

清算条項のみの無効確認訴訟の適法性について

川嶋, 四郎
九州大学大学院法学研究院

<https://doi.org/10.15017/3922>

出版情報 : 法政研究. 71 (4), pp.25-54, 2005-03-09. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

清算条項のみの無効確認訴訟の適法性について

川 嶋 四 郎

〈目次〉

- 一 はじめに
——問題の所在
- 二 事案の概要と判旨
- 三 清算条項のみの無効確認の訴えの適法性
 - 1 本件判決の意義と構造
 - 2 確認の利益をめぐる議論の現況
 - 3 本件判決理由の批判的検討
- 四 おわりに
——確認訴訟の軽やかな活用可能性の探求

一 はじめに

——問題の所在

近代民事訴訟法学の発展に、確認訴訟類型の発見とその研究の展開が果たした影響には、計り知れないものがある。

それは、いわゆる訴権論に変容を迫り、訴えの利益論の展開に寄与し、確認判決を通じた紛争解決機能の分析とその拡大をもたらした。しかも、確認判決は、執行力をもつ給付判決や形成力を伴う形成判決とは異なり、既判力のみで紛争解決機能を発揮することが期待されており、その判決の実際的な通用力の基礎が、判決の名宛人等の遵法精神に依存している点で、ユニークな法的紛争解決制度である。いわば、確認判決は、その法制度上の紛争解決機能の中に、本来的に事実的な作用を織り込んでいる公権的判断であるとも評することができる。

一般には、判決内容に関する規範的な強制的貫徹力が、その程度のものであるだけに、その分、判決内容の遵守を導く救済形成過程、すなわち判決手続の具体的なあり方の重要性が、クローズ・アップされることになる。ただ、そのような確認訴訟の適否は、ひとえに確認の利益の存否によって決定されており、確認の利益についての考え方が、その救済形成過程のありように対して、大きな影響を与えることになる。そして、一般に、確認判決は、確認対象とされた権利関係等について、裁判所により、一定の公権的な判断が付与されることにより、爾後の当事者間における自主的な紛争解決のためのよりどころとなるのである。¹⁾

しかも、そのような確認判決には、予防的機能の発揮という特質が存在する。近代および現代における経済関係等を含む社会生活関係の展開や複雑化に伴って、例えば、予め自然人および法人の活動に対する法的な行為指針の獲得が望まれる場合や、また、その地位や権限の明確化が望まれる場合が、ますます増加しつつある。そこで、一定の権利、法律関係および時に事実関係（民事訴訟法一三四条参照）が、事前に明確にされている必要が生じる。ここに、予防的な

法的救済機能の重要性が浮き彫りになり、その作用を發揮し得る確認判決の価値が、重要視されることになる。民事紛争、すなわち法律上の争訟（裁判所法三条一項）の早期段階における法的救済の獲得に対する紛争当事者の希求は、確認の利益のフィルターを通して、現実のものとなることとなる。

そこでは、紛争の早期段階での法的指針の獲得を望む原告の利益と、応訴義務を負うことになる被告の利益との間に、時として厳しい衝突が生じ、民事裁判権を握る裁判所⇨国家権力の側でも、どのタイミングで私人間の生活関係に介入すべきかについて、困難な判断を迫られることになるのである。それでも、通例、このような「予防的救済」は、救済体系の最上位に位置付けられている²⁾。しかも、このような予防的権利保護への希求は、近時ますます強くなっており、この問題に対する研究の成果も、着実に積み重ねられているのである³⁾。

現代のような不確実な時代においては、確認対象の多様性ともあいまって、確認訴訟を通じた規範的情報の確保を求める事例も、今日増加している。そのさい、確認訴訟の適否を決する法システムが、確認の利益であり、数多くの判例を通じて、そのメルクマールが呈示されてきた。ただ、法システム自体が、歴史的・社会的な産物であるので、本来的にその尺度は、時代の要請や社会の変化によって、可変的な性格を帯びるはずである。現代社会において、早期の紛争段階における規範的情報の獲得の要請に、現在この国で形成されている確認訴訟の基本的な救済構造が、十分に応えられているかが問われるべきゆえんである。

本稿では、このような基本的な問題意識の下で、東京高裁平成一二年（二〇〇〇年）一〇月三日第七民事部判決（確定。判例時報一七五九号七三頁・判例タイムズ一〇七二号二五一頁）（以下、本件判決と呼ぶ⁴⁾）を取り上げ、確認訴訟のもつ規範的な情報提供機能の発現のあり方を考えてみたい。

この判決は、離婚の調停条項のうち清算条項のみの無効確認を求めたものの棄却された第一審判決に対する控訴審判決であるが、ここでは、清算条項は、特定の権利義務を定めたものではなく、当該条項のみの無効を確認しても、それ

により当事者間の特定の権利義務関係の存否や法律関係が確定するものではないので、特段の事情がない限り確認の利益はないとして、訴えが却下されたのである。

しかし、確認訴訟の救済過程および確認判決の機能を現代的な視点で捉え直してみた場合に、この帰結は、家事調停等におけるある意味での安定性や終局性にはつながっても、軽やかな確認訴訟の活用の可能性を開き、利用しやすく頼りがいのある確認的救済過程の創造には、逆行するのではないかと考えられる。そこで、以下では、まず、本件判決を紹介し、次に、それに対して批判的な検討を加える中で、確認的救済に対する若干の将来展望を行いたい。

二 事案の概要と判旨

1 事案の概要

本件は、家庭裁判所において成立した調停について、特定の調停条項の有効性が争われた事案である。

争いのない事実等によれば、X（原告・控訴人〔男〕）とY（被告・被控訴人〔女〕）とは、昭和四四年（一九六九年）四月二日に婚姻の届出をした夫婦であったが、東京家庭裁判所平成五年（家イ）第×××号夫婦関係調整事件（以下「本件家事事件」という。）において、平成五年（一九九三年）一〇月一三日、原告と被告が離婚する旨の調停（以下「本件調停」という。）が成立した。

この調停の調停条項（以下「本件調停条項」という。）は、左記のとおりである。なお、以下の調停条項中の「申立人」は、本件の訴えにおけるXであり、「相手方」はYである。また、事件関係人の名前は、すべて仮名である。

第一項 申立人（夫）と相手方（妻）は、本日調停離婚する。

第二項 当事者間の二女妙子（昭和四九年二月一日生）及び三女千里（昭和五一年二月四日生）の各親権者を父親である申立人と定める。

第三項 相手方は、当事者間の長男正樹、長女美保、二女妙子及び三女千里の将来の出費に備え、同人たちの各名義で一人当たり金六〇万円あて預金し、当該預金証書は相手方において同人らのために保管するものとする。

第四項 当事者双方は、相互に相手の立場を尊重し、今後相手の信用を失墜させるような言動をしないことを確約する。

第五項 当事者双方は、本件離婚に関する紛争は一切解決したものとし、今後は相互に名義の如何を問わず何ら金銭その他の請求をしない。

さて、本件におけるXの主張は、次の通りである。

すなわち、Yは、平成五年（一九九三年）三月一〇日、同月三一日、同年五月一二日、同年六月二三日、同年七月二六日、同年九月二〇日および同年一〇月一三日の本件家事事件の調停期日において、YがXとの婚姻後取得した全ての財産および子供名義の預金を明らかにするようにとのXの求めに対して、書面により、調停委員を介して、または、直接口頭で、YがXとの婚姻後取得した財産としては、新宿区〇〇〇〇所在の土地建物および〇〇〇〇カントリー倶楽部のゴルフ会員権がすべてであり、子供名義の預金は存在しない旨を述べた。そこで、Xは、Yの右回答を信じて本件調停を成立させることに同意したと主張した。しかし、Xによれば、Yは、本件調停成立時において、右財産以外に、ハワイの別荘、××カントリー倶楽部のゴルフ会員権、銀行預金等の財産を有していたので、本件調停を成立させる旨のXの意思表示は、Yの詐欺によるものであるとした。

そこで、Xは、Yに対し、平成九年（一九九七年）一〇月二〇日頃到達の家事調停申立書により、本件調停を成立させる旨のXの意思表示を取り消す旨の意思表示をした。そして、Xは、同年一〇月二〇日に、Yを相手方として、財産分与を求める調停の申立てを行った。Xは、この調停を行うために、本件調停条項の第五項が無効であることを確認する必要があると主張したのである。

これに対して、Yの主張は、以下の通りであった。

すなわち、まず、調停の無効確認を求める訴えは、現在の法律関係の存否の確認を求めるものではないから、本件訴えは不適法である。次に、財産分与の請求は離婚後二年を経過したときはすることができないところ、XとYが離婚したのは平成五年（一九九三年）一〇月一三日であるので、財産分与のために本件調停条項の第五項の無効確認を求める訴えの利益はない。さらに、調停条項の一部の無効の確認を求めることは、信義則上許されない旨の主張を行ったのである。

それに加えて、Yは、本件家事事件の調停期日において、Xに対し、書面により、調停委員を介して、または、直接口頭で、YがXとの婚姻後取得した財産は新宿区〇〇所在の土地建物および〇〇カントリー倶楽部のゴルフ会員権がすべてであり、子供名義の預金は存在しない旨を述べたことはなく、本件調停は、そのような事実を前提として成立したものであると主張した。

以上から、原審における主たる争点は、次の通りであった。

まず、本件確認の訴えが適法か否か、次に、Yが、本件家事事件の調停期日において、Xに対し、書面により、調停委員を介して、または、直接口頭で、YがXとの婚姻後取得した財産としては、新宿区〇〇所在の土地建物および〇〇カントリー倶楽部のゴルフ会員権がすべてであり、子供名義の預金は存在しない旨を述べたか否か、そして、本件調停が、Yが右財産しか有していないことを前提として成立したものか否かが、それである。

原審の東京地裁平成一二年(二〇〇〇年)四月二四日判決は、Yが、X主張のような財産の存否について、欺罔的な発言をしたと認めるに足りる証拠がないとして、Xの請求を棄却した。なお、原審でも、上記のように、Yは、Xの訴えが確認の利益を欠き、不適法である旨を主張していたが、東京地裁は、この点について、明示的な判断を行うことなく、Xの請求を棄却する旨の実体判断を行った。その判決内容は、次の通りである。

「原告は、被告が、本件家事事件の調停期日において、原告に対し、書面により、調停委員を介して、又は、直接口頭で、被告が原告との婚姻後取得した財産は新宿区〇〇〇〇所在の土地建物及び〇〇〇〇カントリ―倶楽部のゴルフ会員権が全てであり、子供名義の預金は存在しない旨を述べたと主張する。

しかしながら、被告が、本件家事事件において、書面により、原告主張のような趣旨を述べたことを窺わせる証拠は全くなく、原告に直接口頭で、右の趣旨を述べたことを窺わせる証拠もない(かえって、被告本人尋問の結果によれば、本件家事事件の調停においては、原告と被告が同席したことはなく、調停委員が原告と被告に交互に面接して話を聞いていたことが認められる。)

本件家事事件の記録によれば、原告が、平成五年九月二〇日付準備書面により、被告が原告と婚姻後に取得した全ての財産を明らかにするよう被告に勧告することを裁判所に求めていることが認められ、また、原告作成の陳述書によれば、本件家事事件において原告の代理人であった弁護士が、原告に、『追及したが、被告が財産はないといっている。ないものはないのでしようがない。』と述べたことが認められるが、これらの事実を、被告が調停委員を介して原告に、被告が原告との婚姻後取得した財産は新宿区〇〇〇〇所在の土地建物及び〇〇〇〇カントリ―倶楽部のゴルフ会員権が全てであり、子供名義の預金は存在しない旨を述べたことを推認させる事実というに足らず、他に被告が調停委員を介して原告に右趣旨を述べたことを認めるに足りる証拠はない(原告は、本人尋問において、原告が本件家事事件の調停委員に、

被告の財産が必ずあるから捜してくれと頼んだにもかかわらず、調停委員から発言を制止され言い分を聞いてもらえなかった旨、及び、ないものはないということで一蹴された旨を供述しており、これらの供述によれば、かえって、本件家事事件の調停においては、被告の財産の内容について、原告主張のような具体的なやり取りがされなかったことが窺われる。

以上によれば、本件調停の成立の過程において原告主張の詐欺があつたとは認められないから、原告の請求はその余の点について判断するまでもなく、理由がない。「」内は、原文のまま。ただし、証拠関係の摘示は省略。

これに対して、Xが控訴。

2 判旨——原判決取消し、訴え却下

「……争いのない事実によれば、控訴人と被控訴人は、平成五年一〇月一三日に東京家庭裁判所において成立した本件調停により離婚したものであるが、控訴人の本訴請求は、本件調停のうち、第五項、すなわち、『当事者双方は、本件離婚に関する紛争は一切解決したものとし、今後は相互に名義の如何を問わず何ら金銭その他の請求をしない。』との条項（本件条項）のみの無効確認を求めらるものである。

そして、控訴人の主張によれば、その無効原因としては、本件調停の各調停期日において、被控訴人は控訴人からの要求に対し、自己の財産関係について虚偽の事実を回答して本件調停を成立させたものであることが判明したので、平成九年一〇月二〇日ころ、詐欺を理由として本件調停の合意における控訴人の意思表示を取り消したというものであり、本訴請求の確認の利益としては、右同日に控訴人が被控訴人を相手方として東京家庭裁判所に申し立てた財産分与請求

の調停事件（以下「別件調停事件」という。）において調停をするため必要であるというものである。

一般に、調停の合意における意思表示に詐欺や錯誤等を理由とする瑕疵があるときは、確認の利益があるかぎり、右調停の無効確認を請求することができる。しかし、本訴請求は本件調停全体の無効確認を求めているのではなく、その後控訴人が申し立てた別件調停事件において財産分与の請求をするために、本件調停のうちの離婚及び親権者の指定等に関する合意は有効に成立したものととして、これを維持したまま、いわゆる清算条項である本件条項のみの無効確認を求めらるものである。

複数の調停条項のうち、特定の権利義務を定めた条項だけを取り上げて、請求異議の訴え等によりその債務名義の効力を争い、あるいは、当該条項に基づく特定の権利義務を負わないことの確認を求めるとも場合により許されないではないが、本件条項は、いわゆる清算条項であって、特定の権利義務を定めたものではなく、したがって、本件条項のみの無効を確認しても、これによって、当事者間の特定の権利義務の存否や法律関係が確定するものではないから、特段の事情がないかぎり確認の利益はないものといわなければならない。

控訴人は、特段の事情として、別件調停事件において、被控訴人に対し、改めて離婚に伴う財産分与について調停をするためには、本件条項の無効を確認する利益があると主張するが、本件条項があったとしても、当事者間において新たな合意をすることは自由であり、したがって、それだけでは本件条項の無効を確認する利益があるとはいえない。また、別件調停事件において新たな合意が成立しない場合には、控訴人の財産分与請求権は、離婚の時から二年を経過しているのであるから、本件条項の有効無効にかかわらず、消滅している（民法七六八条二項但し書き）ため、審判手続においてその請求権を主張することはできず、したがって、その場合においても、確認の利益がないことは明らかである。

以上によれば、控訴人の本件訴えは、いずれにしても確認の利益に欠けるといわなければならない。

そうすると、控訴人の本件訴えは不適法であるから却下すべきであり、本件請求を棄却した原判決は相当でないから取り消すこととし、主文のとおり判決する。」

三 清算条項のみの無効確認の訴えの適法性

1 本件判決の意義と構造

この判決に対しては、その後Xから上告受理の申立てがなされたが、それが却下されたので、本件東京高裁判決は確定を見た。それゆえ、本件判決自体は、最高裁判決ではないものの、上告受理申立ての却下という形で最高裁の判断を経ているとも評価することができるので、以後、同種の事件について、最上級審の判断に匹敵する一定の通用力を有すると考えられる。

しかも、いわゆる清算条項は、現実には、種々の合意型紛争解決手続において用いられるので、このような帰結は、本件のような家事調停以外の局面でも、妥当することになるであろう。例えば、民事調停や裁判上の和解（訴え提起前の和解、訴訟上の和解）およびその他の法規による調停やあっせん（斡旋）などについても、その清算条項のみの確認の訴えが、本件判決を引照して、原則的に却下されることになるのである。

ところで、本件判決の構造は、周到に準備されたものであることを窺わせる。

まず、「複数の調停条項のうち、特定の権利義務を定めた条項だけを取り上げて、請求異議の訴え等によりその債務名義の効力を争い、あるいは、当該条項に基づく特定の権利義務を負わないことの確認を求めることも場合により許されないではない」として、調停全体の無効確認訴訟の適法性だけではなく、複数の調停条項のうちの一部条項の無効確

認訴訟であっても、その条項が、「特定の権利義務を定めた条項」である場合には、適法であることを一般的に判示している。ここには、確認の対象として取り上げ適法とされる訴訟物は、「具体的な権利関係」に限られるという確認対象に関する命題の投影が看取できる（「具体的な権利関係」の意義については、後述）。

このような前提に立って、本件判決は、「本件条項は、いわゆる清算条項であって、特定の権利義務を定めたものではなく、したがって、本件条項のみの無効を確認しても、これによって、当事者間の特定の権利義務の存否や法律関係が確定するものではない」〔理由①⁵⁾〕として、本件における訴訟物が確認対象として不適格であり、確認の利益を欠くと判示したのである。

ただ、本件判決は、それで終わるわけではない。特別な事情に対応できるような安全弁として、特段の事情をその要件の中に組み込んだ。すなわち、「特段の事情がないかぎり」「特定の権利義務を定めたもの」ではない清算条項のみを確認対象として提起した確認の訴えには、「確認の利益はないものといわなければならない」と付言したのである。つまり、「特定の権利義務を定めた条項」ではない場合でも、すなわち、「具体的な権利関係」ではない「抽象的な権利関係」または（特定ではない）「一般的な権利関係」を定めた条項であっても、「特段の事情」があれば、確認の利益を満たす可能性があること、つまり確認対象として適格をもちえることを示唆したのである。

そして、本件事案に即して、「特段の事情」の有無が判断された。東京高裁は、Xが、「特段の事情として、別件調停事件において、被控訴人に対し、改めて離婚に伴う財産分与について調停をするためには、本件条項の無効を確認する利益があると主張する」と解して、「本件条項があったとしても、当事者間において新たな合意をすることは自由であり、したがって、それだけでは本件条項の無効を確認する利益があるとはいえない」〔理由②〕と判示した。

しかし、そのようなXの主張が、「特段の事情」の主張かどうかには疑問がある。本件判決の構造からは、「特段の事情」とは、「特定の権利義務を定めた条項」ではない条項についての無効確認訴訟であっても、その事情があれば訴え

の利益を肯定できるだけの事情をいうとも、評価できるからである。これは、何らかの即時確定の利益があれば、確認の対象それ自体の不適格さを克服できるようになる事情を、示唆するようにも思える。したがって、「特別の事情」の評価にさいしては、そのような即時確定の利益の存否を問題にすべきであったとも考えられるのである。

ただ、東京高裁は、清算条項のみの無効確認の訴えの判断構造として、初めて、上述のような独自の一般的な規範定立を行ったので、Xの主張を「善解」して、その特段の事情の判断に組み込ませたものとも考えられるのである。

さらに、「また」として、そのような本件判決の帰結を支持する理由を挙げる。すなわち、「別件調停事件において新たな合意が成立しない場合には、控訴人の財産分与請求権は、離婚の時から二年を経過しているから、本件条項の有効無効にかかわらず、消滅しているため、審判手続においてその請求権を主張することはできず、したがって、その場合においても、確認の利益がないことは明らかである」【理由③】と判示したのである。これは、第一審が本案判決を行っていることから、東京高裁が、本件の背後にある財産分与請求の別件調停事件をも視野に入れて、財産分与請求権の消滅を指摘する形で一定の指針を示すことを通じて、その紛争の解決をも志向したものと考えられる。

このように、本判決の構造は、確認の利益を否定する形で清算条項をめぐる争いを終結させるとともに、同時に、Xが本件認容判決を梃子に有利な解決を目指した別件調停事件の終結をも意図することを狙ったものであり、それなりにX・Y間の紛争の「抜本的解決」を企図したものである。

3 本件判決理由の批判的検討

このように、本件判決は、個別具体的な事件における紛争解決のための一定の規範的な指針を提供したという意味で、評価をすることも可能性である。しかし、調停等の清算条項のみを捉えた無効確認訴訟を原則的に不適法とした点は、

基本的に妥当性を欠くと考えられる。以下では、まず、確認の利益をめぐる近時の議論の動向を踏まえて、本件判決の理由を、個別に検討していきたい。⁽⁶⁾

(1) 確認の利益をめぐる議論の現況

確認の利益の意義とその判断指針をめぐる議論は、現在、動態的な様相を呈している。⁽⁷⁾

一般に、確認の訴えの利益、すなわち、確認の利益は、原告の権利・利益に不安が現存し、かつ、その不安を除去する方法として原告・被告間で、原告の選択した訴訟物＝確認対象（権利、法律関係、場合により事実）の存否について判決することが有効適切である場合に、認められる。これは、結果的救済としては、既判力による確認対象の確定のみを目指す観念的な紛争処理方式であり、その権利保護形式自体の中に、当事者による自主的な判決の尊重というプロセスが組み込まれた注目すべき救済手段であることは、すでに述べた。そこで志向される機能にも、また、多様なものが存在することが指摘されているのである。⁽⁸⁾

このような確認の利益の存否を判断する基準としては、通常、確認対象の選択の適否、即時確定の現実的必要（処理すべき紛争の成熟性）、および、紛争処理手段の適否（他の手段との分担）等が挙げられている。⁽⁹⁾ これに対しては、確認対象の問題も、狭義の確認の利益（即時確定の利益）の問題と扱えば足りるとの有力説もあり、本件のような事案の処理を考えると、魅力も感じられる。

ただし、本件判決が、確認対象の選択の適否を、いわばある程度独立した固有の問題として捉えて論じていること、および、訴訟における救済主題のあり方、あるいは、訴訟における実体的権利関係への執着度とその訴訟手続への反映の仕方などを考え併せた場合には、確認対象の選択の適否の問題に焦点を当てて論じるのが、妥当であると考えられる。そこで、以下、簡潔に従来の判例・学説を概観しておきたい。

(2) 「現在の権利関係」という基準の緩和傾向

一般に、確認対象の選択の適否は、確認訴訟における訴訟物の設定のあり方に関わる問題であり、紛争処理の実効性の観点からは、すぐれて事件の文脈に依存し個別具体的考慮を要する問題である。しかしながら、従来の確認対象論は、静止的な一定の基準の模索と確立に腐心していたように思われる。つまり、確認対象は、原則として現在の権利関係の存否に限定されていたのである。民事訴訟は、現在の法律上の紛争処理を行うものであるので、現在の権利関係の存否を問うのが直接的かつ効果的だからというのが、素朴ではあるが明快とも思える理由であった。

ところが、この原則を根本から揺るがす契機を与えたのは、過去の事実の確認が求められた事件と評価できるいわゆる国籍訴訟・最高裁大法廷昭和三二年（一九五七年）七月二〇日判決¹¹であった。ただ、この多数意見は戸籍訂正（戸籍法一一六条）の必要性に言及するのみであったが、その後、子の死亡後に戸籍上の母でない実母が提起した親子関係確認の訴えを適法と認めた最高裁大法廷昭和四五年（一九七〇年）七月一五日判決¹²が、正面から過去の権利関係の確認訴訟を適法化し、その一般準則を定立した。

これは、そこにおける大隅健一郎裁判官の補足意見の中に、如実に示されている。すなわち、「現在の権利または法律関係の個別的な確定が必ずしも紛争の抜本的解決をもたらさず、かえって、それらの権利または法律関係の基礎にある過去の基本的な法律関係を確定することが、現に存する紛争の直接かつ抜本的解決のため適切かつ必要と認められる場合のあることは否定しがたいところであって、このような場合には、過去の法律関係の存否の確認を求める訴えであっても、確認の利益があるものと認めて、これを許容すべきものと解するのが相当である」と。これは、「過去の基本的な法律関係」という限定を付けつつ、その確定につき即時確定の利益があれば、確認の利益を肯定するという考え方である。換言すれば、「現に存する紛争の直接かつ抜本的解決のため適切かつ必要と認められる」限り、「過去の基本的な法律関係」を確認対象に選択することも許されるとするものである。この補足意見は、本件の事案に照らしてみた

場合には、個別事件の具体的な文脈における「基本的な法律関係」を確認訴訟を通じて確定することの意義を説いたものとも評価することができるのである。

このような、確認対象の選択の適否に関する形式的考慮から実質的考慮への転換、そして、いわば事件の文脈依存型思考への転換は、その後一般に、過去の権利関係につき多様なケースで確認の利益を肯定する判例を簇出させた。しかし、中にはやや揺り返しを感じさせるような判例¹³もあり、また、近時、確認対象に一定の絞りをかけようとする学説¹⁴も、見られるようになった。さらに最近では、特別受益財産(民法九〇三条一項)に関する確認の訴えを却下した二つの最高裁判例等¹⁵に見られるように、裁判実務の上では、一定の歯止めが探求されているのが現状である¹⁶。本件判決も、基本的にはこのような傾向の中に位置づけることができると考えられる。

(3) 本件判決理由の検討1…【理由①】清算条項の法的性格

まず、本件で問題とされたいわゆる包括的な清算条項が、確認の対象として適格を有するか否かについて検討したい。実務上、このような清算条項は、債権者が手続の対象以外にも請求権の存在を主張している場合に双方が互いに予期せぬ請求を持ち出される不安を感じているときなどに作成されるといわれている。それゆえ、当該手続対象の残余部分¹⁷だけではなく、それ以外のすべての法律関係についても相互に請求権がないことを合意したと見るべきであるとされている¹⁷。それは、当該手続に係る紛争のすべてを包括的かつ一挙的に解決することを目指した条項であり、それゆえに自ずから包括性や抽象性を有している。本件判決は、清算条項のそのような性格を捉えて、確認対象にはなり得ないと判示したものと考えられる。

確かに、清算条項は、包括的かつ抽象的な自治規範であり、それゆえに、慎重な判断が必要であるが、そこでいう包括性および抽象性は、次のような含意を有していると考えられる。一方で、「包括的」とは、当該紛争に関して存在す

る権利義務関係および潜在的であれ存在する（その関係で将来発生する）と考えられる権利義務関係をすべて包括する基本的な性格を意味する。それは、清算条項を通じていわば包括的に網をかけることによって、個別具体的な請求権の行使を、抜本的に阻止する役割を有している。他方で、「抽象的」とは、特定の権利義務関係、すなわち具体的な権利義務関係を規定した条項ではないことを示すのであり、潜在的な基本的権利関係にも関わる表現でもある。

ところが、前者の「包括性」については、確認対象としてむしろ有用性さえを示す要素であると考えられる。それは、先に最高裁大法廷昭和四五年（一九七〇年）七月一五日判決の大隅裁判官の補足意見で触れたように、確認対象として望ましい「基本的な法律関係」を象徴する特質と考えられるからである。例えば、遺言無効確認の訴えの適法性についても、遺言が、まさにそのような包括的な法律関係であることから、肯定されたと考えられるのである。⁽¹⁸⁾

そこで、むしろ本件判決に照らして問題性の中心をなすと考えられるのは、後者の「抽象性」である。

わが国の判例・通説によれば、確認の対象となり得るのは、原則として現在の「具体的な」権利または法律関係に限られる。⁽¹⁹⁾ したがって、一般に、抽象的な権利関係については、確認の対象となり得ないとされ、他の確認の利益を構成するいくつかの命題が例外を認めているのは異なり、抽象的な権利関係が確認の対象とならないことについては、これまでほとんど異論が呈示されてこなかった。⁽²⁰⁾ このように抽象的な権利関係を確認の対象から排除する考え方の基礎としては、そもそも、司法権は国民の個人としての基本的な自由や権利の保護を目的としているので、具体的事件との関係なしには、訴えの利益、すなわち確認の利益を認めることができないことが挙げられる。⁽²¹⁾

しかし、これに対しては、野村教授による以下のような本質的な批判⁽²²⁾が存在する。すなわち、具体的といふ抽象的とはいっても、その区別は相対的なものである。したがって、抽象的な権利関係は確認の対象となり得ないといふ命題のみに依拠して確認の利益が判断されるならば、それは、恣意に流れるおそれなしとしない。他方、具体的と抽象的との限界付けの実質的基準が示されるならば、常にそれに遡って確認の利益の有無を判断すべきことになる。その場合には、

先の命題は、実質的基準に従って確認の利益が否定された後に、レッテルを貼る機能しか有しえない。つまり、裁判官は、具体的権利関係に関しないとの一事でもって訴えを却下することはできないにもかかわらず、そのようにしているかの如き体裁を取り繕うことになるにすぎない。すなわち、この命題は、それ自体として、実際上の適用において、何の実質的基準ともなりえないのである、と。

また、時期的には先行するが、確認訴訟の機能拡大のあり方を多方面の法領域で研究した Trzaskarik 教授⁽²³⁾も、ドイツにおいて、抽象的な権利関係は確認の対象となり得ないとする判例・通説に対して、反対論を展開する。すなわち、そもそも、一般に、抽象的な権利関係か具体的な権利関係かは、抽象的には決定することができず、その解明のためには、確認判決の有すべき機能を明確にしなければならない。そのさい、具体的な権利関係か否かを決定するためには、法が行為の指針になるといふ属性と請求権の基礎になるといふ属性とを有する点で、法から出発しなければならない。その決定は、法解釈の一部として、裁判所の任務に属するので、確認訴訟は、事実関係が具体化し得るものではないという理由で、不合法として却下されることはない。元来、確認判決の機能としては、その判決のみでは紛争は終局的な解決に至ることはできず、それを基礎にして、将来の行為の展開可能性が残されているという意味で、給付判決や形成判決とは異なる機能を有している。このような確認判決の特質からは、単に、権利関係が抽象的か具体的かのメルクマールによって、確認訴訟の権利保護の範囲を適切に画定することはできない。むしろ、ある行為をなすべきか否かについて原告の判断に一定の影響を与えうるといった場合に、実際の重要性が確認判決に備わっている場合には、当事者に対して行為指針を与え行為決定的な効果をもたらすことになるので、例えば、計画段階にあり現実化されていない行為の適法性に関する確認訴訟なども、適法となり得る、と論じているのである。

このように、抽象的な権利関係の確認訴訟の適否については、近時、その訴訟・判決の具体的な機能・作用のあり方との関係で、実質的な考慮が行われつつあるのである。

一般に、確認訴訟の訴訟物の特定のあり方は、すぐれて個別具体的な訴訟における事案の文脈に依存している。⁽²⁴⁾それは、処分権主義の下で、従前の経緯から被告の応接の仕方との関係で、原告の求める紛争解決のあり方と深く関わり、その選択権に依存している側面が大きい。そこでは、状況によっては、「抽象的な権利関係」の確認の方が、「具体的な権利関係」以上に有効な紛争解決機能を果たす場合もある。積極的確認の場合でも、消極的確認の場合でも、そのことは同様に妥当する。本件判決は、「本件条項のみの無効を確認しても、これによって、当事者間の特定の権利義務の存否や法律関係が確定するものではない」というが、清算条項の無効確認を通じて、当事者間では、債権債務関係の清算がなかったことになり、その結果、当事者間における具体的かつ特定の権利主張が可能になり、その限りで、清算条項をめぐる紛争が解決することになるのである。

これは、あたかも、具体的な差止請求訴訟における請求認容判決よりも、いわゆる抽象的な差止請求訴訟における請求認容判決の方が、より有効な紛争解決機能を果たす可能性があり、より将来の新たな関係形成に資する場合があること⁽²⁵⁾をも想起させる。そのアナロジーで考えた場合には、確認対象としていわゆる「抽象的な権利関係」を確認することの意義は、いわばそれを起点として、そこに包括される多様な具体的権利関係の存否についての法的行為指針を与える可能性を有する点にある。特定した権利関係ではないので確認の対象にはなり得ないとして、包括的な権利関係の確認を拒否する考え方は、確認訴訟の制度趣旨とは、本来的に相容れないものと評すべきであろう。⁽²⁶⁾

このように考えると、包括的な権利義務関係についての確認情報を獲得できる可能性があるため、清算条項は、確認対象として適格を有し、その確認の利益は、即時確定の利益がある限り満たされると考えられるのである。⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾

(4) 本件判決理由の検討2…【理由②】新たな合意の自由

および【理由③】財産分与請求権の消滅

さらに、本件判決は、「本件条項があつたとしても、当事者間において新たな合意をすることは自由であり、したがって、それだけでは本件条項の無効を確認する利益があるとはいえない」【理由②】とも判示した。しかし、これは、当事者間の将来の関係形成の視点からは、妥当とはいえないように思われる。本件は、X・Y間の財産分与手続における閉塞状況を打ち破るために提訴されたものとも考えられる。それを物語るのが、Xによる、「別件調停事件において、Yに対し、改めて離婚に伴う財産分与について調停をするためには、本件条項の無効を確認する利益がある」との主張であろう。つまり、合意できなかったからこそ、本件提訴がなされたとも推測されるのである。そうだとすると、当事者間において新たな合意をすることは自由であるという形式論で応接することは、現実的には望ましくないと考えられるのである。⁽²⁹⁾ 本件では、本件条項の無効確認判決の存否が、別件調停事件に与える影響力は、少なくとも、それゆえ即時確定の利益も存在すると考えられる。後述のように、調停手続と判決手続との間の「相互乗入れ」や「相互連携」が必要になるゆえんである。

ただ、本件判決に特徴的なことは、そのような形式論に終始することなく、実質論にも踏み込んでいるところにある。それが、実体的に財産分与請求権は消滅しているという判示の部分（【理由③】）である。ここで援用されている民法七六八条二項但書の規定は、一般に、除斥期間と解されて⁽³⁰⁾おり、それだけ見れば、確かに、実体的に財産分与請求権は消滅しており、別件調停事件は、（清算条項の確認判決を待つまでもなく）自ずと終結に向かうことになると考えられる。しかしながら、財産分与請求権が消滅しているか否かは、本件とは別の問題であり、その点が争点になっていない限りで、単なる傍論にすぎない。また、清算条項は、先に述べたような多様な権利関係を包括するものであるので、財産分与請求権の消滅が、その確認の利益を喪失させることにはならないように思われるだけでなく、本件では、本件調

停過程における詐欺の有無が争点になっており、その点に関して原告の地位に対する現実の不安が存在すると考えられるので、財産分与請求権の消滅の一事をもって、確認の利益が消滅することもないと考えられる。しかも、例えば、東京高裁平成三年（一九九一年）三月一四日判決（判例時報一三八七号六二頁）が示すように、一旦財産分与の合意が錯誤によって無効となった後に、改めて財産分与が問題となる場合には、時効の停止に関する民法一六一条の類推適用の余地があると解されるのである。³¹⁾

確かに、民法七六八条二項但書の援用は、実質的には、清算条項の確認を拒否したことからくる紛争の未解決状態に対して、いわば代償的に決着を付ける周到な説示とも考えられるが、むしろ、事実上、その点に関する原告の裁判を受ける権利を妨げるおそれも、なくはないであろう。このような考察からは、本件では、清算条項の無効確認の利益を肯定し、その本案判断を示した方が、清算条項をめぐる紛争をより直接かつ抜本的に解決できたであろうと考える。

(5) 本件判決理由の検討③…その他

本件判決が明示的な理由として挙げたのは、以上の【理由①】から【理由③】であるが、実質的に見た場合に、本件確認訴訟を通じた紛争の解決に対する考え方と、調停の一部無効についての考え方も、本判決の帰結に、一定の影響を与えているように思われる。

まず、本件確認訴訟を通じた紛争の解決に対する考え方であるが、本件判決は、本件における確認判決の紛争解決機能に必ずしも大きな期待を寄せていないのではないかと考えられる。それは、仮に清算条項の無効確認が認められた場合には、清算条項で封じられていた権利主張の機会が付与されることになるからである。この点では、確かに、一旦決着が付けられたと考えられる紛争の再発は、望ましくないとと思われるが、しかし、望ましくないので、あくまで不適法な紛争が再燃することであり、万一清算条項で封殺されていた正当な権利の主張の機会が回復された場合には、それ

自体、司法の担うべき本来の法的救済を十全に果たしたと評価されるのである。

次に、調停の一部無効についての考え方である。確かに、調停の各条項を一体的かつ不可分のものと考えた場合には、その一部のみは無効主張は、合理性を欠くとも考えられる。ただ、このような局面で、当事者間の合意をできる限り尊重する立場に立てば、当事者間で問題がないと考える条項やすでに履行がなされてしまった条項まで、他の条項との関係で無効にする必要もないとも考えられる。⁽³²⁾ 本件では、条項の性質に応じて、一部無効の可能性も承認されている。この点では、遺言をめぐる事件でその一部無効確認が求められた、東京地裁平成二年（一九九〇年）一月二日判決⁽³³⁾は、その射程がかなり限定されたことになるであろう。⁽³⁴⁾

四 おわりに

——確認訴訟の軽やかな活用可能性の探求

以上、本稿では、離婚の調停条項のうち清算条項のみの無効確認訴訟の適法性について、本件判決の明示的および黙示的理由を検討してきた。その議論の焦点は、上記問題の所在に示したように、その種の条項の無効確認が、確認対象として適格をもち得るか（確認対象選択の適否）に、向けられていたのである。

ところで、私は、これまで、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してきた。⁽³⁵⁾ 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」を發揮できる場合には、その確認の利益を緩やかに肯定してよいと考えてきたのである。⁽³⁶⁾ また、判決結果が、他の手続（裁判内外のADR等）で利用できることが望ましいとも論じてきた。⁽³⁷⁾

これは、確認の訴えをいわば「法的情報請求訴訟」と位置づける考え方であり、「軽やかな確認による爾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、「国民が自分でできる納得裁判」³⁸の実現のためには望ましいと、考えるのである。このような基本的な立場からは、本件判決は再検討を余儀なくさせられるのである。

なお、本件判決の背後には、家事調停の機能強化に腐心する通常裁判所の姿を垣間見ることでもある。この判決の帰結は、家事調停だけでなく、裁判上の和解や民事調停などの、ある意味での安定性や終局性を導くことになるとも考えられる。しかし、本件判決は、調停等の全部無効の確認請求自体を遮断してはいないので、一部無効の主張が、全部無効に拡大された形で、提出される場合は考えられる。そうだとすると、清算条項のみを取り上げた無効確認を遮断することを通じて達成された安定性が、それ以外の部分の無効確認をも巻き込んだ形でより広く再燃することが懸念されることにもなりかねない。これは、小さな安定性の確保を求める結果、大きな安定性が害される結果に生み出してしまふことを意味する。当事者の視点からは、清算条項のみを争えばいいと考える場合でも、本来争わなくてもいいと考える条項、特に、本件判決で特定の権利義務を定めた条項とされたものをも巻き込んで全体として調停等の無効確認訴訟を提起することを余儀なくされることになり、一部条項の無効確認を遮断することにより、結果的には、紛争を無用に拡大することにもなりかねないのである。したがって、そのような事態を回避するためにも、清算条項のみの無効確認訴訟の適法性を、原則的に肯定すべきであろう。

* 本稿は、石川捷治先生の還暦をお祝いして、寄稿するものですが、諸種の制約から、満足のゆく論放を寄せることができなかつたことを、お詫び申し上げますとともに、先生のご健勝とご発展を、心より願っております。私の本学赴任直後、秘密教授会、人事、入試問題処理などについて、私には理解できない処方や発言が行われ度肝を抜かれましたが、先生の学部長の時代以降、ある程度学的环境が回復できましたことを、特に心から感謝申し上げます。なお、

モンテニュー『随想録』三巻六章、パスカル『パンセ』第一部第三綴、山崎朋子『サンダカン八番娼館』も、参考にしましたことを付記致します。

** なお、本稿は、福岡家庭裁判所で開催された「家族法判例研究会」で報告した原稿が基礎となっている。公表が遅れたことおよび文献の引用が限られていることをお詫びするとともに、当日、貴重なご質問やご意見をお寄せ頂いた出席者の方々に、心より感謝致します。

ちなみに、当日の議論の趨勢としては、本件判決の結論とは逆に、家事調停における清算条項のみを訴訟物に据えてその無効確認訴訟を提起することについては、その適法性を肯定する意見が優勢であったことを付言しておきたい。

〈註〉

(1) 確認判決におけるこのような作用の分析については、伊藤眞「既判力の二つの性格について」『民商法雑誌七八巻臨時増刊号

(3) 『法と権利』二七一頁（有斐閣、一九七八年）を参照。

(2) Charles A. Wright, *The Law of Remedies as a Social Institution*, 18 *University of Detroit Law Journal*, 376 (1955).

(3) その到達点のひとつとして、例えば、野村秀敏『予防的権利保護の研究』（千倉書房、一九九五年）を参照。私も、差止請求訴訟過程およびその執行過程の研究を通じて、予防的な法的救済の重要性を指摘し、その新たな展開のあり方を探求してきた。例えば、川嶋四郎「差止的救済の有用性に関する一展望——新たな民事救済の世紀に寄せて——」判例タイムズ一〇六二号三七頁（二〇〇一年）、および、そこに引用する文献を参照。

さらに、日本における救済法の展開については、川嶋四郎「救済法」の課題と展望に関する一試論・序説『民事訴訟雑誌四三号一九八頁（一九九七年）、同「救済の方法」論の展望と課題』九州法学会会報二〇〇二年度五六頁（二〇〇三年）等を参照。

(4) 平成二二年（ネ）第二七二五号、調停無効確認請求事件。破棄自判・上告受理申立て（上告不受理）。原審は、東京地裁平成二二年（二〇〇〇年）四月二四日判決（平一〇（ワ）第一九七六八号）。原審判決は、家裁月報五四巻五号一一八頁、一一二頁にある。

(5) なお、以下の【理由①】から【理由③】は、本来的には並列的に論じることが妥当ではなく、理由相互間に軽重等の差はある。

が、以下では、便宜的にこのように記したい。

(6) なお、この問題は、家事調停調書に既判力があるか否かの問題との関係で論じられることもある。家事調停の手續においては、当事者間に合意が成立し、それが調書に記載されれば、調停が成立する。そして、その記載は、確定判決と同一の効力を生じる(家事審判法二二条一項本文)。そこで、この場合における既判力の有無が、調停調書や和解調書の場合と同様に論じられているのである。

本件判決の批評の中にも、それに言及するもの(齋藤哲「本件批評」法学セミナー五六七号一二二頁(二〇〇二年)、石渡哲「本件批評」法学研究〔慶應義塾大学〕七五卷二一五頁(二〇〇二年)、石川明「離婚調停における清算条項のみの無効確認請求」判例タイムズ一一三五号一八〇頁(二〇〇四年)もあるが、本件で問題となっているのは、調停等の瑕疵を争う方法としていかなる手續が適切かではなく、その(一部の)無効確認訴訟における確認の利益の有無であるので、既判力の有無の問題には立ち入らず、本件判決の構造に示されているように、確認の利益の問題に収斂させた形で、以下では論じていきたい。

ちなみに、一般に、家事調停と既判力については、例えば、山木戸克己「家事審判法」一〇二頁(有斐閣、一九五八年)、齋藤秀夫・菊池信男編「注解家事審判法〔改訂版〕」七四二頁(上村多平)(青林書院、一九九二年)等を参照。また、民事調停と既判力については、例えば、中野貞一郎「民事調停の既判力」同「民事訴訟法の論点I」二六六頁(判例タイムズ社、一九九四年〔初出、一九九三年〕)、石川明・梶村太一編「注解民事調停法〔改訂版〕」二一八頁(小室直人)(青林書院、一九九三年)、小山昇「民事調停法〔新版〕」二八五頁(有斐閣、一九七七年)等を参照。

(7) 以下については、例えば、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(最高裁(一小)平成十一年一月二一日判決・判例タイムズ九九五号七三頁)」判例タイムズ一〇〇九号三九頁(一九九九年)、同「遺言者の生存中における遺言無効確認の訴えの適否(最高裁(二小)平成十一年六月二一日判決・判タ一〇〇九号九五頁)」判例タイムズ一〇一三号六五頁(一九九九年)を参照。

(8) 伊藤眞「確認訴訟の機能」判例タイムズ三三三九号二八頁(一九七六年)参照。

(9) 例えば、新堂幸司「福永有利編『注釈民事訴訟法(5)〔訴え・弁論の準備〕』六五頁(福永有利)(有斐閣、一九九八年)等を参照。

(10) 三ヶ月章『民事訴訟法(法律学全集)』六四頁(有斐閣、一九五九年)。

(11) 民集一一卷七号一三四頁。

(12) 民集二四卷七号八六一頁。

(13) 例えば、最大判昭和四七年(一九七二年)二月一五日・民集二六卷一号三〇頁に関する高橋宏志「重点講義・民事訴訟法」二二二

- 七頁（有斐閣、一九九八年）の評価を参照。
- (14) 事実の確認についてであるが、中野貞一郎「確認訴訟の対象——『事実』はどこまで対象資格をもつか——」判例タイムズ八七六号七頁、一〇頁（一九九五年）〔後に、同『民事訴訟法の論点II』三八頁（判例タイムズ社、二〇〇一年）所収〕を参照。
- (15) 最高裁判平成七年（一九九五年）三月七日判決・民集四九卷三三三頁、および、最高裁判平成一二年（二〇〇〇年）二月二四日判決・民集四九卷三三三頁も参照。前者の判決および原判決の批評として、川嶋四郎「民法九〇三条一項の特別受益財産であることの確認を求める訴えの適否」法教一八〇号九八頁（一九九五年）および同「『みなし相続財産』（民法九〇三条一項）の確定と確認訴訟の適否」判時一四二一号一四八頁（判評四〇二二頁）（一九九二年）を参照。後者の判例については、野村「後掲批評〔註36〕」および川嶋四郎「『具体的相続分』（民法九〇三条一項）の価額または割合の確認を求める訴えの適否（最小判決平成一二年二月二四日・民集五四卷二五二頁、判例時報一七〇三三三頁、判例タイムズ一〇二五号一二五頁）」法学セミナー五五〇号一一五頁（二〇〇〇年）を参照。
- (16) 遺言者の生存中に提起された遺言無効の訴えを不適法とした、最高裁判平成一二年（一九九九年）六月一日判決（判例時報一六八五号三六頁・判例タイムズ一〇〇九号九五頁）なども、この傾向を示す。これについては、川嶋「前掲批評〔註7〕」判例タイムズ一〇一三号六五頁を参照。
- (17) 東京高裁昭和五九年（一九八四年）八月九日判決・判例タイムズ五三三九号三三五頁（訴訟上の和解の事例）、遠藤賢治「和解条項の作成」後藤勇一藤田耕三編『訴訟上の和解の理論と実務』四三六頁、四五三頁（西神田編集室、一九八七年）〔訴訟上の和解に関してであるが、無限定の包括的清算条項（例、「原告被告間には、本和解条項に定めるほか何らの債権債務のないことを相互に確認する」）について、本文のように論じる。〕。また、梶村太一「和解・調停の実務〔四訂版〕」七二九―七三〇頁、七六一―七六二頁（新日本法規、一九九九年）も、清算条項は、確認条項の一種であり、後日当事者間で債権が存在することが明らかになくても、これを一切不問に付するという、一つの形成的意義を有する確認的效果をもたらすと論じる。
- (18) ただ、遺言と清算条項とは、差異も見られる。一方で、遺言は、現在の権利関係が派生する源であり、権利発生の根拠である。その無効の確認は、現在の権利関係の確定につながり、当事者の行為指針になり、紛争解決につながると考えられる。これに対して、清算条項は、現在の権利または法律関係が、縛りを受けているその源であり、権利消滅の根拠である。その無効の確認は、現在の権利関係の主張可能性を導き、その主張の可否をめぐる新たな紛争を顕在化させる可能性を秘めている。ただ、清算条項の確認が、それをめぐる紛争の解決をもたらす規範的な意義を有することも、また看過できない。
- (19) 例えば、判例・通説に関しては、新堂幸司『新民事訴訟法〔第三版〕』二五二頁（有斐閣、二〇〇四年）、高橋宏志『重点講義・民事訴訟法〔新版〕』三一四頁（有斐閣、二〇〇〇年）、伊藤眞『民事訴訟法〔第三版〕』一四四頁（有斐閣、二〇〇四年）等を

参照。

(20) これは、「法律上の争訟」概念とも関わる。この概念は、一般に、紛争当事者間の具体的な権利義務関係に関する争いであつて、法令の適用により終局的に解決することができるものをいうと、定式化されている。例えば、判例は、一貫して、具体的な権利または法律関係に関する争いではない抽象的な法律問題は、「法律上の争訟」には当たらず、不適法な訴えであると判示している。例えば、最高裁昭和二十九年（一九五四年）二月一日判決（民集八卷二四一九頁）は、村議会の予算決議の無効確認訴訟事件において、法律上の争訟とは、「法令を適用することによって解釈し得べき権利義務に関する当事者間の紛争をいう」として、その予算決議は、村民の具体的な権利義務に直接関係しないとして、その訴えを不適法却下した。

また、裁判例として、確認の利益レベルにおける判断として、抽象的権利関係の確認であるので不適法とされたのは、就業規則や労働協約等をめぐる訴訟事件においてである。例えば、東京地裁昭和五十一年（一九七六年）十一月二日判決（判例時報八四二号一一四頁）は、Xらの勤務するY会社の就業規則には、「女子従業員は毎月生理休暇を必要日数だけとることができる。そのうち二四日を有給とする」旨の規定が存在（さらに、二四日については、基本給の一〇〇%を補償する旨の規定も存在）したが、Y会社は、「女子従業員は毎月生理休暇を必要日数だけとることができる。そのうち月二日を限度とし、一日につき基本給一日分の六八%を補償する」旨の規定に変更したので、Xらは、取得した生理休暇の日数について、従来の就業規則によって算定される補償金額との差額の支払いと、年間二四日について基本給一日分の支払義務の存在することの確認を求めて本件訴えを提起した。東京地裁は、給付請求については棄却し、確認請求については、「Xらの確認請求は、具体的権利義務についての確認を求めるものではなく、Xらが旧規定の適用を受けるべきものであるとの就業規則変更に関する解釈を求めるものであって、確認の訴の対象とはならない」と判示して、その訴えを却下した。

(21) 例えば、兼子一＝竹下守夫『裁判法（第四版）』六六頁等（有斐閣、一九九九年）を参照。

(22) 野村『前掲書（註3）』二二六頁。

(23) Christoph Trzaskarik, Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozess, 21-58 (Duncker & Humblot, 1980).

(24) 川嶋「前掲批評（註15）」判例時報一四二二号一五七頁。

(25) いわゆる抽象的差止請求の意義と機能については、例えば、川嶋四郎「差止請求——抽象的差止請求の適法性の検討を中心として——」ジュリスト九八一号六八頁（一九九一年）、同「差止訴訟における強制執行の意義と役割——問題の所在と解決の方向性——」ジュリスト九七一号二六〇頁（一九九一年）等を参照。

(26) ただ、一般に、そのような非特定性が、被告の自由を過度に抑圧し、過剰な行為抑止的作用をもたらす場合には、原告は、そ

のような確認対象について確認の利益を有しないと考えられる。ただ、清算条項の確認については、むしろ権利主張の抑制からの解放であるので、通常このような懸念は生じないであろう。ただし、従前の原告被告関係から信義則上その種の確認が許されないと考えられる場合は、この限りでない。なお、石渡「前掲批評〔註6〕」一一二〇—一一二二頁も参照。

(27) なお、本件判決は、特定した権利関係に執着している点で、確認対象についてのいわば「還元的思考」に陥っているとも考えられる。最高裁昭和四七年（一九七二年）二月一五日判決（民集二六卷一三〇頁）〔遺言無効確認の事例〕では、請求の趣旨を、現在の個別的権利関係に還元して表現するまでもなく、遺言自体の無効確認訴訟の適法性が認められたのである。これは、確認対象を現在の具体的権利関係に限定したまゝのように還元して考察する思考、すなわち、その事件ではいわば「現在の個別的権利関係への還元的思考」を排したのであり、その判決の論法が、ここでは示唆的である。

(28) なお、交通事故による後遺症に関する判例は、事実上、清算条項や権利放棄条項（のみ）の無効を認めたものと評価することができる。例えば、最高裁昭和四三年（一九六八年）三月一五日判決（民集二二卷三三〇頁）は、「示談によつて被害者が放棄した損害賠償請求権は、示談当時予想していた損害についてのもののみと解すべきであつて、その当時予想できなかった不測の再手術や後遺症がその後発生した場合その損害についてまで賠償請求権を放棄した趣旨と解するのは当事者の合理的な意思に合致するとは言えない」旨を判示している。一般に、和解無効の事例における争い方の多様性については、東京弁護士会親和全期会訴訟技術研究会編『和解無効の研究——判例分析を中心に——』（商事法務研究会、一九九一年）を参照。

(29) このような事件の文脈での確認訴訟の利用は、先に述べた特別受益の確認の事例と同様のように思われる。川嶋「前掲論文〔註15〕」判例時報一四二一—一四九一—一五〇頁を参照。

(30) 例えば、内田貴『民法IV〔補訂版〕』一三三二頁（東京大学出版会、二〇〇四年）を参照。

(31) また、清算条項が無効であれば、その限りで家事調停手続は終結していないので、期日指定を申し立てることにより、その手続の再開を求め、そこで、新たに財産分与を求めめることも可能であろう。

(32) このような合意＝契約の一部無効については、消費者契約等との関係で、民法の領域において、近時議論の展開が見られる。そこでは、例えば、ある契約条項の一部が無効原因が存在する場合に、その条項の一部が無効となるのか、それとも、全部が無効となるのか、また、ある契約条項が無効となる場合に、その条項のみが無効となるのか、それとも、契約全体が無効となるのか、論じられている（例えば、山本敬三『民法講義I〔総則〕』二七四頁、二七六頁〔有斐閣、二〇〇一年〕、四宮和夫『能見善久『民法総則〔第六版〕』二五二頁、二八八頁〔弘文堂、二〇〇二年〕等を参照）。いずれの場合にも、一部無効説と全部無効説との対立があり、契約自由の尊重、規制の目的、不当条項の予防目的、条項の作成者に対する制裁等についての考え方の違いが、無効の範囲の考え方に、影響を及ぼしているようである。さらに、山本敬三「一部無効の判断構造（一）（二）」——契約における法律効果

確定過程の構造化に向けて——」法学論叢〔京都大学〕一二七卷四号一頁、六号一頁（一九九〇年）も参照）。無効とされる部分と残余の部分とが不可分の関係にあると評価される場合には、法律行為全体が無効になるとされる（いわゆる芸娼妓契約について、稼働契約部分と消費貸借部分とは不可分であるとして、最高裁昭和三〇年（一九七五年）一〇月七日判決・民集九卷一―号一六一―六頁は、全体を無効とした）が、そうでない場合は、一部無効が妥当であるとされる。

(33) 家裁月報四三卷五号三五頁、判時一三七六号八八頁。これは、一個の公正証書によってされた遺言の一部分についての、遺言後の撤回を理由とする遺言の無効確認の訴えを、確認の利益がないとして却下した事例である。この判決は、以下のようにいう。

「原告らの本件訴えは、右認定の本件公正証書遺言中の本件遺言部分が、同遺言がされた後である昭和四九年（一九六四年）一月四日にされた本件自筆証書遺言によって取り消され、又は遺言者が昭和五三年（一九七八年）六月二〇日本件遺言部分により遺贈の対象とされた本件不動産を甲事件原告小林夏子に対し代物弁済として譲渡する旨の意思表示をしたことよって取り消されたとして、本件遺言部分の無効確認を求めらるものである。

ところで、いわゆる遺言無効確認の訴えは、形式上過去の法律行為の無効の確認を求めらるることになるが、遺言が有効であるとすればそれから生じるべき現在の特定の法律関係が存在しないことの確認を求めらるるものと解される場合で、原告がかかる確認を求めらるにつき法律上の利益を有するときは適法として許容されらるるものと解されている（最高裁昭和四七年（一九七二年）二月一五日判決・民集二六卷一号三〇頁参照）。

このように、伝統的な考え方を立てばその無効確認の許されない過去の法律行為である遺言について無効確認の訴えが許容されるのは、遺言が遺言をした者の財産の処分、相続分や分割方法の指定、認知、相続人の廃除、すでになした遺言の撤回等民法所定の多種の内容を含み得るものであつて、また、遺言をするについては要式性が厳格に貫かれておりその成立の有効性を巡つて多くの問題があるため、これらの遺言された個々の内容ごとにこれを現在の法律関係という観点からその存否確認の訴えを提起しなればならないとすることはいたずらに手続を錯綜させる結果となることから、基本的法律行為である遺言の無効の当否を判示することにより確認訴訟のもつ紛争解決機能を果たさせようとする考え方によるものと解される。

このような遺言無効確認の訴えの機能、目的に照らすと、本件訴えにおいて原告らが訴求するように、一個の証書によつてなされた遺言のうち的一部分に限つて、しかも遺言後のこれと抵触する行為による撤回（民法一〇二三条）を理由として、当該遺言部分が無効であることを確認を求めらることは、遺言無効確認の訴えとして予定されているといふことはできず、このような場合には、原告らにおいては、これを現在の具体的な法律関係に置き換えてその存否の確認を訴求し、その原因として特定の遺言部分の遺言後の撤回を主張すれば足りるものであつて、本件遺言部分の無効確認の訴えについては、原告らには確認の利益がないものといわざるを得ない。」（「」内は、原文のまま。人名は、仮名。）

この裁判例に対して、端二三彦「判例批評」判例タイムズ七九〇号二〇四頁（一九九二年）は、次のように指摘する。この判決の趣旨として、確認判決によって、そのような無効を確認しても、遺言をめぐる紛争の直接かつ抜本的解決とはならないとする趣旨のものとする。本件の事案は、遺言後の抵触行為を理由とするもので、その効力が問題とされている遺言の条項は、特定の不動産（一筆の土地とその上の建物の共有持分権）の遺贈を内容とする部分のみであるから、これについては、原告らは、個々の権利の確認を求めて既判力による確定を図れば足り、遺言確認無効の訴えという間接的な形で権利の確定を求める利益には欠けるものといえようと評する。ただ、慎重にも、一部無効の理由が遺言後の抵触行為以外である場合や、効力を問題にされている部分が多岐にわたる場合などは、本件とは事案が異なり、一個の遺言の一部についての無効確認の訴えが確認の利益を欠くものとして許されないかどうかは、今後の事例の集積を待つほかない、と指摘する。また、中野「前掲論文（註14）」四六頁、五三頁註22は、次のように論じる。すなわち、確認の対象になる法律関係は、独立の法律関係であることを要しない。個別の法的な諸関係（同時履行の抗弁権、議決権など）でも、確認対象の適格はあり、確認の利益が問題となるにすぎない。これに対して、ある法律関係の個別の要件要素（履行の有無、違法性、故意過失など）あるいはある法律関係に属しない一般的な人または物の属性（行為能力、従物など）は、事実であつて、法律関係ではない。法律関係の一部も、確認対象となり得ると論じた上で、東京地裁平成二年（一九九〇年）一月二二日判決も、確認対象の問題だけであれば、法律関係の一部についての確認の訴えとして許されてよい、と付言するのである。

(34) なお、石川明「前掲批評（註6）」一八二―一八三頁は、清算条項と他の条項との包括一体性を指摘し、調停を構成する複数の条項は全体的に相互に切り離すことなく包括的に一体として一つの調停を構成するのが普通であるので、そのうちの一部を他から切り離して、切り離された条項についてのみ無効の主張をすることは通常の場合許されないと論じる。確かに、そのように包括一体的にしか解し得ない場合もあるかも知れないが、先に述べたように、個別事件の具体的な文脈に即し、当事者の訴訟物選択の自由（処分権主義）を認める本稿の立場からは、基本的には、個別条項の確認を許すのが妥当であると考えられる。

(35) 川嶋「前掲論文（註15）」判例時報一四二二号等を参照。

(36) このような見解に対する批判として、野村秀敏「判例批評」伊藤眞Ⅱ高橋宏志Ⅱ高田裕成編『民事訴訟法判例百選（第三版）』六六頁、六七頁（二〇〇三年）、木村健「判例批評」法学研究（慶應義塾大学）六九巻五号一七〇頁、一八〇頁註19（一九九六年）を参照。ここでは、争点解消・法的情報提供機能であれば、すべての確認判決が多かれ少なかれ果たすと評することができるので、これでは確認訴訟を適切な範囲に限定しようとする確認の利益の機能が損なわれてしまう旨の批判が呈示されている。

しかし、この批判はやや形式的すぎる。私見は、「個別事件の具体的な文脈」で、「争点解消・法的情報提供機能」の発揮の重要性を判断指針とする。これは、いわば、確認的救済過程における確認の利益の機能の動態的な把握であり、爾後の当事者関係の新

たな形成に対する寄与の度合いを考える見解なのである。批判者は、このような判断指針を、あたかも従来の判例・通説が静止的かつ画一的基準としてあげた「現在の具体的な権利関係」の確認が求められているか否かの基準と同様に、争点解消・法的情報提供機能のフアクターを考えているようである。しかし、私見では、個別具体的な事件の紛争解決過程の文脈で、その機能が発揮し得る蓋然性も考慮に入れた判断をも行うべきであると、考えているのである（このような「蓋然性」の高さは、確認訴訟の機能からして、当然に問題とすべきである。国籍訴訟・前註11を参照。）。

したがって、民事紛争の早期段階で提起され予防的な紛争解決を志向する確認訴訟の使命や、爾後の紛争処理にとって重要な役割を果たし得る起点的な権利関係等の確定を志向する確認訴訟の役割に鑑みると、個別事件の具体的な文脈に依存する確認対象の柔軟な捕捉を可能にし、確認訴訟の軽やかな利用に途を開いてもいいと考える。例えば、具体的相続分の確認であれ、本件のような清算条項の無効確認であれ、事件の文脈次第で、確認の対象適格を取得し得るのである。

(37) さらに、重要なのは訴訟とADRとの相互補完であり、訴訟手続を補完するものとして訴訟外紛争処理手続(ADR)の活用もまた、志向されねばならない。川嶋四郎「民事訴訟の展望と指針」民事訴訟雑誌五〇号一頁(二〇〇四年)も参照。

(38) 例えば、川嶋四郎「計画審理——『国民が自分でできる納得裁判』の処方箋の探求——」ジュリスト一二五二号一二頁(二〇〇三年)などを参照。