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

Title	訴訟上の和解の解除と旧訴の復活について
Sub Title	Fortsetzung des Zivilprozesses nach dem Rücktritt vom Prozeßvergleich ?
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1976
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.49, No.1 (1976. 1) ,p.87- 103
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19760115-0087

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.

訴訟上の和解の解除と旧訴の復活について

石川　明

一　はじめに
二　無効、取消及び解除に関する連邦裁判所の態度
三　BGHの見解の問題点
四　和解の解除効
五　Henckel 理論の問題点

一　はじめに

訴訟上の和解の解除（より正確には訴訟上の和解に含まれる実体的和解の解除）と旧訴の係属との関係いかんという問題をめぐり我が国の判例・学説は対立している。[1] 最高裁第一小法廷は昭和四三年二月一五日に[2][3]旧訴復活否定説をとる判例を出していることは周知のとおりである。私は且つて右最高裁判決の判例批評、論文を通して復活否定説を主張したが、最近 Wolfram Henckel が、„Fortsetzung des Zivilprozesses nach dem Rücktritt vom Prozeßvergleich ?“ (Festschrift für

Eduard Wahl, S. 466 ff.）のなかで、和解の解除をめぐる実体法の解釈論とからませて旧訴復活肯定説を展開した。この論文は、従来このテーマとの関係では十分に論じられていなかつたきらいのある実体的解除をめぐる解釈論を詳細に検討することによつて、復活肯定説にその実体法的基礎を与えたという意味で高く評価さるべきものである、と私は考える。本論文執筆の動機は、私が依然として復活否定説をとる立場から Henckel 理論の当否を検討してみようと考えた点にある。したがつて、本稿において、私は主としてまずこの点に関する Henckel 理論を紹介した後にこれを批判するという形をとつた。

（1）学説の対立については、石川「訴訟上の和解の訴訟終了効」訴訟行為の研究一五頁以下のほか注3の文献参照。

（2）最高民集二二巻二号一八四頁以下。

（3）この判例については、法曹時報二〇巻七号一七五頁以下に奥村解説、民商法五九巻二号二九五頁以下に小山賛成評釈、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石川賛成評釈、ジュリスト昭和四三年度重要判例解説九七頁以下に船越賛成評釈、法協八六巻四号八三頁以下に伊藤賛成評釈がある。

二　無効、取消及び解除に関する連邦裁判所の態度

無効、取消の場合連邦通常裁判所(1)（BGH）、連邦労働裁判所(2)（BAG）はいずれも一致して旧訴の係属を認めている。したがつてこれらの場合和解の無効は旧手続を続行して主張されなければならないとしている。(3) そのため当事者は新期日指定の申立をしなければならない。この両裁判所の無効、取消の場合に関する旧訴続行説に対しては賛否両論がある。(4) 旧訴続行説によれば、旧訴の訴訟物と別個の訴訟物が争われる場合に限り新訴の提起が認められることになる。例えば、和解により約定された給付が履行された後和解がそもそも無効であることが確定され又は取消された場合新訴が認められる、

これに反して、実体的理由による和解の解除にあつても一旦終了せる旧訴の係属が復活するか否かについては、BGHとBAGの見解がわかれている。BGHは復活否定説をとるのに反して、(5) BAGは復活肯定説をとる。(6) この点に関して、連邦最

上級裁判所連合部（der gemeinsame Senat）の判例はいまだに出されていないのが現状である。

そこで次にBGHの復活否定説の理由を紹介しよう。理由として挙げられているものは次の二点である。[7]

(1)和解が無効又は取消されたとき、和解は当初から効力をもたない。したがつて、訴訟係属は消滅しない。これに反して、和解の解除にあつては、さしあたり有効な和解が事後的に発生した事情に基づいて、例えば、BGB三二六条の他方当事者の履行遅滞に基づく解除により失効する。解除は旧訴が和解により終局的に終了した事実を変えるものではない。

(2)BGHの第二の論拠は、BGB三二五条、三二六条の場合における解除権と損害賠償請求権との選択に関する通説の立場を前提としている。すなわち、通説によると、両条の場合、「他方当事者」は解除権と損害賠償請求権との選択権をもち、[8]解除権を選択した場合損害賠償請求権を失うが、これに反してさしあたり損害賠償請求権を選択した場合は解除権を失わないとしている。問題はまさにこの点から生じる。すなわち、相手方がさしあたり不履行による損害賠償を請求しこれについて新訴が提起されたとする。しかしながら、当事者がこの訴訟の係属中に解除権の行使を選択したとすると、復活説によれば一方で解除の結果旧訴は復活、続行され、他方では損害賠償請求権が消滅して右請求権をめぐり開始された訴は終結せしめられることになる。そうすると損害賠償請求権と解除権という本質的に同一の要件、すなわちBGB三二五条、三二六条の要件が、場合によつては二つの別々の手続で審理されなければならないことになる。そうなると権利者は、その選択権行使の仕方いかんにより旧訴を継続し、あるいは新訴を開始し、あるいは新訴開始後に旧訴にかえる可能性をもつことになる。

以上の二点がその理由とされているのである。

これに反してBAGによると、解除後当事者は和解の締結がなかつた状態で対立することになる。したがつて旧訴は継続的に係属するものと解する。BGHが権利者の選択権と関連して取上げた問題は、権利者がさしあたり解除を選択した場合には重視しないのがBAGの見解である。けだしそのことにより選択権は消費されてしまつているとみるからである。訴訟

経済の観点からも法的紛争の継続が好ましいとされる。すなわち、新訴は紛争解決の遅延と高額の訴訟費用を結果することになり、これらの事態は特に労働事件には好ましくないとしている。

（1）BGHZ, 28, S. 171 ff.; 44, S. 158 ff.; BGH, NJW 1972, S. 159 f.
（2）BAG, AP, Nr. 1, 2, 3, 4, 7, 8, 10 zu § 794 ZPO.
（3）但し請求異議の訴は別である。この点につき Stein-Jonas-Münzberg, ZPO, 19. Aufl., § 794 Anm, II 7 b β; Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 88 ff.
（4）この点については、石川「訴訟上の和解の研究」一四〇頁以下参照。
（5）BGHZ 16, S. 388 ff.; vgl. auch BGH, NJW 1972, S. 159 f.
（6）AP, Nr. 2 und 3 zu § 749 ZPO.
（7）Henckelの要約による。A. a. O., (Festschrift für Eduard Wahl) S. 466.
（8）BGBと我が民法の異る点である。我が民法五四五条は、解除と同時に損害賠償も認める。

三　BGHの見解の問題点

一　BGHの復活否定説の第一の理由は、必ずしもその意味が明瞭ではない。すなわち、(a)無効（nichtig）や取消原因は和解に当初から附着した内在的瑕疵であるのに反して、解除は事後的に発生した外在的事由によるという点に差異があるというのか、あるいは、(b)無効や取消は和解契約それ自体の無効（unwirksam）原因であるが、これに反して解除は和解を実体法的に解消する（aufheben）ものではないというのか必ずしも明らかであるとはいえない。内在的瑕疵と外在的瑕疵あるいは既存の瑕疵と事後的に発生せる失効原因という区別は既判力による瑕疵の主張の遮断の適否の基準になるのであるから、これに準じて訴訟終了効排除の有無の判断基準になるとも考えられる。[1] しかしこの区別を右の判断基準とするにはなお別の若干の問題を検討する必要があろう。たしかに解除により和解が遡つて無効になるというのであれば和解が当初から無

効であつたり取消により無効になる場合と区別する必要がないともいえそうであるし、さらにまた、後者の場合も訴訟終了効を排除することについては異論がないわけではなく、結局無効・取消・解除の各場合をとおして終了効を排除するか否かは訴訟政策的又は合目的的観点から検討する必要があるように思われる。この点は後に検討することにして、Henckelはむしろ第一の理由を(b)の意味においてとらえている。[2] そこで、Henckelにしたがい右のBGHの第一の論拠も、これを(b)の意味において理解すると、形式的に論理を追う限り論拠の前提と帰結の間に齟齬が生じる。すなわち、BGHは通説と同様和解の法的性質について両性説をとるが、和解が解除により実体的に失効するという以上は訴訟上も失効し訴訟は復活するといわなければならないからである。両性説を前提としつつ復活否定説をとるためには、論理上必然的に解除により訴訟上の和解は実体法上失効しないといわなければならない。そこで一方で両性説を前提にして、他方で復活否定説をとるならば、解除が和解を実体法的に失効させないとの命題を論証しなければならないことになるのである。[3]

二　HenckelによればBGHの復活否定説の第二の論拠については次のようにいえる。最近、ドイツでは、解除権者は解除後も不履行による損害賠償の請求をなしうるとの見解が主張され、[4] この見解によれば、第二の論拠は益々強化されることになる。[5] けだし、損害賠償請求訴訟の提起後解除により旧訴が復活した場合とまさに同様の現象、すなわち、解除により旧訴が復活した後別訴で損害賠償請求の訴が提起されるという現象が生じるからである。たしかに、かような一方から他方への救済の変更はBGB二四二条乃至は訴訟追行上の誠実義務に反する場合もあるが、しかしそうでない場合もあるから、第二の論拠は一応理由があるように考えられる。[6] しかしながら、和解の解除によりその実体法的効果が排除されるとする前提に立つ場合に限り、BGHの第二の論拠も成立つのであり、そう解する場合にのみ、和解の実体的無効が和解の訴訟終了効をも排除し、したがつて旧訴の訴訟係属が復活することになるのである。したがつて、第二の論拠の成否を検討するためには

その先決問題として、解除が和解の実体法的効果を排除するか否かを検討する必要がある、というのである。[7] 日本法上は解除と損害賠償は両立し、旧訴が解除により復活すると考えても、私見によれば、旧訴と損害賠償とでは訴訟物を異にするから両訴が併存してもおかしくなく、かような問題は生じない。BGHの第二の論拠は、復活肯定説によるとかような問題が生じるから復活を否定するというのであつて、それが復活否定説の根拠として援用されており、Henckelのいうように、右の論拠を批判して、それが成立つためには復活肯定が前提であるからその論証が必要であるというのは無用である。

三　BAGの見解については、特に次の点が問題になる。すなわち、解除が今日のドイツの通説にしたがつて、契約を解消するのではなく、単に契約内容を変更するにすぎないものであるとするならば、訴訟上の和解の実体法的効果を根底からくつがえし、これを無効にするものではないから、実体的和解それ自体は変形して存続することになるので、訴訟終了効は依然として存在し、旧訴の復活はないといわなければならないという批判がこれである。[8]

要するに旧訴復活肯定説をとるかあるいは否定説をとるかという問題は、形式論理的にいえば、第一に解除により訴訟上の和解に含まれる実体的和解が解消され無効になるか否かにまずかかつている。無効説をとれば復活説を導く可能性があり、実体的効力の排除を否定すると一応復活説をとりにくい面がでてくる。唯ここで指摘しておきたいことは、無効説がストレイトに復活説につながるものではないという点である。解除により和解の実体的効力が解消しても、それが当初から無効であつたとか取消により無効になつた場合のように和解に当初から瑕疵が付着していた場合と異り、解除は成立後生じた後発的失効原因であるから、これを前者と区別して取扱い、前者は訴訟終了効を否定するが、後者はこれを否定しないとする理論構成の余地もありえないわけではないからである。いかなる場合に訴訟終了効を認めるか、逆にいえばいかなる場合訴訟終了効を失効せしめえないのかという問題は、多分に訴訟政策的観点から検討されなければならない問題であるように思え

る。右の理論構成の余地を否定するためには、解除が事後的あるいは外在的解消原因であるということだけで、旧訴の復活を否定することは、当事者に再訴の負担を課し、旧訴の訴訟状態を利用しえなくなるという訴訟経済的観点から好ましくないとする実質的考慮が加わるからにほかならない。議論をすすめる便宜上、さしずめ右の実質的考慮はさておいて、形式論理にしたがつて一応ここではその原因を問わず和解の実体的効力の不存在ないし排除＝旧訴復活、実体的和解のなんらかの形での存続＝旧訴復活否定という図式を設定しておこう。そうすると問題は、訴訟上の和解の解除が和解の実体的効力を排除するかという点の検討が必要になるのである。

(1) 小山、前掲判批特に三〇〇～三〇一頁。
(2) Henckel, a. a. O., S. 467 ff.
(3) Henckel, a. a. O., S. 467.
(4) Esser, Schuldrecht I 4. Aufl., § 51 II 3, S. 369.
(5) Henckel. a. a. O., S. 467.
(6) Henckel, a. a. O., S. 467.
(7) Henckel, a. a. O., S. 467.
(8) Henckel, a. a. O., S. 467 f.

四　和解の解除効

一　ドイツの通説・判例の立場　以下 Henckel 論文[1]にしたがつてドイツの通説・判例の立場を紹介する。ドイツ法上通説・判例は私法上の和解を債権的双務契約と解する。[2] この見解によれば、和解は当該法律関係を和解内容にしたがつて変動する義務を発生させる。これを文字通りうけとれば、和解による法律関係の変動は和解の構成要素ではなく和解に含まれる約束の完成（Vollzug des Versprechens）の結果である。この債務実現行為は原則として外見上訴訟上の和解に含まれている

が、双務的債権関係の一部ではない。[3] したがつて和解の解除も双務的債権契約により引受けられた法律関係変動義務に関する。この立場によるとBGB三二五条（履行不能による解除）、三二六条（履行遅滞による解除）は原則としてそもそも問題にならない。いずれにしても、判例が訴訟上の和解の解除の訴訟上の効果を問題にしているケースは和解の解除のケースではないことになる。すなわち、解除はむしろ和解上の債務の履行により形成された債権関係に関するものであるといえる。けだし、和解により発生した当該法律関係の変動債務は、通常の場合この変動が和解と同時に表示され且つ訴訟上の和解のなかで調書に作成されるがゆえに即時に履行・完成されることになる。BGB三二五条・三二六条の解除の要件としての履行不能と履行遅滞は、それゆえに、判例で問題とされたケースでは、形成された債権関係に関するものであつて、和解により発生した法律関係形成を内容とする債務に関するものではない。形成された債権関係の解除は、和解の解除ではない。形成された債権関係の解除はそもそも和解それ自体に関するものではない。

そして、Henckel はこの理を明らかにするものとして次の二つの事例をあげる。(a) 原告と被告が売買契約を締結した。彼等は代金額について争い、原告は六〇〇マルク（DM—以下同じ）、被告は四〇〇マルクを主張し、五〇〇マルクで和解した。通説によれば、この和解は売買契約を代金五〇〇マルクに形成する義務を発生せしめる。原告は五〇〇マルクを請求する旨を表示して、被告は五〇〇マルク支払う義務を負うことにより、右の義務は履行される。これらの意思表示によつて和解により合意された譲歩は完成（vollzogen）されたことになる。したがつて、BGB三二五・三二六条による和解の解除はもはや問題にならない。被告が五〇〇マルクを支払わない場合には、原告は被告をして履行遅滞におちいらしめ、BGB三二六条の他の要件が具備するときは、和解の完成により形成された売買契約を解除できる。したがつて、原告は譲渡もしくは引渡された目的物の返還請求をなすことができるし、彼が目的物の譲渡若しくは引渡をしていない場合には、その履行を拒むことができる。これに反して、債権法上の和解はそれによつてなんの影響もうけない。原告は被告が五〇〇マルクを適時に支払

わなかつたがゆえに六〇〇マルクを請求できるわけではない。(b) 原告は被告から保証契約にもとづいて一〇〇〇マルクの支払を請求した。被告は右の支払を拒否した。当事者は、被告が右一〇〇〇マルクを一定の割賦により且つ無利息で支払うことを約した。この場合、債権法上の和解によつて発生せる債務は、即時になされた契約関係の新たな形成の表示により履行されている。したがつて、和解の解除は問題にならない。被告が分割払を遅滞したときは、原告はBGB三二六条の解除権をもたない。けだし和解により変更された保証関係は双務契約ではないからである。BGB二八六条の請求権のみが原告に帰属するにすぎない。

二　少数説の立場

(1)右の通説の立場に対し異論をとなえるのはLarenz[4]である。Henckelの要約[5]にしたがつて彼の立場を紹介すると次の通りである。すなわち、和解により発生せる義務と法律関係の形成によるその履行は一体のものとみられる。和解の義務づけ的部分の瑕疵は和解の処分的部分における和解上の変動義務の履行に直接に影響し、これを無効にする。そのことは、和解の取消が契約の変更義務を無効ならしめるのみならず、変更それ自身をも無効にすることを意味している。この解釈も、履行遅滞による解除が和解の履行により発生せしめられ変動せしめられた支払義務とともに和解それ自体も無効にし、本来の義務が再生するという結論を導くものではない。けだし、解除はその対象たる法律関係の無効をもたらすものではないからである(間接効果説)。前記三ノ一(a)で引用した例についていうと、Larenzによれば、売主はその目的物の返還請求をなしうるとの帰結が導かれるにすぎない。けだし、解除は債権関係を排除せず、債権関係を解消する義務を発生せしめず、むしろ当事者をして継続的に存続している債権関係にもとづいてなされた給付の返還をすることだけを義務づけるものだからである、といわれる。要するに解除が和解により形成された法律関係を失効せしめるものでない以上ましてや和解それ自体まで失効させることにはならないというのであろう。私見によれば、仮りに解除が和解により形成された法律関

係それ自体を失効させるものであつても、解除は事後的外在的原因による法律関係の発展であるから、解除による失効は、形成行為それ自体を失効せしめるものではないし、したがつて形成行為の原因となつた和解契約それ自体を失効せしめるものではないと理解する余地は十分認められる。また後述するように、この場合解除として和解の対象たる法律関係それ自体に関するものと、和解それ自体に関するものとの双方が考えられてよい。私見によれば前者は和解を失効させないのに反して後者は和解を失効させる。

(2)別に少数説をとるものとしてEsser[6]がいる。その学説の大要もHenckel[7]の要約により次に紹介する。彼は和解が当該法律関係を更改し（noviert）一方当事者が争われた給付を認諾し又は引受け、それによつて他方当事者が自ら附加的義務を負い、存在する権利を放棄し、あるいは猶予を与えるような場合にのみ和解を双務契約とみる。BGB三二五・三二六条は、解除条項なしに解除の意思表示をなしえ且つ更改（Novation）により変更又は代替された旧債権関係に立ち帰るという効果をともなつて、この種の和解にのみ適用されるのである。しかし和解が更改的効力をもたず旧債権関係を現在争われていない内容で確定する限りにおいては、不履行の効果はなお存続する債権関係につき適用される規定によつて定まる、と説くのである。これに対してHenckelはEsserの見解を解説して次のように述べている。[8]すなわち和解契約上の義務は和解の締結と同時に履行されたことになる。したがつてEsserはおそらく和解の履行によつて当事者が負担した給付の履行遅滞は同時に和解により発生した義務すなわち、本来の法律関係の変動した形における給付義務を引うける義務の遅滞であると考えているのであろう。したがつて彼によれば和解上の義務の履行（和解の完成）により成立する契約の解除は、同時に法律関係変動を義務づける契約の解除であり、その結果BGB三四六条により解除から旧法律関係回復請求権がでてくることになるのである。けだし和解はBGB三四六条により無効にはならないからである。むしろ解除は当事者に相互にうけた給付の返還を義務づけるにすぎない。債権法上の和解によりうけた給付は、和解の完成すなわち、和解の対象たる法律関係の変動である。

したがつてBGB三四六条により成立せしめられた請求権は和解により締結された訴訟の訴訟物とは別の訴訟物である。したがつて彼によれば訴の変更の要件がある場合に限り旧訴の続行が可能になるのであると。これに対してHenckelは、一応、旧訴続行の可能性も結局は否定されるのではないかとの疑問を提起する。けだし和解の訴訟終了効は互譲により当事者間の法律関係を新たに規律する当事者の義務によつてすでに発生しているのではなく、彼等が新たな法律関係を発生せしめる原因である和解上の義務の履行（和解の完成）によつて発生するものであるからである。しかしながら、この完成は解除によつてはなお排除されない、したがつて和解の訴訟終了効はなお存続するのではないかというのである。ところで、解除の効果として旧法律関係回復請求権がでてくると解する（間接効果説）より旧法律関係が当然に復活すると解する（直接効果説）ほうが解除権者の保護にあつい。私はそう解すべきであると考えるが、この点の詳細な検討は本稿の目的ではないのでこれをさける。かかる見解とEsserの見解とを結合すると旧訴復活説がでてくる可能性が十分に認められる。

非更改的和解については、その不履行の効果に関してEsserの見解によればなお存続する債権関係に適用される規定が適用されることになるが、以下の事項が明らかになる。すなわち、当事者が変更された契約あるいは確定された契約上の義務を遅滞しあるいはこの義務が不能になつた場合、他方当事者はBGB三二五・三二六条の要件のもとにこの契約を解除することができる。Esser自身ここでは債権的和解についての解除の効果を認めていない。したがつて和解にその効果は及ばず、当事者は単に当事者が和解により負担したものを返還しなければならないだけである。したがつてここでは訴訟の継続は否定される。

かくしてHenckelは右のいずれの理論構成をとつてもBGB三二五・三二六条による解除が和解を無効にし旧訴の続行を可能にするとの帰結を導くことはないと主張するのである。

三　Henckelの立場　彼は結論的には復活説をとるのであるが、右に説いたところを前提にして復活説をいかに理由づけるか、換言すれば、右の前提と復活説との理論的な脈絡をどうつけるかという点について、以下のように説くのである。[9] すなわち、BAG[10]が意図したところは、和解の完成により発生せる義務の不履行又は遅滞に対する特別の制裁である。この制裁は、和解の完成により形成された契約の遡及的清算がBGB三四六条以下によりなさるべしとか、あるいは、BGB三二五・三二六条による不履行の損害賠償が給付されるべしとする点にあると考えるべきではない。不履行・不完全履行の制裁としては、むしろ、不履行・不完全履行により損害をうける者がその譲歩にもはや拘束されない、そして旧債権をその全額において主張できるという効果を伴った和解の解消を考えるべきである。RG[11]は、和解による一方当事者の債権の減額を、相手方のなすべきではあるが従来拒否していた履行（相手方はこれを和解の完成により約定したことになる）とを双務関係におこうとしているが、これは、RGが右の見解に賛成していることを意味している。このことはそれ自体としてはなるほど正当ではない。けだしRGと同様に和解を双務契約とみる場合、その双務性は当事者双方の互譲にあり、一方における譲歩と他方における形成された法律関係により義務づけられた給付の履行を対置させる点には認められないからである。そうはいっても、RGと同様に当事者の一方が自己の責に帰すべき事由により和解の完成により発生した義務を履行しなかつた場合、和解の効力を失効せしめることは、考慮に値する。しかし、それはBGB三二五・三二六条の解除権とは無関係である。むしろ和解当事者がその相手方が和解に忠実である限りにおいてのみ和解を維持することを望むという点からのみ和解無効という考え方がでてくるにすぎない。一見してBGB三二五・三二六条の解除権が認められるようにみえる背景にかくされたものは、不履行、不完全履行に対する制裁としての和解の失効である。和解の失効は、和解に含まれる債権的義務を否定するのみならず、錯誤又は詐欺による取消と同様に、和解の完成を、したがつて和解の対象たる法律関係の確認又は変動をも否定する。和解の失効は法律関係を和解前の状態にもどす。この種の和解の失効については法律に規定がない。和解の失効は慎重な当

事者がこの条項を和解にとりいれた結果である。しかしながら、当事者はしばしば和解成立後の不履行・不完全履行にまで配慮することなく、そのため右の条項を和解条項中に挿入しないことがある。その場合当該和解に条項の欠缺があるのか否か、したがつて右の欠缺が補充さるべきであるのか否かが裁判所にとり問題になる。和解により形成された義務の違反により和解が失効したとみるのは、和解の解除の効果ではなく、和解を失効条項（Verfallklausel）により補完した結果である。但し、この種の和解条項の欠缺の補完はいかなる場合にも常になされるというわけではない。和解により形成された義務に違反があつた場合でも、その相手方が法律関係を旧状に復することに利益をもたない場合がないわけではない。けだし旧状に復し旧訴を復活させると相手方に敗訴の可能性が大きい場合が考えられる。いずれにしても和解の無効が明示的又は黙示的失効約款に基づいているとするならば、和解により終了せる訴訟係属を復活継続することに問題はない。したがつて、その場合旧訴と同一の訴訟物による新訴は不適法になる。彼は大略以上のように説くのである。

(1) Henckel, a. a. O., S. 468 ff.
(2) Staudinger-Brändl, BGB, 11. Aufl. 1959, § 779 Anm, 9; Fikenscher, Schuldrecht, 3, Aufl. 1971, § 93 S, 541; RGZ 93, S, 290 f.
(3) Staudinger-Brandl, § 779 Anm. 8 は、「原則として両部分は同一の法的行為に融合している」としてこれと異る見解を述べている。
(4) Lehrbuch des Schuldrechts, Allg. Teil, 10. Aufl, 1970, § 7 N, S. 79 ff.
(5) Henckel, a. a. O., S. 470.
(6) Schuldrecht Ⅱ, 4. Aufl. 1971, § 91, S. 248 ff.
(7) Henckel, a. a. O., S. 470.
(8) Henckel, a. a. O., S. 470 f.
(9) Henckel, a. a. O., S. 472 ff.
(10) AP Nr, 2 zu § 794 ZPO.
(11) RGZ 93, S. 290 f.

五　Henckel 理論の問題点

一　債権契約としての和解はいかなる債務を発生せしめるものであろうか。考えうる二つの可能性があるものと思われる。一つはHenckelの説くように法律関係の形成債務を発生せしめるという考え方、他は和解内容にしたがつて法律関係ありとして取扱う債務を発生せしめるにすぎないという考え方がこれである。後者の見解をとれば和解の対象たる法律関係の存続する以上和解契約上の債務が存続するとみるのは当然である。前者の見解をとれば和解の完成により（通常はそれが和解と同時に行われることになる）和解契約上の義務は履行され消滅する、したがつて、もはや和解の解除はありえないとする立場が一応正当なようにみえるかもしれない。和解に実体的形成的効果を認めるとする見解よりすれば前者が正当であろう。しかし前者の立場をとるとしても、和解により形成された債務の不履行、不完全履行による和解契約それ自体の解除を認める余地は依然として存在するのではないであろうか。以下この点について考えてみたい。

和解の解除は遡及的に和解以前の法律関係を回復するとする命題は、Henckelの批判にもかかわらず、依然として正当であると私は考える。この点に彼の理論の第一の問題点があると思われる。Henckelの説くように和解により発生せる和解契約上の義務は和解の完成（Vergleichsvollzug）によつてその履行が完了しもはや解除の余地がなくなるというべきではない。形成をなすべき義務は形成の結果を争わない義務をも反面含んでいるはずである。さように解すると和解により形成乃至確定（以下同じ）された法律関係が存続する以上当該法律関係の形成それ自体を争わないことも和解契約上の債務である。民法六九五条も「其間ニ存スル争ヲ止ムルコトヲ約スル」とあり、一定の法律関係を形成乃至確定しても和解契約により変更乃至確定された義務の不履行は右法律関係を争うことを意味し、和解上の義務に反することになる。したがつて和解契約上の債務は当該法律関係の存続する以上存続しているといわなければならない。したがつて、右の義務違反があればすくなくと

も債務不履行を理由に和解それ自体を解除することができると考えるべきである。もちろん右の義務違反は和解上の法律関係形成義務違反でもあると同時に和解により形成せられた義務の違反でもあるから、相手方としては和解を解除して旧法律関係を復元するか、あるいは形成対象となつた契約関係を解除するか、そのいずれかを選択することが可能である。すくなくとも和解により形成された義務の違反がある場合に解除を後者のみに限定し前者につきこれを否定することには問題があると私は考える。明示的又は黙示的にではあれ和解の失効条項を特別に考えるのは技巧的にすぎる。むしろさような特別条項を和解契約のそとに想定しなくても、和解契約それ自体の構成のなかで、内在的に解除の可能性を考えて行くのが常道ではないかと思われる。我妻教授も、「和解によつて成立した債務の不履行を理由とする解除権を留保することも、もとより有効である。留保がなくとも、和解によつて生じた債務の不履行があれば、一般の原則（五四一条―五四三条）に従つて解除することもできる。解除の効果が遡及的な原状回復であることも（五四五条）一般の場合と同様である」[1]とされている。

二　私は理論構成は別にして結論的には Henckel と同様に和解により形成された債務の不履行乃至不完全履行による解除によつて和解が消滅・失効し、旧法律関係が復活すると考える。そこで Henckel はこの旧法律関係の復活をストレイトに訴訟終了効の排除に結びつけるのであるが、この点に彼の理論の第二の問題点があるように思われる。すなわち、既述のとおり、無効や取消のように和解が成立の当初から瑕疵を内在せしめている場合とは異り、この場合は一旦有効に成立した和解が後発的外在的事由により消滅せしめられるのである。いわばそれは和解成立後の新たな法律関係の発展である。[2] それにもかかわらず和解の失効が旧訴を復活させるというためにはそれなりの理論構成が必要である。Henckel 理論にはこの点の検討がない。たしかに形式論理的には和解が実体的に失効すれば訴訟上の和解も失効しすなわち和解の訴訟終了効もなくなり、旧訴が復活すると解するのが両性説の帰結であろう。しかしそれはあまりにも形式的な論理である。和解が実体的に失効した場合

でも旧訴の復活を認めるか否かについては、訴訟政策的乃至は目的論的配慮が加えられなければならない。さような配慮をする必要がない場合に限つて、たしかに右の形式論理が通用するにすぎないと解すべきである。旧訴を復活すれば、和解前の旧訴の訴訟状態を前提にして訴訟を継続することができるという意味では当事者間の公平、訴訟経済の要請にかなつている。しかしながら、和解が当初から瑕疵を伴つて成立していれば旧訴の復活は止むをえないにしても、外在的後発的事由により訴訟終了効が左右されるというのでは、未済事件と既済事件の処理をめぐり裁判所に必要以上の負担をかけることになると思われる。結局ここでは旧訴の復活をめぐり対立する二つの利害関係のいずれを優先させるかという点が問題になる。私は後者を優先させたいと考える。旧訴を復活すれば和解締結時の訴訟状態を基礎に審理をすすめることになり、そうすることが、当事者の利益であり、信義に適い、且つ訴訟経済という観点からも好ましいことは間違いない。しかし、当事者の利益とか信義に適うとはいつても、旧訴で形成された事実状態にほぼ近い状態はそれを援用しようとする当事者の努力いかんにより新別訴においてある程度形成されえないわけではない（但し相手方が自白しているような場合には問題があるが、この場合も事実上は信義則の適用などである程度カバーできないことはない）。訴訟経済の要請の程度は旧訴の進行状態いかんによつても変つてくるし、また新訴の繰返しが裁判所にかける負担は大きいとはいえ裁判所に耐えがたいものとはいえない（実際に和解の不履行による解除はそれ程多くはないであろう）のに反して、外在的後発事由による訴訟終了効の排除が既済事件と未済事件の処理をめぐり裁判所にかける負担は裁判所にとつて耐えがたいものになるのではないであろうか。和解の無効、取消等も旧訴を復活させるのであるから、これらも同様に裁判所に未済事件・既済事件の取扱をめぐりたえがたい負担をかけることになるが、これらの瑕疵が和解に内在的なものであるため、和解の無効を旧訴の復活につなげざるを得ない面があるから、裁判所に右の負担をかけることも止むを得ないのであるが、かようなケースはなるべく減らすような訴訟政策的配慮が必要であろう。幸にして解除は外在的、後発的失効原因であるという点で内在的瑕疵である無効や取消と区別できる要素が認められるのである。

かくして私は私が判例批評及び論文においてすでに主張した復活否定説を依然として採用したいと考える。

(1) 債権各論（中巻二）八八二頁。

(2) この点を評価されるものとして、小山前掲判批三〇一頁。

後記

一九七五年七月より一二月まで Alexander von Humboldt-Stiftung の招きにより西独 Köln 大学の手続法研究所において研究する機会が与えられた。本稿はその間に執筆したため、右研究所の日本私法文庫において参照しうる日本文献を引用することにつとめたが、しかし引用可能な日本文献の範囲に制限があることは否定しえない。折をみて補充、訂正するつもりである。学生時代から御指導を賜った青柳先生の退職記念号にかような形の論文を提出することは不本意ではあるが、締切日の関係もあり御容赦をお願い申し上げることにした。

Ich möchte an dieser Stelle meinem verehrten Kollegen, Herrn Prof. Dr. Gottfried Baumgärtel und der Alexander von Humboldt-Stiftung, die mir die Gelegenheit gegeben hat, diese Arbeit an der Universität zu Köln anzufertigen, meinem herzlichen Dank aussprechen.