

# 裁判上の和解

李 時 潤\*

## 1. 머릿말

周知하는 바와 같이 裁判上の和解(gerichtlicher Vergleich)에는 提訴前の和解와 訴訟上の和解 두 가지가 포함된다. 이에 관하여서는 일찍부터 우리 學界 및 實務界를 통하여 널리 論難된 바 있으므로 다시 筆者가 論題로 다룬다는 것은 陳腐한 느낌 없지 않으나 問題의 重要性에 비추어 無意味한 것은 아닐 것이라는 미련에서 이에 관한 지금까지의 大法院의 判例를 蒐集할 수 있는 限 收錄하고 評釋을 加하고자 한다.

## 2. 判例一覽

### (1) 裁判上和解의 性質과 效力에 관한 判例

(a) 大判 4288年 9月 8日에서는 「裁判上の和解가 確定判決과 同一한 效力이 있음은 民事訴訟法 第203條가 規定한 바이지만 裁判上の和解는 確定判決과 달라서 一面 私法上の契約이 있어 私法上の 無效의 原因이 있을 때에는 訴訟法上の 效力도 발생하지 않는 것이고 따라서 當然無效가 되는 것이므로 如斯한 原因에 依한 無效의 主張은 確定判決에 대한 再審事由에 해당하거나 아니하거나를 不問하고 이를 許容하여야 할 것은 물론이고 이를 主張하는 方法도 역시 再審의 訴에 依할 것이 아니고 必要하다면 獨立의 訴를 提起하여 이를 主張할 수 있다고 보아야 할 것이다」<sup>(1)</sup>.

(b) 大判 4288年 9月 15日에서는 「裁判上和解는 訴訟當事者가 相互 讓步하며 訟訴物인 權利 또는 法律關係에 관한 紛爭을 中止하는 私法上の 契約인 同時에 訴訟을 終了할 것을 目的으로 하는 訴訟法上 合意라 할 것이다. 그러므로 和解條項이 調書에 記載된 때에 그 效力이 訴訟法上 確定判決과 同一한 效力이 있다 하여도 私法上 無效 또는 取消의 事由가 있을 때에는 確定判決과 달라서 訴訟法上 效力도 當然無效이거나 그 效力을 喪失하는 것이라야

\* 서울大學校法科大學 助教授

(1) 이는 李英燮大法院判事의 「民事訴訟法上の 和解의 效力」 서울大學校法學第2卷第1號 90面에 收錄한 判例를 再引用한 것이다.

나 할 수 없다. 따라서 和解가 成立되어 終了된 訴訟事件에 관하여 期日指定申立으로써 審理判斷을 받을 수 있는 경우라도 別訴로서 그 無效의 確認 또는 無效乃至 失效를 原因으로 하는 給付訴訟을 할 수 있다고 아니할 수 없다」<sup>(2)</sup>.

(c) 大判 4290年 12月 26日에서는 또「裁判上 和解로 終了된 事件에 因하여 期日指定申請 또는 別訴로써 無效의 確認을 求할 수 있음은 물론 無效 또는 失效를 原因으로 하는 給付訴訟도 할 수 있다. 本件에 있어서 一件記錄 및 原判決에 의하면 原告는 단기 4285年 12月 25日 本件 土地에 관하여 被告外 一人과 裁判上 和解를 締結하였으나 原告는 十數回의 催告에도 불구하고 被告는 그 義務를 履行하지 아니하여 단기 4288年 1月 14日 右 裁判上 和解契約를 適法하게 解除하고 本訴 請求에 이르렀다고 主張함에 대하여 原審은 오직 裁判上 和解는 確定判決과 同一한 效力이 있는 것이므로 和解條項을 不履行한 경우라도 強制執行을 할 것이고 和解契約를 解約할 수 없는 것이다 하여 原告의 本訴請求를 排斥한다. 그러나 裁判上 和解의 性質에 관하여 當院은 종래 前 說示의 見解를 취하였고 이를 變更할 必要를 인정하지 아니하므로 이와 見解를 달리하여 그 審理를 다하지 아니한 原判決은 破棄를 認할 수 없을 것이다」<sup>(3)</sup>.

(d) 大判 1959年 9月 24日 判例에 의하면「和解를 調書에 記載하면 그 記載가 確定判決과 同一한 效力을 有함은 民事訴訟法 第 203條(舊法)에 規定한 바와 如하나 訴訟提起前 地方法院(單獨判事)에서 한 和解는 純全히 私法上の 契約인 性質을 가진 것으로서 私法上の 無效原因이 있는 경우에는 同和解는 當然 無效이므로 私法上の 無效原因이 있는 限에는 同時에 民事訴訟法 第 421條 第 1項(舊法)所定の 再審事由에 해당여부를 不問하고 該 和解는 再審의 訴에 의한 取消을 기대하지 않고 法律上 當然히 無效라 할 것이니 必要한 경우에는 별도로 獨立의 訴를 提起하여 主張함은 別論이 아니라 再審의 訴는 許容되지 않는다고 解釋함이 妥當하고……」<sup>(4)</sup>.

(e) 大判 1960年 9月 29日 判例에 의하면「裁判上の 和解가 調書에 記載될 때 그 記載는 確定判決과 同一한 效力이 있다 함이 民事訴訟法 206條에 明示되어 있는 바이므로 再審의 訴에 因한 이의 取消 또는 變更이 없는 以上 當事者는 그 和解의 趣旨에 相反되는 主張을 할 수 없는 것인즉 原告의 本訴 申請은 失當임을 認치 못할 것이다」<sup>(5)</sup>.

(f) 大判 1962年 2月 15日(4294年 民上 914號)에서는「裁判上の 和解를 調書에 記載한 때에는 그 調書는 確定判決과 같은 效力이 있고 當事者間에 既判力이 생기는 것이므로 再審의 訴에 因하여 取消 또는 變更이 없는 限 當事者는 그 和解의 趣旨에 反하는 主張을 할 수 없

(2) 語文閣刊 大法院民事判例集 I 700面,

(3) 이 역시 李英燮判事 前掲論 90面-91面 收錄한 判例를 다시 引用하였다.

(4) 4291年 民上 318호, 法院行政處刊大法院判例集 7卷 民事 223-224面.

(5) 4291年 民上 511號, 法院行政處刊大法院判例集 8卷 民事 145面.

다 할 것이다. 이 점에 관하여 本院의 判例(4288年 民上 229 判決 1955年 9月 15日 宣告, 4290年 民上 638 判決 1957年 12月 26日 宣告)는 이를 變更하는 바이다. 이 事件에 있어서 본다면 原告 被告間에 1960年 3月 23日 裁判上 和解를 하여 調書에 記入하였으나 그 和解內容에 따라 原告는 같은 해 4月 30日까지 2,095,000 환을 被告에게 支拂하여야 되는데 이를 履行하지 아니하였으므로 被告는 그 和解契約를 解除하여 裁判上 和解는 失効되었다는 理由로써 被告가 期日指定申立을 한 것인 바 앞에서 說明한 바와 같이 裁判上 和解를 한 當事者는 再審의 訴訟에 의하지 아니하고서 그 和解를 私法上的 和解契約임을 前提로 하여 그 和解의 解除를 主張하는 것과 같은 和解調書의 趣旨에 반하는 主張을 할 수 없다 할 것이다」<sup>(6)</sup>.

(g) 大判 1962年 2月 28日(4294年 民上 336號)判例에 의하면 「……原審이 認容한 第1審 判決에 의하면 既存 墓位土가 아님에도 不拘하고 墓位土라고 인정하였음은 強行法規인 農地 改革法에 違反되어 당연히 無効라는 前提下에 原告의 法廷和解無効確認請求를 認容하였다. 그러나 法廷에서의 訴訟當事者間의 和解는 이것을 調書에 記載하므로써 確定判決과 같은 效力이 있게 되므로 위의 法廷和解의 效力은 判決의 當然無効의 事由가 없는 限 再審의 方法으로서만 다룰 수 있다는 것이 本院 從前의 判例의 趣旨인 바(1962. 2. 15 宣告 4294年 民上 194 判決) 本件에 있어서 墓位土가 아님에도 不拘하고 墓位土라는 法廷和解를 하였다 하여도 이것이 判決의 當然無効의 事由에 해당한다고 할 수 없음에도 不拘하고 再審의 訴에 의하지 아니하는 原告의 請求를 認容한 第1審 判決을 原審이 認容하였음은 法廷和解의 效力에 대한 法理를 誤解한 違法이 있다고 아니할 수 없다」<sup>(7)</sup>.

(h) 大判 1962年 3月 22日 判例(4293年 인상 967, 968호)에서는 「대체로 裁判上의 和解는 그것이 提訴前 和解이거나 또는 訴訟上이거나를 가리지 않고 한번 그 和解事項이 調書에 記載된 때에는 確定判決과 마찬가지로의 效力이 있다 할 것임은 民事訴訟法 206條에 비추어 明白하다. 이처럼 裁判上 和解의 效力이 確定判決과 마찬가지로의 性質을 가진 것이라면 確定判決의 當然無効事由가 깃들여 있는 경우를 除外하고는 一般的으로 그것에 대한 不服은 一般 確定判決에 대한 경우와 마찬가지로 再審의 訴에 의하여야 할 것은 너무나 明白한 法理에 屬한다. 그럼에도 不拘하고 記錄에 의하면 原告는 다만 裁判上 和解를 한 當事者에게 代表權의 欠缺이 있었다는 것을 이유로 原被告가 1959. 6. 26 서울地方法院에서 한 提訴前

(6) 法院行政處刊 前揭 10卷 1集 民事 229面. 이 判例를 볼 當時의 法院組織法에 의하면 大法院은 大法院長을 포함하여 大法院判事全員(合計 9人)의 3分之 2 이상으로 構成되는 單一의 合議體(one bench)가 있었을 뿐이었다. 當時 一般 事件은 보통 6,7人的 大法院判事로 合議體를 構成하여 裁判하는 實情이었으나 本件에 있어서는 大法院法官 9人 全員이 關與하였다는 점에서 注目이 값간다. 다만 이 判決이 있기 이전 大判 1960年 9月 29日 判例에서 大法院의 從前의 立場(裁判上 和解가 實體法上的 無効의 原因이 있을 때 期日指定申請이나 無効確認의 訴를 提起할 수 있다)을 소리 없이 變更하였다는 점을 看過한 것 같다.

(7) 法院行政處刊 前揭 10卷 1集 民事 154面.

和解(서울 地方法院 4292 年 和 第74)의 當然 無效를 前提로 하여 그 無效確認을 請求하고 있고 原審이 維持한 第1 判決은 原告의 이러한 請求를 받아들여 위에서 본 提訴前 和解의 無效를 確認하고 있다. 그렇다면 原審은 裁判上 和解에 대한 訴訟法理를 誤解한 것이 分明하다」<sup>(8)</sup>.

(i) 大判 1962 年 4 月 18 日(4294 年 民上 1268 號)判例에 의하면 「民事訴訟法 第 206 條는 和解, 請求의 拋棄 또는 認諾을 調書에 記載한 때에는 그 調書는 確定判決과 同一한 效力이 있다고 규정하고 있으므로 한번 裁判上 和解가 成立된 경우에 있어서는 가령 그 內容이 強行法規에 위반한 경우라 할지라도 단지 裁判上 和解에 瑕疵가 있음에 불과하므로 再審을 請求하여 救濟를 받는 외에는 그 無效를 主張할 수 없음이 當院이 이미 判例로 하고 있는 바이다」<sup>(9)</sup>.

(j) 大判 1962 年 5 月 10 日(4294 年 民上 1522 號) 判例에서는 「民事訴訟法上 判決이 確定된 경우나 和解, 請求의 拋棄 또는 認諾을 調書에 記載한 때에는 再審을 請求하여 救濟를 받는 이외에는 그 無效를 주장할 수 없음은 이미 當院의 判例로 하고 있는 바이다. 本件에 있어서 原審이 本件土地에 관한 被告정용수 名義의 所有權移轉登記는 判示와 같은 確定判決에 의하여 또 被告 정용수 名義의 所有權移轉登記는 판시와 같은 和解調書에 의하여 각 이루어진 事實을 인정하고 그 確定判決과 和解調書는 그 內容이 判示와 같이 農地改革法에 위반된다는 趣旨로 被告 정용수 및 被告 정운수 名義의 各 所有權移轉登記는 無效라고 判示하였음은 原判決의 判示上 明白한 바 確定判決이나 和解調書가 強行法規에 위반하였다고 하여 無效가 아님은 위에서 說明한 바이므로 原判決이 判示와 같은 理由로 被告 정용수 및 被告 정운수 名義의 各 所有權移轉登記를 無效라고 判示하였음은 法律上 確定判決과 和解調書의 效力에 관한 法理를 誤解한 違法이 있다고 하지 않을 수 없다」<sup>(10)</sup>.

(k) 大判 1962 年 6 月 21 日(4294 年 民上 1602 號) 判例에서는 「생각컨대 和解를 調書에 記載한 때에는 그 調書는 確定判決과 같은 效力이 있으므로 私法上의 和解契約의 無效나 取消의 主張은 和解調書의 既判力에 의하여 遮斷될 뿐 아니라 和解調書의 效力은 再審의 訴에 의하여서만 다툴 수 있을 따름이요 獨立된 和解無效確認의 訴나 期日指定申請에 의하여 그 無效 主張을 할 수 없다고 解釋함이 本院의 判例로 하는 바이다. 그러므로 原告의 本件 和解 無效確認의 請求는 裁判上の 和解가 가지는 既判力에 牴觸되는 主張으로 權利保護의 必要가 없는 것이며 和解無效를 前提로 하는 所有權移轉登記抹消請求도 역시 위 既判力과 牴觸되는 主張으로 認容될 바 되지 못함이 明白하다. 그러므로 原告의 請求는 결국 既判力에 牴觸

(8) 法院行政處刊 前掲 10 卷 1 集 民事 229 面—230 面.

(9) 法院行政處刊 前掲 10 卷 2 集 民事 166 面.

(10) 法院行政處刊 前掲 10 卷 2 集 民事 307 面—308 面.

되는 것으로 不適法하므로 棄却을 꾀할 수 없다」<sup>(11)</sup>.

(1) 大判 1962年 10月 18日(62다 490號) 判例에서는 「民事訴訟法 第 206條(구법 203條)의 規定에 의하면 和解調書는 確定判決과 同一한 效力이 인정되어 이전 舊 民事訴訟法 規定의 解釋上 和解에 既判力이 인정되는 與否에 관한 疑問을 解決케 한 것으로서 既判力의 範圍에 관하여 確定判決에 인정되는 그것과 사이에 差異가 있다 하여도 이것을 理由로 들어 위의 明文 規定에 의하여 인정되는 既判力의 效力을 否定할 수는 없을 것이며 當事者의 利益處分의 自由가 인정되는 辯論主義에 土臺를 두고 있는만큼 和解가 當事者의 自治的解決의 性格을 띤 것이라 하여도 그 自治的 解決方法인 和解에 判決과 같은 效力을 인정함에 論理的 矛盾이 있을 수 없고 오히려 和解가 法院의 關與下에 判決에 代身한 紛爭解決을 보았음에도 불구하고 후에 이르러 和解의 無效나 取消을 인정한다는 것은 不必要한 法的不安定을 招來하는 所以라 할 것이므로 確定判決과 同一한 效力이 明文으로 認定되는 이상 和解成立節次에 確定判決에 대한 再審事由에 해당하는 事由가 있을 때에는 再審의 訴訟에 準하는 訴訟으로 和解調書에 대한 不服을 求할 수 있을 뿐이라 할 것이다. 提訴前 和解節次에 의하여 成立된 和解調書도 確定判決과 同一한 效力이 있음은 위의 民事訴訟法 規定에 의하여 明白한 바로서 이 和解調書에 대한 不服 또는 訴訟上 和解에 대한 不服과 마찬가지로 再審의 訴訟에 準하는 方法에 의할 것이나 提訴前 和解에 있어서는 終結된 訴訟이 계속되었던 것이 아니고 終結된 것은 和解節次 뿐이었으므로 再審事由가 있어 和解調書가 破棄된다 하여도 復活될 訴訟이 없음은 물론 그 和解節次는 和解가 成立되지 아니한 것으로 歸着될 뿐이라 할 것이며 和解調書가 破棄된 후 復活될 訴訟이 없다 하여 確定判決과 同一한 效力이 있음을 否定할 수 없다 할 것이고 提訴前 和解節次에 의한 和解調書에 確定判決의 既判力보다 더 強力한 既判力이 인정된다는 非難이 있을 수 없을 것으로서 이와 같은 見解에 立脚한 原判決은 正當하다 할 것이고 原判決에 所論 違法이 있음을 認定할 수 없다」<sup>(12)</sup>.

(2) 裁判上の 和解가 當然 無效가 되는 例

大判 4288年 7月 28日 判例(4288年 民上: 144號)에 의하면 「一件記錄 및 原判決에 의하면 本件 不動産에 關하여 서울 地方法院에서 原告 先代 金順仁和 被告間에 成立되었다는 和解調書의 作成日字가 단기 4280年 8月 27日이었음은 當事者間 다툼이 없는 바 右時日에는 右金順仁이 既已 家族으로서 死亡하였고 그 遺産相續人인 原告에 대하여는 그 實母인 訴外 黃福順이 親權者로서 法定代理權이 있었음은 成立에 다툼이 없는 甲 第 10號證의 1,2에

(11) 法院行政處刊前揭 10卷 4集 民事 98面—99面.

(12) 法院行政處刊前揭 10卷 4集 民事 98面—99面. 이 判例에서 傍論으로 提訴前和解節次에 있어서는 再審事由가 있어 和解調書가 破棄된 경우 復活될 訴訟은 없음은 물론 和解가 不成立된 것으로 歸着된다 하였으나 卑見으로는 訴訟은 復活될 수 없다 하여도 提訴前 和解節次는 再開되어 當事者는 다시 和解를 試圖할 수 있는 것이라 생각한다.

비추어 이를 看取할 수 있을 것이다. 따라서 右 法廷和解 成立當時는 現在의 原告 後見人인 金容濟는 法定代理權이 없으며 同人이 原告 後見人으로 된 것은 右 原告 親權者인 黃福順이 死亡한 旦기 4281年 2月 5日 以後이라 아니할 수 없다. 그러므로 右 法定和解는 形式上 調書가 있다 하여도 이미 死亡한 者가 當事者로 되어 있으므로 當然히 無效이라 할 것이고 그 效力은 死亡한 當事者인 遺產相續人인 原告에게 미칠 理由가 全然 없는 것이다<sup>(13)</sup>.

### (3) 和解調書의 更正

大決 1960年 8月 12日(4293年 民再抗 200號) 決定에 의하면 「和解調書의 記載는 民事訴訟法 第 206條에 의하여 確定判決과 同一한 效力이 있는 것이므로 同法 第 197條를 準用하여 該記載에 誤算, 誤記 其他 이에 類似한 誤謬가 明白한 때에는 法院은 職權 또는 當事者의 申請에 依하여 更正決定을 할 수 있는 것이나 右 更正申請을 理由없다 하여 棄却(原決定은 舊 民事訴訟法 施行當時의 것으로 却下라 하였음) 한 決定에 대하여는 抗告를 할 수 없다고 解釋하여야 할 것이다<sup>(14)</sup>.

## 3. 評 釋

(1) 이상 裁判上和解의 效力에 관한 지금까지 大法院의 判例를 紹介하였는데 이 判例의 立場을 要約하여 고기로 한다. 大判 1959年 9月 24日의 判例에 이르기까지에 있어서는 우리 大法院은 裁判上의 和解의 性質에 관하여 「訴訟當事者가 相互讓步하여 訴訟物인 權利 또는 法律關係에 관한 紛爭을 中止하는 私法上의 契約인 同時에 訴訟을 終了할 것을 目的으로 하는 訴訟法上 合意라 할 것이다」라고 判示함으로써 裁判上의 和解에는 私法上의 契約과 訴訟法上의 契約인 두 가지 性質이 併有하는 것이라는 이른바 兩行爲併合說을 主로 取하면서, 提訴前의 和解에 대하여서만은 「純全히 私法上의 契約인 性質을 가진 것」이라 하여 이른바 私法行爲說을 좇은 바 있다. 따라서 裁判上의 和解에 實體法上 無效 또는 取消의 事由가 있을 때에는 訴訟法上의 效力이 當然無效로 歸着하여 和解에 의하여 終了된 訴訟事件에 관하여 期日指定申請이나 또는 別訴로서 그 無效確認請求나 無效를 原因으로 한 履行訴訟을 提起할 수 있는 것이라 判示하였던 것이다. 그러다가 大判 1960年 9月 29日 判例부터서는 이러한 從前의 立場을 變更하여 終局 提訴前의 和解이건 訴訟上和解이건 莫論하고 裁判上의 和解가 成立하여 和解調書가 作成되면 既判力이 인정되는 것이라 하여 判決의 無效事由가 있는 경우에는 別問題로 하고, 실사 實體法上의 無效의 事由가 있다손 치더라도 期日指定申請이라든가 無效確認請求에 의한 無效를 다툴 수는 없는 것이고 一般 確定判決에 대한 경우와 같이 再審事由가 있어서 再審을 請求하여 救濟를 받는 이외에는 달리 그 無效를 主張할

(13) 語文閣刊 前掲 644面.

(14) 法院行政處刊 前掲 8卷 18面.

수 없는 것이라고 判示하여 오고 있다. 判例가 이와 같이 和解調書에 既判力을 인정하여 再審請求 이외에 그 瑕疵의 救濟方途를 인정치 않는 根據는 (1)첫째로 民事訴訟法 206條에서 和解調書에 대하여 確定判決과 同一한 效力을 인정하고 있다는 것을 들고, (2)둘째로 和解는 法院의 關與下에 判決에 代身하는 紛爭解決이므로 和解의 無效나 取消을 인정한다는 것은 不必要한 法的不安定을 招來하는 所以가 된다는 것이다. 또 그리고 判決에 있어서와 같이 死亡한 者를 當事者로 한 和解調書는 當然無效가 되고<sup>(15)</sup> 和解調書에 誤算, 誤記 기타 이와 類似한 誤謬가 있을 때에는 判決更正節次(民訴 187條)를 準用하여 更正할 수 있는 바이라고 밝히고 있다.

(2) 이제 잠시 裁判上 和解의 性質과 그 瑕疵에 대한 救濟策에 대하여 比較法的으로 外國의 學說과 判例의 立場으로 關心을 돌려 볼가 한다.

(1) 먼저 「도이취」의 경우를 보면 Leo Rosenberg 教授는 「訴訟上의 和解는 訴訟法上의 效力(即 訴訟終了)이 단지 그 效果이고 그 內容이 아니므로 訴訟行爲가 아니고 私法上의 契約이며 더욱이 民法(BGB) 779條의 和解이다. 換言하면 法律關係나 請求 또는 請求의 實現에 관한 當事者의 紛爭 또는 不確實性을 相互讓步의 方式으로 排除하는 雙務契約인 것이다」<sup>(16)</sup> 라고 하면서 私法行爲說을 취하고 있다. 이에 대하여 Friedrich Lent 教授는 訴訟上 和解에 「訴訟上 契約 및 實體法上의 法律行爲」라 標題하고 「訴訟上 和解는 먼저 雙方 當事者가 法律的紛爭의 終了와 그의 除去를 合意하는 契約 따라서 訴訟法上의 契約이다. 그러나 例外없이 訴訟物에 관하여 當事者間에 實體法上의 關係의 調整을 合意하게 되는데, 이러한 調整은 心理的으로 訴訟法上의 關係의 調整에 앞서게 된다. 왜냐하면 當事者가 實體法上 意思의 合致를 볼 때 비로소 自然히 法的紛爭의 調整에 合意가 될 것이기 때문이다. 그 까닭은 이러한 경우에는 訴訟의 進行이 當事者에게 意味를 잃게 되는 때문이다. 그러므로 和解는 請求의 拋棄나 認諾과 달라서 實體法的인 意味와 訴訟法上의 意味를 同時에 갖게 된다. 和解는 請求의 拋棄나 認諾과 달라서 바로 直接的으로 訴訟을 終了시킨다」라고 說明하고 있고<sup>(17)</sup>, Arthur Nikisch 教授는 「民法上의 和解는 法律關係에 관한 當事者間의 紛爭이나 不安을 相互讓步의 方式으로 排除하는 契約으로 理解된다(民法 779條) 訴訟上和解도 또한 같은 內容을 가지나 다만 그것은 訴訟上 法院의 面前에서 法的紛爭의 全部 또는 一部의 解決을 訴訟行爲의 所定形式에 따라 締結되고 特別한 訴訟法의 效果가 發生한다. 이와 같은 訴訟法의 效果와 그 締結에 관한 形式에 비추어 訴訟上 和解는 訴訟行爲라고 보아야 한다 그러나 同時에 訴訟上 和解는 實體法上의 法律行爲인 것이다. 왜냐하면 그것은 直接的으로 實體法上의 效力을 낳으며 純粹한 訴訟行爲와 같이 다만 法的紛爭의 節次나 判斷만에 영향을 주는 것이 아니기

(15) 이때에 있어서만은 無效確認請求訴訟이 可能하다는 立場인 것 같다.

(16) Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 9 Aufl., § 128 I

(17) Lent, Zivilprozessrecht, 7 Aufl. S 136.

때문이다 따라서 訴訟上和解는 混合契約으로서 訴訟法上の契約인 동시에 實體法上の契約인 것이다 訴訟上和解를 訴訟上の 뜻을 입은 實體法上の法律行爲로서 規定짓는 것은 옳다고 할 수 없다. 왜냐하면 訴訟上和解의 外的形式은 訴訟法の 規律을 받을 뿐더러 또 그 效果의 本質的인 部分에 있어서 訴訟法的이기 때문이다]라고 한다. 이와 같이 이들 두 學者는 모두 訴訟上和解는 私法行爲와 訴訟行爲 두 가지를 兼有한 것이라는 이론바 兩性說을 따르고 있다. 이에 대하여 Baumbach-Lauterbach 判事は 「그러나 實體法上の 行爲가 訴訟을 終了시킬 수는 없는 것이다. 訴訟上和解에 있어서 法院의 協力은 바로 그 本質의 特色이다. 法院은 그(和解)의 形式에 대하여 全的인 責任이 있으며, 그 內容에 대하여서도 一部責任을 진다. 그러나 訴訟上和解는 當事者의 訴訟行爲로 남는다. 따라서 訴訟上和解에 있어서 當事者의 合意를 法院은 自由로 撤回 또는 變更할 수 있는 것이다」라고 하여<sup>(18)</sup>, 이론바 訴訟行爲說을 따르고 있다. 그러나 獨逸의 判例는 訴訟上和解를 「단순한 私法上の 契約」이라 하여 私法行爲說에 기울어지고 있다<sup>(19)</sup>.

다음 訴訟上和解에 實體法上の 無效나 取消의 原因이 있을 때 訴訟上和解에 어떠한 影響이 미치는가에 관한 「도이취」의 學說·判例를 볼 것 같으면, 私法行爲說이나 兩性說을 따르는 學者들은 訴訟上和解에 實體法上 無效原因(例컨대, 行爲無能力, 強行法規違反, 또는 反社會的行爲「특히 暴利行爲」등)이나 訴訟法上 無效原因(例컨대 和解調書가 제대로 作成되지 아니하였든지 또는 和解法院을 法律이 定한 바에 따라 構成치 않은 경우)에 無效가 되고 意思의 欠缺이 있으면 取消할 수 있는 것이라 한다. 뿐만 아니라 和解에 必要한 同意를 얻지 못했다든가 停止條件의 不成就·解除條件이 成就되었을 경우나 特約이나 債務履行으로 인한 解除權을 行使하면 和解의 效力에는 影響이 있는 것이라는 데는 意見을 같이 하는 것 같다. 그러나 그 無效의 主張方法에 관하여서는 見解의 對立을 보이고 있다. Rosenberg 는 上記한 바와 같은 和解의 無效의 原因이 있으면 訴訟終了의 效力은 全혀 생기지 않으며 原法院에 그 대로 係屬되는 것이라 하여, 從前의 法院에 대하여 期日指定申請을 하여 從前節次의 續行을 求할 것이라 한다. 따라서 和解無效確認의 訴는 二重訴訟이 되는 것이라 權利保護의 利益을 잃는 것이라 한다<sup>(20)</sup>. 이에 대하여 Arthur Nikisch 教授는 訴訟上の 無效原因과 實體法上の 無效原因 두 가지로 나누어, 前者의 경우에는 期日指定申請을 하여 從前訴訟의 續行을 求할 것이고 後者の 경우에는 新訴를 提起할 것이라 한다<sup>(21)</sup>. 「도이취」의 Reich 法院判例는 Nikisch 教授의 立場과 같다<sup>(22)</sup>. 訴訟上和解의 法的性質에 대하여 訴訟行爲說을 따르는 Baumbach-Lauterbach 判事は 意思의 欠缺 때문에 訴訟上の 和解를 取消하거나 無效로 할 수

(18) Baumbach-Lauterbach, Zivilprozessordnung(Kurz Kommentar), 25 Aufl. S. 579—580.

(19) RG 153, 67; 154, 320.

(20) Rosenberg, aaO § 132 III 3.

(21) Nikisch, aaO § 70 IV.

(22) RG 102, 200.



는 없다고 하면서, 訴訟上の 和解에 관하여 다툼이 있을 때에는 當事者は 어느 누구나 從前의 法院에 訴訟의 續行申請을 할 수 있는 것이다. 따라서 既判力を 인정하는 立場은 아니며 再審의 訴를 提起할 수는 없는 것이다 한다<sup>(23)</sup>. 이와 같이 「도이취」에 있어서는 訴訟行爲說을 따르는 學者까지도 訴訟上 和解에 관한 效力上 다툼에 대하여는 期日指定申請에 의할 것이고 既判력이 없다, 하여 再審에 의할 수 없는 것이라 보는 것은 「도이취」法에 있어서는 우리 民事訴訟法 206條와 같은 條文이 없고 단지 「도이취」法 794條에서 우리 法 520條에 해당하는 條文인 訴訟上 和解에 債務名義로서의 效力을 인정한다 그쳤기 때문인지 모른다.

(L) 그러면 우리 法 206條와 같이 그 203條에서 「和解를 調書에 記載한 때에는 그 調書는 確定判決과 同一한 效力이 있다」는 規定을 두고 있는 日本의 學說·判例는 어떠한가?

裁判上の 和解에 관하여는 오늘날 이를 純粹한 私法上の 法律行爲로 理解하는 私法行爲說을 따르는 學者는 없는 것 같고, 따라서 訴訟行爲說과 兩性說의 對立인 것으로 보인다. 이를 私法上の 和解와는 전혀 別個의 純全한 訴訟行爲로 보는 訴訟行爲說은 다시 說明方法이 두 갈래로 나누어지는데, 細野長良博士는 當事者間의 互讓에 의해 訴訟을 終了시키려는 合意에 重點을 두고 있고<sup>(24)</sup>, 兼子一博士나 三ヶ月章教授는 當事者가 서로 讓步하여 얻은 一致된 結果를 陳述하는 合同訴訟行爲라 본다<sup>(25)</sup>. 兩性說은 兩行爲併存說과 兩行爲競合說로 나누이는데, 前說은 裁判上の 和解에는 私法上の 和解契約과 訴訟上の 和解, 特히 訴訟終了의 合意가 併存하여 있다는 說로서 山田正三博士가 이를 支持하고 있고<sup>(26)</sup>, 後說은 裁判上の 和解는 하나의 行爲이나 一面에 있어서는 私法上の 和解인 동시에, 他面에 있어서는 訴訟上の 和解인 것으로 兩行爲가 競合되어 있다는 說로서, 日本의 多數說이고<sup>(27)</sup>, 또 同國의 判例가 좃고 있는 바이다<sup>(28)</sup>.

그리고 裁判上の 和解調書에 대하여 既判力を 인정할 것인가에 대해서는 (1)無制限既判力說, (2)制限既判力說, (3)既判力否認說 세 가지 說이 갈려있다. 無制限既判力說에 의하면 和解가 調書에 記載된 경우에 確定判決과 全的으로 同一한 것은 203條(日法)의 明文上 明白하므로 어떠한 경우에도 和解調書에 既判力を 인정할 것으로 實體法上이나 訴訟法上の 理由에 의한 和解의 當然無效나 實體法上の 瑕疵를 原因으로 한 取消을 한다 하여도 訴訟上の 和解에 영향이 없다는 것이며, 다만 和解成立節次에 確定判決에 대한 再審事由에 해당하는 事由

(23) Baumbach-Lauterbach, aaO § 307; § 794 Anm. 2 B.

(24) 細野長良, 民事訴訟法要義 II 532 面.

(25) 兼子一, 體系民事訴訟法 306 面; 三ヶ月章, 民事訴訟法 288 面, 다만 三ヶ月章教授는 裁判上の 和解에 既判力を 否認하면서 訴訟行爲說을 따르고 있다.

(26) 山田正三, 改正民事訴訟法 IV 878 面.

(27) 加藤正治, 民事訴訟法要論 299 面; 中島弘道, 日本民事訴訟法 924 面.

(28) 日本大判 1919年 7月 15日 大審院民事裁判錄 26輯 988 面; 大判 1931年 4月 22日 大審院民事裁判集 10卷 383 面; 大判 1939年 8月 12日 大審院民事裁判集 18卷 911 面; 日本最判 1956年 3月 30日 最高裁判所民事裁判集 10卷 242 面.

가 있으면 再審의 訴에 準한 訴에 의하여, 調書의 取消와 訴訟의 再開를 求할 수 있을 따름이라 한다. 이 說은 主로 訴訟行爲說을 따르는 學者들이 取하는 바이다<sup>(29)</sup>. 다음 制限既判力說에 의하면 203 條에서 「確定判決과 同一한 效力이 있다」고 明規된 이상 和解調書에 既判力を 인정하여야 할 것이나 이는 和解에 있어서는 實體法上の 要件을 完全히 갖춘 경우에 限할 것이며, 實體法上の 無效原因이 있는 경우에는 和解調書를 確定判決과 同一視할 수 없는 것으로 既判力を 인정할 수 없다 한다. 實體法上 無效原因이 있는 경우에는 和解는 訴訟上도 無效라 할 것이며, 實體法上 取消原因이 있을 때에는 取消 또 不履行으로 因한 解除를 인정할 것이라 한다. 이 경우에는 訴訟行爲로서 和解가 遡及적으로 失效되는 結果 從前的 訴訟은 依然 係屬되어 있는 것이라 한다. 따라서 當事者는 期日指定申請을 하여 續行을 求할 수 있고 또 和解無效確認을 求할 수도 있는 것이며 和解調書에 대한 請求異議의 訴를 提起할 수도 있는 것이라 한다. 이 說은 대체로 兩性說을 따르고 있는 學者와 日本判例가 取하는 立場인 것이다. 그리고 既判力否認說에서는 203 條에서 「確定判決과 同一한 效力」을 가진다고 한 것은 和解에 訴訟終了의 效力과 執行力を 인정한데 그치고, 既判力까지 인정하였다고 보는 것은 和解의 本質에 矛盾하는 것이라 한다. 萬一 和解調書에 既判力を 인정하여 再審事由에 있는 경우에 限하여 再審의 訴를 許容하고 和解가 實體法 無效라 하여도 當事者에 다른 方途를 막는 것은 日本國憲法 32 條(裁判請求權)에 違反되는 것이라 한다<sup>(30)</sup>.

(七) 그러면 우리나라의 學說은 어떠한가?

① 李英燮大法院判事は 「兩行爲競合說의 立場은 구체적인 正義의 保護에 치우쳐 理論의 一貫性을 잃어 버린 느낌이 있기도 하거니와 同一한 規定(206)속에 함께 마련되고 있는 請求의 拋棄나 請求의 認諾과 서로 性質에 있어서 커다란 차이가 나서 우습다」고 하면서 訴訟上の 和解를 순수한 訴訟行爲라 하고, 이는 「確定判決과 같은 效力이 있으므로 그 內容에 따라서 既判力・執行力・形成力 따위가 發生한다」 「和解陳述에 代理權欠缺이 있거나 또는 刑事上 處罰할 餘의 行爲로 因하여 和解가 된 때에는 再審으로 取消할 수 있다」고 한다<sup>(31)</sup>.

② 方順元大法院判事は 「訴訟上の 和解는 判決의 代用物로서 訴訟物인 法律關係를 確定하는 效力이 있으므로 純然한 訴訟行爲라고 보는 訴訟行爲說이 妥當할 것이다」고 하고, 「和解가 成立한 後에는 調書는 確定判決과 同一한 效力을 가지며 그 內容에 따라 既判力 或은 執行力を 가진다……그러므로 그 要件의 欠缺에 基因한 無效는 再審의 訴에 準하는 事由 및 方

(29) 兼子一, 體系 民事訴訟法 309 面 이하, 中田淳一, 民事訴訟法講義上 157 面.

(30) 菊井維大・村松俊夫, 民事訴訟法 I 679 面; 三ヶ月章, 民事訴訟法 443 面 이하; 岩松一郎・兼子一編, 法律實務講座 民事訴訟編 第三卷 153 面.

(31) 李英燮, 新民事訴訟法(上) 206 面 이하, 다만 李英燮大法院判事에서는 「和解가 成立된 뒤라도 和解內容의 不履行을 原因으로 하여 和解를 解除하거나 損害賠償請求의 訴를 새로이 提起할 수 있음은 물론이다」라고 하는데, 和解의 性質에 관하여 同判事와 같은 立場에 서는 限 있을 수 없는 說明이다. 理論이 首尾一貫되어 있지 않다(前記 1962 民上 914 號 참조).

式에 의하여서만 주장할 수 있는 것으로 解釋한다. 私法上の 和解契約의 無效 또는 取消의 主張은 既判力에 依하여 遮斷되므로 同時に 訴訟上の 再審事由(例컨대 訴訟無能力, 代理權의 欠缺 等)에 該當치 아니하는 限 이를 理由로 無效를 主張할 수 없다<sup>(32)</sup>.

③ 朴商鎰教授는 「訴訟上の 和解의 無效 또는 取消은 그 和解를 순전한 訴訟行爲라고 생각하는 結果로서 그것이 實體法上の 瑕疵에 基한 影響을 받지 아니하고 當該 訴訟行爲에 固有한 原因이 있는 경우에 問題가 된다고 할 것이다. 따라서 當事者는 和解陳述의 基礎가 된 和解契約의 要素의 錯誤 其他의 事由로써 取消 또는 無效로 될 수 있다는 것을 理由로 하여 訴訟上の 和解의 取消 또는 無效를 主張할 餘地는 없다. 단지 和解調書의 成立節次에 確定判決에 대한 再審事由에 該當하는 缺點이 있다면 再審의 訴로써 和解調書의 效力을 取消하고 終了한 訴訟의 審判을 復活시킴을 申請할 수 있을 따름이라고 생각하여야 할 것이다」라고 한다<sup>(33)</sup>.

이와 같이 우리나라의 學說은 모두 訴訟行爲說을 따르고 있고 無制限既判力을 인정하는 立場이므로 現在의 大法院判例는 學說도 同調하는 立場이라고 생각된다.

(3) 그러나 筆者로서는 現在의 大法院判例에 그렇게 간단하게는 同調할 수는 없는 것이라 본다. 생각컨대 우리 民事訴訟法에 있어서는 第520條에서 和解調書를 債務名義의 一種으로 인정하고 있고, 第206條에서는 「和解를 調書에 記載한 때에는 그 調書는 確定判決과 同一한 效力이 있다」고 하고, 나아가 第431條에서는 和解調書에 再審事由가 있는 때에는 再審의 訴에 準하여 再審 准再審의 訴를 提起할 수 있다고 規定하였다. 特히 第431條의 准再審의 訴는 1961年 9月 1日 民事訴訟法中 改正法律로서 世界에 稀有한 制度로서 登場하였다. 따라서 우리 法에 있어서는 和解調書에 既判力이 있는 것임은 否認할 수 없는 것이 되었으며 적어도 既判力否認說은 立論의 餘地가 없게 된 것이다. 그렇다면 和解調書에 關하여 無制限既判力說과 制限既判力說이 남게 된다. 前者가 現在의 우리 大法院判例의 立場임은 물론이다. 그러나 筆者는 判例의 立場인 無制限既判力說에는 여러가지 角度에서 疑心이 간다.

(7) 첫째로 無制限既判力說에 의하면 和解調書를 全的으로 確定判決과 同一視하고 있다. 무릇 紛爭의 平和的解決方式에는 國家機關인 法院에 의한 公權的解決方式과 當事者의 自治的解決方式이 있다. 이러한 自治的解決은 訴訟外에서 許容될 뿐 아니라(私法上の 和解契約) 訴訟中에서 禁하고 있는 것이 아니다. 이를 訴訟中에 解決할 때 裁判上の 和解라 하는 것이다. 따라서 裁判上の 和解는 私的自治의 領域에 속하는 것이며 判決에 있어서와 같은 事實의 正確한 確定과 法の 適用이 問題될 수 없다. 이와 같이 判決과 和解가 서로 異質

(32) 方順元, 新稿 民事訴訟法講義 395面 이하.

(33) 朴商鎰, 新民事訴訟法(上) 卷 288面.

的인 것이거늘 同一視한다는 데서 無制限既判力說은 첫째의 盲點이 있는 것이다.

(ㄴ) 둘째로 確定判決과 和解調書의 각 成立過程에 있어서 差異가 있다. 判決에 있어서는 法官의 主導下에 辯論의 聽取·證據調查를 한 然後 辯論의 終結이 있고 나서 内部的으로 內容確定(合議裁判에 있어서는 構成法官의 合議) 뒤에 이를 外部的으로 宣告한다. 宣告된 뒤에는 그 잘못을 三審制에 의하여 두번의 再檢討의 機會가 保障된다. 즉 慎重에 慎重을 期한다. 그러나 和解에 있어서는 當事者間에서 一應 法律을 떠난 利害調整 끝에 一致된 結果를 法院에 陳述(實務上 거의 當事者作成의 和解條項을 단순히 法院에 提出하는데 그친다)하면 裁判長이 形式的으로 檢討한 끝에 書記官 또는 書記로 하여금 調書에 記載시키며, 그 調書의 內容에 잘·잘못에 再檢討의 機會는 전혀 保障되어 있지 않다. 이와 같이 確定判決과 和解調書의 成立節次가 서로 차이가 있는 것이거늘 兩者를 同一視하여 그 瑕疵의 救濟方法을 同一하게 하는 것이 옳다고 할 수 있을까? (34)

(ㄷ) 셋째로 無制限既判力說은 和解에 있어서 內容上の 瑕疵이든 節次上の 瑕疵이든 莫論하고 그 瑕疵가 再審事由에 該當할 경우에 限하여 再審의 訴를 提起하여 이를 治癒할 수 있을 뿐이라 한다. 그러나 民事訴訟法 422條의 再審事由는 裁判에 있어서 생길 수 있는 瑕疵만을 限中에 놓고 規定하였을 뿐이므로 和解의 瑕疵에 이를 適用시킨다는 것은 無理한 點이 나타난다. 따라서 和解의 瑕疵가 再審事由에 해당되는 것은 422條 所定の 11개의 再審事由 중 오로지 3號와 5號의 訴訟能力이나 代理權의 欠缺과 刑事上 處罰할 수 있는 他人의 行爲로 因한 경우 뿐이다. 그러므로 一般的인 實體法上の 無效原因인 虛偽表示, 強行法規違反 및 反社會秩序行爲 등으로 因한 경우는 救濟圈 밖에 있게 된다. 無制限既判力說을 主張하는 學者들도 이와 같은 原因으로 和解가 되어서는 안된다고 하며 이를 和解의 要件으로서 說明하고 있으면서 이 要件의 欠缺이 있는 和解에 對備策을 마련하여 놓지 않으니 그와 같은 要件을 實質上 無意味하게 만드는 결과가 되지 않을까. 앞서 말한 바와 같이 和解는 私的自治의 領域에 속하므로 事實의 正確한 確定이나 法の 適用은 和解의 目的이 되지 아니하며, 또 慎重性없이 簡單하게 成立하므로 쉬이 實體法上 無效의 原因이 나타날 수 있다. 앞서 摘示한 바와 같이 우리 나라에서 解放後 짧은 期間에 和解의 無效를 들고 나온 事件이 지나치게 많다는 것이 이를 實證하는 것이다. 그럼에도 不拘하고 이에 治癒策이 거의 없다는 것은 具體的 妥當性의 見地에서 困難한 問題가 아닐 수 없다.

(ㄹ) 和解調書에 無制限既判力을 인정하여 再審의 方法 이외는 이를 다룰 수 없게 하여

(34) 여기에서 李英燮大法院判事「裁判上の 和解」司法行政 1965年 3月號 70面所載의 例를 引用한다. 原·被告間에 不動產所有權移轉登記節次履行請求事件에서 原告는 訴訟目的인 不動產 一部를 拋棄하고 一部에 대해서 移轉登記받기로 하여 和解가 成立되었고, 그 和解目的인 不動產을 和解調書의 末尾에 表示하기로 되었다는 것이다. 그러나 原告가 和解調書의 正本을 받고 보니 和解內容과는 전혀 다른 不動產이 그 末尾에 表示되었다는 것이다. 이와 같은 nonsense는 和解調書가 確定判決과의 관계에서 成立에 있어서 慎重의 差異 때문에 생기는 一例라 할 것이다.

瑕疵의 救濟策을 封鎖하는 것은, 憲法과 法律에 의한 法官에 의하여 法律에 의한 裁判이라고 볼 수 없는 것을 確定判決이라 하여 審判을 拒否하는 것과 다를 바 없는 것이므로 憲法上 保障된 國民의 裁判請求權(憲法 24條)의 侵害가 아닌가 하는 違憲의 疑問이 있다<sup>(35)</sup>.

(口) 다섯째로, 和解를 判決과 同一視하여 既判力을 인정할 때 和解調書에 確定判決보다 그 客觀的範圍에 있어서 더 넓게 인정하여야 하는 不合理한 點이 생긴다. 判決에는 主文에 包含된 部分에 대하여서 생기지만, 和解調書에는 主文과 理由의 區別이 없으므로 調書全體에 대하여 생기는 것으로 보아야 할 것이다. 그리고 判決은 訴訟物에 대하여만 既判力이 인정되지만, 和解에 있어서는 訴訟物 아닌 것에 대해서도 提訴前 和解에 準하여 和解의 成立을 인정하므로 訴訟物 이외의 것에 대하여서 既判力을 인정하여야 할 것이다. 當事者의 自主的紛爭解決에 判決 이상의 既判力을 인정하는 것은 奇異한 일이라 할 것이다.

(히) 우리 判例가 無制限既判力說을 따르는 根據의 하나는 法的 불안定을 防止하기 위한 것을 들고 있다. 和解에 實體法上的 無效原因이 있을 때 이를 一般的으로 訴에 의하여 다툴 수 있게 한다면 一旦 和解에 의하여 終止符를 찍은 紛爭이 再然되어 紛爭의 소용돌이가 계속된다는 취지인 것 같다. 그러나 新民法 733條에서는 舊民法과 달리 和解契約에 있어서 錯誤를 理由로 하여 取消하지 못하게 되었고, 다만 和解當事者의 資格이나 和解의 目的인 紛爭 이외의 事項에 錯誤가 있을 때 例外的으로 取消할 수 있게 되었다. 따라서 實體法上的 原因에 의하여 裁判上의 和解를 다시 다툴 수 있게 한다 하여도 이에 意思表示의 重要部分(要素의 錯誤)으로는 原則的으로 裁判上의 和解를 失效시켜 紛爭을 再開시키는 결과가 될 念慮는 없어졌다. 따라서 우리 法制에서 다른 어느 法制에 比하여 實體法上的 原因을 가지고 裁判上의 和解를 다투게 한다 하여 法的 불안性은 보다 減殺되게 되어 있다는 것을 留意하여야 할 것이다.

(入) 일곱째로 앞서 보아 온 바와 같이 法制는 우리와 多少 다르나 獨逸에 있어서 裁判上의 和解에 관하여 判例는 물론, 學說도 거의 既判力을 인정치 않는 方向으로 나가고 있고 또 日本에 있어서는 明文이 和解調書에 「確定判決과 同一한 效力」을 規定하고 있음에도 不拘하고 多數說이 좃고 있지 않고 判例도 無制限既判力說을 완강하게 排斥하고 있으며, 다만 少數說로 浮대접을 받고 있음은 看過할 수 없는 일이다. 무엇인가 無制限既判力說은 우리의 正義感에 反한다는 느낌 때문일 것이다. 우리 大法院의 現在의 立場은 이러한 比較法制上의 實情을 無視한 느낌이 있다.

(ㅇ) 여덟째로 周知하는 바와 같이 우리의 訴訟現實에 있어서 訴訟의 慢性的遲延現象이란 苦惱를 겪고 있다. 이는 우리 社會의 諸般與件에 비추어 短時日內에 解消될 現象이 아닌

(35) 岩松・兼子編, 前掲 154面.

듯 싶다. 따라서 判決에 의한 公權의 解決에 期待하게 하여 失望을 주느니보다 和解를 勸奨하여 自主의 紛爭의 解決을 努力하게 하여야 할 것이다. 그러나 裁判上の 和解의 瑕疵에 救濟의 方途를 막아 놓으면, 實際上 當事者로서는 조급스러운 몸가짐을 갖지 않을 수 없을 것이며 和解의 獎勵에 暗影을 던지는 일이 아닐까 생각한다. 訴訟政策的인 面에서도 贊成할 바 못되는 見解라 본다.

이상 여러가지 理由로 筆者는 無制限既判力說을 따르는 現在의 大法院判例에 贊을 수 없다. 물론 앞서 말한 立法의 沿革 特히 431條의 登場은 判例의 立場인 無制限既判力說을 有力하게 만든 것은 自認하는 바이다. 그러나 431條에 의하여 制限既判力說까지 完全 排除시킬 수 있는 것은 아니라 생각한다. 그러므로 筆者는 裁判上の 和解는 實體法上 아무런 瑕疵가 없는 경우에 限하여 206條에 의한 既判力이 있는 것이라 보며, 이 경우에 限해서 再審事由가 있을 때 431條에 의해 準再審의 訴를 提起할 수 있다 할 것이고, 實體法上 無效의 原因이 있는 경우에는 期日指定申請에 의한 訴訟續行을 求하거나 和解無效確認請求를 하게 하는 것이 옳을 것 같다. 따라서 裁判上の 和解의 性質은 一面 訴訟行爲인 동시에 私法上の 和解契約이라고 前提가 될 수 밖에 없다. 論者에 따라서는<sup>(36)</sup> 이러한 兩行爲競合說은 訴訟無能力者가 和解한 경우에 私法上の 和解契約으로서 取消될 수 있음에 反하여 訴訟上の 行爲로서는 無效로 되므로 그 效果가 서로 牴觸된다는 理論의 盲點이 있다 한다. 그러나 이 때문에 無能力者의 裁判上の 和解에 있어서 法的混亂이 생길 念慮는 없는 것이다. 왜냐하면 私法上の 和解契約이라 하여 取消하든 안하든 訴訟無能力의 경우에는 언제나 節次上の 瑕疵로 再審事由가 될 것이기 때문이다(431條, 422條 1項 3號).

(36) 李英燮, 前掲 206面.