

平成28年司法試験再現答案

民事系科目

第3問 民事訴訟法

整理番号	ランク
1	A
2	F
3	A
4	A
5	確認中

設問 1

1、X 構成員全員が原告とならなければならない理由

X の Y に対する総有権確認訴訟が固有必要的共同訴訟(民事訴訟法(以下、法令名略)40 条 1 項)に該当すれば、X 構成全員が原告とならなければならない、原告適格が認められないことになる。

訴訟が固有必要的共同訴訟であるか否かは、訴訟目的について合一画定の必要があるかにより判断する。実体法上の管理処分権が数人に不可分に帰属する場合、その訴訟は合一確定の必要が生じる。したがって、この場合、当該訴訟は固有必要的共同訴訟となる。

総有権は、帰属主体各人に持分なく不可分に帰属している。総有権の管理処分権は、全員にのみ帰属している。本件不動産の総有権の管理処分権は、X 構成員全員が持分なく不可分に帰属している。そうすると、総有権確認訴訟については合一確定の必要がある。

以上より、総有権確認訴訟は固有必要的共同訴訟となる。総有権確認訴訟は、X 構成員全員が原告とならなければならない原告適格が認められず、訴え却下となる。

以上の理由により、総有権確認訴訟を提起するためには X 構成員全員が原告とならなければならない。

2、反対する者がいた場合の対応策

訴訟提起に反対する者がいた場合、原告になることを拒否することが考えられる。そうすると、総有権確認訴訟の原告適格が満たされないこととなり、訴え却下となってしまう。

総有権確認訴訟が固有必要的共同訴訟となる理由は、合一確定の必要にあった。総有権確認訴訟の結果は原告のみならず相手方当事者たる被告にも及ぶ。そうすると、管理処分権者全員が原告又は被告となっていれば、合一確定の必要は損なわれないといえる。したがって、訴訟提起に反対する者は、総有権確認訴訟の被告とすればよい。

X 構成員の中に訴訟提起に反対する者がいた場合、その者を被告として総有権確認訴訟を提起すれば、訴えが却下されることはない。

以上より、反対する者を被告とすることが対応策になる。

3、新たな構成員

(1)、問題点

上述の通り、総有権確認訴訟は固有必要的共同訴訟である。総有権の帰属主体は、X 構成員である。新たな構成員となる者が現れた場合、訴訟の当事者でない構成員が生じる。このとき、総有権確認訴訟の原告適格が欠け、訴え却下となってしまうという問題点がある。

(2)、B に同調する

その者が B に同調する場合、総有権確認訴訟に協力的姿勢をとると考えられる。その者が原告側に加わる手段を検討する必要がある。

総有権確認訴訟は、その者も含め「合一にのみ確定すべき」(52 条 1 項)である。したがって、その者は、総有権確認訴訟に共同訴訟参加(52 条 1 項)すればよい。

(3)、B に同調しない

その者が B に同調しない場合、総有権確認訴訟に非協力的になる。その者を被告側に加える手段を検討する必要がある。

訴訟係属中に被告を加える手段は、訴えの主観的追加的併合(143 条 1 項参照)である。確かに、訴えの主観的追加的併合は条文の根拠がない。しかし、固有必要的共同訴訟において主観的追加的併合をすれば、その後は 40 条 1 項に基づく運用がなされるため条文の根拠がないことに不都合はない。また、主観的追加的併合により紛争の一回的解決が図られ訴訟経済に資する。そうすると、固有必要的共同訴訟では訴えの主観的追加的併合が認められるべきである。

よって、B は、その者を総有権確認訴訟の被告として主観的追加的併合をすればよい。

設問 2

1、訴えの利益

(1)、確認の訴えにおける訴えの利益とは、訴訟において当該権利の確認を求めることが紛争解決にとって有効かつ適切であるといえるときに認められる。

(2)、問題文に挙げられる最高裁昭和 28 年判決は、訴訟代理人の代理権(55 条)の存否の確認について、訴えを却下している。

確認における訴訟物は、実体法上の権利である。訴えの利益が問題とする権利とは、実体法上の権利である。一方、昭和 28 年判決が問題としたのは、訴訟代理人の代理権という訴訟行為の有効無効を判断するための訴訟上の権利である。訴訟代理人の代理権は、訴訟代理人の個々の行為の有効無効を判断すればよい。それ故、昭和 28 年判決は、訴訟代理人の代理権の存否の確認について、訴えの利益を欠くとし、訴えを却下した。

(3)、一方、X の会長たる地位は、目的物の管理処分権を伴う。そうすると、X の会長たる地位は、訴訟代理人の代理権と異なり、実体法上の権利を含む。したがって、昭和 28 年判決の射程は及ばない。

そして、X の会長たる地位は、現に Z の解任決議が有効であるか否かといった紛争として顕在化している。X の会長たる地位の確認をすることは、紛争解決にとって有効かつ適切である。

以上の理由により、訴えを提起することについて訴えの利益が認められる。

2、反訴の要件

反訴は、146 条 1 項に規定される。この要件は、①「本訴の目的……目的とする場合」であること、②「口頭弁論の終結」前であること、③「著しく訴訟手続きを遅滞させ」ないときである。

(1)、①

本訴で Z に対するものは、X の YZ に対する本件不動産の総有権確認請求訴訟及び X の Z に対する本件不動産所有権移転登記手続請求訴訟である。一方、反訴は、Z の解任決議の無効を確認する訴え及び Z が X の会長たる地位にあることを確認する訴えである。本訴は本件不動産をめぐる請求である。そして、反訴は、Z の X 会長たる地位をめぐる請求である。Z が会長であれば、本件不動産の処分権の帰属主体について強い利害関係を有する。X の会長は、本件不動産の処分権を有するからである。そうすると、本訴と反訴は本件不動産をめぐる紛争という点で共通する。

したがって、反訴は、本訴の「請求」に「関連する請求を目的」とするものである。

(2)、②

第 1 訴訟は、最高裁に係属しているという事情がない。したがって、第 1 訴訟は、「口頭弁論の終結」前である。

(3)、③

第 1 訴訟が口頭弁論終結直前まで進行しているという事情はない。したがって、反訴提起により第 1 訴訟の「手続を遅滞させ」ることにはならない。

以上より、反訴の要件は満たされる。

設問 3

1、下線①について

(1)、最高裁平成 6 年判決によると、X が当事者として受けた前訴判決既判力は、X の構成員たる Z に及んでいる。前訴判決の既判力とは、X が本件不動産の総有権を有するというものである(114 条 1 項)。そうすると、X の構成員たる Z についても、この既判力が及ぶことになる。

(2)、第 2 訴訟は、Y の Z に対する債務不履行に基づく損害賠償請求訴訟である。これは、本件不動産の所有権の帰属先を問題としている。

(3)、所有権と総有権は、後者が持分権を有しないという点で異なる権利である。そうすると、所有権を問題とする第 2 訴訟に、第 1 訴訟の既判力は及ばない。

以上の点からすると、最高裁平成 6 年判決が適用されることはない。したがって、本件においてこの判決を援用することは不適切である。

2、下線②

(1)、判決の既判力は、事実審の口頭弁論終結時の権利関係について生じる(民事執行法 35 条 2 項参照)。

前訴判決における既判力は、第 1 訴訟事実審の口頭弁論終結時において、本件不動産について X の構成員が総有権を有することである。

(2)、一方、第 2 訴訟において Y が証明すべき事実は、本件不動産抵当権設定契約時に Z が本件不動産の所有権を有していなかったことを基礎づける事実である。Z は、この時に本件不動産を所有していたと主張している。

そうすると、Y と Z の主張の対立点は、本件不動産抵当権設定契約時に本件不動産を Z が所有していたかどうかである。

(3)、確認訴訟における既判力は、基準時の権利関係のみを対象とする。これ以前の権利関係は、直ちに基準時の権利関係を否定するものではない。したがって、基準時以外の時の権利関係についての主張について、既判力は作用しない。

Y と Z の主張の対立点は、第 1 訴訟事実審の口頭弁論終結時ではなく、抵当権設定契約時である。YZ の主張は、前訴判決の既判力の内容を否定しない。

以上より、第 2 訴訟における Y と Z の主張の対立点に関して前訴判決の既判力は作用しない。

3、下線③

(1)、Y は、Z の主張が相矛盾するということから信義則(2 条)に基づき、Z の主張を制限すべきと主張することになる。

(2)、もっとも、Y は、第 1 訴訟の時に、本件不動産の所有権が抵当権設定契約時に Z が所有していたことの確認を求める訴えを提起することができた。

確かに、この確認訴訟は、過去の権利関係の確認を求める訴えとなるため、確認の利益の有無が問題となる。しかし、この確認訴訟により、抵当権をめぐる紛争が抜本的に解決されることになる。したがって、この確認訴訟を提起することは紛争解決にとって有効かつ適切である。よって、確認の利益はある。

以上より、Yはこの確認訴訟を提起することができた以上、それをしなかったが故に不利益を被ってもやむを得ない。

Yの信義則に基づく主張は、認めることができない。

4、結論

以上に照らせば、第2訴訟において、本件不動産の帰属に関し改めて審理・判断することができる。

以上

第1設問1

1. 総有権の確認を求める訴えが原則として、権利能力なき社団の構成員の全員が原告とならなければならない理由について

(1) 当該問題は、原告適格の問題である。原告適格 総有権の確認を求める訴えが固有必要的共同訴訟(民事訴訟法以下、法典名省略)40条(1項)に当てはまる場合には、共同訴訟人全員が関与する必要がある。他方、通常共同訴訟(38条)に当てはまる場合には、その必要はない。

そこで、当該訴えは、固有必要的共同訴訟と通常共同訴訟のいずれに当てはまるか、両者の区別の判断方法が問題となる。

(2) いずれの訴えに当てはまるかについては、実質的な権利関係と基準として判断すべきである。また、原告適格は訴訟手続上の問題であるので、訴訟経済上の観点からも補助的に判断する。

(3) 権利能力なき社団において不動産は、総有的に帰属しており、構成員個人は処分権限を有しない。また、本件において、原告が複数いるのであり、構成員全員が関与するに要求しても酷ではない。そこで、権利能力なき社団における総有権の確認は、共同訴訟人の全員について合一確定が必要となる。固有必要的共同訴訟に当てはまる。

そのため、原則として、構成員全員が原告とならなければならない。

2. 訴えの提起に反対する構成員がいた場合について

固有必要的共同訴訟においては、共同訴訟人全員に既判力が及ぶ。

そこで、訴えの提起に反対する構成員については、被告として訴えを提起すれば、構成員全員が訴訟に関与し、自己責任としての既判力を及ぼしても不当ではない。

3 訴訟係属後に新たに構成員が現れた場合について。

4 4 所有権の確認の訴えに対する判決が確定した場合、^{前訴}判決の^{後訴に2753}固有効力がある。

5 既判力(114条)は、「当業者」(115条(項)号)に発生する訴訟係属後に、

6 新たに構成員となった者については、当業者の追加等をしていない限り、当業者
7 には含まれない。

8 また、新たに構成員となった者は、~~当業者~~新主体たる地位を承継して
9 りてこれをいって「承継人」(115条(項)号)にも当たらない。

10 そのため、新たな構成員は原則既判力から外れる。そこで、Bに同調し
11 ない新たな構成員がいる場合には紛争が差し戻されることがある。

12 この場合、Bに同調しない者については、手段保障が充足していないので争わ
13 せる必要がある。

第2設問2.

1 確認の訴えの利益について。

14 (1) 利益とは、具体的な権利関係の紛争について、本審判決による争いの実効
15 性・有効性を判断するための基準である。よって、確認の訴えにおいては、確認

16 対象は無限定に広がるおそれがある。そこで、確認の訴えにおける訴えの利益は

17 ① 対象特定の有無 ② 方法特定の有無 ③ 即時確定の^{必要性}の有無によって
18 判断する。

19 (2) ①については、~~現在の権利法律関係~~ Bが解任決議が無効であることや、
20 BがXの会長の地位にあることの確認を求め訴えは、権利法律関係の
21 確認の訴えであるかが問題となる。

22 ② この点、権利能力なき社団においては、団体名義で不動産について登記を
23 具備することはない。

そこで、Xでは、本件不動産の登記名義は、代表者であるZとされている。

また、このことから、Xにおいて、本件不動産の登記名義人は、会長である代表者代表者である会長とされていること、会長の地位にあることの確認は、所有権登記名義人であるZと確認することに十分なる。

そのため、反訴におけるZによる確認の訴えは、権利・法理関係の確認を求め訴えである。

イ Xにおいては、Zによる反訴は、訴訟代理人の代理権の存続の確認を求め訴えを不適法とした昭和28年12月24日判決の射程内であること反論することが考えられる。

もっとも、権利能力なき社団[☆]においては登記名義人は会長である以上、会長の地位にあること主張は、訴訟の当事者としての地位を有すること主張に存する。そのため、判決の射程は及ばない。

ウ よて、Zによる反訴について、確認対象相当である(①充足)。

(3) また、解任決議が有効であること、会長の地位にあることは確認の訴えによる必要があり(②充足)、Xが訴えを提起している以上、費時確定の利益も認められる(③充足)。

よて、確認の訴えの利益は認められる。

2 反訴(146条(項))の要件について

(1) 反訴が適法であると認められる要件は①本訴の目的である請求とは、防衛の方法と関連する請求を目的とする②事実審の口頭弁論終結時までに提起③146条項但書各号に該当しないことである。

(2) 本件において反訴は、訴訟争点のXからZに対するZから現在の代表者であるBへの所有権移転登記手続請求の訴えに関連する。

現行代表者、地位にあることが、所有権移転登記請求権における
 当事者適格を有するので、反訴は、本訴の目的である請求と関係する（判決
 主文、②③について問題なく充足される。

よて、~~同~~ 146条1項の要件を満たし、反訴は適法である。

第3設問3

1 ①について

最判平成6年5月31日判決において

(1) 権利能力なき社団が当事者として争った判決は、社団が訴訟訴訟
 担当者として114条1項2号により、当該社団の構成員全員に対して
 及ぶとする。

(2) もっとも、本件において社団の構成員間で利害が対立しており、このような
 場合でも前訴判決は正に及ぶものか。

この点、既判力の正当化根拠は、手続保障の充足に伴う自己責任である。
 本件において、正は訴訟当事者として、前訴での所有権確認の訴えに関与
 しており、手続保障は充足している。

よて、他の構成員の利害が対立していたとしても、本件において平成6年
 判決を援用することは適切である。

2 ②について

(1) 本件において、~~本~~ 訴訟により、~~本~~ 本件不動産からXの構成員の所有
 に属していたことにつき既判力が発生し、正による、担当権設定契約当
 時に本件不動産を個人財産として所有していたとの主張は認め
 られないとして主張する。

当該主張は既判力の基準時、及び遮断効に関与するものである。

(2) ~~既判~~ 既判力の正当化根拠に基づき、既判力は、~~訴訟~~ 口頭弁論終結時

に発生する。そして、基準時前の事由を主張して既判力により確定して判断内容を争うことは許されず、当該主張はしりぞけられる。

(3) 本件において、Yは間接抵当権設定契約が締結されたのは、第1訴訟よりも前の時点である。そのため、この主張は基準時前の事由により、既に不動産がXの所有に属するこいう確定した内容を争う主張であり、第1訴訟の既判力により遮断される。

3③について。

第1訴訟の他の訴訟にもYが補助参加をすればよかった。

<反省点>

- ・ 設問①②③が④に全然わからなかった。混合して答案構成に時間かけすぎた。
- ・ 問題に出た判例を知らなかった。判例の勉強不足？
- ・ 反訴の題意方法が未だにわかってない
- ・ 基本的な定義・論証（反訴の要件とか）がしっかりできていなかった。

民事系科目第3問

第1．設問1

1．総有権確認訴訟が原則として全員が原告とならなければならないのは、判決内容の合一確定が要求される訴訟形態である必要的共同訴訟のうち、当事者全員が共同して訴訟提起しなければ原告適格が認められない、いわゆる固有必要的共同訴訟だからである。

すなわち、固有必要的共同訴訟かどうかは実体法的な観点と訴訟法的な観点を総合考慮して決するが、権利能力のない社団の財産は構成員全員に総有的に帰属するであり、通常共同訴訟とすると相手方は構成員全員に対して勝訴しなければならず、不当だからである。

2．構成員の中に非同調者がいる場合、固有必要的共同訴訟である以上、原告適格が欠けるため訴えが却下されると思える。

しかし、このような場合であっても、総有権の有無についての争いを民事訴訟をもって確認したいと考える構成員の訴権は裁判を受ける権利（憲法32条）によって保護されるべきである。他方で、非同調者の手続保障については当事者として関与する機会が与えられていれば足りる。そこで、非同調者を被告とするという対応策が考えられる。

3．新規者がいる場合、権利能力なき社団の財産はこの者についても総有的に帰属するため、新規者も総有権確認訴訟の原告適格を有し、手続保障の機会を与えるべきである。

（1）新規者が同調する場合

この場合には、新規者の積極的な訴訟追行が期待できるため、原告としての地位を保障すべきである。そこで、「合一にのみ確定すべき」場合に当たるとして、共同訴訟参加（52条）することが考えられる。

（2）新規者が同調しない場合

新規者が非同調者であると積極的な訴訟追行は期待できない。一方で、この者についても判決効を及ぼす必要がある。また、非同調者には当事者としての地位を保障する必要まではないと考えられる。よって、訴訟告知（53条1項）によることが考えられる。

第2．設問2

1（1）訴えの利益とは、本案判決による紛争解決の実効性をいう。

（2）訴訟要件等本案の前提として判断される手続的事項について独自の訴えの利益が認められないという考え方は、以下の理由によるものと考えられる。

手続的な事項については当事者に責問権（90条）が与えられており、訴え却下判決には当該訴訟要件の欠缺について既判力が生じると解され、仮に看過されたとしても上訴（312条2項4号）、再審（338条1項3号）となる。よって、当該訴訟内で解決すべき問題であり、独自の訴えの利益が認められない。最高裁もこのような考え方によったものと考えられる。

（3）もっとも、本件でZは、Bの訴訟代理権の基礎となるXの代表としての地位の不存在を主張しているだけではなく、積極的に自己がXの代表者であることの確認を求めていると考えられる。よって、Bの代理権不存在について既判力を得るだけではなく、自己が代表

者であることについて判断を求める訴えの利益が存在する。

(4) したがって、訴えの利益は認められる。

2. 反訴(146条1項)の要件は、①請求・防御方法との関連性、②口頭弁論終結前であること、③専属管轄でないこと(同1号)、④著しく訴訟手続きを遅滞させないこと(同2号)、また請求の併合(136条)となるため、⑤同種の訴訟手続きであり、⑥併合が禁止されておらず、⑦裁判所が管轄権を有すること、が必要である。

(1) 本件では、②、③、⑤、⑥、⑦の要件を満たすことは明らかである。

(2) ①請求・防御方法との関連性が認められるか。同条の関連性は請求の基礎的事実的共通性と訴訟資料の流用可能性を考慮して決するところ、本件は同一団体内での代表権争いであることは明らかであり、事実的共通性や訴訟資料の流用可能性も認められる。よって、関連性がある。

(3) ④訴訟手続きの遅滞にならないか。本件では第一審に係属中であると考えられるため、訴訟手続きの遅滞になるとは認められない。

(4) よって、Zは反訴提起できる。

第3. 設問3

1. 課題①

(1) 最高裁が権利能力なき社団が当事者として受けた判決の効力は、当該社団の構成員全体に及ぶとしたのは、社団は当事者である構成員から訴訟追行の授權を受けた任意的訴訟担当であり、社団の構成員は「他人」(115条1項2号)に当たるためであると考えられる。

(2) この点で、授權決議に反対した者であっても判決の効力を受けるかが問題になるが、団体法理により、多数決で決定した事項については反対であっても拘束されると考える。

(3) 本件では、Zは一応Xの構成員であるため、「他人」として第1訴訟の確定判決に拘束されると思える。しかし、Zは反対するのみならず、第1訴訟の被告としてXの総有権について争っていたのであり、このような場合にまで判決を援用することはできないと考えられる。

2. 課題②

(1) 第1訴訟の判決の既判力が第2訴訟においてどのように生じるかがここでの問題点である。

(2) 既判力は「主文に包含するもの」(114条1項)すなわち、口頭弁論終結時における訴訟物たる権利義務関係の存否について生じる。なぜなら、主文には訴訟物についての権利義務についての判断が示されるものであるし、口頭弁論の一体性の下、当事者は口頭弁論終結時まで訴訟資料を提出できるからである。

(3) 第1訴訟はXのYおよびZに対する請求を認容していることから、前訴判決の既判力は、口頭弁論終結時において本件不動産がXの共有に属することについて生じる。他方で、第2訴訟におけるYの主張は、口頭弁論終結時の前の時点である抵当権設定契約時におい

てZが本件不動産の所有権を有していなかったため、本件抵当権が無効となり損害を被ったというものである。したがって、基準時にずれがあるため、前訴判決の既判力は第2訴訟において作用しない。

3. 課題③

(1) 上記の通り、Xの主張は既判力に反しないものの、本件不動産が自己の所有であったことが前訴における判断の実質的な蒸し返しであるとして、Xの主張が信義則により遮断されないかがここでの問題点である。

(2) 当事者の主張が信義則に反するかどうかは、当事者の主張の機会の有無、帰責事由の有無などを比較衡量して、実質的な蒸し返しに当たらないかによって決する。

(3) 本件において、Yは第1訴訟においてXから本件不動産はXの総有に属するとして総有確認訴訟を提起されており、その請求内容から、本件不動産がX所有ではなかった疑いが生じるのが通常であり、Yは本件不動産のZ所有が否定された場合に備えて、Zに対して反訴または別訴を提起して併合し、統一的な審判を求めることが可能であったと考えられる。よって、Yには第1訴訟における帰責性が認められる。

したがって、Zの主張は実質的な蒸し返しとは言えないため、信義則により遮断されない。

以上

民事系 第3問

第1 設問1

1. Xの構成員がYに対して総有権の確認を求めるには原則としてその全員が原告とならなければならない理由

(1) 権利能力なき社団の構成員全員が原告とならなければならないのは、権利能力なき社団の総有権確認の訴えが固有必要的共同訴訟（民事訴訟法（以下略）40条）だからである。以下詳述する。

(2) 固有必要的共同訴訟となるか否かは、実体法上訴訟の目的となる権利につき、権利者全員による管理、権利行使が認められているかを基準とし、手続法上の観点も参照して全員でのみの訴えとすべきか否かを判断する。

本件におけるXは、法人格なき社団であり、法人格なき社団の財産権については構成員全員の総有に属する。そして、総有とは、構成員個人には持分が認められず、構成員全員でのみの処分しか認められないものであるから、実体法上権利者全員のみによる管理、権利行使が認められるものといえる。したがって、本件総有権の確認を求める訴えは固有必要的共同訴訟であり、構成員全員が原告とならなければならない。

2. 構成員の中に訴えの提起に反対する者がいた場合の対応策

本件総有権の確認の訴えは固有必要的共同訴訟であるから、構成員全員が原告とならなければならないのが原則であるが、構成員の中に訴えの提起に反対する者がいた場合にはその者が原告となることができず、他の者が訴えを提起することができない。

そこで、訴えの提起に賛成する者の訴権を不当に制限しないため、訴えの提起に反対する者を被告として訴訟に参加させるという対応策をとるべきである。この場合、訴えの提起に反対する者も訴訟に関与しているという点で、手続保障が図られている以上、固有必要的共同訴訟としてその者に対して既判力を及ぼしたとしても問題なく許される。

3. 訴訟係属後に新たに構成員となる者が現れた場合の訴訟上の問題点

固有必要的共同訴訟（40条）においては、構成員全員に判決の既判力（114条）が及ぶことになる。そこで、新たに構成員となる者についても訴訟に参加し、既判力を及ぼすことができるかが問題となる。

(1) 新たな構成員がBに同調する場合

この場合は、新たな構成員は原告側に共同訴訟参加（52条）することにより、その者については手続保障が充足され、既判力を及ぼすことができる。

(2) 新たな構成員がBに同調しない場合

この場合、手続上被告に参加させることができず、その結果その者についてのみ既判力を及ぼすことができず、構成員間における判決の効力の不統一が生ずるという問題点が発生する。

第2 設問2

1 (1) 訴えの利益とは、本案判決を得る必要性、実効性をいう。そのため、本案の前提として

判断される手続的事項については、本案判決を得る必要性、実効性とは関係がなく、訴えの利益が認められない。昭和 28 年判決においても、訴訟代理人の代理権の存否の確認を求める訴えにつき訴えの利益を欠くとされている。これは、訴訟代理人の代理権の存否を確認したとしても、本案判決の帰趨に影響を及ぼすわけではなく、本案判決を得る必要性、実効性に欠けることを理由とするものであると考えられる。

(2) 他方、本件においては、Z の訴訟代理人としては、B を代表者として提起された訴えの適法性自体を争い、却下判決を求めることとしており、Z の解任決議の無効確認の訴えや、Z が X の会長の地位にあることを確認する訴えは、この主張と密接に関連するものである。すなわち、B を代表者として提起された訴えが不適法であるとして却下を求めるにあたっては、B が代表者ではなく、Z が代表者であることを確定させることが最も紛争解決のため有効であるといえる。したがって、Z の解任決議の無効確認の訴えや、Z が X の会長の地位にあることを確認する訴えは、本案判決の帰趨に影響を及ぼすものであり、本案判決を得る必要性、実効性があるといえる。

(3) したがって、Z の解任決議の無効確認の訴えや、Z が X の会長の地位にあることを確認する訴えには訴えの利益が認められる。

2. 反訴について

反訴の要件は、①本訴の目的である請求または防御の方法と関連する請求を目的とするものであること、②口頭弁論終結にいたるまでになされること、③反訴の目的である請求が他の裁判所の専属管轄に属さないこと、④反訴提起により著しく訴訟手続を遅延させないことである（146 条）。

まず、本件反訴は、本訴請求が代表者でない者によって提起されたものとして、本訴請求を不適法ならしめるという防御の方法と関連して、Z が代表者であることの確認を求めるものであるから、防御の方法と関連する請求を目的とするものである（①）。

また、反訴の目的である請求が他の裁判所の専属管轄に属するという事情もない（③）。

さらに、反訴提起により、著しく訴訟手続を遅延させるという事情もない（④）。

以上より、本件反訴が口頭弁論終結時までになされた場合には、要件を満たし適法となる。

第 3 設問 3

1. ①について

(1) 権利能力なき社団は、構成員の法定訴訟担当として訴訟追行するものであるから、権利能力なき社団が受けた判決の効力は構成員全員に及ぶ（115 条 1 項 2 号）。これは、既判力を及ぼす根拠が、手続保障を充足された状態で自己責任に基づき主張立証を尽くしたことにあり、構成員は権利能力なき社団について代替的手続保障を受けているため、自己責任を問うことができるからである。

(2) 他方、対立する当事者となっている Z については、手続保障充足による自己責任を問うことができないため、本件では権利能力なき社団の受けた判決の効力を Z に援用することはで

きないと解する。

2. ②について

(1) 既判力は、口頭弁論終結時における判決主文に包含される訴訟物たる権利関係に及ぶ(114条1項)。これは、口頭弁論終結時の判断が口頭弁論終結時まで当事者は主張立証を尽くしたことにより、自己責任を問い得る最新の判断であるといえるからである。

(2) 本件では、前訴判決の既判力は、前訴判決の口頭弁論終結時における X の本件不動産総有権の存在したことについて及んでいる。したがって、それ以前に X に総有権があったことについてまで既判力をもって確定されたわけではなく、本件抵当権設定時に Z が本件不動産を所有していたという主張は前訴判決の既判力によって遮断されることはない。

3. ③について

前訴判決においては、本件不動産は Z が A との間で購入したものであるが、当初から X のために購入したものであり、X の総有に属するとして X の総有権確認の訴えが認容されたものと考えられる。そのため、理由中の判断においては Z に所有権がないことが判断されていると考えられる。そこで、この理由中の判断の拘束力により、Y は信義則上抵当権設定時に Z に所有権があったことを主張できないと解する。なぜなら、Y は前訴において Z が所有権を有することの確認を求める訴えを反訴として提起し、自己の抵当権保全措置をとりえたにもかかわらず、それをせずに後訴においてそれを主張することは信義則に反するからである。

よって、Y の主張は認められない。

以上

民訴

第1 設問1

1. そもそも権能なき社団の訴訟が固有必要的共同訴訟として、全員が原告にならなければならないのは、権利能力なき社団の有する財産は構成員全員が総有するため全員に管理処分権があり、全員が判決の影響を受けるため全員に手続き保障を及ぼす必要があるからである。

もっとも、これは原告としてではなく被告として参加してもよい。なぜならⅠ被告間は通常共同訴訟なので他の被告の訴訟追行に影響されないし、

Ⅱ本件では確認請求なので、認容判決が出た時給付請求のように構成員が執行義務を負うという不自然な帰結にならないからである。

そこで、反対する者は被告として訴訟すればよい。

2. 次に、新たな構成員の出現について、同調する場合としない場合に分けて検討する。

(1)その者がBに同調する場合

新しい構成員のうち賛成する者は共同訴訟参加（52条）することが考えられる。なぜなら、本件不動産の総有権確認という訴訟の目的が当事者の一方、すなわちX構成員全員について合一にのみ確定すべき場合に該当するためである。

(2) その者がBに同調しない場合

この場合は、共同訴訟参加が期待できない。そこで共同訴訟参加するよう訴訟告知すればよい（53条）そうすると、53条4項より参加したものとみなされX構成員全員につき手続きに関与したこととなる。

第2 設問2

1. 訴えの利益が認められる理由

L2が検討する反訴は確認の訴えである。確認訴訟は対象が無限定で、勝訴判決にも執行力がないことから確認の利益で対象を限定する必要がある。具体的には対象選択の適否、方法選択の適否、即時確定の利益の存否で判断する。

本件ではこのうち対象選択の適否が問題となる。

そして手続き的事項は本案と密接に関連して、それを確認する必要がある場合でない限り対象選択として適切ではなく訴えの利益がない。なぜなら、いずれにせよ本案で審理されることを別個に審理するのは無意味だからである。

この点について、挙げられている判例ではそのような必要がなかった。それゆえ不適法とされている。

一方本件では、代表者の地位は本案に密接に関係する。なぜなら、そもそも登記請求は団体の受託者たる代表者がおこなえるところ、Zが代表でありBが実は代表でないのなら本案の前提を欠くからである。このように、Zの解任決議が無効でBが会長でないとき

れば本訴に立ち入らずに本訴の本案に決着をつけられる。したがってこれを確認する必要がある。

よって、対象選択として適切といえ、訴えの利益が認められる。

2. 反訴（146 条 1 項）の要件充足について

(1) 反訴は①本訴の目的である請求又は防御の方法と関連する請求を目的とする場合で②口頭弁論の終結に至るまでになされ、③反訴の目的である請求が他の裁判所の専属管轄（当事者が第十一条の規定により合意で定めたものを除く。）に属するときでなく④反訴の提起により著しく訴訟手続を遅滞させることとなるときでないことが必要である。

(2) ①について L2 のいう確認の訴えは、Z がいまだ会長で B が会長でないとされれば実体法上 B は請求できないとされる点で請求と関連する

②、③については問題ない。

④については、原告の請求の前提となるような反訴なので、いずれにしても審理しないといけないことである。その意味で遅滞を生じない。

（客観的併合の要件をおとした・・・）

第 3 設問 3

1. 問題①について

たしかに平成 6 年判決に照らすと権利能力なき社団の受けた判決は構成員全員に対して既判力が及ぶので X の構成員である Z に既判力が及ぶかと思える。

もともと、対立当事者の地位にいた Z に及ぶのは不当である。なぜなら Z は立場上、X 側として訴訟追行することが期待できなかったので実質上 X の訴訟手続に関与できたとはいえないからである。

よって、平成 6 年判決は本件に援用されず既判力は拡張しない。

2. 問題②について

そもそも、既判力は基準時に生じる（民事執行法 35 条 2 項）。なぜなら、双方が主張立証を尽くしきった基準時の権利関係につき判断することが紛争解決に資するためである。本件では第 1 訴訟の口頭弁論終結時である。

一方、不法行為で問題となっているのは抵当権設定時の所有権帰属である。

よって、時間的に齟齬があるため既判力が及ばない。

（既判力の根拠までさかのぼっていない）

3. 問題③について

(1) 既判力に基づく説明以外の説明

y と Z は共に被告の地位にあり、互いに本件不動産の総有権不存在につき訴訟の結果につき利害関係を有したということで当然の補助参加を認めることが検討される。そうすると前訴で敗訴した結果につき争えなくなるので Y の主張が認められる。

(2) Y が採るべきであった手段

しかし、補助参加が認められるには、Y として訴訟告知しておくべきであり、当然の補助参加は Z に不測の損害を与えかねず認められない。Y は訴訟告知していない以上、補助参加は認められない。

以上