

訴訟外の相殺と既判力

和田 吉 弘*

目	次
1	問題の所在
2	従来議論
3	検 討
4	おわりに

1 問題の所在

民事訴訟法114条2項は、「相殺のために主張した請求の成立又は不成立の判断は、相殺をもって対抗した額について既判力を有する。」と規定している。これは、民事訴訟法では判決主文中の判断について既判力が生じるのが原則であるところ（同条1項）、相殺が主張された場合には例外的に判決理由中の判断についても既判力が生じるものである、と理解されている。

被告の反対債権（相殺に供した自働債権）についての判断にも既判力が生じる理由は、一言でいうと、請求債権の存否の紛争が反対債権の存否の紛争として蒸し返されることを防止するためである、とされる。周知のように、具体的には、①被告が相殺の自働債権として主張した反対債権（請求債権と同額とする。）が存在しないとして請求認容判決が確定した場合、反対債権は訴訟物ではなく判決理由中の判断の対象にとどまるので、114条1項のみでは、被告であった者が後訴で前訴判決で存在しないとされた反

* わだ・よしひろ 立命館大学大学院法務研究科教授

対債権を主張して訴えを提起することを封じることができないため、原告であった者の請求認容判決が意味を失うことが起こりうるし、また、②被告の反対債権の存在が認められて請求棄却判決が確定した場合も、やはり、114条1項のみでは、被告であった者が後訴で反対債権を二重に使用しようとして訴えを提起することを封じることができず、相打ちとなった前訴棄却判決の意味が失われることも起こりうるので、2項でそれらを防止しようとした、とされる¹⁾²⁾。

また、条文には「相殺のために主張した請求の成立又は不成立の判断」に既判力があるとされているが、通説は、上記①の場合も②の場合も事実審の口頭弁論終結時における反対債権の不存在の判断に既判力が生じるとすれば足りる、と理解している³⁾。この点については、②の場合に、請求債権と反対債権がともに存在し、それが相殺によって消滅したことについて既判力が生じる、とする少数説⁴⁾も主張されてきたが、最近では勢いを失っているといえる。

さらに、そのような判断に既判力が生じることから、相殺の抗弁については審判の弾力性⁵⁾が否定されると解されている。すなわち、これも周知のように、通常の抗弁であれば、審判の合理性から、攻撃防御方法についてはどのような順序で判断しても構わないのに対し、訴訟上の相殺（裁判上の相殺）の抗弁（被告が直接訴訟手続において相殺の主張をし、請求債権が認められるのであれば相殺の効果を考慮して原告の請求について判断すべきであるとする抗弁）の場合は、被告がこれによって勝訴したとしても反対債権を失い、その点に既判力が生じてしまい、実質は敗訴となってしまうため、相殺以外の事由で請求棄却にできるのであれば、その方を優先させる必要があるので、相殺の抗弁は、予備的抗弁として、請求原因よりも後に、また複数の抗弁の最後に判断すべきであるとされているのである⁶⁾。

そして、114条2項は、訴訟上の相殺の場合だけではなく、訴訟外の相殺（裁判外の相殺）の抗弁（被告が訴訟係属前ないしは訴訟手続外において相殺の意思表示をした上で、それを訴訟手続において請求債権の消滅事由として主張す

る抗弁) の場合についても適用される, というのが一般の理解である⁷⁾。

しかし, 訴訟上の相殺の場合は, 被告が訴訟手続上自らの権利を行使して原告の請求を請求棄却に導こうとするものであるのに対して, 訴訟外の相殺の場合は, 被告が実体法上はすでに相殺の効果が生じたとして原告の請求が請求棄却になるべきであると主張するものであるから, 状況が大きく異なるはずである。それにもかかわらず, 学説上は訴訟外の相殺についても114条2項が適用されるということが当然視されているようで, 議論が止まったのかという観さえある状態である。

本稿は, 訴訟外の相殺の抗弁についても114条2項が適用されるということで問題がないのかについて, 改めて検討しようとするものである。結論を先取りして言えば, 私見は, 訴訟外の相殺の抗弁には114条2項を適用すべきではなく, 弁済の抗弁等についてと同様に信義則が問題になる余地があるにすぎない, と考えるものである(なお, 本稿では, 訴訟外の相殺の抗弁についての信義則の適用の可否そのものや争点効理論の可否については扱わないこととする)。

2 従来 of 議論

(1) 114条2項の沿革の概要

最初に114条2項の沿革の概要を確認しておきたいが, これについてはこれまでの優れた研究に負う。

まず, 平成8年の民訴法改正以前の旧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」と規定していた。

明治23年民訴法では, 相殺を反訴によってすべきものとされていたため, 旧199条2項に対応する規定は存在していなかったところ, 大正15年の改正によってこの規定が新設されることになった⁸⁾。

大正15年の改正による旧199条2項の新設については, 当時当然に参照

されたはずのドイツ民法322条2項が反対債権の不存在の判断にのみ既判力があるという規定であったのに、なぜドイツ民法旧293条2項のように反対債権の存在または不存在に関する判断に既判力があるとする規定にしたのが、当然の疑問となる。その理由としては、当時のドイツにおいて、反対債権の不存在を認定して相殺の抗弁を排斥した場合だけでなく、反対債権の成立を認め相殺の抗弁を容認した場合にも、相殺によって消滅した反対債権の事後の主張を封ずるべきだという解釈が通説となり⁹⁾、大正15年の改正の際も、「相殺の抗弁が排斥された場合だけでなく、それが認容された場合にも、それぞれ、反対債権につき既判力が生ずることを、なんらかの形で、書き分けたかった」と思われること¹⁰⁾と、当時、最新・最良とされたオーストリー民法が存在または不存在と規定しているのを立案当局が範としたこと¹¹⁾、が指摘された。

そして、注目すべきことに、大正15年改正の旧199条2項が「オーストリー法を範に採った規定だとすると、この規定は訴訟上の相殺にのみ適用されると解釈すべきこと……になるであろう」との指摘がされている¹²⁾。それは、旧199条2項に相当するオーストリー民法411条1項2文の多数説による解釈が、「訴訟上相殺の抗弁としての反対債権の主張にのみ、この規定の適用があると解され、裁判外での相殺の結果としての債務の消滅の主張に対する裁判所の判断には——たとえば弁済、免除、更改による訴求債権の消滅の主張に対する判断と同じく——既判力は生じないとされる」ものであるからである¹³⁾。

しかし、訴訟上の相殺について訴訟行為説を採るその多数説では、訴訟上の相殺の抗弁は、単なる防御方法ではなく被告の実体的申立てであって、これに対する判決は判決主文に掲げられ411条1項2文に従って既判力が生じるから、訴訟上相殺の抗弁に対する判決の既判力は、判決理由に既判力が認められる例外的場合ではなく、判決主文中の判断そのものに対する既判力である、という¹⁴⁾。そうすると、それは明らかに我が国の規定についての基盤となる解釈と大きく異なるものであるから、残念ながら、

このような沿革上の理由から旧199条2項(ひいては現行の114条2項)が訴訟上の相殺にのみ適用されると解釈すべきであるとはいえないことになるであろう。ただ、我が国の規定が沿革上訴訟外の相殺と訴訟上の相殺とを区別する考え方と無縁ではないこと自体は、注目されてよいように思われる。

結局、我が国では、旧199条2項が平成8年の民訴法改正によって口語化され114条2項となった。口語化に伴う表現の違い以外は同一のものといえる。

(2) 訴訟外の相殺への適用を肯定する説

前述のように、114条2項は、訴訟上の相殺についてだけではなく訴訟外の相殺についても適用がある、というのが現在の通説であり、むしろほぼ定説というべきものとなっている。この適用肯定説で理由として挙げられているのは、前述のような114条2項で既判力を認める趣旨が、訴訟外の相殺の場合にも該当するからである、というものである¹⁵⁾。つまり、前訴で訴訟外の相殺が主張されてそれについて審理判断され、反対債権なしとして請求認容となった場合にも、また相殺が認められて請求棄却となった場合にも、被告であった者が反対債権の履行を求めて訴えを提起することが既判力により妨げられないとするのは正当化できない、というのである¹⁶⁾。表現の差はあれ適用肯定説の論拠でそれ以外のものは見当たらなかった。

(3) 訴訟外の相殺への適用を否定する説

これに対して、114条2項が訴訟外の相殺については適用されないとして反対債権の判断について既判力を否定する説は、現在では私見以外に見当たらないが¹⁷⁾、かつては我が国でもこれに相当する旧199条2項についてそのような説が主張されていたところである¹⁸⁾。

その理由については、訴訟外の相殺の場合、反対債権はすでに消滅して

いるとの主張であるから、条文上の「相殺ノ為主張シタル請求」がなく、
条文に該当しない、という点にある¹⁹⁾。ただ、これは形式論といえはいえ
なくはないことであり、適用肯定説の上述の論拠（反対債権の履行を求める
後訴を既判力で封じる必要性）に対しては答えておらず、かみ合った議論の
対立にはなっていないことになる。その後、適用否定説は主張されなくな
ってしまった。

3 検 討

私見は、適用否定説を主張するものである。適用肯定説の論拠は、上述
のように反対債権による後訴を封じる必要性であり、一見説得力があるよ
うにも思えるが、種々の疑問を感じざるをえないところである。以下、検
討したい。

(1) 審判の弾力性について

まず、適用肯定説では、審判の弾力性についてはどうなるのであろう
か。

この点は、実はあまり語られないのであるが、一般に、訴訟上の相殺の
場合と同様に審判の弾力性を否定すると考えられているのではないかと思
われる。訴訟外の相殺の場合にも114条2項の既判力を肯定し、被告の反
対債権の不存在の判断に既判力が生じるとする以上、訴訟上の相殺の場合
と同様に審判の弾力性の否定も前提となっていると考えられるからであ
る。

この点については、わずかに次のような議論が見られる²⁰⁾。すなわち、
相殺について、「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

でも、手続法的に確保されなければならない」とした上で、「相殺の抗弁の審判においては、……、審判の順序を強制されるのは、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」とし、また「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旨とすにすぎない。……当面の請求に対する防御機能に止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。」とする(吉村説)。ここでは、訴訟外の相殺についても、防御機能のみが認められる弁済とは異なり審判の順序が強制される、つまり審判の弾力性が否定される、と考えられていることになる。

しかし、弁済の代わりに代物弁済を考えた場合にも、弁済の場合と同様に審判の弾力性はあると思われるところ、被告が被告の原告に対する債権で代物弁済したらどうなるのであろうか。このような代物弁済も実体法上可能であると考えられ、その場合には、債権者と債務者が原告になりその債権は混同により消滅することになるが²¹⁾、それは、代物弁済という合意によるものではあるものの、訴訟外の相殺と実質的にほぼ同じことになろう。そうすると、被告が反対債権で代物弁済した場合には、114条2項の適用がなく審判の弾力性も否定されないのに、それと実質的にほぼ同じ訴訟外の相殺の場合に、114条2項の適用があり審判の弾力性も否定されるとするのは、合理的なのであろうか。

考えてみれば、審判の弾力性を確保すべきであるとする根拠は、訴訟手続でいわば最短距離で結論に達する合理性にある。いうまでもなく、判決理由中の判断に原則として既判力が生じないのは、そのためである。ただ、これは、その限りで実体法の法律関係を変えていることになる。つまり、例えば、ある金銭債権について、時間的順序として、免除がなされ、次に弁済がなされたという場合を考えると、まず、その金銭債権が存在しなれば免除も弁済も効力を有しないし、その金銭債権が存在しても免除があれば弁済は効力を有しない。しかし、訴訟法上は、審判の弾力性から、その金銭債権の存否や免除の有効性について判断することなく、弁済

があったことを理由として請求棄却の判決をすることも適法であるとされるのである。そして、114条2項は、さらにこの訴訟法上の審判の順序の例外をもたらしている。そうすると、実体関係を考える順序として、①法律関係が時間的に変動することを前提とする実体法の順序、②審判の弾力性を認める訴訟法上の原則的順序、③審判の弾力性を認めず論理的に最後に審判すべきであるとする訴訟法上の例外的順序とがあり、訴訟法上で②を採るのは、訴訟物についての判断である結論のみに既判力が生じるとすることで、柔軟な審理判断を可能にするためであり、例外的に③を採るのは、前訴の請求債権の存否の紛争が反対債権の存否の紛争として蒸し返されることを防止しようとして、114条2項で柔軟な審理判断というメリットを捨ててでも反対債権の不存在に拘束力を生じさせようとするためである、といえる。

したがって、問題は、前訴判決の実質的蒸し返しの防止の必要性和審理の弾力性確保の必要性和との調整の問題というべきであろう。そして、訴訟外の相殺が上述のように代物弁済や弁済と実質的に同様であること²²⁾や、もし訴訟外の相殺について審判の弾力性を否定すると、実体法上確定的な相殺を過度に条件付きのように扱うことになることなどを考えると、訴訟外の相殺の場合は、審判の弾力性確保の必要性の方が勝るというべきであると思われる²³⁾。

ただ、弁済についても、前訴判決の実質的蒸し返しのための後訴が考えられないわけではないので、弁済の場合との関係について項を改めて検討したい。

(2) 弁済の場合との関係について

現在の通説的な理解では、訴訟上の相殺の場合と訴訟外の相殺の場合については、実質的な判断がなされれば114条2項で既判力が生じるが、弁済の場合は、実質的な判断がされても既判力は生じないとされる。訴訟上の相殺、訴訟外の相殺、弁済と並べると、前二者と後一者とて扱いに区別

があることになる。

弁済が他と区別される理由としては、まず、上の吉村説が弁済の場合には防衛機能しかないことを挙げていた。

しかし、弁済の抗弁は、すでに提供した経済的利益(給付)で訴求債権が消滅したことを主張するもので、訴訟外の相殺の抗弁も、すでに提供した経済的利益が金銭給付ではなく自働債権であるというにすぎないから、弁済と訴訟外の相殺とを区別できるか疑問である。訴訟外の相殺の抗弁の場合、別訴と類似した訴訟上の相殺の抗弁のような「自働債権の貫徹機能」が現にあるというよりも、むしろすでに提供した自働債権が弁済の給付と同等の経済的価値を持っていることで簡易決済ができたにすぎない、というべきであろう。

また、弁済については114条1項で足りるが、相殺についてはそれで足りないという点で区別ができるという議論もある。それによれば²⁴⁾、相殺について実質的に審査されたが認められず請求認容となった場合について、「弁済のような通常の抗弁であると、請求認容判決に対して弁済の抗弁を二重行使する余地はない。既判力の消極的効果で封ぜられるからである。ところが、相殺の反対債権では、別の訴訟物を構成することができるので、114条1項だけしか規定がないと、相殺以外の理由で不存在とされた反対債権で再度の訴訟が可能となる。これを封ずるために、114条2項がある。」という。

確かに、弁済の抗弁が認められず請求認容判決が確定した後、被告であった者が同じ債権について同じ弁済を主張しても前訴判決の既判力で遮断されることになる。しかし、その被告であった者が、訴求債権については争わず、給付を行ったのに弁済になっていないとして非債弁済を理由に不当利得返還請求することは、114条1項では封じられないのであり、弁済の給付という経済的利益を二重行使することは可能というべきであろう²⁵⁾。したがって、114条1項だけで足りるかどうかというのは、区別の決め手にはならないと思われる。

他方で、弁済についても既判力を認めようとする方向の考え方も見られる。

そのうちの1つは、旧199条1項の既判力が生じるとするもので²⁶⁾、「弁済の抗弁を容れられて勝訴した被告が給付したものの返還を求めて不当利得返還請求の訴を起こせば、この訴は、民訴199条2項を俟つまでもなく、原則規定たる同条1項によって、前判決の『判決主文の既判力』に妨げられる」という。

しかし、請求棄却判決に対し訴求債権が弁済前に不存在であったとする不当利得返還請求の訴えは、訴求債権の不存在という基準時の判断を争うものではないから、それは無理な議論で²⁷⁾、一般にも無理と解されているであろう²⁸⁾。

また、弁済を認めた請求棄却判決の確定後に、前诉被告が請求原因の契約は無効であったとして弁済金の返還を求める不当利得返還請求の訴えについて、114条2項の「類推適用の可能性は一概に直ちに否定されるとまではいえないように思われる」という見解もある²⁹⁾。

ただ、この見解も、債務者が審判の弾力性の否定を要求できるとなると、「相殺の抗弁の場合と同じく、まず訴求債権の存在について審理判断をしなければならなくなる。これは審理の促進という観点からは不利である。」とした上で、「抗弁に対する判断には既判力が生じないから、……、訴求債権が仮に成立していたとしても弁済によって消滅し、請求は理由を欠くとして請求棄却判決をすることができる。このような扱いは訴訟経済にも合致する。したがって一般的には弁済の抗弁を容れて請求を棄却する判決がある場合に、弁済の抗弁に対する判断に債権者の有利に既判力を肯定することはできないであろう。」とする³⁰⁾。結局、審理の促進という観点から審判の弾力性は否定すべきでないとして、弁済の抗弁に114条2項の類推適用をすべきでないとしている³¹⁾。

ところで、このように、弁済が認められて請求棄却になった場合に弁済の判断には114条1項でも2項でも既判力が生じないとして不当利得返還

請求の訴えが封じられないとすれば、なぜ、通説では、訴訟外の相殺が認められて請求棄却になった場合に2項で既判力が生じるとして反対債権の行使が封じられるのであろうか。すなわち、一方では、弁済が認められて請求棄却となった場合には、被告であった者が、請求債権がすでに存在しなかったとして弁済の無効を主張して不当利得返還請求をすることが、既判力では封じられないのに、他方では、訴訟外の相殺が認められて請求棄却となった場合には、被告であった者が、請求債権がすでに存在しなかったとして相殺の無効を主張して反対債権に基づく請求をすることは、既判力で封じられる（不当利得返還請求はもちろんできない）ということになるが、両者の場合でそのように大きく結論が変わってよいのであろうか。もし、前者の不当利得返還請求について、既判力ではなく信義則が問題となる余地がある、というのであれば³²⁾、後者の自働債権に基づく請求についても、同じように既判力ではなく信義則が問題となる余地がある、とすれば足りるように思われるのである。

なお、弁済によって請求が棄却された場合の弁済について、立法論として既判力を認めることを示唆する議論もある。それによれば³³⁾、「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、……、改めて被告は請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。」とし、「もし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(旧)199条2項類似の規定を設け……することも決して突飛な立法政策だとはいえない。」という。ここでは、相殺の抗弁と弁済の抗弁との同質性が指摘されていることになるが、相殺の抗弁の効果についての独自の立場を前提とする³⁴⁾立法論にとどまる。

(3) 訴訟上の相殺の特質について

繰り返しになるが、私見は、訴訟上の相殺、訴訟外の相殺、弁済を念頭においた場合に、訴訟上の相殺についてだけ後二者とは別扱いにすべきで

ある、とするものである。その理由の1つとして、訴訟上の相殺の特質という点を援用したいと思う。例えば、従来も、114条2項で「既判力を認めることは、相殺の抗弁の性格によるところが大きい」とし、「相殺は、訴訟物たる権利とは別個独立の債権の主張を基礎とするものであり、その実質としては、自働債権についての反訴の提起と類似する性質を持っている。したがって、抗弁として提出された場合であっても、その判断に既判力を認めることが、理論的にも不合理であるとはいえない」とする説明が見られる³⁵⁾。また、相殺の抗弁は「反訴に準ずる実質をもつ面がある」として、「実質的に考察して反訴に準ずる独立の訴訟物の主張が存在し、それがたまたま原告の請求の処理に役立てられたのだという見地を貫けば、相殺の抗弁の存否について既判力を及ぼしても差しつかえないことになる」という説明もなされていたところである³⁶⁾。

それでは、訴訟外の相殺の抗弁については、反訴と類似する、あるいは反訴に準ずる独立の訴訟物の主張が存在する、といえるのであろうか。反訴の提起は、自ら行使できる債権が現に存在しそれを行使するという意図の下に行われるものであるから、確かに訴訟上の相殺の抗弁をこれと同視することはできるであろうが、訴訟外の相殺の場合は、すでに債権を行使して経済的利益を消費したことを前提とするものであるから、反訴の提起と同視することは困難であるように思われる。また、訴訟上の相殺の抗弁が反訴的なもので、訴訟外の相殺の抗弁がそうではないことは、既判力で遮断されるかどうか、つまり、訴訟上の相殺の抗弁は、前訴で提出されなかった場合でも一般に既判力によって遮断されないとされるのに対して、訴訟外の相殺の抗弁は、前訴で提出されなかった場合には既判力によって遮断される、ということにも表れているように思われる。反訴的なものは独立した権利行使であり遮断するわけにはいかないのに対して、弁済の抗弁と同等のものは遮断してよいと考えられるからである。

(4) 114条2項の例外性について

114条2項が例外的な規定であることもよく指摘されている。例えば、「民訴第199条第2項は、あきらかに、相殺の抗弁だけ(ママ)についての特例であり、留置権の抗弁や同時履行の抗弁などの場合における被告の側の債権にかんして、類推適用を認める余地は存しない。」という説明がある³⁷⁾。

ただ、留置権の抗弁や同時履行の抗弁についても、後訴で前訴判決の実質的な蒸し返しがされる余地はあるのであって、例えば、売主からの代金請求の訴えに対して買主である被告が目的物との同時履行を主張したが、目的物引渡請求権の主張が認められず全部認容の判決が確定した場合、買主が目的物引渡請求の後訴を提起することは、二重に判断を求めていることになろう。しかし、それについては、114条2項が例外的な規定であることを理由に同条項の適用は認められていないのである³⁸⁾。あとは、信義則等の問題が残ることになる。

そうであれば、訴訟外の相殺の場合は、かつての適用否定説が説いたように、114条2項にいう「相殺のために主張した請求」はないのであるから、例外的に適用されるべき同条項は適用されない、というべきではないだろうか³⁹⁾。

(5) 114条2項適用肯定説の論拠の背景について

訴訟外の相殺についても114条2項が適用されるという考え方の論拠は、前述のように、訴訟上の相殺の場合と同様に反対債権を主張する後訴が論理上はありうるのでそれを封じたい、というところにある。そのために同条項を適用するという無理をしたのである。

その背景には、かつては、民事訴訟法に信義則の規定がなく、また解釈論上も信義則で後訴を制限するということが一般的に認められていなかったという事情があるものと思われる。かつても民法の信義則の規定が類推される余地はあったものの、民事訴訟手続の明確性、安定性などから手続

は厳格に進められるべきものとする傾向が強く、信義則を積極的に用いて柔軟な解釈・運用をすることは、実務でも学説でも一般的ではなかったといえる。民事訴訟法に信義則が規定されたのは、平成8年に現行民事訴訟法が制定されてからであり、最高裁が信義則で蒸し返しを制限するようになったのは、最判昭和51年9月30日民集30巻8号799頁以降である。そのために、それ以前の議論としては、訴訟外の相殺について、反対債権を主張する後訴を既判力で封じようとして、114条2項（旧199条2項）を適用するとせざるをえなかったのだと思われるのである。

そうすると、現在では、いうまでもなく、以前に比べて信義則が積極的に問題とされるようになったのであり、114条2項適用肯定説には前述のように種々の問題があることを考えると、もうかつての思考を維持する必要はないと思われるのである。

4 おわりに

本稿は、訴訟外の相殺について114条2項を適用することに反対する立場から、種々の検討を行ったものである。考えてみれば、この問題は現在まで実務上も顕在化してこなかったように感じられる。それは、訴訟で訴訟外の相殺の抗弁が主張された場合にも、おそらく実務上は審判の弾力性が例外的に法的に否定されるとまでは考えられてこなかったと思われるものの、前述した「実体法の順序」（本稿3095頁の①）によって、つまり請求原因より後にかつ障害の抗弁より後に判断することで、結果的に、前述した「訴訟法上の例外的順序」（同じく③）と同じになることが多く、そうした状況で、従来はほとんど114条2項適用肯定説のみが説かれていたことから、反対債権を主張した後訴が提起されることが考えにくかった、ということによるのであろう。

そうした中でも、この問題について理論上の問題として問題提起することで、判決理由中の判断の拘束力の議論に一石を投じることができればと

考えた次第である。この問題について議論が活性化することを望みたい。

- 1) 秋山幹男＝伊藤眞＝加藤新太郎＝高田裕成＝福田剛久＝山本和彦・コンメンタール民事訴訟法Ⅱ〔第2版〕(日本評論社, 2006年) 467頁以下, 中野貞一郎「民事第一九九条第二項について」訴訟関係と訴訟行為(弘文堂, 1961年) 141頁以下(初出は, 創立十周年記念論文集(司法研修所報特集号)上(民事編)(司法研修所, 1958年)), 同「相殺の抗弁——最近の論点状況——」民事訴訟法の論点Ⅱ(判例タイムズ社, 2001年) 136頁以下(初出は, 判例タイムズ891号・893号(1996年)), 158頁, 斎藤秀夫＝小室直人＝西村宏一＝林屋礼二編著・注解民事訴訟法(5)〔第2版〕(第一法規出版, 1991年) 82頁〔斎藤秀夫・渡部吉隆・小室直人〕, 兼子一・新修民事訴訟法体系〔増補版〕(酒井書店, 1965年) 343頁, 三ヶ月章・民事訴訟法(法律学全集35)(有斐閣, 1959年) 123頁, 小山昇・民事訴訟法〔5訂版〕(現代法律学全集22)(青林書院, 1989年) 399頁以下, 兼子一原著＝松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫＝高橋宏志＝加藤新太郎＝上原敏夫＝高田裕成・条解民事訴訟法〔第2版〕(弘文堂, 2011年) 543頁, 伊藤眞・民事訴訟法〔第7版〕(有斐閣, 2020年) 564頁, 川嶋四郎・民事訴訟法(日本評論社, 2013年) 694頁など。松本博之＝上野泰男・民事訴訟法〔第8版〕(弘文堂, 2015年) 628頁は, 相殺により請求棄却になった場合については, もし前訴被告が改めて反対債権を請求できることになるとすると, 「当事者間の武器平等の原則に反する」と表現するが, その限りでは上の諸文献と同趣旨であろう(反対債権がもともと存在しないという場合については, 裁判所の判断に既判力が生じるとされる趣旨についての言及がない)。

これに対し, 反対債権についての判断に既判力が生じる理由として, 前訴の請求債権との関係に触れずに, 反対債権の二重利用を防止する必要があるなどと説明されることもある。鈴木正裕＝青山善充編・注釈民事訴訟法(4)(有斐閣, 1997年) 331頁〔高橋宏志〕, 中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編・新民事訴訟法講義〔第3版〕(有斐閣大学双書)(有斐閣, 2018年) 512頁〔高橋宏志〕, 河野正憲・民事訴訟法(有斐閣, 2009年) 576頁, 岩松三郎＝兼子一編・法律実務講座民事訴訟編第6巻(有斐閣, 1963年) 41頁, 三木浩一＝笠井正俊＝垣内秀介＝菱田雄郷・民事訴訟法〔第3版〕(LEGAL QUEST)(有斐閣, 2018年) 437頁以下, 瀬木比呂志・民事訴訟法(日本評論社, 2019年) 472頁, 松本博之「相殺に対する判断と既判力」訴訟における相殺(商事法務, 2008年) 185頁以下(初出は, 民事手続法研究2号(2006年)), 187頁(ただし, 218頁で, 請求債権と反対債権との間の「補償関係」等にも触れる)など。

しかし, ではなぜ判決理由中の判断の対象にすぎない反対債権について二重利用の防止が必要であるのかという点, 結局は, 既判力が生じている請求債権の存否についての判断が実質的に覆されないようにする必要があるから, ということになると思われる。前訴の請求債権との関係が触れられていないのは, おそらくその点が明示的には省略されて黙示的なものとなっている, という点であろう。

- 2) なお, 加波眞一「相殺の抗弁と既判力」民事手続法制の展開と手続原則——松本博之先生古稀祝賀論文集(弘文堂, 2016年) 537頁以下は, 前掲注1)のうちの伝統的な立場を

「紛争再燃防止説」と名付け、① 前訴で、Xの訴求債権の主張に対して、Yの反対債権での相殺の主張が認められて請求棄却の判決が確定した後、Yが、後訴で、受働債権(=訴訟物)は最初から存在していないので相殺は無効であるとして、反対債権を再度主張できるとすると、「前訴で存在することが認められたはずの前訴のXの訴求債権(=受働債権)の存否が再度争われることになり、『紛争の再燃』となる」ので、それを防ぐために114条2項で既判力を認めたのであり、② そうであれば、「同様に、Yの反対債権がはじめから存在しないとしてその不存在が確定される場合も、その理由中の判断に既判力が認められて確定されると解するのが公平である」という論理であるとする。そして、これに対し、反対債権の二重利用を防止する必要があるなどとする立場を、その根拠を統一的に公平性のみを求める立場として「公平説」と名付け、紛争再燃防止説では相殺が認められた場合の二重利用禁止を説明するにすぎないから、公平説を妥当と解したいとする。

しかし、伝統的な立場は、自働債権が認められて相殺が認められた場合も自働債権が認められず相殺が認められなかった場合も、「相殺は……対等額で消滅させる効果を抗弁とするものであるため、これに既判力を認めないと、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換えられて、判決による解決が無意義となるおそれがある」(兼子・前掲注1)343頁)と考えているにすぎず、必ずしも①②のように解しているわけではないと思われる。伝統的な立場について「紛争再燃防止説」と表現しようとしても、それは、Xの訴求債権そのものについての紛争の再燃ではなく、実質的経済的に前訴判決が無意義となりかねない、という意味での紛争の再燃にすぎないと思われる。

- 3) 秋山ほか・前掲注1)467頁、斎藤ほか編著・前掲注1)84頁、小山・前掲注1)400頁、兼子原著・前掲注1)545頁、新堂幸司・新民事訴訟法〔第6版〕(弘文堂、2019年)703頁、鈴木ほか編・前掲注1)332頁〔高橋宏志〕、伊藤・前掲注1)565頁、高橋宏志・重点講義民事訴訟法上〔第2版補訂版〕(有斐閣、2013年)638頁、中野ほか編・前掲注1)513頁〔高橋宏志〕、中野・前掲注1)(論点Ⅱ)151頁以下、河野・前掲注1)575頁注33、岩松ほか編・前掲注1)50頁注1、三木ほか・前掲注1)437頁、瀬木・前掲注1)472頁など。一般に文献には多数説とあるが、現在では通説化したといえよう。

なお、松本=上野・前掲注1)628頁は、「反対債権は相殺をもって対抗した額についてもはや存在しないことにつき既判力が生じる」とし、また、「反対債権が相殺によりもはや存在しないことは、請求棄却判決の判決理由ですらない(判決理由は、訴求債権と反対債権とがともに存在し、相殺により消滅したことである)。したがって114条2項は直接適用できず、類推適用されることになる。」(括弧内も原文)とし、右の通説と趣を異にする(松本・前掲注1)197頁以下にも、上と同旨の記載がある)。

- 4) 兼子・前掲注1)344頁、梅本吉彦「既判力の抗弁と既判力」民事訴訟法の争点(有斐閣、1979年)270頁以下、同・民事訴訟法〔第4版〕(信山社出版、2009年)927頁。吉村徳重「相殺の抗弁と既判力——弁済の抗弁との対比」民事判決効の理論(上)(学術選書41)(2010年)173頁以下(初出は、法政研究46巻2~4合併号(1980年))、183頁もこの立場であるが、「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」とし、通説が反対債権の不存在が確定されるとする点もその限りで正しいとする。

なお、木川統一郎＝北川友子「訴訟上の相殺と既判力」比較法学29巻1号(1995年)71頁以下は、「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、判決理由中で説示されている相殺時である」(括弧内は原文)こと、「相殺有効の場合の既判力の内容は、……、相殺時に、原告の請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る」ことなどを主張する。

- 5) 一般には「審理」の弾力性と言われるが、審理の時間的順序というよりも判断の論理的順序というべきであるから、本稿では審判の弾力性としておく。
- 6) 秋山ほか・前掲注1)472頁, 兼子原著・前掲注1)545頁以下, 鈴木ほか編・前掲注1)333頁[高橋宏志], 中野ほか編・前掲注1)513頁[高橋宏志], 高橋・前掲注3)639頁, 新堂・前掲注3)703頁以下, 河野・前掲注1)575頁, 岩松ほか編・前掲注1)44頁, 三木ほか・前掲注1)438頁, 中野貞一郎「相殺の抗弁」訴訟関係と訴訟行為(弘文堂, 1961年)90頁以下(初出は、阪大法学9号(1954年)), 130頁以下など。
- 7) 加藤正治・新訂民事訴訟法要論〔第5版〕(有斐閣, 1952年)285頁, 菊井維大・民事訴訟法(下)[補正版](弘文堂, 1968年)393頁, 中野・前掲注1)(訴訟関係と訴訟行為)142頁, 吉村・前掲注4)173頁, 高橋・前掲注3)640頁注49の2, 兼子原著・前掲注1)544頁, 岩松ほか編・前掲注1)45頁, 斎藤ほか編著・前掲注1)86頁, 三木ほか・前掲注1)438頁など。戦前のものとして, 中島弘道・日本民事訴訟法(松華堂書店, 1934年)822頁。
- 8) 松本・前掲注1)192頁以下。
- 9) 中野・前掲注1)(論点II)153頁以下, 同・前掲注1)(訴訟関係と訴訟行為)146頁以下。
- 10) 中野・前掲注1)(訴訟関係と訴訟行為)151頁以下。
- 11) 中野・前掲注1)(論点II)154頁。これに対し, 松本・前掲注1)198頁注24は、「旧民法199条2項は、ドイツ法よりもオーストリー法に一層類似する規定である。立法者は明治23年法の改正を議論する際、早くからドイツ民法のほか、オーストリー民法およびデンマーク民法などの条文を参考にしたことが明らかである。」とし、むしろオーストリー法からの影響こそを重視した指摘をしている。
- 12) 松本・前掲注1)209頁。
- 13) 松本・前掲注1)202頁以下。
- 14) 松本・前掲注1)203頁。
- 15) 秋山ほか・前掲注1)472頁, 三木ほか・前掲注1)438頁など。
- 16) 松本・前掲注1)217頁以下, 斎藤ほか編・前掲注1)86頁, 高橋・前掲注3)640頁注49の2, 中野・前掲注1)(訴訟関係と訴訟行為)142頁など。
- 17) 私見の結論は、拙著・基礎からわかる民事訴訟法(商事法務, 2012年)457頁で示していた。

なお、木川＝北川・前掲注4)80頁以下は、「被告が……『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」について、旧199条2項は問題にならないとし、「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。」とする。無

条件の相殺は、訴訟外の相殺と同視できると考えられるので、そうだとすれば、この論稿は「適用否定説」を採っていることになるかもしれない。

- 18) いずれも戦前のものであるが、前野順一・民事訴訟法論（第1編総則）（松華堂書店、1937年）643頁、細野長良・民事訴訟法要義第4巻〔第4版〕（巖松堂書店、1939年）195頁、山田正三・改正民事訴訟法第4巻〔第4版〕（弘文堂書房、1932年）897頁以下。なお、前野・同書同頁には、「裁判上の相殺を裁判上抗弁として主張するときは既判力を生じない」ともあるが、訴訟手続上確定的に相殺の意思表示をした上で、それを抗弁とするもの（つまり、訴訟手続上相殺の意思表示をした場合ではあるものの訴訟外の相殺と同視しうる場合）を意味するものと解される。

- 19) 前野・前掲注18) 643頁は、「法典が相殺の為主張したる請求といふに徴して明白である」としていた。

細野・前掲注18) 195頁も、「法典上『相殺ノ為メ主張シタル云々』ノ文旨ニ依リ極メテ明瞭ナリ」とした上で、「裁判外ニ行ハレタル相殺権ノ行使ノ結果ヲ裁判上主張スル場合ハ訴ヘタル請求権ノ不存続ノ異議ニシテ相殺ノ為メ主張スル請求ニアラサルカ故ニ斯ル場合ノ相殺ノ債権ノ存否ノ判断ハ既判力ヲ生スルコトナシ」としていた。さらに、山田・前掲注18) 897頁以下も、訴訟外の相殺について、「此ノ場合ニ於テハ被告ハ単ニ反対債権ノ存在セシ事実ヲ主張スルニ止マリ……現ニ反対債権ノ存在ヲ理由トナスモノニアラス」ということを指摘していた。

山田・前掲注18) 897頁以下は、さらに、訴訟外の相殺の抗弁を理由があるとする裁判は、反対債権が存在「した」事実を前提とするにとどまるから、反対債権の存在について既判力を生じることがありえないとした上で、1つの条項（旧199条2項）が抗弁に理由がある場合に適用がないのに抗弁に理由がない場合に適用があるとはいえないから、抗弁を理由なしとする場合においても反対債権の不存在について既判力を生ずるとはいえない、という議論をしている。これは、現行の114条2項について反対債権の不存在についてのみ既判力が生じるとする現在の通説を前提にした議論ではなく、本稿の参考にはできないと考える。

- 20) 吉村・前掲注4) 176頁以下。

- 21) これが禁止される理由はなく、また、最判昭和54年3月8日民集33巻2号187頁は、不法行為の加害者（損害賠償債権の債務者）が、被害者（損害賠償債権の債権者）に対して有する自己の債権を執行債権として、損害賠償債権を差し押さえ、これについて転付命令を得て、混同によって損害賠償債権を消滅させることは、民法509条（改正前のもの）の規定を潜脱する行為として許されないとしたが、本文で述べたことが前提となっているものと理解される。

- 22) 高橋・前掲注3) 623頁は、形成権が既判力で遮断されるかという問題においてではあるが、「相殺は、……、自己の債権を犠牲にする相打ちであり、つまりは弁済の方法でもある」として相殺と弁済との同質性を指摘する。

- 23) 木川＝北川・前掲注4) 89頁は、「被告が無条件（非予備的）に相殺する」（括弧内は原文）場合について、審判の弾力性を主張し、「反対債権に争いがな」いときには、「直ちに請求を棄却してよいと考える」とする。その理由として、「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)(括弧内は原文で旧条文)ことを挙げている。注17)で前述したように、無条件の相殺というのは、訴訟外の相殺と同視できると思われるので、この見解は、訴訟外の相殺の抗弁について、審判の弾力性を認めるべきであることを主張していることになろう。

- 24) 高橋・前掲注 3) 640頁注49の2。
- 25) 吉村・前掲注 4) 191頁は、請求認容判決の既判力について、ツォイナーが、弁済の抗弁においても、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に反するとしていることを紹介している。ただ、これに対して、吉村・同頁は、「これでは、……防禦機能に止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」として批判をしている。
- 26) 伊東乾「弁済の抗弁と既判力」実体法と手続法の交錯(山木戸克己教授還暦記念)上(有斐閣, 1974年)99頁以下, 109頁。同・民事訴訟法の基礎理論132頁(日本評論社, 1972年)も同旨。
- 27) 高橋・前掲注 3) 657頁, 柴谷晃「民事訴訟における攻撃防禦方法の判断順序—予備的主張の2つの類型について—」駒澤法曹12号(2016年)135頁, 137頁。
- 28) 吉村・前掲注 4) 187頁も通説という。
- 29) 松本・前掲注 1) 188頁以下。
- 30) 松本・前掲注 1) 234頁以下。
- 31) ただし、松本・前掲注 1) 235頁以下は、「債務者が債務の存在を争いつつ、実際には債務が存在しない場合のために返還請求を留保して弁済を行」ったという「留保付き弁済」の抗弁が提出されたときは、裁判所は訴求債権の存否を確定しなければならず、「裁判所が訴求債権の存在したことを確定し、(留保付き)弁済を理由に請求を棄却する判決をした場合」(括弧内は原文)は、「弁済は有効になされた点につき既判力が生じると解すべきである」とし、「例外的に審理順序の指定権が承認されるべきで……これは114条2項の規定の類推適用に基づく」とする。

しかし、留保付き弁済の抗弁が提出されただけで(留保付き弁済が真実かを問わず)審理順序の指定権が承認されるとするのは不明であり、また、債務が存在しなければ返還請求するという意思が債務者にあるのは当然のことで、弁済の際にその表示があったと認定するかどうかで結果が大きく異なるとするのであれば、疑問が大きい。しかも、通常の弁済であれば、弁済の点に既判力が生ぜず、被告による不当利得返還請求ができるのに、わざわざ「債務が存在しない場合のために返還請求を留保して弁済を行」ったと主張すると、かえって既判力によって不当利得返還請求できなくなるという点も、合理的な行動・状況を前提とした議論とは考えられない。

- 32) 竹下守夫「判決理由中の判断と信義則」実体法と手続法の交錯(山木戸克己教授還暦記念)下(有斐閣, 1978年)72頁以下, 97頁以下は、矛盾挙動禁止の原則に当たるかどうかの問題となる場合として、「貸金返還の請求に対し、弁済の抗弁を提出し、それが認められて勝訴した者が、後に、消費貸借契約の不成立を主張し、あるいは、他の原因に基づき

債務が不存在であったこと、たとえば債務免除を主張して、弁済した金額の返還を求めうるかの問題」を挙げた上で、この問題については3つの場合が問題となるとして、「①前訴において、被告が、契約の成立を争い、あるいは債務免除を主張しつつ、仮定的に、弁済の抗弁を主張したのにもかかわらず、裁判所が、契約の成否および他の抗弁事由につき実質的判断をせず、たとえ契約が成立し、他の抗弁が理由がないとしても、弁済が認められるとして請求を棄却した場合、②裁判所が、実質的審理をとげて、契約の成立を認めあるいは債務免除の抗弁を排斥した上、弁済の抗弁を容れ、請求を棄却した場合、さらに、③被告が前訴で、契約の成立を争わず、また他の抗弁事由を提出せず、弁済の抗弁のみを唯一の防御方法とし、勝訴した場合」を示し、いずれの場合も、矛盾挙動ではないことなどを理由に、「被告が後から、契約の不成立を主張し、また、他の抗弁事由により、債務が不存在であったと主張することは妨げられないと解すべきであろう」という結論を採っている。なお、高橋・前掲注 3）661頁注76参照。

古くは、兼子一「既判力と参加的効力」民事法研究第2巻（酒井書店、1954年）55頁以下（初出は、法律時報14巻3号（1942年））が、参加的効力について、「其の趣旨は正式の補助参加又は訴訟告知がなくとも、当該訴訟手続に関与し随って訴訟行為を為し得た者に対しても拡張されて然るべきである」（61頁）ことを前提に、上記竹下論文の③の場合には不当利得返還請求ができなとし、①の場合には「禁反言を認めることの酷な場合」として不当利得返還請求は妨げられない、としていた（65頁以下）（裁判所の処理に問題のある場合に後訴は排斥されないとするから、②は排斥されるということになる）。新堂幸司「既判力と訴訟物」訴訟物と争点効（上）（民事訴訟法研究第3巻）（有斐閣、1988年）145頁以下（初出は、法学協会雑誌80巻3号（1963年））、167頁以下は、ツォイナーが上記竹下論文の①の場合にも既判力によって不当利得返還請求を遮断していることを紹介し、それは不当であるとした上で、上記兼子論文を紹介している。なお、参加的効力を当事者間などにも拡張すべきことを説く考え方に対しては、三ヶ月・前掲注 1）241頁が、「こうした場合は訴訟における信義誠実の原則違背として個々の攻撃防御方法の評価（前訴の陳述と矛盾した陳述の信憑性の問題）として扱うのが精々であると思われる」としている。

- 33) 木川＝北川・前掲注 4）90頁。
- 34) 前掲注 4）の第2段落参照。
- 35) 伊藤・前掲注 1）564頁以下。
- 36) 三ヶ月章・民事訴訟法〔第3版〕（法律学講座双書）（弘文堂、1992年）148頁以下。
- 37) 中野・前掲注 1）（訴訟関係と訴訟行為）142頁。斎藤ほか編著・前掲注 1）89頁、秋山ほか・前掲注 1）468頁、兼子原著・前掲注 1）544頁なども同旨。最判平成10年4月30日民集52巻3号930頁も、訴訟上の相殺の再抗弁を不適法であると判断するに際してであるが、114条2項の例外性を指摘した。
- 38) ここでも、実質的には、前訴判決の実質的蒸し返しの防止の必要性和審判の弾力性確保の必要性和との調整の観点から、留置権の抗弁、同時履行の抗弁等については後者を重視すべきである、と考えられているのだと思われる。
- 39) 前掲注 37) の平成10年判決も、再抗弁についてはあるが、訴訟上の相殺と訴訟外の相

殺とを明確に区別する立場に立つものといえよう。