

(事案の概要)

配点 3, 3, 4

X (甲街振興会。権利能力なき社団) 100名程度で推移, 総会がある。
役員 (会長1, 副会長1, 監事2), 総会で選任。 代表者会長Z, 副会長B
不動産 重要財産処分 総会の3分の2以上の賛成
本件不動産 (土地, 建物) Xの事務所 (財産目録に計上)

A→Z 売買 (Xのため) 登記名義はZ 固定資産税 (Xが償還)
抵当権登記Y 債務者C (Zの子) 債務3000万円 (2000万以上残
る。心配なしと説明→倒産の可能性)

Z 個人のものであると主張

規約。総会 Zの解任+B選任 賛成多数で可決

B→L1 (弁護士) と P1 (修習生) の会話

設問1 総有権確認について

構成員全員が原告 (理由) 反対 対応策
新たな構成員が現れる場合の訴訟上の問題点

Bに同調, 同調しない。

第1訴訟

X (原告) →YZ (被告) 総有権確認。

X→Y 抵当権設定登記抹消

X→Z Bへの所有権移転登記

Z→L2 (弁護士) P2 (修習生)

解任事由なし。解任決議無効。会長は1名。新会長の選任決議無効

反訴。Z解任決議無効。ZがXの会長の地位にあることの確認

昭和28年判決 訴訟代理人の代理権の存否確認 (本案の前提として
判断される手続的事項) は, 独自の訴えの利益がない。

設問2

確認の訴え (Z解任決議無効。ZがXの会長の地位にあることの確認)

訴えの利益が認められる理由

反訴の要件 (146条1項) の検討

第1訴訟 前訴判決 (Xの請求認容)

第2訴訟 Y→Z 債務不履行に基づく損害賠償請求

Zの主張 Aから買い受けたのはZ 抵当権設定時にZの所有→抵当権は
有効に成立

Yの主張 X構成員の総有, Zの個人財産に属するという相矛盾する理

由で二重に敗訴する危険は不当

前訴判決の既判力で解決できるか。

- ① 権利能力なき社団が当事者として受けた判決の効力は社団構成員に対して及ぶ（平成6年5月31日判決）→本件で援用することが適切か。
- ② 前訴判決の既判力がいつの時点における権利関係の存否について生じるのか。第2訴訟におけるYZの対立点に作用するか。
- ③ 既判力以外の根拠→第1訴訟の段階でYとして採るべき手段があれば、採らなかった不利益を被ってもやむをえないという反論が出てくるかもしれない。

設問3

- ① ~③の検討結果を示しつつ、

前訴判決が存在するにもかかわらず、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のか（検討課題）。

（レジュメ）

設問は3つあるが、設問1では4つ、設問2では2つ、設問3では3つ書くことがある。まず、問題量が多すぎる点で著しく不適切な問題である。半分程度でよいくらいである。29年は、分量についての配慮はなされているが、出題者によっては、分量が異なる可能性もある。短く書くとすれば、最低限外せないことは何かを普段から考えていることが対策であるというしかない（自分の受験時代、幾つかの長さの文章を作っており、問題により使い分けていた）。また、設問3は、出題の意図が極めて掴みにくい点でも不適切である。設問1、2も、余り考えたこともない問題も含まれている。全体に誘導が少なく、非常に難問である。

設問1

1と2は準備がきく部分で、多くの受験生が解ける。3は、多数の受験生が気づく部分である。いずれも、書けなければならない（採点実感）。4は、20年の問題の検討の精度により差がつく。20年は誘導があり、取り敢えず答案が書けるというレベルの検討では、本問で気づくのは難しいかもしれない。

- 1 X→Y 総有権確認の訴えが固有必要的共同訴訟となる理由

当事者適格の判断 実体法上の管理处分権の帰属+訴訟法

実体法 権利能力なき社団 本件不動産 構成員全員に総有的に帰属
訴訟法的観点

2 訴えに同調しない者についての対応策

被告として訴えを提起する

最判平成20年7月17日百選第5版204頁。

原告の裁判を受ける権利+被告の手續保障

(3, 4の前提, 新構成員を加えないと, 固有必要的共同訴訟→訴え却下)

3 新構成員が同調する場合 共同訴訟参加

4 同調しない場合

主観的追加的併合

否定の理由 訴訟経済に適うとはいえない。複雑化。濫訴, 訴訟遅延のおそれ→別訴提起+併合(無難, 気づいただけでもプラス)

平成20年の出題を踏まえたのが解答例の展開(加点事由)。

本件の特殊性→弊害がない。

引受承継を書いた再現答案があるが, 新たに, 構成員になった者の扱いであるから, 承継という問題にはならない。

(採点実感)

設問1は, 全体として, 設問2及び設問3と比較して, よく書けている答案が多く見られた。

「優秀」に該当する答案は, 例えば, 課題1から課題3までについてアからウにそれぞれ記載した検討事項に答えるだけでなく, 固有必要的共同訴訟となる理由についての突っ込んだ分析や訴え提起後の構成員の変動が訴訟の適法性に影響を与えることの論述などポイントを押さえている答案であると言える。

また, 「良好」に該当する答案は, 課題1から課題3までの検討事項に答えているものの上記のポイントには触れていない答案や, 優秀な答案に準ずる内容ではあるが記述に正確性等が欠けているため評価が下がった答案であると言える。

「一応の水準」の答案は, 例えば, 課題2について記載すべき理由の一方を挙げていなかったり, 課題3について非同調者について能動的な行動が期待できないことを踏まえていないなど, 課題1から課題3までについて一応の解答すらできていないものが1つ以上含まれている答案であり, それ以下の論述にとどまる答案は「不良」と評価されている。

設問2

確認の利益が出たら、① 対象の適否 ② 方法選択の適否 ③ 即時確定の利益の3つの観点から判断すべきであるという規範をまず書くのが、多数の答案であると思われる。

しかし、「そもそも確認の利益とは・・・」といったレベルの一般論を長々と述べる答案は、設問において何が重要かの判断力を欠き、暗記したことを再現しているだけのものとして、印象がよくないと、平成25年の採点実感は明確に触れており、平成28年採点実感でも同様の指摘をしている。

(再現答案をみても、3つのあてはめが上手く行っていないものが多数)では、どう書けばよいのか、解答例の書き方を参考にして欲しい。

確認の利益の定義を簡潔に書いて、昭和28年判決との対比を軸にして、本件の事案の特殊性を踏まえて立論する。理由の中で、3つのあてはめという形を取るのではなく、問われていることに端的に回答することを重視し、理由の中で視点を適宜使うという方法である。

昭和28年判決は、百選にもなく、それ程有名なものではない。答案の流れの中にどのように組み込むかが悩ましいが、

「本案の前提として判断される手続的事項」という問題文中のキーワードを逆に捉えて「本案に関わる事項」というキーワードに向けて、事実を拾って評価するという解答例の内容に気づくかがポイントである。現場では難しいと思われるが(採点実感)、今後の参考にして頂きたい。

平成25年の出題趣旨では、遺産の個数の違い(判例は多数、事案は1個)にこだわって確認の利益を議論しているが、独断独善が強く汎用性がないことを説明し、給付訴訟との対比の視点など汎用性のある方法を説明し推奨した。平成28年の問題をみると、汎用性を考慮した検討が役立っていること、独善、独断が強い出題趣旨は無視した方がよいことが明らかとなっている(出題者が変われば、独断独善が通用しない)。

反訴の要件 何処まで具体的に示せるかにより差がつく。

本件確認→Z解任決議無効。Z会長の地位にあることの確認→Bは会長ではない→本案前の抗弁 防御方法と関連

→本案、XのZに対するBへの所有権移転登記等の紛争を抜本的に解決する。

本訴でも争点となる部分→訴訟遅延の恐れなし

(採点実感)

設問2は、課題2については比較的好く答えることができていたが、課題1については、通常の学習の範囲では取り組むことの少ない問題で現場での思考力が試される課題であったこともあり、問題意識に的確に答えることができた答案は非常に少なかった。そのため、課題1及び課題2の双方について上記に示したような洞察までできていなくとも、双方の課題の趣旨を一応理解して論ずることができた答案は「優秀」に該当すると言えるものとなった。

また、「良好」に該当する答案は、課題1について、第1訴訟中で終局判決をすれば足りる問題であると言えるのではないかと、という認識が明瞭にはなっていないものの、特に即時確定の利益を強調する中で「代表権の問題は実体法上の問題であり、様々な紛争の解決に資する」などと紛争解決の広がり認識していると抽象的には読み取れ、課題2についても上記の二つの要件の問題であることを指摘し、これに該当することをある程度具体的に摘示する答案などである。

これに対して、「一応の水準」の答案は、課題1について昭和28年最判の事案とは異なると述べるものの理由付けは適切ではなかったが、課題2については上記の二つの要件の問題であることを指摘し、これに該当することをある程度具体的に摘示することはできている答案などである。それ以下の答案が「不良」に当たると評価された。

設問3

本件のZのような蒸し返しは、実務家が代理人についていけば普通はやらない。普通やらないことをやった場合に、既判力の基礎理論との関係でどのように説明するかを問う学者好みの問題だと捉えることができる。平成27年設問3(不当利得返還訴訟をやる実務家はいない)と同じ癖があると言ってもよい。実務家は結論が一致する問題につき、説明の仕方だけである問題に関心を持たないが、研究者教員は、自分のよって立つ立場との整合性を厳しく問うのであろう。そのような研究者教員の問題意識が出たともいえるが、困惑する問題である。

- 1 前訴判決が存在するにもかかわらず、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のかという問いである。明らかな蒸し返しであるが、課題が3つある。課題に対する回答につき、①、②は一応のことを書くことはできる。既判力は使えないという誘導はみえるが、③は、何を書いたらよいか分らず困惑する問題である。

課題① 既判力はZに及ぶ（両論ありうるが、このように言わないと課題②に繋がらない。採点実感では、法定訴訟担当では及ぶという結論が自然であるという）。（最判平成6年5月31日。百選第5版26頁）

課題② 既判力の時的限界から及ばない（このように言わないと課題③に繋がらないが、普通に考えればこうなる）。

課題①②の前提として、下記のことがあるが、分かりにくい。このことが問題を難しくしている（下記が分からなくとも、課題①②は何となくは書くことができるが）。

第1訴訟のうちX・Y間の訴訟に係る判決部分が、ZがXの構成員であることを理由としてZ・Y間でもその効力を生ずると言えるかという問題である。第1訴訟では、Xが原告となり、Y及びZが共同被告とされているが、X・Y訴訟とX・Z訴訟とは、通常共同訴訟であり、共同訴訟人独立の原則が適用される（したがって、ZとYとを単純に同視するわけにはいかない）。そして、Y・Z間に、Xを介することなく直接に既判力が生ずるものではない。

第1訴訟の

Xの訴状の請求の趣旨（1つの訴状に記載し→YZに送達される）

（3つあることが問題を複雑にしている）

- 1 X→YZ 総有権確認。
- 2 X→Y 抵当権設定登記抹消
- 3 X→Z Bへの所有権移転登記

実質蒸し返しの事例について

X・Y間の訴訟に係る判決の既判力がZに及ぶか→課題①及ぶ。課題②及ばない→Y・Z間信義則→Yとして、採るべき手段の有無。有りとして、不利益を受けてよいか（課題③）。

現場でできなくとも仕方ないし、できなくとも合否には関係ないが、将来に生かすという観点から詰めた分析を示す。民事訴訟法につき、一応の勉強をした方はフォローしてみたい。

争いの根本は、Aから購入した者が、XかZかということで、購入時から基準時までの権利の変動事情が問題文から伺われない以上、購入者が判決理由中の判断の中で示されれば、抵当権設定時、基準時における所有者が決まるという関係にある。その意味では、請求の趣旨1の結論が、2と3に繋がるという

関係があり、YZともに、請求の趣旨1について真剣に争っている。

このように、XZ間訴訟では、Zは十分に手続保障が与えられていたのであるから、YZ間訴訟で蒸し返すのは、信義則に反するのではないかというのが、素朴な捉え方である。

それにもかかわらず、XY間訴訟（請求の趣旨2）では、登記保持権原の抗弁の関係で、抵当権設定時の所有権が問題になっており、この点が第2訴訟の中心的な争点であること、共同訴訟人独立の原則があることから、XY間訴訟における判決の既判力ではなく、判決理由中の判断が、何らかの理由でZに及ぶかという観点から、課題①～③が組み立てられているので、非常に分かりにくくなっている。

課題③ 信義則の検討（理由中の判断に拘束力を認めるために、まず考える）

研究者教員は、実務家が到底思いつかない次のような問題を設定する。

第1訴訟の段階でYとして、採るべき手段があったにもかかわらず、その手段を採らなかったのであるから、Yが不利益を被ってもやむを得ず、信義則に基づく判決効を及ぼすことはできないのではないか。

信義則は、通常、蒸し返しをする側につき信義則違反があると捉える。しかし、本件ではZが明らかな蒸し返しをしているにもかかわらず（素朴な発想）、Y（蒸し返しの相手方で保護されるべき立場にある）の側からの採るべき手段があるから、信義則の適用を否定しようとする発想から問題を捉えている点で非常に分かりにくい（素朴な疑問に反する）。

採るべき手段→判決理由中の判断に拘束力を認めたい→訴訟告知、参加的効力に気づいた答えは、採点実感によっても、多くはなかった。採点実感を見ると、中身が伴わなくとも、訴訟告知を指摘しただけで、一定の点数をつけたようである。悪問である結果、このような採点をせざるを得なくなったと理解できる。

採るべき訴訟告知という手段があったにもかかわらず、その手段を採らなかったのであるから、Yが不利益を被ってもやむを得ず、信義則に基づく判決効を及ぼすことはできないという誘導に従って、前訴判決が存在するにもかかわらず、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という結論にした答えが多かったと思われる（訴訟告知に気づいた答えにつき）。

採点実感は、これで十分に評価しているが（現場では仕方ないことは理解できる）、明らかな蒸し返しに対して、この結論には非常な違和感がある。

本問が難しい理由は、「反論も出てくるかもしれませんが」とあるので、反論（上記違和感）を踏まえて、別の展開を検討することが求められているように読めなくもないのであるが、それが何であるかに関して問題文の中にヒントが全くないからである。素朴な捉え方を外したうえに、問題をひねりすぎており、訳が分からなくなっている。

採点実感は、別の展開につき、当然の補助参加を想定している。研究者教員の書いた受験新報、別冊法学セミナーは、当然の補助参加について触れている。研究者教員の中では普通の発想のようにみえる。実務家の感覚との間には大きなギャップがあることについては、法学セミナー9月号対談の中の77～80頁の亀井弁護士の発言からも伺うことができる。

現場でできないのは仕方ないが、将来に生かすという観点から、学者の問題意識を追ってみる。

高橋重点講義下458頁では、当然の補助参加が認められるのは、共同原告、共同被告間であるという説明があり、本件にあてはまる。

何故、共同原告、共同被告というのか、重点講義の説明だけでは理解しにくいので、実務家の視点から説明を補う。

第1訴訟の

Xの訴状の請求の趣旨（1つの訴状に記載し→YZに送達される）

- 1 X→YZ 総有権確認。
- 2 X→Y 抵当権設定登記抹消
- 3 X→Z Bへの所有権移転登記

YZが別の代理人をつけても、Xからの主張書面、証拠は、YZ双方に渡される。YZの主張書面、証拠は、Xだけでなく、事実上ZY（相被告）にも渡し、同じ法廷の被告席にYZ（代理人）が座る。通常は同じ期日で審理される（敢えて弁論の分離をする理由もない）。何を主張し立証しているかは全て分かる。

訴訟告知は、法廷にいない者に対して、参加させる機会を作り、機会を与えられながら、参加しない者に対して、参加的効力を及ぼすために使うのが通常で

ある。

上記のように何を主張し立証しているかを全て分かっている者に対して訴訟告知することは、実務家は一瞬も考えない（参加させる機会を与える必要もない）。共同訴訟人独立の原則があるといっても、証拠共通も通常は認められている。

Yが訴訟告知をしなかったから、蒸し返しをしているZに対して、信義則を主張できないという結論は、極めて強い違和感を持つ（全ての主張立証が分かっている者に対する訴訟告知を一瞬も考えないから）。そこで、その解決策として、共同被告の本件の場合に、当然の補助参加を認めることを問うたのが、本問だと理解することができる（現場で、ここまで捉えることは不可能である）。

さらに、本問を難しくしているのは、論理的には、前提問題として処理しなければならないはずの問題が、以下のように2つもあるが、時間的には絶対に書けないことである。誘導がないため、何を何処まで書いたらよいかという部分に困惑する。問題作成の際の配慮が足りない。よく検討する人ほど損をするかもしれないが、現場で、検討する時間はない。

- 1 前訴の訴訟物は、Xの総有権、総有権に基づく妨害排除請求権としての抵当権設定登記抹消登記請求権、総有権に基づく妨害排除請求権としてのBに対する所有権移転登記請求権であり、第2訴訟の訴訟物は、債務不履行に基づく損害賠償請求権である。訴訟物によって、同一、矛盾、先決を検討する見解によれば、既判力の基準時を検討するまでもなく、既判力の抵触は生じないことになる。平成27年設問3のように、訴訟物だけで検討する立場を取らなければ、矛盾という説明は成り立ち、基準時の問題に入ることはできる。以上の問題が前提になるはずであるが、前提問題までしっかりと書いたら、間違いなく時間がなくなるし、27年に続けて書かせることはしないだろうとみた。課題②の「Xの構成員の総有に属していればZの所有に属しない」ということは、一物一権主義から当然にいえそう」という記載の中で、前提問題について検討する必要はない、基準時の議論だけを書けばよいと理解することができなくもない。採点実感は全く触れていない。
- 2 また、訴訟告知の部分につき、採点実感は、「被告知者となるZは告知者であるYに対して、Yが敗訴した場合に損害賠償義務を負う立場にあることからすれば、参加的効力の発生も基礎付けることができる」と書けばよいとする。現場で書ける内容としてはそのとおりである。ところが、訴訟告知の

議論をしっかりと書けば、以下のようなになる（平成24年参照）。時間制限の中で書くことは不可能であるが、現場では、どの程度書けばよいかの見当がつかない。

(1) ZはYに参加することができる。

参加することができる場合に訴訟告知をなしうるところ（53条）、本件の場合、ZはYに補助参加（42条）をなしうる。訴訟の結果とは、主文だけでなく、判決理由中の判断も含むと解する。利害関係とは、法的な利害関係をいうと解する。抵当権設定時の所有者が誰であるかというXY訴訟の判決理由中の判断如何により、ZはYに対して債務不履行責任を負う可能性がある。よって、訴訟の結果につき利害関係がある。

(2) 参加的効力をZに及ぼすことができる。

参加的効力は（53条4項、46条）、判決主文を導きだすために必要な要件事実に係る認定及び法律判断につき生じる。請求認容判決を言い渡すためには、登記保持権原の抗弁を否定する必要がある、抵当権設定時のZの所有権が要件事実として判断される。

参加的効力の趣旨は、補助参加人と被参加人との間で被参加人敗訴の責任の分担を図ることにある以上、被告知者が参加的効力を受ける場合とは、被告知者が告知者と協同して相手方に対し攻撃防禦を尽くすことにつき利害の一致があるときに限られると解する。抵当権設定時のZの所有が否定されると、第1訴訟の抵当権設定登記の抹消請求が認容され、その結果、第2訴訟において、YがZに対して、債務不履行に基づく損害賠償を請求できる以上、抵当権設定時のZの所有権について、YZが協同して攻撃防禦を尽くすことにつき利害の一致がある。

中間確認の訴え提起（145条）、反訴提起（146条）を書いた再現答案もある。しかしながら、中間確認の訴え、反訴ともに、判決の既判力を問題とするわけであり、課題③の既判力以外の根拠を用いるという指定からは外れることになる。

同時審判を書いた再現答案が相当ある。

Yの二重敗訴防止ということから誘導されているとみたのであろうが、採点実感が指摘するように、何と何が同時審判かが明確ではない。

判決理由中の判断に拘束力を認めるという観点から補助参加を書いた答案もあったようであるが、採点実感が指摘するように、YがX・Z間の訴訟に補助参加するということになるが、これでは敗訴責任の分担である参加的効力はZがYに主張するものとなってしまい、Yが参加的効力を主張することにはならないことが見落とされている（現場で正確に分析することは困難であるが）。

(採点実感)

設問3は、全体としては難度の高い問題であったと思われるが、問題文に示された下線部分①から③までの問題意識に一つずつ答えることで、再審理の可否という課題には答えることができるものであったと言える。

そのため、下線部分①から③までの問題意識に過不足なく答えることができている答案が「優秀」に該当すると言えるが、例えば、下線部分①に関して権利能力なき社団が原告となった訴訟の法的性質に遡った論述ができていないとか、下線部分③に関して訴訟告知があると手段を指摘するだけで理由中の判断に参加的効力が及ぶといったことまで指摘することができていない答案であっても、他の部分を書けていれば「優秀」な答案であると言える。

下線部分①から③までの問題意識のうち、例えば下線部分②の結論を誤るとか、下線部分③に関し訴訟告知を指摘できないなどその一つに適切に答えることができている答案であっても他の二つの問題意識には答えられているといった答案や、それぞれの論述の精度が低いがいずれの問題意識にも一応答えられている答案は「良好」な答案であると言える。

これに対し、下線部分①から③までの問題意識のうち、一つには答えることができているものの、他の二つは誤っているか、中途半端なものとなっている答案は、「一応の水準」の答案であり、それ以下の水準のものは「不良」な答案であると言える。