、権利能力なき社団 X が主張する各請求権が、社団の構成員である区分所有者に総有的に帰属するとし、X には第三者として訴訟追行する訴訟担当者としての資格を肯定したものである、と解する立場である。この場合の訴訟担当は、区分所有法で認められている任意的訴訟担当ではなく、民訴法 29 条を根拠とする法定訴訟担当であるという<sup>362</sup>。この立場からは、民訴法 115 条 1 項 2 号により、社団の構成員である区分所有者全員に、社団に対しなされた判決の効力が及ぶことになる。

### 第 3 章 権利能力なき社団の給付訴訟における原告適格の法的構成

#### 第 1 節 従来判例

##### 第 1 款 判例の概観

平成 23 年最判は、原告である社団が“誰に帰属する権利であると主張しているか”により、社団の原告適格の有無を判断したが、(登記請求訴訟以外の)給付訴訟において、従来判例は権利能力なき社団の原告適格をどのように判断していたのだろうか。権利能力なき社団に原告適格を肯定している(又は、原告適格が認められることを前提に判断がされていると思われる)最高裁判例を元に、判例がいかなる法的構成により、権利能力なき社団の原告適格を認めているかを確認しておきたい。

#### ①最一小判昭 42・10・19 民集 21 卷 8 号 2078 頁

[事案の概要] 普通地方公共団体の区域に属する特定地域の住民によって構成される団体である X は、区民の公会堂として使用していた建物の一部を Y に賃貸していたが、Y の賃料不払によって賃貸借契約を解除し、Y に対し、建物の明渡し及び賃料相当損害金等の支払を求めた事案であり、X が権利能力なき社団にあたるか否かが争われた。

<sup>361</sup> 武藤・前掲注(3) 114 頁以下。

<sup>362</sup> 堀野出「判批」速報判例解説 9 号 140 頁(2011)。青木哲「給付訴訟における権利能力のない社団の当事者適格と本案の問題について」高橋ほか編・前掲注(108) 25-26 頁は、訴訟担当構成を前提に、平成 23 年最判が「X 自らが……権利を有すると主張して」と述べているのは、給付請求権が社団財産に属する(=構成員の総有的に帰属にある)ことを主張しているとの意味であると解している。

原審（大阪高判昭40・10・4民集21巻8号2094頁）では、「控訴人〔Y〕は、被控訴人区〔X〕は権利能力のない社団であるから、当然控訴人に対する貸貸人たる地位に立っていない旨主張するが、権利能力のない社団は、『権利能力』のない社団でありながら、その代表者によつてその社団の名において構成員全体のため権利を取得し義務を負担するのであつて（このような社団の権利は構成員に総有的に帰属する。）、社団の名において行われるのは一々構成員の氏名を列挙することの煩を避けるために外ならない。」として、権利能力なき社団を当事者とする賃貸借契約により生じる権利が、構成員に総有的に帰属することを指摘している。そのうえで、主文で社団への給付を命じた。

〔判旨〕 上告棄却。最高裁は、権利能力なき社団の成立要件を判示した昭和39年最判を引用した上で、「原判決の確定するところによれば、被上告人区〔X〕は、古くより…（中略）…と称する地域に居住する住民により、その福祉のため各般の事業を営むことを目的として結成された任意団体であつて、…（中略）…区長、区長代理者（副区長）、評議員、組長等の役員の選出、役員会および区民総会の運営（その議決は多数決による）、財産の管理、事業の内容等につき規約を有し、これに基づいて存続・活動しているというのであるから、原審が以上の事実関係のもとにおいて、被上告人区をもつて権利能力のない社団としての実体を有するものと認め、これにつき民訴法四六条〔現行民訴法29条〕の適用を肯定した判断は、上記判例に明らかに、正当として是認しうる。」として、Xの当事者能力を肯定した。そして、Xの当事者適格を問題とすることなく、Xへの建物の明渡し及び賃料相当損害金等の支払を命じる一部認容判決をした原審の判断を支持し、上告を棄却した。

## ②最二小判昭55・2・8裁判集民129号173頁

〔事案の概要〕 沖縄における血縁団体である門中であつて権利能力なき社団であるXと、門中の4人の代表者のうちの1人が原告となり、門中の構成員Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>の名で所有権の登記がされていた土地について、両名を被告として、当該土地が門中の所有であることの確認を求める訴訟を、Y<sub>1</sub>を被告として、不当利得返還請求訴訟を提起した事案である。

〔判旨〕 最高裁は、所有権確認請求について、「本件各所有権確認請求についてみると、まず、上告人蔡氏門中〔X〕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。」とし、さらに、不当利得返還請求訴訟について、「上告人蔡氏門中の名による不当利得金返還請求は、権利能力なき社団である同上告人自体が私法上不当利得金返還請求権の主体であることを前提とするものであるから、…同上告人の所有権確認請求についての判断と同様の理由により、失当というべきであり、したがっ

て、右上告人の右請求を棄却した原審の判断は、正当として是認することができ」とした。

③最三小判平 17・4・26 裁判集民 216 号 639 頁

[事案の概要] 県営住宅の入居者によって構成される権利能力なき社団である自治会 X が、会員である入居者 Y に対し、共益費および自治会費等の支払を求めた事案である。本件の争点は、X から退会する旨の Y の申入れが有効か否かであり、X の当事者能力及び当事者適格は問題とされていない。また、共益費及び自治会費請求権が、構成員に総有的に帰属するものと主張されているのか、権利能力なき社団自身に帰属するものと主張されているのか明らかでない。

[判旨] 最高裁は判決主文において、(原判決を変更し) Y に対し、X への自治会費等を支払うよう命じた。

## 第 2 款 最高裁の立場

以上の判例からは、権利能力なき社団が給付訴訟において自己に給付を求める訴訟を提起する場合において、最高裁は、(a) 当該訴訟で社団が行使している給付請求権が構成員全員に総有的に帰属する権利であることが前提とされている場合、あるいは、(b) 社団があくまで実体法上も自己に給付請求権が帰属するものと主張している場合、いずれの場合にも、社団の原告適格を肯定していることがわかる。

まず、平成 23 年最判は、原告である権利能力なき社団自身が給付請求権を有すると主張することを理由に、給付訴訟の原告適格の一般的な判断基準に従い、社団の原告適格を肯定しているため、上記(b)の場合にあたる。なお、平成 23 年最判の事案で、権利能力なき社団に原告適格を肯定できるとしても、社団は実体法上の権利帰属主体ではないことから、差戻審において請求棄却判決がされることになると思われる。ただし、平成 23 年最判の事案における各請求権のうち、管理組合が区分所有者に対して規約に基づく義務の履行を求める訴訟は、管理組合の構成員である区分所有者に総有的に帰属する権利義務に関する訴訟であるが、区分所有建物の共用部分について生じた損害賠償請求権は、可分債権であって各区分所有者に分割的に帰属するものであると解されており<sup>363</sup>、当該請求権は管理組合の構成員全員に総有的に帰属するものではなく、実体適格が否定され、請求が棄却されることになる<sup>364</sup>。

<sup>363</sup> 東京地方裁判所プラクティス委員会第一小委員会「マンションの管理に関する訴訟をめぐる諸問題(1)」判タ 1383 号 30 頁(2013)、稲本洋之助＝鎌野邦樹『コンメンタールマンション区分所有法[第3版]』159 頁、163-164 頁(日本評論社、2015)。

<sup>364</sup> この場合、権利能力なき社団である管理組合が請求認容判決を得るためには、訴訟担当によるしかない。堀野出「法人格のない社団をめぐる権利義務関係と当事者適格の規律」徳田ほか編・前掲注(112) 113-114 頁参照。

次に、①判決の事案では、原審においては、権利能力なき社団を契約当事者として締結された賃貸借契約により生じる権利が、構成員に総有的に帰属することが確認され、その上で、原審の判決主文において、社団への給付が命じられている。そのような原審の判断を維持する①判決も、実体法上構成員全員に総有的に帰属する権利について、社団に給付を命じることを肯定していると考えられる（上記（a）の場合にあたる）。

②判決の事案において、権利能力なき社団であるXが主張している権利関係は、あくまで、権利能力なき社団であるXの構成員全員に総有的に帰属する権利関係ではなく、実体法上社団自身に帰属する（と主張されている）権利である。最高裁はXの当事者適格を問題としていないが、給付訴訟における当事者適格の一般的な判断基準に従い、自己に権利が帰属すると主張する社団自身に原告適格を肯定したものである（上記（b）の場合にあたる）。そのうえで両請求を棄却すべきと判示しているが、これは、所有権確認請求については、不動産が権利能力なき社団の所有に属するという主張は、総有説と明らかに矛盾するため許されないと判断し、不当利得返還請求については、判旨でも指摘されているように、実体法上も社団に不当利得返還請求権が帰属するという主張を前提とするものであるため許されないと判断がなされたものとされている<sup>365</sup>。

③判決においては、判決理由中で、自治会費等の給付請求権が誰に帰属するものであるかについては言及されておらず、当事者の主張からも明らかでない。判例が採用する総有説を前提とすれば、Xが訴訟上行使（訴訟物たる権利関係として主張）している権利は、Xの構成員全員に総有的に帰属することが前提とされているものと読むこともできる<sup>366</sup>（その場合、上記（a）の場合にあたる）が、X自身への給付を命じている点からは、訴訟物たる権利関係はあくまで権利能力なき社団Xに帰属する（と主張されている）給付請求権であると捉えることもできる（その場合、上記（b）の場合にあたる）。

給付の訴えにおいては、自らがその給付を請求する権利を有すると主張する者に原告適格があるという、給付訴訟の当事者適格の一般的規準からは、（b）の場合には、原告適格は問題なく認められそうである<sup>367</sup>。他方で（a）の場合には、①判決において（（a）に分類するのであれば③判決においても）、社団の原告適格を特に問題としていないことからすると、最高裁は、構成員に総有的に帰属する権利を有するという意味で、社団が自らがその給付請求権を有すると主張しているものと理解しているように読める。もっとも、そ

---

<sup>365</sup> 武藤・前掲注（3）131-132頁注51。なお、青木・前掲注（362）10頁は、本件の不当利得返還請求について、社団が給付訴訟の原告となる場合には、給付請求権について社団への帰属の主張がおよそ認められない以上、原則として、社団構成員全員への総有帰属が主張されていると解釈すべきである、とする。

<sup>366</sup> 武藤・前掲注（3）113頁では、裁判実務においては、総有説を前提としつつも、実質的には社団自身に権利義務が帰属するものと扱うのが通例であるとし、その例として③判決を挙げる。

<sup>367</sup> （b）の場合にも、訴訟物たる権利関係を、構成員全員に総有的に帰属する権利関係と読み替え、社団に訴訟担当者として当事者適格を肯定することを示唆するものとして、青木・前掲注（362）23頁以下参照。

のように解するとしても、あくまで実体法上の権利帰属主体は構成員全員であり、そのような構成員全員に総有的に帰属するはずの給付請求権について、なぜ社団に原告適格が肯定されるのかについては、検討が必要である。そこで以下では、(a) の場合について、権利能力なき社団に原告適格が認められる根拠を検討する。

## 第2節 「事件限りの権利能力」を伴わない固有適格構成の可能性

わが国の民事訴訟法の母法であるドイツ民訴法では、権利帰属主体性を意味する *Sachlegitimation*（「実体適格」又は「事件適格」）と *Prozessführungsbefugnis*（訴訟追行権）とを厳格に区別することが求められており<sup>368</sup>、わが国においても両者の混同を危惧する見解<sup>369</sup>が見られるとともに、近年、両概念の関係に着目した先行研究<sup>370</sup>が散見される。権利能力なき社団が自己に給付を求める訴訟において、最高裁のように、構成員全員に総有的に帰属する権利＝社団自らが有する給付請求権として、社団に原告適格を肯定するとしても、*Sachlegitimation* を有する者は社団の構成員全員であり、*Prozessführungsbefugnis* を有する者は権利能力なき社団であって、*Sachlegitimation* の主体と *Prozessführungsbefugnis* の主体との間には、乖離が生じている。そのため、*Prozessführungsbefugnis* を有するものとして原告適格が肯定される社団が訴訟上行使している権利は、あくまで他人である構成員全員に総有的に帰属する権利であり、この場合、社団の原告適格は、訴訟担当構成による方が説明がしやすいとも思える。しかし、上記一連の最高裁判例や、平成26年最判は、法定訴訟担当としての法律上の根拠や、任意的訴訟担当の要件である構成員全員からの授権について言及することなく、当然に社団の原告適格を肯定しているため、訴訟担当構成と解する根拠に乏しい。

本稿第1編においては、権利能力なき社団による登記請求訴訟で、従来の固有適格構成（事件限りの権利能力説）とは異なる固有適格構成により、社団の原告適格を肯定することができる<sup>371</sup>。ここでは、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、財産的独立性に着目し、社団の固有適格としての原告適格を肯定した。すなわち、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が、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

<sup>368</sup> *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, a. a. O. (Fn. 44), § 46 Rn. 3; *Stein/Jonas/Jacoby*, a. a. O. (Fn. 44), vor § 50 Rn. 27.

<sup>369</sup> 松本＝上野・前掲注（115）261-262頁〔松本〕（弘文堂、2015）、松本・前掲注（245）263-264頁も参照。

<sup>370</sup> 鶴田・前掲注（255）125頁以下、本間・前掲注（255）25頁以下等。

<sup>371</sup> 本稿第1編第5章において、「新固有適格構成」として論じた。

“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り、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し、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行使する必要性が認められる。

この検討は、不動産という特定の財産に関する訴訟で、社団に固有の原告適格が肯定できる根拠として行ったものであるが、社団が自己に帰属すると主張している給付請求権についても、それが構成員全員に総有的に帰属するものであるならば、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取得したものとみることができ、当該請求権は構成員の手から離れ、社団が有すると評価することができると思われる。

#### 第4章 判決効の主観的範囲

以上のように、権利能力なき社団による給付訴訟において、社団に原告適格を肯定できるとした場合、当該社団に対しなされた判決の効力は、構成員にも及ぶか。

(a) の場合、権利能力なき社団が原告として訴求している訴訟物たる権利関係は、構成員に総有的に帰属する権利関係である。この場合、社団に対する判決の効力が構成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決がなされる危険にもさらされることになる。構成員に総有的に帰属する給付請求権について権利能力なき社団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り、構成員への判決効拡張を肯定すべきと考えられる<sup>372</sup>。

また、権利能力なき社団は、社団自身が意思決定を行うのではなく、社団を原告として訴訟を提起するという社団の行為には、構成員の総意がその前提として存在する（筆者はこのような構成員と社団との間の関係を、組織法的関係として構成した<sup>373</sup>）。そうであるとするれば、構成員は、自らに総有的に帰属する権利関係について、その総意に基づき、社団を通して訴訟行為を行っているのであるから、総意に基づき社団が行った訴訟行為の結果に従わなければならないといえよう。上記のような組織法的関係は、不動産の登記請求

<sup>372</sup> 本稿第1編第5章第3節、及び、中本・前掲注(9)203頁参照。

<sup>373</sup> 本稿第1編第5章第3節、及び、中本・前掲注(9)227頁以下参照。

訴訟にとどまらず、少なくとも、上述のように構成員の手を離れた総有財産に関する給付訴訟においては、その帰属主体であり、意思形成主体である構成員と社団との間に肯定することができるように思われる。

他方で、(b) の場合、平成 23 年最判はこの点について言及していないが、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、その敗訴判決により確定されるのは、あくまで権利能力なき社団に帰属する（と主張されている）給付請求権の不存在、でしかない。仮に構成員が、後に訴えを提起する場合には、構成員全員に総有的に帰属する給付請求権を訴訟物として主張することになる（したがって、社団に対しなされた判決の効力が構成員に及ぶか及ばないかにかかわらず、構成員の再訴は許されることになるため、構成員に判決の効力が及ばないと解しても、問題は生じない）。もっとも、この場合にも、権利能力なき社団が訴訟行為をするか否かは、構成員の総意にかかっており、その点に着目すれば、上述の組織法的関係が肯定できそうである。ただ、(b) の場合に訴訟上主張されているのは、あくまで権利能力なき社団自身に帰属する（と主張されている）権利関係であり、構成員らは自らに帰属する権利関係を、その総意に基づいて社団を通じて行使したといえる関係にはない。したがって、(b) の場合には、組織法的関係を根拠に、構成員への判決の効力の拡張を肯定することはできない。

## 第 5 章 小括

本編では、権利能力なき社団の給付訴訟における原告適格について、固有適格構成の立場から検討を行った。もっとも、ここでの固有適格構成とは、権利能力なき社団の財産形態が総有であることを前提とするものである点で、従来の固有適格構成とは異なる。本編で検討の中心に据えた平成 23 年最判と、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平成 26 年最判とは、いずれも、権利能力なき社団に固有の原告適格を肯定したものである。しかし、前者は権利能力なき社団に帰属する（と主張されている）権利関係が、後者は社団の構成員に総有的に帰属する（と主張されている）権利関係が訴訟物とされており、したがって、社団の原告適格を肯定するための理論構成は異なるものであると考えられる。

平成 26 年最判は、登記名義人となることが認められていない権利能力なき社団が、構成員に総有的に帰属する不動産の登記請求訴訟の原告となることを肯定した判決であるが、登記請求訴訟を超えて、権利能力なき社団が訴訟上行使している権利関係が、社団構成員の総有に属する財産に係る給付請求権であり、実体法上は構成員に総有的に帰属するものであっても、もはや構成員の元を離れ、当該給付請求権を社団が有するものと評価できる場合には、社団固有の事件として社団に固有の訴訟追行権を肯定することができる。また、このような訴訟においても、構成員自らに総有的に帰属する権利関係につい

て、社団が訴訟追行するか否かは、構成員の意思決定にかかっている、という組織法的関係が肯定でき、したがって、登記請求訴訟におけるのと同じく、この組織法的関係を根拠に、権利能力なき社団が受けた判決の効力を構成員に拡張することが認められるように思われる。

本編では、第1編で示した、権利能力なき社団の登記請求訴訟における訴訟追行権と、構成員への判決効の拡張を肯定する法律構成が、登記請求訴訟以外の、総有財産に関する給付訴訟でも妥当するものであると結論付けた。もっとも、総有財産に関する給付訴訟以外の訴訟でも、同様の法律構成を元に社団の当事者適格を肯定できるのか、その限界を明らかにする必要があると考えている。この点については、今後の課題としてさらに検討を行うこととしたい。

## おわりに

本稿では、権利能力なき社団の当事者適格に関するわが国及びドイツの議論を元に、他人の権利関係を訴訟上行使する訴訟における当事者適格について、検討を行った。以下、本稿で明らかにした点を示し、結びとする。

第1編では、権利能力なき社団の構成員に総有的に帰属する不動産に関する給付訴訟において、当該社団に当事者適格を認めるにあたっての訴訟法上の法律構成を論じた。検討にあたっては、社団に訴訟追行権が存するか否かという訴訟追行権の観点と、構成員への判決効拡張が肯定できるか否かという判決効拡張の観点という、2つの点に着目し、いずれの観点からも社団固有の当事者適格が認められると結論づけた。前者の訴訟追行権については、問題となっている不動産は権利能力なき社団の構成員らに帰属するにもかかわらず、その不動産を社団が独立して使用することができることを根拠に認めた。そして、権利能力なき社団の受けた判決の効力が社団の構成員に及ぶとする根拠については、組織（団体）に関する意思形成の有り様に着目し、かつ、判決効の対世的効果にも二種類あることを分析した上で、不動産に関する給付訴訟においては、団体と構成員の組織法的関係を根拠に構成員への判決効拡張が肯定されることを論じた。

第2編では、まず、わが国の訴訟担当の定義が、「権利義務の帰属主体に代わり、又はこれと並んで」とする通説的な見解と、単に「権利義務の帰属主体に代わ」る場合にしか訴訟担当と認めない見解とに分かれていることに着目した上で、後者の見解では、平成29年民法（債権法）改正における債権者代位訴訟を訴訟担当と解することができなくなることを指摘し、前者の通説的な見解がどのような過程で形成されたのかを、訴訟担当における判決効拡張の規定であるとされる旧民訴法201条2項（現行115条1項2号）が新設された大正15年民訴法改正前後の文献や立法資料を元に明らかにした。さらに、ドイツ民訴法は、法定訴訟担当のうち、「権利義務の帰属主体と並んで」訴訟追行権が認められる場合（並存的訴訟担当）には権利帰属主体に判決効拡張を認めないのに対し、わが国では、ドイツ法にはないわが国オリジナルの規定である同項の立法以降、訴訟担当全般で当然に判決効が権利帰属主体に及ぶ、と解されており、この点で顕著な違いを見せていることを指摘し、ドイツ法における解釈論の変遷の分析を行った。以上の分析を踏まえ、わが国の解釈の原因が、選定当事者制度を念頭に規定された同号を前提に訴訟担当が定義づけられたことから、訴訟担当には既判力拡張が必然的に伴うことになったこと、ドイツ法にいう（権利帰属主体への既判力拡張を伴わない）並存的訴訟担当が登場する契機が無かったこともあり、訴訟担当は常に既判力拡張を伴うものである、したがって同項が訴訟担当の規定であると理解されるに至ったと結論づけた。他方で、株主代表訴訟や民法（債権法）改正後の債権者代位訴訟など、権利帰属主体と訴訟担当者が「並んで」訴訟追行権を有する日本流の「並存的訴訟担当」を認めなければ、法定訴訟担当としての説明がつかない場合も存しており、日本型の「並存的訴訟担当」概念、すなわち、権利帰属主体と「並んで」

訴訟追行権を有する訴訟担当概念は、株主代表訴訟や民法（債権法）改正後の債権者代位訴訟を説明することができる点で独自の意義を有すると論じた。

第3編では、従前から指摘がされていた点、すなわち、わが国では、訴訟追行権（Prozessführungsbefugnis）と実体適格（Sachlegitimation）ではなく、「当事者適格」という表現がなぜ常用されるに至ったのか、について、わが国における「当事者適格」概念の生成過程を、明治大正期の文献を日独共に参照しながら明らかにした。わが国の「当事者適格」概念は、大正15年民訴法改正前後に、上述のようなドイツ法の理解から離れた。その原因として、まず、このようなわが国独自の「当事者適格」概念の定着に最も大きな影響を与えた兼子一教授の見解が登場した点が挙げられる。兼子教授は、訴権論についての本案判決請求権説を背景に、「本案判決を受けうる適格」として「当事者適格」との表現を用い、これを訴訟要件と考えると共に、当時しばしば当事者適格と混同されてきた「実体適格」は本案の問題として使用しなくなった。加えて、旧民訴法201条2項（現行115条1項2号）の新設により、他人のために訴訟追行をした者が受けた判決の効力は、常に権利義務の帰属主体に及ぶとされたことで、わが国の当事者適格概念ではドイツ法のような「実体適格」概念を使用する実益が失われたこともあり、その結果、「当事者適格」概念のみが用いられるようになったと論じた。

第4編では、第1編において示した、登記請求訴訟における権利能力なき社団の訴訟追行権を認める法律構成と、社団に対しなされた判決の効力が構成員に及ぶとする法律構成について、これらが、登記請求訴訟以外の給付訴訟においても妥当するか否かを検討した。権利能力なき社団が原告として給付訴訟を提起する場合、権利能力なき社団の原告適格を肯定した最判平23・2・15判タ1345号129頁のように、訴訟物たる権利関係について、社団自身に給付請求権が帰属すると主張する場合と、構成員全員に総有的に帰属する給付請求権を主張する場合とがある。第4編においては、前者の場合には給付訴訟の当事者適格の一般的基準に従い、社団に原告適格が肯定できるが、判決の効力は構成員に及ばず、後者の場合には、給付の対象たる財産に関しては社団に財産的独立性が認められる結果、社団に固有の訴訟追行権が認められ、また、構成員と社団との組織法的関係を根拠に、当該訴訟において社団に対しなされた判決の効力は、背後にいる構成員にも及ぶとの解釈を示した。

以上の検討を通して、本稿においては、他人に帰属する権利関係を訴訟上行使する訴訟における当事者適格は、当該当事者の訴訟追行権の有無という観点と、判決の効力が誰に及ぶのかという観点から検討されるべきであるという、当事者適格の判断要素を提示した。もっとも、検討対象とした訴訟類型は、他人に帰属する給付請求権を訴訟上行使する訴訟が中心であり、確認訴訟・形成訴訟については十分に検討を行うことができなかった。給付訴訟を念頭において示した当事者適格の判断要素を、他の訴訟類型においても用いることができるか、訴訟類型を問わず一貫した基準を用いて当事者適格の有無を判断す

ることができるか、については、なお検討が必要であると考えている。この点については、今後の課題としたい。

## 引用文献一覧

### 【外国語文献】

- Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ *Hartmann*, Zivilprozessordnung, 77. Aufl., 2019, § 325.
- *Beinert*, Die Prozesstandschaft im schweizerischen Recht, 1963.
- *Berger*, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozeßstandschaft, 1992.
- *Bettermann*, Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, 1948.
- *Bley*, Klagrecht und rechtliches Interesse, 1923.
- *Blomeyer*, Zivilprozessrecht, 1963.
- *Braun*, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 2014.
- *Gaupp-Stein*, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Bd. 1, 8-9. Aufl., 1906.
- *Grunsky/ Jacoby*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., 2018.
- *Hadding*, Zur Mehrheit von Gläubigern nach § 432 BGB, in FS Wolf, 1985, S. 107 ff.
- *Hellwig*, System des Deutschen Zivilprozessrechts, T. 1, 1912.
- *Hellwig*, Anspruch und Klagerecht, 1900.
- *Hellwig*, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1901.
- *Hellwig*, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts, Bd. 1, 1903.
- *Hellwig*, Klagrecht und Klagmöglichkeit, 1905.
- *Henckel*, Parteibegriff und Rechtskrafterstreckung, ZZP 70 (1957), S. 448 ff.
- *Henckel*, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1961.
- *Hess*, Grundfragen und Entwicklungen der Parteifähigkeit, ZZP 117 (2004), S. 267 ff.
- *Jauernig/ Mansel*, Kommentar zum BGB, 16. Aufl., 2015, § 54.
- *Jauernig/ Hess*, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., 2011.
- *Kohler*, Über die Succession in das Prozessverhältniss, ZZP 12 (1888), S. 97 ff.
- *Kohler*, Gesammelte Beiträge zum Civilprocess, 1894.
- *Holtzendorff- Kohler*, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, Bd. 3, 7. Aufl., 1913.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung/ *Gottwald*, Bd. 1, 6. Aufl., 2020 § 325.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/ *Schmidt*, Bd. 8. Aufl., 2020, § 1011.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung/ *Lindacher/ Hau*, Bd. 1, 6. Aufl., 2020, Vor § 50.

- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/ *Zimmermann*, Bd. 11, 8. Aufl., 2020, § 2213.
- *Musielak/ Voit*, Grundkurs ZPO, 13. Aufl., 2016.
- *Musielak/ Voit/ Weth*, Zivilprozessordnung, 14. Aufl., 2017, § 51.
- *Oetker*, Besprechung von Seuffert, Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich, 5. Aufl., Juristisches Litteraturblatt, 1890, S. 188 ff.
- *Prütting/ Gehrlein/ Gehrlein*, Zivilprozessordnung, 12. Aufl., 2020, § 50.
- *Rosenberg*, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1927.
- *Rosenberg*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl, 1961.
- *Rosenberg/ Schwab/ Gottwald*, 18. Aufl., 2018.
- *Schack*, Drittwirkung der Rechtskraft?, NJW 1988, S. 865 ff.
- *K.Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002.
- *Schöner/ Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., 2012.
- *Schreiber*, Die Prozessführungsbefugnis im Zivilprozess, Jura 2010, S. 750 ff.
- *Schwab*, Zivilprozessrecht, 5 Aufl., 2016.
- *Sinaniotis*, Prozeßstandschaft und Rechtskraft, ZZP 79 (1966), S. 78 ff.
- *Staudinger/ Keidel*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4, 9. Aufl., 1926, §1380.
- *Staudinger/ Weick*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1 : §§ 21 - 79, Neubearb. 2005, § 54.
- *Staudinger/ Looschelders*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2 : §§ 397 – 432, 2017, § 432.
- *Staudinger/ Reimann*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2016, Buch 5, §§ 2197 – 2228, Vor §§ 2197 ff.
- *Stein/ Jonas/ Leipold*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 4, 22. Aufl., 2008, § 325.
- *Stein/ Jonas/ Roth*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 4, 22. Aufl., 2008, § 256.
- *Stein/ Jonas/ Jacoby*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1, 23. Aufl., 2014, vor § 50.
- *Thomas/ Putzo/ Hüßtege*, Zivilprozessordnung, 38. Aufl., 2017, § 51.
- *Wagner*, Grundproblem der Parteifähigkeit, ZZP 117 (2004), S. 359 ff.
- *Weismann*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1, 1903.
- *Wieczorek/ Schützel/ Büscher*, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Bd. 5/ 1, 4. Aufl., 2015, § 325.
- *Wieczorek/ Schützel/ Hausmann*, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Bd. 1/ T. 2,

3. Aufl., 1994, Vor § 50.

・ *Wieser*, Prozessrechts-Kommentar zum BGB, 2. Aufl., 2002, § 432.

・ *Zöller/ Vollkommer*, Zivilprozessordnung, 31. Aufl., 2016, Vor § 50.

#### 【邦語文献】

- ・ 青木哲「任意的訴訟担当」法教 456 号 119 頁以下 (2018)
- ・ 青木哲「民法上の組合の債務と強制執行 (一) (二) —ドイツ民事訴訟法 736 条をめぐる学説の展開—」法協 121 卷 4 号 435 頁以下 (2004)、123 卷 2 号 441 頁以下 (2006)
- ・ 青木哲「給付訴訟における権利能力のない社団の当事者適格と本案の問題について」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』3 頁以下 (有斐閣、2015)
- ・ 新井誠『信託法 [第 4 版]』(有斐閣、2014)
- ・ 池田辰夫『債権者代位訴訟の構造』(信山社、1995)
- ・ 石川清＝小西飛鳥『ドイツ土地登記法』(三省堂、2011)
- ・ 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]』56 頁以下 (1982)
- ・ 板倉松太郎『民事訴訟法綱要 [改訂版]』(巖松堂書店、1926)
- ・ 慶應義塾大学通信教育部編・伊東乾『民事訴訟法 第一部 (二)』(慶應通信教育図書、1951)
- ・ 伊東俊明「任意的訴訟担当論について—兼子理論を手がかりとして—」岡法 68 卷 1 号 1 頁以下 (2018)
- ・ 伊藤眞『民事訴訟の当事者』(弘文堂、1978)
- ・ 伊藤眞『民事訴訟法 [第 7 版]』(有斐閣、2020)
- ・ 伊藤眞「判批」昭和 52 年度重判解 (ジュリ臨増 666 号) 124 頁以下 (1978)
- ・ 稲本洋之助＝鎌野邦樹『コンメンタールマンション区分所有法 [第 3 版]』(日本評論社、2015)
- ・ 岩田一郎『民事訴訟法原論 [訂正改版第 6 版]』(明治大学出版部、1913)
- ・ 岩田一郎『民事訴訟法原論 [第 11 版]』(明治大学出版部、1916)
- ・ 岩原紳作編『会社法コメンタール 7』(商事法務、2013)
- ・ 岩本勇次郎＝三ヶ尻好人『新民事訴訟法要論 [上巻]』(巖松堂書店、1928)
- ・ 岩本勇次郎＝三ヶ尻好人『新民事訴訟法要論 [下巻]』(巖松堂書店、1928)
- ・ 上田竹志「判批」法セミ 682 号 132 頁 (2011)
- ・ 上田徹一郎『判決効の範囲』(有斐閣、1985)
- ・ 上田徹一郎『民事訴訟法 [第 7 版]』(法学書院、2011)

- ・上野泰男「判批」伊藤眞ほか編『民事訴訟法判例百選 [第3版]』32頁以下 (2003)
- ・上柳克郎ほか編集代表『新版 注釈会社法 (5)』(有斐閣、1986)
- ・上柳克郎ほか編集代表『新版 注釈会社法 (6)』(有斐閣、1987)
- ・薄根正男「民事訴訟に於ける当事者適格 (一) (二) (Die Sachlegitimation)」法論 8 卷 11 号 23 頁以下 (1929)、12 号 15 頁以下 (1929)
- ・内田貴『民法 I [第4版] 総則・物権総論』(東京大学出版会、2008)
- ・梅本吉彦『民事訴訟法 [第4版]』(信山社、2009)
- ・浦野雄幸『判例不動産登記法ノート (第1巻)』(テイハン、1988)
- ・江頭憲治郎『株式会社法 [第7版]』(有斐閣、2017)
- ・大江毅「判批」新・判例解説 Watch (法セ増刊) 15 号 148 頁以下 (2014)
- ・岡咲恕一『解説 改正会社法』(日本経済新聞社、1950)
- ・岡成玄太「法人でない社団・財団の当事者能力」法雑 64 卷 1・2 号 1 頁以下 (2018)
- ・小野木常『民事訴訟法』(有信堂高文社、1949)
- ・小野傑「訴訟手続における受託者・信託財産・受益者の関係—訴訟信託と任意的訴訟担当の関係に関する立法過程の議論を参考として—」東京大学法科大学院ローレビュー 4 卷 146 頁以下 (2009)
- ・笠井正俊=越山和広編『新・コンメンタール民事訴訟法 [第2版]』(日本評論社、2013)
- ・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]』(日本評論社、2012)
- ・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 卷 5 号 69 頁以下 (1959)
- ・加藤正治「判批」法協 41 卷 1 号 177 頁以下 (1923) [同『民事訴訟法判例批評集 第一卷』47 頁以下 (1926、有斐閣) 所収]
- ・加藤正治「判批」法協 41 卷 10 号 125 頁以下 (1923)
- ・加藤正治『民事訴訟法要論』(有斐閣、1946)
- ・加藤正治「判批」法協 43 卷 4 号 667 頁以下 (1925) [同『民事訴訟法判例批評集 第二卷』8 頁以下 (1927、有斐閣) 所収]
- ・加藤正治『破産法研究 第十卷』(有斐閣、1943)
- ・加藤正治「判批」法協 58 卷 11 号 101 頁以下 (1940)
- ・兼子一「訴訟承継論 (一)」法協 49 卷 1 号 1 頁以下 (1931) [同『民事法研究 第一卷』1 頁以下 (酒井書店、1950) 所収]
- ・兼子一『民事訴訟法概論 [中冊]』(岩波書店、1937)
- ・兼子一『民事訴訟法概論 [下冊]』(岩波書店、1938)
- ・兼子一「判批」判民昭和 14 年度 134 頁以下 (1941)
- ・兼子一『民事訴訟法 (一)』(有斐閣、1949)

- ・兼子一『條解 民事訴訟法 I』(弘文堂、1951)
- ・兼子一『民事訴訟法体系〔初版〕』(酒井書店、1954)
- ・兼子一「労働組合の訴訟当事者適格」討論—労働法—14号1頁以下(1952)〔同『民事法研究 第二巻』205頁以下(酒井書店、1954)所収〕
- ・兼子一『新修 民事訴訟法体系〔増訂版〕』(酒井書店、1965)
- ・兼子一原著・松浦馨ほか『條解 民事訴訟法〔第2版〕』(弘文堂、2011)
- ・川嶋四郎「判批」リマークス 50号110頁以下(2015)
- ・川嶋隆憲「判批」法研 88巻3号58頁以下(2015)
- ・河本喜與之『新訂 民事訴訟法提要』(法文社、1949)
- ・河本喜與之『民事訴訟法提要』(南郊社、1934)
- ・菊井維大=村松俊夫『全訂 民事訴訟法〔I〕〔補訂版〕』(日本評論社、1993)
- ・菊井維大=村松俊夫原著・秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法 II〔第2版〕』(日本評論社、2006)
- ・菊井維大『民事訴訟法講義 上』(弘文堂、1955)
- ・雉本朗造「民事訴訟ニ於ケル『正当ナル当事者』ナル觀念及其訴訟法上ノ地位ヲ論ス (Die richtige Partei - Sachlegitimation u. Prozessführungsrecht)」同『民事訴訟法論文集』1頁以下(内外出版印刷、1928)〔初出1909〕
- ・雉本朗造『民事訴訟法 上巻』(石田正七、1920)
- ・小島武司「判批」リマークス 11号129頁以下(1995)
- ・小島武司『民事訴訟法』(有斐閣、2013)
- ・小林秀之『民事訴訟法』(新世社、2013)
- ・菰淵清雄『改正民事訴訟法注解』(清水書店、1929)
- ・小山昇「株主總會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』245頁以下(有斐閣、1975)
- ・斎藤秀夫ほか編著『注解 民事訴訟法(2)〔第2版〕』(第一法規、1991)
- ・佐伯兼次郎『民事訴訟法通義〔改版第5版〕』(清水書店、1917)
- ・酒井一「債権者代位権についての覚書—債権法改正検討委員会の提案を手掛かりとした検討—」立命 339・340号108頁以下(2012)
- ・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1頁以下(2004)
- ・佐久間毅『民法の基礎 1 総則〔第5版〕』(有斐閣、2020)
- ・桜田勝義「判例にあらわれた訴訟信託(1)」判評 94号1頁以下(判時 453号)(1966)
- ・四宮和夫『信託法〔新版〕』(有斐閣、1989)
- ・四宮和夫=能見善久『民法総則〔第8版〕』(弘文堂、2010)
- ・下村眞美「法人でない社団の当事者能力」法教 363号10頁以下(2010)

- ・ 商事法務編『民法（債権関係）部会資料集 第2集（第5巻）—第41回～第45回会議議事録と部会資料—』（商事法務、2013）
- ・ 商事法務編『民法（債権関係）部会資料集 第2集（第12巻）—第1～第3分科会議事録と分科会資料—』（商事法務、2016）
- ・ 新堂幸司『新民事訴訟法〔第6版〕』（弘文堂、2019）
- ・ 新堂幸司＝小島武司編『注釈民事訴訟法（1）』（有斐閣、1991）
- ・ 末弘厳太郎＝田中耕太郎編『法律学辞典 第三巻』（岩波書店、1936）
- ・ 鈴木竹雄＝石井照久『改正 株式會社法解説』（日本評論社、1950）
- ・ 鈴木正裕「既判力の拡張と反射的效果（一）（二）」神戸9巻4号508頁以下（1960）、10巻1号37頁以下（1960）
- ・ 鈴木正裕＝青山善充編『注釈民事訴訟法（4）』（有斐閣、1997）
- ・ 住岡時三郎『改正民事訴訟法論 新旧対照書式附』（明治大学出版部、1929）
- ・ 染野義信「任意的訴訟担当の許容性とその限界」三ヶ月章＝青山善充『民事訴訟法の争点』ジュリ増刊88頁以下（1979）
- ・ 高須順一「訴訟告知の効力（上）～債権法改正の文脈において～」NBL1063号37頁以下（2015）
- ・ 高田裕成「民法上の組合の当事者能力」高田裕成ほか編『企業紛争と民事手続法理論—福永有利先生古稀記念』1頁以下（商事法務、2005）
- ・ 高橋英治「ドイツにおける民法上の組合の規制の現状と課題—日本の債権法改正への示唆—」商事2026号12頁以下（2014）
- ・ 高橋宏志「判批」法教174号74頁以下（1995）
- ・ 高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上〔第2版補訂版〕』（有斐閣、2013）
- ・ 高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 下〔第2版補訂版〕』（有斐閣、2014）
- ・ 竹野竹三郎『新民事訴訟法積義 上巻』（有斐閣、1930）
- ・ 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）
- ・ 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』394頁以下（法曹会、1997）
- ・ 田邊誠「判批」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選〔第4版〕』22頁以下（2010）
- ・ 田邊誠「判批」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選〔第5版〕』24頁以下（2015）
- ・ 谷口安平「株主の代表訴訟」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座5』95頁以下（日本評論社、1969）
- ・ 鶴田滋『共有者の共同訴訟の必要性—歴史的・比較法的考察—』（有斐閣、2009）
- ・ 鶴田滋「固有の必要的共同訴訟における実体適格と訴訟追行権」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』125頁以下（弘文堂、2016）

- ・ 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』417頁以下（有斐閣、2015）
- ・ 勅使河原直三郎『改正民事訴訟法概論 完〔第3版〕』（1928、巖松堂書店）
- ・ 東京地方裁判所プラクティス委員会第一小委員会「マンションの管理に関する訴訟をめ  
ぐる諸問題（1）」判タ 1383号 29頁以下（2013）
- ・ 徳田和幸「株主代表訴訟と会社の訴訟参加」曹時 48巻 8号 1頁以下（1996）
- ・ 徳田和幸「株主代表訴訟における会社の地位」民商 115巻 4・5号 594頁以下（1997）
- ・ 徳田和幸『複雑訴訟の基礎理論』（信山社、2008）
- ・ 長井秀典「総有的所有権に基づく登記請求権」判タ 650号 18頁以下（1988）
- ・ 中島弘雅「株主代表訴訟制度—民事訴訟手続上の問題点」ジュリ 1050号 153頁以下  
（1994）
- ・ 中島弘雅「株主代表訴訟における訴訟参加」小林秀之＝近藤光男編『新版・株主代表訴  
訟大系』241頁以下（弘文堂、2002）
- ・ 中島弘道『日本民事訴訟法 第一編』（松華堂書店、1934）
- ・ 中田淳一『民事訴訟法講義 上巻』（有信堂、1956）
- ・ 中田裕康『債権総論〔第4版〕』（岩波書店、2020）
- ・ 中野貞一郎『民事訴訟法の論点Ⅰ』（判例タイムズ社、1994）
- ・ 中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義〔第3版〕』（有斐閣、2018）
- ・ 中村宗雄『改正民事訴訟法要論 第一分冊』（敬文堂書店、1928）
- ・ 中村宗雄『改正民事訴訟法要論 上巻』（敬文堂書店、1929）
- ・ 中村宗雄『改正民事訴訟法評釋』（巖松堂書店、1930）
- ・ 中村宗雄『民事訴訟法学の基礎理論』（敬文堂、1957）
- ・ 中本香織「判批」早法 91巻 2号 69頁以下（2016）
- ・ 中本香織「判批」早法 91巻 4号 161頁以下（2016）
- ・ 名津井吉裕「判批」セレクト 2011Ⅱ 28頁（2012）
- ・ 名津井吉裕「判批」法教 409号 60頁以下（2014）
- ・ 名津井吉裕「債権者代位訴訟と第三者の手續関与」（平成 25年度民事訴訟法学会大会シ  
ンポジウム報告）民訴 60号 73頁以下（2014）
- ・ 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  
開と手續原則—松本博之先生古稀祝賀論文集』591頁以下（弘文堂、2016）
- ・ 名津井吉裕『民事訴訟における法人でない団体の地位』277頁（大阪大学出版会、  
2016）
- ・ 仁井田益太郎『民事訴訟法要論 中巻〔訂正5版〕』（有斐閣書房、1915）
- ・ 仁井田益太郎『民事訴訟法大綱 全〔改定増補〕』（有斐閣、1918）
- ・ 西内康人「判批」平成 26年度重判解（ジュリ臨増 1479号）67頁以下（2015）

- ・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』60頁以下（成文堂、1994）
- ・西村信雄編『注釈民法（11）債権（2）』（有斐閣、1965）
- ・額田洋一「権利能力なき団体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71頁以下（2014）
- ・野間繁『民事訴訟法学概説』（巖松堂出版、1950）
- ・長谷部由起子「法人でない団体の当事者能力－財産的独立性の要件をめぐって－」成蹊25号95頁以下（1987）
- ・長谷部由起子『民事訴訟法〔第3版〕』（岩波書店、2020）
- ・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17頁以下（2015）
- ・畑瑞穂「法人でない社団等の『事件限りの権利能力』についての覚書」三木浩一ほか編『民事裁判の法理と実践－加藤新太郎先生古稀祝賀記念論文集』105頁以下（弘文堂、2020）
- ・八田卓也「判批」リマークス44号122頁以下（2012）
- ・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22頁以下（2013）
- ・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』445頁以下（千倉書房、1967）
- ・早川彌三郎『民事訴訟法論 全〔再版〕』（明治堂書店、1924）
- ・早川彌三郎『改正民事訴訟法要義 第一編』（明治堂書店、1927）
- ・平野亮一「任意的訴訟担当の許容性に関する一考察－最高裁昭和45年11月11日大法院判決以降の裁判例分析を中心として－」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル8巻35頁以下（2001）
- ・福瀧博之「ドイツ法における民法上の組合の権利能力（一）－BGHの判決とKarsten Schmidtの見解－」関法54巻1号1頁以下（2004）
- ・福永有利「第三者の訴訟担当（1）」法セミ337号138頁以下（1983）
- ・福永有利『民事訴訟当事者論』（有斐閣、2004）
- ・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1頁以下（1967）  
（同『民法論集 第1巻』227頁以下（有斐閣、1970）所収）
- ・星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）』（良書普及会、1978）
- ・細野長良『民事訴訟法要義 第四巻』（巖松堂書店、1934）
- ・細野長良『民事訴訟法要義 第一巻』（巖松堂書店、1930）
- ・堀野出「判批」速報判例解説9号137頁以下（2011）
- ・堀野出「判批」平成26年度重判解（ジュリ臨増1479号）129頁以下（2015）

- ・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 年民事訴訟法学会大会シンポジウム報告) 民訴 62 号 78 頁以下 (2016)
- ・堀野出「任意的訴訟担当の意義と機能 (二・完)」民商 120 卷 2 号 75 頁以下 (1999)
- ・堀野出「法人格のない社団をめぐる権利義務関係と当事者適格の規律」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』109 頁以下 (弘文堂、2016)
- ・本間靖規「反射効について—根拠論を中心に」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』611 頁以下 (弘文堂、2016)
- ・本間靖規「当事者適格の機能領域」山本克己ほか編『民事手続法の現代的課題と理論的解明—徳田和幸先生古稀祝賀論文集』25 頁以下 (弘文堂、2017)
- ・本間靖規「口頭弁論終結後の承継人に関する覚書」加藤哲夫ほか編『現代民事手続の法理—上野泰男先生古稀祝賀論文集』389 頁以下 (弘文堂、2017)
- ・本間義信「判批」民商 63 卷 1 号 65 頁以下 (1970)
- ・前野順一『民事訴訟法論 第一編総則』(松華堂書店、1937)
- ・松岡義正『新民事訴訟法注釋 第二卷』(清水書店、1930)
- ・松田二郎=鈴木忠一『條解 株式會社法』(弘文堂、1951)
- ・松原弘信「判批」判評 673 号 27 頁以下 (判時 2244 号) (2015)
- ・松原弘信「民事訴訟法における当事者概念の成立とその展開 (一) ~ (四・完)」熊法 51 号 85 頁以下 (1987)、52 号 33 頁以下 (1987)、54 号 59 頁以下 (1987)、55 号 25 頁以下 (1988)
- ・松原弘信「当事者適格概念の理論的基礎と同概念不要説の批判的検討」熊本ロージャーナル 12 号 1 頁以下 (2016)
- ・松本博之『民事訴訟法の立法史と解釈学』(信山社、2015)
- ・松本博之=上野泰男『民事訴訟法 [第 8 版]』(弘文堂、2015)
- ・松本博之ほか編『日本立法資料全集 12 民事訴訟法 [大正改正編] (3)』(信山社、1993)
- ・松本博之ほか編『日本立法資料全集 13 民事訴訟法 [大正改正編] (4)』(信山社、1993)
- ・三ヶ月章『民事訴訟法 (法律学全集 35)』(有斐閣、1959)
- ・三ヶ月章『民事訴訟法研究 第 6 卷』(有斐閣、1972)
- ・三ヶ月章『民事訴訟法 [第 3 版]』(弘文堂、1992)
- ・武藤貴明「判解」曹時 67 卷 12 号 270 頁以下 (2015)
- ・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 卷 4 号 1 頁以下 (1966) (同『団体法の諸問題』31 頁以下 (一粒社、1971) 所収)

- ・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）』751頁以下（法曹会、1971）
- ・山内確三郎『民事訴訟法の改正〔大正15年〕第一巻』（法律新報社、1929）
- ・山内確三郎『民事訴訟法の改正 第一巻〔再版〕』（法律新報社、1930）
- ・山木戸克己『民事訴訟法』（三和書房、1950）
- ・山田昭編『信託法・信託業法〔大正11年〕日本立法資料全集2』（信山社、1991）
- ・山田正三『民事訴訟法 第二巻〔第3版〕』（弘文堂書房、1923）
- ・山田正三『改正民事訴訟法 第貳巻』（弘文堂、1929）
- ・山田正三『日本民事訴訟法論 第一巻〔再版〕』（弘文堂書房、1933）
- ・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〕』26頁以下（2015）
- ・山本和彦「債権者代位権（連続特集 民法（債権関係）改正のエッセンス）」NBL 1047号4頁以下（2015）
- ・山本克己「判批」平成6年度重判解（ジュリ臨増1068号）118頁以下（1995）
- ・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104頁以下（2006）
- ・山本克己「判批」金法1929号44頁以下（2011）
- ・山本克己「財産的独立性についての覚書き―民事訴訟法29条に関する一考察―」論叢180巻5・6号125頁以下（2017）
- ・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―新堂幸司先生古稀祝賀』849頁以下（有斐閣、2001）
- ・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127頁以下（2011）
- ・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）』61頁以下（有斐閣、1958）
- ・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』614頁以下（法曹会、1974）
- ・吉垣実「判批」リマークス52号114頁以下（2016）
- ・吉垣実「イギリス代表訴訟手続について―わが国の選定当事者制度と消費者団体訴訟制度への示唆―」大阪経大論集56巻2号109頁以下（2005）
- ・吉村徳重『民事判決効の理論（下）』（信山社、2010）
- ・我妻榮『新訂民法総則（民法講義1）』（岩波書店、1965）
- ・我妻榮『新訂 債権総論』（岩波書店、1964）
- ・我妻学「判批」法の支配176号113頁以下（2015）
- ・渡邊彰平『新民事訴訟手続詳解』（山洞書院、1931）