

〔最高裁判事例研究 四〇七〕

平一八五 (民集第六〇巻四号一四九七頁)

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の許否

最高裁判平成一八年四月一四日第二小法廷判決 (最高裁判平成一六年 (受) 第五一九号、損害賠償等請求本訴、請負代金等請求反訴事件)

〔事実〕

Y (被上告人、本訴原告、反诉被告) は、平成二年二月二八日、建築業を営む A との間で、請負代金額を三億〇九〇〇万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、Y は、Y の申し出あるいは A の提案に基づき契約当時の図面からの設計変更をし、追加工事を A に発注した。A は、引渡期日までに本件工事を完成させ、完成した建物を Y に引渡した。すると、Y は、設計変更のうち、具体的に合意があったとは認められない変更につき建物の価値の下落があったとして、平成五年二月三日、A に対し、建物の瑕疵修

補に代わる損害賠償等及び遅延損害金の支払を求める訴えを提起した (本訴事件)。これに対し、A は、設計変更に合意があったことを主張しつつ、第一審係属中の平成六年一月二一日、Y に対し、前記請負契約に基づく請負残代金の支払を求める反訴を提起した (反訴事件)。両事件が係属中、A は死亡したので、その相続人である X ら (上告人、本诉被告、反訴原告) が A の訴訟上の地位を承継した。

X らは、平成一四年三月八日の第一審第三〇回口頭弁論期日において、Y に対し、X 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、Y の X 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等を受働債権として、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、建物には瑕疵が存在すること、瑕疵修補に代わる損害賠償の額が二四七四万九七九八円であること、他方、請負契約に基づく請負残代金の額は一八二〇万五六四五四円であ

ることを認定し、次のとおり判示した。すなわち、相殺により、Yの損害賠償債権とXらの請負残代金債権とが対当額で消滅した結果、YのXらに対する損害賠償債権の額は六五四万四一五三円となり（Xらは法定相続分割合に応じて三二七万二〇七六円の債務を負う）、XらのYに対する請負残代金債権は消滅した。そして、Xらの反訴の提起をもって相殺の意思表示と同視すべきであるとし、同時履行関係が解消した反訴状送達の日（翌日）である平成六年一月二六日から損害賠償債務は遅滞に陥り、Xらに対する各三二七万二〇七六円の債権及びその遅延損害金の支払を求める限度でYの請求を認容し、Xらの反訴請求をいづれも棄却した。

これに対し、Xらが遅延損害金の始期は相殺の抗弁を主張した翌日であるとの理由で上告受理の申立てをし、これが受理された。最高裁は、原判決を変更し、次のように述べてYの請求を一部認容した。

〔判旨〕

破棄自判。

「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一四二条の趣旨に反し、許されない（最高裁昭和六二年（オ）第一三八五号平成三年一月二七日第三小法廷判決・民集四五卷九号一四三五頁）。

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、反诉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、反诉被告の同意も要しないというべきである。

本件については、前記事実関係及び訴訟の経過に照らしても、Xらが本件相殺を抗弁として主張したことについて、上記と異なる意思表示をしたことがわれないので、本件反訴は、上記のような内容の予備的反訴に変更されたものと解するのが相当である。」

〔評釈〕

判旨のうち、相殺の抗弁の許す結論には賛成するが、その余の点には疑問がある。

一 本判決の意義

別訴において訴求する債権を自動債権とし相殺の抗弁を主張することが重複訴訟に当たるか否かについては、従来から議論がある。⁽¹⁾ 本判決は、そのようなケースとは異なり、同一手続中にすでに係属する反訴請求上の債権を自動債権とし相殺の抗弁が提出された場合に、重複訴訟の禁止（民訴法一四二条）に該当しないことを示した最初の最高裁判決である。そして、そのような結論を導く根拠として、別訴における訴求債権による相殺の主張を禁じた判例理論を一般論として引用する。その上で、単純反訴が、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ることを解除条件とした予備的反訴に変更されるために、相殺の抗弁の主張が重複訴訟に該当しないとの理論構成を採用したところに特徴があり、実務上重要な判断である。⁽³⁾

なお、本判決は、相殺後の損害賠償債権に生じる遅延損害金の始期について、原審とは異なり、同時履行関係の解消時を相殺の抗弁を主張した日とし、その翌日である平成一四年三月九日から開始すると判示している。この点も、民法上の問題として検討を要するが、本評釈では、前記民訴法上の問題点に絞って検討を行う。

二 判例および裁判例の傾向

直接の先例となる判断は、最高裁・下級審ともに存在しない。しかし、別訴との関係で相殺の抗弁が、また相殺の抗弁との関係で別訴が重複訴訟となるか否かについては、従来から問題になっているため、整理しておく必要がある。同一債権による別訴と相殺の抗弁が同時に訴訟上に表れた場合に民訴法一四二条の適用（類推適用）があるかについては、大きく分けて、すでに係属中の訴訟の訴訟物である債権を自動債権として別訴で相殺の抗弁が主張されるいわゆる「抗弁後行型」⁽⁴⁾と、訴訟で相殺の抗弁に供した自働債権を改めて別訴で訴求する「抗弁先行型」とに分類することができる。

1 平成三年判決の先例的意義

抗弁後行型について先例的意義を有する判例は、本判決でも引用している、最高裁判平成三年一二月一七判決（以下、平成三年判決という）⁽⁵⁾である。平成三年判決は、民訴法一四二条の趣旨は、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とし、後行して

提出された抗弁を認めなかった。そして、そのように考える理由とは、相殺の判断に既判力が生じること（民法一四二条二項）、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であるとしている。さらに、平成三年判決は、相殺の抗弁が本訴別訴両事件の併合審理後に提出された場合について、わざわざ弁論を分離して抗弁を却下したという特殊な判断であった。したがって、同判決は、学説上、抗弁後行型において相殺の抗弁を不適法とするルールを一般化したものであると評価されている。⁽⁶⁾

その後の下級審裁判例においては、平成三年判決の影響が顕著に見られる。たとえば、以下の二つがその例である。第一に、別訴で訴求中の債権を減縮し、その残部を自働債権とする相殺について、相殺の抗弁の提出が不適法とされた事案がある。⁽⁷⁾この判決は、請求の減縮が訴えの一部取下げであるとする判例理論⁽⁸⁾を前提とすれば、既判力の抵触のない事案であったことから、平成三年判決がさらに徹底された例であった。⁽⁹⁾第二に、反訴提起後に、本訴原告が、本訴で訴求している貸金請求債権をもって反訴で訴求されている不当利得返還請求債権との相殺に供するとの意思表示

をした場合に、民訴法二三一条（現行一四二条）⁽¹⁰⁾の類推適用により、原告の反訴抗弁を却下した事案がある。この判決は、抗弁後行型で、かつ同一手続内での相殺が重複訴訟に当たるかという問題についての唯一の下級審判決である。反訴に対する抗弁である点で、本件事案とちょうど逆の事案に当たる。同判決は、平成三年判決の理論をそのまま当てはめたものと考えられるが、結論には疑問がある。⁽¹¹⁾

2 判例理論のゆらぎ

以上のような背景の下、判例理論の方向性に僅かなズレを生じさせた最高裁判平成一〇年六月三〇日判決（以下、平成一〇年判決という）⁽¹²⁾が表れた。平成一〇年判決は、別訴において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の提出を許容した事案である。同判決の特筆すべき点は、一部請求であるから既判力に抵触しないということを理由とするのではなく、相殺の抗弁の防御的側面や簡易決済機能に着目し、相殺の主張をすることは、債権の発生事由、一部請求がされるに至った経緯等にかんがみ、防御権の行使として許容されると解したことである。したがって、平成一〇年判決をもって、実質的な判例変更があったとの疑いも指摘されている。⁽¹³⁾

3 抗弁先行型事案について

本件は、抗弁後行型の事案であるので、仔細に立ち入ることは避けるが、抗弁先行型については、最高裁判決はなく、下級審において別訴を適法としたものと不適法としたものとに分かれる⁽¹⁴⁾。最近の裁判例には、平成三年判決の一般論の適用化傾向が見られ、不適法とするものが目につく。他方で、別訴が重複訴訟にあたらず適法とされた過去の事例は、別訴が反訴として提起されたケースが多い⁽¹⁵⁾。このように、本件事案と同様、同一手続内での重複訴訟が問題とされた事例においては、抗弁先行型事案では重複訴訟に当たらないとするのが下級審裁判例の大方の傾向であること指摘しておく。

三 学説の動向

1 適法説と不適法説

学説においては、激しい対立がある。まず、相殺の抗弁に対する裁判所の実体判断に既判力が生じること（民訴法一四二条二項）、既判力は訴訟係属を前提としていることから、相殺の抗弁の提出によって審理対象とされた法律関係について訴訟係属を肯定すべきかとの議論がある。肯定すれば、抗弁後行型においても抗弁先行型においても抗弁

の提出と訴えとは重複訴訟の関係になるとされる⁽¹⁶⁾。しかし、相殺をする当事者の意思は自働債権についての独立した判決を求めているわけではなく、また、肯定説によれば抗弁の撤回は訴えの取下げと同格ということになり相手方の同意を必要とするのは不都合であるとして否定説が支配的である⁽¹⁷⁾。つぎに、相殺の抗弁と別訴とがそれぞれ同じ債権を問題としている場合に、民訴法一四二条二項が類推されるかの議論がある。これは、相殺の抗弁についての判断に既判力が生じる結果として生じる矛盾判断の危険をどこまで強調するかによって抗弁（ないし別訴）を却下すべきという不適法説（類推肯定説）と、抗弁（ないし別訴）を許容する適法説（類推否定説）とに分かれているものと思われる。すなわち、矛盾判断の危険を重く見れば不適法説へと流れ、相殺はあくまで抗弁にすぎず、必ず取り上げられるとは限らないから既判力抵触は未必的だと見れば適法説へと結びつきやすい⁽¹⁸⁾。しかし、近時は、既判力の抵触や訴訟の二重審理の危険だけの考慮は一面的に過ぎるとして、訴えの訴求債権と相殺の自働債権の二つの権利を二重に行使しようとした当事者の動機をも考慮に入れたうえで検討がなされることが多い⁽²⁰⁾。このような考慮に基づき、近時の適法説は次のように説く。抗弁後行型における抗弁を提出した

者は、別訴で勝訴しても執行不能となるような事態を慮り、相殺の簡易決済機能を利用して、相殺の担保的効力に期待をかけていたと考えられる。他方、抗弁先行型における別訴提起者は、相殺対当額について担保的期待を有しつつも、相殺の主張が必ず容れられるとは限らないから、別訴で執行力を得る期待も合わせて持っていたと考えられるとする⁽²¹⁾。もっとも、相殺の抗弁が出されている本訴係属中の反訴提起、または本訴別訴が弁論の併合により同一手続で並行審理されている場合や本訴反訴が係属している場合における相殺の抗弁提出は、前記の不適法説によっても重複訴訟禁止原則に当たらないとされている⁽²²⁾。このような同一手続型の事案では、適法説、不適法説に結論の差異はない。

2 折衷説

さらに、抗弁後行型と抗弁先行型とは、状況が異なっていることを重視して区別する見解がある。その一は、抗弁先行型においては、別訴を提起する当事者の行動に合理性があるとする点は適法説と同様だが、抗弁後行型においては、相殺の抗弁を提出する者にとってみれば、反対債権がすでに提起されている別訴にて既判力ある判断を受ける可能性が高いから、既判力に抵触する危険が抗弁先行型に

比して高く、民訴法一四二条を類推適用する意味があるとする⁽²³⁾。その二は、主に当事者が行為に至った動機の差を比較する。すなわち、抗弁後行型においては、前述の適法説が説く相殺の担保的期待の貫徹を考えるが、抗弁先行型においては、別訴を提起しようとする者は、相殺の抗弁による担保的期待の実現が別訴による債務名義取得かの選択が容易であるから⁽²⁴⁾、わざわざ別訴提起を許す必要はないとする⁽²⁵⁾。加えて、すでに相殺の抗弁を主張している者には反訴の期待可能性が高いため、別訴を禁じても酷とはいえない。そして、反訴提起は重複訴訟として禁止されることではないとする⁽²⁶⁾。

さらに、後者の見解の中には、抗弁後行型事案において、さらに詳細な利益考量を行っているものがあるので紹介する。すなわち、抗弁後行型の中には、自己の債権を訴求している原告に対し、被告から別訴が提起され、この別訴における防御手段として相殺の抗弁を提出するケース（以下、自己訴訟先行型という）と、相手方からの訴訟が先行しているときに、自己の債権について別訴を提起し、そのうえでさらに同一債権を自働債権とする相殺の抗弁を相手方原告の訴訟で提出するケース（以下、相手方訴訟先行型という）があるとする⁽²⁷⁾。そして、自己訴訟先行型は相殺の担保

的期待が大きい典型例であるとするのに対し、相手方訴訟先行型では二重審理の原因を自ら作り出したケースであるから、やや利益状況を異にし、原則的に抗弁を認めるも具体的事情に応じて信義則等による調整をすべきであると考⁽²⁸⁾える。論者のいう相手方訴訟先行型とは、反訴を念頭に置いた同一手続型の事案ではないが、当事者の行動の順序としては本件事案に最も近い⁽²⁹⁾ため、本件との関係で検討の対象とした⁽³⁰⁾。

3 学説の検討

いずれが妥当であるかは、理論面と実質面からの検討が必要である。まず、理論的に、相殺の抗弁は防御手段であり訴えとは性質を異にするので、訴訟係属は否定すべきである。つぎに、不適法説の理論的根拠は不十分である⁽³¹⁾と考⁽³²⁾える。不適法説は、矛盾判断の危険性を強調する。しかし、そもそも重複訴訟禁止原則が矛盾判断防止を第一次的目的としているという前提に疑問がある。すなわち、民法一四二条は、第一次的には訴訟係属した事件と同一の事件について重ねて別訴で訴訟係属が生じたことによる重複審理の回避を目的としているのであって、判決の矛盾防止の目的はその結果としてあるにすぎない⁽³³⁾と考⁽³⁴⁾えることができる。

と指摘されている⁽³⁵⁾。このように考えると、判決の矛盾防止については既判力理論によってその目的を達しようのであって、重複訴訟禁止と既判力との間には必然的な関係はない⁽³⁶⁾と考⁽³⁷⁾えられる。また、実質的にも、別訴で請求されていることや別訴で相殺の抗弁が提出されていることは、もう一方の訴えの弁論において表れるのが通常であるし、裁判官は必要であれば、弁論の併合その他の訴訟指揮上の措置を取ることが可能である⁽³⁸⁾。それよりも、理論的に矛盾判断が生じうることをもって、相殺権の行使の機会を奪うことの方が大いに問題であろう。適法説が妥当である。

つづいて、抗弁後行型と抗弁先行型とで解釈を異にすべきか。まず、相殺の抗弁を別訴に重ねて提出する、あるいは別訴提起の際、相殺の抗弁を撤回しない当事者の動機を考⁽³⁹⁾える。当事者の動機としては、自働債権について別訴で確定判決を得ても、相手方が無資力な場合等にはほとんど意味はなく、相殺によって自己の債権を回収する方が確実だ⁽⁴⁰⁾という点が最も大きいと考⁽⁴¹⁾えられる。これは、相殺の執行代替的機能として、抗弁後行型のみを重複訴訟⁽⁴²⁾としない立場から重視されているところである。つぎに、相殺の抗弁を提出した者が重ねて別訴を提起する、あるいは相殺の抗弁を提出する際、すでに提起した別訴を取り下げない当⁽⁴³⁾

事者の動機を考える。この場合、当事者が相殺の抗弁にかけている期待は、本訴請求原因事実を否認するか、他の有力な抗弁を同時に主張しているか、いずれかの場合における予備的性格であると考えるのが最も自然である。この当事者の、採り上げられるか分らない未必的な抗弁と合わせ別訴を維持しておくという動機は十分理解でき、抗弁の先行後行とは関係がない。こうして見てくると、相殺の抗弁提出と同一債権による訴求とは、どちらもそれぞれ存在意義があり、抗弁が先か後かで区別する理由はないと考ええる。また、相手方訴訟先行型と自己訴訟先行型の区別についても大きな差異はないと考える。確かに、自己訴訟先行型においては、相殺の抗弁を提出した当事者の動機として、相手方からの訴求に対する防御の意味が相対的に強いことは否定できない。しかし、相手方の提起した訴訟の中で、相殺の抗弁による執行代替的機能を果たそうとする期待は、相手方提起の訴訟に自己提起の訴訟を介在させると否とを問わず、全く同一であると解する。

残された課題は、当事者の手段選択の自由と、濫用的な権利行使の制限との調整である。前述のとおり、相殺の抗弁と合わせて別訴を提起ないし維持しようとする当事者の動機は、相殺が予備的抗弁として提出された場合に合理性

が認められるものである。したがって、当事者の動機の合理性が問題となるのは、当事者が相殺の抗弁以外には防御を考えておらず、かつ抗弁を提出すれば確実に相殺が成立する抗弁（以下、確定的抗弁という。）として提出された場合である。ところで、相殺の執行代替的機能をも合わせて考えるとき、確定的抗弁が別訴に後れることはありえようが、逆の例は当事者の意思としては通常考えにくく、当事者の動機の合理性を説明できない。以上から、実際にはほとんど起こり得ないケースではあるが、抗弁先行型事案において、相殺の抗弁が確定的抗弁としてすでに提出されていた場合には、当事者の権利濫用として別訴提起の効果を否定すべきものと考ええる。なお、抗弁後行型事案においても、相殺の抗弁の主張が時機に後れた攻撃防御方法に該当するとき（民訴法一五七条）には、抗弁が却下される場合があることは言うまでもない。

四 本件の検討

1 本件相殺の抗弁提出の適法性

本件は、抗弁後行型で、相手方訴訟先行型の事案である。さらに、反訴で訴求していた債権を自働債権として相殺の抗弁を提出した同一手続型の事案でもあることを考えれば、

不適法説も重複訴訟としないのだから、筆者の立場からは当然、相殺の抗弁は一般的に許容されるべきである。ただし、当事者の権利行使に権利濫用と認められる事情があったかについては別途検討しなければならない。そこで、本件相殺をしたXらの行動の合理性を検討する。当初、設計変更について合意がないとのYの主張をXらの被相続人であるAが争っていた事実を鑑みれば、本訴事件については勝訴する見込みありとし、それを前提として工事代金債権等を反訴にて請求していたと推察される。すると、Xらが提出した工事代金債権等を自働債権とする相殺の抗弁は、予備的性格なものであり、Xらが別訴を維持した行動には十分合理性がある。もともと、反訴を提起したのがAで、その後訴訟承継があったこと、第三〇回口頭弁論期日において相殺の抗弁が初めて主張されたことを視野に入れると、相続人Xらは、本訴事件で相殺を主張せずして勝訴判決を得る自信が減少していたとも窺える。このことから、本件相殺の抗弁が確定的抗弁であったと解することも可能である。しかし、Xらは、反訴にて債権を回収する途ではなく、相殺により確実かつ簡易に工事代金を回収する途を選んだのであり、これは相殺の執行代替機能に照らして自然な行動である。また、副次的に、同時履行関係にある自働債

権と受働債権の双方の遅延損害金の起算点を決する上でも便宜であるとの考慮が働いたともいえる。これらの事情から、本件相殺をしたXらの行動には合理性がないとはいえない。また、手続遅延を生じる可能性に着眼すると、元々反訴で訴求していた債権について相殺に供した事案であり、手続を紛糾させることはほとんど考えられない。したがって、以上から、本件相殺に基づく抗弁の提出に、権利濫用ないし民訴法一五七条に該当する事情があったとは認められない。

2 本件相殺の抗弁と本件反訴との関係及び判断順序

本判決は、相殺の意思表示により従前の反訴が予備的反訴へ変更されたと判示して、本件相殺の抗弁の主張を認めた。本判決が、平成三年判決の一般論を機械的にあてはめず、理論上審理が重複し矛盾判断の危険があるというだけで、相殺の抗弁を却下しなかった点は妥当である。少なくとも、本判決は、二で掲げた類似の下級審判決³⁵と異なる立場を採ったものと考えられる。もともと、本判決は、平成三年判決と理論的には両立しうるため、判例変更したものとは解されない。すなわち、従前の反訴が予備的反訴へと変容したことにより、相殺の抗弁について実体審理がさ

れるまでは、反訴についての手続は事実上中止されたと同様の状態となり、ここには重複審理状態がそもそも存在しないからである。

しかし、従前の反訴を予備的反訴へと変更する技巧的な解釈には疑問がある。一般に、予備的反訴とは、本訴請求が却下または棄却されることを解除条件とする反訴をいうとされる。⁽³⁶⁾ところが、本判決は「既判力ある判断が示された」ことが解除条件となっており、具体的には、①自働債権ありとしてその限りで本訴請求が棄却になった場合だけでなく、②自働債権なしとして本訴請求が認容となった場合についても、反訴が撤回されたことになる。⁽³⁷⁾すると、反訴について判断を要するのは、主に本訴請求債権が相殺以外の事由で不存在となった場合等に限られるということになり、このような反訴は一般的な予備的反訴とは概念が異なる。そして、このような特殊な概念を肯認すると次の不都合が生じる。すなわち、実質的には、本件のような事例と、本訴係属中に別訴が提起され、その後弁論が併合されている事例とは、ほとんど違いがないはずであるが、後者の事例では、本判決のいう「予備的反訴」に該当する法律概念を作出できず、当事者の救済手段として不均衡が生じる。⁽³⁸⁾したがって、本件最高裁の判断としては、平成一〇年判決の

方向をふまえ、平成三年判決を変更し、Xらの反訴を単純反訴のまま維持し、本件相殺の抗弁を認めるべきであったと解する。⁽³⁹⁾

このように解すると、次は、申立事項として残存することとなった反訴請求と、相殺の抗弁の主張との間で、判断順序をどうするのかという問題が残される。一般には、当事者が反訴を取り下げたりしない限りは、両方が並列的に審理の対象となつていてと考えられるから、どちらを先に判断するかは裁判所の裁量に委ねられていると解される。したがって、相殺の抗弁の主張を容れた場合には、その限りで反訴請求が棄却され、逆に反訴請求が認容された場合には、相殺の抗弁は却下されることになる。しかし、並列的に審理の対象となつた両方の判断を先後の区別なく同時に行うとすれば、事実審口頭弁論終結時の事実認定に基づき反対債権の存在が判定される限り、反訴と相殺の抗弁との両方を認容しなければ論理的に一貫しないという解釈が成り立たないわけではない。このような解釈に立つ判決は、およそ想定される範疇を越えるが、反訴原告に債権の二重取りを許すことになるのではないかとの疑問が指摘されよう。⁽⁴⁰⁾しかし、このような非常に限定的な事態においても、反訴被告には、反訴認容の確定判決を債務名義とする執行

手続において、相殺に供した同一債権が不存在であることに既判力が生じていることを理由に請求異議の訴えで債務名義の存在を争う途が残されていることから、執行段階において上記の危険は解消できるものと考ええる。

3 本判決が示す方向性

本判決が、反訴提起後の同一手続内で、相殺の抗弁の提出を許容したのは、平成三年判決から見れば一歩前進したと言えるが、本判決は今後にどのような影響を与えるか。

第一に、抗弁後行型事案において、別訴を提起し弁論併合後、別訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁の提出は認められるか。この事案においては、前述のとおり、本件と実質的には同様の訴訟状態があるが、「予備的反訴」に該当する法律概念が創造できない以上、相殺の抗弁の提出は却下されるものと解される。⁽⁴²⁾ 第二に、抗弁先行型事案において、相殺の抗弁提出後、相殺に供した自働債権に基づく反訴の提起は認められるか。これは、前述のように旧来の下級審裁判例が反訴提起を許容していた事案である。⁽⁴³⁾ この場合、本判決の理論に従えば、裁判所が反訴を「予備的反訴に変更」する法律構成により、反訴を適法とする方向へと傾くことになると考えられる。

(1) この議論についての学説の分類は、篠原勝美・最高裁判例解説民事篇(昭和六三年度)一三九頁以下に詳しい。

(2) 最高裁平成三年一月一七日第三小法廷判決・民集四五卷九号一四三五頁。

(3) 本件の解説として、判時一九三二号四〇頁、判タ一二〇九号八三頁、金融商事判例一二五一号三六頁のほか、

Legal判例速報八号六七頁、谷本誠司「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」銀行法務21六六四号五七頁がある。本件の先行評釈として、和田吉弘「判批」法セミ六二二号一一二頁(二〇〇六)(判旨結論賛成)がある。

(4) 「後行」という用語は一般にあまり用いられないとされるが(中野貞一郎「酒井一」判批(最判平成三年一月一七日)「民商一〇七卷二七七八頁(一九九二)〔中野〕」、本稿では、便宜上「抗弁後行型」という語を用いる。

(5) 民集四五卷九号一四三五頁。

(6) それ以前の判例(最判昭和六三年三月一五日民集四二卷三号一七〇頁)は特殊な事案であった。平成三年判決の解説として、河野信夫「別訴において訴訟物となっている債権を自働債権とする相殺の抗弁の可否」最高裁判例解説民事篇(平成三年度)五一頁が、評釈として、高田昌宏「判批」法教一四二号九八頁(一九九二)、山本克己「判

批「ジュリ臨増一〇〇二号一二二頁（一九九二）、中野・酒井・前掲注（4）七三頁、三木浩一「判批」法研六六卷三九三（上）一二四頁、田中敦「判批」判タ八二二号二四頁（一九九三）、和根崎直樹「判批」判タ八五二二八頁（一九九四）、松本博之「判批」別ジュリ一六九号九二頁（二〇〇三）がある。

（7）東京高判平成四年五月二七日判時一四二四号五六頁。

（8）最判昭和二十四年一月八日民集三卷一十一号四九五頁、最判昭和二十七年二月二五日民集六卷一二号一二五五頁など。

（9）畑瑞穂「判批」（東京高判平成四年五月二七日）ジュリ臨増一〇二四号一五二頁（一九九三）。

（10）東京地判昭和五五年七月三〇日判タ四二四号一一八頁。

（11）後述するように、重複訴訟禁止の原則には触れず、相殺の抗弁の主張を認めるべきである。

（12）民集五二卷四号一二二五頁。

（13）上野泰男「判批」（最判平成一〇年六月三〇日）ジュリ臨増一一五七号一二四頁（一九九八）、高橋宏志「判批（同判決）」リマークス1999（下）一二七頁、三木浩一「判批（同判決）」別ジュリ一六九号九六頁（二〇〇三）。

（14）別訴を適法としたものに、東京地判昭和三二年七月二十五日下民八卷七号一三三七頁、東京地判昭和三三年四月二

日下民九卷四号五六二頁、東京高判昭和四二年三月一日高民二〇卷二号一一三頁、大津地判昭和四九年五月八日訟月二〇卷九号四九頁など、不適法としたものに、大阪地判平成八年一月二六日判時一五七〇号八五頁、東京高判平成八年四月八日判タ九三七号二六二頁がある。

（15）前掲注（14）東京地判昭和三三年四月二日、東京高判昭和四二年三月一日、大津地判昭和四九年五月八日が、その例である。各裁判例の分析は、栗原良扶「相殺の抗弁と重複訴訟の禁止―学説・判例の概観と若干の考察―」大阪学院大学法学研究七卷一・二号八五頁以下（一九八二）に詳しい。

（16）梅本吉彦「相殺の抗弁と二重起訴の禁止」鈴木忠一三ヶ月章監修『新実務民事訴訟講座1』三八二頁（日本評論社、一九八一）。

（17）このような議論は、ドイツにおける学説の影響が大きかったと思われるが、この点については、中野貞一郎「訴訟関係と訴訟行為」一二〇頁以下（弘文堂、一九六一）に詳しい。

（18）不適法説に立つものとして、小山昇「相殺の抗弁と別訴または反訴」『民訴判例漫策』一七一頁（判例タイムズ社、一九八二）、加藤哲夫「二重起訴の禁止」三ヶ月章中野貞一郎ほか編『新版民事訴訟法演習1』一五〇頁（有斐閣、一九八三）、河野正憲「相殺の抗弁と重複訴訟禁止

の原則」『当事者行為の法的構造』七五頁(弘文堂、一九八八)、齋藤秀夫「小室直人ほか『注解民事訴訟法(6)』二七六頁(第一法規、一九九三)」「齋藤秀夫・加茂紀久男」小林秀之『プロブレム・メソッド民事訴訟法』二〇二頁(判例タイムズ社、一九九三)、伊藤眞『新民事訴訟法(第三版再訂版)』一九四頁(有斐閣、二〇〇六)、河野・前掲注(6)五一八頁、高田・前掲注(6)九九頁、田中・前掲注(6)二一五頁。

(19) 適法説に立つものとして、兼子一「松浦馨ほか『条解民事訴訟法』八四一頁(弘文堂、一九八六)、中野・前掲注(17)一二二頁、同「相殺の抗弁―最近の論点状況―」『民事訴訟法の論点Ⅱ』一六三頁(判例タイムズ社、二〇〇二)(初出、判タ八九一号・八九三号(一九九六)、中野「酒井・前掲注(4)八二頁「中野」、伊東乾「二重起訴の禁止」小山昇「中野貞一郎ほか編『演習民事訴訟法(上)』三〇四頁(青林書院新社、一九七三)、栗原・前掲注(15)九三頁、三木浩一「重複訴訟論の再構築」法研六八巻一二号一八四頁(一九九五)、同「重複訴訟の禁止」鈴木重勝「上田徹一郎編『基本問題セミナー民事訴訟法』一四頁(一粒社、一九九八)、本間靖規「判批(東京高判平成八年四月八日)」リマークス1998(上)一二七頁、山本弘「二重起訴の範囲と効果」ジュリ増『民事訴訟法の争点(第三版)』一二〇頁(一九九八)、秋山幹男「伊藤眞

ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ(第二版)』四七〇頁(日本評論社、二〇〇六)、松本博之「上野泰男『民事訴訟法(第四版補正版)』二八七頁(弘文堂、二〇〇六)。

(20) たとえば、三木・前掲注(19)「重複訴訟論の再構築」一八五頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)』一二六頁(有斐閣、二〇〇五)など。

(21) とくに、平成三年判決のように相手方に十分な資力がないと窺われるようなケースにおいては重要である。

(22) 梅本・前掲注(16)三九三頁。

(23) 抗弁後行型のみを許容しない見解として、菊井維大「村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅱ』一五四頁(日本評論社、一九八九)、流矢大士「二重起訴と相殺の抗弁」伊東古稀『民事訴訟の理論と実践』四六五頁(慶應通信、一九九

一)、上田徹一郎『民事訴訟法(第四版)』一四七頁(法学書院、二〇〇五)。

(24) 相殺の抗弁の撤回には、相手方の同意を要しないことを根拠とする(高橋・前掲注(20)一二八頁)。

(25) 抗弁先行型のみを許容しない見解として、中野「酒井・前掲注(4)八八頁「酒井」、高橋・前掲注(20)二八頁、吉村・前掲注(6)一二五頁、佐野裕志「相殺の抗弁と二重起訴禁止―訴訟中の訴え提起と二重起訴禁止法理の検討を兼ねて―」一橋論叢一一七巻一号四七頁(一九九七)、新堂幸司「福永有利編『注釈民事訴訟法(5)』二二六頁

〔有斐閣、一九九八〕「佐野裕志」。

(26) 高橋・前掲注(20)一二八頁、吉村・前掲注(6)一二六頁。

(27) 新堂Ⅱ福永・前掲注(25)『注釈民事訴訟法(5)』一二二頁「佐野」。ただし、呼称は筆者。

(28) 新堂Ⅱ福永・前掲注(25)『注釈民事訴訟法(5)』一二二頁「佐野」。

(29) 相手方訴訟先行型で、のちに弁論が併合された場合には、利益状況は本件と最も近くなる。

(30) 栗原・前掲注(15)九五頁。

(31) 三木・前掲注(19)「重複訴訟論の再構築」一八八頁によれば「一方の訴訟で既判力が発生した場合にこれが他方の訴訟で見過ごされることは考えにくい。かりに、これが見過ごされたとしても、なお再審事由として矯正することまでが保障されており、このうえさらに当事者の実体法上の利益を犠牲にしてまで、重複訴訟禁止原則で既判力の矛盾抵触を防止しなければならないとすれば、いったい何のための既判力かという気がする」と指摘がされる。

(32) ほとんどの適法説が、指摘する点である。たとえば、中野・前掲注(17)一二二頁など。

(33) 吉村・前掲注(6)一二六頁。

(34) この予備的反訴の法的性格として、本訴が認容される場合に反訴が判断されるという通常の性格ではなく、本訴

請求債権が相殺以外の事由で不存在である場合および相殺の主張が不適法である場合に限られる特殊な性格を有するとの指摘がなされている(和田・前掲注(3)一一二頁)。

(35) 前掲注(10)に挙げる、東京地判昭和五五年七月三〇日判タ四二四号一一八頁。

(36) 中野貞一郎Ⅱ松浦馨Ⅱ鈴木正裕編『新民事訴訟法講義〔第二版補訂版〕』五一〇頁(有斐閣、二〇〇六)、上田徹一郎『民事訴訟法(第四版)』五一二頁(法学書院、二〇〇五)、伊藤眞『民事訴訟法〔第三版再訂版〕』五七一頁(有斐閣、二〇〇六)など。

(37) 和田・前掲(3)一一二頁。

(38) 松本Ⅱ上野・前掲注(19)二八九頁は、別訴請求中の債権による相殺の抗弁を想定し、本件との比較において武器対等の原則に反すると指摘する。

(39) 松本Ⅱ上野・前掲注(19)二八九頁も、本判決の前提となっている判例の見解が不当であるとする。

(40) 本判決がこのような事態を想定していたかは定かではないが、条件付反訴という技巧的な解釈をあえて採用するほどの理由があるとすれば、二重取りの危険回避に尽きるものと考えられる。

(41) あえて考えたとすれば、主位請求を相殺の抗弁の主張とする副位請求ということになるが、法律解釈の限界を越える。

- (42) 結局、結論において、平成三年判決と一致する。
(43) 前掲注(14)を参照。

(二〇〇七年一月九日脱稿)

渡辺 森児