



Title	所有権確認の訴の利益不存在の諸型態
Author(s)	能勢, 弘之; NOSE, Hiroyuki
Description	資料
Citation	北大法学論集, 16(2-3), 142-157
Issue Date	1965-12
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27841
Type	departmental bulletin paper
File Information	16(2_3)_P142-157.pdf



資 料

所有権確認の訴の利益不存在の諸型態

能 勢 弘 之

目 次

- 一 序
- 二 判例の分析
- 三 総 括
- 四 結 語

一 序

1 訴の利益を欠く場合、公権的紛争解決制度〔民事訴訟制度〕を利用することは否定される。すなわち、いかなる私的紛争もそ

こで取り上げられその公権的解決がはかられるというのではなく、一つの国家的利益ないし必要の有無がその利用の許否（私人の私生活利益のために私人がこの制度を利用する利益の有無）を制御しているのである。

然らば、進んで、いかなる場合にその利益あり、いかなる場合にその利益なし、とすべきか。この問題を理論的に考えるためには、少なくともその資料として、訴の利益に関する判例の態度を知ることが必要であろう。ところで、訴の利益に関する判例の態度の究明は未だ必ずしも十分なものであるとはいえない。

2 本小稿は訴の利益の本質の把握またはその体系的位置づけの問題をめぐって、訴の利益の概念構成を試みようとするものではない。ただ、次のように視点を握えて、判例を観察しこれを分析し、その結果をできれば総合してみることの意義を問うに止まる。

訴の利益に関して最も多くの問題を含み、また訴の利益の観念が重要な意味を持つのは確認訴訟である。

いかなる場合に、確認の訴は、確認の利益なしとされるのか。

これを判例、特に下級審判例（事実関係を眺めるために）、に現れたところによって探りたい。

しかし、下級裁判所民事裁判例集（14巻6号まで）に掲載されている確認請求事件だけをざっと数えても五二六件にのぼるが、それらのすべてを本小稿において取り上げようとするものではない。それらのすべての総合的な検討は筆者一人の力では十分を期し難いところであろう。それにもかかわらず、いくつかの判例の分析を以下において試みるのは、本小稿がなんらかのきつかけとなれば幸いであると思つたからである。後述のように、本小稿において取り扱う判例はその対象においてまたその分析事項においてははなはだ狭いものである。しかし、それでも、その分析によ

り、観念的な思考のみからは得られない知識を得ることができるだろうと思ふし、その分析の範囲を拡げていくならば意味のある知識が得られるという見込みも立つと思つたからである。

以上の次第で、本小稿は、所有権確認の訴の利益の不在にかかわる判例を眺めることにする。そして、所有権確認の訴の利益なしとされる場合の諸型態を——できるなら——明らかにしてみたい。勿論、所有権確認請求事件を特に分析の対象としたことには深い理由があるわけではない。それは、ただ、確認の訴のなかで所有権確認請求事件が最も多く見られるから、という単純な理由に基づく。

3 判例は、下級裁判所民事裁判例集（14巻6号まで）に掲載されたものを見た。下民集に掲載されている所有権確認請求事件は九三件にのぼるが、そのうち、請求を認容したもの六〇件（但し確認の利益ありと述べているもの二〇件）及び確認の利益ありと述べてはいるがしかし請求には理由がないとして棄却したもの六件、は分析の対象から割愛した。

二 判例の分析

分析の対象とした二七件の判例のうち、明白に利益なしとして

資料

事件を処理しているものは六件(棄却三件・却下三件)、二重起訴禁止規定に抵触するとして却下したもの、当事者適格を欠くとして却下したものはそれぞれ一件、「訴の利益につき判断するまでもなく失当」して棄却としたものは一件を数えるが、その他の事件にあっては確認の利益の有無に関し直接的には何ら触れずに請求を棄却している。しかし、そのいずれの判例からも、我々は、確認の利益につき、判例はいかなる態度を示しているかを探ることができよう。その態度を探り、利益不存在としたと考えられる諸判例から、そこに見られる利益不存在の諸型態を記述しようとする。ここそ本稿の目的とするところである。そこで、限られた数の判例でもあるので、事件を一つ一つ取り上げ、その内容につき、単調になることを厭わず、それぞれ検討していくことにする。

1 利益不存在につき直接的に説示している諸判例

【1】 福岡高、昭三四・一・三一判決

本件一五九一番の一及び一五九八番の二の各山林はX(控訴人)の所有であつて本件一五九〇番山林はY(国・被控訴人)の所有であることは当事者間に争はない。Xはその所有の右一五九一番の一の山林とYの右所有山林との境界の確定を求め、

かつX所有の右一五九八番の二の山林の実地の確認を求めた。これに対し、Yは、所轄大林区署において実施した境界査定によつてすでにその境界は確定されているものであつて、X主張の境界及び実地は右境界査定により確定された境界と異なるものである、と主張した。

判例は、まず、Y主張の境界査定(旧国有林野法施行以前明治三十一年)にされた国有山林の境界査定)が確定したか否かにつき、「……本件境界査定も憲法及び法律上の根拠を欠くものではなく、……そして右境界査定に対しX所有山林の当時の所有者において法定の期間内に訴願又は行政訴訟を提起した事実は全く認められないので、該査定処分は当時すでに確定した……」と判断。そして、つづけて、「そうすると、本件国有山林とX所有の本件一五九一番の一の山林との境界について、本件境界査定によりすでに確定した境界と異なる境界の確定を求める部分の本件訴は、右境界査定の取消し又は変更を求めるに外ならないから、不適法の訴として却下しなければならない。又本件境界査定によつて確定された境界によれば、Xにおいてその所有の本件一五九八番の二の実地と主張する地域のうち、別紙図面表示の855の測点から順次856・857・858の各測点を経て855の測点にいたる線内の地域を除くその他の部分は本件国有山林の一部であることが明らかであつて、右除外地域はYにおいて、国所有とは主張しないのであるから、この地域については確認の利益を欠くものである。従つてX主張の地域がX所有の本件一

五九八番の二の山林の実地であることの確認請求は全部失当として排斥をまぬがれない」と判示。以上の理由により、原判決中、境界確定の請求に関し、訴却下の判決をなすべきをX敗訴の本案判決をしたのは不相当であるとしてその部分を取り消して訴却下の判決を、またその他の部分（X敗訴の本案判決）は相当であるとして控訴棄却の判決を下した。（下民集一〇巻（傍点筆者）一号二一五頁）

本判例から、まず我々は、確認の利益不存在に関する次の命題を抽出することができる。すなわち、（本件除外地域についての判文からだが）、争なきところに利益なしとすることであり、そしてその場合には請求は失当であり請求棄却の判決を言い渡す、ということ（所で除外地域以外へここには争があるの部分については、確認の利益を認めるも、「本件固有山林の一部であることが明らか」であって理由なしとするものである。）

なおまた、境界確定の請求に対する判文から、したがって確認の利益不存在に直接かかわるものではないが、訴の利益不存在に関心を向ける我々として、次の命題をも抽出しここに掲げることには許されるだろう。すなわちXにおいて争の手段を使い果たした、あるいは使わずじまいであった場合、Xの利益なしととして、訴却下の判決を言い渡す、と。

【2】 宇都宮地、昭三七・三・一五判決

Xは五七五番山林につき、Yは五七四番山林につき、現にその登記簿上の所有者である。Yは、土地台帳付属地図の地番の記載（A山林に該当する範囲の地番を五七四番とし、B山林のそれを五七五番とする）の誤りを奇貨として、A山林をY所有の五七四番であると主張。なお、Yは、B山林について、地番が何番であるか、所有者が誰れであるか、何ら主張するものではない。Xは、①A山林がXの所有であり、②B山林がYの所有である、ことの確認を求めた。

Xの請求①については、その請求を認容。しかし、Xの請求②については、次のように述べて、その請求を棄却した。

「ところで、Xは、さらにB山林がYの所有であることの確認をも求めるものであるが、B山林がYの所有でなければA山林がYの所有であるということは、単に事実上AB両山林の所有者が表裏の關係にあるだけのことであって、Xとしては、A山林につき自己の所有権の確定を求めれば十分であり、YがB山林につき自己の所有権を否定することによって直接、Xの権利あるいは法的地位に不安定が生ずるものとはいえないから、Yとの間でB山林につきYの所有権の確認を求める即時確定の利益を欠くことになり、Xの右請求は理由がない。」（下民集一三二頁）

本件においては、Yは、B山林について、地番が何番であるか

またその所有者が誰れであるか、何ら主張するものではない。換言するならば、YはB山林がYの所有であることに關してXと争うものではない。しからば、請求②について、争なきところに利益なしの原則が適用され、その訴の利益が否定される事件である、と考えられる。しかし、さらに本判例は、その判文に従えば、Xの請求②に關し、Yが争うと仮定した場合におけるXの権利あるいは法的地位の安定・不安定を斟酌している。そして、Xの法的地位は、請求①について確認してもらっただけで十分に安定するから、Xの訴の利益はその限りにおいてのみしか認められない、とする。すなわち、本判断例は、さらにYが争った場合をも考慮に入れて、不安状態除去に必要かつ十分な限りを越えた部分には利益なしとするものである。

ところで、本判例は、請求②につき、棄却の判決を下す。その訴訟上の取り扱いは、すなわち、「確認を求める……利益を欠くことになり、Xの右請求は理由がない」とする表現は、利益の有無の判断と理由の有無の判断とを同視するものであろう。

同様な態度は、次の判断例【3】においても示されている。

【3】 東京地、昭三一・一二・二六判決

Xは、Y等はXが本件建物に対するαパーセントの共有所有権を有することを確認する、との判決を求め、その請求原因として次の様に主張。すなわち、X・Y等は本件建物で組合事業を営むことを契約し、その建築費や敷地借入費用を組合員の出資金(Xの出資額はαパーセント)でまかなった。本件建物は組合財産であり、各組合員の共有に属し、各組合員は当初の組合契約上の合意により、仮りに合意がないとすれば法律上当然に、本件建物についてそれぞれの出資額に応じた持分を有する。ところが、Y等は本件建物に対して、Y等のみの共有名義で保存登記をなし、Xの持分割合の登記に應じないので本訴請求に及ぶ、と述べた。

右の請求に対して本判決は、X主張の組合契約の存在、したがって本件建物の右組合の財産であることを認めた。しかし、Xが本件建物について持つている共有持分の割合はどの位か。そのことに判断を与える前に、組合の特定財産である本件建物に対するXの共有持分の割合をYとの間で、この訴訟で定める必要があるかを考えてみる必要があるとして、次の様に判示した。

「本件の場合組合は未だ続いているか或は解散したとしても未だ清算が終っていないかのいずれかであること、その間は組合員の一部がその共有持分を他に処分しても、そのことを他の組合員に対して対抗し得ないことは前に判断したとおりである。そうとすれば、組合員相互の間で組合員各自の共有持分の割合

をきめる何の必要があらうか。若し必要があるとすれば、将来清算終了の結果、残余財産を分割し或は共有のままの状態を続ける場合であるが、このことは将来のことであつて、今、清算中にきめておかなければならないことではない。また、組合員全員の同意で一部組合員の共有持分を他に処分するときには、第三者の關係が入るから持分の割合をきめる必要があらうが、そのときに全員同意でその持分の割合をきめることになるであらうし、それで足りることである。さらに組合又は組合員と第三者との關係については民法第六七四条、第六七五条、第二五〇条で第三者の保護がはかられているし、その結果をきらう組合員は直接その第三者と持分について争えばよいことで、そのような場合に備えて組合員間で持分の割合をいまきめておく必要はない。もちろん、組合員相互で任意に組合の個々の特定財産について同率か、それぞれ異つた率かに（例えば甲の財産については出資額に応じ、乙の財産については組合員の頭数に平均して）きめることもあらうが、清算の結果その特定財産が残余財産となつた場合の分配の基準は、その財産について予めきめられた持分の割合ではなくて、組合の総財産についての約定または法律（民法第六八八条参照）による分配基準であつて、それがその特定財産上の持分と一致しても観念的には偶然のことに過ぎないから、少くとも組合員間では総組合財産についての共有持分をきめることは将来の残余財産の分配基準をきめる意味で意義があつても特定の財産についてこれをきめる意義は

ない。このように考えて見ると、組合員であるXとY等との間で本件建物についての共有持分の割合をいま訴訟までしてきめる必要はなく、要するに同人等は本件建物について共有の關係にあることだけを明かにしておけばよいことになる。そうだとすれば、Xの本件建物に対する共有権の主張は許されるべきであるが、その共有持分の割合についての主張はこれを判断する必要がなく、また、許すべきではない。（下民集七卷三三〇号）（三八五四頁）

本件は、組合（未だ統一しているかあるいは解散したとしても未だ清算の終つていない）の特定財産についてその共有持分の割合の、確認を求め利益はないとして、その部分の請求を棄却した判例である。すなわち、共有關係にあるかいなか、そこには解決してやるべき争は存在する。しかし、共有關係の存在を確認してやつた場合には（組合關係が存在し共有關係にある以上）、さらに持分の割合（例えば、そこにも争はわたるとしても）までもきめてやる法律上の必要性は認められない、としたものである。なぜならば、Xの法律上の地位の不安状態は、共有關係の確認だけで十分、除去され得るから、として。したがって、本判例から、我々は、Xの法律上の地位の不安状態が必要な限りにおいて除去されればそれで十分である、とする判例の態度を知る。すなわち、不安状

態除去に必要なかつ十分な限りを越えた部分には利益はないのである。その意味において、確認の利益不存在に関する命題の一つとして、我々は本件ならびに前掲【2】から前記の命題を抽出できまた記述する。

【4】 高松高、昭三一・一〇・二六判決

伐倒木所有権確認を求めたX₁・X₂・X₃の請求を認容した第一審判決に対しYは控訴した。X₁・X₂は控訴棄却の判決を求めたが、X₃は答弁書を提出して、X₃は本件当事者に非ざることを確認する、X₃に対する控訴は棄却するとの判決を求めて、次の様に述べた。X₃自分は……X₁の勧誘により共同し主として同人交渉のもとに訴外Aより本件伐倒木を……買入の契約を結び之に要する手附金……をX₁に交付した。その後X₂より前記……買入契約に共同加入方を申し出で……一応訴外Aとの契約は成立した。然るに前記手附金を控除したる残額……の支払未了中に該伐倒木は複雑なる内紛潜在せるものなることを伝聞したるにより、X₁・X₂の両名に対し「自分は該共同関係より離脱する、今後本件に付ては如何なる利害得失発生するも自分は一切関係なきものである」旨を告げ、両名もこれを承認し自分より手附金中に醸出した金銭は返還を受けた。よつて自分はYに対しX₁・X₂両名と共同して本件訴訟を提起したること全然なく従つて第一審裁判所より口頭弁論期日の呼出状は勿論判決後の判決正本

の送達を受けたこともなく、御庁より期日呼出状並びに控訴状の送達を受け初めて当事者の一員となりおることを知り事の意外なることに驚いた次第である。以上の理由により自分は本件当事者に非ざるを以つて前記趣旨の判決を求める。なお、Yは、右答弁書中X₃が共同関係より脱退したとの事実を争う、と述べた。

X₃の右主張に対し、判例は次の様に判示して、X₃の本件訴を却下した。

「先づX₃の答弁について検討するに、その趣旨は結局X₃の本件訴は訴訟を委任せざる無権代理人により為されたものであるが故に無効であると言ふに帰するのであるが、当審におけるX₃訴問の結果に訴状添付の委任状、X₃提出の答弁書、陳述書にそれぞれ押捺してあるX₃名下の印影を綜合して判断すると、X₃はX₁・X₂両名との共同関係より一切手を引き之より受ける利益を要求せざる代りに又之について要する費用も一切負担せざることを約したものであつて、X₃はX₁に本件に関する一切の権利行使をX₁に委任する旨の書面（右X₃に対する本人訊問調査末尾添付）を手渡してあるけれどもその趣旨は要するに叙上の如きものであつてX₃は本件を訴訟に持込む意思はなく、訴訟の当事者となることは全然予想していなかつたことが認められるので、従つてX₃の訴訟代理人として為した弁護士Sの原審における訴訟行為はすべて無効と言わざるを得ない。果して然りとすればX₃の本件訴は不適法として却下されるべきであり、之と異なる原

判決の該当部分は不当である。(下民集七卷一〇(傍点)号三〇〇九頁(筆者))

本事案は、原告本人が「訴訟に持ち込む意思なく、訴訟の当事者となることは全然予想していなかった」場合である。かかる場合に本案につき審理する何の必要があるか。かかる訴にはその利益はなく、本判例が言うごとく、その訴は不適法として却下されるべきである。かかる場合も確認の利益不存在の一型態として、 \times 訴の意思なきところに利益なし \times との命題を我々は本判例から抽出することができよう。

[5] 名古屋地、昭三七・九・一判決

X_1 (学校法人高木学園) は、本件土地につき、 X_1 と Y らとの間において、 X_1 が所有権を有する、との判決、および X_1 の右請求が認容されない場合予備的に X_2 (同学園理事長である高木) と Y らとの間で右請求と同趣旨 (但し、 X_1 とある部分をすべて X_2 とする) の判決を求めた。

X_2 の訴につき、本判例は、次の様に判示して、訴却下の判決をした。

「 X_2 は、本件土地につき X_1 の各請求を棄却される場合を慮って、予備的に自己において本件土地についての所有権確認 (及び前記各無効の登記の抹消登記手続) を求めるものである。右は講

学上いわゆる主観的併合と呼ばれるものである。複雑化した現在の社会的経済的諸情勢のもとで、主観的併合の実際の必要性が増大しており、これを許容することによって得られる原告の便宜、訴訟経済上の利益の大であることは当然判所もこれを認めるに吝ではない。まして本件のように、相手方の意思のみにかかって予測不可能な、對抗要件の欠缺の主張の有無によって原告たるべき者が確定される場合には、その必要性は一層大きいと考えられ、また本件のように主観的併合の併合の關係が原告の間に存する場合には、一般に主観的併合の併合を不適法とする見解において、その論拠の一つとする予備的に併合せられた被告の不利益の問題を全く顧慮する必要がないこともまた明らかである。しかし異なる当事者間での予備的併合を認めることは、現行民事訴訟法のとる共同訴訟人独立の原則と予備的併合につき要請する審判の統一ということとの調整の点で未だ首肯するに足る理論的な説明がなされず、殊に審級の關係で破綻を免れないから、結局現行民事訴訟法のもとにおいては共同訴訟の構造になじみ得ない不適法な訴訟形態と解さざるを得ない。従って、 X_2 の訴は不適法として却下されるべきものである。(下民集一三卷九号一七七頁)

本件は、原告側についてのいわゆる主観的併合の適否に關して、消極説を説くものである。いわゆる主観的併合は、現行民事訴訟制度上、共同訴訟の構造になじみ得ないもので

料
ある、からとして。

資
訴の利益不存在に関する本判例の態度を、我々は、次の様に読み取ることができるであろう。すなわち、 \times 現行制度上認められない手段を以って申立ててきた場合には利益なし \times として、訴却下の判決を言い渡す、と。

【6】 仙台高、昭三一・四・一七判決

「…秋田地裁が同庁…所有権確認請求控訴事件につき…昭和三〇年四月二七日言渡した判決（第二審判決で上告なくして確定）に対する再審の訴に対し、同裁判所が同年七月二〇日再審の訴却下の判決を言い渡した所、再審原告から上告の申立があったので当裁判所は昭和三〇年十二月二七日上告棄却の判決を言い渡した…。然るに再審原告は昭和三一年二月七日上告判決に対し更に再審の訴を提起したので当裁判所は審理の結果同月二八日再審の訴却下の判決を言い渡したのであるが再審原告は更に本件再審の訴を提出したのである。…当裁判所のなした前示再審判決は上告裁判所のなした再審判決であること前叙説明の通りであるから、これに対してはもはや上訴の途はないことは勿論、更に再審の訴を提起することはできない。」従つて本件再審の訴は不適法であり訴を却下する。（下民集七巻四号九八五頁）

本件は上告裁判所がした再審判決に対しさらに再審の訴を提起

することは不適法であると判示した判例であるが、我々は確認の利益不存在に關し本判例の提示する命題を次の様に言い表わすことができよう。すなわち、 \times 争の手段なきところに利益なし \times と、そしてその場合には訴を却下すると。

2 明文の制度と確認の利益

【7】 秋田地、昭三〇・二・九判決

上告審に係属中の建物所有権確認の訴の原告からその事実審口頭弁論終結後その建物を譲り受けた者が右訴の被告に対して提起した該建物の所有権確認請求事件である。すなわち、訴外Aは本件建物につきYに対してその所有権確認の訴を提起し一部勝訴の第一審判決を得た。Yは控訴し、A勝訴の部分の取消し、請求棄却の第二審判決がなされたのに対し、Aは上告し、右事件は目下最高裁判所に係属中である。Xは、右訴の控訴審の口頭弁論終結後において本件建物を譲り受けた（なお、本件建物は、該口頭弁論終結日の十七日後に一旦Aから訴外Bに、さらにその八日後にBからXに譲り渡されたものである）。

Xの右の訴に対して判例は次の様に述べてこれを却下した。「前訴の判決が確定すればXは該判決の既判力を前訴の当事者訴外Aと共に受ける關係上Xは前訴の第一審原告たるAと同視すべき地位にあるといふべく、したがつて本件建物の所有権確認につきYを相手どつて提起した右Aの前訴と本訴とは実質的

に当事者並に訴訟物を同じくするものであつて同一の訴である
というを相当とする。そうだとすれば、本訴は民事訴訟法第二
三一条の二重訴訟禁止の規定に抵触する不適法な訴として却下
を免れない。(下民集六卷
二号二四八頁)

本件は、当事者が異つても二重起訴に当るとした事例の判例で
ある。二重起訴禁止規定に触れる場合(その他同様な明文の諸制
度についてもいえるが)を訴の利益不存在という角度から捉える
ことの妥当性について問題の存することは周知のことである
(三ヶ月教授は、訴の利益の觀念を明文の諸制度の關係に機能するものとし
て捉える方が理論的にも實際的にも妥当であると説かれる(法律学全集)
民事訴訟法)。しかし、訴の利益の觀念は明文の制度と深い関連性を
有していることに注目する時に、同一の紛争を同時に取り上げる
必要なとして後訴について審判の利益を否定することに基づく
二重起訴禁止規定に触れる場合、をも本稿の問題意識にかかわる
判例として取り上げられることは許されるであらう(なお三一
にて後述)

3 当事者適格と確認の利益

【8】 東京高、昭三八・五・三一判決

Xに当事者適格なしとして民訴二〇二条に基づきその訴を却

下した第一審判決に対して、原判決の取消し、本件土地の亡A
の遺産に属することの確認等を求めてXより控訴。次の様に判
示して原判決を相当とし控訴棄却。

「控訴状に添付せられた審判書謄本によれば、Xは亡Aの遺産
分割事件につきその審判手続が終了するまでの間同人の遺産の
管理人として選任せられたものであることが明らかであるから、
Xは民法第九一八条第三項に基づいて選任せられたものでは
なく、民法第九〇七条第二項家事審判規則第一〇六条に基づい
て遺産の管理者として選任せられたものと認められる。そして
右管理者はその資格において自ら当事者(原告)となつて訴を
提起することができるとは解せられないから、原判決がXは本
訴について当事者適格を有しないと判断したのは相当である。
従つて本訴は不適法というのほかなく、しかもその欠缺を補正
しえないことは明白である。」(下民集一四卷
五号一〇六六頁)

本件は当事者適格について判示したものである。ところで、当
事者適格の有無と訴の利益の有無とは緊密な關係にある(その詳述
は本稿の
目的とするところではないが、兼子一教授はこれを「主観的訴権利益」(体系
一五八頁以下)とし、ブライはこれを「人間關係における法的利益」(三ヶ月
訴訟法研究一卷九頁)とする)。その意味において、当事者適格な
し(その詳述は本稿の目的とするところではないが、兼子一教授はこれを「主観的訴権利益」(体系
一五八頁以下)とし、ブライはこれを「人間關係における法的利益」(三ヶ月
訴訟法研究一卷九頁)とする)の判例をも我々の分析の対象とし、そこに見られる訴の利益不
存在の型態を探らねばならない。そして、我々は、当事者適格不
存在の本判例から、確認の利益不存在に関して、次の命題を抽出

することができらるであらう。すなわち、訴訟追行権を有しない当事者には利益なし」と。

4 「確認の利益の有無につき判断するまでもなく失当」とする

判例

【8】 東京高、昭三〇・五・三一判決

Y₁(被控訴人)はX会社(控訴会社)の金員を横領消費した。X会社はY₁ならびにY₁の身元保証人Y₂・Y₃に対してそれぞれ損害賠償を請求(なお、第一審では一部認容。増額を求めて控訴。控訴棄却)し、合わせて本件不動産がY₂の所有であることの確認を求め、次の様に主張した。すなわち、X会社はY₂に対し本件身元保証契約に基づく損害賠償請求権を有し、これを保全するため債権者として当然確認を求める利益があり、該不動産の登記原因たる事実はいずれも虚偽仮装であつて無効であるかまたは存在しないものであるからその名義をとわず依然Y₂所有のものである、と。

これに対し判例は次の様に述べて請求を棄却した原判決を正当とした。

「X会社の提出援用にかかるすべての証拠によるも右X会社主張の事実を認め難く、むしろY₂ら主張の如く、Y₂が先代N死亡後家産を傾ける行為があつたので、一家の財産保護のため真実その母とY₄にいずれも無償譲渡して所有権移転登記をなしたも

のであることが覗われる。……従つて、本件不動産はすべて現在の登記名義人の所有に属するものといふべく、Xの……確認の請求は、確認の利益の有無につき判断するまでもなく失当として棄却すべきである。」(下民無六卷五号(傍点)二〇五一頁(筆者))

本件請求につき、判例は、「確認の利益の有無につき判断するまでもなく失当」とする。かかる表現を以つて本案につき判決する本判例を、我々は、その確認の利益に対する態度に関し、いかに読み取るべきであらうか。ところで、本判例の判決形成過程のあとをたどるならば、まずもつて本件不動産はY₂の所有に属するものではないことの心証を、本判例は、形成してしまつてゐる。すなわち、原告敗訴—請求棄却—の確信に到達してしまつたといえよう。したがつて、まず、その表現のなかには、どうせ敗けるものならば、という意味が前提されている。では、その前提の下で利益の有無につき「判断するまでもなく」とすることの意味は如何。利益はあるが、とすることは読めないし、また利益はないとするものでもないであらう。その趣旨とするところは、どうせ敗けるものならば、利益の有無の判断をする必要はないとするものと思われる。

5 利益の有無に触れずに請求棄却する諸判例

さて、最後に取り上げるグループの諸判例は、いずれも判文上確認の利益の有無につき何ら触れることなしに請求を棄却しているものである。利益の存在を一つの訴訟要件とする前提の下に理論的に徹底させて考えるならば、このグループの諸判例はいずれも確認の利益ありとされるはずのものであろう。しかし、その一つ一つを詳細に検討していくならば、かかるグループの諸判例のなかにも、判例自体の態度において確認の利益不存在と考えていると思われるいくつかの判例を見出すことができる。そのように考えられる判例を次に掲げよう。

【10】 福岡地、昭三四・一二・二三判決

Xは、本件土地家屋をその所有者訴外Aから贈与されその所有権を取得したが、右Aは更に本件土地家屋をYに売渡しその所有権移転登記を完了したので、Yに対しXの所有権確認（並びに所有権移転登記手続）を求め、と主張した。
「仮りにXに贈与されたものとしても民法第一七七条によりYにこれを対抗するにはその登記がなければならぬ所、Xについて登記がないばかりか却つてYに対する所有権移転登記がなされていることはXの主張自体からして明白なり、従つて贈与の有無その他爾余の判断を俟つまでもなくXの主張は主張自体

理由がない。」（下民集一〇卷一二（傍点）
号二六九七頁（筆者）

本件は二重譲渡の事案であるが、Xはそもそも初めからその主張自体においてYに対抗できるものではないと自から述べているのである。このように敗訴を自から供述している場合、判例の用語に従えば「主張自体理由がない」としている場合に、はたして判例は本案につきその審理を行っているであろうか。否、むしろその趣旨とするところは、かかるXの訴には訴の利益なしとして爾余の判断をすることなしに、その請求を退けたといえる。

ところで、同じく「主張自体極めて無意味である」と判示している次の判例【11】においては、しかし、同様のことはいえないであろう。その比較のために、その事案をもあわせてここに掲げておこう。

【11】 仙台高、昭三〇・三・一二判決

本件山林はもとY（控訴人）の所有物であった。Yは右土地をその地上立木所有権を留保して訴外Aに売った。Aの相続人は右土地を立木を含む一体としてX（被控訴人）に売渡した。Xは右の土地所有権取得につき登記を経たのに対しYはその立木所有権について公示方法を施していない。
「山林の所有者から土地のみを譲り受けた者は譲渡人がその土

地の所有権移転登記手続において特に立木を除外する旨の手続をせず山林の所有権移転登記手続をしたからといってそのために元来譲受けなかつた立木の所有権をも取得することになるというようなことはないのであってこれは転得者についても全く同様である。Xは自己において本件山林の所有権移転登記手続を経ているからYが仮令山林地上の立木の所有権を留保したとしても、その点につき登記もしくは明認方法等の公示手段を施さない以上、Xに対抗し得ないといふけれども、そもそも登記が対抗力をもつためにはその登記が実体的な権利の変動と符号するものでなければならぬ。……本件の場合訴外人が本来立木の所有権を取得しなかつたのに山林の所有権移転登記をしたのはYと右訴外人とがいわば登記手続上の過誤をおかしたものであり、右登記は実体上の権利関係を正しく反映したものでなかつたのである。従つて、転得者たるXが右瑕疵ある登記手続を基礎にして対抗要件の問題とすることは正当でない。……原所有者からそもそも移転しない所有権については対抗の問題など起り得る筈がないのである。原所有者が当初から手離さない所有権について他人がその原所有者に対抗できるかどうかを主張するといふこと自体が極めて無意味なことといわねばならない。……Xがたとひ訴外人のした登記を信頼して買ったものだとしても（尤も本件では権利証(1)(2)については「毛上なし」と記載されていることが明らかであり、Yの主張によればXは立木の所有権の留保されていることを知悉していたといふので

あるが仮りにXが悪意でも同人が登記による対抗要件を主張する本件においてはこの点はどちらでもよいことである）右登記の原因たる実体関係において立木の所有権がYから右訴外人に移転してないものである以上、Xはその立木の上に何らの権利をも取得せず、従つて又その取得をもつてYに対抗するといふ問題は起り得ないものといわなければならない。以上の次第であるから、本件地上の立木の所有権をも取得したと做すXの本訴請求は、他の点について判断をなす迄もなくすべて失当なものとしてこれを棄却すべきであり、これと異なる趣旨に出た原判決は取消しを免れない。（下民集六卷）(傍点) (三号四四九頁) (筆者)

【12】 東京高、昭二九・五・一一判決

本件土地は訴外AからXならびにYに二重譲渡された。Xは、A Y間の本件土地の譲渡（ならびに所有権移転登記）はいずれも両者通謀にかかる虚偽仮装のものとして、その所有権確認（ならびに所有権移転登記）を求めた。第一審X勝訴。Yより控訴。

「Yは真実の譲渡であり移転登記も真正であると主張……そしてこのことはもとより本件主要の争点であるが、他面、……Xとしては……移転行為が仮装であるならば所有権がXに帰属し、現にその所有権がXに有する関係にあることを主張立証しなければならない。しかるにその主張によれば……Xは本件不動産を買受けその所有権を取得したというにある所、……Xはそ

の後……訴外人Bとの間に代金完済と共に所有権を移転する趣旨の下に本件土地の売買契約を締結し当時代金金額の授受をした。……したがって本件土地の所有権は当時訴外Bに移転した……。訴外Bは直ちに登記簿の記載如何にかかわらず本件土地の正当なる所有者であるとして……建物建築許可の申請をなし、住宅を建設所有するに至ったことを認めるに十分である。而して、Yと訴外Aとの間の本件土地の譲渡行為が仮装でないとするれば、Xはその所有権取得を以て先に登記を経由したYに対抗し得ない筋合であるが、該譲渡が仮装なりや否やの判断は暫く措き、仮りにXがその主張の如く訴外Aより適法に本件土地の所有権を取得したとの前提に立つて見ても、その所有権はXより転売により訴外Bに移転し、Xは既にその所有者でないことが前段認定の事実に徴し明白である。……YとAとの間における本件土地の売買が、果してこれをX主張の如く、虚偽仮装のものとして概に断定し去ることができるか否かは別論として、前示の通りX本人の供述それ自体に從うもXは既に本件土地の所有者でないことが明瞭であるから、右所有権に基づく本訴確認（並びに登記抹消）の請求はこの点において失当として棄却を免れない。（下民集五卷（傍点）五号六七五頁）（筆者）

本判例は、不動産の二重譲渡のあった場合に、一方の譲受人（X）が、その所有権を第三者に譲渡した後、他方（Y）の譲渡を虚偽仮装のものとして、その所有権の確認を求めるところはでき

ないとした。それはなぜかといえば、Xの主張する請求理由の有無は別論として、X本人の供述それ自体に從うもXは既に本件土地の所有者でないことが明瞭であるから、とする。すなわち、敗訴を自から供述しているのである。その場合に、その主張を取り上げてやる必要性を否定したものといえる。本件は、その意味において、確認の利益なしと考えられるべき、またその利益なしとされたといえるだろう事件の一つである。すなわち前掲【10】の場合と同様に、敗訴を自から供述する場合に利益なしといえる事案である。しかし、本判例は、Xの請求をその点において失当として棄却した。訴訟上そのように取り扱うことの意味を、ところで、どう理解したらよいのであろうか。

三 総 括

1 前章において、我々はその対象とする諸判例を一つ一つ観察し、まず、そのなかから確認の利益不存在にかかわる判例を抜き出した。利益不存在の判断例をいかにして選択・収集するか。それは本小稿の意識する問題の第一点である。利益不存在に関し直接的に説示しているもの（例えば【1】【2】【3】【4】【5】【6】）については問題はない。次に、当事者適格に関し不適格と判断している事案（例えば

【8】についても、これを取り上げるべきであろう。【7】のような

事案を取り上げることに異論がある。しかし、利益不
存在の観念が具現しているとされて、訴訟法上の明文の規定
(あるいは制度)の適用される事案もまた我々の観察対象にしても
よいであろう。なぜなら、それも、利益不存在とされるべき場合
のいわば外延を規定するものとしての意味をもつからである。次
に、【9】のような事案についてはどう取り扱えばよいであろうか。

【9】は裁判所によって利益なしとされた事案ではない。その意味
において利益不存在の判断例にあげることはいけない。しかし、
利益有無の判断に関する判例の態度を探る資料としては、一つの
格好の事例であろう。次に、利益の有無に関し何ら判文上触れる
ことなしに請求を棄却している諸判例についてであるが、我々
は、かかる判例からも利益不存在の判断例を見出すことができ
る(例えば【10】【12】)ことを知った。

2 本小稿の関心の第二点は、かく選択した各判断例の事実関係
を観察し、利益不存在とされる場合「利益不存在の諸型態」は、
いかなる事実のいかなる組合せからなるいかなるパターンにて記
述され類別され得べきか、を見、それを示すことにあった。しか
し、その作業は、本小稿の取り上げただけの数の判例を以ってし

ては不十分であることを知り、他日を期すことにせざるをえな
った。本小稿では、したがって、利益不存在の判断例のそれぞれ
の事案をただ掲げること止めた。

3 では次に、かかる判断例から確認の利益不存在の諸型態につ
きいかなる命題を抽出できるであろうか。すなわち、(諸判断例
の判文を読んだ限りで)裁判所が利益不存在の型態のそれぞれに
つき何か原理を考えているといえるならば、そして、それを認識
して(ここではその評価を)それに言語的表現を与えるとすれば、そ
れは如何に記述され得るであろうか。本小稿の関心の第三点はそ
こにある。

我々は、本小稿において取り上げた極めてわずかの判断例から
も、確認の利益不存在に関心して次のごとき種々の命題を抽出す
ることができた(なお、これらの命題の成立する根拠を分析しなければ
判文の文字づらだけでは資料として)。すなわち、
① 争なきところ(1)に利益なし(2)、
② 不安状態除去に必要かつ十分な限りを超えた
部分には利益なし(3)、
③ 訴の意思なきところに利益なし(4)、
④ 争の手段をしいはしたあるいは使わずじまいであった
場合には利益なし(1)、
⑤ 現行制度上認められない手段を以っ
て申し立ててきた場合には利益なし(5)、
⑥ 争の手段なきこと

るに利益なし(6)、訴訟追行権を有しない当事者には利益なし(8)、そしてさらにまた敗訴を自から供述する場合には利益なし(10)(12)と。

4 本小稿の関心の第四点は、利益不存在とされる場合に、その訴は訴訟上いかなる取り扱いを受けているかを探ることにあつた。取り上げた諸判例のうち、その訴を不適法として訴訟判決をしているものは五件(4)(5)(6)(7)(8)である。その他の判例においては、いずれも棄却の本案判決を行っている。後者の諸判例からは、利益有無の判断と実体権存否の判断とを同視している判例の態度を視うことができる。また、審理の順序につき、利益有無の判断をさしおいて本案の裁判をしている判例(9)がある。それらの態度の理論的な評価は本小稿の直接の目的とするところではないが、かかる判例の取り扱い方には問題が存するであろう。

四 結

確認の利益不存在の判断例を知るには、以上本小稿において取り上げただけの判例ではきわめて不十分である。そのことは、また、種々の判例集に現れた判例だけについてもいえることである。印刷公布されていない判例も見ることが必要である。その意

味において、あまりにも本小稿は多くを語るものではなかつた。しかし、本小稿の目的は、序においても触れたように、そこにあつたのではない。筆者は、本小稿を、それらより多くの判断例を収集しそれに本稿のような視点を据えてその分析の範囲を拡げていくことが意味のある作業となるかどうか、の見込みを立てるための一つの実験としたのである。すなわち、いかなる視点を据えることが意味のある作業に役立つであろうか、ということを探索したいわば予備実験である。その意味において、ごくわずかの判例についてはあつたが、本小稿の示した視点が意味のある作業に役立つことはほぼ明らかにされたかと思う。さらに一層の検討となすべき作業は他日を期したい。