

訴訟上の和解の法的性質

—その効力をめぐる議論を中心に—

河 崎 祐 子

I はじめに

訴訟上の和解は、裁判制度のあり方やその目的を問ううえでの最良の素材の一つである。そこでは、私人間の私的な交渉と、公的な強制性を孕んだ交渉すなわち訴訟の場における弁論主義のプロセスとが交錯し、さらにこれを反映して、実体法と訴訟法あるいは非訴訟と訴訟との関係が交錯する。このことから推察されるのは、民事訴訟のあり方や目的、その背後にある民事事件についてのイメージが、訴訟上の和解の法的性質や効力をめぐる理解と密接に関連している、ということである。とりわけこんにち、「紛争解決に対する潜在的なニーズ」¹に対応するとの掛け声の下に裁判外での民事紛争の解決（ADR）が重視され、その制度化の過程では、「多様なニーズに応じた」²メニューを提供するという当初の目的意識にも関わらず、つねに法的効力（執行力）の付与を求める動きがみられるのである³。訴訟上の和解と訴訟による判決とは、法的性質や効力においてどのように異なっているのだろうか。また、訴訟上の和解と ADR との法的な違いはどう理論的に把握されう

¹ ADR 検討会第一回議事録 [小林徹参事官発言]。同検討会の議事録等は、首相官邸の以下のホームページで公開されている。<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/03adr.html>。

² 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書—21世紀の日本を支える司法制度—」（2001年6月12日内閣提出）第3 21世紀の司法制度の姿 1 参照。

³ ADR 法制化の過程での議論については、河崎祐子「民事手続法としての ADR 法」一橋法学13巻3号（2014年）29頁以下参照。また、倒産処理における裁判外手続の制度化に関しては、河崎祐子「事業再生 ADR の法的位置づけ」田邊光政編集代表・会社法倒産法の現代的展開 [今中利昭先生傘寿記念]（2015年）648頁以下参照。

ののだろうか。この手がかりを、上記のような特性を帯びた訴訟上の和解の考察のなかに求めたい。

そこで本稿では、このような問題意識のもとに、訴訟上の和解とその効力（法的強制力）をめぐる学説の変遷を、民事訴訟の目的に関する議論と絡めながら歴史的に辿ることを通して、訴訟上の和解の法的性質につき理論的考察を試みる。

もちろん、訴訟上の和解については既に多くの先行研究がある。例えば、判例の意義・動向をめぐるは小山昇博士による包括的な分析があり⁴、その実態や運用のあり方に関するも有用な研究の蓄積がある⁵。ただ、これらはいずれも実践的関心に基づくものであって、訴訟上の和解の法的性質を理論的に解明しようとする本稿の問題関心とは方向性を異にする。また、訴訟上の和解の効力をめぐる学説の変遷には高田裕成教授も目を向けているが⁶、そこでの眼目はあくまでその「言説空間」における議論の「前提」を歴史的に跡付けることにあり、法的性質の理論的検討が目指されているわけではない。これに対して、訴訟上の和解の法的性質をめぐる理論的課題を分析したのが中村英郎博士、梅本吉彦教授である。

中村博士は、訴訟上の和解をめぐる学説の対立の背景にはそれぞれの時代の訴権学説の影響があることを指摘して、民事訴訟の目的論に通じうる理論

⁴ 小山昇「裁判上の和解」宮川種一郎ほか・総合判例研究叢書 民事訴訟法(3) (1961年) 41頁以下。このほか、中村英郎「裁判上の和解」民訴7 (1961年) 177頁以下、河野正憲「訴訟上の和解とその効力をめぐる紛争」当事者行為の法的構造 (1988年) 255頁以下 (初出は法政論集第8巻 [1981年]) 等。

⁵ 例えば、由井健之助「和解・放棄・認諾調書の効力に就いて」法曹會雑誌10巻8号 (1932年) 1頁以下、岩松三郎・兼子一編『法律実務講座 民事訴訟編第三巻』(1959年) 99頁以下。また、和解の勧誘について、垣内秀介「裁判官による和解勧誘の法的規律(一)〜(三)」法協117巻6号 (2000年) 1頁以下、118巻1号 (2001年) 93頁以下、122巻7号 (2005年) 1頁以下がある。

⁶ 高田裕成「訴訟上の和解の効力論への一視点」河野正憲ほか編・民事紛争と手続理論の現在〔井上治典先生追悼論文集〕(2008年) 260頁以下。これと方向性を同じくするものとして、永井博史「訴訟上の和解の効力論序説(1)」近大法学第58巻2/3号 (2010年) 79頁以下。

上の重要な視角を提示した。その分析によれば、訴訟における私人と国家との関係は実体法と訴訟法との関係の問題として捉えられ、従来の訴権学説では「訴訟法学の理論体系に実体法理の導入を試みながら、不徹底に終わっ」たり、逆に「訴訟法的一元観の訴訟理論に赴」いたりして「その傘下の訴訟理論に正しい学問構造を与えることができなかつた」。そこで中村博士は、訴権論から離れて、訴訟を「実体法・訴訟法綜合の『場』」として捉える「階層構造理論」の下に訴訟上の和解を捉えることを提唱したのであった⁷。ただ、訴訟上の和解は、実体法と訴訟法、「個人的目的」と「国家的目的」の交錯する場面であり、実体法を訴訟理論のなかに取り入れようとする目的意識をそのまま所与の前提とすることはできない。それゆえ、民事訴訟の目的論に通じる訴権論に注目した中村博士の理論的視角を引き継ぎながら、さらなる理論研究を進める余地はなお残されているといえる。

他方、訴訟上の和解の効力については、現行法の前身である旧民事訴訟法の203条（以下それぞれ「大正民事訴訟法」、「旧203条」という）以来、明文規定が置かれており、理論的考察を進めるにあたっては常にこの明文規定との関係が問われなければならない。そこで梅本教授は、「一般に明文規定が存在するときに、それと異なる法解釈をしようとするには、あえて明文規定に異を唱える説得力ある根拠が示されなければならない」⁸と、「他方、明文規定があるからといって、単に当てはめと形式的論理的作業をもって足りるものではない」し、これはまた「訴訟上の和解の法的性質から演繹するという姿勢」についても同様である、と批判する。そのうえで、こんにちの課題に直結する戦後の学説を対象として訴訟上の和解の効力をめぐる理論的な検討を行い、訴訟上の和解に既判力を認めるべきか否かは「紛争の処理をはかる機能」である「訴訟上の和解の機能に即して考えることを要する」との立場から、判決によらない訴訟終了行為の特徴に適った救済方法が探究されたのであった⁸。確かに、梅本教授の指摘のとおり、法的性質からそのまま効力を

⁷ 中村・前掲論文注(4)177頁以下、同「裁判上の和解」民事訴訟法学会編・民事訴訟法講座第三巻（1955年）825-829頁。

演繹することには問題があるかもしれない。ただ、以下で議論するように、法的性質についての理解には、民事訴訟の目的をどのように考えるのかが大きく影響している。それゆえ本稿では、梅本教授の批判を踏まえつつ、いわば効力論と目的論を媒介するものとして、法的性質の理論的考察を試みる。

ところで、訴訟上の和解をめぐるのは、ドイツでの学説の展開を重視した比較法的な先行研究も多い⁹。しかし本稿での考察は、日本における学説の展開に限定することとして、比較法研究は行わない。なぜなら、訴訟上の和解をめぐる日本での議論の焦点は、旧203条において和解調書に付与された「確定判決ト同一ノ効力」の意義の解釈にあるといえるところ、同条は大正15年（1926年）の民事訴訟法中改正（以下「大正改正」という）に際して、日本民事訴訟法に独自の規定として新設されたものだからである。翻って考えれば、そもそもこの大正改正自体が、「獨逸訴訟法を模倣するの風を排して」^マ「現時我國の訴訟の實情に照らして斯法の不備なら^マ點を補ひ、不當なる^マ點を改め訴訟の進行と歸結とをして一般社會の要求に副はしめることを圖るを調査改正の要諦とした」意欲的な取り組みであったのであり¹⁰、この趣意に照らしても、その条文の解釈上の手がかりを国内での議論に求めることは理に叶っているといえるだろう。また、本稿での考察の対象は、あくまで起訴後に当事者間での互譲に基づいて行われる和解のみとし、いわゆる即決和解や、現行法制定に際して新設された裁定和解等¹¹の新しい制度は取り上げない。

そこで以下では、まず旧203条の立法の背景を概観したのち、こんにちま

⁸ 梅本吉彦「訴訟上の和解の効力について」中野貞一郎ほか編・民事手続法学の革新〔三ヶ月章博士古稀記念〕中巻（1991年）555頁以下。同じく、旧203条の存在を前提として国内の学説を整理・分析した論考として、戒能通孝「裁判上の和解の効力」新報42巻10号（1932年）52頁以下。

⁹ 代表的なものとして、石川明『訴訟上の和解の研究』（1966年）がある。

¹⁰ 山内確三郎『民事訴訟法の改正第壹巻』（1929年）6-7頁。

¹¹ 裁定和解についての包括的研究として、吉田元子『裁判所等による和解条項の裁定』（2003年）がある。

での各時代を代表する三つの学説に特に焦点をあてて、訴訟上の和解の法的性質と効力がどのように考えられてきたのかを概観するとともに、それらが民事訴訟の目的についての考え方とどのように関わりあっていたのかを、それぞれ考察する。その際には、中村博士や梅本教授の分析には含まれていない、現行民事訴訟法成立以降、とりわけ竹下守夫博士による民事訴訟の目的論までを視野に入れて、理論的背景の変遷を辿ることとする。そして最後に、以上の考察を踏まえつつ、現代の司法を取り巻く理論的課題について考えてみたい。

Ⅱ 立法の背景

訴訟係属後のいわゆる訴訟上の和解の民事訴訟上の取扱いは、明治23年の日本最初の民事訴訟法以来、基本的には変わっていない。例えば、現在ある和解の勧誘（89条）、訴訟費用の負担（68、72条等）、和解調書の債務名義性（民事執行法22条7号）といった規定については、同趣旨を定めた対応規定が当時からあり、その基本的な規律枠組みは明治民事訴訟法に由来するといえることができる。ただ、大正改正、直近の平成8年改正という二度の大きな制度改革にあたり、訴訟の迅速化及び適正化が図られるなかで、訴訟上の和解についても新たな措置が講じられた¹²。なかでも大正改正で新設された旧203条は、訴訟上の和解の効力をめぐり、その調書につき請求の放棄・認諾調書と同列に「確定判決ト同一ノ効力」を認めることとしたため、訴訟上の和解の法的性質を真正面から問う契機となった。同条は現行267条として継承されていることから、この問いはこんにちまで持ち越されているといえる。では、この旧203条はどのようにして制定に至ったのだろうか。

旧203条の制定以前には、訴訟上の和解は、「訴訟ノ起ルヲ好ムモノニアラザル」¹³社会において「訴訟ノ尤トモ穩和ノ手段」¹⁴として認識され、その執

¹² 平成8年改正の目的と、そこで訴訟上の和解につき「手続を利用しやすくする」ために講じられた措置については、法務省民事局参事官室『一問一答 新民事訴訟法』（1996年）5，307-309頁参照。

行をめぐっては、訴訟のなかで債務者自身が認めて和解に至ったのだから「更ラニ争ヒノ之レアル可キ理由モアラサル」ゆえに「債権者ニ謂ハレナキ損失ヲ蒙ラシメルノ憂ヲ防クノミ」¹⁵であるとともに、「権利ノ關係正確ナルモノ」¹⁶であるとして、特に異論なく公認されていた。というのも、訴訟上の和解の効力については、明治民事訴訟法559条第3号（即決和解につき4号）において債務名義性が認められているのみだったからである。例えば、法典調査委員を務めた高木豊三博士は、「和解ノ特質」を「各當事者カ眞實有スル所ノ權利若クハ其主張スル所ノ權利ヲ放棄シ互ニ讓歩ヲ爲ス」ところに見出し、「調書ニ其旨ヲ記載シテ其局ヲ結フモノ」であり、もって訴訟上の権利関係は「當然解除ニ至ル」と論じたが、ただ、和解が真実でない場合には、執行手続上、書記官は執行文を付与しないことができるし、債務者も調書における「外面上」の和解に拘わらず執行文付与に対して異議を申し立てうる、としていた。同博士において訴訟上の和解は、請求の放棄・認諾や自白とは異なり、「請求ニ關スル」債務者の「自由處分權」の及ぶ対象としては認識されていなかったのである¹⁷。しかしこれに対しては、訴訟上の和解を、係属中の訴訟の終了と、実体上の権利（又は訴訟上の争点）に関する争いの着落をもたらす判決の代用物であると捉える立場から、批判が向けられるようになっていた。その歴史的来歴に加えて、「争ヒノ着落」という観点からは、訴訟上の和解に実体的な確定をもたらす既判力がなければ、当事者の「権利又ハ利益ノ保護ヲ失フニ至ル」し、裁判所が「當事者ニ依リテ翻弄」された挙句に「一般司法事務ノ遂行上」の妨害を被ると危惧されたからである¹⁸。

¹³ 福井淳『學理應用民事訴訟法注釋』（1894年）72頁。

¹⁴ 樋山廣業『改正民事訴訟法講義』（1903年）210頁。

¹⁵ 龜山貞義『民事訴訟法（明治23年）正義下— I』（1996年〔復刻版〕）242頁。

¹⁶ 岩井正次郎『民事訴訟法注釋全』（1893年）288頁。

¹⁷ 高木豊三『民事訴訟法論綱（訂正第10版）』（1902年）300、274-276、808-809頁。

¹⁸ 雉本朗造「和解後ニ於ケル訴訟手續ノ續行」京法6巻（1911年）1号97頁以下、4号107頁以下、8号91頁以下。

このような議論状況を背景として、旧203条の萌芽は、まず大正3年(1914年)5月開催の第86回民事訴訟法改正起草委員会の決議事項のなかに見出すことができる。すなわち、同決議事項の第四において、「認諾、放棄等ニツイテハ判決書ヲ作成セス之ヲ調書ニ記載スルニ止ムヘシ」「和解ノ場合ニ於テモ亦之ト同様ニスヘシ」とあるのに続いて、「但シ此場合ニ確定判決ト同一ノ効力ヲ有セシムヘキカ又ハ單ニ執行力ヲ附スルニ止ムヘキヤハ尚ホ研究ノコト」と記録されている部分である¹⁹。この趣旨をめぐり、審議のなされた主査委員会では、現行法上の放棄判決・認諾判決は「執行名義ヲ得ル爲メノ判決ニ過キ」ないと思われるから「和解ノ如ク」調書の記載を執行名義として「確定判決ト同一ノ効力ヲ有セシメル趣意」と説明されている。これに対しては、一部委員から「一事不再理ノ問題起リタル場合」には記録書類の保存の面で懸念が残ること等が指摘されたものの、立ち入った議論になることもなく、結局「至極便宜規定」として「確定判決ト同一ノ効力ヲ有スルモノト爲スコト」が結論されたのであった²⁰。この後、この改正事業は法律取調委員会から民事訴訟法改正調査委員会へと引き継がれるが²¹、改めて選出された起草委員会が従前の起案方針を踏襲しつつ起草した改正案のなかに、上記の結論は326条(以下「起草案326条」と引用する)として成文化されている。その文言は既に旧203条と全く同一であった。

この起草案326条を新たに設けた趣旨について、起草委員会主査であった松岡義正博士は次のように説明している。「和解のあつた時はどう云ふ効力

¹⁹ 松本博之ほか編著『民事訴訟法〔大正改正編〕(1)(日本立法資料全集10)』(1993年)610頁。

²⁰ 松本ほか編著・前掲書注(9)648-650頁。

²¹ 明治44年に始まる民事訴訟法改正事業の改正調査委員会に至るまでの経緯については、法曹會編『民事訴訟法改正調査委員會速記録』(1929年)1-2頁〔小山温発言〕、染野義信「わが国民民事訴訟制度における転回點」中務俊昌編集代表・民事訴訟の理論(上)〔中田淳一先生還暦記念〕(1969年)5頁以下、松本ほか編著・前掲書注(9)4-10頁等参照。なお、このときの起草委員は、松岡義正・山内確三郎、仁井田益太郎、小山温、加藤正治の五博士であり、このうち松岡・山内両博士が従前から起案を進めていた主査委員会に引き続いて主任を務めた。

を生ずるか、それから請求の抛棄若くは認諾等に付きましては現行法の認諾判決、抛棄判決と云ふことを止めまして調書に記載することとする、それで訴訟手続が終結すると云ふことがございますからして其調書に記載した所の認諾抛棄と云ふものはどう云ふ効力を有するかを規定する必要がある、そこで和解に付いては現行法の缺點を補う爲めに、それから抛棄若くは認諾に付きましては現行法と主義を異にした其必要の爲めに此三百二十六條の規定を新設したのであります²²。つまり、訴訟上の和解と請求の放棄・認諾に共通する「それで訴訟手続が終結する」という側面に着目し、しかも放棄判決・認諾判決の形式ではなく和解の取扱いに揃える形で、その調書の記載に「確定判決ト同一ノ效力」を付与するということに、起草者の意図はあった²³。

また、この背後には、「斯ル訴訟行爲ノ效力確定スル」とともに「判決手続ヲ省略スル」のが「訴訟經濟上適當」である²⁴、という着眼もあったようである。というのも、大正改正の第一の目的は、訴訟遅延の防止にあったからである。この民事訴訟法改正の趣意について、当時の江木翼國務大臣は帝國議會貴族院特別委員会の冒頭で次のように説明している。すなわち、その目的は「主トシテ訴訟手続ノ延滞ヲ防止」することを第一に、次いで「適正ヲ期スルトイフコト」を第二として、そのために「私權ノ方ヲ目的ト致シマスル民事訴訟ニ於テ、根本ノ原則」を「當事者主義」に置くのは当然だが、一面においては「訴訟手続ヲシテ圓滑迅速ニ進行スルヤ否ヤハ、頗ル公益ニ

²² 法曹會編・前掲書注(2)727頁（第三十七回〔大正12年2月13日開催〕）。

²³ 兼子一『實體法と訴訟法』（1957年）85頁注(9)参照。また、中野貞一郎「請求認諾と訴訟要件・既判力」民事訴訟法の論点I（1994年）191-192頁〔初出は判タ814号（1993年）〕参照。

²⁴ 松岡義正『新民事訴訟法注釋第六卷』（1939年）1258頁。同趣旨は他の起草委員からも指摘されている。例えば、山内確三郎博士は「確定判決と同一の効力を有するものとして以て手続を簡易にして居る」（山内・前掲書注(10)321頁参照）とし、さらに加藤正治博士は、「訴訟の終結を迅速ならしめ訴訟經濟より見て利益なる許りでなく、兩當事者の合意の上のことであるから兩當事者を満足せしむる結果を生ずる」（『民事訴訟法要論〔第4版〕』（1952年）298頁）と記している。

關スルコト大ナルモノガア」るため、「或ル程度ニ於キマシテハ職權主義ヲ加味スルコトハ實際極メテ肝要デア」る、というのである²⁵。すなわち、訴訟の遅延防止と適正確保のために職權主義の拡大という根本方針の転換を図ったのが大正改正なのであった²⁶。

以上の規定趣旨からは、「確定判決ト同一ノ効力」として起草者が意図していたのは、「確定判決ト同一ノ効力ヲ有ス故ニ既判力ヲ有シ又執行名義タルノ効力」を有すること、すなわち「調書記載ノ趣旨ニ背反スル裁判ヲ爲スコトヲ得サラシムルノ効力及執行力」²⁷であったことが分かる。これについては、同じく起草委員であった加藤正治博士も、和解調書の効力をめぐり従来分かれていた解釈の統一を図って「舊法の缺點を補」うことを狙いとしたと明言しているところである²⁸。さらに、ここで注目されるのは、松岡博士が従前より、「當事者ノ意思ニ根據ス」る訴訟上の和解は「國家ノ裁判權ニ根據スル」判決とは異なるとして、その「内容ニ付確定判決ノ効力ノ如キ鞏固ノ効力」を「有セシムル」には、既に改正を了した破産法が債権者表の記載につき設けたような「法律上確定判決ト同一ノ効力ヲ有スル旨ノ別段ノ定」が必要である²⁹、と論じていたということである。このことは、起草案326条における「確定判決ト同一ノ効力」と、ここで言及されている1922年破産法287条1項（現行法221条1項前段に対応）の「確定判決ト同一ノ効

²⁵ 第51回帝國議會貴族院民事訴訟法中改正法律案外一件特別委員會議事速記録第一號。

²⁶ 大正改正における職權主義の拡大については、染野・前掲論文注(2)1頁以下参照。

²⁷ 松岡・前掲書注(4)1259頁。

²⁸ 加藤博士は、起草案326条以前より和解調書に既判力を認める立場に依っていたのだが、「大審院は然うではない様である。然るに新法では瞭つきりと和解の調書を以て既判力あることにし」て「舊法の缺點を補った」と記している。加藤正治『改正民事訴訟法案概説』（1937年）63-64頁。このほか、民事訴訟法案の提出に「深イ關係ヲ有ッテ居」た長島毅氏（前掲注(5)〔池田虎二郎発言〕）もその著書で「判決ノ既判力カ如何ナルモノニ及フカノ問題ヲ解決」したと記している。森田豊次郎・長島毅『改正民事訴訟法解釋』（1930年）228頁。

²⁹ 松岡義正『強制執行要論上巻』（1924年）522頁。なぜなら、訴訟上の和解における「裁判所ノ共力」は、「和解ヲ爲ス當事者及第三者ノ意思表示ノ受領及其ノ證明ヲ爲スニ止マル」からである。

力」³⁰とが、同一の趣旨のものとして企図されていたことを十分推察させる。

したがって、起草案326条を基にした大正民事訴訟法203条は、訴訟遅延の防止のために職権主義を拡大した大正改正の目的に沿って敢えて下された一つの立法的決断であったといえることができる。実際的にみても、もし和解調書に既判力が生じないのだとすれば、後日再び和解の成立を争うことができることになってしまい（理論的には強制執行完了後にも和解の効力を争うことになる）、「当事者及ヒ裁判所ノ爲メニ大ナル實益ヲ生スルコト無カルヘシ」³¹と指摘されていた。では、訴訟上の和解が確定した後、当事者の救済が必要となった場合の措置としては、どのような方法が考えられていたのだろうか。

この点に関わるものとしては、第90回民事訴訟法改正起草委員会決議事項の(二)に、「和解ニ付テモ再審ノ如キ規定ヲ設クルコト」との記述を確認することができる³²。しかしその後の審議過程で、この点が議論された形跡はみられず、結局、条項として起草されることもなかった。ただ、旧203条についての松岡博士の注釈には、次のような興味深い記述がある。すなわち、同条により和解調書が既判力を生じるとの前提のもとに、松岡博士は、再審事由がある場合には再審に関する「規定ノ準用ニ依リテ調書ニ於ケル記載カ確定判決ト同一ノ効力ヲ有スルヤ否ヲ再審スルコトヲ得ル」と解したうえで、さらに「立法上ノ見解」としては「本條ト再審トノ關係ヲ律スルノ規定」を

³⁰ 破産法上も「確定判決と同一の効力」に既判力が含まれるかどうかをめぐっては、見解が分かれている。手続の信頼性の観点からこれを認める肯定説（伊藤真『破産法・民事再生法〔第3版〕』（2014年）619、616-617頁）に対して、否定説は、債権者による異議のもつ意味を踏まえつつ倒産手続内での不可争性を認めれば十分であると主張する（兼子一監修『条解 会社更生法（中）』（1973年）701-702頁）。また近年では、実践の見地から既判力の有無については言明を避け、「破産手続の目的内に限って適用される拘束力」とする考え方（竹下守夫編集代表『大コンメンタール 破産法』（2007年）518頁〔橋本奈月〕）も有力である。斉藤秀夫ほか『注解 破産法〔第3版〕（下）』（1999年）623-624〔林伸太郎〕、伊藤真ほか『条解 破産法〔第2版〕』（2014年）1469頁参照。

³¹ 加藤正治『民事訴訟法判例批評集第二巻』（1927年）116-117頁。

³² 松本ほか編著・前掲書注(9)612頁〔資料451〕。

設けることができる「ト信ス」³³、としているのである。この叙述から示唆されるのは、起草段階でこの点についての意見集約が不調に終わったこと、そしてその不調の原因の一つとして、上述のとおり博士自身認識していた「当事者ノ意思ニ根據ス」る和解と「國家ノ裁判權ニ根據スル判決」との間の「本質上の差異³⁴」をめぐる解釈上あるいは立法技術上の困難があったのではないか、ということである。実際、松岡博士はこうした叙述の一方で「私法上ノ法律行為カ訴訟契約ト互ニ併合シ其ノ一方カ他方ノ成分ト爲リタルトキ」は「私法上ノ法律行為ノ無効又ハ取消ハ訴訟契約ヲ無効トス」る、との理解のもとに、和解の無効を主張する当事者には訴訟の続行が許されうる³⁵、とも論じている。そうすると、松岡博士の理解としては、訴訟遅延の防止という改正目的に即して、破産法と同一文言の明文規定を設けることにより訴訟上の和解を判決と同等のものとして位置付けつつ、和解が実体法上の見地よりみて当事者間において無効の場合には、和解が有効に成立したものであるのではない、と考えていたということになる。

Ⅲ 訴訟上の和解の位置づけ

では、このような趣旨を込めて起草案326条を起草するにあたり、この作業に携わった委員たちは、訴訟上の和解の法的意義を民事訴訟手続のなかでどのようなものとして捉えていたのだろうか。松岡・加藤・仁井田三博士の所説に注目して、相互の異同を手がかりにその特徴を明らかにしてみたい。

1. 法的性質

訴訟上の和解の法的性質については、松岡・加藤・仁井田三博士はいずれも、私法上の効果を生じる私法上の法律行為と、訴訟法上の効果を生じる（一種の）訴訟行為という、二つの性質を有する一つの行為として理解して

³³ 松岡・前掲書注④1259頁。

³⁴ 加藤・前掲書注④301頁。

³⁵ 松岡義正『新民事訴訟法注釋第三卷』（1932年）682-683頁。

いた。ただ、その考え方の道筋は必ずしも一致せず、ましてやその効力をめぐっては、立場が分かれている。

一方で加藤博士は、訴訟上の和解を、既に又は将来の「訴訟物となりたる権利又は権利関係に付兩当事者が互に譲歩を爲し争いを止むることを約する契約を裁判上に於て爲すこと」と定義し、裁判所に対する一つの陳述行為が、裁判所に対する関係においては訴訟行為であり、当事者相互の関係においては民法上の和解契約である、とその性質を論じる。そのうえで、「和解が確定判決と同一の効力を生ずる以上は既判力を生ずるは當然のこと」であり、「既に確定判決と同一の効力あるものが成立したる以上、更に判決を爲す必要なく訴訟は法律の力に因りて當然終結する」と解した³⁶。この理解は旧203条制定以前から一貫しており、明治民事訴訟法下ではその条文解釈の「首尾一貫」性と「眞ニ訴訟終結ノ目的ニ副フ」ことを理由として、和解が成立し調書に記載されればその調書にも「亦確定判決ト同シク既判力（Rechtskraft）ヲ認ムルヲ正當」であるとしていた。ただ、加藤博士によれば、この「判決代用ノ効果」は「法律の力」によるのであって「当事者ノ意思効果ニ非ス」、すなわち、訴訟上当事者相互の関係において私法上の和解契約が成立した場合の当事者の意思は、「寧ろ法廷ニ於テ私法上ノ和解契約ヲ成ス」ことにあり、「判決代用ノ権利義務ノ内容ヲ定ムルニ在リト謂フベカラス」なのである。また、実体私法の適用を受ける和解契約の効力がそのまま訴訟法の支配下で生じるとは考えられない。そこで、訴訟上の和解とは「訴訟法が民法上の和解契約の存在を表面化して認」めたものとして理解されるのである³⁷。

この立場からすれば、「裁判所に対する陳述」という訴訟行為は「形式」であって、訴訟上の和解の「実質」はあくまで和解契約である。したがって、「実質」である和解契約につき要素の錯誤があれば、和解契約が無効となるとともに、一旦は生じた確定判決と同一の効力も消滅すると考えられるし、

³⁶ 加藤・前掲書注③125-127, 136頁, 同・前掲書注④298-299, 303-304頁。

³⁷ 加藤・前掲書注③112, 118, 122頁, 同・前掲書注④300-301頁。

詐欺又は強迫により和解契約を取り消しうべき場合も同様である、というのが加藤博士の考えであった。というのも、私法行為としての和解契約が無効である場合にもなおその和解に既判力を認めるとすれば、「和解ノ無効ヲ主張スル當事者ノ保護ハ如何ニシテ之ヲ爲スヘキヤ」の説明に「困難ヲ感セサルヲ得」ないからである³⁸。

他方、松岡・仁井田両博士も同様に、訴訟上の和解について、強制執行の基礎となるからといって「判決ト全ク同一ナル效力ヲ有スルモノ」ではなく「判決ノ代用ニ非」ず³⁹と考えていた。だが、その旨の明文規定がない限りは、訴訟上の和解は判決の代用とはなりえず「既判力ヲ有」することもない、というのが松岡博士の考えであったことは前述のとおりである。また、民法学者としても知られる仁井田博士も、訴訟上の和解とは、互譲により訴訟物又はその争点につき争いをやめる義務を負担すると同時に、訴訟又はその争点を完結することを目的とする「訴訟上の契約」であって、両者不可分の関係において「一ノ處分ヲ目的」としてなされた「訴訟ニ於ケル當事者ノ意思表示」をその内容とする、と説明している。すなわち、訴訟上の和解とは、和解の意義につき訴訟法に規定がないことから、民法上の和解の一種を認めたものといえるが⁴⁰、訴訟上の和解の内容たる当事者双方の意思表示は、私法上の効果と訴訟法上の効果の双方を目的とするものであって、前者が私法上の法律行為たる性質を、後者が訴訟法上の法律行為たる性質を有している、と考えるのである。それゆえ、このいずれかについて「単ニ片面ノ觀察ヲ爲スコト」はできないし、このように訴訟法上の法律行為たる性質を認めることには、当事者の合意によって「直接又ハ間接ニ私權ノ保護ニ關スル處分ヲ爲スコト」を法が可能にしたものとして、「私權保護ノ爲ニ存スル民事訴訟ノ性質ニ適スル」、というのが仁井田博士の理解であった⁴¹。

³⁸ 加藤・前掲書注(4)298-299, 301, 304頁。同・前掲書注(3)137頁。

³⁹ 仁井田益太郎『民事訴訟法大綱全〔第2版〕』(1914年)185頁, 同『改訂増補民事訴訟法大綱全〔第9版〕』(1926年)254頁。

⁴⁰ 仁井田・前掲書注(3) (第9版)252頁。松岡博士も「和解ハ民法ノ意義ニ從フ」とする(前掲書注(2)515頁)。

この解釈によると、訴訟上の和解は訴訟物に関して「當事者相互ノ間ニ於ケル法律關係ヲ定メタルモノ」だと解され、したがって、私法上の効果と並んで、訴訟法上は、強制執行の基礎となる効力と、訴訟終了の効果又は和解の対象たる争点が確定する結果を生じることになる。また、「民法又ハ民事訴訟法ニ定ムル法律行為」に無効原因がある場合には、その効力が生じないうに、民法の規定に従って取り消すことも可能となるのであって、この点で、純然たる訴訟行為とは異なる、と説明されている⁴²。

2. 理論的背景

以上にみてきた訴訟上の和解をめぐる当時の学説は、いずれも訴訟上の和解に二つの性質を認めつつ、これを訴訟上なされる「契約」として理解して、両当事者の「意思」を中核に据えた議論がされているという点で共通していた。だからこそ、訴訟上の和解そのものは「國家ノ行為」⁴³たる判決の代用となることはできないと解されるのである。そうすると今度は逆に、このような理解を共有していた三人のうち、なぜ加藤博士だけは、明文規定がなくとも訴訟上の和解は既判力を有すると考えることになったのか、という疑問が生じる。既判力を民事訴訟における究極の強制性（効力）として捉えるならば、この問いの手がかりは、何のためにそのような効力を民事訴訟に付与すべきなのかという、民事訴訟の目的についての理解に求められる。つまり、当時において民事訴訟の目的は私権の保護にあると一般に理解されていたのではあるが、三博士はそこでいう「私権の保護」をそれぞれどのようなものだと考えていたのだろうか。

まず、加藤博士によれば、民事訴訟は「私権の保護を直接の目的とする裁

⁴¹ 仁井田・前掲書注(39) (第9版) 252, 254頁, 仁井田益太郎「訴訟上ノ和解ヲ論ス」京法3巻3号(1908年)17-19, 24, 26頁。また, 仁井田・前掲書注(39) (第2版) 185頁参照。

⁴² 仁井田・前掲論文注(41)31-33頁。

⁴³ 松岡・前掲書注(29)522頁。

判上の手續」であり、「各当事者の爲に私權の保護を爲して私人をして相互に平和的生活を爲さしめんことを企圖する爲めの制度」である。ただ、「私權の保護」を直接の目的とするとはいへ、「凡そ國家の法律制度たる以上國家の目的を達成する爲めに存在するものたる」ことはもちろんだから、「國家の施設」である民事訴訟は「私人の目的達成の爲に存する制度」ではなく、「國家的見地」からは「私法法規の適用解釋を定めて私法の維持を爲すこと」を「間接の目的」ともする、という。したがって、「各当事者の爲に私權の保護を爲して私人をして相互に平和的生活を爲さしめんことを企圖する爲の制度」である民事訴訟においては、「當事者間争訟の目的たる特定の事件に對して客觀法規を適用して權利又は權利關係の存否を確定」することで、同時に「國家自身の目的たる法規其のものの維持の目的をも亦」達成されることになるのである⁴⁴。

私權保護を直接の目的としつつ、そのことが間接的に「國家の目的」の実現にも資するというこの加藤博士の民事訴訟についての理解は、松岡・仁井田両博士とも共有されている。ただ、この両博士においては、「私法の維持」ならぬ「秩序」の「維持」に対する認識が、裁判所を「公器」⁴⁵とよぶ加藤博士に比して相対的により強くあったように思われる。例えば、私權保護は「間接ニ公益ヲ維持スルコトヲ目的トスル」とする仁井田博士によると、國家が民事訴訟を実行するのは、「私法ニ於テ吾人ノ權利ヲ認メ」て「互ニ他人ノ利益ヲ侵スコトナカラシメ」ることによって「社會ノ秩序ヲ維持スル」ために外ならず、この目的達成のために行われる「裁判所ノ裁判」は、「統治權ノ作用」であって、「法規及ヒ一定ノ事實ヲ基礎トシ」て「一定ノ事實カ法律上如何ナル效果ヲ生スルヤヲ定ル裁判所ノ意思表示」により「拘束的ニ法律上ノ效果ヲ確定スルコト」を意味するのである⁴⁶。また松岡博士も、「裁判ハ行政處分ト本質ヲ異ニセス」として、司法機関に裁判權が与えられ

⁴⁴ 加藤・前掲書注(24)7-9頁。

⁴⁵ 加藤・前掲書注(24)12頁。

⁴⁶ 仁井田・前掲書注(39)(第9版) 1, 3-4頁, 11-12頁。

ている理由について、「國家ノ法律的秩序ヲ維持スルニハ」、一般的・抽象的事実を予想してこれと法律上の効果を結合する「法規ノ設定」という国家行為のほか、「個々ノ具體的事件ニ付キ國法ヲ適用シテ法ノ欲スル所ヲ實在セシムル」ための「特定ノ個人ニ對シテ爲ス國家ノ行爲」が必要であることによる、と説明している。それゆえに、「私權保護ノ手段」としての「判決」は、「單ニ私權ノ存否ヲ判斷スル」だけでは足りず、「一旦確定セラレタル權利狀態ヲ確保スル」ことに「主眼」があるのであり、だからこそ「形式上存在スル判決ハ通常ノ上訴又ハ再審ノ訴ヲ以テ之ヲ取消ササル以上ハ其ノ効力ヲ保有セシメ」ることで「判決的權利保護ノ安全ヲ確保スルヲ適當ナル政策トスル」と考えるのであった⁴⁷。

民事訴訟の強制性をめぐるこうした認識の違いは、訴訟の対象である民事事件としてどのようなものをイメージしていたかという部分にも表れていた。まず、加藤博士は、「訴訟の最も普通なる」ものとして「貸金請求訴訟」を挙げたように、しばしば「債権者」と「債務者」の関係を想定しており、例えば、自力救済がしばしば「殘忍酷薄に流れ弊害を百出」したことを「社會の秩序及び平和を維持する上に於て有害」なものだと指摘している。また、「凡そ當事者間に争訟事件の胚胎する所以」は「當事者雙方の主觀的相違により來る」として、裁判所に対して「客觀的見地より判決を與へられ」るよう要求し、その結果「私法上の地位を確定すれば、勝敗如何を問はず不満や不安を解消することが出来る」と論じた。ここに描かれているのは、自ら積極的に権利を主張する原告像であり、被告は原告の提訴によって「當然の利害對立者たる相手方として法律の力により當然」に判決による権利保護を求めたものと理解される⁴⁸。これに対して、仁井田博士は、民事訴訟を、「反對ノ利益を有スル者ニ對シテ」あるいは「反對ノ利益ヲ有スル者ノ間ニ於テ其ノ一方ノ私權ヲ」保護するものとして捉えていた⁴⁹。ここでは、民事紛争

⁴⁷ 松岡・前掲書注(35)588-590, 松岡義正『新民事訴訟法注釋第五卷』(1935年) 1003-1004, 1205-1206頁。

⁴⁸ 加藤・前掲書注(24) 1, 13-16, 17頁。

を「利益」をめぐる対立として捉え、この「利益」の侵害への対抗という図式において民事訴訟が捉えられている。これを換言すれば、民事紛争とは、社会における既存の「利益」配分の状態、すなわち経済的秩序を乱す事態であり、その「利益」を保護するための「吾人ノ権利ヲ認メ」ることにより侵害状態を回復し、「秩序ヲ維持スル」ところに民事訴訟制度の意義が見出されていることになる。民事紛争をこのように秩序阻害要因と捉えて秩序の回復が志向されているという面を捉えれば、仁井田博士の理解は刑事訴訟に通じるものともいえるだろう。

以上の考察から、加藤博士と松岡・仁井田両博士との既判力をめぐる議論の違いは、民事訴訟の目的、特にそこでの「國家の目的」をどう考えるのかをめぐる微妙な差異に基づいていたことが分かる。すなわち、民事訴訟における「國家の目的」をあくまで「私法の維持」だと意義付ける加藤博士が、訴訟上の和解における「裁判所に對する陳述」に訴訟行為としての「形式」を認め、「判決代用ノ効果」を訴訟法上の「法律の力」として付与しようとしていたのに対して、松岡・仁井田両博士は「秩序」の「維持」を重視する傾向にあったため、その「実質」が私法上の和解契約に過ぎない訴訟上の和解に「國家の行爲」たる判決の代用としての効力を与えることはできず、既判力も認められないと解していたのである。このことが意味していたのは、訴訟上の和解における二つの性質である私法上の法律行為と訴訟法上の訴訟行為のうち、後者をどう考えるかは、民事訴訟における「國家の目的」をどう解するのかと結びついており、それに対する理解のあり方が、訴訟法上の強制性やその効力についての考え方に影響を与えたということである。いわば、訴訟上の和解の法的性質や、その効力に関する議論は、民事訴訟の目的論と密接に結び付いていたのであった。

⁴⁹ 仁井田・前掲書注(39) (第9版) 3頁

Ⅳ 制度意義の問い直し

民事訴訟の目的を私権保護と捉える理解は、長らく一般的支持を集めたが、やがてこうした「常識」⁵⁰は、「國家制度に付て個人的目的を先行せしめ」て「論理を顛倒」させたものである⁵¹、との批判に晒されることとなった。

例えば井上直三郎博士は、「公法上の關係」である「訴訟における訴訟當事者と裁判所との關係」が「請求權」を用いて構成されていることの不当性を次のように批判した。すなわち、「公法上の關係に於ては、問題の中心を成すものは、寧ろ國家（一般的に言へば公法人）の目的の達成に外なら」ないのだから、「假令それが個人の私益に關係を有する場合に於ても、國家機關が個人の欲求すと爲す所を充すべき法上の關係に在ることは、其の説明を個人の請求權に歸するの必要なく、又必しも斯る説明を正當ならしむるものではない」。それゆえに、「訴訟の學理的構成に、最も重要な意味を有する」この問題について、従来十分な議論もなく「請求權の觀念を採用し、研究の重心を其の内容の如何に置いた態度」は「餘りに私法的觀察に習慣づけられたとの批判を免れない」というのである。この立場からすると、裁判の目的は、「國家」の「目的の達成」すなわち、當事者の「主張の成否を判斷し、紛争を解決」することにあり、そうすると、判決以前には「存否の不明な權利に保護を與える」ということは「公正であるべき國家の態度として」考えられず、また、當事者間で問題となっている「權利の存在を確定し、法律上争ひ得ざるに至らしむること」は、裁判の目的を達成するために与えられた法律上の効力なのであって、「係争問題に對する國家の裁斷たる以上、判決は權利保護行爲」と捉えることはできないのであった⁵²。

同じく兼子一博士も、私人による民事訴訟制度の利用を「國家的目的の爲

⁵⁰ 井上直三郎「權利保護請求權說に對する疑問」破産・訴訟の基本問題（1971年）2頁（初出は論叢第16巻第6号〔1926年〕）。

⁵¹ 兼子一『民事訴訟法概論』（1938年）5頁。

⁵² 井上・前掲書注60 4-5、8頁。

に設置され」た「營造物利用権」になぞらえて、「訴の目的」を「権利保護に求めるは餘りに個人的目的に墮するもの」であると批判した。というのも、訴訟制度は、国家により「私人間の生活關係を規律せんが爲めに定立」された私法法規を「實現し貫徹する爲めに」国家自らが進んで設けたものであって、「私人の利益が國家權力の保護を受けるのは寧ろ訴訟制度があるが故に外なら」ないからである。それゆえ、「私人は裁判所に對し正當な法規の適用を一々指圖する利益を有するとはいえない」し、ましてや「訴訟の勝敗の如きは法的適用の結果に過ぎない」。この立場からすれば、「私人の利用目的すなわち訴の目的」は、少なくとも「制度の客觀的目的」と「背馳するものであってはならぬ」から、「當事者間に於てかかる私法關係の確定を求めること更に實質的に謂へば私人間に私法的生活關係上の利益に付き紛争對立が存し、國家の公權的判斷によってその解決調整をして貰ふこと」と考えるべきことになる⁵³。

では、「國家の公權的判斷」による紛争の「解決調整」を重視する立場によると、訴訟上の和解をめぐる議論はどのように展開されるのだろうか、以下、兼子博士の考え方をみてみよう。

1. 訴訟上の和解の性質

兼子博士は、訴訟上の和解を「當事者雙方の、請求についての主張を讓歩しあつた結果の、訴訟上一致した陳述」と定義する。というのも、「和解を請求の認諾、放棄と常に同列において規定しているわが法の解釋としては」、従來の論者のように「和解契約が訴訟上締結される」と捉えることはできず、むしろ請求の「認諾放棄と同様法律上の陳述の性質をもつもの」であつて、「雙方の一致した陳述によって成立する點で、裁判所に對する合同訴訟行爲」とみるべきだからである。實際、訴訟上の和解は「請求の認諾及び放棄と共に、當事者の行爲により訴訟物に關する法律關係を確定し判決に代わり當事

⁵³ 末弘嚴太郎・田中耕太郎責任編集『法律學辭典 第三卷』（1936年）1689, 1690頁。

者間に具體的法規を形成する」ものであって、「その決定された内容を承認し、これを判決と同一平面において当事者間の具體的法規とする点においては」、「当事者の合意というより、むしろ裁判機關に對する兩当事者の合同行為とみるべき」なのである。また、これに「裁判機關を關與せしめるのは、之をして仲介の勞を執らしめ、妥當な内容の和解の成立を期する爲で、和解に關與するは單なる公證事務以上の事柄である」⁵⁴。ましてや、訴訟法が明文で和解調書に既判力を認めている以上は、「和解契約として構成する餘地はない」。いわば兼子博士は、「法的適用」による「紛争」の「解決調整」という「國家的目的」のために設置された裁判所及び訴訟制度において「個人的目的」を強調するのは妥當ではないと捉えることによって、従来の学説が訴訟上の和解について私法上・訴訟法上の二つの性質を有するとしていた理解を覆し、「制度の客觀的目的」の下にこの両者を一つに融合させたということができる。

このことは、訴訟上の和解の効力について、二つのことを示唆している。第一に、この立場によれば「兩当事者が一致した陳述を爲すに至る緣由」として当事者間に互讓の協定がなされたとしても、「何等訴訟法上の効力はない」というのは、それは「訴訟上の和解の陳述内容を定める前提」あるいは「裁判上の和解の草案」に過ぎないからであり、いわば「常に訴訟行為の外殼によって蔽い盡くされている」と捉えられる。したがって、單なる私法上の和解契約であれば「その効力は判決により更に確定されなければ、訴訟上の効果を生じないはず」だが、訴訟法が和解調書に確定判決と同一の効力を与えることにより、「あたかも和解契約關係確認の請求を認めたのと同様なもの」となるのである⁵⁵。

また第二に、兼子博士は和解調書の有する「確定判決ト同一ノ効力」として、訴訟の当然終了、執行力と並んで、「和解調書の内容即ち和解で定められた權利關係」につき「確定判決で確定されたのと同様」の既判力を認める。

⁵⁴ 兼子・前掲書注(6)347頁。

兼子博士によれば、これは「当事者の陳述から請求についての対立の解決が訴訟上明白となつたことに基いて、その通りに事件を落着させようとするところから、調書の記載をもつて判決に代えた」ことによるものである。すなわち、当事者一方の陳述ではなく「最初から、当事者双方の陳述が一致して、紛争解決が明確に示されるので、判決で確認するまでもない」との理由から調書の記載で済ましているのに過ぎないのだから、「紛争解決の効力」の点で両者を区別する必要はなく、既判力まで認める方が合理的なのである⁵⁶。

以上の考え方からは、訴訟上の和解の内容の「決定過程における私法上の意思表示の無効或は取消事由」の存在を理由にその効力を争うことは、「確定判決に対して口頭弁論終結前に生じた事由に基づいてその内容の不当を争いえないのと同様」に許されない、との結論が導かれる。したがって、訴訟上の和解に瑕疵がある場合でも、「既に調書に記載された以上は、確定判決と同一の効力を有し」、これによって「常に訴訟は終結する」ので、「確定判決に対する再審の訴えの事由及び形式に準じて主張すべき」と解されることになる。実際的にみても、訴訟上の和解の無効は「意思表示の要素の錯誤を理由として主張される」ことが多いが、「訴訟上裁判機関の面前でその事実上の仲介乃至調停により為され、当事者としても特に慎重になるべき場合に、錯誤を主張させる必要はない」し、またそうすることが、「権利の存否に関する錯誤は和解契約を無効」としないという和解の確定効についての解釈とも整合する、というのが兼子博士の理解であった⁵⁷。

⁵⁵ 兼子・前掲書注⑤344-345頁、同『判例民事訴訟法〔第14版〕』（1957年）312頁、同『条解民事訴訟法上』（1955年）543頁、同『民事訴訟法体系』（1954年）304、306-307頁。なお、兼子博士は、日本の民事訴訟法が母国ドイツにおけると異なっており、「同種の目的を持った同性質の行為」である放棄・認諾と和解を「同列に規定した」ことを、「ドイツ法に比して一層合理的である」と評価している。それゆえ、日本の判例・学説が「なおドイツ学説の影響を受けて」、訴訟上の和解についてだけは「私法上の和解契約が中核を成すものと」していることを、明文規定を無視するものであるうえに、国際的・実際的にみても不必要なことであると断じるのである（兼子・前掲書注③83-84頁）。

⁵⁶ 兼子・前掲書注⑥体系306-307頁、

2. 理論的背景

訴訟上の和解につき確定判決と同様の既判力を認めるこの考え方を打ち出したのは、兼子博士が戦前から民事訴訟の「制度の客観的目的」を「國家の公権的判断」による「紛争」の「解決調整」だと考えていたからであった。兼子博士の考える民事訴訟の目的が、第二次世界大戦を境として、「私法法規の実効性を確保」することから、「前法律的な」立場において捉えた、「國家権力による私人間の紛争乃至利害の衝突の、解決調整」へと、大きな方向転換をしたことはよく知られているが、その根本にある考え方は戦前から一貫していた。

民事訴訟制度における「國家的目的」を重視する兼子博士のこの考え方が顕著に表れているのが、裁判の強制性についての理解である。すなわち「司法作用としての裁判」とは、「関係人の私的判断が互いに一致しない様な場合に」において「法律の実効性を確保する」必要から、「國家社会」がその機関による「公的な法適用をさせ、その判断を社会の公権的判断として、関係人の私的判断に優越して通用させる」ものであるとの理解であり、「これによって、具体的な関係を支配する確定的な法的実在としての権利関係の生成を見る」⁵⁷、というのである。ここにあるのは、法律が「関係人の私的判断が互いに一致しない様な」いわば“非常時”のためのものであり、この状態

⁵⁷ 兼子・前掲書注(5)体系307頁、同・前掲書注(5)判例312-314頁、782頁。なお、民法696条における和解と錯誤との関係については、原則としては民法95条の適用が認められるものの、「和解の確定効にふれる錯誤無効の主張は許されない」（谷口知平ほか編集代表・新版注釈民法(17)（1993年）257頁〔篠原弘志〕）と解するのが一般的だといえる。その歴史的・理論的背景につきより詳しくは、中川善之助ほか編集代表『注釈民法(17)』（1969年）696頁以下〔篠原弘志〕参照。

⁵⁸ 兼子一「民事訴訟の出発點に立返つて」民事法研究第一卷〔第6版〕（1954年）483-484頁（初出は法協65巻2号〔1947年〕）。なお戦前においても、「個人の私益若は私權の保護」に対して「民事訴訟制度は唯最後の保障手段として備はれば足りる」としており（兼子・前掲書注(6)4-5頁）、その基本的立場に変わりはない。この、訴訟状態の発展を通じた権利の具体化という考え方につき、竹下守夫博士は、兼子博士の「理論体系の基盤」をなすものと指摘している。竹下守夫「民事訴訟の目的と司法の役割」民訴40（1994年）27頁。

の解決のために「公的な法適用」による「公権的判断」を「私的判断に優越」させる必要がある、という考え方である⁵⁹。ただ、ここでいう「公権的判断」とは、「私人間の紛争が国家権力による解決を求められた場合に、適用される限度で維持されればよい」ものであり、また、「紛争を民事裁判によって強制的に解決する必要がある場合でも、できる限り私人間の自主的解決に近い結果を得ること」が「理想」であって、「紛争の存する限度に於いて、当事者を納得させる解決を與えることが主眼となる」ものであった⁶⁰。

このことが示唆するのは、兼子博士の考える「公権的判断」が、ただ一方的に「国家社会」から押し付けられるというのではなく、弁論主義や処分権主義と密接に関わっているということである。このような視角から改めて訴訟上の和解についての兼子説を振り返ってみると、判決と同様の既判力を認めるということにまた違った意味合いを見出すことができるのではないだろうか。すなわち、弁論主義のもとでは、「公権的判断」である判決の「理想」とは「できる限り私人間の自主的解決に近い結果を得ること」にあり、それゆえに、理想的な判決は「自主的解決」である和解に「近い」と考えられるのである。そうすると、和解に判決と同様の効果を認めることは、一見すると両当事者の救済を局限して国家による強制性を重視する強権的な考え方のようなのだが、それはあくまで弁論主義に基づく判決の「理想」の実現なのであって、だからこそ、これを認める明文規定をもって「当事者の自主的解決権能を判決による強制的解決と同一の面まで高め」られた⁶¹との分析が無理な

⁵⁹ 事実、兼子博士は「裁判規範として適当なものが、生活規範として理想であるといえない」として、「我々が買物一つをするにしても、民法の担保責任や危険負担の規定まで気を回さなければならないとすれば、それこそノイローゼに罹るであろうし、又夫婦間で民法の規定通りに暮らさなければならないとすれば、水臭いことになる」と論じている。兼子・前掲書注(3)55-56頁。

⁶⁰ 兼子・前掲書注(6)477-478, 485-496頁。なお、兼子博士の考える「紛争」の概念は広く、例えば「債務の存在自体を債務者は争わないが、任意の弁済を肯じないとか、資力がなくて弁済ができないと云う様な場合」も「給付の実現そのものの関係では、当事者間に利害の対立があ」として、「この対立を解決調整する」のが「民事裁判の効力、即ち給付判決の執行力」であると論じている（同479頁）。

く導かれるのだといえるだろう。

事実、訴訟上の和解の既判力を否定する考え方の根本には、「私人である当事者の合意」が「国家の裁判権に基づく」判決に基づく効力をもちえようはずがないという思想がある、と指摘した兼子博士は、そ「のような考え方は観念的に裁判の権威性を強調し過ぎ」たものであって「民事裁判の目的を反省しないことに基づく」と批判している。そして、むしろ「訴訟の場面にまでなって当事者間に和解が成立したのに、国家がこれを公認して自ら解決を与えたのと同様に取扱わずに、ただ当事者間に紛争が解決した以上判決してやる必要はないとして訴訟を終了させてしまい、しかも後日和解そのものが再び紛争の因となって、之による紛争の解決もうやむやに終わっても知ったことでないとの態度を取ることは、国家としても民事訴訟制度によって引受けている紛争解決の責任を全うするものとはいえない」として、訴訟上の和解は、単なる訴訟外の契約とは異なり、「之に因る紛争解決の結果は、判決に依るのと同様に、その内容を成す権利関係の实在化をもたらす既判力を具備する」と考えるのが「当然である」と論じるのである⁶²。こうした指摘を踏まえれば、訴訟上の和解を訴訟行為と捉える兼子説を「実質」をみない「形式論」だと批判することは、訴訟手続における裁判所と当事者との共同作業のプロセス、ひいては弁論主義の民事訴訟制度における意義を、軽視するのに等しいといってもよいかもしれない。

V 現代の議論状況

戦後、民事訴訟の目的を「国家権力による私人間の紛争乃至は利害の衝突の、解決調整」と捉え直した兼子博士は、改めて弁論主義を徹底させて、日本国憲法の下での民事訴訟のあり方⁶³を提示した。しかし、終戦以来の「当事者主義強化」に対する批判的な揺り戻しの動きが台頭してくると⁶⁴、「権利関係の实在性」は「訴訟を通じて始めて形成される」とする兼子博士の、

⁶¹ 兼子・前掲書注(6)体系306頁。

⁶² 兼子・前掲書注(3)82-83頁。

法を「紛争」という“非常時”のものとする位置づけへの拒絶反応⁶⁵も相まって、兼子説は次第に批判に晒されるようになっていった。ましてや、民事訴訟の目的設定とも、訴訟手続を通じた実体的法律関係形成の効果とも密接に関わる訴訟上の和解をめぐるというまでもなく、「私人である当事者の合意」にすぎない訴訟上の和解に国家制度的な効果である既判力を認めることには、判決との「本質的差異」を強調して⁶⁶、あるいは和解の実態を捉えていない「形式」論であるとして⁶⁷、様々な批判が向けられた。こうして、兼子博士によって一旦は一つの訴訟行為へと融合された訴訟上の和解から、再び判決とは異なる和解の要素が分離されることとなった。もっとも、これらの学説が民事訴訟の目的との関係で訴訟上の和解の性質をどのように捉えていたのかは、必ずしも明確ではない。このようななか、こうした批判的指摘を盛り込みながら、いわば加藤説と兼子説との調整を図る形で、新たな体系的理解を打ち出したのが竹下守夫博士である。

⁶³ 戦後の兼子説について、竹下博士は、「明治憲法下の民事訴訟理論を清算し日本国憲法に相応しい理論を構築」しようとする意図において、「日本国憲法・裁判所法下の司法権と民事訴訟制度との接合を図ろうとした」のではないかと分析している。竹下・前掲論文注(58)8頁参照。

⁶⁴ 竹下守夫「執行契約の研究(-)」法協80巻1号(1963年)49, 50頁注(26)参照。

⁶⁵ 例えば、山木戸克己「訴訟法学における権利既存の観念」浅井清信編集代表・民事法の諸問題〔末川先生還暦記念〕(1953年)397頁は、法治国家において法は「当為的事態の実現を要求し社会生活を秩序づける規範として・法命題の形態をとつて・歴史的社会的現実の世界の内面に存在する」として、訴訟制度との関係では「権利は前訴訟的なもの・既存的なものとして観念せられる」とした。法を「社会生活」の「規範」と捉えるこの考え方を、前注(59)における兼子博士の理解と比べれば、その違いは明瞭であろう。

⁶⁶ 岩松三郎「民事裁判における判断の限界(-)」民事裁判の研究(1961年)101, 102-104, 108-109頁(初出は、法曹時報3(11)(1951年))、三ヶ月章『民事訴訟法〔法律学全集35〕』(1959年)3, 443-444頁、同『民事訴訟法〔第2版〕』(1985年)43-45, 515頁等。また、石川・前掲書注(9)126, 22-23頁参照。

⁶⁷ 中村・前掲論文注(4)182頁、同・前掲論文注(7)822-828頁、河野・前掲書注(4)260頁。なお、これら「実質」の観点からの批判的指摘に網羅的に応えたものとして、梅本・前掲論文注(8)555頁以下参照。

1. 訴訟上の和解の位置づけ

竹下博士は、訴訟上の和解につき、「訴訟の係属中、当事者双方が紛争を終結させるため、訴訟上の請求についての主張を譲歩しあい合意に達した結果を、訴訟上一致して陳述する行為」であるとして、兼子博士の定義を承継しつつ定義する。このことが意味しているのは、訴訟上の和解である両当事者が「訴訟上一致して陳述する行為」には、「当事者間の実体関係の終局的規律の効果」をもたらす「私法上の和解契約の要素」が含まれるほか、裁判所に紛争解決を了知させるがゆえに「訴訟終了の効果」の結び付けられている「訴訟上の陳述（合同行為）の要素」がともにあり、理論的にはそれぞれの私法行為と訴訟行為とが牽連関係（依存関係）（その程度は「和解の瑕疵の主張方法と関連」して「合理的」に決せられる）において併存している⁶⁸、という法的性質についての理解である。これによると、和解当事者の意思及び「訴訟上紛争が終結したからこそ訴訟を終了させる」という和解制度の趣旨に照らすと、訴訟上の和解には「当事者間の実体関係の終局的規律の効果」を認めなければならないが、この効果をどのように確保すべきかについては、次のように考えることになる。まず、この「和解内容どおりの実体関係の形成の効果」を正当化するのには「当事者の意思」であるから、「その意思に瑕疵があるときはかかる効果を否定すべき」ことになるのだが、和解調書に既判力を認めてしまうと「その成立以前の事由に基づいて和解の無効、したがって調書上の権利の不存在の主張を許す」ことは「理論上不可能」となってしまうため、既判力によることはできず、ゆえに「当事者の意思表示の効果として認められるもの」と考えるべきだ、というのが竹下博士の見解である。ここに表れているように、竹下説によれば、「当事者の意思」の尊重は、「実体関係の終局的規律」を定める和解契約の要素と、訴訟を終了させる訴訟上の陳述の要素という二つの要素に起因している。

⁶⁸ 兼子一ほか『条解 民訴訴訟法』（1986年）712, 714-715, 718-719頁 [竹下守夫]。現行法の下でもこの理解に変化はない（同『条解 民訴訴訟法〔第2版〕』（2011年）1473, 1476, 1479-1480頁）。

以上の考え方は、兼子説が一つの訴訟行為として統合したものを、再び「私法上の和解契約たる要素」と「訴訟上の陳述（合同行為）の要素」とに分割したという点では、加藤博士の所説を首肯したようにもみえる。しかし、訴訟上の和解をあくまで「訴訟上」で「陳述する行為」として捉えている面では、兼子博士の理解が踏襲されているともいえる。ただ、この両説との決定的な違いは、訴訟上の和解には既判力を認めることはできないという点である。というのも、竹下博士は、和解した「当事者の意思」に瑕疵があるときには「和解の瑕疵の主張」を許す必要があると考えるからである。

では、このような差異はなにに由来するのだろうか。この点を明らかにするためには、竹下博士が民事訴訟の目的をどのように捉えているのかを理解しなければならない。

2. 民主社会における民事訴訟制度の目的

民事訴訟の目的をめぐり、竹下博士は「司法の核心的役割」を、「憲法を頂点とする実定諸法規・その基礎にある法原則等の総体としての実体法規範によって認められた『権利（法的に保護された利益を含む）』を、対審構造を持つ手続において確定し、これに必要とされる『救済』を与えることによって、司法的に保障（保護するといってもよい）すること」に求めるべきである、とする。これは一見すると、民事訴訟の直接の目的を「私権の保護」とした加藤博士の考え方に近い。というのは、竹下博士も、国家が私人の「権利の保護を引き受けなければならなくなったために設けられているのが民事訴訟である」との考え方こそが「民主社会における民事訴訟の目的を最も的確に示しているというべき」と解しているからである。ただ、ここで竹下博士のいう「権利」とは、いわゆる私権とは区別された「実質権」を意味し、この「実質権」の「救済手段」である「請求権」が別に観念される点で、従来この両者の「機能的差異」を考慮せずに「私権」の保護が議論されてきたのとは、根本的な考え方を異にする。

この理解の下では、「実質権の救済手段」である「請求権」は、「主として、

実体法のなかで『請求権』という形で定められている」ものの「立法府により一義的に決定されているわけではなく、むしろ司法が訴訟制度を通じ、立法府の定めた枠内で、個々の事件の事情に即して具体的に形成することが予定されている」。すなわち、「請求権」には「裁判所の創造的・裁量的判断にまつ要素」が含まれており、とりわけ新しいタイプの権利侵害については、司法の創造的作用による救済が期待される。したがって、「実質権」の保障は、裁判所が具体的な事件における「創造的・裁量的判断」をもって「請求権」を具体的に形成することにより果たされることになる⁶⁹。

このように司法に積極的な「救済」を期待する背景には、日本国憲法の全体構造のなかで把握される司法には「基本権を初めとする個人の権利保障」という役割が与えられているとの理解とともに、現代社会についての次のような認識があった。すなわち、「高度技術社会」である現代は同時に「広い範囲の市民に拡散した被害をもたらす危険を孕む」「高度危険社会」であり、ここでは兼子博士の用いた「紛争解決という観念」は基本理念となりえないというのである⁷⁰。かくして竹下博士は、「実質的価値を含まない」がゆえに「手続的正義を重視する民主主義国家に相応しい民事訴訟目的論」であった兼子説を、「実体的正義のよりよい実現を目指すとの観点から」紛争の「(正しい) 解決」という方向付けの加えられた「制度改革の理論」へと発展させた。ここでは確かに「国家的目的」が重視されているのだが、それは「秩序志向」とは断じて異なり、むしろ国家機関にこそ『「権利章典に奉仕する』』ことを義務付けて、益々格差の拡大していく経済的・社会的な強者

⁶⁹ 竹下・前掲論文注(58)10-13, 18, 23頁, 竹下守夫「民事訴訟の目的と機能」民事訴訟法の争点〔第3版〕(1998年) 6-7頁。

⁷⁰ 竹下・前掲論文注(58)17-27, 2-3頁, 同・前掲論文注(69)6-7頁。また、このように「裁判所の創造的・裁量的判断」の余地のある「請求権」を観念することにより、現時点での権利関係の確定という民事訴訟における従来の時間的な限界を乗り越えたり、いわゆる「政策形成訴訟」において「権利のある者」を適切に保護する可能性が開かれたりすることが期待されるのである。竹下守夫「救済の方法」芦部信喜ほか編・紛争(岩波講座基本法学8)(1983年)188頁以下, 同・前掲論文注(69)4, 7頁参照。

と弱者の間の公平・平等を実質的に確保・実現することが目指されているといえる。このような視角から捉えれば、裁判所の判断に既判力のような強制性が認められていることの根拠は「法の支配」⁷¹、つきつめていえば主権者としての国民がそのために憲法を定めたことに求められることになるだろう。

そこで訴訟上の和解について考えてみれば、ここには上記のような裁判所の「創造的・裁量的判断」の余地はない。すなわち、当事者の自主的紛争解決である訴訟上の和解においては、裁判所が「請求権」を形成・確定する機会もその必要もなく、いわば「実質権」のありようについて利害関係のある（権利侵害に対する救済の対象である）当事者の間で私的に合意し、陳述しているのに過ぎない。それゆえに、裁判所の「創造的・裁量的判断」である「請求権」の確定につき与えられるべき既判力が、訴訟上の和解に与えられるはずもないのである。

Ⅵ おわりに

本稿では、訴訟上の和解の法的性質を問い直すために、まず本来の規定趣旨をあらためたうえで、その効力（強制性）をめぐる議論を、民事訴訟の目的についての考え方とつなげながら考察してきた。

具体的に振り返ってみると、まず加藤正治博士は、訴訟上の和解という裁判所に対する一つの陳述行為を、当事者相互の関係においては民法上の和解契約であり、裁判所に対する関係においては訴訟行為であると性質決定したうえで、その和解調書の効力については明文規定の有無に関わらず、解釈上の「首尾一貫」性と「真ニ訴訟終結ノ目的ニ副フ」との理由から既判力を認めた。ただ、加藤博士によれば、「裁判所に對する陳述」という訴訟行為は「形式」であり、「実質」はあくまで和解契約であるから、「実質」である和

⁷¹ この日本国内での目的設定は、さらに、こんにちのグローバル化社会のなかで求められる「私法の国際化の理念」として、「国際社会における『法の支配』の実現」へと発展せられている。竹下守夫「司法の国際化の課題と家事事件」家庭の法と裁判1号（2015年）12-13頁参照。

解契約が無効であれば、一旦生じた確定判決と同一の効力も消滅する。さもなくば「和解ノ無効ヲ主張スル當事者ノ保護」が難しくなるからである。この背景には、民事事件の典型例として貸金返還請求事件をイメージしていたように、民事訴訟の直接の目的はあくまで「私権の保護」であり、「國家の目的」はいわばこの「私権の保護」の結果として反射的に達成されるのに過ぎない間接的なものであるとの理解があった。これに対して、民事訴訟を通して「秩序ヲ維持スル」という「國家の目的」の達成を強調する傾向にあった松岡義正・仁井田益太郎両博士は、訴訟上の和解の法的性質については加藤博士と方向性を同じくしながらも、明文規定がない限りは既判力を認めることはできないとした。特に仁井田博士のように、民事紛争を「利益」の侵害と捉え、そこに「吾人ノ権利ヲ認メ」ることで侵害状態を回復し「秩序ヲ維持スル」ところに民事訴訟制度の意義を見出す立場からすれば、私人の行為に國家が法的根拠を与えて「國家の目的」が果たされるということはなんらおかしいことではない。もっとも、私法上の意思表示の瑕疵により既判力の発生が阻止されるとする点では、三博士の理解は一致しており、そこには、訴訟上の和解と判決との間には「本質的差異」があると捉える共通の基盤があった。

これに対して兼子一博士は、訴訟上の和解につき観念されてきた二つの性質を一つの訴訟行為へと発展的に統合して、和解契約という私法行為は「訴訟行為の外殻によって蔽い盡くされている」と表現した。その結果、訴訟上の和解調書には当然、既判力が認められることとなり、事後的な無効の主張は再審に準じる訴えを通してのみ許されると解されたのである。ただ、この背景には、徹底した弁論主義による「紛争」の「解決調整」という民事訴訟制度についての理解が広がっていることが見落とされてはならない。というのも、兼子博士の考える國家による「紛争」の「解決調整」は、「関係人の私的判断が互いに一致しない様な場合に」において「國家権力による解決を求められた場合に、適用される限度で」、 「公的な法適用」による「公権的判断」を「私的判断に優越」させることをもって図られるものであり、その

「公権的判断」は、「できる限り私人間の自主的解決に近い結果を得ること」を「理想」とされていたからである。こうして「当事者の自主的解決権能を判決による強制的解決と同一の面まで高め」たとの解釈が導かれたのであった。

この兼子説を受けて、現代における訴訟上の和解の法的性質を再構成したのが竹下守夫博士であった。竹下博士は、一旦兼子博士が一つに統合した訴訟上の和解の性質を、「私法上の和解契約の要素」と「訴訟上の陳述（合同行為）の要素」の二つに再び分離したうえで、その既判力を否定した。なぜなら、竹下博士は現代における「司法の核心的役割」を「実質権」に対して「必要とされる『救済』」を「司法的に保障」すること、すなわち「実質権の救済手段」である「請求権」につき「創造的・裁量的判断」をなすことに見出すからである。したがって、自主的紛争解決である訴訟上の和解には、この意味での「請求権」確定の契機がないゆえに、既判力を認める余地はないのである。竹下博士のこうした主張の背後には、「広い範囲の市民に拡散した被害をもたらす危険を孕む」「高度危険社会」において、民事訴訟利用者に「救済」のための「多様なニーズに応じた」メニューを提供する必要があるとする、民事事件についてのイメージがあった。この観点から改めて訴訟上の和解についての理解を振り返ってみると、訴訟上の和解を判決とは異なるものと再定義することにより、利用者に救済方法の多様性を開くものであったといえることができるだろう。

このように、訴訟上の和解の法的性質については、私的領域に属する私法上の性質をもつ部分と、国家的見地から捉えた訴訟法上の性質をもつ部分とが理論的に観念され、この間の相関関係は、民事訴訟の目的をどのように考えるのかによって異なるのだということが分かる。すなわち、訴訟上の和解における訴訟法上の性質を有する部分についての理解が、民事訴訟における「國家的目的」をどう解するかに対応しており、民事訴訟の國家的要素ないし強権性を強調する立場にあるほど、訴訟上の和解に既判力を否定するという、一見すると矛盾しているようにみえる傾向があったということである。

これを換言すれば、判決と訴訟上の和解の「本質的差異」を重視する論者ほど、訴訟の強制性（効力）を強調する一方で、訴訟上の和解が私的領域に属する自主的・自治的なものだとして捉えがちで、したがって、この自主性を強調する論者こそ、民事訴訟の「國家的目的」をより強権的なものとして捉えるという理論的傾向があることを示している。

ただ、判決と訴訟上の和解の「本質的差異」を強調する議論は、その反面で、理論的には訴訟上の和解を裁判外での和解に近づけることとなり、このことが、執行力を求める ADR のような動きを理論的に把握することを困難にしているように思われる。というのも、「確定判決同一ノ効力」という文言を定めた旧203条が制定される以前においては、訴訟上の和解に執行力を付与することについては、和解調書の債務名義性を認めた規定の存在ゆえに異論なく認められており、また、その訴訟手続上あるいはその終了にあたっての取扱いにおいても特段の支障はなかったからである。このように和解という機能に注目すれば、訴訟上の和解の「効力」の根拠は、「訴訟終了の効果」をもたらす「訴訟上の陳述（合同行為）の要素」にあるというよりも、執行力はその債務名義性を認めた規定に、「訴訟終了の効果」は「当事者の意思」に基づいていると推察され、もしそうだとすれば、このように解された訴訟上の和解は、「当事者の意思」に基づいた ADR などの裁判外での紛争解決に近接することになってしまう。ADR に対しても執行力を認めようとする動きができてきているのは、その一つの表れであろう。

しかし、訴訟上の和解と裁判外での ADR とは、訴訟行為としての性質の有無という点で明確な差異があるのだから、その効果も当然に異なったものであるはずである。このことを理論的に把握するには、民事訴訟のもつ「國家的目的」の側面を改めて問い直すことがいま必要だといえるだろう。しかもその「國家的目的」とは、竹下博士が指摘するように、「民主社会における民事訴訟の目的」、すなわち国家機関に『『権利章典に奉仕する』』ことを義務付けて、国家が私人の「権利の保護を引き受けなければならなくなったために設けられているのが民事訴訟である」との理解に則したものでなければ

ばならない⁷²。このような視角からみると、いま再び重要となるのは、兼子博士のいう「解決調整」という発想ではないだろうか。というのも、訴訟上の和解を訴訟行為として統一的に捉えた兼子博士は、民事訴訟の目的を「国家の公権的判断」と意義付けたが、そこでいう「公権的判断」は、必ず何らかの「調整」の要素を孕む「私人間の自主的解決」に近づけることを「理想」とするものだったからである。訴訟上の和解の法的性質をこのように理解するならば、裁判外でのADRのような動きを含めたそれぞれの法的性質やその効力についての理論的把握が可能となるように思われる。

⁷² なお、裁判所データブック2015によれば、民事事件の新受件数は、2003年度の352万500件をピークに減少を続けており、2014年度にはこのピーク時の半分以下の145万5723件にまで落ち込んでいる (http://www.courts.go.jp/vcms_lf/05_p33-p53.pdf)。過払金事件新受件数の減少等の影響（佐藤政達「裁判の迅速化に係る検証結果（平成27年7月公表）について」判タ1415号〔2015年〕6頁参照）を少なからず受けた結果と考えられるが、さらに司法の役割という観点からも、このことが何を意味しているのかを問い直してみることが重要であろう。これに関連して、倒産の領域では、実質的な倒産企業が法的倒産手続の申立てを回避して休廃業を志向する例が増えつつあることが注目される場所である。