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

Title	訴訟上の和解をめぐる二つの問題：ドイツの二つの判例に関連して
Sub Title	Bemerkungen über den ProzeBvergleich
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1972
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.45, No.12 (1972. 12) ,p.103- 108
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	研究ノート
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19721215-0103

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.

研究ノート

訴訟上の和解をめぐる二つの問題

——ドイツの二つの判例に関連して——

石川明

I 訴訟上の和解の実体的瑕疵と請求異議の訴について

Düsseldorf 高裁（OLG）一九六六年一月一三日の判決（NJW 66, S. 2367）は、訴訟上の和解に対する実体的異議はもつぱら和解の成立せる旧手続において主張さるべきであつて、ZPO七六七条の請求異議の訴は訴の利益を欠くと判示している。Kühne はこの点に関して疑問を提しているので以下紹介しつつ私見を述べてみたい（NJW 1967, Heft 24, S. 115 ff.）。

且つて OLG Köln（JW 30, S. 175, u. 176）、OLG Celle（NJW 50, S. 915）及び OLG München（MDR 56, S. 237）もこの種の場合請求異議の訴を不適法なものとしていた。しかしながら、これらOLGの見解はいずれも通説とは反対の立場にたつている（通説、BGH, NJW 53, S. 345; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, ZPO 18. Aufl, § 794 Anm. II 3a; Thomas-Putzo, ZPO 5. Aufl, § 767 Anm. 6 f.; Rosenberg-Schwab, Lehrbuch, 10. Aufl, § 132 N 1; Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 65 III; Bonin, Prozeßvergleich, S. 112ff）。通説は和解の債務者に請求異議の訴により和解の実体的瑕疵を主張する機会を与える。それにもかかわらず OLG Düsseldorf の前記判決が請求異議の訴の利益を否定する理由は何か。BGH—連邦通常裁判所—（BGHZ 28, S. 171 ff＝NJW 58 S. 1970）及び BAG—連邦労働裁判所—（JZ 61, S. 452 f）の新しい判例は、訴訟上の和解の無効は旧訴を続行して主張されなければならないとしているが、この見解にその取扱いが求められるようである。しかしながら、OLG Düsseldorf の前記判決が請求異議否定説を BGH 及び BAG の前記判決に基づいて展開しているとすれば、両者の間に論理の飛躍があるといわねばならない。すなわち BGH,

BAG の前記判決の立場と請求異議の訴肯定説とは矛盾しないと考えなければならない。換言すれば、BGH, BAG の前記判決の立場は、ZPO—ドイツ民訴法—七六七条の請求異議の訴の適法性の問題になんの影響も及ぼすものではない。Kühne はその理由として以下の二点を指摘している。

一般に原告がその目的をより簡易な、より経済的な方法により達成できる場合、訴の利益はないといわれている（Rosenberg-Schwab, § 93 IV 2a; § 94 III 1c）。この原則はもちろん両手続が同一の目的の達成、同一の効果の発生をねらう場合に適用される。（Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Einl; D III 2b Vor § 1）。しかして、請求異議の訴と旧手続の継続との間にはその効果の同一性が欠けることは明白である。請求異議の訴は債務名義の執行力の排除を目的とするのに反して、旧訴による和解無効の主張は、債務名義の執行力の排除に加えて訴訟終了効の排除も目的とする。すなわち、請求異議の訴は旧訴の訴訟終了効には全く無関係でなんの影響も及ぼさない。かように両者効力の点で一致しないのであるから前記原則はここに適用されない。特に請求異議の原告が執行を免れることについて利益をもつが旧訴の継続を望まない場合がある。例えば旧訴において原告が被告に対して債権を主張、被告は反対債権を主張し、併合和解をなし、原告がその債権を一部放棄し、被告の請求を一部認容したとしよう。和解が無効の場合、原告は、例えば、判例変更の結果その勝訴の見込がうすれば、旧訴を続行してその請求権につき裁判を求めることを望まないが、さしあたりその債務は請求異議の訴により争う利益をもつているはずである。また例えば、原告が旧手続において被告に対して 1,00DM の債権を主張し、立証の成否が不確実なため半額で双方が和解したような場合、被告が申請したらよいと考えていた証人がその間に死亡し原告がそれを知らないとすれば、被告としては旧手続を再開するより和解無効を主張して請求異議の訴を提起することがはるかに有利である。

かくして BGH, BAG が旧手続続行説をとつたのは、和解の執行力を排除すると同時に旧手続に関する和解の訴訟終了効をも併せて排除することを目的とした場合に関する。したがつて右両裁判所の旧手続続行説は請求異議訴訟否定説につながるものではない、というのが彼の主張である。

OLG Düsseldorf が旧手続続行説をとる第二の根拠は、無効な和解によりそもそも有効な債務名義が成立したといえるかという問題があり、この点否定的見解をとることに由来する。前記諸高裁の判決も右の否定的見解を前提としている。請求異議の訴は有効に成立し存続する債務名義を前提として債務名義上の請求に関する異議に基づいてその執行力の排除を目的とするものであつて、無効な債務名義を前提としないという点は正当である。判例通説（BGHZ 16, S. 388ff.; 390=NJW 55, S. 705; BGHZ 28, S. 172=NJW 58, S. 1970; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 794 Anm. II）によれば、訴訟上の和解の実体面における無効は全体としての和解の効力に当然には影響しないとされている。したがつて訴訟上の和解により成立した実体的請求権に対する異議の主張は必ずしも債務名義としての和解の無効の主張を

含むものではない、との反論がなされえよう（Kühne. A.a.O., S. 1116）。

Kühne の請求異議の訴肯定説の理由第一点については疑問を感じている。もちろん、ドイツや我国の通説のように、和解の瑕疵の主張を旧手続の続行期日において主張させるのを原則とする考え方からすれば、肯定説の理由第一点は正当であろう。しかし私自身はこの点すなわち和解の瑕疵の主張方法について通説とは異なる考え方をしているので、右の理由第一点に疑問を感ぜざるを得ないのである。以下この点について述べる。そもそも執行機関に和解の効力の有無を判断させることは執行機関と裁判機関とを分離した建前からみて不当であり許されない。したがつて、訴訟上の和解は成立した以上無効であるか否かを問わず執行力を有する。そしてその瑕疵を実体的瑕疵と手続的瑕疵との二つに分けて、前者をめぐる争はそれ自体独立した争であるから別訴の提起によりこれが解決をはかり、後者については当該手続内で解決するのが筋であるから旧訴を続行して解決させるのが妥当であると私は解する（石川・前掲一四〇頁以下）。後者の場合我民訴法でいえば仮の処分については五一二条を類推すべきであろう。前者の場合はそれが請求異議であれば仮の処分について問題なく五四七条を適用すべきであるし、和解無効確認の訴にあつてもそれを純粋な和解無効の訴と解する限り、これを類推すべきであろう。もつとも、私はかつて以下のごとく説いた。すなわち「和解無効確認の訴は実体的確認機能と訴訟上の効果の排除という形成機能とを併有する判決を求める救済訴訟なのである。ここにいわゆる訴訟上の効果中には執行力も含まれるから、和解調書が債務名義である場合和解無効確認訴訟は実は請求異議訴訟をも含む。しかし訴訟上の効果とは執行力のほか訴訟終了効をも含むから和解無効確認訴訟は請求異議訴訟にとどまるものではない」と（石川・前掲一五四頁）。したがつて和解無効の訴における仮の処分についても私は民訴法五四七条を正面から適用すべきではないかと考える。

しかしいずれにしても、私見によればいずれの種類の瑕疵についても旧訴の続行と別訴による主張という二者択一を原則として認めないことは既述の通りである。この意味で二者択一を前提とした Kühne の請求異議肯定説は疑問を感じる。異議が実体的なものであれば請求異議が認められなければならず、これにひきかえ旧訴の続行は否定される。旧訴の続行における主張も認める彼の見解には賛成できない。異議が形式的なものであればその主張は旧訴の続行によるべきであつて、請求異議の訴によるべきではないという意味で、この場合にも救済の二者択一を前提とする彼の議論には問題があると思われる。

瑕疵の種類により救済方法がおのずから定まるとする私見によれば、瑕疵を主張する者に救済方法の選択を否定することになる。手続的瑕疵による請求異議の訴を否定する。実体的瑕疵による請求異議の訴についても、私は救済訴訟説の立場から、当該訴訟の請求認容判決が旧手続の訴訟終了効を排除すると解する（石川・前掲一五四頁）。私見によれば、Kühne にしたがつて和解による執行のみを排し旧訴の復活をさけるがごとき場合を認めることは許されないものと解する。がんらい、一方において訴訟上の和解による執行だけを

排除しながら、他方で相手方には旧訴復活の可能性を認めないことは、和解の瑕疵の主張者に必要以上の利益を認め、相手方の利益を不当に害することになり好ましくないと思われる。

請求異議否定説の第二の根拠の批判は問題がないように思われる。既述の通り実体的に和解が無効でもそれが和解の債務名義の執行力に当然に反映するわけではない。したがって、和解が実体的に無効でも債務名義としては有効に成立している。手続的に瑕疵ある債務名義も、その瑕疵が一見明白で成立をも阻害するものであれば格別、それ以外の場合は、成立している以上手続的瑕疵を主張して旧訴が続行されていても、債務名義として無効であるとみることはできない。もつとも旧訴が続行され形式的瑕疵が主張された以上は、仮執行宣言のつけられていない終局判決に対して控訴が提起されたのと同様に考えて、当該和解は債務名義としても有効に成立していないと解する余地もないわけではない。しかしながらかように解することにはやはり問題があるように私は考える。何故ならば、かように解することにより和解の効力はいちじるしく減殺されることになるからである。むしろ和解は債務名義として一応有効に成立して、既述の通りその執行については仮の処分により停止、取消の余地が認められると解することで十分ではないかと考える。

Ⅱ　訴訟上の和解における裁判上表示すべき撤回の懈怠に対する追完

ドイツでは訴訟代理人が当事者欠席のもとに和解の撤回権を留保して訴訟上の和解を締結することがよくあるといわれている。撤回の意思表示は、それが和解の訴訟上の効果とは無関係に実体的側面についてのみなされるならば、実体的意思表示である。これに反して、訴訟上の効果まで含めて撤回の意思表示がなされる場合（それが許されるか否か問題である。例えば訴訟上の和解を確定判決の代用とみるとその撤回は許されないことになるであろう）それを訴訟行為とみなければならないとの考え方がむしろ一般的であろう（Vgl. RGZ 81, S. 178; 105, 311; 108, 176; 135, 339, BGH, LM Nr. 5 zu § 1542 RVO; Thomas-Putzo. ZPO 5. Aufl., § 794 Anm. 4 e; Baumbach-Lauterbach, ZPO 30 Aufl., Anh. § 307 Anm. 3B）。もちろん訴訟上の和解の法的性質について純粋な私法行為説をとれば右撤回行為も私法行為とみなければならないことになる（Rosenberg, Lehrbuch, 9. Aufl., § 128 I 1, OLG Hamm, NJW 67, 58）。そこで当事者が徹回に付された期間をその責に帰すべからざる事由にもとづき懈怠した場合その追完が許されるか否かという問題がある。

ＺＰＯ二三三条は、期間のその責に帰すべからざる懈怠の場合の追完について規定している（我民訴法一五九条）。訴訟上の和解の撤回期間の責に帰すべからざる懈怠に際して、ＺＰＯ二三三条以下の規定を類推適用することは、それらの規定が類推に適しない、狭く解釈すべき例外規定であるとの形式的な解釈から否定せらるべきではない。BAG 一九六六年二月二二日の判決（NJW 66, S. 1578）もこの種の場合に右の例外規定の適用を肯定している。RAG（DR 43, S. 550 ff）も、和解の撤回期限の懈怠とＺＰＯ二三三条に規定された期

間の懈怠とに存する利益状態を同種のものとみて以下のごとく述べている。すなわち、「国家の高権行為として著しい重点がおかれる判決によつて不利益をうける当事者に対して、裁判の確定を遮断するために、その責に帰すべからざる避くべからざる事故により上訴期間を懈怠した場合ＺＰＯ二三三条以下により訴訟行為の追完が許される。真実の法律状態に一致しない訴訟上の和解により不利益をうける当事者は、彼に留保された上訴類似の撤回期間の遵守が同一の方法で妨げられた場合、追完の可能性を認められないとして、その法的地位の低下をまねくことは、実質上何の根拠もないことであるし、いちじるしく不当であるといわざるを得ない」と。そして更につづけて以下の帰結を導いている。すなわち、「撤回期間の責に帰すべからざる懈怠を知るにかかわらず当事者を和解に拘束し、旧訴の訴訟物についての審理の道をとざすことは、事実社会通念に反し、したがつて単に信義誠実の原則に違反するのみならず、その実行はＢＧＢ―ドイツ民法―八二六条の不法行為の法律要件に該当する。和解による紛争解決が現実の法律状態に適つていると信じていても訴訟上の和解により成立した右の法律状態を利用することが良俗違反であることには、なんら変りはないのである」と(同旨LG Bonn, BB 52, S. 209; Baumbach —Lauterbach, Anh, § 307 Anm, 3B)。

かような判例の態度に対してSäckerは批判的である(NJW 1967 Heft 24, S. 1118)。彼はいう。かような判例の態度、すなわち、悪意の抗弁を訴訟法上も原則として認める態度は、肯定できる。しかし設問の場合にこの原則が妥当するか否か問題である。すなわち一方の当事者Ａが他方の当事者Ｂを契約の社会的妥当性に反するがごとき和解であることを知りながらその拘束をうけさせる場合にはじめてＡの信義誠実、公序良俗違反の行為が成立するのである、と。BGHの一九五五年一月一九日の判決は(NJW 66, S. 774; Säcker, NJW 66, S. 2346)不可抗力による撤回表示期間を懈怠した当事者が、当該和解に拘束されることが公序良俗違反になるための特別事情がなければ不法行為にはならないとしている。

私は、第一点すなわち、当事者の責に帰すべからざる事由により撤回期限を懈怠した当事者に撤回の追完が認められるかという点については、ＺＰＯ二三三条以下我民訴法一五九条を類推適用して肯定説をとりたいと思う。追完を否定すれば撤回権ある当事者は自己の責に帰すべからざる事由に基づいて著しい不利益をうけることとなるからである。不変期間の責に帰すべからざる不遵守と訴訟行為の追完の場合、一方では追完により守らるべき当事者の利益が他方では追完により害される不変期間不遵守という公の利益が対立する。これに対して、撤回期間不遵守の場合も一方では撤回期間経過後の撤回により守らるべき当事者の利益と他方では、右の撤回により侵害される相手方の不利益と、紛争の再係属による公の不利益とが対立する。前者の場合侵害される公の不利益と後者の場合に侵害される公の不利益とを比較した場合当然前者の不利益が後者のそれより大きいといえるのではないであろうか。けだし前者の不変期間は公の利益に基づき法定されるのに反し後者の場合撤回期間は当事者が自由に定められるのであるし、紛争の再係属は撤回にのみ基づ

くのではなく他の無効・取消事由に基づいても生じうるからである。かように考えると、公の利益の侵害のより少ない和解の撤回の場合に追完を否定する理由はないであろう。

第二点すなわち、和解債務者の撤回期間のその責に帰すべからざる事由による懈怠を知るにもかかわらず、和解債務者が右の和解により成立した法律関係を実行することは、たとえ和解債権者が和解が真実の法律状態に合致していると信じていても違法であるとする点は Säcker とともに問題があるように考える。和解にあつては和解以前の法律状態は問題にならない。何故なら和解は法律関係を形成する契約だからである。したがつて仮りに撤回期間経過後撤回権行使の追完を認めないとするならば、和解はすくなくともそこで確定するのであつて（他に取消・無効原因があれば格別）それが和解前の真実の法律状態に一致するか否かは問題にならない。さらには右の真実の法律状態に一致すると信じるか否かも問題にならない。撤回期間経過後も追完を認めるのであれば和解債務者は撤回の追完により保護されれば十分であつて、和解債務者が撤回の追完をなさないにもかかわらず、当該和解上の請求権の実行について和解債権者の不法行為責任を問うことはできないと解される。もし撤回権が行使できないにもかかわらず、和解債権者の権利行使が不法行為になりうるというならば、撤回権の消滅にもかかわらず実質上その行使を認めるのと同じ結果になり論理としての一貫性を欠くことになるであろう。

右の点は、不当取得された確定判決に基づく強制執行と不法行為の成否の関係に似ている。不当取得した確定判決に基づきなされた強制執行の債権者に対して不法行為責任を課することは、確定判決の既判力に反するから許されない（伊東・解説・別冊ジュリ続民訴判例百選、中野・判批・民商六二巻五号、中田・判批・民商五九巻三号、村松・解説・ジュリ四三三号など参照）。確定判決により確定された法律関係を争いえなくなるのは既判力がある以上当然であるが、右確定判決の騙取およびその執行を不法行為とみても、後者は前者と別個の法律関係なるがゆえに前者の既判力にふれることなく不都合はないとの見解が主張されるかもしれない。しかし、確定判決の存在によつて、債務者の侵害さるべき法的利益は消滅するし、執行それ自体も違法性を欠くことになるから、不法行為の成立要件は存しない。かくして、債権者の不法行為責任を肯定することは、先決関係に及ぼす既判力の効果を否定することになるから許されないと解すべきである。

訴訟上の和解に既判力を否定する以上一般的に確定判決と同一に論じることはできない。しかしながら、和解の撤回権が消滅した限度で和解の内容を争いえなくする点では、これに既判力を認める状態に一歩近づいたものといえる。その限りでは、不当取得の確定判決による執行と不法行為の成否について論じたところが妥当しよう。