

第1問

甲は、A土地の所有者乙を被告と表示して、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。

- 1 甲と通じた丙は、乙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、請求原因事実を全て自白した。
 - (1) 丙が自白した後、第1回口頭弁論期日において、出頭したのは乙ではなく、丙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。
 - (2) 第1回口頭弁論期日において弁論が終結し、乙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、甲は、A土地について所有権移転登記を経由した。この場合、乙は、訴訟法上どのような手段を採ることができるか。
- 2 乙が訴状等を受領したが、甲と通じた丙が、「口頭弁論期日には出頭しなくてもよい」と乙をだました上、自ら乙と称して、第1回口頭弁論期日に出頭し、請求原因事実を全て自白した。同期日の後、乙は死亡したが、裁判所が乙の死亡を知らなかったため、乙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。この場合、乙の相続人丁は、訴訟法上どのような手段を採ることができるか。

(旧司法試験 平成14年度 第2問)

第1 設問1について

1 小問(1)について

いわゆる氏名冒用訴訟の一類型である（**論点** 氏名冒用訴訟  司H22, 旧H14-2）。

 総合 16頁  論証 2頁

まず、当事者の確定をする必要がある（**論点** 当事者の確定基準  司H22, R4, 予H23, R1, 旧H14-2）。表示説によれば、乙が当事者であり、丙が訴状を受領していることから、適法な訴訟係属がない。

 総合 15頁  論証 1頁

したがって、丙を訴訟手続から排除して、改めて訴状送達を行う（138 I）とともに、期日指定をして乙を呼び出すことになる（139）。

2 小問(2)について（**論点** 瑕疵ある判決と判決の無効）

 論証 72頁

適法な訴訟係属がないまま判決がなされ、確定した場合であっても、判決は有効であると考えるのが一般的である。そうすると、上訴の追完や再審の訴え（338 I ③類推）によって、判決を取り消すしかない。再審の訴えについては、上訴の追完ができるとした場合に、補充性（338 I ただし書）が否定されないか問題となるも、否定されないと解されている（最判平4.9.10【百選111】、最決平19.3.20【百選38】参照）。

なお、大阪高判平4.2.27は、訴状等の送達も判決正本の送達も補充送達としての効力を有しない事案について、形式的に控訴期間を経過していたとしても、そもそも控訴期間が進行していないのだから、控訴は適法であるとする。この立場によれば、本間でも、控訴の可能性があることになる。

さらに、判例（最判昭44.7.8【百選81】）は、裁判外で訴えの取下げの合意をしたのに原告が訴えを取り下げず勝訴判決を得て強制執行をした事案について、再審の訴えの提起を経ずに、直接、不法行為に基づく損害賠償請求をすることができる（なお、最判平10.9.10【百選37 ①②】、最判平22.4.13は、最判昭44.7.8【百選81】を敷衍し、「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」に不法行為に基づく損害賠償請求が認められるとしている。）としており、本間でも、直接、所有権移転登記抹消登記手続請求をする余地があるかもしれない。

第2 設問2について

1 本設問は、設問1との事案の違いを踏まえて解答する必要がある。

すなわち、乙は訴状を受け取っており、訴訟係属は有効に生じている。したがって、判決の当然無効という筋はあり得ない。

2 次に、乙が死亡した時点で、訴訟承継が生じており、さらに訴訟代理人が存在しないことから、同時に手続が中断する（124Ⅱ、同Ⅰ①）。

手続の中断中の訴訟行為は裁判所も当事者もすることができず、それをして無効であるが、判決の言渡しだけは可能である（132Ⅰ）。

手続の中断中期間は進行を停止するから、丁は、控訴期間は停止している（132Ⅱ）として、受継（124Ⅰ①）後、控訴を提起し、自白の無効を争うことになる。

3 また、形式的に判決が確定していることから、設問1(2)と同様に再審の訴えを提起して、判決を取り消す余地もあるだろうが、そもそも

設問1と異なり乙に帰責性が認められる事案で再審の訴えの提起が認められるか不明であるし、控訴によって争うことができるのであれば、あえて再審を認める必要もないだろう（338 I ただし書）。

※ 以上の検討は、口頭弁論終結後に乙が死亡したことを前提としている。第1回口頭弁論期日で請求原因事実が全て自白されていることから、第1回口頭弁論で終結されていると見るのが自然だからである。

一方で、第1回口頭弁論で終結されていなかった場合、その後の訴訟行為は、上記のように全て無効であるから、違法な判決ということになる。したがって、上訴の追完、再審（338 I ③類推）で、その点の違法を主張することになるだろう（最判昭58.5.27参照）。なお、この場合も判決の当然無効は認められないとするのが一般的である。

（法務省発表の出題趣旨）

当事者の確定をめぐる手続上の諸問題に対する解決能力を試す問題である。1(1)では、当事者の確定、訴訟係属の有無に触れた上で裁判所の措置を論ずべきである。1(2)では、(1)での立場を前提として、判決まで至った場合のその効力とこれに対する救済手段を論ずべきである。2では、1との違いを踏まえ、訴訟係属の有無、手続の中断の効果とこれに違反した場合の判決の効力を論じ、これに対する救済手段を論ずべきである。

■ 答案構成

第1 設問1について

1 (1)について

当事者は乙・丙いずれか



(実質的) 表示説



当事者は乙



訴状の送達が有効になされておらず、訴訟係属が生じていないことになる



丙を排除して、乙に対して手続をやり直すべき (138 I、139)



その上で、丙が行った行為の追認を乙に確認すべき (34 II 参照)

2 (2)について

判決は当然無効とならないか



ならない



訴訟行為の追完 (97)



再審 (338 I ③類推)



控訴の追完との関係で、再審の補充性 (338 I 柱書ただし書) が認められないのではないか



問題なし



再審の訴えを経ずに、直接所有権移転登記抹消手続請求訴訟を提起することも認めるべき

第2 設問2について

1 訴訟係属は有効に生じている



2 訴訟承継、手続の中断 (124 II、I ①)



手続の中断中でも判決の言渡しは可能 (132 I) だが、丁は控訴期間が停止している (132 II) として、受継 (124 I ①) 後、控訴を提起し、自白の無効を争うことになる



3 再審の訴えは不可

第1 設問1について

1 (1)について

(1) 甲は、乙を被告と表示しているが、訴状を受領し、期日に出頭しているのは丙である。当事者が丙であれば表示の訂正をすべきことになる。では、当事者はいずれか。

(2) 当事者が誰であるかについては、当事者能力（民事訴訟法（以下、法令名省略。）28条）、既判力の主観的範囲（115条1項）等の判断の基準となるものであり、当初から明確にされなければならない。そうだとすれば、訴状の当事者欄の記載（134条2項）を基準とすべきである。ただし、具体的妥当性を図る見地から、請求の趣旨・原因等の記載をも考慮して判断すべきである。

本問において、甲は、乙を被告と表示しており、また、請求の趣旨・原因等の記載を考慮しても、被告は乙であることになる。

当事者が乙であるとすれば、訴状の送達が有効になされておらず、訴訟係属が生じていないことになる。

そこで、裁判所は、まず丙を手続から排除すべきである。そして、訴状も丙が受領しているため、乙への訴状の送達（138条1項）、期日の呼び出し（139条）を改めて行うことになる。

(3) その上で、丙が行った訴訟行為を一括又は個別に追認するかを乙に確認すべきである（34条2項参照）。

2 (2)について

(1) まず、上記のように、訴訟係属が生じないまま判決が確定した場合、

1

その判決の効力を当然無効と解することはできないか。

この点について、後日の無効主張によって法的安定性が揺るがされることを防ぐ必要があり、また、自己拘束力により裁判所も自由に判決は変更できないともいえる。

したがって、当然無効とされる判決は、死者に対する判決、当事者適格を欠く者になされた対世効ある判決等に限られるべきである。

本問では、そのような事例ではないから、判決の当然無効は認められない。

(2) そこで、乙としては、以下の手段によって自白の無効又は判決の取消しを主張することが考えられる。

ア まず、訴訟行為の追完（97条）として、控訴の追完を主張することができる。

乙が控訴提起をすることができなかったのは、丙が乙と詐称して訴状等を受領して、期日に出頭し、請求原因事実を全て自白したためである。

したがって、「当事者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を遵守することができなかった場合」に当たり、乙は控訴の追完という方法によって、丙が行った自白の無効を主張することができる。

イ 次に、再審の訴え（338条1項3号類推）によることも考えられる。

ここで、丙は無権代理人として行動したわけではないが、同条項

2

3号は、実質的に見て、当事者に保障されるべき手続関与の機会が与えられなかった点に再審に値する違法事由を認める趣旨の規定である。そうだとすれば、乙のように手続に関与する機会すら与えられていなかった者にも再審の訴えを認めるべきである。

したがって、乙は再審の訴えによって、判決を取り消すこともできる。

なお、控訴の追完ができる以上、再審の補充性（338条1項柱書ただし書）との関係で、再審請求が認められないとも思われる。

しかしながら、控訴の追完は専ら判決後の控訴提起の障害を理由とするものであるのに対し、再審は判決に至る手続過程における重大な瑕疵を理由とするものであって、問題となる事由を異にしている。また、再審の訴えの方が、審級の利益の点でも控訴の追完より有利である。

したがって、控訴の追完との関係で、再審の補充性に抵触することはない。

ウ さらに進んで、乙の実効的な救済の観点から、再審の訴えを経ずに、直接所有権移転登記抹消手続請求訴訟を提起することも認めるべきである。確かに、前訴既判力が残存しているので、これに矛盾するように思われるが、再審の訴えを経ない請求を、問題となった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定すれば、既判力制度を無にすることにはならない。

3

第2 設問2について

1 まず、設問1と異なり、乙は訴状を受領しているから、訴訟係属は有効に生じている。また、丙が第1回口頭弁論期日で全ての請求原因事実を自白していることから、設問1小問(2)と同様、第1回口頭弁論期日で口頭弁論は終結しているものと考えられる。

2 乙が死亡した時点で、訴訟承継が生じており、さらに訴訟代理人が存在しないことから、同時に手続が中断する（124条2項、同1項1号）。手続の中断中でも判決の言渡しは可能（132条1項）だが、丁は控訴期間が停止している（132条2項）として、受継（124条1項1号）後、控訴を提起し、自白の無効を争うことになる。

3 もっとも、このように解すると、審級の利益を害するようにも思われる。そこで、形式的には控訴期間を徒過したことによって判決が確定しており、また、被相続人である乙に全く手続関与の機会が与えられていないことから、設問1(2)と同様、338条1項3号を類推して、再審の訴えを提起することが考えられる。

しかし、設問1(2)と異なり、乙は軽率にも丙の詐言を信じたものであり、手続に関与する機会がなかったわけではない。また、控訴を提起して、自白の無効を争うことができるのだから、再審の補充性に鑑みても、再審の訴えの提起を認めるべきではないと解する。

以上

4