

訴訟上の和解概念の検討

——人事訴訟における和解の可否の検討を通して——

照 屋 雅 子

目 次

- 一 はじめに
 - 二 人事訴訟における請求の放棄・認諾、訴訟上の和解
 - 三 考察——離婚訴訟を中心として
 - 四 おわりに
- 一 はじめに

訴訟上の和解概念の再検討、再構成に関して、私はこれまで以下の二つの拙稿を提示した。「『訴の取下を含む訴訟上の和解』についての試論——Walter Mende の学説を中心として——」（法学研究第六二巻第一号）、その（続）稿（法学研究第六四巻掲載予定）。

私は従来から、「訴訟上の和解」を一貫した研究テーマとして考察してきたが、その研究を促す契機となったのは訴訟上の和解の対象物は一体何なのかという疑問であった。訴訟上の和解のもつ訴訟物に対する互譲性概念が必ずしも明確でない点を考えるとき、また、その和解対象範囲の緩和化の方向を見ると、訴訟上の和解概念の再構成の必

要性を感じ、考察した結論として引き出したのは、訴訟物たる権利や法律関係についての互譲が当事者間でなされなくとも、訴訟終了の合意のみでも、実務上⁽¹⁾は別として、理論上は、訟訴上の和解は成立しうるのではないかという点であった(詳細については、前述の二つの拙稿を参照していただきたい)。そして、もしこのような結論に妥当性があるのならば、すなわち、訟訴上の和解の本質的要件としての訴訟物に関する互譲性を必要とすることなく(前述二拙稿のなかでも触れているが、私自身は、「互譲性」要件を全く排除することに対しては、必ずしも積極的見解をとっている訳ではない)、訟訴上の和解のもつ訴訟終了機能という観点に重点を置いた形での訟訴上の和解成立を肯定するならば、訴の取下、請求の放棄・認諾も同様の機能を有しているという点があり(ただし、理論上、法律効果という観点からみれば、訴訟係属の有無、紛争解決基準の有無等、種々の相異がある点は否定しがたい)、それらと訟上の和解との区別が概念上不明確になるという点が問題となってくるであろう。拙稿「続」の「四 おわりに」の箇所、次の研究課題として私が指摘したのは、まさにこの問題への考察であった。しかしながら、この問題の検討は、つまるところ、和解概念の希薄化、拡大化のなかで、その概念の中に一体何が採り込めるのかという問題を検討することと密接に関連したものであるろう。

そこで、本稿では、この問題の検討の一資料を提示するものとして、人事訴訟においては訟訴上の和解をなすことが可能か否かという点について論じてみたいと考える。なぜならば、提訴した場合においても、判決を求めるか、それとも判決以外の方法によって結論を導くか否かは最終的には当事者が決定することであり、なぜに民事訴訟手続制度の一種とされる人事訴訟制度では個人の意思決定に制限が加えられるのか疑問に感じるからである。この点についての疑問を促す契機となったのは、木下徹信「遠藤力」離婚訴訟における裁判上の和解と離婚届出⁽²⁾(判タ六五四・

三頁以下) という論稿であった。この論稿において、両氏は次のような指摘をしている。「離婚訴訟を含む人事訴訟は形成訴訟であることから、裁判上の和解の可否そのものについて見解の対立するところであるが、右昭和三五年法務省民事局長回答(筆者注・離婚訴訟において「離婚すること」を内容とする和解が成立した場合、協議離婚の合意が成立したにすぎないと解して、和解調書の謄本を添えた離婚届出は受理しないとする取扱い)にもかかわらず、裁判実務では、離婚訴訟においても裁判上の和解が活用され、離婚紛争の効率的解決が図られており……」⁽³⁾。この実情を踏まえ、戸籍法施行規則五七条の規定の改正、あるいは同法の弾力的運用による戸籍事務の改正、すなわち昭和三五年法務省民事局長回答の変更等の再検討を提言するものである。

この問題を考察することにより、「訴訟上の和解」の本質を考えるうえでの一助とし、前述の考察課題の前段階として位置づけたい。これが、本論稿の目的である。

(注)

(1) 「和解と訴訟運営(入座談会)」後藤勇||藤田耕三編『訴訟上の和解の理論と実務』一二五頁以下。実務における和解勧試の実態が、発言者の口を通して直に伝わり、興味深い。

(2) 訴訟上の和解をすることができないものとして、以下のようなものがあげられるが、私自身は一律に解すべきか否か疑問視している。(イ)人事訴訟、(ロ)行政訴訟、(ハ)株主の代表訴訟、株主総会決議取消又は無効の訴、新株発行無効の訴、株式会社合併無効の訴、株式会社設立無効の訴等のいわゆる会社関係訴訟、(ニ)執行判決を求める訴、執行文付与の訴、執行又付与に対する異議の訴、請求異議の訴、第三者異議の訴等のいわゆる執行関係訴訟、(ホ)共有物分割請求の訴、(ヘ)境界確定の訴、(ト)保全訴訟。梶村||深沢『和解・調停の実務』三八頁。

(3) 具体的に、離婚事件では、和解により離婚、子の親権者、財産分与、養育費の問題を一举に解決するのが妥当であり、和解が成立しないならば、判決を経た後に改めて家庭裁判所で養育費の調停・審判をしなければならないことを当事者に説明して

和解の利点を理解させ、和解による解決の途をとらせるよう努めているのが実情であるという。村重慶一「人事訴訟事件と和解」後藤勇―藤田耕三編・前掲書三四五頁。実務サイドからは、人事訴訟における和解の活用度の高さについて頻繁に指摘がなされている。「ミニ・シンポジウム―民事裁判における制度の論理と現実の運用」民訴雑誌三五号一八一頁〔堂園発言〕。

(4) 戸籍法第七十六条第二号(離婚の届出)の事項は、次に掲げるものとする。

一、協議上の離婚である旨

二 人事訴訟における請求の放棄・認諾、訴訟上の和解

本稿のテーマとした「人事訴訟における訴訟上の和解の可否」については、人事訴訟手続法には何ら規定されては
おらず、ただ、同法一〇条第一項に、「民事訴訟法第三百三十九条、第四百十条第一項、第二百五十五条、第三百十六
条及第三百十七条ノ規定ハ婚姻事件ニ之ヲ適用セス同法第二百三条中請求ノ認諾ニ関スル規定亦同シ」とあり、判
決によらないで訴訟を終了させる方法のひとつとしての請求の認諾が、婚姻事件には適用されないと規定されている
にすぎない。ゆえに、婚姻事件には当事者処分権主義に基づく請求の放棄、訴訟上の和解は適用されるか否か、また、
人事事件すべてについて請求の認諾が認められないのか否か、また、人事訴訟一般について、請求の認諾のみならず、
訴訟上の和解、請求の放棄が認められないのか否かといった種々の問題点が生じてくるように思われる。

本章では、このような疑問点の解明を中心に論を進めていくつもりであるが、まず第一に、婚姻事件と請求の認諾
との関係から論じ、本テーマに近づく方法をとりたいと考える。

婚姻事件においては、なぜ請求の認諾が認められないのかという点について、人訴法一〇条の沿革史を抜きにして
論じることが不可能である(この点について、本稿では、岡垣学『人事訴訟手続法』△昭和五六年、第一法規▽に負

うところが大である。詳細についてはこの書を参照されたい。人訴法一〇条において、民訴法二〇三条に規定されているもののうち、特に請求の認諾についてだけ婚姻事件への適用を制限するとした理由は必ずしも明白ではないといわれているが、わが国が民訴法をつくるときに、旧西独の法典をそのまま継受した結果に他ならない。すなわち、人訴法一〇条の範となったといわれる旧西独旧民訴法（一八七七年）五七七条一項は、婚姻事件につき請求の認諾に関する規定は適用しない旨を定めるにとどまり、請求の放棄および訴訟上の和解に関する規定の適用の可否については何ら言及していない。⁽¹⁾ 旧西独において、なぜこのような形で条文の内容が規定されたかについては、その背景にキリスト教の影響があるとされる。すなわち、婚姻は単なる私的契約にとどまることなく、新約聖書「神が合わせられたものを、人は離してはならない」とするイエスの言葉にみられるごとく、婚姻関係を終生のものとするキリスト教の教義（特にローマ・カトリック教のとする婚姻不解消主義）を中心とする教会法の伝統が旧西独においては支配的であった。

この婚姻不解消主義が基礎とされているにもかかわらず、婚姻無効事件などで請求の認諾を認めてしまうと、婚姻維持の趣旨に反すること、婚姻事件について訴の取下を自由に認めると、請求の放棄も許されるべきであるということになること、カトリシズムの影響で実体法上合意による離婚、したがって訴訟上の和解による離婚が許される余地のないこと、といった諸点⁽²⁾がこのような内容をもつ条文となった理由として挙げられる。

このような立法趣旨からすると、請求の放棄についても婚姻事件には適用しがたくなってくるが、適用を是認するのが近時の通説といわれている。

それでは、次に、人事訴訟と訴訟上の和解との関係については、学説上どのように理解されているのであろうか。

説 この点に関しては、賛否両論があるが、以下に要約してみる。

(否定説)

論

○人事訴訟手続は、人の身分関係をその対象としている。それは、私人と私人の関係であるが、同時に国家の秩序の基礎をなすものであって、そこには公の秩序という要素が大きな比重を占めている。したがって、人事事件は一般に私人の自由な意思による解決に親しまず、客観的な事実を基礎とし、それに法律を厳格に適用した解決を要求する⁽³⁾。(ただし、離婚訴訟については、わが国では協議離婚が主流をなしていることを理由として、当事者の自由な意思決定に委されている事項として、離婚訴訟(並びに離縁訴訟)においては、裁判上の和解、請求の放棄・認諾を認めるとする⁽⁴⁾)。

○訴訟上の和解の性格は、実質上、請求の認諾と請求の放棄の中間において紛争の解決を図るものであるから、前に請求の放棄について述べたのと同様な理由において(筆者注・人事訴訟の対象である身分関係事件は、一般に公益と密接な関係にあるということ)、また婚姻事件その他の人事訴訟事件の訴訟物については、当事者の互譲による紛争解決がありえないことを考えると、これを消極に解すべきである⁽⁵⁾。ただ、この説もこのような場合にも例外として、婚姻事件の対象たる訴訟物が当事者の利益擁護を主とし、実質上権利者の任意処分を許している場合(たとえば、離婚意思のないのにされた協議離婚の無効を請求している妻が、その離婚を追認し、被告たる夫との間でこれを確認するとともに慰謝料を授受する旨の合意の成立)には、訴訟上の和解を認めてよいものとする⁽⁶⁾。しかし、離婚訴訟については、民法が協議離婚(七三六条)と判決離婚(七七〇条)を認め、家審法が調停離婚(二二一条)、審判離婚(二二四条、二五五条)を認めている点、また戸籍関係法令(戸籍法七六条、七七条、戸籍法施行規則五七条)等の構造を理

由として、離婚は協議、調停、審判、判決のいずれかの方式によることを必要とし、訴訟上の和解による離婚は許されないし、また、人訴法一三条が訴訟物である離婚請求権の主張に触れないで事実上の仲直りの成立を期待する和諧を認めていることは、間接的に離婚に関する訴訟上の和解を排除しているとみる余地もあるとする。⁽⁷⁾

○一般に事件の特殊性からしても、また人事訴訟手続が司法体系において占める位置に照らしても、人訴法一〇条の文字にかかわらず、訴訟上の和解を許容する余地はない（離婚事件についても、岡垣氏と同様の理由で否定的に解している）。これと関連して、婚姻事件（婚姻取消、離婚）に附帯請求の許される家事審判事項（人訴法一五一条一項）を処理することについても、①裁判所外での自由意思に基づく当事者間の協議か、②家庭裁判所における調停、あるいは③審判か、④訴訟裁判所が婚姻事件の附帯事項として下す判決か、いずれかによることを必須とし、訴訟上の和解の形式を用いることは許されないと解すべきとする。⁽⁸⁾

○訴訟上の和解も、実質上請求の放棄と認諾との中間において紛争の解決を図ることになるから、職権探知と矛盾する。人訴法第一三条の離婚事件における和諧というのは、事実上の仲直りが成立して、訴訟が不要になる場合を指すもので、離婚のため訴訟上の和解を予想しているわけではない。したがって、裁判所も離婚への和解を勧誘することはできない。⁽¹⁰⁾

（肯定説）

○片面的職権探知が適用される範囲に限り、和解は許される。⁽¹¹⁾

以上のように、人事訴訟において訴訟上の和解ができるか否かについては、圧倒的に否定的見解により占められていると考えてよい。その理由として、主として挙げられるものは、人事訴訟が公益と密接不可分なものである点、事

説 件が特殊である点、人事訴訟が司法体系において占める位置などが指摘されている。

しかし、前述の否定説のなかにも、離婚訴訟に関しては訴訟上の和解を肯定する見解もある。前述の見解をはじめとして、離婚訴訟については、解釈上、認諾や和解を認めるべきであるとする意見⁽¹²⁾が出されている。しかしながら、離婚訴訟においても、否定説は根強い。

このような学説の状況のなかで、和解調書を添えて離婚届が提出された場合に、戸籍実務はどのような取り扱いをなしているのだろうか。すなわち、これをそのまま受理しているのか否か。離婚について調停が成立したり、審判が確定した場合には、家事審判規則には以下のような規定がおかれている。「離婚、離婚その他戸籍の届出又は訂正を必要とする事項について、調停が成立し、又は……審判が確定したときは、裁判所書記官は、遅滞なく事件本人の本籍地の戸籍事務を管掌する者に対しその旨を通知しなければならない」(同法一四三条)。

しかし、訴訟上の和解が成立した場合に、どのように処理するかという点については、何ら規定されたものがない。そのため、前述のような離婚届が提出された場合、その処理方法について、法務局戸籍先例は以下のように変遷してきた。昭和二五年五月二十九日民事甲第一四九四号電信回答において、離婚訴訟において離婚の和解が成立し、「原告と被告は本日離婚した」との和解調書の謄本を添付して離婚の届出があった場合には、『調停離婚』として受理すべきであるという見解が表明された。しかし、昭和三二年一〇月三〇日、法務省は、裁判上の和解によって離婚することとはできないとの見解を述べ、昭和五年の民事局長回答による戸籍事務の処理方法を変更した(ただ、離婚の訴に關しては、離婚の和解が成立し、これに基づいて離婚の戸籍記載がなされている場合に、その記載をそのままにしておくとする見解が出された)。その後、昭和三五年十二月二八日民事甲三三六四号回答は、離婚訴訟において訴訟上

の和解が成立しても、協議離婚の合意が成立したにすぎないと解して、和解調書を添付した離婚の届出は受理しないのが相当であるとした。さらに昭和四二年九月二十九日民事甲二六五七号回答は、訴訟上の和解に基づく離婚届が誤って受理されたとしても効力はなく、その離婚の記載は戸籍訂正手続によって削除されるべきものとした。その後、昭和五二年八月一日の民事局第二課長回答も、「原告と被告は離婚することに同意し、直ちに離婚届を作成の上、所轄官署に届出を為すこと」という和解調書が添付されて協議離婚届がなされた場合に、これを受理しないとされた。

以上のように現在に至るまで、実務上離婚訴訟において和解をなすことは認められず、協議離婚の合意が成立したにすぎないとする解釈がなされ、一貫してそのような処理がなされている。現在のところ、戸籍管掌者との摩擦を避けるため、一般的には「当事者は本日協議離婚をすることに同意し、離婚届書に所要事項を記載して署名捺印し、被告はその届出を原告に委託した。原告は速やかにその届出をする」旨の条項を作り、和解の場で離婚届書を作成するという方法がとられている。⁽¹³⁾

この問題について、判例上はどのようにとり扱われているだろうか。離婚訴訟において和解が成立するか否かについては、今までのところ判決は出されていないが、請求の認諾との関係では、⁽¹⁴⁾当事者の処分権を認めるとする判断のなされたものがある。⁽¹⁵⁾（山形地判昭四五年三月二五日判時五九五・八八）。

この事案を簡単に説明しておこう。事案は、夫婦仲の不和が続ぎ、夫は家出。妻へ生活費も送ることをしなかったが、その後、夫は窃盗の罪を犯して山形刑務所に服役。服役中に妻は山形家庭裁判所に対し離婚等の家事調停を申し立てたが、不調におわり、妻は山形地裁に離婚請求訴訟をおこしたというものである。その判旨は、「人事訴訟法によれば、その第十条において、民事訴訟法第二百三条中請求の認諾に関する規定は婚姻事件にこれを適用しない旨を

論

規定しているが、これは人事訴訟ではその対象となる事件は、当事者の任意処分が許されない関係にあるが為であるが、離婚については従来民法は原因の如何を問わず当事者の自由な合意のみによる協議離婚を認めて居り、又家事審判法は調停離婚なる当事者の合意に基づく離婚を認めていることに鑑みると離婚については夫婦の自由意思による処分が可能な私的関係と解すべきである。そうすれば裁判上においても各当事者の自由な訴訟活動によって婚姻関係を処分することができるものと解すべきである。よって離婚に関しては請求の認諾も許されるものと解すべく、従って本件においても離婚の請求につき、被告がこれに合意する意思を表示する以上、原告と被告の離婚を認容するのが相当地であると考える」というものである。

(注)

- (1) 岡垣学・前掲書一九三頁。
- (2) 小室直人「形成訴訟における処分権主義・弁論主義の制限」『企業と法(上)』(西原追悼)三五四頁。
- (3) 中村英郎「人事訴訟における和解」『民事訴訟論集Ⅱ』二三五頁。
- (4) 中村英郎・前掲論文二二六頁以下。
- (5) 岡垣学・前掲書一九九頁。
- (6) 岡垣学・前掲書二〇〇頁。
- (7) 岡垣学・前掲書二〇二頁。
- (8) 岡垣||吉村編『注解人事訴訟手続法』(住吉博執筆)一四七頁。
- (9) 住吉博・前掲書一四八頁。
- (10) 兼子一「家族問題と家族法Ⅶ」一八二頁以下。
- (11) 山田卓生「私事と自己決定」九二頁。
- (12) 三ヶ月章『民事訴訟法(新版)』一五六頁。

(13) 加藤令造『人事訴訟手続の実務』三九頁。小川弘善、渡辺昭一『書記官事務を中心とした和解条項に関する実証的研究』書記官実務研究報告書三一五頁以下。

(14) 人事訴訟手続において一律に請求認諾規定を不適用とすることに対しては、批判的見解も多い。河野正憲「請求認諾について」『当事者行為の法的構造』二二〇頁以下。この山形地判について、人訴法一〇条がほとんど無意味となっている例であり、認諾調書と調停調書と区別する根拠は全く存在しないと指摘する。

(15) 請求の認諾を無効としたものとして、以下のものがあげられる。大判昭九・一一・一七民集一三卷二二九頁（非嫡出子認知の訴）、法曹会決議昭一五・六・一九（身分関係存否確認の訴）、相続回復請求訴訟では認諾が許されるものとして大判昭一七・三・二六民集二二卷二八四頁。

三 考察——離婚訴訟を中心として

人事訴訟において訴訟上の和解が認められるか否かという問題については、まず第一に、人訴法一〇条に立ちかえって考察しなければならないであろう。二章のところでも前述したごとく、婚姻事件については請求の認諾は認められない。すなわち、民事訴訟における処分権主義、弁論主義が排除される旨の内容を含んでいるのが一〇条の趣旨である。一般的に理解されている。このことは、請求の認諾ができる請求権は、弁論主義の行われている範囲内の訴訟物のみに限定されるという趣旨なのであるか。

では、弁論主義が制限されるとはどういうことなのか。そして、なぜ請求の認諾だけが制限されると規定してあるのであろうか。弁論主義の内容は、主として以下のように要約されるのが通例である。① 裁判所は、当事者の弁論に現れない事実を判決の基礎として採用してはならない。② 裁判所は、当事者間に争いのない事実を証拠調べをまたず、判決の基礎としなければならない。③ 当事者間に争いのある事実の認定に用いる証拠資料も、当事者の提

出する証拠方法からえられるものでなければならぬ¹⁾。このような弁論主義に対し、当事者の弁論いかに関係なく、事件の基礎となる事実やこれに必要な証拠の提出を裁判所の職責とする考え方が職権探知主義である。この概念は、判決の効力を当事者だけでなく第三者に対しても画一的に及ぼす必要のある場合には、当事者間だけの紛争として、その自主的解決権能を基礎とする弁論主義に委ねることはできないものとし、人事訴訟事件においてとられていたてまえである。その理由として主として言われていることは、婚姻事件その他の人事訴訟の対象となる事件が、当事者の自主的な解決を許さない身分権の存否に関する紛争であつて任意処分性がないため、被告が原告の請求を認諾する旨の訴訟上の陳述をしたとしても、裁判所はこれに拘束されず、必ず実体的眞実の発見に努め、請求の是非を判断しなければならぬからであるといつた点である²⁾。人事訴訟は、通常の民事訴訟と異なり、その実体的内容が財産権に直接かわるものではないといふこと、公益と密接な関係が認められることなどから任意処分性が是認されない³⁾といわれている。もし、婚姻事件に関して請求認諾が否定される理由として、対象事項について任意処分性がない点にその理由が求められるのであれば、判決によらないで訴訟を終了させる方法のひとつとしての請求の放棄、訴訟上の和解も、訴訟対象の非処分性ゆえに、人事訴訟では否定されるということになるのであろうか。もちろん、訴の提起、訴の取下については、人事訴訟においても、通常の民事訴訟におけると同様に、私人にその処分権は帰属している。しかし、訴えが提起された以上は、職権で探知し、職権により結論を出すことが必要とされるといふことを意味する。なぜこのような結論が導かれるかについては前述したとおりであるが、そのなかで、「公益性」という点が非常に強調されている点が眼につく。すなわち、「婚姻ヲ維持スルコト」に最大限の公益性があると解されているようであるが、これはひとえに人訴法一〇条の沿革的理由にも基づくものであり、旧西独民法を無批判に模

做した結果に他ならないのである。⁽⁴⁾ なぜならば、旧西独民法の条文の基礎にあるのは、キリスト教による婚姻不解除主義であるという点、すなわち、婚姻の維持が最重要とされ、一般の利益となるとする時代の産物に他ならないからである。

しかし、このような理解の仕方は、わが国において、また現代においても、通用性、妥当性のあるものであろうか。まず第一に、婚姻不解除主義について。旧西独のように、婚姻は神が合わせたまいしものであり、国家機関の許可によってはじめて解消されるとする考え方をとる国にあっては、わが国のような協議離婚の觀念がはいり込む余地は極めて少ないものであろう（聖書によれば、姦通が唯一の離婚原因とされたが、一六世紀の宗教改革の結果、プロテスタントは悪意の遺棄、残虐行為、不治の病を離婚原因に加えた。しかし、この時でも合意による離婚は認めていなかった⁽⁵⁾）。一方、わが国にあっては、周知のごとく、キリスト教は国教ではなく、婚姻の維持を最大の公益と考えるには程遠い感は否めない。むしろ、江戸時代庶民の間で広く行われていたという夫から妻に対する離縁状（三行半、三下り半）にみられるごとく、父権的家族制度、男尊女卑思想に支配された社会においては、夫の側から簡単に婚姻解消がなされたと考えた方が適切なのではないであろうか。もちろん、このことは婚姻を維持することに何ら公益がないとして、婚姻制度そのものを否定することではない。『正当に成立した婚姻を故なく争うことは世の中の秩序に影響を及ぼす』（人事訴訟手続法案帝国議会における審議に際してなされた政府委員の説明）ことになる場合もあるであろうが、わが国の人事訴訟手続法は、婚姻事件において、婚姻の維持に異常な関心を示しているという感がしなくもない。⁽⁷⁾ しかし、わが国は旧西独をはじめとして西欧諸国とは若干異なり、婚姻の問題に関しては、国家により是が非でも維持されなければならないというよりも、むしろ、かなり当事者の自由な判断に委せているのではな

かろうか。その証左に、わが国には離婚に特有な制度として協議離婚制度がある（民七六三条）。この制度においては、当事者間に離婚意思の合致（離婚の実質的要件）と戸籍法の定める届出（離婚の形式的要件）があれば離婚は成立し、この制度は旧法以来続いているのである。ただ、旧法時代、棄妻離婚、追出離婚の合法化手段として悪用されたという経緯があり、昭和二七年以降戸籍実務の取扱い上、離婚不受理制度が定着していったという歴史がある。ちなみに、わが国には他に調停離婚（家審一七条、二一条）、審判離婚（家審二四条）、裁判離婚（民七七〇条）があり、合わせて四つの離婚制度があるが、協議離婚の利用度が圧倒的に高いといわれている（離婚総数のほぼ九〇パーセント）。すなわち、離婚においては当事者の自主的な判断が尊重され、当事者の任意処分が認められているにもかかわらず、なぜに、一旦訴訟係属が生じると国家による婚姻維持という公益性が極度に強調されるのか理解しがたい。

また、仮に旧西独民法が制定された当時の基本的考え方がキリスト教を背景とした婚姻不解消主義であったとしても、それがはたして現代にも同様に適用される原理なのであろうか。いまや、旧西独を含めて世界の離婚法の動向は破綻主義へと確実に移行しているのが現状（8）と思われる。わが国においても、従来から最高裁が採り続けてきた「有責配偶者からの離婚請求は認めない」（9）とする見解が、条件つきながらも、三十五年目にして変更されるに至っている（最判昭六二・九・二判時一二四三号三頁（10））。

このような離婚法の世界的趨勢にあって、婚姻の維持は法秩序の維持にとって必要とは思われるものの、そもそも婚姻を秘蹟 sacrament と考える根本思想がなく、ただ法制度のみを導入したわが国において、最大限重要な公益と考えるべきものなのか否か、私自身は疑問に思うところである。もちろん、訴訟にあっては、当事者間の公平、あるいは未成年者や未成熟の子への配慮から、国家が後見的立場から、ある程度の関与をなさざるを得ないとする点まで

否定するものではない。

また、従来は、協議離婚と裁判離婚は全く別の制度として理解されていたが、有責主義から破綻主義への移行の中で、両者は共通性のあるものとして把握することができるようになったのではないかと考えられる。そう考えることにより、裁判離婚に関する手続が有する要件——検察官の権限（人訴六条）、弁論主義の不適用（同法一〇条）、離婚訴訟の中止（同法一三条）、職権探知主義（同法一四條）等のもつ実的な不適切さが浮かびあがってくるのではないであろうか。そういった観点から見ることにより、離婚訴訟において、なぜ和解をなすことができないのか（請求の放棄、認諾も含めて）といった問題点へとつながっていくことになるであろう（この場合、人訴法一三条の「和諧」との異同が問題になると思われるが、この和諧は、両者の間で夫婦として再度やり直せるかもしれないという期待のもとに、離婚請求権そのものには触れることなく、離婚訴訟を一定期間中止させるといふものであり、本来の訴訟上の和解と異なるものと思われる⁽¹¹⁾）。

ところで、一般的に考えるならば、通常の民事訴訟と人事訴訟とは、内容上以下のような区別ができるであろう。民事訴訟は、「私法上自治の原則の行なわれている領域において生じる経済的な利益紛争であり、それは当事者の自由な意思決定に基づいて解決できる⁽¹²⁾」（すなわち、財産関係というのは、私的利益に関するものであり、その処分に ついても当事者の自由な判断に委せる方がベターであるということであろう）とするのに対し、人事訴訟は、「社会の秩序の基礎をなす夫婦、親子等の身分関係を対象とするものであり、それは当事者の意思をこえた客観的な事実の上に処理されるべきもの⁽¹³⁾」といえるであろう。確かに、夫婦、親子といった身分関係は、社会秩序を維持していくうえで基本的な要素であり、経済的な利益を中心とする財産関係とは異質と考えられる面を持っており、各々別々の

法的原理により規律されることは当然であろう。ゆえに、婚姻、養子縁組のように当事者の自由な意思表示によってなされたものであっても、その婚姻等が有効か無効かについては、当事者が自由に判断が下せるといふものではない。なぜならば、身分関係は多数の人間の利害にかかわることであり、国家機関により一旦有効として受理され、画一的に処理がなされたものについて、当事者の意思により勝手に無効としたり、取消ができるとするならば、それこそ、社会秩序は根底から覆されてしまうであろう。しかし、そのことは、人事訴訟におけるすべての事案、すべての面において当事者の自由な処分を一律に排し、法的判断を下さなければならないことを意味しているわけではない。要式性が重んじられるものの、すべての事案に人訴法一〇条を適用するのではなく、その本質によって各々異なった判断をしてよい場合もあるように思う。例えば、本稿のテーマとした離婚訴訟であるが（離婚訴訟も同様に解する）、わが国には、裁判外において夫婦が合意によって自由に婚姻を解消できるとする協議離婚制度が存在しており、訴訟上、処分権主義を制限することにはあまり意味がないのではなからうか。したがって、私自身は、人事訴訟のなかでも離婚、離縁訴訟においては、訴訟上の和解や請求の放棄を認めることを肯定したい。

それでは、和解による離婚を肯定した場合、それはどのようなものとして、法律上位置づけられるであろうか。以下三つに分けて検討してみる。① 協議離婚、② 裁判（判決）離婚、③ 調停離婚。

まず、①の場合。和解離婚として届け出をした場合、実務上どのように処理されるのかということについては、前述したとおりであるが、和解離婚と協議離婚とを同一のものと考えることができようか。この場合、当事者の合意があるからといって、協議離婚と全く同一のものと考える訳にはいかないであろう。なぜならば、訴訟上の和解による離婚であれば、和解調書に「原告と被告とは離婚する」と記載することにより、直ちに離婚の効果が発生す

ることになり、離婚の届け出は単なる報告的な意味しか持たない。しかし、和解離婚を協議離婚と同一のものと構成した場合には、届け出をしなければ離婚の効果は発生しない。すなわち、当事者は協議離婚することの合意をしたにすぎないのである。ゆえに、離婚に関する調書作成後、当事者の意思が翻意された場合、届け出が戸籍管掌者に受理される以前であれば、翻意届を出す方法で効果を阻止できるということになる。

次に、②の場合。訴訟上の和解は調書に記載すると確定判決と同一の効力をもつので（民訴二〇三条）、この離婚構成の中に含めることについては大きな障害もないし、また、これを妨げる法律上の根拠は何もない、理論的にも可能であるといわれている。⁽¹⁴⁾ 裁判実務上も、通常訴訟と離婚訴訟の和解には、手続上何らの差異はないといわれている。⁽¹⁵⁾

③の場合について。戸籍実務において、昭和二八・一二・一一民事甲二三三五号法務当局回答によると、地方裁判所に係属中の離婚事件を民事調停に付し、同裁判所が自庁調停によって離婚の民事調停を成立させた場合でも、これは調停離婚としての効力は発生せず、仮に調停調書の謄本を添付して離婚届が出されても受理すべきではないとする見解が出されている。⁽¹⁶⁾ しかし、離婚訴訟において訴訟上の和解を肯定する見解に立つのであれば、とりたてて否定する理由は見い出せないのではないかと思う。ただこの場合に、和解と調停との機能面に関する見解の相異により、結論が異なってくるものと思われる。すなわち、離婚調停においては、裁判所が両当事者の合意形成に関して積極的、後見的に介入するのに対し、和解の場合は、当事者の合意を基礎として、裁判所はただその合意を確認するにすぎないものとして両者の機能を峻別する見解に立てば、和解離婚＝調停離婚という図式は成立しにくいであろう。しかし、離婚訴訟における和解が、地方裁判所において、当事者の申立または裁判所の和解勧誘により始められ、裁判所によ

説
る、当事者からの意見や要望の聴取とその斡旋と互譲の交渉、権利確定行為が行われ、裁判所が主体性をもって紛争の解決に後見的役割を果していると考えられるならば、⁽¹⁷⁾両者において別異に取り扱う必要性は減じることになるであろう。

論

それでは、以上のような考察を通して離婚訴訟において和解を認めるといった見解をとった場合、既存の四つの離婚制度の他、このような和解離婚を認めることにどのような意義がありうるのであろうか。

まず第一に、裁判上和解がなされたとしても実務上協議離婚として扱われる実状から生じる不都合な面が回避されるということ。すなわち、既述のとおり、当事者の翻意による不受理届の提出がなされることにより、養育費、財産分与、慰謝料等についてなされた和解条項が効力を失うことになり、離婚を望む当事者は再度訴訟手続を行う必要性が生じうることが考えられる。

第二に、このような和解による離婚を仮に認めたとしても、それを受け容れることによって現実に何ら不利益が生じるというものでもないということ。すなわち、裁判上の和解離婚を認めないとする明文規定はわが国には存在しないし、この点について、仮に人訴法一〇条に規定してある「婚姻事件には請求の認諾を認めない」とする条文に依拠することにより和解離婚を否定するとしても、既述のとおり、根拠とするには極めて弱いものであるといえる。

第三に、離婚形態において協議離婚が占めているパーセンテージの高さを考えるのならば、裁判上の和解離婚を認めることによって実務上混乱が惹きおこされ、訴訟手続の安定性、法的安定性が害されるということは、ほとんど存在しないであろうということである。

以上の点からしても、裁判上の和解離婚を認めることには意義があり、私自身、積極的に解したいと考える。

- (注)
- (1) 小山||松浦||中野||竹下編『演習民事訴訟法(日)』三四九頁。
 - (2) 岡垣学・前掲書一九二頁。
 - (3) 住吉博・前掲書一四六頁。
 - (4) 平賀健太「人事訴訟——批判的考察——」『民事訴訟法講座第五卷』一三〇八頁。
 - (5) 神聖な婚姻を固守し、離婚を拒否することで、教会の權威を守ったという指摘もなされている。田中実『基礎民法・親族相続編』八五頁。
 - (6) 山田卓生・前掲書九一頁。
 - (7) 平賀健太・前掲論文一三〇七頁。
 - (8) 旧西独において、一九七六年、「婚姻法および家族法改正のための第一法律」の制定により、婚姻、離婚に関する実体法、婚姻および家事事件に関する裁判所構成法、ならびに手続法が大幅に改正されている。特に実体法の改正の中心となっているのが、離婚法の破綻主義化と離婚効果としての離婚給付制度の改正にあるとされる。沼邊||佐藤||田野||人見編『新家事調停続本』三九頁。
 - (9) この問題に関するリーディングケースとして最判昭二七・二・一九民集六卷二号一一〇頁は、他女と同棲している夫が離婚請求した事案について、「法はかくの如き不徳義勝手氣儘を許すものではない」とし、その後同様の事件において、同旨の法理が繰り返して宣言され、裁判実務上はほぼ確立されていた。
 - (10) 判旨「有責配偶者からされた離婚請求であっても、夫婦の別居が両当事者の年齢及び同居期間との対比において相当の長期間に及び、その間に未成熟の子が存在しない場合には、相手方配偶者が離婚により精神的・社会的・経済的に極めて苛酷な状態におかれる等離婚請求を認容することが著しく社会正義に反するといえるような特段の事情の認められない限り、当該請求は、有責配偶者からの請求であるとの一事をもって許されないとすることはできない……上告人と被上告人との婚姻については五号(注・民法七七〇条一項五号のこと)所定の事由があり、上告人は有責配偶者というべきであるが、上告人と被上告人との別居期間は、原審の口頭弁論の終結時まででも約三六年に及び、同居期間や双方の年齢と対比するまでもなく相当の長期間であり、しかも、両者の間には未成熟の子がいないのであるから、本訴請求は、前示のような特段の事情がない限り、これ

を認容すべきものである。」

- (11) 一三条により、間接的に離婚に関する訴訟上の和解を排除しているとみる余地もある、という指摘もなされている。三ヶ月章・前掲書四四六頁。調停前置主義の確立、裁判上の和解の試み、それらの弾力的活用等を考慮して、この中止制度の必要性はほとんどなくなつたといわれている。青山達「離婚訴訟の審理における実務上の問題」『実務民事訴訟講座六卷』一六三頁。
- (12) 中村英郎・前掲論文二三二頁。
- (13) 中村英郎・前掲論文二三二頁。
- (14) 中村英郎・前掲論文二四四頁。
- (15) 木下徹信―遠藤力・前掲論文三二二頁。
- (16) 岡垣学・前掲論文二〇五頁。
- (17) 木下徹信―遠藤力・前掲論文三三三頁。

四 おおわりに

二―三章を通じて、人事訴訟において和解が成立するか否かという問題について、人訴法一〇条の沿革史的観点や現在の離婚形態の現状等を踏まえて考察をしてきたが、和解成立の可否について積極的に解したいというのが私の結論であつた。

それでは、本稿でとり扱つた問題は、私自身が従来から研究テーマとして考察してきた「訴訟上の和解」の問題との関係において、どのように位置づけられ、関連づけられるのであるうか。その点については、本稿の第一章において簡単に叙述してはいるが、再度、この章で述べることとする。

判決によらないで訴訟を終了させる制度である訴訟上の和解、訴の取下、請求の放棄、認諾の有する訴訟終了機能

に重点を置いた場合、訴訟を終了させる方法として、判決を求めるか、それとも他の方法をとるか、最終的には訴訟当事者が決定することであり、なぜに人事訴訟がその対象からはずされるかということに対する疑問がその出発点にあった。本稿では、その解明に努めたつもりであるが、そのことが、これまでの研究テーマ「訴訟上の和解」の中でどのような意義をもちうるのであろうか。それは、結局のところ、訴訟上の和解の要件論、つまり和解の対象は何かという問題と密接に結びついていくように思われる。この点については、第一章に記述した二つの拙稿において、その問題性について言及済みであるが、訴訟上の和解において、訴訟物についての規律を不可欠の要件と考えるのであれば、訴訟対象に処分性を認めない人事訴訟にあっては、和解は成立しえないということになるであろう。しかし、訴訟物の規律をなさなくとも訴訟上の和解は成立しうるとする見解を採った場合（自説は、これにあたる）、例えば、訴訟終了の合意のみを含めた場合であっても、理論上、訴訟上の和解は成立しうるということになる（人訴法一三条には和譜という制度があることについては前述したが、この和譜は、そもそも仲直りの可能性を求めて訴訟を一時中止するにすぎないのであって、たとえ訴訟物についての規律を含まない点（離婚請求権の主張に触れない点）に共通性があるといっても、和解調書が作成されるわけではなく、同一の効果をもつものと結論づけるのは早計に過ぎるであろう）。確かに、通常の民事訴訟と人事訴訟とにおいては、その内容に差異があり、全く同一の手續原則を貫徹させることは困難とは思いますが、人事訴訟においては、常に当事者の意思よりも実体的真実発見の要請が優先するというものでもないであろう。職権探知主義をとるか弁論主義をとるかという問題も、訴訟資料を蒐集するに際しての原理のちがいであり、この点を強調したうえで私の私的自治の原則を排除するということにとれ程の妥当性が見出せるものであろうか。財産的紛争であれ、非財産的紛争であれ、その基調には、当事者の意思が置かれるべきも

説
のと思われる。畢竟、当事者による意思にウエイトを置いた場合、人事訴訟において、少なくとも離婚、離縁訴訟に

おいては、裁判上の和解は成立しうると考えられる。

以上のように人事訴訟における和解の可否という問題を考えるに至った理由として、「訴訟上の和解」というものが、概念上、従来と比べてかなり変容してきているのではないかという点が挙げられる。すなわち、和解概念の希薄化、曖昧化という視点である。この視点については、既述の拙稿において、私が一貫して主張していた点ではあるが、本テーマの考察を通して、その感を一層強くした次第である。すなわち、従来から言われていた訴訟上の和解についての定義——「訴訟物たる権利や法律関係についての互譲の必要性」なるものの曖昧さの露呈である。もしこの定義が厳格なものであるならば、人事訴訟において和解を成立させることは難しいであろう。しかしながら、人事訴訟においても、すべての領域にわたり得なくとも、和解をすることは可能なのである。なぜならば、そこでは、訴訟を終了させるとする当事者の意思が重要視されているからに他ならない。

このような観点からみるならば、訴訟の種類にかかわらず、訴訟の進め方（終了の意味も含む）においても、同様の考え方が指摘できるのではないだろうか。すなわち、当事者自治にウエイトを置くことよって、訴訟上の和解、訴の取下、請求の放棄・認諾といった判決によらずに訴訟を終了せしめる方法が、少しずつ均質化してきているのではないかという点である。確かに、理論上、その定義の間には厳然とした区別が今でも残存していることは否定しがたいが、実務上では、それらの境界はかなり不明瞭になっているものと推定される（例えば、訴訟上の和解の条項の中に訴の取下を容れること等）⁽²⁾。その点に着眼するならば、訴訟上の和解のなかに訴の取下を含ましむることも可能となりうるのではなからうか。同様に、請求の放棄・認諾も訴訟上の和解に含めることができるのではないだろうか。

そうなれば、判決と判決によらないで訴訟を終了させる諸制度との関係は、どのような図式として展開がなされるのか。

この問題について、次の論稿で解明していきたいと考えている。

(注)

(1) ただこの点については、拙稿「続」の「四 おわりに」の箇所においても指摘したことではあるが、訴訟物の規律の全くない、あるいはそうでなくとも、少なくとも権利、法律関係に全く触れない判断がひき出されるケースは稀ではあると思う。なぜならば、訴訟当事者は、実的に紛争が解決したがゆえに、判決を求める必要がなくなり、訴訟を終了せしめようとするのが通常ではないかと思われるからである。

(2) この点についての詳細は、前述の二拙稿参照。

