

# 訴訟上の和解とその効力について（二・完）

——当事者自治と公益との調整という観点からの再考にむけて——

山 田 明 美

- 一 はじめに——問題の所在——
- 二 平成八年民訴法改正による新たな訴訟上の和解制度
  - 1 書面和解制度（民訴法二六四条）
  - 2 裁定和解制度（民訴法二六五条）
  - 3 小括（以上、九州国際大学法学論集第一三卷第三号）<sup>（1）</sup>
- 三 訴訟上の和解の効力をめぐる従来の議論について
  - 1 学説・判例について
  - 2 東京地裁平成一五年一月二二日判決について
  - 3 小括
- 四 結びに代えて

### 三 訴訟上の和解の効力をめぐる従来の議論について

#### 1 学説・判例について

訴訟上の和解の効力については、民事訴訟法上、和解は調書に記載されることにより、確定判決と同一の効力を生じる（民訴法二六七条）、といった旨の規定しか存在せず、その効力をめぐっては未だ理論的解明がなされていない。すなわち、裁判上の和解が訴訟終了効を持ち、和解調書の記載が具体的給付義務を内容とするときには執行力を有する（民執法二二条七号）という理解においては一致しているが、訴訟上の和解が成立し調書に記載された場合に和解調書に「既判力」が認められるのかどうかに関しては、古くから争いがあり決着をみていない。

学説においては、肯定説、否定説、制限説の対立があるが、否定説が通説とされている。<sup>②</sup>判例に目を転じてみると、大審院判例は、大正一五年民訴法改正以降、旧法下において既判力肯定説を支持するようになっていたが、最高裁判例は、何らかの方法で実体法上の瑕疵に基づく和解無効の主張を当事者に許してきている。<sup>③</sup>それゆえ、判例は制限的既判力説に立つと一般に解されている。

#### 2 東京地裁平成一五年一月二一日判決判例時報一八二八号五九頁について

平成一五年東京地裁判決は、本件訴訟上の和解には錯誤等の意思表示の瑕疵もないので、本件和解は既判力を有するものと解するのが相当であるとし、そして、本件和解成立後に本件マンションの区分所有権を取得したと認められる者は、口頭弁論終結後の承継人に該当すると解されるので本件和解の既判力が及び、和解条項の履行義務を負うものであるとす

るのであるが、実質的な手続保障を受けていないこと等の事情を考慮し、本件和解条項の履行請求（本件マンションの一部撤去請求）は権利の濫用に当たるものとして、口頭弁論終結後の承継人に対する本件請求を棄却している。

平成一五年東京地裁判決は、訴訟上の和解の効力に既判力の存在を認め制限的肯定説に立つと評されるものの、従来の判例理論とは若干異なるよう思われる。

たしかに、平成一五年東京地裁判決も本件和解には錯誤等の意思表示の瑕疵もないので既判力を認め、和解成立後（口頭弁論終結後）の承継人に本件和解の既判力が及ぶと解している。ここまでは、既判力を肯定する考え方がベースになっているといえよう。しかし、口頭弁論終結後の承継人については実質的な手続保障を欠いていることを理由にその執行を権利濫用にあたるものとして、請求を棄却するのである。これが果たして、制限的既判力肯定説に立つ考え方といえるのか。

口頭弁論終結後の承継人は、法的安定性の観点から訴訟係属の事実や前訴判決の存在についての知不知を問題とされことなく、既判力が拡張されると解されているのである。<sup>(5)</sup>そして、民事執行法二三条一項三号は、債務名義成立後の承継人に手続保障がないままに、執行力を拡張しようとする規定である。この規定は、債務名義成立後の承継人よりも債務名義を有する当事者の立場を保護しようとする趣旨であり、民事執行（強制執行）とは、そもそもそういう制度である。<sup>(6)</sup>

もっとも、制限的既判力肯定説に立つと評される判例理論は、訴訟上の和解の効力として既判力の存在を認めつつ、結果の妥当性という側面において、法的拘束力と当事者意思とを調整しているようにみえる。このような観点から一瞥すれば、従来の判例と平成一五年東京地裁判決とは理論的に整合し、相違は存在しないようにもみえるが、筆者は違和感を拭くことができない。

従前の判例理論が訴訟上の和解の既判力を制限的に肯定するというのは、和解に実体法上の瑕疵がある場合に当事者にその主張を許すもので、このような場合には既判力は生じず、実体法上の瑕疵がない和解には既判力が生じるという考え方であったはずである。平成一五年東京地裁判決は、前訴にあたる訴訟上の和解成立後のその承継人に実質的な手続保障を欠いていること等を理由にその和解条項の執行を権利濫用にあたるものとして、請求を棄却するものである。換言すれば、既判力は拡張される(肯定される)が、執行力は生じないとする理論である。これが、制限的既判力肯定説の考え方によるものと評価できるのか。従来の議論は、和解の意思表示に瑕疵があった場合の処遇として和解調書に既判力が生じるか否かをめぐってのものであり、既判力が生じている和解に執行力があるかないかの議論ではなかった。訴訟上の和解が調書に記載されれば、執行力が生じることについては、民事執行法二二条七号で「確定判決と同一の効力を有するもの」を債務名義として異論なく認められ、その承継人には執行力が生じることが民事執行法二三条一項三号に規定されているのである。<sup>(7)</sup>なお、判例理論、とくに平成一五年東京地裁判決の考え方に立つならば、訴訟上の和解の効力論をめぐる既判力および執行力の主観的範囲については、<sup>(8)</sup>確定判決における既判力と執行力の主観的範囲の問題以上に、<sup>(9)</sup>パレルに論じることには問題があるといえそうである。

### 3 小 括

訴訟上の和解は、当事者による紛争の自主的解決方法であり、近代訴訟原則の一つである処分権主義により認められる訴訟終了方法の一つである。すなわち、和解による訴訟終了は、訴訟制度において当事者自治が尊重されている場合といえる。他方、訴訟は国家が設営する手続であるという側面からは、訴訟上の和解による訴訟終了にも、当然、公益の要請

がでてこよう。つまり、訴訟を利用し、和解により訴訟が終了したことに何らかの法的拘束力が認められるべきであろう。また、訴訟制度が有する紛争解決という機能から、それを利用した当事者間においても訴訟上の和解により訴訟が終了したということには、紛争が解決した（不可争性）といった一定の期待感（信義則）が存すると考えるのが自然であろう。

近時の学説においては、既判力否定説が通説的見解といえ、この見解は、当事者の意思を中核とする和解では、裁判のような紛争解決方法とは異なり、当然に当事者意思が尊重されるべきであると説く。その理念は当事者自治を重視する方向にあるといえよう。しかし、訴訟上の和解の効力を考えるときに、訴訟上の和解が訴訟制度上の紛争解決手段であると位置付ける限り、当事者意思偏重の方向性は、果たして、適切といえるのだろうか。

他方、判例の立場とされる制限的既判力説においては、上述平成一五年東京地裁判決にみるように、結果の妥当性がその見解の終着点であるならば、その見解の前提として訴訟上の和解の法的拘束力として既判力を肯定することの必然性が問われることになるのではなからうか。

#### 四 結びに代えて―これから効力論の方向性

訴訟上の和解の効力をめぐる従来の議論は、和解を「調書に記載したときは、その記載は、確定判決と同一の効力を有する」との民訴法（現二六七条、旧二〇三条）<sup>(10)</sup>の文言から調書に記載された和解が既判力を有するか否かという枠組みで論じられてきた。

しかし、訴訟上の和解の既判力として論じられてきた問題は、訴訟上の和解の拘束力の根拠と範囲の問題といえ、当事者の合意にいかなる効果を認めるべきかという問題に収斂されるのではなからうか。このように当事者の合意が訴訟上の

和解の効力の原点であると考えれば、和解の効力論において、必ずしも「確定判決と同一の効力」<sup>(11)</sup> 既判力があるのかといった点から出発する論理必然性はなさそうである。和解に付与されるべき既判力の意味内容を判決に付与される既判力とは異なったものとして把握する考え方も主張されている。<sup>(12)</sup> そして、従前より展開されているこの「確定判決と同一の効力」の文言の解釈論は、平成八年に導入された書面和解（民訴法二六四条）と裁定和解（民訴法二六五条）といった類型を当然考慮することなく議論されてきたものであることを、ここで改めて確認しておく。

以上の議論の前提は、訴訟上の和解の法的性質についていずれの見解を採用するにせよ、もっぱら当事者の行為としての和解を念頭に置いたものであり、その和解（合意形成）における裁判所の関与については、和解調書への記載程度にとどまり、和解勧誘により成立した和解との関係で裁判所の関与に法的な意味が与えられることがなかったとの指摘がある。<sup>(13)</sup>

そして、この指摘は、原則型の訴訟上の和解（民訴法二六四条、二六五条の和解類型ではない訴訟上の和解。以下、原則型和解という。）の効力を考える場合に、完全に当事者主導で成立した訴訟上の和解と、裁判所の和解勧誘があり、裁判所が積極的に関与して成立した訴訟上の和解とで、効力の性質を同視してよいのかといった問題に繋がるであろう。<sup>(14)</sup> また、裁判所の関与度合いは、個別事件ごとに強弱があるといえるのではなからうか。<sup>(15)</sup>

平成八年民訴法改正により、訴訟上の和解制度が拡充され、いわゆる書面和解制度（民訴法二六四条）と裁定和解制度（民訴法二六五条）が導入されたが、訴訟上の和解の効力に関する規定は従来そのままである。

とくに、裁定和解制度は仲裁の形態に近い制度といえ、仲裁判断については、その効力について既判力が認められるというのが通説である。裁定和解の効力については、原則型和解と同様に既判力否定説で説明することができるのであろうか。<sup>(16)</sup> つまり、訴訟上の和解に複数のバリエーションが存在するようになった平成八年民訴法改正以降、訴訟上の和解の効

力につき、訴訟上の和解の種類別にその効力を考えるスタンスが求められるようになったといえるのではない。いずれにせよ、平成八年民訴法改正により訴訟上の和解をめぐる議論は、新たな展開を迎えているといえるのではなからうか。和解の効力論において、既判力という枠組みのみに捕らわれた議論から決別し、改めて和解の効力について議論されてよいように思われる。<sup>(17)</sup>

そして、上述した「完全に当事者主導で成立した訴訟上の和解と裁判所が積極的に関与して成立した訴訟上の和解とで、効力の性質を同視してよいのか」という問いは、裁判官仲裁ともいえる裁定和解（民訴法二六五条）においては、なおのこと効力の性質を同視して論じることには検討の余地があるのではないかということにならう。<sup>(18)</sup>

また、和解勧試の時期により、裁判官が関与してする和解の内容には変化があるものなのだろうか。民訴法八九条は、訴訟のいかなる段階にあるかを問わず、裁判所は和解を勧試することができる旨を規定しているが、和解勧試の時期についても多くの議論がある。<sup>(19)</sup> 審理過程における時期的区分を、当事者の主張立証の程度と裁判所の心証形成具合との兼ね合いから想定するならば、①争点証拠整理手続終了前、②争点証拠整理手続終了後、③証拠調べ後から口頭弁論終結直前（結審直前）、④判決言渡し後、⑤上告審、といった区分にならうか。いずれの時点において和解勧試が行われたかという観点は、和解内容と裁判所の関与度合いに大きく影響するものではないだろうか。

裁判上の和解の拘束力を考えるときに、裁判所の関与度合いおよび関与時期を考慮要素とすることは可能であり、有意義なことなのであろうか。<sup>(20)</sup> ここでは、可能であり、有意義であるということを前提に考えをまとめると、議論は以下のように方向づけることができるのではないかと考える。

まずは、和解類型に従った効力論である。つまり、原則型和解と書面和解・裁定和解の効力論は区別すべきであろう。

裁判所の関与度合いや役割が原則型和解と明らかに異なる書面和解および裁定和解は、既判力を肯定する方向に向かうことになるのか。

そして、原則型和解は、個別事件ごとに裁判所の関与度合いに強弱があるといえるので、書面和解および裁定和解とは別の考慮要素を加えてその効力を検討することが必要であろう。そこで、原則型和解の効力を考えるには和解の時期的区分を設けた検討・考察が有効であるといえないか。上述の五つの区分、①争点証拠整理手続終了前、②争点証拠整理手続終了後、③証拠調べ後から口頭弁論終結直前（結審直前）、④判決言渡し後、⑤上告審である。①の段階の当事者主導型の和解には、当事者の不可争性の期待を制度的に確保する観点から制度的効力（訴訟終了効・確定効など）を付与する必要があるが、その効力にはおよそ既判力は含まれないといえよう。他方、④、⑤の段階での和解であるが、終局判決言渡し後の訴えの取下げは、再訴が禁止されることとの制度的バランスから、終局判決言渡し後の訴訟上の和解についても、再訴を禁止するという考え方をとることはできないか。<sup>(22)</sup>

②と③の段階においては、当該和解の契機が当事者側にあつたのか、それとも裁判所側からの勧誘であつたのかも効力を考えるうえでの考慮要素になるのではなからうか。<sup>(23)</sup>

他方、ADRとの対比において、裁判上の和解は、あくまでも民事訴訟制度を利用した紛争解決方法と位置づけられることを考えると、何らかの制度的効力は付与されるべきなのであろう。<sup>(24)</sup>

以上、本稿は、和解の従来の効力論において欠ける点を指摘し、今後の議論に若干の方向性を提示したにとどまる。その妥当性については、理論的検討が必要であるし、訴訟上の和解の実態を知ることが重要である。これらの理論的考察および実態的考察については、今後の課題としたい。



(1) 前稿(二〇〇七年三月)から大分時が経過してしまった。その後、筆者の当時の問題関心と同様なのではないかと思われる研究成果も発表され、本稿の後半部分を執筆するのは、時をすでに逸してしまった感もある。しかし、先行研究をも参考にさせていただきながら、今後の検討課題を最後に示して、本稿を閉じることにした。

(2) 学説状況に関しては、藤原弘道「訴訟上の和解の既判力と和解の効力を争う方法」藤田耕三・後藤勇『訴訟上の理論と実務』(西神田編集室、昭和六二年) 四七九頁以下、高橋宏志「第一七講訴訟上の和解」『重点講義民事訴訟法上』[第二版] (有斐閣、平成二三年) 七五七頁以下など参照。

明治民訴法(旧々民訴法)には、現行二六七条に該当する規定がなく、債務名義性を規定するのみであったので、既判力は一一般に否定されていた。大正一五年改正により「確定判決同一ノ効力」(旧民訴法二〇三条)の文言が導入された直後の学説状況としては、こぞって訴訟上の和解にも既判力が認められるとする肯定説を採るようになり、戦前においてその既判力を正面から否定するような見解は皆無であったようである(藤原・前掲参照)。肯定説は、旧民訴法二〇三条の明文や立法の沿革から、和解調書を判決の代用物として確定判決と同様に既判力を生ずるとする(兼子一『新修民事訴訟法体系』[増補版] (酒井書店、昭和四〇年) 三〇九頁、中田淳一『民事訴訟法講義上巻』(有信堂、昭和三九年) 一五七頁、小山昇『民事訴訟法』[五訂版] (青林書院、平成元年) 四四四頁)。この説では和解に、再審事由に該当する瑕疵がある場合にのみ、再審の訴えて調書の取消しを求められるとし既判力の排除を認めている。つまり、一般に実体上の和解の無効・取消し事由を主張することはできない。しかし、このように既判力を全面的に肯定する見解は比較的少数であり(兼子一・判民昭和六年度三九三事件、判民昭和七年度一六八事件、判民昭和一〇年一二二事件、判民昭和一四年六一事件)、多くは、いわゆる制限的既判力説の立場を採っていた。すなわち、私法上の瑕疵があるときは、和解は当初より効力を生じなかったことになり、当事者はそのことを主張して従前の訴訟につき弁論期日の指定を求めることができ裁判所もこの点を審理して無効・取消しが明らかになれば、訴訟を続行しなければならぬとの見解である(中島弘道『日本民事訴訟法第一編』(松華堂書店、昭和九年) 九三三頁、河本喜與之『民事訴訟法提要』(南郷社、昭和九年) 三一四頁、加藤正治『民事訴訟法要論』(有斐閣、昭和二二年) 三〇四頁、菊井維大『民事訴訟法講義下』(三三五頁など)。この制限的既判力説に対しては、内容が正当であることを条件とする既判力などというのはそれ自体矛盾であ

訴訟上の和解とその効力について(二・完) (山田)

四九六(四九六)

る、との批判が加えられていた(兼子一原著『条解民事訴訟法「第二版」』(弘文堂、平成二三年)一四七九頁以下「竹下守夫」上原敏夫)。

戦後になり、和解の既判力を否定する見解が説かれるようになり、昭和三〇年代に入ってからはこの見解を採るものが急速に増え、現在では既判力否定説が多数説である(藤原・前掲四七九頁以下、高橋・前掲七七四頁注一九参照)。

- (3) 最判昭和三十一年三月三〇日民集一〇巻三号二四二頁、最判昭和三十三年三月五日民集二二巻三号三八一頁、最判昭和三十三年六月一四日民集三三巻九号一四九二頁。

- (4) 齋藤哲「裁判上の和解の既判力と和解成立後の係争物の承継人に対する効力」法学セミナー五八九号二六頁(平成一六年)、越山和広「裁判上の和解の既判力及び和解成立後に係争目的物を取得した第三者に対する既判力の承継の有無(積極)」私法判例リマックス二九号一二〇頁以下(平成一六年)、松村和徳・受験新報六五八号一一四頁以下(平成一七年)、畑宏樹「訴訟上の和解の効力と係争物の承継人への拡張について—東京地裁平成一五年一月二二日判決判例時報一八二八号五九頁を素材として—」法学研究七九号一四七頁以下(平成一八年)など。

- (5) 中野貞一郎「松浦馨」鈴木正裕編『新民事訴訟法講義「第二版補訂二版」』(有斐閣・平成二〇年)四八二頁「伊藤眞」など。これに対して、高見進「判決効の承継人に対する拡張」北大法学論集三一巻三〇四号(昭和五六年)一二三三頁は、合理的通常人が知りえない状況にあるときには、承継人に対する既判力拡張が否定されるとする。

- (6) 石川明「訴訟上の和解と承継人」『訴訟上の和解』(信山社、平成二四年)九六頁以下。

- (7) 石川明教授は、訴訟上の和解の承継人に執行力が及ぶかどうかという問題の解決にあたり、本判決は訴訟上の和解の既判力論を取り上げ、既判力の肯否論を本件解決の前提の議論として論じているが、その必要性に疑問を感じるとする(石川・前掲書一〇二頁)。石川教授は、既判力否定説の立場に立つのであるが、民訴法二六七条は少なくとも執行力は含むものであり、債務名義性を認めるに当たり既判力は必ずしも必須ではない(例えば、執行証書)のであるから、和解の執行力を論じるに当たり、論理必然的に既判力の存在を前提とするものとはいえないという。(石川・前掲書一〇二頁)。

- (8) 既判力否定説は、第三者への拡張に関連して批判されてきた。すなわち、既判力否定説では、一一五条の適用が想定されない

ので、口頭弁論終結後の承継人に訴訟上の和解の効力が拡張することができず、それは不当であるから、和解にも既判力を肯定すべきだというものである。これに対して、高橋宏志教授は、既判力の承継人への拡張がそもそも立法者の決断であり（高橋・前掲六八一頁）、無理がないではないところであり、それを和解の場合にも無原則に及ぼそうとすることの方にこそ問題がある。しかも、執行力の拡張は民事執行法二三条によって実定法上規定されているのであるから、和解によって利益を得た者の利益は、その限り（すなわち、承継人に対する強制執行はできる）守られている、とする（高橋・前掲七七六頁）。

- (9) 石川・前掲書一〇二頁以下、一〇三頁参照。民執法二三条一項三号の執行力の拡張は、既判力の拡張を前提としているのである。和解が当事者自治による紛争解決であるという大前提に立つならば、和解による紛争解決の拘束力は、原則、当該和解当事者のみを拘束すると考えるべきではないだろうか。単純にすぎないかもしれないが、これが原則のように思われる。裁判上の和解の効力に関する主観的範囲の問題について、高橋・前掲七七六頁は、「和解の効力は、和解の存在につき悪意の承継人に及ぶという解釈論が実体法上も可能なものではなからうか」とする。畑・前掲は、前訴の訴訟上の和解の存在の知不知という承継人の主観的事情を考慮に入れて、執行力の拡張の可否を考えるべき、という考え方を提示する。

- (10) 高田裕成「訴訟上の和解の効力論への一視点」井上治典先生追悼論文集『民事紛争と手続理論の現在』（法律文化社、平成二〇年）二六〇頁以下。

- (11) 高田・前掲二七四頁以下。

- (12) 勅使川原和彦「第三者のためにする契約と訴訟上の和解の主体的範囲」中村英郎教授古稀祝賀上巻『民事訴訟法学の新たな展開』（成文堂、平成八年）三九一頁以下、安達栄司「わが国における米国クラス・アクション上の和解の承認適格」『現代社会における民事訴訟手続法の展開上巻』（商事法務、平成一四年）二四六頁以下、二六五頁以下参照。

- (13) 垣内秀介「裁判官による和解勧試の法的規律（二）」法学協会雑誌一一七卷六号一八頁以下（平成一二年）は、現実に裁判による和解勧試が果たしている重要な役割に鑑み、従来の訴訟上の和解をめぐる解釈論の在り方に再検討の余地があると指摘する（同一九頁注三〇参照）。

- (14) 垣内・前掲一九頁注三〇参照。和解勧試は、現実には、裁判所が心証を開示して、それをベースにして和解交渉が行われて和

訴訟上の和解とその効力について（二・完）（山田）

四九四（四九四）

解条項が決まることが多いのであろう。元裁判官である草野芳郎教授は、積極的和解観の立場から、和解の実質内容に応じて①判決先取型、②オール・オア・ナッシング回避型、③判決落ちこぼれ救済型(または「判決乗り越え型」)の三種類に分類されている(草野芳郎『和解の基本原理・和解技術論』[第二版](信山社、平成二〇年)一頁以下参照)。また、裁判所が和解案を提示して和解が成立する場合もあろう。このような場合には、調停手続における調停案の提示と同様な手続が想定され、当事者の合意は、裁判所が提示した和解条項を受け入れることにあるといえる。なお、調停手続に事件を移す場合には、受訴裁判所とは別の調停委員会が調停を担当することになる。しかし、訴訟上の和解の場合は、当該事件を担当する裁判体自体、または受命裁判官が担当する。したがって、裁判所が提示した和解条項を当事者が受け入れない場合には、受訴裁判所が和解手続において形成された心証を判決の基礎とすることの違法性についての問題が指摘されるところである。

- (15) 草野・前掲書一頁以下参照。裁判上の和解事例については、公にされることがほとんどないので、草野教授の豊かな経験を根拠とした実務上の傾向的類型は大変有意義なものである。公にされた和解事例としては、東京地裁平成一〇年一月九日和解(判例タイムズ九八八号三〇〇頁)がある。和解事例集刊行の必要性の指摘については、石川明『調停法学のすすめ—ADR私論—(信山社、平成一四年)一七頁以下、同・前掲書五〇頁以下。

- (16) この点につき、吉田元子「裁判所等が定める和解条項とその効力」上智法学論集五四卷一号一七頁以下(平成二三年)。

- (17) 高田・前掲二七四頁。垣内・前掲一一七頁は、「和解の実状は合意ではなく裁判所の裁定案を受け入れるかどうか」「和解裁判」といった言葉から窺われる実態に鑑みると、従来の効力論の持つ意味を再検討する必要性が高いように思われる、としている。

- (18) 吉田・前掲一一七頁は、裁定和解制度に基づいて定められた和解条項の既判力について、「伝統的な訴訟上の和解のそれと安易に一括りにして論じることが懐疑的にならざるを得ない。」とし、「伝統的な訴訟上の和解に関する学説、特に通説とされる既判力否定説の根拠が、すべて本制度に馴染むわけではないからである。」とする。筆者の問題意識と同一旨といえようか。

- (19) 例えば、石川・前掲書七三頁以下は、三つに大別する(①争点及び証拠の整理手続が終了したとき、②重要な争点について有力な証拠調べが終了し裁判官が相当程度の心証を得たとき、③証拠調べが終了し結審できるとき)。垣内・前掲二九等参照。

(20) 新堂幸司『新民事訴訟法(第五版)』(弘文堂、平成二三年)三七二頁以下。なお、裁判上の和解の法的規律と法的拘束力は結びつく議論なのであろうか。垣内秀介「裁判官による和解勧誘の法的規律」民事訴訟雑誌四九号、平成一五年)二三二頁以下は、和解勧誘の正当性確保のための条件を提示する。法的に規律されれば、制度的効力・法的拘束力を付与しやすくなるということになるのか。

また、小林秀之「交渉理論と和解規制と紛争解決説の再生」民事訴訟雑誌五九号一頁以下(平成二五年)は、和解と判決とは目指すところが異なることを前提に、実体法にとらわれず、新しい価値の創造により当事者にWin-Winの関係をもたらすことが、訴訟上の和解のあるべき姿なのであるとする。そこでは、訴訟上の和解における裁判官の役割が、従来のそれとは異なるものとなるのであろうか。つまり、和解における裁判官は、判断する者ではなく、ファシリテーターに転じることになるのであろうか。そうであれば、効力についても従来の議論とは異なることになるのであろうか。

(21) 和解は何処に拘束力があるのか。当事者の合意に拘束力があるのか。当事者の合意はどこにあるのか。書面和解の場合には、裁判所から予め提示された和解条項に当事者が合意する。裁定和解は、裁定和解によることを当事者が合意する。どちらも裁判所の示した和解条項による訴訟終了ではある。

(22) 垣内秀介「和解」長谷部由紀子・山本弘・笠井正俊『基礎演習民事訴訟法』(弘文堂、平成二二年)二〇二頁は、「実際には、当事者の一方または双方が和解という形でむしろ既判力のある解決を望むことも考えられる」ので、訴訟上の和解に既判力を認める余地が完全に排除されるわけではないとし、「既判力を伴わない訴えの取下げとの対比において、既判力を伴う訴訟上の和解という制度を設けておくことが、当事者の意思決定に際しての選択肢を豊富にする、という発想につながる(注釈民訴(4)四八六頁「山本和彦」という。しかし、既判力を伴わない訴えの取下げも、制度的に終局判決言渡し後になされると再訴が禁止されるのである(民訴二六二条二項)。民事訴訟制度といった枠内での制度的バランスを考えるならば、仮に訴訟上の和解の既判力を否定するとしても、終局判決言渡し後の訴訟上の和解には再訴を禁止し、その根拠として制度的効力としての既判力を認める余地があるのではなからうか。

(23) この段階での原則型和解の効力が特に問題であり、従来の学説の対立があてはまるのかもしれない。裁判所側の心証開示の有

訴訟上の和解とその効力について(二・完)(山田)

四九二(四九二)

無が効力論との関係でも重要になると考える。

(24)

和解の効力論に関するものではなく、その手続的、内容的問題関心から、出井直樹「裁判上の和解をどう考えるか」小島武司先生古稀祝賀『民事司法の法理と政策上巻』(商事法務、平成二〇年) 六三頁以下、八七頁以下は、「裁判上の和解の隆盛は、個別の事件について一般的な法を発見しこれを適用して裁断するという民事訴訟の本質を蝕む危険性をはらむ。」そして、それは、ADRや裁判外の相対交渉による和解を含む民事司法システム全体の観点から考えてもマイナスであり、「訴訟は、民事司法システムの核となる部分であるが、そこでの和解の隆盛とそれを支える積極的和解観の登場・定着は、システムの核が溶解していく危険性があることを意味する。」とする。この指摘は、ADRを促進するわが国の紛争解決システムにおける裁判上の和解の位置づけについての再考をも促すと考える。民事訴訟制度上の和解である裁判上の和解には、やはり制度的効力(公益)を当事者意思(当事者自治)とのバランスの上で調整する必要があるといえるのではなからうか。