

Title	保全手続における訴訟上の和解
Sub Title	Der Prozeßvergleich im Verfahren zur Erwirkung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung
Author	石川, 明 (Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1965
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.38, No.11 (1965. 11) ,p.32- 50
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19651115-0032">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19651115-0032</a>

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.

## 保全手続における訴訟上の和解

石 川 明

### 一、保全訴訟手続における訴訟上の和解 その一、保全状態に 関する訴訟上の和解について

保全訴訟手続において訴訟上の和解が成立しうるか否かの問題にこたえるためには、保全訴訟の法的性質、つまり保全訴訟が訴訟事件か非訟事件かを検討することが重要である。訴訟事件であれば訴訟上の和解の成立が認められると考えられるが、非訟事件についてはこの点問題があるからである。そこでまず保全訴訟の法的性質を論じ、これを明らかにしておく必要がある。

#### 一、保全訴訟の訴訟的性質と非訟的性質

保全訴訟が非訟事件か訴訟事件かという問題については三つの見解が対立している。第一説は保全訴訟はすべて非訟事件であると見解（以下非訟事件説という）、第二説は、仮の地位を定める仮処分と仮差押・係争物に関する仮処分とを区別し、

前者は非訟事件、後二者は訴訟事件とする見解（以下折衷説と呼ぶ）、第三説は保全訴訟はすべて訴訟事件とする見解（以下訴訟事件説と呼ぶ）がこれである。<sup>(1)</sup> 順次検討してみたい。

そもそも保全訴訟の法的性質を論じる場合重要なのは、非訟事件と訴訟事件の區別基準奈何の問題である。従来この点については諸種の見解が提唱された。私は且つてこれらの見解を詳細に検討し、その結果真正争訟事件 (*echte Streitsache*) が存在することを指摘した。<sup>(2)</sup> 真正争訟事件における裁判の性格は司法的・訴訟的であるが、手続は非訟的である。したがつて真正争訟事件を典型的な非訟事件ないしは訴訟事件と考えることはできない。いずれか一方であると考えることは意味がない。真正争訟事件の存在は事件の実質的に有意義な區別基準として、(a) 事件の裁判における判断作用の性格と (b) 手続構造とを推測せしめる。<sup>(3)</sup> (a) については、裁判が司法権本来の作用としては法判断それ自体換言すれば適法性の判断を目的とするに反し、非訟事件は本来司法権の扱う行政事件であるから、その裁判は適法性の判断を処分の前提として必要とする範囲で行うにすぎず、むしろその本質は処分に存する。(b) の点については、対立当事者の紛争を予定し、この点に関する当事者の主張並びに立証を裁判所に判定せしめるといふ民事訴訟の形式を手続の構造としてとるか否かという点が問題である。

非訟事件手続法の予定する事件は (a) (b) 双方の点で典型的な非訟事件であり、民事訴訟法は同じく典型的訴訟事件を予定している。しかし、例えば、(a) の点では訴訟事件でありながら (b) の点では民事訴訟法の予定する手続構造をとらない、いわゆる真正争訟事件や、逆に、(b) の点では非訟事件というよりむしろ民事訴訟法の手続構造に近いがしかし、(a) の点では非訟事件に属するがごとき事件もある。保全訴訟は後者の一例として考えることができよう。この意味で保全訴訟は訴訟的性格と非訟的性格とを併有する事件であるといえよう。

そこで次に保全訴訟の法的性質に関する三つの対立する見解を順次検討してみよう。

非訟事件説をとる喜頭氏は以下のごとく主張される。「非訟事件の特質は法律状態の創設であるが、形成訴訟と異なる点は

後者が形成権の確定を前提とするに反し、前者はこれを前提としない、という点である。しかるに保全訴訟は、何等実質的権利を確定しない。したがつて非訟事件である<sup>(4)</sup>と。かかる主張に対しては、「民事訴訟たるため権利または法律関係の存否の確定を要するとする考え方が誤っている。訴訟訴訟例えば再審の訴、執行文付与に対する異議の訴等で、再審請求権、執行文付与に対する異議権が確定されるというのは技巧的に過ぎる。むしろ確定判決または執行文付与の効果の排除(新たな法律状態の形成)の当否、したがつてその条件の存否が確定されるに止るとみるべきである<sup>(5)</sup>」との批判がなされている。この批判にいわゆる「条件の存否」の「条件」は実は権利又は法律関係の要件を意味すると考えられるから、「条件の存否」とは権利又は法律関係の存否を意味する。したがつてこの批判は正当ではないように思われる<sup>(6)</sup>。

そこで問題は非訟事件説の主張する通り、保全訴訟において何等権利または法律関係の確定がなされないか否かという点に存するであろう。私はこの点否定的に理解することが正当であると考える。保全訴訟手続における簡易的確定の対象が被保全権利と保全理由とを要件として成立する実体的仮差押権乃至仮処分権であるか被保全権利であるかは別に<sup>(7)</sup>して、保全命令乃至それに基き形成される保全状態そのものの当否は終局的に確定されるものではなく、本案訴訟により検証されることになる。換言すれば、保全訴訟により保全命令乃至保全状態そのものの当否は終局的に確定されるものではなく、本案訴訟の確定判決により終局的に確定されることになる。これは、保全訴訟における被保全権利乃至実体的保全請求権の審理・判断が判決手続における終局判決のように法判断それ自体を目的とせず、保全命令乃至保全執行の前提として必要な範囲でなされるにすぎず、むしろ保全手続において重要なのは保全執行である。この意味では、仮処分のように命令の内容につき自由裁量の認められる余地のない仮差押の場合であつても、これを訴訟事件と解する余地はないものといわなければならない。この点について柳川判事は、仮の地位を定める仮処分事件は、その裁量作用を重視すると、合法的判断作用を営む通常の裁判と異り、非訟事件的性格を有するとされている<sup>(8)</sup>。しかし上述の点から仮の地位を定める仮処分のみを特別に区別して扱うかかる主張には賛成しがたい。

伊東教授が、「保全訴訟と保全執行とは不可分に結合し、これに奉仕するから、やはり、終始一連の手續を一種の非訟事件手續と見るのが妥当である」とされるのもこの意味であろう。<sup>(9)</sup> かくして(a)の点では非訟事件説は正当である。

(b)の点ではどうか。保全訴訟の手續構造についていえば、保全状態をめぐり二当事者対立主義をとり、当事者主義が認められ、執行手續規定の準用に関する明文の規定(八七五・七四)のごとき規定こそ存在しないにせよ、保全処分<sup>(10)</sup>の性質に反しない限り、判決手續に関する民訴法の規定が類推さるべきことについては殆んど異論のないところであるから、その手續は非訟事件手續というよりはむしろ民事訴訟手續に類似するものであるといえよう。

かくして、保全訴訟事件は(a)の点では非訟事件(b)の点では訴訟事件たる性質を有するといえるであろう。非訟事件説は、(a)を両事件の区別基準とし保全訴訟事件の法的性質を実質的に論じようとする点では正当であるが、(a)のみを両事件の区別基準と考える点で問題があるといえよう。

折衷説、すなわち、仮差押および係争物に関する仮処分を訴訟事件とし、仮の地位を定める仮処分を非訟事件とする見解は以下のごとく主張する。係争物に関する仮処分は、「仮差押同様に執行保全を目的とし、ただ保全される請求権の給付内容が違うだけであるのに対し、後者——仮の地位を定める仮処分をさす(筆者註)——は権利関係についての紛争が解決されないために現在生じる生活關係上の危険を除却し、または解決を待つては回復できない損害の生じるのを防止するために、その解決を見るまでの間の暫定的な法律状態を觀念的に形成し、或は更にその事実的実現を計ることを目的とする。性格的には前者は請求権の保全権能の確定実現を目的とする訴訟事件であるのに対し、後者は実体的要件に基づく権利の確定ではなく、国家が端的にその後見保護の機能を発動する場合で、性質上は民事行政としての非訟事件に属するものと考えべきである<sup>(11)</sup>」と。しかしながら、私は仮の地位を定める仮処分だけを他の保全処分と區別して考えることには疑問があると考え

すなわちこの見解に対しては、「この種仮処分も亦我民訴訟法の建前では私権の訴訟的保全手段の一系列に止るのだから、その社会的に果す機能が司法行政的色彩を帯びるとしても、このことから、この種仮処分訴訟の民事訴訟法的性格を抹殺し、殊にその訴訟物概念や既判力を否定するのは行き過ぎている」とする批判がなされ、仮の地位を定める仮処分も他の保全処分と同様に権利保全と無関係な存在でないことが指摘されている。この批判が指摘するように、仮の地位を定める仮処分も他の保全処分と同様に権利の保全と無関係な存在ではない。そしてそのいずれの場合も保全要件の確定と保全命令ないし保全執行との関係についてみれば、保全命令ないし保全執行が保全訴訟手続において本質的に重要なものであつて、保全執行ないし保全命令の付与につき必要な範囲でその要件の存否が判断されるに過ぎない、換言すれば、保全訴訟手続の目的は保全要件の存否の判断にあるのではなく、その判断を前提とした保全命令の付与およびそれに基づく保全執行にあるのである。かくして、保全訴訟はそのいずれの場合であるかを問わず、(a)の点すなわち裁判の実質よりみれば、非訟事件であると理解すべきであろう。この意味で折衷説にも訴訟事件説にも賛成をすることができない。

吉川教授は、非訟事件と訴訟事件の区別基準を両者の手続構造の相違に求められ、保全訴訟は訴訟事件であるとされる<sup>13)</sup>。既述のごとく両者の区別基準を両者の手続構造の相違にのみ求めることには賛成できないし、この前提に立つての帰結である訴訟事件説にも問題があると思われる。鈴木判事も吉川教授と同様に、保全訴訟においても、裁判とその執行が分離され、常に相対立する二当事者を予定し、しかも民事訴訟法中に規定され、その総則規定の適用をうけるから形式上は訴訟事件に属する、とされている<sup>14)</sup>。

(1) 訴訟事件説をとる見解としては、吉川・保全手続の訴訟性と非訟性・諸問題二三頁以下、沢・仮の地位を定める仮処分・民訴講座四卷一二九四頁以下、石川・保全訴訟の訴訟物・比較法と私法の諸問題(小池博士還暦記念論文集)三三五頁以下、上杉・保全事件の性質・司法研修所創立一五周年記念論文集上四一―一頁以下。

(2) 石川・非訟事件理論の限界・法学研究三〇巻三六九頁以下、同・非訟事件の定型分類・法学研究三一巻四号一四頁以下参照。

- (3) 石川・前掲論文集三三九頁。
- (4) 司法協会雑誌一二卷二号五七七頁。
- (5) 吉川・保全訴訟における裁判の既判力・保全訴訟の基本問題三八頁以下。
- (6) 石川・前掲論文集・三三八頁。
- (7) この点については吉川・前掲一頁以下、石川・前掲三三五頁以下。
- (8) 新訂保全訴訟一〇頁。
- (9) 伊東・民法二二六頁。もつとも同教授はさらにつづけて、「ことに仮の地位を定める仮処分は、抽象的に予定されたものの実現という強制執行手続の性格を顯著に引離して、非訟事件たる性格の特に濃厚なものである点で、他の二つの保全処分とも區別せられることに注意する必要がある」とされている。
- (10) 吉川・諸問題一三七頁。
- (11) 兼子・強制執行法三三二頁、同・保全訴訟の性格・保全処分の体系上卷一一頁以下参照。
- (12) 吉川・基本問題四三頁以下。
- (13) 諸問題・二六・三〇頁。
- (14) 非訟事件の裁判と執行の諸問題・法曹時報一三卷一一号二六頁。

## 二、非訟事件における訴訟上の和解

非訟事件手続において訴訟上の和解が許されるか否かを考える場合、非訟事件を典型的非訟事件と争訟的非訟事件（真正争訟事件）及び非訟的訴訟事件（形式は訴訟・実質は非訟事件）とに區別しなければならぬ。<sup>(1)</sup> 典型的非訟事件手続において訴訟上の和解が許されるか否かについては学説が対立している。これに反して後二者の場合、手続は利害の相對立する二当事者の対立構造をとるし、当該手続の対象がもつばら当事者の処分可能な私益に関する限り、訴訟上の和解に準じて紛争の自主的解決の余地を認めるべきであろう。<sup>(2)</sup>

保全訴訟事件が、たとえば境界確定訴訟事件と同様に後二者のうち非訟的訴訟事件に属することは既述のごとくである。

しかも保全状態がもつばら私的利益に関するものであれば、当事者の処分可能な事項が手続の対象となつてゐるといへよう。かくして保全訴訟事件は、事件の実質は非訟事件ではあるけれども、訴訟上の和解は許されるものと解すべきであらう。さらに、保全訴訟手続については、民法七四八条七五六条のごとき保全執行に本執行の規定の準用を認める明文の規定を欠くとはいへ、その形式は民事訴訟手続によるため、判決手続の規定がその性質の許す限りで類推されることに異論がないことはすでに述べた通りである。そうであるとするならば、特に訴訟上の和解に関する規定の類推を排除すべき理由はないから、訴訟上の和解は認められると解してよいであらう。

(1) 肯定説を採るものとして、Stein-Jonas-Schönke, 18 Aufd. Anm. II 2a zu § 794; Müller, „Der Prozeßvergleich im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit“, JZ 1954, S. 17 ff. があり、肯定説を採るものとして、Rosenberg, Lehrbuch 9. Aufd. S. 624; Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Allgemeiner Teil, S. 218, 220; Lent, FGG S. 51; Josef, „Der Vergleich im echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit“, Gruchot 48, S. 570; Nikisch, Lehrbuch 2. Aufd., S. 274; Meyer-Zoller Kommentar 5. Aufd. Ie zu § 794 の注に Schenkel, Bayer, Schwarzer 等、Bonin は認められる場合と認められない場合とを区別してゐる。Bonin, Prozeßvergleich S. 173 f.

(2) ドイツでも典型的非訟事件と真正争訟事件とを区別し、前者については、疑問の余地を残しながらも後者については、訴訟上の和解の締結を認めるのが通説である。たとえば Bonin, a. a. O., S. 171; Keidel, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit 6. Aufd., Vorbermerkung 6 vor § 8; Baumhach-Lauterbach, ZPO Kommentar 24. Aufd., Anm. 4 A Anhang nach § 307 等。なおマンテンでは真正争訟事件については訴訟上の和解の成立を明文の規定をもつて認めてゐる場合がある。その詳細については、Baur, a. a. O., S. 216.

### 三、保全状態に関する訴訟上の和解

以上により私は、境界確定訴訟とか保全訴訟のごとき非訟的訴訟事件において一般に訴訟上の和解の成立を否定する理由がないことを明らかにしたと思う。そこで次に私は、保全訴訟における訴訟上の和解の対象について検討してみたい。まず第一に保全状態に関する和解について検討しよう。

保全訴訟手続は保全状態の形成を内容とする保全命令をその目的とする。申立乃至手続の対象は一定の保全状態の形成である。すなわち、一定額の財産についての仮差押、一定内容乃至趣旨の仮処分が手続の対象となる。換言すれば、保全訴訟手続にあつては、一定内容の保全状態形成の可否をめぐつて紛争が存在する。もつとも処分の内容と程度が多様である仮処分にあつては申立人はその非訟事件的性格に鑑みて、一定内容乃至一定趣旨の仮処分を求めることを明示する必要はないであろう。これはその実質が非訟事件である境界確定訴訟で裁判所が境界確定の裁判にさいして原告の申立に拘束されない、すなわち民法一八六条の適用が排除されるのと同じである。換言すれば、原告は境界確定の訴に際して境界線を引くことも、また境界線を引く範囲を限定することも必要がないのと同じである。しかし、それにもかかわらず、境界確定訴訟で原告が被告土地寄りに境界線を引く範囲を申立てた場合は、境界確定がもつばら処分可能な私的利益に関するがゆえに、裁判所がその拘束をうけると考えるのは理由がある。<sup>(1)</sup>これと同様に、仮差押にあつては仮差押の対象たる財産の範囲を画する申請人の申立に裁判所が拘束される。また処分可能な私的利益が問題である限り内容乃至趣旨が限定されて求められた仮処分にあつては申立の趣旨と相違したり申立の範囲を超える仮処分の方法を命じることはできない。

いずれにせよ裁判所に保全処分につき裁量権の認められる場合、その限りで申請人の具体的な権利主張はなく、当事者間に具体的紛争は存しないといえるかもしれない。この点では保全訴訟手続における保全状態に関する訴訟上の和解は、本案訴訟手続における訴訟上の和解とは若干その性質を異にする。しかし、かかる場合であつても保全状態の具体的な内容は裁判所の裁量権の行使によつて決まるとはいえ、一定の保全状態の形成につき両当事者の利害が対立し、しかもその利益は当事者による処分可能な私的利益であるから、保全訴訟手続においても保全状態についての訴訟上の和解は許されるものと考えらるべきであろう。

ところで、保全訴訟を純然たる訴訟事件と解すると、その訴訟物がなんであるかという点が問題になる。保全訴訟の訴訟

物については見解が対立している。すなわち、実体的保全処分権説と被保全権利説が対立している。訴訟事件説を前提とする限り、いずれの見解によつても、仮差押の場合は財産の仮差押という一様の手段でその目的を達することができるから、認容の裁判は純然たる司法的性格を有すると解しうる。したがつて仮差押の場合訴訟事件にあつては当然訴訟上の和解が認められるから、実体的仮差押権が訴訟物であるとみれば保全状態についての和解が許される。しかし、被保全権利を訴訟物とみると保全状態についての和解の適否については疑問が残る。これに反して仮処分の場合は、<sup>(2)</sup>実体的保全処分権ないし被保全権利の存在の判断それ自体から当然には仮処分の内容ないし趣旨が決定されるのではなく、いかなる内容ないし趣旨の仮処分を付与するかは裁判所の裁量事項であるから、仮処分命令そのものは、司法的判断と同時に行政的判断を併有し、この意味で訴訟的性格と非訟的性格とを併有するものと考えられる。従来実体的保全処分権説、被保全権利説のいずれもがこの点について注目していない。いずれにせよ、かように考える場合、手続の終局的目的は一定の保全状態の形成を命ずる保全命令の付与にあり、保全命令をそもそも付与すべきか否かについての司法的判断はそれに先行するものにすぎないから、手続の終局的目標である保全状態形成の可否、および内容ないし趣旨について訴訟上の和解をなすことは許されるものと解すべきであらう。

(1) 境界確定訴訟の法的性質については石川・判批・法学研究三七巻四号一〇三頁以下、境界確定訴訟における民訴一八六条の適用については、石川・判批・法学研究三八巻五号一〇三頁以下、なお、小室・境界確定訴訟の再検討・民事訴訟の法理一一五頁以下参照。

(2) 折衷説によると仮の地位を定める仮処分は非訟事件であるとされるから、ここでは仮処分のうち、係争物に関する仮処分だけが問題となる。

#### 四、保全訴訟における訴訟上の和解とその瑕疵の主張方法

裁判上の和解には既判力が認められるか否か問題であるが、私は否定すべきである<sup>(1)</sup>と考える。そこで、保全訴訟において

保全状態につき訴訟上の和解が成立した場合、右和解の無効の主張は、当該保全訴訟手続を続行してこれをなすべきである。<sup>(2)</sup> 本案訴訟における和解の実体的瑕疵の主張はそれ自体独立した紛争であるから別訴で争わせることが望ましい。<sup>(3)</sup> しかし、保全状態の形成は本案訴訟の判決の確定にいたるまでの暫定的なものであるにすぎない。保全状態に関する和解を締結しなければ保全訴訟手続という簡易な方法で保全命令が出されることになるにすぎない。それにもかかわらず、保全状態に関する和解無効の主張を独立の紛争とみて、別個の通常訴訟で争わせるのは意味がない。むしろ右和解の成立せる旧手続を続行して主張させるべきであろう。また保全命令に対する不服申立方法として異議が認められるにすぎないのは保全執行の迅速性の要求からくるのであつて、これを規定する民法七四四条の法意からすれば、保全訴訟における保全状態に関する訴訟上の和解の瑕疵の主張を別訴によらしめることができないのはむしろ当然であろう。

(1) 石川・裁判上の和解の既判力・宮崎遺論文集（未刊）

(2) Stein-Jonas-Schonke, Anm II 4 zu § 794; Bonim. a. a. O., S. 165.

(3) 石川・訴訟上の和解の瑕疵の主張方法・法学研究三六卷八号三七頁以下。

## 二、保全訴訟手続における訴訟上の和解 その二 被保全権利に

### 関する和解について

#### 一、保全訴訟手続における被保全権利に関する和解の可否

保全訴訟手続において被保全権利につき訴訟上の和解を締結しうるや否やは問題である。結論的にいえば、私は肯定説が正当であると考ええる。以下その理由を述べよう。訴訟上の和解はすくなくとも当該訴訟の訴訟物たる権利または法律関係その対象としていなければならない。保全訴訟事件が訴訟事件か非訟事件か、訴訟事件とした場合その訴訟物がなんである

か等は既述のごとく問題である。訴訟事件で被保全権利が訴訟物であると解するならば、保全訴訟で被保全権利についての訴訟上の和解は認められよう。しかし、保全訴訟事件が訴訟事件であり且つ実体的保全処分権が訴訟物であるとすれば被保全権利に関する和解が許されない。また非訟事件であるとしても結局は保全状態の形成が手続の対象をなしているから、これを訴訟物に進じるものと考えらば、右と同様に被保全権利についての和解は保全訴訟では許されない。もつとも、柳川判事は、「要は裁判所が関与した和解契約ということに訴訟上の和解の第一義を認め得るであらう。したがつて裁判所が関与の上、当事者の意思が合致した和解の結果が調書に記載されている以上、その訴訟物いかんのせんさくの要なく、これを有効として執行力を認め得るのではなからうか<sup>(1)</sup>」とされている。この見解によれば、保全訴訟事件を実体的保全処分権を訴訟物とする訴訟事件と解しても、あるいはまた保全状態の形成を手続の対象とする非訟事件と解しても、被保全権利についての訴訟上の和解は許されることにならう。しかし、すでに別稿で述べたとおり私はこの主張には賛成しがたい<sup>(2)</sup>。私は既述のごとく、保全訴訟を保全状態の形成を手続の対象とする非訟事件と解するが、しかし、それにもかかわらず被保全権利に関する和解を認めたいと思う。

和解は法的紛争の自主的解決手段である。保全訴訟における紛争は保全状態の形成をめぐる紛争であるが、保全状態の形成は本案訴訟の判決確定にいたるまでの暫定的なものである。つまり被保全権利についての法的紛争が解決しないからその解決にいたるまで暫定的に保全訴訟における紛争の対象である保全状態の形成をするのである。したがつて、保全状態に関する紛争はそれ自体を対象とする和解によつても解決するが、被保全権利に関する和解によつて保全状態に関する紛争の存在する余地がなくなり解決するのである。吉川教授が、「保全訴訟の訴訟物たる紛争は、被保全権利に関する紛争を予定しのみ考えられるのであるから(保全処分の附随性)、両者には極めて密接な関連性があり、従つて、両者を同時に裁判上の和解の対象とすることは何の妨げるところではない<sup>(3)</sup>」とされているのも同趣旨であらう。訴訟係属以前であつても即決和解が

認められることとの均衡上、保全訴訟における被保全権利に関する和解が本案訴訟提起以前であつても、本案訴訟の訴訟物である被保全権利につき訴訟上の和解を否定する理由はないであろう。すなわち、本案訴訟未係属にもかかわらず保全訴訟の係属がある以上は、被保全権利に関する法的紛争が実質的にはすでに存在しており、したがつて、保全訴訟の段階で被保全権利についての和解が許されるとすべきであろうか。

さらに、保全訴訟とともに本案訴訟の係属している場合であつても、保全訴訟において被保全権利に関する訴訟上の和解を認める利益はあるといわねばならない。この場合仮りに本案訴訟においてのみ被保全権利に関する訴訟上の和解が許されるとするならば、右の和解により保全訴訟は当然には終了しない。たとえば、被保全権利である債権につき本案訴訟における訴訟上の和解が成立し、その結果債務者の資産状態よりみて容易に支払を為すべき月賦弁済方法が定められたような場合保全の必要を欠くから、仮差押の申立は棄却さるべきであろう。<sup>(4)</sup>これに反して、保全訴訟手続で被保全権利につき和解を締結すれば、本案訴訟ならびに保全訴訟の双方ともに手続が終了する。そこで、本案訴訟が既に係属している場合であつても、保全訴訟手続において本案訴訟の訴訟物である被保全権利につき和解をすることは許されると解すべきであろう。なおこの場合本案訴訟は紛争の解決により紛争が存在にならずに訴が却下されるのではなく、当然に訴訟が終了するのである。これは、併合和解の場合併合せられた請求を訴訟物とする別訴が訴却下の判決により終了するのではなく、訴訟が当然に終了するのと同じである。

ところで、肯定説のなかには、保全訴訟における被保全権利に関する訴訟上の和解を起訴前の和解とみる見解がある。たとえば、「裁判上の和解というものは、裁判所の面前で何かのきつかけで合意、和解契約をするというが、争を解決しようとすれば、それでいいので、従つてそれ以外の実際裁判所に係属している事件は、どうせ仮処分でも請求そのものについて争いがある場合でしょうから、従つて何かのきつかけで和解することは、やはり裁判所の面前でする和解だろうという意味

で、普通の起訴前の和解と區別する必要はないではないか。ただ普通の場合にはきつかけがないから、それは簡易裁判所に行けということをきめてあるだけで、何らかの恰好で係属している場合は、それでいいのではないかと思<sup>(5)</sup>います」とする見解がこれである。この見解をとる判例として大阪地裁昭和三〇年一月三〇日判・判例時報四五号一二頁、下級民集六卷一号六頁以下は、次のように主張している。

「保全訴訟は未確定の権利又は法律関係の保全を目的とするものであるが、その命令の裁判手続については裁判所は口頭弁論を経又は経ないで審理し、被保全請求権並に保全の必要の有無を判定するのであつて、判決手続と相似性を有するから、一般に民法第一編ないし第四編の規定の準用を認むべきは疑を容れないところであるが、和解の勸試に関する前記第一三六条の準用も亦これを認めて何等差支えない(尤も保全訴訟の特質から和解の成立する機会はすくないであろう)。而して保全訴訟に於て成立した和解の内容が専ら保全処分に関するものとせば、当該保全訴訟の終了を結果する文であるが、若しその和解の内容が本案請求権に関するものとなれば、当該保全訴訟の終了を結果する(その点に於て訴訟上の和解たる一面を有する)と共に、本案請求権について前記起訴前の和解(民法三五六条)が成立するものと解すべきである。尤もかく解するについては管轄の規定に抵触しないかとの疑問がない訳ではない。然し右規定が起訴前の和解の管轄を簡易裁判所と定めたのは最初より和解を行う場合簡易にこれを為し得るようになるために過ぎないから、本案裁判所に於て訴訟物以外の権利又は第三者を参加せしめて和解を為し(民事調停法第一条、家事審判法第二〇条、第二二条参照。尚独乙民法第七九四条一号は第三者参加の和解の執行力あることを規定する)、更には保全裁判所に於て本案請求権について和解をなす等当該裁判所に於て訴訟関係人間の権利又は法律関係につき和解をなすにつききつかけある場合は、和解をなし得るものと解するを相当とする。尚一般に裁判上の和解は管轄の規定の違背によつてその無効を来す理由がないに於ておやである(民事調停法第四条、家事審判規則第四条参照)。以上の如く解するときは保全訴訟の裁判(確定判決)がその本案訴訟に既判力を及ぼし得ないことから保全訴訟に於てその本案請求権につき裁判上和解が成立し得ないと解すべき理由は少しも存在しない。」

しかしながら、保全訴訟における被保全権利に関する和解を即決和解と解することには問題があると思われる。すなわち、本案訴訟提起前にこれをもつて即決和解とする見解は通用することが認められるにしても、本案訴訟係属後は問題がある。即決和解は訴訟防止の目的をもつた和解である。すでに本案訴訟が係属する場合訴訟防止という目的を考える余地がない<sup>(6)</sup>。もつとも、即決和解論者が本案訴訟提起後保全訴訟における被保全権利に関する和解を否定するならば別であるが、

この点は必ずしも明確ではない。さらに、保全訴訟における被保全権利に関する和解を即決和解と解すると、即決和解の管轄を簡易裁判所に定めた民訴法三五六条の規定に違反しないかという問題がある。前記判例は同条違反にならない理由として、(1)「右規定が起訴前の和解の管轄を簡易裁判所に定めたのは最初より和解を行う場合簡易にこれをなし得るようにするために過ぎないから」という点、(2)「一般に裁判上の和解は管轄の規定の違背によつてその無効を来す理由がない」という二点を挙げてゐる。兼子教授は、「第三者が、例えば保証人として参加することもできるが、この者との関係では起訴前の和解に準じたものが、混合するものとみられる」とされる。保全訴訟における被保全権利に関する和解が純即決和解にあらずして準即決和解であると解しうるならば、民訴法三五六条違反の問題は生じてこないものといえよう。これとは逆に、保全訴訟における被保全権利に関する和解を準即決和解ではなく純即決和解であると解する場合でも、民訴法三五六条違反の問題は生じないものと解せられる。すなわち、「一般に裁判上の和解は管轄の規定の違背によつてその無効を来す理由がない」という理由は、違背が和解の無効をきたさないまでも、保全訴訟における被保全権利に関する和解についていうとノーマルな状態であるというのは問題であるから、その妥当性については疑問である。これに反して前記理由(2)は妥当性を有する。ただし、保全訴訟がすでに管轄地方裁判所に係属しており、ここで即決和解のきつかけがあるにもかかわらず、即決和解をするなら管轄簡易裁判所にこれを申立てるべきであるとするのは、かえつて当事者にとり煩雑になるからである。あるいは、すくなくとも保全訴訟手続において即決和解を認めることは即決和解の簡易性の要求<sup>(8)</sup>には反しないといえるからである。

しかしながら、保全訴訟で被保全権利につき訴訟上の和解の許される以上、これをもつて即決和解として説明する必要は存しないであらう。

なお保全訴訟手続で被保全権利に関する和解を認めた判例として、昭和三〇年一月三十一日福岡高民一決・高裁民集八巻一

号六六頁は以下のごとく述べている。

「民事訴訟法第二〇三条によれば、所謂裁判上の和解は、通常の民事訴訟手続（判決手続）に於てのみこれを成立せしめ得るものであつて、附随手続たる保全訴訟においては、これを許さないかの様にも見える。而して、左様に解する説もないでもない様である。然し乍ら、裁判上の和解の性質や起訴前の簡易裁判所の和解の認められている趣旨などに照らせば、保全訴訟手続においても、いやしくも当事者間において、争を止める為に、訴訟物に関連して法律関係を調整するにつき意見の一致を見て、当事者双方がその旨を裁判所に陳述する限りは、裁判所は、これにつき和解調書を作製し得るものと解すべきことは、むしろ当然であると考えられる。本件に於て問題となつてゐる和解調書は、相手方が申請人、被告人等が被申請人であるところの仮処分につき、被告人等より異議を申立てた事件に於て作成せられた別紙の通りの和解調書であるから、それが債務名義として有効なことは殆んど疑を容れない。」

(1) 前掲書一四七頁。

(2) 裁判上の和解における「争」と「互譲」・法学研究三七卷九号五七頁以下。なおこの点については、吉川・諸問題一四〇頁参照。

(3) 諸問題一四一頁。

(4) この点について次の二つの判例が参考になると思う。

① 昭和九年一月一日大審院民一判（民集一三卷三三三〇頁）は、「本案ノ訴ガ裁判上ノ和解ニ依リ終結シ和解ノ内容ガ旧来ノ債權ト異リタル債權ヲ創設シタルモノニアラザルトキハ、旧来ノ債權ノ執行ヲ保全スベキ目的ヲ以テ為サレタル仮差押ハ和解ニ依リ債權ノ執行ノ為メ依然其ノ効力ヲ保有セシムベキコトヲ原則トスルモ、和解ノ条項トシテ債權者ガ仮差押ヲ取消スベキ義務ヲ負ヒ或ハ和解ノ内容ガ旧来ノ債務ノ態様ヲ変更シタル結果其ノ現状ガ当初裁判所ニ於テ仮差押ヲ許シタルトキノ情況ト異ルモノト認ムベキ場合ニ於テハ、之ヲ民事訴訟法第七四七条第一項ニ所謂事情ノ変更アリタルモノト認ムルヲ妨ゲザルモノトス。今本件ニ付テ之ヲ見ルニ、仮差押ノ保全スベキ債權ハ即時ニ九百余円ノ支払ヲ為スコトヲ目的トスルモノナルトコロ、裁判上ノ和解ニ依リ毎月十五円宛ノ月賦ヲ其ノ月分ノ利息ト共ニ支払フコトナリタリト云フニ在リテ、債務ノ弁済方法ハ著シク容易ナルモノニ変更セラレ且債務者ハ昭和八年十月以来右月賦弁済ヲ怠リタルコトナント云ハバ、債權ノ内容並ニ仮差押ヲ必要ト認メラレタル状況ハ事後ニ於テ多大ナル変更ヲ見タルモノト云フヲ得ベク、原審ガ之ヲ以テ民事訴訟法第七四七条第一項ニ定メタル事情ノ変更アリタルモノト認メタルハ何等非難スベキ理由ヲ見ザルガ故ニ、之ト反対ノ見解ニ立ツ論旨ハ採用スルニ由ナキモノトス」としている。本判決については、吉川・判例保全処分三九六頁以下に賛成、兼子・判民昭和卅九年度一五二事件に一部賛成評釈がある。本判決は和解に基づく事情変更により仮差押執行が取消される場合に関し、本文例示は、仮差押命令の付与なき間に申立が棄却される場合に関する違いあるにしても、その趣旨は当然後者に類推しうると解せられる。本案訴訟における和解の成立が事情の変更として

仮処分を消滅せしめることを認めた判例として、昭和一九年五月二四日大審院民四判（民集二三卷一〇号三七頁）がある。「原判決ニ依レバ、Y等ハ本件試掘権ニ付キ之ヲ他ニ譲渡スベカラザル旨ノ仮処分決定ヲ受ケタル後、該試掘権ニ関スル本案訴訟ノ口頭弁論期日ニ於テ、相手方タルXトノ間ニ、Xハ昭和一八年一〇月一日Y等ニ金千七百五十円ヲ支払ヒ、之ト同時ニY等ハXヲ該權利ノ共同鉱業権者ト為ス為メ、之ヲY等ヨリY等及ビXニ対シテ譲渡シ、且ツ其ノ旨ノ移転登録手続ヲ為ス旨ノ裁判上ノ和解成立シタルモノニシテ、Xハ此ノ和解ニ因ル強制執行ノ方法ニ依リY等ノ協力ヲ俟タズシテ何時ニテモ本件試掘権ノ移転及ビ其ノ登録ヲ受ケ得ベキ地位ヲ取得シタリト云フニ在ルヲ以テ、カクノ如キハ先ニY等ニ就テ本件試掘権ヲ他ニ譲渡スル虞アリトシテXノ權利実行保全ノ為メ為シタル譲渡禁止ノ仮処分必要トスベキ理由消滅シタルモノト云フベク、Y等ハ之ヲ以テ民事訴訟法第七五六条・第七四七条第一項ニ依ル仮処分取消申立ノ事由ト為シ得ルコト明カナリ。右和解ノ趣旨ニ依レバ、Y等ノ為スベキ試掘権ノ移転及ビ其ノ登録トXノ為スベキ金員支払トハ互ニ同時ニ履行スベキ反対給付タル關係ニ在リテ、Y等ヨリ其ノ債務ノ履行ノ提供アルマデXハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒絶シ得ベキ同時履行ノ抗弁権ヲ有スルコト所論ノ如シト雖モ、之が為メY等ガ本件仮処分取消申立ヲ為スニ當リ、先ツ自己ノ債務ノ履行ノ提供ヲ為サザルベカラザルノ理アルコトナク、又Xガ所論同時履行ノ抗弁ヲ主張セルノ故ヲ以テ仮処分ノ理由尚存統シ、其ノ取消申立ヲ理由ナキモノト為スヲ得ス」としている。この判決については、

(5) 兼子・裁判官特別研究叢書一六号「仮処分に関する研究」二四〇頁。

(6) 吉川・諸問題一四二―三頁。

(7) 体系三〇五頁。

(8) 簡易裁判所に管轄を認めたのはこの簡易性による。

## 二、保全訴訟における被保全権利に関する訴訟上の和解の本案訴訟に及ぼす影響

(1) 本案訴訟提起前に保全訴訟において被保全権利に関する訴訟上の和解が成立した場合、和解に既判力ありとすれば本案訴訟は不適法になる。<sup>(1)</sup>しかし、私は、既判力否定説を正当と考えるので、本案訴訟は適法にこれを提起しうると解する。<sup>(2)</sup>

(2) これに反して、本案訴訟係属後に保全訴訟において被保全権利につき和解が成立した場合、保全訴訟のみならず本案訴訟も終了すると解すべきであろう。<sup>(3)</sup>そもそも和解の訴訟終了効は訴訟物に関する法的紛争の自主的解決を裁判所が確認することに基因する。<sup>(4)</sup>和解が本案訴訟で成立したものでないにしても、本案訴訟の訴訟物についての法的紛争の和解による自

主的解決が保全裁判所により確認された以上、本案訴訟が終了するのはむしろ当然であろう。さらにまた、保全訴訟も本案訴訟とともに本案訴訟の訴訟物たる被保全権利をめぐる法的紛争の公権的解決制度の一環をなすという意味で両手続相互間の密接不可分な関係を考える場合、保全訴訟における被保全権利に関する和解が当然に本案訴訟をも終了せしめると考えることができよう。併合和解の場合併合されて和解の対象となつた権利または法律関係を訴訟物とする別訴も和解により当然に終了することからみれば、和解の成立せる訴訟と別訴の関係より本案訴訟と保全訴訟の関係のほうがより密接であるという点を我々は認識すべきであろう。

(1) それが既判力の直接の効果かあるいは訴の利益の消滅によるかは問題である。

(2) 前出一ノ四註一参照。

(3) Bonin, a. a. O., S. 164

(4) 石川・訴訟上の和解の法的性質・法学研究三八巻四号六一―三頁

### 三、保全訴訟における被保全権利に関する訴訟上の和解の瑕疵の主張方法

(1) 本案訴訟係属前に保全訴訟において被保全権利に関する訴訟上の和解が成立した場合についてみよう。訴訟上の和解が実体的瑕疵を伴う場合、右瑕疵の存否はそれ自体独立した紛争であるから別訴で主張させることが適切である。<sup>(1)</sup> 瑕疵が手続的なものである場合当該手続内でこれを主張させるのが原則である。保全訴訟はその迅速性の要求と本案訴訟にいたるまでの暫定処分であるという点から、二審級制をとる。保全状態が和解の内容であるならかかる保全手続内でその瑕疵を主張させることはできようが、ここで問題なのはその対象が被保全権利である和解である。たとえ手続的瑕疵であつてもかかる和解の場合その主張を当該保全訴訟手続中でのみ認めることは問題があると思う。これは本案訴訟における訴訟物に関する訴訟上の和解の手続的瑕疵の主張が当該訴訟手続でなされることとの均衡<sup>(2)</sup>上自ら明白であろう。

(2) つぎに本案訴訟係属後に保全訴訟において被保全権利について和解が締結された場合についてみよう。保全訴訟手続で

和解が締結されたとはいえず、その対象は被保全権利であり且つ、本案訴訟も終了せしめるから、本案訴訟における訴訟上の和解と同一視せらるべき和解であるといえよう。換言すれば本案訴訟が訴訟上の和解により終了したのと同じであるから、その瑕疵の主張は通常訴訟における訴訟上の和解の瑕疵の主張方法によると解してよいであろう。<sup>(3)</sup>

(1) たとえば、本案訴訟・請求異議訴訟の先決問題として、又は場合によつては和解無効確認訴訟により主張させるべきであろう。

(2) この点については、石川・訴訟上の和解の瑕疵の主張方法・法学研究・三六卷八号四九頁。

(3) この点については、石川・前掲論文参照。

### 三、保全執行手続における訴訟上の和解

#### 一、本執行手続における訴訟上の和解

本執行手続においては、口頭弁論の開かれる限りにおいて訴訟上の和解は成立しうると解すべきである。<sup>(1)</sup>たとえば、民法五四四条の執行方法に関する異議手続<sup>(七六六条)</sup>において、口頭弁論が開かれた場合、当該期日に異議について訴訟上の和解をなしうる点については異論がない。さらに執行の基本たる実体的請求権について訴訟上の和解をなしうると解してよいであろう。<sup>(2)</sup>すなわち、執行は法的紛争のある程度の観念的解決を前提としてなされるが、その実事的解決を目的にする。換言すれば、執行は紛争の事實的未解決を前提とする。したがって、執行の段階で紛争の終局的解決である訴訟上の和解が認められてしかるべきであろう。<sup>(3)</sup>執行における訴訟上の和解の成立を否定するならば、右和解は訴訟外でなされる実体法上の和解とみななければならない。そうであるとする、執行は右和解により当然に終了しないから執行の停止・取消のためには右和解を異議事由として請求異議の訴を必要とし、また右和解の内容につき執行をするためには別に債務名義を得るための手続が必要になる。これは迂遠な方法である。がんらい、訴訟上の和解の訴訟上の効力は、裁判所の面前において成立した

当事者間の実体的和解を裁判所が確認することに基き発生する。<sup>(4)</sup> 執行手続において裁判所の面前で事実的には未解決の法的紛争について当事者間に実体的和解が成立し、これを裁判所が確認するという点では、執行手続における執行の基本たる請求権についての和解も判決手続における和解となら変るところがない。したがって、かかる和解を認めることは理由があると思われる。

(1) Schönke, Zivilprozessrecht 6. Aufl., S. 204; Stein-Jonas-Schönke, 18. Aufl., Anm. II 2 zu § 794; Baumach-Lauterbach, Kurzkomentar 24. Aufl., Anm. 4 A Anhang nach § 307; Rosenberg, Lehrbuch 9. Aufl., S. 624; Bonin, a. a. O., S. 166.

(2) Würzer, „Der Begriff des Prozessvergleichs und das Verfahren bei seiner Aufhebung“ in Jherings Jahrbücher Bd 62, S. 355 u. 356 以下否定説を採る。このほか Bonin, a. a. O., S. 167, Anm. 37 によると Schenkel „Der Vergleich im Zivilprozess“ Tübinger Dissertation, S. 110 も否定説をとるようである。

(3) Bonin, a. a. O., S. 167 は、執行手続における訴訟上の和解によつて、「独民訴法七九四条一項一号の『法的紛争』、すなわち、執行による保護手続が終局的に解決する」という点を肯定説の根拠として挙げている。おそらく、執行が前提とする法的紛争の事実的未解決状態は独民訴法七九四条一項一号の「法的紛争」なる概念に含まれるものと解しているのであろう。

(4) 石川・訴訟上の和解の法的性質・法学研究三八巻四号六二頁。

## 二 保全執行手続における訴訟上の和解

保全執行手続において訴訟上の和解が認められるか否かという問題は、本執行手続において訴訟上の和解が認められるか否かの問題に準じて解決することができよう。たとえば、保全執行手続につき執行方法に関する異議の申立がなされ、口頭弁論が開かれた場合、訴訟上の和解が右期日において成立しうる。和解の対象は、異議の請求であつてもよいし、保全状態であつてもよいし、被保全権利であつてもよい。