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

Title	訴訟上の和解の訴訟終了効
Sub Title	Die Prozeßbeendigung durch den Prozeßvergleich
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1969
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.42, No.3 (1969. 3) ,p.167- 182
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	小池・ 今泉教授退職記念論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19690315-0167

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.

訴訟上の和解の訴訟終了効

石川　明

一　訴訟終了効の根拠
二　訴取下・控訴取下を内容とする和解――特に訴訟終了効と関連して――
三　訴訟上の和解の実体的瑕疵と訴訟終了効
四　訴訟上の和解の内容たる私法上の契約の解除と和解による訴訟終了の効果

一　訴訟終了効の根拠

訴訟上の和解が訴訟終了効をもつことには異論がない。わが民訴法上は、ドイツ民訴法におけるとはことなり請求の放棄・認諾についても放棄・認諾判決を必要としない。ドイツ民訴法上は請求の放棄・認諾については当事者の放棄・認諾行為にもとづき放棄・認諾判決が必要とされる。これに反して訴訟上の和解については和解判決のごときものを必要としない。前者にあつては判決により訴訟が終了するのであるが、後者にあつては訴訟上の和解が当然に訴訟終了効をもつという点

で、両者は区別されている。そこでドイツ民訴法上は訴訟上の和解が訴訟終了効をもつということが、請求の放棄・認諾の場合と対比して意味をもつてくるのである。もつとも、ドイツでは訴訟上の和解が訴取下を含む場合に限つて訴訟終了効を有するという意見もあるがこれは少数意見であつて、考慮するにあたいしない。[1] かくして、わが民訴法上は、訴訟上の和解が当然に訴訟終了効をもつと考えられる。

ところで、訴訟終了効の根拠はどこに求められるか。Bonin は、第一に、訴訟上の和解については認諾・放棄判決のごとき形成判決の付与を必要としないという点にその根拠を求める。[2] しかし、この理由は、なるほど立法者の意図を推測せしめるものではあるが、文理の比較検討という極めて形式的議論に終始するもので、このことから訴訟終了効の認められる実質的根拠はなんらでてこないのではないか。そこで、彼は第二に、訴訟上の和解調書が債務名義になるというのは訴訟終了効の原因になると説く。しかし、私はこれも理由にならないと考える。けだし、まず始めに、仮執行宣言付終局判決は債務名義になるが、それは訴訟終了効をもたないからである。つぎに、かかる立場を前提にすると、執行力を伴わない訴訟上の和解、すなわち、確認的ないし形式的な訴訟上の和解についてはどう解すべきかという問題がでてこよう。私は、訴訟上の和解の訴訟終了効は訴訟手続内における紛争の自主的解決の裁判所による確認・公証という点に求められるべきである、と考える。[3]

(1) Bonin, Prozeßvergleich, S. 83, Anm. 296.

(2) A. a. O., S. 84.

(3) 石川・訴訟上の和解の研究（慶大法学研究会叢書(14)）一三頁以下。石川・後掲判タ判批六四頁、後掲判例評論判批一三七頁、小山・後掲民商判批三〇二頁。

二　訴取下・控訴取下を内容とする和解

――特に訴訟終了効と関連して――

訴訟上の和解は実体法上の和解同様互譲を必要とする。譲歩は訴訟法上の権能・見込・可能性に関していてもよい。そこでたとえば、訴訟物たる権利又は法律関係についての譲歩を含まないが、訴の取下・控訴の取下を訴訟費用の相手方負担と引換に約する和解も考えられるであろうか。これを肯定する見解もないではない。(1)

まず訴取下を内容とする和解についてみよう。仮りに訴取下を内容とする和解を認めるとする場合、その訴訟終了効は何に由来するのであろうか。訴取下の合意か訴訟上の和解か、そのいずれであろうか。訴取下の合意の性質をどう解しようと後者であるといわざるを得ないであろう。右和解にもとづいて原告が訴の取下をすることにより、あるいは右訴の取下を内容とする和解の存在を主張することにより、(当然に、あるいは訴訟終了宣言による、あるいは訴の却下によるかは別にして)(2)訴訟が終了するわけではない。したがつて、この種の和解は、判決の可能性を放棄した点で一方の譲歩が認められる訴訟上の和解と観念すべきであつて訴取下の合意を含む和解とみるべきではないのではないか。但し本案につき終局判決ありたる後の訴取下は民訴法二三七条二項により再訴提起権を喪失せしめる効果をもつ。これは本案についての終局判決後の訴取下の効果であつて、この種の訴取下を内容とする和解にもこの効果を認めなければならない以上、訴取下を内容とする和解を認める必要があるのではないか、との疑問も生じえよう。しかしながら、同条項の立法趣旨は、国家が一度紛争の解決案を示したのにこれを失効させ徒労に帰させたのであるから、二度と同一紛争解決の要求をしても相手にしないという点に求められる。(3)この建前を訴の取下について規定したのが民訴二三七条二項である。国家が一度紛争の解決案を示したのにこれを失効させ徒労に帰せしめたいというこの原理の前提要件は、本案の終局判決後確定判決の可能性を放棄した点で一方の譲歩が認

められる訴訟上の和解についても存在する。したがつて再訴禁止の効果を基準にして、訴取下を内容とする和解を認めなければならないとする理由はない。換言すれば、判決の可能性を放棄する点での譲歩を内容とする和解が、本案についての終局判決後になされた場合は、民訴二三七条二項が類推適用されると解される。

次に、控訴の取下を内容とする和解は認められるであろうか。控訴取下を内容とする和解を認め、これが成立した場合第一審判決が確定し訴訟が終了すると説く見解もある。(4) しかし、私はこの見解には賛成できない。仮りに、右の見解を肯定するとどうなるであろうか。当事者の合意の内容は控訴取下による第一審判決の確定にある。第一審判決は確定するから、既判力を生じる。訴訟上の和解それ自体に既判力を否定しても、(5) 第一審判決が既判力をもつて確定される以上、当事者は和解の瑕疵を主張して、第一審判決の既判力を排除することができないことになる。これは和解の瑕疵の主張を遮断することを意味する。したがつて、控訴取下を内容とする和解にあつては、むしろ第一審判決の表示する実体的法律関係を確定し、控訴審の判決を付与される可能性を放棄する内容の和解が成立したものと解すべきことになろう。その場合訴訟終了効は、右内容の和解にもとづき発生するのであつて、論者の主張するごとく、第一審判決の形式的確定により生じるものではない、と解すべきであろう。

さらには、控訴審において控訴取下を含まず、第一審判決の実体的判断とは異る内容の和解をする場合にも、第一審判決は失効する。この場合第一審判決の取消は無論不要である。仮りに和解が無効であれば控訴審手続が復活することになり、第一審判決が当然に確定することにはならないから、第一審判決にもとづく強制執行ができるわけではないのは、むしろ当然である。したがつて、この場合第一審判決に対する執行文の付与は許されず、第一審判決にもとづく執行は執行文付与に対する異議により排斥せらるべきであつて、請求異議の訴によるべきではない。(6)

最後に再審手続において、その対象たる確定判決の判断と矛盾する和解が成立した場合につき言及しておきたい。再審の

申立を取下げる内容の和解は、訴取下の和解に準じて考えればよいであろう。再審手続において、その対象たる確定判決の判断に矛盾する実体関係を定める和解が成立した場合はどうであろうか。この場合先行する確定判決が効力を失うわけではない。再審手続における訴訟上の和解は既判力の標準時以後における法律関係の新たな発展である。この新たな実体的法律関係の発展が確定判決を当然に失効せしめるものではない。したがつて、和解もそれに先行する確定判決もともに債務名義になる。しかし、債務者は後者にもとづく執行に対して請求異議の訴により救済される。

(1) Bonin, a. a. O., S. 11 f. 石川・前掲書四三頁参照。
(2) 上村・ジュリ民訴判例百選七二～三頁参照。
(3) 兼子・体系二九六頁。
(4) Bonin, a. a. O., S. 84. なお石川・前掲書一九四頁参照。
(5) 既判力否定説が正当であると考える。石川・前掲書一〇九頁以下。
(6) Bonin, a. a. O., S. 85.

三　訴訟上の和解の実体的瑕疵と訴訟終了効

訴訟上の和解における私法上の和解そのものに瑕疵があり、当事者の一方がその瑕疵を主張するがごとき場合、瑕疵ある和解契約により法的紛争が解決したとはいいがたい。そうであるとすれば、かかる場合に訴訟終了効を認めるべきではないのであろうか。論理的にはそう解することが正当であろう。もつとも、和解契約の瑕疵の問題は、実はそれ自体独立した実体的紛争であつて、当該訴訟手続内でこれを審判するにはそもそも不適当なものであるといえよう。(1)

訴訟行為説をとると右のごとく解することができるか。権利は認識されたところにありとする権利の存在と認識を一元化する見方をとれば(既判力についての権利実在説乃至具体的法規説の立場)、訴訟行為たる和解による実体法上の和解契約も成立したと解しうる。しかし、訴訟行為たる和解により実体法上の和解契約が成立するわけではなく、実体法上の和解契約は実体

行為によつてのみ成立するとの前提に立つかぎり、訴訟上の和解に関して和解契約の無効・取消・解除などは問題にならないであろう。訴訟行為説を前提とし後者のごとく解する余地がありえないということであろう。したがつて訴訟上の和解における実体的瑕疵を問題にするためには、訴訟上の和解にすくなくとも実体的側面を認めるかあるいは訴訟行為説を前提として前掲せる前者の立場をとらなければならないであろう。そう解しない限り訴訟行為説をとれば訴訟上の和解に私法行為たる側面が認められない、あるいは私法行為を含まないから、私法上の和解の瑕疵ないし条件を問題にする余地がそもそもありえない。私法行為説によれば、私法行為の瑕疵ないし解除条件の成就は訴訟終了効に当然に影響を与えることになる。(2)

ところで、併存説の立場からは、訴訟上の和解に含まれる私法上の和解と訴訟行為とはそれぞれ私法と訴訟法の規律をうけ、両行為の効力はそれぞれ独立していると解するなら、私法行為の瑕疵が訴訟行為の効果に影響を与えるものではない。すなわち併存説は訴訟上の効果の私法行為への依存性を遮断する目的をもつて提唱されたと解すべきであろう。両性説（競合説）が効力の右の依存関係を念頭において主張されているとするならば、私法行為の瑕疵は訴訟終了効に影響を及ぼすことになる。それは論理上必然的に既判力否定説乃至制限的既判力説の立場を意味する。そして、この点は既判力の全面肯定説をとらない限り私法行為説によつても両性説によるのと同じ結論になろう。たとえば、裁判上の和解と私法上の和解との関係について、昭和四〇年一月二〇日広島高裁判・昭和三九年(ツ)六五号・時報四〇〇号三一頁は、以下のごとくいう。「私法上の和解は訴訟行為たる裁判上の和解の一つの構成要素であつて、裁判上の和解が有効に成立するためには、その要素である私法上の和解が有効に成立すると同時に、更に訴訟上の要件の具備をも必要とする。……中略……従つて基礎となる私法上の和解が何等かの理由により無効となるならば、裁判上の和解もまた当然無効となることは明らかである。しかし、その反対に裁判上の和解が訴訟法上の要件の欠缺のために無効となつても、そのためにその基礎たる私法上の和解が常に無効となるとは限らない」と。この判例の立場は両性説の立場にたち、その論理上必然的な帰結として既判力を否定し、実体的瑕

疵を訴訟上の効果に当然に反映させようとするものである。その結果旧訴は当然係属中で、新期日の指定を求めて旧訴を続行することになろう。

私は従来の私法行為とは異る意味での私法行為説を説いた。[3] すなわち、訴訟上の和解は訴訟手続上裁判所の面前でなされる私法上の和解と裁判所によるその確認・公証行為からなると解する。しかし、従来の私法行為説とは当事者の行為としては私法行為のみを訴訟上の和解の内容とする点、逆にいうと当事者の行為として訴訟行為をその内容としない点では共通している。そこで、訴訟上の和解に含まれる当事者の私法行為の瑕疵が当事者の訴訟行為の効果に影響を与えるものではないと理解する余地は存在しない。併存説は二行為の併存を前提とし両行為の効果の依存関係を分断することにより私法行為の瑕疵の訴訟行為の効果への影響を遮断しようとする。私法行為説の見解によれば、訴訟行為の併存はありえないから、私法行為の瑕疵は和解の訴訟上の効力に影響をおよぼすことになる。私の立場からみれば、訴訟上の和解は当事者の行為としては訴訟行為を含まず私法行為のみをその内容とするものではあるが、単に当事者の私法行為のみならず、裁判所によるその確認・公証行為をも含むと解する。裁判所によるその確認・公証行為という要素を含めて訴訟上の和解を考える以上、私法上の和解の瑕疵は訴訟上の効果に影響をおよぼさないのではないかと考える余地もあろう。もちろん、私法上の和解の瑕疵は当然には訴訟上の効果に影響をおよぼすものとみるべきではなかろう。しかし、訴訟上の和解に既判力を認めない立場によれば、[4] 私法上の和解の瑕疵を原因として、請求異議の訴を通して訴訟上の効力である執行力を失効せしめうるように、一定の観念形成を通して私法上の和解の瑕疵にもとづき訴訟上の効力として訴訟終了効を失効せしめることができると解すべきであろう。その意味では、私法上の和解の有効性は訴訟上の和解の有効要件と解することができるであろう。[5] すなわち、和解無効確認判決の確定により、私法上和解無効が確定すると同時に、訴訟終了効が消滅し、旧訴が当然に復活すると解される。右判決は訴訟終了効を消滅せしめ旧訴を復活させるという意味において形成力を有する。この意味で、和解無効確認訴

訟は和解の実体的無効を確定すると同時に和解の執行力・訴訟終了効の排除という形成効を目的とするから、一種の救済訴訟であるとすることができよう。[6] すなわち、右の確認機能と形成機能とはともに和解無効確認判決本来の効果である。後者は前者の反射的効果として判決本来の効果からは除かれるべきものではない。両者の関係は給付訴訟における給付請求権の確認と執行力の形成との関係、請求異議訴訟における実体的異議事由の確定と債務名義の執行力の排除という形式的効果との関係に類似している。すなわち、給付判決による執行力の形成や請求異議訴訟における債務名義の執行力の排除という形成的効果の発生根拠は、給付請求権の確認や実体的異議事由の確定に求められるのではあるが、前者が後者の反射的効果として判決本来の効果から排除されるのではなく、両者ともに判決本来の効果である。そして給付判決のように、給付請求権の確認と執行力の積極的形成という両機能を併有する判決とは異なり、請求異議訴訟の勝訴判決のように、給付請求権の消極的確認と債務名義の執行力の排除という形成効を併有するものを、従来の訴並びに判決の三類型のいずれにも属さない、新らたな類型の判決すなわち救済判決、そしてそれを求める訴を救済訴訟と呼ぶことは、すでに三ヵ月教授の指摘せられたところである。[7] 私もまた、曾て配当異議訴訟の法的性質を論じるにあたりそれが救済訴訟と観念さるべきものであることを説いたのである。[8] もつとも、最近問題とされる争点効理論によれば、われわれが救済訴訟とする訴訟は実は形成訴訟であつて、救済訴訟説のいう確認機能を争点効をもつて果させようとする理論構成が考えられないこともない。[9] しかしながら争点効理論の当否については多分に疑問がある。すなわち、争点効は、①前訴における主要事実に関する争点の判断のなかで、②判決主文に必要不可欠の前提となる判断であつて、③将来の訴訟において問題となることが合理的に予測される場合に限つて生じるものとされる。しかしながら、将来の訴訟において争いとなることが合理的に予測されるとは一体どの範囲の問題を指すのかは極めて漠然としているし、当事者としても左様な予測をする責任は負わないはずである。最近は、争点効を右のごとき実質概念から解放して、その要件を類型化し、争点効要件の再構成をしようとする見解も主張されるようになつ

た。[10] しかし、それでもなお争点効の要件が明確にされたとはいいきれない面を残しているといわざるを得ない。[11] また、争点効理論の主張者自身認めるように、先決問題に争点効を認めることになれば、簡単に解決できる事件でもいきおいその解決に慎重にならざるを得ず、当事者の訴訟負担は争点効を否定する場合に比し著しく増加してしまうという難点は依然として残されることになるだけではなしに、実質概念のかわりに論理概念をもつてきてその要件を規定することになれば、かえつていつそう攻撃防禦方法の請求化（両概念の曖昧化）をきたし、その結果、争点効理論を新訴訟物理論の一展開としてとらえる限り、審判対象の単純・明確化を志すがゆえに逆に審判対象の濃密化・複雑化にいたるという矛盾が増大してしまうという欠点は認めざるを得なくなろう。だからこそ新訴訟物理論の陣営のなかでも争点効理論に否定的な見解が有力であるといえるのである。[12] 私は以上の理由から争点効理論には反対であり、したがつて、救済訴訟なる類型を認める必要があり、請求異議訴訟や和解無効の訴はいずれも救済訴訟として把握すべきものと考える。

私はかつて、訴訟上の和解の瑕疵を実体的瑕疵と手続的瑕疵とに分類し、前者を和解無確認の別訴により、後者を旧訴の続行により主張せしめることを提唱した。[13] 前者の主張を別訴によらしめる理由は、実体的瑕疵の存否をめぐる紛争は、和解の成立せる訴訟の訴訟物をめぐる紛争とは別個の紛争である、したがつて審級利益の不当な省略は許されないという点に求められる。[14] しかして審級利益の省略は当事者の利益に関する。そこで、「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和解の瑕疵でもあるから、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」。[15] また争いがあつても、両当事者が和解の実体的瑕疵をめぐる争につき審級利益の省略を認めるならば、しいてその解決を別訴によらしめる必要はない。そこで、「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」[16] ことになる。

旧訴続行により実体的瑕疵を主張する場合、従来の見解によれば、和解が無効であればその旨を中間判決又は終局判決の理由中で判断するものとされている。しかしながら、(1)私見によれば、既述のごとく私法上の和解と裁判所によるその確認・公証行為から訴訟上の和解が成り立つていること、(2)一般に和解に訴訟終了効を認めるが、民訴二〇三条によればそれが確定判決と同一の効力を有する、とすれば、それを排除するため裁判を必要とすると考えられること、(3)既述のごとく別訴としての和解無効確認訴訟の請求認容判決が確定して始めて旧訴が復活することなどを考えると、右の従来の見解には疑問を感じる。むしろ、主文で和解の無効を確認し、その訴訟終了効を排除する終局判決が附随的になされる必要がありはしないであろうか、という疑問を提出しておきたい。

(1) その詳細については、石川・前掲一四〇頁以下。
(2) 両性説については石川・前掲六頁以下、私法行為説については二四頁以下参照。
(3) 石川・前掲二四頁。
(4) 私は既判力否定説が正当であると考える。石川・前掲一〇九頁以下。
(5) 石川・前掲二五頁参照。
(6) 和解無効確認の訴が一種の救済訴訟であるとする点については石川・前掲書一五四頁参照。
(7) 執行に対する救済・民訴講座四巻一一一四頁以下。
(8) 石川・判批・判例評論八一号七七頁以下、前掲書二四七頁以下。
(9) 中務・民事裁判の動向・現代の裁判七七頁参照。
(10) 争点効については、新堂・条件付給付判決とその効果・民訴雑誌一〇巻一頁以下、同・既判力と訴訟物・法協八〇巻三号二九五頁。コラテラル・エストッペルについては、吉村・ジュリ英米判例百選二六六頁、谷口安平・アメリカにおける和解判決の効力・論叢六七巻五号二四頁。要件再構成に関しては、吉村・判決理由中の判断の拘束力・法政三三巻三～六合併号。
(11) 伊東・学界回顧・法律時報三九巻一四号三七頁。
(12) 三ヶ月・既判力の客観的範囲・ジュリ学説展望二六三頁。
(13) 石川・前掲書一五四頁。

(14) 石川・前掲書一五二・一五四頁。
(15) 石川・前掲書一五四頁。
(16) 石川・前掲書一五四頁。

四　訴訟上の和解の内容たる私法上の契約の解除と和解による訴訟終了の効果

訴訟上の和解の内容たる私法上の契約の解除と訴訟終了効の関係について、最高裁昭和四三年二月一五日第一小法廷判決は、「訴訟が訴訟上の和解によって終了した場合においては、その後その和解の内容たる私法上の契約が債務不履行のため解除されるに至ったとしても、そのことによっては、単にその契約に基づく私法上の権利関係が消滅するのみであって、和解によって一旦終了した訴訟が復活するものではないと解するのが相当である。従って右と異る見解に立って、本件の訴提起が二重起訴に該当するとの所論は採用し得ない。」としている。(1)(2) 私はこの判旨に一応賛成するが、若干の疑問を感じないわけではない。以下その理由を述べる。

訴訟上の和解が一度有効に成立したのち、和解の内容たる私法上の契約が契約上の債務不履行を理由に解除せられた場合、その解除が和解の訴訟終了効に影響をおよぼすか否かについては、多数説たる否定説とこれを肯定する判例ならびに少数説の立場とがある。(3) 従来の判例が肯定説をとったのにたいして、本件判決は否定説たる通説の立場をとったという意味で、今後の実務に新しい指針をあたえるものとして重要である、と評価しうるであろう。(4) 私は一応通説たる否定説に賛成したい。

すなわち、通説は、確定判決後にその判決によって確定された法律関係に変動が生じるにいたった場合でも、右判決による訴訟終了の効果になんら影響をおよぼすものではないから、訴訟上の和解の場合もこれと同様に考えるべきである。訴訟

上の和解の成立せる訴訟における訴訟物をめぐる法的紛争は訴訟上の和解の締結により終了する。和解上の債務の不履行による契約の解除は、和解成立後における法律関係の変動であつて、私法上の和解を失効せしめるが、そのような可能性を含む紛争の解決が訴訟上の和解によつてなされているのであるから、債務不履行はその訴訟終了効になんの影響もおよぼさない、と説く。(5)

和解に実体的瑕疵が内在する場合瑕疵による和解無効・取消乃至失効の原因は和解の成立にともなつて存在している。したがつて、これらの原因にもとづく和解の無効ないし失効は、和解の成立にともなつて存在するもの以外の無効ないし失効原因、たとえば債務不履行による和解契約の解除などと区別するべきものであると考える。すなわち、前者にあつては無効ないし失効原因がすでに和解成立当時から存在していたのであるから、それが和解の訴訟終了効に影響をおよぼすと解すべきであろう。わが国の判例が、和解に当初より瑕疵が付着していて後に至つて取消された場合と、瑕疵がなく成立した和解が債務者の不履行により解除された場合とを同列に取り扱い、いずれの場合も訴訟終了効なしとする点には賛成できない。

解除条件付和解において、(6) 解除条件が成就した場合の訴訟終了効についてはどう考えるべきであろうか。一般に取消や無効の主張は権利又は法律関係の既判力ある確定により遮断されるが、解除条件付法律効果を解除条件の成就による将来における法律関係の発展・変動を予定しつつ確定することは可能である。かかる観点からすれば、解除条件の成就を和解においても将来の法律関係の発展としてとらえ、それが和解の訴訟終了効にはなんの影響も与えるものではない、と考えることもできよう。解除条件成就により和解の実体的効果は消滅し、実体的法律関係は和解成立前の状態に立帰るから、旧訴の訴訟物をめぐる紛争が再発する。この紛争は旧訴が訴訟終了効の発生により終了している以上新訴の提起により解決されなければならないことになる。はたしてそれが適切であろうか。和解成立当時における旧訴の訴訟状態を利用する可能性を遮断することが制度的にみて適切であるか否か、またそうすることが当事者の、特に訴訟状態が自己に有利に展開していた当事者

の意図に適合するか否かは多分に疑問がある。この意味では、和解の解除条件成就に際しては訴訟終了効が消滅すると解し、その取扱は取消・無効に準じるのがむしろ妥当ではあるまいか。

本件にあつては債務不履行による和解契約の解除が問題の原因になつている。この場合解除原因すなわち失効原因は、取消や無効のようにそれが和解成立当初から存在するのではない。それは和解成立後の後発的原因である。したがつて、債務不履行による和解契約の解除は和解成立後の法律関係の新らたな発展であつて、訴訟終了効になんの影響も与えないと考えるべきであろう。すなわち、訴訟上の和解にあつては、債務不履行による解除という将来における法律関係の発展を考慮にいれたうえでの紛争が解決されているのであるから、債務不履行にもとづく解除があつたからといつて、訴訟上の和解による紛争解決機能が否定されてしまうことはおかしいのである。それは、確定判決により私法上の和解契約が確定された後に、右和解契約が債務不履行により解除されたからといつて、右確定判決の紛争解決機能が否定せられ得ないのと同様である。因みに、和解に当初から取消・無効原因が附着していた場合訴訟終了効を欠くというのは、訴訟上の和解につき既判力否定説乃至制限的既判力説の立場にもとづくからであつて、既判力肯定説の立場によれば右のごとき帰結を導くことは許されないものと解すべきであろう。私自身は既判力否定説の立場にたつので右の帰結を支持したい。

これに反し、昭和三一年一〇月一九日京都地裁判決、京都地裁昭和三一年(レ)第七九号[7]は、和解の成立に伴う瑕疵とではないが、債務不履行による解除と訴訟係属の存否との関係について以下のごとく述べている。「和解契約はそれが訴訟において締結されたからといつて私法上の契約たる性質を失うものではないから、民法の規定に従いこれを無効とし又は取消をなしうることは勿論、その不履行ある場合にこれを解除し得るか否かも亦民法の規定により決し得るのであり、しかも適法な解除があつた場合は契約関係が遡及的に解消されることとなるから、右契約が有効に存続することを前提とする訴訟終了の合意も亦効力を生じなかつたことに帰着し、従つて訴訟はなお係属しているものと解するを相当とする。尤も契約の解除は契

約成立後の事由に基づき且契約自体の効力には何等影響を及ぼさない点において、契約を構成する意思表示に附着する瑕疵を理由として且契約が当初に遡つて効力なきものとされる無効又は取消とその性質を異にし、更に契約の解除は取消と同じく契約成立後の当事者の法律行為による点において何等の行為を要しない無効と区別されるけれどもいずれもその結果として契約に基づく法律効果が当初からなきものとされる点において異るところはないから、これらの事由による訴訟の存続又は復活の有無を判断するに当つて、何らその取扱を異にすべき理由はない」(8)と。この判例の立場を支持する見解もあるが(9)、和解の成立に伴う無効・失効原因と和解成立後・紛争解決後の法律関係の展開による失効とを区別しないという点で賛成しがたい(10)。ところで影響否定説にも若干問題がないわけではない。たとえば、否定説によると、債務不履行によつて和解は実体法上解除され効力を失うのであるが、旧訴は終了しているから、場合によつてはそこで復活した旧訴における紛争につき旧訴の訴訟物をめぐり新訴を提起する必要が生じる。旧訴が復活しているとすれば、旧訴における和解成立前の訴訟状態が基礎になり、その上に新らたに旧訴が続行されることになるのであるが、訴訟終了効の失効を否定し新訴の提起を要求する以上は、右の訴訟状態を利用しえないことになる。旧訴において敗訴の可能性の強くなつた当事者は、訴訟上の和解を締結した後に債務不履行をなし、旧訴において自己に不利益に形成された訴訟状態とは無関係に新訴を提起し新らたに紛争をむしかえすという可能性が生じよう。そしてかかる可能性の発生は訴訟上の和解に既判力を肯定すると否とによりかわつてこない。仮りに既判力肯定説を前提にしても、既判力をもつて確定されるのは、債務不履行による解除の可能性を含む私法上の和解であつて、解除の可能性を排除した意味での私法上の和解を確定するものではないからである。

（1）家屋収去土地明渡請求本訴並びに所有権移転登記手続請求反訴事件、最高裁昭四一(オ)六三〇号、上告棄却、原審福岡高裁宮崎支部、判例時報五一三号三六頁、判例タイムズ二一九号八一頁、最高民集二二巻二号一八四頁。なお本件については、法曹時報二〇巻七号に奥村調査官の解説があり（一七五頁以下）、民商五九巻二号（一九五頁以下）に小山教授の評釈があり、判例タイムズ二二三号（六三頁以下）・判例評論一一六号（一

三七頁以下）に私の批評がある。

(2) 事実は以下のごとくである。すなわち、X（原告・反訴被告・被控訴人・被上告人）は甲町乙番地所在の宅地（七五坪・本件従前地）の所有者であり、昭和二一年八月二五日以降そのうち三〇坪を建物所有の目的でY（被告・反訴原告・控訴人・上告人）に賃貸した。昭和二三年八月三日特別都市計画法（昭和三〇年四月一日以降土地区画整理法に移行）にもとづき土地区画整理事業施行者から、右従前地の換地予定地として、同町同番一三ブロック所在の宅地五二坪八合（本件換地予定）を指定。その後YはXに無断で右換地予定地のうち本件係争部分三三坪六合（本件宅地）上に、本件建物を建築所有するに至つたため、XはYの右建物所有による本件宅地占有が、Y以外の右従前地の賃借人およびXによる右換地予定地の使用収益権を侵害すると主張して、Xが右換地予定地の使用収益権にもとづき、Yに対し本件建物の収去・本件宅地の明渡を求める訴を昭和二三年一一月八日鹿児島地裁に提起。同訴訟の係属中昭和二六年一一月二日X・Y間に訴訟上の和解が成立。その内容は、(1) XはYに本件宅地を三〇万円で売渡す、(2) YはXに対し右代金を、二七年二月・八月・二八年二月の各末日に一〇万円ずつ支払う、(3) XはYに右代金完済と同時に右宅地の所有権移転登記手続をする、ということであつた。Yは昭和二七年二月末日分一〇万円の支払をせず、Xは右金額を同年八月一〇日までに支払わないときは右契約を解除する旨の意思表示をなした。Yは右期日までに支払をせず、右契約は解除され、右宅地使用権はXに復帰、これにもとづきXはYに対し建物収去・土地明渡の訴を提起した。これが本件訴である。

Yは本案前の抗弁として、前訴と本訴は同一当事者同一訴訟物の訴訟であり、且つ前訴の訴訟上の和解の内容たる私法上の売買契約が解除されれば、和解による前訴終了効果も遡つて消滅し、前訴は現在も係属中で、本訴は二重起訴になり不適法として却下されるべきであると主張した。第一審はYの本案前の抗弁を排斥し、Xの右本訴請求を認容の判決をした。すなわち、「当初から和解に取消原因が附着していた場合、和解が解除条件付で成立した場合、解除権を留保した場合等は取消解除が生ずれば、和解無効の場合と同じく訴訟の続行を認めてよかろうが、当初からかかる原因が附着しないで有効に成立し、その後に発生した実体上の理由、例えば不履行による解除、合意による解除等により実体上の和解が消滅しても、かかる場合は訴訟終了の効果には影響がなく、もはや旧訴の続行を認めることはできないと解するのが正当である。けだし確定判決後、判決によつて確定された法律関係に変動があつても、訴訟終了の効果には何等の影響がないのと同じ状態だからである」と。原審も第一審判決を支持し控訴棄却。

(3) 否定説をとる学説として、菊井・民訴下三七六頁、兼子・体系三〇九頁、三ヶ月・民訴法四四五頁、河本・新訂提要三一六頁、岩松＝兼子編・実務講座民訴三巻一五九頁、宮脇・民訴演習I二三四頁、肯定説をとる判例として、大判昭八・二・一八法学二巻一〇号一二四三頁、京都地判昭三一・一〇・一九下民集七巻一〇号二九三八頁、学説として、中島・日本民訴一編九三七頁、中村(英)・民訴雑誌七号二四二頁。

(4) 判例タイムズ二一九号八一頁、本件判例解説参照。

(5) かかる場合債務不履行によつて失効するのは訴訟上の和解の私法的側面乃至は訴訟上の和解に含まれる私法上の和解であると考えざるを得ない。訴訟行為説は私法行為たる側面乃至は私法行為を否定するが、既判力につき権利実在説の立場をとるならば格別にしても、そうでない限

りこの点いかに理論構成をするのであろうか。訴訟行為説の欠点がここにもあらわれるように思われる。訴訟行為説に対する批判については、石川・前掲書一八頁以下参照。

(6) 訴訟上の和解を解除条件にかからしめることについて反対されるのは、小山・前掲三〇二頁。

(7) 下級民集七巻一〇号二九三八頁。

(8) なお、大判昭和八年二月一八日法学二巻一〇号一二四三頁参照。

(9) 中島・日本民訴一編九三七頁、中村(英)・民訴雑誌七号二四二頁。

(10) 菊井・民訴下三七六頁、兼子・体系三〇九頁、三ヶ月・民訴四四五頁、河本・提要三一六頁、岩松＝兼子編・実務講座民訴編三巻一五九頁、宮脇・演習Ⅰ二三四頁、石川・前掲判例評論評釈一三八頁、小山・前掲民商評釈三〇三頁。