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

Title	〔民事訴訟法二〕手形債權を自働債權として訴訟上相殺の意思表示をする場合と手形の呈示及び交付の要否 (第一審 昭和三三年四月一一日大阪地裁民二七部判決、控訴審 昭和三三年一一月一〇日大阪高裁民四部判決)
Sub Title	
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1959
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.32, No.8 (1959. 8) ,p.79- 86
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19590815-0079

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.

どこにも根據がなく、個々の株主にそのような具體的な利害關係を必要とするものではない。

本來設立無効の訴は、株主又は取締役に限りこれを提起し得るものであつて、このように設立無効の訴の提起權者を會社の構成員たる株主と會社の機關たる取締役の二者に限定したのは、設立無効の確定が、會社の内外に影響することが大きい爲、設立無効のイニシアテイヴを直接會社の成否につき密接な利害關係を有する者だけに保有させようとする趣旨に基くものである（大審、昭八・一〇・二六民一判。民集一二卷二三號二六二頁。判民昭和八年度一八〇事件。石井照久評釋六六八頁）。從つて株主たる限りその資格にもとづいて當然に設立無効の訴を提起する利益を有するのであり、それ以上に個々具體的な利害關係を有することを必要とするものではないのである。

ただこのような株主から設立無効の訴が提起された場合でも、それが單に會社經營者その他を苦しめるためのみの場合のように、權利濫用にわたるような場合は、設立に無効原因があつても請求棄却を免れないであろう。

（米津昭子）

〔民事訴訟法　二〕手形債權を自働債權として訴訟上相殺の意思表示をする場合と手形の呈示及び交付の要否

（第一審昭和三三年四月一一日大阪地裁民二七部判決、昭和三二年（ワ）第四三二八號轉付債權請求事件、下級民集九卷四號六四二頁、判例時報一五四號三二頁、控訴審昭和三三年一一月一〇日大阪高裁民四部判決、昭和三三年（ネ）五七七號、判例時報一七〇號二六頁）

〔判示事項〕一・二審とも手形債權を自働債權として訴訟上相殺の意思表示をする場合手形の呈示ないし交付は必要としない。

〔參照條文〕民法五〇六條、手形法三九條

〔事實〕原告・控訴人Xは訴外A會社にたいして有している金九十萬圓の貸金債權の執行としてA會社が被告・被控訴人Y銀行にたいして有する金百萬圓の通知預金債權のうち金九十萬圓につき債權

の差押並びに轉付命令をうけ、右命令は昭和二九年九月二〇日にY銀行及び訴外A會社に送達された。しかるにY銀行はその支拂をしないので、XはY銀行にたいし右の九十萬圓及びこれにたいする訴狀送達の日の翌日である昭和三二年一〇月三日から支拂濟まで年五分の割合の損害金の支拂を求める訴を提起した。

Y銀行は、訴外A會社にたいし、本件債權差押並びに轉付命令送達當時すでに滿期の到來している金五百萬圓の約束手形債權を有していた。Y銀行は現在も右手形を所持している。よつてY銀行は第一審昭和三三年一月一三日口頭辯論期日に、手形の呈示乃至交付なしに、この約束手形債權を自働債權として本件預金債權と相殺する旨の陳述をした。その上Y銀行は、第一審判決（判旨參照）に影響され、控訴審昭和三三年九月十日の口頭辯論期日にあらためてXに對し手形を呈示して相殺の意思表示をなした。

〔判旨〕一審二審ともに原告・控訴人Xの敗訴。

本件では、第一審における手形の交付乃至呈示なき相殺の意思表示の効力が問題となつたが、一審二審ともに右相殺の効力を認め、原告・控訴人Xの敗訴となつた。その理由は一・二審において各々異る。

㈠第一審判決

(イ) 私法上の形成權である相殺權の行使の意思表示とその効果の陳述である訴訟上の主張や抗辯とは、その構成要件を異にする別個の行爲であるとして、いわゆる訴訟上の相殺につき私法行爲說（併存說）をとり、私法上の形成權である相殺權の行使の意思表示の効力の有無は私法上の効力要件を充足しているか否かにより判定される、と說く。

(ロ) 次に私法上手形債權を自働債權とする相殺の要件として

1. 相殺の意思表示の外手形の交付を必要とする（①手形債務者に二重拂の危險をさけさせるためと、②手形債務者が遡及權利者の場合再遡及權行使に必要なため）。

2. 手形債權額が受働債權額を超える場合は、相殺の意思表示の外手形の呈示を必要とする（①相殺の相手方に相殺が手形の正當な所持人によりなされるか否かを知らせるためと、②相殺により手形債權の一部消滅を手形に記載する機會を相手方に與えるため）。

(ハ) 例外として、呈示乃至交付を伴わない相殺の意思表示が有効な場合がある。すなわち、手形債權者は、交付乃至呈示及び手形債權一部消滅の記載と引替えに、受働債權債務者に受働債權消滅確認書乃至債權證書の交付を請求することができ、兩者は同時履行の關係にたつから、受働債權者がこれを拒絕する場合、又は不履行の意思が明確な場合、呈示乃至交付がなくても相殺は意思表示のみにより有効になされる。本件では受働債權者原告Xが自働債權たる約手債權の存在を爭つているのであるから、まさにこの場合にあたり、Yの相殺は意思表示のみで有効である。

㈡控訴審判決。

訴訟上相殺權を行使する場合、その行使の方式、要件、効果について、訴訟外における相殺權の行使におけると必ずしも同一であることを要しない、と解し、結論として、訴訟上の相殺に手形の呈示・交付は不要であるとの見解に立ち、本件第一審の相殺は、第二審における手形の呈示を伴う相殺の意思表示をまつまでもなく、有効で

あるとしている。不要說の理由としては、次の三點が指摘されている。

(イ) 訴訟上なされる相殺の効力は、最終の口頭辯論終結當時を基準として判斷されるから、相殺した者が、正當な手形債權者であるか否かは、當該訴訟で確定される點を考えると、訴訟上相殺の意思表示をなす際、手形債務者に誰が手形債權者であるかを知らしめるための呈示は不要である。

(ロ) 相殺の効力は最終の口頭辯論終結時を基準にして確定的に發生し、表示當時は未だ確定的なものではないから、手形債權消滅の際交付すべき手形を相手方に交付することを要しない。もし訴訟上相殺の表示の際に手形の交付を必要とするなら、豫備的相殺の抗辯が提出され審理の結果受働債權の不存在が確定され、相殺が必要でない場合、手形の返還をうけるか、任意に返還のうけられない場合は訴により取戻した上でなければ、手形金の請求ができなくなり、手形債權者は不測の損害をうけることになる。

(ハ) 手形の呈示を要しないとすれば、手形金の一部につき相殺のなされた場合、一部支拂を受けた旨の記載を請求する(手形法三九條)機會を與えないことになり、手形の交付を要しないとすれば、手形債務者は遡及義務者にたいし遡及權を行使することができなくなり、相殺後手形が更に流通におかれた場合手形債務者に二重拂の危險があり、いずれの場合も手形債務者の利益は害されるとする見解があるが、訴訟における相殺の場合判決確定前は確定的に一部支拂をしたことにはならないから、手形債務者は一部支拂の記載を求める權利がなく、遡及權行使の要件もない。更に判決書に相殺により債務の消滅したことが記載されているから、二重拂の危險を防止するに足る證明として充分であり、相殺の意思表示の後手形が流通におかれた場合でも、多くは期限的の裏書譲渡であるから、相殺のあつたことを右被裏書人に對抗することができ、手形債務者は保護される。從つて右見解には賛成できない。

〔評釋〕 判旨結論に賛成。

裁判外で手形債權を自働債權として相殺する場合に、相殺の意思表示の外、更に手形の交付乃至呈示(手形債權額が受働債權額を超える場合、殘額の請求及びこれについての償還請求のため手形を必要とするから、呈示し、一部支拂ありたる旨の記載をするに留め、交付をしない)が必要なこと當然である(此の點について、山中康雄、判例評論、一七號八頁、阪埜光男、法學研究、三二卷一號七一頁)。問題は訴訟上の相殺についても同理か否かという點にある。

第一審判決は、訴訟上の相殺につき私法行爲說(併存說)をとり、訴訟上の相殺には私法上の相殺が含まれているから、

その限りで相殺の要件たる呈示乃至交付を必要とするという。しかし我々はこの結論の當否を考えるためには先ずその前提となつた私法行爲說の當否を檢討し、次にその他の學說すなわち訴訟行爲說及び折衷說（兩性說）をとらざるを得ないとするならば、それ等の學說をとつた場合においても、手形債權を自働債權とする訴訟上の相殺における手形の呈示乃至交付の必要性を檢討する餘地があるか否かを考えてみる必要があると思う。

まず第一に訴訟上の相殺の法的性質より檢討を始めよう（この點詳細に論じたものとして、中野貞一郎、相殺の抗辯、阪大法學九號三〇頁以下、山木戸克己「訴訟における契約解除ならびに相殺」民訴雜誌二號、九九頁以下、三ヶ月章、民事訴訟法、二七八頁以下參照）。その法的性質につき三つの見解がある。

1. 私法行爲說（併存說）。當該行爲中に相手方にたいする私法上の相殺の意思表示と裁判所にたいするその効果の主張という全く別個に評價され觀念的に區別された二個の行爲が併存していると說く。すなわち第一審判決のとる立場である。しかしこの說は次の缺點を含むようである。①私法理論との辻褄を無理に合わせんとするため、當事者の主觀的意圖を無理する傾向がある。すなわち、當事者の目的は有利な裁判の獲得及びその基礎づけの資料の提供であり、獨立した私法上の効果の發生ではない。②かかる當事者の意圖とは別に强いて私法上の効果の發生を要求することは、意思表示に當事者の欲した効果以上のものを付與することになり、私法上の法律行爲理論よりみて行過ぎである。③まず私法上の意思表示が存在し、それを訴訟で主張するという形にならねばならないという前提そのものに問題がある。すなわち裁判で有利な結果を得たならば當事者の求めたものは裁判外での形成權の行使より强い効果を伴つて實現されているのである。④理論的にいつても、本說は、經驗上單一の行爲を別個の法領域に屬する、要件と効果が全く異り、且つ論理的に前後する私法行爲と訴訟行爲とに分解し、兩者の關連を否定する點で、技巧的である。⑤實際上の結論が妥當ではない。①②とも關係するが、相殺の意思表示の私法上の効果が訴訟の經過とは無關係に且つ確定的に生じてしまうのは、訴訟上の相殺に內在する訴訟上の防禦目的に明らかに背馳する（例えば理由ある訴訟上の相殺の抗辯が時機におくれた攻擊防禦方法であるとして却下された結果被告が給付判決をう

けたが、反對債權の消滅という私法上の効果が相殺の抗辯の唯一の効果として殘るとするならば、意味がない)。

2. 折衷說(兩性說)。訴訟上の相殺は、私法行爲たる相殺と訴訟行爲たる相殺の効果の裁判上の主張という二つの行爲の性質が不可分に結合された行爲であるとみる說である。

本說に對しては次の批判が加えられている。①かかる概念の承認は訴訟行爲論の妥協であり、かかる構成をしなければ說明できない問題はない。②訴訟上相殺が豫備的抗辯としてなされた場合、形成權の行使には一般に條件がつけられないとする私法理論といかに調和させるかが問題となる。③法律上の一行爲に私法行爲及び訴訟行爲の二重要件事實を認めるのは、兩行爲の要件並びに効果が全く別個に規定されるという點で不當である(例えば被告が相手方缺席の口頭辯論で訴訟上の相殺をなしうるかという問題にどう對處するか)。

3. 訴訟行爲說。訴訟上の相殺は純然たる訴訟行爲であるとする說である。本說によれば、①それが相手方の受領を必要としない裁判所にたいする陳述であるから、相手方缺席の場合も有効になしうることになるし、②裁判を基礎づける以外獨自の意味をもたないから、本案判決に到らぬ場合、その主張は失効し、實體的効力は發生しないことになる。

本說に對しては次の批判が加えられる。

①私法行爲たるの一面を全く抹殺し去つたとき、いかにして形成權行使の私法上の効果が生じうるのか(山中、前掲、九頁)。②相殺を以て對抗した額につき相殺のため主張した請求の存否の判斷が既判力を以て確定されることを訴訟行爲說は說明できるか。以上二點の他、私法行爲說にたいする批判を裏返えせば本說に對する批判となる。

以上三說のうちいずれが正當であろうか。

私は私法行爲說が正當であると考える。兩性說に對する批判はすでに決定的なものと考えられるので、私はここで私法行爲說及び訴訟行爲說を檢討の對象として取上げ、それらにたいする批判を考察してみよう。

まず考察の便宜上訴訟行爲說を取上げてみよう。訴訟行爲說にたいして加えられた第一の批判は訴訟行爲說の誤解に基づくものと考えられる。すなわち訴訟行爲說の立場からみれば、かかる批判は、私法上の効果の發生を前提としているという點で出發點において、訴訟行爲說と全く異つている。訴訟行爲說はまず私法上の意思表示が存在し、これを訴訟で主張するという前提に反省を加えて、私法上の形成權は、訴訟という段階をぬきにしても、當事者間の意思表示のみで効果を發生せしめるという點で意味がある概念であつて、訴訟においてまでその理論を貫く必要がないとし、更に加えて、當事者が私法上の形成權行使の効果をも欲するなら、訴訟行爲とは別個に行使すればよいとしているのである。從つて第一の批判は正當ではない。第二の批判もまた必ずしも絶對のものではない。けだし我々は民訴法一九九條Ⅱ項の規定をいわゆる政策的規定（しばしば一般に說明されるように「請求の存否についての紛爭が自働債權の存否の紛爭に移し換えられて、判決による解決が無意義となるおそれ」を除却するという政策）と說明することができるからである。すなわち、例えば訴訟の便宜上時機に遲れた攻擊防禦方法が却下され實體的權利關係が判決に反映しないこともありうるわけで、實體法と次元を異にする訴訟法においては止むを得ない現象である。したがつてこの場合既判力は訴訟便宜上政策的に認められるのであつて、必ずしも實體的に訴訟外自働債權の存在に基づき與えられるのではない、と考えることができる。

しかし訴訟行爲說にたいしては、更に、訴訟行爲說の立場から私法行爲說に加えられる批判の丁度逆のことが批判として加えられねばならないであろう。私法行爲說に加えられる第一の批判、すなわち私法行爲說が當事者の主觀的意圖を無視しているという批判はどうであろうか。訴訟上相殺がなされる殆んどの場合に、被告は、實體法上の相殺をも意圖すると考えるのがむしろ適當ではないであろうか。被告は單に有利な裁判の獲得とその基礎づけの資料の提供を意圖するのみならず、獨立した私法上の効果の發生をも併せ目的としているとは考えられないであろうか。もしそうであるなら第二の批判は成立しない。第三の批判奈何。この問題は實體法と訴訟法との關係奈何という訴訟法の基本問題と關連する極めて解決困難な問

題であるといわねばならない。私は訴訟はやはり實體的權利關係の忠實な反映を理念とするものと考える（このことは訴訟それ自體紛爭の場として紛爭がそこにおいて實體的にも發展していくという見方と矛盾するものではないし、更に實體法を第一次的に裁判規範とみる考え方とも矛盾しない）。かかる基本的態度に立てば、まず私法上の意思表示が存在し、それを訴訟で主張する形は當然である。第四の批判奈如。經驗上單一の行爲のうちに觀念的には二個の行爲を理解することはありえないことではない。例えば經驗的に單一の行爲のうちに物權契約と債權契約とを理解するが如し。このように考えてくると殘る最も重要な問題として、第五の批判が考えられる。しかしこれとても絶對的なものではない。けだし訴訟上相殺の抗辯は元來訴訟行爲說のいうように訴訟上の攻擊防禦方法としての面をもつことは否めないのであるから、裁判所において相殺の抗辯に關する判斷をうけることを條件として相殺の意思表示がなされていると考えることができるのである。したがつて、訴訟の經過とは無關係に私法上の効果が確定的に生じるものではない。このように理解する場合、それは實體上一般に相殺の意思表示に條件を付することが許されないことと矛盾しないか。元來私法上の形成權行使に條件が付せられないのはそれが相手方を不確定な狀態におくことによつて相手方の利益を不當に害し、法律關係を無用に混亂させることに基づくのであるが、控訴審判決も正當に指摘しているように、この場合かかる危險がないから有効であるとみてよい（山中教授は、民法理論からみても相殺の意思表示にかかる條件を付することは認められるようである。山中、前掲、九頁下段）。

このように檢討してくると、私法行爲說の批判は必ずしも絶對のものではなく、むしろ私法行爲說がより適切なものではないかと思われる。

しかし問題は訴訟上の相殺の本質に關するこれら三種の學說と、手形を自働債權とする訴訟上の相殺における手形交付、呈示の要否と必然的な關連を認めているものであるならば、かかる態度には疑問がある（勿論本判決は、私法行爲說以外の學說をとるならば手形の呈示・交付が不要であるとはいっていない）。例えば山中教授は、「兩行爲併存說の論者は同理だといい、兩性

説の論者は（訴訟行爲たる一面を重視して）違つていてよいという。なお訴訟行爲説では一層強い理由で不要説となる」（山中、前掲、八頁下段、九頁上段）と主張されている。

しかし私はむしろ問題の出發點を、手形の呈示・交付の必要とされる理由、したがつてその理由の存否に求めるべきであつて、訴訟上の相殺の性質奈何に求めらるべきではないと考える。その理由は、正當な手形債權者を手形債務者に知らせることと、手形債務者の二重拂の危險を排除することの二つである（阪埜、前掲、七一頁、及び第二審判決參照）。訴訟上の相殺がたとえ純然たる訴訟行爲であるとしても、これら二つの必要が存する場合にこれら必要を無視し、呈示・交付を不要とし、その不利益を手形債務者たる原告に負擔せしめることは不當であろう。また、訴訟上の相殺が私法行爲であるとしても、これら二つの必要がない以上呈示・交付をその要件とすることも適當ではない。そこで我々はこれら二つの必要の存否を次に檢討せねばならない。したがつてこの點の檢討をなした第二審判決の態度は正當であるし、檢討の結果それ自體も正當であると思う。

すなわち判旨(二)(イ)は正當である。(二)(ロ)も正當であると思う。山中教授は一審判決(一)(ハ)の理論を肯定すれば(二)(ロ)の困つた結果を回避できるとされているが異論がある。この點については（阪埜、前掲、七三頁以下）。更に(二)(ハ)に「相殺の意思表示の後手形が流通におかれた場合でも、多くは期限後の裏書譲渡であるから、相殺のあつたことを右被裏書人に對抗することができ、手形債務者は保護される」とする點は正當である（同旨阪埜、前掲、七三頁）。

かくして、手形債權を自働債權としてする訴訟上の相殺において、手形呈示・交付の必要性は存しないといわねばならない。したがつて結論のみについてみれば第一審判決に賛成しうるが、理論構成の點では控訴審判決が正當であるといわねばならない。

（石川　明）