

Title	訴訟上の和解と私法行為説・形成力：横槍的和解論補説
Sub Title	Rechtsnatur des Prozessvergleichs als materielles Rechtsgeschäft
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2013
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.86, No.10 (2013. 10) ,p.71- 77
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	研究ノート
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20131028-0071">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20131028-0071</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.

# 訴訟上の和解と私法行為説・形成力

——横槍的和解論補説——

石川 明

- 一 問題の提起
- 二 私法行為説への批判
- 三 形成力説
- 四 結語

## 一 問題の提起

訴訟上の和解の法的性質論として、日本において両性説（ドイツの通説）、併存説（新併存説も含めて）が圧倒的に多い。私が最初のモノグラフィである「訴訟上の和解の研究」

（昭和四一年刊）において私法行為説を発表したが、今日では、私法行為説をとりながら法的性質論は無用であるとする見解をとるのは新堂幸司「新民事訴訟法第五版」三七四頁である。新堂説は、「しい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つ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。しかし、いずれにしても性質論自体は実益のある議論ではない」とされているのである。法的性質論は実益のある議

論ではないとされている点を勘案すると、新堂説は消極的

私法行為説とも称してよいように思われる。しかし性質論の消極性という点を別にすれば、その説くところは訴訟上の和解の性質論に関する限りは私見と表現は少々異なるものの実質的には同じことを述べているように私には思われるのである。新堂説が、私法上の和解があり、「その内容及び効力が裁判所により確かめられ調書に記載される」という点についていえば、私見となら異なるところが無い（この点で、拙稿「訴訟上の和解―横槍的視点から―」判タ一三九三号第三章、第四章参照）ように思われるのである。私見は、訴訟上の和解にあつては、私法上の和解を裁判所が調書作成という形で公証するとしているのであり、そこでは当事者の行為としては私法上の和解があり、それを裁判所が公証するというのは、まさに新堂説のいう「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」によって訴訟上の和解の効果が付与される」という説明と同一内容のものではないかと思われるのである。というのは、新堂説にいわゆる「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」ということは裁判所が訴訟上の和解における私法上の和解の確認であり調書の作成が公証に該当することになるのではないかと考

えられるからである。

加えて一言書くとすれば、私法行為説によれば、訴訟上の和解の実体は私法上の和解であるから、訴訟上の和解は形成的行為であり、その実体的形成行為を裁判所が調書によって一種の公証をするのであるから、訴訟上の和解の実体的効果は調書の作成により訴訟上の効果つまり、訴訟終了効、執行力に加えて形成力をもつ（一般には既判力の有無が問われるのであるが、既判力ではなく）ことになるのである。これらの点については、前掲拙稿を参照されたい。

## 二 私法行為説への批判

訴訟上の和解の訴訟終了効を私法行為説をもつては説明できないのではないかという批判がある。すなわち、何故単なる私法上の和解契約の確認と公証が訴訟終了効をもつのかという点について私法行為説をもつては説明しきれないという批判である。（松本博之「上野泰男「民事訴訟法第五版」四九二頁および小島武司「民事訴訟法」五八二頁を参照）。この点については、前掲拙稿に私法行為説の立場からの反論をしておいた。

松本・上野・前掲「民事訴訟法第五版」四九五頁は私法行為説について、私法行為が何故訴訟終了効をもつのか説明していないとの批判を次のように展開されている。

「この見解によれば、訴訟上の和解は純然たる民法上の和解契約であり、その要件は民法によって規律される。したがって、意思表示の瑕疵に関する民法規定も当然に訴訟上の和解に適用されることになる。問題は、訴訟上の和解の訴訟終了効の説明について生じる。私法行為説は、訴訟上の和解が訴訟終了効をもつことを認める (*Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozesses*, 9. Aufl., 1961, §128 2)。しかし、訴訟上の効果をもつ私法行為というのは、概念矛盾である。そこで、訴訟上の和解を「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」とものと解し、訴訟上の和解の訴訟終了効はこの確認・公証行為に基づいて発生するという見解がある (石川・前掲「訴訟上の和解の研究」五頁、二四～二五頁)。しかし、訴訟終了効は当事者の意思に基づくというべきであるし、単なる私法上の和解契約の確認・公証がなぜ訴訟終了効をもつのか、その理由をこの見

解は説明していない。裁判所が私法上の和解契約を確認するに過ぎないのであれば、この和解契約の内容通りに判決をすべきだからである。やはり、訴訟終了効の基礎は当事者の行為に求められなければならない。」

たしかに両性説・併存説によれば、当事者間に訴訟終了の合意ないしその側面があると説くのであるから、この点からみて訴訟上の和解の訴訟終了効は十分に説明可能である。しかしながら、私法行為説には訴訟終了の合意という側面がないからといって、訴訟終了効が生じえない、とすることはできない。私法行為説によっても訴訟終了効は十分に説明できるのである。

例えば両性説によると訴訟上の和解は、私法上の和解 (私法行為的側面) と訴訟終了の合意 (訴訟行為的側面訴訟行為) とがあり、後者が訴訟終了効を理由づけると説き、前者のみで、単に私法上の効果が発生するにとどまり、訴訟終了効という訴訟上の効果は発生しないのではないかという批判である。前掲拙稿における主張は以下の通りである。すなわち、裁判所の主導があつて和解が成立する場合は当然のことであるが、裁判所の主導がなくても当事者間で自主的に私法上の和解を成立させてこれを裁判所に報告

し裁判所の和解調書作成の申立をした場合、裁判所は当事者間の法的紛争が消滅したのであるから本来ならば法的紛争なき訴訟として訴却すべきところ、それでは紛争の実体的解決にならないので民訴法二六七条が確定判決と同一の効力を認めたものである。訴訟終了効はこのようにして認められたものであり、私法行為説を前提にしても説明できないものではないのである。

かように考えるならば、訴訟終了の合意という当事者の訴訟行為がなくても、私法上の和解が訴訟手続内で成立すれば訴訟を終了せしめるものと考えるべきなのであろう。この点についての私見は、前掲拙稿第4の(2)を参照されたい。むしろ訴訟行為を認めるとすれば、和解の内容を確認し調書の作成を申立てる行為中に訴訟行為性を認めるべきなのではないかと思われる。訴訟上の和解に訴訟行為的側面を認めるとするならば、訴訟終了の合意ではなく、むしろ、当事者の裁判所に対する和解の構成要素として実体的側面すなわち私法上の和解の成立の承認と調書作成の申立にあるとみるべきなのであろう。両性説のように訴訟終了の合意に訴訟行為性を認めるのであれば、右の申立すなわち、私法上の和解の成立の承認と調書作成の申立の訴訟行為性は不要ということになるのであろうか。かかる

訴訟行為があつてはじめて裁判所は和解の成立の承認と調書作成をすることになるのではないかと思われる。ただ一般には裁判所は特段にそのような申立行為(訴訟行為)を必要とするとはしていないことは周知のとおりである。そうであるとすれば、一般の見解によれば、私法上の和解の成立という私法行為のみがあれば訴訟上の和解は成立しあとは裁判所の承認と調書作成という裁判所側の行為は残るにしても当事者の和解成立の承認と調書作成の申立という訴訟行為は不要ということになってしまふのであろう。

いずれにしても既述の論理からすれば訴訟終了の合意を介在させる論理的必要性は必ずしも存在しないのではないか。それがなくても訴訟終了効は当然にでてくるという説明は可能なものと考えるべきであるように思われるのである。

裁判所は和解内容に沿った判決をすべきであるとの見解に対しては、和解手続のなかに判決すべき十分な手続保障があるか否かが問題となる。

### 三 形成力説

一、和解の既判力肯否論が問題になるのは当然のことな

から、民訴法二六七条の「確定判決と同一の効力」という文言に由来する。既判力論の発想の原点は、訴訟上の和解に含まれる私法上の和解を、和解の申立<sup>11</sup>裁判所の承認<sup>12</sup>調書記載により確定するという発想がその根底にあるものと思われる。換言すれば訴訟上の和解に含まれる私法上の和解を民訴法二六七条により既判力をもって確定するという発想がある。しかしながら私法上の和解が調書の記載によつて訴訟上の和解として効力を發揮するのは和解調書作成の時である。それ迄は和解は単なる私法上の和解にとどまり訴訟上の和解は成立していない。そのように考えると私法上の和解はあくまでも法律関係を形成するものであるから、その形成力は訴訟上調書の記載によつて発生するものであつて、私法上の和解と調書に記載するまでは私法上の和解は単に私法上の形成効を伴うにとどまり、訴訟上の形成効をもたず、調書の記載により私法上の和解の形成効が確定判決と同一の形成効をもつようになるというべきなのである。このようにみると、訴訟上の和解に既判力を認めるというのは誤りであり、調書の記載によりはじめて訴訟上の和解は訴訟上の形成効をもつとみるべきなのである。問題は、この訴訟上の形成効の不可争性があるか否かということなのである。

仮りに、私見とは異なり、通説の見方に従つて和解により私法上の形成がなされ、その実体的形成の結果が調書の記載により既判力をもって確定されると考えるならば、訴訟上の形成力は調書の記載以前に成立していることになる。このような考え方は民訴法二六七条の文言に反することになるのである。

このような考え方からすれば、旧民訴法二〇三条、現行民訴法二六七条の文言である、調書の記載が確定判決と同一の効力を有するとの表現は、既判力肯否論と整合性がないうということになるものと思われるのではないか、との疑問が生じてくる。

旧・旧民訴法には旧民訴法二〇三条、現行民訴法二六七条のごとき規定はなかつた。それはドイツ民訴法になつたものであつた。ここでは訴訟上の和解は訴訟上の効力として執行力と訴訟終了効力しかなく、既判力はそもそも認められていなかった。わが国の旧・旧民訴法の下で訴訟上の和解に既判力があるか否かが問題になつたが、それは既判力という文言を調書内容の不可争性の有無の問題ととらえたため、不可争性なら既判力の有無を問うという短絡的な考え方に走つたからではないのかという推論ができるように私には思えるのである。このような考え方が正しいと

確信をもって断言する材料を今私が持っているわけではないが、この点についてなんらかの資料があれば筆者としては非御教示をお願いしたいと考えている。現在のところこの点の私見は単なる推測にすぎないことを告白しておく。

旧・旧民訴法の下では、現行民訴法二六七条、旧民訴法二〇三条の「確定判決と同一の効力」という規定はZPOにおけると同様なかったのだから、そもそも既判力論を問題にする余地はなかった筈なのである。既判力がないことは当然の理であつたのである。旧・旧民訴法の下では訴法上の和解においてもその実体的側面は私法上の和解にすぎないのであるからZPOの解釈同様に、和解の私法上の瑕疵は主張できるとどまると解することが自然の理だったのである。したがって、裁判所が旧・旧民訴法の下で既判力の有無を考えたこと自体が誤りであつたといえるのではないかと私は考えている。わが国の旧・旧民訴法の下で立入ってはいけない迷路にわざわざ路をつけて迷い込んでしまったという感を私は強くしている。現にRosenberg/Schwab/Gottwald 17版においても、訴訟上の和解の説明のなかで、ほんの数行しかも小活字で既判力なしとの説明をしているにすぎない。

二、訴訟上の和解についてわが国では既判力肯定説があり、それが有力説になつていたのであるが、既判力の根拠を考えた場合、これまでも反対説が主張してきたように、この説にはそもそも無理がある。既判力は手続保障があつての効力である。

私はかねてより併合和解を例にあげて、訴訟物のほかそれ以外の法律関係を併合する和解もあるし、第三者が参加する併合和解もあり、その対象となる法律関係や第三者は無限に拡大される場合があるが、そのように併合和解について既判力を認めるとすれば、既判力の主観的、客観的範囲が無限に拡大する場合があるとの危惧を主張してきた。この種の併合和解において訴訟物以外に併合された法律関係のすべてについて既判力を認めるだけの十分な法律関係・和解弁論がなされるといえるであろうか。それではそのような著しく拡大された併合和解の部分については既判力を認めない、すなわち本来の当事者間の本来の訴訟物についてのみ既判力を認め、それ以外の当事者、それ以外の法的請求については既判力を認めないとして区別する理論構成は困難であるし、現実問題としてその区別は困難である。和解は合意なのであるから、いくら参加者が多くても、合意がすべての瑕疵をクリアするということはできない。

三、裁判所が訴訟上の和解の成立について多大の労力を払っているのに「確定判決と同一の効力」から既判力を排除することは背理であるという主張がよく実務家サイドからなされている。この議論は一見説得力があるようにみえる。

たしかに一般的にいえば裁判所は和解の成立に多大な労力を使っているといえるであろう。しかし、和解といっても極めて多様である。裁判所サイドから見れば、多大の労力をかけた結果とし和解が成立したという場合も多々あるであろう。そのようにして成立した和解が既判力なしといわれ、合意を覆されたのでは、その成立にいたる裁判所の努力は何であったのかと嘆く気持ちもわからないではない。しかし和解の成立の過程は多様であって裁判所の手間のからない当事者主導型の和解もないわけではない。またその中間に多様な型の和解があるであろう。私自身裁判所主導型と当事者主導型の割合について調査したわけではないので、確たることはいえないが、すくなくとも既述のごとく二つの型がある以上和解にかけた裁判所の労力を一律にとらえることはできないのではないかと思う。

再審事由が民訴法三三八条により極めて制限されているのも判決手続における手続保障があるためであって、前記

のように和解における手続保障は判決手続における手続保障と必ずしも同等というわけではない。そのために和解に既判力を認め瑕疵の救済は再審に限るといつながりでは、瑕疵の主張が著しく狭くなり不当であるとの批判がでてくるのは当然である。

#### 四 結 語

私法行為説を採用した場合の訴訟終了効の説明や民訴法二六七条の「確定判決と同一の効力」を既判力ではなく形成力であるとする私見に対してはかなりの批判が予想される。私としては大いに批判をして頂き、再考する必要がある。私としては大いに批判をして頂き、再考してみたいと考えている。