

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 淵 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とするか。
- 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、三ヶ月章「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り（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〕』（西井書店・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はないはずである。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つてよい。

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、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と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の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、伊藤準・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、三ヶ月章教授は、「厳密に言えば、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⁾。三ヶ月教授がいう「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) 三ヶ月・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。厳密に言えば、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 Gehalt 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とするか

(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。Wach¹⁷⁾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（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、厳密に言えば、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、直ち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は、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、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る、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、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のではなく、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ある。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或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、「上告人ハ其ノ無効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っているから、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・上诉人）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争アルトキ（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へ絶対的）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、三ヶ月章『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と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る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っている場合にこれによっ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っている場合にこれによっ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と思われる)。

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碎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。

延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）、高部眞規子「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、三ヶ月章教授の指摘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にする。

a 日本法人Y(被告、被控訴人、上诉人)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、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十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」として陳述したため、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定で

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、實際上、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、現実と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（厳密に言えば、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め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か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め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。）が事實的、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實的、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。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妥当するの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、上诉人）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、被上诉人）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・被上诉人)が、養親Y1(被告・被控訴人・上诉人)および第三者たる買主Y2(被告・被控訴人・上诉人)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いるが、共同被告であるY1とY2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、法律的にはまっ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の関連を有せず、したがっ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) 右田堯雄「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「本件遺贈に基づ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、実質的にはさほど変わら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く、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えることができる。

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たとすれば、遺言という法律行為の無効自体を確認対象にとらえるほかない。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つ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＝反诉被告、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に対して建物取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に同視できるから、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にについて、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、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る、執行文

74) 伊藤真ほか「(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えるのかが一応問題になり得る。しかし、抵当権者側には、建物取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取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、建物取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、抵当権の目的建物取去の強制執行が、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 と貸與人 Y との間に、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がなく、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、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。

と貸貸人 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 と貸貸人 Y との間の法律関係ではなく）本件土地に係る貸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、土地貸貸人との間、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いよう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 卷 1 号 66 頁は、借地上の建物の競落人が、まだ土地貸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、競落人が土地貸貸人に対して、（競落人の前主たる）賃借人が当該貸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。蓋し債権の存在は兩當事者互に争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、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断すべきであり、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断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断すべきであり、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断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、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ろでは解しておく)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つ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截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らうか。」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、前掲最判昭和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、宮崎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（逡巡的に）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頁一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「本件遺贈に基づ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ふべきである。

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告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どう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则认为し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。