

〔下級審民訴事例研究 四八〕

離婚の調停条項のうち清算条項のみの無効確認請求につき、確認の利益がないとして、訴えが却下された事例

東京高裁平成一二年一〇月三日判決（東京高裁平一二（ネ）二七二五号）調停無効確認請求控訴事件、判例時報一七五九号七三頁、判例タイムズ一〇七二号二五一頁

〔事実〕

X男（本件原告・控訴人）を申立人、Y女（本件被告・被控訴人）を相手方とする夫婦関係調整事件（以下、「本件家事事件」という）において離婚調停が成立した（以下、「本件調停」という）。本件調停の調停条項は次のとおりである。

①XとYは離婚する。②兩名間の未成年の子の親権者はXとする。③Yは兩名間の四名の子の将来の出費に備え、同人たちの各名義で一人あたり六〇万円あて預金する。④兩名は相互に相手の立場を尊重する。⑤「当事者双方は、本件離婚に関する紛争は一切解決したものとし、今後は相互に名義の如何を問わず何ら金銭その他の請求をしない。」

本件は、XがYを被告として提起した、これら調停条項中の第五項（右の⑤）。清算条項。以下、「本件条項」というの無効確認請求訴訟である。Xはその理由として以下のように

に主張した。Yは本件家事事件において、Xの間に応じて、同人が婚姻後取得した財産は特定の土地建物と特定のゴルフ会員権がすべてであり、子名義の預金は存在しない旨を述べ、Xはこれを信じて本件調停を成立させた。しかるに、Yは本件調停成立時に、子名義の銀行預金を含む他の財産を有していた。したがって、本件調停を成立させる旨のXの意思表示は、Yの詐欺によるものであって、Xはこれを取り消した。また、XはYを相手方として財産分与を求める調停（以下、「別件調停事件」という）を申し立てており、この調停を行うために本件条項の無効を確認する必要がある、と。これに対して、Yは以下のように主張した。①調停の無効確認を求める訴えは現在の法律関係の存否の確認を求めるものではないから、不適法である。②Xの財産分与請求権は離婚の時から二年の経過によって消滅しているから、本件訴えは訴えの

利益を欠く、③調停条項の一部の無効確認を求めることは、信義則上許されない。④Yは、婚姻後取得した財産につき、Xが主張するような内容を述べたことはない、と。第一審は、YがX主張のような欺罔の発言をしたと認めるに足りる証拠がないとして、請求棄却の本案判決を下した。これに対して、Xが控訴。控訴審判決である本判決は、以下の理由で、原判決を取り消し、本件訴えを不適法として却下した。

〔判旨〕

「一般に、調停の合意における意思表示に詐欺や錯誤等を理由とする瑕疵があるときは、確認の利益があるかぎり、右調停の無効確認を請求することができる。しかし、本訴請求は本件調停全体の無効確認を求めるのではなく、その後控訴人が申し立てた別件調停事件において財産分与の請求をするために、本件調停のうちの離婚及び親権者の指定等に関する合意は有効に成立したものととして、これを維持したまま、いわゆる清算条項である本件条項のみの無効確認を求めるものである。

複数の調停条項のうち、特定の権利義務を定めた条項だけを取り上げて、請求異議の訴え等によりその債務名義の効力を争い、あるいは、当該条項に基づく特定の権利義務を負わないことの確認を求めることも場合により許されないではないが、本件条項は、いわゆる清算条項であって、特定の権利義務を定めたものではなく、したがって、本件条項のみの無効を確認しても、これによって当事者間の特定の権利義務の存否や法律関係が確定するものではないから、特段の事情がないかぎり確認の利益はないものといわなければならない。

控訴人は、特段の事情として、別件調停事件において、被控訴人に対し、改めて離婚に伴う財産分与について調停をするためには、本件条項の無効を確認する利益があると主張するが、本件条項があったとしても、当事者間において新たな合意をすることは自由であり、したがって、それだけでは本件条項の無効を確認する利益があるとはいえない。また、別件調停事件において新たな合意が成立しない場合には、控訴人の財産分与請求権は、離婚時から二年を経過しているのがあるから、本件条項の有効無効にかかわらず、消滅している(民法七六八条二項但し書き)ため、審判手続においてその請求権を主張することはできず、したがって、その場合においても、確認の利益がないことは明らかである。」

〔評釈〕

判旨に反対。調停条項の一部のみの無効確認の訴えに対しては、本判決のような訴え却下の訴訟判決ではなく、請求棄却の本案判決がなされるべきである。

一 本判決の意義

調停や裁判上の和解につき、無効ないし取消しの主張が

認められるか否か、およびその前提として、これらが既判力を有するか否かについては、従来から学説上も実務上も争われていた。しかし、本件におけるように、調停条項あるいは和解条項の一部のみの無効の主張の可否が争点になったことは、これまでなかったようである。本判決はこのように先例のない問題についての判断を示した点で、注目値する。しかし、本件を紹介する判例タイムズ一〇七二号二五一頁によると、本判決に対してXは上告受理申立てをなしたが、不受理となった。そのため、この問題に関する最高裁の判断は明示されずに終わった(四での論述も参照されたい)。

二 家事調停の既判力ならびに無効および取消しの主張の可否

(一) 本件における争点である、家事調停条項の一部の無効・取消しの主張の可否を検討するに先立ち、家事調停自体(一個の家事調停全体)の既判力の有無およびその無効・取消しの主張の可否についての評釈者の見解を表明しておく。

(二) 家審法二一条一項本文は、家事調停において成立した場合が調書に記載されると、「確定判決と同一の効力を有する」と規定し、同項但書は、同法九条一項乙類に掲げ

る事項についての合意が調書に記載されると、「確定した審判と同一の効力を有する」と規定している。審判には既判力がないので、但書が適用される調停に既判力がないことについては、異論がないといつてよからう。⁽¹⁾ それに対して、本文が適用される調停の既判力の有無については、裁判上の和解(民訴二六七条がやはり「確定判決と同一の効力を有する」と規定。旧民訴二〇三条も同じ内容)および民事調停(民調一六条が「裁判上の和解と同一の効力を有する」と規定)についてと同様に、見解が分かれている。

学説は、既判力肯定説、既判力否定説、および、原則として既判力を認めるが、これらに無効・取消原因が存するときには、既判力が否定されるとする、制限的既判力説の三説に分類される。⁽²⁾ 判例および裁判例には一貫性があるとは言いがたい。⁽³⁾ 本判決は、調停の合意における意思表示に瑕疵があるときには、調停の無効確認請求が認められ得るとしている(判旨)として引用した部分の冒頭)ので、既判力否定説ないし制限的既判力説をとっているといえる。

私は以下のように考える。⁽⁴⁾ まず、無効・取消原因があるときは既判力が否定されるという、制限的既判力説の考え方は、既判力の本旨に反するので、同説は支持できない。そこで、既判力を肯定するか否定するかになるが、私は既

判力否定説を支持する。その理由は、第一に、調停や和解はあくまで紛争の自主的解決であり、調停委員会や裁判所の関与は調停または和解の斡旋ならびに内容の適法性および要式等の形式的審査に止まるものであるということである。⁽⁵⁾ 第二に、調停や和解においては、判決と異なり、主文と理由の区別がないため、既判力が生じる範囲を明確にすることができないということである。⁽⁶⁾

ただし、家事調停の効力については、裁判上の和解や民事調停にはない問題がある。すなわち、家事調停のうちには、家審法二一条一項本文の適用を受けるものと、同項但書の適用を受けるものがあり、かつ、一個の家事調停の条項中に両者が混在することが、しばしばある。⁽⁷⁾ 本件調停でも五つの条項中、①の離婚条項と⑤の清算条項は、訴訟事項に関する合意で、本文が適用され、②の親権者指定条項(家審九条一項乙類七号)と③の財産分与に関する合意と解される条項(同条同項同類五号)は、審判事項に関する合意で、但書が適用される。⁽⁸⁾ ④の条項は訓示的内容のものであり、もともと法的拘束力のないものといえよう。このように一個の家事調停の条項中に家審法二一条一項本文の適用を受けるものと但書の適用を受けるものとが混在している場合、前者につき既判力肯定説をとるならば、既判

力のある条項とそうでない条項とが併存することになる。

そうなると、調停に無効ないし取消原因がある場合、既判力ある条項は効力を否定されず、そうでない条項の効力のみ否定されるという事態が生じる可能性がある。調停条項中の一部のみの効力を否定できるか否かは、本件の争点でもあり、三で詳述するように、私は、一部の条項のみの無効の主張は認められないと解する。この私見が正しいとするならば、そのことと、条項中に既判力のあるものとなないものとが併存するということを、いかに調整するかが、問題になるであろう。しかし、家審法二一条一項本文が適用される条項について既判力を否定する立場に立てば、すべての調停条項が既判力を有さないものであるから、かような調整は不要である。

ともあれ、私は家事調停は、家審法二一条一項本文が適用される条項についても、同項但書が適用される条項についても既判力を否定する。

(三) 既判力肯定説によれば、調停や裁判上の和解に再審事由ないしこれに準じる事由がある場合に限り、再審の訴えに準じる訴えをもって、これらの効力を排除することが可能であるに止まる。それに対して、既判力否定説によれば、調停や和解に瑕疵、すなわち無効・取消原因があるこ

とを主張して、その効力を排除することができる。ただし、その主張方法については同説の中でも見解が分かれているが、私はつぎのように考える。すなわち、調停ないし和解の瑕疵としては実体上の瑕疵と手続上の瑕疵とがある。前者をめぐる紛争は当初の手続における紛争とは別の紛争であるから、その主張は別訴、具体的には調停もしくは和解無効確認の訴えや請求異議の訴えによるべきである。後者の瑕疵は、それが存するならば、当初の手続は終了していないのであるから、その主張は、期日指定を申し立てたうえで、当初の手続においてなすべきである。⁽⁹⁾ 本件で原告Xが主張している、調停が相手方の詐欺によって成立したとの瑕疵は、実体上の瑕疵であるから、その主張は調停無効確認の訴えのような別訴によるべきことになる。

(四) ところで、本件第一審で被告Yは、訴えが不適法であるとの主張の根拠の一つとして、調停無効確認請求における確認の対象が現在の法律関係でない(過去の法律関係である)ことを、援用している。過去の法律関係確認の訴えについては、確認の資格を否定する通説と、肯定する有力説とが対立している。⁽¹¹⁾ そして、調停や和解の有効・無効は過去の法律関係であると解する余地もあるので、その確認の資格を否定する見解もあり得よう。しかし、従来、調

停や和解の瑕疵の主張の可否が問題とされるにあたって、この点が議論されることはなかったようである。

調停・和解無効確認が過去の法律関係の確認であるとしても、前記有力説の立場に立つならば、訴えの適法性は肯定できるが、通説の立場に立つならば、これを否定せざるをえない。しかし、調停・和解無効確認請求の対象は、過去の法律関係ではなく、実は、和解ないし調停が無効であることに基づく現在の法律関係の確認である、と解することができると。請求の対象をこのように構成するならば、通説の立場に立つても、調停・和解無効確認請求における確認の資格を肯定すべきである。⁽¹²⁾ したがって、結論としては、いずれの立場からも調停・和解無効確認請求の訴えの適法性は肯定され得る。

三 調停条項中の一部、とくに清算条項の無効確認請求の可否

(一) 判旨は清算条項の無効確認請求につき訴えの利益をつぎのような理論構成によって否定した。第一に、複数の調停条項中の一部を取り上げ、それに基づく特定の権利義務を負わないことの確認請求にも確認の資格がある。第二に、しかしながら清算条項については、特段の事情のないかぎり、確認の利益はない。第三に、本件では、特段の事

情はない。

ちなみに、第一点は、二(四)で述べた、調停・和解無効確認請求の対象を現在の法律関係と構成する考え方を、個々の調停条項に当てはめたものである。

(二) 私は、一部の調停条項の無効確認請求は、以下の理由から、認められないと考える。

調停や裁判上の和解は、複数の調停条項ないし和解条項をもって成立するのが常態である。裁判外の和解においても同様であろう。そして、各条項は、相互にそれぞれ他の条項について合意が成立する前提条件になっている。たとえば、ある条項で一方の当事者が自己の権利を受け容れてもらうかわりに、別の条項で相手方に対して譲歩するとうようにである。もっとも、理論的には、相互に関連のない合意が一個の調停ないし和解においてなされ、それぞれが調停・和解条項として調書に並列的に記載されるといふ事態も考えられないではないが、現実には、そのようなことはまずないであろう。したがって、調停や裁判上の和解の構成要素である和解契約⁽¹³⁾においても、あるいは裁判外の和解契約においても、各条項が一体となつて一つの契約を成り立たせているとみるべきである。和解契約のかような特性のゆえに、全体としての合意、すなわち調停や和解自

体に、無効ないし取消原因があるということはあり得ても、一部の条項は有効で、他の条項は無効であるということも、実体法上あり得ない。本件においても、その他の条項の合意の効力は維持しつつ、清算条項の合意についてのみ効力を排除することは、実体法上できない。

しかも、本件調停における、Xを子の親権者にするとか、Yが子の名義で預金をするといった条項は、Xの主張が受け容れられた結果ではないか、と推測される。そうであるとすれば、さらにつきのような推測が成り立ちうる。すなわち、本件調停条項中の清算条項では、XとYが相互に相手方に対する権利を放棄することになっているが、その主たる目的は、多くの主張を押し通したXが、それ以上の主張を抑えることにある、という推測である。これらの推測が当たっているとすれば、Xが、清算条項以外の調停条項の効力は維持させながら、自己のさらなる権利主張を可能にするために、清算条項の無効確認を請求することは、第一審でYが主張したように、信義則に反しているということもできる。ただし、Yが、Xの請求は訴訟上の信義則(民訴二条)に反していると考えたのか、あるいは、実体上の信義則(民一条二項)に反していると考えたのかは、必ずしも明らかでない。私見によれば、Xの請求

は実体法上の信義則に反している可能性があるというべきである。

(三) 要するに、一部の調停条項の無効確認請求は、認められない。そうであるとすれば、この請求は請求適格を欠き、不適法であると考え余地もあろう。しかし、かかる請求は、前述のように、実体法によって認められないのであるから、実体法上理由がない(主張自体失当)。したがって、かかる無効確認請求の訴えに対してなされるべき判決は、訴え却下の訴訟判決ではなく、請求棄却の本案判決である。

本件第一審裁判所は、請求棄却の本案判決を下している。その理由は、本件調停の成立にあたって、原告Xが主張するようなYの欺罔的発言があったとは認定できなかった、ということである。私見とは理由付けが異なるが、請求棄却という第一審判決の結論は正しかった。それゆえ、控訴裁判所としては、控訴を棄却すべきであった、と私は考える。

(四) かような、一部の条項の無効確認請求を棄却する判決が確定した場合の既判力の客観的範囲については、検討の必要がある。一部の条項の無効確認請求が棄却されたのであるから、既判力によって、当該条項が有効であること

が、確定すると考える余地もありそうである。しかしこの判決は、当該条項だけの無効は容れられないということをも確定するに止まる。そのことは、反面として、当該条項は有効であるということをも、必然的に意味するわけではない。また、調停条項中の一部の無効確認請求と調停自体の無効確認請求とは、量的な一部請求と全部請求の関係にあるのではなく、両者は質的に別のものである。したがって、前者の請求棄却判決は、調停自体の無効確認請求を排斥するものではない。その確定後に、同じ原告が後者の訴えを提起することは妨げられない。

(五) なお、判旨は、前述のように、調停条項の一部の無効確認につき確認の資格を肯定しながら、清算条項の無効確認には確認の利益がないとしている。後段の確認の利益否定の根拠として判旨は、清算条項である本件条項のみの無効を確認しても、「当事者間の特定の権利義務の存否や法律関係が確定するものではない」と判示している。私は、既に述べたように、調停条項の一部の無効確認請求は認められないと考えるので、右前段部分に反対であるが、仮に前段部分を承認するならば、後段に示された根拠によって、清算条項の無効確認に確認の利益を否定することには、問題があると考ええる。その理由を以下に述べる。

たしかに、清算条項により当事者間でいかなる権利が放棄されたかについて、紛争が生じることも、ときとしてないわけではない⁽¹⁴⁾。しかし、本件条項が、財産分与、慰謝料請求など、離婚に関して本件調停で合意された以外の一切の権利を当事者相互で放棄する趣旨であると解されることには、異論がなからう⁽¹⁵⁾。それゆえ、その有効・無効を確認することは、特定の権利義務の存否を確定するための前提になり、それをめぐる当事者間の紛争の解決ないし予防にも寄与する可能性が認められる。そこで、判旨のように、調停条項の一部の無効確認にも確認の資格を肯定する立場に立つならば、清算条項の無効確認にも確認の利益を認める余地があろう。

もっとも、判旨も、特段の事情があれば、上記確認の利益を認める余地があるとしたうえで、本件においては、原告が別件調停事件で行使しようとしている財産分与請求権が時効によって消滅しているから、特段の事情は存在しないとされている。その反面として、判旨は、財産分与請求権が消滅していなければ、確認の利益を認める趣旨であると、解される。しかし、判旨がそのような趣旨であるならば、一方で、清算条項の無効を確認しても、「当事者間の特定の権利義務の存否や法律関係が確定するものではない」と、

取りようによっては、確認の利益ないし資格を否定する趣旨にも解されうる言い方をしてしまったのでは、論理的一貫性が欠けることになるであろう。

四 仮に上告審の判断を受けるとすれば

前述のように、本判決に対するXの上告受理申立ては不受理になった。しかし、仮に最高裁がこれを受理し、かつ、私見と同様に、Xの請求は実体法上理由がないと判断したとしても、請求棄却の判決を下すこと——より正確言えば、第一審の請求棄却の本案判決を取り消して、訴えを却下した控訴審判決を破棄し、控訴を棄却する判決を下すこと——はできないであろう。なぜなら、請求棄却の本案判決と訴え却下の訴訟判決とを比較すると、原告にとっては、自己の請求が実体法上成り立たないことを既判力をもって確定する前者のほうが、後者よりも不利益なものである。したがって、被告であるYが附帯上告をしていないかぎり、上告審が訴え却下の控訴審判決を破棄して、請求を棄却することは、不利益変更禁止の原則（民訴三一三条による同三〇四条の準用）に抵触するからである⁽¹⁷⁾。

(14) このことを明言するのは、加藤令造編『家事審判法講座第三卷』二九三頁（沼辺愛一）（判例タイムズ社、一九

六九年)。

(2) 学説においては、裁判上の和解の既判力について最もしばしば議論され、民事・家事調停の既判力については、裁判上の和解に準じるものとして同様の結論を導き出す方法が執られる傾向にある。ここでは各種類ごとに学説を分類する。ただし、この問題について、とくに裁判上の和解については、きわめて多数の学説があるので、その一部しか掲げられない。なお、右の方法に対しては批判もある。(注(6)に引用の小山昇教授の批判)。

裁判上の和解の既判力肯定説として、兼子一『民事訴訟法体系』三〇九頁(酒井書店、新修・増補版、一九六五年)、小山昇『民事訴訟法』二三〇頁(青林書院、新版、二〇〇一年)。既判力否定説として、三ヶ月章『民事訴訟法』四四三頁(有斐閣、一九五九年)、石川明『訴訟上の和解の研究』一〇九頁以下(慶應通信、一九六六年)、新堂幸司『新民事訴訟法』三二七頁以下(弘文堂、第二版、二〇〇一年)。制限的既判力説として、中村英郎『裁判上の和解』『訴訟および司法制度の研究(民事訴訟法論集第二巻)』二二頁以下(成文堂、一九七六年。初出、『民事訴訟法講座第三巻』(一九五五年)、伊藤眞『民事訴訟法』四一四頁以下(有斐閣、補訂第二版、二〇〇二年)。その他の学説については、石渡哲『訴訟上の和解とその効力』『民事訴訟法の争点(ジュリスト増刊)』二六一頁以下参照

(有斐閣、第三版、一九九八年)。

家事調停の既判力肯定説として、市川四郎『家事審判法概説』一五二頁(有斐閣、一九五四年)、山木戸克己『家事審判法』一〇二頁以下(有斐閣、一九五八年)。(ただし、離婚など、法律関係の新たな形成を内容とする調停については既判力を否定する)、斎藤秀夫・菊池信男編『注解家事審判法』七四一頁以下(上村多平)(青林書院、改訂、一九九二年)。既判力否定説として、宮脇幸彦『家事審判及び家事調停の効力(五)』戸籍一五六号三頁(一九六一年)。制限的既判力説として、加藤編・前掲注(1)二八九頁以下(沼辺)。

民事調停の既判力肯定説として、最高裁判所事務総局民事局編『民事調停法規逐条解説』六八頁(法曹会、一九七〇年)、佐々木吉男『民事調停の研究』二二二頁以下(法律文化社、増補、一九七四年)、小山昇『民事調停法』二八五頁以下(有斐閣、新版、一九七七年)。既判力否定説として、石川明『民事調停の効力』『民事調停と訴訟上の和解』五六頁以下(一粒社、一九七九年。初出、『民事調停の諸問題』別冊判タ四号(一九七七年)、石川明・梶村太一編『民事調停法』四八六頁(石渡哲)(青林書院、一九八五年)。

(3) 裁判上の和解の既判力肯定説として、最判昭和三十三年三月五日民集一二卷三号三八一頁がある(ただし、少数意

見がある)。しかし、和解無効の主張を認めるものもある。最判昭和三十一年三月三〇日民集一〇卷三号二四二頁、最判昭和三十三年六月一四日民集一二卷九号一四九二頁など。これらは、既判力否定説か、制限的既判力説の立場に立つものといえる。

家事調停の既判力肯定説として、神戸地姫路支判昭和三十七年三月二三日判時三一九号四一頁、大阪高判昭和四四年一月二三日高民集三二卷二号一頁判時九三三四号六三頁(この裁判例については、注(7)を参照されたい)、京都地判昭和四四年一〇月三一日ジュリ七一十九号六頁がある。これに対して、京都地判昭和三十九年一〇月三一日判時三九五号四〇頁は、離婚調停無効確認請求を認容している。ただし、離婚の前提になる婚姻の無効確認も併合して請求され、かつ、両者の無効が確認されたという、事例である。すなわち、もともと無効な婚姻につき離婚を合意した調停の効力が否定されたという、特殊な事案である。

民事調停については、最判昭和四三年四月一日民集二二卷四号八六二頁が既判力肯定説をとったといわれている。

なお、裁判上の和解の既判力に関する判例に一貫性を見出すことが困難であることにつき、新堂・前掲注(2)三二八頁、後藤勇Ⅱ藤田耕三編『訴訟上の和解の理論と実務』四八三頁以下(藤原弘道)(西神田編集室、一九八七年)参照。前者は、判例は制限的既判力説をとっているとの見

方を示唆している。

(4) 私見は既に、石渡・前掲注(2)二六二頁で述べている。

(5) ただし、調停や訴訟上の和解においても裁判所は積極的に関与しているとの反論もある。後藤Ⅱ藤田編・前掲注(3)四八七頁(藤原)。

(6) 既判力否定説のかような理由付けに対する批判、および制限的既判力説への批判に対する再批判をする学説として、伊藤・前掲注(2)四一四頁以下がある。

また、小山・前掲注(2)民事調停法二八五頁は、訴訟上の和解の既判力の有無についての判断から、調停の場合のそれを類推するという方法を批判し、各制度の趣旨に鑑みてそれぞれの結論を出すべきである、と主張する。私も、それは正論であると考え。しかし、そのうえで、なお、現在のところは一応、本文中で述べた第一、第二の理由は、裁判上の和解、家事調停、民事調停のいずれにも当てはまらぬものと、考える。

(7) 本件調停も、本稿の本文ですぐつきに述べるように、そうであるが、本件以外でも、たとえば、前掲注(3)大阪高判昭和四四年一月二三日において問題になった家事調停においては、遺産分割に関する合意条項とその前提としての遺産範囲確認に関する合意条項が混在していた。前者は審判事項であるから(家審九条一項乙類一〇号)、家審法二一条一項但書の適用を受け、後者は訴訟事項であるから、

本文の適用を受ける。なお、私は、この裁判例の評釈である、石渡哲「判批」判評二五三三三頁以下（一九八〇年）において、後者には民調法一六条が適用されると解し、かつ、同判決もそのような趣旨である、と述べた。しかし、これは誤りであったので、いまこれを改める。

(8) ただし、強いて言えば、⑤の条項については、財産分与の上限を定めたものであり、それゆえ家審法二二条一項但書が適用されるという解釈が、また、③の条項については、財産分与ではなく一般の財産関係に関する合意であり、本文が適用されるという解釈が、あり得ないではない。しかし、いずれも無理のある解釈である。

(9) 瑕疵の主張方法をめぐっては、とくに訴訟上の和解に關して問題になることが多い。見解は、①期日指定申立てによるべきであるとする見解、②和解無効確認の訴えないし請求異議の訴えの別訴によるべきであるとする見解、③実体的瑕疵については別訴により、手続的瑕疵については期日指定申立てによるとする見解、④期日指定と別訴の選択を認める見解、に分類できる。私は、③の見解を支持し、家事調停および民事調停の場合にも同説によるべきであると考える。この問題の詳細については、石渡・前掲注(2)二六二頁参照。

(10) たとえば、加藤正治『民事訴訟法要論』三五五頁（有斐閣、新訂、一九四六年）、三ヶ月章「権利保護の資格と

利益」『民事訴訟法研究第一巻』二九頁（有斐閣、一九六二年）。初出、『民事訴訟法講座第一巻』（一九五四年）、同・前掲注(2)六四頁、兼子・前掲注(2)一五五頁以下。
(11) 石川明「過去の法律関係と確認訴訟」法研三一巻二二頁以下（一九五八年）、新堂・前掲注(2)二四〇頁以下、伊藤・前掲注(2)一四一頁以下。

(12) 通説に属する学説として前注(10)に掲げた、加藤教授、三ヶ月教授、兼子博士の学説のいずれもが、本文で述べたように確認請求の対象を現在の法律関係であると構成することによって、いつけん過去の法律関係の確認が請求されているのではないかと見られる訴えについても、適法性を肯定する道を開いている。

(13) 訴訟上の和解につき、それは私法上の和解とは全く異なる純然たる訴訟行為であるとみる、訴訟行為説（兼子・前掲注(2)三〇六頁、三ヶ月・前掲注(2)二八八頁）によれば、和解契約が訴訟上の和解の構成要素であるということとはできない。しかし、訴訟行為説が考えているように、訴訟上の和解に私法上の和解契約の要素がないならば、これによって和解の内容どおりの実体的権利・法律関係が形成されることの説明ができないであろう。したがって、訴訟上の和解については、そして同様に、家事・民事調停においても、和解契約がその構成要素になっていると、解すべきである。訴訟上の和解に關して、石渡・前掲注(2)二

六一頁参照。

(14) 離婚調停における清算条項に関する事例として、名古屋高金沢支決昭和三二年六月七日家月九卷六号三二頁、東京家審昭和四九年八月一五日家月二七卷七号五二頁がある。訴訟上の和解における清算条項に関する事例として、最判昭和四三年三月二九日判時五一七号五四頁、東京高判昭和六一年一月二七日判時一一八九号六〇頁がある。

清算条項については、石川＝梶村・前掲注(2)四六六頁以下〔塚原朋一〕、後藤＝藤田編・前掲注(3)四五三頁以下〔遠藤賢治〕、斎藤＝菊池編・前掲注(2)七三〇頁以下〔上村〕など参照。

(15) ただし、本文三(二)で述べたように、本件条項の主たる目的は、Xの権利主張を抑制することにあつたのではないかと、推測される。また、本件条項の解釈については、注(8)も参照されたい。

(16) 注(14)に掲げた二件の離婚調停に関する裁判例のうち、名古屋高金沢支決昭和三二年六月七日は、「申立人はその余の請求を放棄する」という条項を伴う離婚調停成立後に、また、東京家審昭和四九年八月一五日は、「以上をもつて本件紛争に関する一切を解決したものとし、今後名義の如何を問わず相互に何らの請求をしない」という条項を伴う離婚調停成立後に、財産分与の請求がなされたケースであるが、いずれにおいても請求は認められなかった。二つの

事例だけからでは、断定することはできないが、清算条項は、文言どおりに爾後の権利主張を排斥するものである、と解される例が多いのではないだろうか。

(17) 最判平成五年二月二五日民集四七卷二号六四三頁。本文で述べた点に関しては、六五二頁。

〔追記〕 本判決の紹介として、齋藤哲・法セ五六七号一一二頁(二〇〇二年)がある。

石渡 哲