

Title	訴訟上の和解の法的性質論
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	2014
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.87, No.10 (2014. 10) ,p.15- 30
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=AN00224504-20141028-0015

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論

石川 明

訴訟上の和解の法的性質論

- 一 訴訟上の和解の法的性質論
——性質論軽視の傾向——
 - 二 訴訟行為説批判
 - 三 私法行為説と訴訟終了効の説明
 - 四 訴訟上の和解の成立と訴訟上の処理方法
 - 五 結語
- 一 訴訟上の和解の法的性質論
——性質論軽視の傾向——
 - 1 わが国の学説における近時の傾向
- わが国においては近時周知の通り、訴訟上の和解（以下

本稿では単に和解という場合、訴訟上の和解を指す）の法的性質論については、私法行為説（新堂説も含む）以下同じ）併存説（新併存説を含む）以下同じ）、両性説、訴訟行為説等の学説が対立している。ドイツ民法（以下ZPOという）の下では和解の法的性質について両性説が通説とされている（Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. S. 895）。これら諸学説の対立はもともとそれぞれにその意味をもっており、単に性質論構成上の論理の問題にとどまるというものではなかった。

しかしながら近時わが国において性質論の対立は意味を失いつつあるという見解が提唱されるようになった。本稿

は法的性質論軽視の傾向について若干の考察を加えようとするものである。例えば高橋宏志「重点講義・民事訴訟法上・第2版」(有斐閣、二〇一三年)七六〇頁は以下のように説明している(引用は原文のままである)。

これらの性質論が、既判力の有無等の訴訟上の和解をめぐる諸問題に演繹的・自働的に解決をもたらすことはない、と見てよい(新堂三五八頁)。どの説を出発点としても、修正を加えることにより同一の結論に至り得るからである。たとえば、右に述べた民法上無効原因があるときの処理についても、併存説に忠実であれば、私法上の和解を無効にするだけであり、訴訟上の合意には無効をもたらさないはずであるけれども、民法上の行為の有効なことが訴訟終了の合意の条件をなしている場合には、前者の無効は後者の無効をもたらさず、とされるのである。このような意味で、過度にこだわる必要のない論争である、と言ってよいであろう。

さて、そのような理論上のものだとしても法的性質論をしておくべきだとすれば、私法上の和解を中心に据えつつ訴訟上の効果を加味していくというのが新堂説である(新堂三五八頁)。

2 併存説と両性説の対立と接近

(1) わが国において訴訟行為説と私法行為説は性質論中両極に位置する学説である。そこで本稿ではまず併存説と両性説の当否について取上げることとし、訴訟行為説については前記両説の対立を取上げた後に一項目設けて論じることとする。

(2) 併存説によれば訴訟上の和解は私法行為としての和解と訴訟行為としての訴訟終了の合意の二個のそれぞれ独立別個の行為からなり、両者が併存している複合的行為であるという。その筋を通すことの目的は一方の無効は他方を無効にしないすなわち他方の行為の効力に影響しないということである。そこに両性説との相違があるとみる。つまり併存説は、本来は両行為の牽連性を認めないことを出発点としていたのである。

しかしながら近時併存説をとりながら両者の牽連性を認める見解もあり、この見解が一般化している。これを新併存説と称している。新併存説をとるものとして兼子一ほか「条解民事訴訟法(第2版)」(弘文堂、二〇一一年)一四七五頁(竹下・上原執筆)、伊藤眞「民事訴訟法・第3版4訂版」(有斐閣、二〇一〇年)四二九頁、鈴木正裕Ⅱ青山善充編「注釈民事訴訟法(4)裁判」(有斐閣、一九九七年)

四七八〜四七九頁（山本和彦執筆）等がある。しかし本来両者の牽連性を認めないところにこそ、両性説ではなく併存説の存在意義があると考えられたように思う。但しその牽連性が両性説によると、周知の通り訴訟行為的側面（訴訟契約と訴訟終了効）と私法上の和解（私法行為）の双方の性質をもつ一箇の行為が存在するものとみる。和解という一箇の行為が訴訟行為的側面と私法行為的側面という両側面をもつと解するので瑕疵や効力の点で相互の牽連性を認める（但しその牽連性が一面的か双面的かという問題は一応別にして）。私法行為たる和解の側面が無効であれば訴訟行為としての訴訟終了の合意も無効になり、和解は成立しないことになる。これに反して訴訟行為たる側面の無効は私法行為の効力に影響しないとの考え方はある（後掲(3)のケース）。私見は周知のごとく私法行為説をとるが、併存説、両性説をめぐる私法行為と訴訟行為との牽連性をめぐり主として問題になるのは、私法上の瑕疵が訴訟上の効力に影響するか否かという点である。換言すれば私法上の瑕疵が訴訟上の合意である訴訟終了効を無効にするか、そしてその結果和解の不成立をもたらすかという点である。

(3) 以下のケースを挙げて高橋・前掲書七六一頁は次のように述べている。

ところで、従来からの議論は、私法上の瑕疵が訴訟上の効果にどのように連動するかが中心であったのだが、逆の状況で、興味ある結論を示した判例がある。広島高判昭和四〇・一・二〇高民集一八巻一号一頁、百選I九三事件（佐々木吉男解説）である。前々訴でY₁会社を代表してXとの間で和解をしたY₂は、常務取締役の肩書は有していたが、会社の代表権を有していなかった。そこでY₁会社は、前訴でXを相手に和解無効確認の訴えを提起し、勝訴した。その結果、第三の訴えたる本件訴えをXがY₁会社を相手に提起することとなり、訴訟行為としては無権限により無効だとしても、私法行為としては商法二六二条（現会社三五四条）の表見取締役の規定により有効となると論じたのである。判旨は、これを認めた裁判上の和解は私法上の和解を含むひとつの訴訟行為であり、私法上の和解に担われた存在である。したがって、私法上の和解が無効となれば裁判上の和解も無効となるが、しかし、訴訟法上無効となったとしても、そのため基礎たる私法上の和解がつねに無効となるものではない、というのである。

訴訟上の和解としては無効だが、私法上の和解として

は有効だと言うのであり、興味深い。しかし、これは右手で与えたものを左手で奪うようなものであり、ここまです言うのであれば、訴訟上の和解、一般化すれば訴訟行為にも表見法理が適用になり得るとする方がすっきりするように思う。私法上の側面と訴訟上の側面を分けて考察する方法はあり得てよいが、両者で結果を分断することは、避けられるのであれば避けるべきであろう。

新併存説という両行為の牽連性というのは、主として私法行為の瑕疵が訴訟行為の効力（結果的には和解の不成立）に影響するという点にあるように思われることは述べた。右判例の考え方はそれとは逆に訴訟行為と私法行為との関係において訴訟行為の瑕疵が私法行為の効力に影響しないという点の判示ということになる。私法行為説をとる私見によれば私法上の和解により実体的紛争が解決すればその解決が訴訟終了効を生むが、唯影響のルートないし理論構成が両性説とは異なるにすぎないということになる。すなわち、両性説によると、原則として私法行為的側面と訴訟行為的側面とが相互に牽連性を有し、私法行為の瑕疵は訴訟行為の効力に影響し（訴訟上の和解の不成立）訴訟行為の瑕疵は私法上の和解の効力に影響するというように

なるか否かという意味での牽連性について必ずしも十分に論及されなかったのである（前記判例は訴訟行為側から私法行為的側面への影響すなわち牽連性を否定している）。しかし、私法行為説によれば、訴訟上の和解はもともと私法上の和解にポイントがあるのであるからこの訴訟上の和解の本質ないし本体である私法上の和解が有効であれば訴訟終了の合意を必要とすることなく訴訟上の紛争は必然的に消滅する。私法行為説によれば訴訟終了の合意に瑕疵があっても訴訟の対象たる私法上の法的紛争は解決し消滅して、その結果訴の利益なしとして訴を却下すべきところ、それでは和解の目的である請求に関する紛争の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これに認めるとしたと考えることができそうである。しかし調書に記載があるといえなければ二六七条の適用はない。本件はそれに該当する。記載があつて訴訟上の和解は成立することになるからである。しかし右の判例にみられる事件を併存説によれば訴訟行為ないしその側面からみると訴訟行為として無効であるから訴訟上の和解は成立しないものの私法上の和解は有効であるとみることになる。したがって、このような場合には訴訟上の和解について、訴訟終了の合意が無効であっても私法上の和解は成立するというように

なる。これに反して、両性説によると私法上の和解は成立しないと考える余地がでてくる。私法行為説によればわざわざ判決をするまでもなく訴訟終了効が発生するのであるから訴訟終了の合意によらずして調書の記載により訴訟終了効は生じるものと解するからである。

(4) しかしながら、高橋・前掲書七六二頁注(6)によると、訴訟上の和解の法的性質論特に併存説・両性説の相違は和解の原則論を論じているのであるという。私見は私法行為説をとることをこれ迄随所に述べてきたが、この点は今置くとしよう。右の高橋説では併存説と両性説に限って取上げて、訴訟行為説・私法行為説については上記両説ほどに詳細には論じていない。それは、訴訟行為説や私法行為説が少数説であることによるのであろう。しかし訴訟行為説や私法行為説が存在するにもかかわらず、併存説・両性説のみを取上げて和解の法的性質論は必ずしも重要視する必要はないと論じることには問題はないのであろうか。

訴訟行為説・私法行為説の問題点は今置くとして、問題を併存説・両性説に限って考えてみよう。この点について私見を述べておきたい。行為は目的・内容・要件・効果等を異にすれば別個のものになる。この点からみると、併存説は両性説よりより合理性があるように思う。私法上の和

解と訴訟終了の合意とは明らかに目的・内容・要件・効果を別にするからである。同じ和解という複合的行為であっても、そこに含まれる二つの行為又は二つの側面は別個であるからである。しかしながら、併存説をとっても私法上の和解の瑕疵を訴訟終了の效果に影響させる必要である場合があることも事実である。もともとの併存説のように私法行為と訴訟行為はがらう別個の行為である(二行為併存)がゆえに一方が他方に全く影響しない、と考えることはいささか短絡的思考であろう。二つの行為が相互に別個の行為であるといっても当事者の意思により相互に牽連せしめあうことはあってもよい。それは特段の事情のない限り当事者の意思の自由である。和解に実体法上瑕疵がない場合に訴訟終了の合意は有効であり、瑕疵がある場合は訴訟終了の合意も無効であるとするのが当事者の意思であるということ認めることはあってもよい(当事者の意思による両者の牽連性)。訴訟終了の合意は、失効したからといって訴訟係属中の訴訟行為とは異なるので訴訟終了の合意の効力を和解の実体的瑕疵にからしめてもさしたる弊害はないものと思われる。そのように考えるのでは併存説と両性説も実質は変わらないのであるから、両説を区別する意味がないではないかとの批判をうけそうである。

しかしながら問題は原則の立て方である。そういうと区別の効用が少ないから法的性質論として両者を区別する意味がないのではないかという批判をうけるかもしれない。しかし両説において牽連性を認める理論構成が異なる以上そのことを明確しておく意味がある。学問としては、重要なのは体系であり理論である。原則の立て方なのである。

論理的に言えば、両性説であれば実体的和解無効は理論上当然に訴訟終了効に影響するのに対して、併存説であれば実体的和解の無効は論理必然的に訴訟終了効に影響するというものではなく、当事者の意思が両効力の牽連性を認めて行為するの可否かによって影響の有無に相違が生じるのではないかと思われる。併存説によっても私法行為の瑕疵の主張はできる旨の特段の意思を表示したうえで和解を成立せしめるのであれば、その意思の瑕疵の主張を認める訴訟終了の合意の効力を失わしめるという牽連的効果を認めることがあってもよい。私法行為の意思の瑕疵の主張を認める留保なき以上その主張を認めないとするのが、本来の併存説の立場であろう。併存説によっても和解の成立にあたり両当事者も双方が両者の牽連性を特段に認めていなければ牽連性は認められないことになる。両性説によれば牽連性は両当事者の特段の意思がなくても相互に牽連性は

認められてしかるべきであることになる。ここに両説の本質的相違点が存在することになるがゆえに、両者を区別しておく理論的意味と必要性とがあるものと考ええる。

二 訴訟行為説批判

1 兼子教授は訴訟行為説の根拠を以下のように述べている(兼子一「新修民事訴訟法体系増訂版」(酒井書店、昭和四〇年)三〇四頁以下)。以下は高橋教授の要約(前掲書七六二頁注(6)の記述による)。

訴訟行為説の中で、兼子・体系三〇四頁以下は、当事者双方の、請求についての主張を譲歩し合った結果の訴訟上一致した陳述だ、とする。民法上の和解契約とは全く異なった訴訟法上の合意であって、処分権主義の下に当事者が合意により判決の代用物を作成する権限を付与されたことに基づくもので、その故に判決に代わり訴訟を終了させ、また既判力や執行力を生ずる。和解は、当事者双方の一致した陳述によって成立する点で、裁判所に対する合同訴訟行為と見るべきである。単に私法上の和解ならば、その効力は判決により更に確定されなければ

ば訴訟上の効果を生じさせないはずであるのに、訴訟上の和解調書が確定判決と同一の効力を有するのは、実体法上の和解契約があるとしても、それによって成立した法律関係が訴訟上の陳述に基づき判決で確認されたのと同様だからである。私法上の和解契約があるとしても、それは訴訟上の和解の陳述内容を定める前提に過ぎず、訴訟上の和解を構成するものではない、と論ずる。同じく訴訟行為為説の中で、中田淳一『民事訴訟法講義 上』（昭二九、有信堂）一五五頁は、訴訟係属中に当事者がその主張を互いに譲歩して訴訟を終了させる旨の訴訟上の合意だ、とする。松本Ⅱ上野・民事訴訟法（第六版）平二二、弘文堂、五〇八頁は、同じく訴訟行為為説と呼ばれるも、合同行為為説と訴訟契約説（訴訟終了の合意）とは、内容が全く異なる、とする。

2 訴訟行為為説の問題点

a 右の訴訟行為為説のなかで若干気になるのは、処分権主義が判決の代用物を当事者に作成させる権限まで認めているのかという点である。その権限まで認めているという考え方は必然的に確定判決と同一の効力に既判力を含めることになるからである。判決の代用物とは何かという点が

問題になる。兼子説は成り立つ余地がないとまで断定できないが、既判力否定説、制限的既判力説をとる以上兼子説のような訴訟行為為説は成り立ちにくいものと思われる。兼子説は既判力肯定説をとるので当事者が和解により右のごとく当事者に判決の代用物を生む権限を民訴法二六七条により与えられるという考え方をすることができるようになるのである。私自身は私法行為為説をとるので既判力否定論であるためにこの点で兼子説すなわち判決代用としての和解をする当事者の権限ありという考え方に賛同できないのである。

b ZPOの下には二〇六条、二〇七条により訴訟上の請求の放棄・認諾についてはその成立に放棄判決、認諾判決を必要とする（両条でその態様は異なるが）。これに反して訴訟上の和解については放棄・認諾におけるように、和解判決を必要としないというのが、ZPOの規定である。ZPOでは放棄・認諾と和解との間にそのような相違が設けられているのである。わが民訴法上は請求の放棄・認諾と和解は民訴法二六七条によりZPOにおけるような差は設けられることなく統一的に規定されている。日独両国において放棄・認諾について和解とは異なる成立要件が認められているのである。性質論についていうと前二者につい

て日独双方において訴訟行為説が圧倒的通説であるにもかかわらず、後者すなわち訴訟上の和解について訴訟行為説は通説とはいえず、むしろ両性説が通説である(本稿「結語」を参照)。ZPOのように放棄・認諾について判決を必要とし、和解について判決を必要としないという法制度についていうならば、放棄・認諾と和解の間に性質論の相違が出てくる可能性がないわけではない。請求の放棄・認諾について日独双方において通説は訴訟行為であると考えていることに仮りに説得力があるにしても(和解は請求の内容である実体関係についてなされるのに対して放棄・認諾は訴訟上の請求についてなされることによる)、和解について訴訟行為説を採用することについて訴訟行為説に対する疑問が生じえないのであろうか。訴訟法上の和解に含まれる和解は私法上の和解なのであり(私法上の和解は訴訟上の和解という訴訟行為の単なる由縁ではない)、わが民法の下では和解については実体的和解すなわち私法上の和解をもって足りるとするがゆえに、それが訴訟上の請求についてではなく単に和解判決のごときものを不要としているのではないかと思われるのである。換言すれば和解はその実体的側面において私法上の和解であると解するがゆえに和解判決を必要としないと解することができるので

はないかと思われるのである。

そのような考え方に對しては、次のような異論が出てきそうである。すなわち、ZPOにおいて、日本法上請求の放棄・認諾の成立に必要な放棄・認諾判決を必要としないものとする以上、わが民法上の請求の放棄・認諾も私法行為であつてよいはずで、何故わが国では訴訟行為説が通説になるのかという疑問が出てきそうに思えるのである。しかしわが民法上放棄・認諾は民法二六七条で、請求の放棄・認諾と書かれており、放棄・認諾の頭に「請求の」という用語が付せられているので、その当否は別にしても、放棄・認諾の対象は訴訟上の請求であり、しかるがゆえに訴訟行為であると考えられ、それらについて訴訟行為説が通説として提唱されるのであるといえようか。

ZPOにおける訴訟上の訴訟終了の合意は別にして和解の実体はあくまでも私法上の和解であるとみられている。ZPOでは実体面ではあくまでも和解の本体は私法上の和解なのである。しかるがゆえに、ZPOではわが民法二六七条のごとき確定判決と同一の効力を有する旨の規定を欠き、執行力と訴訟終了効を与えるにとどめられたのである。私法上の和解であつても裁判所において成立しているのであるから執行力を一定の範囲で認め、訴訟終了の合意

によって訴訟終了効を認めるとどめたとみるべきなのであると私は考えている。兼子説のように和解につき当事者に判決代用物を作成する権限を与えたものと考えるとその考え方は既判力肯定説につながる可能性が強くなり、この点でも訴訟行為説には問題があるものと思われるのである。

c もともとは両性説・併存説でいうと訴訟上の和解の実体的側面は単なる当事者間で締結される私法上の和解なのである。裁判所の内容的スクリーニングを受けるにしても当事者の実体的行為をなす権限をもって判決と同一の効力を有するような代用物を形成する権限を私人である当事者に与えようと考えることは不自然なことである。既判力肯定説をとれば別であるが、否定説（私見は既判力否定説であるが、ここではそれに言及しないことにする）ないし制限的既判力説をとるとなお一層その感を強くするのである。

判決と同一の効力を与えようとするならば（兼子説は判決とはいわず判決の代用物といっているのではあるが）、ZPOにおけるように放棄・認諾判決のように和解についても和解判決制度を設けるのが立法論としては筋ではないかと思われるのである。そうすれば既判力の有無の問題も解決するであろう。立法者は現行二六七条のように和解が

確定判決と同一の効力を有するとしつつ、他方で学説・判例上既判力の有無が論じられることとの関係では、この学説の対立を立法をもって解決することはしにくいところであることは容易に理解できないわけではないのである。

和解は訴訟上の請求についてなされるがゆえに訴訟行為であり、訴訟上の請求の中味である実体関係についてなされるものではないとして、和解の実体面が訴訟行為であると解する学説は他に見当たらないように思う。

d 更に、私法上の和解契約が成立してもそれは訴訟上の和解の前提にすぎず、訴訟上の和解を構成しないし、訴訟上の和解を構成するのは判決に代り訴訟を終了させる和解の合同行為としての訴訟行為であると解する兼子説は正当なのであろうか。これに対し、私見はこれまで随所に説いたように私法行為説を採用しているので、訴訟行為説のいうように合同行為たる訴訟行為説をあえて採用する必要はないものと考えている。

e しかしながら、それはそれとして、訴訟上の和解をもって純粹な訴訟行為と解するならば当事者は訴訟上の和解によって訴訟行為をもって実体関係に踏みこんでこれを変更することになるのではないかという批判は合理性があるものと思われる。

両性説や併存説によれば和解は紛争解決のための制度ではあっても二つの行為（私法行為と訴訟行為）ないし一行為両性面とから構成される法制度なのである。二行為ないし両性面が揃ったときに訴訟上の和解が成立する。訴訟行為説はそのように考えない。和解を訴訟的合同行為とみる。実体的法律関係の形成なしに訴訟行為のみで実体関係が形成されるものであろうか。和解という実体的形成なしに訴訟行為のみで実体関係を形成しうるものであろうか。訴訟や判決は本来実体法関係の反映でなければならぬ。そうであるとすれば、訴訟上の和解も実体的和解を訴訟上の和解の単なる由縁と考えるのではなく、実体的和解そのものが訴訟上の和解の内容になるものでなければならぬ。かような観点から実体的和解があつてもそれは訴訟上の和解の単なる由縁であるに過ぎないとみることができない。実体的和解が存するにもかかわらず、それが私法行為であり単に訴訟行為の由縁であるが為に概念上和解に組込まれないというのは性質論として問題があるように思うのである。もともと実体的和解があるからこそその内容が訴訟上の和解に組込まれて訴訟上の和解が成立するのではないかと考えられるのである。

f 訴訟行為説は訴訟法学全体の流れからみると、訴訟

法学の実体法学からの分離・独立の流れに沿うものと考えられるのである。私は訴訟法学が実体法学から分離・独立する傾向は好ましいことであり正当なものであると評価するが、訴訟行為説は分離すべからざるものまで分離しているのではないかというのが私の正直な感想である。結論的にいうと繰返しになるが、私見は以下のとおりである。

請求の放棄・認諾には、「請求の」という接頭語がついているので放棄・認諾は訴訟上の請求についてなされるものであり、したがって訴訟行為であると考えるところならば、和解も訴訟上の請求についてなされるものと考えた場合、そこに訴訟行為説が学説として成り立つ余地が出てくるかもしれない。しかしながら、訴訟行為説を別にすると一般的には和解は訴訟上の請求の内容である実体関係に関する私法上の和解と解されている。この点に焦点を合わせると訴訟上の和解の本質論としてみると訴訟行為説をとりえないのではないかと思われる。私の提唱する私法行為説もこの点に焦点を合せているものである。

請求の放棄・認諾に既述の通り「請求の」という接頭語が付せられている。ここでいう「請求」とは訴訟上の請求を指すのであるがゆえにわが国の通説が請求の放棄・認諾

について訴訟行為説を通説とするものとするならば、訴訟上の和解も訴訟上の請求を対象になされるものであるから、少なくとも訴訟的側面を有しそこで側面に関する和解であつて和解の対象は訴訟上の請求であつて私法上の和解ではないという学説がありうるのかもしれない。そうなること、訴訟上の和解は訴訟上の請求に関する和解という訴訟行為と、訴訟終了の合意という訴訟行為から成立つと説明せざるを得ないことにならないという考え方も出てくるかもしれない。しかし和解は訴訟上の請求についてなされるのではなく、請求の内容である実体関係を対象とするものである。

これを逆にいえば、両性説や併存説が私法上の和解的側面と訴訟終了の合意という訴訟行為的側面の両行為ないし両側面をもつというのであれば、これに平仄を合わせて請求の放棄・認諾は少なくとも実体的には、私法上の放棄・認諾行為ありとみるべきではないのかということになるのではないかと考える余地もありうるであろう。そうすると、放棄・認諾についても私法行為説が正しいのであつて、訴訟行為説をもつては、和解の法的性質論と平仄が合わないことになりはしないかとの疑問が生じてくるのである。この点は別稿をもつて論じるつもりである。但し請求の放

棄・認諾は一方的片面的行為であるから、訴訟上の和解のように契約ではなく、一方的片面的であることに異論はないと思われる。

三 私法行為説と訴訟終了効の説明

私見である私法行為説に対して高橋教授は以下のように批判されている（前掲書七六三―四頁）。

私法行為説は、民法上の和解契約だけに着目するものであり、それに調書記載を付加するものである。執行力は調書記載に法律が付与するものだと説明できるが、訴訟が終了することの説明は弱いと評すべきであろう。和解契約が成立したので判決をする利益がなくなつたと説明するにしても、訴えの利益がなくなるなら訴え却下判決となる。調書記載に法律が訴訟終了効まで付与したと説明することになるか。

この批判は私見に対して多くいただいているので理解できないわけではない。しかし、①民訴法二六七条が調書の記載は確定判決と同一の効力を有すると規定しているので、

そこに訴訟終了効が含まれると考えることができる。却下判決では和解の場合紛争を解決したことになるのではないか。②民訴法六八条は和解の場合の訴訟費用の負担について規定している。この規定は間接的ではあるが、和解の訴訟終了効を規定しているものであって、紛争がないから却下判決をしてよいとはいっていないものとみられる。民訴法六八条は和解の訴訟終了効を前提としているので、訴訟終了効に条文上の法的根拠がないわけではない。和解の訴訟終了効には理論的根拠も法規上の根拠も存在するのである。

四 訴訟上の和解の成立と訴訟上の処理方法

1 この点について高橋教授は以下の説明をされている(前掲書七六三頁注(8)の後半部分)。

ところで、兼子理論のところでは言及したように、訴訟係属中に和解が成立したとしても、当事者には訴訟上の和解にするか、その和解に基づいて(和解によって変更された実体法上の法的地位を主張して)判決を求めるかの二つの道がある。当然に訴訟上の和解となるものでは

ない(和解を裁判所に主張すれば、当然に訴訟上の和解となるとするフランスのような法制もあるが、日本法はそうではない)。私法上の和解契約があつても、それによって実体法状態が変更されたことを訴訟で主張してその和解契約と同じ内容の判決を当事者は求めることができるのである(もつとも、和解に既判力を肯定する説では、和解でも判決でも効果は同じなので、判決を求める利益はないと構成することはできる。制限的既判力説、既判力否定説では、判決は和解以上の既判力を持つのであるから、判決を求める利益は肯定される)。そうせずに、調書記載で訴訟上の和解とするのであるから、それを求める当事者の意思がなければならない。その辺りを、どう見るかの争いなのであろう。和解性質論から演繹的に何かの結論を導き出すことに新堂説は警戒的であるが、多くの説は結論からのフィードバックを経て性質論を展開しており、解釈論上無意味だというのは強すぎる。一定の意味はあると見るべきであらう。しかし、それに過度に拘泥することが概念法学の弊に陥ることは、新堂説の説く通りである。私見は、両性説または牽連性を認める併存説とならう。

2 右に提示された問題についての立法論として、調書記載をもって成立を認めるかあるいは内容について判決をすべきかという点が問題になる。私見は、和解については調書記載方式（わが民訴法二六七条）が、判決方式をより秀れていると考えている。ZPO二〇六条は請求の放棄について原告が棄却判決を申立てたときは棄却判決をなすべき旨、同三〇七条は認諾について認諾の範囲において認諾者敗訴の判決をなすべき旨を定めている。このZPOと日本民訴法の差は何によるのであろうか。訴訟上の和解は私法行為としては私法上の和解契約を含み私法上の和解は互譲を含み両当事者間にウイン・ウインの関係があるのに対して放棄・認諾はウイン・ロスの関係であるがゆえに判決をもつて慎重に処理すべきであることによるのであろう。このような関係からみるとZPOの立法がわが国の二六七条より秀れているように私には思えるのである。

ウイン・ロスの関係では法的解決は一般的にいえばウイン・ウインの関係より慎重でなければならぬと考えるからである。わが民訴法二六七条のように和解と請求の放棄・認諾を一緒にして確定判決と同一の効力を認めることは、立法としては行き過ぎであるように思う。私見によれば二六七条で既判力を問題とする場合和解については既判

力を否定するか制限的既判力説をとることが考えられるが、請求の放棄・認諾について既判力の全面的肯定説をとることについては大いに疑問に思う。私見は三者のすべてについて周知の通り既判力否定説を採用しているのである。

高橋説も以下のように訴訟行為説批判を展開される（高橋・前掲書七六三頁注（8））。

訴訟行為説は、逆に調書記載の方に着目するものであろう。兼子理論は判決代用物であることを強調する。それが和解に既判力を肯定することと結びついている。しかし、民法上の和解契約との関係は晦渋である。訴訟上の和解の内容を構成しないとしながら、調書に記載されるというのも奇妙かもしれない。つまりは、裁判所が行なうのは和解契約の内容の確認にとどまり、それは判決（和解契約に基づく判決）の場合でも同じだと言いたいのであろう。——略——この兼子理論に対して、中田説は、訴訟を終了させる意思を訴訟行為説の中核に据える。訴訟終了の合意だというのである。まだ分かりやすいが、民法上の和解契約の内容との関係は、兼子理論以上に疎遠となる。

この高橋説の訴訟行為説批判には、両性説・併存説の立場からみれば表現こそ異なるものの私見は全面的に賛意を表したい。

五 結語

1 本稿において最後に何故ドイツで両性説が通説であるかについて各説の批判を紹介しながら述べておこう。出典は Rosenbergs/Schwab/Gottwald 前掲書八九五頁による。

第一に私法行為説についてである。「訴訟上の和解に関するかつての考え方によれば私法上の和解の衣装をまとい且つ訴訟上の効果（訴訟終了効）を発生せしめるものである。訴訟上の和解はその主たる直接の効果を訴訟の領域において発生せしめ（訴訟終了効）るがゆえに訴訟契約の要件を備えるものである」と批判している。

第二に訴訟行為説に関して次のように批判している。すなわち「訴訟行為説は訴訟上の和解について訴訟上の和解とは純訴訟法的要件を充足する見解である」と主張する。この見解に対しては、当事者はしばしば和解により実体的法律状態を変更するものであるから賛成できないとしている。

第三に、併存説について次のように述べている。すなわち訴訟上の和解にあつては、私法上の和解と抽象的訴訟終了契約とが別個に分離して存在するものである。この見解は当事者の意思に一致しない。当事者は一定の私法上の内容を伴い訴訟を終了させることを望むものである。併存説は当事者の意思に合致しない。両当事者は一定の私法上の和解と抽象的訴訟終了契約を相互に別個に締結するのである。

この説は当事者の意思に合わない。当事者は一定の私法上の内容を伴い訴訟を終了させることを望むのである。したがって、終了意思と私法上の内容は不可分に結合しているものである。私法上の和解と抽象的訴訟終了契約とは別個独立に締結されるものではない。

第四に通説は両性説である。通説によれば私法上の和解と訴訟契約とは同時に締結されるものである。

以上に紹介したようにドイツでは両性説が通説であり併存説は通説ではない。いわんや訴訟行為説、私法行為説は通説とはいえない。

以上は Rosenbergs/Schwab/Gottwald 前掲書の翻訳による紹介である。

以上を以て本稿を終わる積りであったが、更に以下の点

を念のために加筆しておくのが私見の理解をいただくために繰返しになるが、敢えて記述しておきたいと考えている。他の学説を採用せず私見として私法行為説を取って採用する理由である。それは以下のごときものである。

2 本文中に述べたドイツの通説である両性説の見解は、私法上の和解により私法上の紛争を解決することにより訴訟を終了せしめる行為が訴訟上の和解であり、訴訟上の和解はその両側面・両性性をもつというのである。その場合、訴訟を終了せしめる源になるのは和解による私法上の紛争の解決であり、そこに訴訟終了の原因があるというべきなのである。たしかに両性説のいうように訴訟上の和解は両性性を有するのではあるが、より根源的なのは訴訟上の和解に含まれる私法上の和解すなわち私法上の紛争の解決なのである。和解による紛争の解決すなわち訴訟終了効は、いわばい過ぎになるかもしれないが、紛争の解決の返射的効果なのであり、訴訟終了効の根源は訴訟上の和解に含まれる私法上の和解にあり、私法上の紛争の解決に由来するものである。このように考えると、両性説の下でも、私法行為と訴訟行為のいずれがより根源的効力かといえば、前者であって後者ではない。

そしてこの考え方をより発展的に考察すれば、訴訟上の

和解におけるより本質的な効力あるいは側面は私法行為であるといわざるを得ない。そのように考えると両性説ではなく私法行為説にたどりつくのである。両性説は訴訟終了の合意という訴訟行為の側面をも訴訟上の和解の要素に入れるが、私法上の紛争が解決すれば、訴訟終了の合意がなくとも、実体関係に触れないまま、訴訟下をするより、訴訟上の和解を成立させるほうが紛争を実体的に解決するのであるから、紛争の解決により実質的に適していることはいうまでもないのであるがゆえに、訴訟終了効を認めてしめるべきなのであろう。

前記 Rosenberg/Schwab/Gottwald によれば、両性説を通説として位置づけつつ、当事者の意思としては私法上の和解と訴訟契約とは同時に締結されるものであるがゆえに両性説が正しいという。問題は両者が同時に締結されるがゆえに両性説が正当であるという時間的な点に重要性があるのではなく、いずれの行為が訴訟上の和解にとりより本質的であるかという点にあるのではないかというのが私の見解である。私見である私法行為説はこの点にその根拠が求められるのである。

3 ニーチェは述べている。「すべての良い事柄は遠回りの道を通って、目的へと近づいていく」と。私の「和解の

法的性質論」は、拙著「訴訟上の和解の研究」の第一章中で日独両国において全く異端とも考えられ、現在でもそう考えられているものと推測される私法行為説に立っている。右のニーチェの言葉にあるように、時折私は私法行為説についての確信が揺らぐことがないわけではなかった。

私はフライブルク大学のディーター・ライポルト教授とこの問題について折にふれて度重なる議論をしてきた。私は会話のなかで私法上の和解があるからこそ訴訟終了の合意の必要性がでてくるのであり和解の重点は前者にあることを強調されていたように思う。そうであるからといって同教授が私法行為説を採用しているわけではない。ドイツの通説は両性説であっても私法行為的側面と訴訟行為的側面の両面性のなかで前者がベースになって後者の必要性がでてくると考えるべきなのであるという理解である。併存説でも両性説でもこの点変わりがないのであろう。この考え方を伸ばせば私法行為説に行き着くのではないかという考え方を基礎にして、訴訟終了の合意の要否を考えるところが私見の出発点となったということが出来る。並存説、両性説は私法行為および訴訟行為のいずれがより根源的な出発点になるのか、両者は同一のスタートラインに立つという考え方が正しいのか。和解に含まれる行為のもつ両面

性を全く対等のものとみるのかという問題は、前述のニーチェの言葉を借りれば遠回りの道を行くことであり、私は遠回りのこの道を通って私法行為説という性質論に近づいたという感があるのである。当然のことながらこれは単なる私見にとどまるものであり結論としてニーチェのいう「良い事柄」であるのか否か、今日なお性質論決定ということになるのか、更なる研鑽を積むべきなのか、という自問は続いている。それは私にとって永遠のアポリアであるかもしれない。

法律学者として永遠のアポリアをもてるということはまた楽しからずやというところである。孔子は彼の有名な文言として「朋あり、遠方より来る、亦楽しからずや」と述べている。唯友が遠方より来るがゆえに楽しいのではない。同好の友人が来て学問について互いに論じ合う、それは一段と楽しいことではないかという意味である(貝塚茂樹「論語」講談社現代新書、二〇一二年、二五頁)。和解について最も多くの議論を交わしたのは、指導教授の故宮崎澄夫、伊東乾の両先生、加えてドイツ人としてはライポルト教授、ブリュッティング教授である。今日でもその思い出は尽きない。ここに記して各教授に感謝の意を表したいと思う。