慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究 二九二〕 訴訟代理権の存否につき別訴で確認を求めることの許否
Sub Title	
Author	越山, 和広(Koshiyama, Kazuhiro) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1991
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.64, No.7 (1991. 7) ,p.144- 152
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究 本文の記述 : 最高裁民訴事例研究 二九一
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19910728-0144

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

ない。権利能力の点で、本件取引において問題となるのは、金銭所有権であり、建設機械給付義務である、行為能力の点で問題となるのは、売買契約である。およそ法主体において、現在の経済体制下、金銭所有権を得ず、動産給付義務を負担し得ない旨を意欲するものはいないし、また、その旨を意欲すれば、法主体として活動し得ない。さらに、売買契約（法律行為）を締結しない旨を意欲する法主体もないし、また、そのように意欲すれば、なんの活動もできない。会社においてはなおさらのことである。このように考えてくると、会社定款所定の目的は、理論的には、権利能力と行為能力を制限する役割を与えられてはいるけれど、現実には、その定款目的の記載のしかたから、何も制限することができず、結果的には、現行法の解釈として制限否定説に帰着せざるを得ないと考える。この意味において、制限肯定説を前提とした判旨とは、その理論構成において異なるけれども、本件判旨第二点の結論に賛成できる。

なお、会社の目的は対内的には取締役の業務執行の範囲を定めており、その範囲を解釈する際には、第三者が関係し、取引の安全を考えなければならない対外的場合よりも、株主などの会社構成員の利益保護のため相対的にみて厳格に解するのが妥当との見解がある（阪埜・大阪高決昭和五一年四月二七日判批・法学研究五四巻一一号一一八頁）。検査役選任請求のような対内的関係においては、定款の目的の範囲はより厳格に解されることになる。右の見解は、各場面の利益をたくみに衡量し、解決をはかる卓見である。しかし、私見は、権利能力と行為能力の意味内容に忠実に従う現実結果的無制限説なので、右のような相対的な衡量を取り入れることができなくなっている。

（平成三年四月一〇日稿）

加藤　修

〔最高裁民訴事例研究二九一〕

昭二八24（最高民集七巻一三号一六四四頁）

訴訟代理権の存否につき別訴で確認を求めることの許否

代理権欠缺確認請求事件（昭和二八・一二・二四第一小法廷判決）

X（原告・控訴人・上告人）はY_1 Y_2（被告・被控訴人・被上告人）に対して、Y_1 Y_2がそれぞれの担当する訴訟事件について訴訟代理権を有していないことの確認を請求する旨の訴えを提起した。Xの主張によればこの訴えに至る事情は次の通りである。Xは訴外A（死亡）の選定家督相続人であるところ、Aの遺産に属する財産につい

ての所有権確認・物品引渡請求がAの家督相続人を僭称する訴外B（法定代理人Cが代理）と訴外Dとの間に係属している。また訴外EとBとの間にも仮処分取消などの五個の事件が係属している。そしてY₁は前者二個の事件について、またY₂は後者五個の事件についてB側の訴訟代理人となっている。ところがXは、すでに別訴における認諾調書によってBが僭称家督相続人であることは確認されており、その親権者であるCには法定代理権はないから、Cから事件を受任したY₁Y₂には有効な訴訟代理権はないとして本件訴えを提起したのである。一審は、訴訟要件の存否の確認のみを別個に訴求することは許されないとしてXの訴えを却下。二審は訴訟代理権は公法上の権利であるから確認の訴えの訴訟物にはなりえないなどとして控訴棄却。

そこでXは上告した。上告理由は多岐にわたるが、以下の二点にまとめられる。一　Y₁は原審口頭弁論期日に出頭せずかつ答弁書も提出していないのに民訴法一四〇条二項を適用しなかったのは違法であること、二　本件では私法上の権利関係が不明確で判決によってこれを除去することを必要とする程度の危険があり、これを判決により除去できるのであるから確認の利益はある。これに対して最高裁は、仮に本件でXの請求するような確認判決をしてもその判決は別件訴訟の裁判所及び当事者を拘束しないし、訴訟代理権の有無はそれが問題となっている当該訴訟において審判すべきでありまたそれで足りるから、本件請求は確認の利益を欠くと判示して上告を棄却した。

一　本件は、第三者が他人間に係属中の訴訟における一方当事者の訴訟代理人を相手方にして、右訴訟における当事者が係争物に関する管理処分権を有していないということを理由に訴訟代理権不存在確認請求の訴えを提起したという事例である。本研究においては、まず本件のようなタイプの訴えにおける確認の利益の存否を論じ、次に控訴審における擬制自白の成立を主張する本件上告理由との関連で、訴えの利益の存否に関する自白の成否を検討する。

本件のようなタイプの訴えを不適法と解することには異論がないと思われるが[1]、いかなる理由によって不適法と解するべきなのかを理論的に検討しておく必要がある。なぜならば、本件では第一審・控訴審・上告審が各々異なった理由を挙げて本件訴えを不適法と解しているので、各審級の理由付けの当否を検討して、より理論的に正しいと思われる理由付けを確定しておく必要があるからである。

初めに、本件についての具体的な検討に入る前に、確認の利益に関する現在までの理論状況を簡単にまとめておく。

確認の訴えについてはわが国の民事訴訟法には一般的な規定はないが（二二五条参照）ある特定の法律関係の存否を対象にして、それを裁判上判決によって確認することについて法律上の利益が認められる場合に適法とされることには疑問がない[2]。そこで確認の訴えの適法性は、ドイツの学説が一般に説くように、(1)当該訴えの対象が確認の訴えの対象になりうる法律関係であるかどうか、(2)法律上の利益（確認の利益）があるかどうかという二つの角度から吟味される[3]。もっともわが国では伝統的

に(2)の要件を細分化し、①確認の訴えの対象は現在の権利・法律関係であること（対象選択の適否）②確認訴訟という手段以外に紛争解決のための方法がないこと（確認の訴えという方法選択の適否）③即時確定の現実的必要性④当事者適格（被告選択の適否）の四つの角度から確認の訴えの適法性を吟味する。[4] しかし学説・判例の展開を通じて、①の要件は確認の利益を判定するための絶対的な基準とはなりえないことが次第に明らかになっており、②③の要件を中心にして検討すべきであるという考え方が有力となっている。[5] 以上が確認の利益に関する現在までの理論状況のまとめである。ところで、本件は私見によれば以下述べるように、(1)ないし①の観点は問題とならず、②の確認の訴えという方法選択の適否の観点から不適法な訴えであると解されるので、確認の利益に関する一般的な問題にはこれ以上触れずに具体的な検討に移る。

控訴審判決は、訴訟代理権は公法上の権利であるから確認の訴えの対象（訴訟物）になりえないとして前記(1)の要件を充足しないとした。ここで訴訟代理権の性質論はしばらく措くとしても、私法上の権利関係に確認訴訟の対象を限定する必然性はないと考えられる。[6] 確認訴訟は当事者間における具体的権利関係の存否をめぐる争いを抜本的に解決し、将来の紛争を予防しようとするものであるから、[7] 具体的な権利関係の存否が争われるものであればその権利関係の性質（公法か私法か）を問わずに一応はすべて確認訴訟の対象になりうると解した上で、前記(2)の要件（確認の利益）の調査によって真に判決するに値する事件を個別的具体的に選別すればよいのである。したがって公法上の法律関係であるからといってただちに確認の対象にならないものではないし、[8] 公法上の法律関係の一種である訴訟（法）上の法律関係であっても初めから前記(1)の要件を欠くとすべきではないであろう。[9]

次に、訴訟代理権のような訴訟上の法律関係の存否確認の訴えにおいて前記(2)の要件を充足することがありうるのかどうかを検討しよう。

訴訟上の法律関係は当該訴訟手続において形成され、終局判決という訴訟の目標実現の前提をなすものであるから、それを離れて独立の意味を有することは原則としてありえない。したがって、その存否について争いがある場合には、当該訴訟手続内で審理し、中間判決または終局判決の理由中で判断を示すことによって、その存否を確定すれば足りると考えられる。このような取扱いをなすべきことを法が予定しているということは、中間判決（一八四条）の存在のほか、七四・二一八・二三三・三一四条などの規定によって訴訟の前提問題となるようないわゆる訴訟中の争いは当該手続内において認められた方法によって解決するべきものとされていることからも明らかである。さらに判決言渡し後は、上訴・再審によって救済を求めうる余地がある。このように訴訟上の法律関係の存否を別訴によって確認することを求めることは、法律上他に実効性のある救済方法を

認めることによって制度的に否定されているのである。よって、訴訟の前提問題をなすような法律関係例えば訴訟要件の存否、中断・受継の有無、訴え取下げの無効、訴訟参加の許否などを別訴で独立に確認することを求める利益は認められない。[10]

以上の検討を前提にして本件で問題となっている訴訟代理権存否確認の訴えの利益に問題を限定してみると、次のようになる。訴訟代理権は訴訟当事者が適正な訴訟追行をなすための前提となる要件である。そこでできるだけ早い段階で権限のない者を訴訟から排除し当事者の利益を確保することが要請されるので、その存否は当該訴訟手続内で調査するのが適当である。また判決後は上訴・再審（四二〇条一項三号）によって代理権の不存在を主張して救済を求めることができるから、別訴によって独立にその存否確認を求める利益は認められない。よって、訴訟代理権の存否は、それが問題となる訴訟手続内において審判されるべきであって、別訴による確認を求める利益は存在しない。[11] 本件はこのように前記(2)②の確認の訴えという方法選択の適否の観点から不適法な訴えであると解するべきである。[12]

なお、本件は第三者が他人間に係属する訴訟における当事者一方の訴訟代理権の不存在を主張している事例であるから、別訴による以外に救済を求める方法がなく、確認の利益を認めるべきであるようにも見える。しかし、だからといって以上述べた考え方は変わらない。すなわち、訴訟代理権の存否はそれが問題となる訴訟手続内において審判されるべきであるということは、結局当該訴訟手続の当事者でない第三者が独立の訴えによって訴訟代理権の存否を争う余地のないことをも意味すると解される。これに対して本件上告理由は、原告の相続人としての権利関係が被告らの訴訟追行によって不明確となっており、これを除去する必要があると主張する。しかし訴訟代理権の存否は当事者間または第三者の実体法上の権利関係の存否を直接左右するものではないから、その存否を独立して確定させる必要はなく、第三者はむしろ当該訴訟の結果によって侵害されるであろう自己の権利関係について救済を求めれば十分でありそのほうが実効性もある。[13]

以上により、本件訴えを不適法とした本判決は正当であると解する。

二　本件上告理由は、控訴審において被控訴人（被告）の一人が欠席しているので擬制自白が成立するとしている。そこで次にこの上告理由との関連において、職権調査事項に関する自白の成否を検討する。

訴訟要件である訴えの利益はいわゆる職権調査事項であるが、[14] 職権調査事項に関する自白の成否を問題とする場合、職権調査事項それ自体を対象とする自白と職権調査事項を基礎付ける事実を対象とする自白の二つを区別する必要がある。このように自白対象を二つに区別してみると、それに対応して本件上告理由は、形式論理的には確認の利益の存否それ自体を対象とする擬制自白の成立を主張するものと解釈することもできるし、あ

るいは、原告は確認の利益を基礎付ける事実を陳述しておりこの事実について自白が成立すると主張するものであると解釈することもできる。[15]

このうち、前者の職権調査事項それ自体を対象とする自白の効力が認められないことは当然である。職権調査事項は当事者の処分を許さない事項である点にその基本的性格が存在するのであるから、当事者の処分行為である自白によって裁判所の職権発動を排除することも許されないというべきだからである。[16]したがって、本件上告理由は、それが確認の利益の存否それ自体を対象とする（擬制）自白の成立を主張するものと解される限りでは成り立たない。

今度は、原告は確認の利益を基礎付ける事実を陳述しており、この事実について自白が成立するとの趣旨であると本件上告理由を解釈した場合に、職権調査事項を基礎付ける事実を対象とする自白の効力が認められるかどうかを検討しよう。この問題は以下で述べるように最近通説が批判の対象となっているのでとくに検討するに値すると思われる。

通説は、訴えの利益を基礎付ける事実に関しては弁論主義を適用するから、自白が成立することを認めざるをえない。[17]しかしこのように考えると、訴えの利益を否定するべき場合であっても自白の成立により訴えの利益を欠くとして却下できないことになり、[18]職権調査事項の存否それ自体については当事者の自由な処分を認めないという通説の前提となる考え方と両立しえないように思われる。[19]そこで最近ではこのような通説の帰結に疑問を示し、またドイツの学説も参考にして、訴訟要件の存否判断のための資料収集の方法としては、弁論主義でもなく職権探知主義でもない第三の審理方法を採用すべきである（または採用すべき訴訟要件がある）と主張する見解が現れている。[20]私はこの最近の学説に賛成する。具体的には、訴訟要件の存在を基礎付ける事実について自白があった場合でも、その自白に拘束されずにその不存在を指摘して主張・立証を促すことができると考えている。

次に私見を理由付けるために、職権調査事項に関する従来の学説を紹介し、その問題点を述べる。

「職権調査」という概念の理解の仕方については、それはある事実を職権でも顧慮しなければならないかという問題であって、当該事項の存否判断のための資料収集方法の問題とは次元を異にするとの理解が最近では通説化している。[21]これに対して「職権調査」を弁論主義・職権探知主義と同一次元に位置する概念として理解する見解がある。[22]これは前述した最近の見解に近いようにも見えるが、この見解によっても、当該事項の存否判断の資料収集方法は弁論主義か職権探知主義のいずれかに帰するようである。[23]以上が従来の職権調査事項の理解に関する学説状況である。

このように従来は、職権調査事項（訴訟要件）を基礎付ける事実の審理方式として弁論主義と職権探知主義の二つが考えられ

ていた。また最近では、弁論主義と職権探知主義の間にさらに第三の審理方法をも認めるべきであるとの主張もある。しかし自白の拘束力の点を考えると、そのいずれの立場も適切でない。むしろ弁論主義も職権探知主義も訴訟要件の審理方式としては必ずしも適当ではないことを率直に認めて、第三の審理方式を広く訴訟要件一般について採用すべきであろう。

弁論主義を採用すると自白の拘束力を認めざるをえないという不都合が生じることはすでに述べた。また通説は、公益性の強い事項については職権探知主義を採用するが、公益性の意味内容およびその強弱を判別する基準自体が明確でないために、弁論主義を採用すべきとされる事項と職権探知主義を採用すべきとされる事項との区別が必ずしも明確にはなされていない。[24] また訴訟要件の不存在を基礎付ける事実について自白が成立した場合には原告が訴えの不適法性をわざわざ自認したのであるから、たとえ公益性の強い訴訟要件が問題となる場合であったとしても、自白の拘束力を否定して裁判所に資料収集責任を負担させなければならないとする積極的な理由は存在しない。のみならずこの場合に自白の拘束力を認めても、訴訟要件がないのにあるものとして判決をする場合と異なり職権調査の趣旨にも反しないであろう。[25] 以上のような理由から、公益性の強い事項であるからといって職権探知主義を適用することにも疑問がある。[26] そこで職権調査事項を基礎付ける事実の審理方式については、弁論主義も職権探知主義も必ずしも適当ではないことを認めて、弁論主義を基調としつつも、原則として自白の拘束力は認めないという第三の審理方式を採用すべきであると考えるのである。このように考えると、訴えの利益を基礎付ける事実の存在に関する自白は、通説に反して認められないと解する。[27]

確かに訴えの利益は、当事者サイドから見れば、被告を無益な訴訟追行から解放するという機能を有する訴訟要件であるから、[28] 被告がその存在を基礎付ける事実を自白した場合にはあえて訴えを却下するには及ばないと考えることもできる。しかし、[29] 無益な訴訟追行は裁判所にとっても負担を課するものであるし、また前述したように自白の拘束力を認めると職権調査事項の存否それ自体について当事者の自由な処分を認めないことと両立しえないから、訴えの利益を基礎付ける事実が存在する旨の自白に裁判所が拘束されると解することはできない。裁判所は、当事者の態度にかかわらず、訴えの利益の存否に疑問を抱いた場合には、その不存在を基礎付ける事実を主張・立証すべきことを当事者に促すことができる。[30] よって、仮に本件で原告が訴えの利益を基礎付ける事実を陳述しておりこの点を被告が争わなかったと評価できたとしても、自白の拘束力は認められない。

(1) 本件評釈として、中野貞一郎・民商法雑誌三〇巻五号（昭30）八〇頁〔宋川博編・最高裁民事判例批評5（昭41）五八三頁所収。本稿ではこちらで引用する〕、早川登・名城法学五巻一号（昭30）六三頁があり、いずれも判旨に賛成している。

(2) ドイツ民事訴訟法（ZPO）二五六条一項「法律関係の存在又

は不存在の確認、証書の真正又は不真正の確認を求める訴えは、法律関係又は証書の真正若しくは不真正を裁判官の裁判により即時に確定することにつき原告が法律上の利益を有するとき、これを提起することができる」を参照。訳文は法務資料四四〇号（昭57）によった。

(3) Arens, ZPR, 4. Aufl., 1988, Rn. 126 ff.; Blomeyer, ZPR, 2. Aufl., 1985, S. 210 ff.; Jauernig, ZPR, 22. Aufl., 1988, § 34 II, 35 III; Rosenberg-Schwab, ZPR, 14. Aufl., 1986, § 94 II III; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 47. Aufl., 1989, § 256 2, 3; Stein-Jonas-Schumann, ZPO, 20. Aufl., 1986. § 256, Rn. 20, 61; Zöller—Stephan, ZPO, 15. Aufl., 1987, § 256, Rn. 3, 7 など。

(4) 以上については、さしあたり青山善充「確認の利益」三ケ月章＝青山善充編・民事訴訟法の争点（旧版・昭54）一四二頁、林淳「確認の利益」三ケ月＝青山編・民事訴訟法の争点（新版・昭63）一六六頁とそこに掲げられた文献を参照。

(5) 青山・前掲注4解説、林・前掲注4解説、兼子一＝松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫・条解民事訴訟法（昭61）八〇五頁（竹下）参照。なお本文(1)の要件と①の要件との相互関係が問題となるが、(1)は確認訴訟の訴訟物となりうるかどうかの問題であるのに対し、①は訴訟物となりうることを前提としてそれについて確認判決をする必要性がありうるかどうかの問題で、場面を異にすると解する。小山昇・民事訴訟法（五訂版・平1）二四〇頁参照。

(6) 公法上の権利関係も確認の対象になりうることを明確に認めるのは、中野・前掲注1評釈五八五頁、菊井維大＝村松俊夫・全訂民事訴訟法Ⅱ（平1）七〇頁。原則として私法上の権利関係に確認訴訟の対象を限定するのは、菊井維大・民事訴訟法（補正版・昭43）二一九頁、三ケ月章「権利保護の資格と利益」民事訴訟法講座第一巻（昭29）一一九頁、一四三頁〔三ケ月・民事訴訟法研究第一巻（昭37）一頁、二八頁〕、同・民事訴訟法（法律学全集・昭34）六三頁、同・民事訴訟法（第二版・昭60）七二頁。ドイツでは前者の見解が有力である。Stein-Jonas-Schumann, a. a. O., § 256, Rn. 2, 35; Zöller—Stephan, a. a. O., § 256, Rn. 3. ただしこれらの見解も、通常裁判権に服する限りで適法と解している点に注意。

(7) 確認訴訟の機能については、伊藤眞「確認訴訟の機能」判例タイムズ三三九号（昭51）二八頁以下、岡徹「訴えの類型論の意義」講座民事訴訟第二巻（昭59）二一七頁、二二三頁以下など参照。

(8) わが国の新訴訟物理論は、確認訴訟の機能を実体法上の権利関係の公権的確定による紛争解決に求める（三ケ月・民訴法（全集）四二頁、一一一頁参照）。このために前掲注6の三ケ月説は確認の対象を私法上の権利関係に限定するのだと解される。また三ケ月説は、公法上の権利関係の確認を求めることの適否は行政事件訴訟の目的に照らして別個の角度から検討されるべきであり、民事訴訟の確認の利益の問題を直ちに推及することは適当ではないとされる（三ケ月・民訴法（全集）六四頁、同・民訴法（第二版）七二頁）。確かに公法上の権利関係の確認に行政事件訴訟法の適用があるとされる限りではこの見解には賛成できる。しかしこの見解は単に抗告訴訟の対象となる法律関係のみを眼中に置くものであり、公法上の権利（法律）関係の概念を広く考えた場合には賛成できない。

(9) 実体法上の権利関係に限定するのは、Hellwig, Anspruch und Klagrecht, 1900, S. 488. 近時の学説はこれに反対する。Stein-Jonas-Schumann, a. a. O., § 256, Rn. 2, 35; Zöller—Stephan, a. a. O., § 256, Rn. 3.

(10) 中野・前掲注1評釈五八六頁、小室直人＝賀集唱編・基本法コンメンタール民事訴訟法2（第三版・昭60）一四頁（松本博之）、

斎藤秀夫編・注解民事訴訟法第四巻（昭50）四六頁注96（斎藤）、兼子ほか・条解八一四頁（竹下）など多数。

(11) 判例集の冒頭に掲げられた本判決の判決要旨も本文のような理由から確認の利益を欠くとしている（本件一審判決も同旨か）。また最二判昭30・5・20民集九巻六号七一八頁も同じ理由から訴訟代理権存否確認の訴えの利益を否定し、訴訟代理権を証すべき書面の真否確認の訴えにこの趣旨を推及している。右判決については、中田淳一・民商三三巻四号（昭31）八二頁〔末川博編・最高裁民事判例批評7（昭42）二六二頁、中田・民事訴訟判例研究（昭47）一八八頁所収〕、長谷部茂吉・判例タイムズ五〇号（昭30）二二頁、同・最高裁判所判例解説民事篇昭和三十年度（昭41）六〇頁参照。しかし訴訟代理人が委任者たる当事者一方に対して委任者のした訴訟委任契約の解約無効を確認することを請求した例である東京地判昭57・3・11下民集三三巻一～四号一〇〇頁は、被告が本判決を引用し、かつ判決してみても報酬請求権の存否は確定できないから確認の利益はないと主張したのに対して、解約無効が確定すれば委任契約上の報酬請求権等の存在の有力な支えとなること、紛争の予防が期待しうることを理由に右請求を適法としている。

(12) 学説もこの点では一致している。上田徹一郎・民事訴訟法（昭63）二〇六頁、兼子一・新修民事訴訟法体系（増訂版・昭40）一五七頁、兼子ほか・条解八一二頁（竹下）、菊井＝村松・全訂民訴法Ⅱ八三頁、小山・民訴法二四三頁、斎藤秀夫・民事訴訟法概論（新版・昭57）一七七頁、斎藤編・注解民訴法第四巻四六頁（斎藤）、新堂幸司・民事訴訟法（第二版補正版・平2）一八一頁、同「確認の訴えの利益」民事訴訟法判例百選（昭40）五五頁、中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編・民事訴訟法講義（補訂二版・昭61）一七二頁（福永有利）、基本法コンメンタール民訴法2一四頁（松本）、青山・前掲注4解説一四二頁、林・前掲注4解説一六七頁など。

(13) 中野・前掲注1評釈五八五頁。

(14) 兼子・体系二〇五頁、兼子ほか・条解一二二八頁（松浦）、斎藤・概論二一〇頁、新堂・民訴法二九八頁、中野ほか・民訴法講義四二二頁（鈴木正裕）など。

(15) もっとも、本件上告理由・本件一審判決理由・二審判決理由を読んでも、確認の利益を基礎付ける事実は陳述されていないし、本件のようなタイプの訴訟においてはそのような事実は本来陳述することができないと考えられるので、以下の論述は仮定的な問題を一般論として扱うものであることをお断りしておく。

(16) 五十部豊久「職権調査、職権探知、弁論主義の異同」法学教室二期八号（昭50）一五二頁、菊井＝村松・全訂民訴法Ⅱ四〇一頁、高島・後掲注20論文一一一頁、松本・後掲注20論文一三三頁参照。

(17) 上田・民訴法一九〇頁、兼子・体系二〇五頁、菊井＝村松・全訂民訴法Ⅰ（昭53）七〇八頁、小山・民訴法二六八頁、斎藤・概論二一〇頁、斎藤編・注解民訴法第四巻四〇一頁（小室直人）、新堂・民訴法一六五頁、二九八頁、中野ほか・民訴法講義四二三頁（鈴木）しかし兼子ほか・条解九五三頁（松浦）は権利保護の資格についての自白を無効とする。

(18) 明白にこのような結論を承認するのは、岩松三郎「民事裁判における判断の限界」民事裁判の研究（昭36）五一頁、一三五頁注35。

(19) 高島・後掲注20論文一一五頁参照。

(20) 訴訟要件の存否判断のための資料収集の方法としては、弁論主義でもなく職権探知主義でもない第三の審理方法を採用すべきであると主張するのが、松本博之「訴訟要件に関する職権調査と裁判上の自白」大阪市大法学雑誌三五巻三・四号（平1）一一六頁以下であり、第三の審理方法を採用すべき訴訟要件があることを主張する

のが、鈴木正裕ほか・演習民事訴訟法（昭57）二五頁（鈴木）、高島義郎「訴訟要件の類型化と審理方法」講座民訴第二巻（昭59）一一四頁以下である。なお以下述べる私見は前者の松本論文に賛成するものである。

(21) とくにこのような理解を明確に示したのが、新堂・民訴法二九七頁である。松本・前掲注20論文一二一頁参照。

(22) 三ヶ月・民訴法（全集）一六七頁、同・民訴法（第二版）二〇六頁。

(23) 前注の三ヶ月・民訴法（全集）はそのような趣旨であると解されるが、民訴法（第二版）の方は第三の審理方法を認めたものとも読める。高島・前掲注20論文一一八頁注11参照。

(24) 松本・前掲注20論文一二二頁。

(25) 松本・前掲注20論文一二三頁、一三八頁。また小室直人「民事訴訟における職権調査の諸問題」名城法学三五巻一号（昭60）三九頁、四五頁も訴訟要件の不存在を証明する事実について自白を認める。

(26) 仮に職権探知主義が妥当するにしても、実際上は裁判所が資料収集活動を主体的に行うことはありえず、裁判所が当該事実の存否に疑問を持った場合に主張・立証を促すことにより結果的には当事者の責任によって資料の収集提出がなされるにすぎない（奈良次郎「訴訟資料収集に関する裁判所の権限と責任」講座民訴第四巻（昭60）一二五頁、一二六頁）。それゆえ訴訟要件の公益性ということは必ずしも重視できないように思われる。松本・前掲注20論文一二二頁、高島・前掲注20論文一一三頁・一一七頁参照。

(27) 松本・前掲注20論文一四一頁、高島・前掲注20論文一一七頁参照。

(28) 訴えの利益の機能については最近議論がある。山木戸克己「訴えの利益の法的構造」吉川大二郎博士追悼・手続法の理論と実践下巻（昭56）五一頁以下、野村秀敏「訴えの利益とその機能」民訴法の争点（新版）一六二頁など参照。

(29) 松本・前掲注20論文一四一頁。

(30) 松本・前掲注20論文一二八頁、高島・前掲注20論文一一六頁。

越山　和広