

上級審における相殺の訴訟費用

片 野 三 郎

目 次

1. はじめに
2. 第1審の手数料係争額
 - 2- (1) 予備的訴訟上相殺と裁判の要否
 - 2- (2) 「既判力適格ある裁判」の意義
3. 控訴審の不服（対象）額・手数料係争額
 - 3- (1) 請求認容判決の場合（反対債権否定）【事案1】
 - 3- (2) 請求棄却判決の場合（反対債権肯定）【事案2】
4. 上級審におけるはじめての相殺の主張と係争額
5. 結 語

1. はじめに

訴訟上相殺に関して、第1審と控訴審において判断が異なる場合、すなわち第1審は反対債権について、肯定または否定の判断をしたが、控訴審では、請求債権が否定され、反対債権については判断の必要がなかった場合、不服（対象）額・手数料係争額はどのように算定されるべきか、問題とされる。

【事案1】第1審において、請求債権が肯定され、反対債権が否定され

て、請求認容判決が下された場合、被告は、訴求債権の存在と反対債権の不存在により、二重の不服を有する。この場合において、控訴審が、訴え自体理由がないと判断し、反対債権の判断がもはや不要となった場合（反対債権否定）。

【事案2】第1審裁判所は、訴求債権について理由があると判断したが、しかし反対債権も理由があると判断して、請求棄却判決を下したところ、控訴審は、訴求債権について理由がないと判断した場合（反対債権肯定）。

上記事案において、第1審手続の相殺に関する費用はどのように決定されるべきかという問題、すなわち、控訴審が反対債権について判断しなかったことが、すでに第1審でなされている反対債権の手数料係争額についての算定に影響し、第1審の手数料係争額についての算定（係争額の発生）を遡及的に消滅させるのかという問題が生ずる。（第1審の手数料係争額の問題）

また、上記の事案の場合において、控訴審の不服（対象）額はどのように判断されるのか、および控訴手数料はどのように算定するかの問題が生じる。（控訴審の不服額・手数料係争額の問題）

【事案】とは異なり、第1審では相殺の主張がなく、訴求債権がそれ自体理由なしとして棄却され、原告の控訴がなされたところ、控訴審で被告がはじめて相殺を主張し、相殺債権について裁判がなされた場合、控訴審の係争額はどのように算定されるか、上級審と第1審の係争額の関係が問題となる。

2. 第1審の手数料係争額

1975年訴訟費用法改正法律によって改正されたドイツ裁判所費用法（以

下、GKG と略) 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、既判力適格のある裁判が反対債権ついてなされた場合にかぎり、係争額⁽¹⁾ は反対債権の額だけ合算される。」

右規定により、GKG 19 条 3 項による係争額の増額が行われる要件として、次の 3 要件があげられる⁽²⁾。

- ① 主位的相殺 (Primäraufrechnung)⁽³⁾ ではなく、予備的相殺 (Hilfsaufrechnung) が扱われていること
- ② 反対債権について訴求債権と同様に争われていること
- ③ 反対債権について既判力適格ある裁判 (eine der Rechtskraft fähige Entscheidung) が下されること

このように、1975 年 GKG によって、反対債権について既判力適格ある裁判の存在が相殺額の増額 (合算) のための要件とされることとなったが、この「既判力適格ある裁判」とは、既判力ある裁判、すなわち確定を要するのか、あるいは審級ごとに係争額が決定される、すなわち確定を要せず、第 1 審の反対債権についての裁判が存在すれば十分なのか、争いがある。右争点の帰結により、反対債権の扱いに関する審級間の異なる判断の問題 (【事案】参照。) も左右されることになる。したがって、「既判力適格ある裁判」の意義を検討しなければならないが、この問題を検討する前提として、1975 年 GKG 成立前の、相殺額合算のためには、反対債権についての

(1) 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。

(2) Kanzelsperger, Probleme der streitwerterhöhenden Eventualaufrechnung, MDR 1995, S. 883.

(3) 訴求債権を争わず、反対債権による相殺による防御を主位的に主張する場合を指す。

裁判が必要であるかをめぐる争いをみておきたい。

2-(1) 予備的訴訟上相殺と裁判の要否

訴訟上の相殺を合算するとして、訴訟上の相殺を合算するためには、相殺についての裁判を要すると解する説と、要しないと解する説および裁判が確定することを要すると解する説が対立していた。相殺について裁判がない場合の証拠調べ手数料や判決手数料が訴求債権額に従い決定されることは争いがない。訴訟手続手数料と弁論手数料について争いがみられた。

相殺についての裁判を要すると解する下級審の判例として、デュッセルドルフ高等裁判所 1969 年 7 月 2 日決定 (NJW 1970, S. 57) が、その理由を詳細にあげている⁽⁴⁾。

(ア) デュッセルドルフ高等裁判所 1969 年 7 月 2 日決定 (NJW 1970, S. 57) の見解

相殺についての裁判を要しないで常に第 1 審の手数料係争額に相殺額を含めると、以下のような不公正が生じるという。すなわち、①第 1 審裁判所が反対債権を考慮することなく請求を棄却した場合も、訴え自体は理由があったが反対債権のため棄却された場合（筆者注：この場合は、2つの債権が判断されているため二重の係争額となる。）と同様の高い訴訟費用を負担しなければならないこと⁽⁵⁾、②予備的相殺の場合の合算の適法性が不服から引き出されるという出発点を見捨てることになること（筆者注：不服は裁判がないと判断できないから、裁判がないにもかかわらず合算することは、右命題から離れることを意味する。）、③ならん成果をもたらさない行為に増額された判決手数料の支弁がなされることになることが

(4) その他、OLG Frankfurt, Beschluß v. 2. 9. 1969, NJW 1970, S. 252 (253); LG Aachen, Beschluß v. 28. 10. 1969, NJW 1970, S. 333 (334) も、相殺についての裁判を要するとするが、理由は特にあげられていない。

あげられている (aaO. S. 58)⁽⁶⁾。

なお、③については、手数料係争額を手続一般の価格と合算されるべき判決価格とに分ければ、不都合を回避できるが、そのような解決方法は弁護士報酬上無視されるであろうという。すなわち、弁護士は例外なく訴えの価格に従いその手数料を得ることが認められているからであるという (aaO. S. 58)。

そして、正当な解決策として、裁判所並びに弁護士の全手数料について、第1審手数料係争額に予備的相殺を含めることは、第1審が相殺について実体的に裁判したことを要件とすべきであるという (aaO. S. 58)。

(4) 1975年 GKG 成立前の学説の状況

裁判必要説を詳細に主張していたのは、レッディングである。すなわち、予備的相殺が主張された審級において常に相殺額を手数料係争額に含めるという立場によれば、反対債権について当事者に助言した弁護士の行為に対して正当な報酬を与えることになるが、裁判所が訴えをそれ自体理由がないとして棄却した場合であっても、反対債権に従って算定された裁判所手数料が、裁判所になにももたらさない行為に対して、支払われることになること、また、原告は、訴えに理由があり、反対債権によって棄却され

(5) Speckmann, Der Gebührenstreitwert im Fall der Hilfsaufrechnung JZ 1971, S. 51, (52) は、①の点に関して、次のような例をあげている。

訴求債権が 20000DM で、被告が債権自体を争いながら予備的に 20000DM の債権でもって相殺を主張したところ、第1審裁判所は、訴求債権自体理由がないとして (反対債権については裁判しないで)、請求棄却判決を下した。この場合の判決手数料については 20000DM が係争額となり、第1審手続手数料および弁論手数料の係争額は、各々 40000DM となる。そして、20000DM の反対債権が5つある場合、120000DM の係争額になってしまうという。

(6) ①と③については、すでに Rödding, Der Streitwert bei Hilfsaufrechnung, NJW 1968, S. 1917, (1918) が指摘していたところである。

た場合と同額の訴訟費用を負担しなければならない、しかも裁判されていない反対債権による別訴で反対債権額に従って算定された訴訟費用を支払わなければならないことを危惧しなければならないこと、仮に反対債権が實際上理由がないとしてそのような恐れがないときでも、訴え自体によって棄却されている原告に、裁判されていない、本来は棄却されるべき反対債権額による訴訟費用を課すことは、同様に不当であるという⁽⁷⁾。

E. シュナイダーは、相殺の合算を認める第1の理由がZPO 322条2項の既判力拡張に存することからいえば、相殺について裁判がないにもかかわらず、合算を行うことは正当でないという⁽⁸⁾。

これに対して、ランクは、ZPO 322条2項は反対債権を反訴により追行されている請求権と同じものとするための根拠であって、訴訟手数料や弁論手数料にとって反対債権についての裁判がなされたか否かは、重要でないという⁽⁹⁾。

ZPO 322条2項による既判力拡張が、相殺の抗弁額合算の重要な根拠であることは否定できないが、そのことから相殺についての裁判の必要性を引き出すことは、当然とはいえない。

訴訟手続手数料および弁論手数料について相殺を合算するために、反対債権についての裁判を要しないと解する説も有力に主張されていた。

マッテルンは、反対債権について裁判がなされない場合であっても、通常は（ZPO 145条3項の弁論分離の場合は別として）請求債権と反対債権

(7) Rödding, (Fn. 6), S. 1918.

(8) E. Schneider, Zwischenbilanz zur Streitwertaddition bei der Aufrechnung im Zivilprozeß, MDR 1971, S. 87, (90). E. Schneider, Anm. zum OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2. 7. 69, JurBüro, 1969, S. 1068, (1069) も、相殺債権について裁判がない審級の手数料係争額は訴えの価格にとどまるとする。

(9) Lang, Streitwert bei Mehrheit von Ansprüchen, NJW 1970, S. 1173 (. 1174).

の両者について弁論がなされているのであるから、訴訟手数料と弁論手数料は合算されるべきであり、判決手数料は訴求債権額によるべきであるとする⁽¹⁰⁾。

H. シュミットも、マッテルンと同様の見解を主張している。すなわち、裁判がなされたか否かは重要でなく、相殺債権が個々の手数料を生ぜしめる構成要件の対象になったか否かが基準となるという。そして、次のような例をあげている。裁判所が訴求債権を理由があると判断し、相殺債権について証拠調べをした。その後、裁判官が替り、訴求債権を理由がないと判断し、相殺債権について審理しないまま、訴えを棄却する判決をした。右の場合、証拠調べ手数料は生じており、かつ存続したままとなるという⁽¹¹⁾。

これに対して、ディールは、GKG の厳格な適用という観点からは、裁判所や弁護士が反対債権についても取り組んでいることは説得力がないという。例えば、留置権の抗弁が提出されたときに、留置された債権額分係争額を高めるべきだと主張する者はいないという⁽¹²⁾。

ランクは、一度生じた手数料債権は判決の有無に左右されない、左右される場合には特に法律で規定されている⁽¹³⁾ という⁽¹⁴⁾。そして、予備的相

(10) Mattern, Streitwert bei Mehrheit von Ansprüchen, NJW 1969, S. 1087, (. 1092).

(11) H. Schmidt, Zum Streitwert bei Aufrechnung, Rpfleger 1972, S. 164, (165).

(12) Diehl, Gebührenstreitwert und Kostenentscheidung bei Aufrechnung im Zivilprozeß, NJW 1070, S. 2092 (. 2094).

(13) 当時の GKG 29 条は、和解により訴訟が終了した場合、すでに生じた証拠調べ手数料は消滅すると、規定していた。また、GKG 35 条 1 項は、口頭弁論期日指定前の訴えの取り下げの場合の訴訟手数料の無料化を規定していたし、GKG 36 条は、控訴や上告が不適法却下された場合、上訴の取り下げの場合、訴訟手数料は半額になることを、規定していた。

(14) Lang, (Fn. 9), S. 1173.

殺と予備的反訴と異なる扱いは許されないという⁽¹⁵⁾。

ディールは、予備的相殺を抗弁の1つと考え、留置権と比較しており、他方、ランクは予備的相殺と予備的反訴とを比較している。予備的相殺は、反訴と類似の法的性質を有するとき、留置権と比較して、裁判の要否を帰結することは妥当でないであろう。

ベッターマンは、詳細に裁判を要しないことを主張している。係争額について、ベッターマンは、当事者が訴訟に何をかけたかが重要であるとする。相殺で防御を行う被告は、その他の防御方法で防御する被告よりも多くのこと、すなわち、債務の肯定に加えて反対債権の否定をかけている。ZPO 322 条 2 項によれば、反対債権もまた訴訟危険に関与しているのであり、したがって係争額の算定については、原則として反対債権は訴求債権に合算されるべきである。そして、相殺が主位的であるか予備的であるかは関係しないとする⁽¹⁶⁾。

そして、このような見解は、GKG 16 条 1 項⁽¹⁷⁾ 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

(15) Lang, (Fn. 9), S. 1173.

Vgl. Meyer, Gerichtskosten der Streitigen Gerichtsbarkeiten und des Familienverfahrens, 11. Aufl., 2009 § 45Anm. 19.

(16) Bettermann, Beschwer und Beschwerdewert, Streitwert und Kostenverteilung bei der Prozeßaufrechnung, NJW 1972, 2285, (2287).

(17) 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。」

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。GKG 16 条 1 項 2 文の立法理由は、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と、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⁽¹⁸⁾。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⁽¹⁹⁾。

さらに、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訴求債権に関係するものか、反対債権に関係するものか、両者に関係するものかが、重要となるという⁽²⁰⁾。

裁判不要説に立てば、係争額の算定は、個々の手数料を決定するために個々の価格を検討する必要があるため、複雑なものとなる反面、訴訟手数料と弁論手数料は必ず徴収されるので、手数料を予測しやすいものとするとの指摘もあり⁽²¹⁾、困難な問題であるが、予備的相殺の場合は、裁判を必要とすると解していいのではないかと考える。

裁判不要説の論者からは、予備的相殺と予備的反訴の類似性が主張される。ランクは、予備的相殺と予備的反訴と異なる扱いは許されないとい

(18) Bettermann, (Fn. 16), S. 2287.

(19) Bettermann, (Fn. 16), S. 2287.

(20) Bettermann (Fn. 16), S. 2288.

(21) E. Schneider, (Fn. 8) Zwischenbilanz, S. 90.

う⁽²²⁾。また、ベッターマンも、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⁽²³⁾。

確かに、予備的反訴とのバランスを考慮すると、少なくとも訴訟に提出され、弁論がなされたわけであるから、手数料を課してもよいように思われるし、裁判所や弁護士の手数を手数料算定に考慮することは例外的ではあるが、予備的反訴に類似している点を重視する場合、手数料を課すべきことに肯定的立場を有利にするであろう。1975年以前から、予備的反訴では主張されることによって訴訟係属が生ずることから、裁判などは不要と解されてきた⁽²⁴⁾。現行法においても、同様である⁽²⁵⁾。

もっとも、1975年GKG 19条3項では、予備的相殺について既判力適格ある裁判が必要であると、規定された⁽²⁶⁾。そして、1994年の訴訟費用法改正法律によるGKG 19条1項2文によって、予備的請求と主位的請求の合算は予備的請求についての裁判を要すると規定されたが⁽²⁷⁾、予備的反訴についてはなんら規定されていない⁽²⁸⁾。訴えと反訴とが、同一の訴訟物に関するものではない場合には、合算されることも変更はなかった（GKG 19条1項：現行法45条1項1文）。

予備的反訴について、通常的反訴と同様に裁判を要せず費用を合算する

(22) Lang, (Fn9), S. 1173.

(23) Bettermann, (Fn. 16), S. 2287.

(24) Meyer, Gerichtskostengesetz, 1. Aufl., (1967), § 16Anm. 2.

(25) Vgl. Meyer, (Fn. 15), § 45Anm. 6; Hartmann, kostengesetze 40. Aufl., 2010, § 45Anm. 4.

(26) Lappe, Gerichtskostengesetz, 1975, S. 61.

(27) Markl/Meyer, Gerichtskostengesetz, 4. Aufl., 2001, § 19Anm. 1.

(28) もっとも、現行GKG 45条1項2文（予備的請求に関する規定）を準用し、裁判を要すると解することは可能であろう。Vgl. Hartmann, (Fn. 22), kostengesetze, § 45Anm. 33.

ことが、むしろ問題ではないであろうか。予備的相殺の合算について裁判が必要とされたことは、1975年 GKG 以前における裁判要否の問題が、立法によって必要性が肯定される方向で解決されたわけである。立法理由は、ZPO 322 条 2 項を指摘しているのみであり⁽²⁹⁾、詳細な理由は分らないが、1994 年の GKG 19 条 1 項 2 文が、予備的請求についての合算について裁判を要すると規定していることからしても、予備的關係にある反訴についても、その合算については裁判を要するとすべきであろう。予備的反訴と予備的相殺のバランスは、このような方向で図られるべきであり、裁判不要の方向で図られるべきではないといえよう。

これに対して、スペックマンは、すでに 1975 年 GKG 成立以前に、裁判不要説も裁判必要説も妥当でないとして、裁判確定必要説を主張していた。すなわち、裁判不要説に対しては、デュッセルドルフ高等裁判所 1969 年 7 月 2 日決定 (NJW 1970, S. 57) の見解があげていた①の観点、すなわち反対債権についての裁判がないにもかかわらず係争額が合算され、当事者に高い訴訟費用を負担させることの不合理性を主張し、裁判必要説に対しては、【事案 1】の反対債権否定例をあげて非難している。

次のような例をあげている。

訴求債権が 20000DM で、被告が債権自体を争いながら予備的に 20000DM の債権でもって相殺を主張したところ、第 1 審裁判所は、訴求債権を認め反対債権を否定して、請求認容判決を下した。この場合の第 1 審の係争額は、40000DM となる。被告の控訴によって訴求債権自体理由がないとして請求を棄却する判決を控訴審が下した。控訴審判決の手数料は除き、当事者は、両審級の訴訟費用として、40000DM の係争額に従った額を負担しなければならない。そして、20000DM の反対債権が 5 つあ

(29) BT/Drucks. 7/3243, S. 5.

る場合、120000DM の係争額となってしまうという⁽³⁰⁾。

さらに、スペックマンは、【事案1】【事案2】とは逆に、第1審において請求債権 20000DM がそれ自体理由がないとして棄却され、反対債権については裁判されなかったが、控訴審で反対債権について裁判され、請求認容あるいは請求棄却の判決がなされた例をあげて、裁判必要説を批判している。右の例の場合、第1審の係争額は20000DM にとどまったままである。そのことは適当であろうが、第1審が何について裁判したかという偶然によって、当事者が、不必要な費用を負担し、あるいは本来課せられるべき費用を免れることは、裁判必要説のアプローチ方法に誤りがあるからであろうという⁽³¹⁾。裁判確定説については、後述 73 頁以下で検討したい。

(ウ) 【事案】についての帰結

控訴審において反対債権について判断されないことが、第1審の手数料係争額に遡及して影響するかの問題に対する、各説の帰結をみておきたい。

E. シュナイダーによれば、判決確定説に立てば、【事案】の問題を否定することになり、裁判必要説では、上級審の判断は影響しないから、それぞれの審級において係争額が算定されるという⁽³²⁾。

まず、裁判必要説に立つレッディングによれば、手数料係争額は審級ごとに確定されることになり、上訴審の帰結は原審の係争額確定に遡及しないことになる。そこで、【事案1】の場合（反対債権否定事案）、被告は控訴により訴え自体による棄却を得ることになり、原告が手続の全費用を負担することになるという。後述するが、レッディングは、上訴審の手数料係争額については、上訴の結果（訴え自体の棄却により、反対債権についての裁判が不要となったとしても）は、上訴審の手数料係争額の確定に対

(30) Speckmann, (Fn. 5), S. 53.

(31) Speckmann, (Fn. 5), S. 53.

して影響せず、上訴審の手数料係争額が遡及して反対債権額分減額するわけではないとするので、【事案 1】において原告が負担する手数料係争額は、訴求債権額と反対債権額の合算額の第 1 審分と控訴審分ということになる。【事案 2】（反対債権肯定事案）においては、ZPO 91 条、97 条によって、原告が両審級の全費用を負担しなければならないという。この場合も、第 1 審の手数料係争額算定はそのままであり、訴求債権額に減額されることはないとする⁽³³⁾。このような場合に、第 1 審の手数料係争額を減額すると、共同訴訟の場合に、上訴が第 1 審のすべての関与者に作用しない場合、複雑な問題（減額を及ぼしえないなど）が生ずるという⁽³⁴⁾。

次に、裁判不要説に立つマッテルンは、原告が 1500DM を請求し、被告が訴求債権を争いかつ予備的に 2000DM の反対債権による相殺を主張した事案で説明している。まず、管轄価格は 1500DM であり、事物管轄は区裁判所が有する。当初からの訴訟費用額（相殺の抗弁の提出から）は、 $1500 + 1500 = 3000\text{DM}$ となる。区裁判所が、反対債権を取り上げないまま、

③② E. Schneider, (Fn. 8), Zwischenbilanz, S. 91.

当該個所で E. シュナイダーは、裁判確定必要説に立つものとして、E. Schneider, Der Gebührenstreitwert bei der Aufrechnung des Beklagten im Zivilprozeß, MDR 1970, S. 277 と Chemnitz, Streitwert bei Aufrechnung im Zivilprozeß, AnwBl1970, S. 128 および Baumbach/Lauterbach, ZPO, 30, Aufl., § 3 Anh. „Aufrechnung” をあげる。E. シュナイダー自身は、裁判確定必要説から裁判必要説に改説したわけである。ヒェミニッツについては、確かに rechtskräftig という用語を使用しているが、【事案】の問題について説明しているわけではなく、合算の可否について論じているだけなので、裁判確定必要説に立つとは明言できないであろう。けだし、当時、rechtskräftig と rechtskraftfähig を厳密に区別していたかは、疑問なしとしないからである。Baumbach/Lauterbach, ZPO, 30, Aufl., § 3 Anh. „Aufrechnung” については、未見。

③③ Rödding, (Fn. 6), S. 1918.

③④ Rödding, (Fn. 6), S. 1918. この点については、E. Schneider, (Fn. 8), Zwischenbilanz, S. 91 も援用している。

訴えを「それ自体」理由がないとして棄却した場合、判決の訴訟費用は 1500DM となる。従来の訴訟行為の訴訟費用（したがって、訴訟手続手数料、弁論手数料、証拠調べ手数料）は、3000DM のまま変わらない。被告には通常不服がない。原告には 1500DM の不服が認められる。原告が控訴した場合、（被告は通常、主位的な防御と予備的な相殺の抗弁を維持するので）当初の控訴の訴訟費用額は $1500 + 1500 = 3000$ DM となる。地方裁判所が、訴えを認容した（反対債権の否定の下に）場合、右判決の訴訟費用額も 3000DM となる。両審級における従来の訴訟行為についての訴訟費用額は変更がない（区裁判所の判決につき 1500DM、その他につき 3000DM）。原告には通常不服はない。被告には、 $1500 + 1500 = 3000$ DM の不服が認められる。同様の高等裁判所の判決に対し、被告が（例えば許可された）上告を提起した場合、上告審の訴訟費用額は、3000DM となる。上告審が、再び訴えを「それ自体」理由がないとして棄却した場合、右金額は、上告審の判決を除き、すべての訴訟行為について妥当する。上告審の判決手数料は、1500DM となる。その他の訴訟行為についての訴訟費用は変更がないままであるという⁽³⁵⁾。

少し分かりにくい例であるが、高等裁判所においては反対債権について否定的に判断されているが、上告審においては反対債権について判断されていないので、【事案 1】に該当する。そして、高等裁判所の訴訟費用額に、上告審における反対債権不顧慮の事実は、影響を与えないということになる。

裁判不要説に立つベッターマンの見解を最後に紹介したい。

ベッターマンは、【事案 1】【事案 2】において、控訴審は反対債権について裁判していないのではなく、第 1 審の反対債権についての裁判を取り消すという方法で反対債権について裁判しているのだという。そして、控

(35) Mattern, (Fn. 10), S. 1092f.

訴審についての判決手数料は訴求債権と反対債権の合算額となり、全審級において、係争額は訴求債権と反対債権の合計額になるという⁽³⁶⁾。

裁判確定必要説に立つスペックマンによれば、確定判決は相殺が訴訟の対象となった全審級（相殺の主張があった審級）の係争額を決定する（すなわち遡及させる）ことになる。もっとも、【事案1】【事案2】で控訴審判決が確定すれば、第1審の反対債権に関する額が減額されるというのではなく、この立場では、第1審の係争額は仮定的に訴求債権額を係争額としておくべきという（不服額はまた別論であるとする。）⁽³⁷⁾。

(エ) 上訴審のみに相殺債権額の合算を認める見解

訴求債権が固定され、反対債権が否定された場合、被告には二重の不服が肯定されることから、上級審においてのみ訴求債権額と反対債権額の合算を認める見解が存在した。この見解によれば、第1審の係争額は訴求債権額にとどまるので、【事案】のような問題は生じないことになる。

ディールは、第1審判決が訴求債権を肯定し、反対債権を否定している場合、被告の不服は二重となるので、この二重の不服が反対債権の性質を訴訟物に類似した性格にし、GKG 16条1項2文（1957年GKG）⁽³⁸⁾の類推を正当化するという。そして、上訴審の係争額は上诉人の申立てによって決定される（GKG 11条2項第1文）という⁽³⁹⁾。【事案】の場合、第1審裁判所の手数料係争額の合算は否定されることとなり、控訴審の手数料係争

(36) Bettermann, (Fn. 16), S. 2288.

(37) Speckmann, (Fn. 5), S. 53f.

(38) 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。」

(39) Diehl, (Fn. 12), S. 2094.

額は、訴訟手数料と弁論手数料は合算額、証拠調べ手数料は反対債権について証拠調べがなされた否かにより決定され、判決手数料は反対債権について裁判されていないのだから、請求債権額にとどまるという⁽⁴⁰⁾。

ミュンヘン高等裁判所 1970 年 3 月 31 日決定⁽⁴¹⁾ も、手数料係争額の合算は、上級審にのみ認める。理由として、ZPO 4 条 1 項によれば、価格算定については訴えの提起時が基準となり、その後は訴訟物に変更がある場合を除き係争額が高くなることはなく、相殺は防御方法にとどまり訴訟物の変更をもたらさないことをあげる。他方、上訴審においては、上訴提起時が基準となるが、右場合には、請求債権と反対債権の合算額が不服となり、係争額も二重となるという。

その他、カールスルーエ高等裁判所 1970 年 3 月 23 日決定⁽⁴²⁾ も、相殺が訴訟物ではなく訴訟物の価格に影響を及ぼさないことから、第 1 審の相殺額の合算を否定している。

ZPO 4 条 1 項は、係争額算定の基準時を訴え提起時と規定するが、ここでは 1957 年 GKG 16 条のよる反訴の場合の増額の規定を類推できるかが問題とされているのであり、ZPO 4 条 1 項を理由とすることは、すでに類推の否定を前提としているため、説得力を欠くように思われる⁽⁴³⁾。

また、相殺が訴訟物でないこともそのとおりであるが、例外的に既判力が拡張される相殺は、単なる防御方法にとどまらず、訴訟物に近い性質を持つかが問題とされるべきであろう。その判断は分かれうるとしても、不服が二重であることから上級審のみに係争額の合算を認めることは妥当でないと解する⁽⁴⁴⁾。

(40) Diehl, (Fn. 12), S. 2095.

(41) OLG München, Beschl. v. 31. 3. 1970, NJW 1970, 2032.

(42) OLG Karlsruhe, Beschl. v. 23. 3. 1970, Justiz 1970, 186.

(43) E. Schneider, (Fn. 8), Zwischenbilanz, S. 91.

2-(2) 「既判力適格ある裁判」の意義

1975年のGKG 19条3項の「既判力適格ある裁判」の意義について、裁判確定必要説の見解に立ち、【事案】の問題に関して、控訴審の判断を優先させるラッペとフランクフルト高等裁判所1980年7月21日決定(17W 18/80)(Jurbüro 1981, S. 248)をみていきたい。

(ア) ラッペは、第1審において、訴求債権が肯定され、反対債権が否定されて、請求認容判決が下されたが、控訴審では、訴求債権について理由がないと判断された場合、第1審手続の相殺に関する費用は、減額させられるべきとする。その理由として、右の場合原告が訴訟費用を負担することになるが(ZPO 91条1項1文)、結局理由のなかった予備的相殺の費用を原告に負担させることはできない。それ故、GKG 57条⁽⁴⁵⁾を準用すべきであるという⁽⁴⁶⁾。また、控訴審で相殺債権について裁判がなされた場合、相殺の主張はあったが裁判されていない第1審手続の手数料係争額も増額されるという⁽⁴⁷⁾。

(44) E. Schneider, (Fn. 8), Zwischenbilanz, S. 91.

(45) Lappe, Justizkostenrecht, 2. Aufl., (1995), S. 31は、GKG 58条の準用をいうが、58条は多数費用負担者の規定であり、57条の誤植であろうと思われる。ちなみに、1975年のGKG 57条は次のように規定している。

「支払い義務の消滅

裁判所の裁判によって設定された費用支払い義務は、裁判が他の裁判所の裁判によって取り消されまたは変更された範囲において、消滅する。費用支払い義務が単に取り消されまたは変更された裁判にのみ基づくかぎり、すでに支払われた費用は補償される。」

(46) Lappe, (Fn. 45), Justizkostenrecht, S. 31. E. Schmidt, Die Prozeßaufrechnung im Spannungsfeld von Widerklage und Prozessualer Einrede, ZZP 87 (1974), S. 29, (48)も、審級により異なる係争額となるのは不安定であり、上級審の裁判を基準とすべきとし、GKG (1957年) 7条(不当な本案審理に基づく訴訟費用の減額)の適用によって、原審で生じた訴訟費用を放棄すべきであるという。

(イ) フランクフルト高等裁判所 1980 年 7 月 21 日決定 (17W 18/80)
(Jurbüro 1981, S. 248)

ラッペの見解 (Lappe, GKG 1975 § 19 Rdn. 16) を援用し、反対債権の訴訟上の扱いが第 1 審と第 2 審において異なる場合、第 1 審の係争額確定についても既判力ある (rechtskräftig) 控訴審の裁判が基準となるとする。

したがって、控訴審が訴えを有理性なしとして、したがって反対債権について審理することなく、棄却し、それ故反対債権について既判力適格ある裁判 (die der Rechtskraft fähige Entscheidung) がなされなかったときは、第 1 審の裁判に基づき行われた GKG 19 条 3 項による係争額増額は消滅するという。

また、逆の場合、すなわち、第 1 審裁判所は、訴えを相殺以外の理由により棄却し、相殺に付された債権については裁判しなかったが、控訴審裁判所は、反対債権についても裁判し、ZPO 322 条 2 項により既判力が生じた場合、反対債権についての既判力ある裁判が重要であるので、第 1 審の係争額についても GKG 19 条 3 項に従い確定されるという。

右のように、フランクフルト高裁は、19 条 3 項による係争額増額を、既判力ある裁判に係らしめるが、その理由として、ZPO 322 条 1 項と 2 項の比較を指摘する。すなわち、GKG 19 条 3 項の「既判力適格ある裁判 (der Rechtskraft fähige Entscheidung)」の文言は、用語上、ZPO 322 条 1 項を受け継いだものである。ZPO 322 条 1 項は既判力の範囲を規定するものであるが、既判力は、形式的確定力の発生、すなわち裁判の不可取消性 (ZPO 705 条) を前提としている。ZPO 322 条 2 項により、この既判力は、訴訟物を越えて、訴訟係属していない (したがって訴訟物の一部でもない) 反対債権の不存在についての裁判に拡張されている。したがって、概念上 ZPO 322 条の意味における反対債権についての既判力適格ある裁判は、既

(47) MünchKomm/Lappe, 1. Aufl., (1992), § 5Rnr. 63.

判力を前提とする。同じ文言を使用する GKG 19 条 3 項から、この場合、既判力が目指されているのではなく、当該裁判が形式的確定力により既判力を有しうることと十分であるとの帰結を引き出すことは、不可能であるとする。

(ウ) これに対して、裁判必要説の論者から激しい批判がなされている。

まず、ミュンムラーは、フランクフルト高裁の見解は、GKG 19 条 3 項の法律目的と合致しないという。すなわち、相殺に付された反対債権について係争額上顧慮しなかった元来の裁判所実務を不当と考えられた（なぜなら、反対債権の審理に結び付けられた裁判所および弁護士の労務に謝礼が払われないから）ことに、右条文の立法目的があるからであるとする。そして、控訴審が反対債権に取り組まないときは、第 1 審における裁判所および弁護士の給付を不当に減少させることになり、また、控訴審が反対債権について判断した場合、第 1 審ではなら提供されなかった反対債権についての裁判所および弁護士の給付について不当に顧慮することになるという⁽⁴⁸⁾。

また、カンツルスペルガーも、フランクフルト高裁の見解は、GKG 19 条 3 項の法律目的と合致しないという。特に、GKG 19 条 3 項の「既判力適格ある裁判」の文言は、用語上、ZPO 322 条 1 項を受け継いだものであるとする点について、ZPO 322 条 2 項は、既判力の範囲を決定するものであり、他方 GKG 19 条 3 項は、裁判所が裁判によって文書上の労務を反対債権に対して行った報酬を与えられるべきという点に、その立法目的があり、両者は異なる目的を有している。前者は当然確定判決を前提とするが、後者は確定判決ではなく、反対債権についての裁判があるか否かが重要であ

(48) Mümmler, Anm. zum OLG Frankfurt, Beschl. v. 21. 7. 1980, JurBüro1981, S. 250. Anders/Gehle/Kunze, Streitwert Lexikon, 4. Aufl., 2002, Stichwort „Aufrechnung” Anm. 11 も同趣旨を指摘する。

るという⁽⁴⁹⁾。

GKG 19 条 3 項が創設された理由として、相殺債権も反訴で主張された場合と同じ範囲で裁判所および関係人の労務を必要とすることが、あげられていた⁽⁵⁰⁾。裁判所や弁護士が第 1 審において反対債権について労務を提供したことに報いるには、第 1 審の手数料係争額を遡及的に減少させるべきでないことは、そのとおりであろう。問題は、無駄になった相殺の費用を原告（敗訴者である。）に負担させることの妥当性である。この場合、第 1 審の手数料係争額を減少させてまで、原告の利益を保護すべきか。困難な問題であるが、控訴審で訴求債権に理由がないとして敗訴した原告に反対債権に関する手数料を負担させることは、止むを得ないと解する。けだし、第 1 審では、相殺債権についての審理・裁判が必要であったのであり、したがってその時点では裁判所および弁護士は相殺債権について正当な労務を提供したのであり、不必要な労務を提供したとはいえないからである。上訴審の審理の結果、必要でないことが判明したとしても、無駄な、あるいは余計な審理・判断をしたとまではいえないと考える。

次に、E. シュナイダーによれば、フランクフルト高裁の見解はまったく説得力のない帰結をもたらすという。

- (a) 予備的相殺の場合には、独自の、第 1 審としての係争額は存在しない；右係争額は控訴審手続終了後はじめて確定される、
- (b) 第 1 審の実際の訴訟経過は手数料法上無意味となる；上級審の相殺に関する異なる判断は必然的に ZPO 107 条による訴訟費用の遡及的変更をもたらす、
- (c) 第 1 審において訴えが理由なしとして棄却され、したがって裁判所は予備的相殺に取り組む必要がなかった場合、控訴審が訴えを理由がある

(49) Kanzlperger, (Fn. 2), S. 885.

(50) BT/Drucks. 7/3243, S. 5.

ものと判断した場合、第1審の係争額は遡及的に増額される、

- (d) 第1審が予備的債権について証拠調べをしたが、控訴審が訴えを理由なしと判断した場合、算定されうる証拠調べの対象がなくなってしまう；フランクフルト高裁は、すでに支払われている弁護士報酬を没収させないために、訴求債権について証拠調べがなされたと擬制する、
- (e) 訴訟が上告可能である場合、右困難は倍加する。特に、上告手続が終了してはじめて第1審および控訴審の費用算定が終局的に確定されうることになる⁽⁵¹⁾。

特に、重要な点は、(c)の第1審が相殺債権について裁判していないにもかかわらず、控訴審が相殺債権について裁判し、確定した場合、第1審の手数料係争額も増額されることである。

この点については、すでにスペックマンが、同様の扱いを主張していた。スペックマンは、相殺が訴訟の対象となった（すなわち主張があった）すべて審級の手数料係争額を確定判決が決定するという。ただし、確定前の審級では、仮定的に訴求債権額のみを手数料係争額とするので、遡及的減額はなされないが、遡及的増額がなされることになる⁽⁵²⁾。

しかしながら、第1審ではまったく反対債権について審理・判断されていないのだから、この場合に相殺の主張があったことのみから、第1審の手数料係争額を増額することは、まさしくGKG 19条3項の立法目的に反することになる。この点からも裁判確定必要説を正当化することはできな

(51) E. Schneider, Die neue Rechtsprechung zum Streitwertrecht, MDR 1981, S 177, (178).

Madert, Der Streitwert bei der Eventualaufrechnung, Festschrift für Herbert Schmidt, Kostenerstattung und Streitwert, 1981, S. 67, (73ff.), もシュナイダーに賛成している。

(52) Speckmann, (Fn. 5), S. 53f.

いと考える。

カンマーゲリヒト (KG) 1981 年 4 月 6 日決定⁽⁵³⁾ は、控訴審の判決が地方裁判所の裁判に代わるものであるということは GKG 条 3 項の裁判が第 1 審手続においてなされていないことを、なんら変更するものではないとして、控訴審の判断が第 1 審の手数料係争額へ影響することを否定している。

連邦通常裁判所 1986 年 7 月 10 日判決⁽⁵⁴⁾ も、第 1 審が相殺可能性を否定し、実質的に相殺債権について裁判していない場合、上訴審が相殺債権について実質的に裁判したときであっても、GKG 19 条 3 項の要件である既判力適格ある裁判を欠くことを理由として、第 1 審の係争額は増額されないと判示している⁽⁵⁵⁾。ミュンムラーも⁽⁵⁶⁾、右判例評釈において、GKG 19 条 3 項の係争額合算は、審級ごとに顧慮されるものであり、上級審手続のみが係争額を合算されるべきという。

さらに、ゾンネンフェルト/シュテーターは、GKG 19 条 3 項が既判力ある裁判ではなく、既判力適格ある裁判を要求していることから、第 1 審の手数料係争額の減額は否定されるべきという⁽⁵⁷⁾。

しかしながら、相殺の既判力を規定する ZPO 322 条 2 項においても、「rechtskräftig」という用語ではなく、「rechtskraft.....fähig」という用語がつかわれているのだから、GKG 19 条 3 項が既判力ある裁判ではなく、既

⁽⁵³⁾ KG, Beschl. v. 6. 4. 1981, JurBüro1981, S. 1232, (1234). 右決定には、ミュンムラーの判例評釈（賛成）がある。

Mümmeler, Anm. zum, Beschl. v. 6. 4. 1981, JurBüro1981, S. 1235.

⁽⁵⁴⁾ BGH, Urt. v. 10, 7, 1986, JurBüro1987, S. 853. Mümmeler, Anm. zum BGH, Urt. v. 10, 7, 1986, JurBüro1987, S. 853.

⁽⁵⁵⁾ 1975 年 GKG 改正以前にすでに、OLG Köln, Beschl. v. 16. 12. 70, JurBüro1971, S. 165 も同趣旨を判示していた。

⁽⁵⁶⁾ Mümmeler, Anm. zum BGH, Urt. v. 10, 7, 1986, JurBüro1987, S. 853.

判力適格ある裁判を要求していることを理由とすることは、すでに回答の先取りを行った結果にすぎない。GKG 19 条 3 項が、「rechtskräftig」という用語を使用していることは、裁判必要説を正当化するほどの根拠とはいえない。

(エ) 裁判必要説からの批判に対して、ラッペは、3つの観点から反論している。

まず第1に、GKG 19 条 3 項が「既判力適格ある (der Rechtskraft fähig)」という用語を使用している点について、それは裁判必要説にとってまったく役に立つものではないという。なぜなら、既判力適格ある裁判の反対概念は既判力適格のない裁判であり、不適法な相殺（例えば、BGB 393 条の不法行為債権に対する相殺など）が判断されている場合であるからだという⁽⁵⁸⁾。

「既判力適格ある裁判」という用語によって、裁判必要説を正当化できないことはそのとおりである。ZPO 322 条 2 項（相殺の既判力拡張）も同じ用語が使用されているように、裁判確定説にとってむしろ有効な根拠となりえよう。しかし、すでに指摘したように、条文の文言のみでは十分根拠づけることができない問題であることを認識するとき、あまり条文の文言について議論することは、妥当でないといえよう。

第2に、係争額増額のために、裁判所や弁護士の労力 (Mühewaltung) に対する報酬をあげることも誤りであり的外れであるとする。係争額は、それによって決定されないのであるからだという。また、裁判所が誤って

⁽⁵⁷⁾ Sonnenfeld/Steder, Streitwertermittlung bei Aufrechnung, Rpfleger1995, S. 60, (63). OLG Frankfurt v. 2. 4. 2001, NJW-RR 2001, 1653 も、第2審で予備的相殺について裁判がなされなかったときでも、第1審の係争額は増額されたままであると、判示する。

⁽⁵⁸⁾ Lappe, Eine der Rechtskraft fähig Entscheidung, Rpfleger1995, S. 401.

裁判し、それが上級審で取り消された場合、反対債権についての裁判も残存しないという。その例として、親権の移転の裁判（当時の非訟事件費用法（KostO）94条1項4号）が抗告審による右裁判の取消しにより手数料も消滅することがあげられている⁽⁵⁹⁾。

裁判所や弁護士の労力が、係争額を決定しないとしても、手数料負担の基礎にはそれらの労力に対する報酬という考え方が基礎に置かれていると考えるべきではなかろうか。右の考え方を除いて、費用負担を基礎づけることはできないように思われる。ただ、費用負担決定に方法として、訴えの提起や上訴の提起に注目することは、合理的考慮などの観点から決定されることである。費用負担決定の具体的な方法と費用負担の基礎づけとは、別に考えることが可能である。

第3に、「審級ごとの係争額」の原則についての反論である。この原則は、GKG 19条3項の成立前から存在するものであり、GKG 12条1項1文によるZPO 2条⁽⁶⁰⁾の適用および14条1項に基づき、訴えまたは上訴の申立てが係争額の基準となることに基づくとされる。しかし、予備的相殺における価格の増額は、その主張ではなく、相殺債権についての裁判に基づくものであるから、「審級ごとの係争額」の原則は、問題解決にとってなにももたらさないという⁽⁶¹⁾。

ラッペは、以上のように反論した結果、この問題はGKG 57条によって判断されるべきと主張する。すなわち、上訴審が反対債権不存在の裁判を取り消し、訴えを訴求債権不存在の理由で棄却するとき、被告に対する訴訟費用裁判も排除される。予備的相殺によって発生した係争額増額およびそれによって生じた訴訟費用についても、費用負担者はもはや存在しなくなるという。そして、GKG 57条の意味するところは、取り消された裁判は費用義務のための基礎となりえないということである。また、GKG 19

(59) Lappe, (Fn. 58), S. 401.

条3項の意義は次の点にある。すなわち、相殺の手数料義務は、反対債権が当該訴訟において既判力を持って完結されること、したがって新たな訴訟において反対債権は費用義務を生ぜしめることができないことに、GKG 19条3項の意義があるという⁽⁶²⁾。

(オ) 小括 結局、GKG 57条の問題として【事案】の問題を処理するか（上訴審の判断が第1審の手数料係争額へ影響することを肯定する。）、あるいは、通説のように、上訴審の判断が第1審の手数料係争額へ影響することを否定するか、ということになる。ラッペが主張するGKG 57条による処理は、十分正当化根拠なりうると考えられる。けだし、費用義務を課した裁判が取り消されたときに、費用義務も消滅するということは、論理

(60) 1975年GKG 12条1項1文は次のように規定していた。

「民事訴訟における価格の算定については、以下の規定において別段の規定がないかぎり、民事訴訟法第3条乃至9条および破産法148条の規定が適用される。」

ZPO 2条は以下のように規定する。

「本法及び裁判所構成法により、訴訟物、抗告の対象、上訴原因たる不利益、又は判決が命じる給付の価格が問題とされるとき、以下の規定を適用する。」そして、ZPO 4条1項は以下のように規定する。

「価格の算定については、訴え提起の時、上訴審にあっては上訴提起の時、その他の不服申立てにあっては判決の基礎となった口頭弁論終結の時をもって基準とする。果実（Früchte）、収益（Nutungen）、利息及び費用を従たる請求として主張するときはこれを算入しない。」

1975年GKG 14条1項は次のように規定していた。

「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の定めがあり、その期間内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。」

(61) Lappe, (Fn. 58), S. 401.

(62) Lappe, (Fn. 58), S. 401.

的な一貫性を有するからである。しかしながら、多数説がラッペの主張に従わないのは、ラッペの見解による帰結の不都合性にあるように思われる⁽⁶³⁾。特に、第1審で反対債権について審理・判断されていないにもかかわらず、控訴審が反対債権について裁判すると、第1審の手数料係争額も増額されるという帰結は、支持をえることは困難であろう⁽⁶⁴⁾。

以上の検討の結果、GKG 19 条 3 項の立法目的に相応する裁判必要説が妥当であると解する。

3. 控訴審の不服（対象）額・手数料係争額

3- (1) 請求認容判決の場合（反対債権否定）【事案 1】

第1審が請求債権を肯定し、反対債権を否定した場合に、被告が二重の不服を有することについて、現在では、争いがない⁽⁶⁵⁾。

(ア) 二重の係争額を認める見解

ディールは、【事案 1】に関して、被告の不服は二重であること（請求債権を支払わねばならないこと、および反対債権をもはや主張できないことによる）、被告の不服により係争額が決定されることを、当時の GKG 条 2 項 2 文によって⁽⁶⁶⁾、理由づけている⁽⁶⁷⁾。

⁽⁶³⁾ OLG Saarbrücken, Beschl. v. 20. 12. 1979, Jurbüro1080, S. 897 は、ラッペの見解を否定し、「GKG 19 条 3 項にとって、すべての審級で相殺について裁判されることは重要ではなく、当該審級の係争額の算定について重要なのは、当該審級が相殺債権について裁判したことである。なぜなら、右条文は、当事者や裁判所が相殺債権に関してしばしば困難な問題に携わらなければならないこと、したがって手数料の基準となる係争額の算定において右事情を考慮しなければならないことを、基礎としているからである。GKG 57 条は、制限的に解釈されるべきである。」と判示している。

⁽⁶⁴⁾ Vgl., Madert, (Fn. 51), S. 73ff; Meyer, (Fn. 15), § 45, Rn. 38; Schumann, Grundsätze des Streitwertrechts, NJW 1982, S. 1257, (1261).

マッテルンは、被告の二重の不服を認め、かつ裁判不要説の立場から、判決手数料を除き、訴訟手数料係争額は2倍になるという（前述 58 頁参照）⁽⁶⁸⁾。

ベッターマンは、被告の二重の不服を認め、【事案】のような場合、相殺債権について控訴裁判所は裁判しているとし、2倍の手数料係争額を認めることは、前述したとおりである（前述 66 頁参照）。

E. シュナイダーは、【事案 1】について、被告は二重の不服を有するが、控訴審手続の手数料係争額算定に際し、二重の不服を注目すべきか、ある

(65) Hk-ZPO/Wöstmann, 3. Aufl., 2009, § 511, Rdnr. 29; MünchKomm/Rimmerspacher, ZPO, 2. Aufl., 2000, § 511a, Rdnr. 27; Musilak/Ball, ZPO, 7. Aufl., 2009, § 511, Rdnr. 34; Prütting/Lemke, ZPO, 2010, § 511, Rdnr. 19; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 21. Aufl., 1993, § 511a, Rdnr. 16; Zöller/Heßler, ZPO, 27. Aufl., 2009, Vor § 511, Rdnr. 26a; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPO, 17. Aufl., 2010, § 135, Rnnr. 33; Anders/Gehle/Kunze, (Fn. 48) Streitwert, „Aufrechnung“ Anm. 3; Schneider/Herget, Streitwert-Kommentar, 12. Aufl., 2007, Aufrechnung, Anm. 614; Dörndorfer, Der Streitwert für Anfänger, 5. Aufl., 2009, S. 43.

1975 年 GKG 成立前における、不服および手数料係争額の合算の可否に関する判例・学説の争いについては、拙稿「訴訟上相殺の訴訟費用化について」愛大 189 号 (2011 年) 99 頁以下を参照されたい。

(66) 1957 年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、係争額は上诉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。」

(67) Diehl, (Fn. 2), S. 2094. 訴訟手数料と弁論手数料が合算され、証拠調べ手数料と判決手数料は、実際に行われた行為に対して支払われるとする。

(68) Mattern, (Fn. 10), S. 1092f.

いは控訴審が反対債権について裁判していないことを注目すべきかという問題を設定し、この問題がGKG 22 条（1957 年 GKG）によって明らかになるという。すなわち、GKG 22 条によれば⁽⁶⁹⁾、上訴適法性についての係争額は原則として手数料係争額をも決定する。この規定の基本的考えは、手数料係争額は上訴人の不服を下回ることとはできないというものである。控訴審は、被告の申立てにより ZPO 322 条 2 項の既判力を阻止すべきであるから、控訴審が第 1 審判決の変更の下に反対債権にかかわらないまま訴えを棄却したとしても、控訴審の価格は訴えの価格と反対債権の価格によって決定されるという⁽⁷⁰⁾。

しかし、別の論稿では、【事案 2】を例としてあげながら、第 1 審が相殺債権について裁判し、請求棄却判決が下された場合に、控訴審が相殺債権について審理・判断しないで訴求債権自体理由がないとして控訴棄却したとき、控訴審の係争額は、審級ごとに算定されるべきであり、増額されないとしている（すなわち、第 1 審の係争額は控訴審の係争額の 2 倍となる）⁽⁷¹⁾。右場合について、E. シュナイダーは、控訴人が原告か被告かによって、不服（額）を区別し、原告が控訴を提起した場合、不服は訴求債権額であり、被告が控訴を提起した場合、不服額は 2 倍となるとしている（後述 84 頁）。被告が控訴した場合、不服額は 2 倍となるのだから、E. シュナイダーの考え方によれば、係争額も GKG 22 条（1957 年 GKG）の類推により 2 倍となるはずである。1975 年の GKG 改正前と後とで、見解を改めたとも考えられるが（右改正により相殺債権についての裁判が合算の

(69) 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。

(70) E. Schneider, (Fn. 8), Zwischenbilanz, S. 91.

(71) E. Schneider, (Fn. 51), neue Rechtsprechung, S. 178.

要件とされることが明規された), 不明である。

レッディングも, 被告の2倍の不服を認め, かつ係争額は不服により決定されるとし, そして, 控訴の提起の際存在した不服は遡及して減額されるわけではないから, 手数料も遡及して減額されることはないとしながら⁽⁷²⁾, 他方, 裁判がないかぎり係争額の合算を否定し, 審級ごとの係争額を認めている⁽⁷³⁾。

(イ) 係争額の合算を否定する見解

ラッペは, 上訴審における係争額は不服を顧慮しないで決定されるべきとする。

例えば, 訴求債権は存在するが反対債権は存在しないという理由で被告が10000DMの支払いを命じる判決を受け, これに対して被告が控訴を提起した場合, 不服は20000DMであるが, 係争額は10000DMにとどまる。控訴が原審の判決と同じ理由で棄却される場合, 係争額は20000DMに上がる。控訴が訴え自体理由がないとして棄却された場合, 係争額は10000DMである。なぜなら, 反対債権についての既判力適格ある裁判が下されていないからであるという。

したがって, GKG 14条1項2文(1995年GKG)の不服は, 手数料価格不服(Gebührenwert-Beschwer)であり, 訴訟上の不服(Prozessuelle Beschwer)ではない。けだし, 訴訟上の不服は, 上訴申立て(訴求債権額)よりも高額となりえないからであるという⁽⁷⁴⁾。

(ウ) 小括 【事案1】の場合に, 被告が二重の不服を有する点については,

(72) Rödding, (Fn. 6), S. 1917.

(73) Rödding, (Fn. 6), S. 1918. 係争額に2つの意義を付与することになろうが, その点についての説明はなされていない。

(74) Lappe, (Fn. 45), S. 30. 訴訟価格と手数料価格の分離については, Vgl., Lappe, Die Entwicklung des Gerichtskostenrechts im Jahre 1982, NJW 1983, S. 1467, (1468).

疑問はないといえよう。問題は、控訴審の手数料係争額を単一額と解するか、あるいは2倍の係争額を認めるかにある。1975年のGKG改正前であれば、2倍の係争額を認める余地もあったと思われるが、改正後は、反対債権についての合算は反対債権について既判力適格のある裁判がなされたときに限定されることになったのであるから、この場合、手数料係争額は、控訴提起時は単一と解し、最終的には、反対債権についての裁判の有無により、単一とされ、あるいは合算されると解するラッペの見解が妥当であると考ええる。

なお、【事案1】の場合において、被告が反対債権の否定についてのみ控訴によって責問するときは、不服および手数料係争額は単一額（反対債権額）によって決定される⁽⁷⁵⁾。判決の要素ではなく、独立した攻撃防御方法である相殺の抗弁に上訴を制限することは、適法と解されており、審理対象も相殺債権に限定される⁽⁷⁶⁾。

3- (2) 請求棄却判決の場合（反対債権肯定）【事案2】

以下では、反対債権が肯定され、請求棄却判決が下された場合、控訴審の不服および係争額はどのように算定されるかをみていきたい。

すでに、RGは、相殺が認められた結果、請求棄却判決が下された場合において、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

(75) Rödding, (Fn. 6), S. 1917; E. Schneider/Herget, (Fn. 65), Stereitwert-Kommenntar, Aufrechnung, Anm. 615; Meyer, (Fn. 15), § 45Anm. 38. H. Schmidt, (Fn. 11), S. 165 も、上訴が訴求債権もしくは反対債権または両債権に向けられているかが、重要であり、訴訟手数料や弁論手数料は右基準により決定されるという。

(76) BGH, Urt. v. 13. 6. 2001, MDR 2001, S. 1184 に、同趣旨の判例が多数列举されている。

認めていた。RGZ 37, 403 ; 78, 398 (402).BGH も同様である (BGHZ 26, 295 (297))⁽⁷⁷⁾。

(ア) 個別の不服 (額) を認める見解

ベッターマンは、このような判例・学説を根拠に、全般的に反対債権を、不服を決定する際に考慮すべきだと主張する⁽⁷⁸⁾。

すなわち、訴訟上の相殺に基づいて請求棄却判決が下された場合、原告は、棄却された訴求債権の金額において不服を有し、被告は、清算された反対債権の金額において不服を有するとする。原告の不服が棄却された訴求債権の金額により決定されることに疑いはないが、勝訴した被告に不服が認められるのは、反対債権を費消しているからである。そして、被告の不服は、相殺が条件付か無条件かは関係ないこと、主位的相殺の場合でも、訴求債権それ自体の不存在を理由とする棄却判決を求める控訴が許されることが指摘されている⁽⁷⁹⁾。

不服の範囲は、清算された訴求債権の金額により決定される。被告の不服は、相殺によって棄却された原告の不服と同額であるが、両者の不服は決して同一の不服であるわけではない。原告は、請求を棄却されたこと、したがって訴求債権の否定により不服を負わされているのであり、被告は、反対債権の費消により不服を負わされているのであるという⁽⁸⁰⁾。

原告と被告が控訴した場合、それぞれ訴訟対象が異なる。したがって、

(77) 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, MDR 1971, 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、相殺が不服を検討する際に考慮されたとはいえるが、合算まで認めていたと解することはできないといえよう。

(78) Bettermann, (Fn. 16), S. 2286.

(79) Bettermann, (Fn. 16), S. 2286.

(80) Bettermann, (Fn. 16), S. 2286.

控訴係争額の算定については、訴求債権と反対債権の金額が合算される。他方、個々の不服額の算定、したがってその適法性については、合算は行われず、原告については棄却された訴求債権の金額が基準となり、被告については相殺に利用された反対債権の金額が基準となるとする⁽⁸¹⁾。

マッテルン【事案2】の場合について、原告と被告のそれぞれが不服を有し、原告は相殺債権肯定による価格を、被告は主位的抗弁が否定され相殺債権を使用しなければならなかったことによる価格について、不服額が認められるとする⁽⁸²⁾。それぞれの当事者が単一額の不服額を有するとするが、控訴審の手数料係争額については、特に説明されていない。

(イ) 二重の不服（額）を認める見解

アーフェン地方裁判所は、相殺の抗弁が認められ請求棄却判決が下された場合、被告は二重の不服を有するとする。ZPO 322 条 2 項の既判力拡張は、相殺債権が否定されたか、相殺債権が認められ相殺により不存在となったかは区別されないことを、理由としてあげている（そうでないとすると、被告は不服を有せず上訴ができなくなり、逆に別訴による相殺債権の主張が可能になってしまうという）⁽⁸³⁾。

E. シュナイダーは、【事案2】の場合について、誰が上訴を提起するにより決定されるという。すなわち、原告が上訴を提起した場合、原告は単に訴求債権の価格において不服を有する。被告が上訴を提起した場合、被告の防御にもかかわらず原告の債務者として扱われること、加えて被告の反対債権が費消されたことから、二重の不服を有するという⁽⁸⁴⁾。ただし、被

(81) Bettermann, (Fn. 16), S. 2287. Rödding, (Fn. 6), S. 1918 も同趣旨の説明をしている。

(82) Mattern, (Fn. 10), S. 1092. Anders/Gehle/Kunze, (Fn. 48) Streitwert, „Aufrechnung“ Anm. 3; Dörndorfer, (Fn. 65), S. 43. も同趣旨を主張する。

(83) LG Aachen, Beschluß v. 28. 10. 1969, NJW 1970, S. 333 (334).

告が控訴し、控訴審が訴求債権自体理由なしとして訴求債権を否定する場合、手数料係争額は、反対債権について裁判がないことから、単一額であるとする⁽⁸⁵⁾（前述 80 頁参照）。

（ウ）小括 【事案 2】の場合において、当事者の不服はどの点にあるかについては、統一的な見解はないといえよう。原告の不服は、訴求債権が終局的に否定された（棄却判決である。）点にあると解するか、あるいは反対債権が肯定された点にあると解するか、見解は分かれる。被告の不服も、反対債権を費消しなければならないという点にあるか、あるいは訴求債権が肯定している点にあるか、見解は分かれる。

被告の不服はどこにあると考えるべきか。訴求債権の存在が理由中の判断において認められている点にみるべきと解する。反対債権がそのために費消されることになった点は、被告の不服内容には含まれないと解する。反対債権の費消は、訴求債権肯定の結果であり、被告の本来の不服は、訴求債権が肯定されたことに由来するからである。したがって、訴求債権肯定と反対債権費消において二重の不服を認める E. シュナイダーの見解は、妥当でないといえよう。なお、原告の不服は、反対債権肯定の判断にあると解する。

【事案 2】における手数料係争額は、当事者のそれぞれの不服額により決定されることになる。すなわち、当事者の一方が控訴した場合、係争額は単一額であり、双方が控訴した場合、2 倍の係争額となる。

4. 上級審におけるはじめての相殺の主張と係争額

マーデルトは次のような例をあげている。

⁽⁸⁴⁾ E. Schneider, (Fn. 51), Neue Rechtsprechung, S. 178.

⁽⁸⁵⁾ E. Schneider, (Fn. 51), neue Rechtsprechung, S. 178.

【設例】地方裁判所 10000DM の支払いを求める訴えを、訴えそれ自体理由がないとの理由でもって、棄却した。原告の控訴は棄却された。高等裁判所の判決理由から、訴求債権は地方裁判所の判断と異なり理由があるとされたが、予備的に主張された相殺によって消滅したことが明らかであった⁽⁸⁶⁾。

GKG 19 条 3 項 (1975 年 GKG) によれば控訴審において反対債権について裁判されたのであるから、控訴審の手数料係争額は相殺債権を合算すべきことになろう⁽⁸⁷⁾。もっとも、GKG 14 条 2 項 1 文 (現行 47 条 2 項 1 文) によれば、上訴審の係争額は、第 1 審の係争額によって限定されることになる。【設例】の場合、第 1 審の係争額は 10000DM であり、GKG 14 条 2 項 1 文によれば、控訴審の係争額は 10000DM を越えることができないことになってしまう。

GKG 14 条 2 項 2 文は、訴訟物が拡張されたときは、限定されない旨を規定していた⁽⁸⁸⁾。相殺の抗弁は訴訟物ではないので、右条文から直接合算を引き出すことはできないが、類推適用は可能であり、審級を問わず、相殺債権についての裁判によって係争額は増額されるというのが立法者の意思であり、右意思を実効的なものとする解釈が優先するべきであろう⁽⁸⁹⁾。したがって、GKG 14 条 2 項 2 文にかかわらず、GKG 19 条 3 項が優先し、

⁽⁸⁶⁾ Madert, (Fn. 51), S. 78.

⁽⁸⁷⁾ 上訴審のみに合算を認める見解によれば、かかる場合、控訴審の係争額は単一のままであり、許可上告などの場合になどに、相殺への判決拡張が意味を有することになる。Vgl., Diehl, (Fn. 12), S. 2096.

⁽⁸⁸⁾ 1975 年 GKG 14 条 2 項は次のように規定していた。

「14 条 2 項: 係争額は、第 1 審の訴訟物の価格によって、限定される。訴訟物が拡張された場合は、このかぎりではない。」

⁽⁸⁹⁾ Lappe, Gerichtskostengesetz, 1975, § 19Anm. 14; Madert, (Fn. 51), S. 78; Mümmler, Streitwert bei Hilfsaufrechnung, JurBüro1987, 1615, (1628).

控訴審の係争額は2倍となる。

5. 結 語

①以上の検討により、【事案1】【事案2】において、第1審の手数料係争額は、反対債権について第1審が裁判したかぎりでは、2倍の係争額となること、控訴審が訴求債権をそれ自体理由がないとして判断し反対債権について裁判しなかった場合でも、第1審の手数料係争額は遡及的に減額されないことが妥当であるとの結論に達した。

②上級審の不服（額）については、【事案1】（反対債権否定）では、被告に二重の不服が認められること、にもかかわらず控訴提起時の手数料係争額は単一額であること、上級審の判断が反対債権に及ばないときは、単一額のままであるが、反対債権についても裁判したときには、終局的には2倍の手数料係争額となることを確定した。

③【事案2】（反対債権否定）では、原告と被告が単一額の不服を有すること、当事者の一方が控訴した場合、手数料係争額は単一額にとどまるが、双方が控訴した場合は、2倍の係争額となることを確定した。

④控訴審ではじめて相殺が主張された場合、1975年GKG 14条2項1文にもかかわらず、控訴審の手数料係争額は増額されることを確定した。