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

Title	既判力標準時後の相殺権行使に関する判例について
Sub Title	Anmerkung zu den Entscheidungen über die auf der Aufrechnungseinwendung beruhende Vollstreckungsgegenklage : unter besonderer Berücksichtigung der zeitlichen Grenzen der Rechtskraft des Zivilurteils
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1983
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.56, No.9 (1983. 9) ,p.51- 68
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=AN00224504-19830928-0051

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

既判力標準時後の相殺権行使に関する判例について

坂原正夫

一　はじめに
二　既判力標準時後の相殺権行使に関する判例について
　一　積極説判例の確立の過程
　二　明治四三年大審院民事連合部判決以降の積極説判例
　三　消極説判例の流れ
三　おわりに

一　はじめに

一　既に一八年も前のことであるが、最高裁判所は次のような判断を下した。

「所論指摘の原審判断は正当であつて、この点に関し、相殺は当事者双方の債務が相殺適状に達した時において当然その効力を生ずるものではなくて、その一方が相手方に対し相殺の意思表示をすることによつてその効力を生ずるものであるから、当該債務名義たる判決の口頭弁論終結前には相殺適状にあるにすぎない場合、口頭弁論の終結後に至つてはじめて相殺の意思表示がなされたことにより債務消滅を原因として異議を主張するのは民訴法五四五条二項の適用上許されるとする大審院民事連合部明治四三年一一月二六日判決（民録一六輯七六四頁）の判旨は、当裁判所もこれを改める必要を認めない。」

（最二小判昭和四〇年四月二日民集一九巻三号五三九頁）

この判例（以下では「最昭40」と表示する）は口頭弁論終結前に相殺適状にあつた債権について口頭弁論終結後に相殺の意思表示をなすことにより請求異議の訴えの異議事由とすることができることを認めた判例である。この判例はほとんど異論もなく学説において承認されて、[1] 今日では広く一般的に支持されたいわば確定判例[2]ともいうことができる判例の一つである。[3] 換言すればこの判例の立場を積極説と呼ぶならば、この判例は口頭弁論終結時（以下では「標準時」と

表現する）後の相殺を認めない消極説や一定の事由に限つて認める折衷説を排斥した訳であり、[4] 今日ではこの積極説が判例・通説の立場であるということができる。ところが最高裁は最近同じような問題において取消権に関しては従前の積極説の態度を消極説に変更したのである。[5]

「売買契約による所有権の移転を請求原因とする所有権確認訴訟が係属した場合に、当事者が右売買契約の詐欺による取消権を行使することができたのにこれを行使しないで事実審の口頭弁論が終結され、右売買契約による所有権の移転を認める請求認容の判決があり同判決が確定したときは、もはやその後の訴訟において右取消権を行使して右売買契約により移転した所有権の存否を争うことは許されなくなるものと解するのが相当である。」

（最一小判昭和五五年一〇月二三日民集三四巻五号七四七頁）

確かにこの判例（以下では「最昭55」と表示する）に先立つて既に最高裁は最三小判昭和三六年一二月一二日民集一五巻一一号二七七八頁において「書面によらない贈与（死因贈与を含む）を請求原因とする訴訟が係属した場合に当事者が民法五五〇条による取消権を行使することなくして事実審の口頭弁論が終結した結果、右贈与による権利の移転を認める判決があり同判決が確定したときは、訴訟法上既判力の効果として最早取消権を行使して贈与による権利の存否を争うことは許されなくなるものと解するを相当とする」旨を判示していたから（以下この判例を「最昭36」と表示する）、最昭55判例は予想されたことと言えよう。しかし、最昭36判例は贈与の取消しであり、[6] 一般的な取消権の問題と同列に論じられるかは疑問であり、その意味で最昭55判例はこの疑問に終止符を打つことであり、最高裁の方向転換を明らかにした意味で重要である。[7] そこで最昭40判例の積極説とこの最昭55判例の消極説の関係が問題となろう。特に最昭55判例では「取消権を行使することができたのにこれを行使しないこと」が問題とされているが、この点は最昭40判例ではどのように解することになるのであろうか。また最昭55判例以前においてはこの問題について形成権の種類を問うことなく積極説が判例であると解することは誤りではなかつた。ところが最昭55判例の出現により形成権一般として論じることができなくなつた訳である。勿論それぞれの判例は形成権一般を論ずることなく、当面の問題である相殺権、取消権に焦点を当て、それのみについて判断しているのに過ぎない。しかし、それならば同じく形成権として等しい性質をもつものが結論を異にした取扱いを受けるのが問題となろう。またこのことはこの問題を個別具体的に考えるべきであつて統一的理解や統一的基準の設定を断念する道を歩むものであろう。これで良いのだろうかということである。

この疑問をさらに一層強めたのが次の判例の出現である。

「手形の所持人が、手形要件の一部を欠いたいわゆる白地手形に基づいて手形金請求の訴え（以下「前訴」という）を提起したところ、右手形要件の欠缺を理由として請求棄却の判決を受け、右判決が確定するに至つたのち、その者が右白地部分を補充した手形に基づいて再度前訴の被告に対し手形金請求の訴え（以下「後訴」という）を提起した場合においては、前訴と後訴とはその目的である権利または法律関係の存否を異にするものではないといわなければならない。そして手形の所持人に

おいて、前訴の事実審の最終の口頭弁論期日以前に既に白地補充権を有しており、これを行使したうえ手形金の請求をすることができたにもかかわらず右期日までにこれを行使しなかつた場合には、右期日ののちに該手形の白地部分を補充してこれに基づき後訴を提起して手形上の権利の存在を主張することは、特段の事情の存在が認められない限り前訴判決の既判力によつて遮断され、許されないものと解するのが相当である。」

（最三小判昭和五七年三月三〇日民集三六巻三号五〇一頁）

この判例（以下では「最昭57」と表示する）において第一に白地未補充の手形金請求の訴訟物と補充して完成された手形に基づく手形金請求の訴訟物とは同一であるという判断が注目されるが（判例は「前訴と後訴とはその目的である権利または法律関係の存否を異にするものではないといわなければならない」と述べているが）、それよりも白地補充権と既判力との関係について「前訴の事実審の最終の口頭弁論期日以前既に白地補充権を有しており、これを行使したうえ手形金の請求をすることができたにもかかわらず右期日までにこれを行使しなかつた場合」で「特段の事情の存在が認められない限り」、前訴の既判力が後の白地部分の補充による手形上の権利の主張を遮断する旨の判断に注目する必要がある。「特段の事情」とは何かが問題となるが、それを別にすればこの判例において既判力による遮断効は白地補充権につき、それが標準時以前に行使できたのに行使しなかつたから標準時後行使を認めないということである。この判例と最昭55判例とを比べてみると、「特段の事情が認められない限り」という文言が最昭57判例にあることを除けば、両者の考えは標準時の権利行使の可能性を問題としている点で同じと言つてよいであろう。権利行使の可能性とは恐らく権利の客観的存在ということと大差ないことであろうし[8]、白地補充権は形成権であると一般に解されていることから判例は消極説の立場を強めたということになろう。このことは前述の疑問を一層強めたことになつた。即ち最昭36、最昭55、最昭57各判例の流れと正に異質なのがこの最昭40判例であり、この異質性は近時最高裁は遮断効についていわゆる提出責任効的構成を強めたといわれている状況においてさらに一層その感を深めるのである[9]。問題は相殺権の行使、主張が前訴において可能であるにもかかわらずなに故に既判力の遮断を受けないのかということである。既判力による失権効の根拠としてその表現は種々あろうが、要するに「主張できたのに主張しない」ことが挙げられるからである。この点に関して限定承認に関する判例であるが次のような最高裁判例もある。

「ところで、右のように相続財産の限度で支払を命じた、いわゆる留保付判決が確定した後において、債権者が、右訴訟の第二審口頭弁論終結時以前に存在した限定承認と相容れない事実（たとえば民法九二一条の法定単純承認の事実）を主張して、右債権につき無留保の判決を得るため新たに訴を提起することは許されないものと解すべきである。けだし、前訴の訴訟物は、直接には、給付請求権即ち債権（相続債務）の存在及びその範囲であるが、限定承認の存在および効力も、これに準ずるものとして審理判断されるのみならず、限定承認が認められたときは前述のように主文においてそのことが明示されるのであるから、限定承認の存在及び効力についての前訴の判断に関しては、既判力に準ずる効力

があると考えるべきであるし、また民訴法五四五条二項によると、確定判決に対する請求異議の訴は、異議を主張することを要する口頭弁論の終結後に生じた原因に基づいてのみ提起することができるとされているが、その法意は、権利関係の安定、訴訟経済及び訴訟上の信義則等の観点から、判決の基礎となる口頭弁論において主張することのできた事由に基づいて判決の効力をその確定後に左右することは許されないとするにあると解すべきであり、右趣旨に照らすと、債権者が前訴において主張することのできた前述のごとき事実を主張して、前訴の確定判決が認めた限定承認の存在及び効力を争うことも同様に許されないものと考えられるからである。」

（最二小判昭和四九年四月二六日民集二八巻三号五〇三頁）

この判例（以下では「最昭49」と表示する）では「既判力に準じる効力」が問題とされいろいろ議論があるが、既判力そのものではないかとする説も有力である。[10] ここで注意すべき点は既判力か否かでなく、その遮断効につき旧民訴法五四五条二項（現行・民執法三五条二項）の法意につき述べている点とその具体的な帰結との関係である。「債権者が前訴において主張することのできた事由に基づいて判決の効力をその確定後に左右することは許されない」との命題の正当性を述べた上で、本件の場合は前訴において主張することのできた事実に該当するからかようことで判決の効力を左右することはできないとしている点である。特に問題なのは本件の場合は果して主張しえた事実と言えるかは疑問のあるところで、それにもかかわらずいわば客観的にその事実が標準時前に存在したということでその主張を遮断している点である。[11] 訴訟上の信義則を挙げながら結局のところ、個々の事情を考慮していないように思えるからである。いずれにせよ、この最昭49判例は遮断の基準の考え方として最昭36、最昭55、最昭57の各判例と同じようなグループに属すると言えるであろうし、相殺権についての最昭40判例と明らかにこれらとは異質なものである。

このようにしてみると、相殺権の判例は正に特異なものと言わなければならない。そこで今日ではこの相殺権の特異性の実質的根拠を探究し、そこから既判力の失権効について問い直してみようという動きが有力になつてきている。[12] しかし、そもそも相殺権は通説・判例が説くように積極説によつて処理するのが妥当なのだろうかということが問題である。もしこの点が消極説ならば、従前の判例は消極説で統一されるからである。そこで、最昭40判例が積極説であることは不動なものなのだろうか、という疑問も生じる。つまり、かように今日では他の形成権では多くの消極説の判例が存在するのであるから、今日では全く疑問視されていない相殺権に関する判例について、もう一度確定判例とされた経過について考察し、確定判例とされた積極説の意味を考えてみることが必要ではないかと思う。本稿はかような問題意識の下に、従前公にされた相殺権の判例について、その意味を問い直してみようと思い、執筆したものである。

二　当然なことであるが、かような問題意識や発想については十分な反論が予想されるところである。消取権と相殺権とで取扱いを異にすべしということこそ学説が一致して年来主張してきたことであ

るからである。[13] しかし、以下の点に問題があるように思う。

第一に取消権と相殺権の取扱いの違いについて相殺権の特異性が強調されるが、その場合に他の形成権をも考慮した上での議論なのか不明である点である。相殺権について積極説をとるならば他に積極説をとる場合はどのような場合があり、それと相殺権との関連について言及すべきではないかと思う。確かに相殺権と建物買取請求権についてはしばしばその親近性が述べられるが、親近性というような発想からこの問題解決の基準が生じてくるかというと疑問である。説明としては便利でありまた判断の資料にはなろうが、一般的な基準にはならないような気がする。一般的な基準を提示する必要があろう。[14] もつとも今日では個々の形成権ごとの特質に応じて問題を考察するということが有力に主張されている。[15] しかし、かかる主張自体は正しいにしても、統一的な問題解決基準の提示がない以上かような考えは形成権ごとの特殊性の考慮からさらに進んで、それぞれの訴訟の個々の事情に応じて決めるべしとの帰結を導くことになりはしないだろうか。そうなると通説・判例の相殺権と取消権とを区別する考えは、個々の事情に応じて判決効の範囲を決めるとする新しい傾向と、[16] どこで一線を画するかが問題となろう。その点での態度を明確にする必要があるように思う。

第二の問題として通説・判例の積極説はいわば実体法の視点を重視して訴訟法的な視点を全く無視しているということはないであろうか。標準時前に行使しなかつた反対債権の運命はどうなるのか、[17] 時機に遅れた相殺の抗弁との関係はどうなのか、[18] といつた視点からも問題を考えてみる必要はあろう。勿論、今日の積極説はかつてのように形式論ではなく、これらについても考察はしているが、それが十分であるかの検証は必要であろう。相殺権につき「反対債権の別途行使が妨げられないのであれば、そのような債権でもつてすでに確定した原告の別個の債権の行使をつぶしてしまうまでの権利をあえて認める必要はないのではないか」という疑問が今日提起されているが、[19] それに答える必要があろう。

第三の問題として従前の折衷説をもうすこし考えてみる必要はないかということである。既判力の範囲について知・不知という主観的要素を用いることはできないとして積極説は折衷説を一蹴してしまつたが、[20] 折衷説こそが問題を一律に決すべきでないことを説いたものである。そこでこの点について全く考察することなく、既判力と主観的要素と相容れないとしてこれを排斥したのは問題ではないかということである。[21] 一律にしかも積極的に解する理由をより十分に説明する必要があろう。

三　このようにしてみると、確定判例として確立し、学説がこぞつて賛成している積極説といえども問題なしとしないのである。以下では既に述べたように、従来の判例が積極説一辺倒であつたか否かを調べてみようと思う。学説についての検討については、別稿「既判力標準時後における相殺権行使について」（慶應義塾創立一二五年記念論文集）で論じることなので本稿では省略する。実のところ本稿と別稿とは当初一つの論文であつたが、紙数の関係で判例に関する部分を独立させたものである。その意味で別稿を是非参照して頂き

たい。別稿の結論を一言で述べれば、消極説の方が正しいのではないかということである。しかし、本稿は後述するように従来全く無視された判例や従前の知られざる判例であつても知られざる部分を明らかにしたものであつて、筆者の立場とは別に、本稿それ自体独立して利用できるものであると思う。

なお民事執行法成立によつても、この問題には影響はなく、単に条文上旧民訴法五四五条二項が民執法三五条二項にかわつただけで、従来の論争がそのまま引継がれたとみるべきである。[22] 従来の論争や判例はそのまま利用できるし、また利用しなければならないということである。つまり判例でしばしば旧民訴法五四五条二項について論じられているが、本問に関してはこれは民執法三五条二項と読みかえればよいのである。

四 既判力の時的限界と相殺に関する判例については既にいくつかの優れた研究が発表されている。[23] 本稿と問題意識を異にするとはいえ、これら従前の優れた研究をそのまま利用しないのは従前の判例研究では一般に多くても後述の①～⑦の判例だけを取り上げ、[24] その他の判例については全く言及していないからである。しかもこれらは⑤⑥については内容に全く言及していないのである。またその他の判例について言及している論稿もあるが、その中に消極説判例があることを無視しているのである。[25] これでは判例は積極説一辺倒と誤解されやすい。本稿はこの点の誤解を正し、判例の積極説が決して不動なものと言えないことを明らかにしようと思う。

本件判例研究で取り上げた判例は一八である。[26] 主として判例体系に基づいたが、必ずしもそれに限つた訳でなく、本稿で掲げた文献も利用した。なお引用するにあたつては読みやすくするために常用漢字に改めた。判例集掲載以外の判例は⑮を除いて全て法律新聞に依拠し、他の雑誌等に掲載されているものと照合はしていない。

二　既判力標準時後の相殺権行使に関する判例について

一　積極説判例の確立の過程　判例は当初消極説であつた。この問題について恐らくはじめて論じた大審院判例は①（大判明治三九年一一月二六日民録一二輯一五八二頁）である。事案は判決文からは明らかでないが、反対債権は譲受債権であり、その譲渡年月日と判決言渡日とを問題にしている。原審東京控訴院が消極説であり、①はそれを認め、上告棄却をして消極説であることを明らかにしている。上告理由は相殺は意思表示によりはじめて効果が発生するものであること、任意弁済と同じであることをもつて消極説を攻撃したものである。

① 大判明治三九年一一月二六日民録一二輯一五八二頁

「本件ノ債務名義タル判決ノ口頭弁論前ニ於テ上告人ハ弁済期到来ノ債権ノ譲渡ヲ受ケタルモノニシテ何時ニテモ相殺ヲ為シ得ヘカリシ場合ナルヲ以テ異議ノ原因ハ当時ニ於テ既ニ生シタルモノト云ハサルヲ得ス其原因ニ基キテ相殺ノ意思表示ヲ為スハ即チ実際ニ於テ異議ヲ主張スルカ為メニスルモノニシテ其時ニ於テ異議ノ原因生シタリト為スヘキニアラス本件ノ債務名義タル判決ノ言渡後ニ至リ相殺ノ意思表示ヲ為シ以テ執行ヲ免カレントスルカ如キハ民事訴訟法第五百四十五条第二項ノ場合

ニ該当セサルモノトス」

引き続いて②（大判明治四〇年七月一九日民録一三輯八二七頁）も消極説を明らかにした。原審名古屋控訴院も消極説である。上告理由は①の上告理由と同趣旨を長々と説くが、さらに相殺の抗弁は敗訴を前提とするから不能を強制することであること、相手方の債権が存在したならば相殺するという条件付相殺は法律により禁止されていること、原審は反対債権の消滅は説いていないようであるが単に相殺禁止の債権というのは判決の効力から導きだされないこと等の理由を付加している。かような上告理由のためか②は消極説の理由を詳細に説いている。

②において注目すべきことは一番最後の実体法の権利の喪失に関する点である。反対債権のことを意味しているのか、それとも単なる相殺権のことを言つているのか不明であるが、上告理由との関連でみると前者のようでもある。そしてこれが次の積極説判例③の引き金になつたのではないかと憶測する。

② 大判明治四〇年七月一九日民録一三輯八二七頁

「相殺ノ意思表示ハ訴訟行為ナラスト雖モ訴訟ノ当事者ノ一方カ相手方ノ請求スル債務ト同種ノ目的ヲ有スル債権ヲ相手方ニ対シテ有スル場合ニ於テ其性質相殺スルニ適シ且既ニ弁済期ニ在ルトキハ直ニ相手方ニ対シテ相殺ノ意思表示ヲ為シ頼リテ以テ防禦方法ニ資スルコトヲ得ヘキヲ以テ本訴ノ如キ強制執行ノ債務名義タル判決ノ口頭弁論終結前債務者カ債権者ニ対シテ相殺スルニ適シタル債権ヲ有シ而シテ其債権ノ弁済期ニ在リタル場合ニ於テハ仮令未タ相殺ノ意思表示ヲ為ササリシニセヨ民事訴訟法第五百四十五条第二項ニ所謂異議ノ原因ハ業ニ既ニ生シ居タルモノト謂ハサルヲ得ス抑同条ニ於テ遅クトモ異議ヲ主張スルコトヲ要スル口頭弁論ノ終結後ニ基原因ヲ生シ且故障ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得サルトキニ限リ異議ヲ許シタル所以ノモノハ他ナシ相当ノ時機ニ於テ防禦方法トシテ主張スルコトヲ得ヘカリシ事由ヲ以テ既ニ判決ニ因リ確定シタル請求ヲ左右スルコトヲ得セシムルカ如キコトアラハ確定判決ノ効力ヲ毀損スルコト鮮カラサレハナリ然レハ則チ防禦方法ニ資スルコトヲ得ヘキ事由ハ其種類ノ如何ヲ問ハス之ヲ主張スルコトヲ得ヘカリシ口頭弁論ニ於テ主張スルコトヲ為サスシテ後日ニ留保シ以テ異議トシテ主張スルコトヲ許ササルモノト論断セサルヲ得ス此ノ如クナレハ本訴ノ如キ場合ニ於テ当事者ノ一方ハ相殺スルニ適シタル債権ヲ有スルニ拘ラス相手方ニ対シテ有効ニ相殺ノ意思表示ヲ為スコト能ハサル結果ヲ生シ民法ノ規定ヨリ之ヲ観レハ奇異ノ顕象ノ如クナリト雖モ畢竟債務者カ民事訴訟法ニ於テ許与セラレタル防禦方法ヲ利用セサリシ懈怠ニ基因スルニ外ナラス形式法ノ違背ニ因リテ実体法ノ権利ヲ喪失スルハ其類例稀ナラサルヲ以テ毫モ怪ムニ足ラサルヘシ」

①②において判例は消極説にかたまつたかにみえたが、突然③（大判明治四二年四月一日民録一五輯三六〇頁）が積極説を明らかにした。大阪控訴院判決を破棄したことからも明らかなように、この判例が従前の判例と異なる画期的なものであつたことは確かである。この事件は債務者が敗訴判決確定後に手形債権をもつて相殺し、債権者から債権を譲り受けた者を相手に債務不存在確認の訴えを提起したものである。

③ 大判明治四二年四月一日民録一五輯三六〇頁

「口頭弁論ニ於テ主張シ得ヘカリシ債務ノ消滅事由アリシニ之ヲ主張セサリシモノナレハ判決確定後ニ至リ之ヲ主張シテ其執行ヲ免レントス

ルカ如キハ固ヨリ確定判決ノ効力ヲ無視スルモノト謂フヘキモ被告カ原告ニ対シ相殺ニ適スル債権ヲ有スルニ止マリ相殺ノ意思表示ヲ為ササリシトキハ未タ債務消滅ノ事由ハ発生セサリシモノナレハ敗訴ノ判決確定後ニ至リ相殺ノ意思ヲ表示シ其判決ニ依リテ確認セラレタル債務ヲ消滅セシムルコトヲ得サルノ理アルヘカラス何トナレハ確定判決ニ依リテ確認セラレタル債権ハ強制執行力ヲ付与セラルルニ止マリ口頭弁論終結後ニ生シタル一般債務消滅ノ事由ニ因リテ消滅スヘキハ毫モ疑ヲ容ルヘカラサルノミナラス相殺ニ依リテ之ヲ消滅セシムル債務者ハ同時ニ自己ノ債権ヲ消滅ニ帰セシムルノ不利ヲ甘受スルモノニシテ確定判決ヲ無視スルモノト謂フヘカラサルハ勿論反テ之ヲ是認シ之ニ服従スルモノタルハ任意弁済ノ場合ト異ナル所アルヲ見サレハナリ」

積極説をはじめて説き、①②判例を排して④判例の先導を果したこの③判例において注意すべきことは、事件は債務不存在確認の訴えであつたことである。請求異議訴訟の性質の解釈によつては債務不存在確認の訴えと請求異議訴えは同一であるといえようが、しかし当面の執行を止めさせるのか、債権があるのか否かの問題は別ではないかと思う。しかもこの事件では上告理由が「被告ハ之カ為メ相殺スルコトヲ得ヘカリシ債権ヲ全然喪失スルノ極メテ不当ナル結果ヲ生スヘシ何トナレハ此ノ如キ債権ハ全ク存在セサリシコトカ確定判決ノ主文ニ包含サレテ永久ニ確実スルコトナレハナリ」としている点も注意を必要としよう。

③判例が消極説は別訴を禁止するものと解したから積極説を採用したか否かは不明であるが、強制執行を認めるか否かではなくてお互の債権、特に反対債権の運命についてどう解すべきかが③判例において重要な判断基準になつたのではないかと思う。そのことが実体法の重視への態度を決定づけさせたように思う。[27] そして部は異なるが、この判決言渡日の約一ヶ月後に大審院は取消権についての初めての判例（大判明治四二年五月二八日民録一五輯五二八頁）において相殺と同じく積極説を明らかにしていることを考えると、この時期において大審院が実体法的視点で既判力の問題を考えるという方向を打ち出したことを意味するのであろう。

①②と③との対立を受けて大審院は民事連合部判決で結着をつけた。これが④（大判明治四三年一一月二六日民録一六輯七六四頁）であり、積極説支持を表明したものである。これにより判例は積極説での統一が期待されたのである。事件は仲裁判断につき下された執行判決に基づく強制執行に対する請求異議事件である。原審東京控訴院の積極説を支持して上告を棄却しているが、原審がここで言う積極説であるか否か疑問がない訳ではない。上告理由は当然①②判例を根拠にして論陣を張つているが「仲裁判断ニ付スル執行判決ノ弁論ニ於テハ相殺等ノ如キ債務消滅ノ抗弁ヲ提シテ執行判決ヲ拒ムコトヲ得ルヤ否ヤハ多少ノ疑問タルヘキモ」と述べているからである。つまり本件では執行判決ということから相殺の抗弁が提出できる機会がなかつたから、判決確定後の相殺権行使を認めるということも考えられるからである。

確かに⑦（最判昭和四〇年四月二日民集一九巻三号五三九頁＝最昭40）は「④の判旨は当裁判所もこれを改める必要を認めない」として最高裁が④を認め、そのことが今日積極説が判例法上確立したと言わ

れる原因となつているのであるが、④の事案としての特殊性は注目すべきではないかと思う。さらに問題とすべきはこの④が果して反対に位置する①②判例を理論的に克服したかという点である。

④　大判明治四三年一一月二六日民録一六輯七六四頁

「相殺ハ当事者双方ノ務債カ互ニ相殺ヲ為スニ適シタル時ニ於テ当然其効力ヲ生スルモノニ非スシテ其一方カ相手方ニ対シ相殺ノ意思表示ヲ為スニ依リテ始メテ其効力ヲ生スルモノナルコトハ民法第五百六条ノ規定ニ依リテ明確ナリ去レハ本訴ノ如ク仲裁判断ニ付シタル執行判決ニ基キ強制執行ヲ為ス場合ニ於テモ其債務名義タル判決ノ口頭弁論終結前債務者カ相手方ニ対シ単ニ相殺ヲ為スニ適シタル債権ヲ有スルニ止マリ未タ相殺ノ意思表示ヲ為ササル間ハ債務消滅ノ事由発生セサルモノナルヲ以テ口頭弁論ノ終結後ニ至リ始メテ相殺ノ意思表示ヲ為シ債務ノ消滅シタルコトヲ原因トシテ異議ヲ主張スルトキハ民事訴訟法第五百四十五条第二項ニ所謂口頭弁論終結後ニ異議ノ原因ヲ生シタルモノト謂フ可キナリ」

消極説を説いた①②において問題としたことは「判決ノ言渡後ニ至リ相殺ノ意思表示ヲ為シ以テ執行ヲ免カレントスルカ如キ」ことであつた(1)。その理由について②は「相当ノ時機ニ於テ防御方法トシテ主張スルコトヲ得ヘカリシ事由ヲ以テ既ニ確定シタル請求ヲ左右スルコトヲ得セシムルカ如キコトアラハ確定判決ノ効力ヲ毀損スルコト鮮カラサレハナリ」と答えている。①②を拒否した④は①②を克服したであろうか。④は①②の問題提起に答えることなく単に相殺の意思表示がない以上は債務消滅の事由は発生しないと形式論で答えているのである。実は答えているのは③であり、「相殺ニ依リテ之ヲ消滅セシムル債務者ハ同時ニ自己ノ債権ヲ消滅ニ帰セシムルノ不利ヲ甘受スルモノニシテ確定判決ヲ無視スルモノト謂フヘカラサルハ勿論反テ之ヲ是認シ之ニ服従スルモノタルハ任意弁済ノ場合ト異ナル所アルヲ見」ずと述べている。つまり④よりも③が重要で、③は①②を克服したかということが問題になる。克服という点でみてみると、要するに③は①②の訴訟法的思考に対して実体法的思考で対抗したといえるであろう。標準時前相殺適状であつて標準時後に相殺するのは、債権の実質的満足である標準時後の任意弁済と比較するよりも、債権を消滅させる標準時前の取消権と比較すべきではないかとも思える。つまりいわばすれ違いということが①②と③④の論争の評価であり、問題を全面的に解決したとはいえないのではないかと思う。そのことが後に述べるように消極説による判例の根絶ができなかつた理由ではないかと思う。その意味でその延長線上にある⑦＝最昭40判例も同じような問題状況にあるといえるのではないかと思う。

二　明治四三年大審院民事連合部判決以降の積極説判例

明治四三年判例④がこの問題につき積極説を支持し判例の対立に終止符を打つた。この連合部判決の結論は⑤（大判大正一一年七月一五日新聞二〇三三号二〇頁）や、⑥（大判昭和五年一一月五日新聞三二〇四号一六頁）によつてそれぞれ支持された。さらに既に述べたように⑦（最判昭和四〇年四月二日民集一九巻三号五三九頁（＝最昭40））は①②を引用した上告理由を退けて、「④の判旨は当裁判所もこれを改める必要を認めない」と述べている。この問題についてかくして判例は確定し

たといわれている。

このような理解が一般的であり、それ自体確かに誤りではないが、これでもって④判例以降において消極説は全く姿を消したと解するのは誤りである。従来この点について指摘するものはあまりないが、[28] 消極説が全くないままに積極説が定着していったことではないのであり、積極説が判例において確固不動のものとはいえないと思う。以下ではこの点を明らかにしてみよう。確かに④以降、大審院は⑤⑥でもって積極説を説き、④判例を維持しているが、時間的には後述の⑭判例が⑤と⑥の間に位置する。⑤判例が④を「変更する理由あるを見ず」としているのに、⑥は全く④にふれていないことは一つには④判例が定着していないことを示すものではなかろうか。それよりも⑤にしても⑥にしても原判決破棄ということに注目しなければならない。⑤の場合は名古屋控訴院が、⑥の場合は山形地方裁判所がそれぞれ消極説を採用して大審院により破棄されているのである。つまり積極説が下級審で定着していないことを物語るものであろう。なお⑧東京控訴院判明治四四年六月二四日新聞七四一号二一頁は積極説ではあるが、消極説の原判決を破棄したものである。もつとも⑨(東京地判大正一五年一一月二日新聞二七五一号一一頁は積極説であり、この限りでみると明治末年から昭和初頭にかけては積極説が多いということができようが、正確には積極説と消極説は混在していると言うことができるのではないかと思う。

なお⑤において注目されることは原審名古屋控訴院が旧民訴訟法四一六条の「新ナル請求ハ第百九十六条第二号及ヒ第三号ノ場合〔当然に訴えの変更が認められる場合〕又ハ相殺スルコトヲ得ヘキモノニシテ且原告若クハ被告力其過失ニ非スシテ第一審ニ於テ提出シ能ハサリシコトヲ疏明スルトキニ限リ之ヲ〔控訴審において〕起スコトヲ得」（「　」は筆者の説明）との関連で消極説を採用している点である。今日的に言うならば時機に遅れた攻撃防御方法を却下する民訴一三九条との関連で問題を把握していることである。上告理由はかかる理解が誤りであると攻撃しているのであるが、⑤は直接にこれに答えることなく単に④判例引用で終っているのは残念である。

⑥　大判大正一一年七月一五日新聞二〇三三号二〇頁

「債権者カ執行力アル確定判決ニ基キ強制執行ヲ為シタル場合ニ於テ債務者カ右判決ノ基本タル口頭弁論終結前債権者ニ対抗シ得ヘキ相殺ニ適シタル反対債権ヲ有スルトキト雖口頭弁論終結後始メテ相殺ノ意思ヲ表示シ之ニ因リ債務ノ消滅シタルコトヲ原因トシテ民事訴訟法第五百四十五条ニ所謂請求ニ関スル異議ノ主張ヲ為シ得ルコト当院判例（明治四十三年（オ）第百六十六号同年十一月二十六日民事連合部判決参照）ノ夙ニ認ムル所ニシテ未タ之ヲ変更スル理由アルヲ見ス」

⑥　大判昭和五年一一月五日新聞三二〇四号一六頁

「弁済ノ事実ヲ主張スル部分ハ所謂前訴判決ノ既判力ノ当ヲ得サルコトニ帰スルコト明ナルモ上告人カ予備的ニ提出セル前陳ノ相殺ニ因リ債務消滅シタリトノ異議ノ理由ハ前訴ノ判決ニ依リ判断セラレタルモノニ非サルヲ以テ此ノ部分ニ付前訴判決ノ既判力ノ及フヘキ筋合ニ非サルコト勿論ナリ然リ而シテ上告人ノ主張ニ依レハ右相殺ノ意思表示ハ前示執行命令ノ送達後本件ノ訴状ヲ以テ之ヲ為シタリト云フニ在ルヲ以テ原裁判所ハ須ラク相殺ニ因ル債務ノ消滅ヲ原因トスル異議ノ正当ナルカ否ヲ

判断スヘキモノナルニ事茲ニ出テス前記弁済ノ主張ト其ノ基礎タル事実ヲ同一ニシ単ニ法律上ノ観点ヲ異ニスルニ過キスト解シ許ス可ラサル異議ノ理由ナリト判示シタルハ到底審理不尽ノ不法アルヲ免レス」

⑦　最二小判昭和四〇年四月二日民集一九巻三号五三九頁――一の一に判決文を掲げたのでそれを参照。

かくして積極説が実務で確立し、いわば当然のごとくして相殺の抗弁が前訴の標準時前の相殺適状に関係なく認められるようになった。⑤⑦は先例をもつて根拠としているが、⑥は特に理由を明らかにしていない。根拠を明らかにしない姿勢はその後の下級審に引き継がれた。⑩（東京控訴院判昭和八年三月二二日新聞三五六〇号九頁）や、⑪（東京控訴院判昭和一〇年三月七日新聞三八五一号一三頁）、⑫（東京控訴院判昭和一一年一一月五日新聞四〇九七号一一頁）、⑬（東京地判昭和三五年一〇月一四日下級民集一一巻一〇号二一七五頁）等は積極説であるが、なぜ積極説なのかは説いていない。単に相殺は意思表示によつてはじめて効果が発生し、それが異議の原因となるといういわば公式論を形式的に適用しているに過ぎない。もつともこれらの場合は直接相殺と既判力についての判例ではなく、元来は実体法に関する判例であり、相殺と既判力の問題はその前提というか付随的問題である。大審院民事連合部判決があり、⑤⑥によつて大審院がそれを確認している以上、よほど不都合でない限り下級審が積極説に立つのは当然ともいえよう。その意味でこの種の判例が繰り返されたとしても、必ずしもそれほど意味があるようには思えないのである。なお⑦～⑬のうち請求異議の訴えが認められたのは⑦⑨⑫であり、⑧⑩⑪⑬は反対債権なしとして訴えは認められず退けられている。このことから直ちに結論を引き出すのは危険であるが、積極説は執行妨害に利用されるような気がしてならない。相殺を認めないが別訴は認めるとした場合に態々別訴で訴求して勝訴しうるか疑問である債権（多くの場合前訴の事件と関連をもつ損害賠償請求権）をもつて相殺の抗弁を提出するように思えるのである。つまり積極説によると反対債権の回収というよりも執行阻止に利用されるのではないかと思うのである。⑧⑩⑪⑬の積極説判例からかようなことが感じられるのである。

三　消極説判例の流れ

従来④判例以降に消極説判例が存在することを指摘するものはほとんどいない。しかし、既述のように大審院判例の⑭（大判昭和三年六月二三日民集七巻七号四七二頁）は傍論ではあるが、消極説を説いていることは注目される。

⑭　大判昭和三年六月二三日民集七巻七号四七二頁（但し傍論である）。

「相殺及ビ取消ノ如キモノハ『若シ相手方ニ対シテ義務アリトセバ』トノ条件ノ下ニ裁判上有効ニ其ノ意思表示ヲ為シ得ルコトヲ認メラルルモ、畢竟、是レ等ノ場合ニ於テハ、一旦確定判決ニ因リテ、其義務アルコトヲ肯定セラレンカ、基確定力ニ妨ゲラレテ、最早ヤ其当事者ノ一方ハ是レ等ノ意思表示ヲ為シ得ザルニ至ルベキガ故ニ前記ノ意思表示ヲ認ムル必要アルガ為ナリ」

この⑭判例は海商法の適用範囲の拡張と条件付免責委付の効力についての判例であるが、小町谷操三・判例民事法昭和三年度二四四頁は「本件に関係はないが、本件の結論を演繹する為に大審院が例

示した obiter dicta に、従来の大審院判決と全く反対な、而かも重要な問題があるから、一寸触れて置かう」と述べて、判例研究の後半の部分でかなり詳しく論じている。特に研究会の内容について「研究会の意見が甚だ分れ、純私法的見地に立つ大審院従来の立場を支持するものと、取消又は相殺の意思表示は、私法上の効果を生ずるが、民事訴訟法第五四五条第二項の規定ある結果として、その取消又は相殺の効果を以て執行異議の訴を起すことができない、唯だ不当利得返還の請求を為し得るのみと為すものと、相殺の点を留保し、取消に就ては民事訴訟法第五四五条第二項の規定により絶対に取消を為し得ずと為すものとがあつた。」と報じているが（二四五頁）、正に興味のあることである。そして評釈者は①②判例が正当であり、執行異議の訴えの提起はできないが新訴の提起はできるとの見解を主張している（二四六頁）。即ち、評釈者は①②判例は、相殺が禁止されるのであつて反対債権の別訴訴求は許されるものであると解している。いずれにしろ、民事連合部判決（④）がそのままストレートに受けいれられたのではないことを明らかにしている点で興味深い。なお私見は結論的にはこの小町谷評釈と同じ立場であり、これについては別稿で論じたところである。

⑭判例後約六年後であるが、⑮（朝鮮高等法院判昭和九年二月一三日評論二三巻民訴四四七頁）は相殺と取消に関して消極説を明らかにしており、特に積極説に答えて「債務者カ相殺権ヲ行使スルコトナク別途ニ自己ノ債権ヲ行使シテ請求ノ訴ヲ提起シタルトキハ債権者ハ既ニ確定セル自己ノ債権ヲ以テ相殺ノ抗弁ヲナスコトヲ得ヘキナリ」と述べている点が興味深い。[29] そしてこの判決は取消権と同様に解すべきであるとして同様の趣旨の原判決を支持している。そして相殺を許さないとした場合の後の処理について詳しく論じている点は注目すべきである。恐らく当時の積極説が優位であることを受けて消極説の立場を明快にしかも詳細に説いている点は重要ではないかと思う。わが国では論文でも、かような点につき論及するものは非常にすくないからである。その意味で資料的にも重要ではないかと思う。勿論、朝鮮高等法院判例は今日どのような意味があるかは考えねばならないが、大審院判例に拘束されずに実務家の本音を明らかにしていると理解することはできないであろうか。積極説を説得するために非常に長い判決文であり、まさに一つの論文とも思えるものであるが、ここでは相殺に関する部分を掲げる。

⑮　朝鮮高等法院判昭和九年二月一三日評論二三巻民訴四四七頁

「債権者ノ債権ト債務者ノ其ノ債権者ニ対スル反対債権トカ相殺適状ニ在ルトキハ債務者ハ相殺ヲ以テ抗弁スルコトヲ得ヘク当該訴訟ニ於テ相殺ヲ以テ抗弁スルコトヲ得ル以上ハ其ノ訴ノ口頭弁論ノ終結前ニ既ニ異議ノ原因ハ存シタルモノト謂フヘク其ノ訴ノ判決ニ因テ確定シタル請求ニ対シ債務者ハ其ノ反対債権ニ依ル相殺ヲ以テ異議ノ訴ノ事由トナスコトヲ得サルモノトス相殺権ハ取消権ト異リ請求ノ成立シタル法律事実自体ニ其ノ原因ヲ有スルモノニ非スト雖其ノ請求ニ対スル抗弁トシテ観察スルトキハ他ノ形成権ト区別スヘキ理由ナシ債務者ノ有スル反対債権ハ判決ニ依テ確定シタル債権トハ全然別個ノ存在ヲ有シ其ノ行使モ必スシモ相殺ニ依ルコトヲ要セサルハ所論ノ如シ故ニ債権者ノ請求カ判決ニ因テ確定シタル後ハ其レトハ牽連ナク之ヲ行使シ別途ニ請求ヲ為スコト

ヲ妨ケスト雖既ニ確定セル債権者ノ請求ニ牽連セシメテ請求ニ関スル異議ノ訴ニ依テ行使スルコトハ之ヲ許ササルナリ斯ク解スルモ相殺権ノ本質ニ悖ルコトナシ債権者ノ債権ト債務者ノ反対債権トカ共ニ判決ニ因テ確定セル請求ナルトキハ双方共ニ相殺ヲ主張シテ請求ニ関スル異議ノ訴ヲ提起シ得サル結果トナルコトハ所論ノ如シ然レトモ債務者カ相殺権ヲ行使スルコトナク別途ニ自己ノ債権ヲ行使シテ請求ノ訴ヲ提起シタルトキハ債権者ハ既ニ確定セル自己ノ債権ヲ以テ相殺ノ抗弁ヲナスコトヲ得ヘキナリ然ルニ之ヲ為サスシテ既ニ確定セル自己ノ債権ハ之ヲ保有シ債務者ノ反対債権ニ付テ判決ヲ確定セシメタルモノニシテ斯クシテ双方ノ債権カ共ニ判決ニ因テ確定スルニ至リシトキハ双方共ニ相殺ヲ以テ抗弁スル機会ヲ有シタルニ拘ラス之ヲ為ササリシモノナリ重ネテ相殺ノ機会ヲ与ヘサルヘカラサル理由ナシ判決ニ因テ確定シタル請求ニ対シ債務者ニ異議ノ訴ヲ許スハ曩ノ訴訟ニ於テ主張シ得サリシ抗弁ヲ主張スル為ニ機会ヲ与ヘンカ為ナリ是レ事実審ノ最後ノ口頭弁論後ニ其ノ原因ヲ生シタルモノニ限リ異議ノ事由トナスヲ得セシメタル所以ナリトス其ノ機会ヲ有シタルニ拘ラス相殺ノ抗弁ヲ為スコトナク双方共ニ確定判決ヲ有スルニ至リタル後ハ相互ニ相殺ヲ事由トシテ請求ニ関スル異議ノ訴ヲ為スヲ許ササルハ寧ロ当然ナリトス」

なお　山内敏彦「既判力の物的・時的限界――確定判決の既判力の客観的・時間的範囲についての若干の問題――」司法協会雑誌一九巻一〇・一一号（昭和一五年）は⑮判例に言及することなく、⑯（朝高判・昭和三年一二月四日録三四一頁）の「債権者ノ債権ト債務者ノ其ノ債権者ニ対スル反対債権トカ相殺適状ニ在ルトキハ、債務者ハ相殺ヲ以テ抗弁スルコトヲ得ヘク該訴訟ニ於テ相殺ヲ以テ抗弁スルコトヲ得ル以上ハ其ノ訴ノ口頭弁論ノ終結前ニ既ニ異議ノ原因ハ存シタルモノト謂フヘク、其ノ訴ノ判決ニ因テ確定シタル請求ニ対シ債務者ハ其ノ反対債権ニ依ル相殺ヲ以テ異議ノ訴ノ事由ト為スコトヲ得サルモノトス」との判例を紹介し、判旨に賛成している（一四四頁）。ところでこの論文は「いはば実証的に、この物的・時的限界に関する朝鮮高等法院判例と大審院判例との対立の様相をやや明に」したものであるが、最後に「朝鮮高等法院が、……極めて『法的安全』を尊重しているのに対して、大審院が比較的に『具体的妥当性』を尊重している、ということであつた。」と結んでいる（一五二頁）点が注目される。

⑮判例の約六年後であるが、⑰（台湾高等法院昭和一五年六月二〇日新聞四六一〇号七頁）は日本内地ではないということと、太平洋戦争前夜という状況があるにしても、激しく積極説を批判している。当事者の恣意にまかせることは「裁判ノ権威保持ノ観点ヨリスルモ将タ又訴訟経済ノ見地ヨリスルモ到底容認スヘキニ非サルコト寔ニ明ナル」という表現はややオーバーとも思えるが、(30) 取消権についてはわが国の通説と同じであるとし、相殺権についてはドイツの学説・判例の一致するところであるとし、取消権と相殺権に関してライヒスゲリヒトの判例をそれぞれ一件引用している。ドイツの判例は一貫して今日でも消極説であるから、その限りでは正しいということができる。その上でこの⑰判例は「我カ大審院判例ノ見解ノ当否ハ極メテ疑ハシク多分ニ再考ノ余地ヲ存スルモノナリト謂ハサルヘカラス」とまで述べている。なお相殺に関しては正確には折衷説のいわゆる覚知説を採用しているものである。もつとも何をもつて覚知

していたかを考える場合に覚知していた筈であるという命題を設定するならば消極説と大差ないであろう。なおこの判決文も長文であり、一大論文とも思えるものであるが、ここでは相殺に関する部分のみを掲げる。

⑰ 台湾高等法院昭和一五年六月二〇日新聞四六一〇号七頁

「例ヘハ相殺ノ場合ニ在リテハ両個ノ債権カ相殺ニ適スルニ至リタル時カ其ノ標準タルヘク意思表示ノ瑕疵等ニ因ル取消ノ場合ニ在リテハ取消シ得ヘキ意思表示ノ為サレタル時カ其ノ標準タルヘキモノニシテ債務者ニ依ル相殺若クハ取消ノ意思表示ノ為サレタル時カ其ノ標準タルヘキニ非ス換言スレハ既判力ノ標準時前ニ既ニ此等ノ形成権ノ行使ニ法律上ノ障碍ナカリシ以上即チ形成権ノ行使カ可能ナリシ以上爾後ノ既判力ニ依リ確定セラレタル法律関係ニ関スル限リ之カ行使ノ効果ヲ主張シ得サルモノト解スヘク唯相殺権ノミニ付キテハ債務者ニ相手方ノ債権ト必然ノ関聯ヲ有セサル別個ノ反対債権ヲ以テ任意ニ対当額ニ於テ消滅ノ用ニ供スル権利ノ認メラルル場合ナルヲ以テ取消権ト異ナリ其ノ行使シ得ヘカリシ状態ハ単ニ客観的ニ相殺適状ニ在ル反対債権ヲ有スルノミヲ以テハ足ラス債務者ニ於テ反対債権ノ存在ヲ確知シ居タルニ拘ラス之ニ対抗セサリシコトヲ要スルモノト解スルヲ相当トスヘキノミ」

消極説は戦前ばかりでない。⑱（大津地判昭和三〇年九月一九日下級民集6巻9号二〇三六頁）は家屋の造作買取請求権によつて債務名義上の家賃支払請求権を相殺による消滅を求めた請求異議の訴えについて、形成権一般について積極説を採用することは「民事訴訟法第五百四十五条が、口頭弁論終結前に提出すること得べかりし一切の抗弁をその以後において排斥し、判決の確定力をして実質的の価値あらしめんとした同法条の趣旨に背馳する結果を生ずるに至るから」であるとしている。事柄の性質からして妥当なものと思う。なお戦後の判例では⑦⑬が積極説、⑱が消極説ということである。

このようにしてみると④判例以降は積極説判例一色であるというのは誤りであり、消極説判例がその時々に繰り返されたという事実に注目しなければならない。しかも、⑮⑰にみられるように理論的にも十分積極説に対抗できるものであり、判決文も自信に満ち溢れているものである。積極説が消極説を克服していない例証ともなろう。

三　おわりに

このように既判力の時的限界と相殺に関する判例を概観してみると、確かに積極説が確定判例として定着しているという事実それ自体は誤りでないにしても、その内容をみてみると決して安定したものではないように思う。即ち、この概観により第一に積極説判例は理論的にも完全に消極説を克服したとはいえないこと、第二に積極説を確定判例にした大審院民事連合部判決の事案が特殊なものであり、判例の一般論の射程距離に疑問があること、第三に積極説判例の契機は消極説によるならば、反対債権は当然消滅し別訴の訴求も許されないと解しているふしがあること、即ち、相殺権のみの消滅（反対債権の別訴訴求の適法）につき考えていないように思える点があること、第四に民事連合部判決以後も消極説を根絶することができなかつたこと等が明らかになつたからである。

最昭40（ｔ）判例をもつて問題は解決されたとするのが現在の大方の見方であろうが、しかしかような態度こそ批判されるべきであり、この問題を再検討する場合にこの判例がいかなる検討にも耐えられるかは疑問である。この点の詳細は前記別稿に譲り、ここでは論じない。いずれにせよ、本判例研究により、判例は問題につき再検討を妨げるほど確固たるものではないことが明らかになつたのではないかと思う。

（1）この判例に関しては原井龍一郎・民商法五三巻五号七一頁、三ケ月章・法協八三巻一号五五頁＝判例民訴法三四五頁、上村明広・法経学会雑誌一五巻四号一一一頁、高向幹範・法学研究四〇巻四号一二一頁等の判例評釈があるが、この点については全員が判旨に賛成している。なお白川和雄・続民訴法判例百選一七八頁、若林安雄・判例演習講座民訴法二二五頁、梅本吉彦・基本判例双書民訴法二八八頁等の判例解説も判旨に賛成と解してよいと思う。また調査官による解説としては安倍正三・法曹時報一七巻八号七五頁（最高裁判例解説民事篇昭和四〇年度一五九頁）がある。

（2）例えば今日の代表的な教科書・体系書・注釈書類はこの判例を肯定的な意味で引用している。新堂・民訴法第二版四一二頁、三ケ月・民訴法補訂版（双書）四四頁、斎藤・民訴法概論新版三七五頁、小室編・民訴法講義一七三頁、中野＝松浦＝鈴木編・民訴法講義補訂版四五二頁、菊井＝村松・全訂民訴法Ⅰ一一二一頁、菊井・強制執行法総論二三四頁等。なお小山・民訴法三訂版三九〇頁は本判例の引用はないが、本判例が引用している大審院判例が引用されている。また判例の引用はないが、斎藤編・注解民訴法(3)三三〇頁、伊東・民訴法の基礎理論八九頁等も判例と同じ立場を説く。

（3）法律実務講座民訴編六巻一七頁はこの判例について「現在の確定した判例といえよう」と述べている。

（4）三ケ月・前掲判例民訴法三四九頁は、この判例が折衷説をも否定したと解すべき理由を述べている。

（5）判例変更の点に関してはこの判例についての評釈である拙稿・法学研究五四巻九号一二六頁参照。

（6）前記拙稿一二六頁参照。なお最昭55判例の評釈である中野貞一郎・民商法八四巻六号一一〇頁、上谷清・民訴法判例百選第二版二三一頁や高見進・最昭57の判批・判例評論二八八号四〇頁等も同趣旨を説く。

（7）上谷・前掲書二三一頁も同趣旨を説く。その意味で最昭36判例をもつて大審院判例の立場を変更したと解し重要視することは疑問であり、最昭55判例によつて最昭36判例の意義が明らかになつたと解すべきである。なおこの問題については宮田信夫・最高裁判例解説昭和三六年度四三一頁、塩崎勤・法曹時報三四巻一〇号一七五、一八一頁参照（前者は最昭36、後者は最昭55の判例解説である）。反対論と思われる。

（8）この点については最昭57判例の評釈である拙稿・法学研究五六巻八号一一八頁参照。なお塩崎・前掲書一八二頁も同趣旨を説く。上谷・前掲書二三二頁、上田徹一郎・最昭55の判批・判例タイムズ四三九号二四〇頁は反対か。

（9）水谷暢「後訴における審理拒否——近時の最判の論理——」民訴雑誌二六号五九頁以下参照。

（10）この問題に関しては最昭49の判解である柏木邦良「判決の効力」民訴法判例百選第二版二三九頁に詳しい。

（11）新堂幸司「責任限定を明示した給付判決の効力」我妻追悼論文・私法学の新たな展開六二一頁、小山昇・最昭49の判批・判例タイムズ三一四号一一八頁、谷口安平・最昭49の判批・判例評論一九三号、水谷暢・

最昭49の判批・ジュリスト五九〇号一一七頁、吉村徳重・最昭49の判批・民商法七二巻四号一〇九頁等参照。

(12) 上田徹一郎「遮断効と提出責任――標準時後の形成権行使の場合を中心に――」民商法七八巻臨時増刊号・法と権利(3)二三六頁以下はこのような問題意識の下に書かれた論稿であり、その試みは高く評価すべきであろう。もつともその帰結に対しては疑問がある（拙稿・前掲法研五四巻九号一二四頁以下参照）。なお近時の積極説は実質的論拠を前面に提示しているが（例えば三ケ月・民執法一〇一頁以下参照）、それはとりもなおさずこのような動きとは無関係ではあるまい。

(13) 桜井孝一「形成権の訴訟上行使」演習民訴法上三一〇頁、同・ケーススタディ民訴法Ⅲ一六頁、柵善夫「形成権の行使と請求異議の訴」上武大学論集一号一八五頁、染野義信「請求異議の訴」民訴法演習Ⅱ一三四頁、小山昇・最昭55の判批・判評二七一号四六頁、及び前注(1)に掲げた論稿等がこのことにつき通説として紹介すると共に自らもこの立場である。なお注(2)で紹介した教科書、注釈書もほとんどこの立場である。特に桜井・ケース一六八頁は形成権一般の視点から通説の立場を均衡説または折衷説ともいえると述べている。

(14) 中野・前掲書（注6）一一五頁は「通説の立場は、必然的に、例外を認めざるをえず、他種の形成権の標準時後の行使の場合との間に統一的な理論構成を確保することができない」と批判する。もつとも中野教授は積極説による統一的な理論構成を考えられており、私見とは立場を異にする。

(15) 井上治典教授は「取消権、解除権の失権の有無についても、およそ取消権についてはこうであるという一般論がどれだけ有用であるかは疑わしく、むしろ、個別ケースごとに取消原因の主張を当然になしておくべきであつていまさら出してくることが相手方との関係で衡平を欠くかどうかを具体的に考えていくほかないであろう。それは、問題の性質としては、既判力の客観的範囲の考慮と同一に帰する」と述べて（吉村＝竹下＝谷口編・講義民訴法二八九頁）、統一的理論構成に反対している。なお小林秀之「形成権の行使と判決の遮断効」ＬＳ三七号一〇三頁以下も同趣旨を強調する。

(16) 近時の判決効についての新しい考えの概要については吉村徳重「判決効理論の展開と現況」法学セミナー三三六号二三頁、基本的な文献としては同「判決の遮断効と争点効の交錯」新・実務民訴講座(2)三五五頁及びそこでの引用文献参照。

(17) 梅本・前掲書（注1）二八九頁は「大局的にとらえて、口頭弁論終結時前に相殺適状にあつた反対債権について、敗訴判決確定後の行使という観点からとらえる必要がある……。すなわち、(イ)反対債権については相殺による請求異議訴訟として主張を認める立場(ロ)請求異議訴訟としては認めないが、別訴による金銭債権支払請求としては認める立場、(ハ)反対債権は失権してしまつて、(イ)、(ロ)いずれの方法による行使も認めない立場等が考えられる。」と問題を提起している。一般に積極説は(イ)、消極説は(ロ)であり、(ハ)を説く者は少いようである。新堂・民訴法四一二頁は(ハ)説をとるならば、被告にとつてあまりにも酷になるとして、積極説を支持している。

(18) 石渡哲「訴訟促進と訴訟における相殺の主張」法学研究五二巻一一号六七頁、同「時機に後れた相殺の抗弁と訴訟促進」民訴雑誌二七号五八頁以下参照。

(19) 井上・前掲書（注15）二八九頁。なお新堂他編・考える民訴法第三版四一一頁は「被告の反対債権は、原告の訴求債権に必然的に伴う防御資料ではなく、相殺適状にさえあれば、何時でも行使できるものである。今行使しなくても失権するものではないので、請求異議訴訟での行

使を認めなくてもよいではないか。そのような債権を前訴の本来の訴訟中に行使しないで、敗訴後の執行を阻止するために使うというのは、被告の争い方としてはルール違反と言うべきである。」との意見を論評せよとの問題を掲げている。

(20) 三ケ月・民訴法（法律学全集）三二頁、斎藤・前掲概論三七五頁、新堂・前掲民訴法四一二頁等参照。

(21) 折衷説に新しい光をあてたのが上田・前掲書（注12）である。なお梅本吉彦「訴訟上における相殺と時間的規制」三四頁は「訴求債権と法的牽連性を有する反対債権に限られ、然らざる反対債権は既判力による規制を受けない」と説く（本書を以下単に「規制」と略す）。一種の折衷説と評価すべきであろうが、広く一般に公表された著作でないためか石渡・前掲書六〇頁注7で取上げられ批判された以外、この説は知られていない。また新堂・民訴法四一二頁は「不法行為にもとづく損害賠償請求においては、原告に過失があるならば、少なくとも原告の過失を構成する事実を主張して過失相殺をえておかないと、被告は、原告の過失による、原告に対する損害賠償請求権を失う。この場合は、別個の紛争といえないからである。」として常に形式的に考えるべきでないことを示唆する。なお新堂・前掲書（注11）六二七頁、六三八頁注24は知・不知で区別する兼子説（民訴法体系三四一頁）を反対債権の存在を覚知していてそれを行使しい場合は相殺は勿論、別訴訴求も許されないものと解している。

(22) 田中康久・新民事執行法増補改訂版九三頁、浦野雄幸・逐条解説民事執行法全訂版一二二頁、石川明編・民事執行法一〇〇頁、斎藤秀夫編・講義民事執行法一一八頁参照。

(23) 斎藤秀夫「請求異議の訴」総合判例研究叢書民訴法(2)一三九頁、近藤完爾・執行関係訴訟全訂版二六七頁、小山昇・最昭55の判批・判例評論二七一号四六頁等は判例の内容まで詳しく明らかにしている。なお梅本・規制二五頁は下級審について言及している。

(24) 前注(1)、(2)で掲げた文献も本文記載①～⑦を掲げるか、あるいは一部を省略して紹介し、積極説が判例の一貫した流れであることを強調している。

(25) 梅本・規制四二頁注19参照。

(26) 近藤・前掲書（注23）二七二頁注8は最二小判昭和三六年四月一四日民集一五巻四号七六五頁も積極説を前提とした判例であるとしている。もつとも右田堯雄・最高裁判所判例解説民事篇昭和三六年度一一八頁、下森定・法協八〇巻三号三九五頁、於保不二雄・民商法四五巻五号一〇六頁等の判例解説や評釈はこの点を取り上げていない。

(27) この点については近藤・前掲書（注23）二六九頁は「この判決は前の判決に比べて理由付けに不十分な観はあるが、おそらく明治四〇年の事件の上告理由が、『判決は訴訟物たる権利関係の存否、利息の有無、弁済期等を確定する効力ある外特殊の効力を与えるものではないから、訴訟物以外の法律関係については何等の効力をも生じない』と主張し、明治四二年の事件の上告理由が、『判決は権利関係の存否を決するだけで創設するものではないから、防禦方法もその法律関係が存在し又は存在しないことを証明すべき方法に限られ、判決の確定力も亦これ以上に及ばない。相殺の抗弁はこの関係では当然の防禦方法ではなく、防禦方法として相殺の意思表示をするのは、被告に与えられた特別の権利であつて、既に意思表示をしてある相殺の抗弁の如く訴訟法上被告がこれを提出すべき義務あるものではない』と論じて、相殺の特殊性を指摘したことに動かされたものであろう。」と述べている。

また森作太郎「確定判決後に於ける相殺の意思表示の効力に関する大審院判決を読む」法律新聞五三七号（明治四二年）二頁は消極説の立場

から①と③は矛盾しているとし、③判例を厳しく批判している。逆に大村雅彦・最昭55の判批・法学新報八八巻九・一〇号一五二頁注16は③判例を高く評価している。

(28) 梅本・規制二六頁は後述⑭判例を指摘し、「傍論とはいえ割切れないものを感じさせずにはおかない」と指摘している。なお同四二頁注19は積極説の判例を掲げているが、私見とは異なり、⑮⑰を積極説と解している。

(29) 長尾章「請求異議の訴に関する若干の問題に就て(一)」法曹会雑誌一五巻六号三三頁はその理由として「蓋し五四五条二項は叙上の如く債務名義たる確定判決の執行力保護の規定であるが、それは勿論執行債権者の利益に関することである。従て執行債権者に於て相殺したる以上之を理由とする債務者の請求異議を拒否すべき何等の必要も存しないからである。」としている。

(30) Guldener, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., S. 379 の注69で、著者は既判力ある判決は私法上の意思表示によつて無効にすることはできないと述べているが、同趣旨と解すべきであろう。しかし、標準時後の当事者の行為（例えば弁済）によつて簡単に債務名義の執行力をなくすことが可能なのであるから、国家とか裁判の権威ということは重要ではなく、債権者の利益が問題の核心ではないかと思う。