

# 本訴請求債権を自働債権とし、反訴請求債権を受働債権とする相殺の抗弁と民訴法142条 最高裁第1小法廷平成27年12月14日判決 平成25年(オ)第918号、平成26年(受)第93号 不当利得返還請求本訴、貸金請求反訴事件 〔裁判所ウェブサイト掲載〕

甲南大学法科大学院教授 宮川 聡

## ■ 事実関係

Xは、貸金業者Yとの間で、平成8年6月5日から平成21年11月24日までの間に行われた継続的な金銭消費貸借取引（以下、本件取引）について、平成8年6月5日から平成12年7月17日までの取引（以下、第1取引）と平成14年4月15日から平成21年11月24日までの取引（以下、第2取引）を一連のものとして、各弁済金のうち利息制限法（平成18年法律第115号による改正前のもの）1条1項所定の制限を超えて利息として支払った部分を元本に充当すると過払金が発生しているなどと主張して、Yに対し、不当利得返還請求権に基づき、上記過払金の返還等を求める訴えを提起した（以下、本件本訴）。

これに対し、YはXを相手取って第2取引に基づく貸金の返還等を求める反訴を提起した。

Yは、本件本訴において、本件取引は一連のものではなく、第1取引に基づくXの過払金の返還請求権は時効により消滅したと主張し、消滅時効を援用した。これに対して、Xは、本件本訴において第1取引に関する過払金の返還請求権が時効により消滅したと判断される場合には、本件反訴において、予備的に同請求権を自働債権とし、第2取引に基づくYの貸金債権を受働債権として対当額で相殺すると主張した。

原審は、本件取引は一連のものとはいえ、第1取引に基づく過払金の返還請求権は時効により消滅したと判断したが、上記2の相殺の抗弁について何ら判断することなく、Yの反訴請求のうち第2取引に基づく貸金返還請求等を認容した。

そこで、Xが上告および上告受理の申立てを行った。

## ■ 要旨

原判決のうちYの反訴請求認容部分を破棄差戻し。

1. 係属中の別訴の訴訟物となっている債権を自働債権として他の訴訟において相殺の抗弁を主張することは、重複起訴を禁じた民訴法142条の趣旨に反し、許されない（最高裁昭和62年（オ）第1385号平成3年12月17日第三小法廷判決・民集45巻9号1435頁参照）。
2. しかし、本訴の訴訟物となっている債権の全部又は一部が時効消滅したと判断されることを条件として、反訴において、当該債権のうち時効により消滅した部分を自働債権として相殺の抗弁を主張することは許されると解するのが相当である。
3. 時効消滅し、履行請求ができなくなった債権でも、消滅以前に相殺に適するようになっていた場合は、これを自働債権として相殺をすることがで

きるが、本訴の訴訟物となっている債権の全部または一部が時効により消滅したと判断される場合は、その判断を前提に、同時に審判される反訴において、当該債権のうち時効により消滅した部分を自働債権とする相殺の抗弁につき判断をしても、当該債権の存否に係る本訴における判断と矛盾抵触することはなく、審理が重複することもない。したがって、反訴において上記相殺の抗弁を主張することは、重複起訴を禁じた民訴法142条の趣旨に反しない。このように解することは、民法508条が、時効により消滅した債権であっても、一定の場合にはこれを自働債権として相殺をすることができるとして、公平の見地から当事者の相殺に対する期待を保護することとした趣旨にもかなう。

4. そうすると、原判決のうちYの反訴請求を認容した部分は、相殺の抗弁についての判断がないため、主文を導き出すための理由の一部が欠けており、民訴法312条2項6号に掲げる理由の不備がある。

## ■ 評釈

### 1 本判決の問題点

すでに訴求されている債権を自働債権とする相殺の抗弁が別訴において主張されたとき(訴え先行型)に、民訴法142条の類推適用があるか否かは、後述の最(3小)判平成3年12月17日が適用肯定説を採ることを宣言した後も、学説では依然として適用否定説も有力であるほか、最高裁自身がその後の判例において適用肯定説の基礎にある判断を変えたのではないかとうかがわせるような記述を含む判決を出していることもあって、大きな議論的になっている。

本判決もこの平成3年判決を最初に引用しているので、この判決は依然としてリーディングケースとしての地位を維持していると考えられるが、後述のようにその後の判決によって例外が認められ、その射程はかなり狭くなっているものと考えられる。

なお、すでに係属している訴訟で訴求債権に対する相殺の抗弁の自働債権として主張されている債権を別訴において訴求する場合(抗弁先行型)については、ここでの考察の対象としない。

### 2 これまでの裁判例

最初にこれまでの裁判例をみておこう。

[1] 最判平成3年12月17日民集45巻9号1435頁<sup>1)</sup>  
[事実関係]

XがYに対して売買代金の未払部分の支払いを求め訴え(本訴)を提起した。本訴の控訴審において、YはXに対する売買代金債権などを自働債権とし、対当額で訴求債権と相殺するとの抗弁を提出した。ところが、この自働債権である売買代金債権などについては、YがXを相手取って本訴の訴訟係属発生前に別訴を提起し訴求していた。そのため、民訴法142条の(類推)適用があるか否かで争われた。なお、控訴審段階で本訴と別訴は併合審理され、その後分離された。

控訴裁判所は、Yの相殺の抗弁を不適法とし、控訴を棄却した。

これに対してYが上告したところ、最高裁は、次のように述べて、控訴審と同じように別訴の訴求債権として主張されている債権を自働債権とする相殺の抗弁は民訴法142条に触れ、許されないという立場を明らかにした。

[要旨]

「民訴法231条(現142条)が重複起訴を禁止す

1) この判決以前に、最(3小)判昭和63年3月15日民集42巻3号170頁も、別訴の訴求債権を自働債権とする相殺は許されないとの判断を示していたが、賃金仮払いを命じる仮処分の執行に係る仮払金の返還請求訴訟で、仮処分債権者が本案訴訟の訴求債権である賃金債権を自働債権とする相殺の抗弁を主張したという事案の特殊性ゆえに、リーディングケースとしては重要視されていない。この点について、篠原勝美・最高裁判所民事判例解説昭和63年140頁・141頁参照。

る理由は、審理の重複による無駄を避けるためと複数の判決において互いに矛盾した既判力ある判断がされるのを防止するためである。

相殺の抗弁が提出された自働債権の存在又は不存在の判断が相殺をもって対抗した額について既判力を有するとされていること（同法199条2項〔現114条2項〕）、相殺の抗弁の場合にも自働債権の存否について矛盾する判決が生じ法的安定性を害しないようにする必要があるけれども理論上も実際上もこれを防止することが困難であること、等の点を考えると、同法231条の趣旨は、同一債権について重複して訴えが係属した場合のみならず、既に係属中の別訴において訴訟物となっている債権を他の訴訟において自働債権として相殺の抗弁を提出する場合にも同様に妥当するものであり、このことは右抗弁が控訴審の段階で初めて主張され、両事件が併合審理された場合についても同様である。」

この判決において、最高裁は、訴え先行型において別訴の訴求債権を自働債権とする相殺の抗弁について、一般的に民訴法142条の類推適用を認め許さないという立場を明らかにしたものと評価されている<sup>2)</sup>。後述の裁判例も、まずこの判決を引用しているので、リーディングケースとしての地位は依然として保っているものと考えられる。

## [2] 最判平成10年6月30日民集52巻4号1225頁<sup>3)</sup>

この判決は、一部請求訴訟を提起している原告が、その被告が提起した別訴において訴求部分以外の残部債権によって相殺の抗弁を主張することが民訴法142条に触れるかという問題を取り扱ったものである。

### [事実関係]

XとYは父母の死亡により本件土地建物を相続

し、遺産については持分割合2分の1ずつの共有の状況が成立していた。ところが、Xは、遺産分割協議の結果、本件土地建物が自らの単独所有になったと主張し、Yの共有持分について処分禁止の仮処分を申請し、その執行を行ったが、Yの保全異議に基づきこの仮処分は取り消され、本案訴訟でも敗訴した。

その後、Xは、被告が負担すべき部分も含めて、本件土地建物に関する相続税などをすべて支払ったので、Yが本来負担すべき部分を不当利得として支払うように求める本件訴訟を提起した。

この訴訟において、Yは、Xの不当な仮処分は不法行為に該当するとして、それによってこうむった損害の賠償請求権（不当な仮処分により適時に共有持分権を処分できなかったことによる損害の一部〔別訴の訴求部分の残部〕と弁護士報酬相当額）を自働債権とする相殺の抗弁を主張した。なお、Xはこの自働債権のとなる損害賠償請求権のうち一部（不当な仮処分により適時に共有持分権を処分できなかったことによる損害の一部）については別訴を提起していた。

### [判旨]

「係属中の別訴において訴訟物となっている債権を自働債権として他の訴訟において相殺の抗弁を主張することは許されないとした最高裁平成3年12月17日第三小法廷判決・民集45巻9号1435頁の趣旨に照らせば、(1)前記違法仮処分により売買代金が低落したことによる損害賠償請求権のうち4000万円を超える部分を自働債権とする相殺の主張、及び、(2)弁護士報酬相当額の損害賠償請求権を自働債権とする相殺の主張は許されないと原審の判断は、以下の理由で是認できない。

民訴法231条（現142条）が係属中の事件について重複して訴えを提起することを禁じているのは、

2) 平成3年判決は、控訴審で両事件が併合審理されており、一般的には矛盾判断および重複審理という点で弊害がまずないと考えられるケースであったが、最高裁はその場合でも142条の類推適用があるとした。河野信夫「判例解説」法書時報45巻12号516頁参照。  
3) この判決についての評釈としては、高橋宏志「判例批評」リマックス19号127頁、越山和広・法学教室219号、坂田宏・民商121巻1号、上野泰男・ジュリスト臨時増刊1157号122頁、三木浩一・別冊ジュリスト169号96頁などがある。

審理の重複による無駄を避けるとともに、同一の請求について異なる判決がされ、既判力の矛盾抵触が生ずることを防止する点にある。そうすると、自働債権の成立又は不成立の判断が相殺をもって対抗した額について既判力を有する相殺の抗弁についても、その趣旨を及ぼすべきことは当然であって、既に係属中の別訴において訴訟物となっている債権を自働債権として他の訴訟において相殺の抗弁を主張することは許されない（前記平成3年12月17日第3小法廷判決参照）。

しかしながら、一個の債権の一部であっても、そのことを明示して訴えが提起された場合、訴訟物となるのは右債権のうち当該一部のみに限られ、その確定判決の既判力も右一部のみについて生じ、残部の債権には及ばない（最高裁昭和35年（オ）第395号同37年8月10日第2小法廷判決・民集16巻8号1720頁参照）。この理は相殺の抗弁についても同様に当てはまり、一個の債権の一部をもってする相殺の主張も、それ自体は当然に許容される。

もっとも、一個の債権が訴訟上分割して行使されると、実質的な争点が共通であるため、ある程度審理の重複が生じ、応訴を強いられる被告や裁判所に少なからぬ負担をかける上、債権の一部と残部とで異なる判決がされ、事実上の判断の抵触が生ずる可能性もある。そうすると、一個の債権の一部について訴えの提起ないし相殺の主張を許容した場合に、その残部について、訴えを提起し、あるいは、これをもって他の債権との相殺を主張することができるかについては、別途に検討が必要であり、残部請求等が当然に許容されることになるわけではない。

しかし、相殺の抗弁は、訴えの提起とは異なり、相手方の提訴を契機として防御の手段として提出されること、相手方の訴求する債権と簡易迅速かつ確実な決済を図るといった機能を有することを考慮すれば、一個の債権の（別訴の訴求部分以外の）残部をもって他の債権との相殺を主張することは、債権の発生事由、一部請求がされるに至った経緯、その後の審理経過等にかんがみ、債権の分割行使による相

殺の主張が訴訟上の権利の濫用に当たるなど特段の事情の存する場合を除いて、正当な防御権の行使として許容されるものと解すべきである。

したがって、一個の債権の一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴えが提起された場合において、当該債権の残部を自働債権として他の訴訟において相殺の抗弁を主張することは、債権の分割行使をすることが訴訟上の権利の濫用に当たるなど特段の事情の存しない限り、許されるものと解するのが相当である。

そこで、本件について右特段の事情が存するか否かを見ると、Yは、係属中の別件訴訟において一部請求をしている債権の残部を自働債権として、本件訴訟において相殺の抗弁を主張するものである。そして、相殺の自働債権である弁護士報酬相当額の損害賠償請求権と、別件訴訟の訴求債権とはいずれも違法仮処分に基づく損害賠償請求権という一個の債権の一部を構成するものではあるが、単に数量的な一部ではなく、実質的な発生事由を異にする別種の損害というべきものである。そして、他に、本件において、右弁護士報酬相当額の損害賠償請求権を自働債権とする相殺の主張が訴訟上の権利の濫用に当たるなど特段の事情も存しないから、右相殺の抗弁を主張することは許されるものと解するのが相当である。」

確かに、最高裁が指摘するように、明示の一部請求の訴訟物は1個の債権の訴求部分に限定されるといふ確立した判例の立場からすれば、明示の一部請求である別訴の訴求債権のうち非訴求部分をもってする相殺の抗弁は、かりにその当否について実質的な判断がなされ、民訴法114条2項により既判力が生じたとしても、非訴求部分は別訴の訴訟物でない以上、その終局判決に発生する既判力の対象とはならず、したがって既判力の抵触が生じることはない。その意味で、平成3年判決の理論的な枠組みの中でも、この判決のような結論を導く余地は十分にあった<sup>4)</sup>。

ただし、この判決の直前に出された最（2小）判平成10年6月12日民集52巻4号1147頁が明らかにした、「金銭債権の数量的一部請求訴訟で敗訴した原告が残部請求の訴えを提起することは、特段の事情がない限り、信義則に反して許されない」との立場との関係が問題になる。もし債権自体の不存在を理由に別訴の一部請求が（一部でも）棄却されると、残額債権については事実上存在しないという判断に拘束されるのであるから、もし相殺の抗弁に関して残額債権の存在を認める判断（正確には残額債務の存在を認めた上で、相殺によって対当額で消滅したという判断）がなされると、実質的な矛盾が生じる可能性があった。

この点については、平成10年6月30日最判の事案では、自働債権として主張された一部請求の残部債権（不法行為による損害賠償請求権）には、①共有持分権を正常価格で売却することができなかったことによる損害と②仮処分取消しのために弁護士を雇わざるを得なくなったことに伴う損害（弁護士報酬相当額）が含まれていた。このうち②の損害費目については別訴の訴求対象からはずされていたために、本件訴訟の判決の中で相殺の自働債権としての実質的な判断を示し、既判力が発生したとしても、別訴ですでに実質的に審理の対象になっていたという事実に基づく信義則による遮断の対象にはならないので矛盾判断が生じる可能性はないと判断されたものと考えることができた（この点については、園田裁判官の補足意見を参照<sup>5)</sup>）。

もっとも、最高裁は、相殺の防御的性格や実体法上の簡易決済機能を理由にあげて残部債権による訴訟上の相殺を認めているが、相殺の有する右のような性格よりも重複審理や既判力の矛盾が生じる可能性を重視し、別訴の訴求債権による相殺を全面的に否定した平成3年の最判との理論的な整合性も問題

視された<sup>6)</sup>。

いずれにしても、[2] 判決が平成3年判決による別訴の訴求債権を自働債権とする相殺の抗弁は142条に触れるという原則的な立場の正当性を改めて問い直すきっかけを与えたことは間違いない。

### [3] 最（2小）判平成18年4月14日民集60巻4号1497頁

反訴原告（本訴被告）が反訴請求債権を自働債権とし本訴請求債権を受働債権とする相殺の抗弁を主張したときに、本請求に関する理由の中で相殺の抗弁について実質的な判断がされる場合には、もし反訴請求に関する主文において反訴請求債権について判断が示されることになると、二つの判決で既判力が生じることになるが、それは142条の趣旨に反するかという問題を取り扱ったはじめての最高裁判決である<sup>7)</sup>。また、この評釈が対象とする平成27年判決も、本訴・反訴が併合請求されている事案を対象にしているのも、最も密接に関連するものといえる。

#### [事実関係]

1990年2月28日、Xは建築業者Aとの間で賃貸用マンション新築工事請負契約を締結した（請負代金額は3億0900万円）。その後、Xは、設計変更による追加工事をAに発注した。Aは、1991年3月31日までに本件工事を完成させ、完成した建物（以下「本件建物」）をXに引渡した。

1993年12月3日、XはAに対し、本件建物に瑕疵があり、瑕疵修補に代わる損害賠償ないし不当利得の額は5304万0440円であると主張し、同額の金員及びこれに対する完成引渡日の翌日である1994年1月26日から支払済みまで商事法定利率年6分の割合による遅延損害金の支払を求める本訴を提起した。

4) 越山和広「判例解説」法教219号128頁。

5) 八田卓也「別訴で一部請求をしている債権の残部を自働債権とする相殺の抗弁」法セ549号（2000年）109頁。

6) 上野泰男・ジュリ1157号122頁、高橋宏志・リマークス10号（2000年）131頁。

7) 和田吉弘「反訴請求債権による本訴請求債権との相殺」法セ621号（2006年）112頁。

第1審係属中の1994年1月21日、AはXに対し、本件請負契約に基づく請負残代金額(2418万円)と、これに対する1991年4月1日から支払済みまで商事法定利率年6分の割合による遅延損害金の支払を求める反訴を提起し、反訴状は、1994年1月25日、Xに送達された。

裁判所の認定によれば、本件請負契約に基づく請負残代金の額は、1820万5645円である。他方、本件建物には瑕疵が存在し、それによりXが被った損害の額は、2474万9798円である。

2001年4月13日、Aは死亡し、その相続人であるY<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>がAの訴訟上の地位を承継した。Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>の法定相続分は、それぞれ2分の1である。

Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>は、2002年3月8日の第1審口頭弁論期日において、Xに対し、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>がそれぞれ相続によって取得した反訴請求に係る請負残代金債権を自働債権とし、XのY<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>それぞれに対する本訴請求に係る瑕疵修補に代わる損害賠償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(以下「本件相殺」という。)、これを本訴請求についての抗弁として主張した。

原審は、(第一審と同じよう)相殺の抗弁の適法性については一切触れずに、Xの本訴請求につき、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>それぞれに対して327万2076円及びこれに対する反訴状送達の日翌日である1994年1月26日から支払済みまで年6分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で認容し、その余を棄却し、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>の反訴請求をいずれも棄却した。

Y<sub>1</sub>らが上告受理の申立てを行った。

[判旨](相殺の抗弁に関する部分だけ取り上げる)

反訴提起後に、反訴請求債権を自働債権とし、本訴請求債権を受働債権として対当額で相殺するという本件相殺と本件反訴との関係について判断する。

係属中の別訴において訴訟物となっている債権を自働債権として他の訴訟において相殺の抗弁を主張することは、重複起訴を禁じた民訴法142条の趣旨

に反し、許されない(最高裁昭和62年(オ)第1385号平成3年12月17日第三小法廷判決・民集45巻9号1435頁)。しかし、本訴及び反訴が係属中に、反訴請求債権を自働債権とし、本訴請求債権を受働債権として相殺の抗弁を主張することは禁じられないと解するのが相当である。この場合は、反訴原告が異なる意思表示をしない限り、反訴は、反訴請求債権につき本訴において相殺の自働債権として既判力ある判断が示された場合にはその部分については反訴請求としない趣旨の予備的反訴に変更されることになるものと解するのが相当であり、このように解すれば、重複起訴の問題は生じないからである。そして、上記の訴えの変更は、本訴、反訴を通じた審判の対象に変更を生ずるものではなく、反訴被告の利益を損なうものでもないから、書面によることを要せず、反訴被告の同意も要しない。

なお、反訴請求については、本訴請求において、反訴請求債権の全額について相殺の自働債権として既判力のある判断が示されているので、判断を示す必要がない。」

最高裁が反訴債権を自働債権とする本訴債権との相殺の抗弁は142条に違反しないとした結論について異論は見られない。しかし、こうした相殺の抗弁が主張された途端に単純反訴が解除条件付反訴に変更されるという極めて技巧的な解釈を使った点について批判が強い<sup>8)</sup>。

本訴でも反訴でも、訴え提起に条件をつけることは原則として許されない。もっとも、本訴請求が(一部でも)認容される場合にのみ反訴請求について審理・判決を求めるという予備的反訴(反訴の訴訟係属について、本訴請求の棄却ないし訴えの却下を解除条件とする反訴)は、本訴と反訴の弁論を分離してはいけないという点で裁判所が拘束されるため、審理の過程において条件が成就するか否かが明確になり、手続を不安定にするおそれがないので適

8) 和田・前出、三木浩一「判例解説」ジュリ1332号(2007年)128頁、二羽和彦「判例批評」リマックス35号(2008年)115頁。

法であると考えられている。この予備的反訴にならって、最高裁は、反訴請求債権を自働債権とし、本訴請求債権を受働債権とする相殺の抗弁について本訴請求に関する判決理由の中で実質的な判断を示すときには、(本訴請求債権に対抗した対当額の限度において) 既判力が発生する可能性があり、もし反訴請求に関する請求をそのまま維持すると、全部か一部かはともかく、同一債権について本訴請求に関する判決と本訴請求に関する判決という二つの判決で既判力ある判断がなされることになるので、これを回避するためには、本訴請求に関する判決理由中で示される判断の対象になる反訴請求債権の部分については、反訴請求に対する判決の中では判断を求めないという結論を達成するために、こうした法律構成を採用したのである。

この理解が正しいのであれば、本訴・反訴の審理・判決が分離されないという前提をとっているので、142条の制度趣旨とされている重複審理による訴訟経済上の不利益や既判力の抵触といった点ではまったく問題がないにもかかわらず、単に同一の判決書で示される複数の請求に対する判決の中で重複して判断が示されることだけを回避することだけを目的として142条の類推適用が議論されていることになる<sup>9)</sup>。

しかも、通常予備的反訴は、本訴請求の却下または棄却を解除条件とする反訴を意味すると考えられているが、この事案では、本訴が訴え却下になったり、本訴請求債権のそもそもの不存在を理由に請求棄却になったりするときには、反訴請求債権による相殺に関する判断は示されず、反訴に関する判決という形で反訴請求債権に関する判断が示される形になる。そのうえ、本訴請求に理由があるときには、自働債権の額が本訴請求債権の額を下回るため、相殺によって反訴請求債権が完全に消滅する結果、そ

の消滅については本訴請求に関する判決理由中で既判力の生じる判断が示されることになるので、反訴請求については訴訟係属が消滅し判断を示す必要がなくなる場合を除き、相殺に関する判断と反訴とが並行するという特殊な予備的反訴である。

そのうえ、平成18年判決で最高裁が予備的反訴に変更しなければ相殺の抗弁は不適法になると考えられるが<sup>10)</sup>、この判決が出されるまではそうした点について誰も言及していなかった(現に18年判決の第一審・控訴審ともにこの点については一切言及せず、相殺の抗弁の適法性を前提にしていた)のであるから、反訴債権による相殺の抗弁を持ち出した当事者(本诉被告・反訴原告)が単純反訴から予備的反訴に変更するという意思をもっていなかったことは明らかである。そうだとすると、反訴請求債権による相殺の抗弁が主張されたときは、単純反訴から予備的反訴への訴えの変更がなされたものとするという最高裁の取扱いは、当事者に申立てなどに関する決定権を認めている処分権主義に反するのではないかの疑問が禁じえない<sup>11)</sup>。

最高裁は、弁論が併合されていても(その後の審理の過程で分離される可能性がある以上)別訴の請求債権による相殺の抗弁は142条の趣旨に触れると明言していた平成3年判決との整合性を維持することを念頭に置き、単純反訴とは異なり審理・判決の分離が許されない予備的反訴という制度を利用すれば平成3年判決が指摘した弊害を回避できるため、こうした不自然とでもいうべき技巧的な解釈を示したのではないかと指摘されているが、多くの論者が強調しているように、単純反訴であっても反訴請求債権による相殺の抗弁が持ち出されたときは弁論・判決の分離を禁止することで対処することが十分に可能であった。

9) 河野正憲教授は、この最高裁の狙いの正当性を強調され、18年判決の立場を強く支持されている(同「反訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁」判タ1311号(2010年)5頁以下)。

10) 増森珠美・最高裁判所判例解説民事篇平成18年533頁。

11) 松本=上野・民事訴訟法(第8版)357頁。

いずれにしても、平成3年判決の射程がこの判決によってまた一段と狭くなったことは明らかであったが、さらにこの判決が採用した考え方は別の問題をもたらした。すなわち、反訴請求債権を自動債権とする相殺の場合は、その妥当性はともかく、単純反訴を予備的反訴に読み替えるという解釈論で対処することができたが、本訴原告が反訴において本訴請求債権を自動債権とする相殺の抗弁を主張することは、本訴に解除条件をつけることは認められていないため、18年の最高裁判決の理論では正当化されないのではないかという疑問が生じたのである。平成18年の最高裁判決について調査官として解説を書かれた増森珠美判事も、「本訴請求債権を自動債権として相殺の抗弁を主張する場合には、同一の訴訟物が本訴と半そで重複して審判対象になっている（二重起訴）とも考えられるし、本訴と反訴の弁論が分離されて別々に審理判断され、その結果既判力が抵触する可能性は否定できない」とされていた（注10参照）。

しかし、このように本訴原告と反訴原告とで相殺の抗弁の適法性を正反対に判断するという取扱いについては、①本訴原告の相殺の有する担保的機能に対する期待を無視する議論であり、しかも、②当事者のいずれが先に訴えを提起したかによって、自らの債権による相殺の可能性が左右されるという非常におかしな状況が生まれることになり、明らかに均衡を失しているとの批判が加えられていた<sup>12)</sup>。

そして、この均衡を失することになるという危惧は、次に紹介する下級審の裁判例で現実のものとなった。

#### [4] 大阪地判平成18年7月7日判タ1248号314頁 [事実関係]

X（本訴原告・反訴被告=Y<sub>1</sub>の兄弟と従兄弟によって構成された個人商店が法人成りした有限会社。兄弟間での紛争がこの訴訟の根底にある）が、(a)Xの代表取締役であったY<sub>1</sub>（本訴被告・反訴原告）に対して、①主的に金銭預託契約に基づく寄託金返還請求権または同契約の解除に基づく不当利得返還請求権に基づき、②予備的に、取締役との間の委任関係の基づく金銭の引渡し請求権または取締役の辞任（=委任関係の終了）に基づく不当利得返還請求権に基づき、8億5000万円あまりのうち2億円とこれに対する遅延損害金の支払いを、(b)Y<sub>1</sub>およびY<sub>2</sub>（Y<sub>1</sub>の配偶者、本訴被告）に対し、横領の共同不法行為に基づく賠償請求として、連帯して4900万円あまりのうち4500万円と遅延損害金の支払いを求める訴えを提起した。

これに対して、Y<sub>1</sub>はXに対して、①取締役の報酬合計53万円あまり、②土地の賃料16万円あまり、③貸付金元金150万円および、①ないし③の遅延損害金の支払いを求める反訴を提起した。

反訴請求債権に対して、Xは本訴請求債権を自動債権とする相殺の抗弁を主張した。当事者間では、この相殺の抗弁の適法性は問題になっていなかったが、裁判所が職権で取り上げて以下のような判断を示した。

#### [判旨]

##### 「相殺の抗弁について

係属中の別訴において訴訟物となっている債権を自動債権として他の訴訟において相殺の抗弁を主張することは、両事件が併合審理された後においても、重複起訴を禁止した民訴法142条の趣旨に反し、許

12) 松本=上野・前掲書357頁。この点について、増森判事は、「もともと本訴被告は、本訴原告からの請求に相殺で対抗するか反訴を提起するかを自由に選択しうる立場にあり、また相殺の抗弁を主張したとしてもこれについて判断されとは限らないのに対し、本訴原告は、自ら進んで訴えを提起したのであるから、その訴えの中で自己の権利主張をすれば足りることも考えられる。本訴請求についてはその訴えの中で必ず判断が示されるのであり、本訴原告はその中で自己の権利を訴訟上主張する機会を有するのであるから、少なくとも訴訟法上は権利行使の均衡を失すとはいえないであろう」と反論されているが、本訴原告としては反訴請求が認容されたときに、強制執行を回避するために本訴請求債権による相殺を異議事由として請求異議の訴え（民執35条）を提起しなければならなくなり、しかも請求異議訴訟の提起によって強制執行が自動的に停止されるわけではないという不利益をこうむることになる。



されない（最高裁平成3年12月17日第三小法廷判決・民集45巻9号1435頁参照）。そして、民訴法142条が重複起訴を禁止する趣旨にかんがみると、本訴及び反訴が係属中に、本訴請求債権を自働債権とし、反訴請求債権を受働債権として相殺の抗弁を主張することも、同様に許されないと解すべきである。

もっとも、本訴及び反訴が係属中に、反訴請求債権を自働債権とし、本訴請求債権を受働債権として相殺の抗弁を主張することは禁じられない（最高裁平成18年4月14日第二小法廷判決・民集60巻4号登載予定参照）が、この場合は、反訴原告が異なる意思表示をしない限り、反訴は、反訴請求債権につき本訴において相殺の自働債権として既判力ある判断が示された場合にはその部分については反訴請求としない趣旨の予備的反訴に変更されることになるものと解することができ、このように解すれば、重複起訴の問題は生じないことになるからである。

これに対し、本訴及び反訴が係属中に、本訴請求債権を自働債権とし、反訴請求債権を受働債権とし相殺の抗弁を主張する場合は、重複起訴の問題が生じないようにするためには、本訴について、本訴請求債権につき反訴において相殺の自働債権として既判力ある判断が示された場合にはその部分については本訴請求としない趣旨の条件付き訴えの取下げがされことになるとみるほかないが、本訴の取下げにこのような条件を付すことは、性質上許されないと解すべきである。

以上のとおり、本訴及び反訴が係属中に、本訴請求債権を自働債権とし、反訴請求債権を受働債権として相殺の抗弁を主張することは許されないと解すべきである。

本件の審理経過等にかんがみると、原告は、反訴請求債権の成立が認められた場合には、本訴請求債権を自働債権として反訴請求債権とその対当額にお

いて相殺した上、本訴請求債権のうち相殺により消滅しなかった部分を請求する趣旨で相殺の抗弁を主張したものと解するのが合理的である。このことに加えて、原告の相殺の主張に係る自働債権は、本訴請求債権の一部を構成するものであり、しかも、本訴請求債権と実質的な発生事由を同じくするものであることにかんがみると、本件事実関係の下においては、原告の相殺の抗弁の主張は許されないものというべきである。」

この事件では、Xが主張した自働債権には一部請求された訴求債権の残部が含まれているので、前述の平成10年判決とも関係してくる（平成10年判決の事案と異なり、残部債権は訴求債権とその発生原因事実を共通するものであり、平成10年判決のいう特段の事情により相殺の抗弁が却下される可能性があるという指摘がなされている<sup>13)</sup>）が、この判決は、民訴法142条の趣旨について平成18年の最高裁判決が示した理論に忠実に解釈したものと評価が可能であろう。ただし、すでに指摘したようにその結論について問題があるのみならず、理論的にも大いに疑問があった<sup>14)</sup>。

### 3 学説の状況

少し前までは、相殺はあくまで抗弁であって、主張されたとしても訴訟係属を発生させるわけではないこと、相殺の抗弁については審理順序の強制があるため、別訴において実際に取り上げられるかどうかは最後まで分からないことを考えると、重複審理および既判力抵触の危険があるといっても不確実なものであるとして、訴求債権を別の訴訟で相殺の抗弁の反対債権にすることは許されるという見解が通説の地位を占めていた<sup>15)</sup>。しかし、最高裁が平成30年判決で142条の類推適用を認める見解をとることを明らかにしてからは、反対に重複起訴禁止に触れ

13) 我妻学「本訴請求債権を自働債権とし反訴請求債権を受働債権とする相殺の抗弁を認めなかった判例」リマークス37号（2009年）119頁。

14) 和田吉弘「本訴請求債権による反訴請求債権との相殺」法セミ637号（2008年）117頁、我妻・前掲。

るという見解の支持者が多くなってきた<sup>16)</sup>。

また、訴え先行型と抗弁先行型とを区別し、前者の場合は先行訴訟の原告債権者に訴求債権による相殺の抗弁を主張することを後行訴訟で容認しなければ、相殺の担保的機能に対する期待が実現されないことになる（先行訴訟の原告は訴えを取り下げなければ、後行訴訟で訴求債権による相殺の抗弁を主張できないことになるが、訴えの取上げには被告の同意が必要である〔民訴261条2項〕から、被告が同意しなければ相殺の抗弁を主張できなくなるからである。）が、抗弁先行型では、そもそも先行訴訟の被告はその訴訟において相殺の抗弁を主張した以上は、別訴で相殺の自働債権を訴求すべきではない、抗弁に関連させて反訴を提起することで十分であるとする見解も有力に主張されている<sup>17)</sup>。

もっとも、訴え先行型で判例と同じように別訴における相殺の抗弁を不適法視する論者の中でも、本訴・反訴のように二つの事件が併合審理されている場合には、重複審理および既判力矛盾の可能性はないので、142条の類推適用は問題にならないとする立場が有力である<sup>18)</sup>。その意味で、平成18年の最判の結論部分については当然という受け止めがなされていたが、単純反訴から予備的反訴への（一種の強制的な）変更という理論構成に違和感が強かったことは前述のとおりである。

#### 4 平成27年判決の評価

平成18年の最高裁判決を受けて、裁判例〔4〕の

ように下級審の裁判例では、本訴提起後に反訴を提起された原告が、本訴請求債権を自働債権として反訴請求債権に対する相殺の抗弁を主張することは142条の類推適用により不適法であるとの判断を示すものがあつた。ところが、最高裁は、平成27年判決においてこうした相殺の抗弁は民訴法142条に触れないことを明確に認めた。

本件本訴原告が主張した相殺の抗弁は、「(被告が主張する時効消滅の抗弁が認められるならば、)時効消滅した本訴請求債権を自働債権とし、反訴請求債権を受働債権として対当額で相殺する」というものであつた。時効消滅した本訴請求債権での相殺の抗弁を認めなかったときに、どのような事態が生じるのか、確認しておこう。消滅時効の完成が認定されると、本訴請求債権に基づく請求は棄却されることになる。ここで注意が必要なことは、相殺の抗弁の場合とは異なり、裁判所はまず訴求債権の発生を確認しなければ、時効消滅の判断をしてはいけないといった審理順序の拘束を受けていないことである。裁判所としては、債権の発生原因事実の存在を確認しなくても、消滅時効の完成が認められるときには、直ちに請求棄却の判決を言い渡してよい。そして、この請求棄却判決が確定すると、事実審口頭弁論終結時において原告が主張した、訴求力・掴取力のある債権が存在しないと判断に既判力が発生する。時効によって訴求力・掴取力はなくなったが、債権自体は存在するとの判断に既判力が生じるわけではない<sup>19)</sup>。

15) 三ヶ月章・民事訴訟法（1959年 有斐閣）125頁、中野貞一郎「相殺の抗弁」同『訴訟関係と訴訟行為』（1966年 弘文堂）120頁、同「一部請求論の展開」判タ1006号（1999年）4頁（その後、同『民事訴訟法の論点II』に所収）、兼子一ほか・条解民事訴訟法（第2版）（2011年 弘文堂）822頁（竹下守夫＝上原敏夫）など。

16) 小山昇「民訴判例漫策」（1982年 判例タイムズ社）171頁、斉藤秀夫＝小室直人ほか編・注解民事訴訟法〔第2版〕（6）276頁、河野正憲・当事者行為の法的構造（1988年 有斐閣）75頁、梅本吉彦「相殺の抗弁と二重起訴の禁止」新実務民事訴訟講座I（1981年 日本評論社）381頁、同・民事訴訟法（第4版）（2009年 信山社）275頁、伊藤眞・民事訴訟法（第4版補訂版）（2014年 有斐閣）222頁、秋山ほか・コンメンタール民事訴訟法Ⅲ（2008年 日本評論社）172頁、小島武司・民事訴訟法（2013年 有斐閣292頁）など。

17) 高橋宏志・重点講義民事訴訟法〔上〕（第2版補訂版）（2013年 有斐閣）143頁、中野貞一郎＝酒井一「判例批評」民商107巻2号255頁など。

18) たとえば、小島・前掲書297頁。

19) この状況は、期限未到来を理由に請求が棄却された場合と同じように考えることができる。期限未到来を理由に請求を棄却した判決の効力については、高橋・前掲書（注16）603頁以下を参照。

そうすると、本訴原告としては、反訴請求が認容され、その判決確定したなら、その判決に基づく強制執行を防ぐために、改めて時効消滅した本訴請求債権による相殺を主張し、請求異議の訴えなどを提起しなければならないが、前訴の請求棄却判決は消滅時効によってある訴求力などは失ったものの、自動債権としては主張することができる債権の存在自体については既判力を及ぼさないのであるから、あらためて最初から債権の成立について主張・立証を尽くさなければならなくなる。請求異議の訴えの提起によって自動的に強制執行が停止されるわけでもないことを考えるならば、本訴原告に生じる不利益は相当に大きいものとなろう。その意味でも、最高裁が本訴原告による相殺の抗弁を許容した結論には賛成すべきである。

次に、(X・Y間の取引が一連のものとは認められず、時期を基準に第1取引、第2取引に分けられたので、第1取引に関連する過払金返還請求権だけを対象にするなら)最高裁の見解に従うと、反訴請求に関する理由中の判断で時効消滅した過払金返還請求権(本訴請求債権)の金額を確定し、そして時効消滅前に相殺適状にあったことを認定した上で相殺の効果の発生を認め、その金額に相当する部分は反訴請求債権も消滅するという順番で結論を導き、本訴請求についても、反訴請求債権との相殺による本訴請求債権の消滅を理由とする請求棄却の判決をすることになる。

もし平成18年最高裁判決が、反訴請求についての主文と本訴請求の判決理由の中で重複して、(相殺によって消滅する自動債権である)反訴請求債権不存在という点で既判力の生じる判断を示すことを回避しなければ142条の趣旨に反するので、単純反訴が予備的反訴に変更されるという方策を採ったと理解するならば、平成27年判決はそれとは異なる立場をとったということになる。

この点について、最高裁は、「本訴の訴訟物となっ

ている債権の全部または一部が時効により消滅したと判断される場合は、その判断を前提に、同時に審判される反訴において、当該債権のうち時効により消滅した部分を自動債権とする相殺の抗弁につき判断をしても、当該債権の存否に係る本訴における判断と矛盾抵触することはなく、審理が重複することもない。」と明確に述べているので、平成18年判決との関係が気になるところである。本訴・反訴が同一手続で審理・判決される限り、本訴請求債権を自動債権とする相殺の抗弁が主張されようと、反訴請求債権を自動債権とする相殺の抗弁が主張されようとも、本訴請求に関する判決と反訴請求に関する判決とで矛盾する判断が示される可能性がないという点でも、また審理の重複を招く点がないという点でも、事情は異ならないからなおさらである。

そもそも本訴・反訴という同一手続での審理・判決が想定されている事案で、本訴原告が本訴請求債権による相殺を主張したか、あるいは反訴原告が反訴請求債権による相殺を主張したときには、そもそも弁論の分離は許されないものとして、本訴請求・反訴請求に関する判決での矛盾判断を回避する方策さえ講じておけば、142条の類推適用は問題にならないと考えるべきであろう。平成18年判決に関する調査官解説では、単純反訴の場合は本訴請求と反訴請求の審理・判決が分離されないという保障がないので、単純反訴を維持すると反訴原告による反訴請求債権に基づく相殺の抗弁は不適法になる旨主張されている(その理由としては、同一債権について本訴請求に関する判決と反訴請求に関する判決で既判力ある判断が示されると重複起訴になるということが指摘されている)<sup>20)</sup>が、平成27年判決ではその点について言及されていない。そうだとすれば、平成18年判決の事案のようなケースでも、今後は反訴請求債権による相殺の抗弁が主張された途端に単純反訴を予備的反訴に変更するという解釈を取る必要はなくなる。

20) 増森・前出(注10)532頁。

いずれにしても、本訴・反訴が併合審理されている状態で、当事者の一方が自らの訴求債権を自働債権とする相殺の抗弁を主張したときは、原則として（その相殺の抗弁の主張が明らかに訴訟遅延を狙ったものであるといった例外的な場合を除き）弁論および判決の分離は許されず、同一手続での矛盾のない判決が保障されるならば、142条の適用を問題にする必要はなくなったと考えられる。