

五 損害賠償と示談の拘束力

はじめに

今日のわが国においては、医療過誤や自動車事故による損害賠償請求事件が示談によって解決されるケースはきわめて多数にのぼる。⁽¹⁾この場合の示談は、いうまでもなく、事故の法的処理として、国家機関のような第三者による客観的な判断に基づかず、賠償責任の有無および賠償額につき、加害者と被害者の間で私的に解決する、すなわち「一件を落着」せしめる合意にほかならない。かような示談がなぜ損害賠償をめぐる紛争につき、盛行されるかは、すでにいくつかの理由が論者によって指摘されている。⁽²⁾それらを大別すると、まず示談契約に内在する紛争解決方法としての合理性に基づくものと、それとは全然別の理由に基づくものがある。示談契約の合理性としては、第一に、煩雑な手続を回避して、簡便かつ迅速に解決されること、第二に、労力と費用が訴訟に比し通常ほとんどかからないこと、第三に、判決よりも示談による方が完全履行の蓋然性が高いことが少なくともあげられるであろう。⁽³⁾損害賠償請求事件においては、加害者の過失の有無と程度、事件と因果関係ある損害の確定、被害者側の過失相殺など立証の困難性を含む事情が多く、このことが和解（示談）のもつ合理性ないし特質と結びついて示談を盛行させているのであ

る。次いで右の示談の合理性とは全然別の理由には次の点が指摘されている。第一は、加害者の刑事処分をめぐって、その量刑を軽減してもらうために示談がなされることである。このことは早期にかつ多額の賠償金によって、加害者が被害者と示談をし、示談書を提出すれば、事実上、加害者に改悛の情ありとされて量刑上それを軽減する方向に働くことを意味する。つまり、示談成立の有無およびその内容如何は、量刑上の情状として酌量されうる要素となっているのである。⁽⁴⁾ 第二は、保険金請求手続上、示談書の作成が必要とされることである。自動車事故による保険についていえば、強制保険において、加害者請求の場合には、示談書が支払の裏づけの追加書類として提出を要求される。また任意保険の場合には、それは保険金請求の必要書類とされている。このことから実務上は、示談の成立が保険金請求手続上、不可欠の要件と考えられている。⁽⁵⁾ 以上の二つの理由が相互に関連し合って損害賠償法上の法的処理として示談が広汎に成立するのを促進せしめているのである。

本稿においては、かくて成立した示談につき、その重要な二側面、すなわち、示談成立時には予見することのできなかった後発損害が生じ、示談額と現実が発生した損害との間に著しい不均衡が認められる場合に、示談の拘束力かどうかまで維持されるかという問題と、共同不法行為者の一方とだけ示談した場合に、他方に対していかなる場合にいかなる程度において示談の拘束力が及ぶかの問題とを重点的に論ずることにしたい。

予見不能な後遺症と示談の関係については、いくつかの論稿や判例研究が公にされており、問題状況もかなり明らかにされつつあるが、いまだ示談と錯誤・信義則・契約の解釈・事情変更の原則などの他の法制度との内的関連性は論じ尽されているとはいえないので、この点に焦点を合わせることにする。共同不法行為と示談の拘束力の関係については、現在の理論状況をフォローし、若干の私見を附加するにとどめたい。

一 示談と和解

(一) 示談と互譲

(1) 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(民六九五)。したがって民法上の和解が成立するためには、その基礎として争い(または不明確)の存在が、その内容として、互譲および争われている法律関係を終結せしめる合意が不可欠の要素とされている。それゆえ、判例は「和解ハ当事者ノ互譲ヲ手段トシテ、争ヲ止ムルコトヲ目的トスル契約ナルヲ以テ、当事者間ノ法律関係ニ付キ、争ノ存スルナクンバ、縦令、当事者間ノ法律関係ヲ確定スル為メニ為シタル契約ナリトスルモ和解契約ニアラザルヲ以テ……法律上和解ノ効力ヲ生ゼザルヤ論ヲ竣タズ」(大判大正五年七月五日民録二三輯一三二五頁)としてゐる。⁽⁶⁾ 他方、示談は、裁判によらずして、当事者間に存する紛争を完結せしめる合意であり、損害賠償をめぐる争いにおいては、通常、当事者間の損害賠償責任の有無、賠償金額およびその支払方法等に関し、話し合いで解決して事件を終結せしめるものを指している。そして示談には、当事者双方の譲歩によってなされる場合が多いが、一方当事者のみがその主張の全部を放棄しまたは滅殺して成立する場合もあるといわれる。⁽⁷⁾ したがって和解には「互譲」が不可欠であるとの判例の立場からは、一方的譲歩のみによって成立した示談は「互譲」の要件を欠き、和解に類似するがそれとは異なるものということになる。だから古くから、判例は「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ガ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滅殺シテ裁判ニ依ラスシテ事ヲ完結スルガ如キモ亦示談」に含まれると判示し(大判明治四一年一月二〇日民録一四輯九頁)、一方

的讓歩によつて成立した示談には和解の効力、すなわち不可抗力を付与しなかつたのである。

(2) 学説もこれをうけて、示談は和解類似の一種の無名契約と解し、和解と示談とを区別しつつ、しかし、効果の点では、和解に近似しているとして示談に対して和解の規定を類推適用している。⁸⁾しかし他の学説は、和解の本質を「法關係確定の合意」に求め、できるだけ、争いの存在と互讓の要件とを輕くみる考えから、示談と和解を区別する見解を批判している。すなわち示談を「和解類似の無名契約であるなどとして、それと同一の法効果を付与せざるをえないであろうから、それは一方で否認し、他方で肯認する以外のなものでもない」と論ずる。⁹⁾示談にしろ、和解にしろ不確定な法關係を確定する合意としてのその機能に差異がない限り兩者を区別すべき必要も実益もないとされるのである。

たしかに示談と和解を互讓要件を介して区別する学説が法効果の点で兩者を同一に扱うならば、積極的な論拠を定立しない限り説得力に乏しいといわなければならない。しかし、和解の本質は「法關係確定の合意」に在りと思える立場についても、一体いかなる場合に確定合意ありと解すべきかを問えば、やはり、争いがあり、互讓がある場合に認められるのではなからうか。¹⁰⁾確定合意が明示されていれば、争いと互讓の存在が推認され、争いと互讓があれば、確定合意の存在を推測せしめるというように兩者は、結局、同一物の二側面にすぎないのではなからうか。だから、前記大判大正五年が、甲第一号証が負債の弁済方法を協定した契約書であり、その後これにつき、乙第一号証として「XトYトノ賃借關係は本日和解ヲ遂ゲ、一切決了致候ニ付、他日双方ヨリ何等ノ苦情又ハ請求致ス間敷為其念書如件」との記載ある書面が作成されて、この乙第一号証が和解（の協定書）か否か争われた場合に、甲第一号証に關する争いと互讓の形跡が認められなければ、和解とはいえないと判示したのは、まさにかかる事情を洞察したからに

ほかならないと考えたい。

(二) 賠償金和解

ところで示談契約は、加害者・被害者間において、一方の賠償責任の存在および賠償金額または慰謝料額について争いまたは不明確が存する時点において、加害者が損害賠償として一定額の給付を約束するとともに、それを受領した限りにおいては、被害者はたとえそれ以上の損害が存在しても、あるいは、その後に発生したとしても、その増大損害については、もはや請求しないと約束するものであり、通常は、典型的意味における譲歩、すなわち当初の主張額を相互に減額するという形での譲歩がなされている。まさに民法上の和解と同一のものである。¹¹⁾そして判例上現われた示談は、私のみるところでは、ほとんどはつきりと互譲がなされており、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。ただ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、その点を捉えていえば、示談はまさに賠償金和解 (Abfindungsvergleich) として特色¹²⁾づけるべきであると思う。

二 示談の成立

(一) 示談意思の欠如

示談は、すでに述べたように、加害者・被害者間で割合容易に締結されるのがわが国の実状である。そしてしばしば、加害者側の刑事処分の軽減をはかる意図や巧智にたけた代理人(例えば、示談屋のほか、タクシー会社の事故係、保険

会社の代理人など）を介在させて自賠法上の保険金額を超える賠償を免がれる意図で、まだ損害結果が明らかでなく、事故直後で被害者の精神状態が動揺しているときに、きわめて少額の示談額で被害者を満足せしめるがごとき示談が締結されるのである。示談書作成の際には、ほとんど「以後本件に関しては一切の請求権を放棄する」旨のいわゆる請求権放棄約款が挿入されるが、被害者側ではこの約款の趣旨すらよく理解せずに示談するのである。ここに示談の濫用のもたらす社会問題がある。このような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（特に被害者）の精神状態および示談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。⁽¹³⁾ 例えば、東京地判昭和四〇年二月八日（判時三九七号二五頁）は、原告Xの息子（正運転手）が、長距離輸送に従事中、訴外A（副運転手）の運転中の仮眠のため発生した事故により死亡した場合に、示談書の宛名が武生警察署長であったこと、作成経過は、Xの息子やAの使用人たる被告Yが原告宛てに文案を作成してその署名押印を求めたものであったこと、原・被告間に本件事故による損害賠償に関し全然話題にならずに示談書が作成されたことなどを認定し「本件示談書作成の目的は警察に提出して訴外Aの刑事責任を軽くするため、……原告においても右損害賠償請求権を拋棄する趣旨で作成したものではないと認めるのが相当」と判示した。⁽¹⁴⁾ 前橋地判昭和三四年一月一日（下民集一〇巻一〇頁）⁽¹⁵⁾も「事態の解決とY₂（加害者）の減刑の懇請に急な余り、示談の条件は全然話題に上がらず……Xも、その不慮の死を見ていくばくの日も経っていないときでもあって、物ごとを落ち着いて考える心の余裕のない折……深く思慮することもなくなつ印したこと、従って、……刑事訴追に対抗することを主眼とするもの」として示談不成立と判示している。大阪地判昭和四〇年三月五日（判時四〇四号四三頁）も、本件の示談は「たかだか保険金受領を確認すること以上の効力を有するものではなく……」と判示し、和解成立の抗弁を排斥している。⁽¹⁶⁾

(二) 示談不成立の根拠

これらの判例に判示上共通している点は、当事者間に、賠償責任の存在、賠償金額など、一言にしていえば、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、加害者側より支払われた金額が被害者側に生じた実損額に比し不均衡なほど少額であることの二点である。いうまでもなく、示談は、事故によって発生した・争われている損害賠償関係を一掃し、新しい確定的な法律関係を創設して、もって紛争を完結させる合意なのであるからして、右の二点が存する場合には、たとえ示談書中請求権放棄条項が明示的に表示されていても、その成立ないし効力を認めるいわれはない。判例は、刑事責任の情状酌量の資料とするために（東京地判・前橋地判）とか単に保険請求の手續上の必要のため（大阪地判）とかの事情を強調しているが、むしろ前記二点、特に「紛争関係に関する交渉経過の欠如」に示談不成立の主たる根拠を見出すべきであると考ええる。示談書が量刑の資料や保険金請求手續上の書類として用いられたといっても、それだけでは、示談不成立を当然には帰結しない。⁽¹⁷⁾むしろ右の事情は、当事者間に賠償責任の有無や賠償額などについての実質的な話し合いがなかったことを推測せしめる重要な事実の一つと考えらるべきであろう。判例はすでにみたように、右の実質的な話し合いがなかったことのほか、種々の事実認定を行ない、誤解なきことを期しており、結論の妥当性ともども高く評価してよいと思われる。⁽¹⁸⁾

三 示談の対内的効力⁽¹⁹⁾

(一) 示談と公序良俗違反および詐欺

- (1) 示談が、第二節において述べた事情がなく、一旦成立した場合に民法九〇条の公序良俗違反により無効とされ

ることがありうるだろうか。この問題について判例から適切な事例を発見することができない。しかし和解締結前の相互の法的可能性と和解によって創出された法状態との間に異常な不均衡が存するときには和解は公序良俗違反となりうるであろう。しかし右の客観的不均衡のみでは良俗違反とはならない。公序良俗違反となりうるには、一方当事者の側に非難に値する主観的な態様、すなわち相手方の窮迫・軽率・無知に乗じたとの事情が存在しなければならぬ。ドイツのBGHの判例⁽²⁰⁾はこの意味において啓発的である。それによれば、「和解は七十九条（和解の基礎に関する錯誤に因る無効）の要件の下によるのみならず、一三八条（公序良俗違反に因る無効）に従っても無効となりうることは、いうまでもない（Palandt, BGB 7. Aufl. § 779 Anm. 8d; RGZ 83, 113; 156, 265 [267]）。暴利行為に因る無効においては、暴利行為によって搾取された者に与えられた財産分が、加害者に義務づけられていた給付に対しあまりに不均衡であるという事情が本質的メルクマールを形成する。双方の給付におけるこの種の不均衡は一三八条一項による法律行為の無効をも基礎づける。もちろん、この場合、客観的な不均衡だけでは充分でない。それには、法外な利益を要求する当事者の側で、法律行為がその内容、動機、目的からみて、すべての健全な思考者の誠実観念に反するがごとき意向（Gesinnung）が存在していなければならない。相手方当事者が窮迫の中で彼に強いられたい条件に応じさせられたという事情を知りながら、一方当事者が故意にまたは重過失で黙秘した場合に、法律行為は無効となりうる」。すなわち、例えば、保険会社が無知な被害者との示談において、給付と実損害との間に著しい不均衡が存在することを知りつつ、自己に与えられた有利な状況を、示談書に署名させるため意識的に利用した、との事情が存するならば、示談は公序良俗違反により無効となるであろう⁽²¹⁾。

わが国の示談の実態においては、保険会社の社員やタクシー会社の事故係あるいは示談屋などが介在し、被害者の

窮状や無知につけこんで実損額に比し不均衡なほど、少額の示談額で決済することがしばしばみられるのである。この場合、たとえば、当事者間で、責任の有無、賠償額の確定について、かなりつつこんだ交渉過程があり、真意にそわないもので示談不成立だといえないときでも、加害者側に前述した非難に値する主観的態様が存するならば、ためらうことなく、公序良俗違反による示談の無効を帰結してよいと思われる。

(2) この公序良俗違反による無効と詐欺による取消とは微妙な限界線上の問題をはらんでいる。しかしこの両者の区別としては、実損額と示談額との間に著しい不均衡が存することを知りつつ、自己の利益のために、それを黙秘した場合が公序良俗による無効を妥当とし、これに対し、高度の専門的知識を有する者（例えば、弁護士、保険会社の係員）が相手方の求めに応じて、積極的に虚偽の報知ないし教示をした場合は詐欺による取消を導くというように考えたらよいと思われる。⁽²³⁾ もちろん、法律状態についての誤った報知・教示は、具体的ケースにおける誤った法的見解が問題になるのではなく、一般的な法律状態について、例えば、自動車の保有者は故意または重過失の場合にしか責任を負わないとか、法律は遺族への賠償を認めていないとか等、求めに応じて積極的に誤った事柄を被害者に伝達した場合にのみ詐欺となるものと考えるべきである。かつてしばしば存在した「当り屋」などと示談した場合には、この詐欺による取消が典型的に認められるように思われる。さらに注意すべきは、公序良俗違反の場合には、法外なまたは著しい不均衡の要件が加わり、詐欺の場合には、この要件は緩和されることである。そうでなければ、公序良俗違反の方が主観的態様としては非難軽度なのに無効となるという効果の点でのアンバランスを是正することができなくなるからである。

(二) 示談と錯誤

〔1〕 和解の基礎ないし前提（ドイツ民法七七九条）

〔1〕 わが国の通説・判例によれば、和解と錯誤の關係について、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はならず、なんら法的顧慮は受けえないが、争いの対象となつた事項ではなく、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、法律行為の要素の錯誤として民法九五条により無効となると論じられている。⁽²⁴⁾しかしこの和解の基礎ないし前提たる事情は、互譲の内容ではなく、和解の内容には属さないものであるから、これについての錯誤は、広い意味では動機の錯誤にすぎない。だから動機錯誤無顧慮の原則に立つ通説・判例からはこの動機錯誤がなぜ要素の錯誤になるのかの積極的な論拠を提示しなければならないはずである。にもかかわらず現在に至るまでその試みは全くなされてはいない。しかしドイツ民法は、この和解基礎錯誤を一般錯誤と區別して、その七七九条一項において嚴格な要件の下に顧慮することを明定している。それによれば、「法律關係に関する当事者間の争いまたは不明確性を相互の譲歩の方法によりて除去する契約（和解）は其契約の内容上確定せるものとして基礎とせる事情が事実符合せずかつ事情を知りたりとせば争いまたは不明確性を生ぜざるべかりし場合においては無効とす」とあり、①契約の内容上基礎に置かれた事情であること、②確定したるものとして基礎に置かれた事情であること、③真の事態を知つたならば、争い（不明確）自体が生じなかつたであろう事情たること、という三つの限界モメントを設定した「和解の基礎」を明らかにしている。現在ドイツにおける通説によれば、この規定は、契約の基礎に関する共通動機錯誤の明文化とされ、行為基礎論の立法的承認の最たるものと考えられている。⁽²⁵⁾そして契約の当事者双方が一定の

相場価格を計算の基礎として価格決定を行なったのに、その相場価格が実際のそれと異なっていたという、いわゆる「計算の基礎に関する錯誤」および戴冠式の行列を観覧するために窓側の部屋が賃貸借されたが、契約締結後予定されていた戴冠式が延期されたというバレード事件、すなわち「共通の誤れる期待」の諸事例に等置されて論じられているのである。⁽²⁶⁾しかし判例は、七七九条の「事情」の下に過去ないし現在の事情のみを理解し、将来の事情をこれには含めない。将来の事情に関する誤った観念(期待)あるいは全く予見しえない後発的な事情変更の一定の場合には、他の法律制度ことに行爲基礎論または信義則を援用して法的保護を与えはするが、七七九条の適用による和解の無効には、きわめて慎重な態度を堅持してきている。⁽²⁷⁾

(2) さてドイツの判例上、この七七九条の和解の基礎たる事情が、賠償金和解(示談)においてどのようなものと理解されているのが問題になる。ドイツ判例上、この点につき七七九条を直接適用して賠償金和解を無効とした例は、私の調べたところでは見当らなかった。だが次の事件は⁽²⁸⁾参考に値しよう。R商会の従業員が駐留軍の軍用車との交通事故によって被害を受けた。保険会社たる被告は、R商會に総額一万二八九〇・五〇DMを支弁した。被告はこれを国に請求したところ、ATV(損害査定局)は、法律上有効な決定(Beschheid)により給付さるべき賠償金を一万二六九〇・五二DMと確定し、これを被告に給付した。のちになって原告国は、「本来被害者に対してはStVG(道路交通法)上、一万DMのみを賠償すればよいのであり、それを超えて賠償しなければならないのは、被害者が他の方法によって賠償請求をすることができない場合にのみ (§ 839 Abs. 1 S. 2 BGB) である (§§ 7 Abs. 1; 12 Abs. 1 Nr. 3 StVG)。」ところが被害者は被告保険会社より賠償を受けうるのだから、VVG(保険契約法)六七条による被保険者への被告の給付によりては、原告国に対する裁判上の賠償請求権は一万DMの限度においてのみ被告に譲渡されているにすぎない。

い。両当事者ともにこれを看過していた」と主張して一万DMを超える賠償金の返還を被告に請求した。争われたのは、前記 AfV の決定 (Bescheid) が錯誤により無効となるか否かであったが、OLG は、この Bescheid には和解の性質が与えられるけれども、BGB 七七九条の要件を満たさないから無効にはならないと判示した。その理由づけとして、次のように述べる。「本件においては、確定したるものとして基礎に置かれた事情は、駐留軍隊員の責に帰すべき被害者への加害と被告による被保険者への給付である。だがこれは事実一致していた。錯誤は単にこの事情から生ずる法律効果に関するにすぎない。純粹な法律問題に関する錯誤は、BGB 七七九条の意味における、基礎とせられた事情に関する錯誤と等置されるべきではない (Vgl. RGZ 157, 270)。しかし基礎とされた事情は純粹な事実にかかわる必要はない。法律錯誤を基礎錯誤に等置することは、特に当事者が事実上全く存在しない法律関係、例えば保険関係の存在を前提とした⁽²⁹⁾場合には是認されうる。しかしながらイギリス軍の軍用車の運転手が責ある態様において被告の保険の加入者に加害したこと、原告は StVG から生ずる責任とならんで、BGB 八三九条に基づく完全かつ無制限の賠償義務を負担することという法律関係は存在し発生していた。なるほど個々の法律効果は看過されはしたが、当事者はまさに正しく基礎とせられた事情から生じた法律関係から出発していたのであり、(右の錯誤は) 七七九条の意味における和解の効力にはかわりがないのである」と。さらに本判決は、言葉をついで、双方的錯誤、行為基礎の欠如の観点についても論ずる。すなわち、「当事者は被告の完全な債権者たる地位について双方的錯誤におちいつている。この錯誤は、原告が一万DMよりも多額の弁済義務を負担する旨の合意をBGB 二四二条に基づいて無効にするかどうかを検討しなければならない。しかしこれもまた、本件では存在しない。双方的錯誤、したがって行為基礎の欠如のゆえに、契約への固執を原告にはもはや期待されえないとの要件が存在していないからである」。

(3) この判決から、次の諸点が明らかになる。第一に、本件における和解の基礎は「加害者の責に帰すべき被害者への加害と被告による損害に対する保険給付」であり、これは、原告国の損害賠償額の確定という和解の内容上確定したるものとして基礎とされた事情であって、もしこれが事実一致せずしかも当事者がそのことを知っていたならば、まぎれもなく当事者間の賠償額をめぐる争い自体が生じなかった場合にほかならない。本件では、これは事実一致しており、したがって和解基礎錯誤は認められなかった。第二に、法律錯誤も七七九条の要件を満たせば和解基礎錯誤となりうる。すなわち、事実上全く存在しない法律関係を前提とした場合、例えば、保険者と保険契約者とが、その間に有効な保険契約の存在することを前提として、保険金額について和解したのに、のちに右の保険契約の無効が判明したような場合には七七九条により和解を無効としうる。第三に、本件における錯誤は、和解の前提ないし基礎たる事情から生ずる法律効果、つまり被告の完全な債権者たる地位（被告は本来法律上は一万DMを超える額を原告には請求しえなかった）に関する双方的錯誤であったが、これは行為基礎の欠如に等置されている。第四に、双方的錯誤すなわち行為基礎の欠如は、それがあつたために「契約への固執が当事者にはもはや期待されえない」との要件が加わるならば、和解（または契約）を無効としうるけれども、これは、和解基礎錯誤とは全然別物で、BGB二四二条に基づくものである。以上の諸点から明らかなように、学説とは異なつて、和解基礎錯誤は共通錯誤ないし行為基礎欠如の構成要件とは全く別であり、前者は七七九条、後者は二四二条の問題領域に属するものであると理解されているのである。

(4) 和解の基礎に関する錯誤は、示談においてのみならず、その他一般の和解においても減多に生ずるものではない。示談の締結に際して当事者が前提していた被害者の傷害が予期に反して悪化の傾向を示した場合においても、七

七九条による示談の無効は生じない。何故ならば、被害者の健康状態や労働能力などは示談においては争いの対象、すなわち和解の対象なのであり（BGZ 131, 280）、それゆえに傷害の悪化程度について正しい認識を得ていたとしても、和解によって終結せしめられた争いそれ自体が生じなかったであろうとはいえず、第三の限界要件を満たすものではないからである。³⁰⁾

和解の基礎の錯誤は、民法九五条の要素の錯誤のゆえに無効になるのではなく、争いの確定を本質的内容とする和解が、その基礎として奉仕する事情の事実との不一致のゆえにその基礎を喪失して崩壊するから無効となると考えたい。それゆえに民法九五条但書の錯誤者の重大な過失は問題にならない。³¹⁾

[2] わが国の判例における示談と錯誤

(1) 示談の基礎に関する錯誤 示談（和解）の基礎の錯誤は、すでに述べたように減少に生ずるものではないが、わが国の判例においては若干存在する。

① 水戸地判昭和三十九年二月二八日（下民集一五卷二号四二〇頁）³²⁾

〔事実〕 国道二六号線を単車で通行していた被告Yの息子A（当時未成年者）は、被害者Rが横断中に事故による致命傷を負った現場で転倒して失神してしまった。警察はAを加害者ときめつけ、Aも疑いをもちつつ、自己の責任を認めたため、略式命令で五万円の罰金刑に処せられ、この刑事事件は確定した。他方右のような状況で、Rの父X（原告）とYとの間に、Aの賠償責任の有無については争わず、主として額について何度かの折衝の末、慰謝料五〇万円を支払う旨の示談が成立した。ところが、後日差出人堀某の、轢いたのは自分であり、Aではないという内容の投書があって、Aは、加害者ではないとの当初からの考えを強めて、支払を拒むに至った。Xから示談金請求の本訴を提起したのにYは要素の錯誤を主張した。

〔判旨〕 「Aの単車と被害者Rとの衝突ないし接触についての証明が十分でない以上、X側は……賠償責任をAないしYに問い得なくなるわけだが、Yは、それにも拘わらず、かような賠償責任があるものと誤信した結果、本件示談契約を結んだ……この責任の点は本件契約のもっとも重要な縁由ないし働機を構成し、かつ、当事者双方が、この責任のあることを当然の前提として、即ち表示された働機としてこの契約を結んだ……右の錯誤は……要素の錯誤にあたり、示談は無効となる」「Yには民法九五条但書という重大な過失があったものとみなすことはできない」。

この事案において和解の基礎ないし前提とされた事情は、AのRに対する責ある加害、すなわち、AのRに対する賠償責任の存在である。判決によれば、この事情は事実一致しておらず、AはRに対してなんらの加害をしていないとされている。もしこの事情を当事者が知っていれば、Aの賠償額の確定をめぐる争いは、それ自体発生することはいえなない。まさに典型的な和解の基礎に関する錯誤の事例である。したがって示談の存在基礎の喪失に因る無効の場合であり、要素の錯誤の類型には属さないものと考えたい。判旨は、表示された働機に錯誤があつて、要素の錯誤となるとの見解から錯誤者の過失の有無にまで触れているが、私見によれば、無用の論旨にすぎない。両当事者の共通錯誤の場合であり、過失は問題にならない。

② 勝山簡判昭和四四年六月二六日（判時五七六号八〇頁）

〔事実〕 原告X車が被告Y車に追従進行中、Y車が道路上の警察の廻転灯に接触して急停車したので、X車もつづいて停車したところ、X車にさらに追従していた訴外AがX車に追突し、そのためX車がY車の後部に追突した。Yは警察官から「君が悪いのだからXとよく話し合え」といわれたので、自己に過失があるものと誤信して修理代四万円の示談をしたものであるとして、錯誤による示談の無効を主張した。

〔判旨〕 「Yは自分に過失があったものと誤信してXと示談契約をした……万一右のような過失がなかったとすれば、示談契約

をしなかったであらうことが推認でき、右示談契約は過失の有無が重要な内容であり、右損害を支払う旨の契約はYの錯誤に基づく無効の契約であると認められる」。

本件も①と同様にYの過失の存在が前提とされ、これが誤りであったから示談が無効とされたと思われる。判旨は、右の過失の有無が示談の重要な内容であったとするが、もしそれが事実だとすれば、Yの過失の有無について争われたことになり、示談の本質上、錯誤無効は排斥されなければならないはずである。むしろ、事実は、Yの過失の存在については何も争わず（警察官が過失ありと指示している）、それを当然の前提として修理代について示談をしたとみるべきだろう。したがって判旨の理由づけは、問題だが、結論においては妥当である。

(2) 示談意思の及ぶ範囲と錯誤 示談締結当時、当事者が予測しえなかった後遺症が発生し、それがゆえに示談額と実損額との間に不均衡を惹起した場合に、示談の前提に関する錯誤として被害者を救済する判例がある。

③ 東京地判昭和四〇年一月二七日（下民集一六卷一号一一頁）

〔事実〕 Aタクシー会社の運転手X（原告）は、Y（被告）タクシー会社の運転手Rに追突され、頭部と頸部に打撲傷を受けた。Xは、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、事故後一カ月はどたつてから、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はそれ以外の賠償請求をしない旨の示談を、両タクシー会社の事故係が本人を代理して締結した。ところが、Xの病状は予想外に重くて、頸部にむくみや大腿部にしびれを覚えるほどになり、結局運転手としては稼働できなくなった。そこでXは増大損害を請求して本訴に及んだ。

〔判旨〕 「示談契約は、代理人相互間において、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ものであるのに、事実はこれに反し、Xの傷害が著しく重大なものであるから、Xの代理人の意思表示には、その重要な部分に錯誤があったものといえることができる」。

判旨から明らかのように、本件は、争いなき前提事実に錯誤があったから、要素の錯誤で無効とされている。判例は、本件の場合と(1)の和解基礎(前提) 錯誤とを区別する見解に立ってはいないから、両者を混同するのも無理はないけれども、右の両者には実は決定的な相違がある。(1)の①②の判例の場合には、当事者が真の事態を知ったならば、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、本件では、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することはできない。①②の場合は、示談合意は、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、本件では、「前提事実」を争いもなく確実であると考えたればこそ、まさにそれに相応した損害賠償額が定められているのである。意味・目的を失うどころか、その限りにおいて合理的に解決されているとみるべきなのである。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、この合意はまさにそのとおりの効力を維持されるべきなのである。予想に反し、数年も治療を要する重傷についての損害賠償請求は、右の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のである。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・変動するであろう、Xの傷害結果にかかわるすべての請求権のみ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の賠償請求権をも放棄したとみるべきではない。本件は、示談締結当時に前提された事実のみ当事者の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はかられることが合理的なのである。transacciones sunt stricte interpretandae (和解は厳格に解釈されねばならない)の原則を想起すべきである。この場合、

信義則に即した意思解釈がなされなければならないが、この点については増大損害の範囲の確定につき、次節において詳論する。⁽³³⁾

(3) 争点事項に関する錯誤 争いの目的そのものに関する錯誤の判例として次のものがある。

④ 津地判昭和二八年八月五日(下民集四卷八号二〇八七頁)

〔事実〕 原告は被告との交通事故により、腰椎骨折兼右下腿骨複雑骨折の傷害を受けたので、種々接衝の結果、双方の間には八〇日間の入院加療の必要という医師の診断を基礎に原告の入院加療期間を一〇〇日と見積り、入院料その他の費用代として合計六万七千八百円を被告が支払う旨の示談が成立した。ところがその後、骨髄炎を起したため右診断よりさらに一年九カ月の治療期間を要することが判明した。原告は、示談の基礎たる医師の診断が誤っていたのだから示談は錯誤により無効と主張した。

〔判旨〕 「原告の本件負傷による入院加療期間の幾何かは本件契約の争の目的たる損害額の算定に密接不可分な関係を有するものであったこと前段認定の如くであり右入院加療期間の如何は本件示談契約によって解決することを約したる争の目的たる事項であつたとみるべきである」から民法六九六条によって錯誤は示談の効力に影響を及ぼさない。

争いの目的たる事項の錯誤は示談の効力を無効にしないとの結論はいうまでもなく正当である。そして本件において、入院加療期間は、賠償額の算定をめぐり、争いの目的となつていたということも疑いのないところである。通常、示談契約における傷害の程度、その回復期間などは争いの目的となるのであつて、争いなき事項⁽³⁴⁾前提事実にすぎないとみるべきではない。したがって錯誤の問題とみる限りでは本判決は非難さるべきではない。ただ、医師の確定的診断を双方とも信頼して、それに相応する法的規整として示談額を定めたとみることができ、この示談額とその後の後遺症との間に著しい不均衡があると判断されるならば、(2)の問題として示談の効力を右の医師の診断結果にのみ限定するべきであつたといえないこともない。本判決ではこの観点からする検討が不十分なために結論的に疑問を感

じさせることになつてゐる。⁽³⁵⁾

(4) 前提(条件)合意と錯誤 当事者が一定の事情の発生または不発生を特に示談の前提(条件)としたが、それが事実と一致しないために示談それ自体の効力が奪われて無効となる場合が考えられる。医師の鑑定または診断などは、ときにはこの前提合意の対象になりうるであらう。しかし、(2)において述べたように、医師の診断後、当事者はもちろん専門医でさえも予見することのできなかった後遺症が発生した場合には、その「前提」とした医師の診断結果に相応する規整を示談によつて定立したのであるから、「前提」事情が事実と反していたことを理由に示談は無効にはならないと考えるべきである。したがつて、後遺症事件はここでの前提合意の問題ではなく、和解意思の限定的解釈の方法で適合的な解決がはかられるのである。

⑤ 大阪高判昭和三十九年一月二五日(判時四〇〇号一六頁)

この判例は、後遺症問題に関連して「将来の一切の請求権を放棄する趣旨の」約定は損害の状況が、その当時明らかであり、且つそれが当時の見透しの通りに推移することが暗黙の前提とされたものであるから、もしその損害につき……(予想外の)著しい事態の変化が事後に生じた場合には、右の契約とくに権利放棄の約定には、かような事由を原因として解消せしめられる趣旨の条件、即ち解除条件が附せられているものと解するを以て」と判示したのは事態を正しく把握しているとはいえない。権利放棄約定は、後遺症という事態の変化によつて効力を失ふ必要はなく、「当時の見透しの通りに推移する」という「暗黙の前提」にのみかわるのであり、その限りでは有効に存続してかまわないのである。予想外の著しい事態の変化には右の約定は関係していないのであるから解除条件は問題にされるべきではない。

これに反し、当事者が重傷であるとして多額の示談額を定めたところ、実は予期に反して軽傷であったという場合はどうであろうか。示談につき適切な判例を見出せないが次の判決は参考になろうか。

⑥ 最判昭和三十七年五月二四日（民集一六卷五号一一五七頁）

〔事実〕 自動車事故により損害を受けた被害者は、将来の営業活動が不能になるとの予測の下に五〇万円の損害賠償額を認容され、この判決は確定した。ところが、その後予期に反して被害者の傷害は快癒し、電話をひいて堂々と営業しているのに、加害者は、この賠償金を苦にして自殺した。被害者は加害者の相続人（父母）に対して強制執行したのに対し、加害者側より請求異議の訴を提起した。一、二審は、確定判決が下された後はあらためて損害額を争うことは許されないとして、異議を認めなかった。上告審はこれを破棄差戻した。

〔判旨〕 「前記判決において認められた損害賠償請求額は将来の営業活動が不能の前提の下に肯定されたものであるから（もしそれが事実と反していることが明らかになれば）それが如何に確定判決に基く権利の行使であっても、誠実信義の原則に背反し、権利濫用の嫌なしとしない」。

示談契約において同一の問題が生じた場合には、後遺症事件とは異なり、前提（条件）合意により示談は無効になると考えるべきである。しかし一方当事者が自己の意思表示の前提としたというのではなく、傷害の結果を当事者が適切に判断する能力を持ち合せていなくて、医者やその他の専門家の鑑定を双方とも異議を留めずに承認し、それに基づいて具体的に賠償額を定めた場合でなければ、前提とした事情が正しくなければ示談の効力を解消するという附款としての前提（条件）合意は認められない。このような意味での前提合意の認定は慎重でなければならない。例えば⑥のような事案においても、五〇万円の賠償額が現実の傷害結果に対して合理的なものであるならば、「将来の営業活動の不能」という「前提」は、いわば現実の傷害結果の別の表現にすぎず、附款としての前提合意とは認められ

ないであろう。その場合には、たとえ営業活動が可能であっても示談契約は有効である。

(三) 示談と信義則的意思解釈

(1) 誤って確定的なものとみなした身体傷害に関する示談において予期せざるほど重大な傷害の後発的悪化があり、被害者に生じた実損害額と示談額との間に著しい不均衡が認められる場合に、たとえ示談中、全請求権を放棄する旨の条項が入れられていたからといって、被害者を少額の示談に束縛することはいかにも一般的な法感情に反する。かような事態に直面した裁判所は、既述のとおり、示談の前提に関する錯誤、すなわち要素の錯誤として無効にした場合、解除条件附として処理した場合がみられるが、他に、別損論といわれる、意思表示の信義則的または合理的限定解釈の方法によって被害者の追加的賠償請求を認容する場合もある。つまり、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当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にはかならない。この構成は理論的にも実際のにも他の構成に比較しすぐれたものであることは、示談と錯誤の關係に関連してすでに述べたところであるから、ここでは、ドイツの判例を参考にして、いかなる増大損害がこの追加的賠償請求権の対象となるか、換言すれば、傷害による将来の全請求権の放棄範囲をいかに限界づけるべきかについて検討したいと思う。

(2) ドイツにおいては、当初、示談がなされたにもかかわらず、新たな請求権を提起することができるのは、補充的な契約解釈を認めるに足る特別な事情を必要とすると説いていたが(RGZ 106, 402)、この特別な事情を認定しうる要件を定めて、その後の指導的判例となったのは、一九三一年のRGZ 131, 278である。この判決は、まず後遺症問

題は、それ以前にインフレをきっかけにしてRGが発展せしめた一般的な事情変更、例えば、立法、判例および経済生活基盤の根本的な変更の問題とは別個のものであることを明言しつつ次のような要件を定立した。(一)和解締結の出发点として、おおよその損害範囲について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、(二)後発損害は、客観的には、全く表象の外側にあり、主観的には、当時の事情に従えば予見不能でなければならぬ。(三)その後発損害は、誠実な取引原則に従う限り、両当事者とも和解を締結しなかったであろう、ないし被告はその締結を被害者に要求しなかったであろうほどに重大なものでなければならぬ。以上の要件が満たされるときには和解の限定的解釈により追加請求を認めてよいとし、ただ、当事者がその表象した損害結果の範囲を超えて特にあらかじめの配慮(Vorsorge)をなしたとみなされるなら、予期されざる結果についても示談されたものとみなすべきだと説いた。そして「しかしこの特別な配慮は、すべての和解に用いられる書式用紙の一般的文言に基づき、かつ個々のケースの特殊性を考慮することなく、不可避的に結果するというものではない。いかなる契約意思が存在したかは、誠実な取引の顧慮の下に、現実の事態に即して判断される。ここではそれ自体義務ある給付をその性質に従って決定すべきことが問題となっているのであるから、判決の法律的基础は、二四二条(債務者は誠実にかつ取引上の慣習に従い給付をなすべき義務を負う)ではなく、一五七条(契約は取引上の慣習を考慮し信義誠実の要求に従いこれを解釈すべきである)である。当事者双方の表象に従えば単に限定的な事実領域のみを包含するにすぎない放棄から、ただちにこの領域を超えて無限定の放棄効果を導びきだすことは許されない」と判示したのであった。この判決は追加請求を自ら認容したのではなく、二四二条に従って認容した原判決を非難して破棄差戻したものであった。その後OLG, Düsseldorf, JW 36, 1794は現在および将来の一切の請求権を決済するものとみなされる和解は、

当事者の法律関係を最終的に結着づけるべきであり、かつそうしたものであるということから出発すべきである、例外は狭い範囲内で、全く特殊な事情の下でのみ許されるとき、また RG JW 38, 1167 も「和解においてすべての追加的請求権を明示的に放棄している場合には、すべての追加請求は原則として排除される。客観的に予測することのできる損害の賠償のみを放棄すべきであるとの証明に対しては、特に厳格な要求をなすべきである」として、事故による後発損害の賠償請求を拒否していた。しかし RGZ 131, 278 の定式は決して無視されたのではない。RGZ 159, 264 はこの定式を再確認している。原告は被告病院において脱腸の手術を受けた。医師はレントゲン設備を用いて原告の胃と腸管の透視を行なおうとしたが、操作のミスで原告の右手に神経打撃を与えかつ炎症を発生せしめた。原告は被告が保険をかけていた保険会社と交渉し、文書と口頭による長い間の交渉の結果、和解が成立した。その前に原告は「将来の一切の危険」を引き受ける旨の表現をもった書面を提出していた。保険会社は原告に一万 RM を支払った。ところが予想以上に傷害が悪化したために、原告は和解締結後に生じた治療費三九四三 RM のほか一切の損害の賠償を求めた。RG は原告の請求を認めなかった原審判決を破棄して次のように述べた。「身体傷害による将来の全請求権の放棄範囲をいかに限界づけるべきかは過去の RG 判例において示されているが」この種の限定の制定法上の基礎は BGB 一五七条である。当事者が和解締結に際し一致して限定的な損害範囲を觀念し、後発的な損害が対象的に全く觀念されたものの外側に存在し、当時の事情からみて予見することができず、しかも、その損害を知っていたならば、両当事者は誠実な取引の原則に従う限りは和解を締結しなかったであろうほど著しい場合には制限的解釈が要求される。この判断は和解締結当時に現存するかつ期待さるべき予見可能な損害結果の状態を超えて当事者によって特に配慮された場合にのみ拒否される。そして前記放棄意思を含む書面からただちに右の意図を推定すべき

ではなく、発生した損害結果の事実上の展開を確定し、和解締結に際して表象されたかつされえた事故結果に和解の効果を制限すべきか否かのより詳細な探究がなされなければならない。原審はRGの先例原則を誤解していて、この立場からの本質的判断を怠っている」と。かかる趣旨は実際には追加請求を認容しない判決においても明示的に踏襲されている。BGH JZ 58, 363 (mit Anm. v. Süss)の事案は次のとおりである。原告は口元と右親指にあるイボを除去してもらうために治療を受けていた。被告病院の医師はレントゲン治療をする際にレントゲン装置を誤って設置したために、原告は治療箇所水泡状発疹を伴った炎症をこうむった。口元の症状は漸消していったが、親指には前部の肉部に及ぶ深い潰瘍が生じた。原告は病院の責任保険会社(被告代理人)と交渉し、一二五〇DMの支払と引換に将来の不測の損害に関する全請求権をも放棄する旨の和解を締結した。和解金が支払われたのち、一時快方に向った潰瘍が再び悪化したので、原告は五〇〇〇DMを追加請求した。一審はこの請求を棄却した。二審において、原告はさらに傷の破裂した際に、親指前部に骨をえんどう大にわたって切除し、その部分はおおしい炎症痕跡を残していると申し述べて、この請求は認容された。被告より上告され、BGHは一審判決を支持した。その際BGHは、原審がRGZ 131, 278 および RGZ 159, 264 の定立した法原則に従ったことは適切であったが、その法原則に照らしても本件では和解の限定的解釈の余地はないとした。すなわち本件では、原告は保険代理商であって、保険実務に精通していたこと、原告は損害を当初一六〇〇DMと見積り、保険会社の外交員は一〇〇〇DMの示談金を提示し、一旦原告が将来の後発損害を全部含めて請求額を一五〇〇DMに減額したのちに、交渉の結果、最終的に賠償金額一二五〇DMと決定した経緯を重視し、「被害者自ら最終的決済を提示し、契約当事者が事件を最終的に結着づけるとともに、予見されざる損害をも解決したい趣旨を和解において明白かつ一義的に表現されている場合は、原則として、すべて

の追加請求は排除される」と判示した。このように RGZ 131, 278 の原則はドイツ判例上全く定着している。⁽³⁶⁾

(3) このドイツ判例の定めた要件は、わが国の場合にもそのままではまると考える。最判昭和四三年三月二五日（民集二卷三号五八七頁³⁷）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」と判示した。本判決は、損害賠償の示談につき、(i) 全損害を正確に把握し難い状況でなされ、(ii) 早急に、(iii) 少額の賠償金で満足する場合、という限定の下で、増大損害につき、(iv) 示談締結当時に予測外のもの、具体的には、不測の再手術や後遺症を問題にしている。これは事案と関連させるとき前述した RGZ 131, 278 の定立した要件にほとんど一致する。すなわち、自動車事故による傷害の範囲・程度の表象については、示談書調印当時医師の全治一〇〇日との診断を根拠としていたので、双方とも一致して限定的損害範囲（全治一〇〇日）を表象していた。そして(i)要件は、(ii)と相俟って、増大損害が予見不能なものであることを示しているし、(iii)は示談額が増大損害額に比して「少額」の意味であろうから、後発損害の重要性ないし実損額と示談額との大差と解されるからである。本最判では、実損害金七万余円、示談金が自賠償保険金内の一〇万円であり、三カ月余との診断に対して実際には一年二カ月余の入院加療が必要であった。著しい増大損害とみて妨げないと思う。(iv)の早急性を重要視する向もある

が³⁸⁾、事故発生と示談締結との間が時間的に近接しているか否かは被害者の精神状態や判断能力の判別に限っても必ずしも正確な資料たりえず、むしろ独立要件とは考えない方が適切である。³⁹⁾

(4) 右のように、事案との関連で、実質的にみれば、ほぼ同一の基準を定立したと考えられるが、最判よりRGZ 131, 278の基準(ないし要件)の方が明確で合理的だと考えられる。したがってこれに基づき個々のケースにおける追加請求の許否を判定したらよいであろう。とはいえ、やはり右の基準(要件)は抽象的であるから、それのみでは具体的判断の決め手にならない場合が多いであろう。⁴⁰⁾それゆえ、それぞれの要件を認定するための相関連し合う具体的エレメントの主要なものを挙げることにする。

① 示談締結にあたり医師の診断を基礎にしたか否か。追加請求の認容された事件の大部分は、傷害結果については当事者双方とも具体的な争いの対象とはしていない。大体において一定の限定的な損害範囲を双方ともに確定的と考えているといえるが、その場合に医師の診断が重要な役割を果す。⁴¹⁾

② 当事者によって観念された傷害結果と示談額との相関関係。⁴²⁾判例上大体において相関関係が認められる。

③ 当事者の職業・知識・経験の有無や深淺。⁴³⁾判例上この点が重視されたとみられる例は、わが国では認められない。しかし例えば、被害者が事故係、保険外交員、弁護士、医師などであれば、追加請求は否定的に考えられてよいであろう。

④ 示談額と実損額との不均衡ないし後発損害の重大性。後発損害は、誠実な取引原則に従う限り、両当事者とも和解を締結しなかったないしは被告はその締結を被害者に要求しなかったであろう、と考えられるほどに重大なものではない。

⑤ 特別な包括的放棄意思の存否。

以上の各エレメントが総合的にかつ相関的に比較衡量され、前述のドイツ判例および最判の定式に集約されて具体的な判断がなされるべきであろう。

四 示談の対外的効力

(一) 対外的効力の三類型

示談の対外的効力とは、示談がその当事者以外の者に対しどの範囲でかつどの程度まで拘束力をもつかということである。例えば、人身の交通事故で被害者が加害運転手と示談し賠償金の一部放棄（免除）をしたのちに、右運転手の使用者に対しても賠償請求をした場合に、先の放棄の効力が使用者にも及び、被害者の使用者への賠償請求が認められなくなるのかどうかということである。この種の問題が生ずる紛争の類型としては、(a) 共同不法行為者の一方と示談した場合、(b) 使用者（または運行供用者）あるいは被用者（または運転者）の一方と示談した場合、(c) 子供の不法行為につき親または子のいずれかと示談した場合の三類型が主に考えられるであろう。

(二) 従来の学説の検討

(1) この問題の処理に関しては、従来次のような考え方が説かれてきた。第一に、一方に対し放棄したならば、これを免除とみて他方に対しても絶対的に効力を生ずるとする説である。これは民法四三七条を適用ないし類推適用するものである。⁴⁴ 第二に、原則として他方に対して効力は生じないと相対的に考える説である。これは、示談における請求

権放棄約束を民法四三七条の免除とは解せず、単なる不訴求合意にすぎないとみて、他の債務者には依然全額を請求できるとするものである。⁽⁴⁵⁾ 第三に、対外的効力を有する場合と有しない場合のあることを承認して、ケースごとに決する説である。これは大体、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きわめて政策的な利益衡量を行なうものである。⁽⁴⁶⁾ すなわち、(1)負担部分大なる者との示談(免除) (4)被害者(免除者)が他の債務者の負担部分を立証できないとき、その者に対して賠償請求できない。(4)立証できたとき、その他の者の負担部分につき請求できる。(2)負担部分小なる者との示談(免除) (4)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、被害者はその者の負担部分しか請求できない。(4)他の債務者が自己の負担部分を立証できないとき、被害者はその者に対し全部の賠償を請求できる。(3)負担部分五分五分のとき、他の債務者に対して二分の一だけ賠償を請求できる、というのである。

(2) 右のような考え方のうち、第一説には、示談において当事者は当の相手方には諸般の事情を考慮して(例えば、相手方の資力、職業、誠意など)一部ないし全部の賠償請求権を放棄しても、他方に対しては残額を請求するつもりであるとの意思を有しているのが通常であるという状況に反するし、被害者にとって不利な場合があまりに多すぎるなどの理由から賛成できない。第三説に賛成できないのは、この説が負担部分の大小とその割合の立証とを問題とするが、普通の素人がそもそも負担部分の大小や割合を考慮して示談(免除)すると考えるのは、現実離れしているし、また、その立論の基礎が共同不法行為者間の求償の結果、示談によって免除を受けた債務者が最終的には免除を受けなかった場合と同一に帰することがあることを不合理だとする発想に基づく点にも納得できないからである。すなわち示談当事者は、免除者も被免除者も求償の問題など通常考慮せずに示談内容を定めるはずである。そうであれば、免除を

受けた加害者が示談によって一件落着し、これ以上の請求（求償）はなされないと期待したとしても、それは加害者側の御都合主義的期待であり、特別な事情のある場合を除き、被害者の救済を蹴ってまで保護すべき合理性はないと考える。それゆえ、私は基本的には第二説を採用したい。

(3) この説は、債権放棄または免除と呼ばれるものを民法四三七条の狭義の債務免除と単なる不訴求約束とに区別すべきだとの基本的発想に立脚するもので、債務免除の法的性質の考察から導き出されたと解されるが、私は、それに加えて、示談の一般的な拘束力に対する考察から、その対外的効力の有無につき、次の二つのモメントを考慮して決すべきだと考える。すなわち、第一に、示談契約は債務契約である限り、原則として当事者間のみ効力が生じ、第三者に対してその効力が生じるのは、示談当事者間の合意においてその意思が明白に表現されているか、または、その意思の存在が当然予定されてしかるべき取引慣行が成立している場合に限られること。第二に、当事者の意思が不明であり、いずれとも決しがたいときには、被害者救済の観点から、被害者の有利な方向で解決（放棄は不訴求約束と解釈）されるべきこと。以上の二つである。したがって先の紛争類型についていえば、次のようになる。(a)の共同不法行為者の一方と示談して請求権の一部を放棄ないし免除した場合は、明確な「一括完全決済」の意図が認められない限り、つねに対外的効力は生じない。「示談の相手方の負担部分が全部であって、第三者の負担部分は零である」と認められる」ことを主たる理由に第三者（国）に対する被害者の賠償請求を否定した判例には賛成できない。負担部分がまたは全部の者に対する放棄があったからといって、つねに「一括完全決済」の意思ありと見るべきではないと考えるからである。(b)の使用または被用者の一方と示談した場合は、示談の当事者が、①使用者か、②被用者かによって結論はかなり異なる。タクシー事故で、加害運転手と示談した場合は、被害者は大抵のちに別に使用者た

る会社に対して賠償請求する意思を有していると考えてよい。したがって示談による請求権放棄の効力は使用者たるタクシー会社には及ばない。反対に、使用者たる会社と示談した場合には、交渉経過にもよるが、一般的にいつて、加害運転者に対する請求権をも放棄する意思ありと推定してよいと思われる。事故処理方法の慣行からみてそういえるのである。運行供用者と運転者との関係も右に準じて取り扱ってよい。(c)の子供の不法行為につき親(監督者)と示談した場合には(b)①、子供と示談した場合には(b)②と同一に扱って大過ないと思われる。⁽⁴⁸⁾

(三) 示談当事者の確定

以上のほか注意しなければならないのは、示談書には当事者名が一人しか記名されていなくても、その者が他の賠償義務者をも代理して示談したとみることができるところもあるだろうということである。この場合は、示談当事者の確定の問題であって対外的効力の有無のそれではない。ただいずれにせよ、示談契約の解釈によって、右の両者が解決されるべきことは強調されてよいと思う。

注

- (1) 交通事故における示談数の実態は各種の調査により明らかにされつつあるが、ここでは、五十部豊久「交通事故と示談」ジュリ四六二号二八頁参照。
- (2) 大脇雅子「交通事故における示談契約の効力」中京商学論集一二巻三号七七頁以下、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号一頁以下。
- (3) 太田知行「穂積忠夫「紛争解決方法としての訴訟上の和解」『法社会学の現代的課題』二九三頁参照。
- (4) 座談会「交通事故による損害賠償請求訴訟の諸問題」判タ一六六号三二頁の木宮検事の発言参照。なお、木宮高彦「示談考」ジュリ三一五号六一頁。

- (5) 木宮・前掲六〇頁。
- (6) 同旨—東京控判明治四四年一月二日新聞七七〇号二四頁。
- (7) 木宮・前掲六〇頁。
- (8) 植林弘「交通事故における示談契約の問題点」大阪市大法學雜誌一三卷二・三・四合併号六六—六七頁。
- (9) 高梨公之「和解—その基礎と内容」『契約法大系V』二〇七頁。このほか、水辺芳郎「和解契約における『相互の譲歩』について」松山商大論集一九卷五号六九頁。藪重夫「和解と示談」新民法演習四一九六頁以下。
- (10) 大阪高判昭和四二年一月二九日判時五一七号六二頁は、警察署内部のXとAの個人的対立を解消するために、県警本部の幹部連が会合して、一切の懸案を右本部よりXへの一〇万円の交付によって解決する合意につき、右本部とXの間には紛争も譲歩もないとして和解とは認めなかった。
- (11) Wussow, Das Unfallhaftpflichtrecht, 10. Aufl. 1969, SS. 618—9. BGHの見解によれば、きわめてささいな事項についての譲歩で十分である (BGH 39, 60 = NJW 63, 637 = VersR 63, 267)。費用規定、一時金の定期金への転換、債務名義の付与なども譲歩となる。互譲要件はたとえ特殊な訴訟上の可能性を放棄した場合でも満たされている (KG VersR 64, 738; Vgl. TZ 1156 ff.)。
- (12) ドイツにおいては、一般に和解には、Vergleich の語を用い、賠償金をめぐる和解については、Abfindungsvergleich の語をあてて用語法上区別する傾向を示しているが、両者を質的に異なるものとは意識されておらず、互換的にも用いられている (Wussow, a. a. O. S. 619)。なお同所では、具体的な損害額につき当事者が合意する契約、いわゆる損害(額)確定契約 (Schadensfestsetzungsvertrag) もまたドイツ民法七七九条の意味における和解であると明言している。示談では当初においては加害者は無賠償を主張しているとも考えられるので、常に互譲要件は満しているということもできよう。
- (13) このような実態は、ヨーロッパ諸国に比べて、おそらくわが国のみに特殊なものであろう。そのせいか Wussow, a. a. O., Geigel, Der Haftpflichtprozess, 10. Aufl. 1961, S. 881 ff.においても「真意に添わない示談」については全然触れられていない。
- (14) 判旨は、真意に基づかない示談で不成立との結論であったが、本件は、示談の当事者が訴外AとXであって、A・X間の示談は、当然にはYにその効力の及ぶものではないとの理由づけもなされうるのであった。この事情もおそらく判旨に影響したであろう。

- (15) この判決では、Y₁町の消防団員Y₂が消防自動車で慰安旅行中、暴走させてXの息子を即死させた事案で、町当局が「直ちに事態の收拾に着手し」、Xに香奠として一万円と花輪、のちに弔慰金八万円を贈呈したこと、示談書の文案はすべてY₁の手になり、原告の名前をも印刷してあり、Xが押印したにすぎないこと、これらはすべて加害者Y₂の減刑運動の一環としてなされたことなどが認定されている。
- (16) この判決では、示談書作成当時、原・被告間に和解の前提たる争い、すなわち事故についての被告の責任、損害額等についての紛争交渉経過がないこと、不法行為法上の損害につき明示の請求権放棄合意がないこと、示談額が損害額に比し少額にすぎ、ほとんど保険金額の範囲を出す、あたかもYの無責が前提となっているなどの事情が詳細に認定されている。
- (17) この点を鋭く指摘するのは、藪・前掲一九九頁。
- (18) 戦前の判例においても同様の態度が確立していた。例えば、大阪控判判決年月日不明新聞一〇六八号（大正五年一月二〇日）および大判昭和十五年一月二日新聞四六四二号七頁。
- (19) 示談の対内的効力とは、示談当事者間における効力のことで、全く筆者の便宜的呼称にすぎない。
- (20) BGH 1951, 3, 5, NJW 51, 397.
- (21) Wussow, a. a. O., S. 622.
- (22) W. Moschel, JW 1937, 1214 ff. (1217) によれば、例えば、保険会社が、多少とも明白な形で、被害者に対して、もし被害者がこの条件で和解しないならば、被害者は全く何物をも取得できずかつ法的争訟を長い間引き延ばすことのできる保険会社と不利な争訟をしなければならないなどと教示した場合に、公序良俗違反による無効を認めている。
- (23) Wussow, a. a. O., S. 621. なお Moschel, a. a. O. はこの問題につき、次のように述べている。詐欺による取消が認められる場合として、(a) 保険会社の代理人が、相手方の被害には後遺症の危険性をはらんでいると認識していながらも、事故の結果は根本的に治癒するという被害者の誤った認識をより強固にする言をなしたこと、(b) 保険会社の代理人が素人との交渉において（特にこの代理人がドクトルの称号をもっているときにはなおさらだが）、なんらの後発損害も生じない見込であるとの観念を被害者に起させるようなでたらめの医学的説明を行なった場合、(c) 保険会社が被害者の了承なしに、被害者の状態について、その者が治療を受けている医師の診断書を変形した場合、があると。

(24) 大判大正六年九月一八日民録二三輯一三四二頁、我妻栄「和解と錯誤の関係について」法協五六巻七二六頁以下。のち民法

研究Ⅵ所収。

- (25) ラーレンツ、神田＝吉田訳・行為基礎と契約の履行六四頁以下参照。
- (26) ラーレンツ・前掲七七一七八頁。
- (27) 高森八四郎「和解の基礎に関する錯誤について」民商六六卷一号六五頁（拙著「法律行為論の研究」五五頁）以下参照。
- (28) OLG, Disseldorf, 1965. 12. 16. Urt. (VersR 1967, 787).
- (29) 高森・前掲民商六五卷六号九四三頁（拙著「法律行為論の研究」三七二頁）参照。
- (30) Geigel, a. a. O., 10. Aufl. 1961, S. 883.
- (31) 和解の基礎の錯誤を合意の存在基礎の喪失に求める見解を最初に示したのは、高梨・前掲二一八頁であろう。同じ見解としては三宅正男「瑕疵担保責任と錯誤」『演習民法（債権）』三二二頁。詳しくは、高森・前掲民商六六卷一号九六一一〇二頁（拙著「法律行為論の研究」八六一九三頁）参照。
- (32) 本件判批として椿寿夫・判例評論七三号四一頁。
- (33) ③判決と同旨の判例としては、神戸地判昭和四二年三月三〇日判タ二〇六号一一七頁、大阪地判昭和四二年四月七日判タ二〇七号一二九頁などがあり、これらはいずれも被害者の傷害が軽微なものであると双方とも誤信し、この点につき争うことなく、軽傷を前提として示談がなされているもので、本来いずれも錯誤の問題ではなく、示談意思の及ぶ範囲の問題と考えるべきである。当事者双方が前提した傷害程度に即した範囲の示談合意はそのまま有効である。
- (34) 反対＝大脇・前掲八九頁。
- (35) 本件においては、被告は早期、一括解決の意図で事故における原告の過失の有無を問わず、医者の診断を上廻る賠償額を支払ったのだと主張しているので、必ずしも、限定的解釈をすべきか否かも問題の残るところであった。しかしこの点の判断が全くなされていないのは遺憾な点ではある。
- (36) Vgl. RG, JW 34, 3265; 37, 1235; 38, 1167; BGH VRS 7, 81 = VersR. 54, 405; VersR. 55, 404; NJW 56, 217 = VersR. 56, 29. 学説においても大勢は是認している。なお楠本安雄「示談成立後における損害の増大について」司法研修所報三四号四四頁以下参照。
- (37) 前掲大阪高判昭和三九年一二月二五日⑤の上告審判決である。

- (38) 新堂幸司「紛争解決後の損害の増大とその賠償請求」ジュリ三九九号、星野英一・法協八六卷六号八二頁。
- (39) 事故発生後かなりの時日が経っても、損害の正確な把握のできないことはしばしばある。なお田邨正義・判タ二二三号八三頁参照。
- (40) すでに紹介した BGH JZ 58, 363 でも、原審判決と BGH とでは、同一の原則に従いつつ逆の結論になっている。和解締結の経緯の評価の違いによるのである。
- (41) 例えば最判昭和四三年三月一五日民集二二卷三号五八七頁、神戸地判昭和四二年三月三〇日判タ二〇六号一一七頁、東京地判昭和四〇年一月二七日下午民集一六卷一号一一一頁等参照。
- (42) 例えば、前注の東京地判では、傷害が頭部頸部の軽い(と観念されていた)打撲症に対し示談金は自賠償保険の一〇万円であった。同じく最判では、前腕骨複雑骨折に対し一〇万円、常識的にはほぼ相関性がある。
- (43) BGH JZ 58, 363 では前述のように、原告が保険代理商で保険実務に精通していたことが重視されている。
- (44) 大判大正三年一〇月二九日民録二〇輯八三四頁、神戸地裁姫路支判昭和三九年八月一三日下午民集一五卷六号一九七六頁。
- (45) 淡路剛久「不真正連帯債務概念についての一考察」『民法学の現代的課題』二二三頁以下。
- (46) 野村好弘「共同不法行為と示談の拘束力」ジュリ四二八号一一九頁以下。
- (47) 東京地判昭和三九年五月九日下午民集一五卷一〇四〇頁。
- (48) 私見とはば見解を同じくするのは、渡辺公雄「共同不法行為者の一方との和解と負担部分」判タ二二二号一九〇頁、山口和男「交通事故訴訟における和解」『実務民事訴訟講座3』三二九頁以下。

六 示談における前提合意と錯誤

はじめに

五「損害賠償と示談の拘束力」^①において、示談と和解の概念及び示談契約の錯誤と後遺症問題の關係につき、若干ながら検討を行った。右の論文で私が論じようとした中心的な論点は、示談締結後、予想外の著しい後遺症が発生したために、示談において一切の請求権を放棄していたにもかかわらず、被害者が追加的な損害賠償を改めて請求するかという問題につき、和解の基礎に関する錯誤論の領域で論じたり、十分な論証なくしてドイツの行為基礎論を援用したりするものがあるので、その誤りを指摘しようとしたところにあった。右の論文において不完全ながらも当初の目的を達したのではないかと考えているが、そこにおいて判例が欠如していたため、十分に論じえなかった問題として、和解の基礎に関する錯誤とは異なり当事者が一定の事実を示談締結の前提とした場合の問題があり、この前提と示談の効力について、前稿において「前提（条件）合意と錯誤」の題下に、問題の指摘のみを行った。その後、新しい判例が現われたので、本稿では、この判例の分析を通じて、前稿の補充を果たしたいと思う。本稿も和解錯誤論の一環をなす。

一 示談と錯誤

(一) 序

学説上、示談は、和解と同一または少なくとも和解類似の無名契約とされているから、後遺症問題の法的処理にあり、錯誤論を採用する場合には、いわゆる「和解と錯誤の關係」をめぐって論議をしなければならぬ。

右の論議には、わが国においても一定の歴史的な過程があり、その成果は、(1)和解の基礎ないしは前提に関する錯誤、(2)意思の欠缺をもたらず表示錯誤(和解目的物の同一性の錯誤や和解の一方当事者の同一性に関する錯誤)、(3)争点事項に関する錯誤、(4)和解締結に至った動機に関する錯誤というように錯誤形態を四つに分類し、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原則を明らかにした⁽²⁾(本書三、四参照)。しかし、従来の和解錯誤論は、つぎのような問題性を有していた。すなわち、通説、判例が、一般錯誤論の領域において、動機錯誤の原則的無顧慮に立脚しつつ、和解の基礎ないしは前提に関する錯誤を要素の錯誤とすることにはほとんど疑念をいだかず、当然のように和解無効を帰結していたという点である。和解の基礎ないし前提に属する事情は、和解内容ではなく、まさにその基礎、前提なのであるから、広い意味での動機に属することは疑いなく、これを要素の錯誤としうるためには、とくに理論的な整備が必要であつたのである。

(二) 判例の和解錯誤論

- (1) のちに述べるように示談の基礎ないし前提に関する錯誤を要素の錯誤とする判例は、この点について、「前

提」を「表示された動機」と解して、九五条に包摂する見解をほぼ一致してとっている。しかし動機錯誤無顧慮の原則の下で、動機も表示されたならば意思表示の内容となり、その錯誤が主観的客観的に重要ならば、要素の錯誤となるとの見解を採用しているかぎり（通説・判例）、示談（和解）の基礎ないし前提を問題とする必要はなく、要は動機となった事情が相手方に表示されたか否か、その錯誤が重要性を有するものか否かのみが問われるだけでよいはずである。判例は、和解一般の場合においては、無意識的ではあれ、基礎ないし前提たる事情と単なる和解の動機となった事情とを区別しているということが注目されるべきである。そのせいか、和解の基礎ないし前提に関する錯誤については、動機の表示もその重要性についても全く閑説せず、錯誤法的保護をうけることを自明視している判例が多いのである。^③結局、和解の基礎ないし前提に関する錯誤は単なる動機の錯誤とは異質なものとする思考が判例の底流に存在しているといつてよいのである。このことは、保護に値する動機錯誤を一般的に動機となった事情が契約の不可欠の要件とされた場合ないし契約の前提とされた場合にのみ承認する判例の傾向が争いを止める合意たる和解において、顕在化したものといふことができるのではないか。^④すなわち、和解は争いを止める合意であるから、通常はこの争いを生ぜしめる法律関係が基礎にあり、当事者はこの基礎を自明の前提として、それから生じてきた争いを結着づけようとする。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の前提ないし基礎としていたといふべきであらうし、相続人（と称する者の）間で遺産についてのみ争いが生じ、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。また保険者と被保険者との間で、保険金額についてのみ争いが生じ、和解した場合、債権者と債務者間で債務額についてのみ争いが生じ、和解した場合には、前例においては、有効な保険契約の存

在、後例においては、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に反して正しくないことが判明したならば、その基礎ないし前提の上に築かれた和解自体が全体として互解して、効力を喪失すること何人も認めざるを得ないであろう。右の和解の無効ないし失効を肯定するための理論的根拠はもちろんいろいろ考えられうる。ドイツにおいては、普通法学説において、基礎理論、前提理論、目的理論、解釈理論などが唱えられ、近時は、行為基礎論によって根拠づけがなされている。^⑤しかしいずれにせよ、前記諸例においては、その基礎ないし前提事情が正しくないことについて当事者が知っていたれば、換言すれば、真の事態について認識していれば、単に和解が締結されなかったであろうということよりも、むしろ、和解当事者間に争い自体が初めから全く発生しなかったであろうということができるのである。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であろう。これがすなわち、和解の基礎に関する錯誤が、厳密には動機たる事情に関する錯誤にはかならないのに、その「表示」も、また「主観的・客観的重要性」の要件も不要と感じさせる程、法律行為の無効の帰結を自明とさせてきた理由なのであった。

(2) しかしわが国の判例の和解錯誤論は、右の事情を正しく理解することができず、和解の基礎ないしは前提に関する錯誤を、「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、したがって、和解においても互譲の内容とさせられることなく、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」^⑥との定式に依拠して、真の事態を知ったならば、初めから争い自体が生じなかったであろう事情たる和解の基礎を超えて、当事者が、一定の事情の発生（存在）または不発生（不存在）をとくに和解の前提とした場合をも包含するにいたった。判例群から典

型的なものを拾うとつぎのような事案がそうである。当事者間に代金債権をめぐって争いが生じ、債権者は債務の存在を認め、債務者が仮差押をしていた債務者所有のジャム一五〇箱を代物弁済する裁判上の和解が成立。この和解において、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が当事者間では「前提」（判文中の表現）とされていたが、実は苺ジャムではなく、リンゴなどの混った粗悪品であることが判明した。⁷⁾ 最高裁は要素の錯誤で無効としたが、和解の基礎に関する錯誤の一例と理解していたことは明らかであって、判文中には、動機（特選金菊印ジャムであること）の相手方への「表示」の有無、錯誤の「主観的、客観的、重要性」の判断を特に示さず、錯誤による和解の無効を認めている（右の事案において動機の表示と錯誤の重要性は直ちに認められるので判断するまでもなかったともいえるが）。しかし、この事案における和解の前提とされた事情は、和解に固有の「和解の基礎」とは異なり、真の事態（ジャムが粗悪品であること）を当事者が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といえるのである。つまり、右の「前提」事情は、当事者双方が、特に和解の前提とすることについて合意したものであって、特選金菊印苺ジャムであるゆえにこそ、代物弁済に応じるといふ契約内容となっている場合なのである。これに対して、先ほどから述べている固有の和解の基礎ないしは前提は、締結された具体的な和解の内容上、確定したるものとして契約の基礎におかれた事情であり、それが事実と一致せず、かつ、当事者が真の事態を知ったならば、争いも疑いも初めから全く生じなかったであろうといえる事情にはかならない。⁸⁾ この両者のちがいは、苺ジャム事件における錯誤は、契約（代物弁済）の目的物の性質に関する錯誤、いわゆる「性質錯誤」で、單純な動機錯誤に属することを考えれば、容易に理解しえよう。

(三) 後遺症問題と和解錯誤論

(1) 以上のように従来の和解錯誤論における和解の「前提」概念には、性質のことなる二つの事情が分別されないままに包括されていたのであったが、後遺症問題に従来の和解錯誤論を適用することによってさらに右の前提概念を多義的なものとしたといつてよい。すなわち、これまでの和解基礎錯誤事例における前提ないし基礎は、いずれも過去または現在の事情であった。これに反し後遺症における問題性は、示談締結後の著大な増大損害という後発的な事情変更に存している。これを、示談締結当時、当事者が損害賠償額を確定するにあたり、一定範囲の損害状況を前提としたが、この前提が誤っていたとして現在の事情に関する錯誤に引き直すことは、無理を伴っているのである。

しかし判例は後遺症問題と和解錯誤論をつぎのように結合した。交通事故において、被害者が加害者と示談を締結した際、一定の傷害結果ないし範囲を観念し、この限定された損害結果にもとづいて損害賠償額を定め、以後一切の請求権を放棄すると合意したならば、のちに予想後の後遺症の発生ないし増大したかぎりにおいて和解（示談）の前提ないし基礎（争いの事項ではなく、争いも疑いもなきものとして、和解の基礎におかれた事情）に関する錯誤があったと考へることができ、民法九五条による保護が一応論理的に可能になる、という訳である。戦後初期の下級審判例は、後遺症問題に直面したとき、本来、争いを止め、将来の請求権を放棄するという、和解の本質からみて、予想外の損害の増大が発生した故にたとえ当事者が見込み違い（錯誤）をしたとしてもそれは法的顧慮に値しないと断ずることができたにもかかわらず、そのような態度には出ず、被害者を救済する配慮からか、法的顧慮の根拠を模索し、その結果、前述の和解錯誤論に着目したのであった。現実の損害に対し余りにも少額の示談金が交付されたにすぎないという実態を憂慮したからであろうと思われる。

(2) 後遺症問題につき、和解錯誤的構成によって被害者を保護する場合、実際的には和解（示談）が無効となり、現実に支払われた賠償金は不当利得となって、加害者に返還し、のちに、改めて、訴訟による損害賠償額の確定をしなければならぬという意味において事態不適合性があるほかに、そもそも、示談無効の効果を導き出す必要がないという意味においても理論的に不適切である。例えば「示談契約は、代理人相互間において、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ものであるのに、事実はこれに反し、Xの傷害が著しく重大なものであるから、Xの代理人の意思表示には、その重要な部分に錯誤があったものということができる」と判例が述べている場合、ここでいう争いなき前提事実が事実⁹⁾に反していたが故に、示談が無効となる必要はなく（その意味では、和解の基礎の錯誤が意味・目的を失うのとは異なる）、当事者の合意が前提事実に相応した損害賠償額を定めている限りにおいて合理的に解決されているとみるべきなのである。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責保険金の限度で弁償する」と合意しているのであり、この合意はまさにそのとおりの効力を維持されるべきなのである。予期に反し、数年も治療を要する重傷についての損害賠償請求は、右の示談合意にたとえすべての将来の請求権を放棄する条項を含んでいても、それに拘束されるわけではない。なぜならば、右の請求権放棄合意は、通常人の合理的予測に従えば、普通に推移・変動することあろう、被害者の傷害結果にかかわる全請求権を放棄したにすぎないからである。当事者双方が示談締結当時一定範囲の限定的な損害結果を前提としたのならば、この前提された損害結果にのみ当事者の示談意思がかかると判断されるべきである。この示談意思を超えた後発的な増大損害については、示談によっていままな解決されていないのであるから、さらに追加的に賠償請求がなされてよいのである。最高裁は、後遺症問

題について、和解錯誤的構成が不適當であると考えたのであろう。別損論といわれる右のような問題解決を図って、増大損害について追加的な賠償請求を認めるにいたった。^⑩真に妥當であるというべきである。

(3) 「損害賠償と示談の拘束力」においては、最高裁の採った信義則的意思解釈の方向を評価し、ドイツ判例の検討結果と対比させた上で、限定的意思解釈の具体的な判断基準の定立を試みたのであったが、後遺症問題とは逆に、当事者が重傷であるとして多額の示談額を定めたところ、実は予期に反して軽傷であったという場合はいかに処理されるべきか。私は、この問題を従来の和解錯誤論における基礎ないし前提概念中の第二の事情すなわち当事者が特に和解締結に際して前提とした一定の事情、換言すれば、前提として合意された事情と解し、それが事実と一致していないことが判明した場合、この合意された前提の欠如により示談は全体として無効となる、と解決すべきことを提案した。^⑪

本稿は、右の問題を含めて示談が、附款としての前提ないし条件により無効となる場合について若干の検討を試みようとするものである。

二 二つの判決

(一) 二判例の事実と判旨

(1) 【判例一】 大阪地判昭和四八年四月二三日（交通事故民事裁判例集六卷二七一一頁）の事案はつぎのとおりである。夜間運行中の自動車が横断歩行者をはねとばして死亡にいたらしめた。被害者の相続人Xらと右自動車運転手Yとの間に示談が締結された。この示談締結に至る事情は判決理由によれば、「被告Zは、昭和四四年七月一七日、富

土火災海上保険株式会社との間で、加害車について保険金額一事故、一名につき一〇、〇〇〇、〇〇〇円、保険期間同日から昭和四五年七月一七日までとする対人賠償責任保険契約を締結していたこと、被告Yは、昭和四五年五月九日、Zから加害車を買受けて引渡を受けたが、加害車について対人賠償保険契約をしていなかったもので、友人の父から示唆を受けて本件事故による損害についてZの加入していた対人賠償責任保険金いわゆる任意保険金が支払われるようにするには、Yが事故当時Zから加害車を借り受けていたこととすればよいと考え、原告Xらに対し、加害車は事故当時Zの所有であってYがこれを借り受けていたもので、本件事故による損害填補のためにZの加入している任意保険金が支払われる筈である旨虚偽の事実を告げていたこと、そのため、Xらは、その旨誤信し、Zの加入している任意保険金によって損害の填補が受けられることを前提とし、昭和四五年二月二十九日、Yとの間で、YがXらに対し、本件事故によって保険会社から支払われる任意保険金以外に三六〇、〇〇〇円の支払をする旨の契約をなしたものであることが認められ」る。ところが、ZはYへ加害車をすでに売却済であって、名義移転登録手続に必要な書類とともに加害車をYへ引渡してあったのに、Yが名義移転登録を了していなかった（いわゆる名義残り）というのであるから、Zは事故当時加害車の運行供用者ではなかった（結局、Zの加入していた責任保険金によるXらへの支払いはいはない）。

以上の事実認定をもとに、大阪地裁は「原告Xらが被告Yとの間でなした右契約（示談）は、Xらにおいて、被告ZがXらに対し、加害者の運行供用者として本件事故による損害賠償の責に任じ、Zの加入していた任意保険金はその損害填補のために支払われるものと誤信した結果なされたものであって、その要素に錯誤があったものであるから、無効であるというべきである。従ってYのXらに対する三六〇、〇〇〇円をこえる債務が右契約によって消滅した旨

の主張は理由がない。」と判示した。

(2) 【判例二】 水戸地判昭和五〇年四月二一日(判例時報八〇七号六七頁)の事案はつぎのとおりである。被告Y₁は自動二輪車で追行中、前方を走行中の被害者Aの自動二輪を追越そうとして接触、転倒させ、頭蓋底骨折ならびに脳挫傷により死亡させた。原告たる、Aの相続人X₁(Aの妻)、X₂(Aの子)はY₁及び加害者の運行供用者たるY₂に対して損害賠償を求めた。被告Y₁、Y₂は、抗弁として、本件交通事故による損害の賠償として本件訴訟提起前にY₁・Y₂が連帯して一五〇万円をX₁ら方に持参して支払う、同額を越える損害額の支払についてはX₁らはこれを免除する旨の条項の調停が成立していると主張したところ、X₁らは、右の調停は要素の錯誤であると再抗弁したので、右調停が無効であるか否かが争点となった。判決理由によれば、右調停の成立の経緯はつぎのようであった。原告らは被告らに対し当初本件事故に基づく損害として合計六〇〇万円の支払を請求すべき考えであったところ、加害者が無保険者であったため自賠償保険金の給付を受けることはできないが自賠法七二条による政府補償金の給付を受けることができるため、受給可能と考えられる当時の死亡最高補償額三〇〇万円(昭和四四年八月当時)をもってこれにあてることとし、これを控除した残額三〇〇万円について被告らに支払を求めるため本件調停の申立をした。ところが被告には資力がないとして右支払請求に応じなかったので、再三話し合いを重ねた結果、調停委員会において、政府補償金三〇〇万円の給付を受けられることは間違いないと考えられるので、一五〇万円を被告が支払うことで調停を成立させてはどうかと原告・被告らに勧告したところ、原告には、不服もあつたが政府補償金三〇〇万円が後日間違いない給付されると信じて、右勧告を受諾し、被告も、政府補償金以外に金一五〇万円のみを支払うことで一切が解決されるならば、やむを得ないものとして同じく勧告を受け容れて、ここに調停が成立した。この際、調停委員会も原告・被告らも間違

いなく政府補償金三〇〇万円が給付されるものと考えていたため、特にこの条項を調停条項に盛り込まなかった。ところがその後、原告が保険会社に対して政府補償金三〇〇万円を請求したところ、結局調停で取決められた金一五〇万円を控除され、金一五〇万円の給付を受けたにとどまった。以上の事実にもとづいて、水戸地裁は、「右認定したところによれば、原告らが本件調停条項による調停を成立させたのは、政府補償金三〇〇万円の給付を受けられるものと信じたからである。原告らはこれを前提として本件調停を成立させたものであり、もしも政府補償金として金一五〇万円の給付より得られないとすれば、その点において原告らに錯誤があったものというべく、この錯誤は本件調停における合意の要素に関するものであり、たとえそれが合意の動機に関する錯誤にすぎないとしても、前記認定事実よりすれば、右錯誤は表示せられたそれに関するものであることを認めうるから、本件調停は無効というべきである。」

「被告らは原告らに本件調停を無効ならしめる錯誤があったとしても、原告らに重大な過失があったから、原告らは右錯誤をもって、自ら本件調停の無効を主張し得ないと抗弁するが、もともと自賠法七三条によれば、被害者が損害賠償の責に任ずる者から損害の賠償をうけたときなどは、政府は損害賠償額などの限度で政府補償をしないこととされているから、本件調停条項により原告らが被告らより損害の賠償を受けた場合、それが政府補償額に影響を与えるかも知れず、従って、常に政府補償金の最高額の給付を受け得られることも保し難いものというべく、それにもかかわらず原告らが政府補償金の最高額三〇〇万円の給付を受けられることを前提として本件調停を成立せしめたことについて原告らに過失があったものと言えなくもないが、《証拠略》によれば、本件調停当時原告とよ(X)は一介の主婦であり、また原告優(X)は未成年であって政府補償金の請求に関してはともに知識を有していなかったこと

が十分に推認される場所であるのみならず、前記認定の如く原告らが調停委員会の勧告もあって本件調停を成立せしめたものであるから、以上の事情に照らして考えると、いまだ原告に「重大」な過失があるものということとはできないから、被告らの右抗弁は採用できない。」

【判例二】、【同二】における前提に関する錯誤は、いわゆる和解の基礎に関する錯誤ではない。すなわち「和解の内容上、確定したるものとして基礎ないし前提におかれた事情であり、しかもそれが事実一致せずかつ当事者が真の事態を知ったとすれば、争い自体が排除されたであろう事情」に関する錯誤ではない。以下において各判例について個別的に検討を加えることにしたい。

(二) 判例一の分析

(1) 【判例一】の和解内容は、「加害運転手Yは被害者Xらに対し加入の任意保険金以外に三六万円の損害賠償義務を負うべきこと」、約言すれば、「Yは損害賠償金額の一部として三六万円をXらに対し支払うこと」というものである。この和解内容上、確定されたものとして基礎におかれた事情は、「YのXらに対する損害賠償義務の存在」である。もしこれが事実に対して正しくなければ、Y・Xらの間には全く初めから争いは生じなかったであろう。【判例一】の事案では、この確定的基礎事情は事実一致していた。それゆえ、いわゆる和解の基礎に関する錯誤として示談が無効となることはない。もし本件示談がZとXらとの間に締結された場合ならば、同じく、「加害者は保険金以外に三六万円の賠償金を被害者に対して支払うこと」なる和解内容だったとしても、事態は一変していたであろう。なぜならば、ZがXらに対して賠償責任がありうるのは、彼が運行供用者だからであることは争われていない場合で

あるから、右の和解の内容上確定したものとして基礎におかれた事情は、「Zが運行供用者としてXらに対し損害賠償責任を負担すること」なる事情であり、この基礎事情の上に「保険金以外に三六万円を支払う」旨の示談が成立したというべきである。本件の如く、Zは加害車をYにすでに売却した後であり、名義上の所有者にすぎないこと、すなわち、「名義残り」の状況にあることがのちに判明した場合ならば、Zは運行供用者ではなく、Xらに対して何らの損害賠償責任を負担しない。このことが当事者間に示談締結当時認識されていたならば、Xらとの間に損害賠償額の確定という争い自体が初めから全く生じなかったであろうということは明らかである。ここには和解の基礎に関する錯誤が存在しているといえる。しかし本件示談は、YとXとの間に締結されている。そして、Yの損害賠償責任の存在は確定的な事実であるから、和解の基礎に関する錯誤が問題となる事案ではなかったのである。

ところで、ドイツ民法七七九条にいう「契約の内容上確定したものとして基礎においた」事情が和解基礎錯誤の対象たる事情だとすれば、本件示談の内容は「Zの加入する任意保険金による給付金以外に三六万円の賠償額の支払いをなすこと」であると解することができる限り、ZがXらに対し運行供用者として損害賠償責任を負い、Zの加入する任意保険金よりXらがその損害の填補を受けられるということ（判旨のいう前提）が、和解の基礎になっていたというべきではないかとの見解が生じうる。しかしこの考え方は正しくない。ドイツ民法七七九条は、先にも触れたとおり、右の要件のほか、真の事態を知ったとすれば、争い自体を排除したであろうといえる場合でなければならない。ところが、本件のYとXらとの間の示談において、Zが運行供用者として賠償責任に任じ、その加入する任意保険金よりXらが損害の填補を受けえないことが明らかになっても（真の事態を当事者が知っても）、YとXらとの間の争い、すなわち、交通事故に基づくYのXらに対する損害賠償額の確定という争いは依然生じていたであろう。それゆえ、

Xらが本件判旨のいう「前提」の存在を誤信したとしても、私のいう和解の基礎に関する錯誤とはなりえないといわなければならない。

(2) さらに、判旨のいう「前提」が契約の内容となっていたと構成することも通説の錯誤論からは不可能ではない。動機錯誤に関する通説、判例の原則論は、「動機が相手方に表示されたならば、意思表示の内容となる」という点にあるが、もしこれが採用されるならば、右の「前提」は、示談契約締結の動機であるから、「表示」を通して意思表示の内容になりうることを否定することはできないと思う。意思表示の内容となるということは、契約の場合には、通常は、相手方の債務内容となることを意味している。なぜならば、契約類型上、内容たりえない動機たる事情は、本来、表意者がその事情の事実との不一致の危険を負うことが原則であるから、意思表示の内容となるということは、右の危険が相手方の負担に転嫁することとなるからである。もし判旨の「前提」がYの負う債務内容となったとするならば、Yが自己の債務内容を実現するため、その債務の本旨にしたがって如何なる行為を果たせばよいのであろうか。Zの運行供用者責任の存在とZの加入した保険金より損害の填補を図るということは、Yの行為によってはいかんともしがたい事柄であり、しよせん、債務内容たりえないものであろう。通説・判例のいう、動機が表示されるならば、意思表示の内容となるとの命題は、「意思表示の内容」を当事者の一方の債務内容となるとい意味しかとりたいえないと考えられる限りにおいて、そして少なくとも、本件のような動機が問題となっている限りにおいて、理論的には、全く採用しえない見解といわねばならない。ただし、表示されることによって、意思表示の内容となるという意味を法律行為（契約）の条件・前提、保証のような、いわゆる附款ないし契約条項となりうるものと解しうるのならば、傾聴に値するものというべきである。動機錯誤事例の典型例として引用される「受胎馬錯誤事件」¹²について、契

約の内容が、「年齢一三歳にして受胎している良馬」の売買という意味であるとき、右の事案で売主が売買目的物たる特定の馬の性状に関してその性状の具有を言明しているかぎり、条件合意の存在を認めることが素直な解釈であろう。¹³⁾もし馬の年齢が一三歳をはるかにこえており、受胎能力のない駄馬にすぎないならば、契約の効力は奪われるべきであるとの解除条件が付せられているといえるがゆえに、条件成就（既成条件）によって売買は無効となることはいうまでもない（二三一条一項参照）（事実認定によっては、馬の性質保証の合意が認められることもありうる）。

(3) さて【判例一】の事案は、目的物の性質が問題となっていないことは自明であるから、一定の事情が、示談契約の条件ないし前提となった場合になぞらえて検討するべきであろう。判旨の表現では、もっぱら、「前提」の言葉が用いられている。この用語法が採用されるのには、以下のような理由が存在しているといつてよい。第一に、判旨の表現によれば、Xらは、「Zの加入している保険金によって損害の填補が受けられること」を前提としていたというのであるが、Yにとっては、右の事実が真実ではありえないことを認識していたとはいえ、Xらが右の事情を確実なものと考え、それあるゆえに示談額を三六万円に減じたということを十分に知悉していた以上、双方ともに確実な事実と措定していたといえる。もしそれが不確実なことがらであったならば、Xらは示談に応じなかったであろうし、Yが欺罔的手段を用いたにせよ、少なくとも条件としたことは疑いない。つまり、当事者が、疑いもなく確実と考えた事情は、契約締結の「前提」とされるのである。第二に、示談は、いうまでもなく和解の一種と考えられているから、和解の錯誤が問題となる場合、無効の効果を導き出すためには、基礎ないしは前提について誤信したと構成せざるをえない。それ以外の動機錯誤は、法的顧慮を受けえないと一般に理解されているからである。第三に、Zの加入による保険金によって損害の填補を受けられることという事情は、たとえ、示談書中に明示されていなくて

も、それを条件として示談を締結したともいっているのであるが、判旨が条件と構成しない理由は、おそらく、本件の問題を錯誤論の領域において理解しているからであろう。これは、当事者が、一定の事実の存在への誤信という意味で、錯誤があったと主張することに引きずられたというのみならず、これまでの錯誤判例の全展開過程そのものが、条件的構成に対して忌避的であったという伝統にも影響されているというべきである。一定の事実を条件としたという場合には、合意内容如何という客観的な契約の解釈が問われるが、当事者の主観的な心理的文脈に即していえば、まさに誤信があったがゆえに契約の効力を問うているため、「錯誤」論で扱うことにほとんど抵抗がないのであろう。

(4) 以上のように、【判例一】の錯誤論は、一方当事者が一定の事情を確実なものとして前提として、これが事実と一致していなければ、要素の錯誤となる、という見解を採用している、従来の和解錯誤論をそのまま踏襲している。それゆえ、前提に関する錯誤が、なぜ要素の錯誤となるのかの理論的検討ないし説明は見られない。私見によれば、固有の和解の基礎に関する錯誤ではなく、また内容の錯誤が問われる問題でもなく、むしろ、当事者双方が共同して一定の事情の存在（ないし不存在）を示談締結の前提としたが、この前提が真実ではなかったために、示談全体の効力が失われると解すべきである（ただし、本事実ではYの方が詐欺を働いていて、信じたのはXのみだったとはいえ、双方ともに一定の事実を前提としたといつて妨げないと思う）。これは、一定の事実を条件として契約を締結した場合と同じく、一定の事実を前提とする合意があったというべきで、問題の真の核心は、右のような合意があったといえるか否かの契約解釈の問題だと考える。本件では、前提の上に構成された示談と考えることに（相手が欺罔手段を用いていたゆえになおさら）全く抵抗を感じさせない事案だったので、示談無効の結論を容易に帰結しえたといえるのではないか。しかし、要素の錯誤の問題でないことは十分に認識しなければならない。

契約の解釈の問題として、私見のいう前提合意がもし認められないとしても、本件では、Yの詐欺があるので、九六条によって本示談を取消すことだけ是可以する。前提合意が認められかつ詐欺の要件も充足する場合の両者の関係については、ここではこれ以上立入らない。

(三) 判例二の分析

(1) 【判例二】の事案においても、和解の基礎に関する錯誤は存在していない。本件における和解内容は、認定によれば「被告らが原告らに対して連帯して金一五〇万円を支払うこと、同額を越える損害額については、原告らはこれを免除すること」である。この事案における固有の和解の基礎は、「被告らの原告らに対する損害賠償責任の存在」に尽きる。この和解の基礎は、事実に一致しているのであるから、【判例一】と同様、和解の基礎に関する錯誤による和解（本件では調停であるが、その内容が和解であることは疑いない）の無効を帰結することはできない。本件における当事者の前提とした事情は、「政府補償金三〇〇万円が原告に給付されること」であり、これを前提として、原告・被告間に一五〇万円の損害賠償額の確定という契約内容を構成したと一応はいうことができる。しかし、もし右の前提事情が正しくないこと、すなわち、政府補償金は一五〇万円しか給付されないことが調停成立当時当事者に認識されていたならば、当事者間に争い自体が初めから発生しなかったであろうか、否である。原・被告の損害賠償額を定めるための争いは依然として生じていたであろうことは疑いない。すなわち、ある一定の事情を契約の基礎ないしは前提としたということができて、それだけでは、和解の「基礎」とされたとはいえないのである（争いを排除する事情であることが必要）。このことは、すでに、「一 示談と錯誤」においても、【判例二】の検討に際しても、述べたと

ころであるから、ここではこれ以上繰り返す必要はないと思う。

(2) 本件判旨は、「政府補償金三〇〇万円の受給」という事情を原告の一方的な前提と解しているようである。すなわち、「原告らが本件調停条項による調停を成立させたのは、政府補償金三〇〇万円の給付を受け得られるものと信じたからであって、原告らはこれを前提として、本件調停を成立させたものであり」(傍点筆者)と述べているところから、原告がうかがわれる。原告が右の前提事情を確実と考えたればこそ、調停に応じたといういきさつが認められるから、原告が前提としたことは疑いないとしても、単に一方的な前提と考えるとところが問題である。政府補償金三〇〇万円の給付可能性は、原告が一方的に確実と思考したというのではなく、調停勧告をした調停委員会が原・被告双方に間違いなき事情として勧告し、当事者双方に当初の主張を共に譲歩させて調停を成立せしめているのであるから、まさに当事者双方とも調停の前提として原告による政府補償金三〇〇万円の受給を思考していたのである。両当事者が共同して契約を一定の事情の上に築いた場合¹³⁾であるとして妨げない。当事者の一方のみが一定の事情の存在または不存在を確実と考え、それに基づいて意思表示を行った場合(決定的な動機)は、いかにその動機が重要なものであっても、相手方当事者には関わりがないのであり、相手方が、一定の事情を表意者が前提としたということを認識していたといえる場合でも、原則的には、その誤りの危険は、表意者が負うべきものである。しかし、単なる認識を超え、事情によっては、表意者の前提を相手方もみずから採用したといえる場合もありえよう。すなわち、一方当事者が一定の前提においてのみ意欲したいと表示したということを他方当事者も認識しているのに、それに異議を述べないこと等によって、それをみずからも採用したとみなされうるという場合である。

(3) 右のように当事者がその上のみ意思表示を形成した「前提」が事実にして誤っていれば、条件(未来の事

実に関るときまたは不明確な場合」と同じく附款としての前提（過去、現在の事実に関るときまたは確実な場合）の欠如によつて意思表示はその効力を失うと考えることができる。⁽⁶⁾【判例二】も本件もいずれも右の如き、前提が問題となっている。この前提は条件と同一の性質を有するから、附款として意思表示の内容となりうる。附款は本体的意思表示の効力を制限する別個の意思表示である。したがって附款が定立されたか否かは法律行為（契約）解釈の次元の問題であり、九五条の錯誤の次元の問題ではありえない。一方当事者の前提ではなく（一方的前提——当事者の内心に留まっているにすぎない）、両当事者にとつての前提（双方的前提——少なくとも一方当事者が前提したことを認識しているのみならず、それを了として応じたないし採用したといえる場合）の一定の場合には、私見のいう前提（条件）合意の存在を肯定して妨げないと考える。しかし一方的な前提しか考えようとしなない立場においては、本件判旨がそうであるように、前提をそれあるゆえに当該の意思表示をしたところの、いわば決定的な動機としか理解しえないので（その意味では、その誤りは主観的・客観的な重要性を有している）、なされた意思表示の動機に錯誤ある場合、すなわち、動機錯誤論の領域の問題として取扱われることとなる。本件判旨が、原告の前提は表示せられた動機であると断じ、その代りその錯誤の主観的・客観的重要性には何ら関説することなく要素の錯誤と判示しているのは、この間の事情を如実に示しているものにはかならない。その結果、さらに原告の重大過失の有無が大きな問題として取り上げられている。しかし前提を双方的前提に限定して、そこに条件の性質を見る立場では、原告の重大な過失の有無は全然問題とならず、当事者双方が前提とした以上、それが正しくなければ、意思表示は当然効力を失うべきであると考えことになる。本件はまさに「前提」合意の問題である。

- (4) 本件事案においてさらに考察すべきは、調停の具体的な内容である。というのは、原告の主張する調停内容

と裁判所によって認定された調停内容とはかなりくいちがっているからである。原告は調停の内容としてつぎのように主張した。「被告らは原告らに対し本件交通事故による損害の賠償として金四五〇万円を支払うべき債務を負担する。その支払方法として被告らは原告らに対し金一五〇万円を支払い、残額三〇〇万円については被害者である原告らが政府補償金三〇〇万円を自ら請求し、その給付を受けること、もしも政府補償金の給付が金三〇〇万円に満たない場合はその不足分を被告らにおいて賠償する旨の合意が成立したものである」と。この主張によれば、調停内容としては、「原告・被告間の損害賠償額を四五〇万円に確定する」という核心的な部分とさらに、右の四五〇万円の支払方法に関する調停条項として、(1)被告らの連帯してなす現実の出捐分一五〇万円、(2)政府補償金による三〇〇万円、(3)補償給付なき場合は被告らはその相当金を出捐することの三点が定められていたことになる。したがってもし補償金が現実には一五〇万円しか給付されなかったならば、その減額相当分は、被告らの債務としていまなお不履行となつてゐるにすぎないことになる。これに対し認定された事実としては、むしろ調停調書の記載文言どおりに、「損害の賠償として被告らが原告らに対して連帯して金一五〇万円を支払うこと、同額を超える損害額の支払については原告らはこれを免除する」旨の条項による調停内容にすぎないとされている。裁判所は、「原告・被告間の賠償額を一五〇万円に確定する」「その余の請求権を放棄する」二条項からなるとみている。原告の主張によれば、政府補償金三〇〇万円の給付が受けられることは、被告の債務内容の別語であり、単なる支払方法の一種にすぎないこととなるので、錯誤による無効は生じようがなく、単に未支払賠償額について被告の債務不履行責任を追求することができにすぎない。したがって、被告が一五〇万円を現実提供すれば、改めて賠償額の確定のための争いまたは訴訟を生じないことになる(ただし被告らは、実際には、支払いに應じていないので、原告は契約を解除して、調停を失効さ

せ、あらためて全損害について賠償請求することもできる。裁判所は、成立した調停内容は、もっぱら一五〇万円という賠償額の確定と判断しているので、政府補償金三〇〇万円の給付を原告が受けられることという原告の確定的な表象を本件調停の動機として把え、決定的に重要な動機、すなわち、「前提」として構成し、この前提が相手方に表示されたといえるから、要素の錯誤となると推論している。こうみると、動機錯誤論一般の中での本件のような前提の問題が契約の内容（とはいっても、三〇〇万円の補償金の受給という前提が意思表示の内容となることはない。原告主張の如きの契約内容化することを意味している）や条件（前提）合意の問題として把握されたい要因としては、前提をあくまで、一方当事者の前提観念（ないし表象）としてしか理解しない判例の傾向にあるように思われる。右の傾向は反省さるべきではなからうか。

(5) さて本件調停内容をいずれに解すべきか。原告のいう「被告に対して四五〇万円の賠償義務を負う」趣旨に解することはむずかしいと思う。何故ならば、被告は、原告の当初の三〇〇万円（政府補償金のほか）の請求に対し資力がないうとして応じなかったものを調停委員会の勧告もあって、一五〇万円で一切が片付くならばやむを得ないと考えて調停に応じたという経緯があるからである。やはり裁判所の認定が優れていると思われる。原告の主張するような事情は、私見によれば、前提合意ありや否やに関する認定資料として判断の対象となるべきである。

(四) 学説紹介

(1) 二つの判例の検討を通して、従来、和解の基礎ないしは前提と称せられてきた事情の中には、ドイツ民法七七九条に規定されているような、具体的な和解内容からみて、客観的に措定された確定的基礎事情と、当事者双方がと

くに締結に際し前提とした一定の事情という異質的な事情が混在していたことを示談の前提に関する錯誤事例においても明らかにしたと考える。¹⁷⁾ 便宜上、第一の事情に関する錯誤を和解基礎錯誤、第二の事情に関する錯誤を和解の前提に関する錯誤と呼ぶことにしよう。和解の前提に関する錯誤とは、結局、当事者双方が一定の事情を和解締結に際し契約の基礎ないし前提としたが、この基礎とされた事情が事実と一致しない場合に生じる。ドイツにおいて行為基礎論によって論じられ、RGによって、一般錯誤規定であるBGB一一九条一項の表示内容とみなされて錯誤取消が承認された事例も多くはこの前提錯誤事例であった。¹⁸⁾ しかし私は、錯誤が問題なのではなく、一定の事情を前提とする当事者の合意の問題と考え、条件と同じく附款としての前提合意によって和解の効力が失効すると解すべきであると主張してきた。従って、和解無効の根拠を右に述べた以上に論ずる必要はない。この前提錯誤と区別された和解の基礎に関する錯誤の方は理論的には難しい問題を含んでいる。和解基礎錯誤による和解の無効を(黙示的な)条件ないし前提合意に基礎づけないとすれば、その理論的根拠が問われるからである。しかしここではこの問題の理論的な検討を果たす余裕がない。先学の若干の論述を紹介するにとどめたい。

(2) 和解と錯誤の關係について最も早く問題の発見をした我妻栄「和解と錯誤との關係について」(昭一三年)は、和解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堪がみ、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ことはいうまでもない。しかし我妻博士は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、債権者(甲)、債務者(乙)間に債務額についてのみ争いが生じ、和解がなされたが、現債権者と前主たる債権者との間の債権譲渡契約が無効であるとか、他の理由で、現債権者には実は債権は帰属して

いないという事実が判明した場合、「和解はこれによって影響を受けないものであろうか。『受ける』と答うべきこともほとんど自明の理であらう。けだし、右の例においては、債権が甲に帰属するかどうかという事実は少しも争われず、したがって、乙が（一定額の）残存債権を認めた意思の内には、債権額についての譲歩は認めねばならぬが、債権の帰属については何事をも認めえない。結局、債権の帰属自体については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。」⁽¹⁹⁾（傍点筆者）と述べている。ここでは、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えないが故に生ずる無効を説いているとみられるのではない。私が和解の基礎が根底から崩壊するから、その基礎の上に築かれた和解が効力を失うと説くのと同一の説明と解しうるのではなからうか。少なくとも錯誤の本来の問題とは把握していない（むしろ右の引用文のちの文章によれば、条件合意に近接するものと理解しているようである）。

(3) 高梨公之「和解——その基礎と内容——」（昭三八年）という有名な論文は、和解の成立要件たる争いの存在と互譲要件を軽視し、和解を法関係確定合意と概念規定しつつ、和解錯誤にも関説してつぎのように説いた。「ある債務の支払い方法について和解した以上、違う支払い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こりえない。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。思い違いがあろうともこれでよしとされた合意が思い違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。」⁽²⁰⁾この論文は和解基礎錯誤事例における無効の帰結を錯

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、三宅正男「瑕疵担保責任と錯誤」（昭四七年）は、「和解に特有の、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）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、事実に反する（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、事実を知れ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。

(4) 以上の我妻・高梨・三宅論文は、いずれも本質的には、和解基礎錯誤を一般錯誤論の問題とはみていない。とくに高梨論文は独自の発想から、合意の存在基礎の喪失という考えをいち早く打ち出しており注目に値するし、三宅論文はおそらく、ドイツ民法七七九条の規定を考察して、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ろうと思われる。

三 前提と錯誤

(一) 表示された動機と合意された動機

契約当事者が一定の事実の発生または不発生を契約の前提としたが、この前提が事実と一致しないという場合に、わが国の判例はこれを錯誤論の領域で扱い、一方当事者が一定の事実を前提として意思表示した、この前提は相手方に表示されて意思表示の内容となっているから、要素の錯誤となる、と論ずる。このことは「二つの判決」において述べたとおりである。右の判例のように表示された動機錯誤として要素の錯誤に包摂する見解に対して、私見は

前提合意の問題として、表示された動機というよりは、合意された動機の法的処理の問題と考えようとする立場である。かかる立場についても、これまでいくつかの論者によって議論が行われている。本章では、それをかんとんに振り返ってまともに代えることにしたい。

(二) 東京大学判例研究会の錯誤論

東京大学判例研究会は、最高裁の民集に登載された判例をほぼ網羅的に評釈しているが、その評釈のうち、いくつかは、前提ないし条件と錯誤との関係について触れている。

第一評釈、村上淳一「建築確認の許否と建物建築請負契約の要素の錯誤」最判昭和三四年五月一四日（民集一三卷五号五八四頁）の評釈、法協七六卷六号七〇九頁。

第二評釈、星野英一「売主の要素の錯誤を認めた一事例」最判昭和四〇年一〇月八日（民集一九卷七号一七三二頁）の評釈、法協八三卷五号七九三頁。

第三評釈、北村一郎「動機が表示されても民法九五条にいう法律行為の要素とはならないとされた事例」最判昭和四七年五月一九日の評釈、法協九一卷二号三二九頁。

(1) 第一評釈の対象となった判例事案は、請負契約にかかわる。建築請負契約が締結され、当事者双方とも建築工事確認は当然受けられるものとして信じていたので、契約締結時が三月一日なのに竣工引渡は五月末日と定められた。ところが、当該敷地が中学校の運動場予定地だったために農地転用の許可が得られず、ひいては建築確認申請書が不受理（七月一四日）となり、建築をすることができなくなった。請負人はすでに木材を用意し切込作業の大部分を完

了していたので、八月二七日、Yの債務不履行を理由に契約を解除し、損害賠償を求めたものである。注文主が錯誤を主張したのに対し、最高裁は、建築確認を受け得るかどうかは、単に契約の動機にとどまる、として要素の錯誤を認めなかった。評釈はつぎのように論評する。「Y（注文主―筆者）の陥った錯誤を請負契約の動機にすぎないと見ることは意思教説から演繹された伝統的な錯誤論がもたらす当然の帰結であるとしても、本件では少なくともそれが契約内容とされていることは明瞭だと言わなければならない。なぜならば、およそ建物を建築するに当ってその敷地に建築を困難にする支障のないことは不可欠の前提であり、本件においても、X（請負人―筆者）Y双方が『建築工事の確認は当然受けられるものと信じていた』という二審認定の示すとおり、敷地に支障のないことは明らかに両当事者によって請負契約の内容とされていたとみるべきである。……確認が得られることは契約の条件となっていたのであり、かりに契約締結当時すでに確認を得がたいことが客観的に明白だったとすれば不成就に確定している既定条件の効果として、また、（もしのちに確認を得られなくなったときには）条件不成就の効果として、この請負契約は無効と見るのが正当である。（本件においては）Yが期限を切って工事を急がせたという特殊の事情があるのだからYがリスクを負うという暗黙の合意を推認し、Yに損害賠償義務を課するのが最も適切な解決だったと思われる。」右の評釈に対しては、私見からみて、若干疑問が感ぜられる。なるほど「およそ建物を建築するに当ってその敷地に建築を困難にする支障のないこと」は、たしかに建築請負契約の「不可欠の前提」ではある。しかし建築を困難にする（というよりは、不能にするというべきだが）支障の全てが不可欠の前提となるのではない。右の支障のうち、当事者の合意によって、一定の支障となる事由を除去する義務を当事者の一方に負わせることが請負契約の内容として合意される場合もありうるのである。「Yがリスクを負うという暗黙の合意」はまさにかような合意と見るべきである。そうであるな

らば、「確認が得られること」が「契約の条件」となっていたといふべきではなく（すなわち意思の自己制限としての附款たる条件合意の存在はなく）、確認が得られると信じたのは、注文主Yの一方的な前提すなわち、動機にすぎず、これが誤りであったとしても、法的顧慮に値しない動機錯誤が存在するのみである。村上評釈は、「動機の錯誤」論で片をつけた最高裁を非難するが、これはすじ違いだといわなければならない。当該敷地には建築確認を得ること以外に、本件建築を不可能にする事由は存在していなかったとすれば、契約は完全に有効であり、Yが確認を得られなかったため、請負契約の履行をすることができなくなれば、Xは、契約を解除して、損害の賠償を求めうる。これは至極当然の結論である。この事案においては、私のいう、前提合意の存在を認めることはできない。建築確認の得られることを確実なる前提として、従って、それが得られなければ、契約の効力は奪われるべきであるという意味合いの合意は認められえない。⁽²²⁾しかし、いわゆる当事者双方が一定の事情を「不可欠の前提」とした場合は、錯誤論の問題ではなく、条件論、とくに既成条件の問題であるとの指摘は高く評価されるべきである。ところが、のちに村上「和解と錯誤——学説史的研究——」⁽²³⁾（昭三八年）は、和解の基礎に関する錯誤を共通動機錯誤であると認め、一方的錯誤とは、顧慮さるべき要件と効果を異ならしめるべきであるとしつつ、民法九五条の錯誤領域に組みこむことを積極的に主張している。私が論証したように、わが国の和解基礎錯誤と呼ばれるものには、和解に固有の基礎と和解の前提とが含まれており、少なくとも後者（和解と請負とは異なっても、いずれも一定の事情が契約の前提・条件となっていることにかわりはない）を本件評釈においては、条件ないし前提合意の問題として、錯誤論以前の契約解釈の問題として考察されるべきことを提唱しているのであるから、この評釈とのちの論文との間にはその主張において矛盾があると感じられる。⁽²⁴⁾

- (2) 第二評釈の事案は土地及び建物の売買にかかわる。債権者Xと本件物件の所有者Yは、Yの実兄がXに対して

負担していた債務の返済のために本件売買（債務の弁済のほか三千円の補足金の約定）を締結した。原審の認定によれば、「本件契約は債務引受及び相殺契約を含んでいるが、それは売買と一体不可分のものであり、したがってXが本件資金の貸主であることは本件契約の不可欠の要件、即ちそれなくしてはYにおいて契約締結に及ばなかったと考えられる。」ところがXは契約締結当時債権を他に譲渡してしまっていた。最高裁は契約を要素の錯誤で無効と判示した。星野評釈は、本件事案を債務がないのにあると誤信して、その弁済のためにした契約（非償弁済類型）として、類似的先例との関係を検討しつつ、「本件の錯誤は、一定の目的で契約したのに、その目的が達成できないものであったから、常識的な意味での「動機」の錯誤なのである。しかし、このような場合には、弁済に関する限り債務なき弁済として不当利得になるものであり、より一般的には、契約の「前提」の欠缺の問題であるともいえる。……両当事者が契約において不可欠の前提とした事実の不存在は、ちょうど、法律効果の発生を将来発生する事実にかけるところの「条件」の不成就が契約を無効とするように、契約を無効とすると解するのが妥当であり、これは錯誤論以前の問題ともいえそうに思われる（前掲村上評釈）。そこでは、果たしてある事実の存在が契約の効力の「不可欠」の「前提」とされたかとなり、契約の解釈の問題に帰する。」右に引用した限りにおいては、本稿の基本的立場と全く同一の見解であるので、さしあたり、全面的に賛成である。「前提」と「条件」、「前提」と「錯誤論」、「前提（条件）」と「契約解釈」の諸点は、私がいくつかの論稿において強調してきたことと同意見である。

(3) 第三評釈の事案は支払委任にかかわる。X・A間にいったん成立した山林売買のち、これを合意解除し、この山林と他の山林とを交換する契約が同一当事者間に成立したため、受領しかつ金融機関Yに貯金してあった右売買代金をこの金融機関を通じて返還すべく、貯金契約を解約しYに対してAへの支払いを委任しYはそれを履行したと

ころ、Xは、交換の目的物たる山林の価値評価を誤って、すなわち動機の錯誤にもとづいて支払委任をしたものであり、この動機はYに表示されていたから貯金契約の解約及び支払委任は要素の錯誤で無効となる、と主張した。判旨は「Aに対する支払の動機のごときは、Yに表示されたかどうかにかかわりなく、右定期貯金の解約および支払委任という法律行為の要素となるものではない」とした。北村評釈は、Yの代表者Bが、自己の利益を図る観点から、交換の成立に積極的に関与したというよりもむしろ主導的な役割を果たしていたことを把え、「当該交換契約から生ずる債務の支払を目的とすることをX・Bともに充分承知の上で締結されているのであるから、その目的は本契約の不可欠の前提というべきであろう。しかもここでは……具体的な行為の具体的基礎の問題なのだから、その基礎がくずれる以上当該合意も無効とならざるを得ないのではないか、即ち、錯誤論以前の契約解約の問題として無効なものと言ふべきではないか」と論じている。不可欠の前提が存在する場合は、契約の基礎の問題に属するとの指摘、さらに、基礎がくずれる以上その上に形成された合意も無効となるとの見解は注目し値する。和解の基礎の錯誤による無効については、この考え方を私も採用していることはすでに述べた。しかし、本件に不可欠の前提があるといえるかまたはそれを認めたとしてもその前提がくずれたといえるかは大いに疑問である。支払委任をするには、必ず支払目的があるのは当然であるが、それはつねに委任者の側の問題であり、支払目的（債務負担理由）が明示されようがされまいが、またそれが存在しようが存在しまいが、受任者にとっては関わりのないことからである。受任者は、委任事務を処理すればそれで足りるからである。しかも本件は、交換契約によってXは代金返還債務は現に負担しているのであって（北村評釈は交換も無効であるから債務なし、即ち非債弁済の類型事案とみているようだが、本件ははまだ無効が確定したわけではなく、債務を負担していないとはいえない）、前提が欠如しているないし基礎がくずれたとはとてもいいえない事案な

のである。もし、交換が成立し支払委任がなされたのち、この交換契約が取消されたり、無効ないし失効したことが確定し、この事情を知りつつあえて支払委任を受任者が履行したという場合ならば、基礎がくずれたといえないこともないかもしれない。しかしこの場合でも、支払委任そのものは有効なのであって、むしろ委任事務の反信義的利用として場合によっては委任者に損害賠償請求権を認めることができるかもしれない。本件でもYの代表者は交換が詐欺または錯誤によって効力を失うようになるかもしれないことを十分認識しつつ、自己の利を図って交換を成立させ、支払委任を履行したという点に反信義的な容態を見ることができるとは、そうであっても、支払委任そのものが動機の錯誤によって無効となることはありえないといべきである。⁽²⁵⁾

(4) 東大判例研究会の評釈における前提論は、私見と基本的には同一の発想ないし理解をしており、本稿もこれに負っている。ただ事案分析の点で異なった見解を採っているにすぎない。前提、条件と錯誤論の関係についてはつぎの三宅論文がもっとも明解であるからつぎにそれをかかげる。私見の前提論はほぼこの三宅論文に依拠しているからである。

(三) 三宅教授の前提論

三宅正男「売主の担保責任と錯誤」⁽²⁶⁾（昭三七年）は、サヴィニーの錯誤論の紹介につづいて、前提論を展開している。「契約の当事者は、相手方や目的物の性質、あるいはその他の諸事情（過去現在及び未来の諸事情）につきある考えをもち、それが動機となって、意思を決定するに至るものである。これらの動機に誤まりがあったとしても、右の意思が直接的にあることを排除するものではないから、意思表示の効力を排除しないのである。動機に誤まりがなかったならば、その

意思をもたなかったであろうということがいえても、それは意思の欠缺ではなくて、ともかく意思の存在したことを、肯定する主張にはかならない。動機を単に表示しただけでは、積極的にも消極的にも何らの変化ももたらさない。しかしながら、もしある事実が欠けるならば、契約を結ぶ意思をもたないことを表示して、契約した場合には、条件（未来の事実につき）、または前提（過去現在の実情につき）の契約となる。この場合には、直接的な、意思の存否の問題としては、意思の欠缺は本質的錯誤ではなくて、反対に意思はあり、有効な契約となるのである。その上で、一定の条件のもとでそれを消極的に打消す意思の表示、すなわち条件または前提を伴っているために、それに効力がみとめられて契約が効力を失うのである。さらに、物が一定の性質を有することを売主が保証したときには、その性質が欠けることを理由として、損害賠償を請求することもできる。」前記第二、第三評釈がいずれもこの三宅理論に着目していないのは、どうしたことであらうか。

おわりに

本稿は前提合意と錯誤との関係を、実質において前提合意が問題となっているのに、錯誤論で処理している二判決を素材に、明らかにしようとしたものである。動機錯誤論の全面的な検討はわが判例の分析をもとに、一方において明治期以後の錯誤論の展開を跡づけ、他方においてウィントシャイトの前提論、エルトマンの行為基礎論、ラーレンツの行為基礎論などの学説史を自説との関連において分析することが必要である。ことにウィントシャイトの前提論を軸にわが国の動機錯誤論を批判的に検討しなければならぬと考えているが、今後の課題としたい。

- (1) 有泉享編・現代損害賠償法講座一七九頁以下。「示談の拘束力」として引用。〔本書五〕
- (2) 我妻栄「和解と錯誤との関係について」法協五六卷四号（昭和十三年）。のちに民法研究Ⅵ債權各論一七一頁所収。同・債權各論中卷二（民法講義Ⅴ）八八〇頁以下。来栖三郎・契約法 法律学全集21（昭和四九年）七二五頁以下。篠原弘志・注釈民法Ⅶ「和解」一九八頁以下。
- (3) 大判大正六年九月一八日（民録二三輯一三四二頁）。大判昭和一〇年九月三日（民集一四卷一八八六頁）。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）。
- (4) 和解以外では今なお、動機の錯誤は、客観的には、一定の事情が条件・前提・保証の如き合意化された場合にのみ保護されているにすぎないのに、「動機の表示」と「錯誤の重要性」の下に要素の錯誤として顧慮されている。ただし、示談の錯誤無効を認める判例は、右の二要件を掲げるものがしばしばみられる。
- (5) 詳しくは、高森八四郎「和解の基礎に関する錯誤について」(一)、(二)民商法雑誌六五卷六号九〇三頁、六六卷一号六四頁参照。とくに(一)の九二八頁以下、(二)の八九頁以下参照（以下においては右論文を拙稿(一)、(二)と引用する）。
- (6) 我妻「和解と錯誤との関係について」民法研究Ⅵ一七五—一七六頁。
- (7) 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。
- (8) この定義はドイツ民法（BGB）七七九条一項に明定されている和解の基礎の概念にはかならない。
- (9) 東京地判昭和四〇年一月二七下民集一六卷一号一一一頁。
- (10) 最判四三年三月一五日民集一二卷三号五八七頁。
- (11) 「示談の拘束力」一九七頁。
- (12) 大判大正六年二月二四日民録二三輯二八四頁。
- (13) 判旨は「其性状ヲ具有セサルニ於テハ法律行為ノ効力ヲ発生セシムルコトヲ欲セズ」云々と述べている。このケースにおいて、条件よりむしろ特定馬匹の一定の性状・来歴を「保証」したものと考える立場も説得的である。目的物の性質に関しては、売主は保証するのが一般的であるからである。保証合意ならば、契約は有効で、売主の債務不履行責任が問われ、解除の上に損害賠償請求も受けることとなる。条件か保証かの決定は一個の難問題であって一概には決しえない。

(14) 錯誤と詐欺との関係についてはすでにきわめて適切な問題の指摘がある。高橋三知雄「私的自治・法律行為論序説(三)」関西大学法学論集二四卷六号六八頁以下参照。

(15) 高森八四郎「債権一部放棄の意思表示と動機の錯誤」法律時報一九七二年二月号一八九頁。

(16) 三宅正男「売主の担保責任と錯誤」契約法大系Ⅱ一二四頁。

(17) 和解錯誤論一般の問題については、拙稿(三)九六頁参照。

(18) 若干の検討はすでに前掲拙稿(三)において行っている。だがまだまだ不十分なので今後の検討課題としたい。とくにウィントシャイトの前提論とレーネルの目的不達論の本格的な検討を果たさなければならぬ。わが国においては、動機錯誤も錯誤の本来の構成部分と考える見解を克服しなければならぬ。

(19) 民法研究Ⅵ一七五―六頁。

(20) 契約法大系Ⅴ二一七―八頁。

(21) 演習民法(債権)三二―三頁。

(22) 建築請負契約において、建築確認を得られるか否かに関して、注文主または請負人のいずれかが確認申請書類を作成し、かつ確認許可を得るべく官庁に働きかけることになっている。注文主が無知で請負人に委せる場合も、また請負人には一切関係なく、注文主がそれを行うことが了承されている場合もあり、本件は、後者の場合に属し、もっぱら確認許可の取得は注文主が果たさなければならぬ事柄となっている。したがって、注文主が請負人に工期を限って工事を急がせた以上、その危険は、すべて注文主が負わなければならない。本件はまさにかような事件なのである。

(23) 契約法大系Ⅴ一九一頁以下。

(24) すなわち、後の論文においては、和解錯誤はすべて錯誤論で処理せよと主張し、本件評釈では錯誤論で処理した最高裁を非難し、条件論で取り扱えと論じている。和解の基礎ないし前提の錯誤には、当事者が一定の事情を双方一致して前提としたケースがあり、これは契約一般に拡大されてよいのであるから、和解ならぬ、請負においても一定の事情を条件または前提とし、この点で和解と請負とを区別して論ずる必要はないのである。

(25) 本件判批として高森八四郎・民商法雑誌六八巻一号六六頁。

(26) 契約法大系Ⅱ一二二頁以下。

(27) ウィントシャイトの前提論をとくにレーネルとの論争に即して詳細に分析したものに、五十嵐清「事情変更の原則と不当利得ーウィントシャイトの前提論を中心にー」谷口教授還暦記念『不当利得・事務管理の研究』(3)八七頁がある。本稿は多くをこれに負っている。

〔初出・関西大学法学論集二六卷四・五・六合併号、明石三郎教授還暦記念論文集（昭和五二年三月、一九七七年）〕

七 示談契約における免除の効力

はじめ

諸々の事故から生ずる紛争の大部分が、今日示談によって解決されているといふことはいまさらいうまでもない。この示談契約の拘束力に関しては主に二つの側面から問題が生ずる。一つは対内的な効力、すなわち示談当事者間において示談がなされたのちに予想後の後遺症が生じた場合の処理に關して生じる。二つは対外的効力、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免除・放棄した場合に、この免除ないし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、有するとしていかなる程度・範圍に關してかという問題に關して生ずる。これは、いわば示談契約の第三者に対する効力、すなわち示談（免除・放棄）の対外的効力の有無の問題である。この問題は、現時、判例においてもかなりの数に取り上げられ、学説にも注目すべき見解もあらわれているという意味で、理論的にも、實際的にも重要な問題である。

右のような示談の対外的効力の有無の問題は、いわゆる講学上不真正連帯と呼ばれる債務關係において主に生じる。⁽¹⁾ 基本的な類型は先きの共同不法行為者相互間の賠償義務の場合、使用者（または運行供用者）と被用者（または運転者）

の被害者に対する賠償義務の場合、子の不法行為による本人と親権者（代理監督者）の賠償義務の場合などが考えられる。このうち判例において問題となったのは、共同不法行為関係の場合とつぎの使用責任（運行供用者責任）関係に限られている。

本稿では、これら示談契約における免除・放棄の対外的効力に関わる判例をすべて取り上げて客観的に検討し、判例の基本的な態度を析出すると同時に、学説がこれに對しいかに対応しているかをさぐることにしたい。

右の主題へ詳しく立入る前に、真正連帯債務関係における免除の効力に関し、簡単な考察を経ることは便宜であろう。

一 真正連帯債務関係における免除の効力

民法四三七条は、連帯債務者の一人に対する免除の効力につき、被免除者の負担部分の限度においてのみ、他の債務者の利益のためにも効力が生ずる旨、いわゆる免除の絶効的効力を規定している。わが民法は、共同連帯と単純連帯という二種の連帯債務に関して両者を区別する立場を採っていないが、いづれかといえば、共同連帯を念頭において、連帯債務者の一人に生じた事由の絶効的効力を広範囲に認めており、四三七条もその一環の規定だとされている。そして、これは、連帯債務における債権者の地位を不当に弱める、担保力を減殺することになる、^②という批判にさらされてもいる。この批判は連帯債務制度を債権の強効化、債権担保化の一制度として把握する立場からは当然の主張である。免除は債権者の満足を伴わない債権消滅事由だからである。

他方、判例によれば、民法四三七条の規定は、当事者間の関係を簡単に決済する、すなわち転債（求償の循環）を避

けることかつ転債の過程で無資力者が生じた場合における当事者の不公平を是正する趣旨であると解されており、⁽⁴⁾そうだとすれば、右の規定は、免除はつねに被免除者だけを、連帯債務者相互の対内関係においても負担を免れさせる意思をもっているものと前提することとなり、これは、免除者（債権者）の通常の意味に反するのではないかという形でも反論されている。⁽⁵⁾

右の転債禁止は、判例上必ずしも貫徹されてはいない。たとえば、大判大正九年一〇月三〇日（民録二六輯二二八頁）は、示談契約中の条件付免除が問題になっている事例において債権者が連帯債務者乙に免除したのち、もう一人の連帯債務者甲にさらに請求した場合、債権者に弁済した甲がのちに乙に対し求償すると乙は結局甲に弁償せざるをえないことになるが、たとえそうであっても、これはいわば「連帯債務者間の内部関係」に止まり、右の条件付免除は有効であると判示している。

このようなことから、学説は、「債権者が連帯債務者の一人に対して債務免除する場合、とりわけ一部を免除する場合の多くは、その債務者に対しては請求しない、というだけで、他の債務者に対しては依然として全額を請求する趣旨である」と解すべきだと主張している。⁽⁷⁾これは、四三七条を強行規定とはみずに、免除の絶対的効力を免除者の意思解釈という法技術を用いて、できるだけ制限していこうという立場である。本稿の主題（示談契約における債務の一部免除の効力）との関連でいえば、前記判例が示談契約中の条件付免除、右の学説が主として一部免除を論じているだけにいづれも注目されてよい見解といわなければならない。右の判例から察すれば、「免除」といわれるものうちにも条件付免除・相対的免除（相対的効力しか生じない債務免除）⁽⁸⁾の存在することは法律上必ずしも背理ではないことになる。したがってたとえば、「債権者が一部ノ連帯債務者ニ対シ他ノ連帯債務者が支払ヲ為サザル場合ノ外其請求

権ヲ行使セザルコトヲ約スルガ如キ」は一種の抗弁権を与えるにすぎず、「債務ノ免除」にあらずとか、連帯債務者の一人に対してなした「残額打切」の意思表示は「債務免除には属しない意思表示」であつて、それは「債務は債務として残しながら会社（被免除者）に対してはもはやこれを請求しない」という意思の表示であるという構成も、免除の絶対効を制限する意味において、新たな角度から検討されるべきであらう。¹¹⁾

そして我妻説では、債権者の連帯債務者に対する「免除」は次のような種類に分かたれることになる。(i)民法四三七条の適用されるところの絶対的効力をもった免除、すなわちこれは、被免除者を対内関係においても負担を免れさせる意思でなされる免除である。(ii)右規定の適用のない、相対的効力しかもたない免除、そのうちにも(i)債権者は、債務者の内部的負担には関係なく、ただみずからは請求しない、したがって他の連帯債務者から弁済を受けた結果、その者から求償されることには関知しないという趣旨でなされる免除と(ii)内部的な負担をも免れさせる意思で、しかも他の債務者の債務額には影響なしという趣旨の免除とに分類される。そして一部免除がなされる場合は原則として(ii)と(i)と推測されるべきだとして前述の説明を加えている。ただ例外的に免除額が大きく、弁済すべき額が負担部分にも及ばない稀な場合にだけ、その負担部分にくい込む限度で他の債務者に影響を及ぼすと解するのが当事者の意思に適する、といわれる。¹²⁾

右のように真正連帯債務においては、民法四三七条の明文によって免除に絶対的効力を付与しているにもかかわらず、判例・学説ともにこの規定が債権の効力を弱めていることに着目して、それを避けるべく連帯債務者の一人について生じた事由につき、その絶対的効力の及ぶ範囲を制限していこうとしている。この制限の傾向は、不真正連帯債務の場合、右の絶対的効力を目的到達事由（弁済およびそれと同視すべき事由）に限定し、免除・時効等他の事由には相

対的効力しか有しないとされているので、あまり顧慮せずともよいとはいえ、不真正連帯債務における免除についても、民法四三七条という明文規定が免除に関して存する以上、問題とせざるをえないし、さらに、たとえば民法七一九条の共同不法行為者の賠償義務は「連帯」と規定されているので、十分に留意しておくべきことである。

二 判 例

(一) 判例の概観

ここに集めえた判例は全部で二五件ある（判例一覧参照）。このうち示談当事者以外の者に対して免除ないし請求権放棄の拘束力を肯定した判例は、一応七件を数えることができる。時期的には、戦前の判例のほか、比較的初期のものに限られていることがわかる（昭和三〇年代三件、四〇年、四三年、四四年、四七年に各一件ずつである。もっとも最後の二件は後述のように対外的効力ありとされた事案か否か疑問）。このように比較的初期の判例において免除・放棄の対外的効力が認められたものがあるということに特別な理由・根拠を発見することができるのであろうか。否である。判例に対する学説の影響も調べてみたが、かかる事情をみとめることはできなかった。また【判例2】は犬咬事件における動物占有者と医師との共同不法行為、【判例3】は妻の不倫行為、【判例5】は偽造申請者と特許庁係官との共同不法行為、というように事件内容の点で免除・放棄の対外的効力を否定した他の諸判例と異なっていることが注目される。しかし否定判例が多くは交通事故をめぐり、共同不法行為関係ないし使用者（運行供用者）責任関係であるとはいえ、たとえば、【判例4】は妻の不倫行為であっても【判例3】と異なり、対外的効力は否定されているし、【判例12】は交通事故であるのに対外的効力ありとされていることなどを考慮すると、事件内容の相違が結論を左右したとも考え

番号	判決年月日 (出典)	事件概要	原告・被告	示談当事者	結論	理 由	備 考
----	---------------	------	-------	-------	----	-----	-----

● 共同不法行為關係

一	大判大 ^{三・二〇・元} 民録 ^{三〇一八四}	船舶衝突事 故	被害者 船舶所有 者	被害者と 他方の船 舶所有者	対外的 効力あ り	民法第一編第三章の総則の規定は不法行為に基づく債権にも適用がある。したがって不法行為により連帯債務を負担する数人中一人に対する免除には民四三七条の適用がある。	
二	千葉地判昭 ^{三・} 七 ^八 最高裁民集 ^{二八} 一 ^{九七}	犬咬事件に おける動物 占有者と医 師の医療過 誤事件	被害者 医 師	被害者 と 動物占有 者	対外的 効力あ り	原告は動物占有者と被告とを当初共同被告として賠償を求めていたが、和解によつて和解金以外の債務を免除する約束を動物占有者との間に成立している。同人と被告との負担部分は特約の存在について主張立証がないから平等と認むべきであり、原告は右和解の成立によつて被告に対しては全損害金額の半額を請求しうるにすぎない。	最判昭和 三 ^{元・二・四} 判決第一審
三	高知簡判昭 ^{三・} 六 ^四 判時 ^{一九七一} 九	妻の不倫行 為	被害者た る夫 姦 夫	夫と妻	対外的 効力あ り	妻の不倫行為は妻と姦夫とによる夫に対する共同不法行為であるから、兩名は各自連帯して損害を賠償する義務がある。夫の妻に対する負担部分の免除によつて共同不法行為者の負担部分平等というべき本件では、被告の利益のためにもその効力を生ずる關係上損害額の半額のみが被告に対して請求できる。	
四	東京地判昭 ^{三・} 一 ^一 下民集 ^{三一一三七}	妻の不倫行 為	被害者た る夫 姦 夫	示談なし	対外的 効力な し(傍 論)	妻に対して夫は免除をしていない。かりにそれをしていたとしても、妻と姦夫との共同不法行為は不真正連帯債務關係に立つから民四三七条の規定は適用がない。	

五	六	七	八
東京地判昭三・ 五九 下民集二五―二〇四〇	東京地判昭三・ 二・二四 判タ二七―二八一	東京地判昭三・ 八九 下民集二七―二七一	東京地判昭三・ 六七 判時四五―一二
専用実施権 の設定登録 の関する偽 造申請者と 特許庁係官 との過失によ り不法行為	不明	電車の踏切 事故	交通事故と 医療過誤の 競合
被害者た る特許権 者 係員の使 用者たる 国	被害者 一方の共 同不法行 為者	被害者 (歩行者) 共同不法 行為者 (踏切設 置者・東 京都)	被害者 (遺族) 加害者側 の使用 者たる 会社と 国
被害者 と 偽造申請 者	被害者 と 他方の共 同不法行 為者	被害者 と 他方の共 同不法行 為者(東 急電鉄 K)	被害者 (代理人 による) 加害車運 転者の使 用者
対外的 効力あ り	対外的 効力な し	対外的 効力な し	対外的 効力な し
偽造申請者と特許庁係官は共同不法行為によつて特許権者に損害を与えたことにより、不真正連帯債務を負うが、本件加害行為にあつては申請者が完全主導的地位にあつて、被告の負担部分はゼロであり、このことは原告も知りうべきであつたから、民四三七条に従い、申請者に対する免除は被告にも及ぶ。	民七一九条の「連帯」は不真正連帯の意味である。民四三七条の規定は共同不法行為による損害賠償債務の場合に適用がない。	本件事故は被告と東急との共同不法行為にあたり、これは不真正連帯債務の關係にある。だから当然には民四三七条の適用はない。本件事故は被告の負担部分が大きいものと認められるから、原告の東急に対する免除の効力は被告には及ばない。	慰謝料債務の被告会社に対する免除は、不真正連帯債務相互間においてはいわずに、相対的効力を有するに止まると解され、結局被告国の賠償債務に影響するところはない。
			共同不法行為者(自転車運転者)に対

●使用者責任関係

三	二	一	九
東京地判昭盟・ 四・八 交通民集一四六	東京地判昭盟・ 六・四 交通民集三一九五 判時六二一五	京都地判昭盟・ 二・四 交通民集三一六三	和歌山地判昭 盟・三・二 交通民集一一三六
ダンプカー の追突事故	自動車同志 の衝突事故	自動車二台 と自動車二輪 車との三重 衝突事故	自動車（タ クシー）と 自転車との 接触による 交通事故
被害者 ・加害者の 使用者	被害者 （乗客） ・相手方加 害車の保 有者兼使 用者	被害者 （自動二 輪運転車 ） ・一方の共 同不法行 為者（使 用者）	被害者 ・加害タク シーの運 転者の使 用者
被害者 と被害者 たる加害者	被害者 と被害者 同乗加害 車の保有 者兼使用 者	被害者 と他方の共 同不法行 為者（使 用者）	示談なし
対外的 効力あり	対外的 効力なし	対外的 効力なし	対外的 効力なし （傍論）
被害者の独立性が高く、使用者との支配従属関係が弱い場合には、被害者との間でなされた示談は、その範囲で使用者の責任をも限縮する。	共同不法行為者の一方に対する免除の絶対的効力は、免除なくば当該不法行為者がその負担部分として最終的に負担すべきであった金額を下回る金額の支払をもつてその余の損害額の支払を明確に免除の意思とされる行為をもつて免除している場合に、始めて論議されるべきだ。被免除者は過失割合（七〇％）を超過して示談による支払を済せている本件では免除は絶対的効力を有しない。	共同不法行為者の責任は不真正連帯債務であり、民四三七条の適用はない。共同不法行為者の一人につき、免除の事由が生じても他方にはその効力は及ばない。	する免除があつたと認めることはできない。仮にそれがあつたとしても共同不法行為者相互、又はその使用者の責任は不真正連帯債務であるから、一方社に対して免除・放棄があつても被告会社に対する責任に影響がない。
			被害者は 自転車に乗 っただけに 荷台にいた

二七	二六	二五	二四	二三
大阪地判昭七・ 三三三 交通民集五一五〇三	大阪地判昭七・ 六〇七 交通民集三一八九〇	最判(三)昭五・ 四・三 交通民集三一四三 判時五五―四	名古屋地判 昭四・二・二七 交通民集二二七九三	大分地判昭五・ 七・三 交通民集一八七五
自動車対自 転車事故	自動車対自 動車の追突 事故	自動車対自 動車の追突 事故	消防自動車 転落事故	原付自転車 対歩行者事 故
被害者 加害者 加害者 使用者	被害者 加害者 加害者 監督者		被害者 (遺族) 使用者 (豊橋市)	被害者 (遺族) 加害者 及び使用 者(県)
被害者 使用者	被害者等 使用者と る会社 (倒産)		被害者 (遺族) 被害者 (加害者)	被害者 (遺族) 被害者
対外的 効力あ り	対外的 効力な し	対外的 効力な し	対外的 効力な し(?)	対外的 効力な し
（示談金額その他の示談内容を考慮すると）原告においては被告会社との示談によって紛争を全部解決する意思であつたものと推認するのが相当であるから被告の責任も示談内容の範囲内に減縮され、原告の免除の効力は被用者にも及ぶものと解される。	使用者たる会社と原告らとの和解条項中の権利放棄条項は当事者間の相対的効力にとどまり、被告たる同会社代表取締役に対しては、その効力は及ばない。	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は和解等がなされても、他の債務については影響がない。	原告は加害運転者と示談しているが、これをもつて原告の被告に対する損害賠償の一切をも解決し、国家賠償法等による損害賠償請求権をも放棄した趣旨のものであるとはいえない。	被用者の不法行為に基づく使用者と被用者の責任は講学上負担部分の觀念の入る余地のない不真正連帯債務とされ、免除は相対的効力しかない。
	民七五条三 項の代理 監督者責 任	判例(三) の上告審 判決	国賠法の 適用され た事例。	

二八 東京地判昭四九・ 三・七 判時七五―三	従業員間の 暴行傷害事 件	被害者 ：被害者 加害者 ：加害者	被害者 と被害者 加害者	対外的 効力な し	加害者と使用者たる被告会社の賠償債 務は真正連帯の關係にあるから原告 が加害者に対して免除をしても相対的 効力を有するにすぎない。被告会社の 債務に影響を及ぼさない。	
---------------------------------	---------------------	----------------------------	--------------------	-----------------	---	--

●運行供用者責任關係

二九 東京地判昭四九・ 六・四 交通民集二二〇五	自動車対歩 行者の事故	被害者 ：被害者 加害者 ：加害者 義貸与者 の加害者	被害者 と被害者 加害者	対外的 効力な し	被告（加害者の名義上の所有者）の本 案前の抗弁に対する判断として、被告 らの各々に対する原告の請求権は真正 連帯の關係に立つから実体法上二個 の請求権であり、訴訟物も別個である。 一方に對し不起訴特約が有効に成立し ていても、他方にはその効力は及ばな い。ただし、名義上の所有者の供用者 責任は否定された。また上記不起訴特 約の存在についても認定していないの で加害者に対する原告の請求が認容さ れている（傍論というべきか）。	不起訴特 約の事例
三〇 東京地判昭四九・ 八・二〇 交通民集二一九二	乗用自動車 とタクシー の衝突事故	被害者 ：被害者 使用者たる 運行供用者	被害者 と被害者 加害者	対外的 効力な し	示談の内容と当事者が運転者である等 の事情から原告は運転者に対してのみ その余の權利を放棄したものと解すべ きであり、被告の責任は消滅していな い。	
三一 仙台地判昭四九・ 三・七 交通民集二一四三	自動車対自 転車の事故	被害者 ：被害者 加害者 ：加害者 運行供用者 （ドライ ブクラフ）	被害者 と被害者 加害者	対外的 効力な し	加害者連帯債務關係にあるから、原告の加害 者に対する一部免除の効力は、示談契 約の趣旨内容から他方にも及ぶものと 推認されるなど、特段の事情がないか ぎり、被害者保護の見地から原則とし て相対的効力しかない。	

(二) 諸判例の検討

〔一〕 共同不法行為関係における免除の効力

(1) 対外的効力肯定判例

【判例1】は船舶の衝突事件である。事故の発生は両船舶の船長双方の共同過失に基づくものであった。被害者は一方の船舶所有者と示談し債務を免除していたところ、他方にも請求権を行使したので、被告は、損害の一切を何人に対しても請求しない趣旨で示談がなされている以上、自分には責はないと抗弁した。しかし裁判所は、原告の示談によって被告の債務を免除したのではなく、示談当事者のためにのみなしたと認められるが、民法第三編第一章債権総則は債権に関する一般法則を規定したものであって、共同不法行為により連帯債務を負担する数人中その一人に対する債務免除の効力に関しては民法四三七条の適用が許される、と判示した。結局、免除の効力は示談の相手方の負担部分についてののみ他方にも及ぶとされている（負担部分は平等と認定）。本判決は共同不法行為者間の債務の性質を明確に連帯債務と規定して、連帯債務なら四三七条の適用は当然であるとしているわけである。ただ損害額や免除額については判決文中から知ることができない。【判例2】は、犬に咬まれた患者に対する狂犬病予防接種を安易に施行継続した結果、後に麻痺症が発生し、これにつき医師の過失が認められたので、動物占有者と医師の共同不法行為が成立した事件である。千葉地裁は「原告は当初不真正連帯債務として、訴外A（動物占有者）をも共同被告として連帯して右損害金の賠償を求めていたのであるが、訴外Aとに弁論分離後の口頭弁論期日に於て、本件被告（医師）の責任には何等ふれないこととして、Aより金六〇、〇〇〇円の支払を受けて同人に対しその余の債務を免除する旨の和解が成立したことは記録上明らかであり、被告とAの原告に対する損害賠償債務の負担部分は特約の存在につい

て主張立証がないから平等の割合と認むべきであるから、原告は右和解の成立によって被告に対しては前記損害額合計金二三五、五四八円の半額金一一七、七七四円を請求しうるに過ぎない」と判示した。結果として原告は全損害額の半額のみしか被告に対して請求しえないとされたのである。免除に絶対的効力を認めたことになる。本判決は、本件のような共同不法行為者間の債務の性質（連帯債務か否か）については判断していない。そして特別な理由を示すことなく、とにかく被免除者の負担部分だけの債務は他方においても免れるとされている。また負担部分と免除額との関係について特に顧慮したとも見受けられない。被害者は被告の責任には何らふれないこととして動物占有者と和解をしたとはっきり認定しながら、免除に絶対的効力を付与している。【判例3】は妻の不倫行為事件である。夫権を侵害された原告は妻の不貞行為の相手方たる被告に対し損害賠償を請求した。原告は不貞行為に起因する妻との離婚調停事件において「双方は本件に関し今後相互に財産上一切の請求をしない。」旨の調停を結んでいる。これは、原告とその妻とが相互に離婚に伴う財産上の請求は一切これをしてしないこととし、もって相互に債務の免除をしたものと認定されている。高知簡裁は「被告と原告の妻の不倫行為は、原告に対する共同不法行為というべきであるから、両名は原告に対し、各自連帯にて原告の蒙った損害の賠償義務」を負担する、原告に対する両名の損害賠償義務の負担部分は平等というべきであるから、「結局被告の負担すべき債務額は、妻に対する右の負担部分の免除によって、被告の利益のためにも効力を生ずる関係上、（損害賠償金額）一〇万円より、妻の負担すべかりし半額五万円を控除した金額、金五万円というべきである。」と判示した。本件では共同不法行為者の債務は「連帯」債務とされ、民法四三七条が適用された。しかし【判例4】は妻の不倫行為という【判例3】と同種の事件において、妻と姦夫との共同不法行為は不真正連帯債務に立つから四三七条の適用はないとしている（ただし免除なしと事実認定しているから傍論であ

る。【判例3】では原告と妻は結局離婚しているのに反し【判例4】¹³は離婚にまで至っていない。離婚しなかった場合、夫は妻に債務を免除する明示的な意思表示をしなかったとしても、事実上、損害賠償請求権を行使するとは考えられない（同一家計内では無意味だから）。だとすれば、免除がなされた場合と実質的には差がないこととなり、その意味では、離婚のやむなきにまで至った【判例3】において離婚をめぐる調停条項中の免除に絶対的効力を肯定しているのは、債権者（夫）にとつて若干酷ではないかとも感じられる。しかしいずれにせよ、一方は四三七条の適用を肯定し、他方はそれを否定した論拠として「連帯債務」か否かという債務の性質を論じている点には注目してよいと思われる。【判例5】も絶対的効力を認めた事例である。これは、特許庁係官が特許原簿記載の特許権者（坂本）と表示の異なる者（坂本）を登録義務者として申請された、偽造の申請書にもとづく専用実施権設定登録申請を誤って受理したために、係官の使用をたる国が特許権者たる被害者から損害賠償請求をされた事件である。ところが被害者は偽造申請者と和解をしていたので、その効力が被告（国）にも及ぶかが争われた。東京地裁は、「専用実施権の設定もしくはその登録につき、原告の同意が認められないとすれば、それは訴外A（偽造申請者）会社、その代表者である訴外Bおよび特許庁係官の共同不法行為と認むべく」、被告はAおよびBとともに「不真正連帯債務を負うとすべきこと」、これによって原告に生じた損害を賠償するについて、「右三者間においては終局的にはAもしくはBが全責任を負うべきものであり」、「結局右の連帯債務関係において、AおよびBの負担部分が全部であつて、被告の負担部分は零であると認められる」、そうとすれば、原告はAおよびBとの和解において（ただし和解は登録抹消手続の実行で円満解決することにより、以下は明文はない）右の者に対する「一切の損害賠償債務を免除したもの」といふべきであるところから、「本件加害行為にあつてはAおよびBが完全に主導的地位にあつて被告の負担部分は

零であり、そのことは原告も知りうべかりしものであったことから考え、民法四三七条の趣旨に従い、原告のAおよびBに対する損害賠償義務の免除は、被告にもその効果を及ぼすべきものであるとして、国に対する原告の賠償請求を棄却した。本判決は事案としても特殊性を有しかつ免除に絶対的効力を肯定するについて独特の理論構成を試みているので、ことのほか注目値する。まず本判決は、(1)共同不法行為より生ずる債務関係を不真正連帯債務であるとしていること、(2)共同不法行為者中、一名のみが全部的に負担部分を有し他方のそれは零であるとしていること、(3)そして(2)の事情を原告も知りうべかりしであったとしていること、等が特徴的である。(1)のように共同不法行為者相互の債務を不真正連帯債務と解しつつ、免除に民法四三七条の適用を肯定するためには、それ相当の論拠が必要であり、(2)および(3)は、それに応ずるべく認定されたことが窺われる。すなわち裁判官(吉岡進判事)の主たる関心は、不真正連帯債務関係における四三七条適用の肯定にあたって、連帯債務者間の負担部分の大小を顧慮することにあつたといえそうである。¹⁵⁾共同不法行為者間の債務を不真正連帯債務と解し、原則として一方の共同不法行為者に生じた事由は他方には及ばないとしつつ、例外的に及ぶ場合を、免除については、負担部分の大なる者への免除の場合にのみ認めていこうとする考え方である。この考え方が交通事故において採り入れられたのが「判例7」である。¹⁶⁾これは、東京都が設置する歩行者用信号機に瑕疵があったために、東急電車運転手の若干の不注意とが競合して生じた交差点における電車対歩行者の接触事故であった。被害者は共同不法行為の一方たる東急と一五万円の裁判上の和解をし、その余の請求権を放棄した。これが東京都に対する請求に影響を及ぼすが問題となった。東京地裁は、「共同不法行為による共同不法行為者の債務は不真正連帯債務の関係にあると解すべきであり、不真正連帯債務については当然には民法第四三七条の適用はなく、しかも本件事故の原因は主として本件信号機設置の瑕疵にあり、共同不法行為と

してもむしろ被告（東京都）の負担部分が大きいものと認められるのであるから右和解における原告らの東急電鉄に対する請求の一部放棄が被告の本件事故に基く債務の消長に影響を及ぼすものとはとうてい解することができない。」と判示して、全損害額から東急との和解によって原告の得た一五万円を差引いた残額八〇万円を被告の賠償額として認めた。本件では和解（免除）が負担部分小なる者となされていることを主たる理由に免除の効力を他方には及ぼさなかった。【判例5】では免除の絶対的効力を認め、本件では認めなかったというように結論は逆になってはいるが、判例の論旨は両判決において一貫している。

以上、共同不法行為関係における免除の対外的効力を認めた判例につき検討を加えてみた。その結果、対外的効力を認めた論拠としては、【判例1・3】がいずれも共同不法行為者の債務の性質を「連帯債務」関係と規定することにある。したがって民法四三七条が適用され、免除には絶対的効力が与えられることとなる。¹⁷⁾民法七一九条が共同不法行為者の責任を「連帯」責任としているところから、注解釈としては、素直な、したがって無難な解釈である。しかし真正連帯債務関係においてすら、免除の効力を免除者の意思の合理的解釈その他の手法を媒介にして可能なきり制限していこうとする学説が古くより有力に主張されていたことを考慮するならば、あまりにも形式的論理であるといえよう。のみならず、共同不法行為者の債務を不真正連帯と解する学説は古くから存在していたのだから（【判例1】を除き）、なおさらその感を深める。これらの判例に対し【判例5】は債務の性質は一応不真正連帯としながらも免除に絶対的効力を与えている。その理由づけはすでに詳しくみた。すなわち負担部分の大小を問題としており、そのためこの判例のちょうど裏側に当たる【判例7】と対比してみた。ただこの両判決の裁判官（吉岡進判事）が共通していることを忘れてはならない。

(2) 対外的効力否定判例

免除に絶対的効力を認めなかった事例のうち、すでに【判例4】は【判例3】との関係で、同じく【判例7】は【判例5】との関係で若干触れるところがあった。共同不法行為者の一人についての免除の効力については、他の判例はすべて絶対的効力を否定している。一覧表を見てもただちに理解できるように、その理由づけとしては、共同不法行為者の債権者（被害者）に対する債務は、不真正連帯債務であるからということあげている。これは絶対的効力を認めた判例が、その理由づけとして（若干のものを除き）、債務の性質を連帯債務であることに求めたのと、結論自体は逆になってはいいるが、軌を一にしている。共同不法行為の債務が不真正連帯債務であるとの判断からのみ判旨の結論を導かず、他の理由づけを多少なりともあげているのは、【判例7】と【判例11】のみである。これら両判決は、いずれも共同不法行為者相互の負担部分の大小を問題にしている。【判例7】は免除者が負担部分の小なるものに対して免除したにすぎないから免除には絶対的効力はないといい、【判例11】は、自動車同士の衝突事故において一方の自動車の乗客であった被害者が、自分の乗っていた車の運転者の使用者と訴訟外の和解をして、慰謝料一九〇、六〇〇円を得たのちに他車の運転者の使用者を訴えた事件において、次のように判示した。「共同不法行為者の一方に対する免除のいわゆる絶対的効力は、一方では求償・不当利得返還などの煩瑣複雑な事後処理を出来る限り残存させるべきでないとの要請がある故に、共同不法行為であるとの一事でもって常に否定されるべきではないけれども、他方被害者にとってみると（共同）不法行為における損害額および負担部分が、免除の意思表示する際不明確なことが多く、かかる故に、被害者の予期せぬ賠償額の減少という結果を招来させてはならないことなどを比較勘案すると、右絶対的効力は免除がなくなれば当該共同不法行為者がその負担部分として最終的に負担すべきであった金額を下

回る金額の支払をもって、その余の損害額の支払を明確に免除の意思とされる行為をもって免除している場合に、始めて論議されるべきものと考えられるところ、過失割合によって定められる負担部分を超過して、訴外会社（被免除者）が既に支払っている本件においては……被告の抗弁を採ることはできない」として慰謝料総額二一〇、〇〇〇円から示談金一九〇、六〇〇円を差引いた一九、四〇〇円の支払を命じた。ここでは被害者が被免除者の本来の負担部分を下回る示談金で満足するがごときかたちでの免除があることと明確な免除の意思のあることという要件があれば、絶対的効力を認めてよいと述べている。この点【判例7】とはかなり異なった見解を採っており注目し値しよう。

【判例7】は、負担部分大なる者に免除した場合は絶対的効力、小なる者に免除した場合は相対的効力と考える立場であるから、本件【判例11】においては、被免除者の過失割合は（七〇％）であるから、明らかに負担部分は大であるといえるので、【判例7】の理論でいけば免除には絶対的効力が付与されることとなるのである。しかも【判例7】は比較的多額の示談金を取ったときには、被害者は一括完全決済の意思を有していると考えられるのに反し、【判例11】は逆に、きわめて少額の示談金で満足する場合、被害者にその意思ありと考えるようであるから、同じ負担部分の問題としていても、発想と意思解釈は全然異なっている。いずれにせよ、【判例11】の考え方は、免除の効力が問題となった全判例中でも本件以外では見当たらないものである。

(3) 小括

さて絶対的効力を認めた事例と否定した事例とを比較して、判旨の結論に影響を与えた事実上のファクターは何であったのだろうか。事件の内容（交通事故、医療過誤、船舶事故、不倫行為等々）、被害者のこうむった損害内容（人身損害か物的損害、また生命侵害か傷害か）および損害額、示談金額、被害者の地位、職業、示談当事者の関係などを考慮して

も事案としての個性の相違から結論が左右されたと考えることはできないように思われる。共同不法行為者の負担部分と免除の關係がわずかの事件においてかろうじて顧慮されたにすぎない。全体的にみれば、判例は、免除に絶対的効力を付与しない傾向を持っていると評価できそうである。そして連帶債務か不真正連帶債務かという債務の性質論から形式的論理的に結論を導き出したかの感を与えてはいるが、ごく初期の判例をのぞき、共同不法行為者の一人に對する免除に絶対的効力を認めることは、免除者にとって酷だと考え、この考慮を根拠づけるために債務の性質論を持ち出していると思われる。その根底には「被害者保護」の観点が存在するのであろう。⁽¹⁹⁾

〔二〕 使用者（または運行供用者）責任關係における免除の効力

(1) 対外的効力肯定判例

ここでは使用者（または運行供用者）あるいは被用者（または運転者）の一方と示談をして免除をした場合の問題を扱う。これについての判例の態度は、共同不法行為とは異なり、その債務の性質がもつばら不真正連帶債務と考えられているせいか、ほとんど絶対的効力を認めていない。したがって絶対的効力を認めるためには、連帶債務であるから他方にも及ぶということを理由としえないところから、それとは別の実質的な理由を付加しなければならない。絶対的効力を認めたのは、【判例12・17・22】の三件だけである。

【判例12】の事案はつぎのとおりである。Aは自己の計算でダンプ・カーを所有し、運搬業にたずさわっていたのであるが、X運転の自動車に追突して、Xおよびその子X₂に傷害を与えた。事故の当時、Aは、その所有ダンプ・カーの車体にはY産業の名前を書き入れ、一カ月のうち一五日ないし二〇日間くらいはYの仕事を経営的に行なっていた（本件事故もYの集荷を運搬中に起こった）。事故後、X₂とAとの間に、AはX₂に対し慰謝料として一八万円を支払うこ

と、 X_1 はその余の請求はしない旨の示談が成立し、 A は五万円を支払っている。 X_1X_2 (X_1 の夫) X_2 は Y を相手に損害賠償を請求した。裁判所は、まず Y の使用責任を認め、すんで示談の拘束力についても、「一般に被用者と被害者との間に示談が成立した場合、その効果が使用者に及ぶかどうかが問題のあるところであるが、被用者と使用者との間の支配従属関係の強い、いわゆる典型的な使用者責任の場合には、両者間において被用者の負担すべき部分が小さい場合もあり、被害者が使用者に対して請求するを妨げないとみるべきであろうが、被用者とはいうものの独立性が強く、その間の支配従属関係が弱い場合にあっては、使用者の負担部分はなく、ただ被害者に対する関係において被用者の債務を補完するにすぎない場合が存在し、かかる場合にあっては、被用者に対して示談をした場合には使用者の責任もその範囲に限縮されるものと解する」と判示した。結局、被用者に対する免除に絶対的効力を認めて、 Y に対して、 X_1 は、 A の X_1 に対する未払分一三万円を、 X_2 はその損害が示談によって放棄されたものに含まれるとして無、 X_2 は一万円の慰謝料を請求することができると判定した。本判決は、最終的に全部の負担を負う者に対する免除は絶対的効力を有するとしてよいという趣旨に一般化できるであろう。その意味で共同不法行為の場合の【判例5・7】の系譜に連なるといえる。ところでこの判決に対してはつぎのような批判がある。⁽²⁰⁾第一に、支配従属関係が強いが弱いかという基準は、基準としてあまりにあいまいであり、具体的な認定に非常な困難を伴う、第二に、支配従属関係が強い場合でも、使用者の負担部分がゼロということはありうる、というより、伝統的な考え方では、むしろこのほうが原則であり、この場合と均衡を失することにならないか、というのである。⁽²¹⁾十分に考慮されるべき見解ではなからうか。

免除に絶対的効力を認めた判例には、【判例17】もある。被用者 Y_2 が業務の執行中に交通事故を起こし、使用者 Y_1

が被害者Xと示談した場合に、大阪地裁はつぎのように述べている。「示談においてY₁会社の負担した金額が金二〇〇〇、〇〇〇円に近く、かつ、XがY₁会社の締結した自賠責保険より後遺症補償を取得するという内容であることからすれば、XにおいてY₁会社との示談によって本件事故による紛争を全部解決する意思であったものと推認するのが相当であるから……Xのその余の免除の効力は被用者にも及ぶ⁽²²⁾」。本判決は、免除に絶対的効力を認めた根拠を、【判例12】とは異なり、免除者の意思のみに求めている。事案（使用者に対する免除であること）かつ示談金が被害者の全損害額に近いこと）からみるならば、至極当然の判断のように思われる。

さらに【判例22】は運行供用者責任にかかわる事例であるが、被害者は、加害者の父親である運行供用者に対して損害賠償を請求したところ、裁判所は次のように述べた。「示談は原告と訴外A（加害者）との間でなされた形式となっている。しかしAと被告とは親子であり、示談の内容となっている三〇万円は被告が出したことは明らかで、しかも示談交渉にあたったのは被告の妻である。右の示談交渉の際に、法律上専門的知識を有する者が関与している場合とか、特に運転者にのみ限定する趣旨が表示された場合は格別、右のような事情の下にあっては、運行供用者である被告についてもAと一体となって示談したものと解するべきで、それが当事者の意思に合致するところである」として、示談によって放棄された損害の賠償は被告に対してもはや請求しえないとした⁽²³⁾。ただし本判決は、厳密には免除の効力が示談当事者以外の者に対しても効力を生じるかという問題につき、絶対的効力を認めた事例とはいえない。なぜならば、運行供用者たる被告も示談書の形式において、当事者と表記されていなくても、認定事実からみれば、示談の当事者となっていたのだと述べているからである。それならば示談の対外的効力の問題ではなく、示談当事者の確定の問題にすぎないからである。その場合、本判決が示しているように、示談書の形式や表記（現）にのみとら

われずに、示談締結をめぐる諸事情をすべて考慮に入れて総合的に当事者の確定を判断するべきであろう。

(2) 対外的効力否定判例（小括）

以上の三件のほかは、すべて絶対的効力は否定されている。絶対的効力を認めない根拠として挙げているのをみると、使用者と被用者の責任または運行供用者と運転者の責任は不真正連帯債務であるからというのが、『判例13・15・19・22』²⁴であり、どちらかといえば、免除者の意思解釈に求めているのは、『判例14・20・24・25』である。こうしてみると使用者（または運行供用者）あるいは被用者（または運転者）の一方との示談による免除は他方にはその効力を及ぼしえないというのが裁判所の原則的立場であり、他の事情をも考慮した上で、特に免除者が示談によって紛争の全部解決の意思ありと認められる場合か、賠償責任の最終的負担者に対する免除でしかも右の全部解決の意思が推測されうる場合という例外的な場合にしか免除には絶対的効力はないとされているようである。したがって判例の態度を決定するには、被免除者が使用者か被用者か、運行供用者か運転者かということとは関連していないし、また他の諸ファクター、たとえば、被害者の被害態様（傷害か死亡か）、被害の程度、示談額の多少、加害者の態様（故意・重過失・軽過失）等々にもとくにとりたてただけの特別な関連性はないように思われる。共同不法行為の場合と同様に被害者保護の観点が裁判所には強く存在しているのであろう。【判例21】は明確にこの趣旨を述べている。

以上のような判例の傾向に対して、学説はどのような考え方を展開しているのであろうか。次にそれを考察してみることしよう。

(一) 債務の性質を問題とする説

共同不法行為関係、使用者責任関係および運行供用者関係における一方の債務者に対する賠償請求権者の免除は、他方の債務者に対していかなる効力を有するか、とくに民法四三七条の適用があるかないかという本稿の問題に関しては、学説上は、比較的近時になってようやく取り上げられ、論じられてきたにすぎない。このことは、古くは判例がほとんどなく、問題として取り上げる必要性がなかったことに起因していることはいうまでもない。ところが戦後になってから、自動車の生産とその使用が急激に増加したことから、交通事故の場面でこの問題がクローズアップされるにいたった、という事情が存在するのである。判例の多くが交通事故に関連しているのはいうまでもない。そして前記の諸関係は、現在ではほとんど不真正連帯債務と解する傾向にあるから、免除は相対的効力を有するにとどまり、民法四三七条は適用されないということになる。これが通説といつてよいであろう。もちろん共同不法行為の場合につき、その債務を連帯債務とみて、免除に絶対的効力を認めてよいと示唆する見解もないではない。²⁵しかしこの考え方は学説によってほとんど支持されていない。不真正連帯債務と考える立場は、共同不法行為者間、使用者と被用者間、運行供用者と運転者間には主観的な共同関係がないことと被害者に有利であるとの考慮から免除には相対的効力しか与えようとしていないのである。²⁶

右の二つの考え方は、連帯債務ならば絶対的効力、不真正連帯債務ならば相対的効力というように債務の性質から演繹的に免除の効力を規定している点で共通している。しかし近時は、債務の性質論から演繹するのではなく、たと

え不真正連帯債務であっても、絶対的効力がある場合も考えられ、したがって、個々の具体的なケースごとに問題処理すべきだという主張もされるようになって⁽²⁷⁾いる。これは不真正連帯債務関係でも債務者相互間に負担部分を認め、したがって求償権の行使しうる場合を認めていく見解と表裏をなしている。⁽²⁸⁾そこで以下では、右の角度から論究している諸学説をすべて検討することにした。

(二) 負担部分を問題とする説

(1) 宮原・山口説

共同不法行為者（または不真正連帯債務者一般）間に求償関係を認める場合、それが民法四四二条の規定の直接的適用によるのか、⁽²⁹⁾それとも右の規定とは無関係に、不真正連帯債務者相互の実質的關係からそれを肯定するののかという問題があるが、いずれにせよ、求償関係を認めるとすれば、不真正連帯債務者相互間には負担部分なるものが存在すると考えることになる。⁽³⁰⁾こうして負担部分が肯定されたとき、次にこの負担部分の大小を問題とする。つまり、原則的には免除の絶対的効力は認められないが、例外的にそれが認められる場合があり、負担部分全部の共同不法行為者または著しく負担部分大なる者に対する免除がそれに当たる、とする説である。⁽³¹⁾その理由としては大要次のごとく説くのである。事故の主原因となっていない、軽度の過失の共同不法行為は負担部分が少なく、被害者との間で示談が成立する可能性も多い。この場合、被害者の意思としては、被免除者の負担部分が小さいことを前提として示談をするのだから、事故の主原因を作った共同不法行為者に対する損害賠償請求にまで免除の効果を及ぼす意思がないとみるべきである。これに反し被免除者の負担部分が全部または著しく大きい場合には、被害者に全債務関係を消滅せし

める意思があると解してよく、免除には絶対的効力を認めてもよい。この場合、免除に絶対的効力を認めないと、被害者から請求を受けた共同不法行為者が全損害を賠償したのちに、被免除者に対して、全損害またはその大部分の求償をすることになる。そうすると、被免除者は右の求償によって結局、免除を受けなかったと同じ結果になり、これは不合理である。この不合理を是正するためには免除に絶対的効力を認めるのがよい、というのである。かくて、共同不法行為者の過失の割合が1で他の者が9の場合、同じく免除は相対的効力しかない、最後に、被免除者の過失が9で他の者が1の場合、絶対的効力を認めるべきだ、と具体的な提案をする。採用されている判例は「判例7・8」である。³²⁾

この見解は、免除の効力を決定するのに、免除者の意思解釈を基準にしており、負担部分大なる者への免除は絶対的効力を有しても構わないとの免除者の意思を推定することになっている。このような考え方には、さらに若干の補足が付加されている。それによれば、被害者の意思解釈による点をより徹底させて、負担部分の全部または著しく大なる者へ免除した場合でも、被害者が他の加害者に対する賠償を留保して、紛争の一挙解決を意図していないと解されるときは、免除は絶対的効力を有しない、また逆に、負担部分小なる者への免除でも紛争の一挙解決を図ったものと認められるときは、免除に絶対的効力を認めるべきである。ただ、被害者の意思が明確でなく、解釈によって解決できないときの判定基準をどこに求めるのが問題である。この意思が明確でない場合の処理の仕方として、負担部分が全部または著しく大である者への免除に絶対的効力を認めるべきだとする。³³⁾その理由として、(i)被害者の一挙解決意思を推定しうること、(ii)右の程度に至るなら被害者は負担部分を知りえ、あえて自己の意思を明確にせず、被免除者に一挙解決の期待を与えていること、(iii)被害者の恣意的な権利行使を非難しうること、以上の三点を指摘す

る。

以上は共同不法行為者の一人に対する免除の効力を主に論じているものであるが、右の説明には、若干の矛盾が感じられる。すなわち、完全な一挙解決の意思を被害者が有しつつ、免除した場合には、絶対的効力、しからざる場合は相対的効力を有するといつて、被害者の意思の解釈に判定基準を求めるのならば、被免除者が他の債務者からの求償によって、もはや誰からも請求を受けることはないとの期待を裏切られることになるから、負担部分大なる者への免除には絶対的効力を与えるべきだという理由づけは無意味となるであろう。なぜならば、免除者の意思に対外的効力の有無を求める以上、被免除者の期待が裏切られることがあるのは当然だからである。また被免除者が他の債務者からの求償によって、「一挙解決」、「何人からも不請求」という期待を裏切られるのは、何も自分の負担部分が大きい場合とは限らず、小なる場合であっても同様であり、前者の場合にだけ不合理であるというのはおかしい。同様に被害者の恣意的な権利行使への非難が負担部分全部または著しく大なる加害者への免除の場合にのみ考慮されるいわれはない。被害者が一方に免除し、他方に全額請求する以上は、負担部分小なる者を免除した場合にも恣意的な権利行使を問題としなければならないはずである。さらに免除者の意思が不明な場合に負担部分全部または著しく大なる者へ免除した場合には完全一挙解決の意思ありと推定すべきだとの説明にも納得できない。なぜならば、被害者は共同不法行為の負担部分を考慮して免除をするという立論の根拠があまりに現実ばなれしているからである。被害者は、賠償義務者の負担部分や免除の結果の求償権の行使など考慮する余地はもちろん、それらの概念をすら正確には理解しえないであろう。被害者が免除をするのは、被免除者の資力、誠意など、もっぱら被免除者の個人的な事情だけであろう。このことはたまたま被免除者の負担部分を知りまた知りうべき場合であっても同様である。したが

って、前記の見解の真意は、負担部分大なる者への免除には絶対的効力を認めるべきだという判断が先にあり、それを当事者意思の推定という法技術に接合させたというべきであらう。しかしこの接合の仕方は、決して成功しているとはいえないようである。³⁴

(2) 野村説

宮原・山口説のように、当事者の意思解釈を中心にして、それを若干修正するという立場を採らず、もっぱら負担部分とその割合の立証のみを問題とするのは、野村説である。これは不訴求合意説（免除は常に相対的効力しかもたない、被免除者以外の他の債務者には依然全額の賠償を請求しうるといふ説）に対して次のように反論する。不訴求合意説は、被害者の意思を重視する余り、加害者（被免除者）の示談から受ける期待を無視するもので、せっかく示談があつても、他から求償されたならば、最終的な損失分配は、示談がなかった場合と全く同じ結果となることがあり、そのために、①被害者が負担部分大なる加害者に対して免除した場合、①被害者が被免除者以外の加害者の負担部分を立証できないときは、その者に対して請求できない、②立証できたとき、その負担部分を請求することができる。②被害者が負担部分小なる者に免除した場合、①免除を受けない加害者が自己の負担部分を立証できないときは、被害者はその者に全額賠償を請求でき、②負担部分を立証できたときは、その負担部分しか請求できない。③負担部分大小明白でない五分五分の場合、他方に対して二分の一の損害賠償しか請求することができない、と解し、しかもこの処理は共同不法行為の場合のみならず、使用者（運行供用者）責任関係にも応用され、その場合、負担部分は、過失の大小、運行支配の大小、運行利益の帰属割合などの諸要素をもとに、当事者が立証しなくても裁判所が自由な裁量で決めることもできると主張する。³⁵

この説の論者は、処理結果を同じくする判決例を次のように自説に援用している。まず負担部分の大小の差がつく事例として、【判例5】（負担部分大なる者への免除の場合）、【判例7】（負担部分小なる者への免除の場合）を、負担部分の大小の差がつけられない（五分五分）場合の事例として、【判例2】を挙げている。【判例12】は基本線で共通する処理方法を示す判決例として引用されている。【判例13・19・20】なども自説に援用するが、しかしこれは余りに強引すぎるであろう。これらはみな負担部分の大小などは全く問題としておらず、それを認定もしていないのだからである。

負担部分の大小と立証問題とをからませる考え方に対しては、すでにつぎのような反論がある。この説は、負担部分を基準として、その立証の成否を問題とするのであるが、共同不法行為の場合の負担部分とは何か、加害者・被害者にとってはっきりしたものではない。負担部分は、あらかじめ何らかの明確な基準があつてそれを被害者が立証するというよりは、裁判所が諸般の事情から決めるものである。また、負担部分主義をとるならば、民法四三七条を適用する説のほうがより合理的で、かつ衡平に適用のではないかと批判されている。³⁶ 同じく、この説が、共同不法行為者の求償の結果、示談によって免除を受けた者が最終的には免除を受けなかった場合と同一に帰することがあることを不合理だとする発想に基づいていること自体を批判して、示談当事者は、免除者も被免除者も求償の問題など通常考慮せずに示談内容を定めるはずである。そうであれば、免除を受けた加害者が示談によって一件落着し、これ以上の請求（求償）はなされないと期待したとしても、それは加害者側の御都合主義的期待であり、特別な事情のある場合を除き、被害者の救済を蹴ってまで保護すべき合理性はない、と断ずる見解もある。³⁷ さらに民法レポート研究会においては、被害者が加害者の一方（A）と訴訟上の和解をし、免除した場合に、そこでAの負担部分が大きい

と認定されたとしても、のちにこの被害者が他の加害者（B）に賠償を求める訴訟においては、Bのほうが大であると認定されるかもしれない、しかもさらにAとBとの求償関係で訴訟になれば、ここでも負担部分が別個に認定されることになる。このように前訴の負担部分の認定が後訴のそれを拘束するのならばいざしらず、そのような裁判上の理論も慣行も確立されていない現状では、負担部分主義は根本的な欠陥を有しているとの議論があった。

（三）免除の性質を問題とする説

（1）淡路旧説（不訴求約束説）

真正連帯債務における免除の効力に関する我妻説を不法行為における問題の処理にそのまま導入しようとする考えのが、不訴求合意（約束）説である。我妻説は、民法四三七条の絶対的効力を有する免除が債権の担保力を減殺しかつ免除者の通常の意味にも適合していないことに着目し、「債権者が連帯債務者の一人に対して債務を免除する場合、とりわけ一部を免除する場合」は「その債務者に対しては請求しない」というだけで、他の債務者に対してはいぜん全額を請求するし求償についても関知しない趣旨の免除と解し、それに相対的効力しか与えようとしないものである。つまり広義の免除を狭義の債務免除と単なる不訴求約束とにわけ、狭義の免除には民法四三七条が適用され、不訴求約束には同条の適用がないとする考え方である。

淡路教授は当初【判例12】の解説において、³⁹⁾判旨の結論と理論構成に反対し、つぎのように述べていた。第一に、（狭義の）債務免除とは異なるところの不訴求約束という概念を認めるべきである。これは、単に訴えないという合意であるから、使用者責任の場合において使用者・被用者の内部的負担部分には関係しない。したがって全額請求さ

れ、弁済した債務者は、免除を受けた他方に対して求償していい。第二に、示談契約における請求権放棄の意思表示は原則として不訴求約束と解するべきである。淡路教授は、この考え方をそのまま共同不法行為の一人に対してなした免除にもあてはめる。³⁹しかし同教授は、のちにこの基本的な考え方にかなりの修正を加えた。

(2) 淡路新説(1)

すなわち、法律構成としては不訴求約束という考え方を維持し、その内容に宮原・山口説(三―(一)―(1))をくみ込もうとする。免除には二つのものが含まれており、いずれと解するかは法律行為の解釈の問題だから、示談における免除の趣旨がはっきりしていれば、それによればよいが、はっきりしていない場合が問題で、この場合の処理としては、第一に、故意の競合による共同不法行為の場合には、「免除」は不訴求約束と解する。【判例3】は免除に絶対的効力を認めているので結論は非難されるが、【判例4】は妥当な判決と評される。第二に、故意と過失の競合による共同不法行為の場合には、(イ)過失者を免除したとき、不訴求約束と解する。(ロ)故意者を免除したとき、被免除者が故意者であることを被害者が知っていたか、知ることを得べかりしであったことを条件として免除には絶対的効力を認める。(イ)の場合、最終的に全額を弁済した故意者は過失者に対して求償権を有しないから、共同不法行為者間の求償権の確保を考慮する必要がないことと故意者に賠償請求する意思で過失者に免除するのが被害者の意思と考えられるという。(ロ)の場合も通常の被害者意思に適することと過失者の求償権を確保してやる必要がある、という【判例5】はこの(ロ)の場合に典型的に該当し判決の考え方は支持される。ただし、この判例が被害者の故意者に対する免除を認定した当否は疑わしいという。第三に、過失と過失の競合による共同不法行為の場合には、原則として、不訴求約束と認定すべきである。被害者の意思に適うからである。【判例8・9・10】などは妥当な判決とされるが、免除

額が負担部分を越えるか越えないかを問題とする【判例11】には反対する。しかし例外的に、被免除者の負担部分が他の共同不法行為者に比して著しく大きく、かつそのことを被害者が知っていたか、または知ることを得べかりし場合には免除に絶対的効力を認めてよい（判例7）。さらに、被害者と被免除者との間にたとえば、親戚関係や友人関係など特別な関係があつて、被免除者に対する免除が、この者にはもはやそれ以上の負担をかけない趣旨とみうる場合も例外的に絶対的効力を認めるべきである。【判例5】はこのような事情もうかがえた事件である、という。⁴⁰

示談における免除を原則として不訴求約束と理解して、それに相対的効力しか与えないとの立場が淡路旧説であつたが、新説では、狭義の免除か不訴求約束かの判定を法律行為の解釈問題として示談当事者の意思に委ねつつ、そこで明確にならない場合の判定基準を被害者保護の要請と共同不法行為者間の衡平（求償権の確保）の要請とを考慮して、すでに述べた第一、第二、第三の共同不法行為の類型のもとで把握しようとする。しかし右の類型と当事者（とくに被害者）の意思とが一致しているといえるであらうか。たとえば、故意と過失との競合による共同不法行為の場合（第二類型）、過失者への免除は不訴求約束、故意者への免除は、少なくとも故意者であることを免除者が知っていたかぎり絶対的効力を有する免除というように、免除者の意思を確定することが通常の意思解釈として認められるであらうか。むしろ免除者は、被免除者が過失者であるか故意者であるかを問題とすることなく、示談当事者間の交渉過程で相手方の資力、誠意、職業、その他の諸事情を考慮して免除するか否かを決定しているのではあるまいか。共同不法行為の成立要件（故意か過失かその競合か）に着目して立てる類型ではなく、免除意思を決定する際の社会的要因に着目して当事者の意思を確定するための類型を考えるべきであらう。

(3) 淡路新説(2)

淡路教授は以上の共同不法行為者の一人について生じた免除の効力のほか、使用者責任関係における免除の効力に関しても詳しく論じている。^④ 示談における免除の趣旨がはっきりしていない場合、次のように解するのが妥当であろう、という。第一に、被害者が被用者を免除した場合については原則として不訴求約束と解する。使用者が被用者に対して求償権を有しない場合（軽過失）、被害者が被用者を免除しても絶対的効力を生ずる余地がないし、被害者の意思にも一致するからである。ただし例外的に被害者が次の事実を知り、または知りうべきことを条件にして絶対的効力を認める。(イ)被用者に故意・重過失ある場合、(ロ)被用者が権限濫用した場合、(ハ)使用者・被用者間に契約関係がなく、被用者が軽過失でも求償義務を負う場合である。これらの場合は、被用者が最終的負担者となるはずであるから、わざわざ最終的負担者を免除したならば、紛争を最終的に終わらせる意思ありとみられても仕方ない、という。この(ハ)に当たるものとして「判例12」が挙げられている。

第二に、被害者が使用者を免除した場合、右の原則と例外が逆になる。すなわち使用者に対する免除は、原則として絶対的効力を生ずる。なぜならば、被用者が軽過失の場合には、使用者が最終的負担者であるからである。これに当たるものとして「判例17」が指摘される。(イ)・(ロ)・(ハ)に当たる場合、免除は相対的効力（不訴求約束）しかもたない。

以上のような見解は、共同不法行為の場合と異なってはば妥当なものと思われる。ただ、被用者に対する免除（第一の場合）の例外的処理たる(イ)・(ロ)・(ハ)の各場合に、最終的負担者であることを知りまたは知りうべきであった被害者が被用者に免除したからといって、被害者がつねに紛争を最終的に終らせる意思を有していたとされても仕方ないとするのには若干疑問を感じる。なぜならば、すでに再三のべたように、免除者は誰が最終的負担者かを考慮して免

除するか否かを決定するのではなく、資力のない被用者に時間と費用をかけて訴求するよりも早いところ被用者との関係に結着をつけて十分な賠償能力を有する使用者に対して全額賠償請求するほうが得策だと考えるからである。したがってこの場合は、のちに使用者に対して請求するつもりである。これに対して使用者に対し相当の賠償金を得て残額を免除するような場合は、わずらわしい損害賠償請求をめぐる訴訟の追行ないしは調停・示談の交渉を打ちきって、早く賠償金を取得したいとの打算に裏打ちされており、したがってこの場合は、まさに「一件落着」させる意思（完全一括決済意思）を持っているがゆえにあらためて被用者に対して請求するつもりがない。このようにみることがもっとも素直な見方であろう。最終的負担者が誰かというよりも、むしろ免除者の意思と相關するのは被免除者から取得した現実の賠償金額の多少ではなからうか。【判例17】はまさにこのような事例である。

(四) 小 括

以上免除の対象たる債務の性質を定めて、連帯債務ならば、免除には絶対的効力を、不真正連帯債務ならば、相対的効力を付与する説（第一説）、各債務者の負担部分を定め、負担部分大なる者への免除か小なる者への免除かで効力を定める説（第二説）、免除を狭義の免除と不訴求約束の二種に区別し、示談における免除を不訴求約束と解して相対的効力しか与えない説（第三説）、さらに第三説を基礎にして、故意者に対する免除か過失者に対する免除かで効力を定める説（第四説）などを検討してきた。この検討の過程で明らかにされたのは次の諸点である。まず第一に、第一説は今日ではもはや余りかえりみられなくなっている。これは不真正連帯債務論の理論的發展とその深化に強く影響されていることは否定しえないが、この立場を取ると具体的な事件の解決が硬直になりかねないという実質的な配

慮にももつづいている。ただし判例は、共同不法行為者相互の関係、使用者・被用者の関係、運行供用者・運転者の関係をすべて基本的には不真正連帯債務と規定し、免除に相対的効力のみを与える。被害者を保護する要請を顧慮して被害者に有利な構成を採用しているわけであろう。第二に、第二説以下の各説は、野村説を除き、原則として免除者（被害者）の意思に自説を根拠づけようとしている。債務免除は被害者の一方的な不利益甘受行為であるから、免除者の意思を探究するのは当然の成行であり、妥当でもあろう。第三に、各説の主張者は、それぞれ自説を説得的ならしめるために自説と主旨として判例を引用しているが、各説はいずれもいくつか同一判例を援用していて、結局、判例は理解の仕方によってはかなり広範囲な解釈をしようものであることを示している。⁴³ またこのことは、どの説をとっても基本的には判例の結論とほぼ一致するものだともいえる。何故ならば、原則的に免除は相対的効力、例外的に絶対的効力という処理において共通しているからにほかならない。第四に、各説は自説を被免除者に対する他の債務者の求償権に関連づけている。第二説は、被免除者の、求償を受けない、という期待をいかに被害者保護と調和させるかという形で求償権を問題とするのに対し、淡路説は旧説・新説ともに免除の効力の確定を求償権の確保と関連づけている。たとえば、求償権の確保を考える必要のないときには、免除は相対的効力しか有しない。

おわりに

判例と学説とを検討する中で、適宜、批判的考察を加える形をもって、私見を述べてきたが、ここでもかたんに私見を付加することによって全体のまとめに代えたいと思う。私はすでに本稿の問題に関して他の稿で淡路教授の考え方に全面的に賛成していた。ただし旧説である。すなわち債務免除ないし請求権放棄約束は民法四三七条の狭義の

債務免除と単なる不訴求約束⁽⁴⁵⁾とに区別すべきであるということである。そして不法行為により生じた損害賠償をめぐる示談の一般的な拘束力に対する考察から、その対外的効力の有無につき、次の二要素を考慮して決すべきだと考える。第一に示談における請求権の放棄は確定的に存在する債権を免除する場合（民法四三七条の免除の典型はこのような場合を予定している）と異なつて、損害賠償請求権自体の存在およびその額が不確定な場合に、不確定な時点でなされることが多く、しかも被害者は困窮の余り、早急に賠償金を取得したがるものであるから、原則として、示談の効力は当事者間にのみ生じ、第三者に対してその効力が及ぶのは、示談当事者間の合意においてその意思が明確に表現されているか、または、その意思の存在が当然予定されてしかるべき取引慣行が成立している場合に限られること、第二に、当事者の意思が不明であり、いずれとも決しがたいときは、被害者救済の観点から、被害者の有利な方向で解決（放棄は不訴求約束と解釈）されるべきこと⁽⁴⁵⁾。以上の二点である。

(1)したがって共同不法行為者の一方と示談して請求権の一部を放棄ないし免除した場合は、明確な「一括完全決済」の意図が認められない限り、つねに対外的効力は生じない（免除は不訴求約束と解する）。「示談の相手方の負担部分が全部であつて、被告の負担部分は零であると認められる」ことを主たる理由に第三者（国）に対する被害者の賠償請求を否定した【判例5】には賛成できない。負担部分がまたは全部の者に対する放棄・免除があつたからといつて、つねに「一括完全決済」の意思ありと見るべきではないからである⁽⁴⁶⁾。しかもこの【判例5】は淡路教授および判旨の見方とは逆に、被害者はむしろ被告（国）に対する請求を内心において留保していたのではないかとさえ思えるのである。被害者は放置すれば損害が拡大するばかりだから、一刻も早く、示談交渉を切り上げて、専用実施権設定登録の抹消を希望して、偽造申請者に対する損害賠償の要求もいっさいこれを断念し、直ちに右抹消手続をするこ

ととの和解条項で解決しようとしたのである。被害者はおそらく一方で抹消手続を早急に実現しつつ、他方に対してあらためて賠償請求をするつもりであつただろう。⁽⁴⁷⁾

(2) 使用者または被用者の一方と示談した場合は、示談当事者が、(イ) 使用者か、(ロ) 被用者かによって結論はかなり異なる。加害運転者と示談した場合は、被害者は大抵のちに別に使用者に対して請求する意思を有していると考えてよい。被用者の独立性が高く、使用者との支配従属関係が弱い被用者に対する免除でも絶対的効力を認めるべきではなからう。だから【判例12】には賛成できない。反対に使用者と示談した場合は、交渉経過および示談金額にもよるが、一般的にいつて、被用者に対する請求権をも放棄する意思ありと推定してよいと思われる。会社との示談の効力が代理監督者（代表取締役）には及ばないとした【判例16】は右の見解に反するかにもみえるが、じっさいには和解金が会社（倒産したため）より被害者に支払われていないから被告の抗弁は理由がないといっているので、結論は当然是認される。【判例17】は被用者に免除の効力が及ぶと判示するにあたり、賠償金額がほぼ満額に近いことを認定して、使用者との示談により被害者は紛争を全部解決する意思であつたと推認しており、きわめて妥当である。運行供用者と運転者との関係も使用者・被用者の関係に準じて取り扱つてよい。

ただ注意しなければならないのは、使用者に対する免除は絶対的効力、被用者に対するそれは相対的効力とつねに解しなければならないと述べているのではない。通常の取引慣行と一般人の意識とからそのように推定して妨げないといっているにすぎない。だから右とは異なる意思を他の資料から認定することは全く否定されはしない。この点を考慮すると【判例23】は判旨の抽象的文言にもかかわらず、必ずしも非難さるべきものではない。⁽⁴⁸⁾ なお判例上は現われていないが、(3) 子供の不法行為につき親と示談した場合は(2)(イ)、子供と示談した場合には(2)(ロ)と同様に扱つて大過

ないと思われる。⁽⁴⁹⁾

以上のほかさらに注意しなければならないのは、示談書には当事者名が一人しか記名されていなくても、その者が他の賠償義務者をも代理して示談したとみることができるとあるだろうということである。(2)(イ)のケースは、かような場合が多いであろう。この場合は示談当事者の確定の問題であって、示談の対外的効力の有無のそれではない。【判例22】はこのような角度から対外的効力を肯定しており、妥当である。ただ、いずれにせよ、示談契約の解釈によつて、右の両問題が解決されるべきことは強調されてよいと思う。⁽⁵⁰⁾

注

- (1) 連帯債務関係における免除は民法四三七条が適用されるのを原則とし、被免除者の負担部分の限度においては他の連帯債務者の利益のためにも効力が生じる。
- (2) 山中「文献⁽¹³⁾」三九一頁。
- (3) 於保「文献⁽¹⁶⁾」二二三頁。
- (4) 大判明治四〇年三月一八日民録一三輯三〇二頁。
- (5) 我妻「文献⁽¹⁵⁾」四一六頁。
- (6) 被免除者乙以外の債務者甲が債権者の乙への免除により自己の無責を主張した事案。債権者は甲の履行不能を条件にして被免除者(乙)に対して債務を免除していた。
- (7) 我妻「文献⁽¹⁵⁾」四二二頁。
- (8) 椿「文献⁽¹⁹⁾」六〇頁以下。
- (9) 大判大正七年九月二六日民録二四輯一七三〇頁。
- (10) 東京地判昭和三十一年七月二〇日下民集七巻七号一九八二頁。
- (11) 椿「文献⁽¹⁹⁾」六三頁。大正七年判決は債権者の契約違反に対する被免除者の抗弁権という構成、東京地判は、いわゆる不起

訴特約かまたは不訴求約束という構成であろうか。近時の不訴求約束（合意）説との関連でこの構成は興味を引く。

(12) 我妻〔文献⑮〕四二二頁。

(13) 対外的効力肯定判例はどちらかといえば、共同不法行為関係に多い。その理由は次節で検討することにした。

(14) 被告は原告に対し三〇万円の損害賠償をせよと判決されている。

(15) 吉岡判事は、共同不法行為者間の関係は不真正連帯債務であるが、実質的に考えて、免除に絶対的効力を認めてよい場合があるとの見解をもっているようである。野村〔文献⑥〕一二三頁注(2)参照。なお同判事の手になる「判例7」参照。

(16) 裁判官は吉岡判事のほか、羽生、浜崎判事である。

(17) 「判例2」もこの類型に属せしめてよいであろう。

(18) 川島〔文献⑫〕参照。なお我妻編判例コンメンタール事務管理・不当利得・不法行為一九二頁。

(19) なお本稿のテーマと直接には関連しないがやはり免除の効力について次のような判例がある。神戸地姫路支判昭和三九年八月一日（下民集一五巻八号一九七六頁）は、原告が被害者との裁判上の和解によって被害者に対して賠償金九五万円を支払ったのち、民法四四二条一項の共同免責を得たことを理由に被告に対し求償したが、それより先きに、被告が被害者より賠償金債務の免除を受けていたという事件である。裁判所は、共同不法行為者の使用者たる原告・被告双方の債務は連帯債務であると解した上で、被告は被害者より免除を受けているので、原告の被害者への賠償金の支払によつては、いまだ、共同の免責を受けたものとはいえないとして原告への求償権を認めなかった。この判決は、原告と被害者間で、被害者の被告になした免除の効力が争われた事件ではないので、本稿の問題から、かなり外れるものではあるけれども、被害者の被告になした免除が他の債務者からの求償には関知しないという趣旨の、単なる不訴求約束にすぎないと考えていたのではないかと解されうる（求償権を否定しているから）点に本稿との関連性を有している。ただし、求償権を否定したことは、賠償金を自己の負担部分を超えて支払ったと思われる原告には少し酷なように思われる（同旨、淡路〔文献③〕二一五頁）。

(20) 淡路〔文献②〕四六頁。

(21) ただしのちの淡路〔文献④〕一五六頁においては、異なった視点からではあるが、判旨には全面的に賛成している。

(22) ただしこの判決は、示談によつて終局的に受領した金員は本件事故による全損害を填補するに余りあると認定しているから、判示部分は傍論にすぎない。示談金によつて全損害をカバーしているのなら、免除の効力など問題にならないからであ

る。

(23) ただし、示談によって放棄されていなかった後遺症損害につき、一一九万三千七百円の賠償請求を認めている。

(24) 『判例15』は『判例13』の上告審判決であり、ここで取り上げた判例では唯一の最高裁判決である。特別な理由を示すことなく、不真正連帯債務であるから他方に免除の効力は及ばないと判示している。

(25) 谷口Ⅱ植林〔文献⑬〕一七二頁。

(26) 加藤〔文献⑭〕二〇六頁。我妻編・事務管理・不当利得・不法行為一九二頁。

(27) 淡路〔文献①〕一四五頁。

(28) 椿〔文献②〕六一頁以下参照。

(29) 大判大正三年一〇月二十九日『判例1』、徳本・注釈民法⑨三三九頁。

(30) 負担部分の決定には、債務者間の過失割合のみを標準とする説（於保〔文献⑬〕二二四—二二五頁）、過失割合のほか損害発生に加功度ないし原因力をも標準に加える説（椿〔文献②〕六七頁、同「共同不法行為理論の再検討」法時三四卷一—二頁）、すべての事情を考慮して裁判所が決定する、使用者責任、運行供用者責任関係においては、支配従属関係の強さ、運行利益の帰属等も考慮に入れるべきだとする説（淡路〔文献①〕一四七頁）などがある。

(31) 宮原〔文献⑦〕一八八頁、山口〔文献⑨〕一一二頁、同〔文献⑩〕三三九頁、同〔文献⑭〕三八九頁。

(32) 宮原・前掲。

(33) 山口・前掲諸論文。山口〔文献⑨〕一一四頁。

(34) ただし山口判事は、使用者（運行供用者）責任の場合には、意思解釈をより徹底している。すなわち使用者に対する免除は、原則的に、一挙解決の意思ありとみてよく、被用者に対する免除は使用者に対する請求を留保している場合が多いと思われるので、右の意思ありとはいえない、として、前者の免除は絶対的効力、後者は相対的効力とする。このような意思の推定は一応は認められるであろう。しかし〔文献⑭〕三九一頁では被害者の被用者に対する免除の効力は使用者に及ぶが、逆の場合は及ばないとしている。改説か。

(35) ここまでくれば、当事者の負担部分の立証は問題としなくてもよくなるので、先の見解は修正されてよいという。

野村〔文献⑥〕一一二頁、同〔文献⑤〕五〇頁以下。

- (36) 淡路〔文献①〕一四六頁。
- (37) 高森〔文献②〕。
- (38) 淡路〔文献②〕四六頁。
- (39) 淡路〔文献①〕一四五頁。
- (40) 淡路〔文献③〕二一三—二一八頁。
- (41) 淡路〔文献④〕は使用者の被用者に対する求償権をいかに制限すべきかという問題関心にもとづき、それを両者間の内部関係の分析から解明していく方向から、被用者が故意または重過失による不法行為の場合にのみ求償権を認めるべきだと提案する。そして免除の効力をこの求償権の有無と関係づける。
- (42) 被用者たる運転者は、刑事責任の軽減化をはかるために、実さい上早急に示談書の作成を要請されており、それだけに被害者を拜み倒して少額の示談額ですませてもらおうというのは顕著な事実である。座談会「交通事故による損害賠償請求訴訟の問題」判タ一六六号三二頁の木宮検事発言。なお木宮「示談考」ジュリスト三一五号六一頁。五十部「交通事故と示談」ジュリスト四六二号二八頁参照。高森〔文献③〕参照。
- (43) 淡路〔文献①〕一四八頁注②は、野村説の援用する判例はいずれも自説にも援用しうると述べている。
- (44) この不訴求約束の性質をいかに考えるかも一個の問題である。単にもはや自分は訴えないという不訴特約と考えるか、我妻説のように債務を消滅させるが、他の債務者の債務には影響しない形で免除と考えるかである。私は我妻説のように考えてよいと思う。不訴特約と考えれば、被害者保護の要請には合致するのではあるけれども。なお、不訴特約については、錢田孝行「実務上願われた不訴特約」①・②法時四六卷一〇号七三頁、同四六卷一一号一八〇頁。
- (45) これは一方的に不利益を甘受する免除者の意思をできるだけ尊重すべきだと考えるからである。
- (46) したがって、【判例1・2・3】の結論にはいずれも反対であるし、絶対効を認めはしなかったが、負担部分を問題とする【判例11】の理由にも賛成できない。
- (47) 負担部分大なる者または故意者に対する免除だから他方にも請求しない趣旨だとはみれない。【判例3・4】のような妻の不倫行為事件において、妻への免除は故意者に対するものだから、相対的効力という結論を採る（淡路教授）というのは免除者の意思に反するであろう。自分の妻に対して請求しても同一家計内では無意味だからこそ免除するのであって、姦夫に対し

て妻の負担部分を請求しない意思は全くないといつてよいだろう。故意者に対する免除ではなく、妻に対する免除という点に力点をおいて解釈すべきであろう。

(48) 損害額と示談額との関係が考慮されたともみうる事案である。

(49) 親と子供の責任が競合する場合は、運行供用者責任としてあらわれる以外はほとんど生じない。責任能力なき未成年者の不法行為なら、監督者たる親の単独責任、責任能力ある未成年者の不法行為なら、未成年者の単独責任となるからである。しかし近時、後者の場合にも監督義務者たる親に対して不法行為責任を認めた最判(昭四九・三・二二民集二八巻二号・三四七頁)がたので、今後は、この類型も登場することが多くなるだろう。

(50) このような契約の解釈または免除者の意思に解決の基準を求める考え方をできるだけ貫くという意味において、渡辺(文献⑧)一九〇頁はもつとも私見に近いといえようか。ただし負担部分を問題としている。使用者・被用者の一方に対する免除の効力のみについては山口(文献⑨)一一四頁も私見に近い。

〔参考文献一覧〕

- ① 淡路 剛久 「共同不法行為に関する諸問題」ジュリスト四三一号一四二頁(一九六九)。
- ② 同 「被用者と被害者との間でなされた示談契約の使用者に対する拘束力」『判例12』の判批 法律のひろば二二巻六号四六頁。
- ③ 同 「不真正連帯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(一九七二)。
- ④ 同 「使用者の責任と被用者の責任との関係について——(統)不真正連帯債務の各論的研究」立教法学一三三号一〇八頁(一九七四)。
- ⑤ 野村 好弘 「共同不法行為と免除・求償」『判例13・19・20』の判批 法律のひろば二二巻七号五〇頁。
- ⑥ 同 「共同不法行為と示談の拘束力——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一一九頁(一九六九)。
- ⑦ 宮原 守男 「示談と過失割合」判例タイムス二二二号一八八頁(一九六七)。

七 示談契約における免除の効力

- ⑧ 渡辺 公雄 「共同不法行為者の一方との和解と負担部分」判例タイムス二二二号一九〇頁（一九六七）。
- ⑨ 山口 和男 「共同不法行為者の一人につき生じた事由の効力」判例タイムス二六八号一二頁。
- ⑩ 同 「交通事故訴訟における和解」実務民事訴訟講座三卷三二九頁（一九六九）。
- ⑪ 川井 健 「共同不法行為の諸問題」実務民事訴訟講座三卷三〇七頁。
- ⑫ 川島 武宜 判民昭和二年度八九事件評釈。
- ⑬ 山中 康雄 「連帯債務の本質」石田還暦『私法学の諸問題』一巻三九一頁。
- ⑭ 山口 和男 「和解」『損害賠償法講座』五卷三六七頁（一九七三）。
- ⑮ 我妻 栄 『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（一九六四）。
- ⑯ 於保不二雄 『債権総論（新版）』（法律学全集20）（一九七二）。
- ⑰ 加藤 一郎 『不法行為（増補版）』（法律学全集二二一）（一九七四）。
- ⑱ 谷口 知平 植林 弘 『損害賠償法概説』（一九六四）。
- ⑲ 椿 寿夫・総合判例研究叢書民法（一六）『連帯債務』（一九六〇）。
- ⑳ 椿 寿夫・総合判例研究叢書民法（一二）『共同不法行為』
- ㉑ 椿 寿夫・注釈民法（一一）（債権）（二）（一九六五）。
- ㉒ 淡路 剛久 『連帯債務の研究』弘文堂（一九七五）。
- ㉓ 高森八四郎 「損害賠償と示談の拘束力」『損害賠償法講座』一巻（一九七六）。

〔初出・北川善太郎編民法レポート16 法律時報四七卷一〇号、一一号（日本評論社 昭和五〇年九月、一〇月、一九七五年）〕