

# 訴えの利益理論の現状と課題（一）

——訴えの利益の実体法的把握批判——

松 尾 卓 憲

## 一 はじめに

一 現代社会においては、価値観の多様化、政治・立法・行政の機能不全とそれへの不信感にも裏付けられて、一方で、司法への関心や期待が大きなたかまりを見せている。と同時に、他方、裁判所への醒めた失望感もまた混在しているように見受けられる。このことの背後には、まずは、口頭弁論のはなはだしい形骸化に代表される裁判手続きの儀式化、その結果としての、訴訟審理手続きからの市民の疎外といった要因を見て取ることができるであろう。そこには、審理過程での市民の要求が不十分にしか満たされていないのみならず、それ以前に、市民社会の裁判所への門戸開放への要請が十分に汲み上げられていないのではないかと懸念も十分に理由があることのように思われる。そこでは、訴訟内手続の内容面での整備・拡充と並んで、それ以前に、訴訟の門戸を、誰に、また、どのような事件に対して、どのような場合に開いていくのかということも、重要な問題となる。

従来の民事訴訟法理論において、訴訟手続の利用規制について大きな役割の一翼を担ってきたのは、訴えの利益概念であった。すなわち、現行法上、訴えの利益は、本判決に適さない訴えを選別し、これを排斥するという機能を期待され、このような意味で本判決要件としての訴訟要件に組み込まれてきた。ここでは、訴訟目的をどのように設定するにせよ、本判決、とりわけその制度的効力である既判力（さらには執行力）によってこそ、何らかの訴訟目的が達成されるとの観念を前提に、訴えの利益概念は、訴訟目的適合的でない本判決、ひいては訴訟目的達成に適さない不必要、不適切な訴えを選別し、このような訴えに対して訴訟手続の利用を拒否するという機能を担うべく構想されてきたといえる。このような訴えの利益概念の捉え方は、本判決志向を背景にした、訴えの利益概念の消極的手続利用規制と呼ぶことが出来る<sup>(2)</sup>。

二とところで、以上のような意味での訴えの利益の存否判断に際しては、訴訟の門戸開放を求める原告の利害とこれに対立拮抗する被告、裁判所、さらには制度設置者たる国家等の利害が鋭く対立し、訴えの利益の存否判断の枠組みは、これら対立拮抗する利害の調整の場を提供するものであることが、新堂幸司教授によって夙に指摘されている<sup>(3)</sup>。訴えの利益が、一方で不確定概念としてその存否の判断が恣意的であり、不透明なものとなりがちである傾向は、訴えの利益の存否判断が、基準のない、あるいは、曖昧な利益衡量的判断に依存せざるを得ないことにもよるといえよう。

そこで、こういった利害調整のあり方に一定の方向性を与え、訴えの利益の主体は誰なのかという観点から、その概念の不確定性の解明に大きく寄与されたのが、山本戸克己博士による訴えの利益についての詳細な分析であった<sup>(4)</sup>。しかしながら、これらの見解も含め、従来の見解の大勢においては、訴えの利益の機能としては、前記の消極的手続利用規制（訴えの排除効）の役割が前面に押し出され、これを超えるものではなかったと評価することができる。

三 このように、訴えの利益の機能についての伝統的理論においては、本案判決との関係で、不必要・不適切な訴えを排斥する消極的な作用が前面に押し出されてきたことに對して、近時、谷口安平教授は、このような消極的作用のほかに、權利概念の生成との關係で、訴えの利益には、生成中の權利概念に訴訟審理の機会を与え、これを審理過程に取り込んでいく作用、すなわち、訴えの利益の積極的作用があることを主張される<sup>(5)</sup>。谷口教授によれば、救済法領域を想定することによって、こうした訴えの利益の積極的作用を認識し、肯定することができるとされる<sup>(6)</sup>。しかし、そのメカニズムは未だ十分に解明されているとはいえない。そもそもそういった作用が従来の民事訴訟法理論との關係で整合的に認められることができるのか否か、また、仮にこういう意味での積極的作用が認められるとしても、それはいかなる場合にどのように作用するのかといったメカニズムの問題がさらに検討されなければならない。

四 そこで、本稿では、まず第一に、伝統的な訴えの利益概念とその機能の分析を通じて、本案判決の制度的効力を背景に、不必要・不適切な訴えを消極的に排斥するものと構想されてきた訴えの利益概念の伝統的理解では、不確定概念でもある訴えの利益概念が、往々にして適切な範囲を超えて訴え排除効（＝消極的作用）を生み出す危険があり、この意味で恣意的な運用を許す契機を含むことを明確にする。次いで、こういった危険を回避しつつ、積極的作用を取り込む方向で、その理論的根拠を考察し、当事者の手によって、自立的に手続きを設定し、開始・進行させていくための方策を模索することによって、訴えの利益の存否判断を透明化・柔軟化することを目指す。それとともに、訴えの利益概念の現代的意義についての試論を提示するための前提として、実体法（実体権）を基礎とするアプローチでは、訴えの利益存否判断にとって不十分であり、その核心に迫り得ないことを明確にすることを目的とする。

なお、本稿では、特殊な政策的考慮を伴う形成訴訟については、中心的な考察から除外することとし、原理論の解明を

主眼とする。また、分析の道具として、権利保護の資格と権利保護の必要の概念を用いることにする。<sup>(7)</sup>

## 一一 実体的利益と訴えの利益

### 一 実体法的考察方法

#### 1 従来の学説―実体法的把握

近年、訴えの利益の概念内容および構造の解明に大きく寄与されたのは、前記山木戸教授の見解であり、それ以後の学説は、大筋ではこれを受け容れる形で展開し、その方向はさらに固まりつつあるといえる。

#### (1) 山木戸克己説

山木戸教授によれば、訴えの利益の法的構造は、次のようなものとして理解される。すなわち、「訴えの利益が訴訟要件であることの理由・根拠と訴えの利益なりその本体がどのような利益であるかということは一応区別すべき」である。<sup>(9)</sup> そのうえで、訴えの利益の本体をなすものは、訴訟を起動せしめる原告の「訴訟追行利益」と見るべきであるが、原告のこの「訴訟追行利益」は、原告の主張する（原告が自己に存すると判断し主張する）実体的利益が直面している危険・不安を除去しうべき法的手段として訴訟を追行し、本裁判決を求める利益・必要であって、原告の主張する実体的利益が現実には危険・不安に陥っていることによって生じるとされる。<sup>(10)</sup> この「訴訟追行利益」が、内在的制約を克服し、かつ、これと対立する被告および裁判所の利益、さらに国家的利益ないし社会一般もしくは公共の利益などとの衡量の結果、「正当性」を備えた場合に、訴訟要件としての訴えの利益が認められるとされる。<sup>(11)</sup>

本稿の問題関心から注目されることは、山木戸説が原告の実体的利益を出発点に据えている点である。

## (2) 山本戸説以後の学説

以上の山本戸説に対して、野村秀敏教授は、細部においては若干の修正や補完があるものの、大筋において、この見解に、ほぼ全面的に追随されている。<sup>(12)</sup>

これに対して、福永有利教授は、基本的には山本戸教授の見解を受け容れたうえ、一部でこれを批判しつつ、自らは、「勝訴の利益」Ⅱ「訴訟の結果にかかる利益」こそ訴えの利益の本体であり、出発点に据えられるべきであると主張される。さらに、福永教授によれば、「勝訴の利益」は、「その訴訟によって保護ないし実現が図られている実体法的な権利・利益」であって、「訴えの利益があるためには、請求を正当と仮定した場合、勝訴の利益というものが考えられ、かつ、その利益が訴訟を通じてでも保護・実現すべき性質のものであることが必要である」とされる。<sup>(14)</sup>

以上のように、実体的利益から出発する見解を、さらに徹底させ、訴えの利益の概念内容をすべて実体法に還元しようとするのが、山本弘教授の（理解される権利保護請求権説の）見解である。<sup>(15)</sup> 山本教授は、権利保護の利益が実体法と訴訟法の移行領域に位置する問題であると結論づけられた三ヶ月博士の見解を批判しつつ、権利保護の利益概念が権利保護請求権説によって一義的、画一的、確定的内容をもつものとして把握されていたことを論証しようとされる。山本教授の分析によれば、権利保護請求権は、当時の自由主義的法治国家観の要請を承けて、裁判の正統性を担保するために確定的なものとして観念されていたとされる。そのうえで、権利保護の要件についても、それが実体法規範によって、一義的、画一的なものとして決定されるものであると分析される。これによれば、給付訴訟における権利保護の資格は、実体法上の請求権そのものの訴求可能性に他ならず、「訴訟法上の理由」から権利保護の資格ないし利益が否定される場合とは、給付訴訟と他の権利保護方法との選択の問題にすぎないとされる。また、確認訴訟についても、それは実体

権の保護を目的とするものであるが、ただ、給付の訴えの場合と異なり、ここにある「権利」とは、請求権や主観的権利へと昇華される以前の原告の財産やそれへの管理処分権能、あるいは、原告の信用・技能といった無形の法益であつて、確認の利益は、被告の挙動と原告のこうした「権利」喪失との間の因果関係を判断するための法的枠組みであるとされる。<sup>(22)</sup> 以上の分析をふまえて、山本教授の見解によれば、確認の訴えにおいても、権利保護の利益概念は、確認の訴えによる保護の対象となりうべき原告の正当な欲求が何であるのか、また、それをどのような規範によつて決定するかという使命を担うものであつて、保護される利益の総量は、訴訟以前に実体法によつて一義的に確定されていると結論づけられる。

(3) 以上に紹介した訴えの利益に関する近時の見解は、その内容が何かについてはなお曖昧な点を残す部分もあるが、訴えの利益を考えるに際して、保護されるべき実体的利益から出発するという点では、共通性をもつといえる。このように、保護されるべき実体的利益を訴えの利益概念の構造分析によつて、自覚的、より明示的に認識されるようになったといつて差し支えないと思われる。訴えの利益を考えるに際して、このように、訴訟(とりわけ、その本案判決)によつて保護されるべき実体的利益を出発点に据えるこれらの見解を、総じて、訴えの利益の実体法的把握方法と呼ぶことができる。

次節以下では、次章における分析に先立つ予備的考察として、このような意味での実体的利益が、訴訟物との関係で占める位置づけを、近時の分析をふまえて明らかにしたうえ、伝統的な訴えの利益論において、この実体的利益が訴えの利益の存否判断にどのように関わるのか、という役割を確認しておくことにする。

## 二 実体的利益の位置付けと訴えの利益判断

### (1) 訴訟物との関係

訴えの利益の存否判断に際して出発点に位置付けられる実体的利益が、訴訟物とされる権利や法律関係の内容たる利益とは区別された別個の利益であることは、これまでの研究によっても既に明らかにされている。ただ、このことは、確認訴訟においては早くから共通の認識となっていたといえるが、給付訴訟については、そこで訴訟物とされる実体法上の請求権との関係で、訴訟によって保護されるべき実体的利益の位置付けは必ずしも明確ではなかったように思われる。そこで、本稿では、給付訴訟についても、確認訴訟と同様の構造が成り立つことを、後の分析と考察に先立って、あらかじめ、確認しておきたいと考える。<sup>(16)</sup>

#### ① 確認の訴え

確認訴訟においては、たとえば、債務不存在確認の訴えの場合、あるいは、事実や過去の法律関係の確認が求められる場合のように、確認対象とされた訴訟物と保護されるべき実体的利益とが一致しない場合があることは早くから認識されていたといえる。確認対象たる訴訟物を確定することによって、原告の保護されるべき実体的利益が保護・実現されることになるのかという因果関係の視点からの確認対象の適格性の吟味がなされることは、このことを端的に示すものであるし、確認訴訟については、これ以上多言を要しないであろう。

#### ② 給付の訴え

ところが、給付の訴えにおいては、訴訟物とされる権利ないし法律関係とそれによって保護されるべき利益との区別が必ずしも明確には認識されてこなかったといえる。その結果、給付訴訟においては、保護されるべき実体的利益と訴

訟の対象たる請求権とが混同され、既に実体法上確立した給付請求権の主張がある限り、訴えの利益は直ちに認められるとされ、それ以上の立ち入った分析が行われてこなかったものであり、このことが、無用の誤解と混乱を招いていたように思われる。しかし、結論を先取りすれば、給付訴訟においても、保護されるべき実体的利益と訴訟物たる請求権とは明確に区別されるべきである。

まず、谷口教授は、権利の多重構造を前提として、請求権は、その上位に位置する具体的権利を保護するための手段的権利にすぎないことを指摘される<sup>(17)</sup>。これによれば、給付訴訟の訴訟物とされる給付請求権とそれによって保護されるべき実体的権利・利益とは、区別して認識されることになる。果たして、このことを、より明示的、自覺的に主張されるのが最近の竹下教授の見解である<sup>(18)</sup>。

竹下教授の見解によれば、給付訴訟の対象である請求権は、「経済取引・社会生活あるいは政治的諸活動上の実質的利益・価値を内実とし、社会構成員に対する財貨・価値支配の割当の機能を担う『権利』——これは「実質権」とも呼ばれる——の救済のための手段であって、訴訟上行使しうること以上に、その訴訟による保護を觀念する必要はない」のであって、「確かに、給付訴訟の対象は請求権であるが、〔請求権は〕：請求権の基礎にある実質権を保護しているのであり、請求権自体を保護しているわけではない（「内筆者」とされる。

こうして、確認訴訟、給付訴訟という訴訟類型を超えて、民事訴訟のこの両訴訟類型においては、訴訟の対象とされる訴訟物と実質的な保護されるべき対象（＝実質権）に一定のズレがあること、したがってまた、両者が同じ構造をもつ訴訟類型であることが明確になる<sup>(19)</sup>。以上の分析を前提とすれば、訴えの利益を考える際には、保護されるべき実体的利益と訴訟物たる権利・利益とを理念的には明確に分離して考えることが必要であることが明らかになる。



(2) 実体的利益と訴えの利益判断―通常の場合

こうして、伝統的訴えの利益論において、訴えの利益の出発点に据えられる実体的利益とは訴訟物たる権利関係の確定によって保護が与えられるべき実体的利益（竹下教授の用語を借用すれば、実質権）である。こういう意味での実体的利益が出発点に据えられる場合、伝統的理論による訴えの利益判断の経過を簡単に図式化すれば、保護されるべき実体的利益に侵害や危殆状況が加わることによって、権利保護の利益ないし必要が根拠付けられ、次に、訴訟物とされた権利関係について本案判決をすることが、その制度的効力を通じて、保護されるべき実体的利益（実質権）を維持・回復するため有効、適切であるか否か、すなわち、保護されるべき実体的利益の存在および訴訟物たる権利関係の確定と保護されるべき利益の維持・回復との間の因果関係が吟味されるという判断構造がとられることになる。

この場合に、出発点に据えられる保護されるべき実体的利益が、既に実体法において確立し、権利の粉飾をまとうていとか、あるいは、そこまで確立したものであるとはいえないまでも、訴訟によってでも保護されるべき保護法益であるという承認を得ている場合、および、そのような実体的利益を保護するものとしての請求権概念が既に確立した権利として承認を得ている場合には、他に特段の事情がない限りは、この次元で、訴えの利益やひいて訴訟が否定されることにはならず、さして問題を生じることも少ない。問題は、この保護されるべき利益がまだ実体法上確定的に承認を得ていない場合、あるいは、訴訟物とされた権利等を確定することによって、必ずしも基礎にある実体的利益が保護される保証がない場合、換言すれば、訴訟物について（就中勝訴の）本案判決を下すことによって、原告が意図する保護さるべき実体的利益との因果関係が希薄な場合に生じる。

### 三 拡散型利益、未承認利益

生成中の権利のような未承認利益や環境利益のような拡散型利益が、訴えの利益の存否判断に際して多くの問題を喚起し、多くの困難な課題を提起していることは、今更特筆すべきことではないが、在来型の事件の場合であっても、権利や保護法益として未だ十分に確立していない利益や将来にわたっても独立の権利として確立しそうにないような利益が問題となる場合には、同様の事態と困難は頻々と生じ得る。問題を具体化するとともに、考察の手がかりを得るために、過去の判例に現れた事案の中から考察の素材として著名なものをいくつか抽出するとすれば、以下のようなものを挙げることができるであろう。<sup>(20)</sup>

#### (1) 具体例

##### 1. 劇場事件 (RG判決一九三〇年三月二四日)<sup>(21)</sup>

##### 〈事 案〉

ドイツ劇場協会が、協会構成員である各劇場に対し、一定額(Ⅱ一晚につき一〇〇〇ライヒマルク)を超える報酬の支払いを禁止したのに対し、複数のオペラ歌手Xらが劇場協会Yを被告として、協会にかかる禁止権限のないことの確認を求めた。(訴えの利益肯定、請求認容)

##### 2. 国籍訴訟 (最判昭和三二年七月二〇日)<sup>(22)</sup>

##### 〈事 案〉

日本国籍を有する原告が、自己のもつ日本国籍が国籍回復請求によって取得したものでなく、出生によって取得したものであることの確認を求めたケース。(訴えの利益肯定、請求認容)

### 3. 登記抹消請求事件（最判昭和四一年三月一八日）<sup>(23)</sup>

#### 〈事 案〉

建物所有権登記がY1からY2、Y3と輾転移転。XはY3を相手取った登記抹消請求訴訟で敗訴した後も、Y1、Y2を相手取った登記抹消請求の訴えを維持したケース（訴えの利益肯定、請求認容）<sup>(34)</sup>。

#### (2) 予備的検討

これらの諸ケースにおいては、総じて、保護されるべき実体的利益が未だ承認を得ていないか、あるいは、本案判決をしてみてもその制度的効力によっては有効な保護が与えられるとは必ずしもいえない場合である。Iの事案においては、RGによれば、Xらの利益は、出演の報酬という単なる経済的利益にすぎないとされているし、ロの事案では、原告の利益は、最終的には、アメリカ国籍の取得であり、ハの事案では、所有権登記の取得であるとされるのが、従来の一般的なか捉え方であろう。I、ロの事案では、保護されるべき利益の点で既に疑問を呈される可能性があり、ハの事案では、所有権登記の取得が仮に承認を受けた利益であるとしても、ここでは、Xの請求どおりの本案判決をしてみても、それによってXに直截的に所有権登記が得られる可能性はないといわざるを得ない。これらの事案は、いずれも訴えの利益が幸いに肯定された事案であるが、保護されるべき実体的利益から出発して、本案判決（の制度的効力）によるその保護を中心に考える、伝統的な訴えの利益論のもとでは、訴えの利益は否定されていても決しておかしくなかった、というよりも、むしろ積極的に否定されるべきケースであったように思われる。

次章以下においては、これらの諸ケースも素材としながら、従来の訴えの利益概念とその機能及びその限界について分析し、それに続いて、訴えの利益概念のあるべき姿について考察することにする。

### 三 伝統的訴えの利益論の構造分析

#### 一 権利保護の資格と権利保護の利益ないし必要

訴えの利益のそもその概念創造者であつた権利保護請求権説によれば、訴権としての権利保護請求権が成立するためには、実法法的要件とならんで訴訟法的要件として一般的権利保護要件である権利保護の資格 (Rechtsschutzzähigkeit) および権利保護の利益ないし必要 (Rechtsschutzinteresse od -bedürfnis : 以下、単に権利保護の必要と略記する) が備わらなければならないとされている。権利保護の資格と権利保護の必要は、かつては、別個の概念として考えられていたが、両者の限界は必ずしも明確でなく、またそのどちらに属するかによつて訴訟上の取り扱いが異なるわけでもないことから、今日では、両者を含めて、訴えの利益を総称するのが一般である。<sup>(24)</sup> 両者は、たしかに現実的には分離することが困難なケースも多いと思われるが、しかしながら、両者は、以下に分析するように、内容面において若干の違いがあると思われ、理念的には、やはり、一応区別しておくべき、性質の異なる問題であると考ええる。そこで、分析のためにこの概念を拝借するとすれば、保護されるべき実体的利益があるか否かの問題は、権利保護の資格の問題に位置付けられると考えられる。他方、保護されるべき実体的利益に存する危殆状況、および、訴訟物たる権利や法律関係についての判断が、保護されるべき実体的利益の現実の保護に役立つかどうかという因果関係の確実性の問題は権利保護の必要の問題の中に位置付けられることになる。

## 二 権利保護の資格と機能

### 1 確立した権利ないし利益と権利保護の資格

山本弘教授の詳細な研究によれば、権利保護請求権説において、給付訴訟における権利保護の資格の問題は、訴訟物でもある実体的請求権の訴求可能性 (Klagbarkeit) の問題と広範に重複しており、これを実体権の訴求可能性の問題と見るか訴訟法上の権利保護の資格の問題と見るかは、論者の政策的な意図に左右された面があると指摘される。<sup>(25)</sup> すなわち、権利保護請求権説において、実体権の訴求可能性が、権利保護の資格の問題として訴訟法の規律すべき問題であると位置づけられたのは、実体法としてのBGBが制定される以前の一八七七年にライヒの手続法であるCPOが成立したドイツにおいて、「統一の実体法不存在の時点における手続的法統一」という実践的使命を担うものであったのである。ここでは、権利保護の資格の問題が、後に分析する権利保護の必要の問題に比して、より実体権に親近性を持つ問題であることを確認することができる。

しかし、先に分析したように、訴訟物たる権利ないし法律関係とそれによって保護されるべき実体的利益とを自覚的に明確に分離して考える本稿の立場から見ると、実体権の属性としての訴求可能性の問題と権利保護の資格の問題とは、同一の問題を実体法的に捉えるか、それとも、訴訟法的に捉えるかという問題ではなく、両者は、次元を異にする概念であることが明確に認識されることになる。たしかに、訴求可能性は、給付訴訟における訴訟物である請求権の実体法的属性であるとする余地がないわけではない。しかし、谷口教授や竹下教授が明確に指摘するように、請求権は、それ自体が保護の対象ではないのであって、その背後にある実体的権利や利益を保護するための手段であるにすぎない。この場合、権利保護の資格が問われるべき実体的利益とは、給付訴訟の対象たる請求権ではなく、それによって保護されるべ

き実質権の意味における実体的利益であり、その訴訟による保護適性が、権利保護の資格の問題であるということが、明確に認識されるべきである。したがって、権利保護の資格の問題は、実体的請求権の訴求可能性の問題とは区別された、訴訟的価値判断の問題であるといえる。このことは、確認訴訟における保護されるべき実体的利益についても同様に考えることができるし、実体法上の訴求可能性が問題となりえない確認訴訟においては、権利保護の資格の問題が、訴訟的価値判断の問題であることはよりいっそう明瞭になるといえる。

もつとも、こうした訴訟的価値判断の内容が、実体法の承認する価値によって嚮導されることは背理とはいえないし、むしろ、近代法治国理念の要求するところであるといえる。この意味において、実体法上確立した実体権や利益の主張がある限り、権利保護の資格の要請は満たされ、訴訟手続を排除すべき契機はなくなるといえる。山木戸教授が主張される「実体的利益について訴えの利益が認められることによって、その実体的利益は法的に保護される利益として権利性を獲得する」との言明は以上の意味における権利保護適性としての権利保護の資格の問題として理解することができる。すなわち、実体的権利として確立した利益が主張される限りでは、権利保護の資格の問題で、これに訴訟の道を閉ざすことは許されず、後は、権利保護の必要の問題による処理が考えられるに過ぎない。問題は、給付訴訟においては、このような意味での保護されるべき実体的権利が明示的に主張されることはない点にあるが、この点については次のように分析することができる。すなわち、実体法上確立し、定型化された請求権が存在する場合は、それが保護しようとする背後にある実体的権利ないし利益は、既に請求権以前に承認を受けている場合であって、定型化された請求権が存在するが故に、それが主張されることによって、いちいち背後にある保護されるべき実体的権利や利益に言及する必要がない場合であるといえよう。

但し、ここであくまでも確認しておきたいのは、こうした保護されるべき実体的利益が訴訟物とされている場合はいくまでもなく、こうした利益が訴訟物とされた権利関係の確定によって最終的に保護される場合においても、その存在・不現在の最終的確定は、訴訟の終了段階において初めてなされるものであり、その最終的な存否判断はむしろ本案問題かあるいはこれに準じるものであると考えられる。訴訟の開始段階または審理過程においては、その存在は単に仮定されているに過ぎない。その際、既に承認を受けている保護されるべき実体的権利ないし利益が主張され、その存在が仮定されることによつて確定されることは、せいぜい、ただちには本案判決必要との結論が得られず、さしあたり審理手続を排斥しないというだけにとどまる。この意味において、従来、訴えの利益は本案判決に適さない訴えを排斥する選別機能（排除効）を担っていたにすぎないことができる。

## 2 未承認利益と権利保護の資格

これに対して、実体法上確定しているとはいえない利益が主張される場合には、実体法は何の命令も出していないのであって、それに応じて、訴訟的価値評価としての権利保護の資格の問題も決定不能ということになりそうである。しかし、実体法上保護された権利の主張がないということからは、訴訟的価値評価としては、マイナス方向で考えるということも考えられなくはない。訴えの利益の判断要因として、被告や裁判所、国家などの不透明な利益要因が持込まれる場合には、こうした方向に弾みがつくといえる。こうした価値評価がなされるとすれば、未確定利益に対して訴訟の門戸が閉ざされることになるのはみやすい道理である。ここでは、もっぱら訴えの利益の消極的作用が前面にたつことになるし、伝統的な訴えの利益論はこの方向を助長するものであったと評することができる。

3 もつとも、結論を先取りすれば、実体法が新たな権利や利益の創造に対して開放された性格（すなわち、当事者間

の弁論とその公開を通じて社会の中から新たに汲み上げられ、創造されて行くという性格)をもつことからは、そのように考えるべきではなく、権利保護の資格のレベルでは、訴えの利益の存否判断はペンディングと考えるべきである。したがって、最終的な決定は、権利保護の必要の判断に委ねられることになると考えられるべきではあるまいか。

### 三 権利保護の必要の概念と機能

1 こうして、訴えの利益存否判断の中心的役割を担うものは、権利保護の資格の問題というよりも、権利保護の必要の問題へと持ち越される。従来、この権利保護の必要はどのようにして発生すると考えられてきたのか。近時の概念分析も参考にしつつ分析すれば、問題は二方面にわたると思われる。一つは、訴訟によって保護されるべき実体的利益に侵害ないし危険・不安があるという側面であり、もう一つは、保護されるべき実体的利益を明確に析出することに対応して、訴訟物とされた権利関係についての判断が、とりわけその判断の既判力、執行力等の制度的効力を介して、こうした侵害・危険・不安を取り除いて、実体的利益の保護に役立つことができるかという因果関係の側面である。従来の本案判決志向的訴えの利益論によれば、とりわけ後者の因果関係の問題には、大きな比重がおかれることになるといえる。以下、順次検討することにした。

### 2 権利保護の必要の概念と機能

まず、確立した実体的利益を取り上げるとすれば、従来の図式からいえば、権利保護の必要は、原告の主張する保護されるべき権利や利益に対して被告による侵害が加えられたり、被告がこれを否認したり、あるいは、これと相いれない法的地位を主張することによって生じる原告の地位についての危険・不安によって根拠付けられるということになるであらう。



う。そして、請求についての本案判決によってこれらの侵害や危険・不安が除去されるとの因果関係が確定であれば、そのまま権利保護の必要が承認され、訴訟の門戸が開かれることになる。逆にいえば、侵害や危険・不安が認められないか、あるいは、判決の制度的効力によってこれらが排除される保障のない場合には、権利保護の必要なしとして、訴えの利益の消極的作用が前面に立つことになる。

ただ、ここでも、消極的作用はたしかに確定的に発生するといえるであろうが、仮定的に存在を前提とされた保護されるべき権利とそれに対する侵害、危険・不安と判決効によるその排除の因果関係の確実性だけで、本案判決に至るまでの手続が自動的に進行すると考えてよいのかは、なお疑問とする余地がある。というのは、ここでは、消極的作用の働かないことが確認されただけであり、いまだ訴えの利益の積極的作用が根拠づけられたとはいえないと考えることも可能だからである。

3 次に、いまだ確立したとはいえない利益が主張される場合にはどうなるのか。たしかに、こうした利益についても侵害や危険・不安を観念する余地がないわけではないが、基礎となる実体的利益が不安定であることから、侵害、危険・不安および因果関係ということだけでは、訴訟の門戸を積極的に開けとまでいう要請を根拠付けることは困難であるように思われる。ましてや、因果関係の確実性さえはつきりしないというケースでは、なおさらそうであろう。ここで、確実性を以て判断できるのは、せいぜい侵害や危険・不安および因果関係なしとして、訴えの利益なしとの消極的作用が前面に立つ場合だけということになるであろう。その際、権利保護の資格のところで見たとように、被告や裁判所の利益、その他の不透明な利益が持込まれることがあるとすれば、訴えの利益なしとの判断を導くことになり、訴訟への門戸は閉ざされることになる。ここでも訴えの利益の排除効が前面に立つのであって、保護されるべき実体的利益から出発する

伝統的な訴えの利益理論は、そのような傾向を助長する役割を果たしかねない危険を孕むといえる。

#### 四 訴えの利益の積極的作用の位置づけ

このように考えてみると、果たして谷口教授が主張されたような訴えの利益の積極的作用とは、いったいどこに位置付けられるのであろうか。仮定されただけの実体的利益とそれに対する危殆状況、あるいは、本案判決によるその排除といった従来からの道具立てでは、せいぜい、本案判決に適さない訴えを選別し、これを排斥するという消極的機能が根拠付けられるにすぎない。そうであるとすれば、訴えの利益の積極的作用というのは、単に消極的作用が働かない場合を指示するだけであって、積極的作用を独立に観念する余地はないとするか、あるいは、積極的作用は従来とは異なる別の観点から根拠付けられるかの何れかしかない。しかし、前者の方向を取って、消極的作用が働かない場合に常に積極的作用が働くとすることは、理論的にも実践的にも問題である。理論的には、積極的作用の機能するメカニズムはいまだ全然未解明のままであり、結果的にも本来訴訟に道を開くべきでない事件が紛れ込むことを阻止し得ず、不当に訴えられた被告側からの不当提訴を理由とする損害賠償請求の後続訴訟（この種の訴訟は大審院以来相当な数にのぼる）を誘発しかねないし、それにもまして、司法への大きな不信を募らせるという結果を招きかねない。取り上げるべきは取り上げ、排斥すべきは排斥するという合理的な基準を得るためにも積極的作用のメカニズムの解明は必要であり、取られるべき道は後者の方向であると考ええる。しかし、その際には、従来の視点とは少し角度を変えて事態を分析してみる必要があると思われる。

(1) 平成八年の民事訴訟法改正においては、適切な審理手続の改善が大きな目玉のひとつであった。しかし、実際に行われた改正

は、口頭弁論を充実させ、双方当事人が弁論を戦わせ、その中から争点を形成していくという膨らみのある口頭弁論を目指すものとは、およそかけ離れたものであったと評さざるを得ない。わけでも、争点整理手続は、すでに多くの批判があり、争点を形成する手続ではなく、あらかじめ準備されたマニュアルにしたがって、争点を切り落としていくための手続でしかなく、本来の審理手続である口頭弁論に残されるものは、残り粕以外のなものでもないといえよう。このような手続の形骸化についての批判は他日を期すこととしたい。

- (2) 訴えの利益を理論的にこのように位置づけるのは、通説がとってきた立場である。代表的なものとして、野村秀敏「訴えの利益の概念と機能」講座民事訴訟②一二七頁、同「訴えの利益の機能」民事訴訟法の争点（新版）一六二頁およびそこに引用された文献参照。

- (3) 新堂幸司「新民事訴訟法（第三版補正版）」一三七頁以下、（初出「民事訴訟法」一九七四年）参照。

- (4) 山本戸克己「訴えの利益の法的構造」同・民事訴訟法論集一一四頁

- (5) 谷口安平「権利概念の生成と訴えの利益」講座民事訴訟②一五三頁。

- (6) 谷口安平・前掲論文一七四頁参照。

- (7) 本稿において形成訴訟をひとまず考察の対象から除外するのは、形成訴訟においては、各訴訟類型ごとの特殊な政策的要素も加味して考える必要があることから、夾雑物を当面除外する趣旨であって、本稿において述べることは、当然、形成訴訟についても基本的・原則的に妥当するものと考ええる。

また、ここで一般に広く用いられている「請求適格」「請求の必要」という用語を用いず、あえて、概念創造者である権利保護請求権説から「権利保護の資格」「権利保護の利益ないし必要」概念を用いることにしたのは、後に実体的利益と訴えの利益との関係を分析する際に、後者の表現の方が便宜かつ適切であると考えたからである。というのは、本稿は、第一に、訴えの利益を考える際に、保護されるべき実体的利益から出発する見解を批判することを目的とするが、本文で後述するように、この保護されるべき実体的利益は、訴訟物とされた権利ないし法律関係の内容たる利益とは異なるのに対し、請求適格は、訴訟物とされた権利ないし法律関係そのものについて問題とされる概念だからである。訴えの利益の本質を見極めるためには、訴訟物とさ

れた権利関係や法律関係だけを視野に収めるのでは不十分であり、その本案判決により保護ないし救済されるべき実体的利益までを視野に収める必要がある。

(8) 山本戸克己前掲「訴えの利益の法的構造」一三二頁。

(9) 前掲書一三二頁以下。

(10) 前掲書一三四頁以下。

(11) 前掲書一三四頁以下。

(12) 野村秀敏「訴えの利益の概念と機能」講座民事訴訟②一二七頁、同「訴えの利益の機能」民事訴訟法の争点(新版)一六二頁。  
(13) 福永有利「訴えの利益(1)(2)(3)」法セミ三三四号一二三頁、三三五号一三八頁、三三六号一二三頁。なお、「訴訟に結果にかかる利益」概念については、同「当事者適格理論の再構成」山本戸克己還暦記念・実体法と手続法の交錯(上)参照。

(14) 福永・前掲「訴えの利益(2)」法セミ三三五号一三八頁。

(15) 山本弘「権利保護の利益概念の研究(一)(二)(三)」法協一〇六巻二号一頁、三号六八頁、九号一頁。

(16) このことは、既に谷口前掲論文において指摘されていたにも拘わらず、これまで訴えの利益について考える際に、十分自覚的に認識されてこなかったように思われる。

(17) 谷口・前掲論文一六六頁以下

(18) 竹下守夫「民事訴訟の目的と司法の役割」民訴雑誌四〇号一頁、特に一七頁以下。

(19) 竹下教授自身は、本文に要約した見解をふまえて、「給付訴訟では訴訟物の対象と実質的な保護の対象とにズレがあることに「なる」のに対し「確認訴訟は実質権自体を対象とし、その既判力ある確定という『救済』も、この実質権に与えられるから、両者の間にはズレはない」とされる。しかしながら、このように言えるのは、竹下教授の命名になる「実質権」自体が確認の対象に選ばれる場合に限られるのであって、「実質権」を保護するために別の権利ないしは法律関係、ひいては事実等が確認対象に選ばれる場合には、確認対象と保護されるべき権利との間には、ズレが生じることとなる。したがって、本文で述べたように、確認訴訟、給付訴訟を問わず、保護されるべき実体的利益と訴訟物たる権利ないし法律関係とはこれを区別したうえ、確認訴訟

と給付訴訟を同一の構造を持つ訴訟類型として把握しておく方が便宜であると考え。そして、このような把握の仕方は、既に、谷口・前掲論文一七四頁において主張されていた。

- (20) この種の事案は、実に多数に上るので、本稿では、それぞれ訴えの利益が問題とされた代表的・典型的な判例のみを考察の対象として取り上げた。

- (21) RGZ128, 92.

- (22) 民集一一卷七号一三一四頁。

- (23) 民集二〇卷三号四六四頁

- (24) 三ヶ月章「権利保護の資格と利益」同・民事訴訟法論集第一卷八頁。

- (25) 山本・前掲論文。

(未完)