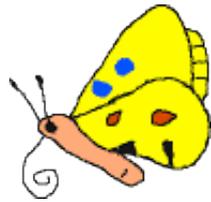


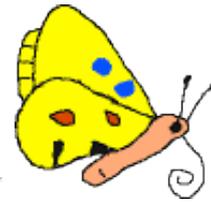
[< | [目次](#) | [文献略語](#) | >]



民事訴訟法講義

訴訟要件 1

関西大学法学部教授
栗田 隆



1 総説

[判例](#) [文献](#)

- [堤*2016a] = 堤龍弥「訴訟要件の証明責任」『民事手続法制の展開と手続原則（松本博之先生古稀祝賀論文集）』（弘文堂、2016年4月）379頁－395頁

1.1 訴訟要件の意義

原告が訴えをもって主張した法律関係の存否を判断して、請求を認容あるいは棄却する判決を本案判決という。本案判決をするために必要な訴訟法の観点から定められた要件が訴訟要件である。訴訟要件が具備されていない場合には、訴え却下判決がなされるのが原則である（この判決は、本案判決と対比させて、訴訟判決と呼ばれる）。ただし、管轄違いにすぎなければ移送の裁判（[16条](#)）がなされるなど、若干の例外がある。

訴訟要件は、次のことの要件ではない。

- 訴訟係属 これは訴状が被告に送達された時に発生する（通説）。
- 本案審理 訴訟要件の審理と本案の審理との間に、格別の先後関係はない。裁判所は、訴訟要件が充足されているかを未確認にしたまま本案の審理をおこなうこともできる[2]。判決の段階で訴訟要件の具備が確認されないと、原則として本案判決ができないにすぎない。もっとも、担保提供義務を負う原告の訴訟費用の担保提供（[75条](#)・[78条](#)・[81条](#)、会社法847条の4第2項など）は、本案審理の要件である。訴訟費用の償還を受けることについての被告の利益を保護するために、担保の提供があるまで手続の進行自体を停止する必要があるからである。それゆえ、妨訴抗弁とも呼ばれる。

1.2 訴訟要件の種類

訴訟要件は、さまざまな視点から分類することができる。事項別に列挙しておこう[3]。

- 訴訟係属の発生に関するもの
 - 適式の訴え提起行為 通常は、必要的記載事項が記載され、申立手数料相当額の印紙を貼用した訴状を提出すること（[133条](#)）。ただし、簡易裁判所では口頭起訴も可能である（[271条](#)）。
 - 有効な訴え提起行為 原告が訴訟能力を有する場合について言えば、訴えがその意思に基づいて提起されたこと、または、代理権を有する代理人により提起されたことが必要である。不完全訴訟能力者については、さらに、彼が訴えの提起について保佐人等の同意を得ていることが必要である。もっとも、訴え提起行為が無効な場合でも、追認の余地がある（[34条](#)2項）。
 - 被告への訴状の有効な送達 訴訟無能力者を被告とする訴えにあつては、訴状は法定代理人に宛てて送達されなければならない（[102条](#)1項）、本人に宛てて送達しても無効である。ただし、訴状送達が無効である場合[9]でも、法定代理人または訴訟能力を有するに至った被告による追認の余地がある（[34条](#)2項）。また、送達の再実施により送達を有効にすることができる場合には、そうすべきである。

- 裁判所に関するもの
 - 国際的な裁判管轄権 管轄違いの場合には、裁判所は訴えを却下する。
 - 国内的な管轄権 管轄違いの場合には、裁判所は事件を管轄裁判所に移送する（[16条](#)1項）。
- 当事者に関するもの
 - 当事者の実在
 - 当事者能力
 - 当事者適格（訴えの主観的利益）
- 訴訟物に関するもの
 - 請求適格 個々の事件を離れて一般的に見て、請求内容が本案判決を受けるのに適すること
 - 権利保護の利益 請求適格が満たされる場合に、個々の事件において、原告が当該請求について判決を求める現実の必要性ないし利益（訴えの利益）を有すること、または、再訴禁止規定（[262条](#)2項）などによりそれを否定されていないこと。
 - 訴え提起の態様に関する規定の遵守 請求併合の要件（[136条](#)）や訴訟中の訴えに必要な要件（[143条](#)以下など）及び重複起訴の禁止（[142条](#)）に反していても、独立の訴えとして扱ったり移送すればこれらの規定の対象外となる余地がある場合には、その措置をとるべきである（直ちには却下すべきではない）。その点で、国内的管轄違いの訴えの取扱いと類似する（ただし、この点については反対の見解も多い）[\[12\]](#)。
 - 訴え提起が信義則に反しないこと 例えば、訴訟物が異なるために前訴判決の既判力が後訴請求に作用しない場合でも、後訴が敗訴に終わった前訴の請求及び主張の実質的な蒸返しに当たる場合には、後訴の提起は信義則に反して許されず、却下される。
- その他
 - 訴訟費用の担保の提供が必要な場合に、担保の提供がなされていること（[75条](#)・78条・81条、会社836条・847条の4第2項など）。

次のものを訴訟要件と見るべきかについては議論があるが、この講義では訴訟要件ではないと考える。

- 当事者が訴訟能力を有し、あるいは能力の補充を受けたこと これらは、個々の訴訟行為の有効要件であり、訴訟係属に至る行為（原告の訴え提起と被告による訴状の受領）を有効にするために必要であるが、訴訟係属が適法に生じた後も常に必要とされるという意味での訴訟要件ではないとするのが伝統的な多数説である（[新堂*1998a] 205頁など）。訴訟係属が適法に生じた後では、訴訟能力の消滅等は訴訟手続の中断をもたらす（124条1項3号）、無能力者となった者等の保護はこれにより図られるからである[\[10\]](#)。
- 訴訟代理権の有効な授与[\[11\]](#)
- 同一事件について既判力のある判決が存在しないこと[\[13\]](#) 既判力のある判決が存在する場合の取扱いは、次のように分かれる（通説）。
 - a. 訴えの利益が肯定されれば、既判力ある判断を前提にして判断する。例えば、
 - 請求認容判決を得た原告が再度の時効更新のために同じ債権について訴えを提起する場合。なお、後述cに注意。
 - 請求棄却判決を受けた原告が、前訴判決の既判力の標準時後に生じた事実を主張して、同じ訴えを提起する場合（既判力の標準時の更新に意味がある）。なお、後述bに注意。
 - b. ただし、訴えの利益が肯定されても、その訴えが信義則に反すると評価される場合には、そのことを理由に却下する。例えば、請求棄却判決を受けた原告が新事実を主張することなく再度同一の訴えを提起する場合には、その訴えは、通常、前の訴訟の蒸返しに過ぎず信義則に反すると評価される。
 - c. 訴えの利益がなければ、そのことを理由に却下する。例えば、給付請求認容判決を得た原告が判決確定後間もなく同じ訴えを提起する場合には、時効更新の必要はないので、訴えの利益は否定される。所有権確認請求認容判決を得た被告が判決確定後間もなく同じ訴えを提起する場合には、被告との間で新たに紛争が生じたといった特殊な事情がない限り、訴えの利益は否定される。

1.3 訴訟要件の調査・資料収集

職権調査の原則と例外

訴訟要件は、制度運営者としての裁判所（又は制度設営者としての国家ないし設営費の最終的負担者である国民全体）の立場から要求されているものが多い。そのため、多くの訴訟要件は、当事者からの申立てをまつまでもなく、裁判所が進んで要件の具備・不具備を調査する。そのような事項を職権調査事項という。これらは、しばしば「公益的事項」と一括され、公益的事項であることが職権調査の根拠とされる[15]。訴訟要件の多くはこれに該当する。例：

- 裁判権、管轄権[14]
- 当事者の実在、当事者能力
- 訴えの利益など。

これに対して、次の訴訟要件は、もっぱら当事者の処分委ねてよい利益に関わり、当事者からの指摘ないし申立てをまつて調査すれば足りる（抗弁事項）。

- 仲裁合意の存在（[仲裁法14条](#)）
- 不起訴の合意の存在
- 訴訟費用の担保の提供（[75条](#)・78条）

判断資料の収集

職権調査事項であるか否かは、誰の発意で調査を開始するか否かの問題である。これと、誰の責任において判断資料を収集するかの問題とは別個の問題である。どのような事項について誰がどのような資料収集責任を負うかについて、見解が分かれている。

(A) 通説は、次のように分類する。

- 職権探知事項（裁判所の責任で収集すべき事項）
 - 裁判権、専属管轄、当事者の実在、当事者能力、訴えの有効な提起に必要な訴訟能力・代理権、判決が対世効を有する場合の当事者適格など。
- 弁論主義に服する事項（当事者の責任で収集すべき事項）
 - 抗弁事項の全部
 - 職権調査事項のうちの
 - 任意管轄[16]
 - 訴えの客観的利益、当事者適格（対世効のある判決の場合を除く）。本案の問題と密接に関係するからである。

(B) しかし、中間的な審理方式として弱い職権探知（職権審査）を認めて、訴訟要件の性質に応じて、より細かな配分を行うべきである（〔高島*1984a〕117頁以下[39]）。

- **強い職権探知事項** 裁判所が証拠収集まで責任を負う事項。これらは、判決の内容的・手続的正当性を確保する機能を持ち、絶対的上告理由（[312条](#)2項3号・4号）又は再審事由（[338条](#)3号）とされ、あるいは判決内容の無効をもたらす（当事者の不在の場合）。
 - 裁判権、専属管轄、当事者の実在、当事者能力、訴えの有効な提起に必要な訴訟能力・代理権、判決が対世効を有する場合の当事者適格など
- **弱い職権探知事項（職権審査事項）** 事実と証拠の収集を当事者に委ねつつ、裁判所は当事者の自白に拘束されず、また、判断資料の提出時期や責問権の放棄などの制限に服さない事項（〔高島*1984a〕111頁以下参照）
 - 訴えの客観的利益、当事者適格（対世効のある判決の場合を除く）
- **弁論主義に服する事項**
 - 抗弁事項の全部
 - 職権調査事項のうちの任意管轄

(C) 職権審査事項と弁論主義に服する事項とに2分し、訴えの利益を含め職権調査事項は基本的に弱い職権探知（職権審査）によるべきであるとする見解（〔中野＝松浦＝鈴木*新民訴v2.1〕406頁以下（松本博之））。

対象事項		A説（通説）	B説	C説
	下記以外のもの	職権探知	強い職権探知	

職権調査事項	訴えの客観的利益・ 当事者適格（対世効のある判決の場合を除く）	弁論主義	弱い職権探知	弱い職権探知
	任意管轄			
抗弁事項	仲裁合意・不起訴の合意・ 訴訟費用の担保提供		弁論主義	弁論主義

規則14条は、「裁判所は、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のとして訴え、又は訴えられた当事者に対し、定款その他の当該当事者の当事者能力を判断するために必要な資料を提出させることができる」と規定しており、これは、（強い）職権探知を認めたものと理解することができる。当事者能力も弱い職権探知に服させようとするC説は、これと整合的ではない。

訴訟要件の判断時期

訴訟要件は本案判決の要件であるので、各審級の裁判所は、その判決内容を決定する時点で訴訟要件が備わっているか否かを判断する。上告審は、法律審であるとの特質により、事実審の口頭弁論終結時に訴訟要件が具備されていたか否かを判断すべきことを原則とするとの見解もあるが、むしろ、上告審についても、その判決時を基準に判断することを原則とする方がわかりやすい（〔梅本*民訴v2〕299頁以下）。例：

- 上告審係属中に訴えの利益が消滅して訴えが不適法となった場合に、その不備を補正することができないときには、訴えは却下される。次の先例参照：[最高裁判所 平成17年9月27日 第3小法廷 判決](#)（平成17年（行ツ）第71号）（平成15年11月9日に施行された衆議院議員の総選挙のうち東京都第1区における小選挙区選出議員の選挙を無効とする判決を求める訴えについて、上告審に事件が係属している平成17年8月8日に衆議院が解散されたことにより訴えの利益が消滅したとして、訴えが却下された事例）。
- 上告審係属中に訴訟要件の不備が補正された場合には、訴えを却下するよりも事件を第一審または原審に差し戻して、その訴訟手続内で本案判決をする方が、紛争の早期解決に役立つ。訴訟費用の負担の点については、請求が認容される場合でも、事実審の段階では訴えが不適法であったことも顧慮して原告にも一部負担させて（63条）、当事者間の公平をはかるべきである。

しかし、訴訟要件の特質に応じた例外がある。訴訟要件に関する主張の制限により、判断時期が前倒しになり、これにともない判断基準時も前倒しになる（前記の原則より早まる）ことがある。

- 任意管轄違いの主張は、控訴審では許されない（299条）
- 仲裁合意の有無は、被告が本案について弁論をし又は弁論準備手続において申述をした後は主張することができない（仲裁14条1項3号） なお、仲裁合意の有無の判断基準時は、その判断がなされる審級の口頭弁論終結時である。例えば、被告が本案について弁論又は申述をする前に仲裁合意の有無を主張して訴えの却下を求めたところ、第一審がこれを認めて訴えを却下し、これに対して原告が控訴した場合には、判断基準時は、控訴審の口頭弁論終結時である。
- 訴訟費用の担保提供の申立ては、被告が立担保事由の存在を知った後に本案について弁論又は申述をしたときは、もはやすることができない（75条3項）。

さらに、信義則により、事実審の口頭弁論終結後の事由を主張することが許されない場合がある。

1.4 訴権との関係

伝統的な見解は、請求の当否について判決（本案判決）を求める権利を認め、これを訴権と呼ぶ[18]。この見解（本案判決請求権説）の下では、訴訟要件は訴権の要件であり、訴えは訴権の行使すなわち請求の当否についての判決を求める申立てと構成される。ここから、次の原則が導かれる：裁判所は、訴訟要件が具備した場合に初めて請求について判断することができ、請求について判断するときには、必ず訴訟要件の存在を確認すべきである。

1.5 本案の判断との順序

原告の請求を認容するためには、訴訟要件が具備されていることが必要である。しかし、訴訟要件が具備されているか否かが明確になる前に請求に理由がないことが明らかになった場合に、請求棄却判決をなすことができるかについては、見解が分かれている。

- A. **通説** 訴訟要件の具備が本案判決の要件であり、要件具備を確認した上でなければ請求棄却判決も許されない[7]。なお、抗弁事項は、被告から主張された場合に確認すれば足りる。
- B. **勝訴判決要件説** 訴訟要件は請求認容判決の要件であり、訴訟要件を具備していなくても、原告の請求に理由がなければ請求棄却判決を下すことができるとする少数説。
- C. **訴訟要件分類説** 訴訟要件ごとにこの点を検討して、被告の利益保護を目的とする訴訟要件については、その要件の具備の判断前に請求に理由のないことが明らかになれば、その要件の具備を調査することなく請求棄却判決を下すことができるとする有力説[8]。もっとも、その範囲については、論者により異なる。
 - A. 抗弁事項、任意管轄（ただし、事物管轄については実益なし）、訴訟内での訴え提起の要件（これも訴訟要件であるとの通説を前提にする）、当事者能力をあげる見解（[鈴木*1968a] 515頁以下）。
 - B. 抗弁事項、および、無益な訴訟の排除の趣旨から認められた訴訟要件である訴えの利益・当事者適格（訴訟担当の場合を除く）に限定し、上訴審での審理を考慮して任意管轄を除外する見解（[高島*1984a] 123頁以下[17]）。これを支持したい。
 - C. 抗弁事項と任意管轄をあげる見解（[新堂*1998a] 205頁以下）。

1.6 訴訟要件を欠く訴えに対する対応

訴訟要件を欠く訴えは、不適法な訴えとして却下されるべきである。ただし、

- a. 管轄違いの場合には、管轄裁判所に移送する。明治23年法では、土地管轄違いの訴えは却下されていた。しかし、これでは、再度の訴えの提起の費用と手間の負担が生じ、とりわけ時効中断等の期間遵守の利益が失われる結果、原告に生ずる不利益が大きいため、大正15年改正で、決定による移送の制度が導入され（[山内*1929a] 55頁以下）、現行法に至っている。
- b. 訴え提起の態様に関する規定が遵守されていない訴えで裁判所の処置により補正の余地が生ずるものは、しかるべき処置をする。すなわち、
 - 請求併合の要件（136条）や訴訟中の訴えに必要な要件（143条以下など）の欠缺 これらの要件を欠く場合には、各請求ごとに別個あるいは独立の訴えが提起されたものとして扱い、その他の訴訟要件を各請求ごとに調査し、補正できない欠缺があれば、移送あるいは訴え却下の措置をとる。
 - 重複起訴の禁止（142条）違反 弁論を併合（必要な場合には移送）して同一訴訟手続で審理することにより適法な訴えとすることができる場合には、そのようにすべきである。
- c. 当事者の行為により補正可能な場合には、裁判所は、期間を定めて補正を命ずるべきである。口頭弁論を開く前に命じてよい。補正されなければ、次のdに行く。
- d. 補正が不能な場合、あるいは補正命令に応じなかった場合には、訴えを却下する。口頭弁論を経る必要はない（140条）。

補正不能であることが明らかな訴えを被告への訴状送達前に判決により却下することができるかについては、見解は分かれるが、肯定して良い（[最高裁判所 平成8年5月28日 第3小法廷判決（平成7年（行ツ）第67号）](#)・判例時報1569号48頁）。訴状送達前に訴えを却下する場合には、却下判決を被告に送達する必要はない（前掲最判）。

訴訟要件を欠く訴えに対する裁判は、前記 a, b の場合を別とすれば、「訴えを却下する」である。これは、「請求について判決しない」ということを意味する。訴訟要件が充足される場合には、原告が訴えをもって主張した法律関係の存否を審理し、それが認められる場合には、それが認められる範囲で、原告が要求した通りの判決（請求認容判決）をする。それが認められなければ、「原告の請求を棄却する」という主文の判決をする。「訴え却下」と「請求棄却」の用語は、このように使い分けるのが現在の約束事になっている[63]。

1.7 訴えの利益（本案判決を求める利益）

訴えの提起は、国民一般の負担において設営される裁判制度の利用であるから、訴えないし請求は裁

判制度の利用として意味のあるものに限定されなければならない。そうでないと、有限な裁判資源が浪費され、国民に不当な負担を掛けることになる。こうした観点から要求される訴訟要件が、訴えの利益である。この意味での訴えの利益（**広義の訴えの利益**）は、次のように細分される。

- a. **客観的利益**（請求についての正当な利益——**狭義の訴えの利益**） この講義では、これを次のように分けて説明するが、常に明確に分けることができるという趣旨ではない。
 1. **請求適格（権利保護の資格）** 請求内容が本案判決を受けるのに適する一般的な資格。
 2. **権利保護の利益ないし必要** 請求適格が肯定されることを論理的前提にして、具体的な事件において原告が請求について判決を求める現実の必要性（**最狭義の訴えの利益**）。
- b. **主観的利益**（当事者についての正当な利益） 個々の訴訟において、当事者として訴訟を進行し、紛争を有効に解決することにより得られる利益を指す。

訴えの利益の語は多義的であり、この概念の中に何を含めるかは教科書によって微妙に異なる[19]。

訴えの利益の問題は、本案の問題と重なり合うことが多い。本案の問題と重なる範囲では、原告の主張を基に訴えの利益の有無を判断するのが原則となる[57]。

2 請求についての正当な利益

文献

- 上原敏夫「集団的消費者被害回復手続の理論的検討」『伊藤眞先生古稀祝賀論文集 民事手続の現代的使命』（有斐閣、2015年2月）27頁－45頁

各訴訟類型に特有な問題は後で見ることにして、最初に、各種の訴えについて共通する事柄を見ておこう。なお、訴えの利益については、多数の**判例**がある。

2.1 法律上の争訟・請求適格

裁判の対象は、実定法上は「法律上の争訟」（裁判所法3条1項）の語で表されている。この中には、民事訴訟のみならず、行政訴訟も刑事訴訟も含まれる。民事訴訟の対象となるのは、対等な市民間の法律上の争訟またはこれと同様に扱われるべき争訟である（公権力の違法な行使により国民が損害を受けた場合に国民が公権力主体に対して提起する国家賠償法に基づく賠償請求訴訟は、この局面では公権力主体と国民とは対等な関係にあるべきであるとの考えから、民事訴訟に分類されている）。この講義では、民事訴訟および行政訴訟の対象となる法律上の争訟を念頭において、この語を用いる。

法律上の争訟は、字義に従えば、（ α ）「法を適用して解決できる争い」を意味するが、これに該当する紛争でも、裁判所が判決手続により解決するのに適しない紛争もある。そこで、法律上の争訟の語は、（ β ）「裁判所が判決手続により法を適用して解決するのに適する争い」の意味で使われる場合がある[60]。

個々の事件を離れて一般的に、裁判所が裁判をなすに適する請求であることを請求適格（または、権利保護の資格）という。そのような請求であるためには、法律上の争訟を解決する請求でなければならない。この講義では、「請求適格のある請求」と「法律上の争訟」とを同義に用いる。請求適格を有するためには、次のことが必要である。

（**a**）請求が具体的な権利または法律関係に関するものであること 現在の日本では、訴訟は、具体的な法的紛争を解決する制度であるとされている。従って、次のものは、請求適格を有しない。

- 単なる事実の存否、事実の評価あるいは学問上の主張の当否を問題にする請求 例えば、「この世で一番美しいのは原告であることを確認する」との判決を求める請求、「太陽が地球のまわりを回っていることを確認する」との判決を求める請求。ただし、確認訴訟の場合に若干の例外がある（後述）。
- 宗教上の教義自体の当否や信仰の対象物の真否の確認請求も許されない。

- 単なる社会的関係の存否を問題にする請求 「被告Aと被告Bとが恋人関係にないことを確認する」との判決を求める訴えは許されない。住職たる地位は、宗教団体にとって重要な地位であるが、宗教法人法で定められた地位ではないので、ある者が住職たる地位にあることの確認請求は許されない ([最判昭和44.7.10民集23-8-1423頁](#) [百選*1998a] 50事件—銀閣寺事件)。
- 具体的紛争を離れて抽象的に法規の解釈・効力の確認を求める請求 最高裁判所には具体的事件を離れて法令の合憲性を審査する権限は与えられていない。したがって、警察予備隊の設置維持に関する法令規則を含めて「警察予備隊の設置並びに維持に関する一切の行為の無効」を確認する判決を求める訴えは、許されない ([最判昭和27.10.8民集6-9-783](#) [百選*1993b] 172事件) [21]。
- 現行法上是認されえない内容の判決を求める請求 例えば、代物弁済として債務者の肉1ポンドを求める請求、火星の給付を求める請求 ([小山*1998a] 28頁) [28][20]。

(b) 法令の適用により解決することができる紛争であること これも最高裁の確定判例により、裁判所法3条にいう「法律上の紛争」の要件とされている(前記(a)と併せて、「裁判所がその固有の権限に基づいて審判することのできる対象は、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であつて、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるものに限られる」と説かれている([最高裁判所 昭和56年4月7日 第3小法廷 判決](#) (昭和51年(オ)第749号)))。

ただ、請求が具体的な権利または権利関係に関するものである場合には、通常は、その請求は法令の適用によって判断できるはずのものである。それにもかかわらず、裁判所が判決の求められている紛争を「法令の適用により解決するのに適しないもの」として、本案判決を拒むことは、相応の理由のある例外的な場合にのみ許されることである。その例外的な場合は、憲法により保障された重要な利益の尊重あるいは制度枠組みの維持のために、裁判権の行使を自制すべき場合と一括することができよう。この講義では、(b)の要件を「裁判権の行使を自制すべき場合に該当しないこと」に置き換えて、これも請求適格の要件に含めておこう[27]。裁判権行使の自制の仕方には、(α)請求適格を欠くものとして訴えを却下するという態様と、(β)個々の争点について裁判所の判断を控えるべきであるとしつつ、請求適格は肯定し、証明責任の分配原則等に従って本案判決をするという態様の2つがある[50]。紛争解決の視点からは(β)が好ましいが、ここで問題にするのは(α)の態様での自制である。この視点から、次のことが訴訟要件となる。

(b1) 信教の自由(憲法20条)の保障のために裁判権の行使が自制されるべき場合でないこと

請求自体は法律関係の主張である場合でも、請求について判断するためには宗教上の教義自体の当否や信仰の対象物の真否の問題に立ち入ることが不可欠であり、裁判所の理由中の判断が信教の自由に影響を及ぼす虞がある請求については、裁判所は当該法律関係自体についても判断すべきではなく、その法律関係をめぐる争いは実質的に見て法律上の争訟に当たらず、訴えを却下すべきであるとするのが最高裁の立場である[45]。

- [最高裁判所 昭和56年4月7日 第3小法廷 判決](#) (昭和51年(オ)第749号) 創価学会が戒壇の本尊を安置するための正本堂建立の建設費用に充てると称して寄付を募ったことに応じて募金した原告が、本尊のいわゆる「板まんだら」は、日蓮正宗において「日蓮が弘安2年10月12日に建立した本尊」と定められた本尊ではないことが寄付の後に判明したこと等を主張して、原告の寄付行為は錯誤により無効であることを理由に、創価学会に対して寄付金の返還を請求する訴訟を提起した。しかし、この訴訟は裁判所法3条にいう法律上の争訟にあたらないとして、訴えが却下された(板まんだら事件)。
- [最高裁判所 平成11年9月8日 第2小法廷 判決](#) (昭和61年(オ)第943号) [百選*1998a] 1事件(蓮華寺事件) 旧住職に対する寺院の建物明渡請求を審理判断する前提として教団の教義に対して異説を唱えたことを理由とする僧籍剥奪処分の効力が問題になる事件は、法律上の争訟に該当しない[38]。
- [最高裁判所 平成11年9月28日 第3小法廷 判決](#) (平成8年(オ)第754号) 宗教法人の代表役員及び責任役員の地位にあることの確認を求める訴訟において、原告を住職の地位から罷免した者が包括宗教法人の宗教団体内において法主の地位に就いていたかが問題とされた。裁判所は、その問題は日蓮正宗の教義にいう血脈相承を受けていたかに依存するため、紛争の本質的な争点は法律上の争訟に当たらないとして、訴えを却下した。

もともと、宗教団体といえども、純粋な宗教活動のみならず、その宗教活動のための財産を所有管理し、さらにはこれらのための事業を行うなど、一般市民法秩序にかかわる諸活動をする。こうした世俗の問題については、裁判所の保護が必要であり、裁判所は、宗教上の教義に立ち入ることなく本

案の問題を判断できる場合には、できるだけそのようにすべきである。

- [最高裁判所 平成10年3月10日 第3小法廷判決](#) (平成6年(オ)第1998号) 占有回収の訴えは、宗教の問題に立ち入らなくても請求の当否を判断できるので、別件の建物明渡請求の訴えが宗教上の教義に関係する紛争として却下されている場合でも、裁判所は本案判決をすることができる。
- [最高裁判所平成12年9月7日第1小法廷判決](#) (平成9年(オ)第1077号) 包括宗教団体の代表者がその権限を行使するに当たり、いかなる信仰上の考え等を有する者をもって被包括宗教法人の責任役員にふさわしいものとするかは、当該規則等に特別の定めがあるときなどを除き、包括宗教団体の自治的な決定にゆだねられていると解するのが相当であり、この考えが妥当する範囲では、裁判所はその決定を有効と認めて裁判すべきである。
- [最高裁判所 平成21年9月15日 第3小法廷判決](#) (平成20年(受)第1565号) [最判平成11年9月8日](#)と同様な事案において、この先例に従い訴えを不適法としたものであるが、ただ、傍論における次の説示が注意を引く：包括法人の宗制では、「宗制に違反して甚だしく本派の秩序を紊した」ことを剥職事由として定めているところ、包括法人において、法階は、管長が叙任することとされているのであるから、被告の行為が上記剥職事由に該当するかが問題となっているのであれば、必ずしも宗教上の教義ないし信仰の内容に立ち入って審理、判断する必要はなかったものと考えられる。

[平成12年の第1小法廷判決](#)は、[平成11年の第3小法廷判決](#)やその後の[最判平成14年2月22日 第2小法廷判決](#) (平成11年(受)第1455号)と対照的である。事案の差異というより、各小法廷を構成する裁判官の考えの違いであろう。第2小法廷判決および第3小法廷判決でも、第1小法廷判決と立場を基本的に同じくする少数意見が付されている([元原利文裁判官](#)、[河合伸一裁判官](#)、[亀山継夫裁判官](#))。大法廷判決により決着を付けるのが適当な時期にあるように思われる。

なお、訴訟物たる法律関係の判断の前提問題が教義に関係する場合の裁判権行使の自制の方法については、前述のように、(α) 訴えを却下する方法と、(β) 教義に関わる争点についての判断を自制した上で本案判決をする方法との2つがあるが、学説上は、後者の選択肢を採る見解も有力である。両選択肢の差異は、次のような事例において現れよう。

- [最高裁判所 昭和56年4月7日](#)の事件(板まんだら事件)の事実関係を一部変更して、寄付契約は書面でなされ、当該板まんだらが真正のものであることが契約の要素とされていて、宗教団体からの寄付金請求事件において、その点のみが争点になったとしよう。(α)の方法では、訴えは却下されることになる。他方、(β)の方法では、被告が要素の錯誤を根拠づける事実を主張・立証しなければならないが、被告は板まんだらが真正な物でないことを主張しても、裁判所はこの点について審判権を有しないから、結局、被告の錯誤の主張は認められないことになり、請求は認容されることになる。

(b2) 三権分立の建前から、裁判権の行使が制約される場合でないこと。

(c) 訴訟による救済を必要とする利益が問題となっていること この要件の下には、次のものを含めることができる。

(c1) 定型的に訴訟以外の手続で権利を行使すべきものとされている類型の権利は、その手続によるべきであり、訴訟の利用は許されない

- 訴訟費用の支払請求の訴えを許すと、訴訟の無限循環に陥る。訴訟費用額の確定は、費用額確定手続([71条](#)・[73条](#))によらなければならない。
- 執行法上の各種の不服申立て方法が認められている場合には、これによるべきである。
- 行政上の義務の履行は、訴訟を経ずとも行政代執行法や国税徴収法の規定に従い自力執行できるから、義務の履行を求める訴えは、法律の特別の規定がない限り、原則として許されない([最高裁判所 平成14年7月9日 第3小法廷判決](#) (平成10年(行ツ)第239号))
しかし、この見解には疑問を感ずる。行政上の義務の存否に関して争いがあるときには、行政機関が代執行を直ちに行うことも、代執行を諦めることも最良の解決ではない。代執行前に義務の存否を訴訟により確定する方が、よい結果が得られよう。これを許すべきである。それを許す旨の明文の規定は、行政代執行法にも行政事件訴訟法にもないが、そのことは、この訴訟を不適法とする理由になるとは思えない。行政上の義務は、公法上の義務の一種であり、その存否を巡る争いも、法を適用して解決することのできる争いである(裁判所法3条1項の「法律上の争訟」に該当する)。その義務の確認の訴えは、「公法上の法律関係に関する確認の訴

え」(行訴法4条後段の当事者訴訟)として許されると解したい。

(c2) 一般市民法秩序と直接の関係を有しない団体の内部問題については、団体の自律性が尊重されるべき場合があり、そのような問題は司法審査の対象から除外される(自律性の尊重の程度は、団体の種類により異なる[53])。この要件は、司法権行使の抑制の面もあるが(部分社会論)、この講義では、むしろ、団体の内部紛争のうちの一定範囲のものは、訴訟による救済を必要とする利益が争われているのではないという視点からこの要件を取り上げることとする。

- 最高裁は、大学において履修した科目の単位認定がなされないことを巡る事件(単位認定義務の確認請求など)は、一般市民法秩序と直接の関係を有することを肯認するに足りる特段の事情のない限り、司法審査の対象とならないとする(最判昭和52.3.15民集31-2-234頁・280頁[百選*1998a]2事件)[35]。他方、大学が専攻科終了の認定をしないことは、一般市民としての学生の国立大学の利用を拒否することにはほかならないから、司法審査の対象となる。

民事請求適格

人事訴訟を含めて民事訴訟により裁判所が裁判をなすのに適する請求であることを民事請求適格と呼ぶことにする。前述の要件を満たす法律上の争訟のうち行政訴訟の対象となるべきものが除外される。

140条との関係

請求適格を欠く訴えは、140条の口頭弁論を経ない却下の対象となり得る。そのため、無意味な訴えについて口頭弁論を開く負担から裁判所と被告を解放するために、請求適格の要件を厳格にしようとする誘因が働く。しかし、140条の効能を重視することは、他方で、国民の裁判を受ける権利を狭める虞がある。請求適格を欠き、補正不能[29]であることが明かな場合以外は、請求適格の有無自体についても弁論の機会を与えるべきである。

2.2 権利保護の利益

請求が民事裁判に適するものであっても、具体的な事件において当事者が民事訴訟による権利保護を求める必要性があるとは限らない。また、その必要性がある場合でも、法令あるいは当事者の合意により訴訟による権利保護を許していない場合がある。具体的な事件において訴訟による権利保護を与えるべき必要があり、それが許容される場合に、権利保護の利益が肯定される。

権利保護の利益が否定される場合を、必要性を欠く場合と許容性を欠く場合(法令等により禁止される場合)とに分けてあげておこう(必要性と許容性の双方が問題になる場合もあるが適宜一方に分類した)。

(a) 必要性を欠く場合

- 原告が求めている判決内容と同一内容の確定判決が既にあり、新たな確定判決の取得が必要ない場合 ただし、時効の完成を防ぐ等のために新たな訴えの提起が必要となるときは、この限りではない(後述4.1参照)。
- 既に開始されている手続において審理されている請求と同一であり、あるいは密接に関連して、重ねて裁判する必要がない場合 例えば、Xが提起した給付の訴えの被告Yが同一債権についてXに対し債務不存在確認の訴えを提起する場合[40]。なお、同一物について原告と被告とが所有権を主張している場合には、両者の所有権は別個の権利であり、確認請求訴訟において被告も確認請求の反訴を提起することができる[59]。

(b) 許容性を欠く場合

- 当事者の合意あるいは係争権利の属性により訴訟の利用が認められない場合。当事者間で訴訟以外の紛争解決手続が合意されている場合も同様である[61]。
 - 不起訴の合意がある場合 私的自治が妥当する事項について、当事者の意思を尊重してこれを是認するのが多数説である[1]。
 - 仲裁合意が存在し、仲裁により紛争を解決することが可能な状態にある場合には、これによるべきである(仲裁法14条ただし書1号・2号)。なお、仲裁合意の抗弁権は、被告が本案について弁論または申述をしたときは、失われる(同3号)。
 - 訴え取下げ契約がある場合
 - 債権が訴求力を欠く性質のものである場合 一般にはこのように説明されているが

[31]、「請求棄却」とすべきか「訴え却下」とすべきかについては、当該債権に残されている効力をさらに吟味する必要がある（後述参照）。

- 訴訟以外の手続で権利を行使すべきものとされている場合 他的手続が用意されている場合には、関係する問題の重要性の程度に従い当該事項について通常訴訟を禁止する趣旨も含まれていると理解してよい。
 - 訴求債権が破産債権である場合には、破産手続で行使すべきである（破産法100条）
- 手続政策上の理由により起訴が禁止されている場合（ただし、別の位置付けをする見解もある[69]）
 - 判決後に訴えを取り下げた場合の再訴の禁止（262条2項）
 - 別訴禁止（人訴法25条） 例えば、夫婦の一方が提起する婚姻取消請求の棄却判決の確定後に、その訴訟で主張できた離婚原因を主張して離婚の訴えを提起することは許されない（提起しても却下される）。身分関係に関する紛争は、関連紛争も含めて一挙に解決することが望ましいからである。この別訴禁止効は、請求棄却判決のみならず、認容判決にも生ずるが[62]、訴え却下判決には生じない。また、当該訴訟の当事者間でのみ生ずる。
- 訴え提起が権利濫用あるいは信義則違反にあたる場合 この場合には、原告主張の権利の行使を権利濫用あるいは信義則違反を理由に否定することができる場合が多いので、権利濫用等を理由に訴えを却下することについては批判が強いが、最高裁は、すでにこの法理を確立した[36]。信義則違反の最も重要な類型は、紛争の実質的な蒸返しである。訴訟物について実体法説（旧訴訟物理論）を採用する判例にとっては特に重要なことであるので、項をあらためて説明することにしよう。

重複起訴の禁止（142条）は、再訴禁止・別訴禁止と同列に置かれ、権利保護の利益の欠如の事由としてあげられることもある。しかし、重複起訴の禁止は、厳密には起訴の態様についての制限である。例えば、債務者からの債務不存在確認の訴えに対抗して債権者が支払請求の訴えを提起することは、別訴としては許されないが、反訴としては許される。この点で、再訴禁止・別訴禁止に抵触する訴えが常に不適法として却下されるのとは異なる。そこで、この講義では、重複起訴の禁止を権利保護の利益の問題から除外する[4]。

訴求力を欠く債権

訴求力を欠く債権について訴えが提起された場合に、請求棄却判決をすべきか、訴え却下判決をすべきかが問題となる。これは、請求棄却判決をした場合の既判力の生ずる判断内容をどのように定めるかとも関係し、また、当該債権に残されている効力が何であるかにも依存する[CL1]。

[最高裁判所 平成19年4月27日 第2小法廷 判決](#)（平成16年（受）第1658号）は、第2次大戦中に日本国内に強制連行され、建設会社により強制労働に従事させられた中国人労働者の建設会社に対する損害賠償請求について、この訴訟の対象たる損害賠償請求権にも昭和47年の日中共同声明5条の請求権放棄の効力が及び、この放棄により原告は請求権自体を失ったのではないが、裁判上請求する権能を失ったというべきであり、そのような請求権に基づく裁判上の請求に対し、被告が請求権放棄の抗弁が主張したときは、当該請求は棄却を免れないとした[66]。

次のように考えたい。一般に、債権の対内的効力として次の効力が認められている：（ α ）給付保持力、（ β ）請求力（裁判外で弁済を要求する権能であり、弁済要求行為を適法にする効果がある）、（ γ ）訴求力、（ δ ）擱取力。給付保持力のみが認められる債権[73]については、請求棄却判決をすべきである。消滅時効にかかった債権も同様である（ただし、その債権の支払請求を棄却する判決が確定した後でも、消滅時効完成前に相殺適状にあった相手方の債権を受働債権とする相殺に供することはなお許されるべきであるから、訴求債権が時効により消滅したことを理由とする請求棄却判決と債権が弁済により消滅したことを理由とする判決とは、既判力の生ずる判断の内容に差異をもたせることが可能であることに注意する必要がある[70]）。破産免責の効力の及ぶ債務は、債務自体が消滅するのか、それとも責任のみが消滅して自然債務として存続するのかについては争いがあるが、存続するとしても給付保持力のみが認められ、請求力は否定すべきであるから、この債権が訴求された場合にも、請求棄却判決をすべきである。日中共同声明により訴求力を失った債権にどの効力が残されているかは明瞭ではないが、擱取力を欠くことは明らかであり、おそらく請求力も欠いているというべきであろう。

他方、訴求力のみを欠き他の効力は具有している債権が主張されている場合に、請求棄却判決をすることは許されず、訴え却下判決をすべきである。その債権のために担保権が設定されている場合に、その担保権の行使を許容する点（配当異議訴訟は、誰が原告になるかにかかわらず、許容してよいであろう）、あるいは、訴え却下判決確定後に債権者が債務者との話し合いにより執行証書を得て強制

執行する余地を認める点に意味がある。

2.3 紛争の蒸返しの禁止の法理

最高裁は、紛争解決の実効性を高めるために、「実質的には敗訴に終わった前訴の請求及び主張の蒸返しに当たる」後訴の提起は、信義則に反して許されない、との法理を定立している。この法理は、明示の一部請求で敗訴した債権者が残額請求する場合、ならびに前訴で敗訴した原告が同一の紛争について異なる訴訟物で再度訴えを提起した場合にも適用される（[最判平成10.6.12（平成9年（オ）第849号）](#)）。

訴訟物が同一の場合には、既判力により解決できるので、紛争の蒸返しの禁止の法理を適用する必要性は少ない。しかし、それでも、訴訟物が異なる場合にこの法理が認められるのであれば、訴訟物が同一の場合にはなおのこと認められるべきである。例えば、貸金返還請求訴訟で債権の不存在を理由に敗訴した債権者が、同一債権について再度訴えを提起した場合には、この法理を適用して訴えを却下することは、認められてよい。認める実益は、140条により口頭弁論を経ることなく迅速に判決を下し、被告を訴訟の重圧からすみやかに解放する点にある。同一訴訟が再三提起されるような場合には、被告に訴状を送達することなく訴えを却下することも可能となる[42][43]。

この法理は、攻撃防御方法の提出の段階でも認められるべきである。例えば、同一の生活事実関係から不法行為による損害賠償請求権と不当利得返還請求権が発生する場合に、Xが不法行為による損害賠償請求の訴えをYに対して提起し、請求棄却判決を受けた後に、Yからの貸金返還請求訴訟において、不当利得返還請求権を反対債権にして相殺を主張することは、それが実質的に見て紛争の蒸返しと評価されるときには、そのようなものとして許されない（その防御方法は却下される）。

3 確認請求についての正当な利益

3.1 通常の確認訴訟

原告が主張する権利関係ないし法的地位を判決の既判力により確定することを目的とする訴訟を確認訴訟という。次のような請求の趣旨の訴えがこれにあたる。

- 「別紙目録記載の物件について、原告が所有権を有することを確認する」、との判決を求め
る。（積極的確認の訴え）
- 「別紙目録記載の不動産について、被告が地上権を有しないことを確認する」、との判決を求め
る。（消極的確認の訴え）

確認訴訟の対象となり得る事項は広範囲であるため、訴えの利益は特にここで問題となる[6]。

用語法

この講義では「即時確定の利益」を「確認の利益」の構成要素の一つと位置付ける。しかし、前者は後者とほとんど同じ意味で用いられることもある。

確認の訴えの利益（確認の利益）は、(1)原告の権利又は法的地位について不安・危険が現存し、(2)その除去のために一定の法律関係の存否を被告との間で判決により確定することが必要かつ適切であり、かつ、(3) 確認訴訟が最も適切な訴訟形式である場合に認められる（[兼子*体系v3] 156頁参照。なお、上記(3)は省略されることもあるが、この講義では、次の分説との対応関係をとるために付加した）。

確認の利益は、通常、3つに分けて説明される（福永有利 [中野＝松浦＝鈴木*新民訴v2.1] 138頁以下）

(a) 即時確定の利益（即時確定の必要性） 確認判決により解消するに値する原告の権利・法的地位の不安・危険が現存すること。次の場合がその代表例である。

- 被告が原告の法的地位を争う場合。例えば、被告が原告の所有権を争って引渡しを求めている場合（被告が、自分が所有者であると主張している場合でも、第三者が所有者で自分はその者から賃借したと主張している場合でもよい）。
- 戸籍簿や登記簿等の記載が原告の主張する法律関係と異なっており、その是正のために原告主

張の法律関係を確認する判決が必要な場合。この場合には、訴訟当事者間に争いがあることは必要ない。

判決により守られるべき原告の法的地位が浮動するあるいは小さなものである場合には、即時確定の利益は認められない。例えば、遺言者は既にした遺言をいつでも取り消すことができ（民1022条）、受遺者とされた者は将来遺言が効力を生じたときに遺贈の目的物である権利を取得することができる事実上の期待を有する地位にあるにすぎないから、遺贈を受ける地位は、遺言者の生存中は、確認の訴えの対象となる権利又は法律関係には該当しない（[最判 昭和31.10.4](#)・民集10-10-1229）[\[37\]\[33\]](#)。

(b) 確認対象と被告の適切性 原告の権利や法的地位について生じた危険や不安を除去する方法として原告・被告間で原告が提示する請求（確認請求）について判決することが有効・適切であること[\[72\]](#)。そのためには、確認対象は、現在の紛争の解決あるいは当事者の法的地位の安定に役立つ具体的な法律関係でなければならない。この要件は、

- 現在の法律関係の安定に役立つものでなければならないので、通常は、現在の法律関係が確認の対象となる。しかし、過去の法律関係から現在の具体的な法律関係が複数派生している場合に、紛争の抜本的解決あるいは法的地位の安定のために過去の法律関係を確定することが必要かつ適切である場合には、過去の法律関係の確認請求[\[26\]](#)、あるいは過去の法律行為の効力や存否の確認請求でもよい（例：遺言の無効確認請求（[\[中野*論点2\]](#) 44頁以下参照）[\[32\]](#)）。また、株主総会決議不存在確認請求については、これを許容する明文の規定がある（会社法830条1項）。
- 確認の対象は、法を適用して判断できる法律関係でなければならないのが原則である[\[54\]](#)。ただし、証書真否確認の訴えの例外があり（[134条](#)）、またその類推適用の余地はある。最近の学説は、確認の利益がある限り、証書の真否以外の事実も確認訴訟の対象となり得るとする方向にある[\[55\]](#)。
- 確認の対象は、通常は原告・被告間の法律関係であるが、他人間の法律関係ないし他人の権利でもよい[\[64\]](#)。自己の権利の積極の確認であるのが通常であるが、被告の権利の不存在という消極の確認の訴えも、必要に応じて許される[\[25\]](#)。
- 被告との間で確認することが原告の法的地位の不安・危険の除去に役立つことが必要である。例えば、債権者であると主張するAとBのいずれが真の債権者であるかが不明であるために、債務者がA・Bを被供託者にして弁済供託をした場合に、Aが供託金の還付を得るためには、Bを被告にして還付金請求権確認請求の訴えを提起すべきであり、債務者や供託所（あるいはその設営者たる国）を被告にしてそのような訴えを提起しても無益である（供託法8条1項の権利証明は、この場合には、被供託者であるAとBのいずれが還付請求権を有するかを証明する文書によりなされるべきであり、その証明文書は、一方が還付請求権者とされることにより不利益を受ける他方が関与する手続において作成されるべきであるから、結局、AとBの双方が関与する手続において作成されるべきことになる）。

(c) 訴訟形式の適切性 確認訴訟以上に有効・適切な紛争解決手段がないことが必要である。確認判決には既判力しかないもので、それだけでは原告の権利の最終的な保護にならないことがある。給付の訴えあるいは形成の訴えの方が適切な場合には、確認の訴えは許されない（確認の訴えの補充性）。たとえば、債務者が債権の存在を争っている場合には、原告は可能な限り給付の訴えを提起すべきである（履行期が未到来の場合には、将来給付の訴え）。確認の訴えでは強制執行ができず、原告が次に給付の訴えを提起することは、裁判所の負担となるからである[\[56\]](#)。給付されるべき金額が将来の事実依存する場合には、給付の訴えは適当ではなく、確認の訴えが許される。[最判平成11.1.21第1小法廷判決（平成7年（オ）第1445号）](#)は、賃貸人の地位を承継した者が敷金交付の事実を否認して返還請求権を争っているが、敷金返還債務が確認されるのであれば、停止条件成就時に任意に履行する態度を示している場合につき、敷金返還請求権（賃貸借契約が終了して賃借人が建物を明け渡した後に金額が確定する停止条件付債権）を原告が被告に対して現在有していることの確認請求の訴えを現在の法律関係について確認の訴えとして適法とした。もっとも、敷金返還債務が確認されれば任意に履行する態度を被告が示していなくても、権利関係が早期に明確になることについて原告が相応の利益を有する場合、例えば、時の経過の中で生ずる証拠散逸の不利益を回避すること、あるいは権利関係が明確になることにより行動予定が立てやすくなることについて相応の利益を有する場合には、確認の利益を肯定してよいであろう。

過去の法律関係・現在の法律関係・将来の法律関係

この3つは、一定の法律関係の存在確認について言えば、次のように区別される。

- 法律関係が口頭弁論終結時に存在すると主張されている場合には、それは現在の法律関係である。
- 口頭弁論終結時には存在しないが、それ以前の一定の時点で存在したと主張されている法律関係は、過去の法律関係である。
- 口頭弁論終結時には存在しないが、将来の一定時点において存在するであろうと主張されている法律関係は、将来の法律関係である。

将来の法律関係を現在の資料に基づいて判断しても、それは不完全な判断であり、その後に重要な事情変更が生ずれば、その事情変更を考慮して判断を修正することを認めざるをえない（口頭弁論終結後の新たな事実は、既判力によって遮断されない）。したがって、将来の法律関係についての判決の紛争解決機能は限られたものとなるが、それにもかかわらず現時点において判決をすることが必要な場合もある。将来の法律関係について判決することは、その場合にのみ許すべきである。そのような判決は、確認の訴えよりも、将来給付の訴えの形で求められることが多い。

法律行為の有効性の確認を求める訴えは、その法律行為がなされた時点以降の事情を考慮せずに判断する場合には、過去の法律関係についての判断となる。他方、その時点以降の事情を考慮して、現在有効であるか否かを問題にすることもできる。例えば、法律行為がなされた時点では有効であっても、その後にその法律行為が取り消されれば無効になるので、その法律行為が現在有効であるか否かを問題にすることができる。また、無効な法律行為がその後の事情の変化により有効になることは少ないので、過去の無効は現在の無効を意味するのが通常であるが、それでも追認により有効となることもある。したがって、過去の時点での無効と現在の時点での無効とを区別する実益がある。その点に注意するならば、過去になされた法律行為の現在における効力の確認は、現在の法律関係の確認ととらえるべきである。

3.2 証書真否確認の訴え（134条）

意義 証書の成立の真否が確定されると法律関係も確定され、紛争が解決されることがあるので、その場合のために、例外的に証書真否確認の訴えが許されている（134条）。これは、事実の確認の訴えと位置づけられる。確認の対象は、その内容から一定の権利関係の成立・存否が直接証明される文書の成立の真否、すなわち、文書が作成名義人（作成者と主張されている特定人）の意思に基づいて作成されたか否かである。証書は、処分証書の場合が多いが、これに限られない。次のような文書が証書にあたる：契約書、借用証書、社団法人や財団法人の設立時に作成される定款。

訴えの利益 この訴えは、法律上の紛争の解決が証書の真否という事実の確定のみに依存する場合には、その証書が作成名義人とされている者の意思に基づいて作成されたか否かという事実を確定すれば、原告の法的地位が安定するとの理由により許されるものであるから、この理由が妥当する範囲でのみ確認の利益が認められる。証書の真否が確定されても、原告の権利または法律上の地位の危険・不安が除去されず、さらにその権利または法律上の地位自体の確認を求めなければならない場合には、証書真否確認の利益は認められない（福岡高判昭和48.3.29判時706-32）。例えば、借用証書に記載された債務について弁済が主張されているような場合がそうである。

法律関係確認訴訟との関係 証書により証明されるべき法律関係の存否を確認する判決の既判力は、証書の真否が理由中で判断されている場合でも、この点には及ばない。しかし、その確定判決がすでに存在する場合には、証書真否確認の訴えを提起する利益はない。訴えにより原告が得ようとしている利益が同じだからである。判決確定前でも、通常の確認訴訟が適法に提起されていれば、同様に、証書真否確認の訴えの利益は否定される。他方、貸金債権の担保として土地を売り渡す旨の証書が存在する場合に、債権者が貸金の返還を訴求したのに対し、債務者が売渡証書の成立の不真正の確認を求める利益は、肯定される（最判昭和41.9.22判時464-28 [百選*1982a] 45事件）。訴えにより各々が得ようとしている利益が異なるからである。

4 給付請求についての正当な利益

給付訴訟とは、原告主張の給付請求権の実現のために、強制執行の基本となる判決（給付判決）を得ることを目的とする訴えである。次のような請求の趣旨の訴えがこれにあたる。

- 「被告は、原告に対し、1000万円を支払え」、との判決を求める。

- 「被告は、別紙目録記載の不動産について、平成11年2月8日の売買を原因とする原告への所有権移転登記手続をせよ」、との判決を求める[34]。

4.1 現在給付の訴え

訴えの利益 給付の訴えは、(α) 給付請求権の存否に関する争いを解決し、(β) 強制執行の基礎となる債務名義を得ることを目的とするものである。いずれか一方の目的を達する必要があるれば、給付の訴えの利益は肯定される。もっとも、前者の目的を達する必要のみで給付の訴えの利益が肯定されるかについては、若干の注釈が必要となろう[5]。

- 弁済期が到来しているにもかかわらず債務者が弁済しない場合には、債務者が争っているか否かに関わりなしに訴えの利益が認められる。
- 原告が被告に対して一定の行為（例えば、深夜の騒音発生）の差止を請求する訴訟において、その行為の差止が原告に利益をもたらすものであれば、訴えの利益が原則として肯定される。訴えの利益が認められる場合でも、原告の主張とは異なり、被告がその行為をしているともその虞があるとも認められない場合には、請求は棄却される[44]。
- 確定した給付判決がある場合には、債権者は、重ねて給付判決を得る利益を有しないのが原則である[41]。ただし、次の例外がある。
 - 判決原本が滅失して執行正本（[民執25条](#)）を得られない場合には、給付判決を再度得る利益がある。
 - 判決で確認された請求権について再度 時効（民法169条）を更新する必要がある場合については、（A）強制執行は旧判決で可能であり、時効の完成を阻止するためだけであれば確認の訴えで足りるから、給付の訴えは許されないとする見解もあるが、（B）給付の訴えが許されるとするのが多数説である[23]。確かに、判決原本の保存期間は50年であり、確認請求認容判決により消滅時効を更新させつつ、当初の給付判決に執行文を得て強制執行をすることは、50年間は可能である。しかし、その他の事件記録の保存期間は5年であることを考慮すると、当事者が転居した場合などに執行債権者・執行債務者を特定しやすくするためには、時効更新が必要となる10年ごとに給付判決を得ることを許しておく方がよいであろう。ただし、新たに給付判決が下された場合には、同一債権について複数の債務名義が存在することになり、重複執行の可能性が生ずるので、その旨が古い給付判決の原本に附記されるべきである[67]。
- 確定した給付判決で認められた請求権について、その判決の口頭弁論終結後に特定承継があった場合に、承継人は、その確定判決に承継執行文を得て債務者に対して強制執行を行うことができ（執行力の拡張。民執法23条1項3号・27条2項）、かつ、既判力も拡張されるので（民訴法145条1項3号）、債務者に対して給付の訴えを提起する利益を有するかが問題になる。債権者が債務者の承継人に対して提起する給付の訴えについても、同様に訴えの利益が問題になる。これらの場合について訴えの利益を肯定する見解と、否定する見解との対立がある[74]。肯定説をとるべきであろう。

訴訟費用の負担の問題 弁済期が到来しているにもかかわらず債務者が弁済しないため給付の訴えを提起した場合には、被告が直ちに認諾しても、訴訟費用は被告に負担させるべきである（[62条](#)）[22]。事前に催告したにもかかわらず弁済がないため訴えを提起したところ、訴訟係属中に弁済がなされた場合にも、請求はもちろん棄却されるが、訴訟費用は被告に負担させてよい。他方、被告が争ってもいないのに、催告なしにいきなり訴えたところ被告が直ちに弁済をした場合には、請求は棄却され、訴訟費用は原告に負担させるべきである。

4.2 将来給付の訴え（[135条](#)）

はじめの一步

Xは、Yに土地を3年間に限り資材置場として賃貸した。Xは、契約期間満了時にその土地に建物を建設する予定であった。賃貸してから1年後にYが契約の長期継続を求め、契約期間満了時に返還できないと言ってきた。Xは、契約期間満了前でもYに対して明渡しの訴えを提起することができるか（[135条](#)参照）。

履行すべき状態にまだなっていない給付義務を主張し、予めこれについて給付判決を得ておくことを目的とする訴えを将来給付の訴えという。現在給付の訴えの必要性は、被告が履行期にある義務を履

行していないため、原告に権利保護を与える必要があるということ自体によって根拠づけられる。これに対し、将来給付の訴えについては、そのような根拠付けはできず、予め判決を請求する（判決を得ておく）必要のあることが要件として追加される。

将来給付の訴えが許されるための要件は、次の2つのレベルに分けられる。

1. **請求適格のレベル** 将来給付の訴えが許されるためには、訴訟物たる請求権の将来における存在について明確な予測が可能であることが必要である。この要件は、135条には規定されていないが、判例により要件の一つとされた。将来の不法行為による損害賠償請求権についてこの訴えを許すべきか否かの問題との関係で重要な要件である。
2. **権利保護の利益のレベル** 将来における請求権の存在について明確な予測が可能な場合であっても、債務者がその権利を認め、履行期に履行すると言い、万一履行が遅れても債権者に生ずる損害が重大でない場合には、将来給付の訴えを許す必要性はない。これが許されるためには、「あらかじめ請求をなす必要」（事前請求の必要性）のあることが必要である（135条）。事前請求といっても、履行期前に給付を得るという意味ではなく、履行期に直ちに強制執行することができるように、「予め給付判決を得ておく」こと（換言すれば、「予め訴えを提起して判決を請求する」こと）を意味する。

なお、将来給付の訴えにあたるか否かの判断の基準時は、口頭弁論終結時である。訴え提起の後、口頭弁論終結時までには履行すべき状態になったことを原告が主張すれば、その時点で現在給付の訴えとなり、裁判所はこれらの要件が充足されているかを判断する必要はなく、代わりに、履行すべき状態になったとの原告の主張の当否を判断する。

権利保護の利益のレベル—事前請求の必要性

最初に、すでに発生しているが履行期未到来の請求権を念頭において、事前の請求（判決取得）の必要性の要件を見ておくことにしよう。この要件を充足する場合は、2つの類型に分けられる。

(a) 履行期における任意の履行を合理的に期待できない事情が存在する場合。

- 債務者が義務の存在を争う場合。例：
 - 正当事由に基づく賃貸借契約の解約告知の効力を賃借人が争う場合には、賃貸人は、解約告知期間経過前に、解約告知期間満了時の明渡しを求めうる（東京高判昭和28.12.26東高民時報4-7-200）。
 - 農地の買主が売主に対して、農地売買に関する知事の許可を条件として所有権移転登記手続を請求する訴えは、その必要がある限り、将来給付の訴えとして許される。
- 債務者が義務を認めても、履行する意思のないことを明言する場合。
- これまでの義務不履行の状況から見て履行しないことが予想される場合。例：
 - 履行期の到来している元本債務・利息債務が弁済されない場合には、将来の遅延損害金債務も任意には履行されることが予想される。
 - 特定物の引渡しを求める現在給付の訴えを提起するとともに、その執行不能の場合に備えてその代償（賠償金など）を請求する（その支払を命ずる判決を求める）ことができる。

(b) 一定の日時または期間内に履行がないと契約の目的を達することができない場合、あるいは原告に著しい損害が生ずる虞のある場合。この場合には、前記(a)の事情が存在する必要はない。債務者は、訴訟を回避したければ、執行証書等の債務名義となる文書を作成して、債権者に与えておくべきである。

- 定期行為（民法542条・商525条）に基づく履行請求
- 債権者の生活維持に必要な扶養料請求

請求適格のレベル—予測可能性

将来給付の訴えは、すでに発生している請求権のみならず、将来発生する請求権のためにも許される。口頭弁論終結後も土地の不法占拠が継続することにより生ずる損害賠償請求権が、その典型例である。しかし、判決において将来発生するであろうと認められた請求権が発生しないことになった場合には、その判決に基づく強制執行を阻止するために、債務者は請求異議の訴えを提起しなければならないという負担を負う。債務者が負うこの負担と債権者の予め判決を得ておく利益との適切な調節として、将来給付の訴えが許されるためには、訴求債権が次のいずれかに該当することが必要である。

- a. **期限付債権・条件付債権** 既に権利発生の基礎をなす事実関係及び法律関係が存在し、ただこれに基づく具体的な給付義務の成立・内容が将来における一定の時期の到来や債権者において立証を必要としないか又は容易に立証し得る別の一定の事実の発生にかかっているにすぎない期限付債権や条件付債権[58]であることが必要である。不確定期限の到来および条件成就の多くは執行文付与の段階で確認し（[民執27条](#)）、確定期限の到来および簡易に認定できる条件の成就（担保提供、代償請求の条件たる本来給付の執行の不奏効）は、執行機関が判断する（[民執30条](#)・31条）。
- b. **その他の将来発生すべき債権** これは、次の要件を満たすことが必要である：（ α ）その基礎となるべき事実関係及び法律関係が既に存在し、その継続が予測されるとともに、（ β ）右債権の発生・消滅及びその内容につき債務者に有利な将来における事情の変動が予め明確に予測し得る事由に限られ、（ γ ）しかもこれについて請求異議の訴えによりその発生を証明してのみ強制執行を阻止し得るといふ負担を債務者に課しても、当事者間の衡平を害することがないこと（[最判昭和63年3月31日](#)・判時1277号122頁）[68]。

肯定例 次のものは、将来給付の訴えの請求適格を有する[24]。

- 不動産の不法占拠者に対し明渡しを求めるとともに、明渡義務の履行完了に至るまでの賃料相当額の損害金の支払を予め請求すること 「債務者に有利な将来における事情の変動」は、債務者による不法占拠の中止、債務者の占有権原の取得、債権者の所有権の喪失、賠償額の算定の基礎となる地代相当額の減少という予め明確に予測可能な事由にほぼ限られ、（これ以外にもありうるとしてもそれも含めて）これらの事由の存否の証明のために債務者に請求異議の訴えを提起させても当事者間の衡平を害することはない（将来給付の訴えを禁止して、期限到来後に債権者に再度訴えを提起させるよりも、この訴えを許す方が衡平に合する）。
- 抵当債務残額の弁済を条件とする抵当権設定登記の抹消登記手続請求の訴えは、その残額につき争いがあるときは、予め請求をなす必要があると認められ、将来給付の訴えとして適法である（大判昭和7.11.28民集11-2204）。
- 債務不履行による遅延損害金の支払請求

否定例 次のものは、将来給付の訴えの請求適格を有しないとされた。

- 航空機の夜間離着陸による騒音公害を原因とする将来の損害の賠償請求 [最判昭和56.12.16民集35-10-1369](#) [百選*1998a] 68事件は、大阪国際空港公害差止請求訴訟において、「同一態様の行為が将来も継続することが予測される場合であっても、それが現在と同様に不法行為を構成するか否か及び賠償すべき損害の範囲いかなん等が流動性をもつ今後の複雑な事実関係の展開とそれらに対する法的評価に左右されるなど、損害賠償請求権の成否及びその額を予め明確に認定することができない」場合には、将来給付の訴えは許されるべきでないとした。これに対しては、最少限の被害発生が確実に継続する期間を定めるなどして、将来給付の訴えを許すべきであるとする見解も有力である[30]。
- 共有者の一人が共有物を他に賃貸して得る収益につきその持分割合を超える部分の不当利得返還を他の共有者が求める場合に、そのうちの事実審の口頭弁論終結後に係る部分は、将来の給付の訴えの請求適格を有しない（[最判昭和63年3月31日](#)・判時1277号122頁）。
- 賃貸借契約終了前の敷金返還請求権のように、債権自体は存在するが、具体的給付義務の内容が未確定の場合には、将来給付の訴えは許されず、即時確定の利益がある場合に、その債権の存否の確認の訴えが許されるにとどまる（[最判平成11.1.21第1小法廷判決（平成7年（オ）第1445号）](#)参照）。
- 労働者が解雇の無効を主張して、解雇後の賃金の支払を請求した場合に、判決確定後に支払期が到来するものについては、少なくとも現段階において、原告の労務提供の程度等賃金支払の前提となる諸事情が確定していないので、訴えの利益がないとされた事例がある（[大阪地方裁判所平成11年10月18日第5民事部判決（平成8年（ワ）第9953号）](#)）。

継続的不法行為の成立要件の証明責任の転換

不法行為による損害賠償請求権の発生要件については、債権者である被害者が証明責任を負うのが原則である。このことは、ある時点Aから時点Bまでの継続的不法行為についても妥当し、債権者は、時点Aにおいて不法行為の成立要件が充足されることのみならず、時点Bまでその不法行為が継続していたことについて証明責任を負う。被害者が時点Aにおける不法行為の成立要件事実について証明すれば、その後の不法行為の継続が法律上推定され、その終了については加害者が証明責任を負うという原則が一般的に承認されているわけではない。もちろん、土地の不法占拠を理由とする損害賠償

請求などにおいても、民法186条2項の適用は肯定してよく、したがって、土地所有者である原告が時点Aと時点Bにおける被告（不法占拠者と主張されている者）の占有を証明すれば、その間の被告による占有の継続は推定される。しかし、時点Aにおける被告の占有が証明されれば、時点Bにおける占有を証明しなくても、時点A以降の占有の継続が民法186条2項から推定されるというわけではない。

では、原告（被害者）は、口頭弁論終結時において不法行為が継続していることを基礎づける事実を証明している（あるいは被告が自白している）ことを前提にして、不法行為が口頭弁論終結後も継続することによる損害の賠償を命ずる判決（将来給付判決）が確定している場合は、どうであろうか[71]。

この点について、[最高裁判所 昭和56年12月16日 大法廷 判決](#)（昭和51年（オ）第395号）は、傍論ではあるが、次のように説示している。

継続的不法行為に基づき将来発生すべき損害賠償請求権についても、例えば不動産の不法占有者に対して明渡義務の履行完了までの賃料相当額の損害金の支払を訴求する場合のように、右請求権の基礎となるべき事実関係及び法律関係が既に存在し、その継続が予測されるとともに、右請求権の成否及びその内容につき債務者に有利な影響を生ずるような将来における事情の変動としては、債務者による占有の廃止、新たな占有権原の取得等のあらかじめ明確に予測しうる事由に限られ、しかもこれについては請求異議の訴えによりその発生を証明してのみ執行を阻止しうるという負担を債務者に課しても格別不当とはいえない点において前記の期限付債権等と同視しうるような場合には、これにつき将来の給付の訴えを許しても格別支障があるとはいえない。

この文言からすると、将来給付を命ずる判決により確定された請求権の継続的発生の終了について加害者が証明責任を負わせることが不当でないことを将来給付の訴えの請求適格の要件の一つとしており、したがって、その請求権の継続的発生を終了させる事実については加害者が証明責任を負うことになる。

しかし、将来給付判決があることのみでそのような証明責任の転換を根拠づけることができるかは、疑問である。将来給付判決が確定している場合でも、請求異議等の訴えにより請求権の発生が争われた場合には、債権者がなお発生原因事実の継続について証明責任を負うものと解したい。

5 形成請求についての正当な利益

5.1 通常の形成訴訟

形成訴訟は、法律関係の変動を求める地位（形成を求める地位）の存在を主張して、法律関係の変動を宣言する判決を得ることを目的とする訴訟である[8]。次のような請求の趣旨の訴えがこれにあたる。

- 原告と被告とを離婚する、との判決を求める。（民770条）
- 平成19年6月26日に開催された被告会社の株主総会の決議をすべて取り消す、との判決を求める。（会社法831条）

当事者の一方的な意思に基づく法律関係の変動が許される場合には、その変動は、通常、裁判外での形成権の行使に委ねられる。それに争いがある場合には、変動前の法律関係あるいは変動後の法律関係を前提とする確認の訴えあるいは給付の訴えにおいて、前提問題として判決理由中で判断され解決される。しかし、重要な法律関係（特に、多数の者が関係する法律関係）については、法律関係を明確にしておく必要があるため、法定の形成原因を裁判所が認定し、判決でもって新たな法律関係を宣言し、その判決が確定した時に法律関係が変動するとされる。それが形成訴訟である。そのため、形成の訴えは、法により認められた場合にのみ提起可能となる。

実体法上の法律関係の変動を目的とする形成の訴えの例として、次のものがある。

- 会社関係訴訟
 - 会社の組織に関する訴え（会社法834条）
 - 会社の設立無効の訴え、合併無効の訴

え、新株発行無効の訴え、株主総会決議取消しの訴え（会社法831条）などがこれに包摂される。

- 株式会社の役員解任の訴え（会社法854条）
- 人事訴訟
 - 婚姻取消し（民743-747条、[人訴法2条1号](#)）、離婚（民770条、[人訴法2条1号](#)）
 - 嫡出否認（民775条、[人訴法2条2号](#)）、認知（民814条、[人訴法2条2号](#)）
 - 養子縁組の取消し（民803-808条、[人訴法2条3号](#)）、離縁（民814条・815条、[人訴法2条3号](#)）
- 行政訴訟
 - 行政処分取消し・裁決取消し（行訴3条2項・3項・8条以下）

次の手続法上の訴えは、広い意味で形成の訴えに入れることができる（もともと、請求異議の訴えなどについては、その法的性質について争いがある）。

- 民事訴訟法で規定されているもの
 - 再審の訴え（[338条](#)）
 - 定期金賠償を命ずる確定判決の変更の訴え（[117条](#)）
- その他の手続法上の訴え[65]
 - 請求異議の訴え（[民執35条](#)）
 - 第三者異議の訴え（[民執38条](#)）

形成の訴えは、それを許す規定がある場合に許され、所定の要件を満たす場合には訴えの利益が原則的に肯定される。したがって、形成訴訟にあっては訴えの利益が問題にされることは多くない。しかし、問題になる場合もある。例：

- 一般に、ある議案を否決する株主総会等の決議によって新たな法律関係が生ずることはないし、当該決議を取り消すことによって新たな法律関係が生ずるものでもないから、ある議案を否決する株主総会等の決議の取消しを請求する訴えは不合法である。[最高裁判所平成28年3月4日第2小法廷判決](#)（平成27年（受）第1431号）。
- 株式会社の役員選任の総会決議取消訴訟の係属中に、その決議により選任された役員全員が任期満了により退任し、新たな総会決議により別の役員が選任された場合には、特別の事情がないかぎり、決議取消しの訴えの利益は消滅する（[最判昭和45.4.2民集24-4-223](#)〔百選*1982a〕49事件）。

5.2 形式的形成訴訟

次のような訴えは、通常の形成訴訟にない特質があり、その特質にちなんで形式的形成訴訟と呼ばれる。

- 共有物分割の訴え（民法[258条](#)）
- 筆界確定訴訟（公簿上特定の地番により表示される土地（筆）の境界線の確定を求める訴えであり、所有権の範囲の確認訴訟ではない）
- 父を定める訴え（民法773条。事実の確定を求める確認訴訟ではない）

形式的形成訴訟の特色 筆界確定訴訟を例にすると、この訴訟には、次の特色がある。

1. 実体法上形成要件の規制を欠いている。離婚訴訟（民770条）や決議取消しの訴え（会社法831条）と対照的である。
2. 請求棄却判決ができない。どこかに筆界線を定めなければならない。
3. 裁判所は当事者の主張する筆界線に必ずしも拘束されない（[246条](#)の厳格な適用がない）。
4. 上訴審において、不利益変更禁止の原則の厳格な適用はない。筆界確定訴訟にあっては、筆界の公共的性格を強調すると、不利益変更禁止原則の適用は排除される。他方、適用を肯定し、上诉人に不利な変更は許されないとする見解もある。

共有物分割の訴えにも上記の特質のうちの1,2,3が当てはまる。

形式的形成訴訟も、それを許す法規範（実定法あるいは慣習法）がある場合にのみ許されるのが原則であり、所定の要件を満たす場合には訴えの利益が原則的に肯定される。したがって、形式的形成訴訟にあっては訴えの利益が問題にされることは少ない。しかし、筆界確定訴訟については、平成17年

改正により不動産登記法147条・148条に筆界確定訴訟と筆界特定手続との関係を定める規定がおかれたものの十分とはいえ、問題が生じやすい。

5.3 筆界確定訴訟（境界確定訴訟）

[下村*1995b] =下村眞美「境界確定訴訟の当事者適格について」中野貞一郎先生古稀祝賀・判例民事訴訟法の理論（上）（有斐閣、1995年）239頁－275頁

意義

筆界確定訴訟は、連続する土地を筆に分割し、筆を権利の対象とする制度の下で、その筆の範囲を確定するための訴訟である[75]。審理の結果既存の筆界線が明らかになればそれを明確にし、明らかにならなければ、合理的な筆界線を設定することにより筆界を確定することを目的とする訴訟である。筆界確定訴訟は、この意味で筆界形成の機能を含むので、形成訴訟の一種であり、かつ、形成要件が法定されていないために、形式的形成訴訟と呼ばれる。

このような意味での筆界確定訴訟の外に、土地所有権の範囲の確定の訴えも認められてよい。なぜなら、土地の取引は筆を単位にしてなされるのが基本であり、筆の一部を対象とする取引をする場合には、分筆の上で取引をすべきであるとはいえ、分筆前に筆の一部について取引がなされた場合に、その取引を無効とするわけにはいかず、筆の一部の所有権移転も認めざるを得ない；また、筆の一部の所有権の時効取得も認めざるを得ないからである。しかし、筆界の確定と土地の所有権の及ぶ範囲の確定とは明確に区別すべきである（筆界確定訴訟を土地所有権の範囲の確定の訴えとして理解する見解もあるが、賛成できない）。

民事訴訟としての筆界確定訴訟

筆界線は、私法上の権利の対象たる筆の範囲を定める線である。したがって、その確定を求める訴訟は、民事訴訟の一種であり、私人が当事者となる。ところが、しばしば、土地の範囲は課税および行政区画の基礎となることを理由に、筆界線は公法上のものであり、筆界確定訴訟は公法上の筆界線を定める訴えであるといわれる。しかし、この説明は適切でない。（ α ）この説明に対しては、私人が当事者となる民事訴訟においてなぜ公法上の筆界線を定めることができるのかという疑問が生ずる。

（ β ）また、筆界確定訴訟で問題になるのは、所有者による分割あるいは合併が許される筆（公簿上特定の地番により表示される土地）であり、私権の対象たる筆を区切る筆界線である。課税対象となることを理由に、その対象物あるいは対象物の範囲たる筆界線の公法的性格を強調するのは適当ではない。類似の例を挙げて言えば、建物は、課税対象となり、また、建築基準法等の公法的規制に服するが、だからといって建物が公法的性質を有することを強調しても、あまり意味がないと同様である[47]。（ γ ）「公法上の筆界線」という説明は、要するに、筆界線を隣接所有者の合意のみによっては変更できないという結論を導くための説明であろう。そして、この結論は、「筆界線は公法上のものである」という説明を用いなくても、「筆界線は、私権の対象たる土地の基本的単位としての筆の範囲を区切るものである」と把握しても可能である。

私権の対象たる土地の基本的単位としての筆

筆は、土地に関する権利関係の基本的単位である。権利関係を明確にし、取引の安全を図り、紛争を未然に防ぐために、筆に関する情報は登記所に備え置かれる地図により公示され（旧不動産登記法17条、現不動産登記法14条1項）、土地の分筆の登記に当たっては土地所在図・地積測量図の提出が義務づけられ（旧不動産登記法81条の2第2項、現不動産登記法18条柱書、不動産登記令3条13号・別表中8）、かつ、地図の現地復元能力を高めるために種々の方策が採られているのである[49]。このように方法で厳格に管理され、また管理される必要のある一筆の土地の筆界線は、客観的存在と理解され、それを変更するためには、合筆・分筆の手続を経るべきものとされる。このことは、次の場合に、顕著に現れる。

- 一筆の土地の一部が隣地の所有者によって時効取得された場合　時効による取得は原始取得と解されており、占有者は無負担の土地を取得する[46]。その土地に抵当権が設定されていても、その効力に服さない（民法397条）。まして、隣地に設定されていた抵当権の効力に服することはない。このことを適切に表現しようとすれば、筆界線を移動させるより、従前の筆界線をそのままにして、時効により取得された部分を分筆させるのがよい（最判昭和43.2.22民集22-2-270頁参照）。とは言え、筆界確定の訴えは、原告主張の筆界線まで原告の所有権が及ぶとの主張を伴うのが通常であるので、被告の占有による取得時効の進行を中断する〔更新する〕事由となる（大判大正15.7.10民集19-1265頁）。
- 一筆の土地の一部の二重譲渡　Eが所有する2筆の隣接土地a・bの一方aをAに売却する

際に、客観的に存在する筆界線を超えてb地に入り込んだ筆界線を定めて売却した後で、他方の土地bがBに売却された場合に、Bは、E A間でなされた筆界線の合意に拘束されないのが原則である。E A間の売買は、本来の筆界線に従ったa地の売買とb地の一部の売買の複合であり、後者については分筆および所有権移転登記が必要であり、それがなされていない限り、Aはb地の一部の取得をBに対抗できない（そうでなければ、地図あるいは土地の表示の登記における地積の記載を信頼したBの利益が害される）。

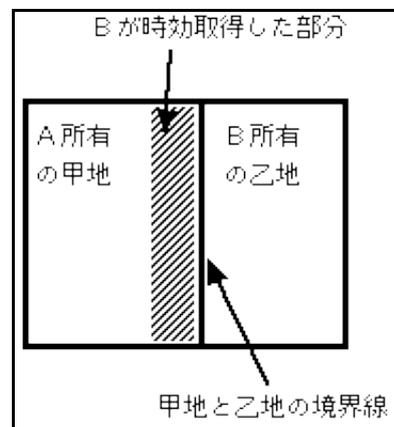
客観的存在としての筆界

分筆の場合に典型的に現れるように、土地の筆界線は人間が定めるものである。しかし、一旦定められた筆界線は、一定の手続を経なければ変更することのできないものとするのが、法律関係の明確化・安定化のために必要である。この意味で、筆界線は、相隣者間の合意によっては変更できない客観的存在であると言われる。しかし、土地の筆界線が客観的な存在であるとはいえ、それが不明確になった場合に、その確定のために常に筆界確定訴訟が提起されなければならないというのは、行き過ぎである。筆界線をめぐる紛争の多くは、当事者間の協議で解決される[51][52]。協議が一旦成立した後で、紛争が再燃し、筆界確定訴訟が提起された場合に、その協議にどの程度の効力を持たせるかが問題となる。[最高裁判所昭和42年12月26日第3小法廷判決](#)（昭和41年（オ）第118号）は、相隣者間において筆界を定めた事実があっても、これによって、その一筆の土地の筆界自体は変動しないことを前提にして、相隣者間の合意の事実を筆界確定のための一資料にすることは差し支えないが、これのみにより筆界を確定することは許されないとした。一般論としてはこれを支持すべきであるとしても、当事者の合意は重要な資料というべきであり、筆界線が当事者間の合意により明確に確定され、その筆界線が登記所に備え置かれる地図に反映されているような場合であれば、当事者の合意は最大限尊重されるべきであろう。また、当事者の合意によっては筆界線は変動しないといっても、証拠調べの結果によっても客観的な筆界線が明らかにならない場合には、裁判所が合理的な筆界線を定めるにあたって、当事者の合意がなされた経緯を考慮しつつ、合理的になされた合意であると判断される限り、それを最大限尊重すべきである。

当事者適格

筆界確定訴訟は、私権の対象たる筆の範囲を確定する訴訟であるから、これについて当事者適格を有するのは、次の者である（最高裁判例は下記のaのみですべてを説明しているが、bを独立類型としてあげるのがわかりやすいであろう）。

- a. 隣接する土地の所有者 所有者に限られ、地上権者等は当事者適格を有しない（[下村*1995b] 264頁以下に興味深い議論がある）。筆界確定訴訟が登記された一筆の土地の範囲を確定する訴訟であることを考慮すると、ここにいる所有者には所有権を他に移転したが登記簿上は所有者となっている者を含むと解すべきである（[下村*1995b] 264頁）。逆に、所有権を取得したが移転登記を得ていない者は含まれない。これは、新不動産登記法123条5号の「所有権登記名義人等」と基本的に一致する。しかし、訴訟では、登記名義人が偽造文書等により所有権移転登記を得た者であることが判明する場合もあり、その場合にはその者に当事者適格を認めるべきでない。
- b. 分筆のために筆界の確定が必要な場合には、分筆の利害関係人 例えば、A所有の甲地のうち筆界の全部に接続する部分を乙地の所有者Bが時効取得した場合には、両地の所有者A・Bは当事者適格を有する（[最判平成7年3月7日](#)・民集49巻3号919頁は、これも上記aに該当する場合として説明する）。



処分権主義との関係

筆界確定の訴えは、処分権主義との関係で特殊な扱いを受ける。

- 訴訟物は、原告が筆界の定められるべき複数の隣接地を特定することにより特定する。筆界線を主張する必要はなく、しても訴訟物の特定要素にはならず、また、裁判所を拘束しない（[最判昭和38年10月15日](#)・民集17-9-1220頁）。筆界の一部についてのみ争いがある場合には、その部分のみを訴訟物と考えるべきか、裁判所が全部について筆界を定めることができるかは問題であるが、裁判所の認定する筆界線と当事者間に争いのない筆界線とが接続しない事態もありうるので、全体が訴訟物になるとしつつ、裁判所は当事者間に争いのない筆界線を尊重すべきであるとするのがよいであろう。

- 他方、訴訟の開始・訴えの取下げは、当事者の処分任せられる。請求の放棄は、筆界の確定をもたらさないから、無意味である（訴え取下げとして扱うべきであり、[261条](#)2項の適用を受ける）。
- 請求の認諾・訴訟上の和解は、判例・多数説によれば、許されない。筆界紛争の自主的解決を一律に否定する積極的な理由があるとは思われないが、ただ、争いとなっている土地に制限物権が設定されている場合等のことを考慮すると、判決と同様の通用力をもつ自主的解決は、否定しておく方がよいであろう。

弁論主義との関係

筆界線については、筆界確定訴訟においても、また、筆界線を前提問題とする訴訟においても、弁論主義に服さないのが原則である。相手の主張する筆界線あるいは筆界線の確定の基礎となる事実を認める陳述をしても、時機に後れたものでない限り、自由に撤回できる。当事者の一致した陳述は、裁判所により重要な資料として尊重されるべきであるが、しかし、裁判所を拘束する効力はない。裁判所は、当事者が弁論において主張しない事実を筆界線確定の基礎とすることができる。ただし、その事実が重要な事実である場合には、当事者に意見陳述の機会を与えるべきである。筆界線を証明責任にしたがって定めることはできないので、客観的な筆界線あるいは合理的な筆界線が見いだされるまで証拠調べが必要となり、職権での証拠調べも許される。

判決

筆界確定訴訟においては、裁判所は、かならず筆界線を明確に確定しなければならず、請求を棄却することは許されない。筆界確定判決が確定した場合には、その筆界線は旧不動産登記法17条、現14条の地図に迅速に反映されるべきである。したがって、判決確定後に裁判所が登記所に判決を送付する等の措置をとるべきである（判決内容の職権による事実的実現）。

土地の一部を指示して、その部分の所有権確認を請求する訴訟が提起され、それを認容または棄却する判決が確定している場合でも、その後に土地の筆界確定訴訟を提起することができ、前訴判決の既判力は後訴に及ばない。一筆の土地の範囲の問題と、土地の一部の所有権の帰属の問題とは、別個の問題と観念されるからである[\[48\]](#)。

筆界線は、訴訟当事者のみならず第三者との関係で統一的に確定される必要がある。したがって、筆界確定判決に対世的効力が認められる（人訴法24条1項の判決効拡張と同じである）。

[< | [目次](#) | [文献略語](#) | >]

1998年9月5日 - 2018年5月25日
