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

Title	裁判上の和解における「争」と「互譲」
Sub Title	„Rechtsstreit" und „Gegenseitiges Nachgeben" in Prozeßvergleich
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1964
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.37, No.9 (1964. 9) ,p.52- 71
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19640915-0052

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.

裁判上の和解における「争」と「互譲」

石川明

一　問題の所在
二　裁判上の和解における「争」
三　裁判上の和解における「互譲」

一　問題の所在

裁判上の和解がその成立要件として「争」を必要とするか否か（民訴法九七・一三六・二〇三条は単に和解と、いい、三六五条のみ「民事上ノ争」という。）、「争」を必要とする場合「争」とは法律関係の存否・内容・範囲に関するものに限るか（たとえば、中村英「裁判上の和解」講座三巻八三一頁は、「争とは、当事者間にその権利若しくは法律関係につき主張の一致しないことをいい、和解はこの争を解決することを目的としてなされるものである。従つて争点なき和解なるも、のは、実体法上これを認めることができないとし、これを以て訴訟法上の和解の実体的要件であるとしている。）、あるいは、権利関係の不確実や権利実行の不安全な場合をも含むのか（岩松・兼子編・法律実務講座民事訴訟編三巻一三三頁は、「権利の存在範囲態様等につき争がなくして為される訴訟上の和解は権利の実現の不確実さを除くために為されるものであり、独民法七七九条二項は之を認める。裁判所の実際に於ても此の如き和解が屢々行われて居り、我々は之を否定すべき理由はない」とされている。問題は後述するごとく、ここにいわゆる権利実現の不確実・権利実行の不安全の意味であろう。）は問題である。裁判上の和解に関する最近の判例は明らかに後の場合をも含むとしている。

大阪高裁昭和二四年一一月二五日民一判・請求異議事件（高裁民集二巻三号三〇九頁）

上告人Y（被控訴人・被告）は被上告人X（控訴人・原告）に金銭を消費貸借し、その担保として、XはX所有の本件建物等をYに売却し、Xが右金銭等の弁済を一定期間内にしたときはこれを買戻すことができるが、しからざるときは右家屋等を明渡すという約定をなした。Yは右約定につき公正証書の作成を以てしては満足せず、裁判所における和解調書の作成を要求するので、本件貸借につきXより一切を任された訴外CはXに和解条件及び和解調書の作成につき異議なきことを確かめた後に、Xの代理人としてAをXより受取つた白紙委任状により選任して和解の申立を委任し、その結果即決和解が成立した。YはXに対して右家屋の処分禁止の仮処分をなし、さらに右和解調書に基づき家屋明渡執行をなさんとしている。そこでXはYに対し、右和解調書の無効を理由に請求異議の訴を提起した。これが本訴である。Xの主張は以下のごとくである。Xはかかる和解をしたこともないし、代理人Aにかかる和解申立の委任をしたこともない。勿論Xは右消費貸借に際し右不動産につき所有権移転請求権保全の仮登記をしたことがあり、その際Yの要求により双方弁護士を代理人として書類を作成する要があつたので、Xは訴外Cを介し白紙委任状等をYに交付したことがある。しかも原告Xは金銭の消費貸借には公正証書を作成することが通例であつたから右白紙委任状もそのために使用されると考え交付したので和解のために交付したのではない、と。第一審X敗訴。X控訴。控訴審では以下の理由により原判決を取消しXの請求を認容した。「起訴前に訴訟防止の目的を以つてする和解は当事者間に争ある権利関係について互に譲歩して訴訟を防止することを約する合意で、一面私法上の和解た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存することを前提とするものであることはもちろんであるところ、控訴人・被控訴人間に前記建物の売買・買戻又は明渡等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つてもこれを認めることはできないのみならず、かえつて前記認定事実から被控訴人は公正証書によつては建物明渡の強制執行についてその債務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等権利関係について争がないのにこれあ

るものとして控訴人に和解の申立をなさしめたものであることを窺うことができる。従つて右和解は私法上から見て無効のものであるから訴訟法上においても無効のものといわざるを得ない」と。Y上告。上告理由は以下のごとくである。(イ)本件和解が私法上無効であるとの判示は、其趣旨を汲みえないから理由不備である。(ロ)「民事訴訟法に所謂『民事上の争』とは、民事訴訟法第二〇三条に規定する認諾の場合に在つても存するものであつて、法律関係の当事者の一方が相手方の請求を全面的に認諾（債務名義を与えることを含む）する場合に、訴訟を提起せずして、当事者の一方から民事訴訟法第三五六条に拠つて和解の申立をすることは当事者の自由である。然るに原判決が本件の和解の申立に際し民事上の争がないと判断したのは、法律の解釈を誤つて居る。」(ハ)訴訟上無効というが民訴法のどの規定に基づくか不明である。上告審原判決破棄・差戻。理由として以下のごとき判断をしている。民訴法第三五六条に規定する訴訟防止の為の和解が一面私法上の和解の性質をもつとともに、他面訴訟行為たる性質をもつものであり、又私法上の和解は当事者が互譲して争を止めることを約する契約であることは論をまたないが、ここに「争」というのは、原判決の説くように狭く権利関係についての争即ち権利関係の存否内容又は範囲についての主張の対立に限られるのではなく、もつと広く権利関係についての不確実や権利実行の不安全をも含むものと解するのが妥当である。このことはたとえば、原告の貸金請求に対し被告は原告の主張事実を全部認めながら単に手元不如意のゆえに請求に応じない場合分割弁済を認めることにより裁判上の和解が成立するというよくある事例と考え合せてみても、容易にわかることである。今これを本件についてみるに、右消費貸借契約及びこれに伴う買戻約款附売買契約について、公正証書の作成では満足せず、しきりに裁判所における和解調書の作成を要求したというのであるから、本件当事者間には権利関係の存否・内容についての争はなかつたにしても、少くとも上告人は権利の実行ことに公正証書では債務名義とはならない家屋明渡請求の点で不安をもち、その不安を除くために本件和解がなされたとみるのが相当である。そうみると、本件和解の前提たる争は存在し、争なきゆえ本件和解を無効とするということはできない、としてい

る。

東京地裁昭和二六年二月一二日判・和解無効確認等請求事件（下級民集二巻二号一八七頁）

被告Y訴外A間において、AがYより三〇万円を借りその担保のためAが有する借室権等をYに譲渡する旨の即決和解がなされた。原告Xは右和解の事実を知らずYより同一物件を買受けたが、YはXに対する承継執行文の付与をうけて執行をなさんとした。しかしY・A間に和解当時金員の貸借・物件の引渡等につき何等争がなかつたにもかかわらず右物件等引渡の執行の債務名義を得る手段として、両者間に権利関係についての争があるかのごとく仮装し、和解の形式をとつた。したがつて、右和解は当事者間にその前提となるべき争がないから無効であるとして、Xは本訴を提起。これに対して本件判決は以下のごとく判断した。右権利関係の存否・内容につき当事者間に争があつたわけではない。しかしAはYより最初一〇万円次に二〇万円計三〇万円を借受けており、且つ最初の一〇万円の返済は遅延しているので、Yは右約定による権利関係の確実化をはかり且つその権利の実行の不安を除くために本件即決和解がなされたものと考えられる。権利関係についての不確実や権利の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つたとはいえないのであり、和解はこの点から無効であるとすることはできない、と。

東京地裁昭和二七年九月一九日民四判・請求異議事件（タイムズ二〇七号六八頁）

被告Yは別件家屋明渡請求事件の原告として、本件原告X（右事件被告）との間に、同事件について、一定期日にXがYに係争建物の明渡をなすことを内容とした訴訟上の和解を締結した。XはYに対し以下の二点から本件和解の無効を主張して提起した請求異議の訴が本訴である。(1)和解に要素の錯誤があつた。(2)訴訟上の和解が民法上の和解契約たる性質を併せもつものとすれば、それは当事者双方の互譲や当事者間における事実関係についての争点を必要とする筋合であるが、右和解は、専らXの一方的譲歩に終始したものであり、また事実に関する争もなかつたのであるから、右和解は和解の成立要件を

欠いて無効である。そこで本判決は第二点について以下の判断をしている。訴訟上の和解は一面私法上の契約たる性質を有し私法上の無効原因が存するときは無効のものと解される。そして、右訴訟上の和解の包含する私法上の契約は必ずしも民法の和解契約たることを要するものとは考えられず、民法の和解契約やそれに準じる無名契約にても足るものと解されるので、必ずしも厳格に当事者の互譲や事実関係の争点が存在することを私法上必要とするものではない。しかるに、原告は民法の契約をもつて立論の根拠となしているから、かかる主張はその余の点の判断に進むまでもなく失当である、と。

名古屋高裁昭和三五年一月二九日民三判・請求異議事件（高裁民集一三巻一号七二頁）

被上告人Y（控訴人・被告）の父訴外Aが昭和二六年中他より買受けた建物甲を当時上告人X（被控訴人・原告）が使用中で、その使用権限が右当事者間で問題となつた。協議の結果AはXの建物甲の明渡の期限を昭和三〇年一月三一日まで猶予した。右猶予期間中Aは建物甲を売却するため、XはAの要求により右期限前に甲を明渡し、代りにAの子Yはその所有する建物乙を右猶予期間を一年延長して一時使用を認めた。そしてこの点につき将来の紛争を防ぐために起訴前の和解が成立した。上告理由は以下のごとくである。民訴三五六条の和解は、民事上の爭について和解を為すべきものであり、新たになす契約をあたかも公正証書を作成するがごとく、その代りとして和解調書を作成する趣旨に規定せられているものではない。しかるに、本件に於いては、原判決の考えは前の和解調書の引継ぎのために本件和解調書を作成したと認めているがごとくであるが、契約の相手方は以前は訴外Aであり、本件和解は被上告人Yであり、賃貸家屋も全く別個のものであり、新たなる契約が発生したものであり、その契約を執行力をもたせた債務名義にせんとして本件和解調書が作成せられたものであつて、明らかに民訴法第三五六条の法意に反したものである、と。これに対して本判決は以下のごとく判断している。すなわち、本件起訴前の和解当時右一時の賃貸借を明確にし将来賃貸借の性質につき間々生じることのある紛争を避ける必要があつた。かかる場合も民訴三五六条一項の「民事上ノ爭」に該当するものと解せられ、新たになす契約につき、あたかも公正

証書の代用に作成する趣旨にて本件和解調書が作成せられたものとする右法条違反の論旨は理由がない、と。

私は以下本稿において「争」が裁判上の和解の成立要件か否か、「争」とはいかなる場合に存在するか、という問題を検討し、これらの問題と関連して生じ且つ通常実体法上並びに裁判上の和解の成立要件とされる「互譲」の問題を検討してみようと思う。

二　裁判上の和解における「争」

私法上の和解や裁判上の和解は法的紛争の自主的解決という機能をもつ。したがつて、その成立要件として解決の対象たるべき法的紛争が存在しなければならない。ここに法的紛争とは解決の対象であり、したがつて解決に値するものでなければならない。解決の価値のある法的紛争とは法律関係の確定や給付が問題である場合には、確認の利益や給付の訴の利益を具備している法的紛争であることを意味する。私法上並びに裁判上の和解が各訴に固有の訴の利益を具備する法的紛争を前提とすべきであることは、この点からだけでも充分理由づけられる。

しかし、さらに、ことに裁判上の和解は裁判所が関与してなす紛争の自主的解決に訴訟法上一定の効果を公権的解決である判決に代えて与えるものであるから、訴訟物について各訴に固有の訴の利益を必要とすることは当然である（即決和解についてであるが山木戸・「和解手続の対象」民事訴訟理論の基礎的研究所収・一六一頁。なお兼子・条解II・一七一頁参照。これに反して当事者に関するものを除き職権で調査すべき一切の訴訟要件の存在を不要とするものとして、Bonin, Prozeßvergleich, S. 38; Lehmann, Prozeßvergleich, S. 211; Rosenberg, Lehrbuch 6. Aufl., S. 590; Schönke, ZPR, S. 204）。各訴に固有な訴の利益を伴う紛争であらねばならぬということは、裁判上の和解にあつては裁判所が関与し、且つ判決に代わる紛争の解決手段であるという点に由来するのであつて、和解の法的性質に由来するものではない。したがつて、和解の法的性質につき実体行為説の立場に立つても、まず第一に実体的和解そのものが前提としての紛争に各訴固有の訴の利益を必要とするから、裁判上の和解にも当然にその前提たる法的紛争に各訴固有の訴の利益を必要と

するし、第二に、仮りに実体的和解が訴の利益を伴う紛争をその前提としなくても、裁判上の和解は裁判所が関与し判決に代る紛争の解決であるから当然に訴の利益を必要とするものと考えるべきである（松浦・「裁判上の和解」契約法大系V・二三八頁註三一）。

私法上の和解における「争」とは、通説によれば法律関係の存否・範囲に関する相対立する主張をいう、とされている（我妻・有泉・債権法コンメンタール・四八九頁参照）。しかし、民法六九五条にいわゆる「争」をこの意味に解するならば、それは和解の要件としての両当事者における「たとい真実とは違つても」という意思の存在を推測させる要件にすぎない、と理解すべきである（我妻、講義債権各論中巻II・八七〇頁）。したがつてこの意味における「争」は実体的和解の成立要件というほどのことはない、ということになる（我妻・前掲八七五頁）。そこでこの見解は、実体法上の和解の認められる場合として、(1)法律関係の内容・範囲に関する主張の対立する場合、(2)法律関係が不明確である場合、(3)訴訟が係属している場合（ことに(1)(2)の場を除く場合換言すれば、法律関係について主張の対立がなく、不明確もない場合について特に(3)乃至訴訟が係属しうる場合を挙げると思われる）に成立するという（たとえば、我妻・前掲八七〇頁、高梨・「和解」契約法大系五巻・二〇六頁。山木戸・前掲一六二頁は、「ここにいう争いの意義について通説は、法律関係の存否やその範囲態様などに関する主張の対立を指し、法律関係の不明確または請求権実現の不確実を含まない、と解する。和解契約の性質論とも関係するが、民法がその効果として規定するところに照らせば、法律関係の不明確なときを含まないか否かは問題であるとしても、独民法とは異なつて請求権実現の不確実である場合を含まないと解すべきであろう」とされている。）。法律関係例えば給付請求権の存在・範囲等について主張は対立していないが、給付請求権は履行されることに意味があるにもかかわらず履行期が到来しても履行がなされない場合とか、履行期は到来しないが到来しても履行なきことが明白である場合（将来の給付の訴の利益が存する場合）、実質的には給付請求権を義務者が争つていることになる。私法上の和解の前提たる争は存在するとみるべきである。訴訟が係属する場合とか係属しうる場合というのは、請求が解決に適すること、換言すれば各訴に固有な訴の利益を具備していることを意味すると理解すべきである。その存否・内容・範囲等について争のない給付請求権についていえば、給付の訴の利益乃至将来の給付の訴の利益が具備されて始めて「争」が存在するということになろう。すなわち、私法上の和解の前提たる「争」の概念を通説によるより、広く理解すべきであると考える。

かくして、実体法上並びに裁判上の和解の成立要件としての争が権利関係の不明確な場合並びに権利実現の不確実・権利

実行の不安全な場合にも存在するとみる見解は、ここにいわゆる権利実現の不確実を各訴に固有の訴の利益と解する以上妥当性を有するものと解する。

ことに即決和解は、当事者間には法律関係についての争がなく、単に当事者の一方が契約上の義務につき既判力（裁判上の和解の効力として既判力を認めると考えた場合）および執行力を前もつて取得しておき、権利の実行を確実且つ容易にしておくために利用されることが多い。不動産の明渡請求のごとく公正証書によつては執行力を与えられない請求に関して即決和解を利用する効用は大であるし、即決和解に既判力ありとすれば、金銭・有価証券・代替物の引渡請求権についても既判力のない公正証書を作成するより即決和解によるほうが有利である（村松・「所謂即決和解について」民事裁判の研究・八三頁註五参照）。冒頭に挙げた第一・第二・第四の判決はいずれも即決和解に関し、その対象たる法律関係につき当事者間に対立する主張がなく、公正証書によつては執行力をもちえない不動産引渡請求権をその内容とし、権利実行を確実化するため即決和解を利用した事件である。これらの場合でも将来の給付の訴の利益があつて始めて即決和解の対象である争が存するといいうる（兼子・条解Ⅱ・一七一頁は、家屋の賃貸借に際して賃料の支払を怠るときは直ちに明渡すことを約束させ、家屋の明渡義務につき執行力を得る目的で申立てられた和解を認めることは、将来の給付の訴に、将来の給付の訴の利益を必要としている法の立前に矛盾するとされている。斉藤・判民昭和一五年度・二一〇頁は、「争が無いのに拘らず起訴防止の為めの和解が申立てられたることが裁判所に明らかとなつたときは、債務名義獲得のために此の申立を濫用せるものにして此の申立を却下すべきものであらう」としている。ここに「争が無い」とは、法律関係につき対立する主張がないという意味か、あるいは対立する主張がなく、且つ訴の利益もない場合をいうのか明確ではない。法）。将来の給付の訴の利益がないのに即決和解の成立を認めれば、即決和解は訴訟外に成立した法律関係を公証する役割を果すにすぎなくなり、即決和解と公証とを明確に区別する基準を失うことになる。即決和解の本質はあくまでも紛争解決という点に求めるべきである（即決和解と公証との区別については山木戸・前掲一六九頁以下参照）。

以上の観点から前掲諸判例を検討してみよう。まず大阪高裁昭和二四年の判決について。この判決は単に当事者の一方Yが公正証書の作成では満足せず和解調書の作成を要求したという点から、少なくともYは権利の実行ことに公正証書では債務名義とはならない家屋明渡の点につき不安をもち、これを除くために和解をなしたのであるから争は存在すると判断して

いる。家屋明渡請求権それ自体については当事者間に主張の対立はないのであるから、爭が存するというためには、右請求が将来の給付の訴の利益を具備する必要がある。法律関係につき主張の対立がなくても債務名義を獲得しない限り常に権利の実現が不確実であり将来の給付の訴の利益ありというならば、将来の給付の訴は無制限に認められることになり、将来の給付の訴の利益を考えること自体ナンセンスになる。将来の給付の訴の利益の存否、換言すれば紛争の存否の充分な検討を欠くという点でこの判決には賛成しえない。換言すると、この判決は、即決和解にあつては爭は権利実現の不確実の場合にも存することを指摘する点で意味があるが、ここに権利実現の不確実とは将来の給付の訴の利益を意味するものであらねばならぬ。この点を誤解するところに本判決の欠点が存する。

もつともこの判決のもつ判例法的意義を、「当事者が和解手続を利用して契約について執行力のある和解調書を作成せしめることができる、換言すれば裁判所は和解手続により私人間に締結される契約について公正証書を作成するのと同じような公証作用を行なうことができる、ということを認めた」点に求める見解もある（山木戸・前掲一五六頁）。そしてかように理解することが、「消費貸借ないし売渡担保の契約は和解手続とは無関係になされて和解調書作成前に完全に成立しており、和解手続において既に成立している売渡担保契約上の権利（家屋明渡請求権）の実行の不安という爭が解決されたものというようにみるとか、あるいは、被控訴人が控訴審で主張しているように売買と買戻契約とを切り離して、既に成立した売買に関しその買戻について爭が存し、その爭が和解手続によつて解決されたとする見かたなど」よりは、より合理的である。けだし、「一般に本件におけるような方法で不動産などをもつて金融をはかる取引の実情に即してみても、『また右約定について公正証書では満足せず、しきりに裁判所における和解調書の作成を要求した』ことや調書作成後にはじめて金銭が授受されたという本件の具体的経緯に照らして考えてみても、これらの見解は技巧的に過ぎ」るからである、と。もちろん、本判決が権利実行の不確実を将来の給付の訴の利益とイコールに考えることなく、これを広く認めたことから推測すると、本判決にかか

る判例法的意義を認めることも可能である。しかし、即決和解と公証とを明確に区別せんとする立場から、本判例の意義を前記のごとく、換言すれば、訴の利益が存する場合に限つて法律関係につき対立する主張のない場合でも裁判上の和解の対象たりうることを認めたものと善解すべきであろう。

これに反して、東京地裁昭和二六年の前記判決の場合は、すでにAが最初の一〇万円について履行を遅滞しているので、当該部分については給付の訴の利益があり、また後の二〇万円についても不履行が当然に予想されるので将来の給付の訴の利益があると考える。したがつて三〇万円の債権の存在・履行期等につき主張の対立がないにしても「争」は存在する。したがつて即決和解もまた可能である。

東京地裁昭和二七年の前記判決は、訴訟上の和解に関している。法律関係に関する見解の対立という意味における「争」（本判決は「事実関係の争点」といつているが、法律関係の争点の誤解であろうか。）や互譲を要件とする意味での私法上の和解のみが訴訟法上の和解内容たりうるとすることは誤りであるとする点ではこの判決は正しいものを含む。互譲の点については後に述べる。

最後に名古屋高裁昭和三五年の前記判決について。XはYとの間に締結せられた一時的賃貸借及びそれから発生する法律関係を争つていないから右賃貸借の即時確定の利益は存在しないし、また賃貸借関係消滅の時における家屋の明渡を予め請求しておく必要もないから、本件の場合そもそも解決すべき争は存しないといわねばならない。

三　裁判上の和解における「互譲」

裁判上の和解の対象たる「争」が、権利関係についての相対立する主張のない場合にも存在しうるというならば、通常私法上並びに裁判上の和解の要件とされる「互譲」は存在しない場合もありうることになるのであろうか。

裁判上の和解に互譲を必要とするか否かという点に関しては、判例は訴訟上の和解と即決和解とを区別して、前者につい

ては互譲必要説をとるものが多く、互譲不要説をとるものは少なく、後者についてはもつぱら互譲不要説をとるもののごとく思われる。

訴訟上の和解につき互譲必要説をとるものとして以下のものがある。旧法関係についてではあるが、大正五年（ハ）三九八三号裁判年月日不明大阪区判新聞二二六一号一〇頁は、「原告ハ本件和解調書記載ノ契約ニ於テ被告ハ何等譲歩等ヲ為ササリシヲ以テ右契約ハ所謂和解ニアラスト主張スルニ依リ按スルニ」債務者が元本債権を認め、債権者がその履行期の猶予及び遅延利息の暗黙の抛棄をすれば、互譲ありといえるとしている。同じく旧法関係で、大正一五年（ソ）六二号同年一〇月二九日東地民六判評論一六巻民訴三三三頁は、「和解契約ハ争アル権利関係ニ付当事者互譲シテ争ヲ止ムルコトヲ目的トシテ締結セラルルモノナリト雖モ当事者互譲ノ結果其ノ一方ノミカ一定ノ債務ヲ負担スルニ至ルコトアルハ往々存スル事例ナルヲ以テ」当事者の一方だけに債務を負担させる条項のみの和解もそれだけで当事者の互譲がなく無効であるとはいえないとしている。具体的事案は不明であるが互譲必要説をとるものと思われる。新法関係のものとして、大審昭和七年（オ）一五三二号同八年二月一三日民一判新聞三五二〇号九頁評論二二巻民訴四九頁は、「訴訟上ノ和解ハ訴訟ヲ完結セシムルコトヲ目的トスルモノナレハ実体上ノ権利義務ニ関スル争ニ付テノミナラス訴訟費用ニ関スル争ニ付テモ互ニ譲歩ヲ為シテ和解ヲ為シ得ヘキモノト謂フヘク従ツテ訴訟費用ノ負担ニ関シテノミ譲歩ヲ為ス場合ニ於テモ訴訟上ノ和解成立スルモノト解スルヲ相当トス」としている。大審昭和七年（オ）一五三二号同八年二月一三日民一判新聞三五二〇号九頁評論二二巻民訴四九頁は、「和解ノ一条項トシテ請求ノ抛棄ヲ為スコトヲ得ルハ言ヲ俟タサル所ニシテ其ノ請求ノ全部ヲ抛棄スルモ訴訟費用ニ於テ互ニ譲歩ヲ為シタル以上ハ訴訟上ノ和解トシテ有効ニ成立スルコトヲ得」としている。最近のものとして、最高昭和二五年（オ）二九号同二七年二月八日二小判ジュリスト八号四六頁は、「和解は『当事者カ互ニ譲歩ヲ為シテ其間ニ存スル争ヲ止ムルコトヲ約スル』契約であり、右譲歩の方法について法律は制限を設けていないのである。したがつて当事者が

和解において譲歩の方法として係争物に関係なき物の給付を約することは毫も和解の本質に反するものではない」としている。この判決は訴訟上の和解が当然に私法上の和解を含み、従つて互譲必要説をとるものと考えられる。これに反して互譲不要説をとるものとして以下の二つの判例を挙げることができる。すなわち、昭和一〇年（ネ）七四九号同一一年三月九日東控民一判新聞三九八〇号一一頁評論二五巻民法三五六頁新報四三二号一五頁は、「和解ハ当事者カ互譲ヲ為シテ其ノ間ニ存スル争ヲ止ムルコトヲ約スル契約ニシテ其ノ争ヲ止ムルコト自体換言スレハ和解条項ノ定ムルトコロニヨリテ法律関係ヲ確定スルコト自体ハ和解契約ノ成立ヲ俟チテ始メテ発生スル効果ナルコト論ヲ俟タサルトコロナレトモ和解ノ当事者カ和解条項ヲ定ムルニ当リテハ将来ニ向テ新タナル法律関係ヲ創設スルコト固ヨリ可能ナルト共ニ本件ニ於ケルカ如ク従前ノ法律関係ヲ承認スルコトモ亦可能ナルモノニシテ後ノ場合ニ於テハ従前ノ法律関係ハ和解ノ当事者間ニ於テハ勿論第三者ニ対スル関係ニ於テモ其ノ儘存続スルモノトス」としている。最近のものとして、昭和二七年九月一九日東地民四判昭和二七年（ワ）二一号タイムズ二七号六八頁は、訴訟上の和解の包含する私法上の契約は、民法上の和解契約のみならずそれに準ずる無名契約でも足り、必ずしも厳格に当事者の互譲や事実関係の争点が存在することを必要としないとして、互譲不要説をとつている。

即決和解について互譲不要説をとる判例として以下のものがある。大審明治三〇年六月一八日判民録三巻六号四四頁は、即決和解事件につき「裁判所ニ申請スル和解ノ如キハ敢テ当事者双方ノ譲歩示談ヲ目的トスヘキ限リニアラサルヲ以テ」としている。ここでいわゆる和解が即決和解のみを意味するのか否かは明白ではないが、少なくとも即決和解を含むことは確かであろう。大審昭和一五年六月八日民四判昭和一四年（オ）一四五七号事件民集一九巻一三号九七五頁は、「元来区裁判所ニ於テ訴訟防止ノ為メニ為サルル裁判上ノ和解ニ於テハ実体上ノ請求権ニ付当事者ノ互譲アルコトヲ必要トセス従ツテ和解条項トシテ当事者ノ一方カ相手方ノ主張スル実体上ノ請求権ヲ全部認容シテ之カ履行ヲ為スコトノミヲ定ムル場合ニ於テモ

有効ニ和解カ成立スルモノナルヲ以テ結局此ノ点ニ関ン法律関係ノ確定ノミヲ目的トスル和解カ無効ナリト為ス論旨ハ理由ナキニ帰スルモノトス」としている。なお即決和解につき実体的法律関係に関する当事者の主張の対立、権利関係の不明確を必要とせず、権利実行の不安全を以ても足りるとする見解は、互譲不要説につながるものと理解することができよう。これに反して訴訟上の和解につきかかる見解を主張するとしても、訴訟係属後は一方的譲歩は単独行為、合同行為乃至合意たる請求の抛棄・認諾となり訴訟上の和解とは区別すべきであるから（この点については後述する。）、互譲不要説をその当然の帰結とするものではない。

この点に関して学説は、互譲不要説、必要説、折衷説の三つにわかれている。まず互譲不要説についてであるが、この見解は大別して二つにわかれる。第一に、請求の抛棄・認諾・和解の三者は性質上何らの区別なく、三者共に訴訟行為であり、ただ前二者が単独行為、後者が合同行為という差があるだけである（兼子、判民昭和七年一六八事件評釈）（合同行為乃至合意といってもよかろう）とする考え方を極端に推進めると、必ずしも和解に互譲を必要としないということになろう（もちろん兼子教授は体系・三〇四頁において和解に互譲は必要であるとされているし、同様の見解をとる永沢氏も、互譲――訴訟上の権能についての互譲も認める――を必要としている。民商一二巻六号一一七頁）。しかし、このような根拠に基づく互譲不要説には賛成できない。単独行為たる請求の抛棄・認諾のほかに合同行為乃至合意たる請求の抛棄・認諾を、和解乃至和解に準じるものとして認めることはできない。まず、私見によれば、和解は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であり（拙稿・「訴訟上の和解の瑕疵の主張方法」本誌三六巻八号四三頁）、訴訟行為たる合同行為は含まれないと解する。つぎに、合同行為乃至合意たる請求の抛棄・認諾を和解乃至和解に準じるものとして認めることは、論理的には可能であろうが、実益がない。単独行為たる請求の抛棄・認諾、合同行為乃至合意たる請求の抛棄・認諾、和解はいずれも訴訟上は同一の効力をもつものであつて（民訴二〇三条）、合同行為乃至合意たる請求の抛棄・認諾を前者後者のいずれに分類すべきかという問題はこの点からのみ考えれば実益がない問題である。また、合同行為乃至合意たる請求の抛棄・認諾においては、抛棄者・認諾者の意思表示の瑕疵のみならず相手方のそれも当然問題と

なるという意味で単独行為たる請求の抛棄・認諾とは異る、従つて両者を区別して、合同行為乃至合意の場合は和解乃至それに準ずるものとみるべきである、ということもできないであろう。けだし、かかる場合は単独行為たる請求の抛棄・認諾とみれば足りるからである。そこで、裁判上の和解が民法第六九六条の実体的効果をもつという前提に立つた場合、合同行為乃至合意たる請求の抛棄・認諾も裁判上の和解同様民法第六九六条の効果をもちうるとするならば、これを裁判上の和解乃至これに準ずるものと解する実益はあろう。もし民法六九六条の効果をもたないものとすれば、この点で裁判上の和解とは異るものといわねばならないであろう。以下この点を検討してみよう。

民法六九六条の効果は、互譲をなしお互に不利益をしのぶ場合にのみ発生するものである。お互に不利益をしのぶ場合であつてはじめて、たとい真実に反しても合意に従うべき義務を認めることができるからである。したがつて互譲は民法上和解の要件である（通説。我妻・前掲八七二頁、我妻・有泉・前掲四九〇頁、末川・民法論集・二三五頁。互譲を和解の要件とする通説の立場に疑問をもつものとして、高梨・前掲二一四―五頁は以下の如く述べている。「互譲要件がとりあげられたのは、それがないところには争いもなく、また法確定の必要もないと考えたからで、争いはあつたが互譲がないから、そこで行なわれた確定効を生じさせようという合意には和解の扱いをせず、確定効を拒もう――といつた議論に力するものではなかつたと思う。争いがあつて一方が他方のいい分をそのまま認める場合は、その法関係は従前どおり確定しているままで、争いはいわば表見的なものに過ぎず、実質的には争いがなかつたものと考えられ、したがつてこれを再確定させる和解の成立を認めないでよい――これが互譲のないところに和解がないとされる意味である。ところが、同じく一方が他方のいい分に全面的に屈した場合であつても、双方がこの際あらたに従前の法関係を――たとえ真実と違おうとも――このようなものとして確定しようと欲しているときには、この合意に確定効を認めてやることが適切であつて、これを和解でないとすべき強い理由はなにもない。強いて譲歩という表現にこだわるなら、そもそもすでに確定しているはずのものをいまさら争われて、ふたたびあらたに確定するということ自体が主観的に譲歩であるといつてもよいであろう。確認の合意がないというならもち論和解の契約もありえないが、不要なそれをことさらにしたというのならそこに一種の譲歩があつたとみて、その合意にふたたび争うべからざる確定力を与えることが望ましいのである。つまり、互譲とは、ある法律関係を再確定する必要があるということのいい換え、あるいは例示に過ぎないと考えるわけだが、これについても多くの異論があるであろう」と。譲歩とは客観的に不利益をうけることを指すのであるから、確定しているものを争われて従前通り確定すること（合意による主張の抛棄・認諾）によつて従前の主張通り法律関係の確定した当事者は客観的に不利益をうけていないから譲歩をなしたとはいいがたい。合意による主張の抛棄・認諾は、無名契約であつてこれについては契約の一般原則が適用され、民法六九六条の適用はないと解すべきである。）。互譲なき請求の抛棄・認諾はそれが単独行為であると合同行為乃至合意であるとを問わず民法六九六条の効果を実体法上もちえないことになる。したがつて、合同行為乃至合意たる請求の抛棄・認諾を裁判上の和解乃至これに準ずるものと考えることは妥当ではないと思う。

なお、請求の抛棄・認諾に互譲ありとする立場から、合意たる請求の抛棄・認諾はその実和解であるとみる見解もあるが、請求の抛棄・認諾に互譲ありとすること自体妥当性を欠くこと後に述べる通りであるから、かかる見解それ自体も正当ではないと考える。

ドイツでも互譲不要説が一部に主張されている。すなわち、訴訟上の和解の概念は実体法上のそれと異り、訴訟上の権能乃至見込・可能性に関すると実体的法律関係に関するとを問わず、互譲は不要であるとみる（Baumbach, ZPO 22. Aufl., Anm. 2A Anhang nach § 309; Kleinfeller, Lehrbuch 3. Aufl., S. 456. 我国で互譲不要説をとるものとして河本・「判決によらざる訴訟の完結」法曹会九巻一号一〇頁、黒川・「裁判上の和解と借地法」法曹会二巻七号一三頁）。この見解はその論拠として、訴訟上の和解に互譲を必要としなくても、請求の抛棄・認諾とは充分区別しうることを挙げる。けだし、独逸民訴法上は、請求の抛棄・認諾には当事者の行為の他に抛棄判決・認諾判決（独民訴三〇六・三〇七条）を必要とする点で（したがつて確定すれば執行力、形成力のみならず既判力をも有する）、これを不要とする訴訟上の和解（通説によれば既判力はもたないとされる）とは異るからである。我民訴法上は抛棄判決・認諾判決の制度が存在しないから、互譲不要説をとると、既述の論拠から訴訟上の和解と請求の抛棄・認諾とを区別することができないので、不要説は妥当性を欠くと思われる。

さらに、互譲不要説は、独逸普通法並びに独逸地域法（Partikulargesetzgebung は、Gemeines Recht に対応する概念で、一部の地域にのみ妥当する法をいう）において、訴訟上の和解がローマ法に準じ、独逸法とは意識的に異つて、フランス法の学説判例におけると同様に双務契約として構成されているという点で、その沿革的由来に矛盾するものである（Rosenberg, Lehrbuch 8. Aufl., S. 623）。のみならず、民訴法の規定の文言は（独逸民訴八一三・九八・一一八a・一六〇II1号・四九九GI1号等、我民訴一三六・二〇三・三五六等）「和解」（Vergleich）と書いているだけで、この概念規定をあたえているわけではなく、むしろ既知のものとしており、当事者双方に互譲があつた場合にのみ理解しうる費用に関する独逸民訴九八条・我民訴九七条の規定と同様に、実体法上の和解のみを当然の前提として考えているとみてよいであろう（Rosenberg, a. a. O., S. 623.／細野・前掲五三三頁）。

なお Lehmann は以下のごとく主張する。すなわち、訴訟上の和解は内容的には実体法上の和解に類似する。訴訟上の和

解にあつても互譲は必要である。譲歩は実体的法律関係に関していなければならない。訴訟上の譲歩では充分ではない。単なる認諾や抛棄はしたがつて訴訟上の和解ではない。それはむしろ一方的に紛争を解決する法律関係の確定契約（feinseitiger streiterledigender Feststellungsvertrag）であつて、訴訟上の和解に準じる取扱をうける、と（Prozeßvergleich, S. 58.）。彼が合意たる抛棄・認諾を準和解として取扱うのも、抛棄・認諾に判決を必要とする独逸法の建前に由来するものであるから、我民訴法上は妥当性を欠く。

第二に、折衷説とでもいうべき見解がある。すなわち、訴訟上の和解は実体法上の和解に相対応するものであるから、訴訟法上の和解にあつても互譲は必要であるが、譲歩は請求自体に関する必要がなく訴訟法上のものであつてもよいとする見解に立ち、且つ互譲の意味を広く解し、「請求の抛棄・認諾の合意も相手方がこれまで追求した訴訟上の目標即ち既判力ある判決を抛棄する限りで譲歩があるから互譲があり訴訟上の和解であるとみる（ドイツの通説的見解である。Rosenberg, a. a. O., S. 622f.; Nikisch, Lehrbuch 2. Aufl., S. 273; Goldschmidt, ZPR 2. Aufl., S. 202; Derselbe, Rechtslage, Anm. 2514 auf Seite 473; Schönke, ZPO 6. Aufl., S. 205; Lent, Studienbuch, 9. Aufl., S. 136; Baumgärtel, Prozeßhandlungen, S. 196. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, II 1 zu § 764 も「相手方の請求を認諾する契約も相手方がこれまで追求した訴訟上の目標すなわち既判力ある判決を抛棄する限りで譲歩している」としている。細野・要義・二巻五三三頁は、「当事者雙方カ其訴訟ニ於テ判決ニ依リ決セラレンコトヲ互ニ譲歩スルモノナレハ斯ノ如キ譲歩モ亦一種ノ譲歩トシテ和解タルヲ妨ケアルコトナシ」としている。なお松浦・前掲二二〇頁及び二三三頁参照一七参照）。

裁判上の和解は法的紛争の自主的解決であるが、判決に代り訴訟を終了せしめるもの（既判力を認めるという意味ではない）であるから、少なくとも訴訟物について紛争が実体的に解決せられていなければならない。少なくともそう理解しなければ裁判上の和解の執行力を云々することは意味がないであろう（たとえば訴訟費用の相手方負担による訴の取下の合意を和解とみる必要はない。かかる合意の結果訴取下の効果が認められるのは、合意から直接生じる法律効果であつて、裁判上の和解たる合意から生じる執行力の効果ではないからである）。したがつて、裁判上の和解にあつては訴訟物をめぐつて実体的和解がなされなければならない。実体的和解における譲歩とは、損失を被ることの承認をいい、その損失につき法律は制限を設けていない（我妻・有泉・前掲四九〇頁）。窮極的に重要なのは実体関係における利益乃至損失である。しかし、訴訟上の権能・見込・可能性等も間接的に実体法的利益

乃至損失に影響を与えるものであるから、これらを実体的和解における譲歩の対象からはずす必要はないであろう（我妻・前掲八七二頁は、「当事者間に訴訟が係属することは、それだけで争があるとみるべきであり、従つて、訴訟を止めることを内容とする合意は和解となる」としている）。かくして、実体的和解ならびに訴訟上の和解にあつては、争ある法律関係につき抛棄・認諾が一方で存在し他方に実体法上他の法律関係に関しあるいは他の訴訟における訴訟法上の権能・見込・可能性に関し譲歩が存在することを必要とするか（併合和解の一場合）、争ある法律関係につき互譲が存しなければならない。

譲歩が訴訟法上の権能・見込・可能性に関していてもよいとすると、合意による請求の抛棄・認諾の場合にも抛棄・認諾の相手方が確定力ある判決をうける可能性を失うがゆえに譲歩があり、訴訟上の和解が成立するという主張が当然に考えられる（たとえば、前述せる Baumgärtel, Nikisch, Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Bonin 等、我国においては細野氏のごとし。永沢・民商一二巻六号一一七頁は、「この和解を純然たる私法上の和解と解するなら民法第六九五条に従ひ、その要件たる実体上の請求権につき互譲を必要とするのは当然である。併しこれを訴訟行為と解すれば、民法の右法条に拘束せらるる必要は毫もないから、必ずしも、実体上の請求権に付互譲あるを要せず、訴訟上の権能の抛棄又は利用、即ち判決を求むる権利につき互譲あれば足りる」としているが、同説と理解しえようか。）。独逸においてかかる考え方が有力であるのは、抛棄・認諾の相手方が認諾判決・抛棄判決をうける利益を抛棄して既判力なき和解をなすのであるから、訴訟上の可能性の抛棄による譲歩ということが我民訴法におけるより強く認識されるということに起因しよう。したがつて、この独逸の通説的見解をそのまま我民訴法の解釈にとりいれること自体疑問である（松浦・前掲二三四頁）。また仮りに和解に既判力ありとする立場に立てば（賛成しえないが）、和解は文字通り確定判決の代用物であるから、この意味で当事者は確定判決をうける可能性を失つたということはできない（岩松・兼子編・前掲一三二頁は、和解に既判力ありとする場合譲歩はないといい、既判力なしとする説に従うとき譲歩ありといいうるにすぎないとしている）。請求の抛棄・認諾・和解に既判力を否定する我々の立場からも、その実体的効果につき既判力ある確定を必要とするならば確定判決を得る利益は依然として存することを否定しないのであるから、当事者の一方が確定判決をうける可能性を抛棄する内容の譲歩をなしたということはできないであろう。ただ、終局判決後の訴の取下には再訴の禁止が民訴二三六条で認められているので、この場合にのみ利益の抛棄ありといえようか。さらに、合意たる請求の抛棄認諾により紛争を解

決せんとするのは確定判決により紛争を解決するよりより有利であるがためであるから、確定判決をうける可能性の拋棄をもつて譲歩と考えることには問題があるのではないだろうか（拋棄判決・認諾判決という制度があつて、これを拋棄するというならば格別であるが）（薬師寺教授は、即決和解についてであるが次のように主張されている。「和解に互譲を必要とし、訴訟防止のための和解も亦和解である限り、互譲を要すると為す学者は、予防和解に於て和解の目的たる法律関係の全部が『認諾』され又は『拋棄』された場合には、其の『認諾』又は『拋棄』の利益を享受する相手方は、自己が之に相応する判決を受けることを目的とする訴訟手続に入ることを拋棄する点に於て、其の者の側に於ける譲歩を見出さんと欲するだがしかし、和解手続に依りて争を解決せんと欲したる者が、其の欲する通りの解決方法に到達した場合に、判決手続に依る解決方法を拋棄することが譲歩であると云ふのは曲弁である。何となれば、彼は判決手続を避けんがために和解の申立をしたのだからである。又和解手続に於て、申立人から請求の全部の拋棄を受けたる者は、最早判決手続に依りて請求の不存在を争ひ得ないのであるから、判決手続に依る解決方法を拋棄するものと云へないか」らである」と）。また、仮りに論者の主張するごとく請求の拋棄・認諾の場合相手方の譲歩ありとするなら、常に互譲が存し、それが実体的効果をももつものと考えるならば、民法第六九六条が適用され、請求の拋棄・認諾についての錯誤の主張が制限されることになろうが、かかる主張は見当らない。

そこで第三に、訴訟上の和解にあつては第二説同様互譲を必要とするが、互譲は訴訟物に関するか、あるいは、一方の譲歩が訴訟物に関し他方のそれが他の法律関係・他の請求に関する（訴の併合された場合）乃至他の訴訟における訴訟上の権能・見込・可能性等に関していればよい（いずれも併合和解の場合）とする見解が考えられ、私は、第一説・第二説検討の結果これを支持したい。

互譲が必要であり且つ請求に関していなければならないとする見解もある（兼子・体系・三〇四頁、中田・講義二五五頁、吉川・「裁判上の和解」セミナー四一号二三頁、中村英・前掲八三三頁、由井・「和解放棄認諾調書の効力について」法曹会一〇巻八号六頁）。しかし前述のごとく特に譲歩を双方ともに請求自体に限定する必要はないと解する。実体法上併合和解が認められるのと同様に（我妻・前掲八七二頁）、訴訟法上もこれを否定すべき理由はないと考える（なお松浦・前掲二三四―五頁は、互譲が請求自体に関する必要がないことの論拠として、以下の理由を主張される。「第一に、請求自体についての全面的な放棄・承認または訴の取下げがあれば、訴訟費用についてどんな取りきめが行われようと、請求の認諾・放棄または訴の取下げとなる、訴訟費用について互譲があればそれ自体につき和解があると考えればよいとの見解（兼子・体系〔三五〇〕一(2)参照）は、請求と訴訟費用と言う二つの要素の関係を余りにも孤立的に取り扱うもので、両者が互に条件となり、牽連し合つている事実を軽視するものであり、当事者の意思にも合致しないと思われる。実際的にみても、請求自体を被告が全部承認しても、原告において訴訟費用を負担することになれば、結局被告としては請求において原告の譲歩を得たのと同じことに帰するのである。第二に、反対説の右のような考え方を押し進めて行くと、併合請求の訴訟で一つの請求について原告が全部放棄し、他の請求について被告が全部承認する場合や、訴訟物たる請求を被告が全部認めると同時に、未係属の別個の債権について原告が全部放棄する場合にも一個の和解を認めることは困難になるのではあるまいか。第三に、請求自体について全面的に放棄・承認がある場合や訴の取下げの取りきめの場合に、こ

れらを訴訟上の和解と呼ぶか、あるいは放棄・認諾または訴の取下げと呼ぶかにつき、わたくしが前者をとるのは、とりわけ併合和解および準併合和解を広く認めようとする意図があるからである。」と。いずれも正当であると考える。ことに訴訟費用支払義務は訴訟法上発生するものではあつても、実は実体法上の義務であるから、譲歩の対象たりうるのは当然である。しかし、これらの理由からは、少なくとも、請求の拋棄・認諾の合意において、当該請求につき確定判決を得る可能性を拋棄したことが譲歩であるという結論はでてこない。松浦教授は、「単に訴訟費用（和解費用）や訴訟上の事項つまり訴訟状態上の地位あるいは勝訴判決の期待権について互譲がなされたに過ぎない場合でも裁判上の和解は成立すると解する」とされる。訴訟費用は既述のごとく訴訟法上発生はするが、実体法上のものであつて、訴訟上の権能・可能性とは全く性格を異にするから、互譲の対象となることは当然であるが、勝訴判決の期待権の拋棄は譲歩にならないと考える。蓋し、当該訴訟において勝訴判決の期待権が拋棄せられたのみで、和解に既判力なしとすれば、再度訴を提起して既判力ある確定判決を以て請求の拋棄・認諾の結果を確定する期待権は存在する。また和解に既判力ありとすれば、拋棄・認諾の結果が既判力をもつて確定されるから、勝訴判決を得たのと効果において同一で、勝訴判決の期待権を拋棄したことにはならない。さらに請求の拋棄・認諾の合意にあつては、実体関係における譲歩、ないしは実体関係の伸張に影響を与えるような訴訟法上の権能・見込・可能性の拋棄は存在していない。認諾・拋棄をすれば、その結果が当事者間に一応通用性をもつことになるからである。かくして、私は既述のごとく請求の拋棄・認諾の合意にあつては互譲は存しないと解する。したがつて譲歩が訴訟上の権能・見込・可能性に存するというのは、併合和解の場合であつて、当該請求についての訴訟上の権能等の拋棄を意味しないものと解すべきであると思う。

起訴前の即決和解についても互譲が必要であろうか。この点について薬師寺教授は、「裁判上の和解に於て、実体上の法律関係が確定するのは、当事者の『承認』にも因るのであつて、此の点『請求の認諾』又は『請求の拋棄』と理を異にするのではないから、少くとも『請求の認諾』又は『請求の拋棄』を為し得ざる予防和解手続に於ては、和解の形式の下に『請求の認諾』又は『請求の拋棄』を認め、之に依りて実体上の法律関係を確定して、訴訟を予防することを得しむることは、予防和解の使命に適合すると云ひたい。故に私をして云はしむれば、予防和解はひたすら訴訟の防止を目的とし、其の訴訟防止は、『実体関係の確定』に依つて達成されるのであるから、予防和解は当事者の裁判上の合意に因る『実体関係の確定』手段として把握すべく、其の合意が相互的譲歩に基くものなりや否やは之を問ふ必要がない」（志林四二巻二号八〇頁）と（斉藤・前掲一二二頁は、即決和解は、「申立人に於て、請求の趣旨及原因並争の実情を表示して之を為すことを要するとはいへ（民訴三五六条一項）、訴訟係属前のことであるから、訴訟法のテクニカルな意味に於ける厳重なる請求として、その限界が訴訟物ほどしかく明瞭なるものではない。故に起訴防止の為めの和解は民法上の和解と異なり当事者双方が実質上各譲歩を為すことを以て有効要件とするものではないと解すべきである（結論同旨坂倉・綱要二九）。かくして、八頁）。従つて実質上認諾に帰着する場合に於ても此の和解は成立し有効と云ふべきである」とされている。結論的には賛成である。即決和解における実体行為の範囲は訴訟上の和解における実体行為の範囲より、一方的譲歩による法律関係の確定契約（一種の無名契約）や一方的譲歩による請求の拋棄・認諾を内容とする単独行為をも含むものとして、より広いと考えることが妥当であ

る。即決和解の内容たる実体行為が一方的譲歩による法律関係確定の無名契約や一方的譲歩たる請求の拋棄・認諾を内容とする単独行為である場合もありうる。もちろんかかる場合即決和解はその実体法的効果として民法六九六条の効果をもたない。もつとも即決和解も和解である以上互譲を必要とし、いわゆる一方的譲歩の相手方は訴を提起し確定判決を得るという利益を即決和解の成立により拋棄しているがゆえに、この点で譲歩をなしており互譲が存するという見解もあることは既述のごとくである。しかし、かかる意味で譲歩ありとはいえないことは既に述べた通りである。