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 (2)
Sub Title	Res judicata of the judicial settlement : expansion of the effect of the judicial settlement over the successors of the parties (2)
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.45 (2020. 12) ,p.13- 37
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20201223-0013

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（2）

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　（以上、前号）
第 4　裁判上の和解の効力
　1　問題の所在
　2　裁判例
　3　学説の概観と検討
　4　制限的既判力説に関する考察
　5　小括
（以下、続く）

（承前）

第 4　裁判上の和解の効力

1　問題の所在

訴訟上の和解の効力について定めた民事訴訟法 267 条の「確定判決と同一の効力」の意義につき、訴訟終了効、および執行力（民事執行法 22 条 7 号）を意味することについては争いがない。しかし、かねてより訴訟上の和解の効力に

既判力を含むかについては争いがある。さらに、この議論と関わる問題として、訴訟上の和解に錯誤等の意思表示の瑕疵がある場合に無効・取消を主張できるか、その主張をいかなる方法によって行うことができるかという点が問題とされている[1)]。

訴訟上の和解の効力について、既判力肯定説を貫徹すれば訴訟上の和解に関する意思表示の瑕疵の主張方法を再審事由（民事訴訟法 338 条 1 項各号）ないし、これに準じる瑕疵がある場合に限り、再審の訴えによる取消が認められるとするのに対して[2)]、既判力否定説や制限的既判力説は、期日指定の申立てによる方法、別訴である和解無効確認の訴えによる方法、和解調書に基づく強制執行を阻止する場合には請求異議の訴え（民事執行法 35 条）による方法等を挙げる[3)]。

以下では、従来から議論のある訴訟上の和解の効力を定めた民事訴訟法 267 条の「確定判決と同一の効力」に既判力を含むか、という問題について改めて考察を進める。

2　裁判例

判例は、訴訟上の和解の「確定判決と同一の効力」として既判力を認めつつ（最大判昭和 33 年 3 月 5 日民集 12 巻 3 号 381 頁）、要素の錯誤による無効[4)]といった意思表示の瑕疵の主張が認められれば、実体的確定力を認めないと判断

1）伊藤眞『民事訴訟法〔第 6 版〕』（有斐閣・2018 年）499 頁等。三木浩一「訴訟上の和解における瑕疵の主張方法」高橋宏志先生古稀祝賀論文集『民事訴訟法の理論』（有斐閣・2018 年）747 頁以下。

2）兼子ほか『条解民事訴訟法〔第 2 版〕』（弘文堂・2011 年）1479 頁［竹下守夫＝上原敏夫］は、既判力肯定説では、「和解の無効または取消しの主張は、判決の無効原因または再審事由に準ずる瑕疵がある場合に、再審の訴えに準ずる訴えによってのみ許され、要素の錯誤や詐欺・強迫というような実体法上の瑕疵に基づき、和解の効力を否定して、期日指定の申立てなどの方法により、和解調書上の債務の不存在を主張することは許されないことになる。」と説明する。

3）高田裕成ほか編『注釈民事訴訟法　第 4 巻』（有斐閣・2017 年）1298 頁以下［中西正］。

4）令和元年改正前民法 95 条による。

している（最判昭和 33 年 6 月 14 日民集 12 巻 9 号 1492 頁）[5]。リーディングケースとされるこれらの判例を紹介すると次のとおりである（以下、いずれも下線は、筆者による。）。

（1）最大判昭和 33 年 3 月 5 日民集 12 巻 3 号 381 頁

①　事案の概要

X の先代は本件宅地を Y から賃借し、本件宅地上に建物を所有していた。当該建物は昭和 19 年中に強制疎開命令により除却させられるとともに、本件宅地の賃借権は東京都に買収された。その後、終戦により強制疎開命令が解除され、本件宅地は Y に返還された。また、罹災都市借地借家臨時処理法の施行により、元の賃借人は優先賃借の申出をすることができることとなった（同法 9 条、2 条）、そこで、先代の死亡により家督相続をした X は、Y に対し賃借の申出をしたところ Y がこれを拒絶したので、罹災都市借地借家臨時処理法 15 条により地方裁判所に賃借権設定および条件確定の申立てを行ったものの、当該申立ては「拒絶は正当の事由ありと認めるのが相当である」として却下された。そこで、原告は、本訴を提起し、Y による拒絶は正当の事由に基づくものではなく、本件宅地について賃借申出の 3 週間を経過した時に X のために相当の条件をもってする賃貸借ができたと主張し、借地権の確認を求めた。第一審および原審は、いずれも罹災都市借地借家臨時処理法 15 条ないし 17 条による裁判は裁判上の和解と同一の効力を有し、既判力を有することから、X による賃借権設定等申立事件で主張した事案と同一事実を請求原因とする本訴請求は理由がないとして X の請求を排斥したため、X が上告した。

②　判旨

最高裁判所は、「処理法 25 条は、同法 15 条の規定による裁判は裁判上の和解と同一の効力を有する旨規定し、裁判上の和解は確定判決と同一の効力を有

5）こうした判断から判例を制限的既判力説として位置づける見解が多い。吉田元子「訴訟上の和解の効力」伊藤眞＝山本和彦編『民事訴訟法の争点』（有斐閣・2009 年）250 頁。

し（民訴 203 条）既判力を有するものと解すべきであり、また、特に所論の如く借地権設定の裁判に限って既判力を否定しなければならない解釈上の根拠もなく、更に、本件の如く実質的理由によって賃借権設定申立を却下した裁判も処理法 25 条に規定する同法 15 条の裁判であることに疑いはなく、従って、これについて既判力を否定すべき理由がない」と判示して、罹災都市借地借家臨時処理法 15 条に基づく賃借権設定申立ての却下決定に既判力を肯定し、X の上告を棄却した。

③　若干の考察

本判決は、罹災都市借地借家臨時処理法 25 条が同法 15 条による裁判について訴訟上の和解と同一の効力を有すると定めることから、訴訟上の和解の効力について既判力を含むとしたものと捉えられる。その前提には、判旨にもあるように訴訟上の和解は確定判決と同一の効力を有し、そこには既判力を含むという判断がある。もっとも、その理由付けは「既判力を否定しなければならない解釈上の根拠」がない、「既判力を否定すべき理由はない」といった消極的な内容にとどまる。本判決が認めた既判力とは、当事者の意思表示の瑕疵について再審（民事訴訟法 338 条）以外の救済方法を認めるという制限的既判力説が主張する既判力を意味するのか、それとも確定判決に認められる既判力と同様の既判力であるかについては必ずしも明らかではない[6)]。

また、借地権確定申立事件の裁判は、訴訟上の和解それ自体とは異なり、裁判である以上、私法上の行為としての性質を有しない。そこで、罹災都市借地借家臨時処理法 25 条が準用する旧民事訴訟法 203 条の適用においても、その法的性質論について私法行為としての性質を有するかにつき議論のある訴訟上の和解とは異なり、その私法上の行為性を加味せず既判力を肯定したものであるとも解し得る。本判決は、訴訟上の和解の効力についての制限的既判力説として位置づけられている裁判例と特段矛盾するものとは解されないものの、既

6）梅本吉彦『民事訴訟法〔第 4 版〕』（信山社・2009 年）は、「本判決は、趣旨が明確でなく、最上級裁判所の判断として確立したものとは言えない。」と指摘する。

判力を肯定すること以外、その態度は必ずしも明らかとはいえない[7)]。

(2) 最大判昭和33年6月14日民集12巻9号1492頁

① 事案の概要

X社は、Y社を被告として、X社がY社に対し販売した水飴の代金約62万円の支払いを求める訴訟を提起したところ、本訴訟の第一審の口頭弁論期日において訴訟上の和解が成立した。

当該和解において、X社およびY社は、Y社がX社に対し代金約62万円の支払義務があることを認め、そのうち40万円の支払に代えてX社が仮差押えをしたY社所有の苺ジャム（特選金菊印）150箱を同日譲渡することとし、翌日に引き渡すこと、X社はY社に対し、その引き取りと引き換えに5万円を支払うこと、Y社が苺ジャムをX社に引き渡したときは残額約22万円の支払

7）岐阜地判昭和30年10月14日下民集6巻10号234事件は、「被告等は処理法に基く借地権確定申立事件の裁判確定するも右裁判は裁判上の和解と同一の効力を有するに止まり既判力を有しない旨主張しているが、借地権確定申立事件の裁判はそれが裁判である以上裁判上の和解の如く私法上の行為たる一面を有しないこと明であるから処理法第25条民事訴訟法第203条の適用上当然既判力を有するものと解すべきで、被告等の右主張はその理由がない。」と判示する。また、谷口安平教授は、「最高裁大法廷は、裁判上の和解と同一の効力を有するとされ罹災都市借地借家臨時処理法15条による裁判が既判力を有する旨を判示したが……、裁判上の和解と異なり、私法的側面を有しないかかる裁判については既判力が条件づけられることがないからであるとの見解（同旨岐阜地判昭和30年10月14日下民集6巻10号234事件）に立ったものと解すれば、従前の大審院の態度からみても是認できると言うことができよう。」と指摘する（谷口安平「裁判上の和解の無効の主張方法」別冊ジュリスト1965年11月号164頁）。また、最判昭和33年3月5日の調査官解説は、本判決は、裁判上の和解に「原則的に」既判力を認め（和解により協定された法律関係の全部に既判力を認める趣旨であるか否か、その他詳細に亙って判示されているわけでなく且その間の事情を知るに由ないから、本判決は唯裁判上の和解に原則として既判力を認めるを相当とするとの趣旨を表明したに過ぎず、既判力の認められる客観的範囲、解除条件を付し得られるか、合意解約は認められるか等種々の問題については之を留保して居るものと理解するのが妥当であろう）、之を前提として、罹災都市借地借家臨時処理法25条等の解釈上、同法15条による裁判についても既判力ありと解せざるを得ない、と結論されているのである……」とする（『最判解民事篇昭和33年度』40頁［三宅多大］）。

を免除することを合意した。

しかし、X 社が苺ジャムを引き取りに行ったところ、差押品は市場価値のないリンゴジャムに変わっていたことから、X 社は上記和解は無効であると主張した。

第一審裁判所は X 社の和解の錯誤無効の主張を認め、X 社の請求を認容した。これに対し、Y 社が控訴したところ、控訴審は Y 社の控訴を棄却したことから、Y 社は上告した。

②　判旨

最高裁判所は、次のとおり判示して Y 社の上告を棄却した。

「原判決の適法に確定したところによれば、本件和解は、本件請求金額 62 万 9777 円 50 銭の支払義務あるか否かが争の目的であつて、当事者である X 社（被控訴人、被上告人）、Y 社（控訴人、上告人）が原判示のごとく互に譲歩をして右争を止めるため仮差押にかかる本件ジャムを市場で一般に通用している特選金菊印苺ジャムであることを前提とし、これを一箱当り 3000 円（一罐平均 62 円 50 銭相当）と見込んで Y 社から X 社に代物弁済として引渡すことを約したものであるところ、本件ジャムは、原判示のごとき粗悪品であつたから、本件和解に関与した X 社の訴訟代理人の意思表示にはその重要な部分に錯誤があつたというのであるから、原判決には所論のごとき法令の解釈に誤りがあるとは認められない。」

「原判決は、本件和解は要素の錯誤により無効である旨判示しているから、所論のごとき実質的確定力を有しないこと論をまたない。それ故、所論は、その前提において採るを得ない。」

③　若干の考察

先の最大判昭和 33 年 3 月 5 日民集 12 巻 3 号 381 頁は、「訴訟上の和解は確定判決と同一の効力を有し既判力を有する」と判示するのに対して、最判昭和 33 年 6 月 14 日民集 12 巻 9 号 1492 頁は、訴訟上の和解の効力として、既判力

という表現を直接用いていないものの、訴訟上の和解が要素の錯誤により無効である場合は、「実体的確定力を有しない」としている。ここにいう「実体的確定力」とは、先の最大判昭和 33 年と併せて理解すれば、既判力と解するのが合理的であるといえる。よって、本判決は、制限的既判力説と同様の立場に立つものと理解することができよう[8)]。

3　学説の概観と検討

次に、学説を概観すると次のとおりである。

(1) 既判力否定説

民事訴訟法 267 条が定める訴訟上の和解の「確定判決と同一の効力」は、既判力を含まないとする見解である[9)]。この見解は訴訟上の和解は、訴訟外の和解が裁判所において行われたものであり、その本質は当事者間の自主的紛争解決であるとする。裁判所は、和解の実体的瑕疵の存否につき一般の判決手続における訴訟物の審理のごとき十分な審理を経て正しい判断をした結果和解の成立を認めたものでなく、和解の実体的内容について既判力を認める根拠を欠くとする[10)]。訴訟上の和解と裁判所による判決の違いを重視する点で訴訟上の和解の法的性質との関係では、訴訟上の和解は当事者間の和解契約としての純粋な私的行為であるとする見解（私法行為説）と親和性がある。もっとも訴訟上の和解の法的性質を合同訴訟行為という意味で訴訟行為と捉えたうえで、既判力を否定する見解も主張されている[11)]。

8）新堂幸司『新民事訴訟法〔第 6 版〕』（弘文堂・2019 年）373 頁は、判例の立場につき、「一貫した立場をとっているかどうか詳細な検討を要するが」としたうえで、「その立場は、しいて分類すれば、制限的既判力説といえようか。」と分析する。

9）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）109 頁以下、特に 126 頁、三ケ月章『民事訴訟法〔第 3 版〕』（弘文堂・1992 年）512 頁、新堂・前掲注 8）374 頁、兼子ほか・前掲注 2）［竹下守夫＝上原敏夫］、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）〔第 2 版補訂版〕』（有斐閣・2013 年）782 頁、高田ほか・前掲注 3）1303 頁［中西正］など。学説上の多数説とされている。

10）石川・前掲注 9）126 頁。確定判決は、国家が積極的にする紛争解決であるに反して、訴訟上の和解にあっては国家の関与は形式的な消極的なものにすぎないとする。

この既判力否定説によれば、民事訴訟法 267 条にいう訴訟上の和解の「確定判決と同一の効力」とは、訴訟終了効と執行力のみを示すものと解される[12)]。

しかし、訴訟上の和解にそもそも既判力を認めないと解すると、訴訟上の和解の民事訴訟における紛争解決機能を著しく減殺する。また、民事訴訟法 267 条が「確定判決と同一の効力」を規定する中で、この文言自体を解釈論の決め手とすることができないとしても確定判決の中心的効力は既判力である以上、あえて既判力を認めないという解釈は、通常の文理解釈からは乖離するといわざるを得ない[13)]。

さらに、訴訟上の和解が当事者の意思を中核として成立するとしても、当事者の意思のみによって成立するものではなく、あくまでも裁判所の一定の関与と和解成立に至る際の調査、確認を経て、最終的に調書への記載（民事訴訟法 267 条）があって当該調書の記載について、「確定判決と同一の効力」を生ずるものである。この点で、裁判所の関与なくして当事者の意思の合致によって成立する裁判外の和解契約とは大きく異なる[14)]。当事者の立場からすれば、訴訟外の任意の交渉とは異なり訴訟係属中であり、しかも和解を担当する裁判官と同一の裁判官が和解が不調になった場合に判決を下すという裁判実務において、万一、訴訟上の和解が不調に終わった場合に裁判官の心証を害しないかといった不安とともに、依頼した弁護士の意見を踏まえた意思形成を余儀なくされる。このように判決を背後に控えた訴訟という場における合意形成は、訴訟外の任意の合意形成とは明らかに異なる環境の下で形成されるのである[15)]。

11）三ケ月・前掲注 9）508 頁。こうした学説の状況からも、訴訟上の和解の法的性質論から演繹的に既判力の肯否の結論を導くことはできないということができる。

12）鈴木正裕＝青山善充編『注釈民事訴訟法（4）』（有斐閣・1997 年）485 頁［山本和彦］。

13）こうした指摘に対し、三ケ月・前掲注 9）513 頁は、既判力否定説が「確定判決と同一の効力を有するとの明文に反する嫌いがないでもないが、このような立法の体裁そのものがそもそも無理なのであるから、やむをえないというべきである。」とする。

14）那須弘平「謙抑的和解論」692 頁。訴訟上の和解における「自治的（自主的）解決」といわれる点が法廷外の任意の交渉と本質的に異なることにつき、特に 707 頁以下（木川統一郎博士古稀祝賀『民事裁判の充実と促進』（判例タイムズ社・1994 年））。

この点で訴訟上の和解は、当事者の意思を中核としつつも裁判外の和解契約とは大きく異なる点に本質的な特徴がある。よって、本稿は、既判力否定説には賛成できない。

（2）既判力肯定説

訴訟上の和解の効力として確定判決と同様の既判力を認める見解である。和解の訴訟法上の効力は、調書の記載をもって判決に代えたことに基づくものであり[16]、訴訟上の和解は、いわば判決の代用であり和解調書の内容、すなわち和解で定められた権利関係については、確定判決で確定されたのと同様に既判力を生じるとする[17]。主として訴訟上の和解の法的性質論における訴訟行為説の立場から主張されるものの、訴訟行為説の当然の帰結として演繹的に導かれるものでないことはすでに述べたとおりである。また、同じく訴訟上の和解の効力として既判力を肯定する見解であるが、訴訟上の和解の成立過程に着目し、訴訟上の和解は、期日において、当事者が合意すれば直ちに訴訟上の和解としての効力を生じるのではなく、裁判所が訴訟上の和解の要件を充たしているかを調査したうえで和解調書を作成し、それにより訴訟終了の効力や紛争解決の効力が公的に認められるものであるとし、訴訟上の和解に判決と並んで紛争解決機能を法的に認めることは、それを法的に担保するものを必要とするとして、和解調書に記載された内容について既判力を生じるとする見解も主張されている[18]。

既判力肯定説は、訴訟上の和解に再審事由（民事訴訟法 338 条 1 項各号）がある場合に限り、再審の訴えによる取り消しが認められるとする。

15）那須・前掲注 14）707 頁は、被告は訴訟の枠の外に出て自由に判断するという道を塞がれており、その意味で「被告の自由は、訴訟という檻の中での自由に過ぎない。」と表現する。

16）兼子一『民事訴訟法体系〔増訂版〕』（酒井書店・1965 年）306 頁。

17）兼子・前掲注 16）308 頁。なお、同書 309 頁は、制限的既判力説に対して、内容が有効正当であれば既判力があるというようなことはナンセンスである。」とする。

18）梅本・前掲注 6）1023 頁。

既判力肯定説は、訴訟上の和解の紛争解決機能を重視し、これを確保しようとする解釈として、その方向性には賛同できる。しかし、訴訟上の和解は、裁判所における口頭弁論で主張立証を経たうえ訴訟物につき審理を経た結果としての判断である判決と異なり、処分権主義に基づく自主的紛争解決として当事者の意思が中核にある。さらに、訴訟上の和解の形成は、当事者の意思と裁判所の関与が交錯し、かつ、この両者の程度は、事案によって様々であり一様ではない[19)]。よって、訴訟上の和解をして判決代用物であるとする認識は、判決との異質性を看過し、訴訟上の和解の特質を見失うおそれがある。訴訟上の和解の効力を考察するにあたっては、訴訟上の和解の紛争解決機能を確保すべき要請とともに、当事者の意思を尊重すべき要請を合理的に調和する解釈が望ましい。訴訟上の和解を判決代用物として位置づけて既判力を認める見解は、訴訟上の和解の紛争解決機能を判決と同様に確保しようとするものであるものの、当事者の意思の尊重の要請に応答するものとはいえないと考える。よって、本稿は、既判力肯定説に賛成することはできない。

（3）制限的既判力説

訴訟上の和解調書の記載に既判力が生じるが、訴訟上の再審事由に限らず訴訟上の和解に関する意思表示の瑕疵に基づく無効事由や取消事由がある場合には、再審事由（民事訴訟法 338 条）に該当しない場合でも、かかる主張を許し、判断力の覆滅を認める見解である[20)]。

判例は、訴訟上の和解における調書に既判力を肯定したうえで[21)]、実体法

19）草野芳郎『和解技術論〔第 2 版〕』（信山社・2003 年）36 頁は、当事者間で自主的に交渉したうえの解決として、当事者間が真に対話できるように裁判官が努力することが和解が成立する最も基本的なことであると示す。

20）伊藤・前掲注 1）500 頁以下。三木浩一ほか『民事訴訟法〔第 2 版〕』（有斐閣・2015 年）490 頁以下。なお、制限的既判力説の理解としては、実体法上有効である場合にのみ既判力を有するというのではなく、和解に再審事由に準じた瑕疵がある場合に限らず、実体法上、無効・取消原因がある場合には、裁判により無効を主張できるとする見解と考える（梅本・前掲注 6）1022 頁）。

上の瑕疵の主張を認めることから[22]、制限的既判力説と同様のものと見られると指摘されている[23]。学説では、和解の紛争解決機能に照らし、訴訟上の和解の調書への記載の拘束力に関する限り、既判力肯定説が妥当であるとしつつ、当事者間の合意が調書への記載の拘束力の基礎となっている以上、合意についての瑕疵が認められるにもかかわらず拘束力を維持することは不適切であり、訴訟上の和解の効力が否定されるのは、再審事由が認められる場合に限らず、合意に関する意思表示の瑕疵などの事由も含まれるべきであるとして、制限的既判力説に立つ見解が主張されている[24]。また、訴訟における内容面は、合意型の決定を図ることが有益である場合もあるという認識から、当事者が和解に執行力とともに既判力を求めることも十分に考えられ、その場合にはその要望に応じるべきとして、訴訟上の和解の当事者が既判力という強い効力をともなう合意による紛争解決を求める道を開いておくことが重要であるという観点から、制限的既判力説に賛成する見解も主張されている[25]。

制限的既判力説は、一方で訴訟上の和解の紛争解決機能確保の要請については、和解調書の記載に既判力を認めることによって訴訟上の和解の紛争解決機能を確保し、他方で当事者の意思に基づく自主的紛争解決基準としての訴訟上の和解における当事者の意思の尊重の要請から調書記載の拘束力の基礎となっている当事者の意思表示に瑕疵がある以上、再審事由に限らず瑕疵の主張を認めて、既判力の覆滅の余地を肯定すべきとするものである。この意味で訴訟上の和解の紛争解決機能確保の要請と当事者の意思を尊重すべきとの要請を合理

21）最判昭和 33 年 3 月 5 日民集 12 巻 3 号 381 頁。

22）最判昭和 33 年 6 月 14 日民集 12 巻 9 号 1492 頁、最判昭和 38 年 2 月 21 日民集 17 巻 1 号 182 頁など。

23）松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第 8 版〕』（弘文堂・2015 年）567 頁。

24）伊藤・前掲注 1）501 頁。請求の放棄・認諾調書に既判力が認められるかに関し、同書 485 頁以下。特に 486 頁参照。

25）山本和彦「決定内容における合意の問題―訴訟上の和解と裁判上の自白の手続的規制」民訴雑誌 43 号 127 頁以下（1997 年）。130 頁。この見解について、石川明『訴訟上の和解』（信山社・2012 年）140 頁は、山本説につき「画期的理論の展開」と評価する。

的に調和する見解であるといえる。こうして、本稿は制限的既判力説に賛成するものであるが、その根拠とこれに対する批判について、以下で改めて考察する。

4　制限的既判力説に関する考察

(1)　制限的既判力説の正当性

①　法的性質論との親和性

すでに指摘したように多くの学説は、訴訟上の和解の法的性質論は、訴訟上の和解の効力として既判力を認めるべきかという点を直接結論づけるものではないと指摘する[26)]。確かに、法的性質論自体から演繹して訴訟上の和解の効力に既判力を含むか否かの結論を導く関係にはないといえる[27)]。もっとも、訴訟上の和解に訴訟行為としての性質を認める立場（私法行為説以外の諸学説）は、訴訟上の和解の効力として既判力ないし制限された既判力を認める立場とある程度の親和性を見出すことができる[28)]。すでに考察したとおり、訴訟上の和解の法的性質について、本稿は両性説が妥当であると解する。両性説によれば、訴訟上の和解は私法作為としての性質と訴訟行為としての性質を有する1個の行為であるから、訴訟行為としての側面を有するものといえ、このことから、訴訟上の和解に既判力を肯定する素地を見出すことができる。

訴訟上の和解の法的性質論は、既判力の肯否を論理的必然として導くものではないとしても、法的性質の分析は一定の意味を有する。よって、訴訟上の和

26）新堂・前掲注8）375頁は、「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。」として、「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。」と主張する。

27）鈴木＝青山・前掲注12）478頁［山本和彦］。

28）訴訟上の和解の法的性質論と既判力論争との関係について、石川・前掲注9）117頁以下は、私法行為説、競合説を前提とする以上既判力否定説が正当であろうと指摘しつつも、和解の性質論としていずれの見解をとるとしても、裁判所の観点を重視して判決代用説の立場をとるか自主的要素を強調してこれを否定する立場をとるかという点に還元されるとする。

解の法的性質を純粋な私法行為として捉えるのであれば格別、本稿のよって立つ両性説を踏まえれば、論理必然ではないが、少なくとも訴訟上の和解の効力に既判力を肯定する見解と一定の親和性があると指摘することは可能であろう[29]。

②　民事訴訟法 267 条の文言との整合性

民事訴訟法 267 条は、「和解」が「調書に記載されたとき」に「その記載」は、「確定判決と同一の効力」となると規定する。法治国家である我が国において、訴訟上の和解の効力に何を認めるかの議論は、あくまでも条文を出発点とすべきであるところ、確定判決の中心的効力は、既判力に他ならない。よって、通常の合理的な文言解釈からすれば、「確定判決の効力」には、既判力を含むと解するのが法的安定性要求に合致し、合理的であると考える。

民事訴訟法 267 条の「確定判決と同一の効力」という条文の文言との関係では、他の条項との関係を整理する必要がある。すなわち、支払督促の効力について定めた民事訴訟法 396 条が仮執行の宣言を付した支払督促に対し督促異議の申立てがないとき、又は督促異議の申立てを却下する決定が確定したときは、支払督促は、「確定判決と同一の効力を有する」として、民事訴訟法 267 条と同様の文言を用いているが、債務名義となり（民事執行法 22 条 7 号）、執行力を有するものの既判力を有しない点が挙げられる[30]。もっとも、この点は、支払督促の発令主体が裁判所書記官であって裁判官でなく、支払督促が裁判でないことから支払督促に既判力がないとの結論が導かれることを踏まえれば[31]、支払督促と訴訟上の和解とは根本的に異なる。この点から見れば、制

29）鈴木＝青山・前掲注 12）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、まず確認されるべきは、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。」と指摘する。

30）三木ほか・前掲注 20）490 頁は、この点から訴訟上の和解の効力に既判力を含むとする見解の根拠として民事訴訟法 267 条の「確定判決と同一の効力」との文言が決め手にならないと指摘する。

度を利用する当事者の視点に立てば、同一の文言であっても異なる解釈がなされたとしても、違和感はないであろう[32]。いずれにしても、「確定判決を同一の効力」に既判力を含まないと解釈することは条文の文言から乖離し、文理解釈から合理性を欠くと考えるものの、条文の文言を既判力肯定説を決定づける根拠として挙げることはできないといわざるを得ない。

③　訴訟上の和解の紛争解決機能確保の要請

さらに訴訟上の和解に既判力を肯定することは、訴訟上の和解の紛争解決機能の確保に資するものであり、このことは、訴訟上の和解がわが国における民事訴訟全体に占める意義に照らせば一層重視すべき要請であるといえる。

平成31年の司法統計によれば、第一審通常訴訟既済事件数の総数13万1560件のうち、判決総数は5万7543件で43.7％であるのに対し、和解は5万626件で38.4％を占める[33]。さらに、控訴審通常訴訟既済事件数の総数1万2228件のうち、判決総数は7176件で58.6％であるのに対し、和解は3978件で32.5%を占める[34]。すなわち通常訴訟の第一審と控訴審のいずれにおいて

31）三木ほか・前掲注20）663頁。

32）民事調停法16条は、調停調書の記載につき「裁判上の和解と同一の効力を有する」旨規定する。民事訴訟法267条のように「確定判決と同一の効力」としなかったことの理由を考察する必要があろう。この点は、訴訟上の和解と調停とが当事者の自主的紛争解決である点で共通することから規定したものと解するのが自然であろう。この点、石川・前掲注25）は、既判力否定説または制限的既判力肯定説によると、調停について条文上は「確定判決と同一の効力」と謳うと、確定判決の最も重要な効力である既判力は含まれないという解釈が、明らかに条文の文言に反するような結果を導かざるを得なくなることから、「いささか後ろめたさがあり、成文法主義をとるわが国の立法者としてはこれを避けたいという心理が働いたということも考えられないわけではなかろう。」と指摘する。

33）第19表　第一審通常訴訟既済事件数―事件の種類及び終局区分別―全地方裁判所。なお、判決と和解の他には、決定が1111件、命令が757件、放棄が227件、認諾が415件、取下げが1万9413件、その他が1468件である。

34）第37表　控訴審通常訴訟既済事件数―事件の種類及び終局区分別―全高等裁判所。なお、判決と和解の他には、決定が30件、命令が161件、放棄が8件、認諾が3件、取下げが757件、その他が115件である。

も、約 3 割から約 4 割に相当する数が訴訟上の和解によって占められているといえる。こうした実態に照らせば、民事訴訟上の和解のもつ紛争解決機能を確保すべき要請は極めて高い。訴訟上の和解について、訴訟終了効のみならず、紛争解決基準としての不可抗争性や当事者拘束力を内実とする既判力を認めることは、関係当事者の通常の認識であり、当然の期待であるといえよう。こうした認識は、訴訟代理人として民事訴訟実務に携わる多くの実務法曹や関係当事者の共通の認識であるといっても過言ではなかろう。民事訴訟手続における訴訟上の和解の占める割合の大きさは、紛争解決の基準としての有用性を物語るものといえ、制度利用者として当事者訴訟上の和解の紛争解決機能への期待は、十分に尊重されるべきである。仮に訴訟上の和解に既判力が生じない（既判力否定説）とするならば、訴訟上の和解の持つ紛争解決機能は著しく害される[35]。実際上、こうした解釈は、民事訴訟の利用者の認識とも大きく乖離すると考える。

④　訴訟上の和解における当事者の意思の尊重

以上の考察から明らかなように訴訟上の和解の効力として既判力を否定することは、その紛争解決機能を著しく減殺することとなり賛成できない。もっとも、訴訟上の和解は、裁判所による一定の関与を経て成立するとしても訴訟上の和解に向けて当事者の間で内容の合意が必要となり、その意味で、当事者の意思が中核であるというべきである。しかし、一定の裁判所の関与が存在し、調書への記載によって初めて効力が生じる点で、実体法上の和解契約とは明らかに異なる。さらに、訴訟上の和解における当事者の意思形成過程は事案によって種々であり、裁判所の関与の程度も一様でなく、訴訟上の和解は、裁判所による公権的判断としての判決とはその基盤が異なり、判決と同様の効果としての既判力を付与する必要はない。

訴訟上の和解は、当事者の意思を中核として生成されるものの[36]、裁判所

35）伊藤・前掲注 1）500 頁。

が訴訟上の和解の要件を充たしているかを調査し確認のうえ和解調書を作成し、それにより訴訟終了の効力や紛争解決の効力が公的に認められる。この点で自主的紛争解決の側面を有しつつも、裁判所の関与を経て成立する[37]。先の訴訟上の和解の紛争解決機能を確保する要請からは、第一次的には、訴訟上の和解に既判力を認めたうえで、訴訟上の和解が当事者の意思を基礎とすることから、当該意思に瑕疵がある場合には、再審事由に限らず、意思表示の無効・取消しの主張を認めることによって、訴訟上の和解における紛争解決機能確保の要請と当事者の意思の尊重の要請の調和を実現すべき解釈論を展開すべきであろう。よって、訴訟上の和解に既判力を認めたうえで、その中核である当事者の意思に瑕疵がある場合、意思表示の瑕疵の主張を認め、訴訟上の和解の既判力は覆るとする制限的既判力説が妥当であると考える。

⑤　訴訟上の和解の多様な生成過程

民事訴訟法 89 条は、「裁判所は、訴訟がいかなる程度にあるかを問わず、和解を試み、又は受命裁判官若しくは受託裁判官に和解を試みさせることができる。」と定める。この規定振りからも明らかなとおり、訴訟のいかなる段階でも和解の勧試が可能であり、法文上、すべて裁判官の裁量に委ねられている[38]。よって、裁判所は、事件について訴訟手続のどの段階であるか、事件につき一定の心証を獲得したか否かなどを問われることなく、当事者に対し和解を勧試することが可能とされている[39]。実際、訴訟上の和解は、訴訟の様々な場面で和解成立に向けての気運が高まり、裁判所の和解勧試の時期が裁

36）草野・前掲注 19）7 頁は、「和解が目指すものは、条理にかない実情に即した解決」であるとしたうえで、しかし「その内容を担保するものは正義ではなく当事者の合意」であることを指摘する。

37）裁判官の和解観の変遷につき、草野芳郎「訴訟上の和解についての裁判権の和解観の変遷とあるべき和解運営の模索」判例タイムズ 704 号 28 頁以下。同「和解実務の過去、現在、未来」司法研修所論集 96 号 100 頁以下。

38）大江忠「和解の勧試」大江忠＝加藤新太郎＝山本和彦編『手続裁量とその規律』（有斐閣・2005 年）231 頁以下。

判所の裁量によることとも相まって和解の成立に向けて手続が進行する。事案によって和解の時期や裁判官の関与の程度は、様々である[40)]。石川明教授は、一口に訴訟上の和解といっても、その成立の過程は多様であるとし、「例えば、裁判所が、かなり十分な審理も行い、したがって事件の背景事情まで含めての全体像を把握した上で、終始一貫和解の互譲に関与して、成立に慎重を期した場合もあるであろう。これに対して、当事者が訴訟外で互譲によって自主的に和解条項を整えて、和解期日にそれを裁判所に持ち込んで成立をはかり、裁判所としては単に結果の適法性・妥当性のみを審理するにすぎないというような場合もあるであろう。」と指摘する[41)]。こうした認識は多くの実務家の認識と合致するといえよう[42)]。訴訟上の和解は、口頭弁論における主張・立証を経て、事実認定と法規の適用を経た判決と異なる生成過程を経て成立することとなる[43)]。訴訟上の和解をして既判力肯定説が「判決代用物」として位置づけるが、同じく裁判所の関与のもとでなされるものの判決の場合と訴訟上の和解とは、もはや「代用」といえないほど、別個の紛争解決手段であると捉えるべきであろう[44)]。

39）草野・前掲注 19）36 頁は、日本の裁判官の中には心証ができなければ裁判官は責任をもって和解を試みることができないとの意見がかなり根強い旨を指摘しつつも、こうした見解に賛成できないとし、心証がなくとも和解の試みはできるとする。

40）こうした状況のもと、裁判官による和解勧試の復すべき限界の有無、必要な法的規律につき垣内秀介「裁判官による和解勧試の法的規律」民訴雑誌 49 号 232 頁以下（2003 年）。同「裁判官による和解勧試の法的規律（一）」法協 117 巻 6 号 751 頁以下。

41）石川明「訴訟上の和解の効力と承継人」（前掲注 25）92 頁）。

42）田中豊「民事第一審訴訟における和解について―裁判官の役割を中心に」（民訴雑誌 32 号 133 頁以下。特に 146 頁以下〔1986 年〕）は、訴訟上の和解における裁判官の参加のスタイルとしてわが国では、積極型、中間型、消極型とし、積極型では、各手続段階における事実上、法律上の争点に関する心証を開示し、中間型では、和解手続における説得の方法として心証を開示することは必要最小限にとどめ、証拠調べ終了後であっても、判決内容が完全に予測し得るような心証の開示はしない、消極型では、和解手続において和解案の呈示、心証の開示は原則としてせず、双方からの提案の取次ぎをし、相互に譲歩を求めると分析する。

⑥　小括

以上のとおり、本稿は、訴訟上の和解の効力として既判力を肯定し、当事者の意思表示に瑕疵がある場合に、無効、取消の主張を認める制限的既判力説に賛成するものであるが、その論拠としては、訴訟上の和解の紛争解決機能の重視と生成過程における当事者の意思の尊重の要請を調和する解釈としての妥当性に求めるものである。

(2) 制限的既判力説に対する批判への反論

次に制限的既判力説に対する批判については、以下のように反論することが可能であろう。

①　判決主文該当性に関する議論

既判力を肯定する見解に対しては、確定判決の場合、既判力は判決主文に包含するものに限り認められる（民事訴訟法 114 条 1 項）。ところが、訴訟上の和解の内容は様々であり、訴訟物をめぐる和解以外にも及び、主文に該当するもの以外の内容も包含するので、既判力を認めてしまうと既判力の客観的範囲が不明確となるという批判がある[45]。とりわけこの問題は、訴訟上の和解に訴

43）草野・前掲注 19）6 頁は、判決の特色として、法規を大前提、過去の事実を小前提として結論を出す三段論法にあると指摘し、判決が目指すものは、法の実現すなわち正義であるのに対し、和解は、当事者の合意により妥当な解決を図る点に特色があり、和解が目指すものは、条理にかない実情に即した解決であり、その内容を担保するものは正義ではなく当事者の合意であるとして、両者を対比する。

44）和解の席上、裁判官の対応が様々であることにつき、岡伸浩「訴訟上の和解・再考―実務へのアンチテーゼとジンテーゼ」判例タイムズ 1383 号 84 頁以下。

45）三ケ月・前掲注 9）512 頁は、「判決の場合は、主文に包含するもの（すなわち訴訟物についての判断）についてだけ既判力が生ずるのに（請求の放棄・認諾についても、訴訟物についてのみ既判力が生ずる）、和解調書には主文もないし、何よりも訴訟物という概念が明確な形では入り込まないから、これに既判力を認めるとすれば、その客観的範囲は何かの問題が生ずる。」とし「調書全体につき既判力が生ずるというならば判決理由中の判断に既判力を認めるのと大差なく、判決という対応関係はかえって失われるといえよう。」と指摘する。

訟物以外の権利または法律関係を訴訟物に加えて成立させるいわゆる併合和解の場面を指摘される[46]。こうした場面で既判力肯定説をとった場合、併合和解にあって既判力が併合和解に含まれる複数の法律関係のうち訴訟物に限定されるというわけにはいかないという点を難点として指摘する[47]。

しかし、訴訟上の和解は、確定判決と同一の効力を有することの意義は、紛争の終局的解決を実現し、訴訟上の和解の紛争解決機能を重視する点にある[48]。よって、訴訟上の和解の内容中、訴訟物に相当する部分については、既判力が認められるし、訴訟物以外の権利関係についての他の条項も和解調書に記載されている以上、その部分につき既判力が生じると解すべきであると考える[49]。

②　既判力概念との矛盾という指摘

制限的既判力説に対しては、既判力という概念と矛盾するといった批判が主張されている。たとえば、有効正当の問題を度外視して貫徹することを要求するのが、まさに既判力の本旨であり、制限的既判力説が調書の内容が有効正当であれば既判力があるというのは無意味であるといった指摘や[50]既判力の作

46）石川・前掲注 25）92 頁は、いわゆる併合和解や当事者間の法律関係のみならず第三者が関与して第三者と当事者間の法律関係が迎合されて成立する第三者の関与する和解の場合を挙げる。

47）石川・前掲注 25）93 頁。

48）伊藤眞教授は、実際上問題となるのは、いわゆる確認条項であるとしたうえで、「紛争の包括的解決を目的とする和解の性質からして、訴訟物以外の権利関係についても、その確認が調書に記載されている以上、既判力が生じると解すべきである。」と指摘する（伊藤・前掲注 1）500 頁注 76 参照）。

49）伊藤眞・前掲注 1）500 頁。三木ほか・前掲注 20）491 頁。なお、石川・前掲注 9）116 頁は、既判力否定説に立ちつつも、既判力肯定説に対する既判力の客観的範囲が不明確となるという批判に対し、「和解は訴訟物たる権利又は法律関係に関する紛争の自主的解決を目標とするから、訴訟物についての結論的部分に既判力を認め、訴訟物以外の法律関係が訴訟物たる法律関係と密接不可分の関係で和解の対象とされている場合前者もその結論部分において既判力を以て確定されるべきであろう。」とする。

50）三ケ月・前掲注 9）512 頁。

用には、判決主文と矛盾する主張を許さないという側面と、それに随伴して、判決形成についての攻撃を許さない（意思・陳述についての実体法上の瑕疵の主張を許さない）という側面があるところ、制限的既判力説は、後者の無効・取消しという瑕疵がない限りで、前者の既判力を認めるという点で既判力概念に込められていた二内容を分解するものであると主張する[51]。

かかる批判に対しては、制限的既判力説の立場から、訴訟上の和解の調書への記載の拘束力そのものとその拘束力がいかなる原因によって覆されるかは区別されるべき問題である、といった反論がなされている[52]。さらに、判決の既判力について考える際にも、当該判決が有効なものであることは当然の前提とされているものと思われるが、判決の無効[53]という事態を肯定すれば、和解無効を観念すること等は、アプリオリに既判力概念に反するとは言い難いとの指摘がなされている[54]。既判力の内実として、仮に上記の二内容が認められるとしても、既判力の実質的根拠につき、本稿では、法的安定要求と当事者

51）高橋・前掲注 9）788 頁注 19 は、「制限的既判力説というのは、既判力概念に込められていた二内容を分解するものだと評することができよう。」とする。この場合の既判力概念に込められた二内容とは、既判力は、判決主文の判断は適法に形成されておりそれに矛盾する主張を許さないというものであるが、それは判決主文と矛盾する主張を許さないという面と、判決が適法に形成されていないとの攻撃を許さない（無効・取消し原因があるとの主張を許さない）という面があるとして、制限的既判力説は、前者の判決主文面での既判力の機能は肯定するが、後者の無効・取消事由の面での既判力の機能を否定しており、既判力概念を分裂させていることになるというものである（請求の放棄・認諾の効力に関する制限的既判力説に対し、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）〔第 2 版補訂版〕』（有斐閣・2014 年）307 頁）。さらに、この見解は、和解では既判力を持ち出さずとも、民法 696 条によって和解条項（判決主文に対応）に反する再訴・再主張を封じ得るから、こうした分解の実益はないと主張する。また、高橋・前掲注 9）788 頁注 19。同書は、こうした観点から「かくして請求の放棄・認諾では制限的既判力説を採る中野説も、和解では既判力否定説である」と指摘する。

52）伊藤・前掲注 1）501 頁。

53）手続上は有効に成立して存在している裁判であっても、既判力・執行力・形成力などの「内容上の効力を認めえない場合」をいう（上田徹一郎『民事訴訟法〔第 7 版〕』（法学書院・2011 年）474 頁）。

54）鈴木＝青山・前掲注 12）487 頁［山本和彦］。

のための手続保障要求の充足による自己責任原理[55]の両者によって基礎づけるべきであると考える[56]。そうだとすれば、訴訟上の和解が当事者の意思を中核とする以上、当事者の意思に瑕疵がある場合には、もはや既判力の前提を欠くと解すべきである。裁判所による厳格な審理を経て確定した判決の場合と訴訟上の和解による場合を同一の内容で規律する必然性はなく、確定判決の場合と異なり、少なくとも二内容のうち判決形成についての攻撃を許さないという側面については、判決形成の基礎となった当事者の意思に瑕疵がある以上、訴訟上の和解における当事者の手続保障を欠く場合と捉え[57]、当該瑕疵の主張を認めることが確定判決と訴訟上の和解の本質的差異を踏まえた理解であると解される[58]。

③　承継人への効力と民法 696 条

既判力否定説は、実質的にも和解条項に反する主張は民法 696 条により排斥されるとする[59]。しかし、訴訟上の和解の効力としての既判力が民事訴訟法 115 条 1 項 3 号によって承継人に拡張されることを考慮すれば、民法 696 条と

55）上田徹一郎「当事者平等原則の充足と判決効の根拠・範囲・作用」『当事者平等原則の展開』（有斐閣・1997 年）203 頁は、「手続保障要求は、各当事者ないし判決効の及ぶ第三者それぞれに着目して、法的安定要求との緊張関係の中で審判対象につき、自己責任を問いうるだけの攻撃防御を展開する訴訟上の地位の保障が実現されたか、を問題とする評価基準である。」と説く。当事者の意思を中核とする訴訟上の和解に意思表示の瑕疵があった場合は、こうした手続保障要求を充足しない場面であると解される。

56）上田・前掲注 53）486 頁。

57）鈴木＝青山・前掲注 12）487 頁［山本和彦］は、「既判力の根拠が手続保障の付与にあるとすれば、和解における手続保障はまさに当事者の意思表示の真正を中核とし、……そのような真意性が認められないときは、既判力の根拠は失われよう。」と指摘する。既判力の正当化根拠からの考察として、本稿は賛成するものである。

58）伊藤・前掲注 1）487 頁は、請求の放棄・認諾調書に既判力を認めたうえで、その瑕疵の主張を認めるべきとし、この点について「同じく既判力が付与されるといっても、裁判所による公権的判断作用に基づく確定判決の場合と同様に厳格に解する必然性はない」と説く。

59）高橋・前掲注 9）786 頁注 19、松本＝上野・前掲注 23）567 頁。

は別に既判力を肯定する意義があると解する[60]。既判力肯定説ないし制限的既判力説は、既判力否定説に対して、否定説では訴訟上の和解の効力に既判力を含まない以上、口頭弁論終結後の承継人に関する民事訴訟法 115 条 1 項 3 号の適用がなく、承継人に訴訟上の和解の効力が及ばないと批判し[61]、これに対して既判力否定説からは、民法 696 条が存在する以上、こうした批判は当たらない旨反論する[62]。

ここでは、既判力を否定すると和解当事者以外の第三者に和解の効力が拡張できなくなるのか、それとも例え訴訟上の和解の効力として既判力を否定したとしても、民法 696 条によって当事者以外の第三者に対しても和解契約の確定効が及ぶから、この点において既判力を認める必要がないといえるかという点が議論の核心をなす。よって、民法 696 条による和解の確定効が和解契約の当事者の特定承継人などの第三者にも及ぶかという点を考察する必要がある。

この問題について和解契約の承継人は、民法 696 条によって和解当事者間で和解どおりに変動した法律関係を承継し、当事者自身が実体法上主張できなくなった事由を主張することはできないので、和解条項に反する主張をすることができなくなると解すれば足りるとする見解[63]や、和解の効力は和解の存在につき悪意の承継人には及ぶという解釈論が実体法上も可能なのではないかとする見解が主張されている[64]。

しかし、もともと民法 696 条は、和解契約という実体法上の契約に認められた効力であり、契約当事者間の債権的効力として位置づけるのが合理的である。よって、和解契約の当事者間の効力と解すべきであり、和解契約上の地位を譲り受けた場合を除き[65]、和解契約の債権的効力は承継人には及ばないと解すべきであろう[66]。

60）伊藤・前掲注 1）500 頁による。
61）三木ほか・前掲注 20）490 頁。
62）高橋・前掲注 9）786 頁。
63）松本＝上野・前掲注 23）567 頁。
64）高橋・前掲注 9）789 頁。

和解契約の当事者の承継人は、民法 696 条によって和解当事者間で和解どおりに変動した法律関係を承継し、当事者自身が実体法上主張できなくなった事由を主張できないとする見解も有力に主張されているが[67]、和解契約における当事者の地位の移転があった場合であればともかく、民法 696 条は、和解契約という当事者間の合意によって、あたかも第三者に対して承継される権利義務を創設するものでなく、和解契約当事者において、和解契約締結後に和解契約の内容に反する確証を認識したとしても、これを主張することによって、いったん成立した和解契約の効力を覆滅せしめることができないことを規定したものであり、こうした制約は和解契約を締結した当事者のみを拘束するものと解される。またこのことは、民事訴訟法 115 条 1 項 1 号が既判力という確定判決の中心的効力ですら訴訟当事者間の相対的効力に止まるとしたこととの均衡に照らしても、裁判所による厳格な審理を経ていない、当事者間の和解契約の効力が当然に第三者に承継されることは、均衡を欠くものといえる。既判力が承継人に拡張されるために、民事訴訟法 115 条 1 項 3 号という明文の規定が存在し、かつ、ここにいう「承継人」は、当事者によって代替的に手続保障を充足する者であると解されている[68]。こうした規律の存在は、和解契約の当事者以外の第三者に和解の確定効が及ぶとする解釈には無理があることの根拠として位置づけられよう。また、悪意の承継人に対しては、和解契約の当事者間の確定効が及ぶとする見解は、価値判断としては、一定の合理性を有しつつ

65）山本和彦教授は、和解の実体的効力を認めるに止まるとすれば、右第三者は和解契約の当事者ではないし、また和解契約上の地位を譲り受けたり、債務を引き受けたりしたものでもないので、和解契約の債権的効力は承継人には及ばないと解される余地があるとする（前掲注 12）487 頁）。

66）伊藤・前掲注 1）500 頁注 77。三木ほか・前掲注 20）490 頁は、「第三者に対する拘束力、とくに和解成立後の承継人に対する拘束力（民事訴訟法 115 条 1 項 3 号の適用）に関しては、既判力を否定すれば、実体法上の契約が第三者を直ちに拘束するとはいえないので、否定すべきこととなる。」と指摘する。ここにいう「拘束」とは、契約の効力であり、和解契約であれば民法 696 条の問題と密接に関連することになると考える。

67）松本＝上野・前掲注 23）567 頁。

68）上田・前掲注 53）500 頁。

も法的根拠が明らかでないといわざるを得ない。また、例えば執行力についてみれば和解契約の当事者としては、自らの関知しない第三者の主観的事情によって、当該和解を債務名義としうるか否かが変わってくるというのは、当該和解契約の当事者にとって予想もしない異常な不利益となるといった批判が成り立つであろう[69]。よって、第三者の善意・悪意によって区別し、悪意の第三者には、和解契約の確定効（民法 696 条）が承継されるとする見解には、賛成できない。

以上から民法 696 条の和解の確定効を和解契約の当事者以外の第三者に承継させるとする解釈論には無理があると考える。

このように既判力否定説から和解契約の承継人への拡張は民法 696 条によって解決しうるとすることはできず[70]、よって、訴訟上の和解の効力を承継人へ拡張することによって紛争解決の実効性を確保するためには、訴訟上の和解の効力として既判力を肯定したうえで、民事訴訟法 115 条 1 項 3 号の口頭弁論終結後の「承継人」に該当するか否かの解釈論を経たうえで、承継の適否を決すべきであると考える。

69）石川・前掲注 25）99 頁。なお、石川教授は、こうした承継人による和解に関する善意・悪意で承継の有無を決する見解に疑問を呈し、その際、この理論によると承継人の善意・悪意が執行文付与に関する手続の中で争われることになるが、かような実質的問題が形式的な事由を審査すべき執行文付与手続の在り方として妥当性を有しないのではないか、第三者が和解の内容について善意である場合、執行力の拡張はなく、当事者は当該第三者に対して別訴を提起しなければならなくなるが、当事者や裁判所に別訴提起に伴う負担をかけることが不合理である、といった疑問を提起する。

70）この問題は、民法 696 条の適用範囲からも指摘できる。すなわち、民法 696 条であれば、和解の確定効に抵触する錯誤の主張を排斥するものの、それ以外の事項について錯誤の主張が認められることになる（鈴木禄弥ほか『新版注釈民法（17）』（有斐閣・1993 年）［篠原弘志］）。大江忠『要件事実民法（5）－ 2〔第 4 版〕』（第一法規・2017 年）762 頁は、判例法理として①「争いの目的たる事項」については、和解の確定効が及ぶ（錯誤の主張ができない）、②「争いのなかった事項で、かつそれについて和解の前提たる事実につき錯誤があった場合」には、和解の確定効は及ばない（錯誤の主張ができる）と整理する。議論の整理につき、中田裕康『契約法』（有斐閣・2017 年）596 頁以下参照。

5　小括

以上の考察から明らかなとおり、訴訟上の和解の効力をめぐる従来の学説においては、訴訟上の和解の効力として既判力を肯定したうえで、当事者に意思表示の瑕疵による無効、取消の主張を認め、これが認められた場合は、既判力の覆滅を認める制限的既判力説が妥当であると解する。この根拠は、訴訟上の和解の持つ紛争解決機能確保の要請と当事者意思尊重の要請の調和を実現する解釈論である点に求められる[71]。

（以下、続く）

71）高田裕成「訴訟上の和解の効力論への一視点」井上治典先生追悼論文集『民事紛争と手続理論の現在』（法律文化社・2008 年）260 頁以下は、こうした既判力論を媒介とする議論の構築に対して、既判力という媒介項に頼ることなく、実体法上の確定力をいわばベイスラインとして展開することの有用性を説き、実際的なアプローチとして、和解の実体法上の効力に加えていかなる効果を想定すべきかを検討する必要性を説く。