慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	過去の法律關係と確認訴訟
Sub Title	Vergangene Rechtsverhältnisse und die Feststellungsklage
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1958
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.31, No.12 (1958. 12) ,p.20- 41
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論說 独文抄録 "Vergangene Rechtsverhältnisse und die Feststellungsklage" あり
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19581215-0020

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

過去の法律關係と確認訴訟

石川明

一　はじめに

過去の權利乃至法律關係が確認訴訟の訴訟物となりうるか否か、という問題がある。

我が國では、從來、學說(1)判例(2)ともにこれを否定する考え方が強い。この通說的見解に對し、「株主總會決議を對象とする各訴についての訴訟法學的考察(3)」において中村教授が、更に、從來の通說的見解を踏襲した最近の最高裁判所の判決(4)の評釋(5)において宮崎教授が、おのおの肯定說の立場に立たれた。

また判例において肯定說をとるのは、中間確認の訴の訴訟物は過去の法律關係でもよいとする大審院の判決と、昭和九年一般の確認訴訟について肯定說をとつた大審院判決が僅かにあるにすぎない(6)。

ドイツにおいては全く事情が異る。我が國の通說すなわち否定說は、殆んど少數說といつてよいであろう。學說(7)判例(8)の壓倒的多數は、その表現を異にすることはあつても、これを實質的にみれば、一定の要件すなわち「過去の法律關係から生じた現在存在する法律效果が問題となつている場合」肯定說をとる(9)。私の知り得た範圍では少數說たる否定說をとる判例はわずかに Entscheidungen d. R. G. Bd 118, S. 22. 學說は、Lenel, DJZ, 1913, S. 84; Heinsheimer, Mitgliedschaft und

Ausschließung, S. 64 ff.; Heinsheimer, JW, 1929, S. 847 f.; Hellwig, Lehrbuch, Bd I, S. 383, Anspruch und Klagrecht, S. 401, 426. 等があるに過ぎない。

以下私はこの問題について若干の考察を加えてみたいと思う。

（1） 兼子教授、民事訴訟法體系、一五五頁以下。河本氏、民事訴訟法提要、一二一頁。山木戸教授民事訴訟法講義、七四頁。山田博士、日本民事訴訟法論二卷、一二頁。細野氏、民事訴訟法要義二卷、五五頁。加藤博士、民事訴訟法論、三五五頁。小野木・中野教授共著、民事訴訟法講義、一七〇頁。三ヶ月教授、權利保護の式格と利益、民事訴訟法講座一卷一四四頁。北原氏、權利保護の利益に就て、法學二卷三號一〇二頁。加藤氏、權利保護の利益、法學論叢一九卷一號一二二頁。

（2） 大判、明三四、四、六、民錄七輯五卷一七頁。大判、明三九、五、一一、民錄一二輯、七二五頁。大判、大正二、一〇、六、民錄一九輯、七五四頁。大判、大正一三、七、一五、民集三卷三五六頁。大判、昭和一〇、一二、一七、民集一四卷二三號二〇五三頁。大判、昭和一六、五、二三、民集二〇卷一一號六七七頁。最高裁、昭和三二、一一、一、最高裁判例集一一卷一二號一頁、等。過去の法律關係の主張を現在の法律關係の主張であると善解しているものとして、大判、大正三、一二、二六、民錄四〇輯一一九八頁。東控判、大正一一、六、二九、評論一一卷民法六〇〇頁。大判、昭和四、三、二二、評論一八卷民法七一四頁。東京地裁、昭和二五、二、一四、下級民集一卷二號一八四頁、等。

（3） 最高裁、昭和三二、一一、一、最高裁判例集一一卷一二號一頁。

（4） 民商法雜誌三七卷五號五六頁。

（5） 中村博士、株主總會決議を對象（訴訟の目的）とする各訴についての訴訟法學的考察、早稻田法學三三卷第一、二冊抜刷、四〇頁以下。

（6） 前者、大判、昭和八、六、二〇、民集一二卷一五九七頁。後者、大判、昭和九、三、一六、民集一三卷三一〇頁。

（7） Rosenberg, Lehrbuch, 7 Aufl., § 86 II 1C; Schönke-Schröder-Niese, Lehrbuch 8 Aufl., § 44 III 3 C; Lent, Studienbuch, 5 Aufl., § 31 II; Stein-Jonas-Schönke, Kommentar I, 18 Aufl., § 256 II 2 l 4; Nikisch, Lehrbuch 2 Aufl., § 39 II 1 a; Zöller, Kommentar 8 Aufl., § 2563; Wieczorek, Kommentar Bde II, § 256 DI b u. B II 67.

（8） RG, 27, S. 205; 51, 66; 78, 134; 80, 189; 107, 303; 180, 161; usw.

（9） Rosenberg, a. a. O., § 86 II 1 C.

二　否定説の論據とその檢討

(A)　否定説の顯在的論據

過去の權利乃至法律關係が確認訴訟の對象となりえないとする否定説の論據として、現實に明らかに主張されているところを要約すれば、次の諸點に盡きるものと思う。

(1)　既判力の標準時　訴訟物の存否に關する判斷は、事實審の口頭辯論の終結時における訴訟狀態に基づいて下されるから、既判力はかかる標準時點よりみて、現在の權利乃至法律關係の存否についてのみ生じ、その過去の存否についてはなんら既判力を生じないのが原則である。(1)

(2)　請求ならびに權利保護の利益の性質　請求は現在の法律狀態すなわち權利または法律關係の現在の存否の主張である。現在の紛爭を解決するには現在の法律關係を明確にするのが一番直接的である。過去の法律關係は現在の法律關係の前提問題であつて、その確認を求めるのは迂遠である。(2)

從つて、過去の法律關係を確認の對象とすることにつき卽時確定の利益がないという。しかし過去の法律關係の確認につき卽時確認の利益があるか否かという問題は、卽時確定の利益をどの範圍で認めるかという問題によつてその解決を異にする。すなわち通常卽時確認の利益は、「原告の權利又は法律的地位に現存する不安危險を除却するために一定の權利關係の存否を反對の利害關係人である被告との間で判決により確定することが必要且適切である場合に認められる」(3)ものである、と一般に說明される。しかし、裁判による確定と法的地位の安定との關係が直接的でなければならないのか、あるいは間接的であつても足りるのか、という問題が殘る。(4)なるほど必要かつ適切ということは、その確認をしてもなお當面の問題として紛爭の餘地を殘すが如き場合を、たとえば先決的法律關係を確認の對象とする場合を否定することを意味するものと思わ

れる。[5] しかし現實の問題として前提問題（それは現在の法律關係であることもあり、過去の法律關係であることもある）の解決により明らかに主問題の解決が可能である場合もないではない。ドイツの支配的見解が、「過去の法律關係から生じた現在存在する法律效果が問題となつている場合」に過去の當該法律關係を確認訴訟の對象とするのも同趣旨であると考えてよかろう。過去の法律關係を確認することが現在の紛爭の解決に役立つこともありうる。[6] かかる場合に確認の利益ありや否やについてはおそらく學說の對立する處であろうが、[7] 確認の利益なしとする立場においてのみ本項の根據が成立つ。

因みに加えるなら、獨逸の解說書の多くは、過去の法律關係が確認訴訟の目的となりうるか否かの問題を、確認訴訟の訴訟物の目的として取扱い卽時確認の利益の問題としては取扱つていない。[8] しかし、この問題を訴訟物の問題として取扱うか、または卽時確認の利益の問題として取扱うかによつて、ともに廣い意味の利益の問題ではあるが、訴訟要件審理の順序の點で差異があると考える。元來、請求適格と權利保護の利益とは、明確に區別せらるべきものである。兩者を混同することは、シェンケが、「權利保護の必要」と題するモノグラフィーで陷つた誤り、すなわち、權利保護の利益なる概念の內に無反省に廣範圍にわたる諸問題を盛込まんとする立場に導く危險をはらむものと考える。[9]

以下若干この點に關する私見を披瀝したいと思う。

元來、訴訟物の要件すなわち權利保護の資格乃至請求適格は抽象的一般的に決定されるものであるに反し、權利保護の利益は、具體的個別的にその存否が決定される。我が國においては、これら兩者が包括的に訴權要件乃至はその客觀的要件としての權利の要件中に統一されている。しかし一方は抽象的一般的問題であり、他方は具體的個別的問題であり、これを訴訟要件調査の一般的順序よりみれば、權利保護の資格が權利保護の利益に優先するものと考えねばならない。しかも權利保護の利益という概念が如何にして生じたか、という點を考えてみれば、それは一般理論すなわち權利保護の資格の理論でまかない得ない具體的ケースを對象としているのであるから、概念をそれ以上に擴大することは好ましくないし、不當な擴大

というべきであろう。むしろ權利保護の資格は訴訟物の要件と考えるべきであつて、權利保護の利益とは畫然と區別せねばならぬ。したがつて權利保護の資格は通常の積極的訴訟要件と同じく、その擧證責任が原告にあるという點で、法律要件メルクマールとしての權利保護の必要を除くその他の權利保護の利益とは異なる。蓋し法律要件メルクマールとしての權利保護の必要の擧證責任は原告にあるが、その他の權利保護の必要の不存在の擧證責任は被告にあると考えるからである。(10)

そこで以上の一般論から本論にたちかえつて、過去の法律關係が、我が國の通說が主張するように抽象的に權利保護の資格の問題として問われるとするならば、それを訴訟物の要件と解する獨逸の通說の理論構成は正當であるといわねばならぬ。しかし過去の法律關係であつても場合によつても確認の利益のある場合があり、その有無は具體的個別的に定める必要があるとする立場からみれば、問題は權利保護の利益の問題であつて取引保護の資格の問題として取扱うことは正しくない。

(3) 確認訴訟の本質と確認の利益　卽時確定の利益を擴張しようとするライヒ裁判所の判例の傾向に反對し、これを狹く解しようとする Heinsheimer 教授の見解はその要點のみを揭げると次のとおりである。すなわち「確認訴訟と給付訴訟との相違は、前者が紛爭法律關係から由來する法律效果の主張ではなく、判決による法律效果の單なる確認を要求するという點に存する。確認の訴權は實體權から派生するものではなく、訴訟法がこの種の權利保護を特に認める場合にのみ存する。〔獨逸〕民訴法二五六條がそれである。これに反し給付訴訟は法により特に許されるものではない。蓋し給付訴訟はそれ自身のうちに、換言すれば、給付訴訟が實體法に合致する請求權を主張するにすぎないという事實のうちにその許容性をもつ（將來の給付の訴のみが特別の許容性を必要とする）。このように確認訴訟は例外的なものである。最近の判例——卽時確認の利益の範圍を擴張しようとする判例をさす（筆者註）——は、かかる事實を全く安易に看過し忘却している」というのである。(11)

因みに加えるなら、我が民訴法上卽時確定の利益を規定する獨逸民訴法二五六條に相當する規定がない。(12) 理論上それが必

要とされている。

(4) 確認訴訟の對象の無制限擴大　過去の法律關係を確認訴訟の對象として認めると際限なく確認訴訟の對象が增大する。(13)

從來過去の法律關係が確認訴訟の對象とならないとする學說の顯在的に主張された論據は、おおよそ以上の諸點に盡きると思う。

(B) 否定說の本質的論據——司法・民事訴訟の本質と關連して——

我々は、以上述べた顯在的論據に加えて、過去の法律關係を確認訴訟の對象とすることを認めない否定說の潛在的論據を檢討する必要がある。それは、司法の本質、司法作用の本來的領域と關係する。以上に指摘した顯在的論據は、實質的にはここに述べる潛在的論據に由來する。問題はより本質的なものである。この關係は、次の三つの觀點から考察することができる。

(1) 具體的法律紛爭　司法の本來的領域の一部である民事訴訟は、具體的法律的紛爭を對象とする。「具體的・法律的」という概念と「現在の法律關係」とは必然的に結びつくであろうか。顯在的論據の第二のものは、この點にその本質的基礎をもつものである。

(a) 「具體的」とは、法令の合憲性の審査の如き抽象的・一般的な問題とは異なり、法律生活においても生起する個々の事件、しかも紛爭の解決に具體的利益の認められる個々の事件をいう。ここにいわゆる具體的利益とは現在の紛爭についてのみ認められる。蓋し紛爭を放置して社會秩序に弊害を生じ、したがつて國家がこれを取上げねばならないのは現在の紛爭であり、過去の法律關係は現在のそれに還元しうるものだからである。

(b) 「法律的」とは現在法的評價の對象とされたものをいう。嚴密にいえば法律關係とは、前述せる訴訟の目的からいつ

て、現在のものに限られ、過去の法律關係とは現在のそれからみれば、單に事實乃至は法律事實に過ぎない。[14] 事實に關する紛爭は法律問題ではないから確認の對象とはならない。

(2) 國家介入最小限抑止原則——近代司法の要請　過去の法律關係殊に過去の基本的法律關係についての確認訴訟を認め、これを既判力を以て確定することは、必要な範圍を越えて國家が私人間の法律關係に介入することにはならないであろうか。これは法的安定性を強調するあまり、國家の司法機關の介入を可能な限り回避し、最小限に止めんとする近代司法の要請に反することになりはしないだろうか。

(3) 確認訴訟の豫防的機能の性質　過去の法律關係殊に過去の基本的法律關係を、確認訴訟の豫防的機能との關連で訴訟の對象資格を認めるのが肯定說であるが、[15] それは、本來の司法作用の限界を越えるものではないか。蓋し確認の訴における豫防的機能は第二次的のものであつて、第一次的にその意義は法の確證による現在の紛爭の解決にあるからである。豫防的機能はその反射的機能である。その第一次的機能が司法本來の機能である。しかるに第二次的機能を強調し、過去の法律關係をも確認の對象とすることは、司法本來の作用領域を越えるものである。

(4) (1)(2)(3)の理由を裏付ける實定法上の根據　以上の理由を實際に裏付ける實定法上の根據が考えられる。すなわち、豫防司法の機能を最も典型的に果す訴訟は中間確認の訴（二三四條）および將來の給付の訴（二三六條）として、法律上特別に認められている。かかる法の態度は豫防司法を限定的にのみ認めようとする態度であると解する餘地がある。それにもかかわらず、これら訴の目的すなわち豫防司法の目的を普遍化することは正當であろうか、という疑問が當然に起る。

もつとも中間確認の訴が專ら豫防司法という目的に奉仕するか否かについては問題があるものと思われる。すなわち中間確認の訴もまた通常の確認の訴と同じく現在の法的紛爭の解決を專らその目的として、反射的に豫防的機能を果すに過ぎない、ということも考えうる。かかる立場から、中間確認の訴の對象は專ら現在の法律關係に限られ、しかもそれは別個の獨

立の確認の訴となんら異なるものではないのである。[16] しかし私は、本訴の目的は、現在の法的紛争の解決というよりは、むしろ、基本的法律關係の既判力ある確定に基づく豫防司法的作用という點に存するものと思う。レントが「原告は、中間確認の訴により、法律關係の既判力ある確定と爭いえざる基礎とを、後訴に對して、獲得する。そうした場合、後訴では、債權關係乃至絕對權がもはや爭われ乃至は主張せられ得ない。既判力を直接の對象に制限するため、個々の請求權にもとづく給付訴訟により、同一權利ではなく、個々の請求權の確定がなされるにすぎない。したがつて中間確認の訴は、主張せられた請求權が、その基礎となる法律關係の否定によつて爭われている場合、殊に、當事者が同一の基礎的關係から、別個の複數の請求權につき訴訟が開始せられるであろう場合に、實務上しばしばおこなわれる。[17]」と述べ、またローゼンベルグが、「債權の一部請求、一個の法律關係より生じる複數の法效果のうちの一つのみが主張される訴において、殘額債權乃至は全法律關係の存否の確認を求める中間確認の訴が許される。蓋し既判力は訴求部分に限定されるからである。一個の法律關係より生じるすべての法效果が主張された場合であつても、一部判決の可能性がある場合は、各部分につき異つた法判斷がなされることがあるから、中間確認の訴が許される。[18]」という。ここで問題とされているのは、基礎的法律關係に關する法判斷の統一性であつて、それが過去のものか、あるいは現在のものに限る、という點で事態は異らないものと解すべきである。すなわち訴訟物が基本的法律關係である點が重要なのであつて、過去のものか現在のものかは重要ではない。換言すれば、基礎的法律關係について法判斷を統一し、法的安定性の要請に應えんとすることを目的とするのが、中間確認の訴である。

なるほど中間確認の訴の對象について、我が民訴法二三四條にいわゆる「成立又ハ不成立」に該當する用語として、獨逸民訴法二八〇條は „Bestehen oder Nichtbestehen“ と書いている。これは、現在の先決的法律關係に限ることを意味するとも考えられる。[19] 過去における存否を現わすならば „Bestand oder Nichtbestand“ 乃至 „Bestandenwar oder Nichtbestandenwar“ と書くべきところである。しかしこの一事を以て中間確認の訴の訴訟物が現在の法律關係に限られる、と

することは妥當ではないと思われる。蓋し、獨逸においても、多くの解說書が、この問題を一般の確認訴訟の項に委ねており、しかも、そこでは既に述べたとおり、一定の要件の下に過去の法律關係の確認を認めているからである。„Bestehen oder Nichtbestehen“ という字句にとらわれるとしても、更に次のような理由から、その對象を現在の法律關係に限定する態度には贊成できないのではないだろうか。すなわち、まず第一に、この訴の目的は豫防的機能という點にあり、かかる機能を强調するならば、法律關係が過去であるか現在であるかということにより事情は異ならないからである。次に從來の民事訴訟の理念すなわち現在の法的紛爭の解決という點よりみれば、中間確認の訴も訴である以上、その對象を現在の法律關係に限るべきであるが、獨逸においては、はじめにも述べたように、一般の確認訴訟について、一定の場合過去の法律關係をもその對象として、民事訴訟の理念それ自體に若干の修正を加えているとみられるからである。それにも拘らず中間確認の訴の對象として過去の法律關係を認めないとする態度は合理的ではない。第三に、我が民訴法二三四條にいわゆる「成立又ハ不成立」なる用語が、獨逸民訴法二八〇條にいわゆる „Bestehen oder Nichtbestehen“ の譯語であり、それが譯語として不適切なものであるとしても、制度として獨逸法上のそれを踏襲することが必ずしも適切なものとはいえないし、表現の相違により我が法が獨自の意味を中間確認の訴にもたしているということも可能なことだからである。

因みに以上四つの理由により司法の本質から畫一的に問題を論じる場合、それは請求適格の問題となり、權利保護の利益の問題とは區別することが必要である。

以上が否定說の推測しうる本質的潛在的論據であると思われる。次にこれらの論據の批判に移ろう。

（1）Hellwig, Anspruch u. Klagrecht, S. 401 および小野木・中野、前揭書、一五〇頁。加藤(俊)、前揭書、一二二頁。

（2）兼子、前揭書、一五五頁。同旨、加藤(正)、前揭書、三五五頁、細野、前揭書、五五頁、三ヶ月、前揭書、一四四頁。同教授は、「現在の法律關係は過去の多くの法律關係の發展として把握できるものであるから、その途中の何れかを確認の訴の對象とすることもできないことではないが、そのようなことは、その後の法律關係の發展に目をつぶることを意味し、その後に法律關係が變更してしま

つていて、その時の法律關係を確認してみても現在の紛爭の解決に役立たないことがありうる。確認の訴は現在の時點において紛爭を解決することを意圖するものであるから、あくまでも現在の權利又は法律關係に關し紛爭がある場合でなければならない。」と主張される(傍點筆者)。

(3) 兼子、前揭書、一五六頁。

(4) 河本氏は過去の法律關係の確認は許されないとするが(前揭書、一二二頁)「必ずしも判決により直接權利を得又は義務を免れる關係にあることは必要ではない」と主張される。前揭書、一一五頁。

(5) 三ヶ月、前揭書、一四五頁。

(6) 例えば、所有權が確定すれば、物上請求權を確定乃至は行使する迄もなく、義務者が履行をなすことを明示乃至は明らかに期待せられるが如き場合がこれである。

(7) 北原、前揭書、一〇六頁以下は現在の給付判決を求める請求權それのみに付き存在確認の判決を求める場合についての學說の對立を指摘する。同じことが本文の場合についてもあてはまると思う。

(8) 例えば Rosenberg, a. a. O., § 86 II 1C; Schönke-Schröder-Niese, a. a. O., § 44 III 3C; Lent, a. a. O., § 31 II.

(9)(10) 拙稿、權利保護の必要、慶應義塾創立百年記念論文集(法學部法律學關係)所收參照。

(11) Heinsheimer, J. W., 1929, S. 847 f. これは一九二八年十二月六日のライヒ裁判所の判決の評釋である。事件の內容は次のとおりである。原告は證券取引所加盟者。被告は證券取引所。一九二五年原告の橫領等につき刑事訴訟が開始された。この刑事事件については翌二六年十二月十日無罪の判決があつたが、同年一月十五日原告は被告(取引所長)の決定により、刑事訴訟の確定に到る迄入所許可證の發行を停止された。この處分は判決の確定後取消された。しかし入所停止の結果原告は、業務遂行の可能性をもたず、それにより重大な損害をうけた。原告は、被告に對し、當該處分の無效確認と、それから生じた損害賠償債權の確認を請求した。ラント裁判所は請求を認容したが、高等裁判所は訴を却下。ライヒ裁判所は本件確認につき卽時確認の法的利益ありとして、控訴審裁判を取消した。この判決は、當該處分の無效は、原告の營業者として乃至は一般人としての名譽(Ansehen)の侵害、すなわち人格權の侵害の前提をなしているから、その確認は過去の法律關係(處分はその後取消されている)の確認であつても許されるという立場をとつた。かかる立場に對し同教授は、名譽の侵害は單なる事實であり、なんらの法律效果をももたらさないとする一方、このような確認の利益の擴張、すなわち確認訴訟の範圍の擴大(Verwässerung)の傾向に警告を與えている。

(12) 拙稿、權利保護の必要、慶應義塾創立百年記念論文集(法學部法律學關係)所收參照。

（13）兼子、判例民事訴訟法、五四頁。
（14）中田、訴訟上の請求、民訴法講座一巻、一七二頁以下。
（15）宮崎、前掲、六〇頁以下。
（16）兼子教授の立場がこれであると思われる。判例民事訴訟法、五〇頁以下參照。
（17）Lent, a. a. O., S. 84.
（18）Rosenberg, a. a. O., S. 436.
（19）兼子、判例民事訴訟法、五〇頁。

三　所　見

(1)　既判力の標準時について　この點の議論は、必ずしも過去の法律關係の確認を不可能ならしめる理由とはならない。すなわち、既判力が事實審の口頭辯論終結時の法律狀態を確定するということから、訴訟物の現在の存否が確定されるという結論は、必ずしも歸結されない。かかる結論が演繹されるのは、確認訴訟の對象が現在の法律關係であるという前提に立つ必要がある。蓋し過去の法律狀態を現在において過去の儘に確認することが可能であると同時に、その場合事實審の口頭辯論終結の時の訴訟狀態に基づく判斷とは、過去の法律關係につき事實審の口頭辯論終結の時點迄に提出された訴訟資料に基づき判斷することを意味するに過ぎない。したがつてこのことから過去の法律關係が確認の對象となり得ないという結論を出すことは必ずしも正當とはいえない。(1)問題はより基本的なものである。

(2)　請求ならびに權利保護の利益について　この點は(B)の本質的論據の說明において述べたように、(B)(1)(2)(3)(4)更には(A)(3)の論據と密接に關係するので、これらの諸點にここで綜合的に言及しておきたいと思う。

すべての過去の法律關係は現在の法律關係の前提問題として把えうるから、現在の權利乃至法律關係の確認をすることが

最も直接的な紛争の解決であるといえよう。過去の法律關係を確認訴訟の對象たりうるとする學說にあつても「過去の法律關係から生じた現在存在する法律效果が問題となつている」ことをその要件とするが故に、確認訴訟の對象たる過去の法律關係は現在の法律關係に還元されうるものでなければならない。したがつて一見して否定說の論據が正當であるようにも思われる。

しかして我々はここで確認訴訟の存在理由とその機能とを、たちかえつて考察しておく必要があると思う。確認訴訟は二つの機能をもつと考えてよいであろう。

(a) その一は給付訴訟に代るべき機能である。なるほど確認訴訟は給付訴訟と異なりただ法確定力を結果するのみで、債務名義、したがつて執行力を生ぜしめない。それにもかかわらずある請求權の存在および履行期が確定されれば相手方が當該請求權の履行を敢えて拒まぬことが明白である場合は勿論、それが明白でない場合であつても、當該請求權の確認による相手方の履行の事實上の期待が一般的に考えられる以上、その範圍で確認訴訟は給付訴訟に代る機能を果す場合がありうる。(2) 勿論給付訴訟の認められる場合に確認訴訟を認める利益があるか否かについては學說の對立するところであるが、肯定說をとる場合——そして私も肯定說が正當であると考えるが——、それは確認訴訟の事實上の效果・事實的機能の尊重を意味する。そしてこの場合一方は確認他方は給付訴訟で、權利保護の形式が異なるに反し、次に述べる場合は双方共に確認訴訟でその形式を同じくするという相違はあるとしても、その事實的機能という點からみれば、過去の法律關係を確認することによつて、現存の法的紛爭が、事實上解決するが如き場合、過去の法律關係を確認の對象とすることができるものと解する。すなわち、現在の法律關係についての紛爭が、過去の法律關係の存否についての紛爭に起因し、後者につき紛爭が解決せられれば、前者につき當事者は爭わないことが明らかである場合がこれである。

因みに、以下のことを加えておこう。Hellwigが「民訴法教科書第一卷」において、ある權利關係が「過去において存在

したこと」について確認訴訟が許されないとした。[3] これが反面過去における不存在の確認を認めたものであるか否かは疑問の存するところであるが、もしそうであるとすれば、過去の法律關係の法律關係の不存在からは、過去の當該法律關係より派生する現在の法律關係は存在する餘地のないものであるという意味で、確認訴訟の對象たりうると解する。蓋し確認訴訟の事實的機能を果すからである。したがつて、現在の法律關係との關係で過去の法律關係の存否が爭われている場合、特別の事情なき限り過去の當該法律關係につき消極的確認の訴が認められるものと解する。

(b)　確認訴訟のもつ第二の機能は豫防的機能である。[4] すなわち兼子教授はこの機能に關し次のように述べられる。すなわち「觀念的に權利關係を確定し現狀を是認することだけでも紛爭の解決ができ、これによつて將來の利益支配の變更の不要性を明確にする意義あることから確認の訴が認められるようになつた。例えば所有權が侵害されてから原狀回復や損害賠償を請求するのでなく、事前に所有權を確定して侵害を豫防するのが確認の訴の效用である」と。これに對し中村教授は確認訴訟は「爭いある權利若しくは法律關係の存否を判決により有權的に確定し、爾後における紛爭を防止するという豫防司法の狙いをもつ」とされる。ここで注意すべきことは、確認訴訟の豫防的機能を認められる點では兩教授ともその見解を同じくしつつ、兼子教授はその對象を現在の法律關係に限るに反し、中村教授は特に限定されない點で意見を異にされることである。私は次に豫防機能の面からこの問題を若干考察してみようと思う。

確認訴訟の對象たる權利または法律關係は、基本的法律關係から派生する個々の權利または法律關係のみならず、基本的法律關係そのものであつてもよい、と說かれている。[5] 否むしろ Lent においては、基本的法律關係の確認こそ確認訴訟の重要性を示すものであるという。[6] すなわち彼は次のように述べる。「確認訴訟が實際的重要性をもつのは專ら二つの場合に限る。[7] その一は絕對權確認の場合、その二は全體としての債權關係確認の場合。まず前者についてみれば、絕對權の本質的內容は絕對權より派生する個々の請求權のみを對象とする給付の訴によつては把握せられえないのであるから、その確認は重

要である。例えば所有權、相續權、身分法上の地位等々。相續權に例をとれば、相續權より派生する個々の引渡請求權の承認より原告の相續權の確定がより大きな意味をもつ。蓋し、給付判決は相續權それ自體を確定しないから、相續財産に屬する別の財産の引渡を求める第二の訴訟において相續權が否認されることがあるからである。また全體としての債權關係については、その確認が個々に訴求された各個の請求權につき給付判決によりなされる單なる確定以上の意味をもつ點で重要である」と。

私は確認訴訟の第二の機能は殊に本稿の主題の解決のために重要であると思う。すなわち、確認訴訟がその重要な機能を果すのは基本的法律關係の確認による豫防的作用、換言すれば法的安定性の尊重という點においてである。勿論兼子教授の主張と Lent 教授の論述は多少ニュアンスの相違をもつように思われる。すなわち前者の例示は所有權に對する第三者の侵害を豫防する點にその重點がおかれているようであるが、後者は基本的法律關係から派生する個々の法律效果の救濟に際し裁判所の該基本的法律關係の判斷が變えらるべきではないという點にその重點がおかれている。兩者において相違するのは、當該法判斷を尊重すべき主體であつて、基本的法律關係に關する判斷の尊重したがつて法的安定性の強調という點では共通している。そしてかかる法的安定性の觀點よりこの問題を考察すれば、基本的法律關係である以上それが過去のものであれ現在のものであれ相違はない筈である。[8] すなわち過去の法律關係であつても、それが基本的法律關係であつて、それに基づき個々の派生的權利乃至法律關係が現存している以上、この過去の基本的法律關係を確定しておくことは法的安定性の面から意味がある。それは現在または將來の派生的個別的法律關係を保全するために現在の基本的法律關係を確定しておくのと同じである。

そして、それが過去のものであるか現在のものであるかは別にして、このように基本的法律關係を確定しておくことは、これを前提として發展した個々の法律關係の存否を各別に問題とするより、當該基本的法律關係をめぐる紛爭解決の手段と

してはより抜本的でありうる。(9)

しかして基本的法律關係を確認訴訟の對象とすることは民事訴訟における紛爭乃至判斷の相對性と矛盾することはないか。

絕對權が確認訴訟の對象たる場合はその確認が相對性と矛盾することはなかろう。問題は絕對權以外の基本的法律關係、例えば全體としての債權關係・身分法上の地位・社團法上の地位等(10)が確認の對象となる場合に存する。すなわちかかる廣い法律關係を確認訴訟の對象とする場合、それは法的安定性の要請からみれば是認されるのであるが、不當に廣い範圍において當事者を拘束することにはならないだろうか。もつともこれらの基本的法律關係のうち身分法上の地位の確認と社團法上の地位の確認については事物の性質上畫一性の要請があるし、特に前者は法律上その確認が認められているから（人訴法一條以下婚姻無效確認訴訟・同二四條以下養子緣組無效確認訴訟、その他法律上規定はないが一般の親子關係存否の確認訴訟等）その限りで問題がない。(11)結局最も問題となるのは、全體としての債權關係を確認訴訟の對象とすることの是非である。例を賃貸借契約にとれば、賃貸借契約そのものを確認訴訟の對象とし、これを既判力をもつて確定し、爾後、當該賃貸借契約を基本的法律關係として派生する個々の權利、例えば、物の引渡請求權、賃料支拂請求權、無斷轉貸による損害賠償請求權等を、(12)事實上保全し、またそれらを對象とする裁判において賃貸借契約そのものの存否については別個の判斷の可能性を消滅せしめることが妥當か、又は確認の對象としては個々の權利のみを認めその都度基本たる債權關係について判斷を繰返すことが妥當であるか。前者により法的安定性の要請が強く保護される。しかし他方、かかる法的安定性の要請と相容れない要請のあることも看過できない。すなわち、このように解することは、紛爭したがつてそれに對する判斷の相對性の要請に反すると思われる。(13)またかかる基本的法律關係の確認に既判力を認めることは、いわゆる既判力の客觀的範圍をその前提問題に迄擴張するのに似て、私人の行動を不當に拘束し、誤判の場合その弊を擴大し、あまりに多くの緊張を裁判所ならびに當事者に與える

ことにより訴訟の遅延と判斷の困難との原因ともなろう。[14] 前者すなわち判斷の相對性に關し、兼子敎授は既判力の客觀的範圍の限定につき、「若し他の權利關係が訴訟物を成す場合であれば、當事者としても自ら別個の訴訟資料を提供するかも知れぬからである。卽ち當事者の提出する資料は常に訴訟物と睨合せてのみ相對的な意味を有するに過ぎぬ」[15]と述べられる。この既判力の客觀的範圍の相對性に關する議論は前揭の問題については妥當しない。蓋し基本的法律關係が訴訟物であれば、當事者としても自らそれなりの態度に基づきそれなりの訴訟資料を提供するからである。したがつて殘る問題は、後者すなわち私人の行動の不當な拘束、誤判の弊の擴大、訴訟の遅延と裁判の困難化等の問題である。すなわちこれらの反對理由と法的安定性の要請とのいずれが優先するかという問題である。これは訴訟法學の基本的問題であり訴訟觀につながるものである。したがつてここでこの點を詳細に論じることはできない。

(C) しかし、ここで我々はどうしても司法の本質にたちかえつて問題をながめてみる必要がある。蓋し(B)において明らかにしたように、事は訴訟觀訴訟本質論と密接に關連するからである。

從來および現在における民事訴訟の目的ならびに本質からみれば(B)で述べた本質的理由は妥當するであろう。この從來の立場に立つならば、過去の法律關係を對象とする確認訴訟は司法權本來の作用をはずれたものと評せざるを得ない。現在の法律關係の紛爭を豫防ならびに解決に間接的に役立ちうるということから、司法作用本來の領域に入れることはむずかしいであろう。したがつて別個に法的安定性の要請を認めるなら（司法作用の本質につき通說をとりつつかかる要請を手續理念として認めること自體矛盾であるが）、かかる理念に基づき一種の形式訴訟事件・非訟事件として、確認訴訟の形式を利用する、ということになるであろう。

しかし、ドイツの新訴訟物理論において看取されるように、裁判所の職權の擴大、法的安定性の重視という傾向が、手續上の理念と考えられるならば、「現在の法的紛爭の適法な解決」という訴訟理念に、我々は當然修正を加えねばならない。

あるいは、前掲の要請が、手續上の理念として、通說的訴訟理念と同格の關係においてではなく、下位の理念として要請されているなら、訴訟の現實的概念が訴訟の理念形態とは區別されねばならない。かくて規定される訴訟の概念は行政乃至非訟事件と區別せられうるかという疑問が生じる。私は、訴訟手續とは、法判斷それ自體を目的とする手續であると考える。それ以上のものでもそれ以下のものでもない。訴訟と非訟乃至行政とでは、法判斷それ自體と利益の促進という二種の目的が轉倒している。訴訟にあつては前者が主目的、後者は反射效であり、行政乃至非訟事件にあつては後者が主目的であり前者は手段である。(16)

(d)　以上の理由からは(B)(1)(2)の反論は成立しない。すなわち(B)(1)において述べたように、紛爭を現在の法律關係に限ることは、民事訴訟の理念からいつても狹きに失すると思われる。(B)(4)の理由は、この點から必ずしも正當ではないように思われる。更に(B)(2)(B)(3)の反論も豫防司法乃至法的安定性の理念と相容れるものではない。その意味で以上の如き修正を民事訴訟の理念に加えるならば、共にとるに足らないものと考える。

(e)　現に、法は、一定の場合、基本的法律關係しかも過去のそれが確認訴訟の對象たりうることを承認している。例えば、前述せる身分關係確認訴訟、すなわち婚姻無效確認、養子緣組無效確認訴訟等、および商法二五二條株主組合決議無效の訴を確認訴訟とみた場合（筆者は贊成）がそれである。人事訴訟手續法二條Ⅱ・Ⅲ・Ⅳ項は、配偶者の一方の死亡により既に消滅した婚姻關係に關する婚姻無效確認の訴を認めている。この場合、確認訴訟の對象たる婚姻關係は、配偶者の一方の死亡により、既に消滅し過去のものとなつている。それにもかかわらず、それは現在の個々の法律關係に影響を與える基本的法律關係であつて、たとえ過去のものであつても、それを確認しておくことが、現在の個々の法律關係の確定による個別的紛爭の解決よりもより抜本的解決である、という點に本訴の意義があると解すべきである。もつとも、婚姻無效の訴をもつて形成訴訟であるとすれば問題は別である。因みに獨逸法上も死亡せる配偶者をめぐる相續關係規整のため婚姻無效確

認請求訴訟が認められている。[17] 更に、民訴法自體も前述せる如く中間確認の訴（二三四條）により先決問題として基本的法律關係を確認の對象とすることを認めている。もつとも、これらは法が特に規定して例外的限定的に認めたものであるという反論も成立する餘地がないわけではない。しかし、これら諸事件を、前述せる基本的態度に從つて解釋するならば、現代的司法における法的安定性の要請のあらわれとしてみることができないわけではない。むしろそう理解すべきではないだろうか。

かくして、問題は、過去の權利乃至法律關係が確認訴訟の對象たりうるかという問題から、法的安定性乃至豫防司法の要請からみて基本的法律關係が確認訴訟の對象たりうるかという問題に移る。そして後者を肯定する場合基本的法律關係は、それが現在または過去のいずれのものであつてもその間に取扱い上の相違を認めるべきではないから、その範圍で過去の法律關係も確認訴訟の對象となりうる、ということになる。

(3) 確認の利益の擴張解釋について　ただ以上の歸結を導くためには、過去の基本的法律關係の確認につき卽時確定の利益があるか否かを論じておく必要があると思う。

なるほど給付訴訟に對する確認訴訟の特質からいつて、確認の利益すなわち卽時確定の利益が確認訴訟の認められる場合を限定する方向に作用していることは、爭う餘地のないことであり、その擴大解釋の傾向に對する Heinsheimer 敎授の反論は理由があると思う。しかし、他方我々が司法乃至民事訴訟の概念に多少の修正を加える必要があるならば、卽時確定の利益も、それなりに修正される必要がある。いかなる方向に修正せらるべきであろうか。

從來卽時確定の利益は、「原告の權利又は法律的地位に現存する不安危險を除却するために、一定の權利關係の存否を、反對の利害關係人である被告との間で判決によつて確認することが、必要且適切である場合に認められる」ものである。[18] すなわち、それは當該法律關係の確認により現在の法的紛爭が直接に解決される場合に認められる。すなわちそれは現在の法

的紛爭の解決という訴訟理念から演繹される。しかるにかかる訴訟の理念が法的安定性という理念により修正を加えらるべきものであるとするならば、かかる面からも即時確定の利益もまたその内容が修正されなければならない。

すなわち過去の法律關係についても、①その確認が現在の法的紛爭の解決に事實上適切である場合、②その確認が豫防的機能を果す場合には共に即時確認の利益ありとしなければならない。

この點をもうすこし詳細に論じてみよう。即時確認の利益ありというためには、獨逸の通說のいうように、現在の法律關係と當該過去の法律關係との間に一定の關係がなければならない。すなわち現在の個別的法律關係についての紛爭が過去の基本的法律關係についての紛爭に基因するものでなければならない。現在の複數の個別的法律關係についての紛爭が事實上存在し、それらが過去の基本的法律關係についての紛爭に基因している場合は勿論當該過去の基本的法律關係について即時確定の利益が認められる。更に、現實には、現在の單一の派生的法律關係について紛爭が存在するにすぎないが、その他の現在の派生的法律關係についても紛爭が生じる可能性の充分認められる場合、やはり過去の基本的法律關係につき即時確認の利益ありというべきである。最後に、過去の基本的法律關係についての紛爭に基づいて、現在の一つの派生的法律關係が紛爭の對象となつているにすぎない場合は、豫防的機能は認められないといつてよい。

(4)　確認訴訟の對象の無制限擴大について　　確かに現在の法律關係は、すべての過去の法律關係を基礎として發展したものであるが、それら過去の法律關係のなかにはそれを確定してみても現在の法的紛爭の解決にとつて意味のないものと、現在の法律關係の確定に繫るものとがある。後者は中間確認の訴に所謂先決問題たる法律關係である。そして過去の法律關係のうちかかる法律關係のみが確認の對象となりうる。したがつて過去の法律關係が際限なく確認の對象となりうるわけではない。

この場合主問題たる現在の法律關係と先決問題たる過去の法律關係との間に、主と先決の關係が存することについて、原

告が擧證責任を負う。(19)

(1) 同旨、宮崎、前掲、六一頁以下。

(2) StJSch, a. a. O., § 256 I 3 u. Vorbemerkung II 2 § 253. しかし一般に給付訴訟の可能な場合、確認訴訟が提起しうるや否やにつき學説の對立がある。この點については、三ヶ月、前掲、一四五頁および一五〇頁註二八參照。

(3) Hellwig, Lehrbuch des den CPR. Bd 1, 1903, S. 383.

(4) 兼子、體系、一四四頁、中村、要論、九六頁および一〇〇頁、山木戸、前掲書、七四頁、Vgl. StJSch, Vorbemerkung II 2 § 253, § 256 I 3. そこでは、確認訴訟における權利保護の特質は、ただ法確定力と判決の事實效のみを付與する點であるという。これは豫防的機能を認めることを意味しよう。なお Wach, Feststellungsanspruch, 24 ff.; Stein, Urkundeprozeß, 65 ff. u. 988 ff.

(5) 河本、前掲書、一二一頁。Schönke-Schröder-Niese, a. a. O., § 44 III b; Zöller, a. a. O., § 256 3.

(6) Lent, a. a. O., § 31 II.

(7) 會社法上の訴は多くは形成訴訟であるとされるから、これら二つの場合にのみ確認訴訟はその重要性を發揮する。Vgl. Lent, a. a. O., § 32 III 2.

(8) 宮崎、前掲、六〇頁。

(9) 中田教授は、商法二五二條の總會決議無效確認の訴は確認の訴の一種とされ次のように主張される。總會決議は「法律效果ではないのであるから、決議そのものが確認の對象となると解することは、確認對象の資格に關する一般原則に反するかのようである。しかし、會社なる社團關係においては、一つの總會決議があると、これを前提として、對内的にも對外的にも、さらに多くの法律關係が形成されていくことに鑑み、もしその決議の效力が爭われた場合には、その直接の效果として生じ、もしくはこれを前提として發展した個々の法律關係の存否を問題とするよりも、むしろそれらの基礎となつた當該決議をとらえて、その有效・無效の確定をはかるほうが、むしろ當該決議をめぐる紛爭解決の手段としては、より抜本的であるとの考慮から、商法第二五二條は、とくに決議そのものを對象とする、その效力の確認を認めたものと解せられないだろうか」と。中田教授、株主總會決議の瑕疵、私法一八號、二一頁。商法二五二條の總會決議無效確認の訴を私は形成の訴と解するのが正當であると思うが、それが形成の訴か確認の訴かは一應別として、確認の訴と解する場合、私の考え方は中田教授のそれに類似する。すなわち、總會決議の效力というより基本的法律關係を把えてこれを確定し、派生的個別的權利乃至法律關係の判斷に際してこの點に關する法的安定性を確立することによつて紛爭を根本的に解決しようとするからである。ただかかる基本的法律關係のうち、商法二五二條のように特に法が認めたものに限り確認の對象とすることができる

とするのはどうであろうか。

（10）會社法上認められる訴は形成訴訟が多い。しかし商法二五二條の訴の性質も問題があるし、社員たる地位の確認を求める一般の確認訴訟の如きものもこれにあたる。

（11）身分關係に關する訴のうち、婚姻の取消・嫡出否認・認知の訴等はともかくとして、婚姻無效・養子緣組無效の訴等をも形成訴訟とする見解があるが、私は賛成しえない。その當否は別として、形成訴訟とする立場に立てば、身分法上の地位に關する訴は、すべて形成訴訟となり、ここで問題とする餘地もなくなる。

（12）基本的法律關係たる賃貸借契約關係の存否に關する如何なる確認が意味をもつのか。原被告間の土地利用關係が、地上權によるものか、又は賃貸借關係かが爭われている場合、契約成立時において、いずれの契約が成立したのかを確認することで充分であろう。これに反し、一定期間の賃料の支拂請求權が問題である場合、過去の一定期間に一定の內容のある賃貸借契約關係が存在したことの確認が意味をもつことになろう。

（13）兼子、既判力と參加的效力、民事法研究二卷、六二頁。

（14）伊東、民事訴訟法第一部第一分冊（慶大通信教育教材）二〇頁。既判力の範圍、民事訴訟法講座三卷、七一七頁。

（15）註13參照。

（16）拙稿、非訟事件理論の限界、法學研究三〇卷一二號、八七頁。非訟事件の定型分類、法學研究三一卷四號、一八頁以下。Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Aufl., S. 43 ff.

（17）Wieczorek, Kommentar Bd II, § 256, B II 67.

（18）兼子、體系、一五六頁。

（19）拙稿、權利保護の必要、慶應義塾創立百年記念論文集（法學部法律學關係）所收參照。

四　結　論

以上論じたところをここに要約しておこう。

(1) 過去の法律關係を確認することが、現在の法律關係に關する紛爭を事實上解決する場合、および現在の紛爭を解決す

るよりより適切な解決が得られる場合は、その確認につき確認の利益がある。

(2) 基本的法律關係はそれが過去のものであつても、法的安定性の要請乃至は豫防的機能よりみて確認の利益がある。かかる結論を出すためには、從來の司法乃至民事訴訟法の概念を變更する必要がある。

したがつて、過去の法律關係だから訴の利益がないとして、一律に訴を却下することは正しくない。問題は請求適格の存否ではなく、具體的な確認の利益の問題なのである。