

Title	既判力標準時後の相殺権行使について
Sub Title	
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	1983
Jtitle	慶應義塾創立一二五周年記念論文集：法学部法律学関係 (1983. 10) ,p.241- 264
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BN01735019-00000001-0241">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BN01735019-00000001-0241</a>

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

坂原正夫

- 一 はじめに
- 二 従来の少数説の検討
- 三 通説の検討
- 四 おわりに

### 一 はじめに

前訴の口頭弁論終結時（以下では「標準時」と表示する）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することによって、敗訴した被告は請求異議の訴え（民執法三五条）の異議事由にすることができるとかという問題がある。換言するとかかる主張は既判力（失権効）で遮断されないかという問題である。標準時後に相殺適状にあった場合については積極的に解する（既判力によってその行使が妨げられない）ことと同様に、この問題に関して積極的に解するのがわが国の判例・通説の立場である。<sup>(1)</sup>しかし、前訴で主張しえたものは既判力で遮断されるといのが訴訟法上の原則であることからすると、この帰結は奇妙なことと言わなければならない。まして同じ形成権である取消権についてはこの場合は消極的に解するのが判例・通説の立場であるから、相殺に関して判例・通説が積極説

であることは理論的整合性の点で問題があるといえよう。ところで後の二の四で述べるように西ドイツではこの両者を区別する学説は少なく、取消権と相殺権とを等しく積極的に解する学説が多数説であり、反対に消極的に解するのが判例である。しかも両者を区別する学説にあっては相殺権についてはわが国とは反対に消極的、取消権については積極的に解しているのである。西ドイツの状況と比べてみた場合、確かに両国のその実体法や社会的状況や国民性等との相違ということはあるにしても、わが国の判例・学説がこぞって相殺につき積極説であることは果して慶賀すべきことであり誇るべきことなのだろうか。冒頭の問題について判例・通説が確立したとは言え、従前の論争をふり返り、ドイツでの議論を参考にしてもう一度検討してみる必要があるのではないかと思う。

勿論、三で述べるように近藤完爾氏をはじめこの問題について積極説の正当性を論証した論稿は少なくなく、そのことがわが国の判例・通説の形成に大きな影響を与えたことは疑いのない事実である。そしてそのことはもはやこの問題について議論する必要性を感じさせないことは確かである。しかし、西ドイツでの議論はともかくとしてもかつてはわが国において有力に消極説・折衷説が主張されていたことを考えると、果して積極説は完全なまでにそれら反対説を克服してしまったといえるのかという<sup>(3)</sup>と、はなはだ疑問である。最近井上教授は積極説に対してその妥当性について疑問を述べられているが、完全な克服がなされていないことを物語るものであろう。あるいは折衷説に対する再評価も近時高まっているのも、やはり積極説に問題があることを物語るものであろう。<sup>(4)</sup>積極説は自分の都合のよいように他説を構成し、それを批判することによって自然と通説の座を獲得していったということはなかったであらうか。いずれにせよ、ここにおいて消極説、折衷説の主張を改めて正確に理解すると共に、積極説の論拠を検討する必要があると思う。

本稿はそこで二において従前の消極説、折衷説、ドイツの状況を概観し、それぞれ評価すべきことは何かを明ら

かにした上で、三において積極説の当否を考えてみようと思う。なお判例については積極説が確定判例といわれているが、しかし果してかかる評価は正しく判例を不動なものと考えてよいのか否かについては検討すべきことである。これについては、別稿「既判力標準時後の相殺権行使に関する判例について」を参照して頂きたい。<sup>(5)</sup> また民事執行法成立によって関係する条文は変更したが、この問題自体は新法成立によって切斷されることなく、そのまま従前の議論が利用できることについては異論のないことである。<sup>(6)</sup>

(1) 最一小判昭和四〇年四月二日民集一九卷三三五九頁。なお同判決は、積極説を決定づけた大審院民事連合部判決明治四三年一月二六日民録一六輯七六四頁を引用し、これを改める必要はないと述べている。そのことよると思われるが、法律実務講座民訴編六卷一七頁はこの最高裁判例について「現在の確定した判例といえよう」と述べている。

なお取消権については最一小判昭和五五年一〇月三日民集三四卷五号七四七頁、手形の白地補充権については最三小判昭和五七年三月三〇日民集三六卷三三五〇一頁がそれぞれ消極説を明らかにしている。

(2) 例えば今日の代表的な教科書・体系書・注釈書類は前記判例を肯定的な意味で引用しつつ積極説を説いている。新堂・民訴法第二版四二二頁、三ヶ月・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一二二頁、菊井・強制執行法総論三四頁等。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。

なお取消権についてはこれら学説はすべて消極説である。手形の白地補充権については注解民訴法(3)三二八頁が積極説を明らかにしている以外は前記文献ではほとんど論じていない。

(3) 吉村〓竹下〓谷口編・講義民訴法二八九頁（昭和五七年）。なお新堂ほか編・考える民訴法第三版四二一頁・Q13参照。

(4) 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——」法と権利(3)二六〇頁以下、河野正憲「相殺の抗弁とその実体法上の効果」法政研究三九卷二号一四四頁それぞれ参照。

(5) 法学研究五六卷九号五一頁以下。

(6) 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一二三頁、石川明編・民事執行法一〇〇頁、斎藤秀夫編・講義民事執行法一八八頁参照。

## 二 従来の少数説の検討

一 従来この問題については大別すれば三つの学説がある。理論的にもこの三つの立場しか考えられないであろう。一つは通説・判例の立場である積極説である。即ち敗訴被告は前訴既判力標準時前に既に相殺適状にあった債権をもって確定判決に表示された原告の訴求債権と相殺をすることができ、これによって請求異議の訴えの異議事由となし、その訴訟に勝訴することによって原告の有していた当該債権に関する執行力を排斥することができるとする立場である。他の見解はこれとは全く正反対に消極的に解する立場（消極説）と、両者の中間を志向して一定の場合にのみ積極的に解する立場（折衷説）である。ここでは従前の消極説、折衷説はどこに問題があったのか、どこを評価すべきなのかをそれぞれ考えてみようと思う（二、三）。なおドイツの判例、学説については問題状況を概観し、その意味も併せて考えてみようと思う（四）。なお通説である積極説については次章で論ずることにする。

二 消極説 消極説としては雉本朗造「請求ニ対スル異議の訴」民訴法の諸問題三九一頁以下、松岡義正・強制執行要論上巻六四四頁、長尾章「請求異議の訴に関する若干の問題に就て」法曹会雑誌一五巻六号三三頁、伊東乾「既判力の範囲」民訴講座第三巻七一五頁等が有名である。<sup>(1)</sup>その論拠は一つは「民訴第五四五条ハ、遅クトモ抗弁ヲ主張スルコトヲ要スル口頭弁論ノ終結前ニ提出スルコトヲ得タル一切ノ異議（即チ抗弁）ハ之ヲ排斥セントスル趣旨ノ規定ナルカ故ニ」（雉本）というように法文の目的に求めるのである（松岡、長尾も同じ趣旨を説く）。あるいは「時効の援用や形成権行使の要件の完備は標準時点前に『生じていた事実』と目せられるべきもので」、「ここで重要なことは、自働債権が独自の存在をもつ別個の権利であるという点ではなく、別個独自の権利でありながら受働債権に直接交渉しうるものだという点である。何故なら、訴訟物たる債権自体にとっては、自働債権からの投影の

「みが意味をもつただからである」と説かれる(伊東)。前者の理由づけに対しては相殺は別であるとする反論が可能であろうし、逆に意思表示によって効果が生じる相殺がなぜここに含まれるのが明らかでないとの反論がある。後者については相殺のもっている一面の現象の説明であって、かような説明は結局は前者の制度目的の理解に基づくものであって、結局は前者と同じ批判が妥当するであろう。

このように消極説はともすれば形式的・公式論的説明が主たる論拠であり、具体的な実益を明らかにしない以上、実質論で積極説に対抗された場合に必ずしも十分な反論にならなかつたように思う。また消極説の帰結として反対債権の別訴での主張が許されるのか、あるいはそれも許されないのかについても明らかでなく、この点での不明確さが多くの支持者を得ることができなかった一因のように思う。つまりこの点に関して反対債権が消滅すると説けばそれでは被告にとって酷であるということになろうし、反対債権は消滅せず別訴で訴求できると説けば別訴よりも相殺を認めた方がより簡便であると批判されよう。消極説はこの点について答えるべきであった。ところがこの点については、雉本、松岡といった大家が消極説を明らかにした明治の終りから大正年間にかけては、ドイツでは消極説が通説的地位にあったことであろうか、ドイツの教科書、体系書を引用する以上に何も述べていないのである<sup>(2)</sup>。

ただ次のような実質論が主張されていたことは注目すべきである。このことに積極説は答えるべきであろうが、従来消極説の内容として紹介されていないこともあって答がなされていない。雉本博士は次のように主張している<sup>(3)</sup>。

「畢竟、抗弁権ヲ行使シ若クハ又取消、解除若クハ相殺ノ意思表示ヲ為サント欲スレハ、随意ニ之ヲ為シ得タルニ拘ハラズ、之ヲ為サスシテ判決ヲ確定セシメタル後、或ハ抗弁権ヲ行使シ或ハ取消、解除若クハ相

殺ノ意思表示等ヲ為シテ、該確定判決ノ『既判力カ最早適中セサルコト』ヲ主張スルコトヲ得ルモノトナ  
サンカ、前訴訟ノ為メニ司法機関並ニ相手方カ費シタル日子、勞力並ニ費用ハ當事者ノ一方ノ恣意ニ依リ  
テ無益トナルノミナラス。當事者ノ一方カ其恣意ニ依リテ司法機関並ニ相手方ヲ酬弄シ得ルコトヲ認ムル  
モノニ外ナラスシテ、其不当ナルコト論ヲ俟タス。」

正しく消極説はこの点から積極説を攻撃すべきであつた。今日の積極説に対する疑問の出発点もここに<sup>(4)</sup>ある。も  
つとも雉本博士の言う司法機関の利益ということ<sup>(5)</sup>は、標準時後の債務者の弁済の場合当然請求異議の訴えは許され  
ることを考えると、それほど重要視する必要はない。問題は債権者の利益である。ただ債権者の利益と言うと債務  
者の利益とのバランスが問題となるから、相殺の抗弁を提出しないと反対債権は当然に消滅するというものではでき  
ない。正にこれでは債務者にとって酷であるし、そこまで債権者を優遇する必要はない。そもそも反対債権の消滅  
を理由に相殺を強要する根拠はない。既判力が問題とするのは相殺による確定した請求債権の消滅の主張であり、  
反対債権の消滅につき既判力は及ぶ理由も必要もない。消極説は反対債権につき別訴を認める一方で相殺を認めな  
いことが債権者にとって意味があり、妥当なものであることを論証すべきであつた。なお後述(本章の四)の今日の  
ドイツの消極説もまた次章三で述べる積極説も、「消極説は債務者による相殺を認めないことであつて、債務者の  
反対債権の別訴請求は認める」ということを当然の前提としているようである。

三 折衷説 ①知覚説 この説は兼子一博士が標準時後の相殺権の行使について、標準時前に相殺権を知つて  
いたか否かによって、既判力によって遮断されるか否かを考えるべしと主張したことによつて有名になつた見解で  
ある。<sup>(6)</sup>この説は積極説、消極説と並んでいわばその中間にあるとも評価できようが、しかし、「相殺は、請求の成  
立とは無関係な抗弁であるから、反対債権の存在をその当時全然知らない場合に失権させるのは不公平である」と<sup>(7)</sup>

いう表現からすると、原則は消極説であるが公平の見地から修正したと読めるであろう。つまり原則は消極説である。<sup>(8)</sup>このことは不知につき執行債務者が主張立証責任を負い、そして一般に標準時に相殺適状にあった場合には、それは覚知している筈である、あるいは覚知すべきであるとすれば（即ち、このような命題をこの折衷説に付加するならば）、これは消極説になってしまおうということである。つまり折衷説は消極説によるならば、不公平とみられる特別な場合を救済する理論とも評価することができよう。

しかし、かような実質論は傾聴すべきであるが、この折衷説で問題なのは、何故に相殺適状につき債務者は知るべき義務が存在しないかである。請求の理由をなくさせる一切の主張を訴訟で提出しなければならぬとのレベルでみるならば、相殺とても同じであり、特別視すべきことではない。<sup>(9)</sup>不知の場合をその者の責任として把握して反対債権による相殺を認めず、反対債権を別訴で請求させるならば、決して不公平や不合理ではあるまい。もしそれでは権利者であることを知らないものの保護に欠けると折衷説が批判するならば、相殺に限ってそのような主張をする理由を明らかにすべきであろう。既判力による失権は主張・提出しないことに過失を必要としないのが原則であるからである。また実際にはかような知・不知を基準とする説は、知・不知についての審理により原告の執行を妨げるという点では、結果的に積極説と同じようになってしまふのではないかとも考えられる。なお知・不知という基準自体につき、積極説がこの点をとらえて折衷説を一蹴したことは有名であるが、<sup>(10)</sup>そのことよりも実質的にこの説が妥当でない点を問題とすべきであったと思う。

なおこの説では、相殺適状を知っていて相殺の抗弁を提出しないと反対債権は当然消滅すると解するの否か必ずしも明らかではないが、消滅すると解することが妥当でないことは既に述べたところである。

② 牽連関係説 この説は牽連関係がある場合は後訴での相殺は許されないとする説である。<sup>(11)</sup>具体的な例として

建築請負代金債権と工事が不完全であることに基づく注文者の損害賠償債権との相殺が挙げられる。反対債権は請求債権に付着する瑕疵ではないが、その存在を左右する点で取消権等と同じであるというのがその主張の根拠である。確かに知・不知によって区別するよりも明確な基準であり、理論的には明快である。しかし、標準時の前後という基準に比べれば「牽連関係」は必ずしも明確といえず、その意味での運用上の問題が生じることは否定できない。また牽連関係ある債権については後に別訴までも禁ずることは、理論的には取消権と歩調を合わせる意味で明快であるが、これでは一種の反訴強制であり、実体法上の反対債権行使を著しく制約するものであり、処分権主義を基調とする民法原理にも適合しない。相殺権の基底にある反対債権に注目すべきで、単に請求債権の消滅を求める取消権とその実質が異なると言わなければならない。もし仮に別訴禁止を主張しないとすると、別訴が許されるものにつき、態々相殺を禁止するものと禁止しないものとに区別する実益はあるのだろうかという疑問が生じる。より実質的正義を求める姿勢は評価できて、この問題はかように細かく妥当性を追求する問題ではなく、明確一義的基準を設定する問題ではないかとも思う。あるいは、この説は実体法上の相殺権行使の自由の要請と訴訟法上の集中審理の要請の接点を志向した説とも考えることができよう。しかし、同じような考えから出発した説が積極説を主張していることを考えると、必ずしもそうとは言えないようである。<sup>(13)</sup>

③ 折衷説批判 わが国でも近時、折衷説の方向が支持され、個別具体的な妥当性を追求していこうとする考えが有力に志向されているし、<sup>(14)</sup> ドイツでもその傾向があることは後述の通りである。しかし、この方向に対しては疑問がある。第一は実際の運用上問題がある。特別な事態を考えて、そのために一般的通常の多くの訴訟までが特別な要件の存否につき審理させられることの問題である。第二に二者択一でなく、事情に応じて問題を考えていく姿勢であるが、これは既判力による失権は提出しなかったことにつきその諸般の事情を考えないのが原則であるか

ら、そのことと調和するのであろうかという疑問が生じる。無効主張といえども場合によって前訴で主張が困難な場合があるから、そういったことまでも含めて考えていくというのなら別である。ただそうなると思えば見直しということになるように思う。<sup>(15)</sup> 第三にはこの問題で消極説をとれば、相殺権を標準時までに行使しなければならぬといういわば行為規範の設定を意味するが、かようなことは前述の既判力一般原則から容易に導き出され、当事者も当然かようなルールを知っておくべきであると思う。そうであるならば個々の事情を重視する姿勢は問題であるといえよう。

私はこのようなことから、折衷説の方向に賛成することができない。

四 西ドイツでの状況 西ドイツ<sup>(16)</sup>での問題に対する解答状況の概要を述べるならば、第一に判例<sup>(17)</sup>は消極説であること、第二に学説では現在は積極説が多数説であること、<sup>(18)</sup>第三に学説は取消しと相殺を区別することなく一律に標準時後の形成権行使として議論していることを指摘することができる。<sup>(19)</sup> 確かに日本民法法の母法とは言え、民法典や民訴法典は細部において異なるし、制度を支えている社会的状況も異なるから、ドイツでの結論が直ちに日本の議論に結びつくとは思わないし、ドイツの判例と学説の対立状況からドイツでの議論は日本での議論に決定的な意味を与えることができないことは明らかである。しかし、本稿の立場からすれば前記概要は次のように解すべきではないかと思う。

第一はドイツの状況は取消しと相殺を区別するわが国の通説・判例の態度が普遍性をもたないことを明らかにしていると思う。第二に日本では判例・学説が一致して積極説で、消極説が全く考えられていないが、ドイツの状況からして消極説に目をむけてみる必要があるのではないかということである。ただそうなると思えばドイツで学説の多くが積極説を採用していることの意味が問題となろう。しかし、それほど重視する必要はないと思う。積極説の理由

であるが、その記述の仕方はいろいろあるが、一言で言えば取消権者を保護することを重視していることではないかと思う。<sup>(20)</sup> そのことは取消権行使につきその行使期間が日本と比べて短いこと（BGB 二二一条、二二四条参照）や、日本と比べて訴訟が集中的に迅速に処理されるという状況が影響しているのではないかと思う。かような状況が消極説によると実体法の全くの軽視であるということと積極説をうむ土壤を形成しているのではないかと思う。そしてそういったことに形成権一般を議論することが結びつき、ドイツで相殺につき積極説を生じさせたのではなからうかと思う。そこで形成権一般でなく相殺の特殊性を強調すると、正にドイツでは消極説が生じることになり、相殺の特殊性から積極説を導くわが国の通説と反対の結論を導いている。ドイツで積極説が多数であるといっても必ずしも、積極的な十分な論拠があるわけではないように思う。まして単に実体法優先という理由だけでは、なぜ訴訟の論理が優先しないのかとの反論が可能で、問題解決につき迫力を欠くものと言わざるをえない。

次にドイツの消極説から何を学ぶべきか。消極説の論拠は要するに遮断しても決して被告に不利でなく、別訴で訴求すればよいのではないかというところにあると思う。<sup>(21)</sup> そしてこの点が重要なことではないかと思う。もっとも次章で述べるようにわが国の積極説はこれにつき十分な反論を展開しているのでその当否が検討されねばならない。これは次章で行なう。なおプロマイヤーは控訴審に関するZPO 五三〇条二項（旧五二九条五項）の「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、原告が同意したとき又は裁判所が係属中の手続におけるその主張を相当であるとみるかぎり、これを許さなければならぬ」旨の規定を根拠に、控訴審で許されな<sup>(22)</sup>いものなぜ請求異議の訴えで許されるのかということと相殺に限って消極説の立論を展開している。しかし、これに対しては、ベッティッヒャーは *a minore ad maius*（より小さいものからより大なるものへ）の論証であるとして<sup>(23)</sup> 批判し、逆にこの規定が請求異議の訴えに類推されるべきであると主張している。日本においてはかような規定が

ないこともあってプロマイヤーの主張がわが国では直ちに通用しないと思うが、彼の主張は前訴で時機に遅れたとして主張できないものが、積極説によれば請求異議の訴えで主張できるのはなぜかという問題として理解することはできよう。<sup>(24)</sup>

最後にドイツでの学説の動向について私見を述べてみたい。従前の学説の動向について言えば、この問題について立法当初は積極説が主流であったが、それは多分に実体法学者の影響であったと思われる。それがヘルビツヒに代表される訴訟法学者や判例の影響もあって今世紀初頭は消極説が通説の席を占めたのであった。そしてそれが一九四〇年代以降次第に積極説へと変わり今日では積極説が多数を占めるに至ったとみる事ができよう。しかし、近時既に述べたベッティヒャーの考えと同じようにZPO五三〇条二項を請求異議の訴えに類推しようという見解が積極説において支持者を集めはじめたようであるし、債務者の帰責性でこの問題を考えていこうとする説の登場からして、<sup>(25)</sup> 今後はかような折衷説の方向が志向されるように思う。<sup>(26)</sup> そのことにはある意味では積極説への反省という事ではないかと思う。<sup>(27)</sup> 折衷説の方向が支持できないことは既に述べたところである。<sup>(28)</sup> かような情況においてわが国の積極説の根拠を検討し、消極説再生の途を探究することは決して奇異なことではないと思う。<sup>(29)</sup>

(1) 伊東教授は後に改説され、現在は積極説である(伊東・前掲基礎理論八九頁)。なお小町谷操三・判例民事法昭和三年度四八事件は消極説である。その他の文献については法律評論一〇巻民訴四〇三頁以下「昭和六年」に詳しい。

(2) 雑本論文は明治四五年二月から大正二年二月にかけて法学新報に掲載された論文であり、松岡・要論は大正一三年に発行されたものであった。なお長尾論文は昭和十二年、伊東論文は昭和三〇年に発表されたものである。

(3) 雑本・判例批評録第三巻六七〇頁以下。これは大判大正八年二月一日民録二五輯三〇一頁についての判例批評の中で述べられたものである。引用に当って漢字は常用漢字に改めた。なおこの考えはヘルビツヒ等の当時のドイツの大家の影響によることは引用文献から明らかである。前記論文とこの判例批評では引用文献が異なるが、この点は問題にする必要はないであらう。

(4) 一 の注3参照。

- (5) なお公益を理由とした実質論は既に積極説の判例がはじめて出現した時に、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の判決を読む」法律新聞五七三号（明治四二年）一頁が指摘しているところである。また Goldener, Schweizerisches Zivilprozess-Recht, 3. Aufl., 1979, S. 379 の注 69 は、「既判力ある判決は私法上の意思表示によって無効にすることはできないと述べている。しかし、本文で述べたように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。なお長尾章・前掲書三三頁は「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。従っ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。」と述べている。
- (6) 民訴法体系三四一頁、条解民訴法上五一七頁、増補強制執行法九九頁、なお石川明・強制執行法総論一八二頁、斎藤・前掲総合判研一四一頁、小野木常・強制執行法概論三三六頁（昭和一三年版五三三頁）も同趣旨を説く。また形成権一般につき口頭弁論終結時に形成権の成立を寛知していた場合、終結後の形成権行使は実体的にも効果を生じないと説くのは木川中村編・改訂民事訴訟法二三三頁である。
- (7) 兼子・体系三四一頁。
- (8) 小野木・前掲書三三六頁は「相殺の場合に關しては相殺適状の時点を標準とするともに…執行債務者が反対債権の成立を知らない場合には…例外として…相殺権を行使して…異議の原因となし得る」（傍点筆者）と述べている。なお兼子・民事訴訟法（昭和三年）三七八頁は消極説である。
- (9) 上田・前掲書二六一頁は実体法の趣旨等の評価から相殺は一般的提出責任はないとする。上田説に対する疑問については拙稿・法研五四巻九号一二四頁参照。
- (10) 三ヶ月・民訴法（法律学全集）三二頁、斎藤・前掲概論三七五頁、新堂・前掲民訴法四二二頁、伊東・前掲基礎理論八九頁等。
- (11) 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若干の論文で取り上げられた以外、この説は知られていない。なお、新堂・民訴法四二二頁は「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」とする。梅本説と同じような考えか。
- (12) 梅本・規制四四頁注 38 参照。
- (13) 前注 9 参照。
- (14) 小林秀之「形成権の行使と判決の遮断効」LS 三七号二〇四頁、井上・前掲書二八九頁参照。
- (15) 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三三頁、基本的な文献としては同「判決の遮断効を争点効の交錯」新・実務民訴講座(2)三五五頁及びそこでの引用文献参照。私はその意図は理解できるようにしても、伝統的手法による問題解決がよいのではないかと思う（拙稿「黙示による中間確認の訴え」法研五三巻二二号一八一頁以下参照）。

(16) オーストリア・スイスについての状況については Henckel, Materiarechtliche Folgen der unzulässigen Prozessrechnung, ZZP 74 (1961), 173 ff., Fußnote 23 が簡単に紹介している。結論的に言えばオーストリア民法は一四三八条以下で法律上当然の相殺を規定しているが、判例・学説は一方的意思表示による相殺理論を発展させたにもかかわらず消極説であり、スイスも同様であるところである。もっとも標準時に相殺が主張できる場合という限定をつけている。このハンケルの紹介は今日でも通用するよう思う。Holzhammer, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl. (1960), S. 112; Guidener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. (1979), S. 379. しかし、ホルツハンマーは実本法優先の立場から積極説を主張している。グルトナーについては注5参照。

(17) 一九〇三年一月三日 (RG 64 228) のライヒ最高裁判所 一九六一年二月一六日 (BGH 34, 279) の連邦通常裁判所の判例が有名(その他については後注20の Wiczorek が詳しい)。前者はPO七六七条(日本民法三五条二頁相当)の趣旨を強調し、消極説は民法理論と矛盾するものではないことを立法経過から明らかにしている。後者においては相殺を認めなくても別訴があるではないかという主張と、PO七六七条二項の趣旨は標準時前に客観的に異議が主張しえた場合の異議の遮断である旨の記述が注目される。

なお Schleswig, MDR 1953, 558; Stuttgart, NJW 1955, 1562 は折衷説として引用されるが(前者は一九五三年四月九日決定、後者は一九五五年二月八日決定)、理由については述べられていない。前者が相殺、後者が取消しの事例である。

(18) その意味で Blomeyer, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 1963, S. 469 ff., Vollstreckungsverfahren, 1975, S. 131 ff. が相殺について消極説、その他については積極説を採用しているのが注目される。また Otto, Die Prälusion, 1970, S. 164 ff. は形成権をすべて同一に取扱うのではなくそれぞれの特性に応じて異なった解決方法があるとのことで既判力でない失権効により相殺については消極説、取消しについては積極説と同じ結論を採用している。オッターの著書については遠藤功教授の詳細な紹介がある(民訴雑誌一〇号二四二頁)。

(19) 直接相殺に限定したのではなく、形成権一般あるいは取消権との関係で相殺についてドイツの状況を報告しているものとして、上村明広・法経学会雑誌一五巻四号一―三頁、白川和雄・統民訴法判例百選一七九頁、中野貞一郎「形成権の行使と請求異議の訴え 強制執行・破産の研究四〇頁以下、同・民商法八四巻六号一―二頁注3、伊藤登子・ジュリスト七七三号八五頁等がある。ただ紹介した時点や使用した資料の違いで問題状況の把握に差異がないではない。しかし、本文で述べたことについては一致するものと思う。換言すれば、従前のドイツの状況が今日においても大きく変化していないということになる。なお形成権一般につき伊藤・前掲書八五頁は「判例及び支配的見解は、既判力による遮断を肯定する立場であることには変わりがないといえる」と述べているが、判例はともかく学説では「依然として積極説が多数を占める」(中野・前掲民商法一―二頁注3) 状況ではないかと思う。

(20) 積極説として今日次のような文献がある。

Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 9. Aufl. (1961), S. 965; Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl. (1974), S. 526; Baumann, Zwangsvollstreckung, 1975, S. 219; Bruns-Peters, Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl. (1976), S. 72; Wiczorek, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2. Aufl. (1977), 9. Lieferung, S. 301; Schönke-Baur, Zwangsvollstreckung-

Konkurs- und Vergleichsrecht, 10. Aufl., (1978), S. 208; Grunsky, Grundzüge des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechts, 2. Aufl., (1979), S. 106; Thomas-Putzo, Zivilprozessordnung, 11. Aufl., (1981), S. 1221.

(21) 消極的といつては次のような文献があげられる。

Henckel, a.a.O., S. 172; Hagemeyer, Die sogenannte „Prozessaufrechnung“, eine dogmatische Fehlakzentuierung, Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag, 1975, S. 226; Zoller, Zivilprozessordnung, 12. Aufl., (1982), S. 1580; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Zivilprozessordnung, 40. Aufl., (1982), S. 1049.

なおハンナルトやハーセマンヤーは訴訟中の相殺の問題とを統一的に考察するために説かれたもので、単に既判力あるいは失権効の視点からのノンローチと異なる。

(22) 訳文は石川明・ドイツ民事訴訟法典(法務資料四四〇号)一五六頁による。なおこの規定と旧規定との関係やこの規定の意味については石渡哲「訴訟促進と訴訟における相殺の主張」法学研究五(巻一)号二頁参照。同「時機に後れた相殺の抗弁と訴訟促進」民事訴訟雑誌一七号二七頁をわが国でかまよびな規定のなごうについては民法上の欠陥もあり、わが国における同様な規定を認むべしと説く。

(23) Bötticher, Besprechung von: Artwed Blomeyer, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, ZZP 77 (1964), S. 484.

なお同義の同様の語に Bötticher, Anmerkung zum Urteil des OLG Cell vom 18. 1. 1963, MDR 1963, S. 935 をあげておられる。

(24) Rosenbergs, a.a.O., S. 965 は積極的を認むべきなら、世襲に課されたといつて却てまた相殺についても請求異議の訴えが利用されたらならぬと主張する。

(25) 中野・前掲研究四〇頁以下 Henckel, a.a.O., S. 173, Fn. 23, RG 64, 229 等を利用した。

(26) RG 64, 228.

(27) 今日の積極説がその理由として用いる Leut の Ausübung von Gestaltungsrechten nach einem Prozess の語文は一九四一年の Deutsches Recht の掲載されたものによる(八六八頁以下)。

(28) Otto, a.a.O., S. 164; Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 15. Aufl., (1980), S. 42; Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 20. Aufl., (1981), 7. Lieferung, S. 358. (Münzberg); Arens, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., (1982), S. 352.

その包の欠陥といふのは日記クマレン = マーク三三三二頁四一四一巻参照。

(29) Mohr/Butter, Handbuches des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts, 1965, S. 88; Rosenbergs-Schwab, Zivilprozessrecht, 13. Aufl., (1981), S. 942.

(30) 上田・前掲書二六二頁以下はドイツのこのような傾向について、前者については個別的・偶然的とあつて統一性がなくと批判し、後者については形成権一般を論じている姿勢を問題として論ずる。

(31) 好文訴訟案に於ては (Wiaseer, Bibliographie des Zivilverfahrensrechts in der Bundesrepublik Deutschland von 1945 bis 1975;

Karlsruher Juristische Bibliothek) 戦後の問題について次の二つの博士論文が発表されている。Martin, Die zeitlichen Grenzen der Rechtskraft des Zivilurteils, insbesondere der Gebrauch von Gestaltungsmöglichkeiten nach einem Prozeß, Diss. München 1965; Dreyklurf, Die Zulässigkeit von Gestaltungsmitrede bei der Vollstreckungsgegenklage. Unter besonderer Berücksichtigung der zeitlichen Grenzen der Rechtskraft des Zivilurteils, Diss. Erlangen-Nürnberg 1970.

前者はボーレ、後者はシュワープが指導教授である。後者はシュワープと同じような帰結であるのは理解できるところであるが(九二頁)、前者が消極説であるのは(二三頁以下)、注目すべきであろう。このような博士論文の傾向も今後の動向を示唆するように思う。

(32) 積極説にしても、消極説にしても不都合な結果が生じることは避けがたいことから、折衷的な方向なり、不都合を回避するための方向が探究されることは確かであるが、明確な基準と明快な理論を発見しない以上、単なる理論に終ってしまうのではないかと思う。例外を認めることはその例外に該当するか否かで余計な紛争を生じせしめるように思えてならないのである。中野・前掲書四五頁参照。

### 三通説の検討

一 積極説の根拠としてそれぞれの著書での主張をまとめてみると、一般に次のようなことが根拠としていわれている。(1) 反対債権の権利者である債務者の相殺権行使の自由、(2) 勝訴原告の債権者においても失うところはないこと、(3) 標準時後の任意弁済と等しいこと、(4) 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、(5) 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、(6) 相互に無関係な債権に対して消極説を採ることはいわば相殺の強制になること、(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こと、(8) 債務者が別訴で反対債権について勝訴した場合はそれぞれ強制執行をおこなうことは無意味であり、積極説を採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。<sup>(1)</sup>

これらのうち(1)(6)は債務者の権利行使を問題とするが、反対債権そのものの消滅はないと解するならば<sup>(2)</sup>消滅するとの説の不当であることは既に述べたところである。債務者による相殺禁止といういわば権利行使方法が制約されるこ

との当否が問題となる。その原因の一つは自らが一定期間内に相殺権の行使をしなかったことによるものであるから、かかる制約は決して不合理なものではない。一定期間、即ち訴訟において主張することを要求することは実体法の規定の趣旨からすればかかる制約は問題であろうが、訴訟中に予備的にも主張させることが果して不当な要求であろうか。当該訴求債権を消滅させる事由の一切の主張が要求されると解されるのではないかと思う。債務者は自己の債権が相殺適状にあることについて相手方から訴えられた場合においては知るべきではないかと思う。そう解するならば(1)(6)は重要な根拠とはいえない。なお(4)については説明であって実質的な根拠ではない。

問題なのは(2)(3)(7)(8)であり、これこそが積極説の実質的論拠である。また(5)も積極説の長所、機能を明らかにしている点で検討が加えられなければならない。以下ではこれらの論拠を中心に積極説の当否を考えてみよう。

二 反対債権は消滅しないとすれば、別訴によるのがよいのか、請求異議の訴えで相殺を認めるのがよいのかという問題が生じる。(2)(7)(8)はこの問題に対する積極説の側の答えである。次の主張は代表的な主張である。<sup>(4)</sup>

「消極説の立場からいっても、反対債権につき後に新訴をもって給付判決を求めることを禁止するものではない。従って債務者が新たに訴を起し、債権者が相殺の抗弁を提出することなくして敗訴したと仮定すると、双方共に相殺を主張して請求異議の訴を起すことが許されなくなる(新訴で被告が相殺を主張すれば、第二債務名義は成立し得ないが、同時に第一の債務名義による債権も消滅し、債務者は請求異議の訴を起せるであろう。相殺の禁止は従って債務者が相殺を主張することを許さぬという意味になる)。どちらも相殺が出来ないとすれば、お互に弁済し合うか債権者として(ということ自体おかしな表現に帰着するが)相殺するのでなければ、相互に相手の財産を差押え、換価して無益な損害を重ねるだけであろう。つまり債務者が相殺の主張を許されないのは、自己の債権について債務名義を得るまでの間だけとい

うことになるか、お互に相殺が出来ず、相互に無益な損失を加え合うかのいずれかを出ないことにならないであろうか。」

(近藤完爾・執行関係訴訟二七一頁)

この論述は確かに説得力がある。しかし、疑問がない訳ではない。前訴原告をX、被告をYとし、前訴を甲、Yの異議訴訟を乙、Yの別訴を丙として考えてみよう。乙をよいとする考えの一番の問題はXの利益を無視している点である。即ち、Xは折角手に入れた甲での勝訴判決による執行を関係のないYの債権の審理のために阻止されるようになる点である。乙でも丙でもXにとっては結局は同じであり、Xに失うところはないとする議論はY債権の審理のためにXの執行が阻止される点を無視している。勿論、請求異議の訴えの提起が直ちに執行停止を意味するものではないが、かといって執行がそのまま無条件に続行されることを認める訳ではないであろう。Yが乙で勝訴するとは限らないにもかかわらず、Yの訴訟にXの執行が必然的にかかわりをもつことは不当である。そもそもXは自己の債権につき強制執行をするか相殺をもつて自己の債権の満足を得るかを自由に判断すべきである。Yの反対債権は存在せずYの訴訟は不当であるとXは考えたなら強制執行をすればよいのだし、Yの別訴での訴訟(丙)で分が悪いと思えば強制執行をせずに相殺をすればよいのである。Xが丙で相殺の抗弁を提出して認められるとXとYのそれぞれの債権が消滅するから丙でYは敗訴ということになる。ところでYはこの後に請求異議の訴えを提起すると乙に比してそれだけ負担が増すといわれている。しかし、必ず提起しなければならない訳ではないし、提起したとしてもYの異議訴訟では既に丙の訴訟の判決の既判力により簡単に処理されるであろう。また乙ではなく丙であると、確かにYが一方的に執行を受けることもある訳であるが、甲で敗訴した以上当然なことである。

乙を認めず丙のみを認める場合にXが相殺をしないでYが勝訴すると互に無益な損失が生じるといわれる。しかし、それはXが自己の責任で判断したことであるし、そもそもそうなった場合はXとYとで合理的な処理方法を考

えればよいのである。あるいは積極説はYの権利の保護という名目で実は紛争の迅速の処理という制度の利益を強調する見解とも解することができる<sup>(5)</sup>。しかし、そもそも別々の執行が可能であり、当事者がそれぞれの機会に相殺ができるにもかかわらず相殺による決済を望まなかったことであるし、仮にXとYとが共に執行できる状態にあっても別々に執行がなされるとは限らないのであるから、このような視点からの丙方式批判は当たらないと言うべきである。確かに積極説によるならば執行の場面での手続は簡略化されるであろう。しかし、消極説によればそれを甲で済ませてしまうのが原則であるというのであるから、見方によれば積極説よりもより簡便とも言えるであろう。簡略化は良いとしても問題はどのような視点に立ってそれを行なうかである。問題の出発点はそもそもYが前訴甲で相殺の抗弁を提出しなかったことにあるのだから、以後の手続においては勝訴したXが主導権をもって処理すべきである。結果の同一と手続の錯綜を理由に逆にYに主導権をとらせる乙方式は基本的視点を誤っていると言わなければならない。Xが主導権を有したからといってYの大きな負担になる訳でもないし、必ず手続が錯綜する訳ではないのであるからXの立場に視座を置くべきである。

三 積極説の論拠に疑問があると、以下の積極説の論拠が検討されぬばならない。基本的には(2)(3)の主張と同じと思われるが、次の主張も説得力がある<sup>(6)</sup>。

「相殺は、債務者が訴求債権とは別個独立の債権を犠牲に供することと引換えに訴求債権の消滅を主張するものであり、いわば、確定された訴求債権の存在を争うのではなく、むしろこれを認める<sup>(正確には、認められた)</sup>ものである。従ってまた、執行段階に入ってから、訴求債権の現実的表現<sup>(金銭)</sup>が観念的な<sup>(による確定による)</sup>消滅を主張する<sup>(消滅を主張する)</sup>ものである。従ってまた、執行段階に入ってから、訴求債権の現実的表現<sup>(金銭)</sup>が観念的な<sup>(による確定による)</sup>レヴェルでの実現<sup>(債権どうしの対等額での消滅)</sup>に否応なく変更されたとしても、必ずしも債権者<sup>(前訴の原告)</sup>に一方的に酷とはいえない。……相殺の場合は、表面的には前訴判決の既判力に抵触するようでも、実質においてはむしろ

これを尊重しこれに従う(等しい)ことを意味する。」(大村雅彦・法学新報八巻九・一〇号一四八頁)

しかし、債権者(前述の例で言えばX)にとつて酷でないと言るのであるか。Xは執行による満足を考えたからこそ訴訟を提起したのではなかつたらうか。単に権利の存在だけを考えてのであれば給付訴訟を提起することはない筈である。問題は執行力の阻止であり、異議訴訟で請求債権の存在を相手方が認めるか否かではない筈である。弁済と相殺とは等しいと言われるが、弁済であれば現実に満足することができるのに対し、相殺の場合であれば相手方の債権が相殺適状であることが確定されてはじめて債権の消滅が生じるのである。債権消滅原因では同じであるが(それ故に前訴で主張すべきであったのであるが)、弁済と同一視することはできない。また簡単に相殺されるような場合に、態々債権者(X)は訴えを提起するであらうか。訴え提起においては相手方の反対債権不在の主張をも含んでいるとも考えられるのではなからうか。あるいはそうでなく別の理由であれ相殺を望まなかつたXの意思を尊重すべきであり、それに反対するのであればやはり前の訴訟で主張すべきでなかつたのではなからうか。比較すべきは標準時前の弁済であつて標準時後の弁済ではないと言ふことである。

次の主張もよく説かれることであり、非常に説得力のあるものである。

「相殺の許容は自己の債務による自己の債権担保である。このことから民法は時効にかかつた債権による相殺をも許し(民五〇)、破産法は相殺権の行使を認めて(破九八)特に破産債権の全額弁済の効果を是認している(この場合受働債権につき債務名義の有無を問わないことにも注目しなければならないと思う)。」

(近藤・前掲書二七一頁)

しかし、本来相殺が許されないと考えられそうであるから態々規定したもので、かような規定はいわば例外的なものであり、これと本問題と同列に論じられるかは問題であるし、そもそも訴訟という相互の信頼関係が損われた

場合に、当事者の公平ということを機械的に適用するのは問題であろう。あるいは相殺適状にありながら訴訟中に相殺の抗弁を提出しないことは相殺権の放棄とも解されなくてはなからうか。また実体法面の規定が直ちに訴訟法での問題につき直接規制するというのも無条件には言えないのではないかと思う。<sup>(7)</sup>問題は一方が確定判決を取得しようとしている状態、取得した状態をどのように解するかである。実体法上の相殺も無制限に許される訳ではないことは破産法一〇四条の規定からも明らかである。判決確定後に債権者が破産、無資力になった場合に債務者にとって酷ではないかと言われるが、これとても前訴において相殺権を行使しておけば済んだことであるし、訴訟という相互信頼関係の破綻している場合にもかかわらず、自己の債権が担保されていると考える方が誤りではないだろうか。

なお次のような主張もよく言われることである。

「相殺にあつては自働債権は本来別個独立に権利保護を求め得るものであり、且つ受働債権につき債務名義が出来た後でも、別訴によって給付判決を求め得るものであるから、この債権者としての地位をも無視して、前訴の防禦方法として関連性を持たせるように強制する必要があるかどうか。」

(近藤・前掲書二七一頁)

しかし、そうであるならばなぜ請求異議の訴えで相殺を許すのであろうか。確定判決で確定された訴求債権の側からみれば無関係な債権によって消滅させられる方が問題ではなからうか。相殺権を前訴で行使しないなら、別訴で訴求する方が一貫した姿勢ではないかと思う。

また次のような積極説の論拠も重要であり検討しなければならぬ。

「そもそも相殺の抗弁は、いかなれば敗訴を前提とした抗弁であつて、前訴において請求権の不存在を争

うことに主眼を置いていた当事者に対し、負けたことを前提として初めて意味をもつともいえる相殺の抗弁をも提出しておかなかった以上、事後、その訴訟上の主張が一切遮断されてしまうというのは、いささか当事者の心理を無視している傾きがあるというべきである（この点は、弁護士強制主義をとるか否かによって多少の違いがあるというべきであろう。弁護士強制をとる場合には、あらかじめそのような抗弁を提出しておくことを要求するについての違和感も少ないのであろうが、本人訴訟の場合にはその抵抗感は大いというべきである。さらには弁護士訴訟であっても、国民的な心情の差異がありうることも考慮しなければなるまい。こうした見地からすれば、敗訴を前提とした抗弁をもちあはじめ出しておくのでなければ、その後の時点において一切主張できなくなってもやむをえないということがドイツなどでしばしば説かれるからといって、それを機械的にわが国においても貫くことは問題であろう）。

（三ヶ月章・民事執行法一〇一頁）

この見解の後半の括弧の中の主張はドイツでの議論を機械的にわが国に適用してはならないと解する限り正当である。ドイツの議論は飽くまでも参考であって、ドイツでの結論と一致させる必要はない。この限りで積極説も消極説もドイツでの結論は十分な論拠にならないであろう。問題は制度や風土の相違を超えた理論として説得力があるか否かである。ところで論者は控え目ながら、当事者の心理を無視している点や国民的心情を消極説批判の論拠にしている。しかし、勝訴した債権者の心理は一体どうなっているのだろうかという疑問が生じる。当事者の心理とか国民的心情という正確に把握することは困難で、結局は合理的な意思を推測しなければならぬであろう。そうなることと既判力による遮断・失権ということを否定しない限り、提出すべきものは提出しておかないと失権するということを起点として当事者双方の合理的な意思を推測すべきではなからうか。当事者の意思とはここでは債務者の意思でなく、債権者の意思ではなからうか。勝訴した判決が結果的に執行できなくなるといのは債権者の意

思に反してないだろうか。要するに債務者の側にあつては敗訴した場合を考え、あらかじめ相殺権行使を訴訟で考えておく必要があるということが訴訟における当事者の合理的な意思ではないかと思う。

四 このようにしてみると積極説自体必ずしも十分な論拠があるとは言えず、また消極説に対しても説得力ある反論があるように思えないのである。基本的には債権者の意思を無視した点が問題であり、その結果前訴訟の軽視に結びつく姿勢が問われなければならない。消極説の場合に債務者にとって酷になる場合があると言われるが、既述のように反対債権を別訴で訴求すればよいし、その後の問題は当事者で合理的な簡易化方法を考えればよいことであるから、ここで債権者の意思に反してまで債務者を優遇することはないのである。また消極説を採用することによって、失権を恐れる債務者は積極的に訴訟活動をおこない相殺の抗弁も提出するからその限りで多少とも訴訟は促進されよう。そのことはまた民法一三九条による時機に遅れた防禦方法として相殺の抗弁を却下することができることと調和するであろう。つまり異議訴訟での相殺の抗弁こそ時機に遅れたものと原則的に解することができるのではないかと思う。この点積極説によれば、前訴においてわざと相殺の抗弁を提出しなければ後で相殺が許され、せっかく提出しても時機に遅れたとして却下されればもはや後に異議訴訟が提出できぬことになるかと思うが、奇妙なことと言わざるをえない<sup>(9)</sup>。正に消極説に立つて統一的に説明することが必要ではないかと思う。

また既判力と形成権行使の問題につき、相殺に関してのみ積極説であることは、この問題を全体的に考察する場合の原則と例外の関係や考えるべき視点を曇らす結果になるが、消極説によれば統一的考察が可能となるである<sup>(9)</sup>。勿論、近時かような統一理論形成の方向は時代に逆行するものである<sup>(10)</sup>が、何が原則で、何が考えられるべきかを明らかにする意味でやはり必要な考察方法ではないかと思う。

(1) 積極説の言う相殺の特殊性の具体的な内容ともいえず。なおこの(1)~(8)の論拠については一般に広く知られているので誰が主張してい

- るのかは重要でなく、それぞれが理由として成立するか否かが問題である。そこで主張者名 出典は省略する。参考にした文献は一の注2で掲げた文献と桜井孝一「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三六一頁、梶善夫「形成権の行使と請求異議の訴」上武大論集 一〇一八五頁、染野義信「請求異議の訴」民訴法演習Ⅱ一三四頁等である。
- (2) 新堂・前掲民訴法四一二頁は反対債権の消滅を理由に消極説を批判する。なお Stein-Jonas-Münzberg, a.O., S. 366 は、標準時後の相殺であれば反対債権の存在の証明ができる場合消極説によるならば反対債権による相殺が標準時に強制されることにより証明に失敗して反対債権が實際上喪失させられるであろう旨を説き、ヘーゼマイヤーを批判している。
- (3) これがドイツでの積極説の重要な論拠であることは既に前章二の四で述べたところである。
- (4) 同様な趣旨はより具体的な例をもって都築弘・民事研修二九五号二七頁が強調するところでもある。なお伊東・基礎理論八九頁は相殺につきいわゆる条件説に立って、相殺適状とともに消滅している債権につき相殺を妨げるのは無意味であると説く。
- (5) 都築・前掲書二八頁参照。
- (6) Stein-Jonas-Münzberg, a.O., S. 368 も相殺と弁済等との比較を強調する。
- (7) 詳しくは石渡・前掲民訴雑誌三三頁以下。
- (8) 吉村徳重「相殺の抗弁と既判力」法政研究六卷二一四合併号四六六頁以下、兼子一・判例民訴法一六六頁、梅本・規制一頁以下、法律実務講座民訴編三卷五六頁、石渡・前掲民訴雑誌五九頁等参照。石渡論文は本稿の立場と異なり、請求異議の訴えと民訴一三九条とは直接的関係はないと論ずるが、時機に遅れたとして却下された相殺の抗弁につき反対債権の消滅はないとするも請求異議訴訟は信義則で許されないと説く。この場合河野・前掲書一四二頁は相殺権行使の権限の失効を説く。なお一の注24参照。
- (9) 取消権につき最判昭和五五年一〇月三三日民集三四卷五号七四七頁、白地手形の白地補充権につき最判昭和五七年三月三〇日民集三六卷三三〇一頁はそれぞれ消極説を採用している。これらの判例については法学研究五四卷九号一二三頁、後者については同五六卷八号一一八頁で明らかにしている。
- (10) 一の注14、15参照。

#### 四 おわりに

本問題について消極説に立つならば、少なくとも建物買取請求権の場合はどう理解するのか、相殺権の場合でも例外となるべき事例はないのかといったことに答えねばならない。前者については現在のところ判例主流や学説多

数説とは異なり、消極説でよいのではないかと考えているが、ここでは残念ながら詳しく論じることができない。<sup>(1)</sup> また後者については断言はできないが、他の形成権と同じくその例外はほとんど考える必要はないのではないかと<sup>(2)</sup>思う。なお消極説をとった場合、異議訴訟で却下した相殺の抗弁の取扱いの問題も考えねばならないが、これはいわゆる訴訟上の相殺の法的性質論の問題ではないかと思う。

さらに相殺については訴訟外の相殺と訴訟内の相殺を区別するのか、訴訟上の相殺の法的性質をどのように解するのか、訴訟上の相殺の機能をどう理解するのかといった問題があり、これらとの関連について考察することも残された問題である。しかし、これらの問題との統一的考察については後の研究に譲りたいと思う。

本稿において私は、いずれにせよ、判例・通説の積極説の問題点を明らかにすると共に、消極説が言われている程の問題はないことを明らかにすることができたのではないかと思う。

(1) 梅本吉彦・判批(東京高判昭和五三年七月二六日判時九〇四号六六頁)・L81-1号二二六頁参照。なおこの問題についての判例、学説の状況については畑郁夫・判批(前掲東京高判)・判タ三〇九号二四三頁に詳しい。

(2) 前記(三)の注9) 拙稿・判批参照。