

論 説

訴訟上の相殺と既判力

木 川 統 一 郎
北 川 友 子

- 1 本稿の目的
- 2 現在のドイツの通説・判例
- 3 民訴法199条 1 項の政策思想
- 4 「裁判ニ熟ス」（民訴法182条）と理由中の判断の既判力の否定
- 5 予備的相殺の審理方法
- 6 相殺以外の抗弁又は抗弁権
- 7 結論

1 本稿の目的

民事訴訟法199条 2 項は「相殺ノ為主張シタル請求ノ成立又ハ不成立ノ判断ハ相殺ヲ以テ對抗シタル額ニ付既判力ヲ有ス」と定めている。この条文の解釈として、多数説は、相殺の抗弁を排斥した場合には、口頭弁論終結時を基準として、反対債権の不存在が確定されると解している。また、相殺の抗弁が理由あるとされ、原告の請求が棄却されたときは、同じく口頭弁論終結時を基準として、反対債権の不存在が確定されると解している⁽¹⁾。本稿は、この多数説に反対し、次のように解釈するのが正当であると主張するものである。すなわち、第一点として、反対債権の不成立（不存在）の場合は、既判力の基準時は、口頭弁論終結時ではなく、判決理由中で説示

(1) 兼子（松浦，新堂，竹下）条解民事訴訟法628頁，中野貞一郎，民訴199条第2項について，訴訟関係141頁

されている相殺時であると主張するものである。

第二点として、相殺有効の場合の既判力の内容は、多数説と異なり、相殺時に、原告の訴求債権が存在していたこと、被告の反対債権が存在していたこと、両債権が相殺により消滅したことであり、この判決理由中の判断自体に既判力が発生することを199条2項は定めたものである。

第三点として、相殺有効の場合の既判力の基準時は、多数説の解くのと異なり、口頭弁論終結時ではなく、判決理由中で判示されている相殺時点であると主張するものである。

2 現在のドイツの通説・判例

(1) ドイツ民訴法の条文の変遷

(1898年改正前の293条)

(第1項)

判決は、訴又は反訴により起された請求について裁判された限りにおいて既判力を有する。

(第2項)

抗弁の方法で主張された反対債権の存在又は不存在に関する判断は既判力を有する。ただし相殺に供される額までに限られる。

(現行322条)

(第1項)

判決は、訴又は反訴により起された請求について裁判された限りにおいて既判力を有する。

(第2項)

被告が反対債権の相殺を主張したときは、反対債権が存在しない旨の判断は、相殺が主張された額までに限り既判力を有する。

上記の条文の対比から明らかになることは二つある。一つは、日本民訴法199条は、その骨格が改正前のドイツ民事訴訟法293条と類似しているこ

とである。本稿の当面の課題である相殺に関する第2項をみると、わが199条2項は、「相殺ノ為主張シタル請求ノ成立又ハ不成立ノ判断」について既判力を有すると定めている点で、被告の相殺が奏効した場合を含めるドイツ民訴法293条2項と同じである。これに反し、ドイツ現行民事訴訟法322条は、「反対債権が存在しない」旨の判断に限って既判力を生じると定めているので、立法者の意志は、明らかに、相殺奏効の場合の既判力を否定するにあったと認められる。

(2) 現行ドイツ民事訴訟法322条2項の解釈

現在、ドイツの判例学説の一致しているところによれば、ドイツ民事訴訟法322条2項の文言には、反対債権が存在し、請求債権との相殺が有効に行われた場合が含まれているのと同様に同条2項の解釈が行われている。すなわち同条2項は、被告の相殺が有効に行われ、その結果、被告の相殺債権（反対債権）が「もはや存在しない」（Nichtmehrbestehen）場合にもはたらく。そして、この場合には、請求債権（A債権）と相殺債権（B債権）が存在したこと、及び相殺額まで消滅したとの理由中の判断が既判力をもって確定される⁽²⁾。そして、既判力の内容は、判決書の判決理由によってきまる。

同旨の文献が多数あるが、例証として二つほど指摘しておく。例えばMusielakは、通説の内容を紹介しつつ、相殺有効の場合には、相殺の意思表示前に請求債権と反対債権がともに存在したこと、双方が相殺額まで消滅したことが既判力により確定されるとしている⁽³⁾。

また、Coester-Waltjenは、1990年に発表した論文で次のように述べる。すなわち、請求債権が相殺により消滅したという理由で原告の請求が棄却

(2) Gottwald, MKZPO § 322 Rn 179; BGHZ 36, 316, 319=NJW 1962, 907; RGZ 161, 167; Stein-Jonas-Leipold, ZPO 20Aufl. § 322 Rn169; Zöller-Vollkommer, ZPO 19. Aufl. § 322 Rn 21; Blomeyer, ZPR(1963)§89 VI 2a; Grunsky, Grundlagen, 2Aufl. § 47 IV 2a; Musielak, Die Aufrechnung des Beklagten im Zivilprozeß, Jus 1994, 817, 825

(3) Musielak, Die Aufrechnung des Beklagten, Jus 1994 S. 825

されると次の二点について既判力を生じる。第一は、訴求債権は存在した、そして消滅したということ、第二は、反対債権は存在した、そして消滅したことである⁽⁴⁾。

(3) 日本の多数説との対比

日本の多数説は、前述のとおり、口頭弁論終結当時を標準として、反対債権が存在しないこと自体に既判力を認める。あたかも、反対債権確認の訴えに対し、裁判所が反対債権は存在しないことを確認するとの主文(請求棄却の主文)で判決を下したのと同様の既判力を発生せさようとする。したがって、既判力の基準時を口頭弁論終結時とする。また、理由中の判断としての、二つの債権の相殺時の存否や、相殺の意思表示の効力の判断とは切斷されたところの、反対債権なしの判断自体が既判力をもつと解されている。

これに対し、ドイツの通説判例の解釈は、反対債権については、判決主文で判断されないことを前提に、判決理由中の判断に既判力があるとする。すなわち、予備的相殺の抗弁が提出された場合は、反対債権を暫らく度外視して、そもそも訴求債権が発生したか、発生後消滅原因があるか、したがって相殺時点で訴求債権が存在(bestehen)しているかをまず審理し判断する。そしてこの訴求債権ありとの理由中の判断が既判力を有するとされる。次に反対債権を審理して、これが相殺時に存在するかどうかを判断する。この反対債権ありとの理由中の判断が既判力をもつ。さらに裁判所は、相殺の意思表示が有効であるかどうか(例、相殺権のない補助参加人が訴訟上相殺していないか又は、意思表示に瑕疵があって無効かなど)を審理する。これが有効であるとの判断に到達するときは、相殺が有効であること、したがって訴求債権と反対債権がともに消滅したことを判断する。この理由中の判断自体に既判力が生じる。

結論として、相殺有効の場合の既判力は、口頭弁論終結時に、反対債権

(4) Coester-Waltjen, Die Aufrechnung im Prozeß, Jura 1990, S. 30f.

がないという点に発生するのではなく，裁判所が，原告の請求を棄却するとの判決主文を理由づけるために下した理由中の判断自体に既判力が発生すると解されているのである。したがって，その場合の既判力の内容として，訴求債権の存在と反対債権の存在とは，被告の相殺の意思表示のなされた時点である。また，相殺という法律行為の効力の判断は，同じく意思表示がなされた時点が基準となろう。また，二つの債権の消滅は，相殺の意思表示が完了した時点ということになる。相殺有効のケースでは，原告の請求を棄却する判決理由としては，両債権の相殺による消滅を判断すればたり，両債権の相殺後の不存在を云々する必要はない。不存在という表現が必要となるのは，債権の消極的確認の訴の主文の表現としてである。

これに反し，裁判所が，訴求債権の存否を審理してその存在を確認し，次に反対債権の審理をしたところ，反対債権は不存在であるとの結論に到達したとしよう。この場合には，反対債権が発生(entstehen)しなかった場合と，発生はしたが相殺時より前に別の原因で消滅した場合が含まれる。いずれも相殺時点では不存在である。この場合も，理由中の判断である不発生，発生後の消滅の判断と結合して，反対債権の相殺時の不存在の判断が既判力をもつと解される。

3 民訴法199条1項の政策思想

(1) 原則規定と例外規定

相殺に関する判断の既判力規定（改正前のドイツ民訴法293条2項・改正後の322条2項・日本民訴法199条2項）の正しい位置づけをするためには，既判力の客観的限界に関する原則規定の性格と機能を正しく把握することが不可欠である。なぜなら，相殺の既判力に関する第2項の規定は，第1項の原則に対する例外規定であるとの認識に争いはないからである。

(1) 普通法訴訟の既判力理論からの転換

前記CPO，ZPO，日本民訴法の既判力規定の第1項は，普通法訴訟にお

ける既判力理論，とりわけ Savigny 及び Windscheid に代表される既判力理論からの立法者の意識的転換を意味する⁽⁵⁾。とりわけ，Savigny は，判決理由中における先決的法律関係にかんする判断に既判力を認めていたし，Windscheid は，要件事実の認定に既判力を認めていた⁽⁵⁾。

たとえば，A が B に対し，ある物の所有権にもとづく返還請求の訴を起して勝訴した。その判決理由をみると，第三者 E が右の物の所有権者であったが A は E を相続したと認められると記載されている。Savigny 理論では，この判決の既判力により，A が E の相続人であったことが確定される。したがって，あとから A が B に対し第二訴訟を起し，もと E の所有物で B の占有するその他のものを訴求すると，この裁判所は前記の既判力にしばられることになる。⁽⁶⁾この理論にしたがえば，家賃請求訴訟の判決の既判力は，理由中で認定された家屋賃貸借関係・賃貸借契約事実の判断について生じることになるし，利息請求訴訟の判決の既判力は，理由中で判断される元本債権・元本貸付の有無についても生じることになる。

(2) 既判力を訴訟物判断に限定する政策

この原則の立法者意思は，判決効は，当事者の訴又は反訴の請求の趣旨に明瞭に現われている意図を超えてはならないというにある⁽⁷⁾。すなわち，訴訟の経過の中で，双方当事人がこの点についてのみ既判力が生じることとを十分意識した点についてのみ既判力を発生させるべきだということである。既判力の客観的範囲も，手続の予測可能性の枠内におさめられなければならないと考えられたのである。また，理由中の判断に既判力を認めると，もしこの判断が誤っていた場合，それでも既判力の名において後訴をしぼり，不当判断の不当な拡大になりかねないからである。

(5) Stölzel, *Schulung für die zivilistische Praxis*, 5. Aufl. Teil II S. 139; Zeuner, *Zur Bemessung der Rechtskraft in Fällen der Aufrechnung*, Jus. 1987 S. 354, II 1; Rosenberg-Schwab-Gottwald, 15. Aufl. § 153 III

(6) Schlosser, ZPR I, Rn 219.

(7) Hahn, *Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, II 1, 1880, S. 291.

(3) 既判力を限定する政策の審理に及ぼす影響

(i) 予備的事実主張の拘束力の否定

被告が原告の請求原因を否認し，かりに原告の請求権を裁判所が認める場合を慮ばかって，予備的・条件付で消滅時効を援用すると答弁した。

この答弁は裁判所が証拠調の結果，原告の訴求債権は認められるとの結論に到達した場合に，はじめて消滅時効の答弁を審理し，判決理由としてほしいとの条件付主張である。

しかし，この条件は既判力を訴訟物判断に限定するとの法律の採用した原則のもとでは裁判所を拘束しない。被告の各防禦方法の審理順序は裁判所の職権事項である。すなわち，裁判所は，数ある防禦方法のいずれを採用して請求を棄却することも自由である⁽⁸⁾。ただし裁判所は，主張された防禦方法の中，最も早く主文判断に到達できる防禦方法から審理する職責がある。

(ii) 実体法論理の無視は適法

実体法論理によれば，存在しない請求権について消滅時効が完成することはありえない。しかし，民訴法199条1項（理由中の判断に既判力なし）の論理は，右の実体法論理からくる順序を無視して差支ない。訴求債権の有無の判断を留保したまま，いずれにしても消滅時効は完了していると説示して請求を棄却することができる⁽⁹⁾。

契約の履行を求める訴訟で，被告は訴求債権を争い，詐欺による取消と錯誤無効を主張したとしよう。実体法の理論では，無効な法律行為の取消が有効ということは厳密にはおかしい。しかし訴訟法の理論では，詐欺の事実が証拠上先に認定できれば，その時点が審理を終結すべき時点である（182条）。

(iii) 択一的判決理由は適法

冒頭の事例で，請求原因を被告が否認し，あわせて「条件付」に消滅時

(8) Stölzel, Schulung für die zivilistische Praxis, 5. Aufl. II S. 45 ff.

(9) vgl. Schneider, Der Zivilrechtsfall, 7. Aufl. S. 924.

効の抗弁を提出した場合を考えてみる。裁判所が消滅時効を採用して原告の請求を棄却する場合、判決理由は次のようになろう。すなわち、訴求債権は存在しないか、又は、かりに訴求債権が存在するとしても、消滅時効が完成したと認められる。いわゆる択一的な判決理由(Alternative Begründung)であり、理由として十分である、この場合は請求原因については証拠調べをしなくてもよい。この択一的判決理由では、いうまでもなく終結時の原告の請求権の有無は確定されず、のちのち、あらためてこの時効にかかった請求権に向けてなされた弁済金の返還問題とか、時効にかかった請求権による相殺(民法508条)の問題が発生すると、この請求権の存否は改めて審理判断を受けることとなろう。

もう一つ事例を検討しよう。

契約内容の履行を求める訴訟で、被告は、契約の成立を否認し(第一の防禦方法)、かりに成立したとしても瑕疵無効である(第二の防禦方法)と主張する。かりにこれが認められないとしても弁済した(第三の防禦方法)。この場合に、弁済証書はしっかりしており、他方契約の成立の有無、意思表示の瑕疵の有無を判断するには、双方から複雑な事情が主張されているとしよう。この場合、弁済の存在について十分な心証をとったときが、民訴法182条にいう「裁判ヲ為ニス熟スルトキ」であり、裁判所は審理を終結しなければならない。これ以上審理を続けることは、主文に影響がなく、裁判所が無用な証人調の費用を発生させたという非難を受けてもやむをえない。したがって裁判所は、かりに請求権が発生したとしても弁済によって消滅したとの択一的判決理由で請求を棄却して差支ないし、またそう処理する職責がある。したがって、弁済時点で訴求債権が存在したかどうかは審理されていないし、この点については既判力はない。したがって、弁済時点における訴求債権の有無について、のちのち争いがおこれば、あらためて第二訴訟において結着がつけられなければならない。私見では、理由中の判断には既判力がないので、被告(弁済者)は、この弁済金相当額を不当利得として第二訴訟で返還請求することができる⁽¹⁰⁾。ここで弁済時の(第

一訴訟の) 訴求債権の有無が焦点となって審理されることになる。この訴訟で、かつての訴求債権が弁済時にすでに不発生により不存在、又は発生後別の原因で消滅し、不存在と認定されれば、弁済金相当額の返還を命じる判決は、第一判決の既判力(終結時の訴求債権の不存在)の枠内のことであって、既判力に反することはない。

免除の抗弁と代物弁済の抗弁が提出され、裁判所が代物弁済を理由に請求を棄却した場合も、右弁済の事例と同様のことがおこりうる。

4 「裁判ニ熟ス」(民訴法182条)と理由中の判断の既判力の否定

(1) 民訴法182条の立法趣旨

民訴法182条は「訴訟カ裁判ヲ為スニ熟スルトキハ裁判所ハ終局判決ヲ為ス」と定める。この条文は、単に当事者が他に主張立証なしと述べたときは、終結して判決しなければならないことを意味しているのではない。「裁判成熟」(Entscheidungsreife)は、とりわけ、請求棄却の方向で最も重要な機能を果すものである。それは審理期間の短縮化に著効がある⁽¹⁰⁾。なぜならば、請求原因が否認され、かつ数個の抗弁が提出されているとき、それらの争点を1つだけ否定的に判断できれば終結に値するからである。これに反し、原告の請求を認容するには、請求原因を肯定し、数個の抗弁のすべてを排斥しなければ判決に熟さないことはいうまでもない。

したがって、主張と証拠申請、書証の内容などから、どの点を攻めれば請求棄却にもちこめるかの憶測をたて、そこから証人調を行うのが、199条1項、182条の趣旨に合するのである。抗弁からの証人調は少しも差支えない。その結果、抗弁について心証をえれば、請求原因に関する証人は、呼び出してあっても取調べないで終結するのが正しい。ドイツの裁判官はこ

(10) 同旨、兼子一・條解民事訴訟法（昭和26年），129頁

(11) vgl. Schneider, a. a. O. S. 236, 288

の点の工夫をしており、一時間でも裁判所のエネルギーの浪費をさける工夫をしている人が多い。

この点日本の実務は、改善の余地があろう⁽¹²⁾。

(2) 民訴法182条と紛争の再燃

理由中の判断の既判力を否定し(199条1項)、とりわけ請求棄却の方向において、短期に判決を下すという方法(政策)にはもちろん欠点があることは否めない。なぜなら理由中の判断をめぐって紛争が再燃する余地があるからである。しかし、紛争が再燃するとは限らないことも確かである。もちろん、紛争が再燃しないことの方が実務的には多いであろう。

契約上の請求に対し、無効と詐欺の抗弁が提出され、裁判所が詐欺を認定して請求を棄却しても、詐欺の認定には既判力はなく、被告が損害賠償の第二訴訟を起した場合に、彼が勝訴するとは限らない。無効の抗弁と弁済の抗弁の中、裁判所が弁済をとって請求棄却すれば、被告は弁済金の返還を求め、弁済時の請求権の不存在を主張することがおこりうる。しかし、199条1項の立法者は、紛争再燃の可能性を認めつつも、「請求に限って」速やかに裁判する方策を是とすることに踏みきったのである。したがって、請求棄却の判決の既判力は、なぜ棄却をとったのかの根拠は確定しないのである。無効と弁済の抗弁が提出されて、裁判所が弁済をとって請求を棄却したとき、訴求債権が弁済によって消滅したことは既判力をもって確定されることはない。

(3) 無条件相殺(非予備的相殺)

被告が答弁者で、「請求原因は否認する。抗弁として無条件に相殺する」と述べた場合の取扱いについては争いがある。とりわけ、被告の反対債権が当事者間で争いがない場合、民訴法199条1項に乗って処理するのか、それとも199条2項の取扱い(訴求債権の有無の審理判断が不可欠)が正しいの

(12) 日本では、すべての争点について、すべての人証を取り調べ、あとでよく読んで判断すればよいというスタイルの裁判官がかなり多い。これは、199条1項、182条を頭から無視した審理方法であり、余りに無駄が多い。

かの論争である。Schneiderによれば、民訴法199条1項にしたがって問題を解決する説の支持者の方が多いとされる⁽¹³⁾。私見もこの説に賛成である。そこで、Schneiderのいう多数説を使ってこの取扱いを考えてみる。

まず裁判所から眺めてみると、被告の反対債権の存在は当事者間に争いが無い。この反対債権をもって無条件に相殺すると被告は述べている。しかし訴求債権の相殺時の存在(Bestehen)は被告によって争われている。被告はさらに、訴求債権の当初の発生(Entstehen)をも否認している。この時ドイツの多数説は、訴求債権の存在を審理判断することなく、「訴求債権は不発生であるか、かりに訴求債権が発生したとしても、いずれにせよ相殺によって消滅した」との択一的判決理由をもって、速やかに原告の請求を棄却することを認める⁽¹⁴⁾。この判決の既判力は、原告の請求権が口頭弁論終結時に存在しない点について既判力を生じる。しかし、相殺時に訴求債権が存在したことについても、相殺が有効に行われて、反対債権が消滅したことについても既判力は生じない。なぜ原告の請求権が否定されたのかの理由中の判断には既判力は生じない。いわゆる抗弁に既判力なし(199条1項)の原則が働くことになる。

したがって、この判決は、争いをのちに積み残したことになる。ことに、請求棄却の判決の既判力の枠内で、それにふれることなく、被告は、反対債権存在確認、または進んで反対債権の履行を求めて第一訴訟の原告を訴えかえすことができると思う。この第二訴訟の中では、あらためてかつての訴求債権の発生の有無、相殺以外の理由によるその消滅の有無が審理されることになろう。

ドイツでは実務家に支持者の多いこの説に私が賛成する理由は、199条2項に対して、第1項は原則を定めており、この原則に従った審理を求める相殺者の意思は尊重すべきだという点にある。

たしかに反論もあろう。このような取扱いでは、相殺時の訴求債権の有

(13) Schneider, Der Zivilrechtsfall, 4 Aufl. S. 241

(14) 同旨は, Grunsky, Grundlagen, 2 Aufl. S. 151

無も、反対債権の有無も、そしてさらに相殺の有効性すら確定せず、確定するのは、ただ原告の請求が棄却されたという結論だけになる。このような中途半端な解決（ただし迅速な解決）よりも、予備的相殺と同様に取扱って、訴求債権を審理確認し、反対債権の存在を確認し、相殺の効力を確認し、この理由中の判断に既判力をもたせた方がよいというのが反対論である⁽¹⁵⁾。だが、こういう反論に対しては、次のように反論することができる。すなわち、199条1項というものはもともとそのようなものである。他のすべての抗弁権についても同じことが起る可能性があるのに、立法者は第1項を原則としたのだと。そして、紛争の再燃の余地を残しつつも、迅速に当面の請求を棄却するというのも、一つの正当な価値と認めうるからである⁽¹⁶⁾。

5 予備的相殺の審理方法

(1) 相殺の抗弁が主張された訴訟の審理方法には、文献上従来から三つの見解があった。それぞれの学者により、微妙な相異が認められるが、基本思想に著目してあえて三つに典型化して論ずることとする。

第一説は請求棄却説(Klageabweisungstheorie)であり、第二説は緩和された証拠取調説であり、第三説は極端な証拠取調説(Beweiserhebungstheorie)である。

(2) 請求棄却説

この説は、予備的相殺の抗弁であると無条件の相殺の抗弁であろうと、訴求債権の存在又は発生に争いがあっても、抗弁からの審理を認める。そ

(15) Schreiber, Grundprobleme der Prozeßaufrechnung, JA 1980, 344ff; Musielak, a. a. O. S. 826f.

(16) Stölzel, Schulung für die zivilistische Praxis, 5. Aufl. § 11; derselbe, Klageabweisungen wegen durchgreifenden Einwandes und deren Wirkungen, ZJP 42(1912), S. 443ff.; Redlich, Die Rechtskraft der Entscheidung für die Gegenforderung im Falle der Aufrechnung, ZJP 25 (1899) S. 357ff.

して反対債権の存在と相殺の意思表示の有効性を確認したときは、直ちに裁判に熟したものとして請求を棄却することを認める。この説は、相殺の抗弁が提出されても、199条1項の政策思想をできるだけ貫徹しようとする。すなわち、同条1項は、請求原因が否認され、数個の抗弁が提出されているとき、一つの争点の否定的判断で請求を速やかに棄却することを認め（迅速な裁判の理想）、その代償として、既判力を訴訟物判断に限定するものである。請求棄却説はこの199条1項（及び182条の裁判成熟の規定）の政策を、相殺の抗弁にまで貫徹しようとするものである。その実務的効用は、反対債権に争いがなく、少くとも簡単な証拠調べにより速やかに反対債権の存在を肯定しうる場合である。この場合には、訴求債権の発生ないし相殺時の存在について証拠調べをすることなく請求を棄却することを認めるし、それだけでなく、裁判に熟しているのであるから、終結して裁判する義務があると考えるのである。

この考えの支持者、とくに Stölzel は、民事訴訟法、とりわけドイツ民訴法322条には、まず訴求債権について証拠調べを実施し、その存在を確認したのちに反対債権の審理をせよとの要求は含まれていないという。また、相殺の抗弁についてそのような審理を命じる特別な手続形態は定められていないと主張する⁽¹⁷⁾。そして、立法者は、普通法訴訟、とりわけ Savigny の理由中の判断の既判力に関する考え方を、322条2項（わが199条2項）に残存させたのであるから⁽¹⁸⁾、裁判所が判決主文で請求を棄却し、判決理由において、訴求債権の存在と相殺債権の存在を認定して、訴求債権との相殺により消滅したと認定していれば、この判断が既判力をもつことを認める。

しかし、たとえば、訴求債権は争いがあり、被告が免除と相殺の抗弁を提出しており、しかも反対債権に争いがなくときは、この説によれば、直ちに終結して請求を棄却することになるが、この場合の既判力は、訴訟物判断に限定されることになる⁽¹⁹⁾。そして、免除が先であれば反対債権は消

(17) Stölzel, a. a. O. S. 226f.

(18) Stölzel, a. a. O. S. 166

滅しないので、免除が先か相殺が先かの争いは、反対債権を主張する第二訴訟にもちこされることになる⁽¹⁹⁾。

私は、請求棄却説の重視するわが199条1項(既判力範囲の限定)および182条(裁判成熟の規定)も政策は、無条件相殺において、反対債権に争いが無い場合、及び簡単な証拠調で反対債権の存在を認定しうる場合に限って肯定すべきであるとの見解をもっている。これに反し、相殺者(被告)が、予備的にのみ相殺を主張し、やむをえない場合にのみ反対債権を犠牲にしようという態度に出ている時は、次の証拠取調説が正当であるとする。

(3) 緩和された証拠取調説

(イ) その内容

被告(相殺者)が、無条件に相殺をし、かつ反対債権の存在が先に確定できるケースでは、訴求債権に向けた証拠調をしないで、直ちに「裁判ヲ為スニ熟」しているので、原告の請求を棄却してよいとする⁽²⁰⁾。この点で、無条件の相殺の場合にも、必ず訴求債権の証拠調を行い、次に反対債権の審理をしてその結論を出し、既判力は、相殺時における反対債権の不存在の判断に生じさせる(あるいは訴求債権と反対債権の相殺時の存在と消滅に既判力を発生させる)という極端な証拠取調説(Die extreme Beweiserhebungstheorie)よりも、証拠取調の必要範囲が緩和されている。この説は緩和された証拠取調説(Die gemäßigte Beweiserhebungstheorie)と呼ばれる⁽²¹⁾。端的に言えば、この説は、予備的相殺の抗弁が提出された場合、必ず訴求債権について証拠調を行い、訴求債権の存在を確かめなければならないとするもので、日本及びドイツの通説であり判例である。そして、訴求債権が不存在とわかれば、終結して請求を棄却するを要し、反対債権については審理も判断も不要とする。これを調べても判決主文に影響するところが

(19) Stölzel, a. a. O. S. 151.

(20) Schneider, Der Zivilrechtsfall, 7. Aufl. Rn 925, 926; Grunsky, Grundlagen, 2. Aufl. S. 151; Blomeyer, ZPR § 60 I 2.

(21) Schneider, Der Zivilrechtsfall, 4 Aufl. 235, 241, 243

ないからである。これに反し、証拠調の結果、訴求債権の相殺時の存在が認められるときは、進んで反対債権の審理を行う。その結果、反対債権の存在も認められれば、相殺の意思表示の有効を確認した上で、判決理由には、両債権の存在と、相殺による両債権の消滅を認定し、この認定が既判力をもつ。これが、現在のドイツの通説判例である。

これに関し注意すべきは、199条2項は、第1項の原則(系譜的にはプロイセンの実務)に対する例外であるだけでなく、Savignyに代表される普通法訴訟の「判決理由の既判力」を残存させたものである点である。この第2項は、判決理由の既判力なのであって、中間確認の訴や反訴の申立を解釈上擬制して既判力を認めたものではない。かりにこのような擬制をすれば、中間確認の訴又は反訴の訴訟物として反対債権を観念的に位置づけ、既判力は、相殺時ではなく、口頭弁論終結時における反対債権の不存在について生じると解釈することになろう。日本の多数説は、結果的にはこう考えているのではないかと憶測される。この解釈によれば、訴求債権の不存在は199条1項により、反対債権の不存在は199条2項により確定するから、事後に問題は発生しないと見ているようである。

(ロ) 訴求債権に対するすべての防禦方法の排除の先行

この説は、訴求債権についてまず証拠調を行うことを必要とする。したがって請求原因が否認されていれば、この点について証拠調を行わなければならない。これによって訴求債権の発生(Entstanden sein)をまず確認しなければならない。次に、訴求債権に対するすべての抗弁を(ただし相殺を除く)証拠調によって排除しなければならない。これによって最終的に訴求債権の存在を確認しなければならない。もっとも、この段階で訴求債権が否定される場合は、199条1項の、請求棄却理由の選択の自由(Richterliche Wahl der Urteilsgründe)が働きうることは当然である。このようにして訴求債権の存在が認定できた上で、反対債権の審理を行うことになる。その結果、反対債権が不存在とわかれれば、請求を認容することになる。この場合は、相殺時における反対債権の不存在の判断が、理由中の判断であるに

もかわらず既判力をもつ。これは理由中の判断自体の既判力であるから、その判断内容どりの既判力を生じるのであって、口頭弁論終結時点の反対債権の不存在に既判力が生じるのではない。

また、証拠調の結果、相殺時に訴求債権と反対債権の存在が認定できれば、(相殺による消滅を含めて)この認定自体が、理由中の判断であるにもかかわらず既判力を与えられる。このように解するのがドイツの通説・判例であり、私見はこれを支持する。こう解することにより事後の紛争は根本的に排除される。

(イ) 既判力の生じ方と手続形態

既判力が判決主文の判断に限定され(199条1項)、理由中の判断に既判力が生じないという規定は、それに適合した審理形態を要求する。抗弁からの審理も差支えないし、どの抗弁から審理するかも裁判官の裁量に委ねられる。その結果、訴求債権の発生の有無について審理することなく請求を棄却することは差支えない。一つの争点を否定できれば、確実に訴求債権は否定できる関係にあるから、この手続形態は、判決主文(請求棄却)の正当性を保証する⁽²²⁾。このような審理形態は、既判力が訴訟物判断に限定されることから出てくる結果現象である。しかし、原告の請求権の発生を確かめていないままの請求棄却であるから、弁済、代物弁済等の出損は、それらが不当利得となるかを、第二訴訟にもちこして解決しなければならない(これに反し、弁済の抗弁を排斥して請求を認容したときは、弁済金の不当利得返還請求は既判力にふれる⁽²³⁾)。

次に、199条2項の既判力を検討する。相殺の意思表示がなされ、反対債権を否定して請求を認容する場合、反対債権不存在の認定が既判力をもつ。

(22) 322条(わが199条)の1項と2項の既判力の生じ方と、その既判力の内容の正当性を保証する手続形態の関係を検討する論文として Henckel, Prozeßrecht und Materiellesrecht, S. 220ff.

(23) Stein-Jonas-Leipold, ZPO, § 322 Rn 267; Gaul, Materielle Rechtskraft, Vollstreckungsabwehr und zivilrechtliche Ausgleichsansprüche, Jus, 1962, S. 10f.

また、請求を棄却して、理由中に、請求債権と反対債権がともに存在し、有効な相殺によって共に消滅した旨の認定がなされる。そしてこの認定自体が Savigny 理論によって既判力をもつ。このような既判力の発生の仕方に適合した審理形態は何か。換言すれば、右のような既判力ある理由中の判断の正当性が保証されるような審理形態は何かである。こう考えてくると、請求債権の存在に既判力を与える以上は必ずこの点について十分な証拠調を当事者に保証しなければならない。また反対債権の存否の判断に既判力を認める以上、この点の証拠調を保証しなければならない。そして、反対債権による相殺によって、請求債権が相殺適状時に（遡って）消滅したことに既判力が生じる以上、請求債権が——他の抗弁によってではなく——正に相殺によって消滅したことを確認できるような審理形態が不可欠となる。いわゆる証拠取調説はこのことを審理方法として要求しているのである。そうすると、二つの債権が存在し、かつ相殺によって消滅したとの認定（既判力内容）の正当性を保証するには、たんに請求債権の発生原因について証拠調が必要というだけではならず、請求債権に対する（相殺を除く）すべての抗弁が証拠調によって排除されることが必要である。さらに反対債権についても、その発生原因の証拠調が必要というだけではならず、反対債権に対するすべての再抗弁が証拠調によって排除されなければならない。予備的相殺の審理にかんする証拠取調説（Beweiserhebungstheorie）は正にこのことを要求しているのである。

（二）証拠取調説は法規定上の根拠を欠くという見解について

この批判は、請求棄却説からの反論である。すなわち請求棄却説の実定法上の根拠は199条1項であり、それを手続的に裏づけるものが182条である。そして199条2項で、とくに反対債権の不存在または反対債権が「もはや存在しないこと」（相殺有効）の既判力の定めがあっても、これに適合する特別な審理方式の定めが民訴法の中に見当たらないのであるから、被告から相殺の抗弁が提出されても、裁判官の争点選択、審理順序の選択、棄却理由の選択の自由は保持するのが当然であると解するのである。そしてこ

の審理方式は、訴訟物限りの迅速な訴訟という一大理想に奉仕するものであるから、みだりに侵犯すべきものではないとする。しかしこの説も個々のケースで、簡易迅速な請求棄却の途を進むことができず、結果的に請求を認容し、反対債権を理由中で否定する場合、又は請求棄却をして、理由中で、請求債権と反対債権の存在、その相殺による消滅を判断する場合には、199条2項の既判力を条文どおり認めていくのである。この説といえども、このように理由中の相殺判断をする場合には、既判力内容の正当性を保証するために、結局は請求債権の存在から証拠調をしなければならないことになろう。そうすると、相殺審理の特別の審理形式がないと批判しても、この批判は決して迫力のあるものではない。私見では、199条2項が、1項の例外として、判決理由中の相殺に関する判断に特に既判力を認めていると定めている以上、既判力内容の正当性を確保する審理形態(まず請求債権の証拠調)をとることは当然であり、その限定で民訴法182条の原則は制限されるのが当然であると考ええるゆえに予備的相殺の審理については通説である証拠取調説が正当である。

たとえば、請求債務の免除が先であったか、相殺の意思表示が先であったかが争点のケースで、たまたま反対債権の存在が認定できると裁判所が判断した場合に、直ちに終結して請求を棄却すると(請求棄却説ではこうなる)、結局免除の有無についての結論は出されず、したがって請求債権の相殺時の存否は確定されず、いきおい反対債権の相殺による消滅(*Verbrauch der Gegenforderung*)は確定されないことになる。この判決理由は択一的認定(いずれにせよ請求債権はない)となるからである。これは原告の意思にも相殺者の意思にもあわないであろう。このような択一的判決理由(182条の考え方)により迅速に請求を棄却してよいのは、無条件相殺が明確に主張され、しかも反対債権自体について争いがないような場合に限るべきであろう。

(4) 極端な証拠取調説

この説は、無条件相殺であると条件付相殺(請求債権の存在を裁判所が認定

することを条件とする予備的相殺)であるとを問わず、凡そ被告が相殺の抗弁を主張するときは、例外なく証拠取調説を貫徹する見解である。被告が訴求債権を否認し、かつ無条件に相殺すると陳述する場合で、被告の反対債権の存在に争いがなくとも、訴求債権の証拠調を不可欠と考える見解である⁽²⁴⁾。この見解によると、この場合でも請求棄却説は不当とするのである。すなわち凡そ相殺の抗弁が提出された場合には、常に訴求債権の証拠調を先行させ、判決理由のあり方としては、訴求債権あり、反対債権はない(請求認容)というタイプか、然らずんば、訴求債権も反対債権も存在する、両権利は相殺により消滅した(請求棄却)というタイプのいずれか一方を強いることになる。そしてこの判決理由中の判断に既判力を発生させ、これにより事後の紛争を根絶しようとするのである。

私はこの説に反対である。反対債権に争いがなく、被告が無条件(非予備的)に相殺するときは、直ちに請求を棄却してよいと考える。第一の根拠は、もともと被告には速やかに請求を棄却してもらうべく、数個の防禦方法を提出する権限があり、裁判所は、防禦方法の一つを選択して請求を速やかに棄却することができるというのが訴訟法の原則である(199条1項, 182条)。被告がこの地位を活用して明示的に無条件存在を主張するときは、原則どおりに問題进行处理して差支ない。第二に、199条2項は、条文の文言からみても、「相殺ノ為主張シタル請求ノ成立又ハ不成立ノ判断ハ」既判力を有すると定められているにとどまり、必ず「成立又ハ不成立」について判断しなければならないとは表現されていないからである。同条は、右のような「判断」をするには、訴求債権の証拠の取調べを要することになると解すれば十分である。

6 相殺以外の抗弁又は抗弁権

(24) Musielak, a. a. O. S. 826

Leipold は、322条 2 項(日本民訴199条 2 項)の特則は、相殺の特色にもとづくという⁽²⁵⁾。たしかに相殺によって、原告も被告も自己の債権について満足をえる。そして同時に自己の債務から解放される。この点から、二つの債権がともに存在し、ともに相殺により消滅(ただし力点は反対債権の消滅にある)したとの理由中の判断に既判力を認める必要性が高い。そうしないと、相殺判決後再度の反対債権による訴提起が可能となるからである。

しかし、紛争の再燃の余地が残るのは、相殺の抗弁に限らない。弁済、代物弁済によって請求を棄却した場合も、訴求債権の発生、又は発生後の他の原因による消滅が確定しないのであるから(199条 1 項, 182条)、改めて被告は訴求債権の不発生を立証し、過誤弁済金の返還を求めなければならない。もし、弁済や代物弁済の場合に、紛争の余地の積み残しをしたくないのであれば、弁済、代物弁済についても199条 2 項類似の規定を設け、証拠取調説を適用し、まず訴求債権の弁済時点における存在を確認し、弁済によって訴求債権が消滅したとの理由中の判断に既判力を認めることも決して突飛な立法政策だとはいえない。この場合、わが争点効論のごとく、弁済を天王山として攻防を盡した以上、弁済ありとの判断に争点効を認めても解決にはなるまい。訴求債権の存否が未定であれば、紛争は再燃せざるをえないだろう。

相殺は、反対債権を犠牲にする点で弁済の代替物(Erfüllungssurogat⁽²⁶⁾)である。それなるがゆえに、証拠取調説が妥当するのである。すなわち、他の原因によるのではなく、正に反対債権による相殺によって訴求債権が消滅したことを確認できるような審理方式が必要視される。逆にいえば、この審理方式を用いれば、弁済、代物弁済についても理由中の判断に既判力を発生させるという立法も十分考えられる。また、留置権者の反対債権や同時履行の抗弁権者の反対債権は、原告の訴求債権を相殺のごとく消滅

(25) Stein-Jonas-Leipold, § 322 Rn 166.

(26) Zeuner, Zur Bemessung der Rechtskraft in Fällen der Aufrechnung, Jus 1987 S. 354, 356.

させないけれども、裁判所の審理内容は相殺の場合の反対債権の審理内容と大差がないように思う。ドイツ民訴法の立法者は、普通法訴訟の長期化にこりて、例外と相殺に限定したけれども、この限定には、論理的にも実務的にも必然性は必ずしも認められないと思う。

7 結 論

(1) 199条2項は、先決問題（Vorfrage）や要件事実の理由中の判断に既判力を生じるとの考え方を、相殺の場合に限って残存させたものである。したがって、訴求債権と反対債権の相殺時における存在、相殺による両者の消滅の判断を一体として既判力をもって確定しようとするものである。とりわけ予備的相殺の抗弁の審理方法としては、199条1項が制限され、証拠取調説によって審理する必要がある。こう解釈することによって、反対債権の再度の行使は完全に制圧しうる。また原告からの相殺無効（反対債権は当初より不発生）を理由とする不当利得返還請求も防止することができる。多数説のいう口頭弁論終結時の反対債権不存在の既判力よりもより完全に紛争の再燃で防止できる。

(2) 多数説は、口頭弁論終結時の反対債権の不存在自体に既判力を生じさせるが、この結論は正式な反対債権存在確認の訴の棄却判決の既判力と同じであり、199条2項と体系的に矛盾する。

(3) 多数説のように、理由から切断されて、反対債権の不存在自体を確定するというのでは、反対債権がそもそも相殺時にあったのか、始めから発生しなかったのか、訴求債権との相殺で消滅したのか、それ以外の再抗弁で消滅したのか不明で、これらの点にはすべて既判力がないことになる。同様に、訴求債権の不存在は199条1項で確定するが、はたして相殺により消滅したのか、当初から不発生であったのか、発生したが相殺以外の理由で消滅したのかは既判力で確定されない。そうすると、多数説では、訴求債権不存在と（199条1項）、反対債権不存在（199条2項）という既判力の外

枠の中で、被告が、訴求債権は不発生であったことを証明して相殺額相当の不当利得の返還を求める余地がある。これは、口頭弁論終結時を基準とした反対債権不存在の既判力には反しないと思う。むしろ反対債権不存在の既判力を前提とした返還要求である。相殺は、弁済と同じ出捐行為であるから、実質的不公平があれば、不当利得の成立を肯定すべきである。理由中の判断の誤りを指摘することは、理由中の判断に既判力を認めない反対説の場合、少しも差支えがないはずである。多数説を前提とする場合、ただ許されないのは、終結時に訴求債権又は反対債権があったと主張することだけである。訴求債権が当初から不発生という主張はいずれの既判力にもふれることはなやいと思う。なぜ訴求債権又は反対債権が消滅したかの理由については既判力がないからである。

(4) 多数説は、証拠取調説と合わない。この審理形式は、まず相殺時の訴求債権の存在を確認し、次に反対債権の相殺時の存在を確認し、さらに相殺の意思表示の有効性を確認させようとするものである。この説が通説であり、このような審理形式が必要的と考えられるのは、理由中の両債権の相殺時の存在・不存在の判断自体に既判力をもたせるにふさわしいからである。この理由中の判断の既判力内容の正当性を保証することが目的と考えられるからである。

(5) 口頭弁論終結時に、反対債権の存否が既判力を与えられ(その理由中の判断は既判力なし)という見方は、正に199条1項および182条の前提する考え方である。199条2項の考え方ではない。199条2項の文言は「相殺ノ為主張シタル請求ノ成立又ハ不成立ノ判断」が既判力をもつと定めているが、この判断はいうまでもなく判決理由中でなされるのであって、判決主文で宣言されるのではない。条文どおり理由中の「判断」そのものに既判力を認めるのが立法者の趣旨に沿うと考えられる。

(5) 訴訟の適法要件としての「不服」(Beschwer)についても、理由中の相殺判断自体に既判力を認める方が妥当な解決をえられる。現在のドイツの通説判例によれば、相殺時における訴求債権と反対債権の存在に既判力

を生じるという解釈を前提として不服を考える。そして、相殺を有効として請求が棄却された場合において、原告だけが控訴したときは、不利益変更禁止の原則が原告を守り、控訴裁判所は訴求債権の存在に手をつけることは許されない。また、被告だけが控訴したときは、反対債権の存在は確定され、控訴裁判所はこの点に手をつけることは許されない。控訴裁判所は反対債権の存在を前提にしなければならない⁽²⁷⁾。相殺訴訟では二つの債権の存否が紛争の中心であり、この判断自体に既判力と不服を合わせて解釈するのが妥当だからである。したがって私見では、最判が⁽²⁸⁾、相殺有効、請求棄却の判決に対し、原告が控訴し、被告は控訴も附帯控訴もしなかったケースで、控訴裁判所が訴求債権の審理をすることを認めているのは失当である。訴求債権は控訴審の審判対象に入っていないという解釈こそ正当であろう。

(27) Blomeyer, ZPR S. 465; Stein-Jonas-Grunsky, ZPO 21Aufl. § 536 e; Zöller-Schneider, ZPO 17. Aufl. § 536; RGZ 161, 167; BGH NJW 1962, 907; BGH NJW 1990 S. 447 ff.

(28) 最判昭61年9月4日第1小法廷判決(判時1215号47頁, 判夕624号138頁), 木川, 民訴法重要問題講義下655頁参照