

建物賃貸借契約継続中に賃借人が賃貸人に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

野村秀敏

最高裁平成一一年一月二二日第一小法廷判決（平成四年(オ)第一四四五号、債権確認請求事件）民集五三卷一号一頁、判例時報一六六七号七一頁、判例タイムズ九九五号七三頁

〔参照条文〕民事訴訟法一三四条、民法六一九条二項

【事実】 X（原告・控訴人・被上告人）は、昭和五六年三月九日、訴外Aから本件建物を賃料は月額一〇万円、期間は三年とする約定で借り受けた（以下「本件賃貸借契約」という）。この本件賃貸借契約の締結に当たり、XはAに対し、本件賃貸借契約より生じる債務を担保するために保証金として金四〇〇万円（以下「本件保証金」という）を交付したが、その際、XとAは、本件賃貸借契約の終了時にその二割を償却した三三〇万円を返還することを合意した。他方、Y（被告・被控訴人・上告人）は、昭和五七年二月二日、Aから本件建物の所有権を取得し、本件賃貸借契約上の賃貸人の地位を承継した。Yは、平成五年六月二二日、X外二名に対して賃料増額の調停を申し立てているが、右調停手続において本件保証金差入れの事実を否定した（第一審は、Yは、右事実が認められる

としてもYに返還義務はない、との主張もしたとしているが、原審は、保証金差入れの事実を争っている、とだけしている。そこで、Xは、本件賃貸借契約の終了に先立ち、本件保証金の残金である金三三〇万円の返還請求権を有することの確認を求めるとして、本件訴えを提起したが、Yは確認の利益の存在を争った。第一審（東京地裁平成六年九月九日判決）は、Xが確認を求めるとして保証金返還請求権は、将来賃貸借契約が終了し、担保されるべき債務がすべて清算された後に発生するもので、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は未成熟であり、即時確定の利益を欠くとして、本件訴えを却下した。

X控訴。原審（東京高裁平成七年三月二十九日判決）は、釈明のうえ、Xの請求の趣旨を、本件賃貸借契約に基づく保証金四〇〇万円について、右賃貸借契約が終了したときは、YはXに対し、XがYに対して負担する右賃貸借契約上の債務額（約定に基づく二割の償却を含む）を控除した残額を返還すべき義務があるとの基本的な権利義務関係の確認を求めると見て確認の利益を肯定し、第一審判決を取り消して事件を第一審に差し戻した。その理由とするところは、以下の点にあった。①賃貸人の地位に承継があった際に、旧賃貸人と賃借人との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、これに基づく現在の給付の具体的な金額が確定していないという理由だけで基本的な法律関係そのものの確認の訴えが許されないとすると、賃借人としては、賃貸借が終了するまで不安定な法律関係の下に置かれることになり、これでは、将来実際に紛争が発生し、具体的な給付請求権の存否が争われたときは証拠が散逸し、訴訟における立証に支障が生ずることも考えられることからいっても、極めて不合理である。②本件では、Xが契約終了時までどの程度賃料不払いをするかわからないとか、その他Xがいかなる債務を負担することになるかわからないということ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の保証金返還義務の存否自体が争われているのであるから、Xにとってこの点を確定しておく必要があり、これを確定しておくことはYにとっても有益なはずである。

Y上告。上告理由の趣旨は、以下の点などにあつた。①未だ争訟が現実化していない法律関係、将来の争訟の前提となる基本的な法律関係については原則として確認の利益は否定される（最判昭和三一・一〇・四民集一〇巻一〇号一二二九頁引用）。②Xが本件訴訟において目的としているのは本件賃貸借契約終了時における保証金返還請求権という給付請求権であるが、将来の給付の訴えが適法であるためには特別な事情が必要である。ところが、本件訴えは、確認の訴えに藉口して、この特別な事情が必要であるという将来の給付の訴えについての制限を潜脱するものである。

【判旨】 上告棄却。

「建物賃貸借契約における敷金（判旨は、この引用箇所直前で、本件賃貸借契約の締結に際して交付された金は保証金の名称による敷金であるとする——筆者）返還請求権は、賃貸借終了後、建物明渡しがされた場合において、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つて（最高裁昭和四六年（注）第三五七号同四八年二月二日第二小法廷判決・民集一七巻一〇八〇頁）、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ふことができる。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ふことができ、確認の対象としての適格に欠けるところはないといふべきである。また、本件では、Yは、Xの主張する敷金交付の事実を争つて、敷金の返還債務を負わないと主張しているのであるから、Y・X間で右のような条件付きの権利の存否を確定すれば、Xの法律上の地位に現に生じている不安ないし危険は除去されるといえるのであつて、本件訴えには即時確定の利益があるといふことができる。したがつて、本件訴えは、確認の利益があつて、適法であり、これと同旨の原審の判断は是認することができる。」

【評釈】 判旨の結論には一応賛成するが、理由付けには疑問がありうる。

一 本件訴訟では、確認の対象となっている権利または法律関係が将来のものであるか、現在のものであるかが問題とされているが、判旨は、条件付きの権利という現在の権利または法律関係が確認の対象とされていると見て確認の利益を肯定した。しかしながら、判旨も引用する敷金返還請求権の法的性質に関する判例の理論と条件に関する通説的理解、および確認の利益に関する伝統的立場を前提とする限り、判旨の結論には疑問がありうる。それを是認するためには、敷金返還請求権の法的性質に関する判例理論を変えるか、確認の利益に関する伝統的立場を変えた方が直截ではなからうか。

二 (1) 従来の伝統的な見解は、確認の利益の有無を判断するための視点として確認対象の選択の適否というものをあげ、その一環として、「現在の権利または法律関係」のみが確認の対象になるとしてきた。そして、その反面、過去の権利または法律関係や法律行為の効力および将来の権利または法律関係は確認の対象とはならないとしてきた。ところが、このうちの過去の権利または法律関係や法律行為の効力は確認の対象とならないとの命題は、親子関係の主体の一方の死亡後における過去の親子関係の確認の訴えを適法とする最大判昭和四五・七・一五民集二四卷七号八六一頁を初めとする多くの最高裁の判例により否定されるようになり、このような判例の動きは学説上も全面的に支持されて今日に至っている。だが、他方で、将来の権利または法律関係は確認の対象にならないとの命題の方は、最近有力な異論を見るようになってきているもの、なお一応は、判例・通説たる地位を占めているといつてよいように思われる。<sup>1)</sup>

(2) 過去の権利または法律関係や法律行為の効力の確認とは異なり、判例上、将来の権利または法律関係の確認の適否が問題されたことはあまり多くはない。そして、その数少ない判例のうち将来の権利または法律関係の確認が許されない理由を最も詳しく述べているのは、上告理由も引用する①最判昭和三一・一〇・四民集一〇卷一〇号一一二九頁である。

事案は、遺言者が生存中に受遺者に対し遺言無効確認を求めたというものであるが、判例①は、法律行為の効力の確認は許されないと伝説的な見解を前提としつつ、遺言という法律行為の無効の確認は許されないとし、原告の訴旨を遺言による法律効果としての法律関係の不存在確認請求と捉えても、それは現在の法律関係の存否確認を求めめるものではなく、原告死亡時という将来の時に発生するか否か問題となりうる法律関係の不存在確認を求めめることに帰して、当該訴えは不適法であるとした。そして、その理由として、次のような一般論を述べている。「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、将来争訟の起こりうる可能性がある場合においても、かかる争訟の発生は常に必ずしも確実ではなく、……むしろ現実争訟の発生するを待つて現在の法律関係の存否につき確認の訴えを提起し得るものとすれば足りる。」

次に、②最判昭和三三・九・一九裁判集民事二七号九〇一頁は、遺留分権利者となり得る地位にある原告が、「被相続人が第三者に対して行った不動産所有権の移転は、被相続人および第三者はその相続財産の減少を来すことを知つてなした取引であること」の確認を、被相続人と右第三者を相手に求めたという事案に関わる。この請求の趣旨は、当該不動産が遺留分算定の基礎に含まれる財産であることの確認を求めるところにあると思われるが（民一〇三〇条参照）、判例②は、これは、相続の開始によって将来発生するであろうという（或は発生しないかもしれない）法律関係の確認に帰着するとしうえて、判例①を引用しつつ当該訴えを不適法とした。

このように、昭和三〇年代初頭の二つの判例によって最高裁の立場は確立されたように見え、そのためと思われるが、その後長い間、将来の権利または法律関係の確認の適否を主要な争点とする判例はあまり見られないようになってきた。<sup>(2)</sup>ところが、比較的最近、そのような訴えを正面から適法と認める下級審判例が現れて、社会的にも注目を浴びたが、結局、その立場は最高裁によって否定されてしまった。その判例は、アルツハイマー型老年痴呆に陥った被告が、もう一人の被告に土地建物を遺贈する旨の遺言をした（その後、さらに禁治産宣告を受けている）

ために提起された、遺言能力の欠缺と方式違反を理由とする、遺言者の養子であつて唯一の推定相続人たる原告からの遺言無効確認の訴えに関わる。第一審の③大阪地判平成六・一〇・二八判タ八六五号二五六頁は、判例①を踏襲して確認の利益を否定したが、その控訴審である④大阪高判平成七・三・一七判時一五二七号一〇七頁は、被告たる遺言者が禁治産宣告を受けて病状に回復の見込みがないため、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である場合には、その生存中であつても例外的に遺言の無効確認を認めるのが、紛争の予防のために必要かつ適切であるとした。すなわち、判例④は、原告が保護を求めている利益ないし法的地位が、遺言者が死亡したときに、当該遺言に基づく法律関係がないという将来のものであつても確認の利益が認められることがありうるとし、他方で、判例①は事案を異にしたのであるが、その上告審である⑤最判平成一一・六・一一判時一六八五号三六頁は、やはり判例①を引用しつつ当該訴えを不適法とした。

ともあれ、最近例外がありうるとの下級審判例が現れてはいるが、それも最高裁によつて否定されたから、判例の立場は、将来の権利または法律関係は確認の対象とならないものであるとすべきであらう。しかし、そのような判例上も、かなり古いそれではあるが、条件付きまたは期限付きの権利は確認の対象となるとされていた。たとえば、⑥大判明治四二・一二・二三民録一五輯九六七頁は、早尅時に堰留を取り払わせる権利の確認の訴えに関わるが、権利自体は現在存在し、その履行の時期が将来の不確定の事実の発生に係っているだけであるとして、当該訴えを適法とした。<sup>(4)</sup>

(3) 通説も、過去の権利または法律関係や法律行為の効力の確認は許されないとの命題を放棄した後も、将来の権利または法律関係は確認の対象にならないとの命題の方は維持している。<sup>(5)</sup>そして、伝統的な学説が条件付き・期限付きの権利であれば確認の対象になるとしている点も、判例と同様である。<sup>(5)</sup>

ところが、学説上は、過去の権利等は確認の対象にならないとの命題を放棄した後、既に判例③④⑤の出現以前

に、将来の権利または法律関係であっても確認の対象になりうるとの見解を生じた。<sup>(7)</sup> この見解は、社会生活の高度化、複雑化に伴い、法律関係の不明確が生じやすくなっており、その不明確自体が重大な経済的、社会的な損害をもたらすようになってきているという事実を重視し、その損害を避けるために確認訴訟の予防的機能が役立つことに注目するものである。そして、その後判例③④⑤が出現するに至ったわけであるが、学説上は、判例③よりも判例④の態度の方が好意的な評価を受けており、<sup>(8)</sup> 右のような最近の見解は次第に有力化しつつあるように思われる。<sup>(9)</sup>

三 (1) 以上のような判例・学説の流れの中で、判旨は、将来の権利または法律関係は確認の対象にならないが、条件付き・期限付きの権利は確認の対象になりうるという伝統的な判例・学説の立場を維持しつつも、本件の確認の対象はその条件付きの権利であると見て、確認の利益を認めた。しかし、本件の確認の対象が厳密な意味での条件付きの権利であるかには疑問がありうる。

(2) 最判昭和四八・二・二民集二七卷一八〇頁は、「敷金は、賃貸借存続中の賃料債権のみならず、賃貸借終了後家屋明渡義務履行までに生ずる賃料相当額の債権その他賃貸借契約により賃貸人が賃借人に対して取得することあるべき一切の債権を担保し、賃貸借終了後、家屋明渡がなされた時において、それまでに生じた右の一切の被担保債権を控除しなお残額があることを条件として、その残額につき敷金返還請求権が発生する」とし、判旨も、これを引用しつつ同文を繰り返している。そして、通説も、その間で、判例と同じく敷金返還請求権が明渡時に発生すると見るか（明渡時説）、賃貸借契約終了時に発生すると見るか（終了時説）に争いを残しつつも、将来の時点で一定の事実が存在するに至った場合に発生する点では、判例と軌を一にしている。<sup>(10)</sup> ともあれ、明渡時説によれば、敷金契約（と賃貸借契約。なお、敷金契約は要物契約であるから、敷金の差入れは敷金契約の効力要件に含まれる）を基礎とし、将来それがいう条件が成就したときに、敷金返還請求権は発生する。

右に見た判例理論を裏からいえば、敷金返還請求権は将来の明渡時までには発生していないことになるが、判旨が

いう条件とはその請求権の発生要件の一部を、条件付き権利とは当事者間に存在するその発生の基礎となる法律関係を意味していることになる。すなわち、判旨がいつている現在の権利または法律関係とはこの基礎となる法律関係にはかならない。他方、第一審がいつている抽象的な権利(むしろ、将来の権利というべきであろう)とは、それにプラスして判旨がいつ条件が成就した場合に生ずる権利にほかならないから、そのような権利について本案判決をしてみても、確定されるのは右の基礎となる法律関係の存否だけであるということになる。それ故、第一審と判旨とがそれぞれ問題としている権利または法律関係は、言い方を変えて、実質的には同一のものを意味しているように思われる(ただし、原告が当初呈示していた請求の趣旨は、現在確定的な権利を有するとの趣旨であるかの印象を与え、不適切な感がないではない)。

ところで、条件とは、法律行為の効力の発生(ここで問題とされているのは停止条件である)を将来の不確実な事実の成否に係らしめる附款であり、法の要求する一般的効力要件を具備した法律行為の効力の発生(すなわち、それが付されていないならば発生するはずの法律行為の効力の発生)を、当事者の意思によって制約するものである。<sup>(11)</sup>そこで、条件に関するこの通説的理解によれば、条件なしの一般的効力要件を具備した法律行為としての契約とそれの効力が、まず考えられるはずである。たとえば、条件付き売買(例、割賦販売。条件付き法律行為の典型例)による所有権移転の場合には、条件の付されていない売買契約とそれによる即時の所有権移転を考慮することができる。これに対し、先に見た判例理論を前提とする限り、敷金返還請求権の場合には、それがいつ条件は当該権利の発生要件の一部を意味し、それなしの契約を考へることはできないのではなからうか。すなわち、敷金返還請求権の法的性質に関する判例理論のいつ条件は厳密な意味での条件と捉へることには疑問がありうるのではなからうか。<sup>(12)</sup>

もつとも、条件付き権利ならば確認の対象になりうるという場合の条件を、法律行為の附款としての条件の典型



例と同一に捉える必要はないとの立場もありうるかもしれない（法概念の相対性）。しかし、伝統的な判例・学説が条件付き権利は確認の対象になりうることをの趣旨は、権利発生基礎となる法律行為が一般的効力要件を具備している程に当該権利が成熟している場合には、当事者の意思によって付加された特別な効力要件が満たされていなくとも確認の対象と認めて差し支えないというものであろう。ところが、ここで条件という法概念について相対性を認める立場があるとすれば、それは、このような伝統的な判例・学説の趣旨に反することになる。すなわち、発生要件の一部が満たされていない権利にも確認の利益を認めるとすれば、すべての将来の権利または法律関係が確認の対象たりうることを認めることに帰着することにもなりかねない。<sup>13)</sup>

(3) 以上述べたところから、将来の権利または法律関係は確認の対象にならないが、条件付き・期限付き権利であれば確認の対象になりうるとの伝統的な判例・学説の立場を前提とする場合には、本件で確認の対象とされている権利または法律関係を第一番のように捉えようと、判旨のように捉えようと、それに確認適格を認めることには疑問がありうるということになる。

四 (1) しかしながら、そうであるからと言って、判旨の結論が不当であるということにはならず、別個の理論によって、それを是認しうる可能性があると考える。

その第一の可能性は、敷金返還請求権の法的性質に関する判例理論を見直すことである。すなわち、民法学説上、敷金に関し、弁済ではなく担保のために金銭を支払った以上、（その所有権は移転するが）同時に返還債権を生じ、ただ担保目的のために返還の期限及び当然相殺の予約に制約される、とする見解が存在する。<sup>14)</sup> この見解によれば、敷金差入れの時点で敷金返還請求権は発生し、単に、賃借人は賃貸借契約の終了という期限の到来までは返還を請求できないだけであるとされる（他に、当然相殺の予約にも服す）。

右の見解によると、附款によって制約されているのは敷金返還請求権の発生ではなく、その行使である。すなわ

ち、この見解は、弁済のためでない金銭所有権の移転というものをまず考え、もし担保目的という附款が付されていないければ、賃借人は直ちに発生した返還請求権の行使を許されるはずであるとしているから、期限によって制約されているが一般的効力要件を具備した法律行為の効力というものを考えることができる(法の要求する一般的効力要件を具備した法律行為の効力の発生を、当事者の意思によって制約するという点では、条件であろうと期限であろうと差異はない)。すなわち、この見解がいう期限は真の意味での期限であり、それ故、敷金返還請求権の法的性質に関してこの見解を前提とするならば、条件付き・期限付きの権利であれば確認の対象になりうるとの伝統的な判例・学説の立場によっても、判旨の結論を是認することができる。

(2) 以上のように、判旨の結論を是認する第一の可能性は、敷金返還請求権の法的性質に関する判例理論を変えらるることであるが、そうすべきか否かは、訴訟法上の問題点に関する判例の評釈というこの場での検討に適しないであろう。そこで、第二の可能性に移るが、それは将来の権利または法律関係も確認の対象になりうるということを中心から認めることである。そして、例外的にこのようなことが認められうるとの下級審の判例が現れており、学説上もこのような立場が次第に有力化しつつあることは既に見たとおりである。というか、筆者は、この趣旨の見解を最も強く主張している張本人であるから、それが妥当であることの一一般論としての論証の詳細については、先に二(3)で紹介した点のみを援用しつつ、筆者の別著<sup>(15)</sup>に譲らせていただくことにする。

ただし、右の立場に従っても、最終的に確認の利益が認められるためには、さらに即時確定の利益が要求されるが、この視点の下においても本件事案において確認の利益を認めることが妥当であることについては、本判決掲載のコメントの指摘する点を援用することができる。<sup>(16)</sup> すなわち、第一に、本件紛争は、賃貸人の地位を承継したYが敷金差入れの事実を否定していることに原因があり、敷金により担保される債権の範囲や額等が争われているのではないから、抽象的な敷金返還請求権(具体的な敷金返還請求権の基礎となる法律関係)の存否さえ確認され

れば、当事者は以後これに従って行動することが期待でき、再度の訴訟などは起こらない可能性も相当ある。第二に、本件訴訟で返還請求権が存在しないと判断された場合は紛争の最終的解決になるし、仮に再度訴訟になったとしても、争点は被担保債権の範囲、額の点に絞られ、前訴における判断は無駄にならない。第三に、Xにとつては、建物明渡時に自分が置かれる状況の予測ができるメリットは大きく、Yにとつても、事前の予測ができることによるメリットがないとはいえない。

もつとも、右の立場からは、本件事案について若干気にかかる点がお残されていないではない。すなわち、本件の確認の対象は条件付き権利という現在の権利または法律関係であると捉えているため、判旨は特にそのようなことを問題としていないが、右の立場は、将来の権利または法律関係が確認の対象になるためには、原則として、現在満たされていない権利または法律関係の発生要件（判旨のいう条件）が将来具備される一定程度の蓋然性が必要であるとして<sup>(17)</sup>いる。これを本件事案に即していえば、賃貸借契約が遠くない将来において終了する見込みが必要とされよう。すると、本件賃貸借契約は建物賃貸借契約であり、しかも、当初定められた三年の期間は既に満了しているということが注目される。そして、本件賃貸借契約は法定更新（借家二条、借地借家二六条）<sup>(18)</sup>されていると思われるが、判例によれば、更新後の賃貸借は期間の定めのない賃貸借となる。他方、本件賃貸借契約に関連しては紛争が絶えないようであり、敷金に関する本件訴訟のほかに賃料増額の調停手続も係属している。これらの事情に鑑みれば、本件賃貸借契約に関連した紛争は、遠くない将来において解約をめぐる紛争に発展する可能性がないとはいえないかもしれない。それ故、将来の権利または法律関係も確認の対象になりうるとの立場からも、判旨の結論に一応は賛成しておくこととするが、本来であれば、本件賃貸借契約の終了に至る可能性に関連した事情をより詳しく認定する必要があるのではなからうか。

五 (1) 従来の判例理論は、敷金返還請求権は一定の事実を条件として発生するとしている。確かに、ここでは

将来の不確実な事実の成否が問題になっている。それ故、ここで条件という言葉を用いることに敢えて反対するまでもないと思うが、ここで問題となっていることの性質は条件の典型例の場合と同一ではない。ところ  
が、判旨は、この点に思いを致さず、発生要件の一部が満たされていないという意味において、実質的には将来のものである権利ないし法律関係を確認の対象と認めてしまっている。これを契機とし、今後、判例が正面から将来の権利または法律関係が確認の対象となりうることを認める方向に動くことを期待したい。<sup>(20)</sup>

(2) 最後に、ドイツ法の状況について簡単に触れておく。<sup>(21)</sup>ドイツの伝統的な判例・学説も将来の権利または法律関係は確認の対象にならないが、条件付き・期限付きの権利であれば確認の対象になりうるとしてきた。<sup>(22)</sup>ところが、ドイツの判例・学説にも、発生要件の一部が満たされていない権利を条件付きの権利であるとして、その確認を適法とするものが見られる。<sup>(23)</sup>そこで、一部の学説は、その判例は実質的に将来の権利または法律関係の確認を適法としているとし、それをも一つの梃子として、将来の権利または法律関係も確認の対象になりうるとの見解を全面的に展開するに至っている。<sup>(24)</sup>すなわち、条件付き権利といいつながら実質的にそのようなことを認める判例と、正面からそうする学説の出現の先後に差異はあるものの、本件判旨によって日独両国において類似の状況が見られるようになったといえる。判旨は、この意味においても興味深い。

(1) 以上の判例・学説の流れについては、林淳「確認の利益」民事訴訟法の争点〔新版〕(昭六三) 一六六頁以下、松尾卓憲「確認の利益」民事訴訟法の争点〔第三版〕(平一〇) 一六六頁以下参照。

(2) 判例③④⑤出現以前の将来の権利または法律関係の確認の適否を問題とする判例については、野村秀敏「紛争の成熟性と確認の利益」予防的権利保護の研究(平七、初出昭六二) 一三二頁以下、二四七頁以下、三八六頁以下、畑瑞穂「本件判批」法教二二九号(平一一) 一一八頁以下参照。

(3) 判例④につき、平成七年三月一八日付け朝日新聞朝刊社会面参照。

(4) 期限付きの権利につき、大判明治三三・四・二七民録六輯四卷一一一頁。

- (5) 三ヶ月章・民事訴訟法〔法律学全集〕(昭三四) 六四頁、石川明「訴えの利益」林屋礼二||小島武司編・民事訴訟法ゼミナル(昭六〇)一八三頁参照。
- (6) 兼子一・条解民事訴訟法上(昭三〇) 六〇八頁、岩松三郎||兼子一編・法律実務講座民事訴訟編第二卷(昭三三)二〇頁。
- (7) 野村・前掲注(2) 二一七頁以下、特に三六三頁以下、兼子一||松浦馨||新堂幸司||竹下守夫・条解民事訴訟法(昭六一) 八〇八頁以下〔竹下〕。なお、判例③と④との中間時における同旨の見解として、高橋宏志「訴えの利益」重点講義民事訴訟法(平九、初出平七) 一三八頁以下。
- (8) 判例④の評釈類ないしそれを契機とする論文として、新井誠「判批」ジュリ一〇七二号(平七) 一二四頁以下、納谷廣美「判批」判評四四二号(判時一五四三号)(平七) 一三三六頁以下、千藤洋三「判批」関法四五卷六号(平八) 二九九頁以下、松村和徳「遺言無効確認の訴えに関する諸問題」中村英郎古希・民事訴訟法学の新たな展開(平八) 一七九頁以下。ただし、伊藤昌司「民法判例レビュー」判タ八八五号(平七) 七八頁は批判的な口吻を洩らす。また、判例③を契機とした論文であるが、中野貞一郎「遺言者生存中の遺言無効確認の訴え」奈良法学会雑誌七卷三・四号(平七) 五一頁以下、特に六六頁は、「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り、遺言者の近い死亡が予見される場合に、推定相続人と受遺者との間に遺言の有効・無効をめぐって争いがあるようなときには、遺言者の生存にかかわらず、推定相続人または受遺者の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である」として、既に判例④以前に、それと同方向の見解を説いていた。なお、判例⑤はごく最近のものであるため、それに言及する学説は、前注(2) 掲記の畑助教授の本件判批を除いて、現在のところ見出せない。
- (9) 判例④を肯定的なニュアンスで引用する体系書類として、上田徹一郎・民事訴訟法(第二版)(平九) 二一六頁、小林秀之・プロブレム・メソッド新民事訴訟法(平九) 一八九頁以下、新堂幸司・新民事訴訟法(平一〇) 二四四頁、伊藤眞・民事訴訟法(平一〇) 一四三頁、中野貞一郎ほか編・新民事訴訟法講義(平一〇) 一一八頁〔福永有利〕(なお、一二六頁も参照)、新堂幸司||福永有利編・注釈民事訴訟法(5)(平一〇) 六九頁〔福永〕(なお、六三頁も参照)。最後にあげた二つの文献は、括弧書きで付記した箇所、判例③④⑤の事案に限らず、より一般的に将来の権利または法律関係の確認の訴えを適法とする。
- (10) 幾代通||広中俊雄編・新版注釈民法(5)(平元) 三一九頁以下〔石外克喜〕、月岡利男「借家関係と敷金・権利金等」

稲葉威雄ほか編・新借地借家法講座(3) (平一) 二六頁以下参照。

(11) 於保不二雄編・注釈民法(4) (昭四二) 二九六頁、二九八頁以下〔金山正信〕。

(12) 菊井維大・村松俊夫・全訂民事訴訟法Ⅱ(平元) 六九頁は、将来の法律関係は確認の対象たりえないとの文脈で、賃貸契約継続中の敷金返還請求権の確認請求は許されない、としている。また、畑・前掲注(2) 一一九頁は、これを引用しつつ、停止条件付き権利と将来はじめて成立する権利の区別も明瞭ではないとする。

(13) 本判決掲載誌コメント(判時二六七号七二頁、判タ九九五号七四頁)は、退職金に関する就業規則の規定が一方の変更されたとして、従業員らが会社に対して提起した、将来の退職時において旧就業規則によって算定した退職金の支払を受けるべき地位のあることの確認を求める訴え(仙台地判昭和六一・四・一五労働四七三号一一頁)についても、条件付き権利の確認を求めるものと見る余地があるとされている。従来、このような訴えの適否は、具体的権利または法律関係の確認を求めるものではないのかとの観点から問題とされることが多かったと思われるが(東京地判昭和五一・一一・一二判時八四二号一一四頁、野村・前掲注(2) 二四二頁以下参照)、それはともかく、これを条件付き権利と構成しようとの趣旨は、旧就業規則が有効であることを前提として、将来一定の要件が満たされれば取得することになるはずの退職金請求権の確認を求めるものと理解することも可能であるとの意味であろう。しかし、この請求権に関しても、現在欠けているのはその発生要件の一部であるから、将来の権利と見うることはあっても、厳密な意味での条件付き権利と見ることはできないのではなからうか。

(14) 三宅正男・契約法(各論) 下巻(昭六三) 八六三頁以下。

(15) しばしば引用している前注(2) 掲記の拙著である。

(16) 判時一六六七号七三頁、判タ九九五号七五頁。

(17) 野村・前掲注(2) 三七二頁以下。例外についても同所参照。

(18) 最判昭和二七・一・一八民集六卷一号二頁、最判昭和二八・三・六民集七卷四号二六七頁。なお、幾代・広中編・前掲注(10) 七三二頁以下〔三宅正男〕参照。

(19) 本判決掲載誌コメント(判時一六六七号七三頁、判タ九九五号七四頁)は、本件事案で確認の対象になっているのは条件付き権利であるとするが、他方で、法的に条件付き権利と構成できる場合であっても、条件が成就して当該権利ないし法律関係が将来実現する蓋然性がどの程度あるかという点も考慮する必要があるともいう。そして、そのような前

提に立ちながらも、本件訴えに確認の利益を認めている。

- (20) 判例⑤は、前述のように判例①によりついても、将来の法律関係云々ではなく、遺言者生存中の受遺者の法的地位に関する判示部分を引用している。
- (21) ドイツ法の状況の詳細については、野村・前掲注(2)二五六頁以下参照。
- (22) Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. 1, 1912, S. 281 f.; Stein-Juncker, Grundriß des Zivilprozessrechts und Konkursrechts, 2. Aufl. 1924, S. 21; Stein-Jonas-Schumann/Leipold, ZPO, 19. Aufl. 5. Lfg. 1968, § 256 II 4; RGZ 113, 207; BGHZ 4, 133.
- (23) BGHZ 4, 133; Stein-Jonas-Schumann/Leipold, a.a.O. (N. 22), § 256 II 4.
- (24) Trzaskalk, Die Rechtschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß, 1978; Moser, Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Feststellungsklage unter besonderer Berücksichtigung erbrechtlicher Streitigkeiten zu Lebzeiten des Erblassers, Diss. Erlangen-Nürnberg, 1981.

〔追記〕 校正時に、川嶋四郎・判タ一〇〇九号三九頁以下の本件判批（判旨結論賛）に接した。

（のむら・ひでとし）本学教授

