

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は通謀している場合、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は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(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二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の訴訟迫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。

- (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るか。

- (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、頭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 が頭名をしていないため問題となる。

ア. 頭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頭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、頭名なき訴訟代理も認められると解する。

イ. したがって、Z が頭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