

論文式試験問題集
〔民事訴訟法Ⅱ〕

【民事訴訟法】 （設問1）から【設問2】までの配点の割合は、1：3）

次の文章を読んで、後記の【設問1】から【設問2】までに答えなさい。

【事例】

Xは、弁護士L1に対し、下記〔Xの相談内容〕のと通りの相談を行った。

〔Xの相談内容〕

私は、3階建てのマンション（以下「本件マンション」）の管理組合（以下「本件管理組合」）の代表を務めています。本件管理組合は、本件マンションの区分所有者11名全員で構成される団体（建物の区分所有等に関する法律3条。別紙1参照）ですが、同法47条に定める管理組合法人ではありません。

本件マンションの区分所有者の1人であるYさんは、本件マンションの1階ロビーの共用部分に使わなくなった冷蔵庫やテレビ、本棚等の粗大ゴミを無断で放置しており、本件マンションの住民の間で問題となっていました。そこで、先日、本件管理組合では、業者に依頼し、本件管理組合の費用負担のもとで粗大ゴミの撤去を行いました。

本件管理組合としては、訴訟を提起し、Yさんが共用部分に放置している粗大ゴミの撤去費用を請求したいと思います。

なお、私が、本件の訴訟を進行することについて、本件マンション管理規約（以下「本件規約」別紙2参照）67条3項の理事会の決定がなされています。

以下は、【事例】において弁護士L1がXから相談を受けた際の、弁護士L1と司法修習生Pとの会話である。

弁護士L1：本件では、Yを被告として本件規約66条2項に基づく原状回復費用の請求をしようと思っています。この場合、誰を原告として訴訟を提起するべきでしょうか。

修習生P：本件管理組合を原告とすることが考えられます。

弁護士L1：それはどういうことでしょうか。順番に検討していきましょう。

まず、先ほどの相談で、Xさんは、本件管理組合は法人ではないと仰っていました。

①本件管理組合のような法人でない団体が民事訴訟の当事者となることができるのか別紙2の本件規約を参照しつつ検討してみてください。

修習生P：はい。検討します。

弁護士L1：次に、②仮に本件管理組合が民事訴訟の当事者となることができるとして、判例の立場を前提に考えた場合、本件管理組合をどのような法律構成で当事者とするべきでしょうか。考えられる法律構成を2つ示し、それぞれの構成の問題点を検討し、どちらの構成が適切か検討してください。

なお、この課題を検討するにあたっては、本件の訴訟物が誰に帰属するどのような権利といえるのか整理する必要があります。そこで、まず、本件規約に基づく請求権が実体法上誰に帰属するどのような権利なのか別紙1を適宜参照しつつ整理してから課題に回答してください。

修習生P：はい。検討します。

【設問1】 下線部①の課題について、事案に即して答えなさい。

【設問2】 下線部②の課題について、事案に即して答えなさい。

別紙 1

建物の区分所有等に関する法律（抜粋）

（建物の区分所有）

第一条 一棟の建物の構造上区分された数個の部分で独立して住居、店舗、事務所又は倉庫その他建物としての用途に供することができるものがあるときは、その各部分は、この法律の定めるところにより、それぞれ所有権の目的とすることができる。

（定義）

第二条 この法律において「区分所有権」とは、前条に規定する建物の部分（第四条第二項の規定により共用部分とされたものを除く。）を目的とする所有権をいう。

2 この法律において「区分所有者」とは、区分所有権を有する者をいう。

3 この法律において「専有部分」とは、区分所有権の目的たる建物の部分をいう。

4 この法律において「共用部分」とは、専有部分以外の建物の部分、専有部分に属しない建物の附属物及び第四条第二項の規定により共用部分とされた附属の建物をいう。

5 この法律において「建物の敷地」とは、建物が所在する土地及び第五条第一項の規定により建物の敷地とされた土地をいう。

6 この法律において「敷地利用権」とは、専有部分を所有するための建物の敷地に関する権利をいう。

（区分所有者の団体）

第三条 区分所有者は、全員で、建物並びにその敷地及び附属施設の管理を行うための団体を構成し、この法律の定めるところにより、集会を開き、規約を定め、及び管理者を置くことができる。一部の区分所有者のみの共用に供されるべきことが明らかな共用部分（以下「一部共用部分」という。）をそれらの区分所有者が管理するときも、同様とする。

（共用部分の権利関係）

第十一条 共用部分は、区分所有者全員の共有に属する。

（中略）

（共用部分の持分の割合）

第十四条 各共有者の持分は、その有する専有部分の床面積の割合による。

第二十五条 区分所有者は、規約に別段の定めがない限り集会の決議によつて、管理者を選任し、又は解任することができる。

（中略）

（権限）

第二十六条（中略）

4 管理者は、規約又は集会の決議により、その職務（第2項後段に規定する事項を含む。）に関し、区分所有者のために、原告又は被告となることができる。

（成立等）

第四十七条 第三条に規定する団体は、区分所有者及び議決権の各四分の三以上の多数による集会の決議で法人となる旨並びにその名称及び事務所を定め、かつ、その主たる事務所の所在地において登記をすることによつて法人となる。

2 前項の規定による法人は、管理組合法人と称する。

別紙2

本件マンション管理規約（抜粋）

（管理組合）

第6条 区分所有者は、区分所有法第3条に定める建物並びにその敷地及び附属施設の管理を行うための団体として、第1条に定める目的を達成するため、区分所有者全員を組合員とする本件マンション管理組合を構成する。

2 本件マンション管理組合は、事務所を本件マンション内に置く。

（管理費等）

第25条 区分所有者は、敷地及び共用部分等の管理に要する経費に充てるため、次の費用（以下「管理費等」という。）を管理組合に納入しなければならない。

- 一 管理費
- 二 修繕積立金

2 管理費等の額については、各区分所有者の共用部分の共有持分に応じて算出するものとする。

（役員）

第35条 管理組合に次の組織を置く。

- 一 総会
- 二 理事会

2 管理組合に区分所有法上の管理者として、次の役員を置く。

- 一 理事長
- 二 理事（理事長を含む。以下同じ。） 5名

3 理事長及び理事は、総会で選任する。

（総会）

第42条 管理組合の総会は、総組合員で組織する。

- 2 総会は、通常総会及び臨時総会とする。
- 3 理事長は、通常総会を、毎年1回に招集しなければならない。

（総会の会議及び議事）

第47条 総会の会議は、前条第1項に定める議決権総数の半数以上を有する組合員が出席しなければならない。

2 総会の議事は、出席組合員の議決権の過半数で決する。

（理事会）

第51条 理事会は、理事をもって構成する。

（議決事項）

第54条 理事会は、次の各号に掲げる事項を決議する。

（中略）

五 第67条に定める承認又は不承認及び代表者の指定

（原状回復）

第66条 （中略）

2 区分所有者が本件管理組合の承諾を得ることなく共用部分に改造工事を行う等の共用部分の使用を妨げる行為をしたときは、当該区分所有者は、自らの費用で速やかに原状に復帰しなければならない。

3 前項の場合において、区分所有者が、自らの費用で原状回復を行わないときは、本件管理組合は、自ら共用部分を原状に復帰させることができる。この場合において、本件管理組合は、区分所有者に対し、原状に復帰させるのに要した費用を請求することができる。

（管理組合による訴訟追行）

第67条 （中略）

3 区分所有者等がこの規約に違反したとき又は共用部分等において不法行為を行ったときは、理事長は、理事会の決議を経て、前条2項の請求に関し、本件管理組合を代表して、訴訟その他法的措置を追行することができる。

2019年3月31日

担当：弁護士 山田健太郎

参考答案
〔民事訴訟法Ⅱ〕

<p>設問 1</p> <p>1 民事訴訟の当事者となるには、原則として実体法上権利能力が認められる必要がある（民事訴訟法以下略28条）。しかし、本件管理組合は、法人ではないから、29条の「法人でない社団」にあたる限り、当事者能力が認められない。このため、本件管理組合が、本条の「法人でない社団」にあたるか検討する。</p> <p>2 「法人でない社団」とは、「①団体としての組織を備え、多数決原理が行われ、②構成員の変更にもかかわらず団体そのものが存続し、③その組織において代表の方法、総会の運営、財産の管理その他団体としての主要な点が確定」しているものをいう。</p> <p>3 まず、①本件管理組合は、組合員全員からなる総会（規約42条）と総会で選任された理事からなる理事会（規約35条）という「団体としての組織」を備えている。かかる組織において、組合員又は理事による多数決の仕組みが設けられ、（規約47条、規約54条）、「多数決原理が行われ」ている。</p> <p>また、②本件管理組合は、「構成員の変更」に関係なく本件マンションの区分所有者等によって成立する組織である（規約6条1項）。そして、③少なくとも原状回復請求、原状回復費用の請求について、理事会の決議（規約67条3項）を経て理事長が代表するといふ「代表の方法」が確定している。</p> <p>更に、本件管理組合の規約では、区分所有者等から納入される管理費及び修繕積立金により収入を確保する仕組み（規約25条）が</p>	<p>定められており「財産の管理」に関する点が確定しており、「その他団体として主要な点」が確定しているといえる。</p> <p>4 したがって、本件管理組合は、「法人でない社団」として民事訴訟の当事者となることができる。</p> <p>設問 2</p> <p>1 実体法上権利能力が認められない「法人でない社団」に権利能力を認めるのは背理となるため、29条によっても、「法人でない社団」の権利能力が認められるわけではないと考える。このため、原状回復費用の請求権を、本件管理組合の権利と考えることはできない。</p> <p>また、規約66条2項に基づく原状回復費用の請求権は、共用部分の使用を妨げることで生じた損害の填補を請求する権利であり、共用部分の所有権の侵害を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求権としての性格を有する。そして、共用部分は、区分所有者等の共有に属する（法111条）ため、各区分所有者が上記請求権を共有していることになる。</p> <p>以上を踏まえ、本件管理組合を原告とする法律構成を検討する。</p> <p>2(1) まず、本件マンション管理組合が原状回復費用請求権を自己の権利として主張する構成が考えられる。しかし、本件管理組合は、実体法上権利主体になりえないため、当事者適格が認められるのか問題となる。</p> <p>(2) 当事者適格とは、特定の訴訟における訴訟物たる権利あるいは法律関係について、当事者として訴訟進行し、本判決を求めることができる資格のことである。そして、給付訴訟については、</p>
---	---

<p>紛争解決の上で必要かつ有意義であるため、自ら訴訟物たる給付請求権を有していると主張する者に原告適格が認められる。</p> <p>(3) 本件は、共用部分の原状回復費用の給付を求める給付訴訟であり、訴訟物たる権利を有すると主張する限り、本件管理組合に当事者適格が認められる。</p> <p>しかし、本件管理組合は、実体法上権利主体となり得ないため、主張自体失当であり、本家で勝訴判決を得ることはできず、適切とは言えない。このため、他の構成を検討する。</p> <p>3(1) 次に、本件マンション管理組合を区分所有者等の解釈上の法定訴訟担当とし、Xが代表者として訴訟進行する構成が考えられる。</p> <p>もっとも、原状回復請求権は、区分所有者単独での行使も可能である(法11条、民法252条ただし書)ため、このような場合にも訴訟担当が認められるのか及びXの訴訟上の代表権の有無が問題となる。</p> <p>(2) 当事者適格は、誰が当事者として訴訟進行し、誰に対する本案判決をするのが紛争解決のために必要で有意義か、という観点から決せられる。</p> <p>そこで、検討するに、共用部分は、区分所有者等の共有に属するものの、建物の管理規約等により、共用部分の自由な使用は制限されており、建物の住民の共用スペースとして使用されているのが実態である。これは、特定の区分所有者ではなく管理組合が、実質的に共用部分を保有・管理していると評価することができる。そうだとすれば、管理組合を当事者として判決をするのがより簡明である</p>	<p>ため、紛争の解決のために管理組合を訴訟担当とする必要がある。</p> <p>また、共用部分の特分権に基づき、各当事者が原状回復請求をすることは認められている。しかし、本件管理組合を当事者とすることで、代表者を原告とした場合に生じる、代表者の変更の都度訴訟承継が必要になるという弊害を避けられる等の実益がある。このため、管理組合を訴訟担当として本案判決をすることが有意義といえる。</p> <p>したがって、本件管理組合は、区分所有者等の法定訴訟担当として、当事者適格が認められる。</p> <p>(3) 本件管理組合が敗訴した場合、構成員の妨害排除請求権を事実上喪失させる上、管理組合の代表者が当然に一切の裁判上または裁判外の行為の権限を有するとは限らない。</p> <p>このため、権利能力なき社団であるマンション管理組合の代表者が訴訟で管理組合を代表する場合、管理規約等において必要とされる手続による授権が必要となると考える。</p> <p>本件では、原状回復請求に関する規約67条3項に基づき、理事長であるXが訴訟進行するとの決定が得られている。</p> <p>したがって、Xは、訴訟上の代表権を有する。</p> <p>(4) 上記のように、本構成は訴訟法上適法であり、訴訟担当者としての資格において、構成員の権利を主張しているから、主張自体失当となるおそれもない。</p> <p>よって、本件では、本件管理組合を区分所有者等の法定訴訟担当とする構成をとるのが適切である。 以上</p>
--	---

2019年3月31日
担当：弁護士 山田健太郎

予備試験答案練習会(民事訴訟法Ⅱ)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問1〕	(11)		
当事者能力が問題になることを指摘できている。		2	
民事訴訟法29条により当事者能力の認められるものの範囲について、判例・通説を踏まえた判断基準が示している。		4	
本件管理組合が民事訴訟法29条の「法人でない社団」にあたることについて、判断基準に示した考慮要素と、規約を踏まえて具体的に検討できている。		5	
〔設問2〕	(29)		
民事訴訟法29条により当事者能力が認められるとしても、同条により、本件マンション管理組合の権利能力が認められるわけではないことを指摘できている。		2	
別紙1を踏まえ、訴訟物の法的性質を分析できている。		2	
本件管理組合を権利主体として当事者とする構成を指摘できている。		3	
本件管理組合を訴訟物となる権利の主体として構成した場合、当事者適格が問題となることを指摘し、最高裁平成23年2月15日第三小法廷判決を意識した検討ができている。		5	
訴え自体は適法だとしても、本件では主張自体失当となり、不適切であることを指摘できている。		3	
本件管理組合を区分所有者等の訴訟担当とする構成を指摘できている。		3	
解釈上の法定訴訟担当の可否について検討できている。		8	
Xが訴訟において本件管理組合を代表できるか検討できている。		3	
裁量点	(10)	10	
合計	(50)	50	

民事訴訟法Ⅱ 解説レジュメ

1. 出題趣旨

本問は、当事者能力及び当事者適格の分野からの出題である。

設問1は、最判昭和39年10月15日民集18巻8号1671頁、最判昭和42年10月19日民集21巻8号207頁（民事訴訟法判例百選〔第5版〕8事件）に基づく出題であり、基礎知識である法人でない社団の当事者能力につき基本的な理解を問うものである。

設問2は、最判平成23年2月15日判時2110号40頁（平成23年重要判例解説125頁）の事案をベースにした事例を検討することで、当事者適格及び訴訟担当について正確な知識をもとに、問題文の指示に従って本件で誰をどのような位置づけで当事者と構成するのが適切か考えさせることで、基本的な理解を問うものである。

設問1及び2共に近年の予備試験で出題されているような論点ではないものの、見慣れない問題を時間内に処理する訓練をすることで、現場思考力や対応力を養っていただくことを目的に、敢えて本分野から出題することにした。

2. 設問1

1 当事者能力

本件管理組合は、区分所有法（以下法）47条の法人ではないため、権利能力がなく、当事者能力は原則的に認められない（民事訴訟法以下法令名省略28条）。このため、29条の「法人でない社団」として当事者能力が認められない限り、民事訴訟の当事者となることができないことになる。

2 法人でない社団

(1) 判例

法人でない社団とは、「団体としての組織を備え、多数決原理が行われ、構成員の変更にもかかわらず団体そのものが存続し、その組織において代表の方法、総会の運営、財産の管理その他団体としての主要な点が確定」しているものをいう（最判昭和42年10月19日民集21巻8号2078頁、最判昭和39年10月15日民集18巻8号1671頁）。

(2) 学説

多数説は、判例の定義を以下の4つの要件に整理している（伊藤眞「民事訴訟法」第5版126頁。長谷部由紀子ほか「基礎演習民事訴訟法」3-6頁）。

① 対内的独立性

構成員の脱退・加入にかかわらず、団体としての同一性が保たれ、団体が構成員から独立していること

② 財産的独立性

団体が構成員から独立した財産を持っていること。「必ずしも固定資産ないし基本的財産を有することは不可欠の要件ではなく、そのような資産を有していなくても、団体として、内部的に運営され、対外的に活動するのに必要な収入を得る仕組みが確保され、かつ、その収支を管理する体制が備わっているなど、他の諸事情と併せ、総合的に観察して同条に言う『法人でない社団』として当事者能力が認められる場合がある（最判平成14年6月7日民集56巻5号899頁）」とされる。

③対外的独立性

代表者が定められていること

④内部組織性

代表者の選出、団体の意思決定方法などが確定されていること

(3) 具体的検討

本件で着目してほしかったポイントは、以下の通りである。

ア 判例の枠組みを用いる場合

①「団体としての組織を備え、多数決原理が行われていること」

規約 35 条, 42 条, 47 条, 54 条により、総会の多数決による意思決定と総会で選任された理事による意思決定をする仕組みが確定されていること

②「構成員の変動にかかわらず、団体そのものが存続」すること

規約 6 条 1 項により、構成員の変動にかかわらず、組織が存続するものであることが明らかであること

③「その組織において代表の方法、総会の運営、財産の管理その他団体としての主要な点が確定」していること

規約 67 条 3 項により、少なくとも原状回復のために訴訟を提起する場合の「代表の方法」が定められていること。規約 47 条 1 項で「総会の運営」方法が定められていること。規約 25 条により、収入を得る仕組みが確保されているので、「財産の管理」に関する定めがあること。

したがって、「団体としての主要な点が確定」していること。

イ 多数説の枠組みを用いる場合

①対内的独立性…規約 6 条 1 項により、構成員の変動にかかわらず、組織が存続するものであることが明らかであること

②財産的独立性…規約 25 条により、収入を得る仕組みが確保されていること

③対外的独立性…規約 67 条 3 項により、X が代表者として指定され団体を代表していること

④内部組織性 …規約 35 条, 42 条, 47 条, 54 条により、総会と総会で多数決により選任された理事による意思決定をする仕組みが確定されていること

3 答案作成上のポイント

民事訴訟法 29 条の「法人でない社団」の解釈について、判例又は上記の学説の整理を示したうえで、各要件に沿って別紙 2 の規約の内容を簡潔に指摘し、評価していけば良かった。また、多数説の中でも、①-④の各要件について、文献により少しずつ内容が異なっている(例えば、伊藤前掲 126 頁と、長谷部ほか前掲 4 頁では各要件の具体的な内容が若干異なる)ことからすると、判例の基準に沿って検討していただくとわかりやすく、なお良かった。

①そもそもどの訴訟要件、条文の問題なのかわからなかった場合②「法人でない社団」の解釈について、答案に正確に示せなかった場合、③具体的検討の仕方がよくわからなかった場合は、基本的な条文・判例の知識の不足が懸念される。

3. 設問 2

1 問題の所在

設問 1 で検討した通り、本件マンション管理組合は、民事訴訟法 29 条の「法人でない社団」として当事者能力が認められ、民事訴訟の当事者になることができる。しかし、29 条の効果に実体法

上の権利能力を認めることまで含まれると解すべきか争いがある。この点、通説は、積極的に解している(条解民事訴訟法 170 頁新堂幸司, 高橋宏志, 高田裕成執筆部分。伊藤前掲 124 頁。高橋宏志「民事訴訟法概論」9 頁)が、最判昭和 55 年 2 月 8 日判時 961 号 69 頁は、「法人格なき社団の財産は、構成員の総有に帰属するものであって、社団自身が権利主体となることはできない」と判断しており、29 条が適用されるとしても、実体法上の権利能力が認められるわけではないことを前提としている。

少なくとも今回の問題では、「判例の立場を前提にした場合」と指定しているため、この点が論点となることについて簡単に言及し、理由付けを示した上で、判例の立場を取ることになる。

判例の立場を取るとすると、本件管理組合は、実体法上の権利能力を有しておらず、訴訟物である原状回復請求権の権利者とはなりえない。

そこで、原状回復費用請求権の性質・帰属について検討する。共用部分が、区分所有者の共有に属していること(法 11 条)及び原状回復請求権は共用部分の侵害を排除する権利として位置づけられている(規約 66 条 2 項)からすると、共用部分の持分権に基づく妨害排除請求権であり、各区分所有者に帰属する、と整理するのが合理的であると考えられる。

以上の整理を前提として、訴訟物たる原状回復請求権の権利者として構成する立場と訴訟担当として構成する立場どちらがより適切か検討する。

2 給付訴訟の当事者適格

(1) 通説

当事者適格とは、「訴訟物たる権利関係について、本案判決を求め、または求められる訴訟手続上の地位をいい」、「訴訟物たる権利関係の主体に当事者適格を認めることが原則」になる(伊藤前掲 186・187 頁, 三木浩一・笠井正俊・垣内秀介・菱田雄郷「民事訴訟法」初版 366-371 頁)。より正確に言えば、訴訟物である権利関係の主体であると主張し、または主張される者に当事者適格が認められる。

(2) 最高裁平成 23 年 2 月 15 日第三小法廷判決判時 2110 号 40 頁

(平成 23 年民事訴訟法 2 事件)

ア 事案の概要

権利能力なき社団であるマンションの区分所有者全員で会って、権利能力なき社団であるマンション管理組合が、共用部分に、マンション管理組合の承諾を得ることなく改造工事等を行ったと主張して、工事を行った住民に対し、マンションの管理規約に基づく、改造工事によって設置された工作物の撤去請求と予備的に公示の承諾料及び 1 階出入口使用料の請求を行ったというもの。

イ 判旨

原告が、管理組合の権利として上記の権利を請求しているとの前提のもと、「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。本件各請求は、原告が、被告らに対し、原告自らが本件各請求に係る工作物の撤去又は金員の支払いを求める権利を有すると主張して、その給付を求めるものであり、原告が、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。」と判断して、「本件各請求の全てにつき、X の代表者本件訴訟を進行する権限を有するか否かを含め、更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。」と判断した。

(3) 本件の場合

本件は、原状回復費用の給付を求める訴訟であり、本件管理組合が権利主体にならないという立場を取ったとしても、原状回復費用請求権を自己の権利として主張している本件管理組合に当

事者適格が認められる。

そうだとすると、最判昭和55年2月8日判時961号69頁は、団体の所有権の確認を求める請求を、主張自体失当として請求を棄却している。また、後述する最判平成26年2月27日民集68巻2号192頁の調査官解説においても、「構成員全員に総有敵に帰属するものではない権利について、社団自らが権利が帰属すると主張しても、認容の可能性がないことは当然である。区分所有建物についていえば、たとえば共用部分に対する侵害を理由とする損害賠償請求権については、区分所有者全員に総有敵に帰属するものではなく、区分所有者各自に帰属しているとみるのが通常であるから、このような権利について管理組合がこれを自らの権利として主張しても、請求棄却となる(平成26年調査官解説(民事))133頁」とされる。

このことからすると、共用部分の侵害を理由とする損害賠償請求権が区分所有者に帰属するという立場を取る限り、主張自体失当となり、本案での勝訴判決を得ることができないと思われる。

したがって、判例の立場を前提にする限り、本件管理組合自身を権利主体とする構成は適切とはいえないことになる。

3 訴訟担当構成

(1) 判例

ア 最判平成6年5月31日民集48巻4号1065頁(百選5版11事件)

入会権は権利者である一定の村落住民の総有に属するものであるが(最高裁昭和三四年(オ)第六五〇号同四一年一月二五日第二小法廷判決・民集二〇巻九号一九二一頁)、村落住民が入会団体を形成し、それが権利能力のない社団に当たる場合には、当該入会団体は、構成員全員の総有に属する不動産につき、これを争う者を被告とする総有権確認請求訴訟を進行する原告適格を有するものと解するのが相当である。けだし、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。

そして、権利能力のない社団である入会団体の代表者が構成員全員の総有に属する不動産について総有権確認請求訴訟を原告の代表者として進行するには、当該入会団体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ものと解するのが相当である。けだし、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からである。

イ 最判平成26年2月27日民集68巻2号192頁(百選5版10事件)

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（オ）第232号同47年6月2日第二小法廷判決・民集26巻5号957頁参照）、このような訴訟が許容されるからといって、当該社団自身が原告となって訴訟を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。

ウ 最高裁判例の理解

①平成6年判決

平成6年判決は、構成員全員に対する解釈による法定訴訟担当を認めたものと解されている（百選5版27頁、重点講義上巻第2版補訂版190頁）。その上で、代表者の代表権の問題を団体の当事者適格問題とは切り離して論じ、「当該入会団体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」授權を要するとし、「団体が当然に原告となれたとしても、代表者が訴訟を進行するには一定の限定が課されうるとの理解（百選5版27頁）」をとっている。

②平成26年判決

調査官解説によると、本判決の「簡明であり、かつ、関係者の意識にも合致している」とは、「上記不動産（注・総有不動産）は、実体的な権利関係を法的に分析すれば、当該社団自身に帰属する者ではなくその構成員全員に総有的に帰属するものであるが、社会通念上は当該社団自身が所有している者とみられるのであり、このような実態を訴訟上も尊重することが便宜である上、関係者、すなわち当該社団の構成員や当該社団と取引関係に立つ者等の認識にも沿うことをいうものであろう。」と解説されている（平成26年調査官解説民事編107頁）。

また、本判決では、本判決の言う「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」の具体的内容について、述べられていないが、以下のような「実益」が考えられるとされる（前掲調査官解説108頁参照）。

- 代表者を原告とした場合、代表者交代の場合に訴訟承継が必要となり煩雑であるのに対し、社団を原告とすれば、代表者が交代しても、新代表者への移転登記手続を求める訴えの変更をすれば足りること
- 代表者を原告とした場合、代表者の事故による訴訟進行が困難となった場合、新代表者の選任が必要となり、社団の事情等でそれが速やかに出来ない場合には、訴訟が事実上ストップするが、社団が原告となる場合、特別代理人（民訴法37条、35条）の選任により訴訟を続行可能であること
- 不動産の明渡請求訴訟においては、権利能力のない社団自身の原告適格を認めるのが一般的であるため、仮に移転登記手続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消極説に立つと、前者は社団が、後者は代表者等が原告となってしまう。これに対し、積極説に立つと、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。
- 代表者以外の構成員を登記名義人とすることとされた場合、当該構成員が、登記名義人となることは承諾しても、訴訟進行に対しては消極的である場合もあり得るから、社団が原告となって、当該構成員への移転登記手続を求める訴訟を許容する必要がある。

なお、本判決を、権利能力なき社団である原告が、構成員に対し、構成員全員の総有に属する不動産の所有権に基づく移転登記請求訴訟をした事案について、「解釈による法定訴訟担当の構成を採用するもの(百選5版25頁)」と解する学説もあるが、そのように理解できるか明らかでない(調査官解説112-114頁参照)¹。

脚注に示したように、調査官解説は、固有適格構成とする可能性を示唆しており、平成26年判決を意識した論述をしつつ、固有適格として原告適格を認めることもありうる。

しかしながら、少なくとも本件の場合、固有適格構成をとってしまうと、2(3)で述べたように、主張自体失当となってしまう可能性が高い。

そこで、本件については、(解釈上の)法定訴訟担当構成を検討する余地があると思われる。

(2) 答案作成上のポイント

本件についても、上記の最判と同じように考えることができるか必ずしも明らかでない。上記最判及び調査官解説の分析を念頭に置きつつ、本問でXの法定訴訟担当が認められるのか論じて欲しい。

このため、答案では、平成26年判決の理由付けを意識しつつ、本件において、Xの当事者適格をみとめるのが、「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」こと及びX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」ことを具体的に論述することになると思われる。

具体的には、

- 共用部分の自由な使用は制限されており、建物の住民の共用スペースとして使用されているのが実態であり、管理組合が、実質的に共用部分を保有・管理している。このため、管理組合を当事者として判決をするのがより「簡明」である。
- 共用部分の持分権に基づき、各当事者が原状回復請求をすることは認められている。しかし、代表者を当事者とした場合に生じる代表者変更の都度の訴訟承継手続の事務負担を回避できる等の「実益」がある。

こと等を指摘することになると思われる。

¹ 前掲調査官解説114頁は、「判例は訴訟担当構成を採用することを一度も明言しておらず、かえって固有適格構成を前提とした判断を示しているのであって、平成6年判決等が、「権利能力のない社団の受けた判決の効力が構成員にも及ぶ」と説示したことを持って、訴訟担当構成しかあり得ないと断ずるのは、判例を正解しないもののように思われる。」と指摘している。

その理由として、前掲調査官解説では、下記の点を指摘している。

- 昭和55年判決や平成6年判決は、構成員からの授權については何ら問題としていないこと
- 平成6年判決が、社団の原告適格を肯定する理由付けとして、訴訟政策的な観点からの必要性をあげており、民訴法29条の要件を満たせば自動的に当事者適格も認められるという立場に立っていないことは明らかであること
- 説示もなく暗黙のうちに「解釈による法定訴訟担当」という考え方をとったとは考えがたいこと
- 昭和55年判決及び平成6年判決の調査官解説に法定訴訟担当を採用したという説明はなく、むしろ、平成6年判決の調査官解説に固有適格構成からの理解を示している記述があること
- 平成23年判決は、固有適格構成と付合するものであるのに対し、訴訟担当構成から説明することは困難であること

以上の指摘をした上で、調査官解説は、「社団と構成員とを隔絶した存在ではなく、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たつて、社団固有の事件として原告適格を認めたと考えることも出来るのではないだろうか。」と指摘する(調査官解説112-114頁)。

○参考文献

- ・伊藤真「民事訴訟法（第5版）」有斐閣 2016年
- ・三木浩一他「民事訴訟法（第2版）」有斐閣 2015年
- ・兼子一原著「条解民事訴訟法（第2版）」弘文堂 2011年
- ・長谷部由紀子他「基礎演習民事訴訟法（第2版）」弘文堂 2013年 1-12頁

以 上

2019年3月31日

担当：弁護士 山田健太郎

最優秀答案

回答者 S Y 25点

1 【設問1】について

- (1) まず、本件管理組合は建物の区分所有等に関する法律（以下区法とする）47条に定める管理組合法人ではない。当事者能力とは、訴え又は訴えられることのできる能力であり、本件管理組合は法人でなく、権利能力なき社団にあたるため、問題となる。
- (2) そこで、権利能力なき社団に、法人とほとんど違いもなく、認める必要性もある。しかも広く認めると訴訟の結果をうまく処理できなくなる。当事者能力があると認められるためには、多数決の原理、構成員の変動にかかわらず、団体そのものが存続していること、総会や運営の方法が定まっていること、財産的独立性があること、その他主要点が定まっていれば、当事者能力を認めても不都合がなく、相手方も全員対象にする等の遅延をさけられる。
- (3) 本件において、本件マンション管理規約（以下本規約とする）25条には管理費等の納入について定められており、財産的独立性がある。本規約35条では、総会、理事会、理事長、理事について定めがあり、総会、その他運営機関について示されている。それらの運営方法ないし多数決の原理が、本件規約47条、51条、54条について定められている。また、有事の際の規定（本規約66条、67条）もあり、その他主要点も定まっている。
- (4) よって、当事者能力が認められる（29条）。

2 【設問2】について

- (1) まず、本件規約に基づく請求権の内容および、帰属先について検討する。区法1条には、各部分はこの法律の定めるところにより、それぞれ所有権の対象となり、共用部分については、区分所有者全員の共有に属する。（区法第11条2条4項）。そうだとすると本件規約66条3項に基づく原状回復費用の請求権は、区分所有者等らの共有権に基づく、不法行為に基づく損害賠償請求（民法709条）ないし、不当利得に基づく、返還請求（民法703条、

704条)となる。

(2)では、その権利は区分所有者らに帰属しているところ、本件管理組合をどのような法律構成で当事者とすべきか。

(3)まずは、選定当事者として、当事者になることが考えられる。というのも、区分所有者らは、共通の利害関係を有しており、全員で訴訟を提起するのは煩わしいからである。しかし、前述のように、29条にあたり、当事者能力が認められるため、適当でない。

(4)次に、法廷訴訟担当として当事者になることが考えられる。というのも、本規約66条3項には、本件管理組合は、区分所有者に対する費用請求について定められており、また、訴訟追行につき、67条3項に定めがある。しかし、法廷訴訟相当とは、債権者代位など、限られた場合に明文のあるものに認められているが、明文がない。

そうだとしても、法定訴訟担当は、適切な働きをすることを期待されることで認められているところ、区分所有者と本件管理組合には共通の利害関係があり、認めても支障がなく、適切な働きを期待できる。

(5)以上より、法廷訴訟担当として、当事者とすることが適切である。

以 上

採点講評

(2019年3月31日 民事訴訟法Ⅱ)

1 全体を通してのコメント

- ・設問1及び2共に十分な検討ができていた方は、確認できませんでした。
- ・例えば、設問1では、本件管理組合が民事訴訟法29条の「法人でない社団」にあたるかが問題になりますが、何故29条の問題になるのか、「法人でない社団」の定義について、どこかの記載が抜けている方や、あてはめの検討が問題文の引用で終わってしまっている方が非常に多かったです。
- ・余事記載が極端に多い人を見受けられました。辰巳で出している合格者再現答案集等を確認して、無駄の少ない書き方を身につけてください。

2 設問1

- ・本問は、短答式にも出題されうる基本論点です。知らなかった場合は、復習してください。
- ・あてはめは、具体的な事実を引用するだけでなく、評価して書いてください。

3 設問2

設問2後段

- ・本問は、設問2前段を考える前提として、訴訟物となる実体法上の権利の性質、帰属を確認、整理する問です。本問を検討するにあたっては、判例が、民事訴訟法29条の効果により、本件の訴訟限りで本件管理組合に権利能力が認められ、本件管理組合に訴訟物となる権利が帰属する、という通説の整理通りに考えているのか確認することが出発点になります。
- ・残念ながら、上記の点について、意識的に検討できていた方は確認できませんでした。

設問2前段

- ・設問2後段の整理を前提に、本件管理組合を当事者とするのできる民事訴訟法上の法律構成を聞いています。ですので、①実体法上本件の訴訟物をどのように構成するのか、という点(設問前段)は、設問2前段の主題ではありません。②また、本件管理組合以外を当事者とする構成を検討した場合には、余事記載と扱っています。
- ・出題者側で想定していた構成を両方指摘できた方はいませんでした。
- ・想定していた構成の一部を指摘できた方についても、(解釈上の)法定訴訟担当の許容性について、判例の考え方を前提に具体的に検討することはできていませんでした。

- ・なお、選定当事者又は明文のない任意的訴訟担当として構成した方は、本件で選定行為又は授権があったといえるのか、問題文を確認してください。
- ・また、明文なき任意的訴訟担当を検討した方は、答案に記載する前に、区分所有法26条4項があるにもかかわらず、合理的必要性があるといえるのか考えていただきかったです。

4 最後に

- ・本問は、民事訴訟法科目に限らず、見慣れない問題が出てきた場合の現場対応力、基本的な概念や条文に沿って丁寧に考える力を鍛えていただくために出題したものです。
- ・この問題が解けなくても、予備試験には合格するかもしれません。
- ・しかしながら、予備試験/司法試験の本番では、見慣れない形式・内容の問題が出てくる可能性があります。
- ・そういった場合に、今回の答練に参加された方の多くに見られたように、①問題文の明らかな指示違反 ②何条のどの要件を検討しているのか一見して分からない ③あてはめのところで問題文をそのまま引用し、評価をしない等すると、①-③の出来ている受験生と相当大きな差がついてしまうと思います。
- ・今後は、問題文をよく読み、落ち着いてどの条文のどの要件を問題にしているのかを整理し、具体的且つ丁寧に考えることを徹底してください。

以 上

司法試験予備試験答案練習会 2019年3月31日分 得点分布表

民事訴訟法Ⅱ

出席者 17名 平均点 7.2点

