

## 平成 28 年司法試験 答案構成

### 設問 1

#### 1 全員が原告とならなければならないとされる理由

##### (1) 結論

##### (2) 理由

固有にあたるか

→管理処分権

総有 = 処分に類似

→共同の管理処分権行使

⇒固有にあたる

#### 2 反対する者がいた場合の対応策

##### (1) 結論

被告にまわす

##### (2) 理由

できる？

訴権保護

被告として手続保障

できる

#### 3 新たな構成員が現れた場合の訴訟上の問題点

##### (1) 問題の所在

当事者にしないと当事者適格欠く

##### (2) 同調する場合

共同訴訟参加 (52II)

##### (3) 同調しない場合

主観的追加的併合

訴訟資料の流用可

濫訴のおそれなし

⇒許容すべき

### 設問 2

#### 1 結論

いずれも認められる

#### 2 確認の利益について

一般論

S28 判例

⇒方法選択×

本件

→派生紛争解決・本案としての性質

⇒方法選択○

### 3 反訴の要件について

#### (1) 関連性

内容・発生原因の共通性

Z主張と反訴は実質的に同一

⇒関連性あり

#### (2) 訴訟手続遅滞

Z主張と反訴は実質的に同一 = 審判対象同じ

⇒遅滞なし

#### (3) その他の要件

### 設問3

#### 1 結論

審判できる。

#### 2 理由

##### (1) 平成6年判決の援用の可否

原則、既判力は当事者のみ(115 I ①)

被担当者も(115 I ②)

→H6判例 = 実質的管理処分権・法定訴訟担当成立・判決効拡張

既判力拡張の根拠

本件

→Xに実質的管理処分権・根拠も妥当

⇒援用可

##### (2) 既判力の作用可能性

基準時 = 口頭弁論終結時

→基準時前には及ばず

前訴判決既判力「X構成員総有」→Z所有なし

本件

→抵当権設定時の所有が対立点 = 基準時前の事実

⇒既判力抵触なし

##### (3) 既判力以外の根拠

信義則(2)

採るべき手段 = 訴訟告知(53 I)



→参加効力（53IV）・判決理由中の判断  
⇒訴訟告知していないから信義則適用なし

## 平成 28 年司法試験 参考答案

### 設問 1

#### 1 全員が原告とならなければならないとされる理由

##### (1) 結論

Xの構成員がYに対して総有権の確認を求めるとは、原則としてその全員が原告とならなければならない。以下、その理由を述べる。

##### (2) 理由

総有権の確認訴訟が固有必要的共同訴訟とされるのであれば、原則として構成員全員が原告とならなければ当事者適格を欠くことになる。そこで、Xの構成員による訴訟（以下、「本件訴訟」とする。）が固有必要的共同訴訟にあたるかどうかの問題となる。

固有必要的共同訴訟は訴訟共同の必要が存在する場合に成立する。そして、訴えの提起は敗訴の場合に権利の処分と同様の効果をもたらすため、管理処分権の所在によっては訴訟共同の必要が存在する。したがって、固有必要的共同訴訟にあたるかどうかは、管理処分権を基準に判断すべきである。

本件では、Xは権利能力なき社団である。そうすると、Xの保有財産である本件不動産はXの構成員全員の総有に属することになる。そして、上記の訴訟提起の効果に鑑みると、総有権の確認訴訟は本件不動産の処分に類似するといえるため、本件訴訟はXの構成員全員が共同して管理処分権を行使すべき場合に当たる。したがって、本件訴訟は固有必要的共同訴訟にあたる。ゆえに、上記結論に至った。

#### 2 反対する者がいた場合の対応策

##### (1) 結論

訴えの提起に反対する者（以下、「非同調者」とする。）を被告とすべきである。以下、その理由を述べる。

##### (2) 理由

本件訴訟は固有必要的共同訴訟であるところ、非同調者がいる場合にその者を被告として適法に訴えを提起することができるか。

固有必要的共同訴訟においては、構成員全員が原告とならなければならないとされる。しかし、非同調者がいる場合には構成員全員が原告となることは不可能であり、この場合にも訴訟に賛同する構成員の訴権を保護する必要がある。とりわけ、非同調者がいる場合に総有権の確認訴訟を適法に提起できないとすると、構成員が総有財産を勝手に処分したときに訴訟による是正ができないことになるため、総有権の確認訴訟には訴権保護の要請が強い。加えて、被告であっても当事者として手続保障が与えられることに変わりはない。したがって、非同調者がいる場合にはその者を被告として適法に訴えを提起できるものとする。

以上より上記結論に至った。なお、非同調者を被告とした場合には共同して管理処分権

を行使したとはいえないのではないかという問題が生じるが、上述のように、総有権の確認訴訟の訴権保護の要請が強いことを考慮すると、被告として手続保障が与えられたことをもって共同の管理処分権の行使を擬制すべきであると考えられる。

### 3 新たな構成員が現れた場合の訴訟上の問題点

#### (1) 問題の所在

新たな構成員が現れた場合、当該構成員も訴訟当事者としなければ当事者適格を欠くこととなる。そのため、その場合には当該構成員を訴訟当事者とするための方法が問題となる。

#### (2) 同調する場合

##### ア 結論

新たな構成員が訴えの提起に同調している場合には、その者に共同訴訟参加(52条1項)をさせるべきである。

##### イ 検討

本件訴訟は固有必要的共同訴訟であり、「合一にのみ確定すべき場合」に該当し、訴訟係属後の共同訴訟参加であるから、訴訟係属の要件も満たす。よって共同訴訟参加の要件を満たしている。さらに、固有必要的共同訴訟の当事者の欠缺を治癒するための共同訴訟参加も認められるものと解される。以上より、上記結論に至った。

#### (3) 同調しない場合

##### ア 結論

新たな構成員が訴えの提起に同調しない場合には、主観的追加的併合によるべきである。

##### イ 検討

新たな構成員が訴えの提起に同調しない場合、当該構成員を強制的に訴訟に引き込むことで被告とするほかない。そこで、明文なき主観的追加的併合が許容されるかが問題となる。

判例は、主観的追加的併合は、①訴訟経済に適うとは限らないこと、及び、②軽率な提訴ないし濫訴が増えるおそれがあることからこれを認めることができないとする。しかし、固有必要的共同訴訟において当事者の欠缺を治癒するために主観的追加的併合を用いる場合には、新たに追加された当事者との間でも従前の訴訟状態を利用できるため、訴訟経済に適う。また、訴訟の途中で新たな構成員が現れた場合に限り、主観的追加的併合を認めれば、軽率な提訴ないし濫訴が増えるおそれはない。そこで、訴訟の途中で新たな構成員が現れた場合に限り、明文なき主観的追加的併合を許容すべきであると考えられる。

本件は、新たな構成員が現れた場合に該当するため、主観的追加的併合が許容される。以上より、上記結論に至った。

## 設問2

### 1 結論

確認の利益及び反訴の要件のいずれも認められる。

## 2 確認の利益について

Zの解任決議の無効の訴え及びZがXの会長の地位にあることの確認の訴え（以下、両者を合わせて「本件反訴」とする。）に確認の利益が認められるか。確認の利益が認められるには、原告の有する権利や法律上の地位に危険又は不安が存在し、そうした危険や不安を除去するために確認判決を得ることが有効かつ適切であるといえなければならない。そして、これを判断するにあたっては、一般に、方法選択の適切性、対象選択の適切性、及び、即時確定の必要性が考慮される。

昭和28年判例は、訴訟代理人の代理権の存否の確認を求める訴えを不適法とする。これは、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についての訴訟手続の中で審判されれば足りることから、方法選択に適切性が認められないことによると理解することができる。

確かに、本件反訴は、ZにXの代表権があることの確認を通じてBの代表権を否定し、ひいてはBに代表権限がないとして訴訟の却下判決を求めることができるため、上記手続的事項としての意義を有する。しかし、本件反訴は、Zの代表権を確定することでXをめぐる様々な派生紛争を解決するという意義をも有する。また、Zが求めているのは、実体法上ZにXの代表権が存することであり、これは本案としての性質を有する。そのため、本件反訴には昭和28年判例の射程が及ばず、他により適切な法的手段が見当たらないことから、本件反訴に方法選択の適切性が認められる。

なお、本件反訴は対象選択の適切性及び即時確定の必要性も認められる。

## 3 反訴の要件について

### (1) 関連性

まず、本件反訴が「本訴の目的である請求又は防御の方法と関連する請求」（146条1項）といえるか。「関連する」とは、内容又は発生原因において共通することを意味する。

本件では、第1訴訟において、Y及びZを被告として総有権の確認を請求している。これに対して、Zは自身を対象とする解任決議が無効であり、その結果BをXの代表者とする選任決議も無効となるから、Bに訴訟追行権はない旨の主張をする。本件反訴は、このようなZの主張と実質的に同一内容の請求をするものであるから、「本訴の目的である請求又は防御の方法と関連する請求」であるといえる。

### (2) 訴訟手続遅滞

次に、本件反訴が「著しく訴訟手続を遅滞させる」（146条1項2号）ことにはならないといえるか。上記のように、第1訴訟におけるZの主張と本件反訴の請求は実質的に同一であり、審判対象を同じくするものである。したがって、本件反訴は「著しく訴訟手続を遅滞させる」ことにはならない。

### (3) その他の要件

本件反訴はその他の反訴の要件も満たす。

### 設問 3

#### 1 結論

第 2 訴訟において本件不動産の帰属に関して改めて審理・判断することができる。

#### 2 理由

##### (1) 平成 6 年判決の援用の可否

既判力は当事者のみを拘束するのが原則である（115 条 1 項 1 号）。もっとも、訴訟担当が成立している場合には、既判力は被担当者にも及ぶ（115 条 1 項 2 号）。平成 6 年判例は、権利能力なき社団に実質的な管理処分権が帰属していることを前提に、当該社団に法定訴訟担当の成立を認め、被担当者たる構成員への判決効の拡張を認めたものと理解することができる。

法定訴訟担当の場合に既判力の拡張を認める根拠は、被担当者による争いの蒸し返しを防止するため既判力の拡張の必要性が認められることと、法により担当者に訴訟追行権が付与されること、この者に対して代替的な手続保障を与えることにより既判力を正当化できることにある。

本件も、平成 6 年判例と同様に、X に実質的な管理処分権が帰属しているとみることができる。また、本件でも、X の構成員による争いの蒸し返しの可能性が存在し、実質的権利帰属主体である X に手続保障を与えることにより X の構成員にも手続保障が与えられたとみることができる。以上より、平成 6 年判決を本件に援用することができる。

##### (2) 既判力の作用可能性

既判力は、事実審の口頭弁論終結時を基準として発生するのであり、その時点よりも前の権利関係又は法律関係を確定するものではない。したがって、前訴判決の既判力は、前訴の口頭弁論終結時において本件不動産が X の構成員の総有に属するという判断に生じている。そして、この既判力は、一物一権主義を介して、基準時において本件不動産が Z の所有に属しないことに及ぶ。

第 2 訴訟では、抵当権設定契約時において本件不動産が Z の所有に属するか否かが対立点となっている。そして、Z による抵当権設定当時の本件不動産の Z 所有の主張は、基準時前の事実の主張である。したがって、Z の当該主張は上記前訴判決の既判力に抵触しない。

##### (3) 既判力以外の根拠

既判力以外の根拠としては、信義則（2 条）による訴え又は主張の遮断が考えられる。もっとも、第 1 訴訟の段階で Y として採るべき手段があったといえるならば、それをしなかった Y が不利益を被ってもやむを得ないのであり、この場合には信義則による遮断を認めるべきでないを考える。

本件では、Y は Z に対し、訴訟告知（53 条 1 項）をすべきであった。なぜなら、訴訟告知をしておけば、Y が敗訴した場合に Y Z 間に参加的効力が生じ（53 条 4 項）、判決理由中

の判断にも拘束力が発生するため、Zの主張を排斥することが可能だからである。したがって、第1訴訟の段階でYとして訴訟告知をすべきであったのだから、信義則によりZの主張を排斥することはできない。