

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ない。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。

参考答案
[民事訴訟法]

第1 設問1

- 1 Yは、X1が訴状送達前に死亡したことを理由に、本件訴えの却下を求めている。仮に本件訴えが固有必要的共同訴訟（法40条1項）にあたる場合、関係者全員が原告となっていなければ当事者適格を満たさないことから、当事者であるX1の不存在は訴訟要件の欠缺となる。そこで「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。
- 2 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を基準としつつ、紛争の実効的な解決等の観点から訴訟政策を考慮して判断する。
- 3 本件について、甲土地はX1らの共有に属し、所有権移転請求はX1らが共同して行使すべき権利であるから、管理処分権はX1らに属する。またX1らが勝訴した場合、甲土地の登記はX1らに移転されるのであるから、X1ら全員が法律上利害関係を有し、紛争の解決は全員に矛盾なくなされることが要請される。
- 4 よって本件訴えは固有必要的共同訴訟にあたる。
- 5 そうすると、X1は訴状送達前に死亡しており、本件訴えは却下されるのが原則である。
- 6 もっとも民事訴訟の基本理念は、適正・公平・迅速・経済（法2条）にあるところ、本件訴えでは、弁護士Lが就いており、

X1の死亡の事実は訴訟の審理内容自体には影響を及ぼさない。そうするとX1の死亡が訴え提起前に明らかにならなかったことをもって、Yに不公平とはいえない。また本件訴えは争点整理手続終了間近となっていることから、そのやり直しは迅速でも経済でもない。

- 7 そこで訴訟承継（法124条1項1号）を類推適用することはできないか。
- 8 訴訟承継は、訴訟が係属していることが前提となることから、本件において適用できないのが原則ではある。もっとも訴訟経済の観点より、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。
- 9 本件について、X1は、訴え提起後、Yに訴状が送達される前に急死しており、すでに裁判所には訴状が提出されているのだから潜在的な訴訟係属が観念できる。
- 10 よって訴訟承継が類推適用され、本件訴えは唯一の相続人であるAに承継される。X2は裁判所に対して表示の訂正を求めべきである。

第2 設問2

- 1 Zによる、X1らとYとの間の売買契約の不存在との主張が、前訴判決によって排斥されるためには、前訴の既判力が後訴に及ぶ必要がある。そこで前訴既判力の主観的範囲が問題となる。
- 2 前訴の既判力は、原則として「当事者」であるX1らとYと

の間で生じる（法115条1項1号）。

Zは、前訴の口頭弁論終結前にYから甲土地を譲り受けており、「口頭弁論終結後の承継人」（同3号）にはあたらない。そこでZを「請求の目的物を所持する者」（同4号）といえないか。

3 同4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がない点にある。そこで「目的物を所持する者」とは、所持につき固有の法的利益を有さず、もっぱら当事者のためにこれを所持する者をいう。そして登記名義を有するに過ぎず、自己固有の法的利益を有さないため、独自の手続保障を与える利益のない者には、利益状況が類似することから、同号を類推適用できると解する。

4 本件では、YZ間の贈与は通謀虚偽表示（民法94条2項）で無効となり、Zは何ら法律上の原因に基づかずに甲土地の登記名義を有している。したがってZは自己固有の法的利益を有さず、独自の手続保障を要する者とはいえない。

5 よって同4号を類推適用でき、前訴の既判力はZに及ぶ。

6 なお、前訴の訴訟物は、売買契約に基づく所有権移転登記手続を求める訴えである一方、後訴の訴訟物は、所有権に基づく所有権移転登記手続を求める訴えである。そうすると前訴と後訴の訴訟物は全くの別物であり、前訴の既判力が後訴に作用しないとも思える。

7 しかし法115条1項4号が既判力の拡張を認めた根拠は、

手続保障を与えるだけの固有の利益の欠如にあり、紛争の実効的な解決を企図しているわけであるから、この点は問題とならないと解すべきである。

8 以上より、法115条1項4号を類推適用することで、Zの主張は排斥できる。

以上

予備試験答案練習会（民事訴訟法）採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問 1〕	(20)		
問題提起（固有必要的共同訴訟が問題となること）		3	
規範（固有必要的共同訴訟）		2	
当てはめ		3	
結論		1	
原則論の不都合性の指摘		3	
問題提起（訴訟承継（法 1 2 4 条 1 項 1 号）を類推適用の可否）		2	
規範（訴訟承継の類推適用について）		2	
当てはめ		3	
結論		1	
〔設問 2〕	(20)		
問題提起（既判力の主観的範囲が問題となること）		4	
原則論（既判力は当事者間にのみ生じること）		2	
Zが「口頭弁論終結後の承継人」（法 1 1 5 条 1 項 3 号）に当たらないこと		2	
「請求の目的物を所持する者」（法 1 1 5 条 1 項 4 号）の類推適用の可否		8	
前訴の訴訟物と後訴の訴訟物が異なる点		3	
結論		1	
裁量点	(10)	10	
合計	(50)	50	

明大法曹会答案練習会

民事訴訟法 解説レジュメ (令和6年5月19日実施)

令和6年5月15日
弁護士 門馬 憲吾

第1 はじめに

民事訴訟で重要なことは、⑦対立する利益配分を意識すること、④民事訴訟のピラミッド構造（法体系）を理解することです。

⑦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るのであれば、他の科目の利益配分もうまくいきます。

④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）	<ul style="list-style-type: none">・ 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	<ul style="list-style-type: none">・ (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	<ul style="list-style-type: none">・ (原則) 弁論主義第1・第2テーゼ・ (修正) 釈明権（149条）
↕	
証拠	<ul style="list-style-type: none">・ 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）（以下、「高橋概論」という）

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。

そもそも民事訴訟制度は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）です。このように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、ピラミッド構造の理解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。

第2 本問の出題趣旨

本問は、2019年の予備試験過去問です。実際に私も受験した年ですので、どの程度書けば合格ラインに達するか、現場でどのように考えたか、解説できればと思います。

第3 答案作成時のポイント

- 1 まずは問題文の事実の適示から答案を開始する。
- 2 原則論の明示、修正の必要性、修正論という流れで書く。
- 3 修正の必要性や当てはめの視点は、民事訴訟の理念である適正・公平・迅速・経済を意識する。

³ 藤田広美「講義民事訴訟」5頁（有斐閣、第3版、2013年）

第4 設問1について

1 本問のヒント

問題文において、Yは「本件訴えは却下されるべき」と述べています。棄却ではなく却下という点がポイントです。この点から、Yが訴訟要件の欠缺を指摘している点に気が付き、当事者適格の問題として、固有必要的共同訴訟を論じられるかがポイントとなります。

2 固有必要的共同訴訟について

(1) どのような訴えが固有必要的共同訴訟に該当するのか、なかなか整理が難しいところです。

(2) 大枠として、共有では、共有関係と共有持分権の二つに分けて、共有関係の訴訟では（本問のように）固有必要的共同訴訟に当たることを原則とし、共有持分権の訴訟では各自が別々に訴訟をしてよいとします。

共有関係の訴訟が原則として固有必要的共同訴訟となるのは、共有関係そのものが共有者全員によってのみ処分ないし分割ができるものであるから、共有者全員にその財産に関する訴訟の当事者適格の基礎となる管理処分権が帰属する、と説明することができます。

他方で共有持分権は、単独処分が可能な権利ですから、固有必要的共同訴訟にあたらないと整理されます。

(3) ただし共有関係の原則にも例外があり、他の判例との対比で覚えることが有用です。

例えば、不動産の共有者の一人は、単独で、持分移転登記の抹消登記手続きを請求することができる（固有必要的共同訴訟ではない）、との判例があります（最高裁判平成15年7月11日判時1833号114頁）。なぜ本問と違うのでしょうか。

右判例のように、抹消登記は不実の登記が抹消されるだけで、1人での請求も共有者全員の利益となります。対して本問のような移転登記は、共有者全員の登記としなければ意味がなく、1人だけの登記が実現すれば実態に合わないことになり他者の利益を害するおそれがあります。このような配慮から本問の類型は固有必要的共同訴訟となっています⁴。

⁴ 高橋概論302頁によれば、「抹消登記手続では登記の抹消であるから判決後の登記名義人は以前の名義人となるので登記にそれらの者の名が出ることに問題はないけれども、移転登記手続請求では初めて登記名義人となる者もあり、その者が登記に名が出ることを承知しているかどうかは裁判所としては分からないという違いがある。これが、判例が登記関係訴訟で固有必要的共同訴訟かどうかを分ける事情であろう」と説明しています。

- (4) さらには土地所有者が、所有権に基づいて地上の建物の所有者である共同相続人を相手方とし建物収去土地明渡を請求する訴訟は、固有必要的共同訴訟にあたらな
い、とするのが判例です（最高裁昭和43年3月15日判時513号5頁）。

その理由について、不可分債務であること、また被告側共有者全員の把握は原告
にとって必ずしも容易ではないこと、されに被告側全員の債務名義または同意を得
なければ強制執行できないことから被告の権利利益に欠けることでもないとしま
す。

- (5) 固有か否かの判断において、保存行為や不可分債権といった実体法的な理由付け
もありますが、訴訟法的な観点から、紛争の実質に対する合理的な配慮もあるわけ
です。

3 訴訟係属前に当事者が死亡している場合の整理

訴訟係属前に当事者が死亡していた場合、当事者が実在していない以上は、原則と
して却下判決となります。しかし審理が経過してから判明した場合、訴訟経済の観点
から、次の3つの修正方法が考えられます。

- ①表示の訂正：当事者確定の基準で、当事者が（被相続人ではなく）相続人
と看取できる場合は、表示の訂正で足りる。
- ②訴訟承継類推：潜在的な訴訟係属が観念できる場合。
- ③任意的当事者変更：当事者死亡時に潜在的訴訟係属が観念できない場合でも、相
続人が死者の名で訴訟追行した場合は、任意的当事者変更を
検討。

上記3つの方法について、①は当事者の同一性が要求されるのに対して、②および
③は当事者の同一性は要求されません。

また①および②は従前の訴訟資料等を完全に引き継ぎますが、③は引き継がれませ
ん（∵新たな当事者は、係争物の譲渡を受けたわけではなく、独立した他者であるの
で手続保障が必要となるため。もっとも信義則等で修正）。

第5 設問2について

- 1 設問2は非常に難問で、試験会場で非常に悩んだ記憶があります。一応元ネタとな
る裁判例はあるのですが、誰も抑えていない判例ですので現場思考型といえます。
- 2 そもそも訴訟係属中の当事者の変更は訴訟承継で対応されるべき問題です。したが
って本問のように訴訟係属中に被告がYからZに変更されたのであればX1らはZに
対して訴訟引受を申し立てなければならず、これをせずにYとの間で判決を受けて

も、当該判決の既判力はZに及んでいきません。しかし、YZ間の移転登記にX1らが気付くとも限らないため、X1らの訴訟追行が無駄になるという問題点もあります。本問のように、係争物の譲渡に気が付かずに訴訟を終えると、勝訴していても判決効は譲受人に及んでいかず再訴を余儀なくされることとなります（訴訟承継があくまで口頭弁論終結前の承継人だからです）。

- 3 このような訴訟承継の問題点は仮処分で埋められるべきです。現行法上、処分禁止の仮処分（民保58条、61条）、占有移転禁止の仮処分（民保62条）を申立てることで、仮処分債権者は係争物の譲渡があっても、この仮処分によって判決効を譲受人に及ぼすことができます。

しかし本問においては処分禁止の仮処分がなされていないことを奇貨として、Zに甲土地を譲渡してしまっているわけです。

- 4 このような問題意識を有している受験生はいませんから、本問は現場思考型の問題となります。

Zに既判力を及ぼす論拠はなんでもよいと思います。ただ条文の文言は尊重し、なるべく近い根拠条文を選ばなければなりません。例えば法115条1項3号は「口頭弁論終結後」と限定していますから、正反対の意味である口頭弁論終結前の承継人であるZに既判力を及ぼすのは強引な解釈と言えます。

そこで本問では、「請求の目的物を所持する者」（法115条1項4号）の類推適用を検討することになります。この点の論述は趣旨から適当に論じれば足ります。答案例をご確認ください。

- 5 なお補足となりますが、主観的範囲の解釈から既判力を拡張したとしても、実際に前訴の既判力が後訴に作用するのか、という問題もあります。すなわち本問の前訴は、売買契約に基づく所有権移転登記手続を求める訴えである一方、後訴の訴訟物は、所有権に基づく所有権移転登記手続を求める訴えです。このように訴訟物が全く違うわけですから、原則的には前訴の既判力が後訴に及んでいくことはありません。このように、既判力の客観的範囲も問題となります。

この点を補足すると、既判力の作用を考えると、訴訟物が同一、矛盾、先決関係と考えることがあります。この考え方も間違いありませんが、より厳密に考えるのであれば、前訴で何が決まったか、再審理できないとされた事項が何かという既判力の本来の姿から考える方が正確です。すなわち前訴の判決内容と後訴とで考えるべきです。より具体的には、前訴の既判力が生じた内容を論じた上で、既判力が生じた内容と後訴の請求が矛盾・抵触するかを論じなければならず、単に訴訟物が異なるから既判力は作用しないと述べるだけでは足りません。

本問における前訴は①売買契約に基づく所有権移転登記請求権、後訴は、②所有権に基づく所有権移転登記請求権です。

後訴において、前訴で決まった①売買契約に基づく所有権移転登記請求権がないとする判断はできません。しかし②所有権に基づく所有権移転登記請求権の存否は、前訴とは別に審理できます。どのような審理をしようとも、①売買契約に基づく所有権移転登記請求権がないとする判断に影響しないからです。

そしてZが蒸し返しているのは「XらとYとの間の売買契約は成立していない」、すなわち売買契約の正否ですから、①前訴の判決理由中の判断にすぎません。後訴との関係では改めて審理することができることになります。

このように考えると既判力を主観的に拡張したとしても、結局前訴の既判力が後訴に及んでゆかず、既判力を拡張した意味がなくなってしまいます。

この点をどのようにクリアするのか、特に信義則や争点効を封じられた本問においては難しく、はっきりとした答えもわかりません⁵。

6 解答案では一応の正解らしきことは記載しました。ただこの点を厳密に考える必要はなく、むしろ受験効率からは検討する必要はないと思います。他の受験生がわからない以上、この点に拘泥する必要はありません。

7 参考までに元ネタとなった裁判例は下記です。

○大阪高判昭和46年4月8日判時633号73頁

（事案）

Xら（原告・被控訴人）は、本件に先だって、A会社を相手どり、Aから本件土地を買い受けたことを理由に、売買による所有権移転登記請求の訴え（前訴）を提起し、第一審、控訴審、上告審を経て、勝訴の確定判決を得た。ところが、この前訴第一審判決の言い渡し直前に、Aは、右土地を社長の息子Y（被告、控訴人）に贈与し、その旨の移転登記をしていた。そこで、Xは、Yに対して本件訴えを提起し、AのYへの贈与契約はなく、あっても虚偽表示であると主張して、Yから直接Xへ移転登記をするよう請求した。これに対し、YはA・X間の売買を争った

（判決）

本判決は、①A・Y間の本件移転登記は、贈与その他有効な登記原因を伴わない通謀虚偽表示に該当し、かつYは、Y自身のため登記名義を保有すべきなんらの利益も理由も

⁵ 高橋概論285頁では、この点について「ZとYは同一視されているという説明が訴訟法的には通りがよい。ZがYと同一人格と観取されている以上、Y敗訴はイコールZ敗訴だということになり、自己が受けたと同視される敗訴判決でZが強制執行を受けるのは当然だということになる」と説明。

なく、②本訴の「実質上の当事者（被告・控訴人）」はAそれ自体であり、③Yによる、A・X間の売買の抗争は、「結局前訴における同一の争いの蒸し返しにほかならない」との判断に立ち、本件のようなYは「請求の目的物の所持者に準じ（法115条1項3号）、これに既判力を及ぼす類推解釈が可能」となり、YはA・X間の売買を争うことができないと判断を示した。

第6 おわりに

各設問を論じる際は、ご自身が、民事訴訟におけるいずれのステージを論じているのか、誰の利益を考慮しているのかを意識してみましよう。

民事訴訟における各ステージで、誰の利益が重視されているのか、原則論はなにかを考えてみましょう。併せて、原告に有利な主張であるならば、被告や裁判所にどのような不利益が生じるのかを具体的に検討してみてください。その際には、民事訴訟の理念である適正・公平・迅速・経済という視点が大切です。答案で明示的に書かなくても、自分がどのような利益を考慮しているのかを意識するだけで、自ずと答案に説得力が増します。

最後に、明大法曹会に掲載されている安齊勉先生の合格体験記からの引用を掲載します。

司法試験の答案の書き方は、問題文の中から

- ① 対立する利益（保護法益）を探り出し
- ② それに対する自分の価値判断を示し
- ③ それを条文を用いて理由付ける（条文解釈）

試験では、上記のことをその場で考えて、答案を書けばそれでよく、基本書にどのように書いてあったかなどを思い出す必要は全くない。

結局のところ対立する利益を自分なりに理由を付けて調和させることが評価の対象となるわけです。是非参考になさってください。

以上



表

試験科目	試験地
民事訴訟法	明治大学

最優秀答案

回答者: R.T. 37点

第1 設問1

1 Yの主張は、本件訴訟が固有必要的共同訴訟として、X1およびX2の訴訟共同人となれば、X1らの原告資格が認められること、X1の死により原告のうち1人が欠けたため、当事者資格が認められることを理由とするものと考えられる。

2 そもそも当事者資格とは、訴訟を進行し、本審判決を得ることのできる地位をいう。固有必要的共同訴訟(民事訴訟法(以下法又省略)46条)にあたる場合、共同訴訟人の訴訟を共同に進行する必要があるので、そのうち1人でも欠ければ当事者資格は認められない。そこで、固有必要的共同訴訟にあたるか。

(1) まず、訴訟は実体法上の権利・法律関係の實現過程である。訴訟において見取ると実体法上の権利を以て争うのと同様の効果がある。また、当事者資格は紛争の実知的解決を図るための訴訟要件である。そこで、固有必要的共同訴訟は実体法上の管理処分権を基準として、紛争解決の実知性等、訴訟政策的側面を考慮して判断すべきである。

(2) 本件では、^{所有権につき}所有権移転登記手続を要する~~登記~~は、共有者がそれぞれ自己の持分権に基づいて行えるものである。共有者が持分価格に従って過半数で決したとしても共同で行うべきなのである(民法252条1項)。また、共有持分権者が単独で同請求につき訴訟を進行できるとすると、実体的異時共有割合による登記手続、他の共有者を要するおそれがあるため、共同訴訟による紛争解決の実知性に資する。

よって、固有必要的共同訴訟にあたる。

民事訴訟法 1 頁





(上記枠内に、受験番号シールを貼り付けること。)

3 よて、訴訟は、訴状が被告に送達されてはじめて二当事者対立構造に下りため、かかる時点で係属すると解される。とるが、前記の如く、訴状が送達される前に原告の一人であるX1が死亡してゆつため、訴訟係属時に原告の当事者資格を欠く状態にあつた。よつため訴訟がなされることは、もつと、X1らは既に訴状を裁判所に提出してゆつため、AがX1の地位を相続し承継してゆつた。

(1) 確かに、上巻のとおり、事件が訴訟係属がなしてゆつ段階に当事者の一人が死亡したため、124条1項1号を直接適用することとなる。

しかし、同号は^{の226}当事者が死亡した場合に従前の訴訟手続の利用を認めたりが、相続人等が再訴提起するよう訴訟経済に資する、迅速な紛争解決がてするこにある。よて、かかる趣旨は訴人提起後訴状送達前において多々あるため、同号の類推適用を認めるべきである。

(2) よつため、事件で、X2側においては、X1の唯一の相続人であるAが訴訟手続を後継すべきである。よて、訴訟手続を続行してゆつ。

4 なお、X1らの訴訟代理人であるLはX1死亡後も同人の死亡原因に訴訟手続を進行してゆつたが、訴訟代理権は当事者の死亡によつて消滅してゆつ(58条1項1号)ため、Lによる手続も有効である。

第2 設問2

1 X1らは、2の主張が前訴判決の既判力(114条1項)に抵触ない、非争たれべきである旨主張し得る。

2 確定判決の後訴に對する適有性^の物事力たる既判力は、確定判決の全文に包括する^のすめら訴訟物たる權利法律關係について生ずる。

(注意事項)

1 答案用紙の種類

本答案用紙は、民事訴訟法の答案用紙です。

民法、商法の答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申出があった場合を除き、零点となるので、注意してください。

なお、試験時間中に答案用紙の取違えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください（試験時間終了後の答案用紙の取違えの申出には一切応じません。）。

2 答案用紙の取扱い

答案用紙の取替え、追加配布はしませんので、汚したり折り曲げたりしないでください。

3 答案作成上

(1) 答案は

部分は採

(2) 答案は

合には無

(3) 答案を

(4) 答案用

載してく

(5) 答案用

4 その他

解答欄に

十裏

民事訴訟法 3 頁

また、争訟の口頭弁論終結時において当事者の攻撃防御方法と提出すること
が可能であり、既判力の正当化根拠たる手続保障の法に基づき自己責任が
なされたといえるから、同時点に既判力の基準時となる。よって、~~前訴~~前訴の基
準時前の争訟を以て、基準時における権利法律関係を争う後訴の争訟に
はできない（遮断効）。

3 ^{民法}既判力が及ぶのは専ら原則として、手続保障が^{民法}前訴において充足した
当事者である（115条1項1号）~~である~~が、同項2号乃至4号に該当する者に
既判力が及ぶ。すなわちZは、Bとの通謀虚偽表示により、甲土地の所有
権移転登記を備えるという無知な行為をしている（民法94条1項）ため、Zは
「請求の目的物を所持する者」（115条1項4号）に該当するから、

(1) この点、~~115~~115条1項4号の趣旨は、「請求の目的物を所持する者」は
同目的物に対して固有の利益を有しないため、手続保障を充足せよ必
要がないことにある。よって、かかる趣旨の、通謀虚偽表示という民法上
無知な行為によつて目的物を所持する者にも及ぶ。

よって、かかる者も^{に、115条1項4号の趣旨適用が及ぶ}「請求の目的物を所持する者」にあたり得る。
(2) すなわち、Zはこれにあたるため、Z母に対しても前訴の既判力が
及ぶ。

4 よって、Zは、XらとYの間の売買契約が成立していないという前訴の
基準時前の争訟を争う主張し、前訴基準時における前訴訴訟物
たるXらとYに対する売買契約に基づき甲所有権移転登記を請求
権の存在という判断を争う~~を~~後訴において争うことになり得る。

5 以上より、Zの主張は、前訴判決の既判力により排斥される。



意
きとし、解答欄の枠内に頁数に従って書き進めてください。なお、解答欄の枠外（着色部分及びその外側の余白部分）に記載した場合には、当該
りません。
インクのボールペン又は万年筆（ただし、インクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限る。）で記載することとし、これ以外で記載した場
案として零点となります。
ずるときは、訂正部分が数行にわたる場合は斜線で、1行の場合には横線で消して、その次に書き直してください。
表裏を書き違えて答案を作成した場合には、表が白紙のときは「裏に記載」、それ以外のときは「裏から記載」とだけ、試験時間中に表の解答欄に記
し（試験時間終了後に記載することは認めません。）。
※印の欄には何も記載しないでください。

者の氏名又は特定人の答案であると判断される記載のある答案は無効答案として零点となります。

67	
68	以上
69	
70	採点コメント
71	文句なしの合格答案です。それも上位合格レベルだと思います。
72	設問1は他の受験生がほとんど論じられていない固有必要的共同訴訟をきちんと論 じられていました。その後の流れも問題ありません。設問2は必要十分な記述です。
73	
74	
75	
76	
77	
78	
79	
80	
81	
82	
83	
84	
85	
86	
87	
88	

最優秀答案

回答者 R.T. 37点

第1 設問1

1. Yの主張は、本件訴えが固有必要的共同訴訟として、X1およびX2の訴訟共同がなければX1らの原告適格が認められないところ、X1の死亡により原告のうち1人が欠くため、当時者適格がないことを理由とするものと考えられる。
2. そもそも当事者適格とは、訴訟を進行し、本案判決を得ることができる地位をいうところ、固有必要的共同訴訟（民事訴訟法（以下法名省略）40条）にあたる場合、共同訴訟人が訴訟を共同して進行する必要があるため、そのうち1人でも欠けば当事者適格は認められない。そこで、固有必要的共同訴訟にあたるか。
 - (1) まず、訴訟は実体法上の権利法律関係の実現過程であるところ、訴訟において敗訴すると実体法上の権利を処分するのと同様の効果が生ずる。また、当事者適格は紛争の実効的解決を図るための訴訟要件である。そこで、固有必要的共同訴訟にあたるかは、実体法上の管理処分権を基準としつつ、紛争解決の実効性等、訴訟政策の側面を考慮して判断すべきである。
 - (2) 本件では、共有地につき所有権移転登記手続を求めることは、共有者がそれぞれ自己の持分権に基づいて行えるものではなく、各共有者が持分価格に従い過半数で決したうえで共同で行うべきものである（民法252条1項）、また、共有持分権者が単独で同請求につき訴訟進行できるとすると、実体とは異なる共有割合による登記がなされ、他の共有者を害するおそれもあるため共同訴訟によることが紛争解決の実効性に資する。

よって、固有必要的共同訴訟にあたる。
3. そして、訴訟は、訴状が被告に送達されてはじめて二当事者対立構造になるため、かかる時点で係属すると解される。ところが、本件では、Yに訴状が送達される前に原告の1人であるX1が死亡しているため、訴訟係属時に原告の当事者適格を欠く状態にあった。そのため、訴え却下がされるのが原則で

ある。

もっとも、X1らは既に訴状を裁判所に提出しているため、AがX1の地位を相続し、継承できないか。

(1) 確かに、上述のとおり、まだ訴訟係属が生じていない段階で当事者の1人が死亡したため、124条1項1号を直接適用することはできない。

しかし、同号の趣旨は、当事者が死亡した場合に従前の訴訟手続の利用を認められたほうが、相続人等が再訴提起するよりも訴訟経済に資するし、迅速な紛争解決ができることにある。そして、かかる趣旨は訴え提起後、訴状送達前においても妥当するため、同号の類推適用を認めるべきである。

(2) そのため、本件で、X2側としては、X1の唯一の相続人であるAが訴訟手続を受継すべきである。そして、訴え却下せず、手続きを続行できる。

4. なお、X1らの訴訟代理人であるLはX1死亡後も同人の死亡を知らずに訴訟手続を追行していたが、訴訟代理権は当事者の死亡によっても消滅しない(58条1項1号)ため、Lによる手続も有効である。

第2. 設問2

1. X1らは、Zの主張が前訴判決の既判力(114条1項)に抵触し、排斥されるべきである旨主張し得る。

2. 確定判決の後訴に対する通有性ないし拘束力たる既判力は、確定判決の「主文に包含するもの」すなわち、訴訟物たる権利法律関係について生じる。

また、事実審の口頭弁論終結時まで当事者は攻撃防御方法を提出することが可能であり、既判力の正当化根拠たる手続保障の充足がされたといえるから、同時点が既判力の基準時となる。そのため、前訴の基準時前の事由をもって、基準時における権利法律関係を後訴で争うことはできない(遮断効)。

3. かかる既判力が及ぶのは原則として、手続保障が訴訟において充足された当事者である(115条1項1号)が同項2号ないし4号に該当する者にも既判力が及ぶ。本件でZは、Bとの通謀虚偽表示により、甲土地の所有権移転登記を備えるという無効な行為をしている(民法94条1項)ため、Zは「請求の目的物を所持する者」(115条1項4号)にあたらぬか。

(1) この点、115条1項4号の趣旨は、「請求の目的物を所持する者」は同目的物に対して固有の利益を有しないため、手続保障を充足させる必要がないことにある。そして、かかる趣旨は、通謀虚偽表示という民法上無効な行為によって目的物を所持した者にも妥当する。

そこで、かかる者にも 115 条 1 項 4 号の類推適用ができると解する。

(2) 本件でも、Z はこれにあたるため、Z に対しても前訴の既判力が及ぶ。

4. そのため、Z は、X1 らと Y との間の売買契約が成立していないという前訴の基準時前の事由を主張して、前訴基準時における前訴訴訟物たる X1 らの Y に対する売買契約に基づく所有権移転登記手続請求権の存在という判断を後訴において争うことはできない。

5. 以上より、Z の主張は、前訴判決の既判力によって排斥される。

以 上

採点講評

(2024年5月19日 民事訴訟法)

担当講師：弁護士 門馬憲吾

答案作成お疲れ様でした。

設問1は、大多数の答案が固有必要的共同訴訟を論じられておらず、この点で差がついてしまいました。問題文のヒントから、どの訴訟要件が問題となっているのかを考えてみましょう。潜在的訴訟承継の論点は、あくまで例外論です。通常共同訴訟であればこの手間は省けるはずです。原則論からの立論を心掛けてみてください。

設問2は、概ね115条1項4号の類推適用を論じられており、法的素養の高さが感じられました。中には、客観的範囲まで論じられている答案もあり、素晴らしいと思いました。

本問は比較的難しい問題になるため、中には点数が伸びない受験生もいました。けれども、ひとまず自分の頭で考えて解いてみて、どのような出来でも答案を出し切ることが大切です。完璧な準備が整うタイミングはありません。今後もどんどん問題を解いてゆきましょう。点数は気にしないでください。

以上

司法試験予備試験答案練習会 2024年5月19日分 得点分布表

民事訴訟法

出席者 15名 平均点 20.4点

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

