

2004年度 民事訴訟法講義 6

関西大学法学部教授
栗田 隆

第6回

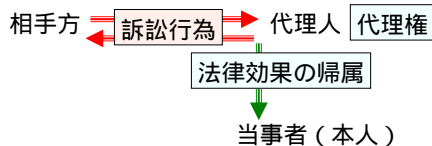
- 訴訟上の代理・代表（35条・37条、54条 - 60条）
- 訴訟手続の中断・受継（124条 - 132条）

T. Kurita

2

訴訟上の代理

- 民事訴訟法上の代理人とは、当事者に法律効果を帰属させるために、当事者の名において、当事者に代わって、自己の意思決定に基づいて訴訟行為をなし、または当事者を名宛人とする訴訟行為を受領する者をいう。



T. Kurita

3

訴訟上の代理人の種類（1）

- 包括的代理人
 1. 法定代理人
 - a. 実体法上の法定代理人（28条）
 - b. 訴訟法上の特別代理人（35条）
 2. 任意代理人（訴訟代理人）
 - a. 訴訟委任による訴訟代理人（54条）
 - b. 法令による訴訟代理人（54条）

T. Kurita

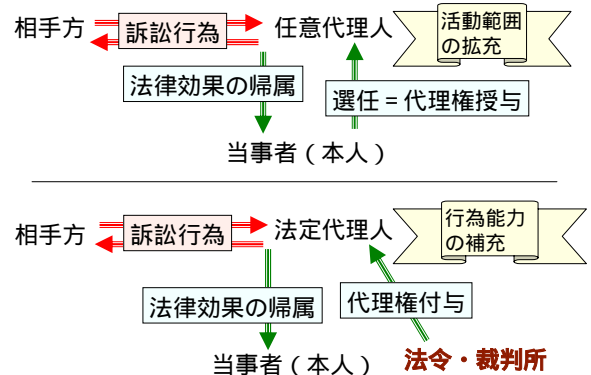
4

訴訟上の代理人の種類（2）

- 個別代理人
 1. 法定代理人
 - a. 在監者への送達について、監獄の長（102条3項）
 - b. 証拠保全における特別代理人（236条）
 2. 任意代理人
 - a. 送達受取人（104条1項）

T. Kurita

5



準法定代理人

- 本人の能力補充のために、本人の意思に基づいて選任される代理人
 1. 法人の代表者
 2. 任意後見契約に基づく後見人（任意後見契約法2条参照）

T. Kurita

7

法定代理人

- 代理権の発生が本人の意思に基づかない代理人を法定代理人という。
- 実体法上の法定代理人は、訴訟上も法定代理人になる（28条）。
- 包括的な法定代理については、「代表」という言葉が使われることがある（例えば、211条、民824条・859条）。
- 法定代理人として訴訟行為をした者が真実は法定代理権を有しないことは、再審事由となる（338条1項3号）。
- 法定代理権の存在は、書面で証明しなければならない（規則15条）。

T. Kurita

8

実体法上の法定代理人の種類

- 親権者（民824条）・後見人（民838条・859条）
- 訴訟行為について代理権を与えられた保佐人（民876条の4）・補助人（民876条の9）
- 特別代理人
 1. 利益相反行為について裁判所が選任する特別代理人（民57条・826条・860条）
 2. 不在者の財産管理人（民25条以下）
 3. 母がいない場合の嫡出否認の訴えの特別代理人（民775条）

T. Kurita

9

法定代理人か訴訟担当者か議論のあるもの

- 相続財産管理人（民936条1項、家事審判規則116条・106条）最判昭和47年11月9日は、相続人の法定代理人であるとする
- 遺言執行者（民1006条・1010条・1015条）最判昭和43年5月31日は、当事者（訴訟担当者）であるとする

T. Kurita

10

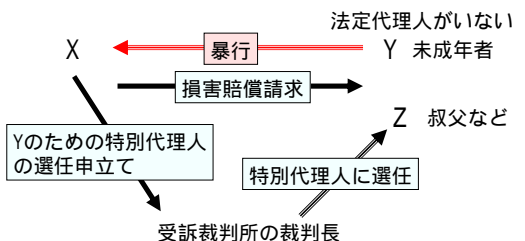
身分関係に基づく法定代理人

- 一定の身分関係に基づいて法定代理人になる場合には、誰が法定代理人かを定める基準として、次の2つの選択肢がある。
 1. 戸籍の記載
 2. 真実の身分関係
- 真実の身分関係が何か争われる訴訟においては2を基準にすることはできないことも考慮すると、1を判断基準とすべきである。

T. Kurita

11

民訴35条の特別代理人



T. Kurita

12

特別代理人の改任

- 現在の特別代理人を解任し、必要に応じて別の者を選任すること。例：
 1. 特別代理人が不要になった場合（後見人が選任された場合や、未成年者が成年になった場合）
 2. 選任された者が特別代理人として適当でないことが明らかになった場合
- 改任の裁判は、裁判所が決定により行い（35条2項）、新旧の特別代理人に告知する（規16条）。

T. Kurita

13

35条の類推適用

- 訴訟無能力者が原告となる場合
- 意思無能力者の場合
- 相続人不明の相続財産について相続財産管理人が選任されていない場合
- 法人について代表者が不明の場合 **最判昭和45年12月25日**参照

T. Kurita

14

35条の適用除外

- 夫婦の一方が成年被後見人で、他方がその後見人である場合の離婚訴訟（**最判昭和33年7月25日**）

T. Kurita

15

法定代理人の地位（1）

- 法定代理人は当事者ではない。
- 裁判籍や除斥原因等も、本人を基準とする
- 法定代理人の訴訟行為の効果はすべて本人に帰属する。
- 判決の効力を直接受けるわけではない（**115条**参照）。しかし、敗訴の場合にその責任を分担すべきであり、本人との間で参加的効力を受ける（**46条**の類推適用）。

T. Kurita

16

法定代理人の地位（2）

次の事項に関しては当事者に準じて扱われる

- 訴状・判決における表示（**133条**2項1号・253条1項5号）
- 送達は、法定代理人にしなければならない（**102条**1項・103条1項但書き）
- 法定代理人の死亡、代理権の消滅は訴訟中断事由（**124条**1項3号。但し、5項に注意）
- 釈明処分としての出頭命令（**151条**1項1号）
- 和解のための出頭命令（**規則32条**1項）
- 当事者尋問の規定の準用（**211条**）

T. Kurita

17

法定代理権の消滅事由

- **本人**に生ずる事由 死亡・訴訟能力の取得、後見開始審判の取消（民10条）
- **法定代理人**に生ずる事由 死亡、親権喪失宣告・辞任等による代理人たる地位の喪失（民834条以下）、後見人の辞任（民844条）・解任（民846条）・破産（民847条）、特別代理人の改任（民訴**35条**2項）

T. Kurita

18

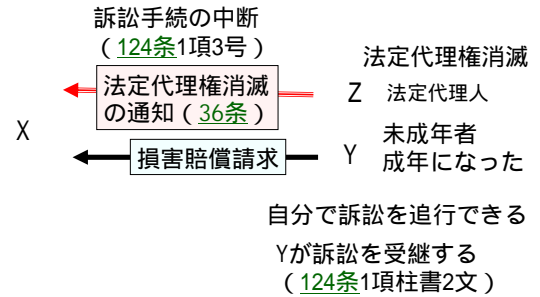
法定代理権の消滅の相手方への通知

- 法定代理権の消滅は、次の者から相手方に通知しなければ、効力を生じない（[36条](#)）。
 1. 訴訟能力を得た本人又は
 2. 新旧いずれかの代理人
- 通知がなければ、[124条](#)1項3号による手続の中断も生じない。但し、法定代理人の死亡の場合のように、この通知を直ちにしない者がいない場合には、その時点で法定代理権消滅の効果が発生し、手続も中断する。
- 裁判所にも書面で届け出る（[規17条](#)）

T. Kurita

19

法定代理権の消滅



T. Kurita

20

法人等の代表者

- 法人等は自ら行為することはできず、対外的には代表者の行為をもってその行為とすることになるので、代表者は能力の補充の機能を持ち、法定代理人に近い。
- そこで、法人等の代表者には、法定代理人に関する規定が準用される（[37条](#)）

T. Kurita

21

取締役に対する責任追及訴訟の代表者

- 責任追求される取締役と代表取締役とのなれ合いを回避するために、監査役が会社を代表するのが原則である（[商法275条の4](#)）。
- 但し、退任した取締役に対して責任追及の訴えを提起する場合には、なれ合い訴訟の可能性は低いので、代表取締役も会社を代表する権限を有する（[農業共同組合の理事と監事について、最判平成15年12月16日](#)）。

T. Kurita

22

訴訟において国等を代表する者

- 国 法務大臣（[法務大臣権限1条](#)）。
- 地方公共団体 その長（[地自法147条](#)）。

T. Kurita

23

代表権限の証明

- 代表者の資格は、文書により証明されなければならない（[規則18条](#)・[15条](#)）。
 1. 登記簿の抄本又は登記事項証明書
 2. 主務官庁の許可によって成立するとされている公益法人については（[民34条](#)・[45条](#)参照）、設立登記がなされるまでの間は、主務官庁が保管する文書の謄本等
 3. 法人でない社団・財団については、適当な文書

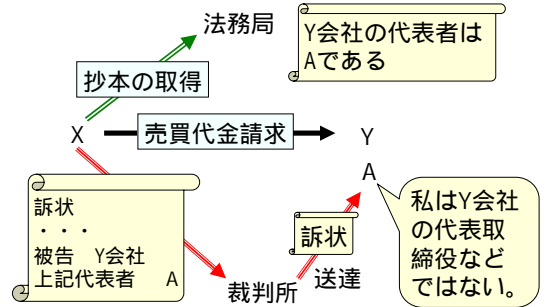
T. Kurita

24

法人の代表と表見法理（1）

- 訴え提起後に登記上の代表者が真実の代表者と異なっていたことが判明した場合に、これまでの訴訟追行の結果をどのように扱うかが問題となる。
- 実体法上の表見法理を訴訟の場でも適用すべきかについて、積極説と消極説とに分かれている。

法人の代表と表見法理（2）



最判昭和45.12.15

- 民法109条および商法262条の規定は、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。

本人訴訟主義

- 弁護士強制主義 「弁護士資格を有しない当事者は、弁護士を訴訟代理人に選任しなければならない」との建前。日本は採用していない。
- 本人訴訟主義 当事者が自ら訴訟行為をなすことが認められている。弁護士を訴訟代理人に選任するか否かは、当事者の自由である。

弁護士代理の原則

- 弁護士代理の原則 当事者が訴訟代理人を選任する場合には、他の法令に基づく場合を除き、弁護士を選任しなければならない（54条1項本文）。弁護士のみが訴訟代理人になりうるとの原則を、弁護士代理の原則という。但し、簡易裁判所においては、弁護士でない者を訴訟代理人にすることができる（54条1項但書）。

弁護士代理の原則から有資格者代理の原則

能力認定された次の者にも代理資格が認められている。

- 弁理士 特許・実用新案・意匠・商標・回路配置に関する権利の侵害、又は特定不正競争（弁理士法2条4項参照）による営業上の利益の侵害に係る訴訟。このほかに、特許庁の審決・決定に対する取消訴訟の代理資格が弁理士に一般的に認められている。
- 司法書士 簡易裁判所における訴訟手続、支払督促手続、民事保全手続、民事調停手続について訴訟代理権を有する。

訴訟代理人の意義

- 訴訟追行のための包括的代理権を有する任意代理人を訴訟代理人という。
 1. 訴訟委任による訴訟代理人 55条1項-3項の規制を受ける代理人。原則として弁護士でなければならない(54条1項本文)。
 2. 法令による訴訟代理人 訴訟委任によらない訴訟代理人であり、55条1項-3項の直接の適用を受けない点に特徴がある(55条4項)。

訴訟委任による代理権の範囲(1) 一般的委任事項

- 訴訟代理権の範囲は、代理人が原則として弁護士であることを考慮して、手続の円滑な進行のために、包括的に法定されている(55条1項)。
 1. 判決手続、強制執行、保全手続の追行。2項により、上訴の提起が特別委任事項とされているので、代理権は審級ことに付与することができる(審級代理の原則)
 2. 攻撃防御方法の提出の前提として必要な実体法上の権利行使(契約の解除、相殺、取消し、建物買取請求など)をなし、あるいは相手方の意思表示を受領する権限も有する。
 3. 弁済の受領。これも2と同様の私法行為であるが、訴訟手続の追行に必要不可欠というわけではないので、特に明示されている。

訴訟委任による代理権の範囲(2) 特別委任事項

- 本人の意思を尊重するために特別の委任が必要な事項(55条2項)。
 1. 反訴の提起
 2. 訴えの取下げ、訴訟上の和解の締結、請求の放棄・認諾、訴訟脱退
 3. 控訴・上告の提起、上告受理の申立て、またはこれらの取り下げ
 4. 手形・小切手訴訟および少額訴訟における判決に対する異議の取り下げ、またはこれらの取下げの同意
 5. 復代理人の選任

55条では、反訴の語が2度出てくる。

- **1項の反訴** これは、原告の訴訟代理人が被告の提起する反訴に応訴することを意味し、彼はこの権限を当然に有する。
- **2項1号の反訴提起** 被告の訴訟代理人が反訴を提起するにあたっては、特別の授権が必要である。

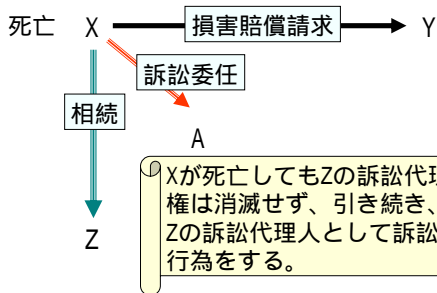
代理権の制限禁止

- 弁護士である訴訟代理人の代理権限を制限することはできない(55条3項)。代理権の範囲を定型化して、その調査の負担を軽減し、手続を円滑に進めるためである。

当事者の更正権(57条)

- 事実関係については代理人より当事者の方がよく知っていると考えられ、また本人の意思を尊重すべきであるので、訴訟代理人の**事実に関する**陳述を更正する権利が当事者に認められている。
- 但し、手続の円滑な進行のために、代理人の陳述に続いて直ちに取り消しまたは更正することが必要である。

代理権の不消滅（58条）



T. Kurita

37

代理権の不消滅（58条）

- 当事者が死亡した場合には、相続人が当然に訴訟を承継し、新当事者となるが、現実には訴訟手続を進行できるようになるまで手続は中断される（124条1項1号）。
- しかし、訴訟代理人がいる場合には、訴訟手続を円滑に進めるために、従前の訴訟代理人が新当事者のために引き続き訴訟代理人になるものとし、訴訟手続を中断することなく続行させることが望まれる。
- そこで、その前提として、訴訟代理権は58条1項に掲げる事由によっては消滅しないものとされた。

T. Kurita

38

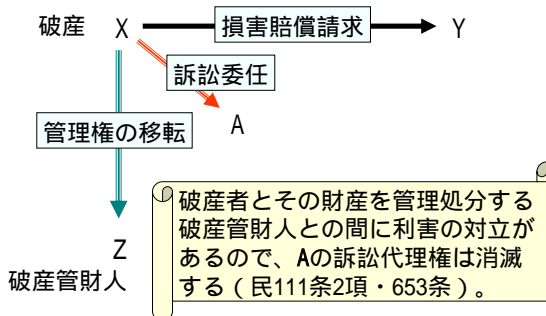
訴訟代理権の消滅

- 訴訟代理権は、前記の場合を除けば、民法の規定により消滅する。
 1. 訴訟代理人の死亡・破産・後見開始の審判（民111条1項2号）、
 2. 弁護士たる訴訟代理人の弁護士資格の喪失
 3. 委任の終了（民111条2項） 解任・辞任、本人の破産。

T. Kurita

39

代理権の消滅



T. Kurita

40

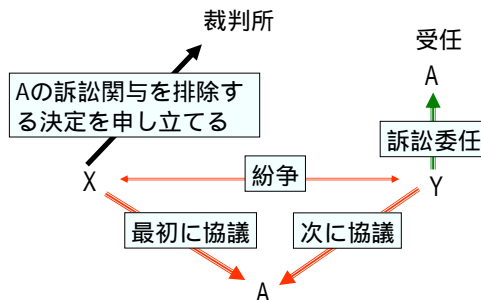
弁護士法25条違反の代理行為の効力

- 弁護士法25条は、弁護士の職務執行の公正を維持するために、次の事由が存在する場合に、職務の執行を禁止している。
 1. 1号 相手方の協議を受けて賛助し、又はその依頼を承諾した事件。
 2. 2号 相手方の協議を受けた事件で、その協議の程度及び方法が信頼関係に基づく認められるもの。
 3. 3号 受任している事件の相手方からの依頼による他の事件。但し、受任している事件の依頼者が同意した場合は除く。
 4. 4号 公務員として取り扱った事件。
 5. 5号 仲裁手続により仲裁人として取り扱った事件。

T. Kurita

41

1号・2号の事例



T. Kurita

42

弁護士法25条1号・2号に違反する訴訟行為の効力

- 異議説
 1. 相手方の異議がなければ有効となる。
 2. 異議は、90条に準じて、違反事実を知りまたは知りうべき時から遅滞なく述べなければならず、遅滞の場合には異議権を喪失する。

法令による訴訟代理人

- 代理権の範囲について55条1項-3項の直接の適用を受けない代理人である。
- 実体法により、本人を広範に代理する特別な地位に就くことに伴い、その職務を十分に進行するために訴訟上の代理権も認められている
 1. 支配人（商法38条1項）
 2. 船舶管理人（商法700条1項）
 3. 船長（商法713条1項・811条1項）
 4. 在外者の特許管理人（特許8条2項）
- 本人のために訴訟を専門的に進行する地位を認められた者
 1. 国等の指定代理人（法務大臣権限法2条等・8条）

支配人（商法38条1項）

- 支配人は、裁判外で広範な代理権を有していることを前提として、裁判上の代理権を認められている。
- 裁判外での代理権が内部的に狭い範囲に制限されている場合、あるいは現実に代理行為を行っていない場合には、たとえ支配人として登記されていても、商法37条の意味での支配人にはあらず、裁判上の代理権は認められないとするのが多数説である。

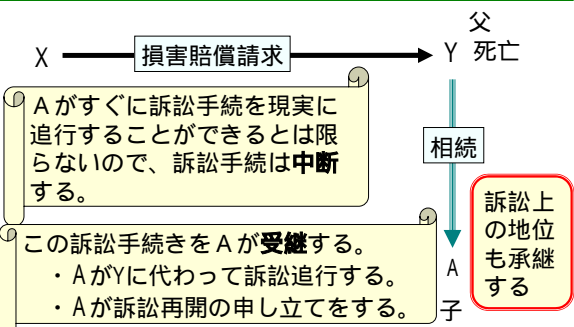
補佐人

- 当事者・補助参加人またはこれらの者の代理人が十分な弁論をなすことができるように、当事者等と共に出席して、これらを補助するために口頭弁論において発言する者を補佐人という。
- 訴訟代理人にも補佐人を認めたのは、特殊な専門家・技術者等によって事実関係を説明することが必要な事件もあるからである。
- 裁判所の許可が必要であり、許可があれば誰でもなれる（60条1項）。未成年者でもよい。

補佐人の地位

- 当事者または訴訟代理人の知識を補充するために、自己の意思に基づいて陳述する一種の代理人である（通説）。
- 補佐人の陳述は、当事者又は訴訟代理人が直ちに取り消し、又は更正しないときは、当事者又は訴訟代理人が自らしたものとみなされる（60条3項）
- 次の点で通常の代理人と異なる。
 1. 補助者であり訴訟代理人ではないので、期日に単独で出頭して陳述することはできない。期日外での訴訟行為もできない。
 2. 取消・更正の対象は、事実上の陳述に限られない（57条と対比）。

当事者の死亡による訴訟手続きの中断



中断の効果

- 訴訟手続が中断または中止されると、その事由が解消されるまで、訴訟手続を進行させることができない。
- 行為期間は進行を停止し、中断が解消した時点（受継申立てまたはその通知、続行命令の告知等があった時点）で、あらためて全部の期間が進行を開始する（132条2項）。
- 当事者の関与を必要としない合議や判決書の作成は、中断中でもすることができる。
- 判決の言渡しもできるが（132条1項）、送達は中断解消後に新追行者に宛ててする。