

研究ノート

訴訟上の和解についての一考察 (二)

— 第三者関与の問題 —

波多野 雅子

目次

第一章 序論

第二章 Ursula Wehrmann 理論の紹介

第一節 訴訟上の和解の法的性質

第二節 第三者関与型訴訟上の和解成立の可否

一 訴訟上の和解不関与の第三者の組み込み

二 訴訟上の和解への第三者関与

第三節 和解内容・効果への第三者の影響力の可能性

一 第三者が和解締結に関与しなかった場合

二 第三者が和解締結に関与した場合

第四節 訴訟上の和解の第三者への効果 (以上第四四号)

第三章 ドイツにおける学説・判例状況とその検討

第四章 日本における学説・判例状況とその検討

第三章 ドイツにおける学説・判例状況とその検討

ドイツ民事訴訟法において、訴訟上の和解に関する規定はわずかにあるにすぎず(九一条三項、一一八条一項三文、七九四条一項一号、七九七条a)、詳しく規定されたものは置かれていない状況のなかで、第三者を直接的・間接的に訴訟上の和解に関与させた場合に、その第三者を訴訟上の和解との関係のなかで、どのように位置づけることが可能なか。その問題を、第二章において Ursula Wehrmann の理論の紹介を試みるなかで若干模索を試みた。

本章では、Wehrmann が、この問題を検討するにあたって考察の対象とした項目のなかから、重要だと考えられる項目をいくつか取り上げ、それらの項目に関するドイツの学説や判例の状況を整理していくなかで、この問題のより精緻な輪郭へと導きたい。

まず第一に、訴訟上の和解の法的性質について。第二章第一節において、Wehrmann が列挙した訴訟上の和解の法的性質に関して、私法行為説、訴訟行為説、併存説、両性説の四つの見解に分かれる点について、特にドイツ学説上異論は見られない。しかし、ただ単に、ドイツ民法七七九条による実体法上の法律行為と考える私法行為説や単なる訴訟行為として考える訴訟行為説をとる見解は、ドイツにおいても現在はごく少数の者しか存在しないといわれている。訴訟上の和解は訴訟行為であると同時に、実体法上の法律行為が不可分に統一されたものであると形づけ、訴訟終結のための訴訟契約と同時に、当事者の実体法上の関係、すなわち民法七七九条の意味での和解を含むものとする

両性説が通説的地位を占めている。⁽³⁶⁾しかし、民法七七九条の意味での実体法上の和解と訴訟終結契約から構成される契約であると訴訟上の和解を構成しながらも、両性説のような両者の混合構成体とは考えず、別個独立したものとらえる併存説をとる見解も決して少なくはないのが、現在のドイツ学説のこの問題に関する状況である。⁽³⁷⁾

判例に関しては、手続法の諸原則を基準として、その効果をもつ訴訟行為であると同時に、実体法の諸原則が妥当する私法上の契約でもあるとする両性説を採っており、この見解は判例上ほぼ確立したものと解せられる。⁽³⁸⁾

次に、訴訟上の和解への第三者関与の問題と弁護士強制との関係をドイツの学説・判例はどのように考えているのであろうか。ドイツ民事訴訟法は、第七八条一項に、「地方裁判所及びその上級審のすべての裁判所においては、当事者は受訴裁判所において許可された弁護士を代理人としてこれに代理されなければならない」と⁽⁴⁰⁾と弁護士強制原則を明言している。その点が、本稿のテーマである第三者にもはたして必要か否かが論じられなければならない。

まず、一般論として訴訟上の和解に弁護士強制原則は適用されるのか。この点については、訴訟上の和解の法的性質論とも関係してくることであるが、訴訟上の和解は訴訟行為の側面を有していると考えられることからして、⁽⁴¹⁾当事者には弁護士強制原則が適用されるとするのが通説である。

それでは、第三者が訴訟上の和解に直接的に関与をした場合に、この第三者自身に弁護士強制原則は適用されるのであろうか。学説を全般的に鳥瞰してみると、その問題はむしろ否定的に理解されていると考えられる。⁽⁴²⁾諸学説が、訴訟上の和解に直接的に関与する第三者には弁護士強制は不必要とするその根拠は、以下のような理由に基づく。民事訴訟法七八条は訴訟当事者のみに適用されるべきものであり、第三者は訴訟当事者ではなく、しかもこの第三者は和解のみに参加したのであり、訴訟そのものに参加したわけではないということによる。この問題について、連邦通

常裁判所一九八二年二月一六日判決 (JRI1983, S. 369f.) からアプローチしてみることにする。この判例については、第二章 Ursula Wehrmann 理論の紹介の(2)の(3)で、Wehrmann 自身がこの連邦通常裁判所の判決がどのような問題点があると指摘しているかについて略記はしてあるが、⁽⁴³⁾ここで若干詳細に論じること、我が国にはない弁護士強制原則が、どのような角度から捉えられているのかに眼を向けてみたい。

〔事実の概要〕

建築業者は、建築依頼主を相手に建築報酬残額の支払い請求を提起した(前訴)。それに対し、建築依頼主は、建築家の設計ミスと施工ミスを理由として代価減額請求権を行使した。この訴訟は、受訴裁判所で和解が締結され、終結した。その際、建築家は証人として召喚され、弁護士をつけないで文言を調書に残し、読み聞かせられ、承認していた。その和解条項のなかの三項目めに、現在訴訟中(後訴)の原告(すなわち建築家)はこの和解に関与し、(前訴の)被告に八三〇〇DMを支払い、(前訴の)被告が、この訴訟で発生した費用の半分を負担するという内容が規定されていた。(後訴)原告は、その費用のうち三六七九DMを(前訴)被告に振替で送金したが、(前訴)被告は和解調書により強制執行をし、(後訴)原告の家具類を差し押えた。(後訴)原告は、和解による強制執行は実体上の抗弁から認められないと主張した。地方裁判所は、「和解は民事訴訟法七九四条一項一号の意味での原告に対する強制執行の名義にはならない。なぜなら、原告は地方裁判所の面前での和解締結の際に、弁護士に代理させていなかった。」として、原告の請求を認めた。

高等裁判所は、被告の控訴を却下。上告審は上告棄却、破棄差し戻しという判断を下した。

〔判旨〕

「民事訴訟法七八条一項によれば、そこに挙げられた裁判所の面前で当事者は各々受訴裁判所で許可された弁護士によって代理されなければならない。⁽⁴⁴⁾民事訴訟においては、形式的当事者概念が支配しているので、弁護士強制の規
定は訴訟当事者にとつてのみ妥当すると理解されなければならない。しかし、単に訴訟上の和解に関与した第三者は
訴訟当事者ではなく、また訴訟当事者として取り扱われることもない。まさに、七九四条一項一号において、当事者
間の和解と当事者の一方（あるいは両当事者）と第三者との和解は明確に区別すべきものである。したがって、訴訟
当事者と和解に関与した第三者との間には、法律上の地位において区別されるべきものである。∴ 第三者は当事者
類似の地位を有してはいない。∴ 訴訟上の和解の特色として挙げられる訴訟終結を第三者は惹起させることができ
ない。それは、もつぱら、和解締結により訴訟の（全部あるいは一部）の終了宣言をする訴訟当事者の問題である。」

また、弁護士強制が第三者が軽率な行為をすることから保護する目的を有するの点について、連邦通常裁
判所は以下の様な判断を下す。

「このような保護目的は、制限的に実現化すべきものである。弁護士訴訟においても、弁護士の関与なしで、直接
また裁判外で合意することは当事者に任されている。当事者は、その限りで裁判所の関与なしに相互に執行名義をつ
くることさえできる。そのことにより係属している訴訟は終了してはいないが、訴訟当事者の裁判外の合意の斟酌の
もとに、訴訟を終結させることはできる。その点について、関与した弁護士達も何ら変更はできない。訴訟当事者の
独自の裁判外の合意の場合、弁護士活動はその合意から当事者のために訴訟上の和解がなされるかどうかを検討する
ことに限定される。他人間の訴訟を解決する手助けをなし、自己に対する手続きを回避することを決心した第三者の
場合、この保護目的はより少ない。」と。

この連邦通常裁判所の判断に対しては、訴訟上の和解に関与する第三者にも弁護士強制は必要とするBergerfurth裁判官は、連邦通常裁判所がいう民事訴訟における形式的当事者概念と七九四条一項一号における当事者と第三者間には明確に区別すべきとする見解に同意するも、以下の点から反論する。Bergerfurth裁判官は、第三者は執行名義作成という国家的法的保護が必要であり、訴訟当事者の地位にほぼ等しいと考える。そして、連邦通常裁判所が和解に関与した第三者に弁護士強制を否定することが結果として適切としているが、その点を疑問とする。すなわち、第三者を弁護士強制下に引き込むことが、当事者訴訟の下における以上に困難なのか明白な理由が示されていないということ。また、弁護士関与に関する第三者の利益を余りに小さく評価している点を疑問とする。なぜなら、第三者が自己の義務を引き受け、専門的忠告を抛り所として義務の意思表示をなす前に再考できる機会を弁護士強制は確実にするからであると。そして、その点から、第三者が他の人以上に保護されない立場に置かれることは、何によっても正当化されない。このことは、民事訴訟法一一二条二項一文に⁽⁴⁵⁾明確に規定されているように、訴訟上の武器の平等命令に反することになる⁽⁴⁶⁾とする。

以上のように、Bergerfurth裁判官が重点を置いている点は、訴訟上の和解に直接的に関与した第三者は訴訟の当事者ではないが、法律知識が欠けているような場合に、それを補足し、第三者の利益を守るといふ観点から弁護士が必要とするものである。しかし、民事訴訟法七八条の〈当事者 (Parteien)〉という用語、すなわち、判旨のなかにあるように、民事訴訟における形式的当事者概念、それは当事者の範囲をできるだけ明確にし、曖昧さをできるだけ排除していくとする方向性から考えるならば、その概念のなかに、訴訟上の和解のみに関与した第三者自体を含ませることは、条文解釈上からは、ドイツ学説上多数の支持が得られないのは不可避的なことといえるかもしれない(現

実に、このような第三者の利益を守るために、弁護士強制が必要かどうかは別として⁽⁴⁷⁾。

第三に、和解調書により執行をする場合に、第三者はどのような権限が与えられていると、ドイツの学説・判例上考えられているのであろうか。この問題については、①訴訟上の和解に第三者が直接関与した場合、②訴訟上の和解に直接関与せず、訴訟当事者の和解内容のなかに間接的な形で第三者が関与させられた場合の二通りの関与の仕方から、前述した問題のアプローチを試みることにする。

① 訴訟上の和解に第三者が直接関与した場合。

第三者が、訴訟を終結させるために訴訟当事者の双方あるいは一方と訴訟上の和解を締結した場合、その和解内容が第三者を執行すべき債権者として、あるいは第三者を債務者として位置づけるような内容のものであれば、この和解調書自体を名義として、第三者は執行することができるし、また執行されうるとする点では、ドイツの学説・判例は一致をみている。

② 訴訟上の和解に直接関与せず、訴訟当事者の和解内容のなかに間接的な形で第三者が関与させられた場合。

問題になるのは、むしろこの②の場合である。この点について、訴訟当事者が訴訟上の和解において、訴訟に関与しない第三者に受益を与えたり、あるいは第三者が契約当事者として訴訟当事者の合意に関与することを内容とする和解を締結することも可能とされている(Winfried Schuschke/Wolf-Dietrich Walker, Vollstreckung und Vorläufer Rechässchutz 8. Aufl. S. 613. Hans Brox, Zwangsvollstreckungsrecht, 1996, S. 58.)。しかし、より問題となるのは、第三者が訴訟上の和解に実際に参加することなく、和解調書の事項内容において受益を与えられたことにより、この第三者にも執行する権限が与えられるか否かである(肯定するものとして、Bauer/Sturner, Rdnr. 226m. N. 否定するもの

として RosenberG/Gaul, §101B b bb, Schusckc, §794 Rdnr. 20)。

この問題を考察するに際して、常に引用されるミュンヒェン高等裁判所 (OLG München MDR1957, 490f.) とツェレ高等裁判所 (OLG Celle MDR1966, 767f.) をみて「くわん」とする。

ミュンヒェン高等裁判所は以下のように判断する。「訴訟当事者ではない者は、誰でももし裁判上の和解に関与しているならば、それにより執行できる。民法三二八条の意味で直接的権利を得た第三者にとつて、訴訟上の和解に第三者が関与していなかった場合にも、和解調書は執行名義とならなければならないという見解は法律上、明文規定がない。… 名義というのは、強制執行の基礎となるものであり、この手続きの当事者を決めるものである。原則として、執行名義に表示されている人々のために、そして、その人々に対してのみ執行される。法律上規定されている場合のみ、権利承継人にも妥当する。しかし、その前に、執行文が権利の承継人に与えられなければならない。これらの規定の目的は、執行名義の誤用を防止することである。… そのうえ、裁判所書記官に執行文を与えるか否かの判断を与えることになる。すなわち、裁判所書記官は、訴訟上の和解において考慮されている第三者が、訴訟関与者の一人に対して給付を直接要求する実体的権利を取得したか否かを判断しなければならないということである。」

ミュンヒェン高等裁判所の判旨に対して、Jaeninigは納得せず、以下のようにいう。「ミュンヒェン高等裁判所は、民事訴訟法七九四条の文言から、和解締結に直接関与しない第三者のための訴訟上の和解は存在しないということを導くが、それが正しいかどうかは、民事訴訟法七九四条の沿革史を吟味することが必要である。しかし、この沿革史からは、立法者が訴訟上の和解に直接関与しない第三者を考慮することを排除しようとしたかどうかは推定できない。

立法の文言にも、抛り所となるところはない。問題なのは、原則として、以下のことが区別できるかどうかである。第三者は、権利を直接取得しているが、ひとつには第三者が和解締結に関与した場合として。もうひとつは、第三者が和解締結に関与していない場合として。この場合、訴訟上の和解は、客観的関係においては、両場合とも第三者は含まれている。主観的関係においては、両場合は、その和解締結の際の第三者の関与の仕方が異なっているにすぎない。この違いは、民事訴訟法七九四条を拡大解釈することにより克服されうる問題である。この条文の沿革史が示していることは、第三者の和解締結を目標としているのではなく、第三者はそもそも訴訟上の和解に含まれるのであるということを確認しようとしているのである。和解締結に関与していない第三者を民事訴訟法七九四条に含ましめることは、外観上は、法律上規定された場合と異なっている。しかしそこから困難なことは何も生じない。すなわち、ミュンヘン高等裁判所の疑念は理由がない。それゆえ、第三者を訴訟上の和解に関与させる申し合わせは、民事訴訟法七九四条一項一号の意味での、第三者のための訴訟上の和解である。そして、第三者にとつて、執行名義となる⁽⁴⁸⁾。また、ツエレ高等裁判所も「訴訟上の和解に参加していない受益を与えられた第三者は、その和解を基礎として執行することができない。すなわち、このような第三者は、訴訟上の和解において執行債権者の地位を創造することはできない。訴訟当事者は、第三者に実体上の権利を利用させることはできるが、しかし、訴訟上の和解から執行する権限を与えることはできない。実体上の権利はそれ自体強制執行の可能性を全く与えることはない。」と。

以上のように、ミュンヘン高等裁判所の判旨と Jaernig の見解の相違が、この問題に関してどのように考えられるのか、その差異を明確に露呈させているものと思われるが、ドイツの学説においては、Jaernig の見解は少数説であり (Bonig, Der Prozessvergleich, 1957, S. 154f. OLG Celle MDR 1954, 746f.) ミュンヘン高等裁判所の見解に立

つのが通説であるというのが現況であろう。例えば、「訴訟上の和解によって受益を第三者に与えた訴訟当事者は当然執行ができるが、その和解に関与していない第三者は執行することができない。というのは、私法上の執行契約によつては第三者に和解に関与させることなく、弁護士代理の形態で、当事者としての訴訟法上の地位を取得させることはできない」(BGH86,164)。また、強制執行手続における当事者としての地位も取得させることはできない。」(BGH Fam RZ80,342,Köln Rpfleger85,305,Oldb FamRZ91,720) (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann,Zivilprozessordnung 57.Aufl.,S.1873)。あるいは、「執行文付与の権利は、和解締結に関与した当事者あるいは、関与した第三者(のその権利承継人)に対してのみ帰属する。和解締結に直接関与していない第三者に対しても、和解の当事者は給付請求権を実体法上根拠づけることはできる(民法三二八条 第三者のための契約)。しかし、それによつて受益を与えられた第三者は、当事者の地位に就くことはない。したがつて、執行正本を要求し、和解を執行する訴訟上の権利は要求できない。執行できるのは、和解が、第三者への給付に関するものであつても、当事者が申立てるかあるいは、和解締結に関与した第三者によるかのみである」(Stein/Jonas/Münzberg,Zivilprozessordnung, S.1867,その他同頁のもの) (Gerhard Lütke,Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung, S.2082,Richard Zöllner,Zivilprozessordnung, 19.Aufl.,S.1812.)。

しかし、その一方で、ツェレ高等裁判所 (OLG Celle 1954,9,16 MDR1954,746) のように、「訴訟上の和解で締結された第三者の契約は、訴訟上の和解締結に関与しなかつた第三者のためにも執行名義となる。すなわち、訴訟上の和解は、実体法上、手続法上の側面を有している。訴訟上の和解は、係属している判決手続において締結された私法上の契約である。訴訟上の和解の特別な訴訟上の効果はそのとき、和解締結に関与していない第三者にも効果を及ぼ

す」と訴訟上の和解に関与していない第三者にも執行名義となるとする判例も出されているが、この判旨に対して、Erich Segmüller は以下のように五つの点から、猛烈な攻撃を加える。

① 民事訴訟法七九四条一項一号の文言について。この規定は、「当事者間あるいは当事者の一方と第三者間で和解が締結されること」を前提としており、この文言から、既に和解締結への第三者関与の必然性が意味されている。訴訟関係がいかにして当事者によって決定されるのか。執行関係も訴訟上の和解に関連して、第三者の関与を通じて、同様に和解当事者として一義的に決められなければならない。

② 名義の内容の明白性について。訴えが訴訟上の和解によって執行できるのか、特に、法律上の調査をしなくとも裁判所書記官に容易に確認できるものでなければならない。民法三二八条により第三者に独自の請求権が帰属するか否かという問題は、訴訟上の方法によるのではなく、執行文を付与する際に裁判所書記官により調査され、判断されなければならないことになる。

③ 債務者は、第三者の請求（履行、取消等）に対して、執行異議の方法により、着手すべきである。

④ 訴訟上の和解に関与した当事者は、第三者に給付を請求する実体上の権利のみを与えることができ、その権利によって第三者は給付を請求することができる。しかし、執行債権者の地位は、私法上の契約によってはつくりだせない。

⑤ 和解に関与しない第三者のために執行文を付与する必要性がない。なぜなら、第三者は、和解に直接参加することもできるし、和解によって与えられた請求権を訴えによって追求することもできる。また、実体法上の観点からも不満足な結果となる。例えば、第三者に与えられた時効期間は、実体法により現存する期間（民法二二八条一項一号）

をはるかに超える。つまり、第三者は訴訟や訴訟上の和解に自ら関与することもなく、時効の過重禁止規定（民法二二五条）の例外を認めることになる。⁽⁴⁹⁾

また、第三者がたとえ債務者側の訴訟上の和解に参加し、そのとき、和解前文に「被告の側に関与した」という文言が付け加えられたとしても、第三者はそのことによって追加的に名義債務者になることはないとする判例も出されている（OLG Köln, 2. ZS, Urt. v. 17. 4. 1985, Rpfleger 1985, 305）。⁽⁵⁰⁾

以上のように、訴訟上の和解に直接関与することなく、ただ単に受益を与えられたにすぎない第三者は、訴訟当事者の地位にあるのではなく、和解調書により執行する権限も有していないというのが、ドイツの通説であり、判例の考え方である（Jauernigは少数説である。AG Bonn Beschl. v. 18. 12. 1996, Rpfleger 1997, S. 224f.）。

最後に、以下の点について補足しておきたい。訴訟上の和解に瑕疵がある場合（例えば、無効・取消事由がある場合、あるいは解除事由がある等の場合）に、訴訟上の和解に直接関与した第三者、あるいは関与せず、単に受益を与えられたにすぎない第三者にどのような権限が与えられていると、ドイツの学説上・判例上考えられているのだろうか。

この問題について、訴訟上の和解の法的性質をいかに考えるかという問題と密接に関連することは不可避的なことではあるが、意思の瑕疵を理由として無効、取消を認めるとするのが現在のドイツの通説・判例の考え方である（Hbg ZMR 96, 266, BAG, Urt. v. 21. 12. 1972, NJW 1973, 918, LG Schweinfurt, MDR 1983, 64）。⁽⁵²⁾ 当然、訴訟当事者には無効・取消の主張が認められることになるが、第三者の権限に関しては以下のような見解が大勢であろう。例えば、「訴訟終結効果が問題となるような、訴訟上の和解の有効性に関する見解の相違がある場合、それは原則として従来の訴訟

(旧訴)を続行して結論を出すことができないし、また、すべきである⁽⁵³⁾。しかし、訴訟上の和解に関与した第三者にはそのことは禁じられている。第三者が異議を述べるときは、民事訴訟法七三二条〔執行文付与に対する異議⁽⁵⁴⁾〕以下の法的救済あるいは同法七六七条〔請求異議の訴え〕による方法を必要とする⁽⁵⁵⁾ (BGH, Urt. v. 12. 16. 1982, JR1983, 369, 同旨 BGH86, 164, Winfried Schuschke/Wolf-Dietrich Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, S. 623)。*⁽⁵⁶⁾ てや、単に受益を与えられたにすぎない第三者には、権限は何ら与えられないと解されているといえるであろう。

(53) Thomas Putzo, Zivilprozessordnung 21. Aufl., §794 Rdnr. 3; Stein/Jonas/Leipold, 20. Aufl., §794 Rdnr. 4; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung 57. Aufl.: Rdnr. 4; Zeiss, Zivilprozessrecht, Rdnr. 517.

(54) Baumgärtel, ZPR87, 121, 133; Goldschmidt, Prozess als Rechtslage, S. 473f.; Holzhammer FS Schima, S. 217; Tempel FS Schiedermaier, S. 543.

(55) BVerwGE10, 110 = NJW1962, 1636; BGH1982 = JR1983, 24; BVerwG = NJW1994, 2306.

(56) 弁護士強制の合憲性が問題となった事案で、連邦通常裁判所は、①民法七七八条一項による弁護士強制は、一般的行為の自由(基本法二条一項)に違反しない。②連邦弁護士法一八条と結び付いた七八条は基本法三条一項の一般的平等原則に反しない。なぜなら、新しいラントでは、当事者は地方裁判所の面前における弁護士訴訟においては、一九九四年一二月三二日まで以前の東ドイツの弁護士法によって、東ドイツの地方裁判所に登録された弁護士により代理されうる、と判示した (BVerfG, Beschl. v. 12. 5. 1993, NJW1993, 3192.)。

(40) 『ドイツ民事訴訟法典』〈法曹会 平成五年〉

(41) Stein/Jonas/Münzberg, 21. Aufl., §719; Fritz Bauer, Zivilprozessrecht, 9. Aufl. S. 142; Thomas/Putzo, §78, Rdnr. 1; Zöller/Bearbeiter ZPO, 19. Aufl. Rdnr. 11 OLG Hamburg, MDR1956, 292; OLG Hamm, NJW1975, 1709; OLG Frankfurt, Rpfleger1980, 291; OLG

- Köln, NJW 1961, 786.
- (42) OLG Neustadt, NJW 1958, 795; OLG Koblenz, NJW 1971, 1043; LG Köln, MDR 1963, 140; Esser, FS f. H. Lehmann II, 1956, S. 732; Bonin, Der Prozessvergleich, 1957, S. 76; Fritz Bauer, S. 142; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, S. 1089; Stein/Jonas/Münzberg, S. 659.
- (43) 拙稿「訴訟上の和解についての一考察(一) — 第三者関与の問題 —」大阪経済法科大学論集第四四号二二五頁以下。
- (44) das Gesetz zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und Patentanwälte (1994) により七八条は変更され、完全に新しくなった。一地方限定原則(Lokalisierungsgrundsatz)と弁護士強制との結びつきが第一番弁護士訴訟には除去される。施行は、ラントについては二〇〇〇年一月一日、新ラントは二〇〇五年からとのことである(Richard Zöllner, ZPO, 19, Anl. S. 244)。
- (45) 一二二条二項一文「弁護士による代理が規定されていないときは、弁護士による代理が必要と認められるか又は相手方が弁護士により代理されている場合、代理の用意のある弁護士は当事者の申立てに基づき、その選択により、当事者に付き添う。」「ドイツ民事訴訟法典」(法曹会 平成五年)
- (46) JR 1983, S. 369f.
- (47) 弁護士強制が存在する限り、それは訴訟上の和解にも妥当し、両当事者並びに和解に参加した第三者も弁護士に代理されなければならぬとするものとして、Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, S. 1089.
- (48) Zsm. "Prozessvergleich zugunsten eines Dritten" JW 1960, S. 10f.
- (49) Zwangsvollstreckung des durch einen Prozessvergleich begünstigten Dritten, NJW 1975, S. 1685f.
- (50) ① 第三者が、債務者側の訴訟上の和解に参加し、そのとき和解前文 (Vergleichsprotokoll) に 被告の側に関与したということが付加されたとしても、第三者はそれによって追加的に名義債務者 (Titelschuldner) になることはない。② ① の場合、第三者は、債権者が同前文により費用確定決定を取得しても、費用賠償債務者にもならない。」(OLG

Köln, Beschl. v. 17.4.1985, Rpfleger 1985, 305.

- (51) ドイツにおいては、両親の別居中あるいは離婚訴訟係属中になされた子供（第三者）のための扶養請求権に関する扶養和解は、その子供のために（または、子供に対して）も効力をもつとする規定がある（民法一六二九条三項）。法改正によりこの条文が挿入されるまで、「民法三二八条一項による第三者のための契約の場合、要約者の債権と第三者の債権は別々に独立して存在する。しかし、債務者は任意に各々に給付することはできない。債務者はむしろ第三者への給付義務がある。父は、しかし、母と締結した扶養和解の目的と意義によれば、まさに子供に第三者として給付すべきではなく、母へ給付を望み、また、すべきである。もし、子供が両親の和解において受益を与えられた者として、その和解に関与するならば、その限りで、いずれにせよ経済上の保護効果が問題となる。子供が和解から独自の権利を引き出したり、執行したりすることは余計なことである。それによって、法律が民事訴訟法七九四条一項一号において、訴訟上の和解の概念について明確にしている文言のもつ制限が無視されることになる。」とする見解もあつた（Hans Hendl, Nochmals: Prozessvergleich über den Unterhalt der Kinder in Seidungsprozess der Eltern, NJW 1972, S. 712f.）。

- (52) 訴訟上の和解は純粹な訴訟行為であることを理由として、意思の瑕疵による無効を認めないものとして、Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, S. 1090.

- (53) 訴訟上の和解の取消・無効についての争いは、旧訴により解決すべきとするのがドイツの通説である（OLG Hamburg, NJW 1975, 225; BGH, NJW 1977, 583; Gerhard Lütke-Alfred, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, S. 2078.）。原告が訴訟上の和解の行為基礎が喪失していると主張する場合、この問題について発生する将来の争いは新訴において決着をつけるべきであるとする判例もある（BVerwG, Beschl. v. 27.10.1993, NJW 1994, S. 2306）。しかし、訴訟上の和解の有効性が問題となったときに、手続を続行するかどうかという問題は今日ほとんど真剣に争われていないとの指摘もなされている。
- (54) 七三二条「執行文の許容性に関する債務者の異議については、執行文を付与した書記課の属する裁判所が裁判する。この裁判は、口頭弁論を経ないことができる。②裁判所は、この裁判をする前に、仮の処分を発することができる。裁

判所は、特に、担保を立てさせ若くは立てさせないで強制執行を一時停止する旨、又は担保を立てたときに限り続行できる旨を命ずることができる。』『ドイツ強制執行法』(法曹会 昭和五一年)

第四章 日本における学説・判例状況

第三章 ドイツにおける学説・判例状況においては、訴訟上の和解の法的性質、第三者との関係における弁護士強制原則⁽⁵⁵⁾、和解調書に基づく執行の問題、和解に瑕疵ある場合の主張方法について、項目立ててドイツの学説・判例の現況を概観してきた。しかし、訴訟上の和解の法的性質、和解に瑕疵ある場合の主張方法については、日本において議論が尽くした感があるのは否めないし、また、弁護士強制原則については、我が国の制度とは異なっている(弁護士代理原則 民訴法五四条) 関係上本稿では割愛し、本章では、特に訴訟上の和解と第三者との関係、第三者との関係で和解に基づく執行の問題を学説・判例の観点からみていくこととする。

訴訟上の和解(あるいは裁判上の和解)に第三者を関与させることを認める点では、判例・学説とも肯定的に解している。

例えば、判例の見解をみると、

① 大審院判決昭和十三年八月九日評論二七卷民訴二九二頁

〔事実の概要〕

被上告人と訴外Aとの間において家屋の明渡並びにその家屋に関する昭和九年九月および一〇月の賃料相当の損害

金の支払いに付き当事者間に民事上の紛争が生じたので、被告人は大阪区裁判所に和解の申立てをなし、同裁判所において、昭和九年一月一日、同年一月一日以降被告人に訴外Aに対して、その家屋を賃貸すること、原告人外二名は訴外Aの賃借人としての債務に付き連帯保証をなす等の内容を盛り込んだ和解が成立し、訴訟は終結した。しかし、原告人は、訴外Aが家屋を賃借するにあたり、同人のため初めて連帯保証人となった原告人と被告Aとの間においては、ただ将来の債務に付き保証したのにすぎず、それによつて原告人と被告Aの間には民事上の紛争は存在しないのであり、被告Aと訴外Aとの関係と被告A对原告人間との関係を混合、同一視し、昭和九年一月一日以降連帯保証人となった原告人に、その和解が有効であるとするのは事実の判断を遺脱し、違法であるとして原告上告棄却。

〔判旨〕

「然レトモ訴ノ提起後ニ於ケル和解ナルト將タ又其ノ提起前民事訴訟法第三百五十六條ニ依ル和解ナルトヲ問ハス訴訟上ノ和解ハ争ノ目的タル法律關係ノ確定ヲ本旨トスルモノニ非スシテ争其ノモノノ終結ヲ目的トスルモノナレハ争ノ当事者ニ非サル第三者ノ加入ニ依リ此ノ目的ヲ達スルコトヲ得ルニ於テハ其ノ加入ニ依リ成立シタル和解モ亦訴訟上ノ和解タルヲ失ハス而モ第三者ハ自ラ和解上ノ債務者タルコトヲ諾シタルモノナルカ故ニ其ノ和解調書ハ右第三者ニ対シテモ亦強制執行ノ債務名義トナルモノトス」。

②大審院判決昭和十三年一月三日評論二七卷民訴三五八頁

〔事實の概要〕

昭和七年一月七日、原告が被告に対し約束手形金一二五八一円二〇銭及び之に附帯する損害金請求の訴訟を青森地

方裁判所に提起し、同年四月二〇日の口頭弁論において、原告と被告及び参加人達との間に裁判上の和解が成立した。この点について、上告人（すなわち被告）は上告理由において、和解調書記載の和解条項中、この訴訟事件に直接の利害関係のない参加人（被上告人）達と被告との間における契約にほかならないと主張。上告人によれば、民事訴訟法一三六条の和解とは、現に係属する訴訟事件について、その争いを止めるために行われるべきものであり、同条により裁判所の勧める和解は当該訴訟事件の目的である請求権の範囲に限定され、その請求権とは何らの関係のない他人間の係争物にまで延長して和解をなすべきものではない。ゆえに、原判決は裁判上の和解の性質を誤解し、十分に審理されていない不当な裁判であるとして上告した。上告棄却。

〔判旨〕

「然レトモ裁判上ノ和解ニ於テ訴訟当事者以外ノ第三者之ニ加入シ訴訟物ニアラサル他ノ法律関係ヲ加ヘテ合意ヲ為スコトヲ得ヘキモノナルト共ニ於テ所論ノ如ク第三者力加入ノ上訴訟物並他ノ法律関係ヲ併セテ原判示ノ如キ合意ヲ為シタルハ是等法律関係ヲ一括シテ解決スヘキ必要ニ出テタルモノト推認スヘキカ故ニ必スシモ該合意ヲ以テ訴訟法上及私法上無効ノモノト速断シ難ク而モ上告人ハ原審ニ於テ所論理由ノ下ニ右合意ノ無効ヲ主張シタル形跡ナキカ故ニ原審力此ノ点ニ関シ所論ノ如キ釈明ヲ遂ケス且判文上ニ於テ説示スル所ナキモ之ヲ違法ト云フヘカラス論旨ハ理由ナシ」。

③東京地決定昭和九年五月七日法律新法第三六四号二七頁

〔事實の概要〕

原告抗告人と被告間で、昭和六年建物収去土地明渡並びに反訴の事件の準備手續において、昭和七年二月二日

に裁判上の和解がなされた。その際、XはYの外一名と共に裁判上の和解に参加し、和解調書が作成された。昭和八年八月八日、強制執行をするため東京地裁書記より和解調書に執行文の付与を受け強制競売の申立てをなした。しかし、東京地裁は、和解調書の相手方Xに対する執行力がないことを理由に、昭和八年九月一日強制競売の申立てを却下したというものである。

〔決定要旨〕

抗告認容。「凡ソ訴訟ノ当事者間ニ於ケル裁判上ノ和解ニ於テ第三者タル訴外人モ当事者トシテ之ニ参加シ得ヘク此和解調書ハ當ニ該訴訟ノ原告被告ノミナラス和解ニ参加シタル第三者ニ対シテモ亦執行力アルモノト為スヲ相当トス」。

以上三判例から推論できることは、紛争当事者ではない第三者であっても、第三者が訴訟上の和解に参加することで、訴訟を終結させる目的を達することができる場合（①の判例）、あるいは、訴訟物並びに他の法律関係を併せて訴訟当事者と第三者が合意をしたような和解（②の判例）は、その和解調書自体、この第三者に対しても執行力を有する債務名義となりうる（①、③の判例。特に③の判例においては、第三者の位置づけを当事者として裁判上の和解に参加することができるとする）。

裁判上の和解への第三者関与の問題について取り扱った判例が必ずしも多くなく、また、かなり古いものがある（前述の判例の他、大判昭和八年五月一七日法学三卷一〇九頁、大判昭和十二年五月一日判決全集四卷一〇号三頁）、この問題について判例がどのような見解に立つのか鳥瞰し難いが、第三者が実際に和解に関与、参加し、和解内容を知ったうえで合意をし、和解調書を作成した場合には、和解調書自体が第三者に対しても、また第

三者にとつても執行力をもちうることにについては、全く問題がないと解釈されていると理解してよからう。しかし、第三者が直接和解に関与しなかったが、第三者に受益を与える趣旨の和解調書を作成した場合に、その第三者を法的にどの様に位置づけるべきなのかについては、判例がないため裁判所の見解を伺い知ることはできない。

それでは、この問題について、学説はどう考えているであろうか。この点についても、判例と同様、第三者が訴訟自体に関与しなくとも、和解自体に関与して、当事者の双方あるいは一方との間で⁽⁵⁶⁾実体法上の合意をすることができるといふ点で、明文規定は存在しないが、見解は一致している。訴訟上の和解に第三者が関与した場合をどう考えるかについて、多くの学説がその基礎に置く考えが兼子一博士の次のような考え方であろう。「第三者が、例えば保証人として参加することができるが、この者との関係では起訴前の和解に準じたものが、混合するものと見られる」(『民事訴訟法体系(増訂版)』(酒井書店 昭和五五年) 三〇五頁 同旨のものとして、中村英郎「裁判上の和解」『民事訴訟法講座 第三卷』(有斐閣 昭和三〇年) 八三二頁、三ヶ月章『民事訴訟法』(有斐閣 昭和五八年) 四四二頁、新堂幸司『新民事訴訟法』(弘文堂 平成一〇年) 三二四頁、松本博之・上野泰男『民事訴訟法』(弘文堂 平成一〇年)「松本博之」三三三頁)。兼子一博士は極めて短い文言でこの問題をとらえているので、もう少し詳細に論じた見解をみてみると、「訴訟当事者以外の第三者も、和解に加わることができる。例えば貸金請求訴訟における和解で、債務者の父が債権者に対して新たに保証するために加わるような場合である。さらに、和解成立のために必要がある場合には、第三者の法律関係を加えて和解することもできる。…実務上、第三者を和解に参加させる方法としては、利害関係人として直接和解の当事者とする場合が多いが、その第三者を六四条(現行四二条 筆者注記)によって当事者のいずれかに補助参加させたり、第三者をも加えて別に三五六条(現行二七五条 筆者注記)の起

訴前の和解を申し立てさせて和解調書を作成した上、本訴を取下させる場合もあるが、利害関係人として直接当事者としてよい。この場合には、第三者から利害関係人として参加する旨の申立をさせたり、当事者から裁判所に第三者を利害関係人として呼び出すことを求めて参加させる例が多い。いずれにしても、和解の当事者となった第三者に対しても和解調書の執行力は及ぶ」（菊井維大・村松俊夫『全訂 民事訴訟法 [1]』（日本評論社 昭和五九年）七七〇頁）。

すなわち、この問題についての理論的枠組みからするならば、訴訟当事者間の和解に第三者を関与させて権利あるいは義務を課すような形の和解を締結するならば、その和解は、本来の訴訟当事者間では訴訟上の和解であるが、その第三者と当事者との関係では、起訴前の和解を構成し、第三者を関与させた形での和解は、訴訟上の和解でありながら、そのなかに起訴前の和解を内包した形をしているということになるか。この点に関し、起訴前の和解の内包形態に疑問を呈する見解も、最近唱えられるようになってきている。例えば、伊藤真教授は云う。「第三者と当事者との間の和解が起訴前の和解の要件を満たしているかについては疑問があり、起訴前の和解との説明は、比喩の域を出るものではない。むしろ、第三者に和解当事者としての地位を認め、当事者と第三者との間の訴訟物に関連する合意は、それが調書に記載されることによって、訴訟上の一部となり、執行力などの効力を与えられると解すべき」（『民事訴訟法』（有斐閣 平成一〇年）三九九頁以下。同様に、第三者がこのような形で参加した場合、起訴前の和解と見る必要はなく、訴訟上の和解への参加と解すべしとするものとして、鈴木正裕・青山善充編『注釈民事訴訟法（4）』（有斐閣 平成九年）「山本和彦」四八〇頁。また、訴訟上の和解の法的性質からして、私法行為説の見解に立てば、起訴前の和解とはいわず、端的に訴訟上の和解と呼ぶことになる。石川明「第三者のためにする訴訟上の和解にもとづ

く強制執行について」『訴訟行為の研究』（酒井書店 昭和四六年）四一頁。また、理論づけはどちらもありうるが、強いて起訴前の和解だという必要はないかもしれないとするものとして、高橋宏志『重点講義民事訴訟法』（有斐閣 平成九年）五四九頁）。

以上の諸学説から問題点をいくつか列挙してみると、まず第一に、第三者が和解に関与した場合の形態の理論面の把握の仕方の相違。すなわち、起訴前の和解に準ずるものと位置づけるか、それとも端的に訴訟上の和解と位置づけるか。第二に、第三者が直接関与して締結された和解により作成された和解調書は、第三者に対してどのような効力をもちうるのか。第三に、前述した判例・学説のなかでは触れられていないことではあるが、訴訟上の和解をする際に、第三者を和解に直接関与させることなく、受益を与える形での第三者のためにするような和解内容を締結することが可能であろうか。第四に、このような和解締結が可能として、受益者である第三者は、この和解調書に基づいて直接執行債権者になりうるのかについてである。以上四点について、若干の考察を加えてみたいと思う。

まず、第一の問題について。起訴前の和解に準ずるものと位置づけるか、それとも訴訟上の和解と位置づけるべきか。前述のように、この問題については、起訴前の和解に準じたものと位置づけるのが現在の通説といえるであろう。しかし、新民事訴訟法が平成一〇年一月一日より施行されるようになり、このような位置づけをすると、理論面からアプローチしていく際に、若干不都合な点が出てきたことは否めない。というのは、起訴前の和解に関する規定第二七五条の四項に、次のような内容が新たに盛り込まれたことである。「第一項の和解については、第二六四条及び第二六五条の規定は、適用しない。⁽⁵⁷⁾」すなわち、第二六四条（和解条項案の書面による受諾）、第二六五条（裁判所等が定める和解条項、いわゆる裁判官仲裁）について、起訴前の和解については適用されないということになる。和解に

当事者ではない第三者が関与してくる場合に、起訴前の和解という形で位置づけをすると、その場合に裁判官仲裁はなされ得ないということであるから、第三者が和解に参加するためには、正式の訴訟参加という形をとるか、または、主観的追加的併合などで訴訟に加わるか、あるいは裁判官自身を仲裁人にして仲裁契約を結ぶといった形をとるしかなくなる。⁽⁵⁸⁾ 第二六五条との兼ね合い、また第三者と当事者との間の和解が実際に起訴前の和解の要件を満たしているかどうか、必ずしも確かな状況にあるとはいえない点等⁽⁵⁹⁾を検討するならば、直截に訴訟上の和解の一形態と理論づけても、それほどの不都合は生じないのではなからうか。むしろ、新民事訴訟法の条文と実務とに乖離が生じないように理論構成すべきであると思われる。

次に、第二の問題、第三者が直接関与して締結された和解により作成された和解調書は、第三者に対してどのような効力をもちうるか。例えば、「第三者が関与して成立した和解に無効等の事由があるとする場合、第三者は和解の無効、取消を主張して、和解で終了した訴訟手続きの期日指定の申立はできないし、当事者の期日指定の申立により訴訟手続が復活した場合でも、訴訟当事者とはならない。第三者が自己に関係した部分の和解の効力を争う場合には、和解無効の訴えを起すべきである。」とする見解が多数説である（梶村太市・深沢利一『和解・調停の実務（新版）』（新日本法規 昭和六三年）七〇頁、同旨 岩松三郎二編『法律実務講座 民事訴訟編 第三卷』（有斐閣 昭和三年）一六一頁、菊井維大・村松俊夫『全訂民事訴訟法（1）（補訂版）』（日本評論社 平成五年）一一五六頁）。また、第三者が和解上の債務者たることを約している場合などには、その和解調書は第三者に対しても債務名義となり、同時に第三者のために執行することができるという点において、学説上、特に異論はみられない（菊井維大『強制執行法（総論）』（有斐閣 昭和五一年）八七頁、斎藤秀夫編『注解民事訴訟法（3）』（第一法規 昭和五八年）「斎

藤秀夫」四〇三頁、鈴木忠一「三ヶ月章編『注解民事執行法(1)』(第一法規 昭和五九年)「大橋寛明」三三五頁、菊井維大・村松俊夫『全訂民事訴訟法 [I] (補訂版)』(日本評論社 平成五年) 七七〇頁。

この問題について付言するならば、第三者の訴訟上の和解への関与形態・在り方等について、理論的側面からは民事調停制度が一つの参考になりうるのではなからうか。すなわち、民事調停法第一条は、利害関係人の調停への任意参加、強制参加という形態を認めている。そのときの参加形態を当事者参加と考えるか、補助参加と考えるか。この点について、「理論的には、利害関係の程度によつて、当事者参加と補助的参加とが考えられるが、実際上は、多く前者の場合に本項(民事調停法第一条二項 筆者注記)による参加の必要が認められよう。調停では、この参加の形態を厳格に区別しない」(最高裁判所事務総局民事局編『民事調停法逐条解説』)とされており、また、民事調停法においては、当事者参加と補助参加の形態を区別しているわけではなく、むしろ民事調停への参加形態は当事者参加と考えた方が妥当であろう。すなわち、「民事訴訟において補助参加が認められるような場合についても、調停においては、紛争を調停の結果について利害関係を有する者の間において一挙に徹底的に解決する。いいかえれば、それは、調停の効力をその参加人に及ぼすことを目的としているから」ということになるのであろうか。民事調停法第一条の参加制度の趣旨が「調停の進行に伴つて、利害関係人が当事者と同じ立場に立つようになり、あるいは、当初の当事者に代わつて紛争の当事者たる地位に立つようになることもある。∴調停の建前は、紛争を徹底的に解決することにある。∴調停の対象が自然に拡大する場合には、その成行きに応じ、利害関係人を参加させて調停を成立させ、その効力も利害関係人に及ぼす、という趣旨である」⁽⁶⁾点からすると、それは和解の制度趣旨とも似通つたところがあると考えられる。任意参加が認められ、または強制参加が命じられると、そのことにより参加の効力が発生し、

調停手続上参加人は当事者と同様の地位を有することになる。ゆえに、参加人を関与させた形で調停手続上の合意が成立した場合には、この調停調書に記載された内容は参加人との間でも当然その効力を有することになる(民事調停法一六条、神戸地判昭二七・二・八下民集三二卷二号一六七頁)。しかし、参加人が手続に参加しても、参加人と当事者との間の合意が成立し、かつそれが調書に記載されなにかぎり、調停の効力は参加人には及ばないとされる(広島高松江支判昭三一・七・二六下民集八卷七号一三四七頁。しかし、この原審鳥取地米子支判昭三一・一・三〇下民集七卷一号一七一頁は反対の見解にたつ⁽⁶²⁾)。

なお、この調停調書により強制執行の申立をするには、原則として執行文の付与を得なければならぬ(民事執行法二六条)が、調停調書の執行力は、調停調書に当事者または、参加人として表示されたところの当事者または参加人に対して生じるとされる。参加人については、利害関係人として表示されていてもよいが、調停調書にこれらの表示がないかぎり、実質的な当事者または参加人であったとしても、これらのものに対して執行力は及ばない(広島高松江支判昭三一・七・二六下民集八卷七号一三四七頁)。

第三に、和解をする際に、第三者を和解の当事者として関与させることなく、第三者を受益者として位置づける様な和解内容を締結することが可能であろうか。この点について、我が国において特に反論する学説はみられないが、しかし、どのような理論づけのもとにそれが可能なかを詳論するというよりも、このような形で和解成立を否定する明文規定がない以上、このような和解も成立するという程度の位置づけがなされているにすぎない(斎藤秀夫・前掲本四〇三頁、梶村・深沢・前掲本九七頁)。ちなみに、この和解に関与しない者に受益を与える契約は、第三者のためにする契約、すなわち当事者以外の第三者に契約の当事者(要約者と諾約者)が自己の名において結んだ契約

により、その第三者に直接権利を取得させる内容を有する契約である（民法五三七条～五三九条）。このような形態の契約は、元来ローマ法では、「何人も他人のために契約することはできない」という原則があったので、第三者のためにする契約は認められなかった。フランス民法はだいたいその主義を踏襲したが、実際上の必要に基づいて、判例が次第にその範囲を拡張し、ドイツ民法（三二八条以下）、スイス債務法（一一二条二項）はこの契約を一般的に有効とし、日本民法もドイツ民法、スイス債務法と同じく、第三者のためにする契約を有効としているが、契約自由の原則からいって、当然のことと解されている。⁽⁶³⁾この場合、第三者は単に利益を受けるだけでなく、諾約者に対する権利を取得し、その権利も債権に限定されず、物権を取得させることや、諾約者が第三者に対して有する債権につき債務免除の効果を発生させることができる⁽⁶⁴⁾と解されている（大判明四一・九・二二民録一四輯九〇七頁、大判昭五一〇・二民集九卷九三〇頁）。また、第三者には権利取得のみだけではなく、付随的な負担を伴うような内容のものもよいとされている（大判大八・二・一民録二五輯二四六頁）。この際、第三者は受益の意思表示をすることが必要とされているが（民法五三七条二項）、しかし、第三者のためにする契約においての第三者の権利発生要件として、受益の意思表示が必要かどうかについては、判例上、学説上必ずしも一致をみていない。判例は否定し（大判大五・七・七民録二二輯一三三六頁）、学説はむしろ肯定説が多い。ただ、利益であつても本人の意思に反して強いられるべきではないとする法の趣旨を無視することは許されないし、また、第三者のためにする契約は負担付で権利を取得させることができることなどをも考慮して、否定的に解すべきとする有力説⁽⁶⁵⁾もある。

こうした内容をもつ第三者のためにする契約を、訴訟終結を容易化させるために和解内容に取り込むこと自体、判決とは異なる形での訴訟終了を旨とし、当事者の自由な意思が理論上生かされるとされている和解において、認めら

れることは当然であろう。しかし、そのことによつて問題となるのは、前述の第四の問題、すなわち、第三者と和解調書との関係、和解における第三者の法的地位の問題である。ちなみに、第三者のためにする契約における第三者の法的地位の位置づけであるが、第三者は契約の当事者ではないので、自ら契約を取り消しまたは解除することはできないし、法律行為の相手方の善意・悪意、過失の有無などの問題はもつぱら要約者について考えるべきとされ（大判大一四・七・一〇民集四卷六二三頁）、意思の欠缺や詐欺・脅迫の有無についても、もつぱら要約者と諾約者について考えるべきであるとされている。⁽⁶⁶⁾

私法上、このような関係にたつ第三者のためにする契約の形で、第三者に受益を与える内容を訴訟上の和解に取り込むと、第三者の法的地位、すなわち受益を与えられたことによる権利はどこまで認められるのであろうか。重要なことは、このような第三者は訴訟の当事者でもなければ、訴訟上の和解の当事者でもなく、訴訟当事者達によつて受益を与えられた存在であるにすぎないということである。ゆえに、例えば、訴訟上の和解に瑕疵があり、それを主張すること、また従前の訴訟の続行を要求するか、新时期を指定するかはあくまでも訴訟当事者の問題であつて、そこまで第三者に関与せしめることは困難であろう。しかし、何らかの意図で訴訟当事者が第三者に受益を与えたのであるから、受益に関する権限は第三者に与えられてしかるべきではなからうか。そうなると、第三者が登場してくるのは、和解調書作成後、和解調書に基づく履行がなされなかつたときに、第三者はどのような権限をもちうるのか、すなわち和解調書に基づいて、和解調書がその第三者のために債務名義となつて、直接執行債権者としての法的地位を取得できるかということである。当然のことながら、この第三者のためにする訴訟上の和解に基づいて、諾約者に対して要約者が債権者としての立場から強制執行することは可能である。⁽⁶⁷⁾しかし、受益者たる第三者自身が執行債権

者となりうるか否かについて見解は分かれている。例えば、否定する見解は次のようにいう。「要約者のみが執行債権者となるにとどまり第三者は執行債権者となりえないとするならば、受益者たる第三者が和解による利益を享受する意思を表示しても、その利益享受の実質が空疎になるとの考え方もあるけれども、執行力としては、債務名義の形式上の表示を基準とすべきであるから、債務名義に債権者として表示された要約者のみが執行債権者であり、受益者にすぎない第三者は執行債権者とはなりえないと解するのが正当である。」⁽⁶⁸⁾と。また、賛成する見解は次のようにいう。「第三者の受益の意思表示（民五三七条二項）をして取得する法的地位の内容は、まさに和解によつて設定された利益じたいであり、この第三者のための強制執行に別個の債務名義を要求することは、和解の機能を滅殺し、債務者を不当に利する。第三者の訴訟担当による訴訟上の和解の場合の利益帰属主体（民執法二三条一項一號）に準じ、第三者は、和解調書に交替執行文を得て強制執行を申し立てることができ、これを争う債務者は執行文付与に関する異議または執行文付与に対する異議の訴えを提起すべきものと解する。」⁽⁶⁹⁾と。

この問題に関しては、基本的には何らかの理由により第三者に受益を与えた当事者の意図を配慮し、また第三者の利益をも考慮して、第三者に執行債権者としての法的地位を与えるべきではなからうか。そのことにより、当事者双方に不測の損害が生じることはないであろうし、理に適っていると思われる。ただ、その際、少々問題を含むと思われるのは、この問題に関する反対意見がその理由として挙げている債務名義の表示上のことである。そもそも、債務名義というのは、強制執行によつて実現されるべき給付請求権（執行債権）の存在と内容とを明かにし、それを基本として強制執行することを法律が認めた（という意味で執行力のある）⁽⁷⁰⁾一定の格式を有する文書であるが、強制執行は、執行文の付された債務名義の正本に基づいて実施するものである（民執法二五条）。ゆえに、強制執行をするた

めには債務名義の存在と、その執行力の存在や範囲を公証する執行文を付与せしめる必要がある。その執行文を付与する機関として、事件の記録が存在している裁判所の書記官、また執行証書については、その原本を保存している公証人に付与する権限が与えられている（民執法二六条一項）。その執行文付与の一般的要件として、①債務名義となりうる性質の文書が存在していること。②強制執行に親しむ請求権が表示されていること。③その執行力がすでに発生し、なお存続していること。④執行文付与の申立人のために、またその相手方に対して、債務名義の執行力が及ぶことが必要になるが、特に本稿では、④の要件の執行当事者適格が第三者にあるのかということが問題となる⁽⁷⁾。執行当事者適格を有する者として、民事執行法はその第三条に強制執行をすることができる者の範囲を明記している。訴訟上の和解において受益を与えられた第三者は、「債務名義に表示された当事者」（民執法二三条一項一号）と位置づけることはできないが、同条一項二号の「債務名義に表示された当事者が他人のために当事者となった場合のその他人」（いわゆる第三者のための訴訟担当における利益帰属主体）に準じた法的地位を有する者として位置づけ、承継執行文を付与することによって、執行債権者としての法的地位を与えるのが好ましいのではなからうか。

第五章 結語

以上、訴訟上の和解に第三者が直接的・間接的な形で関与した場合の、第三者の法的位置づけを、Ursula Wehmannの理論、それをとりまくドイツの学説状況・判例状況を概観するなかで、それを比較参考資料としながら、我が国の問題へ投影する形で考察を試みた。その結果は、第三者の和解への関与を明文で規定しているドイツ（民訴法七九四

条)と明文規定のない我が国と、理論上はそれ程の差異はなく、ドイツの学説・判例をみていくことで、新たにこの問題を構築していくための理論的支柱を見出したとは言い難いが、ほとんど最近では検討されることのないテーマを再考するのに良い機会を得たと云えるであろう。特に、和解に直接関与することなく、単に受益を与えられるにすぎない第三者の法的位置づけは、今後詳細に検討し、より精緻な理論的枠組みを明確にすべきであろう。このような形での第三者関与のケースはすくないであろうし、考えようによっては、そのような第三者を、そこまで優遇する必要があるのか、すなわち、訴外の第三者を利害関係人として和解のなかに取り込むことが可能なのであるから、そのような形の和解を成立させることにどれほどのメリットがあるのかといった反論も予想される。

しかし、ひとつには訴訟当事者の視点から考察してみよう。まず、訴訟上の和解という制度の特質から理論的に考えるならば、和解するか否かの決定の自由、和解対象選択の自由、和解内容形成の自由といった当事者自治が最大限生かされるべき領域であり、ここにこそ本来の訴訟上の和解の存在価値がある。当事者間の紛争が解決する限り、公序良俗に反しない等といった一定の制限があるのは当然として、幅広く和解内容を形成できることを認めてしかるべきであろう。その一方、単に受益を与えられたにすぎない第三者の視点から考察してみると、たとえそのような立場にある第三者であっても、受益の意思表示をしたにもかかわらず、それが履行されない場合に、第三者自身が容易にそれを実効性のあるものとするのができないというのでは、第三者にとつて酷であるし、またそれではその和解自体大きな意味をもたなくなってしまう。両者の視点からして、より実効性をもたせるためにも、このような第三者にも執行者としての地位を明確に与えるべきである。

(55) 我が国には弁護士代理制度しかないが（民訴法五四条）、弁護士強制により訴訟当事者等に法的な知識を与えるという面においては有意義であろう。ドイツのように弁護士強制主義をとり、弁護士数の多いところ（一九九三年に六万七二〇〇人の登録があり、その中には旧東ドイツの弁護士が東西ドイツ統一後もそのまま弁護士資格を認められたことにより、一九八〇年には三万六〇〇〇人であった弁護士数が一〇年間で、一・八倍になったとの指摘がある。加藤雅彦他編『事典現代のドイツ』（大修館 平成一〇年）二〇二頁。一方、日本では一万二二三三人（自由と正義 四五卷一二号）であり、弁護士一人あたりの国民数でいくならば、ドイツは日本の七倍に該当する）では第三者に弁護士をつけることは、實際上可能であるが、日本のような事情（例えば、弁護士の地域的偏在、特に、東京等の大都市に約七割が集中している等）を考慮するならば、現段階では弁護士強制主義をとることは難しい。なお、明治期にドイツ民法を継受したとき、弁護士強制制度を導入しようとの動きがあったが、当時の弁護士数が十分でなかったためできなかったといわれている。谷口安平「弁護士の需要と供給」日本弁護士連合会編集委員会編『あたらしい世紀への弁護士像』（有斐閣 平成九年）八〇頁。しかし、司法改革の一環として、司法試験の合格者数が増員され、弁護士が増大していくなかで、訴訟における弁護士のありようが変容していく必要性があり、弁護士代理原則では弁護士をつけられない、あるいはつけられない場合に生じる訴訟当事者の不公平さを是正するためにも、弁護士強制主義への門戸を開かなければならない時代も来ることもあるであろう。その際、現存する法律扶助制度の拡充等を図り、訴訟当事者の弁護士費用負担の軽減をはかる必要もある。ちなみに、法律扶助制度における我が国の国庫負担額は極めて低く（一九九七年度震災被災者援助を除いて約三億二六〇〇万円〔全体の事業費約二三億六〇〇万円〕）、他のいわゆる先進諸国と比較すると、相当劣悪状態である。例えば、イギリス：約一四六億円（九四年度）、フランス：約一八二億円（九三年度）、ドイツ：約三六三億円（九〇年度）、アメリカ：約四六二億円（九四年度）、小林元治「法律扶助立法を間近にして」自由と正義五〇巻六号四九頁。なお、法務省は二〇〇〇

年度の予算の概算要求として、法律扶助事業費補助金を二億六九〇〇万円計上している（朝日新聞一九九九年八月二八日付夕刊）が、民事法律扶助法（仮称）の早期の成立が望まれる。この民事法律扶助法案は二〇〇〇年度通常国会に提出され、二〇〇一年度から新制度実施が予定されている。法案では、国が主体的に法律扶助事業に携わることが明記し、扶助協会は国の指定法人とする、扶助の対象世帯については、弁護士に法律相談を無料とする、生活保護を受けている人が裁判に負けたり、勝訴しても損害賠償をうけられなかったりした場合には、立て替え費用の返済を求めない、といった内容が規定される方向とのことである（朝日新聞一九九九年四月二二日付朝刊）。

(56) 吉戒修一・前掲注(7) 四六八頁。吉戒氏は、第三者が参加する訴訟上の和解について、当事者双方の和解に第三者を参加させて成立する和解であり、当事者の一方と第三者との間でのみ和解を成立させることはできず、仮にそのような和解が成立したとしても、それは訴訟上の和解ではなく、訴訟終了の効果を有しないとす。

(57) このような規定が置かれた理由として、特に第二六五条（裁判所等が定める和解条項）の制度自体が裁判所と当事者との信頼関係に基づくものであり、起訴前の和解に適用する必要性が乏しかった点が指摘されている。柳田幸三他「新民事訴訟法の概要」(7) 四六〇六号二五頁。

(58) 高橋宏志教授は、起訴前の和解ないしそれに準ずるものとするか訴訟上の和解とするか理論づけはどちらも有り得るところであるが、前者に組みするには若干疑問視している。『重点講義民事訴訟法』(有斐閣 平成九年) 五四七頁。

(59) 伊藤真・前掲注(8) 四〇〇頁。

(60) 小山昇『民事調停法概説』(有斐閣 昭和二八年) 七一頁。

(61) 小山昇『民事調停法〔新版〕』(有斐閣 昭和五二年) 一五九頁。

(62) 民事調停法 一条の参加手続を経ないで利害関係人が調停手続に関与し、利害関係人も加わって合意をさせ調書に記載されたときは、任意参加につき黙示の許可があったか、黙示の強制参加命令があったとみて、調書の効果はその利害関係人にも及ぶとされる。梶村太市・深沢利一『和解・調停の実務〔新版〕』(新日本法規 昭和六三年) 三五四頁、石川明 梶

- 村大市『注解民事調停法』(青林書院 昭和六一年)「高見進」一五九頁。
- (63) 遠藤浩編『基本法コンメンタル』(第四版)債権各論 I (日本評論社 平成七年)「小川英明」四七頁、新堂明子「第三者のためにする契約法理の現代的意義(二)」法協第一一五巻第一〇号一四八五頁。日本の判例・学説が民法典の規定の乏しさも手伝ってか、第三者のためにする契約法理に関する一般理論あるいは一般的な分析枠組みについてあまり議論してこなかったという。また、二〇世紀後半になり、ドイツ、イギリス、アメリカにおいて第三者のためにする契約に関する新しい問題が噴出しているという。すなわち、契約法と不法行為法の連続性が指摘される中で、両法を連結する一つの法理として、あるいは両法の中間に存在する一つの法理として、第三者のためにする契約法理を位置づけることができるのではと模索をする。
- (64) 鳩山秀夫『増訂日本債権法』(各論) (岩波書店 昭和七年)一八〇頁、末広敏太郎『債権各論』(有斐閣 大正七年)二〇八頁、末川博『契約法』(上) (岩波書店 昭和三三年)一一二頁、石田文次郎『債権各論』(早稲田大学出版部 昭和三年)一九頁。ちなみに、保険では、受益の意思表示を不要とする明文規定が置かれている(商法六四八条、六七五条)。
- (65) 遠藤浩編・前掲注(63)「小川英明」五〇頁。
- (66) 谷口知平『五十嵐清編』新版『注釈民法』(13) 債権(4) (有斐閣 平成八年)「中馬義直」六三五頁。
- (67) 広島高決昭三〇・一・一七高裁民集八巻一号二三頁。第三者が受益の意思表示をしない場合でも、要約者は諾約者に対し第三者に給付すべき旨の請求権を行使することができるし、また強制執行ができるとする。東京地判昭三一・九・二四下民集七巻九号二五九三。第三者が受益の意思表示をしたとしても、要約者は第三者に給付すべき旨を諾約者に請求する権利を失うものではないとする。
- (68) 岩野徹他編『注解強制執行法』(1) (第一法規 昭和四九年)「鈴木忠一」五六七頁、斎藤秀夫編『注解民事訴訟法』(3) (第一法規 昭和五八年)「斎藤秀夫」四〇三頁、吉戒修一・前掲注(7)五二二頁、梶村大市・深沢利一・前掲注(62)九七頁。

- (69) 中野貞一郎『民事執行法〔第二版〕』（青林書院 平成六年）一六〇頁、この問題について積極的に解する他の説として、ドイツ法を母体として詳細に論じたものとして、石川明『第三者のためにする訴訟上の和解にもとづく強制執行について』『訴訟行為の研究』（酒井書店 昭和四六年）四一頁以下。菊井維大『強制執行法〔総論〕』（有斐閣 昭和五一年）八七頁、鈴木忠一『三ヶ月章編』『注解民事執行法(1)』（第一法規 昭和五九年）「鈴木忠一」三三六頁。
- (70) 中野貞一郎・前掲注(69) 一三九頁。
- (71) 中野貞一郎・前掲注(69) 一三九頁。