

Title	訴訟上の和解の取消について
Sub Title	Die Anfechtung des Prozeßvergleichs
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1970
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.43, No.3 (1970. 3) ,p.151- 167
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	永沢・前原・島谷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=AN00224504-19700315-0151

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.

訴訟上の和解の取消について

石川 明

一

訴訟上の和解の取消をどのようにとらえるかについては、訴訟上の和解の法的性質論、既判力を認めるか否かとの関係で問題がある。⁽¹⁾私は、且つて「訴訟上の和解の研究」(三頁以下および一四〇頁以下)において、訴訟上の和解の法的性質ならびに瑕疵の主張方法を論じた。また、「訴訟上の和解の訴訟終了効」(法研四二巻三号、小池・今泉教授退職記念論文集一六七頁以下)において、訴訟上の和解の実体的瑕疵と訴訟終了効について、その法的性質論との関係において論じた。意思の瑕疵にもとづく訴訟上の和解の取消について私の基本的態度はすでに右の論稿において明らかにしたつもりである。そこで、和解の実体的瑕疵に基づく取消に焦点をあてて右の論稿中引用しえなかつた文献を紹介しつつ批判するのが本稿の目的である。

(1) 実体法説によれば問題の解決は極めて単純である。すなわち、訴訟上の和解の取消については、それが実体行為なるが故に私法の取消に関する規律に服する。実体法説といえども、訴訟上の和解が私法上の和解であるからといって、それが訴訟終了効など訴訟上の効力を発生することを否定するものではないこと当然である。そして訴訟上の効果は訴訟上の和解の

取消にあつては実体的効果と同様に遡及的に消滅する。そうであるとするそれは訴訟行為乃至その効果について取消を認めないとする原則に矛盾することにならう。訴訟上の和解は訴訟上の効果を発生せしめるが、しかしそれにもかかわらず訴訟行為ではなく私法行為であるという理由で右の矛盾を否定乃至回避することには問題がある⁽²⁾。さらに訴の取下、上訴の取下が訴訟上の和解の内容である場合、私法行為説によれば和解の取消の効果は訴の取下、上訴の取下におよぶと解する余地がある⁽³⁾。訴の取下、上訴の取下などの訴訟行為について取消が否定されるというたてまえからすれば、右の帰結は、この原則の大きな例外である。訴訟上の和解が私法行為であるとしても、訴の取下、上訴の取下が訴訟上の和解の内容であるという理由でそれが私法行為になるのではなく、いぜんとして訴訟行為であることには変りがないという点は実体法説の主張者といえどもこれを認めざるを得ないからである。したがつて、意思の瑕疵は実体的紛争解決との関連において主張せられ得ないことになる。かかる帰結には賛成することができない。実体的紛争の解決が問題である以上、訴訟上の和解をこの点で訴訟外の和解から区別して取扱うことには賛成出来ないからである。訴訟上の和解の効果が問題とされる限りにおいて意思の瑕疵の主張を認めないというのであれば理解できる。この点に限定すれば問題はないことにならう。しかし私は、訴訟上の和解が Lehmann のいわゆる訴訟展開行為ではなく訴訟終結行為である（両行為については後述）⁽⁴⁾ところから、これがそもそも取消不認容の原則の例外であると考える点で Lehmann の見解に賛成したい。訴取下を内容とする訴訟上の和解にあつても、訴取下は訴訟終結行為であるし、また訴取下に取消不認容の原則が適用されるとしても、私は、訴取下を内容とする和解は実は、訴取下の合意を含む和解ではなく判決の可能性を放棄した点で一方の譲歩を含む和解であると解するがゆえに⁽⁵⁾、そもそもこれについて取消不認容の原則が適用されないと考えるべきであると解する。

(2) 訴訟行為説によると、訴訟上の和解の訴訟上の効果、および訴訟上の和解の内容たる訴または上訴の取下の効力が私法行為たる和解の効力に依存する関係は否定される⁽⁶⁾。訴訟上の和解はもつばら訴訟行為であるから、意思の瑕疵を理由とす

るこれが取消はできない。⁽⁷⁾

いずれにせよ、訴訟法説の決定的欠陥は、訴訟上の和解が純訴訟行為であるにもかかわらず何故それが実体関係を形成しうるのかという疑問に応じ得ないという点にある。⁽⁸⁾ 訴訟上の和解を形成判決に準じ実体関係を形成する効力を認めることができようか。権利は認識されたところに存在するとする権利の存在と認識の一元化理論を前提とすれば、純訴訟行為たる訴訟上の和解も一つの認識である以上、訴訟行為説をとりつてもそこに実体権が存在すると解することができよう。⁽⁹⁾ しかし私法がこの一元化理論には賛成できないことすでに別稿において述べたとおりである。⁽¹⁰⁾ また、裁判所が積極的に紛争の一種の非訟的解決のための処分をするわけでもない。むしろ訴訟上の和解による紛争解決の本質は自主的解決という点にあるから、この点にこそ実体関係形成の根拠を求めるべきであろう。この意味で訴訟行為説はとりえない。

(3) 併存説は訴訟上の和解の訴訟上の効果と実体法上の効果とを厳格に区別し、その各々を別個の法律要件によらしめる。すなわち、訴訟上の和解は、私法上の和解と訴訟上の訴訟終了契約とから成立つ。ことに *Helwig* によれば、右の二者のうち後者すなわち訴訟終了の合意のみが訴訟上の和解にとり本質的であつて、これは実体法上の和解とは無関係に締結しうる。たとえば、訴訟係属中締結された仲裁契約にもとづく場合、あるいは当事者が紛争は未解決でも訴訟を終了せしめた⁽¹¹⁾ といと考える場合などがこれである、⁽¹²⁾ と説いている。そしてこの立場を貫けば、訴訟行為と実体行為は効力の点で相互に無関係であるから、私法行為たる和解が取消されてもそれは訴訟上の効果にはなんの影響もあたえない。訴訟終了効は依然として存続し、和解に既判力を否定する以上私法上の和解の取消により復活した実体法上の紛争は新たな別個の手続において解⁽¹³⁾ 決さるべきことになろう。

しかるに *Helwig* は必ずしもこの結論を導いていない。彼は、併存説の立場を前提としながらも、二つの併存する行為は密接不可分に結合し一方の無効は他方の無効を結果する。したがつて旧訴は継続すると主張した。⁽¹⁴⁾ しかしながら、併存説は

既述のとおり本来兩行為相互間でそれぞれの瑕疵が相互にそれぞれの効果に影響を与えあうことを否定することを目的として構成された理論である。Lehmann が指摘しているように⁽¹⁵⁾、Hellwig は併存説をとりながらその長所である独立効力説を否定し効力依存説を採用した点でその理論に矛盾ありといえよう。ちなみに私は且つて Hellwig の見解を併存説というよりむしろ訴訟行為説に近いと評した⁽¹⁶⁾。たしかに、訴訟終了の合意のみが訴訟上の和解の要素であり、これを実体法上の和解と無関係に締結しうると説くところは、訴訟行為説そのものと評しうる。しかし逆に、通常訴訟上の和解において併存する二つの行為すなわち私法上の和解と訴訟終了の合意とが密接不可分に結合し一方の無効は他方の無効を結果すると説き、効力依存説の立場をとる限りにおいて、その立場は両性説に近づくといわなければならないであろう。また通常訴訟上の和解において、前掲二行為の併存を認めるという点で併存説に分類せられていることも否定しえない。

Böttcher もまた併存説の立場から独立効力説をとる⁽¹⁷⁾。すなわち彼によれば、訴訟法上の和解が実体法上無効であることから、和解の訴訟終了効力や和解の内容たる訴・上訴の取下が失効するわけではない。両者の効力につき依存関係を認めることは訴訟法的考察方法と矛盾する。彼は訴訟は「明確な訴訟上の法律要件にもとづいて進行する」ものであり、法律行為が無効原因なく取消による遡及効を訴訟行為にまでおよぼすことには強く反対する。したがって「訴訟の終了効が認識困難な、訴訟行為とは無関係な要件に依存せしめられるべきではない」ことになる。むしろ和解の訴訟終了効は和解の実体的側面から完全に独立していなければならない。かくして彼によれば、和解の実体的無効はつねに新たな別訴において主張せられなければならないことになる。彼はさらにつづけて、旧訴の続行に反対して、次のように述べる。すなわち、もし旧訴を続行して和解の実体的瑕疵を主張させるならば、旧訴手続は審理対象たりえない訴訟物を (einen nicht kognitionsfähigen Streitgegenstand) すなわち旧訴の終了の有無を審判せざるを得なくなる、と。

Pohle は Böttcher の見解に賛意を表し、その根拠をさらに補強せんとしている⁽¹⁸⁾。彼は訴訟終了の合意のうちに独民訴法

九一条 a の訴訟終了宣言に相当するものが含まれると解している。そして、裁判所並びに相手方の利益をかんあんし、一部無効に関する B G B 一三九条を和解の訴訟行為的側面に適用することを明らかに否定している。

同じく併存説をとる Baumgärtel も訴訟終了効が訴訟上の和解の唯一の内容でありうるという点から出発し訴訟上の和解における訴訟的側面が実体法的側面からは完全に分離しうべきものとする⁽¹⁹⁾。実体的紛争解決意思と訴訟係属を終了させる意思とは本質的に別個のものである、という。すなわち、この点は訴訟終了の意思表示は、Pohle が説くように、裁判所に向けられているがゆえに契約ではなく合同行為であることから、明瞭であるとし、彼もまた、かかる両行為併存説の主たる長所を、実体的合意の存続に訴訟終了効をからしめないという点に求めている。その理由として、彼は当該和解の成立せる手続が終了したか否かの判断を、裁判所の直ちに認識しえない実体的事由の存否にかからしめることは適切ではないとしている。実体的意思の瑕疵は実体的和解の取消事由になるにすぎず、それが同時に訴訟終了効に影響を与えるものではない。訴訟終了効の取消は次の理由により許されない。その理由として、(1) 訴訟終了の意思表示は契約ではなく合同行為であること⁽²⁰⁾と、(2) 訴訟上の和解の内容とされた訴の取下の効果はそれが訴訟行為であるがゆえに実体的意思の瑕疵により取消されるということは考えられない、という点が挙げられる。

併存説は実体法上の効果と訴訟法上の効果とを分離しこれらを実体法、訴訟法それぞれの法律要件に結びつけることによつて、純訴訟行為説のもつ二つの問題点(すなわち、第一に原則として純訴訟行為は実体的効果を生ぜしめるものではないという点、第二に訴訟上の和解の瑕疵を全く主張しえなくなるといふ点)を回避することができる点は、すべし Böttcher, Pohle, Baumgärtel などの主張するところである。さらに、併存説は和解の訴訟終了効に対する攻撃が困難であるという点ですぐれていると評価される⁽²¹⁾。

(4) 両性説の立場によればどうなるであろうか。両性説は、学者によりその説くところに種々のニュアンスはあるが、実

体的和解と訴訟終了を内容とする一つの合意である訴訟上の和解の効果が二つの法領域にまたがるため、その法律要件は実体法・訴訟法の双方により規律される、という点では、共通している。しかし、たとえば意思の瑕疵の取扱は実体法・訴訟法の双方においてそれぞれ異なるから、「双方により規律される」とは、両者の同時的適用を意味するものではない。同時的適用は、訴訟上の和解を二つの法律要件に分解することによつてのみ可能である。したがつて、それは、ケース・バイ・ケースで実体法が適用さるべきか訴訟法が適用さるべきか決定されなければならないことを意味する。

両性説をとる Lehmann の見解をここで検討したい。Lehmann は訴訟法上の和解の法律要件の考察を錯誤論から始める。けれど訴訟上の和解の法的性質論に起因する実務上の取扱の相違点は錯誤の場合最も典型的な形であられるからである。²²⁾ ドイツにあつては、錯誤の効果について実体法と訴訟法が全く異なる規律をしているので、訴訟上の和解を一つの行為とすれば、これに実体法・訴訟法の両者を同時に適用することはできない。いずれか一方を選択する以外にはない。錯誤の主張によりうる利益は、——意思表示の瑕疵の主張からうる利益は実体法上の和解においても訴訟上の和解においても同一のものであるが——訴訟行為において意思の瑕疵の主張を認めないことからうる相手方の利益と相対立する。そこで彼は瑕疵の主張が一般の訴訟行為について認められない理由を明らかにし、その理由が訴訟上の和解についても妥当するか否かを検討している。すなわち、まず通説が訴訟行為について原則として意思の瑕疵を問題にしない理由は二つある。第一は、法的平和・紛争解決の迅速な実現という観点から訴訟手続の妨害なき進行が要求される点、第二は、訴訟行為の相互依存性が瑕疵ある行為の取消を禁ずるという点である。第一の理由から問題になるのは、手続を進行させる訴訟行為である。訴訟上の和解は訴訟手続を判決に向つて進展させる種類の訴訟行為ではなく、逆に手続を終了させ判決を不要にするものである。それは手続を終了させる訴訟行為であるから、その取消によつてその基礎を失い無効になる訴訟行為が訴訟上の和解にもとづいてなされるということは考えられない。かくして第二の理由も訴訟上の和解には通用しないと思われる。Lehmann は右の一般

原則が適用される訴訟行為を訴訟開始行為および訴訟展開行為 (Prozeibeginnungs- und Prozeibetriebshandlung) とよんでい⁽²³⁾る。これに反し、訴訟上の和解は訴訟終結行為 (Prozeshandlung) であつて、右原則はこれに通用しない、と彼は説くのである。そこでつぎに、訴訟行為に関する一般原則からではなく、特に訴訟上の和解について意思表示の瑕疵を取り上げるべき根拠があるか否かを検討する。そして訴訟上の和解の取消により紛争解決の維持、継続が妨げられるという事情は、訴訟展開行為におけるより以上に、訴訟上の和解の形式化 (Formalisierung)、瑕疵の無視を強く要求するものである。それどころか、ドイツにおいても既判力肯定説のごとく訴訟上の和解を判決と同視し、前者に後者の効力を与えんとする試みもないわけではない⁽²⁴⁾。しかしながら、なるほど、当事者間の紛争を実体的に解決するという点において、判決と訴訟上の和解がかなりの共通性をもつことは認めるにしても両者の間に判決は紛争の公権的解決、和解は紛争の自主的解決という基本的な性質上の相違が存することは否定しえない⁽²⁵⁾。紛争の自主的解決における裁判所の協力にもかかわらず訴訟上の和解を紛争の公権的解決とよぶことはできない。紛争の公権的解決に固有の判決の既判力を和解にあたえることはできない。むしろ正しい紛争の解決という要求からすれば、意思の瑕疵の主張を認めることが正当であると思われる。さもなければ「国が直接に当事者の意思に反し、私法上は無効とされる係争法律関係の新たな規律に国の執行による保護を与えることになるからである⁽²⁶⁾」としている。さらに、これとは別に、Lehmann は和解とその他の訴訟行為を区別し他の訴訟行為についてみられる(たとえは自白)取消は出来ないが自由な撤回が認められるという一種の妥協も訴訟上の和解については否定する理由を挙げてゐる。すなわち、殆んどは訴訟展開行為は手続的形式的状态(手続状態)の変更を目的とするにすぎないものであるが、訴訟上の和解はこれに反して直接に権利発生的乃至権利消滅的な効力を有するという点である⁽²⁷⁾。彼は自白・請求の放棄・認諾が判決の基礎に影響を与えるという点で訴訟上の和解に最も近いものと考えてゐる。そして、訴訟上の和解の錯誤による取消は彼によれば認諾・放棄にも類推されるべきZPO二九〇条により認められる。後者につき錯誤による取消の主張を認め

ることは和解についても錯誤による取消の主張を認める一つの理由になると彼は考える。しかしZPO二九〇条を請求の放棄・認諾につき類推することについては、有力な反対説がある⁽²⁸⁾。

一方 Lehmann も、併存説が和解の意思表示を実体法上の契約と訴訟終了の合意とに二分することによつて、法的平和維持のため和解に対する攻撃、瑕疵の主張を認めないとする要求を満足させうることは認める。しかし彼はこの併存説の立場は新訴の提起を認めるにつき提出される疑問にこたえることが出来ない⁽²⁹⁾と主張する。すなわち、和解により終了した旧訴の訴訟状態は、新訴においてこれを利用することができない。むしろ逆に、旧訴の訴訟物について旧訴の和解にいたるまで形成された訴訟状態とは全く無関係に新たに審理がなされることになる、という点を、我々は一体どう考えるべきであろうか⁽³⁰⁾。かような事態は、おそらくは一定の訴訟状態を前提として訴訟上の和解を締結したことについての当事者の利益を無視しその意思にも反するであろう。それはまた訴訟経済の要求にも反するから妥当性を欠く⁽³¹⁾。Kretschmar は、ZPO 五九〇条を新訴に類推して、取消原因のみが新訴における本案として審理さるべしとする⁽³²⁾。しかし、Lehmann はZPO 五九〇条による手続の保存 (Konserverierung) は既判力の効果であるが、和解には既判力を欠くゆえにこの見解に反対する⁽³³⁾。

かくして Lehmann は、私法行為説は訴訟上の和解に対する攻撃をあまりにも容易にし、併存説は、旧手続の成果を放棄するといふ欠点を有することを認める。換言すれば、二つの立場のいずれもが必ずしも満足すべきものでないことを認める。そしてこれら二つの短所を前にして、彼はむしろ前者を選択する。彼は取消可能性を認めることは、旧手続の成果の放棄よりもすぐれていると解する⁽³⁴⁾。

(1) 石川・訴訟上の和解の訴訟終了効・法研四二巻三号 (小池・今泉教授退職記念論文集) 一七一頁以下。

(2) Peter Arens, Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozess, S. 102.

(3) Rosenbergs Lehrbuch, 9. Aufl., § 128 III 3; Blomeyer, § 65 III 3; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, 18. Aufl., § 794 II 3 a.; Arens, a. a. O., S.

102. 私は、訴取下を内容とする和解は、実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和解であつて、訴取下の合意を含む和解とみ

るべきではないと解するから(石川・前掲論文一六九頁)‘かかる立場からはこゝで取上げられた問題は生じない。

- (4) 石川・前掲論文一六九頁。
- (5) 石川・前掲論文一六九頁。
- (6) Forster-Kann, Anm. 4 vor §128; Paul, Der Vergleich im Zivilprozess; Kretschmar, Der Vergleich im Prozesse und zur Prozessvergleichslehre in Jherings Jahrb. 69, 21ff. 石川・前掲論文一七一頁以下。
- (7) Paul, a. a. O., S. 23 ff.; Baumbach-Lauterbach, Anhang 6A nach § 307.
- (8) Lehmann, Prozessvergleich, S. 50. 石川・前掲書一八頁。
- (9) 石川・前掲論文一七二頁参照。
- (10) 石川・執行請求権論・法研三四卷六号四二頁。
- (11) Blomeyer, § 65 III 1 S. 323. 反致 Lehmann, a. a. O., S. 54 ff.; Schiedermair, Vereinbarungen, S. 188; Rosenberg, a. a. O., § 128 I 1a
- (12) Prozesshandlung, S. 39 u. S. 69; Lehrbuch II S. 388; System I S. 398.
- (13) Arens, a. a. O., S. 104.
- (14) Prozesshandlung, S. 44 f.
- (15) Lehmann, a. a. O., S. 150.
- (16) 石川・前掲書一七頁。
- (17) Böttcher, AP 50, 171 ff.; Pohle, AP 54, 555, und AP § 794 ZPO Nr. 2; Baumgärtel, a. a. O., S. 192 f.
- (18) Pohle, AP 54, 555.
- (19) Baumgärtel, a. a. O., S. 192 f.
- (20) Baumgärtel, a. a. O., S. 200, Anm. 115. じれた反し Schiedermair, a. a. O., S. 190 は‘訴訟行為たる側面についても BGB 一一九条以下一四二条の類推適用を認める。
- (21) 私は且つて石川・前掲書一六頁において現在併存説はドイツにおいて殆んど主張されていないと説いたが、こゝでその説明を改めたい。
- (22) Lehmann, a. a. O., S. 130.
- (23) Lehmann, a. a. O., S. 136. なお石川・前掲書七三頁以下参照。
- (24) たとえば Paul, a. a. O., S. 25.
- (25) 石川・前掲書一一五頁以下。
- (26) Lehmann, a. a. O., S. 139.

訴訟上の和解の取消について

- (27) Lehmann, a. a. O., S. 141.
- (28) Arens, a. a. O., S. 109, Anm. 33.
- (29) Kohler, ZZP 29, S. 45.
- (30) Arens, a. a. O., S. 109 f.; 石川・前掲論文一八〇頁。
- (31) Arens, a. a. O., S. 110.
- (32) Kretschmar, a. a. O., S. 71, 91.
- (33) Lehmann, a. a. O., S. 145.
- (34) Lehmann, a. a. O., S. 149.

一一

併存説の説明は既述の通り極めて明解で且つ訴訟終了効に対する攻撃が困難であるという点ですぐれるといわれるのであるが、それは最近 Esser によつて批判⁽¹⁾された。彼はいう。併存説はその前提として訴訟法の独自性を基本的に過大評価している面がある。訴訟法の実体法からの解放は二者択一の形式で、実体法・訴訟法それぞれの法律要件の終局的性質づけにおいてなされる。したがつて、訴訟法の体系構成は、訴訟法律関係という固有の領域を認めることによつて得られる。権利保護請求権というような訴訟法肥大が今日正常なものとして⁽²⁾されている。これに反し、訴訟行為の概念規定における訴訟法の独自の過度の強調は、漸次減少しつつあるとはいえない。たとえば、訴訟上の和解においても、Heinzig の純訴訟的考察方法は、実体的価値秩序と訴訟的価値秩序とのあまりにも強調されすぎた矛盾を導き、併存説は、この矛盾を和解を二つの別個の行為に分別することによつて克服しようとしたのである、と。

そして、Esser は、訴訟上の和解を一個の行為と解した Lehmann に賛成し、和解の訴訟上の効果を訴訟法独自の法律要件をもつて説明し、その効果が訴訟上の要件の充足にのみかからしめられ、紛争の実体的規律に依存しないとすること

は、訴訟的考察方法を強調しすぎるものである、と解してゐる。ここで Arens は以下のごとく述べる⁽³⁾。すなわち、この考
え方の基礎には、訴訟法は実体法に奉仕するから、実体法と切離しえないとする立場がある。彼は訴訟法は実体権を確定
し、具体化する使命を有すとし、奉仕説の立場を肯定する。その限りで訴訟法に実体法から遊離した独自の生活領域を否定
する。このことは、訴訟法の奉仕の使命を否定することなく、一定の領域において手続過程の要請が実体法とは異なる規律
へ導くことを否定するものではないはずである。意思の瑕疵の問題についても通説は、実体法と訴訟法の規律の差が訴訟法
の奉仕的使命と一致しないなどと主張されることなく、訴訟法について実体法とは異なる規律をなしたのである。それと同様
に、意思の瑕疵の問題も訟訴終了効に関しては実体的紛争の規律とは異なり解決されなければならないということも十分考
えられうることである。訴訟上の効果を訴訟上の要件を以て説明し、それ故に訴訟上の和解の二重効果を二重要件をもつて
説明するのと同様に、この点で訴訟的考察方法の肥大がみられるわけではない。併存説は、私法的思考と訴訟法的思考とを
分離する努力の枠内にとどまるものである、と。

訴訟上の和解の法的性質について両性説をとる点を除けば、Helling の純訴訟法的考察方法、訴訟法的考察方法の肥大に
対する Esser の批判は正当であるし、Arens が奉仕説をとりながらも訴訟法の規律の独自性を説く点も正当である。したが
つて、すくなくとも奉仕説の立場をとる限り、訴訟上の和解に含まれる実体的和解の瑕疵の訴訟上の主張を遮断することは
不都合であるが、しかし、その主張を訟訴終了効を否定し旧訴を復活させるという方法によらしむべきか、あるいは別訴に
よらしむべきかは、訴訟上の必要から論じられなければならない問題である。しかし、仮りに別訴で和解の実体的瑕疵を主
張させ、これが確定されたにもかかわらず、それが旧訴を復活せしめない和解することは併存説の立場であつて両性説の立
場であるとはいえない。けだし、既判力は別にしても、もう一つの訴訟上の効力である執行力について、その失効を和解無
効確認の訴ないし請求異議の訴を通さない限り結果しえないとする点では、併存説も両性説も共通の立場をとらざるを得な

いと考えるからである。すなわち、両性説により和解調書の執行力が和解無効確認の訴えないし請求異議の訴を通さずに当然に失効すると解するならば、執行機関は執行力の有無を審判すべき責任を負うことになるという妥当性を欠く帰結に到達することにならう。したがって、両性説の立場からも、和解無効確認の訴えないし請求異議の訴を通さない限り執行力の排除をなしえないと解すべきである。また併存説の立場によつても実体的瑕疵が執行力に全く影響しないと解することはできないから、和解無効確認の訴えないし請求異議の訴を通して和解調書の執行力を排除すると解さざるを得ないのである。かくして執行力については両性説も併存説も共通の立場をとらざるを得ないのであるから、訴訟終了効に関して両説の差異を認めざるを得ないのであらう。

訴訟上の和解にあつて、その訴訟上の効果すなわち訴訟終了効を紛争の実体的解決およびその存続にかからしめない必要性が訴訟上認められるか否かは、もちろん全く別個の問題である。Arensによればこの必要性は、Lehmannの主張するよう(4)に当然否定されるべきであるとされる。そして訴訟上の和解とその他の訴訟行為(彼のいわゆる手続展開行為)の差異は明瞭であり、他面それと同様に、和解と判決の差異も明瞭であるから、取消を主張しえない根拠として判決との類似性を主張する理由はない、とされる。なるほど、和解の実体的瑕疵をめぐる紛争はそれ自体独立の紛争であるから、その解決を別訴によらしめ、そしてその限りにおいて旧訴の訴訟終了効を否定することは正当であらう(5)。しかし、右瑕疵の右別訴における確定が旧訴の訴訟終了効になんの影響も与えないとすることが適切であるか否かは問題であらう。私は且つて右の場合旧訴の訴訟終了効が排除され旧訴が復活することを説いたし、さように解して始めて、旧訴における和解成立前の訴訟状態を前提として訴訟を続行することが可能になる。当該訴訟状態を前提とすることこそ両当事者にとりフェアであり訴訟経済の要求にもかなうと考えられる(6)。和解の法的性質論については見解を異にするとはいえ、私は右の点では以下にのべる Blomeyerや Arens に賛成するものである。

Blomeyer は和解の取消がなされた場合訴訟が終了しているか否かの問題をそれ自体としてはあまり重視していない。⁽⁷⁾ 彼は併存説とは反対に、訴訟が終了しているにもかかわらず旧紛争が裁判されなければならないがゆえに、この点については無条件に明確であることについて有する当事者並びに裁判所の利益を否定する。そこでむしろ重要なのは、復活せる紛争が初めから新訴において繰りかえされるのかあるいは和解が締結された段階から復活するのかという問題である。旧訴を継続する場合審級の利益を喪失するが、彼はそれを新訴を提起する場合の旧訴の成果の放棄よりも軽視するから、訴訟上の和解の実体的効果をめぐる紛争は旧訴において判断すべしとの BGH・BGB⁽⁸⁾ の最近の判例に賛成する。Blomeyer 47 Bötticher が旧訴続行の場合旧訴の訴訟物いかんの問題に関連して提出する疑問には組さない。訴訟上の和解に対する異議の申立に理由がなければ、したがって旧訴が終了していれば、旧訴訟物について裁判がなされるのではなく、旧訴が終了したか否かについて裁判がなされる。かくして Bötticher の疑問は理由がない。この種の手続はたとえ訴の取下の効力をめぐる紛争においてもそうであるように他に例のないことではない。すなわち、旧訴の訴訟物についての訴訟係属は存在しないが、和解の効力(訴取下の効力)を審理する手続は係属しているのである。⁽¹⁰⁾

Zeuner は、当事者が旧訴の訴訟物についての裁判よりむしろ和解の内容たる義務の無効の確定を問題とするような場合がありえないか否かを問題として⁽¹¹⁾いる。後者の場合特に上告審で和解が成立したとすれば和解の内容たる義務の無効確定の審理について審級の利益がうばわれることになり、旧訴の続行より新訴の提起を認める方がより有用であろう、という。⁽¹²⁾

しかしこの点については Arens は以下のごとく述べる。⁽¹³⁾ すなわち、当事者の利益は和解の内容たる義務の無効の確定に限定せられうるものではない。和解の内容たる義務の存否に関する紛争においてその無効が確定された結果当事者が旧訴の訴訟物に立返つてこれを審判の対象とする場合生じる疑問は更に重要である。当事者が旧訴に立返えらざるを得なくなつた場合、旧訴の続行を認めれば新訴提起によつては得がたい利益を収めることができる。すなわち旧訴において形成された訴訟

状態の利用が可能になる。したがつて、訴訟終了効の取消を認めるべきでないことから、併存説を導くべきではないと考える。Lehmann, Blomeyer が説いているように、訴訟上の必要性からみれば、むしろ訴訟上の和解の訴訟上の効果の排除の可能性を肯定すること、⁽¹⁴⁾したがつて通説たる両性説が適切であるということになる。Arens はかように説くのである。

訴訟終了効の排除したがつて旧訴の復活は必ずしも両性説の立場からのみ理由づけられるものではなく、私法行為説によつても、また私の立場からも同一の帰結を導くことができる。⁽¹⁴⁾和解の実体的瑕疵が別訴で確定された場合旧訴が復活することを理由づけるために併存説を否定することは正当であるにしても、両性説を採用せざるを得ないとするには、なおより上の論理が必要であるという意味で、Arens の見解には疑問があるといわざるを得ない。

また Arens は、さらにつづけて、訴・上訴の取下が和解の内容である場合について以下のごとく述べる。⁽¹⁵⁾すなわち、通説は一方では訴訟行為一般につき、したがつて、訴・上訴の取下につき取消を否定しながら、他方ではこれに反して和解の取消がその内容たる訴・上訴の取下という純訴訟行為に及ぶと解する。⁽¹⁶⁾この見解が訴訟法的考察方法と矛盾しないかどうかという Bötticher の疑問に対する答は、訴訟行為において意思の瑕疵の主張を原則として認めないとする通説の見解を前提とする以上自ら明らかである。併存説は訴訟終了効は取消の対象にならないとし、この点で意思の瑕疵の主張に関する通説の見解と一致する解決をもたらす。しかし他面両性説によつても和解と結びついた訴・上訴の取下の問題を解決しえないことはない。すなわち訴訟上の和解が訴訟費用の被告による引受と引換に単に訴の取下のみを内容とする場合は、和解は単純な訴の取下と殆んど同視せられるから、意思の瑕疵については訴の取下と同様に取扱い、その主張を許さないことが必要である。⁽¹⁷⁾これに反して、通常の場合は実体的紛争の規律およびそれと不可分になされる訴訟終了の合意との関連において訴の取下が和解の内容とされる。この場合論理的にも解釈上も訴取下だけについて訴訟行為として取消できないとすることは可能であり、この帰結を導くため、特殊な訴訟上の且つ常に取消の対象にならない訴訟終了契約という理論構成をする必要はな

い。訴訟終了効の取消不能を訴訟終了効が和解によつてのみならず、同時に当事者による取下が行われる場合に限ることは不合理であろう。⁽¹⁸⁾ 和解の締結に加えて取下の意思表示をするか否かはしばしばあるいは殆んど偶然的であるから、右の限定を可能と考えることは恣意的であり満足すべきものではない。訴訟上の和解の締結と関連してなされる訴・上訴の取下は、訴訟終了効が和解の締結によりすでに発生しているがゆえに訴訟終了効発生の原因としては不要なものである。訴訟終了は実体法上の紛争解決と並んで和解の内容でありその直接の効果である。その際当事者の意思表示を訴の取下またはそれに對する同意であると解釈する必要はない。なるほど訴の取下は、訴訟係属を遡つて消滅せしめる点において和解と異なる法律効果をもつ。訴訟係属から生じる実体法的效果も遡及的に消滅する。しかし当事者は和解によつてその実体法的關係を訴訟係属が消滅する範囲においてことごとく規律したのであるから、この区別は実は重要ではない。すなわち、和解における実体的規律こそが訴訟係属の実体的效果の遡及的消滅という取下の法定効果に優先し法定効果を排除するのである。すでに和解により発生した訴訟終了効のほか取下にいかなる効果も帰属しないのであるから、取下の意思表示に独自の意味を与えるべきではないことについて異論はない。⁽²⁰⁾ いわば余計な (überflüssig) 訴・上訴の取下がなされた場合が和解の理論構成についての唯一の正当化理由として、併存説の理由になるものではない。それゆえに、和解による訴訟終了を瑕疵による取消に優先して保護する必要はなく、むしろその効力をめぐる紛争を旧訴において続行するのが訴訟経済の要求に適用するのである。⁽²¹⁾ 通説たる両性説は、併存説よりもはるかに当事者並びに裁判所の利益を保護する。両性説は意思の瑕疵の主張について Rosenbergs の実体行為説と同一の結果を導く。しかし、両性説は、純実体法的構成では説明のつかない和解の訴訟上の効果発生のための意思表示を認める点で実体行為説よりすぐれている。Arens は以上のごとく述べるのである。私は、且つて、訴取下を内容とする和解は、判決の可能性を放棄した点で一方の譲歩の認められる訴訟上の和解と觀念すべきであると説いた。⁽²²⁾ かかる立場からは Arens が訴の取下に独自の意味を与えない点には賛成である。また、かような観点からすれば、Arens のいうよう

に、訴訟上の和解が単に訴の取下のみを内容とする場合と訴の取下にくわえて実体的紛争の規律をも含む場合とを区別し、前者については意思の瑕疵の主張を否定し、後者についてのみこれを肯定することは必要ではない。むしろ一律に意思の瑕疵の主張を肯定すべきではないかと考える。

ところで、私は訴取下を内容とする和解に民訴法二三七条二項が類推されると解した⁽²³⁾。訴訟物たる実体関係の規律を内容とすることなく訴の取下のみを内容とする和解にあつては、訴訟係属の実体的効果は別段の定めがなければ、訴取下に準じて訴訟係属の時に遡つて消滅することになる。しかしArensもいうように、訴訟物たる実体関係の規律とともに訴取下の合意がなされるのが通常であらう。

- (1) Esser, H., Lehmann und die Lehre vom Prozeßvergleich, Festschrift für H. Lehmann, Bd. II, S. 713 ff. 私もかつて、併存説が素朴な三元論に基づく理論であると批判した。石川・前掲書一七頁。
- (2) Esser のこの見解は一九五六年のものである。
- (3) A. a. O., S. 112.
- (4) A. a. O., S. 112.
- (5) 石川・前掲書一四四頁以下。
- (6) 石川・前掲書一五四頁、前掲論文一七三頁以下。
- (7) Blomeyer, Lehrbuch, § 65 III 3.
- (8) BGH, 27, 171.
- (9) AP § 794 ZPO Nr. 1; Nr. 2; Nr. 3=BAG 4, 84=JZ 57, 487; Nr. 4=BAG 8, 228=JZ 60, 321; Nr. 7=BAG 9, 172; Nr. 8=JZ 60, 670.
- (10) Rechtsfähigkeit v. Anhängigkeit ㊦㊧㊨ “*die Fähigkeit des Kindes, ein Kind zu sein*” Rosenberg, 9 Anfl., § 128 III 3; Jauernig, a. a. O., S. 158; Arens, a. a. O., S. 114.
- (11) Anm. zu der Entsch. des BAG in AP § 794 ZPO Nr. 8.
- (12) 石川・前掲書一五二頁参照。
- (13) A. a. O., S. 114 f.

- (14) 石川・前掲書一五四頁以下、前掲論文一七三頁。
- (15) A. a. O., S. 115.
- (16) Blomeyer, § 65 III 3; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 794 II 3a; Würzer, *Jährings Jahrbuch* 62, S. 361; Goldschmidt, *Prozeß als Rechtslage*, S. 474; RGZ 57, 257; 153, 65; OLG. Frankfurt JW 21, S. 907.
- (17) Bonin, a. a. O., S. 98; Arens, a. a. O., S. 115.
- (18) Wiczorek, § 271 DIV b I.
- (19) Lehmann, a. a. O., S. 119.
- (20) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 271 12.
- (21) Arens, a. a. O., S. 117.
- (22) 石川・前掲論文一六九頁。
- (23) 石川・前掲論文一七〇頁。