

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 権利能力なき社団の構成員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
重複起訴を看過して下された本案判決・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 129
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（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。

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(民事訴訟法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。

最判 H22.4.13・H22 重判 3

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。

(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。

第4問

(事案)

1. Xは、Yとの間で、Yが所有する甲土地を代金1000万円で購入する旨の売買契約を締結し、売買代金を支払ったが、Yが登記手続を全く進めようとしないうちに、Yを相手取って、甲土地について、売買契約に基づく所有権移転登記手続を求める訴え（以下「本件訴え」という。）を提起した。
2. 本件訴えは、Xから委任を受けた弁護士LがXの訴訟代理人として提起したものである。

Xは、Yに訴状が送達される前に急死しており、Xの唯一の相続人はAであった。

訴訟の手続はそのまま進行したが、Yは、争点整理手続終了近くになって、Xの死亡の事実を知った。

Yは、Xの死亡の事実を知って、「本件訴えは却下されるべきである。」と主張した。

(設問)

Yの主張に対し、Aとしてどのような対応をすべきであるかについて、論じなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第4問は、原告側の死者名義訴訟に関する理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

Yの主張は、①訴状送達前に原告であるXが死亡しているため当事者の実在を欠くとともに、訴状送達(民事訴訟法138条1項)は無効であり、②それゆえに適法な訴訟係属も生じないから相続人Aによる訴訟承継(124条1項1号)もないから、本件訴えは却下されるべきであるというものである。

まず、当事者の確定基準が問題となり、実質的表示説からは原告はXと確定される。そうすると、訴状が被告Yに送達される前に原告Xが死亡していることから、本件訴えは原告の実在という訴訟要件を欠くとして却下されるのが原則である。

次に、①の原則論に従って本件訴えを却下すると、Aが原告となってYを再び訴えることにより訴訟をやり直すことになるが、これは訴訟経済の要請に反するとともに、本件訴えにおいて有利な訴訟を迫行してきた当事者の既得の地位を害することにもなる。そこで、Aによる訴訟承継(124条1項1号)を認めるために、訴訟係属後の当事者の死亡に準じて考えて訴訟承継の規定(124条1項1号)を類推適用することの可否が問題となる。

仮にXの相続人Aによる訴訟承継を認める場合には、Aは「受継の申立て」(128条1項)をするべきこととなり、これにより訴訟承継がなされれば、当事者の実在を欠くという瑕疵が治癒されるから、Yの主張は認められない。

令和1年予備試験設問1参考

基礎応用28頁[論点3]、論証集13頁[論点3]

(参考答案)

1. Yの主張は、①訴状送達前に原告であるXが死亡しているため当事者の実在を欠くとともに、訴状送達(民事訴訟法138条1項)は無効であり、②それゆえに適法な訴訟係属も生じないから相続人Aによる訴訟承継(124条1項1号)もないから、本件訴えは却下されるべきであるというものである。

2. 当事者の確定基準としては、訴状における表示を基準とするべきであり、訴状における表示としては当事者欄のみならず請求の趣旨・原因も考慮するべきであると解する。

訴状では、その提出時には生存し実在していたXが原告として表示されているはずであるし、請求の趣旨・原因欄には甲土地の買主としてXが表示されているはずである。したがって、本件訴えの原告はXである。

そうすると、訴状が被告Yに送達される前に原告Xが死亡していることから、本件訴えは原告の実在という訴訟要件を欠くとして却下されるのが原則である。

3. もっとも、本件訴えを却下すると、Aが原告となってYを再び訴えることにより訴訟をやり直すことになるが、これは訴訟経済の要請に反するとともに、本件訴えにおいて有利な訴訟を進行してきた当事者の既得の地位を害することにもなる。そこで、Aによる訴訟承継(124条1項1号)を認めることができるか。

(1) 確かに、訴状送達前に死亡した被相続人を原告として確定した場合、当事者の実在を欠くとして訴訟係属の発生が否定されるから、適法な訴訟係属の発生を前提とする訴訟承継も認められないのが原則である。しかし、訴訟経済及び原告側の既得の地位を保護する要請にも配慮する必要があるし、少なくとも外観上は訴訟係属が発生している。そこで、訴訟係属後の当事者の死亡に準じて考えて、訴訟承継の規定(124条1項1号)を類推適用することにより、相続人による訴訟承継が認められると解すべきである。

(2) そうすると、Xの相続人Aによる訴訟承継を認めることができる。

したがって、Aは「受継の申立て」(128条1項)をするべきであり、これにより訴訟承継がなされれば、当事者の実在を欠くという瑕疵が治癒されるから、Yの主張は認められない。 以上

第 5 問

(事案)

1. Xは、請求の趣旨として「被告は、原告に対し、150万円を支払え。」との判決を求める旨を記載するとともに「原告は、被告との間で、原告が被告に中古自動車1台を代金150万円で売り渡すという売買契約を令和2年1月15日に締結し、同日、当該自動車について、所有者の登録を被告名義に移転するとともに被告に引き渡した。よって、原告は、被告に対し、売買代金150万円の支払を求める。」との主張を記載した訴状を令和2年4月1日に地方裁判所に提出して訴えを提起した。その訴状には、被告として、Yの氏名が表示され、かつ、被告の法定代理人として、同所に住所のある成年後見人Zの氏名が表示されていた。

裁判所書記官は、この訴状を送達するため、訴状副本を第1回口頭弁論期日の呼出状とともに、Z宛てに郵送した。

2. Zは、令和2年4月7日に、自宅で上記の訴状副本と口頭弁論期日呼出状を受け取ったところ、Yが同年4月3日に死亡していた。なお、ZはYの唯一の相続人である。

Zは、Yが死亡したことを裁判所やXに知らせることなく、Yの法定代理人として第1回口頭弁論期日に出頭し、「Xが主張する売買契約を否認し、請求の棄却を求める。」旨を答弁した上、訴訟代理人を選任することなく訴訟を迫行した。

(設問)

Yが令和2年4月3日に死亡していたと認められる場合、裁判所では、誰と誰を当事者としてどのような内容の裁判をすべきか。

(解説)

1. 出題の概要

第5問は、被告側の死者名義訴訟に関する理解を問う問題である。

平成23年予備試験参考

2. 解答のポイント

被告側の死者名義訴訟に関する問題の構造は、第4問で取り上げた原告側の死者名義訴訟に関する問題の構造と概ね同じであり、①訴状送達前に被告であるYが死亡しているために当事者対立構造を欠くとして訴えは却下されるのが原則であり、適法な訴訟係属の発生を欠くため相続人による訴訟承継(124条1項1号)も認められないはずであるが、②訴訟経済の要請に反するとともに、本件訴えにおいて有利な訴訟を迫行してきた当事者の既得の地位を害することにもなるため、124条1項1号の類推適用により相続人による訴訟承継を認めることの可否が問題となるのである。

基礎応用28頁[論点4]、論証集13頁[論点4]

仮に相続人Zによる訴訟承継を認める場合には、Zは第1回口頭弁論期日に出頭して答弁をした段階で黙示的に「受継の申立て」をすることで本件訴訟を承継したと考えることとなり、Zの訴訟追行は有効であるとともに、二当事者対立構造を欠くという訴訟要件の欠缺もないことになる。

したがって、裁判所は、Zによる訴訟承継があったことと、Zの訴訟行為が有効であることを前提として、本件訴えについて審理を行い、Xを原告、Zを被告として本案判決を下すべきである。その際、被告として表示されているYと被告であるZとの間には実質的な同一性が認められることから、被告としてYが表示されている点については、表示の訂正によって対応するべきである。

(参考答案)

1. 当事者の確定

- (1) 民事訴訟では、二当事者対立構造は訴訟要件の1つであり、また、これを欠く場合における判決は無効である。

訴え提起に基づいて裁判所が訴状を「被告に送達」(民事訴訟法138条1項)した時点で、二当事者対立構造が発生する。

そうすると、訴状が送達された令和2年4月7日より前である同月3日にYが死亡しているため、仮に被告を死者であるYと確定した場合には、二当事者対立構造を欠くことになるから、裁判所は却下判決をするべきこととなるのが原則である。

したがって、控訴審では、まず初めに、被告がYとZのいずれであるのかについて検討するべきである。

- (2) 当事者の確定基準としては、訴状における表示を基準とすべきであり、訴状における表示としては当事者欄のみならず請求の趣旨・原因も考慮するべきであると解する。

訴状では、その提出時には生存し実在していたYが被告として表示される一方で、ZはYの法定代理人として表示されているにとどまる。そうすると、請求の趣旨・原因を考慮するまでもなく、Yが当事者として確定される。

したがって、裁判所は、二当事者対立構造を欠くとして、訴えを却下する判決をするべきこととなるのが原則である。

2. 訴訟承継の可否

もっとも、訴えを却下すると、XがYの唯一の相続人であるZを被告として再び訴えを提起することになる。本問では、Zが答弁をした上で訴訟を進行していることから、本件訴訟の審理は相当程度進んでいると考えられる。そうすると、訴えを却下することは、訴訟経済の要請に反するとともに、本件訴えにおいて有利な訴訟を進行してきた当事者の既得の地位を害することにもなる。そこで、Zが訴状を受領して訴訟を進行してきたことなどに着目して、Zが訴状を受領した時点で黙示の「受継の申立て」(128条参照)があったとして、Zによる訴訟承継(124条1項1号)を認めることができな
いか。

- (1) 訴訟承継は適法な訴訟係属の発生を前提とするものであるところ、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。

そうすると、訴状送達前に死亡した被相続人を被告と確定した場合には、訴状送達が無効となり、適法な訴訟係属の発生も認められないため、訴訟承継も認められないのが原則である。

しかし、訴訟経済及び原告の既得の地位を保護する要請にも配慮する必要があるから、相続人が訴状を受領してから被告として訴訟追行をしてきたと評価できる場合には、少なくとも外観上は

訴訟係属が発生していることにも鑑み、訴訟承継の規定（124条1項1号）を類推適用することにより、相続人による訴訟承継が認められると解すべきである。

- (2) Zは、Yの法定代理人として訴状を受領した上で、Yが死亡したことを知りながら、そのことを裁判所やXに知らせることなく、Yの法定代理人として、第1回口頭弁論期日に答弁をするとともに、それ以降の訴訟追行をしてきたのである。にもかかわらず、Zが訴状送達前におけるYの死亡を主張することは、信義則（2条）に反するものである。そこで、Zは、当初から被告として訴訟を追行していたものと評価すべきである。したがって、Zは、第1回口頭弁論期日に出頭して答弁をした段階で、黙示的に「受継の申立て」をすることで、本件訴訟を承継したといえる。

このように考えると、Zの訴訟追行は有効であるとともに、二当事者対立構造を欠くという訴訟要件の欠缺もないことになる。

3. 結論

以上より、裁判所は、Zによる訴訟承継があったことと、Zの訴訟行為が有効であることを前提として、本件訴えについて審理を行い、Xを原告、Zを被告として本案判決を下すべきである。

その際、被告として表示されているYと被告であるZとの間には実質的な同一性が認められることから、被告としてYが表示されている点については、表示の訂正によって対応すべきである。以上

第 6 問

(事案)

甲建物の抵当権者 X は、Y が甲建物を取り壊したことを理由として、Y に対し、抵当権侵害による不法行為に基づく損害賠償を求める訴えを提起した。

Y は、弁護士資格を有しない Z から「この裁判は、あなたの身代わりとして私がするから任せてほしい。」と言われたため、Z に対して「任せる」と言った（なお、Y は、Z と幼馴染であり、同居している。）。

このやり取りに基づき、訴状送達後から第 5 回口頭弁論期日まで、Z が Y になりすまして訴訟行為を行ってきた（その後、Z によるなりすましが判明した）。

(設問)

Z が訴状送達後から第 5 回口頭弁論期日までの間にした訴訟行為の効力は、Y に及ぶか。

(解説)

1. 出題の概要

第6問は、被告側の意思疎通に基づく氏名冒用訴訟の事案を通じて、当事者の確定基準と訴訟上の代理に関する理解を問う問題である。

平成22年司法試験設問3参考

2. 解答のポイント

(1) 当事者の確定基準

Zが被告側であるYと通謀してYの氏名を冒用して訴訟を迫っているため、まず初めに、被告がYとZのいずれであるかが問題となる。

実質的表示説からは、Yを被告として確定することとなる。

したがって、Zの訴訟行為は原則として無効である。

(2) Zの訴訟行為の効力をYに及ぼすための理論構成

基礎応用23頁[論点1]、論証集9頁[論点1]

ア. 問題の所在

被告がYであると確定された場合、ZがYになりすまして訴訟行為を行っていたことは、被告でないZが被告として訴訟行為を行っていたものとして評価されるから、当該訴訟行為は原則として無効である。

もっとも、Zの訴訟行為を前提として第5回口頭弁論期日まで手続が進んでいるため、Zの訴訟行為を無効とすることは、訴訟経済に反するとともに、Xが有利な訴訟を迫ってきたのであればXの既得の地位を害することにもなる。そこで、Zの訴訟行為の効力をYに及ぼすための理論構成が問題となる。

イ. 任意的訴訟担当

「Yは、弁護士資格を有しないZから「この裁判は、あなたの身代わりとして私がするから任せてほしい。」と言われたため、Zに対して「任せる」と言った…」とのやり取りにより、YからZに対する訴訟追行権の授与があったとして、Zの訴訟行為はZによるYのための任意的訴訟担当によるものであったと構成することができると思える。

しかし、任意的訴訟担当は、権利関係の主体から訴訟追行権を授与された第三者が訴訟追行権の授与に基づき当該権利関係について当事者適格を取得し、当事者として訴訟追行するものであるから、Yを被告として確定した以上、Zによる任意的訴訟担当と構成することはできない。

ウ. 訴訟委任に基づく訴訟代理

YZ間のやり取りにより、YからZに対する訴訟委任があったとして、Zによる訴訟代理であると構成することが考えられる。

ここでは、顕名なき訴訟代理の可否と、弁護士代理の原則に違反する訴訟行為の有効性が問題となる。

(ア) 顕名なき訴訟代理の可否

本問では、Zが被告Yになりすまして訴訟行為を行ってい

基礎応用66頁[論点3]、論

るから、顕名がなされていない。そこで、民事訴訟における顕名なき訴訟代理の可否が問題となる。

証集 39 頁 [論点 3]

顕名なき訴訟代理の場合、代理人が当事者本人として訴訟行為を行っているため、当事者本人が誰であるかが裁判所及び相手方に示されているといえるから、当事者本人を裁判所及び相手方に示すという顕名の趣旨が満たされる。また、法定代理の場合と異なり、訴訟代理人の氏名は訴状の必要的記載事項ではない（133 条 2 項 1 号後段対照）から、法は訴訟代理の要件として訴訟代理人の氏名の表示を要求していないといえる。そこで、顕名なき訴訟代理も認められると解する。

(イ) 弁護士代理の原則に違反する訴訟行為の有効性

地方裁判所に係属している本件訴訟について、弁護士でない Z が訴訟代理をしているため、弁護士代理の原則（54 条 1 項本文）に違反して Z が訴訟代理人として行った訴訟行為の効力が問題となる。

基礎応用 63 頁 [論点 1]、論

証集 38 頁 [論点 1]

法律の素人である当事者本人の利益を確実に保護するという弁護士代理の原則（54 条 1 項本文）の趣旨に照らし、同原則違反の訴訟行為は原則として無効と解する。もっとも、当事者本人が同原則違反を知っていた場合には、当事者本人が三百代言に丸め込まれ食い物にされていたときを除き、弁護士代理を受ける利益を当事者が放棄しているといえるから、当事者本人が無効を主張することはできないと解する。

(参考答案)

1. 仮に被告が Y である場合、Z がした訴訟行為は被告でない Z が被告として行ったものとなるから、原則として無効である。そこで、Y と Z のいずれが被告であるかが問題となる。

(1) 当事者の確定基準としては、訴状における表示を基準とすべきであり、訴状における表示としては当事者欄のみならず請求の趣旨・原因も考慮すべきであると解する。なぜならば、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) 訴状の被告欄(民事訴訟法 133 条 2 項 1 号前段)には Y が記載されている。また、本件訴えにおける請求は、Y が甲建物を取り壊したことを理由として 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から、このような請求の趣旨・原因の表示も考慮すれば、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 Y であるから、上記の通り、Z の訴訟行為は原則として無効である。

2. しかし、Z の訴訟行為を前提として第 5 回口頭弁論期日まで手続が進んでいるため、Z の訴訟行為を無効とすることは、訴訟経済に反するとともに、X が有利な訴訟を迫行してきたのであれば X の既得の地位を害することにもなる。そこで、Z の訴訟行為の効力を Y に及ぼすための理論構成が問題となる。

(1) 裁判を Z に任せる旨の YZ 間のやり取りにより、Y の Z に対する訴訟委任があったといえる。では、顕名なき訴訟代理は認められるか、被告 Y になりすましている Z が顕名をしていないため問題となる。

ア. 顕名なき訴訟代理の場合、代理人が当事者本人として訴訟行為を行っているため、当事者本人が誰であるかが裁判所及び相手方に示されているといえるから、当事者本人を裁判所及び相手方に示すという顕名の趣旨が満たされる。また、法定代理の場合と異なり、訴訟代理人の氏名は訴状の必要的記載事項ではない(133 条 2 項 1 号後段対照)から、法は訴訟代理の要件として訴訟代理人の氏名の表示を要求していないといえる。そこで、顕名なき訴訟代理も認められると解する。

イ. したがって、Z が顕名をしていないことを理由に訴訟行為の効力が否定されることにはならない。

(2) 次に、地方裁判所に係属している本件訴訟について、弁護士でない Z が訴訟代理をしているため、弁護士代理の原則(54 条 1 項本文)に違反して Z が訴訟代理人として行った訴訟行為の効力が問題となる。

ア. 法律の素人である当事者本人の利益を確実に保護するという

同原則の趣旨に鑑み、同原則違反の訴訟行為は原則として無効と解すべきである。ただし、当事者本人が同原則違反を知っていた場合には、当事者本人が三百代言に丸め込まれ食い物にされていたときを除き、弁護士代理を受ける利益を当事者が放棄しているといえるから、当事者本人が無効を主張することはできないと解する。

イ. Yは、Zと幼馴染であり且つ同居しているのだから、Zが弁護士資格を有していないことを知っていたといえる。また、ZがYを食い物にするために詭弁を弄したという事情もない。

したがって、YはZの訴訟行為の無効を主張することができず、その結果、Zがした訴訟行為の効力はYに及ぶ。 以上

第7問

(事案)

1. Xは、法人格を取得していない団体であり、その構成員は、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。
2. 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。もっとも、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。
3. 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。
4. X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有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したいと考えているが、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。

(設問)

Xが提起したいと考えている訴えのうち、X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の適法性について論じなさい。

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。

(解説)

1. 出題の概要

第7問は、権利能力なき社団であるXが原告となって、その構成員であるAがXの代表者として総有権確認訴訟を提起する事案を通じて、任意的訴訟担当に関する理解を問う問題である。

令和4年予備試験設問1参考

2. 解答のポイント

(1) 明文なき任意的訴訟担当

任意的訴訟担当として、Xが構成員から訴訟追行権の授権を受けて原告となり、AがXの代表者として訴えを提起する方法が考えられる。権利能力なき社団であるXは私法上の権利義務の主体になることができないため、Xを実質的利益帰属主体とする原告適格を認めることはできないからである。そこで、明文なき任意的訴訟担当の許否が問題となる。

基礎応用55頁[論点8]、論証集33頁[論点9]

確かに、任意的訴訟担当については、民訴法上は、同法30条が一定の要件と形式のもとに選定当事者の制度を設けこれを許容しているのであるから、通常はこの手続によるべきである。

しかし、同条は、任意的訴訟担当が許容される原則的な場合を示すにとどまり、同条の手続による以外には任意的訴訟担当は許されないと解すべきではない。

そこで、弁護士代理の原則(54条1項本文)と訴訟信託の禁止(信託法10条)の趣旨が充実した訴訟追行を期待できない者の訴訟担当により被担当者の利益が害されることの防止(=司法手続の適正な機能の維持、三百代言等が被担当者を食いものにすることの防止)にあることから、任意的訴訟担当を一般に無制限に許容することはできないが、①本来の権利主体からの訴訟追行権の授与があることを前提として、②当該訴訟担当がこのような制限を回避・潜脱するおそれがなく、かつ、③これを認める合理的必要がある場合には許容されると解する(判例)。

(2) 参考判例

- ・昭和45年最判は、組合規約には業務執行組合員に訴訟追行を任せる旨の規定がなかった事案において、民法上の組合の業務執行組合員について、「組合規約に基づいて、…自己の名で組合財産を管理し、組合財産に関する訴訟を追行する権限が授与されている場合に、単に訴訟追行権のみが授与されたものではなく、実体上の管理権、対外的業務執行権とともに訴訟追行権が授与されている」として、原告側の任意的訴訟担当を肯定した。
- ・ソブリン債券管理会社事件判決は、非潜脱要件(②)と合理的必要性要件(③)から区別して①授権要件について提示・判断している。昭和45年最判では、②は、実体法上の管理権(及び組合の対外的業務執行権)とともに訴訟追行権が授与されていることから充足が認められ、③は、②の充足を踏まえて、特段の事情のない限り充足されるものとされている。ソブリン債券管

最判S45.11.11・百12

最判H28.6.2・百13

百13解説

理会社事件判決では、①と②の充足を認めた上で、③の判断では、本来の権利主体と訴訟担当者との間の利益相反関係の有無・程度も問題とされており、利益相反関係が具体的なものではなく抽象的なものにとどまることも理由として、③の充足が認められている。

(参考答案)

1. 任意的訴訟担当として、X が構成員から訴訟追行権の授権を受けて原告となり、A が X の代表者として訴えを提起する方法が考えられる。

権利能力なき社団である X は私法上の権利義務の主体になることができないため、X を実質的利益帰属主体とする原告適格を認めることはできないからである。

2. そこで、明文なき任意的訴訟担当の許否が問題となる。

(1) 選定当事者制度を定める 30 条は、任意的訴訟担当が許容される原則的な場合を示すにとどまる。そこで、弁護士代理の原則 (54 条 1 項本文) と訴訟信託の禁止 (信託法 10 条) の趣旨が充実した訴訟追行を期待できない者の訴訟担当により被担当者の利益が害されることの防止にあることに照らし、任意的訴訟担当を一般に無制限に許容することはできないが、①本来の権利主体からの訴訟追行権の授与があることを前提として、②当該訴訟担当がこのような制限を回避・潜脱するおそれがなく、かつ、③これを認める合理的必要がある場合には許容されると解する。

(2) 確かに、A は、X の代表者として、X の保有財産に関する管理権、対外的業務執行権まで有しているから、X の保有財産について構成員の利益を適切に代表できるだけの知識・経験を有する。したがって、A が X を代表する形での任意的訴訟担当は、②と③は満たすと考えられる。

しかし、任意的訴訟担当は被担当者からの訴訟追行権の授権に基づくものであるから、X による任意的訴訟担当では、X の構成員による甲土地の総有権確認訴訟についての訴訟追行権の授権が必要である (①)。

X の規約によると、「不動産等の重要財産を処分する」ことに当たる甲土地の総有権確認訴訟についての訴訟追行権の授権では、構成員の 3 分の 2 以上の特別多数の同意を要する。ところが、甲土地の総有権確認訴訟については、C のほか、C と関係が近い相当数の構成員による反対が予想されるため、構成員の 3 分の 2 以上の特別多数の同意を得ることは困難である。

したがって、前記 1 の方法は、①を欠くとして不適法となる可能性が高い。

以上

第 8 問

(事案)

Xは、Yに対して、1000万円の貸金債権（以下「甲債権」という。）を有しており、Yが弁済期が到来しても甲債権について弁済をしないため、Yの現在の財産状況を調査したところ、YはZに対して既に弁済期が到来している売掛金債権（以下「乙債権」という。）を有するほか、Yには見るべき資産がないことが判明した。

そこで、Xは、Yに代位して、乙債権の支払を求める訴えをZに対して提起した（以下、この訴えに係る訴訟を「本件訴訟」という。）。

(設問 1)

Yは、本件訴訟に係る訴状の送達を受けたZから問い合わせを受けて、本件訴訟が第一審に係属中であることを知った。Yは、甲債権については、Xから免除を受けたとしてその存在を争うとともに、乙債権については、自己に支払うようZに求めたいと考えている。

この場合、Yは、本件訴訟において、民事訴訟法上、どのような手段を採ることができるか、理由を付して述べなさい。

(設問 2)

裁判所は、審理の結果、甲債権は存在せず、乙債権は存在すると判断した場合、どのような判決をすべきか、Xが提起した本件訴訟に係る訴え及び設問 1 でYが採った手段のそれぞれについて説明しなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第8問は、債権者代位訴訟に関する理解を問う問題である

2. 解答のポイント

(1) 設問1

Yは、Xに対しては甲債権の不存在確認請求を、Zに対しては乙債権の給付請求をそれぞれ定立し、本件訴訟に権利主張参加の形態で独立当事者参加(民事訴訟法47条1項後段)することが考えられる。

ア. 原告適格

改正前民法下では、履行期前の裁判上の代位(改正前民法423条2項本文)が適法である場合には債務者に処分禁止効が生じる(非訟事件手続法88条3項)こととの均衡上、履行期後の裁判上の代位によらない債権者代位訴訟の場合であっても、債務者に対してその事実が通知されるか又は債務者がこれを了知したときには、債務者は被代位権利につき管理処分権を制限され、その結果、原告適格を失うと解されていた。

しかし、改正民法下では、債権者代位権が行使されても債務者の被代位権利についての管理処分権は制限されないと定められている(民法423条の5前段)ため、上記の改正前民法下の判例法理が変更されている。

そこで、債権者代位訴訟の係属中でも債務者は被代位権利について管理処分権を制限されず、原告適格を有すると解する。

したがって、本件訴訟の係属中でもYは乙債権について処分権限に基づく原告適格を有する。

イ. 権利主張参加の要件

訴訟の目的についての権利に関する三者間の法律関係を矛盾なく解決するという制度趣旨から、権利主張参加の要件である「訴訟の目的の全部又は一部が自己の権利であることを主張する」という要件は、本訴請求と参加人の請求とが論理的に両立し得ない関係にある場合に認められると解する。ここでいう非両立性は参加人の請求の趣旨の次元(請求認容判決の実現可能性を意味する。)で判断されるから、本案審理の結果、判決において本訴請求と参加人の請求とが両立することになっても構わない。

確かに、XとYの原告適格は両立する。しかし、Xが乙債権について直接請求をしている(民法423条の3前段)のであれば、Zがいずれか一方に弁済すれば他方の請求が認められなくなる(民法423条の3後段参照)から、Xの請求とYの請求は請求の趣旨の次元で論理的に両立しないといえる。したがって、Yは、「訴訟の目的の全部又は一部が自己の権利であることを主張する第三者」に当たる。

平成25年予備試験設問1(1)

参考

基礎応用42頁[論点2]、論証集21頁[論点2]

ウ. 重複起訴の禁止（142条）

本件訴訟と Y の請求とはいずれも乙債権を訴訟物とするものであるから審判対象の同一性があり、法定訴訟担当者である X が受けた判決の既判力が Y に拡張される（115条1項2号）ことから当事者の同一性もあるため、本件訴訟と Y の請求とは同一の「事件」である。

しかし、独立当事者参加では、本訴請求と参加人の請求とは併合審理が強制され（47条4項前段・40条）、三当事者間の法律関係が合一確定されるため、重複起訴禁止の趣旨である審判重複による不経済・既判力抵触のおそれ・被告の応訴の煩という弊害が生じないから、「更に訴えを提起」する場合に当たらず、重複起訴禁止（142条）に抵触しない。

エ. 結論

したがって、Y は（1）の手段を採ることができる。

（2）設問2

設問2では、債権者代位訴訟において裁判所が被代位権利は存在しないと判断した場合にいかなる判決を言い渡すべきかが問われている。もの問題は、債権者代位訴訟に代位債権者の原告適格の根拠をどのように理解するべきかに関わるものである。

第三者の訴訟担当者としての当事者適格は、訴訟物たる権利義務についての管理処分権によって基礎づけられている。そして、債権者代位権（民法423条）は、債権者に対して責任財産保全のために債務者の財産に対する実体法上の管理処分権を付与するものである。訴訟上は、この管理処分権を基礎として代位債権者に当事者適格が認められている。そこで、代位債権者には、債務者の責任財産について民法423条により付与された管理処分権を基礎とする法定訴訟担当者として、当事者適格が認められると解すべきである。そうすると、債権者代位訴訟において被代位権利が存在しないことは、代位債権者の原告適格が認められないことを意味する。

したがって、裁判所は、被保全債権である甲債権は存在しないとの理由から、X が当事者適格を欠くとして、本件訴訟を却下する判決をするべきである。他方で、裁判所は、Y の請求については、X に対する請求と Z に対する請求の双方を認容する判決をするべきである。

基礎応用 41 頁 [論点 1]、論
証集 21 頁 [論点 1]

(参考答案)

設問 1

1. Y は、X に対しては甲債権の不存在確認請求を、Z に対しては乙債権の給付請求をそれぞれ定立し、本件訴訟に権利主張参加の形態で独立当事者参加（民事訴訟法 47 条 1 項後段）することが考えられる。
2. 債権者代位訴訟が提起されても、債務者の被代位権利についての処分権限は制限されない（民法 423 条の 5 前段）から、本件訴訟の係属中でも Y は乙債権について処分権限に基づく原告適格を有する。
3. 訴訟の目的についての権利に関する三者間の法律関係を矛盾なく解決するという制度趣旨から、権利主張参加の要件である「訴訟の目的の全部又は一部が自己の権利であることを主張する」という要件は、本訴請求と参加人の請求とが論理的に両立し得ない関係にある場合に認められると解する。ここでいう非両立性は、請求の趣旨の次元で判断されると解すべきである。

確かに、X と Y の原告適格は両立する。しかし、X が乙債権について直接請求をしている（民法 423 条の 3 前段）のであれば、Z がいずれか一方に弁済すれば他方の請求が認められなくなる（民法 423 条の 3 後段参照）から、X の請求と Y の請求は請求の趣旨の次元で論理的に両立しないといえる。したがって、Y は、「訴訟の目的の全部又は一部が自己の権利であることを主張する第三者」に当たる。

4. 本件訴訟と Y の請求とはいずれも乙債権を訴訟物とするものであるから審判対象の同一性があり、法定訴訟担当者である X が受けた判決の既判力が Y に拡張される（115 条 1 項 2 号）ことから当事者の同一性もあるため、本件訴訟と Y の請求とは同一の「事件」である。しかし、独立当事者参加では、本訴請求と参加人の請求とは併合審理が強制され（47 条 4 項前段・40 条）、三当事者間の法律関係が合一確定されるため、重複起訴禁止の趣旨である審判重複による不経済・既判力抵触のおそれ・被告の応訴の煩という弊害が生じないから、「更に訴えを提起」する場合に当たらず、重複起訴禁止（142 条）に抵触しない。
5. したがって、Y は前記 1 の手段を採ることができる。

設問 2

1. 債権者代位権（民法 423 条）は、債権者に対して責任財産保全のために債務者の財産に対する実体法上の管理処分権を付与しており、訴訟上は、この管理処分権を基礎として代位債権者に当事者適格が認められている。そこで、代位債権者には、債務者の責任財産について民法 423 条により付与された管理処分権を基礎とする法定訴訟担当者として、当事者適格が認められると解する。

2. したがって、裁判所は、被保全債権である甲債権は存在しないとの理由から、X が当事者適格を欠くとして、本件訴訟を却下する判決をするべきである。他方で、裁判所は、Y の請求については、X に対する請求と Z に対する請求の双方を認容する判決をするべきである。

以上

第 9 問

(事案)

Xは、Yに対して、1000万円の貸金債権（以下「甲債権」という。）を有しており、Yが弁済期が到来しても甲債権について弁済をしないため、Yの現在の財産状況を調査したところ、YはZに対して既に弁済期が到来している売掛金債権（以下「乙債権」という。）を有するほか、Yには見るべき資産がないことが判明した。

そこで、Xは、Yに代位して、乙債権の支払を求める訴えをZに対して提起した（以下、この訴えに係る訴訟を「本件訴訟」という。）。

(設問)

Wは、Yに対して、既に弁済期が到来している1500万円の売掛金債権を有しており、Wの取引先から、本件訴訟が第一審に係属中であると知らされた。

そこで、Wは、Xが甲債権を有することを争う必要はないが、このままではXが乙債権の弁済による利益を独占し、自らが弁済を受ける機会を失ってしまうこととなるので、それを避けたいと考えるに至った。

この場合、Wは、本件訴訟において、民事訴訟法上、どのような手段を採ることができるか、理由を付して述べなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第9問は、債権者代位訴訟に他の債権者が当事者として参加する方法に関する理解を問う問題である。

平成25年予備試験設問2参考、平成23年司法試験設問2参考

2. 解答のポイント

債権者代位訴訟に他の債権者が当事者として参加する方法には、権利主張参加の形態による独立当事者参加(47条1項後段)と共同訴訟参加(52条)の2つが考えられる。

基礎応用44頁[論点3]、論証集24頁[論点3]

(1) 独立当事者参加

Wは、Zに対して乙債権の給付請求を定立することにより、本件訴訟に権利主張参加の形態で片面的に独立当事者参加(47条1項後段)することが考えられる。

ア. 片面的独立当事者参加の可否

47条1項は「訴訟の当事者の双方又は一方を相手方として」と定められているから、「訴訟の当事者の…一方」のみを相手方として請求を定立する片面的独立当事者参加も認められる。

したがって、Zによる独立当事者参加が片面的独立当事者参加である点は問題ない。

イ. 原告適格

改正前民法下では、履行期前の裁判上の代位(改正前423条2項本文)が適法である場合には債務者に処分禁止効が生じる(非訟事件手続法88条3項)こととの均衡上、履行期後の裁判上の代位によらない債権者代位訴訟の場合であっても、債務者に対してその事実が通知されるか又は債務者がこれを了知したときには、債務者は被代位権利につき管理処分権を制限され、その結果、原告適格を失うと解されており、そのことの反射的作用として他の債権者も被代位権利について管理処分権を制限され原告適格を失うに至ると解する余地があった。

しかし、改正民法下では、債権者代位権が行使されても債務者の被代位権利についての管理処分権は制限されないと定められている(新民法423条の5前段)ため、上記の判例法理が変更されている。

そうすると、債務者の管理処分権が制限されない以上、債務者の管理処分権が制限されることの反射的作用として他の債権者の管理処分権も制限されると解する余地はないといえる。

したがって、債権者代位訴訟が提起されても他の債権者は被代位権利についての原告適格を失わない。

よって、Wにも原告適格が認められる。

ウ. 権利主張参加の要件

第8問で解説した通り、「訴訟の目的の全部又は一部が自己の権利であることを主張する」という要件は、本訴請求と参加人の請求とが論理的に両立し得ない関係にある場合に認められる

ものであり、非両立性は請求の趣旨の次元で判断される。

確かに、XとWの原告適格は両立する。しかし、XとWのいずれかが直接請求をしている（民法423条の3前段）のであれば、両者は請求の趣旨の次元で両立しないから、Wは「訴訟の目的の全部又は一部が自己の権利であることを主張する第三者」に当たる。

エ. 重複起訴の禁止

本件訴訟とWの請求とはいずれも乙債権を訴訟物とするものであるから審判対象の同一性があり、後記2で詳述する通りXが受けた判決の既判力がYに拡張される（115条1項3号）ことを経由してZにも及ぶことから当事者の同一性もあるため、本件訴訟とWの請求とは同一の「事件」である。

しかし、独立当事者参加では、本訴請求と参加人の請求とは併合審理が強制され（47条4項前段・40条）、三当事者間の法律関係が合一確定されるため、重複起訴禁止の趣旨である審判重複による不経済・既判力抵触のおそれ・被告の応訴の煩という弊害が生じないから、「更に訴えを提起」する場合に当たらず、重複起訴禁止（142条）に抵触しない。

オ. 結論

したがって、Wは（1）の手段を採ることができる。

（2）共同訴訟参加

Wは、本件訴訟に共同訴訟参加（52条）することも考えられる。

前記（1）イの通り他の債権者にも債権者代位訴訟における原告適格が認められる。問題は、「訴訟の目的が当事者の一方及び第三者について合一にのみ確定すべき場合」に当たるかである。

「訴訟の目的が当事者の一方及び第三者について合一にのみ確定すべき場合」とは、第三者が訴訟参加した場合における当該訴訟が必要的共同訴訟であることを意味するところ、原告側の類似必要的共同訴訟は判決効の拡張が認められることを要件とする。

ある債権者が提起した債権者代位訴訟とは別に他の債権者が債権者代位訴訟を提起し、先行する債権者代位訴訟において先に判決が確定した場合に、その判決の既判力が他の債権者に及ばないと解すると、各債権者代位訴訟において同じ訴訟物について矛盾する判決が確定するおそれがある。そうすると、2つの矛盾する確定判決の既判力が債務者に拡張される（115条1項2号）ことにより、既判力の矛盾抵触が生じる。そこで、このような事態を回避するために、債権者代位訴訟において先に確定した判決の既判力は、それが拡張される債務者を經由して、他の債権者にも反射的に及ぶと解すべきである。

したがって、Xが受けた判決がWにも拡張される関係があるため、上記要件を満たすから、共同訴訟参加も認められる。

(参考答案)

1. 独立当事者参加

W は、Z に対して乙債権の給付請求を定立することにより、本件訴訟に権利主張参加の形態で片面的に独立当事者参加(47条1項後段)することが考えられる。

(1) 47条1項では「訴訟の当事者の双方又は一方を相手方として」と定められているから、「訴訟の当事者の…一方」のみを相手方として請求を定立する片面的独立当事者参加も認められる。

したがって、Z による独立当事者参加が片面的独立当事者参加である点は問題ない。

(2) 債権者代位訴訟が提起されても、債務者の被代位権利についての処分権限は制限されない(民法423条の5前段)。そうすると、債務者の処分権限が制限されない以上、債務者の処分権限が制限されることの反射的作用として他の債権者の処分権限も制限されると解する余地もない。

したがって、W にも原告適格が認められる。

(3) 訴訟の目的についての権利に関する三者間の法律関係を矛盾なく解決するという制度趣旨から、権利主張参加の要件である「訴訟の目的の全部又は一部が自己の権利であることを主張する」という要件は、本訴請求と参加人の請求とが論理的に両立し得ない関係にある場合に認められると解する。ここでいう非両立性は、請求の趣旨の次元で判断されると解すべきである。

確かに、X と W の原告適格は両立する。しかし、X と W のいずれかが直接請求をしている(民法423条の3前段)のであれば、両者は請求の趣旨の次元で両立しないから、W は「訴訟の目的の全部又は一部が自己の権利であることを主張する第三者」に当たる。

(4) 本件訴訟と W の請求とはいずれも乙債権を訴訟物とするものであるから審判対象の同一性があり、後記2で詳述する通り X が受けた判決の既判力が Y に拡張される(115条1項3号)ことを經由して Z にも及ぶことから当事者の同一性もあるため、本件訴訟と W の請求とは同一の「事件」である。しかし、独立当事者参加では、本訴請求と参加人の請求とは併合審理が強制され(47条4項前段・40条)、三当事者間の法律関係が合一確定されるため、重複起訴禁止の趣旨である審判重複による不経済・既判力抵触のおそれ・被告の応訴の煩という弊害が生じないから、「更に訴えを提起」する場合に当たらず、重複起訴禁止(142条)に抵触しない。

(5) したがって、W は上記1の手段を採ることができる。

2. 共同訴訟参加

W は、本件訴訟に共同訴訟参加(52条)することも考えられる。

(1) 「訴訟の目的が当事者の一方及び第三者について合一にのみ確定すべき場合」とは、第三者が訴訟参加した場合における当該訴訟

が必要的共同訴訟であることを意味する。そして、原告側の類似
必要的共同訴訟は、判決効の拡張が認められることを要件とする。

複数の債権者代位訴訟における異なる内容の判決の既判力が債
務者に拡張される（115条1項2号）ことにより既判力の矛盾抵
触が生じる事態を避けるために、債権者代位訴訟において先に確
定した判決の既判力は、それが拡張される債務者を經由して、他
の債権者にも反射的に及ぶと解する。

したがって、Xが受けた判決がWにも拡張される関係があるた
め、(1)の要件を満たす。

(2) Wには原告適格もあるから、前記2の手段も採ることができる。

以上

第 10 問

(事案)

Aは、甲土地を所有していたところ、甲土地を友人であるBに遺贈し、遺言執行者としてCを指定する旨の遺言（以下「本件遺言」という。）をし、死亡した。

その後、Bは、甲土地につき、遺言執行者Cとともに遺贈を原因とする所有権移転登記手続の申請をし、上記登記が経由された。

Aの子であるDは、本件遺言はAが意思能力を欠いた状態でされたものであり無効であると主張し、Cを被告として、上記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。

(設問)

Dの訴えは、「相続人は遺言執行者を被告として、遺言の無効を主張し、相続財産について自己が持分権を有することの確認を求める訴を提起することができるのである。」と述べる最高裁判決（最高裁判所昭和51年7月19日第二小法廷判決・民集30巻7号706頁）の趣旨に従ったものであると考えられる。

上記の最高裁判決も踏まえながら、Dの訴えの被告適格が受遺者Bと遺言執行者Cのどちらにあるのかについて、論じなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第10問は、遺言執行者の当事者適格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) 遺言執行者の訴訟法上の地位 (当事者適格の根拠)

遺言執行者は、遺言の執行という任務に基づき、「遺言の内容を実現するため」に、「遺言の執行に必要」とされる範囲で遺贈目的物について管理処分権を有し (民法 1012 条 1 項)、その反面、相続人は遺贈目的物の管理処分権を失う (民法 1013 条 1 項)。

したがって、遺言執行者は、「遺言の内容を実現するため」に法律上付与された遺贈目的物についての管理処分権に基づき、法定訴訟担当者として当事者適格を有する (判例)。

(2) 遺言執行者が遺贈の目的不動産について遺贈を原因とする所有権移転登記手続を申請し、その旨の登記が完了した後に、相続人が遺言の無効を主張して上記所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴訟を提起する場合における被告適格

昭和 51 年最判は、「遺言の執行につき遺言執行者がある場合においては、特定不動産の遺贈を受けた者であると、包括受遺者であるとを問わず、受遺者がその遺言の執行として目的不動産の所有権移転登記手続を求める訴の被告としての適格を有する者は、遺言執行者に限られると解するのが相当である」として、遺言無効確認の訴えについて遺言執行者に法定訴訟担当者として被告適格を認めている。これは、遺言無効が確認されると遺贈目的物の権利を受遺者に移転することができなくなるため、遺言無効の確認を妨げることも、「遺言の内容を実現するため」の「遺言の執行」の一環として遺言執行者に管理処分権が認められる場面といえるからであると考えられる。

これに対し、本問では、遺言の執行として受遺者に対する所有権移転登記がされているから、「遺言の内容」が「実現」されており、「遺言の執行」が完了している。

そうすると、「遺言の内容を実現するため」に「遺言の執行」について遺言執行者に付与されていた甲土地の管理処分権は、遺言執行者 C から受遺者 B に移動する。

したがって、D の訴えについては、受遺者 B に被告適格があり、遺言執行者 C には被告適格がない。

平成 25 年司法試験設問 2 参考

基礎応用 52 頁 [論点 6] (論証 1)、論証集 32 頁 [論点 6] (論証 1)

基礎応用 52 頁 [論点 6] (論証 4)、論証集 32 頁 [論点 6] (論証 4)

最判 S51.7.19・百 11

(参考答案)

1. 遺言執行者は、遺言の執行という任務に基づき、「遺言の内容を実現するため」に、「遺言の執行に必要」とされる範囲で遺贈目的物について管理処分権を有し（民法 1012 条 1 項）、その反面、相続人は遺贈目的物の管理処分権を失う（民法 1013 条 1 項）。

したがって、遺言執行者は、「遺言の内容を実現するため」に法律上付与された遺贈目的物についての管理処分権に基づき、法定訴訟担当者として当事者適格を有する。

2. 最高裁昭和 51 年判決は、遺言無効確認の訴えについて遺言執行者に法定訴訟担当者として被告適格を認めている。これは、遺言無効が確認されると遺贈目的物の権利を受遺者に移転することができなくなるため、遺言無効の確認を妨げることも、「遺言の内容を実現するため」の「遺言の執行」の一環として遺言執行者に管理処分権が認められる場面といえるからであると考えられる。

これに対し、本問では、遺言の執行として受遺者に対する所有権移転登記がされているから、「遺言の内容」が「実現」されており、「遺言の執行」が完了している。

そうすると、「遺言の内容を実現するため」に「遺言の執行」について遺言執行者に付与されていた甲土地の管理処分権は、遺言執行者 C から受遺者 B に移動する。

したがって、D の訴えについては、受遺者 B に被告適格があり、遺言執行者 C には被告適格がない。 以上

第 11 問

(事案)

弁護士 Z は、和解権限を含む訴訟代理権を Y から付与され、Y の訴訟代理人として、X の Y に対する貸金返還請求訴訟に関与している者である。

Z は、X の立ち合いがないまま、X との間で、債務の弁済期を延期するとともに、債務の弁済を分割払いとし、その代わりに、担保として、Y が所有する甲土地に抵当権を設定することを内容の訴訟上の和解をした（以下「本件和解」という。）。

(設問)

本件和解が Z の権限の範囲内で締結された有効なものであるかについて、論じなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第11問は、訴訟上の代理人の和解権限の範囲に関する理解を問う問題である

2. 解答のポイント

訴訟代理人の権限は、当然には訴訟上の和解にまで及ぶものではなく、訴訟代理人が訴訟上の和解をするためには特別授権が必要である(55条2項)。

Zは、XのYに対する貸金返還請求について、和解権限を含む訴訟代理権をYから付与されているため、和解権限を有する。

問題は、本件和解がZの和解権限の範囲内で締結されたものといえるかである。

55条2項2号が訴訟上の和解について特別授権を必要としているのは、和解内容に訴訟物以外の事項も取り込むことができるため、訴訟物に対する本案判決と異なり、本人が予期しない不利益を被るおそれがあるからである。そして、訴訟上の和解は私法上の和解契約の性質も併有するものであるところ、和解契約は有償双務契約であるから、当事者双方の譲歩は対価関係に立つべきものである。そこで、訴訟上の和解権限とは、相手方当事者の譲歩との間で対価性を有する譲歩をする権限であると解する。

昭和38年最判は、貸金返還請求訴訟において、被告側の訴訟人が原告との間で債務の弁済期を延期するとともに、債務の弁済を分割払いとし、その代わりに、担保として、被告所有不動産に抵当権を設定することを内容とする訴訟上の和解をしたという本問と同様の事案において、「…弁済期日を延期し、かつ分割払いとするかわりに、その担保としてX所有の不動産について、Yのために抵当権の設定がなされたものであって、このような抵当権の設定は、訴訟物に関する互譲の一方法としてなされたものであることをうかがえるのである。しからば、…弁護士Cが受権された和解の代理権限のうちに右抵当権設定契約をなす権限も包含されていたものと解するのが相当である。」と判示している。

本判決も参考にして検討するに、仮に貸金債務の弁済期の延期や分割払いについて合意することなく給付判決が下され、それが確定した場合には、Xがその給付判決を債務名義としてY所有の甲土地に対して強制執行をする(民事執行法22条1号)ことによりYは甲土地の所有権を失うことになるから、この意味において、弁済期の延期及び分割払いと甲土地に対する抵当権設定との間には対価関係があるといえる。

したがって、本件和解はZの和解権限の範囲内で締結されたものであり、有効である。

平成26年司法試験設問2参考

基礎応用64頁[論点2]、論証集38頁[論点2]

最判S38.2.21・百17

(参考答案)

1. 訴訟代理人の権限は、当然には訴訟上の和解にまで及ぶものではなく、訴訟代理人が訴訟上の和解をするためには特別授権が必要である(民事訴訟法 55 条 2 項)。

Z は、X の Y に対する貸金返還請求について、和解権限を含む訴訟代理権を Y から付与されているため、和解権限を有する。

2. では、本件和解は Z の和解権限の範囲内で締結されたものといえるか。

(1) 55 条 2 項 2 号が訴訟上の和解について特別授権を必要としているのは、和解内容に訴訟物以外の事項も取り込むことができるため、訴訟物に対する本案判決と異なり、本人が予期しない不利益を被るおそれがあるからである。そして、訴訟上の和解は私法上の和解契約の性質も併有するものであるところ、和解契約は有償双務契約であるから、当事者双方の譲歩は対価関係に立つべきものである。そこで、訴訟上の和解権限とは、相手方当事者の譲歩との間で対価性を有する譲歩をする権限であると解する。

(2) 仮に貸金債務の弁済期の延期や分割払いについて合意することなく給付判決が下され、それが確定した場合には、X はその給付判決を債務名義として Y 所有の甲土地に対して強制執行をすることができるから(民事執行法 22 条 1 号)、Y は甲土地の所有権を失うことになる。そうすると、弁済期の延期及び分割払いと甲土地に対する抵当権設定との間には、対価関係があるといえる。

したがって、本件和解は Z の和解権限の範囲内で締結されたものであり、有効である。 以上

第 1 2 問

(事案)

Xは、株式会社であるY社に対して弁済期が到来している1億円の売掛債権を有しており、Y社の代表取締役として登記されていたAを代表者と記載した訴状を裁判所に提出することにより、Y社に対して1億円の売掛債権の支払を求める訴えを提起した(以下「本件訴訟」という。)

Aは、Y社の代表者として、第1回口頭弁論期日から本件訴訟において答弁をはじめとする訴訟活動を行っており、その後、和解期日において、X及びAが出頭し、XとY社との間で訴訟上の和解が成立した。

ところが、Aは、Y社の代表取締役として登記されているものの、訴状が送達される1年近く前に取締役を解任されていて代表者の地位にないことが判明した。

(設問)

最高裁判所昭和45年12月15日第三小法廷判決(民集24巻13号2072頁)は、登記上代表取締役であったが実際には代表取締役ではなかった者を被告会社の代表者として訴えが提起された事案において、一般論として、「民法109条および商法262条の規定は、いずれも取引の相手方を保護し、取引の安全を図るために設けられた規定であるから、取引行為と異なる訴訟手続において会社を代表する権限を有する者を定めるにあたっては適用されないものと解するを相当とする。」と述べ、訴訟手続において会社の代表者を定めるに当たって表見法理の適用はないとの見解を採用している。

また、上記の判例を支持する学説は、その理由として、手続の不安定を招くという点も挙げている。

本件のように訴訟上の和解が成立した事案においては、民法や商法の表見法理を適用することを否定する理由として、取引行為と訴訟手続の違いや、手続の不安定を招くといった点を持ち出すことに果たして説得力があるかということ踏まえ、本件和解の訴訟法上の効力を維持する方向で立論しなさい。また、解答に当たっては、訴訟上の和解には、私法上の契約とそれを裁判所に対して陳述するという両面があり、仮に訴訟行為としての和解の効力が否定されるとして、私法上何の効果も生じないことになるのかといった点にも言及すること。

(解説)

1. 出題の概要

訴訟手続における表見法理の適用の可否について、判例の射程も踏まえながら検討させる応用問題である。

平成 26 年司法試験設問 1 参
考

2. 解答のポイント

訴訟行為における私法上の表見法規（商法 14 条、会社法 13 条、会社法 354 条、民法 109 条）の類推適用については、昭和 45 年最判は、登記上代表取締役であったが実際には代表取締役ではなかった者を被告会社の代表者として提起された訴えの適法性が問題となった事案において、「民法 109 条および商法 262 条の規定は、いずれも取引の相手方を保護し、取引の安全を図るために設けられた規定であるから、取引行為と異なる訴訟手続において会社を代表する権限を有する者を定めるにあたっては適用されないものと解するを相当とする。この理は、同様に取引の相手方保護を図った規定である商法 42 条 1 項が、その本文において表見支配人のした取引行為について一定の効果を認めながらも、その但書において表見支配人のした訴訟上の行為について右本文の規定の適用を除外していることから考えても明らかである。」と述べて、否定説に立っている。本判決は、①訴訟行為には、取引行為と異なり取引安全の要請が働かないのが通常であるから、信頼保護を通じて取引安全を図るという表見法理の趣旨が妥当しないことを理由として挙げている。

基礎応用 66 頁 [論点 4]、論
証集 39 頁 [論点 4]、最判
S45.12.15・百 16

判例を支持する学説は、②訴訟行為への表見法理の適用には手続の不安定化のおそれに伴うことをも理由に挙げる。すなわち、訴訟手続では、先行する訴訟行為を前提として複数の訴訟行為が階層的に積み重ねられていくから、積み重ねられた複数の訴訟行為の一つひとつについて主観的事情によりその効力が左右されることになること、どこからどこまでの訴訟行為が有効又は無効であるのかが不明確となり、それゆえに手続が不安定になるのである。

本問では、「本件のように訴訟上の和解が成立した事案においては、民法や商法の表見法理を適用することを否定する理由として、取引行為と訴訟手続の違いや、手続の不安定を招くといった点を持ち出すことに果たして説得力があるかということ踏まえ、本件和解の訴訟法上の効力を維持する方向で立論しなさい。」という設問の指示に従い、訴訟上の和解という性質を踏まえながら、否定説の論拠である①と②が妥当しないことを論じることになる。

さらに、否定説の論拠が妥当しないだけでは類推適用を当然に肯定できるわけではないから、設問では、類推適用を肯定すべき積極的な根拠として、「訴訟上の和解には、私法上の契約とそれを裁判所に対して陳述するという両面があり、仮に訴訟行為としての和解の効力が否定されるとして、私法上何の効果も生じないことになるのかといった点にも言及すること。」も求められているのである。

(参考答案)

1. 否定説の論拠に説得力がないこと

(1) 昭和 45 年最判は、取引行為と訴訟手続の違いを理由として、訴訟手続に表見法理を適用することを否定する。これは、表見法理は取引安全を趣旨とするものであるため、訴訟手続にはその趣旨が及ばないという考えに基づく。

しかし、訴訟上の和解には、当事者双方が訴訟物又はそれに付随する権利関係について互いに譲歩するというギブ・アンド・テイクの側面があるから、取引的性質がある。

したがって、訴訟上の和解には、他の訴訟行為と異なり取引安全の要請が働くから、これに対する表見法理の適用を否定するために取引行為と訴訟手続との違いを理由とすることには、説得力がない。

(2) 判例法理を支持する理由として、手続の不安定を招くということが挙げられる。すなわち、訴訟手続では、先行する訴訟行為を前提として複数の訴訟行為が階層的に積み重ねられていくから、昭和 45 年最判のように訴状送達から判決段階まで積み重ねられた複数の訴訟行為の一つひとつについて主観的事情によりその効力が左右されることになると、どこからどこまでの訴訟行為が有効又は無効であるのかが不明確となり、それゆえに手続が不安定になるというのである。

しかし、訴訟上の和解では、一回的行為であることに加え、これにより訴訟が終了するのだから、複数の訴訟行為の一つひとつについて主観的事情によりその効力が左右されるという事態にはならない。

したがって、手続の不安定も理由として説得力がない。

2. 和解の私法上の効力とその問題点

訴訟上の和解には、私法上の和解契約とその内容を裁判所に陳述するという訴訟行為としての性質が併存している。

そうすると、訴訟上の和解について表見法理の適用を否定した場合、訴訟行為としては無効である一方で、私法上の和解契約としては表見法理の適用により有効となる場合がある。

そして、訴訟上の和解をする当事者としては、訴訟終了効による訴訟追行の負担からの解放や、和解調書の既判力・執行力（民事訴訟法 267 条、同法 114 条、民事執行法 22 条 7 号）も視野に入れて互譲の内容を取り決めるものである。

そうすると、和解が訴訟上は無効である一方で私法上は有効であるとなると、原告が和解契約上の義務の履行を確保するために再訴提起の負担を強いられる一方で、被告が和解契約上の義務の履行を先延ばしすることができることとなり、互譲をした前提が大きく覆される事態となる。

このような不合理な事態を回避するためには、訴訟上の和解につ

いては表見法理を適用すべきである。

3. したがって、訴訟上の和解には表見法理が適用される。

以上

第 13 問

(事案)

Xは、Yに対し、贈与契約に基づく浮世絵版画（以下「本件絵画」という。）の引渡しを求める訴えを提起した（以下、この訴えに係る訴訟を「本件訴訟」という。）。

本件訴訟において、Yは、「Xに本件絵画を300万円で売却したのであり、贈与などしていない。」と主張した。

これに対し、Xは、「本件絵画はYから贈与を受けたのである。仮にYとの取引が売買であるとしても、その額は200万円に過ぎない。」と主張した。

(設問)

裁判所は「YはXから200万円の支払を受けるのと引換えに、Xに対し、本件絵画を引き渡せ。」との判決をすることができるかについて、論じなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第13問は、贈与契約に基づく目的物引渡請求訴訟において裁判所が原告被告間の契約は贈与契約ではなく売買契約であると認定した上で、「YはXから200万円の支払を受けるのと引換えに、Xに対し、本件絵画を引き渡せ。」との引換給付判決を言い渡そうとしている事案において、訴訟物論争（新訴訟物理論対旧訴訟物理論）と弁論主義に関する理解を問う問題である。

平成29年司法試験設問2(1)

参考

2. 解答のポイント

(1) 処分権主義

処分権主義のもと、裁判所は原告により設定された訴訟物とは異なる訴訟物について判決することはできない(246条)。

基礎応用 67頁 [論点1]、論

証集 41頁 [論点1]

紛争の一次的解決を理由として、訴訟物について、ある給付を求める地位自体というように広く捉える新訴訟物理論がある。この見解からは、本件訴訟の訴訟物は本件絵画の引渡請求権であり、引渡請求権の発生根拠が贈与なのか売買なのかは請求原因の違いにすぎないから、「YはXから200万円の支払を受けるのと引換えに、Xに対し、本件絵画を引き渡せ。」との引換給付判決をすることは、処分権主義に違反しない。

しかし、当事者の手続保障及び審判対象の明確化の要請からすれば、訴訟物について、実体法上の請求権ごとに分断して捉える旧訴訟物理論によるべきである。この見解からは、贈与契約に基づく目的物引渡請求権と売買契約に基づく目的物引渡請求権とは異なる訴訟物となる。

そして、原告が訴えの変更(143条)により本件訴訟の訴訟物として売買契約に基づく引渡請求権を追加しない限り、本件訴訟の訴訟物は贈与契約に基づく引渡請求権だけであるから、引換給付判決をすることは、原告Xにより申し立てられていない売買契約に基づく引渡請求権に対して判決をするものとして、処分権主義に違反する。

(2) 弁論主義

仮にXによる訴えの変更により訴訟物として売買契約に基づく引換請求権が追加されている場合であっても、XY間の契約が売買契約であることを前提として代金200万円の支払と引き換えに本件絵画を引き渡すことを命じる引換給付判決を言い渡すには、当事者によって、売買契約に基づく目的物引換請求の請求原因事実(XY間における本件絵画に関する売買契約の締結)が主張されるとともに、と同時履行の抗弁の権利主張がなされていることが必要である。そして、同時履行の抗弁権は権利抗弁であるから、権利を行使する旨の意思表示が権利主体によってなされなければ裁判所がこれを判決の基礎とすることができないという意味で、主張共通の原則の例外をなす。

基礎応用 160頁 [論点12]、

論証集 84頁 [論点12]

本問において、売買契約締結の事実は当事者によって主張されているが、Y による権利主張があったとは認められない。したがって、引換給付判決をすることは弁論主義にも違反する。

(参考答案)

1. 処分権主義

(1) 処分権主義のもと、裁判所は原告により設定された訴訟物とは異なる訴訟物について判決することはできない(民事訴訟法 246 条)。

(2) 紛争の一回的解決を理由として、訴訟物について、ある給付を求める地位自体というように広く捉える新訴訟物理論がある。この見解からは、本件訴訟の訴訟物は本件絵画の引渡請求権であり、引渡請求権の発生根拠が贈与なのか売買なのかは請求原因の違いにすぎないから、「Y は X から 200 万円の支払を受けるのと引換えに、X に対し、本件絵画を引き渡せ。」との引換給付判決をすることは、処分権主義に違反しない。

しかし、当事者の手続保障及び審判対象の明確化の要請からすれば、訴訟物について、実体法上の請求権ごとに分断して捉える旧訴訟物理論によるべきである。この見解からは、贈与契約に基づく目物引渡請求権と売買契約に基づく目的物引渡請求権とは異なる訴訟物となる。

そして、原告が訴えの変更(143 条)により本件訴訟の訴訟物として売買契約に基づく引渡請求権を追加しない限り、本件訴訟の訴訟物は贈与契約に基づく引渡請求権だけであるから、引換給付判決をすることは、原告 X により申し立てられていない売買契約に基づく引渡請求権に対して判決をするものとして、処分権主義に違反する。

2. 弁論主義

(1) 一般的に、民事訴訟において、裁判の基礎となる資料の収集を当事者の責任とする弁論主義が妥当する。弁論主義の一環として、裁判所は当事者によって主張されていない事実を判決の基礎とすることができず、ここでいう事実には少なくとも主要事実が含まれる。

そして、権利抗弁は、権利を行使する旨の意思表示が権利主体によってなされなければ裁判所がこれを判決の基礎とすることができないという意味で主張共通の原則の例外をなす。

(2) 同時履行の抗弁権は権利抗弁に当たると解される。そうすると、引換給付判決をするには、弁論主義との関係で、売買契約の締結の事実が当事者から主張されていることと、被告 Y によって権利主張がなされていることの 2 点が必要である。

本問において、売買契約締結の事実は当事者によって主張されているが、Y による権利主張があったとは認められない。したがって、引換給付判決をすることは弁論主義にも違反する。 以上

参考文献

- ・「重点講義 民事訴訟法(上)」第2版補訂版(著:高橋宏志-有斐閣)
- ・「重点講義 民事訴訟法(下)」第2版補訂版(著:高橋宏志-有斐閣)
- ・「民事訴訟法概論」初版(著:高橋宏志-有斐閣)
- ・「読解 民事訴訟法」初版(著:勅使川原和彦-有斐閣)
- ・「基礎からわかる民事訴訟法」第2版(著:和田吉弘-商事法務)
- ・「新民事訴訟法講義」第3版(著:中野貞一郎ほか-有斐閣大学双書)
- ・「新民事訴訟法」第6版(著:新堂幸司-弘文堂)
- ・「民事訴訟法」第7版(著:上田徹一郎-法学書院)
- ・「民事訴訟法」第8版(著:伊藤眞-有斐閣)
- ・「リーガルクエスト民事訴訟法」第4版(著:三木浩一ほか-有斐閣)
- ・「解析 民事訴訟」第2版(著:藤田広美-東京大学出版会)
- ・「講義 民事訴訟」第3版(著:藤田広美-東京大学出版会)
- ・「要件事実論30講」第4版(編著:村田渉・山野目章夫-弘文堂)
- ・「紛争類型別の要件事実」4訂(法曹会)
- ・「新問題研究 要件事実」(法曹界)
- ・「民事訴訟法講義案」3訂版(司法協会)
- ・「民事訴訟法判例百選」第6版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年度～令和4年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2023(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)
- ・「法学教室」2006Apr.NO.307(有斐閣)
- ・「事例で考える民事実認定」(司法研修所)
- ・「民事執行・保全法概説」第3版(著:中野貞一郎-有斐閣)