

訴訟上相殺の訴訟費用化について

片 野 三 郎

目 次

- 1 はじめに
- 2 予備的訴訟上相殺と不服対象額・係争額
- 3 連邦通常裁判所（民事大部）1972年5月16日決定
- 4 「1975年訴訟費用法改正法律」の成立
- 5 結 語

1 はじめに

訴訟上の相殺が予備的になされた場合、不服額・不服対象額⁽¹⁾ および手数料算定において、訴求債権額にその相殺に利用された債権額を合算すべきかについて、わが国ではあまり議論されていないが、ドイツでは、1960年代後半から、判例および学説において激しい争いがみられた。連邦通常裁判所（民事大部）

(1) 不服対象額 (Wert des Beschwerdegegenstands) は、例えば ZPO 511 条 2 項 1 号が控訴の適法性を不服対象額が 600 ユーロを超える場合と規定しているように、実際の不服対象の価格を指す。例えば、5000 DM の支払いを求める訴えに対して第 1 審が 3000 DM の支払いを認めた場合、原告の不服額 (Wert des Beschwerde) は 2000 DM であり、被告の不服額は 3000 DM となる。この場合に、原告が、2000 DM の代わりに 1600 DM を控訴審で求めた場合、不服対象額は 1600 DM となる。不服対象額は Beschwerdewert ともいわれる。なお、金額上告が認められていたときの
上告の適法性は、不服対象額ではなく、不服額が基準とされていた。Vgl. Jauernig, ZPR, 26. Aufl., 2000, S. 276.

は、1972年5月16日決定において、訴訟上相殺の債権額は、不服対象額の場合を除き、訴求債権額に合算されないと判示した⁽²⁾。しかし、学説の激しい反対に遭い⁽³⁾、1975年8月20日の「1975年訴訟費用法改正法律」により、裁判所費用法16条が改正され、訴訟上相殺の債権額は、手数料に関しても、訴求債権額に合算されることとなった⁽⁴⁾。「1975年訴訟費用法改正法律」によるドイツ裁判所費用法19条3項は、次のように規定していた。

「被告が予備的に争いある反対債権でもって相殺を主張したときは、既判力のある裁判が反対債権についてなされた場合にかぎり、係争額⁽⁵⁾は反対債権の額だけ合算される。」

立法により、予備的な訴訟上相殺の債権額は、訴求債権額に合算されることとなった。そこで、本稿では、「1975年訴訟費用法改正法」とその成立前の判例と学説を手掛かりにして、訴訟上相殺の訴訟費用化をわが国へ導入することの可否を検討したいと思う。相殺債権の主張を、相殺の抗弁で行うか、あるいは反訴の形で行うかによって、その費用負担に差異があることは、その差異を正当化するなんらかの理由がないかぎり、妥当でないと考えられるからである。本稿では、予備的相殺を中心にみていくことにしたい。

ドイツでは、予備的な相殺のみでなく、主位的相殺（Primäraufrechnung；

(2) BGH(GS), Beschl. V. 16. Mai 1972 (BGHZ59, 17).

(3) 代表なものとして、Bettermann, Beschwer und Beschwerdewert, Streitwert und Kostenverteilung bei der Prozeßaufrechnung, NJW1972, 2285.

(4) Das Kostenrechtsänderungsgesetz vom 20. 8. 1975 (BGBl. I, 2189)により、ドイツ裁判所費用法19条3項として規定され、その後、Das Gesetz zur Änderung von Kostengesetzen und anderen Gesetzen vom 25. 4. 1994 (BGBl. I, 1325)により、ドイツ裁判所費用法19条3項として規定され、さらにDas Gesetz zur modernisierung des Kostenrecht vom 5. 5. 2004 (BGBl. I, 718)により、ドイツ裁判所費用法45条3項として規定されたが、内容上の変更はなされていない。

(5) Stereitwertという用語は、訴額を指す場合と、係争額を指す場合がある。ベルンド・ゲッツェ『独和法律用語辞典（第2版）』成文堂・2010年、439頁。訴額より一般的用法である後者を訳語とした。

Prinzipalaufrechnung) についても、予備的な場合ほどではないが、争いがみられる。この点については別稿で検討したい。

また、訴訟上相殺の債権額が、請求債権額に合算されるとして、その訴訟費用の負担者は原告なのか、あるいは被告なのか、または何らかの調整的な方法で負担者を決定するののかについても検討したい（将来の課題としたい）。

さらに、上級審での訴訟費用の扱いと和解により訴訟が終了した場合の扱いを検討し、最後に複数債権による訴訟上相殺の訴訟費用について検討したいと思う（これらの問題も早急に検討したい）。

2 予備的訴訟上相殺と不服対象額・係争額

【事例】例えば、原告が第1審において1000 DMを請求したところ、被告は、消滅時効の抗弁を主張し、かつ予備的に12000 DMの反対債権をもって相殺を主張した。第1審は、請求を認容し、かつ反対債権を理由がないものと判断した。被告が控訴し、訴えの棄却と第1審のすべての主張を繰り返した場合、不服対象額・係争額はどのようになるか。

2-1 判例

【事例】のように、第1審において予備的相殺がなされたが、反対債権の存在が否定された結果、請求認容判決が下された場合⁽⁶⁾については、100年以上前から、不服対象額を算定する際に反対債権額を合算しないという判例・学説が支配的であった⁽⁷⁾。

【判例1】は、従来の見解をとる代表的な判例としてしばしば引用されているものである。

【判例1】 連邦通常裁判所（第5部）1954年11月30日決定（V ZR149/54）（WM1955, 192）

「原告は、被告に対し、5000 DMの支払いと、原告のために登記された土地債務に基づき認容することを求める強制執行手続の費用の支払いを求める訴えを

申し立てた。第1審および第2審は訴えを認めた。被告の上告は不適法として却下された。訴えにおいて申し立てられた土地債務の総額は5000 DMである。当部は、上告審の係争額を5000 DMと確定した。この確定に対して、上告理由は以下のような2つの異議を申し立てた。

1. 〈省略〉

2. 第2の異議は以下のとおりである。第2審において被告によって請求債権に対して相殺に付された約7800 DMの損害賠償債権は請求債権の価格に合算されるべきである。なぜなら、控訴審は相殺の有効性を否定したので、控訴審判決が確定した場合、相殺に付された金額(5000 DM)まで被告から終局的に剥奪し、それゆえ被告は単に5000 DMではなく10000 DMの額について不服を有するからであるという。

被告が訴え提起前になされた相殺の意思表示を提出するとき、それは係争訴

-
- (6) 請求棄却判決が下された場合においては、すでに、RGは、相殺が認められた結果、被告は、相殺以外の理由に基づく棄却判決を得るために控訴ができることを、すなわち不服を判断する際に反対債権を考慮に入れることを認めていた。RGZ 37, 403; 78, 398(402). BGHも同様である(BGHZ26, 295(297))。そのかぎりでは、反対債権が合算されていたと解する見解もある。Vgl., Schultz, Blick in die Zeit, MDR1971, S. 364, (365); Frank, Anspruchsmehrheiten im Streitwertrecht, 1986, S. 6.

もっとも、右控訴を肯定することから、反対債権額が考慮されとしても、合算されているとまではいえないであろう。もっとも、Bettermann, (Fn3), S. 2286は、このような判例・学説を根拠に全般的に反対債権を不服決定の際に合算すべきだと主張する。

- (7) Schultz, (Fn. 6), S. 365; Berges, Nichtberücksichtigung einer aufgerechneten Forderung bei Berechnung des Kostenstreitwerts, BB1971, S. 984.

例えば、Rosenberg/Schwab, ZPR, 10Aufl., 1969, §137II4 (S. 709)は、被告が相殺を補足することを理由として控訴または上告を提起するときは、不服対象額が法定金額を超えていない場合であってもよいとの説明があるのみで、相殺の不服対象額算定については、なにも言及されていないが、相殺額を合算しないことに争いがなかったからであろう。Rosenberg/Schwab, ZPR, 12Aufl., 1977, §137II4a (S. 769)では、相殺の不服対象額に関する説明が加えられている。

訟額に関してなんら影響しないことは、当然のことと理解されている。訴え提起後になされた被告の相殺が有効であるときに、係争額を高めることは、首尾一貫しないであろう。さらに、金銭債権の弁済と金銭債権に対する相殺は金銭債権消滅の2つの異なる方法であり、訴求された金銭債権の弁済が主張される時、係争額にとって弁済が訴え提起前か提起後かは無関係である。それゆえ、ZPO 322 条 2 項は、バウムバッハの見解 (Anm. 3 zu §322) とは逆に、既判力の任意的な拡張はない。また、控訴審判決が、被告によって相殺に付された債権が存在しないという理由ではなく、被告が前訴（前訴で、被告は、金額の支払いを求める債務法上の訴えにおいて敗訴判決を受け既判力が生じている。そして現在その債務に基づき物的訴訟が被告に対して提起されている）において相殺が可能であったにもかかわらず相殺の意思表示をしなかったという形式的な考慮を理由としていることも、重要ではない。

せいぜい、以上のことから、ZPO 322 条 2 項は被告に対し当該訴訟において対立するものではないことが引き出されうるのであろうが、被告は控訴審判決によって 10000 DM の不服を有するという上告理由は、理由がない。

以上の理由から、当部は、係争額について 6000 DM を超えるものと確定することはできない。したがって、上告の係争額は 6000 DM を超えないので (ZPO 546 条 1 項)、554 条 a により、不適法として却下されるべきである。」

【判例 1】は、反対債権額を不服対象額に合算しない理由として、以下の点を指摘している。

- ① 訴訟外で相殺がなされた場合、係争額になんらの影響を及ぼすものでないこと、
- ② 相殺は弁済と同様、債権消滅の 1 つの方法であること（判旨は、弁済が訴訟前か後かで係争額に対する影響の点で変わりがないとするが、訴訟前・外の相殺が係争額に影響しないと同様、訴訟上の相殺も係争額に影響しないとすでに①で言及しているから、ここでは、むしろ相殺と弁済がともに債権消滅を主張する訴訟上の抗弁であり、係争額に影響するようなもの（反訴的なもの）ではないという点に、重点があると解するべきであろう。）。

次の【判例 2】は、相殺の主張にもにもかかわらず反対債権が否定され請求認容判決が下された場合における不服対象額について、相殺債権額も不服対象額に合算されること、すなわち訴求債権額の 2 倍の価格を、最初に認めたものである。

【判例 2】 連邦通常裁判所（民事第 2 部）1967 年 6 月 1 日判決（II ZR 130/65）（BGHZ48, 212 = NJW1967, 2162）

「不服対象額は 15000 DM を超えるので、上告は許される。被告は、原告に 12. 354, 27hfl (= 13727, 45 DM) の請求権が帰属することを争っていた。被告は、さらに念のため 8835, 85 DM の反対債権でもって相殺を申し立てた。被告は、まず第 1 に、訴えは正当であるとされているので、訴求債権の額について不服を有する。被告は、さらに、控訴審は反対債権の存在を否定したので、控訴審判決が確定した場合、ZPO 322 条 2 項により反対債権の不存在が既判力をもって確定するから、念のために相殺に付された反対債権の額につき不服を有する。けだし、被告は、支払い訴訟において主張されている訴求債権の額が確定した場合、訴求債権額の支払い義務が生じるし、他方相殺に付された被告の反対債権はもはや主張できないからである。上訴人の不服については、不服に係る裁判の既判力を有する内容が基準となる。本件の場合、訴求債権と相殺に付された反対債権である。したがって、両者の金額が合算される（RG, Warn. 29 Nr. 38 ; Wiczeorek, ZPO §322 H III b 2 ; vgl. auch RGZ161, 167, 171f.）。したがって、被告に関する不服対象額は 15000 DM を超える。

民事第 5 部は、問合せに対して、当該事件と同種の事件について表明された民事第 5 部の 1954 年 11 月 30 日の決定（V ZR 149/54）（LM Nr. 6 zu & 3 ZPO = WM55, 192）で支持された見解をもはや維持しないと答えた。

〈以下、省略〉」

【判例 2】は、反対債権額を不服対象額に合算する理由として、次の点を指摘する。

③ ZPO 322 条 2 項により、反対債権についても既判力が生じること、した

がって、請求認容判決により、被告は、訴求債権額の支払い義務と反対債権の剥奪による2つの不服対象額を有すること。

その後、民事第5部も、【判例2】に従う裁判を下した⁽⁸⁾。

民事第5部は、続いて【判例4】において、手数料算定についても、反対債権の合算が妥当であると判示した。

【判例4】 連邦通常裁判所（民事第5部）1968年7月12日決定（V ZR 29/66）（NJW1968, 2061）

「上告の不服対象額（der Wert des beschwerdegegenstands：適法性係争額）は、当部1967年10月25日決定（BGHZ48, 356=NJW68, 156=LMNr. 62 zu 546ZPO mit Anm. Mattern）により、棄却された訴え申立ての額とそれと同時に棄却された相殺債権の価格の合計額（9000+9000=18000 DM）になることが確定された（筆者注：【判例3】を指す。請求異議の事案であったので、訴えの申立て額は前訴の訴求債権額となる。）。GKG 22条1項によれば、この確定は原則として手数料算定についても基準となる。法律（前記法律第2項）による明白に異なる係争額算定の例外は存在しない。上記の決定および民事第2部1967年6月1日判決（II ZR 130/65）（BGHZ48, 212=NJW67, 2162）において適法性係争額に関しては係争額算定の通常の上限が例外的に超えられることを引き出した考慮は、手数料係争額の算定に際して異なる扱いをする契機を与えないし、したがってGKG 22条の規律から離れる契機も与えない。この種の場合に従来の扱いと異なり費用を高めることが上記の考慮と結びついていることは、GKG 22条に反するのではなく、むしろ関係人にとっての、この種の訴訟の経済的意義に対応するものである。

付带上告の取下げまでの期間について、4000 DM と算定された価格が合算されるべきである。」

【判例4】は、GKG 22条（現行GKG 62条）を根拠として、上告審の手数料係争額について、確定された不服対象額が基準となることを引き出している。1975年改正前の裁判所費用法22条によれば、受訴裁判所の管轄および上訴の

-
- (8) 【判例 3】 連邦通常裁判所 (第 5 部) 1967 年 10 月 25 日決定 (V ZR 29/66) (BGHZ48, 356=NJW1968, 156)

「I. 原告の不服を 9000 DM と従来確定したことは、原告の不適法な強制執行を理由とする金額 (約 34000 DM) と高等裁判所によって認められた金額 (約 25000 DM) の清算に基づいている。高等裁判所が不服に係る判決において原告により相殺に付された反対債権 (約 20000 DM と利息) を理由がないと判断したとの理由でより高い確定をすることは、当時は当部の見解によれば否定されていた。右見解によれば、反対債権が存在しないと裁判されたときでも、相殺の場合の係争額は反対債権分高めることは許されないとされていた (vgl. Beschluß v. 30. 11. 1954, V ZR 149/54 LM Nr. 6 zu &3 ZPO=WM55, 192)。この見解は、最近民事第 2 部により変えられた。民事第 2 部は、1967 年 6 月 1 日の判決 (II ZR 130/65) (BGHZ48, 212=NJW67, 2162) において、ZPO 322 条 2 項の既判力に関して、争いある訴求債権が予備的に主張された反対債権が否定されることにより認められた場合、被告は訴求債権と否定された反対債権との金額、すなわち訴求債権の価格金額と反対債権の否定された金額について不服を有すると判断した。当部もこれに賛成する。なぜなら、この見解は、BGH の他の裁判の考え方に合致しているからである。それは、不服の範囲については、不服に係る裁判の既判力の範囲が意義を有しており、通常は、不服は申立てと判決主文における金額の相違と一致するけれども、常に一致するわけではないと解するものである (BGHZ26, 295, 296=NJW58, 631)。したがって、当該事件についても従来の価格確定の中心的な根拠は問題とされなくなった。

II. 〈省略〉

III. 以上に述べたことは、当該事件にとって以下のことを意味する。

請求異議の訴えは、約 34000 DM の被告の執行可能な請求権 (債務名義ある債権) を争うものである。その係争額は右金額に対応する。控訴審は、債務名義ある債権の主張を 25000 DM の範囲で信義則に反するとして、約 25000 DM の金額で訴えを認容した。右範囲では、原告は控訴審判決による不服を有しない。けだし、控訴審判決は、範囲の制限なしに宣言される反対債権の否定に基づいているのではなく、それゆえこの否定は既判力を生じえないからである。控訴審は残りの 9000 DM については、債務名義ある債権に対する異議 (単なる共同相続人として被告の事件適格など) および相殺について理由がないとして訴えを棄却した。相殺に付された債権 (母の建物に対する援助の賠償金債権等) は理由がないとするものであった。原告は、それゆえ第一に、控訴審が被告の 9000 DM の執行債権 (債務名義ある債権) を認めたことにより不服を有し、さらに、ZPO 322 条 2 項に関して、控訴審が 9000 DM の額において相殺債権を否定したことにより不服を有する。被告の不服対象額は、 $9000 + 9000 = 18000$ DM となる。」

適法性に関する係争額が確定されたときは、手数料の算定に関しても、その確定が基準となると規定していた。

これに対して、ディールは、訴求債権額が200 DM（控訴適法金額）を超えないことはまれであること、および上訴適法性についての係争額に関する裁判がなされることも極めてまれであることから、上訴適法性の係争額が確定されない通常の場合には、【判例4】の決定から、即時に手数料係争額についての帰結を引き出すことはできないとする⁽⁹⁾。

また、確定がなされないときの上訴の手数料については、裁判所費用法11条2項（現行GKG47条）が規定していた。

「11条2項：控訴または上告手続においては、係争額は上訴人の申立てにより決定される。手続が、申立書が提出されることなく終了した場合、または控訴もしくは上告理由書提出期間に控訴もしくは上告申立てが提起されなかった場合は、不服が基準となる。」

いずれにせよ、上訴人の申立てを基準とできない場合には、不服対象額が手数料算定の基準とされたので、不服対象額の合算を認めることは、手数料額算定においても合算することとなるわけであるが、通常は上訴人の申立てにより決定される。ディールの見解も、ZPO 322条2項を根拠に、被告の不服に反対債権額を合算すること、また控訴手数料も反対債権額が合算されるという結論は、BGHの結論と異ならない。

シュルツは、GKG 22条の規定は不服対象額が確定されない通常の場合、右22条は適用されないから、相殺債権を合算することを根拠づけることはできないと、【判例4】を批判している⁽¹⁰⁾。

厳格にGKG 22条を適用すれば、シュルツの見解どおりであるが、ここでは、

(9) 当時、ツバイブリュッケン高等裁判所所長であったディールは、十数年の高等裁判所実務で上訴の適法性に関する係争額についての裁判をしたことはないとする（Diehl, Gebührenstreitwert und Kostenentscheidung bei Aufrechnung im Zivilprozeß, NJW1070, S. 2092(2094)）。

(10) Schultz, (Fn. 6), S. 365.

不服対象額の確定のない場合にも、確定があった場合の規律のあり方を問うべきであり、GKG 22 条の趣旨に明白に反しない場合には、確定のない場合と確定のある場合を同一に扱っていいのではないかと思う。この点は、GKG 16 条に関しても、シュルツは厳格に解し、右 16 条は本訴と反訴の場合の規定であり、相殺には類推適用されないと主張するが⁽¹¹⁾、これもシュルツが相殺を防御方法であり、反訴に類するものと解しないことに起因している。結局、訴訟上相殺の性質をどのように考えるかによって、特定の条文を厳格に解したり、あるいは類推適用を認めたりすることになる。したがって、GKG 22 条や 16 条の規定は相殺債権の合算を認める決定的な根拠ではないといえるが、副次的な根拠としてあげることまでは否定できないと考えるべきであろう。

2-2 判例の検討

連邦通常裁判所の一連の判例（【判例 2】【判例 3】【判例 4】）が出現した後、連邦通常裁判所の見解に反対する見解は、非常に少数⁽¹²⁾であり、賛成意見が大多数⁽¹³⁾を占めた。E. シュナイダーによると、後者は Phalanx（古代ギリシャの密集方阵）とたとえられている⁽¹⁴⁾。

2-2-(1) 【判例 1】の 2 つの根拠について

(ア) まず、①訴訟外で相殺がなされた場合、係争額になんらの影響を及ぼすものでないこと、について検討する。

(11) Schultz, (Fn. 6), S. 365.

(12) E. Schneider, Zwischenbilanz zur Streitwertaddition bei der Aufrechnung im Zivilprozeß, MDR1971, S. 87, (88) によると, Markl (JVBl10969, 153, 未見); Lappe, Anm. Zu KostRspr §22 GKG Nr. 5 (未見); Baumgärtel, Anm. Beschluß des KG vom 14. 10. 69, JR1970, S. 424(425) と若干数の下級審判例があげられている。マルクルとラッペは、合算による不都合（難解な問題の発生）を危惧するものであると、E. Schneider, (Fn. 9) Zwischenbilanz, S. 88 において説明されており、E. シュナイダーも、特に反論していない。バウムゲルテルの反対意見が実質的には最初のものであり、E. シュナイダーも反論を加えている。

合算否定説に立つヘッケルマンも、【判例 1】と同様に、裁判外相殺との整合性について言及している。訴え提起前に、相殺がなされ、被告が訴訟ですで行われた相殺を主張したとき、被告は単に本案債権の消滅を指摘するのみである。この場合にいかなる合算もなされないことは、当然であると認識されている。相殺が訴訟において初めて行われそして抗弁として主張されたときに、合算がなされることは、首尾一貫しないという⁽¹⁵⁾。

これに対して、E. シュナイダーは、訴え提起前に行われたことについて裁判所は訴訟において取り扱うことがないのであるから、係争額合算の効果を有しないのは当然であるという⁽¹⁶⁾。

当時は、訴訟上の相殺さえ係争額に影響しないと考えるのが一般であったのであるから、訴訟外の相殺により係争額が合算されないと考えられていたのは当然であろう。むしろ、訴訟外の相殺について、訴訟上の相殺に認められる既判力が認められるか否かを問うべきであろう。なぜなら、訴訟上の相殺による係争額合算の根拠の中心は、322 条 2 項による相殺への既判力の付与にあるからである。

(13) E. Schneider, (Fn. 12) Zwischenbilanz, S. 89 によると、多数の高等裁判所の判例が BGH に従い、学説として, Rödding, Der Streitwert bei Hilfsaufrechnung, NJW1968, S. 1917; Schumann, Aufrechnung und Streitwert, NJW1969, S. 24; Matern, Streitwert bei Mehrheit von Ansprüchen, NJW1969, S. 1087; E. Schneider, Die Gebührenstreitwert bei der Aufrechnung des Beklagten im Prozeß, MDR1970, S. 277; E. Schneider, Die Kostenentscheidung im Zivilurteil bei Aufrechnung des Beklagten, MDR1970, S. 371; Lang, Streitwert bei Mehrheit von Ansprüchen, NJW1970, S. 1173; Engelhardt, Streitwertfestsetzung und Kostenentscheidung bei uzulässiger Aufrechnung, MDR1970, S. 649; Chemnitz, AnwBll1970, S. 128 などが、BGH を支持する見解としてあげられている。

(14) E. Schneider, (Fn. 12) Zwischenbilanz, S. 89.

(15) Heckelmann, Die Rechtshängigkeit bei der Prozeßaufrechnung, NJW1972, (S. 1350) S. 1354.

(16) E. Schneider, (Fn. 13) Der Gebührenstreitwert, S. 277.

訴訟外相殺について、322 条 2 項による既判力を認めるのが、一般である⁽¹⁷⁾。訴訟外の相殺に既判力を肯定することからは、むしろ裁判所費用に関しても、訴訟外相殺と訴訟上相殺と区別しないのが、当然の帰結であろう⁽¹⁸⁾。したがって、【判例 1】の根拠①は、理由がないといえよう。

(イ) ②相殺は弁済と同様、債権消滅の 1 つの方法であることは、どうか。

ヘッケルマンは、この点についても、言及している。すなわち、履行との比較は、合算を認める BGH の裁判に対する決定的な論拠になるという。被告が弁済による訴求債権の消滅を主張し、裁判所が弁済の証明がないとして訴えを認めた場合、訴求債権と不証明の弁済の金額を合算する手掛かりは、まったく存在しない。履行の代替物 (Erfüllungssurrogat) としての相殺は支払いの単なる別の形式にすぎない。それゆえ、訴訟上相殺も訴訟外相殺も係争額の増額につながるものではないという⁽¹⁹⁾。

確かに、相殺と弁済は、債務消滅方法である点で共通した性格を持っているが、重要な相違点が存する。相殺は、弁済や供託や債務免除と異なり、独立した給付の訴えの訴訟物となりうることや既判力を例外的に持ちうること⁽²⁰⁾、

(17) 裁判外相殺を訴訟上抗弁として主張する場合、ZPO 322 条 2 項により既判力が生ずると解するのが一般である。Hk-ZPO/Saenger, 3. Aufl., 2009, §322Rdnr. 45; MünchKomm/Gottwald, ZPO, 2. Aufl., 2000, §322, Rdnr. 180; Musilak/Musilak, ZPO, 7. Aufl., 2009, §322Rdnr. 76; Prütting/Völzmann/Stickelbrock, ZPO, 2010, §322 Rdnr. 65; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., 2008, §322 Rdnr. 155; Zöller/Vollkommer, ZPO, 27. Aufl., 2009, §322 Rdnr. 15; Wieczorek, ZPO, 2. Aufl., 1976, §322 Rdnr. H I b1.

(18) Meyer, Gerichtskostengesetz der streitigen Gerichtsbarkeiten und des Familienverfahrens, 11. Aufl., 2009, §45Rdnr. 28; Hartmann, Kostengesetze, 40. Aufl., 2010, §45GKGRdnr. 42. MünchKomm/Rimmerspacher, ZPO, 2. Aufl., 2000, §511a, Rdnr. 28 は、(訴訟外相殺の場合、主位的相殺と同じ扱いになるという)

(19) Heckelmann, (Fn. 15), S. 1355.

(20) E. Schneider, (Fn. 13), Gebührenstreitwert, S. 277 は、ZPO 322 条 2 項の判決効拡張を重視している。

ZPO 302 条による留保判決も可能である点で、大きな相違点を有する。すなわち、仮に抗弁として主張されたとしても、それは訴訟上の単なる防御方法につけるわけではなく、反対債権の私的实现効果を有することになる⁽²¹⁾。したがって、訴訟上の相殺は、シオルマイヤーが指摘したように⁽²²⁾、「未発達な反訴」⁽²³⁾と解すべき性質を持つ点から、弁済と同視して係争額合算に反対するのは妥当でないといえよう。

反訴が可能であったにもかかわらず、被告は相殺の抗弁にとどめ反訴を提起しなかったことから、合算に反対すること⁽²⁴⁾も、妥当でない。けだし、被告が、反対債権の実現を訴求債権の有無に依存せしめ、債務名義を欲しない場合には、反訴を提起する必要は存しないのであり⁽²⁵⁾、そのことから合算の否定を引き出すことは無理だからである。

以上のように、【判例 1】の根拠②も、理由がないといえよう。

2-2-(2) ZPO 322 条 2 項（相殺債権の既判力）

次に、合算を肯定する【判例 2】の根拠③、すなわち、ZPO 322 条 2 項により、反対債権についても既判力が生じること、したがって、請求認容判決により、被告は、訴求債権額の支払い義務と反対債権の剥奪による 2 つの不服対象額を有することについて、検討する。

ベルゲスは、ZPO 322 条 2 項の既判力拡張により係争額の合算を理由づけることはできないという。(i)被告は、反訴が可能であるにもかかわらず相殺の抗

(21) Schmidt, Die Prozeßaufrechnung im Spannungsfeld von Widerklage und prozessualer Einrede, ZZP87(1974), S. 29(33).

(22) Schollmeyer, Die Compensationseinrede im deutschen Reichs-Civilproceß, 1884, S. 136ff. (ただし未見。Schmidt (Fn. 16), S. 33 による。)

(23) 「反訴」的な性質として、反対債権の実現機能が意味され、「未発達」で、反訴が必要でないことが意味されている (Schmidt, (Fn. 9), S. 33.)

(24) 【判例 5】連邦通常裁判所 (民事大部) 1972 年 5 月 16 日決定 (BGHZ59, 17) の 19 頁に、このような理由づけがあげられている。

(25) Vgl., Schmidt, (Fn. 21), S. 35.

弁を利用したのであり、相殺の抗弁は防御的手段にすぎないこと、(ii)既判力の拡張は、訴求債権の額に限定されること、(iii)既判力拡張は相殺の否定に関係し、それは訴求債権を確実なものにするためであること、(iv)既判力拡張は失権のみに認められ、訴えによる訴訟追行の行動を有していないことが根拠とされている⁽²⁶⁾。

シュルツも、ZPO 322 条 2 項により、係争額の合算を理由づけることに反対する。その理由として、相殺の抗弁は防御方法の提出であり、反訴と異なり、独立の攻撃方法ではないこと、したがって、GKG 16 条⁽²⁷⁾の例外を正当化できないこと、そこで結局 ZPO 322 条 2 項は既判力の拡張という点で反訴と同一の扱いを認めるだけであり、それは相殺の抗弁の性質をなんら変えるものではないという⁽²⁸⁾。

ベッターマンは、反対債権の否定に既判力を拡張する ZPO 322 条 2 項から、支払いを命じる判決を超えた被告の不服を引き出すことができ、そして ZPO 322 条 2 項のみが係争額算定について訴求債権と反対債権の合算を認める見解を根拠づけることができるという⁽²⁹⁾。

GKG 16 条（反訴の場合の合算）や同 22 条（不服額確定の場合の不服額による手数料算定）を副次的な根拠とし、ZPO 322 条 2 項は、相殺債権の合算肯定の中心的根拠となりうると解するのが、妥当であろう。訴訟の最終目的である裁判の拘束力（判決の既判力）の点で、相殺と反訴が類似することは、大きな

⁽²⁶⁾ Berges, (Fn. 7), 986.

⁽²⁷⁾ 当時の GKG 16 条 1 項は、次のように規定していた。

「裁判所費用法 16 条 1 項：分離されない訴訟における訴えと反訴は、同一の訴訟物に関する場合にかぎり、手数料は訴訟物の単独の価格により算定されなければならない。両方の訴えが同一の訴訟物に関しない場合は、訴訟物は合算されなければならない。」

したがって、本文での「例外」とは、訴えと反訴の訴訟物が別のものである場合を指す。

⁽²⁸⁾ Schultz, (Fn. 6), S. 366.

⁽²⁹⁾ Bettermann, (Fn. 3), S. 2285.

類似点であることを否定できない。反対説は、反訴が独立の訴訟物を有することを重視するが、相殺の場合も、判決対象として反対債権を持ち出すものであり、訴訟物に近い判断対象を持つといえよう。反対説は、合算による混乱を避ける意図のもとに（後述の連邦通常裁判所民事大部の決定の判旨3を参照。）、関連条文を厳格に解することにより、右混乱を回避する実践的意図を実現しようとするものであるが、訴訟上相殺の未発達反訴の性質を見落とすべきではない。

2-2-(3) その他の観点

(ア) 政策的観点 判例では言及されていないが、バウムゲルテルは、E. シュナイダーが合算により無駄な相殺の抗弁が控えられる結果、訴訟促進が成し遂げられると主張すること⁽³⁰⁾ に対して、反論を加えている。すなわち、相殺の抗弁が訴訟費用に合算されることにより訴訟費用が高額化し、貧窮者の訴訟利用が困難になるが、それは社会国家的観点からは支持できないこと、むしろ法的平和の回復にとって、1回の訴訟で可能なかぎり争いは解決される方が望ましいが、相殺や予備的相殺や予備的請求はその方法として適切であり、訴訟費用規定によりブレーキをかけるべきでないことが、指摘されている⁽³¹⁾。

これに対して、E. シュナイダーは、相殺の抗弁が提出される事件は建築事件や商人または会社間の事件が主要であり、貧窮者の事件はほとんど存在しないと反論する⁽³²⁾。

貧窮者の訴訟提起または応訴が減少することは、確かに望ましいことではないであろうが、訴訟上相殺の訴訟費用化の問題を、貧窮者保護の観点から否定することは、適切な反対論拠とはいえない。むしろ、貧窮者保護の問題は、訴訟救助または法律扶助の観点から検討すべき性質のものである。したがって、

⁽³⁰⁾ E. Schneider, Prozeßkostenerhöhung bei Aufrechnung mit einer Gegenforderung, DB1970, S. 477 (479).

⁽³¹⁾ Baumgärtel, (Fn. 12), S. 425.

⁽³²⁾ E. Schneider, (Fn. 12), Zwischenbilanz, S. 88.

貧窮者保護の観点からは、合算を否定すべき根拠として妥当でない。

(イ) 訴訟費用の一括性

バウムゲルテルは、訴訟代理人の労力の程度は訴訟費用評価原則ではありえないという。なぜなら、一括手数料を定める手数料規定は、困難な、かつ労力的な負担のかかる事件は同じ手数料で扱われる簡単な事件によって補償されていることに、基づいているからであるという⁽³³⁾。

これに対して、E. シュナイダーは、訴訟代理人の労力は、確定されるべき係争額に関して手数料評価 (Gebührenansatz) が問題となる場合にきり、重要性を有しないとする。例えば、1000 DM の係争額の場合、弁護士は、具体的な訴訟においてどれだけ労力を使ったかにかかわらず、65 DM のみをあてがうことを許される。これに対して、右のような場合以外では、弁護士の労力を論証に含めることが正当である。手数料規定の基礎には、弁護士はすべての労力について可能なかぎり報酬を受けるべきであるという考えが存在する。したがって、訴訟における相殺の評価についても、できるだけ無報酬で働かされるべきでないという帰結が導かれるという⁽³⁴⁾。

すべての手数料を一括的に算定すべきであるとはいえないことは、E. シュナイダーが主張するとおりであるとする。したがって、一括的手数料の観点も、相殺の合算に反対する根拠とはなりえないといえよう。

(ウ) ZPO 5 条⁽³⁵⁾ (複数の請求と事物管轄)

ヘッケルマンは、係争額の合算は、ZPO の考え方に合致しないとする。すな

(33) Baumgärtel, (Fn. 12), S. 425.

(34) E. Schneider, (Fn. 12), Zwischenbilanz, S. 88.

(35) ZPO 5 条は次のように規定している。

「第 5 条 [複数の請求]

1 つの訴えを以て主張する複数の請求はこれを合算する。ただし、本訴と反訴の訴訟物についてはこのかぎりではない。」

参照：法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ民事訴訟法典』（法曹会・1982 年）14 頁。

わち、ZPO 4 条により管轄の係争額の算定については、訴え提起時が基準となる。相殺はこのことについてなんら変更を加えるものではない。反訴の場合に係争額と反訴の価額を合算することを禁止している ZPO 5 条 2 項（筆者注：5 条は 1 項しかない条文であるから、正確には 5 条 2 文であろう。）から間接的に、相殺が事物管轄係争額に影響しないことを引き出すことができる。これらの評価が、訴求債権と相殺債権を合算するとき、隠されてしまうことになるという⁽³⁶⁾。

しかし、事物管轄を決定する場合に、真正の反訴の価額についても考慮されないことは、そのとおりであるとしても、裁判所手数料や不服対象額の算定についてまで相殺の価額を考慮しないことまで、理由づけえないであろう⁽³⁷⁾。事物管轄の性質上、訴え提起時に考慮可能な訴求債権の価額のみが基準とされるのは、合理的な扱いであるからである。むしろ、GKG 16 条 1 項 2 文が、本訴と反訴の訴訟物が異なる場合に、手数料算定において両者を合算していることからすれば、事物管轄に関する ZPO 5 条から合算を否定することは、妥当でないであろう。

シュルツは、ZPO 5 条は事物管轄を操作されること、および区裁判所事件を反訴の提起によって地方裁判所の管轄を生ぜしめることを禁止していることは明らかであるとし、したがって本来上告できない事件を反訴や相殺によって上告可能とすることは許されないという⁽³⁸⁾。そして、ZPO 5 条は、訴えと反訴を、それらが別々の訴訟において係属しているのと同じように扱うことを禁止しているものであり、したがって相殺における合算はこの規定に反するという⁽³⁹⁾。

グルンスキーが、支払いを命じる判決を下され、かつ相殺を否定された被告について、複数請求を結合すること（ZPO 5 条）の類推を認め（1 人の当事者において複数の不服が問題となっていることを根拠とする。）、不服について訴

⁽³⁶⁾ Heckelmann, (Fn. 15) S. 1354.

⁽³⁷⁾ Schmidt, (Fn. 21), S. 44.

⁽³⁸⁾ Schultz, (Fn. 6), S. 365.

⁽³⁹⁾ Schultz, (Fn. 6), S. 365.

えと反訴を合算すべきと主張することに対し、シュルツは、不服からみれば正しいかもしれないが、ZPO 5 条の趣旨である区裁判所事件を反訴により地方裁判所事件とすることの禁止を、無視しているという⁽⁴⁰⁾。

結局、シュルツの見解は、ZPO 5 条が反訴や相殺によって事物管轄を操作することを禁止していることから、不服額の合算の否定を主張するものである。確かに、第 1 審の事物管轄と上告審の不服額（上告適法性）は、当該裁判所の審理権限の発動を決するという点で共通であるが、前者は手続の当初から確定的に管轄を固定する必要性が高いため、反訴による事物管轄の操作を禁止するものである。他方、不服額はすでに裁判が下されており、反訴や相殺による不服額の操作ということは問題とならないといえる。本来上告不可能な不服額を上告可能にするために、反訴や相殺を主張することはまったくないとはいえないかもしれないが、手数料は合算されるのであり、そのような不合理な行動は、通常被告はとらないであろう。したがって、ZPO 5 条から、相殺の合算を否定することは、妥当でないといえよう。

3 【判例 5】連邦通常裁判所（民事大部）1972 年 5 月 16 日決定 (BGHZ59, 17)

連邦通常裁判所の一連の判例が出現した直後は、判例・学説は無頓着に追隨したものの、その後、多くの問題点（解決困難あるいは見解が区々になるなど）が明らかとなり、合算に反対する見解も唱えられるようになり、1970 年代後半から高等裁判所の判例において反転がみられるようになった⁽⁴¹⁾。E. シュナイダーによれば、1971 年春頃から嵐のような傾向（反対の判例が続出する）がみられ、11 の高等裁判所の判例が合算を否定することになる（この中には、同じ高等裁判所の部により異なる見解に立つ場合もみられたし、従来の立場を変更

(40) Schultz, (Fn. 6), S. 365.

(41) Kuntze, Anmerkung zum Beschluß des Bundesgerichtshofes (GZS) von 15. 9. 1975, JR1972, S. 509.

したものもある。)⁽⁴²⁾そして、この分野の専門家でも、具体的事件においてどのような裁判がだされるのか、ほとんど予測できない状況となった⁽⁴³⁾。このような状況の中、民事大部の判断である【判例5】がだされ、紛糾の終了が望まれたが、その後も合算賛成説は強く主張され、立法過程で再逆転されることになる。

3-1 【判例5】連邦通常裁判所（民事大部）1972年5月16日決定（BGHZ59, 17）

「1. 民事第8部に係属した事件において、原告は10000 DMの支払いを求めた。被告は、訴求債権を争いかつ予備的に複数の反対債権による相殺を主張した。地方裁判所は、訴求債権について理由がないと判断し、それゆえ反対債権については裁判することなく、訴えを棄却した。これに対し、高等裁判所は、訴求債権について理由ありと判断し、相殺に付された債権の2つ（1つの債権は10000 DMを超え、もう1つの債権は13000 DMを超えていた）については理由がないと判断し、その他の債権による相殺は契約上相殺を禁止されたものと判断された。高等裁判所は、右理由により、被告に申立てどおりの支払いを命じる判決を下した。被告の上告は棄却された。

民事第8部は、上告審についての訴訟費用係争額（Kostenstreitwert）を10000 DMに確定したいと考えた。それは、民事第1部の決定（I ZR 53/66 vom 29. März 1968）、民事第5部の決定（V ZR 29/66 VOM 12. Juli 1968）および民事第7部の決定（VII ZR 144/65 vom 11. November 1968）により妨げられ

⁽⁴²⁾ E. Schneider, Tendenzen, Kontroversen und Ergebnisse in der neuern Judikatur zum Streitwertrecht (I), MDR1972, S. 277 (279). 具体的には、① OLG Bamberg, ② OLG Bremen, ③ OLG Celle, ④ OLG Düsseldorf, ⑤ OLG Bremen, ⑥ OLG Frankfurt, ⑦ OLG Hamburg, ⑧ OLG München, ⑨ OLG Nürnberg, ⑩ OLG Oldenburg, ⑪ OLG Schleswigである。このような多くの高等裁判所が、旧い見解に戻った理由として、E. シュナイダーも、実務は変更された当初は気がつかれなかった多くの困難な問題が生じたことにあるとしている（E. Schneider, Tendenzen, S. 279）。

⁽⁴³⁾ Kuntze, (Fn. 39), S. 510.

るものと解した。これらの決定によれば、控訴審が予備的に相殺に付された反対債権を否定し、そして訴えを認容した場合において、訴訟費用係争額は訴求債権＋反対債権の合計額と算定されていたからである。これに対して、民事第8部は、右のような場合、訴訟費用係争額については単に訴求債権額が基準とされるべきと考えた。民事大部は、GVG 136 条⁽⁴⁴⁾により、民事大部に以下の問題について判断するべく提示した。

手数料算定については、訴求債権額と1つもしくは複数の予備的に相殺に付された反対債権額とを合算すべきか否か。

当大部は、この問題を否定した。

2. GKG 10 条 1 項によれば、民事訴訟において手数料は訴訟物の価格に従い課される。何が訴訟物であるかは、原告（反訴原告）の申立てによって決定される。被告の抗弁は訴訟物に関して原則として意義を有しない。このことは、訴訟上の相殺についても妥当する。民事訴訟における手数料に関する裁判所費用法の第2章は、訴訟上相殺について GKG 10 条の基本規定の例外を命じるもしくは単にきっかけを与える規定を含んでいない。

a) このことは、まず第1に、BGH V ZR 29/66 vom 12. Juli 1968 (= NJW1968, 2061)の決定が拠り所とした GKG 22 条 1 文に妥当する。この規定によれば、受訴裁判所の管轄に関する裁判についての係争額または上訴の適法性についての係争額が確定されるとき、確定は手数料の算定についても基準となる。この規定は、当該法律において、係争額確定の手続を規律する 21 条から

(44) ドイツ裁判所構成法 (GVG) 136 条は、以下のように規定する。

「136 条 [大部および合同大部の管轄]

(1) 法律問題において、民事部が他の民事部もしくは民事大部の裁判と異なる判断をする場合、または刑事部が他の刑事部もしくは刑事大部の裁判と異なる判断をするときは、第1の場合には民事大部が、第2の場合には刑事大部が裁判しなければならない。

(2) 民事部が刑事部もしくは刑事大部の裁判と異なる判断をする場合または刑事部が民事部もしくは民事大部の裁判と異なる判断をする場合、または部が合同大部の従来求められた裁判と異なる判断をするときは、合同大部が裁判する。」

24 条の中に編入されていることから分かるように、真に手続法上の性格を持つものである。この規定は、通常は手続係争額（管轄係争額または不服）と訴訟費用係争額は同じように算定されるという GKG 11 条 1 項の原則から出発し、手続係争額に関する受訴裁判所の裁判と訴訟費用係争額に関する裁判とが異別になることを阻止しようとするものである。しかし、第 2 項において明白にされているように、実体的費用法により手続係争額と訴訟費用係争額とが同じように算定されるべきであるという前提のもとにおいてのみ妥当する。それゆえ、GKG 22 条 1 項から逆に、裁判所が個々の事件において手続係争額を確定したとき、訴訟費用係争額も同じように算定されなければならないという帰結を引き出すことは許されない。

b) 同様に、GKG 16 条 1 項 2 文も、予備的相殺の場合において訴訟費用係争額について訴求債権と反対債権を合算するための十分な根拠を提供しない。この規定によれば、反訴の場合において、両方の訴えが同一の訴訟物に関するものでないときには、両訴訟物は合算される。この規定は、民事訴訟において手数料は訴訟物の価格に従い課されるという GKG 10 条 1 項の原則的規範を反訴の場合について必然的に適用したものである。被告が予備的相殺を主張し予備的相殺に限定し、反対債権を反訴の対象にしなかった（これは被告の任意である）とき、この場合について訴訟費用係争額は単に訴えの訴訟物に従い算定されるべきであることは、反訴の提起がないにもかかわらず訴えの係争額について訴求債権と反対債権とを合算すべきとの対照的な類推的帰結よりも、すぐ考えられることである。

c) 最後に、訴訟費用係争額における合算は、GKG 11 条 2 項によっても（少なくとも上訴審については）、正当化されえない。この規定は、1957 年 7 月 26 日の訴訟費用法の変更および補充に関する法律（訴訟費用改正法（BGB 1 I 861 以下、9 条 2 項として）により裁判所費用法に導入されたものである。法律草案理由によれば（Drucksache 2545 S. 157 des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode 1953 in., Verhandlungen des Deutschen Bundestages “Bd. 43）, この規定は、単に、上訴人がいかなる範囲で判決に不服を申し立てるかを即時に明らかにしない場合、もしくは理由書提出期間経過後に明らかにした場合を

規律するものである。この関係で2項2文において「不服」が基準として明言されるとき、それは単に、上訴人が上訴を制限しないとき、または適時に制限しないとき、上訴審において訴訟費用係争額は、第1審における上訴人の敗訴の全範囲に従い決定されることを明白にするだけである。しかし、このことから、この規定によれば（GKG 10 条1項の基本規範から離れて）、不服が係争額を超えているとき、上訴審における訴訟費用係争額の算定について上訴人の実体的不服が基準となるとの帰結を引き出すことはできない。法改正時における判例および学説のほぼ一致した見解によれば、原告の請求により算定される係争額が不服の上限を設定する、したがって不服が係争額を超えることはできないと解されていたことを考慮すると、上記の帰結はますます妥当でない。

3. 上記にあげた連邦通常裁判所の裁判およびそれに続く予備的相殺の訴訟費用係争額に関する下級審の膨大なかつ対立する裁判は、裁判所費用法の個別規定についての対立する解釈によって下されたのではなく、ZPO 322 条2項に関して、予備的相殺の場合において、下級審が相殺に付された反対債権を否定したとき、不服（ZPO 546 条）の算定のために合算原則を適用すべきとした1967 年6月1日の民事第2部の裁判（II ZR 130/65 vom 1. Juni 1967 = BGHZ48, 212）によって引き起こされたものである。しかしながら、同じことが訴訟費用係争額についても妥当するわけではない。

a) ZPO 322 条2項によれば、被告が反対債権による相殺を主張したとき、反対債権が存在しないとの裁判は、既判力適格を有する。かくて予備的に反対債権でもって相殺を主張した被告は、裁判所が訴求債権の存在を認めかつ反対債権の存在を否定したため、申立てどおりの支払いを命じる判決を受けた場合、判決が確定したとき、被告は原告に対し訴求債権の義務を負担しかつ原告に対する反対債権さえも有しないということが、被告に不利益に確定する。このことは、右のような判決に対して上訴を提起した被告に、認容された訴求債権と否定された反対債権の合算金額について不服を認めることを正当化する。不服の算定に際して、必要とされる経済的考察方法においても、不服が訴訟物について被告に不利な裁判によって現実化するか否か、または法律（ZPO 322 条2項）が例外的に被告の抗弁に裁判の既判力を拡張するか否かは重要ではない。

個々の場合において、被告に経済上かつ法律上訴えの金額を超えて不服を生ぜしめる判決に対して、被告に上訴が認められるか否かを上記のような法技術的区別に依存せしめることは許されない。

b) これに対して、訴訟費用係争額は単に裁判所手数料および弁護士手数料の額（GKG 10 条, BRAGO 8 条）について基準となる。当事者自身は、既判力拡張の場合の手数料が GKG 10 条 1 項にもかかわらず訴訟物の低額の価額ではなく既判力の範囲により算定されることに、利益を有しない。正しい法の発見を保障することについての利益は、問題とされていない。単に国庫または弁護士の手数料利益が関係しているにすぎない。かかる利益は、不服があるかぎり上訴を提起しうる当事者の利益と比べ物にならない。そのかぎりでは、手数料公正の要請にも決定的な価値を認めることはできない。けだし、GKG 10 条および BRAGO 8 条によれば、裁判所および弁護士の手数料は、費消された労務量ではなく訴訟物の価格により算定されるものであるからである。両者は相互に無関係のものである。

c) これに対して、ZPO 322 条 2 項の場合においても、訴訟費用係争額についての基準として訴訟物の価格にとどめておくことは、簡明さと取扱いの容易さという長所が認められる。下級審においても（1968 年 7 月 12 日の連邦通常裁判所決定（NJW 1968, 2061）に従って）、予備的相殺において訴訟費用係争額についても合算原則を適用することが多くなって以降、これらの長所がいかに大きいものであるか明らかになったことは、印象的である。その際、多くの対立のある法的問題が生じた（vgl. die Übersicht bei Schneider MDR1971, 87ff；1972, 278ff）。以下では、それらの中、重要なものだけに言及する。

①すでに、合算原則は上級審に限定されるのか否か、または予備的相殺が初めて主張された審級においても行われるのか否かの問題が、争われていた。

②係争額の合算が下級審についても肯定されるかぎりで、係争額の合算は、被告が反対債権を相殺の方法で訴訟に持ち込んだことに係らしめられるのか、あるいは少なくとも当該審級において反対債権について裁判が発せられることに係らしめられるのかという問題が、でてくる。

③さらに、相殺の額だけ高められた係争額は、審級のすべての手数料につい

て統一的に（場合により証拠調べ手数料の例外があるとしても）妥当するのか、または訴訟手数料、弁論手数料、証拠調べ手数料および判決手数料の算定に際して、個別になされるとき、これらの手数料で支弁された弁護士もしくは裁判所の行為は訴求債権と反対債権を対象とするのか、あるいは両債権の一方だけを対象とするのかという問題も、明らかではない。

④下級審の異なる裁判の後、最後の審級において、訴えはそれ自体理由がないものとして棄却され、それゆえ反対債権についてはまったく既判力適格のある裁判がなされないとき、価格の合算によって生じた超過費用はいずれの当事者に課されるべきかという問題も、解決が困難なものである。

⑤被告が複数の債権でもって予備的に相殺を主張した場合、無駄な予備的相殺の費用の負担が原告に課せられる。その場合、原告の費用危険は何倍にも高まる。

以上の問題については、下級審により広い範囲で種々に答えられている。一部については、同一の高等裁判所においてさえ異なる答えが行われている。そのような法的不安定は、立法者への呼びかけをますます大きくしている（OLG Bremen NJW1971, 712, 714 ; Diel, NJW1970, 2096 ; Schultz MDR1971, 366 ; Speckmann MDR1971, 535）。このような呼びかけは聞き入れられている。目下のところ立法機関に存在する裁判所費用法の改正に関する法律の政府草案（Bndestagsdrucksache VI/2644）によれば、GKG 16 条に新たに 3 項を導入し、相殺に付された債権の価格は訴訟物の算定に際しては考慮されないことが、明らかにされるようである。公の理由書によれば、このような立法提案は、「できるだけ簡明な規律への努力」に対応するものである。そして、1968 年 7 月 12 日の連邦通常裁判所の裁判（NJW1968, 2061）に続いて前面に出てきた、相殺債権は原則として考慮にいれるべきとする見解は、法律上解明されるべき一連の問題を引き起こし、その規律は「著しく複雑なもの」を生ぜしめるとされている。

このような事情により、訴訟費用係争額の場合に合算原則を適用することは、不服の場合と異なり、実用的でないこと、法的明確性および法的安定性において有害であることを明示することが、正当化されよう。特にこのような理由か

ら、当大部は、相殺に付された反対債権は ZPO 322 条 2 項にかかわらず訴訟費用係争額については考慮外におくという 1968 年まで統一されていた従前の判例への回帰が必要であると解する。したがって、相殺の場合には、不服対象額算定と訴訟費用係争額の算定が場合によっては異なることになるが、それはより小さな弊害として甘受しなければならない。」

3-2 【判例 5】の評価

民事大部の決定に対しては、賛成するものもみられたが（クンツェ⁽⁴⁵⁾、ベルゲス⁽⁴⁶⁾、シュリヒト⁽⁴⁷⁾）、ベッターマン⁽⁴⁸⁾に激しく批判された。ベッターマンの批判の中心は、民事大部が不服額の合算を認め、上訴手数料の合算を否定したことである。15000 DM の支払いと 15000 DM の反対債権を否定された被告が、25000 DM を基準とする上告金額を提起した場合、不服額は 3000 DM であるが、手数料は 1500 DM に留まることになるのは、おかしいという（裁判所や弁護士にとって）。むしろ、不服額の合算を止めるか、もしくは手数料も合算すべきだとする⁽⁴⁹⁾。そして、ベッターマンのこの批判は、その後、1975 年訴訟費用法改正法律の立法過程で（法務委員会の見解において）採用されることになるのである⁽⁵⁰⁾。

3-2-(1) 判旨 2 について

民事大部の決定の判旨 2 は、GKG 22 条 1 文、同 16 条 1 項 2 文および 11 条

(45) Kuntze, (Fn. 41), S. 509.

(46) Berges, (Fn. 7), S. 984; Schlicht, Wertaddition bei der Aufrechnung und Gebührengerechtigkeit, BB1972, S. 1388.

(47) Schlicht, Wertaddition bei der Aufrechnung und Gebührengerechtigkeit, BB1972, S. 1388.

(48) Bettermann, (Fn. 3), S. 2285.

(49) Bettermann, (Fn. 3), S. 2289f.

(50) vgl., Pfennig, Beschwerdewert und Streitwert bei der ProzeßAufrechnung, NJW1976, S. 1074(1075).

2 項によって、10 条の例外として、相殺債権の合算を理由づけることはできないとする。

ドイツ裁判所費用法（GKG）10 条は次のように規定していた。

「10 条〔訴訟対象の価格、完全な手数料〕

- (1) 民事訴訟においては、手数料は訴訟対象の価格により課される。
- (2) 完全な手数料は、この法律に付されている表により決定される。」

ドイツ裁判所費用法 22 条は次のように規定していた。

「22 条〔受訴裁判所の管轄または上訴適法性についての確定〕

受訴裁判所の管轄および上訴の適法性に関する係争額が確定されたときは、手数料の算定に関しても、その確定が基準となる。11 条 2 項、3 項および 12 条、13 条、15 条、16 条、の規定は変更を受けない。」

ドイツ裁判所費用法（GKG）11 条は次のように規定していた。

「11 条〔価格の算定〕

- (1) 価格の算定については以下の規定に従い ZPO 3 条乃至条および破産法 148 条が適用される。
- (2) 控訴または上告手続においては、係争額は上訴人の申立てにより決定される。手続が、申立書が提出されることなく終了した場合、または控訴もしくは上告理由書提出期間に控訴もしくは上告申立てが提起されなかった場合は、不服が基準となる。」

ドイツ裁判所費用法 16 条は次のように規定していた。

「16 条 訴えおよび反訴、相互の上訴

- (1) 分離されない訴訟で弁論される訴えと反訴が同一の訴訟物に関するものであるかぎり、手数料はこの訴訟物の単一の価格により算定される。両者の訴えが同一訴訟物に関するものでないかぎり、両訴訟物が合算されなければならない。

(2) 分離されない訴訟で弁論される相互の上訴についても同様とする。」

すでに、【判例4】に関連してGKG 22条に関する当時の見解の対立を検討した(前述105頁以下)。そこでも述べたように、GKGの規定を、相殺の場合の合算の根拠としてみるか否かは、訴訟上相殺の性質をどうみるかによって左右されるのであり、合算賛成の立場であろうと、合算反対の立場であろうと、いずれにせよ決定的な根拠とはできないといえる。

GKG 22条以外でも、例えばGKG 16条について、ベッターマンは、BGHとは逆に、相殺債権の合算を肯定するための根拠としている。すなわち、合算を肯定する見解は、GKG 16条1項において反訴の対象が訴えの対象に、両方の訴訟物が同一でないかぎり、合算されることにより、確証されるとする。BGHは、被告が反訴ではなく相殺として主張したことから、反対の帰結(合算しないこと)を引き出しているが、それは、相殺が未発達反訴(unterentwickelte Widerklage)であることを見落としているからだとする。

そして、GKG 16条の類推を認める根拠として、他の防御方法とは異なる扱いを指摘している。すなわち、ZPO 145条3項(訴えと相殺の弁論の分離)、同302条(相殺に関する判断の留保)、同322条2項(相殺の既判力)、529条5項(控訴審における相殺の新たな提出)、BGB 209条2項3号(相殺による時効の中断)、同215条(相殺による時効中断効の訴訟終了までの継続)である。また、GKG 16条2項の立法理由は、被告が新たな、訴求債権と異なる訴訟物を訴訟に引き入れる場合に合算するというものであるが、訴訟上相殺にはまさしくこのことが当てはまり、類推を正当化する。ZPO 322条2項によれば、反対債権が相殺という方法で主張されるとき、反対債権が反訴という方法で主張されるとき、同じ訴訟対象と裁判対象を持っているからであるとする⁽⁵¹⁾。さらに、反訴と訴訟上相殺を異別に扱うことは不当であるという⁽⁵²⁾。

(51) Bettermann (Fn. 3), S. 2287.

(52) Bettermann, (Fn. 3), S. 2287.

3-2-(2) 判旨3について

判旨3(c)は、訴訟上相殺を訴訟費用として合算することは、算定が困難な場合を生ぜしめることになること、換言すれば、「簡便および容易な扱いという長所」でもって相殺債権の合算を否定するが、それは妥当とはいえない。

ヘッケルマン⁽⁵³⁾も、重複訴訟の訴訟係属の問題を検討した後、訴訟対象係争額についても、訴訟係属が原則的に決定するという。すなわち、係争額は、ZPO 3 条以下とともに GVG 23 条により区裁判所と地方裁判所の事物管轄を決定するのみでなく、ZPO 511a 条および 546 条により控訴や上告の適法性を決定し、GKG 11 条および BRAGebO 9 条⁽⁵⁴⁾により裁判所費用および弁護士手数料を決定する。そして、訴訟上相殺に訴訟係属が生じる場合、上記の価格は合算されることにより係争額の 2 倍になるという⁽⁵⁵⁾。

しかし、このような考え方は、多くの問題を生ぜしめ、その問題について高等裁判所間に異なる裁判をもたらし、また学説の氾濫をもたらし、疑問であるとする。まず、合算は以下の問題に左右されるかという点である。1つの請求権について争いがある場合か、または両方の請求権について争いがある場合か。裁判所が、1つの請求権に取り組んだか、または両方の請求権に取り組んだか。さらに、弁護士または各審級の負担の範囲により、訴求債権と相殺債権は、事物管轄係争額、不服係争額、上告額、弁護士費用、および裁判所費用に

⁽⁵³⁾ Heckelmann, (Fn. 15), S. 1350. ヘッケルマンは、訴訟上相殺に訴訟係属が認められるかという問題設定を行い、訴訟上の重複訴訟の問題、訴訟上相殺の訴訟費用の問題（本稿で扱う問題）、および訴訟上相殺の撤回についての相手方の同意の要否の問題を検討している。

⁽⁵⁴⁾ 当時の連邦弁護士報酬法 9 条は次のように規定していた。

「第 9 条 [裁判書手数料の算定]

(1) 裁判所手数料の基準となる価格が裁判上確定されたときは、その確定は弁護士手数料についても基準となる。

(2) 弁護士が自己の権利に基づき価格の確定を申し立て、かつ確定に対する上訴を提起することができる。」

⁽⁵⁵⁾ Heckelmann, (Fn. 15), S. 1354.

ついて区々に合算されたり、合算されなかったりするののかの問題もある⁽⁵⁶⁾。3つの審級が各自異なる本案判決をした場合算定が複雑になることは、明らかであるという⁽⁵⁷⁾。

民事大部やヘッケルマンの見解は、反対債権を合算すると困難な問題が生じることを理由として、合算に反対する。

しかし、算定が困難であることから、合算を否定することは、誤りではないが、積極的に合算説をとりえないことまで理由づけることはできないであろう。

ベッターマンは、民事大部は、反対債権を合算する際に生じる「対立のある法的諸問題」を指摘するが、右諸問題は、相殺の場合に特別に生じるものではなく、訴えの併合や反訴および予備的申立ての場合にも生じるものであり、説得力を欠くとする。民事大部が指摘する不明確な問題のうち、①（判旨3-c)-③の問題）増額された係争額は、すべての手数料につき統一的に妥当するのか、または個々の手数料において算定されるのか否か、手数料で支弁された弁護士もしくは裁判所の行為は訴求債権と反対債権の両者に関与するのか、あるいは両者の一方に関与するのかという問題は、訴えの併合や訴えと反訴が併合されている場合にも生じるが、これらの場合に、個々の手数料の間で異ならなければならないということについて、疑問は存在しえないという⁽⁵⁸⁾。

民事大部が予備的申立ての場合に生じるとする指摘する他の問題、②（判旨3-c)-⑥の問題）合算は反対債権について裁判されることが前提となるのか否か、③（判旨3-c)-④の問題）裁判が必要であるとして、裁判が最終審級で行われる必要があるか否か、④（判旨3-c)-⑤の問題）相殺が主張されたとき即時に反対債権は合算されるのか否かも、訴えの併合や訴えと反訴が併合されている場合にも生じるものであるとする⁽⁵⁹⁾。

これらの問題については、係争額は当事者が訴訟に何をかけたかという観点

⁽⁵⁶⁾ Heckelmann, (Fn. 15), S. 1354.

⁽⁵⁷⁾ Heckelmann, (Fn. 15), S. 1354.

⁽⁵⁸⁾ Bettermann, (Fn. 3), S. 2287.

⁽⁵⁹⁾ Bettermann, (Fn. 3), S. 2287.

のもとに答えられるべきであるとする⁽⁶⁰⁾。

裁判の要否について、ベッターマンは、相殺が最初に主張されたときに、反対債権は合算されるべきであり、反対債権について裁判がなされたか否か、どの審級で裁判されたかは、訴訟手数料および弁論手数料にとっては重要でないという。そして、判決手数料の場合の合算は、反対債権について裁判がなされていることが前提となるし、証拠調べ手数料の場合の合算は請求債権に関係するものか、もしくは反対債権に関係するものか、または両者に関係するものかが、重要となるという⁽⁶¹⁾。そして、複数の反対債権が併合されているときは、全部一緒にかつ請求債権と合算されるとし、証拠調べ手数料および判決手数料については、当該反対債権について証拠調べがなされた、また裁判が下されたかぎり、合算されるという⁽⁶²⁾。

③（上級審の裁判の要否）について、ベッターマンは、表見的な問題であるという。第1審裁判所が相殺により請求棄却判決をし、控訴審が、請求債権を理由がないと判断し、反対債権について裁判しなかった場合、合算によって生じた費用の増加はだれが負担するのか、問題とされるが、この場合、被告は勝訴しているわけであるから、第1審の反対債権に関する判断を取り消す必要がある。控訴審は、第1審の反対債権についての裁判を取り消すことにより、反対債権について裁判をしているといえる。したがって、控訴審の裁判についても、請求債権と反対債権が合算される。すべての審級で請求債権と反対債権が合算されるという⁽⁶³⁾。

②の反対債権について裁判を要するか否かに関しては、もう少し検討してから、私見を示したいと思う。③の上級審の裁判における要否も同様である。ただし、困難な問題が生じるからという理由で、手数料係争額と不服対象額とで合算の可否を区別したり、あるいは、すべての場合に合算を否定したりまたは

⁽⁶⁰⁾ Bettermann, (Fn. 3), S. 2287.

⁽⁶¹⁾ Bettermann, (Fn. 3), S. 2288.

⁽⁶²⁾ Bettermann, (Fn. 3), S. 2288.

⁽⁶³⁾ Bettermann, (Fn. 3), S. 2288.

合算を肯定したりすることは、乱暴な議論であろう⁽⁶⁴⁾。

また、判旨 3-c) は、相殺の場合には、不服対象額算定と訴訟費用係争額の算定が場合によっては異なることになるが⁽⁶⁵⁾、それはより小さな弊害として甘受しなければならないという。この点について、すでにベッターマンが鋭く批判していることは、前述したとおりである（前述 123 頁）。

4 「1975 年訴訟費用法改正法律」の成立

まず、1975 年の訴訟費用法改正法律を検討する前に、ドイツ裁判所費用法の戦後の簡単な歴史を概観しておきたい。

4-1 ドイツ裁判所費用法の歴史

1878 年 6 月 18 日のドイツ裁判所費用法 (RGBL, 141) は、100 年以上の歴史を経て、しばしば改正され新たに起草された。1898 年 5 月 20 日 (RGBL., 659), 1922 年 12 月 21 日 (RGBL, 1923 I, 13), 1927 年 7 月 5 日 (RGBL, I, 152) の新起草後、1950 年 9 月 12 日 (BGBl., 455) の統一法が西ドイツの裁判所費用法の統一的適用を決定した。1957 年 7 月 26 日の訴訟費用法改正法律 (BGBl, I, 861) は、戦後初めて徹底的な変更を実現した裁判所費用法の新起草を行った。特に、訴訟費用法は、不動産を対象とする強制執行および強制管理の手続、並びに秩序罰に関する法律による手続に類似した手続および秩序罰に関する法律による手続に新たな裁判所費用法では分岐した。上訴は、非訟事件費用法に同化され、前払い命令の取消しも統一された。その後の小さな変更後、1975 年 8 月 20 日の訴訟費用改正法律 (BGBl, I, 2189), いわゆる「1975 年改正法律」は、徹底的な変更をもたらした。1975 年の改正法律による裁判所費用法は、特に、行政裁判権および財政裁判権を裁判所費用法の中に組み入れ、そして、もっとも意義

(64) Bettermann, (Fn. 3), S. 2287.

(65) すでに、Diehl, (Fn. 9), S. 2094 が、不服額に限り合算されるべきことを主張していた。

のある改正として、訴訟費用法表を作成した。1975年改正法律によって、無秩序に陥っていた条文の順序を整序する機会が行使された。

その後も、裁判所費用法には多くの変更がなされたが、法律の構造に関係するものではなかった。本質的に、実体法の改正に応じるものにすぎなかった。これに対して、実際上の改正は、立法部門の長い議論の後、1994年5月26日の訴訟費用法およびその他の法律の改正法律（1994年訴訟費用改正法律（BGBl. I, 1325））によって行われ、1994年7月1日に施行された。1994年訴訟費用法改正法律により、裁判所費用法、労働裁判所法、司法行政費用法、執行官費用法、および連邦弁護士報酬法による手数料、並びに証人および鑑定人に関する損害補償法および名誉裁判官損害補償法による損害補償料金が、経済上の事情変更調整され、裁判所費用法も裁判所手数料が本質的に簡素化されるという構造上の変更を受けた。以上の他に、1994年訴訟費用法改正法律は、若干の規定の脱漏を補充した。それでもって、裁判所負担軽減法を適用するに際して生じた多くの争いある問題が解決されるべく期待されたが、それは単に条件付きで達成されたにすぎなかった。明らかに十分考慮されていなかった改正は、実務に多くの新たな争点をもたらした。連邦憲法裁判所がそれらの問題に知り組むことになったからである。

1994年の訴訟費用法改正法律による裁判所費用法の改正により、あらゆる改正に内在する困難な解釈問題がもたらされたが、同時に、展開も休むことなくなされ、1994年においてすでに多くの変更がなされた。例えば、1994年に裁判所費用法は、司法補助官法およびその他の法律に関する改正法律など多くの法律改正により、変更を受けた⁽⁶⁶⁾。

次に、裁判所費用法に重要な構造的変更をもたらしたのは、2004年5月5日の訴訟費用法現代化に関する法律（訴訟費用法現代化法、BGBl., I 718）である。弁護士報酬法による弁護士費用の改正、並びに鑑定人・通訳者等の報酬に関する法律による証人および鑑定人の損害補償法の改正および名誉裁判官の報

(66) 以上の説明は、Markl/Meyer, Gerichtskostengesetz, 4. Aufl., 2001, Vor §1 Rdnr. 1 und 2 を参考にした。

酬の改正による基本的な改正と並んで、訴訟費用法現代化法でもって、裁判所費用法は、一般的な訴訟費用の展開に適応するだけでなく、1994年訴訟費用改正法律により初めて民事事件の第1審（家庭事件を除く）および仮の権利保護の第1審手続に導入された一括（定額）手数料システムに対応する第2審手続に拡張するために、より簡素化された。その他、労働裁判所の裁判所費用法が裁判所費用法に編入された。そのことは、条文のシステムの再編集とともに、訴訟費用表の完全な新編纂を結果としてもたらした。裁判所費用法は、規定を原則的に改番号することにより、概観することが容易となり、とりわけ論理的に構成されることとなった。訴訟費用法現代化法による裁判所費用法の新起草は、2004年7月1日に施行された。

2004年7月1日以降も、当然多くの立法上の変更を受けている。それは、2004年6月24日の刑事手続における犯罪被害者の権利の改良に関する法律（BGBl. I 1354）から、2009年9月30日の株主権創設指針転換法（GBl., 2479）まで27の法律による変更を受けているが、裁判所費用法の構造は実質的な変更を受けていない⁽⁶⁷⁾。

2009年9月1日以降施行されている家庭事件手続の改正とともに、家庭事件の裁判所費用法は、もはや裁判所費用法によることはできない。完全に独立した法律、すなわち「家庭事件に裁判所費用に関する法律（FamGKG）」が創設された（非訟事件手続法改正法律第2条項）⁽⁶⁸⁾。

4-2 1975年訴訟費用法改正法律の成立

「1975年訴訟費用法改正法律」⁽⁶⁹⁾ 前の裁判所費用法16条は次のように規定していた。

「16条 訴えおよび反訴、相互の上訴

⁽⁶⁷⁾ Meyer, (Fn. 18) Gerichtskostengesetz, Vorbemerkungen Rdnr. 6.

⁽⁶⁸⁾ 以上の説明は、Meyer, (Fn. 18) Gerichtskostengesetz, Vorbemerkungen Rdnr. 4~7を参考にした。

- (3) 分離されない訴訟で弁論される訴えと反訴が同一の訴訟物に関するものであるかぎり、手数料はこの訴訟物の単一の価格により算定される。両者の訴えが同一訴訟物に関するものでないかぎり、両訴訟物が合算されなければならない。
- (4) 分離されない訴訟で弁論される相互の上訴についても同様とする。」

1971年10月1日にドイツ連邦共和国首相に提出された連邦政府の「裁判所費用法、連邦弁護士費用法およびその他の法律の改正法案」⁽⁷⁰⁾ 16条において相殺の訴訟費用化は否定されていた。

「16条は以下のように変更する。

a) 見出しは以下の文言とする。

「訴えおよび反訴、相互の上訴、相殺」

b) 以下のような3項を加える。

「相殺に付された債権の価格は訴訟物の評価に際しては考慮しない」。⁽⁷¹⁾」

(69) すでに1970年2月27日に、連邦司法大臣の「裁判所費用法改正法律予備草案」がラント司法大臣に通知されていた (Mümmeler, Beschränkung des Prozeßkostenrisikos, JurBüro, 1971, S. 1)。その後、1971年5月に連邦内閣で「裁判所費用法、連邦弁護士報酬法およびその他の法律の改正法律草案」が決定された。その草案の目的は、①特に電子情報処理装置の導入を容易にするため、裁判所費用法を本質的に簡素化すること、②当時、ラント法上に規定され甚だしく区々になっていた行政裁判権の裁判所費用法を統一的に規律すること、③適切な法的代理を将来も保障することために、裁判上指定された弁護士および自由剥奪事件における付き添い弁護士の不十分な報酬を相当程度増額することであった。そして、右措置は弁護士会の正当な要求に応じるものとされた (vgl., Kostennovelle. (Beschuß der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des GKG, der BRAGebO und anderer Vorschriften.) DRiZ1971, S. 245.)。

(70) BTDrucks. VI/2644.

相殺の訴訟費用化に反対の理由として、以下のように述べる。

「相殺に付された債権は訴訟物の評価に際して考慮しないという提案の重要な理由は、可能なかぎり簡素な規律をするべきであるという点にある。1968年7月12日の連邦通常裁判所の裁判（V ZR29/66）（NJW1968, S. 2061）に従い広まりつつある見解，すなわち相殺に付された債権は原則として考慮すべきとする見解は，この見解を支持する者によって区々に答えられ，法律による解明が必要とされる一連の問題を生ぜしめる。相殺債権の評価に際してそのような規定を考慮し，相殺の個々の事情を確定することの必要性は，著しい錯綜を生ぜしめるであろう。相殺は手数料に影響しないという考え方を，草案は，判決手数料についても貫徹している。⁽⁷²⁾」

連邦参議院は，16条3項につき，「相殺」の用語の前に「予備的の場合も」の用語を付加し，予備的相殺も係争額に影響しないことを明らかにすべきだとした⁽⁷³⁾。

その後，連邦政府による提出された「裁判所費用法，裁判所執行官の費用に関する法律，連邦弁護士費用法およびその他の法律の改正法草案」⁽⁷⁴⁾ 16条においても，相殺の訴訟費用化は否定されたままであった。

「16条は以下のように変更する。

a) 見出しは以下の文言とする。

「訴えおよび反訴，相互の上訴，相殺，予備的請求」

b) 以下のような3項および4項を加える。

「(3) 相殺に（予備的も含む）付された債権の価格は訴訟物の評価に際しては考慮しない。

⁽⁷¹⁾ BTDrucks. VI/2644, S. 5.

⁽⁷²⁾ BTDrucks. VI/2644, S. 46.

⁽⁷³⁾ BTDrucks. VI/2644, S. 69.

⁽⁷⁴⁾ BTDrucks. VII/2016.

- (4) 予備的に主張されている額の高い方の請求は、この請求に関して裁判がされた場合にかぎり、基準となる。裁判がされないときは、考慮されない」。⁽⁷⁵⁾」

連邦政府の右提案に対して、法務委員会は、次のような理由から、これを否定し、相殺の訴訟費用化を提案した。

「当委員会は、新3項に規定された連邦政府の提案、すなわち相殺に付された債権の価格を考慮しないということに、従うことはできない。当委員会は、むしろ相殺債権の原則的考慮を必要と考える。相殺債権は、反訴の方法で主張された債権と同一の範囲で裁判所および関係人の業務を要求する。相殺債権についての裁判は、ZPO 322 条により既判力も生ずる。それゆえ異なる扱いは妥当でない。

単に予備的に主張された相殺債権のみが考慮されるという新3項第1文の規律については、請求債権について争いがなく、したがって被告は相殺を第1次的に主張している場合(いわゆる主位的相殺)、争いの中心は1つの債権であり、合算は妥当といえないであろうという考え方が、中心となっている。

同様の理由から、第1文では、相殺債権の考慮は右債権について争いがあることを要求している。

係争額は反対債権について既判力ある裁判が下された範囲でのみ反対債権の価格分増額されるという規律により、ZPO 322 条2項が指摘される。相殺債権の考慮は、判決の既判力を超えない。

第2文は、第1項で規定された範囲での合算は和解の場合についても行われるべきことを規定している。⁽⁷⁶⁾」

法務委員会決定は以下のようであった。

⁽⁷⁵⁾ BTDrucks. VII/2016, S. 6.

⁽⁷⁶⁾ BTDrucks. VII/3243, S. 5.

「16 条は以下のように変更する。

- a) 変更なし。
- b) 以下のような 3 項および 4 項を加える。

「(3) 被告が予備的に争いのある反対債権による相殺を主張するとき、反対債権に関する既判力ある裁判が下される範囲にかぎり、反対債権の価格が係争額に合算される。訴訟が和解によって終結したとき、第 1 文の規定を準用する。

評価に際しては考慮しない。

(4) 変更なし」。⁽⁷⁷⁾」

法務委員会案が議会を通り、「裁判所費用法、裁判所執行官の費用に関する法律、弁護士連邦費用法およびその他の法律に関する改正法」が 1975 年 8 月 20 に公示され (BGBl. I, 2189)、その後、1975 年 12 月 18 日に「裁判所費用法新規定の公示」が発表された (BGBl. I, 3047)。その 19 条は、以下のように規定されていた。

「第 19 条

訴えおよび反訴、相互の上訴、相殺、予備的請求

- (1) 分離されない訴訟で弁論される訴えと反訴が同一の訴訟物に関するものであるかぎり、手数料はこの訴訟物の単一の価格により算定される。両者の訴えが同一訴訟物に関するものでないかぎり、両訴訟物が合算されなければならない。
- (2) 分離されない訴訟で弁論される相互の上訴についても同様とする。
- (3) 被告が予備的に争いのある反対債権による相殺を主張するとき、反対債権に関する既判力ある裁判が下される範囲にかぎり、反対債権の価格が係争額に合算される。訴訟が和解によって終結したとき、第 1 文の規定を準用

⁽⁷⁷⁾ BTDrucks. VII/3243, S. 23.

する。

- (4) 予備的に主張されている額の高い方の請求は、この請求に関して裁判がされた場合にかぎり、基準となる。裁判がされないときは、考慮されない。⁽⁷⁸⁾」

5 結 語

訴訟上の相殺に使用された反対債権についても、訴訟費用上、考慮にいれ、その額を合算すべきであるという結論に至った。その際、反対債権についても既判力が認められること（ZPO 322 条 2 項）を中心的根拠とすべきであることを指摘した。もちろん、第 1 審における原告の請求に対して、被告が、主位的に消滅時効などの抗弁を主張し、かつ予備的に反対債権でもって相殺を主張した場合において、第 1 審が、請求を認容し、かつ反対債権を理由がないものと判断した場合の不服対象額・係争額についての結論にすぎない。

この他、第 1 審が、反対債権の存在を認め、請求棄却判決を下した場合についても、反対債権について既判力が生じるのであるから、反対債権額を不服対象額や手数料係争額の算定に際し、考慮すべきと考えられる。なお、この場合の不服額をどのように決定するか（合算するか否か）、また手数料の負担をどのように決定するかについての説明を必要とする。この点については、ドイツ法上も現在なお争われている。次の課題としたい。

わが国においても、相殺の抗弁に既判力が認められることは（民訴法 114 条 2 項）、ドイツ法と同様である。法改正を待たずとも、訴訟上相殺における反対債権額を訴求債権額に合算する扱いは、実務上可能であると考え（ドイツ法上も当初は、BGH の判例から実施された。）が、ドイツ法上の混乱を他山の石として、法改正がなされることが、もっとも穏当な方法であるように思われる。

⁽⁷⁸⁾ BGBl. I 3047, (S. 3053).