

[民事系科目]

[第3問] (配点: 100 [設問1] から [設問3] までの配点の割合は, 3:3:4)

次の文章を読んで, 後記の [設問1] から [設問3] までに答えなさい。

[事例]

Xは, 設立後約30年が経つ「甲街振興会」という名称の法人格を取得していない団体であり, その代表者である会長は甲街の有力者であるZが務めていた。Xには規約が定められており, 甲街で事業を営む者が, Xに書面で加入申請をすれば, Xの会員となるとされている。会員数は近年は100名程度で推移しており, 会員名簿は毎年作成されているが, 団体の運営に実質的な関心のない者も少なくない。総会員で構成する総会(定足数は総会員の過半数)があるほか, 役員として, 会長1名, 副会長1名, 監事2名が置かれている。役員は総会で選任され, 会長がXを代表する権限を有するが, 不動産など重要な財産の処分については総会の承認決議が必要とされ, 出席者の3分の2以上の賛成が必要となる。

Xには, 唯一の不動産として, Xの事務所として使用されている建物及びその敷地である土地(以下「本件不動産」という。)があるとされていた。これは, Xの活動が軌道に乗った頃, 会長であるZがAとの間で売買契約を締結して購入したものであるが, Zは, 「これはXのために購入したものであり, 以後, 本件不動産はXの事務所として使用する。」と公言していた。実際に, 本件不動産はXの資産としてXの財産目録には計上されていたが, 登記は代表者であるZの名義とされていた。本件不動産の固定資産税はZが納付していたが, Xは納税相当額をZに償還していた。

近年になり, 長らくXの会長を務めていたZが高齢になってきたため, Xの内部においては, そろそろ会長を副会長であるBに交代すべきであると主張する勢力が台頭しつつあった。そのような中, 本件不動産についてYを抵当権者とする抵当権設定登記がされていることが判明した。Bが調査をしたところによると, この抵当権は, Zの子であるCに対する貸金3000万円を被担保債権とするものであり, Cは貸金債務の返済をしつぱ遅滞していて, なお2000万円以上の債務が残存していることが分かった。そこで, Bは, Zに対して経緯の説明を求めた。これに対し, Zは, 本件不動産はXの事務所として使用するために購入したものであるが, 飽くまでも, 事務所として利用させることだけが目的であり, その所有権はZ個人にあると主張した。さらに, 一時期Cが貸金債務の返済を滞らせていたことがあるが, もう心配はないし, 今後とも本件不動産をXに使用させるつもりであると説明した。

しかし, Bの調査によれば, Zの説明とは異なって, Cはその事業が行き詰まっているため, 倒産しかねない状況にあるとの風評が立っており, ZがCを経済的に支えることも困難であろうと見込まれていた。

また, Bとしては, Zから何度となく本件不動産はXのために購入したものであると聞かされていたし, そのようなZの貢献が会員に評価されていたからこそ, Zは長年にわたり会長を務めることになったのであるから, 本件不動産はXがAから購入したものであって, Zの所有であったと認めることはできないし, 今後の活動資金の確保の観点からも, 本件不動産はXにとって極めて重要な財産であり, 何としても, Yの抵当権設定登記を抹消しなければならないと考えた。

そこで, Bは, Xの規約によれば, 会長は「職務上の義務に違反し, 又は職務を怠ったとき」には総会の決議によって解任することができるかとされていることを確認した上で, 規約に基づき臨時総会を開催し, Zの解任議案及びBの会長選任議案を提出した。

臨時総会の開催や運営に当たっては, Zやその支援者らの強い抵抗があったものの, 両議案はいずれも賛成多数で可決された。

そこで, 新たに会長に選任されたBは, 本件不動産の問題を解決するため, 知り合いの弁護士

であるL1に相談した。

以下は、Bから依頼を受けた弁護士L1と司法修習生P1との間の会話である。

L1：Bから事情を聞きましたが、Yに対しては、抵当権設定登記の抹消登記手続請求と総有権確認請求をすることになりそうですね。Zに対しても訴えを提起する必要があるかどうかは、もう少しZの動向を見てから決めたいというのがBの意向のようですから、まずは、Yを被告として、どのような訴え提起の方法が考えられるかを検討してみましょう。

P1：Xは、権利能力のない社団とされる要件を満たしているといえそうですから、民事訴訟法第29条が適用され、当事者能力が認められるので、X自身が原告となってYに対する訴えを提起することができると思います。その先は、登記手続請求訴訟になると、十分に勉強が進んでいませんので、よく分からないのですが。

L1：差し当たり、議論を単純化するために登記請求については考えることとせず、総有権確認請求訴訟を前提として議論しましょう。

P1：総有権確認請求訴訟の提起ということになると、最高裁判所平成6年5月31日第三小法廷判決・民集48巻4号1065頁によれば、権利能力のない社団が原告となり、その代表者が不動産についての総有権確認請求訴訟を進行するには、その規約等において当該不動産を処分するのに必要とされる総会の議決等の手続による授權を要するとされています。したがって、本件不動産の総有権の確認を求めるためには、少なくとも、重要な財産の処分についての承認決議に必要な総会の出席者の3分の2以上の賛成に基づく授權が必要ということになりそうです。

L1：そうですね。ただ、Zの立場を支持する勢力もなお有力のようで、今後の動向によっては、3分の2以上の賛成を得ることは簡単ではないかもしれません。3分の2以上の賛成を得ることができないことも想定すると、他にどのような方法が考えられますか。

P1：その場合には、一般的には、構成員全員が原告となって訴えを提起することになるのではないのでしょうか。

L1：しかし、本件では、構成員の中にはZやその支持勢力がおり、彼らは訴えの提起に反対するかもしれません。そういった場合には、どのような対応策が考えられるか、検討する必要がありますね。

そこで、まずは、X自体を当事者とせずXの構成員がYに対して総有権の確認を求めるには、原則としてその全員が原告とならなければならないとされる理由について整理してください。

その上で、構成員の中に訴えの提起に反対する者がいた場合の対応策について検討してください。

さらに、訴訟係属後に甲街で事業を開始して新たに構成員となる者が現れる可能性があります。そこで、この場合の訴訟上の問題点について、まとめてみてください。その際は、その者がBに同調する場合としない場合とが考えられることを考慮してください。

〔設問1〕

あなたが司法修習生P1であるとして、L1から与えられた課題に答えなさい。

【事例(続き)】

BとL1は、検討を重ねた結果、Xを原告、YとZを被告として総有権確認請求の訴えを提起することとし、それと併せて登記手続請求の訴えも提起すると結論に至った。そこで、本件不動産はXの構成員の総有に属するとして、Xを原告とし、YとZとを共同被告として、本件不動産の総有権確認請求の訴えを提起し、併せてYに対しては抵当権設定登記の抹消登記手続請求の

訴えを、Zに対してはZから現在の代表者であるBへの所有権移転登記手続請求の訴えを提起した。なお、Bは、他の会員を説得し、事前にこれらの訴え（以下、これらの訴えに係る訴訟を「第1訴訟」という。）の提起のために必要となる総会の承認決議を得た。

以下は、このような経緯で訴えを提起されたZから訴訟委任を受けた弁護士L2と司法修習生P2との間でされた会話である。なお、Xが原告となって登記手続請求の訴えを提起することの可否について検討する必要はない。

L2：Zは、そもそも、Z自身がXの会長の地位にあるのに、Bが会長であるかのように行動していることに不満があるようです。自らがXの会長の地位にあることを裁判で認められてほしいという要望は何かして受け止めてあげたいですね。第1訴訟において、Bを代表者として提起された訴えの適法性自体を争い、却下判決を求めることは当然ですが、それに加えて、第1訴訟の中で、自らが会長の地位にあることや解任決議が無効であることを確定させる判決を得ることができないかも検討した方がいいでしょう。

もっとも、X内部での会長の選解任がいかなる場合に無効となるのかという実体的な問題については、ひとまず、解任事由が存在しないというZの言い分どおりの事実が認められれば、解任決議は無効となり、そうであるとすれば、規約上1名に限られる会長が既に存在する状況でされた新会長の選任決議も無効となる、という前提で検討を進めてみてください。

P2：分かりました。Zとしては、Zの解任決議が無効であること、及びZがXの会長の地位にあることの確認を求める訴えを提起することが考えられ、その場合、Xを被告とすることが適当であると思います。そして、第1訴訟の中で、Zが会長の地位にあり、自らの解任決議は無効であることを主張するわけですから、反訴として提起することが簡便だと思います。

L2：そうですね。Zが、第1訴訟においてXを被告として反訴を提起するという前提で検討しましょうか。それから、Zの提起する反訴において、会長としての地位が争われることになるBがXの代表者として訴訟を進行することを認めてよいかという問題もありそうですが、差し当たり、この点は検討の対象から除外します。

P2：分かりました。

L2：検討をするに当たって1点確認をしておきたいのですが、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という考え方を聞いたことはありませんか。

P2：はい。そう言えば、最高裁判所昭和28年12月24日第一小法廷判決・民集7巻13号1644頁も、訴訟代理人の代理権の存否の確認を求める訴えを不適法としていたと思います。本件では、会長の地位にあるかどうか争われているので、利益状況は似ているようにも思います。Zが提起する反訴も却下されてしまう可能性があるのでしょうか。

L2：少なくとも、そういう反論に備えておく必要はあるでしょうね。以上のことを踏まえた上で、Zが解任決議が無効であることやZがXの会長の地位にあることを確認する訴えを提起することについて訴えの利益が認められるという理由付けを具体的にまとめてみてください。それから、反訴として提起するということから、民事訴訟法第146条第1項所定の要件についての検討も念のために行っておいてください。

〔設問2〕

あなたが司法修習生P2であるとして、L2から与えられた課題に答えなさい。

【事例（続き）】

第1訴訟について審理がされた結果、XのYとZに対する請求はいずれも認容され、判決（以下「前訴判決」という。）は確定した。前訴判決の確定を受け、Yは、本件不動産について設定

を受けていた抵当権は無効であり、損害を被ったなどとして、Zに対して、債務不履行に基づく損害賠償を求める訴えを提起した。この訴訟（以下「第2訴訟」という。）において、Zは、「Aから本件不動産を買い受けたのは自分であり、抵当権設定契約時にも本件不動産を所有していたからYに対しても抵当権を有効に設定していて、登記も具備させたのであるから、債務不履行はない。」と主張した。

これに対し、Yは、「前訴判決において本件不動産がXの構成員の総有に属することが確認された以上、Zは、本件不動産はXの構成員の総有に属さず、Zの個人財産に属したと主張して損害賠償責任を免れることはできない、そうでなければ、Yは、第1訴訟においては本件不動産はXの構成員の総有に属するという理由で敗訴し、他方、第2訴訟においては本件不動産はZの個人財産に属するという相矛盾する理由によって二重に敗訴する危険を負うことになってしまい、不当である。」と主張した。

以下は、第2訴訟の審理を担当する裁判官Jと司法修習生P3との間でされた会話である。

J：本件はいろいろと問題がありそうですね。本件では、YはZに対して不法行為ではなく、債務不履行に基づいて損害賠償請求をしていますね。そもそも、本件のような事案において、債務不履行に基づく損害賠償請求が実体法上可能か否か等についても学説は分かれています。私としては、抵当権設定契約の時に設定者が抵当権の目的物の所有権を有していなければ有効な抵当権を設定できず、その場合には、設定者は抵当権設定契約に基づく債務不履行責任を負うと理解したいと考えています。以下では、この理解を前提に民事訴訟法上の問題について検討してもらいます。相矛盾する理由によって二重に敗訴する危険を負わされるのは不当であるというYの主張は、既判力と関係しそうですから、裁判所の方でよく検討をしておかないといけませんね。前訴判決の既判力によってこの問題を解決することができるかどうかについては、どう考えますか。

P3：本件の事実関係を前提とすると、前訴判決のうちXのYに対する総有権確認請求についてされた部分の効力がXの構成員の一人であるZにも及んでいると解する余地があるのではないのでしょうか。

J：なるほど。①権利能力のない団体が当事者として受けた判決の効力は、当該団体の構成員全員に対して及ぶと述べる最高裁判所平成6年5月31日第三小法廷判決・民集48巻4号1065頁があることは承知していますが、それを本件において援用することが適切かという点については、具体的に検討してみる必要があると思います。

P3：他方で、仮に前訴判決の既判力がZに及ぶことになるとしても、それが第2訴訟においてどのような意味を持つのか、今一つはっきりしないような気がします。

J：②確かに、本件不動産がXの構成員の総有に属していればZの所有には属しないということは、一物一権主義から当然にいえそうではありますが、しかし、前訴判決の既判力がいつの時点における権利関係の存否について生じているのかということとの関係で、第2訴訟におけるYとZの主張の対立点に関して前訴判決の既判力が作用し得るのかは、私も少し引っかかっているところなので、具体的に検討してみてください。

P3：既判力に基づく説明以外の説明によってYの主張を根拠付ける余地もあるかもしれませんが、そういった検討も必要でしょうか。

J：③それも検討していただきたいですね。ただ、既判力以外の根拠を用いようとする場合には、第1訴訟の段階でYとして採るべき何らかの手段があったのであれば、それをしなかったYが不利益を被ってもやむを得ないという反論も出てくるかもしれません。結論を限定するわけではありませんが、第1訴訟の段階でYとして採るべき手段があったかどうかという点にも触れながら、検討してみてください。

P3：なかなか大変な検討になりそうです。

J：前訴判決が存在するにもかかわらず，第2訴訟において本件不動産の帰属に関して改めて審理・判断をすることができるのかを検討することが今回の課題です。なお，検討事項も多いので，差し当たり，前訴判決のうち登記手続請求についてされた部分を考慮に入れる必要はありません。では，頑張ってください。

〔設問3〕

あなたが司法修習生P3であるとして，下線部分①から③までに現れたJの問題意識についての検討結果を示しつつ，Jから与えられた課題に答えなさい。

MEMO

<目標>

- ① 設問1で、複雑訴訟パターン(1-1-4)の使い方を確認する。
- ② 設問2で、誘導に乗る訓練をしつつ、反訴・中間確認の訴えの使い方を習得する。
- ③ 設問3で、既判力(主観・客観的範囲、時的限界、作用)と訴訟告知・補助参加の使い方を確認する。

<重要条文>

- 1 必要的共同訴訟(民事訴訟法40条)
- 2 共同訴訟参加(52条)、口頭弁論の併合等(152条)、参加・引受承継(49~51条)
- 3 反訴(146条)、中間確認の訴え(145条)
- 4 共同訴訟の要件(38条)、共同訴訟人の地位(39条)
- 5 既判力の範囲(114条)、確定判決等の効力が及ぶ者の範囲(115条)
- 6 訴訟告知(53条)、補助参加人に対する裁判の効力(46条)

<答案作成上のアドバイス>

- ① 最も複雑訴訟っぽくない設問2が、取っつきやすそうに見えて最も難しいという畏にかからなかったでしょうか…確認の(訴えの)利益の問題は、司法H25論文民事系第3問設問1も、出題意図が非常に分かりにくい難問だったので、一応そのような傾向があることを考慮して(その傾向が変わる可能性があるので固執はしないで)、解く・書く優先順位を考えた方がいいかもしれません。
- ② 設問1は、複雑訴訟パターン(1-1-4)に乗せるだけでも優に合格ラインを超えられますが、採点実感で示されているような“完全解”を書くのはまず不可能でしょう。
- ③ 設問2(1)は、とりあえず確認の(訴えの)利益の3要素を導き、これに沿って自分なりに処理していれば、充分合格ラインに達しました。民訴法の難問ではこのように、“完全解”を導くのに必要ない“基礎”的な抽象論が命綱となることが特に多いです。
他方、設問2(2)では、法的構成が明示されている以上、その文言に自分なりにあてはめること自体は容易だったでしょうから、設問2(1)より先に書いてもいいくらいでした(そこから設問2(1)で問われている内容を把握することも、一応不可能ではなかったかもしれません)。
- ④ 設問3は、過去問頻出の既判力についての①②についての処理を適切に書きたかったところです。他方、③については、“第1訴訟の段階でYとしてとるべき…手段”を思いつかないなら、“既判力以外の根拠”として信義則(2条)を使って処理するにとどめ、他の問題に時間を割いて得点を積み増すべきだったでしょう。

＜解答過程＞（板書・講義とほぼ同じになってしまうので、それらを参照してください。）

〔設問1〕

会話ラスト“Xの構成員…全員が原告”＝多数当事者訴訟（請求の主観的複数：1-1-4-2）

- ・共同訴訟の種類：固有必要共同訴訟←課題1・2
- ・主観的併合の態様：※主観的追加的併合←課題3
- ・訴訟参加：上記主観的追加的併合と重なる。
- ・当事者交替：同上。

〔設問2〕

- ・“確認する訴え…の利益が認められるという理由付け”
→一応、訴訟要件パターン（1-1-1-1）に位置づけられ、実的にはそれで自分なりに処理できればOK。
※完全解に辿り着くには、問題文の誘導に乗る必要があるが、非常に難しい。
- ・“第146条第1項所定の要件についての検討も念のため”
→一応、複雑訴訟パターン（1-1-4）のうち複数請求訴訟（1-1-4-2）に位置づけられるが、同パターンは適切な法的構成に辿り着くまでのプロセスなので、同条項という法的構成が明示されている本間に現場で対処する限りでは、あまり意味がない（事前に同パターンの全条文を使いこなせるよう訓練するきっかけとしては意味がある）。
※完全解に辿り着くには、上記“確認する訴え…の利益が認められるという理由付け”とリンクするあてはめを要するので、極めて難しい。

〔設問3〕

まず【事例（続き）】2行目“判決…確定”と来たら既判力！

- ① “権利能力のない社団が当事者として受けた判決の効力は…構成員全員に…及ぶ…平成6年…判決”
→人がズレているから、主観的範囲（115条）を検討。 ※P1の会話に詳細
+P1の会話“授權”から法的利益帰属主体の授權に基づく任意的訴訟担当（同条1項2号）を想起…
できなければ、既判力の本質たる紛争解決・手続保障から現場思考で解く・書く。
※一応、手続の流れパターン（1-1-3）に位置づけられるが、同パターンを使うまでもない感じ。
- ② “既判力がいつの時点における権利関係の存否について生じているのか”
→時的限界と客観的範囲（114条）を検討。
※一応、手続の流れパターン（1-1-3）に位置づけられるが、同パターンを使うまでもない感じ。
- ③ “既判力以外の根拠”としては、まず信義則（2条）を思いつきたい ∵既判力が使えず“困ったときの”。
→それ以上に“既判力以外の根拠”（ex. 既判力に似て非なる参加的効力：46条）として“第1訴訟の段階でYとして採るべき何らかの手段”（ex. 訴訟告知：53条）が思いついたら、法的構成した条文の文言にあてはめる。
※ここで複雑訴訟パターン（1-1-4）の訴訟参加のうちの補助参加にからむが、同パターンを使うまでもない感じ。
→思いつかなければ、問題文の事情をできる限り使って具体的に、信義則で処理する。

民訴法における4段階アルゴリズム（4A）の具体化

1-1 事例問題

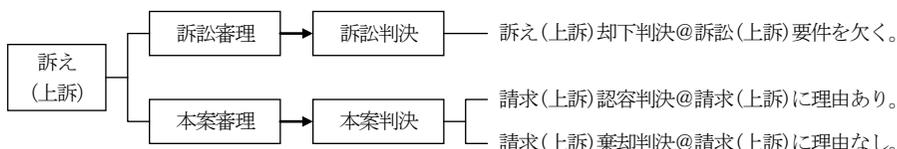
1-1-1 訴訟(上訴)要件

訴訟(上訴)要件=本案判決をするための要件

→問題なし：次に1-1-2へ。

→問題あり：その訴訟(上訴)要件について論述する。

→クリア⇒次に1-1-2へ。



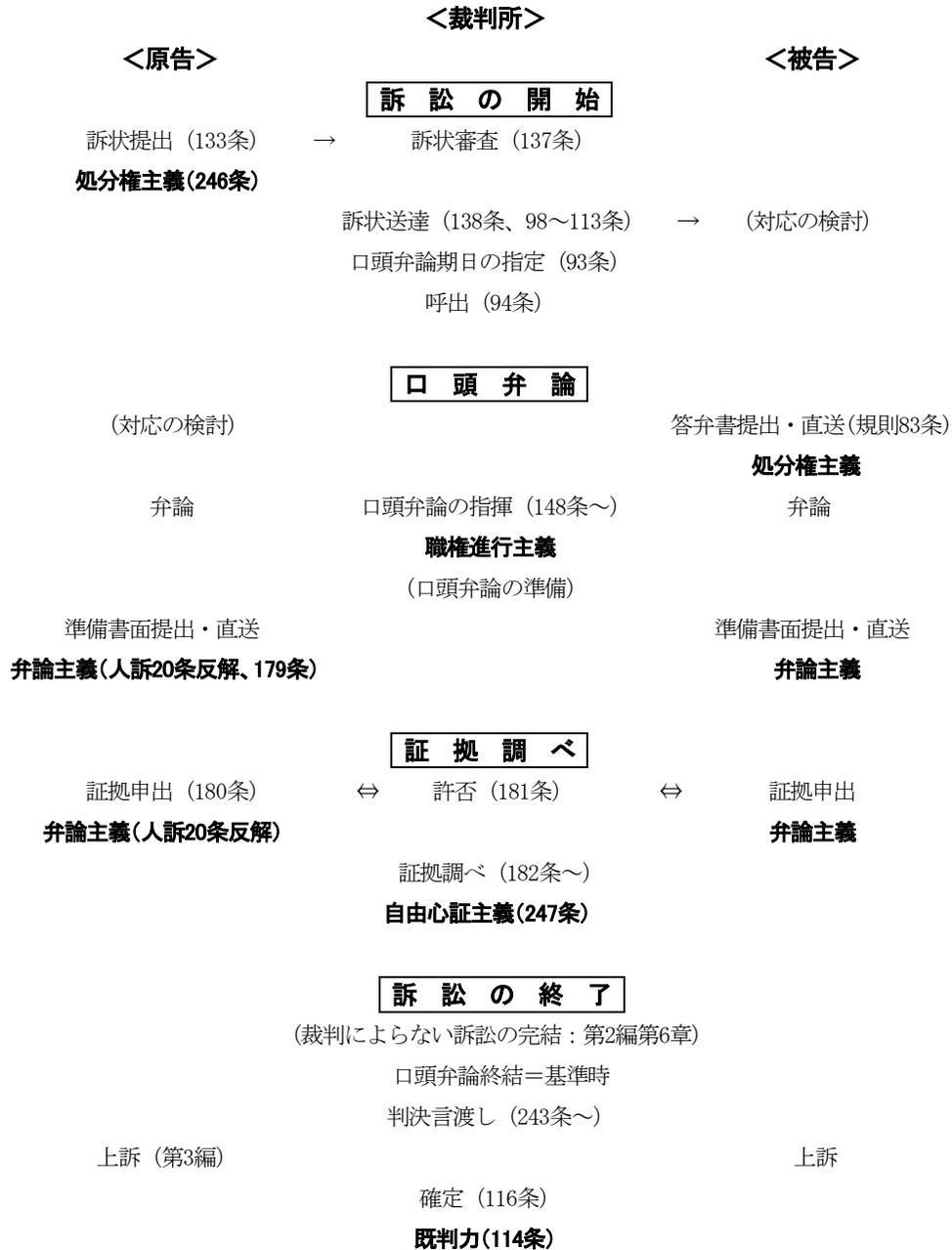
◆1-1-1-1 訴訟要件

公益性 ◎ 本案と関連 △	公益性 ○ 本案と関連 ◎	公益性 △ ⇨ 被告の利益
職 権 調 査 事 項	抗 弁 事 項	
職 権 探 知 主 義	弁 論 主 義	
<裁 判 所>	<被 告>	
・① (3条の2～12等) ・② (4条～、裁判所法24・33条) ※(a)	[裁判所関係] ※(b)	
・③ (1編3章) ・④ (1編3章、28・29条) ・⑥ (133条、138条等)	[当事者関係] ・⑤ (30条等)	・⑦ (75条～)
・⑧ (142条) ・⑨ (262条2項) (・⑩ : 38条～)	[請求関係] ・⑪ (134・135条)	※(c) (仲裁法14条1項)

- ①裁判権、②管轄：(a)専属管轄 (b)任意管轄、
 ③当事者実在@訴訟係属時、④当事者能力、⑤当事者適格、⑥訴え提起・訴状送達の適式・有効（訴訟係属）、
 ⑦訴訟費用の担保提供（不要）、
 ⑧重複訴訟の禁止、⑨再訴禁止、⑩複雑訴訟の要件→1-1-4、⑪訴えの利益：(c)不起訴合意・仲裁合意

1-1-3 手続の流れ

民事訴訟は、手続のどの段階かによっても、機能する原理等が異なる。そのため、民事訴訟手続のどの段階で問題が生じているかを見抜くことができれば、どの原理等で処理すべきかが分かる。



1-1-4 複雑訴訟

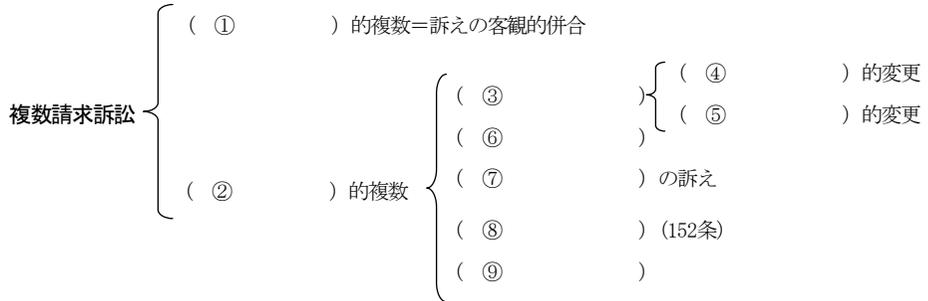
1-1-1～3の請求・人が複数となった訴訟である。

複雑訴訟の要件は、前記1-1-1-1の⑩にも挙げたように訴訟要件に一応位置づけられるが、複雑訴訟かどうかは問題文から簡単に分かるし、他の訴訟要件とは処理の異なる面が大きいため、独立のパターンとした。

このパターンでは、法的構成段階で、様々な複雑訴訟形態を使い分けられるようにする必要がある。

◆1-1-4-1 複数請求訴訟（請求の客観的複数）

【問1】 下記①～⑩に適語を補充しなさい。



【問2】 客観的併合の態様を3つ挙げ、それぞれの定義を述べなさい。

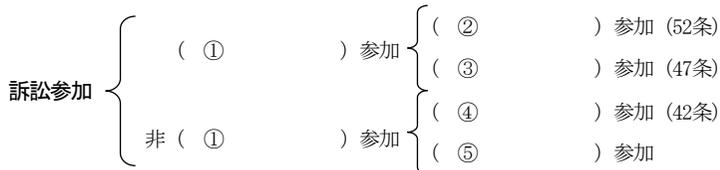
◆1-1-4-2 多数当事者訴訟（請求の主観的複数）

【問1】 下記①～⑤に適語を補充しなさい。

共同訴訟の種類	(④)	(⑤)
(①) 共同訴訟	×	
(②) 共同訴訟		×
(③) 共同訴訟	○	○

【問2】 主観的併合の態様を3つ挙げ、それぞれの定義を述べなさい。

【問3】 下記①～⑤に適語を補充し、⑤) 参加の定義を述べなさい。



【問4】 下記①～⑥に適語を補充しなさい。



1-1-4-1 複数請求訴訟（請求の客観的複数）の解答

【答1】

- ① 原始、
- ② 後発、③ 訴えの変更（143条）、④ 追加、⑤ 交換、⑥ 反訴（146条）、⑦ 中間確認（145条）、
- ⑧ 弁論の併合、⑨ 判決の併合

【答2】

単純併合：複数の請求を、それぞれ無関係に併合する態様＝原則的

選択的併合：同一目的を有し、法律上両立しうる一方の請求が認容されることを他方の請求の解除条件として併合する態様。

予備的併合：法律上両立しない複数の請求に順位をつけ、主位請求が認容されることを解除条件として、副位請求（予備的請求）を併合する態様。

1-1-4-2 多数当事者訴訟（請求の主観的複数）の解答

【答1】

- ① 通常（38条）
- ② 類似必要的（ex）複数の株主が提起した株主総会決議無効確認訴訟（会社法830条2項）
- ③ 固有必要的
- ④ 「訴訟の目的が共同訴訟人の全員について合一にのみ確定すべき場合」（40条1項）
- ⑤ 利害関係者全員が共同しなければ当事者適格が認められない

【答2】

単純併合：複数の被告に対する（複数の原告の）請求を、それぞれ無関係に併合する態様＝原則的

選択的併合：同一目的を有し、法律上両立しうる一方の被告に対する（一方の原告の）請求が認容されることを、他方の被告に対する（他方の原告の）請求の解除条件として併合する態様。

予備的併合：法律上両立しない複数の被告に対する（複数の原告の）請求に順位をつけ、主位被告に対する請求（主位原告の請求）が認容されることを解除条件として、予備的被告に対する請求（予備的原告の請求）を併合する態様。（cf）同時審判の申出（41条）

※追加的併合：訴訟係属中、後発的に共同訴訟となる併合態様（49～52条、152条）

【答3】

- ① 当事者、② 共同訴訟、③ 独立当事者、④ 補助、
- ⑤ 共同訴訟的補助：判決効が及ぶが、当事者として参加する適格ない第三者がする補助参加。

【答4】

- ① 任意的当事者変更、② 訴訟承継（法定当事者変更）、
- ③ 当然（124条参照）、④ 特定、⑤ 参加、⑥ 引受

MEMO

講師作成答案例

1 第1 設問1

2 1 原則として構成員全員が原告とならなければならないとされる理由
3 利害関係者全員が共同しなければ当事者適格が認められない固有必要
4 的共通訴訟かは、当事者適格の基礎となる管理処分権ないし法的利益
5 の帰属形態によって判断すべきである。

6 本件訴訟は、原告が、構成員全員に一体として帰属する本件不動産
7 総有権を1個の訴訟物として提起するもので、同権利を一部の構成員
8 が管理処分することは観念できない。

9 2 構成員中に提訴反対者がいた場合の対応策

10 反対者も共同被告として本件訴訟を提起する。

11 上記1の原則を貫くと適法な提訴ができない賛成者の裁判を受ける
12 権利(憲法32条:法の支配を実現するため不可欠)を保障する必要がある
13 大きいし、被告Yと利害が一致するといえる反対者の手続保障を図れ
14 るという、訴訟法的観点からである。

15 確かに、上記1の実体法的観点からは、一部の構成員が原告として
16 本件不動産総有権を管理処分する形とも思えるが、敗訴した場合に同
17 権利を処分したのと似た状態となり、同権利の帰属が原告構成員と一
18 体として判断される点は、被告とされた構成員も同様だから、その応
19 訴行為で同権利を管理処分しているとみられる。

20 3 訴訟係属後に甲街で事業開始し新構成員となる者が現れた場合

21 その者を共同当事者としなければ、当事者適格が認められない。

22 (1) その者がBに同調する場合

23 上記1のとおり固有「必要的共同訴訟」(民訴法40条)たる本件
24 「訴訟の目的が当事者の一方」たるXの構成員「及び第三者」たる
25 その者「について合一～確定すべき場合」だから、Bはその者に共
26 同訴訟参加(52条1項)してもらわなければならない。これで、その者も
27 「共同訴訟人」となるので、当事者適格が認められる。

28 (2) その者がBに同調しない場合

29 ア 共同訴訟参加をしてもらうことは難しいから、本件訴訟の原告
30 がその者を被告とする別の本件不動産総有権確認訴訟を提起し、
31 その弁論を本件訴訟に併合する(152条1項)よう裁判所に上申
32 できるが、これは裁判所の裁量によるので確実ではない。

33 イ(ア) Bは、従前のX構成員の地位を承継した者については、義
34 務・権利承継人の訴訟引受の「申立て」により、その者を本
35 件訴訟の共同被告とすることができる(50条、51条後段)。

36 (イ) 他方、そうでない者については、明文なき主観的追加的併
37 合ができる。

38 被告Yと利害が一致するといえるその者の手続保障(前記
39 2)はYが代替したといえるから、固有必要的共同訴訟として
40 「合一～確定」(40条)するため本件訴訟の状態を利用でき
41 ると解され、訴訟経済にも適うし訴訟の複雑化・遅延を招か
42 ない。

43 また、本件訴訟係属後に新構成員となる者が現れたのだから
44 本件訴訟提起は軽率な提訴・濫訴だったとはいえない。

45 第2 設問2

46 1 本件反訴には訴えの利益が認められる

コメント[中村充1]:採点実感のように“課題1”
といった書き方でもOKだが、課題文を(ほぼ)
そのまま見出しにした方が、問いに愚直に答える
(問いから離れない)答案になりやすい。

コメント[中村充2]:司法H23 論文民事系第3問
設問3。採点実感が書かれている説明“例”(こ
れは課題2で使った)より、こちらの方がシン
ブルで汎用性が高いと思う。

コメント[中村充3]:これが、採点実感“持分が観
念される共有についても全員による処分が必要”
な理由だろう(最判平20.7.17についての最高
裁調査官解説P422注12:もちろん加点)。

コメント[中村充4]:採点実感“訴権を保護”“「…
裁判を受ける権利が極めて重要なものであるこ
とに鑑み…訴訟政策的な観点を重視すべきであ
る」などと述べるのが高評価につながる”(も
ちろん加点)。

コメント[中村充5]:採点実感が求められている課
題1との整合性の検討(もちろん加点)。ここで
課題1の説明例を使うと、ネタ切れを防げる。

コメント[中村充6]:このようにあてはめないと、
この要件をみたせないだろう。

コメント[中村充7]:予備H26 論文民訴法設問1。

コメント[中村充8]:司法H20 論文民事系第2問
設問3。

コメント[中村充9]:全体的に加点事由だったとい
うわけではない。採点実感でも、146条1項の“二
つの要件の問題であることを指摘し、これに該
当することある程度具体的に提示…できてい
る”なら合格ラインという感じ。

47 昭和28年判決は、訴え提起・訴状送達の有効性という訴訟要件に関
48 わる訴訟代理人の代理権が、認められなければ訴え却下判決で解決し、
49 認められればそのまま本案の判断に進めばよいから、本案の前提とし
50 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
51 いという考え方だろう。

52 (1) X会長としての代表権の存否も、第1訴訟の同訴訟要件に関わる。
53 (2) しかし、第1訴訟だけで3つも請求があることから、Xが今後
54 も活動を続ける中で様々な紛争に巻き込まれるだろうから、その度
55 に問題となるX会長が誰かを抜本的に解決しておく必要がある。

56 また、本件反訴は第1訴訟「の係属する裁判所で」併合審理され
57 る(146条1項本文)から、第1訴訟の前記訴訟要件と併せて審理
58 でき、訴訟不経済とはならない。

59 さらに、BではなくZがX会長の地位にあるかどうかは、確実に
60 第1「訴訟の進行中に争い」となるが、その確認を請求する本件反
61 訴は中間確認の訴え(145条)に似ているといえる。そして同訴え
62 では、請求判断の先決関係にある「法律関係」の存否の確認の訴え
63 の利益が広く認められる。

64 よって本件反訴には、昭和28年判決の射程は及ばない。

65 2 民訴法146条1項の要件

66 Zの解任事由が存在しないという事実が認められ、第1訴訟の「被
67 告」Zの本件反訴が認容されたら、規約上1名に限られる会長Zが既
68 に存在する状況でされた新会長Bの選任決議が無効となる。

69 (1) とすると、第1訴訟が前記1の訴訟要件をみたさないことにつな
70 がるから、本件反訴は第1訴訟における“本案前の”抗弁と関連す
71 るとはいえるが、原告の“本案”申立てに対する被告の反対申立て
72 を基礎づける「防御の方法」と関連するとはいえない。

73 (2) しかし本件反訴は、第1訴訟のうち“現在の代表者B”への所有
74 権移転登記手続「請求」の否定につながるから、これ「と関連する
75 請求を目的とする場合」といえるし、前記2冒頭の事実の審理が両
76 訴で共通するから、本件「反訴の提起により著しく訴訟手続を遅滞
77 させることとなる時」(同条項2号)でない。

78 よって、この点で同条項の要件をみたす。

79 第3 設問3

80 1 ①について

81 (1) 権能なき社団Xを原告、YZを被告とする第1訴訟のうち本件不
82 動産の総有権確認請求(本件請求)は、Xの構成員全員を当事者と
83 する固有必要的共同訴訟(前記第1)ではなく、YZの一方に対す
84 る確定判決効が他方に及ぶ(115条1項等)類似必要的共同訴訟で
85 もないが、上記「訴訟の目的である権利～」YZ2「人につき共通」
86 (38条前段)といえるから、通常共同訴訟である。

87 とすると、「共同訴訟人」YZ「の一人に～生じた」既判力は、「他
88 の共同訴訟人に影響を及ぼさない」(39条:共同訴訟人独立の原則)。

89 (2)ア そして平成6年判決では、権能なき社団が原告となり、その代
90 表者が不動産についての総有権確認請求訴訟を進行するには、そ
91 の規約等で当該不動産を処分するのに要する総会の議決等の手続
92 による授權を要すとされている。

コメント[中村充10]: この処理で引っかけた再現答案も散見された…結構盲点なので注意。

コメント[中村充11]: 全体的に加点事由にとどまる。民訴法判例百選10・11事件の解説では、法定訴訟担当と説明しているが、設問1で言及されていた平成6年判決の内容からギリギリ思いつくのは任意的訴訟担当(一応、司法H22論文民事系第2問設問3でちょっとだけ既出)だろう。

93 この授權は、代表者に代表権限を与えるだけでなく、権能なき
94 社団にも原告として訴訟を進行する権限を与えるものとみられる
95 から、同社団は明文なき任意的訴訟担当と解すべきである。

96 こう解しても、実際に訴訟進行する権能なき社団の代表者は、
97 同社団の構成員でもあるから、不適切な訴訟代理人とはいえない
98 し、構成員全員が当事者となるより訴訟手続が円滑となるといえ
99 るから、弁護士代理の原則（54条1項本文）の趣旨に反しない。

100 そして、確定判決の効力を同社団の構成員（115条1項2号）
101 に及ぼし、当該不動産の総有権という「訴訟の目的～について合
102 一～確定」（40条）を図るという合理的必要もある（前記第1）。

103 **イ** しかしZは、Xの構成員だが本件請求の共同被告の1人だった
104 から、対立するXに原告としての訴訟進行権限を与えたとはみら
105 れない。

106 よって、平成6年判決を本件で援用することは適切でない。

107 2 ②について

108 **1)ア** 前訴確定判決は「主文に包含するもの」に限り「既判力」を有
109 する（114条1項）。

110 これに反するYZの主張・証拠申出は排斥される（消極的作用）。
111 これは紛争蒸し返しを防止するため、前訴での当事者への手続
112 保障により正当化される。

113 とすると「主文に包含するもの」とは、訴訟物と解すべきであ
114 る。当事者が審判を求めた訴訟物に既判力を認めれば紛争解決で
115 き、前訴で訴訟物を焦点として攻防を尽くした当事者への手続保
116 障も十分だからである。

117 **イ** そして、訴訟物は時の経過と共に変動しうるので、事実審の口
118 頭弁論終結時を基準時と解すべきである。裁判所はそれまでの資
119 料を基礎に終局判決を下して紛争を解決するし、当事者もそれま
120 で資料を提出する機会があるからである。

121 **2)** 本件では、本件請求の認容判決確定により、基準時におけるX構
122 成員の本件不動産総有権の存在が「既判力」で確定された。

123 **ア** 他方、第2訴訟でZは、同基準時前の本件不動産の抵当権設定
124 契約時にこれを所有していた旨の主張をしている。

125 そうすると、同契約時から上記基準時まで、Zの本件不動産
126 所有権をX構成員が総有権として取得していた可能性があるから、
127 同主張が上記「既判力」ある判断に反するとはいえない。

128 **イ** ただ、本件不動産についてYを抵当権者とする抵当権設定登記
129 がされていることが半明した時、本件不動産所有権はZ個人にあ
130 ると主張していた。

131 その後、上記基準時までZが本件不動産をX構成員の総有に
132 したとの事情はない（むしろZは、Xから本件請求をされ、和解
133 せずに上記基準時に至った）。

134 **ウ** そうすると、Yが第1訴訟の判決書を後訴で提出すれば、X構
135 成員が同契約時から上記基準時までZから本件不動産所有権を
136 取得していた事実をZが主張立証するのは実際上難しいので、上
137 記アの主張が認められる可能性は低く、Yが二重に敗訴する危険
138 は小さいといえる。

コメント [中村充12]: このような内容を、Xによ
る代替的手続保障といった観点から説明してい
た(だけの)再現答案が結構あった(そのあたり
が合格ラインといえるだろう)。

コメント [中村充13]: ここは固く書きたい。

コメント [中村充14]: 下線部が修正部分です (169
行目の下線部も付随して修正しました)。修正が
遅れてしまい大変申し訳ありませんでした。
睡眠不足状態で採点実感の“訴訟における攻撃
防御上、Zが基準時におけるX所有と両立可能
な所有権移転の経路を主張することは困難であ
ることまで説明する答案は更に高く評価され
た。”の意味を難しく考えすぎた結果、問題文の
事情を捻じ曲げて、抵当権設定契約時を第1訴
訟の基準時後として処理してしまった上、事後
的なチェックも不十分でした。

コメント [中村充15]: ここは加点事由だが、121～
127行目のこれ以外の部分は、何度も問われてい
る既判力による基本的な処理なので、書いてほ
しい。

コメント [中村充16]: もちろん加点事由にとどま
る。

139 3 ③について

140 ① Yは、第1訴訟の段階で訴訟告知(53条1項)をしていれば、Z
141 がこれに応じず参加しなくても、これに参加的「効力」(46条柱書)
142 を及ぼせた(53条4項)のではないか。

143 ア まず、Zは「参加～できる第三者」(同条1項)にあたるか。

144 (ア) 訴訟手続の複雑化・遅延と相手方の応訴の過大な負担を防
145 止するため、「利害関係」とは、法律上の利害関係(参加人の
146 法的地位・利益に影響を及ぼすおそれ)に限定して解すべき
147 である。

148 ただ、「訴訟の結果」には、判決主文に限らず理由中の判断
149 も含まれると解すべきである。いずれも、参加人の法的地位・
150 利益に影響しうるからである。

151 (イ) 第1訴訟でYは、X構成員による本件不動産総有権の取得
152 原因事実(おそらくZがX(構成員)のためにこれを代表して
153 Aから買ったという民法99条1項の主要事実)が認められる
154 という理由で敗訴した。

155 この理由によると、ZはYとの抵当権設定契約締結時にも
156 本件不動産を所有していなかったことになる。

157 とするとZは、有効な抵当権を設定できず、同契約に基づ
158 く債務不履行責任(415条)を負うから、第1「訴訟の結果」
159 につき法律上の「利害関係を有する第三者」にあたる。

160 イ そして民訴法53条4項の趣旨は、被告知者が告知者の訴訟追行
161 に協力しえたのに、告知者が敗訴の確定判決を受けるに至った責
162 任を、両者で分担するのが公平にかなうという点にある。

163 とすると「効力」とは、既判力でなく、告知者敗訴の場合にの
164 み、両者間に生じる特殊な参加的効力と解すべきである。

165 また、上記趣旨から判決理由中の判断にも同効力が生じると解
166 すべきだが、同効力の予測可能性確保のため、被告知者が攻防を
167 尽くすと期待できた主要事実に関する判断に限定すべきである。

168 第1訴訟では、前記ア(イ)という理由中の判断に参加的効力が
169 生じるから、Zは第2訴訟で前記2(2)アの主張ができなくなる。

170 ② そうするとYは、第1訴訟でZに対する訴訟告知という手段を採
171 りえたが、ZはYと同じく原告Xと対立する共同被告だったから、
172 Zに対して同手段を採りにくかった面がある。

173 そこで、第1訴訟で補助参加の利益あるZ(前記1)ア)と共同訴
174 訟人Yとの間で当然の補助参加を認めて参加的効力を及ぼすことも
175 考えられるが、申出(43条)や訴訟告知がないと明確な基準がない
176 ため、訴訟が混乱するおそれがある。

177 むしろ、Zの前記2(2)アの主張を認めても、Yが二重に敗訴する
178 危険は小さいといえる(同ウ)から、Zが第2訴訟で同主張ができ
179 なくなることについてのYの期待ないし信頼(2条)の要保護性は
180 大きくない。

181 4 以上から、第2訴訟で本件不動産の帰属に関して改めて審理・判断
182 できる。

183

以上

コメント[中村充17]: そもそも訴訟告知を思い浮かべなかつた再現答案が多かったので、全体的に加点事由にとどまる。採点実感では、“YがZに対して第2訴訟と同様の訴訟を第1訴訟の時点で提起し、その併合を裁判所に上申するという答案は一つの解決法”ともされているが、これを書いていた再現答案はごくわずか。

コメント[中村充18]: 司法プレテスト論文民事系第2問。

コメント[中村充19]: これも、時間制限に追われて余裕のない中で思いつくのは奇跡に近いだろう(もちろん加点)。

コメント[中村充20]: ②についての論述の修正中、134～138行目でYの二重敗訴の危険が小さいとしたことが無視できなくなり、ここの論述を修正前とは逆方向の論述に変えた(下線部が変更箇所)。

ちなみに変更前の論述は、以下の“”内。

“また、共同訴訟人間で当然の補助参加を認める理論がある。これを認めるかは別として、このような理論が唱えられるほど、共同訴訟人間で補助参加関係が生じることへの期待は大きいといえる。

とすると、信義則(2条)により本件不動産の帰属についての再審理を不要として、この期待を保護すべきである。

以上から、第2訴訟で本件不動産の帰属に関して改めて審理・判断できない。”