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

Title	訴訟上の和解の新併存説
Sub Title	Neue Doppeltatbestandstheorie: Die Diskussion über die Rechtsnatur des Prozessvergleichs
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.12 (2013. 12) ,p.33- 42
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	研究ノート
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20131228-0033

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.

研究ノート

訴訟上の和解の新併存説

石川　明

Ⅰ　序　説
Ⅱ　新併存説の主張と評価
Ⅲ　結　語

Ⅰ　序　説

訴訟上の和解の法的性質については、訴訟行為説、私法行為説を両極にして、その間に両性説、併存説があり、これらのうち私見は拙著「訴訟上の和解の研究」（昭和四一年）以来変ることなく今日にいたるまで私法行為説を貫いている。しかしながら、本稿では仮に両性説や併存説に限ってその優劣を考える場合いずれを採用すべきかという点について論じてみた結果として併存説が正当であるとの論旨を展開したのである。当然のことながら、両説を比較した場合ドイツの通説である両性説より併存説をとるべきである旨を説いたのであって、私見が私法行為説であることに変りはないことは読者に承知していただきたい。

Ⅱ　新併存説の主張と評価

1　序　論

近時わが国では両性説より併存説が多数になりつつあり、併存説も若干変様して新併存説が提唱されている。そこで、本稿ではまず新併存説を提唱された山本和彦教授の見解を検討してみたい。

山本説は鈴木正裕・青山善充編「注釈民事訴訟法(4)裁判」の四七八～四七九頁（以下頁数は原則として同書の頁数である）にかけて新併存説を展開されている。以下同教授の説明を順次紹介し、私見を述べてみたい。新併存説といわれる山本説は伝統的併存説とは異り併存説を前提としつつ若干両性説寄りの箇所が認められる点に新併存説といわれる由縁がある。順次山本説の文章を引用しつつ私見を述べてみたい。なお本稿では山本説については前掲書をベースにする。また新併存説をとる体系書としては伊藤眞「民事訴訟法4版4訂版」四二九頁、兼子一ほか「条解民事訴訟法第二版」一四七五頁（上原）がある。

2　訴訟終了効の本質性

四七八頁に和解における訴訟終了効について以下の記述がある。

「少なくとも訴訟終了効はその本質的効果であり、法が特に付与した構成要件的効力と見るべきであろう。また、要件についても訴訟上の要件は重視されるべきである。」

訴訟終了の合意がなくても裁判所が関与して当事者間に私法上の和解が成立すれば、裁判所としては当事者間に紛争が不存在になったことが明白であり訴えの利益なきものとして本来ならば訴えを却下すべきところ、せっかく訴訟上の和解により紛争を解決しその消滅をきたしたのであるから、その効果を尊重し確定判決と同一の効果を与えたものが民訴法二六七条の規定とみるべきではないかと考えるというのが私の私法行為説の考え方であることはこれまで随所で述べた。執行証書は公証人が作成したものであるにかかわらず執行力を与えているが、訴訟上の和解にあっては、裁判所が関与して成立したものなのであるから訴訟係属を前提とする和解の紛争解決的効力を訴訟終了の合意がなくても訴訟上訴訟終了効を与えることに不思議はないものと考えるのが私見である。訴訟終了効はこの点から民訴

法二六七条がなくても当然に与えられる効果である。仮にドイツ民訴法（以下ＺＰＯという）におけるように日本民訴法二六七条のごとき規定がなくてもまた訴訟上の和解に関して当事者間の訴訟終了の合意がなくても実体的紛争の解決がある以上論理上必然的に訴訟終了効は与えられてしかるべき効果であるとみてよいであろう（民訴法六八条）。この点については拙稿「訴訟上の和解―横槍的視点から―」判タ一三九二号（本稿校正時未刊）参照。

しかし私法行為説によれば、訴訟終了効を正面から訴訟終了の合意を介在させてこれを認めるという理論構成をする必要はなく、訴訟上の和解に含まれる訴訟上の紛争の解決すなわちその不存在から論理必然的に帰結されるならば、訴訟終了契約の存在を敢えて想定する必要までもないというべきなのではないかと考えるのが、私法行為説の立場なのである。すなわち、訴訟終了の合意を介在させることを本質的に必要としなくても私法上の和解により訴訟終了効が出てくるのであれば、訴訟終了効の根拠として、訴訟終了契約の存在を介在させる理論的必要性に欠けるのではないかというのが私法行為説の立場なのである。なおわが民訴法においては、二六七条の規定がなくても（ＺＰＯには直接訴訟終了効を定めた二六七条のごとき規定はないが、訴訟終了効の存在を間接的に定めた規定はある）和解費用に関する六八条その他の諸規定がある。六八条は間接的に訴訟終了効を定めているものとみることができる。問題は訴訟終了効の理解の仕方ないしは存在意義をどうみるかという問題なのではないかと考える。換言すれば訴訟終了効を訴訟上の和解の直接の本質的な効力とみるか否かという点に帰着する。和解の場合、紛争が消滅したから訴訟を終了させるのであって、当事者間に訴訟終了の合意があるから訴訟を終了させると解する必要はないのであるから当事者間の訴訟終了契約の存在を介在させる必要はないのではなかろうか。

和解により訴訟を終了せしめるという効力は訴訟終了の合意を介在させなくても十分に可能なのであるから、わざわざ両性説、併存説を採用する必要はないように思われるのである。

3　和解の本質論の効用性

次に山本説には四七八頁に和解の法的性質論の非効用性について以下の記述がある。

「訴訟上の和解の法的性質論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、その意味ではあまり実益のない議論であるという点であるとされている。なお和解の法的性質論の効用について消極説をとるものとして新堂「新民事訴訟法第5版」三七四頁、高橋「重点講義民事訴訟法上巻第2版」七六〇頁が挙げられる。」（なお高橋説の引用は新刊行物に変えてある）

法的性質論が実際の取扱いに影響しないというと、その重要性が否定されることはよくあることである。具体的運用面での相違がでてこないにもかかわらず抽象的に性質論を論じることの意味が問われるのである。その論理がわからないわけではない。例えば私法行為説をとると、訴訟上の和解の本質は私法行為であるから、その有効要件として当事者に民法上の行為能力があればよく、訴訟能力を必要としないことになるが、しかし訴訟行為説、併存説、両性説によれば訴訟終了の合意は訴訟上の行為であるないしそれを含むのであるから当事者は訴訟能力を必要とするという相違がでてくると説かれる。両性説や併存説によればそもそもは相互に異る私法行為的側面と訴訟行為的側面とが双方の効力相互に無関係なのかあるいは双方の行為間に影響しあうのか否かという点、すなわち相互依存の関係にあるのか否かという問題の結論に影響するという観点から分けられたものであって、両行為の関係が異ってくるという意味をもっていたはずである。単に行為が一つか二つかという観点のみから分けられたものとは考えられないのである。加えて訴訟行為説は私法行為を含まないことになる。このようにみてくると、和解の法的性質論は単に和解をめぐる諸問題に一定の解答を与えるものではないとは言いきれないと私は考えている。

4　新併存説の立場

現に山本説も次のように述べている。

「併存説は、訴訟上の和解の訴訟行為の部分と実体契約の部分とを独立して扱い、一方の無効を必ずしも他方に拡張しない解釈を可能とする。もちろん併存説によっても一定の場合には、なお完全な独立性を認めず、一方の無効が他方の無効をもたらすなど一定の牽連性を認める余地はある」（四七九頁）

ここで山本説は「併存説は、訴訟上の和解の訴訟行為の部分と実体契約の部分とを独立して扱い、一方の無効を必ずしも他方に拡張しない解釈を可能とする」とされるのである。もともと本来併存説は両者を分断する、すなわち相互関連性を断絶する目的をもって提唱されたものであろう。訴訟終了契約は瑕疵があっても有効な私法上の和解に影響しない。訴訟終了契約が無効でも私法上の和解が有効であれば訴訟は終了しないものの私法上の和解は有効であるから、訴訟上の和解は成立しないのではあるが、実体的紛争は消滅するので訴は訴訟要件を欠き不適法として却下されることになるか、あるいは和解にそった判決をすることになる。これに反して私法上の和解契約が無効であっても訴訟終了契約が有効であれば訴訟上の和解は成立しないものの抽象的訴訟終了契約があり、抽象的訴訟終了契約の効力いかんという問題が生じてくることになる。あるいは抽象的訴訟終了契約は残るが、当事者としてはそれを解除して訴訟を続行することも可能になる。このような意味で、併存説は訴訟上の和解に含まれる私法行為と訴訟行為とは相互に影響を及ぼすことが原則としてないという理論構成が可能になる。

山本説は一方で「もちろん併存説によっても一定の場合には、なお完全な独立性を認めず、一方の無効が他方の無効をもたらすなど一定の牽連性を認める余地はある」とされる。しかしそれは私法上の和解の無効、取消等の瑕疵を訴訟終了契約の無効性の要件とする、あるいはその逆の場合等もありうることを想定してのことであろう。本来の併存説は両行為が特段の事情なく当然に影響を与えあうということは原則としてないと考えるべきなのであろう。

そのように考えると両行為併存説は特段の事情なき限り両行為が相互に無関係であることを前提とした考え方といってよかろう。

5　山本説の「新」併存説的意味

山本説はさらに続けて以下のように述べている。

まずはじめに「併存説は、訴訟上の和解の訴訟行為の部分と実体契約の部分とを独立して扱い、一方の無効を必ずしも他方に拡張しない解釈を可能にする。」（四七九頁）として併存説の意味を評価している。これに続けて

「しかし、重要な点は、併存説によって、初めて両者を切り離して考察する余地ができるということである。例えば、実体上の和解の部分が無効であるときに、訴訟

行為としての効果が生き残ることがあるか（和解に瑕疵があるときも訴訟終了効が残るかなど）、訴訟上の和解としての効果が認められないときに、実体的和解契約として有効とされる余地があるか――中略――といった問題について、そのような可能性を完全に否定してしまうことには躊躇を感じる。もちろん訴訟行為の無効が実体行為の意思表示に錯誤を生じさせ、実体行為も無効となる場合などは考えられるが、常にそのような牽連性を認めるべきであるとも言いがたい。しかるに、両性説によりながら、両者を切り離して取り扱うような理論構成は、それが行為として一個であることを大前提としている以上、苦しいものとならざるをえない。その意味で、併存説によって、柔軟な処理の余地を広く残しておくのが適当ではなかろうか。」（四七九頁）

とされるのである。

以上の山本説の併存説に対する評価および疑問は、私法行為と訴訟行為とを分けて扱う併存説のなかでどの程度まで両者の牽連性を認めるべきなのか、あと少々の具体例の摘示が望まれるところであるように私は考えている。学説が併存説、両性説を否定した意味は、本稿4で述べたとおり厳格に解すべきで、さもなくば併存説、両性説を区別する論理的意味が失われるように思われてならない。

6　訴訟上の和解の訴訟終了効の説明

民訴法二六七条のいわゆる「確定判決と同一の効力」に執行力とともに訴訟終了効が含まれることに問題はないが、ここに既判力が含まれるか否かについては周知のとおり見解が対立している。今私がここで問題にしたいのは訴訟終了効である。日独双方の訴訟法学はその根拠を和解の当事者間の訴訟終了の合意に求めている。勿論ドイツでは日本民訴法二六七条にみられるような和解の効力を総括的に定める規定がない。日本の民訴法は「確定判決と同一の効力」として和解の効力を総括的に定める規定があるので、ここに訴訟終了効が含まれると考えられていることは周知のとおりである。

これらの規定が訴訟上の和解に訴訟終了効が存する旨の規定であるといわれている。日本民訴法についていえば二六七条の規定がなくても、民訴法六八条がそれを定める明文の規定に加えられるということになるであろう。すなわち和解の訴訟終了効は二六七条および六八条で規定されているということになる。したがって日独両民訴法において

条文上訴訟上の和解に訴訟終了効の存在を直接明規した旨の規定があり執行力があることも二六七条と同時に民事執行法二二条七号によって、明文を以て規定されているのである。

問題はその条文上の根拠をいかに説明すべきかという点にある。ドイツではその根拠を両性説ないし併存説によって、訴訟上の和解に含まれる訴訟終了の合意という訴訟行為に求め、私法行為説をとる私の立場からは訴訟上の和解に含まれる私法上の和解＝法的紛争の消滅＝訴却下でなく紛争解決性を尊重した訴訟終了という経路で説明する。このような説明をすると私見の私法行為説の場合でも訴訟終了効の説明は十分に可能なのである。この点拙稿前掲判タ論文を参照されたい。

7　両性説か二行為併存説か

両性説か併存説かを考える場合行為の個数を決める基準は何かという問題がある。私見は訴訟上の和解について私法行為説を採用しているので、一行為両性説をとるか、あるいは二行為併存説を採用するかという問題は生じない。訴訟行為説を採用した場合にも私法行為説をとったと同様に行為の個数は問題にならない。

今私の私法行為説はとりあえず脇に置いておき、仮に両性説あるいは併存説のいずれが正当かという問題について論じておきたい。

行為の個数が問題になったのは、実体的効果と訴訟的効果を切り離すか否かという点にあったものと思われる。すなわち両性説によれば行為は一個であるから、和解に含まれる私法上の和解の無効は訴訟上の和解の無効に影響して訴訟終了効の無効をもたらす。訴訟終了効の無効は、私法上の和解の無効をもたらす。要するに訴訟上の和解に含まれる訴訟行為を私法行為とは効力の面で相互に関連しているものと解することになる。これに反して、併存説では訴訟上の和解に二つの行為すなわち私法行為と訴訟行為がそれぞれ別個の行為として併存しているのであるから、訴訟行為である訴訟終了の合意は、私法上の和解の無効をもたらさない、また逆に私法上の和解の無効は訴訟終了効に影響しないということになる。併存する二つの行為は相互に効力の点では無関係ということになる。併存説、両性説はこのように効果面で具体的相違をもたらすから、両説を区別する意味をもっていたのである。

もっとも両性説を前提としながらＺＰＯの解釈としては一般に訴訟行為の無効は私法上の和解の無効をもたらすも

のではないという見解もないわけではない。この点では両性説をとっても併存説をとっても効果は同じであるということになる。換言すればその限りで両性説は併存説に近づいているといえようか。

これに対して併存説を採用する山本説は、以下のように述べている。少々長いが正確を期する意味で以下に引用する。すなわち、山本説は原則的に併存説を採用しつつ、両行為が全く相互に無関係と考えると妥当性を欠く場合があるとして、場合によっては影響をもたらすこともあるという。これを新併存説と呼んでいるようである。

「したがって、訴訟上の和解は実体・訴訟の両面を帯有する行為と見るのが素直であり、従来の通説である③併存説または④両性説のいずれかの見解が妥当である。そのうちいずれの説によるべきかと言えば、以下のような理由により、③併存説を適当と思料する。すなわち、訴訟上の和解の私法行為としての側面と訴訟行為としての側面とは相互に相当性質を異にすると見られる。まず、私法行為としての和解は完全に当事者間の行為であるが、訴訟行為としては裁判所が関与する一種の三面的行為となる。裁判所の役割は決して消極的なものでなく、釈明権の行使等積極的行為が求められることも多い。また、訴訟行為としての和解の側面においては、その手続的規制が重要になってくる。このような両者の性質や要件の違いを前提とすれば、両行為に独立性を認めるべき場合がないとは言えないであろう。この点でまさに併存説は、訴訟上の和解の訴訟行為の部分と実体契約の部分とを独立して扱い、一方の無効を必ずしも他方に拡張しない解釈を可能とする。もちろん併存説によっても一定の場合にはなお完全な独立性を認めず、一方の無効が他方の無効をもたらすなど一定の牽連性を認める余地はある。しかし、重要な点は併存説によって初めて両者を切り離して考察する余地ができるということである。例えば、実体上の和解の部分が無効であるときに、訴訟行為としての効果が生き残ることがあるか（和解に瑕疵があるときも訴訟終了効が残るかなど）、訴訟上の和解としての効果が認められないときに、実体的和解契約として有効とされる余地があるか（この点を否定するのは、広島高判昭三三・一〇・二一高民一一巻九号五四五頁。この点を肯定するのは、広島高判昭四〇・一・二〇高民一八巻一号一頁。この問題につき、高橋・前掲論文七七頁以下参照）といった問題について、そのような可能性を完全に

否定してしまうことには躊躇を感じる。もちろん訴訟行為の無効が実体行為の意思表示に錯誤を生じさせ、実体行為も無効となる場合などは考えられるが、常にそのような牽連性を認めるべきであるとも言いがたい。しかるに、両性説によりながら両者を切り離して取り扱うような理論構成は、それが行為としては一個であることを大前提としている以上、苦しいものとならざるをえない。その意味で、併存説によって、柔軟な処理の余地を広く残しておくのが適当ではなかろうか（ほぼ同旨、兼子＝松浦＝新堂＝竹下・条解七一五頁）。以上のような考慮から、ここでは併存説を支持しておくことにしたい。」

要するところ山本説は両性説で相互に効力の依存関係まで完全な形で認めるのは行き過ぎでこれを採用できないが、併存説をとりつつ全て両者の依存関係を断ち切るのではなく、両者の依存関係を場合によってはこれを一部残すというのであるから少なくとも取扱上は両性説と併存説の折衷的取扱いということになるのであろう。

ＺＰＯの解釈としては両性説を前提としながら、訴訟終了の合意という側面が無効でも、既述のとおり私法上の和解が有効要件を具備していれば私法上の和解としては有効であることを認めるとすれば逆にその限りにおいて併存説に近くなっているという面がある。この点ではＺＰＯ下での両性説も逆に両性説の立場からの折衷説への歩み寄りをみせているといえよう。折衷的両性説というべきであろうか。

私見は私法行為説であるから、そもそも訴訟行為的側面を認めるものではなく私法上の和解が有効であれば、訴訟終了の合意はあってもなくてもこの点に関係なく私法上の和解が有効要件を満たす限りこれを有効なものと認めるべきものと考えている。私見はさておいて山本説によればおそらく併存説を前提としつつも①私法上の和解が無効な場合には訴訟終了効を認めない、②訴訟上の和解の効果が認められない場合でも私法上の和解の効力を認めることがありうるという考え方になるのであろうか。

私は私見である実体法説から離れて、両性説・併存説のいずれを採用すべきかという点に限っていえば併存説が両性説より基本的に正しいと考えている。山本説はその理由を前掲箇所に書かれている。その点も重視すべきであろう。

唯私が山本説の前掲箇所に書かれた点すなわち和解に含まれる私法行為は当事者間の関係、訴訟行為は当事者双方および裁判所との関係という三面的関係という相違点の指

摘は正当な考え方であるものとして賛成して、次のような点を付加しておきたいと考える。およそ行為には目的、効果および要件というものがある。それらの異別性は行為を異別ならしめる。訴訟上の和解に含まれる訴訟行為と私法行為はそれらを異にするものである。かかる観点からいうと、そこに含まれる行為である私法上の和解と訴訟終了の合意は目的、効果、要件を異にするので、一個の行為の両面というのではなく、むしろそれらを二つの異別の行為として捉えるのが本筋であると考える。私見は私法行為説なのであるが、今仮に両性説か併存説かと問われれば基本的には併存説を採用したいと考えているに過ぎない。行為の個数を考える場合両性説より併存説のほうがより正当であるように私には思えるのである。

新併存説が両性説に歩み寄りをみせ、両性説が併存説に一定の譲歩をみせるとすれば、両説の対立は和解における行為の個数を何を基準として決めるかという純理論的な問題になる。ドイツの学説をみても両性説をとりつつ、訴訟上の和解が訴訟行為的側面から効力をもたない場合でも私法上の和解が成立する余地があることを認めているのである。

Ⅲ　結　語

私はこれまで私法行為説を採用し今日でもその見解は変らない。そのうえで、すなわち今私法行為説をとる私見はさて置いておいて、両性説か併存説かを問うならば併存説が正当であるとの見解を採用して、その理由を述べ新併存説について若干の論評をしたものである。