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

Title	訴訟上の和解における法的性質論と既判力論
Sub Title	Die Theorien über die Rechtsnatur des Prozessvergleichs und die Rechtskraftstheorie
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2015
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.88, No.7 (2015. 7) ,p.41- 51
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=AN00224504-20150728-0041

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

訴訟上の和解における法的性質論と既判力論

石川　明

一　序説
二　訴訟上の和解における法的性質論と既判力論（その一）
三　訴訟上の和解における法的性質論と既判力論（その二）
四　結語

一　序説

私はこの論稿に先立って「訴訟上の和解の法的性質論」と題する論文を法学研究八七巻一〇号一五頁以下に発表している。そこでは、主として、最近のわが国の訴訟上の和解（本稿では以下「訴訟上の和解」を単に「和解」と略すことが多い）理論における法的性質論軽視の傾向に対する批判的私見を述べた。本稿もその蒸返し的な側面があるといってよい。ただ、本稿では、前稿で言及した点も多くあるものの法的性質論と効力論、特に既判力論との関係を中心に取り上げてみたという点で若干なりとも視点が異なる。とはいえ、結果的かつ実質的にみれば既述のとおり前稿の蒸返し的部分があることをお断りして、読者の御諒解をいただきたいと考えている。言うなれば、前稿の問題を既判力論の観点から整理した論稿であることを御承知いただきたいのである。最近の若干の論稿中にみられる法的性質論

の軽視傾向については、高橋宏志「重点講義民事訴訟法（上）第二版補訂版」（有斐閣、二〇一三年）七七四頁以下を参照されたいが、そこで同教授は新堂説を引用しつつ、性質論に過度にこだわることは概念法学の弊に陥る点では、新堂説の指摘するとおりであるとされている。法的性質論へのこだわりは概念法学的であるといわれるのである。

右の高橋説は、訴訟上の和解における法的性質論やそれとの関係において既判力の有無論にこだわることはその弊害の一例として指摘しうるのではないかとされているのである。私見は私法行為説をとることとの関係から既判力否定説をとることは周知のとおりである。本稿で私は和解の法的性質論と和解の既判力論との関係について若干の考察をしておきたいと考える。これ迄の諸説のなかには、和解の法的性質論と既判力論とを関連させるものとして論じた結果にはなるもののそれを意図的に論じたものがすべてというわけではないものが多い。しかし、両者の理論的関連性は性質論に帰着するという点は看過できないという点で両者は関連する問題なのである。換言すれば、私見によれば和解の法的性質論と既判力論とは密接不可分の関係において論じられるべき問題なのであると考える。

二　訴訟上の和解における法的性質論と既判力論（その一）

法的性質論としては、訴訟行為説、私法行為説を両端としてその中間に併存説、新併存説、両性説があることは周知のとおりである。その法的性質論が実は和解の効力論と密接不可分に関連しているという意味でも、たとえ概念法学といわれようと法的性質論のもつ重要性を認識しなければならないと私は考えている。

訴訟行為説によれば、和解は訴訟行為であって私法上の和解はその由縁に過ぎないとみるのであるから、私法上の和解という由縁に瑕疵があってもそれが訴訟行為としての和解の効果に影響することはなく、訴訟行為としての訴訟上の和解は成立すれば有効であり民訴法二六七条により既判力を生じることになる。そのために実体的瑕疵は、訴訟上の和解の単なる由縁の瑕疵に過ぎず訴訟上の和解の瑕疵にならないと解することになり、訴訟行為説は論理必然的に既判力肯定論につながることになる（兼子一「新修民事訴訟法体系・増訂版」酒井書店、一九六五年、三〇八頁以下）。民訴法二六七条の「確定判決と同一の効力」という文言はこの考え方すなわち訴訟行為説に従ったものと思わ

れる。これに対して、私法行為論によれば、訴訟上の和解の本質は私法上の和解であるから私法上の和解の実体的瑕疵を主張できることは当然であり、この見解は既判力否定説を採用することになる。

両性説によれば、訴訟上の和解は行為としては一つでも同時に二つの側面すなわち私法上の和解と訴訟終了の合意という両性性をもつものであるがゆえに和解の実体的瑕疵の主張は当然に許されることになるので既判力否定につながることになる。

ただここで若干注意すべき判例がある。それは広島高裁判決昭和四〇年一月二〇日高裁民集一八巻一号一頁のものである（これについては、谷口安平・判批・民商五四巻六号一六九頁以下がある。なお井上正三・判批・民商五七巻四号一四二頁以下も参照）。本判決によると訴訟上の和解を訴訟行為であると称して一見したところ「私法上の和解を含む一つの訴訟行為である」と述べて訴訟行為説をとっているようにみえるが、実質的には「私法上の和解が無効であれば、訴訟上の和解も当然無効となるが、反対に訴訟上の和解が訴訟上の要件の欠缺のため無効となっても私法上の和解としても常に無効となるとは限らない」として私法上の和解の有効な場合がある旨説いているのである。

この判例は訴訟上の和解を一見するところ訴訟行為説を採用しているように読めるのであるが訴訟上の和解が訴訟行為として無効であっても私法行為としての和解は有効であるというのであるから、訴訟上の和解が訴訟行為説のように訴訟上無効であれば一切の法的効力をもたないといっているわけではないというのであり、「私法上の和解を含む」と書いているので、訴訟上の和解中に行為の併存性又は両性性を認めていると解する余地があり、そうであるとすれば併存説又は両性説を採用していると解する余地もありうるのである。併存説ないし両性説のいずれをとるのか、この判例からは必ずしも明確ではないが「一つの訴訟行為」といっている点からみると訴訟行為説を採用しつつ由縁としての私法行為のみ有効でありうる場合があるというのが正確な理解なのであろう。素直に読めば訴訟行為説を採用しつつ、当該訴訟行為が無効である場合でも由縁なる私法行為が有効な場合がありうるというにとどまるものと解することもできるのである。

併存説によると訴訟上の和解は周知のごとく私法上の和解と訴訟終了の合意という訴訟行為が併存すると解する。元来この説は一方の瑕疵が他方の瑕疵に影響することはないとみる説であるから（最近の新併存説は影響を認める

が）一旦訴訟上の和解の成立した後は、私法上の和解に瑕疵が発見されてもそれが訴訟上の和解の効力に影響することがないと解する立場であり、わが国でいえば既判力肯定説につながる余地を残しているのである。

新併存説は併存説に従い、訴訟上の和解は私法上の和解と訴訟終了の合意という二つの行為からなるが、私法上の和解の瑕疵は主張することができるとしている。二行為併存説を認めるが、二行為の間に牽連性を認めるものである。この見解は既判力論でいえば既判力否定説ないし制限的既判力説につながることになるものである。

両性説は訴訟上の和解という行為はそれ自体一箇の行為であるが、私法上の和解という性質（側面）と訴訟終了の合意という訴訟行為的性質（側面）とを併有するものと解している。もともとこのような理解の根拠は双方の側面の瑕疵が相互に影響し合うという意味での牽連性を認めるという帰結を導くために提唱されたものである。このような点からみると併存説は既判力否定説につながるものである。

ところで行為の箇数は通常その要件・効果が同一か否かによって決まってくるがゆえに、私法上の和解と訴訟終了の合意とでは本来要件効果を異にするのでわが国では多くの学説が併存説をとるものの、併存説によったのでは和解に既判力を認める結果になるので私法上の和解の側面での瑕疵の主張ができなくなるとする点では不都合であるという観点から新併存説が生まれたものと思われるのである。したがって、新併存説は制限的既判力説ないし既判力否定説につながるものである。当然のことながら、ドイツ法では、わが民訴法二六七条のごとき文言（「確定判決と同一の効力」）がないので、併存説を採用しても、そもそも、既判力の問題は生じないと考える余地は十分にあるのである。

両性説によれば、一つの行為の二つの側面が密接不可分に牽連するのであるから、両側面が有効でない限り、両側面は効力の点で交互に影響し合い牽連性を有することになり私法上の和解の側面の無効は、訴訟行為すなわち訴訟終了の合意の効力にも影響して、その効力を失わしめることになる。更に逆に訴訟行為としての無効があれば論理的にはそれに伴い私法行為としての私法上の和解の無効を帰結することになり、訴訟行為的側面から私法行為的側面に向けての牽連性を有することになるのであろう。つまり両性説によれば私法行為的側面の瑕疵と訴訟行為的側面の瑕疵とは相互の牽連性を有することになる。

両性説によると私法行為（私法上の和解）と訴訟行為

（訴訟終了の合意）の両性質の牽連性が前者と後者の相互間に存在し、私法行為の無効は訴訟行為の無効をもたらすために訴訟上の和解は成立せず、更にまた訴訟行為としての無効は私法上の和解の無効をもたらし訴訟上の和解の無効をもたらすという相互的牽連性があるということになるのが基本的に正当なのであろう。

もっとも両性説以外の学説によれば、右の相互の牽連性を考えるほかこれとは別の考え方が成り立つ余地がないわけではない。第一に、私法行為の無効は訴訟上の無効をもたらさないという考え方がありうる。ここで訴訟上の和解は訴訟行為であるという訴訟行為説の立場が考えられることは既述のとおりである。そこでは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に過ぎないとみるからである。このような見解は本来訴訟行為説の見解であって両性説からは特段の事情のない限り出てこないのではないかと思われる。

第二に、両者の牽連性を片面的に考えることも不可能ではない。すなわち、両性説によると私法行為の無効は訴訟行為である訴訟終了の合意を無効とするために訴訟上の和解を成立せしめない。これに反して訴訟終了の合意の無効は、訴訟上の和解を無効にするにとどまることなく、私法上の和解をも無効とするのが原則ではある。しかし私法上の和解それ自体が本来私法上の和解の有効要件を具備している以上そこでは訴訟上の和解は成立しないものの私法上の和解は成立するとして両者の牽連性を否定する見解が考えられる。しかしここで重要なのは当事者の意思であろう。第一に当事者間に訴訟上の和解は成立しなくても少なくとも私法上の和解は成立せしめる意思があれば訴訟行為の無効という側面からの私法行為を無効にしないという私法行為への牽連性を切断する可能性は例外的にありうるといってもよいかもしれない。前掲広島高裁の見解は訴訟行為説に立つものと考えられるが、これが両性説に立つものとみれば、右の考え方すなわち訴訟行為側からその無効が私法行為の効力への牽連性を切断する立場になるのであろう。訴訟上の和解は無効でも私法上の和解は残るとの帰結を出す可能性はある。私見である私法行為説によっても、前掲広島高裁の判例の判示するように、調書の成立を改めて適法に行えば訴訟上の和解は有効なものになるものと思われる。それを行わない限り原則的には訴訟上の和解は成立しない。すなわち再度の調書の記載が必要になるからである（民訴法二六七条）。

三　訴訟上の和解における法的性質論と既判力論（その二）

以上に述べた法的性質論と既判力論との関係は以下のようになる。

民訴法二六七条は「確定判決と同一の効力」と規定しているが、既判力論と法的性質論との関係についていえば以下のとおりになるのであろう。

1　私法行為説によれば和解には当事者の行為としては私法上の和解しか存在しないのであり、訴訟終了の合意といった当事者の訴訟行為はいっさい含まれないのであるから、訴訟上の和解＝訴訟行為＝確定判決の代用＝既判力肯定という図式は当然には成立せず訴訟上の和解につき既判力否定説をとらざるを得ない。

2　訴訟行為説によれば和解は判決の代用であり私法行為は単にその由縁に過ぎないのであるから、「確定判決と同一の効力」とは既判力を含むものと解することになる。

3　併存説には基本的には旧来型併存説と新併存説とがある。後者は和解に含まれる私法上の和解の瑕疵の主張を認める。すなわち、基本的には民訴法二六七条の確定判決と同一の効力を認める旨の文言を尊重して既判力を肯定する。この限りでは旧併存説と同一の考え方に立つが、和解に内在する私法上の和解に実体的瑕疵が存在する以上その主張を認めないことは和解当事者間の利益衡量に著しく反することになるためにその主張を認めるという例外を設けることから、行為としては私法上の和解と訴訟終了の合意という二つの行為を認めながら、前者の瑕疵の主張を認めるため、旧来の併存説を柔軟化している限りにおいて新併存説といわれる。両行為間に全く牽連性を認めないのは不都合であるがゆえに私法行為の瑕疵を訴訟行為へ向けた牽連性を認める。しかし、かように解すると、結果的に新併存説は両性説と効果の面で変りがないことになる。ドイツの通説は始めからこの点を折り込んで新併存説ではなく両性説を採用しているものと思われるのである。

私見は私法行為説をとるので、私法行為の瑕疵の主張は当然に認められると考えるのでその論理必然的帰結として既判力否定説を採用することになる。この点は暫くおくとしよう。

問題を併存説、新併存説、両性説のいずれを採用すべきかという点に絞って考えると以下のようになると思われる。

すなわち、旧来の併存説であれば和解の成立後は本来、私法上の瑕疵の主張はそもそもできないのであるから、既

判力に関しては既判力肯定説を採用せざるを得ないことになる。これに対して新併存説によれば和解における私法上の和解の瑕疵を主張しうることになるのであるから制限的既判力説になる。あるいは、既判力否定説をとる私法行為説の立場はさておいて、制限的既判力説の立場は、一つには、既判力という効力の法的性質論からみてそもそも問題であるとの批判は残るように思われる（三ケ月章「民事訴訟法」法律学全集、有斐閣、一九五九年、四四四頁）。制限的既判力説をもってしては紛争の完結的解決をしたことにならないのではないかという疑問は残らざるを得ないと私は考えている。例えば実体的瑕疵の主張は残すという意思表示を当事者がしている場合には瑕疵の主張を残すというような形で明示的留保があれば瑕疵の主張は残し、そのような留保がない場合は瑕疵の主張を残さないということであれば新併存説以上に本来の併存説に近づくことになるのではないかと思われる。瑕疵といっても多様であり原則はその主張を許さないが、特段の事情により一方当事者に利益衡量上公序良俗に反するような瑕疵に限ってその主張を許すとか、なんらかの制限を設けなければ、瑕疵の主張を許さないとすることが、本来の併存説の基本的立場ではないかと思われるのである。いうなれば判決であれば再審事由ないしこれに準じるような重大な瑕疵に限定しないと併存説を採用する意味がなくなるのではないかと思われるのである。あるいは確定判決に再審が認められるように和解についても再審のような制度を設けるのも一つの方法かもしれない。和解と確定判決とではその性質も異なるので、和解再審制を設けるとする場合その事由をどのように設けるかという問題が生じてくるが、この種の制度のない現行法の下では、この解釈論を展開することは困難ではないかと思われる。この場合和解再審のごとき制度を設ければ併存説のほうが新併存説より筋が通るのであろう。民訴法二六七条の「確定判決と同一の効力」という表現により近くなるのであろう（なお台湾・韓国法における和解の瑕疵の主張方法については拙稿「訴訟上の和解に関する若干の問題」法学研究八六巻一一号一一五頁以下）。

しかしながら、訴訟上の和解について和解再審のような制度を認めることは訴訟上の和解が基本的には私法上の和解をベースにするものであることを考えるといかにも仰々しいことになる。ドイツ民訴法の通説が両性説をとることによって、新併存説と同じ効果を上げようとしている点をみるとそのことがいかに仰々しいものであるかということは容易に理解できるのではないかと考える。和解再審のご

とき制度を設けるくらいならもともと既判力否定説をとるほうが無理がないのではないかと私は考えている。和解再審を認めようとするならば、その考え方は既判力肯定説につながる。訴訟上の和解は本来私法上の和解に基づくものなのであることを考えると瑕疵の主張は原因の存する限り自由に認めるべきものであるが、さもなくば当事者が和解の成立について瑕疵の主張を留保する場合に限るべきであるように思われる。それを認めたからといって瑕疵の主張が制度を混乱せしめるほど多発するものとは思えない。和解の瑕疵の主張を前記のごとき形で制限するならば、併存説を採用しても実際上それ程の混乱はないであろう。私見は基本的に併存説か両性説かと問うならばこれ迄もしばしば述べたように併存説が論理的に正当であると考えるが、仮にそこ迄は認めるにしても瑕疵の主張を現行民訴法二六七条の下で全く認めないのは確かに不都合であると考えて、前記のごとく一定の制限を加えておくことは必要ではないかと思われるのである。勿論私見である私法行為説によれば既判力否定説をとるがゆえに制限を加える必要はないということになることはいうまでもない。

いずれにしても併存説を基本とする立場は本来既判力肯定説に立つのが筋であって、瑕疵の主張を認めるべきではないのが論理の筋であるし、一歩譲って認めるべきであるとすれば瑕疵の主張について前記のごとき制約を認めるのが妥当な見解であろう。さもなくば、併存説は併存説としての理論を貫くことができなくなるように思われるのである。

そもそも訴訟上の和解を原・被告の共同申立で主体は原・被告と分れていても共同申立という一箇の訴訟行為であることを本質とするとみるのが訴訟行為説の立場である。

一箇の訴訟行為を典型的にみれば、訴訟行為説となる。典型的私法行為とみれば典型的私法行為説となり私法行為的側面と訴訟行為的側面との両側面をみれば両性説ということになる。併存説は和解を二つの行為として把えるが私法上の和解と訴訟終了の合意を両者合わせて訴訟上の和解の成立を認める。その場合両行為の存在のいずれかを主とし他を従とするのかあるいは全く両行為を平等に扱うとするのかという問題が生じるであろう。

併存説の主たる考え方は両者が対等の形で併合されることになるのであろうが、私法行為である私法上の和解が実体である内容を決めるとみると、訴訟終了効は和解の結果的形式的手続であるとみるので、主たる側面は私法行為的側面にあり、従たる側面は訴訟終了の合意ということにな

る。このように考えるのは私見が私法行為説に立つからであるといわれるかもしれない。前者が主たる効果、後者による訴訟終了効が従たる効果ということになる。しかるがゆえに訴訟上の和解における実体的瑕疵の主張が可になり制限的既判力説を採用せざるを得なくなるのは、このような理由によるからなのであろう。そのように考えると、併存説であっても和解の主たる機能は私法行為的側面にあるというべきなのであろう。私法行為的側面に瑕疵があれば訴訟行為にその影響が生じるという形で訴訟終了の合意に牽連性が生じるのである。二つの行為の間に主、従の関係があれば私法行為の瑕疵が訴訟終了の合意に牽連性をもち、後者が消滅すると考えることは当然のことのように思われる。訴訟終了の合意に瑕疵があっても私法上の和解が有効要件を具備していればその有効性は影響しないという判例として広島高裁判決昭和四〇年一月二〇日高裁民集一八巻一号一頁があることは既述のとおりであるが、これについては、谷口安平評釈および井上正三評釈があることは既述のとおりである。要するに私見によれば私法上の和解という私法行為と訴訟終了の合意という訴訟行為両者の根源性を比較するとその重点は前者に存するがゆえに右判例にみられるような見解が生じてくるのであり、併存説を採用しても、そのなかに含まれる二つの行為である私法行為と訴訟行為のなかでいずれがより本質的かといえば私法行為なのであると考えるべきではなかろうか。

四　結語

1　訴訟上の和解の既判力の有無、態様については当然のことながら理論の構成上和解の法的性質論と不可分に関連する。したがって前掲拙稿「訴訟上の和解の法的性質論」を論じておけば十分である。法的性質論と既判力の問題をわざわざ本稿において論じる必要もないといえる。本稿は誤解を避けるため、念のためにわざわざ前掲拙稿において展開した法的性質論と関連させて既判力論を別稿としてまとめたものである。

2　繰り返すようであるが、私見は私法行為説をとるので、和解成立後の実体的瑕疵の主張についてその主張方法は別にして自由に認めてよいようであるが、しかし一方で併存説の論理を前提としながら、瑕疵の主張を自由に認めることについては、それなりの論理が必要であって、ただ瑕疵の主張を認めることの必要性を展開するというだけでは新併存説における瑕疵の主張の承認についてなんらかの論理

的つながりが必要なのではないかと私は考えている。また主張すべき瑕疵の種類も限定する必要がないのかという点も一考を要する論点ではないかと考えている。換言すれば、確定判決に対する再審事由のごときものとして和解における限定された和解再審を認めるならばそれなりの事由の制限が要求されてくるのではないかと思われるのである。さもなくば併存説を採用する意味を欠くことになるのではないかと思われる。

以上にみてきたように、日本民訴法上は和解の法的性質論についていかなる学説によるかにより既判力の有無の問題について差が生じてくるのに対して、ドイツ民訴法上は、わが民訴法二六七条に規定される「確定判決と同一の効力」という文言がないのであるから既判力は和解の性質論についていかなる学説を採用するかによっても既判力論はそもそも生じない。関連が生じる問題は既判力ではなく、執行力・訴訟終了効に限定されるにとどまることを明らかにしておきたい。

3　一時期行き過ぎたドイツ法学の概念法学性は、法的基本理念を中心にして基礎あるいは頂点として、その下にこれと矛盾なき価値体系・解釈体系を展開する。そのために利益衡量論がそれだけ後退するという弊害を有していた。そしてこのような体系性に合致しない解釈はすべて社会的妥当性の有無に拘らずすべて排斥するという傾向があった。利益衡量論のみを中心にして法理論を展開する場合、利益衡量の内容が研究者により異なり必ずしも安定した解釈論が展開され得ない場合がある。そのために理論的体系性を追求する方法論は必ずしも全面的に否定されてしかるべきものではない。私見のような考え方は概念法学というと理念なき概念という亡霊が横行するかのごとき印象を与えがちであるが、法律学の基礎理念は時代により変るものであって必ずしも固定し動かし難いものではなく、一般に概念法学に対してもたれている印象ほど頑固に固定されたものではない。法における価値や理念は時代とともに変化する。そのような価値、基本理念を頂点として法律学の各分野における個別問題が体系的に構成されてこそ、正しい概念の体系が完成するのである。かくして、価値、基本理念を頂点としたピラミッド型の美しい法体系や解釈論が構成され、正当性、公平性、平等性が維持されるのである。それは別の面からみれば一種の体系美であろう。それを一概に概念法学として非難し排斥することはできない。それこそが法律学の正しさを担保し法律学の構成美を担保するものであると思われる。不適切な理論はそれが掲げる理念や

利益衡量が正しくないがゆえに誤りであり、適正な理念の下に体系的に展開される法律学は価値を有し体系美をもつものである。

世間ではよく概念法学として批判される解釈論はこのように考えると、理念や概念の構成に誤りがあり、屈折が認められる結果なのであって体系美をもつ概念構成にこだわることが誤りなわけではないのである。

4　ニーチェは「矜持を持て」と題して次のように述べている。「ほとんどの孔雀は、人の前でその麗しい尾を隠す。これは、孔雀の矜持と呼ばれている。孔雀のような動物でもそうなのだからわたくしたち人間として、いっそうの慎みと矜持を持つべきであろう」と（「超訳ニーチェの言葉」ディスカヴァー・トゥエンティワン、二〇一〇年、二〇二一項）。

私の訴訟上の和解論は日独の通説からはかなり乖離している。しかしながら、矜持を持ってこれを主張しているつもりである。他面ニーチェは「反対意見や新しい異質な発想を恐れ、自分達の安定のみに向かうような姿勢はかえって人を根元から腐らせてしまい、急速に頽廃と破滅をうながすことになる」（同書八七項）ともいっている。私のこれ迄展開した訴訟上の和解論はこのような発想に基づいてあえて展開を試みたものである。決して反対のための反対論を展開したというわけではない。私は言い過ぎになるといわれるかもしれないが、それが決してドン・キホーテ的理論展開ではないと考えているのである。

〔付記〕

石川明先生におかれましては、本玉稿脱稿後の二〇一五年六月一〇日にご逝去されました。ここに謹んで哀悼の意を表します。

（法学研究編集委員会）