



大手前大学  
大手前短期大学リポジトリ

## 民事訴訟法第三五六条第一項の民事上の争

著者	朝山 善成
雑誌名	大手前女子大学論集
巻	2
ページ	18-24
発行年	1968-11-06
URL	<a href="http://id.nii.ac.jp/1160/00000891/">http://id.nii.ac.jp/1160/00000891/</a>



## 民事訴訟法第三五六条第一項の民事上の争

朝 山 善 成

### 第一

民事訴訟法第三五六条第一項によれば、民事上の争については当事者は請求の趣旨原因及び争の実情を示して相手方の普通裁判籍所在地の簡易裁判所に和解の申立をなすことができることになっているが、これは民事上の紛争がある場合、訴訟にまで持込ませないで、できるものであればその前段階で和解を成立させて、紛争を解決させようとする趣旨の制度である。従ってこの所謂起訴前の和解の申立をなすには訴訟における訴の利益に該当すべき具体的な民事上の争の存在することが要件とされるのである。

ところで判例はこの「民事上の争」なる要件に関し割合緩やかな解釈をとり、民事上の争には権利関係の存否又は範囲についての主張の対立に限られず、もっと広く権利関係の不確実や権利実行の不安含も含むと解し、多少とも紛争を予測しうるような事情を認定し得るならば、それをもって右の要件を満したもとのして扱う傾向にあるようである。

そこで本稿では判例において民事上の争の有無について争われたケースにつき、如何なる事情の下に裁判所がこれを肯定し、或はこれを否定したかを整理してみたいと思う。そして、さらに右要件を欠いた場合における起訴前の和解の効力についても触れてみたいと思う。

### 第二

(1) まず東京区裁昭和五年七月二二日判決（法律新聞三一五四号八頁）は、X Y間で同庁において起訴前の和解が成立したが、Xが右和解の申立の際民事上の争は存在しなかったから和解は無効である旨主張して訴を提起した事件で、

凡そ訴訟の防止を目的とする和解は民法上の和解契約と訴訟防止を目的とする訴訟行為を内容とする契約にして、従って当事者間に権利関係に付き紛争の存することを前提とし、而も当事者間において権利関係に付き互に譲歩をなし、其の間に存する紛争を止め且訴訟の防止を目的とする行為なるに拘らず……と判示した上

XはYより（本件）家屋（建坪七坪）を賃料一ヶ月拾貳円にて賃借しておりたる所、昭和九年四月より右賃料の支払を遷延したるに依り、Yより之が催告を受けたことは認め得べしと雖、X Y間に右家屋の明渡若は延滞賃料の請求等民事上の争を惹起したることは未だ之を看取するに足らざるが故に、本件和解は民事上の争なきに拘らず締結せられたものと謂うべく、然らば該契約は法律上何らの効力をも生ぜざるものと謂わざるべからずとしたのであった。

(2) 次に右判例に影響を受けていると見られる神戸地裁昭和二四年六月三日付判決（高裁判集二卷三三三頁）は

Xは昭和二三年五月三十一日Yより金一五万円を利息月一割、弁済期は同年八月三〇日、但しXが利息を遅滞なく払うなら三ヶ月づつ繰延べて昭和二四年五月末日まで延長を認めるとの約定で借受け、担保としてX所有の本件建物をYに売渡し、Xが同年八月三〇日までに元金利息及び費用を提供してこれを買戻し得ること、Xが利息を月々遅滞なく支払うときは右買戻期限も弁済期日を繰延べると共に順次昭和二四年五月末日まで延長するが、然らざる時はYの請求した日から一週間後に明渡すという約定が成立した。Yは右約定について公正証書の作成を以ては満足せず、しきりに裁判所の和解調書の作成を要求した結果、（本件家屋の買戻約款附売買契約並びに停止条件附家屋明渡請求権に関する）和解調書が作成せられた。

旨認定した上、

起訴前に訴訟防止の目的を以てする和解は一面私法上の和解なる性質を有すると同時に、他面訴訟防止を目的とする訴訟行為たる性質を有するものであるから、右和解は当事者間に権利関係について争のあることを前提とするものであることは勿論であるところ、X Y間には前記建物の売買買戻又は明渡について何等かの争の存したことは本件にあらわれたすべての証拠によってもこれを認めることはできないの

みならず、かえって前記認定事実からは、Yは公正証書によっては建物明渡の強制執行について債券名義を得ることができないので、これを得る手段として当事者間に何ら争がないのにこれあるものとしてXに和解の申立をなさしめたものであると窺うことができる。従って、右和解は私法上無効であるから訴訟法上も無効である。

としたのである。

- (3) ところが右事件の上告審である大阪高裁昭和二十四年一月二五日付判決（高裁判集二券三号三〇九頁）はここにいう争というものは狭く原判決の説くように権利関係についての争即ち権利関係の存否内容範囲についての主張の対立に限られるのではなく、もっと広く権利関係についての不確実や権利実行の不安全も含むと解するのが妥当であるとした上

（原審認定の事実によれば）本件当事者間には権利関係の存否内容等についての争はなかったにしても、少くともYの権利実行殊に公正証書では債券名義とならない家屋明渡の点に不安をもち、その不安を除く為に本件の和解がなされたものとみるのが相当である。

として原判決の法律解釈は誤であるとした。（しかし民事上の争に権利実行の不安を含むと解するにしても、右判決の事案ではかかる不安を具体的に推認するに足る事実は存在していないように思われる。）

- (4) 次に東京地裁昭和二十六年二月一二日付判決（下民集二卷二号一八七頁）は、訴外会社がYから昭和二十四年七月二一日金三〇万円を借受け、担保として、ビルの借室権電話加入権附属品等を一括譲渡担保とする和解調書を作成したところ、訴外会社の地位の承継入であるXから民事上の争の要件を欠いたとして和解無効を主張した事件で(3)の判例と同様

権利関係の存否内容等に争がなくとも、権利関係の不確実、権利実行の不安全を予め防止する目的で和解がなされた以上和解の前提たる争がなかったとはいえない

としつ

訴外会社は同年六月上旬Yより金一〇万円を弁済期二〇日位後として借受け、さらにその後七月一五日頃金二〇万円を弁済期一ヶ月位後として借受け、前記担保提供契約を締結した。そして右権利関係の存否若くはその内容それ自体には必ずしも争があった訳ではないが、既に

金一〇万円の返済も遅延していたので、Yは右約定による権利関係の確実化をはかり且その権利実行の不安を除くために和解がなされた。として右和解を有効とした。

(この場合Yは六月上旬に金一〇万円貸与し、その弁済期の同月末を経過した後の七月一五日に金二〇万円を追加して貸与していることからすると、その直後の七月二一日の和解調書作成当時のYの権利実行の不安はさして強いものではなかったのではないかと推認されるが、裁判所はこの程度でもって可としたのである。)

(5) 東京地裁昭和三〇年八月一六日付判決(下民集六卷八号一六三三頁)では、X会社及びYとZとの間において家屋明渡に関する起訴前の和解が成立したが、X会社及びYが民事上の争を欠いたとして和解の無効を主張した事件で

民事上の争は権利関係の存否内容範囲に限らず、権利関係の不確実、権利実行の不安全をも含むほか、必づしも現在の紛争のみを対象としているのではなく、将来発生すべき可能性ある争についても和解申立に際し、右争を予測できる事情が存する限り、予めその申立をする必要がある場合として、その申立は許されると解すべきである。

と判示しつつ

Yら数名がX会社の設立を計画し、Yは昭和二六年一〇月一日Z所有の本件家屋をその管理人を通じて、X会社が設立された暁にはその営業所として承継賃借することとして、期間六ヶ月、賃料は家屋内外の改修補修費をもって充当すること等の条件で賃借したこと、昭和二六年一一年中旬X会社が設立されたが、その後賃借権の承継手続をとることなくX会社が家屋使用し、改修補修工事費約三〇〇万円はX会社が負担したこと、同年一月下旬からX会社の事業の成否の見透が困難であったこと、さらに右賃借契約の条件が通常の場合と異り賃借人に過酷なものであったこと等考え併せると、賃借人が何人であるか争があり、本件和解当時すでに将来の紛争を予測できたから本件和解を無効ということはできない

としたのである。

(6) 大阪高裁昭和三十一年五月二二日付判決(下民集七卷五号一三二五頁)は、XY間において昭和二十一年六月二〇日Y所有の本件土地を賃料一ヶ年一坪につき金五円、毎月五日払、期間同年七月一日より満二年、期間満了の際YまたはXから解約又は更改の申立のないときは当事者間

民事訴訟法第三五六条第一項の民事上の争

に本契約を続行する意思あるものとして継続有効なるものとする等の契約が成立したが（契約書作成）、その後Yから申立をして、右契約は右土地の賃貸借は臨時設備その他一時使用の目的でなされたものであること、賃料は四囲の事情でこれを増額しうることを附け加えた内容の起訴前の和解が成立した。そして、Xが右和解はXY間に何ら紛議がないのになされたものであるとして無効を主張した事件であるが、

即決和解は訴訟防止のために権利関係の存否、内容または範圍について争がある場合だけでなく権利関係についての不確定、又は権利実行についての不不安の場合にもなしうる。……本件では土地賃貸借成立後、その頃Yがその所有にかかる本件土地の近接地に関し賃借人の柴田組との間に紛争を生じたので、本件賃貸借についても将来の紛争を防止するため私書証書による契約の内容を確定ならしめると共に、後記認定の如く本件賃貸借が一時使用のために借地権を設定した場合であることを明瞭ならしめる趣旨で和解申立がなされたものである。として和解は有効であるとした。

(7) 名古屋高裁昭和三五年一月二十九日判決高判集一三卷一号七二頁は、

Yの父Aが昭和二六年他から買受けた鉄筋コンクリート平家建店舗約五坪を当時Xが使用し、使用権限について紛争を生じ、協議の上Aは店舗を明渡す期限を昭和三〇年一月三〇日まで猶予した。ところがその期間中Aは右店舗及び敷地を他へ売却することにしたため、XはAの懇請により右明渡期限前に右店舗を明渡し、これに代えてAの子Yはその所有する本件物件を提供し、明渡期間を前より一年延期し昭和三一年八月三〇日と一時使用を許し、この和解契約により将来の紛争を防ぐため本件和解調書を作成した旨の事実を認定し

右いきさつからすれば、本件起訴前の和解当時右一時使用の賃貸借を明確にし、将来賃貸借の性質に関し間々生じることのある紛争を避ける必要が存したことが窺われる。

として和解を有効とした。

(8) 名古屋地裁昭和四二年一月一六日付決定（下民集一八卷一、二号）は

民事上の争には法律関係の存否、内容範圍に限らず、権利実行の不完全の場合について当事者に争があったり、和解申立の当時から予測できる将来の紛争の可能性が存する場合も含むと解される。……しかし右にいう権利実行の不完全は債権者の立場から見て公正証書を作成しただけでは同証書が執行力を有しないので、一抹の不安があり、権利実行について不便であるといった場合まで包含するも

のではなく、和解申立当時において当事者間に将来の権利実行にあたり紛争を生ずることを予測せしめる具体的事情がなければならぬと判示し

本件和解申立書によれば申立人は本件建物を京都市在住の塗箔専門家である相手方が東別院の塗箔工事をする期間である昭和四二年一〇月四日まで賃借し、それ以後直ちに明渡すというのであって、権利実行について将来紛争を生ずべきいかなる具体的事情があるかも明らかでなく、又将来紛争が発生すべきことを推認させるに足る事情も認められない。

として、和解申立を却下すべきであった。

(しかし、この判決の事案では右賃貸借は一時使用の目的の賃貸借であるように思われるし、一時使用の目的の賃貸借であるか否かということが当事者間では争われ易いことであるから本件の場合、将来の紛争の発生は予測せられると判断すべきであったのではないかと思われる。)

### 第三

(一) 起訴前の和解の制度は訴訟防止のためのものであるが、現に争があり、これを和解に導く制度としては専ら民事調停の制度が利用せられてるのが現況であり、起訴前の和解の制度が利用されるのは既に裁判外で当事者間で成立している合意に基いて、これを確定する場合のみであると言っても過言ではないであろう。当事者は予め用意した和解条項を裁判所に提出し、裁判所は期日に出頭した当事者或は代理人に対し、右和解条項を逐条的に読み上げ、当事者等に確認させた上で和解調書を作成させるのである。この場合の裁判所の役割は金銭債務のための執行証書を作成する公証人の役割（尤も和解調書では金銭支払債務に限らないが）ということになる。

(二) かかる実務の傾向は起訴前の和解の制度の本来の機能を十分に生かさせていないものといえることができるであろう。しかし、起訴前の和解の制度が右の如く公正証書作成手続に類した手続と化しているとしても、現在当事者間に争があつた場合は勿論のこと、将来争が生じることが具体的に予測せられる場合においても、和解調書の有する効力によって訴訟予防の制度目的を達していることは否定できない。

(三) ところで予測せられる将来の論争の具体性の程度についての実務の解釈は前記制例特に(4)(5)(6)(7)に示されるとおりであるが、学説では将来

の給付の訴における訴の利益との比較からして、右の制例よりもっと明白で具体的な将来の紛争の予測せられることが必要と主張するものもあるが、右に述べた如く訴訟予防という趣旨からすれば、右の判例の程度でもって足りると解すべきであろう。

(四) 然らば将来の紛争は具体的には予測できないが、例えば債務名義がなければ不安であるというような抽象的な主観的な不安でもって民事上の争とみなしうるかという点、訴訟予防という点からすればこれも肯定すべきであるかのように考えられる。ただし和解調書を作成しておけば、将来の紛争の余地をなくするという機能は果されるからである。

しかし和解という制度が元来紛争の解決を目的とする以上、何らかの具体的な紛争の存在は必要であると考えられるし、形式的には民事訴訟法第三五六条第一項において民事上の争が要件とされており、これを有意義なものとするためにも、債務名義がないことによる不安程度では民事上の争とはいえないと解せざるをえないのである。この意味で、(3)の判例の事実関係では民事上の争の存在は否定せられるべきであったように思われる。この点(2)の判例の方が妥当のように思われる。

(五) ただししかし民事上の争という要件は起訴前の和解が訴訟予防の目的を有する制度であることから考えるとこれを絶対的に重要な要件と考える必要はないであろう。そこで和解申立に際し民事上の争を欠いた場合、申立は却下されなければならないが、もしこの要件を看過し和解調書が作成せられた以上は、最早右和解の効力を争うことはできないとした東京地裁昭和四三年三月六日判決(下民集一八卷三・四号二一九頁)の解釈は極めて妥当なものといわなければならない。従ってまた(2)の制例の結論には賛成し難いのである。

(六) なお右東京地裁の判例の事実関係の概略は、会社がその所有する社宅に従業員を入居させるに際し、その条件として明渡に関して起訴の和解を成立させたのであるが、これは昭和二一年頃同会社の工場閉鎖等によって従業員の身分を失った者のうち社宅を退去しない者が続出し、その解決に長年月を要したので、その後右の方針を徹底させたものであるというのである。とすれば右事実をもう少し具体的に認定すれば(例えば不返去者の数、不法占拠の期間等)前記(4)(5)(6)(7)の判例と同様に民事上の争を肯定し、同じ結論に達することも充分可能であったと考えられるが、右判例はかかる認定を敢えてなさず、民事上の争を欠いたとしても和解の効力に影響はない旨積極的に判示したところに右の判例に意義があるといふべきであらう。