

相殺の抗弁と重複起訴の禁止 ——判例の分析を中心に——

甲南大学法科大学院教授 宮川 聡

はじめに

本稿で取り上げる、別訴の訴求債権を自働債権とする相殺の抗弁が民事訴訟法142条の定める重複起訴の禁止の趣旨に触れるかという問題は、かなり昔から議論されてきた。別訴では訴求債権の存否とその内容などについては、判決主文で判断が示され、判決の確定とともに既判力が生じることになる（民訴114条1項）。また、同じ債権が相殺の抗弁の自働債権として主張されているため、相殺の抗弁が裁判所によって取り上げられ、実質的な判断が示されたときには¹⁾、判決理由中でその判断が示されるにもかかわらず、例外として既判力の対象になるため（民訴114条2項）、矛盾判断が生じる危険性、同一債権が複数の手続で審理されるため訴訟経済上の不利益が生じることなどが民事訴訟法142条の定める重複起訴禁止の趣旨に反するのではないかと考えられるからである²⁾。

後に紹介する最判平成3年12月17日・民集45巻9号1435頁が出されて以来、この問題をめぐる議論が熱を帯び、様々な見解が主張されるようになった。

また、判例も平成3年の最高裁判決が、別訴の訴求債権を自働債権とする相殺の抗弁は民事訴訟法142条の趣旨に反し、不適法であるとの基本的な立場を明らかにしたものの、その後の判例の流れを見ると、どうもその例外とされるケースが増えてきており、先例としての意義を再検討しなければならない時期が到来しているように思われる。

比較的最近、このテーマについては、若手研究者によって、二本の論文が公刊されていることもあり³⁾、この小論を公にすることを躊躇する気持ちがなかったわけではないが、判例の分析を中心にしながら、先例的価値を有するとされている平成3年判決で明らかにされた最高裁の立場について、判決の中では一般的に適用されることを示唆する表現が依然としてされているものの、その適用範囲の限定を提案してみたい。

なお、別訴の訴求債権を自働債権とする相殺の抗弁と民訴法142条の問題については、相殺の抗弁が主張される前に自働債権を訴求債権とする別訴が先に係属していた場合（訴訟先行型）と相殺の抗弁が主張されたのちに自働債権を訴求債権とする訴えが係属するという（抗弁先行型）を分けて議論するの

- 1) 民事訴訟法114条2項の規定により、相殺の自働債権に関する判決理由中の判断に既判力が生じるのは、裁判所が相殺の抗弁について実質的に判断した場合に限られる。相殺適状にないとして相殺の抗弁がしりぞけられたときは、114条2項の適用はない。
- 2) 142条の定める重複起訴禁止の制度趣旨としては、①同一事件を二重で裁判所で審理・裁判することは、裁判所や当事者にとって時間・労力・費用を二重に使うことになり、訴訟経済に反すること（被告にとっては二重に応訴をしなければならない可能性が生じることも含まれる。）、②異なる裁判所で審理されるときには矛盾した判決が出される可能性があり、その結果紛争の解決に役立たなくなることがあることを指摘するのが一般的である。もっとも、実際に矛盾判決が出されることはほとんどないとして、同一事件について裁判所の労力が二重に費やされることを重要視する見解（三木浩一「民事訴訟における手続運営の理論」〔有斐閣 2013年〕の第4章「重複訴訟」、とくに338頁以下）もある。
- 3) 杉本和士「二重起訴禁止と相殺の抗弁の関係に関する判例の展開」加藤哲夫＝本間靖規＝高田昌宏編『現代民事手続の法理』上野泰男先生古稀祝賀論文集（弘文堂 2017年）227頁、堀清史「重複訴訟の制限と相殺の抗弁についての判例の考察」・山本克己＝笠井正俊＝山田文編『民事手続法の現代的課題と理論的解明』徳田和之先生古稀祝賀論文集（弘文堂 2017年）。

が一般的である⁴⁾が、このように二つの類型を分けて議論する必要あるかどうかについては、疑問がないわけではない⁵⁾。この点についても、のちに触れることにする。

I 学説の状況

1. 平成3年判決が登場するまでは、訴訟先行型であるか抗弁先行型であるかを問わず、別訴の訴求債権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するのが通説であった⁶⁾。相殺は抗弁にすぎないから、142条が問題にしているような同一事件について訴訟係属の競合という事態は生じないこと、弁済の抗弁や消滅時効の抗弁などは異なり、相殺の抗弁は、訴求債権が存在するとの結論に裁判所が至って初めて取り上げられるものである（すなわち審理順序の強制に服する）から、必ず審理判断の対象になるとは限らないこと、また相殺の抗弁を不適法として却下すると、一定金額の支払いを命じられた債務者は、債権者による強制執行に直面した段階で、相殺権行使の意思表示をしたうえで、相殺による執行債権の消滅を異議事由として請求異議の訴え（民執35条）を提起し執行手続の停止を求める（民執36条）必

要があるが⁷⁾、これでは実体法によって認められている相殺の簡易弁済機能や担保的機能を十分に実現できなくなるなどがその根拠としてあげられていた。

2. これに対して、別訴の訴求債権を自働債権とする相殺の抗弁について、抗弁先行型か訴訟先行型かを問わず、民訴法142条の趣旨に触れるため不適法であるとする見解も有力に主張されている⁸⁾。自働債権について114条1項に基づき生じる既判力と114条2項により生じる既判力とが衝突する可能性が常にあること、自働債権については二重に審理され、裁判所の時間が無駄に消費されることなどを理由にしている。
3. また、抗弁先行型と訴訟先行型とを区別し、前者においては相殺を主張する当事者が別訴を提起することは許さず、反訴提起に限定するという限度においてのみ142条の類推適用を認めるが、後者の場合は、すでに係属している訴訟で相殺の抗弁を主張している前訴被告が、その自働債権に基づき別訴を提起するという行動に問題がある（反訴提起をすべきである）として、前訴原告が被告となる後訴において前訴の訴求債権を自働債権とする相殺の抗弁を主張することは許されるべきであるとする見解⁹⁾（折衷説）¹⁰⁾も主張されている。

4) たとえば、高橋宏志・重点講義民事訴訟法 [上] 第2版補訂版（有斐閣 2013年）140頁以下。

5) 最高裁が取り扱った事案は訴訟先行型であり（ただし、後述の平成18年判決以降は別訴ではなく反訴が提起され、併合審理がなされている事案である。）、抗弁先行型の事件についてはまだその見解を明らかにしていない。抗弁先行型の事案では、本訴被告が相殺の抗弁を主張したのちに反訴として自働債権に基づく反訴を提起したり、あるいは本訴被告が反訴を提起したのちに本訴手続で反訴訴求債権を自働債権とし本訴訴求債権を受働債権とする相殺の抗弁を主張したりするケースが多く、これらの場合は同一手続で審理が行われ、142条の制度趣旨に反するような事態が生じにくいため、下級審の裁判例でも、ある時期までは、重複起訴の禁止により相殺の抗弁が不適法とされる例は少なかった。

6) 三ヶ月章・民事訴訟法（有斐閣 1959年）125頁、伊東乾「相殺の抗弁」演習民事訴訟法 [初版]（上）（青林書院 1973年）307頁、中野貞一郎「相殺の抗弁」同・民事訴訟法の論点Ⅱ 162頁（初出 判タ）、兼子＝松浦＝新堂＝竹下ほか・条解民事訴訟法 [第2版]（2001年 弘文堂）823・824頁 [竹下＝上原] など。

7) なお、自働債権を訴求債権とする訴訟がまだ係属しているならば、給付訴訟を全部または執行債権を消滅させるのに必要な限度において請求異議の訴えに変更する必要がある。

8) 斎藤＝西村＝小室＝林屋編・注解民事訴訟法 [第2版]（第一法規 1993年）(6)276頁 [斎藤秀夫＝加茂紀久男]、小山昇・民事訴訟法（5訂版）（1988年 青林書院）237頁、梅本吉彦「相殺の抗弁と二重起訴の禁止」鈴木＝三ヶ月編新実務民事訴訟講座(1)（1981年 日本評論社）381頁、河野正憲・当事者行為の法的構造（弘文堂 1988年）112頁など。

9) 高橋・前掲書 142頁以下。同旨、中野貞一郎＝酒井一・民商法雑誌 107号2号（1994年）255頁 [酒井担当]、中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編・新民事訴訟法講義（第2版補訂版）（有斐閣 2008年）167頁（堤龍弥）など。

10) なお、折衷説には、高橋説とは反対の結論を導く見解（流矢大士「二重起訴と相殺の抗弁」伊東乾先生古稀祝賀論文集「民事訴訟の理論と実践」（慶應通信 1991年））もある。

ただし、折衷説に対しては、「一般に（反訴による訴え提起の場合は別にして）、審理の重複と既判力の抵触を避ける必要は、並行する別訴と相殺のどちらが先に出てきたかによって決定的に変わることはない」という批判があり¹¹⁾、筆者もこれに賛同する。ただし、以下では、通例に従って、訴訟先行型と抗弁先行型の区別を前提に議論を紹介する。

II 判例の推移

最高裁が相殺の抗弁と民訴法142条の問題を取り上げたケースは、以下の6件である。

1. 最3小判昭和63年3月15日・民集42巻3号170頁（判例①）は、平成3年判決よりも前に最高裁がその見解を明らかにしているのであるが、事案の特殊性ゆえに先例としては認められていなかったものである。事実関係は以下の通りである。

不当解雇を理由に解雇無効確認訴訟などを提起していたYらが、地位保全の仮処分と賃金仮払いを命じる仮処分を得た。この仮処分に基づく強制執行により仮払金の支払いをYらが受けた後に、仮処分が控訴審において取り消されたため、仮処分債務者であるXがこの仮払金の返還請求訴訟を提起した。この訴訟では、そもそも仮処分が取り消されたときに債務者には仮払金の返還請求権が発生するのかが問題になったが、Yらは「本案訴訟で主張している賃金債権」を自働債権とし、Xが主張する仮払金返還請求権を受働債権とする相殺の抗弁を主張した（控訴審の口頭弁論終結の時点では、Y1らが提起した本案訴訟は第一審に係属中であった。）。

最高裁は、Xが仮払金返還請求権を有することを認めた上で、Yらの相殺の抗弁について、「本

件受働債権の給付請求権は、仮払い仮処分の取消という訴訟法上の事実に基づいて発生し、本来、民訴法198条2項の原状回復請求権に類するものであり、右のように別訴で現に訴求中の本件自働債権をもつてする上告人らの相殺の抗弁の提出を許容すべきものとすれば、右債権の存否につき審理が重複して訴訟上の不経済が生じ、本件受働債権の右性質をも没却することは避け難いばかりでなく、確定判決により本件自働債権の存否が判断されると、相殺をもつて対抗した額の不存在につき同法199条（現114条）2項による既判力を生じ、ひいては本件本案訴訟における別の裁判所の判断と抵触して法的安定性を害する可能性にもわかに否定することはできず、重複起訴の禁止を定めた同法231条（現142条）の法意に反することとなるし、他方、本件自働債権の性質及び右本案訴訟の経緯等に照らし、この債権の行使のため本案訴訟の追行に併せて本件訴訟での抗弁の提出をも許容しなければ上告人らにとつて酷に失するともいえないことなどに鑑みると、上告人らにおいて右相殺の抗弁を提出することは許されないものと解するのが相当である。」とした。

自働債権の性質、本案訴訟の経緯、仮払金返還請求訴訟において相殺の抗弁の主張を認めなくてもYらにとって酷に失することはないとわざわざ最高裁が付け加えていることからあり、最高裁自身もこの事案の特殊性を重視して相殺の抗弁の主張を認めなかったと評価されている¹²⁾。そのため、判例①は先例としての価値は認められなかった¹³⁾。

2. 最判平成3年12月17日民集・45巻9号1435頁（判例②）は、前述のように相殺の抗弁と民訴法142条の重複起訴の禁止の関係について基本的な立場を明確にした先例であると評価されている。ただ

11) 中野貞一郎「相殺の抗弁（下）」判タ893号（1996年）10頁（その後、同「民事訴訟法の論点I」に所収）。

12) 本判決の解説を担当された篠原勝美調査官も、「本判決は、……一般論を避け、抗弁後行型において相殺の抗弁を不許とする裁判例の体制に従いつつ、被告の利益ないし一種の訴訟上の信義則の見地も考慮し、相殺不許の結論を導いたものであろう。」とされている（最高裁判所判例解説民事編昭和63年141頁）。

し、この判決はあくまでも訴訟先行型（すでに係属している訴訟において訴訟物となっている債権を自働債権とし、他の訴訟手続の訴訟物たる債権と相殺する旨主張された場合）について、最高裁の立場を明らかにしたものであり、抗弁先行型もその対象にしているわけではないことに注意が必要である。この事件の事実関係は、以下の通りである。

Xは、Yに対し、両者間の継続的取引契約に基づくバトミントン用品の輸入原材料残代金等合計207万4476円及びこれに対する昭和55年10月7日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金の支払を求めて本訴を提起した。

これに対し、Yは、同60年3月11日の原審第11回口頭弁論期日において、Yを第一審原告、Xを第一審被告とする売買代金等請求控訴事件（本件原審と同一部で併合審理中であつた）において、Xに対して請求する売買代金1284万8060円及び内金1230万8060円に対する同54年7月14日から、内金54万円に対する同年9月26日から各支払済みまで年6分の割合による遅延損害金請求権をもって、本訴の訴訟物たるXのYに対する売買代金債権と対当額で相殺する旨の抗弁を提出した。

控訴裁判所は、併合された弁論を後に分離したものの、同一期日に言い渡された判決において、「民事訴訟法231（現142）条が二重訴訟を禁止する趣旨は、審理の重複による無駄を避けるための訴訟経済上の要請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が、相殺の抗弁が提出された自動債権の存在又は不存在の判断が相殺を以って対抗した額に

ついて既判力を有するとされていること（同法199〔現114〕条2項）、相殺の抗弁の場合にも自動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が、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についてのみならず、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動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といわなければならない。」として、Yの相殺の抗弁に民法231条の類推適用を認め、不法却下した。これに対して、Yが上告した。

最高裁は、判例①を引用しながら、「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許されないと解するのが相当である。」と結論を述べ、その理由として、「民法231条が重複起訴を禁止する理由は、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が、相殺の抗弁が提出された自動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〔現114条〕2項）、相殺の抗弁の場合にも自動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動債権として相

13) 判例①の評釈としては、小山昇・判タ676号（1988年）51頁、住吉博・民商法雑誌100巻3号（1989年）481頁、小笠原昭夫・ジュリスト935号（1989年）130頁、石川明・法学研究62巻3号（1989年）116頁、野村秀敏・判タ705号（1989年）15頁などがある。

判例①以前の下級審の裁判例については、前掲篠原解説137頁以下が詳しい。すでに係属中の訴訟の訴求債権を自動債権として別訴で相殺の抗弁を主張することは許さないが、係属中の訴訟で相殺の自動債権として主張した債権について別訴で訴求する場合には許されるとする例が多いとされている（ただし、自動債権を訴求債権として反訴を提起するケースの方が多くあり、相殺の抗弁というよりは別訴（反訴）提起の適法性が問題になっている）。

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。」と述べている。

この事件の控訴審では、YのXに対する別件訴訟と本件訴訟の弁論が併合され、同一裁判所で審理されていたのであるから、少なくとも矛盾判決が言い渡されたり、あるいは審理が重複したりするといった弊害はなかったにもかかわらず、控訴審もまた最高裁もYによる相殺の抗弁の主張は民訴法142条の趣旨に反すると結論づけている。

この点については、解説を担当された河野信夫調査官が、「控訴審において、両事件が併合審理され同一裁判所が同時に判決をする場合には、その審級における判断の抵触を避けることができるであろうが、しかし、両事件がその後の審級において必ず併合審理されるという保証はなく、ある審級における併合審理の一事をもって直ちに既判力の抵触が可能であるとは断言できないのである。」と説明されている¹⁴⁾。なお、本訴と同じ日に判決が言い渡されたが別訴判決についてはXが上告しなかったためそのまま確定したということである¹⁵⁾。

この判決において、少なくとも訴訟先行型の場合については、最高裁は別訴の訴求債権を自働債権とする相殺の抗弁を主張することは民訴法142条の趣旨に違反し、許されないという基本的な立場を明らかにしたと解されてきた¹⁶⁾。ただし、別訴の訴求債権を自働債権とする相殺の抗弁に民訴法142条の類推適用を認めることに全面的に反

対する論者からは、多くの批判が加えられたし、また同一手続で審理されていたにもかかわらず、弁論の分離がなされたという控訴審の取扱いについて疑問を示し、弁論が併合されていたときには矛盾判断・重複審理の弊害が生じないとする指摘がなされた¹⁷⁾。

3. 最2小判平成10年6月30日民集52巻4号1225頁(判例③)では、別訴が一部請求であるときに、その残額部分を自働債権として相殺の抗弁を主張することが民訴法142条に触れるか否かが問題になった。事実関係は以下の通りである。

Yは、平成2年6月5日、Xの申請した違法な仮処分により本件土地及び建物の持分各2分の1を通常取引価格より低い価格で売却することを余儀なくされ、その差額2億5260万円相当の損害を被ったと主張して、Xに対し、不法行為を理由として、内金4000万円の支払を求める別件訴訟を提起した。

一方、Xは、同年8月27日、Xが支払うべき相続税、固定資産税、水道料金等を立て替えて支払ったとして、Yに対し、1296万円余の不当利得返還を求める本件訴訟を提起した。

本件訴訟の第一審において、Yは、相続税立替分についての不当利得返還義務の存在を争うとともに、予備的に、前記違法仮処分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を主張した。第一審裁判所は、相殺の抗弁を認め、原告の請求を棄却する判決を言い渡した。これに対して、Xが控訴を提起した。

控訴審では、Yが前記相殺の主張に加えて、相続財産に含まれる預金及び現金に関する支払請求

14) 河野信夫・最高裁判例解説民事編平成3年516・517頁。

15) 河野・前掲書519頁(注4)。

16) 判例②の評釈としては、河野解説以外に、山本克己・ジュリスト1002号(1992年)121頁、高田昌宏・法学教室142号(1992年)98頁、中野=酒井・前掲、吉村徳重・私法判例リマックス6号・124頁、三木浩一・法学研究66巻3号131頁などがある。なお、三木教授の重複訴訟に関する基本的な考え方については、同・「民事訴訟における手続運営の理論」(有斐閣 2013年)を参照されたい。また、本稿で取り上げている「別訴の訴求債権を自働債権とする相殺の抗弁が民訴法142条の趣旨に反するか」という問題に関する教授の見解については、同書246頁～265頁に詳しい。

17) 前掲山本克己解説や三木解説を参照。

権を自働債権とする相殺を主張し、また、前記違法仮処分に対する異議申立手続の弁護士報酬として支払った2000万円及びこれに対する遅延損害金の合計2478万円余の損害賠償請求権を自働債権とする相殺も主張した。控訴審は、判例②を引用し、被控訴人の相殺の抗弁は失当であるとして、原判決を破棄し、Xの請求を認容する判決を言い渡した。これに対して、Yが上告した。

最高裁は、以下のように述べて、原判決を一部破棄し、事件を原審に差し戻した。すなわち、

「民訴法142条（旧民訴法231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、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が許されないことは、原審の判示するとおりである（平成3年12月17日第三小法廷判決参照）。

しかしながら、他面、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には、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、残部の債権に及ばないことは、当裁判所の判例とするところである（最高裁昭和35年（オ）第359号同37年8月10日第二小法廷判決・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るところであって、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場所である。

もっとも、一個の債権が訴訟上分割して行使された場合には、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ずることは避け難く、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ないではない。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、別途に検討を要するところであり、残部請求等が当然に許容されることになるものとはいえない。

しかし、こと相殺の抗弁に関しては、訴えの提起と異なり、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ものであり、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う機能を有するものであるから、一個の債権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、……上告人は、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。しかるころ、……相殺の主張の自働債権である弁護士報酬相当額の損害賠償請求権は、別件訴訟において訴求している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。」(下線筆者)

最高裁が指摘しているように、明示の一部請求がなされた場合、その訴訟物は当該債権の請求部分に限定され、確定判決の既判力が生じるのもその請求部分に関する判断に限定されるというのが通説・判例の立場である。これにしたがう限り、別の訴訟手続で残額部分を自働債権とする相殺の抗弁が主張され、裁判所がそれについて実質的な判断を示したとしても、一部請求の訴訟物と別訴の相殺の自働債権は(請求の拡張などによって一部請求の対象が広がらない限り)その範囲が重なり合わないため、形式的には既判力の衝突は生じないので、少なくとも矛盾判決の防止という142条の制度趣旨には反しないことになる。

しかし、最2小判平成10年6月12日・民集52巻4号1147頁が、「一個の金銭債権の数量的一部請求は、当該債権が存在しその額は一定額を下回らないことを主張して右額の限度でこれを請求するものであり、債権の特定の一部を請求するものではないから、このような請求の当否を判断するためには、おのずから債権の全部について審理判断することが必要になる。」として、一部請求を一部でも棄却する判決が確定した場合、残額債権の支払いを求める後訴は、実質的には決着済みの紛争を蒸し返すものであり、原則として信義則に反し不適法であるとの判断を示していることとの関係で、一部請求における確定判決が請求棄却の判断を示しているときに、残額債権を自働債権とする相殺の抗弁が認められることになると、既判力の衝突は生じないものの、「残額部分は存在しない」という理由中の判断が信義則に基づく拘束力を有する結果、実質的な矛盾判断となる可能性は否定できない。それにもかかわらず、最高裁は、

相殺がもつ簡易迅速かつ確実な決済を図るという機能を重視して、一部請求の残額債権による相殺の抗弁について142条の類推適用を否定したわけである。

この判決の結論自体には、反対論は多くなかったものの、平成3年判決が相殺のもつ前述のような機能を認識した上で相殺の抗弁について全面的な142条の適用説を採用しているだけに、なぜ明示の一部請求の残額債権での相殺に限って142条の類推適用が否定されるのか、理論的には矛盾があるのではないかといった批判が加えられた(ただし、平成10年判決ではなく、平成3年判決の立場に問題があるという指摘であったが)。

もっとも、本件でYが最終的に主張した相殺の自働債権は、違法仮処分の保全異議手続などについて処理を依頼した弁護士の費用を根拠とする損害賠償請求権であり(売買代金低落損害を理由とする賠償請求権に基づく相殺の抗弁については撤回されている)、一部請求である別訴においてはそもそも主張されていなかった損害費目であることに注意が必要である。かりに最高裁の段階でも売買代金低落損害を理由とする賠償請求権による相殺の主張が維持されていた場合には、最高裁はこの部分については事実上判断が矛盾する可能性があるとして142条の類推適用を認めたと考えられる^{18,19)}。

4. 最判平成18年4月14日民集60巻4号1497頁(判例④)は、本訴と(単純)反訴が係属し、同一手続で審理されているときに、反訴原告(本訴被告)Yは反訴請求債権を自働債権として本訴請求債権との対当額での相殺を抗弁として主張することができるのかという問題を取り上げた。

本件の事実関係は以下のとおりである。Xは、平成2年2月28日、建築業を営むAとの間で、請負代金額を3億0900万円として賃貸用マンション新築工事請負契約を締結した。その後、Xは、設計変更による追加工事をAに発注した(以下、追加工事を含めた契約を「本件請負契約」といい、

追加工事を含めた工事を「本件工事」という。)。Aは、平成3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」という。）をXに引渡した。

Xは、平成5年12月3日、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又は不当利得の額は5304万0440円であると主張して、同額の金員及びこれに対する完成引渡日の翌日である平成3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本訴を提起した。

一方、Aは、第1審係属中の平成6年1月21日、Xに対し、本件請負契約に基づく請負残代金の額は2418万円であると主張して、同額の金員及びこれに対する平成3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、平成6年1月25日、Xに送達された。

Aは、平成13年4月13日に死亡したため、その相続人であるY1とY2がAの訴訟上の地位を承継した。Y1らの法定相続分は、それぞれ2分の1である。

Y1らは、平成14年3月8日の第1審口頭弁論期日において、Xに対し、Y1ら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Y1ら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、これを本訴請求についての抗弁として主張した。第一審は、Y1とY2に対して各自Xに548万7341円を支払うことを命じる判決を言い渡した。これに対して、XとY1らがともに控訴した。

控訴審は、「(1)本件相殺により、被上告人の瑕疵修補に代わる損害賠償債権と上告人らの請負残代金債権とが対当額で消滅した結果、被上告人の上告人らに対する損害賠償債権の額は654万4153円となり、上告人らは、被上告人に対して、それぞれ法定相続分割に応じて327万2076円（円未満切捨て）の損害賠償債務を負う一方、上告人らの被上告人に対する請負残代金債権は消滅した。(2)注文者の請負人に対する瑕疵修補に代わる損害賠償請求訴訟に対し、請負人が反訴を提起して請負代金を請求し、後に請負代金債権をもって相殺の意思表示をした場合には、反訴の提起を

18) 判例③には園部逸夫裁判官の補足意見があり、「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の許否については、「Yは、Xの違法仮処分により本件土地及び建物の持分各2分の1を通常の取引価格より低い価格で売却することを余儀なくされ、その差額2億5260万円相当の損害を被ったと主張して、Xに対し、不法行為を理由として、内金4000万円の支払を求める別件訴訟を提起するとともに、本件訴訟において、右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を主張している。法廷意見の述べる一般論からすれば、右相殺の主張も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容されることになるが、本件においては、別の手続上の理由から、もはや差戻審において右相殺の抗弁の成否について審理判断をする余地はない。すなわち、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解するのが相当である（最高裁判平成9年（オ）第849号同10年6月12日第2小法廷判決参照）。これを本件について見ると、別件訴訟については、本判決の言渡しの日と同日、当裁判所において上告棄却の判決が言い渡され、右損害賠償請求権の数量的一部請求（4000万円）を棄却した判決が確定した。その結果、特段の事情の存しない本件において、上告人としては、もはや残債権について訴えを提起することができないこととなり、したがって、これを自働債権とする相殺の主張も当然に不適法となったものというべきである。」とされている。もし売買代金低落損害の残額部分による相殺の抗弁が不適法であるならば、その旨明示的に判断を示しておいた方がよかつたのではなからうか（高橋宏志・私法判例リマックス1999年（下）131頁、酒井一・判例評論483号34頁）。

また、新堂幸司・新民事訴訟法（2019年 弘文堂）325頁は、判例③について「自働債権の残額による相殺とともに、まったく、別個の債権による相殺も含まれていたケースであった。」とされている。不法行為による損害賠償請求権については、損害費目にかかわらず1個であるというのが通説であるから、この説明には若干問題があるが、一部請求である別訴の手続で審判対象にならない部分であったから、既判力が衝突することもなく、また審理が重複することもないという意味で理解すればよい（ただし、相殺の抗弁を維持しながら、別訴で請求を拡張し、弁護士費用の損害部分まで請求することは許されるかという問題は残る）。

19) 判例③の評釈としては、前掲のもの以外に、上野泰男・ジュリスト1157号122頁、坂田宏・民商法雑誌121巻1号（1999年）62頁、八田卓也・法学セミナー549号（2000年）109頁、三木浩一・別冊ジュリスト169号（2003年）96頁、越山和広・法学教室219号（1998年）128頁などがある。

もって相殺の意思表示と同視すべきである。したがって、上告人らの瑕疵修補に代わる損害賠償債務（相殺後の残債務）は、本件反訴状送達の日翌日である平成6年1月26日から遅滞に陥る。」として、Xの本訴請求について、Y1らそれぞれに対して327万2076円及びこれに対する反訴状送達の日翌日である平成6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、上告人らの反訴請求をいずれも棄却した。

Yの上告及び上告受理の申立てを受けた最高裁は、控訴審の(2)の判断について否定したうえで、反訴原告の相殺の主張について以下のような判断を示した。すなわち、平成3年の最高裁判決を引用し、「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、重複起訴を禁じた民訴法142条の趣旨に反し、許されない。」としながらも、「本訴及び反訴が係属中に、反訴請求債権を自動債権とし、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。この場合においては、反訴原告において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動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って、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。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というべきである。」との新しい解釈を示した。この立場によると、本訴と反訴が係属して同一手続で審理されているかぎり、反訴原告が反訴請求債権を自動債権として本訴請求債権と相殺を主張した場合、本訴請求に対する判決の理由中で判断される（したがって民訴

法114条2項によりその判断に既判力が生じる）ことになる本訴請求債権と対抗した部分については、反訴原告が訴えを変更するとの意思表示をしなくても、当然に単純反訴から予備的反訴に変更されることになるという相当技巧的な解釈によって、142条の類推適用を免れるとの結論を導いたのである。

たしかに、予備的反訴の場合には本訴と反訴の手続を分離することが許されず、本訴請求と反訴請求について最後まで同一裁判所によって審理されることが保障されることになるうえ、また本訴請求に対する判決の理由中の判断に生じる既判力（民訴114条2項）と反訴請求についての判決主文で示される判断に生じる既判力（民訴114条1項）とが重複することもなくなるので、142条を類推適用する必要がなくなるとの結論を導くことはその通りであろう。

しかしながら、最高裁が出した結論については異論を述べなかった多くの論者も、この最高裁の理由づけとそれに伴い本訴原告にもたらされる差別的取扱いについては、大いに批判を加えていた。

まず、単純反訴を提起した反訴原告は、予備的反訴に変更すると意思を全くもっていなかったのに（このことは第一審も、控訴審も、反訴原告による相殺の抗弁について何ら問題にしていなかったという事実からも明らかであろう）、いきなり反訴請求債権のうち本訴請求債権との相殺によって消滅する部分については、反訴手続において本案判決を求めないという予備的反訴に変更する意思を持っているという解釈論を押し付けられるのは、その目的が平成3年判決との整合性を維持するための苦肉の策であったとしても、処分権主義の原則に正面から違反するものではないかという異論が唱えられた。このような極めて技巧的な解釈論をとらなければ、142条の問題を回避できないというのならばともかく、後述するようにこうした状況下での弁論の分離を制限ないし禁止する解釈論を採用すれば、障害はなくなることからす

れば、もっともな批判であるといえよう。

さらに、多くの論者によって指摘されていることである²⁰⁾が、反訴原告による相殺の主張については、最高裁が示した解釈論によって142条の問題を回避できるが、本訴原告が反訴手続において本訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁を主張したときは、本訴について「反訴請求債権に対して対抗された金額の範囲において」本案判決を求めない（本訴の取下げを行う）という形の条件付きの訴え提起は許されていないため、相殺という防御方法の行使が制限されざるを得なくなり、武器対等の原則からして容認できないという問題があった²¹⁾。

実際、大阪地判平成18年7月7日・判タ1248号314頁は、平成3年の最判（判例②）を援用したうえで、「民法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と解される（最高裁平成16年（受）第519号同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、この場合においては、反訴原告において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においては、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。」との見解を示した。

その後、この大阪地判と同じような立場を採用した下級審の裁判例がいくつかある（たとえば、東京地判平成20年1月25日「反訴請求債権を自働債権として反訴原告が本訴請求債権との相殺の抗弁を主張する場合（この場合は相殺の抗弁の主張が許されることにつき最高裁平成18年4月14日第二小法廷判決・民集60巻4号1497頁参照）には、相殺の抗弁の主張によって反訴が予備的反訴に変更されたと解しうるにしても、本訴については予備的本訴などというものを観念し得ず、相殺が主張された部分につき当然に訴えの取下げの効果が生じるとも解し得ないから、本件の場合はやはり二重起訴と同様の状態を惹起するものとい

20) たとえば、山本弘「本訴請求債権が時効消滅したと判断されることを条件として、反訴請求に対し、同債権を自働債権とする相殺の抗弁を提出することは、重複起訴の禁止に触れないとされた事例」金融法務事情2049号（2016年）28頁。

21) 増森珠美調査官は、この点について、「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得る立場にあり、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る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と思われる。本訴請求についてはその中で必ず判断が示されるものであり、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、少なくとも訴訟上は権利行使の近況を失すとはいえないであろう。」とされる（最高裁判例解説民事篇平成18年535頁（注11））。

しかし、この点については、相殺の機会を与えられなかった本訴原告としては、本訴判決の確定後に改めて相殺の意思表示を行い、反訴原告が強制施行を解するような事態に至ったときには、請求異議の訴えを提起し、執行手続きを停止させる措置を講じなければならず、このような負担を課すことが妥当なのかが問題になっている以上、上記のような主張は問題の本質に答えていないと評価できる。後述する判例⑤の解説を担当された菊池絵里調査官も、反訴原告による反訴手続での相殺の抗弁の主張を一般的に不適法とする立場に対しては疑問を示されている（最高裁判所判例解説民事篇平成28年度307頁（注25）も参照。）。

本文中で紹介したように、その後の下級審では、本訴原告による相殺の主張について認めない判断が続いていたが問題であった。

わざるを得ないことからしても、上記平成18年最高裁判決の場合とは同列に論じ得ないものと考える。」とした。また、鹿児島地名瀬支判平成22年12月9日も、「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ものと解される（最高裁判所平成18年4月14日第二小法廷判決・民集60巻4号1497頁参照）が、それは、この場合、反訴原告において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、そのように解すれば重複起訴の問題は生じないからであり、条件付きの訴えの取下げが性質上許容されない本件のような場合には、上記判決の射程は及ばないものと解される。」としている²²⁾。)

しかし、次に紹介する判例⑤では、少なくとも一定の場合には、本訴原告が本訴請求債権を自働債権とし、反訴手続において相殺の抗弁を主張することが許されるという立場を明らかにし、また判例の流れに変動が生じたのであった。

5. 最1小判平成27年12月14日民集69巻8号2295頁（判例⑤）の事案は、以下のとおりである。

XがYに対して過払金返還請求訴訟を提起したところ、YがXに対して返済されていない貸付金の支払いを求めて反訴を提起したという事案である。Xは、Yが本訴請求債権については消滅時効が成立していると主張してきたため、裁判所によって時効消滅した限度において本訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁を主張した。

控訴審は、Yの消滅時効の主張を認めながら、Xの主張した相殺の抗弁について全く判断を示さず、Yの反訴請求だけを認容する判決を言い渡したため、Xが上告した²³⁾。最高裁は、平成3年判決を引用したのちに、以下のように述べて、本訴原告Xの相殺の抗弁を認める立場を初めて明らかにし、控訴審判決には主文を導き出すための理由の一部が欠けているとして、破棄差戻の判断を示した。すなわち、「本訴において訴訟物となっている債権の全部又は一部が時効により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。その理由は、次のとおりである。時効により消滅し、履行の請求ができなくなった債権であっても、その消滅以前に相殺に適するようになっていた場合には、これを自働債権として相殺をすることができるところ、本訴に

22) これらの下級審裁判例については、高部眞規子判事の判例研究（金融商事判例1509号16頁以下）に詳しい。

23) こうした場合に、Xが主張した相殺の抗弁について一切判断を示さないことが許されるのであろうか。相殺の抗弁の主張は不合法とするのであればその旨明記すべきであるし、その場合には、XのYに対する請求棄却判決がかりにそのまま確定した場合に生じる既判力に関して問題が生じる。民法508条によれば、消滅時効にかかった債権であっても一定の条件を満たしているならば、相殺の自働債権として主張することができる。そうすると、YのXに対する請求認容判決が確定した後に、Xが消滅時効による請求棄却判決の対象になった請求債権を自働債権とし相殺を主張し、場合によってはYのXに対する強制執行に対して請求異議の訴え（民執35条）を起こすことになる。この場合、XのYに対する請求を棄却した判決では、口頭弁論終結時においてXのYに対する請求権は存在していたが、消滅時効にかかっていたため請求できないので請求が棄却されたという判断に既判力が生じるのであろうか。それとも、請求権が存在していたか否かについて既判力は生じず、Yに対して訴求できる請求権は存在しないという判断に既判力が生じるのであろうか。もし、後者であるとする、Xとしては請求異議訴訟において再度請求権の発生原因事実などを主張し、証明しなければならなくなり、Xによる反訴手続での相殺の抗弁を不合法にした場合の不都合がより大きくなることになる。前者の立場では、自働債権の存在についてはYが否定することはできないので、相殺を主張するための条件だけが争点になる。

この問題は、履行期未到来により請求が棄却された場合の判決に生じる既判力の問題と同じように、消滅時効を理由に請求を棄却するとき裁判所は請求権の発生（消滅時効以外の理由で）消滅していないことを事前に確認しなければならないのかという問題と関係してくる。履行期未到来の場合には、請求権の発生を確認しなくても直ちに請求棄却判決を言い渡すことができ、その判決確定後に再度債権者が履行請求の訴えを提起するときには、請求権の発生原因事実などを主張・立証しなければならないとされている。消滅時効による請求棄却の場合にも、やはり同じように考えることができるのであろうか。

において訴訟物となっている債権の全部又は一部が時効により消滅したと判断される場合には、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条の趣旨に反するものとはいえない。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ものである。」と。

この事案において、最高裁は、本訴請求債権について消滅時効が成立したと判断されるならば、時効消滅したとされる部分を自働債権とする反訴請求債権に対する予備的な相殺の抗弁について、消滅時効にかかった債権であっても一定の条件を満たしているときには相殺の自働債権とすることを認めている民法509条の趣旨を重視し、相殺の抗弁を主張することは民訴法142条の趣旨に反しないとしたわけである。ここでは、平成18年判決が技巧的な解釈論を採用する理由としていた「本訴の判決主文の判断に生じる既判力（民訴114条1項）」と「相殺の自働債権について反訴の判決理由中の判断に生じる既判力（民訴114条2項）」が重複することを問題視していない（この重複を回避するためには、本訴の訴え提起について条件を付けることを認めざるを得なくなるが、

反訴とは異なりそれは許されていないため、こうした取扱いを容認せざるを得なかったのであるう）。

また、最高裁は、明言していないものの、本訴と反訴が併合審理されている場合に、法的に弁論の分離が禁止されているわけではないが、本訴請求債権を自働債権とする相殺の予備的抗弁が主張されたならば、本訴請求債権（過払金を理由とする不当利得返還請求権）と反訴請求債権（貸金返還請求権）との間に密接な関連性があることを重要視して、弁論を分離することは許されないと解していると思われる（本訴請求債権と反訴請求債権との間にそうした関連性がなかった場合にまで、弁論の分離を禁止するか否かは明確ではない²⁴⁾。もし弁論の分離が許されるのであるならば、わざわざ控訴審においてはじめて相殺の抗弁が主張され、弁論が併合されていても、（弁論の分離が禁止されていないため）矛盾判決や重複審理を回避できる保障がないとして相殺の抗弁は民訴法142条に触れるとした平成3年の最判の立場とは正面から衝突することになるからである²⁵⁾。

また、最高裁は、消滅時効にかかった本訴請求債権を自働債権とする予備的な相殺の抗弁を認めたわけだが、消滅時効にかかっていない本訴請求債権を自働債権とするときにも同じ取扱いがなされるかについては明らかではない。しかしながら、自働債権が消滅時効にかかっているか否かによって、反訴手続における相殺の抗弁を許否が左右されるほど大きな違いがあるとは思えない。

もし従前の下級審の裁判例のように、本訴原告が請求債権を自働債権として反訴手続において相

24) この点について、内田義厚・新判例解説 Watch（法学セミナー増刊）19号159頁は、「本訴と反訴の関係が密接不可分で、実際上およそ弁論の分離が考えられない場合に相殺の抗弁が適法とされた事例判決として意味を有するのではないと思われる。」としたのに対して、今津綾子・法学教室430号（2016年）144頁は、「この種の（本訴請求債権と反訴請求債権との）実体的側面から手続上上の分離禁止（併合審理強制）を基礎づける解釈が成り立ちうるとすれば、本判決は単純併合事例においても分離禁止（併合強制）構成を媒介とすることで重複訴訟の問題は回避されるという一般法理を導く契機となり得る。」と指摘している。

25) もっとも、この点については、菊池絵里調査官が、「平成3年判例は、上告審において併合された事案におけるものではなく、同判例が、重複起訴の禁止に係る旧民訴法231条（現行142条）の趣旨が「両事件が併合審理された場合についても同様」に妥当すると説示する部分は、傍論と解する余地もあり得るように思われる。」と指摘される（前掲・308頁（注26））。

殺の抗弁を主張することはすべて民訴法142条の趣旨に触れるという立場をとるとするならば、請求債権について消滅時効が完成しているときは、本訴被告によって時効が援用されるかぎり、裁判所は請求棄却判決を言い渡すことになるのに対して、消滅時効が完成していないならば、請求認容判決を言い渡すことになる。これらの判決が確定したのちに、本訴原告としては（[消滅時効に係ってはいるが] その存在を認められた）反訴請求債権に対する相殺を主張することになろう。この相殺をめぐるまた紛争が生じたときには、その方法は、反訴判決に基づき強制執行が開始されているならば、執行手続の停止をにらんで請求異議の訴え（民執35条）を提起することになり、それ以外の場合には、債務不存在確認の訴えを提起することが考えられよう。しかし、弁論の分離を認めなければ142条の適用を否定することができるのに、あえてこのような負担を本訴原告に課すことを正当化するような理由があるのだろうか。消滅時効にかかっているかないかで、このような大きな違いを認めることは、はなはだ疑問である²⁶⁾。

6. 最2小判令和2年9月11日民集74巻6号1693頁（判例⑥）は、判例⑤とおなじように、本訴原告が本訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁を反訴手続で主張したケースである（しかも、原告の請求債権と反訴原告の請求債権は判例④と同じように請負代金債権と瑕疵修補に代わる損害賠償請求権である。）。事実関係は、以下のとおりである。

Yは、平成25年9月、建築物の設計、施工等を営むXとの間で、請負代金額を750万円として自宅建物の増築工事の請負契約を締結した。Yは、その後、同年11月までの間に、Xに対し、

上記工事の追加変更工事を発注した（以下、追加変更工事を含めた契約を「本件請負契約」という。）。裁判所の認定によれば、本件請負契約に基づく請負代金の額は829万1756円である。

Xは、平成25年12月までに、上記増築工事及び追加変更工事を完成させ、完成した自宅建物の増築部分をYに引渡した。ところが、増築部分には瑕疵が存在し、これによりYが被った損害の額は266万9956円と認定されている。

平成26年3月、XはYに対し、請負代金及びこれに対する平成25年12月4日からの遅延損害金の支払等を求める訴え（本件本訴）を提起したところ、同年6月、Yが、Xに対し、上記建物の増築部分に瑕疵があるなどと主張し、瑕疵修補に代わる損害賠償金及びこれに対する平成26年7月2日からの遅延損害金の支払等を求める反訴（本件反訴）を提起した。

Xは、同年8月8日の第1審口頭弁論期日において、Yに対し、本訴請求に係る請負代金債権を自働債権とし、反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。）、これを反訴請求についての抗弁（以下「本件相殺の抗弁」という。）として主張した。

第一審は、②判例と④判例を引用し、Xの相殺の抗弁は民訴法142条の趣旨に反するとして認めず、本訴請求については828万円1256円の限度で、反訴請求については269万0758円の限度で認容する判決を言い渡したところ、X、Yともに控訴した。

X側は、反訴被告が反訴請求債権を自働債権として本訴手続において相殺の抗弁を主張することができる判断した④判例を引用しながら、反訴

26) この点について、山本弘・前掲26頁以下、とくに29頁と高部真規子・金融・商事判例1509号16頁以下を参照。高部判事は、「相殺の抗弁が提出される場合には、矛盾する判決が生じないように、請求する訴訟と相殺の抗弁とが併合審理されるようにすべきであるし、弁論の分離について裁量権を有する裁判所としても、本訴と反訴を分離すべきではないと史料する。」とされている（前掲21頁）。三木教授に代表されるように研究者からは、自働債権が請求債権になっている手続と、その債権に基づき相殺の抗弁が主張されている手続とが併合されているときには、分離を原則として禁止することによって問題は解決できるという指摘がなされていたが、ようやく実務家からもこうした指摘がなされるようになった。

原告は相殺の抗弁を主張できるのに、本訴原告は本訴の請求債権に基づく相殺の抗弁を反訴手続で主張することが許されないのは不合理であると論じたのに対して、控訴審は、X・Yの請求認容額に変更を加えたものの、Xの相殺の抗弁については、「相殺の抗弁を主張することができる1審被告の立場との不均衡についても、本訴被告が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、相殺の抗弁を主張したとしてもこれについて判断される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り、その中で自己の権利主張をすることができるのであるから、均衡を失するとはいえない。」として、第一審と同じく不適法却下する判断を示した。Xが上告受理の申立てを行った。

最高裁は、以下のように述べて原判決を破棄し自判した。

「請負契約における注文者の請負代金支払義務と請負人の目的物引渡義務とは対価的牽連関係に立つので、瑕疵ある目的物の引渡しを受けた注文者が請負人に対して取得する瑕疵修補に代わる損害賠償債権は、……実質的、経済的には、請負代金を減額し、請負契約の当事者が相互に負う義務につきその間に等価関係をもたらす機能を有する……。しかも、請負人の注文者に対する請負代金債権と注文者の請負人に対する瑕疵修補に代わる損害賠償債権は、同一の原因関係に基づく金銭債権である。

このような関係に着目すると、両債権は、同時履行の関係にあるとはいえ、相互に現実の履行をさせなければならない特別の利益があるものとはいえず、両債権の間で相殺を認めても、相手方に不利益を与えることはなく、むしろ、相殺による清算的調整を図ることが当事者双方の便宜と公平にかない、法律関係を簡明にするものであるといえる（最高裁昭和52年（オ）第1306号、第1307号同53年9月21日第一小法廷判決・裁判集民事

125号85頁参照）。

……請負代金債権と瑕疵修補に代わる損害賠償債権の関係を考えるならば、……一方を本訴請求債権とし、他方を反訴請求債権とする本訴及び反訴が係属している場合に、本訴原告から、反訴において、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が主張されたときは、……相殺による清算的調整を図るべき要請が強いものといえる。それにもかかわらず、これらの本訴と反訴の弁論を分離すると、上記本訴請求債権の存否等に係る判断に矛盾抵触が生ずるおそれがあり、また、審理の重複によって訴訟上の不経済が生ずるため、……両者の弁論を分離することは許されないというべきである。そして、本訴及び反訴が併合して審理判断される限り、上記相殺の抗弁について判断をしても、上記のおそれ等はないのであるから、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条の趣旨に反するものとはいえない。」

判例⑥は、まず自働債権と受働債権の実体法上の性質に着目し、請負人の請負代金債権と注文者の瑕疵修補に代わる損害賠償債権は、同一の原因関係に基づく金銭債権であり、同時履行の関係にあるが、相互に現実の履行をさせなければならない特別の利益があるものではなく、両債権の間で相殺を認めても、相手方に不利益を与えることはなく、むしろ、相殺による清算的調整を図ることが当事者双方の便宜と公平にかない、法律関係を簡明にするという考えに基づき、「両債権の一方を本訴請求債権とし、他方を反訴請求債権とする本訴及び反訴が係属している場合に、本訴原告から、反訴において、上記本訴請求債権を自働債権とし、上記反訴請求債権を受働債権とする相殺の抗弁が主張されたときは、相殺による清算的調整を図るべき要請が強いものといえる」から、本訴と反訴の弁論の分離を認めると、自働債権に関する矛盾判断がなされる可能性を完全には排除できず、また審理の重複によって訴訟上の不経済が生

ずるため、このようなときには、両者の弁論の分離を許さない」と解することによって、142条の趣旨に反するような事態は回避できるとした。控訴審判決の「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許されず、このことは、別訴が併合審理された場合であっても、本訴原告が、反訴において、本訴における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も、本訴と反訴の弁論を分離することは禁止されていないから、既判力が抵触する可能性がある以上、許されない」という判断に対して、弁論の分離の禁止によって問題は回避できるとしたのである。

相殺の抗弁を適法とした結論に異論はないものの、本訴請求債権と反訴請求債権の間の牽連性などを根拠にすることには賛同しかねる。こうした関係がある場合と、自動債権である本訴請求債権と受働債権である本訴請求債権とがまったく別個の契約から生じているときのように上記のような関係がない場合とを区別することに意味があるのか疑問であるからである。

本訴請求債権あるいは反訴請求債権を自動債権とする相殺の抗弁が主張されたときには、原則として併合されている弁論を分離し、別個の手続で審理することは許されないと解すれば、142条の趣旨に反するような事態は回避できるし、このことは最高裁自身も認めている。また、平成18年最判が採用したような不自然に技巧的な解釈を採用しなくてもよくなることを重視すべきであろう²⁷⁾。

Ⅲ 現時点における平成3年最判（判例②）の意義

1. 平成18年以降の3件の最高裁判例は、平成3年の判決で示された見解を維持しようとするあまり、少しずつ無理を重ねているのではないかという気がする。平成3年判決は、高裁段階で併合されていた弁論をわざわざ分離したのと同じ期日に判決を言い渡したという通常ではない経緯をたどった事案²⁸⁾について、「相殺の抗弁が提出された自動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〔現142〕条2項）、相殺の抗弁の場合にも自動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（現142）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動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。」と言及していることからして、本訴請求債権ないしは反訴請求債権を自動債権とする相殺の抗弁が主張されていても、裁判所は裁量で弁論を分離することができると判断しているのであろうが、そのこと自体を再検討すべきであろう。民訴法152条は、弁論の分離などについて裁判所の裁量を認めていると解されているが、手続の進行に関する裁量に限界があることは判例（弁論の再開に関する最判昭和56年9月24日民集35巻6号1088頁）でも認

27) 判例⑥の評釈としては、園田賢治・法学セミナー792号（2021年）109頁、堀清史・法学教室486号（2021年）145頁、杉本和士・ジュリスト1557号（2021年）94頁、加藤新太郎・NBL1191号（2021年）71頁、家原尚秀・ジュリスト1561号（2021年）93頁、三木浩一・法学研究94号5号（2021年）93頁、潮見佳男・金融法務事情2169号（2021年）22頁がある。

28) 同じ期日に二つの事件について判決を言い渡していることからすると、なぜこのような措置を講じたのかよくわからない。

められていることからすれば、決して無理な要求ではないと考えられる。

そうすれば、少なくとも弁論が併合されている事案では、相殺の抗弁の主張が142条に触れるという議論をする必要がなくなるし、また平成18年判決が示したような原告・被告間の武器対等の原則を揺るがすような解釈論を展開する必要もなくなる。もっとも、平成27年と令和2年の最高裁判決によって、平成18年判決のような不自然な解釈論を採用する必要はなくなったと考えられるかもしれない。というのは、平成18年判決の事案は、まさに令和2年判決と同じく、請負代金債権と瑕疵修補に代わる損害賠償請求権が本訴請求債権と反訴請求債権になっているからである。その違いは、平成18年の最高裁判決のような解釈論をとれば、本訴の判決理由中で示される自働債権に関する判断に既判力が生じる限りにおいて、反訴の判決の主文で判断を示す必要がなくなるので、形式的にも既判力ある判断が重複する可能性はなくなるのに対して、平成28年判決や令和2年判決の場合には、反訴の判決理由中で示される自働債権（本訴請求債権）に関する判断に生じる既判力と、本訴の判決主文で示される判断に生じる既判力とが重複する部分があるということだけである。そうすると、このわずかな違いを維持するために、平成18年判決のような解釈論を維持する意味があるのか疑問であろう。

2. その意味では、Xの訴え提起に基づく訴訟とYの訴えに基づく訴訟が全く別々に係属しているときに、XまたはYがその請求債権を自働債権として相殺の抗弁に主張するときには、矛盾判決や重複審理を回避するために、同一手続に併合することが可能であれば、その途を探るべきであり、それができないとき（たとえばXの訴えに基づく手続は控訴審に係属しているが、Yの訴えに基づく手続は第一審であるというような場合）にはじめて、平成3年判決がいうように、142条の趣旨に反し相殺の抗弁あるいは別訴提起を不適法却

下せざるを得ないということになる（ただし、別訴については、手続を中止して〔この中止が長期に及びそうなどときには、別の取扱いを考えるなど柔軟な処理をすればよい。〕、相殺の抗弁に関する判断の確定を待つという方策も考えられ、柔軟な取扱いが望まれる）。その限りにおいては、平成3年判決の立場を維持するとしても、その範囲は最高裁が当初想定していたものよりは大幅に狭くなるが、相殺が有する機能を尊重するとともに、142条の制度趣旨も尊重するのであれば、このように解することが正しいのではないだろうか。

3. なお、抗弁先行型の場合には、前述の学説の中で折衷説を支持する論者が指摘しているように、別訴提起は原則として認めず、必ず反訴として提起することを強制するのが妥当であろう。別訴が提起されたとしても、できる限り弁論の併合を実現する方策を講じ、どうしても併合できないときには、相殺の抗弁を取り下げ、別訴を維持するか、あるいは別訴を取り下げ、相殺の抗弁を維持するかを選択を迫ることになる。

■ おわりに

これまで述べてきたように、相殺の抗弁と重複起訴禁止の問題は、二つの事件を併合審理し、弁論の分離を禁止することによっておおむね解決できるものと考えられる。もちろん、すべての場合に弁論の分離を禁止することはできず、受働債権についてはそれほど時間をかけずに結論を出すことができるが、自働債権については相当時間が必要なため、受働債権の債権者に自働債権の審理が終わるまで判決を待たせるのが妥当ではないケースがあることは否定できない。このような場合には、その事情をくんで弁論の分離を認め、事件の処理を進めればよく、弁論の分離禁止を強制するのは妥当ではない。いずれにしても、事案に応じて柔軟な処理を行えばよい。その意味では、別訴の請求債権を自働債権とする相殺の抗弁を一律に民事訴訟法142条の趣旨に反し、

不適法とみなすようなかたくなな解釈論をとることはやはり妥当ではなく、二人の当事者の債権に関する審理が1個の手続で行われ、その分離は原則として許されないが、特段の事情があるときには例外扱いを許すという柔軟性を維持するのが妥当であろう。

まだ見落としている問題点があると思われるが、その点も含めてご意見。ご指摘をいただければ幸いです。