

訴訟上和解の第三者効について

—— 近時のドイツの判例を機縁として ——

本 問 靖 規

一 はじめに

本稿は、訴訟上和解の第三者効が問題となる二つ局面を取り上げ、これについて検討するものである。一つは、訴訟担当による訴訟が和解によって終了した場合の和解の被担当者への効力の拡張の問題、今一つは訴訟上和解の成立後の権利承継人への和解の効力拡張の問題である。この二つの問題を検討するきっかけとなったのは、二で紹介するドイツ近時のBGH（連邦通常最高裁）の判例である。ドイツは日本とは異なり当事者恒定主義を採っている関係で、訴訟係属中に係争物が譲渡されたときでも、従前の当事者間で訴訟が行われる（ZPO265条2項）。すなわち譲渡後は訴訟担当となる。この場合、訴訟担当者による訴訟追行の結果である判決の効力は、譲受人たる被担当者に及ぶ（ZPO325条1項に規定する訴訟係属後の権利承継人への既判力拡張）。また別の局面すなわちこの訴訟の終了後に係争物が譲渡された場合も、訴訟係属後の権利承継にあたることから、拡張要件に該当して権利承継人に既判力が及ぶ。さて両者において、訴訟が判決ではなく、訴訟上の和解によって終了した場合、その効力は権利承継人に及ぶか。上記判決は、係争物の譲渡が行われた後に当事者間における訴訟上の和解によって訴訟が終了したとき、権利承継人に当該和解の効力が及ぶかが問われたものである。訴訟承継主義を採る日本においては、同一の問われ方はしないが、上記判例を巡るドイツの議論は、訴訟担当と和

解の関係という一般論にとって大変参考になるものとする。また日本では和解成立後の承継人に対する和解の効力拡張の根拠如何という周知の議論があるが、上記判例を巡る議論はこの問題にも影響する。本稿は、はじめにドイツの判例とこれを巡る学説の評価を紹介して、その議論を日本における上記二つの問題に照らし合わせて和解の効力拡張（以下ではドイツに倣って「第三者効」と称する）について考察するものである。

二 ドイツの判例

ドイツ 通常最高裁判所（BGH2018年9月14日 BGHZ 219,314=NJW 2019,310= JZ 2019,310）は、訴訟係属後に係争物の譲渡が行われ、訴訟担当形式での訴訟追行がなされていたところ、当事者間による和解が成立した場合、和解の効力が承継人に及ぶかが問題となる事例ではじめてその見解を示した。

【事案】前訴当事者は、隣接する土地の所有者である。前訴原告（本訴被告）であるYが前诉被告（本訴原告の夫）Aに対して、2011年、Aが屋根に取り付けた太陽光発電装置がY所有土地を遮光する効果を及ぼしているとして所有権に基づく妨害排除を求める訴えを提起したところ、その訴訟係属中にAが当該土地をAの妻Xに贈与した。しかしその事実は訴訟において判明せず、土地はAが利用を続けていた。前訴は、X立会いの下、AY間の訴訟上の和解によって終了した。和解の内容には、被告であるAがソーラーモジュールの一定部分を除

去し、他のモジュールを補充しない義務を負うことが含まれていた。Aがこの義務を履行しなかったため、Yは2016年10月21日に代替執行のための授權を得た。しかしこれに対してXは、ソーラーモジュールへの強制執行が不適法（unzulässig）である旨の宣言を求めて第三者異議の訴え（本訴）を提起した。当該土地と発電装置の所有権がXに属することを理由とする。

第1審のLG KarlsruheはXの請求を棄却し、原審であるOLG Karlsruheも控訴を棄却した。Xが上告。BGHは上告を棄却した。

【判旨】「本件の発電装置は、土地構成要素ではないが付属の動産と見做される。購入時の買主は夫Aであり、その口座から支払いもなされている。前訴係属後に行われた土地の権利移転によってXが単独

所有権者となったが、Xは執行に異議を述べることはできない。というのは、XはZPO265条2項⁽¹⁾によって、同795条、727条⁽²⁾に基づく和解の書換（Umschreibung des Vergleichs：和解を債務名義とする承継執行文の付与—筆者）を可能とする手続的共同責任に服するからである。権利承継人が前主によって締結された訴訟上の和解に拘束されるかについては、確かに争いがある。しかし権利承継人は、訴訟係属中に係争物を取得し、かつ前主による訴訟追行を知っていたときには、和解締結の責任を負わなければならない」。

BGHは上記の結論の根拠を悉に論じているが、重要な判示を含むのでやや詳しく紹介する。

(1) Xは前訴係属前にすでに本件発電装置の共同所有権をXが取得していた旨を異議の理由としてい

-
- (1) ZPO（ドイツ民事訴訟法）265条（係争物の譲渡）は次の通り規定する。

1項

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項

係争物又は請求権の譲渡は、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限を有しない。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項

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。

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（一部筆者による修正あり）。以下でドイツ民事訴訟法典を掲げる場合も同様。

- (2) ZPO795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。第794条第1項2号に掲げる債務名義に基づく強制執行については、債務名義が、担保の提供と引き換えにのみ仮執行宣言の付される判決に基づくものである場合は、第720a条を準用する。執行宣言を付した欧州支払命令による強制執行については、第1093条から第1096条までの規定を、補充的に準用する。

ZPO727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項

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32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項

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。

るが、本件でZPO771条1項に規定する「強制執行の目的物」となるのは発電装置なのではない。BGB906条との関連におけるBGB1004条に基づく土地と関連する請求権が前訴の対象であった。この場合、土地が権利義務の主体となるのであって土地所有者はその時点での代理人の地位に就くにすぎない（RGZ40,333）。ある種の行為が問題となる場合であっても、妨害の元になっている土地がZPO771条1項の執行対象として扱われるのであって、その侵害が直接土地によるものなのか、そこにある動産によるものかに依存するものではない。

(2) Xの提起する第三者異議が奏功するために決定的なのは、夫Aによる和解をZPO265条2項1文によってXも認めなければならず、それゆえXに対してZPO795条、727条に基づいて訴訟上和解の執行文を付与されるのかどうかである。XがAの権利承継人ということになれば、ZPO771条の第三者にはあたらない。また権利承継が訴訟係属後、和解締結前に行われた場合、どのような要件の下で権利承継人に承継執行文が付与されるのかも争いのあるところである。すなわち権利承継人に執行文が付与されるための基準時が問題である。これについて法律には明記されておらず、解釈に任されることになる。BGHには、訴訟係属を前提としない債務名義においては、その作成時点を基準とするとの先例があるが（BGHZ120,387）、訴訟の対象である請求権に関する和解についてはこれまで最高裁の判例はなかった。学説は訴訟係属の時点を基準とするものと、和解の成立時点を基準とするものとに分かれている。しかし執行文付与は次のような要件の下で許されるべきである。すなわち、訴訟中に係争物が譲渡された場合、譲渡人の権利承継人は、和解の内容が、係属訴訟における判決の帰結でもあり得た

め、判決であればその既判力が権利承継人にも及んだであろうとき、そしてその限りにおいて訴訟上の和解が権利承継人にも通用することになる。確かに訴訟上の和解は、判決とは異なり、両性的性格（Doppelnatur）すなわち訴訟行為と法律行為（契約）の側面を有する。しかし両者は別々に存在するのではなく、訴訟的効果と実体的規律とは相互依存関係にある単一体（Einheit）を構成する。したがってこの両性的性格からは訴訟上和解の権利承継人への拘束如何の解決は得られず、その解答はただZPO265条のみから得られるのである。訴訟係属後の譲渡が許され（265条1項）、譲渡人は法律により包括的に訴訟担当を行うことから（265条2項）、事実の自白や請求の放棄もできる。そうであれば和解の権限を有すると解すべきである。したがって和解が実体法的性格を有することから、和解にあたって権利承継人の実体法上の授權を要するとする必要はない。譲渡後も譲渡人が訴訟追行する場合（本件では、ZPO266条により権利承継人が訴訟引受をすることもできた事案であるが、実際にこれは行われなかった）、権利承継人から訴訟担当者に指示を出すことができるとしても、これは内部関係に留まり、承継人の訴訟への介入は許されない（参加としても単純な補助参加に留まる）。譲渡人が承継人による指示に違反したとしても両者間での損害賠償が問題となるにすぎない。このように譲渡人には無制限の手続的権限が与えられる以上、権利承継人は、原則として、締結された和解に拘束されることになる。この拘束力を否定することは相手方にとっても不本意な結果となり、ZPO265条2項の趣旨に反することとなる（被告に対して時間、労力、費用を費やして終了した後に第三者に対する新たな訴訟を開始しなければならないという事態を回避することを

(3) ZPO771条（第三者異議の訴え）

1項

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。

目的とする規定であるとして、Hahn, Materialien, 2.Aufl., Bd.2, S.261を引用している)。相手方が、訴訟係属中の譲渡の事実を知らずに和解による解決を選択したときには特に保護の必要がある。またたとえ相手方が譲渡の事実を知ったとしても、権利承継人に訴訟を承継させることを強いられるわけではない。さらに訴訟係属中の権利承継人に対する訴え提起は重複起訴の禁止に触れるためできない(261条3項1文)。これらを考え合わせると、判決であれ、和解であれ、係属中の訴訟での帰結は、譲渡があった場合でも利用できてしかるべきである。結局のところ、和解の拘束力を認めることが不適法な第三者に対する契約を認めることになるとの上告理由は説得力を持たない。訴訟法が単一体とみる訴訟上の和解に拘束力を命じる場合でも、それはあたかも権利承継人が自ら訴訟を追行し、和解を締結したかのように取り扱うことを意味するわけではないし、給付判決の既判力が権利関係を変更するわけでもないのと同様、訴訟上の和解の手続的理由に基づく拘束効が実体権に影響を及ぼすに過ぎない。権利承継人がこれによって不利益を受けることを法律はすでに考慮済みである。権利承継人には訴訟追行権が付与されていないからである。このような考察から、同時に、権利承継人の拘束力の限界も現れる。譲渡人の法定訴訟担当は、譲渡の時点で訴訟係属していた請求権に限定されるものであるが故に、権利承継人が和解の拘束力を受けるのは、和解の内容が係属する訴訟における判決の帰結でもあり得る場合でなければならない。それを超えた義務が定められたとしてもそれは訴訟担当者としてのものではなく、譲渡人固有の法律関係に過ぎない。

(3) ZPO795条に規定する727条の準用の基準となる時点は訴訟係属時である。その後の権利承継人に対しては、承継執行文が付与される。これに対して和解が訴訟係属の対象ではない請求権をその内容とする場合に執行文が付与されるのは、権利承継が裁判上の和解締結の後に生じたときである。権利承継人が係争物を取得する際に訴訟の存在を知っていたかは重要ではない。その限りで727条に示されている⁽⁴⁾325条が出发点である。325条1項は訴訟係属後に係争物が譲渡されたとき、権利承継人が訴訟の存在を知っていたか否かにかかわらず判決の既判力は権利承継人にも及ぶとする。確かに325条2項は権利者からの取得の場合にも適用されるとの見解が存在するが、通説はこれを否定している。BGHもこの通説に与し無権利者からの取得のみ2項が適用されると解する(本件は権利者からの取得の場合である一筆者)。その際、譲渡人が無権利者であることと訴訟係属の存在の両者について善意であることが要件となる(二重の善意“doppelte Gutgläubigkeit”)。権利承継人が前主に対して言い渡された判決に、権利取得の際に訴訟係属の存在を知らなかったときでも、拘束されるのであれば、795条による727条325条の譲渡人によって締結された和解への準用についても何ら異なることはない。この関係においても、相手方の利益が優先されるのである。

原審は、ZPO771条の意味での原告の第三者異議権を正当にも否定したが、BGHもこの結論を正当として上告を棄却する。

(4) 判示事項をまとめると、①訴訟係属後に係争物が譲渡され、その後、譲渡人たる訴訟担当者と相手方との間で訴訟上の和解が成立して訴訟が終了した

(4) ZPO325条

1項

確定した判決は当事者のため及び当事者に対して、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って、当事者の一方若しくはその権利承継人が間接占有者になる方法によって係争物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項

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。

場合、和解の効力は、譲受人たる現在の権利保持者に及ぶかの問題（第三者効）について、和解内容が係属した訴訟の訴訟物の枠内に収まっている限りという要件の下、ZPO265条を根拠にこれを肯定したこと、②ZPO795条が準用する727条による承継執行文付与の基準時は和解成立時ではなく、訴訟係属時であることを明言したこと（和解成立後の承継人にのみ承継執行文が付与されるとの見解をとらなかったこと）、③ZPO325条2項の適用範囲について争いがあったところ、その適用は無権利者からの善意取得（ただし、二重の善意を要件とする）に限定され、権利者からの善意取得は同条の適用範囲に含まれないとする通説の立場を採ることを宣明したこと、すなわちZPO265条並びに325条を相手方保護の立場から解釈することを徹底したことである。

これらすべては学説において通説の認めるところであったが、同時に一部で鋭く批判されていたところでもあり、したがって本判決に対しても、判旨に反対する立場も有力である。以下では項を変えて学説の評価を見ることにする。

三 ドイツにおける判例の評価—学説の議論状況

（1）導入としての議論の基本事項

筆者のもともとの関心は、訴訟上の和解の承継人への第三者効の問題であるが、日本における和解の第三者効は、訴訟承継主義の関係で、和解成立による訴訟終了後の承継人に対する効力であるところ、ドイツにおいては、当事者恒定主義を採っている関係で、訴訟係属後の承継人への第三者効の問題となる。日本ではこれは、訴訟担当者の和解の第三者効

として論じられるが、この問題にとっても本判決は示唆的であることから、本判決を巡るドイツの議論については、日本からの問題意識を持って注視する価値がある。本件は、法定訴訟担当の類型に属するものであるが、後の議論の基本線をここで示しておくことにする。法定訴訟担当者の訴訟追行権限は、法律の規定を根拠とする⁽⁵⁾。そこでまずこの訴訟追行権限に和解権限が含まれるのかが問われる⁽⁶⁾。次に和解権限を含むとしても和解の内容に制限が付され得るかである。これは訴訟担当者に請求の放棄、認諾が許されるかに関連する議論である。さらに仮に制限がないとした場合、和解の効力は承継人をも拘束するか（和解の第三者効）が問題となる。ドイツの議論はこういった事項を巡って行われている。

（2）法定訴訟担当者に与えられた訴訟追行権にたとえば和解権限は含まれないというように制限を付することができるかについて議論がある⁽⁷⁾。しかし学説の概ねは、制限を付すことに反対している。その理由は、訴訟担当者の訴訟追行権限は包括的なものであり、当事者として認められるあらゆる訴訟行為を含むものであるからとされる⁽⁸⁾。すなわち自白や請求の放棄、認諾が許される以上、和解も当然に適法なものとされる。もっとも和解内容が訴訟物の枠内に留まっている限りという制限がつくとされる。この制約は、ZPO265条2項の趣旨が、訴訟係属後に係争物が譲渡された場合でも、従前の当事者間で訴訟追行ができ、それが判決に至ったときに、その結果について相手方を保護することにあるからである。和解内容が訴訟物の枠の中に収まっている限りとの要件が充足されれば、権利承継人に対しても和解の拘束力が認められる。しかし訴訟上和解の手續

(5) Wiczeorek/Schütze/Assmann, ZPO, 5.Aufl., 2023, § 265, Rn62.

(6) BGH 1986年5月14日判決 NJW-RR 1987,307f.ですでに包括的訴訟追行権に和解権限が含まれることを判示していた。ただし、事案は控訴の取り下げを義務とする和解であり、実体的効力を含まないものであった。

(7) Klinck, Die Vergleichsbefugnis des Prozessstandschafters, WM 2006, 417,418.

(8) Klinck, a.a.O. (Anm.7) S.418, これに対して訴訟担当者の訴訟追行権は分割可能で、部分的な付与ができるとする見解として、Berger, Diesubjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozessstandschaft, 1992, S.118f., Kleinheisterkamp, Prozessführung über gepfändete Forderungen, 2000, S.56ff.

的効力（＝訴訟終了効）についてはこれで問題がないとしても、実体的効力にまで及ぶかは、議論のあるところであった。本判決はこれを積極的に解したが、理論的な問題が指摘されている。以下にこれを巡る議論を見てみたい。

(3) まず指摘されるべきは、本判決の立場が通説であった⁽⁹⁾ということである。しかしこれに対しては以前から批判があったが、その根拠は、第三者に負担を課す契約（Vertrag zu Lasten Dritter）を締結することは私的自治の原則に反し許されないことに置かれていた⁽¹⁰⁾。これを適法に締結するためには、第三者の関与を要する。一定の義務の負担を認める訴訟上の和解は、この第三者に負担を課す契約にあたるため、これを適法とするためには、第三者（本件では権利承継人）の授権が必要であるとの見解が有力に主張されていた⁽¹¹⁾。この見解の背景には和解の持つ両性的性格のうち実体法的側面に即した解決

を求める考え方がある。この点、本判決は、手続的側面と実体的側面を分離できない単一体として取り扱い、全体的にZPO265条の趣旨を優先させる手法を採っているが、その結果、本来不適法である第三者に負担を課す契約の第三者効を認めることになる⁽¹²⁾と批判されている。これによれば、訴訟担当者による訴訟上の和解が権利承継人にも拘束力を及ぼすためには、後者による授権を要することになる。

このような見解に対しては、和解の第三者効は、和解の両性的性格から決せられる問題ではなく、もっぱらZPO265条の目的から決せられるべきであり、第三者効が認められる場合の権利承継人の不利益とこれを認めない場合に相手方が再度の対席判決を強いられ、和解の機会を失う不利益との比較で考えると相手方保護の趣旨を活かすべきであるとの見解がある⁽¹³⁾。訴訟担当者への包括的な訴訟追行権限の付与に和解権限も含まれるとの前提をとれば、そ

(9) BGHの引用するところによれば、限定を付けずに一般的にこれを認めるものとして、Thomas/Putzo/Reichhold, ZPO, 39.Aufl., § 265 Rn.12, Hk-ZPO/Saenger, 7.Aufl., § 265 Rn.75（筆者未見）、OLG Kiel, OLGRspr.17,318f. が挙げられ、限定を付すものとして、MüKoZPO/Becker-Eberhard, 5.Aufl., § 265 Rn.75 (6.Aufl., 2020, Rn.75も同様一筆者)、Stein/Jonas/Roth, ZPO, 23.Aufl., § 265 Rn.20, Musielak/Voit/Foerste, ZPO, 15.Aufl., § 265 Rn.9, Wiczorek/Schütze/Paulus, ZPO, 4.Aufl., 2016, § 727 Rn.36（この引用が適切かは疑問—筆者、Wiczorek/Schütze/Assmann, 5.Aufl., 2023, 265 Rn.62は、実体的授権を必要として判例に反対する）、Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18.Aufl., § 101 Rn.16 und 22, Zeuner, FS Schwab, 1990, 575,792（592の誤りであろう）、Merle, JA1983, 626,631（筆者未見）が挙げられている。その他、判旨賛成の論評として、Würdinger, Anmerkung, NJW 2019, 314, Fischer, Aktuelles Zivilprozessrecht, JuS 2019, 221, などがある。

(10) これに対し、第三者のための契約（Vertrag zugunsten Dritter）については、BGB328条の規定が存する。もし本件の事案とは異なり、権利承継後にほぼA（X）の権利のみを認める和解が成立したとすると承継人を第三者とする第三者のための契約とみることになりそうである。その場合、ZPO265条2項によって承継人への第三者効が認められるとする結論は本判決の反対論者でも認めるのではないであろうか。なお、ドイツにおける第三者のための契約と和解に関して、勅使川原和彦「第三者のためにする契約と訴訟上の和解の効力の主観的範囲」『民事訴訟法額の新たな展開』（中村英郎古稀祝賀，成文堂，1996年）396頁，409頁参照。もっとも訴訟担当における当事者間の和解を第三者に対する契約あるいは第三者のための契約とみるのは、単なる比喩的な意味を有するに過ぎないとも思われる。

(11) Klinck, aa.O. (Anm.7) S.423.

(12) Althammer, Die Bindung des Rechtsnachfolgers an den vom Rechtsvorgänger abgeschlossenen Prozessvergleich, JZ 2019, 286,291. Makowsky, Bindung des Rechtsnachfolgers an einen zwischen dem Veräußerer und dem Prozessgegner geschlossenen Vergleich, JR 2020, 1,4, Schilken, Zur Bindung des Rechtsnachfolgers an einen vom Rechtsvorgänger geschlossenen Prozessvergleich, FS Roth, 2021, 515, 519. Wiczorek/Schütze/Assmann, aa.O. (Anm.9) Rn.62.

(13) A. Blomeyer, Zivilprozessrecht, 1.Aufl., § 47 Rn.3, 239. Blomeyerは、この観点から申立ての変更の必要に関する Relevanztheorie に反対する（この理論については、Becker-Eberhard, MünchnerKommentar ZPO（以下では、MüKoZPOと略す）6.Aufl., 2020, § 265 Rn.83以下参照）。Rapp, Die Bindung Dritter beim Prozessvergleich, ZJP 132Bd. 2019, 495,506は、結局リスク分配の問題として265条の趣旨を重視する。

こから実体法的な効果を切り離して授権を要求することは適切ではない⁽¹⁴⁾。本判決も基本的にこの立場に与するが、第三者効を正当化するために、和解の内容が判決の内容でもあり得る場合で、その既判力がZPO325条により当該権利承継人に及ぶときという限定を付けている。このBGHの立場に対しては、訴訟が高権的行為である判決によって終了した場合と当事者合意を前提とするため既判力が付与されない和解とは根本的に異なることを軽視していると批判されている⁽¹⁵⁾。本判決とは異なり、訴訟上の和解の実体法上の効果としての第三者効を認めるためには、授権が必要であるとの見解をとる場合、被告側の権利承継があったときは、原則として授権がなければ、原告は再度の申立てを余儀なくされる⁽¹⁶⁾。もっとも本件においては、権利承継人たるXは和解に立ち会っているのであるから、代理権の授与が

あったと評価することが可能であるし、事案によっては代理法上の表見法理を適用してYを不利益から救済することも可能であるとされる⁽¹⁷⁾。

(4) 本判決は、訴訟係属後の権利承継人に和解の拘束力を肯定するものであるが、これは既判力の主観的範囲に関する325条の類推適用を認めたものであろうか。周知のように、ドイツにおいては訴訟上の和解に既判力を付与すべきが議論があるものの⁽¹⁸⁾、これを否定するのが通説である⁽¹⁹⁾。当事者間で否定される既判力が権利承継人に拡張されるというのはいささか違和感を持つのが一般であろう。これに対しては、325条の類推適用は可能とする見解がある⁽²⁰⁾。これは、問題を訴訟担当者の訴訟追行権と現権利者の手続権の間の緊張関係における既判力なき既判力の拡張と捉えるものである⁽²¹⁾。なお原審は、BGB1629条2項は、親の配慮が両親に共同で帰属

(14) Rapp, aa.O. (Anm.13) S.509は、和解の対象となるのは手続的請求権であり第三者効もこれについて及ぶのであるから、実体法上の授権なしに行われうるものである。したがってその規律は専ら訴訟法に従うことから実体法上の授権を要するものではないとする。

(15) Leitmeier, Die schwache Position des Rechtsnachfolgers nach Veräußerung der streitbefangenen Sache durch den Rechtsvorgänger, ZZP133Bd. 2020, 359,370.

(16) 授権がない場合、和解の効果はどうなるのかが問題となる。現権利者である承継人に和解の効力を及ぼすことができないのであるから、和解は無効となり、両性説から和解の訴訟法上の効果も無効となるから、和解の終了効は生ぜず、訴訟係属の状態となると考えることができる一方 (Leitmeier, aa.O. Anm.15, S.366)、和解全体が無効となるのではなく、和解が履行できないことから前主との間で損害賠償の問題になるとすることも考えられる (Schilken, aa.O. Anm.12, S.521)。

(17) Schilken, aa.O. (Anm.12) S.520.

(18) ただし、書面による和解に関する決定 (ZPO278条6項) に既判力があるかとの議論のようである。Frische, Verfahrenswirkungen und Rechtskraft gerichtlicher Vergleiche, 2006, S13ff. 肯定説として、Schlosser, Die ZPO auf dem Wege zum Urteil mit vereinbartem Inhalt?, FS Schumann, 2001, S.389, 395ff. また、和解の錯誤・取消しを理由とする別訴の提起に対して、和解の訴訟終了効を宣言した判決は、和解の実体法上の無効の主張を遮断するとしたBGHの判決 (NJW1981,823) がある。これについて和解の訴訟終了効を宣言する判決は既判力を有すると理解する見解として、石川明「訴訟上の和解の訴訟終了効」判タ450号 (1981年) 46頁。

(19) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18.Aufl. 2018, § 131 Rn30., Schilken/Brinkmann, Zivilprozessrecht, 8.Aufl. 2022, § 13Rn.16等参照。判例も同様である。BGHZ 86,184,186. スイスにおいては逆に、訴訟上の和解に既判力が認められている。Schweizer ZPO § 241, § 208 II. 松村和徳＝吉田純平『スイス民事訴訟法概論』（早稲田大学比較法研究所, 2022年）176頁注56, 安達栄司「わが国における米国クラスアクション上の和解の承認適格」『現代社会における民事手続法の展開（上）』（石川古稀祝賀, 商事法務, 2002年）261頁参照。請求の放棄や認諾と同様、和解も判決代用の制度であるからである。また再審 (Revision) により意思の瑕疵の主張ができる。Oberhammer/Naegeli, Kurzkommentar ZPO, 2010, Art 241 Rn.7,15, 34. なお、スイス最高裁判例 (BGE105 II 274,278) によれば、既判力により拘束されるのは、当事者と権利承継人であり、それ以外の第三者は訴訟に関与しない限り、和解の既判力に拘束されることはない。

(20) Rapp, aa.O. (Anm.13.) S.502.

(21) Rapp, aa.O. (Anm.13.) S.496.

するとき、子を監護する親は他方の親に対して子の扶養料請求権を主張することができる⁽²²⁾とし、同条3項2号に、(その結果)一方の親によって取得された裁判と両親間で締結された裁判上の和解は、子のため又は子に対しても効力を及ぼすと規定されているのを一般化可能として本条を和解の第三者効の根拠としてあげている。しかし本判決はあえてこの問題に触れていないところから推測すると、上記規定は家族法上の特殊な関係に基づくものであって、これを一般化して本件の根拠とすることは適切ではないと考えているものと解することができる⁽²³⁾。そうするとBGHが訴訟上の和解に325条を類推適用して既判力の拡張を認めたと理解することは難しいのではないかということになる。そこでBGHの325条への言及は、給付判決の既判力との対応関係を引き合いに出して、判決内容としても可能であることを拘束力の限界として示したものとする理解がある⁽²⁴⁾。訴訟上の和解の権利承継人への拘束力を認め、しかもこれを325条と関連させないとすれば、この拘束力とはいったいどのような性質のものなのかが問われることになる。本稿では、権利承継人への第三者効と称してきたが、このような表現は筆者独自のものではなく、このテーマを扱うドイツの文献によく見られるものである。しかしこれらが既判力と区別する意図で第三者効と名付けているのかは明確ではない。既判力の拡張ではない第三者効という表現はかつてみられたものであるが⁽²⁵⁾、その理論を使用したことを明言したものは見当たらない。またこの第三者効と既判力効の内容上の区別もはっきりしていない。たしかに本判決は権利承継人への拘束力をZPO265条2項から引き出しているが、それは限り

なく325条の効力に寄せたうえでの解釈のように思われる。

(5) 訴訟上の和解を債務名義として権利承継人に承継執行文が付与されるための基準時を何時とすべきかについては、訴訟係属時か和解締結時かで意見が分かれていたところである⁽²⁶⁾。本判決は訴訟係属時と判示した。これに対しては、権利承継後の和解締結は、権利者の授權なしには第三者効を及ぼさない(ないしは全面的に無効である)との見解からは、ZPO795条、727条の解釈として和解成立時(債務名義成立時)を基準時とすべきと主張されている⁽²⁷⁾。この見解によれば、和解成立後に権利承継(係争物の譲渡=特定承継)がなされた場合には、承継執行文の付与が許されることになるが、その場合、権利承継人への拘束力が実体法上のものか、訴訟法上のものか問題になるように思われる。和解の実体法上の効力を権利承継人の授權に依存させる見解からすると、和解成立後の権利承継の場合も実体法による規律に服することになる。この見解を主張する者は、承継執行文の付与に際してたとえば債務引受などによる前主の実体法上の地位の承継を要件としているが、この立場を表していると考えられる⁽²⁸⁾。一般承継の場合とは異なり、特定承継の場合にこれを拘束力の根拠とすると執行文の付与が契約内容の審理を要する個別の判断によって決められることになりそうである。これが果たして執行文実務との関係で妥当かが問われる。もっとも本判決の立場からも和解内容が判決内容でもあり得るときという限定付きになるので、その個別の判断が執行文付与の際に必要なとなるが、この場合は、権利承継の契約内容を要件とするときと比較して判断が一律になされるの

(22) OLG Karlsruhe 2017年9月19日判決 NJW-RR2017, Rn.35

(23) Würdinger, a.a.O. (Anm.9), S.314.

(24) Schilken, a.a.O. (Anm.12), S.522.

(25) Schwab, Rechtskrafterstreckung auf Dritte und Drittwirkung der Rechtskraft, Z郑 77Bd. 1964, S.124.

(26) Wolfsteiner, in MüKoZPO, 6.Aufl. 2020, § 727 Rn.8.参照。

(27) Althammer, a.a.O. (Anm.12), S.292., Schilken, a.a.O. (Anm.12), S.523.

(28) Althammer, a.a.O. (Anm.12), S.292., Schilken, a.a.O. (Anm.12), S.523.

で両者の違いは質的違いといえそうである。

(6) 本判決は、これも以前から議論のあったZPO325条2項に規定する既判力拡張の例外としての善意取得を無権利者からの取得に限るか、権利者からの取得を含めるかについて、通説に従い（ただし通説は「二重の善意」説）、無権利者からの善意取得に限るとする見解を採用した。⁽²⁹⁾訴訟係属後に権利承継が生じた場合、265条の趣旨との関係で忠実に相手方保護を鮮明にした点が特徴的といえる。

(7) 小括 本件は、隣接地（土地）の物権に基づく妨害排除請求であることをまず念頭に置く必要がある。判旨にも記されているように、このような事例においては、権利の客体である土地を中心に理論を組み立てることがドイツでは通常であり、またZPO266条が適用されるからである。本題に関していえば、本判決に見るBGHの立場は通説を反映したものと見える。その結論はリスク分配というやや大雑把な基準に基づく政策的判断の下で引き出されたものであるように見え、緻密な理論的背景を欠いているところがあるように思われる。この点を反対説によって突かれている。もっとも反対説がつねに妥当な結論へとつながるかが問われる。殊に和解成立後の権利承継人への拘束力の説明をどうするのか、日本の問題関心からすると最も重要なところが必ずしも十分に説明されているわけではないとの感想を抱く。それにもかかわらず、ドイツの議論は、日本の従来の議論との関係において大変興味深いものがある。

四 日本における和解の第三者効を巡る議論

ドイツとは異なり、訴訟承継主義を採る日本にお

いては、訴訟上の和解の成立時を承継の基準時とするため、上記BGH判例のような事案では、訴訟担当者による和解の第三者効の問題と和解成立後の承継人への効力拡張の問題とが区別されることになる。

(1) 訴訟担当と和解

訴訟担当者の訴訟追行権の根拠は、法定訴訟担当であれば法律の規定、任意的訴訟担当であれば権利者からの授權ということになる。そこでまずこの訴訟追行権に和解権限が含まれるかが問われる。これについては選定当事者に関する最判昭和43・8・27判時534号48頁が「選定当事者は、訴訟代理人ではなく、当事者であるから、その権限については民訴法81条2項〔現55条2項一筆者〕の適用を受けず、訴訟上の和解を含む一切の訴訟行為を特別の委任なしに行うことができるものであり、かつ、選定行為においてもその権限を制限することのできないものであって、たとえ和解を禁ずる等権限の制限を付した選定をしても、その選定は、制限部分が無効であり、無制限の選定としての効力を生ずるものであると解するのが相当である」とした。訴訟法上の権限である訴訟追行権に制限を付することができるかは、前述のようにドイツにおいて議論のあるところであるが、これを否定するのが一般であった。日本においても選定当事者による請求の放棄、認諾とともに訴訟上の和解につき裁判所の許可を要するとの見解が存するが、⁽³⁰⁾訴訟追行権の制限は、当事者の訴訟追行上の処分権を奪うものであり、相手方との関係においてもこの制約は望ましいものではない。選定者と被選定者の間で制限を設けたとしてもそれは単に損害賠償等当該者間のみの関係で処理されることになるのと解するのが妥当であるように思われ

(29) Stein/Jonas/Althammer, ZPO, 23.Aufl., 325 Rn.38f. これに対して権利者からの取得を含むものとする見解として、Leitmeier, a.a.O. (Anm.15), S376ff.

(30) 藪口康夫「選定当事者」『新民事訴訟法大系1』（青林書院、1997年）170頁。

⁽³¹⁾ またこの議論は、選定当事者においてのみならず、他の類型にも応用できるもの⁽³²⁾と考える。

それでは、どのような内容の和解でも可能なのであろうか（和解内容に制限はないか）。日本は、ドイツとは異なり、訴訟担当者の受けた判決の既判力を被担当者に拡張する規定を持っている（民訴115条1項2号）。訴訟上の和解に既判力が付与されるかは、周知の議論が存するが、もしこれを肯定したときは、既判力の拡張を前提として論じられることになる。その場合、これへの対応を可能にするため和解内容の適正が要求される。すなわちその内容に制限を加えるべきとの見解が、ドイツと比較して、主張されやすいことになる。現にこの問題は、訴訟担当者が請求の放棄や認諾ができるかの問題とも関連して、議論のあるところである。⁽³³⁾ 訴訟上和解の第三者効を固定した場合の調整を、和解内容の適正のための裁判所の関与（承認、認可など）に求める必要がある類型が存在することは事実である。⁽³⁴⁾ しかし第三者効を前提としたとしても、裁判所の適正な和解に向けての関与をすべての類型において認める必要があるかは疑わしい。むしろ通常の手続による和解を認めた上で、効力（拡張）の局面で適性化を図る議論が可能である。前項で見たドイツの判例を巡る議論はまさに第三者効の是非に関するものであった。また日本においてもすでにそのような議論

が行われてきたところである。

当事者恒定主義を採るドイツにおいて、判例は訴訟係属後に係争物が譲渡された場合、譲渡人がその後も当事者として訴訟追行を行う（ZPO265条2項）。譲渡によって相手方が不利益を受けないためであるが、その趣旨は訴訟係属後に係争物が譲渡され、その後に訴訟上の和解で訴訟が終了した場合にも、和解の内容が判決でも可能であるという条件の下（訴訟物の枠内で和解が行われたとき）、通用するとされた。その際、判例は和解の両性的な性格（Doppelnatur）を考慮しながらも、両性の統一的な取り扱いに基づいてその結論を基礎づけた。これに賛成する学説は、もし和解の第三者効が否定されれば、相手方は権利承継人に対して再訴を強いられるが、それではバランスを失することを理由としていた（リスク配分の問題）。これに対して反対説は、これでは和解の実体法的な側面を軽視することになり、不適法とされる第三者に対する契約を認めることになるとする。したがって第三者効を認めるためには、譲受人が代理権を授与するか、何らかの授權を要するとした。日本の現在の立法や議論はこの反対説に親和的といえる。まず、株主等による責任追及の訴え（会社847条以下）は、法定訴訟担当の一つと解することができるが、⁽³⁵⁾ 当事者間での訴訟上の和解について明文の規定を定めている（会社850

(31) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）第2版補訂版』（有斐閣、2014年）414頁。

(32) 消費者裁判手続特例法上の簡易確定手続における債権届出団体の和解（40条）に関し、同様の趣旨を認める見解として、山本和彦『解説消費者裁判手続特例法〔3版〕』（弘文堂、2023年）303頁。

(33) 請求の放棄や認諾に関しては取消し、和解については裁判所の承諾に係らせる余地を認める見解として、山本和彦「選定当事者について」判タ999号（1999年）62頁。長谷部由起子「選定当事者制度の改革」『講座新民事訴訟Ⅰ』（弘文堂、1998年）137頁も同旨のように思われる。伊藤眞『民事訴訟法〔7版〕』（有斐閣、2020年）492頁も参照。

(34) ドイツの消費者権の集成的実現に関する法律（2023年10月12日公布）9条は、1項で「団体訴訟登録簿への届出消費者に効力が及ぶ形で、当事者は紛争を合意によって解決するために和解を締結することができる。…」旨、2項で「和解には裁判所の認可を要する。裁判所は、和解を、事実及び争点の斟酌の下、特に関係消費者の利益という点で、紛争の正当な合意による解決と見るとき、決定で和解を認可する。これと異なる場合、裁判所は和解の認可を決定によって拒絶する」（私訳）と規定している。この法律によって実質同様の規整をしていたムスタ確認手続の規定（ZPO606条乃至687条）は削除された。

(35) 周知のように責任追及の訴えが代位訴訟（法定訴訟担当）なのか代表訴訟なのか、両性質を持ち合わせたものについての議論がある。竹内昭夫『会社法の理論Ⅲ』（有斐閣、1990年）231頁参照。しかしこれを法定訴訟担当の一つの場合であると解するのが一般である。岩原伸作『会社法コンメンタール19』（商事法務、2021年。以下では「会社法コメン」と略する）447頁参照。

条)。これによれば被担当者である株式会社等の関与なしに和解をしてもその効力は会社等には及ばない（同850条1項）⁽³⁶⁾。BGHの上記判例との関係で興味深いのは、同条項が「当該訴訟における訴訟の目的については」として訴訟物に関する和解に限定してその効力を問題にしている点である。日本においては、和解につき両性的性格を有するものとしてそのうち私法行為の側面での拘束力を第三者に及ぼすためには、第三者の代理権ないしは授權が必要であるとの見解（ドイツにおける判例反対説）を採用していると評価することができる。したがって和解案について会社に通知がなされなかったり、会社から異議が述べられた場合でも（会社850条2項）、訴訟行為としての側面の問題すなわち訴訟終了効については、別途処理が可能であるとの考えに基づくものとする、たとえ実体的意味における第三者効が否定される場合でも、訴訟終了効は生じうるとの解釈の可能性は残されている⁽³⁷⁾。このような結論は和解の効力を訴訟物と関連させていることとも関係するように思われるが、その場合、和解の法的性質として単純な併存説を採ることになる。次に取立訴訟における和解について、大阪地判平17・11・29判時1945号72頁は、「取立訴訟は、差押債権者としての取立権に基づいて、債務者に代わって価値の実現を許容するに過ぎず、被差押債権自体に関する処分権まで含んでいるわけではないから、取立訴訟における和解手続において、被差押債権について、差押債権者と、第三債務者との間で免除、猶予等の合意が

なされたとしても、債務者が和解手続に参加していない限り、その効力が債務者に及ぶものではない」⁽³⁸⁾とした。取立債権者は、取立権を裁判上行使することができる以上、訴訟追行権を有するが⁽³⁹⁾、被差押債権に関する処分権を有するわけではないため、これには被差押債権について和解権限を当然に含むものではない。それを実行するためには処分権を有する債務者の参加を要するとの趣旨と思われる。債権者代位訴訟についても同様である⁽⁴⁰⁾。また破産管財人が外国倒産処理手続に参加した場合、破産債権者のために一切の行為をすることができるとされる。他方、和解等債権者の権利を害するおそれのある行為をするには、当該破産債権者の授權がなければならぬと規定されているのも同様の考え方によるものと思われる（破247条3項）。

（2）訴訟上和解の承継人に対する効力

前記BGH判決の事案は、訴訟係属中、係争物の譲渡後の和解の第三者効の是非を問うもので、和解成立後の譲渡に関するものではない。BGHの見解からすれば、後者については当然のこととして第三者効が肯定される。しかし判例に反対する見解においては、和解成立後の実体的関係を係争物の譲受人に反映させるためには、和解の私法行為の側面を承継するため、債務引受等の実体法上の根拠を要するとされる。日本ではどうであろうか。

訴訟上の和解の成立後に係争物を譲り受けた者に対する和解の効力は、民訴267条の「確定判決と同一の効力」が既判力を含むものであるかにかかる。

(36) 関与の仕方としては当事者（共同訴訟参加を含む）であるほか、補助参加、利害関係人としての参加のいずれも含まれる。伊藤靖史・会社法コメンタリー594頁。なお、他の株主をも拘束するとされる。会社に拡張される和解の既判力が当事者以外の株主に反射的效果を及ぼすことによると説明することになろうか。伊藤（靖）・前掲592頁、伊藤（眞）・前掲（注33）605頁参照。しかし既判力を否定して実体法上の効力のみとする場合には説明が難しい。

(37) 松下淳一『基礎演習民事訴訟法〔3版〕』（弘文堂、2018年）18頁（以下では「基礎演習民訴」と略する）、中島弘雅「株主代表訴訟と和解」『新しい株主代表訴訟』（弘文堂、2003年）143頁。

(38) 島崎邦彦「本件解説」判タ1245号204頁。

(39) 大阪高判平12・11・1金法1610号91頁参照。

(40) 三ヶ月章『民事執行法』（弘文堂、1981年）391頁、宮脇幸彦『強制執行法（各論）』（有斐閣、1978年）146頁、伊藤眞ほか編『条解民事執行法〔2版〕』（弘文堂、2022年）1378頁。

(41) 松下・前掲（注37）19頁。

これについては、①既判力否定説、②既判力肯定説⁽⁴²⁾、③制限的既判力説に分かれる。これについて立ち入った検討をすることはできないが、制限的既判力説が和解成立後の権利承継人への和解の効力の拡張を根拠づけるものとして主張されていたことは、本稿との関係で重要である⁽⁴⁴⁾。裁判例として、東京地判平15・1・21判時1828号59頁が本稿のテーマと関連する⁽⁴⁵⁾。これは日照被害を理由とするマンション建築禁止仮処分事件において、被害を食い止めるため設計の修正をして建築する旨の和解が成立したところ、債務者がこれに違反する建築を行い、かつこれを売却したため、債権者である原告（X）が、債務者（Y1等）ならびに係争物の譲受人（Y2）を相手に建築物の一部撤去並びに損害賠償請求をしたものである。東京地判は、当該和解の成立に

際し、XやY1等には錯誤などの意思表示の瑕疵が存在するとは認められないことから和解は既判力を有すること、Y2は口頭弁論終結後の承継人に該当することから、和解の効力がこれに及ぶことを認めた（ただしY2に対する建物の一部撤去請求は権利濫用にあたるとして損害賠償請求のみ一部認容）。もしドイツ（BGH）であれば、本案判決でもあり得た（訴訟物に関する）和解である限り、和解の訴訟法上の効力で同様の拘束力を認めることになるから上記東京地判と同様の処理をすることになろう。これに対して判例に批判的なドイツの学説であれば、Y2の拘束力には実体法的な根拠が必要ということになる。後者の場合、ドイツであれば債務引受等が認められれば拘束されるとするが、ZPO265条の趣旨が相手方保護にあることとの関係で、相手

(42) 制限的既判力説の説明として、錯誤など意思表示の瑕疵が認められない場合に既判力を有するとするものと和解の無効が確定するまで既判力を認めるとするものがある。厳密に言えば無効事由としての意思の不存在の場合と取消事由としての意思表示の瑕疵の場合とで説明を異にすることになる。いずれにしても和解の両性的性質からくる和解の効力そのものの問題といえる（ただし、錯誤の主張が認められる範囲に注意する必要がある。民法の議論では、互譲によって決定した事項については和解の確定効により錯誤の主張が認められず、これを許容するのは確定効が及ばない部分に限定されるとされている。本間靖規「手続法から見た家事調停の現状と課題」ケース研究346号（2023年）59頁参照）。本件BGH判決のように和解の両性的側面の双方について単一体と見る見解によれば、両側面は相互依存関係にあることから、両面の有効であることが相まって既判力を含む和解の効力が生じることになる。この効力を既判力とする場合でも和解手続の両性的性格による影響を免れ得ないのであり、判決の既判力とすべて一致するものであることを要しないと考える。中村英郎「裁判上の和解」『訴訟および司法制度の研究』（成文堂、1976年）23頁参照。

(43) 本間靖規「調停と既判力」『民事手続法の現代的機能』（信山社、2014年）782頁で、訴訟上の和解の取消方法を含め既に論じたところである。民訴267条の前身である旧203条（大正改正による）の立法に關与した加藤正治が制限的既判力説を採っていたことについて、高田裕成「訴訟上の和解の効力論への一視点」『民事紛争と手続理論の現在』（井上迫悼、法律文化社、2008年）263頁参照。

(44) 山本和彦『注釈民事訴訟法（4）』（有斐閣、1997年）487頁、伊藤・前掲（注33）510頁。筆者も制限的既判力説に与する（前掲・注43・789頁）。

(45) 先例としては、大判昭5・4・24民集9巻415頁。兼子一『判例民事訴訟法』（弘文堂、1973年）300頁。他の裁判例については、岡・注46（1）17頁参照。

(46) 越山和広「判評」リマクス29（2004年）123頁は、既判力拡張説を採る。また岡伸浩「訴訟上の和解の効力と承継人への拡張（1）（2）（3・完）」慶應法学44号（2020年）1頁、45号（2020年）13頁、47号（2022年）143頁は、本判決を契機とする和解の承継人に対する効力に関する広範な研究であるが、基本的に制限的既判力説に立った上（（2）23頁）、承継人が和解の成立、内容に善意であった場合にはこれを固有の抗弁として救済の余地を認め（（3・完165頁）、さらに元々の訴訟物との大きな違いがあれば既判力は承継人に拡張されないとする（（3・完168頁）。垣内秀介「和解」基礎演習民訴214頁も参照。また先例として、最判昭26・4・13民集5巻5号242頁がある。

(47) 松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔8版〕』（弘文堂、2015年）567頁は、承継人は民696条によって和解当事者間で和解どおりに変動した法律関係を承継し、当事者自身が主張できなくなった事由を主張することはできないとする。しかし一般承継ではなく特定承継の場合になにゆえそのようなことが実体法上いえるのかが明確ではなく、効力内容としては民696条に既判力の拡張と同様の作用を認めることになるが、同条をそのように解する根拠も問題となるように思われる。

方に厳しすぎないかが問われていた。⁽⁴⁸⁾これに対して日本においては、和解の効力を定める民法696条があり、その存在意義が問われる。この規定の沿革には興味深いものがある。和解の効力に関する1804年のフランス民法（2052条1項）は、「和解は、当事者間において、終審における既判事項の権威を有する」と定めていた。和解を判決になぞらえて不可取消性を与えようとするものであると解することができる。⁽⁴⁹⁾ボアソナード草案（旧民財産取得114条）はこれを採用して和解に判決と同様の効力を与える規定をおいた。ところが現行民法696条の元になる明治民法696条の起草者であった梅謙次郎は、裁判外の和解に判決と同様の効力を与えることに反対してこれとは別異の条文を作成した。したがってできあがった規定は、少なくとも立法担当者の意図としては、和解の不可争効（いわゆる確定効）を定めたものではない。しかしその後の判例や学説の一部にはこれに確定効を読み込む解釈をするものが現れるに至り、これが有力になっているが、民法学説上現在においても民696条の解釈について未だ統一する状況にはない。⁽⁵⁰⁾民法上の和解に紛争の蒸し返しを防ぐため判決効類似の不可争効を与えとしても、

それは民696条を根拠とするものではなく、当事者間の合意の効力と解すべきであるとされる。⁽⁵¹⁾そうするとそこから第三者効は引き出されない。訴訟上の和解に関していえば、これには両性的性質があり、調書記載に際して裁判所のスクリーニングが行われるのであるから、当事者間の単なる合意に留まるものではない。訴訟上の和解の第三者効を実体法的に説明する場合であっても、民法696条のみを根拠とするのは難しいのではないかと考える。もっとも訴訟上の和解の第三者効は、民訴115条1項3号と同様に政策的（あるいは利益衡量的）な判断に基づくものであるから、そもそも純粹理論的な側面からの説明は難しく、むしろこれを基本的に否定して当事者・第三者間の合意に委ねるべきとの見解もあり得ることである。⁽⁵²⁾第三者効を既判力（制限的既判力説）から説明する立場も、また実体法からアプローチしてこれを消極に解する立場もドイツ法に照らしていずれもあり得る解釈ということになるが、いずれを採るかで結論が異なり得ることになり、前者は政策的判断として積極的に解することを妥当とする見解ということになる。

(48) なお、日本における議論として、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）2版補訂版』（有斐閣、2013年）788頁、畑宏樹「訴訟上の和解の効力と係争物の承継人への拡張について」法学研究（明治学院大学）79号（2006年）169頁は、和解の既判力について否定説に立った上、和解の効力拡張（後者は執行力）を承継人の善意悪意に係らせるが、和解成立前の承継であればまだしも、成立後の承継人が善意の場合、相手方は新たにこれに対して訴えを提起する必要に迫られる。これについては民訴115条1項3号の趣旨である相手方保護の観点（ドイツでいうリスク配分上の問題）の下、それは妥当かが問われる。既判力否定説に立ちながら執行力拡張を肯定する議論に関するものではあるが、石川明『訴訟上の和解』（信山社、2012年）87頁以下（特に100頁）参照。

(49) 遠藤歩『和解論』（九州大学出版会、2019年）98頁以下、333頁以下、永井洋士「和解の確定効に関する一試論」青山法務研究論集14号（2017年）29頁参照。

(50) 山本豊編『新注釈民法（14）』〔竹中悟人〕（有斐閣、2018年）654頁は、学説上の議論の混乱を指摘する。なお確定効（不可争効）については、永井・前掲（注49）35頁、遠藤・前掲（注49）336頁以下、田村耀郎「和解の『確定効』」島大法学35巻4号（1992年）35頁、中田裕康『契約法〔新版〕』（有斐閣、2021）604頁等参照。

(51) 遠藤・前掲（注49）349頁、永井・前掲（注49）35頁、41頁。竹中・前掲（注50）660頁も参照。

(52) もっとも、民696条を確定効（不可争効）の根拠とする見解によれば、和解によって確定した内容で実体的権利変動が生じる結果、これと矛盾する請求は理由のないものとして棄却されると考えられている。永井・前掲（注49）36頁参照。これは既判力類似の作用のように思われるが、Frischeによれば、フランスにおいて民2052条が既判事項の権威と規定していたときも、既判力の厳格な作用は考えられていなかったとされる（注53）。江藤价泰「フランス民法典における和解概念の成立」『フランス民事訴訟法研究』（日本評論社、1988年、初出1967年）157頁以下、田村・前掲（注50）46頁、50頁も参照。

五 おわりに

以上の検討により、ドイツは、訴訟係属中に係争物が譲渡された場合の処理として、当事者恒定主義という日本とは異なる訴訟原理を採用しているにもかかわらず、訴訟担当における和解ならびに訴訟上の和解の成立後の特定承継人への効力拡張という日本の問題を考える際の興味深い議論材料を提供していると見ることができる。ドイツの当事者恒定主義に対しては、立法論をはじめ解釈論としてもこれを見直す議論もなされているところであるが、⁽⁵³⁾ 議論の方向としては係争物の取得者すなわち権利承継人をより保護することを目的としている。もっとも全体として議論がその方向で進んでいるわけではなく、支配的な見解は、相手方の保護という立法趣旨に忠実な解釈に留まっている。日本においても特に民訴115条1項3号の解釈の基本は、相手方の保護すなわち承継人に対する（或いは承継人のための）訴訟結果の保持に向けられているが、特定承継を前提としての承継人への効力拡張の議論においては、実体法の関係に立ちいった見解が有力となっている状況は、ドイツにおける議論の状況と軌を一にしているように思われる。訴訟結果の保持の必要性と承継人の実体法的地位との関係については、なお検討を要するところであり、日本の議論の展開にとって上記の議論を展開するドイツ、和解とその効力に関

するフランス（仏民2044条～2058条）、⁽⁵⁴⁾ 訴訟上の和解に既判力を認めるスイス等の比較法的研究が今後とも有用である⁽⁵⁵⁾と考える。

本稿は、JSPS 基盤（C）19K01380（令和5年3月終了）の成果の一部である。

(53) Stamm, Das Mysterium der gesetzlichen Prozessstandschaft bei Abtretung oder Veräußerung der streitbefangenen Sache, ZZP131, 2018, S.143, Ruckteschler, Die Veräußerung streitbefangener Gegenstände, 2021, S.317ff.

(54) 仏民2052条はもともと既判事項の権威を定めていたが、これに対しては、用語法の誤りであってその意味するところは既判力のように厳しい遮断効を定めるものではなく、単に和解の対象となった債権についてあらためて争われる可能性を排除することにあったと指摘されていたところ、2016年の改正後の現行法はこれを受けてか「和解は、当事者間において、同一の目的（objet）を有する訴権の開始あるいは続行を妨げる」として不受理の処理をする規定になっている。永井・前掲（注49）35頁の訳による。したがって和解契約の無効や取消の主張は遮断されない。なお改正前の規定に対する批判については、Frische, aa.O.（Anm.18）S.68f.参照。また同文献は判決における和解の取り込みに関して、①jugement de donné act, ②jugement d'expédient或いはjugement convenu, ③jugement d'homologationに分け、②のみ既判力が認められるとする（69頁）。谷口安平「比較法的に見た訴訟上の和解」『民事紛争処理』（信山社、2020年、初出1962年）88頁、江藤价泰「フランス法における裁判上の和解」前掲（注52）（初出1961年）134頁以下。

(55) Frische, aa.O.（Anm.18）S.7ff.で欧米諸国の広範な比較法研究がなされている。谷口・前掲（注54）64頁も参照。なお、谷口安平「アメリカにおける和解判決の効力」前掲（初出1960年）62頁は、アメリカの consent judgment を巡る議論が日本やドイツの議論と似通っていることを指摘する。