

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、約3：1)

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

### 【事例】

Aは、平成31年1月1日に死亡した。Aは、遺言を作成しておらず、法定相続人は子であるX1及びX2の2名のみである。X1及びX2の依頼を受けたL弁護士がAの相続財産の調査を進めたところ、①Aには内縁の妻Bがいたこと②BがAの代理人として平成30年12月1日に、Y銀行の窓口で、2億円を払い戻しており(以下払い戻された預金を「本件預金」とし、払戻を「本件払戻」とする。)、払い戻された金額に相当する金銭がCによって持ち去られていたことが判明した。

L弁護士が、Bに払戻しの経緯を確認したところ、「払い戻した2億円の預金は、Aが私に死因贈与したものである。今更お金を返してほしいといわれても、払い戻したお金は、旅行費等に費消してしまったのもう残っていない。」とのことだった。

X1及びX2は、本件払戻について、Y銀行に過失があったのではないかと考えており、Y銀行に対し、預金が存在することを前提とする預金払戻請求訴訟(以下「本件訴訟」とする。)を提起することを検討している。

### 〔設問1〕

X1は、Y銀行を相手方とする預金払戻請求訴訟を提起しようとしているが、X2は、訴訟提起について「私は、本件払戻により払い戻された分を除いても、十分な相続財産があるので、Y銀行に対して責任を追及するつもりはない。X1において、Y銀行と預金の支払に向けて交渉することには同意するが、訴訟提起まですべきではないと考えている。本件払戻のなされた部分については、Bにあげてしまったということにしてしまえばいいのではないか。」と述べ、Y銀行に対する訴訟提起に反対していたが、X1は、単独でY銀行に対し、本件預金全額の自己に対する支払いを求める訴え(以下「本件訴訟」とする。)を提起した。

Y銀行としては、X1及びX2を相手方として一挙に紛争を解決したいと考えているため、X1単独での訴えについては却下させたいと考えているが、どのように訴訟法上の主張をすることが考えられるか。遺言がないまま相続が開始した場合の、相続預金の法的性質に関する下記の最高裁大法廷決定を踏まえて論じなさい。

また、仮にX2が訴訟提起についても同意していた場合、本設問前段で検討したY銀行の主張が認められるのか、最大5行程度を目安に簡潔に論じなさい。

参考判例-最高裁大法院決定平成 28 年 12 月 19 日民集 70 卷 8 号 2121 頁

遺産分割の仕組みは、被相続人の権利義務の承継に当たり共同相続人間の実質的公平を図ることを旨とするものであることから、一般的には、遺産分割においては被相続人の財産をできる限り幅広く対象とすることが望ましく、また、遺産分割手続を行う実務上の観点からは、現金のように、評価についての不確定要素が少なく、具体的な遺産分割の方法を定めるに当たっての調整に資する財産を遺産分割の対象とすることに対する要請も広く存在することがうかがわれる。ところで、具体的な遺産分割の方法を定めるに当たっての調整に資する財産であるという点においては、本件で問題とされている預貯金が現金に近いものとして想起される。

…(中略)預貯金債権の存否及びその額が争われる事態は多くなく、預貯金債権を細分化してもこれによりその価値が低下することはないと考えられる。このようなことから、預貯金は、預金者においても、確実かつ簡易に換価することができるという点で現金との差をそれほど意識させない財産であると受け止められているといえる。

…(中略)預金者が死亡することにより、普通預金債権及び通常貯金債権は共同相続人全員に帰属するに至るところ、その帰属の態様について検討すると、上記各債権は、口座において管理されており、預貯金契約上の地位を準共有する共同相続人が全員で預貯金契約を解約しない限り、同一性を保持しながら常にその残高が変動し得るものとして存在し、各共同相続人に確定額の債権として分割されることはないと解される。そして、相続開始時における各共同相続人の法定相続分相当額を算定することはできるが、預貯金契約が終了していない以上、その額は観念的なものにすぎないというべきである。預貯金債権が相続開始時の残高に基づいて当然に相続分に応じて分割され、その後口座に入金が行われるたびに、各共同相続人に分割されて帰属した既存の残高に、入金額を相続分に応じて分割した額を合算した預貯金債権が成立すると解することは、預貯金契約の当事者に煩雑な計算を強いるものであり、その合理的意思にも反するとすらいえよう。

(中略)

共同相続された普通預金債権、通常貯金債権及び定期貯金債権は、いずれも、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されることはなく、遺産分割の対象となるものと解するのが相当である。

**【設問 2】**

仮に、本問の事案において、遺産分割協議がなされており、X1が本件預金を単独で取得していたことで、本件訴訟が適法に提起されたとする。

本件訴訟において、Y銀行、「Aが、Cの債務の保証人になっていたことから、「仮に預金払戻請求権が認められるとしても、Aに対する平成 17 年 7 月 1 日付根保証契約(以下「本件保証」とする。)に基づく保証債務履行請求権 3 億円と預金を相殺する」旨の主張した。

その後、令和元年 6 月 1 日に本件訴訟の口頭弁論が終結し、同年 8 月 13 日に、X1のY銀行に対する本件払戻の全額の払戻請求権を認めつつ、本件保証に基づく保証債務履行請求権との相殺を認めることを理由に、請求を棄却する判決がなされ、確定した。

令和元年 11 月 19 日、Y銀行が本件保証債務をAの相続財産からの弁済することを求めてきたため、X1は、Yに対する本件保証債務のうち相殺後の残額の不存在確認訴訟を提起し、本件訴訟では行ななかった「①本件保証契約はAに錯誤があったため無効である。②仮に本件保証契約が有効であるとしても、令和元年 10 月 1 日にY銀行の説明義務違反により購入させられた運用商品の運用損により 2000 万円の損失を被ったことが確定したため、これを理由とする損害賠償請求権と保証債務履行請求権を相殺する。」旨の主張をした。

X1による訴訟提起が適法であることを前提に、かかる主張が認められるのか検討しなさい。

2020年3月29日

担当：弁護士 山田健太郎

## 參考答案

### [民事訴訟法Ⅱ]

## 第1 設問1

1. 本件訴訟は固有必要的共同訴訟であり、X1及びX2が当事者となるべきところ、X2が訴訟当事者となっていないため当事者適格を欠き、却下されるべきである旨主張することが考えられる。

2. そもそも、固有必要的共同訴訟(民訴法40条参照)が民訴法上設けられている趣旨は、関係者全員について1つの訴訟手続で一体的な紛争解決をはかるべき訴訟について、各当事者の自由な訴訟追行を制限し、既判力により紛争の一回的解決を図る点にある。

そうだとすると、固有必要的共同訴訟該当性を判断するに当たっては、訴訟物たる権利の性質のような実体的観点だけでなく、紛争解決の実効性、原告・被告間の利害の調節等の訴訟政策上の合一確定の必要性の観点を総合して判断すべきである。

3. (1)本件預金は、設問に引用されている判例により、直ちに分割されないと考えられていることからすると不可分債権であり、準共有関係(民法264条)にあると考えられる。

準共有下にある預金を払い戻す行為は、預金債権そのものを消滅させるものであるため、準共有物の「変更(民法264条, 251条)」に当たり、X2の訴訟提起について同意がない本件では実体法上の権利を管理処分できない。このため、本件訴訟は必要的共同訴訟といえる。

(2)また、そもそも、相続預金について判例変更がなされ、従来可分債権であったものが不可分とされ遺産分割協議がなされるまでの間相続人の準共有に属するものとされたのは、遺産分割協議の対象を拡大

し、預貯金債権を遺産分割の対象相続財産を含めるためである。かかる判例変更の趣旨に鑑みると、遺産分割の調整要素であり、これについての存否が万争いになった場合には金融機関及び各預金者との間で既判力によって矛盾無く預金の存否を確定させる必要があるといえる。それにもかかわらず、個別の訴訟提起をみとめてしまうと、遺産分割協議の中で当事者によって遺産の範囲に乖離が生じてしまうことになり、遺産分割に当たり別途遺産確認訴訟の提起が必要になる等紛争解決の実効性が害される。また、金融機関としても同一の権利について二重に応酬の負担を強いられることになるなど相続人以外の者への不利益が大きいの。

そうだとすれば、本件は、実体法上の権利行使をX1単独ではなしえず、訴訟政策上もX1及びX2双方を当事者として、合一確定をはかる必要があるため、固有必要的共同訴訟にあたるというべきである。

4. したがって、本件訴訟は、固有必要的共同訴訟にあたり、X2が原告又は被告となっていない本件においては訴えを却下すべきである。

【以降の記述は加點事由。】なお、このように解するとしても、X1はX2をも被告として本件訴訟を提起する、遺産分割協議を行った上で預金払戻請求訴訟を単独で提起する等の方法により適法に訴訟を提起することが出来るのだから、X1の保護に欠けることはない。】

5. 設問後段の場合についても、2.と同様の基準に照らして検討する。設問後段の場合、X1は訴訟提起も含めて本件預金を行使することができると、実体法上の管理処分権を自由に行使できる。このよ

うな実体法上の権利行使を単独でなし得る場合について、訴訟政策上合一確定の観点から訴訟追行の足並みを揃えることを要請するべきではないため、固有の共同訴訟にはあたらないと解すべきである。

したがって、設問後段の場合、Y銀行の反論は認められない。

## 第2 設問2

1. Xの本問の主張が、相殺に関する前訴判決の既判力により遮断されないか、また、仮に遮断されないとして信義則上①②の主張が制限されないか問題となる。

2. (1)民訴法114条2項は、相殺について二重に訴訟において争う利益を得ることを防止するために、例外的に理由中の判断について既判力の発生を認める趣旨の規定である。そうだとすれば、ここでいう「反対債権の成否」とは、相殺に供された反対債権の不存在に関する判断を指し、相殺をもって「対抗した金額」すなわち相殺を主張した金額の限度で既判力が生じると解すべきである。

これにより、これと後訴の訴訟物が同一関係、先決関係、矛盾関係にある場合において、相殺に供された部分についての基準時までの判断と矛盾する主張が遮断される。

(2)本件訴訟において、保証債務履行請求権について相殺がなされたことで、保証債務履行請求権のうち2億円の不存在について既判力が生じた。X1が提起した保証債務不存在確認訴訟は、これと矛盾する関係にある訴訟であるため、基準時(口頭弁論終結時)たる令和元年6月1日までに生じた事由に関する主張は遮断される。

もっとも、X1の①②の主張は、既判力の生じている相殺に供された部分以外の保証債務についてなされている主張であるため、前訴判決の既判力によっては遮断されない。

3. (1) そうだとすると、X1の①②の主張は信義則上(2条)排斥されないか。

(2)相殺の抗弁を審理するにあたっては、実際には相殺の主張されている金額だけでなく、自働債権全体の存否について裁判所における審理がなされている。それにもかかわらず、相殺に供されていない部分の自働債権について後訴で争うことを認めると、自働債権の債権者に後訴で二重の応訴負担を課することになる。

そうだとすれば、紛争の蒸し返しに当たらないといえるような特段の事情が無い限り、反対債権の存否について矛盾した主張をすることは信義則(2条)により排斥されると考える。

(3) X1の主張のうち①は前訴で可能であった保証契約そのものの錯誤無効の主張であるため、信義則上排斥される。これに対し、②の主張については基準時後に新たに生じた事情であるため、これを主張することを認めたとしても蒸し返しにはならず、特段の事情があるといえ、信義則上排斥されることはない。

(4)したがって、X1の①の主張は信義則上排斥されるが、②の主張は排斥されないと考える。

以上

《参考答案》

解説資料の内容を答案に落とし実際のイメージを示す趣旨のもの。  
答案策上はこれよりも簡素に書くのが一般的と思われるので、実際の採点においては、ここまで詳細に論述していないものについても適宜加点する予定。

2020年3月29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
<b>〔設問1〕</b>	(23)		
本件訴訟が固有必要的共同訴訟にあたるため、X2が当事者となっていない限り、訴えを却下すべきと主張することが考えられることを指摘できている。		2	
固有必要的共同訴訟にあたるのかの判断基準を示している(一応の判断基準を示していれば2点、実体法上の観点だけでなく、訴訟政策的な観点も総合考慮すべきことを示しているものについては、4点)。		3	
問題文に引用された大法廷決定を前提にすると、相続預金が可分債権ではなく、X1及びX2の準共有に属することになると考えられることを指摘できている。		2	
相続預金の払戻を求めることが保存行為ではなく、変更行為にあたること及び本件では権利行使についてX2の同意があるものの、提訴についての同意が得られておらず、その意味で管理処分権の共同行使が出来ない事案であると主張できることを指摘できている。		3	
X2が訴訟当事者とならなかった場合の本件訴訟の紛争解決上の実効性について大法廷決定が預貯金の当然分割を否定した経緯に関する参考判例の記載を踏まえて問題意識をもって検討できている(e.g.遺産分割協議への影響)。		3	
X2が訴訟当事者とならなかった場合の本件訴訟における原被告間の利害状況を踏まえて検討できている(e.g.少なくとも他の法定相続人が同様の訴訟をY銀行に提起できる可能性が高いこと、遺産分割協議により他の法定相続人が預金全額を取得する可能性もあるにもかかわらず、特定の法定相続人のみによる訴訟提起を認めることが他の法定相続人の保護との関係で十分なのか等)。		3	
結論が示されているものについては2点。 訴えが却下されたとしても、X1はYだけでなく、X2をも被告にすれば適法に訴訟提起することができる、遺産分割協議を行い預金を単独取得した上で訴訟を提起する等他の実体法上の法律構成がありえる等の指摘できているれば本小問の配点上限に達しない限り最大3点を限度に加点)。		2	
設問後段について、訴訟提起についても、X2の同意が得られている場合には、固有必要的共同訴訟になりえないことを論述できている。		5	
<b>〔設問2〕</b>	(17)		
本件が相殺の既判力(民訴法114条2項)の問題であることを指摘できている。		1	
民訴法114条2項の解釈について指摘できている。		2	
相殺に供された部分についての基準時後に取得した債権を自働債権とする相殺の主張は遮断されないことを説明できている。		4	
相殺に供されていない部分についての主張は、いずれも既判力によって遮断されないことを説明できている。		5	
既判力により遮断されないとしても、信義則上X1の主張が制限されないか検討し、一定の結論を導いている。		5	
<b>裁量点</b>	(10)	10	
<b>合計</b>	(50)	50	

# 民事訴訟法Ⅱ 解説レジュメ

## 第1. 設問の趣旨

本問は、被相続人の親族等における紛争に金融機関が巻き込まれた事案<sup>1</sup>を素材に、①通常共同訴訟と固有必要的共同訴訟の区別②相殺の既判力についての基本的な理解を問う問題である。

設問1では、本件の訴訟物が預金持分の払戻請求権であることを前提に、遺産分割前の預貯金が共同相続人の準共有に属することを判示した最大決平成28年12月19日民集69巻8号2121頁の判示内容を念頭に、固有必要的共同訴訟該当性に関する判断枠組みを示し、被告となった銀行の立場から具体的で説得的な反論を検討することを求めるものである。

設問2は、相殺の既判力に関する民事訴訟法114条2項の条文解釈・あてはめの基本的な理解を問うものである。

## 第2. 設問1

### (1) 検討すべき事項

本件は固有必要的共同訴訟であり、Y2を当事者とすることなく、本件訴訟を提起することはできない、という主張を共同相続が発生した場合の預貯金払戻請求権の法的性質に関する最大決平成28年12月19日を念頭に組み立てることを求めている。

### (2) 共同訴訟の基本事項の確認

設問の解説の前に、共同訴訟について基本知識を概観する。

#### ア 共同訴訟

一つの訴訟手続に数人の原告又は被告が関与している訴訟形態のこと

#### イ 共同訴訟の種類

下表の通りである。

手続の種類	要件及び手続の特徴					
通常共同訴訟(民訴法38条)	<table border="1"><tr><td>要件</td></tr><tr><td>①訴訟の目的である権利又は義務が数人について共通であるとき</td></tr><tr><td>or</td></tr><tr><td>②訴訟の目的である権利又は義務が同一の事実上及び法律上の原因に基づくとき</td></tr><tr><td>or</td></tr></table>	要件	①訴訟の目的である権利又は義務が数人について共通であるとき	or	②訴訟の目的である権利又は義務が同一の事実上及び法律上の原因に基づくとき	or
要件						
①訴訟の目的である権利又は義務が数人について共通であるとき						
or						
②訴訟の目的である権利又は義務が同一の事実上及び法律上の原因に基づくとき						
or						

<sup>1</sup> 本問のような巨額の出金についてトラブルが生じる事例は、銀行が来店者の本人確認及び代理権限の確認を厳密に行っている現在の実務上は稀である。もっとも、仮に面識があることや継続的に代理人としての出金を行っている等の事実関係があることを理由に、代理人の出金を認めるなどの緩やかな取り扱いを窓口スタッフがとってしまった場合には、本問のようなトラブルが発生することがある。

	<p>③訴訟の目的である権利又は義務が同種であって事実上及び法律上同種の原因に基づくとき<sup>2</sup></p> <p><b>特徴</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ 共同訴訟人独立の原則(民訴法 39 条) 通常共同訴訟は、個別訴訟の束にすぎないと考えられるので、共同訴訟人の 1 人の訴訟行為が他の共同訴訟人に影響を及ぼさず、共同訴訟人の 1 人に対する訴訟行為が他の共同訴訟人に影響を及ぼすこともない。</li> <li>✓ 主張共通の原則は働かない(最判昭和 43 年 9 月 12 日民集 22 卷 9 号 1896 頁)</li> <li>✓ 共同訴訟人間の証拠共通の原則は働く。 ∴ ・ 弁論主義の第 3 テーゼには反しているけれども、証拠提出していない共同訴訟人にも証拠調べに関与する機会があり、解釈上反対尋問権も与えられている。</li> <li>・ 同一裁判官が同一手続で行う事実認定は一体である方が自由心証主義にかなう。</li> <li>✓ 共同訴訟人と相手方の別個の紛争を解決する手続なので、弁論の分離が原則として可能(民訴法 152 条 1 項)。</li> </ul>
<p>同時審判申出訴訟(民訴法 41 条)</p> <p>(cf1: 当事者参加制度(民訴法 47 条等), 訴訟引受制度(民訴法 50 条・51 条)明文なき主観的追加的併合は最判昭和 62 年 7 月 17 日民集 41 案 5 号 1402 頁上否定されている。)</p> <p>(cf2: 主観的予備的併合は、判例通説上認められない。)</p>	<p>本人に対する契約上の請求と無権代理人の請求(民法 117 条 1 項), 工作物の占有者に対する損害賠償請求と所有者に対する損害賠償請求(民法 717 条 1 項)等の法律上併存しえない請求について、矛盾のない判断を得る事への原告の合理的期待を保護する趣旨で、弁論を分離できない状態での訴訟提起を認める制度。</p> <p><b>要件</b></p> <p>共同被告の一方に対する訴訟の目的である権利と共同被告と他方に対する訴訟の目的である権利とが<u>法律上併存し得ない</u>関係にあること(民訴法 41 条 1 項)</p>

<sup>2</sup> 訴えの客観的併合の要件を満たすことも必要となる。

		<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ 共同訴訟人独立の原則(民訴法 39 条)</li> <li>✓ 弁論の分離ができない(民訴法 41 条 3 項)</li> </ul>
必要的共同訴訟	固有必要的共同訴訟 (民訴法 38 条)	<p><b>要件</b></p> <p>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であること</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ 関係者全員が原告又は被告になっていない限り, 当事者適格を満たさず, 訴えが不適法却下される。</li> <li>✓ 共同訴訟人独立の原則が, 下記の限度で修正される。 <ul style="list-style-type: none"> <li>・共同訴訟人の一人の訴訟行為は全員の利益においてのみその効力を有する(民訴法 40 条 1 項)</li> <li>→共同訴訟人の申立との関係で有利な行為のみ行為者を含む全ての共同訴訟人に効力が生じる。</li> <li>・相手方の共同訴訟人の一人に対する訴訟行為の効力は全員に対してその効力が生じる(民訴法 40 条 2 項)</li> <li>・訴訟手続の中断又は中止の原因があるときは, その中断又は中止は, 全員について効力を生じる(民訴法 40 条 3 項)。</li> <li>・一部の共同訴訟人が上訴した場合には, 全員について上訴の効果が生じ, 全員が上訴人としての地位を獲得する(民訴法 40 条 1 項)</li> </ul> </li> </ul>
	類似必要的共同訴訟	<p>手続進行の統一と裁判資料の統一がなされ, 判決効の拡張がなされるもの。</p> <p>e. g. 1 会社設立無効の訴え(会社法 828 条), 株主総会決議取消訴訟及び無効確認訴訟(会社法 831 条), 株主代表訴訟(会社法 847 条)</p> <p>e. g. 2 数人の債権者が提起する債権者代位訴訟(民法 423 条), 数人の債権者が提起する取立訴訟(民事執行法 187 条), 数人の異議者が提起する破産債権査定異議の訴え(破産法 126 条 6 項)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ 元々独立して提起可能な訴訟が, 判決の合一確定が必要なために, 必要的共同訴訟とされているにすぎないので, 厳密に</li> </ul>

		<p>各共同訴訟人が足並みを揃えることまでが求められない。このため、民訴法40条の適用はあると解されているものの、少なくとも下記の点が固有必要的共同訴訟と異なるとされる。</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ 共同訴訟人の一人による訴えの取り下げは適法となる。</li> <li>✓ 一部の共同訴訟人だけが上訴した場合には、上訴しなかった者にも判決の効力は及ぶが、上訴人とはならない(住民訴訟について最大判平成9年4月2日民集51巻4号1673頁、株主代表訴訟について最判平成12年7月7日民集54巻6号1767頁<sup>百選</sup>5版101事件)。</li> </ul>
--	--	--

### (3) 学説・判例

設問の解説の前に、共同訴訟について基本知識を概観する。

#### ア 共同所有関係をめぐる訴訟における「合一に確定すべき」か否かの判断方法

##### 管理処分権説

基本的には実体権にしたがって判断するという立場

##### 訴訟政策説

実体権だけでなく、当事者となった者と当事者にならなかった者との利害関係、相手方の立場、紛争の経過、紛争解決の実効性、等の訴訟法的観点を総合して判断するという立場

##### 判例

判例は、実体法的観点だけでなく訴訟政策的観点を踏まえて、訴訟共同の必要があるか総合考慮して固有必要的共同訴訟にあたるのか判断すべきという立場をとっていると理解するのが一般的である<sup>3</sup>。判例を近年一般的に用いられている基本書や注釈書の説明に沿って分類すると次頁の表の通りとなる。

本件は、下表に沿って分類すると、共有関係における対外的な訴訟に分類されるところ、最高裁は、この類型において、実体法上の管理処分権を単独で行使できる事案については、固有必要的共同訴訟該当性を否定し、単独の訴訟提起を許容している<sup>4</sup>。

これに対し、実体法上単独での権利行使ができない下記の最判のような事案については、固有必要的共同訴訟として取り扱っているとみることができる。

上記の各点は学説も概ね一致している<sup>5</sup>。

<sup>3</sup> 条解213頁以下、高橋300頁以下、勅使河原240頁以下

<sup>4</sup> 共有持分権に基づく保存行為(民法252条但書)としての抹消登記手続訴訟(最判昭和31年5月10日民集10巻5号487頁、最判平成15年7月11日民集57巻7号787頁<sup>百選</sup>5版98事件)

<sup>5</sup> 条解217・218頁、勅使河原260頁、伊藤663頁

最判昭和46年10月7日民集25巻7号885頁

思うに、一個の物を共有する数名の者全員が、共同原告となり、いわゆる共有権（数人が共同して有する一個の所有権）に基づき、その共有権を争う第三者を相手方として、共有権の確認を求めているときは、その訴訟の形態はいわゆる固有必要的共同訴訟と解するのが相当である（大審院大正十一年（オ）第八二一号同一三年五月十九日判決、民集三巻二一頁参照）。ただし、この場合には、共有者全員の有する一個の所有権そのものが紛争の対象となつているのであつて、共有者全員が共同して訴訟追行権を有し、その紛争の解決いかんについては共有者全員が法律上利害関係を有するから、その判決による解決は全員に矛盾なくなされることが要請され、かつ、紛争の合理的解決をはかるべき訴訟制度のたてまえからするも、共有者全員につき合一に確定する必要があるというべきだからである。また、これと同様に、一個の不動産を共有する数名の者全員が、共同原告となつて、共有権に基づき所有権移転登記手続を求めているときは、その訴訟の形態も固有必要的共同訴訟と解するのが相当であり（大審院大正十一年（オ）第二五六号同年七月一〇日判決、民集一卷三八六頁参照）、その移転登記請求が真正な所有名義の回復の目的に出たものであつたとしても、その理は異なる。

表2 固有必要的共同訴訟該当性に関する判例・学説の考え方<sup>6</sup>

分類	判例
他人間の法律関係の確定を求める訴え	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ 婚姻の無効、取消しを第三者(e.g. 検察官)が提起する訴訟</li> <li>✓ 取締役解任の訴え(会社法 855 条)</li> </ul>
数人で管理処分・職務執行をする事になっている場合	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ 複数の受託者のいる信託財産関係訴訟</li> <li>✓ 複数の破産管財人のいる破産財団に関する訴訟</li> <li>✓ 同一選定者から選定された数人の選定当事者(民訴法 30 条)</li> </ul>
共有関係	<p>①肯定例</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ 入会権確認(最判昭和 41 年 11 月 25 日民集 20 巻 9 号 1921 頁)</li> <li>✓ 共有物分割訴訟(大判明治 41 年 9 月 25 日民録 14 輯 931 頁)</li> <li>✓ 遺産確認訴訟(最判平成元年 3 月 28 日民集 43 巻 3 号 167 頁 百選 5 版 100 事件)</li> <li>✓ 相続人の地位不存在確認(最判平成 16 年 7 月 6 日民集 58 巻 5 号 1319 頁)</li> <li>✓ 共有物の土地境界確定訴訟(最判昭和 46 年 12 月 9 日民集 25 巻 9 号 1457 頁)</li> </ul> <p>②否定例</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ 遺言無効確認訴訟(最判昭和 56 年 9 月 11 日民集 35 巻 6 号 1013 頁。)</li> </ul>
対 内 訴 訟	

<sup>6</sup> 末尾の参考文献をもとに作成。

訴 外 訴 訟	対	①肯定例 ✓ 夫婦の共有財産である不動産の所有権確認・移転登記手続訴訟 (最判昭和46年10月7日民集25巻7号885頁) ✓ 入会権に基づく地上権設定仮登記の抹消登記手続請求(民集最 判昭和57年7月1日民集36巻6号891頁)
	外	②否定例 ✓ 共有持分権に基づく保存行為(民法252条但書)としての抹消登 記手続訴訟(最判昭和31年5月10日民集10巻5号487頁, 最 判平成15年7月11日民集57巻7号787頁(百選)5版98事 件)) ✓ 特定物の給付請求(最判昭和48年8月25日民集21巻7号1740 頁) ✓ 相続預金の取引履歴開示請求(最判平成21年1月22日民集63 巻1号228頁) ✓ 共同相続した建物について特定の相続人のみを被告とする建 物収去土地明渡請求訴訟(最判昭和43年3月15日民集22巻3 号607頁(百選)5版99事件))

イ 訴訟外の権利行使についてのみ他の準共有者の同意のある相続預金の払戻請求訴訟の固有必  
 要的共同訴訟性

本件のようなケースについて検討した裁判例・論考は(手元で確認した限り)存在しない<sup>7</sup> た  
 め、アで示した考え方をベースに検討することになる。

#### (4) 検討

本件では、銀行の立場からの主張の検討を求めるものであるため、銀行の立場から、訴訟物とな  
 る権利の法的性質を踏まえつつ、管理処分権の共同行使の必要性をまず検討し、管理処分権の共  
 同行使の必要性が認められる場合には政策的見地から訴訟共同させる必要性について立論するこ  
 とが必要となる。

#### ア 訴訟物たる権利の性質

まず、本件の訴訟物は、預金契約に基づく本件預金の払戻請求権であるところ、本件では、債  
 権者であるAが平成30年1月1日に死亡し、相続が発生している。設問に引用した最大決平成  
 28年12月19日民集70巻8号2121頁によると、この場合当該預金は法定相続人であるX1及

<sup>7</sup> 平成28年最大決の調査官解説(平成28年度調査官解説民事編350頁)では、「原告が他の共同相続人と準共  
 有する債権について給付を求める訴訟を提起する場合、1個の物を共有する数名の者全員が共同原告となり、共  
 有権(その数名が共同して有する1個の所有権)に基づきその確認を求める訴訟(最一小判昭和46年10月7日・  
 民集25巻7号885頁)と同様に、固有必要的共同訴訟となる者と解されるのではないか。」との記述があるが、  
 本間のような訴訟提起を除く実体法上の管理処分権行使についてのみ同意がある特殊なケースを念頭においた  
 ものではないため、この記載や他の判例との平仄を意識して検討する必要がある。

びX 2に帰属することになり、少なくとも可分債権(民法 427 条)ではなく、X 1 及びX 2 の準共有に属するものとされている<sup>8</sup>。

かかる債権を遺産分割協議をすることなく行使し、払い戻そうとする場合、預金払戻請求権が弁済により消滅することになるため、預金払戻請求権の「変更(民法 264 条, 251 条)」を行うことになり、他の準共有者であるX 2 の承諾が必要になる<sup>9</sup>。

本件では、X 2 はY銀行に実体法上の権利を行使することは認めるが、訴訟上の権利を行使する事については認めないということも持分権者それぞれに「変更」行為について同意する権利及び持ち分についての処分権(民訴法 246 条)があることからすると、可能と思われる。

そうだとすると、本件は実体法上の管理処分権を共同行使することができない事例にあたりと立論することが可能と思われる。

#### イ 訴訟政策上の観点の検討(案)

共有者間の対内訴訟に関する判例であり、本件とは事案が異なるものの、遺産分割協議に先立ち、相続財産から逸出してしまった預金が残存しているのかを金融機関との関係において確定し、相続財産となる預金の範囲を確定させる点においては共通する部分がある。この点を踏まえると、(必ずしも強い論拠とはならないものの)これらの判例の議論を念頭において反論を組み立てるとより説得的な反論を組み立てることができるように思われる。

そこで、例えば、相続預金について判例変更がなされ、従来可分債権であったものが不可分とされ遺産分割協議がなされるまでの間相続人の準共有に属するものとされたのは、遺産分割協議の対象を拡大し、預貯金債権を遺産分割の対象相続財産を含めるためであることを主張することが考えられる(下記に引用する平成 28 年最大決の傍論をご参照。)。かかる判例変更の趣旨に鑑みると、遺産分割の調整要素であり、これについての存否が万一争いになった場合には金融機関及び各預金者との間で既判力によって矛盾無く預金の存否を確定させる必要があることを主張することが考えられる。また、判例変更の経緯にもかかわらず、個別の訴訟提起をみとめてしまうと、遺産分割協議の中で当事者によって遺産の範囲に乖離が生じてしまうことになり、遺産分割にあたり別途遺産確認訴訟の提起が必要になる等紛争解決の実効性が害され、金融機関としても同一の権利について二重に応訴の負担を強いられることになる。この点も主張の補強材料となりうる。

そうだとすれば、本件は、実体法上の権利行使をX 1 単独ではなしえない事案であり、訴訟政策上もX 1 及びX 2 双方を当事者とする必要があるため、合一確定の必要がある場合にあたり、固有必要的共同訴訟にあたりと主張することができると思われる。

<sup>8</sup> 平成 28 年最大決調査官解説 324-326 頁

<sup>9</sup> 脚注 7 前掲調査官解説 329 頁。



**遺産確認訴訟(最判平成元年3月28日民集43巻3号167頁百選5版100事件)**

遺産確認の訴えは、当該財産が現に共同相続人による遺産分割前の共有関係にあることの確認を求める訴えであり、その原告勝訴の確定判決は、当該財産が遺産分割の対象である財産であることを既判力をもって確定し、これに続く遺産分割審判の手續及び右審判の確定後において、当該財産の遺産帰属性を争うことを許さないとすることによつて共同相続人間の紛争の解決に資することができるのであつて、この点に右訴えの適法性を肯定する実質的根拠があるのであるから(最高裁昭和五七年(オ)第一八四号同六一年三月一三日第一小法廷判決・民集四〇巻二号三八九頁参照)、右訴えは、共同相続人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いわゆる固有必要的共同訴訟と解するのが相当である。

**相続人の地位不存在確認(最判平成16年7月6日民集58巻5号1319頁)**

被相続人の遺産につき特定の共同相続人が相続人の地位を有するか否かの点は、遺産分割をすべき当事者の範囲、相続分及び遺留分の算定等の相続関係の処理における基本的な事項の前提となる事柄である。そして、共同相続人が、他の共同相続人に対し、その者が被相続人の遺産につき相続人の地位を有しないことの確認を求める訴えは、当該他の共同相続人に相続欠格事由があるか否か等を審理判断し、遺産分割前の共有関係にある当該遺産につきその者が相続人の地位を有するか否かを既判力をもって確定することにより、遺産分割審判の手續等における上記の点に関する紛争の発生を防止し、共同相続人間の紛争解決に資することを目的とするものである。このような上記訴えの趣旨、目的にかんがみると、【要旨】上記訴えは、共同相続人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ものというべきであり、いわゆる固有必要的共同訴訟と解するのが相当である。

**共有物の土地境界確定訴訟(最判昭和46年12月9日民集25巻9号1457頁)**

土地の境界は、土地の所有権と密接な関係を有するものであり、かつ、隣接する土地の所有者全員について合一に確定すべきものであるから、境界の確定を求める訴は、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、共有者全員が共同してのみ訴えまたは訴えられることを要する固有必要的共同訴訟と解するのが相当である。

**最大決平成28年12月19日民集70巻8号2121頁 ※ 下線は解説者による。**

相続人が数人ある場合、各共同相続人は、相続開始の時から被相続人の権利義務を承継するが、相続開始とともに共同相続人の共有に属することとなる相続財産については、相続分に応じた共有関係の解消をする手續を経ることとなる(民法896条、898条、899条)。そして、この場合の共有が基本的には同法249条以下に規定する共有と性質を異にするものでないといえ(最高裁昭和28年(オ)第163号同30年5月31日第三小法廷判決・民集9巻6号793頁参照)、この共有関係を協議によらずに解消するには、通常の共有物分割訴訟ではなく、遺産全体の価値を総合的に把握し、各共同相続人の事情を考慮して行うべく特別に設けられた裁判手續である遺産分割審判(同法906条、907条2項)によるべきものとされており(最高裁昭和47年(オ)第121号同50年11月7日第二小法廷判決・民集29巻10号1525頁参照)、また、その手續において基準となる相続分は、特別受益等を考慮して定められる具体的相続分である(同法903条から904条の2まで)。このように、遺産分割の仕組みは、被相続人の権利義務の承継に当たり共同相続人間の実質的公平を図ることを旨とするものであること

から、一般的には、遺産分割においては被相続人の財産をできる限り幅広く対象とすることが望ましく、また、遺産分割手続を行う実務上の観点からは、現金のように、評価についての不確定要素が少なく、具体的な遺産分割の方法を定めるに当たっての調整に資する財産を遺産分割の対象とすることに対する要請も広く存在することがうかがわれる。ところで、具体的な遺産分割の方法を定めるに当たっての調整に資する財産であるという点においては、本件で問題とされている預貯金が現金に近いものとして想起される。預貯金契約は、消費寄託の性質を有するものであるが、預貯金契約に基づいて金融機関の処理すべき事務には、預貯金の返還だけでなく、振込入金を受入れ、各種料金の自動支払、定期預金の自動継続処理等、委任事務ないし準委任事務の性質を有するものも多く含まれている（最高裁平成19年（受）第1919号同 21年1月22日第一小法廷判決・民集63巻1号228頁参照）。そして、これを前提として、普通預金口座等が貸金や各種年金給付等の受領のために一般的に利用されるほか、公共料金やクレジットカード等の支払のための口座振替が広く利用され、定期預金等についても総合口座取引において当座貸越の担保とされるなど、預貯金は決済手段としての性格を強めてきている。また、一般的な預貯金については、預金保険等によって一定額の元本及びこれに対応する利息の支払が担保されている上（預金保険法第3章第3節等）、その払戻手続は簡易であって、金融機関が預金者に対して預貯金口座の取引経過を開示すべき義務を負うこと（前掲最高裁平成21年1月22日第一小法廷判決参照）などから預貯金債権の存否及びその額が争われる事態は多くなく、預貯金債権を細分化してもこれによりその価値が低下することはないと考えられる。このようなことから、預貯金は、預金者においても、確実かつ簡易に換価することができるという点で現金との差をそれほど意識させない財産であると受け止められているといえる。

#### (5) 結論

本件が固有必要的共同訴訟であると主張するのであれば、例えば上記のような主張をすることが考えられるが、上記はあくまでも検討案であり、判例を踏まえた説得的な論述がなされていた答案については、適宜評価する予定である<sup>10</sup>。

以上が本問前段の検討であるのに対し、設問後段については、訴訟提起についてもX2が同意しているので、そもそも実体法上の権利行使を単独でなし得るため、固有必要的共同訴訟にはなり得ず、Y銀行の主張は認められないことになると考えられる。

### 第3. 設問2

#### (1) 検討すべき事項

本問は、相殺の既判力について定めた民法114条2項の基本的な理解を問うものである。相殺の既判力について、判例・通説の理解を前提にすればX1の①②の主張はいずれも制限されないことを前提に、信義則上本問のような主張が認められるのか検討することを求めている。

<sup>10</sup> なお、仮に固有必要的共同訴訟と解し、X1単独での訴訟提起を認めていなかったとしても、判例上X2を被告にすることで適法に訴訟を提起することが認められているし(対内訴訟に関するものであるが、最判平成20年7月17日民集62巻7号1994頁百選5版97事件)、少なくとも遺産分割協議をし、預貯金を単独で取得したうえで単独での訴訟提起が可能になるのだから、結論の妥当性についても問題ないものと考えることができる。本問の回答とは外れるものの、この点をもし言及していた場合には、結論の妥当性を考察する姿勢が見られていたという意味で評価しうるものとし、加点することにした。

## (2) 相殺の既判力

相殺の反対債権の存否に関する判断は、理由中の判断であるものの、後訴において相殺の主張を許すことで二重の利益を債権者に認めることになってしまう。これを防ぐために、民訴法 114 条 1 項の例外として判決理由中に関する判断について、既判力を認めるのが本条の趣旨である。かかる趣旨からすると、本条にいう「成立又は不成立の判断」とは、相殺に供された反対債権の存否についての理由中の判断を指し、「相殺をもって対抗した額」たる 2 億円の限度で既判力が生じる(大判昭和 10 年 8 月 24 日民集 14 卷 1582 頁)。

このため、反対債権の存否と矛盾抵触関係にある設問 2 の訴訟には、相殺をもって対抗した金額の限度で既判力が及び、口頭弁論終結時たる令和元年 6 月 1 日までに生じた事由についての主張が遮断されることになる。

もっとも、設問 2 の訴訟は、あくまでも本件訴訟において相殺に供された残額の 1 億円について債務不存在を確認するものであるため、既判力によっては X 1 の主張は制限されないことになる。

## (3) 信義則上の主張制限の有無

(2) で検討した判例・通説の理解を前提とした上で、本件のような X 1 の主張が信義則に反し、制限されないか。数量的一部請求において敗訴した債権者が後訴において残部請求の訴えを提起することを信義則違反として排斥した最判平成 10 年 6 月 12 日民集 52 卷 4 号 1147 頁に照らして問題となる。この点については、相殺についても明示的一部請求の場合と同様、相殺について前訴における審理のなされている場合については、相殺に供されている債権の全部の存否が審理されていると思われるところ、債権が相殺により消滅しないと判断する前提として、実質的には債権の全部の存否を判断しているとみる余地もあるように思われる。このように考えるのであれば、下記の最判の趣旨に照らして、①の錯誤の主張は制限されるが、②の基準事後に生じた相殺適状を理由とする相殺の主張は制限されないということになると思われる。

一方で、信義則によりかかる主張制限を認めてしまうと、民訴法 114 条 2 項について有力説と同様の立場をとることになり、判決理由中の判断に、法が本来想定しているよりも広い拘束力を認めてしまうことになるため、信義則により主張制限をするべきではないとの考え方をとることもありうる。

この点については、定説はないと思われるため、どちらの立場をとっていたとしても、①②の主張を X 1 がすることを認めることが、二重に民事訴訟法上の利益を得ることになり、信義則上許容されないのではないか検討していた場合には評価することにした。

最判平成 10 年 6 月 12 日民集 52 卷 4 号 1147 頁 百選 5 版 80 事件

一個の金銭債権の数量的一部請求は、当該債権が存在しその額は一定額を下回らないことを主張して右額の限度でこれを請求するものであり、債権の特定の一部を請求するものではないから、このような請求の当否を判断するためには、おのずから債権の全部について審理判断することが必要になる。すなわち、裁判所は、当該債権の全部について当事者の主張する発生、消滅の原因事実の存否を判断し、債権の一部の消滅が認められるときは債権の総額からこれを控除して口頭弁論終結時における債権の現存額を確定し(最高裁平成二年(オ)第一一四六号同六年一月二二日第三小法廷判決・民集四八卷七号一三五五頁参照)、現存額が一部請求の額以上であるときは右請求を認容し、現存額が請求額に満たないときは現存額の限度でこれを認容し、債権が全く現存しないときは右請求を棄却するのであって、当事者双方の主張立証の範囲、程度も、通常は債権の全部が請求されている場合と変わるところはない。数量的一部請求を全部又は一部棄却する旨の判決は、このように債権の全部について行われた審理の結果に基づいて、当該債権が全く現存しないか又は一部として請求された額に満たない額しか現存しないとの判断を示すものであって、言い換えれば、後に残部として請求し得る部分が存在しないとの判断を示すものにほ

かならない。したがって、右判決が確定した後に原告が残部請求の訴えを提起することは、実質的には前訴で認められなかった請求及び主張を蒸し返すものであり、前訴の確定判決によって当該債権の全部について紛争が解決されたとの被告の合理的期待に反し、被告に二重の応訴の負担を強いるものというべきである。以上の点に照らすと、金銭債権の数量的一部請求訴訟で敗訴した原告が残部請求の訴えを提起することは、特段の事情がない限り、信義則に反して許されないと解するのが相当である。

#### 第4. まとめ

本問で出題した論点は、いずれも民事訴訟法を学習する中で誰もが目にする基本論点であるものの、具体的な事案について掘り下げて考えたり、文献で紹介されている事例を少しずらしてみると、どのように考えればいいのか分からないケースがある。

この答練をきっかけに、書き方を身につけ、予備試験合格後にも使える事案分析力を身につけていただければと思う。

#### ○ 発展問題

設問2の事案において、X1が訴訟提起についてX2の承諾を得た上で、遺産分割協議をすることなく訴訟進行していたとする。この場合、本件訴訟は、固有必要的共同訴訟となりうるか、Y銀行から相殺の主張がなされていること及び遺産分割協議前の相続預金について債権者から相殺をする場合の法律関係の特性を踏まえて検討しなさい。

#### 【参考文献】

伊藤眞「民事訴訟法(第6版)」有斐閣 2018年  
高橋宏志「民事訴訟法概論」有斐閣 2017年  
勅使河原和彦「読解 民事訴訟法」有斐閣 2015年  
兼子一原著、松浦馨・新堂幸司・竹下守夫ほか「条解 民事訴訟法(第2版)」  
齋藤毅「最高裁判所判例解説平成28年度民事編」308頁以下

以上

2020年3月29日

担当：弁護士 山田健太郎

## 最優秀答案

回答者 YS 29点

### 第1 設問1

#### 1 Y銀行の主張

Y銀行としては、本件訴訟が固有必要的共同訴訟（民事訴訟法（以下略）40条参照）にあたる旨を主張して、X1及びX2の双方が原告にならなければ、訴えを却下（140条）すべき旨を求めることが考えられる。

- (1) 固有必要的共同訴訟とは、合一確定の要請から、全員が当事者にならなければ当事者適格を欠き、訴えが不適法却下される形態の訴訟をいう。そして、合一確定の要請があるか否かについては、実定法上の規定や紛争解決の実効性の訴訟政策上の観点から個別具体的に判断されるべきである。
- (2) 本件における預金債権は、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されることはなく、遺産分割の対象となるものと解するのが相当である（判例同旨）。すなわち、本件預金債権はAの死亡により法定相続人X1及びX2の準共有に属するから（民法264条、898条）、実体法上共有者全員が共同で原告となるべきと考えられる。また、X1及びX2の全員が当事者となれば、一回で紛争解決ができ、蒸し返し防止にも役立つ。
- (3) したがって、本件訴訟は固有必要的共同訴訟にあたる。

#### 2 X2が本件訴訟提起に同意していた場合、Y銀行の主張は認められるか

- (1) 前述のとおり、本件訴訟が固有必要的共同訴訟である以上、相続人の全員が当事者にならなければ訴えは不適法却下される。したがって、X2の同意があっても、Y銀行の主張は原則として認められる。

### 第2 設問2

本件では、X1による債務不存在確認請求訴訟における主張①及び②が、本件訴訟の確定判決の既判力（114条2項）により遮断されるか否かが問題となる。

- 1 (1) 相殺の抗弁、「相殺をもって対抗した額」について既判力を有する（114条2項）。

(2) 本件訴訟（以下「前訴」という。）では、X 1 の預金払戻請求権及びY銀行の相殺の抗弁権がいずれも認められ、請求棄却の判決が確定している。したがって、確定判決により既判力が生じるのは i 預金払戻請求権 2 億円の不存在、及び ii 上記 i と対当額をもって相殺した保証債務 3 億円のうち 2 億円の不存在である。

(3) したがって、X 1 が提起した後訴は本件保証債務 3 億円のうち残額 1 億円の不存在確認請求訴訟であるから、上記(2)による既判力の抵触を受けない。

2 以上をもとに、X 1 の主張①及び②は認められるか否かを検討する。

(1) 主張①について

ア 前記のとおり、後訴は前訴による既判力の抵触を受けない以上、いかなる主張も認められるように思えるが、そうすると相手方を不当に不安定な地位に置くため、後訴の主張が前訴の実質的な蒸し返しと言えるような場合には、訴訟上の信義則（2条）により後訴が遮断されると解すべきである。そして、不当な蒸し返しにあたるか否かは、前訴においてその主張をすることが可能であったか否かを基準に判断する。

イ 主張①は、本件保証契約の錯誤無効の主張であり、前訴において主張することが何ら問題ないにも関わらず、これを後訴で主張することは、保証債務の存在を認めた前訴判決の蒸し返しにあたる。したがって、主張①は訴訟上の信義則により認められない。

(2) 主張②について

一方、主張②は、前訴判決の口頭弁論終結後に生じた損害賠償請求権を自働債権として、前記保証債権と相殺する旨の抗弁であり、前訴の時点ではそもそも自働債権が成立していなかったのであるから、前訴では主張できない事情である。したがって、主張②は前訴の不当な蒸し返しにあたるとは言えず、これを主張することも認められる。

3 よって、X 1 による主張①は認められないが、主張②は認められる。

以 上



## 採点講評

(2020年3月29日・民事訴訟法Ⅱ)

### 第1 設問1

- ・この小問では、殆どの方が0～2点になってしまっていました。これは、本問の出題形式が実際の問題とかなり違ったことも原因なのかも知れませんが、実際に0～2点だった方の答案の内容を見てみると、①問題提起→規範定立→あてはめ→結論という基本的な答案作成のお作法に沿って考え、論述することができていなかったケース②規範についての知識が不正確であったために、正しく問題点を把握できなかった等内容面の問題で躓いているケースが殆どだったと思います。民訴法の基本論点について、もれなく正確な知識を身につけるようにしていただければと思います。
- ・固有必要的共同訴訟の判断枠組みを答案に書けていた方が2～3人しかいなかったのが気になりました。法律的な主張を展開するには、①自分がどのような法解釈を取っているのかを示し、それに沿って考えると、②与えられた事案についてどのように処理することになるのかを示すことになるのかを示すことが必須となるはずです。事例問題の基本的な解き方を押さえてください。
- ・設問1前段について、固有必要的共同訴訟として論じられた方であっても、具体的なあてはめが不十分な方(＝一通りの考慮要素に触れることもできていなかった方)が大半でした。また、各考慮要素についての正確な理解をもとに、参考判例を使って立論できた方はいませんでした。参考文献等を利用しつつ、判例が固有必要的共同訴訟該当性をどのような場面で認めているのかを踏まえて答案を作成するようにしてください。
- ・預金債権の払戻請求を共有物の管理行為と考えていた方しかおらず、処分行為だと考えていた方がいなかったこと、(細かいですが)共有ではなく準共有であることを指摘できていた方がいなかったのが、非常に気になりました。調査官解説上、相続預金の払戻をする行為は、準共有物の処分行為(民法264条、251条)と考えられており、参考判例上は明言されていないものの、預金債権を払戻と債権が消滅してしまうことからすると、準共有物の現状を変更する行為であり、変更行為にあたることは明らかだと思われま。民事訴訟法は、民事上の紛争を解決するための法律ですから、民事訴訟法上の問題を特に当たっては民法についての知識・理解が前提となる部分が多くあります。この機会に民法についても復習してください。
- ・設問1後段が、固有必要的共同訴訟にあたらぬのではないかと、という角度から意識的に論じられた方は一人もいませんでした。固有必要的共同訴訟該当性の判断枠組みについて、復習してください。

## 第2 設問2

- ・民訴法 114 条 2 項の相殺の既判力の問題として端的に論じればよかったところ、本件を民訴法 114 条 1 項の主文中の判断について生じる既判力の遮断効の問題として取り扱っていた方が半分程度いたのが気になりました。前訴の訴訟物は、預金の払戻請求権であるところ、後訴に前訴の主文中の判断の既判力が及んだとしても、前訴の基準時において預金の払戻請求権の存否を争う主張が遮断されるに過ぎず、前訴の訴訟物ではない保証債務履行請求権について争うことが禁じられるわけではないはずです。
- ・そこで、次の問題として、保証債務履行請求権について相殺が前訴で認められ、かかる理由中の判断について民訴法 114 条 2 項で既判力が生じているところ、民訴法 114 条 2 項の解釈問題として、どのような範囲で既判力が生じているのかを検討していただくことを想定していました。しかしながら、ここについても、民訴法 114 条 2 項の解釈について論述できていた答案が少なく、2～3人程度の方しか、民訴法 114 条 2 項の解釈を示せていませんでした。比較的メジャーな論点だと思いますので、論証を用意し、すぐに答案上に表現できるようにしてください。
- ・その上で、判例・通説の理解を前提に検討していくと、本件の保証債務履行請求権を相殺に供されていた部分と、相殺に供されなかった部分とで扱いが違うことを念頭に検討し、債務不存在確認の訴えが提起されているのは既判力の生じていない部分についてのみと言うことになると思うのですが、この点を意識的に区別して論じることのできていた方は1～2人程度しかいませんでした。
- ・最後に、相殺の既判力によって①②の主張が遮断されないとしても、X 1 のかかる主張を認めた場合には、前訴判決の判断が蒸し返されることになり、信義則（民訴法 2 条）を用いてかかる主張が制限されないか検討する余地がありますが、この点について指摘し、一定の結論を導いていた方も、2～3人程度しかいませんでした。

## 第3 その他

- ・問題提起が長かったり、本件で問題とならない事項に関する論述が散見されました。気付いた範囲で修正履歴付で消去させていただいておりますので、参考にさせていただければと思います。
- ・新型コロナウイルスの流行により、状況が大分不透明になってきてはおりますが、体調に気をつけて、残り期間の試験対策を頑張ってください。

以上

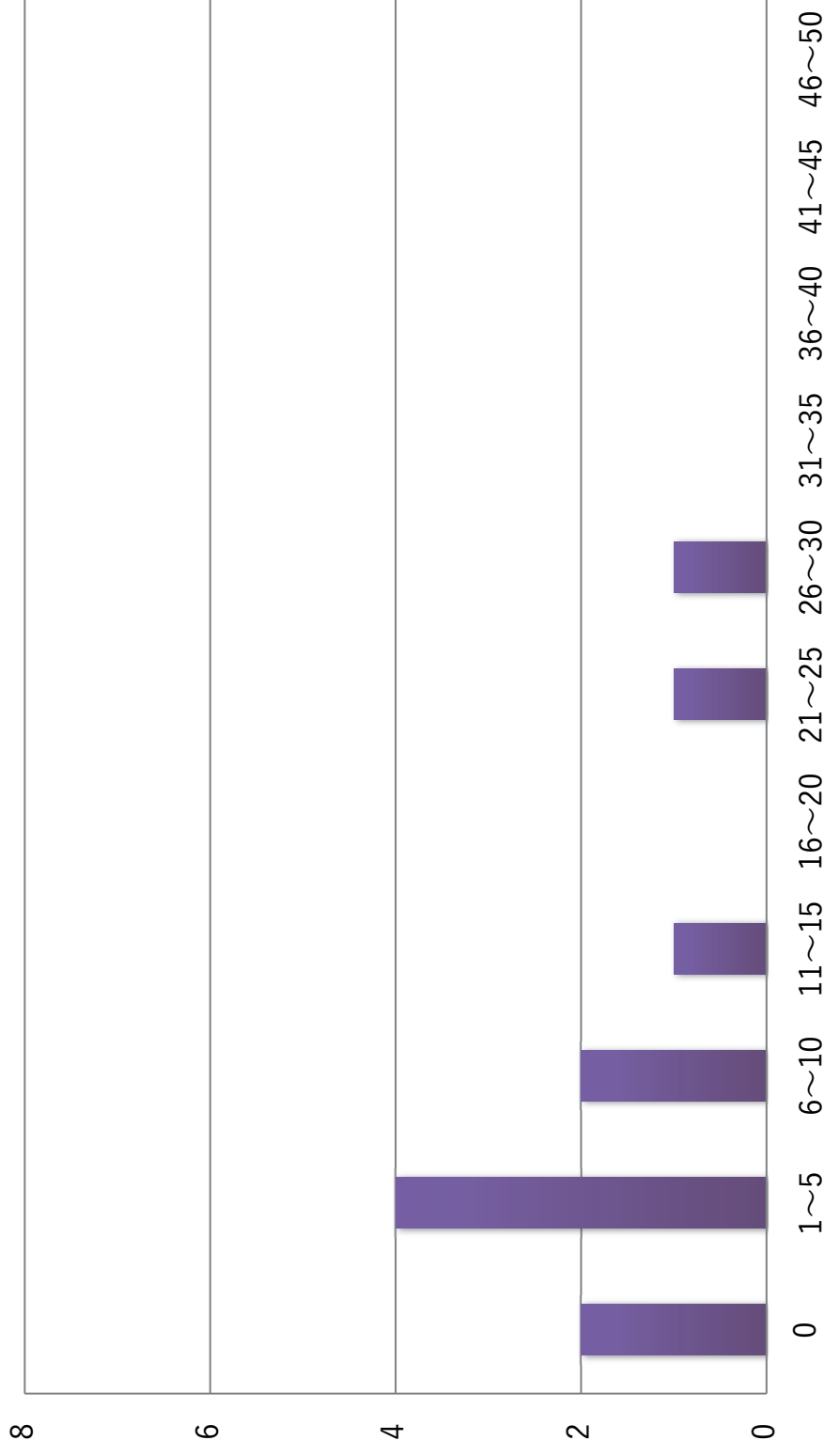


# 司法試験予備試験答案練習会 2020年3月29日分 得点分布表

## 民事訴訟法Ⅱ

出席者 11名 平均点 8.5点

(人数)



(得点)

分布	人数
0	2
1~5	4
6~10	2
11~15	1
16~20	0
21~25	1
26~30	1
31~35	0
36~40	0
41~45	0
46~50	0