

訴訟上の反対相殺の再抗弁について

甲南大学法科大学院教授 宮川 聡

はじめに

最初に具体的な例を挙げて、訴訟上の反対相殺の再抗弁が問題になる状況を明らかにしておきたい。

(1) 訴訟上の反対相殺の再抗弁が問題になる典型例

XがYに対して貸金返還請求訴訟（訴訟物たる債権をa債権と呼ぶ。）を提起した場合に、Yが予備的抗弁としてXに対する反対債権（b債権と呼ぶ。）による相殺を主張したとしよう。ところが、原告であるXも、予備的抗弁に対する防御方法としてさらにYに対して有する別口債権（c債権）¹⁾による相殺を訴訟の場で初めて主張したときが、訴訟上の相殺の再抗弁が問題になる典型的なケースである。最判平成10年4月30日民集52巻3号930頁は、こうした訴訟上の相殺の再抗弁について不適法であるとの判断を示した。その結論自体についてはほぼ異論はないものと思われるが、理由づけについては疑問がないわけではない。

(2) b債権を自働債権とする相殺の抗弁をYが主張する前にXがb債権に対してc債権による相殺の意思表示を裁判外で行っていたとき

これに対して、Yが相殺の自働債権として主張したb債権について、Yが相殺の抗弁を主張するより前に、裁判外でXがc債権による相殺を主張し、相殺適状などの要件がその時点で充足されていたならば、その段階でb債権は「少なくともc債権の

券面額と対当額で」消滅しているはずである。すなわち、この相殺によるb債権の消滅は、当然、Xが提起した訴訟の事実審の口頭弁論終結時よりも前に発生しているはずであるから、Xは訴訟において主張しておかなければ、後の訴訟で判決効の基準時前のb債権の相殺による消滅を主張することはできなくなる（b債権は弁論終結時よりも前にc債権による相殺によって消滅していたはずであるから、b債権による相殺によってa債権が消滅することはあり得ないと主張して、再度請求を立てることは当然できない）。こうした意味で、b債権による相殺の予備的抗弁がYによって主張される前に、Xによる相殺によってb債権が消滅していたという事実を主張することには何の問題もない（もちろん、この事実が手続の最終段階になっていきなり主張されるなど、157条1項の適用を受けるような場合は、別論である）。

(3) ところが、Xによる訴えの提起を受けてYがb債権によるa債権との相殺の抗弁を主張した後に、裁判手続外でXがYのb債権についてc債権による相殺の意思表示を行い、その事実を口頭弁論において主張した場合は、裁判外ですでに相殺権を行使したという事実を訴訟手続で主張する点では(2)と異なるところはないのであるが、(2)の場合と同じようにその適法性が疑問視されることはないかと断言できるか、疑問が残るように思われる。

そこで、本稿では、まず(1)のケースについて、平成10年の最判の紹介を中心に議論したのちに、

1) ここでは、訴訟物たるa債権と相殺の再抗弁の自働債権であるc債権はその発生原因を異にする別個の債権であるという前提で議論を進めることにする。なお、Xが提起した訴訟が明示の一部請求訴訟であり、a債権とc債権とが請求された一部と残部債権という関係にある場合にも、相殺の再抗弁の許容性が問題になるが、この点については後述する。

(3) のケースについて取り上げることにする。

1 訴訟上の反対相殺の再抗弁 (1)²⁾ に関する判例の立場と学説

最判平成10年4月30日民集52巻3号930頁に関する調査官解説を担当された長沢幸男調査官によると、下級審においてはこのような相殺の再抗弁が主張されることはそれほど珍しいことではないとのことである³⁾が、平成10年判決が出されるまでは下級審でもこうした問題を取り扱ったものはなかったようである。

学説においても、中野貞一郎教授の論文⁴⁾がこの問題を取り上げていただけて、平成10年判決以前にはほとんど言及されていなかったが、平成10年判決に対する評釈などにおいて、ドイツの学説・判例などを参考にしながらいくつかの見解が示されるようになった。

まず判例の立場を見ておこう。

1 最判平成10年4月30日民集52巻3号930頁

[事案]

Yは、Xから、計算書1、同計算書5及び同計算書4記載のとおり金員を借り受け、それぞれ月6%

の割合による利息を天引きされた金額を受領した。

Yが計算書1の貸金債権(貸金債権①)の担保として交付した約束手形(以手形①)、計算書5の貸金債権(貸金債権②)の担保として交付した約束手形(手形②)、計算書4の貸金債権(貸金債権③)の担保として交付した約束手形(手形③)が不渡りとなり、YとXは、手形①の債権を目的とする準消費貸借契約(同契約に基づく債権を「準消費貸借金債権①」という。)及び手形②の債権を目的とする準消費貸借契約(同契約に基づく債権を「準消費貸借金債権②」という。)を締結した。Xが貸金債権①②③について天引きした利息のうち利息制限法の制限利率による利息を超過した額を各貸金元本に充当した残額は、貸金債権①が1,424,489円、貸金債権②が947,167円、貸金債権③が950,309円となるから、準消費貸借金債権①②は、貸金債権①②の右金額の限度で効力を有することになる。

各計算書1ないし3の各貸金債権について天引きされた利息は、利息制限法の制限利率による利息を超過しており、Yは、Xに対し、右超過利息額と同額の不当利得返還請求債権を取得した。その額は、計算書1に係るもの(以下「不当利得返還請求債権①」という。)が1,626,953円、計算書5に係るもの(以下「不当利得返還請求債権②」という。)が977,426

2) 周知のように、訴訟上の相殺の抗弁の法的性質をどのようにみるかについては古くから激しい議論が戦わされてきた。本稿が対象とする訴訟上の相殺の再抗弁は、訴訟上の相殺の抗弁とその性質を異にするものであるとは考えられないので、訴訟上の相殺の抗弁の法的性質に関するこれまでの議論を簡単にみておく必要がある。ただし、最近では、新併存説(新私法行為説)に支持が集まっており、法的性質をめぐる論争の重要性は薄れてきたといえる。また、当該行為の法的性質から演进的に結論を導き出すことに対する批判もあり、本稿ではこの注において簡単に紹介するにとどめる。

多くの場合、訴訟上の相殺の抗弁は、「被告の主張する他の抗弁(弁済の抗弁など)が認められず、訴求債権(a債権)の存在が裁判所によって認められる場合に、はじめて、被告が原告に対して有する反対債権(b債権)をもって対当額で相殺をする」という趣旨の予備的抗弁として主張されるものである。そのため、弁済の抗弁や消滅時効の抗弁などによって訴求債権の存在が認められなかった場合や、相殺の抗弁が時機に後れた防御方法として不適法却下されたような場合(民訴157条1項)には、相殺の意思表示に伴う実体法上の効果が残ってしまうと、被告には想定外の不利益が生じるので、実体法上の効果が生じない(あるいは消滅する)という取扱いをする必要がある。この処理をどのように理論的に説明するかをめぐって激しく争われたのである。訴訟上の相殺の抗弁の主張を裁判外での相殺と全く同じ私法行為であるとするのが私法行為説であったが、この立場では、主張した相殺の抗弁が裁判所によって取り上げられなかったような場合にも実体法上の効果だけが残ってしまうという致命的な欠点をもっていた。これに対して、純粹の訴訟行為とする訴訟行為説は、訴訟手続で相殺の抗弁が主張された場合に生じるはずの実体法上の効果を説明できないという問題をもっていた。これに対して、最近の有力説になっているのが、併存説(新私法行為説)であり、相殺の抗弁の主張には、訴訟行為と私法行為とが併存していると考え、私法行為としての効果が生じるかどうかは、相殺の抗弁が訴訟手続で取り上げられ裁判所によって実質的に判断されるか否かによって決まるとする立場である。

3) 同・最高裁判所民事判例解説平成10年度(上)507頁。

4) 同・「相殺の抗弁(上)―最近の理論状況―」判タ891号(1996年)5頁以下。

円、計算書4に係るもの（以下「不当利得返還請求債権③」という。）が1,061,173円である。

Xは、右準消費貸借金債権①②及び第一審判決請求原因1の貸金債権を請求したが、Yは、右債権の成立を争うとともに、平成4年4月13日の第17回口頭弁論期日において、不当利得返還請求債権①を自働債権として準消費貸借金債権①と、不当利得返還請求債権②を自働債権として準消費貸借金債権②と対当額で相殺する旨の訴訟上の相殺の意思表示をした。（抗弁）

Xは、手形③の債権を自働債権として不当利得返還請求債権①②のうち発生時期の早いものから順次対当額で相殺する旨の訴訟上の相殺の意思表示をした（再抗弁）。

第一審の宮崎地裁都城支部は、貸金債権③の成立を否定し、準消費貸借金債権①②は、Yの相殺の抗弁（正確にはそこに含まれている相殺の意思表示）によって消滅したとして、Xの請求全部を棄却した。

ところが、Xの控訴を受けた福岡高裁宮崎支部は、第一審判決を取り消し、Xの請求の一部を認容する判決を言い渡した。その理由は、以下のとおりである。

「(1) Yによる不当利得返還請求債権①②を自働債権とする相殺の意思表示（抗弁）と、Xによる手形③の債権を自働債権とする相殺の意思表示（再抗弁）とは、同一の口頭弁論期日における各準備書面の陳述によってされているが、Xの準備書面の陳述が時間的に早くされたから、Xによる右相殺の意思表示が先に効力を生じたと解すべきである。

(2) 手形③の債権を自働債権として不当利得返還請求債権①②の発生時期の早いものと順次対当額で相殺すると、不当利得返還請求債権①については計算書1(1)ないし(9)の各超過支払額欄記載の金額…の合計618,245円の限度で、不当利得返還請求債権②については計算書5(1)ないし(8)の各超過支払額欄記載の金額の合計38万1755円の限度で、それぞれ相殺の効力が生ずる。その結果、不当利得返還請求債権①の残額は1,008,708円、不当利得返

還請求債権②の残額は595,671円となる。

(3) (Yは、平成5年2月1日の控訴審第4回口頭弁論期日において、不当利得返還請求債権③を自働債権として手形③の債権と対当額で相殺する旨の訴訟上の相殺の意思表示(再々抗弁)を行っているが、)不当利得返還請求債権③を自働債権として手形③の債権を受働債権とする上告人の相殺の意思表示(再々抗弁)は、手形③の債権を自働債権とし不当利得返還請求債権①②を受働債権とするXの相殺の意思表示(再抗弁)により手形③の債権が既に消滅したため、その効果が発生しない。

(4) 不当利得返還請求債権①の残額1,008,708円を自働債権として準消費貸借金債権①と対当額で相殺すると、同債権は元本436,797円及びこれに対する遅延損害金の範囲で残存し、不当利得返還請求債権②の残額595,671円を自働債権として準消費貸借金債権②と対当額で相殺すると、同債権は元本365,469円及びこれに対する遅延損害金の範囲で残存するから、これら残存する債権の範囲において本件請求は理由がある。」

これに対して、Yが上告した。

[判旨]

Yの敗訴部分を取り消し、この部分についてのXの控訴を棄却。

「1 Yによる訴訟上の相殺の抗弁に対しXが訴訟上の相殺を再抗弁として主張することは、不適法として許されないものと解するのが相当である。

けだし、(a) 訴訟外において相殺の意思表示がされた場合には、相殺の要件を満たしている限り、これにより確定的に相殺の効果が発生するから、これを再抗弁として主張することは妨げないが、訴訟上の相殺の意思表示は、相殺の意思表示がされたことにより確定的にその効果を生ずるものではなく、当該訴訟において裁判所により相殺の判断がされることを条件として実体法上の相殺の効果が生ずるものであるから、相殺の抗弁に対して更に相殺の再抗弁を主張することが許されるものとする、仮定の上には仮定が積み重ねられて当事者間の法律関係を不安

定にし、いたずらに審理の錯雑を招くことになって相当でなく、

(b) Xが訴訟物である債権以外の債権をYに対して有するのであれば、訴えの追加的変更により右債権を当該訴訟において請求するか、又は別訴を提起することにより右債権を行使することが可能であり、仮に、右債権について消滅時効が完成しているような場合であっても、訴訟外において右債権を自働債権として相殺の意思表示をした上で、これを訴訟において主張することができるから、右債権による訴訟上の相殺の再抗弁を許さないこととしても格別不都合はなく、

(c) また、民訴法114条2項(旧民訴法199条2項)の規定は判決の理由中の判断に既判力を生じさせる唯一の例外を定めたものであることにかんがみると、同条項の適用範囲を無制限に拡大することは相当でないと解されるからである。

これを本件についてみると、手形の債権を自働債権として不当利得返還請求債権①②と相殺する再抗弁の主張は不適法であるから、不当利得返還請求債権①②全額を自働債権として相殺の効果が生じ、これにより準消費貸借金債権①②の全額が消滅すると解すべきであって、本件請求は理由がないというべきである。」

以上のように、最高裁は、訴訟上の相殺の再抗弁を不適法とする判断を示したが、その理由は、(a) 訴訟上の相殺の抗弁は、意思表示によって確定的に効果が生じるものではなく、当該訴訟手続において裁判所が相殺の抗弁について判断を行うことが効果発生の条件となっているので、訴訟上の反対相殺の再抗弁を認めると、仮定の上に仮定が積み重ねられることになり、当事者の法的地位が不安定化し、審

理の錯そうを招くこと、(b) 訴訟上の反対相殺の再抗弁を認めなくても、原告は請求の拡張や別訴の提起によってその利益を守られること、(c) 訴訟上の反対相殺の再抗弁を認めると、反対相殺の自働債権に関する判断について114条2項に基づき既判力が生じることを認めざるを得なくなるが、これは既判力の客観的範囲に関する例外規定の適用範囲を想定外に拡張することにつながり妥当ではないことが挙げられている。

2 平成10年最判の評価⁵⁾

本件において訴訟上の反対相殺の再抗弁を不適法とした結論それ自体については、異論は出ていないが、その理由については、賛成・反対の意見が対立している。

まず、実体法上の理由により常に訴訟上の反対相殺の再抗弁は無意味になるという以下のような見解が松本博之教授によって唱えられた。すなわち、訴訟上の相殺の抗弁が予備的に主張された場合、それだけでは相殺の実体法上の効果は発生せず、裁判所が請求債権の存在及びその額について心証を形成し、相殺の抗弁自体が訴訟上の理由によって不適法にならないことを停止条件として相殺の意思表示を行っているものとするのが停止条件説であるが⁶⁾、この立場では、被告の自働債権の消滅について浮動状態を作り出すことになり、浮動状態にある自働債権については、原告に干渉する余地を作り出すことになる⁷⁾。しかし、被告が予備的に相殺の抗弁を主張するのは、訴えの取り下げや却下のため、あるいは相殺の抗弁が時機に後れた攻撃防御方法として却下されたときに、(実体法上の債権の消滅という効果だけが取り残されて) 無意味に自働債権が消費さ

5) 平成10年の最判については、長沢調査官による解説(注2)のほか、松本博之・月刊法学教室216号(1998年)102頁、酒井一・判例評論497号(1998年)36頁、田中宏治・阪大法学48巻6号(1999年)1571頁、加藤新太郎・NBL667号、中野貞一郎・私法判例リマークス19号(1999年)132頁、宇野聡・金融法務事情1556号(1999年)14頁、杉山悦子・法学協会雑誌118巻1号、本間靖規・ジュリスト1157号(1999年)129頁、山本和彦・別冊ジュリスト169号186頁、坂田宏・別冊ジュリスト226号96頁など多数の評釈がある。

6) 長沢調査官の解説(注2)では、実務ではこの立場が採用されてきたとされているが、その理由については触れられていない。

7) ドイツ法における議論については、松本教授の後掲論文が詳しいので参考にされたい。

れてしまうことを回避するために、(確定的ではなく)予備的に相殺が行われるのであり、こうした利益状況を正しく反映させるためには、訴訟上の相殺の抗弁を解除条件付き相殺と解するのが正しい(訴訟上の理由により裁判所が相殺の実体法上の効果について判決の中で斟酌しなかったことが解除条件になる)と、される^{8,9)}。この見解では、まずYによる訴訟上の予備的相殺の抗弁が主張された段階で、実体法上の相殺の効力が発生するための要件が充足されている限り、訴求債権が存在する限度においてその対当額が消滅することになるので、Xによる反対相殺の抗弁はその対象となるべき受働債権が存在せず常に空振りにおわることになる。したがって、典型的に実体法上の効力を生じない反対相殺の抗弁は不合法であるとされるのである。

以上の松本教授の見解に対して、中野教授は以下のような疑問を示された。すなわち、「(松本教授の説明は、)相殺の実体的効果が抗弁提出と同時に確定的に生じてしまうわけではない訴訟上の相殺の法的性質に適合しないように思われる。訴訟上の相殺の抗弁が提出されたといっても、通常は他の防御方法の不奏効の場合に備えて提出されるのであって、

対立する両債権の対当額での消滅という実体的効果を即時に生じさせるものではないからである¹⁰⁾。」

そのうえで、「本件でも、Xは、Yがその相殺の抗弁において自働債権とした不当利得返還請求権の存在を争っているのであり、Xの逆相殺の再抗弁は、『裁判所がYの相殺の抗弁は立つと判断したとき』にはXの手形③の約束手形金債権を自働債権としてYのいう不当利得返還請求債権と相殺する、という趣旨と解される。したがって、『裁判所がYの相殺の抗弁は立つと判断したとき』には同時にXの逆相殺の再抗弁についても判断しなければならないわけで、Yの相殺の実体的効果だけについての判断を先に立ててXの逆相殺を『空振り』というのは当たらない¹¹⁾。……Xが『裁判所がYの主張した訴訟上相殺について実体的判断をする際にはXの主張した逆相殺を斟酌してほしい』という趣旨を表明したと解されるならば、本件の原審判決がしたように、Xの逆相殺を斟酌してYの相殺の成否を判断するのが理の当然というものであろう。」と、逆相殺の再抗弁が優先するとの見解を示されている¹²⁾。ただし、だからといって訴訟上の反対相殺の再抗弁を適法であるとされるわけではなく、教授

- 8) 松本・前掲判例評釈(注5)103頁、同「反対相殺の適否について」佐々木吉男先生追悼論集刊行委員会編民事紛争の解決と手続(信山社2000年)193頁以下。この論文は、その後、松本・訴訟における相殺(商事法務2008年)に、加筆の上所収されている。
- 9) 解除条件説に賛成するのは、本間・前掲判例評釈(注5)、池邊摩衣・後述の令和3年東京地裁判決の解説・新・判例WATCH29号175頁。
- 10) この部分は、予備的相殺の抗弁が主張されたときには、実体法上の相殺の効果は直ちに発生するものではなく、「訴求債権の存在とその額」が裁判所によって確認された段階で生じるという停止条件付の意思表示であると解する立場に立つものであろう。
- 11) 中野教授は、松本説が「まず相殺の(予備的)抗弁が被告によって主張された段階で(実体法上の要件を充足している限り)直ちにその効果が発生するので、原告の主張する訴求債権と対当額で消滅してしまう以上、原告による反対相殺の再抗弁は常に空振りに終わり、訴訟手続では不合法なものとなる」としたことに対して、「実体法上の理由で再抗弁が空振りに終わるというだけでは、単に理由がないと判断されるだけで、租の抗弁自体が不合法になるわけではない」と批判された(酒井一・前掲評釈[注5]38頁も同旨)。これに対して、松本教授は、「訴訟上の反対相殺は実体法上一般的に反対債権を消滅させ得ないのであるから、換言すれば相殺の抗弁に対する再抗弁たり得ないのであるから、再抗弁たり得ないものを再抗弁として提出しても訴訟上不合法で顧慮されないのである。」と反論されている。この点については、確かに実体法上常に理由がないという理由で抗弁の主張が不合法になるという説明には違和感を感じるが、常に理由がない抗弁は「主張自体失当」という取扱いを受けるので実質的には同じ結果となる(この点については、山本・前掲解説[注5]・187頁)。
- 12) ただし、このように被告の相殺の抗弁との関係で反対相殺の抗弁を優先的に判断しなければならないという実体法上の根拠はないように思われる。また、再抗弁を優先すると、民法上保障されている債務者の充当権(民法512条)を実質的に骨抜きにするという批判もありうる(山本・前掲解説187頁参照)。さらに、明示の一部請求訴訟において相殺の抗弁が主張された場合、まず相殺の対象になるのは主張された債権のうち訴求されている部分なのか、それとも訴求されていない部分なのかという問題について、最判平成6年11月22日・民集48巻7号1355頁は、非訴求部分から相殺をするという外側説を採用したが、この立場は、「原告が一部請求の非訴求部分を自働債権として反対相殺の抗弁を主張した場合、その抗弁は不合法であると解するとするならば、矛盾があるのではないか」という指摘がなされている(松本・訴訟における相殺287頁以下)。

も以下のような理由を挙げて不適法とされている。すなわち、原告の反対相殺の再抗弁について裁判所が実体的な判断をした判決が確定した場合には、民事訴訟法114条2項の適用があると考えなければならないが、そうすると、反対相殺の自働債権に不存在の判断に既判力が生じることになる。実質的には、これは原告が訴えによる請求とは別の新請求を追加するのと等しく、民訴法143条1項ただし書・146条1項ただし書・152条1項の立法趣旨を類推して、訴訟手続を錯雑化しその進行を阻害するときには許すべきではないとされるのである。

2 訴訟上の相殺の抗弁に対してまず裁判外で相殺の意思表示を行い、それに伴う自働債権の消滅を訴訟上主張することの適否（3）の場合

平成10年の最判が明確に示していた、裁判外で相殺の意思表示をし、その効果を訴訟手続において相殺の抗弁を主張している被告の自働債権の存在を否定するためにその事実を主張することは妨げないという立場に従った裁判例が登場した。東京地判令和3年2月17日である。

日時	
平成28・3・31	YはXを被告として訴えを提起し（別件訴訟）、同事件の訴え提起手数料として1万4000円を納付した。
平成29・11・13	XがYに対して有する訴訟費用償還請求権について行った訴訟費用額確定処分の申立てに基づき、東京地方裁判所裁判所書記官は、XがYに対して有する訴訟費用償還請求権の額を4万8606円と定める旨の訴訟費用額確定処分をした
平成30・3・5	東京地方裁判所は、別件訴訟につき、本件訴訟のXに対して訴訟費用の負担を命じる旨の裁判を含む判決を言い渡し、同判決は同月20日に確定した（以下、上記訴訟費用負担の裁判によって生じた訴訟費用償還請求権を「Y訴訟費用償還請求権」と呼ぶ）。
令和2・8・28	Yは、裁判所に対して同日付け（本訴）第1準備書面（以下「8月28日付けY準備書面」）を提出し、Xの訴訟代理人も、同日、同書面をファクシミリにより受領した。同書面には、Y訴訟費用償還請求権の金額は貼用印紙代である14,000円を下らないとして、同請求権と本訴請求債権とを対当額で相殺する旨が記載されている。
令和2・9・16	Yの訴訟費用償還請求権に係る訴訟費用額確定処分の申立てに基づき、東京地裁書記官は、同年9月16日、その額を3万9688円と定める旨の訴訟費用額確定処分（以下「本件訴訟費用額確定処分」）をし、同月18日、Xにその告知をした。
令和2・9・23	Yは、裁判所に対して同月19日付け（本訴）第2準備書面（以下「9月19日付けY準備書面」という。）を提出し、Xの訴訟代理人は同月19日に同書面をファクシミリにより受領した。同書面には、本件訴訟費用額確定処分を受けて、改めて、予備的に、Y訴訟費用償還請求権と本訴請求債権とを対当額で相殺する旨が記載されている。
令和2・9・24	Xは、裁判所に対し、本件訴訟費用額確定処分に対する異議を申し立てた。
令和2・9・26	Xは、同月25日付け通知書により、Yに対し、X訴訟費用償還請求権とY訴訟費用償還請求権とを対当額で相殺する旨の意思表示をした。なお、Xは、Yの代理人弁護士に対しても、同月28日到達の通知書により、上記通知書と同内容の通知をした。
令和2・10・3	Xは、10月1日に、訴訟費用額確定処分に対する異議を取り下げたうえで、同月1日付け通知書により、Yに対し、X訴訟費用償還請求権とY訴訟費用請求権とを対当額で相殺する旨の意思表示をした。なお、Xは、Yの代理人弁護士に対しても、同月2日到達の通知書により、上記通知書と同内容の通知をした。
令和2・10・12	Yは、本件訴訟の第2回口頭弁論期日において、8月28日付けY準備書面及び9月19日付けY準備書面を陳述した。

1 東京地判令和3年2月17日（この裁判例は、裁判所ウェブサイトで見ることができる）

裁判所が確定した事実は以下のとおりである。すなわち、放送法に基づいて設立された法人である X が、Y に対し、放送受信契約に基づき、令和元年8月分及び同年9月分の放送受信料合計4560円の支払を求める訴えを提起した。これに対して、Y は、同支払義務の発生自体は争っておらず、X との間の別件訴訟において取得した訴訟費用償還請求権との訴訟上の相殺の抗弁を主張し、請求の棄却を求めている。

裁判所によって認められた、互いの相殺に関する X および Y の行動は、216頁の表のとおりである。

東京地方裁判所は、以下のような判断を示した。

「Y は、8月28日付 Y 準備書面及び9月19日付 Y 準備書面において、それぞれ、Y 訴訟費用償還請求権と本訴請求債権とを対当額で相殺する旨の意思表示を行っている。これらの訴訟上の相殺の意思表示は裁判所に対してされるべきものであるから（大審院判決昭和9年（ヲ）第201号同年5月22日・民集13巻11号799頁参照）、Y は、令和2年10月12日の本件訴訟の第2回口頭弁論期日において上記各準備書面を陳述したことにより、上記の各相殺の意思表示をしたものと認められる。

もっとも、訴訟上の相殺の意思表示は、相殺の意思表示がされたことにより確定的にその効果を生ずるものではなく、当該訴訟において裁判所により相殺の判断がされることを停止条件として実体法上の相殺の効果が生ずるものであるから、口頭弁論の終結時までに訴訟上の相殺に供した債権が消滅した場合には、当該相殺の意思表示に基づく相殺の抗弁は理由のないものとなる。

他方、訴訟上の相殺の意思表示が相手方に対してされても実体的な効果が生じるものではなく、口頭弁論終結時を基準とする裁判所の判断を停止条件として相殺の抗弁としての効力が生じるという性質に照らすと、その相殺に供される債権は、口頭弁論終結時までに債権額が確定し、かつ弁済期が到来して

相殺適状の要件を備えれば足りると解されるから、Y が本件訴訟費用額確定処分の告知前やその確定前の Y 訴訟費用償還請求権を自働債権として訴訟上の相殺の抗弁を主張したとしてもそれだけを理由に無効になることはない（この点で、Y の相殺の抗弁は相殺適状の要件が欠けるため無効である旨の X の主張は理由がない）。また、Y の予備的主張に係る相殺の抗弁は、主位的主張に係る相殺の抗弁における自働債権と同一の債権を相殺に供するものであって、その債権額と弁済期到来を口頭弁論終結時までに具体的に主張したものと認められるから、上記の各抗弁は訴訟上の相殺の抗弁としては同一のものと解される。

そこで次に、X による訴訟外の相殺の意思表示によって Y 訴訟費用償還請求権が消滅したか否かについてみると、訴訟費用償還請求権は裁判所書記官による訴訟費用額確定処分が当事者に告知されることによってその効力を生じるのであって、同処分に対する異議の申立ては執行停止の効力を有するにすぎないから（民事訴訟法71条1項、3項、5項）、当該訴訟費用償還請求権は、同処分が当事者に告知された時点で、債権額が確定し、かつ弁済期も到来した債権としての性格を備えるに至り、権利行使ないし債務消滅行為をすることが可能となるものと解される（昭和2年大審院判決参照）。

本件では、本件訴訟費用額確定処分は、令和2年9月18日に相手方たる X に対する告知がされ、申立人たる Y に対しては、遅くとも、同月19日（同処分の内容が記載された9月19日付け Y 準備書面を X 訴訟代理人が受領した日）には告知がされたものと認められるから、少なくとも同日以降は、Y 訴訟費用償還請求権は債権消滅行為である相殺における受働債権としての適格を有することとなる。

そうすると、X が同月26日にした、X 訴訟費用償還請求権（その額は4万8606円）を自働債権とし、Y 訴訟費用償還請求権（その額は3万9688円）を受働債権としてその対当額で相殺する旨の Y に対する意思表示（相殺の再抗弁〈2〉）は有効なもの

いうことができ、同意思表示により、Y 訴訟費用償還請求権は全て消滅したものと認められる。

したがって、Y が訴訟上の相殺に供した自働債権は本件訴訟の口頭弁論終結時には既に消滅しているのであって、裁判所が Y の訴訟上の相殺の抗弁を判断する際には存在しないのであるから、同抗弁は理由がないというべきである。

これに対し、Y は、X による訴訟外の相殺の再抗弁の主張は、平成10年最高裁判決の趣旨に照らして不適法である旨主張するが、訴訟外において相殺の意思表示がされた場合には、相殺の要件を満たしている限り、これにより確定的に相殺の効果が発生するのであるから、訴訟上の相殺の抗弁に対して訴訟外の相殺を再抗弁として主張したとしても、仮定の上に仮定が積み重ねられて審理の錯雑を招くという事態に陥るおそれはなく、平成10年最高裁判決も同旨であることが明らかである。

したがって、X による訴訟外の相殺の再抗弁の主張は不適法なものではなく、Y の主張は採用の限りではない。」

Y がこの判決に対して控訴したところ、東京高裁は、第一審の結論自体は維持しながら、相殺の効力に関して次のような見解を示した。

「Y は、X に対し、令和2年9月23日、9月18日付相殺通知書を送付して、控訴人訴訟費用償還請求権を自働債権とし、本訴請求債権を受働債権として、対当額で相殺する旨の意思表示をしている。しかしながら、訴訟費用償還請求権は、訴訟費用の負担を命ずる裁判によって生ずるが、訴訟費用額確定処分（民訴法71条1項）が確定するまではその数額が確定しないから、同処分が確定した時に弁済期が到来し、相殺の対象とすることができるものと解するのが相当である（昭和2年大審院判決、大審院大正7年10月12日判決民録24輯1947頁参照）。これを本件についてみると、控訴人訴訟費用償還請求権に係る本件訴訟費用額確定処分は、令和2年10月1日に、被控訴人が同処分に対する異議申立てを取り下げたことにより確定したものである。そうすると、控訴

人による上記相殺の意思表示は自働債権である控訴人訴訟費用償還請求権の弁済期が到来する前にされたものであるから、相殺適状の要件を欠き、無効と解するのが相当である。」

「本件訴訟費用額確定処分は、令和2年10月1日に日控訴人が同処分に対する異議申立てを取り下げたことにより確定したものと認められるから、同日以降は、控訴人訴訟費用償還請求権は債権消滅行為である相殺における受働債権としての適格を有していたこととなる。そうすると、被控訴人が同年9月5日及び同月26日にした、被控訴人訴訟費用償還請求権（その額は48,606円）を自働債権とし、控訴人訴訟費用償還請求権（その額は39,688円）を受働債権としてその対当額で相殺する旨の控訴人に対する意思表示（相殺の再抗弁〈1〉・〈2〉）は、相殺適状の要件を欠く無効なものであるが、同年10月3日（控訴人訴訟代理人に対しては同月2日）にした、被控訴人訴訟費用償還請求権を自働債権とし、控訴人訴訟費用償還請求権を受働債権としてその対当額で相殺する旨の控訴人に対する意思表示（相殺の再抗弁〈3〉）は有効なものといふことができ、同意思表示により、控訴人訴訟費用償還請求権は全て消滅したものと認められる。」

Y はこの判決に対して上告受理の申立てを行ったが、最高裁は特に理由を示さず、申立てを棄却した。

2 裁判例に対する評価

前掲の判決文からわかるように、東京地裁、東京高裁、最高裁を通じて、平成10年最判によって示された「相殺の再抗弁を①すでに裁判外でなされた相殺の意思表示による受働債権の消滅を訴訟手続において主張する場合と②訴訟手続においてはじめて相殺の意思表示を行う場合とに二分し、前者は適法であるが後者は不適法である」という立場に従って、本件では（Y による相殺の抗弁が効力は生じる前に）X が反対相殺の抗弁を行っており、その結果 Y の主張する相殺の自働債権は消滅しているという結論を導き出している。

たしかに、(これから訴訟提起しようとする)原告が、訴訟係属の前に、訴訟上の相殺の抗弁を主張されることを予期して、被告の自働債権となる可能性のある債権について相殺の意思表示を行っていたときには、訴訟係属後にその相殺の抗弁を主張することができ、実際に被告が訴訟手続の中で当該債権による相殺の抗弁を主張してきたときには、裁判所がこの相殺の抗弁を取り上げるという条件付きではあるが、その自働債権の相殺による消滅(もちろん完全な消滅か部分的な消滅かは、反対相殺〔被告が相殺の抗弁を主張する前に原告が相殺の意思表示を行っているので反対相殺というのは適切ではないかもしれない〕の自働債権の額による。)を訴訟手続で主張することはできる。

しかしながら、本件のように、訴訟係属後に被告が相殺の抗弁を主張した直後に、あるいは主張しようとした直前に裁判外で被告の自働債権に対する相殺の意思表示を行ったときには、訴訟上の反対相殺の再抗弁とは異なり適法であると言い切ることは違和感を覚える。というのは、特に本件のように訴訟費用償還請求権を自働債権とするときには、その具体的な金額を確定するために裁判所の書記官による訴訟費用確定手続を経なければならない。まさにYは訴訟費用額確定の申立てを行うとともに、「その額は14,000円を下回ることはない」として、Xの訴求債権に対する相殺の抗弁を主張している(令和2年8月28日)。もっとも、具体的な金額は書記官の判断があるまで確定せず、本件では同年9月16日に裁判所書記官によって39,688円とする処分が行われた。これを受けてYはあらためて準備書面を裁判所に提出するとともにXの訴訟代理人に送付し、この訴訟費用償還請求権による相殺を改めて主張した。ところが、この準備書面を受け取った翌日になって、X側はこの処分に対する異議を申し立てたため(異議申立てがなければ、訴訟費用額確定処分は確定しており、その結果、Yの訴訟費用償還請求権はその金額が確定し、相殺適状が生じていたはずである。)、訴訟費用額は最終的に確定せず、そ

の結果、被告による相殺の抗弁の効力は生じないことになってしまったのである(第一審のように異議申立ては訴訟費用額確定処分の確定を妨げないと考えるならば事情は異なる)。さらに、Xは10月1日にこの異議申立てを取り下げて金額を確定させた(Yの訴訟費用償還請求権の金額を確定させ、相殺適状を作り出した)うえで、自己のYに対する債権でYの自働債権に対して相殺を行うと裁判外での意思表示を行い、その旨記載した準備書面を裁判所に提出するとともに、Yの訴訟代理人に送付しているのである。控訴裁判所は、最終的にこのXによる裁判外の相殺によってYの自働債権は消滅したので、Yの相殺の抗弁は認められないとの結論を引き出しているが、果たしてこのような恣意的な処理を認めてよいのであろうか。大いに疑問が残るところである(もしYが裁判外で訴訟費用償還請求権によるXの訴求債権に対する相殺に意思表示を行い、その事実を訴訟手続で主張した場合を想定してみよう。この場合、訴訟費用額の確定処分が確定するまでは、その効果が生じない。ここで、もし相殺適状が生じていない段階でなされた相殺の意思表示は無効であるとするならば、Xの訴訟費用額確定処分に対する異議申立てによって、Yの相殺の意思表示は〔異議申立ての効果がある限り〕その効力を否定され続けることになる。そして、Xは、自分の好きな時に異議申立てを撤回し、訴訟費用額確定処分を確定させ、自らの債権でもって相殺の意思表示を直ちに行うことで、Yの訴訟費用額償還請求権を消滅させることができることになる。これは、X・Y間で衡平な処理といえるのであろうか)。

松本説のように、相殺の抗弁は解除条件付の抗弁であり、意思表示の段階でその効力が生じていると考えるならば、多くの場合、訴訟上の反対相殺の抗弁は無意味に終わるといえるのであるが、本件では、Xの訴訟費用額確定処分に対する異議が取り下げられた瞬間に相殺適状が生じるので、その時点以降いち早くXが反対相殺の意思表示を裁判外で行い、その事実を訴訟手続において主張すると、Yの自働債

権は消滅してしまい、それに後れてYが相殺の抗弁を主張したとしても自働債権が存在しない以上意味がなくなるということになりかねない。この事態を回避するには、それ以前に（すなわち相殺適状が成立する以前に）Yが主張していた相殺の抗弁が、自働債権の金額の確定によってその効力を当然に生じるという解釈論を採用しなければならないが、実体法の解釈として果たして可能であるのか、疑問がないわけではない¹³⁾。あるいは停止条件説あるいは解除条件説のいずれを採用しようとも、訴訟係属後（あるいは相殺の抗弁が主張された後）の裁判外での反対相殺の再抗弁の効力を否定するための理論構成を考える必要がある。たとえば、本件のようにYの自働債権の金額の確定時期＝相殺適状の成立時期について、Xが訴訟費用確定処分に対する異議とその取下げという（どちらかといえば相殺の自働債権あるいは受働債権の法的性質とは無関係の）訴訟上の付随手続によって一方的に決定権を握っているという特殊な事情を考慮して、異議申立てとその取下げ後のXの反対相殺については、Yが遅滞なく相殺の抗弁を主張する限りその優先権を認めるという解釈を採用するのが穏当であろう。

■ おわりに

一般論としては、訴訟上の反対相殺の再抗弁について統一的な取扱いを図るためには、松本教授が主張されるように、予備的相殺の抗弁については解除条件付の意思表示と解するほうが良いと考えられる。停止条件説では、相殺の抗弁と反対相殺の抗弁のいずれを優先すべきかという問題に直面せざるを得ないからである。解除条件説を採用すれば、まず被告の行う相殺の意思表示について実体法上の有効

要件が充足されている限り、訴求債権に対抗する限度において被告の自働債権が消滅し、反対相殺の主張は意味を失うことになる。

また、訴訟手続が開始された後に、被告が相殺の抗弁を主張したのに対して、裁判外で原告が被告の自働債権に対する反対債権の意思表示を行い、その効果を訴訟手続において主張する場合についても、訴訟上の反対相殺の再抗弁と同じ取扱いをするのが妥当であろう。少なくとも、訴訟手続が開始された以上、両者を区別しなければならない実質的な理由はないと考えられる。

13) 池邊摩衣講師は、解除条件説をとったうえで、山木戸克己教授（同・民事訴訟理論の基礎的研究 [有斐閣 1961年] 52頁以下）や新堂幸司教授（同・前掲書 466頁）によって示唆されていたように、裁判外での反対相殺の再抗弁についても訴訟上の反対相殺の再抗弁と同じ規制をかけることを提案されている（同・新・判例解説 Watch29号）。（少なくとも訴訟係属が生じた後の）裁判外で反対相殺の意思表示を行い、その事実を訴訟手続において主張する場合と、訴訟上の反対相殺の再抗弁を同じように規律すべきであるという立場は、一般論としては、簡明な事案の処理を可能にし、優れているといえようが、本文で述べているように令和3年の東京地判の事例では、特殊事情のために、解除条件説を採用しただけでは解決できないと考えられる。