

予備スタ論インプット講義 福田特訓クラスガイダンス

「入門・基礎を終えた中級者に贈る
法的文書の読み方、書き方の極意」

辰巳専任講師・弁護士

福田 俊彦 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

2018. 11. 22 LIVE 実施

2019年 予備スタ論【第1クール】第10回
(民事訴訟法2) より

※ 本教材は、実施時のものをそのまま掲載しております。

2019年 予備試験スタンダード論文答練（第1クール）

第10回（民事訴訟法2）第1問 解説

辰巳専任講師・弁護士
穴戸博幸先生御担当
辰巳法律研究所

【問題】〔設問1〕と〔設問2〕の配点の割合は、2.2 : 1.8)

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事例】

Aは、平成29年2月14日、自己の自動車を運転中、信号機のある交差点で右折をしようとした際に、前方から来た中型二輪車に乗っていたXと接触し、Xに対してむち打ち症などの傷害を負わせた（以下「本件事故」という。）。

当時、Aの妻は既に死亡し、Aは、子Y（40歳）とYの子B（17歳）との3人で、A宅で同居していた。

Xは、平成30年1月28日、訴状の被告欄にAと記載して、本件事故により1000万円の損害が生じたとして、損害賠償を求めて訴えを提起した（以下「本件訴訟」という。）。

〔設問1〕

平成30年2月初旬に、本件訴訟の訴状がA宅に送達された。しかし、Aは、平成29年10月22日、心筋梗塞で既に死亡しており、YがAを単独で相続していたが、XはAが死亡したことを知らなかった。同訴状はBが受け取ったが、Yに渡すことを失念していたため、Yが訴状を見ることはなかった。

平成30年3月1日、Yは、Xの本件訴訟の提起を知らなかったため第1回公判期日に欠席し、答弁書その他の準備書面を提出しなかった。同日、第1審裁判所は、弁論を終結したが、被告の対応を見るために、判決言渡期日を12日後に指定した。

同月3日、Bが訴状を受け取ったことを思い出し、同訴状をYに渡したため、Yは、初めて状況を把握した。

以下は、Xから訴訟委任を受けた弁護士Lと司法修習生Pとの間の会話である。

弁護士L：Xは、Yによる受継の申立て後、Aの死亡を知りました。本件訴訟は、Aが死亡した後に訴訟の提起がされていますから、被告をAと考えた場合、Aには当事者能力がなく、本来、本件訴訟は不適法であり、却下されるはずですが。しかし、Xは、Yに対して既判力の及ぶ判決を得ることを望んでいます。

修習生P：そのためには、本件訴訟の被告が誰なのかを確定する必要がありますね。

弁護士L：そうです。まず、①本件訴訟の被告が誰なのかを、確定してください。当事者の確定については複数の考え方がありますから、どの立場に立つかを明確にした上で検討してみてください。

修習生P：分かりました。

弁護士L：仮に、②現時点においては本件訴訟の被告がAであると考えた場合、Yに既判力を及ぼすための方法を複数挙げ、その方法を採用することができるか否かを検討してみてください。

修習生P：分かりました。

- (1) 下線部①に関し、弁護士Lから与えられた課題について検討しなさい。
- (2) 下線部②に関し、弁護士Lから与えられた課題について検討しなさい。

〔設問2〕〔設問1〕の問題文中に記載した事実は考慮しない。）

平成30年2月初旬に、本件訴訟の訴状がA宅に送達された。その際、たまたまA宅に訪問していたCは、Aと称して同訴状等を受領し、Aになりすまして訴訟を進行していた。訴えの提起後口頭弁論終結前に、訴訟を進行していたのがAではなくCであることが判明した場合、裁判所はどのような措置をとるべきか。

また、訴訟を進行していたのがCであることが判明しないままXの請求を認容する判決がなされた場合、Aは訴訟法上どのような手段をとることができるか、検討しなさい。

【出題の狙い】

本問は、当事者の確定を巡る手続上の諸問題につき、具体的事例を通じてその理解を問うものである。この問題は、具体的場面によって手続が異なってくるため、どの場面におけるいかなる問題点に関する理解が問われているのかを、正確に見極める必要がある。

当事者確定については、通説・実務は、表示説に立つと考えられている。ただ、判例は、定まった基準を示しておらず、具体的に妥当性のある判断をしていると考えられている。答案では、通説・実務の立場に立てばよく、その上で具体的な事実から判断することが求められるといえよう。また、原告・被告の変更について、基本的な理解をしておくことも必要である。

【配点表】

		配点
第1	設問1小問(1)	
	1 規範定立 ・自説の立場の指摘 ・理由の指摘	2
	2 本件での具体的検討 ・訴状の表示がAとされていることの指摘及び評価 ・Aが死亡していることの指摘及び評価 ・Yが訴状に気がつかなかったのはBが訴状を受領したからであることの指摘及び評価 ・Yは、本件訴訟について手続的関与の機会が与えられていたわけではないことの指摘及び評価 ・Yは相続後、当該訴訟について相続人として訴訟追行したわけではないことの指摘及び評価 ★上記事実は、自説の見解によっては指摘しないものが含まれている。上記事実をすべて指摘していない場合でも、「本件での具体的検討」に当たって、5点を限度で配点する	5
	3 結論の明示	1
第2	設問1小問(2)	
	1 当然承継（民事訴訟法（以下、省略する。）124条1項1号）の類推適用	
	(1) 当然承継の類推適用の規範定立 ・当然承継の条文の指摘 ・当然承継の原則的な適用場面の指摘 ・類推適用の規範定立	4
	(2) 本件での具体的検討 ・Aが訴訟提起前に死亡していることの指摘及び評価	1
	(3) 結論の明示	1
	2 任意的当事者変更	
	(1) 任意的当事者変更の意義の指摘	2
	(2) 当事者の同一性が認められない場合の手段であること（表示の訂正との相違）の指摘	2
	(3) 本件での具体的検討と結論の明示	2
	(4) 手続の指摘	2
	★上記手段以外の手段を指摘し、説得的に論述されている場合には、同様に配点する	
第3	設問2前段	
	1 問題提起 （実質的表示説の場合） ・当事者は被冒用者のAであることの指摘 ・実際の訴訟追行は冒用者Cによってなされており、その事実が審理中に判明していることの指摘	2
	2 規範定立 ・被告側の氏名冒用の場合、裁判所は、冒用者の訴訟関与を排斥した上で、新期日を指定し（155条1項類推）、同時に改めて訴状を被告である被冒用者に送達すべきであることの指摘	3
	3 本問での具体的検討と結論の明示	3

★実質的表示説以外の見解にたつ場合には、論述の説得力の応じて同様に配点する		
第4	設問2後段	
1	問題提起 (実質的表示説の場合) ・当事者がAであるにもかかわらず、Aの関与のないままXの請求を認容する判決がなされた場合のAのとりうる訴訟法上の手段が問題となることの指摘	2
2	(実質的表示説による帰結)	
(1)	判決後に氏名冒用が判明した場合には、当事者たる被冒用者に判決効が及ぶことになることの指摘	2
(2)	被冒用者は、実際に訴訟追行した者による一種の無権代理と考えて、上訴又は再審(312条2項4号類推, 338条1項3号類推)で争うことができることの指摘	3
3	本問での具体的検討と結論の明示	3
★実質的表示説以外の見解にたつ場合には、論述の説得力の応じて同様に配点する		

基本配点分	合計	40点
加点评価点 (論述の流れがよいもの、条文を丁寧に挙げているもの、等には加点する。)	合計	5点
基礎力評価点 (①事例解析能力, ②論理的思考力, ③法解釈・適用能力, ④全体的な論理的構成力, ⑤文章表現力, 各1点)	合計	5点
総合得点	合計	50点

【論 点】

- 1 当事者の確定と死者名義の訴訟
- 2 任意的当事者変更と表示の訂正
- 3 氏名冒用の事実が審理中に判明した場合
- 4 被冒用者敗訴の判決がなされた場合に被冒用者のとり得る措置

【参考文献】

- ・高橋宏志『民事訴訟法概論』（有斐閣，2016）P.2～5，6
- ・三木浩一ほか『リーガルクエスト民事訴訟法』（有斐閣，第2版，2015）P.94～101
- ・和田吉弘『基礎からわかる民事訴訟法』（商事法務，2012）P.82～93
- ・伊藤 眞『民事訴訟法』（有斐閣，第5版，2016）P.115～122
- ・民事訴訟法判例百選（第5版）5，6事件
- ・『平成29年度版（2018年対策）趣旨・規範ハンドブック2 民事系』（辰巳法律研究所，平成29年度版，2017）P.446～8
- ・『条文・判例スタンダード5 民事系民訴』（辰巳法律研究所，2016）P.34～7

● 答案の全体の流れ ●

第1 設問1小問(1)

下線部①については、死者名義の判決についての当事者確定の問題である。当事者確定については、判例、学説が複数あり、自説を説得的に論じることが必要である。

通説・実務は、実質的表示説に立つと考えられる。実質的表示説に立つ場合、本件では、当事者欄がAである。本件訴訟の訴訟物は、不法行為による損害賠償請求権であることから、当然に、相続人に対して請求する趣旨であることは、訴状の記載からは判断できない。また、訴状の記載から、相続人であるYが、直ちに防御すべきであったとすることもできない。訴訟の却下は訴訟経済に反するが、Yの防御の利益を考慮すれば、訴訟を却下することもやむを得ないというべきである。よって、被告はAと考えられる。

もっとも、実質的表示説に立ち、訴状全体の趣旨から、Xは、まずは加害者Aに対し損害賠償を請求するが、Aが死亡している場合には当然に相続人に対しても損害賠償を請求する意図が書面から読み取れると考えて、被告をYとすることもできると思われる。

第2 設問1小問(2)

下線部②については、第1審係属前に被告が死亡したことを原告が知った場合における原告のとりうる手段を検討させる問題である。表示の訂正、任意的当事者変更や民事訴訟法（以下、省略する。）124条1項類推適用構成などの理解を問うものである。

本件では、Aは、Xによる訴訟提起前に死亡していることから、124条1項1号を類推適用することはできず、Yが本件訴訟を当然承継したということとはできない。

また、本件では、Aが死者であり、Yとは別の人格であるため、訴訟上の当事者の同一性が認められない場合であるため、表示の訂正をすることはできない。

よって、本件では、任意的当事者変更をすべきである。そして、その手続は、主観的追加的併合が認められないことから、別訴の提起、弁論の併合（152条1項）、旧訴の取下げ（261条1項）によることになる。

本件では、Xは、Yを被告とする別訴を提起し、第1審裁判所によって弁論の併合がなされた上で、本件訴訟を取り下げることになる。

第3 設問2前段

本問では、当事者の確定についての表示説によれば、当事者は訴状に記載されたAである。もっとも、実際の訴訟進行は冒用者Cによってなされており、その事実が審理中に判明している。この場合、裁判所はどのような措置をとるべきかにつき検討することになる。

本問のように被告側の冒用の場合、裁判所は、冒用者の訴訟関与を排斥した上で、新期日を指定（155条1項類推）し、同時に改めて訴状を被告である被冒用者に送達すべきである。

本問でも、裁判所は、冒用者Cを手続から排除した上で、新期日を指定し、同時に改めて訴状を被告である被冒用者Aに送達すべきこととなる。

第4 設問2後段

- 1 本問では、当事者の確定についての表示説によれば、当事者はAである。しかし、Aの関与のないままXの請求を認容する判決、即ち、A敗訴の判決がなされている。この場合、Aはいかなる手段をとることができるかについて検討することになる。

また、当事者の確定についての規範分類説によれば、判決が既に出された場面なので、評価規範の問題となると考えられ、当事者は被冒用者Aではなく冒用者Cであるが、事実上Aに不利な判決が存在するため、Aはいかなる手段を採ることができるかが問題となる。

- 2 表示説からは、判決後に氏名冒用が判明した場合には、被冒用者に判決効が及ぶゆえに、それを免れるためには被冒用者は上訴・再審（312条2項4号類推，338条1項3号類推）で争わなければならない、とする見解（A説）のほか、当事者の確定ではなく、判決効の問題として処理されるべきであるとする見解（B説）がある。

規範分類説からは、被冒用者は判決の効力を法律上は受けないのであるが、有効な判決の外観を備え、被冒用者に効力が及ぶことを前提にした取扱いがなされるおそれがあるから、被冒用者としては、上訴又は再審によってその判決の取消しを求めることができる、とする見解がある。また、この見解は、もともと判決効は及んでいないのであるから、再審以外の方法（例えば、請求異議の訴え）で判決を否定することも可能と考えてよい、とされる。

- 3 本問では、表示説のうちA説からは、被冒用者AにA敗訴の判決の効力が及ぶため、Aは上訴・再審（312条2項4号類推，338条1項3号類推）で争うという手段を採ることができることとなろう。

表示説のうちB説では、形式上の当事者であるAには判決の効力が及ばないこととなるため、Aは判決を無視して自己に判決の効力が及ばないことを主張することができることとなろう。ただ、Aに対して形式的に判決が存在する以上、それに基づいてAが不利益を受けるおそれがあるから、Aはこの判決に対して上訴・再審を申し立てることもできよう。

規範分類説からは、上訴・再審のほか、別訴で争うという手段をとることができよう。

●論点解説●

論点① 当事者の確定と死者名義の訴訟

1 問題の所在

Xの訴状には、被告Aと記載されているが、既にAが死亡しているため、当事者の確定の問題が生じる。設問1の下線部①を検討するに当たって、当事者の確定に関する学説・判例を整理しておく必要がある。

2 学説

A 意思説

原告の意思を基準として、当事者を確定する。

(理由)

訴状に用いられている氏名は、内心で考えられている人の表示にすぎないのであるから、内心で考えられている人が当事者であるべきである。

(批判)

- ① 内心の意思は確定が難しいので、訴訟の開始当初から種々の問題の判断基準となる当事者の確定基準としては不明確である。
- ② 誰が原告であるかを確定するのに原告の意思によるというのは背理である。

B 行動説

当事者らしく行動した、又は当事者らしく遇せられた者を当事者とする。

(批判)

- ① 現実の訴え提起行為をする者が原告本人に限られるわけでないように（代理人、使者があり得る。）、どのような行動を目して当事者として行動したとみるかという点に難点がある。
- ② A説の批判①。

C 表示説（通説）

訴状に氏名・職業・住所等を用いて当事者として表示された者を当事者とする。

(理由)

当事者確定基準を明確にする必要がある。

- * 訴状の当事者欄の記載に限定して確定する厳格な説（形式的表示説）と、当事者欄に限らず請求の趣旨・原因を始めとする訴状の全体から当事者を判断するという柔軟な説（実質的表示説）がある。

D 規範分類説

これから手続を始めるに当たって誰を当事者と確定するか（行為規範）については、

画一的処理を重視して表示説を基準とし、既に手続が進行した後に振り返って誰が当事者であったかを評価し確定すべき場合には、手続の安定や訴訟経済を考慮して（評価規範）、当事者適格者であってかつそれまでの訴訟追行の結果を帰せしめてもよい程度に手続保障の与えられた者を当事者と確定する。

（理由）

多様な効果の前提となる当事者確定について、1つの基準のみに基づく解決を求めるのは困難である。

（批判）

どの段階から評価規範によるべきかは一義的に明確であり得ないし、訴訟の進展とともに基準が変化し当事者が変わってくる事となる。

3 判例

A説に立つものと思われる判例がある一方（大判昭11.3.11民集15-977, 民訴百選5版6事件）、C説を採ったかに見える判例（大判昭16.3.15民集20-191）もあり、いずれかの説で説明することは困難であるとされている。

4 死者名義訴訟

実在しない者を当事者とする訴えは二当事者対立の原則に反するから、不適法なものとして却下される。そこで、訴えを提起した当時、被告が既に死亡していた場合、訴訟上いかなる取扱いをすべきか。

表示説からは死者が当事者となる。そうすると、当事者不存在として訴え却下されるべきであり、相続人が行った訴訟行為、あるいはそれを基礎とした判決も無効となるのが原則である。しかし、一旦、訴訟が成立した後に当事者が死亡した場合には、相続人がその訴訟上の地位を承継して当事者となって訴訟を進行することになること（民事訴訟法（以下、省略する。）124条1項1号）にかんがみると、相続人が死者の代わりに訴訟追行していたような場合にまで訴えを却下するとすれば、訴訟に応じた相手方に酷であるし、訴訟経済にも反する。

ア 原告が訴訟代理人を選任したり、訴状を発送したりした後、受領前に相手方が死亡した場合

潜在的訴訟係属があったものとみて、当然承継の規定（124条1項1号）の趣旨を類推適用して、相続人は訴訟を承継し得る。

イ 相続人が訴状を受領して初めから関与していたが、訴状の当事者欄に被相続人が記載されたままである場合

表示を被相続人名から相続人名に訂正する。

ウ イのような事情がなく、途中から、当事者を被相続人から相続人に変える場合 任意的当事者変更をする。

エ 当事者を変更しないまま判決が確定した場合

その判決の効力は相続人につき生じると解される。

5 本問における具体的検討

通説・実務は、実質的表示説に立つと考えられる。

実質的表示説に立つ場合、本件では、当事者欄がAである。本件訴訟の訴訟物は、不法行為による損害賠償請求権であることから、当然に、相続人に対して請求する趣旨であることは、訴状の記載からは判断できない。また、訴状の記載から、相続人であるYが、直ちに防御すべきであったとすることもできない。訴訟の却下は訴訟経済に反するが、Yの防御の利益を考慮すれば、訴訟を却下することもやむを得ないというべきである。よって、被告はAと考えられる。

もっとも、実質的表示説に立ち、訴状全体の趣旨から、Xは、まずは加害者Aに対し損害賠償を請求するが、Aが死亡している場合には当然に相続人に対しても損害賠償を請求する意図が、書面から読み取れると考えて、被告をYとすることもできると思われる。

(本論点につき、高橋概論P.2～4、リーガルクエストP.94～8、趣・規P.446～8、条・判P.34～7等参照)

論点② 任意的当事者変更と表示の訂正

1 問題の所在

Xが訴訟係属中にAが死亡していることを知った場合に、Xがとることができる手段はいかなるものか。

2 任意的当事者変更と表示の訂正の違い

任意的当事者変更とは、変更前の当事者と変更後の当事者との間に、訴訟上当事者の同一性が認められない場合に用いる手段である。

表示の訂正は、当事者の表記と訴状・判決書等の当事者欄の記載が食い違った場合に、確定された当事者の方に訂正することをいい、訴訟上、前後同一人物である場合をいう。

3 表示の訂正か任意的当事者変更か（後掲大阪地判昭29.6.26）

訴状において当事者を甲と表示していたにもかかわらず、訴訟係属中にその表示を乙に変更しようとする場合には次の2つの方法がある。

(1) 当事者確定の基準により判断したところ、甲及び乙という表示が同一人格を表しているものと解される場合

甲から乙への表示の訂正をする。

(2) 甲及び乙が別の人格を表しているものと解される場合

当事者の変更をする。

4 裁判例

□ 大阪地判昭29.6.26（下民集5-6-949，民訴百選5版A3事件）

〔事案の概要〕

甲は振出人「株式会社栗田商店代表取締役栗田末太郎」という約束手形の所持人であるが、その支払を求めるために訴えを提起しようとしたところ、この会社が右手形の振り出し直後に本店を移転し、かつその商号を変更したため、右手形に記載されている場所には、登記上も事実上も「株式会社栗田商店」はなかった。そこで、甲は被告を「栗田商店会社こと栗田末太郎」として訴えを提起した。ところが、第1審係属中にこの会社が別の場所に実在することが判明した。

〔判旨〕

「本店を移転し且つ商号を『栗江興業株式会社』と変更して、登記簿上も事実上も右約束手形記載の場所に『株式会社栗田商店』なるもの存在しなかつたので原告は同会社は存在しないものと錯覚しやむなく訴状被告欄に『株式会社栗田商店こと栗田末太郎』と表示して本件訴訟を提起したところ、その後右会社は前記の如く本店を移転し且つ商号を変更して存在することが判明したので当該表示を『株式会社栗江

興業株式会社右代表取締役栗田末太郎』と訂正を申立てたことは本件記録上明かである。而してかゝる場合は当初より原告が右手形の振出人を被告とする意思を有していたことを認めうることはもちろん、訴状の記載上も振出人を被告としたものと解しうべく、すなわち本訴は栗田末太郎個人を被告としたものでなく振出人たる『株式会社栗田商店』商号変更後の『栗江興業株式会社』を被告としたものと解せられる。然らば本件被告の表示の訂正によつて被告の同一性は維持せられているのであつて、人格の変更を来さないもの」である。

〔評 価〕

本判決は表示説の立場を前提としながら、被告の同一性は維持されているとして表示の訂正で足りるとしたものである。本事案の場合、確かに当事者欄の記載からのみ判断すれば当事者の変更を必要とする場合とも考えられる。しかし、表示説に立っても、当事者欄の記載だけでなく、訴状全般の記載の意味を解釈すれば、当初から会社が被告であつたと確定することができよう。

〔参考－表示の訂正では済まない場合〕

甲は、乙株式会社代表取締役丙と広告契約を結び、丙個人に対して代金支払を訴求し、第1審では甲が勝訴したが丙は控訴して広告の注文主は乙会社であると争う場合、甲は被告を丙から乙会社へと訂正し得るか、問題となる。

表示説に立つと、甲は「丙個人を被告として訴えを提起し」、訴状の記載に乙会社がまったく現われない以上、被告は丙であつて乙会社と当事者の同一性はなく、表示の訂正は許されない。そこで任意的当事者変更の問題となる。

任意的当事者変更を通説のように新当事者に対する新訴提起と旧当事者に対する旧訴の取下げの複合行為と構成すると、審級の利益との関係で新当事者に対する新訴提起は第1審係属中に限られるはずである。ただ、この事例では会社の代表取締役丙が従来個人として訴訟を進行してきたのであるから、乙会社の審級の利益が害されるという関係になく、控訴審での変更も許されるべきである。また、このように新当事者が旧訴に実質的に関与している場合は、従来の訴訟状態の承継も認められる。

5 本問における具体的検討

(1) 当然承継（124条1項1号）の類推適用について

本件では、Aは、Xによる訴訟提起前に死亡していることから、124条1項1号を類推適用することはできない。よって、Yが本件訴訟を当然承継したということはない。

(2) 任意的当事者変更について

ア 本件では、Aが死者であり、Yとは別の人格であるため、訴訟上の当事者の同一性が認められない場合であるため、表示の訂正をすることはできない。

よって、本件では、任意的当事者変更をすべきである。

イ その手続は、主観的追加的併合が認められないことから、別訴の提起，弁論の併合（152条1項），旧訴の取下げ（261条1項）によることになる。

本件では，Xは，Yを被告とする別訴を提起し，第1審裁判所によって弁論の併合がなされた上で，本件訴訟を取り下げることになる。

(本論点につき，高橋概論P.6，リーガルクエストP.99～101，趣・規P.447～8，条・判P.35～7等参照)

論点③ 氏名冒用の事実が審理中に判明した場合

1 問題の所在

甲が乙の氏名を冒用し、自己の名を乙であると表示して訴えを提起した場合、又は丙が被告として表示されているにもかかわらず、実際には丁が丙の名の下に訴訟行為をなしている場合などを氏名冒用訴訟という。

当事者の確定についての表示説（論点①参照）によれば、当事者は被冒用者であるにもかかわらず、実際は冒用者が訴訟を進行しており、その事実が審理中に判明している。そこで、この場合、裁判所はどのような措置をとるべきかが問題となる。

2 氏名冒用の場合の裁判所の措置

(1) 原告側の冒用の場合

審理の途中で裁判所に氏名冒用の事実が判明した場合、表示説では訴状の記載に従って原告は被冒用者と確定されるから、被冒用者の意思に基づかないで冒用者が勝手に起こした訴えである点で、無権代理人による起訴と同様になる。そこで、裁判所は冒用者を当事者でないとしてその訴訟関与を排斥するとともに、被冒用者が冒用者の訴え提起を追認しない限り、その訴えを却下すべきである。

(2) 被告側の冒用の場合

冒用者の訴訟関与を排斥した上で、新期日を指定し（155条1項類推）、同時に改めて訴状を被告である被冒用者に送達すべきである。

3 本問における具体的検討

本問は被告側の冒用であるから、裁判所は、冒用者Cを手続から排除した上で、新期日を指定し、同時に改めて訴状を被告である被冒用者Aに送達すべきこととなる。

（本論点につき、高橋概論P.2～5、リーガルクエストP.94～8、趣・規P.447、条・判P.36等参照）

論点④ 被冒用者敗訴の判決がなされた場合に被冒用者のとり得る措置

1 問題の所在

設問2後段では、当事者の確定についての表示説（論点①参照）によれば、当事者は訴状に記載されたAである。しかし、Aの関与のないままXの請求を認容する判決、即ち、A敗訴の判決がなされている。この場合、Aは、どのような手段をとることができるか。また、当事者の確定についての規範分類説によれば、被冒用者Aは当事者ではなく、判決の効力を法律上は受けないのであるが、事実上Aに不利な判決が存在するため、Aはどのような手段をとることができるかが問題となる。

このように冒用の事実が発見されないままに判決がなされた場合、被冒用者に判決の効力が及ぶか、また、被冒用者にどのような救済が与えられるかが問題となる。

2 学説

(1) 表示説

A説

判決後に氏名冒用が判明した場合には、表示説では被冒用者に判決効が及ぶゆえに、それを免れるためには被冒用者は上訴・再審（312条2項4号類推、338条1項3号類推）で争わなければならない。

B説

当事者の確定ではなく、判決効の問題として処理されるべきである。

即ち、表示説によれば被冒用者は形式上は当事者となるが、実際には全く訴訟に関与していなかったのであり、当事者権が全面的に保障されていなかったのであるから、これを実質的に手続の当事者とみることはできず、従って、判決の効力は、このような形式上の当事者にはそもそも及ばないとみるべきである。ただ、この場合、被冒用者に対して形式的に判決が存在する以上、それに基づいて被冒用者が不利益を受けるおそれがあるから、被冒用者はこの判決に対して上訴・再審を申し立てることもできる。

(2) 規範分類説

被冒用者は当事者ではなく、判決の効力を法律上は受けないのであるが、有効な判決としての外観を備え、被冒用者に効力が及ぶことを前提にした取扱いがなされるおそれがあるから、被冒用者としては、上訴又は再審によってその判決の取消しを求めることができる。

また、もともと判決効は及んでいないのであるから、再審以外の方法（例えば、請求異議の訴え）で判決を否定することも可能と考えてよい。

3 判例

大判昭10.10.28(民集14-1785, 民訴百選5版5事件)は, 被告の氏名を冒用して訴訟代理人を選任して応訴させた事件で, 判決の効力は冒用者にのみ及び被冒用者に及ばないとしながらも, 訴訟代理人が選任され, 判決が言い渡された場合には, 既判力が冒用者に及ばず被冒用者に及ぶとして被冒用者からの再審の訴えを認めた。

4 本問における具体的検討

(1) 表示説

A説では, 被冒用者AにA敗訴の判決の効力が及ぶため, Aは上訴・再審(312条2項4号類推, 338条1項3号類推)で争うという手段をとることができることとなろう。

B説では, 形式上の当事者であるAには判決の効力が及ばないこととなるため, Aは判決を無視して自己に判決の効力が及ばないことを主張することができることとなろう。ただ, Aに対して形式的に判決が存在する以上, それに基づいてAが不利益を受けるおそれがあるから, Aはこの判決に対して上訴・再審を申し立てることもできよう。

(2) 規範分類説

規範分類説からは, 上訴・再審のほか, 別訴で争うという手段をとることができる。

(本論点につき, 高橋概論P.2~5, リーガルクエストP.94~8, 趣・規P.447, 条・判P.36等参照)

模範答案

予備試験スタンダード論文答練(第1クール)
第10回(民事訴訟法2)第1問

辰巳法律研究所

解答例(作成:辰巳法律研究所)

Memo

P.1 第1 設問1小問(1)

2 1 当事者の概念は手続において重要であるから、基準として客観
3 的で明確である必要がある。よって、訴状の記載を基準として当
4 事者を確定すべきである。

5 もっとも、訴訟法律関係を維持した上で紛争の解決を図ること
6 が当事者の意思に合致し、相手方の不利益がない限り、手続の安
7 定を図ることも重要である。

8 よって、請求の趣旨、請求原因を含めて客観的合理的に解釈し
9 て当事者を確定すべきである。

10 2 本件では、訴状の当事者欄にはAと記載されている。

11 本件訴訟の訴訟物は、不法行為による損害賠償請求権であるこ
12 とから、当然に、相続人に対して請求する趣旨であることは、訴
13 状の記載からは判断できない。また、訴状の記載から、相続人
14 であるYが、直ちに防御すべきであったとすることもできない。訴
15 訟の却下は訴訟経済に反するが、Yの防御の利益を考慮すれば、
16 訴訟を却下することもやむを得ないというべきである。

17 よって、被告はAというべきである。

18 第2 設問1小問(2)

19 1 当然承継(民事訴訟法(以下、省略する。)124条1項1
20 号)の類推適用について

21 (1) 訴訟係属後に、当事者が死亡した場合には、相続人は当然に
22 承継する(124条1項1号)。よって、訴訟提起後訴状送達
P.2 時まで被告が死亡していた場合、相続人が訴状を受領し、訴
24 訟係属が発生したかの外観が生じているときには、訴訟係属後
25 の死亡に準じて、124条1項1号を類推適用することができる
26 と解する。

27 しかし、訴訟提起前に被告欄に記載された者が死亡している
28 場合は、訴訟係属と同視することはできず、124条1項1号
29 を類推適用することはできない。

30 (2) 本件では、Aは、Xによる訴訟提起前に死亡していることか
31 ら、124条1項1号を類推適用することはできない。よって、
32 Yが本件訴訟を当然承継したということとはできない。

33 2 任意的当事者変更について

34 (1)ア 任意的当事者変更とは、訴訟係属中、原告が当初の被告以
35 外の者に訴えを向けかえ、または、最初の原告以外の者が原
36 告に代わって訴えを提起するものである。任意的当事者変更
37 は、変更前の当事者と変更後の当事者との間に、訴訟上当事
38 者の同一性が認められない場合にする手段である。

39 これに対し、表示の訂正は、当事者の表記と訴状・判決書
40 等の当事者欄の記載が食い違った場合に、確定された当事者
41 の方に訂正することをいい、訴訟上、前後同一人物である場
42 合をいう。

43 イ 本件では、Aが死者であり、Yとは別の人格であるため、
44 訴訟上の当事者の同一性が認められない場合であるから、表

- P. 3 示の訂正をすることはできない。
- 46 よって、本件では、任意的当事者変更をすべきである。
- 47 (2) 任意的当事者変更の手続は、主観的追加的併合が認められな
48 いことから、別訴の提起、弁論の併合（152条1項）、旧訴
49 の取下げ（261条1項）によることになる。
- 50 本件では、Xは、Yを被告とする別訴を提起し、第1審裁判
51 所によって弁論の併合がなされた上で、本件訴訟を取り下げる
52 ことになる。
- 53 第3 設問2前段
- 54 1 前述したように、請求の趣旨、請求原因を含めて客観的合理的
55 に解釈して当事者を確定すると、本問では、当事者はAである。
56 そうであるにもかかわらず、実際の訴訟追行は冒用者Cによって
57 なされており、その事実が審理中に判明している。この場合、裁
58 判所はどのような措置をとるべきか。
- 59 2 被告側が氏名を冒用している場合には、裁判所は、冒用者の訴
60 訟関与を排斥した上で、新期日を指定し（155条1項類推）、
61 同時に改めて訴状を被告である被冒用者に送達すべきである。
- 62 3 本問でも、裁判所は、冒用者Cを手続から排除した上で、新期
63 日を指定し、同時に改めて訴状を被告である被冒用者Aに送達す
64 べきである。
- 65 第4 設問2後段
- 66 1 本問では、当事者がAであるにもかかわらず、Aの関与のない
P. 4 ままXの請求を認容する判決、即ち、A敗訴の判決がなされてい
68 る。この場合、Aは訴訟法上いかなる手段をとることができるか。
- 69 2 判決後に氏名冒用が判明した場合には、自説からは当事者たる
70 被冒用者に判決効が及ぶことになる（115条1項1号）。そこ
71 で、これを免れるためには、被冒用者は、実際に訴訟追行した者
72 による一種の無権代理と考えると、上訴又は再審（312条2項4
73 号類推、338条1項3号類推）で争わなければならないと考え
74 る。
- 75 3 これを本問につきみると、被冒用者AにXの請求を認容する判
76 決の効力が及ぶため、Aは、これを免れるために、上訴又は再審
77 （312条2項4号類推、338条1項3号類推）で争うという
78 手段をとることができる。
- 79 以 上

予備試験本試験
最終合格者答案予備試験スタンダード論文答練(第1クール)
第10回(民事訴訟法2)第1問

辰巳法律研究所

Memo

P.1 第1 設問1

2 1 課題①

(1) 本件訴訟の被告が誰か、当事者を確定する基準が問題となる。

(2) 訴訟の開始は訴え提起によることから、訴状に当事者として表示された者を当事者とすべきである。当事者を確定する基準は明確かつ客観的であるべきだからである。もっとも、当事者の確定は、当事者欄のみならず請求の趣旨及び原因欄を含む訴状の記載を客観的合理的に解釈して決定すべきである。

(3) 本件では、訴状の被告欄はAとなっている。請求の趣旨は、XはAに対し1000万円を支払えとするものであり、Aを当事者としている。また、訴訟物は、不法行為による損害賠償請求権であり、請求原因は、Aが、平成29年2月14日、自己の自動車を運転中、信号機のある交差点で右折をしようとした際に、前方から来た中型二輪車に乗っていたXと接触し、Xに対してむち打ちなどの傷害を負わせたことであり、Aを加害者とするものである。以上から、当事者欄のみならず請求の趣旨及び原因欄を含む訴状の記載を客観的合理的に解釈すれば、Aを被告とすべきである。

21 2 課題②

(1) 表示の訂正

P.2 表示の訂正とは、誤記を訂正することであり、訴訟係属中いつでもでき、訴訟状態に影響しない。ただ、誤記の訂正であるから、当事者が同一の場合に限り表示を訂正することができる。

本件では、AとYとは当事者の同一性がなく、表示の訂正をすることはできない。

(2) 当然承継の類推適用

訴訟係属中、当事者が死亡した場合、相続人は訴訟手続を受継する(民事訴訟法(以下法令名略。)124条1項1号)が、本件で124条1項1号を類推適用することができるか。

訴訟提起後に訴状が被告に送達されるまでの間に、被告が死亡した場合には、訴訟係属に準じるとみることができ、124条1項1号を類推適用することができるかと解する。

本件では、Aは、訴訟提起前に死亡していることから、124条1項1号を類推適用することはできない。

(3) 任意的当事者変更

任意的当事者変更とは、訴訟係属後に当事者そのものを変更するもので、法定された当然承継及び訴訟承継以外のものをいう。任意的当事者変更は、新たな当事者に対する新訴の提起と旧当事者に対する訴えの取下げの複合したものと解する。よって、その要件は、新当事者に対する訴えの提起と旧当事者に対する訴えの取下げである。また、その効果は、訴えの併合と同様であるから、事実主張については承継されないが、証拠調べ

P. 3 の結果については承継される。
46 本件では、Xは、Yに対して損害賠償支払請求訴訟を提起し、
47 Aに対する本件訴訟を取り下げること、証拠調べの結果を承
48 継させて、Yに対し既判力を及ぼすことができる。

49 第2 設問2

50 1 口頭弁論終結前にCであることが判明した場合

51 (1) 氏名の冒用者によって訴訟追行がされた場合、口頭弁論終結
52 前に氏名冒用が発覚したときは、裁判所は、冒用者を排除した
53 上で、被冒用者を当事者として審理をやり直すべきである。こ
54 の措置を採ると、審理が進んでいた場合には、訴訟経済を害す
55 ることになるが、被冒用者には判決の効力が及んでしまうので
56 あるから、手続保障上、審理のやり直しはやむを得ないとい
57 べきである。

58 (2) 本件では、当事者の確定について第1と同様の基準に立つ。
59 本件での当事者欄、請求の趣旨及び原因欄も第1と同様である
60 から、被告はAである。よって、このまま判決が出れば、その
61 効力はAに及ぶことになる。そこで、訴え提起後口頭弁論終結
62 前に、訴訟を進行していたのがAではなくCであることが判明
63 した場合には、裁判所は、Cを排除して、Aを被告として審理
64 をやり直すべきである。

65 2 Xの請求を認容する判決がなされた場合

66 (1) 氏名の冒用者によって訴訟が追行され、不利な判決がなされ
P. 4 確定した場合、被冒用者は、判決の効力が及ぶにもかかわらず、
68 当該訴訟にはまったく関与していなかったのであるから、被冒
69 用者を法的に救済すべきである。被冒用者の手続保障が害され
70 たという点では、「法定代理権、訴訟代理権又は代理人が訴訟
71 行為をするのに必要な授權を欠いた」場合と同様である。そ
72 こで、338条1項3号を準用して再審の訴えを提起することが
73 できると解する。

74 (2) 本件では、上述のように被告はAであるから、判決の効力は
75 Aに及ぶ。しかし、Aは、本件訴訟にはまったく関与していな
76 かったのであるから、Xの請求を認容する判決が確定した場合
77 でも、338条1項3号を準用して、Aは再審の訴えを提起で
78 きる。

79 (3) Xの請求を認容する判決が確定していない場合、Aには上訴
80 の利益があり、上訴できるのは当然である。

81 以上

辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6
TEL03-3360-3371（代表） ☎ 0120-319059（受講相談）
<http://www.tatsumi.co.jp/>

大阪本校：〒530-0051 大阪市北区太融寺町5-13 東梅田パークビル3F TEL06-6311-0400（代表）
京都本校：〒604-8187 京都府京都市中京区御池通東洞院西入る笹屋町435
京都御池第一生命ビルディング2F TEL075-254-8066（代表）

名古屋本校：〒450-0003 名古屋市中村区名駅南1-23-3 第2アスタービル4F
TEL052-588-3941（代表）

福岡本校：〒810-0001 福岡市中央区天神2-8-49 ヒューリック福岡ビル8F
TEL092-726-5040（代表）

岡山校：〒700-0901 岡山市北区本町6-30 第一セントラルビル2号館 8階
穴吹カレッジキャリアアップスクール内 TEL086-236-0335