

一 紛争解決と契約

一 紛争解決方法の諸態様

紛争を解決するために、紛争当事者にとってどんな解決方法が存在しているか。それをまず概観しておこう。

(一) 暴力による紛争解決

第一に一方当事者が他方よりも強い現実的力を揮うことができるのであれば、その力、すなわち暴力によって相手方の主張を封じ、自己のいい分を通すことができる。それによって一応、いずれの当事者が正当であるか否かにかかわらず、紛争は解決されることになる。しかしこの暴力による紛争解決は、現代の日本のような近代的法治国家においては、強い社会的非難に遭遇し、場合によっては国家の刑罰という制裁を覚悟しなければならない。したがって通常はこの方法が用いられることはない。

(二) 契約による紛争解決

一 紛争解決と契約

第二に、紛争は自治的に何らかの契約ないし合意によって解決されることもある。紛争当事者双方が相互に自分の主張を譲歩し合い（互譲）、話し合いで紛争解決をもたらすことができる。これは、一般に古くから「内済」とか「和済」とか呼称されてきた、いわゆる示談または和解（民法六九五条）にはかならない。この解決方法は、当事者が対等で十分な話し合いさえ行えば、後に何のわだかまりも残さずに一括的に解決されることから、日本では、昔も今も広く利用されている。しかし当事者の互譲条件がうまくまとまらずに和解がなされなくなり、感情的にこじれて意思の疎通さえなされなくなると調停という方法がある。これは、紛争当事者の間に誰れか第三者に入ってもらって、両者の意思の疎通をはかり、感情的にこじれた関係を調整してもらう方法である。これは調停人が人生経験豊かで、良識のある名望家であつたりすると成功する率が多い。それゆえ、国家法上の制度として定着している（民事調停法、家事審判法など）。調停は、当事者の合意がなければ、成立しないし、具体的な決定内容にも当事者の意思が盛り込まれるものであるから、その実質はやはり和解にはかならない。したがって調停に成功しなければ、当事者の意思に反して、紛争解決を強制することはできない。さらに当事者は、双方がともに信頼している第三者に紛争をいわば「預ける」ことによって解決することも考えられる。これは「仲裁」と呼ばれているもので、当事者は、合意によって争いを仲裁に付した場合は、仲裁人の決定内容に服さなければならぬ。だから仲裁が開始され、仲裁裁定が下されたなら、争いはそれに従って終局的に解決されることになる。しかし当事者は、必ずしも仲裁人が自己の信頼に应えてくれるとは限らないので、それだけ不安が大きく、慎重にならざるをえないから、仲裁人に適当な人を見つけるのがむずかしい。

(三) 裁判による紛争解決

残された最後の方法として、第三に、両当事者の権利関係を訴訟手続に則って判断し、判決という結論を導出する裁判がある。これは、あらかじめ紛争解決のために用意された法規範を判断基準として、裁判官が証拠に基づいて裁定し、この裁定には国家法上、既判力、執行力が付与されて、紛争は完全に解決される仕組をもっている。紛争終結に対する当事者の合意はここでは問題にならない。

紛争は、今日、右の諸手段を通じて何らかの形において終結するのが通常であるが、右の諸々の紛争解決手段がどのような場合に有効に機能するかは、紛争の性質や内容、当事者の社会的地位や人格のみならず、紛争当事者を取りまく諸制度、ことに裁判制度のあり方に強く影響されるものであって、いちがいに断じえない。ただ右の三つの解決方法の相互関係を理解する手がかりとしては規範性の度合がある。暴力による場合は最も規範性が乏しく、裁判はもっとも規範性が高い。その間にあって契約による解決は、裁判と同じく規範性の高いものから、暴力による解決とはほとんど変わらない場合もあるというようにバラエティーに富んでいる。このバラエティーがなぜ生ずるのか。そのためにすでに述べた契約による紛争解決の意義とその仕組をもう少し詳細にみてみよう。

二 契約による紛争解決の諸類型

現代社会における紛争の態様は多岐多様であるが、それを大きく類型化すれば、①労働紛争、②商事紛争、③民事紛争、④家事紛争、⑤公害紛争に分けられよう。そして右の紛争の態様と紛争解決方法とはある程度相関的な関係にあり、だいたい、①②は仲裁に、③は示談および調停に、④はもっぱら調停に、⑤は公害防止協定による紛争の予防

に、それそれなじみやすい傾向を示しているといつてよい。そして各紛争類型全般にわたって和解（示談）が種々の場面で行われているわけである。

（一）和解と示談

和解は紛争当事者が相互に譲歩して争を止める契約（民法六九五条）である。たとえば、甲が乙に対する債権額を三〇万円と、乙は一〇万円とおのおの主張し、種々の折衝の末、二〇万円と定めて紛争を止めることを約束するのがこれにあたる。契約による紛争解決の最も典型的なものである。当事者が和解によって紛争を解決する動機ないし誘因の実証的な科学的研究はまだなされていないが、だいたいにおいて、手続が簡便で費用が少なくて済むこと、当事者間の理非曲直を明らかにせずに解決されうることから、面子もつぶれず円満に事が運ばれること、当事者が納得づくで和解内容が決定されるので、後の履行が完全になされる可能性が高いことなどが主な理由であろう。和解は民法が規定する唯一の紛争解決のための契約であり、売買契約や賃貸借契約などの比較でいえば、争われているいし不明確な法律関係が確定的なそれに転化し、争われたことがらについては以後決して異議を主張しえないこととなる点に著しい特色がある。和解には、民法上の和解のほか裁判上の和解があり、これはさらに訴訟上の和解と起訴前の和解に分かれる。訴訟上の和解の法的性質については学説上争いがあるが、判例は私法行為と訴訟行為の両性質を兼有するものとみている。受訴裁判所は訴訟のいかなる段階においても訴訟上の和解を試みることができ（民訴法一三六条）、和解が有効に成立すると書記官がこれを調書に記載し（民訴法一四四条）、これにより訴訟は完結する。調書に記載された和解は確定判決と同一の効力をもち、その内容に従い既判力、執行力をもつ（民訴法二〇三条、民執二二条

七号)。起訴前の和解は、和解を欲する当事者が起訴前に相手方の普通裁判籍所在地の簡易裁判所に出頭してするもので(民訴法三五六条)訴訟防止の目的のためになされることが多く、ただちに成立するところから即決和解とも称される。和解が成立して調書に記載されると訴訟上の和解と同様の効力を生ずる。

ところで一般には、和解よりも示談という用語が用いられる。とくに損害賠償金をめぐる争の解決にはこのことが使われる。示談も争われている法律関係を確定する合意であり、その結果、紛争を解決するものであるから、その性質は和解と異ならない。したがって和解と全く同一に取り扱ってよい。争われている法律関係が賠償金をめぐるものであるところに他の和解と異なるにすぎない。

(二) 調停

これは紛争当事者以外の第三者が紛争当事者の合意によって紛争を解決(和解)するようにな紛争当事者の間に入って両者の関係を調整するものである。紛争終結の最終決定権および和解条件(内容)の決定権は当事者にあり、第三者にはないので、当事者はその意に反して調停案に拘束されることはない。調停については民事調停法が制定されていて、それによって調停がなされる。そこでいう民事紛争には家事紛争を除き、宅地・建物・農事・商事および鉱害を含む公害紛争が含まれ、管轄は相手方住所地の簡裁または合意によって定める地裁もしくは簡裁である(民調法三条)。申立がなされると裁判官一名と調停委員二名による調停委員会が組織され、調停はここで行われる(同法五・六条)。調停委員は紛争当事者の合意で定めることもできるが、通常は裁判所が毎年選任する有識者となる(同法七条)。調停が成立して調書に記載されると裁判上の和解と同一の効力が認められ(同法一六条)、これにより既判力、執行力

が与えられる。

調停委員会は右のように裁判官の出席のもとに構成されることに法律上はなっているのに現実には裁判官の数が少なく、裁判所の負担が過重であるなどの理由により、裁判官の関与なしでなされるために、法律的な調整というよりは、客観的な事実を明らかにしないままに「和」の強調による常識的な解決が優先する傾向が強く、多くの点で識者の非難的になっている。今後は紛争当事者間の権利義務の調節をはかるために、事件の客観的な事実を明らかにして、その上で双方の権利義務を譲歩させて和解に導くような調整機能を果たすように運用されることが望ましい。

民事調停のほかに家事調停がある。これは家族関係の紛争が財産的権利義務関係にのみかわる民事紛争と異なり、人間の存在の根本にもかかわる、人間関係の家族的不適応状態から生じて来るという家庭事件の特殊性に基づいてなされるものである。この家事事件における人間関係調整の必要に着目して、家事調停前置主義がとられ、訴訟を提起し、これを追行する前にまず家庭裁判所での調停を経なければならない建前になっている（家事審判法一八条、一九条）。家事調停は家審法一七条以下に規定されているが、調停委員会の構成員やその組織、また調停が成立した場合の効力などの諸点において基本的には民事調停と異ならない。ただ家事調停では、調停委員のほか家庭調査官が種々の場面で重要な役割を果していることに注目されてよい。

(三) 仲裁

当事者双方がその間の現在または将来の紛争についての判断を紛争当事者以外の第三者たる私人（仲裁人）に委ねて、その判断に服することを約する仲裁契約に基づき、右の仲裁人が紛争解決のために一定の裁決を下すことを仲裁

という。仲裁契約は争いを第三者に「預ける」合意であって、紛争を終らせるかどうかおよびどのような内容で終らせるかについての合意ではないから、決して和解ではない。仲裁人の判定に服するという点で裁判に似ており仲裁裁判ともいわれる。しかし紛争解決のためには当事者の「合意」が不可欠であるから、裁判と異なることはいうまでもない。

仲裁は現代では、主に労働争議、商事紛争（とくに国際間取引）において行われる。労働法上の仲裁は労働委員会の中に設けられる仲裁委員会（委員三名より構成）によって（労調法三二条、公労法三四条一項）行われる。仲裁委員会の下す仲裁裁定は書面に作成されかつ効力発生期日が記されることによって労働協約と同一の効力をもつ（労調法三三条・三四条、公労法三四条三項）。

商事仲裁は、国際取引においてもよく利用されるが、その手続は民事訴訟法第八編に規定されている（民訴法七八条以下）。仲裁判断は作成年月日が記載され、仲裁人の署名捺印がなされると裁判所の判決と同一の効力をもつ（七九九条・八〇〇条）。いわゆる商事調停（民調法三二条、二四条の三）は実質上は仲裁であろう。

わが国においては裁判による紛争解決に比し仲裁・調停・和解などの合意ないし契約による紛争解決が圧倒的に多く、それだけに紛争解決と契約との関係が今後理論的に究明されなければならない。近時ようやく、この問題について実証的かつ理論的な分析がなされ始めたが、まだその緒にいたばかりである。ただ、一方において、契約によってなされた解決内容の法規範との距離を、他方において、当事者意思の決定内容への反映の度合を相関的に考察することは有効な分析視角となるかもしれない。ここではこの問題には立ち入れないので、次に示談の法的効力を考察してみよう。

三 和解（示談）の法的効力

（一）示談—示談書モデル

今日交通事故や医療事故による損害賠償をめぐる紛争は、過失の有無の判定や賠償額確定の困難性のため、訴訟での見込が立ちにくいせいもあって、非常に多くのものが示談によって解決されている。それゆえ示談の紛争解決に果す役割は非常に大きい。交通紛争のすべてが裁判所に持ちこまれたなら、裁判所の機能はたちどころに麻痺してしまうであろうとまでいわれている。示談は先に述べたように法的性質において和解と何ら異なるところはない。したがって和解の理論はすべて示談にも妥当する。示談契約は、当事者によって定められた内容において、損害賠償をめぐる当事者間の法律関係が確定し、被害者はこの確定した法律関係に基づいて加害者に一定の給付を請求する権利をもち、他方加害者はその給付以外のいっさいの責任を免がれて以後紛争は完全に落着する効果をもつ。右のように法律関係が確定する（確定効）のが示談（和解）の本質的效果である。次の示談書は傷害事件に用いられるモデルである。

このモデルによれば、当事者間の争の対象が交通事故に基づく損害賠償関係であり、それが日時・場所・傷害の状況・車両の表示などの記載によって具体化されていることがわかる。そして確定された法律関係は、乙の甲に対する六拾参万四千円賠償金債務の存在とその即日支払および甲の乙に対するその余の賠償請求権の放棄である。これによって紛争は解決される。だから甲が思ったより骨折の治りが遅れたとか入院費がかさんだとかいって、乙に再び請求をして争をむし返すことはできない（確定効）。しかしこの確定効の及ぶ範囲は、争の対象に限定されるからその範囲外の事項についてはこの効力は及ばない。それに二つの場合がある。

示談書（傷害の場合）

示 談 書

被害者（甲） 甲 野 太 郎
加害者（乙） 乙 野 次 郎

一、事故の日時 昭和四一年三月五日午後一時三十分頃

一、事故の場所 東京都千代田区永田町一〇番地先路上

一、傷害の部位程度 頭部外傷・右鎖骨骨折

一、車両番号 第三一九五号

第一 右の交通事故に基づいて加害者乙は、被害者甲に対し損害賠償金として金六拾参万四千円の支払義務のあることを認め、乙は、甲に対し本日右金額を支払い、甲はこれを受領した。

第二 甲は、乙に対しその余の請求を免除し、甲は、今後乙に対し何らの請求をしないこと。
右のとおり示談する。

昭和四一年四月五日

東京都杉並区荻窪一〇番町

被 害 者 甲 野 太 郎 ㊟

東京都練馬区田中町三〇番地

加 害 者 乙 野 次 郎 ㊟

(二) 示談と錯誤

一つは和解の基礎に関する錯誤の問題である。すなわち和解の内容上、確定したるものとして前提ないし基礎にお

一 紛争解決と契約

かれた事情が事実と一致せず、しかも真の事態を知っていれば、争い自体が発生しなかったであろう場合には、和解は無効となる。たとえば、加害者Xと被害者Y間で両者がともに真の加害者・被害者であるとみなし、賠償責任の有無についてはまったく争わず、主として額についてのみ折衝が行われ、慰謝料五〇万円を支払う旨の示談が成立したところが、後日真の加害者がX以外の別人であると判明したという事案において、水戸地判昭和三十九年二月二十八日（下民集二五卷二号四二〇頁）は錯誤により（民法九五条）示談は無効であると判示した。引用したモデルにおいても、当事者甲・乙が双方ともに真の加害者・被害者であることについてはそれを当然のこととして前提ないし基礎としていたとみるべきであるから、争の対象にはなっていない。したがって乙が加害者（また甲が被害者）でないことが判明すれば示談は全体として錯誤（私見によれば基礎の崩壊）により無効となる。

（三）示談と後遺症

二つは通常人の合理的な予測を超えた後遺症が発生した場合の問題である。先の示談書モデル第二条は、第一条で定めた請求以外のいっさいの請求権を免除している（請求権放棄約款）。加害者側では確定された賠償金以外は以後いっさい請求を受けないことをねらって示談をするのだから、この文言が示談書に挿入されなければ意味がない。だから後遺症が発生しなかったが、そうではなかったり、軽微だと思ったが、きわめて重傷だったとしても原則的にはもはや争えない。しかし最判昭和四三年三月一五日（民集二卷三号八七頁）は、自動車との接触事故により、左前腕骨折の傷害を受けた被害者が、医師の診断の結果、加害者ともども負傷が軽微であると考え、事故わずか一〇日後に「自動車損害賠償保険金（一〇万円）をもらえば、その他いっさいの請求権を放棄する」旨の示談を締結したが、

傷害は医師の診断に反し予想外に重く、再手術をしても左前腕関節の用を廃する程度の機能傷害を残すに至り、実損害はおよそ示談金一〇万円の七倍以上にも達したという事案において、「全損害を正確に把握し難い状況のもとにおいて、早急に少額の賠償金をもって満足する旨の示談がされた場合においては、示談によって被害者が放棄した損害賠償請求権は、示談当時予想していた損害についてのものと解すべきであって、その当時予想できなかった不測の再手術や後遺症がその後発生した場合、その損害についてまで、賠償請求権を放棄した趣旨と解するのは、当事者の合理的意思に合致するものとはいえない」と判示して、示談の拘束力を全面的に否定することなく、ただそれを当事者が双方ともに示談締結時に表象しかつ前提とした損害範囲にのみ及び、その範囲を超える後発損害にまでは及ばないとの見解を明らかにしたのである。右のような事案に対して、この判決以前は、和解の前提ないし基礎に関する錯誤として示談を無効としてきた判例が多かった（たとえば、東京地判四〇年一月二七日下民集一六卷一号一一一頁）。しかし先の水戸地判の事案とは異なり、当事者が後発損害を正しく予測していた場合であっても、損害賠償金の確定をめぐる争い自体は発生していたと考えられるのであるから、和解の基礎の錯誤とは類型的に別異のものであり、最高裁のように、和解意思の及ぶ範囲の問題と把握し、当事者が示談締結当時前提とした損害範囲にのみ示談の拘束力が及ぶものと考えるべきである。ただその場合、どのような増大損害について示談に拘束されずに、あらたに請求できるかは、(1)示談締結にあたり損害の範囲・程度につき医師・弁護士・調停委員・警察官などの専門家の診断または判定を基礎としたか否か、(2)当事者によって観念された傷害（損害）結果と示談額との間に相関関係があるか否か、(3)当事者の職業・知識・経験の有無や深淺（被害者が弁護士でしかも一括完全結着の意思が明確だったなら、特別の事情がないかぎり増大損害の賠償請求は認められない）、(4)示談額と実損額との不均衡、換言すれば後発損害の重大性があるか否か、(5)特別

な請求権放棄意思の存否、などの各エレメントが、総合的にかつ相關的に比較衡量されて決定されるべきである。

(四) まとめ

以上和解（示談）の法的効力の主要な点をみてきた。和解の本質的効力は、何度も繰り返したように、いわゆる確定効にはかならず、当事者は同一の紛争事項についての再争を禁じられる。それだけに何が争の対象事項であったかの確定には慎重でなければならないし、和解の拘束力の安易な拡張はいまいしめられなければならない。「和解は厳格に解釈されなければならない」（*transacciones sunt stricte interpretandae*）という古い法諺は、現在でも通用する。

四 おわりに

現代社会においては、紛争は発生後の解決よりもその予防に重点がおかれつつあり、企業取引における取引約款はその目的にそって作成されているものが多い（そのほか、公害防止協定、住宅地建築協定など）。しかし紛争を未然に完全に予防することは不可能であるかぎり、今後も自治的紛争解決は重要な役割を果しつつ歩いていくであろう。法（裁判）による紛争解決と契約による紛争解決との相関関係の総合的理解はまさに現代法学の重要な課題の一つである。

〔参考文献〕

- 六本佳平 民事紛争の法的解決 岩波書店 昭和四十六年
- 川島武宜編著 紛争解決と法 法社会学講座五・六 岩波書店 昭和四十八年
- 日本交通法学会 交通問題の現状と課題 有斐閣 昭和四十六年

甲斐道太郎・鈴木正裕編 現代社会と裁判 有斐閣 昭和四七年
佐々木吉男 民事調停の研究 法律文化社 昭和四二年

〔初出・北川善太郎編『現代契約法入門』 二六四頁 (有斐閣 昭和四九年六月、一九七四年)〕

二 示 談

談

一 問題の所在

(一) 示談の法律的問題点

今日、交通事故・医療過誤・工事故その他による損害賠償をめぐる紛争は、過失の有無の判定や賠償額確定の困難性のため、訴訟での見込が立ちにくいせいもあって、大部分のものが示談によって解決されている。それらの紛争のすべてが、もし裁判所に持ち込まれたならば、裁判所の機能はたどころに麻痺してしまうであろう。示談契約は、損害賠償をめぐる紛争において、当事者間で定められた内容どおり法律関係を確定し、被害者はこの確定した法律関係に基づいて加害者に一定の給付を請求する権利を持ち、他方、加害者はその給付以外の一切の責任を免れるという合意であって、それ以後紛争は完全に落着する効果を持つもの、すなわち「紛争を解決する合意」にはかならない。この示談をめぐる法律的問題点は、ほぼ次の諸点である。第一に、示談の法的性質についてである。具体的には、和解契約（六九五条）と示談とはいかなる関係にあるかが問われる。第二に、判例上、「示談書」と明示された契約書が作成されていても、「真意に添わない示談」としてその成立を否定する傾向があり、示談成立の要件が問われる。

第三に、示談の対内的効力、すなわち示談当事者間における効力に関する。ここでは、①示談の公序良俗違反による無効、②詐欺による取消、③示談と錯誤との関係、④示談後の増大損害（後遺症）と示談の拘束力などが問題となる。第四に、示談の対外的効力、すなわち示談契約における免除の効力に関する。たとえば、共同不法行為者数人中の一人と被害者が示談して、損害賠償請求権を一部または全部免除した場合に、この免除の効力は他の共同不法行為者に対して拘束力を有するか否か、有するとしていかなる程度・範囲においてかという問題である。

以上のうち、これまでの判例・学説において、重点的に論じられてきたのは、第一点、第三点の③および④、それに第四点である。第一点においては、本節で若干の考察をしておき、第三点、第四点について次節以下で、判例と学説の理論状況を概観することにしよう。

(二) 示談と賠償金和解

和解は、当事者双方が「互ニ譲歩」をなして、その間に存する「争ヲ止ムルコト」を約束する契約である。したがって、民法上の和解が成立するためには、「争いの存在」と「互譲」の要件とが満たされなければならない。示談も前述のとおり、当事者間における損害賠償責任の有無、賠償額およびその支払方法等に関して話し合いで紛争を解決しようとする合意であるから、両者の関係が問われるのである。もし示談が和解でないとされるならば、いわゆる「確定効」（争われている法律関係または不明確な法律関係が確定的法律関係に転化し、以後一切争えなくなる効果）が付与されないのではないかとの疑念も生ずるところから、理論的には重要である。しかし、示談において「争いが存在」することは自明であり、また「互譲」の点でも、古い判例が、「普通使用スル示談ナル語字ハ和解ノ別語ニ非ズ。和解

ノ如ク当事者双方が主張スル所ヲ互ヒニ譲歩シテ争ヲ止ムルコトモ示談ナレドモ、尚ホ其外、一方ノミガ其主張ヲ抛棄又ハ減殺シテ裁判ニ依ラズシテ事ヲ完結スルガ如キモ亦示談」に含まれると判示シ（大判明治四二年一月二〇日民録一四輯九頁）、一方的譲歩によって成立した示談には和解の確定効すなわち不可抗争力を付与しなかったのに反して、多くの学説は、示談も和解類似の無名契約であると解して和解と示談とを区別しつつ、効果の点では和解の規定を類推適用しようとするのであるから、実際にはほとんど差がない、と言ってよい。判例上現われた示談は、私見によれば、ほとんどはつきりと互譲がなされているのみならず、示談においては、当初は加害者は無賠償、被害者は完全賠償を主張しているとも考えられるので、つねに互譲要件は満たされていると言ってもよく、まさに民法上の和解とその形式においても内容においても異なるところはないと言うべきである。ドイツにおいても賠償金をめぐる和解をAbfindungsvergleichと呼び、また損害（額）確定契約（Schadensfeststellungsvertrag）もドイツ民法七七九条の意味における和解（Vergleich）であるとされている。この意味において、損害賠償法上の示談は、一般の和解とその争いまたは不明確の対象において独自性を有しているだけで、その点をとらえて言えば、示談は賠償金和解（Abfindungsvergleich）として特色づけるべきであろう。

示談は法的性質において和解となんら異なるところがない以上、和解の理論はすべて示談にも妥当するのは言うまでもない。

二 判例の展開

（一）示談不成立の根拠

示談についての判例・学説の動きは、戦後における交通機関（特に自動車）の発達に伴って多発する事故の法的処理をめぐって展開してきたと言ってよい。示談が一旦なされると被害者は示談金以外は一切請求しえなくなる（請求権放棄約款の挿入）という示談の本質的な効果にもかかわらず、早急に示談金を得たいという被害者の切実な要望を背景に他の諸事情ともからまって、実損害に比して著しく不均衡な示談金額が定められ、いわゆる被害者が泣き寝入りしなければならない事態が生じていた（示談の濫用による社会問題）。この示談の実態を背景に、判例は示談締結の動機・目的、交渉経過、当事者の精神状態および示談金額などを総合的に検討して、当事者の真意に添わない示談の成立を否定してきた。判例①・②・③（すべて交通事故）（後掲判例一覽参照）はいずれもこの傾向を端的に示している。これらの判例に共通している事実上の特性としては、当事者間で責任の所在やその範囲ならびに損害賠償金額など、一言にして言えば、示談の対象に関してほとんど交渉した事実がないことと、示談金額が被害者側に生じた実損額に比してきわめて不均衡な少額であるということである。判例①・②は、示談書が加害者の刑事責任上の情状酌量の資料とするためとか、判例③は、単に保険金請求の手続上の必要のために作成されたにすぎない、という点を強調しているが、むしろ「紛争関係に関する実質的な交渉経過の欠如」に示談不成立の主たる根拠を見出すべきであると考えられる。いずれにせよ、判例は被害者救済の観点から、きわめて少額による示談を「真意に添わない示談」として効力を否定する傾向を有していることは注目されてよいと思う。

（二）示談の拘束力の制限

- （1）以上の判例は、示談の拘束力を否定するという実践的な意図を「示談不成立」という法的処理をもってしたと

評価してもよいと思われるが、先に述べたように、「紛争関係に関する実質的な交渉経過」が存在して示談不成立とは言えない場合にあっても、示談金額が異常に低額であるために、示談の拘束力を問題としなければならないという事態もあとを絶たなかった。特に示談締結当時軽傷と思われたがのちに傷害が著しく悪化してしまったり、異質の後遺症が発生したりしたため、被害者に生じた実損額と示談額との不均衡がのちに明らかになったという場合が少なくなかった。そこで裁判所は、形式的に示談書中の請求権放棄約款に文字どおりの効力を与えずに、種々の法制度を活用して右約款の効力を制限するに至った。代表的なタイプとしては、民法九五条の錯誤規定を流用するものと、別損論と言われる合理的な意思解釈をなすものがある。

(2) 要素の錯誤による示談の無効が帰結されるためには、民法六九条と同九五条との関係が問われる。従来、この和解と錯誤の関係については次のように説かれていた。当事者が争いの対象となし、互譲によって決定したる事項自体に錯誤あるときは民法九五条の要素の錯誤とならず、なら法的顧慮を受けえないが、争いの対象となった事項ではなく、この争いの対象たる事項の前提ないし基礎として、したがって争いも疑いもなき事実として予定された事項に錯誤あるときには、要素の錯誤として無効となる、と。したがって、和解の前提ないし基礎に錯誤あるときには、この錯誤は顧慮されるというものである。しかし「前提」概念が具体的規定なしに曖昧に用いられるところから、示談につき、その前提に関する錯誤ありとした判例にも二つの類型が存在している。その一つは判例④である。事案を簡略化して言えば、XY間において、両者がともに加害者・被害者であるとみなし、賠償責任の有無については全く争わず、主として額についてのみ折衝が行なわれ、慰藉料五〇万円を支払う旨の示談が成立した。ところが、後日、真の加害者がX以外の別人Zであると判明したというのであって、この事案において、Xの責任のあることを当然の

前提として示談がなされ、それに誤りがあったから、無効となると判示している。この事件は典型的な和解の基礎に関する錯誤である。すなわち、契約の内容上、確定したるものとして基礎に置かれた事情が事実と一致せず、かつ当事者が真の事情を知っていたならば争いが全く初めから生じなかったであろう場合には、和解は無効となると規定する、ドイツ民法七七九条の意味における和解の基礎についての錯誤にはかならない。これに対し、その二つに、示談締結後の事態の変化たる後遺症問題についても右のような前提の錯誤と解する判例⑤がある。被害者Xは、Yの運転するタクシーに追突されたが、自分の傷は二、三カ月ぐらいで完治する程度の軽傷と考えて、Xの治療費、休業補償費を自賠責保険金の限度で弁償し、Xはそれ以上の賠償請求をしない旨の示談を締結した。ところが、Xの病状は予想外に重く、結局、運転手としては稼働できなくなった。判例⑤は、当事者双方ともに「Xの傷害が二、三ヶ月の休養によって容易に全治する程度の軽微なものであることを前提とし、その点につき何らの争いもなく締結」されたのに、事実はこれに反し「Xの傷害が著しく重大なものであった」のだから、前提に関する錯誤すなわち要素の錯誤がある、と判示している。判例④と判例⑤とは一見すると同一類型の事案と思われがちであるが、実は決定的な相違がある。判例④の場合には、当事者が真の事態を知っていたならば、争い自体がそもそも最初から生じなかったであろう。これに反して判例⑤では、たとえ当事者が軽傷ではなく、重大な後遺症を発生せしめる重傷であると事態を正しく認識したとしても、当事者間には、依然、被告Yの原告Xに対する賠償額の確定をめぐる争いは生じていたに違いないのである。この事案の相違を看過してはならない。判例④では、示談契約は、その基礎に錯誤あることにより、その根底から、意味・目的・対象を欠くものとなるが、判例⑤では、「前提事実」を軽傷であると考えたればこそ、まさにそれに相応した示談額が定められているのであり、意味・目的を失うどころか、その限度において合理的に解

決されているのである。すなわち、当事者間では双方とも一致して「二、三ヶ月の休養によって全治する打撲傷」を「自賠償保険金の限度で弁償する」と合意しているのであり、この合意はそのとおりの効力を維持されてしかるべきなのである。Xの増大損害に対する賠償請求は、示談合意がたとえすべての請求権を放棄する条項を含んでいても、それに拘束されるいわれはない。なぜならば、右の合意は、通常人の合理的予測に従えば、普通に推移・変動することあるべきXの傷害結果にのみかわる、すべての請求権を放棄したにすぎないからである。通常人の合理的予測を超えた損害についてまで請求権を放棄したとみるべきではない。後遺症問題においては、示談締結当時に両当事者が前提とした事実のみ示談意思がかかわるとの判断、すなわち、和解意思の厳格な解釈によって解決が図られることが合理的なのである。

(3) 右のように「要素の錯誤」的構成が事案に適合的でないとの自覚がなされるにつれて、ついに最高裁は、和解意思の合理的な限定解釈による解決を明らかにした。判例⑥は、「一般に、不法行為による損害賠償の示談において、被害者が一定額の支払をうけることで満足し、その余の賠償請求権を放棄したときは、被害者は、……示談額を上廻る損害については、事後に請求しえない趣旨と解するのが相当である」。しかし「全損害を正確に把握し難い状況のもとにおいて、早急に少額の賠償金をもって満足する旨の示談がなされた場合においては、示談によって被害者が放棄した損害賠償請求権は、示談当時予想していた損害についてのものと解すべきであって、その当時予想できなかつた不測の再手術や後遺症がその後発生した場合、その損害についてまで、賠償請求権を放棄した趣旨と解するのは、当事者の合理的意思に合致するものとはいえない」と判示した。原審たる大阪高裁が、後遺症のように、予想外の著しい事態の変化が事後に生じた場合には、示談契約（特に請求権放棄の約定）には、かような事由を原因として

解消せしめられる趣旨の解除条件が附けられていたと解すべきであると述べていたのに対し、最高裁は、右の「解除条件」的構成を排して、示談自体は有効であるとしつつ、ただその効力の及ぶ範囲を示談締結當時に前提された事情に限定し、締結後の後発的な傷害の悪化については、被害者は示談に束縛されることなく、あらためて賠償請求権を取得することができるとする構成を採用したわけである。この構成は理論的にも実際のにも他の構成に比較して優れたものであることは先に述べたとおりである。判例⑥以後は、これにならった判例が増大しているのも当然であったと言うべきである。

(三) 示談の対外的効力

次に、示談の対外的効力に関する判例をみてみよう。これは、共同不法行為者数人中の一人と被害者が示談して、損害賠償請求権を一部免除・放棄した場合に、この一部免除・放棄の効力は他の共同不法行為者に対して拘束力を有するか否かの問題にはかならないが、右の場合のほか、使用者と被用者、運行供用者と運転者のうちの一方と示談した場合にも、同様の問題が生じうる。判例は古くは共同不法行為者相互の債務を連帯債務とみて（七一九条参照）、一方に対する免除に民法四三七条を適用し絶対的効力を付与していた（判例⑦）。免除によって被免除者の負担部分の限度において他方の債務が免れるとされていたのである。しかし、その後、おそらく川島・我妻・加藤（二郎）などの有力学者の影響を受けたものと思われるが、戦後昭和三四年以後になると共同不法行為者相互の債務を不真正連帯債務と解されるようになり、原則的には、共同不法行為者の一方に対する免除には民法四三七条の適用を否定し、相対的効力しか与えないようになった（判例⑧を参照）。唯一の例外たる判例⑨は特殊な事案で一般化できないし、使用者

責任においても、被害者が加害被用者を免除したのち使用者たる県を訴求した事案において、最高裁は「被用者の責任と使用者の責任とは不真正連帯と解すべきであり、この場合債務は別々に存在するから、その一人の債務について和解等がなされても、他の債務には影響がない」との旨を明らかにした（判例⑩）ので、右の傾向はほとんど定着するに至ったと評してよいであろう。運行供用者責任関係においても同様である（判例⑪参照）。

判例は、右の諸場合に免除に対し絶対的効力を認めることは被害者たる免除者にとって酷だと考え、この考慮を根拠づけるため、いずれも債務の性質を不真正連帯と性格づけて、免除に相対的効力しか与えないのであり、その根底にはやはり「被害者保護」の観点が存在するのであるうと思われる。真正連帯債務関係における免除の効力についても、民法四三七条の適用を排して、それに相対的効力しか与えない近時の傾向からみて、是認さるべき態度と言えよう。

三 学説の動向

(一) 序

示談をめぐる学説の動きにはきわだった対立はないと言ってよい。判例の展開で触れたように、示談額と実損額の不均衡を被害者保護の観点からいかに妥当に規整していくべきかという「利益状況」に対する価値判断がほぼ異論なく認められていたからにはかならない。ただ問題がそれほど顕著でない時期においては、理論的な把握において十分なものがなかったために、いたずらに示談の不成立を問題としたり、錯誤規定の安易な流用を肯定したりしたきらいがなくもなかった。しかし、次第に示談後の増大損害によって惹起された示談額と実損額との不均衡状態は示談契約

における当事者の意思の範囲の問題とされ、この方向で、現在、学説はほぼ定着していると評してよいと思われる。

(二) 錯誤論構成の問題点

ただし、現在でも、一般錯誤論の領域で動機錯誤を錯誤の本来の構成部分に組み入れようとする見解が次第に広まりつつある中で、傷害結果の将来における変化・推移についての認識の誤り（事実錯誤⇨動機錯誤）も、それが重要であるかぎり、すべて民法九五条の要素の錯誤として取り扱おうとの傾向が顕著である。このような錯誤論のもとでは、「九五条を適用する考え方と、示談契約の限定的解釈の方法とは、——法律構成の側面では明らかに対立する（一方は全損害について示談が一応成立しているという構成であるのに対し、他方は一部についてしか成立していない、ということになる）ものの——実質的な判断枠組みとしてはほぼ同じことになる」と言い（示談後の損害の増大を予想していたかどうか、示談額と、増大損害を含めた全損害額との差が大きいかどうか、が実質的な判断基準となる）（文献⑦参照）、九五条但書の適用についても、共通錯誤には右但書の適用なしと考えられているから、この点でも差はないと論じている。しかし、いずれの法律構成が採用さるべきかが問われているときに、実質的価値判断のみを先行させ両者の構成要件上の差を無視して、いずれをとってもかまわない（結局好みの問題に帰する）と言つてよいかは、きわめて疑問である。一定の限定的傷害結果を表象していた当事者がそれに相応した示談額を定めたならば、この示談はその範囲で効力を維持さるべきなのに、錯誤とみれば、これは契約全体が無効となってしまう。また、示談後の増大損害について両当事者が常に共通錯誤におちいっているとは限らないので、九五条但書の適用も生じうる。結局、構成要件上も（本来九五条の錯誤には動機錯誤は含まれない）、効果の点でも両法律構成は顕著な差異がある。そして事態に適合的なものとして、示談契約

の限定的解釈の構成がより優れていることは学説上ほぼ一致しているのであるから、この構成が採用さるべきは当然の結果と言わなければならない（この問題は、いわゆる和解の基礎の錯誤とは典型的に異なることについては、すでに二(二)で述べたとおりである）。

示談の限定的な解釈によって増大損害の追加的賠償請求が認められるとして、いかなる要件が必要かは、判例⑥が定立しているほか、ドイツの判例が説くところの要件——①和解締結の出発点として、損害範囲につき両当事者の一致した見解があり、その表象された損害範囲は限定的なものとみなされること、②後発損害は締結時の事情に従えば予見不能でなければならない、③その後発（増大）損害は、誠実な取引原則に従うかぎり、両当事者とも和解を締結しなかったであろうと考えられるほどに重大なものでなければならない、という要件——が参考とされてよいであろう（文献⑨参照）。諸学説も大要右のような要件を是認しているとみてよい。

(三) 免除の拘束力をめぐる諸学説

次に、示談の対外的効力（免除の拘束力）についての学説をみてみよう（学説は主に共同不法行為関係を重点的に論じているので、以後ことわらないかぎり、右の問題についての諸見解に限定する）。

右の問題の処理については従来次のような考え方が説かれてきた。第一に、債務の性質から演繹的に結論を引き出す考え方であって、(イ)共同不法行為者相互の債務を連帯債務と考え、示談中の免除には民法四三七条の絶対的効力ありとする説（谷口＝植林）（文献③）と、(ロ)不真正連帯債務と考え、免除に相対的効力しか与えない説（加藤）（文献⑤）とがあった。しかし近時は、債務の性質論から演繹するのではなく、不真正連帯債務であっても、絶対的効力を与え

てもよい場合があり、したがって、個々の具体的なケースごとに問題を処理すべきであると主張されるようになった。そこで第二に、被免除者の負担部分の大小を判断基準に取り入れて、(イ)被免除者の負担部分が全部かまたは著しく大きい場合にのみ免除に絶対的効力を認める説(宮原・山口)(文獻⑩)と、(ニ)複数債務者間の負担部分の大小とその割合の立証問題とをからませて利益衡量する説(野村)(文獻⑧)、すなわち(一)負担部分大なる者との示談(免除)、(i)免除者が他の債務者の負担部分を立証できないとき、その者に対してもはや賠償請求できない、(ii)立証できたとき、その者の負担部分につき請求できる、(三)負担部分小なる者との示談(免除)、(iii)免除を受けない他の債務者が自己の負担部分を立証できたとき、免除者はその者の負担部分しか請求できない、(iv)立証できないとき、免除者はその者に対し全部の賠償を請求できる、との説とが登場した。(イ)説は、負担部分の全部または著しく大きい者に対する免除者の意思は全債務関係を消滅せしめる意思を有していたと推定すべきであると根拠づけるのに対し、(ニ)説は、免除者の意思解釈は被免除者の意思を無視することになるし、次の第三説のように、免除を不訴求合意と考える場合には、示談があっても他の債務者が被害者に賠償すれば、求償権を行使されて、示談による一件落着の期待がくつがえされるから、客観的な基準がほしいと根拠づけている。

第三に、広義の免除を、絶対的効力を有する免除と単なる不訴求合意とに区別した上で、免除は原則として、被免除者に対してのみ訴えないという不訴求合意にすぎず、相対的効力しか有しないと考えるもので、(四)もっぱら免除者の意思解釈を意思形成の社会的因子を考慮して決定する説(高森)(文獻⑩)と、(イ)不法行為の成立要件、すなわち故意と過失との競合による共同不法行為で故意者に対して免除した場合で、免除者が故意者であることを知っていたか知ることを得べかりしであったことを条件として例外的に免除に絶対的効力を与え、それ以外はすべて免除に相対的効

力しか与えない説（淡路）（文献⑤、⑥、⑦）とがある。（※）説は、免除は本来一方的な不利益甘受行為であるから、その効力は原則的に相対的効力しか与えるべきではないということのほか、被害者救済の観点から、可及的に被害者に有利な方向で解決（請求権の放棄は不訴求約束と解釈）さるべきであると論じ、（ハ）説は、第二の（イ）説・（ニ）説と不訴求約束説との接合を図り、免除の解釈によって絶対的免除と相対的免除とを区別しつつ、免除の趣旨がはっきりしていない場合における処理として、共同不法行為の成立要件たる故意の競合か、故意と過失の競合か、と故意者に対する免除か過失者に対する免除かで、効力を異ならしめるという発想に基づいている。

〔判例〕

- ① 前橋地判昭和三四年一月一三日下民集一〇卷一号一〇頁
- ② 東京地判昭和四〇年二月八日判時三九七号二七頁
- ③ 大阪地判昭和四〇年三月五日判時四〇四号四三頁
- ④ 水戸地判昭和三九年二月二八日下民集一五卷二号四二〇頁
- ⑤ 東京地判昭和四〇年一月二七日下午民集一六卷一号一一頁
- ⑥ 最判昭和四三年三月一五日日民集二二卷三号五八七頁
- ⑦ 大判大正三年一〇月二九日日民録二〇輯八三四頁
- ⑧ 東京地判昭和四五年六月二四日交民集三卷九四五頁
- ⑨ 東京地判昭和三九年五月九日下午民集一五卷五号一〇四〇頁
- ⑩ 最判昭和四五年四月二一日交民集三卷三四三頁
- ⑪ 東京地判昭和四三年八月一〇日交民集一卷九四二頁

〔文 献〕

- ① 大脇雅子・交通事故における示談契約の効力（中京大学商学論集一二卷三号七七頁）
- ② 岩垂肇・交通事故における示談契約の効力（信州大学経済学論集三卷一頁）
- ③ 植林弘・交通事故における示談契約の問題点（大阪市大法学雑誌一三卷二・三・四合併号六六頁）
- ④ 藪重夫・和解と示談（新民法演習4—一九五頁）
- ⑤ 淡路剛久・不真正連帶債務概念についての一考察——共同不法行為の場合を中心として（民法学の現代的課題二〇一頁）
- ⑥ 同・使用者の責任と被用者の責任との関係について——統不真正連帶債務の各論的研究（立教法学一三号一〇八頁）
- ⑦ 同・交通事故と示談（交通法研究三号二二頁）
- ⑧ 野村好弘・共同不法行為と示談の効力——運行供用者（使用者）または運転者（被用者）の一方と被害者との間の示談の、他方に対する効力（ジュリスト四二八号一九九頁）
- ⑨ 高森八四郎・損害賠償と示談の拘束力（現代損害賠償法講座1）〔本書五〕
- ⑩ 同・示談契約における免除の効力——示談当事者以外の者に対する拘束力（法律時報四七卷一〇号一八〇頁・一一号一六五頁）〔本書七〕

その他多数の文献があるが、⑨・⑩に網羅的に引用されているので、それによって各自検索されたい。

〔初出・森島昭夫編『民法Ⅱ（債権）』判例と学説3（日本評論社 昭和五二年九月、一九七七年）〕

三 和解と錯誤

一 和解基礎錯誤について

和解は相互の譲歩によって争いを止める契約である（民法六九五条）。和解の本質はこの争い（不明確）の除去にあるから、かような紛争を生ぜしめるにいたった一定の法律関係が和解の前提ないし基礎として存在するのが普通である。たとえば、地役権の範囲についての争いが生じて和解をしたとすれば、当事者双方は、少なくとも右の地役権の存在と一方当事者が承役地の所有者であることを和解契約の前提ないし基礎としているし、相続人（と称する者の）間で遺産額についての争いが生じ、和解がなされたならば、当事者双方は、両者が真正の相続人であることを前提としているはずである。また、保険者と被保険者との間で保険金額についての争いが生じ、和解した場合や債権者と債務者間で債務額についての争いが生じ、和解した場合には、前者においては、有効な保険契約の存在、後者においては、有効な債権の存在が両当事者間に前提とされていたということを否定することはできない。右の諸例において基礎ないし前提とされた事情が事実と反して正しくないことが判明したならば、当事者間には争い自体が初めから全く生じなかったであろうという論理的関係にある。それゆえにその基礎ないし前提の上に築かれた和解自体が瓦解し

て、効力を喪失することを何人も認めざるを得ないであろう。これが和解の基礎に関する錯誤と呼ばれるものである。

ドイツ民法は七七九条において、この和解の基礎に関する錯誤 (Irrtum über die Vergleichsgrundlage) を規定し、一般錯誤規定 (BGB §119) の「取消 (Anfechtbarkeit)」とは異なり、「無効 (Unwirksamkeit)」の効果を承認している。ドイツ民法は、明らかに、一般錯誤と和解錯誤とを区別しているのである。ただドイツの学説は、ドイツ民法七七九条がなぜ和解の無効を規定したのか、その理論的根拠について議論しており、今日、エルトマンの提唱にかかる行為基礎論によって理解され、この行為基礎論の理論的深化を図ったラーレンツが、主観的行為基礎の欠如の事例として処理しようとしている。すなわち、双方向的な動機の錯誤の事例、つまり両当事者にとって同じ程度に決定的な契約の基礎についての共通の錯誤が問題となっており、ドイツ民法典は、この種の錯誤として、和解の錯誤のみを規定したと解している。

これに対して、わが国では、和解錯誤を民法九五条の要素の錯誤として、それに包摂する見解が主流となっている。

二 和解錯誤論の推移

(一) 我妻和解錯誤論 我妻博士は、「和解と錯誤との関係について」(民法研究Ⅵ一六九頁)と題する論文において、和解錯誤判例を検討して和解基礎錯誤を析出しつつ、それをドイツ民法七七九条のような実定法規を有しないわが民法にかんがみ、民法九五条の要素の錯誤として処理する見解を明らかにした。この見解が指導的なものとして、その後の判例・学説に絶大な影響を与えた。博士のまとめによれば、和解の錯誤には次の四つを区別すべきである。

三 和解と錯誤

①意思の欠缺をもたらす表示錯誤（和解目的物の同一性の錯誤や和解当事者の同一性に関する錯誤） ②和解の基礎ないし前提に関する錯誤 ③争点事項に関する錯誤 ④和解締結にいたった動機に関する錯誤。このうち前二者だけが法的顧慮を民法九五条によって受けうる、というのである。ところでこの当時（昭和三年）は、通説・判例ともに一般錯誤論の領域において、動機錯誤の原則的無顧慮の立場に立っていたといえるので、和解の内容ではなく、広い意味では動機に属するところの、和解の基礎ないし前提的事情に関する錯誤を九五条の表示錯誤に等置するためには、理論的な整備が必要であった。しかし我妻博士は②の和解基礎錯誤を要素の錯誤と構成しながらも、和解無効の根拠について、「当該和解契約は和解契約として何事をも決定する力を持たない」と述べて、錯誤に因る無効というよりは、和解基礎錯誤の自明的無効、和解が和解として何事をも決定する力を有しないがゆえに生ずる無効を説いており、和解基礎錯誤を一般錯誤とは異なる存在と把握していたように思われる。和解基礎錯誤の表示錯誤への組入れは、我妻博士においては、いわば実定法規を有しないわが民法の下での解釈方法論上のテクニクにすぎなかったと評してよいのではあるまいか。

（二）高梨・三宅和解錯誤論

我妻和解論ののち基礎錯誤の把握の仕方は二つの方向に分化したといえる。一つは、我妻理論の自覚的展開という意味ではなく、発想もそれとは全く異なっているが、和解基礎錯誤の自明的無効を承認する本質的把握の方向である。高梨教授は「和解——その基礎と内容——」（契約法大系V二二七頁）において、つぎのように和解錯誤を理解した。「ある債務の支払方法について和解した以上、違う支払方法が真実でそれがどんなに重要なものであっても錯誤の問題は起りえない。ただし、その債務の不存在が判明したようなときは、その点について和解の合意があったとみられないかぎり、確定効は発生する理由がないことになる。しかし、それは錯誤の問題で

はない。思い違いがあらうともこれでよしとされた合意が思いちがいのゆえに無効になるのではなく、こういう合意のない部分が無効であるため、合意そのものの存在基礎が失われて失効するというだけの話である。したがって、和解と錯誤の問題も、結局は確定の合意の解釈問題のうちに解消していくのが本来であると思う。」和解基礎錯誤無効の帰結を錯誤ではなく、合意の存在基礎の喪失と理論づけている。ついで、三宅教授は、「瑕疵担保責任と錯誤」(演習民法(債権)三二二頁)において、「和解の特有の、和解の基礎の錯誤がある。和解契約の内容(丙の取得した債権につき債務者乙との間で弁済方法などについて和解)によれば、確実なものとして前提ないし基礎となった事項(甲の乙に対する債権を甲の債権者丙が有効に差押え転付命令を得たこと)が、事実と反する(差押え転付以前に甲がその債権を丁に有効に譲渡している)ことが判明した場合である。広い意味では表示された動機錯誤の一種であるが、争いの確定を内容とする和解において、事実を知らば争いが生じなかったという論理的関係があるから、単に表示された動機錯誤にとどまらず、和解の無効をきたすのである」と論じている。高梨・三宅両教授は、ともに和解基礎錯誤を一般錯誤論の問題とはみていない。高梨教授は、合意の存在基礎の喪失という考えを、独自の発想から導き出し、三宅教授はおそらくドイツ民法七七九条の規定を考察し、この理論をわが和解錯誤の解釈論に導入せんとしたものであらうと思われる。

(三) 村上和解錯誤論 村上教授は、「和解と錯誤——学説史的研究——」(契約法大系V一九二頁)において、レーンツの主観的行為基礎論による和解錯誤の処理を批判しつつ、次のように我妻博士からの第二の方向である和解錯誤の一般錯誤論への包摂を展開した。わが国の錯誤論においては、ドイツと異なり、意思主義は克服されており、意思の欠缺と動機錯誤という区別が否定され、舟橋・川島錯誤論にみられるごとく、表示主義的な錯誤論が展開されているのであるから、動機錯誤の一種たる和解基礎錯誤も一般錯誤論で扱うべきである。動機の錯誤を錯誤論中で扱う

ならば、事情変更の原則と結合したドイツの行為基礎論を捨て、「事情変更の原則は契約締結後に行為の基礎が『変更』した場合を対象とし、契約当時すでに基礎が存在しなかった場合は錯誤論で扱うという機械的な区別をしておくだけで十分」である。だが九五条は一方的な錯誤を規定したものであり、和解基礎錯誤のような共通錯誤とは利益状況が異なる。しかし共通錯誤をも錯誤論中で処理しながら、要件と効果につき、一方の錯誤とは別の考慮を払えばよい。和解基礎錯誤の「別異のとり扱いを必要としない」と、主張する。

この見解は、従来の動機錯誤無顧慮の原則を有力学者の見解を背景に原則的顧慮へと転換し、共通錯誤たる和解基礎錯誤の特殊性を承認しつつ、一方錯誤しかも意思欠缺錯誤を予定している九五条へ、その要件と効果につき別の考慮を払ったうえで、組み込むことを積極的に主張しているわけである。この見解に対しては、動機錯誤の原則的顧慮の立場をさておいても、いくつかの疑問がある。第一に、保護に値する動機錯誤類型のうちにも、一方的錯誤と共通錯誤とがあり、利益状況は全く異なる。それを九五条で一律に処理してよいか。第二に、和解基礎錯誤は共通錯誤のうちでも特殊なものである。当事者が真の事態を知ったならば、争い自体が初めから全く発生しなかったという論理的関係があるから、基礎が正しくなければ、締結された和解は根底から、意味・目的・対象を欠くものとなり、およそ理解しえない存在物となる性質のものである。他の共通錯誤、ドイツでいう行為基礎錯誤は、当事者双方が一定の共通觀念を行為の前提とした場合であり、効果として無効よりも契約内容の改訂のほうが合理的な事例が多い。第三に、共通錯誤を九五条に組み込むに際し、要件と効果につき別の考慮を払うということは、とりもなおさず、九五条に組み込むこと自体が妥当でないとし唆していることになる。すなわち、同じものは同じに、異なつたものは異なつて取り扱うことが解釈の最終目標であるとすれば、まさに和解基礎錯誤は、その特殊性のゆえに、九五条の要素の錯誤とは異なる

って取り扱うべきものなのである。我妻博士の「和解が和解として何事をも決定しうる力をもたない」との考えを吟味する必要がありはしないだろうか。和解基礎錯誤の別異の取扱いを必要とするのである。

三 判例の和解錯誤論

(一) 我妻定式 我妻博士が昭和一三年に整理されたように、判例は、第一に、争いの対象となし互譲によって決定せられた事項に錯誤ある場合は、六九六条を適用し、錯誤の無影響を判示していた(大判明治三七・一〇・一民録一〇輯二三三頁)。第二に、争いの対象となった事項ではなく、この争いの対象たる事項の前提ないし基礎として両当事者が予定したが、和解においても互譲の内容とせられることなく、争いも疑いもなき事実として予定せられた事項に錯誤ある場合には、要素の錯誤として九五条を適用する(我妻定式)。事案に即して判例を分類すると、①真の事態を知らば、争い自体を排除するところの、締結された和解の具体的内容からみて論理必然的に措置された確定的基礎事情に関する錯誤事例、②当事者双方がとくに締結に際し条件・前提とした一定の事情に関する錯誤の事例、③過去・現在の事情ではなく、将来の事情に関する錯誤の事例に分けられる。①に属するものとして、(イ)有効に債権を取得した(差押・転付命令を得て)ことを前提として、弁済方法について和解したところ、差押・転付命令が無効であったという事案(大判大正六・九・一八民録二三輯一三四二頁)。大審院はとくに理由を示さず、九五条を適用した。(ロ)交通事故において、甲が加害者であることを全く争わず、それを前提として被害者乙と和解をしたところ、加害者は別人であることがのちに判明した事案(水戸地判昭和三九・二・二八下級民集一五卷三二四二〇頁)。水戸地判は「責任の点は、……もつとも重要な縁由ないし動機を構成し、かつ、双方当事者が、この責任のあることを当然の前提として、即ち表示された動機

としてこの契約を結んだ」、それに誤りがあれば、九五条の要素の錯誤にあたると判示した。和解基礎錯誤を表示された決定的動機と把握し、通説・判例の動機錯誤論のワク内で処理した。②に属するものとして、最判昭和三年六月一日四日（民集二卷九号一四九三頁）がある。売掛代金請求訴訟において、乙が債務の存在を認め、甲が仮差押中の、乙所有のジャムを代物弁済する裁判上の和解が成立したところ、当事者が特選金菊印苺ジャムであることを「前提」としたのだが、リングなどの混った粗悪品であった事案。最高裁はとくに理由を示さず、要素の錯誤とした。③に属するものは、事故をめぐる示談締結後、予想外の増大損害・後遺症などが発生した場合すなわち、傷害が二、三カ月の休養によって容易に全治する軽微なものであることを前提としたが、事実はこれに反し、著しく重大なものであったとの事案（東京地判昭和四〇・一・二七下級民集一六卷一号一一頁）。東京地裁は、「意思表示には、その重要な部分に錯誤があった……。……かような争いなき前提事実に錯誤が存する以上、民法第六九六条の規定は適用され」……要素に錯誤がある」と判示した。

(二) 判例における前提の多義性 以上判例は、和解の基礎ないし前提に関する錯誤という表現によって、我妻定式に依拠しつつ、種々雑多な事情を包括せしめている。私見によれば、①類型は、和解に特有の、和解の基礎に関する錯誤——基礎の崩壊による無効、②類型は、契約一般に共通の、前提に関する錯誤——共通動機錯誤類型の一種、条件・前提合意の問題、③の類型は、事情変更の原則の適用さるべき場合か増大損害には示談意思は及ばない場合で、示談は有効とされるべきだと思う。ただいずれにせよ、判例は、争いなき前提事実に関する錯誤を認定した場合は、ほとんど、和解は当然無効、自明的に無効であることを承認しているかのようである。他の動機錯誤事例においては、「動機の相手方への表示」と「錯誤の主観的・客観的重要性」につき詳論するのが普通であるのに和解の「前提ない

し基礎に関する錯誤」と判例が述べた事例では、右の二要件はほとんど問題とされていないからである。

四 私見と行為基礎論批判

(一) 私見 わが国の判例における「和解の前提ないし基礎とせられた事情」には、すでにみたように、異質的な事情がそれと自覚されないままに包括されており、このことが「前提」、「基礎」概念の高度の抽象化を生ぜしめ、具体的事件解決をあいまいなものにしていた。私見（「和解の基礎に関する錯誤について」民商法雑誌六五巻六号、六六巻一号、「示談における前提合意と錯誤」関大法学論集二六巻四・五・六合併号）は、民法九五条は意思欠缺という一方的錯誤の規定であることは疑いないとの理解の下で、動機錯誤の原則的無顧慮を承認し、保護に値する動機錯誤を析出し、錯誤法の領域外の実定法制度、詐欺・瑕疵担保・不当利得など、を活用しながら、合意そのものを直視し条件・前提・保証など合意された動機という視角によって処理しようという立場を採っている。その中で和解基礎錯誤は実定法規による、また、合意による基礎づけの不能な（原始的不能論や事情変更の原則と同じく、無効原因であることを率直に承認し、ドイツ民法七七九条の理論を参照して、理論化を試みている。そして私見は決して独断ではなく、遠くは我妻博士、近時は、高梨・三宅両教授に学び、その影響下にある。それゆえ、動機錯誤と意思欠缺錯誤の区別を意思主義への過度の信頼として排斥する村上教授と鋭く対立する。したがって、理論的結着は一般錯誤論の論争にあり、争点はそちらに移行しなければならない。ただ村上教授が参考としたティツェが、共通錯誤を行為基礎論で処理する考え方を示しており、またラーレンツも和解基礎錯誤を他の共通動機錯誤と同視する見解を採っているので、これについて若干の反論を述べておきたい。

(二) 行為基礎論批判 ラーレンツが主観的行為基礎の欠如（共通動機錯誤）の事例として挙げている主要なものとはつきのとおりである。たとえば、取引所相場事件（官製の相場表を当事者双方とも前提として証券を取引したが、実は誤植のため、本場の相場は一、〇〇〇分の一の額であった）、ループル貨事件（両当事者ともループル＝二五ペニヒであることを前提として原告が被告にループルを貸したが、実は、当時「ループル＝一ペニヒであった）、計算の錯誤の一種たる屑鉄売買事件（両当事者によって貨車四〇輛分と見積もられた屑鉄が、実は貨車八〇輛分にもものぼることが判明した）などである。さらにいわゆるバレード事件（戴冠式の行列を見るために窓ぎわの部屋が賃貸されたが、予定されていた行列が取り止めになった——将来の出来事の誤った期待）もこれに含める。そしてこれからつぎの定式を抽出する。第一に特定の事情が両当事者によって存在するものと想定され、第二に両当事者がまさにこの事情を考慮して契約を現在のとおりに締結した、したがって本当事態を知ったならば——誠実に思考する限り——いずれの当事者も契約をそのように締結することはなかったであろうという事態、かような双方で前提された事情を主観的行為基礎という。和解の基礎は、まさしくかような事情に属する、と（ラーレンツ、神田＝吉田訳・行為基礎と契約の履行六六頁）。だが和解の基礎は、真の事態を知れば、争い自体を排除したであろう事情であり、契約内容から客観的に明らかにされる確定的基礎事情である。これに反し上述の諸事例は、むしろ、当事者が一定の事実の存在または不存在を契約締結に際し前提とした場合、わが国の判例における②の特選金菊印菴ジャム事件と同一類型の事案である。私見はこれを条件ないし前提合意のある場合とみて、和解の基礎とは典型的に異なっていると考え（高森「示談における前提合意と錯誤」において分析した大阪地判昭和四八・四・一三交通民集六卷二号七一頁、水戸地判昭和五〇・四・二二判例時報八〇七号六七頁なども同じ類型に属す）。主観的行為基礎事例においては、前提とされた事情が合意内容にまで高められている（条件・前提・保証・担保引受など）がゆえに、合意内容

に即して法的効果を確定することが合理的である。和解の基礎は、それに錯誤あるかぎり、和解全体が根底から、意味・目的を失い、およそ理解しえない構成物となり、無効とされる以外に適切な効果を考ふる余地はない。九五条但書の適用など全く無意味である。内容的には、自己所有物の買得や賃借人の賃借物所有権の取得による賃貸借契約の失効と共通している。したがってラーレンツのように、和解の基礎を行為基礎一般に含ましめるべきではない。ましてや、ラーレンツも主張するように、一般の表示錯誤に包摂するならば「表示の錯誤の本質を誤解し、決して実質的に正しい判決にいたる所以のものではない。それはアイマイさと混乱を発生せしめる結果となるのみである」（ラーレンツ・前掲書五二頁）。

(三) まとめ この点について、私見の展開よりは、注目すべき判例たる大判昭和一〇年九月三日（民集一四卷一八八六頁）を紹介しておきたい。右の判例は、当事者間に求償債権あることを前提として締結された和解はこの求償債権の不存在が判明すれば、当然無効となると判示して、つぎのように述べている。「斯ク斯クノ事柄有リ若クハ無シトノコトヲ前提（或ハ条件）ト定メテ一ノ契約ヲ締結シタル場合ニ此ノ事柄カ所定ニ反シ無ク若クハ有リタルトキハ其ノ依ツテ立ツトコロノ基礎ヲ失ヒタル契約ハ当然無効ニ帰セサルヲ得ス這ハ法規ノ明文ヲ俟ツマテモ無キ一般論理上ノ通則ニ外ナラス或ハ之ヲ解シテ以テ契約ノ要素ニ錯誤アリタルカ為メナリト為スハ単ナル用語トシテハ兎モアレ少クトモ民法第九十五条ノ場合ト混同ヲ生シ延テ此ノ法条ノ意義マテモ之ヲ濫晦ニ付スル虞アルヲ免レス」。

この判例は、前提と条件とを同一視した上で、前提ないし基礎の喪失による契約の無効を帰結している。そして無効の根拠を「一般論理上ノ通則」に求め、これを「要素ノ錯誤」に求めるならば、九五条の意義を「濫晦ニ付スル」と指摘しており、注目に値する。

〔参考文献〕 文中に掲げたもののほか。

五十嵐清『契約と事情変更』

同「事情変更の原則と不当利得——ウィントシャイトの前提論を中心に——」谷口教授還暦記念『不当利得・事務管理の研究』(3) 所収。

来栖三郎『契約法』七二五頁以下。

椿寿夫・判例評論七三号(判例時報三八三号)四三頁。

磯村哲「動機錯誤と行為基礎——ドイツ錯誤論の発展——」(一)(三)法学論叢七六卷三号、七七卷一号、七九卷一号。

同「ドイツ錯誤論前史」法学論叢八八卷四・五・六合併号。

* ドイツ民法七七九条一項は次のように規定している。

「法律関係に関する当事者間の争い又は不明確性を相互の譲歩の方法によって除去する契約(和解)はその契約の内容上確定したものであるとして基礎とされた事情が事実に一致せずかつ事情を知ったならば争い又は不明確性が生じなかったであろう場合においては無効である」

〔初出・加藤一郎・米倉明編 ジュリスト増刊 民法の争点 二五八頁(昭和五三年七月、一九七八年)、再版民法の争点Ⅱ二二〇頁(昭和六〇年七月、一九八五年)〕(のち高森著『法律行為論の研究』所収)

本稿発表後に公表された文献にはつぎのものがある。

藤村和夫「和解と錯誤」『現代判例民法学の課題』森泉章教授還暦記念論集(法学書院、昭和六三年)所収。

四 和解の基礎の錯誤

一 和解の前提ないし基礎

和解契約は、いうまでもなく、相互の譲歩によって当事者間に存する争い又は不明確を除去するものである。和解の本質はこの争いの除去にあるから、かかる紛争を生ぜしめるにいたった一定の法律関係が和解契約の前提ないし基礎として存在するのが通常である。例えば、地役権の範囲について争いが生じて和解をしたとすれば、当事者双方は、少なくとも右の地役権の存在と一方当事者が承役地の所有者であることを和解契約の前提ないし基礎としている。あるいは、相続人（と称する者の）間で遺産額について争いが生じ、和解が締結されたならば、当事者双方は、両者が真正な相続人であることを前提としているはずである。更にまた、加害者・被害者間で損害賠償額についてなかなか折合いがつかず、最終的に和解（示談）によってその額を決定した場合ならば、当事者双方は、一方が加害者であること、他方が被害者であること、すなわち一方当事者（加害者）に損害賠償責任が存在することを当然のこととして前提としたにちがいない。

このような和解の前提ないし基礎に関する錯誤は、和解契約の内容に関する錯誤ではなくいわゆる動機の錯誤に属

することは疑いのないところである。この動機の錯誤は、伝統的に、原則として、法的顧慮に値いしないものとされてきた。それにもかかわらず、和解の前提ないし基礎に関する錯誤は特別な理論的究明なしに法律行為の要素の錯誤として保護されて当然と考えられている。これは一体いかなる理由によるのであろうか。

またほとんど自明のごとくみなされている和解の「前提ないし基礎」とは、具体的にはいかなる事情であるのか。これらを明らかにするためには判例の総合的分析にまたなければならぬが、和解基礎錯誤の法的顧慮を明定するドイツ民法七七九条の分析もまた有効な視角を与えてくれるものと考えられる。そこでドイツ民法七七九条の意味・内容とその理論的根拠につき、一応の考察を経た上で、わがくにの判例における「前提」概念を明らかにすることにとめたい。

二 ドイツ民法七七九条における和解の基礎

——その三つの限界モメント——

(一) ドイツ民法七七九条

ドイツ民法七七九条によれば、「法律関係に関する当事者間の争い又は不明確性を相互の譲歩の方法によって除去する契約（和解）はその契約の内容上確定したるものとして基礎とされた事情が事実と符号せず且事情を知ったならば争い又は不明確性を生じなかったであろう場合においては無効である」と規定されている。本条においては、和解の概念規定とともに、和解に特有の無効原因に関する要件（*Voraussetzung*）が定められているのである。この七七九条の特殊性は、和解の基礎に関する錯誤は一般錯誤規定（一一九条）に反し「取消しうべき」ことではなしに「無

効 (Unwirksamkeit)」の効果を規定している点に存する。これは一般に一一九条の錯誤に対して和解錯誤 (Vergleichsirrthum) と呼ばれ、この和解の無効を結果する和解錯誤は、「確定したるものとして基礎とされた事情」に錯誤ある場合に限られるのである。

(二) 三つの限界モメント

加えて、七七九条は、この「和解基礎の事情」をさらに次の三つの観点から限界づけている。

(イ) 契約の内容上基礎とせられた事情　まず第一の限界モメントは和解の内容上基礎とされた事情であることである。これは、通常、看破しえない、当事者の内心的意思にまで遡及することによって抽出するのではなく、認識可能な和解の目的に従えば、意欲された効果から明らかになる、表示の意味から抽出されるべきであるとされている。従って「契約の内容上」和解の基礎とされたということは、その事情が和解の書式自体の中で明規されていなければならないわけではなく、その事情が和解の書式から、意味上当然に把握されうるので足りるのである。例えば、保険契約者の保険金請求金額について争いが生じて保険者と保険契約者とが和解したならば、その内容からみて意味上当然に右の保険者と保険契約者との間には法律上有効な保険契約が存在していることが基礎となっているとみてよいわけである。

(ロ) 確定したるものとして基礎とせられた事情　第二の限界モメントは確定したるものとして基礎とされた事情であることである。和解と類似点を有する分割契約 (Auseinandersetzungsvertrag) においては、当事者が契約の内容上基礎にした事情はすべて、一般には、「確定したるもの」として基礎にしているとみてよい。これに反し和解契約は、

その本質上、争われているし不明確なる事情の存在が不可欠であり、従って、何が確實で何が不明確であるか、何が争点とされ、何が非争点とされるのかは和解内容を限界づけるに際し本質的に重要なことである。すなわち、争いも疑いもないものとして和解の基礎におかれた事情でなければならぬ（非争点でありかつ確定的であること）。

(イ) 争いがないし不明確を排除する事情 七九条の枠の中で顧慮される基礎に属する事情については、なお、第三の限界モメントとして、その事情が正しくないと当事者が知っていれば、両当事者が和解締結にいたった原因たる争い（不明確）自体を排除したであろう事情であることが要求されている。すなわち、最終的に和解せられた争い・不明確の発生に対して、現実の事情を知っていたならば争い又は不明確は全く生じなかったであろうというように、影響を及ぼしうるような事実（Tatsache）に属する事情である。それ故、錯誤がなければ、当事者はその内容の和解を締結しなかったであろうことが問題なのではなく、和解締結にいたる動機であったところの争い又は不明確が、事情を知ったならば、発生しなかったであろうか否かのみが問題なのである。例えば、一定金額の保険金が受けられるということを前提として、交通事故の加害者と被害者間で賠償金額を五〇〇万円と和解して定めたところ、誤あって保険金が受けられないことになったという場合には、保険金が受けられないという正しい事情を当事者が知っていたも、やはり損害賠償金をめぐる争いは生じていたにちがいないから、本条という和解の基礎の事情とはならないわけである。

(三) まとめ

以上三つの限界モメントによってそれについての錯誤が無効の効果を帰結する「和解の基礎とせられた事情」に現

実的な内容が与えられたわけである。(1)の「契約の内容上基礎とせられること」なる要件は、いわば一般的な解釈原理による限界づけであり、(2)の「確定したるものとして基礎とせられること」は、和解契約の特殊性による限界づけであり、そして(3)の「争い(不明確)を排除する事情であること」は、実定法上の制限による限界づけにほかならない。和解の基礎に関する錯誤についての規定たる七十九条は、今日ほ右の通りに理解されているのであるが、契約の内容上確定したるものとして基礎とされた事情についての当事者の錯誤がいかなる法的根拠にもとづいて「無効」となるのかについては立法当初からいくつかの議論が存していた。というのも、和解基礎錯誤はBGBの他の錯誤諸規定とその要件及び効果の点で著しく異なっていたからである。

和解基礎錯誤顧慮の法的根拠についてはBGB成立前の、普通法学説においても、また成立後の学説においても各々独自性を主張しうる見解が存在する。次にこれらを一べつしたい。

三 和解基礎錯誤顧慮の法的根拠

(一) 学説一覧

1 後期普通法学の諸学説

- [一] 解釈理論 (Risch)
- [二] 基礎理論 (Puchta)
- [三] 前提理論 (Windscheid)
- [四] 目的理論 (Lenel)
- 四 和解の基礎の錯誤

2 ドイツ民法典成立後の諸学説

- [一] 黙示的条件合意説 (Leonhard)
- [二] 行為基礎論 (Oertmann, Larenz)
- [三] 契約内容説 (Flume)

(二) 後期普通法学の諸学説

この時代の理論は、今日の理論を理解する上においてきわめて重要であるから、少し詳しく検討してみたい。

- (1) 後期普通法学までの和解錯誤論は、いずれの時代においても、ローマ法源からのカズイスティッシュな思考から脱がれられず、従って、和解がいかなる場合にその効力を解消されうるかという個別的な論議のみに終始してきたのに対し、同じくローマ法の影響下にありつつも、法律行為論(意思表示論)を確立し、その一領域としての錯誤論に体系的な理論的枠組を与え、その観点から個々の法律行為の効力の検討を果さんとするサヴィニーの理論が出現するに及んで、和解の基礎に関する錯誤の効力についてもサヴィニーの錯誤論を基礎にして再構成されなければならぬこととなった。従来、錯誤自体を考察の焦点にすえて(erro 理論)、錯誤そのものに契約の有効な成立を妨げる効力を付与していた。ところがサヴィニーは、当事者の意思の総体から、とくに意図された、行為の結果に向けられた、いわゆる Rechtswille を抽出し、これのみを法的に重要なものとして顧慮する。すなわち錯誤はそれ自体に意味があるのではなく、それが右の「意思」の欠缺をもたらず場合、すなわち意思なき表示の場合にのみ意思表示の効力を排除しうる、との立場の下に、真正錯誤(ächter Irrtum)と不真正錯誤(unächter Irrtum)の明確な分離を企図し、

後者を意思欠缺錯誤と把握した。真正錯誤は動機の錯誤、従つて意思欠缺を惹起しないものとして例外的にそれ自体として保護される場合、非償弁済と瑕疵担保責任 (condictio indebiti und ädilitische Klagen) のほか法的顧慮の埒外に放擲された。ゲッツという人は争点と非争点とを分離して、後者に関する錯誤のみを保護すると主張したが、ゲッツの caput non controversum (非争点) の錯誤は、まぎれもなく、サヴィニーのいわゆる真正錯誤と不真正錯誤の兩者を包含する概念であつたから、サヴィニー的錯誤理論の批判の対象とされざるをえない。和解(基礎)錯誤は動機錯誤か否か、動機錯誤として全く法的顧慮に値しないか、法的顧慮に値するならば、その法的根拠は何かなど、サヴィニー自身が明確な解答を与えていないだけに見解は分裂した。対立的な諸見解をヘーデマンは要領よく次の四説に分類して説明する。彼に従つて後期普通法学の諸説を各別に検討してみたい。

〔一〕 解釈理論 (Interpretationstheorie)

サヴィニーの錯誤理論を和解契約においても無修正に貫徹する説であり、次のように命題化されうる。

① 不真正錯誤に基づく和解契約は法律上無効である。和解における真正錯誤は原則的に無顧慮であるが、詐欺のある場合には取消されうる。

② 和解意思の及ぶ範囲は厳密に確定さるべきであり、その範囲内においてのみ和解は一般に成立する。

この見解は、意思欠缺を来たす表示錯誤のみを和解の無効原因とする結果、当事者間に確実なるものとして基礎にされた事情に錯誤がある場合でも、それは真正錯誤である故に和解を無効ならしめない。いわば基礎原理(和解は、確実なるものとして和解の基礎におかれた事情が事実と一致しなければ、無効となる、との原則)は明確に否定されているのである。

ガイウスが死亡し、その遺言書の方式の瑕疵に関して法定相続人と遺言相続人間に争いが生じ、両者間に和解が成立したのちに、遺言書が偽造であることが判明したという「ガイウスの事例」における解釈理論の解答は次の通りである。錯誤は真正錯誤の故に法的に重要でなく、和解は有効である。和解当事者の意思は方式の瑕疵の主張の放棄にのみ及ぶ。従って偽造文書であることを理由に遺産の引渡を請求しうる。第一テーゼにおいて和解を維持しつつ、第二テーゼによる和解意思の厳格な解釈を通じて現実的不都合をカバーするのである。代表的提唱者はリッシュ(Risch)である。

〔二〕基礎理論 (Grundlagentheorie)

ゲッツによってなされた争点と非争点、*caput controversum* と *caput non controversum* の分離は、非争点に関する錯誤のすべてを法的顧慮に値するものと考えるときに重大な欠陥を内包する。非争点、*caput non contro.* に関する錯誤のうち、いかなる錯誤が和解の効力に影響を与えるかが確定されなければ、取引の安全は著しく脅かされる。基礎理論はこの要請に答えるものである。

① 和解は *dolus* (悪意) を理由に又は和解によって確実なるものとして前提されたものが不真実であることを理由に取消されうる (*anfechtbar*)。

② 右に反し和解によって解決された不確実の後発的明確化は何らの効力もない。

右の命題の「ガイウスの事例」への適用はつぎのようになる。ここでも意思欠缺をきたす錯誤 (不真正錯誤) は存しない。しかし第一テーゼの枠内に包摂されうる。和解当事者は、一定の方式の瑕疵についてのみ争い、ガイウスの手になる、真正な遺言たることは確実なるものとして前提していた。この前提が正しくなかったのだから和解は取消

しうるものとなる。この見解で注意されねばならぬのは、確実と前提された事情の不真実 (Unrichtigkeit) が dolus に等価とされ、真正錯誤であるにもかかわらず、和解契約の特殊性にかんがみて、特に顧慮されている点である。このことは錯誤の効力が取消可能性であることからもうかがわれる。サヴィニーの真正錯誤と不真正錯誤、すなわち動機錯誤と表示錯誤のカテゴリーを固守しつつ、和解の場合に特別に限定された動機錯誤のみを保護するという構成をとっている。代表的提唱者はプフタ (Puchta) である。

〔三〕 前提理論 (Voraussetzungstheorie)

ウィントシャイトの提唱にかかる前提理論は、その志向方向において基礎理論と共通性を有するが、後者が和解の特殊性から基礎原理を承認するのに対し、前者は和解の特殊性を超えて一般理論としての前提概念により和解における基礎原理を是認する点で異なる。換言すれば、確実なるものと想定された事情に関する錯誤＝真正 (動機) 錯誤を和解においてのみとめる基礎理論に対し、全ての契約に通ずる一般理論としての「前提」の欠如の故に確実と想定された事情に関する錯誤を和解においても顧慮するのが前提理論であるといえる。ウィントシャイトの和解錯誤処理は彼の前提理論の格好の一適用事例であるとともにその補強事例でもある。彼によれば、和解契約は次の原則が適用される。

- ① 和解は一般的な理由、強迫・詐欺・前提欠如により解消されうる (anfechtbar)。
- ② 前提は黙示的である場合には解釈操作によりみとめられる。争われている請求権に関する和解の前提とは、和解において真実なるものと想定された事実―真実でなければ争いは生じなかった―が真実であること、同様に真実ならば争いは排除したであろうところの事実が不真実であること、一言でいえば、争いを排除するであろうような事実

の不存在である。

「ガイウスの事例」に右の原則を適用するならば、その効果は締結された和解の解消である。何故ならば、当事者がその事実を知っていれば争いを排除したであろうところの遺言の偽造という真実は、正に不真実（偽造ではないこと）が和解締結に際して前提とされていたとみなしてよいからである。前提理論は一般概念に還元された基礎原理の承認として評価される。すでに述べたように、前提理論では和解の特殊性は没却してしまい一般理論の和解への適用として基礎原理もそれに包摂されている。

ウィントシャイトによれば、前提とは「未展開の条件（unentwickelte Bedingung）である。法律行為に条件を附けるとき、それは法律行為の効果の特定事情下における制限を意味するが、前提もまさしく法律行為の効果制限するものである。この意味で両者は共通性を有する。だが条件は事態の発生が不明確である場合に附せられるのに反し、前提は事態が当事者によって確定であると思念されたが故に条件にまで高められない（未展開）場合に存在する。条件の不成就は法律行為を無効とする。前提の欠如は、意欲された法律効果の解消を帰結し、既履行の場合には不当利得返還請求権、未履行の場合には抗弁権が賦与される。ところでベッカー（Becker）も和解の特殊性を承認せず、むしろその錯誤の効果は「契約上の意思の効力及び効果に関する一般原則から」帰結されるとする点において前提理論に親近性を有する。しかし、ベッカーは前提に於ける条件的性質を容認し、その欠缺（欠如）の効果も条件と同じく法律行為の無効を承認する。従ってベッカーの理論は前提理論とは著しく対立する。ベッカーの見解は、条件と同じく前提をも合意されたものとみなす故に（条件的前提）、ウィントシャイトの前提が動機と条件の中間物であるといわれ、真実には単なる動機にすぎないと評せられるのとは立論の基礎は全く異なる。それ故、厳密には、このベッカー説は

前提理論には組みこみえない。だがこの見解は、レオンハルト (Leonhard) のそれとともに B G B の和解錯誤規定 (七九条) の立法当時、最も有力な見解であつたものであるから、後にいまいちど述べることにしたい。

前提理論は未展開の条件として、固有の意味における条件とは異なる前提概念を導いた。これは、他方において単なる動機とも異なるものとして把握されている。ウィントシャイトによれば、前提は条件と同様、意思の (自己) 制限である。(前提の下で) 意思表示をなす者は、何々の場合には、私は意欲する (ich will wenn-) とはいわない、しかし私は意欲する、だが何々でないならば、意欲しなかったであろう (ich will, wurde aber nicht wollen, wenn nicht-) という。だから未展開の条件と称せられる。前提の中に含まれる意思制限は、諸関係の一定の形成 (ein gewisse Gestaltung der Verhältnisse) をめざしている。人は、通常、動機錯誤の下に過去または現在の事的形成に関する錯誤を理解する。これに反し前提の概念は将来の事的形成をも含む。實際上、前提の主張の中には、広い意味での動機錯誤の主張がなされている。単に特殊な資格を有する動機錯誤 (の主張) にすぎない。意思表示の外側に存在する——それはただ付随しているにすぎない——動機の錯誤ではなく、意思表示の中にとりこまれた (in die Willensklärung mit hineingenommen) (したがって) その構成的要素 (Tatbestand) とされた動機の錯誤である。ウィントシャイトはさらに続けて述べる。返還請求権の発生のためには動機の伝達では十分ではない。動機の単なる伝達は法律の意味における前提の発生のためには十分なものではない。それは意思制限としての動機の認識可能となること (das Erkennbarwerden des Motivs als einer Willensbeschränkung) を要求する。

ウィントシャイトの右の説明からみると前提と動機の相違ないし関係はつぎのとおりである。「前提」は広い意味では動機である。単に「特殊な資格を有する動機」、いいかえれば、「相手方にとって認識可能となった意思制限と

しての動機」にすぎない。単なる動機は意思表示の外側に存在し、それに付随しているにすぎないが、前提は、「意思表示の中にとりこまれ」、「意思表示の構成要素」となる。動機の錯誤は過去または現在の事実的形成に関する錯誤であるが、前提の概念は、将来の事実的形成をも含む。したがって「認識可能となった動機が『単なる動機』としての性質を変じて法的保護（「取消」すなわち返還請求権と抗弁権）に価する『前提』に転化する」のではなく、認識可能になった意思制限としての動機、特殊な資格を有する動機が「単なる動機」としての性質を変じて法的保護に値する『前提』に転化するのである。だから保護に値する動機錯誤の効果（間接的無効）は、生前行為においては、錯誤なければ意欲されなかったであろうということ（意思の制限）が同時に意思表示の受領者にとって認識可能な方法で現われるときに発生する。前提は明示されることもあるが、多くは默示的（確実と思念された事情であるから）である故に、一定の解釈的操作（契約の場合にはその締結に附随するあらゆる事情からの類推などの）を媒介としてとりだされる。条件は合意されなければならないが、意思制限としての動機たる前提は相手方によって認識されうればよい。だから前提は単なる動機でも純粹の条件でもない。両者の中間物（Mittelglied）である。

〔四〕 目的理論（Zwecktheorie）

かようなウィントシャイトの前提理論は、ドイツ法学界において一般的な承認を得るに至らなかったということは周知のとおりであって、その最も熱烈かつ徹底的な反対論者はレーネル（Lénel）であった。この前提理論に対するレーネルの批判から生まれたのが和解錯誤における目的理論であった。前提理論に対するレーネルの一般的な批判の論点は、動機は条件にまで高められ、合意の対象とされない限り法的に無意義であり、したがって動機と条件の中間物は存在しないというのに尽きる。かような立場から、和解においても、前提の如き一般原則の和解への機械的適用を

排斥し、前提の欠如ならぬ契約目的不到達のカテゴリーで、その基礎錯誤を処理せんとする。和解目的と和解内容の概念的区別が骨子となっている。

① 和解目的とは、個々のケースに従って限界づけられるべき一定の紛争関係の除去であり、和解者はかような目的を追求する。

② 和解内容は和解目的達成の手段として意欲されるが故にこの目的が不達成となれば、この内容は不必要かつ無価値なものとなる。

③ 和解は和解目的不達成に因って無効となる。

ここでも「ガイウスの事例」を用いよう。目的理論によれば、この事案の解決にはあいまいさを残す。この事案は、ガイウスが遺言によってXを相続人と指定したが、法定相続人Yが遺言の方式の瑕疵のみについて争い、和解が締結された場合を想定しているから、問題となっているのは、さしあたり直接的には、「遺言の方式における重大な瑕疵の存否」である。しかし他方、より上位の、根本的な問題は、「法的に有効な遺言の存否」である。前者に関する紛争の除去が和解目的とみれば、和解は疑いもなく有効に存続しうる。何故ならば、右の目的は、方式瑕疵主張権利の放棄という和解内容によって達成されるからである。しかし後者に関する紛争の除去が和解目的とみれば、方式の瑕疵の主張を放棄しただけで偽造の主張を放棄したのではないのであるから、「法的に有効な遺言の存否」に関する争いは解決されていないのであり、和解目的の不達成として和解は無効となる。目的理論は、和解目的が必ずしも一義的に限界づけられないために、ガイウスの事例における結論は明確ではない、この目的理論は、他の三説とは異なりローマ法源規定による基礎づけを全面的に放棄している点でも独特である。

(2) 以上が一九世紀、普通法学説の主要なものである。実際には、これらいずれの説にも従わない折衷的な見解も散見されるが、それらはいずれも、四学説の悪種ないし変形と理解して構わない。四見解は、すでにみたとおり、外見上の立論の基礎は、著しい対照をみせてはいるけれども、第一に、四説ともに結論的には、ほぼ基礎原理を承認している点において、第二に、いずれの説も多かれ少なかれ意思解釈の方法を介して自説を操作することを必然ならしめている点で、内面的には極めて接近性を示している。

解釈理論についていえば、これに対立する事例に対しては（例えば、ガイウスの事例）、当事者意思はそこまで（偽造にまで）は及ばない、即ち *transacciones sunt stricte interpretandae*（和解は厳格に解釈されねばならない）という形で意思解釈がなされる。この説も一応便宜上、他の三説と対立的に説明してきた。だが本来、和解における厳格な意思解釈は、和解放約の紛争除去による新関係の創設という判決類似の社会的作用からみて、必然的に要求されるものであり、その限りでいえば他の三説も「和解は厳格に解釈さればならぬの原則」を承認こそすれ、排斥するいわれはない。和解錯誤を処理せんとすれば、いかなる理論を採ったとしても、右の原則はその基礎におかれていなければならない。それ故にこの見解は、見方によれば、他の説と全く矛盾・対立するものではないともいえるのである。

基礎理論は、和解基礎錯誤を動機の錯誤と解しつつ和解の特殊性から、前提的事項に関するものだけに法的顧慮を帰結するものであるから、それ以外の錯誤は、すべて締結時における当事者意図に従えば、*caput controversum* に属する事項に関する錯誤と解釈されて和解の解消を否定されるかあるいは *caput non controversum* に属する事項に関わっていても、それは動機錯誤にすぎないとされるのである。いずれにせよ、締結時における当事者意思の解釈から解決が図られる。この点は、前提理論や目的理論の立場についても同様で、いかなる場合に前提の欠如ありとい

えるか、個々のケースに従って和解目的はいかに限界づけられるかなど、必ずしも一義的ではない。それらは巧妙な解釈によって当事者意図を明らかにする過程で抽出される。いわば、前提または目的はいずれのケースにおいても、この和解意思解釈に依存しているのである。

ところで、右の四見解のうちいずれが後世に影響を与えたかを決するのは容易なことではない。解釈理論が、一般的にすべての立場の基礎におかれることは前述したとおりであり、基礎理論が、我國の通説に極めて親近性を有することは、後述のとおりである。前提理論は目的理論に反駁されつつも、後の行為基礎理論の理論的モデルとされているし、目的理論も、ラーレンツの客観的行為基礎論に姿態を変えて再生されているからである。前提理論はドイツ民法典第一次草案に採用され、その基本的構想はBGB（現行法）に承継されたといわれるが、現実には、BGBはベッカー・レオンハルト的な条件合意の立法的承認と理解するのが大勢であったから、その影響は必ずしも圧倒的だったわけではないのである。

和解錯誤論の発展史において一九世紀普通法学説は、サヴィニーの錯誤論の基礎の上に展開された点で画期的であった。しかしBGBの和解錯誤規定は、右の諸説の諸々の調整を経て誕生するが、立法後の解釈もいくつかに分かれてすすみ、今日では行為基礎論という普通法学説には全く知られていない理論によって理解されている。つぎにこれらの学説についてかんたんに考察してみたい（以上の文献については拙著『法律行為論の研究』二五頁以下参照）。

(三) ドイツ民法典成立後の諸学説

ドイツ民法典成立後の学説たる〔一〕黙示的条件合意説、〔二〕行為基礎論、〔三〕契約内容説、の各説についてかんたんなコ

メントをするならば、以下のとおりである。

(1) 和解基礎錯誤による無効は黙示的条件の不成就に依る、とのレオンハルトの見解に対しては、すでにヘーデマンの反論がある。それによれば、当事者が確信している場合には条件を附けることなく、和解の基礎は、まさに当事者によって確定的と思念されるものである以上、当事者によって条件づけられたとはいえない、というのであったけれども、（この反論は必ずしも妥当ではないと思うが）この点をさしおいても、なおレオンハルトに対しては次の批判が決定的であろう。すなわち、「黙示的条件」によって一定の事情を和解の基礎としうるのは疑いないが、それならば、なにも七七九条が「争いを排除する事情」という第三の限界モメントを設定するいわれはない。争いを排除する事情であるか否かを問わず、一定の事情を当事者が合意によって和解の前提とし、その上にもみ和解がなり立ちうると構成することができるからである。七七九条は、当事者がとくに（合意によって）基礎とした事情というのではない、それは、締結された和解の具体的な契約内容からみて、「論理必然的に」指定された客観的な和解の基礎なのであり、当事者意図とは直接には、かわりがない。かかる基礎が事実と一致しなければ、締結された和解内容は、全くその意味・目的・対象を欠くものとなるであろう。

(2) 行為基礎論に対しては、つぎのように批判することができる。ラーレンツは、和解の基礎に普遍的法思想の表現を認め、それを定式化して述べる。第一に、一定の事情が両当事者によって存在するものと想定され、第二に、両当事者がまさにこの事情を考慮して契約を現在のままに締結した。従って第三に、真の事情を知ったならば、誠実な考えに立つ限り、いずれの当事者も契約をそのような内容で締結することはなかったであろうというような事情、換言すれば、当事者双方によって前提された事情、これが主観的行為基礎である、と。だが、七七九条によって顧慮さ

れる和解の基礎は、真の事情を知ったならば、争いを排除したであらう事情であって、誠実に思考する限り、かかる内容では締結しなかつたであらうでは決してその錯誤は保護されえないのである。このことは七七九条の解釈における第三の限界モメントに関して述べたところである。

(3) さらにフルーメの所説にも賛成することはできない。確定したるものとして基礎におかれたことは、契約の一部であり、契約の内容であるという、和解の基礎に関する彼の理解における「契約の内容」は広きにすぎるからいがある。和解の基礎も契約の内容とは考えず、さきに述べたように、契約の内容から論理必然的に指定されたのみなされる和解の客観的基礎と把握し、和解はその基礎の崩壊ないし喪失の場合には無効となると理解すべきである。ドイツ民法七七九条はまさにかような意味での和解の基礎に関する錯誤の規定であるといえるのではあるまいか。

(4) 右の如き理解は、いわゆる和解の前提・基礎につき、さらに異質的な分子を二つに分類することになる。一つは、当事者の具体的意思とは直接には関わりのない、いわば契約内容から客観的に明らかにされる確定的基礎事情、二つは、当事者双方がとくに締結にさいし前提とした一定の事情、の二つである。

それでは、右のような見解に立ったとき、わがくにの判例はどのように評価、分析することができるだろうか。

四 和解と錯誤の關係についてのわがくにの判例

(一) 締結された和解の具体的内容からみて論理必然的に指定された確定的基礎事情に関する錯誤の事例

第一の事情、すなわち契約内容から客観的に明らかにされる確定的基礎事情に関する錯誤の事例としては、①大判

大正六年九月一八日（民録二三輯一三四二頁）及び②水戸地判昭和三十九年二月二八日（下民集一五卷二四二〇頁）がある。大判大正六年の事案は次のとおりである。Aの債権者Yは、Aの有するXに対する債権を差押え、転付命令を得た。XとYは債権の弁済方法などについて和解を締結。ところが右の差押え、転付以前にAがその債権を訴外Bに譲渡しており、結局、差押え、転付命令は無効であることが判明した。水戸地判昭和三十九年の事案はつぎのとおりである。交通事故における加害者Xと被害者Y間で、賠償責任の有無については全く争わず、主として額についてのみ折衝が行なわれ、慰謝料五〇万円を支払う旨の示談が成立。後日Xは加害者でないことが判明した。右の二判決は、いずれも和解契約の内容（Yの取得した債権につき、債務者Xとの間で弁済方法について和解、交通事故における加害者Xが被害者Yと賠償金額について示談）によれば、確実なものとして前提ないし基礎となった事項（AのXに対する債権をAの債権者Yが有効に差押え、転付命令を得たこと、被害者Yに対するXの賠償責任の存在）が事実に一致しない（差押え、転付命令の無効、賠償責任の不存在）場合にはかならない。だから和解締結時に真の事態を知っていれば争い自体が生じなかった場合である（このほか大判大正一〇年九月三日（民集一四一八八六）、大判大正一一年七月二五日（新聞二〇三〇一四）、大判昭和九年七月二五日（新聞三七二八一二）などがある）。

(二) 当事者双方がとくに締結に際して前提とした事情に関する錯誤の事例

第二の事情、すなわち当事者双方がとくに締結に際し前提とした一定の事情について錯誤ある事例としては、③最判昭和三十三年六月一四日（民集一二卷九号一四九二頁）がある。事案はつぎのとおりである。XがYに対し代金債権等合計六二万余円を請求する訴訟において、Yが債務の存在を認め、Xが仮差押をしているY所有のジャム一五〇箱を

代物弁済とする裁判上の和解が成立。その和解においては、右ジャムが市場で一般に通用している特選金菊印苺ジャムであることを「前提」としたのであるが、実は苺ジャムではなく、リンゴなどの混った粗悪品であった。本件は①・②とは異なり、真の事態（ジャムが粗悪品であること）を知っていたとしても、当事者間の売買代金債権の存在をめぐる争いは依然生じていたであろう。だから右の「前提」は特選金菊印苺ジャムであることを当事者双方が特に和解の前提として合意したものと解すべきであろう。最高裁は、要素の錯誤で無効とした。私見によれば①・②・③の各判決はいずれも九五条の要素の錯誤とは無関係であり、①・②は和解の基礎の崩壊により無効、③は前提（条件）合意の事実との不一致により無効とされるべきだと考える。それゆえ②の判決が、九五条但書の表意者の重大な過失の有無につき判断しているのは無意味である。

五 結 語

我が国の判例において「和解の前提ないし基礎とせられた事情」には、実は、右の二分子が異質のものであることを自覚されないままに包括されており、このことが「前提」概念の高度の抽象化を生ぜしめ、具体的事件解決をあいまいなものにしている。

ドイツ民法七七九条の解釈とそれに対応する今日のドイツの諸学説を検討することによっていくらかなりとも「和解の基礎（前提）」が整理されえたならば、本稿の收穫といえる。しかし本稿は動機の錯誤を要素の錯誤と異質のものとして把える立場を採っているので、動機の錯誤をも錯誤の本来的構成分子と考える立場と理論的に対立する。我が国の錯誤論の全体的状況の中における和解錯誤論の位置づけは、より緻密な検討を必要とするであろう。

〔主要文献〕

- ① 我妻栄「和解と錯誤との関係について」民法研究Ⅳ所収。
- ② 村上淳一「和解と錯誤―学説史的研究」契約法大系Ⅴ所収。
- ③ 高梨公之「和解―その基礎と内容」契約法大系Ⅴ所収。
- ④ 三宅正男「瑕疵担保責任と錯誤」演習民法（債権）所収。
- ⑤ 五十嵐清『契約と事情変更』
- ⑥ 高森八四郎「和解の基礎に関する錯誤について」民商法雑誌六五卷六号、六六卷一号（のち『法律行為論の研究』所収）。
- ③、④は本稿と基本的に立場を同じくする。
 参考 Vgl. Hedemann, Der Vergleichsirrthum nach dem Recht des Deutschen Reichs. 1903.

〔初出「和解の基礎に関する錯誤」私法三七号（昭和五〇年八月、一九七五年）〕