

Title	〔最高裁判事例研究三二三〕 金銭債権の一部請求と相殺 (最高裁平成六年一月二二日第三小法廷判決)
Sub Title	
Author	高崎, 英雄(Takasaki, Hideo) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1996
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.69, No.3 (1996. 3) ,p.165- 173
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19960328-0165

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

本件判決に関しては、山下友信教授の判例研究がある（ジュリスト一〇二二号一四四頁）

八島宏平

〔最高裁民訴事例研究 三三三〕

平七一（最高民集四八巻七号一三五頁）

金銭債権の一部請求と相殺

損害賠償請求事件（平成六年一月二日第三小法廷判決）

本件の事案の概要は、次の通りである。

X（原告・被控訴人・被上告人）は、昭和五年一月三日、Y（被告・控訴人・上告人）に家屋の増改築を注文しYはこれを受注した。その後Xは、Yが補修困難な瑕疵ある工事をしたとして当該請負契約を解除し、解体工事費用一〇九万〇一〇〇円、賃料相当損害金五九万五〇〇〇円、支払済み請負代金二五〇万円、合計九五九万五〇〇円（判例集の原文のまま）の損害賠償請求権があるとして内金三七万三〇〇〇円（及びこれに対する遅延損害金。以下遅延損害金については省略）を本件訴訟で請求した。

第一審において、Yは、瑕疵の存在やXの受けた損害額についても争ったが、仮定抗弁として、完成部分の工事代金額が一九四万六八五〇円に相当するとして、対当額での相殺を主張した。第一審判

決は、工事の瑕疵を認めてXによる契約解除を有効とした上で、Xの損害額は、解体工事費用一〇九万〇一〇〇円、賃料相当損害金四二万円、支払済み請負代金二五〇万円、合計四〇一万〇一〇〇円であると認定し、また、Yの主張する完成部分の工事代金額は九六万五〇〇〇円と認定して、その差額である三〇四万五一〇〇円につきXの請求を認容した。

これに対してYのみが控訴し、Yは、第一審での主張に加え、昭和五年四月頃と同年六月頃の二回に互りXがYとの建築請負契約を一方的に解約したとして更に四八六万円の反対債権がある旨を主張した。

控訴審判決は、第一審での争点についてはほぼ第一審判決の認定を踏襲したが、賃料相当損害金については第一審判決に単純な計算ミスがあったことを発見したようて、四二万円を改めて二六万円と認定し、Xの請求は、第一審段階においては三八八万五一〇〇円が認容されるべきであったとした。そして、控訴審で新たにYが主張した反対債権については六一万円の範囲で理由があると、X

の請求はこの金額を控除した三二七万五〇〇円について理由があるとし、しかしながらYのみが控訴しているので民訴法三八五条の規定により原判決を維持して控訴を棄却した。

これに対してYが上告し、他の上告理由とともに、民訴法一九九条二項、同三八五条違反の違法を主張した。その要旨は、「Yが控訴審で相殺に供し、控訴審も理由ありとした六一万円の自働債権の限度において例外的に既判力が生じて別訴での請求ができなくなるが、それが原判決がXの損害額を増額認定した八四万円と結果的に相殺されてしまうのでは、控訴したYに不利益な変更がなされたといえる。」とするものである。

〔判旨〕

上告棄却

(上告理由二について)

特定の金銭債権のうちの一部が訴訟上請求されているいわゆる一部請求の事件において、被告から相殺の抗弁が提出されてそれが理由がある場合には、まず、当該債権の総額を確定し、その額から自働債権の額を控除した残存額を算定した上、原告の請求に係る一部請求の額が残存額の範囲内であるときはそのまま認容し、残存額を超えるときはその残存額の限度でこれを認容すべきである。ただし、一部請求は、特定の金銭債権について、その数量的な一部を少なくともその範囲においては請求権が現存するとして請求するものである。右債権の総額が何らかの理由で減少している場合に、債権の総額からではなく、一部請求の額から減少額の全額又は債権総額に対する一部請求の額の割合で案分した額を控除して認容額を決することは、一部請求を認める趣旨に反するからである。

そして、一部請求において、確定判決の既判力は、当該債権の訴

訟上請求されなかった残部の存否には及ばないとする。こと判例であり(最高裁昭和三五年(オ)第三五九号同三十七年八月一日第二小法廷判決・民集一六卷八号一七二〇頁)、相殺の抗弁により自働債権の存否について既判力が生ずるのは、請求の範囲に対して「相殺ヲ以テ對抗シタル額」に限られるから、当該債権の総額から自働債権の額を控除した結果残存額が一部請求の額を超えるときは、一部請求の額を超える範囲の自働債権の存否については既判力を生じない。したがって、一部請求を認容した第一審判決に対し、被告のみが控訴し、控訴審において新たに主張された相殺の抗弁が理由がある場合に、控訴審において、まず当該債権の総額を確定し、その額から自働債権の額を控除した残存額が第一審で認容された一部請求の額を超えるとして控訴を棄却しても、不利益変更禁止の原則に反するものではない。

そうすると、原審の適法に確定した事実関係の下において、被告人の請求債権の総額を第一審の認定額を超えて確定し、その上で原告人が原審において新たに主張した相殺の自働債権の額を請求債権の総額から控除し、その残存額が第一審判決の認容額を超えるとして原告人の控訴を棄却した原審の判断は、正当として是認することができる。原判決に所論の違法はない。論旨は採用することができない。

(裁判官全員一致)

〔評釈〕

判旨に賛成する。

一 本判例は、金銭債権の一部請求に対し、被告から理由のある相殺の抗弁が出された場合に、いわゆる外側説によって被告

の反対債権額を控除して判決をなすべき旨を述べた初めての最高裁判例であり、併せて、民訴法三八五条の不利益変更禁止の規定との関係で、右の場合における反対債権につき生じる既判力の範囲について初めて言及した最高裁判例である。

以下、本判例に含まれる問題点であるところの、一部請求の可否、一部請求に対して相殺の抗弁がなされた場合の控除方法、反対債権について生じる既判力の範囲について順次検討する。⁽¹⁾

二 一部請求の可否

1 訴状に貼用すべき印紙額が訴額に依じて段階的に高くなる我が国の現行法の下では、請求した請求金額の全部認容が難しいとみられる場合や、全部認容自体は見込めても被告側の資力との関係で全額の回収が見込めない場合などに、貼用印紙の節約をはかって、確実に認容が見込まれる一部の金額、あるいは、担保物の価値などからみて確実に回収できると見込まれる一部の金額に絞って訴訟上の請求をすることはしばしばみられるところである。

かような一部請求の場合に、訴訟物の範囲は債権全体に及ぶのか、当該一部請求の部分に限られるのが一部請求の可否の問題であり、前者と解した場合、後に別訴で残部の請求をすることは一般に既判力に触れて許されないとされる。⁽²⁾

2 一部請求の可否(より端的に言えば後訴での残部請求の可否)についての議論は、ほぼ出尽くした感があるが、確立された判例の立場は、前訴で一部であることが明示されている

かどうかを基準に、一部であることが明示されていれば前訴の既判力は残部に及ばず後訴での残部請求ができるとするものである。⁽⁴⁾これに対しては、一部請求であることが「明示」されていたかどうかということは訴訟物の要素でないし判決

主文で判断されるわけでもないとして、「明示」の有無で分けて考える判例理論を理論づけ不十分と批判する見解もある⁽⁵⁾が、筆者としては、判例理論を支持すべきものと考ええる。非常に難しい問題であるが、審判対象ないし訴訟物の範囲の確定は、究極的には原被告間の利益考量をも一要素として加味せざるをえないのではないかと考えられるところ、原告による一部であることの「明示」は、被告に残部債務不存在確認の反訴を提起する機会を与え、従って、被告に数回の応訴を避ける機会を与える意味を持ち、それゆえに被告の利益保護という否定説に与すべき重要な要素が後退すると思うからである。逆に、一部であることの明示がない場合には、原告が訴訟物を限定することができたのにしなかったのであるから、被告の利益を重視して、原告の残部請求を認めないのが合理的である。

3 本判例も、明示した一部請求について既判力がその一部請求の範囲に限定される旨を判示しており、支持できるものと考ええる。

三 一部請求に対して相殺の抗弁がなされた場合の控除方法
1 本判例は一部請求に対して相殺の抗弁がなされたケースで

あるが、過失相殺については、過失相殺部分を請求額以外の部分から控除すべきか(外側説)、請求額から按分的に控除すべきか(按分説)、さらには請求額から控除すべきか(内側説)を巡って従前からいくつかの裁判例が出されておき、その評釈を中心に学説上の議論も活発になされてきた。⁽⁶⁾

その後、最判一小昭和四八年四月五日民集二七卷三号四一九頁及び最判二小昭和四九年二月二日訟務月報二〇卷七号一九頁が相次いで外側説をとったことから、実務的には議論に一応の決着がついたといえる。⁽⁷⁾

一部請求肯定説を前提に筆者が考えるところ、この問題は、一部請求を数量的な一部の請求ととらえるのか、それとも割合的な一部の請求ととらえるのか、という問題であるように思われる。後者のようにとらえれば、一部と残部は均質であるべきこととなり、従って按分説に接近することになろう。

しかし、現実に一部請求を行う者の意思は(少なくとも通常は)明らかに前者であり、一部と残部が均質であることは想定されていないはずである。そうだとすれば、一部請求をする当事者の通常の意味に沿うという右昭和四八年最判の理由付けは説得的であり、また、請求される側の利益を考えても、按分説または内側説で行けば再訴を提起される可能性大であるところ、外側説によれば結果的に数回の応訴を避けることができるという利点もある。以上の次第で、他の論拠をも加味して外側説を支持したいと思う。

2 では、本判例の事案のように通常の相殺の抗弁がなされた場合の控除方法はどうすべきであろうか。過失相殺は権利障礙事由であり、最初から生じた全損害から過失相殺された残りの額について請求権が発生している。逆に、過失相殺された額についてはもともと権利が発生していない。この点を外側説をとるべき根拠として重視するとすると、権利消滅事由たる相殺の場合にはもともと相殺前の全額について権利があったのだからとの理由で、相殺の場合には別異に解する余地が出てくるかもしれない。

しかしながら、筆者としては、過失相殺の場合と同等以上の理由で外側説をとるべきであると考える。

その理由は、第一に、前記過失相殺について述べたところと同様に、一部請求を行う者の通常の意味が、均質的な割合の一部を請求するところにあるのではなく、質の異なる数量的一部を請求するところにあるという点である。本判例は、「一部請求は、特定の金銭債権について、その数量的な一部を少なくともその範囲においては現存するものであるとして請求するものである」としているが、まさに正当であると考える。⁽⁸⁾そして、この理由は、一旦成立した権利が消滅する相殺の場合には、むしろより強くあてはまるのではなからうか。なぜならば、債権、特に金銭債権は、債務者の任意弁済によるにしろ相殺によるにしろ、その他の事由によるにしろ、常に消滅していくことが本来的に予定されているものであるか

ら、消滅した部分と消滅していない部分が存在することはむしろ常態である。そのような金銭債権において一部請求をする場合、債権者は当然に現存額を視野に請求を立てているのが通常であり、認められるかどうかかわからない過失相殺の場合に比して、債権者の興味はより強く現存額に集中しているはずである。

外側説を支持すべき第二の理由は、紛争解決のためにより直截的であるという点である。過失相殺の場合と同様、仮に按分説または内側説による処理が行われた場合には、判決理由中の判断に沿った自発的な弁済でもなされない限り、原告は当然に後訴による残部請求に踏み切るであろうから、紛争解決を先送りするだけで、結局は被告の利益にも合致しない。

第三の理由は、外側説に対する批判として説かれる、一部請求部分を除いた残部の債権は審判の範囲外であるとの批判は理由がないと考える、という点である。すなわち、既判力が生ずるところの訴訟物の範囲すなわち審判の対象と、具体的な事件で現実には審理すべき範囲ないし審理すべき対象とは別のものであり、後者は前者を判断するための前提として事実認定及び法的評価がなされる諸々の事項を含むものである。例えば相殺の結果債権残額はいくらであらうと、とする全部請求の事実であっても、裁判所は原告の当初の債権額を確定し、その後被告の反対債権額を確定し、相殺の意思表示がなされたことを確定し、相殺充当のなされ方を確定し、その

結果として訴訟物たる請求の当否について判断が下されるわけである。そこでは決して、原告の当初の債権額について、原告の請求額を越えていることだけを確定して、それ以上は当初の債権額がいくらであったかの審理を打ち切る、などということは行われないのである。これと同様に、一部請求の場合にも、訴訟物たるその一部請求の当否を決するため、残部部分の債権の成否や反対債権の成否が審理の対象となり、判決理由中でそれについての判断がなされることはむしろ当然のことなのである。

四 反対債権について生じる既判力の範囲について

1 民訴法一九九条二項は、相殺の抗弁についての判断は理由中の判断であっても例外的に既判力を有すると定める。この場合、いかなる事項について既判力が生じるのかについては争いがあり、有力な考え方としては、原告の請求債権と被告の反対債権が共に存在し、それが相殺によって消滅したことについて既判力が生じるという考えと、⁽¹²⁾反対債権が存在しないことについて既判力が生じるという考えがある。

この見解の違いは、派生紛争防止のための必要不可欠な範囲如何、というところに存在するが、筆者としては、一般に議論されている想定しうる問題は後説で充分説明できると考えるので、あえて過去の法律関係の確認を含む形になる前説ではなく、後説を支持したい。⁽¹⁴⁾

2 相殺の抗弁について既判力が生じる範囲は、法文にあるよ

うに「相殺ヲ以テ對抗シタル額」に限られ、このことについては争いが無い⁽¹⁵⁾。問題は、本判例の事案のように、一部請求がなされて、それに対して相殺の抗弁がなされた場合に既判力の生じる範囲である。この点、明示した一部請求を肯定する判例の立場に立てば、請求債権については請求された一部のみが訴訟物となるのであるから、反対債権については、かかる訴訟物となった部分につき相殺で對抗した額について既判力が生じると解するほかはなからう。

そして、一部請求に対して相殺の抗弁がなされた場合の控除方法として前述のように外側説をとるとすれば、被告主張の反対債権が原告の請求債権全額に満たない場合には、計算上は訴訟物となっていない残部部分から先に反対債権が充当されていくことになり、従ってその結果、反対債権額のうち、既判力で確定されない請求債権の残部部分に見合う額を除いた残額部分だけについて「相殺をもって對抗した」ものとして既判力を生ずることになる。本判例は右の旨を説示するが、これは、一部請求を肯定し、相殺につき外側説をとった場合の論理必然的な結果であるように思う。

3 次に、本件で問題となった控訴審での不利益変更の問題を検討する。

本判例の事案では、被告Yだけが控訴したところ、控訴審は請求債権の増額認定を行い、他方新たな反対債権を認定し、その上で請求債権の残存額が第一審の認定額を上回るとして

控訴を棄却したことから、Yが、新たに認定を受けた反対債権が既判力に触れて請求できなくなるという第一審判決に比して不利な判決を受けたとして、民訴法三八五条の不利益変更禁止の原則違反を主張した。

しかしながら、前述のように、相殺が理由ありとされた場合に反対債権の不存在が既判力によって確定されるのは、訴訟物につき「相殺をもって對抗した額」に限られるのであり、外側説をとる以上かかる額は、原告Xの請求額と各審級の認定額との差額として計算されるから、第一審では七十一万七九〇〇円、第二審では四八万七九〇〇円である。Y主張の反対債権のうち、右を越える部分の不存在は、既判力では確定されないのである。従って、控訴審判決は第一審判決よりもむしろYに有利な判決ということが出来る⁽¹⁸⁾。

従って、控訴審判決が不利益変更禁止の原則に反しないと見た本判例の見解は妥当である⁽¹⁹⁾。

五 以上、本判例の各論点についての判示は、いずれも支持できると考える。

(1) ほかに、原告のXが併せて求めている、支払済み代金の返還請求権と損害賠償請求権の訴訟物としての個数(判例集掲載の一、二審の事実整理からみて一、二審はこれらを併せて一つの訴訟物とみているようである。)の問題などもあるが、本稿では問題点の指摘にとどめる。

(2) 兼子一・民事訴訟法体系(昭和四〇年)三四二頁など。但し、

細部については議論が分かれるし(例えば小室直人・ジュリスト三六三号「昭和四二年」二六頁末尾)、既判力自体は一部請求の範囲に限定しながら残部請求ができなくなる根拠を既判力ではなく信義則に求める考えも有力である(中野貞一郎・民事手続の現在問題「平成元年」一〇五頁以下)。

ただ、筆者としては残部請求ができなくなる根拠を信義則に求める考え方には賛成できない。既判力が及ばないからといって常に残部につき紛争が再燃するというわけではなく、大多数の事例では一部請求についての判決が残部についても当事者間の行為規範として作用すること、従って残部の紛争再燃には実際上それなりの合理的事情があるケースが多く、それがない場合をケース・バイ・ケースで排除すれば足りると思われること、などを考えると、この考え方もそれなりの魅力を感じないではないが、現実の裁判を考えると、信義則の名の下に担当裁判官によって判断が区々となり、却って法的安定性を害する結果になりかねないと思うからである。

(3) 判例・学説の状況は、中野・前掲八五頁以下に詳しい。

肯定説の主な論拠は、訴訟費用を節約する原告の便宜、訴訟外の一部権利行使が可能であること、相殺の抗弁の場合には実質的に一部請求が認められていること、処分権主義の原則、などである。

否定説の主な論拠は、紛争解決の一回性の要請、数回の応訴を強いられる被告の不利益、などである。

(4) 一部であることの明示ありとして残部請求を認めた例として最判二小昭和三七年八月一〇日民集一六卷八号一七二〇頁、最判三小昭和四二年七月一八日民集二二卷六号一五五九頁。一部であることの明示なしとして残部請求を否定した例として最判昭和三二年六月七日民集一一卷六号九四八頁。

なお、残部請求ができる場合、後訴の提起時期によっては消滅時効が問題となるが、判例は、明示の一部請求であっても、残部の請求をし続ける意思が認められる限り、残部についても「裁判上の催告」としての時効中断の効力があるとする(最判一昭和三三年四月一三日訴月二四卷六号二六五頁など)。

(5) 中野・前掲九七頁など。

(6) 外側説に立つ裁判例として広島高岡山支判昭和三五年九月三〇日下民集一一卷二〇六一頁、大阪地判昭和四二年五月二日判タ二〇八号二二六頁、東京地判昭和四三年二月二日判時五六〇号六六頁、大阪高判昭和四六年五月二七日下民集三二卷六五六頁(但し原告が過失相殺を自認して請求した場合に限る)。外側説を支持する見解として、谷水中央「民事交通事故訴訟の問題点」判タ二〇二号(昭和四二年)四七頁、羽生雅則・判タ二二二号(昭和四二年)一五一頁、五十部豊久「一部請求と残額請求」実務民事訴訟講座一(昭和四四年)八五頁、好美清光「交通事故訴訟における過失相殺の諸問題」実務民事訴訟講座三(昭和四四年)二四七頁など。外側説の主な論拠は、被害者保護に厚いこと、最低限これだけの権利はあるとして一部請求を行う原告の通常的意思に沿うこと、損害賠償請求権は現実には生じた損害額ではなく過失割合を控除した残額の限度において発生するものであること、現実には後訴による再訴はほとんどないこと、などである。

按分説に立つ裁判例として大阪高判昭和四二年四月一九日判タ二〇八号二二四頁、山形地判昭和四五年三月一七日判タ二四七号三〇二頁。按分説を支持する見解として、村松俊夫「過失相殺についての一考察」法律時報三八卷八号(昭和四二年)九四頁、岩村弘雄

「司法研修所における損害賠償事件研究の素描」判タ二〇〇号（昭和四二年）五一頁など。按分説の主な論拠は、一部請求を認める以上どの一部についても同じ割合で過失相殺がなされるべきこと、残部は審判対象になっていないこと、などである。

内側説に立つ裁判例は見当たらないが、小室直人・ジュリスト三六三号（昭和四二年）二六頁は、一部請求否定説からの一つの帰結として内側説を示唆する。また、過失相殺ではなく相殺についてであるが、梅本吉彦・ジュリスト一〇六八号（平成七年）一一頁は、審判対象が一部に限定されていることを強調する立場から内側説を採るようである。

(7) 最判一小昭和四八年四月五日に対する評釈は、概ね判旨に好意的である。例えば、倉田卓次・判タ三〇二号（昭和四九年）七五頁、住吉博・民商法雑誌六九巻六号（昭和四九年）一〇四八頁。

(8) 谷水・前掲は、この点を強調し、訴訟物を請求部分に限定する一部請求肯定説と外側説が整合するものとする。

(9) これに対して、山本克己・法学教室一七六号（平成七年）三七頁は、本判例の理由付けを、原告が訴求債権の一部が消滅したことを自認した上で、消滅した額を控除して明示の一部請求をした場合には説得力を持つが、本件を含めそれ以外の場合には検討の余地がある、とする。しかしながら、「少なくともその範囲において現存する」というのは、確定的に一部消滅を自認しているのと否とを問わず原告が持つ通常の意思であり、本文で述べるように、権利消滅事由が問題となる事案についてそれが原告の意思でないというケースは、およそ考えられないのではなからうか。

(10) 相殺に限らず、弁済でもその他の権利消滅事由でも同様に解してよいであろう。

なお、債権の現存額が不明確になるケースは、権利義務として比較的単純な消費貸借においても生じ得る。例えば、元々善意であった貸主と借主が必ずしも書面のやりとりなく多数回の貸し借りを反復継続し、その後関係が悪化して裁判に至ったような場合に、貸主側では一部の貸渡しの事実の立証ができず、借主側でも一部の返済の事実が立証できないというケースは、筆者も時に遭遇するところである。そのような場合、原告側は、「少なくともその範囲において債権が現存する」として一部請求をするのが通常であるが、当事者双方の関心は認容されるべき現存額に集中しており、按分説や内側説による処理がなされることなどは（被告を含め）当事者の全く予想しないところであると言えよう。

(11) かかる批判は、外側説に対してしばしば説かれるところであるが、本判例に関するものとして梅本・前掲、なお、注8で引用した谷水・前掲の構成は外側説に対するかかる批判をかわす意味をもつが、本文で述べたとおり権利障害事由たる過失相殺の場合にはあてはまって、権利消滅事由たる相殺の場合にはあてはまらないように思われる。

(12) 兼子・前掲三四四頁、新堂幸司・民事訴訟法（昭和四九年）四一六頁、梅本吉彦・ジュリスト「民事訴訟法の争点」（昭和四四年）二七〇頁など。

(13) 三ヶ月章・民事訴訟法（昭和三四年）一一二四頁、岩松三郎・民事裁判の研究（昭和三六年）八九頁、菊井維大・村松俊夫・全訂民事訴訟法Ⅰ（昭和五九年）一一二三頁など。

(14) 但し、我が国ではこの議論の実益はないとされ（三ヶ月・前掲一一四頁）、そのためか、この点を明確に論じる判例も見当たらない。

(15) 相殺の場合に反対債権の一部（対抗した額）に既判力が生じる

ことは、前述のように、一部請求肯定説の論拠の一つとなっている。

(16) 但し判例集をみる限り、控訴審は、全く新たな請求債権の増額を認めただけではなく、第一審の判決理由の記述からも明らかな単純な積算ミスを改めただけである。その意味で、控訴審判決による第一審判決の更正、と理解する余地もあるように思われ、そのように理解すれば不利益変更の問題が生じる余地はない。

(17) なお、相殺の主張が容れられなかった場合には不利益変更の問題が生じる余地はない。通常の全部請求の訴訟でも同じであるが、第一審で敗訴した被告が控訴し、新たな相殺の抗弁を主張してそれが容れられなかった場合、控訴審で新たに主張した反対債権の(対抗額の範囲での)不存在について既判力が生じるとしても、それは控訴審での相殺の抗弁が奏功しなかった当然の結果であり、不利益変更禁止の原則に反するものではない。

(18) 控訴審判決が第一審より控訴人に有利な判決であると解される以上、原判決を取り消した上で控訴を棄却すべきであったかどうかも検討の余地がある(山本・前掲もそれを指摘する)。

(19) なお、第一審と第二審を比べると、理由ある反対債権につき生じるべき既判力の範囲は、第二審の方が二万円少ないが、この二万円を、不利益変更禁止の規定により実質上同額の請求債権を失った形となっているXに対し、Yの方だけはなお別訴で請求しうるとするのは、やや不合理の感を受ける。附帯控訴もしなかったXが、消極的に第一審判決以上の権利を取得できないことは仕方がないとしても、積極的にYから別訴で請求を受けてしまうのはXに酷いように思うからである。理論的には仕方がないのであろうか。

もっとも、第二審判決によっても、既判力で確定されない残反対債権に対応して、Xは同額の残請求債権を有するわけであるから、

現実にYからXに対して請求がなされることはほとんど有り得ないであろう。

高崎英雄