

松 山 大 学 論 集
第 20 卷 第 6 号 抜 刷
2 0 0 9 年 2 月 発 行

確認の訴えの利益に関する試論

——「遺言者生存中の遺言無効確認の訴え」を契機として——

波 多 野 雅 子

確認の訴えの利益に関する試論

——「遺言者生存中の遺言無効確認の訴え」を契機として——

波多野 雅 子

目次

- 一 はじめに—問題の所在
- 二 最高裁平成 11 年 6 月 11 日判決の概要とその問題点
- 三 諸検討
- 四 おわりに

一 はじめに—問題の所在

訴えの種類には、給付の訴え、確認の訴え、形成の訴えの 3 種類があるが、訴えの利益の問題を考察するとき、給付の訴え、形成の訴えと比較してみるならば、確認の訴えに関して利益の存否を判断するのにそのファクターが一番多い。

そもそも、確認の訴えは 19 世紀半ば頃から承認された訴えの類型である。それは、実体法として権利の内容が明確化され、かつ、そのような権利があると裁判所で宣言されれば人々がそれに従うという順法精神の高まりを必要条件とするからであり、歴史的にそれが 19 世紀半ばであったとのことである¹⁾。

確認の訴えの利益は、一般に原告の権利または法的地位に現に不安や危険が存在し、かつ、その不安や危険を除去する方法として原告・被告間でその訴訟物たる権利または法律関係の存否を確認する判決をすることが有効適切である場合に認められる（新堂幸司『新民事訴訟法 第三版補正版』（弘文堂、2005 年）249 頁）。学説上、種々の分類がなされているが、一般的に、①対象選

択の適否（確認対象である訴訟物が原告・被告間の紛争解決に有効適切であるか）、②方法選択の適否（紛争解決方法として確認訴訟を選択したことの適否）、③即時確定の必要性（原告・被告間の紛争が確認判決を必要とするほどの現実の紛争が切迫し成熟しているか）（新堂幸司『新民事訴訟法 第三版補正版』（弘文堂、2005年）249頁）に分類することができる。

この要件のなかで、重要なのは、①対象選択の適否、③即時確定の必要性の問題である。①対象選択の適否の要件について、通常は、確認の訴えの対象は、原則として、「現在の」具体的な権利または法律関係でなければならないのであり、単なる事実の確認（ただし、民事訴訟法は第134条で証書真否確認の訴えにより「事実」の確認を例外的に認めている。すなわち、例えば、契約書、遺言、といった法律関係の存否を証明することのできる書面（書面自体の内容から直接に一定の現在の法律関係の成立存否が証明され得る書面を言う：最判昭和28年10月15日民集7巻10号1083頁）について、その書面の作成者とされる者の意思に基づいて作成されたか否かの事実はこの証書の真否を確認することによる。）は確認の訴えの対象としては不適格ということになる²⁾

このように、確認対象の適格性（対象選択の適否）については、従来、確認訴訟の本案に関する審理・判断が許されるのは、法律の定めのない限り、当該請求が「現在の権利・法律関係」の確認を求めているときに限られるという原則が存在している。

確認の訴えの機能の分類に関しては、権利侵害等が発生する前に提起される予防的救済機能、請求権の基礎にある物権や包括的法律関係を対象とする包括的救済機能、団体関係等で取締役・株主などの内部関係者が一定の準則に従って行動するよう規制する規制的救済機能の3分類する見解（兼子一／松浦馨・新堂幸司・竹下守夫『条解民事訴訟法』（弘文堂、1986年）804頁〔竹下守夫〕）、紛争の根本的解決（優越的地位の確保を含む）を目的とした訴訟（中間確認訴訟など）、給付訴訟の代替的目的を持つ訴訟、確認訴訟によって紛争が全面的に解決することが法制上保障されている場合（行政訴訟など）、裁判の波及的

効果を求めて提起される場合、予防的目的をもつ訴訟、団体の内部紛争解決を目的とする訴訟の8種に分類し、確認の利益との有機的結び付けを試みる見解（伊藤眞「確認訴訟の機能」判タ339号（昭和51年）28頁）があるが、紛争の予防的機能が最大限重要視されている。

本拙稿では、上記のような機能・要件をもつ確認の訴えの利益の問題につき、「遺言者生存中の遺言無効確認の訴え」に関する最高裁の判断（最判平成11年6月11日）を検討するなかで再考してみたい。

二 最高裁平成11年6月11日判決の概要とその問題点

[1] 事実の概要

Xは、被告Y1の養子で、被告Y1（被告・被控訴人・上诉人）の唯一の相続人であり、被告Y2は被告Y1の甥である。Y1は、平成元年12月18日、Y1の所有する土地建物の持分100分の55を甥Y2（被告・被控訴人・上诉人）に遺贈する旨の遺言を公証人による公正証書遺言を遺言者Y1が自宅において二名の立会いのもと、遺言者Y1が遺言の趣旨を公証人に口授して作成されたとされている。Y1の養子で、その唯一の推定相続人であるX（原告・控訴人・被上诉人）は、Y1およびY2を被告として、当該遺言はY1の意思能力が欠如した状態で作成され、かつ、公正証書遺言の方式に違反しているとして、遺言者である被告Y1の生存中に、Y1の遺言取消しの可能性はないとして、本件遺言無効確認を求めた。

なお、遺言者であるY1は、本件の訴えが提起される前の平成5年3月15日に、アルツハイマー型老人性痴呆により心神喪失の状況にある、として奈良家庭裁判所で禁治産宣告（法改正によりこの用語は消滅し、現在の後見開始の審判がこれに相当する。以下同様）を受け、Y2がその後見人に選任されているという事情がある。

第1審（大阪地判平成6年10月28日判タ865号256頁）は、「確認の訴えは、即時確定の利益がある場合、換言すれば、現に、原告の有する権利または

法律的地位に危険または不安が存在し、これを除去するため被告に対し確認判決を得ることが必要かつ適切な場合に限り許されるものである。…原告 X が保護を求めている利益ないし地位は遺言者が死亡したとき、本件遺言による遺贈に基づく法律関係がないという原告の利益ないし地位である。ところで、遺贈は死因行為であり、遺言者の死亡によりはじめてその効果を発生するものであって、その生前においては何ら法律関係を発生させることはなく、受遺者において何らの権利も取得しない。のみならず、遺言は、遺言者において何時でもこれを取り消すことができるだけでなく、遺言発効当時、受遺者が必ずしも生存しているとはいえないから、原告 X の前記利益ないし地位を現在保護する必要はなく、したがって、原告 X の有する権利または法律的地位に危険または不安が生じ、これを除去するため被告らに対し確認判決を得ることが必要かつ適切な場合であるとはいえない。」として、本件訴えは、訴えの利益がないとして、X の訴えを却下した。これに対して、X が控訴した。

第2審（大阪高判平成7年3月17日判時1527号107頁：以下「大阪高裁平成7年判決」と略記する）は、「確認の訴えは、即時確定の利益がある場合、換言すれば、現に原告の有する権利又は法律的地位に危険又は不安が存在し、これを除去するため被告に対し確認判決を得ることが必要かつ適切な場合に限り許される。」という前提のもとに、遺言者の生存中は、遺言の無効確認を求める訴えは、原則として不適法であると解される（最高裁判所昭和31年10月4日第一小法廷判決、民集10巻10号1229頁）としながら、本件については、「Y1は既に相当の高齢である上、長期間にわたりアルツハイマー型老人性痴呆で入院治療を受けているが、現在の精神能力は合理的な判断能力を欠如しており、平成5年には心神喪失の状況にあるとして禁治産宣告を受け、症状は回復の見込みがない状況にあるのであって、これらの事情にかんがみると、Y1が生存中に本件遺言を取り消し、変更する可能性はないことは明白である。このように、遺言者が遺言を取り消し、変更する可能性がないことが明白な場合には、将来必ず生じる遺言者の死亡を待つまでもなく、その生存中であって

も、例外的に遺言の無効確認を求めることができるというのが、紛争の予防のために必要かつ適切と解すべきであり、本件遺言無効確認の訴えは適法というべきである（前記最高裁判例はこのような事案に関するものではない）」として、本件訴えを適法と認め、本件を第1審裁判所に差し戻す判決をした。これに対して、Y1、Y2が上告した。

その上告理由として判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違背の問題として、主として主張されているのは、確認の対象が極めて不定な法律関係（すなわち、Y1が意思能力に問題のないときに遺言書を作成している可能性の存在、アルツハイマー型痴呆症の発症機序の解明、治療法が解明される可能性の存在を指摘）であり、訴訟物としての適格を有しないし、即時確定の利益も認め難く、遺言者Y1の死亡を待って本案審理の対象にすべきとする。また、証拠の散逸のおそれなどの事柄だけでは到底即時確定の利益を認めることにはならないことを指摘している。

最高裁は以下のような判断を下した（最判平成11年6月11日判時1685号36頁，判タ1009号95頁，金判1075号20頁：以下「最高裁平成11年6月判決」と略記する）。

[2] 判 旨

破棄自判。「本件において、Xが遺言者であるY1の生存中に本件遺言が無効であることを確認する旨の判決を求める趣旨は、Y2が遺言者であるY1の死亡により遺贈を受けることとなる地位にないことの確認を求めることによって、推定相続人であるXの相続する財産が減少する可能性をあらかじめ除去しようとするにあるものと認められる。…ところで、遺言は遺言者の死亡により初めてその効力が生ずるものであり（民法985条1項）、遺言者はいつでも既にした遺言を取り消すことができ（同法1022条）、遺言者の死亡以前に受遺者が死亡したときには遺贈の効力は生じない（同法994条1項）のであるから、遺言者の生存中は遺贈を定めた遺言によって何らの法律関係も発生しないので

あって、受遺者とされた者は、何らかの権利を取得するものではなく、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（最高裁昭和30年（オ）第95号同31年10月4日第一小法廷判決・民集10巻10号1229頁参照）。したがって、このような受遺者とされる者の地位は、確認の訴えの対象となる権利又は法律関係には該当しないというべきである。遺言者が心神喪失の状況にあって、回復する見込みがなく、遺言者による当該遺言の取消し又は変更の可能性が事実上ない状態にあるとしても、受遺者とされた者の地位の右のような性質が変わるものではない。…したがって、Xが遺言者であるY1の生存中に本件遺言の無効確認を求める本件訴えは、不適法なものというべきである。」

[3] 小括一問題点

この問題につき、大阪高裁平成7年判決の判断は遺言者の死亡前に遺言無効確認の訴えの適法性を認めた初めての判断として耳目を集め、その意義について多くの評釈が出され、控訴審判決に賛同する見解が多かったように思われる。以下、この大阪高裁平成7年判決に賛同した者の根拠付けを検討してみると同時に、筆者自身の諸学説に対する見解を同時に略記することとする。また、最高裁平成11年6月判決がすでに出されており、それを含めてこの問題を論じた見解も以下に列挙している。

*新井誠…「判批」ジュリスト1072号124頁。新井教授は、民法の研究者の観点から主として論点は、遺言作成時の具体的・個別的状況下での遺言能力の有無を問題視し、事後的な遺言内容の取消し、変更可能性とは全く関係ないとする。また、遺言者の残存能力を尊重する見地から、中症の痴呆であっても遺言能力は欠如しないことを強調する。また、公正証書遺言ゆえ遺言能力の判定資料の多さも指摘する。この見解からすると、その点を根拠として、現時点での遺言無効を認める必要性を説くことの説得性に疑問が残る³⁾

*納谷廣美…「判批」判例評論442号42頁（判時1543号）。本判決について

て、積極的に特殊事情（遺言者が老人性痴呆の状態に陥り、その症状について回復の見込みがないという特殊事情があり、遺言者が先の遺言を取り消したり、これに抵触する行為（新たな遺言、生前処分など）をなしえない状況にあるという特殊事情を本判決は積極的に取り込み、遺言者の死亡前であっても訴えが適法になる場合もありうる」とした点を納谷教授は高く評価する。すなわち、確認訴訟の対象が単に「将来の法律関係」にかかわっていることを理由に、かつての見解のように、一律に「確認の利益がない」訴えになると解して、訴えを却下すべきではないとする。そして、当該遺言の内容について将来的に遺言者による変更または消滅の可能性がないときには、遺言による贈与は、「遺贈」というよりも、むしろ実体的には「死因贈与」（民法 554 条）に近い法的性質のものになっていると解すべきとし、本判決の場合、かぎりなく「現在の法律関係」に近いものとみることができるとする。そして、「即時確定の現実的必要性」という要件を検討し、本件について諸事情を勘案して、本件について、自己の法的地位に対する危険または不安を除去するために、当該遺言の効力について「確認判決を得ることが必要かつ適切な場合」であると結論付ける。

しかし、本件の問題について、遺言者は生存しているのであり、それを贈与者の死亡によって効力を生ずる贈与（死因贈与）に近い法的性質を有すると位置付けることに筆者は疑問を感じている。また、「かぎりなく現在の法律関係に近い」という論理構成は時的系列の「将来」を「現在」に変換することで確認の訴えの利益の原則的定義からははみ出さない論法を採っていると思われるが、本件の判断を妥当とする根拠が脆弱なように思われる。

*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 上巻』（成文堂、1996年）179頁以下。松村教授は大阪高裁平成7年判決の判断について、基本的には中野貞一郎教授と同じ思考（本拙稿で後述する）であると思われるとしながら、紛争解決の前倒しというメリットはあるとしながらも、それだけの考慮で十分なのかという疑問

を呈する（同論文 199 頁）。そのなかで、アルツハイマー型痴呆症により遺言の撤回や抵触処分の可能性が皆無と判断した点は、現代の医学の発展状況を考えたときに、疑問がないわけではないとする。すくなくとも、遺言者の生存中に訴えを提起しなければならなかったという点に視点を置き、確認判決の既判力によって当事者の期待権についての不安・危険を除去することは、遺言者の死亡の前後において利益的に差はないのであり、確認判決の既判力による紛争解決の必要性の観点からは、この答えは引き出せないとする。そして、松村教授が重要視するのは、中野教授も論文のなかで一部触れてはいたが、「証拠保全の必要性」の点である。すなわち、「今、証拠保全をしておかないと、遺言者の死後、遺言無効確認の訴えを提起しても、立証問題が残り、適正な権利保護（救済）が期待できないという考慮が働いたものと思われる。ここに、現実的な原告利益の危険、不安が存在し、救済の必要性が存すると言えよう」と（同論文 199 頁～200 頁）。

しかし、松村教授は、その一方で、証明の利益はどのような訴訟でも言えることであり、即時確定利益の判断要因とすることに疑問が出されるのではないかという指摘も自らなしている。そこを、カルテの保存期間の問題、証人等の高齢等を勘案すると、現在証拠保全をしないと、原告の救済の道は閉ざされることになり、救済の必要性という観点からは、「証拠保全の必要性」というファクターも確認の利益の判断に際して、考慮すべきとする。この論文において、松村教授は「証拠保全の必要性」だけで遺言者生存中の遺言無効確認の利益を判断すべきと主張しているわけではないと結論付けるが、本件のような場合には、遺言の取消可能性の蓋然性が極めて低いということ、そして今訴えを提起しないと、原告の適正な権利保護が期待できない証拠保全の必要性や遺言者死後の権利回復の困難などの「緊急性」が存在することという諸要因が合わさって確認の利益を肯定できるとする（同論文 200 頁）。

筆者自身、この論文を精読するかぎり、松村教授がやや否定的に叙述しているものの「証拠保全の必要性」に力点を置いて確認の訴えの利益の存在を理論

付けているように考えられる。そのことに妥当性が果たしてあるのか。

*千藤洋三…「遺言者生存中における遺言無効確認の訴えの適否」関西大学法学論集45巻6号299頁以下。千藤教授は、大阪高裁平成7年判決のこの判断に対し、「この分野におけるパイオニア的な業績」と評価する（同論文302頁）。千藤教授は、「即時確定の現実的必要性」を考察するに際し、中野貞一郎教授が立論した3つの要件の立て方（本拙稿で後述する）を極めて妥当であり、これ以上付け加えたり省略するものはなく、今後は、遺言者生存中の遺言無効確認の訴えの適否を判断するに際して、貴重なメルクマールとなりうるとする。そして、大阪高裁平成7年判決は、期せずして、これら3要件を当該事案に当てはめ、即時確定の利益を肯定したとする（同論文307頁）。

*川嶋四郎…「遺言者の死亡前に提起された遺言無効確認の訴えの提起」判タ1013号65頁以下。川嶋教授は、最高裁平成11年判決は、従来から判例・学説上その基準を緩和し、ともすればその要件の意義さえ無視されかねない存在であった確認対象の基準を復活させる可能性を秘めたものとし、次のような見解を展開する。「確認対象の選択を、原告・被告間における確認的救済の主題設定のあり方の問題と捉え、それ自体に一定の意義を認めつつも、確認対象の要件を緩和し相対化する方向性を志向する。基本的には確認訴訟－確認判決が、当事者間の紛争の経緯を踏まえ、事件の具体的文脈における「争点解消・法的情報提供機能」を発揮できる場合には、その確認の利益を緩やかに肯定してよいと考える。」とする（同判批67頁）。そして、川嶋教授は、確認の訴えを「法的情報請求訴訟」と位置づけ、「軽やかな確認による事後の行為規範の設定（当事者の視点からはその獲得）」自体が望ましいと考える立場からは、本判決に疑問があるとする（同判批67頁）。その後、確認訴訟の基本認識として川嶋教授は「確認対象を如何に選択するかについて、第一次的な責任を負担するのは原告であるが、しかしながら、原告・被告間の紛争の過程を抜きにしては、確認対象選択の適否、ひいては、確認の利益についての判断が行えないことも示唆される」とし、「どのような事項が確認対象に選択されたかをも含

めて、事件の個別文脈に照らして当事者間で、「争点解消・法的情報提供機能を発揮できるかどうか」が、確認の利益の存否を判断するための決め手となるべきと考えるという（同判批71頁）。そして、確認対象選択の適否は、実体法的に捉えるのではなく、訴訟法上の評価問題であり、確認対象の基準を相対化し、確認の利益を即時確定の利益の要件などとの相関で決するという方向性を示すのである、という（同判批73頁）。そして、本件につき、遺言方式違背や遺言者の意思能力の欠缺が主張され、万策尽きた手続的閉塞状態、遺言者がどれだけ生存するかにかかわらず、現に存する遺言をめぐる紛争処理のフォーラムを開くべきとする（同判批73頁）。川嶋教授は、現代における法的判断可能性が、この種の確認対象に関する確認の利益の成否を握る鍵となる（同判批75頁注48）というが、川嶋教授自身がそれをどのようにしたらその概念が明確になるかが、抽象的で、立論自体に説得性が欠けるように思われる。

* 森野俊彦…「遺言無効確認請求訴訟」梶村太市＝雨宮則夫『現代 裁判法体系⑫〔相続・遺言〕』（新日本法規出版，1999年）277頁以下。このなかで、森野氏は大阪高裁平成7年判決の判断について訴えの利益を認めてよいとするものの、「遺言者がアルツハイマー型老人性痴呆で既に意思能力を失い、その回復の見込みがなく自ら遺言を取り消すことは考えられないような場合」（同論文280頁）としているのみで、その根拠が明確ではないと思われる。

* 伊藤眞…『民事訴訟法〔第3版再訂版〕』（有斐閣，2006年）151頁（注34）。伊藤教授は前掲書注34）において、例外的に確認の利益が認められることも考えられるとして、大阪高裁平成7年判決を引用して、中野貞一郎「遺言者生存中の遺言無効確認の訴え」奈良法学雑誌7巻3＝4号51頁、野村秀敏『予防的権利保護の研究』（千倉書房，1995年）364頁参照としている。しかし、本著の本文は、「将来の権利関係は、たとえその存在の確認を行っても、将来において変動が生じるから、確認判決が紛争解決にとって適切であるとはいえない」としているのだから、伊藤教授がどのような法律理論のもとに大阪高裁平成7年判決に賛同しているのか、明瞭ではない。

*上田徹一郎…『民事訴訟法 第5版』(法学書院, 2007年) 219頁。上田教授の場合, 本書において「遺言者が老人性痴呆症で回復の見込みがない場合は有効な遺言取消は考えられず, 遺言者の生前の遺言無効確認も許されるとの判例もある」と明記するのみで, 大阪高裁平成7年判決に賛同するのか否かは分かりにくい。

*松本博之=上野泰男…『民事訴訟法 [第4版補正版]』(弘文堂, 2006年) 141頁。本件に関し, 即時確定の利益を否定するのが判例であるとして, 最判平成11年6月11日家月52巻1号81頁=判時1658号36頁=判タ1009号95頁を引用するのみで, 独自の見解は提示されていない。

これに対して, 大阪高裁平成7年判決に反対の見解は以下の通りである。

*新堂幸司…『新民事訴訟法 第三版補正版』(弘文堂, 2005年) 258頁注1。新堂教授は, 「遺言は, 遺言者が心神喪失の常況にあつて回復の見込みがなく遺言の取消変更の可能性が事実上存在しない場合であっても, 遺言者の生存中は遺贈を定めた遺言によって何らの法律関係も発生しないという性質に変わりはないから, 確認の訴えの対象になる権利または法律関係には該当しないとする。

*野村秀敏…『予防的権利保護の研究—訴訟法学的側面から—』(千倉書房, 1995年)⁴⁾この著書自体は将来の法律関係は確認の対象にならないとの命題に対する疑問を提出し, それに代わる確認の利益, 特に即時確定の利益の有無に関する判断基準を提示することを主眼として書かれた論文であるが, 「補遺」の箇所では, 大阪高裁平成7年判決に若干触れているが, 多くの紙面をその判決の評釈をした新井誠教授(ジュリスト1072号124頁以下。すでに前述している)への批判が中心で, 具体的な論評は加えられていない。しかし, 遺言者は遺言の自由を有し, その遺言を内密にすることについて保護に値する利益を有すると考えられるので, このような訴訟を認めることは, 遺言およびその内容の開示を遺言者に強いることにつながりかねないことを理由に, 不適法と解している(同書387頁~388頁)。野村秀敏…「心神喪失の常況にある遺言

者の生存中に推定相続人が提起した遺贈を内容とする遺言の無効確認の訴えの適否」判時1703号204頁以下（判例評論495号26頁以下）。野村教授は、自ら「遺言者生存中にも遺言の効力の確認の訴えが適法とされる場合があってよいとの見解を主張してきた者である。しかしながら、にもかかわらず、本件事案については判旨の結論に賛成したい」とする（同判批205頁）。その理由として、野村教授は、最高裁平成11年6月判決は確認の対象について遺言の成立によって生じた現在の権利又は法律関係を訴訟物とし、その不存在の確認を求めるといふ捉え方によるせいもあるのか、最高裁昭和31年判決の将来の権利または法律関係の確認は不適法である旨を説いた部分を引用していないとし、遺言者の側面ではなく、「推定相続人の地位の評価」（最高裁昭和31年判決は、遺言者が生存中に受遺者に対し遺言無効確認の訴えを提起したという事案であり、本件事案においては、推定相続人が遺言者の生存中に遺言者と受遺者に対し同様の訴えを提起しているから、遺言者ではなく、推定相続人の地位をどう評価するかを問題にしなければならないとする。）⁵⁾に重点をおき、その先例として、最判昭和30年12月26日民集9巻14号2082頁の「推定相続人は、単に、将来相続開始の際、被相続人の権利義務を包括的に承継すべき期待権を有するだけであって、現在においては、未だ当然には被相続人の個々の財産に対して権利を有するものではない。」を引用し、この事案と本件事案との差異の一つは、被相続人の処分が売買によるか遺言によるかという点にあるが、この差異は両者を区別する根拠とはならないとして、この判例を前提とすれば、本件の遺言無効確認の訴えにも確認の利益は否定されざるをえないとする。本件事案における遺言者が遺言を取り消したり、変更する可能性がない（もしくは低い）という「特別な事情」について、中野教授の「推定相続人が有する相続権は期待権」という見解に関して、相続権に期待権の典型である条件付き権利に見られるような法律的属性（民法128条・129条参照）を欠いていることは明らかであるとし、ただ単に、推定相続人は、遺留分を有する場合には、一定の廃除事由がない限りその地位を奪われることはないとの点で、法律

上の保護を受けるにすぎない。すなわち、推定相続人の地位は、法律的に全く無とはいえないまでも、極めて微弱なものといわざるをえない、と「期待権」の存在から根拠付けることに反対する⁹⁾。

*西野喜一…『平成11年度主要民事判例解説』判タ1036号200頁以下、「平主判例解説」192頁。西野教授は、「遺言という法律行為は過去に行われたものであるにも拘らず、本件では遺言者の死亡という事態がまだ発生していないために、現時点では遺言による当事者間の法律関係は将来のものであるというところに、本事案の特色と難しさがある」として、審判の対象を後述する中野貞一郎教授の3つに捉え、最高裁平成11年6月判決は審判の対象を②の遺言の成立によって生じた現在の権利または法律関係とし、その権利または法律関係の不存在の確認を求めるもの、と理解しているとする。その判断につき、最高裁昭和47年判決と平仄を合わせたものとする。今後の実務の方向性として、同種訴訟において生存中の遺言者の意思能力の有無・程度、遺言者の回復可能性の有無・程度、遺言の変更・取消の可能性如何という段階的判断を要する論点に踏み込む必要はなく、遺言者の存否を見れば足りることになる。実務の効率性と法的安定性に寄与する判決として評価すべきものと思う、と締め括る。

*高橋宏志…『重点講義民事訴訟法 上』(有斐閣, 2005年) 342頁~343頁。高橋教授は、具体的に本件についての見解を述べられているわけではないが、「原告の不安・危険は現実的なもの、現在のものになっていなければならない。将来の法的地位は、一般論としては、将来その問題が本格化したときに訴訟をすれば必要にして十分だからである。また、将来そのように事態が進展するかは不確定であるから、先走って判決してみても、事件が別の展開をし判決が無意味・無駄になることもありえよう。そうだとすると、一般論としては、将来の法律関係について現時点で確認する利益はないこととなる(ただ、高橋教授は合理的な理由がある場合は将来の法律関係の先行的確認も許容されるものとし、その例として特許権侵害不存在確認の訴えは認めてよいとする)。また、推定相続人に関しても、「将来、被相続人の権利義務を包括的

に承継する期待権を有するだけであって、現在においては、まだ当然には被相続人の個々の財産に対し権利を有するものではないし、遺言者もその生前に、遺言中で受遺者とした者に対して遺言の無効確認を求める利益はない」とする。

* 梅本吉彦…『民事訴訟法 新版』（信山社、2006年）376頁。梅本教授は、最高裁の実体法上に理由を求めるところに説得力があり、確認の利益を否定する判旨を妥当と考える。現在の時点で証拠を確保する方策の観点から、原判決を支持する立場も予想され、それに対し証拠保全によるべしとする反論も想定されるが、公証人による陳述録取書を制度化することによるのが相当である、とする。

一方、判例の動きに関しては以下のようなになる。遺言者の死亡後の遺言無効確認の訴えが適法であることに関しては、最判昭和47年2月15日民集26巻1号30頁、判時656号21頁、裁判所時報588号1頁、家裁月報24巻8号37頁が、「遺言無効確認の訴えはそれにより遺言から生ずべき特定の法律関係が存在しないことの確認を求めらるものでかつこれにつき原告がかかる確認を求めらる法律上の利益を有するときは適法であるとする。（以下「最高裁昭和47年判決」と略記する。）」という判決を出して以来、判例・学説上は特に異論はない。しかし、遺言者が生前中に遺言無効確認の訴えを提起することは不適法とされていた（最判昭和31年10月4日民集10巻10号1229頁、判時89号14頁：以下「最高裁昭和31年判決」と略記する。この事案は、Yに建物を遺贈する旨の公正証書遺言をしたXが改めて公正証書遺言により先の遺言を取り消したうえ、Yに対し、遺言無効を確認し、併せて、同建物についてY名義の所有権移転登記の抹消登記手続を求めらる訴えを提起したというものである。そして、Yは、同事件において登記名義を保持する理由として、Xから別の贈与があったことを主張していた。第一・第二審とも、Xが全部勝訴した。最高裁は、以下のような判断をした。「確認の訴は原則として法律関係の存否を目的とするものに限り許されるのであって、事実関係については訴訟法上特に認められ

た「法律関係ヲ証スル書面ノ真否ヲ確定スル為ニ」する場合（民訴 225 条：現行 134 条）の外はこれを提起することはできない。…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って、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。民事訴訟法は現在の法律関係の確認を許すだけでこの種の訴を認めた立法目的を達成するに必要にして十分であるとしたものと解せられる。けだし、過去の法律関係の存否は、たとえそれが現在の法律関係の存否に影響を来たすべき場合においても、それは単に前提問題としての意義を有するに止まり、当該現在の法律関係の存否につき確認の訴を認める外、かかる過去の法律関係の存否についてまでこの種の訴を認める必要はないのであり、また将来の法律関係なるものは法律関係としては現在せず従ってこれに関して法律上の争訟はあり得ないのであって、仮にある法律関係が将来成立するか否かについて現に法律上疑問があり将来争訟の起り得る可能性があるような場合においても、かかる争訟の発生は常に必ずしも確実ではなく、しかも争訟発生前予めこれに備えて未発生 of 法律関係に関して抽象的に法律問題を解決するというが如き意味で確認の訴を許容すべきいわれはなく、むしろ現実に争訟の発生するを待って現在の法律関係の存否につき確認の訴を提起し得るものとすれば足ると解せられるからである。この事は現存する給付請求権について、それが条件附又は期限付であるとき、「予メ其ノ請求ヲ為ス必要アル場合ニ限り」将来の給付の訴を提起し得るものとした民訴 226 条（現行 135 条）の規定の存在することに徴しても容易に理解し得るところであろう。…元来遺贈は死因行為であり遺言者の死亡によりはじめてその効果を発生するものであって、その生前においては何等法律関係を発生せしめることはない。それは遺言が人の最終意思行為であることの本質にも相応するものであり、遺言者は何時にても既になした遺言を任意取消し得るのである。従って一旦遺贈がなされたとしても、遺言者の生存中は受遺者においては何等の権利をも取得しない。すなわちこの場合受遺者は将来遺贈の目的物たる権利を取得すること

の期待権すら持つてはいないのである。それ故本件確認の訴は現在の法律関係の存否をその対象とするものではなく、将来被上告人が死亡した場合において発生するか否かが問題となり得る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。しかし現在においていまだ発生していない法律関係のある将来時における不成立ないし不存在の確認を求めるといような訴が、訴訟上許されないものであることは前説示のとおりであって、本件確認の訴はその主張するところ自体において不適法として却下せざるを得ない。』⁷⁾

本事案の第一審、最高裁平成11年6月判決はこの最高裁昭和31年判決の判断内容を踏襲していると思われる。そこで、大阪高裁平成7年判決の判断内容である「遺言者生存中の遺言無効確認の訴えの適法性」が様々な議論を巻き起こした意義は大きいと思われる。上記のように、この大阪高裁平成7年判決が「将来の権利・法律関係の確認の訴えの利益」の是非を問う問題へと拡散し、あまり議論とされることがなかった「将来」という今後に起こりうる問題についての確認の訴えの利益があるか否かを考察する嚆矢となったのである。

三 諸 検 討

ところで、遺言者が生存中に提起された遺言無効確認の訴えが何を確認の対象としているかは必ずしも明確ではないが、中野貞一郎教授は「確認の対象」について、まず、遺言無効確認の訴えの適法性は、現在では、判例・通説の認めるところであり、要は具体的・個別の場合における確認の利益にかかるとし、遺言者が生存中でも異なることはないとする。そのうえで、遺言者の生存中に提起された遺言無効確認の訴えにおける請求（訴訟物）として3つ考えられるとする。すなわち、①過去になされた法律行為である遺言を訴訟物とし、その遺言が法律要件としての効力を有しないことの確認を求めもの、②遺言の成立によって生じた現在の権利または法律関係を訴訟物とし、その権利または法律関係の不存在の確認を求めもの、③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を訴訟物とし、その権利または法律関係の将来における

不存在の確認を求めるもの⁸⁾である。そして、訴訟物が①②③のいずれである場合でも、確認の訴えの請求適格には問題がなく、確認の利益（即時確定の利益）だけが問題となるとされる（「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62頁）。この三分類について中野教授は、②の「現在の権利または法律関係を訴訟物」とした場合、遺言の効力は、遺言者の死亡のときから生じるが（民法985条1項）、それまで何の効果も生じないというわけではなく、特に、遺言の内容が遺贈を含む場合には、それが特定遺贈であるかぎり、対象たる具体的な権利につき、受遺者は、遺言の成立により、遺言者の死亡したときにその権利を取得する期待権をもつとされる（同論文63頁）。そして、遺言には撤回の自由があり、容易に遺贈の効力発生を阻止するのが普通であるにしても、しかし、遺言者が死亡するまでの間に遺言を撤回せず、受遺者が遺言者よりも先に死亡することが起こらないかぎり、遺言者の死亡と同時に確定的に遺贈の効力が生じるのであって、不確定期限付きの法律行為たる性質を有するという。③の「将来の権利または法律関係を訴訟物」とした場合、請求適格の判断に微妙な面があり、将来の権利関係の確認請求適格を積極的に明言する者は、未だ必ずしも多くない、としながらも、「現在の学説は、確認対象たる権利関係の時間的性質を問題とせず、具体的事件において確認の利益が認められるかどうかにより訴えの適否を決するに至っている。」とする（同論文64頁）。

中野教授は、「遺言者生存中の遺言無効確認の訴え」は遺言者がまだ生存しているにもかかわらず遺言無効確認を求めるだけの具体的利益なり現実の必要性があるか、という即時確定の利益の有無に帰着するとする。そして、以下の要件を充足する場合には、遺言者の生存にかかわらず、推定相続人または受遺者が提起する遺言の効力の存否確認の訴えにつき、確認の利益を肯定すべきとする。すなわち、(1)遺言内容が固定し、遺言の撤回や抵触処分の可能性が皆無であること。(2)遺言者の近い死亡が予見される場合であること。(3)推定相続人と受遺者の間に遺言の有効・無効をめぐる争いがあるような場合、である。

(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66頁)。また、中野教授は、証拠の保全性(年月の経過とともに、遺言に関与した人々の死亡や記憶喪失、あるいは遺言者の遺言能力の判定に役立つ資料の廃棄(医師法24条参照)などが生じるのを避けることができず、結局、徒に証拠の散逸と消失を待つ結果となり、適正な判決は得ることができない、という)からもこのことを根拠づける(同論文66頁)。

中野教授が分析されるように、「確認の対象」について、確かに、前述の3つの分類の仕方が可能であると思われる。しかし、遺言は遺言者の死亡の時からその効力を生ずるのであるから(民法985条1項)、確認の訴えの対象を①のような遺言という法律行為の無効確認を求めるものと考えるとするならば、はたして確認の対象は存在するのであろうか。むしろ、存在しないと考える方が筋は通るのではなかろうか。また、確認の訴えの対象を③のように考えるとすると、純粹に「将来の」法律関係の存否の確認を求めるものということになり、「将来の」法律関係に関する確認の訴えを不適法とする従来判例の立場(最判昭和31年10月4日民集10巻10号1229頁判時89号14頁、最判昭和32年9月19日裁判集民事27号901頁、ジュリスト142号62頁、法律新聞76号3頁:この判旨のなかでも「相続の開始によって将来発生するであろうというような法律関係の確認を求めることは民事訴訟法上許されないものと解するを相当とする」とした)を採用するならば、当然、この③の考え方を採用することは困難であろう。もちろん、この「将来の」権利または法律関係を訴訟物とすることができるとする上記の学説からするならば、この③の訴訟物の捉えかたも適法ということになる。そのように考えていくなれば、現在の権利または法律関係を訴訟物とし、その存否の確認を求めるという②の見解が遺言無効確認の訴えの訴訟物と考えた方が理論的には筋道が立つように筆者自身は考える。

そう考えるならば、本判決が、本件においてXが遺言の無効確認を求める趣旨は「Y2がY1の死亡により遺贈を受けることとなる地位にないことの確

認」を求めるものと解したのは、このような理由によるものと解されるであろう。そして、最高裁平成11年6月判決は、このような受遺者の地位は、単に、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すぎず、確認の対象となる権利または法律関係には該当しないとして、確認の訴えの適格を否定したわけである。ただ、この判断については、すでに最高裁昭和31年判決が上記のように判決理由中に述べている根拠と同じであり、画期的判断というわけではない。ただ、最高裁平成11年6月判決のもつ重要な問題は、遺言者が現に生存中で心神喪失の常況にあり回復の見込みがなく、遺言の取消し、変更の可能性がない場合であっても、受遺者の地位の法的性質は変わらないと判断したことにより、このような場合、受遺者が有する事実上の期待の程度は高まるが、その場合にも、遺言の効力の発生時期（民法985条1項）は動かさないということである。

四 お わ り に

拙稿のテーマに関する「将来の権利または法律関係の確認」の問題を詳細に論じた最初の論文は野村秀敏教授の『予防的権利保護の研究』（千倉書房、1995年）である。しかし、この時点における野村教授のこのテーマに関する結論部分は、必ずしも判然とはしない。すなわち、「将来発生する法律関係、あるいは、その発生の基礎となる法律関係の確認も、その将来の法律関係が現実化する蓋然性があれば、適法であり、このような視点は、即時確定の利益の中で判断されるべき」とし、次に、争いの対象となっている法律関係、あるいは、純粹に現在の法律関係と捉えられる法律関係がどの程度争われていれば、紛争の成熟性に欠けるところがなく、即時確定の利益が認められるか、という問いに対し、フランス法とアメリカ法とを比較し、アメリカ法上、特許関係事件においてその判断においてこの判断をするにあたり考慮されるべき種々の要素が参考になるとしながらも、結局、ケース・バイ・ケースで判断せざるをえないとする（同書380頁～381頁）。そして、「どの程度の争いがあれば即時確定の利

益を認めるに足る紛争があるといえるかについての絶対的基準はない」（同書382頁）という。このこと自体、結局のところ、どういう判断基準のもとであるならば「将来の権利または法律関係の確認の利益」があることを認めるのかについての理論形成の構築を放棄したことにならないであろうか。

「即時確定の利益」＝「紛争の成熟性」のなかに従来「確認対象選択の適否」の要素である「時間」＝「原則は現在」のなかにあったものを、拡大解釈して「即時確定の利益」＝「紛争の成熟性」のなかに包摂するとするならば、その判断を全て裁判所の判断に委ねることになり、そのことは裁判所の負担となると同時に、被告側（防御する側の利益がある）の予測不可能性にも繋がっていく。この論文が、この分野に新たな問題点を指摘した意義は大きいと思われる。しかし、そのこと自体が、中野教授をして、問題の解決を考えるうえに多くの示唆を与えたと同時に解決の困難を自ら論証することにもなってしまったのではないかと言わしめた⁹⁾

この野村論文、これに先立つ竹下守夫教授（兼子一／松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫『条解民事訴訟法』（弘文堂、1986年）[竹下守夫] 808頁以下）の問題の提起の後、本拙稿のテーマに関する判例が出されるまで、それ程この問題を取り上げた論文は見当たらない。それをして、中野教授は、「まだ来ない、「将来の」権利関係の「存在」とか「不存在」を問う意味が十分になっていないことである。」と指摘する¹⁰⁾

中野教授は、竹下教授や高橋教授が将来の権利関係の先行的確認が認められる例として挙げられている特許権侵害不存在確認の訴え（将来自社の製法で製造販売したとしても被告会社の特許権を侵害しないことの確認の訴え）¹¹⁾を適切でないとする。このような問題に関しては、差止請求権の（現在の）不存在確認の訴えを提起すればよいのであり、将来の権利関係を問題にする意味を疑問視する¹²⁾

中野教授は、この野村教授の論文以降、本格的に「将来の権利または法律関係の確認」の問題に着手したもので、諸学説に与えた影響は大きいと思われ

る。この問題について抽象的・一般的な議論を重ねることの無意味さを中野教授は問い、本拙稿の「三」で検討したように、「遺言者生存中の遺言無効確認の訴え」という問題に集約した。

そのなかで、最高裁平成11年6月判決が引用している最高裁昭和31年判決とは事案が異なるので、別個に取り扱うべきことを指摘する。すなわち、最高裁昭和31年判決は、訴えを却下する理由を「現在においていまだ発生していない法律関係のある将来時における不成立ないし不存在の確認を求めるといような訴えが、訴訟上許されないものであること」としているのに対し、最高裁平成11年6月判決はこの点は全く触れておらず、最高裁昭和31年判決が理由中の傍論として「遺言者の生存中は受遺者においては何等の権利をも取得しない。」と述べた部分を引用し、受遺者とされる者の現在の地位は「権利または法律関係には該当しない」ことを理由として訴えを不合法としているという(同論文67頁~68頁)。結局、両判決とも確認適格に関するものではあるが、否定した対象が、最高裁昭和31年判決=将来の権利関係としての遺言の確認対象適格、最高裁平成11年6月判決=受遺者とされる者の地位の権利性というように、そもそも否定の対象が異なることを指摘する(同論文68頁)。その問題性のなかから、中野教授は遺言無効確認の訴えにおける請求(訴訟物)として前述の3種類に分類し、どの場合でも確認対象適格には問題がなく、確認の利益(即時確定の利益)だけが問題となるとする。そして、三分類のうち、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を訴訟物とし、法律の適用により判断できる権利関係であれば確認訴訟の対象適格に問題はないのであるが、対象となる権利関係の成否は未必的で、確認の利益が認められるべき場合はほとんど考えることができないとする。紛争の解決手段としては、このような訴えよりも、遺言が法律要件としての効力を有しないことの確認の訴え、あるいは遺言の成立によって生じた現在の権利関係の確認の訴えの方がより適切であることは明らかであるという(同論文71頁、なお、中野教授は、最高裁平成11年6月判決において「推定相続人の当事者適格」を問題にすればよ

かったと指摘し、受遺者の地位に関しても最高裁昭和31年判決は、遺言者はいつでも遺言を任意に取り消しうることを理由に「遺言者の生存中は受遺者においては何等の権利をも取得しない」、「受遺者は将来遺贈の目的物たる権利を取得することの期待権すらもってはいない」という判示を最高裁平成11年6月判決は受け継いだのであるとする。同論文70頁）。中野教授は、最高裁平成11年判決は、確認訴訟の対象適格ではなく、即時確定の利益（狭義の確認の利益）が問題であったとし、次のような検討をする。

本件については、遺言者は生存中であるが、遺贈による推定相続人の相続権の不安定がすでに確定的となっている場合は、事情を、異にするとして、中野教授は、①遺言内容が固定し、遺言の撤回や抵触処分の可能性が皆無であること、②遺言者の近い死亡が予見されること、③推定相続人と受遺者の間に遺言の有効・無効をめぐる争いがあるようなとき、は遺言者の生存にかかわらず、推定相続人または受遺者が提起する遺言の効力の確認の訴えにつき、確認の利益を肯定すべきとする。判決による確認を受けることによって、それぞれの期待権についての現在の危険・不安定を除去し、遺産をめぐる将来必至の紛争が予防することができるからであるとする。また、このことが、証拠の散逸と消失を待つ結果となり、適正な判決の獲得ができなくなることを指摘する（同論文72頁～73頁）。

この三要件を最高裁平成11年6月判決に適用して、中野教授は「最高裁の平成11年6月判決は、特殊な事案に対し、確認対象の適格についての判例・通説の転回前の旧判例を形式的に適用して事件にともかくピリオドを打った事例判決である。そのためかどうか、最高裁の破棄原判の判決でありながら、公式の最高裁判例集には搭載されていない。今後、同じような事件にそれを援用する場合には、慎重な配慮が必要であろう。」（同論文74頁）とする。

さて、中野教授が提示された本事件のような問題に関する「即時確定の利益」の有無について若干の検討を筆者自身展開したいと考える。少なくとも、本事件について③の要件は充足していると思われる。しかし、まず、②の要件につ

いて、「近い死亡の予見」とはどの程度の時間的スパンを中野教授は考えられておられるのだろうか、少なくとも、この論文中の要件からは不明瞭である。また、①の要件についても、遺言内容の固定、遺言の撤回や抵触処分の可能性が皆無であるということの、現医学上の点からおける蓋然性の高さに対する懐疑がありうるし、どの段階をもって、またこの判断の認定を裁判所に委ねることの問題性（それこそ、民事訴訟法の適正性と効率性の調整の兼ね合い）をどこまでこの問題の射程距離と考えるのか、ましてや、年月の経過とともに証拠の散逸・消失を生ずる結果となり、適正な判決が得にくくなるという立論の仕方には疑問を感じる。なぜならば、証拠保全の問題と確認の訴えの利益という訴訟要件を交錯させるなかで「即時確定の利益」の問題を考察するのは議論の立て方が違う、と筆者は思料するからである。確かに、この点に関し、中野教授自身、証拠散逸の危険に関しては証拠保全の手続（民訴 234 条以下）によって対応すれば足りるという反論があるかもしれないが、証拠保全は、将来行われる訴訟で顕出されるべき証拠を保全するものであって、現在の紛争解決のための直接の手段とはならない（同論文 73 頁）と反論される。しかし、といって、証拠保全手続の代わりに「即時確定の利益」を認めることの理論的基盤とはなり得ないのではなからうか。

確かに前述したように、「確認の訴えの利益」に関しては、確認の対象となりうるものが理論的には無限定であるから、その判断基準たる「対象選択の適否」「方法選択の適否」「即時確定の必要性」の要件によって、その対象となり得るものに絞りをかけて選別してきたのである。しかし、前述したように、その要件に関して緩和化・拡大化が図られつつあるというのが昨今の判例・学説の状況なのである。この方向性を推し進めているのは、確認訴訟の機能のなかで最も期待されているであろう紛争の予防的機能を過大視するところが大きいと思われる。しかし、確定した確認判決には既判力はあるが、それ以外の、たとえば執行力のような抜本的・効果的な効果を期待できるわけではない。あくまでも、その確認判決を契機としての次のステップ段階で紛争当事者間におい

てどのような紛争抑止機能を持ちうるか、という点に掛からしめられる。

中野教授は確認訴訟の対象となる権利関係が現在のものか、将来のものかは判然と区別できるのかという疑問、また、それを現在・将来のいずれかと決めることが、それほど重要なのかという疑問を提示する（同論文74頁）。その一例として、賃貸借継続中の敷金返還請求権存否確認について確認の利益を肯定した最判平成11年1月21日民集53巻1号1頁（以下、「最高裁平成11年1月判決」と略記する）、判時1667号71頁、判タ995号73頁を検討する¹³⁾

この事件は、建物の賃借人Xが賃貸借契約締結に際し、前賃貸人（本件建物の前所有者）に保証金の名称で敷金を差し入れたと主張し、前所有者から本件建物を譲り受けて賃貸人の地位を承継したYに対し、賃貸借契約の継続中に、右敷金返還請求権の存在確認を求めた。なお、Xが掲げた請求の趣旨は、当初、確定額（前賃貸人に差し入れたと主張する400万円から約定に基づく2割の償却額を控除した残額320万円）の右請求権の存在確認を求めるというものであった。これに対し、Yは、Xが前賃貸人に対して敷金を差し入れた事実を争った。一審は、Xが確認を求める敷金返還請求権は、将来賃貸借契約が終了し、担保されるべき債務が全て清算された機に発生するもので、未だ具体的内容（金額）が確定していない抽象的な権利にすぎないから、本件は法的紛争として未成熟であり、即時確定の利益を欠くとして、Xの訴えは却下された。原審は、Xに釈明し、本件訴えを本件賃貸借契約から生ずる基本的法律関係である敷金返還義務の確認を求めると見た上で、賃貸人の地位に承継があった場合に、旧賃貸人、賃借人間の契約により発生した債権債務の基本的な法律関係の存否自体に争いがあるのに、それから生ずる給付の具体的金額が確定していないとの理由だけで右法律関係そのものの確認の訴えが許されないとすると、賃借人が契約終了まで不安定な法律関係の下に置かれ、極めて不合理である、本件において、Yは、Xの前所有者に対する敷金差入れの事実を否認し、その返還義務を争っている。すなわち、本件ではXがどの程度賃料不払いをするか分からないとの点が争われているのではなく、その前提となる基本

的な法律関係である Y の敷金返還義務の存在自体が争われているのであるから、X にとってこの点の争いを確定しておく必要があり、貸借人 Y にとってもこれを確定しておく必要があり、貸借人 Y にとってもこれを確定しておくことは有益であるなどとして、訴えの利益を認め、一審判決を破棄し、事件を一審に差し戻した。

その結果、最高裁平成 11 年 1 月判決が「建物賃貸借における敷金返還請求権は、賃貸借終了後、建物明渡しがされた時において、それまでに生じた敷金の被担保債権一切を控除しなお残額があることを条件として、その残額につき発生するものであって…賃貸借契約終了前においても、このような条件付きの権利として存在するものということができるところ、本件の確認の対象は、このような条件付きの権利であると解されるから、現在の権利又は法律関係であるということができ、確認の対象としての適格に欠けるところはないというべきである。」という判断を下した。

しかし、この点については、敷金返還をめぐる紛争は、賃貸借契約の終了後、建物明渡の時点までは、現実化・具体化せず、額も決まらないのであり、現時点における危険は抽象的なものに留まる。その点からするならば、即時確定の利益はないのではないかという点が問題になる。

本判決は「条件付き権利」につき確認の利益を正面から肯定した最初の最高裁判所判例である。

このことを中野教授は次のように捉える。「判旨は、現在の権利関係の確認という枠に引き戻しているが、その現在の権利関係とは、条件付権利たる敷金返還請求権にほかならず、将来の条件成就によりはじめて現実化し、金額や履行期なども具体的に決まるのであるから、その判旨をもって将来の権利関係の確認を容認したものと位置付けることもできるのではないだろうか」（同論文 76 頁）。そして、中野教授は敷金返還請求権は停止条件付権利とし、現在の停止条件付敷金返還請求権と将来の敷金返還請求権とは、別の権利といえ、別の権利であるが、両者は、同一の建物賃貸借契約に基づいて発生し、同一の利

益に向けられた、実質的に同じ権利でもある。時相を異にして異別と観念されるにすぎないとする（同論文 77 頁）。それを、実質的に同一の権利関係が、過去・現在・将来のいずれに属するかによって異別に切り扱われるということは、対象たる権利関係の適格の問題ではなく、時相によって即時確定の利益の判断が異なりうるにすぎないと解すべきという（同論文 78 頁）。中野教授は結論として、「確認訴訟の対象は現在の権利または法律関係でなければならぬ、ということが金科玉条とされた時代は、遠く過ぎ去った。今日では、過去の法律関係や法律行為の効力の確認請求が許されることについて、全く異論をみない。それにもかかわらず、将来の権利関係の確認の諾否については、模煇たる理論状況が久しく続いている。しかも、学者の見解が対立して互いに譲らないというような論議があつてそうなっているわけでもない。この閉塞状態を打破するためには、将来の権利関係とは何なのかというところから問題を問い直してみる必要がある。過去・現在・未来というのは、流れてやまない時間の経過をある時点で捉えて観たものにすぎず、対象となる同じ権利関係が過去・現在・未来のいずれかの時相に置かれるかによって異別の権利関係となるわけではない。その同じ権利関係が過去・現在・未来の区別によって異なってくるのは、即時確定の利益であつて、確認訴訟の対象適格ではないのではないか。その意味で、将来の権利関係の確認という問題は過去の権利関係の確認という問題と軌を一にする。」（同論文 80 頁）という。

ここで、筆者として「将来の権利または法律関係の確認の訴え」というテーマに関して現在の最高峰にあると資料される中野貞一郎教授のこの御論考に若干の異論を述べることにして、この問題を考察する一助としたい。もし、中野教授のように「将来の権利関係の確認という問題」が「確認の対象適格」の問題ではなく、「即時確定の利益の問題」に収斂していくと立論した場合、いくつかの疑問点があるように思われる。

まず、「過去」の権利または法律関係」という対象選択の適否の「過去」の排除は一面的にはなされている。しかし、「過去」というのは「現在より以前

のとき」を意味し、「過去」の権利または法律関係は、「確実に存在したもの。完了しており変動の可能性が全くないもの」である。しかし、「将来」というものは、「将来来たらんとするとき」ということであり、これから先のことである。すなわち、「将来」の権利または法律関係は「確実に存在することが不確定なもの。不確定で変動の可能性を多く含み、変動の可能性はあくまでもシミュレーションにすぎず、そのシミュレーションは変化する可能性があるもの」なのである。「過去・現在・未来」は中野教授の言われるように、確かに「流れてやまない時間の経過をある時点で捉えて観たもの」である。しかし、「流れ去った時点」は暦の上でも「過去」なのであり、「過去」の事象は確実に存在しており、それを振り返ることはできる。しかし、「流れ来る時点」の「将来」の事象は確実に存在するという確固たる保障はまったく存在しない。「これから起こるであろう将来の権利または法律関係」の捕捉は不可能であり、「請求の特定」（民訴133条2項号）は裁判所にとっても、また、防御する被告側にとっても必須の事項なのである。その点からしても、「過去・現在・未来」という時の流れの時間的見方の違い、と単純に考えることは不可能であると思われる。

次に、中野教授は最高裁平成11年1月判決が条件付・期限付で確認の訴えを認めたということの一つの突破口として、「将来の権利または法律関係」まで認められたと結論付けるが、それは論理的に行き過ぎではないか、という点である。敷金返還請求権の存否の問題は契約期間が満了すれば確実に来る「将来」である。最高裁平成11年1月判決は敷金返還請求権について、賃貸借終了後、家屋明渡時に敷金からそれまでに生じた敷金の被担保債権一切を控除し、なお残額があることを条件として、その残額に発生する（最高裁昭和46年（オ）第357号同48年2月2日第二小法廷判決・民集27巻1号80頁）としたのである。それゆえ、最高裁は、敷金返還請求権自体を「現在の権利または法律関係」と把握した。そこには、「確実に来ると予測される将来」の射程距離の問題がある。しかし、中野教授が「将来の権利または法律関係」を論じ

るに際し、この問題の論議の進展に役立つものとして題材とした最高裁平成11年6月判決は「遺言者が生存中であるが、アルツハイマー型老人性痴呆症のような病気に罹患し、遺言書の取消し・変更をする可能性が極めて困難」という特殊事例を引き合いに出して、この問題を論じようとしている。この問題に関しては、受遺者、推定相続人の地位も絡んでおり、この最高裁平成11年1月判決と同列に論じるなかで「将来の権利または法律関係の確認の訴えの是非」という問題を考えるに際し、同一基盤に位置付けられるものではないであろう。同じ論点を考えるのに、事案の相違が在りすぎ、そこから、「将来の権利または法律関係の確認」＝時相の違いがあるにすぎないから、すべて「即時確定の利益」があるかどうかには焦点を絞ることは、逆に、この問題を余りに拡大化する懸念がある。たとえば、中野教授は、最高裁平成11年6月判決では「即時確定の利益」の存否の判断基準を3要件の充足として提示したが、他の「将来の権利または法律関係の確認の訴えの利益」の存否の問題については何を判断基準とするのであろうか。結局、ケース・バイ・ケースで裁判所の判断に委ねるということになるのであろうか。そのことは確認の訴えの利益の対象の拡大化を①対象選択の適否、②方法選択の適否、③即時確定の必要性、という3要件によって絞りをかけてきたことの縛りを放ち、③即時確定の必要性という要件に特化した判断構造を生み出すことになりはしないか。

前述したような確認の訴えの利益の要件緩和化のなかで、「即時確定の利益の有無」の点のみに問題点を集約化する理論の構築に、逆に理論の綻びをみる感がしないでもない。

昨今の学説の動きを見るならば、現在の法律関係か将来の法律関係か、という観点のみでは確認請求の可否の判断をすることはできず、より実質的に、原告の実体的利益の保護ないし紛争解決についての必要性・実効性の観点から検討する必要があるとするものであり、検討の重点が「即時確定の利益」に移行してきたということを示唆している（畑「建物賃貸借契約継続中の敷金返還請求権存在確認請求の確認の利益」(法教229号119頁)¹⁴⁾

しかし、将来の争いについては、それが現在の争いに起因して発生する可能性があるとしても、将来の争いが現実に現在化しているわけではなく、あくまでも、その可能性にすぎない。将来の権利関係の存否の確認を求める形態で訴えが提起された場合に、争いが現存すると仮定して適法性を認めることは無理であるように思われる。

注

- 1) 高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上』(有斐閣, 2005年) 66頁。
- 2) この点に関し、高橋宏志教授は、確認対象では「事実の確認は許されない」とすることに対し、これにこだわる必要はないとする。その理由として、事実と法律関係・法的評価の区別が微妙複雑であってこの区別に依ることが生産的でないし、「事実」の確認が抜本的ないし包括的紛争解決をもたらす場合には、その確認の利益を肯定してもよいとする。そして、民事訴訟法 134 条の書面真否確認の訴えが認められていることを挙げる。高橋・前掲注 (1) 329 頁。
- 3) この新井教授の評釈に対し、野村秀敏教授は、新井教授が本判決が遺言を有効・無効のいずれと解しているのか判然としない点を批判していることに対し、「このような考え方は、有効か無効かを静態的にしか観察していない誤りを有している。すなわち、遺言が有効か無効かは実際には必ずしも判然としないことが多いと思われる。そこで、当該遺言が無効か否かの問題を棚上げしたうえで、それを取り消すということはいくらでもありうる(無効行為の取消しの問題)。そして、遺言が実体上有効か無効かにかかわらずそれを取り消せれば確認の利益はなく(それ故、本件遺言が有効か無効かを確認の利益の次元で明確にする必要はない)、その取消しのためには、遺言者の現在の能力こそが重要であるので、…遺言時の能力ではなく、その後の経緯(これは現在の能力の有無、程度の判断資料となろう)を重視しているのである。」と批判し、遺言が有効か無効かの実体上の問題を確認の利益があるか否かの訴訟上の問題の次元に持ち込む誤りを犯していると批判する。『予防的権利保護の研究—訴訟法学的側面から—』(千倉書房, 1995年) 408頁~409頁。
- 4) 中野教授は、野村教授のこの論文について、「取められた豊富な参考資料とともに、問題の解決を考えるうえに多くの示唆を与えた。しかし、それと同時に、解決の困難を自ら論証することにもなってしまったのではないかと指摘する。中野貞一郎『民事訴訟法 II』(判例タイムズ社, 2001年) 60頁。
- 5) この点に関し、川嶋教授は「最高裁昭和 30 年判決は遺言とは関係のない事案であり、しかも、本件遺言無効確認訴訟が、実質的には遺言者生前における受遺者の法律関係自体を問題とし、その確認対象性を判断しているので、それと同旨の事項を問題としていた最高裁昭和 31 年判決が(提訴者はことなるものの)先例として援用されたことは、もっと

ものである」とする。判タ 1013号 72頁。

- 6) ところで、中野教授のなかにも概念として使用されている「期待権」とはどのようなものであろうか。「将来一定の事実が発生すれば一定の法律上の利益を受けられるであろうという期待をもつことができる地位。たとえば、相続人は、被相続人に死亡という事実が発生すれば遺産の一部または全部を承継できるであろうという期待を法律上もつことができるから、その地位（相続権）は期待権になる。…期待権の法律上の保護は期待権の種類によって異なるが、条件付権利という期待権の保護は比較的大きい（民128条・129条）とされている。金子宏＝新堂幸司＝平井宜雄『法律学小事典 第4版』（有斐閣，2004年）180頁～181頁。
- 7) 伊東乾・判例評論7号13頁，高島義郎・法学論集7巻2号73頁，三ヶ月章・法学協会雑誌75巻2号102頁，山田正男・法学会論集8巻1～2号96頁，谷田貝三郎・民商法雑誌35巻4号83頁，長谷部茂吉・法学セミナー10号70頁，萩大輔・家族法判例百選「別冊ジュリスト12」197頁，萩大輔・家族法判例百選<新版>「別冊ジュリスト40」276頁～278頁，高島義郎「遺言者生前の遺言無効確認の訴の適否」法学論集（関西大学法学会）7巻2号，三ヶ月章「遺言者生前の遺言無効確認の訴の利益」法学協会雑誌75巻2号，萩大輔「遺言者生前の遺言無効確認の訴と確認の利益」別冊ジュリスト40号276頁，萩大輔「遺言者生前の遺言無効確認の訴と確認の利益」別冊ジュリスト40号2号276頁，長谷部茂吉「遺言者生前の遺言無効確認の訴の適否」最高裁判所判例解説民事篇昭和31年度173頁。
- 8) 同旨・川嶋四郎・判タ1013号74頁（注37）。
- 9) 「将来の権利関係の確認」『民事訴訟法の論点 II』（判例タイムズ社，2001年）60頁。
- 10) 中野・前掲注（9）61頁。
- 11) 諸学説が上げている例「ある機械の製造販売会社甲が，許諾料を払って，乙会社の特許権につき実施権の設定を受けていたが，独自の技術開発によりもはやその必要がなくなったとして，実施契約の解約をしようとするに至ったところ，乙は，解約後も同じ機械の製造を続けければ，特許権侵害となるから，差止および損害賠償を請求すると主張している場合に，甲は，解約後も乙の特許権を侵害することなく，機械の製造を続けて行く権利を有する旨の宣言的判決を求めるとした判例がある。兼子一／松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫『条解 民事訴訟法』（弘文堂，1986年）808頁〔竹下守夫〕。同じ例を引用するものとして，高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上』（有斐閣，2005年）342頁以下。
- 12) 中野・前掲注（9）62頁以下。
- 13) 山本和彦「将来の法律関係の確認－敷金返還請求権の確認」伊藤真ほか『民事訴訟法判例百選〔第三版〕』70頁，川嶋四郎「建物賃貸借契約の継続中における敷金返還請求権の存在確認を求める訴えの適否」判タ1009号39頁以下，坂田宏「賃貸借契約中の敷金返還請求権の存在確認の利益」『私法判例リマークス 2000<上>』128頁以下，畑瑞穂「建物賃貸借契約継続中の敷金返還請求権存在確認請求の確認の利益」法教229号118頁，内藤

裕之「建物賃貸借契約継続中に賃借人が賃貸人に対して敷金返還請求権の存在確認を求める訴えにおける確認の利益の有無（積極）」『みんけん 民事研究』514号24頁以下（2000年）、野村秀敏「建物賃貸借契約継続中に賃借人が賃貸人に対し敷金返還請求権の存在確認を求める訴えにつき確認の利益があるとされた事例」『成城法学』60号139頁以下、野村教授は、最高裁平成11年1月判決について、条件付権利といいながら、実質的には将来の権利関係の確認を適法と認めてしまっているとする（前掲判批206頁）。この最高裁判決が出され、一気にこの問題が注目されるようになった感がある。しかも、予防的司法という観点から、このような理論の動きに賛同する学説も多々見受けられるようになった。

- 14) ただ、畑教授はここではこの判旨について「即時確定の利益」があったか否かの結論は出していない。

*本稿は、2007年度に交付を受けた松山大学特別研究助成による研究成果の一部である。