

Title	既判力基準時後の相殺権の行使
Sub Title	Die materielle Rechtskraft und die Aufrechnung
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2014
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.87, No.12 (2014. 12) ,p.111- 124
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=AN00224504-20141228-0111

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.

既判力基準時後の相殺権の行使

石川 明

- 一 序説——積極説と消極説の対立
- 二 積極説と消極説の検討
- 三 訴訟法と実体法
- 四 結語

一 序説——積極説と消極説の対立

(一) 本稿執筆について

坂原正夫教授はかつて、「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、法学部法律学科関係二四一頁以下、昭和五八年〓一九八三年刊)を発

表され、同論文は同教授著『民事訴訟法における既判力の研究』(慶應義塾大学法学研究会叢書、平成五年〓一九九三年一〇月刊)第一章として一一頁以下に収録されている。そしてその後同じ問題について、「既判力標準時後の相殺権行使について再論」(以下「再論」という)(法学研究第七〇巻第一二号五九頁以下、平成九年〓一九九七年一二月刊)を發表されている。さらに加えて、梅善夫先生・遠藤賢治先生古稀祝賀『民事手続における法と実践』(成文堂、平成二六年〓二〇一四年三月刊、五八六頁以下)に「既判力標準時後の相殺権の行使に関する最近のドイツの判例について」と題する論文を發表され、ドイツのBGH(連邦

通常裁判所)は消極説を採用する旨発表され、坂原教授自身日独の通説である積極説ではなく少数説である消極説を採用されている。いずれも統一テーマに関するものであるが、これらの論稿のいずれも日独の学説判例の紹介や自説が実に詳細を極めて論じられており評価すべき丹念な論文であると考える。

前掲三論文ともに「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時後に主張して、請求異議の訴えを提起することができるか」という問題を取上げ、それを可とする積極説を退けてそれを否とする消極説を採用されているのである。

前掲「再論」執筆の動機について、坂原教授は、同教授の博士論文審査委員会の一員であって今は故人となられた内池慶四郎慶大名誉教授が私信として坂原教授に送った「坂原正夫教授『既判力の研究』についての若干の質疑と感想」(平成六年二月一六日と題する文書、以下「内池文書」という)に対する坂原教授からの返書としての意味をもつものである。

私は右の内池文書が私信であるためにここに掲載することについて若干の躊躇を感じないわけではなかったが、既に坂原教授自身前掲「再論」のなかで内池文書を公表され

ているので、内池文書として本稿の公表にあたり読者の参考のためにそれを収録することにした。その理由は、内池文書が坂原教授の右「再論」を書く動機となったといわれるからである。因みに内池教授は民法の専攻者である。内池文書は以下のとおりである。なお内池文書として紹介されているものをみると「一」はあるが「二」以下はないようである。左に引用する。

感想

坂原正夫教授「既判力の研究」について若干の質疑と
平成六年二月十六日 内池 慶四郎

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れる。

1 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、相殺の意思表示をまつて発生するという形式論では、積極説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、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、時として偶然的事情から

相殺する権利者の不知の間に成立することもある故に（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。

2 取消権については、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（例えば無能力・詐欺・錯誤・強迫等）、取消原因は当該の訴訟上判明することが多く、その即時の権利行使が一般に期待できるから、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・便利は同一に扱えるか。充分に準備して提訴する原告に対して、応訴する被告の側に自動債権の行使可能性を予定できるか。

この他、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、この担保的機能は近時の金融機関により、相殺制度がいささか拡大用用されている面があるので、相殺の本来の制度的限界を顧慮する必要あり、態度を保留する。

これに対して、坂原説は、前記「再論」中で同「再論発表」の目的を以下のように述べている（「再論」六一頁「本稿の目的」以下）。左に引用する（なお引用文中タイ

ルに本稿とは、坂原「再論」を指す）。

本稿の目的

教授が、積極説を全面的に支持するのではなく、積極説に對して、担保的機能を重視する点と、意思表示を待つ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、私見に對しての強力な援護と見ることが出来る。これに對して私見に對する批判は、次の二点に集約することができる。第一は、相殺権と取消権を一律に扱うこと、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に相殺権行使の義務を負わずことは疑問である。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使の準備は十分でないから、権利行使に關して單純に債権者と同一に論じられない。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、冒頭の問題について、最近のドイツと日本の学説を参照しながら、解答を考えてみようと思う。最近の学説を参照するのは、前の論考で引用したり紹介したりでき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つたからである。すなわち、本稿は積極説に立つとはいえその支持する立場に關係なく、問題についての現在の学界の状況を客観的に識るために役に立つのではないかと思う。具体的に言うならば、旧稿は一

九九二年までに刊行された文献を網羅的に取り上げたので、本稿の文献は一九九三年以降の文献である。また本稿は再論であるから、本問に関する基本的な文献や議論は旧稿に譲り、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けるため以外には、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。したがって本稿は旧稿の続編であり、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。本稿の構成(目次)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る。

このようなことから、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べたが、結論的に言うならば、状況に大きな変化は見られなかった。したがってここ数年の判例・学説を単に紹介する意味はないように思うが、旧稿ではエルンストの消極説を詳しく紹介し、積極説については簡単にしか紹介しなかったので、本稿では最近のドイツの積極説を見ようと思う。幸いなことに最近刊行されたドイツの大部な強制執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イ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)。本稿の二の表題が積極説に限定して、消極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)、内池教授の指摘に対して答えてみようと思う(四)。

右に引用したところが坂原「再論」の内容である。なお引用文中(一)内の数字は坂原「再論」論文の章を指している。因みに坂原意見は「再論」において、内池文書の内容を二点に要約している。第一は取消権については行使義務を認めるが、相殺権については権利行使について取消権と同一には論じられないとされている点である。これを換言すれば、内池文書は取消権については既判力によって失権するが、相殺権については失権しないのではないかとみているように読めるとし、そしてそう解したうえで坂原「再論」は内池文書に反対論を展開しているように思われるのである。取消権について坂原説である消極説に対して私見が反対である積極説を採用している点は拙著「既判力と取消権の失権」判夕一二七二号三七頁以下、平成二〇年(二〇〇八年)において述べたとおりである。本拙稿は相殺権をめぐる坂原説のとする消極説の当否を日独の通説である積極説の立場から検討しようとするものである。

(二) 本稿の内容

坂原教授は本稿が批判の対象とした「再論」以前に消極説の立場から、「既判力基準時後の相殺権行使について」と題する前掲論文（坂原正夫『民事訴訟法における既判力の研究』所収）を一頁以下に発表されている。同書は目次をみればわかるように一種の立派なモノグラフィであり、同書において日独の少数説である消極説を採用され相殺権は既判力により遮断される旨の見解を展開されていることは、本稿「序説」の一において述べたとおりである。右論文発表以前の文献は同論文に詳細に引用してあるので、私は本稿において言及していない。私が本稿において主として論評の対象としたのは、本稿「序説」に挙げた論文「再論」の内容である。現に今日坂原説である消極説は少数説であり、改めて多数説である積極説の立場から消極説に対する批判をすることに意味があるか否かを考えてみたが、「再論」は前記モノグラフィ以降に書かれたものであること、この問題は民法と民事訴訟法との接点の問題であること、憲法二九条との接点もあること等から私見を積極説の立場から展開しておくことも意味がないわけではないと考えたために、前記坂原論文「再論」を中心に執筆したものである。研究ノートとして執筆しているので、坂原

前記三論文のように詳細な引用が重複することはしていない。詳細な文献の引用は坂原前記三論文にあるので、それらを参照されたい。さらにジュリスト増刊『民事訴訟法の争点』（平成二十二年＝二〇〇九年三月刊）二二四頁以下に三上威彦「既判力の時的限界」があり、形成権一般について論じているので、その一部で相殺権が取扱われ詳細に文献が列挙されているので大変参考になる。

二 積極説と消極説の検討

(1) 坂原論文「再論」は内池文書の「相殺の効果が単に両債権が相殺適状にあるだけでなく、相殺の意思表示をまつて発生するという形式論では、積極説の論拠として不足という論者の主張は同意する」という文章に対して、「積極説を全面的に支持するのではなく、積極説に対して、担保的機能を重視する点と、意思表示を待つて相殺の効果が発生する点を疑問とされる点は貴重な指摘であり、私見（坂原説―石川注―）に対しての強力な援護と見ることが出来る」とされている（六一頁）。すなわち内池文書が坂原教授自身が採用されている消極説を支援する結果になると解されているようである。坂原「再論」の結論は相殺権

に関する他の二論稿（前掲）と同様消極説を採用している。しかし坂原説によると内池文書が消極説支持を意味すると解するのがこのことは正しいのであろうか。

内池文書は、相殺適状が成立した時から相殺につき生じる担保的機能についてそれが積極説の根拠となるかという疑問を呈しているにとどまりこの点からの消極説支持まではしていない。しかも「相殺の自働債権は、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、時として偶然的事情から相殺する権利者の不知の間に成立することもある故に（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」とされているのである。この内池教授の坂原説批判はむしろ坂原説に対する支援ではなく積極説の支援になるのではないかとみられるのである。そうなることと訴求債権の債務者すなわち相殺権者が自働債権（反対債権）の存在を知っており、相殺の意思があれば相殺可能であるのが通常で基準時迄に相殺しない場合でも諸般の事情からみて基準時迄に相殺権を行使しないことが相殺権者にとり有利で、あえて後刻相殺権を行使する余地を残す必要がある場合もありうるのではないかと思われるのである。この考え方は積極説を示すもので

ある。相殺適状にあることを知らずに相殺権の行使を既判力をもって遮断されてしまうことは相殺権者に著しく不利であり、内池文書による批判はむしろ積極説を理由づける根拠になり、坂原説である消極説を理由づける根拠にはならないのではないかと私は考える。坂原説はむしろ積極説を支援する内池教授をもって何故消極説支援の論理といたのであろうか。右の内池文書は続けて坂原説批判を坂原説のとる次の二点に求めている（前掲「再論」六一頁以下）。すなわち、「第一は、相殺権と取消権を一律に扱うこと、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に相殺権行使の義務を負わすことは疑問である。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使の準備は十分でないから、権利行使に関して単純に債権者と同じに論じられない」（六一～六二頁）とされている。これら二点はいずれも積極説の論拠にはなっても消極説の論拠にはなりえない。私見は取消権は既判力により遮断されないと積極説をとる旨を既に明確にしている（拙著・前掲論文）。右の内池文書による坂原説批判は確かに坂原説の問題として残るであらう。

(2) 取消権同様に、私見は相殺権についても積極説を採

用すべきであると考えている（拙著・前掲論文参照）。

取消権に関して消極説は民法一二六条後段でその消滅時効期間が定められ、それを短縮することは実体権の実現を目的とする基本姿勢を考えれば消極説は誤りであり訴訟法上民法一二六条は遵守されて然るべきものであるがゆえに訴訟法が取消権の主張なきをもって既判力により取消権を消滅せしめることはできない。同条との関係で取消権について消極説をとることは、訴訟法の本来的機能を越えるものであつて、積極説が正当である旨を私は前掲論文において説いたのである。すなわち消極説は訴訟法（学）の実体法（学）に対する許されざる領域侵犯であると考える旨説いたのである。坂原説は、内池説を批判して、内池説は「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。すなわち内池教授は権利が存在してもそれを知らない場合があり、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ない被告（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」のであるとされる。このような立場をとる内池説はこの点では積極説なのであつて、坂原説である消極説を否定しているのであるから、決して

消極説を援護する内容のものではないと解すべきであろう。

(3) たしかに内池文書は相殺の効果は「相殺の意思表示をまつて発生するという形式論」のみでは積極説の根拠にならないとしている。しかしながらそうであるからといって消極説をとつてよいとは言いがたい。相殺の効果は相殺権という形成権の適切な行使の効果であり、相殺適状だけでは相殺の効果は生じないこと自明の理であることからみて、内池文書の文言は行使以外にいかなる要件があれば相殺の効果は発生するというのであろうか。

(a) 仮に相殺の濫用的行使、拡大流用の場合には相殺権を行使しても無効であるといふのであれば、一方で行使を効果発生要件としながら濫用的行使は無効とするだけで無効な濫用的行使があつてもそれはもともと相殺の効力を生じないという主張にとどまり、濫用的行使でなければそれ以上に積極説か消極説かの判断基準を提供してはいないとみるべきであろう。もっとも内池文書は必ずしもこの点を明確に論じているわけではない。

(b) あるいは内池文書がいたかつたのは、消極説的観点から、相殺権の基準時以降の行使は相殺の意思表示が不可であるという点であつたのであろうか。このことについて内池文書は積極説と思われる立場から一部言及している

のであるから、内池文書をもってこの点で消極説を積極的
に支援していると考ええることは困難である。

坂原説によると、内池文書はさらに消極説を支援する面
をもつとしている。すなわち、内池文書中に指摘されてい
る点として以下の記述があることに注目しなければならな
い。①積極説は担保機能に重点を置くが、その担保性が濫
用されるので、担保性に重点を置くことについて内池文書
が疑問視している点から、相殺の担保性を重視すべきでは
ないとして相殺の担保性は基準時以前の行使に限る、その
後の行使は既判力により遮断されてしかるべきであり、そ
う解したほうが両当事者の衡平に合致するというであろう
か。次に②坂原説は積極説が相殺の効果の発生を意思表示
の時にのみ求めることを疑問視される点である。この点を
強調しているようにみえるがそのこと自体は消極説の根拠
になると考える余地も若干ありうるかもしれない。しかし
正当な担保性を基準時をもって切ることは正当な実体的利
益を否定することになるのではないかと疑問を排除でき
ない。

相殺権を既判力をもって遮断してしまえば、担保的機能
を重視する積極説の否定すなわち消極説の肯定につながる
ことになる。消極説は基準時以降の相殺の意思表示を禁止

るのであるから基準時後の相殺の効果は出てこないこと
になるので結果的に意思表示をいつ行うのが相殺権者に有利
かの判断を禁ずることになるのである。問題は基準時以降
の相殺の効果を生じせしめないためには基準時後の相殺権
行使を禁ずることが前提になるが、その前提が正しいか否
かという点が問題になっているのである。

右①についていえば、相殺の担保性の濫用を避ける手段
を構すべきであつて、そのような異常な状態を解消するこ
とこそ重要である。濫用されるから既判力基準時以降の担
保性を否定し消極説を採用してよいということにはならな
い。濫用はこれを排除する方法を考えればよいのである。
加えて②についていえば、相殺権が実体的に存在する限り
相殺権を既判力をもって遮断することは、訴訟法学の民法
上の相殺権の機能である担保的効力を侵害するものであつ
て、そこに訴訟法の実体法への不当な介入が認められる。
かように考えてみると、内池文書は消極説を支援する根拠
にはなりえないことがわかる。

(4) 坂原「再論」はドイツ法に関してその現在の通説で
ある積極説についてガウル教授の見解とプロックス・ヴァ
ルカーの見解をまとめて紹介している。大変要領のよい的
確な紹介なのでここに坂原「再論」七一頁以下から引用し

ておきたい（同論文七一―七二頁）。

ガウルの見解は次の通りである。(a)実体法に依拠して考
えるべきである。実体法は単なる権利行使の可能性に対し
て何らの効果も付与していない。(b)消極説である判例理論
は統一性がない。(c)失権しないのが一般的な既判力の原則
である。(d)既判力は将来の形成権行使について及ばない。
(e)立法者が消極説に立脚していたとしても、当時の相殺と
今日の相殺の制度が異なるから、今日では立法者が消極説
であったことは決定的な理由にならない。(f)相殺の担保的
機能は軽視してはならない。(g)消極説であると、利息請求
が強要され不利である。(h)消極説によれば、債務者は十分
な訴訟の準備なしに相殺権行使を求められることになるが、
証明に失敗すれば、権利を永久に失うことになりかねず、
公平を欠く。(i)弁済と相殺は似ている面もあるが、似てい
ない側面に注目すべきである。(j)五三〇条二項の類推が考
慮されるべきである。(k)既判力の一般理論からすれば、相
殺権と取消権とを区別する必要はない。(l)取消権に関して、
実体法が瑕疵の修復を権利者の意思に委ねた点が重要であ
る。(m)勝手に訴訟法の解釈によって形成権行使のための権
利者の熟慮期間を短縮するような干渉はしてはならない。
(n)既判力発生後に取消原因が判明したり、強迫状態が終
わった場合、消極説による失権は堪え難いものである。(o)

主観的基準でなく客観的基準に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れば、積極説か消
極説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。

これに対してブロックス＝ヴァルカーは、先ず(q)ガウル
が述べた理由と同趣旨を説いている。すなわち、(a)(m)(e)(n)
(p)という主張である。これから明らかなように、両者の根
拠は多少異なるし、同じ根拠にしても順序の違いから、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、
ガウルにはない、ブロックス＝ヴァルカーの次のような指
摘である。(r)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、一般に債務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。(s)執行
の一時停止を認めなければ、請求異議訴訟は減少するから
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。

右のガウル説の坂原「再論」による要約をみると積極説
の根拠が実面的確かつ要領よくまとめられているように思
う。私はかつて取消権の既判力による遮断・失権を肯定す
る坂原説を否定する見解を発表し、取消権は既判力基準時
以前に行使することがなくとも請求異議の事由となりうる

とする積極説に立つ論文を発表したことがある(石川・前掲論文参照)。私見は前掲坂原「再論」七一〜七二頁において坂原教授が紹介された理由づけによる積極説に立つガウル説を正当なものと評価するので、取消権についても相殺権についても既判力によりその主張を遮断されないと解する積極説を採用するものである。

(5) 実体法上保障されている相殺権の保障を軽視して既判力による遮断の必要性のみを大義名分としてその遮断を認めてしまう消極説は相殺のもつ財産的価値を否定することになり憲法二九条一項の財産権の保障を犯す見解ではないかと考えている。特にガウル説の指摘する積極説の根拠を(a)実体法に依拠して考えるべしとしている点からみると(d)の訴訟促進義務を理由に取消権、相殺権の失権を認めってしまう消極説に対する批判として看過しえないものである。訴訟法上の要請が実体法の規制に不当に介入している点で、消極説はより慎重な考慮を促される学説であるし、訴訟理論の実体法秩序への不当な介入ということになるといふべきであろう。既判力によって確立されるのは取消権や相殺権のついた実体権であってそれらの付着していない権利を確定するわけではない。取消権についていえば民法一二六条により取消権者には取消権の行使について熟慮期間が与

えられているのに消極説の取扱によってこの実体的利益を取消権者から不当に奪うことは許されない。相殺権者は、実体法上の利害関係を考慮しつつ相殺権を行使するか否かの判断をする機会を基準時以後も既判力によって奪われてはならない。その判断の可能性を基準時以後も残すことは財産上の利益である。消極説はもっぱら既判力の遮断効を強調してその利益を相殺権者から奪うことになる。それは財産権の侵害になるといえよう。

積極説は、訴訟の引延しになる可能性があるというが、不当な引延しは許されないためにこれに対抗するしかるべき方策を解釈上・実務上・立法上講じてしかるべきであるが、不当な引延しに該当しない場合にまで失権を認めることが正当であると考えることは到底できない。相殺権は引延しの可能性のために濫用される危険ありということからは一律に既判力による遮断効を認め、相殺権を軽視することは到底認められるものではない。

特に相殺権を行使しないうちは相殺の効果は生じないのであるから実体法からみると相殺権が行使されない状態で判決が確定すると相殺権が失われることになる(a)、(c)。相殺の担保的機能は実体法上認められた機能なのでこれが軽視されてはならない(f)。相殺権行使は相殺権者の利

益であるがゆえに相殺権をいつ行使するのか相殺権者が決める利益をもつ。消極説では相殺権の基準時前の行使を相殺権者に強要するために相殺権者に生じる不利益を認めないことになり相殺権者の利益を著しく害する (g)、(h)、(i)、(m)、(p)。以上の諸点からみると訴訟法が既判力の基準時前に相殺適状にある場合それ以降相殺権の行使と既判力により遮断することは実体権が訴訟上の既判力効果により不当に遮断されることになり、訴訟ないし訴訟法の実体権に対する不当な侵害を正当化するものである。訴訟法のかような実体関係への侵害を許すべきではないと私は考えている。既判力による相殺権の遮断効は実質的にみると相殺権の行使に伴う相殺権者の財産的利益を不当に且つそれは十分な合理性のない理由から侵害することになり、さらにいえば憲法二九条の相殺権者の財産権の侵害につながるようになるのではないかと考えられることは既述のとおりである。

しかもBGHの判例が今日なお消極説に組しているといわれているが、立法者が消極説に組していたことから消極説の立法者意思的考慮を相殺制度のもつ意味が変わってきた今日なお尊重する意味がないこと等も考慮する必要がある。この点についていうと、坂原説は今日なお消極説の

立場から最近のBGHの判例が依然として消極説にこだわっていることを指して、前掲梅・遠藤古稀記念論文集申六二一頁において、ドイツの判例において、本件判例——消極説を支持するBGH (NJW二〇〇九年一六七頁) の消極説をとる判例——をめぐる論文のなかで消極説を採用され、「ドイツの判例において、本件判例によって失権説がより強固な地位を獲得した」と書かれているのはドイツの学会の通説が積極説であることからみてあたかもドイツの通説が消極説であるかのごとき印象を与えるのでいささか首肯しかねる面があることを明らかにしておくかなければならないと思う。既述のように坂原教授自身によるガウル教授の積極説の紹介においても、当時の相殺と今日の相殺の制度は異なるのであるから、今日では立法者が消極説であったことは決定的な理由にならない」と書かれているのである。ガウル教授の見解からすれば、消極説を変えるべきは、BGHの判例であって、それにも拘らずBGHが消極説にこだわる態度をとっていることに問題がないのかという疑問をもたざるをえない。

三 訴訟法と実体法

坂原「再論」は八六〇八七頁において、以下のように説いて消極説の立場を主張している。

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、近時の我が国の議論について考察してきた。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。すなわち内池教授は権利が存在してもそれを知らない場合があり、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ない被告（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。

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とを

強調していることを考えると、実体的な観察方法に起因するように思う。つまり、教授のように考えるからこそ、訴訟法において積極説が展開されるのであると思う。しかし既に述べたように、この問題には訴訟法的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、そのような確定前の静態的状況のバランスではなくて、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「二人互二同種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（既判力発生後）の場面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（債権）とそうでないものを同一に扱ってよいのかということである。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い。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、教授と私とで立場を異にする原因ではないかと思う。確かに私見の場合、想定している場面が限られているし、私見の立場からは結果的に前訴で被告の相殺権行使を促すことになるから、その場面での当事者間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。その点に問題があることは認めざるをえない。

私は坂原説（消極説）には以下の視点が欠けているのではないかと考えている。坂原説と訴訟法ないし訴訟手続が

実体法の実現を理念とするものであって、その実現過程において実体法への介入は訴訟上の必要最小限度にとどめるのが訴訟法の理念であり、訴訟法がその限度を超えて実体権に干渉し、実体的利益を失わせることがあってはならない点を軽視しているのではないかとという疑問である。殊に相殺権は担保的機能をもち加えてそれをいつ行使するかによって相殺権者の実体的利益は変わってくる。そう考えるとこの実体的利益は訴訟法といえども無視するわけにはいかないと考えて、積極説を採用するのが妥当なのではないかと私は考えている。ガウル教授が示された積極説の論拠は積極説の論拠としては十分に納得のできるものである。民法五〇五条の規定する相殺制度は単に実体的要件を規定したものに過ぎず、この規定から積極説又は消極説を直接引用することは難しい。実体法はあらゆる場合を想定した規定とはいえないかもしれない。しかし、五〇五条は逆に基準時迄に相殺権を行使しないと失権とするか、基準時迄に相殺権を行使しなくても相殺権は残るとも規定しない。つまり五〇五条は相殺の基準的要件は規定してはいるものの、基準時以降の行使の可否について、積極説・消極説のいずれが正しいとは規定していないのである。後者の問題で相殺権者を保護するか否かは五〇五条の規定外の問題な

のである。両説のいずれが正しいかは、五〇五条とは直接関係なく解決すべき問題である。この点は坂原説の主張されるとおりである。そこで積極説は相殺の担保的機能等は尊重されなければならないと主張しているのである。坂原説も「私見の立場からは結果的に前訴で原告の相殺権行使を促すことになるから、その場面での当事者間のバランス測定が必要になることは否定できないと思う。その点に問題があることは認めざるをえない」として消極説に問題があればガウル説の説く積極説の論拠の各々の詳細な検討が必要となるであろう。私見はガウル積極説の列挙した論拠に納得しているので、積極説を採用すべきではないかと考えている。

なお冒頭に挙げた坂原教授の一連の労作に先立って「形成権」については、松本博之教授の労作「既判力の標準時後の形成権行使について」（民事手続法研究創刊号、平成一七年〳二〇〇五年）があるが、松本説については改めて取上げてみたいと考えている。

四 結語

(一) 本稿は序説でも述べたごとく坂原教授の「再論」が相殺権について消極説を採用されている点について反論した論稿であるにとどまる、既判力の遮断効については相殺権はそのケースに過ぎない。既判力の遮断効については一般的な基準を設置せず、個別の形成権ごとに、その趣旨を考慮して判断するのが通説である。本稿では相殺権を取扱い、相殺権については積極説が通説であつて、少数説である坂原説のとり消極説を批判したにとどまる。

形成権一般について最近の全体像を示した文献としてはジュリスト増刊、新・法律学の争点シリーズ 4 『民事訴訟法の争点』(平成二十二年「二〇〇九年三月、三上威彦教授執筆)がある。

(二) ニーチェは次のように述べている(『超訳ニーチェの言葉』(白取春彦編訳)七九頁)。「すでに信頼し合っているのならば、親密な感じに頼らないものだ。他人からすれば、むしろそっけないつきあいのように見える場合が多い」と。読者は私の前掲論文「既判力と取消権の失権」や本稿を読んで理解いただけるようにいづれも坂原教授の消

極説批判である。ニーチェの言葉を借りればいづれも外觀上はそっけないつきあいのようにみえるであろう。しかし私は坂原教授を人格的且つ学問的にも評価しているからこそ親密な感じに頼らないものである。我々両名とも慶應義塾を定年退職して相互に面談する機会は少なくなつても、私は同教授の学問的真摯さには深い敬意を払っている。外觀上はニーチェのいう学説上異なつた考え方をしており「そっけないつきあい」のようにみえるが、お互いに真摯な人間的・学問的關係にあることを明らかにしておきたい。本稿の執筆にあたり坂原説の理解のために同教授との間に交わされた多数の文通を通して相互の議論を交わしたことが、大いに役立ったことを記して坂原教授に深い感謝の意を表したい。