

Title	訴訟上の和解の法的性質：Baumgärtelの所説を中心にして
Sub Title	Die Rechtsnatur des Prozeßvergleichs
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.4 (1965. 4) ,p.53- 70
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19650415-0053

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.

訴訟上の和解の法的性質

—Baumgärtel の所説を中心に—

石川 明

はじめに

- 一 Baumgärtel の私法行為説批判
 - 二 Baumgärtel の両性説批判
 - 三 併存説について
 - 四 訴訟行為説について
- むすび

はじめに

訴訟上の和解の法的性質については学説が対立している（訴訟上の和解の法的性質に関する学説の分類・内容・文献などについては、Partei im Zivilprozess, S. 192; Bonin, Prozessvergleich, S. 1 f. 以下にくわしい。我国の場合は、Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess, S. 192; Bonin, Prozessvergleich, S. 1 f. 以下、菊井・民事訴訟法下三七一頁、菊井・村松・コンメンタール I 四四二頁参照。我国の判例については、小山・裁判上の和解・民訴講座三卷八一―九頁以下、菊井・民事訴訟法下三七一頁、菊井・村松・コンメンタール I 四四二頁参照。我国の以下、中村英・裁判上の和解・民訴雑誌七号一七七頁以下を参照されたい）。

その論争は Baumgärtel をして解決が hoffnungslos であると慨嘆せしめたし (Baumgärtel, a.)、またその法的性質の規定

の困難が Bonin をして法的性質の規定を放棄し和解をめぐる諸問題の個別的・合目的解決にむかわせるようになった (Bonin, a. a. O.)。本稿は Baumgärtel の和解論を中心に訴訟上の和解の法的性質を考察しようとするものである。(S. 1 bis 8)

一 Baumgärtel の私法行為説批判

一 Baumgärtel は訴訟上の和解の法的性質につき訴訟行為説を主張する。

彼はまず私法行為説の批判から始める。彼は主張する。Walsmann が最も典型的に主張した私法行為説は訴訟上の和解の訴訟終了効を説明しえない (Baumgärtel, a. a. O. S. 193 及び中村英・前掲民訴講座八二二頁。かつて訴訟終了効は訴訟上の和解が訴の取下と和解の訴訟終了効の存在にのみ存在するものであるとする見解があつた。たとえば Schwalbach, ACP 64, S. 278. しかし今日訴訟上在について争いはない)。訴訟終了効は執行力とは異り、訴訟上の和解に本質的なもので、したがつて訴訟終了効なき訴訟上の和解はありえない。もちろん訴訟上の和解により法的紛争を終了せしめる意思は通常明示されないが、それは訴訟上の和解締結の意思表示に当然含まれる (Baumgärtel, a. a. O. S. 193 f.; Grabner, Gruch 61, S. 83)。訴訟終了効が訴訟上の意思表示に与えられ、実体的紛争解決の効果ではないということは、訴訟外の私法上の和解に訴訟終了効がないことから明らかである (Baumgärtel, a. a. O. S. 194)。

彼はさらにつづけていう。訴訟上の和解を機能的に考察する場合これに純実体的性格を認めることはできない。訴取下のような訴訟上の和解とは別個の訴訟終了効をもつ当事者の訴訟行為と同様に、和解は判決の排除 (Urteilsverdrängung) という機能をもつもので、実体上の和解に本質的な実体的紛争の排除という機能をもたない (Baumgärtel, a. a. O. S. 194)。

彼はかように説いて、訴訟上の和解がとにかく純私法行為ではなく少なくとも訴訟的性質をもつものであることを主張する。

二 たしかに私法行為説をもつてしては何故訴訟上の和解が訴訟上の効力を発生せしめうるのか説明することができない。私は訴訟上の効果がその典型的第一次的効果である行為を訴訟行為とすることが妥当であると考える (Hellwig, Prozeßhandlung, S. 79 Anm.)。

1: Laut, Zivilprozessrecht, 6. Aufl., § 29 IV. ¹⁾と云ふことによつて、わゆる典型的効果の内容については問題がなく。 Vgl. Baumgärtel, a. a. O., S. 51 ff. なお訴訟行為と私法行為の區別に関する、換言すれば、訴訟行為の概念規定に関する学説については Baumgärtel, a. a. O., S. 20 ff.)。訴訟上の効力は和解の第一次的典型的効力であるとする点はおそらく異論のないところであろうが、そうであるとすれば和解が純然たる私法行為であるとみることとはできない。しかし、訴訟上の和解を裁判所の面前でなされる私法上の和解と裁判所による確認行為からなると解するならば（石川・訴訟上の和解の瑕疵の主張）、かかる私法行為説に対する批判をかわすことができる。ただし、和解の訴訟法上の効力は、裁判所による裁判所の面前でなされた実体法上の和解の確認行為から発生するものであつて、私法上の和解から発生するものではないからである。

また、訴訟上の和解の機能として判決の排除という訴訟法上の機能のみを考え、実体法上の和解に本質的な実体的紛争の排除機能を否定する点にも賛成できない。訴訟行為説の立場からは訴訟上の和解が実体的紛争の排除機能をもたないといえようが、訴訟行為説を理由づけるために訴訟行為説を前提とすることはできない。むしろ訴訟上の和解が実体的紛争排除の機能をもたないことを理由を挙げて説明すべきであらう。

二 Baumgärtel の両性説批判

一 次に彼は訴訟上の和解が二重機能的訴訟行為であるか否かを検討する（通説は訴訟上の和解を二重機能的訴訟行為の唯一の場であることが論証されれば、訴訟行為についての二重機能理論の要すなわち、訴訟上の和解の二重機能的性質は、訴訟終了効が当然疑問視されるようになる。 Baumgärtel, a. a. O., S. 194 f.）。訴訟上の和解の二重機能的性質は、訴訟終了効が概念的に実体法上有効な和解を前提とする場合、換言すれば判決排除機能と実体法上の和解の実体的紛争解決機能とが密接不可分の関係にあるため両機能が相互に依存しあう場合にのみ存する。しかし、訴訟終了効が訴訟上の和解の唯一の内容でありうるならば、それは訴訟上の和解の訴訟的側面と実体的側面とを完全に分離することに理由をあたえる。かかる抽象的訴訟終了契約は訴訟行為説の主張者により適法なものとして（これを肯定するものとして、 Hellwig, System I, S. 626, Derselbe, Prozeßhandlung, S. 18; Neuner, Privatrecht und

彼はさらに以下のごとく続ける。彼が訴訟上の和解において訴訟的機能を実体的機能から分離し前者を本質的なものとし、いわゆる抽象的訴訟終了契約たる和解を論証する出発点は、当事者間に既に訴訟外に私法上の和解が成立しているというような、例外的な稀にのみ生ずるに過ぎない場合である。訴訟上の和解に際し実体的和解のともなう典型的・原則の場合を出発点とすべきであるとする考慮から、訴訟上の和解が二重性格をもつや否やの問題について決め手となるのは抽象的訴訟終了契約の可能性のみではないという反省が当然なされるようになる。そこで、抽象的訴訟終了契約たる和解は実は訴訟上の和解に関する規定の類推さるべき特殊な契約であるとする異議が抽象的訴訟終了契約を出発点として訴訟行為説を導く考え方に対して提出される（*Rosenberg, Lehrbuch, 9 Aufl., S. 623, しかし彼*）。かかる異議に答えるため、訴訟・実体両面が一個の行為に結合されている場合でも完全に両者を分離しうるか否かを検討する必要に迫られる（*Baumgarten, a. a. O., S. 197.*）。

そこで彼は第一に実体・訴訟両面分離可能の根拠として両面の意思の方向の相違を指摘する。すなわち、訴訟終了の意思は私法上の和解という実体行為の意思と本質的に完全に異なる。前者は後者と異り契約ではない。その形式が合同行為であるということは裁判所の和解手続における関与によりよく適合する。訴訟終了の意思表示は一次的に裁判所に対するものである（*Baumgarten, a. a. O., S. 197 f.*）。

第二に、和解における実体・訴訟両側面の分離可能性は両面の果す機能において明らかである。両側面は二重性質論者の主張するような密接な関係にはない。判決排除機能は実体的紛争解決を前提としない。訴訟上の和解は機能的にみれば判決の代用物ではない。判決の場合権利付与（*Gas Rechtsgen*）という裁判官の機能が表現されている。当事者は訴訟上の和解の締結により実体権を取得したり付与したりするのではなく、訴の提起により成立した権利取得権利付与の緊張関係を止め、係属中の法的紛争につき裁判所の権利付与行為を放棄するものである。和解に既判力がないから和解は判決代用物たりえない（*Baumgarten, a. a. O., S. 198.*）。

次に彼は、個々の問題の実際上の取扱に際しても訴訟法説が両性説より訴訟状態の明確性の要求によりよくこたえられることを、若干の重要な例を挙げて解説する。

彼が第一に挙げる問題は、和解と条件の問題である。彼はいう (Baumgarten, a. a. O., S. 199.)。手続形成行為としての本案終結宣言・訴の取下が条件・期限になじまないと同様、訴訟終了効が問題である以上訴訟上の和解に条件・期限を付しえない。もちろん実体法が許す限り訴訟上の和解と同時に締結される実体法上の和解に条件・期限を付することはできる。法的紛争が終了したか否かが明確であることが司法の利益に適う。仮りに通説に従い訴訟上の和解につき訴訟終了効に関し条件・期限を付しうるとするならば、訴訟の終了・係属の判断が訴訟外の裁判所に直接には認識しえない事実に依存せしめられることになるから許されない。和解の効力を同時に締結される実体的和解の効力に依存せしめることもできない。これらの場合いずれも訴訟状態の明確性は危くなるからである。また、訴・上訴の取下のように条件になじまない訴訟行為が訴訟上の和解に取入れられると条件になじむようになるとする見解も正当ではない。和解を法的には一つの事件 (Vorgang) とみる両性説のみが訴訟状態の明確性の要求に矛盾する帰結に導く。

第二に訴訟上の和解の訴訟的側面の独立性を認めるならば、意思表示の瑕疵につき存する問題の解決が容易になる (Baumgarten, a. a. O., S. 201.)。意思表示の瑕疵が実体法に関する場合和解の実体的効果が排除され、和解の実体的無効は別訴又は請求異議訴訟で主張される。これに反し訴訟終了効は訴訟上の理由からのみ排除される。意思表示の瑕疵に基く訴訟上の和解の取消は訴訟状態の明確性という要求と矛盾するので許されない。それはその訴訟行為であることに争いのない他の訴訟終了行為におけると全く同様である。つまり、ライヒ裁判所の判決と同じく、訴訟上の瑕疵については旧訴を続行し判断し、実体的瑕疵については別訴で異議を主張することになる (ライヒ裁判所の見解については、石川・前掲論)。

以上のごとく説いて彼は両性説を否定し訴訟行為説を肯定する (Egger による訴訟行為説批判——訴訟行為説は論理法則に従うにすぎず、利益衡量に欠けるとする批判 (Heinrich Lehmann und die

Lehre von Prozessvergleich", Festschrift für Heinrich Lehmann, S. 714.)
718, 734)——に対する反論は、こつちが Baumgärtel, a. a. O., S. 202.)

二 しかして Baumgärtel の両性説批判には多くの点で疑問をいだかざるを得ない。

まず第一に抽象的訴訟終了契約としての和解というものを考えることができるであろうか。訴訟上の和解に互譲が必要であるとする点で、Baumgärtel の主張は正当である(互譲不要説については石川・裁判上の和解におけ)。しかし互譲が双方とも当事者の訴訟上の見込において存すればよいとする彼の見解には賛成できない(石川・前掲論。訴訟上の和解における互譲は少なくともその一方が訴訟物に関していなければならぬと解すべきである(石川・前掲論。Baumgärtel は訴訟外で私法上の和解が成立した後訴訟上の和解が締結された場合のほか、当事者が訴訟追行に倦んだが実体的法律関係については合意しない場合とか紛争を仲裁裁判所に移さんとする場合などを抽象的訴訟終了契約の認められる場合として挙げている(Baumgärtel, 195)。いずれの場合も訴訟物に関する譲歩がなく、換言すれば訴訟物についての紛争の実体的解決を欠くがゆえに訴訟上の和解とはいえない。けだし訴訟上の和解は訴訟終了の手段ではなく、自主的な実体的紛争解決手段だからである。民法二〇三条が「確定判決同一ノ効力」といつているのは、その効力の範囲の問題は別にして、和解により実体的紛争が解決されることを意味しているものと理解すべきであろう。既判力は別にしても執行力もない単に訴訟終了効のみ存する抽象的訴訟終了契約にあつては法的紛争が解決されたとはいえないから(既判力が存しないとする場合実体的紛争が解決されたとはいえないとする見解として、高島・ジュリスト法学教室三号一三五頁参照)、これを訴訟上の和解ということはできないと考える。むしろ Rosenberg の主張するように、かかる抽象的訴訟終了契約の必要性を否定できない以上は、これを和解に関する規定の類推適用さるべき和解とは別個の和解に準ずる訴訟契約とみることが必要であろう。

もちろん私は訴取下や訴訟上の和解という訴訟終結手段が別に存するという理由で抽象的訴訟終了契約の必要性を否定するものではない。けだし、訴訟上の和解との関係でいえば抽象的訴訟終了契約は実体的紛争解決を伴わないから前者と區別

して認める意味があるであろうし、訴の取下との関係でいえば抽象的訴訟終了契約は訴訟費用の分担・再訴の禁止の有無という点で前者と異なるからである。すなわち、訴訟費用に關し取下の場合は民法一〇四条が適用され、抽象的訴訟終了契約たる和解の場合は同九七条・一〇三条が適用されるからである。また訴の取下は民法二三七条Ⅰ・Ⅱ項の効果を伴うが、これに反し抽象的訴訟終了契約たる和解はかかる効果を伴わないという違いもある。かくして私は訴の取下や訴訟上の和解のほか抽象的訴訟終了契約を認める必要があると考える（*Baumg.* a. a. O., S. 12 は、抽象的訴訟終了契約否定説をとり、訴の取下・訴訟なきという。否定説をとり、*Lehmann, Prozeßvergleich*, S. 49, 51, 54; *Stein, Grundriss*, S. 178; *Stein, ZZP* 41, S. 430; *Schiedermair, Vereinbarungen*, S. 188; *Goldschmidt, Rechtslage*, Ann. 2427 auf Seite 458 の註 4; *Kähler, Mäclners, Loebinger Dienstmann, Becker, Fielcke, A. Siegart* など。肯定説をとり、*Hellwig, Syntem* 1, S. 626; *Hellwig, Prozeßhandlung*, S. 81; *Neuner, Privatrecht und Prozeßrecht*, S. 147 のほか、*Große, Stützer, Weikmann, Schwarzer* など。我國でかかる合意を訴訟上の和解の一種とみるものとして三月月・民事訴訟法（全集）四四二頁、岩松・民事裁判における判断の限界・法曹三卷一一号二九四頁がある。これに反し有力説は抽象的訴訟終了契約を認めるが、訴取下の合意の一種と考えるものとして兼子・体系三〇五頁、菊井・民事訴訟法三七〇頁）。

第二に、実体法上の和解は当事者間の契約であるに反し訴訟上の和解は両当事者の裁判所に対する合同行為であるとする点も問題がないわけではない。一方で訴訟終了契約（*Prozeßbeendigungsvertrag*）といいながら他方で和解を合同行為と規定することも一貫しない。この点は別にして、訴訟上の和解が訴訟行為であるとしてもこれを契約と解する余地のある以上契約にあらすして合同行為たることを論証する必要があるのではなからうか。*Baumgärtel* はこの点の論証をしていない。この点を論証することなく、換言すれば和解に含まれる訴訟行為が合同行為であることを当然の前提とする立論にはにわかに賛成しがたい。

さらに私見によれば、訴訟上の和解は既述のごとく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である。この見解によると、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考える。なおこの点については後に述べる。

第三に、和解における実体的・訴訟的側面の分離を機能面から論証することにも問題があると思われる。実体的紛争解決

機能を欠き単に判決排除機能のみをもつにすぎない行為を我々は和解と呼ぶことができないという点については既に述べた。また和解に既判力があるか否かは問題であるが、既判力がないにしてもそのことから直ちに和解に実体的紛争解決機能は否定されるべきではないと考える。和解の内容として既述のごとく訴訟物に関する譲歩が含まれるべきであるが、譲歩の結果が既判力をもつて確定されないまでも訴訟物に関する譲歩は実体的紛争を解決するものである。

第四に、両性説否定・訴訟行為説肯定の具体的論証として挙げる条件及び期限の問題についても、*Baungärtel* の主張には必ずしも賛成できない。

訴訟上の和解は条件になじむか否か問題である。私はすでに別稿でこの点に関し肯定説の妥当性を説いた（石川・訴訟上の註三七巻一頁一六頁以下参照。停止条件・解除条件いずれも可とする全面的肯定説・いずれも不可とする全面的否定説・停止条件のみを認める説・解除条件のみを認める説などが対立し、全面的肯定説が通説である。全面的肯定説をとる見解として、*Rosenberg, a. a. O., S. 630; Lehmann, a. a. O., S. 152; Stein-Jonas-Schönke-Pohl, ZPO 18 Aut., Anm. II 1 zu § 794; Weismann, Lehrbuch*）。したがって、訴訟上の和解が条件に親しまないことを前提にして、これを最も良く説明しうるのは和解の法的性質論としての両性説に非ずして訴訟行為説なり、と主張することは、少なくともその前提に問題がある以上疑問である。

第五に、両性説否定・訴訟行為説肯定の具体的論証として挙げる訴訟上の和解における意思表示の瑕疵の問題についても、*Baungärtel* の主張には必ずしも賛成できない。仮りに両性説をとり、実体的和解の瑕疵が訴訟上の効果に影響を及ぼすことを認めるにしても、その主張を旧訴を続行してその過程でさせるかあるいは別訴でさせるかは、実体的和解の瑕疵をめぐる紛争に独立性を認めるか否かによる問題である（三月月・前掲四四五頁、石川・訴訟上の和解）。換言すれば、和解の実体的瑕疵の主張を別訴によらせるか否かは和解の性質論から決定されるものではなく、むしろ合目的性の要素がその決定に大きな役割を果すものと思われる（三月月・前掲四四五頁も「専ら合目的考慮に従って決せられるべき問題」としているし、石川・前掲論 *zweckmäßige Lösung* を必要とする問題であるとして））。和解の法的性質論としての訴訟行為説の論理上必然的な帰結として和解の瑕疵の主張方法が

規定されるといふのではない以上、Baumgarten が和解の瑕疵の主張方法を訴訟行為説の根拠として主張する点には賛成しがたい。(訴訟上の和解は裁判所の面前における実体法上の和解と裁判所によるその確認からなるとする立場から、私は現)に、原則として、和解の瑕疵の主張方法として Baumgarten と同じ見解に到達している。石川・前掲論文四九頁)。

三 しかれば両性説はいかなる点で批判されるべきであろうか。

訴訟内で実体的和解が締結された場合訴訟上の請求それ自体は形式的には紛争を前提として成立・存続しながら、右紛争が他方で右和解により消滅したことは裁判所にも顯著である。したがつて紛争の存在を前提とした請求を維持すること自体禁反言の原則に反し許されないとでもいおうか。換言すればかかる場合実質的には実体法上の和解を訴訟手続上裁判所の面前でその関与のもとに締結したことから、すなわち実体的和解の成立が裁判所に常に顯著であることから、右和解の反射的効果として従来の紛争の存在を前提とする請求が紛争を欠く請求に転化すると考えられる。請求が紛争の存在を前提とすることは訴訟要件であり、その存否は職権調査事項であるから、訴訟内で実体的和解が成立してそのため請求が紛争を前提とするものからしないものへと転化しているか否かを裁判所は職権で顧慮できる。この場合当事者による訴訟内で成立した実体的和解の顕出行為(主張)は不要である。ところで本来ならば請求がその前提として法的紛争を欠く訴訟は訴訟要件を欠くから不適法なものとして却下されることになる(中田・判批・民商三)。しかし和解の場合そもそも紛争が存在しないのではなく、自主的紛争解決が公権的解決にかわりなされ、その結果紛争が消滅したことを裁判所が確認するのであるから、この自主的解決を公証し、これに確定判決と同一の効果(その範圍特に既判力まで含む)をあたえることにはしたのである。自主的解決以前に存在したあるいは存在するとされた紛争が公権的解決にかわる自主的解決により解決され消滅しているのであるから訴を却下する必要が存しない。また却下をしなければ和解に実は瑕疵がある場合旧訴の続行が不可能になるという不都合もある(旧訴訟行の可否は和解に確定力を認めるか否かにより変るし、これを否定する場合でもいかなる事由がある)存するときに旧訴訟行が許されるかは問題である。この点については、石川・前掲論文三七頁以下参照)かくして訴訟手続内で裁判所の面前において実体的和解が締結されれば、当事者によるその顕出行為を必要とすることなく、あるいは訴訟終了契約乃

至訴訟終了の合同行為などの当事者の訴訟行為を必要とすることなく、裁判所がその存在を確認することができ、訴訟上の和解が成立する。かくして私は訴訟上の和解に当事者の訴訟行為たる側面を考えることは不要であると考える。この点で両性に賛成できないのである。

これに反して実体法上の和解が訴訟外で成立した場合はたまたまそれが裁判所に顕著であるか否かにより訴訟内の実体的和解のように訴訟上の請求に影響をあたえるとは考えられない。裁判所にそれが顕著であつても、当事者は訴訟外で訴訟とは一応別に実体的和解を成立せしめているのであるからである。したがつて請求も訴訟外での実体的和解成立前と何等変化するものではなく依然として紛争の存在を前提とするものである。かくしてこの場合は当事者の選択により訴の取下・抽象的訴訟終了契約・訴訟外の実体的和解の訴訟物に関する部分にしたがつた本案判決などによつて訴訟は終了することになる。

三 併存説について

一 併存説は訴訟上の和解中に訴訟行為と実体行為という二個の行為が含まれるものと解する。併存説をとる者の間でもその説くところは必ずしも一致しない(通常 Hellwig は併存説をとるものごとく説かれる。たとえば、中村英・前掲八一三頁、Bonh. a. I, S. 626 f. und Prozeßhandlung, S. 81 bis 83 は以下のごとく説いているからである。すなわち、訴訟上の和解はその規律が訴訟法にのみよる抽象的訴訟終了契約であり、この抽象的訴訟終了契約とその規律が実体法にのみよる実体的法律行為と——必ずというわけではないが——結合せられることがある、と。換言すれば彼は実体的和解の伴わない抽象的訴訟終了契約を認めるのであるから、むしろ訴訟行為説とみるべきであらう)。たとえば、Troeltsch は、訴訟上の和解は原告による攻撃請求権 (Angriffsanspruch) の放棄・被告による防禦請求権 (Verteidigungsanspruch) の放棄行為と(両行為ともに裁判所に対して)、当事者間の実体法上の契約とからなる、とする(Über den Prozeßvergleich im geltenden Recht, Erlanger Dissertation)。また M. Simon は、訴訟上の和解を実体的訴訟上の和解契約 (einen materiellrechtlichen Prozeßvergleichsvertrag) と訴訟行為としてのその表示行為 (e-

nen Verlaubarungsakt) に分解し、両者が同時に併存しうると説く(„Zur Lehre vom Prozessvergleich“, *Jener Dissertation* 1911.)。いずれにせよ併存説はドイツ並びに我国において現在殆んど主張されていない(我国については三ヶ月・前掲二八七頁)。

二 併存説に対しては、経験的に一個の事実のうち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の批判がなされている(中村英・前掲八二三頁)。経験的に一個の行為のうちに観念的に二個の行為を区別することは可能であるから経験的事実に反するという批判はあたらない。むしろ併存説は、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もつように思われる。

なお両性説批判において述べたごとく、私は訴訟上の和解における当事者の行為としては訴訟内で成立する実体的和解を考へれば足り当事者の訴訟行為の存在の必要性はないと考へるから、この意味でも併存説には賛成できない。

四 訴訟行為説について

一 訴訟行為説に立つて、和解を判決の代用とみてこれに既判力を認める見解をとるか、あるいは既判力を否定する見解をとるかの問題は暫くおきましょう(和解の既判力については石川・ジュ)。既述のごとく和解が実体的紛争の自主的解決手段である以上、いずれの見解をとるにせよ、訴訟上の和解によつて当事者間にその内容である実体的行為規範が定立されたことになる。そこで、和解を純然たる訴訟行為と解するならば、訴訟行為のみで、換言すれば実体的行為規範を形成する行為すなわち実体法上の行為がなくなつて何故に実体的行為規範が形成せられるのであろうか、という疑問が当然訴訟行為説に対して提出されることになる。

確認・給付判決にあつては既存の実体的行為規範が確認されるのであるから、判決の内容それ自体が行為規範になりうる

のは当然である。形成判決についてみて、形成判決によつて実体的行為規範が形成されることを実体法それ自身が承認しているから、実体的行為規範形成の根拠は実体法にあると考えられる。しかるに和解にあつては、訴訟行為説をとると、訴訟行為たる和解と実体行為規範の形成との間にかかる関係が認められないから、何故和解によつて行為規範たる実体的法律関係が形成されるのかを充分説明することができないであらう。

二 もつともかかる批判に対しては、訴訟行為説の側から二、三の反論がなされるかもしれない。

予想される反論の第一はこうである。実体法は第一次的には行為規範でなく裁判規範である。したがつて給付・確認判決も訴訟外に客観的に存在する行為規範たる実体的法律関係を確認するものではなく、判決によつて始めて実体的法律関係が具体的実在となり（既判力の本質に関する具体的法規説乃至權利実在説の立場、これ点については、三ヶ月・前掲書二三頁以下参照）、それ以前に存在するといわれる実体的法律関係は実はその仮象にすぎない。しかも訴訟上の和解は訴訟行為として確定判決に代るものであるから（訴訟行為説のうち判決代用説の立場、たとえば兼子・体系三〇四頁以下、同・実体法と）、和解により実体的法律行為なしに実体的行為規範が成立するのは当然である、とする主張である。訴訟法八〇頁以下）

予想される反論の第二はこうである。民訴法二〇三条は「和解……ヲ調書ニ記載シタルトキハ其ノ記載ハ確定判決ト同一ノ効力ヲ有ス」と規定しているが、この規定によつて確定判決が実体関係を確定し行為規範を確定するのと同じように、和解は純然たる訴訟行為であつても実体関係を形成し実体的行為規範を形成するものとされている、と考えることができる。この場合和解に既判力を肯定するや否定するやは問題ではない。既判力を肯定すれば和解は確定判決と全く同じ状態で実体関係を争いえないものとして形成することになるし、既判力を否定すれば和解の瑕疵を争いうる状態で実体関係を形成することになると考えられるからである。

予想される反論の第三はこうである。既判力の本質につき訴訟法説をとり（訴訟法説については三ヶ月・前掲書二三頁以下参照）、既判力の効果をもつばら訴訟法上の後訴裁判所に対する拘束力としてのみとらえ、その実体法的効果を一切否定する。裁判の妥当性をもつばら訴

訟の場においてのみ通用するにすぎないとして、訴訟法と実体法とを完全に遮断する見解に立つとしよう。この立場では、和解の通用力・妥当性も訴訟の場に限り、和解それ自体は実体的法律関係に何の影響も及ぼすものではない、とする見解が成立つであろう。

三 そこで次にこれらの反論の妥当性について検討しなければならない。

第一の反論から検討を始めよう。実体法に関する裁判規範説は次の三点から行為規範説を攻撃する。第一点として沿革的理由がある。実体法の形成過程をみると、いずれの場合も最初は民事裁判を通じて判例法として裁判規範として形成されている。最初に実体法が存在しこれにしたがつて裁判がなされたわけではなく、事件ごとに具体的に妥当な解決がなされ、この裁判が集積して裁判の基準たる規範すなわち実体法が形成されるにいたつた、という(兼子・実体法と訴。訟法二二頁以下)。沿革的にみればこの主張は正当であろう。しかし、判例法的に確立された実体法規範の内容が何故裁判の基準として採用されたかという点を考えてみなければならない。紛争をある基準にしたがつて解決すべきであるという場合、当該事件においてはこの基準こそが当事者の行為規範として妥当するからこそ裁判規範になりうる¹と裁判官が考えていたのではないであらうか。裁判規範はそれ自体として妥当するのではなく、行為規範であるがゆえに裁判規範としても妥当するのであつて、その本質はむしろ行為規範たる点に存すると考えるべきではなからうか。

第二点として法の規定形式の問題がある。すなわち、実体法の規定形式が直接われわれの生活規範としては不向きであり、初めから対立当事者間の紛争解決にむく形式のものである。すなわち、生活規範であれば作為・不作為の命令・禁止という形式で規定がおかれるべきであるのに、実体法の規定は要件プラス効果という形式をとっている。ことに推定規定や拳証責任規定は生活規範としてはおよそ無意味で裁判規範としてのみ意味をもつものと考えられる、というのである(兼子・前掲五二頁以下)。しかし、(a)実体法のすべての規定が対立当事者のいずれの主張が正当であるかを判断する形式をもつというわけでは

ない（たとえば、民法六九九条は事務管理開始の通知義務につき「管理者ハ其管理ヲ始メタルコトヲ遅滞ナク本人ニ通知スルコトヲ要ス」と規定している。このように「要ス」とか「しなければならぬ」という形式の規定は第一次的に裁判規範とみることができないであろう）。

(b)さらに、裁判規範説のいわゆる「判断の仕方を定めている規定」をもつて、第一次的に裁判規範とみることが可能か否か問題である。たとえば、民法七〇九条は「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス」と規定し、不法行為の要件とその法律効果を規定するにすぎないから、これを以て一見裁判規範とみることも理由がないわけではない。しかし、同条は第一次的には不法行為の禁止と、不法行為を原因とする損害賠償支払義務という二つの行為規範を規定していると理解することができ、したがってこれを行為規範とみることができ、かように解するならば、実体法の行為規範性について、「規範の遵守・不遵守とその効果とは別問題であるから、何故その効果が判断されるかは、単に行動規範といつただけでは当然には引出せないのではあるまいか。少くともその効果を規定する部分は裁判規範だといわなければならない」（兼子・前掲）^{（四六一七頁）}とする批判はあたらないものといわなければならない。そしてこれら二つの行為規範を同一法規中に規定するためには禁止規範違反の効果を規定するという形式をとるのがより簡便であるため同条はかかる形式をとつていと解せられる。かくして規定の形式から実体法規範が第一次的に裁判規範であるとみることができな

いと考へる。

第三点として以下の主張がなされている。私人間の生活関係は取引関係であれ家族関係であれ順調円満にいくのが普通で紛争がおこるのは例外的である。実体法は例外現象たる紛争解決の基準を定めるもので、日常の生活関係における生活規範を規定するものではないということは、実体法の規定を日常生活にあてはめたのでは窮屈・煩雑・非常識・不人情であると感じられることから明瞭である。「良き法律家は悪しき隣人」という法諺はこれを示している、というのである（兼子・前掲）^{（五五頁以下）}。

しかし、私はかかる主張に賛成できない。一つには、法は本来正義の実現を目的とするものであるから「良き法律家は良き隣人」であらねばならない。法の実現すべき正義は社会生活における正義である。悪しき隣人であるのは実は誤つた法の解

釈をふりまわす悪しき法律家であるにすぎない。二つには、かかる法諺が強調される原因は、国民一般の法意識が実体法に内在する近代的法理念からあまりにも遊離している点に求められる。法意識が高いということは法を知つてゐるということではなく、国民の社会生活における行為の準則が法規範により近いということを意味するのである。

かくして実体法は第一次的には行為規範であると考えるべきである。行為規範であるから裁判を離れても妥当する。訴訟以前、訴訟外にも実体的法律関係は具体的に存在する。しかして、行為規範たる実体的法律関係は実体的原因なしには形成せられないはずである。訴訟上の和解においても亦しかりである。

仮りに裁判規範説を肯定するとしても事情は変らないであらう。実体法と訴訟法とが別個のものである以上、実体法上の行為により裁判規範たる実体法が実体的法律関係として具体化されていらない限りそれは裁判を通して行為規範たりえないはずである。実体的効果の発生は本来実体的事由にもとづかねばならない。

さらに、権利乃至法律関係が裁判以前にあつては仮象的存在であるにすぎないのが、裁判により具体的実在となると主張される。この主張は第一に権利の存在と認識の混同であり、第二に仮りにそうでないにしても、裁判が権利を實在たらしめるのは裁判が実体法によつてゐるからである。実体的原因なしに実体的法律効果は裁判により實在化せしめられえないといえよう。訴訟上の和解の場合亦しかりである。

次に第二の反論について検討しよう。訴訟上の和解は実体的和解を含まないが、法が特に規定を設け確定判決に準じこれに実体的効果を与えたと考えるためには、そう理解する必要性が論証されなければならない。判決の場合判決以前に行爲規範たる実体的法律関係が客観的に存在しこれを確認するため、あるいは判決が裁判規範たる実体法にもとづきなされるため、それが行為規範たりうるのである。しかし和解を純然たる訴訟行為と解すると判決の場合と事情が異つてくる。そこでは実体関係は変動することなく訴訟の場においてのみ妥当する行為規範が確定乃至形成されるにすぎないとする第三の反論を是

認するか、和解以前には実体的法律関係が具体的に存在せず和解により始めて実在化されると理解して第一の反論を是認する以外に第二の反論の成立する余地はないように思われる。第一の反論の成立がたいことは既に述べた。そこで第三の反論について検討してみようと思う。

私は今ここで既判力の本質論・作用論を詳細に展開することはできない。初期の実体法説に対する批判として登場した初期の訴訟法説は、既判力を実体的法律関係とは全く無関係に同一事件につき後訴裁判所に作用する同一裁判をなすべき訴訟法上の拘束と理解した。既判力本質論が本来既判力の根拠を示すべきであるにもかかわらずこの見解が既判力の作用の説明に終始した点で本質論としては不十分なものと批判されている(三ヶ月・前掲)。そこで新しい訴訟法説は、既判力の根拠を一事不再理の要求・紛争解決の一回性の要求に求めることによつて旧訴訟法説の欠陥を克服せんとした(三ヶ月・前掲)。かくて新訴訟法説は既判力の根拠の明確化に努力を払つたが、その作用の説明においては初期の訴訟法説ほど明確ではない。私は既判力の本質は正しさの担保と(正しさの担保に既判力の本質を求める見解として、伊)一事不再理との調和という点に求められるべきであると考え。既判力の作用はかかる本質から当事者間に行爲規範を終局的に確定乃至定立する点に求めらるべきで、右規範の通用性は訴訟の場に限られない。右規範の通用性をいかなる意味においても訴訟上争いえなくなる以上既判力は反射的に実体的効力をも含むものとみられる(実体関係が変動されたから後訴の裁判所を拘束すると考えるのではなく、逆に訴訟上いかなる点で、実体法説とは異なる。なお、高根・既判力)。かくして私は新・旧訴訟法説には必ずしも賛成できないし(既判力の本質についてと関連して別稿で、実体法と訴訟法の相互関連性を全く遮断してしまうことにも賛成できない。したがつて訴訟上の和解についてその通用力・妥当性(既判力を否定する場)を訴訟の場へのみ限定し、訴訟上の和解それ自身が実体的法律関係に何の影響をも及ぼすものではないとすることに賛成しがたい。

かくして私は和解の法的性質論として訴訟行為説をとることはできないと考える。

む す び

かくして、私は、訴訟上の和解は訴訟内で裁判所の面前で締結される実体的和解と裁判所によるその確認・公証行為とからなると考える。

裁判所の面前で締結される実体的和解は訴訟上の和解の要件である。ここに要件とは成立要件か効力要件かそのいずれかは問題である。この点訴訟上の和解の効力を論ずるに際し稿を改めて取上げる予定である。結論的にいうと以下のごとくである。訴訟上の和解の訴訟法上の効力は裁判所による実体的和解の確認・公証を原因として発生する。実は有効な実体的和解が不在でも、形式的には裁判所により有効な実体的和解の確認・公証がなされねばならぬという点でそれは成立要件である。しかし有効な実体的和解の不在にもかわらず裁判所がこれを確認・公証した場合でも訴訟上の和解は成立する。しかしその場合実体的和解の不存在乃至瑕疵は訴訟上の和解の訴訟法上の効力に影響を及ぼす（影響の対象たる効力——既判力・執行力——別訴によるか旧訴訟行によるか——等）（一部か——影響の程度——無効・取消——、影響の方法）。その意味では効力要件である。

またここにいわゆる裁判所の確認・公証行為は裁判の形式でなされるものではない。裁判所が和解に関与し、形式的に適法な実体的和解の存在を確認し、和解調書の作成を命じ裁判官がこれに署名捺印することによりこれを公証するのである。