

論文式試験問題集
[民事訴訟法]

【民事訴訟法】（〔設問1〕と〔設問2〕の配点の割合は、1：1）

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】

Y株式会社（以下「Y」という。）は、甲土地を所有していた。X1は、自宅兼店舗を建築する予定で土地を探し、甲土地が空き地となっていたことから、購入を考えた。X1は、娘Aの夫で事業を引き継がせようと考えていたX2に相談し、共同で購入することとして、甲土地の購入を決めた。X1は、甲土地の購入に当たり、Yの代表取締役Bと交渉し、X1とX2（以下「X1ら」という。）は、Yとの間で甲土地の売買契約を締結した。X1らは、売買代金を支払ったが、Yの方で登記手続を全く進めようとしな。そこで、X1らは、Yを相手取って、甲土地について、売買契約に基づく所有権移転登記手続を求める訴え（以下「本件訴え」という。）を提起した。

〔設問1〕

X1は、本件訴えの提起に際して、体調が優れなかったこともあり、X2に訴訟への対応を任せることとした。そのため、専らX2がX1らの訴訟代理人である弁護士Lとの打合せを行って本件訴えを提起したが、X1は、Yに訴状が送達される前に急死してしまった。X1の唯一の相続人はAであった。

X2は、X1から自分に訴訟対応を任されたという意識があったため、X1の死亡の事実をLに伝えなかった。訴訟の手続はそのまま進行したが、Yは、争点整理手続終了近くになって、X1の死亡の事実を知った。

Yは、X1の死亡の事実を知って、「本件訴えは却下されるべきである。」と主張した。

このYの主張に対し、X2側としてどのような対応をすべきであるかについて、論じなさい。

【事例（続き）】（〔設問1〕の問題文中に記載した事実は考慮しない。）

本件訴えに係る訴訟（以下「前訴」という。）においては、唯一の争点として甲土地の売買契約の成否が争われた。裁判所は、X1ら主張の売買契約の成立を認め、X1らの請求を全て認容する判決（以下「前訴判決」という。）を言い渡し、この判決は確定した。

しかし、Bは、前訴の口頭弁論終結前に、甲土地について処分禁止の仮処分がされていないことを奇貨として、強制執行を免れる目的で、Bの息子Zと通謀し、YからZに対する贈与を原因とする所有権移転登記手続をした。X1らは、前訴判決の確定後にその事実を知った。そこで、X1らは、YとZとの間の贈与契約は虚偽表示によりされたものであると主張し、Zに対して甲土地の所有権移転登記手続を求める訴え（以下、この訴えに係る訴訟を「後訴」という。）を提起した。Zは、後訴においてX1らとYとの間の売買契約は成立していないと主張した。

〔設問2〕

X1らは、上記のようなZの主張は前訴判決によって排斥されるべきであると考えている。X1らの立場から、Zの主張を排斥する理論構成を展開しなさい。ただし、「信義則違反」及び「争点効」には触れなくてよい。

2022年5月26日

担当：弁護士 門馬憲吾

参考答案
〔民事訴訟法〕

第1 設問1

1 X1は、Yに訴状が送達される前に亡くなっているところ、本件訴えが固有必要的共同訴訟（法40条1項）に該当すれば、当事者適格を有する者全員が原告となる必要があるから、本件訴えは不適法となる。そこで本件訴えが固有必要的共同訴訟に該当するか。「合一にのみ確定すべき場合」（法40条1項）の意義が問題となる。

訴えの提起は、敗訴すると訴訟物たる権利を処分したのと同様の状況に陥る点で実体法上の処分行為と類似する。そこで当事者の管理処分権の有無によって判断する。

本件では、X1らは甲土地を共同で購入しており、所有権移転登記請求は、X1とX2が共同して行使すべき権利である。したがって管理処分権はX1とX2に帰属するといえるから、本件訴えは固有必要的共同訴訟である。

よって、X1がYに訴状に送達される前に死んでいる以上、本件訴えは不適法になるとも思える。

2 もっとも本件訴えは、専らX2が弁護士の打ち合わせ等を担っている上、すでに争点整理手続終了近くとなっている。民事訴訟の基本理念は、適正・公平・迅速・経済（法2条参照）であるところ、実質的に関与していなかった当事者の不在を理由

に本件訴えを却下すれば、訴訟経済上妥当でないし、適正ともいえない。

3 そこでX2側は、当然承継（法124条1項1号）する旨主張する。

まず、訴状の送達前にX1は死亡しており、訴訟係属はしていない以上、当然承継は生じないのが原則である。もっとも、訴訟経済の観点から、潜在的な訴訟係属が観念できる場合は、同号を類推適用できる。

本件では、X1は本件訴えの提起後、訴状送達前に死亡しているところ、本件訴えの提起により、紛争は潜在的な訴訟係属状態を観念できる。

よって同号の類推適用が認められる。

4 訴訟はX1の唯一の相続人であるAに承継されたから、X2は表示の訂正を申し立てるべきである。

第2 設問2

1 Zの主張を排斥するためには、まず前訴判決の既判力が、Zに拡張されなければならない。

2 既判力は、XらとYとの間に生じるのが原則である（法115条1項1号）。

3 Zは、前訴の口頭弁論終結前に、甲土地の所有権移転登記を経ており、文理上、法115条1項3号を適用することはできない。

4 では、法115条1項4号を適用することはできないか。「目的物を所持する者」の意義が問題となる。

同号の「所持」は、物理的に目的物を保有していることを意味するから、登記名義を有するZに同号を直接適用することはできない。

もっとも同号の趣旨は、固有の利益を有しない者に手続保障を認める必要はない点にある。そこで独自の手続保証を実質的に与える必要がない者には、同号を類推適用することができる。

本件では、Zの贈与は通謀虚偽表示であるため無効となり、Zは、何ら法律上の原因に基づかず、本件土地の登記名義を有している。したがってZに独自の手続保証を実質的に与える必要はない。

よって、Zに法115条1項4号を類推適用することができる。

5 Zに前訴判決の既判力が拡張されるとして、前訴判決の既判力が後訴に作用するか。

既判力は、紛争解決の実効性を確保するために認められた制度的効力であるから、前訴既判力が生じた判断内容に矛盾・抵触する主張は後訴で排斥される。

本件では、前訴判決で生じた既判力の内容は、X1らがYに対して売買契約に基づく所有権移転登記手続請求を有していることである。後訴でのZの主張は、X1らとYとの間には売買契約は成立していないというものであるから、前訴判決の判決理由中の判断と矛盾・抵触するに過ぎず、既判力は作用しない。

よって、前訴判決の既判力が後訴に作用せず、Zの主張を排斥できないように思える。

6 もっとも、前述の民事訴訟の基本理念からは、実質的に紛争の蒸し返しである以上、適正・公平でもないし、訴訟経済上も望ましくない。

7 そもそも法115条1項4号の趣旨は、固有の法的利益を有しない者に手続保証を認める必要はない点にあるから、同号の類推適用をもって、前訴判決で審理尽くされた事項について再度主張することは許されない。

8 よってZの主張は排斥される。

以上

2022年5月26日

担当：弁護士 門馬憲吾

2022年5月26日短答合格者向けゼミ民事訴訟法

採点基準表

50点（設問1：24点、設問2：16点、裁量点：10点）

設問	項目	配点	点数
設問1	固有必要的共同訴訟の問題提起	2	
	論証	2	
	あてはめ	3	
	結論	1	
	結論の不都合性	4	
	訴訟承継が生じないことが原則であること	3	
	潜在的な訴訟承継が観念できること	5	
	表示の訂正をすべきであること	2	
設問2	問題提起	2	
	既判力の主観的範囲の原則論	2	
	法115条1項3号を適用できないこと	2	
	同項4号の類推適用の検討	5	
	既判力の客観的範囲が問題になること	6	
	結論	1	
裁量点		10	
合計点		50	

以上

2022年5月26日

担当：弁護士 門馬憲吾

民事訴訟法短答合格者ゼミ 解説レジュメ

令和4年5月26日




弁護士 門馬憲吾

1 はじめに

民事訴訟で重要なことは、㉞対立する利益配分を意識すること、①民事訴訟のピラミッド構造（法体系）を理解することです。

㉞について、「民事訴訟をよりよく理解するためには、ある問題について、原告の立場、被告の立場、裁判所の立場を検討することが重要である¹⁾」、「手続保障は重要であるけれども、民事訴訟法の解釈は、適正・公平・迅速・経済という理想をどうバランスさせるかが重要である²⁾」と高橋先生は述べています。3者間の立場ないし4つの理念を調和させる必要があるから民事訴訟は難解と言われます。逆に民事訴訟で利益配分をうまくできたならば、他の科目の利益配分もうまくいきます。

①について、民事訴訟法のピラミッド構造は下記の通りです。問題を解く際は、問われている部分はどこか、を見抜くことが大切です。

請求（訴訟物） 	・ 処分権主義（246条） ・ 既判力（114条） ・ 訴えの変更（143条） ・ 反訴の提起（146条）
法律に関する主張 	・ (原則) 法律上の判断は裁判所の専権。 ・ (修正) 権利自白、法的観点指摘義務
事実に関する主張 	・ (原則) 弁論主義第1・第2テーゼ ・ (修正) 釈明権（149条）
証拠	・ 弁論主義第3テーゼ ・ 自由心証主義（247条） ・ 証明責任

¹⁾ 高橋宏志「民事訴訟法概論」51頁（有斐閣、2016年）

²⁾ 同上 P115

民事訴訟法のピラミッド構造は憲法を含めた大きな法体系から理解することが重要です。そもその民事訴訟制度は①「私人間の紛争」を②「公権的強制的に解決する国家的制度」です。①からは、民事訴訟制度は私人間の紛争を審判の対象としていることから、当事者の自主性・主体性を訴訟法上も尊重することが望ましいといえます。他方で、②からは、公権的に紛争を解決する国家制度としての訴訟制度を運営する観点からすると、国民の裁判に対する信頼を得る必要がある上、紛争を迅速かつ効率的に解決する必要があります。そのため民事訴訟制度には公益的な性格も認められるというわけです。

このように①を強調すれば当事者に主導権を委ねるべきであります（当事者主義）が、②を強調すれば裁判所に主導権を認めるべき（職権主義）であり、民事訴訟は対立する利益が交錯しています³。民事訴訟は審理の内容面については処分権主義や弁論主義といった当事者主義がとられているが、審理の手続面は当事者主義によらずに職権進行主義が妥当する、と言われることがあります。背景にはこのような民事訴訟制度の存在意義があるというわけです。

以上より、ピラミッド構造を理解する際には、当事者主義と職権主義、それぞれの視点を意識する必要があります。

2 本問のポイント

原則論をきちんと明示すること、民事訴訟の基本理念から不都合性を適示すること、結論の妥当性という観点からとりあえず書き切ることです。

私は、この年の予備試験をロースクール在学中に受験しました。本試験では、設問1は、固有必要的共同訴訟を論じた上で、訴訟承継の潜在的係属を観念して、表示の訂正を認めることを書きました。設問2は、非常に難問です。本番ではよくわからなかったのですが、法115条1項4号を類推適用できる旨を薄い論理で書きました。参考答案のように、既判力の客観的範囲の問題点まで論じることはできませんでしたが、評価はAだったので、合格ラインをお伝えできればと思います。

3 設問1

(1) 論じ方

まずYの主張の前提として、本件訴えが固有必要的共同訴訟にあたる旨を論じなければなりません。ここは端的に結論を論じれば足ります。

その上で訴えが却下されるとも思えると原則論を明示する必要があります。つつい訴訟承継の論点に飛びついてしまいがちのところですが、いったん落ち着いて原則論の帰結を示

³ 藤田広美「講義民事訴訟」5頁（有斐閣、第3版、2013年）

した上で、原則論が民事訴訟の基本理念に照らして、どのような不都合性があるのかを論じなければなりません。

原則論の不都合性を論じたら、修正の法的構成です。訴訟の潜在的係属は、抽象的で当てはめが難しいところではありますが、X1は、本件訴えの訴訟提起がされた後に死んでいることに着目して、すでに訴訟係属間近だった旨を論じられればよいと思います。

(2) 補足

当事者の確定はややこしい論点なので、ひとつ整理をしておきます。

大前提として、当事者が訴訟係属前に死亡しており、適法な訴訟係属が生じていない以上、訴えは却下すべきこととなります。もっともある程度審理が進行している場合にまでこのような結論を認めると、訴訟経済上、妥当ではありません。そこで修正方法として以下の3つが考えられます。

- ① 表示の訂正
- ② 訴訟承継（124条1項1号）類推
- ③ 任意的当事者変更

①表示の訂正で解決できる場合とは、当事者確定の論証をして、当事者が、本件でいえばX1ではなくAと判断されなければなりません。すなわち通説の表示説からすれば、請求の原因を含めて、訴状の記載全体の趣旨から本件の当事者がAと判断できるのならば、表示の訂正で、当事者をX1からAとすればよいこととなります。本件では、訴状の記載からすれば、当事者はX1と確定せざるを得ず、①表示の訂正で解決することは難しいでしょう。

以上のとおり、①表示の訂正で解決できる場合は、当事者の同一性が認められる場合となります。本件のように当事者がX1とAで同一性が認められない場合に論じるのが、②と③になります。両者の相違点は、従前の訴訟資料等を完全に引き継ぐか否かです。

②訴訟承継は、従前の訴訟資料等を完全に引継ぎます。根拠は、訴訟承継前は、最も利害関係のあるはずの承継前の当事者が訴訟に関与しており、承継後の当事者は、承継前の当事者と一定の関係性が認められる以上、代替的に手続保証が及んでいる点にあります。

これに対して、③任意的当事者変更は、従前の訴訟資料を引き継ぎません。なぜならば、任意的当事者変更の法的性質は、新当事者に対する新たな訴えの提起と旧当事者に対する訴えの取り下げが複合的になされたものであり、新たな当事者は独立した他者であるので、新たな手続保証が必要であるからです。したがって修正を図る場合は信義則等を論じる必要があります。

このように②と③では、従前の訴訟係属を引き継ぐか否かで異なるものではありますが、基本的には同じ場面で論じることになります。ややこしい部分であるので、整理しておくと思います。

4 設問2

非常に難問です。なので、原理原則の帰結を示して、修正論をなんとか考えることができれば十分です。

ポイントは、まず、法 115 条 1 項 3 号の類推適用を論じた受験生もいたようですが、文理上、口頭弁論終結後と終結前で意義が全くの反対なので、こちらを類推適用するという展開は厳しいかと思います。

そこで法 115 条 1 項 4 号の類推適用を論じることになるわけですが、本来的な同号の意味は、受寄者や管理人といった者に既判力を拡張する点にあるわけですから、Z には適用されない旨を指摘する必要があります。その上で、同号の趣旨に遡って、Z が甲土地を取得した経緯からすれば、手続保証を認める固有の法的利益を有しないことを論じれば十分だと思います。

ここまで論じることで、前訴判決の既判力が Z に拡張されたことになります。つついこここまで書いて満足してしまうところですが（本試験の私がそうでした）、Z の主張を排斥する必要があるわけですから、続いて既判力の作用を論じなければなりません。

本件で非常に難しいのは、前訴は売買契約に基づく所有権移転登記手続請求であるのに対して、後訴は、所有権に基づく所有権移転登記手続請求です、すなわち前訴は債権的請求であるのに対して、後訴は物権的請求ということになるわけですから、このような場合にどのように既判力が作用するのかがまずもって分からない。その上、信義則違反と争点効理論が使えない以上、判決理由中の判断に既判力の作用を認める方法が分からない。

このようにわからないことばかりです。参考答案では、正直わからなかったので結論の妥当性重視で起案をしました。正解は正直わかりません。なんとか結論の妥当性を示すことができれば十分なのではないかと思います。

以上