

# 権利能力なき社団についての訴訟処理

傍島佑一郎

(三木研究会 4年)

はじめに

I 前提

II 既判力の主観的範囲および構成員の責任

III 原告となるべきものの一部が提訴に同調しない場合

IV 代表権の紛争についての別訴提起の可否

V 結論

はじめに

権利能力なき社団とは<sup>1)</sup>社会的な活動を行っている団体であるが法人格を備えないものをいう<sup>2)</sup>。そして、原則からすれば、権利能力がない以上、当事者能力も認められず、当事者適格がない。しかし、団体自身が経済的社会的活動を行っているため、紛争の際には、団体自身が訴え、訴えられることが合理的である。そうでないと、判例通り団体の財産が団体構成員の総有に属すると解した場合、固有の必要的共同訴訟となる。その結果、構成員全員が当事者とならない限り当事者適格が認められないため、団体の構成員や財産の帰属主体が原告とならざるをえず、また訴えられる場合にも、相手方が構成員を探し出さなければいけないという手続上の負担が発生する<sup>3)</sup>。そこで、29条は法人格のない社団・財団であっても代表者または管理者の定めがあるものにつき、当事者適格を認めることを規定した<sup>4) 5)</sup>。これによって、訴訟手続きが簡明化し、訴訟追行の負担が軽減できることとなった。しかし、政策上当事者適格を認めた特殊性から、既判力の主観的範囲および構成員の責任、代表権の紛争についての別訴提起の可否、団体内部

の反対する構成員に対する訴訟機会の確保の方法といった法的問題が生じる。かかる問題点について判例の立場や学説の対立を検討しつつ考察し、処理方法を整理する。

## I 前 提

社会的な活動を行う団体でも、固有必要的共同訴訟とされると、共同訴訟人たるべき全員が当事者とならない限り、訴えが却下されることとなる。まず、なぜ権利能力なき社団の訴訟が固有必要的共同訴訟になるのかを検討するに、通常共同訴訟と必要的共同訴訟の区別の判断基準が問題となる。これについて、判断基準を実体法的観点に求めるのか、訴訟法的観点に求めるのかという観点から争いがあり、大きく3つの学説がある。まず、実体法との統一的理解に役立ち、法的安定性に資するという理由から、訴訟物たる権利関係の実体法的性質に依拠して客観的に決定されなければならないとする管理処分説（実体法説）がある<sup>6)</sup>。これに対し、多数当事者の紛争は、できるだけ一回的、統一的に解決すべきであるという理由から紛争解決の実効性、判決の矛盾回避の利益、関係者の利害、手続きの進行状況等の訴訟法的要因に基づいて決定すべきであるという訴訟政策説がある<sup>7)</sup>。これは、固有必要的共同訴訟の拡大化が図られる学説である。しかし、最も妥当といえるのは、実体法と訴訟法との調和も重視すべきであるという観点から両説の折衷説<sup>8)</sup>であろう。この考えは、実体法的観点と訴訟法的観点を考量して決定すべきであるという説である。つまり、民事訴訟は実体権の実現・処分のプロセスである以上、当事者の選別にあたっても実体法上の管理処分権の帰属態様等が基準となるはずであるが、当事者適格は訴訟追行権という訴訟上の権能にかかわる問題でもある以上、判断については、紛争解決の実効性、訴訟経済等の諸要請との関係における訴訟政策的判断も必要不可欠であるとして、実体法上の管理処分権の帰属態様を基準としつつ、訴訟政策的観点から調整を図るという考えである。この学説が通説で判例も採用するものであるから、権利能力なき社団についての訴訟に当たってもこの考えののっとって検討する。

まず、実体法上の管理帰属処分権について、その所有形態を考えなければならない。権利能力なき社団の権利帰属の形態は学説判例の理解では、大きく3つに分けられる<sup>9)</sup>。まず財産は構成員の共同所有に属するという共同所有説（以下、①）、次に権利能力なき社団に端的に権利主体性を認め、財産の帰属は社団の単

独所有となるとする単独所有説<sup>10)</sup> (以下、②)、そしてゲルマン的所有形態の特色を表現するための道具概念である総有、合有は、近代的団体の所有形態を過不足なく表現できるものではなく、社団の類型に応じて総有的なものか合有的なものか考えれば十分であるとする個別的処理説<sup>11)</sup> (以下、③)がある。そして、①は、さらに2つに分かれる。i 総有説とii 合有説である。iについて、「総有」とは各人が持分権を持たず、財産の分割請求などができない、団体的拘束を受ける共同所有形態をいう。そこで、社団の資産・負債は、構成員に総有的に帰属し、構成員は総会を通じてその管理に参画するだけで、個々の財産権について持分権を持たず、また社団の債務についても構成員は責任を負わないとする説である。iiについて、合有とは、共有と総有の中間にあり、構成員は「共同の目的」という団体的拘束を受けるものの、持分権を有し、「共同の目的」が終了すれば、持分権の譲渡や分割請求も行える共同所有形態をいう。そこで、権利能力なき社団は、共同の事業という統一体であって、財産や債務は構成員に合有的に帰属するとする説である<sup>12)</sup>。そして、① i の総有説が、持分権とその分割請求を否定する役割を果たし明快であると言え、妥当な考えだといえる。判例もこの立場をとる<sup>13)</sup>。そして、総有である以上、管理処分権として権利は共同して行使されなければならないし、訴訟法上の観点から見ても全員に手続保障が不可欠であることから、原則として固有必要的共同訴訟になる。なお、総有以外の場合、不動産の共有者の一人が当該不動産の登記簿上の所有名義者に対してその登記の抹消を求める訴えは固有必要的共同訴訟とはならない<sup>14)</sup>。これに対して総有の場合、財産が総有に属することの確認を求める訴えだけではなく、入会地に関する地上権設定仮登記の抹消を求める訴訟についても入会権者全員が原告にならなければならない<sup>15)</sup>。なぜなら、共有の場合には、持分権は共有物全体に及んでおり、持分権に基づく妨害排除請求として自らの持分割合を超えた部分についても抹消登記を請求できるため、各持分権者が提訴出来でよいと考えられるのに加え、抹消登記請求は現状を維持するものであり、他の共同所有者の不利益にならず、単独でできる民法252条但書の保存行為に当たるが<sup>16)</sup>、総有においては、持分権を観念できない以上、妨害排除としての抹消登記の請求は、入会権自体に基づいてすることになり、入会権に基づく抹消登記請求権の訴訟上の行使は入会権の管理処分に関する事項であることから構成員全員ですべきと考えられているためである。

以上の通り、権利能力なき社団についての訴訟は固有必要的共同訴訟となること、それゆえに発生する各問題を検討する。

## Ⅱ 既判力の主観的範囲および構成員の責任

まず、注3)の通り29条の要件がほぼ確立されているのに対し、29条が適用され社団が当事者となった場合の効果につき争いがある結果、既判力の主観的範囲についても争いがある。この29条の適用効果は、固有適格構成と訴訟担当構成との間で対立している。固有適格構成とは、団体が原告または被告となるときは、訴訟法上、法人である団体と同様に扱いその結果これらの団体に権利義務が帰属するかのよう判決することも差し支えないとする、当事者能力を認めることによって事件適格(実体適格)を肯定する考え方であり<sup>17)</sup>、権利主体的構成ともいわれる<sup>18)</sup>。その結果、兼子教授によれば、「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>19)</sup>とされる。これに対し、訴訟担当構成は、法人格のない社団には、形式的には権利義務が帰属しえないため、構成員全員に総有的に帰属する権利関係を、構成員から見て第三者である社団が代わって行使するとする考え方である<sup>20)</sup>。そして、判例は固有適格構成をとっていないと解されている。最判昭和55年2月8日<sup>21)</sup>において、地縁団体が自己の不動産所有確認を求めた訴えについて、請求棄却判決がなされている。それに加え、最判平成6年5月31日<sup>22)</sup>において、入会地管理団体に構成員全員に総有的に帰属する入会地の所有権確認をを求める訴えの原告適格が認められていることから、固有適格構成は採用されていないといえる。もっとも、同じ不動産所有権に基づく請求であっても明渡請求や妨害排除請求などは、訴訟上は、社団を権利義務の帰属主体と同様に扱って差し支えなく、実際にそのようにされた例もある<sup>23)</sup>。賃貸借契約に基づくものではあるが、最判昭和42年10月19日<sup>24)</sup>は、地域団体による建物明渡請求につき社団を名宛人とした請求に認容判決を下している。また、最判平成22年6月29日<sup>25)</sup>は、社団が債務者であり、その所有にかかる不動産が社団債権者に差し押さえられたケースについて、社団を債務者とする債務名義と、これへの当該不動産が社団構成員全員の総有に属することを確認する旨の債権者と当該社団および登記名義人間の確定判決の添付が申し立てに必要で、かつそれで足りるとする。これは、社団の財産は構成員の総有財産と等しいものとして理解され差し押さえが許されているといえる。そうであれば、社団を債務者とする債務名義は固有適格構成により形成されると解することができる。したがって、なお請求によっては固有適格構成が維持されているといえる。そのため、

権利義務関係が構成員全員に総有的に帰属する権利能力なき社団の場合には、請求の種類によって、固有適格構成と訴訟担当構成のいずれとも見うる二面性があるといえる<sup>26)</sup>

そして、既判力の客観的範囲につき、それぞれの構成によって、構成員に対して判決の効力が及ぶかどうかの帰結が異なりうる。訴訟担当構成であれば、構成員は訴訟担当における利益帰属主体として代替の手續保障が及び、115条1項2号によって、構成員にも既判力が及ぶことを理論的に説明できる<sup>27)</sup>。これに対して、固有適格構成では、論理必然には拘束力は生じず、拘束力を認めるためには別の理論構成が必要となる。

さらに、既判力の主観的範囲の拡張を肯定すれば、金銭給付訴訟において、被告の社団が敗訴した場合、敗訴判決の効力は構成員に及ぶことになる。もっとも、財産の所有形態が総有である以上社団債務の引き当てとなるのは、社団構成員の総有財産のみで個人財産をもって責任を負うことはない<sup>28)</sup>。つまり、この場合の既判力は、社団債務の存在を争えないという内容のものと言える。なお、固有適格構成と訴訟適格構成の効果の相違が生じる場面として、既判力の主観的範囲の他に、当事者である社団の請求の立て方、構成員の特定表示が挙げられる。

まず、請求の立て方について、固有適格構成を採用すれば、社団自身が給付の名宛人とする判決をすることに説明は不要であり、社団が被告となる場合の相手方の社団に対する請求の立て方も同様に説明を要しない。これに対し、訴訟担当構成を採用すれば、社団が原告である場合の受領権者および被告である場合の給付義務者は構成員全員となるのが素直な解釈であり、社団を名宛人とするのが許されない方向と結びつく<sup>29)</sup>。

次に、構成員の特定表示について、訴訟手續にかかるコスト軽減のために個々の特定表示を要求することを緩和することが望ましい。そして、固有適格構成を採用すれば、構成員の特定表示が必要でないことの説明は不要である。これに対して、訴訟担当構成を採用する場合には、訴訟物の特定のため、権利主体である構成員各人の特定表示を必要とするのが原則である<sup>30)</sup>。

### Ⅲ 原告となるべきものの一部が提訴に同調しない場合

訴訟が固有必要的共同訴訟とされた場合、共有者全員が当事者とならなければ、訴えは不合法却下となる。そうすると、構成員の一部が訴訟提起に同調しない場

合、実質的に提訴ができなくなってしまう。そのため、このような事態を避けるための手段が必要となる。この事実上の提訴困難を解消する策として、現行民訴法の制定過程の当初、一定割合を超える共同所有者が提訴に同意しているときは、裁判所が残りの者に共同原告として訴訟に参加することを命ずることができるという方策が提案された<sup>31)</sup>。もっとも、実体法上の管理処分権とは無関係に提訴拒否者の比率だけで一部の者による提訴を許容するのは困難であることを理由に、立法化は見送られた。また、平成6年の判例が、入会団体に民訴法29条に基づき当事者能力が認められる場合には、当該入会団体は構成員の総有権確認の訴えを提起する原告適格を有するとしたことから、提訴困難問題が解決されたかのごとく受け取られ、立法の熱意が冷めてしまったという<sup>32)</sup>。しかし、この判決は、それに続けて、入会団体が構成員の総有に属する不動産につき総有権確認の訴えを提起するには、その代表者に対して、当該団体の規約等で定められた当該不動産の処分に必要な総会の議決等の手続が必要であると判示している。したがってたとえば平成20年判例（後掲）の事案で当事者能力、構成員の総有権確認請求についての原告適格を認めても、社団に財産の管理処分について全会一致原則が規律として存在する限り<sup>33)</sup>、代表者が社団を代表して総有権確認訴訟を提起するには、構成員全員の授権が必要となることから、平成6年判決は提訴困難問題を解決していないといえる<sup>34)</sup>。

この問題を解決するための手段として、入会団体非同調者以外の者は非同調者を被告に加えて訴えを提起できるという学説が通説であり<sup>35)</sup>、判例も採用している。土地の共有者の一人が、隣接する土地の所有者に対する境界確定訴訟の提起に同調しなかった事案である最判平成11年11月9日<sup>36)</sup>（以下平成11年判例）は、境界確定訴えは、隣接する土地の一方、または双方が数名の共有に属する場合には固有必要的共同訴訟となることを言ったうえで、共有者の内に訴えを提起することに同調しないものがあるときには、同調しないものを被告にして訴えを提起することができるとした。その理由として、境界確定の訴えにおける、「裁判所は、当事者の主張に拘束されなくて、自らその正当と認めるところに従って境界を定めるべきであって、当事者の主張しない境界線を確定しても民訴法246条の規定には反するものではない」という特質に照らして、「共有者全員が必ず共同の歩調をとることを要するとまで解する必要はなく、共有者の全員が原告または被告いずれかの立場で当事者として訴訟に関与していれば足りると解すべきであり、このように解しても訴訟手続に支障をきたすこともない」ことを挙げている。ま

た最判平成20年7月17日<sup>37)</sup>(以下平成20年判例)でもまた、特定の土地が入会地であることの確認を求める訴えは、入会集団の構成員全員が当事者として関与し、その間で合一にのみ確定することを要する固有必要的共同訴訟となることを言ったうえで、入会集団の構成員の内に入会権確認の訴えを提起することに同調しないものがあるときであっても、「入会権の存在を主張する構成員が原告となり、同訴えを提起することに同調しない者を被告に加えて、同訴えを提起することも許されると解するのが相当」としている。その理由として、「入会集団の構成員のうちに入会権の確認を求めることに同調しないものがある場合であっても、入会権の存否について争いがあるときは、民事訴訟を通じてこれを確定する必要があることは否定できず、入会権の存在を主張する構成員の訴権は保護されなければいけない」こと、このような訴えを認めて、判決の効力を入会団体の構成員に及ぼしても、構成員の全員が訴訟の当事者として関与するのであるから、構成員の利益は害されることはない」という必要性と許容性を挙げている。この説に対しては、管理処分権の観点からは、反対者を被告として関与させることでは全員で管理処分をしたとはいえないのではないかという疑問がありうる。

しかし、原告側構成員に反対者に対する授權請求権があると考えることにより、反対者を授權請求の相手側ととらえることができるため被告とすることの問題はない。それでもなお、この学説による処理には以下のような問題点がある。まず、本来の被告と非同調者で二次的に被告となった者の間には訴えが提起されておらず、既判力が生じない結果、第二次被告から本来被告への訴えの提起という形で事後的に紛争が蒸し返されるおそれがあり、固有必要的共同訴訟の目的である合一確定が図られない危険がある点である。次に、本来被告と第二次被告の利害が対立する場合があることから、非同調者を被告とした場合には、民訴法40条1項が適用することができず合一確定が図れなくなる点である。そこで、これらの問題を解決するために、本来被告と第二次被告との間に総有権確認請求が立てられていると観念したうえで、かかる形態は実質的には三面訴訟といえるとして、独立当事者参加において、47条3項が40条1項を準用する趣旨を類推できるとする説<sup>38)</sup>があり、現在の多数説といえよう。平成11年判例も三面訴訟的な理由付けから民訴法47条4項の類推による民訴法40条の準用を認めている。しかし、近似では、本来被告と第二次被告とが係争地上の権利が総有ではなく共有であることの主張立証につき共同訴訟人として共同戦線を張る関係にある平成20年判例のような場合に、両者の間に入会権確認請求の定立を卒然として擬制するのは紛争の

実態にそぐわず、そもそも、三面訴訟説は40条準用の根拠とならないという批判<sup>39)</sup>がある。

さらに、平成20年判決の問題点もある。まず、この判決は、入会権を有することの確認を求める訴えについてなされたものであるところ、判決の射程として給付訴訟に及ばないのではないかという点だ。給付訴訟においては権利の帰属主体と主張する者のみが原告適格を有するという原則が妥当するため、全入会権者に帰属する抹消登記請求権を給付訴訟において主張する場合に、提訴拒否者を被告に回すという処理を用いることは、第三者の権利を確認対象とすることも否定されない確認請求よりも困難になってしまう<sup>40)</sup>。そのため、給付訴訟にもこの判断を用いてよいのか疑問が残る。さらに、平成11年判例と平成20年判例は以上の通り、提訴拒否者を被告にできるという点で共通するが理由が異なっている。平成11年判例は境界確定の訴えであり、形式的形成訴訟であるところ、原告の主張より民法246条に反することはないということを理由として強調している。したがって、平成20年判決が出るまでは、形式的形成訴訟の特殊性から認められているだけで、第三者に対する共同所有関係には及ばないと理解されていた<sup>41)</sup>。しかし、平成20年判決は、その文面上、非同調者に対して請求が立っている事案であることに重きを置かず、提訴賛成者の訴権保護という提訴賛成者と非同調者の間に請求があってもなくても妥当する理由をあげて、提訴賛成者と非同調者の全員が原告または被告になっていれば、提訴賛成者は第三者に対する入会権確認訴訟の原告適格を具備するとしている。そのため、提訴賛成者と非同調者の間に請求が定立できる場合<sup>42)</sup>だけでなく、請求が定立できない場合<sup>43)</sup>にも、射程が及ぶのではないかという疑問が生じる。

この平成20年判例の射程に関する2つの疑問について学説が対立している。提訴賛成者と非同調者の間に請求が定立できる場合に限り、かつ給付訴訟には及ばないとする見解<sup>44)</sup>と、文言を重視し、請求が定立できない場合にも射程が及びうとした見解<sup>45)</sup>である。鶴田教授によれば<sup>46)</sup>、射程を広くとらえる前提として、請求が定立できない問題については、共同所有地の管理処分の方に関する実体法の解釈として、一定の要件のもとに、提訴非同調者に対する提訴協力請求権を構想し、これを訴訟物とする訴訟の請求認容判決により、第三者に対する給付または確認の訴えについての提訴賛成者への訴訟追行の授權の効果が生ずると構成し、上述の提訴非同調者と第三者の間の既判力の問題も解決できるとする。給付訴訟に射程は及ばないが、抜本的解決のためには、請求が定立できない場合に

も射程が及ぶと考えるのが統一的解釈、抜本的解決のために妥当であるとする。

この点について、立法提言<sup>47)</sup>として提訴者の申し立てにより、一定の要件を満たした場合には提訴者を担当者とし非同調者を被担当者とする訴訟担当（裁定訴訟担当）を認める裁判としての授権決定の制度の新設が提案されている。つまり、一定の要件のもとに、提訴者に非同調者の権利を行使することができる実体法上の地位を裁判所の決定により授権し、同時に訴訟担当者という訴訟法上の地位を付与する。この実体法上および訴訟法上の地位は、執行段階にまで及び、執行段階では、執行担当者として行動することができる。これによって、確認訴訟だけでなく、給付訴訟における対応もできるということだ。そして、この提言では、授権決定の要件として、以下の3項目を挙げている。まず、「勝訴の可能性」である。授権決定により、一部の者による訴訟追行を許した場合において、その一部の者が敗訴したときは訴訟当事者とはならなかった非同調者の実体的利益を害する危険があるところ、訴訟当事者とならなかった非同調者の実体的利益を保護するための要件として要求された。次に、「共同提訴の困難性」である。授権決定は当該訴訟限りではあるが、当事者の実体法上の権利関係を変容させるものであるから、真に必要な場合にのみ制度の利用を許すためである。最後に非同調者への通知である。提訴を拒否したものがいる場合でも、申し立てにより直ちに授権決定をするのではなく、再考の上で共同提訴に加わる機会や授権決定の申し立てに対して意見を述べる機会を確保することが望ましい。したがって、非同調者に対して授権決定の申し立てがあった旨を通知して、相当期間が経過した後でなければ、授権決定を行えないとする要件である。

なお平成8年改正の際に議論された参加命令制度では、参加命令を発令する要件として、一定人数比率が必要とされた。もっとも、多数の者が提訴に合理的な理由なく協力しない場合などとえ関係者の多数が提訴に非協力的であったとしても授権決定を行うことが望ましい場合もある。したがって、人数比率要件は明らかに合理性を欠くとして授権決定の要件にしていない。この提言は、給付訴訟の場合にも対応できることに加え、115条1項2号の適用により非同調者にも判決効が及ぼされ、権利関係の最終的な確定ができ、紛争が抜本的に解決可能な制度だと考えられる。なお、授権決定が実体法上の権利関係の部分的な変容を伴うので、本案手続とは独立の不服申し立て（即時抗告）によって争うことができるとしており、救済方法も確保している。よって、この非同調者の問題は、上述のように様々な学説があるところではあるが、この政策提言のような立法によって解

決することが望ましいといえる。

なお、平成20年判例には従来の判例と矛盾するのではないかという問題点もある<sup>48)</sup>。共有確認訴訟において、すべての共有者による共同提訴を要求する従来の判例は、請求棄却判決が確定した場合、共有目的物を処分したのと実質的には同様の効果が生じることになる以上、共有関係の確認を求める訴えの提起は共有物と同視することができるという理解を前提としていると解せる。この理解により、共有物の処分には全共同所有者の同意が必要である以上、それと同視することができる共有関係の確認を求める訴えの提起についても全共同所有者が共同して行うことを要求したといえる。しかし、提訴を拒否する共同所有者を被告とすることによって、このものが共有の確認を求める訴えの提起に同意したものとすることは当然にはできないため、このような理解が平成20年判例と両立しない。

しかし、このような問題も上記立法措置で問題となくなるため、より立法による解決が必要だといえる。

#### Ⅳ 代表権の紛争についての別訴提起の可否

権利能力なき社団の紛争においては、その代表者の地位に関する争いがおこることも想定される。例えば、権利能力なき社団が原告となり代表者の代表権<sup>49)</sup>の有効性を問題としている事案において、被告が自身の解任決議の無効を確認する反訴を提起する場合が挙げられる。代表権に関する紛争が存在する場合にこのような確認の訴えについての訴えの利益が認められるか問題となる。なぜなら、最高裁判所昭和28年12月24日民集7巻13号1644頁では、訴訟代理人の代理権の存否の確認を不適法としているところ、共にある別の訴訟における訴訟要件の存否にかかわる判断という点で類似の事例とも思える代表権の確認も不適法になるのではないかという問題意識があるためである。この点について、結論として、訴訟代理権と代表権とでは実質的な紛争の広がり異なるため、確認の訴えは適法となる。まず、昭和28年最判は、本案の前提として判断される手続的事項については、独自の訴えの利益は認められないから訴訟代理人の代理権の存否の確認を求める訴えは不適法であるという判例である。なぜなら、ある訴訟の訴訟代理人であるか否かはその訴訟の手続内においてその終局判決で解決されれば足り、これと別に訴えを提起し、その存否の確認を図ることについては対象選択の利益がないというべきで、独自の確認の利益は認められないからである。そうだとすれ

ば、代表権が問題となる場合であっても、元代表者が第一訴訟で社団を代表して訴訟追行することは、訴訟要件を欠き、却下判決がされるから、そのような判決を第一訴訟の終局判決ですれば足りるのであって、元代表者が提起しようとする訴えにつき訴えの利益を認める必要はないのではないかとも思える。確かに、ある訴訟における訴訟代理権の問題と、ある訴訟において当事者となる権利能力なき社団の代表者が誰であるかという問題とは、現実には訴訟行為を行う者の行為の効果を原告被告とされた者に帰属させられるかという点で共通している。そのため、代表者を確定する意義がこれだけであるならば第一訴訟における終局判決での解決で十分だといえる。しかし、代表者が誰であるかという問題は、裁判所に提起されたその訴訟の帰すうだけにとどまらずに、元代表者をめぐるより広い紛争につながるものが想定される。社団が活動を継続していくなら、その後の社団の活動における紛争発生を予見でき、独自の解決の必要性があるといえる。したがって、第一訴訟における解決とは別の訴えを提起する利益が認められると解するのが相当である。

なお、手続内の問題として、代表者の地位について、反訴として提起する限り、確認請求に確認の利益を認めたとしても審理コストが増大することにはならないとして、より広範な訴えの利益を認めることができるとする考えもある。これは、中間確認の訴えが独立の訴えと同程度の確認の利益を要求されていないことを論拠とし援用したものである。もっとも、別訴としては独立の訴えと同程度の確認の利益の存在が認められない不適法な訴えが、反訴として適法になる状況は不自然といえ、この考えは妥当ではない。

## V 結 論

本研究では、権利能力なき社団についての訴訟について、共同所有形態が総有であり、訴訟が固有の必要共同訴訟になることから生じる訴訟における典型的な問題を列挙し、学説、判例を整理して処理方法を検討した。その結果、既判力の主観的範囲および構成員の責任と、原告となるべきものの一部が提訴に同調しない場合の処理については、判例も蓄積していることから、多くの学説が存在し、議論が煮詰まっていると言え、時代の変遷や、学説の登場経緯などを踏まえて、一定程度は適切な処理方法を明らかにできたといえる。しかし、代表権紛争の別訴提起の可否については、ケースの希少性からか判例がなく、また学説も少ない

ところであり、考察も表層的な部分にとどまった。今後、判例等を注視しつつ、より詳しい調査をしていく必要がある。

- 1) 権利能力なき社団は、民法、一般法人法としてその他の要件を備えてないというにすぎず、法的人格は有する。つまり、民法や一般法人法、その他の法律上の法人ではないが、法的人格を有する団体をいう。なお、ここで社団とは、単に財団に対応して使われているにすぎず、人の集合である団体を指す。石田穰『民法総則』(2014・信山社) 403頁。
- 2) 権利能力なき社団の存在理由としては、設立中の法人でまだ登記をしていないものや行政府の認可を受けていないものがあることと、法人格の取得については、一定の要件(民法33条1項2号、会社法26条以下、575条以下等)が存在するために手続をしないものがあることなどが挙げられる。伊藤眞『民事訴訟法 第6版』(2018・有斐閣) 124頁。
- 3) 最判昭和39・10・15民集18巻8号1671頁参照。
- 4) もっとも、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律が平成18年に制定されたことから、営利または公益のいずれの目的も持たない団体の法人格主体が容易になったため、29条の意義は減少すると思われる。伊藤眞・前掲124頁。
- 5) 判例および学説は、同項の適用についてより詳細な要件を形成している。判例は、最判昭和39・10・15民集18巻8号1671頁により、団体としての組織が備わっていること、多数決原理が採られていること、構成員の変動にかかわらず団体が存続すること、代表の方法、総会の運営、財産管理など団体としての主要な点が備わっていることを要求することで定着している。学説においては、対内的独立性(代表者の定めがあり、現にそのものが代表者として、行動していること)、対外的独立性(構成員の加入脱退にかかわらず、団体として同一性が認められること)、内部組織性(「規約」の定めがあり、総会などの手続きにより構成員の意思が団体の意思形成に反映されていること)、財産的独立性(構成員の者とは切り離された、団体独自の財産が存在すること)の4要件で一応定着している。堀野出「民事訴訟法29条の適用効果と法人格のない社団と当事者適格」『徳田和幸先生古稀祝賀論文集 民事手続法の現代的課題と理論的説明』(2017・弘文堂) 47頁。
- 6) 管理处分説には、保存行為、不可分債務、不可分債権、持分権というような実体法上個別行使が許される権利に還元できる場合には、個別訴訟を許し、必要的共同訴訟の範囲を限定する兼子説(兼子一『民事訴訟法体系〔増補版〕』(1965・酒井書店) 384頁)をはじめとして、三ヶ月説(三ヶ月章『法律学講座双書民事訴訟法〔補正版〕』(1981・弘文堂) 269頁)、福永説(福永有利「共同所有関係と固有の必要的共同訴訟—原告側の場合—」民事訴訟雑誌21号(1975・法律文化社) 2頁)、我妻説(我妻榮・有泉亨補訂『新訂物権法〔民法講義Ⅱ〕』(1983・岩波書店) 327頁)など多くの学説が存在する。

- 7) 訴訟政策説には、主に訴訟法的観点から固有の必要共同訴訟の活用と弾力化を提唱する五十部説（五十部豊久「必要共同訴訟と二つの紛争類型」民事訴訟雑誌12号（1966・法律文化社）165頁）や、小島説（小島武司「共同所有をめぐる紛争とその集団的処理」ジュリスト500号判例展望（1972・有斐閣）330頁）がある。
- 8) 折衷説には、中村説（中村英郎「必要共同訴訟」『新実務民事訴訟講座3』（1982・日本評論社）22頁）、新堂説（新堂幸司『新民事訴訟法〔第5版〕』（2011・弘文堂）773頁）、高橋説（高橋宏志「必要共同訴訟」小山昇・中野貞一郎・松浦薫・竹下守夫編『演習民事訴訟法〔新演習法律学講座12〕』（1987・青林書院）681頁）がある。
- 9) 近江幸治「民法講義1」『民法総則〔第7版〕』（2018・成文堂）120頁、阿久澤利明「権利能力なき社団」『民法講座1』（1984・有斐閣）237頁。
- 10) 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」法律論叢32巻5号81頁（1959）、北川善太郎『民法総則〔第2版〕』（2001・有斐閣）91頁。
- 11) 福地俊雄「法人に非ざる社団について」神戸法学雑誌16巻1＝2号161頁（1966）。
- 12) 川島武宜『民法総則』（1965・有斐閣）139頁。
- 13) 最判昭和39年10月15日民集18巻8号1671頁、最判昭和47年6月2日民集26巻5号957頁は一般論の部分において、総有説を判示した。最判昭和32年11月14日民集11巻12号1943頁は、総有を理由として持分権分割請求を否定しており、最判昭和48年10月9日民集27巻9号1129頁も同様の理由から構成員の個人責任を否定している。
- 14) 最判昭和31年5月10日民集10巻5号487頁。
- 15) 三木浩一・笠井正俊・垣内秀介・菱田雄郷『LEGAL QUEST 民事訴訟法第3版』（2018・有斐閣）550頁、最判57年7月1日民集36巻6号891頁。
- 16) 判例が保存行為を理由に挙げたのは、持分権の行使といえども、他の共同所有者の利害にかかわる場合には、保存行為でなければ訴訟共同の必要を否定しえないという前提に基づくものと理解できる。しかし、持分権者の一部から第三者に対してなされた不実の所有権移転登記の抹消を他の持分権者が妨害排除の請求として求めた事案である最判平成15年7月11日民集57巻7号787頁は、保存行為という理由に言及せずに原告の請求を認容している。これは、持分権は、共有物全体に及んでいる以上、保存行為を理由とするまでもなく、持分権に基づく妨害排除請求として、不実の登記の抹消を求めることができるという理解が前提にあるといえ、訴訟共同を否定するための補強理由として、保存行為という構成は不要と考えられる。三木浩一・笠井正俊・垣内秀介・菱田雄郷・前掲551頁。
- 17) 堀野出・前掲48頁。
- 18) 固有適格を用いるのは、第三者が固有の利益をもって他人の権利義務を行使する場合に限定すべきであり、29条の文脈で訴訟担当構成と対比される際には権利主体的構成を用いるべきであるという考え方もある。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（2013）2頁。

- 19) 兼子一『新修民事訴訟法体系〔増訂版〕』（1965・酒井書店）111頁。
- 20) 下村眞美「法人でない社団の当事者能力」法教363号（2010）10頁。
- 21) 判例時報961号（1980）69頁。
- 22) 最判平成6年5月31日民集48巻4号1065頁。
- 23) 堀野出・前掲54頁。
- 24) 最判昭和42年10月19日民集21巻8号2078頁。
- 25) 最判平成22年6月29日民集64巻4号1235頁。
- 26) もっとも、これは権利義務関係が総有的に帰属し、構成員の全員の総有が社団の所有と同じと扱えるため現れた二面性と言え、権利義務関係が構成員全員に共同的に帰属したり、各人に個別的に帰属したりする場合には妥当しない。堀野出・前掲50頁。
- 27) しかし、訴訟担当構成における訴訟担当は法定訴訟担当の一種となろうが、構成員に総有的に帰属する権利が争われている場合には、当事者適格が否定されることは考えにくく、当事者能力があっても当事者適格が否定されうる通常の法定訴訟担当とは性質がやや違うことに注意する必要がある。つまり、訴訟担当とは、115条1項2号に厳密には当てはまらないものがあり、訴訟担当構成においても、構成員への既判力の拡張にあらたな理論構成が必要となる。堀野出・前掲50頁。
- 28) 最判昭和48年10月9日民集27巻9号1129頁。
- 29) 堀野出・前掲50頁（1）。
- 30) 堀野出・前掲50頁（2）。
- 31) 山本弘「判批」高橋宏志・高田裕成・畑瑞穂『民事訴訟法判例百選（第5版）』（2015・有斐閣）204頁、法務省民事局参事官室「民事訴訟手続に関する改正検討事項」第二 当事者 二 共同訴訟。
- 32) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）〔第2版補訂版〕』（2014・有斐閣）336頁。
- 33) 最判昭和55年2月8日民集34巻2号138頁によって、全員一致の原則が妥当することは社団性を肯定する障害とならないと判示されている。
- 34) 山本弘・前掲204頁、山本弘「権利能力なき社団の当事者能力と当事者適格」『新堂幸司先生古稀祝賀 民事訴訟法理論の新たな構築（上）』（2001・有斐閣）849頁。
- 35) 非同調者に対しては被告に回すことのほか、選定当事者制度を活用して、残りの者が他の者を適切に代表しているとみられる場合には全員のために訴訟追行ができると解することや、拒否者に対する共同提訴の際、国ないし訴訟告知により残りの者が訴訟当事者としての地位を取得すると解するなど、拒否者を除いたままで訴訟追行が可能であるという学説も存在する（徳田和幸『複雑訴訟の基礎理論』（2008・信山社））。また、原告は非同調者を被告として、本来被告に対する訴訟について訴訟追行を授権することを求める訴訟と、本来被告を被告として、移転登記手続などを求める訴訟を併合して提起することができるものとして、原告から本来被告に対する訴えの提起が、共有者全員にとって利益となり緊急に必要な場合には、権利濫用又は信義則違反により、非同調者は原告に対して、本来被告に対する訴えの提起に協力する義務を負うとする説（鶴田説）がある（鶴田

滋「共有者の共同訴訟の必要性と共有者の訴権の保障」大阪市立大学法学雑誌55巻3 = 4巻（寺田正春教授・松本博之教授退任惜別記念号）（2009）805頁以下）。他にも、少数説はあるものの、非同調者を被告に回す考えが通説として落ち着いている。

- 36) 最判平成11年11月9日民集53巻8号1421頁。
- 37) 最判平成20年7月17日民集62巻7号1994頁。
- 38) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）〔第2版補訂版〕』（2014・有斐閣）347頁。
- 39) 山本弘「多数当事者訴訟」竹下守夫・今井功編『講座新民事訴訟法Ⅰ』（1998・弘文堂）146頁。
- 40) 三木浩一・笠井正俊・垣内秀介・菱田雄郷・前掲551頁。
- 41) 佐久間邦夫「判例解説」『最判解民事篇平成11年度（下）』（2002）712頁。
- 42) 典型的な事例として、土地の共同所有者である非同調者が、係争地につき共同所有者はなく、自分の単独所有地であると主張したり、平成20年判例の場合のように、係争地は入会総有ではなく通常の共有であると主張したりする場合は挙げられる。この場合、残りの共同所有者が原告となり、単独所有権また単独持分権を主張するものとして、係争地が原告および被告の共有または総有に属する旨の確認請求を定立することができる。
- 43) 典型的な事例として、非同調者が係争地につき共同所有地であることは争わないが、第三者に対する確認訴訟の提起に同調しない場合が挙げられる。同調しない理由として、入会では、市町村等の自治体が係争地は入会地ではなく公有地であると主張する例や、自治体に努める構成員が集落と自治体が対立する構図を嫌い、話し合いによる円満な解決を主張して控訴に同調しない例がある。
- 44) 名津井吉裕「判例解説」速報判例解説4号（2009）127頁。
- 45) 八田卓也「判批」私法判例リマークス39号（2009）108頁。酒井博行「判批」北海学園大学法学研究44巻3 = 4号（2009）565頁。
- 46) 鶴田滋「判例解説」『平成20年度重要判例説』（2009・有斐閣）143頁。
- 47) 三木浩一・山本和彦編「民事訴訟法の改正課題〔ジュリスト増刊〕」（2012）24頁。
- 48) 三木浩一・笠井正俊・垣内秀介・菱田雄郷・前掲551頁。
- 49) 団体に当事者能力と当事者適格が認められたとしても、団体が訴訟追行するためには、団体の代表者に訴え提起、応訴についての権限がある必要がある。法人であれば、代表者の権限につき、法令の定めに従って、権限の有無が定まるが、法人格のない権利能力なき社団の場合には、明文規定を欠くため、代表権の範囲が問題となる。この点について、前掲最判平成6・5・31は、代表権の範囲は、団体の範囲ごとに異なり、当然に一切の裁判上の行為に及ぶものではないとしたうえで、訴訟物となる権利関係の処分のために規約等で必要とされる授権があれば、代表者に訴訟追行の権限が認められることになり、必要な授権がない場合には、訴え提起は、代表権を欠くものによるものとして、不適法となると判示したと考えられる。団体が被告となる場合の判例はないが、授権がないという理由で自ら訴訟を回避できることは相当でないことから、真実の代表者である限り、特

別の授權がなくても訴訟追行できると考える。三木浩一・笠井正俊、垣内秀介、  
菱田雄郷・前掲550頁。

### 参考文献

- 石田穰『民法総則』(2014・信山社)。  
伊藤眞『民事訴訟法 第6版』(2018・有斐閣)。  
堀野出「民事訴訟法29条の適用効果と法人格のない社団と当事者適格」『徳田和幸先  
生古稀祝賀論文集 民事手続法の現代的課題と理論的説明』(2017・弘文堂)。  
兼子一『民事訴訟法体系〔増補版〕』(1965・酒井書店)。  
三ヶ月章『法律学講座双書民事訴訟法〔補正版〕』(1981・弘文堂)。  
福永有利「共同所有関係と固有必要的共同訴訟—原告側の場合—」民事訴訟雑誌21号  
(1975・法律文化社) 2頁。  
我妻榮・有泉亭補訂『新訂物権法〔民法講義Ⅱ〕』(1983・岩波書店)。  
五十部豊久「必要的共同訴訟と二つの紛争類型」民事訴訟雑誌12号(1966・法律文化  
社) 小島武司「共同所有をめぐる紛争とその集团的処理」ジュリスト500号判例  
展望(1972・有斐閣)。  
中村英郎「必要的共同訴訟」『新実務民事訴訟講座3』(1982・日本評論社)。  
新堂幸司『新民事訴訟法〔第5版〕』(2011・弘文堂)。  
高橋宏志「必要的共同訴訟」小山昇・中野貞一郎・松浦薫・竹下守夫編『演習民事訴  
訟法〔新演習法律学講座12〕』(1987・青林書院)。  
近江幸治「民法講義Ⅰ」『民法総則〔第7版〕』(2018・成文堂)。  
阿久澤利明「権利能力なき社団」『民法講座1』(1984・有斐閣)。  
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」法律論叢32巻5号  
(1959)。  
北川善太郎『民法総則〔第2版〕』(2001・有斐閣)。  
福地俊雄「法人に非ざる社団について」神戸法学雑誌16巻1=2号(1966)。  
川島武宜『民法総則』(1965・有斐閣)。  
三木浩一・笠井正俊・垣内秀介・菱田雄郷『LEGAL QUEST 民事訴訟法第3版』  
(2018・有斐閣)。  
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(2013)。  
兼子一『新修民事訴訟法体系〔増訂版〕』(1965・酒井書店)。  
下村眞美「法人でない社団の当事者能力」法教363号(2010)。  
判例時報961号(1980)。  
山本弘「判批」高橋宏志・高田裕成・畑瑞穂『民事訴訟法判例百選(第5版)』(2015・  
有斐閣)。  
法務省民事局参事官室「民事訴訟手続に関する改正検討事項」。  
高橋宏志『重点講義民事訴訟法(下)〔第2版補訂版〕』(2014・有斐閣)。  
山本弘「多数当事者訴訟」竹下守夫・今井功編『講座新民事訴訟法Ⅰ』(1998・弘文堂)。  
佐久間邦夫「判例解説」『最判解民事篇平成11年度(下)』(2002)。

- 名津井吉裕「判例解説」速報判例解説4号(2009)。  
八田卓也「判批」私法判例リマークス39号(2009)。  
酒井博行「判批」北海学園大学法学研究44巻3 = 4号(2009)。  
鶴田滋「判例解説」『平成20年度重要判例説』(2009・有斐閣)。  
三木浩一・山本和彦編「民事訴訟法の改正課題〔ジュリスト増刊〕」(2012・有斐閣)。  
井上繁規『必要的共同訴訟の理論と判例』(2016・第一法規)。