

予備試験

令和4年予備試験
論文式試験分析会
商法・民事訴訟法

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 228662

LU22866

商法 問題

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。

1. 甲株式会社（以下「甲社」という。）は、農産物加工品の通信販売を業とする取締役会設置会社であり、監査役設置会社である。甲社は種類株式発行会社ではなく、甲社の定款には、譲渡による株式の取得について取締役会の承認を要する旨の定めがある。甲社の発行済株式の総数は5000株であり、そのうち、Aが2000株を、Bが400株を、Cが1000株を、Dが1600株をそれぞれ保有している。
甲社の取締役はA、B及びEの3名であり、Aが代表取締役である。また、監査役にはFが就任している。Dは、かつて甲社の取締役であったが、数年前に甲社の経営方針をめぐってAと対立し、その際、CがAの側についたことから、甲社の取締役に再任されず、その後も取締役に選任されることはなかった。AとDの対立は現在まで続いている。
2. 甲社は、かねてより商品を保管する倉庫を建設するための用地を探していたところ、Cが保有している土地（以下「本件土地」という。）が倉庫建設に適していることが判明した。AはCとの間で、本件土地の売買交渉を進め、もう少しで契約が成立するところまでこぎつけた。
ところが、不動産業者から倉庫建設に適した別の土地の情報がもたらされた。その情報を受け、甲社の取締役会において審議したところ、本件土地に倉庫を建設するより不動産業者から提案された土地に倉庫を建設した方が円滑に商品を出荷することが可能となることから、本件土地の買取りを見送るとの結論に達した。
3. 上記のような取締役会での決定を受け、AがCのもとに赴き、本件土地を買い取ることができなくなったことを説明したところ、Cは納得しなかった。AはCの説得を続けたが、Cは聞き入れず、ついに本件土地の買取りができなければ今後の対応についてDに相談すると言い出した。CとDが協調して行動することを恐れたAは、本件土地の買取りを再検討する旨をCに告げてCのもとを去った。
4. 甲社の取締役会では、Aからの報告を受け、Cから本件土地を買い取ることとし、さらに、準備されていた本件土地に関する資料をもとに買取価格を検討し、2億円で本件土地を買い取ることがA、B及びEの賛成によって決定した（以下「本件取締役会決議」という。）。本件土地に関する資料によれば、本件土地の適正価格は2億円であった。
5. Aが、すぐさまCに甲社の本件取締役会決議の内容を知らせてCと再度交渉したところ、Cは本件土地を2億円で売却することを承諾し、本件土地の売買契約が成立した（以下「本件取引」という。）。
6. この頃、甲社の完全子会社である乙株式会社（以下「乙社」という。）の取締役が任期中に死亡したため、乙社の取締役に欠員が生じた。乙社の代表取締役を兼任するAは、Fを乙社の取締役にすることとし、乙社においてFを取締役に選任する手続を採るとともに、Fに対して乙社の取締役に就任するよう要請した。それを受け、FはAに乙社の取締役に就任すると返答した。
7. 本件取引のことを聞きつけたDは、本件土地より倉庫に適した土地があったにもかかわらず本件取引をしたことは、Cが甲社の株主であるために特別に優遇したものであり、不適切であると考え、友人の弁護士に対し、A、B及びE並びにC（以下「Aら」という。）が、本件取引に関して甲社に対して何らかの責任を負わないか検討してほしいと依頼した。
8. 弁護士のアドバイスを受けたDは、Aらに対して責任追及等の訴えを提起することとし、Fに対して、甲社としてAらに対して訴訟を提起するよう請求した（以下「本件提訴請求」という。）。本件提訴請求から60日以内に甲社がAらに対して訴訟を提起しなかったことから、Dは、甲社のためにAらに対する責任追及等の訴え（以下「本件訴え」という。）を提起した。

〔設問1〕

本件訴えにおいて、Dの立場において考えられる主張及びその当否について、論じなさい。

〔設問2〕

本件訴えの被告であるAらは、本件提訴請求は適法とはいえず、本件訴えは違法であると主張している。本件訴えは適法か、Aらの主張を踏まえて論じなさい。

商法 解答のポイント

設問1では、取締役が、経営方針をめぐって自身と対立する者が、株主と接近することを恐れて、より適切な土地の情報があったにもかかわらず、当該株主と売買契約を締結したことについての責任について、検討することが求められている。まず、かかる売買契約が株主に対する利益供与（会社法（以下、法令名を略す。）120条1項、4項）に該当するかを検討すべきである。「株主の権利の行使に関し」の要件については、株主Cが、「売買契約を締結しなければ、代表取締役Aと対立する大株主であるDと接近する」旨を示唆し、Aがこれを防止するために、Cとの売買契約締結を内容とする本件取締役会決議がなされた点を指摘することが求められる。CがDと協力すると過半数の議決権を握られることになる点にも触れられればよい。また、相当額で本件土地を購入しているため、「財産上の利益の供与」がなされたかどうかは問題となるが、120条の趣旨から規範を立てて認定することが求められる。B、EについてもAから事情を聞いたうえで賛成をしていることから、連帯して責任を負うことになるだろう。また、より適切な土地について売買契約を締結することができたのに、これをしなかったことが善管注意義務（忠実義務）に違反し、423条1項の責任を負うかについて検討することも考えられる。検討にあたっては、経営判断原則を展開した上で、著しく不合理な判断であるかを簡潔に論述すれば十分であろう。

設問2では、Dが監査役Fに対してした本件提訴請求の適法性が問題となる。本問では、Fは甲社の監査役でありながら、Aの要請に応じて甲社の完全子会社である乙社の取締役に就任しており、335条2項に違反している。この点が上記の適法性に影響するかについて検討する必要がある。Aらとしては、335条2項違反によって、Fはもはや監査役としての地位を失ったのであるから、Fに対してなされた本件提訴請求は違法である旨の主張がなされると考えられる。Aらのかかる主張の適否を検討しつつ、説得的な論述をすることが求められる。

商法 解答例

第1 設問1

1 120条違反について

- (1) 甲社がCから本件土地を購入したことは、「株主の権利の行使に関し」、「財産上の利益の供与」をしたとして、120条1項に違反するから、Cは甲社に対して2億円の返還義務を負い、A、B、及びEは同条4項により連帯して利益総額の2億円の返還義務を負うとDが主張すると考えられる。
- (2) まず、「株主の権利の行使に関し」とは、本条の趣旨が会社経営の健全性・公正の確保であることから、株主の権利の行使又は不行使に影響を与えることであると解する。
本件では、Cは、今後の対応についてDに相談すると言いつけている。数年前に甲社取締役だったDがAと対立して再任されず、AとDの対立が現在まで続いていることから、Cの発言は、1000株を保有するCが1600株を保有するDと協調して、発行済株式総数5000株の過半数を握り、甲社の株主総会決議（309条1項）の主導権を握ることにつながる。よって、Cから本件土地を購入したことは、「株主の権利の行使に関し」するものに当たる。
- (3) 次に、「財産上の利益の供与」に当たるか。本件では、本件土地を対価相当額で甲社が購入したので問題となる。
前述の120条の趣旨から、金銭や物品、債権等の利益の他、株式会社にとって合理性のない取引行為をすることに

よって得る経済的利益も含むと解する。

本件では、不動産業者から倉庫建設に適した別の土地の情報もたらされ、当該別の土地に倉庫を建設したほうが円滑に商品を出荷することが可能となることから、当該別の土地を甲社が購入する予定であった。にもかかわらず、当該別の土地を購入せず、代わりにAがCの主張を踏まえて本件土地を購入するのは、甲社にとって合理性のない取引行為をすることである。よって、これによって代金2億円を甲社からCが受け取ることは「財産上の利益の供与」に当たる。

- (4) 以上より、本件土地の購入は120条1項に違反する。そして、Aは、本件土地の再検討をする旨をCに伝え、取締役会でCの言い分を報告し、B及びEと共に本件土地の購入について取締役会で決議した。よって、「当該利益の供与をした取締役」（同条4項ただし書かつこ書）にA、B及びEは当たり、同項本文に基づいて連帯して甲社に対する2億円の支払義務を負う。また、Cは利益供与を受けた者として、同条3項前段に基づいて甲社に対する2億円の返還義務を負う。ただし、Cは甲社に対して本件土地の返還請求権を有する（同項後段）。
- 2 善管注意義務違反について
- (1) また、取締役であるA、B及びEは、本件土地よりも倉庫の敷地に適した当該別の土地がありながら本件土地を購入

したことで、会社に不要な支出である2億円の「損害」を生じさせたから、任務懈怠があるとして、損害善管注意義務違反（330条、民法644条）として423条1項に基づく責任を負うとDは主張すると考えられる。

- (2) この点、企業経営には取締役の高度な専門的判断を伴い、結果のみを以て経営責任を問えば取締役を萎縮させるため、経営判断原則により、情報収集を果たした上で合理的な意思決定がなされた場合に任務懈怠責任を問わない。
- (3) 本件では、不動産業者の情報によれば、本件土地よりも当該別の土地の方が倉庫に適していたにもかかわらず、本件土地を購入したことから、情報収集を果たしつつも合理的な意思決定をしたといえない。よって、任務懈怠があるといえる。したがって、損害賠償責任を負う。

3 以上より、本件訴えでDの主張は認められる。

第2 設問2

- 1(1) 甲公司のように、株式譲渡に会社の承認を要する非公開会社（2条5号反対解釈）の場合、提訴請求ができる者は「株主」である（847条1項、2項）から、Dは提訴請求を行うことができる。そして、取締役の責任を追求する訴えにおいて、会社を代表する者は監査役である（386条1項1号）ことから、提訴請求は監査役にしなければならない。しかし、Dが提訴請求を行ったFは、甲公司の子会社たる乙社の取締役の

選任手続を経て、これに就任すると返答しているため、乙社取締役となっているため、335条2項との関係で、すでに監査役の地位を喪失しているのではないか。

- 2(1) この点について、Aらとしては、335条2項は、監査役が子会社の取締役等を兼職できない旨規定するのみで、これに違反しても監査役の地位を喪失しないとも考えられる。しかし、同項が監査役である者が子会社の取締役を兼任することを認めていないにもかかわらず、あえて子会社の取締役に就任することを了承した者の合理的意思を解釈すれば、兼職できない従前の地位を辞任し、新たに子会社の取締役に就任したものであるべきであって、従前の地位は失うものと解する。よって、Fへの本件提訴請求は違法である旨主張することが考えられる。
- (2) もっとも、責任追及の提訴請求を株主がするための機会を確保するために、欠員の際に引き続き監査役としての権利義務を有するとの346条1項が規定されているため、Fは後任の監査役が選任されるまで、引き続き監査役としての権利義務を有する。
- 3 したがって、Dは提訴請求を監査役にしたといえる。よって、本件訴えは適法である。

以上

— MEMO —

民事訴訟法 問題

〔設問 1〕と〔設問 2〕の配点の割合は、3 : 2)

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】

Xは、自動車の愛好家らによって創設されたクラブであり、20年近くにわたって継続的に活動を行ってきた。Xの構成員は、現在はA、B、Cらを含む計30名である。また、Xは、その財産として、不動産、動産及び預金等を有している。Xの規約によれば、Xの意思決定は、原則として、Xの構成員全員で構成される総会の多数決によることとされているが、不動産等の重要財産を処分するに当たっては、構成員の3分の2以上の特別多数の同意を要するものとされている。Xの現在の代表者はAである。

甲土地は、従前、Xの構成員の1人であるCの名義で登記されていた。もともと、甲土地は、Xの構成員が利用してきたことから、Aは甲土地をXの財産であると認識していた。しかし、Aが登記を確認したところ、登記名義がCからYに移転されていることが判明した。なお、Yは、Xの構成員ではない。AがCに対して事情を尋ねたところ、Cは、甲土地はXの財産ではなく、自己の財産であり、Yの求めに応じて売り渡したと説明した。また、Aは、Yに対して甲土地がXの財産である旨を主張したが、Yは自己の所有権を主張して譲らなかった。

Xの構成員は、現在、甲土地を車の部品などの資材置き場として使用している。

【設問 1】

AはYとの間で裁判によって甲土地がXの財産であることを確定したいと考えたが、Yに対して訴えを提起することについては、Cのほか、Cと関係の近い相当数の構成員による反対が予想された。以下は、Aの相談を受けた弁護士L1と修習生Pとの対話である。

弁護士L1： 本件においては、Xは権利能力のない社団であり、Xの財産が構成員全員に総会的に帰属することを前提として、甲土地の総有権の確認を求める訴えを提起することが考えられますが、その場合、誰が原告となることが考えられるでしょうか。

修習生P： ①Xが原告となり、AがXの代表者として訴えを提起する方法が考えられます。また、②権利の帰属主体であるXの構成員らが原告となって訴えを提起する方法も考えられると思います。

弁護士L1： では、訴えの適法性について、①及び②の方法ごとに考えてみることにしましょう。本件では、Xの構成員の中に反対者がいるようですが、そのことは、訴えの適法性に影響を与えるでしょうか。更に考えてみてください。

修習生P： はい。わかりました。

訴えの適法性について、①及び②の方法ごとに、下線部の事情を考慮して、判例の理解を踏まえつつ、検討しなさい。なお、解答に当たっては、Xが当事者能力を有することを前提とし、確認の利益については論じなくてよい。

【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。）

Xは、Yを被告として、甲土地の総有権の確認を求める訴えを適法に提起した（以下「本件訴訟」という。）。

Yは、当初、訴訟代理人L2に対し、自己の所有権を主張してXの請求の棄却を求めるだけでよいとの意向を伝えていたが、本件訴訟の審理が進んだ後で、L2に対して、Xに対して甲土地の明

渡しを求めたいとする意向を伝えた。

L2は、反訴ではなく、㊦本件訴訟係属中に、所有権に基づく甲土地の明渡しを求める訴えをXに対して別途提起すること（以下「本件別訴」という。）を考えた。

また、L2は、その方法とは別に、㊧まず、本件訴訟においてXの請求を棄却する判決（以下「前訴判決」という。）を得た上で、本件訴訟終了後に、所有権に基づく甲土地の明渡しを求める訴え（以下「後訴」という。）をXに対して提起することも考えた。

〔設問2〕

㊦の本件別訴の適法性について、重複起訴が禁止されている趣旨を踏まえて、検討しなさい。また、㊧の方法を採った場合における前訴判決の既判力の後訴に対する作用について、事案に即して検討しなさい。なお、解答に当たっては、㊦及び㊧におけるXの被告適格については言及しなくてよい。また、「信義則」及び「争点効」には触れなくてよい。

民事訴訟法 解答のポイント

1 設問1においては、権利能力なき社団の財産がその構成員に総有的に帰属することを確認する訴えを提起する方法について検討することが求められている。まず、①権利能力なき社団であるXが原告となり、Aがその代表者として訴えを提起する方法を採ることができるかが問われている。設問では、Xに当事者能力が認められることを前提とすることになっているが、Xが原告になるためには、さらに、当事者適格が認められなければならないため、これが認められるかを検討する必要がある。判例（最判平6.5.31/百選[第5版][11]）は、本問と同様の事案において、権利能力なき社団の当事者適格を肯定しているため、これを参考にしつつ、当事者適格の判断基準を定立し、事案に即した検討をする必要がある。また、Xに当事者適格が認められるとしても、Aが団体Xの代表者として訴えを提起するためには、Aへの授権がなされていなければならない。そのため、提訴に反対する構成員が相当数存在する本問において、Aに対する授権がなされているといえるかについても検討することが求められている。

次に、②権利の帰属主体であるXの構成員らが原告となって訴えを提起しようとする場合、甲土地の総有権の確認を求める訴えは、構成員全員が原告とならなければ適法に訴えを提起できない固有必要的共同訴訟であることから、訴えの提起に反対している構成員（提訴非同調者）がいる場合に、いかなる手段をとるべきかについて検討することが必要となる。

2 設問2においては、まず、⑦Xが甲土地の総有権の確認を求める訴訟の係属中に、Yの代理人であるLが甲土地の所有権に基づく明渡しを求める訴えを提起することが重複訴訟の禁止を定める142条に抵触しないかを検討することが求められている。検討にあたっては、本問では142条の直接適用が可能か、可能でないとした場合に、同条の類推適用が認められるかについて、重複訴訟を禁止する142条の趣旨に遡った検討が求められる。本件訴訟においては、Xの総有権の確認という前訴訟物と、Yの所有権に基づく明渡請求権という後訴訟物は同一であるとはいえないため、直接適用はできないと考えられる。もっとも、総有権の存否にかかる確定判決と、所有権に基づく明渡請求権の存否にかかる確定判決は、その内容が矛盾抵触する可能性は少なからずあり、被告にとっても、争点が部分的に重なる両訴訟に応訴することは酷であるし、訴訟経済にも反することになる可能性があるため、本問では142条類推の基礎があるといえよう。

次に、⑧Xが甲土地の総有権の確認を求める訴えに敗訴した後に、所有権に基づく甲土地の明渡しを求める訴えを提起した場合において、前訴の既判力が後訴に作用するかについて検討する必要がある。この場合、まず、前訴確定判決の既判力の客観的範囲（114条1項）を確定する必要がある。次に、前訴の既判力が後訴に作用するのか、具体的には、前訴と後訴の訴訟物が同一・先決・矛盾のいずれの関係に立つのかを検討する必要がある。本問で、前訴訟物たる甲土地の総有権と後訴訟物たる所有権に基づく明渡請求権は、一物一権主義を媒介とすれば、矛盾関係に立つといえるので、既判力は後訴に作用することになる。よって、裁判所は、X（の構成員全員）に甲土地の総有権がないという前訴基準時における判断に拘束されることになる。その結果、後訴においては、いずれの当事者も、かかる判断に矛盾抵触する主張をすることはできないということになる。なお、前訴確定判決ではX（の構成員全員）に甲土地の総有権がないという判断に既判力が生じるだけなので、同一物について後訴で前訴被告であるYがXに対し、所有権に基づき甲土地の明渡しを請求したとしても既判力は後訴に作用しない、と考えることも可能である。

民事訴訟法 解答例 (赤木講師作成)

第1 設問1

1 ①の方法について

(1)ア 以下のとおり、団体Xには当事者適格があり、この点では訴えは適法である。

イ 訴訟における当事者適格は、特定の訴訟物について、誰が当事者として訴訟を進行し、また、誰に対して本案判決をするのが紛争の解決のために必要かつ有意義であるかという観点から決せられる。

ウ 本件の訴訟物は甲土地の総有権であるところ、実体法上、形式的には、構成員全員に総有的に帰属するものである。しかしながら、権利能力なき社団のXの財産は、実質的には社団自体に帰属するものであり、構成員各自は持分権を有しない。そうすると、Xが当事者として訴訟を進行し本案判決を受けることが端的であり、紛争の複雑化・長期化を防ぎ、その解決のために必要かつ有意義であるといえる。

エ よって、Xに当事者適格が認められる。

(2)ア 次に、AがXの代表者として訴えを提起する点については、以下のとおりである。

イ 権利能力なき社団の代表者が訴訟を進行するためには、団体からの授権が必要である。そして、総有権確認訴訟に敗訴した場合、実質的には団体が当該財産を処分したもの

と同様となる。

よって、団体からの授権には、当該団体の規約に基づく多数決（本件では3分の2）が必要と考える。

ウ 本問では、Xの代表者はAであるが、CやCと関係の近い相当数の構成員が提訴に反対している。そのため、3分の2による授権がなされない場合には、Aは適法に代表者として訴訟進行することができず、仮にAが代表者として提起した場合、訴えは不適法となる。

エ よって、①の方法は、団体からAに対して3分の2以上の授権がなされた場合に限り、適法である。

2 ②の方法について

(1) 総有権の確認を求める訴えは、固有必要的共同訴訟である。固有必要的共同訴訟か否かは、訴訟物たる権利の管理処分権が実体法上、全員に不可分に帰属するか否かで判断すべきところ、本件の訴訟物である総有権の管理処分権は、実体法上、構成員全員に不可分に帰属するからである。

よって、原則として、構成員全員が原告となって提起すべきであり、提訴に反対する者がいる場合、②の方法では適法に訴えを提起できないとも思える。

(2) しかし、団体の構成員の中に提訴に同調しない者がいるとしても、総有権の存否に争いがある以上、これを訴訟によって解決する必要がある。一方で、反対する者についても、被

●①については、Xが原告となれるか、の問題と、Aが代表として訴訟進行できるか、の両方を分けて検討するのがよい。

●②については、固有必要的共同訴訟にあたることを簡単に認定し、反対者を被告側に回す、という方法まではマスト。その際、規約における、財産処分について3分の2が必要、という定めを意識して論じられるとなおよい。

告として訴訟に関与させれば、構成員全員の手続保障を図るという固有の共同訴訟の要請にかなう。

もっとも、原告となるのが構成員の3分の2未満の場合、財産処分に3分の2以上の賛成を要求する規約に鑑みると、敗訴した場合に団体の財産処分として正当化しがたい。

- (3) 以上より、反対派が3分の1未満である場合に限り、Xによる訴えの提起に反対しているCらを被告とすることによって、②の方法による訴えは適法となる。

第2 設問2

1 ㉞の方法について

- (1) 本件別訴は、以下のとおり、142条に違反し却下される。
 (2) 142条の趣旨は、被告の応訴の煩の解消、審理の重複による訴訟不経済の防止、矛盾判決の危険の回避にあり、既に係属中の訴訟と同一の事件の別訴については、かかる趣旨が妥当する。

よって、係属中の訴訟と同一事件といえる場合には「更に訴えを提起」したといえる。事件の同一性は、当事者及び審判対象の同一性によって判断する。

- (3) 本件で、本件訴訟と本件別訴の当事者は同一である。他方、本件訴訟の訴訟物は、甲土地のXの総有権である一方で、本件別訴の訴訟物はYの所有権に基づく土地明渡請求権であるから訴訟物としては別個である。

●142条の直接適用によって却下される、と判断した。

しかし、同一の甲土地について、本訴のXの総有権と、別訴のYの所有権に基づく返還請求権とは、一物一権主義の観点から実体法上両立しないものであり、ともに認容となった場合、既判力の矛盾抵触を生じる。さらに甲土地の所有権の帰属についての審理が重複し、訴訟経済に反するうえ、別訴の被告となるXにとって応訴の煩も存在する。

以上より、本訴と別訴は、審判対象として同一というべきである。

- (4) よって、本件別訴は事件の同一性があり、142条に反して不適法である。

2 ㉟の方法について

既判力は判決主文の判断、即ち訴訟物についての判断に生じるところ(114条1項)、前訴訴訟物が、後訴訴訟物との関係で同一・矛盾・先決関係の場合、既判力は後訴に作用する。

本件で、前訴の訴訟物は甲土地のXの総有権、後訴訴訟物は同じ甲土地のYの所有権に基づく返還請求権であり、同一・先決関係にはないものの、実体法上の一物一権主義の観点からは、両立することはできず、矛盾関係に立つ。

よって、既判力は後訴に作用し、後訴裁判所は、前訴基準時においてXの構成員に総有権が存在しないという前訴の判断に拘束され、当事者はこれに矛盾抵触する主張・立証をしても遮断されることになる。 以上

●142条の問題では、前訴・別訴の既判力が矛盾抵触しうる点の説明をして論旨を明快にする。

●既判力については、「作用」の問題は手薄な人が多いが、前訴後訴の訴訟物同士を客観的に比較して、「作用要件」を検討する意識が必須。前訴の判断内容と後訴の訴訟物とを対比しないように注意。

民事訴訟法 解答例

第1 設問1

1 ①の方法について

(1)ア まず、団体Xが原告となるには、Xに当事者適格が認められる必要があるところ、これが認められるか。

イ 訴訟における当事者適格は、特定の訴訟物について、誰が当事者として訴訟を進行し、また、誰に対して本案判決をするのが紛争の解決のために必要かつ有意義であるかという観点から決せられる。

ウ 本問では、確かに、甲土地の総有権の存否が訴訟物であることから、権利能力を有しないXは、実体法上の権利義務の帰属主体とはなりえず、当事者適格は認められないとも思える。しかし、Xの財産は構成員全員に総有的に帰属し、各自は持分権を有しないこと、Xは、その意思決定は多数決で行う旨を定めた規約に服する団体であることから、Xが当事者として訴訟を進行し本案判決を受けることが、紛争の複雑化・長期化を防ぐことになるため、その解決のために必要かつ有意義であるといえる。

エ よって、Xに当事者適格が認められる。

(2)ア 次に、Xに当事者適格が認められるとして、AがXの代表者として訴えを提起する方法を採ることができるか。

イ この点について、総有権確認訴訟における確定判決の効力は構成員全員に対して及ぶため、団体が敗訴した場合に

は構成員全員の総有権を失わせる処分をしたのと事実上同じ結果をもたらす。また、代表者の権利の範囲は団体によって異なり、当然に一切の裁判上又は裁判外の行為に及ぶとは限らない。そこで、団体の代表者が原告の代表として訴訟進行するためには、当該団体の規約等において当該不動産を処分するのに必要とされる総会の議決等の手続による授權が必要であると解する。

ウ 本問では、Xの代表者はAであるが、Xの規約ではXの意思決定は構成員全員で構成される総会の多数決によるとされており、Aに授權がなされた事実は見受けられないこと、CやCと関係の近い相当数の構成員が提訴に反対していることから、Aに対する授權があったとはいえない。

エ よって、Xに当事者適格が認められるとしても、①の方法を採ることはできない。

2 ②の方法について

(1) ②の方法は、Xの構成員らが原告となり総有権の確認を求める訴えを提起するものであるが、総有権の確認を求める訴えは、その構成員全員が当事者として関与し、合一にのみ確定することを要する固有必要的共同訴訟である。よって、構成員全員が当事者とならなければ訴えは不適法となる。したがって、提訴に反対している者がいる以上、②の方法では適法に訴えを提起できないとも思える。

(2) しかし、団体の構成員の中に提訴に同調しない者がいるとしても、総有権の存否に争いがあり、これを訴訟によって解決する必要がある以上、総有権の存在を主張する構成員の訴権を保護する必要がある。一方で、判決の効力は団体の構成員全員に及ぶことから、構成員全員が訴訟に関与する機会を確保し、その利益を害することを防止する必要もある。

そこで、団体の構成員のうち、提訴に反対している者については、被告として訴訟に関与にさせることで、訴えの適法性が認められるというべきである。

(3) したがって、Xによる訴えの提起に反対しているCらを被告とすることにより、②の方法による訴えは適法となる。

第 2 設問 2

1 ㉞の方法について

(1) 本件別訴は、142条に違反し却下されないか。

(2) 142条が重複訴訟を禁止する趣旨は、被告の応訴の煩の解消、審理の重複による訴訟不経済の防止、矛盾判決の危険の回避にある。よって、前訴と後訴が同一の事件である場合には、「更に訴えを提起」したといえることになり、事件の同一性は、当事者及び訴訟物の同一性によって判断される。

(3) 本件で、本件訴訟と本件別訴の当事者は同一であるが、本件訴訟の訴訟物は甲土地の総有権である一方で、本件別訴の訴訟物は甲土地の所有権に基づく土地明渡請求権であるか

ら訴訟物の同一性は認められない。

(4) よって、本件別訴の提起は「更に訴えを提起」した場合にはあたらない。もっとも、上記142条の趣旨が妥当する場合には同条を類推適用し、本件別訴を認めるべきではない。

本件訴訟ではXの構成員らの甲土地に対する総有権の存否が判断され、本件別訴ではYの所有権に基づく甲土地の明渡請求権の存否が判断されるから、事実上、判決が矛盾する可能性や訴訟経済に反するおそれがある。また、争点が部分的に重なる両訴訟に応訴するのは被告にとって酷である。よって、142条の趣旨が妥当し、同条が類推適用される。

(5) よって、本件別訴は不適法である。

2 ㉟の方法について

上記方法を採る場合、Xの構成員らに甲土地に対する総有権が存在しないという前訴判決につき既判力が生じる（114条1項）。そして、前訴と後訴の訴訟物が同一・先決・矛盾いずれかの関係に立つ場合には、既判力は後訴に作用する。

本問で、前訴訴訟物たる甲土地の総有権と後訴訴訟物たる甲土地の所有権に基づく明渡請求権は、一物一権主義を媒介とすれば矛盾関係に立つ。よって、既判力は後訴に作用し、後訴裁判所は、前訴基準時においてXの構成員らに総有権が存在しないという前訴の判断に拘束される結果、これに矛盾抵触する当事者の主張は遮断されることになる。 以上

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2022 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU22866