

判例研究

訴訟上の和解が成立したことを理由とする 訴訟終了宣言と被告のみの控訴 (最[1小]判平成27年11月30日民集69巻7号2154頁)

河野正憲

【判示事項】

- 1 訴訟上の和解が成立したことによって訴訟が終了したことを宣言する第1審判決に対し被告のみの控訴した場合と不利益変更禁止の原則
- 2 訴訟上の和解が成立したことによって訴訟が終了したことを宣言する第1審判決に対し被告のみの控訴した場合において、控訴審が、当該和解が無効であり、かつ、請求の一部に理由があるが第1審に差し戻すことなく自判をしようとするときの判決主文

【判決要旨】

- 1 訴訟上の和解が成立したことによって訴訟が終了したことを宣言する終局判決である第1審判決に対し、被告のみの控訴し原告が控訴も附帯控訴もしなかった場合において、控訴審が第1審判決を取り消した上原告の請求の一部を認容する本案判決をすることは、不利益変更禁止の原則に違反して許されない。
- 2 訴訟上の和解が成立したことによって訴訟が終了したことを宣言する終局判決である第1審判決に対し、被告のみの控訴し原告が控訴も附帯控訴もしなかった場合において、控訴審が、当該和解が無効であり、かつ、請求の一部に理由があるが第1審に差し戻すことなく自判をしようとするときには、控訴の全部を棄却するほかない。

平成 27 年 11 月 30 日第 1 小法廷判決（平成 26 年（受）2146 号、建物明渡請求事件）民集 69 卷 7 号 2154 頁

原原審： 東京地方裁判所平成 25 年 11 月 29 日判決

原審： 東京高等裁判所平成 26 年 7 月 17 日判決

破棄自判

【事実関係】

A は、本件建物を所有し、その一室を Y（被告・控訴人・上诉人）に賃貸していた。

本件建物は昭和 35 年以前に建築された木造セメント瓦葺二階建ての共同住宅建物であり、平成 23 年 8 月 31 日の契約更新時期に既に 50 年以上が経過した老朽建物である。本件建物内には本件貸室を含めて 6 室の貸室がある。本件賃貸借契約は当初平成 11 年に締結され 2 年ごとに更新がなされ、最終の合意更新により期間を平成 21 年 9 月 1 日から平成 23 年 8 月 31 日まで、賃料を 1 か月 3 万 2000 円とする約定がなされた。

本件建物の所有者 A は、平成 16 年 9 月 22 日に成年後見開始の審判を受け、X（原告・被控訴人・被上诉人）の代理人 B が後見人に選任されていた。A は平成 23 年 10 月 19 日に死亡し、X が A を相続した。X は、平成 24 年 4 月 7 日、本件賃貸借契約が平成 23 年 8 月 31 日に合意解除ないし期間満了により終了した旨を主張し、Y に対して本件貸室の所有権に基づいてその明渡しを求めると共に不法行為に基づき 1 か月 3 万 2000 円の割合の賃料相当額の損害金の支払いを求めて平成 24 年 4 月 7 日、本件訴えを提起した。

本件の審理経過の概要は次のとおりである。

第 1 回口頭弁論期日が原原審裁判官の前任裁判官によって平成 24 年 5 月 18 日に開かれた。

前任裁判官は、同年 7 月 6 日の原原審第 2 回口頭弁論期日で X 及び Y に対し和解勧告をし、和解期日を 4 回主宰したが、4 回目である平成 24 年 10 月 16 日の和解期日で和解を打ち切り、その後争点整理及び立証計画策定のための 3 回の弁論準備手続を経て、第 3 回弁論準備手続期日（平成 25 年 2 月 19 日）において弁論準備手続を終結し、原原審第 3 回口頭弁論

訴訟上の和解が成立したことを理由とする訴訟終了宣言と被告のみの控訴（河野）

期日として同年4月26日を指定した。

その後、前任裁判官から原原審裁判官に交代し、同裁判官は原原審第3回口頭弁論期日（同年4月26日）を主宰して和解勧告を行い、約2週間後の同年5月8日の和解期日において、Yに対する長時間の事情聴取及び説得の後、Y及びXの訴訟代理人B立会いの下で本件和解の内容を読み上げ、本件和解期日を終結させた。

和解内容の概要は、XとYとは本件賃貸借契約を合意解除し、Yは平成25年10月31日限り本件建物を明け渡す。Xは、立退料220万円を支払い、敷金6万4000円を返還するほか、平成25年4月1日から同年10月31日までの賃料ないし賃料相当損害金の支払義務を免除する。Xは、立退料のうち70万円を、平成25年5末日限り、Yの指定する預金・貯金口座に振り込む方法で支払い、その余の立退料・敷金返還金の支払い方法も同様とする、というものであった（本件和解）。以上Yは本人訴訟。

その後、Yは、本件和解の立退料220万円の送金先を裁判所に通知しないで、本件和解の効力を争い続行期日の指定申立てをし、原原審裁判官の忌避申し立てをした。

期日指定の申立てを受けた原原審は、口頭弁論を開いて審理した結果、本件訴訟は、平成25年5月8日訴訟上の和解が成立したことにより終了した旨の判決をした。

この判決に対してYが控訴。

原（控訴）審は、Yが本訴提起後控訴審における口頭弁論終結日に至るまで、本件和解が成立した期日のやり取りを除き、立退料として340万円の支払いを求める旨を一貫して主張していたこと、また、「特に、前任裁判官がYに対し、4回の和解期日において和解の勧奨をしたにもかかわらず、和解が成立していないものである。・・・Yの立退料の請求は、およそ考慮するに値しない高額なものであるが、Yが一貫してそのような主張をしてきたことは、疑いのないところである。このように一切譲歩の姿勢を見せないYが、仮に和解期日において、340万円より減額した金額で明け渡すことを承諾したかのような言葉を発したとしても、Yの上記姿勢を考慮すれば、本件はそれがYの真意に出たものであるかどうかの確認に慎重を期すべき事案であり、些かでも疑問がある場合には、担当裁判官としては、和解を不成立とし、本来の訴訟進行に戻って判決をすべきもので

ある。/このような観点から上記認定事実をみると、本件和解期日における原審〔原原審〕裁判官とYとのやり取りは、そのほとんどが和解室での両名だけの会話であったものであり、和解期日の終了に際して書記官及び双方当事者が立会いの上で原審〔原原審〕裁判官が読み上げたと推認される和解条項の内容を見ても、それがYの真意に基づいたものであることが明白であるといえるほどに単純なものではなく、Yが本件和解期日後に和解の成立を前提とする行動をとった事実もない」と認定した。そのうえで本案請求についても判断したうえで、原審は、①原原審判決の取消し、②本件和解が無効であることの確認、③YはXから40万円の支払を受けるのと引き換えに、Xに本件建物の引渡し、④Yに対して、Xへの平成25年4月1日から本件建物の開け渡し済みまで1か月3万2000円の割合による金員の支払いを命じ、⑤Xのその余の請求を棄却、⑥訴訟費用、⑦仮執行宣言、を主文とする判決を言い渡した。

これに対して、Yから上告受理の申立て。

【判決理由】

「3 しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

(1) 訴訟上の和解が無効を主張する者は、当該和解が無効であることの確認を求める訴えを提起することができるが、記録によれば、本件においては、いずれの当事者も本件和解が無効であることの確認は求めている。それにもかかわらず、主文において本件和解が無効であることを確認した原判決には、当事者が申し立てていない事項について判決をした違法があり、この違法が判決に影響を及ぼすことは明らかである。

(2) また、訴訟上の和解が成立したことによって訴訟が終了したことを宣言する終局判決（以下「和解による訴訟終了判決」という。）は、訴訟が終了したことだけを既判力をもって確定する訴訟判決であるから、これと比較すると、原告の請求の一部を認容する本案判決は、当該和解の内容にかかわらず、形式的には被告にとってより不利益であると解される。したがって、和解による訴訟終了判決である第1審判決に対し、被告のみが控訴し原告が控訴も附帯控訴もしなかった場合において、控訴審が第1

訴訟上の和解が成立したことを理由とする訴訟終了宣言と被告のみの控訴（河野）

審判決を取り消した上原告の請求の一部を認容する本案判決をすることは、不利益変更禁止の原則に違反して許されないものというべきである。

そして、和解による訴訟終了判決に対する控訴の一部のみを棄却することは、和解が対象とした請求の全部について本来生ずべき訴訟終了の効果をその一部についてだけ生じさせることになり、相当でないから、上記の場合において、控訴審が訴訟上の和解が無効であり、かつ、第1審に差し戻すことなく請求の一部に理由があるとして自判をしようとするときには、控訴の全部を棄却するほかないというべきである。

これを本件についてみると、和解による訴訟終了判決である第1審判決に対しては、第1審被告であるYのみが控訴しているのであるから、第1審判決を取り消して第1審原告であるXの請求の一部を認容することは、不利益変更禁止の原則に違反して許されず、原審としては、仮に本件和解が無効であり、かつ、Xの請求の一部に理由があると認めたととしても、第1審に差し戻すことなく自判する限りは、Yの控訴の全部を棄却するほかなかったというべきである。それにもかかわらず、原判決は、第1審判決を取り消し、Yに対し、40万円の支払を受けるのと引換えに本件貸室を明け渡すべきこと及び賃料相当損害金を支払うべきことを命じたうえで、Xのその余の請求をいずれも棄却したのである。このような原判決の処理には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。」

原判決破棄、控訴棄却。

【研究】

1 本件は、訴訟上の和解によって終了した第一審手続につき、その被告であった者から当該訴訟上の和解の効力を争い、〈期日指定の申立て〉がなされた事件である。訴訟上の和解の効力をめぐる争いに関し本件最高裁は、これまで必ずしも十分に解明されていたとはいえない問題につき、注目すべき判断を示した。その判旨はいささか簡略ではあるが、いくつかの点で検討を要する点がある。また、本件は、裁判所が行う訴訟上の和解の在り方にも一石を投じるものだといえる（控訴審判決は、上記【事実関係】に示したように、本件和解が無効だとした判断の理由として担当裁判官の和解勧奨過程を検証し無理があったことを批判的に検討している）。

本件ではまず、訴訟上の和解につきその効力を否定する被告側（Y）からなされた期日指定の申立てに基づき再開された手続で、本件原原審裁判所は、本件訴訟上の和解は有効だと判断し、本件訴訟手続はこの訴訟上の和解によって終了したと宣言する判決（和解による訴訟終了判決）を下した。この、訴訟上の和解の効力を争う手段として選択された期日指定の申立てにつき最高裁はこれを容認したが、それ自体は従来判例に沿う判断であった（先例となる大審院時代の決定として、大決昭和6年4月22日民集10巻380頁。この決定は、期日指定を却下した控訴審判断を否定して、この場合に期日指定を拒むことができないと判示した。最高裁の判決としては、最〔1小〕判昭和33年6月14日民集12巻9号1492頁が期日指定を前提とする）。そのうえで本件最高裁は、本件控訴裁判所が、判決主文で本件訴訟上の和解が無効であると宣言し、さらに進んで本案について審理をした結果、原告の請求を一部認容する判決を下したことにつき、①まず訴訟上の和解が無効を主張する方法として、和解無効確認の訴えを提起することができること（判決文3（1））に言及・確認した上で、本件ではいずれの当事者も本件和解が無効であることの確認自体を求めていないにかかわらず、本件控訴審が判決主文で本件和解が無効であることを確認しそれを宣告したのは、当事者が申し立てていない事項につき判決をした違法がある（民訴246条参照）と指摘する。また、②本件で原原審が訴訟上の和解が有効であるとして訴訟終了判決をなしたことにつき、これを承認すると共にこの訴訟終了判決の性質は、「訴訟が終了したことだけを既判力をもって確定する訴訟判決」であると性格づけた。そのうえで更に、③「これと比較すると、原告の請求の一部を認容する本案判決は、当該和解の性質に関わらず、被告にとってより不利益であると解される」と述べる。以上の一般的判断を前提に、本件について検討し、④「和解による訴訟終了判決である第1審判決に対し、被告のみが控訴し原告が控訴も附帯控訴もしなかった場合において、控訴審が第1審判決を取り消した上原告の請求の一部を認容する本案判決をすることは、不利益変更禁止の原則に違反して許されない」と結論付けた。また、一部のみを控訴棄却することは、その部分のみの訴訟終了が確定することになり相当でないという。

訴訟上の和解が成立したことを理由とする訴訟終了宣言と被告のみの控訴（河野）

2 (1) 現行民事訴訟法は、判決によらずに当事者が裁判によらない訴訟終了という自主的な紛争解決を求めた場合につき、従来それらが分散して定められていたのを改めて、新たにこれらを一括して一章にまとめて規律をした（第6章 裁判によらない訴訟の完結。民訴261条から267条）。特に訴訟上の和解もその一つであるが、これらの行為によりいったん終了した訴訟に関し、その効力を争う方法の明文規定はない。判決による訴訟終了の場合には、その判決に不服があれば、その当事者には不服申立てとして上訴が規定されている。しかし、当事者の判決によらない訴訟完結の事由については、自己の意思による行為により係属中の訴訟手続を判決によらずに終了させるという共通の訴訟法上の効果があることもあり、それに対する不服申し立ての方法は明文で定められてはいない。しかし、例えこのような行為が自主的な行為であっても、その結果発生する訴訟の終了につき紛争が生じることは避けられない。特に訴訟上の和解は、多くが裁判官の説得と、それによる当事者双方の互譲により紛争を収めようとする意思を基礎とするが、多くは和解案の提示に裁判官が積極的に関与することが多い。その際特に、裁判官が当事者への譲歩を求めるに際しての働きかけが強引であれば、その成立に不満が残る恐れは払拭できず、後に問題が顕在化し、この点に関して複雑な利害の対立を生む可能性がある。その不満は、相手方に対してというよりむしろ和解案を提示しその受諾を説得した裁判官に対するものであることが稀でない。近時、訴訟上の和解による紛争解決に対する実質的なメリットが注目・強調されてきたこともあり、裁判官による和解成立への積極的関与が顕著であるが、他方でその手続上の問題を見極めることと、裁判官による説得活動等、その関与の限界を明らかにすることも不可欠である。もっともその具体的検討はこれまで十分な検討がなされていたとは言い難いのが実情であった。本件では直接この点が問題となった。控訴審判決では、この点の指摘がみられる点で注目される。

(2) さて、訴訟上の和解の効力をめぐる紛争に関する救済方法につき、従来から判例は、個別事件の解決を通じて様々な選択方法を認めてきた（この点に関して、河野正憲「訴訟上の和解とその効力をめぐる紛争」『当事者行為の法的構造』（弘文堂・1988）255頁、269頁以下）。本件でも最高裁は、訴訟上の和解についての不服申立ての方法が複数存在しうるとの従

来の判例の取扱いを踏襲し、本件で採られた期日指定の申立ての他に和解無効確認の訴えが提起できることをその判示事項の冒頭で指摘した。

この点に関する学説には様々な見解がみられたが、最近では一方で期日指定の申立てを、あるいは原則として正当とすべしとする見解も有力化している（これらの概要は、高橋宏志『重点講義・民事訴訟法上〔2版補正版〕』（有斐閣・2013）769頁、782頁（原則期日指定説））。また、訴訟上の和解に既判力を認めつつその不服申し立ては再審手続に限定しないとの見解もみられる（最近では、三木浩一他『民事訴訟法〔2版〕』（有斐閣・2015）490頁〔垣内秀介〕。もっともこの見解については、法的安定性を強調するが、拘束力の根拠につき十分な理論的根拠を見出すことは困難である。この点に関し、河野正憲『民事訴訟法』（有斐閣・2009）346頁）。これら並存する学説間では、それぞれが自説の優れた点を誇示するが、判例がなぜ様々な救済策を許容しているのか、各方策の持つ長短とその相互の関連性についての立ち入った分析が尽くされているかについて懸念は拭えなかった。判例が様々な救済策を許容するのは、単なる便宜的取り扱い（各方策に優劣がなく当事者の便宜を第一とすべきと説くのは、新堂幸司『新民事訴訟法〔5版〕』（弘文堂・2011）375頁）とすれば、それ以上に問題を詮索する意味はないことになろう。しかし、その個別的取り扱いには、より積極的な合理的配慮が存在するのではないか、特に、いったん訴訟が終結した段階で、その終結に関して当事者に不服があるとすれば、そのような当事者の不服を手続上十分に汲み取ることが必要であり、これを新たな法的紛争として把握し理論化する必要がある。また換言すれば、その主張する一定の救済策から外れた当事者の救済申立てを不合法だとして拒絶しなければならないのか、各方策には長所と共に欠点があるとすれば、ある方策を選択してもその後の手続内で問題が生じうるのであれば、その方策が持つ欠点を回避する手段もまた真摯に検討する必要がある。なおこの点に関して、和解無効確認の訴えについては、別に期日指定の申立てが認められているのに、これとは別に和解無効確認の訴えを許容することが、確認の訴えという手続選択（救済形式）が果たして適切かが問われるべきだとして訴えの利益を否定する見解もある（高田裕成「93事件」『民事訴訟法判例百選〔第5版〕』（有斐閣・2015）186頁）。しかし、期日指定の申立てが、和解無効に関する当事者の不満を訴訟手続に反映する方法

訴訟上の和解が成立したことを理由とする訴訟終了宣言と被告のみの控訴（河野）

として十分に機能しているか、とくに被告側からの和解無効の不服・主張が、従来の訴訟手続の期日を再開して継続することのみの取り扱いで十分に組み尽くされているのか、が問われるべきであった（この点につき、河野正憲「前掲論文」269頁以下及び276頁）。本件でも、被告は、専ら本件和解の勧奨が強引であり、和解案に同意していないことを訴えているのであり、当然に旧訴訟の継続・再審理に意義を認めているわけではなく、また本件では期日指定により和解をした裁判所での再審理がなされることになるが、和解の過程などについての客観的で冷静な再審理を保障するという手続形式上の問題もあり、その結果が不服申し立てをした者を納得させるか等、特に期日指定の方法に内在する問題点もあり、その明確化が必要であるといえる。

(3) 本件においてYは、期日指定の申立てをしたが、この選択は学説の有力な見解に従った不服申立ての選択であったようにも見える。しかし、本件で最高裁はその説示の冒頭で、まず訴訟上の和解の効力を争う方法に言及し、一般論として、＜和解無効確認の訴え＞を提起することができることを確認・宣言している。これは、具体的には、本件では担当裁判官の忌避の申立てをしていることもあり、期日指定の申立てが不服申し立ての方法として必ずしも適切でなかったことを示唆した、ともいえよう。また、理論上も本件のように期日指定の申立てのみがなされた場合には、この期日指定の申立てでは、和解をした裁判所に、いったん終結した訴訟手続につき新たに口頭弁論期日を指定し、終了したとされる手続の再開・続行を求めているに過ぎない。したがって、それによって、そこで当面の争点とされるべき和解の効力自体は直接訴訟物として明示的に判決の対象にはなっていない。このような理解によれば、例え期日指定の申立てがなされても、それのみによって和解無効を判決主文で宣言することはできないことになる。その手続の過程で和解が無効だと判断がなされても、それを判決主文で判断することができないとすれば、これを回避するためには和解無効の確認を求める訴えが必要である。本件判決冒頭説示は、このことを導くための布石であったとも考えられる。

(4) 他方で、和解無効確認の訴えが提起された場合に、終了したとされる前訴手続につき期日指定の申立てがなされていないのであれば、この和解無効の確認を求める訴訟は前訴とは別の独立した事件であり、そこで

は当該訴訟上の和解が果たして有効に成立したか否かのみが審判の対象となる。その際、本来訴訟上の和解の効力は、和解条項に示された実体法上の効果の発生の根拠となるだけでなく、それが有効に成立することで係属中の訴訟手続を終結させる訴訟法上の効果をも直截の目的としているから、この訴訟は単に和解が実体的に無効であることを確定することだけを目的とするわけではない（このように理解するのは、石川明『訴訟行為の研究』（酒井書店・1971）11頁、また同旨、高田裕成「前掲」197頁。もっとも石川説は訴訟上の和解の法的性質につき私法行為説によっている（同6頁））。この訴訟で、和解が有効に成立しなかったことが確認され、その旨の判決が主文で宣告されて確定すれば、和解の実体法上の効果の不存在と共に、訴訟法上当該訴訟が終了していないことも確定されることになる。

もっとも、この確定判決によっても、これとは別事件である旧訴訟手続が自動的に再開され、その本案審理がなされるわけではないから、そのためには、その本案判決による終結に利益を持つ者が、旧訴訟手続についてその口頭弁論期日の指定を求めて、別訴で確定した和解が無効であることを前提として、本案に関する訴訟手続を進行することが必要となる。

このような両者の補完的な関係は、期日指定の申立てがなされた場合についてもいえる。期日指定の申立により当然に、和解の無効を確認する判決がなされるわけではないから、そのためには和解無効確認の訴えを中間確認の訴えとして提起する必要があることになる。本件最高裁判決（前述①）は、このような両者の関係をも指摘したものと理解される。

3（1）ところで、訴訟上の和解が成立したことを理由に手続終了の措置が取られたのに対する不服申立として期日指定の申立てがなされた場合、裁判所は、どのような対応をとるべきか。

一般に期日指定の申立ては、裁判所に対していったん終結した口頭弁論の再開を求める申立てに過ぎない。本来、事件がなお係属中であれば、いったん終結した手続を再開するか否かは裁判所の訴訟指揮権の範囲内であり、本来裁判所は職権でその再開を命じることができる（民訴153条）。これに対して、訴訟上の和解により訴訟が一旦終結した場合には、当該事件は訴訟上の和解により終結によってもはや訴訟係属していないはずである。にもかかわらず、この場合の期日指定の申立ては、このような訴訟終

訴訟上の和解が成立したことを理由とする訴訟終了宣言と被告のみの控訴（河野）

了の結果を無視してその手続を再開して再審理を求めるのであり、そのような主張につき、裁判所はその可否を判断しなければならない。この点に関し、前掲大審院昭和6年決定は、原審が訴訟上の和解が有効に成立したことにより事件は最早係属していない、との理由で期日指定の申立てを却下したのに対して、この場合には口頭弁論を開いて和解の効力に関する審理・判断をすべきだと判示した。こうして、今日では一般に、訴訟上の和解の効力をめぐって不服があり、口頭弁論の再開を求める申立てがなされている場合、裁判所は口頭弁論を開いてこの点の判断をしなければならないものとされている。

(2) 期日指定の申立てを承けて再開された訴訟手続では、裁判所は、まず和解が有効に成立したか否かに的を絞って、口頭弁論を開いて審理・判断をすべきである。この意味で、この再開後の手続は、当面は和解の効力及びそれに伴う訴訟終了の効果をめぐり、以後の訴訟手続の続行の可否を審理判断するための前提となる手続であり、裁判所は、まずは専らこの点について判断する必要がある。その結果、訴訟上の和解が有効に成立しなかった、又は無効だと結論に至れば、その点を中間判決（民訴245条）で明示すべきである（中間判決の機能等につき、河野正憲「民事裁判の種類と機能」『実務民事訴訟講座〔第3巻〕』（日本評論社・2013年）231頁、262頁）。一般には中間的な争いについて必ず中間判決をする必要はなく、終局判決で判断することが可能であるが、この場合には、訴訟上の和解の効力に関する判断を明示せずに、その無効を前提とした本案の審理に進むことは、適切とは言えない。この場合には、本案の審理を再開するか否かが以後の手続の帰趨を決する事項であり、その審理の結果を当事者双方に明確にすべきだからである。和解が無効であれば、以後和解が排除されて本案に関する旧手続が復活するから、当事者双方に本案の弁論を求める必要があることになる。特に、訴訟上の和解は有効でこれによって訴訟手続は終了したと考えていた当事者にとっては、このような裁判所の判断は自己の考えた結論に反することになる。この当事者にとって、弁論再開をめぐり審理の局面では、専ら裁判所の作成した和解案に沿って和解に応じたのであれば、格別にこの段階の手続で自ら積極的に手続内で主張しなければならない事項は存在しない可能性が高く手続上の十分な対応は期待しえない。和解の効力をめぐり審理ではその不服の核心が裁判所の和解案の勧

奨の過程にあり、特に裁判所の和解の手法に不満がある場合、問題となる事項は不服申し立ての当事者と裁判所の関係であるともいえ、相手方当事者が審理に積極的に関与するインセンティブを持たない。にもかかわらず、この点に関する裁判所からの明確な判断結果の告知なしに、和解が無効だったということを前提に本案審理の再開・続行をすることは、相手方当事者にとって手続上不意打ちとなる可能性がある。この場合には裁判所は、かならず中間判決で和解が無効であり、当該訴訟手続が係属している旨を明示すべきである。また、期日指定の申立てによっては和解調書の執行力は当然には停止しないから、和解調書による執行が問題となり得る場合には、基本的には期日指定の申立てのみでは不十分であり、和解無効確認の訴え又は請求異議の訴えを合わせて提起する必要がある（参照、民執39条1項2号）。

(3) 訴訟上の和解について、期日指定の申立てによりその無効を主張した不服申し立てがなされたにもかかわらず、当該和解が有効に成立し、手続が和解調書の作成により終結したと判断する場合、裁判所は、当該訴訟手続は訴訟上の和解によって終了した旨を宣言する終局判決（「和解による訴訟終了判決」）をすべきである。本件最高裁は、この取り扱いを承認し、その判決の性質は、「訴訟が終結したことだけを既判力をもって確定する訴訟判決」だとした。したがって、この判決が終局判決である以上、これに対する不服申立の方法は上訴であり、控訴、上告が可能となることになる。この場合、この上訴によって、和解及び訴訟終了の効力についての不服と共に事件全体に関する判断は、上訴審に委ねられる（移審の効果）。

事件が移審し、上訴審が和解を無効と判断した場合、一般には、第一審の訴え却下判決を控訴審が取消す場合と同じであるとすれば、事件の本案に関する当事者の審級の利益を保護するために、原審に事件を差し戻すのを本則とすべきことになる。しかし、和解による訴訟終了判決を通常の却下判決と同一に取扱いうるのかについては、さらに検討を要する。

4 (1) 和解による訴訟終了判決に対して上訴がなされた場合、この判決が、「訴訟が終結したことだけを既判力をもって確定する訴訟判決」であるとする本件最高裁判決のこの判決の法的性質の理解には異論がある（この点につき、三木浩一「訴訟終了宣言判決の取消と自判の可能性」『上

訴訟上の和解が成立したことを理由とする訴訟終了宣言と被告のみの控訴（河野）

野泰男先生古稀祝賀論文集』(弘文堂・2017) 479 頁、488 頁以下)。この判決が通常の訴訟判決と異なるとの指摘(三木浩一他『前掲書』399 頁以下〔垣内秀介])を承けてこの見解は、この訴訟上の和解による訴訟終結判決と通常の訴訟判決の違いを指摘する。指摘される両者の相違として、①通常の訴訟判決は訴訟係属を前提としその判決(確定)によって訴訟終了効が形成的に発生するに對して、和解による訴訟終結を宣言する判決は、訴訟終了の事実を確認的に判断するにすぎないこと、②この判決の既判力についても、通常の訴訟判決が訴訟要件の不存在を確定するのに對してこの訴訟終了宣告の判決は、その訴訟が終了したことを確定するのみの効力を有する点で異なる、とする。

この見解は、このように通常の訴訟判決と和解による訴訟終了判決は性質が異なるとの理解を前提に、訴訟終了宣言判決に對する上訴がなされた場合の移審の範囲は、通常の訴訟判決に對するそれとは異なった扱いをすべきだとする(三木浩一「前掲論文」400 頁)。本件最高裁が、訴訟終了宣言判決も通常の訴訟判決の場合と同じく事件が全部上訴審に移審すると解するのに對して、この見解は、訴訟終了宣言判決の審理対象は和解の効力に関する紛争であり、本案の審理対象は訴訟物の存否に関する別の紛争であるとし、訴訟終了宣言判決に對する上訴により本案部分が一体として移審するという全部移審説は不当だと断じる。

(2) 確かに、通常の訴訟判決の場合とこの和解による訴訟終了判決にはいくつかの違いがあることは事実である。しかし、これらの批判説が挙げる両者の違いがこのような異なった手続上の扱いを正当化しうるかどうかは別途立ち入った検討が必要である。

批判説は、①訴訟終了を宣告する判決は、通常の訴訟判決が訴訟終結の効果を形成的に発生させるのとは異なって、単に和解によって訴訟が終了したことを確認するのみだという理解を前提とする。しかし、その理解に關してはまず、和解による訴訟終了判決という特殊な判決が必要とされる基本的前提、特にそもそも口頭弁論期日の指定という不服申立ての方法を許容してきたこととの關係を確認する必要がある。この判決は、訴訟上の和解でいったん終了したとされる手続について、和解の効力を拒否する当事者が、当該訴訟は終結しておらず、事件ははまだ係属しているとの主張を前提にその手続につき口頭弁論の期日指定を求めていることへの応答

である。前述のように、判例は、この場合には必ず期日を開いてその主張の当否を判断すべきだとした（上記、大審院昭和6年決定）。このことは、再開された口頭弁論手続では当該事件についての手続処理上一応訴訟が係属していることを前提しているといえる（訴訟係属扱いの承認）。しかし、その審理の結果、訴訟上の和解は有効に成立し、訴訟がその和解によって終結しているとの確認をする訴訟終了判決の場合には、この訴訟係属の扱いを終了させる効果を持つといえる。もっとも、これに対して、この判決に不服を持つ者が上訴を提起した場合には、事件は（全部か一部かはともかく）移審し控訴審に係属すると観念されている。そうだとすれば、なお、この判決の上訴期間が尽きるまでは事件が係属し、また上訴行為によって移審すると観念されることになる。訴訟係属を否定する場合、上訴審への移審の効果の理解に窮することにならないであろうか。また、一部が移審するに過ぎないとした場合、移審しない部分（本案）は、原審に残留する扱いとなる。そうすると、上訴審での和解の効力の審理の間は、この本案の審理は別の前審裁判所で係属・凍結されていることになる（したがって、和解による訴訟終了判決は全部判決ではなくしたがって終局判決ではなく、部分判決だとする。三木浩一「前掲論文」489頁）。この間、この和解の効力は維持されて一般にその執行力は制約されないのか、あるいは、一部が上訴審に係属する間は執行力が停止されるのかも問題になろう。

また、この判決の既判力に関しても、批判説は、②通常の訴訟判決が訴訟要件の不存在を確定するのに対してこの訴訟終了宣告の判決は、その訴訟が終了したことを確定するのみの効力を有する点で異なる、とする。このことから、「訴訟終了宣言判決の審判対象は和解の有効・無効をめぐる紛争であるのに対し、本案の審判対象は訴訟物の存否をめぐる別個の紛争である」として、両者を区別する（三木浩一「前掲論文」491頁）。しかし、弁論再開の後の手続で、和解無効の問題は、実質的に後の本案に関する手続の審理の再開の前提事項に過ぎず、その点の判断を別個の紛争として手続を二分することは、適切ではない。この点につきこれが実質的に再審手続に類するとも指摘するが、再審手続での再審要件の審理は本案手続と連続しており、両者が別の裁判体に区別分離されているわけではない。和解無効自体を、独立した紛争として裁判所の判断対象とするためには、本件最高裁は、和解無効確認の訴えが必要だと述べるのはこのような事情を考

訴訟上の和解が成立したことを理由とする訴訟終了宣言と被告のみの控訴（河野）

慮したものといえる。口頭弁論再開によって審理がなされた結果、当該訴訟手続が和解によって有効に終了しているとの裁判所の判断は、当該訴訟手続が和解によって終了したということを宣言する裁判であり、これを判決と性格づけることにより、控訴、上告手続による審査の可能性をも保障したものといえる。その結果、この判決の既判力は、「訴訟が終了したことだけを既判力をもって確定する訴訟判決である」ことになり、その結果、再度の期日申立てはもはや排除される。しかし、和解が無効であることについてその既判力は及んでおらず、これを避けるためには和解無効確認の訴えを併合提起することが必要になろう。

いずれにせよ、和解による訴訟終了判決に対する上訴がなされた場合、移審の範囲を和解無効をめぐる紛争に限定する一部移審説には賛成することができない。本件は、この判決が事件全体についてその審級を終了する終局判決であり、上訴がなされた場合には事件全体が上訴審に移審すると理解するが、このような取り扱いは正当であろう。

(3) 上訴により事件が全部上訴審に移審するにしても、上訴審の審査範囲に関して問題が生じる。上訴審の審査範囲は、当事者の不服の範囲、その申立てに拘束される。本件は、被告からの和解無効による期日指定の申立てであり、裁判所は和解による訴訟終結判決をしたのに対して、これに不服の被告のみが控訴の申立てをし、原告側は控訴をしなかった事例であった。本件判決はこの点に関し、前提としてこの判決が訴訟判決であるとし、それとの対比で、「和解による訴訟終了判決である第1審判決に対し、被告のみが控訴し原告が控訴も附帯控訴もしなかった場合において、控訴審が第1審判決を取り消した上原告の請求の一部を認容する本案判決をすることは、不利益変更禁止の原則に違反して許されない。」という。

もっとも、まず、上訴の利益に関してみると、和解無効を主張し、弁論の再開を求めた当事者の申立てを否定し和解による訴訟終了を宣言した判決に対し上訴によりその再審査を求める場合に、これを通常訴訟判決と直ちに対比しうるのは疑問である。むしろこの場合の上訴の利益は、通常訴訟判決の場合とは違った取り扱いが必要であろう。上訴の利益につき、通説は形式的不服説により、当事者の判決要求と裁判所の終局判決との対比により不服の有無を判定している。しかし、和解により訴訟が終了した旨を宣言する判決がなされた場合、当事者の判決要求との対比は問題とならず、

その前提が存在しないからである。訴訟上の和解が、訴訟物である権利関係についてそれぞれの主張を譲り合うことによって成立しているにせよ、訴訟上の和解による訴訟終了を肯定した判決に対する不服の対象は、もはや判決要求と判決内容との関係で生じた不服ではなく、それは直接にはこの和解の成立・内容に対する不服にある。したがって、この場合、和解に応じ、それを受け入れた相手方当事者には一般的な意味での不服は存在しないともいえよう。もっとも、控訴審で和解による訴訟終了が否定された場合、この当事者は控訴審が和解の取消の判断と共に本案について自ら判断できると判断する場合には、この本案判決との関係で不服が潜在的に意味をもち、控訴申立ての相手方であり控訴審で十分な弁論をしなかった当事者側の全部敗訴となる可能性がある。この場合、その限りでは不利益変更の原則には反しないが、保護の範囲は片面的である。控訴審でこの者に十分な弁論の機会が与えられておらず、武器対等の原則に反する不公正な取り扱いだとの懸念が生じうる。

(4) さらに具体的な不服申立のインセンティブとの関係からみれば、原告が期日指定の申立てをした場合と、本件のように被告が期日指定の申立てをした場合とでいささか事情が異なり得る。

原告側から期日指定の申立てがなされた場合、原告は、和解が無効であるとの主張と共に、さらにそれに基づいて、自らが訴えを提起し進行中の事件につき、和解に代ってその本案判決を強く求めることになるのが通常であろう。控訴審裁判所が、当該和解が無効だと判断する場合、原裁判所が下した、当該事件が和解により訴訟終了した旨の判決を取消して、自判できると判断した場合が問題となるが、この場合には原告が本来の請求につき判決を求めているので、これに対抗して、被告側の上訴又は附帯上訴のインセンティブは存在する。その結果原告の請求を全部認容することは不利益変更禁止原則に抵触せず、その可能性が予想されるからである。

他方で、被告側が期日指定の申立をし、和解による訴訟終了判決に控訴をする場合、裁判所が当該和解が無効だと判断する場合には、控訴裁判所は、原判決が下した、当該事件が和解による訴訟終了した旨の判決を取消して、事件を原審に差し戻すのが原則であるようにもみえる。また、不利益変更禁止の原則のみからみれば、控訴審が原告側の全面敗訴の判決をすることも、それには抵触しないことになろう（必要的差戻しを説くのは、

訴訟上の和解が成立したことを理由とする訴訟終了宣言と被告のみの控訴（河野）

坂田宏「訴訟終了判決に関する一考察」『徳田和幸先生子機祝賀論文集』（弘文堂・295頁、307頁）。

ただ、和解を受け入れた原告にとっては、再開した一審手続で和解は有効だとの判決を得たが、控訴審ではこれに反してその和解が無効であるとの判断がなされただけでなく、本案についてもその請求が全部否定される判断が突然下されることは全く予想外であろう。そうすると控訴審は、原判決を取り消して事件を原審に差し戻すか（もっとも、原裁判所に差し戻した場合にも当事者の不信感は払拭されない可能性がある）、少なくともこの場合に控訴審が自判をするのであれば（そのこと自体は、むしろ、適切な判断だともいえる）、本案について原告側に本案についての控訴審での弁論の可能性が与えられるべきである。そのためには、和解が無効だとの中間判決をし、相手方の附帯控訴を待って、改めて本案に関する控訴審での期日を指定したうえで本案の判断をすべきである。この場合には、控訴審でなすべき自判のための手続についてもより実質的な審理の可能性が探られてしかるべきもののように思われる。

5 本件で、最高裁は、和解による訴訟終了判決に対してなされた控訴につき、その性質が、「訴訟が終了したことだけを既判力をもって確定する訴訟判決である」とし、それが事件全体についての終局判決であることを前提に、これに対する控訴で事件は全体が控訴審に移審すること、控訴審は、和解が無効である場合にも和解が無効であることの確認判決をすることはできず、そのためには別途和解無効確認の訴えが必要であること、この判決に被告のみが控訴をし、相手方が控訴も附帯控訴もしていない場合、不利益変更禁止原則により、自判をする場合には、原判決全体を破棄し、事件を原審に差し戻した上で、控訴を棄却しなければならないものとした。その結果、結局、控訴審で問題とされた和解はそのままその効力を維持する結果となった。実務上も、また理論上も注目すべき点の多い判決である。

