慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	訴訟上の和解の瑕疵の主張方法
Sub Title	Die Frage nach der Art der Geltendmachung der Unwirksamkeit des Prozeßvergleichs
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1963
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.36, No.8 (1963. 8) ,p.37- 53
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19630815-0037

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

訴訟上の和解の瑕疵の主張方法

石川明

一 はじめに
二 再審説について
三 旧訴続行説ならびに別訴提起説について
四 請求異議の訴について
五 和解無効を理由とする不当利得返還請求訴訟・不法行為の損害賠償請求訴訟・抗弁による和解無効の主張について

一 はじめに

訴訟上の和解（以下単に和解という）無効の主張方法については、和解の法的性質との関連において見解が対立している。以下の七つの方法が提唱されている。

(1) 再審の訴。[1] (2) 新期日の指定による旧訴の続行（以下旧訴続行説という）。[2] 和解の成立した旧訴を続行し、和解の無効を主張する方法。和解が無効であるところから旧訴における本案の申立が再び効力をもつことを理由に、新期日の指定を求める。(3) 和解無効を主張して、改めて旧訴を提起する（以下旧訴提起説という）。(4) 和解無効確認訴訟の提起を認める（以下

和解無効確認訴訟説という[3]。この場合は、確認判決確定後に旧訴が続行されることになるということがしばしばいわれる[3][4]を併せて別訴提起説と呼ぶ[4]。(5)　請求異議訴訟。無効な和解調書に基づく執行に対して、和解無効、したがつて、当該調書に基づく執行が不適法であることを主張して提起される請求異議の訴である。(6)　和解無効を理由に提起される不当利得返還請求または不法行為の損害賠償請求訴訟。(7)　抗弁による無効の主張[5]。

以下、和解の法的性質との関連において、これら主張方法の妥当性を検討してみようと思う。

(1)　再審の訴によるべしとする判例として、昭和一四年二月一七日朝高院民二判評論二八巻民訴四〇六頁、特に再審を許さないとするもの昭和二九年八月五日東高民一決定法曹新聞九二号六頁、昭和七年六月二五日東地民二判新聞三四三一号五頁、大審昭和七年一一月二五日民五判民集一一巻二一二五頁、大審昭和八年四月二六日民三判新聞三五五八号一六頁。

(2)　昭和二八年一一月二六日東高判下級民集四巻一一号一七六四頁、昭和三一年二月二三日仙台高裁決高裁民集九巻二号六二頁、昭和三一年一〇月一九日京都地判下級民集七巻一〇号二九三八頁（但し和解条項の不履行による解除の場合）、昭和三三年一月一一日名古屋高一決高裁民集一一巻一号一頁、大審昭和六年四月二二日民三決民集一〇巻三八〇頁、大審昭和八年七月一一日民五決民集一二巻二〇四〇頁。

(3)　昭和三三年一月一一日名古屋高一決高裁民集一一巻一号一頁は、旧訴の続行に併わせて無効確認の訴も認める。なお前記昭和二九年八月五日東高民一決定は和解無効の主張を独立の訴その他の方法によるべきであるとしている。なお昭和三一年一二月五日名古屋高金沢支判下級民集七巻一二号三五六二頁、昭和五年七月二二日東区判評論一九巻民訴三八六頁。

(4)　大審昭和一〇年九月三日民二判民集一四巻一八八六頁、昭和八年三月九日東控民六判新聞三五四五号一一頁、大審昭和一四年八月一二日民四判民集一八巻九〇三頁、昭和二九年八月五日東控民一決法曹新聞九二号六頁。なお前記昭和三一年一二月五日名古屋高金沢支判は、請求異議の訴と和解無効確認の訴は二重訴訟にならないとしている。

(5)　このほか、たとえば、和解調書に裁判官の署名捺印を欠き無効であるにもかかわらず執行文が付与された場合は、民訴五二二条乃至五四六条により救済が与えられることになろう。

二　再審説について

和解の法的性質につき訴訟行為説をとり、和解を判決の代用とみると、調書に記載された和解は確定判決と同一の効力を

もつから(民訴二〇三条)、既判力ならびに形式的確定力をもつことになる。和解には既判力や形式的確定力があるから、確定判決の再審事由ないしこれに準じる事由がある場合に限つて再審の訴ないしこれに準じる訴を提起してその無効を主張しうるにすぎず、その他の場合に和解無効を主張する余地はないという。(1)

ところで、ドイツでは再審説をとる学説は極めて稀で、わずかに Paul, Kretchmar の二人がこれを支持するにすぎない。(2)しかも、後者によると、和解に実体的取消原因がある場合に限つて再審事由を類推して再審の訴が許されるにすぎず、訴訟法上の瑕疵による無効の場合および実体的無効原因の存在する場合無効の主張は旧訴続行によるとされている。ドイツで再審説に対して殆んどの学者が反対をする理由は以下の点にある。すなわち、確定力ある判決の取消のための再審の訴を和解無効の主張のために類推するには、判決と和解とが、その要件・成立・効果を、それぞれあまりにも異にしすぎているということである。(3)元来ドイツでは訴訟上の和解に既判力を否定する見解が殆んどであるので、既判力を有しない和解が既判力を有する確定判決の代用となるとは考えられないという点に、再審否定説が圧倒的多数を占める背景があることが充分に考えられるのである。

しかして、和解に既判力を認めるべきか否かは多分に我民訴法二〇三条の文言上問題である。この点稿を改めて論じる積りであるが、私は、和解に既判力を否定すべきであると考える。(4)既判力の本質は裁判の法的安定性(一事不再理の要求ないし紛争解決の一回性の要求)と正当性の調和という点に求められるべきであるのに、和解に既判力を認めてその瑕疵の主張を遮断することは、瑕疵の有無について充分主張立証の機会を与えずにその主張を遮断することであつて、正しさの担保を欠くところから既判力を認めるわけにはいかないからである。そうであるとすると、事情はドイツにおけると同様であるから、前記の再審の訴否定の理由は、我民訴法上も充分妥当すると思われる。そこで、ここでは再審説は考察の対象からはずすことにする。(6)

(1) 兼子体系三〇六―七頁、三一〇頁、中田講義上一五七頁、伊東民事訴訟法一五七―八頁、小山「訴訟上の和解と調停」私法九号一〇四頁以下。和解に既判力を認める判例としては、大正五年三月二五日大阪地民一判新聞一一四七号二二頁、昭和五年六月二四日朝高院民判評論一九巻民訴三七四頁、大審昭和一二年五月一一日民二判判決全集四輯一〇号三頁、大審昭和一六年一二月二日民一判評論三一巻民訴四三頁、大審昭和一〇年七月二五日民一判新聞三八七四号一八頁、大審昭和一五年六月一三日民一判評論二九巻民訴三五五頁、昭和二七年一〇月一八日金沢地判要旨集民訴3一〇二七頁、昭和三〇年一月一二日大阪地民一二判下級民集六巻一号六頁、昭和三二年五月八日東地民一一判新聞六一号一一頁、最高昭和三三年三月五日大法廷民集一二巻三八一頁、昭和三三年九月八日神戸地決下級民集九巻九号一八一二頁。

(2) Paul, „Der Vergleich im Zivilprozeß, Ein Beitrag zur Lehre von dem Urteilssurrogaten", im „Sächsischen Archiv fur Burgerliches Recht, und Prozeß", Ergänzungsband 1902, S. 24, 25. Bonin, Prozeßvergleich, S. 100, Anm. 366 の引用参照。Kretchmar, „Zur Prozeßvergleichslehre", Jherings Jahrbücher Bd. 69, S. 261

(3) 三ヶ月民事訴訟法四四三頁。

(4) いわゆる制限的既判力説をとる判例としては、調停についてであるが、昭和三三年五月二一日東高民一一判東高民時報九巻五号八〇頁、学説としては、菊井民事訴訟法三七五頁、中島日本民訴九三五頁、中村英「裁判上の和解」民訴講座三巻八三八頁、なお調停についてであるが、宮崎澄夫調停法の理論と実際一一三頁。

既判力否定説としては、三ヶ月前掲四四三頁、岩松「民事裁判における判断の限界」法曹時報一一号二八八―二九九頁、菊井・村松コンメンタール六七九頁、鈴木「非訟事件の裁判及び訴訟上の和解の既判力」法曹時報一一巻二号一九九頁、石川「調停が要素の錯誤により無効と認定された事例」本誌三二巻四号六三頁。判例としては、昭和二九年八月五日東高民一決法曹新聞九二号六頁、昭和三一年一二月五日名古屋高金沢支判、下級民集七巻一二号三五六二頁、昭和三二年二月七日大阪地裁決下級民集八巻二号二三五頁、昭和三三年一〇月九日東地判下級民集九巻一〇号二〇五八頁（調停についてではあるが）、最高判昭和三三年三月五日民集一二巻三号三八一頁以下の少数意見。

(5) 既判力の本質については、三ヶ月前掲一七頁以下、伊東「既判力について」民訴雑誌八号一頁以下、石川「非訟事件の定型分類」本誌三一巻四号二四八頁。

(6) なお訴訟行為説に対する疑問として、石川「訴訟上の和解の本質について」三色旗一八一号三一頁以下。

三　旧訴続行説ならびに別訴提起説について

そこで次に、(2)～(4)の救済手段について検討してみよう。

ドイツでは、和解無効の主張は、単なる新期日の指定による旧訴の続行手続においてなさるべきなのか、旧訴の改めての提起にせよ無効確認の訴にせよ、別訴の提起が必要なのかという点をめぐつて、学説判例上三つの見解が対立している。

第一説は、無効原因のなんたるを問わず、もつぱら新期日の指定による旧訴の続行を認める見解である。[1]

第二説は、訴訟的無効原因と実体的無効原因とを区別して、前者を主張する場合には旧手続の続行を認め、後者を主張する場合には別訴の提起を必要とする。[2] ただし、旧訴の提起を認めるのか、[3] 和解無効確認訴訟を認めるのかという点で見解がわかれる。[4] あるいは、双方ともに認める見解もある。[5]

第三説はライヒ裁判所の見解である。すなわち、和解の瑕疵が訴訟法上のものである場合には旧訴の続行が認められる。これに反して瑕疵が実体法上のものである場合、瑕疵の立証が容易（liquide）であれば（法律問題乃至立証の容易な事実問題）、その主張に旧訴の続行が認められ、これに反して実体的瑕疵が立証困難（illiquide）であればその主張のため別訴の提起が必要であるとする（ただしこの場合別訴は無効確認の訴を意味するとは明言していないようである。）[6]

しかしながら、学説はほとんどライヒ裁判所の見解には反対している。[7] けだし、和解無効の主張方法いかんの問題は、各各の場合の具体的事情を考慮して決定される裁量問題として取扱われてはならない法律問題である。手続の選択が立証の難易にかかるということは、法的安定性という点からこれをみれば、耐えがたいことである。たとえば、ある裁判所が証明は簡易であるとし、他の裁判所が困難であると判断したとしよう。和解無効を主張する当事者が適法な手続を選択するか否かは全く偶然にかからしめられることになる。当事者が証明は簡易であると判断して旧訴の続行のために新期日の指定の申立をしたところ、旧訴裁判所が証明は簡易に非ずとして新期日指定の申立を却下したので、別訴を提起したが、受訴裁判所が証明は簡易であるとして訴を却下される可能性が考えられる。[8] かくしてライヒ裁判所の見解を否定する学説の態度は正当であるといわねばならない。

そこで、問題の焦点は第一説と第二説の対立にしぼられてくる。すなわち、第一説にしたがつて、無効原因のなんたるを問わず旧訴を新期日の指定により続行して和解の無効を主張すべきなのか、第二説にしたがつて、訴訟上の瑕疵の主張はもつぱら旧訴の続行により主張すべきであるに反し、実体的瑕疵の主張は別訴の提起によらねばならないと理解すべきであろうか。

第一説の根拠はこうである。和解の無効とは旧訴が終了していないことを意味するものであつて、[9]その原因ないし瑕疵が実体的なものであるか訴訟法的なものであるかによつて、和解無効の内容が変つてくるわけではない。したがつて、和解の瑕疵が実体法上のものであるか訴訟法上のものであるかによつて、和解無効の主張方法が変つてくるわけではない。かくして、和解無効を主張するためには、新期日の指定により旧訴が続行されなければならない。旧訴が改めて提起された場合これに対しては訴訟係属の抗弁が提出できるし、[10]和解無効確認に対しては訴の利益の欠缺の抗弁を主張しうる、と。[11]

この見解は和解の法的性質に関する一行為両性説および実体行為説の立場から主張されるものである。すなわち、一行為両性説の立場からは、和解の瑕疵が実体法上のものであれば当然に、実体法上のものであつてもそれが和解の訴訟法上の効力への影響を認める点で和解無効の原因たりうるのであるし、[12]実体行為説の立場からは、訴訟法上の和解は純然たる実体的行為であるとみるから、実体的な和解の瑕疵は直ちに訴訟上の和解の瑕疵でもあることになるのである。

これに反して、第二説は、二行為併存説の立場から主張されている。二行為併存説は和解を実体行為と訴訟行為とにわけ、両者は相互に独立した行為であるとみる。訴訟上の無効原因があれば訴訟終了の効果は発生せず、したがつて旧訴が続行せらるべきである。実体行為の瑕疵は訴訟行為の効力に影響を与えないから、訴訟終了の効果も発生せしめない。したがつて、実体的瑕疵の主張は別訴により主張さるべきである、とする第二説に到達することになる。[13]

しかしながら、私見によれば、和解の無効の主張方法は、もつぱら和解の法的性質論から決定つけられるものではなく、

むしろ合目的性の要素がその決定に大きな役割を果すものと思われる。[14] そこで、以下これら二つの見解のもつ問題点を検討してみようと思う。

まず第一説を理由づけ第二説を否定するために指摘される若干の根拠を紹介し検討してみよう。

第一に、別訴の提起を認めると、訴訟に要する時間と費用と労力とが倍加するので好ましくないという主張がある。[15] たとえば、旧訴提起説によると、和解が上告審でなされた場合に、改めて提起さるべき旧訴は第一審裁判所に提起せられる。第一審判決に対して控訴上告がなされるとすると、旧訴提起による和解無効の主張は迂遠な方法といわねばならない。和解無効確認訴訟説によれば、第一審で和解が締結されたとしても、和解無効確認訴訟が三審級、さらに旧訴が復活して三審級を紛争の解決までに必要とすることになる。この種の時間と労力と費用の浪費は意味がない、というのである。

しかしながらこの主張には賛成しえない。和解の法的性質については稿を改めて論じる積りであるが、私見によれば、和解は裁判所の面前でなされる当事者の実体法上の和解契約と裁判所によるその確認行為からなるものと考える。しかも裁判所は当事者間に裁判所の面前で実体法上の和解がなされたことを確認するだけで、実体法上の和解のかくれたる瑕疵についての調査・審理はしないから、始めから訴訟上の和解は一切の法確定力をもたない。それは単に執行力と一応訴訟を終了させる効力とをもつにすぎない。裁判所の面前でなされた実体法上の和解が執行力や一応の訴訟終了効をもつのは、実体法上の和解に裁判所のその確認行為が加わるからである。実体法上の和解から当然に執行力や一応の訴訟終了効がでてくるわけではない。しかし、これらの訴訟法上の効力は、実体法上和解によつて紛争が解決したことを裁判所が確認したから発生するのであつて、裁判所が改めて実体法上の和解に瑕疵があつて実は紛争が未解決であることを確認すればこの確認が和解における確認に優先し、当然に旧訴は復活する。

このように、和解の実体的瑕疵は訴訟上の和解の効力に影響を与えるが、換言すれば、訴訟上の和解の無効原因にはなる

が、実体法上の和解に瑕疵があるか否かはそれ自体一つの独立した紛争であつて[16]、これを訴訟上の和解の瑕疵としてとらえて、単に旧訴の手続内で主張させ審理することは、訴訟外でなされた一般の私法上の和解の瑕疵の主張との関係でこれをみると、決して妥当とはいえないであろう。和解の実体法瑕疵の主張をそれ自体独立の紛争とみれば、その解決のために三審級を認めることは当然のことであつて、これを以て時間・労力・費用の浪費であるということはできないであろう。たとえば、上告審で和解がなされたが、和解の実体的瑕疵を主張するのに、旧訴続行説によると上告審しかないことになるが、これでは訴訟外でなされる一般の和解の瑕疵を訴をもつて主張する場合と比較して、決して充分な審理ができるとは考えられない。この意味でむしろ別訴により和解無効を主張させるべきであろう。

第二に、旧訴の続行は常に旧訴が係属し和解のなされた裁判所でおこなわれることになるが、別訴の提起を認めると、それはしばしば旧訴の係属した裁判所に提起されることになる。たとえば、上訴審で和解がなされた場合別訴は必ず第一審裁判所に提起されなければならないし、また被告が住所を変更したような場合も、別訴の裁判所と旧訴の裁判所が異るようになる。和解の効力の審理に最も適した裁判所は和解の成立した裁判所であるから、別訴提起説は妥当ではない[17]、という主張がある。

しかし、旧訴を続行する場合でも、たとえば、上級審で和解が成立して後時日が経過していれば記録が第一審裁判所に戻されているであろうし、旧訴を続行するといつても、旧訴の係属した裁判所の同一裁判官が事件を担当するとは限らないし、別訴を旧訴の裁判所以外の裁判所に提起しても、当該裁判所が旧訴の裁判所に審理させることが適当であると考えれば、事件を後者に移送することもできよう[18]（民訴法三一条）。かように考えると第二の主張も理由がないように考えられる。

第三に、旧訴続行説によると、和解成立前の訴訟状態の維持継続が可能になり、これを前提にして爾後訴訟の続行ができることになるという利点が、あるという主張がなされる[19]。

この主張は旧訴提起説については妥当する。けだし、この説によれば、旧訴を改めて第一審からやりなおすことになるからである。和解の法的性質に関する両行為併存説は、実体的瑕疵の訴訟上の効力への影響を否定するから、実体的瑕疵があっても訴訟法上瑕疵がなければ訴訟は終了する。訴訟法上の瑕疵がない以上は旧訴の続行が不可能であるから、実体的瑕疵を理由に旧訴訟物について判決をもらうためには、旧訴を改めて提起せねばならない。旧訴の提起についてはここに述べた第三の主張が妥当する。もつとも、和解無効確認訴訟説にもとづき、和解無効の確定判決の確定後旧訴の続行を認めるものとすれば、第三の主張はかかる種類の無効確認訴訟説を否定する根拠たりえないことはもちろんである。[20]

第四に、第二説が実体的瑕疵と訴訟法的瑕疵とを区別して、前者の主張は別訴によらしめ、後者の主張を旧訴続行によらしめているのは、訴訟法上の瑕疵は常に立証なしに判断しうるという認識に基づいているが、この認識それ自体が誤りであるし、さらに、二種の瑕疵を必ずしも明確に区別することができない、とする主張がある。[21]

しかしながら、訴訟上の瑕疵は証明の難易にかかわらず、本来当該訴訟内においてのみ主張さるべきもので、当該訴訟を離れて別訴で主張さるべき性格のものではない。これに反して、和解の実体的瑕疵が和解の訴訟上の効力に影響を及ぼすことは認めるとしても、その主張を旧訴続行によらしめるかは合目的的考慮から決定せらるべき問題であることは既に述べた通りである。

また、従来の一行為両性説や二行為併存説の立場からは、訴訟法上の瑕疵と実体法上の瑕疵とを明確に区別することは困難なこともあろう（たとえば、論者は、意思の合致がないという主張は、実体法的瑕疵とも考えられるし訴訟法上の瑕疵でもある、としている）。[22]

私見によれば、和解は裁判所の面前でなされる実体法上の和解と裁判所によるその確認行為とからなるので、当事者の行為が同時に実は二箇の行為であるとか、両性質をもつとかいうのではないから、二種の瑕疵は明確に区別しえよう。仮りに

両者を明確に区別しえないとしても、換言すれば瑕疵が同時に訴訟上の瑕疵であり実体法上の瑕疵でもある場合には、合目的考慮からして別訴を認むべきであろう。

以上は第一説を理由づけ第二説を否定するために主張されたものであるが、逆に以下において、若干の第一説に対する批判を挙げてみよう。

第一に、第一説により、単なる新期日の指定による旧訴の続行を例外なく認めると、当事者の軽卒且つ安易な和解の瑕疵の主張を認めることになり不都合である。別訴の提起をおこなわせることによってかかる不都合は排除しうるのであるという批判がなされている。[23] この批判は確かに正しいものを含むが、しかし、問題は別訴提起の場合に生じる不利益と、旧訴続行の場合発生する不利益との比較衡量の問題であるから、その意味でそれ自体で絶対的な批判とはいえないであろう。

第二に、第一説にしたがって、旧訴を続行して和解の瑕疵について審理したところ、瑕疵の主張に理由がないことが判明した場合、既に和解により有効に終了した旧訴が続行せしめられたことになるのは理論的に矛盾であるとする批判がある。[24]

しかしこの批判は妥当ではない。何故ならば、旧訴が有効に終了したか否かが争いの対象である場合、結果的には無効の主張の理由がないにしても無効の主張を審理する手続が必要であることは当然であるし、このことは訴の取下や請求の拋棄・認諾の場合についても妥当するからである。たとえば、訴の取下の場合訴取下が有効になされたか否かについての争いは一般に旧訴を続行して審理されると解されている。[25]

第三に、併合和解の場合、旧訴の訴訟物以外の法律関係についてのみ無効の主張があれば、旧訴の続行は不可能であるとする批判がある。[26]

かかる場合に旧訴続行は問題とはならないことは確かである。しかし、併合和解において、訴訟物以外の法律関係は、それが訴訟物たる法律関係と不可分に結合して和解の内容となる場合に限つて、和解の内容たりうると考えるならば、[27] 当該法

律関係にのみ関する瑕疵の主張ということは考えられない。それは同時に和解全体の瑕疵になるから、旧訴続行説によれば当然旧訴の続行が可能になる。ただ両者が不可分の関係になくても、訴訟物以外の法律関係を和解の内容としてこれを規律しうるものとし、且つ和解の瑕疵がもつばらこの点にのみ関する場合は、旧訴の訴訟物については紛争が消滅しているので旧訴を続行させる意味がない。そこで、旧訴続行論者も例外的にかかる場合とか、和解に第三者が関与し、第三者との法律関係についてのみ無効原因が存する場合には、別に和解の当該部分の無効確認の訴の提起を認めているようである。[28][29]

ところで、第三の批判は第二説を積極的に理由づける根拠にはならないであろう。けだし、この批判は、訴訟物に関する瑕疵とそれ以外の法律関係に関する瑕疵との区別に関するが、第二説は実体的瑕疵と訴訟的瑕疵の区別に関するからである。

第四に、旧訴続行説によると、上告審で和解がなされ且つその瑕疵が主張される場合、上告審で和解の無効原因について事実審理をしなければならないことになるが、これは上告審の性格に反する、という批判がある。[30]

しかし、上告審でも全く事実審理をしないというわけではなく、たとえば、訴訟要件や上訴要件の存否・再審事由・原審の訴訟手続の法規違背の有無を判断するために証拠調をすることができる。[31] 和解の要件乃至瑕疵の審理も訴訟物そのものに関する事実審理ではなく、上告審手続を再開すべき乃至本案判決をなすべき要件の審理であるから、この点の審理は上告審においてもなされうるであろう。[32]

第五に、旧訴続行説によると、和解が上訴審でなされた場合審級の不当な省略を結果するから妥当ではないとする見解がある。[33]

この批判に対して、旧訴続行説は、上訴審で和解がなされる場合その効力について当事者はもはや審級の利益を拋棄しているが、[34] これは、反訴が反訴被告たる本訴原告の同意を得て控訴審で提起された場合当事者は審級の利益を拋棄したものと考

えてよいのと同じである、という反論がなされる。

控訴審で提起される反訴にあつては、反訴被告の同意を必要とするから、反訴について審級の省略があつても反訴被告に酷ではないが、既述のごとく、和解無効の主張を新たな紛争とみると、上訴審でなされた和解が同時に当然に和解の瑕疵の主張に関して審級の省略の合意を含むとみることは、不利益をうける当事者にとつて酷であろう。そのように考える限りこの批判は旧訴続行説にとつて、四三～四頁に述べたところと関連して、決定的な批判であるといえよう。

第六に、旧訴続行説によると、和解の成立後何年経過しても旧訴の続行が可能であることになるという批判がある。[35]

この批判は、しかし、第二説にも妥当する。第二説にしたがつて、訴訟上の瑕疵にもとづき旧訴を続行する場合についても、和解無効確認訴訟の判決確定後に旧訴を再開する場合についても、同じことがいえよう。この批判に対しては、和解の瑕疵の主張に時間的制限を設けることは立法者の仕事であつて、法規上その制限が存在しない以上、時期的制限はないとみてよい、という反論がなされている。[36] 再審の訴につき五年の除斥期間があることから考えてみると、何時でも旧訴の続行ができるということはそれとの関係で均衡を失するようにも考えられるが、この考え方の前提には、いわゆる判決代用説があるといわねばならない。判決代用説を否定する以上は、和解無効の主張は再審の訴ではなく、別訴につき、または旧訴を続行して本案判決をもらうにつき訴の利益があればいつでも別訴の提起や旧訴続行ができると解してよかろう。ドイツでは学説上この批判は殆んど唱えられていない。[37] 和解を判決の代用と考えない以上当然であろう。

第七に、旧訴続行説によつても、同じく和解に関連して派生する紛争でありながら、不履行による解除や相殺のため法律関係に変動があつたとき、もはや別個の紛争とみざるを得ず、旧訴の続行を認めることができないが、それでは、同じく和解に関連して派生する紛争でありながら当事者はいずれの道を選ぶべきかを判断せねばならず、裁判所も期日指定の方式で処理してよいかどうかを判定する負担を負うことになり、画一的なことの要求される裁判上の救済のあり方としては不適当

であるとする批判がある。(38)

しかし、解除を和解の成立に関する瑕疵と同視することには問題があろう。後者にあつては最初から瑕疵ある和解が存在するので、紛争は実は終了していない。解除や相殺の場合は和解の成立について瑕疵があるわけではなく、旧訴は終了しており、続行の余地はないと考えられる。(39)

以上で、第一説・第二説をめぐる問題点を紹介し検討した。両説いずれかの採否につき決定的な批判もあつたし、そうでないものもあつた。第一説を理由づけるために主張された第一の根拠の批判や、それとの関係でなされる第一説に対する第五の批判は決定的なものと考えられる。そこで既に述べた通り第二説を採用すべきであると考える。(40)すなわち、和解の実体的瑕疵と純訴訟的瑕疵とを区別し、前者の主張は原則として別訴により、後者の主張は旧訴の続行による。もちろん和解の実体的瑕疵につき争いがなければそれが同時に訴訟上の瑕疵でもあるから（既述のごとく）、その主張は続行せられた旧訴においてなされれば足り、別訴を必要としない。したがつて、和解の実体的瑕疵を主張する者が旧訴の続行のため新期日の指定を求め、新期日において相手方が別訴によるべきであることを主張した場合は、別訴によらなければならないが、相手方がかかる主張をなさず旧訴続行による意思をもつと考えられる場合は旧訴が続行されてよいであろう。既述せる和解の本質から考えて、別訴で和解無効の確定判決があれば、旧訴裁判所の和解の確認は、これにまさる通用力をもたないから、訴訟上和解は効力を失い旧訴は当然に復活する。

ここに和解無効確認の訴とは、和解の実体的無効を確認する訴で、訴訟上の無効を確認する訴ではない。訴訟上の無効は、それが純訴訟上の瑕疵に基づく場合には旧訴の続行により主張さるべきであるし、実体的瑕疵にもとづく訴訟上の和解の無効は和解の実体的無効の確認の反射的効果であるし、実体的瑕疵につき争いがない場合は旧訴を続行すれば足りるからである。

ここにいわゆる別訴がいかなるものであるかは問題である。既述のごとく旧訴提起説は否定されなければならない。そこで問題となるのは、和解無効確認の訴と請求異議の訴とであるが、前者はさらに中間確認の訴という形式でなされるか一般の確認の訴という形でなされるかという問題がある。請求異議の訴について項を改めて論じる。中間確認の訴は旧訴の続行を前提とするが、別訴は必ずしも旧訴の続行を前提とすると考える必要がないから、中間確認の訴に限ると解することはできないのではなかろうか。(41)

(1) Lehmann, Prozeßvergleich, S. 232; Rosenberg, Lehrbuch 6. Aufl., S. 597; Stein-Jonas-Schönke 18. Aufl., § 794 II 3a; Schönke, ZPR 6. Aufl., S. 205; Lent, Kurzlehrbuch 4. Aufl., S. 118; Goldschmidt, ZPR 2. Aufl., S. 202; derselbe, Rechtslage, S. 263; Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis, S. 61, Anm. 2; Stein, Grundriß, S. 179 など。なおこの見解をとるドイツの判例もかなり多いがここでは省略する。岩松・兼子編法律実務講座民事訴訟編第三巻一六一頁以下。

(2) Nikisch, ZPR 2. Aufl., S. 275; Blomeyer, Anmerkung zu OLG München NJW 1949, S. 70. なお Bottcher, Anmerkung zu LAG Frankfurt, Arbeitrechtliche Praxis 1950, Nr 48 und 49 が Bonin, a. a. O., S. 101 に引用されている。

(3) Marquardt, „Anfechtung von Prozeßvergleichen" JW 1920, S. 1019 ff.

(4) Kleinfeller, Lehrbuch, 3. Auflage, S. 458.

(5) たとえば Bonin, a. a. O., S. 101, Anm 373 に引用された Große の見解。

(6) たとえば、ライヒ裁判所は以下のごとき判決をしている。ライヒ裁判所民事判例集六五巻四二二頁は「旧訴は法律問題のみが判断の対象となつている場合に、続行さるべきである」とし、七八巻二八九・二九〇頁は訴訟上の瑕疵（調書の重要な瑕疵であつて当事者の代理に関するものは除く）の主張は旧訴の続行による。けだしこの種の瑕疵は裁判所によつて容易に調査しうるからである。しかしたとえば詐欺が主張されるような場合には、別訴が係属せしめらるべきである」とし、一〇六巻三一五頁は、「和解の効力についての判断が、たとえば詐欺の主張のように事実の確定及び証拠の提出を必要とするような場合、別訴の提起が必要である」とされ、一四一巻一〇七頁は、「和解の当事者が和解締結当時精神病であつたことの主張は、別訴の提起を必要とする。けだしかかる場合立証は „illiquide" だからである」とし、一六一巻二五四頁は、「和解の撤回の効力については、旧手続で判断されなければならない」とし、一六二巻二〇六頁は、「詐欺が無効原因として主張される場合でも、簡単な立証がなされれば足りる場合には、旧訴が続行さるべきである」としている。

このライヒ裁判所の見解に賛成する学説としては、Palandt, BGB Kurzkommentar 12 Aufl., Anm. 96 zu § 779

下級裁判所の裁判も，ライヒ裁判所のそれにならうものが多い。ドレスデン高裁は高裁民集三一巻一〇二頁で，「証拠の提出乃至は，その他の事実の調査が必要ではない場合に限って旧訴が続行さるべきである」としているし，ブラウンシュバイク高裁は高裁民集四〇巻二一九二頁で，「法律状態・事実状態が簡略である場合に旧訴が続行さるべきである」としているし，デュッセルドルフ高裁は「企業」„Der Betrieb“ 一九四八年度三九八頁)，「立証を必要とすることなしに判決がなされうる場合に旧訴の続行が許される」としているし，ミュンヘン地裁は ZZP 六四巻八七頁によると，「より以上の調査が不要とされる場合に旧訴が続行さるべきである」としている。

(7) Lehmann, a. a. O., S. 236; Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch Band 2, 14. Auflage, S. 789; Schönke, Deutches Recht 1940, S. 656; Stein-Jonas-Schönke, Anm. II 3a zu § 794; Bonin, a. a. O., S. 102 f. なお判例のなかにも第三説に反対するものがあるが省略する。

(8) Bonin, a. a. O., S. 102 f.

(9) Lehmann, a. a. O., S. 232; Walsmann, „Der Irrtum im Prozeßrecht“ AZP 102, S. 182; Rosenberg, JZ 1951, S. 453.

(10) Rosenberg, Lehrbuch, S. 577.

(11) Rosenberg, Lehrbuch, S. 597; Schönke, a. a. O., S. 206; Stein-Jonas-Schönke, II 3a zu § 794

(12) Bonin, a. a. O., S. 104

(13) Heldmann, „Die Anfechtung eines Prozeßvergleichs“, ZZP 44, S. 453, 456, 457; Blomeyer, NJW 1949, S. 70; Grabner, „Die Natur des prozeßualen Verzichts und Anerkenntnisses und des Prozeßvergleichs“, Gruchot 61, S. 85, 86. Vgl., Bonin. a. a. O., S. 104.

(14) 三ヶ月前掲四四五頁は「専ら合目的的考慮に従って決せらるべき問題」としている（傍点筆者）。Bonin は和解の性質論は別にして，„die gerechteste und zweckmäßigste Lösung“ を必要とするとしている。

(15) Bonin, a. a. O., S. 105 f.; Stein-Jonas-Schönke, II 3a zu § 794. 反対説として，Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, S. 201. 参照できなかったが，同箇所脚註によれば Pohle も同説。Vgl., Jessen, Juristische Rundschau, 1956, S. 9.

(16) 三ヶ月前掲四四五頁は，「和解の無効は常に新たな紛争とみて，別訴によって主張せしめる」とされている（傍点筆者）。

(17) Bonin, a. a. O., S. 106

(18) 三ヶ月前掲四四五頁。

(19) Lehmann, a. a. O., S. 144, 236; Kretchmar, a. a. O., S. 262.

(20) Bonin, a. a. O., S. 106, Anm. 401.

(21) Bonin, a. a. O., S. 106.

(22) Bonin, a. a. O., S. 107.

(23) Bonin, a. a. O., S. 105

(24) Bonin, a. a. O., S. 107. Anm 403 に引用せられた Weltmann, Fromm, Müller の見解。

(25) 兼子体系二一九八頁、三ヶ月前掲四三一一三頁、判例としては大判昭和八年七月一一日民集一二巻二〇四〇頁。Rosenberg, a. a. O., S. 598; Lehmann, a. a O., S. 231; Bonin, a a. O., S. 107

(26) Reichsgerichtsräte, BGB Kommentar 10. Aufl., Band II, Anm. 11d zu § 779; Blomeyer, a. a. O., S. 70

(27) 併合和解の認められる範囲について、Bonin, a a O., S. 19 ff. および岩松・兼子編前掲一三一頁以下参照。

(28) Bonin, a. a. O., S. 112. 岩松・兼子編前掲一六〇頁以下。

(29) 訴訟物以外の法律関係は訴訟物に関する紛争の解決と不可分の関係にある場合に限つて和解の内容となるとみるべきであろう。岩松・兼子編前掲一一二頁以下。反対に無制限にこれを認めるもの Bonin, a. a. O., S 20.

(30) Nikisch, ZPR 2. Aufl., S 275; Reichsgerichtsräte, a. a. O., Anm 11d zu § 779. 三ヶ月前掲四五頁。

(31) 兼子体系四五九頁、岩松・兼子編前掲一六一頁。

(32) Bonin, a. a. O., S. 108; Lehmann, a. a. O., S. 234.

(33) Nikisch, a. a. O., S. 275; RGL 106, S 1403. 三ヶ月前掲四四五頁。

(34) A. Schmidt, „Der Prozeßvergleich und seine Aufhebung", ZZP 58, S. 401; Bonin, a. a. O., S. 109

(35) RGZ 141, S. 107; KG, JW 1922, S. 1403

(36) Bonin, a. a. O., S. 109

(37) Bonin によれば、学者としては僅かに Haendel のみがこの批判を提出しているにすぎない。Bonin, a a. O., S. 109. Anm. 416.

(38) 三ヶ月前掲四四五頁、Bonin, a. a O., S. 118.

(39) Bonin, a. a. O., S. 118; BGH, NJW 1955, S. 705 ff. Bonin は解除権の留保付の場合には、訴訟の終了は未確定の状態にあり、解除の意思表示がなされた後に旧訴の続行はありうるとしている。同旨 Rossenberg, a a. O., S. 597 岩松・兼子編前掲一五九頁、菊井雑誌三七二頁。

(40) 第二説を否定する見解として我国では岩松・兼子編前掲一五九頁。

(41) 菊井・村松コンメンタール民訴一六七九頁は、和解が有効か、無効か或いは訴訟が和解により終了したか否かを中間確認の訴を提起させて、判決で解決すべきであるとされる。

四　請求異議の訴について

和解無効の主張のため和解調書にもとづく執行に対して請求異議の訴を認める見解がある。(1)

請求異議の訴は債務名義が訴訟法上は適法・有効に成立・存続していることが前提になつている。旧訴が続行され和解の無効の判断がなされるか、あるいは別訴により和解の実体的無効が確認された場合、債務名義は当然に無効になると考えられるから、和解無効の主張は請求異議訴訟により主張さるべきではない。(2)そこで、和解調書により執行がなされる虞がある場合民訴法五〇〇条を準用して執行を一時停止させるべきであろう。(3)

(1) Stein-Jonas-Schönke, II 3a zu § 794; Rosenberg, a. a. O., S. 597; Hellwig, System, I, S. 628; Weismann, Lehrbuch, Band II, S. 36; Baumgärtel, a. a. O., S. 200　我国では、三ヶ月前掲四四五頁、岩松・兼子編前掲一六〇頁、菊井講義三七一頁、中村英前掲八四〇頁、大判昭和一四年八月一二日民集一八巻九〇三頁など。なお Bonin, a. a. O., S. 112

(2) A. Schmidt, a. a. O., S. 402; BGH, NJW 1953, S. 345. Lehmann, a. a. O., S. 244, 245, 246 は、旧訴続行が可能な限り請求異議訴訟は問題にならないとしている。

(3) 菊井・村松編前掲六七九頁。

五　和解無効を理由とする不当利得返還請求訴訟・不法行為の損害賠償請求訴訟・抗弁による和解無効の主張について(1)

訴訟上の和解に既判力を否定する以上、実体法上の瑕疵が存する場合当然これらの訴の先決問題として和解の実体的無効を主張することはできると考えるべきであろう。

(1) Stein-Jonas-Schönke, II 3a zu § 794; Lehmann, a. a. O., S. 247; Wurzer, a. a. O., S. 374; Bonin, a. a. O., S. 114.