

## 和解契約と錯誤との関係

——通説に対する若干の疑問——

佐々木平伍郎\*

On a legal relation between a contract of compromise  
and an error in it.

Some questions to a leading theory concerning the theme above.

Heigoro Sasaki\*

### 目 次

- 一 序
- 二 問題の所在
- 三 解決の指針
- 四 結語

### 一 序

和解契約（以下単に和解というときは、和解契約を意味する）が錯誤にもとづいて締結された場合、当該錯誤が和解にいかなる影響をおよぼすかについては、古くは争われた問題であるが、現在はほぼ解決されているように見える。そして、その説くところは、あとに触れるとおりである<sup>1)</sup>。

しかし、問題は、私見によればさように簡単ではない。そもそも、機能的には和解と錯誤とは容易に同調しえないものを有する。何故なら、和解は、民法第695条が「其間ニ存スル事ヲ止ムルコトヲ約スルニ因リテ其効力ヲ生ス」と規定しているところからも明らかなように、私法上の権利義務または法律関係に関する紛争を解決することをもってその制度目的とする。したがって、そこにおいて錯誤の主張を許すことは、形式論理的にはその制度目的に反することになる。何故なら、和解が錯誤によるものであり、したがって、それが無効であるという主張を許すとすれば、一度は和解によって解決されたかに見える私法上の紛争は、それによってまたむしかえされることになるからである。

したがって、和解における紛争解決の機能の担保ないし助長を至上の命題とするならば、和解における錯誤の主張を認めないにしくはない。しかし、このような主張が成り立ちがたいこともまた明らかである。何故なら、民法全体の体系からみて、和解が典型契約の一種として規定されていることは疑いが無い。したがって、それが契約であるかぎり、そこにおける錯誤の主張は、

\* 鹿児島大学助教授

これを拒否しえないものと解すべきであるからである。

以上に明らかなように、和解と錯誤とは無関係ではありえないのであるが、民法は和解に対してはわずかに第695条と第696条の二箇条を有するのみであり、他方、錯誤については、第95条が規定するだけであって、その規定のしかたは簡略に過ぎ、その内容から本稿の問題に対する結論を導き出すことは至難といわざるをえず、したがって、問題は大中に理論に委ねられているといってもよい。

その場合、問題解決の鍵をなすものはなにかが問題になる。以上の考察との関連でいえば、第一に考えられることは、和解と錯誤とをどう調和させるか——したがって、一方においては和解における紛争解決の機能を担保し、他方においては和解当事者の真意を保護するためにはどうすればよいかを考慮して問題をとくことである<sup>2)</sup>。

しかし、それが可能であるか否かは相当に問題である。そもそも、相互に矛盾対立するものが有機的に調和されるものかどうかは疑われてしかるべきであるからである。問題に対する近時の通説も、短言すれば、機械的に過ぎ、理論的にも納得しがたいものがあり、現実的にも妥当な結果がえられるかどうかもうたがわしい。

そうであるとする、契約類型としての和解に錯誤がいかに作用するかの問題として本稿の考察を進めざるをえないのではないかとおもわれる。本稿は、以上の見地から若干の疑問を通説に対して提示し、もって、その解決の指針を定立せんとするものである。

- 1) 村上、「和解と錯誤、学説史的研究」契約法大系V191頁によると、和解契約と錯誤との関係については、周知のとおり、「和解と錯誤との関係について」と題する我妻博士の論文があり、その後の学説は、我妻博士の見解にしたがっており、他方、判例も、我妻博士によって当時「きわめて正当な途を進んでいる」ものとされた態度をかえていないという。その指適が正しいことについては、後の本文にふれるとおりである。
- 2) 論じられていないところであるが、従来の問題に対する通説がこのような態度で問題を処理せんとするものであることは明らかである。

## 二 問題の所在

### 1 問題に対する近時の通説および判例の態度

和解が錯誤にもとづいて行なわれた場合、錯誤は和解にいかに関与するかの問題に対し、明確な解答を与えられたのは我妻博士である。それは、以下のようなものであった<sup>1)</sup>。

すなわち、同博士によれば、和解における錯誤が何を対象としたかにつき、第一に、当事者が争の対象となし、互譲によって決定した事項自体について錯誤があるとき、第二に、争の対象となった事項ではなく、その争の対象となった事項の前提ないし基礎として両当事者が予定し、したがって、和解においても互譲の内容とされることがなく、争も疑もなき事項自体について錯誤があるとき、第三に、上記の二つの事項以外の事項について錯誤があるときの三場合を区別すべきであり、第一の場合には錯誤は主張されえない。——したがって、和解は錯誤によって何等の

影響も受けないが、他の二つの場合、和解は錯誤によって無効となるという。そして、その理由は、以下の通りである。

第一の場合に錯誤があっても和解の効力がそれによって左右されないのは、和解が契約として有している効力から必然的に導かれる帰結であり、第二の場合に錯誤によって和解が無効となるのは、錯誤の存した事項が少しも争われることなく、したがって、和解はそのことについて何も決定する力をもっていないからである。第三の場合にも第二のそれと同様の結論を下しうるのは、ある事項につき和解当事者に錯誤があるということと、当該契約が和解契約であることとは、何等の関連もないからである。

以上に要約した理論は、学説によってもひろく承認され<sup>2)</sup>、判例もまたそれに追随していることは、以下によって明らかであろう。

すなわち、転貸借の存続期間や賃料に関して和解が成立したのちに賃貸人の承諾がなかった事案においては、かりに賃貸人の承諾の有無が争われた上で和解がなされたのであれば、上記の錯誤は和解の対象とされた事項に関するものであり問題にならないとなし<sup>3)</sup>、また、自己使用を理由とする借家明渡調停成立後自己使用の必要がなかったことが明らかとなったとしても、自己使用の必要が確定した前提事実とされていたのではないから、錯誤による調停無効の主張は許されないとし<sup>4)</sup>、他方、転付命令によって取得された債権につき差押、転付命令の有効を前提としてその弁済方法などに関して和解が成立したが、のちに差押、転付命令の無効が判明した場合<sup>5)</sup>、転貸借の存続期間や賃料に関して和解が成立したが、その場合に、上記和解の前提たる賃貸人の承諾の存在につき錯誤があった場合<sup>6)</sup>、判決未確定の債権であることを前提として和解が締結されたが、のちに当該債権につき確定判決のあることが判明した場合<sup>7)</sup>、一定量のジャムを代物弁済として交付するという条項をふくむ和解の成立したのちに、ジャムの品質について錯誤があった場合<sup>8)</sup>、これらは、いずれも和解の前提たる事項につき錯誤が存在する場合であるから、当該和解は無効であるという。

もっとも、以上のような理論のみが問題に対する解答としてあるわけではない。たとえば、鳩山博士は、民法第696条をもって錯誤の場合のみを規定したものと解するの、当事者が事実上の権利の存否不明の故に未必的に存在を認めたる場合のみを規定したものと解するの、あやまりであり、同条が錯誤の場合を規定したものと解するときは、民法第95条は同第696条に該当する事実については適用がないものと解するのが正当であるとする<sup>9)</sup>。また、末弘博士はつぎのようにいう。すなわち、民法第696条は、当事者が未必的意思、換言すれば、権利が存在すればこれを認諾した存在しなければこれを移転した場合について適用されるのであって、錯誤のある場合を規定したのではなく、したがって、民法第95条は同第696条の規定にかかわらず常に適用される<sup>10)</sup>。

ちなみに、かような学説は通説とされてはいない。

## 2 問題の所在

以上により、冒頭の我妻理論がその後の学説判例を指導して今日にいたっていることが明らか

となった。

もとより、我妻理論がかかる指導力を発揮した理由を見出すことはさまで困難ではない。そして、それは次のごとくであろう。

それは、同理論が、和解における紛争解決の機能と錯誤による和解当事者の真意の担保というそれ自体相互に矛盾対立する二者を合理的に調和させるという課題に一応こたえているからであると考えられる。そして、それは、おそらく次のような根拠を有するのである。すなわち、通説のいう第二および第三の態様は、和解における合意形成の経過または縁由について錯誤がある場合であるから、それは講学上いうところの動機の錯誤としてとらえうべきものである。そして、錯誤を無効原因と認めるためには、錯誤と表示との間の因果関係の存否、相手方の悪意または過失の存否を検討し、その上で、裁判官は、具体的事案において錯誤を無効原因と認めるかどうかにつき、表意者の主観的事情のみならず、取引の性質ないし取引事情、表意者、相手方あるいは第三者の側における非難もしくは同情されるべき事情の有無ないし程度、ならびに、当該意思表示を有効としあるいは無効とすることによって生ずる表意者、相手方もしくは第三者の利害などを相関的に比較考量し、その他諸般の事情を顧慮して決定すべきものである<sup>11)</sup>。そうであるとすると、動機の錯誤は、伝統的な錯誤論の中に解消されることになる。それは、錯誤論自体としては理由があることは明らかである。この意味では、通説のいう上記の態様には、理由を認めなければならない<sup>12)</sup>。

もっとも、上のような理由づけは、冒頭の我妻理論にはない。その論理の脈略をたどれば、次のようである。

すなわち、和解についてのドイツ民法第779条はいう。「法律関係について当事者間の争または不明確を相互の譲歩によって除去する契約（和解契約）は、該契約の内容上確定せるものとしてその基礎とせられたる事情が事実符合せずかつ事実の認識あるにおいてはその争または不明確は生ぜざるべかりし場合において、これを無効とする。請求権の実行の不確実なることは、法律関係の不明確と同一なるものとする。」

同条は、次の各項からなる第一草案第667条を母胎とする。すなわち、同条に曰く、「和解の効力は、当事者が争または不明確の対象たりし事情につき錯誤に陥りたることによって影響されることなし（第1項）。しかれども、契約締結に際し、当事者が争または不明確の発生を防止するに足る一定の事情の存在せざることを明示または黙示に前提した場合においては、かかる事情を和解締結後にはじめて認識したる当事者は和解の解消せられるべき旨を請求することを得。——（第2項）。

以上のうち、第一項は和解の性質上当然の事理なりとして削除され、第二項については、同項の規定するような事情は、解除条件の成就として和解契約を無効とするものであり、それは、和解契約にかぎられる問題ではないから、あえて明文の必要はないという説が有力であったが、これに対して、解除条件の成就が常に無効を来すものとはかぎらず、それはつまるところ契約の解

積の問題であるから、和解につき無効を規定することは無意味ではないという主張が勝を制し、現行民法の規定となった。

スイス債務法には明文がなく、問題は理論に委ねられているのであるが、ここでは、(イ)不明確な点として和解の対象となった事項については錯誤の問題は生ずることなく、(ロ)その他の点について、錯誤の一般規定にしたがうべしとする。

以上の点を参考にするとき、和解における錯誤と和解との関係の考察については、三つの態様を区別すべきは明瞭である。

我妻博士の説くところは、以上のように要約され、その他別段の主張はない<sup>13)</sup>。したがって、前に述べたような我妻理論の理由づけは、ある意味では臆測となるが、その臆測をもふくめて、理論自体を仔細に検討すると、次のようないくつかの疑問に逢着する。以下にそれを論じよう。

第一に、形式的な意味で、つぎのことが問われてよい。何度もいう通り、和解における紛争解決の機能と錯誤による表意者の真意の担保とは相互に矛盾対立し、両立しえぬものである。故に、両者を有機的に調和させるといっても、せいぜいのところ、ある場合には錯誤の主張を許し、ある場合にはそれを認めないということにならざるをえない。我妻理論を核とする通説は、このような形をとるものである。しかし、これが調和というに値するであろうかが問題であるばかりでなく、ある場合に錯誤が許され、ある場合にそれが許されないことの理論的根拠が問題となる。

通説は、和解における錯誤が和解における争の対象となる事項について存在する場合、その前提ないし基礎たる事項について存在する場合、および、それ以外の事項について存在する場合を区別し、前者の錯誤は和解を無効にしないが、中者および後者の錯誤は和解を無効にするという。しかし、おもうに、前提ないし基礎事実とその結果たる事実とは、論理的には因果関係によって関連づけられることをもって至上の命題とする。そして、前述の前者と中者とはまさにかかる系列のもとに存することもまた明らかである。そして、それらにひとしく錯誤を作用させた場合、前提事項には錯誤を作用させるが、その結果たる事項には錯誤を作用させないというのであるから、結局のところ、その説くところは、錯誤の面で両者の因果的系列を断つことになる。この点がまず問題になる。もとより、そのこと自体過誤をもって断ずべきでは絶対になく、相応の政策的根拠があれば容認されるべきことではある。しかし、そこには、商法第191条のような明白な政策的理由はなく、理論的根拠もまたあいまいであることはあとにふれる通りである。

第二に、通説の帰結は、法理として容認されうるかどうかもうたがわしいといわなければならない。この点で問題となるのは、通説のいう第一および第二の態様との関係である。

そもそも、和解で争われた対象たる事項の前提たる事項についての錯誤を問題にしようという理論の背景には、動機の錯誤の理論があることは前に述べた通りである。そして、それは、動機の錯誤を意思表示における錯誤一般と同視しようということを出発点とするものであるから、それは、動機の錯誤を錯誤論一般の中に解消せんとするものであることは明らかである。そして、そのためには、表意者（動機の錯誤に陥っているもの）とその相手方との利害を調和させるため

に、相手方が動機の錯誤につき知りうべかりし場合という制限の下においてのみ、動機の錯誤を意思表示の錯誤と同視せんとすることも近時一般に説かれるところである。しからば、通説が第二の錯誤を動機の錯誤として許容するのなら、本来の錯誤に相当する第一の態様の錯誤が問題にならないとする帰結は、近時の錯誤理論と調和するであろうか。疑問とせねばなるまい。

第三に、通説は、現実的にも妥当な結果をもたらすものかどうかが問われなければならない。この点についても、問題となるのは、通説のいう第一および第二の態様との関連である。

通説のいう第二の態様の錯誤とは、次のようなものである<sup>14)</sup>。たとえば、債権者甲が債務者乙に対して2000円の債権を有していたが、数回の一部弁済があり、のちに残存債務につき争が生じ、甲は1000円の残存債務を主張し、乙は500円を主張するので和解となり、それによって、750円の残存債務が確定したところ、後になって、甲の乙に対する債権は、甲の債権者丙より甲が譲り受けたものであり、しかも、丙より甲への債権譲渡は無効であることが判明したような場合である。

たしかに、このような場合、錯誤は、和解における争の対象たる事項の前提ないし基礎というべき事項について存する。しかし、それだけではない。設例の場合、甲丙間の債権譲渡の無効により、本来的には甲は乙に対しては債権者ではありえず、したがって、この意味では、当該和解の対象である残存債務の額にもまた問題としての錯誤があるといわざるをえない。もっとも、このような帰結はある意味では当然である。何故なら、ある事項の前提事項について錯誤がある場合には、それによって、その事項を原因として生じる結果たる事項についても錯誤は作用せざるをえず、したがって、この場合には、複数の錯誤が重畳することになるからである。ただ、かかる帰結を認めるならば、一方の錯誤が問題になり、他方の錯誤が問題にならないのは何故かが問われなければならない。したがって、現実には、このように重畳する複数の錯誤からその択一を迫られることになる。この択一は、結果によってはある場合には和解が有効となり、ある場合には無効となるというのであるから、その択一のもたらす当事者への利害ははなはだ大である。したがって、もとより恣意は許されない。しかし、通説の立場では、そのための理論的規準を定立することは不可能なのではあるまいか。何故なら、かかる論理上当然の帰結として承認される複数の錯誤を、理論的規準で択一することはもとより出来ることではなく、さりとて、政策的規準で択一しようとしても、いかに択一するかによっては、それは、和解当事者の一方にとって、和解の有効あるいは和解の無効という結果を招来するので、両当事者の利害を調和する合理的政策はありえないからである<sup>15)</sup>。

もっとも、通説は、かかる問題にも解答を用意している。まず、和解の対象たる事項の前提について錯誤のある場合に関する前の設例についていえば、債権が甲に帰属するかどうかという事実は少しも争われず、したがって、和解は契約としてはその点について全く決定する力をもっていないからという<sup>16)</sup>。しかし、かく解すべきか否かは相当に問題である。

そもそも、和解は紛争解決のために存在するのであるから、和解の効力を許容するためには、

私法上の紛争の存在を論理的に前提するものと解される。しかるときは、前例の場合、甲乙が債権額について和解をしているのであるが、問題の債権は存在せず、したがって、問題の錯誤の故に和解の効力が認められないのである<sup>17)</sup>。

さらに、上の設例についての通説の見解が正しいとしても、ために生ずる和解の対象たる紛争自体について生ずる錯誤が通説によって不問に付されるのが何故かが問われるのである。通説は、和解が契約として有すべき効力の故なりとする<sup>18)</sup>。しかし、かかる理解にも疑いはのこるのである。

おもうに、そのいうところの契約の効力とは、契約一般としての効力の意味であろうか。そうではあるまい。何故なら、もしそうであるとすると、和解にかぎらず契約一般の効力として民法第95条の適用を拒否する趣旨の締約が可能となる——換言すると、同条が任意規定に化することを承認することにもなろう。かかる帰結を認めることは困難であるからである。何故困難であるかについては、多言を要さないであろう。民法が錯誤をもって法律行為を無効とするとする所以のものは、錯誤をいわゆる表示主義の基礎のもとに理解しようと思意思主義に抛ろうと、それは表意者を保護せんとするものであり、それが民法の根底を劃することは、そうすることが私人間の法律関係をその意思にしたがって妥当に規律しようとする法律行為の制度目的に適うからであることをみても判然とするのである。そうであるとすると、通説のいう和解の契約としての効力とは、和解が当事者の互譲によってなされ、その互譲が錯誤の規定を排斥している趣旨に解するよりほかはあるまい。そして、そのように解する理由は、そう解することによって、和解の存在理由たる紛争解決の機能が一層助長されるからに他ならない。

しかし、和解における互譲とはいえ、それが意思表示である<sup>19)</sup>かぎりは真摯なものでなければなるまい。したがって、錯誤があっても錯誤の主張を拒否する趣旨の互譲が錯誤にもとづいている場合、それは、真摯な意思表示として認められてはなるまい<sup>20)</sup>。

ひるがえって、上にのべたような通説のいう互譲が認められるとしても、しからば、それが錯誤ではなく、詐欺または強迫による互譲である場合にはどうであろうか。和解をして真に紛争解決のための制度たらしめるためには、上と同様の結論を認めなくてはなるまい——したがって、その場合に、詐欺、強迫による取消の効力は主張しえざるにいたるのである。しかし、その結果を認めることは、われわれの法感情に著しく反する。したがって、その場合に、詐欺、強迫の主張は認めざるをえないのであろうか、それは何故であろうか。それらが違法性を有するという点にのみ理由を求めてはなるまい。もしそうであるとすると、それらを不法行為とすることにより、被害者に求償権を与えれば足りる。民法がその他に取消権を与えている所以のものは、詐欺、強迫のある場合の表意者の真意を保護しようという趣旨に他ならず、この点は錯誤の場合と異ならない。そして、詐欺、強迫についての立法理由が以上のものであるとすると、それは、法律行為における意思表示に普遍的に妥当するものといわざるをえず、それが和解における互譲としてなされたか否かを問わないと解すべきである。そして、詐欺、強迫の規定が錯誤に関するそれと同

様の存在理由を有するとすれば、和解における互譲に詐欺、強迫がある場合には、その態様のいかんを問わず、それは瑕疵あるものとされなければならないのと同様に、互譲に錯誤があるときは、錯誤の対象のいかんを問わず、当該互譲は瑕疵あるものとして拒否されなければならない。かくて、通説のいう第一の態様の錯誤が問題にならないという点についての通説自身の説明は理論的にも成功しているとはおもわれない。

ひっきょう、通説の立場を前提するかぎり、和解における争の対象とされた事項の前提について錯誤のある場合には、それが結果として和解の対象たる事項にも作用する結果、複数の錯誤が重畳する。ために、なにについて錯誤が存するかについて択一をしなければならないことになるが、それは論理的にも不可能であるばかりではなく、錯誤がなににつき存していてもひとしく和解を無効にすると解されるから、上の択一をする必要もないことになる。しいてそれをするとなれば、具体的事案において、衡平の原則にしたがってなすべしとしかいいようがない。しかし、そういわなければならないことは、通説がそれだけ機械論的にすぎ、十分な説得力がないことを実証するものではないであろうか<sup>22)</sup>。

通説には、実体法的に以上のような問題があるのであるが、それは、訴訟法秩序にも反映し、あらたな問題を提示するにいたる。

いったい、具体的事案において、事件が多様に構成されえ、論理法則をもってその択一をすることができないという場合、裁判所はいかに事件を構成すべきであろうか。一つの方法として、裁判所が当事者に対してなにについて争っているのかを釈明させることが考えられる。そして、それは、訴訟手続に対して可及的に当事者の意思を反映させることになる意味で、考えられてよい手段である。しかし、そこでなされる釈明権ないし釈明義務というのは、訴訟法上通常いわれるそれであるのかどうかは問題がある。

そもそも、裁判所が当事者をして釈明させる趣旨のものは、法律の素養のない素人が不備な弁論をすることにより、勝つべき訴訟をそのまま見過して敗訴させることのないようにするためにほかならない。したがって、裁判所はその権限において、当事者の陳述の不明瞭、不完全、矛盾を指摘してその訂正補充の機会をあたえるのである(民訴<sup>127</sup>条)。そして、このように釈明が権限としておこなわれる場合、それを権限の側からみて釈明権とよぶが、他方、つくすべき釈明権を十分に行使することなく、ために違法な判決がなされることがあってはならないこともいうまでもない。したがって、具体的事案において当事者の権利保全のために最低限の釈明もまた保証されなければならない。そのかぎり、釈明義務の観念の成立することもまたうたがえない。

ところで、以上の議論を問題の場合にあてはめてみると、以下のごとくであろう。すなわち、和解において錯誤があるというとき、それが何を対象とするものかについて裁判所が当事者に釈明させるということは、それが何を対象とするかによって和解の法律上の効力を左右することになるという意味で当事者にそのおよぼす影響は甚大であるから、当該釈明をさせる訴訟法上の法律関係は、単なる釈明権というよりは一種の釈明義務としてとらえるのが正しいことではあろう。



しかし、法が釈明義務の対象として予定しているところのものは、敘上の考察との関連から、これまでの当事者の一定の主張であると解される。もしそうでなく、別個の主張を釈明義務の名のもとに当事者に許すならば、それは、弁論主義との関係で重要な問題を提供することになるであろう。そして、釈明義務の対象が当事者のこれまでの一定の主張であるなら、一定の主張は当然に一定の法律効果を予定しそれを志向するものであるから、その場合の釈明義務にもまた同様の志向があることになろう。

これを和解の場合にあてはめてみると、当事者に何を争の対象とするかについて釈明をさせることは、その結果、まったく異なる法律効果を当事者に与えることになるという意味で、当該当事者に対して別個の主張を認めることに通ずるものがあるであろう。それが本来の釈明義務の範囲内にとどまるものかどうかについては、うたがいが残るのである<sup>23)</sup>。

もっとも、以上のごとくではあっても、それはただちに弁論主義に反するとは解しえないとなしうるかもしれない。しかし、もしそうであったとしても、訴訟の勝敗に直結するような釈明をさせることは、とすれば、裁判所が当事者の訴訟戦術に加担するという結果をうみ出すことになろう。その限界は微妙であり、その運用には慎重を期さねばならないのである。

さらに、問題の釈明が裁判所にとって義務であるなら、それだけ裁判所に過分の負担を負わせることにもなる。そして、それは、通説の帰結が、釈明義務の範囲をできるだけ抑制しようという近時の一般的傾向とも反することであろう<sup>24)</sup>。

最後に、通説のいう第三の態様を問題にしよう。すなわち、それによると、和解において当事者が争の対象となし互譲によって決定した事項およびその前提ないし基礎である事項以外の事項について錯誤があるときは、それによって和解は無効となる。何故なら、かかる場合に当該契約が和解であるということは特別の意義をもたない。たとえば、甲乙間に数個の債務があり、そのうちの一つについて和解がなされた場合、いずれの債務なりやについて当事者の一方に——たとえばいわゆる目的の錯誤または打撃の錯誤のいずれかの——錯誤が存する場合は、当該錯誤は和解に影響をおよぼすべきことは何の論議も要しない<sup>25)</sup>。

しかし、この場合にも特定の錯誤によって和解の対象たる事項についても錯誤が生じ、よって、和解契約は無効となるものと解すればよい。

- 1) 我妻,「和解と錯誤との関係について」法学協会雑誌 56巻4号72頁以下。前節註に述べた我妻博士の論文がこれである。
- 2) 村上, 前掲同所以下。村下, 判批,「錯誤による調停無効が認められなかった一事例」法学協会雑誌80巻2号254頁。宗宮, 債権各論 334頁。松坂, 民法提要債権各論 163頁。石田, 債権各論 222頁。
- 3) 大判 昭5.3.13 新聞3153号12頁。
- 4) 最判 昭28.5.7 民511頁。
- 5) 大判 大6.9.18 民1342頁。
- 6) 大判 昭9.7.25 新聞3728号12頁。なお, 本件は前註3の事案である。
- 7) 大判 昭10.2.4 裁判例(九)民15頁。
- 8) 最判 昭33.6.14 民1492頁。ただし, 我妻, 債権各論中二882頁は, 本件を和解のための譲歩の

手段とされた事項について錯誤のある場合にあたるといふ。これを通説の図式でいえば、第三の態様、すなわち、和解において争の対象とされた事項およびその前提ないし基礎とされた事項以外の事項について錯誤のある場合にあたるといふ。

- 9) 鳩山, 日本債権法各論 下巻736頁以下。
- 10) 末弘, 債権各論 882頁 註22。なお、これより古い梅博士の教科書には問題の指摘はない。おそらく、和解については、錯誤理論一般として処理しようと考えたのであろうか。なお、梅, 民法要義, 債権篇 卷之三 846頁以下参照。
- 11) 舟橋博士の説く理論である。これについては、舟橋, 判例にあらわれた法律行為の要素の錯誤, 民商法雑誌 5巻4号, 5号, 6号所収。同, 意思表示の錯誤, 九大十週年記念論文集所収。これらの労作を非常に高く評価するのは、我妻, 新訂民法総則 296頁。
- 12) 同様の評価をするのは、村上, 和解と錯誤, 197頁以下。
- 13) 我妻, 和解と錯誤との関係について, 74頁—79頁。
- 14) 本文の設例は、我妻博士が通説の命題を主張するためのものである。この点については、我妻, 前掲, 77頁参照。
- 15) 具体的事案の中で、このような例をさがすことは、さまで困難ではない。たとえば、昭和36年5月26日最高裁判所第2小法廷判決, 民集15巻5号1336頁がそれである。事案は次のようである。XはBより非堅固建物を宅地賃借権つきで譲り受け、地主Aの承諾をえてその建物に居住した。その間に借地法が施行され、本件土地賃借権の終了する前日にAはXに対して、土地使用の必要あることを理由に更新拒絶の通知をなし、後にXを相手として家屋収去、土地明渡の訴を起した。裁判所は、職権でAとXを戦時民事特別調停に付した。しかし、Xはその内容を承知せず、該借地権の存続期間は建物朽廃にいたるまでという約定であり、しかも、その建物はいまだ朽廃していないから、借地権は依然存続しているにかかわらずそれが消滅していることを前提とする調停は無効であるとして、Aを相手に調停無効の確認および借地権の確認の訴をAを相手として提起した。裁判所は当事者間に和解をすすめる結果、一定期日にXがAに対して土地を明渡すべき旨の和解が成立した。それにもかかわらず、XがAの相続人Yらを相手どり、該調停の無効と借地権の確認請求の訴をおこした。1, 2審X敗訴。  
Xは、調停当時法定更新について知識を有しており、ただ更新拒絶の正当事由の有無について錯誤があったにすぎないという原審の認定は、法定更新そのものについてXが無知であった点を誤認するものであるとして上告した。  
判旨はいう。所論はXにおいて法定更新の適用を知らなかった点で第一次調停には要素の錯誤がある点を原審に誤解されたというが、該調停において民法上の和解の対象となったのは、借地権の存否自体であったのであるから、——のちに法定更新の点が判明したとしても、それによって民法696条により和解の効力を争うことは許されないと解すべきであり、——。  
上の判旨をどう解すべきかは問題である。本稿との関連でいえば、本件における錯誤は、上告人のいう通り法定更新そのものにあつたとも構成しうるし、判旨のいうように借地権の存否自体について存在したとも解される。換言すれば、本件調停等は、法律上明渡義務がないのにあるものと誤信し、その点を争の対象とすることなく、もっぱら明渡期限の猶予についてなされたものか、明渡義務そのものが和解等の対象とされたとも構成しうる。そして、そのいずれかは論理的にはきめかねることは、谷口, 「錯誤による調停無効の主張と民法696条」民商法雑誌 45巻6号99頁のいう通りである。なお、本件については、上記の他、村上, 「錯誤による調停無効の認められなかった一事例」法協80巻2号90頁と倉田, 「錯誤による調停無効の主張と民法696条」最高裁判例解説(民事篇)昭和36年度184頁の2つの論文がある。
- 16) 我妻, 前掲731頁。
- 17) 本文の考察は、つぎのことを反省させる。それは、そもそも和解における争とは何かという問題

である。この点については、我妻、債権各論中二869頁、宗宮前掲328頁、石田前掲219頁は、争とは、当事者が法律関係の存否、範囲、態様に関して反対の主張をすることであるという。しかし、このように争を主観的にのみとらえることには問題があろう。何故なら、かくては、債務なき和解当事者が和解によって債務負担を余儀なくされるであろう。そして、その結果、非債弁済（民705条）と和解がどう対応するかがあらためて問題とせざるをえまい。かくて、和解なるが故に非債弁済を問題にしないか、和解であっても、非債弁済の規定を貫くかの二者択一しかない。前者の場合には公平の原則が貫かれないことになるし、後者にあつては、和解における紛争解決の機能が阻害されることになる。そうであるとすると、かかる問題がひきおこされるのを防ぐ意味で、和解における争を単に当事者間における一定の法律関係についての反対の主張というだけでは足りず、それを何等かの意味で実質化する実体関係もまたその契約の効力許容のための不可欠の要素と解すべきものとも考えられまいか。ちなみに、ドイツにおける和解論においてかかる実体関係が考量されることについては、Vergleich, Lexikon des Rechts (1968) Teil II S 360が参照されてよい。ちなみに、民事訴訟法 356条所定の起訴前の和解にあつては、争の実情を申立書に記載することが求められている。もとよりそれと和解契約との異同は大いに問題になりえようが、和解における争と、紛争解決機能との関係についていえば、両者はさまで異なるとも解されない。そうであるとすると、民事訴訟法の上の規定は、民法の解釈に際しても大いに参考になるものといつてよい。

- 18) 我妻、前掲 730頁。
- 19) 和解は、双方が譲歩して——すなわち、双方が自己の主張の一部を放棄して、その上で形成された合意を実現する債務を負う契約であると説かれる。かくては、譲歩は相手方に対する意思表示であることは明らかである。この点につき、梅 前掲845頁、末弘 前掲880頁、鳩山 前掲734頁、石田 前掲219頁、我妻債権各論中二873頁参照。
- 20) 商法532条は、交互計算の当事者が交互計算の各項目について承認をしたときは、その各項目について異議をのべることはできないが、錯誤または脱漏があるときは此のかぎりではないと定める。同条の趣旨は、一定の場合に、交互計算外において不当利得の返還請求をなすという当然の趣旨を注意的に規定したものと解されているが、計算書の承認行為自体に錯誤があるときは、民法の原則によって争いうるものと解すべきことは、大隅商行為法77頁のいう通りである。内容的にみて、和解における譲歩は、ここでいう交互計算における項目の承認とはかわるものではない。そうだとすると、和解における譲歩に対する通説の理解は、普遍的なものではないことになる。
- 21) 同旨、末弘 前掲882頁註20、東控判 明42.11.13 判例彙報5の276頁。
- 22) この点を強調するのは谷口 前掲105頁である。論者は、いずれが妥当であるかは形式論理の操作によっては決しえないという。ここで、いずれが……とは、多様に構成されうる複数の法律関係のうちいずれが……の意であることはいうまでもない。
- 23) この点について、するどく問題を提起するのは村松教授である。もっとも、村松教授は、「所有権をもち出して敗訴しそうな当事者が占有権を理由とすれば勝訴しそうなのに、その点を釈明させることが釈明権（義務）の範囲に属するであろうか」として問題を提起するので、本文の内容と教授の問題内容は異なる。しかし、同教授の問題意識の内容は、釈明権（義務）の名の下に当事者にこれまで全く異なる法律効果を志向させようかどうかということであろう。なお、この点については、村松「釈明義務の履行」民事裁判の研究9頁以下、大森「人事訴訟法」現代法学全集7頁以下参照。
- 24) 釈明権（義務）の現在の一般的傾向いかんは問題である。現在、最高裁判所民事上告事件審判特例法が廃止され、昭和29年には、上告の規定が改正され、戦後、釈明権の行使を制約しようという傾向に反省が加えられているといつてよい。しかし、民訴規則4条のいうとおり、主張立証をつくらべき第一次的責任を負うものは当事者であつて、この意味では、裁判所に対して釈明義務を負担させるにも、おのずから一定の制約があることは認めなければならない。なお、この点については、齊藤、民訴法概論 217頁以下、齊藤・安井、「戦後の釈明権に関する判例」民訴雑誌 6号155頁以

下, 兼子 民訴法体系 204頁。

25) 我妻, 和解と錯誤との関係について 732頁—733頁。

### 三 解答の指針

以上の考察から, 錯誤によって和解がなされた場合, 当該和解がいかなる効力を有するかについては, 以下のように解することになるうか。

まず, 特定の者が相手方に対して法律関係の存否, 範囲, 態様に関し反対の主張をし, かつ, 当事者の互譲によって主張の対立が解消された場合に和解が成立する。しかし, その場合の反対の主張がなんらの実体関係を基礎としてもたない場合には, 当該契約は効力を発揮するに由ない。したがって, 対立する当事者の主張にはそのかぎりでの実体的基礎づけのあることが和解契約の効力の根源である。和解について錯誤が問題となるのは, かかる和解の効力の面に関する。

つぎに, 和解が錯誤にもとづいて行なわれた場合, 和解は錯誤によって無効となるが, それは, 和解によって争われる対象以外の事項を対象とするから——換言すれば, 和解における錯誤が上のような一定の事項を対象としたからではなく, 和解がその要素とする譲歩を錯誤によってなしたからにほかならない。

そもそも, 和解は典型契約の一つとして規定されている。そして, ここでいうところの契約を私法上の効果の発生を目的とする合意と解そうと債権発生を目的とする合意と解そうと, それが合意すなわち, 相対立する(当事者にとって異なる社会的ないし経済的意義を有する)二つの意思表示の客観的および主観的合致を要素とする。和解にそれを求めるとすると, それは各当事者の相手方に対する譲歩である。

他方, 錯誤は, 表示から推断される意思(表示上の効果意思)と真意(内心的効果意思)とが一致しない意思表示であって, その一致しないことを表意者自身が知らない場合であると説かれる。しかし, 前述のような動機の錯誤を錯誤論一般の中に解消しようという立場からは, そこで表示から推断される意思と表意者の真に意図するところとにいく違いがあれば, 内心的効果意思とのくいちがないし内心的効果意思の欠缺がなくとも, なおそれは錯誤であると説かれる。

以上のいずれに解するにしても, 錯誤では, 意思と表示のくいちがいが重要な要素をしめることはうたがいが無い。これを和解にあてはめてみると, そこで和解当事者の意思が問題になるのは, あくまでも譲歩においてである。したがって, 和解において譲歩が問題になるのは, 和解当事者が譲歩をなす場合に, その譲歩から推断される意思と譲歩をなすに当たっての真の意図との間に不一致がある場合ということになるう。それは, 契約法理と錯誤論の論理的関連の帰結である<sup>1)</sup>。

さらに, われわれは, つぎのことを知るのである。すなわち, 民法第696条は, 和解が錯誤によってなされた場合の法律関係を規定したものと解しえず, また, しいてそのように解さなければならぬ必然性もない。理由はつぎのとおりである。

同条は、「当事者ノ一方カ和解ニ依リテ争ノ目的タル権利ヲ有スルモノト認メラレ又ハ相手方カ之ヲ有セサルモノト認メラレタル場合ニ於テ其者カ從來此権利ヲ有セサリシ確証又ハ相手方カ之ヲ有セシ確証出テタルトキハ其権利ハ和解ニヨリテ其者ニ移転シ又ハ消滅シタルモノトス」と規定する。したがって、その規定するところのものは、以下の内容につきる。

すなわち、甲が登記簿上乙名義になっている土地を自己のものと主張し、乙がこれを否定するために争となり、和解によって当該土地の半分が甲のものとした場合、後日に同地のすべてが乙の所有に属するという確証ができれば、半分の土地は和解によって乙から甲に移転したものとされる。また、同様に、債権者甲と債務者乙の間で、甲は債権額80万を主張し、乙は債務額40万を主張するので争となり、和解によってそれが60万とされた場合、後に債権額80万との確証が明らかとなれば、甲についての20万の債権額は、和解によって消滅したことになる。

はたしてそうであるなら、以上を錯誤理論で説明する必要はない。けだし、同条の他に民法第95条を有するわが法制のもとでは、同条は、当事者が事実上その権利が存在するか否かが不明であるため、未必的にその権利の存在または不存在を認めたものと解するのほかはないからである。そうであるとする、これを前の例についていえば、甲のものであるかもしれないと思った土地が甲のものでなくなったとしても、それは申の意思の範囲内の法律関係であるものというべく、それは後の例についてもあてはまるのである。

そして、かく解することは、和解の現実とも合致しよう。そもそも、一定の権利主張をする場合に、それを証明する証拠方法があれば、それは和解としてではなく、権利主張としての請求となるのが自然である。したがって、和解が問題になるのは、権利主張はしたいが、それを十分に証拠方法がない場合であることになる。したがって、その場合に和解によって当事者の法律関係を劃すべくひかれる一線は、当事者間のそれまでの経緯から合理的に推断されるところに即応するものでなければならぬ。かくて、和解によって形成される新たな法律関係は、当然に当事者の未必的な意思の範囲内に留まるといえるし、そうでなければ、互譲による合意形成は行なわれまい。そうであるとする、民法第696条も、敍上のような現実状況をふまえて規定されたものとして解釈すべきこととなる。

以上のごとくであるとする、他の学説<sup>2)</sup>のように、同条も民法第95条と同様に錯誤の場合のみを規定したものと解する必要はない。この説の前提には、和解における錯誤は契約一般のそれとは異なるという発想がある。しかし、それでは、和解を典型契約の一つとした民法の立場と抵触することとなろう。これは理由のないことである。

また、民法第696条は、錯誤の場合を規定したものであるが、同条に該当する事実については、民法第95条は適用なしとする説<sup>3)</sup>も採れないのであるが、その理由については、もはや多言を要さないであろう<sup>4)</sup>。

1) 和解を典型契約とする意味があるであろうかという問題が提起されている。それは、するどく核心をつくものと評価してよい。

いったい、和解は一般的には債権を発生させるが、つねにそうともかぎらず、その実質は物権でもありうるし、放棄でも贈与でも交換でもありうるのであって、その本質は、何といても法律関係を確定するにある。そうであるとする、そのような法律関係は、契約の一般理論に委ねてよいことになるのも自明の理である。

この点については高梨 債権法各論50頁、同「和解」契約法大系V206頁—207頁。

このような議論から帰結されるのは、次の二点であろう。第一に、このような立場を前提するかぎり、法律関係確定の合意があれば和解があることになる。そして、この点は、紛争解決の方法として民訴法がとっていることは、同法が訴訟上の和解を請求の認諾および放棄と併置しているところから明らかである。そして、この意味で、民法の立場と民訴法の立場とを比較してみると、後者がまさるといえる。この意味でも、民訴法の立場は民法解釈の指針とならねばならぬであろう。換言すれば、法律関係確定の合意があれば、そこに、なんらかの和解における互譲があるものと解さなければならぬ。この点については、拙稿「訴訟上の和解に対する第三者の加入について」東北法学会雑誌 第17号60頁参照。

第二に、和解において本質的要素を占めるのが、和解当事者の意思表示であるということである。そして、その点を民法は互譲として構成する。そうであるならば、互譲は真摯でなければならないというのであれば、意思表示は真摯でなければならないという民法のテーゼは貫かれないことになるのではなかろうか。そうであるとする、ある場合には和解に錯誤の適用なしとする通説の主張は採れないことになる。

2) 大判 大6.9.18 民録23輯1342頁。大判 明37.10.1 民録10輯 1223頁。

3) 鳩山, 前掲737頁。

4) 本文にふれたことではあるが、ドイツ民法779条とわが民法696条の規定の形式が異なることも考えなければならないところである。ことに、前者が「——事情が事実符合せずかつ事情を知りたるならば争又は不明確を生ぜざるべかりしときは——」と規定するのは錯誤に関するものと解されるが、わが民法にはこのような規定はない。したがって、その意味では、両者の解釈のちがいがでてくるのは当然のことと思われる。さらに、この点について問題となろうが、本稿のとりあげる通説の帰結は、696条を基礎とするものであろうか、95条にもとづくものであろうか。さらに両条の関連を基礎とするものであろうか。はたまた、条理上当然そうだというのであろうか。この点に関するかぎり、諸家の通説の主張のしかたは、いささか不明確であるようにおもわれる。

なお、我妻前掲744頁。

#### 四 結 語

以上の考察を要約し、その意義を考察して本稿の結びとしよう。

和解と錯誤との関係についての近時の通説判例は、和解で争の対象となった事項について錯誤があったときは和解は無効とはならないが、和解における争の対象たる事項の前提ないし基礎またはそれ以外の事項に錯誤があるときは、当該錯誤によって和解は無効となると解する。

このような主張が今日通説たる地位を占めるにいたった理由は、大いに強調されてよい。それは、和解における紛争解決の機能と、法律行為における当事者の真意の担保という、それ自体は相互に矛盾する二つの側面を調和させようとする意図するものであるし、理論的には、上記の通説の後半の部分は、動機の錯誤を錯誤論の中に解消しようとする近時の理論の動向に照応し、正鵠を射ているからである。

しかし、このように正当な内容を有するにかかわらず、それには、次のような幾つかの難点を有する。

第一に、形式論理的には、和解における争の対象たる事項の前提ないし基礎に錯誤があれば、その錯誤は、その結果たる争の対象たる事項にも及ぶはずである。その場合に、同一の錯誤を原因として複数の意思の瑕疵が生ずるのであるが、そのうちのあるものが問われ、他が不問に付されるのは何故かが問題とされねばならない。第二に、これと関連し、通説の帰結は現実的にも問題を提起するものと考えられる。すなわち、通説の立場を前提する以上、必然それは上のような帰結をもたらすから、具体的な和解の事案において錯誤が問題となっているとき、それを和解の対象たる事項に関する錯誤と構成すべきかそれ以外の錯誤と構成すべきかの択一を裁判所は迫られることになる。そして、論理的には、両者は共に可能なのであるから、実際問題としてそれをなすには、当事者に釈明をさせることによってこれをなすのほかはあるまい。しかし、そこでなされる釈明義務（権）は、訴訟法上つねにいわれるところのそれと同様であるのかどうかもうたがわしいのである。何故なら、それは、一定の法律効果を志向する当事者のそれまでの訴訟上の一定の陳述を前提とし対象とすると解されるが、ここでいう釈明は、裁判所が当事者にそれをさせることによって、和解は無効になったり有効になったりする可能性をもつから、その意味では、当該釈明は、当事者の別個の主張形成の契機となるのではないかがうたがわれるからである。よし、そうでないにしても、軽卒にこのような釈明をさせることは、裁判所が当事者の訴訟戦術に加担する結果を招くであろう。

以上のように解すると、通説に十分な理由はとうてい見出されず、また、和解が契約であるという面に着目して、和解において錯誤が問題になるのは、譲歩において当事者に錯誤があるからに他ならないと考えるのが妥当であるとしてよい。したがって、民法第696条も、かかる立場に照応して理解するかぎりでは、錯誤に関する規定と解すべき必然性にはとぼしいといえる。

以上の考察から導き出される帰結は何か。それは、以下のごとくであろう。

第一に、和解契約と訴訟上の和解が異なるということである<sup>1)</sup>。ここで、訴訟上の和解とは、訴訟当事者の双方がその主体的意思により相互に譲歩した結果到達したところの、紛争解決のための当事者の一致してなす訴訟上の陳述である。そして、これについて、わが民事訴訟法は第136条、第203条、第560条などに部分的な規定をもつだけであって統一的な規定はない。したがって、その本質、性格等については、広く理論に委ねられている現状であるといつてよい。しかも、それが係属事件による私法上の紛争解決を目標としている関係上、それは一見和解契約と酷似する。したがって、両者の異同が大いに問題となる。しかし、敍上の考察は、両者の相違を明瞭に意識させるのである。

そもそも、訴訟上の和解は、民事訴訟法第203条によってその内容が調書に記載されるかぎり確定判決と同一の効力を与えられている。そして、それが同時に絶対的なものとして有する紛争解決の機能を可及的に助長するためには、単に執行力のみならず既判力をも和解調書の効力の範

時にくまらせるのが正しい。そして、そうすることが、紛争のむし返しを禁ずる意味で裁判所の負担を軽くし、紛争の解決を形成する意味で当事者にも利益をもたらすと考えられる。そして、それが可能なのは、裁判所の当事者に対する後見的関与があるからに他ならない。

このように、訴訟上の和解の内容が既判力をもって確定されるならば、それを構成する当事者の行為は訴訟行為であると観念されるべく、それ以外の私法行為的要素を考えることは理由がない。したがって、この意味では、訴訟上の和解につき錯誤は問題にならないのである。何故なら、既判力は一定の法律関係につき当然に生じるものであって、調書の内容が有効正当ならば生じるというようなものではないからである。

さらに、訴訟上の和解における当事者の行為が訴訟行為であるとすると、訴訟法律関係につき二面説をとるにせよ三面説をとるにせよ<sup>2)</sup>、裁判所をその相手方として除外するわけにはいかないのである。この点もまた和解契約とは明瞭にことなる。そこでは、和解当事者の行為は相手方に向けられるだけで必要にして十分である。裁判所がそれ以外に介入するという事は全く問題にならない。その結果、訴訟上の和解にあっては、裁判所が介入するかぎりでは当事者の行為の真摯性は担保されることになるが、和解にはそれが無い。それだけに、和解における当事者の真意は、当事者間において担保されるべく、ここに錯誤が問題となる契機があるのである。

最後に、和解との関係で、民事調停法上の調停の性格につき一考しよう。ここでも、実務が調停と和解との異同にさまで注意をしない現状が指摘され、両者の異同が問題となるのである。

ここでとりあげなければならないのは、調停当事者の調停における合意の性格である。それにつき、同法第16条は、調停において当事者間に成立した合意は、調書に記載された範囲で裁判上の和解と同一の効力を有する旨規定する。したがって、同条には、民事訴訟法第203条と同様の問題、すなわち、確定判決と同一の効力とは何かという問題があるのである。

おもうに、調停当事者間に合意が成立しても、それを裁判所が相当でないと思えるときは、調停にかわる決定をするか——それには、やはり裁判上の和解と同様の効力が与えられる(民調法18条Ⅲ項)——または、調停不成立として事件を終了させることができる(民調法14条)。したがって、調停当事者の間に合意が成立し、それによって調停が終了するという場合の合意は、それが、条理に即したものであるかどうかについての裁判所の公権的判断に浴していることになる。そして、訴訟上の和解にはこのような規整はない。換言すると、このような規整のない訴訟上の和解についてすら既判力をもってその調書の内容が確定されるのであるから、同法第14条および第18条にいう裁判上の和解と同一の効力とは、既判力をふくむきわめて強力な拘束力を意味すると解される。こう考えると、調停と和解との差は明瞭であろうし、また、ここでも錯誤は問題にならない。そして、調停当事者の譲歩——意思表示の相手方として裁判所を除外するわけにはいかないのである<sup>3)</sup>。

以上を総括しよう。それは、和解は、訴訟上の和解、調停等をふくむ裁判上の和解が純粹に訴訟法上の法現象としてとらえうるのに対して、終始実体私法上の法現象としてとらえうるという



ことである<sup>4)</sup>。そしてその意義はもはや明らかである。それは、和解を上のようにとらえることによって、当事者の真意を担保するというにつきる。そして、それは、近代私法の理念に即応するものといえることができる。

- 1) 訴訟上の和解の性質をいかに解するかについては、純私法行為説、訴訟行為説、両性説の三説があり争われていることは周知のとおりである。その間の大勢を概言すれば、純私法行為説が、勢力をなくしているといえようか。判例は、初期には、大判 大6.9.18 民録23輯1346頁のように純私法行為説によっていたと考えられるが、その後の大勢は、両性説によっている。たとえば、大判 大13.8.2 民集3巻, 459頁, 大判 大14.4.24 民集4巻195頁, 大判 昭6.4.22 民集10巻 380頁, 大判 昭7.11.25 民集11巻2125頁, 大判 昭10.9.3 民集14巻1886頁, 大判 昭14.8.12 民集18巻 903頁等々。換言すると、判例の大勢は、大なり小なり、訴訟上の和解と和解契約とを同視しているといえてよい。そこで、両者の相違が問題になるのである。

その場合、判例の根底にあるものは何か問題になるが、それは、うたがいもなく、実際の訴訟上の和解に無効取消を認める必要があるということであろう。しかし、無効取消を認める必要のために訴訟上の和解を両性説のもとに理解しなければならないものかどうかはうたがわしいのである。何故ならそれは、紛争の解決という制度目的を中心にして構成されなければならないからである。もっとも、この点は、和解契約の場合も同様であるとはいえる。しかし、それには、契約という一面が不可欠の要素としてあり、したがって、そこにおける紛争解決の機能は、契約というカテゴリーの枠の中で発揮されざるをえないのである。

この点については、拙稿 前掲76頁以下。判例の推移の評価については、中村、裁判上の和解 民訴雑誌7号191頁以下。学説については、中村、裁判上の和解、民訴法講座3巻832頁以下。

いずれにしても、私見からは、訴訟上の和解と実体法上の和解と同視または同質視されている点は相当に問題とされてよい。

- 2) 二面説か三面説かの詳細な議論を展開するのが本稿の目的ではないので、簡単に結論のみを述べると、三面説が正しい。そもそも、訴訟制度が国家制度である以上、裁判所と当事者は適正な判断がえられるように協同関係に立つという訴訟観に立脚すべきであり、そうであるとする、訴訟に関して当事者が義務を負担するという事実を直視した上で負担の観念をとり入れ、義務と負担の双方を包摂した訴訟法律関係を裁判所と当事者間の三面において認めるのが正しいことになる。この点については、齊藤、民訴法概論 37頁, 三日月、民訴法 147頁。

- 3) 佐々木(吉)「民事調停における合意の法的性質」民事調停の研究 154頁以下は、本文の問題意識を背景にするべく問題を提起する。しかし、同書 164頁以下によると、その結果は、判決手続における裁判所の関与と調停手続におけるそれとでは質的に異なるとして本文と反対の結論をとられる。しかし、調停手続も判決手続も私法上の紛争の解決という制度目的に包摂されるべきであり、しかるときは、両手続における裁判所のそれに対する関与のしかたが異なっているにしても、それは質的に異なるとみる必要はあるまい。

とまれ、調停手続における当事者の行為が裁判所に向けられることは本文でいうとおり明らかである。そうであるとする、和解と調停とは異なることは明らかである。その意味では、本文に前に紹介した事案のように、調停と和解とを同視する態度には非常に問題があるのである。

- 4) 本文の実体法、訴訟法対立二元観とでもいうべき立場は、兼子博士が「実体法と訴訟法」で明瞭にうち出されている。これについての評価としては、三日月、「民事訴訟の機能的考察と現象的考察」民訴法研究一巻 251頁以下。