

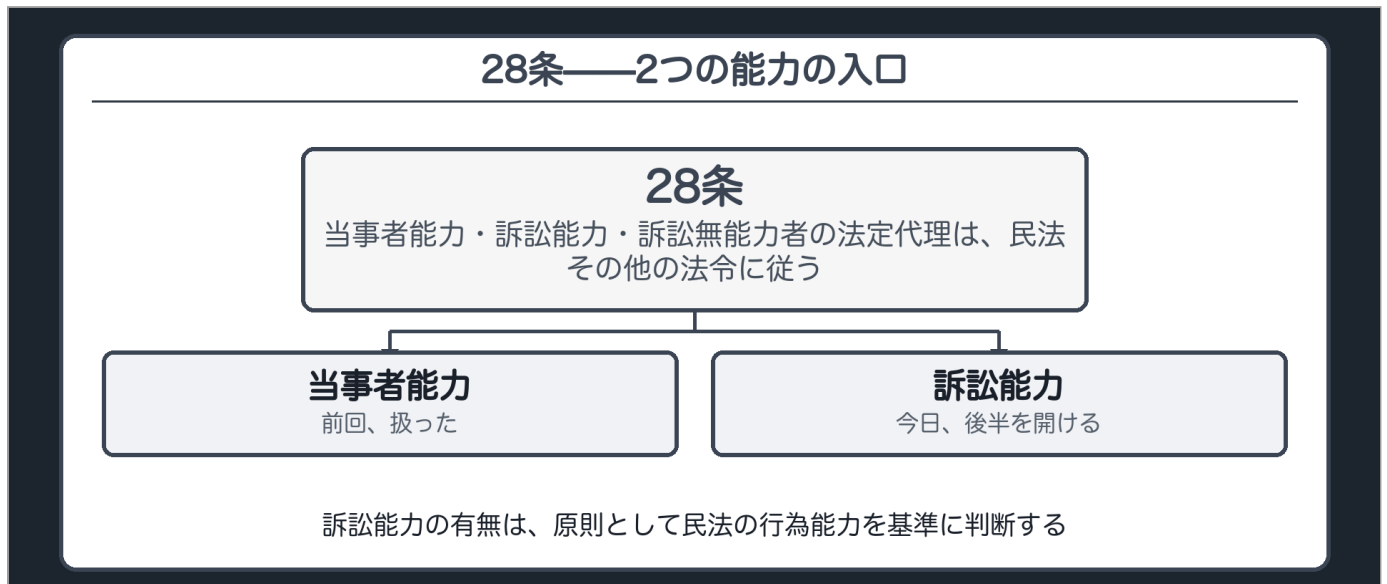
自分で戦えるか——訴訟能力

ゼロから司法試験 復習ノート / ゼロから民訴#22 / 動画: <https://youtu.be/8VzjaWWcoDc>

第1章 訴訟の開始 ②／動画の内容を見返し用にまとめたものです（動画には含みません）。

1 判断の出発点——28条

短答知識



図：28条の位置づけ板

訴訟能力の有無は、原則として——行為能力を基準に判断します。自分ひとりで、契約などの法律行為を確定的にできる資格です。この28条です。

条文 民事訴訟法28条

民事訴訟法第28条(原則)

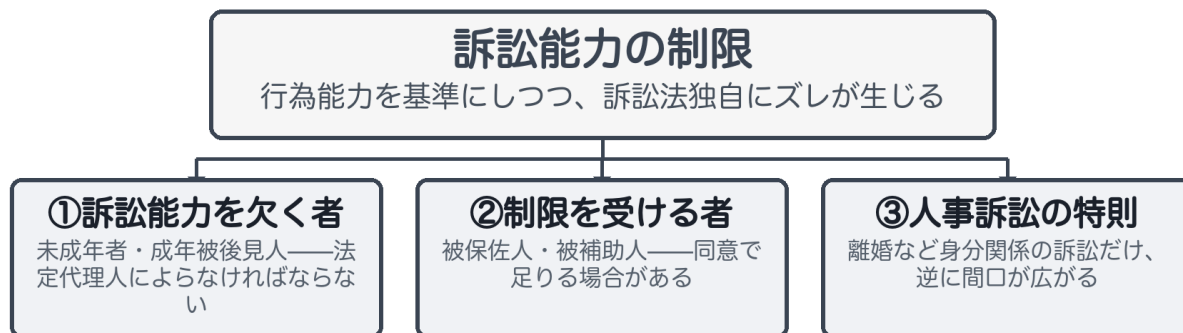
第二十八条 当事者能力、訴訟能力及び訴訟無能力者の法定代理は、この法律に特別の定めがある場合を除き、民法（明治二十九年法律第八十九号）その他の法令に従う。訴訟行為をするのに必要な授權についても、同様とする。

28条は、当事者能力と訴訟能力——両方の入口になっています。前は前半、今日は後半を開けるんです。民事訴訟は、実体法上の権利義務をめぐる紛争を扱います。だから、自分で権利義務を動かせる人に——自分で訴訟を進めさせるのが自然だからです。訴訟行為は、取引よりも複雑で——より高度な判断能力が求められます。だから、無能力とされる範囲も効果も——民法とはズレてくるんです。

2 訴訟能力を欠く者——31条

短答・論文共通

訴訟能力を欠く場合——3つに分ける



図：訴訟能力の3段板

これから、訴訟能力を欠く場合を3つに分けます。1つ目は、訴訟能力を欠く者です。未成年者と、成年被後見人がこれにあたります。

民法5条と31条——同意の効き方が違う

	民法5条1項	民訴法31条
同意があれば	できる 未成年者が自分で契約する	できない 本人単独では訴訟行為をできない
田村くんの場合	契約できる 親権者の同意があれば	訴えられない 同意があっても単独では

民法と訴訟法で、同意の意味そのものが違う

図：民5条×31条の対比板

- 民法=同意があれば自分でできる
- 訴訟=同意があっても自分ではできない

民法5条1項の話ですね。訴訟では、同意があっても本人単独ではできません。そこが、民法との一番大きなズレです。

条文 民事訴訟法31条

民事訴訟法第31条(未成年者及び成年被後見人の訴訟能力)

第三十一条 未成年者及び成年被後見人は、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。ただし、未成年者が独立して法律行為をすることができる場合は、この限りでない。

田村くんは、親権者の同意があっても——自分ひとりで宮下さんを訴えることはできません。訴えを起こすのも、弁護士を選ぶのも

——法定代理人である親権者の仕事になります。なぜ、ここまで厳しくするんでしょうか。理由は2つあります。1つは、訴訟の追行そのものが複雑なこと。もう1つは、手続きを一体として扱う安定性の要請です。「同意があったかどうか」は、外から見えません。あとになって、同意の有無で争いになりかねません。だから訴訟は、法定代理人が代わりに立つという——誰の目にも分かる形を要求するんです。未成年者が独立して法律行為をできる場合は——この限りではありません。営業

許可を受けている未成年者などが、これにあたります。

その営業の中でだけ、話が変わります。洋菓子店の仕入代金を請求する訴訟なら——田村くんは自分で訴訟行為ができます。コンビニのアルバイト代は、許された営業の外です。だから、そちらは変わりません。やはり親権者が代わりに訴えを起こします。許された営業に関する限度です。

3 相手方が困るとき——特別代理人

短答・論文共通

特別代理人が必要な場面

| 事案

- 地主の能勢さんは認知症が進み、成年被後見人となっている

| ところが

- 就いていた後見人が急死し、次の後見人がまだ選ばれず**空席**のまま

| 隣人の石田さんは

- 境界をはっきりさせるため、能勢さんを相手に訴えを起こしたい

| 困ること

- 法定代理人がいないと、石田さんは訴えを起こせない

図：特別代理人の設例板

- 地主の能勢さん=成年被後見人・後見人が急死して空席
- 隣人の石田さんが境界確定を求めたい

逆の立場からも、考えてみましょう。地主の能勢さんは認知症が進み、成年被後見人です。ところが、就いていた後見人が急に亡くなり——次の後見人が、まだ選ばれていません。隣人の石田さんは、境界をはっきりさせたいと考えています。そこで用意されているのが、35条の特別代理人です。

条文 民事訴訟法35条

民事訴訟法第35条(特別代理人)

第三十五条 法定代理人がない場合又は法定代理人が代理権を行うことができない場合において、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し立てることができる。

2 裁判所は、いつでも特別代理人を改任することができる。

3 特別代理人が訴訟行為をするには、後見人と同一の授權がなければならない。

訴訟能力の制限を受ける場合——32条

短答・論文共通

石田さんは、遅滞による損害のおそれを説明して——裁判所に特別代理人の選任を申し立てられます。実は、この35条は向きが違います。35条は「本人保護」ではなく——「相手方の裁判を受ける権利」から入っている規定です。前回見た29条を思い出してください。団体を守る規定ではなく、相手方の便宜のための規定でした。あれと、同じ向きです。

被保佐人・宮田さんの3つの場面

場面	保佐人の同意・授権
①上原さんに訴えられて応訴する	不要 同意は要らない
②宮田さんが自分から家賃の支払いを求めて訴える	必要 原則どおり同意がいる
③訴訟の途中で和解の話が出る	特別の授権 同意とは別に必要

応訴かどうかで同意の要否が変わり、訴訟を終わらせる行為だけは別枠で授権が要る

図：宮田さんの3パターン板

- ①賃借人の上原さんに訴えられた=応訴・同意不要
- ②宮田さんが自分で家賃を求めて訴える=同意必要
- ③訴訟の途中で和解の話が出た=特別の授權が必要

2つ目は、訴訟能力の制限を受ける者です。被保佐人と被補助人が、これにあたります。たとえば、高齢の大家である宮田さんが——保佐開始の審判を受けているとします。保佐人の同意があれば——宮田さんは単独で有効に訴訟行為ができます。ところが、場面によって扱いが変わります。3つのパターンを見てみましょう。

条文 民事訴訟法32条

民事訴訟法第32条(被保佐人、被補助人及び法定代理人の訴訟行為の特則)

第三十二条 被保佐人、被補助人（訴訟行為をすることにつきその補助人の同意を得ることを要するものに限る。次項及び第四十条第四項において同じ。）又は後見人その他の法定代理人が相手方の提起した訴え又は上訴について訴訟行為をするには、保佐人若しくは保佐監督人、補助人若しくは補助監督人又は後見監督人の同意その他の授權を要しない。

2 被保佐人、被補助人又は後見人その他の法定代理人が次に掲げる訴訟行為をするには、特別の授權がなければならない。

一 訴えの取下げ、和解、請求の放棄若しくは認諾又は第四十八条（第五十条第三項及び第五十一条において準用する場合を含む。）

の規定による脱退

二 控訴、上告又は第三百十八条第一項の申立ての取下げ

三 第三百六十条（第三百六十七条第二項、第三百七十八条第二項及び第三百八十一条の七第二項において準用する場合を含む。）の規定による異議の取下げ又はその取下げについての同意

被補助人は、保佐より軽い段階で、補助人の支えを受ける人です。そのうち、訴訟行為に同意が要るとされた人だけが、32条の対象になります。1つ目。賃借人の上原さんが、宮田さんを訴えてきました。この訴えに応じて訴訟行為をするなら——保佐人の同意は要りません。理由を考えてみましょう。保佐人が、いつも代理権を持っているとは限りません。もし応訴にも同意が必要だとしたら、どうなるでしょう。保佐人がつかまらなければ、訴えること自体ができません。さっきの35条と同じ発想です。訴える側の、裁判を受ける権

利を守っています。2つ目。宮田さんが自分から——滞納家賃の支払いを求めて訴えを起す場合です。

この場合は、保佐人の同意が必要です。原則どおりです。3つ目。訴訟の途中で——上原さんから和解の話が持ちかけられた場合です。

★ **論文で書く規範**：32条2項——同意とは別に、特別の授權が要る行為 ①訴えの取下げ・和解・請求の放棄や認諾・脱退——判決によらずに、訴訟を終わらせる行為。 ②控訴・上告等の取下げ——いったん申し立てた不服申立てを、自分から引っ込める行為。 ③異議の取下げやその同意——督促手続の異議を、自分から引っ込める行為。 いずれも、訴訟を終わらせる方向に働く重大な行為である。だから、応訴なら同意が要らない場面でも、この3つだけは、それとは別に特別の授權が必要になる。（民訴法32条2項の3類型）

和解は、この32条2項1号にあたります。同意とは別に、特別の授權が要ります。応訴かど

うかに関係なく——訴訟を終わらせる重大な行為だけは——別枠で個別の授權を要求するんです。一度終わらせると、もう後戻りできません。だから、この行為だけは念を入れるんです。

条文 民事訴訟規則15条1項

民事訴訟規則第15条1項(法定代理権等の証明)

法定代理権又は訴訟行為をするのに必要な授權は、書面又は電磁的記録により証明しなければならない。

書面か、電磁的記録で証明します。この規則15条です。あとで争いにならないよう——形に残すことが求められています。

5

人事訴訟の特則——なぜ逆に緩めるのか

短答・論文共通

人事訴訟だけ、逆方向にズれる

|ここまでは

- 訴訟能力の範囲を、民法より厳しくしていた

|人事訴訟法13条は

- 31条・32条などの制限を、丸ごと**適用しない**

|残るのは

- 一般理論上の下限である意思能力——自分の行為の意味を理解できる最低限の力

|なぜ緩めるのか

- 離婚という結果は、本人の人生に直結するから

図：人事訴訟の特則板(離婚など身分関係の訴訟だけ、民法よりむしろ緩い方向にズれる)

3つ目は、人事訴訟の特則です。ここまでとは、逆方向のズレが起きます。被保佐人の木下さんがいるとします。統合失調症の治療を受けています。夫からの暴力を理由に、離婚訴訟を起こしたい。離婚のような身分関係の

訴訟では——本人の意思そのものを尊重する必要があります。

条文 人事訴訟法13条

人事訴訟法第13条(人事訴訟における訴訟能力等)

第十三条 人事訴訟の訴訟手続における訴訟行為については、民法第五条第一項及び第二項、第九条、第十三条並びに第十七条並びに民事訴訟法第三十一条並びに第三十二条第一項（同法第四十条第四項において準用する場合を含む。）及び第二項の規定は、適用しない。

2 訴訟行為につき行為能力の制限を受けた者が前項の訴訟行為をしようとする場合において、必要があると認めるときは、裁判長は、申立てにより、弁護士を訴訟代理人に選任することができる。

3 訴訟行為につき行為能力の制限を受けた者が前項の申立てをしない場合においても、裁判長は、弁護士を訴訟代理人に選任すべき旨を命じ、又は職権で弁護士を訴訟代理人に選任することができる。

ここが誤解しやすいところです。1項は、民法の行為能力の制限や——31条・32条の制限を、丸ごと適用しない規定です。制限の規定を全部外した結果として——一般理論上の下限である意思能力だけが残るんです。自分のしている行為の意味を理解できる、最低限の精神的な能力です。単独で契約ができる資格である行為能力より、もう一段手前にある力です。だから、木下さんは意思能力さえあれば——単独で離婚訴訟を迫行できます。離婚という結果は、本人の人生に直結します。本

人を締め出して法定代理人だけに任せると——本人の意思が反映されないまま結論が確定します。だから、ここだけは間口を広げるんです。

そこで2項と3項が安全装置になります。必要があれば、裁判長は申立てにより——弁護士を訴訟代理人に選任できます。申立てがなくても、職権で選任することもできます。

条文 人事訴訟法14条

人事訴訟法第14条

第十四条 人事に関する訴えの原告又は被告となるべき者が成年被後見人であるときは、その成年後見人は、成年被後見人のために訴え、又は訴えられることができる。ただし、その成年後見人が当該訴えに係る訴訟の相手方となるときは、この限りでない。

2 前項ただし書の場合には、成年後見監督人が、成年被後見人のために訴え、又は訴えられることができる。

もう1つ。成年被後見人が人事訴訟の——原告や被告になるべきときは——成年後見人が代わりに訴え、訴えられます。ただし、成年後見人自身が相手方になるときは別です。その場合は、成年後見監督人が代わります。実は、この成年後見人の地位には議論があります。法定代理人なのか、別の資格で訴訟をする者なのか。決着がついていないところとして、押さえてください。

6 外国人の訴訟能力——33条

短答知識

33条——外国人の訴訟能力

|28条の「特別の定め」の1つ

- それが33条である

|内容

- 本国法では訴訟能力が無くても、日本法によれば有するはずのときは、訴訟能力者とみなす

|今日のところは

- 名前と位置づけだけを押さえる（涉外事件の1つ）

図：33条の位置づけ板

28条には、「特別の定めがある場合」とありましたね。そのひとつが、33条です。

条文 民事訴訟法33条

民事訴訟法第33条(外国人の訴訟能力の特則)
第三十三条 外国人は、その本国法によれば訴訟能力を有しない場合であっても、日本法によれば訴訟能力を有すべきときは、訴訟能力者とみなす。

本国法で訴訟能力が無くても——日本法によれば有するはずだというときは——訴訟能力者とみなされます。国際裁判管轄の回で、涉外事件という言葉を見ましたね。この33条も、外国に関わる場面のひとつです。今日は名前だけ押さえてください。

7

訴訟能力を欠く場合の効果——なぜ「無効」なのか

短答・論文共通

能力を欠く行為——原則、当然に無効

能力を欠く行為

原則として、当然に無効——最初から無かったことになる

補正→追認で救える

裁判所が補正を命じ、能力を得た本人が全部を追認すれば、遡って有効になる

補正なしなら却下

訴えは却下される。ただし、能力なしとされた本人自身が上訴できる

手続は積み重ねだから、あとから崩せない——だから硬い扱いを採る

図：効果の板(原則=当然無効／追認で遡って有効／補正命令／却下でも本人が上訴できる)

ここまでは、誰が単独で行為をできるかでした。ここからは、能力を欠いたまま行為をしたら——どうなるかを見ていきます。訴訟で

は、取り消されるまで有効、とはなりません。原則として、当然に無効です。手続は、行為の積み重ねでできています。1つの行為の有効・無効を、あとから判定できるとすると

——その上に積んだ次の行為まで、崩れる危険にさらされます。だから、安定と明確さを優先して——最初から無効という硬い扱いを採るんです。

条文 民事訴訟法34条

民事訴訟法第34条(訴訟能力等を欠く場合の措置等)

第三十四条 訴訟能力、法定代理権又は訴訟行為をするのに必要な授權を欠くときは、裁判所は、期間を定めて、その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、裁判所は、一時訴訟行為をさせることができる。

2 訴訟能力、法定代理権又は訴訟行為をするのに必要な授權を欠く者がした訴訟行為は、これらを有するに至った当事者又は法定代理人の追認により、行為の時にさかのぼってその効力を生ずる。

まず1項。裁判所は、すぐには排斥しません。期間を定めて、補正を命じなければなりません。原則は止まります。ただし、遅滞でかえって損害が生じるおそれがあれば——一時的に訴訟行為をさせることもできます。そして2項。能力を回復した本人や法定代理人が——追認すれば、行為の時にさかのぼって有効になります。無効なのにあとから救えるのは、矛盾ではありません。無効な行為を、有資格者があとから丸ごと引き取る——そう考えてください。ただし、条件があります。一部分だけをつまみ食いして追認することはできません。全部を追認するしかないんです。

相手方の立場で考えてみましょう。都合のいい行為だけ拾って有効にできるなら——相手方は、何が生きているか予測できません。親に黙って出した訴状は、それ自体は無効です。親権者が追認するなら、9万円を求めるこの訴え全体を丸ごと引き取ることになります。そして、補正されないままだと——訴え

自体が無効なので、訴えは却下されます。却下されて、そこで終わりではありません。ここに大事な仕組みがあります。この却下判決に対して——能力が無いとされた本人自身が、上訴できるんです。能力が無い人が上訴する。矛盾に見えますよね。でも考えてみてください。「能力が無い」という判断そのものが——間違っている可能性もあります。その判断を、本人が争う手段が無ければ——判断はチェックを受けないまま、独り歩きします。だから、能力について争う機会だけは——本人に保障されているんです。

なお、訴え以外の個々の行為で——能力が欠けていた場合は、その行為だけが無効です。訴え自体は、生きています。

条文 民事訴訟法124条1項3号

民事訴訟法第124条1項3号(訴訟手続の中断及び受継)

第二百四十四条 次の各号に掲げる事由があるときは、訴訟手続は、中断する。この場合においては、それぞれ当該各号に定める者は、訴訟手続を受け継がなければならない。

三 当事者の訴訟能力の喪失又は法定代理人の死亡若しくは代理権の消滅 法定代理人又は訴訟能力を有するに至った当事者

訴訟の途中で訴訟能力を失った場合は——手続が中断して、法定代理人が受け継ぎます。期日や期間を扱う回で、あらためて見ます。今日は、能力を失えば中断するとだけ押さえてください。31条で単独の行為を封じたのも、ここで当然無効にしたのも、出どころは同じです。手続は積み重ねですから、途中の1段をあとから崩せないんです。

8

深掘り——控訴の提起と取下げ、なぜ判断が変わるのか

深掘り——行為ごとに、意思能力の重さは違う

|この人は

- 未成年者でも成年被後見人でもない——31条の対象ではない

|ただし

- 成年後も、精神能力が十二、三歳程度にとどまっていた

|一審で敗訴したあと

- 誰にも相談せず、控訴を取り下げしてしまう

|今日の視点

- 同じ人の行為なのに、なぜ結論が分かれるのか

図：深掘りの導入板

もう1段、深く見ておきたい判例があります。未成年者でも成年被後見人でもない、ある人の話です。この人は成年後も——精神能力が十二、三歳程度にとどまっていた。一審で敗訴したあと、誰にも相談せず——控訴を取り下げてしまいます。

判例

最判昭和二九・六・一一 民集8巻6号1055頁

最高裁判所判決（控訴の取下げをした者の意思能力が争われた事件） 成年後も一二、三歳程度の精神能力しかなく、控訴の取下により敗訴の確定判決が執行され、そのため自己の生活の根拠が脅かされる結果を生じることが理解できない者のなした控訴の取下は無効であるが、控訴の提起は有効と解すべきである。

最高裁は、その重大な結果を——理解できていなかったこの人の取下げを、無効としました。控訴を起こすこと自体は、有効と判断されました。控訴の提起は、一審判決への不服申立てにすぎません。自分に利益な行為なので——容易に理解できたと見られました。一方、控訴の取下げは——敗訴を確定させる、不利益で終局的な行為です。行為の重さで、求められる意思能力が変わるんです。有利で軽い行為は緩やかに——不利益で終局的な行為は、厳格に見ます。この型は、条文にも判例にも繰り返し出てきます。

9 3つの能力を並べる

短答・論文共通

似た名前の3つの能力

	当事者能力	訴訟能力	弁論能力
問い	一般に当事者になれるか	自分で有効に訴訟行為ができるか	法廷で有効に陳述できるか
条文	28条・29条	28条・31条・32条	155条

似た名前の3つを、ここで区別する——中身は次で見る

図：3能力の名前板

最後に、似た名前の3つの能力を並べます。当事者能力は、一般に当事者になれるかどうか。欠ければ、訴え却下です。訴訟能力は、自分で有効に行為ができるかどうか。欠ければ、その行為が無効になります。弁論能力は、法廷で有効に陳述できるかどうかで——155条にあります。

★ **論文で書く規範：3つの能力の区別** **当事者能力**——一般に当事者になれるか。欠けたら、訴訟要件を欠き、訴え却下。 **訴訟能力**——自分で有効に訴訟行為ができるか。欠けたら、その行為が無効（訴え提起なら却下）。 **弁論能力**——法廷で有効に陳述できるか。欠けたら、陳述の禁止や弁護士が付添命令の対象になる。ただし、看過しても訴訟行為・判決は有効なままである。（155条＝弁論能力の本拠地は口頭弁論の回）

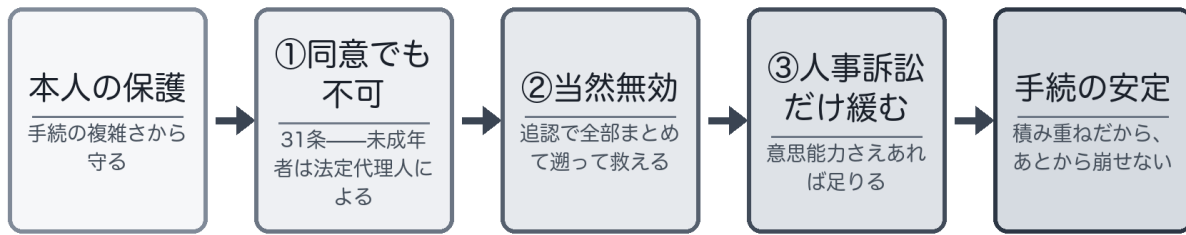
ここだけ、結論が逆転します。看過されれば、訴訟行為も判決も有効なままです。弁論能力は、手続を円滑に進めるための制度です。本人保護のための訴訟能力とは、目的が違います。たとえば、法廷で本人の説明が要領を得ないとき——裁判所は陳述を禁じたうえで——弁護士に付き添ってもらおうよう命じることができます。本人が自分で行為する立場は、そのままです。ですが、命じないまま審理が進んで判決が出ても——その判決は有効なままなんです。訴訟能力を欠けば無効、弁論能力なら判決は有効。そこが分かれ目です。守っている相手が違います。

155条の中身は、口頭弁論の回で見ます。今日は、この3つを混同しないことだけ押さえてください。

10 この回の軸を1枚に畳む

定着

この回の軸——1本の天秤に畳む



向きは逆でも、根っこは同じ——手続は行為の積み重ねだから、あとから崩せない

図：この回の1枚地図板

- 保護と手続の安定という天秤
- ①同意でも不可②当然無効③人事訴訟だけ逆に緩む

今日はここまでです。この回で通してきた1本の軸を確認しましょう。民事訴訟法は、本人の保護と手続の安定を——民法とは違う配分で解いていました。1つ目。未成年者は、同意があっても——本人単独ではできません。31条でしたね。2つ目。能力を欠く行為は、取消しではなく当然無効。ただし追認で、全部まとめて遡って救えました。3つ目は、逆方向でした。人事訴訟だけは、意思能力さえあれば足りる——そこまで間口を広げていました。

手続は行為の積み重ねだから、あとから崩せない。この1点から、3つとも説明できます。田村くんは、同意があっても、単独では訴えられません。法定代理人である親権者が、代わりに訴えを起こします。最後に、今日の話がつながる先をまとめておきます。弁論能力の要件や運用は、口頭弁論を扱う回で。中断・受継の細かい手続は、期日や期間を扱う回で。制限行為能力者制度は、民法のシリーズで扱います。

では、自分で戦えないとき——誰が代わりに戦うのでしょうか。次は、その「代わりに戦う人」——訴訟上の代理人を、じっくり見ていきましょう。