《研究ノート》

物権的請求権と訴訟をめぐる若干の問題

三谷忠之

一　はじめに

旧訴訟物理論によると、同じ引渡請求権であっても所有権に基づく場合と占有権に基づく場合とでは訴訟物が異なりながら、既判力の客観的範囲という面では、請求認容判決がなされた場合でも、その所有権とか占有権という基本的権利については既判力は及ばない、とされている(1)。

このような理論的一貫性を欠く旧訴訟物理論を批判し、新訴訟物理論を展開されたのは三ケ月章教授であった。すなわち、「既判力で確定されるのが個性のない給付請求権一般であるというならば、出発点においても『所有権に基づく』とか『占有権に基づく』とかいう修飾を訴訟物の次元からふるい落し、所有権とか占有権とかはそれを基礎づけるものにすぎぬとみるのでなければ一貫しない」(三ケ月・民事訴訟法八九頁、一二二頁)と。

しかしながら、所有権に基づく引渡請求権を認めた判決は、果たして所有権を既判力で把えないのであろうか。訴訟物の次元で所有権が問題とされるのであれば、右の三ケ月教授とは逆に、既判力の次元でもそのまま生かされてもよいのではないか。すでにこのような場合に所有権の存在をも既判力でもって確定されると解する見解が伊東乾教授によって主張されており(2)、更に最近では、小室直人教授も、物上請求権に基づく返還請求の場合にその物権自体に既判力を生ずることを認められた上で、物権の存否に争いがある場合にも物権的請求をしないでする単なる「物権の確認請求は、その利益を欠くともいえる」(小室「訴の客観的併合の一態様」中田淳一先生還暦記念・民事訴訟の理論(上)二一八頁以下)とさえ主張されるに至っている。

なお、登記請求権と基本物権との関係についてであるが、「登記や戸籍は実質上権利関係の反映すべきもので、実質上の権利関係との不一致を理由にその変更訂正を求める訴においては、常に実質上の権利関係の存否自体が請求の主内容を成し、抹消訂正等に協力すべき旨の請求は技術的にこれに附随してされるに止まるというべきで、登記請求のみを独立の訴訟物と考えるのは甚だ概念的に過ぎる……。したがって原告の物権の主張であれば、当該物権の存否が判断された限り、これについて既判力を生ずる」（兼子一・判例民事訴訟法二九二頁）という有力な説が唱えられていることは、周知のことである。しかしこの有力説も、物権的請求権については、「かかる理論を拡張して行けば、物上請求権に基く返還請求の場合もその物権自体について既判力を生ずると解すべきこととなる」（兼子・判例民事訴訟法二九二頁）とされながら、結局は物権自体に既判力の生ずる考えを否定されている（兼子・条解民事訴訟法（上）五一三頁）。そして、このような点についても、「登記請求権の判断が論理必然的に所有権の存否の判断と結びついているということを強調することが少数説の一つの論拠である……が、かかる判断の関連性ということは物権と物権的請求権の間にもみられるのであって、その論法をもってすれば判決で物権的請求権が肯定された以上、その基礎となる物権の存在についても既判力が及ぶとして、給付判決の既判力の伝統的な考え方をくつがえすところまで進むのでなければ、訴訟法理論としてはいささか迫力を欠くといわねばならない」（三ケ月「既判力の客観的範囲」中田＝三ケ月編集・民事訴訟法演習Ⅰ一九六頁）と手厳しい批判がなされているのである。

そこで本稿では、所有権の帰属に争いがあって物権的請求権を行使する場合、給付の勝訴判決は、所有権自体の存在をも確定し、そのような場合には、所有権の確認だけを求める訴の利益はなく、端的に有効適切な給付訴訟を提起すべき旨を主張しようとするものである。

〈注〉

（1）たとえば大判昭和八・一二・二一（法律新聞三六六四号一二頁）は、「土地ノ所有権ニ基キ其ノ引渡ヲ求ムル訴訟ニ於テ之ヲ命ジタル判決ハ其ノ引渡ノ請求権ニ付テノミ既判力ヲ生ジ之ガ既判力ハ其ノ前提タル所有権自体ニ及バザルコト既ニ旧民事訴訟法ノ下ニ於テ当院ノ判示スルトコロニシテ（大正九年（オ）第五百二十八号同十年三月五日言渡判決大正十四年（オ）第七百七十号同十五年二月一日言渡判決）此判旨ハ新法タル改正法律ニ於テモ之ヲ異ニスベキ理由ナ」しと判示している。

（2）伊東「既判力の範囲」民事訴訟法講座第三巻七二二頁で、「支配権から派生する請求権は、その存立の目的に照らし、基本たる支配権と一体をなすもので、別個の権利ではないと見るべきであろう」と主張されている。もっとも、所有

権も既判力の対象となることについては同じであるが、その理由づけについては改説されている（伊東「規範効の理論」民事訴訟雑誌一六号一一頁参照）。なお、若林安雄「本権の訴と占有の訴」判例タイムズ三五五号五三頁は、破産法上の取戻権との対比から右の結論を認めているが、その対比は疑問である。

二　既判力の範囲

(1)　通説によれば、所有権に基づく返還請求の場合、所有権そのものは訴訟物とならない。旧訴訟物論では、この場合、所有物返還請求権が訴訟物である。それゆえ、その請求が認容されたとしても、返還請求権のみの存在が既判力をもって確定されるにすぎず、所有権自体の存在についてまで既判力が及ぶものではない。そのためには、所有権確認を求める訴の認容判決を得なければならないのである。所有権の存在について既判力が及ばない、ということは、新訴訟物理論の立場でも同じことである(1)。「確定判決ハ主文ニ包含スルモノニ限リ既判力ヲ有ス」るからである。つまり、訴訟物の範囲＝既判力の範囲という図式が、ここでも貫かれているからである。このように判決主文中の判断のみが既判力を有するということは、「当事者が意識的に紛争の対象として審判を申立てた事項に対して、解決の規準を示すのが民事判決の目的だからである」とされている(2)（兼子・新修民事訴訟法体系三四一頁、兼子・実体法と訴訟法一六二頁）。そして、所有権の存否は物権的請求権にとって先決関係にすぎないのであり、その判断は既判力を生じない判決理由中の判断にすぎない、といわれている。ここにおける判決主文や判決理由は、現実の判決書における判決主文や判決理由の欄に書かれたものを意味するものでないことは、いうまでもない。

右のような訴訟物と既判力の関係に加えて、執行力の場面でも少し問題がある。執行力の主観的範囲、承継執行文に関して、物権的請求権と債権的請求権との間ではあるが、賃貸借解除による土地明渡請求権が認められた場合に、その賃貸人が同時に所有権者であるときは、潜在的な物権、すなわち既判力とは全く関係ないはずの所有権が登場してくる見解まである。本稿の主題と多少ずれるので、この問題にこれ以上は深入りしないでおく(3)。

(2)　ところで、当事者は、現実の訴訟において、所有権の帰属が争われて所有権に基づく物権的請求権を行使している場合、所有権確認の訴を併合せずして物権的請求権のみの確定を求めているであろうか(4)。

試みに戦後の最高裁判所民事判例集に登載されている事件を見てゆけば、物権的請求権を行使している事件では、必ずと言ってもよい程に所有権確認の訴が併合されていることを読者は知るであろう(5)。たとえば、最判昭和三一・七・二〇（民集一〇巻八号一〇四五頁）は建物所有権の確認と建物明渡請求が併

合され、最判昭和三五・一二・一五（民集一四巻一四号三〇六〇頁）は山林所有権確認と山林明渡請求が併合され、最判昭和四一・一・二一（民集二〇巻一号九四頁）は建物所有権確認と建物明渡請求が併合され、最判昭和四四・一〇・三〇（民集二三巻一〇号一八八一頁）は土地所有権確認と土地引渡請求が併合され、最判昭和四五・一一・六（民集二四巻一二号一八〇三頁）は宅地所有権確認と建物収去宅地明渡請求が併合されている、といった如くである。

このように現実に目を向けたとき、所有権が争われ物権的請求権が行使される場合、当事者は、単に妨害が排除されればそれでよいとか、所有物を返還してもらえばよいというのではなく、所有権自体も既判力をもって確定されることを望んでいることが分かる。また、そのように訴訟を遂行していることが理解されるのである。つまり、ほとんどの場合に、いわゆる関連的併合という形態で訴が提起されているのである(6)。それは、たとえ物権的請求が判決で認容されたとしても、それを基礎づける所有権自体には既判力が及ばず、両者は別個の訴訟物であると解されているからである(7)。

(3) ところが、判例の採る物権的請求権の性質論を考えるとき、所有権に基づく物権的請求を認容する判決の既判力が所有権に及ばない、とする判例自体が矛盾しているように思われるのである。

物権的請求権の性質については周知の如く、大別して三つの説が対立している(8)。すなわち、債権説・請求権説・物権効力説の三説である(9)。そして判例が、大審院以来、一貫して物権効力説を採っていることも周知のことであろう。

物権効力説は、物権的請求権の法的性質を、物権の効力・一作用にすぎないと解する説である。判例の表現を借りるならば、

「所有権ニ基ク所有物ノ返還請求権ハ其所有権ノ一作用ニシテ之ヨリ発生スル独立ノ権利ニ非」ず（大判大正五・六・二三民録二二輯一一六一頁）、

「所有権ニ基ク物ノ返還請求権ハ所有権ノ一作用トシテ其内容ヲ成ス権利ニシテ所有権ト離レテ存在スル独立ノ権利ニアラズ」（大判大正六・三・二三民録二三輯一〇巻五六〇頁）

「物権的請求権ハ事実上ノ状態ガ所有権其ノ他ノ物権ノ本来ノ内容ニ適セザル為之ヲ其ノ内容ニ適セシムルコトヲ目的トスルモノニシテ物権ノ効力トシテ発生シ物権ノ移転アルトキハ之ニ随伴シテ移転スルモノナレバ物権ヲ有スル者ニ非ザレバ物権的請求権ヲ有セザルト同時ニ其ノ者ガ物権ヲ他人ニ譲渡スルトキハ之ト共ニ其ノ請求権ヲ失フモノトス」（大判昭和三・一一・八民集七巻一二号九七〇頁）

ということになる。このような物権的請求権の性質論を前提とすれば、所有権に基づく返還請求を認容する判決の既判力の客観的範囲には所有権の存在も含まれるということは、当然なのではなかろうか。それにもかかわらず、最高裁はそのことを、

かたくなに否定している。こういう既判力の範囲について認められる判例の帰結が、「通説の定める既判力の客観的範囲からまったく疑いを容れる余地のないほど明快に導びかれる論理的帰結である」(10)ということは、判例の採る物権効力説を前提にすれば、言えないのではなかろうか。

物権的請求権の性質論を既判力の場面で全く顧慮されないのは、民訴学者の唱える既判力論自体が物権的請求権の性質論を無視しているからであるように思われる。しかも、そのような帰結はまさに、西独の学説等の直輸入から生じているものといえよう。それは何よりも、西独民法九八五条「所有者は占有者に対して物の返還を請求することを得」の立法理由に根差している。すなわち、所有権「確認判決の要求は、物の返還請求と併合されうる。そのような要求は、判決の既判力の範囲を決める要件である。つまり、そのような要求の法律上の推定をすることは正当化されないし、返還請求に基づいて言い渡された判決に関して特殊性を規定すべきでない」と説明されている(Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich II. Band, 1899, S. 220)。そして、ツォイナー理論に賛成するブロマイアーも、この立法理由を根拠に、所有権に基づく返還請求の認容判決の既判力を所有権自体には及ぼしていない(Blomeyer, Zivilprozeßrecht (Erkenntnisverfahren), 1963, S. 464 N.1)。しかしこれは、西独における返還請求権に関する議論にすぎないのであり、わが国での解釈論として通用させる必然性は、どこにもないのである。その西独でさえ、物の返還を求める訴によって、所有権という法的地位は、物が事実審の最終弁論の時点に具体化する範囲で完全に主張されている、と説く見解もある(Rimmelspacher, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozeß, §14VI a 1(S. 214))。

西独における普通法時代の議論や西独の立法理由はともかくとして、所有権に基づく物権的請求権がその所有権自体と切り離しては考えられない以上、所有権に基づく物権的請求権を認める判決の既判力は当然に所有権自体の存在を確定することになるのではなかろうか。利息債権が元本債権と離れて独自に譲渡されるように、物権的請求権が所有権から独立して譲渡しうると解するものは、まずあるまい。このように解してくれば、わざわざ所有権に基づく物の引渡請求と所有権確認請求の併合提起を認める必要もなくなってこよう(11)。

(4) 更に、所有権に基づく返還請求の認容判決の既判力を当該所有権の存在にまで及ぶものと解する場合には、中間確認の訴(民訴法二三四条)の存在意義が問題とされよう(鈴木正裕「既判力の客観的範囲」末川博編集代表・民事法学辞典上巻三四三頁参照)。たしかに、「いわば人為的に、請求権の問題と、基礎となる権利の問題を既判力の面ではっきり峻別する根底には、確認訴訟という類型の独立、その一態様としての中間

確認の訴（二三四条）という制度の存在があることも看過すべきではない。何故なら、もし原告が所有権の点についても既判力を及ぼしておこうと思うならば、中間確認の訴の制度を利用してその目的を到達できるのだから、その申立のない以上、給付訴訟のたびに訴訟物の前提問題の判断にまで既判力を生じさせておく必要はないと新旧理論とも考えるわけである」（三ケ月・民事訴訟法演習Ⅰ一九三頁以下）ということができるかもしれない。そして、西独でもそのように理解するものがある（Zum Beispiel Schönke-Kuchinke, Zivilprozeßrecht, 9. Aufl, 1969, §75 III 1b (S.360). なお、三ケ月・民事訴訟法演習Ⅰ一九四頁参照）。

しかしながら、西独法の下における中間確認の訴の創設理由を、何がなんでも日本法の下でも全く同じに解する必要はないのである。所有権自体が既判力をもって確定されることによって、中間確認の訴の制度的意義が若干減少するからといって、何も異とするに足らないことである。中間確認の訴の制度があるから所有権自体に既判力を生じさせてはならない、というのでは正に論理が逆である。所有権に基づく物権的請求権を認容する判決の既判力が基本物権たる所有権の存在についても生じるものであるから、この点では確かに中間確認の訴の意義が半減するであろう。この場面においては、中間確認の訴を認める必要さえなくなることになる。しかしそれでもよいであろう。すでに見たように、所有権の存在について既判力を得るために、現実には中間確認の訴自体がそもそも利用されていないではないか。中間確認の訴があるから所有権に既判力が及ばない、というのは、本末転倒なのではなかろうか。

(5) 次に、所有権の取得時効との関係を述べておくことにしよう。所有権が侵害されてそのまま放置しておくと、侵害者によって所有権を時効取得されることがある（民法一六二条）。そして、物権的請求が認められても所有権自体に既判力は生じないとすれば、単に物権的請求だけでは所有権の取得時効を中断しないのではないか、という問題が生じてくる（斎藤秀夫編著・注解民事訴訟法(4)一八五頁注①および③参照）。これも私のように解すれば、当然に所有権の取得時効は中断することになる。

〈注〉

(1) 三ケ月・民事訴訟法演習Ⅰ一九三頁。他方では、物権的請求を認容する判決の効力として、所有権の存在自体に争点効を認めたり（斎藤・民事訴訟法概論三九五頁以下参照）、あるいは判決理由中の判断にも既判力が及ぶとする見解（柏木邦良「西ドイツ民事訴訟法学の現況(8)」ジュリスト五三一号七八頁注(18)参照）が主張されていることも周知のことである。なお、岩松三郎「民事裁判における判断の限界」民事裁判の研究八七頁以下参照。

(2) 登記請求権の場合が問題となった事例であるが、最判

昭和三〇・一二・一民集九巻一三号一九〇三頁が、「所有権に基づく物上請求権による訴において、原告がその基本たる所有権をも訴訟物たらしめんとする意思をその請求の趣旨で黙示的に表明し、裁判所も亦主文において黙示的にその存否について裁判をしている場合、その判決が当該所有権の存否につき既判力を有すべきことは勿論である」と述べているのも、右のことを前提にしていると思われる。もっとも、右の判例が、黙示的に表明・裁判した場合と述べているが、どういう場合なのか明らかでない。なお、小山昇・民商法雑誌七六巻四号六〇七頁注(18)参照。

(3) 若干の文献だけを掲げておく。三ケ月「特定物引渡訴訟における占有承継人の地位」民事訴訟法研究第一巻、中田「既判力（執行力）の主観的範囲」民事訴訟法演習Ⅰ、朝岡智幸「法定地上権取得の期待権に対する侵害とその排除についての一考察」民事法の諸問題Ⅲ、賀集唱「要件事実の考え方」民事実務ノート第2巻、その他、小室編著・民事訴訟法講義一八九頁に引用の文献。

(4) 所有権確認の訴が併合されていないものは、ほとんどが賃貸借契約解除の事例であり、その場合は当然のことながら、所有権の帰属について争いのないものである。

(5) この点で、伊藤真「確認訴訟の機能」判例タイムズ三三九号二八頁以下が、興味をひく。所有権侵害による損害賠償請求が所有権確認請求と併合主張されている事例もあるが、この場合は、右論文でいう波及効果をねらっているもの、といえよう。

(6) 訴の関連的併合とは、訴の客観的併合のうちで、弁論の分離・一部判決を許すべきでないものをいう（小室・民事訴訟の理論(上)一九七頁以下参照）。

(7) このことから、所有権確認の訴を併合せずに、あるいは中間確認の訴を提起せずに所有権に基づく返還請求が認容されても、勝訴者は更に所有権確認の訴を提起せざるをえない場合も生じ、理論的には後者の訴で（実体関係に何の変化もないにかかわらず）所有権が否定されてもよいことになる。

(8) もっとも、現在では議論の重点は性質論には置かれていないのであって、物権的請求権の具体的な諸効力に重点が移ってきている（舟橋諄一編集・注釈民法(6)物権(1)総則三一頁〔好美清光〕、甲斐道太郎編著・セミナー法学全集 4 民法Ⅱ物権三七頁参照）。

(9) 性質論に関する説が三つあるといっても、その分類の仕方や内容の把握について若干の混乱が見受けられる。部外者の私には、よく分からないのである。

たとえば、永田菊四郎・新民法要義（第二巻物権法）上三一頁は、「思うに、物権と運命を共にすること、及び破産の場合に債権と異る取扱を受けること等に鑑みて、（ロ）説を採るべきであろう」とされるが、その（ロ）説とは、物権的

請求権を独立の権利として理解する説のうちで、純粋の債権ではなくして債権に準ずるべき独立の権利であるという説であるという。この説はおそらく我妻栄・物権法（民法講義Ⅱ）二一頁に賛成されるのであろう（薬師寺志光・日本物権法新講五六頁参照）が、鈴木禄弥・物権法講義一八四頁はこの説を「物権侵害の結果生ずる独立の請求権であるが、独立の権利ではなく、物権に附従するものであるとする説（請求権説）」と理解されている。前者では「独立の権利」といい、後者では「独立の権利ではな」いという。そしてこの鈴木教授は、自ら「物権の機能そのものであって、独立の権利ではないとする説（物権効力説）」が妥当というべきであろう、と主張されている（鈴木・物権法講義一八四頁）。この物権効力説は、川島武宜・所有権法の理論一二六頁、渡辺洋三「物権的返還請求権と妨害排除請求権」谷口知平＝加藤一郎編集・民法演習Ⅱ（物権）一〇二頁以下の採るところでもあるが、舟橋編集・注釈民法(6)三一頁〔好美〕では右の両者の説は異別のものとして分類されている。そして、「物権の効力、一作用にすぎず、独立の権利ではないとする物権効力説」（舟橋編集・注釈民法(6)三一頁）を採る判例についても、舟橋・物権法三九頁では、「『物権の作用』であって独立の権利ではないとする説」と「『物権の効力』として生ずる請求権だと」する説の二つに分けられているのである。また、物権的請求権の性質についての「見解の相違は要するにどの点に重点を置いて観察するかの視角の差に過ぎないので あって物権的請求権の本質並にその法律上の取扱において差異を生ぜしめるものでないから、物権的請求権の性質を吟味する実益がないと説く」見解を独立の性質論に分類する薬師寺・日本物権法新講五六頁があったり、「物権的請求権は物権の内容が侵害され、または侵害されるおそれのある場合に、物権の排他性にもとづいて、物権の効力として生ずる独立の請求権であって、物権そのものの内容をなすものではない。しかし物権にもとづいて、発生する請求権であるから、その基本権である物権と運命をともにし、物権を離れて独自に存在するものではない。すなわち、物権の移転があれば、これに随伴して移転し、物権的請求権だけを譲渡することはできない。したがって、物権効力説が妥当であろう」という説明をする資本主義民法研究会・民法講義物権法一八頁〔小林三衛〕もある。

以上のように、各説をどのような名称で分類しようが、多分に言葉の問題にすぎない面もあるであろう。たとえば、「物権的請求権は、物権の効果として生ずるもので、その物権に従属する特殊の請求権としてみる以外にはない」（金山正信・物権法〔総論〕五〇頁）というように、物権の「効果」という表現を用いているものもあるが、物権法の教科書では、物権的請求権が「物権の効力」の項目の中で説明されていないものがあるであろうか。その意味で、大判昭和一二

・一一・一九民集一六巻二四号一八八一頁（岩田新・法学新報四八巻六号、川島・法学協会雑誌五六巻五号、近藤英吉・民商七巻六号、田島順・法学論叢三八巻五号）が、「凡ソ所有権ノ円満ナル状態ガ他ヨリ侵害セラレタルトキハ所有権ノ効力トシテ其ノ侵害ノ排除ヲ請求シ得ベキト共ニ所有権ノ円満ナル状態ガ他ヨリ侵害セラルル虞アルニ至リタルトキハ又所有権ノ効力トシテ所有権ノ円満ナル状態ヲ保全スル為現ニ此ノ危険ヲ生ゼシメツツアル者ニ対シ其ノ危険ノ防止ヲ得ルモノト解セザルベカラズ」と「所有権の効力」という表現を用いているからといって、いわゆる物権効力説と速断することは注意を要しよう。

(10) 新堂幸司「争点効を否定した最高裁判決の残したもの」民事訴訟の理論（下）七五頁。もちろん新堂教授は、所有権の存在まで既判力を認めるというのではなく、争点効を認めようとする説を主張されている。

(11) 傍論ではあるが、大阪地判昭和三一・九・一一下級民集七巻九号二四八三頁は、「訴訟物を異にして（例えば所有権に基く物の引渡請求と所有権確認請求）給付と確認の両訴を提起することは許さるべきである」と説示している。

三　確認の利益

(1) 所有権の帰属に争いがあり、その所有権が侵害されている場合に、物権的請求権を行使せず、単に所有権の確認だけを求める訴が許されるであろうか。所有権が侵害され、あるいは侵害されるおそれある場合における所有権の主張方法が、物権的請求権ではないのか。それは、事態の抜本的解決をもたらすものである。まさにそのために認められたものである。

ところで、給付の訴が提起できるにもかかわらず請求権確認の訴が起こせるか、の問題については、否定説が通説・判例といえる。その理由は、典型的には、「およそ、裁判はそれが仮処分命令であると本案訴訟の判決であるとに論なく、執行可能なものであっても債務者（または被告）が任意に履行することはたしかに法治国の理想であり、望ましいことにはちがいない。しかしおよそ制度を樹てる場合にかような理想ばかりを追求し現実を無視する甘い考え方や裁判は常に正しいという思いあがった考えは禁物である」（吉川大二郎「労働事件と仮処分」増補仮処分の諸問題一九三頁）という点にあろう。しかしながら、物権的請求権の場合には、物権的請求権ではなくその本権である所有権の確認である(1)。いずれにしても、確認の訴では、たとえ勝訴しても強制執行はできない。あらためて給付の訴を提起しなければならない。そうなった場合には物権的請求の訴がその利益なしと判断されかねないのである（菊井維大＝村松俊夫・民事訴訟法Ⅱ四八頁参照）。むしろ、原則として所有権確認の訴の利益を否定し、端的に物権的請求権を行使する給付の訴のみを認めるべきである。前述したように、物権的請求認容判決は所有権自体の存在をも確定するのであるし、その判

決に基づいて現実に強制執行するかは所有権者の自由であり、必要に応じて対処することができるであろう。後に争いの余地を残すような形での所有権確認の訴を認めるべきではない。

所有権確認の訴の確認の利益を否定した大判明治三三・一一・七（民録六巻一〇号二二頁）は、山林の所有権確認請求事件について(2)、

「凡ソ確認ノ訴ハ是レト同時ニ給付ノ請求ヲ為シ得ル場合ト雖モ其請求ヲ為サズシテ単ニ確認ノ訴ヲ提起シ即時ニ権利関係ヲ確定スルノミヲ以テ訴訟ノ目的ヲ達スベク即チ起訴者ニ利益アル場合ニ於テハ給付ノ請求ヲ為サズシテ確認ノ訴ヲ提起スルヲ得可シト雖モ若シ然ラズシテ更ニ給付ノ訴ヲ為スノ準備タルニ過ギザルトキハ特ニ確認ヲ求ムルノ必要ナク訴訟ハ全ク徒為ニ属スルヲ以テ斯ノ如キ確認ノ訴ハ之ヲ為スコトヲ許サヽルモノトス。抑モ本件ノ訴旨タルヤ……上告人ノ自陳スル如ク上告人ノ所有地タル係争山林ヲ被上告人等ノ間ニ於テ擅ニ売買シ且ツ其樹木ヲ伐採スルニ付被上告人等ニ対シ係争山林ガ上告人ノ所有タルコトノ確認ヲ求ムルニ在リテ其訴訟ノ目的ハ被上告人等ノ不法行為ヲ差止メ上告人ノ所有権ヲ保全セントスルモノナリ。然レドモ既ニ被上告人等ノ間ニ於テ登記ヲ経テ係争山林売買ノ手続ヲ為シタルコト上告人ガ原院ニ於テ陳述セシ如クナリトスレバ其ノ売買ノ登記ヲ取消シ上告人ノ所有名義ニ改ムルノ請求即チ給付ノ訴ヲ提起スルニアラザレバ単ニ確認ノ訴ヲ為シタルノミニテハ未ダ以テ上告人ノ係争山林ニ対スル所有権保全ノ目的ヲ達スル能ハズ。故ニ本件ハ起訴者タル上告人ニ利益ナキヲ以テ許スベカラザル訴訟ナルニ原院並ニ第一審裁判所ガ之ヲ適法ノ訴訟ト認メ本案ヲ審判シタルハ不法」

である、と判示して、原判決を破毀、第一審判決を廃棄し、本訴却下の自判をした。本件の事実関係を見ると、第一審・第二審と請求棄却の内容の敗訴判決を言い渡された原告が訴の却下を求めて上告したという珍しい例である。この判決理由中では登記についてのみ言及されているにすぎないが、本件では妨害排除請求も、更には伐採された木の返還請求も考えられ、いずれにしても所有権だけの確認を求める訴は、確認の利益がない、といえよう。

(2) 通説的理解と思われる「返還請求権をはじめ物権的請求権の勝訴判決の既判力は、物権そのものの存否には及ばないし、基本にある物権そのものの確認判決は、給付判決よりもより広汎な紛争を把握し、その解決ないし予防に事実上資しうるから、特段の事情のないかぎり、給付訴訟とともにあるいは単独での確認訴訟の訴の利益も存在する、といってよいであろう」（舟橋編集・注釈民法(6)八三頁〔好美〕）という見解も、以上の叙述からも明らかなように、否定せざるをえないのである。

ところで、現実の訴訟はというと、所有権の確認の訴を単独

で起こす事例は、きわめて少ないようである。大審院と最高裁の判例集を探してみても、前述の明治三三年の判決以外には、次に示すような例が散見されるだけである。もちろん下級審の判例集にもあたるべきであろうし、物権的請求と併合しながら物権的請求を否定され所有権確認だけを認容した事例も検討すべきであろうが、ここでは省略し、後日に委ねたい。

まず、大判明治三二・一一・一（民録五巻一〇号四頁）は、山林の所有権確認を求めた事例である。本件においては、問題の山林がY_1・Y_2（共に被告、控訴人、上告人）所有の地番のものであるか、それともX_1ほか八名（共に原告、被控訴人、被上告人）所有の地番のものであるかが争われた。X_1ほか八名は、本件山林が自己所有のものであることの確認を求める訴を提起した。第一審・原審ともにX_1ほか八名の提起した山林所有権確認請求が認容されたようである。$Y_1$$Y_2$の上告理由第一一点は、次のように言う。すなわち、「本件被上告人ノ訴ハ不必要ナル法律関係ノ確定ヲ目的トスルモノナリ。凡ソ法律関係ヲ確定スルノミノ訴即チ確認ノ訴ヲ提起スルニハ必ズ起訴者ハ其法律関係ヲ即時ニ確定スルニ於テ権利上ノ利害関係ヲ有セザルベカラズ換言スレバ法律関係ヲ確定スルノ必要ナカルベカラズトノコトハ大審院ノ判例ニ徴シテ明カナリ。而シテ本件被上告人ノ訴旨ハ『被上告人ニ於テ係争ノ山林ハ成規ノ登記ヲ経タル売渡証書及ビ図面ト共ニ其実地ノ引渡ヲ受ケ爾来公租ヲ負担シ実地ヲ占有シ其所有権ヲ保有スルニモ不拘上告人$Y_1$$Y_2$ハ右売買後既ニ数年ヲ経タル今日ニ至リ唐突ニモ被上告人等ガ保有スル山林ノ所有権ヲ非認スルノミナラズ所有権ノ実行ヲ妨害スルニ付キ茲ニ本訴ヲ提起シ確認ヲ要求ス』トノ趣旨ナルコトハ訴状及ビ控訴答弁書並ニ第一審第二審判決中事実掲示ノ部分ニ徴シテ明確ナリトス。果シテ然ラバ本件被上告人ハ適法ニ登記ヲ経テ何人ニ対シテモ其所有権ヲ主張シ得ルノミナラズ数年来実地ヲ占有セルニモ拘ハラズ其所有権ヲ非認セシトノ事実ヲ以テ訴ノ原因ト為シタルモノナレバ斯ノ如キ場合ニ於テ所有権確認ノ訴ヲ提起スルノ必要何レニアリヤ。確定ノ訴ハ斯ノ如キ場合ニ於テ被上告人の訴旨ヲ達スルコトヲ得ベキヤ。上告人ハ然ルモノト信ズル能ハザルナリ。何トナレバ完全ナル所有権ハ第三者ノ単純ナル非認ニヨリ其効力ヲ失フベキモノニアラザレバナリ。加之被上告人ハ上告人ガ被上告人ノ所有権ノ実行ヲ妨害セシトノ理由モ亦本訴確認請求ノ原因ノ一トナシタリト雖モ其所謂妨害トハ如何ナル性質ノモノナルカ之ヲ説明セザルヲ以テ明了ナラズト雖ドモ若シ無形的ノ妨害ナリトセバ前段ノ理由ニ由リテ本訴ヲ提起スルノ必要ナク又タ有形的ノ妨害ナリトセバ宜シク須ク妨碍排除ノ訴ヲ提起シ以テ法律上ノ救済ヲ求ムベシ。確認ノ訴ハ以テ妨害ヲ排除スルノ目的ヲ達スル能ハザルハ論ヲ俟タザルナリ。之ヲ要スルニ所有権確認ノ訴ハ所有権ニ関スル争疑ヲ速カニ確定スルニ付権利上ノ利害ヲ有スルトキ例ヘバ第三者ガ不当ニ登記簿ニ於テ所有者トシテ登記セラレタル場合ニ於テ之ヲ提起スルハ格別本件ノ如キ所有権ノ実体ニ付テハ何等ノ争疑ナ

ク唯第三者ガ所有権ヲ非認スルトカ所有権ノ実行ヲ妨害スルトカノ原因ニ基キ確定ノ訴ヲ提起スルノ実益毫モ之レナキヲ以テ本訴ハ速ニ却下セラルベキモノ」である、と主張されている。

これに対して大審院は、民事部を連合した上で、

「按ズルニ凡ソ財産上ノ訴訟ハ私権ヲ侵犯セラレタル者ガ其救済方法トシテ之ヲ提起シ即チ給付ノ請求ヲ為スヲ通例トスレドモ私権ノ存在ヲ確定セントスル確認訴訟ノ如キモ権利関係ヲ即時ニ確定スルニ於テ起訴者ガ法律上ノ利益ヲ有スベキモノナルトキハ給付ノ請求ヲ為シ得ベキ場合ナルト否トヲ問ハズ之ヲ許スヲ相当トス。換言スレバ私権ヲ侵犯セラレタル場合ニ在テモ給付ノ請求ヲ為サズシテ単ニ権利ノ存在ヲ確定スルノミヲ以テ足レリトスベキモノナルトキハ其確認ノ訴ヲ許スベキモノトス。何トナレバ斯ル訴ハ先キニ当院ニ於テ確認ノ訴訟ニ対シ言渡シタル判決理由中ニ所謂一箇ノ権利関係ニ付キ確認ノ訴ト給付ノ訴ト二重ニ許ストキハ無益ナル手数ト費用ヲ要スルト云フガ如キ虞ナケレバナリ。而シテ本件ニ於ケル請求ノ原因ハ上告人ガ被上告人ノ有スル山林ノ所有権ヲ非認スルノミナラズ被上告人ノ当然執行シ得ベキ所有権ノ実行ヲ妨害スルガ如キ挙動ヲ為スニ付キ所有権ノ確認ヲ求ムト云フニ在レバ即チ権利関係ヲ即時ニ確定スルニ於テ被上告人ノ利益ヲ有スベキモノタリ。然ラバ仮令給付ノ請求即チ妨害排除ノ請求ヲ為シ得ベキ場合ナリトスルモ其請求ヲ為サズシテ本訴ヲ提起シタルモノナレバ之ヲ不適法ノ訴ト云フヲ得ズ。故ニ上告其理由ナシ」

と判示して、上告を棄却した。本件では、妨害排除請求権、更には妨害予防請求権も行使可能である。

次に、最高裁の判例で、この問題に終止符を打ったのが、最判昭和二九・一二・一六（民集八巻一二号二一五八頁）である。これは、建物の所有権確認請求事件である。本件で所有権の確認を求められている建物（静岡市鷹匠町三丁目一番地にある木造亜鉛メッキ鋼板杉皮葺（杉皮葺の部分は三坪）平屋建店舗一棟、建坪二十一坪八合八勺）は、もと訴外H_2の所有（昭和二二年二月一七日付保存登記）であったが、同人が訴外S株式会社のため右建物について設定した抵当権実行の結果、原告X（控訴人、被上告人）において昭和二六年二月三日執行裁判所たる静岡地方裁判所の競落許可決定を得てその所有権を取得（即日、Xのための所有権取得の登記）した。ところが被告Y（被控訴人、上告人）は、右建物はもと訴外Nの所有であったが、同人より訴外Iが買受け更に同人からYが買い受けたものであると称して、これを使用している、と主張してXは本件建物所有権の確認の訴を提起した。第一審ではXの請求は棄却されたが、控訴審は、「（証拠・証言を）総合してみると、訴外H_1は昭和二一年暮頃訴外T会社に対し本件建物の建築を請負わせ、同会社はその頃から……建築工事を進め、工事従業者の間ではこの建築をH住宅と呼んでいたこと、H_1は右会社に対し請負代金の支払も完了していること、建築は昭和二二年春頃終

り、Hに引渡され、当時は建坪十数坪のものであったが後に改造せられて現状のものとなったこと、建物完成後Nが建物を使用して麻雀屋を開いていたこと、H_1はこの建物を妻のH_2の所有として昭和二二年二月一七日にH_2のための所有権保存登記をしたこと、この登記では『静岡市鷹匠町三丁目一一番、家屋番号同町第一〇番の三』と表示されたこと、この建物に対しS会社が抵当権の設定を受け、その実行の結果控訴人がこれを競落取得し、昭和二六年三月九日控訴人のための所有権取得登記をなされたことが認められる。……『静岡市鷹匠町三丁目一一番地、家屋番号同町第一〇番の六、木造木皮葺平家建店舗一棟建坪一九坪五勺』と表示された建物につき、昭和二四年一二月一日Nのための所有権保存登記がなされたものと認めるの外なく、従って一個の建物に対する二重の登記であると認められざるを得ない。……以上の認定によると、本件建物はもとH_1の所有であったところ、控訴人が競落によりこれを取得し現に所有するものと認められるのに、被控訴人はその所有権を争っているのであるから、控訴人の本訴確認の請求は理由ある」との判決理由のもとに、原判決を取り消し、Xの所有権確認請求を認容した。今度はYが上告した。その上告理由第四点が本稿の問題と関係するところであって、「被上告人（原告）は第一審以来静岡市鷹匠町三丁目十一番地所在木造亜鉛メッキ鋼板杉皮葺平家建店舗一棟建坪二十一坪八合八勺が被上告人の所有たることの確認を上告人（被告）に対し求め、原判決は之を認容した。併しながら本件建物は上告人が自己の建物と信じて之に居住し、ここで営業を為し居ることは上告人の主張、立証、その他記録によって明瞭である。而して被上告人としては、単にその所有権の確認を得るのみを以ては足らず、上告人をして建物を明渡さしめて所有者としてその支配を為すに非ざれば窮極の目的を達する能わざることも又自明の理である。ゆえに本件の如き事案にあっては被上告人としては単に所有権の確認に止めず、進んで建物引渡の履行請求の訴を上告人に為し得べきであると同時に、結局明渡しの履行を求めざれば目的を達する能わざる事案である。被上告人が先ず所有権の確認を本訴で求め、続いて建物明渡の訴訟を再び提起する如きは、訴訟を受ける上告人としてはその煩に絶えざる次第なるがゆえに、被上告人としては直に給付の訴を提起すべく、本件の如き事案にあっては確認の訴を提起し得ざる筋合である。此種案件にあっては、裁判所としては相手方の抗弁を待たず職権を以て調査し、確認の訴は宜しくこれを不適法として却下の裁判を為すを至当とするに拘わらず、こととここに出でずして確認の訴を認容したる原判決は大審院従来の判例（大審院明治四四年一二月二二日判決・民八七七頁、同院明治三二年一二月一日判決・民五輯一一巻一〇頁、同院明治四一年一〇月二日判決・民一四輯三巻五九頁、同院大正七年一月一九日判決・二四輯三八頁参照）に反する判断を為したるものなるを以て御調査の上原判決の破棄を求める」と主張されている。これに対して、最高裁第一小法廷は、

「物上請求の給付の訴をなすことを得る場合においても、その基本たる権利関係につき即時確定の利益があると認められる限り、これが存否確認の訴を提起することは何ら不適法ではない（大審院明治三二年一一月一一日連合民事部判決、民録五輯一〇号四頁、大正一三年五月三一日判決、民集三巻二六〇頁(3)参照）」

と判示して上告を棄却した。本件では、所有物返還請求権あるいは妨害排除請求権の行使が可能と思われるし(4)、更に、二重の保存登記という関係からは、無効な保存登記の抹消を求めることもできる事例である(5)。

所有権確認の訴を単独で提起した、もう一つの事例は、最判昭和三五・九・一（民集一四巻一一号一九九一頁）である。ここでは、沈没船の所有権が争われた。原告X（被控訴人、被上告人）は、被告Y_1（控訴人、上告人）から本件沈没汽船永安丸を買い受け、即日右物件の引渡を受けた。ところが被告Y_2・Y_3（共に、控訴人、上告人）は、その後Y_2から右物件を買い受けたと称し、被告Y_4（控訴人、上告人）をして右物件の引揚作業を行なわせ、Y_1等はいずれも右物件に対するXの所有権を争うので、Xが、Y_1等との間において右物件がXの所有であることの確認を求めて訴えたのが本件である。第一審はXの確認請求を認容し、原審である広島高裁松江支部昭和三四年七月一七日判決（下級民集一〇巻七号一五〇三頁）も、

「控訴人らにおいて控訴人Y_2・Y_3が控訴人Y_1から右永安丸を買受けたとして控訴人Y_4にこれが引揚作業を行わせ被控訴人の所有を争っていることは当事者間に争がない。……そうすると被控訴人は何人に対してもその所有権を主張しうるものといわねばならない。したがって……被控訴人は現在永安丸の所有権を保有するものといわねばならない。そうすると控訴人らに対し本件永安丸が被控訴人の所有であることの確認を求める本訴請求は正当としてこれを認容すべきである」

と判示して、控訴を棄却した。Y_1等は更に、Y_1からXへの所有権移転の対抗要件の有無を争って上告したが、結局、上告も棄却された。本件では、確認の利益については全く問題にされることなく終ったのであるが、妨害排除の請求をすることができたわけである。

(3) 確認の利益を否定する基準として、三(1)の末尾に紹介した明治三三年の判例は、確認の訴が給付の訴の準備にすぎない場合を掲げている。また、確認の利益を肯定した判例は、そういう事情にはないといえるか、疑問である。確認の訴だけですべてが解決されるかというと、必ずしもそうではない。すでに給付の訴を提起しうるうえに、もし確認判決が出ても相手方が侵害を止めなければ常に給付の訴を提起せざるをえなくなろう(6)。そして、給付の訴の準備にすぎないか否かの判断基準は、全く不明確で、具体的事件を通してみても、おそらくその区別は、はっきりとできるものではなかろう。むしろ、原則として確認の利益を否定し、給付訴訟を提起させるようにすればよい。

そして、従来から確認の利益を認める根拠の最大のものは、給付判決では所有権の存在を確定しないということであったと言っても過言ではないが(7)、その点は、二で述べたように肯定的に解しうるのであるゆえ(8)、確認の利益を認める根拠は消えたことにもなろう。

〈注〉

(1) この意味で、舟橋編集・注釈民法(6)八三頁〔好美〕が、三ケ月・民事訴訟法六六頁を援用しているのは間違いであろう。

(2) 判例集に登載されている上告理由第五点は、「上告人ガ本訴ヲ提起シタル請求原因ハ第一審ノ訴状中請求ノ原因ト題スル部ニ（被告Y_3ハ被告Y_2ヨリ本件山林地ノ立木ヲ買取リタリト称シテ同三十年十二月十四日突然多勢ノ木挽職人夫ヲ引連レ来リテ乱伐ニ着手シタリ。是ヲ以テ原告ハ他ノ一面ニ於テハ御庁ニ林木伐採禁止ノ仮処分ヲ申請シタルニ云々）ト記載アルノミナラズ原判決ニ引用シタル第一審判決ノ事実摘示ニモ亦(多勢ノ人夫ヲ引来リテ乱伐ニ着手シタリ云々)ト記載アル如ク被上告人等ニ於テ係争山林ガ弘化年度以来上告人ノ所有ニ帰シ居ルコトヲ熟知シナガラ被上告人Y_1ハ之ヲ自己ノ所有林ナリト偽称シ又被上告人Y_3ハ右Y_1ト通謀シテY_1ヨリY_2ヲ経テ其立木ヲ買受ケタリト偽称シ乱暴ニモ該山林ニ数多ノ人足ヲ差入レ濫伐ニ着手シタルヨリ上告人ハ其乱暴ヲ排除スル為メ倉惶本訴ヲ提起シ尋デ仮処分ヲ申請シ其許可ヲ得テ爾来今日マデ辛フジテ立木ノ存在ヲ保チ居ル事実ナリ。而シテ其本訴即チ確認ノ訴訟タルヤ上告人勝訴ノ裁判言渡ヲ受クルモ固ヨリ執行文ノ付与ヲ申請シ得ベキモノニ非ザレバ此判決ヲ以テ右ノ乱暴ヲ排除スルコトヲ得ズ。又仮処分ハ裁判執行上ノ困難ヲ避クルヲ以テ主旨トスルニ因リ執行力ヲ有セザル確認訴訟ニ対シ之ヲ許与スベキモノニアラズ。是ニ由テ之ヲ観レバ上告人ガ乱暴排除ノ為メ確認訴訟ヲ提起シタルノ不適法ナルコトハ勿論第一審裁判所ガ本訴確認訴訟ノ為メ仮処分ヲ許与シタルノ不適法ナルコトモ亦明白ナリ。目下上告人ノ境遇ハ本訴ニ於テ勝訴ノ判決言渡ヲ受クルモ此判決ニ依リ其目的即チ乱暴ヲ排除スルコトヲ得ザルハ上文ノ通リニシテ固ヨリ論ナシ。又所有権ノ存在ヲシテ此際即時ニ確定セシメタレバトテ其起訴者タル上告人ニ法律上何等ノ利益アルコトナシ。只是ニ付テ間接ナガラ利益トシテ強テ算シ得ベキモノハ後日端ヲ改メテ更ニ乱暴排除ノ訴訟ヲ提起スルニ当リ其場合ニ前提即先決問題ナル確認訴訟ニ於テ勝訴ノ判決ヲ受ケタリトシテ之ヲ一ツノ資料トナシ得ル迄ノモノニ過ギズ。然ルニ……本件ノ第一審裁判所若クハ原控訴院ハ当事者ガ異議ナク確認ノ当否ヲ論争シ居ルニ拘ハラズ職権上本訴提起ノ適法ナルヤ否ヤヲ審究シ果シテ起訴者ニ直接ノ利益ナク又起訴者ガ目的ヲ達シ得ザルコト上文ノ通リナレバ不適法ノ起訴トシテ訴ノ却下ヲ言渡ス可キ順序ナルニ事爰ニ出デズ輙スク本案

ニ立入リ判決ヲ与ヘタルハ不当」である、という。

（3） 後者の判例は、具体的には登記請求と所有権確認との関係が問題となったものである。なお、舟橋編集・注釈民法(6)八三頁〔好美〕、小室＝賀集編・基本法コンメンタール11民事訴訟法二八六頁〔松本博之〕参照。

（4） 藤井正雄「土地所有権に基づく地上家屋居住者に対する退去請求」民事法の諸問題Ⅱ三二頁以下、田尾桃二「買取請求権が行使された場合の判決主文の表示方法」民事実務ノート第3巻七六頁以下参照。

（6） 浅沼武「二重登記の効力」民事法の諸問題Ⅲ一六頁参照、

（6） 注（2）の上告理由でも指摘されているように、所有権確認訴訟は、民訴法七四六条一項にいう「本案」訴訟に該当しないであろう。もし、物権的請求権が発生しているにもかかわらず、所有権確認の訴が単独でも許されるとすれば、それが右にいう「本案」に該当するのであろうか。

（7） そのことは、小室＝賀集編・民事訴訟法二八六頁〔松本〕や、斎藤編著・注解民事訴訟法(4)四三頁以下〔斎藤〕などにも顕著に示されている。Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens Ⅲ Band. Das Sachenrecht des Deutchen Reichs und Preußens 3. Aufl., 1904, S. 365 f.; Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz 3. Aufl. Ⅲ. Band. Sachenrecht, 1906, S. 299 等も同旨を述べる。ただし、Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen 11. Aufl. Ⅲ. Band. Sachenrecht 1. Teil, 1956, 2 a zu §985 (S. 774) は、「他の問題は、所有権の確認だけの訴が、原告が〔西独民法〕九八五条による返還請求をも要求しうる場合にも許されるかどうかの点にある。その問題は、例外事例の場合にのみ肯定すべきであろう」と述べる。なお、倉田卓次「盲点としてその中間確認」民事法の諸問題Ⅲ参照。

（8） 既判力の問題以外では、飯倉一郎「確認の利益」国学院法学六巻三号七二頁は、「また、所有権を確定しておくことが、将来の物上請求としての給付訴訟の中心的争点についての解決を準備することになるから有意義である」と主張する。しかし、給付判決にも所有権確定の効力ありとすれば、給付判決を得ておいて、その後自由に執行が可能であるから、右の主張は根拠を失うであろう。新堂幸司「確認の訴の利益」民事訴訟法判例百選五四頁も右の飯倉教授と同旨と思われるが、「たとえ給付判決が、その基本関係についても既判力なり争点効なりをもつ結果、基本関係の確認の効果をも包含するとしても、基本関係の確認を正面から求めてゆく確認訴訟を提起し基本関係について目的的に既判力を発生せしめるのを制度的に否定すべきではない」と主張されている。これはまた、「先決的法律関係の存否の判断を求めることに

とどめて給付までは求めない自由を原告に許すべきである」（小山・民事訴訟法二一八頁）という処分権主義から確認の利益を認める考え方に連ってくるであろう。しかし、そうすると、後の給付の訴の利益が否定されることになるのではなかろうか。よほどのことがないかぎり、「侵害はそのままで結構です、所有権だけ認めてもらえばよろしい」というような例外事例を考慮する必要はないのではなかろうか。原則として、確認の利益を否定しても大過ないであろう。なお、小山教授は、物権的請求権の確認を求めることも認められるようである、小山・民事訴訟法二一八頁参照。