

論文式試験問題集
[民法・商法・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いう。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。

採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問1〕	20		0
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124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		0
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115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115条1項4号)の類推適用の可否		9	
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	0

【コメント欄】

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るべきである。

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

民事訴訟法 解説レジュメ

令和8年7月31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） ↕	・ 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）（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は。

(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ないです。

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 1 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う。

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ょう。

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斉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

最優秀答案

回答者：O・K さん

設問 1

1 Y の主張は、本件訴えが固有必要的共同訴訟であるにもかかわらず、当事者となるべき X1 が当事者となっていないことを根拠としていえると考えられる。そこで、本件訴えが固有必要的共同訴訟と認められるかが問題となる。

2 この点、固有必要的共同訴訟と認められるか否かは、民事訴訟が実体法上の権利義務の存否を判断するものであることから、訴訟物たる権利義務が共同的に帰属するか否かにより判断するのが原則である。ただ、原則を貫くことは、不合理な結論を導きうる。そこで、固有必要的共同訴訟と認められるか否かについては、訴訟経済等の訴訟法的観点も加えて判断がなされるべきである。

3 本件訴えの訴訟物は、X1 と X2 が Y から共同購入した本件土地の、売買契約に基づく所有権移転登記手続き請求権である。この権利は、民法 252 条 1 項より、各人が単独で行使することはできないことから、X1X2 に共同的に帰属すると認められる。

また、不動産の共有持分権者を知ることは、他の共有者にとり、通常さ程困難ではない。このことから、訴訟法的観点から原則を修正する必要性は認められない。

したがって、本件訴えは固有必要的共同訴訟と認められる。

4 それでは、X2 側はどのような対応をすべきか。

5 X2 側としてはまず、本件訴訟における X1 の地位は、その相続人たる A が当然承継（124 条 1 項 1 号）している。したがって、本件訴えは却下されるべきではない、と主張することが考えられる。

たしかに、X1 は本件訴訟継続前に死亡している。このことから、本件に 124 条 1 項 1 号を直接適用することはできない。しかし、訴訟提起時点において X1 は存命であり、かつ、X2 に訴訟への対応を任せることとしていた。このことから、X1 は本件訴訟提起につき肯定的意思を有していたと認められる。つまり、潜在的訴訟係属時において、X1 は存命だったと評価できる。

したがって、本件には 124 条 1 項 1 号を類推適用することができ、X2 側の主張は、認められることとなる。

6 X2 側としては次に、X2 は、本件訴訟における選定当事者（30 条 1 項）として選定されている。したがって、本件訴えは却下されるべきではない、と主張することが考えられる。

この点、X1 と X2 は、固有必要的共同訴訟の共同原告であることから、「共同の利益を有する」者であると評価できる。また、X1 は X2 に本件訴訟についての対応を任せてい

る。これは、X1 が体調不良であったことから、訴訟に関する対応が十分にできないため、X2 を選定当事者として「選定」する意思の表れであったと評価できる。

したがって、X2 は、X1 X2 間において、本件訴訟における選定当事者であることとなり、X2 側の主張は、認められることとなる。

設問2

1 既判力（114条1項）とは、確定判決の判断内容の、後訴における通用力ないし基準性をいう。本件前訴における既判力が後訴に及べば、Zの主張は、前訴口頭弁論終結時以前に主張可能であったことから、前訴判決の既判力により遮断され、排斥されることとなる。そこで、本件における、前訴判決の既判力が、Zに及ぶか否かが問題となる。

2 この点、確定判決の既判力は、115条1項各号に規定する者のみに及ぶのが原則である。しかし、形式的には115条1項4号に該当しない者のうち、前訴判決の既判力が及ぶことを潜脱する意思で請求の目的物を所持することが明白な者に対しては、訴訟手続きにおいて自己の権利を主張するための手続き保障を認める必要性は存しない。このこと及び、訴訟経済の観点から、上記の者に対しては、115条1項4号を類推適用し、既判力を及ぼすことができる。

3 たしかに、Zは、115条1項各号に直接該当する者ではない。しかし、Zは、Bと通報のうえ、強制執行を免れる目的で甲土地につき所有権移転登記を取得している。これにより、X1らの甲土地に対する強制執行は、不当に困難となると評価できる。このことから、Zは、前訴判決の既判力が及ぶことを潜脱する意思で請求の目的物を所持することが明白な者であると認められる。

したがって、Zには、115条1項4号が類推適用され、前訴判決の既判力が及ぶこととなる。

4 結論として、前訴判決の既判力により、Zの主張は排斥されることとなる。