九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

相殺の抗弁と既判力 : 弁済の抗弁との対比

吉村, 徳重
九州大学法学部

https://doi.org/10.15017/16220

出版情報：法政研究. 46 (2), pp.607-634, 1980-03-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

相殺の抗弁と既判力

——弁済の抗弁との対比——

吉村徳重

一　学説の対立と問題解決の視角
二　相殺の抗弁を認めた請求棄却判決の既判力
三　相殺の抗弁を排斥した請求認容判決の既判力
四　結語——残された問題点

一　学説の対立と問題解決の視角

一　相殺の抗弁については、これが訴訟上の相殺の主張であるか訴訟外の相殺の主張であるかを問わず、判決理由中の判断にも例外的に既判力を生ずる（民訴法一九九条二項）が、その具体的な内容をめぐって学説の対立がある。反対債権が存在しないとして相殺の抗弁を排斥し、請求を認容する判決が確定した場合には、反対債権の不存在の判断に既判力を生ずる点では争いがない。しかし、相殺の抗弁を認めて請求を棄却する判決が確定した場合については、見解が分かれる。この場合にも反対債権の不存在の判断に既判力を認めれば足るとする多数説[1]に対して、訴求債権と反対債権がともに存在し、これが相殺によってともに消滅したという判断に既判力を生ずるとする少数説[2]が有力である。[3]

そもそも、一九九条二項が、相殺の抗弁については他の抗弁と異なって、判決理由における反対債権の存否の判断に既判力を生ずると規定するのはなぜか。それは、相殺が訴求債権と反対債権とをともに対当額で消滅させる効果を抗弁とするものであるため、この点に既判力を認めないと、訴求債権の存否に関する紛争が反対債権をめぐる紛争に移しかえられて、判決による解決が意味を失うからである、といわれる。つまり、被告は、相殺を排斥されて敗訴しても、後に再び反対債権を主張して、同じ金額を取り戻すことができるし、また、相殺を認められて勝訴したのに、訴求債権は別の理由で存在しなかったから相殺は無効と主張して、反対債権を再度利用することが考えられる。そこで、こうした紛争のむし返しを阻止してこれを一挙に解決することを趣旨とする特則である、といわれる。(4)

多数説は、この趣旨を貫くためには、反対債権の不存在に既判力を認めれば、相殺が排斥されたときも、認められたときも、ともに、被告が再び反対債権を主張して、紛争をむし返すことを阻止することができるとするのである。これに対して、少数説の根拠は従来必ずしも明らかでなかったが、新堂教授は新たにつぎのような必要性によってこれを根拠づけようとされた。(5) すなわち、「一方では、原告が反対債権ははじめから存在していなかったとして不当利得返還請求や損害賠償請求をする余地があり、他方、被告が原告の債権は別な理由で不存在であったと主張して不当利得返還請求や損害賠償請求をする余地があり、これらのいずれの後訴請求も、前訴の紛争解決を実質的に崩壊せしめるので、これらを排斥する手段として『両債権の存在したこと、それが相殺によってともに消滅したこと』に既判力を認める必要がある」。少数説は果してこうした必要性によって正当化されうるのであろうか。後述のようにこれは甚だ疑問であるが、それにもかかわらず、なお、少数説の認める既判力を正当化する余地はあるのではないかと考えられる。(6) この点を明らかにすることが本稿の目的の一つである。

しかし、いずれの見解に立っても、相殺の抗弁によって反対債権の存否が実質的に判断されて請求認容あるいは棄

却の判決が確定した場合には、当事者が再び反対債権や訴求債権を主張することはもちろん、不当利得返還請求や損害賠償請求をして、紛争をむし返すことも、前訴判決の既判力によって阻止されると解する点では、結果的に異なるところはないものと思われる。[7]

二

ところがこれに対して、弁済の抗弁については相殺の抗弁とは事情が異なる。弁済の抗弁を認めて請求を棄却した場合に、勝訴した被告は、後に、訴求債権はもともと成立していなかったと主張して、弁済したものの不当利得返還請求や損害賠償請求をすることができるだろうか。また、弁済の抗弁を排斥して請求を認容した場合に、敗訴した被告は、後に、実際にはやはり弁済をしたのだと主張して、弁済したもの（給付判決により履行したものでなく）の不当利得返還請求や損害賠償請求ができるだろうか。この問題にいかに答えるかをめぐっては、相殺の抗弁の場合とは異なり、学説の対立が著るしい。[8] 形式的にみれば、不当利得返還ないし損害賠償を請求する後訴は、前訴請求とは訴訟物を異にするから、前訴との間に先決後決関係や矛盾関係が認められないかぎり、後訴請求が前訴判決の既判力によって遮断されることはない。しかも、弁済の抗弁の場合には、相殺の抗弁におけるように判決理由中の判断に既判力を生ずるわけでもないから、この点を争って不当利得返還や損害賠償を請求してきた後訴を阻止することはできないことになろう。しかし、ことを実質的にみれば、不当利得返還や損害賠償を請求する後訴は、前訴で審判され確定されたものと同じ価値を争っているともいえる。後訴請求を認めることは、実質的には前訴判決で確定された法的効果を損ない、[9] 前訴判決を空洞化するおそれがあるということになる。[10] 前訴判決の既判力は、この場合の後訴にも遮断効を及ぼし、不当利得返還請求や損害賠償請求を排斥するとする見解は、このような考慮を前提としている。そして、前訴判決の遮断効を認めるとしても、弁済の抗弁が提出された場合にかぎるのか、[11] また、請求認容の場合と棄却の場合とで異なるのではないかなど、[12] この点をめぐる見解はさらに細部にわたって対立している。

三　ところで、相殺の抗弁と弁済の抗弁とでこのように異なった対立状況が生ずるのはなぜであろうか。相殺の抗弁の判断についてだけ既判力を認める制定法があるためであるこというまでもない。しかし、それではなぜ法は相殺の抗弁の判断についてだけ既判力を認めたのであろうか。この点については、一九九条二項（ド民訴法三二二条二項）は、例外規定ではなく、事物の本質に基づく規定であって、弁済の抗弁にも類推適用されるとする見解もある。[13] しかし、わたくしは、法がとくに相殺の抗弁に既判力を認めたのは、相殺の抗弁が弁済や免除などの抗弁と異なった特殊性をもつことに基づいていると考える。それは、弁済などの通常の抗弁が訴求債権の消滅原因の主張として、もっぱら当面の請求を阻止すべき防御機能をもつに止まるのに対し、相殺の抗弁は、同様の防御機能だけでなく、さらに反対債権の貫徹を図るという追行機能をも不可分に帯有している点にある。[14] もともと、相殺は、相殺適状にある受働債権と自働債権とを一方的意思表示によって消滅させることであって（民五〇五条）、相殺適状において不可分に結びついている受働債権に対する防御機能（Verteidigungsfunktion）と自働債権の貫徹機能（Durchsetzungsfunktion）とが相殺によって同時に実現されることになる。相殺の執行的効力（exekutorische Wirkung）とよばれるこの機能は、訴訟上の相殺、訴訟外の相殺を問わず、相殺の抗弁においても、手続法的に確保されなければならないと考える。被告が相殺の抗弁を提出するときには、相殺の防御機能と貫徹機能との訴訟追行上の不可分の実現を求めているのであって、裁判所のこれに対する審判の進め方や判決の効力もまたこのような機能に対応するものでなければならない。相殺の抗弁の審判においては、まず、訴求債権の存在を確かめ、さらに相殺の適法性を認定したうえで、反対債権による相殺の効果を判断するというように、審判の順序を強制されるのは、[15] このような両機能をともに満足させるためであると解される。けだし、訴求債権の存在を確かめないまま、かりにこれが存在するとしても、反対債権との相殺によって請求は認められないとしたのでは、相殺の抗弁の防御機能を果すことにはなっても、反対債

権を貫徹するという追行機能を果すことにはならないからである。一九九条二項が反対債権の存否の判断に既判力を認めるのは、このような審判の順序を強制して相殺の抗弁の追行機能を果すことに対応するものであって、その逆ではないと考えるべきである。だから、裁判所が誤って、相殺を度外視した訴求債権の存在を確かめずに、いずれにしても相殺によって訴求債権は認められないとして請求を棄却した場合には、反対債権の存否の判断には既判力を生じないと解される。[16] 反対債権の追行機能は別訴に留保されることになろう。

これに対して弁済の抗弁は、免除や消滅時効の抗弁などと同様に、訴求債権の消滅原因を主張して、当面の請求を阻止するための防御機能を目ざすにすぎない。弁済の抗弁を提出する被告は、相殺の抗弁のように、同時に追行し貫徹すべき法的地位をもたず、[17] 弁済の抗弁が成立するかどうかを確定するために、法律上理由のない弁済であるとして不当利得返還請求権が存するかどうかを吟味する必要はない。[18] 当面の請求に対する防御機能にとどまる弁済の抗弁においては、審判の順序を強制することはない。訴求債権の存在を確かめることなしに、かりに債権が存在するとしても、弁済によって消滅したとして請求を棄却できる。また被告の主張する給付が、訴求債権に関するものであるかどうかを別として、そもそも給付されていないことを理由に弁済の抗弁を斥けて請求を認容できる。その後被告が、訴求債権は別の理由で存在しなかったと主張し、あるいは訴求債権と無関係の給付であったと主張して、給付したものの不当利得返還請求をしても、前訴判決の既判力によって当然に遮断されるとはかぎらない。前訴被告が後訴で追行している不当利得返還請求権は、前訴における弁済の抗弁によって追行される余地はなく、また審判の対象となることもなかったし、さらに、後訴請求の前提事項となる点についても、この点の判断の正当性を担保すべき手続保障が存したとはかぎらないからである。[19] 弁済の抗弁は防御的地位の主張にとどまり、積極的に不当利得返還請求権を追行する機能は後訴に留保されるのが原則であるといえよう。ただ、後訴における不当利得返還請求が、実質的に前訴で

確定された訴求債権の存在を争う防御的地位のくり返しであることもあるし、またそうでなくとも、前訴請求の攻撃防御による審判の経過が具体的に後訴請求の前提の審判に及んだこともありうる。前訴判決の遮断効の範囲を画するについて、この点をいかに評価するかの違いが、前述の見解の対立を生んだものといえる。

四　相殺の抗弁の特性をこのように把握することによって、この問題をめぐる学説の対立を分析し、問題を解決する新らしい視角を得ることができると考える。従来の学説が、見解の対立を生ずる分岐点となった考慮にはさまざまなものがあった。なかでも重要な視角といえるものにつぎの二つがある。一つは、抗弁を提出した者が再度反対債権を主張し、あるいは不当利得返還請求や損害賠償請求をして、訴求債権をめぐる紛争を実質的にむし返す場合には、これを阻止すべき実際上の必要性にどのように対処すべきか。[20] 二つは、抗弁についての判断の正当性を担保し、この点の判決効を正当化する手続保障があるかどうか、である。[21] そうして、ここで取りあげた相殺の抗弁の特性、つまり、相殺の抗弁がたんに防御機能にとどまらず、これと不可分の追行機能をも目ざす点で、弁済の抗弁とは異なる特性をもつという観点は、新しい第三の視角である。この視角から光をあててみれば、さきの二つの視角もまた新しい意味をもつことになり、問題解決の筋道を明らかにすることができると考えるからである。すなわち、第一の実際の必要性に対処するためには、前訴判決の遮断効を後訴請求に及ぼす必要があるが、この判決効を認めるためには、第二の手続保障によってその正当性が担保されなければならない。そして、抗弁をめぐる審判の経過において、このような手続保障がどの範囲で確保されるかは、当該抗弁に防御機能を認めるにすぎないか、あるいはこれと不可分の追行機能をも認めるかによるところが大きいのである。

もともと、当面の請求の当否を審判の対象とし、その判断に既判力をかぎることは、「当事者の意思と個別訴訟の任務」の要請するところであるから、[22] そのための防御方法にすぎない通常の抗弁が原則として防御機能をもつにとど

まるのは当然である。[23] 攻撃防御方法については、当面の請求の当否を判断するために必要なかぎりで審判すればよいから、この点の審判の順序にこだわらずに弾力的な審判ができるのである。判決の効力も請求の当否を確定する判断にかぎられるから、当事者に不測の結果を招くことがない。しかし、相殺の抗弁においては、相殺によって反対債権を貫徹するという機能に対応して、この点の審判をも目ざすことが「当事者の意思」と考えられ、[24] その限度で当面の請求の当否を確定すべき「個別訴訟の任務」をこえた審判が要請されるという特性を認めることができる。したがって、相殺の抗弁については、例外的に、審判の便宜の制約を認めて審判の順序を強制し、これが手続保障となってこの点についての判決理由中の判断にも拘束力を認めるのである。このことがひいては第一の実際上の必要性に対処する所以でもある。相殺の抗弁には防御機能と不可分の追行機能が認められるという特性をこのように理解すれば、前述の三つの視角は実は相互に密接に関連し合っていることが明らかになる。本稿ではこのような視角に立って、さらに個別的な問題を検討することにしたい。具体的には、相殺の抗弁を認めて請求を棄却した場合と相殺の抗弁を排斥して請求を認容した場合とで、前訴判決の既判力が、どのような根拠でどのような範囲に生ずるのかを、それぞれの場合に分けて吟味することにする。

（1）中野「民訴一九九条二項について」司法研修十周年記念論文集上民事編（昭三三）四八九頁（同・訴訟関係と訴訟行為一四一頁）、三ケ月・民事訴訟法一二四頁、山木戸・民事訴訟法講義二〇七頁、斉藤・民事訴訟法概論三九九頁、小山・民事訴訟法改訂版三六二頁、菊井＝村松・全訂民事訴訟法Ⅰ一一二三頁、伊東・民事訴訟法の基礎理論一二七頁以下。

（2）兼子・民事訴訟法体系三四四頁、新堂・民事訴訟法四一六頁、梅本「相殺の抗弁と既判力」民事訴訟法の争点二七〇頁。

（3）その他、反対債権が存在し相殺によって消滅したことが確定するとするもの（小野木＝中野・民事訴訟法講義（増訂版）一五〇頁、細野・民事訴訟法要義四巻一九五頁）や反対債権が消滅したことについて既判力を生ずるとするもの（菊井・民事訴訟法下（補正版）三九三頁）などがある。

(4) 例えば、兼子・民事訴訟法体系三四三頁ほか。
(5) 新堂・民事訴訟法四一六頁。梅本・前掲民事訴訟法の争点二七一頁参照。
(6) わたくしは、すでに、中野他編・民事訴訟法講義四五七頁（吉村）において、このような指摘をしたことがある。
(7) もっとも従来、多数説の立場から、後段の問題を論じたものは見当らない。中野他編・民事訴訟法講義四五七頁、ことに同四七〇頁注24は、編者中野教授の示唆によって、この問題を論じたものである。
(8) 後述二—四、三—二参照。
(9) Zeuner, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, 1955, S. 85.
(10) 伊東「弁済の抗弁と既判力」山木戸還暦論文集上九九頁、一〇七頁、一〇八頁、同・民事訴訟法の基礎理論一二六頁、一三二頁。
(11) 確定給付判決につき Zeuner, a. a. O., S. 96 は弁済の抗弁提出の場合にかぎるとするが、Gaul, Materielle Rechtskraft, Vollstreckungsabwehr und zivilrechtliche Ausgleichsansprüche, JuS 1962, S. 1, 9f. は抗弁提出の有無を問わず遮断する、という。So Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 19 Aufl., § 322 Anm XI 3, S. 1348 (1969)
(12) 弁済を認めた請求棄却判決は、不当利得返還請求を遮断しないとするのが通説で、弁済を排斥した請求認容判決は、不当利得返還請求を遮断するとするものが多い。
(13) Zeuner, a. a. O., S. 85f., 95f.
(14) Vgl, L. Häsemeyer, Die sogenante "Prozeßaufrechnung"—eine dogmatische Fehlakzentuierung, Festschrift für F. Weber, 1975, S. 215, bes. 222.
(15) 兼子・民事訴訟法体系三四四頁、中野「相殺の抗弁」訴訟関係と訴訟行為九〇頁、一二七頁以下参照。Vgl. St-J-Leipold., ZPO, 19 Aufl., § 322 Anm VII 1, S. 1333.
(16) So St-J.Leipold, ZPO, 19 Aufl., S. 1333.
(17) Gaul, a. a. O., S. 9f.
(18) Henckel, Prozessrecht und materielles Recht, 1970, S. 222.
(19) Henckel, a. a. O., S. 214f., 222.

(20) すべての見解に共通の視角である。例えば、伊東・民事訴訟法の基礎理論一二六頁以下参照。なお、新堂「既判力と訴訟物」法学協会雑誌八〇巻三号二九五頁、三一六頁以下参照。
(21) Henckel, a. a. O., S. 214f, 220ff. が強調した視点である。
(22) これがド民訴法三二二条一項の立法趣旨であった。吉村「判決理由中の判断の拘束力」法政研究三三巻三―六合併号四五二頁参照。Vgl. Hahn, Materialien II 1 (Materialien zur Zivilprozessordnung) 1880, S. 291.
(23) この点の一般的な機能の仕方について、中野他編・民事訴訟法講義四六五頁（吉村）および同所引用文献参照。
(24) Hahn, Materialien, II 1, S. 292.

二　相殺の抗弁を認めた請求棄却判決の既判力

一　相殺の抗弁を認めて請求を棄却する判決が確定した場合に、民訴法一九九条二項の既判力がどの範囲に及ぶかについては、学説の対立があることは前述した。もともと、旧民訴法二四四条には同項に対応する規定を欠いていたが、大正一五年の民訴法改正の際に一九九条二項を新設したものである。しかし、同項を新設した立法者の意図が何であったかは、公表された資料からみるかぎり明らかでない。(1) ただ、「相殺ノ為主張シタル請求」が反対債権を指し、訴求債権を含まないと考えられていたことが分かるだけである。(2)

そこで、民訴法改正に際してその母法ドイツ民訴法（ＺＰＯ）が参照されたことは確実であるから、その立法過程をたどることによって、わが民訴法の趣旨を推測するほかなはない。ド民訴法三二二条二項には「…反対債権ノ存在セザル旨ノ判断ハ、相殺ヲ主張シタル数額マデニ限リ、既判力ヲ有ス。」と規定されている。これは一八九八年の改正によって、一八七七年の旧ドイツ民訴法二九三条二項が「…抗弁ニヨッテ主張シタル反対債権ノ存在又ハ不存在ニ関スル判断ハ……既判力ヲ有ス。」と規定していたのを改めたものである。このド民訴法改正の背景が、判決による相殺

の理論から一方的意思表示による相殺の理論への変化や一八九六年のド民法（BGB）における一方的意思表示による相殺の規定（§388BGB）の採用に対応するものであったことについては、すでに詳しい研究があり、[3] ここで再説する必要はない。相殺の抗弁が、訴訟上の相殺であるか訴訟外の相殺であるかを問わず、相殺の意思表示による両債権消滅の効果を防御方法として主張することであるとすれば、反対債権の現時の「存在」を認定することは不可能である。旧ド民訴法二九三条二項の反対債権の「存在」の規定が削除された事情はよく理解できる。しかも、ド民訴法改正当時の理由書によると、三二二条二項の「反対債権ノ存在セザル旨ノ判断ハ、…既判力ヲ有ス」とは、反対債権が存在しないとして相殺の抗弁を排斥し請求を認容した場合にかぎられ、相殺の抗弁を認めて請求を棄却した場合を含まない趣旨とされていた。[4] 後者の場合には、相殺の意思表示によって反対債権は消滅するから、とくにその不存在に既判力を拡張する必要はないと考えられたためであった。[5] しかしこれでは、相殺によって勝訴した被告が、もともと訴求債権は存在しなかったために相殺は無効として、再度反対債権を主張し紛争をむし返すことを阻止できない。また、勝訴被告には、判決理由中の相殺の判断を争う上訴の利益も認めえない。その後の通説や判例は、このような根拠から、相殺の抗弁によって請求が棄却された場合にも、反対債権が相殺の結果もはや存在しないこと（Nichtmehrbestehen）にも既判力を認めるようになった。[6]

大正一五年のわが民訴法の改正当時、ドイツではすでにこのような見解が一般的であったから、とくに一九九条二項が「相殺ノ為主張シタル請求ノ成立又ハ不成立」と規定したのは、相殺を認め請求を棄却した場合にも既判力を生ずる趣旨を明記したかったのではないかといわれている。[7] いずれにしても、わが民訴法一九九条二項が、相殺の抗弁を認め請求を棄却する判決にも適用される点で争いはない。そしてこの場合にも、反対債権が口頭弁論終結時において存在しないことに既判力を生ずると解する見解が多数説である、といえよう。[8] この立場では、「成立」の規定は立

法上の誤りであるとして無視され、「不成立」は「不存在」と解さるべきことになる。実際的にも、このように解しておけば、前述のドイツ通説と同様に、相殺による請求棄却の場合にも、被告が他の理由で訴求債権は存在しなかったと主張して、再度反対債権を利用し、訴求債権をめぐる紛争をむし返すことを阻止することができるからである。わが民訴法一九九条二項は、このような実際上の必要性に対処することを目的として、とくに例外的に判決理由中の反対債権の不存在の判断に既判力を及ぼす趣旨と解されることになる。

二　ところでツオイナーは、ド民訴法三二二条二項の前述の立法趣旨にかんがみ、相殺による請求棄却についても既判力拡張を認めるのは、立法者意思による例外規定ではなく、事物の本質から生ずる当然の必要性に基づくものであるとする。(9) この必要性の根拠となるのは、相殺によって双方の債権がともに消滅するという両債権の相互補正的意味関連である。これは、相殺によって双方ともはや請求できないが給付する必要もないという実体法上の意味関連であって、この関連を維持するためには、相殺により請求を棄却する判決は、反対債権を主張する後訴請求に既判力を及ぼす必要がある、とするのである。そして、同様の意味関連は、弁済による請求棄却の場合にも、訴求債権と弁済したものの不当利得返還請求権との間に認められるとして、この場合の後訴請求も前訴判決の既判力によって遮断されるとする。

しかしこの見解は、弁済の抗弁が当面の請求に対する防御機能にとどまるのに対して、相殺の抗弁はさらにこれと不可分に結びつく反対債権の追行機能を目ざす手段であるという、審判手続過程における差異ないし特性を看過していると評せざるをえない。すでに詳論したように、弁済の抗弁は訴訟手続上は当面の請求に対する防御方法にすぎないから、実体法上の論理にかかわらずこれに従った審判の順序を強制されない。訴求債権の存在を確かめるまでもなく、弁済により直ちに請求を棄却できる。これに対して相殺の抗弁は、反対債権の追行機能をも不可分の目的とする

から、相殺によって両債権が消滅し、反対債権が貫徹されたことを確定する審判手続を保障する必要がある。[10] 相殺の抗弁については、審判の順序が強制され、訴求債権が相殺を別にして存在すると認定されないかぎり、反対債権による相殺の抗弁を考慮できないとする立証説（Beweiserhebungstheorie）は、相殺の抗弁のこのような特性に対応している。[11] そして、相殺の抗弁を考慮するには、その前提として反対債権の存否もまた必ず審判しなければならないのである。このように、相殺の抗弁を認めて請求を棄却する場合の審判手続の過程をみてくれば、訴求債権と反対債権の存在がともに認定され、これが相殺によって消滅した結果もはや存在しないと判断するというように審判の順序が強制されるから、それぞれの判断の正当性を担保する手続保障が確保されていることが分かる。まさにこのような手続保障こそが、相殺の抗弁についての判断の既判力を正当化する基本的な根拠であると考えられる。[12] したがって、少数説が、訴求債権と反対債権がともに存在し、これが相殺によって消滅したという効果が確定されるとすることも、十分に正当化する余地があるものと考えられる。

三　以上の考察を前提にして、わたくしの結論を先にのべれば、訴求債権と反対債権がともに存在し、これが相殺によって消滅した結果、口頭弁論終結時には存在しないという判断に既判力を認めることができると考える。その意味するところはつぎの通りである。つまり、相殺の抗弁を認めて請求を棄却した場合にも、被告が反対債権を再度利用するのを阻止するという一九九条二項の趣旨を充すためには、反対債権の不存在を確定する必要があるし、またそれで十分であるとする多数説の立場はその限りで正しい。しかし同時に、相殺の抗弁の追行機能を果すために前述の手続保障が要請されるとすれば、訴求債権と反対債権がともに存在し、これが相殺により消滅したという判断の正当性も担保されるから、この点にも既判力を認めることは必ずしも不当とはいえない。両説は相互に排斥し合う必要はなく、ともに正当なものとして是認することができるのである。[13]

① まず、一九九条二項の立法趣旨は、相殺による請求棄却の場合をも含めて、反対債権の二重の利用を阻止する点にあったと推察されるが、それでも、相殺を認めるには、相殺時に反対債権が存在していたという判断が不可欠であり、この点の手続保障も確保されているから、この判断にも既判力も認める趣旨と解することができる。そこで、一九九条二項にいう「成立」は反対債権が「存在していた」という趣旨に解すべきであり、これを立法上の誤りと決めつけて無視する必要はない。また「不成立」は相殺により反対債権が消滅して存在しないという意味で「不存在」と解される。同様の事情は訴求債権についても認められる。訴求債権の基準時における不存在は同条一項によって確定されるが、二項はさらに訴求債権が相殺のときに存在していたという判断にも既判力を認める趣旨と解しうる。そうでないと、反対債権との均衡を保ちえず、当事者を不平等に取扱うことになるからである。

② ついで、訴求債権と反対債権が「過去に存在したこと」および「相殺で消滅したこと」の確定は、既判力が口頭弁論終結時の権利関係の存否を確定するという、既判力の時的限界に反しないかという疑問があろう。[14] これに答えて、両債権が口頭弁論終結時に存在していること、そしてその時点で相殺により消滅したことを確定すると解するのは、[15] 判決による相殺理論（いわゆる訴訟行為説）に立たないかぎり困難であり、ことに訴訟外の相殺については、現行法上不可能であろう。[16] そこでむしろ、ここでは過去の権利関係の存在と相殺による消滅についても正面から既判力を認めうるかが問題となる。思うに、過去の権利関係の存否についても、現在の紛争解決に必要な限度で訴えの利益を認める最近の学説判例の傾向は十分に根拠があり、[17] 反訴に類した追行機能をもつ相殺の抗弁においても同様に解しうる。また、そもそも既判力の時的限界の理論は、口頭弁論終結時前に存した事由によって既判力の確定内容をくつがえす主張を排斥する遮断効の限界を意味するだけであって、過去の権利関係の確定の有無までカバーすべきではないと考えられる。[18] これはむしろ判決理由中の判断にどの範囲まで既判力を認めうるかの問題であって、この点の判断

の正当性を担保すべき手続保障や実際の必要性の有無によって別個に考慮すべきことがらであると解される。

③　そこで、問題はその実際上の必要性の有無である。新堂教授は新たに、従来の被告（または原告）が訴求債権（または反対債権）は他の理由により存在しなかったと主張して、不当利得返還請求や損害賠償請求をすることを排斥するためには、少数説による必要があるとされていることは前述した。しかし、こうした不当利得返還請求や損害賠償請求は、それぞれに反対債権（または訴求債権）の不存在の既判力によって遮断されると考えられるから、これによってとくに少数説に立つ必要性を根拠づけることにはならないと解される。[19] たとえば、前訴被告乙の前訴原告甲に対する不当利得返還請求では、乙は前訴判決の結果反対債権を主張できなくなったために、甲は債務を免れたが、実は相殺は無効で反対債権は存在する筈だから、甲は不当利得をしたと主張することになる。実際には反対債権は存在するから前訴判決は不当であるという主張は、不当利得返還請求の先決事項となるが、これはまさに反対債権の不存在を確定する前訴判決の既判力によって遮断される。一般に、弁済の抗弁によって請求を棄却された場合にも、訴求債権の不存在が確定されるから、後に原告が、実は弁済は無効で訴求債権は存在するのに被告は不当に債務を免れたとして、不当利得の返還請求をしても、これは訴求債権の不存在を確定する前訴判決主文の既判力によって遮断される筈である。相殺の抗弁による訴求債権の不存在の確定についてはもちろん、その追行機能からみれば、判決理由中の反対債権の不存在の確定についても、この一般原則と何ら異なるところはない。その限りでは、多数説で十分である。

④　それにもかかわらず、少数説によって、訴求債権と反対債権の存在したことを確定する必要性ないし実益がないとはいえない。訴求債権や反対債権の存在したことの確定が、当事者間あるいは当事者と関係人との間の他の権利関係にとって重要となることも少なくないからである。たとえば、相殺以前から相殺までの時期における延滞利息の

支払を求める後訴請求において、債務者が少くとも相殺時に訴求債権や反対債権が存在したことを争うことは前訴判決の既判力によって遮断される。[20] また、たとえば、債権者と保証人との間に債権の存在したことが確定すれば、主債務者との間に求償権が生ずる場合には（民四五九条一項参照）、直接の既判力の作用ではないとしても、なお間接的に債権の存在したことを確定すべき実益が存する。[21]

⑤ 最後に何よりも、相殺の抗弁の追行機能を実現するために、相殺の抗弁についての審判の順序が強制され、その判断の正当性を担保する手続保障が確保されていることが、この点の既判力を正当化する最も重要な根拠であることは前述した。その意味では、相殺の抗弁の特性に対応して既判力の範囲が拡張されたということができる。だから、もし裁判所が立証説をとらず、訴求債権を認定しないまま、これを仮定して相殺の抗弁を認めて請求を棄却した場合には、相殺の抗弁についての判決理由中の判断に既判力を生じない。[22] 相殺のみによる棄却判決を争う被告の控訴の利益を認めずに控訴を却下した場合にも、やはりこの点の判決に既判力を認めえないことになろう。

四 他方、弁済の抗弁を認めて請求を棄却した場合に、被告が訴求債権は他の理由で存在しなかったと主張して、弁済したものの不当利得の返還を請求しうるかをめぐっても議論がある。ツオイナーが、この場合を相殺の抗弁による棄却の場合と同視して、不当利得返還の後訴請求は前訴判決の既判力に遮断されるとしたことは前述した。伊東教授はさらに、不当利得返還請求は前訴判決を空洞化し、前訴判決の判決利益と同一の利益を争うものであるから、一九九条二項を援用するまでもなく、同条一項の既判力によって遮断されるといわれる。[23] しかしすでに述べたように、相殺の抗弁では、その追行機能によって、訴求債権だけでなく、反対債権の存否も同時に審判され、相殺によるその貫徹が確定されるが、防御機能にとどまる弁済の抗弁では、訴求債権の存在を確定しないまま、弁済の抗弁を認めて請求を棄却できる。だから、弁済の抗弁を判断するには、相殺の抗弁とは異なって、訴求債権が存在し、これが弁済

によって消滅したかどうか、したがって給付したものの不当利得返還請求権が存在するかどうかを同時に審判すべき必要性はない。それ故、この点の判断の正当性を担保すべき手続保障を欠くことになる。このように防御機能にとどまる弁済の抗弁によって当面の請求を阻止しただけの判決の利益と積極的に不当利得返還請求によって追行される利益とが同一であるといえるかは甚だ疑問である。

そこで通説は、弁済の抗弁を認められて勝訴した被告が、実際には弁済のときには訴求債権は存在しなかったと主張して、弁済したものの不当利得返還を請求することを妨げられない、とする。前訴手続において、訴求債権が存在し、弁済によって消滅したことを確定する手続保障がないかぎり、この点を争う後訴を既判力で遮断することは妥当でない。[24] そのかぎりで通説は正しい。しかしかりに、前訴の具体的な手続過程において、訴求債権の存在が争点となって認定され、これが弁済によって消滅したと判断されて請求が棄却された場合には、なおこの点に拘束力を認めて不当利得返還請求を排斥できるのではないか。いわゆる争点効理論の出発点がこの点にあったことは周知の通りである。[25] 一般的には、相殺の抗弁においては、その追行機能に対応して、訴求債権と反対債権の存否をめぐる判断の正当性を担保する手続保障がいわば制度的に確保されているのに対して、弁済の抗弁においては、その防御機能の限界性から、不当利得返還請求の前提事項が判断されるとはかぎらず、また判断されてもその正当性を担保する手続保障があるとはいえない。しかし、この場合にも、審判の順序を強制して審判の弾力性を損うことなしに、しかも具体的な手続形成過程において実質的な手続保障が認められるとすれば、そのかぎりで拘束力を認めうるとする争点効理論の問題提起は積極的に評価さるべきである。そしてこれは、すでに、訴訟過程における具体的な手続保障を媒介として、前訴判決の遮断効の範囲を画する標識を具体化する努力のなかに解消されつつあるようにみえる。[26] ここではこれ以上この問題に立ち入るゆとりはないが、[27] ただ、弁済の抗弁により請求を棄却された勝訴被告には、弁済時の訴求

債権の存在を認める判決理由中の判断を争う上訴の利益が認められないことをどのように評価するかという問題が残る。相手方である敗訴原告の上訴によって事件が上級審に移審し、被告も上級審でこの点を争う余地があれば足るとする見解もあるが、[28] これではなお手続保障は不十分であって、この点に拘束力を認めて不当利得返還請求の後訴を遮断すべきではない。[29] けだし、下級審で全面勝訴した被告には上級審でまでこの点を争うきっかけはないのが普通であり、あえて訴求債権がないのに弁済したと主張したい被告が、附帯控訴により、不当利得返還請求の予備的反訴を追加的に併合提起しないかぎり、同様の訴えは別に留保さるべきであろう。これは要するに、弁済の抗弁が当面の請求を阻止する防御機能をもつにとどまることからくる限界であって、この点で相殺の抗弁とは異なる。当面の請求を阻止して勝訴した被告が、積極的に自己の地位を実現する追行機能を果すためには、不当利得返還請求の別訴が留保されているのである。

（1）法曹会編・民事訴訟法改正調査委員会速記録七一七頁には、松岡氏の以下の説明がある。「此第二項は之は新設の条文でありまして相殺の為めに主張した請求の成立及び不成立の判断は之は判決で主張したわけではないけれども、矢張り裁判所に於て相殺の為めに主張した請求というものを適当と判断するから之は矢張り既判力を有せしめて確実にして置いた方が宜くはあるまいか……。」

（2）司法省編・民事訴訟法中改正法律案理由書一〇八頁。

（3）中野「民訴一九九条二項について」訴訟関係と訴訟行為一四六頁以下。

（4）Hahn, Materialien, Bd. Ⅷ (Begründung der Novelle zur CPO), § 293, S. 103 (1898)

（5）Seuffert, Zur Revision der Civilprozessordnung bei Einführung des BGBs, ZZP 16, 463, 467 (1891)

（6）z. B., Oertmann, Die Aufrechnung im Zivilprozessrecht, 1916, S. 243; St-J-Leipold, ZPO, 19 Aufl. § 322 Anm. Ⅶ 1, S. 1332.

（7）中野・前掲論文一五二頁―一五三頁。

(8) 前出一注(1)参照。
(9) Zeuner, a. a. O., S. 85f.
(10) Vgl., Häsemeyer, a. a. O., S. 222f., 224 なお、立証説が一般に承認されているから、予備的相殺の表示は、被告が訴求債権の審判を放棄せず、これを認諾せず、その基礎事実を自白しないことを指摘することに他ならない、との説明参照。
(11) 立証説について、中野「相殺の抗弁」訴訟関係と訴訟行為一二七頁以下参照。もっとも、従来の見解が相殺抗弁の判断の既判力によって立証説を根拠づけるのは、両者の対応関係を示すかぎりでは正しいが、一種の循環論法に陥っている、といえよう。相殺の抗弁の追行機能によって立証説が要請され、これが、相殺抗弁の判断の既判力を正当化する手続保障となるとみるべきである。
(12) Vgl., Henckel, a. a. O., S. 221f. 「反対債権が相殺によって消滅したために存在しないという確定にも既判力を生ずる」のは、立証説によって審判の順序が強制されることによって正当化されるという。
(13) 結果的には、Oertmann, a. a. O., S. 251, 253 が、「反対債権の不存在の確定」と並んで「反対債権が存在したことについての判断の既判力」および「訴求債権が存在したことについての既判力」を認めうるとするのと一部共通することになる。なお、Blomeyer, Zivilprozessrecht, S. 465 参照。
(14) たとえば、菊井＝村松・全訂民事訴訟法Ⅰ一一二三頁は、そうした疑問から、「条文の文言からは離れるが」、多数説を支持する、という。
(15) 梅本「相殺の抗弁と既判力」民事訴訟法の争点二七一頁。
(16) 立証説との関係が問題となろうが、最終的判断の結果としては、相殺によって両債権が消滅した時点において（民法五〇六条二項）、両債権が「存在していたこと」および「相殺によって消滅したこと」が確定するというべきである。
(17) 最大判昭和四五・七・一五民集二四巻七号八六一頁、最判昭和四七・一一・九民集二六巻九号一五一三頁、学説としてはさしあたり、中野他編・民事訴訟法講義一七〇頁（福永）参照。
(18) 小島「既判力の標準時」演習民訴法上五〇二頁、五〇五頁参照。
(19) 中野他編・民事訴訟法講義四五七頁、四七〇頁注24（吉村）参照。

(20) So Redlich, Die Rechtskraft der Entscheidung über die Gegenforderung im Falle der Aufrechnung, ZZP 25, 357, bes. 387; Blomeyer, Zivilprozessrecht, S. 465.
(21) Vgl. Oertmann, a. a. O., S. 252.
(22) St-J-Leipold, ZPO, 19 Aufl., S. 1333; いわゆる棄却説はこの結果を認めていた。中野・前掲論文訴訟関係と訴訟行為一二七頁、一二八頁参照。
(23) 伊東・前掲論文山木戸還暦論文集上一〇九頁、同・民事訴訟法の基礎理論一三二頁。
(24) So Henckel, a. a. O., S. 214.
(25) 新堂「既判力と訴訟物」法学協会雑誌八〇巻三号二九五頁、とくに三一六頁以下は、相殺の抗弁と弁済の抗弁の対比から出発している。
(26) 新堂「訴訟物概念の役割」判例評論一二三号（判例時報八五六号）一二頁以下参照。
(27) 吉村「判決理由中の判断の拘束力」民事訴訟法の争点二七八頁は、この問題の最近の傾向を整理し、検討したものである。
(28) 奈良「争点効」演習民訴法上四七九頁、新堂・民事訴訟法四三七頁。
(29) 竹下「判決理由中の判断と信義則」山木戸還暦論文集下七二頁、一〇八頁、吉村・前掲論文民事訴訟法の争点二八三頁。

三　相殺の抗弁を排斥した請求認容判決の既判力

一　反対債権の不存在を理由に相殺の抗弁を排斥して請求を認容した場合に、反対債権の不存在の判断に既判力を生ずることについては異論がない。一九九条二項が請求の「不成立」と規定するのは反対債権の「不存在」と解される。ド民訴法三二二条二項は「反対債権ノ存在セザル旨ノ判断」と明記するが、その立法当初の趣旨によれば、これは反対債権の不存在を理由に相殺の抗弁を斥け請求を認容した場合だけを指すと解されていたことは前述の通りである。いずれにしても、同項の趣旨は、この場合に反対債権の不存在の判断に既判力を認めないと、「被告は相殺を排

斥されて敗訴しても、後日反対債権を主張して同一金額を取り戻すことができる」ことになって、請求の存否についての紛争が自働債権の存否の紛争に移しかえられて、判決による解決が無意味になるおそれがあるためである、といわれている。[1]

一九九条二項がこのような実際上の必要性に対処するための立法であることはいうまでもない。しかしそれ以上の理論的根拠づけの試みは、従来のわが国の学説においては殆んどみられない。ツオイナーは、この場合にも、例の法的意味関連の理論によって既判力拡張を根拠づけようとする。[2] すなわち、反対債権の後訴請求を認めれば、前訴判決が相殺を排斥して訴求債権の存在を確定した意味内容を否定することになるから、後訴請求は前訴判決の既判力により遮断される。のみならず、「相殺は債権主張の完全に有効な形式であって、要件があれば直ちに相殺をする債権者の満足をもたらす」という相殺の債権貫徹機能によって反対債権不存在への既判力拡張を正当化しようとする。すなわち、相殺の抗弁による反対債権不存在の判断に既判力を及ぼさないとなると、被告だけが反対債権を失う危険なしに、これを貫徹できる機会を利用できるから、当事者間の平等取扱いの原則に反するというのである。これは相殺の抗弁に反対債権を貫徹すべき追行機能を認めていることを意味し、そのこと自体極めて正当な認識であると評価できる。しかし、ツオイナーが、ついで、弁済の抗弁においても、弁済の給付による「積極的勘定の地位」(active Rechnungsposition) の主張があるとして、これを相殺の抗弁の反対債権と同視し、被告がこれを二重に主張できるのは当事者間の平等取扱いに反するというのは当らない。これでは、前述のような防御機能にとどまる弁済の抗弁にこれをこえた追行機能を認めることになるからである。

ヘンケルは、反対債権の不存在の判断に既判力を生ずる規定は、この規定がなければ、給付判決の択一的な事由にすぎない判断につき、そのままではこの判断の正当性を担保すべき手続保障がないのに、既判力を認めたことになる

という。[3] つまり、相殺の抗弁は、相殺が不適状であるか、実体法上禁止されているか、あるいは反対債権が存在しないかのいずれかを理由に排斥される。だから、反対債権の不存在に既判力を生じないとすれば、被告がこの点を争うべき緊迫した必要性はない。そこで反対債権の不存在の判断に既判力を認めることによって、この点を争うべき必要性を生み、そのことが反対債権の不存在の判断の正当性を担保することになっているというのである。しかし、これは一種の循還論法であって、判決効の正当性を担保する手続形成上の保障としては不十分であると考える。

思うに、相殺の抗弁が相殺により反対債権を貫徹する追行機能を果すためには、反対債権の存否を審判するについて、相殺の適法性を確かめることを前提とする審判の順序が強制されると解すべきである。[4] 相殺の不適状や実体法上の禁止の有無を不明確にしたまま、反対債権の不存在の判断によって相殺の抗弁を排斥することは許されない。相殺の要件を確かめずに反対債権は存在しないとする判断には必ずしも既判力を生ずるとはかぎらない。[5] 相殺の不適状や相殺の意思表示の無効によって、相殺の抗弁が排斥された場合には、既判力を生ずることなく、[6] 反対債権を貫徹する追行機能は別訴に留保されることになろう。かくて、反対債権不存在の判断に既判力を生ずるのは、相殺の抗弁の防御機能と不可分に結びつく追行機能に対応した手続形成上の保障によって、この点の判断の正当性が担保されるからであるというべきである。反対債権の不存在の判断に既判力を認めて手続保障を生み出すとするヘンケル理論は本末をてん倒したものと評すべきである。

二

相殺の抗弁のこのような特性は、これを弁済の抗弁と対比することによってさらに明らかになる。弁済の抗弁を排斥されて敗訴した被告が、後訴においてこの点を争い、弁済したものの不当利得返還請求をすることができるか。確定した給付判決に基づいて履行したものを不当利得として返還請求をする訴えや弁済によって債権が消滅したのに給付判決をうけたと主張して、給付判決自体による不当利得返還請求をする訴えが、ともに前訴判決の既判力に

遮断される点については異論がない。[7] しかし、以前に給付したものを不当利得として返還請求をする訴えもまた、前訴判決の既判力によって妨げられるかについては見解の対立がある。

かってライエルは、被告が給付したものは、弁済の抗弁を排斥した給付判決の確定によって、その目的を失い正当な法的原因なしの給付になるとみて、この場合の不当利得返還請求を認めうるとした。[8] しかし、訴求債権についての弁済のための給付がなされていないとして給付判決をうけた被告が、それでも訴求債権について弁済したのだと主張することは、明らかに前訴判決で確定された訴求債権の存在を争うことになるものと思われる。確定した給付判決がなされたから弁済したものが目的を失って不当利得となるというのは、明らかなこじつけにすぎない。[9] そこで、この場合の不当利得返還請求の後訴は、前訴で確定された法的効果を争うための擬制であるとし、[10] あるいは、前訴で判決されたものと同一の利益に関するものであるとして、[11] 前訴判決の既判力によって直接遮断されるとする者が多い。[12] 結局、前訴被告の主張の通り、訴求債権について弁済がなされたとすれば、訴求債権は消滅したはずであるから、前訴被告の不当利得返還請求の根拠は、被告が債権がないのに給付判決をえたのは不当な利得であるという点にのみ求めうることになろう。[13] これは前訴判決の不当を前提とするものであって、前述のように、後訴請求の先決事項として、前訴判決の既判力によって遮断される。

ところが他方、同様に弁済の給付はなされていないという理由で給付判決をうけた被告が、後に、やはり弁済の給付はしたが訴求債権に関するものではないことやその他の法律上の理由によって訴求債権消滅の効果を生じていないのだと主張して、給付したものの不当利得返還請求をした場合はどうか。この場合の後訴請求は前訴判決において確定した訴求債権の存在を直接争ってはいないから、前訴判決の既判力によって当然に遮断されるとはかぎらない。ヘンケルによれば、この場合、前訴における給付はなされていないとの判断は、給付判決の択一的事由にすぎないか

ら、正当性を担保すべき手続保障がないとして、拘束力を生じない。[14] しかし、前訴手続においてこの判断の正当性を担保すべき手続保障があったかどうかは、択一的判決事由かどうかだけでなく、具体的な審判手続の経過をもみて決すべき問題であろう。[15] ことにこの場合には、給付のなかったことを争う敗訴被告には、上訴の利益も認められるから、手続保障があったといえる場合も十分に考えられる。そうした場合には、後訴請求が前訴判決に遮断されることを認める余地がある。他方、弁済が法律上の理由によって効力を生じていないとして請求が認容された場合には、弁済したものの不当利得返還請求をする後訴が前訴判決によって遮断されることはない。[16]

三　このように弁済の抗弁は、訴求債権に関するかぎりはその消滅原因を主張して、もっぱら防御機能を果す防御方法である。したがって、一たん訴求債権の存在が確定した以上は、前訴の口頭弁論終結前になされた弁済をその後に主張して、確定判決の内容を争うことは、前訴判決の既判力によって遮断される。弁済の抗弁を前訴で提出したか否かを問わず遮断されることになろう。[17] しかも、前訴基準時前の弁済を主張して直接訴求債権の存在を争う請求異議の訴え（民執三五条二項）や債権不存在確認の訴えが許されないだけでなく、訴求債権の弁済として給付したものを不当利得として返還請求することも許されない。[18] この場合の不当利得返還請求は、結局、訴求債権の不存在を前提とするから、この主張は前訴給付判決の既判力によって遮断されるのである。

これに対して、相殺の抗弁は、防御機能だけでなく、これと不可分に結びつく追行機能を実現するための特別の取扱いを要求する。訴求債権に基づく給付判決が一たん確定したのち、前訴で提出しなかった相殺を主張して、前訴確定判決の内容を争うことができるかについては、後述のような議論があるが、[19] 反対債権に基づく別訴請求が前訴判決の既判力に遮断されるのは、前訴において相殺の抗弁が提出され、反対債権の不存在の判断の正当性が、手続形成上担保されていた場合にかぎられる。この場合には、相殺の抗弁の防御機能と追行機能とが不可分に満足されたかどう

かが確定するからである。

(1) 例えば兼子・民事訴訟法体系二四三頁。
(2) Zeuner, a. a. O., S. 93ff.
(3) Henckel, a. a. O., S. 220f.
(4) So St-J.Leipold, ZPO, 19 Aufl., § 322 Anm. Ⅶ 1, S. 1333.
(5) St-J.Leipold, a. a. O., S. 1333. は既判力を生じないとするが、訴訟手続過程において、具体的に判断の正当性を担保する手続保障が認められれば既判力を生ずる余地がある、と解される。
(6) 一般的に認められている。例えば兼子・民事訴訟法体系二四三頁。
(7) St-J.Leipold, ZPO, 19 Aufl., § 322 Anm. Ⅺ 3, S. 1348; Blomeyer, Zivilprozessreht, S. 471.
(8) Reichel, Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung, Festschrift für A. Wach, Ⅲ (1913) S. 75ff.
(9) So Gaul, a. a. O., JuS 1962, S. 9; St-J.Leipold, ZPO, § 322, Anm. Ⅺ 3, S. 1348.
(10) Gaul, JuS 1962, S. 10.
(11) 伊東・前掲論文山木戸還歴論文集上一〇七頁、同・民事訴訟法の基礎理論一二六頁。
(12) St-J.Leipold, ZPO, § 322, Anm. Ⅺ 3, S. 1348.
(13) Blomeyer, Zivilprozessrecht, § 90 Ⅲ S. 471f.
(14) Henckel, a. a. O., S. 215.
(15) 吉村・前掲論文民事訴訟法の争点二八三頁参照。
(16) Zeuner, a. a. O., S. 91, 96.
(17) Gaul, JuS 1962, S. 9f.; St-J.Leipold, ZPO, § 322 Ⅺ 3, S. 1348. これに対して、Zeuner, a. a. O., S. 96. は不当利得返還請求の後訴は前訴で弁済の抗弁を提出して排斥された場合にかぎり遮断されるとする。
(18) もっとも、弁済が法律上効力を生じていないとして、その不当利得返還請求をする場合には、必ずしも遮断されないことは前述した。

（19）後述四―二参照。

四　結語――残された問題点

一　民法上の相殺は受働債権と自働債権が相殺適状にあれば一方的な意思表示によって対当額で消滅させることができるとすることによって（民法五〇五条以下参照）、相手方の受働債権に対する防御機能と自己の自働債権の貫徹機能とを不可分に実現する法制度と解することができる。相殺の抗弁はこのような相殺の私法上の機能を訴訟手続においても確保できるように構成さるべきである。本稿が相殺の抗弁もまた訴求債権に対する防御機能と反対債権の貫徹のための追行機能が不可分に結びついた訴訟手段であると把握してきたのは、そのような趣旨であった。

このように解することによって、訴訟上の相殺のみならず訴訟外の相殺の場合にも、相殺の抗弁についての審判の順序やこの点の判断の既判力の特性をよく理解することができる。訴求債権の存在を認定し、相殺適状や相殺の要件を確かめたうえで、反対債権の存否を判断することによって、相殺の抗弁の防御機能と追行機能が不可分に達成されたか否かが決まる。その結果、反対債権の不存在が認定されれば、結局、相殺の両機能を果しえなかったことが確定し、反対債権の不存在の判断に既判力を生ずるし、反対債権の存在が明らかになれば、相殺によって訴求債権も反対債権もともに消滅したことが確定されて、相殺の両機能を果したことになる。また、相殺を別としても、訴求債権は存在しないとして請求が棄却され、あるいは相殺適状や相殺要件を認定できずに請求が認容された場合には、相殺の効果を生じていないことになるから、被告は別訴において反対債権の行使を妨げられない。このように相殺の抗弁が前訴において提出され、相殺の効力の成否について実質的に審判がなされた場合には、相殺による防御機能と貫徹機能とが不可分に達成されたかどうかが訴訟手続上も確定されることが明らかになった。

二　しかし、相殺の抗弁が提出されても、相殺の効力の成否について実質的に審判するに至らず、これが時機に遅れた攻撃防御方法として却下された場合には、相殺の抗弁の防御機能と追行機能の不可分の結びつきはどうなるのか。そしてさらに、相殺の抗弁が前訴の口頭弁論終結時までに提出されなかった場合には、この両機能はどうなるのかという問題が残されている。

前訴で相殺の抗弁が提出されなかった場合には、口頭弁論終結前に相殺適状でも、その後に相殺権を行使して前訴判決の確定内容を争うことは、既判力によって遮断されないとするのが通説である。(1) この立場では相殺の防御機能と貫徹機能の不可分の実現はともに後訴に留保されていることになる。ただ、同様の取扱いは訴訟外の相殺については貫きえず、前訴基準時前の訴訟外の相殺を主張して確定した訴求債権を争うことは、前訴判決の既判力によって遮断されるとするのが一般である。もっとも、前訴で相殺の抗弁が提出されなかったときに、後訴での相殺の主張が既判力によって遮断されるかどうかは、前訴でこれを主張すべき提出責任があるかどうかによって決まるとの見解がある。(2) この立場では、ここにいう相殺の防御機能と貫徹機能の不可分の実現の要請も、提出責任を判断する基準としての「実体関係的手続保障要求」の一つということになろうから、訴訟外の相殺についても、前訴判決の既判力によって遮断されるかどうかはなお検討を要しよう。(3) 他方、相殺の抗弁が不適法却下されて請求が認容された場合には、訴訟上の相殺、訴訟外の相殺を問わず、相殺の抗弁は防御機能を果しえなかったことになり、訴求債権の存在が確定するが、相殺によって反対債権が実体法上消滅して行使しえないという効果が残るかについては議論がある。近年、訴訟上の相殺については相殺の効果を残さず、反対債権は消滅しないとする見解が有力であるが、(4) 訴訟外の相殺についても同様の取扱いを認めうるかについては、なお異論が多い。(5)

三　しかしいずれにしても、同じ相殺の抗弁について、前訴手続でこれを提出して時機に遅れたとして却下され

た場合と全く提出せずに放置した場合とで、前訴判決の遮断効が一方は及び他方は及ばないとする根拠は何であろうか。また、いずれの場合にも、さらに訴訟上の相殺と訴訟外の相殺とで異なった結果を認めるのは妥当であろうか、など多くの問題がある。

ところで、ヘーゼマイヤーは、相殺の防御機能と貫徹機能との不可分の結びつきから出発して、この点について包括的な統一原理を展開している。(6) つまり、訴訟上の相殺か訴訟外の相殺かを問わず、相殺の抗弁が前訴で考慮されなかった場合には、これが全く提出されなかった場合と不適法却下された場合とを含めて、相殺の防御機能と貫徹機能とは不可分に実現されなかったことになる、とする。したがって、一方で訴求債権の存在が確定し、相殺によりこれを争う余地はなくなるが、他方反対債権も消滅することなしに自由な行使に委ねられることになる。ブロマイヤーは、相殺の抗弁が不適法却下された場合について、ヘーゼマイヤーの結論を妥当として、さらに、これを前訴判決の既判力によって確保しようとする。(7) すなわち、訴求債権と反対債権の間には相殺を介して相互的意味関連が存在するとして、訴求債権の存在が確定されれば、相殺による反対債権の消滅を主張することは、前訴判決の既判力によって遮断されるというのである。

この新たな傾向は、相殺の防御機能と貫徹機能の不可分の結びつきという観点を、本稿で論じた相殺の抗弁が審判された場合に限定せずに、さらにこれをこえて一貫させたものであり、ことに本稿の立場からは興味ある問題提起である。しかし、この点を論ずるためには、相殺の抗弁の却下と不提出の場の相殺の効果や前訴判決の遮断効をめぐる多彩な見解を検討する必要があり、ここではその余裕がない。別の機会に譲らざるをえない。

（1）例えば中野他編・民事訴訟法講義四五一頁（吉村）および同所引用の判例文献。兼子・民事訴訟法体系三四一頁は、債務者が相殺適状の反対債権を覚知していた場合には、提出できたはずだから、前訴判決に遮断されるとされる。

(2) 上田「遮断効と提出責任」法と権利3民商法雑誌七八巻臨時増刊号(3)二三六頁以下。

(3) 事実、池田「既判力の時的限界」民事訴訟法の争点二六五頁は、「両債権者が別々に訴求・執行する煩を避けようとする民法の相殺制度」の特性から、訴訟外の相殺も既判力に遮断されない、として、訴訟上の相殺と同じ取扱いをする。

(4) いわゆる訴訟行為説か新併存説かを問わず、この結果を承認する。さしあたり、中野他編・民事訴訟法講義二七二頁以下（鈴木重勝）および同所引用文献参照。

(5) 訴訟行為説だけでなく、新併合説の立場からも、訟訴上の相殺と訴訟外の相殺とを区別して論ずる者が多い。この点につき、河野「相殺の抗弁とその実体法上の効果」法政研究三九巻一号一一三頁、ことに一二二頁、一四一頁以下は、両者の分離を批判し、これを統一的に把握しようとするもので注目に価する。

(6) Häsemeyer, a. a. O., S. 222ff.

(7) Blomeyer, Außerprozessuale Aufrechnung und Prozeßaufrechnung, ZZP 88, S. 439ff. (1975)