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

Title	〔最高裁民訴事例研究一四〕訴の変更と時効中断の効力 境界確認請求事件 (昭和三八年一月一八日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	伊東, 乾(Itō, Susumu) 石川, 明(Ishikawa, Akira) 民事訴訟法研究会 (Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1964
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.37, No.6 (1964. 6) ,p.86- 100
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19640615-0086

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.

〔最高裁民訴事例研究 一四〕

昭三八・1（最高民集一七巻一号一頁）

訴の変更と時効中断の効力

境界確認請求事件（昭三八・一・一八第二小法廷判決）

原審・仙台高裁の判決理由に曰く、「控訴人（原告X）は、従来第一

審判決摘示のとおり境界確定及び損害賠償を求めていたが、当審で請求の趣旨を主文第一項のように変更した。そして弁論の全趣旨によると、ノ控訴人（原告X）は右境界確定の訴に替えて、新たに右所有権確認の訴を提起し、また損害賠償の請求はこれをしないことにした消息が明らかである。すなわち控訴人（原告X）は、旧訴を全面的に取下げ、訴訟だけについて（新訴だけについての誤植か）審判を求めたものであり、被控訴人（被告Y）が右旧訴の取下についてそれとなく同意したことも弁論の全趣旨で明らかであるから、旧訴は右取下によつて終了したものというべきである」、と。然るに、Xの新訴請求は理由があると認められる、として、判決主文第一項には次のような宣言が掲げられた。曰く、「宮城県黒川郡大和町吉田字上童子沢所在、別紙図面表示の(イ)・(ロ)・(ハ)・(ニ)・(ホ)・(ヘ)点を順次結び、(ヘ)点から西方用水堀に添い(ワ)点に至り、同点から北東方松伐根・(ヵ)点を経て東南方塚及び松根堀取跡くぼ地を経て(ル)点に至り同点から南方(イ)点に囲まれた地域が控訴人（X）の所有であることを確認する」、と。この判決に対し、Y側から上告をおこしたのが本件であつて、Yは、就中、原審が本件における訴の変更を認識し、旧訴が取下げられたことを知りながら、旧訴提起による時効中断の効果がその取下によつて消滅したことを承認せず、訴変更以後にも旧訴提起による時効中断効が持続すると解してYの時効取得の抗弁を排斥したのは、民法一四九条に反し、違法である旨を主張した。最高裁、曰く、「本件繋争地域が被上告人（X）の所有に属することの主張は終始変わることなく、唯単に請求の趣旨を境界確定から所有権確認に交替的に変更したに過ぎないこと、本件記録上明白である。このような場合には、裁判所の判断を求めることを断念して旧訴を取下げたものとみるべきではないから、訴の終了を意図する通常の訴の取下げとはその本質を異にし、民法一四九条の律意に徴して同条にいわゆる訴の取下中にはこのような場合を含まないものと解するを相当とする」。原判決は相当、と。——棄却。

判旨は、訴の取下あるにも拘らず時効中断効の失われない場合があるか、および、本件がその場合に該るか、ということを、判断の焦点にすえており、鈴木（正）教授の本件判批も（民商四九巻四号四八七頁以下）専らこの問題を考察して判旨に賛成しておられるが、そのためには、実は、本件では、二つの留保を掲げておかなければならないように思われる。その一つは、境界確認の訴と所有権確認の訴とは、別種別類型の訴だとする、通説の見解を正しいと仮定する、ということであり、他は、本件で、事実、境界確認の訴が所有権確認の訴に変更されたと仮定する、ということであつて、いずれも、些か、疑なきをえない。何故なら、境界確認の訴を所有権確認の訴とは別種別類型の訴だとする通説は、境界確認の訴をもつて形式的形成訴訟と考えるものであるが、そうであると、往時と異なり法文上の根拠を欠く現在、それが何故に許されるのかは必ずしも自明でないし、また、本件原審判決主文が「……所在二〇番の六山林三反三畝一三歩はXの所有であることを確認する」というにとどめず、これに代えて、境界を表示し、表示境界内の「地域がXの所有であることを確認する」という言い方をしていることは、果してXの要求ないし主張が、境界の確認請求から所有権の確認請求に「変わつた」のかどうか疑を挟ませるものであつて、所有権確認の判決として原審判決主文のような形は適切かどうか、実は本件では終始一貫Xの要求ないし主張の内容は同一（終始境界確定のみ又は終始所有権確認のみで多少表現の変更ありしのみ）であつたのではないか、或は、より適

切には、境界確定の訴は取下げられず（取下は損害賠償の訴のみ）寧ろこれに所有権確認の訴が追加併合せられたのではないか、等々の臆測を生ぜしめるからである。そして、これら前提的な諸問題の方が、判旨が焦点におく問題より遙かに重要な問題であつて、理論的にも興味深く、とくに訴訟物の理論を考える恰好な素材が一つ本件によつて与えられることに留意して置かなければならない。

だが、今は姑く、疑問をとどめつつも、通説と原審の確定とを前提としよう。境界確定の訴を形式的形成訴訟に非ずとすれば、然らばこれを何とみて奈何取扱うべきか、なお検討を要することであるし、判例集に第一審判決も別紙図面も省略されている本件で真実に要求ないし主張の変更があつたのか否かを確定するのは至難のことだからである。

然るときは、慥かに、訴の取下あるに拘らず、時効中断効の失われない場合があるか、および、本件がその場合に該るか、という問題が焦点におかれることになるが、これは大して困難な問題ではない。なるほど民法一四九条は裁判上の請求が「訴ノ却下又ハ取下ノ場合ニ於テハ時効中断ノ効力ヲ生セス」という形の規定の仕方をしているが、それは取下が権利主張の断念を意味すると考えたからであろう。然らば取下あるも権利主張の断念がないときは本条に該当しないであろうし、他方に訴提起による時効中断の効力を訴とか訴訟物とかに拘泥して訴訟法的に見るべきでなく、専ら主張せられる実体権に着目すべきであることは、既に本欄昭三七24の説いた通りである。本件では、前後両訴訟を訴訟として奈何みるにもせよ、実体法的にみて、Xが、終始同一一箇の土地所有権を主張していることは疑がない。訴の変更、従つて訴の取下あるにも拘らず本件で民法一四九条を適用すべきでないこと洵に判旨の説く通りで、鈴木(正)教授ともども判旨に賛成する。

（伊東　乾）

昭三八2（最高民集一七巻一号四一頁）
強制執行によって物の占有を解かれた者と占有回収の訴の許否

占有回収請求事件（昭三八・一・二五第二小法廷判決）

Xは裁判上の和解による取極めに基づいてY_1会社から一室を賃借して居住していたが、Y_1は不当な賃料の値上げを申し入れ、Xが従前のままの賃料を提供したところその受領を拒絶したので、Xは該賃料を供託した。Y_1は契約の解除を申し入れ、和解調書に執行文の付与を受けて明渡の執行をし、室をY_2に賃貸してこれに引渡した。右契約の解除は無効であり、従つてこれに基づく強制執行は不当であることを理由として、Xから、Y_1・Y_2を被告として占有回収（のちに賃借権に基づく明渡請求の訴を追加）および損害賠償請求の訴をおこしたのが本件であるが、とりわけて問題となつたのは占有回収の訴の許否であつた。第一・二審とも占有回収の訴を許されずとしたのに対して上告論旨は強く反論したが、最高裁、曰く、「占有回収の訴は、物の占有者が他人の私力によつて占有を奪われた場合に、その奪つた者からその物の返還を請求することを認めた制度であるから、権限のある国家の執行機関によりその執行行為として物の占有を強制的に解かれたような場合には、右執行行為が著しく違法性を

帯びてもはや社会的に公認された執行と認めるに堪えない場合、換言すれば、外観上も前記私人の私力の行使と同視しうるような場合を除いては、執行法上の救済を求めまたは実体上の権利に基づく請求をなしうることは格別、占有回収の訴によつてその物の返還を請求することは許されないものと解するを相当とする」。本件はその例外的に占有回収の訴を許しうべき場合に該当しない、と。――棄却。

判旨は占有回収の訴が私力侵奪に対応する制度であることを理由とするものであり、田中（耕）教授の本件判批も（民商四九巻四号五〇六頁以下）執行吏の占有の公法的性格を説いて判旨に賛成しておられるが、執行完結後の始末は私人間の実体関係の問題であるから、そこでは執行による侵奪が私力侵奪と等置せられる余地があるし、また、問題は手続内部で執行々為を直接攻撃することに関わるのではないから、執行吏の占有の公法的性格も直接の支障を生ぜしめない筈であつて、事は、ヨリ正確には、執行制度の目的と性格とから説かれなければならない。執行制度は、それ自体、私生活への国権の介入であつて、恐らくは、最少限、半法的な一おうの新事態はこれを過去から断絶して決定的に作出するもの（それが既判力ある裁判の内容の実現であるような場合には更にそれだけの意味がプラスされる）と解すべきであろう。手続完結後の始末は、少くとも半法的な一おうの新事態に優勢する権原に基づくのでなければ行われえないのであつて、言わば同じく半法的な一おうの事態の維持に奉仕する占有権ではこれを覆すに足りない、と考うべきなのではあるまいか。だが、判旨も、実質的には執行というものの性格を根拠とする趣旨であろうし、結果には異論がないので、田中（整）教授ともども判旨に賛成したい。

（伊東　乾）

昭三八3（最高民集一七巻一号八二頁）

民訴法第四〇九条ノ二第一項の合憲性

損害賠償請求事件（昭三八・一・二五第二小法廷判決）

上告理由。「民訴法四〇九条の二の特別上告を為すことのできる場合を定めた制限規定は何人も憲法三二条により裁判所において裁判を受ける権利を奪われないとの保障を奪われたものであり、又憲法一二条により保障された国民の権利を不断の努力により保持しなければならない責任を無視したものであり無効であるから裁判の最終審たる最高裁判所は本件につき実質的に審理判決を為すべきであり……」。

上告審判決要旨。「憲法一二条を云為する論旨も、ひつきよう民訴法四〇九条ノ二第一項の規定が憲法三二条に違反することをいう帰着すると解せられる。しかし、憲法三二条は、何びとも裁判所において裁判を受ける権利あることを規定したに過ぎないもので、いかなる裁判所において裁判を受けるべきかというような裁判所の組織、権限、審級等については、すべて法律において諸般の事情を考慮して定められるべき事項であり、憲法には同八一条を除き他にこれを制限する規定のないことは、すでに当裁判所大法廷判決（昭和二二年（れ）第四三号、同二三年三月一〇日判決、刑集二巻三号一七五頁、昭和二三年（れ）第二八二号、同二五年二月一日判決、刑集四巻二号八八頁）の判示するところであつて、同判決の趣旨に徴すれば、前示民訴法の条規が憲法三二条に違反する旨の所論は採用できない（昭和三〇年（テ）第一二号一日第三小法廷判決、民集一〇巻一二号一五〇頁）」。よつて上告棄却。

判旨に部分的に賛成。

憲法三二条は裁判をうける権利を保障しているが、ここに裁判とは、近代的民主国家における裁判をさすのであつて、その枠は憲法第六章に定められている。この枠の範囲内で、裁判所の組織、権限、審級、訴訟手続等は法律によつて具体的に定められることは判決の指摘する通りである（小室・民商四九巻四号一四二頁は、「人類の永年にわたる経験の上に築かれた文化的所産たるのが、いわゆる公開主義、双方審尋主義、直接主義、口頭主義、弁論主義、自由心証主義など民事訴訟手続を支配する諸原則なのである」とされる。）。憲法八一条は、最高裁が終審として違憲法令審査権をもつことを規定しているがゆえに、民訴法四〇九条ノ二という規定がある。簡易裁判所事件についても常に最高裁判所が終審裁判所でなければならぬという憲法上の要求はないし、また、およそ近代的裁判制度がそうであることを要求しているともいえない。なるほど、簡裁事件についても最終審を小人数の判事からなる最高裁判所とするならば、法令解釈の統一による法律的安定と裁判権の一本化による裁判の信用保持という一般的公益的目的は達成されるであろう。しかし、上告審裁判所の負担軽減のため上告事件を制限することはしばしばみられるところであり（例えば昭和二五年の民事上告特例法）、しかもこのことは、具体的事件の正当な解決としては事実審を二回繰返すことで充分で、上告審は法令解釈の統一・裁判の一本化を目的としたいわばつけたりの救済であるとする見地から是認される（兼子・上告制度の目的・民事法研究二巻一七一頁以下）。これと全く同一の理由から、簡裁事件につき特別上告を憲法問題に限つて認めても、そのことが近代的裁判制度の理念にそむくものではないことは明らかであろう。

本件において上告人は、原判決に憲法違反があるとしてではなく、民訴法第四〇九条ノ二が憲法違反だから無効であり、原判決の一般法令違反を理由に特別上告をなしている。そこで前記のごとく、上告人は同条の解釈を誤つているがゆえに本件上告は当然不適法として却下せらるべきものであるに反し、本件判決が棄却の判決をしたのは誤りであるといわねばならない。かかる見解とは別に、本件上告理由中の民訴四〇九条ノ二第一項が違憲であるとの主張は、理論的には抽象的な法令の違憲性の主張であり、その当否の判断は最高裁判所の使命でもなく、したがつて、上告は不適法として却下せらるべきであつて、本件判決があえて同条同項の合憲性の判断をなしたことは不要であつたというより誤つていた、とする見解もある（別の判例についてであるが、増田・民商三五巻六号七三頁。なお、小室・前掲五二六頁以下はこの見解を批判している。）。この見解には賛成できない。というのは、民訴法四〇九条ノ二第一項の違憲審査は本件原審判決における一般法令違反を理由としその救済を求める特別上告の可否の問題との関連で具体的に問題とされているからである。

（石川　明）

昭三八4（最高民集一七巻一号一七一頁）

裁判上の和解につき錯誤の主張が許されないとされた事例

約束手形金請求事件（昭三八・二・一二第三小法廷判決）

原告X（被控訴人・被上告人）は、被告Y（控訴人・上告人）に対

し、請求の趣旨として金三〇万円及びこれに対する昭和三三年一二月九日より完済迄年六分の損害金の支払を求め、その原因として主張する事実は、「被告は昭和三三年八月一六日金額三〇万円、支払期日同年一二月八日受取人訴外Ⅰなる約束手形一通を振出し、右受取人は拒絶証書作成義務を免除して右手形を原告に白地裏書譲渡したので、原告は支払期日にこれを支払場所に呈示したところ支払を拒絶された。よつて被告に対し右請求をなす」というのである。

第一審第一回口頭弁論期日に被告訴訟代理人の「答弁準備のため」との理由による申立により同期日は答弁に入らないまま続行され、同第二回口頭弁論期日は被告訴訟代理人の「示談のため」との理由による申立により延期となり、同第三回口頭弁論期日（昭和三四年四月一四日午後二時）には何ら被告の答弁のないまま本件和解が成立した。

和解の内容は以下の如くである。一、被告は原告に対し本件約束手形金債務元金三〇万円及びこれに対する昭和三三年一二月九日より完済に至るまで年六分の損害金を支払うべき債務あることを認め、右元金のうち金二五万円を次のとおり原告代理人事務所に持参又は送付して支払うこと。イ、昭和三四年四月三〇日までに金一〇万円、ロ、同年五月一五日までに金一五万円、二、被告が右支払を各期限までに履行したときは原告は被告の残債務金五万円及び損害金の支払を免除すること。三、被告が第一項の支払をしないときは同項の元金三〇万円（一部支払済のときはその残金）及び同項所定の損害金を即時に支払うこと。四、訴訟費用は各自弁のこと。

ところが被告訴訟代理人は右和解成立後第一審に新口頭弁論期日の指定を申請し、その理由として、原告が本件手形をその受取人Ⅰより裏書を受けたのは実はその満期後であつたのに、被告は右和解の成立に至るまで右裏書は原告主張の如く満期前になされたもので原告は善意の第三者所持人であるものの如く錯誤に陥つていたため右和解をしたのであるから、右和解は要素に錯誤ある無効のものである、と主張した。これに対して一、二審ともに、本件手形の裏書が満期前であると誤信したことは、本件和解で被告か原告に対する債務を認めた一の縁由にすぎず、特に本件和解の前提とされたものではない。被告の右主張を被告が結局原告に対する債務の認めたことが真実に反し、かつこれを知らなかつたという意味に解するときは、訴訟物たる権利の有無につき誤認があつたとしても、訴訟上の和解は一面私法上の和解を包含し、この点で民法六九六条が適用され、従つて錯誤の問題の生じる余地がない。さらに被告が原告の主張に対して答弁していなくても、訴訟物たる原告の権利が争の目的をなしており、和解は争の目的たる権利につきなされたもので、本件和解は支払協定のみがその内容をなすものではない、として、本件訴訟は和解の成立により終了していると判断した。これに対し、Yは、本件では当事者間においてXの手形債権は当然存在するものとして全然争われずにこれを前提として支払の協定のみにつき裁判上の和解が成立したものであり、かかる争の目的とならない前提事項につき錯誤があつた場合、民法六九六条の適用はない、として上告した。

これに対して、上告審は以下の判断をなし上告を棄却した。「一般に、第一審口頭弁論期日において原告が訴状に基づき請求の趣旨及び原因を陳述したのに対し、被告が『答弁準備のため』又は『示談のため』との理由で未だ何ら本案について答弁しないときは、これを被告が原告の主張事実を明らかに争わないものとみ、自白したものと看做すことは民事訴訟法一四〇条の趣旨に副うゆえんでなく、これを当事者間に訴訟の目的物につき争が存するものと解するのが相当である。本件和解条項において、原告が本訴で主張する三〇万円の手形金債権及び損害金債権を有することを本件和解条項で被告が認めた点は、（和解条項で原告が二五万円についてのみ二回分割

払を認めこれが履行された場合には残五万円の手形金及び損害金債務を免除すべきことを約した点とともに）原判示の如く一の譲歩であり、また、右和解は訴訟上なされたものであるが一の私法上の和解であることはいうまでもない。そして第一審で、訴訟の目的物とされた原告主張の三〇万円の手形金及び損害金債権を原告が有することをその口頭弁論期日における本件和解において被告が認めた以上は、たとえ和解後に至り和解において被告がこれを認めたことが右被告主張の如き錯誤にいでたものであったとしても、本件和解は無効とされるべきでなく、民法六九六条により効力を妨げられないものと解するのを相当とする」と。

判旨に反対。

一、第一に問題となるのは、訴訟上の和解に既判力を認めるか否かという点である。民訴二〇三条は訴訟上の和解が確定判決と同一の効力を有すると規定している。訴訟終了効と執行力という点で和解が確定判決と同一の効力をもつという点については異論がないが既判力も確定判決の一つの効力であるところから、和解の既判力をめぐり学説判例が対立している。肯定説・否定説・制限的肯定説がある。

(A)肯定説は（兼子・体系三〇六・三〇九頁、中田・講義上一七五頁。なお小山・訴訟上の和解と調停・私法九号一〇四頁以下も、既判力を認めながら、要素の錯誤の場合再審による和解の取消を認めているので、従来の既判力肯定説とは異るが、当然無効としない点で後述の制限的肯定説とも異り、むしろ肯定説に近いものと考える。山本戸後出も参照。判例としては、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、最高昭和三一年一〇月三一日決民集一〇巻一号一三五五頁、最高昭和三三年三月五日判民集一二巻三号三八一頁、最高昭和三五年七月六日決民集一四巻九号一六五七頁など）以下に挙げる理由から二〇三条を忠実に文理解釈している。すなわち(イ)和解は判決の代用で、法は当事者の自主的紛争解決形式たる和解に裁判権の行使と同一の効果を与えたものと解し、したがって和解は既判力をも有するという（いわゆる判決代用説の立場。兼子・前掲三〇六頁）。(ロ)沿革的理由。大正一五年法律第六一号による改正以前には現行二〇三条の規定がなく、旧法五五九条三・四号は起訴前・後の和解が債務名義であることのみ規定していた（このため既判力なしとする見解が強かった。肯定説をとる学説としては加藤・批評集二巻一一三頁以下がある。否定説をとる旧法関係の判例としては、大審明治三七年七月八日判民録一〇巻一〇七〇頁、大阪地大正六年三月一〇日判新聞一二四五号二五頁、大審昭和五年三月五日新聞三一一四号一四頁などがある）。他方旧法二二九条は請求の抛棄認諾に判決の必要を規定していた。改正法は、二〇三条で抛棄・認諾は調書に明確化されれば特に抛棄・認諾判決は不要であるとし、調書に作成された抛棄・認諾を確定判決と同一の効力ありとし、この趣旨を和解に及ぼしたものとみることができる（第五一回帝国議会民訴改正法律案委員会速記録三七一頁、加藤・改正民事訴訟法案概説六三・四頁、岩松・民事裁判の研究九九頁、鈴木・非訟事件の裁判の既判力一七五頁など）。(ハ)和解無効は多く要素の錯誤を理由として主張されるが、裁判機関の面前でその仲介によりなされる以上、当事者は特にその成立に際し慎重であらねばならないから、錯誤を主張させる必要がない（民法九六条も和解の特質から権利の存否に関する錯誤を排斥している。小山・前掲一〇九頁参照）。(ニ)民訴法五五九条の債務名義（公正証書を含む）及び和解、請求の抛棄・認諾による執行には原則として五四五条を準用するが（五六〇条）、五六二条により差異の生ずるときはこの限りでなく、五六二条三項で公正証書による執行には五四五条二項の制限には従わない。同項は既判力の時的限界の規定であり、公正証書がこの制限に従わないのは既判力がないからであるが、反面それ以外の債務名義たとえば和解等には当然既判力があることを法が承認したものと考えられる（吉川・民商三八巻四号九七一八頁）。(ホ)また、執行力の問題とならない和解では、既判力がないとすると訴訟終了効のみが存

するだけで、これでは自主的解決があつたことにはならないとする見方もある（高島後出一三五頁）。

肯定説によると、和解は確定判決の代用であり、したがつて既判力が認められるから、この既判力の排除は再審事由乃至これに準ずる事由の存する場合にのみ可能であるが（例えば前掲小山説のごとく、錯誤は当然無効原因ではないが、準再審事由として取消の原因となる。山木戸・和解・民法演習債権各論一七八頁）、私法行為におけるが如く無効や取消を認める余地はないことになる。

私見によれば、(ロ)の沿革的理由は現行法の解釈に際し必ずしも決定的なものとはいえない。(ハ)は、和解に際しては一般の場合と比較してより高度の慎重さを要求されることは確かであるが、錯誤することが人間的であるから救済しなければならないという要請と既判力によりその主張を遮断すべきであるという要請といずれが強いかという問題に帰し、結局は(イ)乃至否定説(イ)（後述）の問題に還元される。(ニ)は、法文の形式的解釈であり、或いは和解に既判力なきことを前提とした解釈で、むしろ和解の既判力の有無という実質的議論が先行すべき問題である。なお肯定説の当然の帰結として、既判力の排除は再審によるとする見解に対しては、元来再審事由は専ら裁判の瑕疵を眼中において規定されているから、これを直ちに和解の瑕疵に適用することは好ましくないとする批判がある（三ケ月・民訴。法四四三頁）。

(B)否定説は以下の論拠から民訴二〇三条を縮少解釈している（三ケ月・前掲四四三―四四頁、岩松・兼子編・実務講座民訴編三巻一五一頁以下、岩松・前掲一一〇一頁、鈴木・前掲一七六頁、石川・訴訟上の和解の瑕疵の主張方法・本誌三六巻八号三九頁など。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、最高昭和三一年一〇月三一日民集一〇巻一〇号一三五五頁の島・岩松意見、最高昭和三三年三月五日民集一二巻三八一頁の島・垂水・河村・下飯坂意見、即決和解に関し昭和三二年二月七日大阪地決下級民集八巻二号二三五頁、調停に関し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）。(イ)和解は自主的紛争解決形式で、当事者の合意がその中核をなしている。裁判所の関与は仲裁・斡旋・内容・要式の形式的審査であり、瑕疵の存在について当事者双方に充分に攻撃防禦方法を尽させたうえで公平な第三者的判断をするものではない。したがつて、瑕疵の主張を和解に既判力を認めることによつて遮断することはできない。と。因みにこの主張は和解の法的性質論とは直接に関係しない。実体行為説によれば和解の実体的瑕疵は当然に訴訟上の効力に影響を及ぼすし、競合説によつても、それが実体的瑕疵の訴訟上の効果への影響を目的とするがゆえに、実体行為説によると結果を同じくする。併存説によれば、それが本来実体的瑕疵の訴訟上の効果への影響を遮断する目的をもつものとすれば（実体的瑕疵の訴訟上の効果への反映という機能を果させるものもある。例えば高島・シュリスト法学教室三号一三五頁参照）、訴訟行為の瑕疵を実体行為の瑕疵と同様には認めないという原則に例外を認める限り、訴訟行為説におけると同様否定説の成立する余地は存する。行為に取消が原則として認められないのは、それが裁判を目標として発展する行為の一部だからであるが、和解は訴訟行為であるとみても、訴訟を終了せしめ判決を不要ならしめる訴訟行為であるから、これを基礎にして更に手続が発展するというものではない。したがつて和解は判決への手続の進行の安定・確実とは無関係で、この点で前記原則はあてはまらない（小山・前掲一一〇九頁）。同様に和解にあつては手続の進行の安定と確実という観点から、一般原則である表示主義を徹底して錯誤による当然無効も否定する必要がないのである。否定説の立場から、充分な審理を尽すことなく瑕疵の主張

を遮断する肯定説は、瑕疵の主張につき憲法三二条の裁判をうける権利を否定するものであるという主張につながる（岩松・前掲一〇一頁、鈴木・前掲一七六頁、岩松・兼子編・前掲一三八―九頁）。もつとも、この点については、当事者は和解や抛棄・認諾において、当該紛争につき裁判をうける権利を抛棄したと解しうるから、瑕疵の主張を既判力を認めることにより遮断しても憲法三二条違反の問題は生じないという見解がある。けだしこれは誤りである。しかし、和解や抛棄・認諾には訴訟物たる権利又は法律関係に関する紛争について裁判をうける権利の抛棄意思は含まれていようが、抛棄・認諾及び和解の瑕疵をめぐる紛争につき裁判をうける権利まで抛棄しているかどうかは問題である（岩松・前掲一〇一頁）。(ロ)和解に既判力を認めるにしてもその範囲は極めて不明確である。確定判決の既判力の客観的範囲は主文に包含するものに限定されるが、和解調書に主文はない。調書全体に既判力を認めるとするならば、判決理由中の判断に既判力を認めることと大差なく、判決との対応関係は失われることになる（三ヶ月・前掲四四四頁）。ことに併合和解の場合既判力の客観的範囲は、当該訴訟の訴訟物たる法律関係に限定されるのか、あるいは和解の対象である総ての法律関係にも及ぶのか、あるいは結論的部分に限定されるのであろうか。また、和解を形成的部分と確認的部分とに分け、前者の内容を争いえなくなるのは形成力の効果で既判力の効果でないとする立場から、既判力は後者に限定されることになるが、これでよいのかという疑問も提出されている（岩松・前掲一〇五頁以下）。(ハ)肯定説によると、既判力が当事者の意思に左右されることが好ましくないとの考えから、その合意解除を否定したり、解除条件を附しえないとしたり、甚しい場合には債務不履行による解除もなしえないとする主張がなされている。否定説の立場から、和解は元来当事者の自主的紛争解決手段であるから、当事者が再び自主的に合意解除等により訴訟終了原因たる和解を失効せしむる場合、当該訴訟を復活させ裁判による紛争解決の途を再開するのが当然である、との反論がなされている。

私見によれば、和解は当事者の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がために、和解の形成的部分についても、形成判決の既判力を論ずるまでもなく当然に既判力の有無が問題とされる余地はあるし、既判力の範囲の不明確のみをもつてしては、否定説の決定的妥当根拠とはならない。さらに(ニ)は和解における自主的要素をいかに強調するかという問題にかかるから、(イ)に吸収される。

(ホ)制限的肯定説（菊井・民訴法（現代法学全集）三七五頁、同講義三七一頁、中島・日本民訴九三五頁、中村英・裁判上の和解・講座三巻八三八頁、調停についてであるが、宮崎・調停法の理論と実際一三頁。判例としては、大審昭和一四年八月一二日判民集一八巻九〇三頁。昭和二七年一一月一八日金沢地判要旨集民訴3一〇二七頁、最高昭和三一年一〇月三一日民集一〇巻一〇号一三五五頁の小谷意見。大審昭和一六年一二月二日判評論三一巻民訴四三頁は、既判力という言葉は用いないが、和解無効確定前は調書記載事項は別訴でこれに反する主張ができないとしているが、当然無効を認めないという点で本説と若干異り、むしろ、その限りでは肯定説のうち、錯誤により取消を認める見解に近いというべきか。同旨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時東高民時報九巻五号八〇頁。なお制限的肯定説が競合説や併存説のコロラリーとするものとして高島・前掲一三五頁があるが既述の如く和解の法的性質論と既判力論とは当然には結びつかないと考える。）は、和解に既判力を認めるけれども、不法又は不能事項を内容とし、又は公序良俗に反する事項を目的とする場合、要素の錯誤・通謀虚偽表示・無権代理等の場合は、和解そのものが無効で、当事者はかかる理由の存する限り、調書に記載された和解の無効を主張することができ、そ

の範囲で既判力は生じない。もちろん和解に当然無効や取消を認めることは、和解の既判力を著しく薄弱ならしめる。しかしこれは和解に既判力を認めることと矛盾しない。それは判決の当然無効を認め、又は再審による判決の遡及的取消を認めても判決に既判力を認めることと矛盾しないのと同様である。判決が当然無効である場合判決は既判力を生じないし、判決が再審により取消された場合判決の既判力は消滅するのと同様である。唯判決の場合当然無効が認められる場合が極めて制限されているし、再審も極めて重大な瑕疵を原因としてのみ許されるのに、和解にあつて当然無効や取消を前記の如く広く認めるとなると、和解の既判力を判決のそれに比して著しく薄弱ならしめることになることは確かではあるが……、と。

この見解に対しては、有効・正当の問題を度外視して貫徹することを要求するのがまさに既判力の本旨であるがゆえに、有効・正当を前提として和解に既判力を認めることは問題である、という決定的批判がなされている(兼子・体系三〇九頁、三ヶ月・前掲四四四頁)。

結局問題は肯定説・否定説の対立にしぼられ、しかも既述の如く、和解という紛争解決形式における自主的要素と裁判所の介入という公権的要素のいずれを重くみるかという点にしぼられる。裁判所が和解に関与し介入するといつても、和解の瑕疵の不存在を一般の訴訟におけるよう充分審理し確定することは到底不可能であるから、自主的要素に重点をおかなければならないことは当然である。否定説に賛成したい。

既判力否定説の立場から、和解無効の主張をいかなる方法によりなすべきかは、さらに一つの問題である。本件にあつては新期日指定による旧訴続行という形式によつているが、これは問題がある。和解の瑕疵をめぐる紛争が手形金請求をめぐる紛争と別個のものであると考える以上その主張は別訴によるべきである(この点については、石川前掲論文・参照)。まずこの意味で被告の第一審における新口頭弁論期日の指定申立は却下せらるべきものであつた。それにもかかわらず、第一審・第二審裁判所は新期日を指定し旧訴を続行し、和解により訴訟が終了したものと判示した。したがつて、上告審としては、一・二審の判決を取消して、第一審における期日指定の申立を却下すべきものである。

二、仮りに新期日指定による旧訴続行を認めるにしても、本件被告主張の錯誤は和解を無効にしないとは断言できない。実体法上和解と錯誤の関係については、錯誤の存する事項を区別して論じなければならない。すなわち、通説的見解によれば以下の如くである(我妻・和解と錯誤との関係について・法協五六巻四号、同・債権各論中巻II八八〇頁以下、我妻・有泉・コンメンタール四九一頁、末川・各論四七三頁、石田・各論二二二頁、鳩山・各論下七三七頁、林・各論二三四頁、宗宮・各論二三四頁、山木戸・民商四九巻四号五五七頁以下特に五五八頁、三潴・法曹時報一〇巻八号一〇二―三頁、中島・法曹時報一五巻六号一一三―四頁、なお村上・和解と錯誤・契約法大系五巻一九一頁参照)。(一)和解により止めることを約した争の目的であつた事項につき錯誤があつても、かかる事項については「たとい真実とは違つても」和解がなされているのであるから、錯誤の効果は生じない(民法六九六条。大審昭和五年三月一三日判新聞三一五三号一二頁)。

これに反し、(二)争の対象たる事項の前提ないし基礎として当事者が予定した事項(従つて争もなく和解における互譲はその点についての不利益を忍容することに及んでいない事項)や、(三)右の第一・第二の事項以外の事項について錯誤が存する場合は民法九五

条が商用されることになるとするのが学説判例上一致した見解である（村上・前掲一九一頁。(ロ)に関する判例として、大審大正六年九月一八日判民録二三輯一三四二頁があるが、大審明治三七年一〇月一日判民録一〇輯一二三三頁は反対の見解をとる。(ハ)については、最高昭和三三年三年六月一四日民一四九二頁がある）。ところで本件の場合訴外IのYに対する手形上の債権がXに有効に移転したか否かという点について錯誤が存する。そこで問題は、本件錯誤が(イ)・(ロ)のうちいずれに属するものかという点にある。Yは和解に際してXの裏書取得が期限前になされたことを争つていない。すなわちYはXの裏書取得が期限前になされたものとして本件和解が成立したものである。Xが期限前の裏書取得者であることが争われ、この点についても争いを止めてXを手形金債権者と認める合意がなされたものとすれば、Yはもはや Xの裏書取得の時期につき要素の錯誤を主張できなくなるのは当然であるが（この場合Xの裏書取得が期限後であるか否かの争いは和解により止めることを約した争の目的であつた事項になる）本件はこういう場合ではない。むしろXの手形の裏書取得が期限前であるということは、争の対象たる手形金請求権の前提ないし基礎として当事者の予定した事項であるとみるべきである（同旨山木戸・民商前掲五五九頁）。本判決が、被告が本案につき答弁しないとき当事者間に訴訟の目的物につき争が存すると解し、和解において訴訟の目的物とされた原告主張の債権等を原告が有することを被告が認めた以上、和解後それが錯誤に基づくものであつたとしても、民法六九六条で右錯誤を主張できない、としているのは、この限りで不当である。けだし、訴訟の目的物につき争いが存するということは、直ちにXの期限前の裏書取得に争いがあることを意味するものではないからである。

（石川　明）

昭三八5（最高民集一七巻一号一八二頁）

訴訟代理人の和解の権限の範囲

和解契約無効確認等請求事件（昭三八・二・二一第一小法廷判決）

原告X（控訴人・上告人）は本訴において被告Y（被控訴人・被上告人）に対し、昭和三一年九月一一日原被告間に徳島地方裁判所富岡支部で成立せる訴訟上の和解の無効確認と、右和解調書に基づく強制執行は許さない旨の判決を求めた。その請求原因として以下の主張がなされた。Yを原告としX外数名を被告とす別訴徳島地裁貸金請求事件の昭和三一年九月一一日の口頭弁論期日に、別訴原告訴訟代理人A・別訴原告Y本人と別訴被告Xの訴訟代理人弁護士Bとの間に訴訟上の和解が成立し調書が作成された。そのうち本件原告Xに関する部分において期限を異にする三つの債権の存在並びに右債務の担保として甲地の抵当権設定登記手続義務が記載された。然しながら右和解契約は以下の理由により全部無効である。Xは右和解に際し、Xの訴訟代理人B及び裁判所に対してのみならず、Yの訴訟代理人A並びにYにも熟知しうるよう和解に応じられない旨の意思表示をなしている。XのBに対する訴訟委任状には和解に関する特別委任の記載があり、右委任状が裁判所に提出されているが、右期日における和解については、右の意見表示によりB代理人の和解権限を制限したのであるから、同代理人は和解権限を有せず、右和解契約は無権代理人のなした契約で無効である。仮りにB代理人に和解の権限があつたとしても、右和解契約は以下の理由によりなお全部無効である。即ち、特別委任に基く訴訟上の和解権限は当該訴訟の訴訟物につき和解をなす代理権であるから、訴訟物以外の事項に及ばず、従つて訴訟物以外の事項については別に新たな民法上の代理権の授与がなければ和解できない。しかるに右の不動産についての抵当権設定に関しては代理権が与えられていないから、右和

解契約中抵当権設定に関する部分は無効である。而して右抵当権設定契約は右和解契約の要素であるから、前者が無効であれば後者も要素の錯誤により全部無効である、というのである。第一審請求棄却・原告敗訴。原告控訴。控訴裁判所は以下の理由で控訴棄却。

当事者が訴訟代理人を選任する場合、訴訟事件を特定し且これにつき判決手続、和解手続等のいずれを選ぶべきかを定めうること、本人訴訟代理人間に私法上の委任又は準委任契約が存するが、右契約中訴訟代理人の行為につき種々の制限を定め、委任者が受任者に事務処理の方法につき指図をなし、委任者受任者の双方において何時でも該契約を解約しうることはもちろんである。しかし、訴訟法は多数の事件を処理する訴訟手続を安定し且円滑たらしめるため、また訴訟委任が通常弁護士に対してなされる関係で当事者の信頼が裏切られる懸念が少いことを考慮し、訴訟代理人の権限の範囲等につき当事者の意思により定めうる限度を前記の事件の特定及びこれについて判決手続、和解手続等のいずれを選ぶべきかの指定その他の若干の場合に限り、これにあたらない場合の委任契約上の制限など個々の場合の当事者の意思による拘束はこれを本人と訴訟代理人の間のいわば内部関係にとどめて裁判所及び事件の相手方との関係ではその拘束力を排除する若干のかく一的な且強行的な規定をもうけ、訴訟代理人というものを個々の場合の便宜や具体的事件の場合での結果の当否とは切離した一般化され客観化された制度として規律するに至っているのであつて、本件に関係がある部分としては、民訴法第八一条は、訴訟代理権の範囲について、訴訟代理人は当事者によつて授権の対象として与えられた事件並に訴訟追行の目的（通常事件の被告の授権による場合は当該訴訟事件での防禦による落着）の範囲において、その目的を達成するのに客観的、抽象的に必要といいうる一切の行為をする権限を有すること（第一項）、もつとも、必ずしも右の範囲にとどまるといいきれない行為で当事者にとつて重大な結果を生ずる事項、例えば反訴の提起、和解その他いくつかの事項については本人の特別の授権を要するが（第二項）、弁護士である訴訟代理人については訴訟代理権はこれを制限することができないこと（第三項）を定め、また同法八七条・五七条は前述のような訴訟委任の解約等について、それは本人と訴訟代理人の間では自由であるが、訴訟代理権の消滅は本人又は代理人からこれを事件の相手方に通知するのでなければ訴訟法上その効力がなく、この結果訴訟代理人の訴訟行為の効果が本人である事件の当事者に帰属するに至ることを規定している。このように弁護士が訴訟代理人となつた場合には本人の意思が法律上多大の制約の下におかれるが、他方、そのために弁護士は法律上一定の資格を具えることが要求され、またその任務に専心奉仕してそのいわば優越した地位を私利に用いることのないよう種々の制約が課されている。ところで、右の和解については特別の授権を受けなければならないという条項と、訴訟代理権はこれを制限することができないという条項との関係については、本法が大正一五年法律第六一号による改正前の民訴法と規定の仕方を異にし、右第三項の適用範囲につき限定的規定をおかず、前記第一・二項のあとをうけ一律に訴訟代理権の制限はその効力がない旨を規定しているところからみると、和解の代理権を与えられた弁護士である訴訟代理人は当事者の互譲という手段による当該事件の解決という与えられた目的の範囲において、客観的・抽象的に必要といいうる一切の互譲手段をとることができ、この代理権は訴訟法上有効に制限することができず、この関係からまたこのような範囲の私法上の代理権限が、法律上、訴訟代理人に与えられたものと取扱われるわけで、内部的な制限の違反は訴訟代理人の本人に対する内部的な責任の問題にすぎない。元来内部関係についても受任者は委任の本旨に反しない範囲で委任をうけない行為をすることができると解すべきで、或程度自由裁量を以て事を処理しう

る範囲を有するが、法は弁護士である訴訟代理人の和解の代理権を期日や事項の細部につき制限しても訴訟法上効力を生ぜず、これを全面的に制限すること、即ち和解の権限を訴訟委任契約の解約書により消滅させようとすることは訴訟法上も認められるが、これは本人又は訴訟代理人より相手方に通知しない限り訴訟法上効力は生じない。また、右にいう和解の一切の互譲手段の内に、訴訟の目的である権利関係以外の権利の処分を含むかどうかについては、一概には決しえないが、前記の民訴法八一条一項の場合の行為の範囲の内に、防禦の方法としての相殺の如き、訴訟の目的たる権利関係とは別の権利を処分する場合をも包含することを参照すべきである（大審昭七・五・六民判、同昭八・九・八判、同昭和八・一〇・二八判等）。もともと訴訟事件の処理といつても、所謂訴訟物である権利関係だけを他から切離して孤立させそれで妥当な解決をはかることが常に可能となるものではなく、訴訟物以外の権利関係にふれることによつて直ちに当該事件の処理という窮極の目的に適合しないいわば訴訟代理人としての使命を逸脱した行為となり或はまた前記の基準からいつて不必要な行為になるわけでもない。訴訟代理権の範囲を法定した前述の立法趣旨と併せ考えると訴訟物以外の権利の処分であるというだけでこれを訴訟代理権の範囲から除外すべき理由はなく、要は既述の基準に適合するか否かによるのであつて、前掲の相殺などもこの観点から八一条一項の行為のうちに含めることができる。そしてこの理は和解手続についても推及すべきで、殊に和解では互譲という事柄の性質上、訴訟物以外の権利関係を加入することがしばしば避けることのできないもので、これらの点から考えれば、和解に訴訟物以外の権利関係を導入することも、結局は、その程度及び態様において、当該事件の解決という窮極の目的に背馳せず、且当該事件の互譲による解決のため客観的、抽象的に観察して必要といいうるものである限りはこれを弁護士である訴訟代理人の和解権限中に当然包含せられるものと解す。ところで本件の場合、Xは和解の授権を撤回した事実は認められないから、授権は有効で和解は有効である。また本件和解が甲地につき抵当権を設定する旨の条項を含み、この点で訴訟物以外の権利関係を導入しているが、前件訴訟の訴訟物はXに対する金銭債権で、その弁済期日を延期し分割払にするかわりに、その担保として抵当権設定がなされたのであるから、抵当権設定は訴訟物に関する互譲の一方法としてなされたものである。ところで抵当権の設定は金銭債権の効力を確実なものとすることを殆んど唯一の目的とするもので、金銭債権とは無関係ではなく、むしろこれと密接なしかも従たるものを設定することであるし、担保方法の中でも債務者にとり犠牲の比較的少いものである。それ故に、債務者が自己の債務について自己の不動産に抵当権を設定するというこの条項は、金銭債権の支払約束に関する条項を補強する従たるものとして、且穏当な解決のための一方法として、金銭債権に関する和解において、しばしば用いられ、何人も予想しうる一つの型ともいえるもので、金銭債権に関する和解の互譲手段として、客観的・抽象的に必要といいうると共に、このような条項を付したからといつて、訴訟事件の解決という目的からみて本末転倒の非難をうけるものではない、と。X上告。

上告理由は以下の如くである。XのBに対する民訴法八一条一・二項の訴訟代理の委任は、訴訟物そのものに限り認諾抛棄和解の権限を与えたもので、訴訟物ではない甲地についての抵当権設定の授権はしていない。またBの無権代理行為たる抵当権設定契約につき追認もない。むしろXは和解契約全体に不服の意思を各関係人、裁判所、自己及び相手方の代理人全部に表示している。したがつて、かかる事項を内容とする和解調書は無効である、と。これに対し上告審判決は、本件抵当権設定は訴訟物に関する互譲の一方法としてなされたもので、B弁護士が授権された和解の代理権限中右抵当権設

定契約をなす権限も含まれると解するのが相当であり、さらにXがBに対し右和解の授権を撤回した事実も認められない、として上告棄却。

判旨に反対。

判旨のように、和解の委任は併合和解の委任まで含むとし、相手方を保護し、問題を委任者・受任者間の内部関係において解決せんとする態度には問題がある。

第一に、この見解は相手方との外部関係を保護するあまり、不当に委任者たる本人の利益を害する可能性が非常に多い。なるほど本件控訴審判決のいうように、弁護士は一定の資格の具備を要求され、その地位を私利に用いることのないよう種々の制約が課せられてはいるが、弁護士がこの制約に違反しても行為の私法上の効果には変りがない以上依然として委任者たる本人の利益を害する可能性が多いことは確かである。第二に、民訴法八一条三項は、訴訟代理権の制限を禁止しているが、これは個々のケースにあたり具体的・個別的に本人が訴訟代理権を制限することを禁止したのであつて、充分理由のある抽象的・一般的な代理権の制限まで否定したものではない。そこで次に和解における代理権の一般的・抽象的制限をどの点で認めるかということが問題となる。私は、第一に、併合和解により訴訟物以外の法律関係を規律するには特別の授権を必要とする、と解する(Bonin, Der Prozeßvergleich, S. 68; Nounor, Privatrecht und Prozeßrecht, S. 151. 岩松・兼子編・実務講座三巻一一六頁、中村英・民商四九巻四号一四三頁)。第二に、訴訟物たる法律関係についての譲歩であつても、たとえば、金銭の給付に代えて物の給付を約したり、特定物の給付に代え他の物の給付を約したりするためには特別の授権を必要とする、と解する(Lehman, Der Prozeßvergleich, S. 181 は、代理人が、主張せられた反対債権を和解で処分することは例外的に許される、としており、中村英・前掲五六七頁、大審昭和七年五月六日判民集一一巻八九〇頁も同旨である)。けだし、訴訟における和解の委任は、原則として訴訟物それ自体における譲歩に限定され(例えば、期限の猶予、割賦弁済、一部免除等)、訴訟物に非ざる本人の財産を処分したり、処分の義務を発生せしめたりすることは、不当に本人の利益を害することになるからである(Bonin, a.a.O.)。ただし、物の引渡に代えて金銭の給付を約することは特別の授権なしに可能である。けだし、金銭は給付の最も一般的な手段だからである(Bonin, a. a. O., S. 68; Wolf, „Der Prozeßvergleich" AcP 88, S. 184; G. Wurzer, „Der Begriff des Prozeßvergleichs und das Verfahren bei seiner Anfechtung", Jherings Jahrbücher Band 62, S. 337. 岩松・兼子編・前掲一一七頁。中村英・前掲五六七頁は、これを以て、「訴訟物とその権利関係との間に実質的同一性の認められる」場合の例とされている。しからば、金銭又は物の引渡に代えて、物又は他の物の引渡を約する場合はどうであろうか、という点については述べられていない。明らかに特別の授権を要すべき場合とみるべきであろう)。

本件についてみるに、甲地の抵当権設定は、明らかに訴訟物以外の法律関係形成に関する合意であり、この点についての特別の委任がなければこれを和解の内容となしえない。この点の委任なきに拘らずなされた抵当権設定は無権代理行為で無効であるし、これを要素とする和解は(併合和解において訴訟物以外の法律関係をどの範囲まで和解の内容となしうるかという問題がある。和解の内容の一部に瑕疵があつても和解全体の効力に影響しないような形で当該一部を併合和解の内容となしうるか否かは問題であるが、ここではこの問題を論じない)、実体法上効力をもたないと解すべきである(本件の場合抵当権設定がなければ相手方も譲歩をしないであろうから、それは和解の要素であるといえ)、和解により止めることを約した争の目的たる事項以外の事項について錯誤が存したが故に和解は無効である。和解と錯誤との関係に関する通説的見解については、本事例研究昭三八・4の評釈参照)。そして、訴訟上の和解の実体的瑕疵の訴訟上の効力への影響を説く限り(実体法説・併存説——但しこのなかには実体的瑕疵の訴訟上の効力への影響の遮断を目的とするものもあるか——によればもちろんのこと、和解は実体法上の和解プラス裁判所によるその確認と解する私見の立場に立つても、実体的瑕疵の訴訟上の効力への影響は肯定しうる。この点につ

いては、石川・訴訟上の和解の瑕疵の主張方法・本誌三六巻八号四三頁参照）当該和解は訴訟法上も無効である。判決代用説の立場からは、和解が成立し調書に記載された以上、それは確定判決と同一の効力を有し、その取消は四二〇条第三号を原因とし、再審乃至これに準じる取消の訴によることになる。私は判決代用説をとらないし（本事例研究昭三八年4参照）、和解の実体的瑕疵にもとづく和解無効の主張は和解無効確認の訴によるべきであると考えるから（石川前掲論文三七頁以下）、Xが本訴を提起したのは正当であると考える。

（石川　明）