

# 即決和解と法的紛争

石川 明

- I 問題の提起
- II 執行証書と即決和解
  - 一 執行証書の債務名義性に関する日独執行法の規定の相違
  - 二 民法法二二条五号による執行証書の執行力
- III 山木戸論文の挙げた判例とその評価
  - 一 山木戸論文の対象判例
  - 二 山木戸論文における評価
- IV 法的紛争予防的効果
- V 付論——私法行為説と訴訟終了効
  - 一 私見
  - 二 中村英郎教授による私法行為説の説明と批判
- VI 結語

## I 問題の提起

(1) 山木戸克己著「和解手続の対象——和解手続と契約の公証——」〔民事訴訟理論の基礎的研究〕有斐閣、一九六一年——以下山木戸論文という。一五一頁以下は本稿のタイトルについて取扱った論文である。私はここでこのテーマについて若干の私見を展開しておきたいと考える。

山木戸論文は、結論として以下のような問題提起をしているのでここに引用して本稿の問題提起に代えたい。以下に述べたところは即決和解を含めて訴訟上の和解の制度目

的を展開するために必要な問題意識だからである。加えて和解の法的性質論に関する私見である私法行為説についてのこれまでの説明を若干補足している。

(2) 山木戸教授の論説は右論文の結論として即決和解と執行証書の区別について以下のように述べている。

和解手続によって実質的には公正証書作成と同じ契約の公証が行なわれている事実があること、しかしそれは和解手続の適用範囲に属しないものであることは、上に述べたところによって一応明らかにし得たかと思う。それは和解手続を処理する裁判所の権限の問題であるから職権調査事項に属し、民事訴訟の対象たり得ないような事件ことに契約の公証のための和解の申立がなされたことが判明したならば、裁判所は申立を不適法として却下すべきである(16)。またこの点が看過せられ誤って和解調書が作成せられたとしても、それは裁判所の権限に属しない事項に関する行為であるから、既判力や執行力を生じ得ないのであって、その意味において当然無効と認むべきである。

(16) 齋藤教授も、争いが無いのに拘らず起訴防止のための和解が申立てられたことが裁判所に明らかとなったと

きは、執行名義獲得のために此の申立を濫用せるものとして此の和解の申立を却下すべきものであろう、と説かれる(判例民事法昭和一五年度二二〇頁)。また兼子教授も、これは和解制度の目的に合わず一種の暴利行為を是認する結果となり得べく、又法が将来の給付判決を求めるための将来の給付の訴は、予めその請求をする必要がある場合に限り許していること(民訴二二六条)とも矛盾する、と論ぜられる(条解民事訴訟法Ⅲ一七一頁)。

——神戸法学雑誌二卷一号所載(一九五二年)——

私見も山木戸論文と同一の判例を挙げて凡そ訴訟上の和解について「法的紛争必要説」を主張している(拙著「訴訟上の和解の研究」慶應義塾大学法学研究会、一九六六年、三〇頁以下)。

ところで右判例および文献が問題にしているのは単に訴訟上の和解についてのみならず即決和解(民訴法二七五条)についても法的紛争が必要である旨を説かれている点である。即決和解も訴訟上の和解の一種であるから法的紛争の存在が必要であるというのがかつての通説である。即決和解に法的紛争を要件としないというのであれば即決和解は私法上の和解の公証制度になってしまいうからである。即決和解はあくまでも裁判上の和解の一種であつて私法上

の和解の公証人による公証と同一のものではない。

私見も山木戸説に全く賛成なのであるが、訴訟上の和解について私法行為説をとる私見はかねてより、訴訟上の和解の本質は私法行為（私法上の和解）でありそれを裁判所が公証する点にあると説明し、且つその関係は私法上の和解を公証人（訴訟上の和解にあつては裁判所であるが）が公証するのに類似していると説いてきたために、そこに誤解を生む余地がありうるのではないかと懸念して本稿の一部に若干の説明を加えている。

## II 執行証書と即決和解

### 一 執行証書の債務名義性に関する日独執行法の規定の相違

わが国の民執法二二条五号は以下の規定をしている。

5 金銭の一定の額の支払又はその他の代替物若しくは有価証券の一定の数量の給付を目的とする請求について公証人が作成した公正証書で、債務者が直ちに強制執行に服する旨の陳述が記載されているもの（以下「執行証書」という。）

これに対して、ドイツ民訴法（以下ZPOと略す）は執行証書の債務名義性について以下のように規定している。すなわち、ZPOの旧七九四号は右に挙げたわが民執法二二条五号と類似の規定をおいていた。左のとおりである（一項一号～四号省略）。

五 ドイツの裁判所又はドイツの公証人（Notar）がその職務上の権限の範囲内において成規の方式に従い作成した証書（Urkunde）。ただし、一定の金額の支払又はその他の代替物若しくは有価証券の一定数量の給付を目的とする請求（Anspruch）につき作成し、かつ、債務者がその証書において即時の強制執行（sofortige Zwangsvollstreckung）に服し（sich unterwerfen）た場合に限る。抵当権（Hypothek）、土地債務（Grundschuld）、定期土地債務（Rentenschuld）又は船舶抵当権（Schiffshypothek）に基づく請求も、金額の支払を目的とする請求とみなす。

② 第七三七条、第七四三条、第七四五条第二項及び第七四八条第二項の規定に従い利害関係人に対し強制執行を忍受すべき旨の判決を必要とする場合においては、利

害関係人が第一項第五号により作成した証書において自己の権利に服する目的物に対する即時の強制執行を承諾 (Bewilligen) することをもって、その判決に代えることができる。

これに対して現行 ZPO 七九四条一項五号および同条二項は以下のごとくに規定している。

5 ドイツの裁判所又はドイツの公証人がその職務上の権限の範囲内で正規の方式により作成した証書であつて、和解することのできる請求権に関するものであり、意思表示をすること及び住居の使用賃貸借関係の存続に関しない請求権に関して作成されたものであるほか、債務者がその証書上に掲げられた請求権について直ちに強制執行に服するとしたもの

6 執行宣言が付された欧州支払命令 (Europäischer Zahlungsbefehl)

② 第七三七条、第七四三条、第七四五条第二項及び第七四八条第二項の規定により利害関係人に対し強制執行の忍受を命じる判決が必要である場合においては、利害関係人が第一項第五号により作成した証書において自己

の権利に服している目的物に対する即時の強制執行を承諾することにより、その判決に代えることができる。

なお ZPO 旧規定の訳は、中野貞一郎訳「ドイツ強制執行法」法務大臣官房司法法制調査部、一九七五年により、新规定については春日偉知郎・三上威彦訳「ドイツ民事訴訟法典—二〇一一年—二月二二日現在—」法務資料四六二号、法務省大臣官房司法法制部、二〇一二年による。

かつてオーストリー強制執行法もそもそもわが民執行法と同様に公正証書の執行証書性の範囲を限定していたが、わが民執行法二二条五号以上にその債務名義性を拡大して、住居またはその一部の明渡義務を確定するものを例外とすることにしたが、この例外さえも、不動産の所有者または共有者が明渡義務を負う場合は排除されるものとしている (同法一条一七号) (中村英郎「債務名義をなすうる公正証書の範囲について」山木戸克己教授還暦記念論文集刊行發起人会「実体法と手続法の交錯—山木戸克己教授還暦記念—」上、有斐閣、一九七四年、二四一頁以下参照)。

私も ZPO の右改正にならつて公正証書の執行力の拡張については条件付で賛成の論稿を発表したことがある (拙著「強制執行法研究」酒井書店、一九七七年、一五頁以下)。

なお拙著「民事手続法評論集」信山社、二〇一三年、三一頁以下参照。

## 二 民執法二二条五号による執行証書の執行力

(1) 民執法二二条五号による公正証書の執行力の範囲の制限は、もともと不当執行が行われた場合の損害の回復の容易性にあることは一般に説かれているところである。それにもかかわらず、ドイツやオーストリーが執行証書の執行力の範囲を拡大したのは、まず第一に制限的ではあっても執行証書という簡易に取得できる債務名義による権利実現の簡易迅速性をはかるという目的があったこともさることながら、第二には公証人の権限の拡大（民事執行法の立法作業の過程において日本公証人連合会より公正証書の執行力の拡大の要望が出たことは、実現しなかったとはいえ当然のことであろう）と裁判所の負担軽減という目標もあったといえよう。第三に、ただでさえ欧米諸国と比較して司法の容量の小さいわが国においては、裁判所の負担軽減の必要性という面からZPOにならえという声は今後さらに大きくならざるをえない。当面その方向にむけての改正が必要であるとの声は理由がないわけではないが、債務者保護の立場からみると民執法二二条五号の制限は基本的

には本来あるべき制限なのであろうと私は考えている。そうはいつてもあまり賛成はできないもののわが国における小さな司法という制度からみて、現実問題として一定の要件の下に執行証書性の拡大は当面必要といえるかもしれない。民執法二二条五号のように執行証書の範囲を制限しておくことは債務者保護の立場からは本来の姿であるように思うが、ZPOのような拡大規定が好ましいのか否かは、司法の容量を拡大して迅速な裁判により執行証書の対象請求権の範囲の拡大をさけるほうが理想論であるといえよう。執行証書の対象請求権の範囲を拡大するZPOの規定は、その理想論を以て現状に対応できないことの証左であり、いわば苦肉の策であるように私には思えるのである。苦肉の策もとらざるをえない場合があり、ZPOはまさにそのような場面を想定した改正であるように思うのである。

(2) 公証人の公正証書作成手続には、公正証書の作成について紛争を予防する機能はあっても、公証人法をみても理解できるように、私法上の紛争を解決するための和解的審理を行う手続はそもそも予定されていない。これに対して即決和解はあくまでも和解なのであるから法的紛争を解決する和解的審理手続を予定している。そのために法的紛争の解決をそもそも予定するものである。したがって執行

証書の範囲を拡大したからといって、執行証書作成の手続は和解手続とは本質的に異なる。その作成過程において和解におけるような手続保障はない。そこで執行証書の対象となる権利関係を拡大するには、本来相応な手続保障を必要とする。わが国の公正証書制度はそのような手続を予定していない。換言すれば執行証書の対象請求権を拡大するには公正手続を一種のADR化する必要があるように思われるのである。執行証書作成過程にはそれが欠けている以上執行証書の対象になる法律関係の拡大には慎重の上にも慎重でなければならぬ。

したがって民執法二二条五号の事項に該当しない法律関係について実質上法的紛争が存在していないにも拘らず、予防的に、あたかも紛争が存在するかのごとく裁判所について即決和解の申立をすることは和解申立権の乱用であって、申立を却下すべきことは理の当然である（この点は改めて後述する）。ZPOのように、執行証書の対象たる権利関係を拡大することは、わが国における司法の容量との関係からその必要性が考えられないことはないが、そのためには公正手続の当事者権の保障を伴うADR化が必要なのである。既述のように私はかつて執行証書の対象である事項の拡大（例えばある程度ZPOにおけるような拡

大）を説いたことがあるが、それも右のごとき公正手続の一定のADR化が前提にならなければならないものと思われるのである。

要するに、公正証書の作成過程には、和解におけるごととき裁判所が関与する手続保障があるとは必ずしもいえないのである。これに対して即決和解を含む訴訟上の和解には裁判所が主催する和解的弁論の過程があり、そこで一定の手続保障がある。手続保障があるというのは、たとえ即決和解であれ、そこに法的紛争があり、和解は法的紛争の解決を目的とするのであって、公正証書の手続過程とは異なるということである。

### III 山木戸論文の挙げた判例とその評価

#### 一 山木戸論文の対象判例

(1) 対象判例は大阪高裁昭和二四・一一・二五判決（高等裁判所判例集二巻三号三〇九頁以下）である。以下内容を紹介する。なお即決和解が法的紛争を要件とするか否かについては本稿IVの引用文献を参照されたい。

#### (2) 原審判決

「起訴前に訴訟防止の目的を以つてする和解は当事者間

に争ある権利関係について互に譲歩して訴訟を防止することを約する合意で、一面私法上の和解たる性質を有すると同時に、他面訴訟防止を目的とする訴訟行為たる性質を有するものであるから、右和解は当事者間に権利関係について争の存することを前提とするものであることはもちろんであるところ、控訴人・被控訴人間に前記建物の売買、買戻又は明渡等について何等かの争の存したことは本件にあられたすすべての証拠によってもこれを認めることはできないのみならず、かえって前記認定事実から、被控訴人は公正証書によっては建物明渡の強制執行についてその債務名義を得ることができないので、これを得る手段として、当事者間に何等権利関係について争がないのにこれあるものとして控訴人に和解の申立をなされたものであることを窺うことができる。従って右和解は、私法上から見ても無効のものであるから、訴訟法上においても無効のものといわざるを得ない。果してしからば、本件和解調書は〔中略〕強制執行の債務名義とすることはできない。〕

(3) 上告審判決

「民訴第三五六条に規定する訴訟防止の為の和解が、一面私法上の和解の性質をもつとともに、他面訴訟行為の性質をもつものであることは、原判決理由に説いてあるとお

りであり、又私法上の和解は当事者が互譲して争を止めることを約する契約であることも論をまたない所であるが、ここに「争」と云うのは、狭く原判決の説くように権利関係についての争、即ち権利関係の存否、内容又は範囲についての主張の対立に限られるのではなくて、もっと広く権利関係についての不確実や権利実行の不安安全をも含むものと解するのが妥当である。

この事は例えば、原告の貸金の請求に対し、被告は原告の主張事実を全部認めながら、単に手許不如意の故に請求に応じない場合、分割弁済を認めることによって、裁判上の和解が成立すると云う、よくある事例と考え合せてみても容易に判ることである。今これを本件についてみると、原審の確定した事実によれば、被告、被控訴人から金十五万円を、月三十一日上告人（被告、被控訴人）から金十五万円を、利息月一割、弁済期同年八月三十日、但し利息を払えば三ヶ月宛くりのべ昭和二十四年五月末日まで延長し得る約定で借受け、その債務担保の目的で本件家屋等を同人に売渡し、売買期限は右弁済期と同様に定め、期限内に買戻をしないときは、上告人の請求の日から一週間たてば直ちに右家屋を明渡すことを約したが、上告人は右約定について公正証書の作成では満足せず、しきりに裁判所における和解

調書の作成を要求したと云うのであるから、本件当事者間には権利関係の存否、内容等についての争はなかったにしても、少くとも上告人は権利の実行、殊に公正証書では債務名義とならない家屋明渡の点について不安をもち、その不安を除く為に本件の和解が為されたものと見るのが相当である。そうすると、本件当事者間には、上に述べたような意味で、和解の前提たる争がなかったとは云えないのであるから、原審が本件和解をその前提たるべき当事者間の争がなかったと云う理由で無効としたのは、法律の解釈適用を誤ったものと云わねばならない。

それでは本件和解は有効であるかと云うと、原審の認定した事実によれば、直ちにそう断定することも困難である。なぜかと云うと、本件の貸金は前記のように十五万円であるのに、担保の目的で売渡した物件の買戻金額は三十万円に費用を加えたものとなって居り、即ち借受の三ヶ月後には貸金の倍額を提供しなければ買戻ができないことになるのであるから、もしその物件の価格が三十万円もしくはそれ以上であるならば、貸主は貸付後僅か三ヶ月にして、借主から貸金の倍額又はそれ以上の財産的給付を為すことを約束させたことになり、これは著しく過当なものと云わねばならない。そしてもしこのような約束が借主の窮迫、軽

卒又は無経験から出たものであり、貸主がこれを利用して右のような著しく過当な利得を得ようとしたものであるならば、このような法律行為は被上告人が主張しているように、善良の風俗に反することを目的とするものであって、無効と云わねばならない（大審院民事判例集第一三卷八七五頁参照）。してみると、原審は本件売渡物件の価格が何程であったか、乃至被上告人の本訴和解の動機がその窮迫、軽卒又は無経験にあったのではないか等の点につき釈明審理した上で、本件和解の有効無効を判定しなければならなかったものであるのに、それをしなかったのは審理をつかさどるものと云わなければならぬ。」

## 二 山木戸論文における評価

### (1) 内容

右の判例に対する山木戸論文の賛成意見は、本稿序説においてその要点を紹介した。公証人の作成する執行証書と即決和解の両者は全く異質のものである。何故ならば、即決和解はあくまでも訴訟の予防を目的とし、法的紛争を解決するための制度であって、その紛争解決手続を主催するのは簡易裁判所である。したがって即決和解は訴訟制度の一環としてなされるものであくまでも訴訟上の和解の一種



であり法的紛争の解決手段である。しかるがゆえに単に法律関係等を公証するための公証制度とは異質のものである。そこで、本件のように解決すべき法的紛争がないところに即決和解は成立しえない。紛争の対象になっていない法律関係について公正証書の作成の対象とすることはできても即決和解の対象とすることはできないとされるのである。

(2) 即決和解を含む訴訟上の和解は、訴訟における判決のように裁判所の宣言それ自体によって紛争解決をするのではなく法的紛争につき互譲を要素とする。但し日独とも少数説として和解について互譲不要説がないわけではないことについては拙稿「訴訟上の和解における互譲と抽象的訴訟終了の合意」判例タイムズ一三八五号六一―六七頁を参照されたい。

互譲が即決和解を含む訴訟上の和解の概念要素であるか否かは別にして、和解はそもそも裁判のように法判断それ自体を目的とするものではないから一種のADRであり、その意味では非訟的手続であるとするこの点に関する山木戸説の指摘は正当であると思う（前掲石川論文六五頁以下）。和解には非訟事件手続法が適用されるわけではないが、すくなくとも裁判所が裁判という形で法判断自体を示すものではない。和解は裁判所が関与して両当事者と裁

判所との三者協議によって、和解条項が決する訴訟内ADR手続である。しかし和解条項確定のための協議の過程で裁判所が果す役割がある。それは当該和解が当事者主導型か裁判所主導型かを問わずそのいずれであつてもこの点では異なるものではない。しかも和解条項の内容の確認とか内容の則法性については裁判所が最終的に関与判断して初めて和解調書の作成がなされる。どんなに当事者主導型であろうと裁判所も関与する法的紛争の解決手続である。そのことは即決和解を含む裁判上の和解の概念とは矛盾するものではない。それは法的紛争の存在を要件としない点で公証人の公証手続とは異なる。

私見がこれ迄私法行為説を採用し、訴訟上の和解は当事者間に成立した私法上の和解を裁判所が行う調書の作成をもつてする公証によって確定判決と同一の効力をもつて成立するのであり、それは公証人が法律関係を公証する関係に類似していると書いてきたが、その意味は訴訟上の和解が公証人の公証と同じであるといっているのではない。私法行為説の説明がこの点で誤解されるかもしれない。いわばそれは単なる比喩的表現に過ぎないことをここに明確にしておきたい。

訴訟上の和解は即決和解も含めてあくまでも法的紛争の

解決手段なのである。民事紛争のないところに和解による解決はありえないことは山木戸説並びに多くの学説の説くとおりである。私は訴訟上の和解に訴訟要件は必要である旨拙著「訴訟上の和解の研究」六四～六五頁に説いている。したがって法的紛争なくして単に債務名義を得るための即決和解の申立は却下すべきであるとの解釈である、民事法判例研究会編「判例民事法昭和一五年度」有斐閣、一九四二年、二二〇頁（斎藤秀夫）の説明はまさに正当なのである。

たしかに執行証書には既判力がないのに対し理論的対立はあるものの即決和解には既判力ありと解する学説・判例があること（制限的既判力説なら既判力といっても弱い面があるし、既判力否定説もあるが）、執行証書は公証人が作成するのに対して和解は裁判所によって成立せしめられるという相違があるので、債権者としては私法上の和解が訴訟外で成立して法的紛争がなくなってもそれがあらかのごとく装って執行証書より即決和解にもちこみこれを乱用する事例が多くみられることは事実のようである。したがって通説のように説いたとしても、法的紛争が訴訟外の和解により解決していても実体的法的紛争があるのかのごとく装って即決和解を乱用する事例は現実にはあるであろ

う。しかしそれはあくまでも病理現象であって、即決和解は法的紛争があることを前提とするという原則を曲げることはできないのではないかと思われるのである。そもそも訴訟上の和解に含まれる私法上の和解（訴訟行為説は別に）は実体法上の法的紛争を解決するための手段として用意された紛争解決方法なのである。それが副次的に紛争予防的効果をもつことはありえるであろう。しかしそれはあくまでも副次的効果であって、即決和解の本来的效果ではない。

#### IV 法的紛争予防的効果

以上に述べた山木戸説およびこれを認めた私見は訴訟係属中の和解についても当然に妥当するものである。

これに対して他方では即決和解について、法的紛争を要件とするか否かとの問題については即決和解の予防司法性の立場から法的紛争概念緩和説がある。例えば賀集唱・松本博之・加藤新太郎編「基本法コンメンタール―民事訴訟法2―第三版追補版」日本評論社、二〇一二年、三四三頁～三四四頁（加藤新太郎執筆）は以下のように述べている。

申立ての前提として争いがあることを要する。裁判例には、この争いの意義について厳格に解しているもの（神戸地判昭二四・六・三高民二卷三号三一七頁）もあるが、一般的には緩やかに解する傾向にある。すなわち、本条の争いにつき、①権利関係の存否、内容または範囲についての主張の対立に限られず、広く権利関係についての不確定または権利実行の不安を含むものとしたり（東京高判昭三八・二・一九東高民時報一四卷二号二四頁など）、②将来紛争発生の可能性が予測できる場合を含むとする（名古屋高判昭三五・一・二九高民一三卷一七号七二頁など）のが一般である。もつとも、若干の絞りをかけようとするものとして、③和解申立て時において、当事者間に将来の権利実行にあたり紛争が生ずることを予測させる具体的事情または権利の実現に不安があると認められる相当の事由が存在することが必要であるとするもの（東京地判昭四二・三・六下民一八卷三〇四号二一九頁など）もみられる。

実務の現状を批判して、①和解申立て前に既存の法律関係についての争いが解決されている場合には、和解申立ては救済の利益を欠くものとして却下されるべきであり、争いを解決すべき法律関係が未だ存在しない場合に

は、法的紛争とみることはできないから不適法として却下すべきであるとする見解（小野木常「起訴前の和解の原点」末川追悼〔民商臨壇〕（三）三三頁）、②将来の給付を内容とする和解については、将来の給付判決を求めるための将来の給付の訴えは、法があらかじめその請求をする必要がある場合に限って許していること（一三五・職権調査事項）と矛盾するとする見解（兼子・条解旧版八四五頁）がある。しかし、判決は訴えの利益ある場合に限られるべきであるが、当事者の自主的解決方法である和解にあっては、現在訴訟を提起する必要がある場合のみならず、将来訴訟を提起する可能性がある場合にも、このような訴訟を避けるために和解申立てを認めてよい。したがって、「争い」については、厳格に解することなく広がりをもったものと解してよい（菊井・村松・II七五六頁）。このように解することにより、訴え提起前の和解が十分に訴訟を予防する機能を發揮できることになるし、また請求の放棄・認諾や訴訟上の和解が訴えの利益などの訴訟要件の欠缺にかかわらず許されることとも整合する。

前掲引用前半部分の①は「権利関係の存否、内容または

範囲についての主張の対立に限られず、広く権利関係についての不確実または権利実行の不安を含む」というが、それは権利関係の不確実性は権利関係についての紛争と実質上変りがないことを意味するし、実行の不安は将来の給付の訴えの利益に通じ、いずれも紛争の存在を意味することになろう。②の「将来紛争発生の可能性が予測できる場合」も将来の給付の訴えの利益に通じるであろう。③のケースも当事者の態度からみて履行期の履行が期待できない場合であるから将来の給付の訴えの利益のある場合に当たるといつてよからう。したがって将来の給付の訴えの利益はあり、法的紛争はあるとみるべきである。

引用後段①は紛争が存在しない場合であるから即決和解の利益はないことにつき異論はないであろう。②は将来の給付を求める訴の利益がある場合には法的紛争を現在解決しておく利益があるのであるから即決和解の利益はあるものとみられる。これに反して後段の、単に「将来訴訟を提起する可能性がある場合」とはいつても前段③のケースに相当しないような場合にまで将来の訴えの利益を認める必要がないので状況が法律上の争いまでにいたっていないと思われ、法律上の紛争があるとはいえないのではないかと思われる。いずれにしても将来の給付の訴えの許される場

合を即決和解との関係で再度分析する必要があるように考えている。そのケースを将来の給付の訴えの利益のある場合にとどめるべきであろう。

即決和解が予防司法的機能をもつとはいえ、あくまでもそれは裁判所における和解なのであるから、訴えの利益が認められる場合に限定されてよいのであろう。それ以上に広く予防司法的に即決和解を認めることは裁判所が確定判決と同一の機能をもつ和解を管轄する結果になる。確定判決と同一の効力をもつ裁判所内の制度としては民事調停制度があるのであるから、これに紛争の解決を委ねるべきではないか、あるいは一定の範囲で執行証書を作成できる証制度に委ねるべきではないかと思われるのである。

訴えの利益は紛争の存在と裏はらの関係があるとみてよいのではないかと思われる。

## V 付論——私法行為説と訴訟終了効

### 一 私見

本稿のタイトルと関係がないが、従来から訴訟上の和解の性質に関する私法行為説を以てしては、訴訟上の和解の訴訟終了効が説明できないので、訴訟行為的性質を和解に

もたせる必要があるところから、両性説や併存説が提唱されることになる。この批判が私法行為説に対して加えられていることは周知のとおりである。私見は私法行為説を採用しており、この立場から訴訟終了効の説明は可能である旨を幾多の拙稿において既に繰返して述べている。

## 二 中村英郎教授による私法行為説の説明と批判

(1) 中村英郎「裁判上の和解」『民事訴訟法講座』第三卷、有斐閣、一九五五年、八一―九頁以下の論文中八二―二頁には以下のように記述されている（但し脚注は除いてある）。

純私法行為説 裁判上の和解をもつて純然たる私法の法律行為であると解する説である。すなわち裁判上の和解も、その本質は、裁判外の和解と同じく、私法上の和解契約であり、ただそれが訴訟の機会になされた点において異なると説く。しかし、①私法上の和解契約から、訴訟法上の効果、特に訴訟終結の効果が発生する点については、或いは、和解において原告が請求を放棄し、かつ訴を取下げること、しかして被告がその取下に必要な同意を陳述することの合意がなされたからであるとし、

或いは、訴訟物に関して紛争が止み、訴訟の目的を缺くことになるため、法が和解調書に確定判決と同一の効果を付与した結果であるとする。Eccius, Kohler, Rosenbergの見解はこの立場に立ち、我が国においては河本氏が之に従われている。

この説によれば裁判上の和解は、私法上の和解と全く同一であつて、ただ訴訟の機会に裁判所でなされることだけが異なる。従つて、その無効・取消の問題は、すべて、私法上の規定より判断すべきものとする。しかし、和解という私法上の行為から、訴訟終結という訴訟法上の効果が発生する理由を充分に説明しえない。実体法と訴訟法とが異別の法体系を構成する現代法制の下、裁判上の和解につき訴訟上の効果が発生するには、訴訟行為としての要件を充足することが論理的並に体系的に要請される。従つて、この関係を正しく理解するためには、裁判上の和解に私法行為としての性格の外、訴訟行為としての性格を認識しなければならない。私法上の和解に訴の取下の合意が伴うとなし、或いは、法規が和解に確定判決と同じ効果を与えた結果であるとする見解は、結局裁判上の和解に訴訟法的性格を認めることであつて、それは、併存説或いは両性説に合流すべきものである。

(2) 前掲中村説引用中、説明の前半部分について、まず私見を述べておきたい。ここでは(a)私法上の和解契約から生じる訴訟終了効の根拠を原告が請求を放棄し、かつ訴えを取下げて、被告がその取下に必要な同意を陳述する含意があることによる、とする見解を挙げている。しかし「原告が請求を放棄し」ということは和解の互譲性に反するし、訴の取下という訴訟行為を必要とするのでは私法行為説にならないのではないかと思われる。(b)訴訟物に関する紛争がなくなり訴訟は目的を欠くことになるからというだけでは、訴却下により訴訟は終了すべきかあるいは本案判決をすべきであって、その説明では訴訟終了効が当然に出てくることにはならないであろう。

つぎに前掲説明の後半の中村説である。現在の訴訟法・実体法という二つの法体系を分離する法制の下では訴訟法上の効果は訴訟行為なくして訴訟終了効を説明しえないとの中村説の指摘は正当であるうか。私見のように私法上の和解を裁判所が認証すれば当事者の訴訟行為なしとしても訴訟終了効が生じるという説明ができないわけではない。この点改めて繰返さない。私法上の和解の成立により紛争は解決し訴訟要件である法的紛争が消滅した場合訴を却下するより裁判所がその消滅を認め私法上の和解を認証(和

解調書の作成)すればそれ迄の訴訟手続が無駄になることなく確定判決と同一の効力(その範囲は問題になるが)を生じて和解手続が生きることになるのであり、そのために訴却下ではなく和解による訴訟終了効を生ぜしめることになるのである。法的紛争がなくなることを裁判所が認証するからこそ訴訟終了効が出てくるのである。このように考えれば中村説の主張されるように実体法と訴訟法という法体系の異別性を敢て説く必要はないと思われる。

念のために一言付け加えると、中村説の「私法上の和解に訴の取下の合意が伴う」とする見解は、「私法上の和解に訴訟終了の合意が伴う」と訂正すべきであろう。さらに加えていえば、たとえ私法行為説を採用したとして、和解手続に裁判所が関与して成立せしめている以上当事者の訴訟行為的側面を認めなくても、法規が裁判上の和解に確定判決と同一の効果を与えた理由は十分に説明できるものと私は考えている。訴訟行為的側面を認めないと民訴法二六七条の効力は生じないとはいえない。したがって民訴法二六七条の効力は訴訟上の和解の訴訟行為性に論理必然的に結びつくものではないのである。

## VI 結語

本稿で引用した山木戸論文には若干の思い出がある。前掲拙著には山木戸論文を引用してある。民訴学会でお会いした折、先生が訴訟上の和解については色々難しい問題があり、御自分の指導されている院生から訴訟上の和解をテーマとして提出されたときに、修論のテーマとしては執筆に苦勞することもあるかと思うと伝えたが、とうとうその院生は和解を取上げてしまったと云われたことを記憶している。今になってみると先生のお話の意図が何処にあったのか、その時進んで拝聴しておけばよかったと誠に残念に思うことがある。本稿のテーマ以外にもおそらく先生が和解をめぐるその他の諸問題について何かお考えがあったとすればそれをお聴きしておかなかったことが今になって悔やまれるのである。この点は別にしても、本稿で引用した山木戸説が執行証書を含めて公証制度と既決和解を明快に区別されたことは、今でこそ当然の理論であるとはいえない明快である。しかし今日これに対して、即決和解に法的紛争の必要性をめくりあるいは訴えの利益との関係から公証的要素をもたせようとする傾向がみられるとすれば、そし

て明解に区別すべき公証的要素を入れようとする傾向がみられるとすれば、それには反対すべき問題であるように思う。