

[設問 3]

① 第2訴訟における訴訟行為の効力がEに及ぶか
検討するにあたり、Eが被告当事者に当たるか否か
問題となる。

当事者は、明確性の観点から、請求の表示を基準に
て判断すべきである。そして、具体的妥当性の観点から、
請求の趣旨・原因も考慮すべきである。

第2訴訟は、原告Eが訴状に被告Eを[※]記載して訴えを提起したものである。

7. 第2訴訟は、不法行為に基づく損害賠償請求
 訴訟である。かかる訴訟においては、加害者を被告とすべ
 いから、乙土地上にあった丙建物を取り壊すという
 加害行為に及んだと原告Eが主張するEを被告と
 するのが望ましいと言ふ。

従て、第2訴訟の被告当事者はEである。

2. 本件では、以上のように被告当事者がEでありにもか
かわらず、Gが第2回口頭弁論期日まで訴訟行為を
していた。

もとも、仮に G が訴訟代理人であれば、 G の訴訟行為の效果は、顕名代理として E に及ぶと考えられるが、
 G は訴訟代理人 ~~ではない~~。 弁護士等でない。 となることは本来でない。

そこで、Gによる訴訟行為の効果はEに及ぶかが問題となる。

11) 訴訟代理人資格について定めず民法(以下略)54条
1項の趣旨は、法律専門家に代理させることに於、本人の
利益を保護する点にある。

そこで、弁護士でない者等は、原則として訴訟代理人となることはできないが、相手方の利益を保護する必要があり、かつ、本人において、訴訟代理人がその資格を有しないことを自認している場合には、本人に不測の損害はなく、例外を認めらるゝと解すべきである。

⑫ 第2訴訟は、~~QがGに~~ ^{弁論士} GがEにかりまじっている
ことにQが気づくまでに3回の口頭弁論期日が設け
られている。このため、Eの相手方当事者たるF側の
利益も保護して、それまでの訴訟手続も有効とする
必要がある。

また、EとGは同居している。このため、本人Eは、訴状の送達(98条以下)を知り得たと考えられ、Gが~~訴~~訴訟代理人の資格がな~~っ~~のに訴訟代理していることも自認していたと~~言~~える。

よて、GがEに訴訟代理で行った訴訟行為は、
例外的に無効とはならず、その効力はEに及ぶ。

[設問4]

第1. (1) 127117

1. 法律構成①

(1) 長所

~~A~~ Aによる弁済の主張が信義則(2条)に反することは主張できなくはないが、一般条項も根拠とするものであり、画一的な扱いがとれるかは不明である。

これに対し、法律構成の法。第3訴訟の訴訟物たる抵当権設定登記抹消登記請求権の存否に比し、本件消費貸借契約に基づく貸金返還請求権の存否が先決関係に当たるとに着目する。そして、第1訴訟において、平成20年4月11日の時点で元本債務が1500万円であったことが確定したことは~~事実~~から、その既判力(114条)の作用により、第3訴訟において、上記基準時時点で本件消費貸借契約上の元本返済請求額の金額が1500万円を超えていたことを主張できなくなると構成するものである。

以上の法律構成を行うことにし、Aによる弁済の主張と第1訴訟の既判力により確実に遮断することができる。

2) 短所

法律構成の法。第1訴訟の訴訟物が元本返還債務の全体であるとする。

一方、数量的明示的一部請求の訴訟物は、審判対象の設定と当事者の権能とを失分権主義に鑑み、明示された一部のみにと解される。

そして、債務不存在確認訴訟と給付訴訟が表裏の

関係にあることからすれば、第1訴訟の訴訟物は、元本返還債務から1500万円部分を除いた部分の存否と捉えるべきである。

以上より、法律構成の法。数量的明示的一部請求における訴訟物の捉え方と整合性がとれない短所がある。

2 法律構成の

1) 長所

法律構成の法。請求の一部放棄に既判力が生じ、元本債務の金額が1500万円であったことが確定する^{この点}ことから、その既判力の作用により、第2訴訟におけるA側の弁済の主張を確実に遮断できると長所がある。

2) 短所

法律構成の法。請求の放棄に何ら制約なく既判力が生じることを前提とする。

しかし、請求の放棄は、原告が請求に理由がない^{この点}と裁判所に対して表示するものである。これは、裁判所が^{この点}審理を尽くして判断を下す判決とは異なる。

そのため、手続保障^{が拘束あり} ~~自己責任~~ ~~既判力の~~ ~~正当な根拠~~ となつてもおと得ない^{この点}とまでは言えないから、既判力は制限的に生じると解すべきである。

よって、既判力が無制限に生じるという、説得性に欠いた前提に立つ点が、法律構成の法の短所と言えよう。

第2 (2) について

1. まず、裁判所による条件付き請求認容判決は、
 処分権主義(246条)に反しない。

- (1) 処分権主義の根拠は、原告の通常の合理的意思の尊重にある。すなわち、その機能は、被告の不意打ちの防止である。
 そこで、原告の通常の合理的意思に沿うものであれば、被告の不意打ちを生まないものであれば、処分権主義に反しないと解すべきである。

- (2) 原告Aは、全部棄却判決が下された場合、Fに500万円を弁済した上で、第1訴訟と同じ訴訟を提起することが求められ、これに代わって、条件付き請求認容判決を受けた方がより簡便であると言えよう。従って、条件付き請求認容判決は原告Aの通常の合理的意思に沿う。

また、条件付き請求認容判決の既判力は、訴訟物たる拒当権設定登記持権と有する点のみに生じ、条件の部分には生じない。既判力の根拠は紛争の熾し返し防止であり、手続保障におき自己責任を課せられるのが妥当なまでに正当化されることからする。条件攻撃防御が尽くされていない条件の部分には拘束力が認められべきと言えないのである。従って、Aが支払うべき額が500万円であるべきか否かは争うべき点で、Fには好む不意打ちはない。

- (3) よって、処分権主義に反しない。

2. それでは、条件付き請求認容判決は135条に反しないか。

- (1) 同条の趣旨は、被告に請求異議の举证責任を負わせることにより、原告に債権名義を取得する点にある。そこで、被告に不利な責任を負わせるのが妥当かという点から判断すべきである。

- (2) 本件の判決は、AがFに500万円を支払うという条件が成就するこれが前提である。よって、被告Fに請求異議の举证責任を負わせるべきではないから、135条に反しない。

以上より、裁判所は条件付き請求認容判決をなしている。以上。