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ついて再論 |
|-------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Sub Title | Die Präklusion der Aufrechnung in Vollstreckungsverfahren |
| Author | 坂原, 正夫(Sakahara, Masao) |
| Publisher | 慶應義塾大学法学研究会 |
| Publication | 1997 |
| year | |
| Jtitle | 法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and |
| | sociology). Vol.70, No.12 (1997. 12) ,p.59- 89 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | 内池慶四郎教授退職記念号 |
| Genre | Journal Article |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19971228-0059 |

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.

既判力標準時後の相殺権行使について再論

坂

原

夫

正

3 本稿の目的 内池教授の私見に対するメモについて

はじめに

ドイツの積極説(多数説)について ガウルの見解 ブロックス=ヴァルカーの見解

ドイツの積極説(多数説)の検討 ドイツの積極説(多数説)の根拠のまとめ

ドイツの積極説(多数説)の検討

日本の積極説(通説)との異同

ドイツの積極説(多数説)が示唆するもの

私見の補強

四

おわりに

59

内池教授の私見に対するメモについて

はじめに

1

この問題について消極説である私見に対して、教授は次のような意見を述べられた。 でも、真摯に拙稿に対峙して意見を述べられた内池教授の学問に対する誠実な姿勢と、学部学生以来の教授の大 すなわち、 は のは、このままの状態で教授を送る訳にはいかない、何としても解答を作らねばならないと思ったからである。 えなかったのは、 は、 後に主張して、 いなる学恩に対して、多少なりとも、ささやかな感謝と惜別のしるしになるのではないかと思ったからである。 は内池教授が私見に対して意見を述べられ、それに対して私は未だに答えていなかったからである。つまり本稿 本稿は、 教授の問いに対する私の答えである。教授の意見に対して答えなければならないとは思ってきたが、 私は判例・通説の積極説に反対して消極説を主張してきたが、この問題についてここで再び論じるのは、 教授の私見に対する見解を公にして、それについて何としても私見を纏めることが、たとえ拙い答え 「前訴で敗訴した被告は、前訴の既判力の標準時前に相殺適状にあった反対債権による相殺を標準 請求異議の訴えを提起することができるか」という問題を論じるものである。この問題につい 教授の的確で鋭い指摘に答えられなかったからである。それにもかかわらず、本稿を執筆した 従来答

《原正夫教授「既判力の研究」について若干の質疑と感想

坂

平成六年二月十六日 内池 慶四

一 訴訟の基準時後の形成権行使と既判力の問題(第一編

論者は相殺の主張と取消権の行使とを共に否定する。 しかしこの両者を常に同様に扱い得るかは、 実体権 の性質より疑

問 あり。 具体的事例により答が必ずしも一 律でないように思わ

n

極 1 脱の論拠として不足という論者の主張は同意する。 しかし相殺の自働債権は、 相殺の効果が単に両債権が相殺適状にあるだけではなく、 訴えられた受働債権とは常に必ずしも関連するものではなく、 相殺の意思表示をまって発生するという形式論では、 時として偶然の 事 情 か ら

可能性を一般に予定して不行使の責を相殺者に負担せしめることには疑問あり。

(例えば不当利得・不法行為による債権の如し)、その権利

の行

使 相 積

その即時の権利行使が一般に期待できるから、

例

えば無能力

殺する権利者の不知の間に成立することもある故に

2 取消権については、 取消原因は当該の訴訟上判明することが多く、 取消原因は訴えられた権利の発生要件に直接に関わることが普通であるから

詐欺・錯誤・強迫等)、

不行使の責任を負わせることも理由がある(時効援用権も同様)。 3 論者は訴求する債権者の利益を強調するが、 原告と相殺する被告とでは、 権利行使上の利益・便利は同 扱 63 得

るか。充分に準備して提訴する原告に対して、 この他、 相殺制度がいささか拡大流用されている面があるので、 例えば相殺の担保的機能を重視する立場からの反論が予想されるが、 応訴する被告の側に自働債権の行使可能性を予定できるか 相殺の本来の制度的限界を顧慮する必要あり、 この担保的機能は近時の金 態度を保留 融機関

ょ

2 本稿 の目的

授

が、

積極説を全面的に支持するのでなく、

積極説に対して、

担保的機能を重視する点と、

意思表示を待

する。

見ることができる。 て相殺の効果が発生することを強調する点を疑問とされる点は貴重な指摘であり、 これに対して私見に対する批判は、 次の二点に集約することができる。 私見に対しての強力な援護と 第一 は 相殺権、

すなわち取消権の方は行使義務は認められるが、どのような場合でも相殺適状にある者

権を一律に扱うこと、

に相殺権行使の義務を負わすことは疑問である。

使 本稿の構成 て本稿は旧 るため以外には、 る基本的な文献や議論は旧稿に譲り、 す 参照しながら、 なかった論考を紹介することによって、本稿に最新の問題状況の報告の意味を持たせたいと思ったからである。 羅的 なわ に識るために役に立つのではないかと思う。 の 以下ではこのような教授の指摘された点を念頭に置いて、 準 に取り上げたので、 は十分でないから、 本稿は消極説に立つとはいえその支持する立場に関係なく、 稿の続編であり (目次) 解答を考えてみようと思う。 旧稿で引用した文献の再度の引用や旧稿での議論の繰り返しは避けるように努めた。したが において、二の題名が限定的なことは、次に述べる事情と、このような理由によるものであ 本稿の文献は一九九三年以降の文献である。 権利行使に関して単純に債権者と同一に論じられない 本稿だけで本問題を全て論じているものではないことを予めお断わりしておきたい。 本稿を読んだだけでは理解できず旧稿を見なければ分からないことを避 最近の学説を参照するのは、 具体的に言うならば、 冒頭の問題について、 旧稿は一九九二年までに刊行された文献を また本稿 問題についての現在の学界の状況を客観 前の論考で引用したり紹介したりでき は再論であるから、 最近のドイツと日本の学説を 本問 に関

ので、 ないように思うが、 イ 的に言うならば、 行法の体系書の最新版は積極説の立場からその根拠を詳しく説いているので、本稿ではこれらの本を利用してド ツの多数説でもある積極説の根拠を考察してみようと思う (二)。 このようなことから、 本稿では最近のドイツの積極説を見てみようと思う。 状況に大きな変化は見られなかった。 旧稿ではエルンストの消極説を詳しく紹介し、 先ず冒頭の問題についてここ数年のドイツと日本の学説や判例の状況を調 したがってここ数年の判例・学説を単に紹介する意味 幸いなことに最近刊行されたドイツの大部な強制 積極説については簡単にしか紹介しなかっ 本稿の二の表題が積極説に限定して、 たが、 消極 結 執 た

る。

第二に債務者である被告は原告である債権者に比して相殺権行

説を除外しているのは、このような理由によるものである。 そしてそれに対して私見を纏めて(三)、

指摘に対して答えてみようと思う(四)。

- (1) この問題について、 私は批判に答える義務があると思っている。なお本稿での私見の引用はこの拙著の頁数で引用し、初出の論考の頁数 の引用は省略する。 の我が国において完全少数説という意味で特色を有するからである。したがって、相殺権に関する私見については、 前発表した論考にそれぞれ補遺を付して纏めたものである。相殺権を中心にしたのは、この問題における私見が現在 下)。拙著第一編は「訴訟の基準時後の形成権行使と既判力の問題」というものであるが、相殺権の問題を中心に従 究会叢書、平成五年=一九九三年刊行)の第一編所収の各論考において、私見を展開してきた(詳細は同書九頁以 律学科関係二四一頁以下〔昭五八=一九八三年〕)を嚆矢として、拙著『民事訴訟法における既判力の研究』(法学研 私は「既判力標準時後の相殺権行使について」(慶應義塾創立一二五年記念論文集法学部法
- (2) 既に述べたように、私は既判力に関する従前の論考を纏めて『民事訴訟法における既判力の研究』を公刊したが その後で石川明教授(当時)に勧められてこの本で博士学位の審査を求めた。その時の審査員の一人が内池教授であ 発表したいと思っている。なお審査報告は法学研究六七巻一○号一三七頁以下に掲載されている。また拙著について いので、教授のこれらの問題に対する見解の紹介は本稿では省略する。教授のメモに対する私の考えはいずれ纏めて 判力の客観的範囲や既判力の本質論についても深く言及しているものである。それらは本稿のテーマと直接関係がな 究』について若干の質疑と感想」と題するメモである。メモは各編別に問題点を指摘しており、本文引用 内池教授は電話で若干の私の見解の疑義を確かめた上で、手交して下さったのが「坂原正夫教授 石渡哲教授が法学研究六七巻九号九九頁以下(平六=一九九四年)に紹介と批評を発表しておられる。 『既判力の研 の他に

ドイツの積極説(多数説)について

本年 (一九九七年)ドイツで刊行された強制執行法に関する大著は、 口 ーゼンベルクの民事訴訟法の体系書の に徹して、これらの本の主張の当否の検討は次の三で行う。 verfahren, NJW 1986, 401ff.)を詳しく紹介したので(拙著・前掲注(1)四○頁以下)、本稿では正にそれに対峙 考えを知る上で、大変に便利なものである(この部分の執筆者はガウル教授なので、以下ではこの本のことを単にガ Gaul /Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., 1997, S. 624ff.) である。 も同様な見解を主張しているが、ガウルとは論述方法に多少の力点の違いが見られる。なおここ(二)では紹介 第五版』(Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 5. Aufl., 1996, S. 731ff.)の内容も併せて紹介する。この本 にこの本だけで積極説を代表させるのは問題なので、昨年公刊されたブロックス=ヴァルカーの するドイツの通説である積極説を集大成したものとして、この本での論述の内容を紹介してみようと思う。 ウルと表記する)。既に前掲拙著では、私は消極説のエルンストの論述 (Ernst, Gestaltungsrechte im Vollstrekungs もあって、問題に関する記述も詳細であり、引用文献も豊富であり、この問題についてのドイツの状況や著書の この本は最新の大著ということ 『強制執行法

ガウルの見解

消 場合は基準時として、口頭弁論前の形成権が成立した(取消権の要件事実の充足、 いう問題である。特にこの問題は取消権や相殺権のように遡及効を有する形成権の場合に鮮明である。これらの って初めて異議が生じた場合に、七六七条二項〔日本の民事執行法三五条二項相当の規定〕 |しや相殺の意思表示をした口頭弁論終結後の権利行使の時点が考えられる」(六二五頁)。そしてこの問題が今 れていることは、 ガウルは、 請求異議の訴えの異議事由の時期的制限に関して、次のような問題を設定する。「依然として、 債務者が有する形成権、 例えば取消権、 相殺権、解約告知権、 相殺適状)時点か、あるい 解除権、 が適用されるのかと 撤回権等の行使によ は取

強制執行法の部分を受け継いだローゼンベルク=ガウル=シリケンの『強制執行法・第一一版』(Rosenberg/

うな論述を展開する(原文の六二七頁九行目~六三○頁一六行目)。 頭 の典型的な論争であったことを指摘し、 その後の判例・ 学説 の 展開状況を概観した後で、 大要、

次のよ

及効によって移動するのは、 法律行為による形成の意思表示が 初めて生じるのであり、 単に実体法による評価を基礎にするならば、 単なる形成の可能性は外に向かった何らの効力を発生させるのではない。 〔当該形成権の〕要件事実ではなく、それに結びついた効果のみである 〔請求異議訴訟の〕 法律状態は明白である。 異議を成立させる原因である。 形成権の行使によって意図した権利状態の変更 形成 〔が生じさせるところ〕 したがって正しく

Œ 遡及効を有する形成権とそうでない形成権は明らかに異なるし、 するか否かということは論証を必要とする。 最も強力に作用している。 力標準時) る実体法の規制は) け に解釈しているからである。より重要なことは の〕その他の場面では、 の しくそれ故に、 阻止するということである。この単なる合目的的な考慮は説得力がない。 次の問題は七六七条二項が実体法とは異なった評価を求めているかということである。これ〔を肯定する立場 依拠するところである。 後に行使される異議から広範囲に保護しようとしているという指摘である。 その異なった効果を根拠にしても個々の形成権 単にできる限り最小限度に抑制されるべきである。」という解釈原理に従って、失権規定を制限 訴訟法の解釈において、「実体法は訴訟法規に支配されてはならない。 しかし、 すなわち、 既判力が後からの形成行為の実行に対しても〔それを遮断させるような形で〕対立 執行を力強く進行させるために債務者による その限りで、全ての形成権において既判力との関係は同じものではない。 法律は七六七条二項によって、 遡及効を有していても相殺と取り 〔の取扱い〕 **〔なぜならば〕** が区別されてい 既判力ある債務名義を債務者の 〔執行の〕 実際のところ、 判例は あるい 妨害や遅延をできるだ 消しは事情が異なる。 〔七六七条二項以外 は 既判力の保護は 〔訴訟法によ 的

aa 三二二条二項 相殺権について言うならば、 〔日本の新民事訴訟法一一四条二項 般原則によれば決して失権することはない。「独立の反対権」 (=旧法一九九条二項)相当の規定)の意味における請求に として相殺権

条二項に関する解釈のみが相殺の失権を導く。(8)

さわしい事実のみが失権するに過ぎない。それ故に一般的な既判力の範囲〔についての設定原則〕とは異なった七六七 来のある事実(相殺の意思表示)によって遡及的に消滅することはないということを意味するものではない。 ついての裁判の既判力が及ぶものでない。この規定の意味は、単に債権は存在するということだけであって、(ア) 反対債権の相殺を主張した場合(三二二条二項)とは、状況が異なる。相殺による異議権を行使するための理由にふ 単に被告 が将

klärung, Einrede)に着目して、単に相殺適状にだけ狙いを定めたという〔沿革に基づいた積極説に対する〕反対論 た相殺」のみが失権させられることを示している。 た攻撃防御方法の却下についての最近の規定(二九六条、五三〇条二項)は、単に当該訴訟において遅れて「主張され 張された反対債権」〔についての判断〕のみが既判力を有する裁判に加わるということが反論になる。 である。しかしながら、立法者は同時に旧民訴法二八三条二項(=現在の三二二条二項)において、「抗弁によって主 その限りで一考に値することは、一八七七年の民訴法の立法者は、当時の相殺が 種々なものがありそれぞれ〕 異なって生じるということ (ipso-iure-compensatio, Kompensationser-〔現在の相殺のように単一の制度で また時機に遅れ

九〇条二段〔日本民法五〇八条相当〕)に対する唯一の対抗手段であり、遡及効により利息請求に対して有利な立場をもかかわらず、相殺の担保機能が軽視されることは許されない。相殺は倒産した債権者や、時効になった債権(民法三 定される危険を冒すことになる。 示している。また事前に相殺を強制された債務者は、未だ十分に証明できない反対債権を三二二条二項により永久に否 による〕弁済の可能性が奪われるだけであるという指摘である。〔そのような見解はもっとものようであるが、〕それに さらに注目すべきことは、被告は相殺が認められなくとも、決して永久的に権利を喪失するのではなく、 単に

可能な履行という事実に、弁済可能な反対債権による相殺はおそらく近似する。しかし、七六七条二項の意味での異議 もたらすのに対して、 もちろん、相殺は単に後からの履行と等しく扱われるものでない。履行は債務の直接の支払いによって債務の消滅 相殺は単に両債権の犠牲によってのみそれら債務の消滅を導くものであるからである。

に適するか否かということは、 あるいは次のような五三〇条二項の類推適用によって得ることができる。すなわちこの(11) 訴訟において初めて明らかになるところの証明の問題に依存しない。

じた反対債権による相殺を排除することを許さないからである。〔それを許すとするこの考えは問題であるが、 判力の〕規制構造にうまく収まることはほとんどないであろう。特にここでは〔すなわち七六七条二項では〕 にもならないということが ができる。このようなことから、訴訟において五三○条を理由に却下された相殺の異議はもはや七六七条の訴えの対象 対債権の裁判に熟した程度をも考慮し、それによって悪意の債務者が理由なく強制執行を遅らせる危険に対処すること あるとすればその点だけである〕。少なくともこのような疑念を無視する限り、 条二項による〕 る。このような考えは訴訟経済という見方を持ち出しただけでは、もちろん七六七条二項による〔法文の〕明白な 同意という他の例外 ってまた「執行の段階」において表明される相殺に適用されるという類推である。これによれば、 適切な限界付けは、 制限は単に控訴審においてのみならず一審の終了後に初めて表明される全ての相殺と、そしてこれによ 〔の要件〕はここでは考慮しないので――単に 〔五三〇条類推と〕 同時に導き出される。 「適切な(Sachdienlichkeit)」場合にのみ許され 五三〇条二項の類推適用 相殺は― の際には、 後から生 (五三〇 反

条一項は、 導くであろうという点で、〔相殺と〕異なる。しかしながら、〔そのような違いがあるにしても〕この場面においても、 及効が判決を後から が づける事実を顧慮することは、全く許されないであろう。取消しできるということの本質は、 いう意味を暗に有するものではないからである。また裁判所は被告による形成行為の実行がない場合にも、それを基礎 般的な既判力〔範囲設定の〕原則によって、〔これら権利について〕決して失権が生じることはない。 「独立した形成権」と性格づけられるか否かに関係ない。なぜならば、既判力をもって請求が認容された場合三二二 取消しやその他の形成権の場合は、それらを排除することは七六七条二項によって常に永久的に権利の喪失を この場 面においても請求を将来の事実 法律行為を有効とさせるか無効とさせるかについて決断すべきであるという点に正 〔結果的に〕不当なものようにさせるということは、その点〔、すなわち当事者に委ねられている (取消しの意思表示)によって遡及的に消滅させることはできないと 単に取消権者のみ に存在する。 しかも取消

であろう。

よってこの期間を短縮することは許されない。もし詐欺〔の事実〕が訴訟終了後になって初めて明るみに出たり、 ためにー ける無効のように〕何らの判断の制限を受けない。実体法が自主的な意思決定による形成権行使を当事者に委ね、 等しいものと位置付けることは説得力がない。特に裁判官はその限りで〔取消権の判断においては、 議として、もちろん既判力や七六七条二項によって失権させられるところの無効事由を原因とする異議と、〔取消権を〕 を終了させることは訴訟の目的ではない。 という状況〕を何ら改めるものではなく、 は強迫的な状況が訴訟終了後になって初めて終了したりしたら、〔この場合の〕失権はより一層堪え難いものになる 詐欺や強迫を原因とする取消しの場合、 実体法において定められている浮動的な状況の結果に他ならない。 それ故にまた、〔有効な法律行為の効果の発生を阻止する〕 一年以内というような――長い熟慮期間を与えている場合、 時間的な制約を受 権利障害的 浮動状態 訴訟に

て って訴訟促進を理由に ないことは、 定のために失権に対しては客観的な尺度を基礎に置いて、主観的な尺度を基礎にしていないからである。 の新民事訴訟法三三八条一項但書(=旧法四二○条一項但書)相当の規定〕と異なり しかし、〔それだからといって、 その後の〔不当〕利得 〔形成権の〕 〔返還請求〕訴訟において新たに行使できるであろう。 失権を考える場合にそれらを取り入れて〕折衷的に 行使を強制されることである。 特にそのようなことで却下された異議は、 (詐欺に) 明確な時的既判力の限界設 五二八条二項等の類推によ 気が付いたことや、 同様に調 したがっ 〔日本

2 ブロックス=ヴァルカーの見解

この本では消極説を (学説) において、 「判例において完全に おそらく(wohl)支配的な見解」(七三二頁)と述べている。 (ganz)支配的な見解」と表現し(七三一頁)、積極説については この本は冒頭に具体的 な

理 事例問題を掲げて、 の相殺の抗弁は、ここで主張された見解によれば失権されることはない。」(七三四頁)というものである。 主張が正しいか否かを答えよ。」というのが質問の内容になると思う。 と考えた」。 によって売買代金債権と相殺した。〔これに対して〕Gはこの訴えは七六七条二項によって認められないであろう なものである(七一○頁のf)。「Sは請求異議の訴えを提起して、訴状において二年前から有する損害賠償債権 由 「は次の通りである(七三一頁~七三四頁)。 他の事例とともにこの事例が挙げられていて、特に具体的な質問は述べられていないが、「Gのこの その解答を詳論するという形態をとっているのであるが、この本の挙げた事例 ブロックス=ヴァルカーの答えは は 次 のよう

利行使のために与えられた期間は、七六七条二項による権利行使の強制によって、 なされる否かは実体法の規定(例えば民法一二一条、一二四条等)のみが規定している。この原則によって権利者に権 そして生じるとしたらいつ生じるのかということは、実体法に依拠する。実体法は一定の状態 とを、七六七条二項は債務者に強制するものではない。 権利行使に未だ必要な証拠に欠ける場合であっても、既に前訴訟においてその異議を主張しなければならないというこ 在を除いて、相応の(例えば取消しの)〔意思〕表示を要件としている。ある(例えば取消しの)〔意思〕表示が適時に れるべきである。この見解のみが実体法の問題と訴訟法の問題を〔混同することなく〕分離する。異議が生じるか否か [学説においては積極説、 消極説、 折衷説と種々主張されているが〕、学説における支配的な見解 制限することは許されない。 (例えば相殺適状) 〔積極説〕 が支持さ (中略)。

0 ば相殺の場合、 しており、その中の一つは「債権は相殺可能な相互に対抗関係にあった場合に消滅する」と規定していたからである。 は 判例の見解は一八七七年の民訴法の成立史によってもまた、今日ではもはや根拠づけることはできない。 旧 民訴法が適用される領域では 相殺適状が意図されていたとのことである。当時はこの時点が決定的であらねばならなかった。 〔それぞれのラントの実体法において〕 相殺のために、 種々な (法 それによれ 規制が通用 う

いうことである。これに対して現行法は(五三○条二項参照)、〔相殺を〕主張することが相当でない場合に控訴審の相 顧慮すべきことは、 当時の民訴法は一審で過失により提出されなかった相殺の抗弁のみを控訴審で排斥すると

ば、 らば、 終結時に形成権の存在を知らず、そのために〔権利を〕行使しない場合、 殺の抗弁は排斥されるとしている。 [確かに] 判例〔の見解〕は債務者の引き延ばしや妨害に対抗しようとするものであるが、 債務者は前訴の最終口頭弁論の終結時に、その形成権をさらに一般的に自己に有利に利用する可能性を失う。 〔相殺の排除は〕甘受できる。これに対して他の場合(例えば債務者が有する取消権の場合)、判例の見解によれ 相殺の抗弁を排斥する場合、債務者がその有する(反対)債権を別に新たな訴訟で訴求することができるな 判例 〔の見解〕 特に債務者が前訴の最終口頭弁論の は苛酷な結果を招来する。

るいは、それ以上に濫用として非難するのかその理由は理解できない。 行使を排斥する見解に対しても、 正にこの不満足な結果は、学説における最近の見解、すなわち訴訟促進義務から一定の要件の下に、形成権の遅れた (例えば 民法一二四条による一年の期間)を十分に利用する場合に、なぜ債務者を〔それをもって〕重大な過失あ 〔問題点として〕挙げられる。 その他の点でも、 債務者が実体法が債務者に与えた期

らないであろう。〔債務者の請求異議の訴えによる執行遅延や妨害は消極説ではなくて、これで十分に対応できる。〕(宀) 求異議の訴えを提起する意味がなくなる。そうであるならば、債務者の〕請求異議の訴えを督励するようなことにはな ならば(七六九条)、〔債務者は請求異議の訴えによって執行を止めることができなくなるから、 めに〔相殺の抗弁を行使するから〕である。それは別として、〔多くの〕 〔その場面で形成権を行使することによって〕認容判決、仮執行宣言、債務者に不利益な訴訟費用の裁判等を避けるた 結局のところ、債務者は訴訟の引き延ばしのために形成権を前訴の終了後に初めて行使するという 危険は、特に重要ではない。すなわち、一般に債務者は形成の表示を最初の訴訟において既に行うからである。 裁判所が強制執行の一 執行を止めるために請 時的停止を差し控える 〔消極説が指摘す

でなく客観的基準

i

よって既判力の範囲

は設定されなければならないとする原

則

か

らす

'n

ば

積

極

説

か

消

極

3 ドイツの積極説(多数説)の根拠のまとめ

て論拠の重 述が多い したが、これによって積極説 の積極説 説 ので、 の根拠を探求してみようと思う。 の **一要性** 根 拠を検討 の順位 ガウル の記述 が分かると思うからである。 する準備作業として、 0 の根拠を網羅的に挙げることができたように思う。 順序に従い要約し、 記述の順序に注目したり、 積極説 これとブロッ このような理由から、 に立つ最新 Ö 大部 クス= な強制 両者を対比させたりするのは、 ヴ 私なりの 7 執行 ル カ そこでガウ 1 法 理解に基づいて積 の議論とを対比させ、 の体系書 ル 0) 0 議 方 論 が 0 極説 これに 圧倒 内容 ド 的 イ に記 主 ッソ

を要約してみると、

次のように纏めることができる。

時 対して何 n (f) 力 に失うことになりか 法 相殺 る必要はない。 ば の相殺と今日 の クル に取 の解釈 ⑴五三○条二 原則である。 債 0 消 務者は十分な訴訟 担 らの効果も付与してい の見解は次の通りである。 保的 原因 によ が っ 機能は軽視してはならない。 0 て形 項 相殺 判明 (1)(d) の類 ねず、公平を欠く。 既判力は将来の形成権行使について及ばない。 取消権に関して、 成 したり、 0 権 制 推が考慮されるべきであ 度が異り の準備なしに相殺権行使を求められることになるが、 行使 ない。 強迫状態が終わっ のため 、なるから、 (a) 実体法が瑕疵 、実体法に依拠して考えるべきである。 0 (b) 権利者の ()弁済と相殺は似ている面もあるが、 消極説である判例理論は統 (g) 今日では立法者が消極説であったことは決定的 消極説であると、 0 た場合、 熟慮期間 る。 の修復を権利者 (k) 既判力 消極説による失権は堪 を短 縮するような干渉はしてはならな 0) 利息請求が強要され不利である。 般理 (e)立法者が消極説に立脚してい の意思に委ねた点が重要である。 性がなる 論 から 実体法は単なる権 61 Ŧ 似てい (c) 証 え難いものである。 n 失権 ば、 崩 に失敗 な 相殺権 しない Ų 側 な理 面 す と取 に注 n 0) 利 由 ば が LJ 行 消 目 たとしも、 (h) 使 になら すべ 消 般 (o) (n) (m) 権 0 節 莉 可 既 勝手に訴 主 極 判 きであ を永久 説 な既判 能 によ 性 的 力 当 発 別 に

かであって折衷説は採用できない。

(P)訴訟促進義務を理由に、

熟慮期間を短縮することは許されない

求異議訴訟は減少するから、

する。

者は前訴訟の段階で形成権を行使するから、かような非難は当たらない。⑤執行の一時停止を認めなけれ (m) から、 (e) これに対してブロックス=ヴァルカーは、先ず の次のような指摘である。 (可)のという主張である。これから明らかなように、 一力点の置き方を異にしているように思う。注目すべきことは、) 1 積極説は執行の引き延ばしに利用されると消極説から非難されるが、 (9)ガウルが述べた理由と同趣旨を説いている。すなわち、(0) 両者の根拠は多少異なるし、同じ根拠にしても順序の違 ガウルにはない、ブロックス= 般に債務 ヴァル カ

3 ガウルはこの本の中でエルンスト論文を批判している。その内容については、 後掲の注 (6) と注 (8) で紹介

執行の一時停止の運用によって執行の引き延ばしは防止できる。

- $\widehat{\underline{4}}$ 〔 〕とともにその言葉を加えて、それが原文にないことを表示した。 ある。しかし、意訳ではあるが、適当な日本語を補うとより理解しやすくなると思われる場合は、 ドイツの積極説の主張を集大成しているので、当該箇所をほぼそのまま訳してみたが、 直訳というよりは意訳で 通常の例に従い
- (5) 法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ強制執行法』(中野貞一郎訳、一九七六年)によるドイツ民訴法七六七 条の訳文は次の通りである。
- 「第七六七条 審の受訴裁判所に主張しなければならない (請求異議の訴え) 1 判決により確定された請求じたいに関する異議は、 債務者が訴えをもって第
- 生じ、かつ、故障をもって主張することがもはやできたい限りにおいてのみ、 この異議は、この法律の規定に従い遅くとも異議を主張することを要した口頭弁論の終結後においてその原因 許される。
- 債務者は、 その提起すべき訴えにおいて、 訴え提起のときに主張することができたすべての異議を主張しなれ ば
- 6 ガウルはこの典型的な論争について、二の冒頭に挙げたエルンスト論文は、 文献 の理解に誤りがあると批判する

- (7) 法務大臣官房司法法制調査部編 係ないと批判する。 (六二五頁注一七九)。 すなわちガウルは、 『ドイツ民事訴訟法典』(石川明=三上威彦訳、 エルンストは一九〇三年の Seckel の論文を引用するが、 一九九三年)によるドイツ民訴 それは本問と関
- 法三二二条の訳文は次の通りである。
- 第三二二条 有する。 (既判力) 判決は、訴え又は反訴をもってなしたる請求につき裁判したる部分に限り、 確定力
- ざ紹介している(六二八頁注二○三)。ヴァルターはツォェラー(Zöller)の民事訴訟法の注釈書一五版(一九八七 外れ (abwewig)」と評した (Walter, Gerhard:ZZP 101 [1988], S. 115)。 年)についての書評の中で、この注釈書がエルンストに従ったことを批判する意味で、エルンスト論文について「的 り、確定力を有する。 ガウルはこの点でエルンストは誤りであると批判し、ヴァルター(Walter)のエルンスト批判の言葉を 被告が反対債権による相殺を主張したときは、反対債権が存在しない旨の裁判は、 相殺を主張した数額までに限 しわざわ

schke, Winfried: Vollstreckungsrecht, 2. Aufl., 1987, § 767 Rz. 31)° ngsgegenklage nach §767 ZPO, Jus 1995, S. 1114)。他はシュシュケの教科書で、消極説を主張している(Schu-はトランの論文であり、判例やエルンスト論文を引用しつつ、消極説を支持する(Thran, Martin: Die Vollstrecku-は、拙著で紹介したが(前掲注(1)三九頁以下)、それに付加する意味でここでは二つの論考を挙げておく。一つ れるかもしれない。しかし、より少数説に転落したというのではない。現在のところ消極説を支持する論考について なおこのような批判や前注(6)の批判からすると、消極説は現在のところ支持者がより少なくなったように思

- 9 法二九六条、五三○条の訳文は次の通りである。 法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ民事訴訟法典』(石川明=三上威彦訳、 一九九三年)によるドイツ民訴
- 第二九六条 の経過後に初めて提出された攻撃防御方法は、裁判所の自由な心証により、それを許すことが訴訟の終了を遅延さ ないであろうとき、又は当事者に遅滞につき十分な、 (時機に後れて提出された攻撃防御方法と責問) 第二七五条第一項第一文、第三項、第四項、第二七六条条第一項第二文、第三項及び第二七七条) 免責事由があるときに限り、これを許す。 1 その提出のために定められた期間

- 2 それを認めることが裁判所の自由な心証によると訴訟の終了を遅延させ、かつその遅滞が重大な過失によるときは、 これを却下することができる。 第二八二条第一項に反し適時に提出されない、又は第二八二条第二項に反し適時に通知されない攻撃防御方法は
- 3 責事由があるときに限り、これを許すことを要する。 訴えの適法性に関し、かつ被告が放棄できる貴問であって時機に後れたものは、被告にその遅滞につき十分な免
- 「第五三〇条 (反訴、反対債権による相殺) ① 反訴の提起は、相手方がこれに同意するか又は裁判所が反訴によ 4 第一項及び第三項の場合には、免責事由は裁判所の求めによりこれを疎明することを要する。
- 2 り訴求された請求の主張が係属中の手続において相当であるとみるときに限り、これを認めることを要する。 被告が反対債権による相殺を主張したときは、これを理由とする抗弁は、原告がこれに同意したとき又は裁判所
- <u>10</u> が係属中の手続においてその主張を相当であるとみるときに限り、これを認めることを要する。 椿寿夫=右近健男編『ドイツ債権法』(村田博史担当、一九九八年)によるドイツ民法三九○条の訳文は次の通
- 「第三九〇条 (抗弁権のついた債権の相殺禁止) 抗弁権のついた債権は、相殺することができない。消滅時効にか かった債権は、
- (1) 以下の議論は日本では従来あまり議論されていない問題である。三の1の④として纏め、三の2の最後におい 時効が完成する前に、他の債権と相殺することができたときは、相殺することを妨げない。 て
- (12) 法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ民事訴訟法典』(石川明=三上威彦訳、一九九三年)によるドイツ民訴 法五八二条の訳文は次の通りである。
- 「第五八二条 (原状回復の訴えの補助的性質) 許される。」 回復原因を前の手続において、特に故障又は控訴若しくは附帯控訴により主張することができなかった場合に限り 原状回復の訴えは、当事者がその責に帰すべき事由なくして、原状
- (13) 法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ民事訴訟法典』(石川明=三上威彦訳、一九九三年)によるドイツ民訴
- 法二八二条、五二八条の訳文は次の通りである。 第二八二条 (攻擊防御方法) 1 各当事者は、口頭弁論においてその攻撃防御方法、 特に主張、 否認、 抗

弁 しなければならな 相手方が、事前の調査なくしてそれに対する陳述をなし得ないような申立て及び攻撃防御方法は、 証拠方法及び証拠抗弁を、 訴訟の状態に従い、 慎重かつ手続促進にかなった訴訟追行をなすべく、

口

頭弁

論前

- 準備書面により相手方が必要な調査をなし得るよう適時に通知することを要する。 被告は、訴えの適法性に関する責問は同時に、かつ本案に関する被告の弁論前に主張しなければならな 口 頭
- 弁論前に被告に答弁のための期間が定められたときは、その期間中に責問を主張しなければならない。
- 「第五二八条 (新たな攻撃防御方法の許容) ① 第一審においてそのために裁定された期間内(第二七三条第二 第一号、第二七五条第一項第一文、第三項、第四項、第二七六条第一項第二文、第三項及び第二七七条)に提出さ いであろうとき、又は当事者がその遅滞につき十分な免責事由を有するときに限り、これを許すことができる。 れなかつた新たな攻撃防御方法は、裁判所の自由な心証により、それを許容することが訴訟の終結を遅滞せしめな
- 2 できる。 あろうとき、又は当事者の第一審におけるその不提出につき重大な過失がなかったときに限り、これを許すことが なかった新たな攻撃防御方法は、裁判所の自由な心証によりそれを許可することが訴訟の終了を遅滞せしめないで 第一審において、第二八二条第一項に反して適時に提出されず、又は第二八二条第二項に反して適時 に通知され

責事由は、裁判所の求めがあれば、これを疎明しなければならない。

第一審において適法に却下された攻撃防御方法は、 その提出を許さない。

14 条、一二四条の訳文は次の通りである。 責めに帰すべき遅延をしないで(遅滞なく)、これをしなければならない。隔地者に対してした取消しは、 法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ民法典 (取消期間) 第一一九条及び第一二○条の場合において、 総則 ——』(川井健訳、 取消しは、 一九八五年)によるドイツ民法一二 取消権者が取消原因を知った後、 取消し

とができる。 (取消期間) 1 前条の規定により取り消すことのできる意思表示は、 一年以内に限り、 取 り消すこ

の意思表示を遅滞なく発したときは、適時にしたものとみなす。

2 前項の期間は、 詐欺の場合には、 取消権者が詐欺を発見した時から、 強迫の場合には、 強迫がやんだ時から進行

する。 取消しは、 意思表示をした時から三○年を経過したときは、 することができない。」

する。

消滅時効に関する第二○三条第二項、

第二○六条及び第二七○条の規定は、

前項の期間の進行につい

て準用

- (15) この部分でドイツ民訴法以外の法律の条文や事例を挙げているが、 日本における相殺権に限定して論じている本
- <u>16</u> 稿においては重要でないので、この箇所の翻訳は省略 法務大臣官房司法法制調査部編 『ドイツ強制執行法』(中野貞一郎訳、 一九七六年)によるドイツ民訴法七六九

「いっぱん」(えいしか) を条の訳文は次の通りである。

第七六九条(仮の処分) 受訴裁判所は、申立てにより、 事実上の主張は、 命じること並びに担保を立てさせて既にされた執行処分を取り消す旨を命ずることができる。 担保を立てさせ若しくは立てさせないで強制執行を停止する旨、 疎明しなければならない。 第七六七条、第七六八条に掲げる異議について判決するま 又は担保を立てたときに限り続行できる旨を 申立てを理由づける

- (2) この期間が徒過された後は、 執行裁判所も、 急迫な場合には、受訴裁判所の裁判を提出すべき期間を定めて、 強制執行を続行しなければならない この命令を発することができる。
- これらの申立てについての裁判は、 口頭弁論を経ないですることができる。
- <u>17</u> ollstreckungs-, Konkurs-und Vergleichsrecht, 11. Aufl., 1983, Rdnr. 750 (S. 298) & 告は一般に前訴で予備的相殺の抗弁のように、自己に形成権があることを知っていれば、 用 注に引用されている文献を読んでみて著者の主張の内容が分かるところである。すなわち Baur/Stürner, Zwangsv· すべきであると説いている。つまりブロックス=ヴァルカーはこの意見を採用したということである。なお同じく引 は(権利行使可能時ではなく)行使時とし、執行の保護のためには相殺権や取消権の行使には七六九条の運用で対応 の負担等を避けるために前訴で権利行使をするから、 こしている文献であるが、Bruns/Perters, Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., 1987 § 15 I3 FN15(S. 92)は、被 かなりの説明を加えたが、原文は簡単でそれだけでは分かりづらいので、大胆に私の解釈を加えた。この箇所 被告の訴訟遅延は問題にならないと説いている。この意見に 認容判決、仮執行、 原則として異議の発生時 訴訟費

プロックスニ

ヴァルカーは従った。

 \equiv ۴ Ż Ÿ 0) 積 極説 (多数説) 0)

説であるからである。 (E) すのか、 考えてみよう。 極 取 う点ではドイツと同じであるが、積極説の中では圧倒的な多数説は相殺権と取消権の取扱いを区別し、 説であるということよりも、 にしない) 学説が、 二のガウルやブロッ よる遮断を相殺権と取消権とで取扱いを異にし、 た積極説はドイツでは多数説であり、 張 説の根 を展開 中の多数説である相殺権と取消権を区別しない学説を表す意味で使用した。 消 極 説 ド ż は有 説 権とで取扱いを異にすることを主張する学説である。 ý 0) それとも積極説の中の多数説である学説を示すのか曖昧である。 拠は全て尽きるように思えるが)、 单 力ではあるが少数説である。(19) 積極説 7 Ö) 少数説と同じことを説き、 6.1 なお る²⁰ の根拠をこのような。 ĸ クス=ヴァルカーに代表されるように、 つ 「ドイツの積極説 イツの積極説の中では多数説である。 既にガウルの記述から明らかなように、 まり、 積極説の中の多数説という特定の学説を示すものとして使用した。 日 本の場合、 この点は正にドイツとは反対である。 さらに積極説を細かく分類した場合に、その中の多数説の地位を占める学 (多数説)」と表記したが、 日本の積極説の中の少数説が「ドイツの積極説 これらの根拠は日本法においてどのように理解 積極説 ⑤で代表させることに、 相殺権については積極説を主張する学説が存在する。 (通説)」 したがってそれは、 と表記した学説は通説であり、 したがって、「積極説 両者を区別しない(形成権の種類によって取 ドイツにおいても、 これだけでは積極説が多数説であることを示 異論はないと思うが 実は両方なのである。 換言すれば、 日本の場合は積極説が多数説と 「ドイツの積極説 日本の通説と同様に既判力に (多数説)」とは積極 すべきなの 日本の通説は (多数説)」と同様 (現時点ではこれらで積 その 内容は すなわ 本稿で取 (多数説)」 ド 区別 お積 説 相殺権と が扱い が多数 1 か り上げ 極説 ッの しな な

二六頁以下)。

取消権の処遇をめぐって対峙する積極説である。

1 日本の積極説 (通説) との異同

してみようと思うからである。 説の根拠については以前に調べて検討したことがあるので、日本の積極説の根拠に見られないものを中心に検討 イツの積極説の根拠を検討する前に、 日本の積極説の根拠について、次のように纏めたことがある 日本の通説である積極説の根拠と比較してみようと思う。 (拙著・前掲注 (1) 日本の積極

準時後の任意弁済と等しいこと、⑷相殺は意思表示をもってその効果が発生し、相殺適状は法的には無意味であること、 るならかような無益な執行はないであろうこと、等である。 わば相殺の強制になること、 ⑸相殺の許容は自己の債務による自己の債権担保であること、⑹相互に無関係な債権に対して消極説を採ることは、 ある債務者は、 通説である積極説の主張を纏めてみると、一般に次のようなことが根拠として言われている。⑴反対債権の権利者で |8債務者が別訴で反債権対について勝訴した場合は、それぞれ強制執行を行うことは無意味であり、 相殺権行使の自由を有していること、②勝訴原告の債権者においては失うものはないこと、 (7)別訴で訴求できる反対債権であるなら請求異議の訴えでの主張を否定する方がおかしい 積極説を採 (3)相殺は標

比較すると)、 つまり、 これ らの根拠と先に纏めたドイツの積極説の根拠とを比較してみると(①~5と、二の3の回 積極説の基盤は実体法に立脚していることは明らである。 両国の積極説は実体法を重視し、 実体法によって問題を解決すべしと説いていることが分かる。 次に両国の積極説の違いを見てみると、 (f) (m) (q) 等を 間

題ではなく、

当時の民法の相殺の考え方や相殺と既判力の関係を含めて考察するならば、

0) 四点がドイツの特色として浮かび上ってくる。

で取扱いを区別していない 解するならば、ドイツでは前訴の時機に遅れた防御方法の関連にも注目していると言える。 条文がないこともあって、 らの根拠づけ ①ドイツでは立法沿革の議論 (三の**3**の(h) 我が国では議論されていないが、この問題を時機に遅れた防御方法の問題であると理 は、 (二の3のk)。④ドイツ民訴法五三〇条二項の問題 日本では見られない新たな根拠である。 $(\exists \mathcal{O}_{3} \mathcal{O}_{(e)} \cdot (q))$ が 重視されている。 ②ドイツの積 ③ドイツの積極説は取 (二の**3**の(1) 極 説 0) 証 は日 明 消権と相殺 活 本に 動 相当する う点

2 ド イツ က် 積 極説 (多数説) の検討

たるというのが日独の積極説の基底であるから、 こでは先ず①~④についてその意味と当否を考えてみる。 しかし、これは正に根本的な問題であるし、 これら四点を中心にドイツの積極説の根拠について考えてみようと思うが、 ドイツの積極説だけの問題ではないので、これは次の3で行い、 これら四点の検討に先立ってその意味を解明する必要があ 実体法を尊重して問題 の解 決に当

帰着する大問題である。 6 は 積 極説がかなり力点を置いて議論をし、)の歴史の視点であるが(二の3の(0・(0))、最終的には立法者意思の解釈やそもそも法の解釈方法論 は消極説の方に分があるように思う。 確 かである。 そのような状況からして、 日本では、 法を継受したこともあって立法沿革の議論は全くなされてい 反論を展開している状況からして、 しかし、 またエルンストの議論からしても、 ガウル の積極説が反論を展開したように請求異議訴訟だけ 簡単に済まされる問題ではないこ 請求異議の訴 えの立法 な が 沿革 ٢ ・の点 イ vy

0

問

題

に

積極説の方でも説明

ことは確

かであ

場合に現在の利益状況の分析だけで答えを決めるのではなく、 事であると思う。 に重要な役割を果たすのではないかと思う。 ということではなく、 決定的な要素にならないように思う。これが妥当な結論かもしれない。 が 可能 であ ń その点では積極説にも分が出てくるように思う。 日本では現在のところドイツの議論を見守るしかない 立法以降の議論 の展開をたどることが、 そのためには丹念に学説の展開を見る必要があり、 かような歴史的背景にも注目しなけれ 問題の本質や今後のこの問題 その意味で問題の議論にお が、 しかし、その意味は沿革を無視してよ ζį ずれにしても、 0) ίĮ この 展開 ては、 それは今後 問題を考える を考える場合 立法沿 ばならな

の判断は、 求 確 くことは可能であり容易のように思う。 あると説い また相殺権者である被告が自己の権利の存在を知らない場合があるかもしれないが、 えるか否かという状況にも依拠する。 訴えを提起すればよいことである。 したことを考えるならば、 イ が不当であり、 かにもっともな主張であり、 Ó 新鮮さと説得力が感じられる。 0 積極説と親近性が感じられるが、 証 顭 たとしても、 自己の債権 活 動からの その理由で勝訴を確信するならば、 の訴訟の準備状況だけではなく、訴求された債権をどうしても消滅させねばならないと考 積極説の展開であるが 決 両者が親近性を有するのは当然のことのように思う。さて、この視点の当否である、 して無理な要求とも思えない。 説得力がある。 無理に当面の訴訟に抗弁として提出する必要はないし、そもそも相手方 また冒頭に挙げた内池教授の問題提起の視点でもある。 したがって、訴求された債権 もし執行の段階で気が付かないならば、 教授がドイツ民法学に造詣が深いことと、 (三の3のh)、 しかし、 抗弁として提出する必要もない。 訴訟の準備が十分でないならば、 執行の段階で気が付くならば、 従来、 (自らの債務)についての状況も重要である。 我が国で明確に主張され もはや相殺ができないから、 ドイツ積極説は実体法 当該訴訟の間に知るべきで つまり、 訴訟 準備をしてから新たに 正に教授 ていなか 0 提出するか否 段階でも気が付 の指 つ 伝を強調 ただけ 摘 気

極

一説であれ

īΕ

|にドイツの判例に見られるように、(25)

貫していると思う。

ガウ

ルは積極説の立場から消極説

する理

由

を合理 ば、

的

に説明する責任が

あると思う。

信義則は安易に用いられてはならないと思うからであ

使用する側

かと 使

う印象を受ける。

信義則を否定するものではないが、信義則はあくまでも最後の手段であり、

た方が筋

が付 できないような債権で後訴の相殺を考えることが問題である。 前に準備して訴えを提起して勝訴した者と、 くことが問題になる期間はさほど長いとは思えず、 準備不足の者とを同一に扱うことが問題であり、 積極説であっても五十歩百歩のように思う。 前訴 に そもそも おいて証

我が| が、 3 から、取消権の行使は既判力で遮断されるとする我が国の判例・通説に対しては、批判にもなるからである。 ないという危険性をはらんでいる。 取消権に対するものであるからである。 ③のドイツでは取消権と相殺権とで取扱いを区別していないことであるが 国の積極説においても有力な根拠となると思うが、この主張は日本の通説にとっては、 日本の通説の問題点を浮き彫りにさせるものである。②の被告の準備状況の視点は既に見たように、今後 ドイツ積極説のこの主張は、 つまり、 取消権行使を既判力で遮断することを問題にした論拠である 相殺権だけを念頭に置いたものではなく、 (三の3の(k)、これは3で述べ 両刃の剣になりか むし ね \mathcal{O}

と批判したことがある。 により、 題の次元が異なるから、 の3の⑴、かつて時機に遅れて却下された相殺の抗弁が、後訴である請求異議訴訟に提出できるのは 提出を認め できないと主張する。この場合提出を認めない根拠が問題になると思うし、 のド 相殺が イツ民訴法五三○条二項の問題や訴訟促進や時機に遅れた防御方法の却下との関係 |時機に遅れた防御方法として相当でないと判断され却下された場合| が一 矛盾するものではないというのであった。しかし、(3) これに対する反論は、 貫しているように思う。 時機に遅れた防御方法の却下の問題と請求異議訴訟 また根拠を信義則で答えるならば、 問題の局面が異なると考えるならば ガウルはドイツ民訴法五二〇条二 信義則の多用では 請求異議訴訟でも最早提出 の問題であるが 0 問 おか 問

うに思う。

判例

は矛盾していると批判しているが

(三の**3**の(b)、

この場面では反対に積極説の学説の方が矛盾しているよ

3 ドイツの積極説(多数説)が示唆するもの

題をこの問題にどのように適用すべきか否かということである。 の認識である。 には問題ごとに適用される態様が異なるからである。 重を他の場面で強調していながら、 尊重しなけ たがって、この点を考えることは、 その説く実体法との関係である。 なければならな それは実は批判にはならない。 イツの積極説の根拠についてその意味や承服できない点等を述べてきたが、 ればならないと説く。この命題それ自体は正当であり、 本問題で言えば、 これは既に述べたように、 既判力の論理、 この問題に消極的なのは矛盾した態度である」と批判しているが 実は日本の積極説の基底を問うことでもある。 実体法を尊重すべしとの一般的な命題を述べても意味のないことで、 訴訟制度の運営の利益において、 正に決定的なのは、 日本の積極説も根拠として強調する点でもある。 されば積極説が 異論を差し挟むものでは 問題の 積極説にとって一番の 背後にある訴訟法的 「ドイツの判例理 この命題 積極説は、 の適用 な 訴訟法は実体法を 17 問 の態様 論は実体法尊 な利 題 <u>ニ</u>の 蕳 はその命 が検討 益 題 3 の は

極説 重を貫いていない 取 はないだろうか。 扱 ここで日本の通説である積極説とドイツの積極説の違いに注目する必要がある。 は遮断されないと説いている。 の違 いである 実体法の尊重と言いながら、 からである。 宣の 1 Ø ③ 取消権は訴訟物に付着する瑕疵であるとして前訴での主張を求めることは、 これは何を意味するのであろうか。 すなわち、 取消権の場面では被告に前訴での行使を要求するの 日本の通説は取消権は既判力で遮断されると説 日本の通説は、 それは取消権行使につい 実は折衷説ということで は、 ド 実体法尊 イ ツ ての

0)

意味である。

これは積極説が説くところであるが(二の3の⑤)、確かに裁判所の判断に既判力が及ぶとする

第二は既判力では将来行使が予想される形成権まで遮断するのではない

まま日本には通用しない。

別 のでは、 う基準は、 にするの どのような場合に、 法的な発想である。 の基準 場当たり的解決になりかねない。 が の曖昧さを厳しく批判したが、 実体法尊重と訴訟法的視点の融合を図ったものと評せざるをえない。そうなると問題は明らかである。 朔 実は曖昧であるということが分かる。 確な基準と考えているのは錯覚であり、 訴訟的視点を導入するのか、その基準が問題になる。 そうであるならば、 自らも決して明確な基準を提示してはいない。 日本の通説は実体法尊重をかような視点で修正していると言わざるをえ 通説は覚知説や牽連説に代表されるいわゆる折衷説に対して、 ドイツの積極説と比較してみると、 諸般の状況を総合的 形成権ごとに取扱 日本の通説が区別を行 に判断するとい その区 いを異 う

4 私見の補強

判決確定後に安易な相殺がなされる可能性が予想される。この点でドイツとは状況が異なり、 なことと把握して、安心して積極説が主張できるのである。ところが日本の場合は、 張されるということが一般的であるということである。 三点ほど指摘しておきたい。第一はドイツの積極説の意味である。 極説は正しい 所 主張されるということが積極説の根拠として述べられるのである(二の3の⑴)。 H 本の 0) 運用に任せるとの見解が主張されるのである (二の3の⑸)。つまりドイツの学説は濫用的 通説 であろうか。 の積極説に問題があるとすると、それではドイツの多数説や日本の通説でない そうではないことは既に述べたことでもあるので、ここでは従来述べていないことを さればこそ濫用的な形成権行使はなく、 判例が消極説であるということは、 あるいは執行を監視する裁 判例は積極説であるから、 (少数説である) ドイツの状況はそ 前訴 な行使を希有 の段階で既 前訴で主

という主張

二七条)を挙げてみようと思う。 るが、 うな区別は実定法の根拠条文があって初めて可能であって、 三の2でも言及した。 は の論理だけでは処理できないことの例証ではないかと思う。 権とは、 力の範囲を考えるべきではないかと思う。 解から考えるべきではなく、 第三の点は突飛な考えである。 考察の方法が反対ではないかと思う。 民事執行法が債務名義のある債権とそうでない債権を区別していること(民執法五一条、民執規則二六条 この問題では区別すべきであるということは従来から主張してきたことであるし、三の1の②に関 判断 は訴訟物の存否であるから、 しかし、 請求異議訴訟 根拠は単なるバランス論であった。そこで実定法上の根拠として、 確かに問題は全く異なるが、 実体法の世界では等しく債権といっても、 既判力の判断対象からあたかも当然の如くに既判力の範囲を考えるの かような主張には説得力がある。 の目的から民事執行法三五条二項の失権の範囲を考え、 あるいは仮にそのような理解が可能としても、 債権をかような点で区別していることは、 既判力を有する債権とそうでない しかし、 既判力の範囲は 間接的ではあ そこから既 かような理 実体法 かよ そ 債

相応するものではないだろうか ような立法の 認知したということは、 かと思う。 それ故に既判力ある債権とそうでない債権とで相殺権行使に関して区別することは、 趣旨は、 法解 他の問題でそのような趣旨を活かすことを全く否定するものではないと思う。 釈 の根底にある正義 ・衡平の感覚を揺り動 かす息吹や原動力として把握すべきでは 実定法秩序に またその

に 確

お

その趣旨を活かすことが認められるのではないかと思う。

実定法上かような立法がなされた以上、それ以前の問題を解決する場合や条文の解釈

そのような区別の必要性と合理性を法

解釈で導くことは無理であるとの

反論が予想され

かにその通りであるが、

- 18 に変化は見られないので、これらの記述はそのまま通用するように思う。 ドイツの状況については拙著・前掲注 (1) 一九頁以下、三八頁以下で述べたことがあるが、 現 在 のところ状
- <u>19</u> 充をしなければならないが、大勢に影響はないので、さしあたり文献の詳細はそれに譲る。 日本の学説の状況については拙著・前掲注(1)一一頁以下、九六頁以下で述べたことがある。 最近の文献 の補
- 20 二頁注2に挙げたが、その後に教授は、『民事執行法・第二版』二六一頁(一九九一年)、「既判力の標準時」『民事訴 [法の論点』二四三頁以下(一九九四年、 積極説の中での少数説は、中野貞一郎名誉教授が説いたものである。教授の論考については拙著・九四 初出は判夕八○九号〔一九九三年〕)等において、さらに詳細に理論を深 買

求権の行使と請求異議の訴えについての最二小判平成七年一二月一五日民集四九巻一○号三○五一頁に対する判例 化させてい 最近では坂田宏助教授も同様な立場を表明している (判例評論四五二号五三頁〔一九九六年〕)。これは建物買取

- 21 究であるが、 これらの論拠については拙著・前掲注(1)二七頁以下、 坂田助教授は本稿二の1で紹介したガウルの一○版を引用している(五五頁注4、五六頁注8)。 八七頁以下で検討したことがあるので、 それに
- は債権消滅の機能を考慮して、結論は通説と同じである。訴訟法理の優先の姿勢に共感を覚える。 使の問題について、 とがある。 ドイツ民訴法五三〇条二項に関する議論は拙著・前掲注(1)三三頁、八〇頁以下、八八頁以下等で言及したこ なお木川統一郎『民事訴訟法重要問題講義上巻』一八六頁以下(一九九二年)は、 時機に遅れた防御方法の却下との均衡等を理由に訴訟法理の優先を説いているが、 基準時後の形成権の行 相殺権 0)
- 23河野正憲 『当事者行為の法的構造』一五二頁注51(一九八八年)、石渡・前掲注(2)一〇一頁。
- 思っている。 所の運用に任せるというのであれば、 は執行停止を認めないことで対処できると説かれているが(二の3の⑸)、運用基準の具体的な設定なしに単に裁判 信義則論一般に対しては拙著・前掲注(1)二三五頁以下で批判的に論じたことがあり、それは今でも正 関係する理論内に取り込み、そこでの解決を考えるべきである。なお積極説において債務者の執行妨害に 信義則の多用は理論の放棄であり、場当たり的解決の奨励である。安易に信義則論に頼って解決するの 場当たり的解決の奨励に繋がるものであり、 信義則論と同様に批判すべきであ
- 25 ۲ イ ツの判例については、 ゲルハルト・リュケ著 (石渡哲訳) 「請求異議訴訟と前訴訟で不奏功に終わった相

力と標準時後の形成権の問題については、日本の通説のように、取消権と相殺権を区別して考える説を主張している 関連する事項や判例理論の内容や学説の状況等も容易に概観できる。なおリュケ名誉教授は、本稿が問題にする既判 付されているので、これらを読むと、この問題について実際に生起した具体的な事例や問題の所在が分ると同時に、 (Jus 1995, 685f.) の翻訳である。 るが、ドイツの連邦通常裁判所の一九九四年三月三○日の判決(BGHZ 125, 351ff.. NJW 1994, 2769f.)の判例評釈 法学研究七○巻六号一七三頁以下(一九九七年)に詳しい。この翻訳書はこの問題に関する最近の日本の文献でもあ 分かりやすい翻訳の上に、石渡教授の簡単で適確な解説と懇切・丁寧な訳者注

26 いわゆる折衷説とその問題点については拙著・前掲注 (1) 一六頁以下で論じたことがある。

日本の判例については拙著・前掲注(1)四四頁以下に詳しい。

(前掲書一八二頁の訳者注の六)。

27

四 おわりに

ない被告 思う。またこのような作業を通して、現時点で私見を直ちに修正する必要はないとの結論にも達した。このこと その結果、多少とも従来と異なる視点で、我が国の通説の問題点を浮き彫りにすることができたのではないかと らない場合があり、そのような場合まで相殺権の行使は可能と考えたり、事前に十分準備している原告とそうで は相殺権者に配慮を欠くものではないかとの疑念を提示された。 のことを考えてみたい。教授は問題について実質的に精密に利益状況を考察し、バランス論から私見(消極説) は冒頭に紹介した内池教授の見解と立場を異にすることを意味するが、その原因はどこにあるのであろうか。こ ドイツの積極説の論拠を整理しその意味と当否を検証しながら、 (相殺権者)とを同じように扱う消極説はバランスを欠くというものである。 すなわち内池教授は権利が存在してもそれを知 近時の我が国の議論について考察してきた。 (J

を感じる。

教授の問

い掛けに対して、本稿での私の解答は、そのようなものではないかと、

その点に問題があることは認めざるをえない。

行使を促すことになるから、 での相殺までも考慮しているとは思えないのである。その存在が既判力で確定している債務 二同種 バランスではなくて、 視点と現実的な視点からの考察が必要ではないかと思う。考えるべきことは、そのような確定前 とを強調していることを考えると、 ものとを同一に扱ってよいのかということである。 要するにバランスを測る物差しと測る場面が異なることが、 確かに私見の場合、 ノ目的ヲ有スル債務ヲ負担スル場合」とその要件を規定しているが、確定判決後 訴訟法において積極説が展開されるのであると思う。 判決確定後の相殺の当否ではないかと思う。確かに相殺について民法五〇五条は 想定している場面が限られているし、 その場面での当事者間 実体法的な観察方法に起因するように思う。 のバランス測定が必要になることは否定できないように思う。 実体法はあらゆる場面を想定し、規定しているとは思えな しかし既に述べたように、 教授と私とで立場を異にする原因ではないかと 私見の立場からは結果的に前訴で被告の相殺権 つまり、 この問題には訴訟法的 (既判力発生後) 教授のように考えるか (債権) とそうでな の静態的状況 二人互 の場面

この感覚は日

本の通説やドイツの多数説である積極説に通じるものがあるが、

それぞれが実体法に依拠するこ

できない事実である。 合のよい る自己満足的な答案である。(28) 学生の試験答案を採点する場合に困ることがある。 せるような優秀な答案に見える。 問題を素直に解さないで、 条件を設定し、 かといってこの点を重視して白紙の答案や全く見当違いの答案と同等に扱うことには躊躇 その上で出題者の出題の意図を全く無視して一方的に自分勝手な議論を詳細に展開して 問題文に明定されている、 議論を詳細に複雑に展開させているから、 しか į よくよく考えてみると、 問題を自分勝手に解釈して直接の問 あるいは隠されている条件を全く無視して、 問題に答えてい 見、 真面目に勉強していることを窺 ない答案であることは否定 į, に答えない答案であ 自分に都

反省している。

Œ

に採点者を悩ませる答案であろう。

とが分かる。

きないが、教授の記述から、 られないし、 た上で、積極説の立場を主張されている(三二三頁以下)。それによれば、 が執筆された(二九三頁以下)。そこで高橋教授はこの問題を取り上げ、今日の日本の状況を詳細に正確に報告し 『注釈民事訴訟法4 最後にこの九月に日本で刊行された注釈書について言及しておかねばならない。それは鈴木正裕=青山善充編 高橋教授も問題に対する解答には従前の自らの立場を維持している。積極説を説く高橋説に賛成で 裁判(一八二条~二二二条)』(一九九七年、有斐閣)である。 拙著刊行後にいわば事情の変更と評価されるような判例・学説はなかったというこ 拙著刊行後の日本の状況には変化は見 民訴法一九九条は高橋宏志教授

お加藤一郎「試験の答案と採点」法学教室一八号六二頁以下(一九八二年)参照 要するに、河上和雄「試験採点雑感」判夕四四六号三一頁(一九八一年)で言う「知識過剰型答案」である。

以下では法学教室の論考の文章を挙げることにする。高橋教授は次のように積極説を説く。 「既判力について(二)」法学教室一四二号一三三頁以下(一九九二年)に基づき、それの要約のように思えるので、 べておきたい。ただし鈴木正裕=青山善充編『注釈民事訴訟法⑷』三二二頁での高橋教授の見解は、 注釈書での高橋教授の論考が目下日本においてはもっとも新しい論考なので、高橋教授の見解についてここで一言述 高橋教授の見解については拙著で触れただけで(拙著・前掲注(1)三七頁)、特に反論はしなかった。 以前発表された

取消権・解除権と異なるということもできる。逆に反対説に従うならば、 か否かを含めて)行使するかについては権利者の自由を尊重すべきであり、この点で自分の方からの出捐を件わない しえたはずの弁済を標準時後にするのと同様である)。あるいは、自己の債権をいつどのような形で 方法でもある。とすれば、敗訴の確定後に行使するのは必ずしも不当ではないと考えることもできる 「相殺は、確かに抗弁であり防御方法であるけれども、自己の債権を犠牲に供する相打ちであり、つまりは 原告は被告に強制執行をし、被告も原告から取り立てる(場合によつては強制執行する)ということになるが、 被告たる権利者のこの自由が否定されるう (相殺に供する

意味を持ち得る。 な 訴判決確定後に顕在化したこの担保的機能を奪うのは被告に酷というべきであろう。 そのような強制執行の掛け合いは迂遠であり手続経済に反する。 とみてよいのではなかろうか。」 告の反対債権 しかし、 Ö 経済的実価 相殺の担保的機能というものは正にこのように実価が下がる場合への備えであり、 が下がっている場合には、 双方から強制執行を掛け合うというのも原告に有利 なるほど、原告の財産状況が前訴判決確定後に 結論として、 相殺権は遮 前 断 となり され 悪

うか。 す が で決めるべきである るものであるとの認識が必要のように思う。 在していることを前提にした議論である。 存在しているという保障はどこにもない。 問 が破綻したと見るべきではなかろうか。 題 ば済むことであるから、 |題になることである かにそれぞれもっともな理由である。 ではないだろうか つまり権利実現に努力した原告と、 (拙著 (拙著・前掲注 (拙著・ 前掲注 常にそのような事態が生じる訳ではない。 前掲注 (1) 二八頁以下)。 (1) 三一頁、 (1) 三○頁以下)。被告が相殺を主張したからと言って、 その時に一緒にそれを行わず権利実現を怠った被告とを、 実体法の世界では相殺がなされているように見えても、 しか 判決確定後まで自己の債権の回収を放置した点を問題にすべきではな 既判力標準時後の相殺権行使の場合、既判力で確定した債権の執行を妨 執行の掛け合いも、 Ĺ 相殺が弁済と異なるのは、 八七頁以下)。 担保の問題も重要であるが、 原告の側でそのような事態を望まなければ、 執行を掛け合うか否かは原告のイニシアチブ 相殺の場合は、 前訴の提起によって担 被告の反対債権 それは両債権 その反対 同等に扱うこと 保的 債権 相 O) が存