

1
第1 設問1について

2
1 Xの構成員がYに対する総有権の確認を求めるには、原則として全員が原告とならなければならない理由について

4 全員のために合一に確定すべき必要的共同訴訟のうち(40条)、権利者全員が当事者となることが求められている固有必要的共同訴訟だからである。
5
6 以下、理由を述べる。

7 民事訴訟は、実体法上の権利関係について判断し紛争を解決する手続である。
8
9 敗訴した場合には、権利を処分したのと類似する状態に陥る。よって、
10 実体法上の管理処分権を基準としつつ、訴訟政策的な観点も加味して、固有必要的共同訴訟か否かを判断すべきである。

11 Xは権利能力なき社団であり、本件不動産の管理処分権は構成員全員に総
12 有的に帰属する。総有の場合、権利者の持分が観念されず、その権利は共同
13 してのみ行使することができる。構成員は書面で加入申請しているのである
14 から、全員の把握は困難ではない。また、本件のように、総有関係の確認を
15 対外的に請求する場合には、一回的解決の必要性が特に高い。よって、実体
16 法及び訴訟政策的な観点から、固有必要的共同訴訟であると解する。

17 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について

18 反対者を被告に加えて訴えを提起すべきである。確かに、反対者を被告と
19 して関与させることは全員で管理処分したとはいえないのではないかとい
20 う疑問が生じる。しかし、これを認めないと、原告側に当事者適格が認めら
21 れず、裁判を受ける権利(憲法32条)が害される。1の判断基準のうち、
22 訴訟政策的観点を重視すべきである。また、これを認めても、反対者は被告
23 として手続に関与することができ、その手続保障を害することがないからで

1	もある。
2	
3	訴訟係属後に新たにXの構成員となった者が現れた場合，1で述べたとお
3	り，固有必要的共同訴訟であるから，口頭弁論終結時までの間に，当事者と
4	して加わらなければ，当事者適格を欠くことになる。
5	(1) 新構成員がBに同調する場合
6	1で述べたように，固有必要的共同訴訟であり，訴訟の目的が合一にの
7	み確定すべき場合であるから，原告側に共同訴訟参加（52条1項）する
8	ことができる。
9	(2) 新構成員がBに同調しない場合（2により被告とすることができること
10	を前提とした検討）
11	新構成員を被告とした総有権確認の訴えを追加的に併合するという主観
12	的追加的併合により，裁判所の併合によらず，当然に旧訴訟に併合される
13	との効果を認めるべきである。1で述べたように，固有必要的共同訴訟で
14	あり，当事者適格の要件を満たすために，新たな当事者及び請求の追加を
15	する必要がある場面にすぎない。合一にのみ確定すべき場合であり（40
16	条），従来の訴訟の訴訟状態を当然に利用することができる。よって，否定
17	説が指摘する弊害，すなわち，訴訟経済に適うものではない，複雑化，濫
18	訴，訴訟遅延するという弊害がない。否定説によると，別訴の提起及び併
19	合によるしかないが，併合するか否かの判断には裁判所の裁量が入る。従
20	って，主観的追加的併合によるべきである。
21	第2 設問2について
22	1 確認の利益は，訴訟要件の1つであり，確認の訴えを提起する必要性，
23	実効性を吟味するための要件である。そして，確認の対象はその性質上無

1	限定になりやすいため、確認の必要性、実効性があるものに限定すべきで
2	ある。
3	昭和28年判決は、訴訟代理権の有無は、本案判決の前提として判断さ
4	れる手続的事項であるから独自の訴えの利益がないという。当該訴訟内の
5	終局判決で確認すれば足りるから、別訴で確認する必要性はない。
6	たしかに、Zの解任決議無効、ZがXの会長の地位にあることを確認す
7	ることは、規約上1名に限られる会長が既に存在することになり、Bの選
8	任決議が無効であり、Bの会長の地位を失わせ、BがXにつき訴訟代理権
9	がないことに繋がりうる点では、昭和28年判決と類似した側面がある。
10	しかしながら、紛争の根本には、Z BのいずれがXの会長の地位にある
11	かという深刻な問題があり、即時確定の必要性があるにもかかわらず、本
12	訴の給付訴訟（抵当権登記の抹消、Bへの移転登記）では、既判力をもっ
13	てZがXの会長の地位にあることを確認することができない。現在の地位
14	が反訴の判決で確認されれば、現在の会長の地位を巡る種々の紛争を抜本
15	的に解決することに繋がる。また、Zの解任決議無効は、過去の事実に関
16	することであるが、過去の事実が反訴の判決で確認されれば、解任決議無
17	効を巡る種々の紛争を抜本的に解決することに繋がる。この点は、現在の
18	地位を確認するだけでは解決できない。以上のように、本案そのものに関
19	わることであるから、本案の前提として判断される手続的事項とは全く異
20	なり、昭和28年判決の射程は及ばない。よって、確認の必要性、実効性
21	がある。従って、独自の訴えの利益が認められる。
22	2 反訴の要件の検討（146条）
23	本件反訴では、Zの解任決議が無効であること、ZがXの会長の地位に

1 あることの確認を求めている。Xの規約上、会長は1名しかないので、
2 かかる事実が認められれば、BはXの会長ではないことになる。そうする
3 と、本訴の本案前の抗弁（訴訟代理権がないと主張する防御方法）が成り
4 立つし、XのZに対するBへの所有権移転登記請求を棄却することに繋が
5 る。このような理由で、「本訴の目的である請求又は防御の方法と関連する
6 請求を目的とするもの」といえる。また、反訴で求めている請求は、本訴
7 でも主要な争点となる部分であり、証拠も共通するものが多いので、訴訟
8 遅延の恐れもない。よって、146条1項の要件を満たす。

9 第3 設問3について

10 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
11 及ぶとする平成6年5月31日判決（以下「本件判決」という）を、本件で
12 援用することが適切か。

13 既判力の正当化根拠は手続保障と自己責任にあるのだから、XY間の訴訟
14 におけるX勝訴の判決の既判力は、当該訴訟に当事者としての手続保障がな
15 されていない他人には及ばず、YZ間訴訟におけるZに及ばないのが原則で
16 ある。例外として、当事者が他人のために原告又は被告になったという訴訟
17 担当の場合に、他人は手続保障が代替されていることから判決の効力が及ぶ
18 （115条1項2号）。

19 本件判決は、権利能力なき社団が構成員のために原告になったという訴訟
20 担当という関係が成り立ち、授權を問題としていないのであるから、法定訴
21 訟担当が成立したものと理解することができる。

22 第1訴訟では、Zは自己が所有している不動産であると主張しており、X
23 Z間に争う関係があったので、ZはXによっては手続保障が代替されていな

1	いとみることもできる。しかし、Zは、被告という立場で手続に関与してお
2	り、手続保障がある。既判力を及ばせて、蒸し返しを防止する必要性もある。
3	よって、本件判決を援用することは適切である（課題①）。
4	2 第1訴訟の口頭弁論終結時（基準時）における主張立証に基づいて判決が
5	なされるから、前訴判決の既判力は、基準時において、Xの総有に属すると
6	いう判断に生ずる。第2訴訟におけるYZの対立点は、抵当権設定時に、本
7	件不動産がZの所有に属したか否かである。抵当権設定行為は、物権行為で
8	あり、有効に成立するためには、行為当時に設定者に所有権があることが必
9	要だからである。そして、抵当権設定時にZが所有するという主張について
10	は、抵当権設定時は基準時より前であり、前訴判決の既判力は作用しない（課
11	題②）。
12	3 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
13	基準時までの権利の変動事情が伺われない以上、購入者が判決理由中の判断
14	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
15	係にある。第1訴訟のXとYZ間の訴訟で、請求が認容され、基準時におけ
16	るX構成員の総有が認定されれば、判決理由中の判断の記載から、抵当権設
17	定時のZの所有が否定されることになり、この点については、Zの手続保障
18	は十分になされている。そこで、既判力以外の根拠を使おうとする場合には、
19	手続保障があるにもかかわらず蒸し返しをする者に対して、判決理由中の判
20	断に対する拘束力を認める理論として、まず、信義則の適用を検討すべきで
21	ある。
22	そして、第1訴訟のXY間の抵当権設定登記抹消の訴訟の段階でYとして
23	採るべき手段としてZに対する訴訟告知（53条）がある。被告知者となる

1	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
2	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。よっ
3	て、Zに訴訟告知をしてZに参加的効力を及ぼすことができたにもかかわらず
4	ず、訴訟告知をし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、
5	信義則に基づく判決効を及ぼすことはできないという反論がありうる。
6	しかしながら、前述のように、Zの手續保障が十分になされていることを
7	踏まえると、Zが蒸し返しをしているにもかかわらず、訴訟告知がなされな
8	いというだけの理由で、信義則に基づく判決効を及ぼすことはできないとい
9	う結論を導くのは著しく妥当性を欠く。
10	同じ法廷におり、主張、立証が全て分かっている立場にある共同被告に対
11	して訴訟告知することは通常考えない。課題①②で検討したように、既判力
12	による解決もできない。そこで、明文の規定はないものの、本件のYZのよ
13	うに、共同被告になっており、総有権確認の訴えでは、Zの手續保障が十分
14	になされ、Zの自らの勝訴判決を得るための訴訟活動（Z所有に向けてのも
15	のになる）が、XY間訴訟（抵当権設定登記抹消）におけるYの利益のため
16	にもなっていると評価できるのであるから、請求の相互の関係から補助参加
17	の利益が認められ、ZのYに対する当然の補助参加を認め、参加的効力によ
18	り、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
19	帰属に関して改めて審理、判断することができないと解すべきである（課題
20	③）。
21	
22	
23	

以上