

研究ノート

訴訟上の和解についての一考察 (一)

— 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
二 一	訴訟上の和解不関与の第三者の組み込み
二 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
二 一	第三者が和解締結に関与しなかった場合
二 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 (以上本号)

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

第五章 結語

第一章 序論

訴訟上の和解に関しては、旧民事訴訟法当時、裁判所等による和解勸試の規定（旧民法一三六条一項 現行民法八九条）と和解調書等の効力に関する規定（旧民法二〇三条 現行民法二六七条）があるにすぎず、従来、訴訟上の和解の法的性質、和解調書の既判力の有無、和解に瑕疵がある場合の無効主張方法等について論争がなされてきたのは周知の事実である。⁽¹⁾そして、その論争を通して理論的には問題点が尽きてしまったかの感を与えている。しかし、新民事訴訟法になり、和解条項案の書面による受諾（二六四条 和解の方式については民訴規一六三条）、裁判所等が定める和解条項（二六五条 和解の方式については民訴規一六四条）、現地和解（民訴規三二条二項 訴訟上の和解を締結する場所に関して裁判所又は受命裁判官若しくは受託裁判官は、相当と認めるときは、裁判所外において行うことができる）が新設され、旧民事訴訟法時代に議論を尽くしたかに見える訴訟上の和解理論を、再度新民事訴訟法の観点をも加味した角度から見直す必要があるように思われる。それも、理論面のみならず、実務面（訴訟

上の和解は訴訟当事者の意思による自主的紛争解決方法と位置付けられながら、実際上和解勸試がかなり強力に押し進められていることから、当事者の自由な意思が相当浸食されているように思われる。⁽²⁾ 特に新民事訴訟法に新設された裁判所等が定める和解条項制度（二六五条）は一種の仲裁であり、⁽³⁾ そのようななかで当事者の手続保障のあり方、裁判官の和解のやり方について問題が含まれているように思うが、この問題については別稿を予定している⁽⁴⁾ 両側面からの考察が必要であろう。特に、訴訟上の和解の問題は現在和解のやり方（例えば、時期、方法）等、実務の問題を中心に動いている様相を呈している。⁽⁴⁾

このような状況にある現在であるからこそ、先行する実務のなかに理論の影が薄くならないように、本稿では理論の問題を考察対象としている。すなわち、利害関係人が第三者として訴訟上の和解に関与した場合に和解は成立するのか。成立するとした場合、その法的構成をどのようなものと解するのか、また関与した第三者の地位をどう考えるのかといった点に焦点を絞って検討していくこととする。實際上、第三者が利害関係人として入った形で和解がなされる第三者関与型訴訟上の和解は少なくないといわれている。⁽⁵⁾ 新民事訴訟法成立論議のなかでも、和解の手続のなかに第三者が利害関係人として参加する手続が整備できないか考えられていたそうであるが、整備しなくとも運用でやれるのではないかということ、立法には結びつかなかったということが指摘されている。⁽⁶⁾ 確かに、実務上特に問題もなく、支障もなく運営されてきているのだから、理論を詰める必要はないとする見解もありえよう。しかし、理論に裏づけされない実務運用は、ともすれば問題を早く処理するという迅速性が重んじられがちである。それでなくとも民事訴訟における理論と実務の乖離が大きくなっていくように感じられるし、しかも実務が先行していく傾向がこのところ強まっているように思われる。運用により、その場その場で問題の処理をはかるよりも、きちんと理論に

裏打ちされた手続を整備していくことにより、法的効果の影響を受ける第三者の手続保障を充足させ、第三者関与による訴訟上の和解の運用を公正に迅速に行うことが可能となるのである。

本稿のテーマについては、残念ながら、日本にあつては、論じられた文献がほとんどなく、また民事訴訟法の体系書においてもわずかに触れられているに過ぎない⁽⁷⁾。その理由として、前述のように、実務上特に問題がなく、理論的に関心が払われてこなかったということも考えられるが、理論に補強された実務運用の必要性という観点から、本稿テーマを検討してみたいと考える。

なお、本稿テーマの考察においては、訴訟上の和解への第三者の関与を明記しているドイツ(ドイツ民法七九四条一項一号は、「当事者間あるいは当事者の一方と第三者との間で争訟を解決するために成立した訴訟上の和解」(Vergleichen, die zwischen den Parteien oder zwischen einer Partei und einem Dritten zur Beilegung des Rechtsstreit))は債務名義となり、それに基づいて強制執行できるとする)の理論・判例状況を把握するなかで、この問題を分析したいと考えている。特に、本稿では、まず最初に Ursula Wehrmann: Die Position des Dritten im Prozeßvergleich in materiellrechtlicher und prozessualer Hinsicht (Europäische Hochschulschriften: Bd. 1711) PETER LANG, 1994 の論文内容を紹介するなかで本稿テーマの論点を絞り、この問題の理論的支柱を構築する一助としたい。ただ、本稿ではドイツ理論を範として論を進めていく形をとるが、私自身は、従来の法律学が範としてきた外国の制度・理論の無批判な継受という時代は既にほぼ終了したと考えている。確かに我が国はドイツ法を範とし、それを母法として発展してきた歴史的経緯が存在することは否めないし、我が国の法制度が基本的に大陸法に属することは確かである。しかし、現在の我が国ではすでにドイツ法に関係しない法制度が導入されており、「母法」という言葉自体が急速に死語とな

りつつある点も指摘されている。⁽⁹⁾ ドイツ等の外国の制度・理論に盲目的に固執し、それを我が国に引き入れられないかというスタンスを捨象し、むしろ批判的なまなざしを常にもちながら、本稿のテーマの理論的枠組みに何らかの示唆を得られ得るのか否かを念頭において論を進めることとしたい。

(1) 具体的にどのような学説、判例状況であるかは拙稿『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—(法学研究六二巻一—号八七頁(注)(8))以下参照。

(2) 和解勧誘の問題については、実務上、理論上様々な角度からの論文があるが、以下の論文参照。那須弘平「謙抑的和解論—和解の判決手続きに与える影響を中心にして—」『木川統一郎博士古稀祝賀 民事裁判の充実と促進(上)』(判例タイムズ 平成六年)六九二頁以下。那須弁護士は現実に行われている和解の実情から、従来和解の特色として挙げられていた利点、例えば、妥当な解決、自治的(または自主的)解決、迅速な解決、円満な解決に対する疑問、又、裁判官、弁護士双方に和解頼みの心理が働いて、時間と労力を格段に要する証拠調べに突入することをためらわしている面がある等、重宝がられている和解のもつ弊害をも指摘する。

吉野正三郎「民事裁判における裁判官、弁護士の役割」法と民主主義二七四号。訴訟上の和解のもつ問題点を次のようにいう。第一に、和解は法規範を作ることには寄与しない点。第二に、訴訟上の和解に積極的な評価を与えすぎると、裁判官による事件管理の思想の温床になってしまう点。第三に、裁判が密室化するという点。

その他、水俣病による損害賠償訴訟における和解勧告をめぐる次のような激しい紙面論争も戦わされている。加藤一郎「司法と行政—水俣病をめぐる—」判タ七八二号二頁以下。加藤氏は、裁判所による和解の強要は、「裁判を受ける権利」を奪うものであり、憲法に違反するという。すなわち、「和解への参加を強く求め、それに応じない者を非難攻撃す

ることも、憲法の精神に反することである。それを裁判官が求めるだけでなく、原告の弁護士や、それに乗ったマスコミが和解の手續に入らない国を非難・攻撃するのは、憲法を無視するものである」と。この論文に対し、水俣病訴訟原告弁護団の一人である原告側の訴訟代理人である松野信夫氏からの反論として、「和解勧告に関する一考察―水俣病訴訟をめぐる―」判タ七九二号五二頁以下。

- (3) 吉田元子「和解②―裁判所等が定める和解条項」『新民事訴訟法大系第三卷』（青林書院 平成九年）三四一頁以下。この制度が新設されたことにより、訴訟上の和解に関する従来の議論においても、その問題意識に一定の変化がもたらされる可能性、処分権主義の概念の再検討、又、この制度は事実上裁判官に仲裁人としての権限を与えたものであることから、司法権の概念を再検討する契機となる可能性をも指摘する。その他、この制度新設により当事者の選択肢が増えること、利点が生じるとすると同時に、新法二六五条によって裁判所等の権限が拡張され、和解運営の効率化のなかで、当事者の手続保障がその解釈・運用に負う面の大きさを看過してはならないとする。

- (4) 司法研修所編『民事訴訟のプラクティスに関する研究』（法曹会 平成元年）一四一頁以下、草野芳郎『和解技術論―和解の基本原理解』（信山社 平成七年）、「座談会 裁判官の和解技法―日米比較―」判タ八八三号四頁以下、杉井巖一「和解」日弁連ドイツ民事訴訟視察団編『弁護士からみたドイツ民事訴訟の実態』（成文堂 平成七年）二二二頁以下他。

- (5) 浅沼武他「和解（二）法の支配四二二号六二頁以下。第三者関与の態様について、このプラクティス研究会出席者から様々な角度からの発言がなされている。

- (6) 「新民事訴訟法をめぐる」ジュリー一三二号「福田剛久発言」一一三頁。現実の実務では、第三者が利害関係人として参加する手續があり、参加の書面を出して、その第三者の代理人として弁護士が付いて手續が進んでいくということがあるとのことである。なお、福田判事は、前述のようなケースでは、和解の手續において、その第三者は当事者と同じと考えられていると指摘する。

- (7) 吉戒修一「和解調書作成上の問題点」後藤勇二藤田耕三編『訴訟上の和解の理論と実務』（西神田編集室 昭和六二年）

四六八頁以下。

- (8) 兼子一『民事訴訟法体系』（酒井書店 昭和三十一年）三〇五頁。訴訟上の和解に第三者が関与した場合について、「第三者が、例えば保証人として参加することもできるが、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」という記述があるにすぎない。以下同趣旨のものとして、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）三三四頁、上田徹一郎『民事訴訟法（第二版）』（法学書院 平成九年）四二二頁、松本博之・上野泰男『民事訴訟法』（弘文堂 平成一〇年）三三三頁。以上のような訴訟係属が存在していない第三者との関係では、その和解を起訴前の和解とみる諸学説に対し、伊藤真教授は以下のようにいう。「第三者と当事者との間の和解が起訴前の和解の要件（二七五I）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、比喩の域をでるものではない。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よって、訴訟上の和解の一部となり、執行力などの効力を与えられると解すべきである」『民事訴訟法』（有斐閣 平成一〇年）四〇〇頁。同様に、このような場合の第三者について、起訴前の和解とは考えず、訴訟上の和解への参加と解するものとして、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。

- (9) 「比較のなかのわが国の民事訴訟法」 民訴雑誌四五号「三木浩一発言」一二八頁。

第二章 Ursula Wehrmann 理論の紹介

Ursula Wehrmann の論文は、訴訟上の和解に第三者が関与した場合の問題を実体法上、訴訟上の両側面から検討を加えた詳細なものであるが、本稿のテーマを思考するに必要と思われる範囲での内容紹介に止めたい。

なお、本章引用の法典はすべてドイツ法典である。

第一節 訴訟上の和解の法的性質

Wehrmannは、第三者関与型訴訟上の和解の問題を検討する出発点として、訴訟上の和解の法的性質について考察する。Wehrmannは、法的性質について以下の四つの説に分類する。

①私法行為説(実体法説)⁽¹⁰⁾…訴訟上の和解は訴訟の範囲内で発生する実体法上の契約であると考える説。その第一の目的は、紛争の除去であり、副次的に手続終結の訴訟上の効果が必要になるとする。Wehrmannは訴訟上の和解を純粹に実体法的性格をもつものではないとする理由として、以下の点を挙げる。一つには、この説は当事者の訴訟を終結する意思を斟酌しておらず、実体法の部分のみに重きを置くのであれば、裁判外の和解でも可能である。しかし、これは手続を終結させることはなく、ただ手続終結の意思表示の陳述をする義務を負うにすぎない。また、この見解には法律の根拠がないとWehrmannはいう。民訴法七九四条一項一号は訴訟上の和解は執行名義になると明記しており、訴訟上の和解の手続終結効果については争いがないが、純粹に実体法上の法律行為からこの訴訟上の効果を導くことは不可能とする。

②訴訟行為説⁽¹¹⁾…訴訟上の和解を純粹に訴訟上の性質をもつものと考えられる説。この説によると、民訴法七九四条一項一号の文言からすれば、当事者が和解によって争訟を終結するのは明らかであり、訴訟終結は訴訟上の和解の効果であるばかりでなく、裁判外の和解の場合に実体法上の紛争解決がなされるのも、訴訟上の和解の内容になるとする。この訴訟行為説に対し、Wehrmannは以下のように反論する。訴訟上の和解というのは訴訟上の効果のみならず、実

体法上の効果も有している。紛争は実体法上解決されれば、手続も終結する。訴訟行為説からすれば、訴訟上の和解中の実体法規定は訴訟法のみを服するということになるが、その規定は訴訟上の和解の実体法的部分には不適合である。訴訟法規定を単に適用することは、和解でなされる実体法上の内容の陳述は一つの訴訟行為であり、取り消すことができなくなる。例えば、意思の瑕疵があつた場合も、当事者は自らの意思表示に拘束されることになるが、これは立法の傾向（ドイツ民法の規定には意思の瑕疵のある意思表示は無効とされており、訴訟上の和解において意思表示がなされたとしても同じである）に反していると Wehrmann は指摘する。

③併存説⁽¹²⁾：訴訟上の和解を訴訟終結と実体法上の契約が観念的に併存しているものと考えられる。この説によると、訴訟上の効果は訴訟法、実体法上の効果は私法に基づくものとされる。しかし、Wehrmann は、併存説によると不定な状態が惹起されると指摘する。すなわち、併存説からすると、実体法上無効であっても他の契約部分に影響はなく、民法一三九条⁽¹³⁾や侵害される法規の保護目的から判断されることになるが、Wehrmann はそれは当事者の意思に反するとする。すなわち、紛争当事者にとって、手続の終結は実体上の紛争解決なしには考えられないのであり、当事者は一定の実体法上の内容によつて手続を終結し、その合意が無効であれば、本来の訴訟も終結しないという依存関係が存在することを、併存説は全く顧慮していないと指摘する。Wehrmann は併存説に対し、旧訴訟行の可否の点からも異議を述べる。すなわち、併存説によると、手続終結と実体法上の無効とは無関係ゆえ、実体法的観点からすれば訴訟上の和解が無効だとしても、従前の紛争は常に新訴で判断されることになる。新訴では旧訴の結果は斟酌されないことになるが、新訴を行うことは時間と金の浪費であり、訴訟経済上の観点からも問題があるのではないかと

Wehrmann は併存説に疑問を投げかける。

④両性説⁽¹⁴⁾：訴訟上の和解を訴訟上の面と実体法上の面が不可分に統一体を形成しているものととらえる説。両性説に立てば、原則として実体法上の無効事由があれば訴訟上も無効となり、逆の場合も同様であるとする。ただ、この場合もこの原則が一貫して行われるわけではなく、例えば、訴訟法上の理由から訴訟上の和解が無効の場合も、実体法上の和解として維持することが当事者の意思に合致するならば、維持される場合もあると Wehrmann はいう⁽¹⁵⁾。Wehrmann は両性説に立つ。すなわち、紛争当事者は手続を終結させ、執行力を得るために訴訟上の和解において実体法上の規定をなす。その点からすると、訴訟上の和解は実体法上の規定、訴訟上の規定の両側面から判断される必要があるとする。Wehrmann は両性説が全ての問題に満足を与えるものではないとしても、訴訟上の和解の訴訟上の部分と実体法上の部分とを統一的に考察し、当事者意思に最も近いという点において、訴訟上の和解の法的性質を示すものとしては、最も適切なものと位置付ける。

第二節 第三者関与型訴訟上の和解成立の可否

ドイツ民法において訴訟上の和解の締結について規定しているのは、七九四条一項一号のみである。そこには、強制執行のできる債務名義の一つとして和解を次のように規定している。「強制執行は、次に掲げるものに基づいて行うことができる。1. 当事者間または当事者と第三者との間で争訟を解決するためにその全範囲につきまたは訴訟物の一部に関してドイツの裁判所において締結された和解またはラント司法行政庁 (Landesjustizverwaltung) が設置もしくは認可した和解所 (Gütestelle) において締結された和解並びに一一八条一項第三文あるいは四九二条三項⁽¹⁶⁾に従い裁判官の調書に記載された和解」。Wehrmann はこの規定自体の不正確さを次のように指摘する。訴訟の原告、被

告は当事者 (Partei) として表示されており、「第三者」という概念のなかには原告、被告として手続に関与していない人全てが含まれることになる。その点からすると、民訴法七九四条が当事者と第三者との間で訴訟上の和解を締結することを認めるとする文言は不正確であるといふ⁽¹⁷⁾。

次に、Wehrmann は裁判外の和解と訴訟上の和解とを対照させ、訴訟上の和解では常に両当事者が締結に関与せねばならず、当事者の一方を排除した形で、訴訟上の手続終結という結果を導くことはできないとする⁽¹⁸⁾。その結果、手続当事者の一方と第三者間の合意は民訴法七九四条一項一号の意味での訴訟上の和解にはなりえないのであり、このような契約は訴訟上影響を与えることのない実体法上の申し合わせが問題となるにすぎないとする。この観点を前提として、Wehrmann は第三者を訴訟上の和解に組み込む方法を二つ提示する。一つは、第三者を訴訟上の和解に関与させないが、訴訟上の和解において考慮にいれる方法。もう一つは、第三者自身が訴訟上の和解締結に関与する方法である。

一 訴訟上の和解不関与の第三者を組み込むこと

Wehrmann は訴訟上の和解の内容は訴訟物に制限されることなく、その他のものも含ましめることが可能とする立場に立つ⁽¹⁹⁾。その点から、訴訟上の和解に第三者が関与しない場合に、その第三者を考慮する考え方として、第三者に受益 (Begünstigung) をせたり、義務を課すような合意を当事者間ですることが可能なかを、実体法、訴訟上の観点からアプローチする (第二節で述べたように、Wehrmann は両性説に立つ)。

まず第一に、第三者に受益させるという点について。当事者が訴訟上の和解において第三者に給付請求権を与える

ことは実体法上根拠があり、この点に争いはないとし、第三者に請求権を与えるならば、民法三二八条一項(第三者のためにする契約)⁽²⁰⁾の問題になるとする。

次に、第三者に義務を課するという点について。原則として、第三者に義務を課するような契約は第三者の私的自治を侵すことになり無効であるが、例外的に第三者がこれに同意をすれば可能とする。この際、この同意をどう考えるかについて、Wehrmannは①義務の授権(Verpflichtungsermächtigung)という面、②民法一八四条、一八五条類推適用という二つの面からとらえようとする。

①義務の授権について。この義務の授権についてはドイツの判例・学説上従来から激しく争われている問題であるといわれている。しかし、行為の相手方が義務の授権について知らない場合(隠れた義務の授権〈verdeckte Verpflichtungsermächtigung〉)があり、第三者が唯一の債務者とされるような場合、義務の授権が許容されない点では判例・学説とも一致している。この点について、Wehrmannは民法一六四条一項(代理人表示の効果)を根拠に、債権者は契約締結と結び付いた危険負担を受容するか否かを判断するためには、誰が債務者なのかを知る権利を有しているとする。その点からして、Wehrmannは第三者のみを債務者とする隠れた義務の授権は許容されないとする。この点を考察するに、隠れた義務の授権の賛同者たちが、実体法上の規定、債権者の利益という観点からこの問題を処理することに対し、Wehrmannは以下のように反論する。彼等はその根拠規定として、民法五五六条三項(賃借物の返還)、九八六条一項(占有物の抗弁)、一〇五六条一項(用益権終了の場合の使用賃貸借関係と用益賃貸借関係)、一四四九条二項(合有財産債務・人的責任)、一四六〇条(合有財産の責任)を挙げるが、このような規定は極めて稀な特別規定であり、その点から隠れた義務の授権を許容することはできないとする。また、第三者に義務を授権す

ることから更に債務者を得ることになる債権者の利益という点については、逆に債権者にとって不利益になる場合（例えば、第三者が債権者に対してその義務と相殺しうる反対債権を有している場合、民法四二二条一項〔連帯債務者の履行の効果〕により唯一の債務者と看做している授權者に対する請求権を失ってしまうことになる）がある点を指摘する。この不利益に対する調整方法として、隠れた義務の授權の賛同者は二つの方法を提示する。一つは、第三者に対しては債務者権（Schuldnerrecht）を与えること。もう一つは、民法三三三条を類推して債権者に拒絶権（Zurückweisungsrecht）を与えること。しかし、Wehrmannは、債務者権については第三者は契約締結者のように合意に関与している訳ではないので、授權者よりも保護すべきであるということ、また、授權者と被授權者（第三者）両者に義務が課されるが、どちらに債務者権があるかが不明確な点から第三者に債務者権を与える必要性はないとし、また、民法三三三条類推適用についても、三三三条自体全く別の法律関係を想定しており、構造上問題があるとする。

しかし、Wehrmannは民法三三三条類推適用に着眼する。すなわち、債権者に拒絶権が与えられた場合、第三者が債務者の地位に就くことに疑念が生ずれば、それを拒絶することができ、関係者たちの私的自治を侵すこともないとする。その点からするならば、第三者に義務を課することに民法三三三条を類推適用することは、当事者の自己決定にも役立つし、正当化され、その結果、隠れた義務の授權は実体法面からは認められるとする。

次に、Wehrmannは隠れた義務の授權の問題について、訴訟上の和解において許容されるか否かを検討する。訴訟上の和解成立の有効要件は裁判上の和解調書作成であり、それがなければ執行名義にもならないし、手続を終了させることもないとするが、隠れた義務の授權は債権者自身その事実を知らないということであり、和解調書に取り入れることはできないとする。唯、裁判外でのみ存続するに過ぎないとする。ゆえに、隠れた義務を根拠として第三者に

執行名義を課するような訴訟上の和解締結は不可能であるとする。

一方、隠れていない義務の授権の問題については、Wehrmannは実体法上は代理制度により完全にカヴァーされており、このような制度自体不必要とする。²³⁾

②民法一八四条、一八五条類推適用について。この点について、Wehrmannは適用しなくとも代理規定による一七七条一項（代理権のない本人による契約締結）により解決されうるのであり、一八五条の文言を義務負担行為（Verpflichtungsgeschäfte）に拡張する必要はないとする。ただ、代理規定が私的自治の現実化に不十分な場合（例えば、第三者に義務を課している当事者が第三者の氏名で行動していないならば、この瑕疵は代理規定により治癒されることとはない）、一八四条、一八五条類推適用についてこの問題を考慮する余地はあるとWehrmannはいう。また、この場合私的自治の原則と代理規定の問題が衝突するが、前者が優先されるべきであり、その結果、第三者に義務を課す合意をすれば、第三者の同意が得られない限り契約は無効になるとする。よって、実体法上の面から第三者に義務を課す合意は可能であるが、一八四条、一八五条により第三者がその件につき同意をしたときに初めて有効になるという。

しかし、Wehrmannはこのことは訴訟上の和解には妥当しないとす。なぜならば、訴訟上の和解は当事者間の争訟を終局的に解決するものであるが、第三者に義務を課すことの合意成立の可否を第三者の同意にかからしめることは、その目的到達を不確定な状態にさらすことになるからであるとす。

以上を総括して、Wehrmannは次のようにいう。「手続の当事者は、訴訟上の和解において第三者の義務を合意することはできない。隠れていない義務の授権は、実体法上許容されない。隠れた義務の授権は訴訟上の和解成立に関

する規定とは一致しない。民法一八四条、一八五条を類推して第三者の義務を認めることは訴訟上の和解の訴訟終結目的に反する。訴訟上の和解の効力を訴訟終結に關与しない第三者に拡張すべきとするなら、当事者には民法三二八条一項の意味において、第三者に受益を与える場合に可能であるにすぎない」と。

二 訴訟上の和解に第三者を關与させること

民訴法七九四条一項一号によれば、強制執行は当事者と第三者間で締結された和解から発生し、内容として、關与した第三者に受益を与えること、第三者自身が義務を引き受けることがあると Wehrmann はいうが、両性説に立つ Wehrmann は、この点に關し、実体法上問題はないが、訴訟上問題が発生すると指摘する。特に問題になるのが、訴訟上の和解に關与する第三者にも弁護士強制の原則（民訴法七八条一項²⁴）が適用されるか否かであるとし、以下の観点からこの問題に検討を加える。

まず第一に、手続当事者自身に弁護士代理は必要か否かについて、Wehrmann は①訴訟行為としての和解の意思表示、②弁護士強制の保護機能、③弁護士代理の必要性による和解締結の困難さの面から検討する。

①訴訟行為としての和解の意思表示について。通説は訴訟上の和解の意思表示は訴訟行為であり、当事者は民訴法七八条により弁護士強制が必要であるとする。²⁵ Wehrmann はこの問題について、当事者の訴訟上の和解の意思表示は民訴法七八条一項の意味での訴訟行為として評価すべきであり、意思表示の場合に訴訟行為が問題となっているのではないとして弁護士強制に反対する見解に対し異論を述べる。

②弁護士強制の保護機能について。弁護士強制は訴訟上、実体法上の意味での当事者の助言に配慮するという機能

を有しており、当事者は一方の当事者からの詐欺(Ubervorteilung)から保護されるとする。当事者は裁判外の和解を締結することができることを理由に、弁護士代理による当事者保護を不必要とみなす説²⁶⁾に対し、Wehrmannは以下のように反論する。裁判外の和解は手続に影響を与えないし、直接執行名義にもならないのに対して、訴訟上の和解の訴訟上の結果は直接その終結と同時に発生する。この点について、法律知識のない第三者は予測不可能であり、訴訟上の和解締結の場合、裁判外の和解以上に当事者を保護する必要があるとする。また、当事者保護を否定する説²⁷⁾に対し、Wehrmannは、民法七八条三項は立法者によって明確に規定されたものであり、弁護士強制主義に反対する論拠としては不適切とする。Wehrmannは当事者保護の必要性から訴訟上の和解締結における弁護士代理の必要性を説く。

③ 弁護士代理の必要性による和解締結の困難さについて。法的紛争全てを和解で終結するのには、訴訟係属の裁判所が異なり、弁護士が他の裁判所で訴訟追行することができない場合に和解締結ができなくなるとする見解に対し、Wehrmannは、他の裁判所に係属している訴訟物も含めた訴訟上の和解が締結される場合、この裁判所で許可された弁護士が訴訟上の和解締結の場合に当事者の代理をしているならば、弁護士要件は充足されることになるとする。以上、①②③を検討した結果、Wehrmannは次のように結論づける。訴訟上の和解締結の場合、民法七八条一項により当事者には弁護士強制がなされる。それはまた、訴訟行為としての訴訟上の和解の意思表示の性質、司法と当事者の保護という弁護士代理の目的から生じるとする。

前述の諸点を踏まえて、Wehrmannは、訴訟上の和解に関与する第三者にも弁護士が必要か否かを論じる。この問題について、通説は不必要説に立っているが、Wehrmannは通説に従って判決を下した連邦通常裁判所(BGHZ

86, 160ff.)の判旨を追っていくなかで、不必要説の論駁を試みる。

この事案は、建築依頼主と建築業者間の争訟において訴訟上の和解が締結され、その際、この訴訟上の和解に建築家が弁護士代理なしに関与した。その後、この訴訟上の和解から発生した強制執行に対して、建築家が弁護士代理なしに訴訟上の和解に関与した件を持ち出して異議を述べたものである。

O L G Diseldorfは、訴訟上の和解において弁護士代理が欠けていることを理由に執行名義として不適法としたが、BGHはこの判決を破棄し、事案を原審に差し戻したというものである。WehrmannはBGHの判旨のもつ問題点を以下のように指摘する。

①民訴法七八条一項の解釈の狭さ：BGHがこの規範は、純粹に形式的観点により弁護士強制を規定しており、代理の必要性の意義と目的に対して広く解釈するべきではないとすることに對し、Wehrmannは民訴法七八条の意義と目的は当事者と司法の保護であり、BGHのように解するならば、目的論的解釈並びに法の創造によつて弁護士代理の目的を保護しなければならないとする。

②第三者は民訴法七八条一項の「当事者」に該当しないとするとする点：第三者は手続を終結させることはできないし、当事者の代替にはならないが、民訴法七八条の当事者概念を広く解釈できないかとWehrmannは問う。例えば、民訴法七〇条一項〔補助参加人の参加〕では当事者と補助参加人という異なつた呼称を使用するが、この呼称により補助参加人には弁護士代理が適用されないことにはならない点を指摘する。

③第三者の実体法上の地位に関しては弁護士代理の影響はない点：BGHは、第三者の実体法上の義務は弁護士強制と無関係であり、第三者は弁護士代理に利益を有していないとするが、Wehrmannは、弁護士の助言は第三者が訴

訟上の和解における実体法上の義務に軽率に拘束されることを阻止することになるという。特に、義務を負担し、それが即執行名義になる場合、第三者は弁護士代理に関して利益を有しているという。

④保護目的の非現実化：訴訟上の和解の効果は裁判外の和解でも可能であり、弁護士強制の保護目的は手続の当事者、第三者にとって達成されないものとするBGHの見解に対し、Wehrmannは当事者は弁護士強制による余分な費用の節約のために、裁判外の和解の方法をとっていることを指摘する。また、第三者は民訴法七九四条一項五号の意味で執行証書を作成することができる（この場合は、弁護士強制を必要とする訴訟行為ではないので、弁護士代理は必要ない）点から、弁護士代理は不必要と結論づけることにはならないとする。

⑤訴訟の和解的解決の困難化：訴訟上の和解関与の意思をもつ第三者が弁護士を委任していない場合の訴訟の遅延、弁護士代理により発生する費用により第三者が訴訟上の和解に関与することを妨げられ点等、第三者に弁護士代理が必要とされることにより和解締結が困難となるとするBGHの見解に対して、Wehrmannは第三者保護の観点から受忍すべきであるとする。

⑥弁護士強制迂回：BGHの見解によれば、裁判所は和解証書作成手続を受命裁判官、受託裁判官に指示することができ（民訴法二七九条一項二文）、その場合、弁護士代理は不必要であるとするとする点について、Wehrmannは、むしろそうした迂回を阻止し、民訴法二七九条一項二文を濫用してはならないとする。

以上六点を考慮して、第三者には弁護士代理は不必要であるとするとするBGHの論拠には説得性がないとWehrmannは結論づける。

その次に、第三者にも弁護士代理は必要であるとするとする見解をとるWehrmannは、その点を以下の角度から論証する。

民訴法七八条一項は裁判所に対して行われる全ての訴訟行為に弁護士強制が必要であると規定しているが、問題は第三者の関与の意思表示が訴訟行為になるかどうかであると Wehrmann は問う。Wehrmann は民訴法七九四条一項一号を根拠として、この意思を訴訟行為とし、裁判所の面前で行為することの必然性から第三者の弁護士代理は必要であるとする。また、Wehrmann は第三者を保護する必要性を、当事者間の武器の平等、という観点から押し進める。Wehrmann はいう。「第三者は手続の当事者ではないが、和解への関与により訴訟上の和解の当事者となる。訴訟上の和解は訴訟上の面も有しており、当事者の武器平等の訴訟上の要請は第三者にも妥当しなければならない」と。その点から、民訴法一三九条の裁判官の釈明義務の適用を考察の対象とする。唯、釈明義務が対象としているのは手続当事者のみであり、また、民訴法一三九条は判決を導く訴訟状況のみに適用される点がネックとなるとするが、Wehrmann は和解弁論の場合においても、裁判官は国家司法の機関として行動するのであり、訴訟上の和解の当事者に対し、彼等が自由に判断できるように全ての本質的観点に関して釈明をしなければならないとする。訴訟上の和解の釈明・教示義務は民訴法一三九条を根拠としており、第三者は手続当事者ではないが（しかし訴訟上の和解の当事者である）、当事者と同様に、第三者も自由に判断ができるように本質的観点について釈明されなければならないとする。訴訟上の和解に関与した第三者が弁護士に代理されない場合、裁判所にはより高い釈明と助言義務があり、この点は、前述の、”当事者間の武器の平等” から要請されるものとする。

以上の点から、Wehrmann は、訴訟上の和解に関与する第三者が裁判所の釈明義務により十分保護されるのならば、弁護士代理の必要性は必ずしも必要ないとし、前述までの論を若干緩和させ、逆の結論をも是とする。

第三節 和解内容・効果への第三者の影響力の可能性

Wehrmann は、訴訟上の和解は訴訟上の面のみならず、実体法上の規定が適用される実体法的面も有しているとする。ゆえに、訴訟上の和解は実体法上の瑕疵を理由として無効とされる。よって、第三者も和解の内容、その有効性に関して何らかの影響を与えうるのかを検討する。Wehrmann は、この問題を第三者が和解締結に関与しなかった場合、第三者が和解締結に関与した場合に分けて考察する。

一 第三者が和解締結に関与しなかった場合

第三者のためにする契約（民法三二八条一項）により、第三者が債権を有する場合、第三者は訴訟上の和解内容の変更をなし、効力に影響を与えうるのかという点が問題となる。例えば、第三者には取消権があるのか。第三者のためにする契約の場合、意思領域が侵害されたことを理由として意思表示をすることができる者とは、第三者のためにする契約の要約者と諾約者のみであり、第三者は意思表示ができないと Wehrmann はいう。第三者の利益は民法三二三条により債権を断念し、要約者との対価関係を基礎として、要約者に対して権利を行使することで保護されるとする。

次に、諾約者が訴訟上の和解を取り消す場合、第三者は同意権を有するか否かについて。この点について、通説は第三者同意不必要説に立つ²⁸という。通説がその見解の基礎にするのは、受益の第三者の同意が必要とされると、当事者の自由な意思を形成する²⁸ということが意思の侵害と関係しない人にかからしめられることになる²⁸とする。Wehrmann も第三者の同意不必要説に立つ。すなわち、第三者のためにする契約が取り消された場合、第三者の受益がなくなる

のであり、その場合は、諾約者に対して請求する権利はあり、これにより第三者の不利益は十分防止されるとする。また、Wehrmannはこの問題を訴訟上の観点からも考察する。もし、第三者の同意が諾約者の有効な取り消しの前提要件であるとするならば、第三者も訴訟上の和解の効力に關して決定力をもつということであり、第三者は実体法上の意思表示により自己が全く関与しない手続に影響を与えることになる。例えば、諾約者が従前の手続を続行するために和解を取り消そうとした場合、第三者は同意を拒否することでこれを妨害し、あるいは遅滞させることができる。これは、当事者のみが訴訟手続を行う権限を有するとする原則に反するとWehrmannはいう。この場合、当事者たちが契約の自由の範囲内で第三者を訴訟上の和解にとりこんだ点から、第三者が訴訟手続に影響を与える可能性を甘受すべきとはいえず、第三者の同意を取り消しの要件とすることは処分権主義にも反するとWehrmannは指摘する。ただし、Wehrmannは、当事者が手続経過に対する第三者の影響力を考慮し、それを認めた場合、その範囲内で処分の自由の行使がなされたことになるという。

更に、解除権の行使について、第三者の同意が必要か否かをWehrmannは検討する。この問題はドイツ学説上争点となっているといわれるが、Wehrmannは諾約者の解除の意思表示を第三者の同意にかからしめる必要はないという。契約は要約者と諾約者間でのみ締結されているのであり、解除により第三者に不利益が発生するのならば、この不利益は対価関係から生じる請求権により補償されるべきとする。もし、訴訟上の和解が諾約者によって解除されるに際し第三者に解除の同意権を認めると、第三者の同意の拒否により従前の請求権の裁判上の貫徹を妨害することができることになり、処分権主義に反するとWehrmannはいう。また、当事者が訴訟上の和解において解除の留保をした場合も、第三者の同意を要するとすることは処分権主義に反することになるとする。

Wehrmann は、訴訟上の和解の法的性質を両性説におき、行為基礎の喪失 (Wegfall der Geschäftsgrundlage) 理論適用の可否について第三者との関係で考察する。和解締結の後に、行為の基礎が喪失すれば、和解は変化した状態に適合させられたり、また破棄されるということになるが、どのような形で第三者が斟酌されるべきかを Wehrmann は問う。Wehrmann は、このような契約の破棄に第三者が関与することは不可欠ではないという。というのは、契約の破棄は解除あるいは解約告知 (Kündigung) により遂行されるし、第三者はこの権利を行使する権限もなければ、同意の意思表示をする必要もないという。Wehrmann は更に行為基礎の喪失を根拠として、第三者は適合された債権 (die angepasste Forderung) の請求権を主張できるかという問題を検討する。この問題につき、連邦通常裁判所は行為基礎の喪失の場合、契約は当事者の意思表示により適合させられたり、破棄されるのではなく、職権によりなされるゆえ、第三者は変更された債権に適合した給付を請求することができるとするが、Wehrmann は、行為基礎の喪失制度は形成権ではないが、それを主張するためには契約の相手方の意思表示があるのであり、受益を与えられた第三者は変更された債権を直接主張することはできないとする。

最後に、第三者のためにする契約は継続的債務関係においても可能であるが(例えば、離婚手続において両親が子供のためになす扶養義務を超えた定期的給付義務を負う場合(ピアノレッツンの支払い)、それを内容として第三者のために訴訟上の和解を締結した場合、和解の変更を生じさせるときに、民訴法三二三条一項「変更の訴え」を提起する権限を誰が有しているのかを Wehrmann は考察する。Wehrmann はいう。変更手続の当事者とは、変更すべき判決がなされた両当事者と既判力の及ぶ人々であるが、第三者がその和解締結に関与していないならば、その者は和解の当事者になっていない。ゆえに、民法三二八条一項によって訴訟上の和解において受益を受ける第三者は、変更手

続を行えないことになるという。すなわち、受益を受けるにすぎない第三者は訴訟上の和解の当事者ではなく、またま執行名義人としての地位を得たとしても、当事者ではないという問題をクリアしたことになるらず、第三者は民法三二三条により訴訟上の和解の変更を訴訟により求める権限はないとする。

訴訟上の和解に関与しなかった第三者がその内容・効力に対してどのような影響力をもつかについて、Wehrmannは次のように結論づける。民法三二八条一項により訴訟上の和解において受益を与えられる第三者は、その和解を取り消すことも撤回することもできないし、あるいは行為基礎の喪失を根拠として変更された債権を主張することもできない。また、同意を与えることにより第三者の関与を必然的なものとすることもできない。第三者が継続的債務関係において受益を受ける場合、第三者は訴訟上の和解関係の変更の場合に、民法三二三条の変更の訴えの当事者には該当しない。

二 第三者が和解締結に関与した場合

第三者が訴訟上の和解に関与することによって、第三者は訴訟上の和解の当事者となるとWehrmannはいうが、訴訟上の和解に実体法上の瑕疵がある場合に、どのような方法により第三者は影響を与えうるのかを考察の対象とする(Wehrmannは両性説に立つ)。

まず、訴訟上の和解の当事者は和解の取り消し、行為基礎の喪失を引き合いに出して、訴訟上もその効果に影響を与えうる。そしてまた、訴訟上の和解に関与した第三者も同様に訴訟上の和解を変更したり、訴訟上の効果に影響を与えうるはずであるとWehrmannはいう。この点で訴訟上の和解に関与しなかった、単に受益を受けるにすぎない第

三者（訴訟上の和解の当事者にはなっていない）とは大いに異なるということになる。例えば、訴訟上の和解が実体法上の理由から無効となり、旧訴が続行されることになった場合（訴訟上の和解無効の場合に、Wehrmann は新訴実施設ではなく旧訴続行説に立つ）の第三者の関与の仕方について、Wehrmann は、第三者は訴訟の当事者ではないゆえ、訴訟上の無効を主張する方法として旧訴の続行を行うことは原則としてできないとするが、例外として、第三者が補助参加人として当事者の一方に関与した場合（民訴法六六条）と訴訟告知（民訴法七二条一項）を根拠に関与の意思表示をすることを認める。補助参加人の場合、主たる当事者が反対しない限り手続の続行を申立ててよく、訴訟上の和解締結に関与したかどうかは無関係であるとWehrmann はいう。同様のことは、訴訟告知にも妥当するという。すなわち、第三者が補助参加人となったり、訴訟告知を受け、かつ主たる当事者が第三者の申立てに反しなかった場合は別にして、第三者は従前の手続の続行を申立てることはできないとする。

次に、民訴法七六七条「請求異議の訴え」との関係について。この条文によるならば、執行債務者は判決により確定された請求の執行を阻止することができるが、民訴法七六七条二項⁽²⁰⁾によれば、口頭弁論終結後に生じた原因についてのみ異議の主張ができることとなり、通説からすれば、この民訴法七六七条二項は訴訟上の和解には適用されないということになる。なぜならば、民訴法七六七条二項は判決の既判力に関するものであり、訴訟上の和解は既判力を有しないゆえ、適用されないとする。Wehrmann は、訴訟上の和解は裁判所の判断に基づくものではなく、当事者の意思表示に基づくものと考えており、通説と同じ見解に立つ。

また、民訴法二五六条一項「確認の訴え」との関係について。訴訟上の和解の当事者は権利関係の存否について確認の訴えを提起することができる（民訴法二五六条一項）。Wehrmann は当事者と第三者の違いを以下のように指摘

する。第三者は続行手続において和解の無効を確認することはできない。その理由は、第三者は手続の当事者になりえないし、その手続で出された判決の既判力は第三者には及ばない。それゆえ、当事者は、和解の無効を確認の訴えを提起することにより既判力によって第三者にも確認させる可能性を有しなければならぬとする。すなわち、和解の無効について第三者に対しても民法二五六条一項により確認させることができるが、しかし、この確認の訴えにより請求の存在が吟味されるにすぎず、請求の執行可能性を除去するものではないとする。

第四節 訴訟上の和解の第三者への効果

Wehrmann は、訴訟上の和解には裁判外の和解とは異なる二つの効果①手続の終結、②民法七九四条一項により執行名義になること、を指摘する。

まず①について。訴訟上の和解の終結効果について明記されているわけではないが、多くの規定（例えば、民法八一一条、八三条、九八条、一六〇条三項、七九四条一項一号）から推定されると Wehrmann はいう。和解により解決されるのは当事者間の争いのみであり、両当事者が訴訟上の和解に関与しなかった第三者に対して受益を与えるならば、そのことにより第三者と手続当事者の一方との間でなされた争訟は終了しない。終了させるためには、少なくとも第三者の意思表示が必要ではないかと Wehrmann は問う。しかし、Wehrmann は、ここで問題になるのは訴訟上の和解に関与した第三者が当事者の一方に対して、独自に手続を終結させることができるか否かであるという。この点について、Wehrmann は、第三者は訴訟上の和解に関与することにより手続の当事者になるのではないから、手続当事者のみが争訟終結をすることができるにすぎないとする。この点から、第三者が独自に手続を終結させるとする第

三者の可能性は拒否されなければならないと Wehrmann はいう。

次に②について。訴訟上の和解において、執行される義務が合意されたならば、まず第一に、強制執行は民法七九五条一文⁽³⁰⁾に従うことになる。この場合も訴訟上の和解が手続当事者にとつて執行名義となることは問題ないが、どの程度、手続当事者ではない第三者の利益・不利益になるのが問題となる。第三者が訴訟上の和解に関与する意思表示を調書作成により明確にすると、訴訟上の和解の執行力に関して、手続当事者と関与した第三者は同等に取り扱われることになり、訴訟上の和解は第三者にとつても有利、不利に効力をもつ執行名義となると Wehrmann はいう。

しかし、第三者が和解締結に関与せず、訴訟上の和解において第三者に受益を与える合意が手続当事者間でなされた場合に、第三者に自ら給付を要求する権限があるかどうかの問題とされることとなる。すなわち、この場合は、前述のごとく民法三二八条による第三者のための契約の問題とすることになるが、Wehrmann は、この問題を次の諸点から考察する(ただし、この点については、判例・学説上争いがある点が Wehrmann によつて指摘されている⁽³¹⁾)。この問題を考察する方法の第一として、民法七九四条一項一号の沿革史とその文言から試みる説があるが、Wehrmann は、この点から即、単に受益を与えられた第三者の和解による執行を導くことは出来ないとする。

第二の方法として、訴訟上の和解の解決機能を根拠とすることについて、Wehrmann が強調する点は、訴訟上の和解は手続当事者間の争いを終結させるべきもので、第三者は訴訟の当事者ではないということである。ゆえに、訴訟上の和解締結によつて当事者間の争いは終局的に解決されるが、この目的達成のためには、第三者は自己の請求権を直接執行することができなければならないとする見解⁽³²⁾に対して、Wehrmann は第三者に訴訟上の和解によつて執行可能性を与えることはできないとする。

第三の方法として、Wehrmann は第三者の訴訟法上の地位から考察を試みる。すなわち、民法三二八条によるならば、契約当事者は第三者の実体上の債権を合意することができるが、このとき第三者が訴訟上の和解に関与することで、即、執行債権者という訴訟上の地位を得るのか否かをWehrmann は問題とする。この点について、Wehrmann は O L G Celle (MDR1954,746) の判旨を引用する。「当事者が第三者を和解の訴訟上の効果にも引き込ませうならば、実体法上の面と手続上の面とは一致する。第三者に実体法上受益させることで、それと同時に第三者による和解の執行も認められる」と。O L G Celle と同様の見解に立つ Luke の見解（当事者は合意の手続法上の部分を形成すると同時に、実体法上の面についてもこの権利の私的自治を第三者に与えることができる）に対し、Wehrmann は異議を述べる。すなわち、当事者は実体法上第三者に受益を与えることを通して訴訟法上の地位を与えることはできないという。その理由として、執行力ある正本を第三者のために与えることは民訴法七二七条に規定してあるが、この条文によれば、判決に表示された当事者の承継人あるいは係争物の占有者のみに執行力ある正本は与えられる。その点からすれば、民訴法七二七条に規定されている者のなかに、訴訟上の和解において単に受益を与えられた者はその要件を満たしていないし、また、訴訟上の和解の当事者ともならないことを指摘し、もしこのような第三者に執行の可能性を与えれば、民訴法七二七条の潜脱につながり、実体法上の合意を根拠とした新種類の執行名義がつくられることになるという。また、Bonin の見解（執行証書に単に名前が挙げられただけで第三者は執行債権者としての地位を根拠づけられる）に対し、Wehrmann は、この見解は訴訟上の和解の法的性質が両性的なものであり、債務者が即時の強制執行に服することは、純粹に訴訟上の意思表示であることを看過した見解であり、単なる受益からは、受益を受けた者が執行債権者あるいは単に債権所有者になるべきであるかを推定することはできないとする。また、当事

者も第三者のために、民訴法七九四条一項一号による執行証書作成のための厳格な要件を充足させることなく、執行名義を合意することはできないとする。

第四の方法として、第三者の実体的権利 (Berechtigung) の明白性 (Offensichtlichkeit) について Wehrmann は考察する。(二)で Wehrmann は、訴訟上の和解において第三者の受益を合意する場合、第三者は独自の債権を有することになるのか、あるいは単に給付の受領者として規定されることになるのかを問題提起する。この点について、訴訟上の和解に関与していない受益を与えられた第三者に請求の執行が保証されるならば、書記官は民訴法七二四条二項による執行文を与える前に、第三者の実体法上の請求の存在について判断しなければならなくなると Wehrmann はいう。この問題について「正本を託された書記官は、第三者に明確に独自の債権が帰属するときのみ執行文を付与すべきであり、書記官が付与を拒否すれば、第三者は民訴法七三一条「執行文付与の訴え」を類推して訴えを提起する可能性を有している」とする見解⁽³⁴⁾に対し、問題なのは、この見解からすると、書記官は第三者に請求が公に帰属するときのみ執行文を付与するということであると Wehrmann はいう。この場合、第三者が民訴法七三一条による訴えを提起すれば書記官が認証しなければならぬか否かが確認されるにすぎず、第三者の実体的権利の明白性が否定されれば、第三者の訴えは却下されることになるという。また Wehrmann はいう。第三者は、その一方で自己の実体法上の請求を即座に通常手続で実施することも可能である。第三者は訴訟上の和解から生じる債権を裁判上主張することもでき、執行名義を得ることもでき、自己の請求権を貫徹するのに十分であると Wehrmann はいう。

第五の方法として、民訴法二六五条「係争物の譲渡」規定との比較を通して。Kion と Bonin の見解(第三者の執行債権者としての地位は民訴法二六五条により解決できるとする。すなわち、係争物の譲渡の場合あるいは主張された

請求権の譲渡の場合、判決は訴訟上の和解と同様に当事者間の争いを終結させ、判決の効果は民訴法二六五条により原告ばかりでなく、その原告の承継人に対しても及ぶ。係争物並びに主張された請求権の所有者は直接自己の執行債権者としての地位を根拠づけることになる。この場合、第三者も実体法上の地位を取得することになり、同時に訴訟上の地位も得ることになる。第三者は手続に關与したのではないが、執行債権者となる。訴訟上の和解において受益を受けた第三者も、当事者として手続に關与したのではないが、第三者は民訴法二六五条の意味での権利承継人と同様に実体上の権利の所有者である。民訴法二六五条が示しているのは、強制執行するには、この所有者としての地位（*Inhaberschaft*）しだいであるということである。それゆえ、訴訟上の和解も受益を与えられた第三者のために執行名義とならなければならぬとする（）に対し、*Wehrmann* は次の点から異論を述べる。前述の見解は、民訴法二六五条二項が全く別の法律状態から出発しているのを看過しているという。なぜなら、民訴法二六五条は請求権がすでに存在し、かつ係争物が現存し、当事者と第三者との合意によつてのみ第三者に譲渡される場合を想定しているが、第三者の有する請求権は、通常、訴訟上の和解を締結して初めて発生するものであるということ。その限りにおいて、この問題解決のために民訴法二六五条を引き合いにだすことはできないとする。

第六の方法として、民法二二八条一項⁽³⁵⁾の時効との關係を *Wehrmann* は考察する。O L G Celle と *Segmüller* は、第三者による訴訟上の和解による強制執行の可能性に反対する論拠として時効の問題を取り上げ、以下のようにいう。「訴訟上の和解で合意された第三者の請求権は、訴訟上の和解に取り込まれていない第三者の受益以上に長い時効期間のもとにあるが、これは民法二二五条「時効に關する合意」違反である」と。この点に対し、*Wehrmann* は次のように考える。第三者の請求権が訴訟上の和解において初めて発生するのならば、民法二二八条一項は不適用である。

その理由は、民法二一八条二項二文の意味での執行力ある和解は既判力ある確定判決と同等であり、その確定は現存する法的関係を前提としている。同様に、訴訟上の和解において主張されている訴訟物と関係のない新しい給付義務が合意されれば、その請求権は確定されるのではなく、単に根拠が与えられるにすぎない。ゆえに、訴訟上の和解に取り込まれたこのような義務の時効期間は、民法二一八条一項を基準としていない。訴訟上の和解に関与していない第三者に受益を与える合意は、通例当事者の訴訟物とは関係のない全く新しい債務関係を作るのであり、当事者間で争われている事実関係は、単に第三者のための契約を締結する根拠だったのにすぎず、第三者の請求権は民法二一八条一項の規定領域にはいらない。そのことから、民法二一八条一項の考察を通して、訴訟上の和解が第三者にとって執行名義となるかどうかは不明確であると Wehrmann はいう。

第七の方法として、第三者による執行可能性の必要性について、Jaernig の見解（訴訟上の和解の名義性を肯定することは、第三者にとつて時間と費用の節約になる。第三者の執行債権者たる地位を否定するならば、第三者は執行名義人となるために訴えを起こさなければならず、それには時間と費用がかかるとすることを根拠に、単に受益を受ける第三者の執行可能性を認める）に対し、Wehrmann は次のように反論する。第三者の受益の理由は、単に手続終結のなかにあるにすぎない。手続当事者の義務、その執行が当事者間の争いを最終的に解決するのに対して、第三者が債権を執行することは、争いを解決することにはならない。むしろ、第三者には実体法上の関係だけが帰属していると考え、第三者は執行名義を得るためには、訴訟を起こさなければならぬ。しかし、第三者が訴訟当事者のもとに自己の関与を意思表示するならば、第三者は訴訟的側面に引き込まれ、訴訟上の和解は第三者の請求権における執行名義となりうる。

結論として、Wehrmann はいふ。第三者が訴訟上の和解締結に関与した場合に、執行力ある義務が合意されたときは、訴訟上の和解は第三者にとって有利、不利に執行名義となる。それに対して、当事者が単に民法三二八条一項の意味で第三者に受益を与えることにした場合、第三者は執行名義人になるためには、訴えの提起が必要である。

- (10) Wehrmann は「この説をとる者として」 Josef Trutler, Hans Wehrmann, Böttcher を挙げぬ。Wehrmann, a. a. O., S. 4.
- (11) Wehrmann は「この説をとる者として」 Baumbach/Hartmann, Förster-Kann, Meyer-Zöller, Wilhelm Sauer を挙げぬ。Wehrmann, a. a. O., S. 6, Ann. 12.
- (12) Wehrmann は「この説をとる者として」 Otto Tempel, Richard Holzhammer を挙げる。Wehrmann, a. a. O., S. 7, Ann. 18, 19.
- (13) 法律行為の一部無効に関する規定である。一三九条「法律行為の一部が無効の場合、無効な部分がなくとも法律行為がなされたであろうと思われなきときは、法律行為全てが無効となる」。
- (14) Wehrmann は「この両性説が現在のドイツの通説とする。Wehrmann は「この説をとる者として」 Stein - Jonas, Thomas - Putzo, Zöller/Stöber, Arens/Lüke, Arwed Blomeyer, Wolfgang Grunsky, Wolfram Henckel, Rosenberg/Schwab, Gottfried Baumgaetel, Gernhard Lüke, Walter Zeiss 等を挙げる。Wehrmann, a. a. O., S. 9, Ann. 28.
- (15) Stein/Jonas 等は契約目的の解釈により裁判外の和解として維持できるとするが、Blomeyer は訴訟終結という契約目的を理由として、裁判外の和解として維持できなるとする。Wehrmann, a. a. O., S. 10, Ann. 32.
- (16) 一八条一文「裁判所は意見の一致が期待できるときは、両当事者を口頭による説明のために呼び出すことができ、和解は裁判調書に記載することを要する」。

四九二条三項「合意が期待される場合には、裁判所は、当事者を口頭でなされる討議 (mündliche Erörterung) に呼び

出すことができ、和解は、裁判所の調書に記載しなければならない。『ドイツ民事訴訟法典』（法曹界 平成五年）

- (17) この場合、第三者が当事者の一方と和解を締結することができるかどうかについては、争いがあるとされる。当事者一方と第三者との契約を民法七七九条の和解とは看做さないと説き、Hans Peter Pecher, Staudinger/Marburger, 和解と看做す説として、Reinhard Bork, Paul Oertmann, Wehrmann, a. a. O., S. 11, Ann. 33.

- (18) 詳細な理由は述べないで、当事者の一方と第三者との和解締結を認める説もあるとされる。Rosenberg, Schwab, Konrad Hellwig, Bernhard Wiczorek 等。Wehrmann, a. a. O., S. 11, Ann. 35.

- (19) 訴訟物に関する規制の関連性を必要とする Stein - Jonas の見解に対し、Wehrmann は次のように言う。「このような制限は拒否されなければならない。なぜなら、そうしたものは手続終結と紛争解決のような目標の到達を困難にさせる。そのため不可欠なのは、むしろ当事者たちが訴訟とは無関係な事柄をも一緒に規定することができることである。例えば、当事者間に二〜三の同種の紛争が存在するが、しかし、当事者が費用面の理由から一つの紛争についてのみ手続を行う場合、手続を一つの訴訟上の和解によって終結させるならば、紛争当事者はその他の紛争を含ませ、それによってそれ以上の手続を回避することができる」。Wehrmann, a. a. O., S. 12, Ann. 39.

- (20) 三二八条一項「第三者のためにする契約」「契約によって第三者に直接給付を請求する権利を取得させることができる効果をもつ給付を第三者に対して約することができる」。

- (21) 一八四条（追認の遡及効）「①事後の承認（追認）は、別段の定めがない限り、法律行為締結の時点に遡って効力を生ずる。②法律行為の目的に関し、追認者により、または強制執行もしくは仮差押によりまたは破産管財人によりなされた処分は追認の遡及効によって無効とはならない」。

一八五条（無権利者の処分）「①無権利者が目的物に関してなした処分は、権利者の同意があれば効力が発生する。②権利者が処分に同意したとき、または処分者が目的物を取得したとき、あるいは権利者が処分者を相続し、かつ権利者が遺産債務に対し無制限に責任を負うときは、その処分は有効となる。後者二例の場合、目的物につき互いに相いれざる数个

- の処分をしたときは、前者の処分のみが有効となる」。
- (22) 三三三条〔第三者による権利の拒絶 (Zurückweisung)〕「第三者が契約により取得した権利を約束者 (Versprechenden) に対して拒絶したときは、これを取得しなかつたものとみなす」。
- (23) 義務の授権と代理制度を同一視する Wehrmann は Betermann の見解 (代理の場合、第三者は契約の相手方となる。したがって権利、義務の唯一の担い手となる。それに対して、義務の授権を根拠として契約に含まれた第三者は、授権者 (Ermächtigte) が全ての権利を自ら要求する一方で、孤立した義務が課されるにすぎない) を疑問視する。
Wehrmann, a. a. O., S. 23.
- (24) 七八条三項「弁護士訴訟」これらの規定は、受命裁判官あるいは受託裁判官の面前における手続並びに書記課 (Geschäftsstelle) の書記官の面前においてなされうる訴訟行為には適用しない」。
- (25) Böticher の見解…和解の意思表示は訴訟行為ではなく裁判所の面前での書面作成である。七八条は当事者の訴訟行為のみに関係しており、和解の意思表示には適用されないとする。この点に対し、Wehrmann は次のように反論する。調書を作成する裁判所が訴訟行為を行うのではなく、訴訟上の和解を締結する場合に、当事者が訴訟行為を行うのであるとする。
Paul Bonin の見解…民訴法八一条は、訴訟代理権の範囲を規定し、その代理権の範囲の項目のなかに訴訟行為の他に別に和解を規定しており、和解の意思表示の訴訟行為的性格について法律に明確に規定されていないとする。この点に対し、Wehrmann は次のように反論する。八一条の和解は、訴訟代理権を与えられた者は裁判外の和解を締結することにより、その後訴訟手続を惹起させることができるという趣旨であり、七八条は裁判所に対して行われる全ての訴訟行為に対する弁護士強制を規定してゐる。Wehrmann, a. a. O., S. 31f.
- (26) Rudolf Bruns, Zivilprozessrecht 2Auf. S. 231, Paul Bonin, Der Prozessvergleich unter besonderer Berücksichtigung seiner personellen Erstreckung S. 80 等。Wehrmann, a. a. O., S. 36.
- (27) Schneiden, Lehmann, Bonin は民訴法二七九条一項二文の文言「裁判所は当事者に対し、受命裁判官あるいは受託裁判官の

面前における和解の試みを指示することができる」により、この場合、弁護士強制は存在しないのだから、当事者は弁護士代理をすることなく、訴訟上の和解を締結できるとする。Wehrmann, a. a. O., S. 38.

- (28) Langeは合意受領者による取り消しに第三者の同意が必要とする。そのうえ、合意受領者と第三者との間の内的関係から、契約取り消しに関する第三者の授権が発生することになるという。Langeはその根拠として以下のように述べる。「第三者は契約から実体的利益を引き出す者である。合意受領者の有効な取り消しを通して、第三者はこの利益を失ってしまう。取り消しは、また、第三者の実体上の権限に本質的に影響を与える。第三者は、この場合すでに存在する請求権を適及的に失うことになる」。また、Ruppertは、取り消しの場合に、第三者の同意の意思表示も必要であるとする。なぜなら、この形成権の主張を通じて、第三者の請求権は解除の場合と同様になくなってしまふからであるとする。これに対し、Wehrmannは次のような異議を述べる。「取り消しと解除とは異なつた構成要件に基づく」とされる。確かに、第三者は両方とも自己の給付請求権を失う。しかし、これらの権利の発生を導く各々の状況から、同意要件が顧慮されなければならぬ。例えば、取消権は意思の瑕疵があつたと宣言することで発生し、一方、解除権は民法三二五条、三二六条により合意締結者を通じて、不履行あるいは履行遅滞を理由として発生する。したがって、両形成権は完全に異なつた基礎に立っている。合意受領者による錯誤による取り消しの場合、その理由はその者自身にある。一方、合意受領者による解除の理由はそれは合意締結者により作られるものである。民法三二五条、三二六条による取り消しの場合に、第三者の同意が必要とする和解は、ゆえに説得性のある理由を与えることができない」。
- (29) 七六七条二項「この異議は、この法律の規定により遅くとも異議を主張しなければならなかつた口頭弁論の終結後に初めてその原因が発生し、かつ故障(Einspruch)をもつて、もはや主張することができない限りにおいてのみ認められる」。
- (30) 七九五条一文「第七九四条に掲げられている債務名義による強制執行には、第七九五条 a から第八〇〇条までに別段の規定がない限り、第七二四条から第七九三条までの規定を準用する」。

- (31) 第三者に執行権限を与える支持者たちの見解によれば、立法者は新法七九四条一項一号創設を通して、次の点を明確に

表したという。つまり、「立法者は、訴訟上の和解へ第三者を引き入れることに関して拡大解釈を認めた。この沿革史からすれば、第三者は和解締結に関与しなければならない。したがって、訴訟上の和解の執行力は第三者にも妥当する。関与しない第三者を引き込むことは、むしろ外見的には、第三者が関与した和解締結とは区別される。これらの場合が別々に取り扱われるということは七九四条一項一号からは推定されない。第三者に関して、この規定を拡大して適用するとする傾向にも反する」と。

(32) Gernhard Lüke. Jus1973,45ff. Hans - Jürgen. NJW1966,2021f.等。 Wehrmann,a.a.O.,S.118.Ann.383,384.

(33) 七二七条「執行力ある正本は、判決に表示された債権義務の承継人のため、並びに第三二五条により判決の効力を受ける判決に表示された債務者の承継人と係争物の占有者に対して与えることができる。ただし、承継あるいは占有関係が裁判所において顕著であるか、または公の証書あるいは公に認証された証書によって証明されたときに限る」。

(34) Stein - Jonas. Kommentar zur Zivilprozessordnung § 794 Rdnr. 36. Otomar Jauernig. JZ1960,10ff. Hans - Jürgen Kion. NJW1966,2021f.等。 Wehrmann,a.a.O.,S.125.Ann.402.

(35) 二二八条一項「確定力ある (rechtskräftig) 請求権はそれ自体たとえより短期の消滅時効のものであろうと、三〇年の時効にかかる。同様のことは、執行力ある和解あるいは執行力ある証書並びに破産において生じた確定 (Feststellung) によって執行されうる請求権についても妥当する」。

