



体験受講用
見本

2015年合格目標

弱点克服講座

《民訴・民執・民保・供託・書士法》

<テキスト>

《無断転載・複製を禁じます》

※講義内で参照する、別教材「図表集」の該当部分も、あわせて掲載しておりますので、適宜、ご参照ください。

TAC司法書士講座

第1編 民事訴訟法

序論／民事訴訟法、民事執行法、民事保全法

1 民事訴訟法／民事紛争の解決手段

(1) 民事紛争と民事訴訟

私人間の生活関係に関する争いごとを民事紛争と呼ぶ。国家は、民事紛争を放置することはできず、社会秩序を維持していかなければならない。そのためには、強制力をもってでも紛争を解決する制度を用意する必要がある。

この要請に応える制度が民事訴訟であり、民事訴訟についての一般法が民事訴訟法である。民事訴訟の運営に当たる国家機関が裁判所である。

(2) 民事訴訟の特質

民事訴訟は、相手方の態度如何に関わらず、国家権力をもって、民事紛争を強制的に解決する制度である。そこでは、論理学上の三段論法の手法が用いられる。すなわち、抽象的な法規を大前提とし、裁判所の認定した具体的事実を小前提として、その法規の定める法律効果の存否を結論として導き出す手法（「法的三段論法」）が用いられる。

金銭支払請求事件のような給付訴訟において、原告の請求が認められたときは、給付判決が出され、2の民事執行につながる（給付判決は「債務名義」の代表）。

(3) 民事訴訟以外の紛争解決手段

民事訴訟は、民事紛争を解決するための唯一かつ最善の手段であるわけではない。ほかに、民法上の和解、公正証書の作成、起訴前の和解、督促手続、民事調停、家事調停及び仲裁手続等がある。

2 民事執行法／権利実現の手続

債務名義によって公証された給付請求権を、国家権力をもって、強制的に実現する手続を民事執行といい、民事執行についての一般法が民事執行法である。

3 民事保全法／権利保全の手続

債務者の資力が乏しかったり、債務者が財産隠しを図るような場合に、主に将来の強制執行が奏功するよう、とりあえず債務者の財産処分権を奪う等により、現状を保全する手続を民事保全といい、民事保全についての一般法が民事保全法である。

〔一般（金銭）債権の保全、確定、実現〕

第1章 訴訟の主体

第1節 裁判所

1 裁判所の意義

裁判官、裁判所書記官、執行官等の職員で構成される官庁を指すこともあるが、狭義では事件の審理裁判をするため1人または数人の裁判官で構成される裁判機関をいう。特定の事件が判決手続として過去に係属した、現在係属中のあるいは将来係属すべき裁判所を「受訴裁判所」という。

現憲法下では、最高裁判所、高等裁判所、地方裁判所、家庭裁判所及び簡易裁判所の5種類の裁判所がある。なお、家裁は、家事事件や少年保護事件の審判等のほか、離婚や認知訴訟等の人事訴訟の第一審の裁判を管轄する(裁判所§31の3-I)。

2 裁判所の構成

(1) 合議制と単独制

裁判所が複数の裁判官で構成される場合を合議制、1人の裁判官で構成される場合を単独制という。最高裁及び高裁は合議制(裁判所§9、同§18)を、簡裁は単独制をとる(同§35)。地裁及び家裁は原則として単独制であるが、合議制で裁判をする場合がある(同§26、同§31の4)。

(2) 裁判長

合議制の裁判所では、構成員の1人が裁判長となり、他は陪席裁判官となる。判決その他の重要事項についての裁判は裁判官の評議に基づいてされるが、特に裁判長の権限とされている事項がある。裁判長の権限の主要例は以下のとおり。なお、単独制の裁判所にあつては、当の裁判官が裁判長の権限をも合わせ行なう。

ア 特別代理人の選任(§35-I)

イ 口頭弁論期日の指定(§93-I、§139、規§60-I本文)

ウ 口頭弁論の指揮(§148-I)

エ 訴状の審査権(§137-I、II)

(3) 受命・受託裁判官

合議制の裁判所は、法定の事項の処理(§89、§195柱書等)をその構成員の一部に委任できる。委任を受けた裁判官を受命裁判官という。その指名は裁判長がする(規§31-I)。受訴裁判所が他の裁判所に一定の事項の処理を嘱託した場合に、その処理に当たる裁判官を、嘱託した受訴裁判所との関係で受託裁判官と呼ぶ。

3 裁判官の除斥・忌避・回避

具体的事件において、担当裁判官が事件と特殊な関係にあるために裁判の公正が期待できない場合、その裁判官を職務執行から排除する必要がある。このために、除斥、忌避及び回避の制度が設けられている。

(1) 裁判官の除斥

法定の除斥原因(§23-I)が存在することにより、法律上当然に職務執行から排除

される場合である。除斥原因があれば、当事者または当の裁判官がその存在を知っているかどうかを問わずその事件の一切の職務を行なえない。

除斥原因がある場合、裁判所は申立てまたは職権で除斥の裁判をする(同一Ⅱ)が、この裁判は確認的なものである。なお、除斥の申立てがあれば、その裁判があるまで訴訟手続を停止するが、要急行為(仮差押え、仮処分、証拠保全等)はできる(§ 26)。

(2) 裁判官の忌避

除斥原因に直接該当しなくても、裁判官が不公平な裁判をするおそれがある場合に、その裁判官を職務執行から排除すること(§ 24-I)。忌避の裁判は申立てに基づいてされるが、この申立ては忌避の原因を知って裁判官の面前で弁論しまたは弁論準備手続で申述した後はできない(同一Ⅱ)。除斥の場合と同様、要急行為はできる(§ 26)。

(3) 裁判官の回避

裁判官が除斥または忌避の事由がある場合に、監督権を有する裁判所の許可を得て、職務執行から自発的に退くこと(規 § 12)。

4 事物管轄

(1) 意義

第一審訴訟を、地裁と簡裁のいずれに分担させるかの定め。訴額140万円以下の事件は簡裁(裁判所 § 33-I ①)、それ以外は地裁の管轄とされる(同 § 24-①)。なお、不動産関係事件は140万円以下であっても地裁にも管轄がある(同 § 24-①)。

(2) 訴額の算定

訴額は、訴えによって主張する利益により算定する(§ 8-I)。訴額とは、原告が全部勝訴した場合に得られる経済的利益を金銭で評価した額。訴額を算定できないときまたはこれが極めて困難なときは、140万円を超えるものとみなされる(§ 8-II)。

(3) 併合請求事件の訴額

合算する(§ 9-I 本文)。例えば、100万円の貸金の返還と50万円の売買代金の支払いとを1個の訴訟で請求する場合、訴額は150万円となる。

これに対し、利息等を附帯請求として請求する場合、それらの額は訴額には算入しない(同一Ⅱ)。つまり、訴額は主請求たる元本の額のみで定まる。

〔民事訴訟の審級図〕

5 土地管轄

(1) 意義

同種の裁判所間で、ある事件をどこの土地の裁判所が管轄するか定め。各裁判所の地域的な管轄区域は法律で定められている。この管轄区域と人的物的に関係のある事件につきその裁判所が管轄権を有することになる。

(2) 裁判籍

土地管轄の発生原因となるその関係地点を裁判籍と呼ぶ。土地管轄は、事件の裁判籍がどこの裁判所の管轄区域内にあるかによって決定されるわけである。したがって、土地管轄は、裁判籍という概念が前提となっている。例えば、被告の普通裁判籍(§ 4-

I)のように、「〇〇の裁判籍」というような呼び方をする。裁判籍は、普通裁判籍と特別裁判籍とに分けられる。

(3) 普通裁判籍

事件の種類や内容に関係なく、一般的に認められる裁判籍(§ 4-I)。自然人を被告とする場合、その住居所等による(同-II) [H 2 3-1-ア]。法人その他の団体を被告とする場合は主たる事務所または営業所により、これらがなくときは代表者その他の主たる業務担当者の住所により定まる(同-IV)。

(4) 特別裁判籍

事件の種類や内容に応じて、特に認められる裁判籍。これには、他の事件とは無関係に認められる独立裁判籍と、他の事件との関連から認められる関連裁判籍とがある。なお、特別裁判籍は普通裁判籍を排除するものではなく、両者は競合して認められる。

(5) 独立裁判籍

当事者間の公平、起訴・審理・証拠調べの便宜等の理由から認められる裁判籍 (§ 5 ~ § 6 の 2)。主要なものは以下のとおり。

ア 義務履行地の裁判籍 (§ 5-①)

財産権上の訴えは、義務履行地の裁判所に提起できる。義務履行地は、当事者間の特約により、特約がない場合は民商法等の定めにより定まる。例えば、債務の履行の場所の定め(民 § 4 8 4、商 § 5 1 6-I)が重要。したがって、持参債務の原則が適用される法律関係においては、本号の定めは民事訴訟法の原則 (§ 4-I) に対する重大な特則となる。

イ 手形・小切手の支払地の裁判籍 (§ 5-②)

この管轄は、手形・小切手訴訟 (§ 3 5 0 ~ § 3 6 7) による場合に限らず、通常訴訟手続を利用する場合でも生じる。

ウ 財産所在地の裁判籍 (§ 5-④)

日本に住所を有しない者(外国人を含む)に対する財産権上の訴えは、その財産所在地の裁判所に提起できる。

エ 事務所・営業所所在地の裁判籍 (§ 5-⑤)

事務所または営業所を有する者に対する訴えで、その事務所または営業所における業務に関する事件に限り、その所在地の裁判所に提起できる。

オ 不法行為地の裁判籍 (§ 5-⑨)

不法行為に関する訴えは、不法行為の発生地の裁判所に提起できる。被害者(債権者)の起訴の便宜や訴訟資料の収集の便宜等を考慮した規定。

カ 不動産所在地の裁判籍 (§ 5-⑫)

キ 登記・登録地の裁判籍 (§ 5-⑬)

ク 相続に関する裁判籍 (§ 5-⑭)

(6) 関連裁判籍

他の事件との関連から認められる裁判籍を関連裁判籍といい、併合請求の裁判籍がその代表例 (§ 7 本文)。「併合請求」= 一つの訴えをもって数個の請求をすること
本条はそのうちの一つの請求について管轄権がある場合、本来その裁判所に管轄権のない他の請求についても管轄権を認めたものである。訴えの併合提起を容易にする趣旨。

併合請求の態様 ＝ 訴えの客観的併合(§ 136)と訴えの主観的併合(§ 38)

(7) 訴えの客観的併合と関連裁判籍

訴えの客観的併合は、1人の原告が1人の被告に対して数個の請求をすること(「併合請求訴訟」ともいう)。この場合、一つの請求について管轄権がある限り、被告としてはその裁判所に出頭して応訴せざるをえない以上、本来管轄権のない他の請求についてもその裁判所に管轄を生ぜしめても、被告にとって特に不利益はない。したがって、訴えの客観的併合の場合に第7条本文が適用されることに異論はない。

(8) 訴えの主観的併合と関連裁判籍

訴えの主観的併合とは、数人の原告が共同して訴えを提起し、あるいは数人が共同被告として訴えられる場合である(「共同訴訟」ともいう)が、特に問題になるのは1人の原告が数人の被告を相手にする場合である。

この点、民事訴訟法は各被告に対する請求の間に実質的関連性のある場合(§ 38前段)に限り関連裁判籍を認めた(§ 7但書)。

6 合意管轄

(1) 意義

法定の管轄と異なる管轄を定める当事者間の合意を管轄の合意といい、これによって生じる管轄を合意管轄という(§ 11-I)。法定の管轄は、当事者の公平と起訴の便宜とを考慮して定められているから、公益的要求の強い専属管轄(§ 13-I。会社§ 862、§ 835、§ 856等)を除き、当事者は法定管轄を変更することが許される。

(2) 管轄の合意の性質

この合意は、私法上の契約と同時にされることが多いが、その性質は管轄の変更という訴訟法上の効果の発生を目的とする訴訟法上の合意(訴訟契約)である。したがって、私法上の契約が取り消されたり解除されたりしても、管轄の合意の効力は影響を受けない。また、訴訟能力や訴訟代理権を要するから、例えば被保佐人が私法上の契約につき保佐人の同意を得ていても、管轄の合意につき同意を得ていないと、その合意は無効。

(3) 合意の内容

ア 第一審裁判所を定めるものに限る(§ 11-I)

第一審である限り、土地・事物管轄のいずれでもよい。例えば、本来横浜地裁の管轄であるところを東京地裁とする合意、あるいは東京地裁の管轄であるところを東京簡裁とする合意〔H23-1-イ〕。上訴審についての合意は許されない。

イ 一定の法律関係に関する訴えに限る(§ 11-II)

基本たる法律関係を特定することによって訴訟を特定できる場合であればよい。例えば、XY間のA建物の賃貸借契約に基づく一切の訴訟とか、特定の売買に関するすべての訴訟というような合意は許される。これに対し、「将来の一切の紛争についての訴訟」のような漠然とした合意は、被告の管轄の利益を害し許されない。

ウ 法定管轄と異なる定めをすること

法定管轄をすべて排除する合意は、日本の裁判所の裁判権を排除する合意または不起訴の合意となる(これらの合意は無効ではない)。

エ 合意の態様／付加的合意と専属的合意

付加的合意とは、法定管轄のほかに管轄裁判所を付加する合意であり、専属的合意とは特定の裁判所だけを管轄裁判所とする合意。

(4) 合意の方式と時期

合意は書面による(§ 11-II)。合意を明確にして後日の争いを防止する趣旨。したがって、合意は必ずしも同一の書面による必要はない。申込みと承諾とが別個の書面でされてもよい。

合意の時期については特に規定はないが、管轄は訴えの提起の時に定まる(§ 15)から、その時までにはされる必要がある。

(5) 合意の効力

管轄の合意は訴訟契約であり、合意によりその内容どおりの管轄の変更が生じる。付加的合意であれば付加された裁判所にも管轄が生じ、専属的合意であれば他の法定管轄は排除される。但し、専属的合意は専属管轄(→(1))そのものではないから、合意と異なる裁判所に訴えを提起した場合、次に述べる応訴管轄を生ずる余地はある。

7 応訴管轄

(1) 意義

管轄違いの訴えに対し被告が応訴することによって生じる管轄(§ 12)。被告は、管轄権のない裁判所に出頭して応訴する義務はないが、異議なく応訴した以上、管轄の利益を放棄したものとして、その裁判所に管轄権を認める趣旨。

(2) 応訴管轄の要件

ア 管轄権のない第一審裁判所に訴えが提起されたこと

イ 他に専属管轄裁判所がないこと

ウ 被告が管轄違いの抗弁を提出しないで本案について弁論をし、または弁論準備手続で申述したこと

「本案」の弁論・申述 = 訴訟上の請求の当否についての被告の陳述。したがって、訴訟要件の欠缺を理由とする訴え却下の申立てや、口頭弁論期日の延期の申立ては本案の弁論・申述ではない。請求棄却の申立てについては争いがあるが、判例によれば本案の弁論には当たらない。

弁論・申述は、期日において口頭で現実に行われることが必要であり、準備書面の提出により陳述が擬制される場合(§ 158)、本条の応訴管轄は生じない。

(3) 応訴管轄の効果

被告の応訴によって本来管轄権のない裁判所に管轄が生じる。専属的合意管轄があっても応訴管轄は生じる。専属管轄(→6(1))の定めには反しては生じない。

8 管轄権の調査

(1) 職権調査事項

管轄権の存在は訴訟要件であり、管轄の有無につき疑いが生じたときは、裁判所は職権で調査する。調査の結果、管轄違いであれば管轄裁判所に移送する(§ 16-I)。

(2) 職権証拠調べ

管轄に関する事項については、職権証拠調べが可能(§ 14)。

(3) 管轄決定の時期

起訴の時すなわち原告が訴状を裁判所に提出した時を標準として定まる(§ 15)。以後の事情の変更(例：被告の住所移転、訴額の変動)は管轄に影響を及ぼさない〔H17-4-ア〕。一般の訴訟要件の存否は口頭弁論終結時を標準として定まるが、本条はその例外である。

9 訴訟の移送

(1) 意義

訴訟の係属中、その裁判所の裁判によって、その係属を他の裁判所へ移転すること。移送の申立ては、期日においてする場合を除き書面とする(規§ 7-I)。

(2) 移送の原因

移送には、種々の原因がある。すなわち、第一審における移送(§ 16~§ 19、§ 274-I)のほか、上級審における移送(例：§ 309、§ 325-I、II)、あるいは上級審による原審への事件の差戻し(例：§ 307、§ 325-I、II)がある。第一審における移送の原因は、以下のとおりである。

(3) 管轄違いによる移送／必要的移送

訴えがその裁判所にとって管轄違いであった場合、他の訴訟要件の欠缺の場合と同様に訴えを却下すると、原告は起訴による時効中断・期間遵守の利益を失う。そこで、この場合、その裁判所は訴えをいきなり却下しないで、申立てまたは職権で管轄裁判所に移送する(§ 16-I)。

但し、地裁は、管轄区域内の簡裁の管轄事件について、専属管轄(合意管轄を除く)の定めのある場合を除き、申立てまたは職権でその訴えを自ら審判できる(同-II)。例えば、訴額140万円以下の訴えが地裁に提起された場合、その事件の事物管轄は本来は簡裁にあるが、その地裁が相当と認めたとき(例：名誉毀損による1円の損害賠償請求事件)は、その訴えにつき自ら審判できる。

(4) 遅滞を避ける等のための移送／裁量移送

一つの訴えについて管轄裁判所が数個ある場合、原告はそのうちの一つを任意に選択して訴えを提起できるが、原告の選んだ裁判所がその事件の審判に適しているとは限らない。そこで、訴訟の著しい遅滞を避けまたは当事者間の衡平を図るため必要があると認めるときは、申立てまたは職権でその訴えを他の管轄裁判所に移送できる(§ 17)。

(5) 簡裁から地裁への移送／裁量移送

簡裁は、その管轄に属する事件であっても、相当と認めるときは、申立てまたは職権でその訴えを地裁に移送できる(§ 18)。地裁が簡裁の管轄に属する事件を移送しないで自ら審判しうること(→§ 16-II)に対応している。

(6) 当事者の同意／必要的移送

第一審裁判所は、訴訟がその管轄に属する場合でも、当事者の申立て及び相手方の同意があるときは、訴訟の全部または一部を申立てに係る地裁または簡裁に移送する(§ 19-I 本文)。

但し、移送により訴訟手続を著しく遅滞させるとき、またはその申立てが簡裁からその所在地を管轄する地裁への移送の申立て以外のもの(地裁→簡裁、地裁→地裁、簡裁→簡裁)であって、被告が本案について弁論をもしくは弁論準備手続において申述をしたものであるときは、移送する必要はない(同但書)。

(7) 不動産関係訴訟／必要的移送

140万円以下の不動産関係訴訟が簡裁に提起された場合において、被告の申立てがあるときは、その簡裁は事件を地裁に移送する(§19-II本文)[H23-1-ウ]。この移送の申立権が被告のみに与えられるのは、原告は地裁への訴えの提起を選択できる(裁判所§24-①後段)こととの公平を図るため。但し、その申立て前に被告が本案について弁論をした場合は、この限りではない(§19-II但書)。

(8) 反訴提起による必要的移送

簡裁に係属する事件につき被告が地裁の管轄事件を反訴として提起した場合、相手方(反訴被告、本訴原告)の申立てがあるときは、本訴反訴ともに地裁に移送する(§274-I)。

(9) 移送の裁判に対する不服の申立て

移送の決定及び移送の申立てを却下した決定のいずれに対しても、即時抗告ができる(§21)[H23-1-エ]。

(10) 移送の効果

ア 受送裁判所の拘束

移送を受けた裁判所は、移送の裁判に拘束され(§22-I)、受送裁判所は事件を他の裁判所に再移送できない(同-II)[H23-1-オ]。

イ 訴訟係属の遡及効

移送の裁判が確定したときは、訴訟は初めから受送裁判所に係属したものとみなされ(§22-III)、起訴による時効中断・期間遵守の効力は保持される。

第2節 当事者

1 当事者の概念

その名において訴えまたは訴えられることにより判決の名宛人となる者をいう。「その名」において訴えまたは訴えられる者であるから、他人の名で訴訟を進行する法定代理人や法人の代表者は当事者ではない。判決の「名宛人」となる者であるから、他人宛てに出された判決の効力を受けるだけの者(§115-I②)も当事者ではない。

2 当事者の確定

(1) 確定の必要性

特定の訴訟において、誰が原告で誰が被告であることを明らかにすることを当事者の確定という。これにより、訴訟の初めから終わりに至るまでの諸問題が決定される。例えば、人的裁判籍の有無は当事者が誰であるかによって定まり(例：§4-I)、訴訟手続

が中断するかどうかは当事者に死亡等の中断事由が生じたかどうかにより決まる(§ 1 2 4)。さらに、判決の効力は当事者及びこれに準ずる者の間に及ぶ(§ 1 1 5 - I)から、当事者は誰であったかが明らかにされなければならない。

(2) 確定の基準

当事者が具体的に誰であるかをどのような基準により確定するかについては諸説あるが、通説によれば、訴状に当事者として表示された者が当事者である(表示説)。その際、当事者欄だけでなく訴状全体の記載を合理的に判断して決定される。

(3) 死者を被告とする訴訟

相手方が死亡していることを知らないでこれを被告として訴えを提起した場合、その訴えは却下される。当事者の実在は訴訟要件であり、死者を被告とする訴訟は不適法だから(§ 1 4 0)。もし、それを看過して判決が出された場合、その効力を受けるべき者が存在しないという意味でその判決は無効である。

3 当事者能力

(1) 意義

民事訴訟の当事者となり得る一般的地位ないし資格。「一般的」とは、具体的な訴訟事件を離れて抽象的に定まる、という意味(対応する概念→権利能力)。

(2) 権利能力との関係

民事訴訟は私法上の権利義務の存否を確定する制度であるから、権利能力を有する者には当事者能力を認めるという対応関係がある。しかし、さらにどのような者に当事者能力を認めるべきかは、民事訴訟法独自の観点から定められることであり、その範囲は必ずしも権利能力と全く一致するものではない。

(3) 当事者能力を有する者(その1) / 権利能力者

当事者能力は、原則として権利能力を基準として定められる(§ 2 8)。したがって、自然人及び法人には当事者能力が認められる。胎児は、損害賠償請求権、相続及び遺贈について権利能力が認められる(民§ 7 2 1、同§ 8 8 6、同§ 9 6 5)から、これらの法律関係の訴訟については当事者能力を有する。法人は、解散しても清算の目的の範囲内では権利能力を有する(法人§ 2 0 7、会社§ 6 4 5)から、その限りで当事者能力が認められる。

(4) 当事者能力を有する者(その2) / 法人格なき社団・財団

いわゆる法人格なき社団・財団で代表者または管理人の定めのあるものにも、当事者能力が認められる(§ 2 9)。民事訴訟法独自の観点から当事者能力が認められた。例えば、マンションの管理組合がその代表例である。

4 訴訟能力

(1) 意義

訴訟当事者として単独で有効に訴訟行為をし、相手方または裁判所の訴訟行為を有効に受け得る能力(対応する概念→行為能力)。当事者能力があれば誰でも当事者になり得るが、誰もが十分な訴訟行為をし得るとは限らない。

訴訟能力は、自己の訴訟上の利益を守るための能力であり〔H 2 2 - 1 - ア〕、訴訟

手続内の行為はもちろん、訴訟外または訴訟前の行為にも要求される。例えば、管轄の合意、訴訟代理権の授与には訴訟能力が必要。しかし、自己の当事者としての利益を保護するための能力であるから、証人や訴訟代理人となるには訴訟能力を要しない。

(2) 訴訟能力者

訴訟能力は、行為能力を基準として定められる(§ 28)。したがって、民法上の行為能力者は民事訴訟法上も訴訟能力者である。外国人の訴訟能力はその本国法によって定まる(法適用 § 4-I)が、本国法によれば訴訟能力がなくても日本法によれば訴訟能力を有すべきときは、訴訟能力者とみなされる(§ 33)。

(3) 訴訟無能力者／未成年者、成年被後見人

未成年者及び成年被後見人は、原則として訴訟無能力者であり、その法定代理人が訴訟を進行する(§ 31本文) [H 22-1-イ]。未成年者は、法定代理人の同意を得れば自ら法律行為をし得る(民 § 4-I 本文)が、訴訟においては同意を得ても訴訟行為はできない。法律行為は一時的な取引であり、同意を得ればその保護は図られるといえるが、訴訟は手続の連鎖であり、高度の判断力が要求されるから。

(4) 未成年者の特例

未成年者が独立して法律行為をし得る場合、その関係の訴訟については訴訟能力が認められる(§ 31但書)。すなわち、営業の許可を受けた場合(民 § 6-I)、または会社の無限責任社員となるにつき法定代理人の許可を得た場合(会社 § 584)、自ら訴訟を進行できる。なお、婚姻した未成年者(民 § 753)は、完全に訴訟能力を有する。

(5) 制限訴訟能力者／被保佐人、被補助人

被保佐人や被補助人が訴訟行為をするには、保佐人・補助人の同意またはこれに代わる裁判所の許可を要する(民 § 13-I④、同 § 17-I 但書、同 § 13-Ⅲ、同 § 17-I、Ⅲ)。つまり、未成年者や成年被後見人と異なり、被保佐人や被補助人は自ら訴訟行為をするものの、それには保佐人・補助人の同意が必要となる。同意は、手続の安定を害しないよう特定の事件ごとに包括的に与えられなければならない。いったん与えた同意は、訴えや上訴の提起後は撤回できない。

訴訟係属中に保佐・補助開始の審判を受けても、その審級に関する限り保佐人・補助人の同意を得ないで訴訟行為ができると解されている(その審判は訴訟の中断事由ではない。→ § 124-I③)。同意の有無によって訴訟手続の進行が阻害されることがあってはならないから。

(6) 制限訴訟能力者についての特則(その1)／受働的訴訟行為の場合

制限訴訟能力者が相手方の提起した訴えまたは上訴につき被告または被上訴人として応訴する場合、保佐人・補助人の同意は不要(§ 32-I) [H 22-1-ウ]。このような場合にまで同意を要求すると、被保佐人や被補助人に対して訴え等を提起するにつき支障を来すから。なお、反訴の提起は応訴の範囲を超えるから、これをするには原則どおり同意が必要。

(7) 制限訴訟能力者についての特則(その2)／個別的な同意を要する場合

保佐人・補助人の包括的同意とは別に個別的な同意を要する場合がある。すなわち、仮に(5)の包括的同意を得ていたとしても、訴え・上訴の取下げ、和解、請求の放棄・認諾、第48条の脱退、手形判決に対する異議の取下げ、手形判決に対する異議の取下

げに対する同意をするには、それぞれの行為ごとに保佐人・補助人の同意を要する(§ 32-II)。いずれも、判決によらないで訴訟を終了させる重要な行為だから。

(8) 人事訴訟における訴訟能力

人の身分関係(婚姻、養子縁組、親子関係)事件については人事訴訟法が適用され、ここでは本人の意思を尊重する建前がとられている。訴訟能力について見ると、未成年者は意思能力がある限り訴訟能力が認められる(人訴§ 13-I)が、成年被後見人には認められない(同§ 14-I)。被保佐人や被補助人は訴訟能力が認められる。

(9) 訴訟能力の欠缺の効果

訴訟能力のない者の行為またはこれに対してされた行為は、無効である。民法では、行為無能力者の行為は取消し(§ 5-II、§ 9本文、§ 13-IV)により無効となるが、訴訟手続では当然に無効である。

取消しにより無効となるのでは、積み重ねられてきた手続は覆えされることになり手続の安定を害する。そこで、民事訴訟では訴訟能力のない者の訴訟行為は初めから無効として、手続をそれ以上進めないわけである。

(10) 法定代理人等による追認

訴訟能力に欠ける訴訟行為は、必ずしも本人に不利であるとは限らない。そこで、その法定代理人または能力を取得・回復もしくは授權を受けた本人はこれを追認できる。追認により当該行為は遡及的に有効となる(§ 34-II) [H22-1-オ]。

(11) 裁判所による補正命令

訴訟能力に欠ける訴訟行為であっても、(10)のように追認の余地があるため、裁判所は直ちにこれを排斥しないで期間を定めて補正を命じ得る(§ 34-I本文)。補正とは、過去の行為について適法な追認を得るとともに、将来に向って有効な訴訟行為ができるようにすること(例：法定代理人が訴訟を追行する)。

第3節 訴訟上の代理人

1 概念

当事者本人に代わって訴訟行為をしまたはこれを受ける者である。民法上の法律行為について代理が認められるのと同様に、訴訟追行についても代理制度が要請される。すなわち訴訟無能力者は単独では訴訟行為をすることができず、法定代理人を欠くことができない(§ 31本文/能力の補充)い。また訴訟追行には相応の法的知識と経験とが要求される(能力の拡張)から。

2 訴訟上の代理人の種類

(1) 法定代理人

本人の意思に基づかないでその地位につく代理人である。これには、実体法上の法定代理人と訴訟法上の特別代理人とがある。

(2) 任意代理人

本人の意思によって選任される代理人である。これには、法令による訴訟代理人と訴

訟委任による訴訟代理人とがある。

〔訴訟上の代理人〕

(3) 包括代理人と個別代理人

訴訟上の代理人は、原則として訴訟追行全般にわたって包括的な代理権を有するが、個々の訴訟行為のためだけの代理も個別に認められている(例：§ 104-I 後段)。任意代理人のうち、訴訟追行のための包括的代理権を有する者を特に訴訟代理人と呼ぶ。

3 訴訟上の代理権

(1) 民法上の代理権との関係

代理人のあるいは代理人に対する訴訟行為の効果が本人に帰属するためには、代理人に代理権がなければならない。この点、民法上の代理と同じである。ただ、訴訟上の代理にあつては、手続の円滑・安定を期するために、代理権の存否・範囲につき画一性・明確性が要求される。また、無権代理行為の扱いについても若干の検討が必要である。

(2) 代理権の証明・消滅

訴訟手続の円滑・安定の要請から、代理権の存在は書面により証明しなければならない(規§ 15-I 前段、同§ 23-I)。代理権の存在を証する書面としては、例えば戸籍謄本や訴訟委任状がある。

代理権が消滅しても、本人または代理人から相手方に通知されない間は、消滅の効力を生じない(§ 36-I、§ 59)。相手方の善意・悪意、過失の有無にかかわらない。

(3) 無権代理

代理権の存否は職権調査事項であり、裁判所は職権で代理権の存否を調査する。調査の結果、代理権の存在しないことが判明した場合、無権代理人の訴訟関与を排除すべきであるが、追認の見込みがあれば補正を命じ、あるいは遅滞のため本人に損害を生ずるおそれがある場合、一時訴訟行為をすることを許し得る(§ 34-I、§ 59)。

(4) 無権代理行為の追認

無権代理人の行為は本人に対して効力を生じないが、本人または代理人が後日追認すると、行為の時に遡って有効となる(§ 34-II、§ 59)〔H24-1-ア〕。

(5) 無権代理行為に基づいてされた判決

当然には無効とはいえず、本人に宛てられた判決として効力を生ずる。しかし、これに対しては上訴・再審により取消しを求め得る(§ 312-II④、§ 338-I③)。

4 法定代理人

(1) 意義

本人の意思に基づかない代理人である。本人との身分関係上、法律上当然にその地位につく場合があり、あるいは裁判所等の選任によりその地位につく場合もある。

法人その他の団体が当事者となる場合、その代表者は訴訟無能力者の法定代理人に準じた扱いを受ける(§ 37)。例えば、株式会社が当事者となる場合、その代表取締役は法定代理人に準じた地位が与えられる。

(2) 法定代理人の種類

ア 実体法上の法定代理人

法定代理は、原則として民法その他の法令により定まる(§ 28)。したがって、民法等で法定代理人の地位にある者は訴訟法上も法定代理人となる。例) 親権者、後見人、不在者の財産管理人(民§ 824、同§ 859、同§ 25)

イ 訴訟法上の特別代理人

特定の訴訟事件や訴訟手続のために選任される代理人であり、訴訟法が独自の観点から設ける法定代理人である。その代表例が、訴訟無能力者のための特別代理人である(§ 35-I)。

ウ 特別代理人のその他の例

証拠保全手続において相手方が知れない場合の特別代理人(§ 236後段)、相続財産に対する執行における特別代理人(民執§ 41-II)

(3) 法定代理人の代理権の範囲

原則として民法等の規定により定まる(§ 28)。後見人が訴訟行為をする場合において、後見監督人があるときは、一般的にはその同意を要する(民§ 864本文、同§ 13-I④)。数人の法定代理人につき共同代理の定めがある場合(例：民§ 818-III本文)、代理行為は原則として全員でなければ効力を生じない。但し、送達を受領は単独でできる(§ 102-II)。

(4) 代理権の範囲についての特則

(3)の原則には、若干の特則がある。すなわち、相手方から訴えを提起される場合のように受働動的な立場に立つ場合、上の建前を貫くと相手方は被保佐人や被補助人に対して訴えを提起する場合と同様の不利益を蒙る。そこで、この場合、後見監督人があってもその同意は不要である(§ 32-I)。

ただ、訴えの取下げ、和解、請求の放棄・認諾のような判決によらないで訴訟を終了させる行為には、後見監督人の同意を要する(同-II)。

(5) 法定代理人の地位

法定代理人は、代理人であり当事者本人ではないから、その訴訟行為の効果は本人に帰属する。裁判籍や裁判官の除斥原因等も本人を基準として定まる。しかし、当事者本人と同様に扱われることもある。

例) 送達は法定代理人宛てにされる(§ 102-I)

法定代理人の死亡・代理権の消滅は訴訟の中断事由となる(§ 124-I③)

証拠調手続における尋問は証人尋問でなく当事者尋問による(§ 211本文)

5 訴訟代理人

(1) 意義

任意代理人のうち、訴訟追行のための包括的代理権を有する者。これには、法令による訴訟代理人と訴訟委任による訴訟代理人とがある。

(2) 法令による訴訟代理人

一定の地位にある者に訴訟代理権を認める旨を法令が規定している場合に、本人からその地位につけられることにより訴訟代理権も付与される者である。その代表例が支配

人である。すなわち支配人には、営業の範囲内の行為につき包括的な代理権が認められ(商§21-I、会社§11-I)、その権限として訴訟代理権も当然に付与される。

誰をその地位につけるかまたはその地位を失わせるかは本人の意思によるため任意代理人の一種とされるが、その地位につくと当然に訴訟代理権が付与される点で法定代理人に近い性質を持つ。

(3) 訴訟委任による訴訟代理人

特定の事件ごとに訴訟追行を委任され、そのための代理権を授与された者。当事者が自ら訴訟追行に当たらず、これを他人に委任し得るわけである。ただ、訴訟を委任する場合、受任者たる訴訟代理人の資格は弁護士に限られる(§54-I本文)。その趣旨は、当事者の利益保護を図るとともに、手続の円滑を図るところにある。

但し、簡裁では、事件の軽微性を考慮して、弁護士でない者も裁判所の許可を得れば代理人となれる(§54-I但書)。裁判所は、この許可はいつでも取り消し得る(同一II)。なお、簡裁の事物管轄事件については、いわゆる認定司法書士にも代理権が認められる(司書§3-I⑥、II、VI)。

(4) 訟代理権の範囲

ア 法令による訴訟代理人

その訴訟代理権は、実体法上の地位に結びついた権限であり、代理権の範囲もその法令の定めるところによるのであって、訴訟委任による訴訟代理人の例に従わない(§55-IV)。例えば、支配人の訴訟代理権はその営業に関する一切の裁判上の行為に及ぶ(商§21-I、会社§11-I)。

イ 訴訟委任による訴訟代理人の代理権の包括性

受任事件につき訴訟追行に必要な一切の行為ができる。訴訟手続の円滑な進行を図るため、あるいは代理人が弁護士であることから代理権は包括的に授与されるべきという趣旨。

第55条1項の「(相手方の提起した)反訴(への応訴)、参加、強制執行、仮差押え、仮処分、弁済受領権」は代理権の例示列举である。訴訟代理人の権限は訴訟手続に限られずその付随手続(証拠保全等)に及ぶ。さらに、攻撃防御方法の提出の前提となる実体法上の権利行使やその受領も可能(例：契約の解除・取消し、相殺、時効の援用)。

ウ 訴訟代理人の特別委任事項(§55-II)

- a) 反訴の提起〔H24-1-エ〕
- b) 訴えの取下げ、和解、請求の放棄・認諾、第48条の脱退〔H20-4-オ、22-5-ア〕
- c) 控訴、上告、上告受理の申立て(§318-I)、これらの取下げ
上訴の提起に特別の委任を要する以上、訴訟代理権は審級ごとに授与されるべきが想定されている(「審級代理の原則」)。第一審の訴訟代理権を付与されただけでは、相手方の控訴・上告に応訴する権限はない(通説、判例)。
- d) 手形判決・小切手判決・少額訴訟の終局判決に対する異議の取下げ、相手方の取下げについての同意(§360、§367-II、§378-II)
- e) 復代理人の選任

エ 訴訟委任による訴訟代理人の代理権の制限

当事者は、訴訟代理権の範囲は制限できない(§ 55-Ⅲ本文)。これに違反する制限は無効。但し、弁護士でない訴訟代理人の代理権は制限できる(同但書)。

(5) 訴訟代理人の地位

ア 第三者たる地位

訴訟代理人は、当事者ではないから判決の名宛人とはならない。また法定代理人とは異なり、証人や鑑定人となり得る。訴訟追行に当たる者の知・不知、故意・過失等が訴訟法上の効果に影響を及ぼす場合(例：§ 24-Ⅱ、§ 157-Ⅰ)、これらの事由の有無は訴訟代理人を標準とする(→民§ 101-Ⅰ)。

イ 個別代理の原則

訴訟代理人の数には制限はない。訴訟代理人が数人ある場合、それぞれ本人を代理し(§ 56-Ⅰ)、当事者はこれと異なる定めは設け得ない(同-Ⅱ)。例) 共同代理の定めは無効〔H 24-1-ウ〕

ウ 当事者の更正権

本人は、訴訟代理人を選任しても自ら訴訟追行に当たる権能を失わない。したがって、訴訟代理人があるのに本人宛てにされた期日の呼出しや裁判の送達も適法である(判例)。また本人は、訴訟代理人があっても裁判所から出頭を命じられることがある(例：§ 151-Ⅰ①)。

訴訟代理人がした事実上の陳述は、本人において直ちに取消しまたは更正できる(§ 57「当事者の更正権」)〔H 24-1-イ〕。更正の結果、訴訟代理人の陳述はなかったことになる。更正できるのは、具体的な事実関係についての陳述に限られる(法律上の陳述については認められない)。

(6) 訴訟代理権の消滅／民法の原則

ア 代理人の死亡・破産手続開始決定・後見開始の審判(民§ 111-Ⅰ②)

イ 訴訟委任の終了(民§ 111-Ⅱ)

例) 委任契約の解除(民§ 651-Ⅰ)、本人の破産(民§ 653-②)

(7) 訴訟代理権の非消滅／民事訴訟法の特則

訴訟手続の円滑の要請から、あるいは委任事務の範囲が明確でかつ代理人が原則として弁護士であることから、民事訴訟法は民法の例外規定を設けている(§ 58)。すなわち、以下の各事由が生じても訴訟代理権は消滅しない。結果的に、その代理人が訴訟の新追行権者(例：相続人)から従前と同一内容の委任を受けたものとみなして、引き続き同一内容の代理権を有することになる。

ア 当事者の死亡、訴訟能力の喪失

イ 当事者たる法人の合併による消滅

ウ 当事者たる受託者の信託の任務終了

エ 法定代理人の死亡・訴訟能力の喪失、代理権の消滅・変更

オ 資格当事者・選定当事者の資格喪失

資格当事者の例) 破産者に代って当事者となった破産管財人

(8) 法令による訴訟代理人の代理権の消滅

本人または代理人の死亡(民§ 111-Ⅰ①、②)のほか、実体法上の地位の喪失によ

り訴訟代理権も消滅する。但し、支配人については本人が死亡してもその代理権は消滅しない(商§506)から、訴訟代理権も消滅しない。

(9) 代理権の消滅の時期

代理権の消滅事由が生じても、本人または代理人からこれを相手方に通知しなければその効力は生じない(§59、§36-I)〔H24-1-オ〕。訴訟手続の安定を図るためである。相手方の善意・悪意、過失の有無は問わない。

6 補佐人

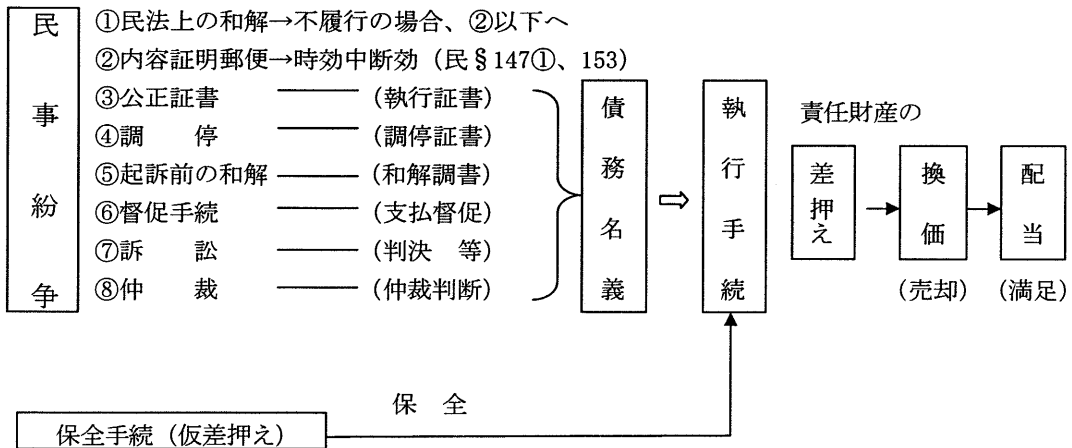
当事者、法定代理人、訴訟代理人と共に期日に出頭し、これらの者の陳述を補足する者(§60-I)。その資格に制限はない。公害訴訟や特許関係の訴訟等において特殊の専門家や技術者等が選任されているほか、本人に言語障害や聴力障害等がある場合にも利用されているようである。

補佐人は、当事者または訴訟代理人の請求により裁判所が許可する(§60-I)。この許可はいつでも取り消し得る(同一II)。本人または訴訟代理人は補佐人の陳述につき更正権を有するが、直ちに取消しまたは更正しなければ、本人または訴訟代理人の陳述とみなされる(同一III)。

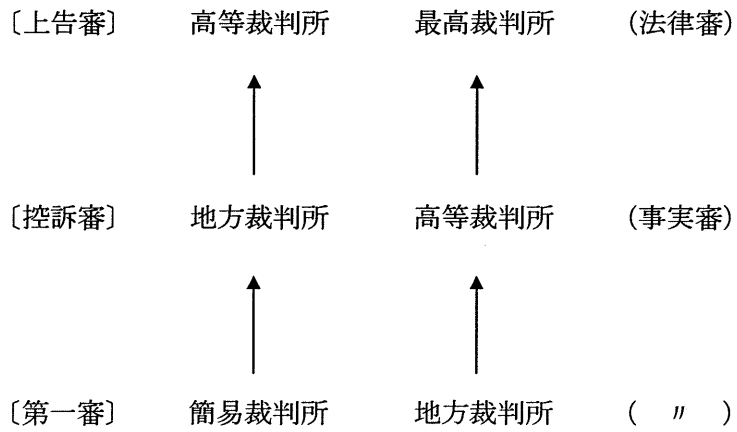
一般（金銭）債権の保全、確定、実現

【紛争の解決手段】

【権利の実現手段】



民事訴訟の審級図



訴訟上の代理人

