

研 究

撤回権留保付き和解における撤回の意思表示の 相手先をめぐるドイツ裁判例の展開

——和解の法的性格を巡る議論の一断面？——

Die Entwicklung der Rechtsprechung über den Empfänger
der Wiederrufserklärung beim Prozessvergleich mit Wiederrufsvorbehalt
in Deutschland

森 勇*

目 次

- I はじめに
- II 裁判例の展開——その1
- III 裁判例の展開——その2
- IV 学説素描
- V 余論——結びにかえて

I はじめに

1. 本稿は、訴訟上の和解が、撤回権など、和解の成立を事後的に否定する権利の留保のもとで成立した場合（以下総称して「撤回権留保付き和解」という）、この撤回の意思表示をだれに対して通知すべきかについて、ドイツの裁判例の展開を追ってみようとするものである。

2. そもそものところ、こうした訴訟上の和解がわが国においてなされたという話は聞いたことがない。ではなぜこうしたわが国ではなじみがな

* 所員・中央大学法科大学院教授

い撤回権留保がなされるのか。その背景ないしは理由をここでみておこう。

まず、わが国において、こうした撤回権の留保付きの訴訟上の和解がなされている節もないし、そもそも議論の対象にすらなっていないのはなぜか。こうした留保は無効だというコンセンサスがある、というわけではなさそうである。というのは、もしそうであれば、ドイツ民訴訟法の影響下にあり——少なくともあった——またドイツと同様に、訴訟上の和解の法的性格について、両性説ないしはそれと結果を同じくする新併存説¹⁾が圧倒的通説となっているわが国においては、「ドイツと異なり、こうした和解条項は認められない」といった言及がみられてしかるべきだからである²⁾。

それではなぜドイツでは、こうした留保付きで訴訟上の和解がなされて

-
- 1) 伊藤眞・民事訴訟法 4版（2011年）457頁。この新併存説は、和解には訴訟行為と私法行為が別個の行為として併存しているが、両者は相互に依存関係にあるとする点では、メダルの表裏のように、一個の行為に訴訟行為と私法行為がいわば共生するとみる併存説と変わらない。したがって、元々の併存説（行為二個説）が、和解の瑕疵を訴訟法上と実体法上のものにかけて、前者の瑕疵がある場合には従前の手続が続行となるが、後者ではすべて別訴で争えとしている（Stein /Jonas/Münzberg, 22Aufl. (2002) § 794. Rz.75参照）わけではないから、筆者も採用する両性説に立つ者からすれば、「見方の違い」ともいえる。しかし、両行為併存説が退けられた理由のひとつは、その不自然さである。すなわち、和解を成立させるにあたっては、「互譲」があればよく、訴訟を終了させるとの特段の合意が独立の行為としてなされることはないしその必要もないにもかかわらず（訴訟法的側面が文言として登場するのは「放棄条項（原告はその余の請求を放棄する）」と不要にもかかわらずなされる「費用は各自負担する」だけであろう。それをことさら抽出して独立の行為とする不自然さがそれである。解除の場合には別訴によれとする際の説明がつけやすいというのは、併存説ではよいが、相互依存関係を説く「新併存説」にはあてはまらない。訴訟上の和解の取り扱いに何ら差異をもたらさないので、あえて併存説をいう理由が奈辺にあるのであろうか。
- 2) ちなみに、わが国ではこうした撤回権の留保は認められないとする理由は、訴訟上の和解は訴訟行為で（も）あるという点に求めざるをえまい。しかしながら、そもそも、解除権を定めた和解が認められることに異論はないことから

いるのか。ドイツにおける民事訴訟の審理に慣れ親しんだ筆者の目からすると、わが国で撤回権の留保付き和解に目が向かないのは、かかる撤回権の留保付き和解に対するいわば需要といったものがないからである。すなわち、日本であれば、仮に和解の内容がまとまっても、次回期日を指定し、最終決定権者の次回期日への同行ないしはそれまでにその者の了解をえてくることを求め、この次回期日で和解を成立させるという段取りがとられるはずであるし、こうしたやり方に疑問を抱く裁判官・弁護士は、いたとしても希有であろう。それではなぜドイツではそうしないのか。それは、期日を重ねたくない、できるだけ少ない期日で訴訟を終わらせようとするドイツ裁判官の性向の所産である。後に取り上げる裁判例にも登場するように、多くの場合では「結審」がそれに連動する。つまりは、撤回権が行使されたときは、別して弁論を開くことなく直ちに判決をしてよいということが合意されているが、ひるがえってこれは、余計な期日を重ねないというドイツ裁判官の性向の一つの表れといえる³⁾。そこで、一つには、当事者に熟慮の期間を与えるためにこうした留保が付けられることになるわけである。わけても重要なのは、当事者本人や決裁権者が出頭して

すると、解除権の行使とその効果を同じくする撤回権の合意が認めない理由は見当たらない。後にみるように、撤回権の合意の法的構成については、解除権とすることも可能であることからすれば、このことはより強くあてはまる。

- 3) 周知のようにドイツでは、1977年の改正において、一回の主要期日(Haupttermin)で審理を尽くすことを目指したが、その際導入された「早期第一回期日型(Fruher erster Termin)か「書面先行型(schriftliches Vorverfahren)」か、はたまた実際には多くの裁判所はこれによっているといわれている「混合型」つまりは「失権なき書面先行型」であろうが、この性向は、現在では第一回期日において、撤回権留保付きの和解を成立させるというところまで至っている。筆者が2012年ミュンヘン地方裁判所で立ち会った審理では、被告本人が出廷しておらず、その代理人弁護士が携帯で被告と連絡を取ることを試みたが、できなかったことから、第一回期日において、撤回権留保付きで訴訟上の和解を成立させるとともに、撤回権が行使された場合を前提に、判決言い渡し期日まででも指定されていた。担当判事に聞くところによれば、よくあることないしは原則だということであった。

いない状況(つまりは最終決定権者の同意をえていない状況)で和解を成立させることができる点にある。すなわち、和解に直面した代理人ないしは最終決定権を持たない者は、依頼者サイドの最終判断権者の判断を仰ぐことのできる手立てが必要となる。まさしく「撤回権の留保」は、そのためのデバイスなのであり、だからこそ、これなくして実務は立ちゆかないとまでいわれているところである⁴⁾。余計な期日は重ねないという性向は、後にみるように、1930年代には最上級裁判所の裁判例が登場してきていることからすると、少なくともこの時期以降はドイツ裁判官に組み込まれた遺伝子といっても過言ではあるまい。ここに、撤回権を留保した訴訟上の和解が非常に頻繁になされ、そして撤回権の行使に関わって数多くの裁判例が報告されることとなる理由が存しているのである。

3. ということであるなら、本稿に接した読者諸兄姉からは、皮肉を交えて次のように問いかけられそうである。すなわち、「撤回権の留保を付けた訴訟上の和解は、わが国では需要がない。つまりは使われることがあまりなさそうなのに、それに関わる問題を取り上げてみても、それこそ無意味、無駄以外の何者でもないのでは」と。当然といえば当然の疑問に、先に述べたような撤回権留保付きの訴訟上の和解の効用、すなわち、こうすれば期日が一回節約できると説いてみても、裁判官が期日を数回重ねることに特段の違和感を感じているとは思えないわが国では、あまり説得力はあるまい。正直なところをいえば本稿は別の問題を論じようとした際のいわば「寄り道」である。もともとは、「和解の勧試の限界——説得か脅迫か?」というテーマを論じようとしたのであるが、この際、「裁判官による脅迫を理由に訴訟上の和解を取り消す場合、取消しの意思表示は誰に対してすべきなのであろうか」という問題に、何のはずみか関心が行ってしまった。脅迫を理由とする和解の取消しにあっては、取消権の行使期間がシリアスな問題とはならないから、この点が問題となることはまずない

4) Böckelmann, Zum Prozessvergleich mit Widerrufsvorbehalt, Festschrift für F. Weber (1975) S. 101ff. (103f).

といってよい。だからこそ錯誤も無効事由ではなく取消事由とされているドイツでも、錯誤取消しの意思表示をだれに対してすべきかを論じているものは見当たらないわけである。その過程で、浮上したのが、撤回の意思表示の相手方であった。これがシリアスな問題となるのは、撤回権の行使期間が、後にみるように和解が成立した日から二週間程度と短いことから、意思表示の相手方を間違えると、撤回効が認められなくなってしまうからである。撤回の相手先に関する裁判例が数多くみられる所以である。

これら裁判例を渉猟しているうちに、筆者の関心を引いたのは、裁判例における視点の置き方とその変遷である。訴訟上の和解の法的性質論つまりはドイツにおける通説・判例である両性説との関係を軸にしたその展開は、両性説の内容とそしてまた訴訟上の和解の法的性質論の射程に関する環境変化を映し出している鏡として理解してよいものであった。この鏡をみていくことは、両性説とその意味をレビューすることになり、ささやかであれ、今後の解釈論の一助になるように思われるところである。本稿を起こした理由はこの点にあるが、「期日は一回限り」という迅速な裁判への貪欲なまでのこだわりがわが国に育つまでは、これに尽きることはあらかじめお断りしておこう。

II 裁判例の展開——その1

1. ライヒスゲリヒト (Reichsgericht=RG) 1939年9月26日判決

戦後の裁判例における引用からすると、第二次大戦前の通常事件の最上級審であるライヒスゲリヒト1939年9月26日に下した判決が、この問題に初めて取り組んだ裁判例と思われる⁵⁾。原告と被告間で、1937年12月6日に訴訟上の和解が成立したが、そこでは、他の関係者の同意がえられないときは、被告は三週間以内に、無方式で撤回できるとされていた。被告訴訟代理人は、同意がえられなかったとして、同年12月24日到達の書面をも

5) RGZ 161. 253.

って受訴裁判所に対し、撤回の意思表示をした。しかし原告は、同月28日（つまり期間経過後）まで、撤回がなされたことを知らなかった。そこで原告は、和解は有効であることの確認を求めた（おそらくは、訴えを変更したかたちがとられたものと思われる）が、地方裁判所は、撤回を有効として原告の請求を棄却。これに対し控訴審の上級地方裁判所は、和解は効力を維持している、つまり撤回は無効とした。上告を受けたライヒスゲリヒトは、もとの手続でのかかる確認の訴えが適法であるとしたうえで、次のように判示して上告を退けた。

理由

「控訴審は、訴訟上の和解の撤回は無効であるとしたが、その理由は、次のとおりである。すなわち、特段の合意がないときは、撤回の意思表示は、定められた期間内に、原告ないしはその訴訟代理人に対してこれを行わなくてはならず、訴訟裁判所に対する通知をもって、この——欠落した——意思表示に代えることはできないというものである。このような見解は、法の判断を誤ったものではない。上告人は、1932年3月7日に下された当裁判所民事第八部の裁判（BGHZ135.338）をその上告のよりどころとしているが、あたらない。この裁判では、当事者は、……略……成立した和解は、「単なる裁判所記録への通知」をもって撤回できるとの留保を付していた。この裁判で問題となったのは、かかる通知は、（書面によるとされている場合の書式を定める＝筆者）民法126条と127条の方式を満たすものでなくてはならなかったのか、それとも、この裁判の事案のように、裁判所謄本との表示があり、弁護士が自署したのではない書面によってもできるのかという点のみであった。ライヒスゲリヒトは、後者の方式でもよしとしたが、その理由は、実体法上の意思表示である撤回は、適法とされる当事者間の合意によれば、訴訟においてその意思表示をしてもよいとなっており、その結果、この撤回は訴訟行為となり、それゆえ、その方式に関しては、手続法の諸原則に従って判断されなければならないからであるとしたのであった。この裁判は、上告人が指摘するように、訴訟上

の和解の撤回は、常に訴訟行為となると判示したものでは決してない。この裁判が訴訟行為だとしたのは、それ自体が実体法的なものである意思表示について、当事者が、受訴裁判所に向けた意思表示という方式によることを合意したからにすぎない。こうした限定的な理解をしなくてはいけないものである。訴訟上の和解が二面的であるということは、なるほど正しい。つまり、争われている請求を規律する実体法的側面と、訴訟の終結をもたらすという手続法的側面がそれである（……略……）。双方当事者または一方当事者の撤回権の留保は、和解の実体法的内容であり、こうした和解覆滅の可能性は、これを告知とも解除条件ともとらえることになる。したがって、こうした場合、和解を後に覆滅する権利の行使は、実体法的な性格の意思表示であって、——当事者に認められているところであるが——その合意によりこれを裁判所に対して行うべしとされていない場合には、民法130条の一般原則に従い、到達が必要、つまり、その意思表示が和解の相手方に到達した時点において効力が生じるものである。撤回権の留保は、訴訟の終結は、撤回の可能性がなくなるまで最終的なものではないという点で、訴訟上の和解の手続法的側面にとっても意味を持っているというのは、そのとおりである。しかし、かかる事情が、撤回自体を当事者の手続き法上の行為とするものではない。合意により、撤回は裁判所にすべしとされてはいないのであれば、当事者の手続法上の行為ととらえられるのは、撤回したことの通知とその中に包含されている口頭弁論再開の申立てのみである。

つまりここで決定的なのは、和解では撤回の方式が定められていないときも、撤回は裁判所に対して行わなくてはならないという了解が当事者にあったとすべきかである。この問題は、契約の解釈という方法で判断されるべきものである（……略……）が、控訴審はこれを否定した。控訴審の解釈は、その説示によれば、和解の実体的内容のみに関するものであるから、上告裁判所による事後的な審査は、控訴審がしたような解釈はできるか、そしてまた、その解釈は、法定の解釈ルールに矛盾しないかのみ限定してこれを行わなくてはならない。いずれの点からみても、控訴審の判

断には法的な疑念はない。撤回の意思表示は、受訴裁判所になすべし。少なくともこの方向で、和解当事者が一致していた可能性がないとは言い切れない。原審裁判官が確定したように、当該控訴審裁判所の管轄内では、訴訟上の和解中でこうした撤回の方式を合意するときは、撤回の相手先を明示するのが普通だからといって、撤回の意思表示は裁判所になすべしとの合意がなされたのではないのかという疑義が生じることはない。当事者が、このような慣行に反して撤回約束を明定しなかった場合でも、当事者は裁判所に意思表示をなすべしとの規律を当然のことと考えていたということもありうるが、しかしながら控訴審は、この可能性を否定している。これとならんで、明定しなかった理由として考えられるのは、当事者がこのような合意が慣行となっていることを知らないか、あるいは、当事者が意識的にこのような合意をしないこととしたのかいずれしか考えられないが、いずれの場合でも、撤回の特別の方式については、合意がないのである。このような合意が欠けていても、契約中に解釈によって補完されなくてはならない欠陥があるということにはならない（民法157条参照）。つまりところ原審裁判官は、その解釈活動にあって、当事者は、撤回の意思表示を裁判所にする旨の合意はしなかったという結論をよとしたのであった。上告人は、合目的かつ合理的な契約意思にあっては、当事者はどのような合意をしたはずであったかを考慮すべきと主張するが、原審裁判官がこれをする必要は一切ない。原審裁判官は、その成立を否定した合意の合目的性を見誤っていると上告人は論難するが、これもまた、上記の点からして理由がない。」

ややわかりにくいだが、ようするに、撤回は誰になすべきかという本題からすれば、和解の撤回は相手方当事者にしなくては効力を生じない。それは、撤回は、主として訴訟上の和解の実体部分に標準を切り結んだものだからだというのが、この判決の骨子である。しかし、さらにここで、明定がない場合、解釈により補完する必要性についての違法を、上告をもってどこまで主張することができるか、その範囲が示されている点で興味深い。長々引用した所以でもある。

撤回権留保付き和解における撤回の意思表示の相手先をめぐるドイツ裁判例の展開

2. 連邦通常裁判所 (Bundesgerichtshof=BGH) 1955年1月19日判決

その後、撤回の意思表示の相手方に関し、戦後裁判例として最初に報告されているのが、連邦通常裁判所が1955年1月19日に下した判決である。もっともこの判決の事案では、抵当権に基づく執行手続の際に、執行裁判所で成立した和解に際し、撤回の意思表示は、1952年9月8日までに裁判所記録録取、つまりは裁判所に対する意思表示により撤回できるとされていた。和解当事者の執行債権者は、撤回の意思表示を被告に対し1952年9月6日に通知したが、裁判所に対する意思表示の到達は9月9日となっていたというもので、それでも、相手方への通知でもよいと合意しているかを検討せよというもので、そもそものところ誰に撤回の意思表示をするのが【原則】にかつき、ダイレクトに取り組んだものではない。なお、筆者の推測であるが、本件は、執行債権者が原告として、執行債務者を被告に、本件訴訟上の和解の無効確認を求めたものと考えられる。判決を追ってみよう⁶⁾。

理由

「1. ……略……

2. 続いて控訴審は、和解の相手方当事者に対する通知で足りるかについて判断している。控訴審は、たとえ相手方に、期日までに通知が届いていたとしても、それでは足りないとした。

6) JR 1955, 179 (180). なお、本件原告は、裁判所の受付には、業務時間終了直前の16時から16時半までの間に、司法省警備官がポストを取り出し、執行裁判所である区裁判所の受付箱に入れたのであるから、取り出しが9日になっても8日に到達したとみるべきだと主張した。しかし、連邦通常裁判所は、受付箱への投入は、当日にその回収が期待できる限度で到達効を有するとする従前の裁判例に従い、この主張を排斥している。おなじ省庁の受付に提出されているが、担当部署には了知できる状況で到達していないから、到達はないとする判断には、少なからず違和感を覚えよう。ただ、たとえば、夜中12時前に自宅に投入された書面を、同日に到達したとはとらえられないという点は同感である。

当部も採用するライヒスゲリヒトの確定判例によれば、裁判上の和解は、二つの面を持っている。すなわち……略……和解の撤回の留保は、その実体法的側面に属している。したがって、撤回権の行使は、民法130条により受領が必要、つまりは、原則としては、相手方に対する意思表示をもってはじめてその効力が生じる。なるほど当事者は、撤回の方式に関しては、たとえば裁判所記録への録取によるとするなど（……略……）、これと異なる合意をすることができる。しかし、ライヒスゲリヒトもその裁判例（……略……）で認めているように、疑義あるときは、撤回は和解の相手方に対しその意思表示をしなくてはならないのであり、撤回の了知は、通常、裁判所よりも、和解の相手方当事者にとってより重要なものであるから、まずは撤回手続の簡素化を図ろうとしている裁判所記録への録取によるとする合意がなされているからといって、……略……そのことから直ちに、撤回通知を直接相手方和解当事者にしても無意味だと結論することはできない。むしろそれは、かかる視点からみて、和解をどう解釈すべきかにかかっている。したがって、当事者は、裁判所記録に撤回を録取するという合意をもって何を合意したのか、わけても、当事者は、そのほかの意思表示の方法を、この合意をもって排除しようとしたのかを確定する必要がある。

控訴審は、和解当事者が撤回の合意をもって何を望んでいたのかを確定すべきであった。

3. ……略……」

この判決は、果たして当事者は、裁判所へ通知する旨の合意により、相手方当事者へのダイレクトの通知では撤回効は生じないとする合意までもしたのか、この判断のために事件を原審に差し戻したものと思われるが、結論は、大方は予想がつこう。解釈の問題ではあるが、相手方当事者に対するダイレクトの通知を本来の姿とする姿勢の下では、当事者の特段の意思が認定されなくてはなるまいが、だとすると、ほぼ明示的でない限り、かかる意思（当事者に対する意思表示ではだめだとする意思）があったと認定されるとは考えられないからである。

撤回権留保付き和解における撤回の意思表示の相手先をめぐるドイツ裁判例の展開

撤回通知は原則相手方に通知すべきであり、裁判所に対してすべきとの合意があっても、特段の合意がない限り、相手方への通知をもって足りるとするこの判決の姿勢は、しばらく引き継がれていく。

3. 連邦通常裁判所1958年2月20日判決

戦後の裁判例で、直接に撤回の通知先について判断し、そのため、この時期の撤回の通知相手に関する先例として、その後の裁判例においてまずはじめに引用されるのが、1958年2月20日に連邦通常裁判所が下した判決である⁷⁾。その事案の概要は以下のとおりである。すなわち、1956年7月21日、被告は一週間以内に撤回できるという条件の下で、和解が成立した。もっとも、被告が撤回したときは、原告申立てとおりの記録に基づく判決をすることが、この際合意されていた。被告は、2月28日に撤回する旨の書面を提出したが、この撤回書面は、受領印によると、ベルリン・シャロットテンベルク (Charlottenberg) の司法官庁 (裁判所) の総合受付に28日の16時から24時の間に提出されていた。ここからは筆者の推測であるが、原審は、これを受けて、撤回があったとして、原告申立てとおりの記録に基づく判決をしたものと思われる。連邦通常裁判所は、被告の上告を受けて次のように説示し、破棄・差戻しをしたのが本件である。

理由

「原審控訴審判決はこれを維持できない。なぜなら、上告人が正当にも論難するとおり、1956年2月21日の和解が、適時に、したがって有効に撤回されたことの説示がなされていないからである。一方当事者に撤回権を留保した訴訟上の和解は、当事者間に特段の合意がないときは、実体的性質の意思表示として、一般の原則に従い、到達することが必要である。すなわち、和解の相手方に対してこれをなさなくてはならない。つまりは、相手方に到達した時点でその効力を生じる (RGZ161.235 ; BGH1955年1

7) ZZP 71, 454 (455).

月19日 = WM1955, 416)。しかし控訴審判決は、被告の撤回が果たして原告に到達したか、したとしてそれはいつかについての説示がない。したがって、控訴審判決はこれを破棄せざるをえない。

新たな審理にあたり、原告の主張するように、被告の撤回が1956年6月28日になってはじめて、つまりは、時機を失して被告に到達したことが判明したときは、控訴裁判所は、当事者が、撤回は裁判所に対して(も)これをなすことができるという黙示の合意をした可能性がないかを審理しなくてはならない。かかる黙示の合意は認められる。当事者がかかる合意をしたかという問題は、契約の解釈というかたちで判断されるべきものである(RGZ 161, 256)。」要するに、撤回の意思表示は、相手方に対してなされなくてはならないというわけである。

4. 連邦行政裁判所 (Bundesverwaltungsgericht=BverwG)

1960年1月15日判決

その後、最上級裁判所である他の連邦裁判所も、これにならう。最初に報告されているのが、連邦行政裁判所の1960年1月15日の判決である⁸⁾。

判旨

行政裁判所においてなされた和解の撤回の意思表示は、特段の合意がない場合、行政裁判所法が適用になる範囲では、留保された期間内に相手方当事者に対してこれをしなくてはならない。

【事案】

1954年9月24日における口頭弁論において、当事者間に和解が成立した。被告は、10月20日まで撤回できる権利を留保した。1954年10月18日付けで、同20日和解がなされた行政裁判所(第一審)に到達した書面をもって、被告は和解を撤回した。原告は、1954年11月6日付けの行政裁判所からの書面(おそらくは期日呼出し状)により、はじめて撤回の意思表示がなされたことを知った。

8) BverwGE 10. 110 (111).

撤回権留保付き和解における撤回の意思表示の相手先をめぐるドイツ裁判例の展開

そこで原告は、当事者間の事件は、1954年9月24日の和解をもって終結したことの確認を申し立てた。行政裁判所は、原告の申立に応じた判決を下した。これに対し控訴審である上級行政裁判所は、この判決を取り消して、別して審理および裁判するよう、事件を原審に差し戻した。原告の上告に基づき、連邦行政裁判所は、原判決を破棄し、被告の控訴を棄却した。

理由

「一般的な理解では、訴訟上の和解は、実体法的意義と訴訟的な意義の双方を備えている。訴訟上の和解の撤回に関し、ライヒスゲリヒトおよび連邦通常裁判所は、多くの裁判において、まずは民法に関連し、そして特に民事訴訟に関して、「訴訟上の和解は、実体法的な契約である」と述べてきた。和解の撤回もまた実体法上の事柄と評価すべきであり、和解の実体法的側面に属する。その結果、和解の撤回は、受領を要する意思表示であり、この意思表示は、民法130条に従い、留保期間内に和解の相手方に対してなされなくてはならない。確かに、当事者は、撤回の意思表示を裁判所に対してする旨の合意をすることができる。しかし、こうした合意がなされた場合に限り、裁判所に対する意思表示をもって、和解の相手方に対する意思表示に代えることができる。この見解が学説では大多数を占めており、近時では、連邦社会裁判所もこの見解を採用したところである(……略……)。この見解を良しとする。撤回権の定めは、どのような要件の下で、和解が有効または無効となるのかを定めるものであるから、和解の実体法的側面に属する。

控訴裁判所は、1932年3月7日の裁判(RGZ135, 338)とその後のライヒスゲリヒトおよび連邦通常裁判所の裁判の間には齟齬があると考えている。この1932年のライヒスゲリヒトの裁判は、訴訟上の和解のような訴訟行為には、民法の諸規定ではなく、訴訟法の諸規定が適用されると説示しているが、控訴裁判所は、この説示が、当事者が撤回の意思表示の相手を裁判所と合意した場合に関しての説示であることをこの際見落としている。こうした事情を考慮してみるなら、ライヒスゲリヒトと連邦通常裁判

所の判例は統一的である。

行政事件手続の特殊性もまた、他の法的見解を良しとするものではない。確かに、行政事件手続は、民事訴訟とはわけても職権進行の点で異なっている。その結果、行政事件手続においては、意思表示などの表示は、すべて裁判所に対してしなくてはならないし、期間が遵守されたかどうかは、裁判所に到達したかどうかを基準となる。しかしこうした事情は、撤回が、訴訟上の和解の実体法的な側面に属するものであることに照らすと、重要なことではない(……略……)。

したがって撤回の意思表示は、特段の合意がない限り、留保期間内に和解の相手方に対してこれを行なわなくてはならない。本件についてみると、撤回は有効にはなされていない。なぜなら、撤回の意思表示はこれを裁判所にする旨の合意がなされてはいなかったこと、そしてまた、撤回の意思表示が合意された撤回期間内に和解の相手方になされていなかったことについて争いがないからである。」

5. 連邦労働裁判所 (Bundesarbeitsgericht=BAG)

1960年4月22日判決

これと同じ年すなわち1960年4月22日、今度は連邦労働裁判所が、同旨の判断を示した⁹⁾。もっとも、その判旨は、「和解において一定期間内に裁判所事務課に対する通知をもって撤回することができると規定しているときは、和解において特段の定めがなされていない限り、電話による撤回も有効である」というものであるが、ここでもまた、原則、つまり特段の合意がないときは、撤回の意思表示をなすべきは、相手方当事者だとされている。その判断をみてみよう。

「1. ……略……」

9) NJW 1960, 1364 この裁判例では、多くで、撤回の意思表示は裁判所にする旨の合意がなされていることが指摘されている。

2. ……略……

3. 当事者が一定期間内に撤回できる権利を留保して訴訟上の和解を締結したときは、訴訟上の和解においても、契約自由の原則（民法305条）から当事者に認められている可能性を利用したものである。訴訟上の和解当事者が、合意により事後的にそれを撤回することができ、そして、実体法上の和解の合意による取消により、訴訟上の和解の効力も覆滅することになるのと同じく（……略……）、和解当事者は、——いわゆる撤回権留保——つまりは民法346条以下の意味での一定期間内に撤回できる権利を約定することができ、それが行使された場合には、実体法上の和解が取り消されると同時に訴訟上の和解に含まれている訴訟行為もその効力を失うことになる。この点については、学説判例のいずれにおいても原則争いはないし、このような結論が正しいことは、先に述べたように、訴訟上の和解に占める実体法的な部分の割合が圧倒的であることからしてすでに正当である。訴訟上の和解にあっては、その無効は、それが原始的なものであれ事後的なものであれ、その訴訟上の存在を喪失させるのである（……略……）。

すなわち、撤回権の合意それ自体は、民法346条以下の意味における実体法上の合意であり（RGZ 135, 338）。このことから、当事者間において明示または黙示で他の合意がなされていないときは、かかる撤回は、無方式で、直接口頭または電話でのいずれであれ、民法130条1項により、相手方に対してなすことができるし、その撤回の意思表示の相手方への到達をもってその効力を生じるのが原則である。（……略……）。

しかし、和解当事者は、……略……契約自由の原則の下、その方式そしてまた意思表示の相手方を自由に定めることができる。当事者は、民法127条に基づき、一方から他方当事者への撤回の意思表示にあたっては、たとえば通常の郵便による、あるいは書留によるとか、特定の方式によるべきことを合意することができる。当事者はまた、その契約自由の下、宛先を相手方当事者とする必要はなく、それとは異なる第三者、わけても裁判所でもよいとか、さらにはこの第三者でなくてはならないとか、あるい

は、この第三者に対する撤回の意思表示は、無方式でよいとか一定の方式によらなくてはならないと合意することもできる。

4. 問題となっている1958年11月10日の和解については、撤回は、裁判所に対してすることができた。このことは、当事者が、本件においては誰が正しい撤回の意思表示の相手方かについて争わず、当事者は、撤回は裁判所に対してすることができたということを前提としていることからわかる。かかる合意は、多くの裁判所で用いられているところとなっている（……略……）。ただし、こうした和解から、次の二つのことを帰結することはできない。すなわち、一つには、撤回の意思表示は、唯一裁判所に対してしなくてはならないということであり、もう一つは、相手方が裁判所であれ和解の相手方当事者のいずれであるにしても、一定の方式によらなくてはならないということである。このことは、以下のことから明らかである。すなわち、

撤回の意思表示は、裁判所のみに対してすることができると、それとも、……相手方に対してこれをしてよいのかについて、和解においては明確に定められていない。しかし、撤回権を留保した訴訟上の和解締結にあたり、当事者が、双方、つまりは和解の相手方当事者と裁判所を選択的に撤回の意思表示の相手方とすることはありうる。だとしても、ここで裁判所が意思表示の相手方とされているのは、排他的なものであり、和解当事者は通知の相手方からは外されているという推定がはたらく余地はない。先に述べたとおり、撤回の意思表示は、それが有効になされていれば、その副次的効果として、訴訟上の和解に含まれている訴訟行為の効力を奪うものであるということからしてすでに、このことは明らかである。ひるがえって、一方和解当事者は、裁判所を経由することなくダイレクトに、つまり速やかに和解の他方当事者からその撤回について知られることに重大な利害を持っており、そして撤回の結果自動的に生じる副次的効果、つまりは和解に含まれている訴訟行為が無効になるという点には、ほとんど関心がないということがある（……略……）。

本件では、裁判所に対する意思表示につき一定の様式が求められるかに

ついてもまた、本件和解中で定められてはいない。特に、経験を積んだ裁判官が用いている和解のフォーマットには、撤回の意思表示は、一定の期間内に、裁判所事務課に書面を提出してこれを行わなくてはならないという事は書かれていない。先に述べたとおり、本件では撤回は裁判所に対してすることができた。つまりは訴訟行為（……略……）として行われたはずであるということから、州労働裁判所が認定したのとは異なって、撤回にあたってとるべき要式については何も導かれぬ。確かに、口頭弁論外での訴訟行為は、「原則」書面で行わなくてはならない（……略……）。しかし、特に本件での関心事である電話によることができる、要式を求められない訴訟行為もまた多数ある（……略……）。さらには、事務課に向いて調書録取とされるべき訴訟行為についても、十分な同一性が確保されるのであれば、事務課への架電でよいという見解も主張されているところである（……略……）。事務課に対する意思表示による和解の撤回にあたっては、特定の要式によるべしという明文の規定ないしはその趣旨からしてこれを求めていると認められる規定もまた存在しない。

……略……。特定の相手に対する撤回の意思表示が必要である、あるいは特定の方式が必要であるとするのいずれであっても、撤回を厳格化することは、制度趣旨からして例外である。これが認められるのは、合意がなされたときに限られるが、かかる合意はない。本件ではまた、次のような実務的な考慮からしても、ここで採用した見解が妥当である。すなわち、実務的にみて、電話による撤回の意思表示を事務課管理官（Geschäftsstellenbeamte）が録取したメモでも、書面ないしは出頭した上での調書録取によった場合と同様の実践的な目的を達成できるから、法的安定性および明確性の観点からは、撤回の意思表示を書面によってさせることに、特段の価値を見い出すことはできない……略……」

本裁判例において注目しておくべきは、戦前のライヒスゲリヒトの裁判例と同じく、先の連邦通常裁判所の判決にはみられない訴訟上の和解の法的性格、わけてもその実体的側面が強調されている点である。このこと

は、本件では、当事者の振る舞いから裁判所への意思表示でもよいとする黙示の合意を推認しておけば足りるところを、さらに、相手方当事者に対する意思表示でもよかったかまで縷々検討し、その際訴訟上の和解の実体的側面を強く前面に押し出していることにもみてとることができる。

ここまでの裁判例は、その点が明示されてはいないものも含め、訴訟上和解の性質論にその糸口の少なくとも一端を切り結んでいることは確かである。

6. 連邦社会裁判所（Bundessozialgericht=BSG）

1965年9月9日判決

これらの中で一つ注目に値すると思われるのが、社会保障（社会保険）関係の紛争について裁判権を有する連邦社会裁判所が1965年9月9日に下した判決である¹⁰⁾。

その判旨は、「訴訟上の和解および請求認諾の撤回を留保するときは、留保においてその方式を定めることができる。社会保険者が撤回権を留保したが、その方式を定めなかったときは、撤回の意思表示は、社会保険者が裁判所に対する通知に通常用いる方法によりこれを行うことができるのが原則である。通常の方法とは、決裁権限ある者の名前を明示し、官庁で通常用いられている認証の表示がある書面である。」というものではあるが、そこでは、解釈の問題として、撤回の相手は通常では裁判所となるとする旨が判示されている。以降の展開を予告するその判断を追ってみよう。

「控訴審である州社会裁判所（Landessozialgericht）は、留保された訴訟行為の撤回の有効要件として、厳格な方式に関する要件が満たされなくてはならないとしたが、これには何ら法律上の根拠はない。たとえば上訴は、——事務課書記官に対し記録することを求めて控訴するというやり方は別にして——書面によりこれをしなくてはならないし（社会裁判所法

10) NJW 1966, 125.

(Sozialgerichtsgesetz=SGG) 151条1項, 164条1項1文), また訴状には, 署名がなされる [べし] とされている (社会裁判所法92条1項) が, 社会裁判所法そしてその他の手続法のいずれにも, 訴訟行為の撤回方法に関する規定はない。これに対応して, 民事裁判所の判例は, 撤回の方式を自ら定めることを認めている。すなわち, 書面よりも緩やかな方式を合意ないしは留保することができる (……略……)。『記録録取の申出』が合意されたケースでは, ライヒスゲリヒトは, 記録録取の申出のやり方として通常とられている方式でよいとしていた (……略……)。民事裁判所の判例によれば, 受任した弁護士が, 記名のみで署名はない相手方当事者に対する書面の写しを裁判所に提出すれば, それで, 『単なる裁判所記録への録取の申出』による訴訟上の和解の撤回として十分とされている (……略……)。

本件においては, 被告は, 調書の写しの送達後一ヶ月間は撤回ができる権利を留保していた。この撤回権留保の意思は, これを解釈していく必要がある。なぜなら, 撤回の意思表示をなすとしたら, どこに対して, そしてまたどのような方式によってなされなくてはならないかについては, 明確な合意がないからである。すべての書面は, 裁判所に提出が求められ, その上で, 職権進行の下で, 他の手続関与者に対してはその謄本をもって通知するとされている社会裁判所の手続 (社会裁判所法108条, 93条) においては, 別段の合意または宣言がないときは, 直ちに, 手続関与者ではなく, 裁判所が, 留保された撤回の通知先となるべきだとしてよい。本件手続では, 明らかに手続関与者もこれを前提としており, そうであればこそ, 被告は撤回の意思表示を社会裁判所に対して行ったのである。さらに当部は, 被告の留保を次のように解釈する。すなわち, 必要に応じて, 公法上の保険者が裁判所に対してする通知の際に通常とられている方法をもって, 撤回の意思表示をすることを認めていると解釈する。当部の見解によれば, このような解釈が, 訴訟における一般的なやり方に対応している。撤回に関し, 被告は, たとえば上诉状のように, 厳格かつ必須の方式に従うことを望んだと考えてよいとするよりどころは一切ない。社会保険

者と裁判所間の通常の通知は、通常は次のように行われており、かつまた裁判所もこれで足りるとしている。すなわち、署名権限がある代表者が、起案書にはサインはするが、裁判所に提出される正式の書面では、責任者の氏名の記載と官署の認証印の押印がなされるというやり方である。もし、保険者の決定が、——署名があることが前提となるが——、こうした方法で通知されれば、双方関与者に権利を与え義務を負わせるに足りるとすれば、実務の慣行に切り結んだ解釈が、いずれの場合であれ被告の訴訟上の宣言にもあてはまることになる。したがって、被告の撤回は有効である。州社会裁判所が否定した次のような法律問題について、判断の必要はない。すなわちそれは、上訴状の場合には必須であり、そして、いわゆる特に定められたその他の書面について原則必要とされている方式規定を、官署の認証印は満たすのかという問題がこれである。……略……」

この判決においては、まずは撤回の意思表示の相手方ではなく、その方式がメインテーマであり、また、撤回通知の相手方に関し合意内容が明確でない場合の解釈問題として、裁判所が合意されていると解すべきだとしているものであり、そもそも撤回の意思表示の相手について合意が欠けている場合を想定したものではない。判決が、他の最上級裁判所のそれまでの裁判例と対決するところがないことも、本判決は、合意の解釈問題を主題とするものであると評価してよいことを示している。もっとも、合意があるがその内容が不明確であるにとらえるのか、それとも合意はないとするのかは、いわば紙一重の問題であり、いずれとするかで結果に違いが生じるとすることは、少なくとも違和感を覚えよう。そういうことであれば、この判決は、次に取り上げる裁判例の「先駆け」といってもよさそうである。

III 裁判例の展開——その2

1 連邦行政裁判所1993年1月26日判決

もっとも、その後風向は一変する。上記裁判例からかなり下った1993年1月26日に下された連邦行政裁判所の判決¹¹⁾は、その判旨を次のように述べている。すなわち、「別段の合意がないときは、行政裁判所において締結された訴訟上の和解の撤回の意思表示は、留保期間内に裁判所に対してこれをしなくてはならない。」つまり、この判決は、自らが下した1960年1月15日の判決を逆転させたのである。

事案は、ディスコの営業時間の延長申請を所管行政庁から却下されたその経営者らが、却下処分の取消しを求めたが、第一審の行政裁判所(Verwaltungsgericht=VG)において、1991年9月24日に、同年9月30日まで撤回できるという留保のもと和解が成立した。その後撤回期限の最終日に、被告行政庁は、書面を司法官署総合受付に、ファックスを使って送付した。期日指定の申立てを受けた行政裁判所は、もっぱら民法130条(意思表示は相手方へ)の問題であり、期限内に相手方当事者に対して撤回の意思表示がなされていないのであるから、手続は先の和解により終了している旨の宣言的判決を下した。これに対し被告行政庁が控訴。控訴審である上級行政裁判所(Oberverwaltungsgericht=OVG)は、裁判所を撤回の通知先とする合意の成立は否定したうえで、撤回の宛先は裁判所であるとして、第一審判決を取り消して差し戻す(つまりは、原告の請求について実体判断することを命じる)旨の判決をした。そこで、原告が上告したのが本件である。

a. 上告審である連邦行政裁判所は上告を棄却したが、その理由を次のように述べる。

「被告は、1991年9月24日の裁判上の和解を行政裁判所に対する適時の意

11) NJW 1993, 2193.

思表示により有効に撤回したのであり、したがって、本来の請求について裁判がなされなくてはならない。

誰に対して、行政裁判所で成立した和解において留保されていた撤回の意思表示をなすべきかという問題は、まず第一には、当該和解においてどのような合意がなされたかにかかっている。なぜなら、撤回できるとする旨の合意をする権利には、撤回をする方式を定める権能も含まれているからである。これは契約の解釈という手法で探知されるべきものであるが、当事者は、黙示でも、撤回の意思表示をなすべき相手方を合意することができる（BGH, ZZZ 71,454）。控訴裁判所の認定によれば、その管轄区域では、和解撤回の通知先を裁判所とする合意が一般的であること、そしてまた、当事者は、和解において仮定的にさらなる口頭弁論を放棄しているという事情があるが、これらに照らすなら、撤回をするのであれば、裁判所に対してなすべきという合意が成立していたとみることができる（……略……）。表明されなかった原告訴訟代理人の内心の意思だけで、撤回の相手方に関する黙示の合意が認められなくなるということはない。もっとも、控訴裁判所が、上告理由となる民法133条および157条が定める解釈の基本諸原則を、結果として適切に適用し、適法にかかる内容の合意の成立を否定したかどうかについては、これを審理する必要はない。仮にこうした合意がなかったとしても、被告は、裁判所に対して有効に撤回の意思表示をしているところである。この点については、控訴裁判所の判断を支持する。

撤回の留保は、一般的には停止条件の合意であり、したがって、これを付した和解の効力は、撤回がなされないことにかかっている。訴訟上の和解の当事者が、和解の効力を即時かつ最終的に発生させることを望まない場合には、利益状況により、いろいろな形をとることが認められる。その処分権限の範囲内で、たとえば、停止条件、解除条件あるいは解除権を合意することができる。その効果は、どのような法的構成がとられたかで異なってくる。解除条件および解除権付きの場合には、和解は直ちにその効力を生じ、撤回の有無は、和解がその効力を維持し続けるかどうかに関わ

る。これらの場合には、状況次第では、清算が必要となってくる。それ故、本件でもそうであるが、一般的には、撤回留保を停止条件とみるのが、契約当事者の利益状況にかなう（……略……）。

停止条件として撤回権の留保が付された和解が成立しても、訴訟法律関係は終結しない。以下に詳説するとおり、このことは、訴訟を続行することを目途とした撤回の意思表示は、別段の合意がない場合には、裁判所に対してなされなくてはならないことを正当化するものであり、かつまたこれを必要とするものである。

訴訟上の和解の締結に関してみると、本件にとって基準となる行政裁判所法106条の文言は——これは、1990年12月17日の第四次行政裁判所法改正法により取り入れられたものであるが——、二つの類型を規定している。すなわち、裁判所の調書録取に向けた和解締結と、裁判所の決定の形式をとった和解提案の受諾である。ちなみに後者では、承諾は書面により裁判所に対してなされなくてはならない。いずれの場合であっても、和解の締結につづじる意思表示は、裁判所に対してなされるか、裁判所の面前でなされなくてはならない。特に、先に挙げた改正法で新たに取り入れられた方法、つまりは、決定を持ってなされる裁判所の和解提案を裁判所に対して書面をもって受諾するという方法に照らすなら、これとは逆方向の和解の撤回を、裁判所ではなく、和解の相手方当事者にすべきであるとするものはなにもない。すなわち、新たな形式によって成立した訴訟上の和解の撤回のみならず、すべての訴訟上の和解に関して、この規定を、統一的に先のように補充的に解釈することが法の体系、したがってまたその意味と目的にかなうのである。なるほど、裁判所の和解提案にあたり撤回権の留保をする契機は、めったにあるものではない。しかしこのことで、新たな規律が、こうした解釈の重要な足がかりとなる点に変わりはない。これに加え、かかる解釈は、関係者の利益にかなう。こうすることでのみ、わけても、弁護士強制がない訴訟においては、信頼のおける形で撤回がなされたことを文書化しておくことができる。これに加え、他の見解をとったとすると、法に疎い当事者に、誰に対して撤回の意思表示をすべき

かという、難しい法的判断を強いることになってしまう。かかる解釈はまた、裁判所がうまく機能することにもかなっている。つまり、こうした解釈をとらないと、裁判所は、手続きの続行に関わる意思表示について認識することができず、果たして事件はまだ訴訟係属しており、裁判を下さなくてはならないものかどうかははっきりしない状態におかれることとなってしまう。この点を見ると、当部は、別段の合意がないときは、訴訟上の和解の撤回は、裁判所に対してこれをなさなくてはならないとの見解（……略……）を採用するものである。

1960年1月15日の連邦行政裁判所第七部の判決は、特段の合意がないときは、撤回の意思表示は和解の相手方当事者に対してこれをなすべしとしたが、当部の裁判は、大法廷の開廷を求める必要がある（行政裁判所法11条2項）形で、この第七部の判決と異なるものではない。というのは、この裁判は、……により廃止されたエッセン州の行政裁判権に関する法律の99条に関するものであるが、この規定は、……略……現行の行政裁判所法106条に対応するような規律を含んではいないからである。したがって、基準となる法状況は本質的に変わっているところである。このことからして、大法廷を招集する義務はない。また、1968年6月19日の連邦最上級裁判所の判例の統一を確保するための法律（……略……）に基づいて、連合部を招集する必要もない。なるほど連邦通常裁判所および連邦社会裁判所は、裁判上の和解の撤回は、受領を要する意思表示であるから、これと異なる合意がないときは、和解当事者に対してなされなくてはならないとの見解をとっている（……略……）。しかし当部は、先の法律21条の意味における同一の法律問題において、先の連邦通常裁判所および連邦社会裁判所の先の判例と異なるものではない。そもそものところ、先の判例は、異なる手続き法に関するものであることからして、同一の法律問題だということはない（……略……）。法律状況は、本質的な違いがあることを示している。なぜなら、民事訴訟法にも社会裁判所法にも、行政裁判所法106条の新文言に相応した規律はなく、したがって、ここで採用した見解の法的な基礎をまったく有していないからである。」と。

なるほど、大法廷の招集は不要とするところにみられるように、この判決は形式的には判例変更ではない。しかし実質的には——つまり、実務ではどうしなくてはならないかという点に関してみれば——判例変更が行われたとってよいであろう。もっとも、それまでの裁判例と決別しようとするこの判決の理由付けは、必ずしも十分とは言い切れまい。というのは、この判決の理由付けは、それまで強調されてきた訴訟上の和解の私法的側面との関係に十分踏み込むことなく、もっぱら行政裁判所手続の有り様だけに切り結ぶに止まっているからである。すなわち、特段の合意がないときは、撤回の意思表示は相手方にすべしとするそれまでの裁判例が、両性説を前提として和解の実体的側面に切り結んで検討を加え、和解の訴訟法的な側面をいわば二次的なものと位置づけていたことと正面から向き合っていないからである。なるほど、撤回の性格に関しては、これを（撤回が期間内になされない場合に和解が効力を生じるととらえる）停止条件であるから、訴訟係属は解消されておらず、この点を裁判所が撤回の意思表示の相手方とする根拠にあげているが、それでは、その適法性については異論がない「解除条件」とされた場合の説明はどうするのであろうか。この点、連邦行政裁判所がよしとした控訴審判決は、和解の訴訟法的側面に切り結んでその理由を展開しており、問題点を浮き彫りにするため有益である。以下では、かいつまんでではあるが、これを見ておこう。

b. リューネブルク上級行政裁判所（Oberverwaltungsgericht=OVG Lüneburg）1992年4月15日判決¹²⁾

【理由】

「……略……撤回の意思表示をなすべき相手について、黙示であれ、合意がなされたことを示すものはなにもない。

したがって、判断にとって重要となるのは、特段の合意がない場合でも、期限内に裁判所に対してなせば、撤回は有効かという点である。

12) NJW 1992, 3253.

これは肯定されるべきである。

a) 当部は、……略……訴訟上の和解が【二つの性格】を持っているとする通説判例に与する。訴訟上の和解は、……略……一方では(公法上の)契約である。そして他方では、和解により裁判所での手続が直ちに終結することから、それは訴訟行為である(……略……)。

その二重の性格のゆえに、和解を条件付きでなすことができるし、……略……撤回権の留保も可能である。この留保の下では、和解はその成立と同時に効力を生じるが、一定期間内には、これを撤回することができる。

b) 訴訟上の和解を成立させる関係者の意思の表示は、それが行政裁判所法106条1項により裁判所の面前でなされるときは、その二重の性格が特に『外に向かって』際立つことはないが、……告知(撤回)に関しては、この二重の性格が問題となる。というのは、この場合和解の関係人は、——本件と同じく——通常は裁判所において対峙しておらず、反対に、別個にかつまた裁判所外で向かい合っている状態にあるからである。こうしたポジションからなされる意思表示は、二つの側面を『自動的』にカバーすることはもはやない。いずれの側面に振り分けられるかは、解釈によって決まることになる。矛盾した結果とならないようにするため、場合によっては、二つの側面の順位関係を定めなくてはならない。

ライヒスゲリヒトと、行政訴訟に関しライヒスゲリヒトの裁判例に追隨した連邦行政裁判所は、撤回は、一次的には、……略……和解の効力に関するものであることを理由に、撤回(だけ)を訴訟上の和解の実体法的な部分に分類する。そしてその結果として、撤回は受領を要する意思表示であり、民法130条により、留保された期間内に和解当事者に到達しなくてはならない。確かに、和解当事者は、撤回の意思表示を裁判所にすることを合意できる。しかし、こうした約束がないときは、和解の相手方への到達が必要であるとする。

特にライヒスゲリヒトは、これにより訴訟の続行という手続法的側面については何ら意思表示がなされてはいないことを、はっきり認めている。この点についてライヒスゲリヒトは、いずれにせよこのことで撤回自体が

当事者の手続法上の行為となるわけではないとする。撤回は裁判所にすべしとの合意がないのであれば、当事者の手続法上の行為ととらえられるのは、『撤回したことの通知とその中に包含されている口頭弁論再開の申立てのみ』であるということになるとしている。

この連邦行政裁判所が採用する見解を本件にあてはめてみると、撤回はこれを原告ないしはその訴訟代理人に対して期限内に通知することが必要であり、またそれで足りることになり、それに依存し、それゆえに何らの権利を創設するものではない裁判所に対する『撤回したことの通知』に期限が設定されているのではないということになる。

c) 当部は、いずれにしても行政訴訟にこの見解を採用できないと考える。

aa) そもそものところ、いわば盲目的に和解の実体的部分に撤回を分類してその相手方を定め、その訴訟法的側面を、最初から下位ないしは『二次的』(BAG NJW 1960, 1364) とすることには疑問がある。むしろ出発点は、契約当事者が、それが行使されると……訴訟の続行という効果が生じる『和解の撤回』を合意した場合、当事者はしかるべきこととして何を望んでいるかである。この当事者の意思に照らすと、撤回を二つの必要な意思表示に分解し、合意が裁判所でなされたにもかかわらず、そのうちの訴訟法的な側面は単に宣言的なものに過ぎないから、いつまででもこれを行うことができるという結論が、果たして正当かどうかは疑問に思われる。こうした場合にあつてむしろ当事者の意思にかなうのは、その法的性格がどうであれ、訴訟続行を求める旨の裁判所への通知は、合意された期間内になされるべきであり、意図された種々の法律効果の発生はそれにかかっている意思表示だととらえることである。こうしたとらえ方は、撤回を訴訟上の和解の実体的側面と位置づけることと真っ向から矛盾するものではない。

bb) 当部は、撤回は相手に通知すべしとしたライヒスゲリヒトがその出発点としたところは、行政裁判所手続における独特の諸原則と相容れないことが、ここでは決定的だと考える。連邦行政裁判所も、その出発点にあつてはこの点を指摘してはいた。すなわち『行政裁判所手続は、特にその職

権進行の点で民事訴訟とは異なっているというのは、確かに正しい。このことから、すべての意思表示・通知は裁判所に対してこれを行わなくてはならないし、そしてまた、期間の遵守に関しては裁判所への到達が基準とされる。』と述べている。

しかし、そこからドグマチックな諸結論を導き出すことなく、この裁判では単に次のよう断言するのみである。すなわち『かかる事情はしかし、撤回は訴訟上の和解の実体法的部分であるという事実には照らすなら、問題にならない。』と。

こここのところで連邦行政裁判所は、その端緒においては的確な考慮を性急に放棄していると考える。これとは異なり当部は、この考慮を次のように敷衍するものである。すなわち、民事訴訟法によった手続におけるのと異なり、行政裁判所法による手続においては、当時者の任意にかかる訴訟上の意思表示は、たとえば訴えの提起、訴えの取下げ、訴えの変更、終結宣言あるいは訴訟上の和解の締結（……略……）などと同じく、すべて裁判所に対してこれを行わなくてはならず、そしてまた、訴訟上の和解の撤回は、事件の係属を継続させあるいは新たに生じさせるゆえに、いずれにしても訴訟上の意思表示を内在しているのであるから、異なった取り扱いをすることはできない。このことは和解に関する規定である行政裁判所法106条の反対解釈から明らかとなる。裁判所の面前ないしは裁判所に対する意思表示によってのみ有効に成立する訴訟上の和解の撤回は、同様の方法によってしかこれを有効になすことはできないのである（……略……）。

そうでないとするなら、たとえば、裁判所は、相手方当事者には到達してはいるが、それがなされたことははっきりしない撤回通知のために、手続は今なお係属中なのかどうか、あるいは、関係者が撤回のなされたことを争う場合に、訴訟係属について証拠調べをしなくてはならないかを確定できない状態におかれる事態が生じてしまおう。こうしたたぐいのことは、そもそも行政裁判所法において一貫して実現されている職権主義と一致しない。それゆえに、かかる状況が生みだすような訴訟上の解釈は正し

くないというのが、当部の解釈である。

撤回の意思表示が、同時に先に述べたような実体法的な機能をも有していることと、このような結果は矛盾するものではない。特定の事情の下での【契約の解消】の方式を当事者の意思によらせないことを、立法者は禁じられてはいない。最後に、このような解釈は、同条3項が示すように、民法130条とも整合している。」と。

連邦行政裁判所がその手続の特色、つまりは職権主義が手続全体の指導原理であることのみで切り結んでいるのに対し、訴訟上の和解の訴訟法的側面を強調するこの控訴審判決は、すべての手続につき、撤回の意思表示は裁判所に宛ててすることも、訴訟上の和解の二重の性格と矛盾するものでないとする契機をはらんだものとして注目すべきものだといってさしつかえあるまい。現に、その後、行政裁判所が（そこまでは）職権主義的ではないとした民事訴訟手続を操る連邦通常裁判所もまた、この方向へと歩を進めていったのである。次には、裁判所への意思表示でも足りるとした連邦通常裁判所の判決をみていくことにしよう。

2. 連邦通常裁判所2005年9月30日判決

連邦通常裁判所も、その2005年9月30日の判決¹³⁾において、次のような判旨を掲げ、その舵を大きく切る。すなわち、

【判旨】

「訴訟上の和解の撤回は、和解当事者が別段の合意をしていないときは、裁判所または相手方当事者のいずれに対してこれをしていても有効である。このことは、いずれにしても、2002年1月1日以降に成立した訴訟上の和解に妥当する。」

事案は以下のものであった。2003年9月に地方裁判所において当事者間に和解が成立したが、その第4項において、「当事者は、2003年9月23日

13) BGHZ 164, 190=NJW 2005, 3576. 訳文は後者に準拠した。

まで、本件和解を撤回することができる。」と定められていた。この23日に、被告である州は、裁判所に提出した書面をもって、和解を撤回する旨の意思表示をなした。この書面の認証謄本が、原告代理人に送達されたのは、撤回期限の後であった。

原告の申立により、地方裁判所は、事件は、裁判上の和解により終結した旨を宣言する判決を下した。これに対し上級地方裁判所は、訴訟上の和解は無効と判断した。上級地方裁判所が上告を許可し、原告が、地方裁判所の判決を復活させること（原判決破棄・控訴棄却）を求めて上告。上告棄却。

【理由】

I. 控訴審の判断によれば、被告は、撤回期間内に地方裁判所に対して行った意思表示により、有効に和解を撤回した。控訴裁判所はその理由を次のように述べている。

「撤回権の留保の下で成立した訴訟上の和解は、——当事者が特段の合意をしていないかぎり——裁判所と契約の相手方のいずれに対しても撤回することができる。

訴訟上の和解は、二重の性格（両性説）を有している。その実体法的内容とともに、訴訟を終了させるという作用と債務名義を生み出す作用を持っているのであり、その結果、訴訟上の和解は、訴訟行為でもある。訴訟終了効は、実体法的かつ訴訟法的に有効に成立した和解のみがこれを有するのであるから、訴訟行為である「和解」が裁判所に対して撤回された場合にも、撤回はその効力を生じる。裁判所が撤回の意思表示の宛先とらえることができるのは、訴訟行為は、その面前でそしてそれに対してなされるからである。裁判所の和解提案を書面をもってして（も）受諾できるとしている民事訴訟法（ZPO）278条4項は、このことを示している。同旨の規定である行政裁判所法106条2文に関し、連邦行政裁判所もまた、特段の合意がないときは、撤回は裁判所に対してこれをなさなくてはならないという前提をとる。

II. この判示について、上告事由に該当するものはない。被告の州は、

当該和解を、裁判所に対して行った意思表示をもって有効に撤回している。控訴裁判所は、訴訟上の和解の撤回は、和解当事者が別段の合意をしていないときは、裁判所または相手方当事者のいずれに対してこれをしても有効であるとしているが、当裁判所も同意見である。このことは、いずれにしても、2002年1月1日以降に成立した訴訟上の和解に妥当する。

1. 和解において留保されたその撤回を誰に対して行うべきかという問題についてみると、まずは和解において定められているところによる（……略……）。控訴裁判所は、撤回の宛先についての当事者間の合意があったとは認められないとしている。上告理由からも、もっぱら和解当事者が撤回の宛先となるという意味の約束があったことを示す事情はうかがえない。

2. 問題となっているのは、当事者がこの点について特に定めていないとき、誰に対して訴訟上の和解を撤回する旨の意思表示をなすべきかである。

a) ライヒスゲリヒトの判例の延長線上で、連邦通常裁判所は、かつての諸裁判においては、次のような見解を採用していた。すなわち、撤回権の留保は、訴訟上の和解の実体法的な部分であり、したがって、撤回の受領権限について特段の合意がないときは、受領を要する意思表示として、民法130条に従い、撤回の意思表示を和解当事者に対してした場合のみ、その効力を有する、というものであった（……略……）。もっとも、連邦通常裁判所は、黙示の合意によって受領権限を認めることはできることを、ことさらに指摘してきたところである（……略……）。こうした指摘がなされてきたことから、実務では、かかる黙示の合意が再三にわたり認められている（……略……）。撤回の意思表示の相手方の確定に関しては、このことから法的不安定が生じてきていることから、学説には、用心して、撤回は相手方と裁判所の双方になした方がよいと勧めるものもある（……略……）。そしてまた、学説には、裁判所と相手方当事者いずれにも受領権限を認めるのを良しとする見解もみられるところである（……略……）。

b) 行政訴訟法の分野では、判例変更がなされている。連邦行政裁判所は、同じくライヒスゲリヒトの判例がとる立場を採用していたが(……略……)、現在では、訴訟上の和解の撤回の意思表示の効力は、それが裁判所に対してなされた場合のみ有効であるとする立場に立っている(……略……)。この連邦行政裁判所の1993年の裁判は、次の理由から、大法廷および連合部への回付を見送った。すなわち、民事訴訟法には、行政裁判所法新106条に対応する規律がないこと、つまりは、裁判所が撤回の意思表示の受領権限を有しないことである。その後、民事訴訟法は2001年7月27日の民事訴訟法改正法(BGBI I 1887)により、行政裁判所法106条2文にならって改正された(……略……)。この改正により、2002年1月1日から、訴訟上の和解を当事者が裁判所の和解提案を書面をもって受諾するというやり方でも成立させることができるようになったが、この際受諾の意思表示は、裁判所に対してなすべきものとされている。

3. 当部は、こうした背景の下、いずれにしても新法の下では、当事者が特段の合意をしていない限り、撤回は、裁判所と相手方当事者のいずれに対してこれをして有効であると判断する。このことは、単に訴訟上の和解の法的性格からのみではなく、体系的・合目的的考慮からも導かれる。

a) 訴訟上の和解は、二重の性格を持つ契約である(……略……)。訴訟上の和解は、事件を終結させるものであるから、訴訟行為であるし、当事者の請求権と債務を実体法的に規律するものであるから、司法上の法律行為である(……略……)。とはいえ、訴訟行為と法律行為が別個独立して併存しているわけではない。かえって、訴訟上の和解は一体であり、これが、訴訟上の諸効果と実体法上の規律の相互依存関係をもたらしめているのである(……略……)。それゆえに、訴訟上の和解は、和解に実体的要件と、訴訟行為が有効とされるために備えるべき訴訟上の要件の双方をみたす場合のみ有効である。これら要件の一つだけが欠けた場合でも、訴訟上の和解は有効とはならない。すなわち、訴訟終了効は生じない。

こうした基礎に立った場合、まずもって——訴訟上の和解の実体的内容

に焦点を結んで——和解当事者を撤回の意思表示の宛先（民法130条）とみることは、正鶴をえている。しかしこれだけで、同じく和解の締結時になされる——訴訟を終了させる——訴訟行為が撤回されるという点に照らして裁判所の重疊的な受領権限があるとするのが否定されるものではない。民法130条は、訴訟法的な考慮により無視されることが絶対にならないのと同様、民法のこの規定により、訴訟法により認められる裁判所が——その撤回を含む——訴訟行為を受理する権限を奪われることは一切ない（……略……）。撤回の相手方を決定するに際して、撤回権留保の下でなされた和解において認められた訴訟行為の撤回可能性に目をつぶり、実体法のみを目を向けることは、訴訟上の和解が実体法および訴訟法双方の性格を有するとすることと矛盾している（……略……）。このことから、訴訟上の和解が期限内になされたかについては、次のように結論される。すなわち、裁判所に対してなされた撤回をその内容とする訴訟行為——この中には、当然のことながら裁判所に向けられた撤回の意思表示も含まれる——民法130条により和解の相手方に対してなされた撤回と同じく、和解の訴訟終了効が発生することを妨げる、ということである。上記のことは、いずれにしても、2001年の民事訴訟法改正法により、当事者が欠席の場合でも、和解を成立させることができるようになって以降については妥当する。現在では、278条4項1文により、当事者が裁判所に対して、裁判所の和解提案を書面によって受諾することで、和解を成立させることができる。だとするなら、撤回は裁判所に対してもできるというのが、訴訟上の和解の法的性格のみならず法律の体系にも合致する。確かに、裁判所の和解提案において撤回権の留保を付す契機は減多にはない。しかし、だからといって、新たな規律が、このような解釈の重要なよりどころとなる点に変わりはない。

b) 法的安定という根拠は、当事者が根拠とした解決をより強固なものとしてくれる。果たして撤回の宛先についての黙示の合意があったとすべきか、そしてまたその内容如何については、法律の専門家ですら常に簡単に答えられるものではないし、かえってその答えは、常に疑問の余地を残し

ている。それによりもたらされる不安定にかんがみると、念のため裁判所と相手方双方に撤回の意思表示をするのが、弁護士が払うべき注意に相応する。しかし、当事者自身、とりわけ弁護士がついていない当事者がこうしたことを知っているのを期待するのは、その訴訟上の利益の確保に意を配る当事者に対して通常期待してよいところを超えていた。それ故、撤回の意思表示の宛先を決するにあたっては、弁護士がついていない当事者も、複雑な法律問題について思いを巡らすことなしに撤回ができるようにすることに注意を払わなくてはならない(……略……)。

同じくこの点からも、撤回の意思表示を受理する権限を、裁判所と相手方当事者双方に認めるべきである。撤回の相手の保護に値する利益が、これにより損なわれることはない。相手方当事者は、もし特定の受領権者を合意しておくことが、自身にとり特に重要であるならば、これをやるよう迫ることができる。これをしないのであれば、通常この問題についてはどちらでもよいという印象をあたえることとなる(……略……)。

4. そもそも、相手方のみが撤回の意思表示の相手方となるとする上記の諸裁判は、そのすべてが訴訟上の和解に関する民事訴訟法の規定の改正前のものであるからして、裁判所構成法(Gerichtsverfassungsgesetz = GVG) 132条3項および4項に基づく大法廷への回付ないしは判例統一のための法律21条に基づく連邦最上級裁判所連合部への回付の要件を欠く。民事訴訟法278条4項の導入により、基準となるべき法律状態は大きく変わった。このことからして、回付の必要はないのである(……略……)。連邦行政裁判所の見解とは異なり、当部は、裁判所のみが意思表示の相手方となるとはしていないが、この点は裁判にとって重大な食い違いではないことから、回付義務は生じない(……略……)。」

この判決は、まずは、訴訟上の和解が実体法的側面と訴訟法的側面を有ししかも不即不離の関係に立つとする両性説の延長線上に撤回権の行使をとらえ、撤回にあっても、両者は不離の関係にあることを強調することで、それまでの裁判例との理論的整合性を整えている。ちなみに、裁判所

が提示する和解案に書面をもって受諾することが民事訴訟法においても可能となったことから、訴訟上の和解の訴訟法的側面が大きな意味を持つようになったとしているが、この点はさしたる意味はあるまい。なぜなら、もしそうであるとすると、こうして成立した和解についてのみあてはまることとなり、その場合のみ、裁判所が撤回の意思表示の相手方になればよいということになりかねないからである。やはりこの判決が大きく舵を切った理由は、主には、撤回の意思表示の相手先に関ししばしば争いが生じている状況に照らして、そこで述べられている法的安定性（つまりは、どちらにやったらよいか当事者が迷うことがないようにすべしとの）の要請に答えようとした点にあるとみてよかろう。だからこそ、先の連邦行政裁判所のように、撤回の意思表示の相手先は、裁判所（のみ）だとはしなかったと考えられる。

とまれ、このように現在では、通常の民事訴訟（そしてまたおそらくは、労働紛争を担当する労働裁判所）に関してみると、撤回の意思表示は、特段の合意がない限り和解の相手方もしくは裁判所のいずれかにすれば足りることとなった。もっとも、行政裁判所、そしてわが国では行政訴訟に分類される社会保障に関しての裁判権を持つ社会裁判所、財政裁判所などについては、その手続の性格からして、行政裁判所と同じ態度をとるものと思われ、裁判所間で違いがあるという、別の法的不安定が生じている状態となってしまうところではある¹⁴⁾。

IV 学説素描

1. 学説はどうだったのか。撤回の相手方に関する学説の状況に入る前に、和解に際しての撤回条項をどのようにとらえていたのか簡単にみてお

14) なお、裁判所に対して撤回の意思表示をする際、わが国流に言えば、支部が担当する事件について、本庁受付への通知で足りるかという問題がある。裁判所への意思表示が合意された件につき、これを否定したものとして、BGH25. 1. 198, NJW1980, 1753参照。

こう。

まずこうした撤回条項の適法性それ自体まったく異論はない。そもそも、訴訟上の和解の実体法的性格からして、ここでは裁判外の和解と同じく、契約自由の範疇の問題だからである。そしてその法的性格については、先に見た裁判例でも示されているが、撤回型(Widerruf)と解除(Rücktritt)型があり、また、撤回に関しては、(撤回の意思表示が期間内になされれば遡及的に和解は失効する)解除条件型と(撤回の意思表示が期限内になされれば、和解は効力を生じない)停止条件型があること、そしていずれか不明のときは、留保された権利が行使された後の処理につき、解除型および解除条件型では原状復帰という構成になる、たとえば、執行文を期間の経過を待つことなく取得できることから、原則停止条件型と解すべしとされてきたところである¹⁵⁾。なお、実務では言葉遣いの点で撤回と解除の区別を明確に認識しないままで留保がつけられていると指摘されるところであるが、両者の効果の差異は、必要的共同訴訟の際に次の点に(のみ)あらわれる。すなわち、前者であれば、個々の共同訴訟人単独で撤回できるのに対し、解除であれば、全員の意思表示が必要となるとされることになる¹⁶⁾。

2. a) それでは、撤回の意思表示の相手先についてはどうか。裁判例でもしばしば指摘されていると同じく、まずもって、和解の際に当事者間において明示的に意思表示の相手方を定めているときはそれによる。明示されていないとも、合意の解釈問題として、和解がなされた裁判所での慣

15) 筆者の調査の限りではあるが、伝統ある *Stein /Jonas*, 12/13Aufl. (1926) § 794. の解説には撤回の性質論についての記述はない。参照できた *Stein /Jonas/Schönke*, 17Aufl. (1951) § 794. にも同様である。時代を下って、*Stein /Jonas/Münzberg*, 19Aufl. (1972) § 794. II 8では、上記のような説明がなされ、現在の *Stein /Jonas/Münzberg*, 22Aufl. (2002) § 794. 79ff. に引き継がれている。Vgl. auch *Böckelmann*, a.a.O., S. 103ff.

16) *Stein /Jonas/Münzberg*, 22Aufl. (2002) § 794. Rz. 82

行も加味しつつ黙示の合意が認められればそれによる点では、当初からおよそ異論はなかったし、現在でもこの点に変わりはない。和解の成立を条件にかからせるのは、実体的な処分自由の範疇の問題だというのはごく当たり前といってよい。いうまでもなく問題は、合意が欠けている場合である。この点先に紹介した1960年の連邦行政裁判所の判決では、その当時の学会の地図は、相手方は「当事者」とする見解にほぼ塗り尽くされているとされており、例外は、シュタイン／ヨナス／シェンケ（Stein / Jonas/Schönke）のコメンタール¹⁷⁾だけとされている。もっとも一つ特記しておくべきは、相手方当事者に対して撤回通知を求める見解に分類されているヴィークツォレック（Wieczorek）¹⁸⁾である。彼は次のように説いている。すなわち、「……略……和解契約に、失効条項を盛り込むことも可能である。和解に告知条項を入れてもよいし、また……撤回条項を付すこともできる。合意された撤回権が、和解の訴訟法的内容なのかそれとも実体的な内容なのかは、……略……解釈問題である。実体的な内容ということであれば、撤回の意思表示は民法130条に従い、相手に対してなされなくてはならない。もっとも裁判所に行いそれを送達するというだけでも足りる……略……。」と。つまり、和解当事者間で撤回条項が合意されたときは、特段の合意がない限り、撤回の意思表示は相手方当事者にこれを期間内にしなくてはならないが、撤回権の留保が訴訟法的内容となるなら、訴訟法的内容のものとなるから、意思表示の相手は裁判所ということになる。それではどのような場合、訴訟法的内容ものと位置づけられるのか。それは、裁判所サイドからの和解の勧誘を受け入れる場合だとさ

17) Stein /Jonas/Schönke, 18Aufl. (1953) § 794. II 2. 直接参照できなかったので、本裁判例の引用によった（ただ、Stein /Jonas/Schönke, 17Aufl. (1951) § 794. には、こうした記述は見当たらない）。なおこの判決では、連邦社会裁判所の1958年6月25日の判決も相手先を当事者とする旨判示したとされているが、出典先とされているMDR 1958 S. 801には、当該日付の連邦社会裁判所の判決は掲載されておらず、また、当該頁に掲載されているいくつかの連邦社会裁判所にも、該当するような判示をしているものはない。

18) Wieczorek, ZPO Bd. IV Teil 1 (1958) § 794. 79ff.

れている。これをみると、連邦行政裁判所が、「裁判所による和解提案」とその受諾という形での和解制度の導入を受けて、舵を切った原点は、実のところかなり早い時期から視界にあったとあってよからう¹⁹⁾。ともかく、和解には訴訟法的側面も色濃くあるということは、従前よりよく知られていたところだったのである。

b) もっとも、1972年の刊行にかかるシュタイン／ヨナス／ミュンツベルク(Stein/Jonas/Münzberg)のコメンタール19版の引用によると、学会の勢力地図は、遅くともこの時期までにはかなり拮抗してきていたようであるし、また、連邦通常裁判所の裁判例のように相手方当事者のいずれでもよいとする学説もその勢いを増し、この見解を採用した下級審裁判例があったことがうかがわれる²⁰⁾。参照できたシュタイン／ヨナス／ミュンツベルク(Stein/Jonas/Münzberg)のコメンタール19版では、その根拠が次のように述べられている。すなわち、「……略……意思表示の相手方についての定めがないときは、意思表示は、裁判所か相手方のいずれかにすればよいとする見解のほうが妥当である。

というのは、ある特定の意思表示の仕方につき利害関心を持つ者が、和解の締結時にこの点をはっきりとさせなかった場合、相手方に、この問題はいつでもよいとの印象を与えているのであり、そうであるなら、事後はこれに従わせるべきだからである。これに加え、撤回を一方的に実体法のみで判断し、そこからのみ結論を導き出すのは、和解を実体法と訴訟法双方に関わるものだとしていることと矛盾する。」と²¹⁾。このような説明は、黙示の合意の解釈としても導かれていた。すなわち、和解締結時にだ

19) ちなみに、裁判所が和解案を提示しこれを双方当事者が受諾するという形で和解が成立することは、日本でも広く行われていることである。ドイツにおいて裁判所提案型の和解が明文でもうけられた理由は、和解の成立過程における裁判官の役割に何か特別の変更をもたらしたものではない。はばからずにいえば、唯一期日を開かないで和解を成立させられるという点に尽きるといっても過言ではあるまい。

20) Stein /Jonas/Münzberg, 21Aufl. (1972) § 794. FN 168ff.

21) Stein /Jonas/Münzberg, 21Aufl. (1972) § 794. II 8 c.

撤回権留保付き和解における撤回の意思表示の相手先をめぐるドイツ裁判例の展開
れに対して撤回の意思表示をするのかについて明確に定めていないときは、当事者は撤回の意思表示の相手方につき、格別の関心を抱いていないのであるから、裁判所でも相手方当事者のいずれでもよいとの黙示の合意が成立しているとみる見解²²⁾がこれである。

c) そして、先の2005年の連邦通常裁判所の判決以降、少なくとも民訴法についてみる限り、まずすべてがこの判決の立場を是認するものとなっている²³⁾。

V 余論——結びにかえて

最後に、撤回権の行使に関わる、いくつかの問題を結びに代えて取り上げておこう。

1. 一つは訴訟行為でもあるとすると、合意した撤回期間を「その責めに帰することができない事由」により徒過してしまった場合、追完ができるかである。このことは、裁判所に撤回の意思表示をなす場合に問題となる。この点について連邦通常裁判所は、否定的な判断を下している²⁴⁾。その理由は、いずれにしても追完は法律により定まる期間についてのみ適用されるものであるから、撤回期間は契約によるものであることを配慮すれば、追完を撤回期間に適用することはできないというものであった。学説は分かれているが、筆者の見る限り、現在では否定説が多そうである²⁵⁾。否定説の説くところは、追完制度の公法的性格である。すなわち、

22) *Bergerfurt*, Wiederrufsvergleich und seine Risiken, NJW 1969, 1797 (1798).

なお、その引用によると、すでに *Bonin Der Prozessvergleich* (1967) S. 80 において同旨の見解が示されていたようである。

23) もっとも、撤回の通知先としては、まずは相手方当事者があげられていることは、指摘しておくべきであろう。たとえば、*Rosenberg/Schwab/ Gottwald*, *Zivilprozessrecht* 17 Aufl. (2012) S. 740参照。

24) BGHZ 61, 394.

25) 近時肯定説をとるものとして、*Stein /Jonas/Bork*, 22Aufl. (2005) § 233. Rz. 12f. そのた類推肯定説については、*Böckelmann*, a.a.O., S. 107参照。

追完は、対国家との関係を規律するものであるのに対し、撤回期間の合意は実体的な性格のものである。実体法わけても契約法の領域では、時効以外期間の懈怠を救済する制度はない。また契約により定められた期間は、相手方の利益を考慮するなら除斥期間と解すべきである。裁判外の和解では、期間の追完も時効期間の停止を定めた規定の適用がないことははっきりしている。にもかかわらず、同じく私法行為の性格を（も）持つ訴訟上の和解にあっては、その撤回の意思表示が裁判所に対して行われるべき場合は準用されるとするのは平仄が合わない、というわけである²⁶⁾。

2. 次に、撤回権行使の意思表示の相手方として裁判所が合意されている場合について、相手方にしても有効だとする見解がある²⁷⁾。もちろん、裁判所を通知相手とする旨の合意が、相手方当事者に対する意思表示を排除するものでないなら、つまりはそう解釈できるのであれば、問題はない。問題となるのは、もっぱら裁判所を意思表示の通知先とした（と解釈される）場合である。これを肯定した連邦労働裁判所の裁判例²⁸⁾がある。しかし事案は、原告代理人弁護士の事務所で実習中の者のミスで、裁判所を宛先と表示した通知文書とそのコピーが相手方（被告）代理人に送付されてしまったという特異なケースである。裁判所は撤回を認めたが、その理由は次のようなものであった。すなわち、このようなケースでは、被告代理人は、裁判所に宛てられた撤回書面とそのコピーが実習生のミスで自分のところにきてしまったと考えることが当然できたわけであり、そこから原告代理人が裁判所に対して撤回の意思表示をしようとしていたと判断できたはずである。原告が相手のエラーであることを承知の上でこれに乗じるのは不誠実であるから、原告が、裁判所に対して通知が届かなかったこと、つまりは和解が確定的に成立したことを主張するのは信義則に反するとしたのである²⁹⁾。しかし、本件は、まさに信義則が持ち出されてし

26) *Böckelmann*, a.a.O., S. 108ff.

27) *Wolfsteiner*, Munch.Komm. (2000) § 794. Rz. 61.

28) BAG Urt. vom 21. 2. 1991, NZA 1991, 134

撤回権留保付き和解における撤回の意思表示の相手先をめぐるドイツ裁判例の展開

かるべき局面だったのであり、これを一般化することは相手方当事者の信頼をまったく無視するもので妥当でない。

ちなみに、和解の相手方当事者（原告）には、裁判所に宛てた撤回する旨の書面の写しが期限内に到達していたが、裁判所には、普通なら期間内に届く時期に投函していたものの配達が遅れたケースに関しては、連邦労働裁判所は撤回をした被告の「信義則」の主張を退けている。この判決は、上記の裁判例との違い、つまりは原告に裁判所に宛てた書面が到達したわけではないことをあげて、仮に原告が裁判所に宛てた書面の認証ある謄本の送付を受けていたからといって、そこから、撤回がなされたと、原告が当然に結論づけなくてはならないものではないから、和解の効力を原告が主張することは、信義則に反しないとしているところである³⁰⁾。

3. 最後に、撤回権の合意はなされたが、期限が定められていないとき

29) なお、この判決は、結果的には、事案の経緯、特に撤回期限から一週間後に裁判所が費用の裁判をしたことに照らして、裁判所を撤回の意思表示の唯一の相手方とする旨の合意がなされたことを認定したが、この際、合意文言が単に「撤回は裁判所にする」となっている場合でも、それだけでは、もっぱら裁判所を撤回の意思表示の相手とする趣旨とは解することはできない。それは「和解の相手方当事者への期間内の到達が問題になったときに」その点に関する証拠としての役割を期待したもの」つまりは、相手方当事者に対する撤回の意思表示も可と解釈しうる余地があるとしている点、合意解釈のあり方という観点からして興味深い。

30) BAG Urt. vom 22. 1. 1998, NJW 1998, 2844. このケースでは、被告サイドの事務上のミスで裁判所の住所に誤り（不適切表記）があり、本来なら期限内に到達していたはずの書面が届かなかったが、期間内に相手方（被告）に撤回の意向があることの通知されていた場合について、連邦労働裁判所が信義則の適用を否定したものである。

連邦労働裁判所は、撤回の意向が通知されても、より有利な和解条件を引き出すためでもありえるから、撤回の意思が確定的であることにはならないし、これを受けた被告が原告の新たな和解条件について知ろうとしたからといって、原告もまた和解は失効したと考えていた、つまりは撤回を承知していたと解することはできないから、和解を有効と主張しても信義則に反しない、としたのである。

はどうか。指摘されているように当然避けるべきことであり、少しく驚かされる問題設定であるが、コメントール等で取り上げられていることに照らすなら、必ずしも希有のことではない、少なくともなかったと推測できる³¹⁾。この場合には、裁判所が、通常設定される撤回期間（1～2週間）経過後に、一定期間を定めて、撤回権を放棄するか否かを確認し、この間に当事者が対応しないときは、撤回期間についての合意を目指した期日を再開する（あるいは書面により撤回期間を提案する）。そして合意が成立しない場合には、原告の訴えについて判決を下すべしとされている³²⁾。

31) *Stein /Jonas/Münzberg*, 22Auf. (2002) § 794. Rz. 88.

32) このほか、撤回の撤回は、双方当事者合意の下でも認められないとされている。ただ、当事者双方の了解の下での撤回は、裁判外の和解としての意味を持つことはいうまでもない。*Stein /Jonas/Münzberg*, 22Auf. (2002) § 794. Rz. 88 u. FN. 424.