

〔最高裁判事例研究 三六八〕

平一二三 (民集五四卷三号一一二六頁)

和解についての特別委任を受けた弁護士の和解権限の範囲

損害賠償請求事件(平一二・三・二四第二小法廷判決)

(事実)

X(原告・控訴人・被上告人)は訴外株式会社A(以下ではA社と表記する)の代表取締役である。平成元年一〇月一日にY(被告・被控訴人・上告人)は、所有する保養所施設二棟(以下では「本件保養所」と表記する)について、A社との間で次のような契約を締結した。現実の管理運営にはYが当たり、A社が諸経費を負担して、A社において本件保養所を厚生年金基金等に利用させる。契約期間は平成二年七月から三年三月三十一日とする(以下では「本件契約」と表記する)。平成二年七月三十一日にA社はB厚生年金基金と本件保養所の利用契約を締結したが、間もなくYとA社の間で紛争が生じ、YはA社に対し本件契約の更新を拒絶した。平成三年三月二十七日にYはB基金との間で直接に本件保養所の利用契約(以下では「本件直接契約」と表記する)を締結したため、A社は

B基金から同年四月以降における保養所利用の契約の更新を拒絶された。

A社は平成三年六月二〇日頃、本件契約上A社が負担すべき諸経費をYが水増し請求したとして、Yに対し本件契約に基づき、約一三〇万円の損害賠償を請求する訴訟を提起した。これに対してYは同年八月一二日頃、右諸経費の一部が未払であるとして、A社に対して本件契約に基づき、約二二〇万円の支払を請求する訴訟を提起した。A社はC弁護士に対し、両事件についての訴訟代理を委任し、その際に和解についても委任した。右両事件(以下「前訴事件」と表記する)は併合され、平成四年一月二〇日の口頭弁論期日において、A社の代表者であるXは出頭しなかったが、A社の訴訟代理人のC弁護士とYの訴訟代理人が出頭し、次のような和解が締結された。①双方の請求権の存在を認めたいうえ、これらが対当額において相殺され、同額において消滅したことを確認する。②双方は、大津簡裁の督促事件に係る債権(YがA社に本件契約期間開始前に貸付けた債権で、Yは確定した仮執行宣言付支払命令を得ている)を除く、その余の権利を放棄し、双

方の間に何らの権利義務がないことを確認する（以下では「本件放棄清算条項」と表記する）。

平成七年四月にA社は、Yが本件直接契約をしたことは本件契約についての債務不履行ないし不法行為に当たり、Yに対して損害賠償請求権（以下「本件請求権」と表記する）を有するとして、これをXに譲渡した。Xは譲渡された債権（Xは三六〇〇万円と主張）の一部である一〇〇万円について、Yに対して支払い請求訴訟を提起した。これが本件訴訟であるが、第一審の争点は本件放棄清算条項によって本件の請求権は消滅したか否かであった。第一審は肯定してXの請求を棄却したため、Xが控訴した。控訴審ではC弁護士代理権限が争点となった。控訴審は次のような理由から、第一審判決を取り消し、本件を第一審に差し戻した。

「弁護士Cが前記……の訴訟についてのみならず、A社から、その全ての権利義務関係について和解をする権限を与えられていたとか、少なくとも本訴請求の権利関係も含めて和解する権限を与えられていたとかを認めるに足る証拠はない。……本訴請求の権利と前記……の訴訟で請求されていた権利とは、共にA社とY間の……保養施設の利用に関する契約にもづくものであるが、前訴の請求は、右契約継続中の経費の負担に関するものであるのに比して、本訴請求の権利は、YがB基金との間で保養所利用契約を結んだのが契約違反であると主張するものである。これらは全く別個の権利で

あって、甲四〇号証（Cの陳述書）やX、Yの主張を考慮しても、A社が右の権利の存否に関して和解することをも弁護士Cに委任したと認めることはできない。……そうすると、本件和解の放棄・清算条項がXに効力を及ぼすものとすることはできない。……以上のとおりであるから、A社が本訴請求権を取得したとしても、同社は本件和解によりこれを放棄して消滅させたとしてXの請求を棄却した原判決は不当である」。

そこでYが上告し、事案の経過からしてC弁護士に権限があった、権利は最初から存在しない、権利は放棄によって消滅した等を主張した。なおXは自己破産して免責を受けているようであるが、A社については不明。

最高裁判所は次の理由で上告を認め、原判決を破棄し、Xの控訴を棄却した。

〔判旨〕

「……事実関係によれば、本件請求権と前訴における各請求権とは、いずれも、本件保養所の利用に関して同一当事者間に生じた一連の紛争に起因するものということができる。そうすると、C弁護士は、A社から、前訴事件について訴訟上の和解をすることに委任されていたのであるから、本件請求権について和解をすることに具体的委任を受けていなかったとしても、前訴事件において本件請求権を含めて和解をする権限を有していたものと解するのが相当で

ある。……したがって、これと異なる判断の下に、右和解においてC弁護士が本件請求権を放棄する権限を有しなかったことを理由に、本件請求権について本件放棄清算条項は無効であるとした原判決には、法令の解釈適用を誤った違法があり、その違法は原判決の結論に影響を及ぼすことが明らかである。論旨はこれと同旨をいうものとして理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、原審の確定した事実によれば、Xの請求を棄却した第一審判決の結論は正当であって、Xの控訴はこれを棄却すべきものである。」

〔評 釈〕

判旨に賛成。最高裁の判断を一般化すると、「甲・乙請求権が一連の紛争に起因する場合、甲請求権の訴訟において和解を委任された弁護士は、乙請求権についても和解する権限を有する」ということになる。この命題から、さらに次のような最高裁の見解を読み取ることができる。第一は、弁護士の和解権限は訴訟物に限定されるものではないということである。第二は、弁護士の和解権限を考える場合に、一連の紛争に起因するか否かという視点が重要であるということである。以下では主に最高裁のこの二つの見解の可否を検討しながら、弁護士の和解権限の問題について私見をまとめてみようと思う。

一 弁護士の和解権限と訴訟物

第一の見解、すなわち弁護士の和解権限は訴訟物に限定されないということは、従来、判例・通説が説いていることであるし、今日では広く支持されている見解である。⁽¹⁾その意味でこの点の最高裁の見解は特に目新しい判断ではないが、最高裁がそれを今日確認した意味は少なくない。というのは判例があるといっても古い判例であるからである。⁽²⁾また本件判決の見解によれば、結果的に締結された和解の効果を設定させることになるから、和解の締結を促進させ、ADR（裁判外紛争処理）を後押しする効果が生じる意味もあろう。

さて本件判例の訴訟物に制限されないとする見解に対して、判例・通説に従い賛成するのは、次のような理由による。第一に、訴訟物がいわゆる紛争全体の一部でしかない場合に、紛争全体を和解で解決しようとするならば、常に当事者の了解が必要になるから、手続がそれだけ煩瑣になる。⁽³⁾第二に、交渉とはタイミングが重要であるから、弁護士の手をあまり縛ると相手方との交渉において弁護士が臨機応変に対応できず、タイミングを逸することになる。⁽⁴⁾第三に、当事者の意思を重視すると、後から了承していなかったという理由の紛争を認めることになり、和解の効果

を不安定なものにする。第四に、本人の意思の尊重は代理権限を狭くすることではできないというものではない。

例えば、代理権限を広く考えても、本人がそれを制限した場合に制限を認めればよい。第五に、代理権限の範囲は紛争の解決という視点から考えるべきであって、和解権限が訴訟物に限定される必然性はない。第六に、訴訟物に限定して本人の利益を保護しようとしても、事件によっては訴訟物の有する意味を本人が理解できない場合があるし、訴訟物に限定しないとしても、本人に適切な和解が締結されないというものではない。結局のところ、どのような事態を原則として想定すべきかということになるが、専門家である弁護士を信頼して紛争の処理を弁護士に任せるべきである。第七に、紛争全体が弁護士の積極的な活動によって和解により解決されるならば、裁判所の負担が多少とも軽減される。

もつともこのように述べると、弁護士が本人の要望を無視してよいのかとか、訴訟活動の状況を本人に説明しなくともよいのかという疑念が生じるかもしれない。しかし、そのようなことを主張しているのではない。弁護士は本人に積極的に自らの訴訟活動について説明し、本人の了解を得るように努めるべきである。問題はそのようなことをし

なかつた場合のことである。その場合に代理権限がなかつたという主張を認めるべきではないというのが私見である。それは本人と弁護士との間で解決すべき問題であり、和解を締結した相手方がそのような問題に巻き添えになる理由はないからである。すなわち、和解の効力に代理権限の問題はできるだけ反映させるべきではない。

さてこのように弁護士の権限を強化するならば、弁護士の和解権限は制限しない方がよいことになるが、そうではない。民訴法五五条一項は「委任を受けた事件」について弁護士活動を認めているのであるから、和解の締結権限は「事件の解決」に限定されるべきである。さらに現実問題として、弁護士が常に適切な和解を締結するとは限らないことも事実である。またそのような場合に弁護士と本人の問題であるとして和解の効力と切り離して、本人の弁護士に対する損害賠償や本人の弁護士会に対する当該弁護士の懲戒の申立ての問題として考えた場合、それらによって本人が救済される可能性は低いのも現実である。問題はこのような現実をどのように考えるかである。確かにこれらは例外的な問題として、無制限説によっても説明できるかもしれない。しかし、弁護士の和解権限は無制限ではないということを明らかにしておくならば、それだけでも弁

護士の暴走を防止できるように思う。その意味で和解権限を論じる場合、権限について制限を課す見解を展開すべきである。これだけでは実際の効果は十分でないかもしれないし、無制限説の例外的なものとして位置付けることと大差ないかもしれない。⁽⁹⁾しかし、本人の保護を考慮する姿勢は理論の中に求めるべきであって、理論としてそれを示す必要がある。そのようなことから、権限の制限を探求すべきであり、それを放棄した無制限説に賛成できない。

二 弁護士との和解権限を制限するもの

和解を任せられた弁護士の権限については、嚴格制限説、無制限説、中間説の三説が説かれているが、判例・通説は中間説である。⁽¹⁰⁾このような現状からすると、弁護士の和解権限を考える場合には嚴格制限説、無制限説、中間説のいずれを支持するかという問題設定は適当ではない。中間説を支持することは当然の前提として、そのうえで訴訟物という基準を離れて、いかに明確で機能的な限界を設定できるかということを考えるべきである。⁽¹¹⁾

ところで、中間説は種々な制限を主張している。⁽¹²⁾その理由や内容はそれぞれ異なるが、しかし、他説を排除するものではないし、視点の違い、表現の違いということのようにも思える。⁽¹³⁾したがって具体的にどのような場面で諸説の

差異が生じるのかということ、必ずしも明らかでない。つまり、ある一つの説が正しく、他の説は誤っていると断定できるといような対立状況ではない。

中間説の個々の制限の内容をみてみよう。通常の取引観念で代理権の制約を試みると、抽象的すぎて権利関係が不安定になる。紛争解決というような目的で制限するとなると、和解が締結された事実からして、目的に合致していたと考えざるをえず、それでは制約することは無理であり、ほとんど無条件説に近いことになる。⁽¹⁴⁾また本人の主観的要素を強調すると、和解を締結した相手方の利益を害するし、利益考量や総合的判断となると、基準が不明確になり、恣意的な判断になりやすい。また本人（依頼者）の利益を考慮して本人の予測した範囲ということを要件にする考えがあるが、これも直ちに賛成できない。すなわち本人とは具体的な本人なのか、それとも期待される抽象的な本人像なのか、相手方の予測は関係ないのか、その者の職業や年齢等は判断に関係するのか等の疑問が生じる。このように考えてみると、そもそも客観的な基準を設定することは無理であり、事例判例の集積を待つしか有効な手段はないのかもしれない。⁽¹⁶⁾しかし、それでは理論の放棄であり、権限の範囲を客観的に把握するように努めるべきである。

そうであるならば、訴訟物に注目せざるをえない。訴訟物を基礎にして制限の基準を求める方法が試みられるべきである。

三 事実関係による制限

訴訟物を基礎に基準を求めるとなると、先に批判した嚴格制限説との違いを明らかにしたうえで、その説に対する批判を克服する必要がある。嚴格制限説に対する批判は、訴訟物という基準では範囲が狭いということであった。そこで訴訟物に依拠しつつそれよりも広い基準となると、訴訟物の基礎となった事実関係ということになる。すなわち、訴訟物である法律効果を発生させる法律要件に該当する事実関係であり、訴訟物の内容である具体的な権利・義務もしくは法律関係を導いた発生原因ということである。

したがって、弁護士はこのような事実関係に関する紛争について、和解を締結する権限があると考えるべきである。第一に、相対的ではあるが、このような事実関係であれば基準として明確である。確かに、事実関係は一見曖昧な概念ではある。しかし、訴訟物論争は事実関係概念を客観的な基準として使用できることを可能にしたように思う。第二に、訴訟物が氷山の一角であれば、事実関係の紛争という観念によって氷山全体を把握することができる。第三に、

事実関係は訴訟物よりも本人の目線に合う基準である。本人にとっては訴訟物よりも分かりやすいと思う。なぜならば、本人は事実関係を述べ、それを弁護士が訴訟物に翻訳すると思うからである。そこで、このような事実関係概念によって弁護士の和解の権限を設定すれば、本人の予測範囲とも一致するように思う。第四に、事実関係を基準にすると、和解によって紛争を統一的に終局的に解決することが容易になる。

ところで、これでは広すぎるとの批判があるかもしれない。しかし四で述べるように、本人は希望すれば代理権を制限できると考えるので、この批判は当たらない。広い代理権に本人が不安を感じるならば、本人が代理権を制限すれば済む問題である。このような方法で本人の意思は尊重されるべきであり、これによって広い代理権に妥当性が生じる。そこで本人が特に代理権の制限を表明しない場合は、広いままの代理権が付与されると考える。

あるいは、民訴法一四三条一項の訴え変更の「請求の基礎」概念で十分であるとの意見が考えられる。⁽¹⁷⁾ 請求の基礎は訴訟物の枠を超えた紛争を示すものであるし、従来の判例・学説の蓄積によりその内容は明らかであるから、基準としても明確であるというのが根拠である。しかし、和解

の代理権限を示す基準は請求の基礎よりもお広いと考
 える。⁽¹⁸⁾確かに請求の基礎は新訴と旧訴が一体であることを
 示す基準であるから、訴訟物の枠を超えた紛争を表してい
 る。しかし、請求の基礎は従来への訴えと新訴との間の継続
 性や資料の流用の可否を判断するための基準であるから、
 訴えの変更の前後の訴訟の連続性を示すための一体性であ
 って、それが紛争のすべてを示すとは限らない。和解で紛
 争全体を一挙に解決させるために、請求の基礎ではなくて、
 より紛争全体を表す基準を求めべきである。

四 本人による代理権限の制限

民訴法五五条三項は訴訟代理人の権限の制限を認めない
 ことを規定しているが、これが二項の和解にも適用される
 のかという問題がある。換言すれば、代理人の和解の権限
 を本人は制限できるのかという問題である。通説は消極説
 であるが、積極説も有力である。⁽¹⁹⁾本人の意思や利益をでき
 るだけ尊重すべきであると考え、積極説を支持する。
 ただし、そのことによつて相手方に不利益を生じさせては
 ならないから、制限は書面による表示や相手方の通知が必
 要であると考え、⁽²⁰⁾代理権限は一方では客観的に広く認め、
 他方このようなことでバランスを取るべきであるし、厳格
 制限説が強調する本人の保護の主張は、このような方法で

生かすことができる。⁽²¹⁾

ところで、本判決はこの問題についてどのような態度で
 あるうか。判決文の「具体的に委任を受けていなかったと
 しても」に注目して、「具体的な委任ひいては内容制限委
 任も有りうることを前提としているようにも読み取れる」
 という意見がある。⁽²²⁾これに対して、本判決が「法律論とし
 て訴訟代理人の和解権限を論じており、かつ、本人による
 制限存否を問題としていない」ことを理由に、消極説の考
 え方を前提にしていると見る見解がある。⁽²³⁾それぞれもつと
 もな意見であるが、本判決はこの問題について判断を示し
 ていないと思う。本件は判断する必要がない事件であるし、
 また理由付けにおいても判断を必要としない理論を述べて
 いるからである。「具体的に委任を受けていなかったとし
 ても」という判決文は、厳格制限説のように訴訟物を基準
 にして委任を受けることは必要ないという意味に理解すべ
 きではないかと思う。つまり、厳格制限説を採用しないと
 いうことである。

五 「一連の紛争に起因するもの」について

本判決が説くことは、冒頭に述べたように、「甲・乙請
 求権が一連の紛争に起因する場合、甲請求権の訴訟におい
 て和解を委任された弁護士は、乙請求権についても和解す

る権限を有する」ということである。私見は、甲請求権の基礎となる事実関係に基づいて乙請求権が生じるならば、乙請求権についての代理権限は、甲請求権について和解の代理権限を認めた際に生じると考えるので(三)、本判決に賛成である。つまり、一連の紛争とは訴訟物の基礎にある事実関係に関する紛争と考える。

次に私見によれば、本人が代理権を制限したか否かが問題になるが(四)、制限する意思が外形的に読み取れないから、制限はないと考える。仮に制限には外形的な表示は必要ないと考えても、本件の場合には相手方からの反訴についても代理権を認め、それについても和解の権限を付与しているし、本件(後訴)において前訴の和解の代理権限が問題になったのは二審になってからで、それ以前は問題になっていなかったのである。そのような経緯からは、本人に委任した事件について代理権を制限する意思は全く感じられないし、和解権限ありとすることが窺える。

ところで本件原審の高裁の判断は、「本件(後訴)の訴訟物たる請求権は前訴の和解で放棄されているが、その点については和解を締結した代理人である弁護士には権限がないから、放棄は無効である」というのである。高裁はその理由として、「A社の全ての権利義務関係について和解

する権限が与えられていたとか、少なくとも本訴請求の権利関係をも含めて和解する権限を与えられていたとかを認めるに足る証拠はない」ことと、「本訴(後訴)請求の権利は、前訴請求の権利とは全く別個の権利である」ということを挙げている。しかし、本件のような場合、和解権限の付与について、本人と弁護士は共同して否定すると思うので、肯定する相手方がそれを証明しなければならぬとする構成は不公平である。広く代理権の範囲を認めたいうえで、制限する意思については代理契約の当事者(本人と弁護士)が証明する責任がある。また別個の権利であっても、⁽²⁴⁾黙示の委任という構成が考えられるから、別個の権利ということだけで和解の権限なしと判断した姿勢にも問題がある。すなわち高裁は厳格制限説をとるならば、黙示の委任という構成で、具体的な結論の妥当性を考えるべきであったと思う。いずれにしても、最高裁は高裁のような形式論を排し実質論を展開して、「一連の紛争に起因するもの」という視点を提示したが、そのような姿勢に賛成する。

六 終わりに

本判決がいかなる説を支持したのかについては種々な理解があるが、⁽²⁵⁾本判決が何説であるかを考えるよりも、本判決が代理権限を考える場合に、「一連の紛争に起因するも

の」という客観的な基準を提示し、具体的な適用事例を明らかにした点に注目すべきである。紛争概念による考察は訴訟物論の新説の発想であるが、⁽²⁶⁾和解の場合はそのような考察が必要であろう。しかし、そうであるからといって訴訟物論が新説でなければならぬということではない。ところで訴訟物新説が通説であるドイツでは、この問題について厳格制限説が有力説とのである。⁽²⁷⁾それは訴訟物を広く解すると、厳格制限説になることを暗示しているように思うが、ドイツの場合、弁護士強制主義や弁護士費用敗訴者負担制度に注目する必要がある。

なお研究会では、判旨や私見に対して反対や疑問を述べる意見が少なくなかった。例えば、弁護士の和解の権限の範囲は訴え変更の許否の基準である「請求の基礎」を参考に決めるべきであり、本件では前訴と後訴との間には請求の基礎に変更があるから、判旨に反対であるという意見である。あるいは前訴と後訴の訴訟物の間には、取引上の同一の関係があるとは思えず、同一の事実関係であるとは考えられないとする意見である。

(1) 弁護士の和解権限に関する学説は厳格制限説、無制限説、中間説に分類されることが、中間説が判例・通説であ

ることについては、本判決の判例解説や判例評釈が述べている。厳格制限説とは和解を任された弁護士の権限については、訴訟物に限定されるとする説であり、無制限説は全く制限されないとする説である。両説の間に位置するのが中間説であり、訴訟物に限定されないが無制限ではないと説く。本判決は訴訟物に制限されないことを説いているので、厳格制限説ではないが、権限が認められる状況を述べているので、無制限説でもない。すなわち、本判決は中間説によって問題を解決すべきことを具体的な事例を通じて明らかにしたものである。

本判決に関しては、既に多数の判例解説と判例評釈がある。匿名氏の判例解説は、民法情報一六五号二三頁以下、判例時報一七〇八号二〇頁以下、判例タイムズ一〇二七号一〇一頁以下、金融・商事判例一一〇〇号三頁以下等である。記名ものは(五十首順)、加藤新太郎・NBL七〇七号七一頁以下(平一三)、川嶋四郎・法学セミナー四五四号一〇一頁(平一三)、堤龍弥・私法判例リマックス二二二号一〇一頁以下(平一三)、長沢幸夫・ジュリスト一一九号八五頁以下(平一三)、畑郁夫・民法雑誌一二三二号二九四頁以下(平一三)、八田卓也・法学教室二四二号一五八頁以下(平一二)等である。

なお民事情報以外の匿名氏の解説は、内容はほとんど同じであり、しかも長沢氏のものと同様している。そこで本

稿では長沢氏のものだけを引用し、同趣旨を説く匿名氏のものも挙げないことにする。またこの問題に関する最近の論考としては、加藤新太郎「和解における弁護士権限と役割」『弁護士役割論「新版」』二九四頁以下（弘文堂・平一二、初出は平三）があり、詳細に論じている。本件判決については追補で説明している（三三〇頁以下）。判例・学説の詳細は以上挙げた文献に譲り、本稿の文献の引用はもっぱらこれらの文献に止める。

ところで学説の表記であるが、厳格制限説は加藤判事が使用している表記である。これ以外に、厳格説（川嶋、畑）や訴訟物限定説（堤）という表記も使用されている。無制限の対極にあることを示すには厳格制限という表示が適していると思うので、本稿は厳格制限説という表記を使用する。なお無制限説、中間説には別の表記は使用されていない。

(2) 戦前の最上級審の判例としては、大審院判決昭和八年五月一七日法律新聞三五六一号一〇頁がある（法学三卷一号一〇九頁以下は判決理由のみ掲載）。永代養老金及び慰謝料の一部請求訴訟で、原告の弁護士が債権全体について和解を締結した事案である。大審院は弁護士の和解権限を肯定したが、理由は述べていない。そのうえ事件は後訴の残額請求訴訟において、前訴の弁護士の和解権限について相手方が無権限を主張したというものである。正に特殊な

事案であり、先例としての価値は少ないと考える。この判例の価値については、堤教授は「先例としては、必ずしも適切と言えない」（前掲注(1)一一二頁）と述べ、加藤判事は評釈では判例として単に挙げるだけで、説明もコメントもしていない（前掲注(1)NB L七三頁）。なお前注(1)に挙げた文献では、川嶋、長沢、畑等はこの判例を挙げていない。この判例と本件判例を比較するのは、八田・一五九頁である。訴訟物の広がり注目するからであるが、次の最高裁の判例は、訴訟物の広がりではなく訴訟物についての弁護士の対応方法に関する事例である。

最高裁判例としては、最小判昭和三八年二月二日民集一七卷一号一八二頁がある。本件判決に先立つこと約三七年前の判例である。前訴は貸金返還請求訴訟で、そこで「弁済期日の延期と分割払いを認める代わりに、債務者所有の不動産に抵当権を設定する」旨の和解が成立した。その後には和解内容に反対の被告が、和解無効確認等の訴えを提起したのが判例の事案である。ここで前訴の弁護士の和解の権限が問題になり、高松高判昭和三五年一月二六日高裁民集一七卷一号一九一頁は和解権限を肯定し、前記最高裁もこれを是認した。加藤・前掲注(1)役割論二九八頁は大審院判例が公式な判例集に登載されたものではないとして、この最高裁判例が「リーディングケースである」とみるべき点には異論のないところであろう」と述べている。

なおこの最高裁の判例以降の下級審の判例については、加藤・前掲注(1)NBL七三頁以下、同・役割論二九八頁以下、堤・前掲注(1)一一一頁、畑・前掲注(1)三〇二頁以下に詳しい。

(3) 堤・前掲注(1)一一三頁は、訴訟物が紛争全体からみれば氷山の一角にすぎない場合があることを指摘する。また畑・前掲注(1)三〇六頁は、訴訟上の和解をする事案の背景には、勝訴判決だけでは紛争全体が解決できないという切実な理由がある場合が多いと述べている。

(4) 加藤・前掲注(1)NBL七三頁、同・役割論三一〇頁等は、和解においてタイミングや、臨機応変に対応することの重要性を指摘する。

(5) 畑・前掲注(1)三〇〇頁は、弁護士も最近、医師の説明義務と同様な事案説明義務が自覚されるようになってきたと弁護士の意識の変化を指摘し、そうあるべきであると主張する。

(6) 川嶋・前掲注(1)一〇一頁は、相手方保護を重視して無制限説を採る。

(7) 堤・前掲注(1)一一三頁は、「委任を受けた事件」という概念が「重要なメルクマールになる」と指摘する。なお堤教授は、民訴法五五条一項の訴訟代理権の法定範囲の中に、訴えの変更が含まれていると一般に解されていることにも注目する(一一二頁)。

(8) 堤・前掲注(1)一一三頁は、これを理由に無制限説を支持しない。

(9) 長沢・前掲注(1)八五頁は、目的によって代理権を制限すると、「無制限説とかなり近いものとなり、無制限説を排して中間説を採る実益の有無が問題となる」と指摘する。なお畑・前掲注(1)三〇八頁注26は、このような主張に対して「極めて興味深い」と述べている。畑教授は、無制限説に共感を覚え(三〇六頁)、無制限説に近い中間説を主張される(三〇五頁)。

(10) 学説の状況については注(1)、判例の状況については注(2)で述べた。

(11) 無制限説を説く大石忠生¹¹三上雅通「訴訟上の和解の規整をめぐる若干の問題―実務の対応の観点から」『講座民事訴訟④審理』三二八頁以下(昭六〇)が提起した点である。

(12) 長沢・前掲注(1)八四頁以下、匿名氏の解説(前掲注(1)判時一一一頁・判タ一〇二頁・金商事四頁)等は、中間説を代理権が制限される権利制限説と、行使が制限される目的制限説に区別する。加藤判事は取引觀念説、利益考量説、紛争解決目的説、総合考慮説、主観性重視説に区別する(前掲注(1)NBL七二頁以下、同・役割論三〇二頁以下)。

(13) 畑・前掲注(1)三〇六頁は、同義反復に近いと断りな

から、「紛争解決内容としての和解条項の全体を客観的に見て、請求権を含めた互譲として、通常、必要かつ妥当と考えられる合理的な範囲」と集約する。また堤・前掲注(1)一三頁も最大公約数的に三つの命題に要件化する。

(14) 長沢・前掲注(1)八四頁以下が強調する点である。

(15) 加藤・前掲注(1)NB L七二頁以下、同・役割論三一〇頁、堤・前掲注(1)一三頁。

(16) 畑・前掲注(1)三〇六頁は、前注(13)で引用したように集約した程度の枠を設定する以外にないとし、そこから先は事例の積み重ねを待つほかないと述べ、本件判決が判例集で事例判決とされている点を妥当であるとされる。

(17) 堤・前掲注(1)一一二頁は、請求の基礎概念は、委任を受けた事件または委任の目的の範囲内にほぼ一致するものと思われ、請求の基礎が和解権限の範囲を定める基準になりうるとされる。

(18) 畑・三〇五頁は、「請求の基礎……よりも広いと思われる。要するに、訴訟上の請求のよってたつ社会的事実としての紛争の全体といった解釈でよいのではなからか」と述べている。

(19) この問題は、加藤・前掲注(1)役割論三〇八頁以下、同・NB L七五頁にまとめられているが、小林秀之・田村陽子「訴訟代理人の和解権限の制限」判例タイムズ九八七号三七頁以下(平一一)が詳論する。

(20) 加藤・前掲注(1)役割論三〇八頁以下、同・NB L七五頁。なお小林・田村・前掲注(19)四八頁以下は、書面による通知・明示の意思表示に限定されないと説く。その他の文献はこれらに詳しい。なお畑・前掲注(1)二九九頁も積極説である。これに対して、高橋宏志「重点講義民事訴訟法(補訂版)」一九〇頁注(17)(有斐閣、平一一)は積極説に批判的である。

(21) 厳格制限説が注目されたのは、この説に立つ論者が最一小判昭和三八年二月二日民集一七卷一八二頁(前注(2)参照)に対する批判を展開したからである。石川明・本誌三七卷六号九九頁以下(昭三九)、中村英郎・民法雑誌四九卷四号一三七頁以下(昭三九)である。この事件は、本人は事前に和解の内容を承知し、それについて反対の意思を訴訟関係人に表明していたという事情がある(中村・前掲一四五頁)。正に代理権の制限が認められるような事案である点に、注意しなければならない。

なお代表的な厳格制限説は、岩松三郎兼子一編『法律実務講座・民事訴訟第一審手続2(旧民訴編・第三卷)』一一六頁(有斐閣、昭五九。昭三四の復刊)であるが、同書は、不都合な例として、所有権に基づく不動産引渡請求訴訟の和解で、原告の訴訟代理人が被告との間に、訴訟物のみならず被告と訴外人を連帯債務者とする原告の貸金債権をも加えて和解する場合を挙げる。しかし、これは厳格

制限説でなければ、和解権限を否定して和解を無効にできないという事例ではない。いわゆる中間説でも十分に説明がつく。

この他の厳格制限説の文献については、堤・前掲注(1)一一二頁に詳しい。また加藤判事は厳格制限説をさらに訴訟限定説(岩松、石川)と訴訟物基本説(中村)とに分ける(加藤・前掲注(1)NB L七二頁、同・役割論三〇一頁)。

(22) 畑・前掲注(1)二九九頁。なお加藤・前掲注(1)NB L七四頁は、「具体的な委任を受けていなくとも」は、「外形的事実としては」または「明示的には」という限定の付されたものと解すべきであると説く。理由は「実質的には、黙示の委任があると評価できるケースであるからである」というものである。

(23) 八田・前掲注(1)一五九頁。もっとも、積極説を積極的に排除しているとはいいい切れないと付言する。

(24) 加藤・前掲注(1)NB L七四頁は、前注(22)で紹介したように、「実質的には、黙示の委任があると評価できるケースである」と述べている。

(25) 本判決と学説との関係について、種々な意見がある。例えば、「その判示する事情によれば……訴訟請求限定説〔厳格制限説〕又は、……無制限説によるものではないと解され、……社会的紛争の範囲で制限する見解に近いとい

えるが、……目的制限説を排斥したものであるかは明らかではない」(民事法情報二五頁。「」は筆者加筆)とか、「本判決は、…学説上、取引観念説、利益考慮説、紛争解決目的説等の中間説によったものとみることができる。もっとも中間説のなかでも、本判決と総合考慮説とは判定要素が異なっているように思われ、主観性重視説とは整合的とはいえない」(加藤・前掲注(1)NB L七四頁)とか、あるいは「目的制限説に近いものと解されよう」(長沢・前掲注(1)八五頁)とか言われている。

(26) 川嶋・前掲注(1)一〇一頁、畑・前掲注(1)三〇六頁。なお八田・前掲注(1)一五九頁は、紛争概念が曖昧で問題ををはらむと指摘する。

(27) 堤・前掲注(1)一一三頁。

(平成一三年四月三〇日脱稿)

坂原 正夫

〔追記〕 脱稿後に本判決の判例解説として、垣内秀介・ジェリスト二〇二号一三頁以下が公表された。