第３、当事者(28 条～37 条、54 条～60 条)

１、当事者

Q：原則論

当事者能力：	訴訟の訴訟物とは無関係に、一般的に、訴訟の主体となるための能力
当事者適格：	訴訟物との関係で、当事者とするのに適したものであるかどうか
訴訟能力：	訴訟当事者が自ら単独で有効に訴訟行為をなし、または相手方の訴訟行為を有効に受けるための能力

当事者能力、訴訟能力の有無は 28 条によって定められ、それによれば原則的に民法に従うとある。したがって、当事者能力については、民法上の権利能力の有無を、訴訟能力については民法上の行為能力の有無を基準として決せられる。まとめると、

当事者能力の有無：権利能力の有無を基準とする

∴自然人はすべて当事者能力を有する。胎児は、不法行為に基づく損害賠償請求権・相続・受遺贈に関する訴訟については胎児のままで当事者能力を有する(民 721、886、965 条)。また、法人も当事者能力を有する(民 34 条)

訴訟能力の有無：行為能力の有無を基準とする

∴未成年者及び成年被後見人は、原則として訴訟能力がなく、法定代理人によらなければ訴訟行為をすることができない[5](31 条)。被保佐人は保佐人の同意がなければ単独で訴訟行為をすることができない(民 13 条 1 項 4 号)。被補助人はかかる審判があった場合は、被保佐人と同様、補助人の同意がなければ訴訟行為を単独で行うことはできない(民 17 条 1 項、13 条 1 項 4 号)。

※未成年者についての例外：営業を許された未成年者で、その営業に関する訴訟(31 条但書、民 6 条 1 項)。婚姻による成年擬制(31 条但書、民 753 条)

※民法 9 条但書は、日用品の購入について例外的に成年被後見人に行為能力を認めているが、日用品の購入に関する訴訟についても成年被後見人は訴訟能力を有しない。31 条但し書に成年被後見人の例外規定がないように、**成年被後見人は全面的に訴訟能力が認められていない。例外なし。**

[5] 未成年者及び成年被後見人がした訴訟行為は、取り消せるのではなく、初めから効力を生じず、無効である。

・32 条の読み方

32 条 1 項：被保佐人、訴訟行為をするのに同意が必要な被補助人(民 17 条 1 項、13 条 1 項 4 号)であっても、**相手方の提起した訴訟又は上訴について**訴訟行為をする場合は、**保佐人、補助人等の同意は不要**。また、原則として後見人は単独で訴訟行為をすることができるが、後見監督人がいるときは、後見人が訴訟行為を行う際も同意が必要となる(民 864 条)。もっとも、**後見監督人がいる場合でも、相手方の提起した訴訟又は上訴について訴訟行為をする場合は、後見監督人の同意は不要。**

∵相手方の裁判をする権利の保障

32 条 2 項：被保佐人が保佐人の同意を得ているため、または、被補助人が補助人の同意を要しないもしくは同意を得ているために**単独で有効な訴訟行為ができる場合でも**、訴訟の終了という重大な結果を招く**訴訟行為をするには、保佐人・補助人から特別の授権が必要。**つまり、同意＋特別の授権がいる。

・訴訟能力を欠く場合の措置(34 条)

・訴訟能力等の欠陥は、裁判所は職権で調査しなければならない。

・欠陥が判明した場合でも、**直ちに訴えを却下するのではなく、期間を定めて、補正を命じなければならない。この場合において、遅滞のため損害を生ずるおそれがあるときは、一時訴訟行為をさせることができる**(34 条 1 項)

・訴訟無能力者が行った行為等も、訴訟能力を有するに至った当事者または法定代理人の追認により行為の時にさかのぼって有効となる(34 条 2 項)

※当事者が訴訟能力を有するに至った段階で当然に有効となるわけではない。あくまでも追認が要件。

Q：法定代理人と訴訟代理人の異同

法定代理人：本人の代わり、本人と同視できるような立場

訴訟代理人(弁護士とか)：あくまで、本人とは別の、第三者的な立場の者

短答を解くにあたっては、この感覚を常に持っておくことが大切

・代理人の表示

→**法定代理人は**、本人と同視だから、**訴状及び判決書の必要的記載事項**(133 条 2 項 1 号、253 条 1 項 5 号)これに対し、訴訟代理人は必要的記載事項ではなく、特に規定なし。

・尋問の手段
→**法定代理人は、本人と同視できる立場、そのため、当事者尋問の手続**(211 条)による。訴訟代理人はあくまでも第三者的立場だから、**証人、鑑定人となることができる**。

・代理人の死亡
→法定代理人の死亡は、本人と同視できるため、その死亡によって訴訟は中断する(124 条 1 項 3 号)。これに対し、**訴訟代理人の死亡は**、本人が訴訟追行できるため、**中断事由とならない**。

Q：法定代理人に関する規定

・**法定代理人がいない場合に、未成年者又は成年被後見人に対し訴訟行為をしようとする者は、遅滞のため損害を受けるおそれがあることを疎明して、受訴裁判所の裁判長に特別代理人の選任を申立てることができる**(35 条)。裁判所は、特別代理人をいつでも改任することができる(35 条 2 項)。
※**特別代理人の改任は、中断事由**(124 条 1 項 3 号)になる。
・法定代理権の消滅は、本人または代理人から相手方に通知しなければ、その効力を生じない(36 条 1 項)
※訴訟代理人についても同様(59 条)
・**法定代理人に関する規定は、法人の代表者に準用する**(37 条)

Q：権利能力なき社団の扱い(29 条)

当事者能力の原則論からすれば、権利能力なき社団には当事者能力は認められない。しかし、判例(最判昭 39・10・15)・通説は、団体の財産は、団体構成員の総有に属するとしているため、権利能力なき社団に当事者能力が認められないと、権利能力なき社団を相手方とする訴えは常に固有必要的共同訴訟となってしまい、訴訟手続上非常に負担が大きくなる。そこで、29 条は、「法人でない社団又は財団で代表者又は管理人の定めがあるもについて当事者能力を認めている。

・29 条により当事者能力が認められるための要件

・従来の判例(最判昭 39・10・15)は、29 条により当事者能力が認められる権利能力なき社団とは、「団体としての組織を備え、多数決の原理が行われ、構成員の変更にかかわらず団体そのものが存続し、その組織において代表の方法、総会の運営、財産の管理等団体としての主要な点が確定していること」が必要としてきた。さらに進んで、最判平 14・6・7 は、財産的側面について、「必ずしも固定資産ないし基本的財産を有することは不可欠でなく、そのような資産を有していなくても、団体として、内部的に運営され、対外的に活動するのに必要な収入を得る仕組みが確保され、かつ、その収支を管理する体制が

備わっているなど、他の諸事情と併せ、総合的に観察して、当事者能力が認められる場合がある」としている。これは、当事者能力を認めるにあたり、必ずしも団体の独自財産は必要ではないと考えたものだと思われる。

・権利能力なき社団に当事者能力が認められた場合

当事者能力が認められた団体は、その団体が訴訟上自己の名で当事者となることができる。その場合に、訴訟物である実体法上の権利義務との関係で、団体がどのような地位に立つのかについては、議論がある。

判例は、29 条によって当事者能力こそ認めるものの、法人格がない以上、実体法上の権利義務の主体とはならないと考えている。

最判昭 55・2・8 は、29 条により当事者能力が認められる団体が原告となって、目的物が団体自身の所有に属していることの確認を求める訴えを提起した事案において、権利能力を有しない団体自身が所有者となることは論利的にあり得ないとして、請求自体失当であり棄却すべき。とした。

最判昭 47・6・2 は、団体構成員の総有に属する不動産に関して、団体そのものは登記請求権を有しないとした。

したがって、**判例は、29 条により当事者能力が認められる団体であっても、実体法上の権利能力が認められることにはならず、団体自身が権利者又は義務者となることはないとしており、実体法と訴訟法の区別を徹底しているといえる。**

そのため、権利能力なき社団の名で原告となり訴訟追行をし、代表者個人名義への移転登記請求等を行うのは妨げられない(最判平 26・2・27)

Q：選定当事者(30 条)

共同の利益を有する多数の者が、その中から全員のために当事者となるべき者を選定し、その者に訴訟追行をさせることを認めた制度。選定当事者を関係のない第三者から選任できるわけではない。

共同の利益とは、38 条の要件を満たす者で、主要な攻撃防御方法を共通にするものであれば足りる。(例としては、同一交通事故の被害者、不動産の共同所有者、予防接種過誤の共同被害者等があげられる)

・選定当事者は、1 人でもいいし、2 人以上でもいい。

・選定は、訴訟の係属前後で可能だが、訴訟の係属後、選定があったときは他の当事者は相手方の同意を要せず、**当然に**訴訟から脱退する(30 条 2 項)

・すでに係属中の訴訟で、当事者でない者でも共同の利益を有する限り、既存当事者を自己ための選定当事者とすることができる(30 条 3 項)

・選定は、撤回及び変更が可能(30 条 4 項)。ただし、撤回及び変更は相手方に通知しなければ効力を生じない(36 条 2 項)。

・選定当事者の選定及び変更は、書面でしなければならない(規則 15 条)。

・選定当事者が複数いる場合、一部の者の死亡は中断事由とならない。選定当事者の全員の死亡が中断事由となる(124 条 1 項 6 号)