

## 即決和解と法的紛争（続）

石川 明

### 一 序説

二 緩和説を理由づけるものとして考えられる論拠

1 はじめに

2 ドイツ民事訴訟法（ZPO）七九四条五号にみられる執行証書の対象請求権の範囲の拡大——同条とわが民事執行法二二条五号との比較

3 民事調停との関係

4 即決和解のADR的性質の強調

5 救済手続の多様性の確保

6 沿革的理由

### 三 結語

1 現行民事訴訟法二七五条の文言

2 本稿執筆の動機

### 一 序説

私は研究ノート「即決和解と法的紛争」法学研究八七巻三号（平成二六年三月）三三頁以下において即決和解の要件として法的紛争を必要とする旨いわゆる厳格説の立場を基本的には認めた。学説上は厳格説が通説であるといつてよいかもしれない。というのは、この点に言及する教科書乃至体系書は少なく、注釈書等においては実務家がこの点に言及し緩和説の立場に立つ判例を多く紹介しているからである。前掲研究ノートにおいて述べたように、兼子一説、

山本戸克己説、齋藤秀夫説等は厳格説を採用しているし、谷口安平「判批」民商法雑誌四三巻六号Ⅱ同著『民事紛争処理—民事手続法論集』第三巻（信山社、二〇〇〇年五月刊行）一六三頁以下等はいずれも厳格説を採用している。私見は既述のとおり厳格説を採用しているが、本稿は緩和説の立場から厳格説を批判するとすればいかなる理由が考えられるかという観点を論じてみたものである。

## 二 緩和説を理由づけるものとして考えられる論拠

### 1 はじめに

既述のとおり厳格説は将来の給付の訴えの利益のある場合は別にして現在の法的紛争なき限り、即決和解を認めないとするにより、即決和解を執行証書の代用とすることに反対している。換言すれば即決和解は裁判所が管轄する和解の一種であるがゆえに法的紛争なき限り即決和解の申立ては不適法として却下されることになるというのが厳格説の立場であるが、但し、厳格説も将来の給付の訴えの利益がある場合は、即決和解を認める。

このような厳格説に対して、実務の大勢を占め且つ学説上も近時（コンメンタール等）増加しつつある緩和説はど

のような見解を示すのであろうか。以下考えうる諸点を挙げてみよう。

### 2 ドイツ民事訴訟法（ZPO）七九四条五号にみられる執行証書の対象請求権の範囲の拡大——同条とわが民事執行法二二条五号との比較

執行証書の債務名義性については民事執行法二二条五号が、「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」と規定し、執行すべき請求権に制限を設けている。したがって、ここに列挙された請求以外の請求についての公正証書は執行証書にはならない。しかしZPOがこの制限を緩和したことは周知のとおりである。ZPO七九四条五号は次のように規定している（法務資料四六二号「ドイツ民事訴訟法典（二〇一一年一月二二日現在）」春日偉知郎Ⅲ上威彦訳による。本稿では原文の横書を縦書に直してある）。

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する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。

ZPOの右五号の旧規定はわが民事執行法二二条五号と同一のものであったが、現行ZPOはこれを右の如き規定に改正したのである（なお、民事執行法の改正過程における執行証書の取扱いについては、拙稿「強制執行法案要綱案と執行証書」民商法雑誌七一巻四号五九五頁以下、「強制執行法案要綱案と執行証書（再論）」民商法雑誌七四巻五号三頁以下を参照されたい）。問題は執行証書の対象請求権をZPOのように現行民事執行法二二条五号以上に拡大する方法が宜しいのか、あるいは拡大範囲の請求権を即決和解に委ねるのがよいのかという点である。即決和解に委ねるとすれば厳格説を弱め緩和説を採用せざるを得ないことになる。

仮に将来執行証書の請求権の範囲が法改正によりZPOの規定するように拡大する方法が採用されれば、即決和解の活用がそれほど強調されることは避けられるかもしれない。その場合でも双方とも執行力はあるものの和解につき

既判力肯定説乃至制限的既判力説をとれば即決和解に既判力が認められることになるし、既判力否定説によれば既判力が否定されることになるという点では学説によつては差が出てくる可能性はある。和解に既判力肯定説をとれば執行証書より即決和解が選ばれるであろうし、その場合、手続主宰者が異なる点で申立人は執行証書より即決和解のほうを選択する可能性が予想される。執行証書の対象請求権の範囲が拡大されれば即決和解の活用必要性が若干なりとも減少する可能性が考えられないわけではない。執行証書の対象請求権の拡大が立法されたとすれば即決和解について厳格説をとる可能性は出てくるが、しかし執行証書の執行すべき請求権の範囲の拡大がなされない以上緩和説を採用する余地が出てくるように思われる。

わが民事執行法二二条五号が執行証書の活用を一定の請求権に限定し、ZPO七九四号五号にみられるようにこれを拡大する立法措置がなされていない以上は、即決和解をもって執行証書の対象請求権から外れた請求権について即決和解を活用することが、即決和解の訴訟予防的機能及びADR的性質を強調する結果になるのは止むを得ないとの考え方があり得よう。この点からみると、執行証書が必ずしも法的紛争を前提としないことからすると、即決和解を

執行証書の代用的役割を果たさせるものとみて即決和解について法的紛争性を緩和することはあながち不合理とはいえないとも考えられるのである。

ただ、執行証書には即決和解におけるように和解審理手続がない点からみると、執行証書の対象請求権の範囲を拡大するより裁判所の主宰する即決和解に委ねるとの考え方ができないわけではない。そのほうが当事者権の保護の観点からはるかに健全である。ただ、この場合訴訟上の和解の必要要件としての「互譲」(この点については、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頁以下参照)をはずす必要があり、この点は緩和説を採用する殆んど文献が認めるところである。加えてここでも将来の紛争予防的目的をもって即決和解を活用するという点からみると法的紛争の存在について緩和説を採用すべしとの考え方になりやすいであろう。これに加えて即決和解については裁判所内 ADR 的性質としては厳格説ではなく緩和説をとることが将来の紛争解決予防の手段として必要になる余地が大きくなるのではないかと考えられる。

### 3 民事調停との関係

第二に民事調停との関係を考察しておきたい。即決和解のほか裁判所の扱う ADR として民事調停がある。現在の法的紛争の概念を拡張すれば、将来の紛争を回避するために民事調停(簡裁調停)もこれを利用することができないわけではない。現在の法的紛争の解決のみならず将来の紛争予防のために民事調停法一六条により調停調書も裁判上の和解と同一の効力を有するからである。即決和解も民事調停も将来の紛争の予防に活用することは裁判所の訴訟事件の負担を軽減すること並びに当事者の将来の権利保護につながり、また執行証書の債務名義性の拡大をするよりも即決和解における和解審理、調停における調停審理等当事者権の保障につながる点では利用価値のあるものである。ただ私見によれば、調停の活用をもって対応する場合、現実問題として調停委員の質にばらつきがあるのに対して、即決和解にあつては裁判官が和解手続を担当するという点で、執行証書の対象請求権の範囲の拡大がなされない今日であれば、その分について即決和解を活用することが調停より ADR の則法性という点からみると望ましいとも考えられる。加えて厳格説のいう法的紛争のみならず将来の紛争予防のために緩和説にもしかるべき理由が存するものと

考えられないわけではない。それだけに即決和解における紛争概念の拡大を考える必要性は認められてもよいのではないか。

このように考えると執行のために執行証書の対象請求権の範囲をZPOのように拡大緩和していないために法的紛争の範囲を緩和しようとする即決和解の利用は、それが、債務名義を低コストで取得するだけの意図に出た濫用的なもの(千葉地判平成元・八・二五判時一三六一号一〇六頁、東京地判昭和四二・三・六下民集一八卷三〇四号二一九頁など)を除けば、緩和説の立場も納得できないものではないという見解も考えられる。しかしながら、本稿冒頭で掲げた論文中において述べたように、この点での緩和説は紛争の事前予防機能もそれなりの効用をもつことを考えると、一般的に即決和解の濫用とは必ずしもいえないのではないかと考える余地はありうる。手続費用に関する問題は一定の対策を立てるべきではないかと考える。しかし現行法の下では、執行証書の対象請求権の範囲の拡大を避けて、その分を即決和解に委ねると同時に、その法的紛争性につき厳格説よりも、緩和説をとるべきではないかとの考え方もあり得よう。

そもそも相手方の態度が将来における法的紛争性を惹起

することが予想されるケースというのは将来の給付の利益を少々広く考えるとすれば将来の給付の訴えの利益があるケースが多いと考えてよからう。かようなケースでは、将来期限の到来する期限付請求権や停止条件付請求権に関する将来の給付請求権について将来の給付の訴えの利益ありと認めることができると考えれば、結果的には厳格説を採用したとしても将来の給付の訴えの利益が生じることになるであろう。なおこのような考え方が成り立ちうるか否かについては、適切且つ詳細な議論を展開している三木浩一「将来給付の訴の利益」(慶應法学二八号三二五頁以下)を参照されたい。同論文は極めて関心を呼ぶ論稿である。

#### 4 即決和解のADR的性質の強調

即決和解のADR的性質を強調するならば、現在法的紛争はなくても将来の紛争予防のために即決和解の要件としての法的紛争概念につき緩和説をとり、判例一般の傾向である紛争概念を緩やかに解するほうがより適切であるとの考え方も一理あるように思われるのである。この点で法的紛争概念を厳格にとらえるよりもその範囲を緩和してとらえることが、適切であるように考える余地もある。即決和解も訴訟外のADRに平仄を合わせるとするな

らば、訴訟手続内における訴訟上の和解については、訴訟手続それ自体が法的紛争を必要要件とする以上、訴訟上の和解が法的紛争の存在を前提とすることが当然であるのに対して、即決和解は訴訟開始前の和解であるがゆえに法的紛争の存在を絶対的要件とすることなく、他のADRと同様にこの要件を緩和することがあってもよいように考える余地はありうるかもしれない。そう考えると他のADRと同様に、これに法的紛争の予防的機能をもたせてもよいようにも考えることができるわけではない。

## 5 救済手続の多様性の確保

法的紛争の解決方法は一般のADR機関による解決、執行証書、即決和解、訴訟上の和解、判決等々多様である。それぞれの手続はそれぞれ固有の特質をもっている。制度理論としては紛争解決の方法が多様であることが利用者にとり便利である。それぞれの特質をもった解決方法を選択できるからである。即決和解も厳格説をとるより緩和説をとるほうが、それだけ紛争の結果的解決につながり、当事者にとっては便利である。厳格説をとらなければならぬというより理論的に許されるならば緩和説を採用したほうが、利用者にとっては利便性が高い。私見は厳格説を採用

しているが、本稿はこのような観点からみて緩和説を採用し得ないものか、そのような制度構成の可能性を求めて厳格説をとる自説に敢えて反対説である緩和説の立場の根拠を考察してみたいと考え、執筆したものである。

## 6 沿革的理由

大正一五年の民事訴訟法の改正以前の即決和解の規定の内容は、訴えを提起する者について即決和解の申立てを認めていたのであり、旧民事訴訟法も現行民事訴訟法もともにこの規定の様式を受け継いだがゆえに即決和解を訴訟の前段階とみて、裁判所の純民事訴訟法的性格を変えものではないという主張が厳格説の立場からはなされている。しかし即決和解制度の沿革的理由による説明は説明として一定の合理性は認められるものの、沿革的にはそうであったもADR重視の現代法的傾向の下では、裁判所や国民の法意識が変わり、解釈も変わりうることを否定しきれものではないといえる。沿革的理由も時代が変わり進歩することにより判例法が新しく形成されたり、法解釈の変更がなされ、それらが現実上制度の改正の意味をもつ場合が往々にして存する場合がありうる。

以上に述べた諸考察により、判例上緩和説が提唱される

ようになったものと思われる。学説が嚴格説をとる一方で、実質的に制度が時代の要請を受けて変化している。そしてそれが判例法化していると考えても、制度上なら不都合がないというのであれば緩和説も成り立つ余地があり得ようというのが緩和説の立場から提唱されうる。即決和解制度の時代の変遷につれてなされた解釈論の一種の換骨奪胎の考え方である。

### 三 結語

#### 1 現行民事訴訟法二七五条の文言

即決和解は法的紛争の解決を目的とする制度であるといわれる理由の一つに沿革的理由がある。

即決和解について旧旧民事訴訟法三八一条は「訴ヲ起サントスル者ハ」と規定していた。加えて現行民事訴訟法二七五条一項前段は「民事上の争いについては、当事者は、請求の趣旨及び原因並びに争いの実情を表示して……」と規定しているし、二項は、右一項の和解が不調に終わった場合「和解の期日に出頭した当事者双方の申立てがあるとときは、裁判所は、直ちに訴訟の弁論を命ずる。この場合においては、和解の申立てをした者は、その申立てをした時

に、訴えを提起したものとみなし……」と規定している。一項にいう「民事上の争い」とは嚴格に民事上の法的紛争を意味すると解するのが素直な読み方であるし、「請求の趣旨及び原因並びに争いの実情を表示し」との表現はまさに訴状の必要的記載事項を示している。

加えて二項では一項前段の規定は、訴状の必要的記載事項である民事訴訟法一三三条二項二号の規定と同一の内容を示すものであつて、前記「民事上の争い」が法的紛争を意味していることは明らかである。加えて二項は和解不調の場合の訴訟への移行要件を示しているのだから、訴訟への移行が行われるをもつて即決和解は法的紛争を前提とするものでなければならぬと解するのが自然である。

このように考えてくると、緩和説が単に将来の権利実行の不安とはいっても将来の紛争予防は、まさに将来の給付の訴えの利益がある場合でなければ即決和解の申立ては不適法になる、と考えるべきなのであろう。

#### 2 本稿執筆の動機

私は本稿の冒頭において指摘した前稿「即決和解と法的紛争」の続編として本稿を執筆した。前稿において私は大方の学説が採用する嚴格説をとった。ただ判例上の通説は



緩和説である。そこで敢えて本稿では緩和説の論拠を考察しておきたいと考えた。

孫子・謀攻篇第三に「故に曰く、彼を知り己を知らば、百戦殆うからず」とし「彼を知り己を知らば、一勝一敗す」(同上)、「彼を知らず己を知らざれば、毎戦必ず殆うし」(同上)とある。アメリカがベトナム戦争において不名誉な撤退を余儀なくされた後、孫武の『孫子』やクラウゼヴィッツの『戦争論』、ジョミニの『戦争概論』等の軍事古典の研究者たち及び陸・海・空・海兵隊四軍の高級将校を集めて前記諸文献等をも含めて不名誉な撤退の原因を徹底的に研究し、その成果を「ワインバーガー・ドクトリン」として発表したことは有名である。ハンデル著『孫子とクラウゼヴィッツ』(杉之尾宜生 西田陽一 訳、日本経済新聞出版社、二〇一二年九月刊) 一頁以下の「訳者まえがき」にそのことが書かれている。そこで私も前掲拙稿に付随して敢えて本稿を執筆したのである。