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

Title	訴訟上の和解の効力と承継人への拡張 (1)
Sub Title	Res judicata of the judicial settlement : expansion of the effect of the judicial settlement over the successors of the parties
Author	岡, 伸浩(Oka, Nobuhiro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2020
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.44 (2020. 3) ,p.1- 28
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	金山直樹教授退職記念号
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20200321-0001

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.

訴訟上の和解の効力と承継人への拡張（1）

岡　　伸　浩

第 1　はじめに
第 2　東京地判平成 15 年 1 月 21 日判時 1828 号 59 頁
　1　事案
　2　判旨
　3　小括
第 3　訴訟上の和解の法的性質
　1　法的性質論の位置づけ
　2　学説の諸相
　3　裁判例の概観
　4　考察

第 1　はじめに

訴訟上の和解とは、訴訟の係属中両当事者が訴訟物に関するそれぞれの主張を譲歩した上で、期日において訴訟物に関する一定内容の実体法上の合意と、訴訟終了についての訴訟法上の合意をなすことをいう[1)]。訴訟上の和解をめぐっては、周知のとおり従来からその法的性質、訴訟上の和解の効力として既判力が認められるか、訴訟上の和解に意思表示の瑕疵があった場合の救済手段は何かといった諸問題が論じられてきた。こうした中で近時の下級審裁判例（東京地判平成 15 年 1 月 21 日判時 1828 号 59 頁。一審確定）は、訴訟上の和解の対象たる係争目的物の承継人に訴訟上の和解の効力が拡張されるか、という点等が問題となった事案で、訴訟上の和解の効力として既判力を認めて承継人へ

1）伊藤眞『民事訴訟法〔第 6 版〕』（有斐閣・2018 年）487 頁。

の拡張を肯定した。その上で、訴訟上の和解の内容に従って承継後の債務の履行を求めることについて権利濫用法理を用いてこれを否定した。本稿は、訴訟上の和解（民事訴訟法 267 条）や口頭弁論終結後の承継人（民事訴訟法 115 条 1 項 3 号）をめぐる議論に検討を加えた上で、これを踏まえてこの判決の論理構成の当否について考察することを目的とする。

なお、概念の整理として、口頭弁論期日、弁論準備手続期日、和解期日といった口頭弁論等の期日における当事者の行為として行われる和解を訴訟上の和解と呼び、訴訟上の和解と簡易裁判所における起訴前の和解（民事訴訟法 275 条）を合わせて裁判上の和解とし[2)]、前者を考察の対象とする。

第 2　東京地判平成 15 年 1 月 21 日判時 1828 号 59 頁

まず東京地判平成 15 年 1 月 21 日（以下「東京地判平成 15 年」という）の事案と判旨（抜粋）を紹介し、そこに含意される論点と本稿の問題意識を提示する[3)]。

1　事案

Ｘは、自宅南側にマンションを建築しようとしていた被告 Y_1 および被告 Y_2 に対し、マンションの建築により自宅二階部分の一部の日照が妨げられるとして、建築禁止の仮処分命令の申立てをし（以下「本件仮処分」という）、同手続において、Y_1 および Y_2 との間で、訴訟上の和解（以下「本件和解」という）

2）伊藤・前掲注 1）488 頁の整理による。

3）本稿で考察の対象とする東京地判平成 15 年について、訴訟上の和解の効力として既判力否定説に立ちつつ、これを分析・考察する論考として、石川明『訴訟上の和解』（信山社・2012 年）87 頁、畑宏樹「訴訟上の和解の効力と係争物の承継人への拡張について―東京地判平成 15 年 1 月 21 日判例時報 1828 号 59 頁を素材にして―」法学研究 79 号（2006 年）147 頁以下。判例評釈として、越山和広「判例評釈」法律時報別冊私法判例リマークス 29 号（2004 年）120 頁以下、齋藤哲「判例評釈」法学セミナー 49 巻 1 号（2004 年）126 頁以下。

をした。

本件は、Xが、Y_1およびY_2は、本件和解が成立したにもかかわらず、これに違反してマンションを建築し、これによりXの日照権が侵害されている等として、①Y_1およびY_2から本件和解成立後にマンションの区分所有権を取得したY_1およびY_2以外の被告ら（以下「被告区分所有者ら」という）に対し、主位的には、本件和解の債務不履行に基づき、本件和解に違反して建築された工作物部分の撤去を、予備的には、本件和解の債務不履行または不法行為に基づき、慰謝料2500万円およびこれに対する遅延損害金の支払いを求め、②Y_1およびY_2に対し、本件和解の債務不履行または不法行為に基づき、慰謝料500万円およびこれに対する遅延損害金の支払いを求めた事案である。この様に、本件では、Xは、訴訟上の和解の当事者であるY_1およびY_2に対しても、本件和解の債務不履行または不法行為に基づく慰謝料請求として金500万円を請求しているものの（上記②）、本稿は、訴訟上の和解の効力とその拡張を考察の対象とするため、その当否については特に取り上げず、上記①を検討の対象とする[4)]。なお、本件では、建物の建築禁止仮処分における審尋期日で成立した和解の効力をめぐる争いが問題とされているが、民事保全法は、特別の定めがある場合を除き、民事保全法の手続に関しては民事訴訟法の規定を準用することから（民事保全法7条）、以下では民事訴訟法における訴訟上の和解（民事訴訟法267条）の問題として考察を進めることとする[5)]。

2　判旨

主位的請求棄却、予備的請求一部認容。

東京地判平成15年は、訴訟上の和解の効力として既判力を認めた上で、係

4）畑・前掲注3）155頁注（4）。

5）越山・前掲注3）121頁。なお、この点につき、山本和彦ほか編『新基本法コンメンタール　民事保全法』（日本評論社・2014年）36頁［山本和彦］は、「民事保全手続において和解がなされても、確定判決と同一の効力（民訴267）は生じないと解される」と指摘する。

争目的物である本件マンションの区分所有権を譲り受けた被告区分所有者らに本件和解の効力が及ぶかについて、被告区分所有者らは口頭弁論終結後の承継人に該当し、本件和解の既判力が及ぶ旨を判示した。さらに、その上で、一般条項である権利濫用法理を用いて、結論として被告区分所有者らに対するXによる本件マンションの一部の撤去請求は許されないとした。本稿における考察の対象ごとに該当の判旨を紹介すると以下のとおりである（下線は、筆者による）。

(1) 訴訟上の和解の効力

東京地判平成15年は、訴訟上の和解の効力に既判力を含むかについて、以下のとおり判示する。

「民訴法267条によれば、和解を調書に記載したときは、その記載は、確定判決と同一の効力を有するものと規定されていることに加え、［証拠略］によっても、本件和解の成立に際し、X（債権者）や被告二社（債務者ら）には錯誤などの意思表示の瑕疵が存在するとは認められないことからすれば、本件和解は既判力を有するものと解するのが相当である。」

(2) 訴訟上の和解の効力の承継人への拡張

その上で、訴訟上の和解の対象となった係争目的物（本件マンションの区分所有権）の承継人について、口頭弁論終結後の承継人に対する判決効の拡張を認める民事訴訟法115条1項3号の適用を肯定して、以下のとおり訴訟上の和解の効力としての既判力の拡張を認めている。

「そして、民訴法115条1項3号、1号によれば、当事者の口頭弁論終結後の承継人には確定判決の効力が及ぶ旨規定されているところ、……被告区分所有者らは本件和解成立後に本件マンションの区分所有権を取得したと認められ、これは上記当事者の口頭弁論終結後の承継人に該当すると解されること、本件仮処分においてXが請求の根拠としたのは、X宅の土地及び建物所有権又は人格権（日照権）に基づく妨害予防請求権としての、建物を一定以上の高さに建

てないという不作為請求権であるが、これらは物権的権利であると認められることからすれば、既判力を含めた本件和解の効力は、被告区分所有者らに及ぶものと解するのが相当である。」

（3）承継人への拡張後の理論構成－権利濫用法理

さらに東京地判平成 15 年は、承継人に拡張された訴訟上の和解の効力としての既判力から導かれる本件マンションの一部についての撤去請求の可否につき、次のとおり権利濫用法理を用いて、Ｘの被告区分所有者らに対する請求を否定している。

「被告区分所有者らは、被告二社が本件和解に基づいて負担した、一定以上の高さのマンションを建築しないという不作為債務、さらに、当然にその債務から発生することになる違反結果除去義務、すなわち、本件マンションのうち、本件和解に違反して建築された部分を撤去する義務を承継して負担するものと解されるところ、Ｘは、被告区分所有者らが負担する上記債務に基づいて、主位的に本件各撤去対象部分の撤去を求めているので、これが許されるか否かについて検討する。

……本件マンションの六階北側傾斜屋根部分を一部解体して、四〇 cm 後退させて再建築する改造工事を実施することは、物理的には可能であるが、その履行のためには、被告区分所有者らにとって、著しい労力及び費用を要するとともに、これに伴い、本件マンション（特に本件マンションの六階専有部分）の社会的・経済的価値の大幅な減少は避けられないのみならず、居住者や周辺住民に対して人的な被害が将来発生してしまう恐れもあるなど社会的・経済的に著しい損失が生じることは避けられない。これに対して、かかる工事を実行した結果得られるＸの利益は、……冬至日の正午ころにおいて、Ｘ宅南側二階の窓の上から三〇 cm 程度日照が得られるというものにすぎず、かつ、被告区分所有者らが本件マンションの一部撤去によって負担する社会的・経済的不利益に比して、相対的に低額な金銭的賠償によって補償が可能なものである。また、そもそも被告区分所有者らが負担する、本件マンションのうち本件和解に違反

して建築された部分を撤去する義務は、……被告二社が、本件和解の成立後に、本件和解の趣旨に違反して本件マンションを建築したことによって発生したものであるところ、被告二社は、本件マンションの区分所有権等を被告区分所有者らに譲渡して、本件マンションの所有権を失っていることから、被告二社のXに対する本件マンションの一部を撤去すべき債務は履行不能に陥っているものであり、Xもこれを前提に、被告二社に対しては金銭賠償のみを求めているものである。そして、本件において、Xから本件マンションの一部撤去を請求されている被告区分所有者らは、……そのほとんどが、本件仮処分手続中に既に被告二社との間の取引関係に入っていたのに、Xと被告二社の間で本件和解が成立した事実やその内容について全く知らずに、本件マンションの区分所有権を取得し、本件仮処分において、実質的に何らの手続保障を受けることのないまま、……民訴法 267 条及び 115 条の規定により、既判力を含めた本件和解の効力を承継し、本件和解に基づく債務を負担するに至ったものである。

以上の諸般の事情を総合すれば、被告区分所有者らに対し、不相当な労力及び費用並びに社会的・経済的不利益をもたらす結果となる本件マンションの一部の撤去請求は、権利の濫用に当たるものとして、許されないものと解するのが相当である。」

3　小括

(1) 法的構成の特色

以上のとおり、東京地判平成 15 年は、要するに仮処分の審尋期日において成立した訴訟上の和解に違反して本件建物を建築したことにより、日照権が侵害されたとして、訴訟上の和解の一方当事者から係争目的物である本件建物（マンション）の区分所有権を取得した買主に対して、主位的に本件建物（マンション）の一部撤去を、予備的に慰謝料の支払を求めて提訴した事案である。こうした提訴に際して原告が採用した訴訟上の和解の効力と承継人への拡張という法的構成自体について注目することができる。

実務上、日照権の侵害を理由とする損害賠償請求を求める法律構成として、

通常は人格権もしくは不法行為（民法 709 条）というのが一般である。すなわち、日照権は個人の人格的利益と解され、これを侵害する行為に対しては、不法行為に基づく損害賠償請求をすることが可能であると解されている[6)]。日照障害と損害賠償に関し、リーディングケースとされる最判昭和 47 年 6 月 27 日民集 26 巻 5 号 1067 頁は、いわゆる受忍限度論を展開する[7)]。日照障害と受忍限度の考慮要素としては、①被害の程度、②地域性、③加害回避可能性、④被害回避可能性、⑤建物の用途、⑥先住関係、⑦公法的規制の有無、⑧交渉経過等であり、特に①、②が重視され、⑦は、日影規制（建築基準法 56 条の 2、各種条例）違反の有無が特に重視されている[8)]。さらに、実務上、この受忍限度を超えることは原告側の請求原因となり、原告側が主張立証責任を負担すると解されている[9)]。この様に、本件の原告が本件マンションの区分所有権を取得した譲受人を被告として、改めて日照権の侵害を理由とする損害賠償を請求するためには、こうした受忍限度論を前提に、その考慮要素を踏まえて受忍限度の逸脱についての主張立証を尽くす必要に迫られることとなる。こうした訴訟上の負担を考慮すれば、原告代理人の訴訟対応としては、すでに成立した訴訟上の和解の効力をその承継人へ拡張するという法的構成を採用したことは、実務上十分にあり得ることと推察される[10)]。

6）大江忠『要件事実民法（6）法定債権〔第 4 版〕』（第一法規・2015 年）194 頁。

7）最判昭和 47 年 6 月 27 日民集 26 巻 5 号 1067 頁は、居宅の日照は、「法的な保護の対象にならないものではなく、加害者が権利の濫用にわたる行為により日照、通風を妨害したような場合には、被害者のために、不法行為に基づく損害賠償の請求を認めるのが相当である。」とした上で、「すべて権利の行使は、その態様ないし結果において、社会観念上妥当と認められる範囲内でのみこれをなすことを要するのであつて、権利者の行為が社会的妥当性を欠き、これによつて生じた損害が、社会生活上一般的に被害者において忍容するを相当とする程度を越えたと認められるときは、その権利の行使は、社会観念上妥当な範囲を逸脱したものというべく、いわゆる権利の濫用にわたるものであつて、違法性を帯び不法行為の責任を生ぜしめるものといわなければならない。」とする。

8）大江・前掲注 6）196 頁参照。

9）大江・前掲注 6）195 頁､196 頁。岡口基一『要件事実マニュアル第 2 巻民法 2〔第 5 版〕』（ぎょうせい・2016 年）599 頁。

(2) 含意する論点

東京地判平成 15 年を従来の訴訟上の和解をめぐる議論ごとに分析すると次のとおりとなる。

①訴訟上の和解の効力

先に検討した様に東京地判平成 15 年は、訴訟上の和解の効力に既判力が認められるかについて「錯誤などの意思表示の瑕疵が存在するとは認められないことからすれば」として訴訟上の和解に意思表示の瑕疵がないという留保を付した上で、「本件和解は既判力を有するものと解するのが相当である」としている。

この様に訴訟上の和解について意思表示の瑕疵があった場合には既判力が認められない余地を認めた上で、当該事案では本件和解の既判力を肯定している。このことから従前の最高裁判所の判断（最判昭和 33 年 6 月 14 日民集 12 巻 9 号 1492 頁）を踏襲し、以下で考察する制限的既判力説に拠って立つものと位置付けることができる。

②訴訟上の和解の効力は承継人に及ぶか

さらに東京地判平成 15 年は、訴訟上の和解における係争目的物たる本件マンションの区分所有権を取得した被告区分所有者らを口頭弁論終結後の承継人（民事訴訟法 115 条 1 項 3 号）に該当するとしている。この点について、訴訟上

10）畑・前掲注 3）153 頁以下では、「事案・請求の特異性」として、本件のような「日照権侵害を理由に建物の一部撤去等を求めるためには、人格権もしくは不法行為（民法 709 条）に基づく請求をするのが一般的であると思われるところ、原告側があえて、本件和解の効力（の承継人への拡張）を根拠として請求を定立したがために、訴訟上の和解の効力の承継人への可否という問題が浮上してくることになったのである」とした上で、原告側としては、人格権もしくは不法行為に基づく建物の一部撤去等という請求とすると、従来の経緯との連続性が希薄になり、新たな紛争とのイメージを抱かれかねないこと、いわゆる「受忍限度論」との関係において、主張・立証の負担が大変になると考えたかもしれないと指摘する。本件の原告の請求定立に際しての法律構成を考察する際の有用な指摘として、実務的観点からも賛同するものである。

の和解における係争目的物の譲受人が民事訴訟法 115 条 1 項 3 号における「口頭弁論終結後の承継人」に該当し、訴訟上の和解の効力（民事訴訟法 267 条における「確定判決と同一の効力」）としての既判力の拡張を受けるかという問題がある。訴訟上の和解は、既判力（制限的既判力）を有するとしても、裁判官による終局的判断である判決とは異なり、当事者の意思に基づく互譲を内実とする。こうした両者の違いから果たして訴訟上の和解の既判力も確定判決における既判力の場合と同様に、口頭弁論終結後の承継人に拡張されるかという点が考察されなければならない。このことは、後に考察する様に、たとえば、訴訟上の和解の効力としての既判力の拡張を受ける承継人というためには、承継の対象たる訴訟上の和解の内容についての知・不知が影響するかといった議論と関連することとなる[11)]。

加えて東京地判平成 15 年は、本件仮処分においてXが請求の根拠としたのが、X宅の土地および建物所有権または人格権（日照権）に基づく妨害予防請求権としての建物を一定以上の高さに建てないという不作為請求権であり、これらが物権的権利であることを理由に挙げている。そこで、口頭弁論終結後の承継人に対し拡張される承継対象となる権利として認められるためには、物権的権利か債権的権利かという当該権利の法的性質が関係するかという点が問題となる。

③権利濫用法理の採用と考慮事情

東京地判平成 15 年は、訴訟上の和解の効力としての既判力が係争目的物である当該マンションの区分所有権の承継人にも及ぶとした上で（民事訴訟法 115 条 1 項 3 号）、承継した既判力を前提に被告区分所有者らが本件和解に基づく債務を負担するに至ったものであるとしつつも、Xが求める本件マンション

11）たとえば、高橋宏志『重点講義民事訴訟法〔第 2 版補訂版〕』（有斐閣・2013 年）789 頁は、訴訟上の和解の効力の第三者への拡張に関し「和解の場合には（権利義務は、譲歩によってゆがめられている）善意の承継人に効力を及ぼすことは不当なのではあるまいか。」と指摘する。畑・前掲注 3）97 頁以下。

の一部の撤去請求は権利の濫用に当たるものとして許されないとした。

東京地判平成15年は、権利濫用法理の考慮事情として、一部解体は物理的には可能であるが、その履行のためには、被告区分所有者らにとって著しい労力および費用を要すること、一部解体に伴い本件マンション、特に6階専有部分の社会的・経済的価値の大幅な減少が避けられないこと、居住者や周辺住民に対して人的な被害が将来発生してしまうおそれがあることといった考慮事情を挙げて、社会的・経済的に著しい損失が生じることは避けられないとしている。他方で、一部撤去の工事を実施した結果得られるXの利益は、30センチメートル程度の日照が得られるというものにすぎず、これは先の被告区分所有者らが本件マンションの一部撤去によって負担する社会的・経済的不利益に比して、相対的に低額な金銭的賠償によって補償可能なものであるとしている。ここまでは本件マンションの一部撤去が認められた場合のXの利益とこれによって被告区分所有者らが被る不利益を列挙した上で、これらを比較衡量して考察したものであり、従来の権利濫用の法理の判断枠組みを踏襲したものとして、実体法的にみて特段異論が生じるものとは解されない。

加えて東京地判平成15年は、被告区分所有者らが負担する本件マンションのうち本件和解に違反して建築された部分を撤去する義務は、①被告二社が本件和解の成立後に、本件和解の趣旨に違反して本件マンションを建築したことによって発生したものであること、②これは区分所有権等の譲渡によって履行不能に陥っており、Xもこれを前提に被告二社に対して金銭賠償のみを求めていること、③被告区分所有者らは、Xと被告二社との間での本件和解の成立の事実やその内容を全く知らずに本件マンションの区分所有権を取得し、本件仮処分において、実質的に何らの手続保障を受けていないことを挙げている。これらの事情を考慮事情として採り上げることは合理的か、特に口頭弁論終結後の承継人たり得るためには、承継人の手続保障はそもそも必要か、このことに関連して、本判決のいう「実質的な手続保障」とは、何を意味するのか、さらに、このことを権利濫用の考慮事情として挙げるべきか否かという点を考察する必要がある。

第3　訴訟上の和解の法的性質

以下では、東京地判平成15年の採用した論理が正当であるかにつき順次考察を加えることとするが、こうした議論の背景には、以下の様な訴訟上の和解の法的性質に関する議論が存在する。

1　法的性質論の位置づけ

訴訟上の和解の法的性質をめぐっては、訴訟上の和解を純粋な私法行為（和解契約）と捉える私法行為説、訴訟行為と捉える訴訟行為説、私法行為と訴訟行為の両方の性質を併せ有する1個の行為と捉える両性説、私法行為と訴訟行為の2個の行為が併存すると捉える併存説が主張されている。また、併存説に立った上で、併存する私法行為と訴訟行為の関係について、一方が他方の前提である等、密接な関係性を見出し、一方が無効である場合は他方も効力を失うとして、私法行為としての和解が有効であることを訴訟行為の前提とする新併存説と呼ばれる見解も主張されている[12)]。

訴訟上の和解の効力をめぐる民事訴訟法267条の「確定判決と同一の効力」に既判力を含むかという問題等は、訴訟上の和解の法的性質からは演繹的に導かれる結論ではないと指摘されている[13)]。実際上、たとえば、訴訟行為説に立ちつつ訴訟上の和解の効果として既判力を否定する見解[14)]、訴訟上の和解は、訴訟の終了を内容とする訴訟契約と民法上の和解契約の性質を併有する1つの行為とする両性説に立ちつつ訴訟上の和解の効果として既判力を認めるべきでないとする見解[15)]等が主張されている。こうした学説の存在からも明らかなとおり、訴訟上の和解の法的性質自体から演繹して、訴訟上の和解の効力や訴訟上の和解に瑕疵がある場合の瑕疵を争う方法といった問題の結論が必然的に導かれるものではないといえよう[16)]。

しかし、このこと故に訴訟上の和解の法的性質を考察することが無意義であ

12）伊藤・前掲注1）489頁、490頁。兼子一ほか『条解　民事訴訟法〔第2版〕』（弘文堂・2011年）1476頁［竹下守夫＝上原敏夫］。

るとは解されない。当事者の自主的解決方式である和解が訴訟上の和解として確定判決と同一の効力を有すると規定する民事訴訟法 267 条は、訴訟上の和解の法的性質論を分析し検討した結果との間に一定の親和性を見出すことが可能であり、法的性質論と結論との論理展開を明らかにすることによって当該主張の内実がより明確化し、検証の対象となり得るといえよう。たとえば、訴訟上の和解の法的性質が純粋な私法行為であるとすれば、既判力という訴訟上の効果は付与されないという見解と親和性を有するであろうし、訴訟行為であるとすれば、既判力を肯定する方向と親和的であるということができよう。こうし

13）新堂幸司『新民事訴訟法〔第 6 版〕』（弘文堂・2019 年）375 頁以下は、「性質論自体から既判力の有無、その意思表示の瑕疵の取扱いを演繹しようとするのは、誤りである。まず訴訟上の和解にいかなる効果を与えるのが適切かを論じるのが先決であり、しいて必要ならば、その与えられた効果から、訴訟上の和解の性質を帰結するということになるべきである」とする。高橋・前掲注 11）587 頁、鈴木正裕ら編『注釈民事訴訟法（4)』（有斐閣・1997 年）478 頁［山本和彦］は、「訴訟上の和解の法的性質を論じるに当たってまず確認させるべきは、この議論は和解の要件・効果等の具体的問題について必ずしも決定的な影響を与えるものではなく、その意味であまり実益のない議論であるという点である。」と指摘し、「性質論は訴訟上の和解をめぐる諸問題に演繹的に一定の解答を与えるものではないのである。」と指摘する。また、三木浩一ほか編『民事訴訟法〔第 2 版〕』（有斐閣・2015 年）483 頁［笠井正俊］は、訴訟上の和解の性質論につき、「近時は、これらの一般論から具体的な問題の解決に直ちに結び付くものではないとの見方が有力である。」とした上で、「学説上も実務の取扱いも、結論としては、訴訟上の和解に私法上の無効原因がある場合には、私法上も訴訟上も和解は無効となるという結論でほぼ固まっているといってよい。」とする。

14）三ケ月章『民事訴訟法〔第 3 版〕』（弘文堂・1992 年）514 頁。なお、この様に既判力を認めない訴訟行為説は、併存説と実際上ほとんど違いがないと指摘されている（中野貞一郎ほか編『民事訴訟法講義―基礎的理論と判決手続〔第 3 版〕』（有斐閣・1995 年）402 頁［松浦馨］。

15）松本博之 = 上野泰男『民事訴訟法〔第 8 版〕』（弘文堂・2015 年）560 頁、566 頁。

16）三ケ月・前掲注 14）514 頁は、訴訟上の和解の法的性質として訴訟行為説をとりながら、訴訟上の和解の効力として既判力を否定するが、こうした立場の存在は、法的性質論から訴訟上の和解の効力論が演繹的に導かれるわけではないことの 1 つの例として挙げられる（新堂・前掲注 13）375 頁）。高橋・前掲注 11）772 頁は、どの説を出発点としても、修正を加えることにより同一の結論に至り得ると指摘する。

た性質論から推論させる帰結をいかなる論理展開で修正し、別の結論を導くかを明らかにすることも当該論理の検証可能性という点から有益であると解される。かかる観点から、訴訟上の和解の法的性質論自体に一定の意義を見出すことができるものと考える[17)]。

2　学説の諸相[18)]

（1）私法行為説

訴訟上の和解は、訴訟物に関する私法上の和解契約であり、純粋な私法契約であるとする見解である。私法上の和解契約が口頭弁論期日において行われるにとどまり、和解調書はこれを公認するためのものに過ぎないと説明する[19)]。

もっとも、この見解に対しては、訴訟上の和解を純粋な私法行為であると解

17）石川明教授は、和解の効力や瑕疵の主張方法の問題は、実務的妥当性及び利益衡量の観点からも論じることができると認めつつも、「しかし、具体的妥当な結果を体系的にいかに理由づけるかは法的性質論と関連する理論の問題であること、和解にあっては実体行為と訴訟行為の体系的関連乃至分離が問題となることなどの点から、性質論を効力論乃至瑕疵の主張方法論と関連せしめる理論的必要性は否定しえないのではないかと考える。」として訴訟上の和解の法的性質論の意義を説く（石川明「訴訟上の和解とその効力」『民事訴訟法の争点〔新版〕』（ジュリスト・1988 年）310 頁）。

18）学説の詳細については、石川明『訴訟上の和解の研究』（慶應義塾大学法学研究会・1966 年）3 頁以下、高田裕成ほか編『注釈民事訴訟法第 4 巻』（有斐閣・2017 年）1289 頁［中西正］等参照。なお、訴訟上の和解の法的性質と、その効力（法的強制力）をめぐる学説の変遷について、民事訴訟法の目的に関する議論を踏まえ、歴史的観点を通して考察するものとして、河崎祐子「訴訟上の和解の法的性質―その効力をめぐる議論を中心に―」信州大学法学論集 27 号（2016 年）1 頁以下。

19）石川明教授は、訴訟上の和解は、裁判所の面前でなされる私法上の和解と裁判所によるその確認行為とからなるものとし、訴訟上の和解における実体行為たる側面を考えると、そもそも当事者の行為として訴訟行為たる側面を考える必要は存しないとする（石川・前掲注 18）11 頁以下）。新堂・前掲注 13）375 頁は、性質論自体は実益のある議論ではない、とした上で、「あえてその性質を定めるとすれば、私法上の和解と同じ行為が裁判所の面前で行われ、その和解内容および効力が裁判所によって確かめられ調書に記載されることによって訴訟上の効果が付与される行為であるというもので、私法行為説をとるものといえようか。」とする。

すると、訴訟上の和解の訴訟終了効を説明できないのではないかといった疑問が提起されている。これに対して、この見解は、訴訟上の和解に基づく訴訟終了効が発生するのは訴訟物の消滅によるとか、別の訴えの取り下げが伴われる等と説明する[20)]。

(2) 訴訟行為説

訴訟行為説は、訴訟上の和解は、民法上の和解とは別個の純然たる訴訟上の合意であり、処分権主義の下に当事者が合意により判決の代用物を作成する権限を付与されたことに基づくもので、判決に代わり訴訟を終了させ、既判力や執行力を生じるものと説明する見解である[21)]。この訴訟行為説によれば、訴訟上の和解は訴訟行為として訴訟法のみに支配され、民法上の和解に関する規定の適用を受けないと説明されている[22)]。

兼子一博士は、「和解を請求の認諾、放棄と常に同列において規定しているわが法の解釈としては、訴訟行為説を正当とする。」とした上で「和解も認諾放棄と同様法律上の陳述の性質をもつもので、ただ認諾、放棄は、当事者の一方の単独行為であるのに対し、和解は双方の一致した陳述によって成立する点で、裁判所に対する合同訴訟行為と見るべきである。」と説明する[23)]。また、私法上の和解契約があるとしても、それは訴訟上の和解の陳述内容を定める前提に過ぎず、訴訟上の和解を構成するものではないとする[24)]。三ケ月章博士は、「訴訟上の和解は、訴訟係属中なされた訴訟物に関する権利関係についての私法上の和解の内容を両当事者が一致して裁判所に陳述し、これによって訴訟終了の効果（および給付を内容とする場合には執行力）を生ぜしめる合同訴訟行為である。」と定義し、訴訟上の和解の性質について「純然たる訴訟行為と

20）兼子ほか・前掲注 12）1475 頁［竹下守夫＝上原敏夫］。

21）兼子一『民事訴訟法体系〔増訂版〕』（酒井書店・1965 年）305 頁以下参照。小山昇『民事訴訟法〔5 訂版〕』（青林書院・1989 年）440 頁以下。

22）中野ほか編・前掲注 14）402 頁［松浦馨］。

23）兼子・前掲注 21）306 頁。

24）兼子・前掲注 21）307 頁。

みる立場に賛成することになる。」とした上で、「和解調書に既判力を認むべきかについては争いがあるが、消極に解すべきである。」とし、「別訴で、訴訟物判断の前提問題としていったんなされた裁判上の和解の無効・取消しを主張することもできるというべきである。」とする[25)]。

（3）両性説

訴訟上の和解は、私法行為と訴訟行為の双方の性質を有し、両者が密接に関連する1個の行為であると捉える見解である。以下で説明する併存説が、訴訟上の和解は私法行為と訴訟行為の2個の行為が併存すると理解するのに対して、両性説が、訴訟上の和解を1個の行為としていわば競合すると理解することから両行為競合説と呼ばれることもある[26)]。両性説によれば、訴訟上の和解は、私法上の和解としての性質と私法行為としての性質の二重の性質を有する1個の行為であり、訴訟法と実体法が競合して適用され、訴訟法上の要件が欠けても実体法上の要件が欠けても訴訟上の和解は全体として無効となると説明される[27)]。

（4）併存説

並存説は、訴訟上の和解には、私法上の和解としての私法行為と訴訟を終了させる訴訟上の合意または合同行為である訴訟行為の2個の行為が併存しているとする見解である[28)]。この見解は、私法行為と訴訟行為の2個の行為が併存すると捉える点で両性説と異なる。両性説によれば、訴訟上の和解は、私法

25）三ケ月・前掲注14）508頁、511頁、514頁。本文では、訴訟行為説として、いわゆる合同訴訟行為説（合同行為説）を紹介している。同じく訴訟行為説として分類される見解として、訴訟上の和解について訴訟終了を内容とする訴訟契約と解する見解も存在する。同じく訴訟行為説に分類される合同行為説と訴訟契約説についてその概念規定から明らかな様に両者の内容が全く異なるものであるとの指摘につき、松本＝上野・前掲注15）561頁参照。

26）松本＝上野・前掲注15）562頁。

27）中野ほか編・前掲注14）402頁［松浦馨］。

上の和解として私法行為としての性質と訴訟終了を内容とする訴訟契約として訴訟行為としての性質の二重の性質を有する1個の行為であり、訴訟法と実体法が競合して適用され、実体法上の要件が欠けても訴訟法上の要件が欠けても訴訟上の和解は、全体として無効となると説明される[29)]。もっとも近時は、併存説を前提としつつ私法行為と訴訟行為の2個の行為は、密接に関連しており牽連性を有すると理解する見解（新併存説）が主張されている[30)]。この見解は、訴訟上の和解を私法行為と訴訟行為の2個の行為とみた上で、たとえば、私法行為の無効取消しは、訴訟行為に影響を及ぼすと解するのである。この点について伊藤眞教授は、「訴訟上の和解を単一の行為に還元することができず、当事者の行為の中に、訴訟物に関連する私法上の合意および訴訟終了を目的とする訴訟上の合意が併存する以上、両行為併存説をとらざるを得ない。」とした上で、こうした両者の関係について、両合意は「相互に無関係になされているわけではなく、一方の有効性が他方の合意の前提となっている関係にあり、この考え方は新併存説と呼ばれることがある。」と説かれる[31)]。かかる見解によれば、両性説か併存説かの違いは、理論的説明の差異にすぎず、実際上の差異は殆ど認められないこととなる[32)]。この併存説に対しては、経験的にみて一個の行為を観念的に二個の行為と見ることについて疑問があるといった批判がある[33)]。

28）両性説を採る近時の見解として、梅本吉彦教授は、訴訟上の和解を「紛争を解決する旨の合意と訴訟を終了させる旨の合意とから構成され、両者の合意が揃ってはじめて訴訟上の和解が成立する点で密接不可分であるところに特徴がある。」とする（梅本吉彦『民事訴訟法〔第4版〕』（信山社・2009年）1007頁）。中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義〔第3版〕』（有斐閣・2018年）438頁［河野正憲］は、訴訟上の和解における当事者の意思には、「直接に権利関係の変動を生じさせようとする意思と、訴訟を終結させようとする意思が共に存在すると見ることができる。」とする。

29）中野ほか編・前掲注14）402頁［松浦馨］。

30）伊藤・前掲注1）489頁。

31）伊藤・前掲注1）489頁、490頁。

32）伊藤・前掲注1）490頁は、「もっとも、新併存説を前提とすれば、両者の違いは理論上の説明にすぎず、実際上の違いはほとんど認められない。」と指摘する。

3　裁判例の概観

訴訟上の和解の法的性質に関して、裁判例には両性説に立脚すると解されるものと併存説に立脚すると解されるものが混在すると指摘されている[34]。訴訟上の和解の法的性質論に言及する代表的な裁判例を概観すると次のとおりである。

（1）大判昭和７年11月25日民集11巻2125頁

①事案

Ｘ社とＹは、東京区裁判所において訴訟上の和解をし、和解調書が作成された。Ｙは、当該和解に基づくＸ社に対する債権をＺに譲渡し、Ｘ社にその旨を通知した。Ｚは、同債権の譲受人として、Ｘ社に対する強制執行を進めようとした。Ｘ社は、上記和解はＸ社の法定代理権を有しない者が行ったものであるとして、Ｙ社およびＺを被告として、再審の訴えにより当該和解の取消しを求めた。

②判旨

大審院は、「裁判上ノ和解カ確定判決ト同一ノ効力ヲ有スルコトハ民事訴訟法第二百三条ノ規定スルトコロニシテ確定判決ハ仮令同法第四百二十条第一項所定ノ再審ノ事由存スル場合ト雖当然無効ナルニ非ス再審ノ訴ニ依リ取消サレサル限リ其ノ効力ヲ有スヘキコトハ同条項ノ規定ニ依リ明白ナリ故ニ裁判上ノ和解ニ付テモ右再審ノ事由存スルノ故ヲ以テ当然無効ト為スヘキニ非ス再審ノ訴ニ依リ取消サレサル限リ其ノ効力ヲ有スヘク従テ之ニ対シ再審ノ訴ヲ許スヘキヤ当然ナリ然レトモ裁判上ノ和解ハ確定判決ト異リ一面私法上ノ契約タル性

33）石川・前掲注18）17頁は、「併存説は、既判力に関する初期の訴訟法説にみられるような、実体法と訴訟法とを完全に分断しようとする素朴な二元観に基づいた理論である点に致命的な欠陥を持つように思われる。」と批判する。

34）伊藤・前掲注1）490頁。なお、石川・前掲注17）310頁は、両性説が多数説および判例の主流であると指摘する。

質ヲ有シ私法上無効ノ原因存スルトキハ訴訟法上ノ効力モ亦之ヲ生セス従テ当然無効ノモノナルカ故ニ斯ル原因ニ依ル無効ノ主張ハ確定判決ニ対スル再審ノ事由ニ該当スルト否トヲ問ハス之ヲ許スヘキハ勿論之ヲ主張スル方法モ亦再審ノ訴ニ依ルヘキモノニ非スシテ必要ナル場合ニハ独立ノ訴ヲ提起シテ之ヲ主張シ得ルモノト云ハサルヘカラス然レハ裁判上ノ和解ニ対シテハ民事訴訟法第四百二十条第一項第一、二号ノ如キ何等私法上ノ無効原因ヲ伴ハサル事由存スル場合ニ於テハ再審ノ訴ヲ許スヘキモノナルモ私法上ノ無効原因存スル場合ニハ裁判上ノ和解ハ再審ノ訴ニ依ル取消ヲ俟タスシテ当然無効ナルカ故ニ再審ノ訴ヲ許スヘキモノニ非ス」とした上で、「本件ニ於テX社ノ主張スルカ如ク区裁判所ノ和解申立手続ニ於テ調ヒタル裁判上ノ和解ニ付当事者ノ法定代理人トシテ和解ヲ為シタル者ニ其ノ代理権ナカリシ場合ニハ民事訴訟法第四百二十条第一項第三号所定ノ再審ノ事由ニ該当スヘシト雖此ノ場合ニハ同時ニ其ノ和解ハ私法上無権代理行為ニ依リ為サレタル契約ニシテ当事者本人ニ対シ其ノ効力ナク従テ之ヲ調書ニ記載スルモ訴訟法上ノ効力ヲ生セス即右ノ和解ハ再審ノ訴ニ依ル取消ヲ俟タスシテ既ニ当然無効ノモノナルカ故ニ独立ノ訴ヲ以テ之カ無効確認ヲ求ムルハ格別之ニ対シ再審ノ訴ヲ許スヘキニ非ス」とした。

③小括

この裁判例は、訴訟上の和解の法的性質につき「裁判上の確定判決と異なり、一面私法上の契約たる性質を有し」とし、私法上の契約としての「一面」を認める。これは訴訟上の和解を訴訟上の一個の行為とした上で、私法行為としての「一面」を認めたものといえ、両性説の理解と同様であると捉えるのが合理的であると考える。さらに、この裁判例は、私法上の無効・取消原因（本件では、無権代理行為）が存在する場合は、訴訟上の和解は再審の訴えによる取消しを待たずして当然無効となるとして、再審の訴えを認めなかった。これは訴訟上の和解の効力につき既判力を認めながら、私法上の瑕疵の主張を再審の訴えによらずとも認める点で、訴訟上の和解の効力として既判力を認めるかという点で後に考察する制限的既判力説に拠ると理解することができよう。

(2) 大決昭和6年4月22日民集10巻380頁

①事案

XのYに対する慰謝料請求訴訟の控訴審において、YがXに対して金500円を2回に分けて支払う旨の訴訟上の和解が成立し、訴訟が終了した。しかし、Yは当該和解に基づく債務を履行しなかった。Xは、Xが当該和解に応じたのはYが少額でも任意に支払うためであり、Yが任意に支払いをしないのであれば、資力のあるYの父の相続を待って強制執行により満足を受けたはずであり、和解には応じなかった等と主張し、当該和解は意思表示の要素に錯誤があり無効であり、訴訟は終了していないとして、上記訴訟の口頭弁論期日指定の申立てをした。

②判旨

大審院は、「訴訟物ニ付和解契約成立シ因テ訴訟ノ終了アリタル裁判上ノ和解ニアリテモ其ノ訴訟物タル私法上ノ権利又ハ法律関係ニ付為サレタル和解ハ常ニ私法上ノ契約ニシテ裁判上之カ締結アリタルカ為メ其ノ性質ヲ変スルモノニアラス従テ其ノ契約ニシテ要素ノ錯誤ニ基クモノナルトキハ無効ナルコト論ナシ左レハ右ノ場合ニ於テ私法上ノ和解契約ニシテ無効ナル以上ハ其ノ有効ナルコトヲ前提トシテ訴訟ヲ終了セシムヘキ合意ハ其ノ効力ヲ生スヘキ筋合ニアラサルカ故ニ訴訟ハ尚存続スルモノト解セサルヘカラス従テ右ノ如キ裁判上ノ和解成立後当事者カ訴訟物タル私法上ノ権利関係ニ付テノ私法上ノ和解カ意思表示ノ要素ニ錯誤アル為メ無効ナリト主張シ期日指定ノ申立ヲ為シタルトキハ裁判所ハ其ノ主張ノ如キ要素ノ錯誤アリテ契約カ無効ナリヤ否換言スレハ訴訟カ尚存続スルモノナリヤ否口頭弁論ヲ開キ之ヲ調査シ判決ヲ以テ裁判スヘキモノニシテ単ニ裁判上ノ和解アリタルモノナリトノ一事ニ因リ期日ノ指定ヲ拒ムコトヲ得サルモノナリ」とした。

③小括

大審院は、訴訟上の和解に要素の錯誤があった場合、再審の訴えによるので

はなく、期日指定の申立てがなされたときは、裁判所はこれを拒むことはできないとした。訴訟上の和解を、訴訟物についての私法上の和解契約とともに訴訟を終了する旨の合意として理解している。ここにいう「訴訟ヲ終了セシムヘキ合意」が訴訟上の効果を導く点で訴訟行為と理解すれば、両性説ないし併存説に基づくと解されよう。判旨における「常ニ私法上ノ契約ニシテ裁判上之カ締結アリタルカ為メ其ノ性質ヲ変スルモノニアラス」という部分は、私法契約説のアプローチを思わせるものの、後に「訴訟ヲ終了セシムヘキ合意」の存在を認め、これは、私法上の契約が「有効ナルコトヲ前提トシテ」とある以上、純粋な私法行為説とは区別されると解される。両性説もしくは併存説的理解に立脚し、仮に併存説とした場合には、さらに私法上の和解契約が無効である以上は、これが有効であることを前提として訴訟を終了する旨の合意はその効力を生じないという論理構成を採用していることから、併存説の中でも、新併存説に親和性を有すると理解するのが合理的であると考える。

(3) 大判大正９年７月15日民録26輯983頁

①事案

ＸとＹは前訴において訴訟上の和解をしたが、Ｙが当該和解に基づく債務を履行しないため、ＸはＹに対し、債務不履行に基づき当該和解の解除をし、損害賠償を請求する訴えを提起した。原審は、訴訟上の和解は判決と同一の効力があることから解除することができないと判断した。

②判旨

大審院は、「裁判上ノ和解ハ訴訟当事者カ係争権利ニ付キ相互ニ譲歩シ以テ争ヲ止ムル行為ニシテ強制執行ノ債務名義タリ得ヘク此ノ点ニ於テ確定判決ト同様ノ効力ヲ有スト雖モ這ハ単ニ右和解ヲ以テ訴訟法上ノ行為タル方面ヨリ観察シタルモノニシテ和解ノ内容タル係争権利ノ処分ニ付キ当事者双方間ニ為サレタル意思表示タル点ヨリ観ルトキハ一箇私法上ノ行為タル契約ノ性質ヲ具有シ当事者ノ一方ハ相手方ニ対シ行為不行為ヲ要求シ得ル私法上ノ効果ヲ発生ス

ルト共ニ該契約ニ無効又ハ取消ノ原因存スル場合民法ノ規定ニヨリ之ヲ無効トシ又ハ之カ取消ヲ為シ得ルハ勿論（大正六年九月十八日本院民事第一部判決参照）其不履行ノ場合之ヲ解除シ得ルヤ否ヤモ亦民法ノ契約解除ニ関スル規定ニ従ヒ之ヲ決定シ得ルモノト謂ハサルヘカラス要スルニ裁判上ノ和解行為ノ有スル右二箇ノ性質ハ互ニ相妨クルコトナキモノニシテ其訴訟行為タルコトハ之ヲ以テ民法ノ規定ヲ適用スヘカラサル理由ト為スニ足ラサルモノトス」として、原判決を破棄して本件を熊本地方裁判所に差し戻した。

③小括

この裁判例は、訴訟上の和解の債務不履行に基づく解除の可否について、その検討の過程において、訴訟上の和解は、訴訟法上の行為であるとともに私法上の行為としての契約の性質を具備することを認めたものといえる。訴訟上の和解に訴訟行為としての性質と私法行為としての性質を見出した上、これを「裁判上ノ和解行為ノ有スル右二箇ノ性質ハ互ニ相妨クルコトナキモノニシテ」との判示部分からは、1 個の行為にして 2 個の法的性質を併せ有するとする両性説に親和的であると解されよう。

（4）最判昭和 31 年 3 月 30 日民集 10 巻 3 号 243 頁

①事案

ＸとＹは、前訴において訴訟上の和解をし、当該和解の和解調書には、ＹはＸに対して和解調書添付図面の赤斜線の箇所を返還すること、ＸはＸ所有の宅地のうち和解調書添付図面のヘ・ハ点より直線にして道路へ結ばれる線より西側の箇所（黒斜線部分）を分筆の上、Ｙ名義への所有権移転登記手続をすること等の条項があった。Ｘは、当該和解調書添付図面のイないしト点は何を基準としているか明らかでなく、ＸがＹに対して所有権移転登記手続をすべき地域を確定することができない等として、和解無効確認の訴えを提起した。原審は、Ｘの主張を認め、当該和解を無効とした。これに対し、Ｙは、イないしト点が和解調書上明らかでなくとも、当事者間では明らかになっており、債務名義と

して強制執行ができるか否かは和解契約の成否とは関係ない等と主張し、上告した。

②判旨

最高裁は、「裁判上の和解は、その効力こそ確定判決と同視されるけれども、その実体は、当事者の私法上の契約であつて契約に存する瑕疵のため当然無効の場合もあるのであるから、その有効無効は、和解調書の文言のみに拘泥せず一般法律行為の解釈の基準に従つてこれを判定すべきものである。本件において、所論（イ）乃至（ト）の点についての上告人の主張は、原審の認めなかつたところであり、従つて所論和解条項中、一の赤斜線の箇所、二の赤斜線の箇所を除いた他の部分及び三の黒斜線の箇所は、いずれも特定することができないばかりでなく、本件和解は、実地についても特定し得ないものであり、又、内容の点においてもＹには判つていなかつたというのであるから、本件和解の目的物は確定し得ないこととなつて、私法上の和解契約は、これを無効とせざるを得ないものといわなければならない。論旨は、なお、債務名義として強制執行ができるかどうかということは、和解契約の成否とは関係がないというけれども、本件の和解は、執行ができないから無効なのではなく特定し得ないから無効なのであり、その結果執行もできなくなるに過ぎないのである。」とした。

③小括

本件は簡易裁判所で成立した訴訟上の和解につき和解無効確認の訴えが提起されたものである。無効の原因としては、和解の目的物が確定し得ないこと等が挙げられている。訴訟上の和解の法的性質との関係では、訴訟上の和解は、その効力としては確定判決と同一視されるものの、その実体は当事者の私法上の契約であるとしている。確定判決と同一の効力という訴訟上の効果を有しつつも、訴訟上の和解の「有効無効は、和解調書の文言のみに拘泥せず一般法律行為の解釈の基準に従つてこれを判定すべきものである」とする。

三淵乾太郎調査官は、訴訟上の和解の法的性質について併存説と両面説（ママ）を紹介しつつも、「本件では、裁判上の和解は私法上の和解契約と訴訟行為との双方の性質を有することを明らかにすれば足りる」とする[35]。本件の事案の解決に必要な限度で訴訟上の和解の法的性質を捉えれば足りるとするものと解されるが、こうした論理構成は、訴訟上の和解という一個の行為が私法行為と訴訟行為の性質を有するとする点で、両性説に親和的であると考えられる。もっとも、本判決が両性説と併存説のうち、いずれの見解に立脚するかは必ずしも明確ではない[36]。

4　考察

以上のとおり、訴訟上の和解の法的性質論との関係について、いくつかの裁判例を概観した[37]。もっとも、いずれも法的性質につき明確な立場を示したものではなく、当然のことながら、判決において事案の解決に必要な限度で言及したものと解されるが、差し当たり判例は訴訟上の和解の法的性質について、必ずしも明確ではないものの、事案の解決に必要な限度で言及し、両性説ないし併存説（特に新併存説）に立つものと評価することができよう。本稿では、訴訟上の和解の法的性質については以下の各観点から考察すべきであると考え、純粋な私法行為であるとか、訴訟行為であるとするのではなく、私法上の契約としての私法行為としての性質を認めつつ、訴訟終了効といった訴訟法上の効果をもたらす訴訟上の合意であり、訴訟行為としての性質を併せ有すると理解するものであり、両性説が妥当であると解するものである。

35）三淵乾太郎・最判解民事篇昭和 31 年度 35 頁以下。

36）三淵・前掲注 35）35 頁以下は、本判決につき、和解調書の解釈の問題として捉え、判決要旨として対立に立ち入らずとも、訴訟上の和解が訴訟行為と私法行為の性質を有することを示す限度で事案の解決には十分であるとの理解を示したものと解されるとする（同 35 頁参照）。

37）なお、民事執行法上の請求異議の訴えと訴訟上の和解の関係につき大判昭和 10 年 9 月 3 日民集 14 巻 1886 頁。

(1) 訴訟上の和解の中核としての当事者意思

訴訟上の和解は、裁判官による強制力を持った公権的判断としての判決とは異なる特質を持ち、訴えの取下げや請求の放棄・認諾と同様に（民事訴訟法267条）、実体法上の私的自治の原則の訴訟法的反映である処分権主義（民事訴訟法246条）に基づく紛争解決方式として位置付けられる。よって、訴訟上の和解の法的性質をいかに解するかについてもその本質が当事者意思を中核とする自主的紛争解決方式にあることを見逃してはならない。さらに訴訟上の和解は、和解当事者の互譲を不可欠とするが事案によって裁判官の一定の関与はあるとしても互譲の本質は、当事者の意思に基づく協議と選択の結果到達した当事者間の合意に他ならないといえる。こうした合意は、訴訟法上の効果を生じさせる訴訟契約としての性質を有するだけでなく、当事者の意思に基づく私法契約としての和解契約であり、私法行為としての性質を有することは否定できない。よって、訴訟上の和解を訴訟行為としてのみ理解する見解には賛成できない。

(2) 訴訟終了効の発生

訴訟上の和解が成立し、調書に記載されると、その範囲で訴訟は当然に終了する[38)]。この訴訟の終了は、訴訟係属の消滅を意味し、訴訟上の法律効果であるといえる。訴訟行為とは、訴訟法上の法律効果を生じさせる行為であると解されるところ[39)]、こうした訴訟終了効を生じさせる訴訟上の和解は、純粋な私法行為（和解契約）としての性質のみならず、訴訟行為としての性質を有すると考えるのが合理的である。私法行為説からは、訴訟上の和解が純粋な私法行為であるにも拘わらず訴訟終了効を生ずるのは、和解により訴訟物につい

38）兼子ほか・前掲注12）1478頁［竹下守夫＝上原敏夫］。

39）訴訟行為とは、協議では訴訟法上の法律効果を生じさせる行為をいい、広義では、裁判資料形成のための事実行為を含む（伊藤・前掲注1）332頁）。なお、訴訟上の和解（民事訴訟法267条）と同じく訴訟終了という法律効果を発生させることを目的とする訴訟行為として、訴えの取下げ（民事訴訟法261条）、上訴の取下げ（民事訴訟法292条、313条）、請求の放棄・認諾（民事訴訟法266条）等が挙げられる（伊藤・前掲注1）333頁参照）。

て実体法上の規律が招来せしめられたことにより訴訟は目的を失って当然消滅するためであるといった説明がなされている[40]。しかし、こうした説明は、やや迂遠であると言わざるを得ず、むしろ端的に訴訟終了効という訴訟上の効果を招来する訴訟契約であり訴訟行為としての性質を有することを認めるべきであると考える。

以上から訴訟上の和解は、私法行為としての性質を有しつつも、それのみに完結するものではなく訴訟終了効という訴訟上の法律効果も導く訴訟契約として訴訟行為としての性質も有すると解すべきである。

（3）調書への記載による訴訟上の効力の発生

さらに私法行為説は、訴訟上の和解を調書に記載するのは締結された和解を公証するためにすぎないと説明する[41]。しかし、訴訟上の和解の効力について定めた民事訴訟法 267 条は、「和解……を調書に記載したときは、その記載は、確定判決と同一の効力を有する」と定める。この規定振りから明らかなとおり、民事訴訟法は、訴訟終了効を含む訴訟上の和解の効力は、「調書に記載」（民事訴訟法 267 条）することによって初めて発生すると規定しており、調書に記載されると、訴訟上の和解によって訴訟終了効とともに[42]、「確定判決と同一の効力」（民事訴訟法 267 条）という訴訟法上の効果（ここに既判力を含むか否かについては争いがあるが、給付を内容とする場合には、執行力（民事執行法 22 条 7 号）が生じることには争いがない）が生じることとなる。このように調書への記載は、単に和解内容の公証にとどまらず、民事訴訟法は、調書への記載自体を訴訟上の和解の効力発生と結び付けているといえる。調書への記載は、訴訟

40）石川・前掲注 18）3 頁。

41）石川・前掲注 18）3 頁。

42）兼子ほか・前掲注 12）1478 頁［竹下守夫＝上原敏夫］。なお、こうした訴訟終了効について、兼子ほか・前掲注 12）1476 頁［竹下守夫＝上原敏夫］は、併存説の立場から「和解契約の内容が両当事者の一致した訴訟上の陳述（合同行為）によって裁判所に了知され、紛争の解決されたことが裁判所に明白になるので、これに訴訟終了の効果が結び付けられているのである。」と説明する。

上の和解の効力発生に不可欠の要件であると解すべきである。訴訟上の和解は、訴訟終了効をはじめとする訴訟上の効力を招来する訴訟契約としての性質を有し、これが調書への記載によって最終的に訴訟上の効果をもたらすものである[43)]。よって、裁判上の和解は、私法行為としての性質とともに訴訟行為としての性質を併せ有すると解すべきである。

（4）行為の一個性

以上の考察のとおり訴訟上の和解は、私法行為としての性質と訴訟行為としての性質を併有すると解した場合、訴訟上の和解を訴訟行為としての性質と私法行為としての性質を有する1個の行為と捉えるか（両性説）、私法行為と訴訟行為の2個の行為が併存すると解すべきか（併存説）が問題となる。訴訟上の和解の私法行為としての性質と訴訟行為としての性質は、私法行為と訴訟行為が、それぞれ別個に存在するものではなく、訴訟上の和解という当事者間の紛争解決と訴訟の終了に向けた一連の1個の行為の複数の性質を示したものであると解するのが合理的である。この点について併存説は、訴訟上の和解を私法上の和解という私法行為と訴訟終了契約という訴訟行為という2個の行為が併存すると解する。しかし、この様な理解について訴訟上の和解という一個の事実の中に私法行為と訴訟行為の両者が併存すると解することは経験的事実に反し是認し難いといった批判があり、こうした批判の妥当性は否定しきれない[44)]。さらに私法行為と訴訟行為の併存を認めた上で、訴訟行為の効力が失

43）兼子ほか・前掲注12）1476頁［竹下守夫＝上原敏夫］は、訴訟上の和解の性質として私法上の和解契約の要素が含まれているとした上で、「このような和解契約の内容が両当事者の一致した訴訟上の陳述（合同行為）によって裁判所によって了知され、紛争の解決されたことが裁判所に明白になるので、これによって訴訟終了の効果が結び付けられているのである。」と説明する。本稿では、訴訟上の和解の訴訟行為としての性質を訴訟終了効をはじめとする訴訟上の効果（民事訴訟法267条の「確定判決と同一の効力」）を生じる訴訟契約と捉え「調書への記載」は、訴訟上の効果が発生するための要件として捉えたが、訴訟上の和解を調書への記載を求める両当事者の一致した陳述（合同行為）としての性質と捉えることも可能であると考える。

われれば、私法行為が撤回されるとする見解（新併存説）[45] や、併存説に立脚した上で、両行為にどの程度の牽連関係（依存関係）を認めるかは、訴訟上の和解の瑕疵の主張方法と関連する問題であり、いかなる場合にいかなる方法でその瑕疵を主張させるのが合理的かによって決定されるべきであるとする見解 [46] 等が主張されている。しかし、こうした新併存説に対しては、両行為の依存性や牽連性を認める根拠が必ずしも明らかとされていないといった批判が妥当するであろう [47]。

本稿は、訴訟係属中に当事者の紛争解決と訴訟の終了を目指して行われる訴訟上の和解は、私法行為としての性質と訴訟行為としての性質を有する一連の1個の行為と位置づけるのが合理的であると解する。以上から本稿は、両性説に賛成する。

(5) 両性説の補完としての形成過程からの視座

両性説に対しては、1個の行為を私法行為と訴訟行為の双方の性質を具備すると解することに対して、ぬえ的であるとか [48]、実体法と訴訟法の体系的分離のもとでは、1個の行為が私法行為と訴訟行為との双方の性質を有するというのは説得的でない [49] といった批判がなされることがある。しかし、こうした批判に対しては、訴訟上の和解の実際の形成過程に着目し、その本質的特徴に照らし、必ずしも合理的ではないといえよう。すなわち、訴訟上の和解にお

44）中村英郎「裁判上の和解」民事訴訟法学会『民事訴訟法講座〔第3巻〕』（有斐閣・1955年）823頁。

45）伊藤・前掲注1）340頁。

46）兼子ほか・前掲注12）1476頁［竹下守夫＝上原敏夫］。

47）松本＝上野・前掲注15）562頁は、新併存説に対して、「条件や行為基礎論など両者を架橋する方法を明らかにすることなく両者の間に依存性を認めることには、疑問がある」と批判する。

48）中野ほか編・前掲注14）403頁［松浦馨］は、「1個の行為が実体法的性質と訴訟法的性質とを兼有するという、両性説の説明は、ぬえ的概念、両棲動物的概念を認めることになってもおかしいとまではいわぬにしても、場当たり的説明の感を免れない。」とする。

49）兼子ほか・前掲注12）1476頁［竹下守夫＝上原敏夫］。

ける当事者の合意形成は、訴訟係属中に行われるという点で訴訟外で行われる純粋な私法上の和解契約とは異なり、具体的事案に応じて、その程度や態様は様々であるとはいえ一定程度裁判官が関与する。当事者間の争いが先鋭化している事案では、和解成立に向けての裁判官の役割が積極化していく場面が見受けられるのに対して、期日外での当事者間の交渉の経緯を期日毎に裁判官に報告し、裁判官は微調整を行う程度で和解の成立に至る事案も存在する。訴訟上の和解の成立過程には、当事者間の自主的交渉に裁判官がいわば調整役として後見的に関与するものから裁判官が積極的に争点についての心証を開示したり、和解案を提示する等して働きかけ、当事者の合意形成に積極的に関与することもある。裁判官は紛争解決に向けての当事者の自主的な合意の形成を尊重しつつも、訴訟における主張内容や証拠に照らして、判決に至った場合の争点に対する判断を示唆する等して、一定の心証を開示し、両当事者の譲歩の程度について意見を述べ、一方を説得し、他方に譲歩を求める等して、当事者の合意形成に一定の影響を及ぼす。訴訟上の和解とは、裁判官の関与のもと互譲に向けた当事者の合意形成であり、最終的には、訴訟終了や法的紛争解決としての「確定判決と同一の効力」（民事訴訟法 267 条）という訴訟上の効果の取得を目指す行為に他ならない。こうした訴訟上の和解の形成過程に着目すれば、訴訟上の和解とは、訴訟上の効果を通じて法的紛争の解決を目指す当事者の合意形成にほかならず、1 個の行為でありながら私法行為と訴訟行為の両性質を有すると解することが実態に即しており、訴訟上の和解の本質的特徴をとらえた理解であると解されるのである。

（以下、続く）