

既判力標準時後の相殺権行使について再論

坂 原 正 夫

- 一 はじめに
 - 1 内池教授の私見に対するメモについて
 - 2 本稿の目的
- 二 ドイツの積極説（多数説）について
 - 1 ガウルの見解
 - 2 ブロックス＝ワルカーの見解
 - 3 ドイツの積極説（多数説）の根拠のまとめ
- 三 ドイツの積極説（多数説）の検討
 - 1 日本の積極説（通説）との異同
 - 2 ドイツの積極説（多数説）の検討
 - 3 ドイツの積極説（多数説）が示唆するもの
 - 4 私見の補強
- 四 おわりに

一 はじめに

1 内池教授の私見に対するメモについて

本稿は、「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」という問題を論じるものである。この問題については、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、実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ぬとは思ってきたが、従来答えなかったのは、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。すなわち、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きな学恩に対して、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。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。

坂原正夫教授「既判力の研究」について若干の質疑と感想

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は、権利行使上の利益・便利は同一に扱い得るか。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働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流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。

2 本稿の目的

教授が、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、私見に対しての強力な援護と見ることができる。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。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ったからである。

すなわち、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、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もので、本稿では最近のドイツの積極説を見てみようと思う。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)。

(1) この問題について、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、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。

(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る。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『既判力の研究』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、本文引用の他に、既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一〇号一三七頁以下に掲載されている。また拙著については、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。

二 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、ローゼンベルクの民事訴訟法の体系書の

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・第一版』(Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, II. Aufl., 1997, S. 624ff.)である。この本は最新の大著ということもあって、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 Vollstreckungsverfahren, NJW 1986, 401ff.)を詳しく紹介したので(拙著・前掲注(一)四〇頁以下)、本稿では正にそれに対峙するドイツの通説である積極説を集成したものとして、この本での論述の内容を紹介してみようと思う⁽³⁾。さら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『強制執行法・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(一)では紹介に徹して、これらの本の主張の可否の検討は次の三で行う⁽⁴⁾。

1 ガウルの見解

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、争われていることは、債務者が有する形成権、例えば取消権、相殺権、解約告知権、解除権、撤回権等の行使によ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)が適用されるのかという問題である⁽⁵⁾。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、相殺適状)時点か、あるいは取消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

世紀初頭の典型的な論争であつたことを指摘し⁽⁶⁾、その後の判例・学説の展開状況を概観した後で、大要、次のような論述を展開する(原文の六二七頁九行目く六三〇頁一六行目)。

単に実体法による評価を基礎にするならば、法律状態は明白である。形成権の行使によって意図した権利状態の変更が初めて生じるのであり、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。したがって正しく法律行為による形成の意思表示が〔請求異議訴訟の〕異議を成立させる原因である。形成〔が生じさせるところ〕の遡及効によって移動するのは、〔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。

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〕が判例の依拠するところである。すなわち、執行を力強く進行させるために債務者による〔執行の〕妨害や遅延をできるだけ阻止することである。この単なる合目的な考慮は説得力がない。(なぜならば)判例は(七六七条二項以外の)その他の場面では、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。あるいは〔訴訟法による実体法の規制は〕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、失権規定を制限的に解釈しているからである。より重要なことは、法律は七六七条二項によって、既判力ある債務名義を債務者の(既判力標準時)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。実際のところ、既判力の保護は最も強力に作用している。しかし、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)対立するか否かということは論証を必要とする。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。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、遡及効を有していても相殺と取消しは事情が異なる。正しくそれ故に、その異なった効果を根拠にしても個々の形成権〔の取扱ひ〕が区別されている。

(aa) 相殺権について言うならば、一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」として相殺権に対して、三二二条二項(日本の新民事訴訟法一一四条二項(旧法一九九条二項)相当の規定)の意味における請求に

ついでに裁判の既判力が及ぶものでない。⁽⁷⁾ この規定の意味は、単に債権は存在することだけであって、債権が將來のある事実(相殺の意思表示)によって適及的に消滅することはないということの意味するものではない。単に被告が反対債権の相殺を主張した場合(三三二条二項)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条二項に関する解釈のみが相殺の失権を導く。⁽⁸⁾

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「現在の相殺のように単一の制度ではなく、種々なものがありそれぞれ」異なって生じること(*ipso iure - compensatio, Kompensationserklärung, 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(「現在の三三二条二項」において、「抗弁によって主張された反対債権」(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。また時機に遅れ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「主張された相殺」のみが失権させられることを示している。⁽⁹⁾

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「相殺による」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(民法三九〇条二段(日本民法五〇八条相当))に対する唯一の對抗手段であり、⁽¹⁰⁾ 適及効により利息請求に対して有利な立場を示している。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三三二条二項により永久に否定される危険を冒すことになる。

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をもたらしのに対して、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。また証明可能な履行という事実には、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

に適するか否かということは、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。

適切な限界付けは、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。⁽¹⁾すなわちこの「五三〇条二項による」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、相殺は——相手方の同意という他の例外（の要件）はここでは考慮しないので——単に「適切な（Sachdienlichkeit）」場合にのみ許される。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「既判力の」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」後から生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、問題があるとする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、五三〇条二項の類推適用の際には、反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ができる。このようなことから、訴訟において五三〇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にもならないということが「五三〇条類推と」同時に導き出される。

(bb) 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、一般的な既判力「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。しかも取消権が「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条一項は、この場面においても請求を将来の事実（取消し意思表示）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。取消しできるといふことの本质は、単に取消権者のみが——裁判官ではなく——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に存在する。遡及効が判決を後から「結果的に」不当なものようにさせるといふことは、その点（すなわち当事者に委ねられている

という状況」を何ら改めるものではなく、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。浮動状態を終了させることは訴訟の目的ではない。それ故にまた、「有効な法律行為の効果の発生を阻止する」権利障害的な異議として、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」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、時間的な制約を受ける無効のように」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、そのために——詐欺や強迫を原因とする取消しの場合、一年以内というような——長い熟慮期間を与えている場合、訴訟に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、あるい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であろう。

しかし、「それだからといって、失権を考える場合にそれらを取り入れて」折衷的に「詐欺に」気が付いたことや、強迫的な状況の終了を考慮してはならない。七六七条二項は——現状回復「再審」事由の主張に関する五八二条（日本の新民事訴訟法三三八条一項但書（旧法四二〇条一項但書）相当の規定）と異なり——、明確な時的既判力の限界設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。同様に調和しないことは、実体法によって認めれた熟慮期間と、当事者が二八二条一項、二九六条二項、五二八条二項等の類推によって訴訟促進を理由に「形成権の」行使を強制されることである。⁽¹³⁾特にそのようなことで却下された異議は、したがってその後の「不当」利得「返還請求」訴訟において新たに行使できるであろう。

2 ブロックス・ヴァルカーの見解

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

事例問題を掲げて、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は、次のようなものである（七一〇頁の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と考えた」。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。ブロックス・ヴァルカーの答えは、「S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。その理由は次の通りである（七三二頁～七三四頁）。

〔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〔積極説〕が支持されるべきである。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、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（例えば相殺適状）の存在を除いて、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〕表示が適時になされる否かは実体法の規定（例えば民法二二一条、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、制限することは許されない。（中略）⁽¹⁵⁾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ぬということとを、七六七条二項は債務者に強制するものではない。

判例の見解は一八七七年の民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。それによれば相殺の場合、相殺適状が意図されていたとのである。当時はこの時点が決定的であらねばならなかった。というのは、旧民訴法が適用される領域では（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〕規制が通用しており、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。

さらに、顧慮すべきことは、当時の民訴法は一番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いうことである。これに対して現行法は（五三〇条二項参照）、〔相殺を〕主張することが相当でない場合に控訴審の相殺の抗弁は排斥されるとしている。

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、特に債務者が前訴の最終口頭弁論の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、判例〔の見解〕は苛酷な結果を招来する。〔確かに〕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らば、〔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）、判例の見解によれば、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。

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、形成権の遅れた行使を排斥する見解に対しても、〔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間（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。

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〔消極説が指摘する〕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。〔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〕裁判所が強制執行の一時的停止を差し控えるならば（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、執行を止めるために請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促するようなことにはならないであろう。⁽¹⁷⁾〔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。〕

3 ドイツの積極説（多数説）の根拠のまとめ

積極説の根拠を検討する準備作業として、積極説に立つ最新の大部な強制執行法の体系書の議論の内容を概観したが、これによって積極説の根拠を網羅的に挙げることができたように思う。そこでガウルの方が圧倒的に記述が多いので、ガウルの記述の順序に従い要約し、これとブロックスルヴァーの議論とを対比させ、ドイツの積極説の根拠を探索してみようと思う。記述の順序に注目したり、両者を対比させたりするのは、これによって論拠の重要性の順位が分かるところからである。このような理由から、私なりの理解に基づいて積極説の主張を要約してみると、次のように纏めることができる。

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

かであつ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。

(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)で紹介する。

(4) ドイツの積極説の主張を集成しているので、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識である。しかし、意識ではあるが、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、通常の例に従い、「」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。

(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 (請求異議の訴え) ① 判決により確定された請求したいに関する異議は、債務者が訴えをもって第一審の受訴裁判所に主張しなければならぬ。

② 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を生じ、かつ、故障をもって主張することがもはやできない限りにおいてのみ、許される。

③ 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ければならない。」

(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

(六二五頁注一七九)。すなわちガウルは、エルンストは一九〇三年の *Seckel* の論文を引用するが、それは本問と関係ないと批判する。

(7) 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三二二条の訳文は次の通りである。

「第三二二条 (既判力) ① 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、確定力を有する。

② 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り、確定力を有する。」

(8) 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わざわざ紹介している (六二八頁注二〇三)。ヴァルターはツォエラー (Zoller) の民事訴訟法の注釈書一五版 (一九八七年) 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「的外れ (abwegig)」と評した (Walter, Gerhard : ZJP 101 [1988], S. 115)。

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われるかもしれない。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 Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO, Jus 1995, S. 1114)。他はシュシュケの教科書で、消極説を主張しつつ (Schuschke, Winfried : Vollstreckungsrecht, 2. Aufl., 1987, § 767 Rz. 31)。

(9) 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二九六条、五三〇条の訳文は次の通りである。

「第二九六条 (時機に後れて提出された攻撃防御方法と責問) ① その提出のために定められた期間 (第二七三条第二項第一号、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) 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せないであろうとき、又は当事者に遅滞につき十分な、免責事由があるときに限り、これを許す。」

② 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、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。

③ 訴えの適法性に関し、かつ被告が放棄できる貴問であつて時機に後れたものは、被告にその遅滞につき十分な免責事由があるときに限り、これを許すことを要する。

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。」

「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。

② 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。」

(10) 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）によるドイツ民法三九〇条の訳文は次の通りである。

「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、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。」

(11) 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の最後において言及した。

(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） 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許される。」

(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（攻撃防御方法）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、異議、抗

弁、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、適時に提出しなければならない。

② 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、口頭弁論前に、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。

③ 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い。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（第二七三条第二項第一号、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）に提出され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、それを許容することが訴訟の終結を遅滞せしめないであろうとき、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。免責事由は、裁判所の求めがあれば、これを疎明しなければならない。」

② 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、これを許すことができる。

③ 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〕 法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ民法典——総則——』（川井健訳、一九八五年）によるドイツ民法二二一条、一二四条の訳文は次の通りである。

「第二二一条（取消期間） 第二一九条及び第二二〇条の場合において、取消しは、取消権者が取消原因を知った後、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ぬ。隔地者に対してした取消しは、取消し意思表示を遅滞なく発したときは、適時にしたものみなす。」

「第二二四条（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、取り消すことができる。」

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。消滅時効に関する第二〇三条第二項、第二〇六条及び第二七〇条の規定は、前項の期間の進行について準用する。

③ 取消しは、意思表示をした時から三〇年を経過したときは、することができない。」

(15) この部分でドイツ民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稿においては重要でないので、この箇所の翻訳は省略。

(16) 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）によるドイツ民法七六九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、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で、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、又は担保を立てたときに限り続行できる旨を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。申立てを理由づける事実上の主張は、疎明しなければならない。

② 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、この命令を発することができる。この期間が徒過された後は、強制執行を続行しなければならない。

③ これらの申立てについての裁判は、口頭弁論を経ないことができる。」

(17) 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。この箇所は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 Bau/Stürmer, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, II. Aufl., 1983, RdNr. 750 (S. 298) は「原則として異議の発生時は（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。なお同じく引用している文献であるが、Bruns/Perters, Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., 1987 § 15 I3 FN15 (S. 92) は、被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、認容判決、仮執行、訴訟費用の負担等为了避免するために前訴で権利行使をするから、被告の訴訟遅延は問題にならないと説いている。この意見にもブロックス・ヴァルカーは従った。

三 ドイツの積極説（多数説）の検討

ドイツの積極説の根拠をこのような(a) (s)で代表させることに、異論はないと思うが（現時点ではこれらで積極説の根拠は全て尽きるように思えるが）、これらの根拠は日本法においてどのように理解すべきなのかを、次に考えてみよう。なお「ドイツの積極説（多数説）」と表記したが、これだけでは積極説が多数説であることを示すのか、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。実は両方なのである。本稿で取り上げた積極説はドイツでは多数説であり、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説であるからである。⁽¹⁸⁾既にガウルの記述から明らかなように、ドイツにおいても、日本の通説と同様に既判力による遮断を相殺権と取消権とで取扱いを異にし、相殺権については積極説を主張する学説が存在する。しかし、二のガウルやブロックス・ヴァルカーに代表されるように、両者を区別しない（形成権の種類によって取扱いを異にしない）学説が、ドイツの積極説の中では多数説である。したがって、「積極説（多数説）」とは積極説が多数説であるということよりも、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。すなわち積極説の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。日本の場合は積極説が多数説とい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、区別しない説は有力ではあるが少数説である。⁽¹⁹⁾この点は正にドイツとは反対である。換言すれば、日本の通説はドイツの積極説の中の少数説と同じことを説き、日本の積極説の中の少数説が「ドイツの積極説（多数説）」と同様な主張を展開している。⁽²⁰⁾つまり、日本の場合、「積極説（通説）」と表記した学説は通説であり、その内容は相殺権と取消権とで取扱いを異にすることを主張する学説である。したがってそれは、「ドイツの積極説（多数説）」とは

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

ドイツの積極説の根拠を検討する前に、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。日本の積極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してみようと思うからである。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（拙著・前掲注（一）二六頁以下）。

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。(1) 反対債権の権利者である債務者は、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、(3) 相殺は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) 相殺の許可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用することは、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、積極説を採用するからような無益な執行はないであろうこと、等である。

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)と(5)と、二の三の(a)・(f)・(m)・(q)等を比較すると、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。つまり、積極説の基盤は実体法に立脚していることは明らかである。次に両国の積極説の違いを見てみると、以下

の四点がドイツの特色として浮かび上ってくる。

①ドイツでは立法沿革の議論（二の三の(e)・(q)）が重視されている。②ドイツの積極説の証明活動という点からの根拠づけ（二の三の(h)）は、日本では見られない新たな根拠である。③ドイツの積極説は取消権と相殺権とで取扱いを区別していない（二の三の(k)）。④ドイツ民訴法五三〇条二項の問題（二の三の(i)）は日本に相当する条文がないこともあって、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。

2 ドイツの積極説（多数説）の検討

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、実体法を尊重して問題の解決に当たるとするのが日独の積極説の基底であるから、これら四点の検討に先立ってその意味を説明する必要がある。しかし、これは正に根本的な問題であるし、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、ここでは先ず①～④についてその意味と可否を考えてみる。

①の歴史の視点であるが（二の三の(e)・(q)）、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の問題に帰着する大問題である。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ないが、ドイツの積極説がかなり力点を置いて議論をし、反論を展開している状況からして、簡単に済まされる問題ではないことは確かである。そのような状況からして、またエルンストの議論からしても、請求異議の訴えの立法沿革の点からは消極説の方に分があるように思う。しかし、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の問題ではなく、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、積極説の方でも説明

が可能であり、その点では積極説にも分が出てくるように思う。その意味で問題の議論においては、立法沿革は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。しかし、その意味は沿革を無視してよいということではなく、立法以降の議論の展開をたどることが、問題の本質や今後のこの問題の展開を考える場合に重要な役割を果たすのではないかと思う。そのためには丹念に学説の展開を見る必要がある、それは今後の仕事であると思う。日本では現在のところドイツの議論を見守るしかないが、いずれにしても、この問題を考える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、かような歴史的背景にも注目しなければならないことは確かである。

②の証明活動からの積極説の展開であるが(二の3の(h)、従来、我が国で明確に主張されていなかっただけに、新鮮さと説得力が感じられる。また冒頭に挙げた内池教授の問題提起の視点でもある。正に教授の指摘はドイツの積極説と親近性が感じられるが、教授がドイツ民法学に造詣が深いことと、ドイツ積極説は実体法を強調したことを考えるならば、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、この視点の可否であるが、確かにもっともな主張であり、説得力がある。しかし、訴訟の準備が十分でないならば、準備をしてから新たに訴えを提起すればよいことである。無理に当面の訴訟に抗弁として提出する必要はないし、そもそも相手方の訴求が不当であり、その理由で勝訴を確信するならば、抗弁として提出する必要もない。つまり、提出するか否かの判断は、自己の債権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えるか否かという状況にも依拠する。したがって、訴求された債権(自らの債務)についての状況も重要である。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、当該訴訟の間に知るべきであると説いたとしても、決して無理な要求とも思えない。執行の段階で気が付くならば、訴訟の段階でも気が付くことは可能であり容易のように思う。もし執行の段階で気が付かないならば、もはや相殺ができないから、気

が付くことが問題になる期間はさほど長いとは思えず、積極説であっても五十歩百歩のように思う。そもそも事前に準備して訴えを提起して勝訴した者と、準備不足の者とを同一に扱うことが問題であり、前訴において証明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。

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(二の3の(k))、これは3で述べるが、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、今後の我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つては、両刃の剣になりかねないという危険性をはらんでいる。ドイツ積極説のこの主張は、相殺権だけを念頭に置いたものではなく、むしろ取消権に対するものであるからである。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。

④のドイツ民訴法五三〇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の問題であるが(二の3の(1))、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おかしいと批判したことがある。⁽²²⁾これに対する反論は、時機に遅れた防御方法の却下の問題と請求異議訴訟の問題は、問題の次元が異なるから、矛盾するものではないというのであった。⁽²³⁾しかし、ガウルはドイツ民訴法五二〇条二項により、相殺が時機に遅れた防御方法として相当でない⁽²⁴⁾と判断され却下された場合、請求異議訴訟でも最早提出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、問題の局面が異なると考えるならば、提出を認めた方が筋が一貫しているように思う。また根拠を信義則で答えるならば、信義則の多用ではないかという印象を受ける。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、使用する側に使用する理由を合理的に説明する責任があると思う。⁽²⁴⁾信義則は安易に用いられてはならないと思うからである。消極説であれば、正にドイツの判例に見られるように、⁽²⁵⁾一貫していると思う。ガウルは積極説の立場から消極説の

判例は矛盾していると批判しているが(二の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うに思う。

3 ドイツの積極説(多数説)が示唆するもの

ド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、積極説にとって一番の問題は、その説く実体法との関係である。これは既に述べたように、日本の積極説も根拠として強調する点でもある。したがって、この点を考えることは、実は日本の積極説の基底を問うことでもある。積極説は、訴訟法は実体法を尊重しなければならないと説く。この命題それ自体は正当であり、異論を差し挟むものではない。問題はその命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。されば積極説が「ドイツの判例理論は実体法尊重を他の場面で強調しているながら、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(二の3の(b))、それは実は批判にはならない。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、実際には問題ごとに適用される態様が異なるからである。正に決定的なのは、問題の背後にある訴訟法的な利益状況の認識である。本問題で言えば、既判力の論理、訴訟制度の運営の利益において、この命題の適用の態様が検討されなければならない。

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。それは取消権行使についての取扱いの違いである(三の1の③)。すなわち、日本の通説は取消権は既判力で遮断されると説き、ドイツの積極説は遮断されないと説いている。これは何を意味するのであろうか。日本の通説は、実は折衷説ということではないだろうか。実体法の尊重と言いながら、取消権の場面では被告に前訴での行使を要求するのは、実体法尊重を貫いていないからである。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、訴訟

法的な発想である。そうであるならば、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ないし、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。どのような場合に、訴訟的視点を導入するのか、その基準が問題になる。諸般の状況を総合的に判断するというのでは、場当たりの解決になりかねない。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、その区別の基準の曖昧さを厳しく批判したが、自らも決して明確な基準を提示してはいない。形成権ごとに取扱いを異にするのが明確な基準と考えているのは錯覚であり、ドイツの積極説と比較してみると、日本の通説が区別を行う基準は、実は曖昧であるということが分かる。

4 私見の補強

日本の通説の積極説に問題があるとする、それではドイツの多数説や日本の通説でない（少数説である）積極説は正しいであろうか。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。判例が消極説であるということは、前訴で主張されることが一般的であるということである。さればこそ濫用的な形成権行使はなく、前訴の段階で既に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（二の三の（i））。あるいは執行を監視する裁判所の運用に任せるとの見解が主張されるのである（二の三の（ii））。つまりドイツの学説は濫用的な行使を希有な（27）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、判例は積極説であるから、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、ドイツの状況はそのまま日本には通用しない。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という主張の意味である。これは積極説が説くところであるが（二の三の（d））、確かに裁判所の判断に既判力が及ぶとする

ならば、判断は訴訟物の存否であるから、かような主張には説得力がある。しかし、既判力の範囲はかような理解から考えるべきではなく、請求異議訴訟の目的から民事執行法三五条二項の失権の範囲を考え、そこから既判力の範囲を考えるべきではないかと思う。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は、考察の方法が反対ではないかと思う。

第三の点は突飛な考えである。実体法の世界では等しく債権といっても、既判力を有する債権とそうでない債権とは、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に関して三の②でも言及した。しかし、根拠は単なるバランス論であつた。そこで実定法上の根拠として、間接的ではあるが、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（民執法五一一条、民執規則二六条・二七条）を挙げてみようと思う。確かに問題は全く異なるが、債権をかような点で区別していることは、実体法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。あるいは仮にそのような理解が可能としても、かような区別は実定法の根拠条文があつて初めて可能であつて、解釈で導くことは無理であるとの反論が予想される。確かにその通りであるが、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において、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。そのような区別の必要性和合理性を法律が認知したということは、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。またそのような立法の趣旨は、法解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ないかと思う。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、実定法秩序に相応するものではないだろうか。

(18) 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、現在のところ状況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。

(19) 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。

(20) 積極説の中の少数説は、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・九四頁、一〇二頁注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』『民事訴訟法の論点』二四三頁以下(一九九四年、初出は判タ八〇九号(一九九三年))等において、さらに詳細に理論を深化させている。

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))。これは建物買取請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二月一五日民集四九卷一〇号三〇五一頁に対する判例研究であるが、坂田助教授は本稿二の1で紹介したガウルの一〇版を引用している(五五頁注24、五六頁注28)。

(21) これらの論拠については拙著・前掲注(1)二七頁以下、八七頁以下で検討したことがあるので、それに譲る。

(22) ドイツ民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ところがある。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、基準時後の形成権の行使の問題について、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、相殺権の場合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。

(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)一一〇一頁。

(24) 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、それは今でも正しいと思っている。信義則の多用は理論の放棄であり、場当たりの解決の奨励である。安易に信義則論に頼って解決するのではなく、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(s))、運用基準の具体的な設定なしに単に裁判所の運用に任せるといふのであれば、場当たり的な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る。

(25) ド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殺』

法学研究七〇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るが、ドイツの連邦通常裁判所の一九九四年三月三〇日の判決（BGHZ 125, 351ff. NJW 1994, 2769ff.）の判例評釈（Jus 1995, 685ff.）の翻訳である。分かりやすい翻訳の上に、石渡教授の簡単に適確な解説と懇切・丁寧な訳者注が付されているので、これらを読むと、この問題について実際に生じた具体的な事例や問題の所在が分ると同時に、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。なおリユケ名誉教授は、本稿が問題にする既判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（前掲書一八二頁の訳者注の六）。

(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。

(27) 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。

四 おわりに

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、実体法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「二人互ニ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）とそうでないものと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。

学生の試験答案を採点する場合に困ることがある。問題を自分勝手に解釈して直接の問いに答えない答案である。問題を素直に解さないで、問題文に明定されている、あるいは隠されている条件を全く無視して、自分に都合のよい条件を設定し、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いる自己満足的な答案である。⁽²⁸⁾議論を詳細に複雑に展開させているから、一見、真面目に勉強していることを窺わせるような優秀な答案に見える。しかし、よくよく考えてみると、問題に答えていない答案であることは否定できない事実である。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いを感じる。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、反省している。正

に採点者を悩ませる答案であらう。

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¹¹青山善充編『注釈民事訴訟法(4) 裁判(一八二条〜二二三条)』(一九九七年、有斐閣)である。民訴法一九九条は高橋宏志教授が執筆された(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た上で、積極説の立場を主張されている(三二二頁以下)。それによれば、拙著刊行後の日本の状況には変化は見られないし、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きないが、⁽²⁹⁾教授の記述から、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とが分かる。

(28) 要するに、河上和雄「試験採点雑感」判タ四四六号三一頁(一九八一年)で言う「知識過剰型答案」である。なお加藤一郎「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。

(29) 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。しかし、注釈書での高橋教授の論考が目下日本においてはもつ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べておきたい。ただし鈴木正裕¹¹青山善充編『注釈民事訴訟法(4)』三二二頁での高橋教授の見解は、以前発表された「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、その要約のように思えるので、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。

「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、つまりは弁済の方法でもある。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(標準時前にな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(相殺に供するか否かを含めて)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伴わない取消権・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、被告たる権利者のこの自由が否定されるうえに、原告は被告に強制執行をし、被告も原告から取り立てる(場合によっては強制執行する)ということになるが、

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。なるほど、原告の財産状況が前訴判決確定後に悪化し被告の反対債権の経済的実価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となり意味を持ち得る。しかし、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、前訴敗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ふべきであろう。結論として、相殺権は遮断されないといふものではなからうか。」

確かにそれぞれもつともな理由である。しかし、相殺が弁済と異なるのは、相殺の場合は、被告の反対債権の存在が問題になることである（拙著・前掲注（1）三〇頁以下）。被告が相殺を主張したからと言って、その反対債権が存在しているという保障はどこにもない。実体法の世界では相殺がなされているように見えても、それは両債権が存在していることを前提にした議論である。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げるものであるとの認識が必要のように思う。執行の掛け合も、原告の側でそのような事態を望まなければ、相殺をすれば済むことであるから、常にそのような事態が生じる訳ではない。執行を掛け合う可否かは原告のイニシアチブで決めるべきである（拙著・前掲注（1）二八頁以下）。担保の問題も重要であるが、前訴の提起によって担保的関係が破綻したと見るべきではなからうか。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からうか。つまり権利実現に努力した原告と、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、同等に扱うことが問題ではないだろうか（拙著・前掲注（1）三一頁、八七頁以下）。