

2017年度
民事訴訟法講義
3

関西大学法学部教授
栗田 隆

民事訴訟の開始（1） 訴えの提起など

- 訴えの提起
- 訴え提起の準備
 - 本人訴訟と弁護士訴訟
 - 訴訟代理
 - 訴え提起前の情報収集
 - 民事保全の利用

訴えの提起 設例

1998年5月5日に300万円貸付け

1ヶ月後に返還します

X **貸金返還請求権** → Y 弁済なし

訴え = 救済申立て

法律関係の主張 + 判決要求

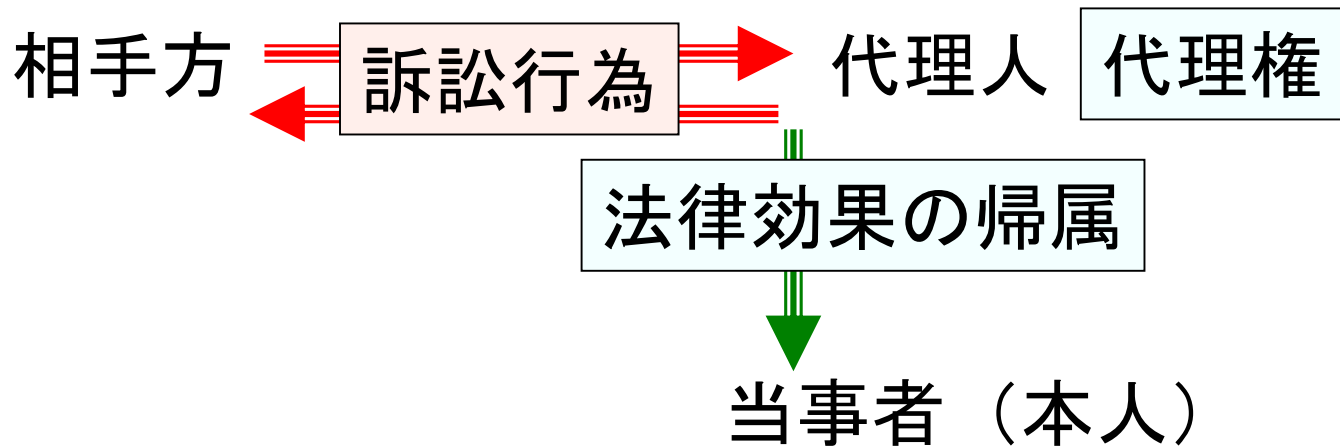
訴状

当事者 . . .
請求の趣旨 . . .
請求の原因 . . .

裁判所

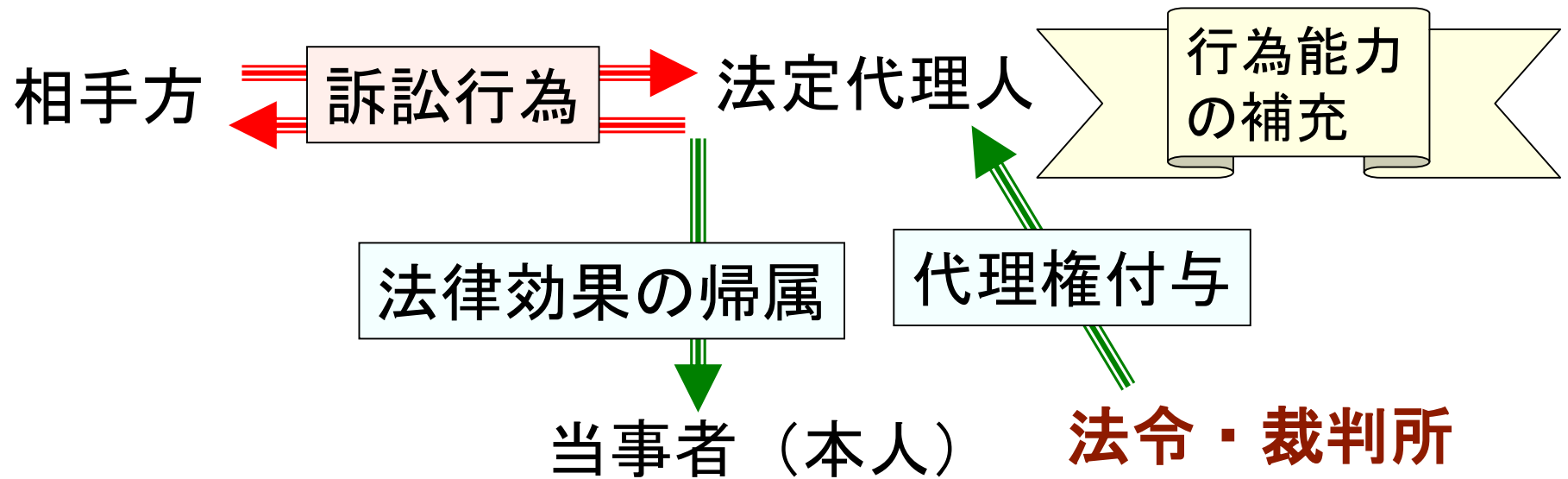
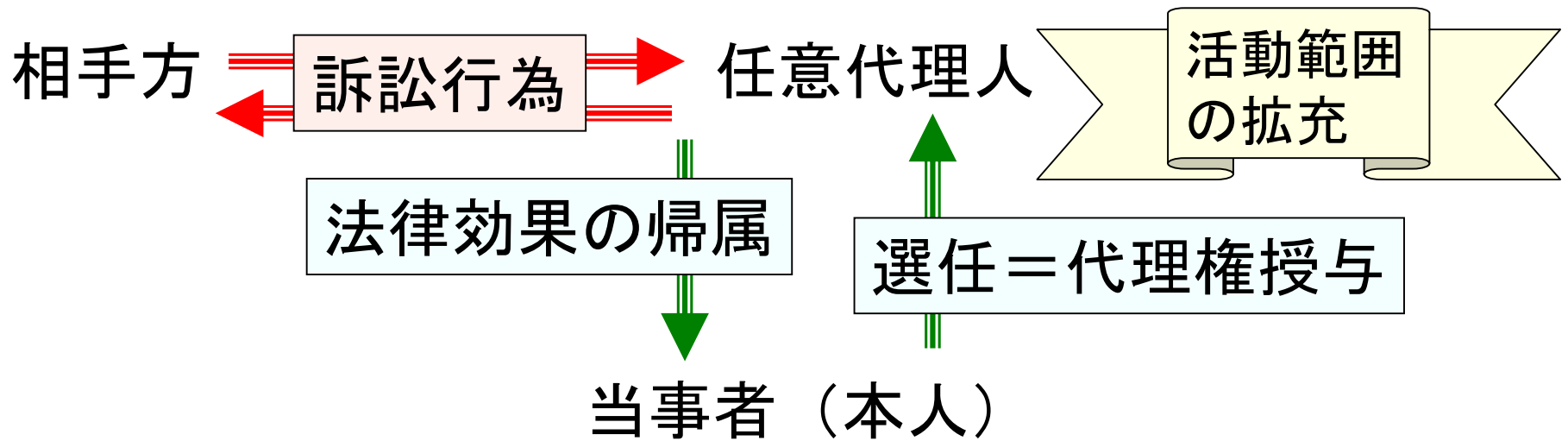
訴訟上の代理

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。



訴訟上の代理人の種類

	包括的代理人	個別代理人
法定代理人	<ul style="list-style-type: none">● 実体法上の法定代理人 (<u>28条</u>)● 訴訟法上の特別代理人 (<u>35条</u>)	<ul style="list-style-type: none">● 刑事施設に收容されている者への送達について、刑事施設の長 (<u>102条</u>3項)● 証拠保全における特別代理人 (<u>236条</u>)
任意代理人	<ul style="list-style-type: none">● 訴訟委任による訴訟代理人 (<u>54条</u>)● 法令による訴訟代理人 (54条)	<ul style="list-style-type: none">● 送達受取人 (<u>104条</u>1項)



本人訴訟主義と弁護士強制主義

- 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。

弁論能力を欠く場合の措置（155条）

- 陳述の禁止と期日の続行
- 裁判所による弁護士付添命令 本人が選任する。本人が代理人を選任しなければ、その者の弁論なしで口頭弁論を終結する。
 1. この場合の弁護士費用は訴訟救助の対象になる（83条1項2号・85条参照）。
 2. 本人に資力がないたため受任する弁護士がいない場合には、司法支援センターの法律扶助（代理援助）を受けることを勧奨。

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)。

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。
- ただし、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項ただし書）。労働審判手続においても同様である。

弁護士代理の原則から有資格者代理の原則

能力認定を受けた次の者も代理資格を有する。

1. 弁理士 知的財産権の侵害に係る訴訟（弁理士法6条の2。弁護士との併行受任であることが必要）。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。
2. 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、少額訴訟債権執行手続。

法令による訴訟代理人の例（1）

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、その職務を十分に追行するために訴訟上の代理権も認められている者

1. 支配人（商法21条1項、会社法11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）

法令による訴訟代理人の例（2）

法令により本人のために訴訟を専門的に追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）

✓ コスト削減と秘密保持の利点がある。

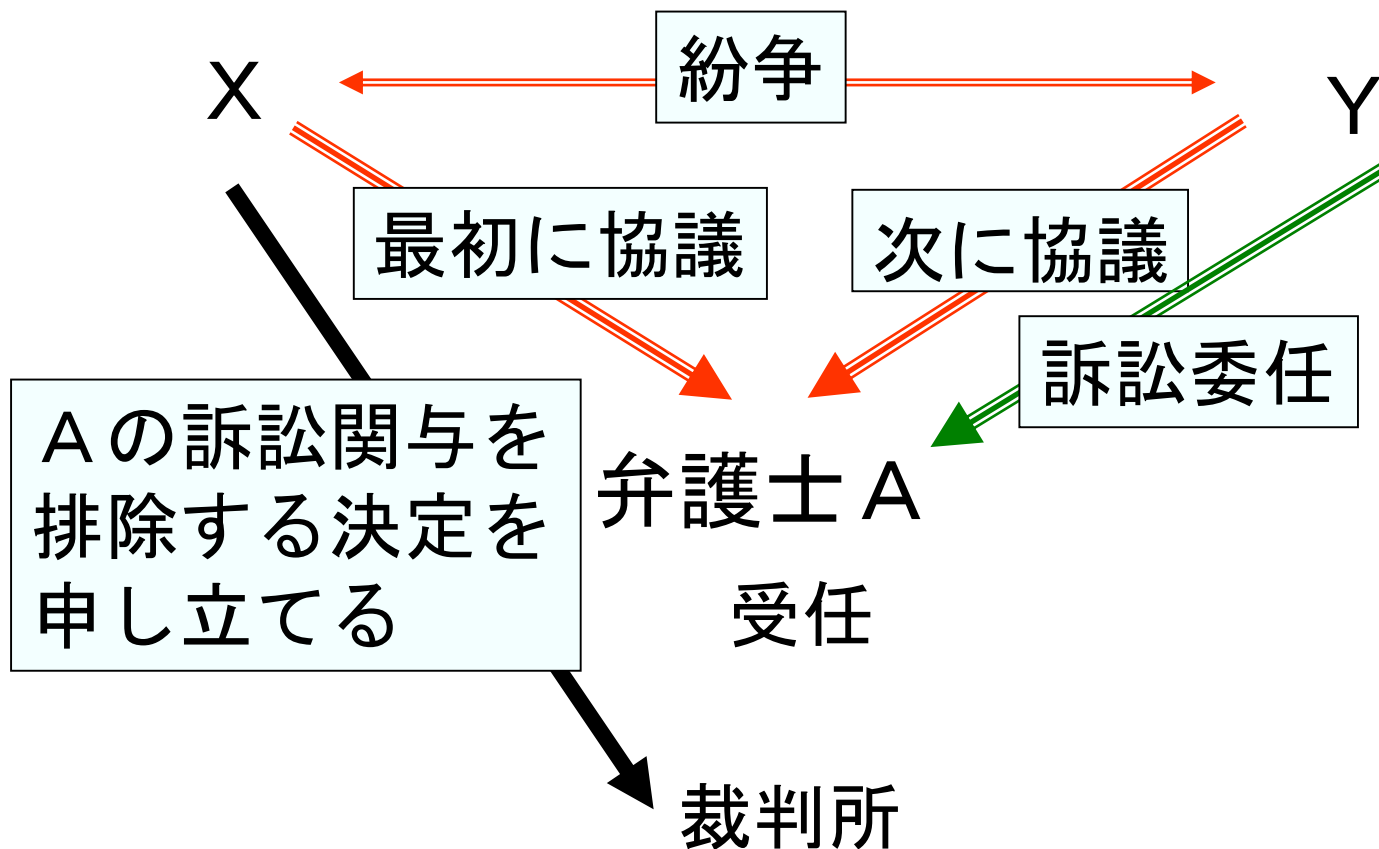
支配人（会社法11条1項）

- 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にして、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、会社法10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。

弁護士法25条（職務執行禁止事由）

- 1号・2号 相手方の協議を受けて、賛助し、依頼を承諾し、又はその協議の程度及び方法が信頼関係に基づくと認められるに至った事件。
- 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。ただし、受任している事件の依頼者が同意した場合は除く。
- 4号・5号 公務員・仲裁人として取り扱った事件。
- 6号から9号 弁護士法人の社員・使用人（であった者）についての規定。

1号・2号の事例



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。

訴訟委任 訴訟代理権の発生

- 訴訟委任は訴訟行為であり、委任者に訴訟能力が必要。
- 諾成契約 ただし、受任者は裁判所に対して訴訟代理権を書面で証明する必要がある（規則23条1項）、訴訟委任状が交付されるのが通常である。
- 個別代理（⇔共同代理）

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、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。審級代理の原則 (2項参照)
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、相殺など) をなし、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。

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. 上訴の提起、またはその取り下げ
4. 手形・小切手訴訟・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。
- ただし、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。

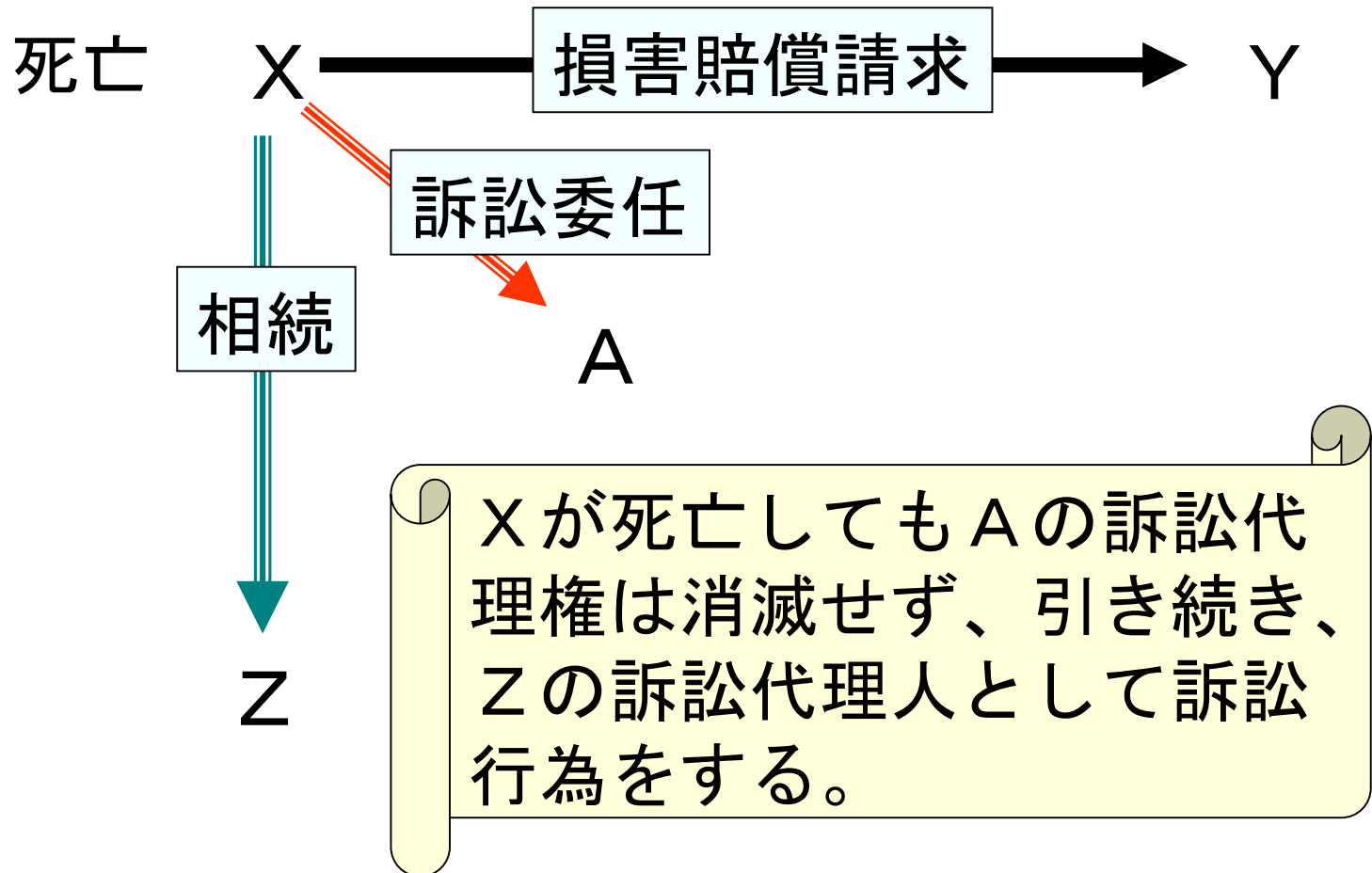
訴訟代理権の消滅

訴訟代理権は、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。

ただし、58条で例外が規定されている。

代理権の不消滅 (58条)

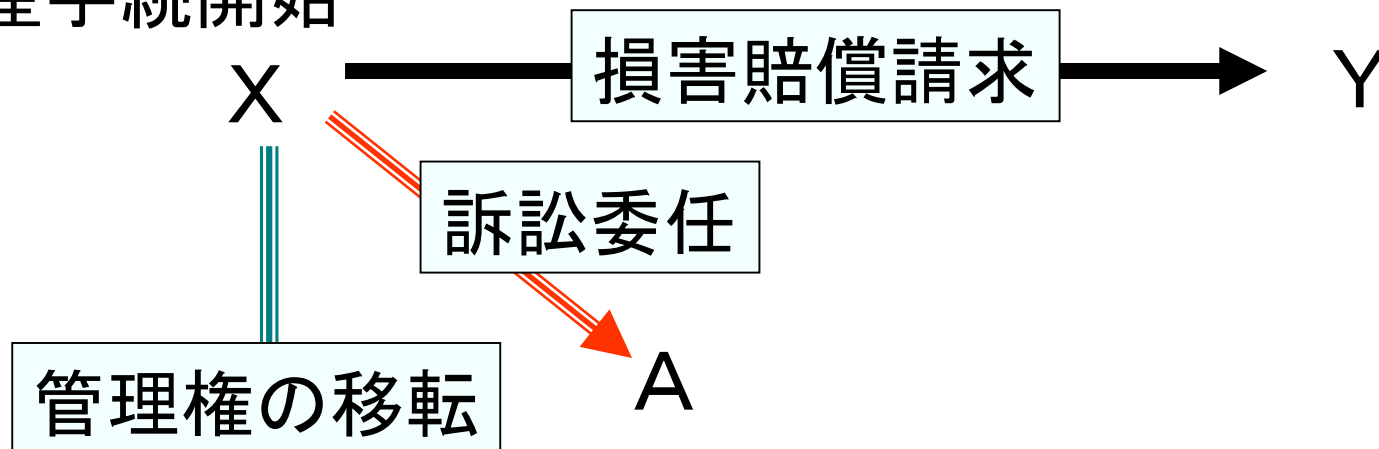


代理権の不消滅（58条）

- 当事者が死亡した場合には、当然に訴訟を承継した相続人が新当事者となるが、現実には訴訟手続を追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）。
- この場合でも、訴訟代理人がいるときは、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（代理権の不消滅）、訴訟手続を中断することなく続行させる。

代理権の消滅

破産手続開始



Z
破産管財人

破産者と破産債権者との間の利害は一致しないので、Aの訴訟代理権は消滅する（民111条2項・653条）。

訴訟代理権消滅の通知

- 相手方に通知しなければ、相手方との関係では訴訟代理権消滅の効果は生じない（59条・36条1項）。
- 代理権消滅の通知が困難な場合（訴訟代理人の死亡、破産手続開始、後見開始） 通知の要否について見解が分かれる。

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、当事者等と共に出廷して、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同みなされる（60条3項）

補佐人が訴訟代理人と異なる点

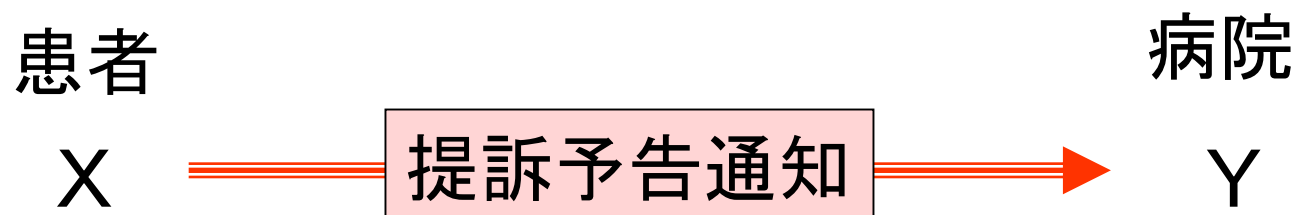
- 補助者であり訴訟代理人ではないので、期日に単独で出頭して陳述することはできない。期日外での訴訟行為もできない。
- 本人による取消・更正の対象は、事実上の陳述に限られない（57条と対比）。

訴え提起前の情報収集

- 証拠保全（234条以下）
- 弁護士会照会（弁護士法23条の2）
- 訴え提起前の証拠収集（132条の2以下） スライドは用意してあるが説明は省略

提訴予告通知 (法132条の2)

医療過誤ではないだろうか？
判断資料が欲しい。



1. 提訴前照会ができる
2. 証拠収集処分の申し立てができる

提訴予告通知

- 提訴予告通知は、「訴えを提起しようとする者が被告となるべき者に対し訴えの提起を予告する通知」である。
- この通知は、書面（132条の2第1項）でしなければならない。
- 代理人がいる場合には、代理権証明文書を添付する。

予告通知書の実質的記載事項

- 第132条の2第1項の規定による予告通知である旨（規則52条の2第1項3号）
- 提起しようとする訴えに係る請求の要旨及び紛争の要点（法132条の2第3項）。これらは、具体的に記載しなければならない（規則52条の2第2項）。
- 訴え提起の予定時期（可能なかぎり具体的に記載する）（規則52条の2第3項）

予告通知に対する返答

- 予告通知書に記載された請求の要旨及び紛争の要点に対する答弁の要旨を回答すること。
- 返答は、書面でする。
- 返答書実質的記載事項 請求の要旨及び紛争の要点に対する答弁の要旨 (規則52条の3)

返答責任

- 予告通知に対する返答自体は義務とされていない。
- しかし、返答をしなければ、被通知者は照会および証拠収集処分の申立てをすることができないという形で、返答責任を負わされている。

予告通知者の提訴前照会

- 通知者は、予告通知をした日から4月以内に関り、被通知者に対して、「訴えを提起した場合の主張又は立証を準備するために必要であることが明らかなる事項について、相当の期間を定めて、書面で回答するよう、書面で照会をする」ことができる。
- 例： 医療事故により損害を受けた患者が病院を提訴しようとする場合に、手術に関与した看護師の氏名・住所を照会する。ただし、プライバシー保護の点で、住所まで回答してもらえるかは微妙であろう。

照会禁止事項（132条の2第1項）

- 1号 当事者照会における照会禁止事項（第163条各号）
- 2号 生活支障事項（第三者のそれを含む）
- 3号 営業秘密事項（第三者のそれを含む）
- ただし、2号または3号については、被通知者の回答を第三者が承諾した場合には、照会禁止事項から除外される。
- 照会禁止事項にあたるか否かにかかわらず、回答にあたっては個人情報保護法に注意する必要がある。

被通知者からの照会

- 被通知者が予告通知に返答をすると、彼も提訴前照会をすることができる。
- 4ヶ月の照会可能期間の起算点は、予告通知がなされた時である。返答が遅れば、それだけ照会可能期間も短くなる。
- 照会例 交通事故による損害賠償請求事件で、被通知者（加害者）が事故と通知者（被害者）の症状との因果関係について主張・立証の準備をするために、通知者の既往症並びに診療機関名とその所在地について照会。もっとも、[132条の2](#)第1項2号に該当する場合には、そのことを理由に回答を拒絶できる。

提訴前の証拠収集処分（132条の4）

- 通知者および返答をした被通知者は、「予告通知に係る訴えが提起された場合の立証に必要なことが明らかな証拠となるべきもの」について、証拠収集処分を申し立てることができる。
- 1号処分（文書の送付嘱託）
- 2号処分（調査の嘱託）
- 3号処分（専門家の意見陳述の嘱託）
- 4号処分（執行官による調査）

提訴前の証拠収集処分の申立て

- 申立権者： 提訴予告通知者と返答をした被予告通知者。
- 申立期間： 提訴予告通知がなされた時から4ヶ月（不変期間）。ただし、相手方の同意があれば、その後でもできる。
- 申立書の記載事項（規則2条・52条の5）

管轄裁判所

申立ては、次の地を管轄する地方裁判所にする（132条の5）。

1号処分 申立人若しくは相手方の普通裁判籍の所在地、
又は、文書所持者の居所。

2号処分 申立人若しくは相手方の普通裁判籍の所在地、
又は、調査の囑託を受けるべき官公署等の所在地

3号処分 申立人若しくは相手方の普通裁判籍の所在地、
又は、特定の物につき意見の陳述の囑託がされるべき場合における当該特定の物の所在地

4号処分 調査に係る物の所在地

本案の要件—積極的要件（132条の4第1項）

積極的要件（柱書本文）

1. 処分により得られる資料が、当該予告通知に係る訴えが提起された場合の立証に必要なことが明らかな証拠となるべきものであること
2. 申立人が自ら収集することが困難であること

消極的要件（同ただし書）

- その収集に要すべき時間又は囑託を受けるべき者の負担が不相当なものとなることその他の事情により、相当でないこと

処分の手続（1） 1号・2号処分

- 1号処分 文書送付の期間を定めて、文書の送付を囑託する。文書の送付があった場合には、申立人および相手方に通知し、これらの者の利用に供するため、文書を1月間保管する。
- 2号処分 調査結果の報告の期間を定めて、調査を囑託する。報告は書面です。報告書の送付があった場合には、申立人および相手方に通知し、これらの者の利用に供するため、書面を1月間保管する。

処分の手続（2）3号処分

- 意見陳述をすべき専門家は、裁判所が指定する（132条の6・213条）。
- 意見陳述の期間を定めて、その者に意見陳述を囑託する。意見陳述は、書面でする。
- 陳述書の送付があった場合には、申立人および相手方に通知し、これらの者の利用に供するため、書面を1月間保管する。

処分の手続 (3) 4号処分

- 執行官は、調査を実施する日時及び場所を定め、申立人及び相手方に対し、その日時及び場所を通知する。
- 報告は、書面とする。記載事項：
 1. 調査をした執行官の氏名、
 2. 調査に係る物の表示、
 3. 調査に着手した日時及びこれを終了した日時、
 4. 調査をした場所、
 5. 調査に立ち会った者がいるときはその氏名、
 6. 調査を命じられた事項並びに調査の結果

事件記録の閲覧等

申立人及び相手方は、裁判所書記官に対し、証拠収集処分の申立てに係る事件の記録の閲覧若しくは謄写、その正本、謄本若しくは抄本の交付又は当該事件に関する事項の証明書の交付を請求することができる（132条の7）。

民事保全の利用 当事者恒定のための仮処分

