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

Title	訴訟促進と訴訟における相殺の主張： 簡素化法施行後の西ドイツ民訴法(ZPO)の解釈論を中心として
Sub Title	Prozeßbeschleunigung und Geltendmachung der Aufrechnung im Prozeß
Author	石渡, 哲(Ishiwata, Satoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1979
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.52, No.11 (1979. 11) ,p.67- 84
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	研究ノート
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19791115-0067

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.

研究ノート

訴訟促進と訴訟における相殺の主張

——簡素化法施行後の西ドイツ民訴法（ZPO）の解釈論を中心として——

石渡　哲

＊本稿は、私が一九七九年一月一九日に西ドイツ・ザールラント大学のゲルハルト・リュケ教授のゼミナールで行つた研究報告の原稿に若干の修正を加えたうえで、これを日本語に書きあらためたものである。

一九七七年一〇月以来のザールラント大学での留学中筆者は、指導を賜わつているリュケ教授の御薦めにより、一九七七年七月一日から西ドイツで施行された「裁判所の手続の簡素化および促進のための法律（Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren）」（いわゆる「簡素化法」）を中心に、訴訟促進に関する研究を進めてきた。しかしゼミナールでの報告においてはテーマを標題のように限定した。

しかし、このテーマの範囲内でもなお十分に検討しえなかつた点が多々あつた。また、本テーマをめぐつては最近わが国においても注目すべき労作がいくつか発表されているにもかかわらず、報告においては、そして本稿においても、遺憾ながらそれらは参照されておらず、ドイツの学説・判例が引用されているに過ぎない（比較的最近のわが国の研究としては、石川「訴訟上の相殺の法的性質」「訴訟行為の研究」所収および同「不適法な訴訟上の相殺」前掲書所収がある。それ以前においても、例えば山木戸教授、中野教授等による研究があるが、石川教授の二論文においては従来の日・独の学説が網羅的に取り上げられ、検討されている。その後の研究としては、柏木「Die rechtzeitige Beibringung der Aufrechnung」北大法学論集二一巻四号、二二巻一号。河野「相殺の抗弁とその実体法上の効果」法政研究三九巻一号一一三頁以下。梅本「訴訟上における相殺と時間的規制」等がある）。

また、本稿では西ドイツ民訴法（ZPO）の解釈論が行われているため、日本の民訴法が規定を欠く制度（例えば、訴求債権との間に牽連性（Konnexität）なき反対債権による相殺の場合の弁論の分離——ZPO一四五条三項）に関する論述はわが国の解釈論に直接的には何ら寄与するものではない。

しかし、かように不十分な点があるとしても、本稿は問題提起ないしドイツにおける議論の紹介としての意味はあると思われる。またわが国の現行法に規定なき制度についても、あるいは将来立法論としてその導入が考慮されることもありうるので、これを論じることも、無意義とは思われない。そこで、ここにひとまず本稿を発表する次第である。日本法の解釈論はできるだけ早い時期に、日本の学説・判例を参考にしたうえで、発表したいと考えている。

なお、本稿を理解していただくためには、西ドイツにおける民訴簡素化法により改正された現行ＺＰＯに関する知識が前提になるが、簡素化法については我が国でも既に詳細な紹介が行われているので、その解説は本稿では省略する（簡素化法については次の論稿を参照されたい。木川＝吉野「西ドイツにおける民事訴訟促進政策の動向上・下」判タ三五二号二三頁以下、三五三号三四頁以下。石川「西独における民訴簡易化法と訴訟上の和解」法学研究五〇巻一二号一五五頁以下。同「西独における民訴簡易化法と時機に後れた攻撃防禦方法の却下について」「法と権利　3（民商法雑誌七八巻臨時増刊号(3)）」一一九頁以下）。なお、本稿での論述に関係のあるＺＰＯの条文中簡素化法によって改正されたものについては、法学研究五二巻七号一〇二頁以下に私の翻訳したものが掲載されているので、それを参照せられたい。また本稿で引用するＺＰＯ（ドイツ民訴法典）の条文の番号は簡素化法施行後のもの（現行法のもの）をさす。同法施行前の番号は「ＺＰＯ旧〇〇条」と表示する。

先にも述べたように、本稿は筆者の西ドイツ留学中の研究の一端である。留学中の筆者を懇切に指導して下さったゲルハルト・リュケ教授に対してここで深謝の意を表したい。またゼミナールでの発表のための独文の原稿の作成に御協力下さった、同教授の元助手・現検察官・ヴォルフガンク・ベッカー氏および文献の集収等で御協力下さった、同教授の助手・リュデイガー・クラッツ氏にも感謝申し上げる。また筆者に留学の機会を与えられた、アレクサンダー・フォン・フンボルト財団にも厚く御礼申し上げる次第である。

Den Aufsatz „Prozeßbeschleunigung und Geltendmachung der Aufrechnung im Prozeß“ fertigte ich aufgrund meines Referates im Rahmen eines Seminars von Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Gerhard Luke, Saarbrücken, das am 19. 1. 1979 stattgefunden hat. Ich möchte an dieser Stelle Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Gerhard Luke meinen herzlichen Dank für die mir gegebene Hilfe aussprechen. Auch Herrn Staatsanwalt Wolfgang Becker (ehemaliger Mitarbeiter von Herrn Prof. Luke) und Herrn Rüdiger Kratz (Mitarbeiter von Herrn Prof. Luke) bin ich sehr dankbar für ihre Hilfe bei meiner Arbeit. Mein Dank gilt auch der Alexander von Humboldt-Stiftung, die mir die Gelegenheit gab, in der Bundesrepublik Deutschland zu arbeiten.

a. o. Prof. Dr. Satoshi Ishiwata

一　はじめに
二　訴訟上時機に後れて表示された相殺
(一)　時機に後れたか否かの判断の基準

(二) 訴訟上の相殺の表示の構成
(三) 第一審における却下
(四) 控訴審における却下
三　訴訟上適時に表示された相殺を理由付けるための時機に後れた陳述
四　訴訟前・訴訟外の相殺の表示の効果の時機に後れた主張
五　失権の場合の効果
六　実務上生じうる若干の問題
(一) 訴訟上の相殺と反訴による反対債権の主張
(二) 理由付けの陳述が時機に後れた場合の取扱い

一　はじめに

時機に後れたいわゆる訴訟上の相殺をめぐつてはすでに長い間学説上論争が展開されてきた。それはまた実務上も重要な問題であつた。一九七六年一二月三日「裁判所の手続の簡素化および促進のための法律」（本稿では以後「簡素化法」と略称する）が時機に後れた攻撃防禦方法の却下に関する裁判所の権限を従来より一層強化したので、同法の施行（一九七七年七月一日）以降時機に後れた訴訟上の相殺をめぐる問題は従来よりさらに重要なものとなつた。そこで本稿では、訴訟上の相殺が時機に後れて主張された場合に、生じる問題が検討される。

ただし、「相殺が時機に後れて主張された」場合のなかにも実際にはいくつかの態様がある。第一に、相殺の表示自体が時機に後れてなされる場合がある。第二に、相殺の表示自体は適時に行われたが、反対債権の存在を理由付けるための陳述（Rechtfertigungsvortrag）が時機に後れて行われる場合がある。第三に、訴訟前に、または訴訟係属中に訴訟外で表示された相殺の効果が、訴訟上時機に後れて主張される場合がある。第三の場合はさらに、右の効果の援用自体が時機に後れて行われる場合と、右の効果自体は被告により適時に援用されたが、訴訟前・訴訟外での相殺を理由付ける事実関係の陳述が時機に後れて提出される場合とに分類される。

本稿では、まずこれらの諸場合における相殺の抗弁の取扱いが検討される（「二」、「三」、「四」）。次いでそれぞれの場合における相殺の抗弁の却下（失権）により発生する法的効果について検討される（「五」）。最後に相殺と訴訟促進との関連で生じることのある若干のその他の問題について論述がなされる（「六」）。

二　訴訟上時機に後れて表示された相殺

(一) 時機に後れたか否かの判断の基準

実体法上、形成権を行使するか否か、いつ行使するかは、形成権者の自由に任されている。しかしそのことから、訴訟における形成権の行使が、したがつて相殺の表示が、いつ行われても、それは時機に後れたものとは評価され得ない、との結論を引き出すことはできない。かような結果は失権規定の意義と目的に適合しない。むしろ、相殺の表示を含めて訴訟上の形成権の行使が適時なものであるのか、あるいは時機に後れたものであるのかは、裁判所によつて裁

定された攻撃防禦方法提出のための期間により定まる時点（ZPO二九六条一項による却下の場合）、または訴訟促進を考慮する当事者であれば、形成権を行使するであろう時点（ZPO二九六条二項による却下の場合。同二八二条参照）を基準にして判断される。訴訟においてこれらの時点以降に形成権が行使されれば（相殺が表示されれば）、この行使（表示）は時機に後れたものである。[1]

ちなみに、ドイツの判例は、相殺による債権の消滅を理由とする請求異議の訴が認められるか否かという問題にとつては、相殺適状が既判力の基準時（ZPO七六七条二項参照）以前に生じていたか否かが決定的であると解している。[2] 判例は、相殺が表示された時点は既判力による遮断に何の影響も及ぼさないと考えているのであるが、それはここで述べられた見解と相い通じるものであるといえよう。そしてその基礎には、かように考えないと、債務者が相殺の表示を意図的にまたは怠慢の故に時機に後れて行うことによつて、債権者の満足、すなわち紛争の実質的な解決がいたずらに長びくことになつてしまうが、それでは既判力の基準時を定めるZPO七六七条二項の意義と目的がそこなわれるという考えがある（ただしわが国では、請求異議の訴の許否につき基準となるのは、形成権行使の時点であるというのが、多数説といえよう。この問題は本稿の本来の対象ではないので、後日論じることにしたい）。[3]

(二) 訴訟上の相殺の表示

クネーリンガーは簡素化法を解説する論文の中で以下の見解を主張している。[4] 訴訟行為（したがつて相殺の抗弁）それ自体は（その理由付けの陳述―Rechtfertigungsvortrag―を別にすれば）時機に後れるということはありえても、口頭弁論終結前にあつては訴訟の完結の遅延の原因となることはありえない。けだしこの訴訟行為は直ちに取り上げられうるから（……,da diese Prozeßhandlung sofort verwertet werden kann）。この点で訴訟行為はその理由付け（相殺の場合は反対債権存在の理由付け）のための陳述と異なる、と。要するに、クネーリンガーは訴訟行為自体の評価とその理由付けの陳述の評価を分断し、そして、前者は訴訟行為の適法性の評価であるから、それについての判断は直ちに下されうる、と解しているのである。そこで彼はさらに次のように述べている。以上の論述から、口頭弁論終結前においては、相殺の表示それ自体の、時機に後れたものとしての却下、すなわちZPO二九六条による却下はあり得ない。相殺の表示は、それが口頭弁論の終結後に行われた場合にのみ、ZPO二九六条aにしたがつて却下されうる、と。

確かに訴訟における相殺の表示（いわゆる訴訟上の相殺または相殺の抗弁）は、純粋な意味においては、外見上単一な二つの行為（実体法上の相殺の表示と消滅の抗弁。私法行為説による）または単純な訴訟行為（訴訟行為説による）あるいは実体法上の性質と訴訟法上の性質を併有する単一な行為（折衷説による）から成り立つている。[5] しかしながら訴訟上の相殺の表示は、それを理由付ける事実関係の陳述とともに主張されて、はじめて機能し、したがつて意義を有するにいたるものである。この観点からすれば、訴訟上の相殺の表示と通常考えられているものは、純粋な意味での訴訟上の相殺の表示と理由付

けの陳述とから成る複合体と把握することができる（ただし私法行為説によれば、ここで一方のエレメントと解されている相殺の表示自体もさらに私法行為と訴訟行為という二つのエレメントに分かれる）。ただ、相殺の表示と理由付けの陳述が異なる時点で――しかし同一訴訟において――提出された場合には二つのエレメントが分離すると解されうる。ここで考えられる場合のうち典型的なのは、被告が答弁書では特定の債権による相殺の表示のみを行い、その後に、同債権の存在を理由付けるための陳述を行う場合である。しかし、被告が答弁書中で相殺の表示とともに理由付けのための陳述も行ったが、それが理由付けとしては不十分なものであり、後にこれを補充するための陳述が行われる場合にも、両エレメントの分離が考えられる。いずれにせよ、右に述べられたような意味での複合体としての訴訟上の相殺は審級の終了の遅延の原因となりうる。したがって、それが時機に後れたものとして却下されることは考えられることである。[6][7]

仮りに、クネーリンガーが考えているように、口頭弁論終結前にあつては、相殺の表示それ自体の却下はありえないとするならば相殺の表示と理由付けの陳述が口頭弁論終結前に同時に（したがって上述の意味における複合体としての訴訟上の相殺として）しかし時機に後れて提出された場合には、理由付けの陳述のみがZPO二九六条一項または二項によつて却下されることになる。その結果被告の反対債権は、後述のごとく、既判力をもつて否定される。それ故被告はもはや反対債権を訴求しえないことになつてしまう。しかしこの結果は被告にとつて苛酷である。

簡素化法施行前の事件において連邦通常裁判所[8]もクネーリンガーと同じ見解をとつているが、同裁判所は右に述べたような不満足な且つ被告にとつて苛酷な結果を回避するために時機に後れた、しかし口頭弁論終結前に表示された、訴訟上の相殺それ自体をZPO旧五二九条五項（現行五三〇条二項。同規定については、［四］参照）により却下する可能性を示唆している。しかしながら同規定による却下は控訴審でのみ可能である。したがつて、クネーリンガーおよび連邦通常裁判所の見解に従う限り、第一審での時機に後れた訴訟上の相殺においては右の不満足な結果を承認せざるを得ないことになる。しかも簡素化法施行後においては被告の不利益は従来より一層著しいものとなつた。なぜならば、同法施行後は、第一審での却下が正当であれば、攻撃防禦方法は控訴審においても、その斟酌が訴訟の完結を遅延せしめないと考えられる場合でも、却下されることになつたからである（ZPO五二八条三項）。[9]

（三）第一審における却下

［一］で述べたように、訴訟上の相殺の表示はZPO二九六条a前段により却下されうるのみならず、同二九六条一項・二項によつても却下されうる。この却下について検討するにあたつては、訴求債権と反対債権間に牽連性（Konnexität）が存する場合とこれが存しない場合との区別がドイツ法上は重要である。[10][11] けだしドイツでは、以下に述べるように、牽連性の有無により取扱いが異なるからである。

1　訴求債権と反対債権の間に牽連性が存する場合には、弁論の分離（ZPO一四五条三項）を行うことなしに、ZPO一四六条による弁論の制限が可能である。しかし、この弁論の制限には特別な法律上の意味があるわけではなく、それは単に事実上の制限であるから、この制限が行われた後になされた相殺の表示のみが時機に後れたものとみなされうるわけではない。それ以前になされた相殺の表示も時機に後れたものとみなされることがありうる。

2　両債権の間に牽連性が存しない場合には、ZPO一四五条三項により弁論が訴求債権に関するものと反対債権に関するものとに分離されうる。しかしながら、たとえ弁論の分離後裁判所が訴求債権のみに関してて直ちに判決、すなわち留保判決（ZPO三〇二条一項）を下しうる場合でも、訴訟の完結が遅延すると認められる可能性はある。けだし、留保判決のみによつては訴訟は完結されえず、訴訟は終局判決が下されて、はじめて完結するからである。それ故、弁論の分離が可能であるということは、失権には何の影響も及ぼさない。

3　既述のごとく、時機に後れた訴訟上の相殺は訴訟の完結の遅延の原因となりうる。それ故、被告が相殺の表示をその訴訟促進義務（ZPO二八二条一項）に反して時機に後れて行い、かつ相殺を斟酌することにより訴訟の完結が遅延するであろうと考えられる場合には、[12] ZPO二九六条二項によりそれは却下されうる。

これに対して期限徒過後の相殺の表示の却下、すなわちZPO二九六条一項による却下は実務上は稀なことであろうと想像される。しかし理論的にはそれはあり得ないことではなく、次のような場合に行われる。すなわち、被告は相殺により防禦しようとの意思を有していながら、準備書面中にはこのことを明白に記述しなかつた。換言すれば、被告の記述が拙劣であつたため、相殺の表示が客観的には明白に読みとられなかつた。そこで裁判所が被告にこの点をはつきりさせるように命令し、且つそのためにZPO二七三条二項一号により同人に対して期間を裁定した。しかし被告はこの期間を懈怠し、期間経過後にはじめて明白に相殺の意思を表示した、という場合である。[13]

（四）控訴審における却下

1　控訴審での相殺の表示の取扱いを規定するZPO五三〇条二項は控訴審での攻撃防禦方法の取扱いを規定する同五二八条に対する特別規定である。したがつて前者は後者に優先して適用される。ただしZPO五三〇条二項は控訴審にいたつてはじめて行われた相殺の表示にのみ適用される。[14] このことは明示的に規定されているわけではない。しかし立法の沿革からそう解される。すなわち、ZPO五三〇条二項は簡素化法における改正前は五二九条五項であつた。ZPO旧五二九条は一項から五項までの規定をおいていたが、各項はいずれも控訴審にいたつてはじめて行われた提出、すなわち攻撃防禦方法、反訴、相殺の表示につき規定するものである。[15] 簡素化法はこれら各項のうち、時機に後れた攻撃防禦方法に関する旧五二九条一項、二項、三項は、内容的な変更を加えたうえで、現行五二七条、五二八条各項とし、旧五二九条四項、五項は条文の字句

に何の修正も加えず、現行五三〇条一項、二項とした（旧五二九条四項、現行五三〇条一項は控訴審で新たに提起された反訴につき規定する）。そこで、五三〇条一項・二項に関する限りは、簡素化法は旧法に内容的な変更を加えることなく、その位置を整理したにすぎないもの、と考えられる。それ故五三〇条二項は新たな相殺の表示にのみ適用されることになる。したがつて、被告が第一審で相殺の表示を行つたが、裁判所がその理由付けのための事実関係が証明されていないとみなしたか、あるいは事実関係の証明のための提出を時機に後れたものとして却下したため、相殺の抗弁が理由付けられないものとして否定されたところ、被告がさらに控訴審で同一債権に基づく相殺の表示を繰返した場合には、ＺＰＯ五三〇条二項の適用はないと解すべきである。[16]

これに対して以下に挙げる諸例においては、相殺の表示は控訴審にいたつてはじめて行われたものと解され、それ故ＺＰＯ五三〇条二項が適用される。第一に、被告が第一審で相殺を表示し、第一審裁判所がこれについて判断した（これを認めて請求を棄却したか、反対債権の存在に関する事実関係を証明されないものとみなし、あるいは右の事実関係の理由付けのための提出を時機に後れたものとして却下して、相殺の抗弁を退けた）。被告が控訴審において別の債権による相殺を表示する場合。[17] 第二に、被告は第一審で相殺を表示したが、後にこれを取り下げ、しかし控訴審で再びこれを表示する場合。[18] 第三に、被告は第一審では予備的に相殺を表示したが、第一審裁判所は主位的防禦方法を認めて、相殺については裁判しなかつた。そこで控訴審で被告が相殺を表示する場合。[19] 第四に、被告の相殺の意思が準備書面中には明白に記述されていなかつたため、第一審裁判所が被告にこの点をはつきりさせるよう命令した。しかし被告は第一審ではこの命令に応じず、控訴審にいたつて明白に相殺を表示する場合。この場合、前述のごとく、第一審裁判所がＺＰＯ二七三条二項一号による期間を裁定することもあり得る。第五に、右の期間裁定が行われ、その期間徒過後に被告が明白に相殺を表示し、相殺の表示がＺＰＯ二九六条一項により却下された。控訴審で被告が相殺を再び表示する場合。[20] 第六に、第一審で相殺の表示がＺＰＯ二九六条二項により却下されたが、控訴審で被告が再度相殺を表示する場合。

これらのうち第一から第四までの場合においては、控訴審での相殺の表示が新たなものであることは、明かであろう。第五と第六の場合にそうみることには疑問の余地がないとはいえない。しかしこれらの場合において第一審裁判所は相殺の表示の適法性については判断しているが、相殺の表示そのものについては判断していないのであるから、控訴審での相殺の表示は新たなものと解されるべきである。[21]

2 控訴審にいたつてはじめて表示された相殺はＺＰＯ五三〇条二項によると、原告が同意するか、あるいは裁判所が係属中の手続における相殺の主張を適切（sachdienlich）であるとみなす場合に限り、許容される。

原告が同意すれば、相殺の主張は許容される。反対債権について審理がなされ、これが否定されれば、以後被告が反対債権を訴求す

る道は既判力をもつて遮断されるのである（ZPO三三二条二項）から、原告にとつても相殺の審理に同意する実際上の利益が存する。同意があれば、裁判所は、たとえ相殺の主張が不適切であると考えても、これについて審理し、裁判しなければならない。

E・シュナイダーによると、以下の諸例において、裁判長はZPO一三九条により、原告に、相殺に同意するのか、同意を拒否するのか[22]を、明白にするよう釈明しなければならないとされる。第一に、原告の書面による表示が不明瞭なため、彼が同意する意思であるのか、それともこれを拒否する意思であるのか、明かでない場合。第二に、原告が法規を誤解して、控訴審での新たな相殺にも、ZPO旧五二九条五項（五三〇条二項）でなく、同旧五二九条二項（五二八条）が適用されるものと誤解して、もつぱら後者を援用して相殺に異を唱えている場合。第三に、原告がこの点につき何も態度表明していない場合。E・シュナイダーは第三の場合におけるZPO旧二六九条（現行二六七条）の類推適用を否定している[23]（同条によると、被告が、訴の変更に対して異議を唱えることなく、変更された訴の口頭弁論に応じたならば、彼が変更に同意したものとみなされる）。

第一の場合についてはE・シュナイダーに賛成すべきである。

第二の場合には原告がとにかく相殺の審理に異を唱えているのであるから、裁判所は右のごとき釈明を行うまでもなく、同意は拒否されたものとして事案を処理すべきである。けだし法的観点の選択は裁判所の専権事項だからである。

第三の場合について私は次のように考える。確かに原告が態度表明を全然しなければ、裁判所は原告の真意を釈明すべきである。しかし、原告が相殺に同意するか否かについて直接には態度を表明しなくとも反対債権につき弁論した場合には、ZPO二六七条を類推適用して、相殺について同意があつたものとみるべきであろう。けだしこの場合と、被告が訴の変更に対して異議を唱えずに変更された訴につき弁論した場合における、両当事者の利益状態は類似しているからである。もつとも、原告が同意を拒否しても、裁判所が相殺を適切であると評価すれば、相殺について審理、裁判されるのであるから、原告にとつては、一応同意を明白に拒否したうえで、相殺が適切であると評価される場合にそなえて、相殺に関する弁論を行うことは、認められなければならない。

3 原告が同意を拒否すると、裁判所は相殺の主張が係属中の手続において適切なものであるか否かを審査しなくてはならない。連邦通常裁判所[24]は適切であるか否かの判断のために以下のごとき基準をたてた。

「相殺においては、相殺債権（Aufrechnungsforderung―反対債権のこと――筆者――）について係属中の訴訟で裁判するための十分な根拠がある場合、適切性は肯定されるべきであろう。このことは一方においては訴訟経済の観点から吟味されるべきであろうし、また他方においては、係属中の訴訟において相殺債権につき裁判することについての、両当事者の利益が相互に衡量されるべきであろう。」

これらの基準もなお抽象的なものであるが、適切性というような一般条項においては判断基準が一定の抽象性をもつことはある程度やむを得ない。以下に若干の具体例を挙げて基準が抽象的である点

を補うことにしよう。

被告が相殺に供した債権をいつ取得したかは、適切性の判断にとつて決定的でない。[25] 被告が反対債権を第一審判決後に譲り受けた場合や、[26] 反対債権が第一審判決後に発生した場合にも、[27] 適切性が否定されることはありうる。

訴求債権と反対債権の間に牽連性があるということは、ただそれだけでは適切性を肯定するための決定的な根拠とはなり得ない。[28] 他方、訴求債権と牽連性のない反対債権による相殺も、必ずしも常に適切でないとはいえない。ただし関連ある反対債権による相殺における方がそうでない相殺におけるよりも適切性が肯定されやすいということはできよう。

審級の喪失はそれだけでは適切性を否定する決定的な根拠にならない。[29] 特にこの点と関連して、反対債権の存否の判断のため必要な訴訟資料が既に第一審で十分に提出されている場合には、適切性が肯定されるべきである。

裁判所にとつて反対債権の存否が既に明白である、あるいは直ちに明白になることが予想される場合には、相殺は適切であり、許容される。反対に、両当事者の利益衡量からすれば、相殺につき審理、裁判することが望ましいと思われる場合でも、それにより訴訟が著しく遅延するであろう場合には、適切性が否定される。ただし、訴訟の遅延が軽度であれば、適切性は肯定されてしかるべきである。遅延が著しいものであるか、あるいは軽度なものであるかは、事件の重大性、衡平の観点等を考慮して決せられるべきである。

4 控訴審裁判所が相殺を許容した場合には、原告は同裁判所のこの処置に対して不服を申し立てることができない。[30] 同裁判所が相殺を不適切であるとみなして却下した場合には、被告は上告理由中でこの処置を攻撃できる。[31]

(1) BGHZ 33, 236ff. (240) の上告理由において上告人側は次のように主張している。裁定期間徒過後に、しかしすぐ次の口頭弁論でなされた相殺の表示を裁判所はZPO旧二七九条a（裁定期間徒過後の提出の却下を規定）により却下しえない。なぜなら表示はいずれにしても口頭弁論での陳述によつて効果をもつものとなるからである、と。上告理由の基礎には本文で否定された考え方がある。連邦通常裁判所は正当にも上告人側が採用する考え方を退けた（ただし同判例のうち、注(8)に引用する部分には、賛成できない）。

(2) BGHZ 34, 274(279); BGH NJW 1964, 1797 ; BAGE 3, 17.

(3) 給付訴訟においては、請求認容判決が確定しても、原告（債権者）が満足を得なければ、紛争が実質的に解決したとはいえない。

(4) Knoringer, Der Begriff der Verzögerung nach der Vereinfachungsnovelle, NJW 1977, 2339.

(5) 訴訟上の相殺の法的性質については、周知のごとく、様々な見解が主張されており、文献の数もおびただしい。従来の学説の状況を要領よくまとめたものとして vgl. Luke-Huppart, Die Aufrechnung, JuS 1971, 165ff. ; Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht 12. Aufl. (1977), §106. また Hasemeyer, Die sogenannte„Prozeßaufrechnung“ – eine dogmatische Fehlakzentierung, Festschrift fur Friedrich Weber (1975), S. 215ff. は従来の訴訟上の相殺の法的性質をめぐる諸説を批判し、その方法論を問いなおす、注目すべき論文である。ヘーゼマイアーの所説については、本稿「五」参照。

(6) この点については、vgl. Luke, Falle, zum Zivilverfahrensrecht Bd. I (1979), S. 23 Fußn. 40.（リュケ教授の著書のこの部分は、翻訳されている。法学研究五二巻七号九九―一〇〇頁）。

(7) トーマス＝プッツォーのコンメンタールの第九版では、「相殺の主張は防禦方法である。相殺の表示それ自体の時機に後れたものとしてのZPO――筆者――二九六条による却下は適法である」、と述べられていた（Thomas-Putzo, ZPO 9. Aufl. (1977), § 145 Anm. II 4)。詳細な理由付けはないが、私見と同旨である。これに対してクネーリンガーは、この論述は誤りであると主張した（Knoringer, a. a. O.（注(4)), S. 2339 Fußn. 30)。トーマス＝プッツォーのコンメンタールの第一〇版では該当箇所は次のように改められている。「相殺の表示は防禦方法である。したがつて（ZPO――筆者――）二七七条一項、二八二条一項が妥当する」、と（Thomas-Putzo, ZPO 10. Aufl. (1978), §145 Anm. II 4)。第一〇版ではZPO二九六条による却下については言及されていないが、この変更はクネーリンガーの（私見によれば正しくない）批判を考慮したためのものであるかもしれない。

(8) BGHZ 33, 236ff. その判決要旨中には、「ZPO（旧――筆者――）二七九条aによつて裁判所は事実上の争いある陳述のみを斟酌しないでいることができるのであり、それに対して相殺の抗弁はそうはいかない」、とある。Baumgartel, Zivilprozeßrecht――Grundlegende Entscheidungen 1. Aufl. (1971), S. 101ff. ではこの判例が取り上げられ、判旨に賛成されている（同書は判例解説集であるが、第二版では判例がさしかえられている）。

(9) さらにグルンスキーは、第一審で正当に却下された攻撃防禦方法は、それを斟酌すれば訴訟の完結が早められるであろう場合にすら、排斥される、と述べている（Grunsky, Die Strafung des Verfahrens durch Vereinfachungsnoveelle, JZ 1977, 206)。ZPO五二八条三項の解釈論としてはかような結論を認めざるを得ない。ZPO五二八条三項の問題点については、vgl. Deubner, Berufungszwang durch Verfahrensbeschleunigung, NJW 1978, 355ff.; ders., Die Praxis der Zuruckweisung verspateten Vorbringens, NJW 1979, 343f. E. Schneider, Zur Auslegung des §528 Abs. 3 ZPO, MDR 1978, 969ff.; Lampenscherf, Verfassungswidrigkeit des §528 Abs. 3 ZPO n. F., MDR 1978, 365ff. OLG Celle, NJW 1979, 377.（この判例につき石渡「ドイツ民訴法関係新判例紹介(9)」判タ三八九号三八頁以下参照）

(10) 例えば以下の設例において訴求債権と反対債権の間に牽連性（Konnexitat）ありといえる。

原告である建築業者が工事代金を訴求したところ、被告が、工事が不備であつたため損害を受け、したがつて自分はBGB六三五条により原告に対して損害賠償請求権を有すると主張し、同請求権による相殺を表示する場合である。

(11) クネーリンガーも牽連性がある場合とない場合の区別が実務上重要であることを指摘している。しかし彼は、本文（二）で紹介したように、相殺の表示それ自体はZPO二九六条一項・二項によつては却下されえないと考えているので、相殺の表示にはこの区別を適用させていない。彼はただ反対債権の存在の理由付けのための陳述にのみこの区別を適用させている（Knóringer, a. a. O.（注(4)), S. 2339)。理由付けの陳述については、本稿「三」参照。

(12) 時機に後れた提出の斟酌により訴訟の完結が遅延するか否かの判断の基準が何であるかについては、論争されている。一方の見解によると、右の判断の基準は、当該提出を斟酌する場合としない場合の訴訟係

属の時間的長さの比較である。すなわち、この見解によれば、前者の場合の時間的長さが後者の場合のそれよりも長ければ、訴訟の完結は遅延するものとみなされる（Deubner, Zuruckweisung verspateten Vorbringens nach der Vereinfachungsnovelle, NJW 1977, 923)。それに対立する別の見解によると、当該提出を斟酌した場合の訴訟係属の時間的長さと、当事者が適時に提出したとすれば予想される訴訟係属の時間的長さの比較が基準になる（Knöringer, a. a. O.（注(4)), S. 2337; Thomas-Putzo, a. a. O.（注(7)), 10. Aufl., §296 2 a)。前説によれば、確かに攻撃防禦方法は時機に後れて提出されたが、しかし、仮りにそれが適時に提出されたとしても、やはり同じだけの訴訟係属期間が必要となつたであろう場合にも、攻撃防禦方法は、それが斟酌されれば斟酌されない場合よりも訴訟係属期間が長びく限りにおいて、却下される（却下強制を規定するＺＰＯ二九六条一項が適用される場合には、却下のためのその他の要件が具備している限り、却下されなければならない）ことになる。しかし、私見によれば、かような結果は妥当でない。けだし失権規定は、時機に後れた攻撃防禦方法によつて訴訟係属の期間が不当に長くなるのを防止することを、目的としているのであつて、それを越えて、訴訟係属の期間を本来の長さよりも短縮することは、しかも実体的真実の探究を犠牲にしてまでそうすることは、失権規定の目的を不当に逸脱することになるからである。それ故後説が正しい（より詳細な理由付けおよびこの問題に関する西ドイツの学説、判例については、石渡「時機に後れた攻撃・防禦方法の却下の要件である『訴訟の完結の遅延』の概念について」法学研究五二巻四号六一頁以下参照。同・前掲ドイツ民訴法関係新判例紹介(9)三八頁以下参照)。

(13) ただし、vgl. E. Schneider, Die Aufrechnung im zweiten Rechtszug, MDR 1975, 980. 注(20)を見よ。

(14) E. Schneider, a. a. O.（注(13)), S. 979; RGZ 119, 64; BGHZ 17, 124. ただしE. Schneider, a. a. O. によると、ドイツの弁護士のなかにもこの点を誤解して、控訴審での新たな相殺についても通常の攻撃防禦方法の失権に関する規定が適用されると考えている者がいるとのことである。

(15) ＺＰＯ 旧五二九条の歴史的展開については、vgl. RGZ 119, 64 (69).

(16) E. Schneider, a. a. O.（注(13)), S. 980f.; Ders., Anm. zu BGH, MDR 1975, 1008f. ただし連邦通常裁判所は、この場合にもＺＰＯ旧五二九条五項(現行五三〇条二項)が適用される、と解している (BGH, MDR 1975, 1008)。

(17) E. Schneider, a. a. O.（注(13)), S. 980.

(18) E. Schneider, a. a. O.（注(13)), S. 981; Wieczorek, ZPO(1975), §529 Anm. B Ⅲ c 3; Stein-Jonas-Grunsky, ZPO 19. Aufl. (1968), §529 VI.

(19) E. Schneider, a. a. O.（注(13)), S. 981; Wieczorek, a. a. O.（注(18)). §529 Anm. B Ⅲ c 2.

(20) ただし、E. Schneider, a. a. O.（注(13)), S. 980 によると、第四、第五の事例は理論的説明のために設定されえても、実際には稀であるとのことである。

(21) E. Schneider, a. a. O.（注(13)), S. 981; Stein-Jonas-Grunsky, a. a. O.（注(18)), §529 VI; OLG Frankfurt ZS. Darmstadt, NJW 1971, 148. ただし反対の判例もある (RGZ 31, 363; OLG Celle NJW 1965, 1338f.)

(22) E. Schneider, a. a. O.（注(13)), S. 979.

(23) この場合についてはライと裁判所も同旨である(RGZ 119,65(69))。

(24) BGHZ 17, 124 (126).
(25) E. Schneider, a. a. O. (注(13)), SS. 980, 982.
(26) BGHZ 5, 374.
(27) BGHZ 17, 124.
(28) E. Schneider, a. a. O. (注(13)), S. 982; BGH NJW 1966, 1029.
(29) E. Schneider, a. a. O. (注(13)), S. 982; BGHZ 5, 373(376). なお、BGHZ 1, 65は控訴審における訴の変更について同趣旨を判示している。
(30) E. Schneider, a. a. O. (注(13)), S. 981.
(31) E. Schneider, a. a. O. (注(13)), S. 981.

三　訴訟上適時に表示された相殺を理由付けるための時機に後れた陳述

訴訟上相殺が適時に表示されたが、その理由付けのための、すなわち反対債権の存在を理由付けるための陳述が時機に後れてなされる場合がある。かような陳述の取扱いを検討するためには、訴訟上の相殺の表示それ自体が時機に後れた場合と同様に、訴求債権と反対債権の間に牽連性がある場合とそれがない場合を区別して考えなければならない。[1]

1　両債権の間に牽連関係が存在するならば、相殺の事実関係（Aufrechnungssachverhalt——反対債権をめぐる事実関係）は原則として訴の事実関係（Klagesachverhalt）の一部である。それ故陳述は答弁（Klageerwiderung）の一部にもなる。そこで、期日の準備にあたり答弁書提出期間が裁定されたが（ZPO二七三条二項一号・二七五条一項前段・二七六条一項）、この期間徒過後になつて相殺の事実関係が陳述された場合には、ZPO二九六条一項が適用され、その斟酌が審級の完結の遅延[2]の原因となり、且つ被告が期間の懈怠につき十分な弁明をしない限り、陳述は却下されなければならない。

牽連性のある場合には、弁論の分離（ZPO一四五条三項）を行うことなしに、ZPO一四六条による弁論の制限が可能である。しかし、それは単に事実上の制限に過ぎないから、この制限が行われた後になされた陳述だけが時機に後れたものと評価されうるわけではない（相殺の表示それ自体についても同様のことが言えることにつき、本稿「二・㈢」参照）。

2　両債権の間に牽連関係がなければ、反対債権の理由付けのための陳述は答弁の一部にならないので、この陳述のために期間が裁定されることもない。したがつてZPO二九六条一項の適用はなく、ただ同条二項が適用されうるのみである。それ故、右の陳述が時機に後れたものであるか否かは、ただ一般的訴訟促進義務（ZPO二八二条一項）によつて判断される。

両債権の間に牽連性がなければ、ZPO一四五条三項により、訴に関してと反対債権に関してとに弁論を分離することが、可能である。しかしながら、弁論の分離後直ちに裁判所が訴求債権のみについて判決、すなわち留保判決を下しうる場合でも、訴訟の完結が遅延すると評価されることはありうる。けだし留保判決のみでは訴訟を完結することはできず、訴訟は終局判決によつてはじめて完結す

るからである。それ故弁論の分離の可能性は失権には特別の影響を及ぼさない（相殺の表示それ自体についても同様のことが言えることにつき、本稿「二・㈢」参照）。

3 控訴審においては反対債権の存在の理由付けの陳述についてはＺＰＯ五二七条・五二八条一項・二項・三項が適用される。相殺の表示そのものに関してとは異なり、ＺＰＯ五三〇条二項の適用はない。

(1) Knöringer, a. a. O. (二・注(4)), S. 2339. なお、本稿「二・注(11)」参照。本文中以下の部分の記述にあたつても、クネーリンガーの論述が参酌されている。

(2) 審級の完結（訴訟の完結）の「遅延」の概念については、本稿「二・注(12)」参照。

四　訴訟前・訴訟外の相殺の表示の効果の時機に後れた主張

「一」で述べたように、被告が訴訟前にあるいは訴訟係属中に訴訟外で相殺の表示を行い、その表示の効果の主張が訴訟において時機に後れてなされたという場合は、厳密にいうと次の二つの場合に分類される。第一は、訴訟前・訴訟外で表示された相殺の効果の主張自体が時機に後れてなされるという場合である。第二は、この主張自体は適時になされたが、それを理由付ける陳述が時機に後れて行われたという場合である。

1 訴訟前・訴訟外の相殺の表示の効果の主張自体が適時になされたか否かの判断にあたつては、実際に相殺が表示された時点は基準にならない。正しい基準時点は裁判所により裁定された攻撃防禦方法提出のための期間により定まる時点（ＺＰＯ二九六条による却下の場合）、または、訴訟促進を考慮する当事者であれば、相殺を表示したうえで、訴訟においてその効果を主張したであろう時点（ＺＰＯ二九六条二項による却下の場合）である。したがつて、たとえ被告が、訴訟係属中に訴訟外で相殺を表示した後、直ちにその効果を主張した場合でも、この主張が時機に後れたものと評価される可能性はある（以上の論述は、訴訟における相殺の表示が適時になされたかの判断の基準時点について述べた私見――本稿「二・㈠」――と共通の基盤の上に立つ）。

2 被告が控訴審にいたつてはじめて訴訟前・訴訟外の相殺の効果を主張した場合には、ＺＰＯ五三〇条二項ではなく、同五二七条・五二八条一項および二項が適用される。この点は、相殺の表示自体が控訴審ではじめて行われた場合と、異なる。右の効果自体は既に第一審で援用され、その理由付けのための陳述として新たなものが控訴審において提出された場合には、当然のことながら、ＺＰＯ五二七条・五二八条一項・二項が適用される。

3 訴訟前・訴訟外の相殺の表示の効果の主張自体についても、またこの主張の理由付けのための陳述についても、その取扱いを考慮するためには、訴求債権と反対債権の間に牽連性がある場合と、これがない場合とを分けて考えるべきである。それは、訴訟における相殺の表示それ自体および訴訟における相殺の表示の理由付け（反対債権の存在の理由付け）のための陳述の取扱いを考慮する場合に、そ

うしなければならないのと同様である。それぞれの取扱いについても、相殺の表示それ自体およびその理由付けのための陳述について、右の分類を行ったうえで述べたこと（本稿「二・㈢」、「三」）に、特段の事情なき限り、準じて考えるべきである。

五　失権の場合の効果

失権の場合の効果を考えるにあたっても、相殺が訴訟において表示された場合と、訴訟前・訴訟外で表示された相殺の効果が訴訟上主張された場合とが区別される。前者の場合はさらに、表示自体が時機に後れて行われた場合と、表示自体は適時に行われたが、その理由付けのための陳述が時機に後れて行われた場合とに、区別される。[1] また、後者の場合も、訴訟前・訴訟外の相殺の効果の主張自体が時機に後れた場合と、右の主張自体は適時に行われたが、その理由付けのための陳述が時機に後れた場合とに、理論上は区別される。

1　相殺が訴訟において表示された場合のうち、表示自体は適時になされたが、相殺を、すなわち反対債権の存在を理由付ける陳述が時機に後れたものとして却下されたため、裁判所が相殺を容れず、請求を認容する判決を下し、この判決が確定した場合には、ZPO三二二条二項により被告の反対債権は、相殺に供された額の範囲で、既判力をもって否定される。その結果被告は右の範囲内で反対債権を訴求しえなくなる。

2　相殺の表示自体が時機に後れたものとして却下された場合にも、相殺の表示の実体的効果である反対債権の消滅という効果が生じるとすると、相殺自体については裁判がなされていないのであるから、被告にとって苛酷である、と一般には考えられている。そこで学説はほぼ一致してこの効果の発生を否定しようとしている。かような結論は訴訟上の相殺の法的性質に関する訴訟行為説および折衷説からは無理なく引き出される。しかし私法行為説の主張者達も同じ結論を引き出しているが、その理論構成は様々である。[2] ここで訴訟上の相殺の法的性質論にたちいる余裕はないが、私自身は、私法行為説によっても、法律行為の一部的無効は法律行為全体を無効にする旨を規定している、BGB一三九条により、相殺の表示が時機に後れたものとして却下された場合には、相殺全体が無効になり、したがって前記の実体上の効果も生じないものと、解することができる、と考えている。[3]

また、控訴審において相殺の表示がZPO五三〇条二項により却下された場合も、同断である。

3　訴訟前・訴訟外の相殺の表示の効果が訴訟において主張された場合のうち、主張自体は適時に行われたが、その理由付けが時機に後れたものとして却下された場合に、ZPO三二二条二項が適用されるか否かは、問題となりうる。私見によれば適用を肯定すべきである。けだし、同規定は、「被告が反対債権による相殺を主張したならば、反対債権は存在せずとの裁判は、相殺のために主張された範囲内で既判力を有す」と規定しているが、ここでいわれている「相殺を主張した」場合には、被告が訴訟において相殺を表示した場合の

みならず、訴訟前・訴訟外の相殺の効果を主張することも、包含される、と解されるから。

4　最も問題となるのは、訴訟前・訴訟外の相殺の効果の主張自体が時機に後れたものとして却下された場合である。この場合には、訴訟における相殺の表示が却下された場合と異なり、被告は反対債権消滅の効果を免かれることができない、との見解がある。[4]

それに対してヘーゼマイアーは最近、訴訟前・訴訟外の相殺の効果の主張の却下の場合も、相殺の表示自体の却下の場合と同様に、被告の反対債権を存続させるべきであるとの、基本的立場から、以下のような主張を行つた。すなわち、訴訟前・訴訟外の相殺の効果の主張が却下されても、相殺による反対債権の消滅の効果は影響を受けない、[5]との見解の基礎には、実体法と手続法の分断的思考方法がある。私法行為説のみならず、訴訟行為説も、実体法上の相殺と相殺を行つた者の訴訟上の行為の法律要件的連結を創り出すことに腐心している。しかしながらむしろ相殺の効果ないし機能に着目しなければならない。[6]相殺は「執行的効果（Exekutionswirkung）」を有するが、これは実体法上は二つの要素に分かれる。すなわち、相手方の債権に対する「防禦機能（Verteidigungsfunktion）」と自己の債権の「実現機能（Durchsetzungsfunktion）」である。手続法の面では前者のみが働いている。しかし、両機能は不可分に結合しているので、防禦機能が欠落すれば、必然的に実現機能も欠落する。ところで、訴訟上の相殺の表示それ自体が却下される場合にも、訴訟前・訴訟外の相殺の表示の効果の主張が却下される場合にも、とも に防禦機能は欠落する。このことから、いずれの場合においても実現機能も欠落することになり、したがつて反対債権の消滅も否定される。[7]以上がヘーゼマイアーの主張の骨子である。

確かに、従来のドイツの学説における、なかんづく訴訟上の相殺の法的性質論における、方法論上の問題点を指摘し、且つ、訴訟前・訴訟外の相殺の表示の効果の主張の失権の場合につきより詳細に論じた点は、ヘーゼマイアーの功績として評価できる。しかしながら私見によれば彼の見解には問題がある。すなわち、相殺が本来防禦機能と実現機能を有するものであることは、認められるにしても、何故前者の欠落が後者の欠落を必然的に導くかについて、ヘーゼマイアーは納得のいく説明をしていない。彼自身は、両機能の不可分性がその根拠になる、と考えているのであろう。しかし、両機能が不可分であるということと、一方の機能の欠落が必然的に他方の機能の欠落を導くということは、実はタウトロギーであつて、前者の命題が後者の命題の根拠になることはできない。[8]

私は、訴訟前・訴訟外の相殺の効果の主張が時機に後れたものとして却下された場合には、そのことによつて相殺の表示による反対債権消滅の効果は何の影響も受けないもの、と考える。あるいは、この場合には裁判所は相殺に関して裁判しておらず、この点でこの場合と、相殺の表示が却下された場合の間には違いがないから、相殺の表示の却下の場合に反対債権を存続させておきながら、この場合には同債権を消滅したものと解するのは、均衡を失している、と考えられるかもしれない。しかしながら二つの場合には重大な相違が

ある。相殺の表示が訴訟でなされた場合には、この表示は訴訟における防禦方法としてなされたものと評価でき、それ故、それが却下されれば、相殺の表示はその本来の機能を果たし得なくなる。したがつてその却下はＢＧＢ一三九条により相殺の表示全体の無効をもたらす。それに対して、訴訟前・訴訟外の相殺の表示は本来訴訟とは別個に行われるものであり、したがつてその効果は、訴訟における効果の主張が却下されることによつて、影響を受けるものということができない。あるいは、一般論としてはそういえるが、被告が、訴訟係属中に自己の不利を悟り、訴訟外で相殺を表示し、その効果を訴訟において主張したが、これが却下された場合には、相殺の表示自体が却下された場合と同様に扱われるべきであると考える余地は、あるかもしれない。けだし、かような場合被告は、訴訟外の相殺の表示とその効果の訴訟における主張を防禦のために行うものと解されるし、その点でそれらは訴訟における相殺の表示と同じ機能をはたすもの、と考えることもできるからである。しかし、被告が訴訟係属中に自己の不利を悟つた場合、被告には、本来、防禦方法として訴訟上の相殺の表示をすることもできたはずであり、彼がこの道を選ばないで、訴訟外の相殺の表示の道を選んだいじよう、それに応じた取扱いがなされざるを得ない。このような場合にのみ訴訟外の相殺の表示を訴訟上の相殺の表示と同等に扱うことは、異なる取扱いのいずれが行われるかを、被告（表示者）の主観的な意図に依存させることになる。訴訟上で相殺の表示をなすことが不可能であれば格別、これが可能であるいじよう、いかなる取扱いをするかを、当事者の主観的意図に依存させることには、問題がある。

ただし、訴訟前・訴訟外の相殺の表示の効果の主張が却下され、請求認容の判決が確定し、且つこの判決に基づき原告がその債権を満足させたならば、被告が不当利得返還請求権をもつにいたる、と解することができる。けだし、被告の反対債権の存否については裁判がなされていないので、同債権が既判力をもつて否定されることは、ないからである。

（1）Baumgartel, a. a. O.（二・注(8)）, S. 104; Knoringer, a. a. O.（二・(注(4)）, S. 2339f.; BGHZ 33, 236 は本文で述べた区別を行つている。

（2）訴訟上の相殺の法的性質をめぐる学説については、本稿「二・注(5)」参照。

ただしバウムゲルテルは、実体上の効果の発生が阻止されるのは、相殺が予備的に表示された場合のみである、と主張している（Baumgartel, a. a. O.（二・注(8)）, S. 104f.; ders., Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprprozeß (1957) S. 163f.

（3）同旨、Rosenberg-Schwab, a. a. O.（二・注(5)）, §106 Ⅲ 2; Luke-Huppart, a. a. O.（二・注(5)）, S. 169.

（4）Luke-Huppart, a. a. O.（二・注(5)）, S. 169f. Fußn. 54. なおこの点の学説の状況につき、vgl. Hasemeyer, a. a. O.（二・注(5)）, SS. 215f., 218F. ußn. 17.

（5）Hasemeyer, a. a. O.（二・注(5)）, SS. 216, 221f.

（6）Hasemeyer, a a. O.（二・注(5)）, S. 222.

（7）Hasemeyer, a. a. O.（二・注(5)）, S. 222ff.

(8) シュヴァープも、ヘーゼマイアーが問題をもつぱら相殺の機能の面のみから解決しようとしていることを、批判している（Rosenberg-Schwab, a. a. O.（二注(5)），§ 106 Fußn. 21）。ただし、A. Blomeyer, Ausserprozessuale Aufrechnung und Prozeßaufrechnung, ZZP 88, 439ff. はヘーゼマイアーに賛成している。

六　実務上生じうる若干の問題

(一)　訴訟上の相殺と反訴による反対債権の主張

訴訟上の相殺が時機に後れたものとして却下されることを回避するため、ベンダー＝ベルツ＝ヴァクスによる簡素化法の解説書は以下の処置を被告に薦めている。(1) 第一に、とにかく一応答弁書において相殺を表示することである。第二に、相殺が時機に後れたものとみなされるおそれがあると思われたならば、反対債権を反訴により主張することである。

しかし、前述のように、相殺を表示することによって、被告は反対債権の存在の理由付けのための陳述が失権すれば、反対債権が既判力をもつて否定されるという危険を負うことになる。それ故実務上は、答弁書提出にあたり理由付けの陳述のために十分な資料が被告の手もとにそろつておらず、後にこれを提出しても、時機に後れたものとして却下される可能性があると推測される場合には、被告に答弁書中で相殺を表示することは、薦められない。もちろん、理論的には、被告が時機に後れたことを十分に弁明できれば、却下は免れるはずである。しかし、弁明の理由ありと認めるか否かは、裁判所が判断することであるから、実務上は、被告自身は、提出が時機に後れたことがやむを得ない事情による、と考えていても、裁判所は弁明の理由なし、と判断することがありうる。したがつて被告にとつてはむしろ、ここで問題になつているような場合には、相殺を表示せず、別訴で反対債権を訴求する可能性を温存しておく方が、得策である。

次に反訴について考えてみよう。有力な学説(2)は、反訴は「攻撃（Angriff）」であつて、「攻撃防禦方法（Angriffs- und Verteidigungsmittel）」ではないから、時機に後れた攻撃防禦方法の却下を規定するＺＰＯ二九六条は反訴には適用されない、と主張している、このような理解を前提とすると、裁判所は反訴を時機に後れたものとして却下することはできず、反訴の一般的適法要件が具備されている限りにおいて、これにつき必ず審理し、裁判しなければならない。その結果本訴の手続が遅延しないかが、問題となりうる。しかしながら、本訴は判決に熟したが反訴はまだ熟していないという場合には、裁判所は原則として本訴のみについて判決、すなわち一部判決を下しうるしこの判決は終局判決である（ＺＰＯ三〇一条一項）ので、反訴により本訴の完結が遅延させられるということはない。

しかし、右の見解とは異なり、反訴も防禦方法の一つであると解する余地もある。けだし、確かにＺＰＯ二八二条一項は攻撃防禦方法を列挙しており、その中に反訴は挙げられていないが、この列挙は限定列挙ではなく、例示列挙であるとみることもできるからであ

る。仮りにそう考えることができるとすると、反訴がＺＰＯ二九六条一項または二項によつて却下されることもありうる。その場合には、反訴を却下する裁判は訴訟判決と同様のものと解されるので、被告の反対債権が既判力をもつて否定されることはない。したがつてこの場合の裁判の効果は、相殺の表示自体が時機に後れたものとして却下された場合の、裁判の効果と同じである。

（二）理由付けの陳述が時機に後れた場合の取扱い

前述のごとく、訴訟上適時に相殺が表示されたが、理由付けの陳述が時機に後れたものとして却下されたため、判決中で相殺が否定されれば、被告は既判力をもつて反対債権を失う。したがつて、もし被告が、理由付けの陳述が却下されるであろうこと、およびその結果を知づているならば、彼は相殺の表示自体を取下げるであろう、と推測される。それ故、却下に先立ち裁判所が、当該陳述を却下するであろうこと、およびその結果被告は反対債権を喪失するであろうことを、ＺＰＯ一三九条に基づいて教示することは、望ましいことである。

かような教示は単に望ましいというだけでなく、裁判所の義務である、という主張もある。[3] しかし、陳述は、被告が十分な弁明の根拠なくして、設定された期間の経過後にこれを提出した場合（ＺＰＯ二九六条一項による却下の場合）か、あるいは重大な過失によつて時機に後れてこれを提出した場合（同条二項による却下の場合）に、却下されるのであるから、かような被告が反対債権を失うことは、不合理なほどに苛酷であるとはいえないであろう。したがつて右の教示は裁判所の義務ではない。[4]

仮りに右の教示が裁判所の義務であるとすると、教示なくして行われた陳述の却下は違法である。そこで、下級審が、右の教示をせずに、陳述を却下し、相殺を判決中で否定したのに対して、被告が上訴した場合、上訴裁判所は被告に、相殺の表示を取下げるチャンスを与えなければならない。しかし、この場合に、下級審の取扱いが違法だからといつて、相殺の表示が当然に取下げられたとみなすことはできない。けだし、下級審が前述の教示をした場合でも、被告が実際に相殺の表示を取下げなければ、相殺は否定されるのであつて、自動的に相殺が取下げられたものとみなされるわけではなく、且つ下級審が教示を行わなかつたことによつて、被告が教示のあつた場合以上に有利な地位を得ることは、不当だからである。同様の理由により、上級審裁判所は理由付けの陳述を取り上げることもできない。

（1）Bender-Belz-Wax, Das Verfahren nach der Vereinfachungsnovelle und vor dem Familiengericht (1977), S. 30.

（2）例えばRosenberg-Schwab, a. a. O. (11・注(6)), §99 II 2 a.; Jauernig, Zivilprozeßrecht 18. Aufl. (1977), §46 I; Thomas-Putzo, a. a. O. (11・注(7)), §146 2 a., vgl, Bender-Belz-Wax, a. a. O. (注(1)), S. 30.

（3）Luke, a. a. O. (11・注(6)), S. 24 Fußn. 40.（その翻訳、法学研究五二巻七号九九頁）

（4）Knöringer, a. a. O. (11・注(4)), S. 2340 Fußn. 35.