

平成 22 年司法試験 答案構成

設問 3

1 当事者の確定

当事者の判断基準

→実質的表示説

本件

→被告 E・E に対する損害請求

⇒当事者は E

2 訴訟代理及び追認

「任せる。」＝任意代理成立？

→弁護士代理（54）・趣旨

⇒原則無効・追認有効

本件

→訴訟行為前に「任せる。」＝追認なし

3 信義則

積極的関与なし・期日 4 回

適用は弁護士代理の原則を骨抜きに

⇒適用なし

4 結論

E に及ばず

設問 4

小問(1)

1 共通点

判例と訴訟物の理解異なる

2 法律構成①について

自認額部分について判断ある？

→判断なし（短所）

自認額部分に既判力あり

→一回的解決（長所）

3 法律構成②について

本当に自認額部分放棄？

→積極的な意思なし・手続なし

⇒放棄とみるのは困難（短所）

瑕疵ある場合の既判力

→制限的既判力説？（短所）

判断なくとも既判力（長所）

小問(2)

本件判決＝条件付判決→処分権主義反する？

判断基準

本件

→全部棄却より有利・Aの意思に合致？

but 現在給付のみを審判対象・将来給付の訴えの利益

⇒Aの意思の範囲外＝処分権主義違反

平成 22 年司法試験 参考答案

設問 3

1 当事者の確定

第 2 訴訟において G がした訴訟行為の効力が E に及ぶか。第 2 訴訟の当事者が G であるならば、その訴訟行為の効果が訴外の E に及ぶことはないため、第 2 訴訟の当事者がだれであるかが問題となる。

当事者が誰であるかは訴状の送達（138 条 2 項）等訴訟の初期段階から問題となるため、初期段階において機能すべき基準に基づき判断されなければならない。ここで、訴状は訴えの当初から存在する資料であり（133 条 1 項参照）、また、訴状の記載を基準とするのが明確性の観点から優れているといえることから、訴状の記載を基準として当事者を確定すべきと考える。もっとも、原告の合理的意思を尊重するためにも、訴状の全趣旨を合理的に解釈することで当事者を確定すべきであると考えられる。

本件では、第 2 訴訟の訴状には「被告 E」との記載がある。また、第 2 訴訟の訴状には、E が丙建物を取り壊したという事実を前提として、E に対し抵当権侵害を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求をする旨が記載されている。これに対して、訴状には G は全く登場しない。これらのことから、原告 F は E を被告として第 2 訴訟を提起したことが明らかである。よって、第 2 訴訟の被告たる当事者は E である。

2 訴訟代理及び追認

当事者でない G のした訴訟行為の効力が当事者である E に及ぶ場合として、G が E の訴訟代理人として訴訟追行した場合が挙げられる。本件では、法定代理を成立させる事実が見当たらないため、E が G に対し裁判を「任せる。」と回答したことをもって任意代理が成立するかどうか問題となる。

民事訴訟においては弁護士代理の原則が採用されており、訴訟委任に基づく訴訟代理人は、原則として弁護士でなければならないとされる（54 条）。これは、劣悪な代理人によって当事者の利益が損なわれるのを防止する趣旨である。そうだとすると、弁護士資格のない者が当事者に代わって訴訟行為をした場合には、当該訴訟行為は無効であると考えられる。ただし、当事者が弁護士代理の利益を放棄するのは自由であるから、弁護士資格のない者の訴訟行為後に本人が追認した場合には、当該訴訟行為は例外的に有効となると考える。

本件では、弁護士資格のない G が E の身代わりとして訴訟行為をしていることから、当該訴訟行為は無効であり、その効力は E に及ばない。さらに、E が G に対し裁判を「任せる。」と回答したのは G の訴訟行為前であり、G の訴訟行為後は R を通じて当該訴訟行為の無効を主張しているのだから、本件で当該訴訟行為に E の追認がないことは明らかである。よって、G のした訴訟行為が E の追認により有効となることはない。

3 信義則

そうだとすると、E が上記回答をしたことや G の訴訟行為を前提として期日が重ねられ

ていることを捉えて、訴訟上の信義則（2条）により、Gのした訴訟行為の効力はEに及ぶとすることができるのではないか。しかし、EはGの訴訟行為に積極的に関与したと評価することはできず、また、Gが代わりに出頭した期日は4回と少ない。このような状況で信義則を適用し、EがGのした訴訟行為の効力を否定できないとすると、弁護士代理の原則が骨抜きになりかねない。したがって、本件では信義則を適用することはできないと考える。

4 結論

以上より、第2訴訟においてGがした訴訟行為の効力はEに及ばない。

設問4

小問(1)

1 共通点

法律構成①と法律構成②はいずれも自認額を含めた元本返還債務全体を第1訴訟の訴訟物とする点で共通している。しかし、ある債務について自認額を超えては存在しない旨の債務不存在確認訴訟においては、債務の総額から自認額を控除した部分をもって訴訟物とするのが判例であり、この点において両法律構成と判例は異なる理解に立つ。したがって、裁判所にとっていずれの見解も受け入れにくいという短所がある。

2 法律構成①について

法律構成①については、第1訴訟において裁判所が自認額部分について判断を示したかどうかの問題である。第1訴訟のように、自認額を超えて債務が存在しないことの確認（以下、「本件確認」とする。）を求める場合、本来は自認額部分についても請求認容判決を求めることができるにもかかわらず、自認額部分につき請求認容判決を求めない点において、一部請求訴訟と類似する。そして、明示の一部請求訴訟では、裁判所は残部部分について判断を示さないところ、自認額についてもそれが明示されている以上、裁判所は自認額について判断を示していないとみるのが素直である。したがって、法律構成①は、第1訴訟において裁判所が自認部分について判断を示したとみるのが困難であるという短所がある。

他方で、法律構成①は、裁判所の判断により生じる既判力が自認額部分にも生じると考えるため、具体的な債務の額を含めて債務をめぐる紛争を一回的に解決できるという長所がある。

3 法律構成②について

法律構成②については、第1訴訟においてAが自認額部分の請求を放棄したとみることができるのかという問題がある。一定額の債務を自認する原告の意思は、自認額を審判対象から除外するというものであり、自認額を積極的に認める意思までをも有しているとは言い難い。しかも、処分権主義の下では、請求の放棄をするかどうかは原告の意思に委ねられているため、原告の意思を拡大して解釈することは許されない。加えて、第1訴訟においては、請求の放棄に必要な調書の作成（267条）などの手続はなされていない。したが

って、法律構成②は、債務の自認額部分についてAが請求を放棄したとみるのは困難であるという短所がある。

また、請求の放棄に既判力を認めるとしても（267条参照）、請求の放棄は原告の意思に基づく訴訟の終了の場面であるから、原告の意思に瑕疵がある場合に既判力を認めることができないのではないかという問題がある。この点については争いがあるが、訴訟上の和解において、判例は制限的既判力説を採用していることから、請求の放棄においても原告の意思に瑕疵がある場合に既判力を認めない可能性がある。このように、法律構成②については、既判力を認めたとしてもその既判力自体が不安定であるという短所がある。

他方で、法律構成②は、裁判所の判断がなくても自認額部分について既判力を認めることができるため、紛争解決の資するという長所がある。

小問(2)

裁判所は、AがFに500万円を支払うことを条件として、Fに抵当権設定登記抹消登記手続を命ずる判決（以下、「本件判決」とする。）をすることができるか。第3訴訟でAが定立する請求は抵当権設定登記抹消登記手続請求であり、本件判決はこのような請求に条件を付すものである。それゆえ、上記のような条件付判決をすることが処分権主義に反するかどうか問題となる。

処分権主義は、訴訟の開始、審判の対象・範囲、判決によらない訴訟の終了に関する決定を当事者に委ねる考え方をいう。このような決定は当事者の意思に基づいて行われるのであるから、ある判決が請求の一部認容判決として認められるかどうかは、判決の内容が申立てに示された当事者の合理的意思の範囲に含まれるかどうか、そのような判決をすることが被告に不測の不利益を課すことにならないかという観点から判断すべきである。

本件についてみるに、確かに、Aとしては全部棄却判決よりも本件判決のほうが自身に有利な判決であるのだから、全部認容判決を得られない場合には本件判決を求める意思を有しているとも考えることができる。しかし、本件では、Aは条件付きの将来の給付請求を予備的に追加することが可能であるにもかかわらずこれを追加しておらず、現在の給付請求のみを審判対象として設定している。そうすると、現在の給付判決と判決形式を異にする本件判決までも求める意思をAが有するということはできない。

また、本件判決のような条件付判決は、事実審の口頭弁論終結時において履行すべき状態にない請求権について、あらかじめ給付判決をするものであるから、将来の給付判決にあたる。したがって、本件判決をするためには将来給付の訴えの利益（135条）が必要となる。そうすると、本件判決をするためには、現在の給付請求のみを審判対象とした場合には必要のない部分について審判することが必要となる。したがって、第3訴訟における全部認容判決と本件判決とは質的に同一ということはず、本件判決の内容がAの合理的意思の範囲内であるとするとはできない。

以上より、本件判決は、その内容が申立てに示された当事者の合理的意思の範囲に含ま



れないことが明らかであり、本件判決をすることは処分権主義に反する。