

1 [設問3]

2 1. まず、第3回口頭弁論期日までの被告は誰であつたといえ
3 か。

4 (1) 被告の特定の基準については、明確性にあり、訴訟の記載が
5 請求の趣旨から合理的に判断する。

6 (2) 本件の場合、第2訴訟での被告はEと訴状に趣記載さ
7 れていた。そして、内建物を取り壊していつのはE自身であり、
8 抵当権侵害の請求の相手方としても、このEと合致する。

9 (3) したがって、第3回口頭弁論期日までの被告はEとある。

10 2. それでは、第3回口頭弁論期日までGがEの代わりに
11 訴訟行為をしていたが、当該効力はEに及んでいられるといえ
12 る。第2訴訟は地方裁判所に提起されており、訴訟行為には
13 訴訟代理人の選任を要する。もっとも、Gは訴訟代理人の
14 資格を有する者ではあるため、Gによる訴訟行為の効果はE
15 に及ぼすものにも思える。

16 (1) しかし、常にこのように解すると、第1回から第3回までの口頭弁論
17 期日まで訴訟活動をしてきたFの行為が無益となつてしま
18 い、訴訟経済的にも妥当ではない。そして、弁護士代理の原則(民
19 事訴訟法(以下略)54条1項)の趣旨は、訴訟行為は当事者の
20 権利義務に重大な変化を及ぼすものであるから、当事者が
21 万善を期して争える状態を確保することにあり、そこで、訴
22 訟代理人として訴訟行為をできる者は、当事者のため
23 の利益のために訴訟活動をできる者のことという。当事者のために

(第 問)

1 訴訟活動をどこからどうからについては、当事者との関係、争いの
2 対象とはっている権利義務の内容から判断する。

3 (2) 本件では、GはEとおさな白じみの関係^あにおり、Eと同居
4 している間柄でもあった。そして、Eは丙建物を取り壊しに
5 ことにつきFから訴えを提起されているが、これはEが乙土
6 地上に新たに自己の居住用の建物を建築するため
7 であった。そのために、Gにとっても、新には建築物にEと同
8 居する可能性があったとして、Fからの請求に対して争う実
9 益があったといえる。したがって、E^と非常に親しい間
10 柄であったGに対して、Eの訴訟活動を季ねても、54条1項
11 の趣旨には反しないといえる。

12 (3) よって、第3回口頭弁論期日までのGによる訴訟行為は
13 Eに及ぶ。

14 [設問4] (1)

15 1. まず、既判力とは前訴の確定判決の内容について生ずる
16 後訴への通用力のことをいう(114条1項)。当該既判力は、「主
17 文に包含するもの」、すなわち訴訟物の存否について生ずる。

18 本件の場合、第3訴訟において、弁済によりAがFに対し
19 負の債務は消滅していること争うことは、第1訴訟の確定判決
20 が生ずる既判力により認められないかが問題となる。ここで、
21 第1訴訟で既判力が及ぶる範囲を検討するために、
22 ~~また~~ は法律構成①と法律構成②をそれぞれ見ていく。

23 も 2. 法律構成①

(第 問)

第 3 問

(1) 長所

「1500万円を超えては存在しない」という確認請求に対し、元本返還債務の全体を訴訟物と捉えた場合、自認額である1500万円部分についても既判力が生ずることになる。この場合、Aは、第3訴訟において、弁済により1500万円部分も消滅にいたることを主張することはできなくなる。これは紛争の蒸し返しを防ぎ、訴訟経済にも資する。

(2) 短所

訴訟物とは、権利義務について両当事者で争っている部分のことである。そうすると、自認額部分については、両当事者で争っていない以上、訴訟物であるとして既判力を生じさせるのは、既判力が生じる範囲が場当たり的なものとして不安定^にな^りかねない。

3. 法律構成②

(1) 長所

法律構成②については、審判対象は自認額の1500万円を限った部分であり、これは訴訟物の定義と合致するものである。そのため、当該部分については、既判力が生ずることが明らかであるといえる。

一方、自認額の1500万円の部分については、請求の放棄が行われたものとするものである。当該部分についても、放棄の既判力により、以後訴訟で争えないこととなる。そうすると、Aは第3訴訟において、1500万円についての弁済を主張できなくなる

第 問

結果、紛争の蒸し返しを防ぐことができる。

(2) 短所

請求の放棄とは口頭弁論期日において行われるもの(266条1項)、訴えの提起時から既に訴えが一部放棄されているとすれば、放棄が可能な期日として難点がある。

また、請求の放棄は調書に記載された場合、「確定判決と同一の効力」(267条)を有するとしている。当該効力については、確定判決という文言から既判力と同一の効果であると解する。もっとも、請求の放棄については、相手方当事者の詐欺や強迫、そして自身の錯誤に基づく取消しが可能であるとも解されている。すなわち、当該効力については、既判力と同一の^果効力を有しはがとも、個別の具体的事情に基づき事後的に争うことが可能な部分であるともいえる。

そうすると、Aが主張する1500万円の弁済については、主張する意味を勘違いしていたとして、錯誤取消しにより、放棄部分を撤回することができるとも言える。したがって、紛争の蒸し返しの余地が残されてしまうと言わざるを得ない。

[設問4] (2)

1. 「AはFに500万円を支払うことを条件として、^{Fは}抵当権の設定の登記の抹消登記手続をせよ」と引換給付判決をするのはできるか。処分権主義(246条)の観点から問題となる。

2. ^の 答. ここに、処分権主義の趣旨は私的自治の訴訟法上の反映にある。^{そこで} ~~その~~ 処分権主義に反するかどうかは、①原告

（第 問）

の合理的意思を尊重するものであり、②被告の不意打ちに
はなはしいものであるといえるかどうかを判断する。

(2) 本件では、Aとすれば、第3訴訟において請求の棄却という
全面敗訴の可能性があったのであるから、自身が未決済の500
万円を支払ったとしても、抵当権設定登記の抹消を望むとい
える。したがって、原告の合理的意思に反しない(①充足)。

そして、Fとすれば、抵当権の設定を失っている以上、不利益
があるようにも思える。もっとも、Fが、抵当権を抹消せむ
を得なくならぬおそれがあったことは、第3訴訟で争われた
内容であり、Fとしても特段、不意打ちがある事項とはい
えない。また、Fとしても本来回収すべきAからの未決済部分^を
~~を~~回収できる機会もある。したがって、被告にこそ不意
打ちにはなはしい(②充足)。

(3) 以上が、上記のような ~~部~~ 引換給付判決は ~~弁~~ 処分
権主義に反しない。

2. それでは、裁判所が支払いを命じた500万円部分につ
いては、未決済期が到来していることから、将来給付の訴え
(135条)としても適法か。

(1) 当該請求が認められるためには、「あらかじめその請求を
する必要がある」ことが求められる。当該必要性については、
原告側^はも被告側において、当該請求をするにどの利益と
不利益を衡量して判断する。

(2) 本件では、Aとしては未決済期の到来にたいし、弁済

（第 問）

1 期が平成22年3月15日の債務を返済せざるを得なくはる。

2 ^{登記}
3 もつち、Aとしては甲工場の抵当権につき抹消を極力こた
4 できる以上、あとは執行を残りのみであり、請求異議の訴え
5 における殊更負担にはおはいない。

6 しれば、Aが負う不利益としては、抵当権設定登記の
7 抹消を得られる以上、当該利益を超えるほど甚大なもの
8 にはおはいない。

9 (3) よって、将来給付の訴えにつき適法である。

10 3. 以上より、上記のようは引換給付判決を裁判所はするこ
11 ができる。

12 4 なお、上記判決について既判力が生ずる部分は、訴訟物で
13 ある抵当権設定登記抹消請求権についての部分である。

14 Aが500万円を支払うことについては、執行要件にすぎず、既判
15 力は生じない。もつち、後訴でAが当該500万円の支払債務
16 につき不存在を争う場合においては、信義則により、その請
17 求を棄却することが出来る。

18 以上