

## 目次

### 裁判所

- 第1問 管轄（令和1年司法試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 1

### 当事者の確定

- 第2問 当事者の確定・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 7  
第3問 氏名冒用訴訟（平成14年旧司法試験第2問参考）・・・・・・・・・・ 13  
第4問 原告側の死者名義訴訟（令和1年予備試験設問1参考）・・・・・・・・ 21  
第5問 被告側の死者名義訴訟（平成23年予備試験参考）・・・・・・・・・・ 27  
第6問 被告側の意思疎通に基づく氏名冒用訴訟（平成22年司法試験設問3参考）  
訴訟上の代理人（同上）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 33

### 当事者適格

- 第7問 権利能力なき社団による総有権確認訴訟（令和4年予備試験設問1参考）  
・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 39  
第8問 債権者代位訴訟（平成25年予備試験設問1（1）参考）・・・・・・・・ 45  
第9問 債権者代位訴訟（平成25年予備試験設問2、平成23年司法試験設問2参考）  
・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 51  
第10問 遺言執行者（平成25年司法試験設問2参考）・・・・・・・・・・ 57

### 訴訟上の代理

- 第11問 訴訟代理人の和解権限（平成26年司法試験設問2参考）・・・・・・・・ 63  
第12問 訴訟手続における表見法理の適用（平成26年司法試験設問1参考）  
・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 69

### 訴訟物

- 第13問 訴訟物論争（平成29年司法試験設問2（1）参考）・・・・・・・・・・ 75

### 訴えの利益

- 第14問 現在の給付の訴え（平成21年司法試験設問2参考）・・・・・・・・・・ 81  
第15問 現在の給付の訴え（平成17年旧司法試験第2問・設問1参考）・・・・・・・・ 87  
第16問 将来の給付の訴え（平成29年予備試験設問1参考）・・・・・・・・・・ 93  
第17問 敷金返還請求権の存在の確認の訴え（令和2年司法試験設問1参考）  
・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 99  
第18問 遺言無効確認の訴え（平成25年司法試験設問1参考）・・・・・・・・ 105

### 訴訟要件

- 第19問 訴訟要件の審理（平成19年旧司法試験第2問・設問1参考）・・・・・・・・ 111  
第20問 訴訟判決の既判力（平成4年旧司法試験第2問・設問2参考）・・・・・・・・ 117  
第21問 訴訟要件の審理を尽くさない請求棄却判決（平成19年旧司法試験第2問・設問3参考）  
・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 123

### 重複起訴の禁止

- 第22問 給付訴訟の係属中における債務不存在確認訴訟の提起・・・・・・・・ 129  
重複起訴を看過して下された本案判決  
第23問 代金支払請求訴訟の係属中における目的物引渡請求訴訟の提起（主要な争点が共通する後訴の提起）  
・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 135  
第24問 相殺の抗弁（抗弁先行型）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 141

第25問	一部請求している債権の残部を別訴で相殺の抗弁に供すること	147
第26問	反訴請求債権を本訴において相殺の抗弁に供すること（平成27年司法試験設問1参考）	153
第27問	債務不存在確認訴訟の係属中における給付訴訟の提起（平成22年旧司法試験第1問参考）	159

## 送達

第28問	受送達者と事実上の利害対立のある者を送達受領者とする補充送達	165
------	--------------------------------	-----

## 口頭弁論

第29問	弁論の分離（平成30年予備試験設問3参考）	171
第30問	時機に後れた攻撃防御方法の却下	177

## 弁論主義

第31問	訴訟資料と証拠資料の峻別 主張共通の原則	183
第32問	弁済の抗弁（別口債務に対する弁済の事実）	189
第33問	代理人による契約締結の事実（平成29年司法試験設問1参考）	195
第34問	事後的な所有権喪失原因（平成28年予備試験設問1参考）	201
第35問	過失相殺（平成11年旧司法試験第2問参考）	207
第36問	同時履行の抗弁権（平成29年司法試験設問2（1）参考）	215

## 訴訟行為

第37問	相殺の抗弁の審理・判断の順序（昭和62年旧司法試験第2問・設問1、平成24年予備試験設問2参考）	221
第38問	訴訟外の反対相殺（平成16年旧司法試験第2問・設問3参考）	227
第39問	訴訟上の禁反言	233
第40問	訴訟上の禁反言（平成18年旧司法試験第2問・設問2参考）	239

## 証拠調べ

第41問	証拠共通の原則	245
第42問	処分証書の証拠力（平成24年司法試験設問1参考） 二段の推定（同上）	251
第43問	自己利用文書（令和1年司法試験設問3参考）	257
第44問	違法収集証拠（令和5年司法試験設問1参考）	263
第45問	制限付き自白・理由付き否認・仮定抗弁（昭和55年旧司法試験第2問参考）	269
第46問	間接事実の自白	275
第47問	自白の撤回（平成18年旧司法試験第2問・設問1参考）	281
第48問	文書の成立の真正についての自白（昭和55年旧司法試験第2問・設問3参考）	287
第49問	権利自白（平成23年司法試験設問1参考）	293
第50問	自白成立後に訴えの変更により係争利益が変化した場合における自白の撤回の可否（昭和61年旧司法試験第2問参考）	299
第51問	旧請求との関係では間接事実の自白にとどまっていた陳述が新請求との関係では主要事実の自白となる場合における自白の撤回の可否（令和1年司法試験設問2参考）	305

## 処分権主義

第52問	質的一部認容の限界（平成29年司法試験設問2（2）参考）	311
第53問	損害賠償請求訴訟における損害費目についての請求逸脱認定（平成27年予備試験設問1参考）	317
第54問	一部債務不存在確認訴訟（昭和61年旧司法試験第1問参考）	323

## 裁判によらない訴訟の終了

第55問	訴えの取下げ（昭和63年旧司法試験第2問参考）	329
第56問	訴訟上の和解	335
第57問	訴えの取下げ・請求の放棄・訴訟上の和解の比較（平成19年司法試験設問3参考）	341

## 既判力の作用

第58問	先決関係	347
第59問	矛盾関係（平成17年旧司法試験第2問・設問2）	353

## 既判力の時的限界

第60問	基準時前の権利関係の存否を争う主張（平成28年司法試験設問3参考）	359
第61問	期待可能性による調整	365
第62問	相殺の抗弁（昭和62年旧司法試験第2問・設問3参考）	371
第63問	基準時後に顕在化した後遺症（令和2年予備試験設問2参考）	377
第64問	基準時後に顕在化した後遺症（令和2年予備試験設問2参考）	383

## 既判力の客観的範囲

第65問	相殺の抗弁（平成29年予備試験設問2参考）	389
第66問	相殺の抗弁（平成27年司法試験設問3参考）	395
第67問	相殺の抗弁（平成16年旧司法試験第2問参考）	401
第68問	既判力に準ずる効力（平成29年司法試験設問3参考）	407
	信義則による再度の審理・判断の制限（同上）	

## 既判力の主観的範囲

第69問	前訴で対立した当事者	415
第70問	訴訟担当における被担当者（平成25年予備試験設問1（1）参考）	421
第71問	口頭弁論終了後の承継人（平成28年予備試験設問2参考）	427
第72問	請求の目的物の所持者	433
第73問	反射効（平成18年司法試験設問4参考）	439
第74問	反射効（平成1年旧司法試験第2問・設問3参考）	447

## 請求の客観的併合

第75問	予備的併合（平成22年旧司法試験第2問・設問2参考）	455
第76問	訴えの変更（平成29年司法試験設問2（1）参考）	461
第77問	訴えの変更（令和5年予備試験設問1参考）	467
第78問	訴えの変更（昭和56年旧司法試験第2問・設問1参考）	473
第79問	反訴	479
第80問	反訴（昭和51年旧司法試験第2問参考）	485

## 共同訴訟

第81問	共同訴訟人間の主張共通の原則（平成18年司法試験設問2参考）	491
第82問	共同訴訟人間の証拠共通の原則（平成18年司法試験設問2参考）	497
第83問	同時審判申出共同訴訟（平成24年司法試験設問3参考）	503
第84問	同時審判申出共同訴訟（平成21年旧司法試験第2問参考）	509
第85問	通常共同訴訟と固有必要的共同訴訟の区別（平成23年司法試験設問3参考）	515
第86問	権利能力なき社団による総有権確認訴訟（令和4年予備試験設問1参考、平成28年司法試験設問1参考）	521
第87問	明文なき訴えの主観的追加的併合（平成30年司法試験設問1参考）	529

## 補助参加

第88問	保証債務履行請求訴訟における債務者の補助参加 代金支払請求訴訟において被告により買主であると主張されている者による補助参加	535
第89問	共同不法行為者を共同被告とする通常共同訴訟における被告による原告側への補助参加（平成30年司法試験設問3参考）	543
第90問	債権者による補助参加（平成13年旧司法試験第2問参考） 被告からの譲受人による補助参加（同上）	549
第91問	補助参加人独自の控訴期間（平成20年旧司法試験第2問参考） 補助参加に基づく参加的効力（同上）	557
第92問	訴訟告知に基づく参加的効力（平成24年司法試験設問2参考）	565

## 独立当事者参加

第93問	債権の二重譲受人による権利主張参加 独立当事者参加における敗訴者の1人のみによる上訴	571
------	---	-----

## 共同訴訟参加

第94問	債権者代位訴訟における他の債権者の共同訴訟参加（平成23年司法試験設問2参考、平成25年予備試験設問2参考）	579
------	--	-----

## 訴訟承継

第95問	訴訟引受け（令和3年司法試験設問2参考）	585
第96問	訴訟引受け（平成3年旧司法試験第2問参考）	593

## 上訴

第97問	訴訟判決に対する被告の控訴（昭和50年旧司法試験第2問参考） 請求を拡張するための控訴（昭和50年旧司法試験第2問参考） 相殺の抗弁を理由とする請求棄却判決に対する被告の控訴（昭和62年旧司法試験第2問・設問2参考）	601
第98問	請求を追加するための控訴（平成22年旧司法試験第2問・設問1参考）	609
第99問	利益変更禁止の原則（平成27年司法試験設問2参考）	615

## 第 1 問

### (事案)

1. Xは、A県A市（以下「A市」という。）に住む会社員であり、Yは、自動車の製造・販売を営む株式会社であり、本店がB県B市（以下「B市」という。）にあり、全国各地に支店を有する。
2. Xは、A市内にあるYのA支店において、Yとの間で、甲というシリーズ名の新車のキャンピングカーを400万円を買うとの売買契約（以下「本件契約」という。）を締結し、400万円を支払った。

本件契約の契約書は、Yが用意したものであり、そこには他に「本件契約に関する一切の紛争は、B地方裁判所を第一審の管轄裁判所とする」との定め（以下「本件定め」という。）が記載されていた。B地方裁判所は、Yの本店があるB市を管轄する裁判所である。

3. Xは、引渡しを受けたキャンピングカーが本件契約で約定されている仕様を有してなかったことから、Yに対し、本件契約の債務不履行を理由とする損害賠償を請求することにした。

Xの委任を受けた弁護士Lは、Xの訴訟代理人として、Xを原告、Yを被告とし、本件契約の債務不履行に基づく損害賠償請求として100万円の支払を求める訴えを、A市を管轄するA地方裁判所に提起した（以下、この訴えに係る訴訟を「本件訴訟」という。）。

4. Yは、本案について弁論する前に、A地方裁判所に対し、本件定めによりB地方裁判所のみが管轄裁判所となるとして、民事訴訟法第16条第1項に基づき、本件訴訟をB地方裁判所に移送するよう申し立てた。

なお、Xの居住地、Lの事務所、YのA支店及びA地方裁判所は、いずれもA市中心部にあり、Yの本店及びB地方裁判所は、いずれもB市中心部にある。A市中心部とB市中心部との間の距離は、約600kmであり、新幹線、在来線等の公共交通機関を乗り継いで約4時間掛かる。

### (設問 1)

Yの解釈の根拠も踏まえつつ、本件定めの内容についてYの解釈とは別の解釈をとるべきだとの立論を考えなさい。

### (設問 2)

本件定めの内容についてのYの解釈を前提とするとしても、本件訴訟はA地方裁判所で審理されるべきであるとの立論を考えなさい。



(解説)

## 1. 出題の概要

第1問は、管轄に関する基本的な理解を問う問題である。

## 2. 解答のポイント

### (1) 設問1

#### ア. 問題の所在

設問1では、「本件契約に関する…紛争」に基づく訴えには、Xを原告とする場合には、Yの本店の所在地であるB市を管轄するB地方裁判所に普通裁判籍による法定管轄が認められる(4条1項・4項)とともに、本件契約が甲というシリーズ名の新車のキャンピングカーという種類物の引渡しを目的とした種類物売買であることから、Xを債権者・原告とする場合には「財産上の訴え」における「義務履行地」たる債権者Xの住所地(民法484条後段)であるA市を管轄するA地方裁判所にも特別裁判籍による法定管轄が認められる(5条1号)ことを前提として、「本件契約に関する一切の紛争は、B地方裁判所を第一審の管轄裁判所とする」旨の本件定めが管轄裁判所をB地方裁判所だけに限定する専属的管轄合意であるのか、それとも付加的管轄合意であるのかが問題となる。

#### イ. 原則

管轄の合意が専属的管轄合意と付加的管轄合意のいずれに属するのかは、合意の意思表示の問題である。

まず、①合意の中で、特定の裁判所のみを管轄裁判所とする旨の意思が明示されている場合には、専属的管轄合意と解釈される。

次に、②「当事者」間の「一定の法律関係に基づく訴えに関し」複数の法定管轄裁判所が存在する場合に、その中の1つについて合意がなされているときも、専属的管轄合意と解釈されるのが通常である。法定管轄裁判所が複数あるにも関わらず、その中から合意により敢えて一つに絞って明示しているのだから、専属的管轄合意と解釈することが当事者の合理的意思に合致すると考えられるのである。

「本件契約に関する…紛争」に基づく訴えには、A地方裁判所とB地方裁判所の双方に法定管轄が認められる。にもかかわらず、契約書において管轄裁判所としてB地方裁判所について合意されているのは、全国各地に支店を有するYが、全国各地に及ぶことが予定される多数の自動車購入者との間で、自動車の売買契約に関して生じる紛争に基づく訴えの裁判機関を常にYの本店所在地を管轄するB地方裁判所に限ることで、Yの便益を図るためである。そこで、本件定めは、管轄裁判所をB地方裁判所だけに限定する専属的管轄合意であると解する(②)。

これが原則的な帰結である。

令和1年司法試験設問1参考

基礎応用15頁[論点1]、論証集6頁[論点1]

ウ. 例外

②の場合でも、企業側が用意した契約書や普通契約約款による当該企業の本店（本社）所在地を管轄する裁判所をもって合意による管轄裁判所とする旨の合意については、一般契約者（一般消費者）の利益保護の観点から、専属的管轄合意ではなく付加的管轄合意と解されることがある。

例えば、昭和 45 年札幌高判は、「保険契約に関する訴訟については当会社の本店所在地を管轄する裁判所をもって合意による管轄裁判所とする』という普通保険約款中の管轄の合意について、(i)「専属的管轄を定める意図であったろうことは推認され得なくもない」と述べる一方で、(ii)これを専属的合意と解釈することは「一般の保険契約者にとって…甚だ不便なことであり、場合により（殊に遠隔地居住者の如き）、紛争解決を始めから断念せざるを得ないに等しい結果を招来することにもなるのであって、…疑わしい場合は、むしろ一般契約者の利益に解釈すべく、本件管轄約款は、相手方の本店所在地の裁判所が法定管轄権を有しない場合にも、これに管轄権を認めた、いわゆる付加的合意管轄の定めと解するのが相当である。」として、一般契約者（一般消費者）の利益保護の観点から付加的管轄合意であると解釈している。

札幌高判 S45.4.20

本定めについても、この裁判例を参考にしながら付加的管轄合意と解釈する余地がある。

(2) 設問 2

専属的管轄合意に基づく管轄裁判所（B 地方裁判所）に訴えが提起された場合であっても、裁判所は、訴訟を他の裁判所（法定管轄裁判所である A 地方裁判所）に移送することが可能である（17 条、20 条 1 項括弧書）。

基礎応用 16 頁 [論点 2]、論証集 6 頁 [論点 2]

これに対し、本問のように、専属的管轄合意により管轄を排除されている法定管轄裁判所（A 地方裁判所）に訴えが提起された場合には、裁判所により、管轄違いを理由として、訴訟が合意管轄裁判所（B 地方裁判所）に移送される（16 条 1 項）。

本問では、これらを前提として、17 条を類推適用することにより 16 条 1 項に基づく管轄違いを理由とする合意管轄裁判所への移送を制限することの可否が問題となる。

これについては、合意により管轄を排除されている法定管轄裁判所で審理・裁判することが「訴訟の著しい遅滞を避け、又は当事者間の衡平を図るため」に必要である場合には、17 条の類推適用により、16 条 1 項に基づく移送が制限されると解することができる（詳細は参考答案を参照）。

(参考答案)

## 設問 1

### 1. Yの解釈の根拠

- (1) まず、本件定めは、本件訴訟の「当事者」である X と Y が、本件契約に関する一切の紛争という「一定の法律関係に基づく訴えに関し」、契約書という「書面」で、「第一審に限」ったものとして、B 地方裁判所を第一審の管轄裁判所として合意するものである（民事訴訟法 11 条 1 項・2 項）。
- (2) 次に、「本件契約に関する…紛争」に基づく訴えには、X を原告とする場合には、Y の本店の所在地である B 市を管轄する B 地方裁判所に普通裁判籍による法定管轄が認められる（4 条 1 項・4 項）。また、本件契約が甲というシリーズ名の新車のキャンピングカーという種類物の引渡しを目的とした種類物売買であることから、「本件契約に関する…紛争」に基づく訴えのうち、X を債権者・原告とする場合には、「財産上の訴え」における「義務履行地」たる債権者 X の住所地（民法 484 条後段）である A 市を管轄する A 地方裁判所にも、特別裁判籍による法定管轄が認められる（5 条 1 号）。このように、XY 間の「本件契約に関する…紛争」に基づく訴えについて、A 地方裁判所と B 地方裁判所の双方に法定管轄が認められるにもかかわらず、契約書において管轄裁判所として B 地方裁判所について合意されているのは、全国各地に支店を有する Y が、全国各地に及ぶことが予定される多数の自動車購入者との間で、自動車の売買契約に関して生じる紛争に基づく訴えの裁判機関を常に Y の本店所在地を管轄する B 地方裁判所に限ることで、Y の便益を図るためである。そこで、本件定めは、管轄裁判所を B 地方裁判所だけに限定する専属的管轄合意であると解する。

### 2. Yの解釈とは別の解釈

本件定めを付加的管轄合意であると解釈する。

- (1) 本件定めを専属的管轄合意と解釈すると、X のような遠隔地居住者については、本人訴訟の場合における移動の時間・費用の負担の大きさや、弁護士代理の場合における弁護士費用の負担の大きさから、訴訟を始めから断念せざるを得なくなる場合もある。そうすると、Y が用意した契約書による本件定めについては、一般消費者の利益のために付加的管轄合意を解釈すべき必要がある。
- (2) しかも、本件契約の契約書は、本件定めを「B 地方裁判所のみ」とするなど、Y において本件定めが専属的管轄合意であることをより明確にすることができたにもかかわらず、単に「B 地方裁判所…とする」と定めるにとどまっているのだから、付加的管轄合意を解する余地がある。このことに、Y から提起する債務不存在確認の訴えの法定管轄裁判所は A 地方裁判所だけである（4 条 1 項、5 条 1 号）というように、「本件契約に関する」訴えには

B 地方裁判所の法定管轄に属しないものがあることも考慮すれば、本件定めは、そのような場合も B 地方裁判所を管轄裁判所とする付加的管轄合意であると解釈することができる。

## 設問 2

専属的管轄合意に基づく管轄裁判所に訴えが提起された場合であっても、裁判所は、訴訟を他の裁判所（法定管轄裁判所）に移送することが可能である（17 条、20 条 1 項括弧書）。このこととの均衡を図るために、専属的管轄合意により管轄を排除されている法定管轄裁判所に訴えが提起された場合における管轄違いを理由とする合意管轄裁判所への移送（16 条 1 項）を制限できないか。

1. 合意により管轄を排除されている法定管轄裁判所で審理・裁判することが「訴訟の著しい遅滞を避け、又は当事者間の衡平を図るため」に必要である場合、管轄違いを理由として合意管轄裁判所に移送がされた後に、さらに上記法定管轄裁判所に移送されることになるが、これは迂遠である。また、地方裁判所が簡易裁判所の管轄に属する訴訟を自庁処理することが認められている（16 条 2 項）ことに照らせば、土地管轄における管轄違いの場面でも自庁処理を認める理論的余地がある。そこで、合意により管轄を排除されている法定管轄裁判所で審理・裁判することが「訴訟の著しい遅滞を避け、又は当事者間の衡平を図るため」に必要である場合には、17 条の類推適用により、16 条 1 項に基づく移送が制限されると解すべきである。
2. A 市中心部にある X の居住地と X の訴訟代理人 L の事務所から B 市中心部にある B 地方裁判所までは、約 600 km も離れており、新幹線・在来線等の公共交通機関を乗り継いで約 4 時間もかかる。そのため、B 地方裁判所に移送されると、X は訴訟追行に当たり大きな負担を受ける。他方、Y は、A 市内にある A 支店にいる支配人に訴訟代理をさせることが可能であるし（会社法 11 条 1 項後段）、その経済的規模からして弁護士に訴訟代理（54 条 1 項参照）させることによる経済的負担も大きくないから、A 地方裁判所に移送されることによる訴訟追行上の負担は大きくない。

そうすると、17 条の類推適用により、「当事者間の衡平を図るために必要がある」として B 地方裁判所への移送が制限されるから、A 地方裁判所で審理されるべきこととなる。 以上

## 第 2 問

(事案)

Xは、YがXが所有する甲建物に放火してこれを焼損したことを理由として、A地方裁判所に不法行為に基づく損害賠償を求める訴えを提起したところ(以下「本件訴え」という。)、訴状の当事者欄には被告として「Z」と記載されていた。

(設問)

本件訴えにおける被告が誰であるかについて、論じなさい。



(解説)

1. 出題の概要

第2問は、当事者の確定に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

当事者の確定基準については、訴状の表示を基準とする表示説、原告ないし裁判所の意思を基準とする意思説、当事者として行動し又は当事者として扱われていたかどうかを基準とする行動説、民事訴訟という紛争解決に適切な者かどうかを基準にする適格説、規範分類説などがある。

意思説に対しては、内心の意思を認定することは容易でないといった批判があり、行動説に対しては、具体的にどのような行動に着目して当事者らしく行動したと評価するのかが不明確であるとの批判がある。表示説については、訴状の当事者欄の記載のみを基準とする形式的表示説もあるところ、これは基準として明確である一方で、原告の合理的意思や訴えの提起後の手続過程などの周辺事情を考慮することが著しく制限されることで具体的妥当性を欠く結論になりがちであるという欠点があるため、訴状の当事者欄のみならず請求の趣旨・原因その他の記載事項も含めて訴状全体から総合的に当事者を確定するべきであるとする実質的表示説が主張される。実質的表示説が通説である。

確かに、訴状の当事者欄(133条2項1号前段)には被告としてZと記載されている。しかし、請求の趣旨は、Yに対して不法行為に基づく損害賠償を求めるものである。さらに、Xの訴えは、YがXが所有する甲建物に放火してこれを焼損したことを理由として損害賠償を求めるものであるから、訴状では、請求原因の一つとして、YがXが所有する甲建物に放火してこれを焼損したことが記載されていると考えられる。そうすると、訴状において被告として表示されているのはYであるといえる。

したがって、被告はZではなくYである。

基礎応用 23頁 [論点1]、論  
証集 9頁 [論点1]



(参考答案)

1. 民事訴訟における当事者とは、原告と被告のように、訴え又は訴えられることにより判決の名宛人となる者を意味する（形式的当事者概念）。

当事者の確定では、訴状の当事者欄のみならず請求の趣旨・原因も含んだ訴状の表示を基準とするべきである（実質的表示説）。

訴状の表示を基準とすることで基準の明確性を確保する一方で、請求の趣旨・原因も考慮することで具体的妥当性にも配慮する必要があるからである。

2. 確かに、訴状の当事者欄（民事訴訟法 133 条 2 項 1 号前段）には被告として Z と記載されている。しかし、請求の趣旨は、Y に対して不法行為に基づく損害賠償を求めるものである。さらに、X の訴えは、Y が X が所有する甲建物に放火してこれを焼損したことを理由として損害賠償を求めるものであるから、訴状では、請求原因の一つとして、Y が X が所有する甲建物に放火してこれを焼損したことが記載されていると考えられる。そうすると、訴状において被告として表示されているのは Y であるといえる。

したがって、被告は Z ではなく Y である。

以上



### 第 3 問

(事案)

Xは、甲土地の所有者Yを被告と表示して、所有権移転登記を求める訴えを提起した。なお、この訴訟には、訴訟代理人はいないものとする。

Xと通じたZは、Yと称して訴状等を受領して、第1回口頭弁論期日に出頭し、請求原因事実をすべて自白した。

(設問1)

Zが自白した後、第1回口頭弁論期日において、出頭したのはYではなく、Zであることが判明した。この場合、裁判所は、どのような措置を採るべきか。

(設問2)

第1回口頭弁論期日において弁論が終結し、Yに対する請求認容の判決が言い渡されて、控訴期間が徒過した。その後、Xは、甲土地について所有権移転登記を経由した。この場合、Yは、訴訟法上どのような手段を採ることができるか。



(解説)

1. 出題の概要

第3問は、被告側の氏名冒用訴訟に関する理解を問う問題である。

平成14年旧司法試験第2問

2. 解答のポイント

参考

(1) 設問1

被告側の氏名冒用訴訟では、典型的には、氏名冒用が判明しないまま判決が原告訴訟の判決が下されてそれが確定した場合において、判決効の効力が被冒用者にも及ぶかと、仮に及ぶとして被冒用者は判決の効力を排除することができるかが問題となるのが、設問1では、第1回口頭弁論期日において氏名冒用が反映した場合において裁判所が採るべき措置が問われている。

裁判所がいかなる措置を採るべきかは、被告がYとZのいずれであるかによって異なるから、まず初めに、当事者の確定基準が問題となる。通説である実質的表示説からは、Yを被告として確定することになる。

基礎応用23頁[論点1]、論

証集9頁[論点1]

訴訟係属は、訴え提起に基づいて裁判所が訴状を「被告に送達」する(138条1項)ことにより発生するところ、Zによる訴状の受領により「被告に送達」がなされたとはいえないから、訴訟係属が発生していないことになる。そうである以上、裁判所は、審理及び手続を進行させることはできない。そこで、裁判所は、まず初めに、Yに対して訴状を送達し直して訴訟係属を発生させた上で、Yの関与の下、XY間の訴訟を進行させるべきである。そして、「当事者」ではないZによる自白は無効であるから、裁判所は、Zの自白に拘束されることなく事実認定をするべきである。

(2) 設問2

設問2では、被告側の氏名冒用訴訟では、典型的には、氏名冒用が判明しないまま判決が原告訴訟の判決が下されてそれが確定した場合において、判決効の効力が被冒用者にも及ぶかと、仮に及ぶとして被冒用者は判決の効力を排除することができるかが問われている。

基礎応用24頁[論点2]、論

証集9頁[論点2]

Yを被告として確定する以上、Y敗訴の確定判決の既判力(114条1項)がYに及ぶのが原則であるところ、YがY敗訴の確定判決の効力を排除するための理論構成としては、①手続関与の機会が与えられていないことを根拠とする338条1項3号類推適用による再審の訴え、②手続関与の機会が与えられていないことを根拠として既判力の正当化根拠(手続保障を前提とする自己責任)が妥当しないとして、既判力の発生を否定すること(この場合、Yは、再審の訴えを経由することなく、Xを被告として甲土地の所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴えを提起することとなる)、③Xによる確定判決の不当騙取が不法行為(民法709条)を構成するとして、Xに対して甲土地の市場価額相当額の損害の賠償を求める訴えを提起することなどが考えられる。

①については、「有効に訴状の送達がされず、その故に被告とされた者が訴訟に関与する機会が与えられないまま判決がされた場合には、当事者の代理人として訴訟行為をした者に代理権の欠缺があった場合と別異に扱う理由はないから、民訴法 420 条 1 項 3 号の事由があるものと解するのが相当である。」として、現行民訴法 338 条 1 項 3 号に対応する旧民訴法 420 条 1 項 3 号の適用（又は類推適用）を認めた平成 4 年最判が参考になる。最高裁は、別の事案においても、当事者に保障されるべき手続関与する機会が与えられない場合において、338 条 1 項 3 号の類推適用を認めている。

基礎応用 441 頁 [論点 3]、  
論証集 232 頁 [論点 3]

最判 H4.9.10・百 111

②については、既判力の正当化根拠に遡るとともに、原告と冒用者とが通謀していたという事情にも着目しながら論じることになる。

③については、「当事者間に確定判決が存在する場合に、その判決の成立過程における相手方の不法行為を理由として、その判決の既判力ある判断と実質的に矛盾する損害賠償請求をすることは、確定判決の既判力による法的安定を著しく害する結果となるから、原則として許されるべきではなく、当事者の一方が、相手方の権利を害する意図の下に、作為又は不作為によって相手方が訴訟手続に関与することを妨げ、あるいは虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔するなどの不正な行為を行い、その結果本来あり得べからざる内容の確定判決を取得し、かつ、これを執行したなど、その行為が著しく正義に反し、確定判決の既判力による法的安定の要請を考慮してもなお容認し得ないような特別の事情がある場合に限って、許されるものと解するのが相当である…」とする平成 22 年最判の射程を踏まえながら論じる必要がある。

最判 H22.4.13・H22 重判 3

(参考答案)

設問 1

1. 訴えの提起によって、事件が特定され、これが特定の裁判所で審判される状態が生じる。この状態を訴訟係属という。

訴訟係属は、訴え提起に基づいて裁判所が訴状を「被告に送達」する（民事訴訟法 138 条 1 項）ことにより発生する。被告に訴状が送達された時点で、二当事者対立構造が発生するからである。

2. では、X と通じた Z による訴状の受領により、「被告に送達」がなされたといえるか、一方当事者たる被告の確定が問題となる。

(1) 訴状の表示を基準とすることで基準の明確性を確保する一方で、請求の趣旨・原因も考慮することで具体的妥当性にも配慮する必要がある。そこで、当事者の確定では、訴状の当事者欄のみならず請求の趣旨・原因も含んだ訴状の表示を基準とするべきである（実質的表示説）。

(2) 訴状の被告欄（133 条 2 項 1 号前段）には Y が記載されている。また、請求の趣旨は、Y に対して甲土地の所有権移転登記手続をするように求めるものである。さらに、訴状では、請求原因の一つとして、甲土地について Y 名義の所有権移転登記がなされていることが記載されていると考えられる。したがって、訴状において被告として表示されているのは Y であるといえるから、被告は Y である。

そうすると、Z による訴状の受領により、「被告に送達」がなされたとはいえないから、訴訟係属が発生していないことになる。

3. 訴訟係属が発生していないため、裁判所は、審理及び手続を進行させることはできない。

そこで、裁判所は、まず初めに、Y に対して訴状を送達し直して訴訟係属を発生させた上で、Y の関与の下、XY 間の訴訟を進行させるべきである。

そして、「当事者」ではない Z による自白は無効であるから、裁判所は、Z の自白に拘束されることなく事実認定をするべきである。

設問 2

1. まず、判決は、控訴期間（285 条本文）の経過とともに確定する（116 条 1 項）。そして、控訴期間は不変期間であるから、裁判所がそれを伸縮することはできない（96 条 1 項）。そうすると、本問では、控訴期間が徒過したことにより、判決が確定するのが原則である。

もっとも、Y が控訴期間内に控訴できなかったのは、X と通じた Z が Y と称して訴状等を受領したからである。そのため、「当事者」Y 「がその責めに帰することができない事由により不変期間」たる控訴期間「を遵守することができなかった場合」に当たる（97 条 1 項）。

したがって、Y は、自己を被告とする請求認容判決が下されたこ

とを知ってから「一週間以内」に控訴を提起することで、前記判決の確定を妨げることができるから、そのようにするべきである。

2. 次に、前記1の控訴の追完がなされなかった場合は、どうするべきか。

(1) 適法な訴訟係属が発生しないまま言い渡された判決であっても、内容上の効果が認められると解されている。そのため、請求認容判決には既判力(114条1項)が認められる。

そして、仮に、Yが、Xを被告として、甲土地の所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴えを提起した場合、一物一権主義により、甲土地についてのXのYに対する所有権に基づく物権的登記請求権とYのXに対する所有権に基づく物権的登記請求権とは実体法上両立しない関係にあるため、矛盾関係により、請求認容判決の既判力がYによる訴えに作用する。そのため、Y側から基準時後の新たな事由の主張・立証がない限り、後訴裁判所が前訴確定判決の主文中の判断内容に従って審理することにより、請求棄却判決が下されることになる。

そこで、Yは、請求認容判決に対する再審の訴え(338条1項)を提起することが考えられる。では、再審事由が認められるか。

ア. 338条1項3号は、直接的には、訴訟代理権の欠缺の場合を規定している。これは、無権代理により当事者に保障されるべき手続関与の機会が与えられていない場合について、救済の途を残すことを趣旨とする。そこで、無権代理に限らず、当事者に保障されるべき手続関与の機会が与えられていない場合には、338条1項3号の類推適用により再審事由が認められると解すべきである。

イ. Xと通じたZが訴状等を受領したことにより、Yは訴状等を受領できておらず、手続関与の機会の保障がなかった。したがって、3号の類推適用による再審事由が認められる。よって、Yは、再審の訴えを提起するべきである。

(2) もっとも、Xにより確定判決が騙取されている事案において、Yが再審を経なければ救済を受けることができないというのは、Yに酷である。そこで、既判力の正当化根拠が前訴における手続保障を前提とする自己責任にあることにかんがみ、例外的に、請求認容判決の既判力を否定することができないか。

ア. 確かに、既判力は、確定判決に紛争解決基準としての安定性を与えることを目的として認められる制度的効力である。そのため、個別事情によって既判力の発生を否定することは、制度的効力としての既判力の性質に反し得るため、慎重な検討を要する。

しかし、他方で、既判力の正当化根拠は、前訴における手続保障を前提とする自己責任にある。そして、氏名冒用訴訟の場合には、被冒用者に手続関与の機会が与えられていないから、

既判力の正当化根拠を欠く。

しかも、被冒用者の対立当事者と冒用者とが通謀している場合、そのような対立当事者には、確定判決に紛争解決基準としての安定性が与えられることによる利益を享受する資格はない。

そこで、被冒用者の対立当事者と冒用者とが通謀している場合には、例外的に、既判力の発生が否定されると解すべきである。

イ. 本問では、被冒用者 Y の対立当事者である X と通謀した Z が訴状等を受領して Y の氏名を冒用している。したがって、請求認容判決の既判力の発生は例外的に否定される。

よって、Y は、X を被告として、甲土地の所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴えを提起すべきである。

(3) さらに、Y は、X による確定判決の不当騙取が不法行為（民法 709 条）を構成するとして、X に対して甲土地の市場価額相当額の損害の賠償を求める訴えを提起することも考えられる。

確かに、判例は、「当事者間に確定判決が存在する場合に、その判決の成立過程における相手方の不法行為を理由として、その判決の既判力ある判断と実質的に矛盾する損害賠償請求をすることは、確定判決の既判力による法的安定を著しく害する結果となる」から「特段の事情」がない限り許されないとしている。

しかし、前記 2 (2) の通り、本問では、請求認容判決の既判力の発生が否定されるから、「確定判決の既判力による法的安定」を根拠とする上記判例法理は妥当しない。

また、「特段の事情」が認められる余地もある。

したがって、前記 2 (3) の訴えは上記判例法理により妨げられないから、Y にはこの訴えを提起するという救済手段もある。

