

論文式試験問題集
[民法・商法・民事訴訟法]

[民 法]

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。

解答に当たっては、文中において特定されている日時にかかわらず、試験時に施行されている法令に基づいて答えなさい。なお、民法以外の法令の適用について検討する必要はない。

【事実】

1. Aは、建築設計工事等を業とする株式会社である。Bは、複合商業施設の経営等を業とする株式会社である。Bは、Aとの間で、令和4年4月1日、Bの所有する土地の上にAが鉄筋コンクリート造の5階建て店舗用建物（以下「甲建物」という。）を報酬2億円で新築することを内容とする建築請負契約（以下「本件請負契約」という。）を締結した。
2. 本件請負契約の締結に当たって、Bは、Aに対して、「外壁の塗装には塗料αを使用してほしい。」と申し入れ、Aはこれを了承した。塗料αは、極めて鮮やかなピンク色の外壁用塗料である。
3. Aの担当者が近隣住民に建築計画の概要を説明した際に、地域の美観を損ねるとして多数の住民から反発を受けたため、Aは、周辺の景観に合致する、より明度の低い同系色の外壁用塗料である塗料βで甲建物の外壁を塗装することとした。
4. 令和7年10月25日、塗料βによる外壁塗装を含む甲建物の工事が完了した。同月30日、Aは、Bに対して、甲建物を引き渡した。
5. 令和7年10月31日、Bは、Aに対して、「塗料αは、Bの運営する他の店舗でも共通して用いられており、Bのコーポレートカラーとして特に採用したものである。外壁塗装に塗料βを使用したことは重大な契約違反である。この件の対処については、社内で検討の上、改めて協議させてもらう。」と申し入れた。
6. 塗料βは、塗料αよりも耐久性が高く、防汚防水性能にも優れており、高価である。そのため、外壁塗装を塗料αで行った場合の甲建物の客観的価値よりも、外壁塗装を塗料βで行った場合の甲建物の客観的価値の方が高い。

〔設問 1〕

【事実】1から6までを前提として、次の問いに答えなさい。

- (1) Bが塗料αによる再塗装を求めたが、Aがこれを拒絶した場合において、Bは、Aに対して、本件請負契約に基づく報酬の減額を請求している。Bの請求が認められるか、【事実】6に留意しつつ論じなさい。
- (2) Aが塗料αによる再塗装を行う旨の申し入れを行ったが、Bがこれを拒絶した場合において、Bは、Aに対して、再塗装に要する費用を損害としてその賠償を請求している。Bの請求が認められるか論じなさい。

【事実】

7. Cは、個人でラーメン店を経営し、全国に多数の店舗を有する。Dは、創業当時からCの従業員として重要な貢献をしてきたが、独立して自分のラーメン店を持ちたいと思うようになり、その旨をCに伝えた。
8. Cは、Dの長年の功労に報いたいと考え、Cの所有する土地及びその上の店舗用建物（以下併せて「乙不動産」という。）を無償でDに貸すが、固定資産税はDに負担してほしいと申し出た。Dは、この申出を受け、令和2年1月10日、Cとの間で、上記の内容を記した覚書（以下「本件覚書」という。）を取り交わして使用貸借契約を締結し、これに基づいて乙不動産の引渡しを

受けた。

同年3月1日、Dは、乙不動産においてラーメン店（以下「本件ラーメン店」という。）を開業し、乙不動産の固定資産税を同年分からCに代わり毎年支払った。

9. 令和8年1月、Cは死亡し、子EがCを単独相続したが、Eは、詳しい事情を知らないまま、乙不動産の固定資産税をDに支払ってもらっていた。なお、乙不動産の登記名義人は、Cのままであった。

10. 令和9年3月1日、Dは死亡し、乙不動産は本件ラーメン店の従業員により閉鎖された。

Dを単独相続した子Fは、本件ラーメン店の営業には全く関与していなかったが、乙不動産はDがCから贈与を受けたものと理解していた。そこで、Fは、Eに対して、「乙不動産は、DがCから贈与を受けたものであるから、相続を機会に、登記名義を自分に移したい。」と相談した。Eは、固定資産税をDが支払っていたのはそういうわけだったのかと納得し、同年4月1日、乙不動産の登記名義人をFとするために必要な登記が行われた。

その後、Fは、本件ラーメン店の営業を引き継ぐことを決意し、同年5月1日、前記従業員から乙不動産の管理を引き継ぎ、間もなく営業を再開した。Fは、令和29年に至るまで、乙不動産において本件ラーメン店の営業を継続している。

11. 令和29年3月、Eは、本件覚書を発見し、CからDへの乙不動産の贈与が行われていなかったことを知った。同年4月1日、Eは、Fに対し、所有権に基づき、乙不動産の明渡しを請求する訴えを提起した。これに対して、Fは、同月15日、乙不動産の20年の取得時効を援用した。

〔設問2〕

【事実】7から11までを前提として、【事実】11においてFが援用する乙不動産の取得時効の成否について論じなさい。

[商 法]

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。

1. 甲株式会社（以下「甲社」という。）は、農産物加工品の通信販売を業とする取締役会設置会社であり、監査役設置会社である。甲社は種類株式発行会社ではなく、甲社の定款には、譲渡による株式の取得について取締役会の承認を要する旨の定めがある。甲社の発行済株式の総数は5000株であり、そのうち、Aが2000株を、Bが400株を、Cが1000株を、Dが1600株をそれぞれ保有している。
甲社の取締役はA、B及びEの3名であり、Aが代表取締役である。また、監査役にはFが就任している。Dは、かつて甲社の取締役であったが、数年前に甲社の経営方針をめぐってAと対立し、その際、CがAの側についたことから、甲社の取締役に再任されず、その後も取締役に選任されることはなかった。AとDの対立は現在まで続いている。
2. 甲社は、かねてより商品を保管する倉庫を建設するための用地を探していたところ、Cが保有している土地（以下「本件土地」という。）が倉庫建設に適していることが判明した。AはCとの間で、本件土地の売買交渉を進め、もう少しで契約が成立するところまでこぎつけた。
ところが、不動産業者から倉庫建設に適した別の土地の情報がもたらされた。その情報を受け、甲社の取締役会において審議したところ、本件土地に倉庫を建設するより不動産業者から提案された土地に倉庫を建設の方が円滑に商品を出荷することが可能となることから、本件土地の買取りを見送るとの結論に達した。
3. 上記のような取締役会での決定を受け、AがCのもとに赴き、本件土地を買い取ることができなくなったことを説明したところ、Cは納得しなかった。AはCの説得を続けたが、Cは聞き入れず、ついに本件土地の買取りができないなら今後の対応についてDに相談すると言い出した。CとDが協調して行動することを恐れたAは、本件土地の買取りを再検討する旨をCに告げてCのもとを去った。
4. 甲社の取締役会では、Aからの報告を受け、Cから本件土地を買い取ることとし、さらに、準備されていた本件土地に関する資料をもとに買取価格を検討し、2億円で本件土地を買い取れることをA、B及びEの賛成によって決定した（以下「本件取締役会決議」という。）。本件土地に関する資料によれば、本件土地の適正価格は2億円であった。
5. Aが、すぐさまCに甲社の本件取締役会決議の内容を知らせてCと再度交渉したところ、Cは本件土地を2億円で売却することを承諾し、本件土地の売買契約が成立した（以下「本件取引」という。）。
6. この頃、甲社の完全子会社である乙株式会社（以下「乙社」という。）の取締役が任期中に死亡したため、乙社の取締役に欠員が生じた。乙社の代表取締役を兼任するAは、Fを乙社の取締役にすることとし、乙社においてFを取締役に選任する手続を採るとともに、Fに対して乙社の取締役に就任するよう要請した。それを受け、FはAに乙社の取締役に就任すると返答した。
7. 本件取引のことを聞きつけたDは、本件土地より倉庫に適した土地があったにもかかわらず本件取引をしたことは、Cが甲社の株主であるために特別に優遇したものであり、不適切であると考え、友人の弁護士に対し、A、B及びE並びにC（以下「Aら」という。）が、本件取引に関して甲社に対して何らかの責任を負わないか検討してほしいと依頼した。
8. 弁護士のアドバイスを受けたDは、Aらに対して責任追及等の訴えを提起することとし、Fに対して、甲社としてAらに対して訴訟を提起するよう請求した（以下「本件提訴請求」という。）。本件提訴請求から60日以内に甲社がAらに対して訴訟を提起しなかったことから、Dは、甲社のためにAらに対する責任追及等の訴え（以下「本件訴え」という。）を提起した。

〔設問１〕

本件訴えにおいて、Dの立場において考えられる主張及びその当否について、論じなさい。

〔設問２〕

本件訴えの被告であるAらは、本件提訴請求は適法とはいえず、本件訴えは違法であると主張している。本件訴えは適法か、Aらの主張を踏まえて論じなさい。

【民事訴訟法】（〔設問１〕と〔設問２〕の配点の割合は、３：２）

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】

Xは、自動車の愛好家らによって創設されたクラブであり、２０年近くにわたって継続的に活動を行ってきた。Xの構成員は、現在はA、B、Cらを含む計３０名である。また、Xは、その財産として、不動産、動産及び預金等を有している。Xの規約によれば、Xの意思決定は、原則として、Xの構成員全員で構成される総会の多数決によることとされているが、不動産等の重要財産を処分するに当たっては、構成員の３分の２以上の特別多数の同意を要するものとされている。Xの現在の代表者はAである。

甲土地は、従前、Xの構成員の１人であるCの名義で登記されていた。もっとも、甲土地は、Xの構成員が利用してきたことから、Aは甲土地をXの財産であると認識していた。しかし、Aが登記を確認したところ、登記名義がCからYに移転されていることが判明した。なお、Yは、Xの構成員ではない。AがCに対して事情を尋ねたところ、Cは、甲土地はXの財産ではなく、自己の財産であり、Yの求めに応じて売り渡したと説明した。また、Aは、Yに対して甲土地がXの財産である旨を主張したが、Yは自己の所有権を主張して譲らなかった。

Xの構成員は、現在、甲土地を車の部品などの資材置き場として使用している。

〔設問１〕

AはYとの間で裁判によって甲土地がXの財産であることを確定したいと考えたが、Yに対して訴えを提起することについては、Cのほか、Cと関係の近い相当数の構成員による反対が予想された。以下は、Aの相談を受けた弁護士L１と修習生Pとの対話である。

弁護士L１： 本件においては、Xは権利能力のない社団であり、Xの財産が構成員全員に総有的に帰属することを前提として、甲土地の総有権の確認を求める訴えを提起することが考えられますが、その場合、誰が原告となることが考えられるでしょうか。

修習生P： ①Xが原告となり、AがXの代表者として訴えを提起する方法が考えられます。また、②権利の帰属主体であるXの構成員らが原告となって訴えを提起する方法も考えられると思います。

弁護士L１： では、訴えの適法性について、①及び②の方法ごとに考えてみることにしましょう。本件では、Xの構成員の中に反対者がいるようですが、そのことは、訴えの適法性に影響を与えるでしょうか。更に考えてみてください。

修習生P： はい。わかりました。

訴えの適法性について、①及び②の方法ごとに、下線部の事情を考慮して、判例の理解を踏まえつつ、検討しなさい。なお、解答に当たっては、Xが当事者能力を有することを前提とし、確認の利益については論じなくてよい。

【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。）

Xは、Yを被告として、甲土地の総有権の確認を求める訴えを適法に提起した（以下「本件訴訟」という。）。

Yは、当初、訴訟代理人L２に対し、自己の所有権を主張してXの請求の棄却を求めるだけでよいとの意向を伝えていたが、本件訴訟の審理が進んだ後で、L２に対して、Xに対して甲土地の明

渡しを求めたいとする意向を伝えた。

L 2 は、反訴ではなく、㊦本件訴訟係属中に、所有権に基づく甲土地の明渡しを求める訴えを X に対して別途提起すること（以下「本件別訴」という。）を考えた。

また、L 2 は、その方法とは別に、㊧まず、本件訴訟において X の請求を棄却する判決（以下「前訴判決」という。）を得た上で、本件訴訟終了後に、所有権に基づく甲土地の明渡しを求める訴え（以下「後訴」という。）を X に対して提起することも考えた。

〔設問 2〕

㊦の本件別訴の適法性について、重複起訴が禁止されている趣旨を踏まえて、検討しなさい。また、㊧の方法を採った場合における前訴判決の既判力の後訴に対する作用について、事案に即して検討しなさい。なお、解答に当たっては、㊦及び㊧における X の被告適格については言及しなくてよい。また、「信義則」及び「争点効」には触れなくてよい。

参考答案

[民事訴訟法]

設問1 第1 ①の方法について

1 (1) まず、Xに原告適格を認め得るか問題となる。

(2)原告適格は、訴訟の結果につき法律上の利害関係を有するか、具体的には(i)訴訟物である権利関係についての実体法上の管理処分権の有無を中心に、(ii)訴訟法上の観点を加味して判断する。

(3)(i) Xは権利能力のない社団であるため、X自体は甲土地について実体法上の所有権を有しないものの、構成員全員で構成される総会の多数決により意思決定をしているため、構成員の総有に属する財産の管理処分権を有するものと一応観念し得る。

(ii) また、実体法上の所有権が当該社団に帰属しないとの一事をもって当事者適格を否定すると、およそ権利能力のない社団は訴訟の当事者たりえないことになり民訴法29条と矛盾する。

したがって、権利能力のない社団は、構成員のための訴訟担当者として原告適格を認め得ると解すべきである。

2 (1) 次に、①の提訴につき相当数の構成員による反対が予想される以上、その代表者Aは、Xをその構成員のための訴訟担当者として提訴することの授權を得たといえず、またXは選定当事者にもあたらず、①の訴えにつきなお原告適格が否定されないか。

(2) この点、弁護士代理の原則、訴訟信託禁止の原則の趣旨を回避潜脱するおそれがなく、これを認める合理的必要があるときは、明文なき任意的訴訟担当が認められる。

(3) ①の訴えは、判決により甲土地の総有権の存否が判断される

点で「不動産」の「処分」にあたるどころ、Xの規約では不動産等の重要財産の処分に当たり、構成員の3分の2以上の特別多数の同意を要するとされる。これは、構成員の3分の2以上が同意するときは、反対者の総有権も併せて処分することをXに委ねるものと予め構成員間で合意したと解せるため、Xによる訴訟追行は弁護士代理や訴訟信託の禁止の趣旨を回避潜脱するものではない。

また、X構成員らの一部とYの間で甲土地の総有権の存否に争いがある以上、①の訴えにより解決することに合理的必要がある。

そうすると、構成員の3分の2以上の特別多数の同意があれば、Xの代表者Aは、Xを構成員のための訴訟担当者として①の訴えを提起する授權を得たと評価し得る。

3 よって、反対者が構成員の3分の1未満であれば、Xその構成員らの訴訟担当者として、構成員全員の総有に属するとされる甲土地の総有権確認訴訟の原告適格が認められる。

第2 ②の方法について

1 (1) 固有必要的共同訴訟とは「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)をいうところ、その範囲は明文上明らかでないため、本件訴えが固有必要的共同訴訟であるか問題となる。

(2) 固有必要的共同訴訟の趣旨は、当事者全員に手続保障を確保しつつ既判力を及ぼして紛争の統一的解決を図ることにあるため、ある訴訟がこれにあたるかは、訴訟物の管理処分権が実体法上共

同的に行使されるかと、訴訟法上の観点を考慮して判断する。

(3) ②の訴えは、甲土地がXの構成員に総有的に帰属することの確認を目的とし、総有権の管理処分権は構成員全員が共同的に行使することとされ、またXが敗訴すればA以外の構成員も総有権を失うため、他の構成員にも手続保障を確保する必要があるから、固有必要的共同訴訟である。

2 (1) 次に、反対者がいる場合も②の提訴をできるか。できないとすると、民事訴訟を通じた権利確定ができなくなり問題となる。

(2) この点、反対者にも既判力を及ぼす以上、反対者の手続保障を確保する必要があるため、提訴反対者を被告に加えれば、判決の既判力はこれに及び、合一確定の要請を達し得るし、反対者の手続保障も確保されるため、②の訴えを適法に提起できる。

設問2 第1 アの本件別訴の適法性

1 重複起訴禁止の趣旨は、既判力の矛盾抵触を防止するとともに、訴訟不経済を防止し被告の応訴の煩を避けることにある。そうすると、重複起訴禁止の対象となる「事件」(142条)とは、①当事者、②審判対象、の双方が同一であることを要すると解する。

2 本件では、①当事者はXとYで同一である。②本件訴訟の訴訟物はX構成員らのYに対する甲土地に係る総有権の存在確認であるのに対し、本件別訴の訴訟物はYのXに対する甲土地の所有権に基づく甲土地明渡請求権であって、訴訟物は一応異なる。しかし、両訴訟は自らの甲土地の総有権又は所有権の存在を請求原因

とするため、両訴訟がそれぞれで各々の総有又は所有を認めるという異なる判断をすれば、既判力の矛盾抵触が生じ二重起訴禁止の趣旨に反するため、なお審判対象は同一といえる。

よって、本件別訴の提起は重複起訴禁止に抵触し許されない。

第2 イの方法を採った場合における前訴判決の既判力

(1) 既判力の客観的範囲は「主文に包含するもの」に限られるところ(114条1項)、これは口頭弁論終結時における訴訟物の存否を含むため、後訴裁判所は当該訴訟物の存否に係る前訴判決に拘束される。

(2) 前訴判決の訴訟物はX構成員らのYに対する甲土地に係る総有権の存在確認であるため、その棄却判決の既判力は、X構成員らの甲土地に係る総有権の不存在につき生じる。

これに対し、後訴は、YのXに対する所有権に基づく甲土地明渡請求訴訟であり、その請求原因は、①Yが甲土地を所有すること、②Xが甲土地を占有することである。そうすると、後訴裁判所は、前訴判決の既判力により、X構成員らの甲土地に係る総有権の不存在を前提に、請求原因①の審理判断をしなければならない。

(3) もっとも、この既判力は、Xが、その構成員らが甲土地を総有していることを請求原因①の否認理由とすることを遮断するにとどまるため、Xがこれと異なる理由でYの甲土地所有を否認したり、Xは甲土地を占有していないとして請求原因②を否認したりすることまで遮断するものではない。 以上

事前特別強化ゼミ（民事訴訟法）解説レジュメ

題材：令和4年予備試験民事訴訟法

〔設問1〕と〔設問2〕の配点の割合が「3：2」であることに留意！

第1 設問1について

1 問題文をよく読む

「訴えの適法性について、①及び②の方法ごとに、下線部の事情（※）を考慮して、判例の理解を踏まえつつ、検討しなさい。なお、解答に当たっては、Xが当事者能力を有することを前提とし、確認の利益については論じなくてよい。」

→①Xが原告となり、AがXの代表者として訴えを提起する方法

②権利の帰属主体であるXの構成員らが原告となって訴えを提起する方法

※「Yに対して訴えを提起することについては、Cのほか、Cと関係の近い相当数の構成員による反対が予想された」

2 出題趣旨

・設問1は、権利能力のない社団の財産に係る総有権確認の訴えに関して、①社団自身が原告となって訴えを提起することの適否、②構成員らが原告となって訴えを提起することの適否を、具体的な事例を通して問うものである。

・前段部分に関しては、

(1)権利能力のない社団であるXについて、構成員全員の総有に属するとされる甲土地の総有権確認

訴訟の原告適格が認められるか否か、

(2)(1)が肯定される場合でも、原告Xの代表者であるAについて、本件総有権確認訴訟をXの代表者

として提起し、追行する訴訟上の権限があるといえるか等に関して、

関連判例である最判平成6年5月31日民集48巻4号1065頁の理解を踏まえて検討するこ

とが期待されている。

・後段部分に関しては、Xの構成員らが原告となって共同訴訟を提起するに際し、

(1) 当該訴訟が、Xの構成員全員が当事者とならなければ当事者適格を欠いて不適法となる、固有必

要的共同訴訟か否か、

(2)(1)を肯定する場合には、構成員の一部が当該訴えを提起することに反対している場合に当該訴え

を適法に提起することの可否や方法等について、固有必要的共同訴訟の成否を決定する基準や当

該訴訟が確認訴訟であることを踏まえつつ、

関連判例である最判平成20年7月17日民集62巻7号1994頁の論旨や射程等を意識した

検討が求められている。

3 ①Xが原告となり、AがXの代表者として訴えを提起する方法

(1) 権利能力のない社団であるXについて、構成員全員の総有に属するとされる甲土地の総有権確認

訴訟の原告適格が認められるか否か

ア 「当事者適格」とは

特定の訴訟物について当事者として訴訟を追行し、本案判決を受けることができる資格

⇔「当事者能力」(民訴法29条)

：民事訴訟の当事者となることのできる一般的な資格

→当事者の資格という点で当事者適格と共通する面があるが、当事者能力は、当事者とされる人や団体の属性に着目した一般的な資格であり、当事者能力の存否は訴訟物が何であるにかかわらず。

当事者適格は、個々の事件における訴訟物と当事者との関係を問う（当事者適格は同じ当事者間でも訴訟物に応じてその存否が異なり得る）点で当事者能力と異なる。

イ 「当事者適格」の判断基準

：訴訟の結果について法律上の利害関係を有するか否か

→（i）訴訟物である権利関係についての実体法上の管理処分権の有無を中心に、

（ii）訴訟法上の観点を加味する

などとしばしば言われる（後述の固有必要的共同訴訟の判断基準と類似する）。

ウ あてはめ

（i）Xは権利能力のない社団であり、Xの財産が構成員全員に総有的に帰属するため、X 自体は甲土地について実体法上の管理処分権を有しないようにも思える。もっとも、X は、構成員の全員で構成される総会の多数決により意思決定をしており、X は自ら保有する財産の管理処分権を有しているものとも一応観念し得る。

（ii）他方で、民訴法 29 条は権利能力のない社団に当事者能力を認めており、実体法上の管理処分権が当該社団に帰属しないとの一事をもって当事者適格を否定すると、およそ権利能力のない社団は訴訟の当事者たりえないことになりかねない。したがって、権利能力のない社団は、構成員のための（任意的）訴訟担当者として訴訟を迫行し得ると考えるべきである。

∴ Xについて、構成員全員の総有に属するとされる甲土地の総有権確認訴訟の原告適格が認めら

れ得る（最判平成6年5月31日民集48巻4号1065頁）

（2）原告Xの代表者であるAについて、本件総有権確認訴訟をXの代表者として提起し、追行する訴訟
上の権限があるといえるか

ア 問題の所在

「Yに対して訴えを提起することについては、Cのほか、Cと関係の近い相当数の構成員による
反対が予想された」

→前記（1）ウによれば、Xは構成員のための（任意的）訴訟担当者として訴訟追行するのである
から、①の訴えを提起することについて、相当数の構成員による反対が予想されるのであれば、
AはXを構成員のための訴訟担当者として当該訴訟を提起するための授權を得たといえず、原
告適格が否定されないか？

イ 明文なき任意的訴訟担当の可否

※答案では、検討の前提として、民訴法30条の選定当事者（明文の任意的訴訟担当）にあたらない
ことに一言触れるとよい

- i 弁護士代理の原則、訴訟信託禁止の原則の趣旨を回避潜脱するおそれがなく、
- ii これを認める合理的必要がある

→明文なき任意的訴訟担当が認められる（最大判昭和45年11月11日）。

ウ あてはめ

（i）Xの規約によれば、不動産等の重要財産を処分するに当たっては、構成員の3分の2以上
の特別多数の同意を要するものとされている。これは、構成員の3分の2以上が同意するとき

は、たとえ重要財産の処分に反対する者がいても、反対者の総有権についても併せて処分することを、X に委ねるものと予め構成員間において合意した趣旨と解しうるのであって、このような合意に基づく X による訴訟追行は、弁護士代理や訴訟信託禁止の趣旨を回避潜脱するものではない。

(ii) 甲土地の総有権確認訴訟は、判決によって甲土地の総有権の存否が判断される点で甲土地という「不動産」の「処分」にあたり、X の構成員らの一部と Y の間に甲土地の総有権の存否について争いがある以上、これを認める合理的必要がある。

そうすると、構成員の3分の2以上の特別多数の同意があれば、X の代表者 A は、X を構成員のための訴訟担当者として、甲土地の総有権訴訟を提起するための授權を得たと評価し得、X は構成員のための訴訟担当者と認められると解すべきである。

∴反対者が構成員の3分の1未満であれば、Xについて、構成員全員の総有に属するとされる甲土地の総有権確認訴訟の原告適格が認められる。

4 ②構成員らが原告となって訴えを提起することの適否

(1) 当該訴訟が、X の構成員全員が当事者とならなければ当事者適格を欠いて不適法となる、固有必要的共同訴訟か否か

ア 固有必要的共同訴訟とは

「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)

→共同訴訟人全員が原告又は被告として訴えに関与しなければ、当事者適格(=訴訟要件)を欠き、訴えは却下される。

⇒②の訴えの訴訟物である甲土地の総有権の存在確認を目的とする確認訴訟は、固有必要的共同訴訟か？

イ 固有必要的共同訴訟か否かの判断基準

明文なし→趣旨から考える

趣旨：①判決の矛盾抵触の防止（他の当事者適格がある者同士で別訴が生じたときに矛盾した判

決が出て、実体法上の管理処分権の存否に矛盾が生じることを防ぐ）

②当事者適格がある者全員の手続保障（①の趣旨を全うするだけなら、訴訟に関与しない

当事者適格がある者にも既判力を及ぼしてしまえばよいが、それでは115条の明文に反

するし、他の当事者適格者の手続保障に欠いてしまう）

→ある訴訟が固有必要的共同訴訟か否かは、

（i）管理処分権が実体法上共同的に行使される関係にあるかを基準としつつ

（ii）訴訟法上の観点も加味して判断する。

⇒入会権確認訴訟は固有必要的共同訴訟である

（最判昭和41年11月25日民集20巻9号1921頁）

∴（i）入会権は権利者である一定の部落民に総有的に帰属する

→入会権の管理処分権は権利者である一定の部落民が共同行使する

⇒②の訴えは、入会権ではなく甲土地の所有権の存否を訴訟物とするが、所有権がXの構成員に

総有的に帰属することの確認を目的とする点で、入会権に関する判例と実体法上の管理処分権

の帰属態様を同じくし、判決の矛盾抵触の防止という固有必要的共同訴訟の趣旨も妥当するた

め、判例の射程が及び、固有必要的共同訴訟にあたると解すべきである

(2) 構成員の一部が当該訴えを提起することに反対している場合に当該訴えを適法に提起することの

可否や方法

→これも、固有必要的共同訴訟の趣旨から考える

・反対者がいる場合に②の訴えをなし得ないとすると、権利の存否に争いがあるときは民事訴訟を通じて権利を確定する必要があるのに、権利を確定し得なくなる

・他方で、②の訴えは、反対者との関係でも判決の矛盾防止や反対者の手続保障を確保する必要があるところ、反対者にも既判力を及ぼすとなれば、敗訴すれば他の構成員も甲土地の総有権を失うため反対者の手続保障を確保する必要がある

∴提訴反対者を被告に加えれば、判決の既判力はその反対者にも及び、固有必要的共同訴訟の趣旨である合一確定の要請を達し得るし、反対者の手続保障も確保されるため、この訴えを適法に提起することができると解する

(最判平成20年7月17日民集62巻7号1994頁)

第2 設問2について

1 問題文をよく読む

「㊦の本件別訴の適法性について、重複起訴が禁止されている趣旨を踏まえて、検討しなさい。また、㊩の方法を採った場合における前訴判決の既判力の後訴に対する作用について、事案に即して検討しなさい。なお、解答に当たっては、㊦及び㊩におけるXの被告適格については言及しなくてよい。また、「信義則」及び「争点効」には触れなくてよい。」

㊦：本件訴訟係属中に、所有権に基づく甲土地の明渡しを求める訴えをXに対して別途提起するこ

と（本件別訴）

- ①：本件訴訟においてXの請求を棄却する判決（前訴判決）を得た上で、本件訴訟終了後に、所有権に基づく甲土地の明渡しを求める訴え（後訴）をXに対して提起すること

2 出題趣旨

- ・設問2は、重複起訴の禁止と既判力の範囲・作用等についての理解を、本件事案に即して問うものである。
- ・設問前段部分では、本件訴訟の係属中に本件別訴を提起することが重複起訴の禁止に抵触するか否かにつき、重複起訴の禁止の趣旨を明らかにした上で、当該趣旨を考慮して要件を定立して、結論を導き出すことが求められている。結論を導き出すに際しては、本件事案に応じた当てはめを行う必要があるが、その定立した要件に応じて、本件訴訟や本件別訴の訴訟物の内容や異同などを意識しながら、検討することが期待されている。
- ・また、設問後段部分では、前訴判決が請求棄却判決であるとの前提の下、前訴判決の既判力が生じる範囲、前訴及び後訴における訴訟物の内容や異同等を意識しながら、既判力に関する基本的な理解を手掛かりとして、前訴判決の既判力の後訴に対する作用について検討することが期待されている。

3 ㊦の本件別訴の適法性

（1）重複起訴（142条）の禁止の趣旨

「裁判所に係属する事件については、当事者は、更に訴えを提起することができない」

⇒◎①既判力の矛盾抵触の防止

②訴訟不経済の防止

③被告の応訴の煩の防止

上記趣旨を踏まえると、重複起訴の禁止の対象となる「事件」とは、

①当事者、②審判対象、の双方が同一であることを要件とするものと解する。

①当事者の同一性は、原告と被告が入れ替わっても肯定される。

②審判対象の同一性は、原則として訴訟物の同一性で判断するが、請求原因からみて訴訟物の内容たる権利・法律関係が同一であれば、既判力の矛盾抵触が生じ得るため、なおも審判対象の同一性を肯定する。

(2) 本件別訴の適法性 (あてはめ)

①当事者は X と Y で同一。

②本件訴訟の訴訟物：X 構成員らの Y に対する甲土地に係る総有権の存在確認

本件別訴の訴訟物：Y の X に対する甲土地の所有権に基づく甲土地明渡請求権

→本件訴訟は確認訴訟、本件別訴は給付訴訟であり、訴訟物は一応異なる。

しかし、両訴訟は、いずれも自らが甲土地の総有権又は所有権を有することを請求原因とする

ため、両訴訟がそれぞれ原告の総有又は所有を認めると、既判力の矛盾抵触が生じ二重起訴禁

止の趣旨に反するため、なお審判対象は同一といえる。

∴本件別訴の提起は、重複起訴禁止に抵触し許されない。

4 ①の方法を採った場合における前訴判決の既判力の後訴に対する作用

(1) 既判力の客観的(客体的)範囲

「確定判決は、主文に包含するものに限り、既判力を有する。」(114条1項)

→「主文に包含するもの」=訴訟物たる権利・法律関係についての存否

⇒本問では、本件訴訟においてXの請求を棄却する判決(前訴判決)を得たことが前提

Xの請求は、甲土地の総有権の確認を内容とする。

∴本件訴訟の既判力は、本件訴訟の口頭弁論終結時における、Xの構成員らの甲土地に係る総有権の不存在について生じる。

※判決の既判力に関する検討は、

①当事者間における範囲(客観的・客体的範囲)

②当事者以外の者に対する範囲(主観的・主体的範囲)の順に考える

→本問は、当事者は前訴・後訴ともにX及びYであり、第三者に対する既判力の拡張を問題とするものではないため、①のみが問題になる、と思考する。

(2) あてはめ

後訴は、YのXに対する、所有権に基づく甲土地の明渡しを求める訴えである。

後訴の請求原因は、①Yが甲土地を所有すること、②Xが甲土地を占有すること。

⇒後訴裁判所は、前訴判決の既判力により、前訴の口頭弁論終結時におけるXの構成員らの甲土地に係る総有権の不存在を前提として、後訴の審理判断をしなければならない。

もっとも、この既判力は、Xが前記請求原因①の否認理由として、Xの構成員らが甲土地を総有権

していると主張することを遮断するにとどまるため、①についてXが異なる理由でYの甲土地に

対する所有権を否認することや、②についてXは甲土地を占有していない(Xの構成員の一部が

個人として占有している）等と否認することまで、遮断するものではない。

以 上

最優秀答案

回答者：I・M さん

第 1 設問 1

1 ①について

(1) ①の方法は適法か。A に X の代表者として、当事者適格が認められるか。

当事者適格とは、訴訟物たる権利関係について、当事者として訴訟追行し、本案判決を求める資格をいう。そして、法人格を欠く「社団」（民事訴訟法 29 条、以下法令名省略）の当事者適格は、特定の訴訟物について誰が当事者として訴訟を追行し、誰に対して本案判決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である。

本件では、A は、X の現在の代表者であることから、甲土地の所有権について、A が当事者として訴訟を追行し、A 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。よって、A に X の代表者として、当事者適格が認められるのが原則である。

(2) もっとも、X の規約によれば、不動産等の重要財産の処分をするに当たっては、構成員の 3 分の 2 以上の特別多数の同意を要する。本件訴えに敗訴した場合、甲土地の所有権を失うため、重要財産の処分をする場合に当たる。そのため、C らを除いて、3 分の 2 以上の同意がある場合には、授權があるといえ、A に当事者適格が認められる。

(3) したがって、①の方法は適法である。

2 ②について

(1) ②の方法は適法か。本件訴えが固有必要的共同訴訟（40 条 1 項）にあたる場合には、X の構成員ら全員が原告となる必要があるため、「合一にのみ確定する場合」の判断基準が問題となる。

40 条 1 項の趣旨は、判決の統一的解決にあるから、「合一にのみ確定すべき場合」とは、実体法上の管理処分権を基礎としつつ、訴訟法上の観点も考慮して判断すべきである。

総有権は団体的色彩を持つ共有形態であり、各人で自由に処分できるものではない。また、X の構成員は 30 名であり、各人毎に判決結果が異なると、法律関係が複雑になり、妥当でない。よって、本件訴えは、固有必要的共同訴訟にあたる。

(2) では、固有必要的共同訴訟において、原告側に被同調者がいる場合、訴え提起できないのではないかが問題となる。

非同調者以外の共有者の裁判を受ける権利（憲法 32 条）を保護する必要があるから、固有必要的共同訴訟であっても、非同調者を被告に加えることによって、当事者適格が認められる。

本件では、C らを被告に加えることで、当事者適格が認められる。

(3) したがって、②の方法は適法である。

第2 設問2

1 ㉗について

(1) ㉗の方法は適法か。本件別訴に「事件」の同一性（142条）が認められる場合、不適法として却下される。そこで、「事件」の同一性の判断基準が問題となる。

142条の趣旨は、判決の矛盾抵触の防止、被告の応訴の煩の回避、訴訟不経済の防止にあるから、「事件」の同一性とは、①当事者の同一性、②訴訟物の同一性が認められる場合をいう。そして、②については、権利関係が同一である場合も含む。

本件訴訟と本件別訴では、原告と被告でXとYが逆になっているに過ぎず、当事者は同一である（①充足）。そして、本件訴訟の訴訟物は甲土地の総有権の確認請求権であるのに対して、本件別訴の訴訟物は甲土地の所有権に基づく明渡請求権である。これらは訴訟物が異なるから、同一の訴訟物とはいえないとも思える。しかし、いずれも甲土地の所有権ないし総有権という権利関係の帰属を争点としており、権利関係が同一といえる。よって、本件別訴に「事件」の同一性が認められる。

(2) したがって、㉗の方法は不適法である。

2 ㉘について

(1) 前訴判決の既判力が後訴に及ぶか。

既判力とは、確定判決の判断に生ずる拘束力（114条1項）をいい、既判力の趣旨は、紛争の蒸し返し防止と手続保障による自己責任にある。そして、前訴と後訴の訴訟物が①同一関係にある場合、②先決関係にある場合、③矛盾関係にある場合には、既判力が及ぶ。

第2の1(1)で述べたように、前訴と後訴の訴訟物は同一関係にあるから、既判力が及ぶとも思える。しかし、本件では、Xの請求を棄却する前訴判決が確定しており、前訴判決の口頭弁論終結時において、Xに甲土地の所有権が認められないことに既判力が及ぶことになる。

(2) したがって、前訴判決の口頭弁論終結時において、Xに甲土地の所有権が認められないことについて、前訴判決の既判力が後訴に及ぶ。

以上