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

Title	訴訟上の和解の効用と弊害：主として那須弘平論文及び出井直樹論文を読んで
Sub Title	Übel und Nützlichkeit des Prozessvergleichs
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2014
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.87, No.6 (2014. 6) ,p.35- 45
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=AN00224504-20140628-0035

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

訴訟上の和解の効用と弊害

——主として那須弘平論文及び出井直樹論文を読んで——

石川　明

一　序説
二　訴訟上の和解の隆盛と和解積極論
三　訴訟上の和解とその他一般のＡＤＲとの関係
四　和解過程における心証形成の問題
五　和解と裁判所ないし弁護士の省力化
六　出井論文における謙抑的和解論
七　和解謙抑論の評価
八　結語

一　序説

本稿は、那須弘平著「謙抑的和解論——和解の判決手続に与える影響を中心にして——」木川統一郎博士古稀祝賀論文集『民事裁判の充実と促進』上巻（判例タイムズ社、一九九四年五月）六九二頁以下（以下、那須論文と略す。この論文は後に刊行された、那須弘平著『民事訴訟と弁護士』（信山社、二〇〇一年四月）一九三頁以下に収録。本稿の那須説引用は後者による）、および出井直樹著「訴訟

上の和解をどう考えるか」小島武司先生古稀記念論文集『民事司法の法理と政策・上巻』（商事法務、二〇〇八年八月）六三頁（以下「出井論文」と略す）を読んで私見を若干記述したものである。以下、本稿において、単に「和解」という場合は訴訟上の和解を指す。私は二〇一二年六月、拙著『訴訟上の和解――その輓近理論――』信山社（以下「石川・前掲書」と略す）を刊行した。同書は私が愛知学院大学法科大学院在職中（二〇〇六～二〇一〇年）に同大学の機関誌「法学研究」に「研究ノート」として執筆した論稿を中心に収録したものである。そこでは、近時の和解論のすべてに言及しているわけではない。時間の関係上取り上げられなかった論点も多い。今後、徐々にそれらについても私見を述べていきたいと考えている。その経緯については、石川・前掲書の序文において若干言及しておいた。そのようなわけで同書において取り上げられなかった論点やあるいは取り上げたが、それ以外の論点にも言及すべき問題点や論稿も数多い。逆に本稿の内容は、前記両論文に関連しているために、石川・前掲書と重複しているところもあることは、はじめにお断りしておかなければならない。更に同書において言及はしているものの、言及の内容が不十分で、若干なりとも補足しておきたい部分があるために本稿において改めて言及したこともお断りしておきたい。

二　訴訟上の和解の隆盛と和解積極論

1　私は石川・前掲書第1章において和解積極論を展開した。出井論文の1において私の関心を引くのは、「米国では、判決権限を有する裁判官が日本のように積極的に和解を仲介することなく、単に和解協議の機会を設けて当事者間で交渉させるか、あるいは判決権限をもつ裁判官とは別の裁判官が和解を仲介する場合が多い」とされている点である（六七頁および六九頁注5）。

私はかなり以前より訴訟担当裁判官が和解を勧試し和解手続を進めることについて反対し、この点で前記のアメリカの遣り方については大いに賛成したい（この点については、石川・前掲書第6章第2節、更に古くは「和解裁判官と訴訟裁判官の役割衝突」拙著『民事法の諸問題』（一粒社、一九八七年、後に拙著『民事手続法評論集』（信山社、二〇一三年）四〇頁以下に収録）二八九頁以下および拙稿「Dieter Leipold 教授講演「調停・メディエーション、民事訴訟」を聞いて」判タ一三八九号六四頁以下を参照され

たい）。

かつて行われていた弁論兼和解という手続があったことは周知の通りである。当該同一期日においては、訴訟における弁論がなされるのであるから、それが同時に和解手続を兼ねている以上、当該期日に行われた心証形成は双方の手続に共通のものになり、その心証は和解手続のなかでもまた判決手続のなかでも共通に形成されたものと考えても不思議はない。当該兼用期日に形成された心証は和解においてのみならず、和解不調後の判決手続においても活用できるということになる。しかし原則的にいえば、判決手続は公開、和解手続は非公開なのであるから、弁論兼和解という期日を開いて行う手続は本来違法なのではないか、と私は考えている。弁論兼和解という手続は本来違法な手続である。それは弁論手続であって、和解はこれとは区別した手続で行われるべきものである。そこに依然として、訴訟裁判官と和解裁判官との役割分担の衝突の問題は残るという考え方が正当である。弁論兼和解手続で形成された心証は弁論としても和解においても利用できるというのは、違法であり且つ便宜的な取扱いということになるであろう。

出井論文に紹介されているアメリカの遣り方、すなわち和解裁判官と訴訟裁判官は区別するという方法は合理的なものとして評価される（この点については、石川・前掲書第6章第2節）。

2　更に出井論文八八頁は、わが国の裁判官の間にかつての和解消極論から脱却して現在は和解積極論が定着しているとの指摘がある。ここで挙げられている文献としては、草野芳郎『和解技術論・第2版』（信山社、二〇〇三年六月）一四頁以下および後藤勇・藤田耕三編『訴訟上の和解の理論と実務』（西神田編集室、一九八七年一一月）二一頁以下がある。私見は石川・前掲書六頁においても和解積極論に賛成している。ただここでお断りしておきたいことがある。私見は一方で和解のもつ効用や意義を認めつつ、他方でそれに傾斜しすぎることの危険性も説いている点が単なる積極論と異なる点であることを指摘しておきたい。この点、私見は両者の中間説とでもいうべき見解であろうか。その危険性とは那須弘平氏のいわゆる「謙抑的和解論」の立場（那須・前掲書一九三頁以下）である。和解には裁判所が関与ないし主導しているだけに、場合によっては心証開示による間接強制的要素が加わる危険性があり、それが和解の任意的合意性を多少なりとも損なうことになる場合があること、その結果判決と比較して勝訴に期待した当事者に不満を残すこと（司法への不信）、そしてその

ことは国民の遵法意識を失わせかねないこと等々の論点を残していることに問題がないわけではないのである。更にいえば、和解が判決と比較して司法の負担軽減や司法の省力化、代理人（弁護士）の省力化につながることが目的化してしまうという問題性を抱えているという点も指摘しておかなければならないだろう。一方で裁判所が司法の規模を適正なところまで拡大する努力を欠きながら他方で数多くの訴訟事件の解決に向けて和解を以て対応しようとすることは、仮りにそこから若干なりとも強制的要素が加わる場合、憲法三二条の裁判を受ける権利の侵害にも関係する問題があることも指摘しておかなければならないであろう。この点はこれまでも私がしばしば指摘してきた点である。

三　訴訟上の和解とその他一般のＡＤＲとの関係

出井論文は第3節において（七〇～七一頁）、訴訟上の和解は単なる和解ではなく、判決権限を有する裁判官が仲介する点に特色があり、そこが一般のＡＤＲと異なる点であることを強調している。一般的にいえば、この相違の指摘は説得力があるといえよう。多くの学説がこれに賛同している。現実的には両者の相違の指摘は正当であると評価されよう。この点は那須論文によっても指摘されているところでもある。ただ私見としては以下の点を理念論としてその当否の検討はしておくべきであるように思う。たしかに和解にあっては判決すべき裁判官が和解を仲介するためにもっぱら和解を取扱う（和解裁判官制度を設けるなら別である。この点については、石川・判タ論文六四頁以下参照）、訴訟担当裁判官が和解においてその心証を開示することは当事者にとり和解締結につき心理的な圧力になる旨述べている。しかしその他一般のＡＤＲにあってはそのような間接強制的要素は存在しないといえよう。そして立法論としては、何よりも大切なことは和解を受訴裁判所にではなく、それを構成していない別の裁判官（別に和解裁判官制度を設けるか、あるいは少なくとも受託裁判官に委ねるという工夫）に担当させるべきであるとすれば（本稿第二節参照）このような問題は生じない。しかしながら私見によると、その他一般のＡＤＲにおいても機関が提示すべき試案、あるいは解決条項の基本は、本来則法的なものであるべきであって、これをベースにして譲歩を合理的な範囲にとどめるべきものである。ベーシックに則法性がなければならないという点では和解もその他の一般のＡＤＲも程度の差こそあれ共通でなければならないと私は考えてい

る。ＡＤＲ促進法六条では法務大臣がＡＤＲ機関の認証機関であるだけにＡＤＲ機関による紛争解決は則法性をベースにすべきであると考える。このように考えると、和解とその他一般のＡＤＲとでは則法性という点で程度の差こそあれ共通性があり、この面では両者の間に異質性がないともいえる。当然のことながら、和解は他のＡＤＲと異なり、判決裁判所が扱うだけにそれだけの心理的圧力が当事者に与えられるという相違点は認められなければならない。訴訟上の和解におけるこのような間接強制性はある程度現実問題として存在するにしても、そのような間接強制性をあまりにも強調することは誤りであるし、ＡＤＲの則法性を考慮しなければならないという側面からみると、出井説の説く両者の相違性をあまりにも強調しすぎることについては若干の疑問を感じないわけにはいかない。

その他一般のＡＤＲ機関の認証にあたり弁護士という法律家が入らないままに認証することは法律上許されないとまではいいきれないが、現実問題として特段の事情のない限り弁護士を排除した機関を認証すべきではないように取扱うべきであるように私は考えている。

強制性が和解の任意的な自主性を阻害することのないよう裁判所も代理人（弁護士）も最大限の努力を払わなければならない。この点が不足しているが故に和解の統計的事実調査の結果からみて和解当事者のなかに和解によるよりも判決をしてもらった方がよかったという数字が出てくるのであろう。この点は裁判所の殊に主要事実についての心証開示が大きく影響しているし、代理人はそれを根拠に当事者を説得する傾向があることによるのであろう。裁判所としては心証開示というよりも釈明程度にとどめるべきではないかと思う。

四　和解過程における心証形成の問題

出井論文七四頁は、和解の進行過程における裁判官の心証形成の問題を指摘している。訴訟における心証形成は公開・対席の適法な訴訟手続においてなされるべきものであるが、和解における心証形成は非公開で多くの場合交互型（対席型の場合もある）且つ無方式に行われる。そこで形成された心証が和解不成立後の訴訟の審理に影響するという懸念があるとされる（七二頁）。私が既に以前にこの点に関する疑問を呈したことは前述の通りである（本稿第二節参照）。出井論文の懸念には賛成である。

五　和解と裁判所ないし弁護士の省力化

更に出井論文は、事実的法的に困難な判断を避けようとする裁判官の省力的志向がみられることもある点を指摘している（七六頁）。裁判官の省力化が不適切であることについても私見が既に指摘した通りである。省力化するまでもなく判決はすぐにでも書けるが、判決にない和解のメリットを考慮して、敢えて和解を進める場合も勿論ないわけではない。それは省力化とはいえない取扱いである。このような場合に省力化の批判があたらないのはいうまでもないことである。しかしながらこのようなケースは例外的なものであろう。

和解は訴訟代理人たる弁護士にとっても省力化と一種の免責的効果をもつ。免責的効果というのは、当事者が本来勝訴の自信をもって訴えを提起しながら予想に反して敗訴する場合のことを考えてのことである。和解は win-win の解決というが勝訴を確信する当事者にとっては譲歩した分は loss であり、和解は実は win-loss の結果に終わることも多いが、当該当事者が和解条項について任意に合意した点に認められる代理人の免責的効果があるのである。このような場合を考えると、勝訴の自信のある当事者としては、止むを得ず和解の合意をしたが、訴訟を和解ではなく判決によって終了させたかったとの不満をもつのは当然で、それは調査の結果にも出てくること必定であると思われるのである。

このような場合も含めて、よくいわれる和解のもつメリットを否定することはできない。和解のもつメリットといわれる論点の指摘とその評価については、那須・前掲書二〇九頁以下を参照されたい。原告・被告間の人間関係の維持、上訴の手間の省力やコストの削減、裁判所・代理人の省力、それらに伴う司法コストの削減等々がそれである。しかしそれらを重視しすぎることは場合によっては司法に対する不信を招き、任意の合意性を本質とする和解の本質を損なうことになる。そのデメリットを強調しすぎることは和解消極論につながることになる。この点で特に那須・前掲書二一〇頁以下を参照されたい。出井論文七一頁が和解とその他一般のＡＤＲとの乖離的相違論として前者の手続進行者が判断者である裁判所であるのに後者はさに非ずとして両者の間に大きな差を説いていることは、現実問題として重要である。この点については本稿でも後述する。

六　出井論文における謙抑的和解論

出井論文八七頁以下は次のように説いている。この点は那須説をなぞる形になっている。「裁判上の和解の隆盛は、個別の事件について一般的な法を発見しこれを適用して裁判するという民事訴訟の本質を蝕むという危険性をはらむ。そしてそれは民事司法システム全体（ＡＤＲや裁判外の相対交渉による和解も含む）の観点から考えても、マイナスである。訴訟は、民事司法システムの核となる部分であるが、そこでの和解の隆盛とそれを支える積極的和解観の完成・定着はシステムの核が溶解していく危険性があることを意味する」と。

この点については私見は以下の通りである。民事紛争は本来それが自主的に当事者間で解決されてしかるべきものである。これが民事紛争解決の原則である。この観点からみれば、和解積極説は誤りではない。問題は司法が判決によることなく裁判所が関与して当事者に何ほどの強制的要素を伴って解決を押しつけることがあってはならないということである。和解はあくまでも当事者間の任意の合意なのである。裁判所による心証開示は和解の成立に向けての間接強制的要素をもつことがある。統計的にみても和解当事者が和解の結果に満足しないことがあり、判決をしてもらった方がよかったと感じているケースがあるというのは、歓迎すべからざる状況である。和解の成立が間接強制的要素を多少なりとも有するという限りにおいて、前記の出井説は合理性をもつことになるといってよかろう。

和解積極論については一つの別の観点を指摘しておかなければならない。訴訟の効率的処理のために司法制度や訴訟法のそれに向けた改正は必要である。しかし、これまでも私がしばしば指摘してきたところであるが、この面でいくら改革につとめてもそれには自ら限界があることはいうまでもない。重要なことは、大量の訴訟の処理に対応しきれていない小さな司法をそのままにしておくのではなく、適正規模にまでその容量を拡大することであり、それこそ司法に課せられた大きな課題なのである。その課題が現状では果たされていない。「裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律」によって各種のＡＤＲが設けられるようになり、ＡＤＲの制度が充実してきていることに意味がないわけではない。しかし、和解、調停等裁判所内におけるＡＤＲのほかその他一般のＡＤＲによる紛争の解決制度のもつ意味は認めるにしても、現在または将来の訴訟社会化

に対応するために司法の規模を適正規模へ拡大する政策を蔑ろにしておいたまま、その欠点をＡＤＲを以て補えばよいというものでは決してない。訴訟社会化への対応は司法の適正規模へという対応こそが不可欠なのである。私見はＡＤＲそのもののもつ本来的効用を否定するものではないが、訴訟制度の規模を適正化することなく、不足分をＡＤＲに逃げるということがあってはならないと考えるのである。

七　和解謙抑論の評価

那須論文は二つの観点から判決手続と和解手続の分離を説いている。第一点は以下の通りである。すなわち、「判決手続を充実させ迅速に解決するという点からみると、五月雨型期日指定も、直列方式による和解期日の指定も、和解目的での『争点整理』も、大いに問題がある。判決形成の作業の中に和解目的の作業が混入することにより、判決手続が弛緩し、判決までの期日の遷延の原因となるのである」（二〇四頁）。第二に、「和解手続中で得られた心証の判決手続形成への流用の問題はこれとはやや趣を異にするが、当事者及び代理人からの心証は口頭弁論期日の枠のなかで形成するという原則を風化させ、結局は判決手続の弛緩をもたらす点で共通する」（二〇四頁）とされる。そして更に加えて「このような弊害は判決手続と和解手続とが未分離で、ない交ぜになっていることによって生じる。両者を区別し、判決手続の純粋性と効率性を確保することが必要である」（二〇四頁）とされているのである。

新民事訴訟法の下ではいわゆる五月雨式期日指定方式は改善されたものと思われるという点では上記第一点の懸念は解消されたと思われるものの、第二点の指摘はかつて私見が述べたように依然としてあたっているように思う。そこで那須論文は、上記第一、第二の両点から「このような弊害は、判決手続と和解手続が未分離で、ない交ぜになっていることによって生じる。両者を区別し、判決手続の純粋性と効率性を確保することが必要である」（二〇四頁）とされているのである。この点は私見と全く共通している。但し、那須論文においては和解手続と判決手続との区別の方法については言及されていない。私見は立法論によらざるをえないと考える（石川・前掲書第６章第２節および石川・判タ前掲論文参照）。

しかしそう説かれながら反面、和解裁判官と判決裁判官が同一であることの利点を強調される。那須論文二〇三頁

には、「和解手続における心証の影響を、完全に断ち切るためには、和解を主張する裁判官と判決手続を行う裁判官を別にしなければならない。しかし、和解手続を行う裁判官が判決を書かないとすると、和解をまとめるために必要な影響力ないし説得力を失うという別の問題が生じる。是非は別として、訴訟上の和解の最大の特徴は、判決の結果を見据えて裁判官が強力な影響力を発揮して、和解に漕ぎ付ける点にある。それは判決を担当する裁判官が和解をも担当するからこそできることである。その影響力がなくなると、調停と区別できなくなってしまう。それ故、和解手続きと判決手続きとで担当する裁判官を別にするという案の妥当性についてはやや疑問がある」とされる（二〇三頁）。

以上の指摘からみると、判決裁判官と和解裁判官とを分けるべきか否か、この問題をめぐって解答のベクトルは異なる面があるように思われる。私見は二つの異なる方向性に統一性を与えるために判決裁判官と和解裁判官を別にするという点を主張しているのである。心証の形成という点でも、また和解にいささかなりとも強制的要素があってもいけないという観点を考える。

私は以下のように理解している。私的紛争は裁判所を煩わせることなく、自主的に解決できればそれにこしたことはないのである。したがって、全く自発的に紛争を当事者間で解決することは本来望ましいことである。そのことは訴訟係属後でも同様である。しかしながら和解の当事者のなかに和解内容に不満があり、判決をもらった方がよかったと感じる当事者の割合が比較的高いということがあってはならない。それは和解が本当の意味で自主的な紛争解決になっておらず、裁判所や代理人たる弁護士の説得に若干なりとも強制的要素を含む解決になっているからである。例えば、和解を主催する判決裁判所を構成している裁判官が和解条項を示すような場合、当事者は裁判所の和解条項ないし調整に若干なりとも強制的要素を感じることが多いのであろう。加えて心証を開示されて実質上それが間接強制的役割を果たすことがないように注意する必要がある。私が当事者に判決裁判所に対する心証開示請求権、判決裁判所についてこれに対応する義務を認めない（石川・前掲書第6章第3節）のはそのような点に根拠の一つがある。裁判所が和解条項を調整したり和解条項を示したりするが故に当事者の和解における任意的合意性が奪われることは、そもそも許されない。主張事実についての心証開示はそのように機能するが故に、このような和解の方法が許されな

いと解すべきであると考え、この意味での謙抑性はあってもよいのではないかと考えている。

なお、心証開示なしに和解条項を示したり、調整したりすることは不可能ではないかとの反論も容易に想像される。逆に主要事実に関する心証開示は和解の成立への強制になるという側面が強いことを否定できない。心証開示にいたらないまでも、和解条項の説明を通して当事者や代理人（弁護士）は裁判所の心証はある程度の確度をもって推量することができる場合もあるし、また提案された和解条項に対する説明から心証を得ることは自らの責任においてすればよいものである。このような問題がでてくるところから考えても、判決裁判所と和解裁判所は分離すべきなのであろう。

事実関係、法律関係を承知している判決裁判所であるが故に改めて和解を別の裁判体に委ねることは不経済であるという主張がなされるであろうことは容易に予想されるが、和解のもつ任意的合意性の維持、あるいは和解手続で得られた心証を判決裁判体に委ねないという観点からも多少の不経済には目を瞑るべきなのではないかと思われる。そのような立法的措置をとるべきなのではないかと私は考える。

訴訟上の和解が裁判所の本来的使命である判決手続の妨げになってはならないという発想は貴重である。しかし現行民訴法が和解について二六四条、二六五条という二つの条文を加えたことにより、訴訟上の和解を旧民訴法以上に重視しているものと思われる。この点からみると和解がいたずらに訴訟手続を遅延させてはならないという謙抑論は当然のことであるが、現行民訴法上、訴訟上の和解における判決裁判所の心証開示による強制的要素があってはならないこともまた確かなのであろう（石川・前掲書第1章第1節）。和解における心証は代理人や当事者が自らの責任において判断し本来裁判所に開示請求すべきものではないし、裁判所も開示すべきではなく、なせば釈明程度とし、訴訟の進行や和解の交渉のなかから代理人や当事者が引き出すものである。裁判所は判決の前倒しをすべきではない。

八　結語

本稿を終えるにあたり以下の付言を加えておきたい。既述の通り和解による法的紛争解決について私は消極説を排し積極説に近い中間説を採用している。無条件の積極説に対しては裁判所も代理人も和解の本質的要素である当事者の合意の任意性を損なってはならないと思うと批判したい。

その成立にあたり、いささかも当事者に対する強制的要素があってはならない。win-win の関係といえばいかにも聞こえがよいが、和解の当事者のなかにはかなり win-loss の意識をもつ者がいることは統計上も認められる。それは裁判所や代理人たる弁護士に対する不信をよび、国民の遵法精神を失わしめるし、訴権を侵害する。その意味で謙抑的和解論は今日依然として然るべき合理性をもつのである。