

訴訟上の和解と承継人に対する効力拡張に関する一考察

岡 本 弘 道

- I. はじめに
- II. BGH 2018 年 9 月 14 日判決の紹介
- III. BGH 判決に対する批判的検討
- IV. 日本法への示唆
- V. おわりに

I. はじめに

1. 訴訟上の和解の既判力をめぐる問題

訴訟上の和解は、調書に記載されると「確定判決と同一の効力を有する」とされているところ（民事訴訟法 267 条）、この「同一の効力」に既判力が含まれるかについて、従来から議論が重ねられてきた。すなわち、この問題は、法的性質に関する議論——私法行為説、訴訟行為説、併存説、両性説といった見解の対立——と一定程度関連付けられつつ、既判力肯定説、既判力否定説、制限的既判力説（錯誤や詐欺等、和解に意思表示の瑕疵がある場合は既判力が作用しないとする）といった見解の対立として論じられてきたのである⁽¹⁾。もっとも、訴訟上の和解にいかなる効力を認めるべきかという問題

(1) 兼子一・原著『条解民事訴訟法〔第 2 版〕』（弘文堂，2011 年）1479 頁以下〔竹下守夫＝上原敏夫〕，菊井維大＝村松俊夫・原著『コンメンタル民事訴訟法 V〔第 2 版〕』（日本評論社，2022 年）332 頁以下等参照。もっとも、効力論と法的性質論にどの程度関連性をもとめるべきかには議論がある（谷口安平『口述 民事訴訟法』（成文堂，1987 年）466 頁，新堂幸司『新民事訴訟法〔第

は、すでに指摘されているように⁽²⁾、和解のもつ実体法上の効力も視野に入れた検討が必要である。この問題意識を敷衍すると、次のようになる。

1) 訴訟上の和解に関する実体法上の効力と既判力との関係

(1) 和解の実体法上の効力

訴訟上の和解の法的性質について併存説と両性説が対立する現在の議論状況のもとでは、訴訟上の和解には、訴訟行為と私法行為双方の側面があることには基本的にコンセンサスが得られているといえる。そして、契約としての和解には、(少なくとも)確定効が認められるとされる⁽³⁾。確定効とは、争いのある事項について「たとえ真実と異なっていたとしても」、和解内容通りに確定させて紛争を終結させる旨の合意が和解であることから生じる効力であり、和解において対象とされた事項が真実と異なるとして後からこれを覆すことを許さないものである。これは、主に、互譲の対象となった事項について錯誤の主張を許さないという形で現れる⁽⁴⁾。

(2) 既判力との関係

その一方で、民事訴訟法学説において訴訟上の和解について既判力が論じられるのは、これが認められなければ和解による紛争解決の終局性を確保できないと考えられたためであると思われる⁽⁵⁾。しかし、上記でみたように、和解には後の当事者間の争いを禁じる実体法上の効力がすでに備わっているとすれば、それに加えて訴訟上の拘束力である既判力を認める意味がどこにあるのが問題となるのである。現在の学説の議論状況においては、訴訟上

6版』(弘文堂、2019年)374頁以下、高橋宏志『重点講義民事訴訟法 上 [第2版補訂版]』(有斐閣、2013年)772頁等参照)。

- (2) 高田裕成「訴訟上の和解の効力論への一視点」井上治典先生追悼論文集『民事紛争と手続理論の現在』(法律文化社、2008年)269頁以下。
- (3) 和解の効力に関する民法学説の整理については、遠藤歩『和解論』(九州大学出版会、2019)333頁以下を参照。
- (4) 我妻栄『債権各論 中巻二』(有斐閣、1962年)867頁、880頁参照。
- (5) 伊藤眞『民事訴訟法 [第8版]』(有斐閣、2023年)541頁参照。

の和解は私法行為としての側面に由来する確定効を有することがベイスラインとなる。(制限的なものを含む) 既判力肯定説は、この確定効に上乘せして既判力を肯定する見解ということになるが、その必要性と正当性に疑問が提起されている、と整理できる。

このような整理によると、訴訟上の和解に既判力を認めるかという問題は、和解の確定効に加えて既判力を肯定することの必要性と正当性を問うことであると把握されることになる。もっとも、そこから進んで、既判力の必要性を否定することについては、より慎重な検討を要するように思われる。すなわち、既判力の必要性が否定されるのは、和解の確定効のみによる場合の規律と既判力を認めた場合の規律とを比較して、前者による場合でも紛争の終局的解決が問題なく達成できるといえる場合ではないだろうか。このように考えると、既判力の必要性に対する疑問に答えるためには、上記の2つの規律について比較検討する必要がある⁽⁶⁾。

2) 第三者に対する効力

和解の確定効と既判力の相違点としては、第三者に対する作用の違いが挙げられる。すなわち、契約の相対効の原則のもと、和解の確定効は契約当事者以外の第三者には作用しない。これに対して、訴訟上の和解に既判力が認められ、かつ民事訴訟法 115 条 1 項 3 号が準用ないし類推適用されるとすれば、和解当事者の承継人に既判力が拡張される。

2. 検討方法——ドイツ法の参照

以上のような問題意識からすると、承継人が登場する場面において、和解の確定効のみによる場合の規律と既判力を認めた場合の規律を比較すること

(6) 必要性の問題に対して、正当性の問題は、別途検討を要する重要な問題であり、本稿はこれを正面から扱うことはできないが、必要性和正当性に相関関係がある——高度の必要性が認められれば正当性はそれ相応のものでいい——という議論が可能であれば、必要性の検討は正当性の議論にも貢献できると考える。

が、既判力の必要性を考えるための一つのアプローチとなる。そして、その検討にあたっては、ドイツ法における議論を参照することが有用だと考える。

その理由は、第一に、ドイツ法においては、訴訟上の和解に既判力を認めない立場が支配的見解であるからである⁽⁷⁾。訴訟上の和解に既判力を認めない場合の訴訟の規律を検討するという問題関心からは、ドイツ法の議論は好個の素材となる可能性がある。第二に、後述する近時のBGHの判決において、承継人に対する和解の効力が正面から取り上げられ、学説における議論も活発化しているからである。

II. BGH 2018年9月14日判決の紹介

訴訟上の和解の承継人に対する効力について判断を示した重要な判決として、連邦通常裁判所 (BGH) 2018年9月14日判決⁽⁸⁾がある⁽⁹⁾。

1. 事案の概要

Xは、本件不動産甲を所有しており、その隣にある本件不動産乙をYが所有している。

Xは、2011年、乙の屋根に設置された太陽光発電モジュールの反射光が眩しいとして、Yに対し、甲の所有権に基づき妨害排除を求める訴えを提起した（以下、この訴えを「本件前訴」という）。

本件前訴の係属中である2013年、Yは、その妻Zに、贈与に基づき乙を譲渡した。

その後の2014年に、本件前訴は、Y・Z間の所有権移転が明らかにされ

(7) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., § 131 Rn. 30.

(8) BGH, Urteil vom 14. 9. 2018, V ZR 267/17=NJW 2019, 310.

(9) 本判決を検討する先行文献として、本間靖規「訴訟上和解の第三者効について」日本大学法科大学院・法務研究 21号（2024年）45頁がある。

ないまま、訴訟上の和解によって終結した（以下、ここで締結された訴訟上の和解を「本件和解」という）。なお、本件和解締結の場にはZも同席していた。本件和解において、Yは、太陽光発電モジュールの一定部分を撤去し、他のモジュールで補充しない義務を負った。

しかし、Yは上記義務を履行しなかったため、Xは、2016年10月21日の決定で代執行の権限を付与された。

これに対して、Zが、本件の第三者異議の訴えによって、ソーラーモジュールへの強制執行に対する不許可の宣言を求めた⁽¹⁰⁾。

2. 判旨の概要

この事案において、BGHは、「和解の内容が係属していた訴訟の判決の結論になり得るものであって、その判決の既判力が承継人に拡張される場合」⁽¹¹⁾、Yの承継人ZはX・Y間の訴訟上の和解に拘束されるとした。その理由は次のようにまとめることができる。

1) 問題の所在

BGHは、次のように問題を把握した。すなわち、Zによる第三者異議の訴えが成功するかは、Zが、Yが締結した自己に不利な和解を受け入れなければならない、ZPO265条2項⁽¹²⁾にいう「承継人」にあたるのかにかかっ

(10) 判例評釈では、本件の第三者異議の訴えを提起した原告をX、被告をYと表記するのが慣例と思われる。しかし、本稿は、X・Y間で締結された訴訟上の和解の効力は、承継人Zに拡張されるか、という形で問題を定式化して捉えるため、本文のような記述にした。

(11) BGH, NJW 2019, 310, Rn. 17.

(12) ZPO265条（係争物の譲渡）① 訴訟の係属は、一方の当事者又は他方の当事者が、係争中の物を譲渡し又は主張された請求を譲渡する権利を妨げない。

② 係争物又は請求の譲渡は、訴訟に影響を及ぼさない。権利の承継人は、相手方の同意なくして、前権利者に代わって、主たる当事者として訴訟を引き受け又は主参加をする権利を有しない。権利の承継人が補助参加人として参加したときは、第69条は適用しない。

③ 原告が係争物を譲渡し又は請求権を譲渡したときは、判決が第325条により権利の承継人に対して効力を及ぼさないであろう限り、原告に対して、請求

ている。これが肯定されれば、強制執行との関係では、ZPO795条⁽¹³⁾、727条⁽¹⁴⁾に基づき、Xは、Zに対して訴訟上の和解の執行正本を取得することができることになる。これに対し、Zが「承継人」にあたらないとすれば、Zは、和解に基づく撤去等の義務の付着していない権利を取得したという意味で、ZPO771条1項⁽¹⁵⁾にいう「第三者」にあたることになる。以上から、問題は、訴訟係属中に目的物を譲渡した者は、訴訟上の和解をする権限を——承継人にも有効な形で——有するかどうかであり、それはZPO265条の解釈問題である⁽¹⁶⁾。

を主張すべき権利を有しない旨の抗弁をもって対抗することができる。

なお、この後に引用するものも含めZPOの訳文は、法務大臣官房司法法制部編『ドイツ民事訴訟法典—2011年12月22日現在—』（法曹会、2012年）による。

- (13) ZPO 第 795 条（その他の債務名義に対する一般規定の適用） 第 794 条に掲げる債務名義に基づく強制執行には、第 795a 条から第 800 条までの規定において別段の規定がない限り、第 724 条から第 793 条までの規定を準用する。（以下略）。

なお、ZPO794条は次のような規定である。

①強制執行は、次に掲げるものに基づいてもすることができる。

1 当事者間で又は一方当事者と第三者との間で訴訟の解決のためにその全範囲について又は訴訟物の一部について、ドイツの裁判所において…（中略）…締結された和解、…（以下略）

- (14) 第 727 条（権利承継人のための又はこれに対する執行力ある正本）① 執行力ある正本は、判決に表示された債権者の権利承継人のために、並びに、第 325 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権利承継人及び係争物の占有者に対して付与することができる。ただし、権利承継又は占有関係が、裁判所に顕著であるとき又は公の証書若しくは公に認証された証書により証明される場合に限る。

②権利承継又は占有関係が裁判所に顕著であるときは、このことを執行文に記載する。

- (15) ZPO 第 771 条（第三者異議の訴え）① 第三者が強制執行の目的物につき譲渡を妨げる権利を有することを主張するときは、強制執行に対する異議は、訴えの方法により、強制執行が行われる地を管轄する裁判所に主張しなければならない。

②（以下略）

- (16) BGH, NJW 2019, 310, Rn. 6.

2) ZPO265 条に基づく譲渡人の訴訟追行権

ZPO265 条は、訴訟係属中に係争物が譲渡された場合、譲渡人に、法定訴訟担当としての訴訟追行権を付与する規定と解されている。この譲渡人の訴訟追行権は包括的であり、自白や請求の放棄・認諾のほか、訴訟上の和解も含むものである。このように、譲渡人の訴訟追行権には訴訟上の和解をすることも含まれる以上、実際に譲渡人が相手方と訴訟上の和解を締結した場合、承継人は当該和解に拘束されることを受け入れなければならない⁽¹⁷⁾。このことは、より具体的には、次のように基礎づけることができる。

第一に、ZPO265 条 2 段によれば、承継人は、ZPO266 条 1 項の特例を除き、相手方の同意がない限り、補助参加人としてしか訴訟に参加できない。承継人はたとえ訴訟に参加したとしても、訴訟の当事者である譲渡人の行為の効力を覆すことはできないのである⁽¹⁸⁾。

第二に、相手方 X にとって、譲渡人 Y がした訴訟行為の効力が後になって覆されることは——とくに相手方が Y・Z 間の譲渡を知らなかった場合——予期せぬ不利益をもたらす。また、当事者恒定主義のもとでは、たとえ X が Y・Z 間の譲渡を知っていた場合でも、Z に訴訟を引き継がせる手段がないので、X・Y 間でなされた手続の結果が維持される必要がある。ZPO 265 条はこのような X を保護するための規定なのである⁽¹⁹⁾。

3) 拘束力の範囲

このように、承継人に対する和解の効力の根拠は譲渡人の訴訟追行権に求められるため、その限界も譲渡人の訴訟追行権によって定まる。すなわち、譲渡人の訴訟追行権は、係属している訴訟の訴訟物に関して認められるので、承継人が和解に拘束されるのも、当該訴訟の訴訟物の範囲内に限られ

(17) BGH, NJW 2019, 310, Rn. 21

(18) BGH, NJW 2019, 310, Rn. 22

(19) BGH, NJW 2019, 310, Rn. 24

る⁽²⁰⁾。

Ⅲ．BGH 判決に対する批判的検討

1. BGH の前提——両性説について

BGH は、訴訟上の和解の法的性質について、両性説が出発点となるとしている⁽²¹⁾。この見解は、学説においても支配的見解とされる。もっとも、両性説に対する BGH の理解、あるいはその意味づけについて、後に見るように学説からの批判がある。そこで、訴訟上の和解の法的性質についてドイツにおける議論を確認しておく⁽²²⁾。

1) 一元的構成

当事者間の実体的法律関係を和解の内容通りに変動させるという実体法上の効力を生じさせるとともに、訴訟を終了させ、場合によっては債務名義を得るという訴訟上の効力も発生させるというのが訴訟上の和解をする当事者の典型的な効果意思だとすれば、訴訟上の和解に私法上あるいは訴訟法上のどちらかの効力しか認めないという一元的構成（私法行為説・訴訟行為説）は、取るができない⁽²³⁾。

2) 二元的構成

そうすると、訴訟上の和解は、訴訟上の和解が実体法上及び訴訟法上の 2 つの性質を併せ持つと理解することになる（この意味で二元的な構成）⁽²⁴⁾。

(20) BGH, NJW 2019, 310, Rn. 29.

(21) BGH, NJW 2019, 310, Rn. 18.

(22) 以下の整理は、基本的に、Lindacher, Der Prozeßvergleich, 50 Jahre Bundesgerichtshof/Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 3, 2000, S. 253 に依拠している。この論文について、すでに高田・前掲注 (2) 277 頁注 (17) で言及されている。

(23) Lindacher, a. a. O. (22), S254 f.

(24) Lindacher, a. a. O. (22), S. 255.

(1) 2つの理解——両性説と併存説

その2つの要素の関係については、次の2つの理解の仕方がある⁽²⁵⁾。

第一の理解は、訴訟法の要素と実体法の要素とが結びついて一体の行為を形成しているという見解である（Doppelnaturlehre = 両性説）。これによれば、訴訟上の和解には、訴訟法・実体法両方の法規範が妥当し、どちらか一方の要素が欠ける場合には、訴訟上の和解全体が効力を失うことになる。

第二の理解は、訴訟上の和解は訴訟法と実体法の2つの要素を持つが、各要素は独立・並立しているというものである（Doppeltatbestandslehre = 併存説）。これによると、訴訟法上の効力の成立には訴訟法規範が、実体法上の効力の成立には実体法規範がそれぞれ妥当し、一方の瑕疵は他方に影響しないことになる。

(2) 両性説の優位性

ドイツでは両性説が通説だとされるが、その根拠は、両性説によるほうが和解における互譲を認めやすいこと、そして実体法上の無効・取消原因がある場合に訴訟上の効果をも否定できることの2点に求められている⁽²⁶⁾。

3) 小括

上記の2つの根拠に議論の余地がないわけではないが、そのことはさておき、以後の議論との関連で、次のことを確認しておく。すなわち、両性説とは、実体法上及び訴訟法上の双方の要件を満たさなければ訴訟上の和解は成立せず、どちらかの要件が欠ければその効力全体が失われるとする見解だと理解されているということである。

2. 承継人に対する拘束力の根拠

BGHは、ZPO265条に基づく訴訟追行権に訴訟上の和解をする権限も含まれること、そうである以上、この権限に基づいて譲渡人がした訴訟上の和

(25) Lindacher, a. a. O. (22), S. 255.

(26) Lindacher, a. a. O. (22), S. 256 ff.

解に承継人も拘束される、という理論構成を取っている。しかし、これには批判が向けられている。

1) Zに対する実体法上の拘束力の根拠

(1) 実体法上の根拠の必要性

訴訟上の和解に既判力を認めないという前提のもとでは、両当事者及び承継人を拘束するものは、契約としての側面に由来する実体法上の効力しかあり得ないはずである。そうすると、訴訟係属中の係争物の譲渡によって訴訟担当者となったYがした訴訟上の和解に承継人Zが拘束されるかという問題は、X・Y間で締結された和解契約にZが拘束される実体法上の根拠があるかという問題にほかならないことになる。

(2) ZPO265条に関する従来解釈

この問題について、BGHは、ZPO265条に基づく包括的な訴訟追行権を根拠としている。しかし、同条が係争物の譲渡人に認めているのは、まさしく訴訟上の権限だけであり、実体法上の処分権を含まないというのが一般的な理解である⁽²⁷⁾。以上からすると、ZPO265条を持ち出すだけでは、上記の問題に対する応答にはならないことになる⁽²⁸⁾。

2) 従来解釈からの変容

このように、本来実体法上の拘束力の根拠を論じるべき場面でZPO265条の訴訟追行権を持ち出すというBGHの理論構成は、単なる説明不足というだけでなく、それを受け入れれば、いくつかの点で従来解釈を変容させる可能性をもはらんでいるとされる。それゆえ、この判決はZPO265条2項1文について裁判官による法の継続形成を行っているものであり、この事自

(27) Leitmeier, Die schwache Position des Rechtsnachfolgers nach Veräußerung der streitbefangenen Sache durch den Rechtsvorgänger, ZJP 133, 2020, S 366 f.

(28) Althammer, Die Bindung des Rechtsnachfolgers an den vom Rechtsvorgänger abgeschlossenen Prozessvergleich, JZ 2019, S 289.

体も明確にされなければならないという指摘もある⁽²⁹⁾。

(1) ZPO265 条の解釈の変容

BGH の解釈によれば、ZPO265 条は、係争物の譲渡によって実体法上は無権利者となったはずの譲渡人に対して、実体法上の処分権を認めた規定だということになる。これは前述のように、同条は訴訟法上の権限しか含まないという従来の解釈の枠を超えている⁽³⁰⁾。

(2) 両性説の変容

訴訟上の和解をする権限が ZPO265 条によって認められる以上、その権限に基づいてなされる和解に承継人が拘束される実体法上の根拠も同条から導き出される、というのが BGH の理論構成だとすれば、それは両性説をも変容させている可能性がある。すなわち、実体法・訴訟法双方の要件を満たさなければ効力が生じないというのが両性説の本来の理解であったのに対して、ここでは、訴訟法上の権限（要件）が実体法上の要件を代替ないしは補完することの根拠として両性説が援用されているのである⁽³¹⁾。

3. 訴訟上の和解の訴訟法上の拘束力

もっとも、承継人を拘束する実体法上の拘束力は認められないのではないかという点を BGH 自身も意識していると思われる箇所がある。すなわち、第三者に不利な契約の成立は許されないと主張する上告理由に対し、BGH は、「訴訟法が、統一体とみなされる訴訟上の和解に拘束力を認める場合に、その限りで、このことは、承継人自身が訴訟を進行し、和解を締結したかのように扱われることを意味するが、それ以上のものではない。給付判決の既判力が実体的法律関係を変動させないのと同様、訴訟上の理由から認められ

(29) Althammer, a. a. O. (28), S 289 f.

(30) Althammer, a. a. O. (28), S 289, Leitmeier, a. a. O. (27), S366 ff, Schilken, Zur Bindung des Rechtsnachfolgers an einen vom Rechtsvorgänger geschlossenen Prozessvergleich, FS Roth, 2021, S 518.

(31) Leitmeier, a. a. O. (27), S367 ff.

る訴訟上の和解の拘束力は実体法に影響しない」(下線は筆者)と応答している部分である⁽³²⁾。

1) 拘束力の内容

まず、ここでBGHが想定している拘束力の内容がどのようなものかを確認しておく。

第一に、それは、実体的法律関係に影響を及ぼさないものだとしている。この部分は、ここで問題となっている和解の拘束力は実体法上の拘束力であり、これを肯定することは、第三者に不利な契約の効力を認めることになる、という上告理由に対する直接の応答であろう。すなわち、ここで問題となっている拘束力は実体法上の効力でないため、原告が指摘するような問題は生じない、というわけである。

第二に、その具体的な効果は、「承継人自身が訴訟を進行し、和解を締結したかのように扱われること」であるとされる。これは、あくまで既判力とは拘束力の内容が異なるということを述べているようにも思われるが、次の箇所ですく詳しく検討する。

2) 学説の評価と若干の検討

(1) 訴訟上の和解の既判力

第一の批判は、ここでいう拘束力は、通説と同様、判例自身も否定したはずの既判力ではないかというものである⁽³³⁾。ここでBGHが想定する効力は、「承継人自身が和解したかのように扱われる」というものである。この効力によって、本件のZは、本件和解の内容である撤去義務を負うことを後訴で争うことができないこととなるのであろう。もっとも、この効力は訴

(32) BGH, NJW 2019, 310, Rn. 28.

(33) Althammer, a. a. O. (28), S 290. これに対して, Rapp, Die Bindung Dritter beim Prozessvergleich, Z郑 132 (2019), S. 496 ff. は, ZPO325 条 1 項の類推適用による既判力なき既判力拡張を主張して BGH を擁護する。

訟上のものであって、本件のような第三者異議の訴えを含めて、訴訟手続において和解内容を争うことができないことにとどまり、実体法上の権利義務関係に直接影響を及ぼすわけではない、ということになる。このような帰結は、端的に訴訟上の和解に既判力を認めた場合と変わりがないといえ、この点に関する指摘は正当なものといえよう⁽³⁴⁾。

(2) 両性説の変容

第二に、ここでも両性説が変容しているという指摘がある。すでに確認したように、両性説とは、訴訟上の和解が有効に成立するためには、実体法・訴訟法双方の要件を満たす必要があるとする見解であった。そうすると、第三者に対して効力を拡張する場面においても、実体法・訴訟法双方の要件を満たす必要がある、というのが両性説本来の理解であるはずである。第三者に拡張される効力が実体法上の効力ではなく訴訟上の効力であるとしても、

(34) 本件の訴えが第三者異議の訴えであることから、ここでの訴訟上の拘束力を執行力と解することはできるか。訴訟上の和解には執行力が認められるところ、本件のZがZPO265条2項にいう「承継人」にあたる限りで、Zに対して執行力が拡張される。その結果、Zに対する承継執行文を付与することができ、Zは第三者異議の訴えにおいてこのことを争うことができない、と考えるのである。実際、BGH, NJW 2019, 310, Rn. 6において、ZPO265条の「承継人」該当性、ZPO727条による承継執行文の付与（ZPO795条を経由する場合、判力拡張は承継執行文付与にとって前提にならないと考えられる）、ZPO771条の「第三者」非該当性はそれぞれ結び付けられて論じられており、成り立ち得る理解だと思われる。また、拘束力の客体的範囲が前訴の訴訟物に限定される点も、むしろ執行力を前提にしたほうが理解しやすいといえるかもしれない。

もともと、執行力及びその拡張は、執行債権の存在を確定するものではなく、執行債権の不存在に関して起訴責任を債務者に転換するものだという理解が有力である（代表的なものとして、中野貞一郎＝下村正明『民事執行法〔改訂版〕』（青林書院、2021年）161頁、竹下守夫「民事執行における実体法と手続法」同『民事執行における実体法と手続法』（有斐閣、1990年）53頁以下参照）。これによれば、執行力及びその拡張と、強制執行の実体的正当性は別の問題として捉えるべきことになろう。

ここには、既判力と執行力の違いや、これらの効力が執行手続及び執行関係訴訟に及ぼす作用の内容といったことをどう理解するかが影響していると思われる。いずれも重要な問題であり、その検討は他日を期したい。

その効力に拘束されることには実体法上の正当化根拠も要求されるというわけである。この点でも、両性説を実体法上の根拠を補完するものとして援用するBGHの立場は、両性説を寛容させていると批判されるのである⁽³⁵⁾。

もっとも、この議論には検討の余地がある。両性説とは、訴訟上の和解が当事者間で有効に成立するためには実体法・訴訟法双方の要件を満たす必要があるとする見解である。この見解に立つからといって、第三者に対する拡張の場面でも同様に考えるべきとは限らない。BGHの立場では、ここで承継人に拡張されるのは（既判力そのものかとはともかく）訴訟上の拘束力であるから、当事者間で実体法・訴訟法双方の観点から和解が有効に成立している限り、拡張根拠は訴訟上のもので足りるとする議論は成り立ち得ないものではないように思われる⁽³⁶⁾。

4. 請求の放棄・認諾との関係

訴訟上の和解と請求の放棄・認諾との関係についても、BGHと批判的な学説とでは理解が異なる。

1) BGHの立場

BGHの判示は、ZPO265条に基づく訴訟追行権には、自白や請求の放棄・認諾をする権限も含まれることが援用されている。これは次のように理解できる。まず、自白については、それが原因で譲渡人が敗訴した場合、その判決の既判力は承継人に拡張されるので（ZPO325条1項⁽³⁷⁾）、承継人は譲

(35) むしろ併存説に基づく理解だと批判される。Leitmeier, a. a. O. (27), S365 ff.

(36) ここでより問題なのは、係争物の譲渡によって本件不動産の所有者でなくなったはずのYが、なぜ本件不動産に関して義務を負う内容の和解を有効にすることができたか、である（Leitmeier, a. a. O. (27), S366はこのような趣旨か）。この意味で、やはり本質的な問題は実体法上の処分権であって、両性説に関する議論はこの問題点を析出させるための手段とみておけばいいように思われる。

(37) ZPO325条（既判力の主観的効力）① 確定した判決は、当事者のため及び当事者に対して（有利にも不利にも）、並びに、訴訟係属の発生後に当事者の権利承継人になった者のため及びこの者に対して、又は、係争物の占有者であつ

渡人がした自白による不利益を免れないという関係にある。請求の放棄・認諾について、ドイツでは、それに基づく判決が下されるので（ZPO306条・307条⁽³⁸⁾）、やはり承継人は当該判決の効力の拡張という形で、譲渡人のした行為の不利益を免れないという関係にある。訴訟上の和解も、これらと同様、ZPO265条に基づく訴訟追行権に基づいてなされる行為である以上、訴訟上の和解に拘束されるという形で承継人が不利益を被ることもやむを得ないということになる。BGHの議論は、自白や請求の放棄・認諾と訴訟上の和解との間の共通性を強調するものだと見える。

2) 学説の批判

これに対して、批判的な学説では、放棄・認諾に対する和解の違いが強調される。すなわち、請求の放棄・認諾は純粋な訴訟行為であり、実体法上の承認や免除とも、2つの性質を併せ持つ訴訟上の和解とも区別される行為である。このことは効力の場面でも現れる。すなわち、請求の放棄・認諾に対してはそれに対応した判決が下されるが、この判決に基づいて生じる既判力はまさに訴訟法上のものであるため、承継人は後訴においてその内容を争えないものの、実体法上の権利義務に影響を及ぼすものではない⁽³⁹⁾。これに対して、訴訟上の和解には既判力が認められず、拘束力としては実体法上のものが問題となるため、拡張根拠としても実体法上のものが必要となるとす

て、当事者の一方若しくはその権利承継人が間接占有者となる方法によって係争物の占有を取得した者のため及びこの者に対して、効力を生じる。

② 無権利者から権利を移転された者の利益を図る民法の規定を準用する。

③ (以下略)

- (38) ZPO 第 306 条 (請求の放棄) 原告が、口頭弁論において主張した請求を放棄した場合に、被告が棄却を申し立てたときは、放棄を理由としてその請求を棄却しなければならない。

ZPO 第 307 条 (請求の認諾) 当事者が、自らに対して主張された請求を全部又は一部認したときは、その認識に応じて、その当事者に敗訴の判決をしなければならない。認諾の限りで、口頭弁論は必要としない。

- (39) Althammer, a. a. O. (28), S 289 ff; Leitmeier, a. a. O. (27), S367 ff.

る。

5. 承継人拘束説の内在的検討

ここまでの議論をまとめると、BGHは、承継人に対する訴訟上の和解の拘束力を肯定する立場（以下、「承継人拘束説」あるいは単に「拘束説」という）を取っているのに対して、訴訟上の和解に承継人が拘束されるのは実体法上の根拠が認められる場合に限るという立場（以下、「拘束制限説」という）から、様々な理論的な課題が指摘されている、ということになる。もっとも、拘束制限説は、BGH自身が引用しているように⁽⁴⁰⁾、ライヒ裁判所の判決においてすでに主張されていた。そうすると、拘束制限説の提起する問題はBGHも認識していたが、それにもかかわらず、BGHはあえて拘束説を採用しているとみることできそうである。そして、そこには、判示には現れない考慮が伏在している可能性があり、その点を検討しておく意義はあると考える。以下では、このような観点から、若干の検討を行う。

1) 当事者恒定主義における訴訟上の和解の規律

判例の態度決定に実質的な影響を与えたと考えられる第一の観点は、当事者恒定主義における訴訟上の和解の規律である。

(1) 規律の内容

まずはその規律の内容を確認する。

(a) 訴訟上の和解を締結する権限

当事者恒定主義のもとでは、訴訟係属中に係争物が譲渡されたとしても、当該訴訟における訴訟追行権は譲渡人のもとにとどまることになる。これは、係争物の承継人の訴訟上の地位からみれば、承継人は原則として当事者として訴訟に関与できないことを意味する⁽⁴¹⁾（ZPO265条2項）。したがっ

(40) BGH, NJW 2019, 310, Rn. 10.

(41) Stein/Jonas/Althammer, Kommentar zur Zivilprozessordnung 23. Aufl. § 265, Rn. 18. BGH, NJW 2019, 310, Rn. 22でもこのことに触れられている。

て、訴訟上の和解には訴訟行為としての側面があり、訴訟の当事者しかすることができないと考える限り、訴訟上の和解を締結する権限は承継人ではなく譲渡人だけが有することになる。

(b) 譲渡人がした訴訟上の和解の効力

(ア) 承継人を拘束する実体法上の根拠

ここで学説と共通の前提に立つとすると、承継人を拘束するためには実体法上の根拠を要することになる。この実体法上の根拠としては、承継人の同意による授權⁽⁴²⁾のほか、契約交渉過程の保護や表見代理あるいは権利外観法理⁽⁴³⁾などが挙げられる。

(イ) 承継人に対する拘束力の弱さ

これらの実体法上の根拠が実際に認められることがまったくないわけではないであろうが、ほとんどまれであるように思われる。そうだとすると、承継人が訴訟上の和解に拘束されることも、実際にはほとんどまれだということになる⁽⁴⁴⁾。拘束制限説の立場からすれば、それが理論的な帰結であり、かつ、他人がした契約に拘束されないという私的自治に由来する個人の自由の保護だということになろう。

(42) Leitmeier, a. a. O. (27), S. 368, Schilken, a. a. O. (30), S. 520.

(43) Althammer, a. a. O. (28), S. 291, Schilken, a. a. O. (30), S. 520. Althammerは、承継人が手続の訴訟係属を知っていたという事情がこれらの法理の適用を基礎づけ得るとしている。とくに、通謀的な行為を防止する必要があるとしている。しかし、通謀的な権利移転から第三者を保護するために民法が用意している制度としてまず検討すべきは通謀虚偽表示による無効である。また、契約交渉過程に着目するにせよ、権利外観法理を検討するにせよ、承継人に対する責任を基礎づけ得るためには、承継人自身の積極的な行為が必要であるように思われる。承継人が手続の訴訟係属を知っていたという事情だけで承継人の責任を認めることには疑問が残る。

(44) もっとも、実体法上の拡張根拠を欠く場合であっても、訴訟終了効や、和解の内容通りに担当者 Y が債務を負うことといった当事者間での効力は肯定できるとされる (Schilken, a. a. O. (30), S. 520 f.)。

(484)

(2) 和解の相手方の保護

このように、訴訟上の和解が承継人に対してほとんど効力を持たないという状況は、相手方には係争物の譲渡を現実にする手段がないことも考慮すれば、相手方の保護に欠けると考える余地がある。

(a) BGH の立場

実際、BGH は、ZPO265 条に基づく訴訟追行権が訴訟上の和解を含む包括的なものであることの根拠として、相手方の保護を挙げていた——もっとも、訴訟追行権の範囲を論じるだけでは不十分であることはここまで議論してきた通りである。

(b) ZPO266 条の活用

しかし、相手方の保護を援用することには批判が可能である。すなわち、本件のように土地の譲渡が問題となる事案では、ZPO266 条⁽⁴⁵⁾に基づいて、訴訟を承継人に引き継がせることも可能であった。とくに相手方が係争物の譲渡を知っていた場合には、このような手段を取らずに訴訟上の和解をした相手方が不利益を被ることもやむを得ないという評価も可能である⁽⁴⁶⁾。

(3) 当事者恒定主義の趣旨

このように、相手方の保護を持ち出すだけでは不十分だとすれば、当事者恒定主義の趣旨に立ち返った考察をする必要があろう。

(45) ZPO266 条 (土地の譲渡) ① 土地について請求がなされている権利の存否又は土地に基づく義務の存否に関して、占有者と第三者との間に訴訟が係属するときは、土地の譲渡の場合には、権利の承継人は、主たる当事者として訴訟を現状のままで引き受ける権利を有し、また、相手方の申立てによりそうした義務を負う。登録された船舶又は建造中の船舶に基づく義務の存否についての訴訟についても同様とする。

② 前項の定めは、無権利者から権利を得る者に有利となる民法の規定に抵触するときは、適用しない。この場合において、原告が譲渡したときは、第 265 条第 3 項の規定を適用する。

(46) Althammer, a. a. O. (28), S 289.

(a) 既存の訴訟追行の結果の利用

当事者恒定主義は、訴訟の係属中に訴えの対象である法律関係に変動があったとしても、既存の訴訟追行の結果を利用できる制度であると理解できる。既存の訴訟追行の結果を利用できるとは、係争物の譲渡にもかかわらず譲渡人が当事者として訴訟を続行できることに加えて、譲渡人が当事者として受けた判決の効力は譲受人にも拡張されることを意味する。

(b) モニタリングコストの観点

この規律の持つ意味は、モニタリングコストの負担という観点から捉えることができるように思われる。

(ア) 訴訟承継主義の場合

比較のために訴訟承継主義の場合をまず検討する。この場合は、訴訟係属中の係争物譲渡を相手方当事者が看過すると、譲渡人との間で判決を得ても承継人に対して判決の効力が及ばないため、承継人との関係では紛争が解決しないという不利益を被ることになる。この限りで、一方の当事者は、相手方当事者が係争物を譲渡していないかを調査・確認する義務ないしは負担を負っているということができる。もちろん、占有移転禁止の仮処分（民事保全法62条）という方策もあるが、その申立をするコストというのはやはり相手方当事者に負わされている。

(イ) 当事者恒定主義の場合

当事者恒定主義のもとでは、係争物の譲渡はまさしく無視をされるので、相手方はその点について調査・確認をする必要がない。たとえ係争物の譲渡が認識されないまま判決が下されたとしても、承継人に対して既判力が拡張されることで、訴訟の結果が維持される。ここでは、モニタリングコストが、係争物について訴訟が係属していないかを調査・確認する義務ないしは負担という形で、既判力拡張を受ける承継人に転嫁されていることになる。このことは、請求の放棄・認諾の場合でも、判決で手続が終結するため、変

わりがない。

これに対し、訴訟上の和解がされる場合だけは、状況が異なることになる。すなわち、拘束制限説の立場によると、訴訟上の和解をしようとする際には、係争物譲渡の有無と、譲渡がある場合には譲渡人に和解に関する授權があるかどうかを調査・確認すべきことになる。

このように、訴訟上の和解の場合にだけ、承継人に転嫁されていたモニタリングコストが相手方に戻ってくることになる。しかし、当事者恒定主義とはこのようなモニタリングコストを承継人に負わせることが目的の規律だとすれば、和解の場合にだけその負担が相手方に再転嫁されることは合理的でないといえる。また、承継人は、もとから訴訟係属についてモニタリングコストを負っているのであるから、和解の場合にも同様のモニタリングコストを負わされるとしても、特別負担が増すわけではない。

以上から、モニタリングコストという観点は、拘束説を基礎づける一つの有力な根拠となろう。

2) Zが和解に関与していたことの評価

判決に影響した可能性がある第二の観点として、本件の事案の特徴的な点である、和解締結の場にはZも同席していた点をあげることができる。

(1) 妥当性に対する評価

判例の立場からすれば、Zも和解に関与していたことから、Zは和解内容の形成に関与する機会を持っていたこと、和解内容を認識しており不測の不利益といえないことなどを基礎づけることができる。この事実は、Zが和解に拘束される実質的な妥当性を補強する事由と位置づけることができる。

また、学説の立場からすれば、Zの同席という事実は、三者間での和解契約の締結、あるいは授權と評価でき、Zに対する実体法上の効力の拡張根拠

となる⁽⁴⁷⁾。

(2) 当事者恒定主義から生じる問題

しかし、当事者恒定主義のもと、訴訟上の和解の当事者となれるのは訴訟担当者としての譲渡人と相手方当事者であるということが問題を生じさせる。すなわち、実体法上の契約としての和解は XYZ の三者間でされるが、訴訟行為としての訴訟上の和解は XY 間でしかできず、法律関係の当事者にずれが生じてしまうのである。

BGH が理由中の判断において Z の関与の点に特に触れず、また、拘束力の性質及び根拠として訴訟上のものをあげるのは、このような問題点を回避するという思惑もあったとはいえないだろうか。

6. 残された課題——通説の形成過程

ここまで紹介してきたように、拘束説に立つ本判決の立場に対して、拘束制限説の立場から様々な批判が加えられている。この点だけをみると学説上は拘束制限説が有力なようにみえるが、実は、判例と同様に学説上も拘束説が支配的見解とされている⁽⁴⁸⁾。ここまでの議論からすれば、拘束制限説による批判が提起する理論的問題は重要なものであり、一方で訴訟上の和解に既判力を認めないとしつつ他方で承継人が拘束されることを肯定するという、いわば一種のねじれのある拘束説が通説の地位を獲得するためには、相応の基礎づけが行われたはずである。しかし、現在確認できる多くの文献では、承継人が拘束されるという結論を述べるにとどまるものがほとんどである⁽⁴⁹⁾。そうすると、拘束説がいかにして通説の地位を獲得したのかについて

(47) Schilken, a. a. O. (30), S. 520.

(48) BGH, NJW 2019, 310, Rn. 12 において、拘束説として多数の文献が引用されている。

(49) たとえば, Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 37. Aufl., § 265, Rn. 12 (BGH, NJW 2019, 310, Rn. 12 が引用するのは第 39 版であるが, 筆者は第 37 版しか確認できなかった), Stein/Jonas/Roth, ZPO, 23. Aufl., § 265 Rn. 20, Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., § 101 Rn. 16, 22 など。

て、ドイツの学説史を研究することには重要な意義があると考えられる。しかし、本稿は、そこまで立ち入る準備がないため、将来の課題としたい。

IV. 日本法への示唆

ここまでのドイツ法に関する議論から、日本法の解釈にとってどのような示唆を引き出すことができるかを検討する。

1. 比較の基礎

当事者恒定主義は、訴訟の係属中に承継があっても承継人が手続に関与することを認めないとともに、承継人に対して既判力を拡張する規律であった。また、訴訟上の和解によって訴訟が終了したあとに承継が生じた場合も、承継人は従前の訴訟に関与する機会がない反面、拘束力を拡張され得る地位にある。この点で、ドイツ法においては、訴訟係属後の承継であれば、判決との時間的先後を問わず、承継人に既判力が拡張され得る規律となっている。

そして、承継人が訴訟に関与する機会がなく、既判力を拡張される地位にあるという点は、日本の（制限的）既判力説に立つ場合の規律と共通である。したがって、ドイツにおける承継後の和解という事案類型と日本における和解後の承継という事案類型とは比較できる共通の基礎をもっているといえる。

2. 法的性質に関する議論

日本における議論と同様、ドイツにおいても訴訟上の和解について両性説と併存説の対立があり、両性説が支配的見解とされていた。もっとも、両説の対立は、承継人に関する議論との関係で決定的とはいえないと考える。

MüKoZPO/Becker-Eberhard, 6. Aufl. 2020, § 265, Rn. 75 では、既判力の有無には議論があり、拘束制限説に対し疑問が呈されているという記述になっている。

第一に、実体法上の根拠がなければ承継人を拘束できないという指摘を、Leitmeierは両性説を手がかりに導き出しているが、同様の指摘は、AlthammerがZPO265条の解釈から導き出しており、両性説に基づくことが不可欠とはいえない。

第二に、実体法上の根拠なく承継人を拘束することは両性説を変容させるという指摘には、反論の余地があるというのは、すでに述べたとおりである。

法的性質論は、問題を発見するための手段となる可能性があるものの、それ自体が結論をわけるものではないといえるだろう。

3. 訴訟上の拘束力の意味

BGHは、訴訟上の和解に承継人は拘束されるとするが、その拘束力の内容・性質——既判力なのか、実体法上の拘束力なのか、あるいは第三の何かなのか——は明らかでなかった。

もっとも、日本法への示唆を求める場面では、この問題に深入りする必要はないと考える。日本法の議論では、承継人に対する訴訟上の拘束力として、制限的既判力がある。ドイツのように、一方で既判力を否定しながら他方で別種の訴訟上の拘束力を観念するような必要はないのである。したがって、日本法への示唆にとっては、拘束説の実質的考慮が制限的既判力のために応用できるかを考察するのが建設的だと考える。

4. 拘束力の拡張根拠

承継人拘束説の実質的な考慮は、次のようなものであった。第一に、譲渡人が法定訴訟担当として和解を締結する場合、その和解に承継人も拘束されなければ相手方当事者の保護に欠ける。また、第二に、当事者恒定主義では、係争物の譲渡によるモニタリングコストは承継人に負わされているところ、この状態を維持するために、和解においても承継人に対する拘束力が要求される。

このように、実質的な考慮はいずれも、当事者恒定主義に特有の考慮に基づいているといえる。そうだとすれば、ここでの議論を当事者恒定主義を採用していない日本法に持ち込むことには慎重にならざるを得ない。

5. 法定訴訟担当者の和解権限

BGH は、承継人に対する拘束力の根拠として、法定訴訟担当としての譲渡人には無制限の訴訟追行権が認められることを挙げていた。BGH は、法定訴訟担当者の訴訟追行権が無制限であれば、その行使の結果に被担当者が拘束されることは当然であると考えていることになる。

これに対して、日本における法定訴訟担当の議論では、担当者の訴訟追行権に制限がない場合であっても、被担当者に対する拘束力には留保が付されることが多い⁽⁵⁰⁾。そこには、被担当者を保護すべきという合理的な考慮が働いているとみることができる。

V. おわりに

最後に、I. で設定した課題にどこまで応答できたかを検証することで、まとめとしたい。

本稿で設定した課題は、訴訟上の和解の既判力について、その必要性を、承継人が登場する場面を念頭に、和解の確定効のみによる場合の規律と既判力を認めた場合の規律とを比較して検討するというものであった。

承継人が訴訟上の和解に拘束されることを BGH が肯定していることは、その拘束力の内容・性質に疑問が残るものの、既判力の必要性を示しているようにも思える。しかし、本稿が明らかにできた限りでは、その実質的な根

(50) 株主代表訴訟については会社法 850 条があり、取立訴訟における和解について大阪地裁平成 17 年 11 月 29 日判時 1945 号 72 頁がある。また、債権者代位訴訟においても和解権限の制限が議論される。以上につき、松下淳一「当事者適格 (1) 法定訴訟担当」長谷部由紀子ほか編『基礎演習 民事訴訟法〔第 3 版〕』(弘文堂, 2022 年) 17 頁以下参照。本間・前掲注 (9) 54 頁以下も参照。

拠となり得るのは、第一に、相手方の保護及びモニタリングコストの転嫁という、当事者恒定主義に特有の考慮であり、第二に、承継人が和解の場に同席していたという事案の特殊性であった。第二の点について付言すれば、仮にこれが日本で起きた事案であれば、三者間での和解契約の締結や黙示の代理権授与と評価できる可能性があることに加えて、Y・Zが夫婦の関係にあることから、本件不動産乙の贈与は虚偽表示であるとして無効とする（民法94条1項）という解決もあり得たように思われる⁽⁵¹⁾。

以上の検討からは、日本法の解釈において既判力の必要性を基礎づける積極的な根拠は見いだせなかったということになる。なお、Ⅲ.の末尾で触れたように、訴訟上の和解の承継人に対する拘束力を肯定する見解がドイツにおいて支配的地位を有する理由が重要なものとなる可能性を指摘したが、その内容は明らかにできなかった。この点に関しては、残された課題としたい。

* 関西民事訴訟法研究会において、本稿の基礎となる報告をする機会に恵まれた。また、本稿の執筆にあたって、安永祐司准教授（神戸大学）から、とくに執行法に関して、多数の有益な指摘をいただいた。ここに記して感謝の意を申し上げたい。

なお、本稿は、科研費（JP21H00664）の助成を受けたものである。

(51) BGHの事案において、Yを債務者とする授権決定がなされているのも、このような事情が影響した可能性は否定できない。