# 筑波ロー・ジャーナル

37 号

2024 年12 月

論　　説

第三者との法律関係の確認訴訟における確認の利益
――最判令和２年９月７日民集 74 巻６号 15 頁を契機として
…… 大渕真喜子　1

労働契約準拠法と最密接関係地
―― EU 法との比較による整理
…… 藤澤　尚江　75

判例評釈

優生保護法違憲判決
…… 大石　和彦　113

抵当不動産の賃借人が賃貸人との間でした相殺合意の効力を、物上代位権を行使して賃料債権を差し押さえた抵当権者に対抗できないとされた事例
（取立金請求事件、最高裁令和３年（受）第 1620 号、令和５年 11 月 27 日第２小法廷判決、民集 77 巻８号 2188 頁）
…… 直井　義典　143

研究ノート

日本相殺法概観（5）
…… 岡本　裕樹　159

筑波ロー・ジャーナル編集委員会

# 目　次

## 論　説

第三者との法律関係の確認訴訟における確認の利益
――最判令和2年9月7日民集74巻6号15頁を契機として
……大渕真喜子　1

労働契約準拠法と最密接関係地
――EU法との比較による整理
……藤澤　尚江　75

## 判例評釈

優生保護法違憲判決
……大石　和彦　113

抵当不動産の賃借人が賃貸人との間でした相殺合意の効力を、物上代位権を行使して賃料債権を差し押さえた抵当権者に対抗できないとされた事例
（取立金請求事件、最高裁令和3年(受)第1620号、令和5年11月27日第2小法廷判決、民集77巻8号2188頁）
……直井　義典　143

## 研究ノート

日本相殺法概観（5）
……岡本　裕樹　159

論　説

# 第三者との法律関係の確認訴訟における確認の利益

## ――最判令和2年9月7日民集74巻6号15頁を契機として

大　渕　真　喜　子

第1　問題の所在
第2　学説
　1　原告と第三者との法律関係を確認対象とする場合があり得るか
　2　原告が保護を求める原告の法的地位はどのようなものであるか（原告と誰との間の法律関係である必要があるのか）
　3　第三者の法律関係と原告の法的地位としての原告の法律関係とはいかなる関係にあること要するか。
　4　既判力以外の事実上の効力を考慮することができるか
第3　判例
　1　分析の視角
　2　判例の分類方法
　3　判例の検討結果から得られた結論
第4　当事者の一方と第三者との法律関係を確認対象とする判例
　1　被告と第三者との間の法律関係の存否等を確認対象とする場合
　2　自称権利者間のケースである場合
第5　検討
　1　学説・判例の検討を踏まえた考察
　2　前記1の考察から得られる視点

## 第1　問題の所在

1　訴えの利益に関しては、既に優れた論稿があり、枚挙のいとまがない[1)]。しかし、当事者の一方と第三者との法律関係を確認対象とする場合の確認の利益については、必ずしも焦点をあてて論じられてこなかった[2)]。事柄の性質上、確認の利益を含む訴えの利益の有無については、当該事案における実体法を前提とする考察を行わなければ的確な考察をすることはできないことも、議論がなされてこなかった要因の1つと考えられる。

確認の利益は、原告の法的地位に危険・不安が現に存し、かつ、その危険・不安を除去する方法として原被告間で訴訟物たる権利または法律関係の存否の確認判決をすることが有効・適切であるという場合に認められる[3)]。当事者の一方と第三者との間の権利・法律関係[4)]であっても、確認の対象となり得るのであり、原告の法的地位に対する危険・不安を除去するために、当該法律関係の確認判決を得ることが有効・適切である場合には、確認の利益が認められるとされてきた[5)]。その場合、確定判決の既判力が、当事者間にのみ及び、訴訟物たる法律関係の主体である第三者には及ばないとしても、確認の利益は

---

1)　論じられている観点は異なるが、三ケ月章「権利保護の資格と利益」同『民事訴訟法研究第1巻』（有斐閣・1962年）1頁（民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座第1巻』（有斐閣・1954年）初出）、山木戸克己「訴えの利益の法的構造」同『民事訴訟法論集』（有斐閣・1990年）114頁（吉川大二郎先生追悼『手続法の理論と実践（下）』（法律文化社・1981年）初出）、野村秀敏「紛争の成熟性と確認の利益（1）～（8・完）」判時1213号8頁、1214号3頁、1216号13頁、1217号18頁、1219号12頁、1220号11頁、1229号12頁、1232号14頁（1987年）（同『予防的権利保護の研究』（千倉書房・1996年）所収）等。

2)　最近の文献として、伊藤隼「他人間の法律関係の確認の訴えの適法性」中島弘雅先生古稀祝賀論文集『民事手続法と民商法の現代的潮流』（弘文堂・2024年）27頁がある。

なお、学説では、当事者以外の第三者相互間の法律関係をも確認対象となり得ることは否定はされていないが、ドイツでも、実際には想定できる事例がないという指摘もあるところである（Gerhard Lüke, Zur Klage auf Feststellung von Rechtsverhältnissen mit oder zwischen Dritten, Festschrift für Wolfram Henckel, 1995, S. 573.）、本稿では第三者相互間の法律関係を確認対象とする場合については検討対象としていない。

否定されないとされている。

2　それでは、当事者の一方と第三者との間の法律関係の存否を原被告間で確認しても、当該第三者には、当該訴訟の判決の既判力は及ばないにもかかわらず、原告の法的地位に対する危険・不安を除去することができる場合とはいかなる場合であるのか。この問題を考えるに際しては、次のような点を検討しなければならない。

まず第1に、原告と第三者との間の法律関係を確認対象とするということは考えられないのではないかということである。なぜなら、原告は、当該第三者に対して、当該法律関係に基づく給付訴訟または確認訴訟が可能である限り、それらを第三者に対して提起すればよいからである。原告と被告との間で、第三者である債務者に対する「同一の債権」の帰属が争われる場合（以下「自称権利者間のケース」ともいう）については、債権の帰属を争うために、原告と

---

3)　確認の利益は①方法選択の適否（確認訴訟という手段が紛争解決にとって有効適切であるか）、②確認対象の選択の適否（確認対象（訴訟物）が紛争解決にとって有効適切であるか）、③解決すべき紛争の成熟性（即時確定の必要）という観点から行われるとされている。しかし、これらの観点、とりわけ②と③とは相互に重なり合うものであり、明確に区別して議論することは非常に難しいため、本稿ではさしあたり区別して議論はしないこととする。なお、高橋宏志『民事訴訟法概論』（有斐閣・2016年）79頁は、即時確定の必要が決定的基準であり、これに一元化して考えることが生産的であるとする（高田裕成ほか編『注釈民事訴訟法第3巻』（有斐閣・2022年）54頁〔越山和広〕も同旨）。

4)　なお、権利・法律関係という場合、債権の場合には誰との間の法律関係かが問題となる。本稿では、権利も含めて単に「法律関係」ともいう。

5)　最判昭和30年12月26日民集9巻14号2082頁、新堂幸司＝福永有利編『注釈民事訴訟法(5)』（有斐閣・1998年）66頁〔福永有利〕、兼子一原著、松浦馨ほか『条解民事訴訟法〔第2版〕』（弘文堂・2011年）775頁〔竹下守夫〕、加藤新太郎＝松下淳一編『新基本法コンメンタール民事訴訟法1』（日本評論社・2018年）385頁〔青木哲〕、兼子一『民事訴訟法体系〔増訂版〕』（酒井書店・1965年）156頁、新堂幸司『新民事訴訟法〔第6版〕』（弘文堂・2019年）273、277頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法〔第2版補訂版〕（上）』（有斐閣・2013年）373頁、中野貞一郎ほか編『民事訴訟法講義〔第3版〕』（有斐閣・2018年）165–166頁〔福永有利〕等。なお、高田ほか編・前掲注3）67頁〔越山〕は、原告または被告と第三者との間の法律関係の存否を確認することが、原告の法律的地位を安定化するために「不可欠」であれば、即時確定の利益が認められるとする。

第三者との法律関係を確認対象とせざるを得ないが（後記第4､2)、それ以外の場合には、考えられないのではないかという疑問である。

第2に、ここでいう原告の法的地位とは、どういうものであるのかということである。あくまでも原告の法的地位に対する危険・不安を除去するために、当事者の一方と第三者との法律関係を確認しているというのであるから、たとえ直接的には、確認の対象となっていなくても、原告が保護を求める法的地位が存在しなければならない。法的地位というからには、原告の権利または法律関係をいうと解されるが、従来は、原告の「法的地位」が原告の権利または法律関係であるということは、暗黙の前提ではあったかもしれないが、必ずしも明示的に述べられているわけでもなかった。しかも、原告と誰との間の法律関係である必要があるのかについても同様に必ずしも検討がされているわけではない。学説には、「原告が、被告が却下について有する利益に優越する実体法上認められれた利益を有することが必要」であって、この「原告の有する利益は、はっきりした法律的名称のある権利、または法律関係である必要はなく、また、それが直接確認の対象とされる必要もない」とする見解[6]もあるが、この見解でも、少なくとも当時の日本の判例で、権利・法律関係でない実体法上の利益を原告の法的地位としたものがあるとしているわけでもないようである。

したがって、本稿では、さしあたり原告の法的地位とは、原告の実体法上の権利または法律関係であるという前提に立った上で、原告の法的地位の内容に関して学説・判例を検証するとともに、さらに、法律関係の場合には誰との間の法律関係である必要があるのかを考えたい。

第3に、原告の法的地位が、原告と「被告との間」の法律関係であることを要するというのであれば、原告が、被告に対して、当該法律関係に基づく給付訴訟または確認訴訟を提起すればよいのではないかという疑問が生ずる。その

6)　野村秀敏「紛争の成熟性と確認の利益(7)」判時1229号（1987年）17頁（同『予防的権利保護の研究』(千倉書房・1996年）所収)。

ような給付または確認訴訟が可能である限り、第三者との法律関係を確認する必要がないはずである。そうすると、第三者との法律関係を確認対象とすることにつき、確認の利益が認められる場合というのは、この原告の法的地位としての原告の「被告との間」の法律関係に基づく給付訴訟および確認訴訟が不可能または困難である場合しか、考えられないのではないかという点である。

第4に、仮に、そのように非常に限定的な場合にのみ第三者との法律関係を確認対象とすることができるとしても、原告の法的地位に対する危険・不安が除去されるというためには、確認対象である第三者との間の法律関係と、（原告の法的地位としての）原告の法律関係との間にどのような関係がある必要があるのかという点である。確認対象の存否を原被告間で確認してみても、当該第三者には、原被告間の訴訟の判決の既判力は及ばないにもかかわらず、そのようにいえる場合とはどういう場合であるかについては、一部の学説で言及があり、判例評釈の中で具体的事案に即して触れられてきたことはあるが、意識的に議論されてはこなかったといってよい。

第5に、既判力によって、（原告の法的地位としての）原告の法律関係に対する危険・不安が除去されることが必要であるのか、それとも、第三者に対する既判力以外の事情（とりわけ第三者が任意に確認判決に従って行動する見込み等）が確認の利益で考慮され得るのか、という問題がある。これについては、わが国では、議論がないわけではないものの、必ずしも十分な議論がなされてこなかった。この点についても、本稿では検討することとしたい。

3　本稿では、第三者との法律関係を確認対象とすることが問題となった判例を取り上げ、実定法の観点をも踏まえた考察を加えることによって、上記の各問題を明らかにすることを目的とする。訴訟担当のケース、行政事件並びに対世効を有する団体内部の争いである社団関係事件および人事訴訟事件は考察対象から除いている[7)]。対象判例の1つである最判令和2年9月7日民集74巻6号1599頁（以下を「令和2年最判」という）については、その渉外的要素も含めて検討する。

本稿の問題意識に関しては、ドイツ法でも議論の蓄積があるが、ドイツの実

体法をも踏まえた形での検討が十分ではないため、別稿において検討することとしたい[8)]。

## 第2　学説

### 1　原告と第三者との法律関係を確認対象とする場合があり得るか

まず、自称権利者間のケースが、第三者との法律関係を確認対象とする典型例とされており、自称権利者間のケースを除いて考えた場合に、そもそも原告と第三者との間の法律関係を確認対象とすることがあり得るのかについては、管見の限りでは、議論はなされていない。

### 2　原告が保護を求める原告の法的地位はどのようなものであるか（原告と誰との間の法律関係である必要があるのか）

(1)　次に、原告が保護を求める原告の法的地位とはどういうものをいうのか、原告と誰との間の法律関係である必要があるのかについては、前述のとおり、原告の法的地位というワードで論じられることはあっても、それが原告の権利・法律関係をいうのか、また、原告の「被告との間の」法律関係であることを要するのかは、意識的に論じられてこなかった。学説では、当事者の一

---

7)　本稿の問題とする場合の確認の利益は、判決効（とくに既判力）が及ぶ主観的な範囲がかかわる。したがって、訴訟担当の場合には被担当者に既判力が拡張されるため、また、社団関係事件（請求認容判決）および人事訴訟事件については、判決が対世効を有するため、検討対象から除外している。法人を当事者としない、法人の構成員間での確認訴訟（最判昭和42年2月10日民集21巻1号112頁、最判昭和44年7月10日民集23巻8号1423頁等）は、当事者適格の問題と重なり、別に検討するのがよいため同様に除外している。また、遺産確認の訴えは、判例（最判平成元年3月28日民集43巻3号167頁）によると、共同相続人全員が当事者となることを要する固有必要的共同訴訟と解されているため、確認対象をどのように解するとしても、訴外第三者との法律関係が確認対象とはならず、やはり除外している。

行政事件については、十分な検討がまだできていないため、本稿では対象としていない。

8)　第三者との法律関係を確認対象とする確認訴訟に関するドイツの学説については、伊藤隼・前掲注2）33頁以下において詳細に論じられているので、参照されたい。

方と第三者との間の法律関係の確認であっても、その存否を確認することによって、「被告に対する関係で」原告の法的地位の安定が得られるのであれば、確認の利益が認められるという見解はいくつか見られる[9)]。

そのような中、三ケ月章教授は、「厳密にいえば、確定すべき原告の地位は常に被告に対する関係で確定されるのであって、一見他人間の法律関係の確認の如くみえながらも、実は原告の被告に対する法律上の地位の確認を求めるものに他ならぬのである。」と述べている[10)]。三ケ月教授がいう「法律上の地位」に法律関係も含まれるというのであれば、原告の法的地位が、原告と「被告との間の」法律関係であるということを前提としているようにも読める。

そもそも原告が保護を求める原告の法的地位として、原告と「第三者との間の」法律関係を想定できないと考えられる。確認の利益が認められるためには、確認対象である被告の第三者との間の法律関係を、「被告に対する関係で」確認することによって、「原告の法的地位」に生じた危険・不安を有効・適切に除去できなければならない。しかし、当該第三者には、原被告間の確定判決の既判力が及ばないため、通常は、被告との間で確認判決を得たとしても、原告と第三者との間の法律関係に生じている危険・不安は何ら除去されないからである。さらに、原告は、当該第三者を被告として、当該法律関係に基づく給付訴訟またはこれを確認対象とする確認訴訟を提起することができるのであれば、それによって解決すべきであるともいえる。

(2)　しかし、原告が保護を求める原告の法的地位が、原告と「被告との間の」法律関係であるとするのが正しいとすれば、そもそも第三者との法律関係を確認対象とするのではなく、直截に、原告と「被告との間の」法律関係に基づく給付訴訟またはこれを確認対象とする確認訴訟を提起すべきではないか、仮に、それらの訴訟が可能であれば、第三者との法律関係を確認対象とすること自体が紛争解決には有効・適切ではないということになり、確認の利益が否定さ

9)　新堂・前掲注5）277頁、新堂＝福永編・前掲注5）66頁〔福永〕、中野ほか編・前掲注5）165-166頁〔福永〕等。

10)　三ケ月・前掲注1）30頁。

れるのではないかと考えられる。

したがって、第三者との法律関係を確認対象として確認の利益が認められる場合とは、原告と被告との間に権利・法律関係があっても、これに基づく給付訴訟または確認訴訟ができないか、または困難であるといった事情があるという、極めて限定的な場合に限られるはずである。厳密にいえば、ここでの問題は、方法選択の適否（確認訴訟という手段が紛争解決にとって有効適切であるか）または確認対象の選択の適否（確認対象として選んだ訴訟物が紛争解決にとって有効適切であるか）という問題になるが、これらと即時確定の必要とは必ずしも明確に区別できないことをあらわしている。

以上の点について触れている学説は、管見の限りではなかったように見受けられる[11)]。そして、後記第4で検討する判例の分析によれば、原告と「被告との間の」法律関係に基づく給付訴訟またはこれを確認対象とする確認訴訟が可能である場合には、（後記3のように、確認対象が、（原告の法的地位としての）原告の法律関係とは先決関係にある場合であっても）確認の利益が否定されている。

(3)　他人の権利関係について確認を求めるには（被告と第三者との法律関係を確認対象とする場合を念頭に置いていると思われるが）、原告がこれについて管理処分権を有する場合でなければならないかについては、自分の紛争として主張するのであって、その権利の帰属者である他人に代わって訴訟を起こしているわけではないから、原告が他人の権利関係について管理処分権を有する必要はないと解されている[12)]。必ずしも確認対象となる権利・法律関係についての原告の訴訟追行権については意識的に検討されてこなかったが、それは、あくまでも確認対象以外に、（原告の法的地位としての）原告の権利・法律関係が存在することが前提とされていたからではないかと思われる。

なお、学説では、第三者のためにする契約（民法537条）、他人のためにする保険契約（保険法8条、42条）、他人を受益者とする信託契約などについては、契約当事者ではない当該第三者・他人から、または当該第三者・他人に対し、契約の存在または不存在の確認の訴えを提起できると言われている[13)]。しかし、

当該第三者・他人からは、給付訴訟を提起することができるため、基本となる契約の存在確認の訴えは、通常は確認の利益がないと考えられるし、当該第三者・他人に対して債務を負う当事者は、当該第三者・他人に対して当該債

11） 日本でも確認対象を当事者間の法律関係に限るという見解はあった。北原縫治「権利保護の利益に就て」法学2巻3号（1933年）349頁。

Hellwig（Konrad Hellwig, Anspruch und Klagerecht, 1900, S. 428f., *ders*, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts, Bd. 1, 1903, S. 382）は、例外はあるものの、原告の法律関係が確認対象とされなければならないとしており、第三者の法律関係に依存する原告の法律関係がある場合には、原告の当該法律関係自体が確認の対象とされなければならない（原告以外の者の法律関係を確認の対象とすることはできない）としていたことについては、山本弘「権利保護の利益概念の研究（3・完）」法協106巻9号（1989年）1561頁以下参照。さらに、山本弘・前掲1571–1572注52は、この確認対象としての原告の法律関係の主体が被告であることをHellwigが要求していないのは、義務者が特定されない物権も確認対象となることと、自称債権者相互の争いがあることの二つの場合を包摂するという限定的な目的のための議論であるとしている。

さらに、ドイツでは、確認対象自体が原告と「被告との間の」法律関係であることを要する見解も有力である。Christoph Trzaskalik, Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß, 1978, S. 156ff.；Karl Michaelis, Der materielle Gahalt des rechtlichen Interesses bei der Feststellungsklage und bei der gewillkürten Prozeßstandschaft, Festschrift für Karl Larenz, 1983, S. 460f.；Lüke, a.a.O. (Fn. 2), S. 571ff.

12） 兼子・前掲注5）156頁、斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法(6)〔第2版〕』（第一法規出版・1993年）113頁〔斎藤秀夫＝加茂紀久男〕。

13） 菊井維大＝村松俊夫原著、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅲ〔第2版〕』（日本評論社・2018年）77頁（ただし、同頁は、契約の存在または不存在「を前提とする権利または法律関係」の確認の訴えを提起できるとする）、兼子原著、松浦ほか・前掲注5）775–776頁〔竹下守夫〕等。

菊井＝村松原著、秋山ほか・前掲88頁は、給付訴訟とその基本となる「債権」関係の確認訴訟であっても、特に併合されている場合には確認の利益が肯定されると解しているようであるが、最判昭和33年3月25日民集12巻4号589頁のような事案であれば格別、給付訴訟とその基礎の債権関係の確認訴訟という場合には、基礎の債権関係がいわゆる基本契約（例えば雇用契約）のようなものであって、そこから個々の給付請求権が生ずるようなものである場合でない限り、給付訴訟のほかに、基本となる債権関係の確認訴訟を求める確認の利益はないことが多いのではないかと思われる（中間確認の訴え（民事訴訟法145条）に、確認の利益を不要とする立場では、このような場合でも、中間確認の訴えは可能である）。

務不存在確認訴訟をすれば足り、通常は「契約」の不存在確認の訴えに確認の利益はないと考えられることに注意が必要である[14)]。

### 3　第三者の法律関係と原告の法的地位としての原告の法律関係とはいかなる関係にあること要するか

(1)　既に検討してきたところに照らせば、（原告の法的地位としての）原告の被告との間の法律関係に基づいて給付訴訟または確認訴訟ができない、または困難であるという極めて限定的な場合ではあるが、第三者との法律関係を確認対象として確認の利益が問題になり得る。第三者との法律関係と、（原告の法的地位としての）原告の法律関係とは、どのような関係にあれば、原告の法律関係に生じた危険・不安を除去するために有効・適切といえるのかについて、言及する見解が少数ながらある。

兼子一教授は、確認の利益が法律的なものでなければならないというのは、「その権利関係（殊に直接原告の権利義務でない場合に問題になる）の存否の確認と原告の利益や地位の安定との間に法律的関連のあること」（傍点は筆者が付した）であり、単に感情的とか経済的な因果関係があるだけでは足りないとしていた[15)]。

さらに、新堂幸司教授は、他人間の法律関係を訴訟物とする場合は、真に保護を求める原告の地位と訴訟物たる権利・法律関係が分離するところ、「訴訟物たる権利または法律関係と原告の安定を求める地位との因果関係は、法律的に確実なものでなければならない。たんに感情的なものとか経済的な因果関係があるだけでは、有効な紛争の解決は担保できないからである。」（傍点は筆者が付した）とする[16)]。

(2)　しかし、必ずしも本稿の問題意識の観点から十分な議論がされていたわけではなかった。そのような中、山本弘教授が、ドイツの学説を検討する中

14)　伊藤隼・前掲2）44頁。
15)　兼子・前掲注5）157頁。

で、以下のように述べている点が非常に重要である。Wach[17]が、「法律上の確認の利益が判決の既判力が原告にとって有する価値の中に求められるということは、既判力が原告の法律関係に限定されること、既判力が原告にとって民事法的に有利な判決を目指すという不可避な傾向を持つこと、即ち訴訟目的それ自体によって、正当化されるものと思われる。」とした上で、債権の譲渡人が、債務者または当該債権を自己のものと僭称する者に対して、譲渡債権の存在確認を求めて訴えることができない、上記確認判決は（譲渡人を）追奪担保責任から保護することができないなどと論ずることに対して、山本弘教授は、次のように述べている。すなわち、「ここで『既判力が原告の法律関係に限定されること』といわれる場合、その趣旨が、既判力の生じる法律関係、即ち確認の対象が、…ヘルヴィッヒの見解のように、原告のそれであることが必要であるという意味においていわれているのではないとと（ママ）は、…ヴァッハ自身が能動的法律関係主体性の欠缺それ自体は確認の利益を左右しないと述べていることから明ら（ママ）である。むしろ、こうした場合に『既判力が原告の法律関係に限定されること』の故に確認の利益が欠缺するといわれる趣旨は、判決の既判力によってその存否が左右されるべき法律関係〔追奪担保責任による損害賠償義務〕が原告〔譲渡人、売主〕と被告〔僭称者〕との間には存在しないこと、申立に係る確認判決によっては、被告に対する原告の法律関係が原告に有利に規律されるには到らないことに、求められているのである。事を裏返していえば即ち、権利主体性を欠く法律関係の確認といえども、原告と被告との間に、確認対象たる法律関係の有無により法的に左右される法律関係が現存する限りにおいては、確認の利益か（ママ）否定されないということを意味していることになるのであり、こうした見解を徹底していけば、第一節でみたへ

16） 新堂・前掲注5）273頁。新堂・前掲注5）273–274頁では、最大判昭和32年7月20日民集11巻7号1314頁〔国籍訴訟〕において、当該確認判決が、米国に原告のアメリカ国籍を承認する法的義務を生じさせるとはいえないが、米国が原告にアメリカ国籍を承認するであろうと合理的に期待できることをもって、法律的に確実であるとしているようである。

17） Adolf Wach, Der Feststellungsanspruch, 1888, S. 56 (S. 128).

ルヴィッヒの見解に行き着く。」（傍点は筆者が付した）と述べている[18)]。

さらに、近時、安達栄司教授が、第三者の法律関係を確認対象とする判例分類として、確認の利益が認められた事案では、原告と被告の権利が競合する場合のほか、併合等されている別訴の前提（先決問題）となっている場合、原告の法的地位が確認対象の判断に直接に依存する場合が問題になっていることが指摘されていることが注目される[19)]。ただし、厳密にいえば、別訴が併合されている場合を独立させる必要はなく、確認対象である第三者の法律関係が、原告の法的地位としての原告の法律関係の先決問題になっているか否かが重要であろう。

---

18） 山本弘・前掲注11）1594–1595頁注18。

ドイツ法についてはここで十分論じられず、他日に期したいが、Hellwigが、前掲注11）のとおり、確認対象となる法律関係について原告が訴訟追行権を有しているのでない限り、原告の法律関係が確認対象とされなければならないとしている点では、現在のわが国の通説・判例とは異なる。しかし、第三者の法律関係の存否を条件とする原告の法律関係がない場合には、当該第三者の法律関係を確認対象とすることはできないという議論がされている点は非常に参考になり得ると思われる。山本弘・前掲注11）1561–1563頁参照。

とりわけ重要と思われるのは、Hellwigの見解について触れる、山本弘・前掲11）1562–1563頁の部分である。すなわち、他人間の法律関係について確認の利益が認められるのはどのような場合かについて、山本弘・前掲注11）1562–1563頁は以下のように述べる。「原告の債権は、他人がそれが自己のものであると主張する場合を除いては、第三者によっては侵害されない。他方、これらの場合において、第三者の法律関係の存否を条件とする原告自身の法律関係は存在しない。原告の債権は、これらの第三者の法律関係（債権）の存在とは無関係である。原告の債権は、同一の債務者に対して第三者が同種の債権を有していたり、同一の債務者に対して債務を負担するものがその債務を否認したりすることによって、その存在が法的に左右されることはないからである。かくて、ヘルヴィッヒによれば、こうした場合には、第三者の法律関係をその存否の条件とする原告の法律関係は観念しえない。」「原告が、第三者間の法律関係をその存否の条件とする自分自身の法律関係を持つ場合には、それについて原告自身が通常管理処分権を有するから、直裁に後者を確認の対象とする確認の訴えを提起すればよい。これに対して、そのような法律関係が存在しない場合にも拘わらず原告の関与しない第三者の法律関係の確認を認める場合にほ、相手方の二重の応訴の危険を防止するためには、それについて原告が処分権を有していることが必要であるが、通常他人の法律関係についてそうしたことはない。」

19） 安達栄司「判批」金判1627号（2021年）6頁。

(3)　判例において一般的な内容を判示しているものがほとんどない中で、東京地判平成15年10月16日判タ1151号109頁が、「訴訟当事者以外の第三者の法律関係に関する確認の訴えについては、常に確認の利益が否定されるわけではなく、当該第三者の法律関係が原告の権利義務に直接影響を与える場合には、確認の利益が肯定されることもあり得る」（傍点は筆者が付した）と述べていることを指摘することができよう。

(4)　以上のような学説・判例の議論に照らすと、確認対象たる第三者との法律関係の存否が、原告の被告との間の法律関係を決するという先決関係にある場合に限って、確認の利益が認められるということがいえそうである。

第三者との法律関係が確認対象である場合に、確認の利益を否定した判例は、原告の法的地位に対する危険がいまだ現実的なものではないと理解されることが多かったように思われる。そういうとらえ方も一面では正しいが、むしろ重視すべきは、その確認によって保護されるべき原告の被告との間の法律関係があるのか、あるとしても、それが確認対象となる法律関係の存否を先決問題とするものであるのか、といった点からも見るべきではないかと思われる。

### 4　既判力以外の事実上の効力を考慮することができるか

既判力によって原告の法的地位に対する危険・不安が解決され得る必要があるのか、既判力以外の事実上の効力、特に第三者が任意に判決を尊重する可能性を考慮し得るかについては、第三者に判決効が及ばないとしても、第三者に対して事実上の効果がある場合にはそれを考慮して、確認の利益を認めるべきであるかが議論されている。なお、いわゆる国籍訴訟（最大判昭和32年7月20日民集11巻7号1314頁）に関する議論は、第三者との間の法律関係が確認対象となっている場合ではなく、ここでは検討対象とはしていない。

この点について、伊藤眞教授は、有名なドイツライヒスゲリヒトの判例[20]を引用しつつ論じるWieserの見解を踏まえ、確認判決によって被告の行為の効力についての確信が、既判力が及ばない第三者に生まれ、原告がそれを利用して自己の地位の改善を図ることができるということを、判決の効力ととらえて、

それを訴えの利益と結合させる考え方は有益であるとする[21]。しかし、学説では、このような（事実上の）効果を考慮するということに対しては、批判的な見解がむしろ強いように思われる[22]。

伊藤眞教授自身も認めるとおり[23]、Wieser のような考え方は、即時確定の利益を基礎づけるのは既判力のみであるというドイツの通説とは異質であり、我が国でも、その点は同じであると解される。確認判決の機能として、既判力が及ばない第三者が確認判決の内容に従った行動をすることが実際には見込まれるということがあるとしても、それによって第三者との法律関係を確認対象とする場合の確認の利益を基礎づけることはできないのではないかと考えられる。

そもそもライヒスゲリヒトの上記判例の事案においては、（原告の法的地位としての）原告らと被告劇場協会との間に何ら想定される法律関係がないようである（原告と第三者（被告劇場協会の構成員である各劇場）との間にしか想

---

20） RG, Urt. vom 24. März 1930, RGZ 128, 92. 被告は、すべての重要な劇場が属する劇場協会であり、原告らは、これらの劇場に出演している歌手らである。被告の役員会が、被告の構成員である劇場に対して、指揮者、オペラ歌手に対して一定額以上の支払いをしてはならないことなどを義務付けることを決定した。そこで、原告らが、被告に対して確認訴訟を提起した。原告らが求めたのは、被告が第三者（構成員である劇場）に対して、一定額以上の報酬を出演者に支払うことを禁止する権限を有しないことの確認であり、被告と第三者との関係を問題とするものであり、当該第三者には、判決の既判力が及ばないものであった。

21） 伊藤眞「判決の機能と訴えの利益」判タ346号（1977年）12–13頁。そして、野村秀敏「紛争の成熟性と確認の利益(1)」判時1213号（1987年）12頁（同『予防的権利保護の研究』（千倉書房・1996年）所収）は、伊藤眞教授がいう波及効の場合にも、「判決が当事者と第三者間の紛争解決基準となる見込みが重視されているから、その所説は、抽象的な、あるいは将来の法律関係に関する確認を適法と認められる方向に進まれるように思えないではない」とする。

なお、ここでの議論とは全く異なるものの、遺言者生存中の遺言無効確認の利益について、既判力以外にも、原告の証拠保全の必要性というファクターを考慮できるという見解として、松村和徳「遺言無効確認の訴えに関する諸問題」中村英郎教授古稀祝賀『民事訴訟法学の新たな展開(上)』（成文堂・1996年）199–200頁がある。

定できない)。そうであるとすると、原告が保護を求める法的地位として、原告と「被告との間」の法律関係を要するという私見では確認の利益は否定すべきであったと考えられる。この場合は、原告らと各劇場との間の給付訴訟等を行う可能性について、まず検討すべきであるようにも思われるが、この点については現段階ではまだ十分な検討ができていない。

## 第3　判例

### 1　分析の視角

ここでは、当事者の一方と第三者との法律関係が確認対象とされた判例について前記第1、2で指摘した各問題の観点から検討していく[24)]。ただし、第三

---

22)　新堂＝福永編・前掲注5）60頁〔福永〕は、「事実上の効果を考慮するとするならば、一体、どの程度の効果が及べばよいのか、なぜ当該第三者との間で訴訟をするということを考えないのかなどということが問題となろう。これらについては検討が不十分であるので、断定は避けるが、原則としては否定的に解すべきであり、かりに認めるとしても、事実上の効力が明白･顕著であり、かつ、他に適切な手段がないという場合に限るべきであろう。」としている。また、伊藤隼・前掲注2）40-41頁は、第三者が判決を尊重する期待の程度を厳密に測定して具体の事案ごとに確認の利益の有無を判断していく手法もあり得るところと思われる、としつつも、そもそも期待ありと言い得るための要件や、その期待の調査・確定の方法、確定判決後に第三者がそれに反する行動に出た場合の帰結等の問題が残り、いったん第三者が判決に従う旨を表明しても、後に前言を覆す可能性は否定できず、その場合に確認判決が何らの効力を持たないとすると、確認の訴えの有効適切性には疑義が生じることなどを指摘した上で、少なくとも、期待に依拠した考え方が不安定な部分を抱えることは否めないとする。

なお、最判解民事篇令和2年度(下)532-533頁〔笹本哲朗〕注17は、「第三者」が確認判決に従った行為を行うことが見込まれるかではなく、令和2年最判の事案の下で、被告Yが第三者Zに対する損害賠償請求権を有しないとの確認判決を受けると、被告Yが第三者Zに対する損害賠償請求権の行使を控えるという事実上の抑止効果によって、即時確定の利益が基礎づけられるのかは、判例上これを是認した例も見当たらず、疑問であるとしている。越山和広「判批」民商157巻6号（2022年）1197-1198頁も、令和2年最判を「原判決とは異なり、確認判決が有する事実上の影響力をベースについて確認の利益の存在を基礎づけることについては、厳格にこれを否定する立場に立つ」ものと理解する。

23)　伊藤眞・前掲注21）13頁。

者に対する既判力以外の事実上の効果によって確認の利益が認められるかについては、判例でも直接議論されたものはないようであり、また、そのような事実上の効果によって確認の利益を認めた判例も、調査した範囲では見当たらなかった。判決から事実関係が明らかにならないものについては、やむを得ず除外して検討している[25)]。

## 2　判例の分類方法

当事者の一方と第三者との間の法律関係を確認対象とする判例は、大きく分けると、(a)被告と第三者との間の法律関係の存否が確認対象である場合、(b)原告と被告との間で、第三者である債務者に対する同一債権の帰属が争われる場合（自称債権者間のケース）に分けられる。それ以外のケースは、調査した範囲では見当たらなかった。

ここで指摘できることは、原告と第三者との間の法律関係が確認対象となる場合には、基本的に、同一の債権の帰属をめぐる自称権利者間のケース(b)類型に属することになり、それ以外は、すべて被告と第三者との間の法律関係を確認対象とする(a)類型に属することである。したがって、本稿の問題意識である前記第1、2の各問題の観点が重要になるのは、(a)類型のみであることも指摘しておく。その意味では、第三者との間の法律関係を確認対象とする場合としては、(a)類型と(b)類型は、確認の利益の観点からは全く異なるものであって、本稿では、(a)類型を中心に検討する。

(b)類型の場合は、実質的には原被告間での同一債権の帰属の争いであるが、事柄の性質上、確認対象を、原告と第三者（債務者）との間の債権の存在とせざるを得ない（後記第4、2(1)参照）。また、(a)類型では問題となり得る、確認対象と（原告の法的地位としての）原告の被告との間の法律関係との先決関

24)　第三者との権利・法律関係を確認対象とする判例の詳細については、安達・前掲注19) 5–6頁、工藤敏隆「判批」法学研究95巻1号（2022年）142頁以下参照。

25)　例えば、最判昭和37年8月28日集民62号289頁等は事案が明らかでないため本稿では検討対象としていない。

係を検討する必要がない。なぜなら、(b)類型においては、事柄の性質上、そもそも同一債権が当事者の一方に帰属すれば、他方には帰属しないという択一関係にあるからである。

さらに、遺言無効確認訴訟が、(b)類型（自称債権者間のケース）として議論されることはないが、遺言無効確認であっても、預貯金債権等について、遺贈や「相続させる」旨の遺言がされている場合には、受遺者および「相続させる」旨の遺言により財産を取得する相続人（以下、あわせて「受遺者等」ともいう）と（受遺者等ではない）相続人との間で、預貯金債権等の帰属を争うという意味では、実質的に(b)類型に分類され得る。そこで、本稿では、(b)類型に属する場合の遺言無効確認の訴えについても補論として検討することとしたい。なお、遺言として含まれ得る内容はさまざまなものがあり得るが、特に指摘のない限り、本稿で検討する遺言無効確認訴訟は、上記のとおり、遺言で預貯金債権等の遺産共有の対象となる債権について、遺贈または「相続させる」旨の遺言がされている場合を前提とし、かつ、さしあたり遺言執行者がいない場合を前提とする。

### 3　判例の検討結果から得られた結論

ここで判例の検討を踏まえて得られた結論について先に触れておく。

判決の帰結に疑問があるものを除くと、以下のようにいうことができる。すなわち、被告と第三者との法律関係が確認対象とされている場合、これを先決関係とする、原告の被告との間の法律関係がない場合には確認の利益は否定されている。また、被告と第三者との法律関係が確認対象とされている場合、これを先決関係とする、原告と「第三者との間」の法律関係があっても、確認の利益が否定されている。

他方で、被告と第三者との法律関係が確認対象とされている場合、これを先決関係とする、原告と被告との間の法律関係がある場合でも、原告が被告に対して、その法律関係に基づいて給付訴訟、または、その法律関係を確認対象とする確認訴訟ができる場合には、確認の利益が否定されている。逆に、確認の

利益が認められるのは、原告が（原告の法的地位としての）被告との間の法律関係を有していても、その法律関係に基づく給付訴訟ができず、かつ、将来の債務不存在確認の利益の有無等の問題があるために、原告と被告との間の法律関係を確認対象とする確認訴訟も困難である場合であり、被告と第三者との法律関係を確認対象とせざるを得ない場合であったといえる。

## 第４　当事者の一方と第三者との法律関係を確認対象とする判例

### １　被告と第三者との間の法律関係の存否等を確認対象とする場合（(a) 類型）

(a)類型に属する判例は、さらに次のように分類することができる。

①（原告の法的地位としての）原告の被告との間の法律関係に基づく給付訴訟またはこれを確認対象とする確認訴訟が可能である場合、②（原告の法的地位としての）原告の被告との間の法律関係がそもそもない（想定できない）場合に分類することができ、多くの判例は①に属する。以上の場合には、判決の帰結に疑問があるものを除くと、確認の利益がいずれも否定されている。

これに対して、③（原告の法的地位としての）原告の被告との間の法律関係に基づく給付訴訟またはこれを確認対象とする確認訴訟ができない、あるいは困難である場合には、確認の利益が肯定されている。この場合には、確認対象が、原告の被告との間の法律関係の存否等を左右する先決関係にある。

#### (1)（原告の法的地位としての）原告の被告との間の法律関係に基づく給付訴訟またはこれを確認対象とする確認訴訟が可能である場合

ア　不動産の占有権限を有すると主張する原告が、被告と第三者との間の当該不動産の売買契約、贈与契約等の無効確認を求める場合として、大判大正13年7月15日民集3巻356頁、最判昭和39年9月17日判時388号29頁、最判昭和42年12月12日集民89号365頁がある。前提として、そもそも確認対象が法律要件の位置づけであることが問題になり得るが、ここでは確認対象となり得るという前提で検討する[26)]。

大判大正13年7月15日民集3巻356頁[27)]では、Xが主張する地上権が仮に存

在していても、端的に、Xは、Yに対して当該地上権存在確認の訴えを提起すれば足りる（XのYに対する地上権存在確認の訴えにおいて、Xが勝訴するためには、Yが登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者ではないという必要があるが、その前提問題となる、区とY（の先代）との売買契約が無効であることは、理由中の判断になるにすぎない）。したがって、本件売買契約無効確認訴訟には確認の利益はない。なお、区とYとの本件売買契約の効力いかんと、Xの地上権の「存否」自体とは先決関係にはない。本件売買契約が有効である場合には、Yが（Xの地上権）登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者（民法177条）に当たる限り、YにXが地上権を「対抗できない」にすぎない。

このように、原告の法的地位として主張される権利が物権である場合には、被告との間で、当該権利を確認すればよいのが通常であるため、被告と第三者

---

26） 遺言や売買契約は、（過去になされた）法律行為であって、法律行為の有効・無効は、当該法律行為が有効または無効であるがゆえにそこから生ずる現在の法律関係とは別個に観念することができ、ここでの法律行為は、法律関係を発生させる法律要件という位置づけである。さらにいえば、法律行為自体は、たとえ過去になされたとしても、その有効・無効の確認は現在の時点で判断されるものであることにも注意しなければならない（中野貞一郎「遺言者生存中の遺言無効確認の訴え」奈良法学会雑誌7巻3・4号（1995年）63頁、伊東乾「判批」民商67巻2号（1972年）321頁。なお、山木戸克己「法律行為の効力確認訴訟の適法性」同『民事訴訟法論集』（有斐閣・1990年）107頁（八幡大学論集23巻1-3合併号（1972年）初出）も参照）。

そのため、現在では、法律行為の効力も確認訴訟の対象となり得ると解されている。山木戸・前掲108-109頁、中野貞一郎「確認訴訟の対象――『事実』はどこまで対象適格をもつか――」同『民事訴訟法の論点Ⅱ』（判例タイムズ社・2001年）45-46頁（判タ876号（1995年）初出）。学説では、過去の法律行為と過去の法律関係をあまり区別することなく、過去の法律関係を確認対象とする場合には原則として確認の利益が否定されるが、例外的に、現在の権利・法律関係の個別的な確定が必ずしも紛争の抜本的解決をもたらさず、それらの権利・法律関係の基礎にある過去の基本的な法律関係を確定することが、現に存する紛争の直接かつ抜本的な解決のため適切かつ必要と認められる場合には、過去の法律関係を対象とする場合にも確認の利益が肯定されると解されている（例えば、新堂・前掲注5）274-275頁等。最大判昭和45年7月15日民集24巻7号864頁の大隅健一郎判事の補足意見参照。）。

との売買契約等の無効確認の利益を認める必要はないということである。

また、被告と第三者との不動産の売買契約の無効を前提とはしているが、確認対象が被告の当該不動産の所有権確認であり、原告の法的地位が賃借権、使用貸借権である場合も、同様に確認の利益が否定されている。

原告の法的地位が、原告の被告に対する使用貸借である場合として、最判昭和39年9月17日判時388号29頁[28]がある。法人である被告農業協同組合の構成員である原告らとしては、請求認容されるかはともかく、被告国に対しては、土地明渡債務不存在確認や使用貸借権存在確認の訴え、被告農業協同組合に対しては、使用貸借権存在確認の訴えによることができる。なお、原告らが、被告農業協同組合に対して有する（と主張する）権利は、原審判決の認定によると、本件土地の使用貸借権であり（しかも解除によって終了している）、上告理由で主張されている被告農業協同組合に対する権利も含めて、被告農業協同

---

27） 本件の事案は、下記のとおりである。区民であるX（原告・控訴人・上告人）が、区有財産である山林を、当時の村長が所定の手続（区会決議）を経ずにY（被告・被控訴人・被上告人）の先代に売り渡し（本件売買契約）、その後Yが家督相続により本件山林につき承継取得して登記を具備した。Xは、本件売買契約が処分権限のない者によるものであって無効であるとして、本件売買契約の無効確認訴訟を提起した。Xが自己の権利として主張するのは、地上権（登記なし）、伐採・下草刈取の入会権、区民として本件山林の収益・処分上の利益の配当分配を受ける権利、および町村制の規定に基づき本件山林上に「特種の権利」だけであった（後二者の権利は内容が不明であり、入会権についてもここでは触れないこととする）。村長が所定の手続を経ずに売買する場合には当該売買契約が無効になるのか、また、仮にそうであっても区民がその無効主張できるかは実体法上解釈が問題になりそうであるが、どのような法律によるかが調査できていないため検討はしない。

本判決では、確認の利益以外に、「自己ノ名ヲ以テ訴訟ヲ實施スルノ權」（当事者適格）が必要であることを前提とする判旨となっており、「上告人ハ其ノ無效確認ヲ求ムル賣買ニ基ク法律關係ニ付當事者タルニ非サルハ勿論該法律關係ニ付訴訟ヲ爲スノ適格ヲ有スル者ニ非スト謂ハサルヲ得ス」と述べている。

28） 本判決および原審判決（東京高判昭和38年2月6日東高民14巻2号15頁）から判明し得る範囲では、以下のような事案である。農業協同組合の組合員らの一部が、農業協同組合と国との間の本件土地の売買契約が無効であるとして、農業協同組合および国を共同被告として、本件土地が農業協同組合の所有に属することの確認を求める訴えを提起したが、本判決は、確認の利益を欠くとした原審判決を維持している。

組合の本件土地所有権の存否を先決関係とするものはなかった。

原告の法的地位が、原告の被告に対する（建物所有目的ではない）賃借権である場合として、最判昭和42年12月12日集民89号365頁[29]があるが、これも前掲最判昭和39年9月17日と同一のことが妥当する。上告理由から推察するに、原告らは、農地法等の一部を改正する法律（平成21年法律第57号）による改正前の農地法3条2項1号が、小作地については、その小作農およびその世帯員等以外の者が所有権を取得しようとする場合には知事が許可をすることが原則としてできないことが規定されていたため、実際には農地である土地が非農地として譲渡がされて所有権移転登記が経由されるような場合には、小作農としては、当該小作地の売買契約が無効であって、なお元の所有者が所有権を有する旨の確認判決を得ることによって、間接的に小作農への譲渡を強制することを考えていたようであるが、確認の利益の枠組みからは本判決のような判断にならざるを得ない[30]。

イ　後順位抵当権者が、先順位抵当権者が有する被担保債権の不存在確認を求める場合

仙台地判昭和31年6月12日下民集7巻6号1541頁[31]では、「そこで先ず原告の債権不存在確認の訴の適否につき考えるに、第三者の立場にある原告が、債権者および債務者双方を被告として、右両者間における債権債務の不存在確認を求め、勝訴したとしても、この判決は、被告等間における債権債務の存否につき何等確定力をおよぼさず、原告としてもかかる判決を得るにつき何等の利

29）　必ずしも事案が明らかではないところがあるが、判決文から判明する限りでは以下のような事案である。すなわち、原告らが被告町から賃借して耕作していると主張する本件土地につき、知事の許可なく被告Aら所有地と本件土地との交換契約が被告Aらと被告町との間でなされ、本件土地が被告Aらに譲渡されたとして、原告らが、交換契約の当事者である被告らに対して、譲渡人である被告町が本件土地の所有権を有することの確認を求める訴訟を提起したという事案である。そもそも原審判決でも本件土地が農地であったか、原告らと被告町との間の賃貸借契約が有効であるかについて認定がされていない。本判決では、仮に原告が被告町に対して有効な賃借権を有していたとしても、という仮定の下でも、原告らは確認の利益を欠くとした原判決が維持されている。

益も有しないのを通例とするが、被告等間の債権債務の不存在が、原告より被告等に対する他の請求の前提となる場合であつて、しかも右債権債務の存否につき争あるときは、中間確認の訴における場合と同じく、その確認判決を求め得るものと解することができる。そこで本件を見るに、原告の請求の主眼は寧ろ抵当権実行の禁止即ち競売手続の阻止にあり、債権不存在の確認は、その理由として副次的に主張され、しかもこの主張は抵当権実行禁止の請求の先決問題をなし且つ被告等はその存否を争つているから、本訴は適法であるといわなければならない。」としている[32)]。

本判決からすると、確認対象自体が、被告の一方と第三者との間の法律関係であっても、それが原被告間の法律関係の先決問題である場合には、確認の利益はあるということになりそうである。

しかし、そもそも一番抵当権不存在確認の訴えが可能であり、二番抵当権者

---

30） 以上の事案とは若干異なるものであるが、便宜的にここで大判昭和10年12月10日民集14巻2077頁を見ておく。これは、以下のような事案である。X（原告・被控訴人・上告人）ら所有の原野と隣地であるY1（被告・控訴人・被控訴人）所有の原野の境界について、XらのY1に対する境界確定の訴えが係属中に、Y1がY2（被告・控訴人・被控訴人）に当該隣地を売り渡したところ、XらがYらに対して、当該売買契約が虚偽表示であるとしてその無効確認を求めた事案である。本判決が、「今此ノ種ノ訴ハ原告ト被告トカ相隣地所有者ナルコトヲ前提トスルヲ以テ此ノ點ニ爭アルトキ（例ヘハ被告カ當該土地ノ自己ノ所有ナルコトヲ否認スルコト）ハ中間確認ノ判決ヲ求ムルヲ得ルハ論無キト共ニ（民事訴訟法第二百三十四條）別訴ヲ以テ原被告ハ相隣地所有者ナルコトノ確認ヲ求ムルコトモ亦之ヲ妨ケス」としているように、本件では例外的に、Xらは、Yらに対して、Y1が隣地の所有者であることの確認を端的に求めることができると解される。そのため、Xらは、当該売買契約の無効確認につき確認の利益はないというべきである。

31） 被告Y3所有の不動産（本件不動産）に二番抵当権を有し、その旨の登記を経由した原告Xが、登記を具備する一番抵当権者かつその被担保債権（本件被担保債権）の債権者である被告Y1・Y2と、債務者である被告Y3が、通謀虚偽表示によって、本件被担保債権があるものと仮装した上、本件不動産の一番抵当権設定登記を行ったものである、そうでなくても本件被担保債権は当初から存在しない、あるいは存在するとしても弁済によって消滅したから一番抵当権設定登記は無効であるとして、Yらに対して、本件被担保債権の不存在確認、Y1・Y2に抵当権設定登記抹消登記手続、当該抵当権実行禁止を求めた事案である。

としては、一番抵当権の被担保債権自体の不存在を確認することは通常必要ではないため、他に何らかの事情があればともかく、本件被担保債権の不存在確認の訴えには、確認の利益がないというべきである。したがって、ここでも、被担保債権の不存在確認ではなく、一番抵当権不存在確認を端的に求めるべきであろう[33]。中間確認の訴え（民事訴訟法145条）において、同条所定の要件を充足する限り、確認の利益を不要とする判例・多数説[34]によれば、中間確認の訴えで請求することはできる。本件被担保債権の存否は、抵当権実行禁止請

32） 一番抵当権の被保全債権の不存在確認および当該抵当権設定登記抹消登記手続を求めた類似の事案として、大判昭和15年5月14日民集19巻840頁がある（ただし、二番の抵当権者の共有者の1人のみが訴訟提起した事案である）。

これに対して、大判昭和8年11月7日民集12巻2691号は、一番抵当権の不存在確認、その被担保債権不存在確認、抵当権実行禁止等を求めるのではなく、原告が一番抵当権を有することの確認を求めるべきであるとして釈明権の不行使、審理不尽を理由として事件を原審に差し戻した。ただし、後者の判決では、一番抵当権の不存在確認をすべきか、原告が一番抵当権を有することの確認をすべきかが中心に論じられていて、被担保債権不存在確認については検討されていない。

この後者の判例に対しては、学説上批判が多い。高橋・前掲注5）372–373頁参照。これに対して、岡庭幹司「判批」横浜国際経済法学21巻2号（2012年）215号以下は、後者の判決について、当該事案に即して検討する限り、学説の批判は必ずしも本判決に妥当しないとする。岡庭・前掲は、被告が実体的には本件不動産につき（二番）抵当権を取得しているという前提に立ち、抵当権設定者兼債務者との関係で当該抵当権を実行することができるから、二番抵当権者とされている原告が、一番抵当権の譲渡を受けて登記を経由した被告に対して、当該抵当権不存在確認や実行禁止請求をしても、請求棄却となるため、原告が一番抵当権者であることの確認を求める訴えに変更するように釈明すべきであるというのである。しかし、このように解するためには、後者の判決の事案において、流用された一番抵当権登記が（二番）抵当権設定登記として有効であり、その附記登記も有効であるという前提であることが必要になるのではないかと思われる。しかし、この事案は、当該登記が流用される以前から、原告は二番抵当権者であって登記も具備していたため、利害関係を有する第三者たる原告が流用段階で存在していた事案である。流用された一番抵当権設定登記および被告の附記登記も（そもそも二番抵当権設定登記としてさえ絶対的）無効となるのであれば、被告が譲り受けた抵当権につき有効な対抗要件がないとして、抵当権不存在確認請求および抵当権実行禁止請求は請求認容となるのではないかと考えられる（柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法(9)〔改訂版〕』（有斐閣・2015年）27–28頁〔高木多喜男〕。なお、岡庭・前掲は、登記の流用については立ち入らないとしている。）。

求（および一番抵当権設定登記抹消登記手続）の先決問題となり、本件被担保債権が存在しなければ、これらの請求がいずれも認容されるという関係にあるといえる[35]。

この問題を、別の観点からみてみると、以下のようにいうことができる。すなわち、同一債務者Cに対して、Aが甲債権、Bが乙債権を有するという場合に、Aは、Bを被告として、乙債権の不存在確認の訴えを提起する場合には、

---

33） 広島高松江支判昭和48年8月31日判タ307号195頁も、二番抵当権者が、一番抵当権者に対して、一番抵当権の被担保債権（訴外所有者兼債務者に対する債権）の不存在確認を求めたことに対して、端的に一番抵当権の不存在確認を求めれば足りるはずであることを指摘する。

なお、大判昭和8年6月20日民集12巻1597頁は、建物を譲り受けた原告が、当該建物上の被告名義の各抵当権設定登記に係る各被担保債権がいずれも消滅しているとして、各被担保債権不存在確認および各抵当権設定登記抹消登記手続請求をした事案ではあるところ、本判決は、被担保債権の当事者（債務者、保証人、債務引受人）ではない原告は、抵当権抹消登記手続請求をすれば足り、第三者と被告との間の被担保債権の不存在を確認請求の必要がないとして、被担保債権の不存在確認については、中間確認の訴えによるべきであるとする。

34） 中間確認の訴えに、確認の利益（即時確定の利益）を要するかについては、見解が分かれている。民事訴訟法145条所定の要件を充足する限り、確認の利益を不要とする見解として、前掲大判昭和8年6月20日民集12巻1597頁、斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法(6)〔第2版〕』（第一法規出版・1993年）338頁〔斎藤秀夫＝加茂紀久男〕、新堂幸司＝福永有利編『注釈民事訴訟法(5)』（有斐閣・1998年）283頁〔清田明夫〕、菊井＝村松原著、秋山ほか・前掲注13）222頁、高田裕成ほか編『注釈民事訴訟法第3巻』（有斐閣・2022年）320–321頁〔中山幸二〕等がある。これに対して、兼子・前掲注5）380頁、三ケ月章『民事訴訟法』（有斐閣・1959年）67頁、高橋・前掲注5）364頁注19等は、なお確認の利益を要すると解する。

なお、前提として、兼子原著、松浦ほか・前掲注5）842頁〔竹下守夫＝上原敏夫〕は、先決関係にあれば、当事者間ではなく他人間の法律関係も、中間確認の訴えの対象になり得るとしている。本稿でも、当事者の一方と第三者との法律関係も、中間確認の訴えの対象になり得るという前提で論ずる。

35） 中間確認の訴えの要件である先決関係の内容については、見解の対立があるが、少なくとも抽象的先決関係説でいう理論上の先決関係は充足する。学説については、斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法(6)〔第2版〕』（第一法規出版・1993年）339–340頁〔斎藤秀夫＝加茂紀久男〕、菊井＝村松原著、秋山ほか・前掲注13）222–234頁参照。

原則として確認の利益はないと解される[36]（同一債務者に対する債権ではない場合はなおさら確認の利益はないであろう）。むしろ、問題は、同一債務者C所有に係る不動産に、AとBが順位を異にする抵当権をそれぞれ有して登記を具備する場合に、一方の抵当権が（被担保債権の消滅等によって）不存在である場合に、他方の抵当権者が不存在確認することがここでの問題なのである[37]（後順位抵当権者が先順位抵当権者の不存在確認を求めるのが通常であろうが、先順位抵当権者であっても、存在しないはずの後順位抵当権者が申し立てる競売手続の実行を阻止する必要がある場合には、後順位抵当権の不存在を確認する利益があり得ると考えられる）。

これに対して、抵当目的物の所有者兼債務者が抵当権者に対して抵当権抹消登記手続等を求める場合の、被担保債権の不存在確認は、原被告間の法律関係

---

36） 山本弘・前掲注11）1562-1563頁参照。同頁は、この場合、原告（A）自身の法律関係であるところの債権は、第三者（B）がそれを否認するときであっても、彼らとの関係でその存否を確認することは全く無意味であること、原告（A）の債権は、他人が当該債権を自己のものであると主張する場合を除いては、第三者（B）によっては侵害されないし、第三者（B）の法律関係の存否を条件とする原告（A）自身の法律関係は存在せず、原告（A）の債権は、これらの第三者（B）の法律関係（債権）の存在とは無関係であることを的確に指摘する。兼子原著、松浦ほか・前掲注5）780頁〔竹下守夫〕、賀集唱ほか編『基本法コンメンタール民事訴訟法2〔第3版追補版〕』（日本評論社・2012年）16頁〔松本博之〕も、債権者代位権を行使する場合を除き、債権者は、当然には債務者と第三者との権利関係の存否について確認の利益を有しないとする。

前掲広島高松江支判昭和48年8月31日判タ307号195頁も、「同一の債務者に対して債権を主張する者同士の間でその債権の存否をめぐつて争いがある場合でも、配当異議訴訟のように債権者同士の利害が直接に衝突する局面を生じた場合は別として、一般には、右の紛争は債務者が当該債権者に対して債務を負担するかどうかを債務者と当該債権者との間で既判力をもつて確定するのでなければ最終的な解決に到達できないのであるから、他の債権者の債権の存在を争う債権者は、債権者代位の要件が備わつている場合にこれによつて債務者に代つて債務不存在確認請求をなすのは格別、債権者たるの地位に基づいて当然に他の債権者の債権の不存在の確認を求めるにつき利益を有するものではないというべきである。」と述べている（ただし、「債権者代位の要件が備わつている場合にこれによつて債務者に代つて債務不存在確認請求をなす」ことが可能かは検討を要するように思われる。）。

として、原則として確認の利益があるため、区別して論ずるべきと考える。

ウ　原告と被告との間で、被告の第三者に対する特許権侵害に基づく差止請求・損害賠償請求権不存在確認を求める場合

（ア）　まず、東京地判平成15年10月16日判タ1151号109頁を重要な判例としてあげる。

X（原告）およびY（被告）は、いずれも日本法人であるが、Xは、日本国内で造礁サンゴ化石を粉砕したサンゴ化石微粉体（原告製品）を製造して、これを健康食品として販売し、米国にも輸出販売していた。Yは、サンゴ砂を利用した健康増進のための組成物等の発明について米国特許権を有する。この事件では、原告は、①（請求の趣旨第1項）原告による米国内における原告製品の販売につき、被告が米国特許権に基づく差止請求権を有しないことを確認する、②（請求の趣旨第3項）原告の米国内の取引先による米国内における原告製品の販売につき、被告が米国特許権に基づく差止請求権を有しないことを確認することを求めていた（これ以外の請求については省略する）。本件では、原告製品が被告の米国特許権の技術的範囲に属するか、米国特許権には無効事由があるかが争われており、米国内において原告製品を販売することが米国特許権を侵害するか否かが主要争点であったが、被告は、上記①②に関して国際裁判管轄とともに、確認の利益を争っていた[38)]。確認の利益は実体法にも関わる問題ではあるが、本判決は、令和2年最判と同様に、確認の利益について法

37）伊藤隼・前掲注2）42–43頁は、二番抵当権者が、一番抵当権者による抵当権実行禁止を求める必要がある場合と、抵当権実行禁止とは無関係である場合とを分けて、前者の場合には、二番抵当権者による一番抵当権不存在確認の訴えにつき、確認の利益が肯定できるが、後者の場合には、二番抵当権者は、一番抵当権者に対して一番抵当権設定登記抹消登記手続請求をすれば足りるので、一番抵当権不存在確認の訴えにつき、確認の利益が否定されるとする。しかし、後者の場合であっても、二番抵当権者による一番抵当権不存在確認の訴えにつき、確認の利益は認められる。なぜなら、一番抵当権設定登記抹消登記手続請求をしても、一番抵当権の不存在には既判力は生じない上、後順位抵当権者としては、先順位抵当権が不存在であれば自分の順位が上昇することになるため、先順位抵当権が不存在であることにつき確認する必要があるからである。

廷地法を前提としているようである。

本判決は、下記のとおり判示して、②請求の趣旨第3項の請求につき確認の利益を否定した。すなわち、「請求の趣旨第3項は……米国における原告の取引先と被告という、本件訴訟当事者以外の第三者と被告との間の法律関係についての確認を求めるものである。確認の訴えは、一定の法律関係についてこれを確定させることが被告との間の紛争を解決するために必要かつ適切である場合にのみ、即時確定の利益が存在するものとして、当該訴えを提起することが許されるものである。訴訟当事者以外の第三者の法律関係に関する確認の訴えについては、常に確認の利益が否定されるわけではなく、当該第三者の法律関係が原告の権利義務に直接影響を与える場合には、確認の利益が肯定されることもあり得るというべきであるが、本件は、原告製品が本件米国特許権の技術的範囲に属するかどうかをめぐる原告と被告との間の紛争であり、これは請求の趣旨第1項（原告による米国内における原告製品の販売につき、被告が本件

38） 本件は、国際裁判管轄に関する民事訴訟法及び民事保全法の一部を改正する法律（平成23年法律第36号）による改正前の事件であるが、同改正でも、特許権侵害に基づく差止請求・廃棄請求、損害賠償請求については特に規定は設けられてはいない。外国特許侵害に基づく差止請求権・廃棄請求権、損害賠償請求権の国際裁判管轄については、最判平成14年9月26日民集56巻7号1551頁〔カードリーダー事件〕（米国特許権に基づく差止請求権・廃棄請求権、損害賠償請求権が請求された事案であるが、日本の裁判所に国際裁判管轄権があることを前提としている）、髙部眞規子「特許権侵害訴訟と国際裁判管轄」牧野利秋判事退官記念『知的財産法と現代社会』（信山社・1999年）130頁以下、茶園成樹「外国特許権侵害事件の国際裁判管轄」工所21号（1998年）73-74頁等。本判決である前掲東京地判平成15年10月16日は、米国特許権の無効が主張されている場合にも、日本の国際裁判管轄を認めている点でも重要である。

準拠法については、ここでは検討することはできないが、前掲最判平成14年9月26日は、特許権侵害に基づく差止請求権・廃棄請求権の準拠法は、当該特許権の成立や範囲、その侵害の有無という特許権の効力に関するものとして、当該特許権と最も密接な関連を有する登録国法によるとしている。これに対して、特許権侵害に基づく損害賠償請求の準拠法については、見解の対立があるところ、ここでは、当該特許権の成立や範囲、その侵害の有無という特許権の効力に関しては、登録国法により判断されるのは同様であるが、いったん侵害があるとされた場合に当該侵害が不法行為に該当するか否かは、不法行為の準拠法によって判断されるものと考える。

特許権に基づく差止請求権を有しないことを確認する。）により解決されるべきものである。また、仮に請求の趣旨第3項につき判決がされたとしても、被告と米国における原告の取引先との間に何らかの法的効果を生ずるものではなく、当該判決の既判力により被告が当該取引先に対して米国等の裁判所において差止判決を得ることを阻止し得るものでもない。上記によれば、請求の趣旨第3項に係る訴えについては、訴えの利益が存在するということはできない。」（傍点は筆者が付した）と判示する。

本件の場合、（原告の法的地位としての）原告の被告との間での法律関係としては、被告の原告に対する米国特許権に基づく差止請求権の存否があり、そもそもこれが請求の趣旨第1項となっている。なお、請求の趣旨第1項と請求の趣旨第3項のいずれの差止請求権の存否も、原告製品が被告の米国特許権の技術的範囲に属するかなどの共通の争点にかかわるため、被告の米国特許権の侵害が認められれば、いずれの差止請求権も認められ、侵害が認められなければ、いずれの差止請求権も認められないという関係にはある。しかし、被告の原告取引先に対する差止請求権の存否自体が、被告の原告に対する差止請求権の存否を左右するわけではない。

これに対して、被告が米国内の原告取引先に対して、米国特許権に基づいて差止請求できるとすると、原告が当該取引先から損害賠償請求を受けることになるという、原告と第三者（原告取引先）との間の法律関係が、確認の利益における原告の法的地位となるかについて検討する[39)]。しかし、原告が保護を求める原告の法的地位を、第三者の原告に対する損害賠償請求権の存否ととらえる場合、これに対する危険・不安は、被告の当該第三者に対する差止請求権の存否を「被告に対する関係で」確認しても、何ら除去されない。なぜなら、当事者となっていない第三者には、確定判決の既判力が及ばないため、当該第三者との間でも被告の当該第三者に対する差止請求権の存否が確認されなければ、結局、当該第三者から原告が損害賠償請求権を行使されるという危険・不安は何ら除去されないからである。

以上の検討からもわかるとおり、確認の利益において問題となる「原告の法

的地位」を原告と「第三者との間」の法律関係ととらえても、その既判力が当該第三者に及ばないために、これに対する危険・不安が何ら除去されないことから、それを原告の法的地位とすることができない。やはり、確認の利益において問題となる「原告の法的地位」とは、原告と「被告との間」の法律関係である必要があるといえる。そういう意味でも、三ケ月章教授の指摘[40]および山本弘教授の指摘[41]が非常に重要である。原告の被告との間の法律関係を「確認対象」としなければならないとしたHellwigの見解[42]も、(「確認対象」ではなく）原告の法的地位という観点から見た場合には、あながち間違いではないということが指摘できるであろう。以上の点は、別の形で、令和2年最判にもかかわる非常に重要な点であって、後記(イ)で再度検討する。

（イ） 次に令和2年最判について検討する。令和2年最判は、事案が若干込み入っているため、確認の利益に関連する限度で、ここでは簡潔に述べることとする。

a 日本法人Y（被告、被控訴人、上告人）は、発明の名称を「樹脂フィルムの連続製造方法及び装置及び設備」とする特許（その日本国特許を「本件日本特許権」、米国特許権を「本件米国特許権」、両者を併せて「本件各特許権」

39） なお、原告は、被告が米国内の原告取引先に対して、米国特許権に基づいて差止請求できるすると、原告は、当該取引先から損害賠償請求を受けることになると主張していたが、これに対する直接の判示はないようである。

確認の利益に関する原告の主張については、下記のとおり判示がされている。すなわち、「原告は、請求の趣旨第3項につき確認判決がされれば、原告は、米国内での原告取引先に対し、自由に原告製品を販売することができ、原告と取引先の営業上の信用が回復されるから、確認の利益は存在する旨主張するが、上記のとおり、仮に請求の趣旨第3項につき判決がされたとしても被告と米国における原告の取引先との間に何らの法的効果も生じないものであるから、原告の主張する事情は、単なる事実上ないし反射的な効果をいうものにすぎない。したがって、原告主張のような事情をもっては、即時確定の利益が存在するということはできない。」

40） 前記第2、2(1)参照。

41） 前記第2、3(2)参照。

42） 前掲注18）参照。

という）を有する（本件各特許権は、請求項の一部が樹脂フィルムの製造方法に関する、物を生産する方法の発明であり、残部が樹脂フィルムの製造装置および製造設備に関する、物の発明である）。日本法人X（原告、控訴人、被上告人）とYは、YがXに対し本件各特許権につき独占的通常実施権（本件通常実施権）を許諾する旨の実施許諾契約（本件実施許諾契約）を締結した[43]。Xは、上記許諾を受けた後、ポリイミドフィルム製品製造機械装置（本件各機械装置）を製造し、韓国法人Z（原告側補助参加人、控訴人側補助参加人、被上告人側補助参加人。当時はその前身である外国会社）に対して本件各機械装置を販売した。XとZ（の前身会社）は、上記売買契約において、Z（の前身会社）が本件各機械装置を使用することに関して、第三者からの特許権の行使により損害を被った場合には、Xがその損害を補償する旨の合意（本件補償合意）をしている（Zが上記売買契約に基づく権利義務を承継している。なお、本件補償合意は、売主が納入する物品やその使用方法等が第三者の特許権等を侵害しないことを保証する旨の条項ではなかった）。そして、Zは、韓国内において本件各機械装置を使用してポリイミドフィルム製品（本件各製品）を製造し、これを日本および米国に輸出するなどした。

Yは、本件実施許諾契約にはXが本件通常実施権に基づいて製造した機械装置をYの競合会社に販売することを禁止する特約（本件販売禁止特約）が付されていたから、Zによる本件各製品の製造販売等は、本件米国特許権（およびYが保有する他の米国特許権）を侵害する旨主張して、米国において、Z（およびその関連会社）に対して、損害賠償請求訴訟（別件米国訴訟）をテキサス州東部地区連邦地方裁判所に提起した（その後カリフォルニア州中部地区連邦地方裁判所に事件が移送された）。ただし、XY間の本件実施許諾契約の契約書自体には、本件販売禁止特約に係る条項はなかった。別件米国訴訟第一審では、

43） 本件で問題となる本件実施許諾契約の準拠法は、特許権の効力の準拠法とは別に考えられるところ、本判決では特に言及されていないものの、おそらく日本法が前提とされていると考えられる。

Zによる本件各製品の製造販売は、本件米国特許権を侵害するものであるなどとして、Zに対して、損害賠償を命ずる判決（別件米国判決）が言い渡された。日本での本件訴訟の提起後、米国連邦巡回区上訴裁判所は、別件米国判決を維持する旨の判決をした上、Zらによる再審理の申立て等を認めずに、別件米国判決が確定した。そのため、令和2年最判がされた時点では、別件米国判決は確定していたことになる（確定した別件米国判決が、民事訴訟法118条各号の要件を充足して自動承認されるとしても、YZ間にのみ別件米国判決の効力が及び、XY間には及ばない（訴外第三者にも効力を有するcollateral estoppelは度外視している）という前提で検討している））。

本件でXが求めた請求のうち、請求1（Yが、Xに対し、XがZに本件各機械装置を製造販売し、Zが本件各機械装置を使用して本件各製品を製造販売したことにより、本件各特許権を侵害したことを理由とする不法行為に基づく損害賠償請求権を有しないことを確認する）、請求2（Yが、Zに対し、XがZに本件各機械装置を製造販売し、Zが本件各機械装置を使用して本件各製品を製造販売したことにより、本件各特許権を侵害したことを理由とする不法行為に基づく損害賠償請求権を有しないことを確認する。）について取り上げるが、本稿の関心からは、請求2が重要なので、主として請求2のみに関する判示を検討する。本件では、本件販売禁止特約がない場合には、日本法でいえば消尽または黙示の許諾によって、YはZに対して本件各特許権の行使ができないことになるため、本件では、本件販売禁止特約の有無が争点であった[44]。

b　第一審（東京地判平成30年6月28日（平成29年（ワ）第28060号））では、請求2については「本件の当事者であるXとYとの間において、YのZに対する本件損害賠償請求権が存在しないことを確認する判決が確定したとしても、その判決の既判力はXとZとの間には及ばないから、XがZから求償されるおそれを除去することはできない。」として確認の利益が否定された。

これに対して、控訴審（知財高判平成30年12月25日（平成30年（ネ）第10059号））は、請求2につき確認の利益を認め、以下のように理由付けた。すなわち、(i)請求2の主文を導き出すためには、①Zによる本件各機械装置の

使用および本件各製品の製造販売が、本件各発明の実施行為等に当たるとの主要事実に係る認定および法律判断、②本件通常実施権を有するXが本件各機械装置を製造販売したことにより、本件各特許権の効力が、Zによる本件各機械装置の使用および本件各製品の製造販売には及ばないとの主要事実に係る認定および法律判断が必要である。①②の認定および判断は、XがYに対し、YがZに対し別件米国訴訟を提起したことにより、Xが補償することになる損害金相当額について、本件実施許諾契約の債務不履行に基づく損害賠償請求を導き出すに当たって必要となるから（今後、YがZに対し、本件日本特許権の侵害を理由とする損害賠償請求を提起した場合にも、同様である）、XのYに対

---

44） 本件日本特許権については、本件販売禁止特約がないことを前提とした場合、本件実施許諾契約に基づいて本件通常実施権を有するXが、物の特許の実施品である本件各機械装置を製造販売しており、それらをZが使用して本件各製品を製造販売している場合、本件各機械装置を使用することによって本件日本特許のうち方法特許を実施している。このような場合に、Zによる本件各機械装置の使用によって行われる、方法特許の実施について、特許権が「消尽」（消尽または黙示の許諾をあわせてここでは、括弧付きの「消尽」と表記している）するのかについて検討する必要がある。ここでは、十分に検討できないが、少なくとも本件各機械装置の使用のために方法特許の使用が必要となる場合には、Zによる方法特許の実施について特許権が「消尽」することになり、Zが方法特許を使用して生産、譲渡する本件各製品にも、本件日本特許権の効力は及ばないという前提で考察する。

最判平成19年11月8日民集61巻8号2989頁〔インクタンク事件〕の原審知財高判平成18年1月31日判タ1200号90頁が傍論として以下のように言及している。すなわち、「特許権者又は特許権者から許諾を受けた実施権者が、特許発明に係る方法の使用にのみ用いる物（特許法101条3号）又はその方法の使用に用いる物（我が国の国内において広く一般に流通しているものを除く。）であってその発明による課題の解決に不可欠なもの（同条4号）を譲渡した場合において、譲受人ないし転得者がその物を用いて当該方法の発明に係る方法の使用をする行為、及び、その物を用いて特許発明に係る方法により生産した物を使用，譲渡等する行為については、特許権者は，特許権に基づく差止請求権等を行使することは許されないと解するのが相当である。」（ただし、本件事案では、製造装置自体にも特許がある点が異なる）。また、後に述べる別件大阪判決①-1も、販売先に制限がなければ、Xから本件各機械装置を買い受けた第三者が、これを使用して樹脂フィルムを製造し、譲渡等をしても、被告は、当該第三者に対し、本件各特許権に基づく権利行使をすることはできないとして、消尽を認めている（控訴審である別件大阪判決①-2では、消尽については判断されていない）。

する上記権利法律関係を明らかにし、Xの地位の不安を除去するために有効適切である[45]。(ii) Xは、Zに損害を補償しなければならない可能性が高く、YがZに別件米国訴訟を提起したことにより、Xが補償することになる損害金相当額について、XがYに対し、本件実施許諾契約の債務不履行に基づく損害賠償請求等を求め得る権利法律関係を有するか否かについて、Xには現実の不安が生じている（今後YがZに対し、本件日本特許権の侵害を理由とする損害賠償請求を提起する可能性も充分に認められるから、本件日本特許権についても同様である）。以上の点を理由としている。

請求1の確認の利益については、上告受理決定で排除されているため、令和2年最判が判断したのは、請求2の確認の利益のみである。請求1については、令和2年最判で上告棄却判決がなされ、確認の利益があるものとして東京地裁に差し戻され、さらに、大阪地裁でのXのYに対する本件実施許諾契約の債務不履行等に基づく損害賠償請求事件と併合審理され（以下「別件大阪訴訟①」という）、大阪地判令和3年6月10日（平成30年(ワ)第5037号、令和2年(ワ)第10857号。以下「別件大阪判決①-1」という）およびその控訴審である知財高判令和5年10月4日（令和3年(ネ)第10061号。以下「別件大阪判決①-2」という）がされている[46]。

c　令和2年最判は、「本件確認請求に係る訴えは、被上告人が、第三者である参加人の上告人に対する債務の不存在の確認を求める訴えであって、被上告人自身の権利義務又は法的地位を確認の対象とするものではなく、たとえ本件確認請求を認容する判決が確定したとしても、その判決の効力は参加人と上告

45)　なお、控訴審判決では、②の認定および判断に当たっては、本件実施許諾契約の解釈が不可欠であり、販売禁止特約の有無を含む本件実施許諾契約の具体的な内容の主張立証については、Zよりも、契約当事者であるXの方が、これを充実して行うことができること、Yは、Zに対して、本件米国特許権の侵害を理由として別件米国訴訟を提起したのであるから、販売禁止特約の有無を含む本件実施許諾契約の具体的な内容という、別件米国訴訟の結論にも影響し得る争点について、現時点で、主張立証を求められることになっても、やむを得ないことも理由としてあげているように見えるが、この点は確認の利益には直結しないと考えられる。

人との間には及ばず、上告人が参加人に対して本件損害賠償請求権を行使することは妨げられない。そして、上告人の参加人に対する本件損害賠償請求権の行使により参加人が損害を被った場合に、被上告人が参加人に対し本件補償合

---

46） 第一審判決後、Xは、Yに対して、別件大阪訴訟①を提起しており、ZがX側に補助参加している。また、同日、Zも、Yに対して訴訟を提起し、①ZがY本件各機械装置を使用して本件各製品を製造販売したことに関し、YがZに対し本件各特許権侵害の不法行為に基づく損害賠償請求権をいずれも有しないの確認を求めるとともに、②YがZらに対して本件米国特許権等を行使して別件米国訴訟を提起したことが、不法行為または債務不履行にあたるとして損害賠償請求を求めており（以下「別件大阪訴訟②」という）、XがZ側に補助参加している。

別件大阪判決①-1では、請求1は認容されたが、不法行為または本件実施許諾契約の債務不履行に基づく損害賠償請求は棄却されている。この点は、令和2年最判でも、少なくともXのYに対する「本件実施許諾契約の債務不履行」に基づく損害賠償請求が将来的にできることを前提として述べているが、後述のとおり、仮にXがZに対して本件補償合意に基づく補償金を支払ったとしても、そもそも法律構成として、Yがどのような義務を本件実施許諾契約で負っているといえるのか、また、不法行為としてどのような構成をするのか自体が問題であった。控訴審の別件大阪判決①-2でも、不法行為または本件実施許諾契約の債務不履行に基づく損害賠償請求の棄却部分は維持されている（控訴審で請求拡張された部分も棄却されている。これに対して、第一審で請求認容された請求1については、Yが控訴審の第1回口頭弁論において、請求権を「放棄」すると陳述したため、確認の利益がないとして却下されている）。

別件大阪訴訟②につき大阪地判令和3年1月21日（平成30年（ワ）第5041号。以下「別件大阪判決②-1」という）、知財高判令和3年9月30日（令和3年（ネ）第10026号。以下「別件大阪判決②-2」という。）がされている。別件大阪判決②-2では、別件大阪判決②-1が維持されており、上記請求のうち①は訴え却下（本件米国特許権に基づく請求は国際裁判管轄権を否定すべき特段の事情（民事訴訟法3条の9）があるとされ、本件日本特許権に基づく請求は確認の利益がないとされた）、②はいずれも棄却されている。

本判決の評釈の範囲を超えるため、詳細は論じられないが、特に別件大阪判決②-1および同②-2における本件米国特許権に基づく請求については、以下の点に問題がある。第1に、別件大阪判決②-1の口頭弁論終結時には、別件米国判決が確定していたのであるから（別件大阪判決②-1では、上記請求の①の訴訟物および当事者は、別件米国判決のそれらと同一であることを前提としている）、民事訴訟法118条各号の要件を具備する限り、別件米国判決が米国法上の判決効を日本でも有することになる。そのため、民事訴訟法3条の9の特別の事情で、既に確定判決が出ている米国訴訟（による紛争の蒸し返し）を考慮すべきではなかったという点である（種村佑介「判批」ジュリ1564号（2021年）142頁）。

意に基づきその損害を補償し、その補償額について上告人に対し本件実施許諾契約の債務不履行に基づく損害賠償請求をすることがあるとしても、実際に参加人の損害に対する補償を通じて被上告人に損害が発生するか否かは不確実で

---

確定した外国判決の自動承認という建付けからすると、国際的訴訟競合を国際裁判管轄の要件で考慮する立場にたっても、（少なくとも先係属の）外国判決が先に確定した場合にまで、民事訴訟法3条の9によって訴えを却下しないのではないかと解されるが、その場合の処理をどのように理屈付けるのか、訴え提起時以降の事情を考慮することは管轄恒定原則との関係で問題とならないのか（種村・前掲142頁。ただし、石黒一憲『国際民事訴訟法』（新世社・1996年）271頁は、国際裁判管轄の判断に、国際的訴訟競合の問題を埋没させる proper forum 的発想の場合には、国際裁判管轄の判断における管轄恒定原則が明確に放棄されるべきであるとしている）などが、国際的訴訟競合を国際裁判管轄の要件で考慮する見解における問題となる。また、そもそも被告法人が日本に主たる事業所を有する場合（民事訴訟法3条の2第3項）にも、民事訴訟法3条の9が適用されるというのが一般的な見解ではあるものの（佐藤達文＝小林康彦『一問一答平成23年民事訴訟法等改正』（商事法務・2012年）164頁）、民事訴訟法3条の9を適用して訴えを却下することには慎重な判断が求められるとされている（芳賀雅顯「判批」リマークス64号（2022年）108頁）。

また、上記請求①のうち本件日本特許権に基づく損害賠償債務不存在確認請求について、別件大阪判決②-1は、以下のような理由から確認の利益を否定する。すなわち、YがZに対して、権利侵害警告等、本件日本特許権に基づく損害賠償請求権を行使する意思をうかがわせる具体的な行動を取っておらず、むしろ弁論準備手続期日において、Zに対して本件日本特許権を行使する予定はない旨を陳述したこと、本件日本特許権は、既に存続期間満了により消滅しているため、YのZに対する本件日本特許権侵害の不法行為に基づく損害賠償請求権は、時効中断事由等のない限り、すべてにつき消滅時効期間が経過している蓋然性が極めて高く、時効中断事由等の存否は定かでないとしても、実際上、Yによる上記請求権行使の可能性を著しく低減させることから、確認の利益を否定した。しかし、令和2年最判の控訴審判決が判示するように、上記損害賠償債務の不存在を認めているのであればともかく、将来にわたって権利行使しない旨の一部和解に応じられる旨述べたとしても、確認の利益がないということはできず（伊藤眞『民事訴訟法〔第8版〕』（有斐閣・2023年）199-200頁注33は「争わない旨を陳述したときは、確認の利益が消滅するのかという問題がある。しかし、口頭弁論においてその趣旨の陳述がなされたとすれば、請求の認諾(266)として扱うべきであろうし、被告がそのような意思を裁判外で表明したとしても、将来において争う蓋然性が認められるときは、確認の利益が存続する。」としている）、また、時効中断事由の有無も判断せずに、確認の利益がないとする根拠自体が不明である。これに対して、別件大阪判決②-2では、控訴審の第1回口頭弁論において、Yが請求権を「放棄」する旨陳述しているため、上記損害賠償請求権が「本件口頭弁論終結時におけるその

あるし、被上告人は、現実に同損害が発生したときに、上告人に対して本件実施許諾契約の債務不履行に基づく損害賠償請求訴訟を提起することができるのであるから、本件損害賠償請求権が存在しない旨の確認判決を得ることが、被上告人の権利又は法的地位への危険又は不安を除去するために必要かつ適切であるということはできない。なお、上記債務不履行に基づく損害賠償請求と本件確認請求の主要事実に係る認定判断が一部重なるからといって、同損害賠償請求訴訟に先立ち、その認定判断を本件訴訟においてあらかじめしておくことが必要かつ適切であるということもできない。」と判示して、請求2の確認の利益を否定した。

d　前提として、本件実施許諾契約において本件販売禁止特約があるのか（厳密にいえば、本件販売禁止特約がないことを前提として、「消尽」によってZの業としての実施に本件各特許権の効力が及ばないのか）という点を、直接的に確認訴訟の対象とすることはできず、それは、YのZに対する本件各特許権に基づく損害賠償請求権不存在確認訴訟におけるの理由中の判断にならざるをえない（本件各特許権は、別件米国訴訟提訴前に存続期間が満了しているため、存続期間中の損害賠償請求のみが問題とされ得るのであり、差止請求等はできない）。個別的解決を原則とする民事訴訟法においては、三者間において、本件販売禁止特約の有無について統一的な判断をすることは困難である。

e　以上を前提として、請求2の確認の利益について検討する。確認対象は、YのZに対する損害賠償請求権（の不存在）であるところ、原告の法的地位としての原告の法律関係としては、2つのものが考えられている[47]。1つが、XのZに対する本件補償合意に基づく補償債務であり、もう1つが、XのYに対する本件実施許諾契約の債務不履行に基づく損害賠償請求である。

結論からいえば、Xは、Zに対する本件補償合意に基づく補償債務不存在確認訴訟も、Yに対する本件実施許諾契約の債務不履行に基づく損害賠償請求訴

---

存在自体が認められないことになり、権利の存否を巡る法律上の紛争は解決されたといえるから」、確認の利益はないとしている。

47）　最判解民事篇令和2年度（下）522–523頁〔笹本哲朗〕。

訟も、いずれも提起することが可能であるから、端的にXはそれらの訴訟を提起すべきであって、そもそもYのZに対する損害賠償請求権の不存在を確認する利益がないと考えられる（令和2年最判の事案では、本件補償合意に仲裁条項があったようであるが、ここではそれはないものとして考えている。）。

本来はここで議論が終わり得るところであるが、それぞれの原告の法的地位について検討してみる。

f　まず、XのZに対する本件補償合意に基づく補償債務について検討する。これは、原告と第三者（原告側補助参加人）との間の法律関係ということになるところ、XがYとの間で、YのZに対する損害賠償請求権の不存在を確認しても、その確定判決の既判力が、補助参加人Zには及ばないというのが通説・判例である。そのため、「Yとの間で」YのZに対する損害賠償請求権の存否を確認しても、XのZに対する補償債務に対する危険･不安は除去されない（Zとの間でも、それが確認されないと除去されない）。したがって、原告が保護を求める原告の法的地位には該当し得ないことになる。

ただし、本件では、ZはX側補助参加人であるために、別異の結論になるかを次に検討する。特殊効力説に立つ通説・判例によれば、Xは勝訴判決を得ても、XZとの間には参加的効力（民事訴訟法46条）は生じない。そのため上記の結論に変わりはない。Xが敗訴判決を得た場合は、XZの間で参加的効力が生じ、参加的効力が及ぶ客観的範囲は、訴訟物たる権利・法律関係の存否についての判断だけではなく、その前提として判決の理由中でなされた事実認定や法律判断にも及ぶと解されている[48)]。しかし、ここでいえることは、参加的効力が及ぶ範囲がどうであれ、また、仮にそれが原告の法的地位としてのXのZに対する補償債務の先決問題であっても、前述のとおり、Xは、Zに対する補償債務の不存在確認の訴えが可能であるならば、当該訴訟における前提問題として争えばよいのであって、確認の利益はないということである。さらに、本件では、そもそも本件補償合意の内容が、客観的な特許権侵害の有無にかかわらず、訴訟提起等をされたことによって生じた訴訟関係費用や損害を補償する合意であるようなので、原告の法的地位としてのXのZに対する補償債務

の存否の先決関係ではないようである。

以上の検討からすると、やはり原告の法的地位としての原告の法律関係は、「被告との間」の法律関係であることが必要であるといえる。

g　次に、原告の法的地位として、XのYに対する本件実施許諾契約の債務不履行に基づく損害賠償請求が考えられる。令和2年最判や控訴審判決が、「原告の法的地位」を上記請求であることを前提として考えたのは、「Yとの間」での確認によって危険・不安が除去されるためには、原告の法的地位がXと「Yとの間」の法律関係である必要があると考えていたのではないかと思われる[49]。

---

48）　最判昭和45年10月22日民集24巻11号1583頁、菊井維大＝村松俊夫原著、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅰ〔第3版〕』（日本評論社・2021年）599頁、兼子原著、松浦ほか・前掲注5）246頁〔新堂幸司＝高橋宏志＝高田裕成〕等。しかし、前掲昭和45年10月22日がいう（訴訟物についての判断の）「前提として判決の理由中で示された事実の認定や先決的権利関係の存否についての判断」とはどの範囲であるのかは、必ずしも明確ではない。最判平成14年1月22日判タ1085号194頁は、この点について、「判決の主文を導き出すために必要な主要事実に係る認定及び法律判断などをいうものであって，これに当たらない事実又は論点について示された認定や法律判断を含むものではないと解される」とする。仮にこれを前提としても、本件実施許諾契約の再抗弁事実に対して、本件販売禁止特約は再々抗弁事実にあたり、主文を導くために必要な主要事実に係る認定といえると考えられる。笹本・前掲注47）537頁参照。

参加的効力の場合の典型例は、被参加人敗訴の場合に、理由中の判断を補助参加人が争えなくなる場合（Xが後訴においてZへの責任追及等が想定される場合）であるが、本件のような場合も排除されているわけではない。しかし、補助参加の制度は、被参加人を勝訴させることによって補助参加人自身の利益を保護することが本来の目的であるにもかかわらず、本件の場合、Zは、被参加人Xが勝訴すれば、XZ間には参加的効力が生じず、また、通説・判例によると、補助参加人Zと相手方Yとの間には何ら判決効は生じないため、Zの法律関係は解決されない。むしろ、被参加人Xが敗訴すれば、XZ間の補償債務の前提問題に参加的効力が生じるので、Xが敗訴した方が、Zの法律関係に有利となるというやや奇異な状況になっている。もちろんXY間のYのZに対する損害賠償請求権不存在の確認の利益がない場合には、そもそもこういう状況も生じないわけであるが、このようなやや奇異な補助参加となってしまうのも、確認対象が適切ではないゆえに生じているようにも思われる。

49）　愛知靖之「判批」L&T94号（2022年）61–62頁参照。

しかし、問題は、確認対象によって当該法律関係の存否が決せられるという先決関係にあるか否かという点である。令和2年最判および控訴審判決では、本件実施許諾契約の債務不履行に基づく損害賠償請求が成立し得るという前提で議論がなされているが、そもそもどういう主張構成を念頭において成立すると考えているかを検討しなければならない。調査官解説では、請求原因として、「XとYが本件実施許諾契約を締結したこと」ないし「XとYが、本件実施許諾契約において、Xが本件発明の実施品である樹脂フィルムの製造機械装置を販売した相手に対してYが本件各特許権の侵害を理由とする損害賠償請求をしてはならないとの義務を負う旨を合意したこと」を並列してあげている[50)]。しかし、両者は必ずしもイコールではないから、本件実施許諾契約の内容がどこまでの合意を含むか（少なくとも後者の内容を含むか）が検討されなければならない。現に別件大阪判決①-2も、後者と同趣旨の特許権不行使義務（「Yは、本件実施許諾契約に基づき、Xが販売した本件各機械装置により本件各特許権を実施して生産された本件各製品に対し、本件各特許権を行使してはならない義務」）は否定され、YのZに対する別件米国訴訟の提起等が、本件実施許諾契約の債務不履行にも、不法行為にも当たらないとしている。

仮に調査官解説でいう後者の合意内容までがされたとすると、YのZに対する本件各特許権に基づく損害賠償請求権が客観的に存在するか否かにかかわらず、Yが本件各特許権を行使しさえすれば債務不履行になると考えるのが素直であり、確認対象であるYのZに対する損害賠償請求権の存否によって、原告の法的地位が決せられるような先決関係にはないということになる。したがって、YのZに対する上記損害賠償請求権の存否を確認しても有効に紛争は解決されず、確認の利益はないと考えられるのではないだろうか。

令和2年最判では検討されていないが、原告の法的地位としては、このほかにも、本件販売禁止特約があるという前提での請求として、YのXに対する損害賠償請求権も想定し得るが、ここでは検討しない。

---

50） 笹本・前掲注47）537頁。

h　本稿の目的を超えてしまうが、令和2年最判自体では検討されていないものの、XY 間の法律関係としては、Y の Z に対する別件米国訴訟の提起等が、X に対する不法行為を構成するという主張も考えられることについて付言する。別件大阪訴訟①では、実際に不法行為に基づく損害賠償請求も主張されていたが、この主張構成をどのように行うかは、そもそも提訴された相手方当事者ではない X が請求していることとあいまって、非常に難しい。民事訴訟を提起した者が敗訴判決を受けたために、「提訴された者」に対する不法行為の成否が問題となったという点で本件とは異なるが、最判昭和63年1月26日民集42巻1号1頁（「右訴えの提起が相手方に対する違法な行為といえるのは、当該訴訟において提訴者の主張した権利又は法律関係（以下「権利等」という。）が事実的、法律的根拠を欠くものであるうえ、提訴者が、そのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知りえたといえるのにあえて訴えを提起したなど、訴えの提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められるときに限られるものと解するのが相当である。」）を前提とする場合は、Y の Z に対する損害賠償請求権が不存在であれば、「訴訟において提訴者の主張した権利又は法律関係が事実的、法律的根拠を欠くもの」であることを左右し得るため、先決問題であることは否定し難しい。しかし、X は Y に対して、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起することができるのであれば、Y の Z に対する損害賠償請求権の存否を確認対象とする確認の利益はないことになる。別件大阪訴訟①における X の主張（別件大阪判決①-1参照）では、本件訴訟提起段階でも、少なくとも損害の一部については損害賠償が可能ではあったようであるが、Y の別件米国訴訟の提起等が、X に対する不法行為であるという構成を成立させる主張構成や立証は、非常に難しいことが予想されるため、本判決でも想定されなかったものと推察される。

i　なお、争点効を否定する判例の立場に立つ限り、控訴審判決のように、理由中の判断である主要事実に係る認定判断が共通であるか自体は、確認の利益を考えるに際して問題にならない[51)]。

（ウ）　東京地判平成18年3月24日判タ1279号307頁[52)]

本件では、原告は、複数の請求をしているが、ここでは、原告が製造した液晶モジュール（原告モジュール）を組み込んで製造された液晶テレビ（本件製品）を販売する原告の顧客に対して、被告が有する特許権に基づく差止請求権が存在しないことの確認請求のみについて検討する。原告は、台湾の会社であり、被告は、発明の名称を「アクティブマトリクス型表示装置」とする特許権を有する日本の会社である。原告が台湾で製造販売する原告モジュールを組み込んで、台湾法人Aによって台湾において本件製品が製造されて、輸入業者によって日本に輸入された後、小売業者である株式会社Bが販売していた。原告モジュールが本件特許権を侵害するとして、本件特許権を有する被告がBに対して、日本において、本件製品の販売等の差止めを求める仮処分の申立てをした。そこで、原告は、被告に対して、Bを含めた原告顧客（特定はされていない）に対する、本件特許権に基づく差止請求権の不存在確認請求をした（被告が日本法人であり、日本の本件特許権に基づく差止請求権の存否が問題とされていたため、国際裁判管轄が日本の裁判所に認められることは問題がなく、差止請求権も準拠法は日本法となる）。本件では、確認対象となる被告の第三者に対する差止請求権の存否を先決問題とする、原告の法律関係が具体的には

---

51） なお、愛知・前掲注49）62-64頁は、XのYに対するYZ間の損害賠償債務不存在確認の理由中の判断に、争点効または信義則による拘束力が生じる場合には、後訴のXのYに対する本件実施許諾契約の債務不履行に基づく損害賠償請求において相反するYの主張が封じられ、XY間の紛争が抜本的に解決されるとする。争点効はともかく、信義則による理由中の判断の後訴への拘束力は、判例を見る限り、同一当事者が前訴と矛盾する主張をする場合にしか問題とならないように思われるところであり、本件では想定が難しいのではないか。その点を措いても、本件販売禁止特約の有無と「消尽」は、後訴でも重要になりはするが、既に述べたとおり、そもそも本件実施許諾契約が原告の販売先への損害賠償請求行使の禁止という義務まで含むかなども重要な争点となるため、XY間の紛争は、必ずしも抜本的に解決されるとはいえないように思われる。争点効を認める立場からは、本稿とは異なる議論があり得るであろうが、だからといって、確認の利益が認められるという結論には至らないのではいかと現段階では考えている。

52） 控訴審である知財高判平成19年10月31日判タ1279号284頁では、確認の利益にかかわる本文上記請求は審理対象ではない。

主張もされていなかった。本判決は「本件不存在確認請求が認容されれば、被告の日本における販売業者に対する差止等の請求が行われなくなることは、事実上又は反射的な効果にすぎない」として、確認の利益を否定している。

原告の原告モジュールの製造、譲渡等が日本国内で行われていたのであれば、被告の原告自身に対する本件特許権に基づく差止請求権の不存在確認請求をすべきところであろうが、原告の実施行為はすべて台湾で行われているため、被告は原告に対する本件特許権に基づく差止請求権を行使できない（被告は、輸入業者や小売業者Bに対して行使するしかない）。そのため、原告と被告との間の法律関係としては、本件でも併合して請求されていた不正競争防止法2条1項21号（当時14号）違反に基づく損害賠償請求・差止請求、または（控訴審で追加された）不法行為に基づく損害賠償請求（民法709条）が考えられるにすぎなかった[53)]。

後で検討するとおり、被告の第三者に対する本件特許権に基づく差止請求権の存否が、原告の被告に対する不正競争防止法違反に基づく差止請求・損害賠償請求、および不法行為に基づく損害賠償請求の先決問題の1つになっている場合であっても、本判決で、前者の不存在確認の利益が否定されているのは、やはり前者の不存在を確認しなくても、原告と被告との間の後者の請求を求めれば足りるからではないかと考えられる。

ここでも、一応、被告の第三者に対する本件特許権に基づく差止請求の存否が、原告の被告に対する上記各請求の先決問題となっているかをみておく。本件の事案では、不正競争防止法2条1項21号違反の要件である、原告の「（営業上の信用を害する）虚偽の事実」をBに対する差止仮処分申立てによって告知し、その後行われた記者発表によって流布したかを判断する際に、原告モジュールが本件特許権を侵害するため、被告がBに対して、本件製品の販売

53） 不法行為に基づく損害賠償請求の準拠法は、法の適用に関する通則法17条本文により、結果発生地として日本法が準拠法となるが、不正競争防止法2条1項21号の準拠法は見解が分かれており、同法17条、19条のいずれが適用されるかによっても異なり得るであろうが、ここでは日本法を準拠法として議論を進める。

等の差止請求権を有するか否かが先決問題の1つとはなる（ただし、この差止請求権の存否だけで、虚偽の事実の告知・流布と評価できるかは別途問題になり得る）。また、不法行為に基づく損害賠償においても、前掲最判昭和63年1月26日民集42巻1号1頁がいう「債権者がその主張する権利又は法律関係が事実的、法律的根拠を欠くことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知り得た」か否かを判断するに際して、上記差止請求権の存否は先決問題の1つとはなる（この場合も、上記差止請求権の存否だけで不法行為の違法性が認められるわけではないであろう）。しかし、仮処分の申立てが不法行為であるか否かは、通常、申立ての相手方との関係で問題になるところ、本件で被害を受けたとされる者は、申立ての相手方ではないため、前掲最判昭和63年1月26日の判断基準がそのままで妥当するのかという検討がなされなければならないように思われる。そのため、控訴審の知財高判平成19年10月31日判タ1279号284頁は、前掲昭和63年1月26日の判断基準に加えて、「また、当該仮処分申立てにおいて、債権者の主張した権利又は法律関係が、事実的、法律的根拠を欠くものであることを、通常人であれば容易に知り得たものとまでいえない場合であっても、権利の行使に藉口して、競業者の取引先に対する信用を毀損し、市場において優位に立つこと等を目的として、競業者の取引先を相手方とする仮処分申立てがされたような事情が認められる場合には、同仮処分の申立ては違法な行為として不法行為を構成するというべきである。当該仮処分の申立てが、違法な行為となるか否かは、当該申立てに至るまでの競業者との交渉の経緯、当該申立ての相手方の態度、仮処分に対する予測される相手方の対応等の事情を総合して判断するのが相当である。」としている。この点の当否についてはここでは検討できないが、少なくとも後者の基準においても、客観的に差止請求権が認められるか否かは先決問題の1つにはなっているといえる（前掲知財高判平成19年10月31日でも、被告の本件特許権に基づく権利行使の可否について、判断がなされた上で、不法行為が認定されている）。

エ　第三者に対する債権を有するものが、当該債権を侵害する者に対して、当該債権存在確認を求める場合

大判昭和5年7月14日民集9巻730頁[54]は、原告の墓地使用権を侵害する被告に対して、原告の第三者との間の墓地使用権の確認請求につき、確認の利益を認める。本稿では、訴訟担当のケースを除外しているため、（債権者代位権をさらに代位行使する）債権者代位訴訟において、被保全債権の存在確認請求をしている本件は、本来は除外すべきところであるが、債権侵害を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求との関連において取り上げていることに注意されたい。学説でも、債権者が第三者に対して債権侵害を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起する場合、または、債権者代位訴訟を提起するに際し、当該第三者が債権者の債務者に対する債権の存在を争う場合は、債権者は、当該第三者に対して、自己の債務者に対する債権の存在確認の訴えを提起することができるとされている[55]。しかし、前者の場合は、訴外債務者に対する債権の存否が、原被告間の損害賠償請求権の先決関係にあるといえるが、原告は、被告に対して不法行為に基づく損害賠償請求を求めれば足りるのであり、当該債権の存在確認につき確認の利益を認められないと考えてもよいであろう[56]（当該債権存在確認を求めるような場合はあまり考えられないが、確認の利益を不要とする判例・多数説の立つ限り、中間確認の訴えによることはできる）。

---

54） 事案の詳細が不明なところがあるが、判決から明らかになる限りの事案は以下のとおりである。すなわち、X（原告、被控訴人、上告人）は、横浜市所有の墓地（本件墓地）を同市から賃借する川合寺からさらに転借していた。しかし、Y（被告、控訴人、被上告人）が権限なく同墓地に石垣を作り、盛土をして本件墓地の使用権を侵害した。そのため、XはYに対して、Xの墓地使用権の確認を求めるとともに、川合寺が横浜市に代位して有する石垣および盛土の撤去請求権を、さらに川合寺に代位して行使するとして、Yに対して石垣等の撤去を求めた事案である（墓地使用権の侵害に基づく損害賠償請求はしていない）。Yは、本件墓地の使用権を取得し、Xが本件墓地使用権を取得する以前に石垣を作り盛土をしたと主張していた。

55） 兼子原著、松浦ほか・前掲注5）775頁〔竹下〕、加藤＝松下編・前掲注5）385頁〔青木〕、越山・前掲注22）1195頁。いずれも前掲大判昭和5年7月14日民集9巻730頁を引用する。

56） 伊藤隼・前掲注2）44頁も、損害賠償請求をすれば十分とも言い得るとし、債権存在確認の訴えの適法性には疑義が生じるとしている。

### (2)（原告の法的地位としての）原告の被告との間の法律関係がそもそもない場合

ア　推定相続人である原告が、生存中の被相続人と第三者との売買契約等の無効確認を求める場合

このような場合としては、最判昭和30年12月26日民集9巻14号2082頁（以下「昭和30年最判」という）[57]、東京地判昭和41年11月18日判時472号57頁[58]がある。この場合も、売買契約の無効という法律要件について確認対象とできるという前提で検討する。昭和30年最判の事案では、前提として、「原告の法的地位」となり得るのは、（養親Y1との間での）養子Xの推定相続人の地位があるにすぎない。相続開始前の推定相続人の地位については、期待権と

---

57）本件の事案は、養子X（原告・控訴人・被上告人）が、養親Y1（被告・被控訴人・上告人）および第三者たる買主Y2（被告・被控訴人・上告人）を共同被告と対して、Y1とY2との間のY1所有に係る不動産（住居および農地）売買契約が虚偽表示であるとして、Xの「相続権」に基づき、当該売買契約の無効（売買契約により生じた法律関係の不存在）確認請求、当該不動産に係るY2名義の所有権移転登記抹消登記手続請求をしたというものである。昭和30年最判の事案では、売買契約の相手方であるY2も共同被告となってはいるが、共同被告であるY1とY2との間では、確認対象であるY1とY2との売買契約の無効確認について既判力は生じない。

58）本件も、昭和30年最判と類似の事案である。原告と被告は、いずれもAの子であり、Aは生存している。被告がAの印鑑を冒用して贈与契約書を作成して、被告名義の所有権移転登記手続を経由したとして、原告が、Aの被告に対する本件建物の贈与契約無効確認請求（および被告名義の所有権移転登記抹消登記手続請求）をした事案である。

津地判昭和28年9月28日下民集4巻9号1353頁は、事案に不明確な部分が残るものの、Aの孫であるB（Aの子かつBの親である者は既に死亡しており、A死亡時にはBが代襲相続する関係にある）に対して貸金債権を有する原告が、A所有の不動産の贈与を受けたとして所有権移転登記を経由した被告らに対して、当該贈与および登記はAの意思に基づかないと主張し、債権者代位権に基づきBの相続権を代位行使して、上記不動産が被告らの所有に属しないことの確認請求および当該登記の抹消登記手続請求をした事案である。本判決は、推定相続人Bに上記不動産の所有権確認を求める法律上の利益があるということはできないため、その余の点を判断するまでもなく、本訴請求がいずれも失当であるとしている。そもそも「被告らの所有に属しない」確認の訴え自体が確認の利益がないこと、Bの相続権（推定相続人の地位）が被代位債権となり得るのかも問題となると思われる。

称するかどうかはともかく、その内容としては、被相続人の財産について具体的な権利を何ら有するわけでもなく、条件付権利のように、当該地位を侵害することも、処分や担保設定等もできないから（民法128条、129条参照）、相続人となりうべき資格を意味するにすぎないと解される[59)]。ここでいう推定相続人の地位には、相続開始時に具体的にどのような財産を相続できるかは内容として含まれているわけではないと考えられる。推定相続人の地位を、事実上の期待や希望にすぎないというのであれば、「原告の法的地位」となり得る法律関係ではないことになろう。推定相続人の地位が（一定の身分と合致する）法律上の地位ではないとまでは言い切れないとしても、推定相続人の地位にあることに当事者間で争いがないことが通常であろうから、それを確認する利益はなく、また、推定相続人は当該地位に基づいて被相続人に対して何らかの形で訴訟を提起できるわけでもない。昭和30年最判の場合、買主Y2を被告とする訴えでは、原告の法的地位となり得るものが、養子Xと養親Y1（共同被告のためY2を被告とする訴訟ではあくまで訴外の者となる）との間の法律関係ということになり、そもそも原告の法的地位となり得ないという問題がある。

そのため、これ以上の検討は本来必要ではないが、確認対象である法律関係と、この原告の推定相続人の地位との関係をみておく。確認対象である被告と第三者との間の売買契約の効力いかんは、上記のような推定相続人の地位そのものに何ら影響を与えず、前者の存否が後者を決する先決関係にはない[60)]。

以上のとおり、この場合には、（原告の法的地位としての）原告の被告に対

---

59） 中川善之助＝泉久雄編『新版注釈民法26』（有斐閣・1992年）55–57〔山畠正男〕、山畠正男「判批」北法8巻1・2号（1957年）98頁、中川善之助編『註釋相続法上』（有斐閣・1954年）31頁〔於保不二雄〕等。中川善之助＝泉久雄『相続法〔第4版〕』（有斐閣・2002年）42頁注1も、この期待権（同頁では「期待権的相続権」と称されている）は、財産法的にはむしろ無内容に近く、譲渡の対象になることもないとする。

これに対して、遺言者が生存中の遺言無効確認訴訟の文脈で、中野・前掲注26）奈良法学会雑誌65頁は、推定相続人の地位（相続権）は期待権であり、「将来の相続によって権利を取得すべき現在の期待を保護するために認められる現在の権利」であって、第三者も不可侵義務を負うという立場をとる。

する法律関係といえるものがないという点が重要なのである。上記各判決のような事案では、原告の法的地位に対する不安・危険の現実性ないし紛争の成熟性の問題というよりは、むしろ原告の（保護に値する）法的地位があるかに焦点をあてて論じられてきたところである[61]。なお、昭和30年最判の原審判決によると、養親Y1は、建物等の買主Y2らをして、養子Xが居住する当該建物に入居させて、養子Xには退去を催促していたことがうかがわれる。当該事案においては、養子Xが、Y2を被告として、所有権に基づく当該建物明渡義務の不存在確認を求めるべきであったと考えられる[62]。

イ　推定相続人が生存中の遺言者がした遺言無効確認を求める場合

（ア）　遺言者が死亡後は、推定相続人と受遺者等とが同一の権利の帰属を争う場合は(b)類型となる。相続人が提起する遺言者死亡後の遺言無効確認訴訟の場合は、遺言の効力は本来理由中の判断になる法律要件であり、遺言が有効であれば、受遺者等である被告に、遺言による当該財産の帰属が認められる一方、遺言が無効であれば、他の共同相続人である原告が当該財産を（遺産）共

60）　山畠・前掲注59）北法98頁は、「推定相続人の地位も、被相続人の所有財産に対してなんらの権利をもたぬのはもちろん、その地位自体一定の身分関係と離れた特別のものではなく、法律的にはまつたく無内容なものであることが明らかである。…推定相続人の地位が右のごとく法律上無意味なものである以上、この地位から他人の権利関係の存否の確認を求める利益の生じないことも当然のことである。けだし他人の権利関係の存否を争うことが、推定相続人の地位となんらの法律的関連を有せず、したがつて原告の地位の不安の除去ということが考えられないからである。」と的確に指摘している。

61）　高橋・前掲注5）386–387頁注45）は、確認の利益を否定するには、推定相続人は被相続人のする処分を制約することができない、被相続人のところに財産を返させる実体権がない（債権者代位の要件を満たさない）というところに論拠を求めることになるとした上で、単に訴え提起が早過ぎたかどうかの紛争の成熟性における時間的要素の問題ではなく、実質は「原告の不安・危険の現実性」であるよりも「原告の地位に対する不安・危険」（原告に保護に値する法的地位があるか）の問題に近いということになろう、原告の法的地位の実体法的評価にかかかっているからである、という非常に重要な点を指摘する。菊井＝村松原著、秋山ほか・前掲注13）80頁も同旨と思われる。

　また、山本弘・前掲注11）1597頁注21は、こうした「成熟性」の有無は、実体法規の立て方によって客観的・一義的に決まることを指摘している。

有することになるという関係にある（本稿で前提とする場合には、準共有ではあるが、以下では単に共有という）。したがって、遺言という法律行為の効力を直接の確認対象としつつも（または、判例のように、遺言が有効であれば生じる現在の特定の法律関係の不存在を実質的な確認対象としても）、遺言の対象となる同一財産の帰属を原被告の間で争う類型（(b)類型）であるといえる。

これに対して、遺言者が生存中である場合に推定相続人が遺言無効確認訴訟を提起する場合は、(a)類型に類似するものといえる（遺言者または受遺者等が遺言無効確認訴訟を提起するというケースはそもそも第三者の法律関係を確認対象とする場合に当たらないため、ここでは除外して検討する）。つまり、確かに、遺言者が生存中は、遺言の効力が生じておらず、遺言の撤回もあり得るが、遺言という法律行為は既になされているため、遺言者（被相続人）と第三者との契約による法律関係がすでに生じている前記アのケースそのものではないが、これに類似するものととらえることもできる。このことは、被相続人と第三者との死因贈与契約の無効確認が求められている場合と比較すると容易に想像がつく[63]。

（イ） 前提として、遺言者が生存中に推定相続人が提起する遺言無効確認の確認対象が何であるのかについて検討する。最判平成11年6月11日判タ1009

62） 石田堯雄「判批」新堂幸司ほか編『民事訴訟法判例百選Ⅰ〔新法対応補正版〕』(1998年) 129頁は、建物明渡義務の不存在確認を求めた方が適切であることを指摘する。ただし、養親Y1に対する建物明渡義務不存在確認訴訟においては、養親Y1は、既に自分に所有権がなく、また使用貸借の貸主ではないことを前提として、明渡請求権が自分にはないことを認めるのであれば、確認の利益がないということになるかもしれない。買主Y2に対する訴訟では、養親Y1とY2との売買契約が虚偽表示により無効であるかは、養子XのY2に対する所有権に基づく建物明渡義務不存在訴訟の理由中の判断となり、上記売買契約が虚偽表示のため無効であると認定されれば、上記明渡義務不存在が認容されることになる。

63） 死因贈与契約は、その性質に反しない限り、遺贈に関する規定が準用され（民法554条）、書面で行われた死因贈与契約も、負担付死因贈与の場合に贈与者の生前に受贈者が負担を履行した場合を除いて、撤回ができる（その方式に関する部分を除いた民法1022条、1023条準用）というのが判例（最判昭和47年5月25日民集26巻4号805頁、最判昭和57年4月30日民集36巻4号763頁）である。

号95頁（以下「平成11年最判」という）は、確認対象を「受遺者が遺言者の死亡により遺贈を受けることとなる地位にないこと」ととらえ、これは現在の権利または法律関係であると解しつつ[64]、受遺者とされた者は、単に将来遺言が効力を生じたときは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、上記地位は、「確認の訴えの対象となる権利又は法律関係」にそもそも該当しないとしている[65]。しかし、最判昭和31年10月4日民集10巻10号1229頁（以下「昭和31年最判」という。）[66]は、確認対象を、将来遺言者が死亡した場合に生じ得る「本件遺贈に基ずく法律関係の不存在」であるとした上、「将来時における不成立ないし不存在の確認を求める」訴えとして不適法とされていたことと整合しない。両判決の確認対象のとらえ方自体は表現は違えども、実質的にはさほど違わないのかもしれないが、平成11年最判のように、遺言者の死亡により遺贈を受けるこ

64） 平成11年最判の匿名解説判タ1009号96頁。

65） これに対し、三木浩一ほか『民事訴訟法〔第3版〕』（有斐閣・2023年）375頁は、平成11年最判の理解について、確認対象（「受遺者が遺言者の死亡により遺贈を受ける地位にないこと」）が、「現在の権利または法律関係に当たらないとの理由で確認の利益を否定している」ととらえるようである。

66） 遺言者自身が原告である点では、平成11年最判とは異なるが、同じく遺言者が生存中に受遺者に対して遺言無効確認訴訟を提起した事案である。昭和31年最判は、「その法律関係についてもただ現在時における存否のみがこの訴の対象として許されるのであつて、ある過去の時点におけるその存否、若くは将来時におけるその成否というようなことは確認の対象とすることは許されない。」という前提で、遺言者の生存中の遺言無効確認訴訟につき、現在においてまだ発生していない法律関係の不存在等を確認対象とするものとして、不適法としている。ただし、この事案自体は、遺言者自身が、（推定相続人ではない）受遺者に対して行った遺言者所有に係る建物の遺贈を取り消す旨の第二の遺言をしたとして、上記建物の遺贈をした第一の遺言（本件遺言）につき無効確認訴訟を提起したものであった。当事者間において、（受遺者に対する遺贈がされた）本件遺言が取り消されたことに争いがないため、その点だけでも本件遺言無効確認を求める確認の利益がないとされ得る。中野貞一郎「将来の権利関係の確認」同『民事訴訟法の論点Ⅱ』（判例タイムズ社・2001年）67頁（判タ1037号（2000年）初出）も、本件遺言が取り消されたことは、当事者間に全く争いがなく、それだけで確認の利益なしとして訴えを却下できた事案であったことを指摘する。

ととなる地位にないことと解しても、少なくとも「権利又は法律関係」であるとはいわざるを得ないように思われる[67]。

（ウ） 以上は、判例を前提にした議論であるが、私見としては、原告の権利・法律関係を直截に求めるべきであるという観点から、遺言者死亡後の遺言無効確認訴訟における確認対象は、遺言が「無効」であるとすれば生ずるであろう、原告の法定相続分に基づく共有持分権を確認すると解する方が直截であると考えている（後記2(2)参照）。遺言者が生存中の場合もこれとパラレルに考えるとすれば、前記アと同様に、重要であるのは確認対象の問題ではなく、むしろ、（原告の法的地位としての）原告の被告との間の法律関係がないということである。この点で、最判平成11年最判は、（原告の法的地位としての）原告の被告との間の法律関係に着目しなければならないことを看過しているということができる。

学説では、遺言者が生存中に推定相続人が提起する遺言無効確認訴訟においては、原告の法的地位が前記アで述べたような推定相続人の地位にとどまるため、原告に実体法上保護に値する法的地位がない（ため即時確定の利益を欠く）という理由で、確認の利益を否定する見解が有力である[68]。ただし、本稿の問題意識に照らせば、この「（実体法上）保護に値する」法的地位という部分が、推定相続人の地位が、法律上の地位ではあるが保護するほどではないという趣

67） 野村秀敏「判批」判評495号（2000年）206頁（同『民事訴訟法判例研究』（信山社・2002年）所収）も、「本件事案の確認の趣旨は遺言の発効によって生ずべき将来の権利または法律関係の存否に帰着すると思われる」としている。従来の判例からすると、平成11年最判での確認対象は、現在の権利または法律関係ではなく、将来の権利または法律関係であるという把握の方が自然であると考えられる。

しかし、しいて「現在」の権利または法律関係として捉えるとすれば、遺言という法律行為の無効自体を確認対象ととらえるほかない。中野・前掲注66）70頁は、平成11年最判の原告の請求も、被相続人である被告の遺言が法律要件として効力を有しないことの確認を求める趣旨と理解することができたはずであり、あとは即時確定の利益と推定相続人である原告の当事者適格を問題とすればよかったはずであることを指摘する。

68） 野村・前掲67）206頁、高橋・前掲注5）386–387頁注45、山本弘「演習」法教252号（2001年）163頁、山本弘「確認の利益」法教378号（2012年）128頁。

旨なのか、事実上の期待にとどまるから、法律関係すらないという趣旨なのか、どういう意味であるのかについては必ずしも明らかではない。私見によれば、推定相続人の地位が、（原告の法的地位としての）原告と被告との間の法律関係に一応該当し得るとしても、推定相続人の地位は、これ自体に基づく訴訟提起をすることもできないようなものである。さらに、推定相続人の地位は、確認対象である権利・法律関係とは先決関係にはないから、確認の利益は否定されることになる。

上記有力説および私見の立場からすれば、遺言者が回復不能な心神喪失の常況にあり、遺言を撤回・変更する可能性が事実上ないという事情は、原告の法的地位としての原告の法律関係（推定相続人の地位）を左右するものではないから、これらの事情がどうあれ、確認の利益は否定されることになるのが理論的な筋である[69)]。

（エ） 以上の議論は、前述のとおり、あくまでも、遺言無効確認訴訟を推定相続人が提起する場合の議論である。遺言者自身、あるいは、受遺者等が提起する場合は議論が異なり、遺言者と受遺者等の間の法律関係が確認対象であり、かつ原告の法的地位でもあるという関係にあることになる。

推定相続人でも受遺者でもない者が、遺言者の後見人として選任され、当該後見人が本件遺言を無効であると判断して、遺言者の受遺者に対する遺言無効確認の訴えを提起した場合は、確認対象が「権利又は法律関係」にあたらないという平成11年最判の論理によると、確認の利益が認められる余地がないという問題が生じ得る[70)]。しかし、遺言者が既に回復不能な心神喪失の常況にあるようなときは、遺言無効確認訴訟における確認の利益が認められる場合もあり得るとの指摘がされている[71)]。その意味でも、平成11年最判のように「権利又は法律関係」に当たらないとするのではなく、権利・法律関係であると

69） 山本弘・前掲注68）法教252号163頁はこの点を的確に指摘する。

70） 八田卓也「判批」民商122巻6号（2000年）879頁が指摘する問題である。

71） 野村秀敏「紛争の成熟性と確認の利益（8・完）」判時1232号（1987年）15頁（同『予防的権利保護の研究』（千倉書房・1996年）所収）。

いう前提での議論の方が適切と考えられる。

### (3)（原告の法的地位としての）原告の被告との間の法律関係に基づく給付訴訟またはこれを確認対象とする確認訴訟ができないか、困難である場合

ア　住宅ローン借入時の団体信用生命保険契約に基づく保険金請求権の存在確認

盛岡地判平成22年6月11日判タ1342号211頁は、住宅ローン借主の相続人かつ連帯保証人であるX（原告）らが、住宅ローン貸主である銀行Y（被告）に対して、Yと生命保険会社Z（被告側補助参加人）との間の団体信用生命保険契約に基づく保険金請求権をYがZに対して有することの確認等を求めた事案である（ZはYからの訴訟告知を受けてY側に補助参加した）。Xらの被相続人AがYから住宅ローンの借り換えをした際、Aが死亡したときに住宅ローンの残債務相当額の保険金が支払われる団体信用生命保険への加入に同意しており、A･XらとYは、YがZから上記保険金を受領したときは、住宅ローン残債務の返済があったものと取り扱うという覚書を交わしていた。XらとY･Zとの間では、団体信用生命保険における告知義務違反等が争点となっていた。

本来は、XらのYに対する借入金債務の不存在確認を求めるべきところであるが、Y側補助参加人Zの弁済を受けてはじめてXらの借入金債務に充当されることになるという前提である場合、基準時において弁済がない限り、Xらの Yに対する借入金債務不存在確認が請求棄却となってしまう。XらのYに対する、Zの保険金支払いを条件とする将来の借入金債務不存在確認では、将来の債務不存在確認につき確認の利益があるかという問題があるだけでなく、YのZらに対する保険金請求権があるかを実質的に争うXらとしては、紛争の解決にはならない。ただし、Zの保険金支払いを条件とする将来の借入金債務不存在確認につき確認の利益が認められるというのであれば、YのZに対する上記保険金請求権の存否が、XのYに対する借入金債務の存否の先決問題であるため、判例・多数説によれば、中間確認の訴えによって、上記保険金請求権の存在確認をして既判力を生じさせることができるため、問題はないと考

えられる。しかし、将来の債務不存在確認につき確認の利益を認めないというのであれば、前述のとおり、YのZに対する上記保険金請求権の存否が、XらのYに対する借入金債務の存否の先決問題となっており、かつ、Xらの借入金債務不存在自体を確認対象としても基準時には意味がないため、YのZに対する上記保険金請求権存在確認について確認の利益を認めざるを得ない。このように、被告と第三者との法律関係の存否が、（原告の法的地位としての）原告の被告との間の法律関係の先決問題となっている場合であり、かつ、後者自体の確認請求ができないときは、前者の確認の利益が認められているといえよう。同種の事案について、近時のものとして東京地判平成27年11月16日判タ1425号304頁等がある。

なお、ZがY側に補助参加していることが確認の利益に影響するかについては、影響しないと考えられる。たとえZがY側に補助参加していない場合であっても、上記のとおり、Xの採り得る手段の選択肢がないことから、同様に、確認の利益を認めざるを得ない[72)]。

イ　借地上の建物に係る抵当権者が、当該借地の賃借人（抵当権設定者）と賃貸人との間の土地賃借権の存在確認を求める場合

（ア）　東京高判昭和58年3月14日高民集36巻1号47頁[73)]は、本件土地の賃貸人X（本訴原告＝反訴被告、被控訴人）が、本件土地上の建物に設定された抵当権（根抵当権と譲渡された抵当権の双方があるが、以下では抵当権を前提として論ずる）の抵当権者Y（本訴被告＝反訴原告、控訴人）に対して抵当権設定登記抹消登記手続請求の本訴を提起したのに対して、抵当権者Yが、土地賃貸人Xに対して、土地賃借人の土地賃貸人Xに対する本件土地賃借権存

72）　工藤・前掲注24）146頁は、保険会社Zは参加的効力により、被告Yとの間で保険金請求権の存在を争うことはできないため、確認対象である法律関係の主体である保険会社Zに既判力は及ばないとしても、確認判決により原告の法的地位に安定をもたらすと評価したものとみられるとしている。確かにZが補助参加している場合には、原告の借入金債務に対する危険・不安はより除去されるものといえるが、Zが補助参加していなくても、本文上記のとおり、確認の利益は否定されないと解する。

在確認請求の反訴を提起したものであった。第一審（東京地八王子支判昭和57年9月24日高民集36巻1号52頁）では、Yは、Xとの間で、抵当権存在確認請求をすれば足り、それが紛争解決にとって最も有効適切な方法であるとした上、Yが確認を求める土地賃借権の存在は単にその前提となる問題に過ぎないから、確認対象とすることは許されないとして、反訴を却下した。

しかし、控訴審での本判決は、要旨下記のとおり判示して、反訴の確認の利益を認めた。すなわち、土地賃借人が本件土地上に所有する本件建物に設定し

---

73） 本件は、事案の詳細が明らかではないところもあるが、概ね以下のような事案である。X（本訴原告＝反訴被告、被控訴人）は本件土地の所有者であり、Aに対して、昭和45年1月に建物所有目的で期限の定めなく本件土地を賃貸した（本件賃貸借契約）。Aは、昭和48年5月ころ、本件土地上に本件建物を建築したところ、Y（本訴被告＝反訴原告、控訴人）は、本件建物につき2つの根抵当権を設定するとともに、Bから債権譲渡を原因としてBが設定した抵当権を譲り受け、いずれも登記を経由している。Yは、Aに対して有する貸金債権につき、Aが弁済を怠って期限の利益を喪失したため、上記根抵当権の1つに基づいて、本件建物の競売を申し立てて、昭和51年9月に競売開始決定がされた。競売開始決定後、Aが昭和49年1月以降賃料の支払いをしなかったとして、Xは、昭和52年3月下旬に、Aに対して内容証明郵便によって未払賃料の支払いを催促し、2日以内の支払いのないときは本件賃貸借契約を解除する旨の意思表示をしたが、Aから支払いがなかった。そこで、Xは、Aに対して建物収去土地明渡請求訴訟を提起したところ、Aは答弁書等も提出せず口頭弁論期日に欠席し、Xの主張に沿う請求認容判決がされて確定した（Xは、本件建物が区分所有権の対象物件であり、昭和58年（同年法律第51号）改正前の建物の区分所有等に関する法律7条により建物を時価で売り渡すべき旨を主張したため、Xから236万円余りの支払いを受けるのと引き換えに、本件建物につき所有権移転登記手続を命じる判決がされたが、Xには本件建物の所有権移転登記は経由されていないようである）。Xは、Yに対して、本件各根担当権等登記の抹消登記手続請求訴訟を提起したのに対して、Yは、Xに対して、本件土地の賃借権存在確認請求の反訴を提起したのが本件である。Yは、Aは実質上本件建物の賃借権を放棄したか本件賃貸借契約を合意解除したことと同視できるから、本件賃貸借契約の解除は民法268条1項、398条の類推により、本件建物の抵当権者であるYに対抗できない、Aは、競売開始決定後、Cに本件建物を売渡したので、Cは本件土地賃借権を承継取得した、本件賃貸借契約が解除されたとしても、AはCへの売渡しの際、Xとの間で一たん解除により消滅した本件賃貸借契約を復活する旨の合意をしたし、また仮にこの合意がないとしても、Cは、上記売渡しの際、Xとの間で新たに本件賃貸借契約と同一内容の賃貸借契約を締結したと主張していた。

た本件抵当権の効力は、特段の事情のない限り、本件土地の賃借権に及ぶと解すべきであり、Yの主張によれば、本件建物のもと所有者であるAから本件建物を買い受けたとされるCが、現に土地所有者Xに対し本件土地賃借権を有するならば、本件抵当権の効力は本件土地賃借権に及ぶこととなるが、Xは、Cの本件土地賃借権を否認している。Yの本件建物に係る本件抵当権の効力が本件土地賃借権に及ぶか否か、「換言すれば、本件抵当権の効力の及ぶ範囲いかんについて、控訴人と被控訴人との間に直接の紛争が存在することを意味するのであつて、本件反訴請求の実質的目的が本件抵当権の効力の及ぶ範囲の確定にあるという点からみるならば、両者間における紛争の直接性はいつそう明らかである」といい得る（傍点は筆者が付した）。本件建物に係る本件抵当権の効力が本件土地賃借権にまで及んでいるとき、抵当権の価値を増大させることが明らかであり、本件土地賃借権の存否は本件抵当権の権利内容に著しい影響を及ぼし、抵当権者が抵当権を他に処分しようとする場合の抵当権の価額または抵当権を実行した場合の本件建物の売却価額に著しい差異をもたらすものであり、その経済的な価値ないし価額の差異は、単なる事実上、経済上のものにとどまらず、本件抵当権の内容そのものに基因するものというべきであるから、本件土地賃借権の存在を確定することには法律上の利益があると解するのが相当である。本判決は以上のとおり判示する。

この場合について検討してみると、本件では、XY間で、Yの本件抵当権の存否につき争いがあったため、Yの抵当権存在確認請求は適法に可能であるが、それによって、本件抵当権の効力が本件土地賃借権に及ぶかという紛争が解決されるのかという点で、第一審と控訴審の見解が分かれた。抵当権存在確認請求ではこの紛争は解決されないが、本判決がいうような、本件抵当権の範囲が本件土地賃借権に及ぶことの確認でも必ずしも紛争は解決せず、厳密には、Yが、本件抵当権に基づいて、その範囲に属する本件土地賃借権が存在することの確認請求ができるかどうかが問題になる。これが実体法上の効力を踏まえて可能なのであれば、必ずしも第三者との法律関係の確認ではないことになる。理論的には、このような請求は可能であると考えるが、なお検討したい[74)]。

仮に、上記のような確認請求ができないとした上で、これ以外には、YのXに対する給付訴訟または確認訴訟が困難であるとすると、次のような点を検討する必要がある。XY間で、本件土地賃借権の存在が確認されれば、当然、当該賃借権が、Yの本件抵当権の範囲に含まれるという先決関係にある（抵当権設定後に設定された賃借権であったとしても抵当権の範囲に含まれる）。そのため、確認対象自体は、CのXに対する本件土地賃借権の存在ではあるが、XY間で、その存否が確認されることによって、Yの法的地位、すなわちYの本件抵当権の効力が本件土地賃借権に及ぶことが決定されるという関係にある。したがって、本件の確認請求には確認の利益があると考えるべきであろう。

前述のように、Yが、Xに対して、本件抵当権に基づいて、その範囲に属する本件土地賃借権が存在することの確認請求ができるのであれば、以下のような問題はなくなるが、これを認めないという場合には、仮に、土地賃貸人（土地所有者）が土地賃借人（建物所有者）に対する建物収去土地明渡請求訴訟を提起して勝訴判決を得たときに、当該建物の抵当権者が、土地賃借人の土地賃貸人に対して行う土地賃借権存在確認請求につきなお確認の利益が認められるかについては、若干検討すべき点があるように思われる。

土地賃貸人の賃料不払い解除が有効とはいえなかったり、民法398条の法意に照らして、信義則によって解除を建物の抵当権者に対抗できなかったりするなど、土地所有者による抵当権が設定された建物収去の強制執行が、実体上抵当権に対する違法な侵害である場合には、抵当権者による第三者異議の訴えが可能であると解されている[75]。また、強制執行開始前に提起された第三者異議の訴えは不適法であるのが原則であるが、例外的に、特定物の引渡・明渡請求権の強制執行では、当該強制執行をあらかじめ排除する必要があり、執行文

74） 伊藤眞ほか「（座談会）民事訴訟手続における裁判実務の動向と検討第3回」判タ1375号（2012年）23、26頁〔松下淳一発言〕は、抵当権に基づく妨害排除（請求）として土地賃借権の確認請求を認めるべきことを示唆している。法律構成についてはまだ私見は定まらないが、法律構成としては、妨害排除請求しかなさそうであるものの、妨害排除請求の一般理論との関係でそれが可能であるかについて検討が必要であるように思われる。

の付与ないし執行開始をまつまでもなく、第三者異議の訴えを提起できると解されている[76]。そうすると、抵当権者としては、土地賃貸人が債務名義を取得した後は、第三者異議の訴えができる限り、それによるべきであって、抵当権者が提起する、土地賃借人の土地賃貸人に対する土地賃借権存在確認の訴えの確認の利益があるといい得るのかが一応問題になり得る。しかし、抵当権者側には、建物収去土地明渡請求訴訟の帰趨が必ずしもわからない場合もあること、土地賃貸人との間で、土地賃借人の土地賃借権存在確認判決が確定すれば、抵当権者との間では、土地賃貸人が基準時前の事由に基づいて土地賃借権が存在しない旨の主張をすることが排斥される実益があることからすれば、第三者異議の訴えができる場合であっても、抵当権者と土地賃貸人との間で、土地賃借権存在確認を求める確認の利益は、なおあるというべきであると考えられる。

土地賃借権が存在して抵当権の効力範囲に含まれるかについて、建物所有者ではなく、土地所有者（土地賃貸人）との間で、解決することが以上のような意味をもつことは、類似する事案に関する後掲東京高判平成23年8月10日金法1930号108頁を考える上でも重要である[77]。

（イ） 類似の事案として、東京高判平成23年8月10日金法1930号108頁がある。事案の詳細は判決文を参照されたいが、簡潔にいうと、以下のようなものである。

---

75） 中野貞一郎『民事執行法〔増補新版6訂版〕』（青林書院・2010年）328頁注6は、建物の抵当権者は、敷地賃貸借の賃料不払いによる解除に基づく建物収去土地明渡しの強制執行に対し第三者異議の訴えを提起することはできないが、例外として、建物収去土地明渡しの強制執行が実体上抵当権に対する違法な侵害とみられる場合には、建物抵当権者の第三者異議の訴えが認められるとする。東京高判昭和41年10月13日下民集17巻9・10号962頁、東京地判昭和47年10月31日下民集23巻9–12号576頁等の下級審判例は、抵当権の目的建物収去の強制執行が、実体上抵当権に対する違法な侵害に該当するときには、抵当権者はそれを理由として第三者異議の訴えを提起することができるとする。伊藤眞＝園尾隆司編集代表、林道晴ほか編『条解民事執行法〔第2版〕』（弘文堂・2022年）386頁注16〔青木哲〕も参照。

76） 中野・前掲注75）320頁、伊藤＝園尾編集代表、林ほか編・前掲注75）395–396頁〔青木〕等。

本件土地上にある本件建物に設定された根抵当権を有するX（原告、被控訴人＝附帯控訴人）が、本件土地所有者Y（被告、控訴人＝附帯被控訴人）および本件建物所有者A（第一審では被告。エスエス商会）との間において、Aが本件土地賃借権を有する旨の確認請求（当初確認請求）をしたところ、第一審（東京地判平成22年12月28日金法1930号112頁）では、確認の利益について特に問題とされないまま、請求認容判決がされた。これに対して、控訴審では、第一審の当初確認請求については、確認の利益を欠くとして訴えが却下されたが、控訴審で附帯控訴としてなされた訴え変更後の請求、すなわち、XのYに対する担保価値維持請求を被保全債権とする債権者代位権に基づいて、YとAとの間において、Aが本件土地賃借権を有することの確認請求（当審確認請求）が認容された。この事案では、Xが根抵当権に基づいて申し立てた本件建物の競売開始決定がされた後、Yが無催告解除特約に基づき本件土地賃貸借契約を無催告解除したため、その解除の有効性が争われていた（賃料自体は、Xが代払許可決定を受けて、いったんAが支払いを遅滞した4か月分の賃料を含めて月額賃料を遅滞なく支払っていた）。そもそもAは本件解除を争っておらず、また、本件競売手続では、いったん売却許可決定がされたが、Yによる本件解除があるとして、上記売却許可決定が取り消されて、第2回入札では、売却基準価格が減額されている。

本判決において、当初確認請求が確認の利益を欠くとされた理由は、当初確認請求の判決が確定しても、本件土地の賃借人Aと賃貸人Yとの間で、本件土地賃借権の存在が既判力をもって確定される関係になく、本件建物の買受人

77） ここで、建物所有者（土地賃借人）との間で土地賃借権存在確認をしておくことの意味もみておく。抵当権者は、建物所有者との間で、土地賃借権存在確認の確定判決を得ることによって、建物所有者からの口頭弁論終結後承継人（民事訴訟法115条1項3号）となる買受人との関係でも、上記確定判決の基準時には土地賃借権が存在していたことに抵触する主張を排斥できることになる。賃借権の存否に争いがあることが物権明細書等に記載され得るときは実際には問題にはなりにくいが、代金配当を受けた債権者でもある抵当権者に対する競売における担保責任（民法568条2項、3項）を買受人から求められる場合には、基準時前の事情について後訴で排斥されることに実益があることになる。

と賃貸人Yとの間においても、その既判力を前提とする法律関係が構築されるものでもないという点にある。つまり、本判決は、当初確認請求によっては、（根抵当権者Xと賃貸人Yとの間の法律関係ではなく）本件土地に係る賃貸借契約の当事者間（本件建物の買受人を含む）における法律関係の不安定が解消されないことを理由として、確認の利益を否定しているのである。しかし、既に検討したとおり、確認の利益が認められるために、確認対象が既判力をもって確認されることによって、あくまでも、確認対象とは別の「原告の法的地位（原告の被告との間の権利・法律関係）」（ここでは原告の根抵当権の効力範囲に属する本件土地賃借権の存否）への危険・不安が除去されるかが問題になっている点を看過しており、問題がある。そして、根抵当権者にとっては、土地賃貸人との間、あるいは建物所有者（土地賃借人）との間で、それぞれ本件土地賃借権の存在確認請求をすることにつき確認の利益が認められる。しかし、抵当権者にとって、債権者代位構成によって、AとYとの間でも既判力をもって本件土地賃借権の存在確認がされなければならない理由はないといってよいであろう[78)]。なお、当審確認請求が、そもそも実体法上可能であるかについては、検討すべき問題があるように思われるが、本稿ではこれ以上触れない。

（ウ） 便宜上、ここで触れておくが、大阪高判昭和45年3月18日高民集23巻1号66頁は、借地上の建物の競落人が、まだ土地賃貸人の賃借権譲渡に対する承諾（民法612条1項）も賃借権譲渡の承諾に代わる許可（借地借家法19条1項）もまだ得ていない（上記許可の申立てに係る借地非訟事件が係属中である）場合に、競落人が土地賃貸人に対して、（競落人の前主たる）賃借人が当該賃貸人に対する借地契約に基づく土地賃借権を有することの確認請求につ

78） 伊藤眞ほか・前掲注74）26頁〔松下発言〕も、建物所有者（土地賃借人）と土地所有者の間に既判力が生じないと、（土地）賃借権を前提とした抵当権者による債権回収ができないのかという疑問が指摘がされている。この疑問は、やはり前掲東京高判平成23年8月10日が、あくまでも、確認対象とは別の「原告の法的地位（原告の被告との間の権利・法律関係）」への危険・不安が除去されるかが問題であることが看過されているに起因するものと考えられる。

き、確認の利益があるとした。賃貸人の承諾等がない段階では、競落人は競落した建物の借地権譲渡を賃貸人に対抗できないから、上記のような確認請求をせざるを得ないため、確認の利益が認められる。

## 2　自称権利者間のケースである場合

### (1)　同一債権の帰属につき原告と被告との間で争いがある場合

ア　原告と第三者との間の法律関係を確認対象とする場合の典型例として、同一債権の帰属について原告と被告との間で争いがある場合が挙げられている（いわゆる自称権利者間のケース）。この場合、原告が、同一債権について債権者であると主張する被告に対して、原告が第三者である債務者に対して当該債権を有する旨の確認の訴えを提起することになる（債務者が債権者不確知を理由とする供託をしている場合には、供託金の還付請求権を有することの確認の訴えとなる）[79]。この場合、学説では、原告と第三者たる債務者との間の法律関係を確認対象（訴訟物）であることが前提とされているように見受けられる。

この点に関して、兼子一教授は、以下のように指摘している[80]。すなわち、「原告は第三者たる債務者の給付義務の存在確認を主張し之が確認を求むべきではなく、該債権が若しあるとするならば原告に歸屬し其の反面被告に歸屬して居らぬ旨の確認を請求せねばならぬ。蓋し債權の存在は兩當事者互に爭はず寧ろ其の前提とする所であり、又かかる訴訟の判決の既判力は債務者には及ばぬ故

79)　最判平成5年3月30日民集47巻4号3334頁も、原告と被告との間で同一債権の帰属が争われる類型の1つではあるが、この場合は、X（原告＝反訴被告、被控訴人、上告人）による国税徴収法に基づく滞納処分としての債権差押えと、Y（被告＝反訴原告、控訴人、被上告人）に対する債権譲渡とが同一債権について行われたが、それぞれの通知が第三債務者に到達した時点の先後関係が不明であった事案であり、第三債務者が債権者不確知を理由として上記債権額を供託したため、Xが上記供託金還付請求権をさらに国税滞納処分として差し押さえた。XがYに対して、上記供託金還付請求権の取立権を有することの確認を求める本訴を提起し、YもXに対して、Yが上記供託金還付請求権を有することの確認を求める反訴を提起した。

80)　兼子一「判批」法協54巻5号（1936年）993頁（大判昭和10年12月17日民集14巻2053頁の判例評釈である）。

に債務者を相手とせずに債権債務の存在の確認を求めるが如きは却つて其の必要を缺くからである。故に本案の審理としても訴訟物ではない該債権の存否の問題に觸れるべきではなく、唯其の存在を假定して單に原告に歸屬するか否かのみを判斷すべきであり、假令被告が債務の不成立や消滅を抗辯しても訴訟物の判斷に無關係なものとして斟酌する要はないのである。」以上のように、兼子教授は述べている。

債権の帰属が原告にあることを確認するためには、原告が当該債権を有することの確認を主文で求めざるを得ない。また、原告が当該債権を有することのほか、当該債権を他の債権と区別するために必要な事実を主張立証する必要があるものと考えられるが、債権の場合には、訴外債務者が必然的に存在する上、他の債権と区別するに足りる事実は、当該債権の発生原因事実と実際には重複する。そうすると、訴訟物や主文の観点からも、要件事実の観点からも、原告の訴外債務者に対する債権の存在確認請求と、（当該債権の存在を前提とする）原告に当該債権が帰属することの確認請求とは区別することができない。そのため、「本案の審理としても訴訟物ではない該債権の存否の問題に觸れるべきではなく、唯其の存在を假定して單に原告に歸屬するか否かのみを判斷すべきであり、假令被告が債務の不成立や消滅を抗辯しても訴訟物の判斷に無關係なものとして斟酌する要はない」ということができないのではないかと現段階では考えている。通常、被告は、当該債権の存在を前提としてその帰属を争うために、被告が債権の権利障害事実、権利消滅事実を主張することは考えられないというにすぎない。

それでは、「かかる訴訟の判決の既判力は債務者には及ばぬ故に債務者を相手とせずに債権債務の存在の確認を求めるが如きは却つて其の必要を缺く」ということになるのかについてさらに検討する。近時、自称権利者同士の債権確認訴訟について、債務者には判決効が及ばず、当該債務者との関係では原告が債権者であることまでは（既判力により）確定しない、弁済を得たいのであれば当該債務者に対する給付訴訟を提起すべきであって、債権者であることを争う者に対する債権確認訴訟を認める必要性は乏しいと論ずる見解がある（上記

見解は必ずしも自称権利者同士の債権確認訴訟では、確認の利益を欠くとまで明言していないが、そのような趣旨であるとここでは解しておく）[81]。

しかし、原告は、債務者から当該債権につき弁済を受けたとしても、債権者と称する被告との間で、原告が当該債権を有するのかを既判力によって確定しておかなければ、被告から不当利得返還請求または不法行為に基づく損害賠償請求を受けるおそれがあるから、原告には、被告との間で、弁済を受ける前に、原告が当該債権を有することを確認しておくことにつき確認の利益がある。債務者が債権者不確知による供託をした場合には、原告は、供託金還付請求権を有することの確認を行うことになるが（債権確認請求訴訟提訴後であれば、訴えの変更を行うことになる）、そうではなく、債務者が、原告に弁済した場合でも、なお自称債権者に対して債権を有する旨の確認を求める確認の利益が認められるか。大判昭和10年12月17日民集14巻2053頁[82]の事案はこの点が問題となった。当該債権につき既に弁済が原告に対してなされた場合には、原告が債権者で「あった」という過去の権利（帰属）を確認することになるか否かが問題なのではなく、この段階では、原告の被告に対する不当利得返還債務の不存在確認を直截に求めるべきであるから、債権を有する旨の確認を求める確認の利益はないと考える[83]。

---

81） 伊藤隼・前掲注2）43–44頁。なお、同頁の見解は、債務者が債権者不確知を理由として供託した場合における自称債権者同士での供託物還付請求権の確認訴訟については、確認の利益を肯定する。

82） 第一審の共同被告Y2は、部落で事実上共有していた土地を売却した際、買主から事実上の共有者に対して分配するための寄附を受けたところ、Y1の先代が事実上の持分を有していたとして、Y1がY2に対して分配金の支払を求める別訴を提起して係属中であった。これに対して、Xは、Y1の先代から当該事実上の持分を譲り受けているから、分配金はY1ではなく、Xに支払うべきであるとして、Y1に対してはXが当該分配金債権を有することの確認、Y2に対しては当該分配金支払を求める訴訟を提起した。第一審は、Xの各請求を認容する判決をしたが、Y1のみが控訴した。しかし、控訴審では、Y2が当該分配金をXに支払ったために、Y1に対する当該分配金債権をXが有することの確認請求について「権利保護の利益」を有しないとして請求を「棄却」した。ここでは請求を棄却していることについては検討しない。

イ　大判昭和9年3月26日民集13巻310頁[84)]

本判決は、もし債権および抵当権の譲渡行為が無効であるとすれば自己が債権者・抵当権者であると主張する者がある場合には、当該債権が譲渡以前の事由によって消滅し抵当権も存在しないと主張する抵当権設定者は、譲渡人が現在の権利者であることを主張していなくても、譲渡人に対して抵当権不存在確認の訴えをなす（確認の）利益がないということはできないとして、譲渡人に対する抵当権不存在確認の訴えにおける確認の利益があるとしている。この場合は、抵当権等が譲渡されたことを抵当権設定者である原告が争っている場合には、なお抵当権・被保全債権の譲渡人である被告に対して、抵当権の不存在確認を求める利益はあるということになりそうである（ただし、抵当権移

83）　兼子・前掲注80）994頁は、債権の帰属の争の対象は債権の存否を離れた常に現在の法律状態に関するもので、仮令該債権が消滅して仕舞ったとしても過去の法律状態を目的とするものではない、訴訟中に弁済を受領しても、相手方に（債権が）帰属して居り且自己に対する弁済が債務者として債務を免れしめることとなれば、之に基いて逆に相手方から利得の返還又は損害賠償を請求される虞があるから、尚帰属を主張する必要は持続して居り、裁判所は債務者との関係に於て債務の存否如何に拘らず、之に関し本案の判決を為すべきであったとしている。しかし、問題は、過去の法律関係であるか否かではなく、XY間の不当利得返還債務の不存在確認という、より直截な形での確認を求めることができ、またそれで足りることから、確認の利益が否定されることになるものと思われる。

84）　本件は、以下のような事案である。X（原告、被控訴人、被上告人）が、AのY銀行（被告、控訴人、上告人）に対する当座勘定借越契約に基づく債務（本件被担保債権）を担保するため、X所有の不動産（本件不動産）にYのため抵当権を設定して登記を具備した。その後、Aは訴外3名の者のYに対する預金債権を譲り受けてYにその旨の通知がなされた（この譲受の効力は問題とされていないようである）。Xが、Yに対して、本件被担保債権と当該預金債権とを対当額で相殺する旨の意思表示をしたため本件被担保債権が消滅したとして、本件抵当権の不存在確認の訴えを提起した（抵当権設定登記抹消登記手続請求も併合提起されていたが、第一審で棄却されている）。これに対して、Yは、当該相殺の意思表示よりも前に本件被担保債権および本件抵当権をBに譲渡していたと主張したが、Xはこれらの譲渡を否認するとともに、仮に信託譲渡があるとしても無効であると争っていた（本件抵当権の移転登記およびXに対する債権譲渡の通知は、いずれもXの相殺の意思表示後になされている）。本判決当時は、民法の根抵当権に関する規定がなかったことに注意されたい。

転の登記が既にされているため、抵当権設定登記抹消登記手続（および抵当権不存在確認）も譲受人に対して行うのが通常であろうと考えられる）。

なお、債権者が債権を譲渡した後、この譲渡人に対して、当該債権の債務者が、譲渡以外の原因で債務が消滅したことを理由として提起する債務不存在確認の訴えにつき確認の利益があるかについては、譲渡人も債務者も債権譲渡を争っていない場合には確認の利益は認められないであろうが、譲渡人または債務者が債権譲渡が無効であると主張している場合、差押禁止債権であるため差押え・転付命令が無効である場合には、確認の利益が認められるであろう[85]。

### (2) 遺言者の死亡後、当該相続人以外の他の相続人に「相続させる」旨の遺言、または遺贈する旨の遺言の効力を当該相続人が争う場合

この場合には、実質的には、同一の財産権の帰属を原告と被告との間で争う場合といえるため、ここで検討する。前述のとおり、遺言や売買契約は、（過去になされた）法律行為であって、法律行為の有効・無効は、当該法律行為が有効または無効であるがゆえにそこから生ずる法律関係とは別個に観念することができ、ここでの法律行為は、法律関係を発生させる法律要件という位置づけにある。そうすると、遺言の無効を直接の確認対象とする場合には、原被告間の現在の法律関係が別途存在することを前提としているものと考えられるが、必ずしもどういう現在の法律関係が当該事件で問題となるのかについては意識されることが少ないようにも見受けられる[86]。

最判昭47年2月15日民集26巻1号30頁の判例要旨は、「遺言無効確認の訴は、その遺言が有効であるとすればそれから生ずべき現在の特定の法律関係が存在しないことの確認を求めるものと解される場合で、原告がかかる確認を求める

85） 菊井＝村松原著、秋山ほか・前掲注13）80頁は、債権の譲渡人が、債権譲渡が無効であってなお債権者であると主張している場合、あるいは、差押禁止債権についてなされた差押え・転付命令が無効である場合という特段の事情がある場合を除いては、債務者の法的地位に影響がないから、債務者の譲渡人に対する上記債務不存在確認の訴えには、確認の利益がないとしている。

法律上の利益を有するときは、適法と解すべきである。」（傍点は筆者が付した）というものであった[87]。しかし、厳密に考えると、現在の法律関係として想定すべきなのは、前掲最判昭47年2月15日がいうように「遺言が有効であるとすれば、それから生ずべき現在の特定の法律関係が存在しないことの確認」ではなく、遺言が無効である場合に生ずべき（原被告間の）現在の特定の法律関係が存在することの確認であるというべきではないかと考えられる。当該遺言において、相続人ではない者もしくは相続人に遺贈する、または相続人に対して「相続させる」旨の遺言がされている場合に、当該受遺者や当該相続人が被告となり、それ以外の相続人が原告になる[88]。そのため、当該遺言が無効であれば、遺贈や遺産分割方法指定に係る財産が、相続人の法定相続分に基づく遺産共有の状況になる。そうすると、原告の被告との間の法律関係をまず確認すべきであるという観点からすれば、遺言無効確認訴訟では、原告が、当該財産について法定相続分に基づく共有持分権を有することの確認を求めているのと同じであるといえ、これが本来の確認対象としての現在の法律関係であると考えられる[89]。判例のように解すべき積極的理由があるならば別であろうが、そ

---

86） この点、高橋・前掲注5）375頁注28も、最大判昭和45年7月15日民集24巻7号681頁の親子関係存否確認を検討する文脈ではあるが、「無限定に過去の法律関係の確認を認めてよいかは、やはり問題である…。判旨は、当事者の一方の生存を歯止めとするようであるが、むしろ、少なくとも一つの現在の法律関係に具体的に関係することを要求することも考えられるのではなかろうか。」と指摘している。なお、親子の一方が死亡した後の親子関係が過去の法律関係なのかは検討の余地があるようにも思われる。斎藤秀夫「身分関係不存在確認の訴」家族法大系刊行委員会編『家族法大系Ⅰ』（有斐閣・1959年）188頁、谷口安平『口述民事訴訟法』（成文堂・1987年）125頁参照。

87） 最判解民事篇昭和47年度304頁〔柴田保幸〕は、遺言が有効であるとすれば、それによって影響を受ける現在の特定の法律関係が存在しないことの確認を求める形式に請求の趣旨を引き直して訴えを提起しなければならないかが、本件での問題であるとする。また、同307頁〔柴田〕は、本判決の趣旨は、遺言によってなしうる民法上の法律行為を含まない遺言が確認訴訟の対象となり得ないことを明らかにしたにとどまり、かかる法律行為を含む遺言はすべて「遺言が有効であるとすれば、そこから生ずべき現在の特定の法律関係が存在しないことの確認を求める場合」に含まれると解してよいとしている。吉村徳重ほか編『講義民事訴訟法』（青林書院・2002年）73頁も参照。

れが考えられないとすれば、遺言が無効であるとすれば生ずるであろう、原告の法定相続分に基づく共有持分権を確認すると解する方が直截ではないかと思われる。この点、前掲最判昭47年2月15日は、遺言が有効であるとすれば、

88） 原告が相続人でない場合は、遺言が無効であることによって左右される原告の法律関係がないであろうから、原則として、相続人でない者は確認の利益・原告適格を欠くことになると考えられる（遺言が無効であるとすれば生じている現在の特定の法律関係が原告にあればもちろん別である）。最判昭和56年4月3日民集35巻3号431頁では、明示的に判示されているわけではないものの、原告が相続欠格者にあたる場合には遺言無効確認訴訟の原告適格を有しないことを前提としているようにもみえる（また、宮﨑格一判事の反対意見は、原告のうち1名が相続欠格者にあたることが明らかであり、本件遺言書の効力のいかんによってその権利または法律関係に影響を受けるものではないから、本件遺言無効確認訴訟についての原告適格を欠くとしている）。

これに対して、遺言無効確認訴訟において原告である相続人に確認の利益があるか否かは、遺言の内容によって定めれば足り、原告が受けた生前贈与等により原告の（具体的）相続分がなくなるか否かは、原則として確認の利益の存否の判断においては考慮すべきものではないとした最判昭和56年9月11日民集35巻6号1013頁との関係については、小山昇「判批」判評282号（1982年）184頁の指摘が有益であろう。すなわち、同頁は「民法903条による算出の結果は、分割の比率を評価額で表示するものに過ぎず、それが零であることは共有持分権を有しないということを意味するものではない。民法903条により相続分零になる相続人といえども、分割によってはじめて共有持分権を（遡及的に）失うのであって、分割に至るまでは共有持分権を主張することができるのである（形式論）。」としている。つまり、計算上、具体的相続分がない相続人であっても、遺産分割審判が確定等するまでは、法定相続分による（遺産）共有持分権を有することになるため、具体的相続分がないことを確認の利益の存否において判断すべきではないということになる。山本弘・前掲注68）法教252号163頁でも、他の訴訟の先決問題として遺産分割審判が確定した結果生ずる法律関係（各相続財産上の持分権の欠缺）を主張できないという、形成裁判の原則と整合しないことが指摘されている。

ただし、前掲最判昭和56年9月11日は、「例外的には」確認の利益存否の判断で考慮する余地を認めるかのような判示になっている点は、上記のように解する限り説明がつけにくいことになる（高橋宏志＝米倉明「判批」法協100巻1号（1983年）196–197頁注5は、具体的相続分につき既に家庭裁判所の判断が示されて遺産分割手続を経ている場合をこの例外として想定している可能性を示唆する）。相続人欠格事由がある場合には、当該事由が認められる限り、そもそも相続人自体ではないため、具体的相続分がない場合とは区別することができるであろう。高橋＝米倉・前掲193–194頁参照。なお、前掲最判昭和56年9月11日の事案は、昭和55年法律第51号による改正前の民法が適用される事案であると

遺贈等に係る財産について被告が財産権を取得する半面、原告が（法定相続分に基づく）共有持分権を取得し得なくなるという形で考えているのかもしれないが[90]、結局は、原告の法定相続分による共有持分権を最終的に考えているのであれば、当初よりそれを本来の確認対象とすれば足りるように思われるのである。また、遺言無効確認訴訟はすべての相続人が当事者となる必要がある固有必要的共同訴訟ではないと解するのが判例であるが[91]、本来の確認対象が、原告の法定相続分に基づく共有持分権であると解するのであれば、固有必要的共同訴訟の判例傾向を踏まえると、固有必要的共同訴訟ではないと説明することは比較的容易である[92]。

以上によれば、遺言無効確認訴訟では、本来の確認対象は、原告が法定相続分に基づく（遺産）共有持分権を有することの確認を求めることととらえるべきであるが、その先決問題となる遺言無効が確認対象とされていることになる。

---

ころ、同改正後は、寄与分が具体的相続分で考慮され、寄与分について協議ができない等の場合には家庭裁判所が寄与分を定めることとされた（民法904条の2）ことの影響についても、高橋＝米倉・前掲195頁注2参照。

89） 山本弘・前掲注68）法教252号163頁も、相続人による遺言無効確認を、原告が遺言の対象財産につき法定相続分に基づく持分を有することの確認に引き直すことが、かえって煩瑣であることを指摘する。

90） 最判昭和56年9月11日民集35巻6号1013頁の第一審（大阪地判昭和52年11月30日判時902号89頁―控訴審である大阪高判昭和54年8月30日金判634号28頁でも当該部分は維持されている）参照。小山昇「判批」判評282号（1982年）183頁は、「相続を原因とする共有持分権が遺贈を原因とする所有権と両立しないときは、前者の権利を主張する者は、その権利の確認を求める利益を有し……、これを、遺言の無効の確認の方法により、遺言を原因として取得した所有権部分の不存在の確定を通して、実現することも、相続を原因とする共有持分にかかる不安の除去方法として、許されることであろう。」としている。

確かに、迂遠のように思われるが、小山・前掲183頁のように解することもできなくはないとはいえる。

91） 最判昭和56年9月11日民集35巻6号1013頁。

92） 小山・前掲注90）185頁も、結局は「実質において、共同相続人間に、特定不動産につき、共有持分権を有するか否かが争われたとみることにして論を進める。」としている。しかし、学説では、遺言無効確認につき、共同相続人間等で合一的な判断が必要であるとして批判も強い。例えば、高橋＝米倉・前掲注88）200頁。

推測の域を出ないが、前掲最判昭47年2月15日をはじめ判例において、「遺言が有効であるとすればそれから生ずべき現在の特定の法律関係が存在しないことの確認」を本来の確認対象ととらえているのは、遺言者が生存中に提起した遺言無効確認の訴えに関する昭和31年最判が「本件遺贈に基ずく法律関係の不存在の確定を求めるに帰着する」ものと確認対象をとらえたことが影響しているのかもしれない。もしそうであれば、昭和31年最判の事案は、相続人ではなく、遺言者自身が受遺者に対して提起したものであるため、原告の法的地位として問題になり得るものは、将来生じ得る遺贈に基づく法律関係の不存在しかなかったということが看過されているのではないかと考える。

## 第5　検討

### 1　学説・判例の検討を踏まえた考察

前記第2ないし第4までの検討を踏まえると、以下のように述べることができる。前提として、自称権利者間のケース（(b)類型）とそれ以外のケース（(a)類型）とは、明確に区別して論じる必要がある。その上で、本稿の問題意識として重要である(a)類型についてここでは述べることとする。

原告と第三者との間の法律関係を確認対象とした判例もなく、また、原告と第三者との間の法律関係が確認対象となる場合にも確認の利益が認められることを明言する学説は、管見の限りでは見当たらない。それは、原告と第三者との間の法律関係に基づいて、当該第三者の対する給付訴訟または確認訴訟を提起すれば足りるからではないかと考えられる。従来、当事者の一方と第三者との法律関係であっても確認の対象となり得ると漠然といわれていたが、厳密には、被告と第三者との間の法律関係のみが確認対象となり得るというべきである。

次に、あくまでも原告の法的地位に対する危険・不安を除去するために、被告と第三者との間の法律関係の確認判決を得るのであるから、確認対象とは別に、原告が保護を求める原告の法的地位が存在しなければならない。そして、その（原告の法的地位としての）原告の法律関係は、「被告との間の」それで

あることが必要であり、第三者との間のそれは、原告の法的地位にはなり得ない。確認の利益が認められるためには、確認対象である被告の第三者との間の法律関係を、「被告に対する関係で」確認することによって、「原告の法的地位」に生じた危険・不安を有効・適切に除去できなければならないが、当該第三者には、原被告間の確定判決の既判力が及ばないため、被告との間で確認判決を得たとしても、原告と第三者との間の法律関係に生じている危険・不安は何ら除去されないからである（また、原告は、当該第三者を被告として、当該法律関係に基づく給付訴訟またはこれを確認対象とする確認訴訟を提起することによって、まずは解決すべきである）。さらに、原告の法的地位が全面に出てこないために見落とされがちであるのは、そもそも原告の法的地位となり得るような原告の被告との間の法律関係がない場合（推定相続人による遺言無効確認訴訟がその例である）には、当然確認の利益はないということである。

そして、最も重要であるのは、原告が保護を求める原告の法的地位が、このように原告の被告との間の法律関係であるというのであれば、直截に、原告は、被告に対して当該法律関係に基づく給付訴訟または確認訴訟を提起するべきであって、それらが可能である限り、被告と第三者との間の法律関係を確認対象とする確認の訴えは不適法であるということである。しかし、この点は従来は全く意識されてきたことがなかったといってよい。したがって、（原告の法的地位としての）原告の被告との間の法律関係に基づく給付訴訟または確認訴訟を提起することができない、または困難であるという、極めて例外的な場合に限ってのみ、被告の第三者との間の法律関係を確認対象とする確認訴訟での確認の利益が認められ得るのであって、その場合には、確認対象の存否が（原告の法的地位としての）原告の被告との間での法律関係の存否を決する先決関係にあることが必要となる。

判例でも、帰結に誤りがあるものを除くと、原告の被告に対する上記のような給付訴訟または確認訴訟ができない、または困難であるという場合（前記4、1(3)参照）にのみ確認の利益が認められており、かつ、その場合には、確認対象の存否が（原告の法的地位としての）原告の被告との間の法律関係の存否を

決するという先決関係にある。

原告の被告との間の法律関係に基づく給付訴訟または確認訴訟が提起できる場合には、確認対象とされる被告と第三者との間の法律関係は、理由中の判断となる前提問題にすぎないか、あるいは、争点を共通にする請求であるかのいずれかのパターンが判例でみられた。とりわけ争点を共通にする請求であるパターンは、特許権関係訴訟でみられたのも特徴的である。これは、例えば、特許権侵害訴訟では、被告製品の生産、使用、譲渡等が、物の発明の特許の実施行為に当たるかなどが、複数の関係者に共通して問題となることに起因するものであろう。ただし、多くの場合は、理由中の判断となる前提問題に位置づけられるべき被告の第三者との間の法律関係を確認対象としているものである。これに既判力を生じさせる意味はあまり考えられないが、判例・多数説によれば、中間確認の訴えによって、当該第三者との間の法律関係の存否に原被告間で既判力を生じさせることは可能である。

以上の考察から明らかになることは、原告が被告に対して給付訴訟が可能である場合はさておき、確認の利益が認められるためには、あくまでも原告と被告との間の法律関係を確認対象とするのが大原則であるということである。ドイツでは、確認対象を当事者間の法律関係に限るべきであるという見解が有力であるのも首肯できる。

なお、少なくとも判例では、既判力以外に、第三者が判決を尊重する事実上の可能性について考慮したことを明示するようなものはみられない。

### 2　前記1の考察から得られる視点

そして、前記1の考察に照らすと、次の点を指摘できるように思われる。

(1)　第1に、確認訴訟であっても、当事者間の権利・法律関係を確認対象としなければならないのがあくまでも大原則であるということである。他人の権利関係について確認を求めるのに、原告がその管理処分権を有する必要はないと一般にいわれているが、それはあくまでも、確認対象以外に、（原告の法的地位としての）原告の被告との間での権利・法律関係が存在することが前

提とされていたからであって、その存在なしには、確認の利益とともに原告適格はないということになる。

そして、確認の利益が否定されている多くの場合は、被告と第三者との間の法律関係を確認しなくても、原告の被告との間の法律関係に基づく、より適切な給付訴訟や確認訴訟が採り得る場合であるから、確認の利益の判断においては、より適切な給付訴訟や確認訴訟が考え得るのかという観点からみることが極めて重要である。逆にいえば、そのようなより適切な給付訴訟や確認訴訟が考えられる場合は、当初の確認訴訟の確認対象が適切ではないため、これを確認しても紛争を有効・適切に解決できないことの裏返しであるともいえる[93]。そして、この点は、後記(4)のとおり、第三者との法律関係が確認対象とされる場合にのみ生じる問題ではなく、過去の法律関係等が確認対象である場合にも類似した問題があり得る。

(2)　第2に、確認の利益における実体法の重要性である。本稿の問題である、第三者との間の法律関係を確認対象とする場合は、特にそれが現れるということができよう。ただし、実体法の重要性が全面に出てくるのは(a)類型だけである。また、原告が被告に対して給付訴訟または当事者間の法律関係につき確認訴訟を提起するという直截な方法が採り得るかを考慮する点では、訴訟法が考慮されているとはいえるが、実体法をどのように解するかが確認の利益にお

93)　高橋・前掲注5）373頁は、債権者を自称する者の間での争いに言及する中で「一般化すれば、原告が真に保護を求めている地位と訴訟物が乖離することがあるということになる。したがって、当該訴訟物につき判決することが、原告が真に保護を求めている地位の安定に役立つかが別途検討されなければならないことがあり、確認の利益の判断のため裁判所が、訴訟物から相対的に離れて、紛争の実体・経緯を見なければならないことも起こり得るのである。」とする。この点も非常に重要であるが、さらにいえば、そもそも原告が真に保護を求めている地位についての紛争を有効・適切に解決できる、別の確認訴訟の対象の設定が可能なのかも考慮する必要があると考える。越山和広「確認の利益と対象適格の関係について」徳田和幸先生古稀祝賀論文集『民事手続法の現代的課題と理論的解明』（弘文堂・2017年）148頁が指摘するように、確認対象として適切かどうかという問題は、その確認対象について即時確定の必要性があるかという問題と切り離すことはできないといえる。

いて極めて重要であることに変わりはない。

(3)　第3に、実体法の重要性とも関連するが、少なくとも第三者との法律関係を確認対象とする場合の確認の利益を考えるには、当該確認対象についての既判力を問題とすべきであり、法律関係の主体である訴外第三者に与える事実上の影響などは考慮されないということである。おそらく学説で暗黙のうちに前提とされているのは、確認訴訟の判決は既判力しか生じないのであるから、その既判力によって、（原告の法的地位としての）原告の被告との間の法律関係に対する危険・不安を除去できなければならず、逆にいえば、その既判力とは関係のない事情を考慮しなければ、原告の法的地位に対する危険・不安が除去できない場合は、確認の利益が否定されると考えているものと推察する。本稿で判例を検討した限りでは、少なくとも参加的効力については確認の利益を左右するものではなかったが、なお検討してみたい。

この問題は、判決効以外の事情は、どういう場合に訴えの利益一般の判断において考慮され得るのかという問題とも関連しており、ここではこれ以上検討できない。

(4)　最後に、本稿で得られた視点は、過去や将来の法律関係を確認対象とする場合の確認の利益にも関連するのではないかということである。過去や将来の法律関係の確認が許されない理由の1つとして、確認判決の既判力が確定するのは基準時の法律関係の存否であるから、過去または将来の法律関係については既判力を生じないことが挙げられていた[94]。確認の利益が認められるのは、当該確認対象を既判力によって確定することによって、原告の被告との間の権利・法律関係に対する危険・不安が除去される場合であると考えるのであれば、既判力の基準時が同様に問題となるため、第三者の法律関係を確認対象とする場合に限らず、過去や将来の法律関係を確認対象とする場合にも同様のことが問題となり得る。

つまり、過去の法律関係（および法律行為）を確認対象とする場合であって

94)　例えば、右田堯雄『民事訴訟法〔改訂版〕』（嵯峨野書院・1986年）54頁。

も、原告の被告との間の現在の法律関係（原告が保護を求めている原告の法的地位）を別個に観念することができるのであって、それが観念できない場合には、確認の利益がないと言わざるを得ないのではないかということである[95)]。この場合も、確認対象となる法律関係と、原告が保護を求めている原告の法律関係との間にずれが生じているが、実質的には後者のために、前者の確認が求められているという関係にあるといえる。また、将来の法律関係を確認対象とするとしても、既判力が生ずるのは基準時での原告と被告との間の法律関係とならざるを得ないため、両者にずれが生じている。そのため、基準時時点での原告と被告との間の法律関係との関係を考えざるを得ないのではないだろうか。

特に将来の法律関係を確認対象とする場合については、さらに検討を深めていきたい。

（おおぶち・まきこ　筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

95）　山本弘・前掲注11）1596頁注18参照。同頁注18では、Hellwigによれば「…即判力は現在の原告の法律関係にとって意味を有するものである必要があるのであるから、第三者の法律関係の存否確認の（ママ）関する彼の論理をここでも応用することが許されるならば、過去の法律関係をその存否の条件となる原告の現在の法律関係が観念される限りにおいてそれを確認の対象とすべきであって……それが観念されない限り確認はあり得ないのである」としている。また、前掲注86）も参照。

論　説

# 労働契約準拠法と最密接関係地
## ――EU 法との比較による整理

藤　澤　尚　江

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　日本の通則法
　1　ルールの概要
　2　労務提供地の意義
　3　具体的な解釈上の問題
Ⅲ　日本の民訴法
　1　ルールの概要
　2　労務提供地・雇入事業所所在地
Ⅳ　EU 法
　1　ルールの概要
　　(1) ローマⅠ規則
　　(2) ブリュッセルⅠbis 規則
　2　労働契約事件に関する EU 国際私法の変遷
　　(1) 労務提供地を基準とするルールの確立
　　(2) 労務提供地の判断
　　(3) 雇入事業所所在地・最密接関係地の判断
　3　小括：EU 法と日本法との異同
Ⅴ　検討
　1　労務提供地の意義
　2　準拠法の決定基準時
　3　労務提供地の具体的判断
　4　雇入事業所所在地
　5　最密接関係地の判断
Ⅵ　おわりに

## Ⅰ　はじめに

交通の発達により、人は容易に国境を越えるようになった。さらにコロナ禍を経て、テレワークが普及し、ある国の企業に勤めながら別の国で働くことも、一般に浸透してきている[1)]。日本でも、2024年に海外企業に勤めるエンジニアらを誘致するため在留資格が創設されるなどし[2)]、労働契約に関して国際的な問題がますます生じやすくなったといえる。

国際的な労働契約の問題に関していずれの国の法が適用されるかは、日本では法の適用に関する通則法（通則法）が主として定める。通則法は、2007年1月1日より施行されるが、法例から通則法への改正時に、労働契約の特則には最密接関係地（最も密接な関係がある地）という概念が準拠法決定の基準として採用された（通則法12条1項）。さらに、労働契約の最密接関係地を明確にするため、労務提供地（労務を提供すべき地）または雇入事業所所在地（労働者を雇い入れた事業所の所在地）が最密接関係地と推定される（同条2項、3項）。

しかし、労務提供地・雇入事業所在地について、最密接関係地として推定されうる理由・判断基準は明らかではない。また、労務提供地・雇入事業所所在地よりも密接な他の国の法があれば推定が覆され、当該国の法が適用されうるはずであるが、いかなる場合に推定が覆されるかも明らかではない。

筆者の本来の問題関心は、ギグワークのように働く場所にとらわれない働き方について、現行の国際私法が妥当性を有するかというところにある。しかし、妥当性を検討する前提として、労務提供地や雇入事業所所在地、最密接関係地の概念を明確にする必要性を感じた。そこで、本稿は、今後の研究の準備作業

---

1)　米国では、米国企業から給料を受け取りながら、家賃や生活費の安さからメキシコへ移住する者が増えている（「在宅勤務はメキシコで」日本経済新聞2023年12月26日）。

2)　出入国在留管理庁「在留資格「特定活動」（デジタルノマド（国際的なリモートワーク等を目的として本邦に滞在する者）及びその配偶者・子）」*available at* https://www.moj.go.jp/isa/applications/status/designatedactivities10_00001.html（2024年10月9日最終確認）。

として、日本の民事訴訟法（民訴法）や EU の国際私法（国際裁判管轄権に関してを含む）との比較により、労働契約に関するこれらの概念を整理し、明確化することを目的とする。

EU 法を比較の対象とするのは、次の3点の理由による。すなわち、第1に、日本の通則法を立法する際には EU 法から大きな影響を受け、現在においても解釈の上で頻繁に参照されていること、第2に、EU の労働契約に関する国際私法においても、労務提供地、雇入事業所所在地、最密接関係地という基準が重要な役割を担っていること、第3に、日本の国際私法は判決の調和を重視するため、日本と密接な関係を有し、かつ、国際的にも影響力の強い EU 法を参考にするのが重要であると考えることである。また、本稿が準拠法に焦点を当てながら、日本の民訴法や EU の国際裁判管轄権を規定するルール（国際裁判管轄ルール）を参照するのは、国際裁判管轄ルールにおいても労務提供地・雇入事業所所在地という概念が重要な役割を有しており、EU においては、準拠法の決定ルール（準拠法ルール）の発展に国際裁判管轄ルールが大きく関与しているからである。

以下、第1に、日本の通則法について、労働契約の準拠法がいかに決定されるのか、その概要と関連する学説をまとめる。第2に、日本の民訴法における労働契約に関する国際裁判管轄権とその立法理由、関連する学説を概観する。そして、国際裁判管轄権については、通則法ほどの争いはないことと、その理由について示す。第3に、EU の準拠法ルールと国際裁判管轄ルールとを概観した後、これらのルールが形成されるに至った経緯を見ていく。第4に、EU 法と日本法との差異を示しつつ、EU 法のルールが日本法にどのように参考になりうるかを示す。

なお、本稿は、通則法における最密接関係地・労務提供地・雇入事業所所在地の明確化を主眼とするものである。したがって、通則法7条・9条の当事者による準拠法選択、そして、通則法10条の法律行為の方式については必要な限りにおいて触れるにとどめる。

## Ⅱ　日本の通則法

### 1　ルールの概要

日本の通則法によれば、労働契約の準拠法は、次のように決定される。まず、労働契約の当事者により準拠法選択がある場合とない場合に分けられる。そして、当事者による準拠法選択がある場合には、原則として、当事者の選択した地の法（通則法7条・9条）が労働契約の準拠法とされる。さらに、労働者による適用の意思表示があれば、重ねて最密接関係地法の強行規定も適用される（同条12条1項）[3]。他方、当事者による準拠法選択がない場合には、労働契約の準拠法は最密接関係地法となる（同法8条1項）。

最密接関係地法については、一般的な契約に関しては通則法8条2項に推定規定がある。同項によれば、特徴的な給付を行う者の常居所地法が最密接関係地法として推定される。仮にこれを労働契約に当てはめれば、労務を提供する労働者の常居所地が最密接関係地として推定されることになろう。しかし、労働契約の最密接関係地法の推定に関しては、同法8条2項とは別に、同法12条2項・3項に特則規定が設けられた。そして、第一次的には労務を提供すべき地の法（労務提供地法）が、労務提供地を特定できない場合には、副次的に労働者を雇い入れた事業所所在地の法（雇入事業所所在地法）が、最密接関係地

3）　第十二条　労働契約の成立及び効力について第七条又は第九条の規定による選択又は変更により適用すべき法が当該労働契約に最も密接な関係がある地の法以外の法である場合であっても、労働者が当該労働契約に最も密接な関係がある地の法中の特定の強行規定を適用すべき旨の意思を使用者に対し表示したときは、当該労働契約の成立及び効力に関しその強行規定の定める事項については、その強行規定をも適用する。
2前項の規定の適用に当たっては、当該労働契約において労務を提供すべき地の法（その労務を提供すべき地を特定することができない場合にあっては、当該労働者を雇い入れた事業所の所在地の法。次項において同じ。）を当該労働契約に最も密接な関係がある地の法と推定する。
3労働契約の成立及び効力について第七条の規定による選択がないときは、当該労働契約の成立及び効力については、第八条第二項の規定にかかわらず、当該労働契約において労務を提供すべき地の法を当該労働契約に最も密接な関係がある地の法と推定する。

法として推定される。通則法12条2項の「労務を提供すべき地を特定することができない場合」については、航空会社の乗務員など、労務提供地が法を異にする地にまたがっている等の場合が想定されていた[4]。

通則法12条は、労働者の抵触法上の保護を図るために設けられた[5]。労働契約に、他の一般の契約と同様に当事者による契約準拠法の選択を認めれば、使用者に有利な法や実質法上の労働者保護規定が整備されない国の法が選択される恐れがあるからである[6]。労働者が最密接関係地法中の強行規定の適用を選択できるようにすることで、労働者の保護を図るのである。

## 2　労務提供地の意義

通則法への改正前、学説の多数は、労務給付地法[7]の公法的色彩[8]や強行的債務法[9]、属地的強行法たる資格[10]等の理由を上げながら、労働契約を労務給付地に連結することを主張している[11]。しかし、これらの学説が労務給付地への連結を導く理由は、明確であるとは言い難い[12]。また、法の適用に関する通則法の中間試案補足説明では、諸外国の立法例として労務給付地の法律を準拠

---

4)　小出邦夫編著『逐条解説　法の適用に関する通則法［増補版］』(2014年、商事法務)、法務省民事局参事官室「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」148頁『法の適用に関する通則法関係資料と解説』別冊 NBL110号（2006年）（以下では「中間試案補足説明」）。

5)　小出編著・前掲注4）155頁、中間試案補足説明・前掲注4）158頁。

6)　小出編著・前掲注4）156頁、中間試案補足説明・前掲注4）158-159頁。

7)　使用者に対する労働契約上の労務が給付される地であり、労務提供地とほぼ同義であろう。通則法改正前の文献にならい、労務給付地の文言を用いる。

8)　折茂豊「労働契約の準拠法について（二・完）」法学30巻4号424頁以下（1967年）。

9)　桑田三郎「判解」渉外判例百選（増補版）77頁（1976年）。

10)　烏場準一「判批」判評134号29頁（1970年）。

11)　改正前の学説をまとめたものとして、陳一「国試的労働関係の適用法規の決定に関する一考察(1)」法協111巻9号1385-1386頁（1994年）を参照。また、法例研究会『法例の見直しに関する諸問題(1)-契約・債権譲渡等の準拠法について』別冊 NBL80号60頁［西谷裕子］（2003年）、小出編著・前掲注4）156頁も参照。

12)　陳・前掲注11）1385-1386頁も同旨。

法とするものが多いことや、日本の裁判例・学説でも労務給付地を重視する考え方が有力であること、法制審議会の議論では労務給付地との関係が強いとする意見が有力であることが示される[13]。しかし、中間試案補足説明や法制審議会の議論、その後の立法担当者の解説でも、労務給付地が重視される理由についての明確な説明は見当たらない。

通則法への改正後に著された文献が、労働契約における労務提供地の意義について、どのように説明しているかは、EU 法との比較の便宜のために後述「Ⅴ」で触れる。

### 3　具体的な解釈上の問題

詳細な検討は後述「Ⅴ」にて行うが、通則法12条の最密接関係地法に関する問題状況の整理のため、日本でどのような解釈問題が生じているかを学説の状況とともに概観する。具体的に生じているのは、以下のような問題である。

第1に、準拠法決定の基準時についてである。通則法8条1項は、契約一般に関して、当事者による準拠法選択がない場合には、「法律行為の当時」すなわち、契約締結時の最密接関係地法によると規定する。そこで、労働契約の最密接関係地法の決定も、同様に契約締結の時点に限定されるかが問題となる。契約締結時に限定されず最密接関係地法は変更しうるとの見解[14]もあるが、契約締結時に限定すると解されうる見解[15]も見られる。第2は、労務提供地とはいかなる地かについてである。通則法12条1項は労務提供地を「当該労働契約において労務を提供すべき地」と規定しており、これが契約上定められた通

13）　中間試案補足説明・前掲注4）43頁。

14）　神前禎『解説 法の適用に関する通則法-新しい国際私法』113-114頁（弘文堂、2006年）、櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈 国際私法 第1巻 法の適用に関する通則法 §§1～23』288頁［高杉直］（有斐閣、2011年）、横山潤『国際私法』184頁（三省堂、2012年）、荒木尚志ほか編『注釈労働基準法・労働契約法 第1巻-総論・労働基準法(1)』90頁［村上愛］（有斐閣、2023年）等。また、裁判例において労務提供地の変更を認めたものとして、東京地判平成28・9・26（平成25(ワ)第10780号（第1事件）・平成25(ワ)第14177号（第2事件）。

15）　澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法［第9版］』192頁（有斐閣、2024年）。

常の労務提供地[16]をさすのか、現実に労務が提供された地[17]をさすのか見解が分かれる。第3に、労務提供地の具体的な判断基準についてである。労務提供地が複数ある場合、労働時間や内容の重要性を考慮し、主たる労務提供地を決定すべきことで、学説はほぼ一致している[18]。しかし、具体的にいかなる基準により判断するのかは明らかではなく、国際線航空機の客室乗務員については、労務の提供開始・終了地、労働の準備編成地を労務提供地とすべきとの見解がある[19]。第4に、雇入事業所所在地については、労務管理地であるとの見解[20]と、労働契約締結に関する事業所所在地であるとの見解[21]とに分かれる。最後に、最密接関係地の判断要素については、主観的要素を含むあらゆる要素を考慮すべきとの見解[22]と、客観的要素のみを考慮すべきとの見解[23]がある。

なお、通則法12条に関する裁判例については、労務提供地や雇入事業所所在地について比較的詳細に判断したものもある[24]が、判断の多様さから一定の

16） 奥田安弘『国際財産法』94頁（2019年、明石書店）。澤木＝道垣・前掲注15）192頁も同旨か。

17） 荒木ほか編・前掲注14）89頁［村上］、井川志郎「法の適用に関する通則法12条の労務提供地概念の広範性―とくに国際線の客室乗務員を念頭に」労旬1985号47頁（2021年）。

18） 神前・前掲注14）108-109頁、櫻田＝道垣内編・前掲注14）288-289頁［高杉］、村上愛「判批」道垣内正人＝中西康編『国際私法判例百選〔第3版〕』（2021年）65頁等。

19） 井川・前掲注17）52-53頁、加藤紫帆「判批」YOLJ-L2307005¶018（2023年）（2024年7月14日閲覧）、横溝大「判批」ジュリ1589号（2023年）156頁。

20） 横山・前掲注14）186頁、荒木ほか編・前掲注14）91頁［村上］。米津孝司「グローバル化と労働法の抵触ルール―法の適用に関する通則法を中心に―」日本労働法学会誌89頁（2012年）も同旨か。

21） 澤木＝道垣内・前掲注15）192頁、加藤・前掲注19）¶020、横溝・前掲注19）156頁。

22） 中間試案補足説明・前掲注4）144頁、小出編著・前掲注4）106頁、荒木ほか編・前掲注14）88頁［村上］等。

23） 通則法8条1項の最密接関係地法に関してではあるが、櫻田＝道垣内編・前掲注14）204頁［中西康］、北澤安紀「国際契約の準拠法」須網隆夫＝道垣内正人編『国際ビジネスと法』125頁（日本評論社、2009年）。

24） 大阪地判堺支平成28・3・17（平26（ワ）9380号・平27（ワ）11790号）、東京地判平成28・9・26（前掲注14））、さいたま地判平成30・2・23（平成27年（ワ）第12号）、東京地判令和5・3・27（労判1287号17頁）など。

傾向や法則を見出すことは難しく、既にこれらの裁判例を丁寧に比較・解説した文献[25]もあるため、本稿での詳述は紙幅の関係もあり控える。

## Ⅲ　日本の民訴法

### 1　ルールの概要

国際的な労働契約に関する問題につき、日本の裁判所が管轄権を有するかという国際裁判管轄権の問題については、民訴法3条の4第2項・第3項[26]および3条の7第6項[27]に規定がある。民訴法も通則法と同様に、労務提供地（労務の提供の地）・雇入事業所所在地（労働者を雇い入れた事業所の所在地）を判断の基準とする。しかし、通則法と異なり、民訴法がこれらの概念を基準と

25）　村上愛「法の適用に関する通則法の下での契約準拠法」国際私法年報21号2頁以下（2019年）。

26）　第三条の四［第1項省略］
2労働契約の存否その他の労働関係に関する事項について個々の労働者と事業主との間に生じた民事に関する紛争（以下「個別労働関係民事紛争」という。）に関する労働者からの事業主に対する訴えは、個別労働関係民事紛争に係る労働契約における労務の提供の地（その地が定まっていない場合にあっては、労働者を雇い入れた事業所の所在地）が日本国内にあるときは、日本の裁判所に提起することができる。
3消費者契約に関する事業者からの消費者に対する訴え及び個別労働関係民事紛争に関する事業主からの労働者に対する訴えについては、前条の規定は、適用しない。

27）　第三条の七　当事者は、合意により、いずれの国の裁判所に訴えを提起することができるかについて定めることができる。
［第2項から第5項まで省略］
6将来において生ずる個別労働関係民事紛争を対象とする第一項の合意は、次に掲げる場合に限り、その効力を有する。
一労働契約の終了の時にされた合意であって、その時における労務の提供の地がある国の裁判所に訴えを提起することができる旨を定めたもの（その国の裁判所にのみ訴えを提起することができる旨の合意については、次号に掲げる場合を除き、その国以外の国の裁判所にも訴えを提起することを妨げない旨の合意とみなす。）であるとき。
二労働者が当該合意に基づき合意された国の裁判所に訴えを提起したとき、又は事業主が日本若しくは外国の裁判所に訴えを提起した場合において、労働者が当該合意を援用したとき。

した理由は、立法資料から比較的明らかである。

民訴法3条の4第2項によれば、労働者は、労働契約に関する紛争について、労務提供地が日本にあれば日本の裁判所に事業主に対する訴えを提起できる。労務提供地が定まっていない場合には、雇入事業所所在地が日本にあれば、日本の国際裁判管轄権が認められる。他方、事業主が労働者を訴える場合には、労務提供地に管轄権は認められず、民訴法3条の3の特別管轄権も認められない。

また、民訴法3条の7は1項において、当事者による合意管轄を認めるが、労働契約に関しては同条6項に例外規定をおく。同項によれば、将来において生ずる個別労働関係民事紛争[28]を対象とする管轄合意は、原則として効力を有さない。例外は、同項1号の通り、労働契約の終了の時にされた合意であって、その時点における労務提供地のある国の裁判所に訴えの提起をすることができる合意か、同項2号の通り、労働者自身が当該合意に基づき訴えを提起するか、当該合意を援用するかしたときである。

民訴法の労働契約に関する国際裁判管轄権の規定も、通則法の規定と同様に労働者保護を目的として加えられる。しかし、同じく労働者保護を目的としていながら、民訴法3条の4第2項と同条第3項・3条の7第6項とでは、その方法が異なる。すなわち、同法3条の4第2項は、「労働関係に関する国際的な事案においては、移送により当事者間の衡平を図ることはできず、労働者が…他国の裁判所に赴き、又はその国の弁護士等を代理人として、訴えを提起し、又はその裁判所で応訴することは事実上困難である」[29]ことから、弱者である労働者が日本の裁判所へアクセスできる機会を拡大している。他方、3条の4第3項・3条の7第6項は、事業者の裁判所へのアクセス・合意管轄を制限することで、国際裁判管轄権に関する弱者保護を図るのである。

---

28）「個別労働関係民事紛争」の定義は、労働審判法第1条の定義と同じとされる（佐藤達文＝小林康彦『一問一答平成23年 民事訴訟法等改正』(2012年、商事法務）95頁)。

29） 法務省民事局参事官室「国際裁判管轄法制に関する中間試案の補足説明」（平成21年7月）44頁（以下では「裁判管轄補足説明」)。

## 2　労務提供地・雇入事業所所在地

労務提供地が基準とされた理由は、労務提供地は労働者にとってアクセスが容易であり、事業主にとっても予測可能性を害さないからと、説明される[30)]。また、多くの場合労働者の住所地であることや、労働契約にかかる強行法規の適用を保障すること[31)]、紛争原因の発生地として証拠も存在する地[32)]、同一の職場で働く同僚と同等の権利を保障する地[33)]という点に意義を求めるものもある。

民訴法3条の4第2項が労働者の裁判所へのアクセス確保を目的とするため、労務提供地は現実に労務を提供している地または提供していた地と考えられる[34)]。また、準拠法ルールと異なり、複数の地で労務が提供される場合には、労務提供地は一つに限られないと解するのが立法担当者・多数説の見解である[35)]。そのため、雇入事業所所在地が日本にあることにより国際裁判管轄権が認められるのは、雇入れの直後で労務の提供の地が定まっていないような場合に限定される[36)]。このような場合には、労働者を雇入れた事業所の所在地国で紛争を解決することが、労働者の裁判所のアクセスおよび事業者の予測可能性にかなうと考えられたからである[37)]。他方、一部には、複数の地で労務が提供される場合には、事業主の予測可能性確保のために、雇入事業所所在地を民訴

30）　裁判管轄補足説明・前掲注29）45頁。佐藤＝小林編著・前掲注28）97頁、小林秀之＝村上正子『新版　国際民事訴訟法』57頁（弘文堂、2020年）、荒木ほか編・前掲注14）79頁［村上］も参照。

31）　松浦馨ほか『条解民事訴訟法［第2版］』［高田裕成］61頁（弘文堂、2011年）。

32）　小林＝村上・前掲注30）57頁、荒木ほか編・前掲注14）79頁［村上］。

33）　荒木ほか編・前掲注14）79頁［村上］。

34）　佐藤＝小林編著・前掲注28）97頁。

35）　裁判管轄補足説明・前掲注29）45頁、佐藤＝小林編著・前掲注28）97頁。神前禎「消費者契約および労働関係の訴えに関する国際裁判管轄」ジュリ1386号52頁（2009年）、松浦ほか・前掲注31）61頁［高田］、小林＝村上・前掲注30）57頁、荒木ほか編・前掲注14）79頁［村上］も参照。

36）　佐藤＝小林編著・前掲注28）97頁。

37）　佐藤＝小林編著・前掲注28）97頁。

法上の労務提供地と解する見解もある[38]。

民訴法3条の7第6項は、労働契約の終了時点での労務提供地がある国の裁判所を管轄裁判所とする場合に限り、国際裁判管轄の合意を有効とするが、この理由としては次があげられる。すなわち、労働契約の終了時点での労務提供地に労働者が住所を有することが少なくないこと、その法制度、言語等をある程度知悉していること、労働者が住居を移転したとしても、その地での紛争はある程度予期することができることである[39]。民訴法3条の4第2項の労務提供地と同様に、同法3条の7第6項でも、労働者によるその地の裁判所へのアクセスのしやすさ、当事者の予測可能性が重視されていると言えるだろう。

2012年に国際裁判管轄権に関する規定が新たに加えられて以降、民訴法3条の4、3条の7第6項について争われた裁判例は見当たらない[40]。また学説においても、争いはそれほど多くない。これは、労務提供地と雇入事業所所在地の概念が、ある程度明確にされていることによるのではなかろうか。

以上のように、国際裁判管轄権における労働契約事件に関するルールは、通則法の準拠法ルールよりも明確なところが大きい。

## Ⅳ　EU 法

### 1　ルールの概要

#### (1)　ローマⅠ規則

EU の準拠法選択に関する統一規則としては、契約債務の準拠法に関する欧州議会及び理事会規則[41]（ローマⅠ規則）がある。労働契約の準拠法は、ロー

38)　牛嶋龍之介「労働関係に関する訴え」日本弁護士連合会国際裁判管轄規則の法令化に関する検討会議編『新しい国際裁判管轄法制―実務家の視点から―』別冊 NBL138号62頁（2012年）、小田敬美「消費者契約及び労働関係の訴えに関する管轄」小林秀行編集代表『国際裁判管轄の理論と実務』164-165頁（新日本法規、2019年）。

39)　佐藤＝小林編著・前掲注28）152頁。

40)　LEX/DB、West Law Japan、D1-Law を2024年9月30日に検索した結果による。

41)　Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ L 177, 4.7.2008, p.6-16.

マＩ規則の８条[42]が規定する。同条も、通則法と同様に、労働契約の当事者による準拠法選択がある場合とない場合とでルールの適用のされ方を変える。当事者による準拠法選択がない場合には、第１に、労務提供地法（その地でまたはその地から常に労務提供がされる国の法）（同条２項）が、第２に、労務提供地により準拠法を決定できない場合には雇入事業所所在地法（労働者を雇い入れた事業所の所在地国の法）（同条３項）が、第３に、労務提供地法や雇入事業所所在地法よりも密接な関係がある地が別にあればその地の法（最密接関係地法）（同条４項）が適用される。他方、当事者による準拠法の選択がある場合には、選択された国の法が原則として適用される（同条１項）。しかし、弱者である労働者の保護が奪われかねないので、当事者が選択した国の法が契約の準拠法とされながらも、当事者による準拠法選択がない場合に適用される地の法（労務提供地法／雇入事業所所在地法／最密接関係地法）中の強行規定が重ねて適用されうる（同条１項）。

原則として、当事者による準拠法の選択を認めながら、当事者による準拠法

---

42） Article 8 Individual employment contracts

1. An individual employment contract shall be governed by the law chosen by the parties in accordance with Article 3. Such a choice of law may not, however, have the result of depriving the employee of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement under the law that, in the absence of choice, would have been applicable pursuant to paragraphs 2, 3 and 4 of this Article.

2. To the extent that the law applicable to the individual employment contract has not been chosen by the parties, the contract shall be governed by the law of the country in which or, failing that, from which the employee habitually carries out his work in performance of the contract. The country where the work is habitually carried out shall not be deemed to have changed if he is temporarily employed in another country.

3. Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraph 2, the contract shall be governed by the law of the country where the place of business through which the employee was engaged is situated.

4. Where it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 2 or 3, the law of that other country shall apply.

選択がない場合に適用される法中の強行規定により与えられる保護を保障する点、労務提供地、雇入事業所所在地、最密接関係地といった基準による点、ローマⅠ規則8条と通則法12条とは類似する。

### (2) ブリュッセルⅠbis 規則

EU の国際裁判管轄権に関する統一規則としては、ブリュッセルⅠbis 規則[43]がある。本規則の労働契約事件に関するルールも、日本の民訴法と同様に、原告が労働者か使用者かにより異なる規定ぶりとなる[44]。労働者が使用者を訴える場合には、次の地の裁判所で訴えを提起できる。すなわち、まず、使用者の住所地が EU の構成国内にあれば当該国で、使用者の住所地が構成国内にない場合には、紛争の原因となる業務を行っている事業所の所在地が構成国内にあればその地（ブリュッセル Ibis 規則21条1項(a)、20条2項）で、次に、その地でもしくはその地から（the place where or from where）常に労務を提供する地、または最後に労務を提供した地（労務提供地）、当該労働を通常同一国において行わず、もしくは行っていなかったときは、労働者を雇用した事業所が所在するか、所在した地（雇入事業所所在地）（同規則21条1項(b)、2項）、最後に、紛争が生じた後に合意された地、付加的に合意された地（同規則23条）である。

他方、使用者が労働者を訴える場合には、次の地の裁判所に訴え提起が認められる。すなわち、労働者の住所地（同規則22条1項）、または、紛争が生じた後に合意がされた地（同規則23条1項）である。

労働者に対しては、被告の住所地管轄に加えて、労務提供地または雇入事業所所在地の裁判所へのアクセスが認められる。他方、使用者に対しては、労働者の住所地と紛争が生じた後に合意された地に訴えを提起できる地が制限されるのも、日本の民訴法と同様である。しかし、日本の民訴法と異なり、EU 法

43） Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) OJ L 351, 20.12.2012, p.1–32.

の管轄合意の規定には、労務提供地・雇入事業所所在地の概念が用いられていない。これは、ブリュッセル Ibis 規則以前の制定法においても同様である。本稿は、労務提供地・雇入事業所所在地・最密接関係地の概念を明らかにすることに焦点を当てるものであり、以降、本稿における EU 法の合意管轄に関する記述は省略する。

---

44） Article 20

1. In matters relating to individual contracts of employment, jurisdiction shall be determined by this Section, without prejudice to Article 6, point 5 of Article 7 and, in the case of proceedings brought against an employer, point 1 of Article 8.

2. Where an employee enters into an individual contract of employment with an employer who is not domiciled in a Member State but has a branch, agency or other establishment in one of the Member States, the employer shall, in disputes arising out of the operations of the branch, agency or establishment, be deemed to be domiciled in that Member State.

Article 21

1. An employer domiciled in a Member State may be sued:

(a) in the courts of the Member State in which he is domiciled; or

(b) in another Member State:

(i) in the courts for the place where or from where the employee habitually carries out his work or in the courts for the last place where he did so; or

(ii) if the employee does not or did not habitually carry out his work in any one country, in the courts for the place where the business which engaged the employee is or was situated.

2. An employer not domiciled in a Member State may be sued in a court of a Member State in accordance with point (b) of paragraph 1.

Article 22

1. An employer may bring proceedings only in the courts of the Member State in which the employee is domiciled.

2. The provisions of this Section shall not affect the right to bring a counter-claim in the court in which, in accordance with this Section, the original claim is pending.

Article 23

The provisions of this Section may be departed from only by an agreement:

(1) which is entered into after the dispute has arisen; or

(2) which allows the employee to bring proceedings in courts other than those indicated in this Section.

## 2　労働契約事件に関する EU 国際私法の変遷

### (1)　労務提供地を基準とするルールの確立

初期の EU 法として、まず1968年に、欧州共同体（EC）構成国間で、民事および商事事件における裁判管轄の執行に関する条約[45]（ブリュッセル条約）が成立した[46]。成立当初のブリュッセル条約には、労働契約に関する規定は存在しなかった[47]。その後、1980年に、EC 構成国間で、契約債務準拠法に関するローマ条約[48]（ローマ条約）が成立した。ローマ条約には、弱者である労働者によりふさわしい保護を保障するため[49]、労働者保護の特則（6条）[50]が設けられた。ローマ条約が後に規則化・現代化されたのがローマⅠ規則であるが、労働契約の特則の内容は、ローマ条約から大きくは変わらない。

① Ivenel 事件

準拠法に関しては労働契約の特則が設けられる一方、国際裁判管轄権については特則の存在しない状況が続き、その中で国際裁判管轄権が問題となる事件が現れた。1982年の Ivenel 事件[51]では、労働契約事件についてブリュッセル条約5条1号[52]の義務履行地管轄がいずれの国に認められるかが争われた。裁判所は、「ブリュッセル条約5条1号は、特に、事案と密接な関連を有する国の裁判所に管轄権を付与しようとしており、労働契約の場合には、関連は特に当該契約の準拠法にあり、契約準拠法に関する抵触法の傾向に従えば、本件に

---

45）1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 299, 31.12.1972, p.32–42.

46）欧州における労働契約事件の国際裁判管轄権に関する立法化の流れについては、芳賀雅顯「労働事件の国際裁判管轄―ヨーロッパ民訴法における労務給付地の決定問題を中心に―」法論77巻6号161–163頁（2005年）に詳細にまとめられている。

47）ブリュッセル条約の起草者は、準拠法所属国の裁判所で審理されるのが望ましいと考えていた（P. Jenard, Report on the Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ C 59, 5.3.1979, at 24.）。

48）80/934/EEC: Convention on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980, OJ L 266, 9.10.1980, p.1–19.

49）Mario Giuliano and Paul Lagarde, Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, OJC 282/80, 31.10.1980, at 25.

関しては、問題となる当該契約を特徴づける義務により準拠法は決定され、［当該義務は］労務提供義務である」［15］[53]とし、契約準拠法所属国である労務提供地との関連性を示した[54]。さらに、ローマ条約と同様に、国際裁判管轄権に関するブリュッセル条約も、弱者に十分な保護を与えるという考え方に影響を受けること［16］を示した。

② Shenavai 事件

1985年の Shanavai 事件[55]でも、Ivenel 事件と同様にブリュッセル条約5条1

---

50） Article 6 Individual employment contracts

1. Notwithstanding the provisions of Article 3, in a contract of employment a choice of law made by the parties shall not have the result of depriving the employee of the protection afforded to him by the mandatory rules of the law which would be applicable under paragraph 2 in the absence of choice.

2. Notwithstanding the provisions of Article 4, a contract of employment shall, in the absence of choice in accordance with Article 3, be governed:

(a) by the law of the country in which the employee habitually carries out his work in performance of the contract, even if he is temporarily employed in another country; or

(b) if the employee does not habitually carry out his work in any one country, by the law of the country in which the place of business through which he was engaged is situated;

unless it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country, in which case the contract shall be governed by the law of that country.

51） Case C-133/81, Roger Ivenel v Helmut Schwab, ECLI:EU:C:1982:199: Ivenel（フランス在住）は、Helmut Schwab（ドイツ会社）のセールスマンとしてフランスで労務を提供していたが、手数料等はドイツで支払われていた。労働契約の解消により、Ivenel が手数料や退職金を求めて訴えを提起した。本件を参照する際には、単に "Ivenel" とする。

52） Article 5

A person domiciled in a Contracting State may, in another Contracting State, be sued:

1. in matters relating to a contract, in the courts for the place of performance of the obligation in question; [omitted below].

53） 以下、「［(数字)］」は裁判例のパラグラフ番号を表すものとする。

54） *See also,* P. Jenard and G. Mller, Report on Convention on Jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters done at Lugano on 16 September 1988, C189/57, para.37 at 72 (1990).

号の義務履行地管轄が問題となったが、本件で問題となった契約は労働契約とみなされなかった。しかし、次の通り、労働契約の特徴とその特徴ゆえに労務提供地に裁判籍が認められる理由を示した。すなわち、「労働契約は、継続的なつながりを創設し、このつながりによって労働者を使用者の事業組織の枠組みへ一定程度組み入れ、当該活動を行う地に結び付け、その地が強行規定の適用や集団的協約の適用を決める。それゆえに、当該契約を特徴づける義務のなされる地が、当該契約により課せられる義務に関する紛争を解決するのに最も適していると考えられる」[16][56]とする。

③　制定法への影響

以上の判決後に、EC および欧州自由貿易地域（EFTA）構成国間で締結されたのが、1988年の EC・EFTA の裁判管轄及び判決の執行に関するルガノ条[57]（ルガノ条約）である[58]。ルガノ条約は、Ivenel 事件、Shenavai 事件を受け、労働契約に関する特則を設けた[59]。これにより、労働契約に関しては、労働者が通常労務を提供する地に管轄権が認められる（ルガノ条約５条１号）[60]こととなった。

ルガノ条約が労働者保護の特則を採用したことから、1989年にブリュッセ

---

55）　Case C-266/85 Hassan Shenavai v Klaus Kreischer, ECLI:EU:C:1987:11: Shenavai（ドイツの建築家）と Kreischer（オランダに居住）との間の紛争で、ロッケンハウゼン（ドイツ）近くの３件の別荘建築に関する建築費用の回収について争われた。Shenavai は、義務履行地は自らの事業所があり、建物の建築が予定されていた地にあると主張した。本件を参照する際には、単に "Shenavai" とする。

56）　*See also*, Richard Plender and Micheal Wilderspin, The European Private International Law of Obligations, para.11-002 (6th ed. 2023).

57）　88/592/EEC: Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters - Done at Lugano on 16 September 1988, OJ L 319, 25.11.1988, p.9-48

58）　ブリュッセル条約とルガノ条約の適用関係は、ブリュッセル条約55条、ルガノ条約54条ｂに規定される。

59）　Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I, OJC 282, 31.10.1980, para.1 at 25.

ル条約にも労働契約事件に関する特則[61]が入れられた[62]。労働契約事件についての義務履行地を労務提供地とする点はルガノ条約と同じであるが、雇入事業所所在地での訴え提起を労働者にしか認めない点でルガノ条約とは異なる[63]。1989年改正の内容は、2001年に規則化された民事及び商事事件における裁判管轄及び裁判の執行に関する2000年12月22日の理事会規則[64]（ブリュッセルI規則）にほぼ引き継がれた[65]。

### （2） 労務提供地の判断

国際裁判管轄権についても、労働契約に関する事件については労務提供地に国際裁判管轄権を認めることが広く受け入れられ、以降、改正前のブリュッセ

---

60） Article 5
A person domiciled in a Contracting State may, in another Contracting State, be sued:
1. in matters relating to a contract, in the courts for the place of performance of the obligation in question; in matters relating to individual contracts of employment , this place is that where the employee habitually carries out his work , or if the employee does not habitually carry out his work in any one country, this place shall be the place of business through which he was engaged; [omitted below]

61） Article 5
A person domiciled in a Contracting State may, in another Contracting State, be sued:
1. in matters relating to a contract, in the courts for the place of performance of the obligation in question; [omitted below]

62） 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (consolidated version) (OJ C, C/27, 26.01.1998).

63） ルガノ条約では、労働者が同一国で通常労務を提供しない場合、労働者も雇用者も労働者を供した営業所の所在地で訴えられるのに対して、改正ブリュッセル条約は、これを労働者のみにしか認めない。*See*, P. Jenard and G. Moller, Report on Convention on jurisdiction and the enforcement of judgements in civil and commercial matters done at Lugano on 16 September 1988 90/C 189/07 C189/57, pp.72 and 76.

64） Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters OJ L 12, 16.1.2001, p.1–23.

65） 形式的には、規則化に伴い、従来は5条と17条とに分けて規定されていた個別労働契約に関する規定を、第2章第5節にまとめて規定するという変化があった。

ル条約に基づく場合でも、問題の中心は、労務提供地をどのように判断するかに移っていく。

① Mulox 事件

複数の地で労務を提供している場合に、国際裁判管轄権に関して労務提供地をいかに判断するかについて示したのが、1993 年の Mulox 事件[66]である。本件で裁判所は、まず「労働者に対する適切な保護は、労働契約に関する紛争が労働者が使用者に対して義務を履行する地の裁判所に管轄権を認めることで確保され、当該地は、労働者が訴訟を提起し、または防御をするのに最も費用のかからない地である」とした［19］[67]。そして、この地は、「労働者が使用者との契約上の労務を実際に（actually）提供する地である」［20］とする[68]。

次に、「労務の提供が複数の構成国でなされる場合にも、複数の裁判所が管轄権を有することは回避するよう解釈しなければならない。これは、矛盾する判決のリスクを排除し、判決国以外の国での判決の承認執行を容易にするためである」とする［21］[69]。

さらに、複数の構成国で労務の提供がされる場合、重要なのは、その地でまたはその地から（where or from where）使用者に対して主として自らの義務を履行している地である［24］とする。そして、本件において考慮しなければ

---

66） Case C-125/92, Mulox IBC Ltd v Hendrick Geels, ECLI:EU:C:1993:306：使用者である Mulox はイギリス法に基づき設立された会社で、労働者である Geels はオランダ国籍を有しフランスに居住していた。Geels は 1988 年 11 月 1 日より "international marketing director" として Mulox に雇用され、自らのオフィスをフランスに設立し、Mulox の製品をドイツ、ベルギー、オランダおよび北欧諸国に販売しており、たびたびこれらの国を訪れていた。1990 年より Geels はフランスで働いていたが、雇用契約の終了により、解雇予告補償金の支払いと損害賠償の支払いを求めてフランスの裁判所に訴えた。ブリュッセル条約 5 条 1 号に基づき義務履行地（労務提供地）がいずれの地になるかが争われた。本件を参照する際には、単に "Mulox" とする。

67） 後に Rutten [17]、Weber [40][49]、Case C-437/00, Giulia Pugliese v Finmeccanica SpA, Betriebsteil Alenia Aerospazio, ECLI:EU:C:2003:219（以下 "Pugliese"）[18] に同旨。

68） 後に Rutten [15]、Weber [41]、Pugliese [19] に同旨。

69） 後に Weber [43] に同旨。

ならない事実は、ある構成国のオフィスから労務が提供され、その構成国に労働者の住居があり、その地から労務を開始し、出張毎にその地へ戻るということであり、さらに、紛争が生じたときに、労働者が当該構成国の領域においてのみ労務の提供をしていたことも考慮しうる［25］とする[70)]。

本件では、第1に、労働者にとって最も訴訟費用のかからない地に国際裁判管轄権を認めることが労働者保護となること、第2に、国際裁判管轄権に関しても、労務提供地として複数の地に管轄権を認めるのは避けねばならないこと、第3に、複数の国で労務の提供がされる場合には、労務が提供されているだけではなく、その地から労務を開始しその地へ戻るという労務提供の基点となっている地であることも重要であること、第4に、労務提供地の判断要素として、オフィスの所在地、労働者の住所地、労務開始地・帰還地等を考慮しうることが示された。

② Rutten 事件

1997年の Rutten 事件[71)]は、1989年改正ブリュッセル条約に基づき労務提供地がいずれにあるかが争われたが、改正前のブリュッセル条約に基づきなされた Mulox 事件の判断をほぼ踏襲する[72)]。裁判所は次の通り示す。すなわち、「労働者が複数の構成国において労務を提供しているような労働契約の履行に関し

---

70） 後に Weber [43] に同旨。

71） Case C-383/95, Petrus Wilhelmus Rutten v Cross Medical Ltd., ECLI:EU:C:1997:7: Rutten（オランダ国籍、オランダに居住）と Cross Medical Ltd（Ltd）（イングランド法に従い設立）との間で、雇用者からの労働契約の終了について争われた。Rutten は、1989年8月1日にオランダ法に従い設立された Cross Medical BV（BV）（Ltd の子会社）に雇用された。1990年5月31日に BV の財政難のために労働契約が終了され、1990年6月1日から Ltd に雇用されることとなった。Rutten は、BV および Ltd のいずれの下でも、オランダだけではなく、労働時間のおよそ3分の1は UK、ベルギー、ドイツおよび米国で義務の履行をしていた。Rutten は、オランダの自宅にあるオフィスから労働を行い、出張の度にそこに帰っていた。Ltd は、ポンド建で給与を支払っていた。1991年10月1日に Ltd に解雇され、Rutten は未払給与と利息の支払いを求めた。本件を参照する際には、単に "Rutten" とする。

72） *See also*, Louise Merrett, Employment Contracts in Private International Law, paras. 4.108–109 (2nd ed. 2022).

ては、常に労務を提供している地は、労働者の労働活動の実質的な中心（centre）を形成している地である」。そして、「当該地の判断に考慮が必要な事実は、「労働者が使用者に対する業務を管理（organize）しているオフィスのある構成国で、多くの（most of）労働時間を費やし、外国出張毎に帰還する地であるという事実である」［27］[73]。

すなわち、Rutten 事件では、労働活動の実質的な中心となる地が労務提供地であり、その判断には、Mulox 事件において示されたオフィスの場所や帰還地だけではなく、多くの労働時間を費やす地が重要な要素として考慮されうることを示した[74]。

③　Weber 事件

Mulox 事件、Rutten 事件の労務提供地の判断においては、労働活動の実質的中心として、労働者のオフィスの所在地が判断基準の重要な要素となっていた。そこで、労働者がオフィスを有さない場合に、どのように労務提供地を判断すべきかを示したのが、2002 年の Weber 事件[75]である。裁判所は、次のように示す。すなわち、「労務の最も重要な部分を提供する地であり、使用者との契約上の関係の中心地であることを証明するためには、労働者の雇用期間のすべてを考慮しなければならない」［52］。そして、原則として「労働者が最も長い間労務を提供する地が労務提供地である」とする［50］［58］。また、「例えば、時間に限らず、当事者がその地を常に労務を提供する地とする明確な意

73）　後に Weber [44] に同旨。

74）　*See also*, Clarkson & Hills para.4.135 at 253; Rome Regulations Commentary, para. 25 [Franzen Wutte] (Gralf-Peter Callies and Moritz Renner eds., 3rd ed.).

75）　Case C-37/00, Herbert Weber v Universal Ogden Services Ltd, ECLI:EU:C:2002:122: Weber（ドイツ在住のドイツ人）は Universal Ogden Services Ltd (UOS)（スコットランド法と UK 法に従い設立）に料理人として 1987 年 7 月 21 日から 1993 年 12 月 30 日まで雇用された。1993 年 9 月 21 日までは、Weber の仕事は、オランダの大陸棚にある掘削施設または掘削船上で行われていた。他方、1993 年 9 月 21 日から 12 月 30 日までは、Weber はデンマークの領海で用いられる海上クレーンで働いていた。1994 年 6 月 29 日、Weber は UOS が違法に雇用契約を終了したと主張して訴えを提起した。本件を参照する際には、単に "Weber" とする。

思があれば、その地が労務提供地となる」ことにも触れる［53］。

以上の通り、Weber 事件では、第1に、オフィスのような活動の中心がない場合には、労務を提供した時間が、労務提供地の判断の基準となりうること、第2に、労務提供地の判断には、当事者の意思を含む要素が考慮されうることが示された。

④　制定法への影響

Mulox 事件、Rutten 事件、Weber 事件を受け、労務提供地について、ローマ条約が「労務を提供する地（in which）」としていたところ、2008年のローマⅠ規則は「その地で、それがなければその地から（in which or, failing that, from which）労務を提供する地」という文言へと変えた。また、2012年のブリュッセルⅠbis 規則も、「労務を提供する地（where）」という文言を、「その地でもしくはその地から（the place where or from where）労務を提供する地」という文言に変更した。

⑤　Koelzsch 事件

これまでの労務提供地に関する裁判例は、国際裁判管轄権についてあらわれていた。準拠法について労務提供地を判断したのが、2012年の Koelzsch 事件[76]である。ローマ条約6条に従った労働契約の準拠法判断において、裁判所は、ブリュッセル条約の解釈にならい[77]、労働者に適切な保護を保障する必要性に言及し［41］、複数の構成国で労務が提供される場合には、労働者が使用者に対しての義務を主としてその地から履行している地（Mulox［21］to［23］）、

76）　Case C-29/10, Heiko Koelzsch v État du Grand Duchy of Luxemburg, ECLI:EU:C:2011:151: Koelzsch はトラックの運転手であり、ドイツに住所を有していた。デンマーク法人に国際的な運転手として雇用され、契約はルクセンブルクで締結された。雇用者の事業は、デンマークからドイツや欧州のその他の国に花やその他の植物を、ドイツに基地のあるトラックを使用して輸送することであった。トラックはルクセンブルクで登録され、Koelzsch はルクセンブルクの社会保障に入っていた。契約中にはルクセンブルクを専属管轄とし、ルクセンブルク法を準拠法とする規定が入っていたが、Koelzsch はドイツ法の強行規定の適用を主張した。本件を参照する際には、単に "Koelzsch" とする。

77）　*See also*, Merret, *supra* note 72, para.4.105 at 113.

労務の実質的な中心となる地（Rutten［23］）、中心となるオフィスがない場合には労働者が活動の過半を行っている地（Weber［42］）を労務提供地の判断に参照すべきとする［39］［45］[78]。その上で、労務提供地国は、労働者が自らの経済的社会的な義務を履行し、事業や政治に関する環境が労働活動（employment activities）に影響を与えている地であるから、ローマ条約6条の労働者保護という目的からは、使用者が事業所を置く地である雇入事業所所在地よりも広く解されなければならないとする［42］［43］[79]。

また、具体的な労務提供地の判断要素としては、労務の開始地・帰還地、労働者が指示を受領し、業務管理を行っている地、主として運送を行っている地など国際裁判管轄権の判断において示された要素に加え、仕事道具がある地、荷下ろしを行っている地も示される［49］[80]。さらに、労務提供地は、当該活動を特徴づけるあらゆる要素に照らし、その地からまたはその地（in which or from which）で、労働者が使用者に対して自らの義務の主たる部分を履行している地とする［48］［50］[81]。

### （3） 雇入事業所所在地・最密接関係地の判断

以上に示した裁判例は、労務提供地の判断を中心とするものであったが、準拠法に関しては、下記の通り、雇入事業所所在地、最密接関係地につき判断した裁判例がある。

① Voogsgeerd 事件

雇入事業所所在地の判断基準を示したのが、2011年12月の Voogsgeerd 事件[82]である。裁判所は、まず、Koelzsch 事件の裁判所の判断に従い、複数の

78） 後に Voogsgeerd [37] にも同旨。

79） 後に Voogsgeerd [35]、Schlecker [31] に同旨。

80） 後に Voogsgeerd [38] に同旨。

81） 後に Voogsgeerd [38] に同旨。国際裁判管轄権の判断を行なった事件ではあるが、Case C-168/16 and C-169/16, Sandra Nogueira and Others v Crewlink Ireland Ltd and Miguel José Moreno Osacar v Ryanair Designated Activity Company., ECLI:EU:C:2017:688 [63] でも同旨。

地で労務を提供している場合であっても、業務が重要な関連を有している地を決定することが可能な場合には労務提供地を広く解釈して準拠法を決定すべきとする［36］。そして、雇入事業所所在地については、雇用された（engaged）という文言からすれば、契約の締結や事実上の労働関係の創設に言及しているのは明らかであり［46］、ある構成国に労働関係を連結できない場合にのみ判断が求められることから、労働契約の締結がされた地と厳格に解釈することで予測可能性を保障しうる［47］とする。雇入事業所所在地の判断には、労務の提供に関連する事項ではなく、労働契約を締結する手続に関連する事項のみを考慮すべきであり、例えば、募集や面接を行なった事業所所在地などを考慮要素とすべきとする［50］[83]。すなわち、本件で裁判所は、雇入事業所所在地とは、労働者が実際の労務により関連を有している地ではなく、労働者を雇入れた事業所の所在地を指すものと示した［52］。

② Schlecker 事件

続いて、最密接関係地法につき判断を示したのが、2013 年の Schlecker 事件[84]である。裁判所は次のことを示す。すなわち、ローマ条約 6 条の目的は労働者保護にあるが、その解釈が自動的に、あらゆる事件で労働者に最も好ましい法を適用する結果となってはならない［34］。そして、最密接関係地法の判

82） Case C-384/10, Jan Voogsgeerd v Navimer SA, ECLI:EU:C:2011:842: 2001 年に Voogsgeerd は Navimer（ルクセンブルクの会社）と労働契約を締結した。当該労働契約は Naviglobe（Navimer のベルギー子会社）で締結された。当該契約には、ルクセンブルク法に従うことが明記されていた。Voogsgeerd は、Navimer が所有する船の機関長として働いており、航海の範囲は北海に限られていた。給与は Navimer から受取っていたが、Nabiglobe への報告義務があり、指示等は Naviglobe からベルギーで受取っていたと主張する。航海はベルギーで開始し終了していた。2003 年 4 月に、Voogsgeerd はベルギーで訴訟を開始した。そして、Navimer と Naviglobe の双方に対し、ベルギー法上の不法解雇に関する規定が適用されると主張し、解雇予告手当の支払いを求めた。本件を参照する際には、単に "Voogsgeerd" とする。

83） *See also*, 2 Dicey, Morris & Collins the Conflict of Laws (Lord Collins Mapesbury and Jonathan Harris eds., 16th ed.) para. 33-295; Callies and Renner eds., supra note 74, para. 36 [Wutte].

断でも、裁判所は労働関係を特徴づけるあらゆる要素を考慮し、最も重要なものを選び出さなければならないが、関連する事情の数のみを考慮すべきではない［40］。最密接関係地の具体的な判断要素としては、活動からの所得に対する税金の支払地、社会保険や年金、健康保険等に加入している地、給与やその他労働条件を決定するパラメーターのようなあらゆる事情を考慮すべきとしている［41］。

### 3　小括：EU 法と日本法との異同

以上の EU 法の変遷が、日本の通則法の解釈にどのような影響を与えるかについては、次章において検討するが、以下では、EU 法と日本法との労働契約に関する準拠法ルールの異同についてまとめておきたい。

まず、両者に共通する点である。第1に、労働者保護を目的とする点、第2に、当事者による準拠法選択（主観的連結）を原則として認める点、第3に、当事者による準拠法選択がない場合には、労務提供地法 / 雇入事業所所在地法 / その他の最密接関係地法が準拠法となる（客観的連結）点、第4に、当事者による準拠法選択がある場合にも客観的連結により適用される法中の強行規定によ

84）　Case C-64/12, Anton Schlecker v Melitta Josefa Boedeker, ECLI:EU:C:2013:551: Schlecker は Boedeker（ドイツ会社であり構成国内に複数の支店）に雇用され、化粧品や健康、家庭用品を消費者に販売していた。1979 年 12 月 1 日から 1994 年 1 月 1 日の間ドイツで働いた後、Schlecker は Boedeker と新たな雇用契約を締結し、オランダのマネージャーに任命された。Schlecker は、オランダで Boedeker の事業を管理し、300 の支店と 1250 人の労働者を監督していた。2006 年 6 月 9 日付の書面により、Boedeker は Schlecker に対し、オランダのマネージャーとしての役職は 2006 年 6 月 30 日から廃止され、同様の条件のもと、2006 年 7 月 1 日から彼女をドイツの財務責任者（head of accounts）に招聘したいと告げた。Schlecker は一方的な労務提供地の変更判断に異議を唱えたが、2006 年 7 月 3 日に新たなポストに着くためドイツに現れた。2006 年 7 月 5 日、Schlecker は医療上の理由から仕事に適さないと告げ、2006 年 8 月 16 日からドイツの健康保険機構から給付（benefit）を受けていた。Schlecker は、オランダの裁判所に複数の訴えを提起し、ある申立てでは、オランダ法が労働契約に適用され、２つ目の労働契約は無効となり損害賠償が認められるべきであると主張した。本件を参照する際には、単に "Schlecker" とする。

り与えられる保護を、労働者が奪われないよう規定されている点、第5に、国際裁判管轄ルールにも労働者保護の特則があり、労務提供地・雇入事業所所在地が基準となる点である。

他方で、EUのローマⅠ規則8条と日本の通則法12条との差異は、次の点に見られる。すなわち、第1に、準拠法決定における労務提供地、雇入事業所所在地の役割である。ローマⅠ規則では、労働契約は直接に労務提供地法（同規則8条2項）や雇入事業所所在地法（同条3項）による。他方、日本の通則法では、労務提供地法･雇入事業所所在地法は最密接関係地法の推定にすぎない。第2に､国際裁判管轄ルールと準拠法ルールとの関係である｡EU法においては、両者の調和が求められ、相互に影響を与え合う。他方、日本では、両者のルールは必ずしも調和する必要はない。たとえば、立法担当者・多数説によれば、国際裁判管轄権における労務提供地は複数の地に認められることが可能であり、準拠法を決める際に労務提供地が単一であるのとは異なる（前述Ⅱ2)。第3に、ローマⅠ規則8条1項では、主観的連結による準拠法と客観的連結による法の強行規定との優遇比較を裁判所が行うが、通則法では労働者が行うという点も異なる。最後の点は、通則法の立法時に活発に議論されている[85)]。

EUのローマⅠ規則と日本の通則法の類似性からすれば、ローマⅠ規則の解釈が日本の通則法の解釈の参考となりうる。しかし、参考にする際には、両者の差異を踏まえる必要があろう。

## Ⅴ　検討

以下では、日本の通則法における労務提供地・雇入事業所所在地・最密接関係地について、EU法における解釈から、どのような示唆を得られるかについて検討する。

85）　小出編著・前掲注4）159頁、中間試案補足説明・前掲注4）159頁等参照。

### 1　労務提供地の意義

まず、労働契約の準拠法を決定する上で、原則的な基準となる労務提供地の意義について検討する。

EU の労働契約に関する初期の裁判例は、労働契約の特徴から労務提供地に国際裁判管轄権を認める。すなわち、労働契約の特徴とは、「労働契約が継続的なつながりを創設し、このつながりによって労働者は使用者の事業組織の枠組みへ一定程度組入れられ、当該活動を行う地に結び付けられ、その地が強行規定や集団的協約の適用を決める」点にあり、これらの特徴から労務提供地が労働契約事件を解決するのに最も適した地であるとする（前述Ⅳ2(1)② Shenavai 事件）。

その後の裁判例は、労務提供地の意義について、労働者の訴訟提起・防御に最も費用のかからない地（前述Ⅳ2① Mulox 事件）、使用者との契約上の関係の中心地（前述Ⅳ2③ Weber 事件）、労働者が自らの経済的および社会的な義務を履行し、事業や政治的な環境が労働活動に影響を与えている地（前述Ⅳ2⑤ Koelzsch 事件）等と示す。

他方、日本の通則法に関する文献には、労働契約における労務提供地の意義について、大きく3つの説明がされる。一つには、労務提供地という基準は、労働契約の特徴である集団性（使用者の企業組織に編入され他の労働者とともに働く）と継続性（労務の提供とこれにたいする賃金支払いという関係が続く）に配慮して、同一の職場で働く者に同等の保護を保障し、属地的に適用される公法的・私法的労働法規との一致も実現するというものである[86]。二つ目は、労務提地法の適用は労働者の通常の期待に適い、使用者にとっても予見可能、労働市場における秩序維持という観点から、一般に労働者保護および労働契約の法規律に関して最も利害関係を有するのが労務提供地であるとするもの[87]、

86）荒木ほか編・前掲注14）89頁［村上］、井川・前掲注17）46頁、横山・前掲注14）185頁。

87）櫻田＝道垣内編・前掲注14）288頁［高杉］、中西康ほか『国際私法［第3版］』243頁（有斐閣、2022年）。

三つ目は、労務提供地は、使用者が労働環境等を整え用意し、労働者が労務を提供すべき地とするものである[88]。

これらの説明はそれぞれに重なるところもあり、EU の裁判例において示された労務提供地の意義と概ね矛盾を生じさせない。EU 法における訴訟提起・防御の費用に関する点は、一見違和感があるかもしれないが、国際裁判管轄権における労務提供地の意義であり、準拠法に関する通則法を考える上で異質に感じるのは当然である。日本の民訴法が、労働者によるアクセスの容易さと事業主にとっての予測可能性から労務提供地に国際裁判管轄権を認めることからすれば（前述Ⅲ2）、この点についても EU 法と日本法とは矛盾しない。

他方、同一職場で働く者への同等の保護の保障という通則法の説明については、EU の裁判例や立法において同旨の存在は明らかではない。同等の保護の保障の論拠には、使用者の組織への編入という、いわゆる「集団性」があるものと思われる。確かに、EU の裁判例でも、Shenavai 事件（前述Ⅳ2(1)②）において、労働契約の特徴として使用者の事業組織への組入れがあげられる。しかし、少なくとも現行の EU 法では、次の理由から労務提供地の概念に同一の職場で働く者への同等の保護の保障までは期待していないものと思われる[89]。すなわち、第1に、EU のローマⅠ規則8条が労働者保護を目的とするのはその成立経緯からも明らかであるが、同条3項の労務提供地という連結点は、そもそも労働者保護の観点からのみ選択されたとは言い難い[90]。ローマ条約（ローマⅠ規則の前身）に関するグリーンペーパーは、消費者契約について、消費者

88） 澤木＝道垣内・前掲注15）191頁。

89） Shanavai 事件の該当部分につき、「ある国での労働は通常長期間にわたって行われ、その期間、労働者は、労務を提供する地の環境や事業そして政治的な条件に影響を受けやすい。それゆえに、その土地の立法者が立法した法により保護される権利を有する。」として、事業組織への組み入れ部分には触れず、Koelzsch 事件（前述Ⅳ2⑤）と同様の意義を示すものとして、Plender & Wilderspin, *supra* note 56, para.11-002。Kolelzsch 事件に関し Trstenjak 法務官も、これを参照して意見を書いている（Case C29/10, Opinion of Advocate General Trstenjak delivered on 16 December 2010, para.50）。

90） *See* Merret, *supra* note 72, para.6.114 at 220.

が通常知り依拠する保護について定める法として、消費者の住所地法を準拠法にしたのとは異なり、労働契約の準拠法は最も密接な関係を有する地の法としたと説明する[91]。第2に、労務提供地の概念が基点地まで拡大されたことにより、労務提供地は事業組織に組入れられた地に限られなくなった[92]。第3に、EU 法・日本法ともに、労務提供地（A 国）以外の外国（B 国）法が契約の準拠法となる契約が締結されれば、A 国・B 国の両方の保護を受けられるため、同じ地で労務を提供しながらも「同等以上」の保護を与えられる者が生じる。

通則法12条は、当事者による契約準拠法の選択によって、使用者に有利な国の法や実質法上の労働者保護規定のない国の法が適用される場合にも、最密接関係地法中の強行規定の適用を保障することで労働者保護を図る（前述Ⅱ1）。労働者保護の点からは、通則法12条2項・3項によって労務提供地・雇入事業所所在を最密接関係地法と推定するよりも、同法8条2項によって労働者の常居所地を最密接関係地と推定するほうが、労働者にとって好ましいように思われる。それでも、同法12条2項・3項を規定した理由としては、通則法に関する法制審議会において、労働者の常居所地は労働契約との関連性が希薄であるとの意見が有力であったことがあげられる[93]。また、日本の民訴法3条の4第2項が労働者への追加的な管轄権を労働者の住所地国ではなく労務提供地に認

91） GREEN PAPER on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation, para. 3.2.9.1, COM (2002) 654 final.

92） Staudinger-BGB/ Magnus (2021) Rom I-VO Art.8, Rn.100. EU 国際私法上の「労働契約」概念の判断基準にも、かつては「事業組織への組入れ」が用いられていたが、最近の裁判例では用いられていない（拙稿「EU 国際私法と労働契約の概念」筑波ロー・ジャーナル33号147頁以下（2022年））。

93） 中間試案補足説明・前掲注4）43頁。また、法制審議会でも、「労働契約の準拠法の特則というのは，消費者契約とパラレルの消費者保護という観点といいますよりは，労働契約そのものの密接関連地法による保護というような形になろうかと思いますので，もし労働者の常居所地法がおかしいということで特に異論がなければ，事務局としてはこれはもう提案から削除しても構わない」との事務局の発言があった（法制審議会国際私法（現代関係）部会第3回［事務局発言］）。

めたのは、事業主に予測に反した地での応訴を強いることにならないように配慮したとするものがある[94]。

以上から、通則法12条の労務提供地は、労働契約の中心となる地として、労働者・使用者の予測可能性にかない、属地的に適用される公法的・私法的労働法規と一致するといった点にその意義があるものと考える。

### 2　準拠法の決定基準時

EU の Rome Ⅰ規則8条は、通則法8条1項のように準拠法の決定基準時を明記していない。しかし、同条2項後段では、労務提供地が変更しない場合について規定しており、労務提供地は変更しうると解される[95]。さらに、国際裁判管轄権に関する裁判例ではあるが、労務提供地の変更を前提として判断をした事例がある[96]。他方、通則法8条1項は、当事者による準拠法選択がない場合に「契約締結時」の最密接関係地法を準拠法とする[97]。これにより、同項の最密接関係地法を推定する同法12条3項の労務提供地も「契約締結時」に限定されると解されうる。また、同法12条中の準拠法の統一性を考えれば、同条2項の最密接関係地法も同様に解すべきと考えられるかもしれない[98]。

しかし、EU 法の裁判例に労働契約の特徴として挙げられる（前述Ⅳ2(1)② Shenavai 事件）通り、労働契約は他の契約と比べて長期間継続する。それゆえ、

---

94）　小林＝村上・前掲注30）57頁。

95）　2 Dicey, Morris & Collins the Conflict of Laws, *supra* note 83, para. 33-266; Callies and Renner eds., *supra* note 74, para. 25 [Wutte]; Magnus, Art.8 Rom I-VO, in Staudingers Kommentar, para.176.

96）　Case C-437/00, Giulia Pugliese v Finmeccanica SpA, Betriebsteil Alenia Aerospazio Division, ECLI:EU:C:2003:219: Aeritalia（イタリア法に従い設立）と労働契約を締結しイタリアで労務を提供した後、Aeritalia を休職し子会社と労働契約を締結しドイツで労務の提供をしていた事例で、Finmeccania（Aeritaria を買収）との間の労働契約における労務提供地がドイツと認められうるかが問題となった。

97）　小出編著・前掲注4）106頁。

98）　神前禎「判批」113-114頁（2020年）も参照。

契約締結時と問題が生じた時点とで状況が異なる恐れが大きい。したがって、労働契約成立の準拠法判断は契約締結時に限定されるとしても、少なくともその効果については、準拠法の変更を認めるべきと考える[99]。ただし、契約の成立と効力とを別の国の法によらせることで、大きな齟齬が生じるとなれば別途考慮は必要である[100]。しかし、EU 法が1980年のローマ条約の成立から、こうした齟齬への対応をしていなことからすれば、大きな問題は確認されていないものと考えられる。適用通則法の具体的な解釈の方法としては、たとえば、労働契約の効果（および成立）は、通則法8条1項の適用対象外として、条理により最密接関係地法の適用を導くこともできようか。

### 3　労務提供地の具体的判断

（1）　EU 法では、労務提供地は、実際に労務を提供した地と考えられていた（前述Ⅳ2① Mulox 事件）。他方、通則法12条2項では「当該労働契約において労務を提供すべき地」とされ、その文言からは、契約上定められた地と解することも可能かもしれない[101]。確かに、EU において実際に労務を提供した地とする裁判例は、国際裁判管轄権に関する判断において、労働者の訴訟追行のしやすさからその地に管轄権を認めたものであり、そのまま日本の通則法の参考にしうるとは言い難い。

しかし、「労務提供地」も当事者が契約により定めうるとすれば、弱者である労働者保護のために、通則法12条1項をおいた意味が失われかねない。し

---

99）　通則法でも、婚姻関係は長期にわたることがあるために、婚姻の効力に関する準拠法は変更が認められる（通則法25条。澤木＝道垣内・前掲注15）80頁、中西ほか・前掲注87）305頁等参照）。

100）養子縁組については、関係が比較的長期にわたることがあるにもかかわらず、離縁の準拠法には養子縁組当時の連結点が用いられる（通則法31条2項。澤木＝道垣内・前掲注15）105-106頁、中西ほか・前掲注87）351-352頁等参照）。

101）国際裁判管轄法部会の法制審議会では、当初案の「労務を提供すべき地」という表現について、「契約上本来想定されていた場所が想定される」との指摘がされていた（国際裁判管轄法制部会 第4回［古田啓昌発言］（平成13年5月15日））。

たがって、労務提供地は、現実に労務の提供がなされた地と解すべきであろう。

(2) EU のローマⅠ規則8条では、労務提供地に、労務の提供がされる地だけではなく、その地から（from which）労務提供を行う地（基点地）まで含むことを明記する。ローマⅠ規則8条が労働者保護のために基点地まで含めたとすれば、同じく労働者保護を目的とする通則法12条でも同様の解釈が可能となりそうにも思われる。

しかし、EU のローマⅠ規則と日本の通則法とでは、労務提供地・雇入事業所所在地の役割が異なる。ローマⅠ規則は、労働契約の連結点として労務提供地・雇入事業所所在地を個別に定め、最密接関係地に関する規定は別に置く。他方で、通則法において、労務提供地・雇入事業所所在地は最密接関係地を推定するものである。このことから、最密接関係地の推定に過ぎない労務提供地の判断に、事案とその地との密接関連性以外に、労働者保護という要素を読み込むことが可能なのか疑問である。

また、EU 法では、日本と異なり国際裁判管轄権を決定するルールと準拠法を決定するルールとの相互の調和を求める。EU で労務提供地に基点地を含むとした最初の事例は、国際裁判管轄権に関する Mulox 事件（前述Ⅳ2(2)①）であった。裁判所は、労働者保護のため、労務提供地は労働者にとって訴訟の提起・防御に最も費用のかからない地とし、複数の地に裁判籍を認めえないこともあって、基点地を労務提供地とした。これを受け、Koelzsch 事件（前述Ⅳ2(2)⑤）では、ローマ条約6条の目的が労働者の適切な保護の保障であることから、雇入事業所所在地よりも労務提供地を広く解すべきとし、労務提供地に基点地が含まれることを示した。労働者保護の理由から、労務提供地を広く解すべき理由は判決から明らかであるが、労務提供の開始・帰還地をもって労務提供地と認めうることについては、国際裁判管轄権に関するルールとの一致以外の理由が明らかではない[102]。日本において、労務提供の開始・終了地を最密接関係地とするのであれば、その理由を明確にする必要があるだろう。

さらに、EU 法においても、労務提供の開始・帰還地がその地にあるというのみで、労務提供地と認められうるかは疑わしい[103]。EU の裁判例においては、

複数の地での労務提供の開始・帰還地という要素に加え、労働者による業務管理、その地での過半の労働時間、仕事道具の保管等の要素まで考慮することが示される（前述Ⅳ2(2)⑤ Koelzsch 事件、(3)① Voogsgeerd 事件、② Schlecker 事件）。通則法12条2項・3項の推定規定は、準拠法の容易化・明確化を目的として設けられる[104]。具体的な諸事情を踏まえ活動の中心を考慮するとなれば、通則法の推定規定の容易化・明確化という趣旨が損なわれることになろう。

以上から、労務提供地は、EU 法と同様に労働時間や内容の重要性を考慮してなされるべきではあるが、基点地のみにより労務提供地と解することは難しいと考える。

### 4　雇入事業所所在地

EU 法では、雇入事業所所在地を、労働契約の締結に関連する事業所の所在地と考える（前述Ⅳ2(3)① Voogsgeerd 事件）。その理由には、ローマ条約6条の「雇用された（engaged）」との文言、そして、現実の労働により労働者が関連を有している地を雇入事業所所在地とするよりも、予測可能性の保障に適することがあげられる。

これは、通則法の雇入事業所所在地の解釈においても参考になると考える。確かに、日本でも、労務提供地は、労働契約の集団性・継続性という特徴から同一の職場で働く者に同等の保護を保障する地である管理地とすべきとの見解も見られる（前述Ⅱ3）。しかし、前述の通り（Ⅳ3）、雇入事業所所在地を最密接関係と推定する規定は、準拠法決定の容易化・明確化を目的とする。管

102）ローマⅠ規則に基点地が含まれたのは、むしろ政策的な（rather political）目的によるとするものに、Peter Mankowski, *Employment contracts under Article 8 of the Rome I Regulation*, in Rome I Regulation the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, 178 (Franco Ferrari and Stefan Leible eds. 2009).

103）2 Dicey, Morris & Collins the Conflict of Laws, *supra* note 83 paras. 33-291 and 33-293.

104）櫻田＝道垣内編・前掲注14）［中西康］200頁、小出編著・前掲注4）107頁等参照。

理地の判断には具体的な事情の考慮が求められるが、こうした考慮をしなければならないことは推定規定の目的に反することになろう[105]。

他方で、労働契約を締結した事業所の所在地法によるとすれば、時間の経過とともに密接関連性のない法が準拠法となりうるとの批判もある[106]。しかし、そのような場合には推定が覆り、より密接な関係を有する地の法が適用されることで対応が可能であろう[107]。

以上から、雇入事業所所在地とは、問題となる労働契約を締結した事業所の所在地を意味するものと解すべきであろう。

### 5　最密接関係地の判断

EU 法では、最密接関係地の判断につき、労働関係を特徴づけるあらゆる要素を考慮すべきとする。その際には、重要な要素を選別し、関連する事情の数によるべきではないとする。そして、具体的な考慮要素には、労務提供から得た所得に対する税金の支払地、社会保険や年金、健康保険等の加入地、給与やその他労働条件を決定するパラメーターのような事情が挙げられる（前述Ⅳ(2)② Schlecker 事件）。

(1)　最密接関係地の判断に関して、通則法では、主観的連結と客観的連結を分けて規定していることから、考慮すべき事情は客観的なものに限るべきとの見解も見られる（前述Ⅱ3）。他方、EU 法のローマⅠ規則でも、主観的連結と客観的連結とを分けて規定してはいるが、労務提供地の判断には主観的要素まで考慮されている[108]。まず、同規則8条2項後段では、他国で一時的に労務

105）横溝・前掲注19）156頁、加藤・前掲注19）¶020。

106）横山･前掲注14）185-186頁、村上愛「判解」重判（令和5年）1597号286頁（2024年）。

107）Voogsgeerd 事件の Trstenjak 法務官は、変更しない地であるからこそ当事者の予測可能性にかない、使用者により濫用される恐れもあるが、これはより密接な関係を有する地を探求することによって回避しうるとする（Case C-384/10, Opinion of Advocate General Trstenjak delivered on 8 September 2011, ECLI:EU:C:2011:564 [68]）。

108）*See also*, Ugljesa Grusic, *Jurisdiction in Employment Matters under Brussels I: a Reassessment*, 61 ICLQ 91, 108 (2012)。

を提供していても労務提供地は変わらないものとされ、同規則前文36によれば、「一時的に」とみなされるのは労働者が元の国での労務再開を期待している場合とされる。また、国際裁判管轄権に関しても、労務提供地の判断において当事者の意思を考慮した裁判例がある（前述Ⅳ(2)③ Weber 事件）。このような事情は、確かに当事者の主観を考慮するものではあるが、当事者がいずれの国の法を準拠法と考えるかという事情（いわゆる主観的連結の要素）とは異なるものとして、客観的連結を考慮する際の要素として差し支えないのではなかろうか[109]。

(2)　日本においては、最密接関係地判断において重視すべき事情として、事業組織へ組入られた地をあげる見解もある[110]。しかし、労働者が、ある特定の地の事業組織に組み入れられているとは、何をもっていうのか明らかではない[111]。また、このような理解に立てば、雇入事業所所在地の判断において事業組織へ組み入られた地として「労務管理地」を基準とすることになるが、そうであれば雇入事業所所在地と最密接関係地との違いが明らかではないように思われる。

(3)　以上から、通則法における最密接関係地法の判断は、主観的事情を含むあらゆる要素を考慮し、EU の裁判例が示すように、社会保険や年金、健康保険等の加入地等当該契約の内容に影響を与えるような事情を重視して判断すべきではなかろうか[112]。

---

109）労務提供地は当事者双方にとって予見可能な地であるという理由そのものが、最密接関係地の判断に、主観的事情を取り込んでいると考えられるとの見解もある（横山・前掲注14）24頁）。

110）荒木ほか編・前掲注14）89頁［村上］。

111）*See also*, Grusic, *supra* note 110, 183.

112）反対に、契約の締結地や起草地、契約に用いられる言語や支払いの通貨など、偶然性や利便性により決まる要素は重視すべきではないとされる（Merret, *supra* note 72, para.6.102）。

## Ⅵ　おわりに

本稿は、労働契約の準拠法について定める通則法12条について、その労務提供地・雇入事業所所在地・最密接関係地の概念を、日本の民訴法・EUの国際私法との比較により明確にすることを目的とするものである。

通則法は、労働契約についても当事者による準拠法選択を認めるが、労働者が最密接関係地法の強行規定の意思表示をすることで、その規定も適用される（通則法12条1項）。準拠法決定を容易化・明確化するため、最密接関係地法を労務提供地法・雇入事業所所在地法と推定する規定が置かれた（同条2項・3項）が、労務提供地法・雇入事業所所在地法・最密接関係地法については解釈に争いがある。（以上Ⅱ）

他方、民訴法にも労働関係事件の国際裁判管轄権に関する特則が置かれ、労務提供地・雇入事業所所在地に国際裁判管轄権が認められる。しかし、民訴法の労務提供地・雇入事業所所在地は、立案段階からそれぞれの概念がある程度明確にされ、これらの概念について争われた裁判例はこれまでに見当たらない。（以上Ⅲ）

そこでEUの国際私法について、国際裁判管轄権および準拠法に関する特則の概要とその変遷を追い、EUと日本の国際私法とに共通する点と異なる点とを明らかにし（以上Ⅳ）、次を示した（以上Ⅴ）。すなわち、(1)通則法12条の労務提供地は、労働契約の中心となる地として、労働者･使用者の予測可能性、属地的に適用される公法的・私法的労働法規との一致をその意義とする。(2)少なくとも労働契約の効果については､準拠法の変更を認めるべきである。(3)労務提供地は、現実に労務の提供がなされた地と解すべきであるが、EU法にならって労務提供地に基点地を含めると解することは難しい。(4)雇入事業所所在地は、問題となる労働契約を締結した事業所の所在地を意味する。(5)最密接関係地法の判断は、主観的事情を含むあらゆる要素を考慮し、EUの裁判例が示すように、社会保険や年金、健康保険等の加入地等当該契約の内容に影響を与えるような事情を重視して判断すべきである。

「Ⅰ」で示したように、本稿は今後の研究のための準備作業である。今後は、米国法等も参考にしながら、場所にとらわれない働き方について、現行国際私法の妥当性について検討していきたい。

［謝辞］本研究は、JSPS 科研費 22K01172 の支援を受けたものである。また、2024 年 9 月 28 日、国際取引法フォーラムにて報告の機会を賜り、参加の先生方から貴重なご意見を頂戴した。深く御礼申し上げる。

（ふじさわ・なおえ　筑波大学ビジネスサイエンス系准教授）

判 例 評 釈

# 優生保護法違憲判決

大 石 和 彦

1 「優生保護法」とはどのような法律か
(1)「優生学」の基本構想
(2) 優生学の国策化：断種法
(3) 国民優生法の経験が戦後の優生保護法に与えた影響
ⅰ) 妊娠中絶に関する規定
ⅱ) 強制か任意か
ⅲ) ハンセン病患者に対する断種
ⅳ) 新旧法律間の違いの要因と優生保護法に与えた影響
2 最大判令和6年7月3日の特徴
(1) 違憲判断の特徴
(2) 国賠違法判断の特徴
(3) 国による除斥期間の主張が許されないとしたこと
(4)「生殖に関する自己決定権」に基づく判断ではないこと

本稿は、旧「優生保護法」（昭和23年法律第156号。現行法上の名称は「母体保護法」。）のうち、「優生保護法の一部を改正する法律」（平成8年法律第105号。以下「平成8年改正」という。）により削除された同法3条1項1号から3号まで、10条および13条2項が違憲であるばかりか、それらの規定を制定したことが国家賠償法上も違法と断じた最大判令和6年7月3日（裁判所ウェブサイト）につき評釈を行う。「優生手術」を強制された被上告人（原告）が各地で提起した複数の国家賠償請求事件につき、被上告人らの請求を認容する判決を、大法廷は同日にそれぞれ下したが、本稿ではそれらの判決のうち、令和5年(受)第1319号（以下「本件判決」という。）を取り上げる。

## 1「優生保護法」とはどのような法律か[1)]

### (1)「優生学」の基本構想

本件判決による違憲判断対象となった旧「優生保護法」3条1項1号から3号まで、10条および13条2項をはじめ、同法の性格が表れている規定が、上記の通り現行「母体保護法」では削除されているため、平成8年改正前後の旧「優生保護法」と現行「母体保護法」の対照表を本稿末尾に**【資料1】**として掲げる。

そもそも「優生保護法」とはどのような法律であったか。現行「母体保護法」1条が掲げる立法目的は、「母性の生命健康を保護すること」であるが、旧法時代の同条は、それと並んで（正確には、上記の現行法上の目的の前に）「優生上の見地から不良な子孫の出生を防止する」こと、という目的をも掲げていた。そこにいう「優生上の見地」という、同法の基本発想の中身が何かは、「不良な子孫の出生を防止する」という部分に示唆されてはいるが、さらに同法の前身である「国民優生法」（昭和15年法律第107号）（本稿末尾**【資料2】**）の第1条に掲げられいる立法目的をも視野に入れていえば、「不良」または「悪質」な遺伝的素質を持つ者が子孫を残すことを防止（彼らを「淘汰」）する一方、「健全ナル素質ヲ有スル者」の増加を国が政策として推進することを通じ、「国民」全体の素質の向上（「進化」？）を目指す、いわゆる「優生思想」のことである。

「優生思想」は、19世紀後半のイギリスを拠点に活動したフランシス・ゴールトン（Francis Galton, 1822～1911）という自然科学者が提唱した“eugenics”[2)]に由来するといわれ、これに当てられた和訳が「優生学」である。ゴールトン

---

1)　優生保護法の歴史的背景、立法過程および同法に基づく「優生手術」の実施状況については、「旧優生保護法に基づく優生手術等を受けた者に対する一時金の支給等に関する法律」（平成31年法律第14号）第21条に基づく調査報告書として、令和5年6月19日に衆参両院の厚生労働委員長から衆参両院議長に報告された、「旧優生保護法に基づく優生手術等を受けた者に対する一時金の支給等に関する法律第21条に基づく調査報告書」〈https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_rchome.nsf/html/rchome/shiryo/yuusei_houkokusho.htm〉が、本稿筆者の知るところでは最も詳細なものあり、本稿の以下記述もこれに負うところが大きい。

を紹介する際しばしば（というより殆ど必ず）言及されてきた通り、彼は「進化論」で有名なダーウィン（Charles Robert Darwin, 1809～1882）の年下の従兄であるが、優生学がダーウィン流進化論の年下の従兄だという説明が可能か否かについては、進化論の中におけるダーウィン流のそれの特徴（ダーウィン以前のラマルクの進化論との違いなど）に関する正確な理解が前提となるため、本稿筆者の能力の到底及ばないテーマといわざるを得ない。もっとも、ダーウィン流進化論の中心にあるのが「自然淘汰（natural selection）」という考え方であるが、この自然淘汰を通じた進化というイメージを一部修正の上、人間に当てはめようとしたのが優生学だ、という説明は可能であると思われる。もちろん野生生物と異なり、人間（のみならず、おそらくは家畜や栽培植物）の場合、自然淘汰の法則に直接晒されているわけではないので、世代を重ねても「進化」を単純に期待することはできない。それどころか、人間の場合、「劣等者」は淘汰されずに生き残るのみならず往々にして子沢山である一方、先進国間でも戦争が行われていた19世紀から20世紀前半、心身ともに「優秀な」男性は出征先の前線で死ぬ可能性が高く、「逆淘汰の危険」さえある。そこで「健全ナル素質ヲ有スル者」と、その代限りで絶滅すべき「不良」・「悪質」な遺伝的素質を持つ者とを、自然ではなく人間自身がselectすることにより、社会集団（「国民」）全体を「進化」または品種改良へと導こうとの発想が、今日「優生学」または「優生思想」と呼ばれる考え方、あるいは優生保護法1条にいう「優生上の見地」ということができよう。

### (2) 優生学の国策化：断種法

ところで、上記のような優生学または優生思想の構想の中で重要になるのは、「不良な」遺伝的素質を持った者と「優れた」それを持った者とをselectするのは誰なのかという点である。創唱者ゴールトン自身の生涯は、あくまで自然

2) eu（「良い」という意味のギリシャ語）+ gene（タネ⇒遺伝子）+ –ics（–学）という既存語を合成してゴールトン自身が作った新造語といわれる。

科学者としてのそれであり、大勢の人々が集まる催しがあると聞くたび現地に繰り出しては、人々の頭部のサイズ等のデータ収集および収集データの統計学的処理に明け暮れたといわれ、彼の母国イギリスで優生学の構想が国の政策として採用され、断種法という形で実現されることはなかった。

優生学は、ゴールトンの生前から、既にかなりの数の賛同者を得ていたと考えられるが、その構想はゴールトンの死後も引き継がれ、第一次大戦後（1920年代以降）になると、その中心地はイギリスからアメリカへと移行した。また、優生学者らの主張が、国家政策として初めて実現したのもアメリカ諸州においてであった。それは、国家（アメリカの場合は州）が selection の主体となって、犯罪者や知的障害者に対する強制的不妊手術（断種）を行うことで、社会全体の資質の向上を目指す「断種法」という形で実現した。世界で最初の断種法は1907年のインディアナ州法であるが、1937年までに32の州で断種法が制定された。断種法に反対する声は当時の各州の立法をめぐっても存在し、1924年制定のヴァージニア州の、遺伝性精神薄弱者（と当時考えられた人々）を対象とする断種法をめぐっては、これを合衆国憲法第14修正デュー・プロセス条項が保障する「自由（liberty）」を不当に侵害しているとの訴えが合衆国最高裁に上告された。この裁判で法廷意見を執筆した、かの名裁判官ホームズは、「痴愚は3代も続けば十分だ」と述べ、同法を合憲と結論付けた[3)]。同判決は、断種法につきまとっていた違憲の疑いを晴らして見せるとともに、断種件数の大幅な増加の契機の一つともなったといわれる。20世紀初頭のアメリカにおける優生学の隆盛の一つの要因としては、「人種のるつぼ」ゆえの社会的ストレスを背景に、優生学が、白人至上主義、人種優劣論に「科学的根拠」を与えるものとして受け取られた事情もあろう[4)]。

---

3）　Buck v. Bell, 274 U.S. 200（1927）. もちろん本文に引用した同判決法廷意見の一部はあくまで直訳であり、「断種法の合憲性を正当化する理由としては（十分だ）」という行間の意味が伴っている。

なお、その後、合衆国最高裁は、常習犯を断種の対象とするオクラホマ州法を、第14修正の平等保護条項に違反すると判断した（Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535（1942））。

断種法は、対象者の範囲については国により若干の違いはあるものの、欧州大陸諸国[5]にも飛び火した。また、断種法およびその背景にある優生学（ただし、その頃の「優生学」は自然科学者ゴールトンの構想したオリジナル版そのものというよりは、「国民優生」や「民族優生」という当時の用語に表れている通り、当時各国で台頭していたナショナリズムとないまぜになった混合物と見るべきであろう。）は、明治末期以降、日本にも影響を与え、着実に広まっていったが、ナチス政権下のドイツが1933年に断種法（遺伝病子孫予防法）を制定し、大規模に断種が実施されるに至ると、これに刺激される形で、1934（昭和9）年、「民族優生保護法」案が議員立法により初めて衆議院に提出され、昭和13年の第74回帝国議会では貴族院で未了となったものの衆議院を通過した。結局、同法案が成立することはなかったが、1937（昭和12）年の盧溝橋事件に端を発する戦時体制へと向かう時局の中、日本国民の体位向上を求める陸軍省の要請を一つの大きな背景として1938（昭和13）年に新設された厚生省に予防局優生課が設置され、優生学的断種法の制定に向けた検討準備を官主導で推進する体制が形成された。そして1940（昭和15）年3月8日、「国民優生法」案が先議の衆議院に政府提案され、同月26日に貴族院で可決成立、同年5月1日に公布された（本稿末尾【資料2】）。

### (3)　国民優生法の経験が戦後の優生保護法に与えた影響

#### ⅰ）　妊娠中絶に関する規定

国民優生法と戦後の優生保護法との間の大きな違いの一つ目は、両者とも第3条を中心とする優生手術に関する規定を置いたのに対し、優生保護法の第14条に相当する、優生学的理由による人工妊娠中絶を可能とする規定が、国民優

4)　こうした当時の事情は、連邦レベルでは移民制限法にも、州レベルでは既に多くの州に存在した異人種間結婚禁止法の支持の補強にも、つながる面があったと推測される。

5)　1920年代の（ナチス・ドイツよりも早い）導入国としてスイス、カナダ、デンマーク、1930年代のナチス・ドイツとほぼ同時期の導入国としてスウェーデン、ノルゥエー、フィンランドがあげられる。

生法には無かったことである。先議の衆議院に提案された当初の国民優生法案第14条には、以下引用の通り優生学的理由による妊娠中絶に関する規定が置かれていたが、これに対しては、刑法で殺人や堕胎が禁止されているにもかかわらず、それを例外的にせよ法令で真正面から認めるのは矛盾である等の反対意見が一部議員からなされ、結局先議の衆議院の段階で削除された。

第14条　①優生手術ヲ行フベキモノト認ムル決定確定シタル場合ニ於テ本人妊娠中ナルトキハ第4条ノ規定ニ依リ優生手術ノ申請ヲ為スコトヲ得ル者ハ同條ノ規定ニ依リ同意ヲ要ストセラレタル者ノ同意ヲ得テ其ノ決定ヲ為シタル厚生大臣又ハ地方長官ニ対シ妊娠中絶ノ申請ヲ為スコトヲ得
②前項ノ申請ニ基キ厚生大臣又ハ地方長官妊娠中絶ヲ行フベキモノト決定シタルトキハ本人ハ命令ノ定ムル所ニ依リ娠娠中絶ヲ受クベシ
③前項ノ妊娠中絶ハ妊娠3月ヲ超ユルモノナル場合ニ於テハ之ヲ行フコトヲ得ズ

ⅱ）　強制か任意か

国民優生法と優生保護法との間の違いの二つ目は、前者の3条以下が今でいう「できる規定」となっており、本人の任意による申請を待って優生手術が行われるのを基本とする建前であり、しかも強制申請に基づく優生手術は実施されなかった。このことが申請後の手続的煩瑣とも相俟って、同法の下での優生手術件数は、優生手術推進派の人々から見て「不十分」なものにとどまった。同法施行下の1941（昭和16）年から1947（昭和22）年にかけての優生手術の実施件数は約540件、経年的には1942（昭和17）年の189件がピークであり、昭和19年以降はいずれの年も60件未満で推移し、特に戦況が悪化した昭和19年には18件、20年には1件という数字であった。

ⅲ）ハンセン病患者に対する断種

国民優生法と優生保護法との間の大きな違いの三つ目は、後者の第3条3号

には優生手術の対象としてハンセン病（「癩疾患」）患者とその配偶者があげられているのに対し、前者の同条にはそれに相当する規定がないことである。これについては、国民優生法案をめぐる審議段階で、遺伝性疾患に関する国民優生法の中で感染症であるハンセン病を取り上げることは適当ではないとの説明が提案者側（厚生省予防局長）からなされている。また国民優生法の成立に先立ち、ハンセン病患者に対する断種は既に行われており（当時の段階でその数1000例以上がなされていたとされる。）、国民優生法が導入する優生手術の有効性、安全性に関する懸念を払拭する材料として、ハンセン病患者に対する断種の例が先行実績として引き合いに出されていた。もちろん侵害行政（ここにいう「侵害」とは、違法とか違憲とかいったマイナス評価を含意しない、本来のニュートラルな意味。）には法律上の根拠が必要だという原則は既に当時の人々の間に共有されており、そうであるがゆえ、ハンセン病患者に対する断種の法律上の根拠規定は国民優生法の中ではなく「癩予防法」（明治40年法律第11号「癩予防ニ関スル件」を昭和6年改正の際に名称変更）の中に置かれる予定であったが、癩予防法改正案が結局廃案となったため、ハンセン病患者に対する断種につき法律上の根拠がない状態は、戦後の優生保護法制定まで続くこととなった。そのためであろうか、当時のハンセン病患者に対する断種は「本人の希望」による（「侵害行政」ではない）との説明がなされている。

### ⅳ）新旧法律間の違いの要因と優生保護法に与えた影響

以上、国民優生法と優生保護法の間の三つの違いの中、ⅱ）は、国民優生法は「生ぬるい」法律だとか、「不十分」な実績しか上げられなかったとの印象を、優生手術推進派の人々に与えたであろう。平たい表現でいえば、国民優生法は、優生学的断種の導入に向けてアクセルとブレーキを同時に踏むような法律だったわけであるが、国民優生法制定時にブレーキが働いたのはなぜであろうか。その理由としては以下の二つを指摘しておかなければならないように思われる。

①そもそも優生学的断種の導入は日本で初めての経験であり、しかも過去に

遺伝性と考えられていた疾患ないし障害が、その後そうではなく感染症等であることが明らかになる可能性があることから、提案側としても慎重にならざるを得なかった事情がうかがわれる。

②二つ目のブレーキ要因として、戦時体制に向かう当時の時局下の、「産めよ増やせよ」という国是が考えられる。1941（昭和16）年に閣議決定された「人口政策確立要綱」は、東亜共栄圏を建設してその悠久にして健全な発展を図るため、我が国人口の発展増殖と資質の向上を図り、高度国防国家における兵力及び労力の必要を確保すること等の目標を掲げ、人口増加の具体策としては、避妊、堕胎等の人為的産児制限の禁止防遏があげられた。上記ⅰ）で指摘したとおり、国民優生法案に当初あった妊娠中絶に関する規定は、衆院での修正で削除されたが、同規定に対する反対論の行間または背後には、それが人口増加という当時の基本ポリシーに対する阻害要因となることへの懸念が感じられる。

もちろん上記①および②は、相互に排反するものではなく、むしろ共働して、国民優生法の中に見られる、ある種の慎重さへとつながったものと見るべきだろう。すなわち、立法当時は遺伝性と考えられていた後に実はそうではないとわかることになる疾患ないし障害を持つ人にまで断種や妊娠中絶といった措置を施すことは、本来は「悪質ナル遺伝性疾患ノ素質ヲ有スル者」ではない（むしろ「健全ナル素質ヲ有スル者」であるかもしれない）人々の増加まで「防遏」することになるのではないかとの警戒感が、当時の議員の発言の端々に感じられるところである。

上記ブレーキのうち②は、優生保護法制定当時（1948年）の人口爆発と同時に食糧難の状況下、働くことはなくなった。①に起因する国民優生法の「生ぬる」さ、「不十分さ」は、優生保護法制定に当たった人々にとっては弱点と映ったことであろう。優生保護法は、国民優生法のアクセルは引継ぐと同時にブレーキを解除して制定されたということができよう。優生保護法の下行われた優生手術は24993件、そのうち本人の同意に基づかないで行われた優生手術は16475件であった。

## 2　最大判令和６年７月３日の特徴

次に、優生保護法３条１項の１号から３号まで、10条および13条２項が違憲であるばかりか、それらの規定を制定したことが国家賠償法上も違法と断じた最高裁令和５年（受）第1319号同６年７月３日大法廷判決（裁判所ウェブサイト）につき評釈を行う。

### (1)　違憲判断の特徴

本件判決の違憲判断の特徴は、以下の部分に表れている。

「…憲法13条は個人の尊厳と人格の尊重を宣言しているところ、本件規定の立法目的は、特定の障害等を有する者が不良であり、そのような者の出生を防止する必要があるとする点において、立法当時の社会状況をいかに勘案したとしても、正当とはいえないものであることが明らかであり、本件規定は、そのような立法目的の下で特定の個人に対して生殖能力の喪失という重大な犠牲を求める点において、個人の尊厳と人格の尊重の精神に著しく反するものといわざるを得ない。」

これまでの日本の最高裁による違憲判断は、それが当該法律の目的と、目的を実現するために法律が採用した手段の２段階に分けて行われる場合、目的自体の合憲性は前提とした上、手段が過剰であるがゆえ違憲とするのが常であった[6)]。またそれらの手段違憲判決のうち近時のそれは、立法当初から違憲であったとはいわずに、その後の社会状況の変化の結果、判決時点で違憲となるに至っ

6)　最大判昭和48年４月４日刑集27巻３号265頁、最大判昭和50年４月30日民集29巻４号572頁、最大判昭和62年４月22日民集41巻３号408頁、最大判平成14年９月11日民集56巻７号1439頁、最大判平成17年９月14日民集59巻７号2087頁、最大判平成20年６月４日民集62巻６号1367頁、最大判平成27年12月16日民集69巻８号2427頁および最大決令和５年10月25日・民集77巻７号1792頁。

た、というロジックを用いるものが多い[7]。これに対し本件判決は、優生保護法の「立法目的は、…立法当時の社会状況をいかに勘案したとしても、正当とはいえない」と断じた点で、極めて異例である。最高裁がこうした形で、単なる違憲判断を超えた、違憲性の程度の極端さを強調するかのような憲法判断をあえて行った理由としては、既に立法府自身が平成6年改正を通じ非を認めて削除済みの規定であるがゆえ、違憲判断に対する立法府の反応を気にする必要がそもそも無かったという事情を推測（邪推？）することも不可能ではないのかもしれないが、本件判決全体の内在的ロジックのみで見た場合でも、国賠違法判断および除籍期間の適用排除へのつながりという点で、こうした強い調子の違憲判断が必要であったという推測が成り立つように思われる。

### (2)　国賠違法判断の特徴

本件判決の国賠違法判断の特徴が表れているのは以下の部分である。

「本件規定の内容は、国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白であったというべきであるから、本件規定に係る国会議員の立法行為は、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けると解するのが相当である（最高裁平成…17年9月14日大法廷判決・民集59巻7号2087頁参照）。」

まずは注目されるのが、ここで引用されているのが、在外国民選挙権訴訟に関する平成17年判決のみである（平成17年判決以外の判例が引用されていない）、という点である。この点、立法行為（立法不作為を含む）が国賠法上違法か否かに関する他の最高裁判例を見ると、例えば再婚禁止期間部分違憲判決（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁）は、平成17年判決に加え、

7)　注6であげた判決の中、平成17年判決、平成20年判決、平成27年判決および令和5年判決がこれに当たる。

在宅投票制度廃止訴訟に関する最一小判昭和60年11月21日民集39巻7号1512頁を引用しているし、在外国民審査権訴訟に関する最大判令和4年5月25日民集76巻4号711頁も先例として昭和60年判決、平成17年判決および平成27年判決を引用している。にもかかわらず、本件判決においてはなぜ平成17年判決のみなのか。

昭和60年判決以降、立法行為（立法不作為を含む）が国賠法上違法か否かに関する全ての最高裁判例に一貫しているのは、法律の内容の違憲問題と、その法律を制定した立法行為または改廃しない不作為が国賠違法か否かの問題とは原則として区別すべきだ、というロジックである。ただし、違憲の度合いがあまりにひどい例外的場合には国賠違法となる。では、違憲の度合いがあまりにひどい例外的場合に該当するための要件とは何かについては、判例ごとの表現に違いも見られるところで、昭和60年判決は「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき…場合」、平成17年判決は「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合など」、さらに平成27年判決は「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず，国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合など」との表現を用いている。

上記の例外該当要件のうち、その要件に該当するがゆえ原告の請求が認容される可能性が最も薄そうに見えるのは、いうまでもなく昭和60年判決のそれであり、原告の請求を認容した本件判決に相応しいものとは考えにくいであろう。次に平成17年判決の例外該当要件を見ると、前段の「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合」という部分と、後段の「国民に憲法上保障されている権利行使

の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合」という部分の2パートに分かれていることがわかる。前段と後段の違いは「長期にわたって」という後段が含む要件が前段には見られないことである。平成17年判決が在外国民の原告の国賠請求を認容するに当たり適用したのは、同判決が「昭和59年に在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定されて国会に提出されたものの、…10年以上の長きにわたって何らの立法措置も執られなかった」点に着目していることからして、後段の要件である（前段の要件を適用したのではない）ことが明らかである。この「長期」の要件は、その後の平成27年判決および令和4年判決においても用いられている。これに対して、本件判決においては「長期」の要件に照らした判断部分がない。これは、(1)において指摘したとおり、本件判決が「立法当時の社会状況」の下で既に立法目的自体が違憲であったという判断とリンクしている。要するに、本件判決が国賠違法判断の局面で適用したのは、平成17年判決の前段の要件なのであって、優生保護法を制定した当時の時点で（その後の「長期」期間の途過以前に）、その違憲性は「明白」であるがゆえ国賠違法だという判断と思われる。したがって、本件判決にとって、長期の途過要件に照らした審査を行った平成27年判決や令和4年判決は、ズバリの先例とはならなかったものと考えられる。

### (3)　国による除斥期間の主張が許されないとしたこと

本件判決は、「原告らの本件請求権の行使に対して上告人が除斥期間の主張をすることは、信義則に反し、権利の濫用として許されない」との結論の理由として、次のような事情に言及している。

「国会は、立法につき裁量権を有するものではあるが、本件では、国会の立法裁量権の行使によって国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な本件規定が設けられ、これにより多数の者が重大な

被害を受けたのであるから、公務員の不法行為により損害を受けた者が国又は公共団体にその賠償を求める権利について定める憲法17条の趣旨をも踏まえれば、本件規定の問題性が認識されて平成8年に本件規定が削除された後、国会において、適切に立法裁量権を行使して速やかに補償の措置を講ずることが強く期待される状況にあったというべきである。そうであるにもかかわらず、上告人は、その後も長期間にわたって、本件規定により行われた不妊手術は適法であり、補償はしないという立場をとり続けてきたものである。」

上記にいう「国民に憲法上保障されている権利」とは具体的には、憲法13条の幸福追求権の一環としての「自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由」、および憲法14条1項が保障する「事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを」受けない利益のことと解される。だとすれば、除籍期間に関する本件判決の見解は、憲法17条のみならず同13条、14条1項にも照らしての、改正前の民法724条後段の除籍期間の定めに対する、一種の合憲限定解釈ないし憲法適合的解釈と見ることができるように思われる。

### (4)「生殖に関する自己決定権」に基づく判断ではないこと

順序的には前に戻る形となるが、(1)と同じく憲法判断の段階に関わる論点をもう一つ取り上げておきたい。

本件判決による違憲判断は、憲法13条の幸福追求権および憲法14条1項の法の下の平等に照らし行われた。このうち前者につき、本件判決は以下のように述べている。

「憲法13条は、人格的生存に関わる重要な権利として、自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由を保障しているところ（最高裁令和…5年10月25日大法廷決定・民集77巻7号1792頁参照）、不妊手術は、生殖能力の喪

失という重大な結果をもたらす身体への侵襲であるから、不妊手術を受けることを強制することは、上記自由に対する重大な制約に当たる。したがって、正当な理由に基づかずに不妊手術を受けることを強制することは、同条に反し許されないというべきである。」

本稿筆者がこの部分に引っ掛かりを感じた理由は、最高裁が上掲部分で述べた「自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由」と、旧優生保護法により本人の同意に基づかない不妊手術を行われた原告らがもともと実際に主張していた権利との間にズレがあったからである。では、原告側がもともと実際に主張していた権利とはどのようなものであったか。一審判決（神戸地判令和3年8月3日 LEX/DB25590787）によれば、それは「生殖に関する自己決定権」であった。なぜ最高裁は、原告が語った通りの「生殖に関する自己決定権」ではなく、あえて「自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由」に言及する形をとったのか。

そこで最高裁自身が引用する通り、「自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由」に関する先例として、性同一性障害特例法の生殖不能要件を違憲とした令和5年判決が既にあるため、それに依拠した方が無難という配慮があったという推測は、もちろん可能であろう。だが、以下では、では仮に本件判決が「生殖に関する自己決定権」に依拠した判断であったら、今後どのような問題が生じる可能性があったかにつき、さらに考えてみたい。

「自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由」は、優生保護法3条をめぐって具体的にいえば、生殖能力という身体的機能を奪われない権利であり、生む、生まないという観点でいえば、専ら「生む権利」ということになる。本件判決によれば、優生保護法3条1号から3号までの規定は、「生む権利」を原告から不当に奪ったことになる。これに対し、「生殖に関する自己決定権」は、生む、生まないでいえば、「生まない」ことをも含め、生むか生まないかを自ら決定する権利である。では、平成6年改正を経て残置された現行「母体保護法」の14条の妊娠中絶に関する規定には、「生殖に関する自己決定権」ないし

「生まない権利」に照らし、後ろめたい部分が全く無くなったといい切れるであろうか。現在も日本における殆どの人工妊娠中絶は、母体保護法14条1項1号にいう「経済的理由」によるものとして報告がなされている。もちろん「経済的理由」という文言は、優生保護法が制定された1948年当時の日本の社会状況を文脈として見た場合は違和感なく受け入れられたのであろうが、当時から現在に至るまでの間に、それこそ立法事実は大きく変化している。例えば不妊治療の結果、多胎児を減数手術するケース、出生前診断の結果胎児に障害等が発見されて中絶するケース、あるいはデザイナー・ベビーを得ようとして得た胎児が期待外れであったので中絶するケースなどが「経済的理由」という文言に本来適合的でないことは明らかであろう。特に上記のうち出生前診断の結果中絶するケースやデザイナー・ベビーを得ようとして失敗したケースは、かつての（平成6年改正前にあった優生保護法の規定を含む）断種法のように淘汰する主体が国ではなく、個人だという違いはあれ、優生学的な選択という契機を含んでいる。旧優生保護法上の規定をめぐる本件判決は、国家の優生学的選択が個人の生む権利を制約したことを断罪するものであった。これに対し出生前診断技術へのアクセスが容易となった現在においては、個人の優生学的選択まで生まない権利の保護領域に含めて考えてよいのか、ということが問題となりうる。

本件判決が、仮に「生まない権利」をも含め「生殖に関する自己決定権」に依拠した判断であったなら、将来例えば、その権利は個人による優生学的選択までカバーするのか、といった難題へと巻き込まれた可能性は否定できないように思われる。本件判決に当たり最高裁がそこまで考えたかはわからないが、「自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由」に依拠したことは、上記の観点から見ても、無難な選択であったと思われる。

（おおいし・かずひこ　筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

【資料1】旧「優生保護法」・現行「母体保護法」対照表[8)]

| 優生保護法 | 母体保護法 |
|---|---|
| 第一章　総則<br>第1条　この法律は、優生上の見地から不良な子孫の出生を防止するとともに、母性の生命健康を保護することを目的とする。<br>第2条　①この法律で優生手術とは、生殖腺を除去することなしに、生殖を不能にする手術で命令をもつて定めるものをいう。<br>②この法律で人工妊娠中絶とは、胎児が、母体外において、生命を保続することのできない時期に、人工的に、胎児及びその附属物を母体外に排出することをいう。 | 第一章　総則<br>第1条　この法律は、不妊手術及び人工妊娠中絶に関する事項を定めること等により、母性の生命健康を保護することを目的とする。<br>第2条　①この法律で不妊手術とは、生殖腺を除去することなしに、生殖を不能にする手術で内閣府令をもつて定めるものをいう。<br>②この法律で人工妊娠中絶とは、胎児が、母体外において、生命を保続することのできない時期に、人工的に、胎児及びその附属物を母体外に排出することをいう。 |
| 第二章　優生手術<br>第3条　①医師は、左の各号の一に該当する者に対して、本人の同意並びに配偶者（届出をしないが事実上婚姻関係と同様な事情にある者を含む。以下同じ。）があるときはその同意を得て、優生手術を行うことができる。但し、未成年者、精神病者又は精神薄弱者については、この限りでない。<br>一　本人若しくは配偶者が遺伝性精神病質、遺伝性身体疾患若しくは遺伝性奇形を有し、又は配偶者が精神 | 第二章　不妊手術<br>第3条　①医師は、次の各号の一に該当する者に対して、本人の同意及び配偶者（届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様な事情にある者を含む。以下同じ。）があるときはその同意を得て、不妊手術を行うことができる。ただし、未成年者については、この限りでない。<br>（削除） |

8)　旧「優生保護法」は、「優生保護法の一部を改正する法律」（平成8年法律第105号）当時の、母体保護法は2024年9月30日現在の規定。

| | |
|---|---|
| 病若しくは精神薄弱を有しているもの | |
| 二　本人又は配偶者の四親等以内の血族関係にある者が、遺伝性精神病、遺伝性精神薄弱、遺伝性精神病質、遺伝性身体疾患又は遺伝性畸形を有しているもの | （削除） |
| 三　本人又は配偶者が、癩疾患に罹り、且つ子孫にこれが伝染する虞れのあるもの | （削除） |
| 四　妊娠又は分娩が、母体の生命に危険を及ぼす虞れのあるもの | 一　妊娠又は分娩が、母体の生命に危険を及ぼすおそれのあるもの |
| 五　現に数人の子を有し、且つ、分娩ごとに、母体の健康度を著しく低下する虞れのあるもの | 二　現に数人の子を有し、かつ、分娩ごとに、母体の健康度を著しく低下するおそれのあるもの |
| ②前項第四号及び第五号に掲げる場合には、その配偶者についても同項の規定による優生手術を行うことができる。 | ②前項各号に掲げる場合には、その配偶者についても同項の規定による不妊手術を行うことができる。 |
| ③前項の同意は、配偶者が知れないとき又はその意思を表示することができないときは本人の同意だけで足りる。 | ③第一項の同意は、配偶者が知れないとき又はその意思を表示することができないときは本人の同意だけで足りる。 |
| 第4条　医師は、診断の結果、別表に掲げる疾患に罹つていることを確認した場合において、その者に対し、その疾患の遺伝を防止するため優生手術を行うことが公益上必要であると認めるときは、都道府県優生保護審査会に優生手術を行うことの適否に関する審査を申請しなければならない。 | （第4条～13条削除） |
| 第5条　①都道府県優生保護審査会は、前条の規定による申請を受けたときは、優生手術を受くべき者にその旨を通知するとともに、同条に規定する要件を | |

| | |
|---|---|
| 具えているかどうかを審査の上、優生手術を行うことの適否を決定して、その結果を、申請者及び優生手術を受くべき者に通知する。<br>②都道府県優生保護審査会は、優生手術を行うことが適当である旨の決定をしたときは、申請者及び関係者の意見をきいて、その手術を行うべき医師を指定し、申請書、優生手術を受くべき者及び当該医師に、これを通知する。<br>第6条　①前条第1項の規定によつて、優生手術を受くべき旨の決定を受けた者は、その決定に異議があるときは、同条同項の通知を受けた日から2週間以内に、公衆衛生審議会に対して、その再審査を申請することができる。<br>②前項の優生手術を受くべき旨の決定を受けた者の配偶者、親権者、後見人又は保佐人もまた、その再審査を申請することができる。<br>第7条　公衆衛生審議会は、前条の規定による再審査の請求を受けたときは、その旨を、手術を行うべき医師に通知するとともに、審査の上、改めて、優生手術を行うことの適否を決定して、その結果を、再審査の申請者、優生手術を受くべき者、都道府県優生保護審査会及び手術を行うべき医師に通知する。<br>第8条　第4条の規定による申請者、優生手術を受くべき者及びその配偶者、親権者、後見人又は保佐人は、書面又は口頭で、都道府県優生保護審査会又 | |

| | |
|---|---|
| は公衆衛生審議会に対し、第5条第1項の審査又は前条の再審査に関して、事実又は意見を述べることができる。<br>第9条　公衆衛生審議会の決定に対して不服のある者は、その取消しの訴を提起することができる。<br>第9条の2　第5条第1項の規定による優生手術を受くべき旨の決定に不服のある者は、第6条及び前条の規定によることによってのみ争うことができる。<br>第10条　優生手術を行うことが適当である旨の決定に異議がないとき又はその決定若しくはこれに関する判決が確定したときは、第5条第2項の医師が、優生手術を行う。<br>第11条　①前条の規定によつて行う優生手術に関する費用は、政令の定めるところにより、当該都道府県の支弁とする。<br>②前項の費用は、国庫の負担とする。<br>第12条　医師は、別表第一号又は第二号に掲げる遺伝性のもの以外の精神病又は精神薄弱に罹つている者について、精神衛生法（昭和25年法律第123号）第20条（後見人、配偶者、親権を行う者又は扶養義務者が保護義務者となる場合）又は同法第21条（市町村長が保護義務者となる場合）に規定する保護義務者の同意があつた場合には、都道府県優生保護審査会に優生手術を行うことの適否に関する審査を申請することができる。<br>第13条　①都道府県優生保護審査会 | |

| | |
|---|---|
| は、前条の規定による申請を受けたときは、本人が同条に規定する精神病又は精神薄弱に罹つているかどうか及び優生手術を行うことが本人保護のために必要であるかどうかを審査の上、優生手術を行うことの適否を決定して、その結果を、申請者及び前条の同意者に通知する。<br>②医師は、前項の規定により優生手術を行うことが適当である旨の決定があつたときは、優生手術を行うことができる。 | |
| 第三章　母性保護<br>第14条　①都道府県の区域を単位として設立された社団法人たる医師会の指定する医師（以下「指定医師」という。）は、次の各号の一に該当する者に対して、本人及び配偶者の同意を得て、人工妊娠中絶を行うことができる。<br>一　本人又は配偶者が精神病、精神薄弱、精神病質、遺伝性身体疾患又は遺伝性奇形を有しているもの<br>二　本人又は配偶者の四親等以内の血族関係にある者が遺伝性精神病、遺伝性精神薄弱、遺伝性精神病質、遺伝性身体疾患又は遺伝性奇形を有しているもの<br>三　本人又は配偶者がらい疾患にかかつているもの<br>四　妊娠の継続又は分娩が身体的又は経済的理由により母体の健康を著しく害するおそれのあるもの | 第三章　母性保護<br>第14条　①都道府県の区域を単位として設立された公益社団法人たる医師会の指定する医師（以下「指定医師」という。）は、次の各号の一に該当する者に対して、本人及び配偶者の同意を得て、人工妊娠中絶を行うことができる。<br>（削除）<br>（削除）<br>（削除）<br>一　妊娠の継続又は分娩が身体的又は経済的理由により母体の健康を著しく害するおそれのあるもの |

| | |
|---|---|
| 五　暴行若しくは脅迫によつて又は抵抗若しくは拒絶することができない間に姦淫されて妊娠したもの | 二　暴行若しくは脅迫によつて又は抵抗若しくは拒絶することができない間に姦淫されて妊娠したもの |
| ②前項の同意は、配偶者が知れないとき若しくはその意思を表示することができないとき又は妊娠後に配偶者がなくなつたときには本人の同意だけで足りる。 | ②前項の同意は、配偶者が知れないとき若しくはその意思を表示することができないとき又は妊娠後に配偶者がなくなつたときには本人の同意だけで足りる。 |
| ③人工妊娠中絶の手術を受ける本人が精神病者又は精神薄弱者であるときは、精神衛生法第20条（後見人、配偶者、親権を行う者又は扶養義務者が保護義務者となる場合）又は同法第21条（市町村長が保護義務者となる場合）に規定する保護義務者の同意をもつて本人の同意とみなすことができる。 | （削除） |
| 第15条　①女子に対して厚生大臣が指定する避妊用の器具を使用する受胎調節の実地指導は、医師のほかは、都道府県知事の指定を受けた者でなければ業として行つてはならない。ただし、子宮腔内に避妊用の器具をそう入する行為は、医師でなければ業として行つてはならない。 | 第15条　①女子に対して厚生労働大臣が指定する避妊用の器具を使用する受胎調節の実地指導は、医師のほかは、都道府県知事の指定を受けた者でなければ業として行つてはならない。ただし、子宮腔内に避妊用の器具を挿入する行為は、医師でなければ業として行つてはならない。 |
| ②前項の都道府県知事の指定を受けることができる者は、厚生大臣の定める基準に従つて都道府県知事の認定する講習を終了した助産婦、保健婦又は看護婦とする。 | ②前項の都道府県知事の指定を受けることができる者は、厚生労働大臣の定める基準に従つて都道府県知事の認定する講習を終了した助産師、保健師又は看護師とする。 |
| ③前2項に定めるものの外、都道府県知事の指定又は認定に関して必要な事項は、政令でこれを定める。 | ③前2項に定めるものの外、都道府県知事の指定又は認定に関して必要な事項は、政令でこれを定める。 |

| | |
|---|---|
| 第四章　都道府県優生保護審査会<br>第16条　優生手術に関する適否の審査のため、都道府県知事の監督に属する都道府県優生保護審査会（以下「審査会」という。）を置く。<br>第17条　削除<br>第18条　①審査会は、委員10人以内で組織する。<br>②審査会において、特に必要があるときは、臨時委員を置くことができる。<br>③委員及び臨時委員は、医師、民生委員、裁判官、検察官、関係行政庁の官吏又は吏員その他学識経験ある者の中から、都道府県知事が任命する。<br>④審査会に、委員の互選による委員長一人を置く。<br>⑤都道府県優生保護審査会の委員の報酬及び費用弁償については、地方自治法（昭和22年法律第67号）第203条（報酬及び費用弁償）の規定を準用する。<br>第19条　この法律で定めるもののほか、委員の任期、委員長の職務その他審査会の運営に関して必要な事項は、命令でこれを定める。 | （章全体を削除） |
| 第五章　優生保護相談所<br>第20条　優生保護の見地から結婚の相談に応じ遺伝その他優生保護上必要な知識の普及向上を図るとともに、受胎調整に関する適正な方法の普及指導をするため。優生保護相談所を設置する。<br>第21条　①都道府県、保健所を設置する市及び特別区は、優生保護相談所を | （章全体を削除） |

| | |
|---|---|
| 設置しなければならない。<br>②前項の優生保護相談所は、保健所に附置することができる。<br>③国は、第1項の優生保護相談所の設置及び運営に要する費用について、政令の定めるところにより、その経費の一部を補助することができる。<br>第22条　①国、都道府県、保健所を設置する市及び特別区以外の者は、優生保護相談所を設置しようとするときは、都道府県知事（保健所を設置する市又は特別区にあつては、市長又は区長とする。第3項において同じ。）の認可を受けなければならない。<br>②前項の優生保護相談所は、厚生大臣の定める基準によつて医師をおき、検査その他に必要な設備をそなえなければならない。<br>③都道府県知事は、第1項の優生保護相談所が前項の基準に該当しなくなつたときは、その認可を取り消すことができる。<br>第23条　この法律による優生結婚相談所でなければ、その名称中に、優生保護相談所という文字又はこれに類似する文字を用いてはならない。<br>第24条　この法律で定めるものの外、優生保護相談所に関して必要な事項は、命令でこれを定める。 | |
| 第六章　届出、禁止その他<br>第25条　医師又は指定医師は、第3条第1項又は第14条第1項の規定によつ | 第六章　届出、禁止その他<br>第25条　医師又は指定医師は、第3条第1項又は第14条第1項の規定によつ |

| | |
|---|---|
| て優生手術又は人工妊娠中絶を行つた場合は、その月中の手術の結果を取りまとめて翌月10日までに、理由を記して、都道府県知事に届け出なければならない。 | て不妊手術又は人工妊娠中絶を行つた場合は、その月中の手術の結果を取りまとめて翌月10日までに、理由を記して、都道府県知事に届け出なければならない。 |
| 第26条　優生手術を受けた者は、婚姻しようとするときは、その相手方に対して、優生手術を受けた旨を通知しなければならない。 | 第26条　不妊手術を受けた者は、婚姻しようとするときは、その相手方に対して、不妊手術を受けた旨を通知しなければならない。 |
| 第27条　優生手術の審査又はその事務に従事した者、優生手術又は人工妊娠中絶の施行の業務に従事した者及び優生保護相談所の職員は、職務上知り得た人の秘密を、漏らしてはならない。その職を退いた後においても同様とする。 | 第27条　不妊手術又は人工妊娠中絶の施行の事務に従事した者は、職務上知り得た人の秘密を、漏らしてはならない。その職を退いた後においても同様とする。 |
| 第28条　何人も、この法律の規定による場合の外、故なく、生殖を不能にすることを目的として手術又はレントゲン照射を行つてはならない。 | （存置） |
| 第七章　罰則 | 第七章　罰則 |
| 第29条　第15条第1項の規定に違反した者は、50万円以下の罰金に処する。 | （存置） |
| 第30条　第22条第1項の規定に違反して、優生保護相談所を開設したものは、これを30万円以下の罰金に処する。 | （削除） |
| 第31条　第23条の規定に違反して、優生保護相談所という文字又はこれに類似する文字を名称として用いた者は、これを10万円以下の過料に処する。 | （削除） |
| 第32条　第25条の規定に違反して、届出をせず又は虚偽の届出をした者は、 | （存置） |

| | |
|---|---|
| これを10万円以下の罰金に処する。<br>第33条　第27条の規定に違反して、故なく、人の秘密を漏らした者は、これを6月以下の懲役又は30万円以下の罰金に処する。<br>第34条　第28条の規定に違反した者は、これを1年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。そのために、人を死に至らしめたときは、3年以下の懲役に処する。 | （存置）<br><br>（存置） |
| 別表（第4条、第12条関係）<br>一　遺伝性精神病<br>精神分裂病<br>そううつ病<br>てんかん<br>二　遺伝性精神薄弱<br>三　顕著な遺伝性精神病質<br>顕著な性慾異常<br>顕著な犯罪傾向<br>四　顕著な遺伝性身体疾患<br>ハンチントン氏舞踏病<br>遺伝性脊髄性運動失調症<br>遺伝性小脳性運動失調症<br>神経性進行性筋い縮症<br>進行性筋性筋栄養障がい症<br>筋緊張病<br>先天性筋緊張消失症<br>先天性軟骨発育障がい<br>白児<br>魚りんせん<br>多発性軟性神経繊維しゅ<br>結節性硬化症 | （削除） |

| | |
|---|---|
| 先天性表皮水ほう症<br>先天性ポルフイリン尿症<br>先天性手掌足しょ角化症<br>遺伝性視神経い縮<br>網膜色素変性<br>全色盲<br>先天性眼球震とう<br>青色きょう膜<br>遺伝性の難聴又はろう<br>血友病<br>五　強度な遺伝性奇型<br>裂手、裂足<br>先天性骨欠損症 | |

【資料2】国民優生法（昭和15年法律第107号）[9)]

第1条　本法ハ悪質ナル遺伝性疾患ノ素質ヲ有スル者ノ増加ヲ防遏スルト共ニ健全ナル素質ヲ有スル者ノ増加ヲ図リ以テ国民素質ノ向上ヲ期スルコトヲ目的トス

第2条　本法ニ於テ優生手術ト称スルハ生殖ヲ不能ナラシムル手術又ハ處置ニシテ命令ヲ以テ定ムルモノヲ謂フ

第3条　①左ノ各号ノ一ニ該當スル疾患ニ罹レル者ハ其ノ子又ハ孫医学的経験上同一ノ疾患ニ罹ル虞特ニ著シキトキハ本法ニ依リ優生手術ヲ受クルコトヲ得但シ其ノ者持ニ優秀ナル素質ヲ併セ有スト認メラルルトキハ此ノ限ニ在ラズ

一　遺伝性精神病
二　遺伝性精神薄弱
三　強度且悪質ナル遺伝性病的性格
四　強度且悪質ナル遺伝性身体疾患
五　強度ナル遺伝性畸形

②四親等以内ノ血族中ニ前項各号ノ一ニ該當スル疾患ニ罹レル者ヲ各自有シ又ハ有シタル者ハ相互ニ婚姻シタル場合（届出ヲ為サザルモ事実上婚姻関係ト同様ノ事情ニ在ル場合ヲ含ム）ニ於テ将来出生スベキ子医学的経験上同一ノ疾患ニ罹ル虞特ニ

9)　字体は現在一般に用いられているものにあらためた。

著シキトキ亦前項ニ同ジ
③第1項各号ノ一ニ該當スル疾患ニ罹レル子ヲ有シ又ハ有シタル者ハ将来出生スベキ子医学的経験上同一ノ疾患ニ罹ル虞特ニ著シキトキ亦第一項ニ同ジ
第4条　①前条ノ規定ニ依リ優生手術ヲ受クルコトヲ得ル者ハ優生手術ノ申請ヲ為スコトヲ得此ノ場合ニ於テ本人配偶者（届出ヲ為サザルモ事実上婚姻関係ト同様ノ事情ニ在ル者ヲ含ム以下之ニ同ジ）ヲ有スルトキハ其ノ配偶者ノ同意ヲ、三十歳ニ達セザルトキ又ハ心神耗弱者ナルトキハ其ノ家ニ在ル父母（婚姻ニ依リ其ノ配偶者ノ家ニ入リタル者ニ在リテハ其ノ配偶者ノ父母トス以下之ニ同ジ）ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス
②前条ノ規定ニ依リ優生手術ヲ受クルコトヲ得ル者心神喪失者ナルトキハ優生手術ノ申請ハ前項ノ規定ニ拘ラズ其ノ家ニ在ル父母之ヲ為スコトヲ得但シ本人配偶者ヲ有スルトキハ其ノ配偶者及其ノ家ニ在ル父母之ヲ為スコトヲ得
③第1項及前項但書ノ場合ニ於テ其ノ配偶者知レザルトキ又ハ其ノ意思ヲ表示スルコト能ハザルトキハ第1項ノ場合ニ在リテハ其ノ家ニ在ル父母ノ同意ヲ以テ配偶者ノ同意ニ代ヘ前項但書ノ場合ニ在リテハ其ノ家ニ在ル父母ノミニテ申請ヲ為スコトヲ得ルモノトス
④前3項ノ規定ニ依リ其ノ家ニ在ル父母ノ同意ヲ要ストセラレ又ハ其ノ家ニ在ル父母ガ申請ヲ為ス場合ニ於テ父母ノ一方ガ知レザルトキ、死亡シタルトキ、家ヲ去リタルトキ又ハ其ノ意思ヲ表示スルコト能ハザルトキハ他ノ一方ノミノ同意又ハ申請ヲ以テ足リ父母共ニ知レザルトキ、死亡シタルトキ、家ヲ去リタルトキ又ハ其ノ意思ヲ表示スルコト能ハザルトキハ後見人ノ、後見人知レザルトキ、ナキトキ又ハ其ノ意思ヲ表示スルコト能ハザルトキハ戸主ノ、戸主知レザルトキ、未成年者ナルトキ又ハ其ノ意思ヲ表示スルコト能ハザルトキハ親族会ノ同意又ハ申請ヲ以テ父母ノ同意又ハ申請ニ代フルモノトス但シ後見人及親族会ハ第二項ノ規定ニ依ル申請ヲ為スコトヲ得ズ
第5条　①第3条第1項ノ規定ニ依リ優生手術ヲ受クルコトヲ得ル者ニ対シ監護上ノ處置、保健上ノ指導又ハ診療ヲ為シタル精神病院法ニ依ル精神病院（同法第7条ノ規定ニ依リ代用スル精神病院ヲ含ム）若ハ保健所ノ長又ハ命令ヲ以テ定ムル医師ハ本人ノ同意ヲ得テ優生手術ノ申請ヲ為スコトヲ得此ノ場合ニ於テ本人配偶者ヲ有スルトキハ其ノ配偶者ノ同意ヲモ、30歳ニ達セザルトキ又ハ心神耗弱者ナルトキハ其ノ家ニ在ル父母ノ同意ヲモ得ルコトヲ要ス
②前項ノ規定ニ依リ優生手術ノ申請ヲ為ス場合ニ於テ本人心神喪失者ナルトキハ其ノ家ニ在ル父母ノ同意ヲ以テ本人ノ同意ニ代フルモノトス

③前条第3項及第4項ノ規定ハ前2項ノ場合ニ之ヲ準用ス
第6条　前条ノ規定ニ依リ優生手術ノ申請ヲ為スコトヲ得ル者本人ノ疾患著シク悪質ナルトキ又ハ其ノ配偶者本人ト同一ノ疾患ニ罹レルモノナルトキ等其ノ疾患ノ遺伝ヲ防遏スルコトヲ公益上特ニ必要アリト認ムルトキハ同条ノ規定ニ依ル必要ナル同意ヲ得ルコト能ハザル場合ト雖モ其ノ理由ヲ附シテ優生手術ノ申請ヲ為スコトヲ得
第7条　①優生手術ノ申請ハ命令ノ定ムル所ニ依リ地方長官ニ之ヲ為スベシ
②前項ノ申請ニハ本人ノ健康診断書及遺伝ニ関スル調査書竝ニ本人（本人心神喪失者ナルトキハ其ノ家ニ在ル父母トス但シ本人配偶者ヲ有スルトキハ其ノ配偶者及其ノ家ニ在ル父母トス）ガ優生手術ガ生殖ヲ不能ナラシムルモノナルコトヲ了知シタル旨ノ医師ノ証明書ヲ添附スベシ
③第4条第3項及第4項ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス
第8条　①地方長官ハ優生手術ノ申請ヲ受理シタルトキハ優生手術ヲ行フベキモノト認ムルヤ否ヲ決定ス
②地方長官前項ノ決定ヲ為サントスルトキハ予メ地方優生審査会ノ意見ヲ徴スベシ
③地方長官第1項ノ決定ヲ為シタルトキハ第4条又ハ第5条ノ規定ニ依リ優生手術ノ申請ヲ為スコトヲ得ル者及優生手術ノ申請ニ付同意ヲ得ルコトヲ要ストセラレタル者ニ之ヲ通知スベシ
第9条　①前条第3項ノ規定ニ依リ通知ヲ受クベキ者ハ同条ノ決定ニ不服アルトキハ厚生大臣ニ之ヲ申立ツルコトヲ得
②前項ノ申立ハ決定ノ通知ヲ受ケタル後（通知ヲ受ケザル者ニ付テハ決定アリタル後）30日ヲ経過シタルトキハ之ヲ為スコトヲ得ズ
③厚生大臣宥恕スベキ事由アリト認ムルトキハ前項ノ期限経過後ニ於テモ仍之ヲ受理スルコトヲ得
第10条　①厚生大臣ハ前条ノ申立ヲ受理シタル場合ニ於テ申立ヲ理由ナシト認ムルトキハ之ヲ却下シ申立ヲ理由アリト認ムルトキハ地方長官ノ決定ヲ取消シ且優生手術ヲ行フベキモノト認ムルヤ否ヲ決定ス
②厚生大臣前項ノ却下又ハ取消及決定ヲ為サントスルトキハ予メ中央優生審査会ノ意見ヲ徴スベシ
③第8条第3項ノ規定ハ第1項ノ却下竝ニ取消及決定ニ之ヲ準用ス
第11条　①第4条又ハ第5条ノ規定ニ依リ優生手術ノ申請ヲ為スコトヲ得ル者及優生手術ノ申請ニ付同意ヲ得ルコトヲ要ストセラレタル者ハ書面又ハ口頭ヲ以テ中央優生審査会又ハ地方優生審査会ニ対シ事実又ハ意見ヲ申述スルコトヲ得
②厚生大臣又ハ地方長官ハ中央優生審査会又ハ地方優生審査会ノ審査ノ為必要アリ

ト認ムルトキハ命令ノ定ムル所ニ依リ第3条ノ規定ニ依リ優生手術ヲ受クルコトヲ得ル者ヲシテ審査会ニ出頭ノ上事実ヲ申述セシメ又ハ医師ノ健康診断ヲ受ケシムルコトヲ得

第12条　中央優生審査会及地方優生審査会ニ関スル規程ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム

第13条　①優生手術ヲ行フベキモノト認ムル決定確定シタルトキハ第3条ノ規定ニ依リ優生手術ヲ受クルコトヲ得ル者ハ命令ノ定ムル所ニ依リ優生手術ヲ受クベシ

②優生手術ハ厚生大臣又ハ地方長官ノ命ニ依リ命令ヲ以テ定ムル医師命令ヲ以テ定ムル場所ニ於テ之ヲ行フ

③前項ノ規定ニ依リ優生手術ヲ行ヒタル医師ハ命令ノ定ムル所ニ依リ其ノ経過ヲ地方長官ニ報告スベシ

第14条　優生手術ニ関スル費用ニ付テハ勅令ノ定ムル所ニ依ル

第15条　故ナク生殖ヲ不能ナラシムル手術又ハ放射線照射ハ之ヲ行フコトヲ得ズ

第16条　①第13条ノ規定ニ依ル場合ヲ除クノ外医師生殖ヲ不能ナラシムル手術若ハ放射線照射又ハ妊娠中絶ヲ行ハントスルトキハ予メ其ノ要否ニ関スル他ノ医師ノ意見ヲ聴取シ且命令ノ定ムル所ニ依リ予メ行政官庁ニ届出ヅベシ但シ特ニ急施ヲ要スル場合ハ此ノ限ニ在ラズ

②前項ノ届出アリタル場合ニ於テ行政官庁必要アリト認ムルトキハ其ノ指定シタル医師ノ意見ヲ更ニ聴取セシムルコトヲ得

③第1項但書ノ場合ニ於テ届出ヲ為サズシテ生殖ヲ不能ナラシムル手術若ハ放射線照射又ハ妊娠中絶ヲ行ヒタルトキハ命令ノ定ムル所ニ依リ行政官庁ニ届出ヅベシ

第17条　優生手術ヲ受ケタル者婚姻セントスルトキハ相手方ノ要求ニ依リ優生手術ヲ受ケタル旨ヲ通知スベシ

第18条　第15条ノ規定ニ違反シ生殖ヲ不能ナラシムル手術又ハ放射線照射ヲ行ヒタル者ハ1年以下ノ懲役又ハ千円以下ノ罰金ニ處ス因テ人ヲ死ニ致シタルトキハ3年以下ノ懲役ニ処ス

第19条　①中央優生審査会及地方優生審査会ノ委員若ハ委員タリシ者又ハ優生手術ニ関スル審査若ハ施行ノ事務ニ従事シ若ハ従事シタル公務員若ハ公務員タリシ者故ナク其ノ職務上取扱ヒタルコトニ付知得シタル人ノ秘密ヲ漏泄シタルトキハ6月以下ノ懲役又ハ千円以下ノ罰金ニ処ス

②前項ノ罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ズ

第20条　第16条第1項又ハ第3項ノ規定ニ違反シ届出ヲ為サズ又ハ虚偽ノ届出ヲ為シタル者ハ百円以下ノ罰金ニ処ス

判 例 評 釈

# 抵当不動産の賃借人が賃貸人との間でした相殺合意の効力を、物上代位権を行使して賃料債権を差し押さえた抵当権者に対抗できないとされた事例

**（取立金請求事件、最高裁令和3年(受)第1620号、令和5年11月27日第2小法廷判決、民集77巻8号2188頁）**

直 井 義 典

## 【事実】

平成29年1月15日、訴外A会社はY会社（被告・被控訴人・被上告人）との間で、A会社が所有する本件建物を賃料月額198万円（引渡日から2か月間は月額99万円）、期間は平成29年10月1日から平成39年（令和9年）9月30日までの10年間、毎月末日までに翌月分賃料を支払うとの約定で賃貸する契約（以下、「本件賃貸借契約」という）を締結し、平成29年10月1日に引き渡した。

同年9月8日、Y会社はA会社に対し、弁済期を平成30年4月30日、無利息、遅延損害金を年2割として、990万円を貸し付けた（以下、「本件Y債権1」という）。

平成29年10月26日、A会社はX信用金庫（原告・控訴人・上告人）のために、本件建物について極度額を4億7400万円とする根抵当権（以下、「本件根抵当権」という）を設定し、その旨の登記をした。

同年11月14日、Y会社は訴外B会社に対し、弁済期を平成30年4月30日、無利息として、3000万円を貸し付けた。またB会社は、Yに対して負ってい

る建築請負工事に係る1000万円の債務について、同日を弁済期とすることを約した。平成29年11月、A会社はY会社との間で、B会社のY会社に対する合計4000万円の債務につき書面により連帯保証をした（以下、「本件Y債権2」という）。

平成30年4月30日、Y会社は、本件Y債権1・本件Y債権2につきA会社から10万円の弁済を受け、A会社との間で各債権の弁済期を平成31年1月15日に変更する旨の合意をした。

同日、Y会社はA会社との間で本件賃貸借契約における同年4月分から平成32年（令和2年）1月分までの賃料全額である1980万円および同年2月分から平成34年（令和4年）2月分までの賃料のうち3000万円（各月120万円）の合計4980万円の債務について、期限の利益を放棄した上で、この債務に係る債権（以下、「本件賃料債権」という）を本件Y債権1・本件Y債権2と対等額で相殺する旨の合意（以下、「本件相殺合意」という）をした。

令和元年8月9日、X信用金庫による本件根抵当権に基づく物上代位権の行使として、本件賃貸借契約に係る債権のうち、差押命令送達時に支払期にある分以降4000万円に満つるまでの部分、具体的には令和元年9月分から令和3年4月分までの賃料月額198万円の総額3960万円及び同年5月分につき40万円（以下、「本件被差押債権」という）を差押債権とする差押命令（以下、「本件差押命令」という）が発せられ、同月14日にY会社に、同年12月9日にA会社に送達された。

Y会社はX信用金庫に対し、本件被差押債権の弁済として、令和2年2月分から同年11月分までの賃料のうち毎月78万円（計780万円）を支払った[1)]。

X信用金庫は、本件差押命令により、本件賃料債権のうち、本件差押命令が

1)　第1審の口頭弁論終結日が令和2年11月20日であったことから、この段階では令和2年11月分までの賃料から月額78万円ずつを支払っていた。最高裁の認定事実では、第2審の口頭弁論終結日である令和3年5月19日までに、Y会社はX信用金庫に対し、令和2年2月分から令和3年4月分までの賃料から月額78万円ずつ、同年5月分の賃料から40万円の計1210万円を支払っている。

Y会社に送達された後の期間に対応する令和元年9月分から令和3年5月分までの計4000万円を差押えたと主張して、①令和元年9月分から令和2年11月分までの確定未払賃料2190万円ならびに②令和2年12月分から令和3年4月分の賃料月額198万円及び同年5月分の賃料のうち40万円の支払いを求めて提訴した。

これに対してY会社は、根抵当権者であるX信用金庫が物上代位権の行使として本件賃貸借契約における賃料債権を差押えるよりも前に本件相殺合意をしているのであるから、本件相殺合意は有効であり、相殺の対象となった賃料債権は消滅している。本件相殺合意よりも前に根抵当権設定登記をしたからといって、X信用金庫が相殺の無効を主張して賃料債権に物上代位をすることはできない、と主張した。

X信用金庫は、賃料債権は、使用収益の対価であることから一定の利用期間の経過がなければ発生せず、賃借人による期限の利益の放棄を観念する余地はない、仮に期限の利益の放棄が可能であるとしても登記によって優先権を確保した抵当権に対する不当な侵害となるから相殺合意は抵当権者に対抗できない、と反論した。前者の部分を敷衍して、X信用金庫は、平成31年1月15日にした相殺の意思表示は、いまだ賃借人が現実の利用をしていない期間に対応する賃料債権を受働債権とするものであるから、その時点では効力を生ぜず、その後に現実の賃貸借期間が経過した都度効力が生じることとなる。したがって、X信用金庫による差押の効力が発生した以降に賃貸借機関が経過する令和元年9月分以降の賃料についてはX信用金庫による物上代位が優先する。最判平成13年3月13日民集55巻2号363頁の判示もこうした主張を裏付ける、という。

第1審は、本件相殺合意の効力はX信用金庫に対抗できるとして、X信用金庫の請求②のみを認容した。

「本件相殺合意の時点で、X信用金庫は、本件建物に根抵当権を設定し、これを登記によって公示していたとはいえ、同登記によって公示された権利は、いわば「自ら差押えをすることによって物上代位をすることができる権利」で

あって、いまだ賃料についての優先弁済請求権が現実化されていたわけではない。したがって、差押え前の同段階において、Y会社が当該賃料と賃貸人に対する債権とを相殺することは何ら制限されるものではなく、その際Y会社が弁済期未到来の賃料について期限の利益を放棄することを妨げることもできない。また、このことは自働債権が根抵当権設定登記の前後いずれに取得されたものであるかを問わない。そうすると、本件相殺合意による相殺は有効であり、これによって本件受働債権は消滅し、物上代位の余地はなくなる。したがって、Y会社は、X信用金庫に対し、本件相殺合意による相殺を対抗することができ、これを原告の根抵当権に対する不当な侵害ということもできない。」

「X信用金庫は、「賃料債権については、目的物の使用収益後、初めて発生するものであるから、その期限の利益を放棄した上でこれを受働債権とした相殺することはできない」旨を主張する。しかし，一般に賃料債権が目的物を一定期間使用収益させることにより生じるものであるとはいっても、当事者間において前払いの合意をしたり、その期限の利益を放棄したりすることは当然に可能であるし、相殺合意に際し、一方当事者が受働債権について期限の利益を放棄して相殺することが妨げられるものでもないから、この点に関するX信用金庫の主張は採用できない。」

平成13年判決との関係については、「本件のように、差押前に期限の利益を放棄して相殺合意がされていた事案において、当該相殺合意の効力を否定するものとまでみることはできない。」とする。

X信用金庫が控訴。

第2審は、以下の判断を付加したほかは第1審判決と同様の理由により控訴を棄却した。

将来分の賃料を前払する旨の合意をすることは、契約自由の原則の範囲内で行われる限り否定されるものではない。また、「抵当権設定登記によって公示されるのは、抵当権者が物上代位権を行使して物上代位の目的債権である賃料債権の差押えをした後は、抵当権の効力がこの差押え後の賃料債権にも及ぶというものである。そして、抵当権者は、物上代位権を行使して賃料債権の差押

えをする前は、原則として抵当不動産の用益関係に介入することはできず、その優先弁済請求権が現実化しているものでもないから、抵当権者が差押えをする前に、賃借人の賃貸人に対する債権を自働債権とし、賃料債権を受働債権として相殺がされた場合には、相殺の効力を否定すべき理由はなく、その後に抵当権者が差押えをしたとしても、上記賃料債権につき物上代位による差押えの効果が生じる余地はない。」そして平成13年判決の事案は、X信用金庫による差押の時点で本件相殺合意により将来の一定期間分の賃料債権が消滅していた本件事案とは異なる。

X信用金庫が上告。

上告受理申立て理由は、賃料債権は将来債権としての性質上前払によって期限の利益を放棄しても前払の時点で弁済の効力が確定的に生じるものではないから相殺合意の時点では相殺の効力は生じない、仮に相殺合意の時点で相殺の効力が生じるとしても抵当権者を害するものとして抵当権者に対抗することはできない、13年判決の事案との権衡が保たれるべきである、というものである。

## 【判旨】

破棄自判。

「抵当不動産の賃借人は、抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えをする前においては、原則として、賃貸人に対する債権を自働債権とし、賃料債権を受働債権とする相殺をもって抵当権者に対抗することができる。もっとも、物上代位により抵当権の効力が賃料債権に及ぶことは抵当権設定登記によって公示されているとみることができることからすれば、物上代位権の行使として賃料債権の差押えがされた後においては、抵当権設定登記の後に取得した賃貸人に対する債権（以下「登記後取得債権」という。）を上記差押えがされた後の期間に対応する賃料債権（以下「将来賃料債権」という。）と相殺することに対する賃借人の期待が抵当権の効力に優先して保護されるべきであるということはできず、賃借人は、登記後取得債権を自働債権とし、将来賃料債権を受働債権とする相殺をもって、抵当権者に対抗することはできないという

べきである。このことは、賃借人が、賃貸人との間で、賃借人が登記後取得債権と将来賃料債権とを相殺適状になる都度対当額で相殺する旨をあらかじめ合意していた場合についても、同様である（以上につき、最高裁平成11年（受）第1345号同13年3月13日第三小法廷判決・民集55巻2号363頁参照）。

そして、賃借人が、上記差押えがされる前に、賃貸人との間で、登記後取得債権と将来賃料債権とを直ちに対当額で相殺する旨の合意をした場合であっても、物上代位により抵当権の効力が将来賃料債権に及ぶことが抵当権設定登記によって公示されており、これを登記後取得債権と相殺することに対する賃借人の期待を抵当権の効力に優先させて保護すべきといえないことは、上記にみたところと異なるものではない。そうすると、上記合意は、将来賃料債権について対象債権として相殺することができる状態を作出した上でこれを上記差押え前に相殺することとしたものにすぎないというべきであって、その効力を抵当権の効力に優先させることは、抵当権者の利益を不当に害するものであり、相当でないというべきである。

したがって、抵当不動産の賃借人は、抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権を差し押さえる前に、賃貸人との間で、登記後取得債権と将来賃料債権とを直ちに対当額で相殺する旨の合意をしたとしても、当該合意の効力を抵当権者に対抗することはできないと解するのが相当である。」

以上を踏まえ、平成30年4月30日に弁済された10万円及び本件賃料債権のうち本件差押命令の送達前の期間である平成31年4月分から令和元年8月分までの賃料債権990万円はまず本件Y債権1に充当されてその全部が消滅したから、本件相殺合意の効力により本件将来賃料債権と対当額で消滅することとなる対象債権は本件被上告人債権2のみである。本件Y債権2は本件根抵当権設定登記後に取得された債権であるから、本件相殺合意の効力発生とY会社に対する本件差押命令の送達の先後を問わず、本件相殺合意による対等額での本件Y債権2の消滅については、Y会社はX信用金庫に対抗できない、と判示した。

なお、平成29年改正前の民法512条、489条の規定に照らして弁済充当の対

象が本件Y債権1であることを説明する三浦守裁判官の補足意見[2]と、国民の福利の総和の最大化という観点から法廷意見と同じ結論に至る草野耕一裁判官の意見がある。

## 【評釈】

1　本判決は、抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権を差押える前に、抵当不動産の賃借人が賃貸人との間でした、抵当権設定登記の後に取得した賃貸人に対する債権（登記後取得債権）と上記差押がなされた後の期間に対応する賃料債権（将来賃料債権）とを直ちに対等額で相殺する旨の相殺合意の効力は抵当権者に対抗できないとした判決である。

2（1）(a)　将来賃料債権に対する抵当権に基づく物上代位権行使と賃借人による相殺の優劣については、本判決も参照する最判平成13年3月13日民集55巻2号363頁（以下、「平成13年判決」という）が判断を示していた。

平成13年判決の事案は、抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権を差押える前に、抵当不動産の賃借人と賃貸人の間で、登記後取得債権と将来賃料債権とを、差押後に各月の賃料が発生して相殺適状となるごとに相殺の効力が生じるものとする相殺合意をしたものであり、この相殺合意の効力は抵当権者に対抗できないと判示されていた。

本判決の事案と平成13年判決の事案は、賃借人が賃貸人に対する債権を有することとなったのが抵当権設定登記後である点は共通している。そして、両判決の事案の相違点は、相殺合意の効力が発生するのが抵当権者による賃料債権の差押の前後いずれであるのかにあるものと見られる。ただ、この点についてはX信用金庫が、1審以来、本件事案は平成13年判決の事案と相違がないとの主張をしていることから、この点を検討しておくこととする。

本件事案においてY会社は、差押がなされた後の期間に対応する賃料債権を直ちに相殺に供する合意をしている。これを可能とする前提として、将来債

2)　岩川・後掲本件判批45頁注23参照。

権であっても期限の利益を放棄することによって相殺が可能となる必要があるが、受働債権については136条により期限の利益を放棄することができる[3]。問題は、相殺に供されたのが賃料債権であるという点である。賃貸借契約によって賃借人は賃料の支払い義務を負うが、それは基本契約が締結されたに過ぎないのであるから、この段階では賃貸人は具体的な賃料支払い請求ができるわけではない。賃料は、賃貸人が賃貸借契約の目的物を使用収益できる状態に置いたことに対する対価であるのだから、具体的賃料債権は、賃借人が賃貸目的物の現実の使用をして初めて発生する債権である。この点、弁済期未到来の貸金債権などのような既発生だが弁済期の到来していない債権とは異なっている。そうだとすると、使用収益がいまだなされていない段階で期限の利益を放棄する余地はないことになるわけである[4]。そして、事前に期限の利益を放棄できないのであるとすれば、本件相殺合意は個々の具体的賃料債権が発生する都度効力を生じることになるから、本件事案にも平成13年判決が直接に適用されることになるわけである。

しかし本判決は、1審判決とは異なり、明言はしていないもののこのような理解には立っていないものと考えられる。仮にこのような理解に立つのであれば平成13年判決に依拠するのみで足りるはずであるし、本判決は、平成13年判決が判示した「相殺する旨をあらかじめ合意していた場合」に妥当する法理を参照した後に、「直ちに対等額で相殺する旨の合意をした場合」であっても、賃借人の期待を抵当権の効力に優先させて保護すべきとは言えないことは異ならないと判示しているからである。確かに本判決は、本件事案へのあてはめ部分において「本件相殺合意の効力がＹ会社に対する本件差押命令の送達前に

3)　潮見佳男『債権総論　第5版補訂』（信山社・令和2年）425頁、中田裕康『債権総論第4版』（岩波書店・令和2年）470頁。

4)　上告受理申立理由では山野目章夫「抵当権の賃料への物上代位と賃借人による相殺（上）」NBL713号（平成13年）9頁を引用するが、同所でも示されているように、もともとは松岡久和・判批（最判平成10年1月30日民集52巻1号1頁及び最判平成10年2月10日判時1629号9頁）・民商法雑誌120巻6号（平成11年）1019頁に簡単に示された考え方である。

生じたか否かにかかわらず、本件相殺合意により本件将来賃料債権と対当額で消滅することとなる対象債権が本件根抵当権の設定登記の後に取得された本件Y債権2であるときは、Y会社は、本件相殺合意の効力をX信用金庫に対抗することはできないこととなる。」と判示しているのであって、本件相殺合意の効力発生時が本件差押命令の前であるとは判示しておらず、いずれとも明言するのを避けたようにも見られる[5)]。だが、この判示部分は平成13年判決の判示を参照した部分と本判決独自の判示とに続く部分であり、双方の相違点が相殺合意の効力の発生時点にあることを認めつつその時点の相違は結論に影響を及ぼすものではないことを言うものと解することは十分に可能であろう[6)]。

(b)　平成13年判決の判示事項は以下の①から③である。

①　物上代位権の行使としての差押えのされる前においては，賃借人のする相殺は何ら制限されない。

②　抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えをした後は、抵当不動産の賃借人は，登記後取得債権を自働債権とする賃料債権との相殺をもって，抵当権者に対抗することはできない。なぜならば、差押え後においては，抵当権の効力が物上代位の目的となった賃料債権にも及ぶところ，物上代位により抵当権の効力が賃料債権に及ぶことは抵当権設定登記により公示されているから，登記後取得債権と物上代位の目的となった賃料債権とを相殺することに対する賃借人の期待を物上代位権の行使により賃料債権に及んでいる抵当権の効

---

5)　無署名・本判決解説判タ1519号164頁は、「賃料債権は、賃貸借契約の締結により確定的に生ずる期限付債権ではなく、各期において賃貸人が賃借目的物を賃借人の使用収益が可能な状態に置いたことを停止条件とする将来債権であるとする判例（大判大2.6.16民録19輯451頁等）の立場からすれば、相殺適状にするためには期限の利益の放棄では足りない（条件不成就の利益の放棄を要する）とも考え得ることを踏まえたものと思料される。」とする。

6)　岩川・後掲46頁注29は、直ちに相殺が生じる旨の合意であることを理由に、その合意は停止条件不成就の利益の放棄も含むと解する。また、期限未到来・条件未成就の債権の相殺合意も契約自由の原則により有効であるから、こうした利益の放棄はそもそも不要、ともいえるとする。

力に優先させる理由はないというべきであるからである。

③　このことは、抵当不動産の賃借人が賃貸人に対して有する債権と賃料債権とを対当額で相殺する旨を上記両名があらかじめ合意していた場合においても，同様である。

判示事項②では抵当権の効力が賃料債権に及ぶことが抵当権設定登記によって公示されていることをもって相殺に対する賃借人の期待を抵当権の効力に優先させない理由としている。ここでは賃借人が登記簿を確認することが求められていると考えられる。第三債務者である賃借人に対しては、物上代位権の行使は差押えによって知らされることになるのであって、本来、賃借人は登記簿を確認する必要はないはずである。にも拘らずこの判決が賃借人自身による登記簿の確認を要求するのは、もともと極めて高額であった保証金を減額したことに伴って生じた保証金返還請求権が自働債権であったことに伴うものと考えられる。賃借人であると同時に賃貸人に対する融資者として、融資の際に賃貸人の責任財産への担保設定の有無を確認すべきであるということである。

そして、平成13年判決の時点では、差押時よりも後の期間に対応する賃料債権について、相殺契約に基づいて差押時にはすでに相殺がなされていた場合については、残された問題とされていた[7]。

(2)　平成13年判決を前提としつつも、敷金返還請求権を自働債権とする相殺については別異の扱いを求める見解が主張されていた[8]。そこで敷金については結論として平成13年判決の射程が及ばないことを示したのが最判平成14年3月28日民集56巻3号689頁である。ここでは、「敷金の充当による未払賃料等の消滅は，敷金契約から発生する効果であって、相殺のように当事者の意思表示を必要とするものではないから，民法511条によって上記当然消滅の効果が妨げられない」ことが理由とされている。

(3)　本判決と同じく、物上代位権の行使としての差押え以前に相殺合意の効

7)　藤澤治奈・平成13年判決判批・法協121巻10号1737頁など。

8)　山野目章夫・平成13年判決判批・平成13年度重判71頁参照。

力が発生していた事案を扱ったのが、東京地判平成16年3月25日金法1715号98頁である。

この判決は、平成13年判決を引用して、抵当権設定後に賃貸人に対して取得した債権を自働債権とする賃料債権との相殺を抵当権者に対抗できないとする。そして被告が、将来の賃料債権について期限の利益を放棄して弁済することも相殺することも可能であり、平成13年判決の判示のうち「物上代位権の行使としての差押えのされる前においては，賃借人のする相殺は何ら制限されるものではないが，上記の差押えがされた後においては，抵当権の効力が物上代位の目的となった賃料債権にも及ぶところ」と判示した部分をもって物上代位権の行使としての差押えに先立って相殺の意思表示がなされている限り相殺の効力を抵当権者に対抗できると解したのを正当な解釈ではないとし、問題は抵当権設定登記により公示されている物上代位権と賃借人の相殺期待権の優劣にあるとする。そして、以下のように判示する。抵当権者の物上代位権は差押後は優先権をもった取立権となり、その効果が質権に類似すること、賃借人の相殺期待権も担保的効力を有するものであることを考慮して、前記の優劣の問題は債権質権の設定と担保的効力を有する相殺との調整の問題であって、差押え命令の送達と相殺の意思表示との単純な時間的先後により解決されるべき問題ではない。また、このように考えると、期限の利益の放棄により相殺適状を作出することによって、この問題を差押え命令の送達と相殺の意思表示との時間的先後による解決をするのも相当ではない。その理由として、相殺予約ないし相殺については全く公示されていないことから、少なくとも抵当権設定登記後に取得された債権についての賃借人の相殺の期待を物上代位権者の権利に優先させる実質的理由がないことを挙げる。そして、弁済と相殺の類似性についての被告の主張については、局面が異なるとする。

この判決の理由付けで質権との類似性が指摘されている点[9]には、平成13年

9)　これは、抵当権の登記では賃料債権に抵当権の効力が及んでいることまでは公示されていないのではないかとの疑問に答えるものと考えられる。

判決の調査官解説[10]の影響が強くみられるが、抵当権の効力と賃借人の相殺期待権とを衡量するという定式は平成13年判決のそれである。そして衡量に際しては担保権の優劣という観点で相殺に公示がないことに着目し、賃借人の相殺期待は物上代位権者の権利に優先しないとする。

なお、この判決の事案において自働債権となったのは、「営業に関する権利の移転合意書」及び「引継ぎ財産合意の覚書」によって生じた未収金債権であった。

3　本判決は、㋐平成13年判決の判示事項①から③のすべてを表現を変えながら引用して参照させる。㋑そして、本判決の事案である登記後取得債権と将来賃料債権とを差押え前に直ちに相殺する場合にも、平成13年判決の判示事項②が妥当するという。㋒その上で、本件相殺合意は、将来賃料債権につき相殺適状を作出することで差押え前に相殺することとしたものにすぎないものであって、その効力を抵当権の効力に優先させることは、抵当権者の利益を不当に害する。㋓したがって、本件相殺合意の効力を抵当権者に対抗することはできない、と結論付ける。

(1)　㋐部分において本判決は平成13年判決の表現を大きく改変しているものの、一見すると実質的内容に変更はないものと見られる。しかし、以下の2点において重要な改変を行っている。

第1に、平成13年判決の判示事項①では賃借人のする相殺は何ら制限されないとされていたのに対し、本判決は原則として相殺を対抗できるとする。相殺を対抗できない場面の存在が示唆されており、現に本件事案が相殺を対抗できない例外的事態に該当している。

第2に、本判決が平成13年判決の判示事項②に対応する箇所で受働債権が差押え後の期間に対応する将来賃料債権であることを明記している点は、表現の点で平成13年判決と異なっている。

平成13年判決は、相殺合意へのあてはめである判示事項③で「差押えがさ

10)　杉原則彦・平成13年判決解説・最判解民事平成13年(上)257頁以下、特に264頁以下。

れた後に発生する賃料債権」としていたものの、判示事項②では将来賃料債権であることを明記しておらず、受働債権を「物上代位の目的となった賃料債権」とするのみであった。これでは差押え時に未払いの賃料債権があった場合の扱いが必ずしも明確ではない。そこで本判決は、差押え以前の期間に対応する賃料債権については別論であることをより明確にすべく、「将来賃料債権」との表現を用いたものと考えられる。

また、平成13年判決の判示事項②は「物上代位の目的となった賃料債権」とするのであるから、差押え後の期間に対応するものであっても弁済済みの賃料については抵当権の効力を及ぼすことはできないこととなりそうである。しかし平成13年判決の事案がそうしたものではなかったことから、この点について特段の配慮をしなかったものと考えられる。これに対して本判決の事案においては、差押え後の期間に対応する賃料であっても差押え前に相殺の効力が発生するとした場合には、相殺に供された期間の賃料については物上代位ができないこととなる。そこで本判決は、こうした問題を回避すべく、将来賃料債権を「差押え後の期間に対応する賃料債権」と定義することによって、差押え前にこの期間分の賃料がすでに弁済または相殺されていた場合について、抵当権の効力が及ぶことを認めたものと考えられる。

以上のように、本判決は平成13年判決の判示事項を踏襲するものであるが、単に平成13年判決の概要を繰り返したものではなく、将来賃料債権という概念を導入することによって、平成13年判決の射程をより明確にしたものとして位置付けることができる。

(2)　次いで本判決は㋑部分で、差押え前に、登記後取得債権と将来賃料債権とを直ちに対当額で相殺する旨の合意についても、平成13年判決の判示事項②が妥当するという。

このうち、物上代位により抵当権の効力が将来賃料債権に及ぶことが抵当権設定登記によって公示されているという点は、最判平成10年1月30日民集52巻1号1頁以来の判例法理を踏襲したものである。相殺に対する賃借人の期待を抵当権の効力に優先させて保護すべきとはいえないという部分についても、

相殺の対象となるのが登記後取得債権と将来賃料債権であることには平成13年判決の事案と本判決の事案とで違いがない。なお、本判決の事案における自働債権は貸付金債権である。

確かに、平成13年判決の判示事項②は相殺の効力発生時点の如何には影響されるものではない。しかし、13年判決の判示事項①に照らして考えると、本判決の事案で相殺の効力が発生したのは差押え前であるから、相殺は自由であるとも考えられる。そのため、相殺の効力を抵当権者に対抗できないというのであれば、さらなる理由付けを要する。それを示したのが㋐部分である。

(3)　本判決は㋐部分で、差押え前に相殺がなされることをもって相殺の効力を抵当権の効力に優先させるのは、抵当権者の利益を不当に害するという。なぜ不当に害するものと評価されるのか。本判決は本件相殺合意が、将来賃料債権について対象債権として相殺することができる状態を作出した上でこれを差押え前に相殺することとしたものにすぎないことを理由とする。そして、こうした評価を支えるのが、賃貸人の期待を抵当権の効力に優先させる理由がないことは相殺の効力発生時点が差押えの先後いずれであるかによって変わるところはないとの㋑部分である。抵当権設定登記によって将来賃料債権に抵当権の効力が及ぶことはすでに公示されているところであるにも拘らず、賃借人はそれを知りながら相殺の効力を差押え前に発生させている。ここで平成13年判決の判示事項①に依拠して相殺の効力を差押え前に発生させることによって抵当権に基づく将来賃料債権への物上代位権行使を妨げるのは、㋑部分にあるように賃貸人の期待が差押えの先後で変わらない以上、抵当権者の利益を不当に害するというわけである。

(4)　以上のように、本判決は平成13年判決の判示事項②は相殺合意と差押えの先後を問わず妥当することを㋑部分で示す。したがって、将来賃料債権に対する抵当権者の優先弁済請求権と賃借人の相殺期待の調整という問題の立て方は平成13年判決を踏襲するものである。そして、㋐部分では抵当権者の利益を不当に害するという新たな視点を導入して平成13年判決の判示事項①が本件事案には当てはまらないことを示す。この点、1審判決が平成13年判決の判

示事項①を形式的に適用したのとは対照的である。

受働債権の期限の利益を放棄することは自由であるから、本判決も、相殺合意の発生時点を差押え前にすること自体は否定しない。他方で、本件事案の個別の事情を考慮して抵当権者に対する詐害性を判断するという手法を採ることなく、この種の合意は定型的に抵当権者の利益を不当に害するものと解しており、相殺合意の効力発生時点の前倒しに対する否定的な考え方がうかがわれる。

4　本判決は平成14年判決には触れていない。平成14年判決が平成13年判決に言及しておらず未払いの賃料債権は敷金の充当による消滅することによって結論を導いたものであることからすれば、本判決が平成14年判決に言及しないのも不思議ではない。

ただ、草野意見で言及されているように、登記後取得債権が、敷金返還請求権のように賃貸借契約の重要部分といえる合意から生じた債権である場合に相殺優位論を採用する可能性はないか。草野意見は、賃借人に固有の債権と将来賃料債権の間に相殺の担保的効力を認めることは賃貸借契約の諸条件に関する合意の効率的形成を容易ならしめること、不動産賃貸借によって生み出される収益の正味価値の理解により相殺を認めても不動産収益の果実に抵当権の効力を及ぼすという理念は損なわれないこと、の2点を根拠にその可能性を認める。

それでは、法廷意見によっても同様の結論を導くことはできるだろうか。法廷意見は、差押え前においては相殺を抵当権者に対抗できるとしつつも、抵当権者の利益を不当に害する場合には相殺合意の効力を抵当権者に対抗できないと判示する。そして不当性の根拠として、相殺に対する賃借人の期待を抵当権の効力に優先させる理由がないことは、相殺の効力が差押えの先後いずれにおいて生じるものであれ変わらないことを挙げる。

賃貸借契約の重要部分といえる合意から生じた債権の場合、それが登記後取得債権であったとしても相殺に対する賃借人の期待は大きい。なぜなら、抵当権設定登記がなされているからといって、これらの債権の取得を回避するためには賃貸借契約を締結しないという方法しか採りえないからである。そうだとすれば、抵当権者の利益を不当に害するものでなければ差押え後の相殺も認め

られるとする余地はあるのではないか。このように解することで、平成14年判決の内容も本判決の示した論理に組み入れることが可能となろう。

もっとも、こうした考え方は本判決の解釈の範囲を超えるものであると言わざるを得ない。それだけでなく、抵当権者の利益を不当に害するという要件の位置づけが、本判決においては賃借人の期待と抵当権の効力の衡量への付加的なものとされていたのが、こうした考え方の下では抵当権者に対する相殺対抗の可否を決する中核的要件に変容するというリスクをはらむ側面もあることに留意する必要があろう。

本判決の評釈として、岩川隆嗣・金法2233号38頁、小笠原奈菜・法教523号102頁、河津博史･銀法907号68頁、小山泰史･金商1700号12頁、田中貴一･金法2226号4頁、谷本陽一・法セミ833号120頁、深川裕佳・法セミ835号110頁がある。

（なおい・よしのり　筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

研究ノート

# 日本相殺法概観(5)

岡　本　裕　樹

一　はじめに
二　法定相殺制度の趣旨
三　法定相殺における権利行使要件―相殺適状（以上、32号）
四　相殺制限事由
五　差押えと相殺
　1　旧規定下の議論（以上、34号）
　2　現行規定の規律内容
六　法定相殺における効力発生要件―相殺の意思表示
　1　相殺権の行使
　2　当然相殺の否定
　3　裁判外の相殺の承認（以上、35号）
　4　裁判上の相殺
　5　倒産法上の相殺（以上、36号）
　6　相殺権の濫用
　（1）概要
　（2）「狙い撃ち相殺」
　（3）「同行相殺」
　（4）「駆け込み相殺」
　（5）担保付の自働債権による相殺
　（6）その他の事例①―相殺制限例
　（7）その他の事例②―相殺肯定例
　（8）詐害的相殺
七　相殺の効力
　1　対当額での債務消滅
　2　相殺の遡及効
　（1）相殺適状発生時での債務の消滅
　（2）相殺適状発生時から相殺の意思表示までの債務に係る事由
　3　相殺の充当（以上、本号）

八　合意相殺の取扱い
九　若干の考察

## 六　法定相殺における効力発生要件―相殺の意思表示

### 6　相殺権の濫用

#### (1)　概要

ここまでに解説してきた諸規律に照らして相殺権の行使が容認されうる場合であっても、その行使の態様によっては、権利濫用（民1③）の観点から、相殺が否定されることがある。こうした「相殺権の濫用」論は、古くから提唱されてきている[1)]。

とりわけ、先に触れたように、かつての「差押えと相殺」をめぐる論争の際、無制限説を採る論者から、相殺への期待の保護が過剰となりうることの弊害に対処する手段として、著しく不当な相殺を阻止するべく、「相殺権の濫用」論の活用が叫ばれていた[2)]。また、債権法改正の際には、権利濫用法理の具体的

---

1)　本田純一「相殺権の濫用」小川英明＝中野哲弘『現代民事裁判の課題⑤貸金』（新日本法規出版、1990）487頁、三木浩一「相殺権の濫用」判タ830号（1994）192頁、伊藤進『債権消滅論』（信山社、1996）137頁以下〔初出1986〕、石垣茂光「相殺権濫用論と相殺要件に関する一考察（一）（二・完）」独協45号（1997）261頁・46号（1998）129頁、木川裕一郎「相殺権の濫用」山本克己ほか編『新破産法の理論と実務』（判例タイムズ社、2008）319頁、深川裕佳『相殺の担保的機能』（信山社、2008）160頁以下、髙秀成「平成29年改正民法のもとで、倒産法上の相殺禁止に相当するルールと相殺権の濫用をどのように考えるか」中島弘雅ほか編代『民法と倒産法の交錯―債権法改正の及ぼす影響』（商事法務、2023）416頁、山田誠一編『新注釈民法（10）債権（3）』（有斐閣、2024）594頁以下〔深谷格〕（以下、「山田・新注民（10）」と引用）。

2)　好美清光「銀行預金の差押と相殺―最高裁大法廷昭和四五・六・二四判決を機縁として―（上）」判タ255号（1971）17頁、加藤一郎「差押と相殺―銀行預金の差押を中心として―」法教28号（1983）81頁、米倉明『担保法の研究』（新青出版、1997）214頁以下〔初出1985〕、川井健『民法概論3（債権総論）〔第2版補訂版〕』（有斐閣、2009）360頁以下。

一場面として、「相殺権の濫用」を規律する明文の規定の新設が議論された。しかし、適切な要件設定が困難との理由により、この明文化案は見送られ、解釈に委ねられるところとなった[3]。

明文化が見送られたとはいえ、「相殺権の濫用」論が相殺に関する調整法理としての意義や期待を失ったわけではない[4]。もっとも、一般条項による規制であるがゆえに、「相殺権の濫用」と認定されるための要件は画一的に定まっておらず、その判断は事案ごとの個別事情に依存する。以下に、相殺権の濫用性が争われた事例における諸事情と裁判所による評価をみていこう。

### (2) 「狙い撃ち相殺」

「相殺権の濫用」が論じられる際、代表的な事例類型として4つの場面が挙げられることが多い。

---

3) 民法（債権関係）部会資料10-2・61頁以下、法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明」(2011)167頁以下、民法（債権関係）部会資料39・89頁以下、同56・5頁、法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」(2013)310頁。

4) 潮見佳男『新債権総論Ⅱ』(信山社、2017) 307・329頁（以下、「潮見・新債総Ⅱ」と引用)、沖野眞已「相殺に関する民法改正法下の解釈問題―差押えと相殺における「前の原因」をめぐって」金融法務研究会『民法（債権関係）改正に伴う金融実務における法的課題』(2018)47頁、中田裕康『債権総論（第4版)』(岩波書店、2020) 479頁以下（以下、「中田・債総」と引用)。

なお、倒産手続開始後は、相殺権濫用論により倒産法上の相殺禁止規定を超えて相殺制限を拡張すべきではないとの主張がある。ただし、この見解は倒産法規定の類推適用による相殺禁止の拡張まで否定するものではない。竹下守夫編代『大コンメンタール破産法』(青林書院、2007) 298頁〔山本克己〕、園尾隆＝小林秀之『条解民事再生法〔第3版〕』(弘文堂、2013) 489頁〔山本克己〕。

また、権利濫用の法理に対する総論的な消極的評価に基づき、権利濫用論ではなく、破産法規定の類推適用や相殺の趣旨からの信義則による規制を根拠とする相殺の禁止を提唱する論者もいる。山野目章夫編『新注釈民法(1)総則(1)』(有斐閣、2018) 198頁以下・208頁・229頁以下〔平野裕之〕。この見解によると、法規定の類推適用が困難な場面において、不当な相殺権行使の制限を正当化する一般条項は、権利濫用の禁止から信義誠実の原則に替わる。

その一つが、XがYに対して1個のα債権を有し、YがXに対して複数の債権を有している状況で、Yの債権の中のβについてGが差し押さえ、転付命令を得たときに、Xがα債権とβ債権の相殺を主張する場面である[5)]。

このような相殺権行使が争われた事例において、Xに対するYの複数の債権が同一の原因（建築請負契約）によるものであったこと、Gによるβ債権の仮差押え以降にXはβ債権について供託等を行わなかったこと、ならびに、Xはβ債権よりも履行期の到来が遅い他の債権についてYに弁済しながら、Gに転付されたβ債権については支払を怠っていたことを考慮し、Xの相殺は当事者間の公平と信義則に著しくもとり、権利の濫用として許容することはできないと判断した裁判例がある[6)]。

### (3)「同行相殺」

2つ目の事例類型として挙げられるのが、YがX銀行の甲支店に預金口座を有し、X銀行の乙支店がYの振り出した手形をAから割り引いて所持している状態で、Yの手形が不渡りとなったときに、X銀行がAに手形の買戻しを請求せず、Yに対する手形債権αとX銀行に対するYの預金債権βを相殺する場面である[7)]。

Yについて破産手続が開始され、Yの破産管財人がAに対し、X銀行による買戻請求権ないし遡及権の行使を免れたAに不当利得があったとして、不当利得請求権を主張した事案において、最高裁は、約束手形の裏書を受けてこれを所持する者が、その手形の支払を受けることができなくなったときに、振出人に対して手形上の権利を行使するか、手形の買戻請求権ないし遡及権を行使するかは、手形所持人が自由な意思により選択決定できるところであり、X銀行が手形上の権利の行使を選択し、α債権とβ債権との相殺により手形上の権

5)　潮見・新債総Ⅱ・330頁、内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権〔第4版〕』（東京大学出版会、2020）331頁、中田・債総・479頁。

6)　大阪地判昭和49年2月15日金法729号33頁。

7)　潮見・新債総Ⅱ・330頁以下、内田・前掲注5・331頁、中田・債総・479頁。

利の満足実現を図ったとしても、それはX銀行の自由な選択決定の結果であると判示して、相殺の有効性を認めている[8)]。

### (4)「駆け込み相殺」

3つ目の事例類型とされるのが、YがX銀行に預金口座を有し、Aに手形を振り出している状態で、Yの経営状況の悪化を察知したAが、X銀行にYの手形の割り引いてもらい、手形不渡り後に、X銀行がYに対する手形債権αとX銀行に対するYの預金債権βを相殺する場面である[9)]。

こうした相殺は、Yについて倒産手続が開始した場合に、倒産法上の相殺禁止（破72①二～四、民再93の2①二～四、会更49の2①二～四）の適用を受ける可能性がある[10)]。

他方、債権法改正後の民法511条1項と同2項ただし書は、差押え後に他人の債権を取得したときについて相殺を禁止するのみであり、差押え前の債権取得の場合には、債務者の資力状況や譲渡人・譲受人の主観的事情などを基準とする相殺の制限を設けていない。これは、倒産手続開始の決定前は債権者の平等が強く要請されるわけではなく、相殺により他の債権者に優先して債権を回収することが自由に認められるべきとの主張に依拠した立法論的判断に基づいている[11)]。この判断を重視する立場を採れば、「駆け込み相殺」が相殺権濫用と評価される場面は、極めて限定されることになろう。これに対し、相殺の担保的機能が根担保としての性質を帯びていることに着目して、民法398条の3第2項の趣旨が相殺権の行使に際しても妥当するとの見解が、債権法改正以前からみられる[12)]。

---

8) 最判昭和53年5月2日判時892号58頁。

9) 潮見・新債総Ⅱ・329頁以下、内田・前掲注5・331頁、中田・債総・479頁。

10) 木川・前掲注1・321頁。六5.（5）・(10)を参照。

11) 民法（債権関係）部会資料39・86頁。

12) 好美清光「銀行取引と相殺」加藤一郎ほか編『銀行取引法講座〈中〉』(金融財政事情研究会、1977）275頁、久保井一匡「相殺権の濫用」遠藤浩ほか監『現代契約法大系第5巻金融取引契約』(有斐閣、1984）31頁、本田・前掲注1・497頁、三木・前掲注1・192頁。

裁判例には、Y社が私的整理を開始して、手形不渡りを出した直後に、これらを認識したA社が、その親会社X社がY社に対してβ債権に係る債務を負担していることに着目して、X社に自社のY社に対する手形債権・売掛金債権αを買い取るよう依頼し、これに応じたX社がα債権を額面額で取得して、β債権との相殺をした事案に関するものがある。裁判所は、こうした相殺は、適正衡平に進められている私的整理との関係で、一般債権者の犠牲においてX社が専らA社の利益のために債権回収を図るべく通謀して行ったものであり、一般債権者との関係では債権者間の公平を害することが著しく、権利の濫用として許されないと判断した[13]。

また、賃金債権の特性が考慮された裁判例もある。賃金債権に関しては、生活保障の観点から、労基法24条1項が賃金全額払の原則を定め、民執法152条1項の差押禁止が適用される。この事件では、X銀行が預金者Yに対して貸金債権αを有している中、Yの代理人から債務整理の通知を受けた後に、Yの使用者であるA社からX銀行でのYの預金口座に給与が振り込まれたことから、X銀行がα債権とYの預金債権βとの相殺をしようとした。しかし、Yの預金口座に当該給与振込み以外の入金が見込めなかったこと、X銀行は本件相殺を行えば、Yの債務整理計画や生活がなりたたなくなるものと認識していたこと、ならびに、給与を原資としたα債権の分割返済の見通しが少なからずあったことなどが考慮され、X銀行の相殺は、給与相当額につき、支払停止後の債務者の最低限の生活保持の趣旨及び支払停止後の任意整理の過程における債権者間の公平の趣旨に反し、相殺の担保的機能を期待する合理的な理由に欠け、Yに対する関係でも権利の濫用であり許されないと判断された[14]。

さらに、GからYへの誤振込みに際して、振込先のX銀行が、誤振込みの事実を認識しながら、Gからの組戻し依頼に応じることなく、Yに対する貸付

13） 東京地判平成11年3月25日判時1706号56頁。

14） 札幌地判平成6年7月18日判時1532号100頁。ただし、この事案では、権利濫用に当たる相殺により不法行為が成立するかが争われたのであり、かつ、X銀行は相殺の意思表示後に、Yの代理人弁護士からの質問状を受けて、相殺を撤回している。

債権αとYの預金債権βとを相殺することは、正義・公平の観念に照らして無効と評価されうる[15]。

これらのほかに「駆け込み」的な相殺と評しうるものとして、訴訟当事者が訴訟中に譲り受けた債権を自働債権とする相殺が争われた事案がある。この事件では、Y社の子会社であったX社らが、Y社のM&A契約により他社の子会社になり、Y社が以前の契約に基づきX社らに対して売買代金債権βに関する支払を求める訴訟を提起したところ、X社らからの訴えの利益に係る本案前の抗弁について、これを認めない中間判決が下された後に、同じくY社の子会社であったA社からX社らがY社に対するα債権を譲り受け、相殺の抗弁を主張した。なお、Y社とA社の間では、継続的取引関係に基づき生じるA社に対するY社のγ債権とα債権とを月ごとに相殺処理していた。裁判所は、X社らの相殺の主張が敗訴判決を免れることを主眼とし、対立する債権債務を有する当事者間の信頼と公平を保護する相殺制度の趣旨とは異なる目的のものであること、α債権の譲渡とX社らによる相殺は、Y社のA社に対する相殺の期待を一方的に奪うものであること、ならびに、α債権とβ債権とは対価的関係にあるわけではなく、相殺を否定してもX社らにとって酷ではないことを挙げて、X社らの相殺は相殺制度の趣旨を逸脱し、信義則違反または権利濫用として許されないと断じた[16]。

### (5) 担保付の自働債権による相殺

4つ目は、XがYに対するα債権のために債権全額の満足に十分な担保権の設定を受けている状態で、Xに対するYのβ債権をGが差し押さえたときに、Xが担保権を行使することなく、α債権とβ債権の相殺を主張する場面である[17]。

---

15) 名古屋地判平成16年4月21日金判1192号11頁。この事件の控訴審（名古屋高判平成17年3月17日金判1214号19頁）は、預金債権βの誤振込金相当部分はYが行使できない債権であり、受働債権とはなりえないとの理由で、X銀行による相殺の効力を否定した。

16) 神戸地判平成15年7月25日判時1843号130頁。

最高裁は、Yの振り出した手形が不渡りとなった後に、手形債権者GがYからXに預託されていた手形不渡異議申立預託金の返還請求権βを差し押さえ、転付命令を得たときに、Xが抵当権と保証により担保されていたYに対する手形買戻請求権αとβ債権との相殺を主張した事案において、Xがα債権につき物上担保権の行使により全て弁済を受けることができたにもかかわらず、この方法をとることなく、相殺によりα債権の満足を得る方法を選んだだけでは、これが権利の濫用であるとはいえないと判示している[18)]。

もっとも、「駆け込み相殺」などの他の要素が加わる場合には、相殺権の濫用が認定されることもある。ある紛争例では、A銀行とX社が企業グループを形成し、A銀行が定期預金証書を担保とした貸付けによるγ債権を、また、X社が割引債を担保とした手形貸付けによるα債権を、それぞれ同じ債務者Yに対して有しており、Yも一連の取引に基づいてX社に対してβ債権を有していた。こうした関係のもと、A銀行がYから定期預金証書の偽造の事実を告げられ、Yの信用悪化が決定的なものになることを知った直後、A銀行とX社が協力して、X社がγ債権をA銀行から譲り受けたうえで、α債権の多くの部分の回収をβ債権との相殺により実施し、γ債権のほぼ全額について担保権行使としての割引債の処分により回収した。こうした事案において、これらの債権回収は、γ債権を相殺に供すると破産法上の相殺禁止に抵触する可能性を認識し、これを回避しようとしたものであったことを踏まえると、その実態は、Yの一般債権者の犠牲において、専らA銀行の利益のために債権の回収を図るべく積極的に加担したものであり、その背信性は極めて重大で著しいとして、X社の相殺権と担保権の行使をいずれも権利の濫用に当たると認定した裁判例がある[19)]。

---

17） 潮見・新債総Ⅱ・329頁、内田・前掲注5・331頁以下、中田・債総・479頁。

18） 最判昭和54年3月1日金法893号43頁。東京地判昭和55年3月27日判タ415号123頁も同旨。

### (6)　その他の事例①―相殺制限例

さて、ここまでにみた4つの事例類型は整理のための典型例であり、これら以外の事実関係においても、権利濫用を理由に相殺の主張が制限されることがある。

その例としては、違法な詐欺的商法により多数の顧客から金員を収奪したA会社の破産管財人Yが、同社の従業員であったXらに対して、当該商法の推進・従事の対価たる高額な歩合報酬の支払合意は公序良俗に反し無効である主張し、既払の報酬について不当利得返還請求権$\beta$を行使したところ、XらがA社に対する$\alpha$債権（未払給料債権、顧客への立替払金の求償権、当該商法で顧客として契約したことによる損害賠償請求権等）との相殺を主張した事案がある。裁判所は、この相殺権の行使が破産法上の相殺禁止に直接には抵触しないとしても、XらはA社社員として当該商法を推進することで$\alpha$債権を取得したこと、ならびに、この相殺を許容すると当該商法の被害者である破産債権者らの犠牲において優先弁済を受けるのと同様の結果を招くことを理由に、Xらの相殺権行使は著しく信義則に反し、破産債権者間の公平を害することから、権利の濫用に該当して許されないとした[20]。

また、X社がY社に対する$\alpha$債権の担保として、Y社の売掛金債権について集合債権譲渡担保契約を締結し、Y社の手形不渡りを受けて、これらのいくつかの売掛金を取り立てて回収した後に、当該集合債権譲渡担保契約が無効と判断されて、取り立てた売掛金に相当する金員についてY社がX社に対して不当利得返還請求権$\beta$を取得するに至り、この$\beta$債権をY社の租税債権者である国Gが差押えをした事案において、$\alpha$債権と$\beta$債権によるX社の相殺を権利の濫用と評価した裁判例がある。この判断は、債権譲渡担保契約が破産法に基づいて否認され、または、その内容に照らして無効と認定される場合に、譲

19)　大阪地判平成6年10月25日判時1529号95頁（旧法関係）。この事件の控訴審である大阪高判平成7年12月26日判タ918号139頁も、本件の$\gamma$債権の回収のために$\alpha$債権に係る担保余力を行使することの不当性・反信義性を認定し、大阪地裁の判断を支持している。

20)　大阪地判平成元年9月14日判時1348号100頁（旧法関係）。

渡された債権の取立てにより債権回収の利益をいったん保持した債権者に、債務者に対する債権を自働債権とする相殺権の行使を許すことは、債権回収の利益の保持を容認することになり、否認・無効等の趣旨を没却することにつながり、ひいては、否認・無効の原因があっても債権譲渡契約をとりあえず締結し、譲渡を受けた債権を早期に取り立てて債権回収を図るという行為を助長することになるとの考えに基づいている[21)]。

そのほか、相殺への合理的な期待の観点から自働債権としうる範囲を制限し、この範囲を超える部分の相殺権行使を権利濫用とする限定的な判断をした裁判例もある。この事案では、店舗販売業用建物の賃貸借契約において、契約期間の途中に賃借人Y社から契約の解約申入れがされた場合に、Y社が賃貸人Xに支払っていた敷金・建設協力金債権$\beta$と、両者間の特約に基づくXの違約金請求権$\alpha$とを相殺する旨の合意がされていたところ、Y社の破産宣告後に、同社の破産管財人が賃貸借契約を解除したことで、XとY社の間の契約に基づく相殺の有効性が争われた。裁判所は、破産手続における相殺は、他の破産債権者に優先して満足を与える結果になるものであることから、少なくとも相殺への合理的な期待の範囲内で認められるべきものであり、この範囲を超える相殺は、破産債権者全体の公平を害することになり、破産法上の相殺禁止に具体的に該当しなくても、権利の濫用として許されないと判示したうえで、途中解約により予想される賃貸人Xの損害をはるかに上回る違約金全額の相殺による優先的な回収は合理的なものとは言い難いとして、相殺が許される範囲を限定した[22)]。

### (7)　その他の事例②―相殺肯定例

他方で、相殺権の濫用が認定されなかった事案がある。

たとえば、手形債務者Yが、手形不渡りによる取引停止処分を免れるために、

---

21)　札幌地判平成12年3月17日訟月48巻7号1603頁。

22)　名古屋高判平成12年4月27日判時1748号134頁〔旧法関係〕。

支払銀行Xに手形不渡届に対する異議申立手続を委託し、この異議申立に要する手形金相当額をX銀行に預託した場合において、このX銀行に対するYの預託金返還請求権βについて手形債権者Gが転付命令を受けたときに、X銀行がYに対するα債権をもってβ債権との相殺を主張することは、Gとの関係から制限されることはなく、相殺権の濫用にも当たらないと解されている。こうした状況における異議申立提供金や預託金は、特定の手形債権の支払を担保する目的のものではなく、また、支払拒絶事由の不存在が確定したときに手形債権者への支払に充てられるべきとの趣旨を当然に含んでいるわけではないため、手形債権者はこれらの金員やそれらの返還請求権について、自己の債権の優先弁済に充てられるべきと主張しうる地位を当然に有するものではないというのが、その理由である[23)]。また、こうしたX銀行の相殺は、Gによる仮差押手続の際にX銀行がβ債権の存在を認めて支払意思を表明し、将来に相殺する意思がある旨を表明していなかったとしても、妨げられないものとされている[24)]。

さらに、いわゆる協力預金の場面で、金融機関がこれを用いた相殺をすることは、直ちに相殺の担保的効力への期待が法的保護に値しないとはいえないとする下級審裁判例がある。この事件では、X銀行の古くからの取引相手であるY社が、同行からの要請を受けて、期末時の定期預金残高獲得という同行の利益のために、平成16年3月29日に預金契約を締結して1億円を預け入れ、その際、同年4月1日にこの預金契約を中途解約するものと合意された。しかし、同年3月30日にY社の最大の取引先であったA社が民事再生手続の開始を申し立て、Y社も信用不安に陥った。これを受けて、X銀行は同月31日、Y社に対する貸金債権αについて期限の利益の喪失を同社に通知し、翌4月1日にこれがY社に到達した。また、同日にY社が本件預金の返還を求めたものの、X銀行はこれを拒否し、Y社が破産宣告を受けるに至った後に、本件預金を含む

23) 最判昭和45年6月18日民集24巻6号527頁。

24) 最判昭和55年5月12日判時968号105頁。本田・前掲注1・499頁を参照。

X銀行に対するY社の預金債権βとα債権とを相殺する旨の意思表示をした。第一審では、本件の協力預金が専らX銀行の支店の利益のための預入れであるとの趣旨と、本件預金契約を中途解約するとの両者の合意を考慮し、X銀行の相殺への期待を保護すべき要請は預金者が自らの利益のために預金を行った場合に比べ低いと評価して、Y社からX銀行に差し入れられていた担保の時価評価額を超える与信部分に限り相殺を認め、これ以上の相殺権の行使は権利の濫用に当たると判示した[25]。しかし、控訴審は、β債権が協力預金であること、X銀行が担保のための相殺の期待を有していなかったこと、ならびに、X銀行が他に十分な担保を有していたことが認められても、直ちにX銀行のY社に対する相殺権の行使が権利の濫用に当たるとはいえないとの判断を示し、X銀行の相殺の有効性をすべて認めた[26]。もっとも、この控訴審の論理に従えば、取引先からの協力預金について「実際に金融機関が担保のための相殺の期待を有していなかった」としても、相殺適状に至ったときには、直ちに「当該金融機関の当該取引先に対する貸付債権の担保とする期待が法的保護に値しない」とはいえないことになり、存在しないはずの「相殺への期待」が法的に保護されるかのような理路となっている。

なお、相殺権行使の濫用性の評価とは別の理由で、権利濫用の主張が認められなかった事例がある。この事例では、信用不安のあった輸出業者Y社から輸出向けの楽器買付の申入れを受けたG社が、この申入れをいったんは断った。そこで、Y社はX銀行に荷為替手形の取立て等と当該取立て等に際しての輸出代金のG社預金口座への振込みを依頼し、これをX銀行が承諾する旨の振込依頼書が作成された。改めてY社からこの振込依頼書を提示されたG社は、この依頼書への信頼をもとに、Y社に楽器類を売り渡した。その後、X銀行は手形の取立てを完了して取立金を得たが、Y社が手形交換所から取引停止処分を受けたことから、G社は債権者代位権に基づきY社とX銀行との間の本件

25） 大阪地判平成17年4月22日金判1235号53頁。
26） 大阪高判平成17年9月14日金判1235号44頁。

振込契約を解除し、本件取立金のうちのY社に対する売掛金相当額の支払をX銀行に請求した。しかし、X銀行はG社に対し、Y社に対する自行のα債権と本権取立金を含む自行に対するY社のβ債権とを相殺する旨の意思表示をした。控訴審では、資力の乏しい中小貿易業者が本件のような取引銀行の承諾の付された振込依頼書により買受代金支払の確実性を担保して商品を買い受けることが一般的であったこと、X銀行はこの取引上の実情を了知していたこと、G社は本件振込依頼書を信頼して代金支払の確実性を信じて取引に応じたこと、ならびに、そうした事情をX銀行も知らなかったわけではないことが考慮され、本件振込依頼書の作成・交付に係るX銀行の行為を信頼して行動したG社の権利を無視し、自己の債権の回収のみを図ろうとするX銀行の相殺は、Y社に対する関係ではともかく、G社との関係においては取引の信義則に反し権利の濫用として許されないと判断された[27]。しかし、最高裁は、債権者代位訴訟における代位債権者たる原告が、債務者の第三債務者たる被告の抗弁に対して提出することのできる再抗弁は、債務者自身が主張できる再抗弁事由に限定され、代位債権者の独自の事情に基づく抗弁を提出できないとの見解に基づき、Y社にとっては信義則違反や権利濫用とならないX銀行の相殺の主張を、G社との関係での信義則違反・権利濫用を理由として容認しないとする判断は、債務者が訴訟を追行する場合に比して代位債権者の地位を有利にするものとして許されないと判示した[28]。なお、本件の事案については、仮に本件振込契約の解除がなかったなら、取立金が確実にGの手に入るようにする義務をY社に対して負っていたX銀行には、Y社に対するα債権との相殺は許されなかったとの評価がある[29]。

### (8) 詐害的相殺

以上、「相殺権の濫用」に関わる裁判例をみてきた。これらには、濫用性の

27) 東京高判昭和50年10月8日判タ336号231頁。
28) 最判昭和54年3月16日民集33巻2号270頁。
29) 石田穣「判批」法協97巻6号(1980)882頁以下。

認定を基礎づける主たる考慮要素が、相殺の相手方の他の債権者との公平を害する相殺権者の行為態様であるものだけでなく[30]、相殺当事者間の個別事情であるものもあり[31]、「相殺権の濫用」論が単なる「差押えと相殺」における無制限説の制限規範にとどまらないことがわかる。

ともあれ、債権法改正の際の立案担当者が相殺権濫用の法理の適用場面として想定していたのは、差押債権者を始めとする他の債権者との公平を害する相殺であった[32]。このように濫用性の評価に際して債権者間の公平の理念が重要な役割を果たしているのは、資力不十分な債務者に対する一部の債権者による相殺が容認されれば、この債権者への偏頗弁済と同様の結果がもたらされることに起因している。この観点から、債権者間の公平の理念は、形式的な観点のみからは容認されるはずの相殺の不当性を是正するのに、適合的な正当化根拠として理解されてきている。

他方で、債務者の行為が一部の債権者のみに利益をもたらし、他の債権者との公平が害されるという状況は、民法上の詐害行為取消制度（民424 ～ 424の4）や倒産法上の否認制度（破160 ～ 165、民再127 ～ 130、会更86 ～89）の射程にも含まれうる。つまり、これらの制度と相殺権濫用論とは、それぞれの適用範囲に重なり合うところがある。

こうした理論的隣接性に対応する形で、倒産法領域では、相殺権濫用論と相殺の否認可能性が相殺制限規範として相関的に議論されている[33]。もっとも、

30） 前掲注6の大阪地判昭和49年、前掲注13の東京地判平成11年、前掲注18の最判昭和54年、前掲注19の大阪地判平成6年、前掲注20の大阪地判平成元年、前掲注21の札幌地判平成12年、前掲注22の名古屋高判平成12年。

31） 前掲注14の札幌地判平成6年、前掲注15の名古屋地判平成16年、前掲注16の神戸地判平成15年、前掲注25の大阪地判平成17年、前掲注26の大阪高判平成17年。

32） 民法（債権関係）部会資料39・91頁。

33） 伊藤眞＝田原睦夫監『新注釈民事再生法（上）』（金融財政事情研究会、2006）446頁以下〔中西正〕、竹下・前掲注4・296頁以下〔山本〕、園尾＝小林・前掲注4・487頁以下〔山本〕、山本克己ほか編『新基本法コンメンタール破産法』（日本評論社、2014）164頁〔佐藤鉄男〕、伊藤眞『会社更生法・特別清算法』（有斐閣、2020）390頁以下、伊藤眞『破産法・民事再生法〔第5版〕』（有斐閣、2022）553頁以下。

先述のとおり、判例は、倒産法上の相殺禁止が及ばない相殺の否認を否定している。否認権と相殺権が別個に規定されていること、破産法は濫用的な相殺権行使を例外的に禁止するにとどまっていること、ならびに、債権者の相殺権行使に債務者の行為が含まれないことが、その論拠とされている[34)]。この見解のもとでは、形式的には倒産法上の相殺禁止の対象にはなっていないが不当な相殺を制約しうる規範としては、相殺権濫用の禁止のみが残ることになる[35)]。

これに対し、民法は濫用的な相殺権行使のみを対象とする規定を欠いている。先に述べたように、債権法改正の際に、「相殺権の濫用」を規律する規定は設けられなかった。また、現行の民法511条は、債務者Yとの間における差押え後の原因に基づいてα債権を第三債務者Xが取得した場合と、差押え前の原因に基づいて生じた債務者Yに対するα債権を第三債務者Xが差押え後に他人Aから取得した場合に限り、Xによるα債権を自働債権とする被差押債権βとの相殺を禁じるにとどまる。Aからのα債権の取得がβ債権への差押えより前であれば、Xは、Yの支払不能や支払停止、あるいは、Yの債権者Gによる差押えの申立て等の事実を債権取得時に知っていたとしても、同条により相殺を妨げられることはない。さらに、その他の方法により、債務者が特定の債権者との間で、他の債権者を害することを目的に行う相殺については、これに関連する規定が見当たらない。とりわけ、受働債権の存在を所与とする「差押えと相殺」を中心に議論されてきた民法上の相殺規定には、相殺権を行使する者における受働債権に係る債務の負担態様に基づく相殺規制は一切含まれていない。このように、民法上の相殺法は、破産法と異なり、濫用的な相殺権行使を禁止するために詐害行為取消制度に対応する規定を別個に設けていないことから、民法上の相殺禁止が及ばない相殺への詐害行為取消規定の適用を排除する規範的要因は存在しない。

たとえば、β債権の債務者が債権者との契約により取得するα債権を用いて

---

34) 六5. (8)。

35) ただし、前掲注4で引用した山本克己の見解も参照。

相殺をしようとする場合に、こうした相殺が民法上の詐害行為取消しにより妨げられることがある。具体的には、債務超過の状態にあったＸ社が、同社に対する売掛債権βを有するＹ社と通謀し、他の債権者らを出し抜いてその犠牲のもとに、Ｙ社に商品を売却し、その代金債権αをもってＹ社のβ債権と相殺する約定で売買契約を締結したという事案において、相殺の有効性が争われた[36]。この事件の最高裁は、「債務超過の債務者が、特に或る債権者と通謀して、右債権者のみをして優先的に債権の満足を得しめる意図のもとに、自己の有する重要な財産を右債権者に売却して、右売買代金債権と同債権者の有する債権とを相殺する旨の約定をした場合には、たとえ右売買価格が適正価格であるとしても、右売却行為は民法四二四条所定の詐害行為にあたる」と判示して、Ｘ・Ｙ間の売買契約について詐害行為取消しを認容した[37]。

ただし、詐害行為取消しは債務者の行為を対象としている。そのため、相殺の相手方となる債務者の行為が存在しない形で、債権者が第三者との間の債権譲渡または債務引受により相殺適状を整えた場合、他の債権者は詐害行為取消権を行使できない[38]。こうした債権譲渡や債務引受に基づく相殺については、前掲類型のうちの「駆け込み相殺」の観点から、債権者間の公平を害する事情または相殺当事者間の個別事情をもとに、個々の事案ごとに相殺権濫用論による修正をするか、あるいは、民法398条の3第2項の法意に基づき、債務者の支払停止等の事由の存在とこれらに関する悪意を要件として、一般的に相殺権行使を制限するか、いずれかの見地から不当な相殺に対処することになろう。

なお、前述した相殺を目的とした債権取得のための契約締結の場面については、Ｘ・Ｙ間の契約が詐害行為取消しの対象となりうるだけでなく、債権取得

36） 破産法71条1項2号が想定している相殺当事者間での契約締結の状況に類似しているが、同号では破産債権者による相殺が規律されているのに対し、この事案では債務者による相殺が争われたのであり、相殺権を行使する主体が異なる。

37） 最判昭和39年11月17日民集18巻9号1851頁。同様の判断をしたものとして、大判明治36年2月13日民録9輯170頁、最判昭和39年1月23日民集18巻1号76頁。

38） 高・前掲注1・431頁以下。

後のXによる相殺についても、実質的に代物弁済に同視しうるとして、民法424条の3第1項の「債務の消滅に関する行為」に当たるとされる[39]。これに対し、債権者によって相殺権が行使されるときには、相殺に対する否認権行使を否定する判例法理の説明にもあるとおり、ここに債務者の行為は含まれない。つまり、先の事実関係に則していえば、債務者X・債権者Yとの間の契約により相殺適状を整えたうえでYが相殺権を行使することにすれば、Xによる「債務の消滅に関する行為」は存在せず、この相殺の意思表示は詐害行為取消しの対象とならない[40]。このように相殺の意思表示自体の詐害行為取消しを回避することは容易であることから、通常の場合、この場面において詐害行為性の評価対象とされるのは、相殺適状を整えるために締結されたXを当事者とする契約になるものと考えられる。

## 七　相殺の効力

### 1　対当額での債務消滅

相殺適状のもとで、一方の債権者が相殺の意思表示を有効に行えば、その対象とされた双方の債務は「対当額について」、すなわち、両債権の額が重なり合う範囲で消滅する（民505①）[41]。したがって、相殺の際に債権額に差がある場合、低いほうの債権額が両債権の消滅範囲を決定する基準となる。

自働債権額が受働債権額よりも低いときでも、相殺権を行使する者の一方的な意思表示により相殺の効力が生じ（民506①）、相手方となる受働債権の債権者はこれを拒むことができず、受働債権の一部が残存する。このとき、受働債権の債権者にとっては、自らの承諾なく一部弁済が実行されたことになるため、相殺制度は、一部弁済の受領を強制できないとする弁済に関する原則に対

39）　中田・債総・307頁。

40）　潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、2017）761頁。
ただし、債務者Xについて倒産手続が開始されれば、倒産法上の相殺禁止（破71①二、民再93①二、会更49①二）の適用を受ける可能性がある。

41）　中田・債総・454頁。

する例外としての性質を帯びるところとなる[42]。

逆に、自働債権額が受働債権額よりも高いときには、差額分について自働債権が残存する。こうした相殺をめぐり、かつての時効制度のもとで、相殺が自働債権の時効中断事由となるかが争われていた[43]。古い判例には、相殺の意思表示には相手方に対して自己の自働債権を行使し、これを履行させようとする意思表示が包含されていないとの理由で、民法旧147条1号の「請求」への該当性を否定したものがあった[44]。これに対して学説では、相殺の意思表示も催告（民旧153）と同様に自己の自働債権を行使するものとして評価し、自働債権の残部について時効中断事由と解するべきとの見解が有力だった[45]。債権法改正後の時効障害規定は、権利者が権利行使の意思を明らかにしたと評価できる事実が生じた場合には完成猶予を認め、権利の存在に確証が得られたと評価できる事実が生じた場合に時効が更新されるとの基本方針に沿って構成されている[46]。これにより、権利行使の意思表示である催告は完成猶予事由と位置付けられている（民150①）。相殺の意思表示が催告に準じるものとして、自働債権の残部につき時効の完成の猶予をもたらすかについては、相殺に関して受働債権の弁済としての性質と自働債権の行使としての性質のいずれを重視するか

---

42） 我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、1964）345頁（以下、「我妻・新訂債総」と引用）、磯村哲編『注釈民法（12）債権（3）』（有斐閣、1970）399頁〔中井美雄〕（以下、「磯村・注民（12）」と引用）。

43） 受働債権の一部が残存する場合については、相殺権を行使する者が受働債権の存在を前提として相殺の意思表示をしているため、受働債権の承認による時効の更新（民152①）が認められることになる。平野裕之『債権総論〔第2版〕』（日本評論社、2023）535頁。

44） 大判大正10年2月2日民録27輯168頁。

45） 我妻栄「判批」判例民法大正10年度（1923）23頁以下、鳩山秀夫『増訂改版日本民法総論』（岩波書店、1930）601頁以下、三潴信三『全訂民法総則提要下巻』（有斐閣、1931）499頁、磯村・注民（12）・399頁〔中井〕、前田達明『口述債権総論（第3版）』（成文堂、1993）513頁、林良平ほか『債権総論〔第3版〕』（青林書院、1996）353頁〔石田喜久夫〕（以下、「林ほか・債総〔第3版〕」と引用）。

46） 潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（金融財政事情研究会、2017）37頁、佐久間毅『民法の基礎1総則〔第5版〕』（有斐閣、2020）418頁。

により判断が分かれるものと思われ、今後の議論に委ねられている[47]。また、同様の解釈問題は、「裁判上の請求」(民147①一)への該当性についても存在するといえよう。なお、訴訟手続の口頭弁論で相殺の意思表示がされるとき、この相殺に関する判断に既判力が認められる範囲は、双方の債務が消滅する対当額とされている(民訴114②)[48]。したがって、相殺の抗弁が認容されて、差額分について自働債権が残存したとき、この残債権については、「確定判決又は確定判決と同一の効力を有するものによって権利が確定した」(民147②)とはいえず、時効の更新は生じないものと解される[49]。

## 2　相殺の遡及効

### (1)　相殺適状発生時での債務の消滅

相殺の効力は、相殺の意思表示の時ではなく、それ以前の相殺適状となった時に遡って生じるものとされている(民506②)[50]。現行法は当然相殺主義を放棄しているが、この遡及効により、相殺適状の発生時での債務消滅となるため、効果面において当然相殺主義に近い規律となっている[51]。

この規定によると、相殺に供される両債権の弁済期が異なる場合には、各弁済期の到来、あるいは、期限の利益の放棄や喪失により、両債権ともに請求可能になった時が、相殺効の発生時となる[52]。また、すでに弁済期の到来している債権を他人から譲り受けた者が、これを自働債権として、この債務者に対し

47)　現行法において、かつての有力説を支持するものとして、潮見・新債総Ⅱ・246頁以下。
48)　六4.(2)。
49)　相殺の担保的機能に鑑みて、相殺権の行使を「担保権の実行」(民148①二)に準じるものと解する余地もありうるかもしれない。しかし、現行の民法148条は民法旧147条2号の「差押え」に対応するものとされており(法務省民事局参事官室「民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明」(2013)79頁)、執行手続を前提とした規定と解される。そのため、民法148条の類推適用による時効の更新も認められないものと考えられる。
50)　債権法改正の際に、遡及効の否定と相殺の意思表示時からの効力発生が議論されたことにつき、潮見・新債総Ⅱ・249頁以下を参照。
51)　我妻・新訂債総・347頁。
52)　我妻・新訂債総・348頁以下、磯村・注民(12)・417頁以下〔乾昭三〕。

て弁済期にある自己の債務と相殺する場合、相殺の効力は、両債権のうちの遅いほうの弁済期ではなく、相互性要件が充足される債権譲渡の対抗要件具備時に遡及する[53]。

このように相殺に遡及効を付与することにつき、民法典の起草者は、相殺の意思表示は相殺適状時から有していた権利の行使であり、この権利行使が可能な時から効力を生じさせるというのが、簡易決済を可能にする相殺の精神に適うこと[54]、相殺適状となった双方の債務は互いに消滅すべき性質を備えて相対立すること[55]、ならびに、普通の場合、相殺の意思表示は相殺適状発生時ではなく、相手方から請求を受けたときに初めて行われるが、この意思表示の時からの効力とするというのは、相殺適状の発生を認識していればその時に相殺を欲するものと推察される当事者の意思に反するとともに、相殺の効用を大いに失わせることを[56]、その理由としていた。近時では、相殺適状があれば当事者は両債権がすでに清算されていると考えるのが通常であり、相殺に遡及効を認めることが当事者の意思や取引の実情に合致し、かつ、当事者間の公平に適うと説明されてきている[57]。

こうした相殺の遡及効により、相殺の対象となった債権については、相殺適状が発生した時点で、元本債権が消滅するとともに利息等も生じなかったことになり、また、それ以後の履行遅滞は存在しなかったものとして取り扱われる[58]。

なお、相殺に供された両債権の額に差があり、相殺により一方の債権の全部が消滅しなかったとき、この債権の残部に関しては、相殺の意思表示以前から

---

53） 大判昭和15年9月28日民集19巻1744頁、磯村・注民(12)・419頁〔乾〕。

54） 法務大臣官房司法法制調査部監『日本近代立法資料叢書3　法典調査会民法議事速記録三』(商事法務研究会、1984) 573頁〔穂積陳重発言〕。

55） 廣中俊雄編『民法修正案（前三編）の理由書』(有斐閣、1987) 482頁。

56） 法務大臣官房司法法制調査部監・前掲注54・573頁以下〔穂積発言〕、廣中・前掲注55・482頁。

57） 我妻・新訂債総・347頁、磯村・注民(12)・417頁〔乾〕、林ほか・債総〔第3版〕・353頁〔石田〕、中田・債総・459頁、山田・新注民(10)・535頁〔深谷〕。

の履行遅滞が否定されることはなく、弁済期以後の遅延損害金等が累積する[59]。

ただし、請負契約から生じる報酬代金債権と瑕疵修補に代わる損害賠償債権との相殺に際しては、残債権につき相殺の意思表示をした日の翌日から履行遅滞責任が生じるものと解されている。この解釈は、両債権が同時履行関係にあり、両当事者は、一方の債務について履行又はその提供を受けるまで、他方の債務の全額について履行遅滞責任を負わないとの見解をもとにして、こうした債務全額に関する履行遅滞責任の不発生という効果は、相殺の遡及効により影響を受けないとの立場により説明されている[60]。

### (2) 相殺適状発生時から相殺の意思表示までの債務に係る事由

このように相殺権が行使される前の法律関係に対して相殺の遡及効が遮断されるという取扱いは、解除の場面においてもみられる。すなわち、相殺の意思表示より前に、受働債権の債務不履行を理由として契約が有効に解除されていた場合、相殺の遡及効は解除の効力に影響を与えないものと解されている。仮に相殺によって解除の効力が否定されてしまうと、解除後も相殺の意思表示次第で法律関係が確定しない状態を存続させることになり、公益上の弊害が生じるおそれがあるとの理由による[61]。

また、相殺の意思表示より前に、相殺適状にある債務の一方が弁済その他の

---

58) 大判昭和16年10月10日新聞4735号9頁、我妻・新訂債総・349頁、磯村・注民(12)・417頁以下〔乾〕、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』(悠々社、1992) 596頁、林ほか・債総〔第3版〕・353頁〔石田〕、潮見・新債総Ⅱ・247頁以下、中田・債総・459頁、山田・新注民(10)・535頁〔深谷〕。

59) 大判大正13年4月4日新聞2270号20頁、中田・債総・460頁。

60) 最判平成9年7月15日民集51巻6号2581頁、最判平成18年4月14日民集60巻4号1497頁。

61) 大判大正10年1月18日民録27輯79頁、最判昭和32年3月8日民集11巻3号513頁、我妻・新訂債総・352頁、磯村・注民(12)・418頁〔乾〕、潮見・新債総Ⅱ・276頁、中田・債総・460頁、山田・新注民(10)・535頁以下〔深谷〕。

消滅事由により消滅したときには、相殺権の成立要件としての相殺適状が消失してしまうため、もはや相殺できなくなる[62]。そのため、債務者が自己の債務の弁済をした後に、この債務を受働債権として相殺をしようとしても、そもそも相殺権自体が認められない[63]。同様に、相殺適状にある債権の一方を譲り受けた者が、この債権を自働債権として債務者に対する自己の債務を相殺したとき、その後にこの債務者が元の債権者である譲渡人との間での相殺の意思表示をしようとしても、この相殺の効力は生じないものとされている[64]。なお、例外として、民法508条が時効消滅した債権を自働債権とする相殺を認めていることについては、前述のとおりである[65]。

### 3　相殺の充当

自働債権と受働債権の一方または双方が複数存在する相殺の場合、相殺適状にあるいずれの債務が対当額で消滅させられるのかについて、判断が必要となる。この問題は「相殺の充当」と呼ばれている。

現行の規定によると、当事者が弁済の充当について合意をすれば、この合意に従って債務が消滅する（民512①・②柱）。このような合意がない場合には法定充当となる。

相殺の法定充当においては、基本的に、各債務は相殺適状となった時点を基準として、その順序で対当額について消滅する（民512①）。弁済の充当に関する法定充当と異なり、基準時が弁済期（民488④一）ではなく相殺適状発生

62）　最判昭和54年7月10日民集33巻5号533頁、我妻・新訂債総・350頁以下、磯村・注民(12)・419頁以下〔乾〕、於保不二雄『債権総論〔新版〕』(有斐閣、1972) 424頁、奥田・前掲注58・574頁、林ほか・債総〔第3版〕・353頁〔石田〕、潮見・新債総Ⅱ・275頁、中田・債総・461頁・468頁以下。

63）　大判大正4年2月17日民録21輯115頁。

64）　大判大正4年4月1日民録21輯418頁、最判昭和54年7月10日民集33巻5号533頁、於保・前掲注62・424頁、林ほか・債総〔第3版〕・353頁〔石田〕、潮見・新債総Ⅱ・275頁、中田・債総・468頁以下。反対説として、我妻・新訂債総・351頁以下。

65）　三2.（2）。

時となっているのは、この時点で両債権が差引計算されるべきとの当事者の期待を保護する趣旨で相殺に遡及効が認められていることに鑑みて、相殺適状が発生した順序での消滅とすることが当事者の期待に合致し、公平であるためと説明されている[66]。

このように充当したときに自働債権が受働債権の全部を消滅させるのに足りず、相殺適状に至った時期を同じくする受働債権が残っている場合には、次のような規律になっている。

まず、受働債権が複数存在し、元本の支払のほかに利息・費用の支払義務は含まれていないときには、相殺権を行使した者のために弁済の利益が多い債務に先に充当し、この利益が相等しければ弁済期の先後が基準とされ、この弁済期も同じであれば各債務の額に応じて充当される（民512②一・488④二～四）。

次に、受働債権が1個又は複数存在し、元本のほかに利息・費用の支払義務も生じているときには、費用・利息・元本の順で充当され、これらのいずれかの全てを消滅させるのに自働債権が足りない場合には、相殺権を行使した者の弁済の利益・弁済期の先後が基準となり、これらが同じであれば各債務の額に応じた充当となる（民512②二・489・488④二～四）。

また、受働債権が自働債権の全部を消滅させるのに足りない場合[67]、ならびに、自働債権・受働債権のいずれかに1個の債権の弁済として複数の給付をすべきものがある場合にも、同様の順序により処理される（民512③・512の2）。

なお、弁済の充当に関する一般的規律と異なり、相殺の当事者による指定充

66） 民法（債権関係）部会資料69A・32頁、潮見・新債総Ⅱ・252頁、中田・債総・462頁。この点については、債権法改正前の旧法に関する最判昭和56年7月2日民集35巻5号881頁と加茂紀久男「判解」曹時37巻7号(1985)181頁以下を参照。

67） なお、この場面で問題となっているのは、受働債権に係る債務の消滅のために用いられた自働債権では当該債務の全部を消滅させるのに足りないがために、どのような順番で当該債務を消滅させるのかではなく、相殺に供された自働債権の回収がどのような順番で行われるかであることから、本来の意味での債務への充当に関する問題には当たらない。潮見・新債総Ⅱ・257頁、中田・債総・462頁。

当（民488①～③）は認められていない[68]。これは、相殺適状発生時での債務消滅に関する当事者の期待を、相手方当事者が一方的に奪うことができるとするのは適当ではないとの理由による[69]。

（おかもと・ひろき　筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

68）潮見・新債総Ⅱ・253頁、中田・債総・462頁。

69）筒井健夫＝村松秀樹編『一問一答民法（債権関係）改正』（商事法務、2018）206頁以下。

**筑波ロー・ジャーナル　37 号**

2024 年 12 月発行

発行者　筑波大学大学院
人文社会ビジネス科学学術院
ビジネス科学研究群
法学学位プログラム
〒 112-0012　東京都文京区大塚 3-29-1
TEL 03-3942-5433
FAX 03-3942-5434

教授　大渕　真喜子
　　岡本　裕樹
　　川田　琢之
　　木村　真生子
　　栗原　克文
　　小林　和子
　　潮海　久雄
　　本田　光宏

准教授　平山賢太郎
　　藤澤　尚江
　　山中　利晃
　　渡邉　絹子

筑波大学大学院
人文社会ビジネス科学学術院
法曹専攻〈法科大学院〉
〒 112-0012　東京都文京区大塚 3-29-1
TEL/FAX 03-3942-6897

教授　大石　和彦
　　田村　陽子
　　直井　義典
　　姫野　博昭
　　村山　淳子
　　森田　憲右
　　渡邊　卓也

客員教授　古澤　陽介
　　松家　元

准教授　尾崎　愛美
　　日野　辰哉
　　萬澤　陽子
　　吉田　大輔

編集者　筑波ロー・ジャーナル編集委員会
制　作　株式会社 TKC
印刷所　倉敷印刷株式会社

# TSUKUBA LAW JOURNAL

No.37 December 2024

## Articles

Das rechtliche Interesse bei Klagen auf Feststellung von Rechtsverhältnissen mit Dritten
**Makiko Obuchi** 1

Rethinking the law applicable to individual employment contracts under Japanese law in comparison with EU law
**Naoe Fujisawa** 75

## Case Note

The Japanese Supreme Court Decision on the Constitutionality of Eugenic Protection Act
**Kazuhiko Oishi** 113

Décision de la Cour supreme du 27 nov. 2023:
Un accord de compensation entre le locataire et le bailleur ne peut être opposé au créancier hypothécaire.
**Yoshinori Naoi** 143

## Note

An Overview of Japanese Setoff Law (5)
**Hiroki Okamoto** 159

ISSN:1881-8730

Edited by Tsukuba Law Journal Editorial Board
University of Tsukuba, Tokyo, Japan