慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究 三六〇〕
Sub Title	
Author	石渡, 哲(Ishiwata, Satoshi) 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	2000
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.73, No.10 (2000. 10) ,p.153- 166
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=AN00224504-20001028-0153

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.

〔最高裁民訴事例研究 三六〇〕

平一〇3（最高民集五二巻四号一二二五頁）

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可否

不当利得請求事件（平成一〇・六・三〇第三小法廷判決）

〔事実および判旨〕

本件の原告Xと被告Yは、訴外亡Aの子であり、Aの死亡による相続人はこの二名である。両名の間では遺産分割をめぐる争いがあり、本件訴訟以外にも以下のような訴訟が行われた。まず、Xが相続財産である土地建物（以下、「本件土地建物」という）のYの持分につき処分禁止の仮処分決定を得て、これを登記したが、この仮処分決定はYの異議により取り消された。また、Xは、この仮処分の本案訴訟として相続財産の持分移転登記請求訴訟を提起したが、Xの敗訴が確定した。そこで、YがXに対して、不当仮処分により本件土地建物の持分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たと主張して、損害額二億五二六〇万円のうち四〇〇〇万円の一部請求の訴えを提起した。なお、この訴えについては、本判決を下したのと同じ最高裁第三小法廷が本判決と同じ日に下した上告棄却の判決により、請求棄却判決が確定している（判時一六四四号一一六頁）。

本件は、Xが、自己が単独で相続税の申告・納付および本件土地建物の固定資産税・都市計画税の納付を行ったこと、ならびに、水道料金を支払ったことを理由として、Yに対して提起した一二九六万余円の不当利得返還請求の訴えである。Yは、固定資産税・都市計画税の納付以外の点について不当利得返還義務の存在を争うとともに、不当仮処分による損害賠償請求権中別訴で主張している部分を除く部分を自働債権とする相殺を主張した。第一審裁判所は、相続税につき、Xの不当利得の主張を退け、固定資産税等に関する不当利得返還請求権については、不当仮処分による損害賠償請求権との相殺により請求を棄却した。Xが控訴し、控訴審で、Yは、第一審での相殺の主張に加えて、仮処分決定に対する異議申立手続および本案訴訟における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を追加した。Yは、さらに別口の債権を自働債権とする相殺をも追加主張したが、判

示事項とは関係ない。控訴裁判所はXの請求をほぼ全面的に認容した。同裁判所は、まず、相続税についても不当利得の成立を認めた。相殺の抗弁については、参照判例として最判平成三年一二月一七日民集四五巻九号一四三五頁を引用しつつ、係属中の別訴において訴訟物とされ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て、これを認めなかった。控訴審判決に対してYが上告した。上告理由中、相殺の抗弁については、弁護士報酬相当額の損害賠償請求権および前記別口の債権を自働債権とする相殺の主張について審理されなかったことが審理不尽であった、と主張されている。最高裁は以下の理由により原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。

「1　民訴法二四二条（旧民訴法二三一条）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（前記平成三年一二月一七日第三小法廷判決参照）。

2　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（最高裁昭和三五年(オ)第三五九号同三七年八月一〇日第二小法廷判決・民集一六巻八号一七二〇頁参照）。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ところである。

3　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。そうすると右2のように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。

4　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、……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が許されるものと解するのが相当である。」

なお、園部逸夫裁判官は、法廷意見に同調するとしたうえで、二点にわたる補足意見を表明している。第一点は、一般論としては法廷意見を前提にするとしても、本件においては、以下のような手続上の理由から、もはや差戻審において相殺の成否について審理判断をする余地がないということである。

「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（最高裁平成九年㈶第八四九号同一〇年六月一二日第二小法廷判決参照）。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（四〇〇〇万円）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になり、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。」

補足意見の第二点は、一個の債権の一部について訴えが提起され、その残部をもって相殺の抗弁が提出されたような場合には、審理の重複と事実上の判断の抵触を回避するため、ならびに当事者と裁判所の負担を軽減するために、事件を併合審理するか、少なくとも同一裁判体で並行審理することが

強く望まれる、というものである。

〔評　釈〕

判旨には、賛成できない点、および、疑問とすべき点がいくつかある。

一　相殺の抗弁と重複訴訟禁止の関係ならびに一部請求後の残額請求の許否のそれぞれの問題については、既に、本判決の理由中に引用されている判例があるが、[1] 本事案においてはこれら二つの問題が交錯している。本判決の判例としての意義は、かように二つの問題が交錯した事案に関して最高裁が初めて判断を示した点にある。ただし、下級審裁判例の中には、本件と類似した事案について、本判決とは異なり、一部請求訴訟係属中の残部債権を自働債権とする相殺の抗弁の適法性を否定したものがある。[2]

二　相殺の抗弁と重複訴訟禁止の関係に関する学説は以下のように分類される。①相殺の抗弁とその自働債権についての別訴が並行する場合、重複訴訟禁止（民訴一四二条。旧民訴二三一条）の類推適用はなく、相殺の抗弁も別訴もともに適法であるという見解[3]（以下、「類推否定説」という）。②かような場合には、重複訴訟禁止が類推適用されるという見解[4]（以下、「類推肯定説」という）。③相殺の抗弁が提出される前に、自働債権たるべき債権につき訴えが提起されている場合（別訴先行型）には、相殺の抗弁は不適法であるが、相殺の抗弁が先に提出されている場合（抗弁先行型）には、その後に自働債権につき訴えが提起されても、訴えは不適法にならないという見解[5][6]（以下、「折衷説」という）。④逆に、別訴先行型の場合の相殺の抗弁は適法であるが、抗弁先行型の場合の訴えは不適法であるという見解[7]（以下、定着した呼び方ではないが、「逆折衷説」という）。

裁判例は、別訴先行型の場合の相殺の抗弁は不適法であるとし、抗弁先行型の場合の別訴は適法とする（つまり、裁判例全体をみれば、折衷説をとる）傾向にあったといわれている。[8] 最高裁判例は、抗弁先行型に関するものはないが、別訴先行型については、本判決も引用している平成三年の判例が相殺の抗弁を不適法とした。そしてその後の下級審裁判例もそれと同旨ないしその趣旨を一層徹底しているようである。[9]

私は、類推否定説を支持する。この説の根拠として、自働債権の債権者側の権利主張と防御の自由および相殺の担保的機能が確保されるべきであるということ、ならびに、相殺の抗弁、とくに予備的相殺の抗弁については必ずしも

常に裁判所の判断を受けるわけではないこと、が挙げられる。これらの点も同説の根拠になりうる。しかし、この問題に関して一番重要なのは、重複訴訟禁止（民訴一四二条）の趣旨をいかに解するかという点である。その趣旨は通常、審理の重複と既判力の抵触を防止することにあるといわれており、本判決もそのように述べている。しかし、審理の重複は、別訴の受訴裁判所と相殺の抗弁が提出された裁判所の双方による柔軟な処理、たとえば、一方の審理を事実上停止するなどの処理により回避が可能なはずである。また、別訴の判決と相殺の抗弁に関する判断を前提にして下される判決のうち先に確定した判決のほうが、その既判力により、未だ判決をしていない裁判所を拘束するため、既判力の抵触は、ほかならぬ既判力の効果自体によって回避できるであろう。[10] したがって、重複訴訟禁止の趣旨は相殺の抗弁の提出とその自働債権についての別訴の並行を禁じる根拠にならない。ただし、二つの判決が同時に確定する場合には、たしかに既判力の抵触が起こる可能性がある。しかし、そのような事態は、理論的にはあり得ても、現実にはほとんど起こることがないであろう。とくに双方の裁判所が適切な処理をするならば、それはまず起こり得ない。それ故、かかる事態があり得ることを根拠にして、先に掲げた自働債権の債権者側の自由や相殺の担保的機能を減殺するような結果を導く解釈論は、妥当とはいえないであろう。

本件では別訴先行型の場合の相殺の抗弁の適法性が問題になった。私見のように類推否定説に従うならば、別訴が一部請求であるか否かにかかわらず、適法性は肯定される。ちなみに、逆折衷説でもこの点に関するかぎり同じ結論になる。それに対して、類推否定説および折衷説によれば、別訴先行型の場合の相殺の抗弁は本来ならば不適法である。ただし、これらの説を前提にしても、別訴が一部請求である場合には、一部請求に対する判決の既判力は当該一部についてのみ生じるという従来の判例（本件判決理由中に引用されている最判昭和三七年八月一〇日）と同様の見解をとれば、既判力の抵触が生じることはなく、相殺の抗弁を適法とみなすことができる。判旨は、別訴が一部請求（より詳しくいえば、明示的一部請求）であることを指摘しているが、それは、相殺の抗弁を適法とみなすには、この指摘が必要であると考えたためである、と推測される。[11]

別訴先行型の場合の相殺の抗弁の適法性は肯定されるべきであるとの、基本的立場に立たれる酒井一助教授[12]は、本件評釈において、従来別訴先行型の場合における相殺の抗

弁を不適法としていた最高裁が、本判決を契機としてこれを適法とする扱いを一般化することへの期待を表明しておられる。[13] しかし、本件判決理由が、別訴が一部請求であることをわざわざ指摘していることからも、また、平成三年の判例を引用していることからも、私は、遠い将来のことは別として、少なくとも当分の間、最高裁は、やはり一般論としては相殺の抗弁と重複訴訟禁止との関連について従来の立場を維持するであろうと推測する。もっとも、下級審裁判例の中には、本件と同様に別訴が一部請求である場合にも、相殺の抗弁を不適法としたものがあるが、[14] 最高裁はそこまで極端な立場には立っていない。

しかし、いずれにしても類推否定説を支持する私は、判旨の基本的立場に反対である。

三　二で述べたように、本件における相殺の抗弁の適法性は、私見（類推否定説）によればもとより肯定されるし、判旨も、別訴が明示的一部請求である場合に限ってではあるが、これを肯定している。適法性が肯定されるとすれば、次に、別訴の受訴裁判所と相殺の抗弁の提出を受けた裁判所のそれぞれが、前者にあっては請求されている債権につき、後者にあっては相殺の自働債権につきいかに審理することになるか、そしてまた、一方がその存否につき下した判決ないし判断が他方に対していかなる効果ないし影響を及ぼすかが、問われることになる。

類推否定説を前提にすれば、本件のように別訴が一部請求であるという事情がなく、別訴で請求されている債権と相殺の自働債権とが一致しているケースでも、理論的には、両裁判所は、当該債権の存否につき、いずれかの判決が確定するまでは、それぞれ別個に審理し判断することができ、いずれかが確定した後は、他方はこの確定した判決（判断）に拘束されることになる。ただし、実務的には、両裁判所は、前述のように、審理の重複と事実上の判断の抵触の回避ならびに当事者と裁判所の負担軽減のための処理をすることができるし、それをすべきである（むしろ、前述のように、かかる処理が可能であるということが、類推否定説の正当性の根拠になる）。さらに、本件における園部裁判官の補足意見の第二点、すなわち、本件のような事案では事件の併合審理か少なくとも同一裁判体での並行審理が望ましいという考え方は、類推否定説を前提にした場合には、別訴が一部請求でないときにも、当てはまる。

別訴が一部請求である本件のような場合、別訴の判決が先に確定したときに、それが相殺の抗弁に対していかなる効果ないし影響を及ぼすかについての結論は、一部請求後

の残額請求についてどのように考えるかという点に、かかわりがある。後者の問題については、周知のように、収拾がつかないほどに見解が錯綜しているが[15]、以下に、本件を評釈する上で必要な範囲で、私見を述べる。

まず、実体法が債権の分割行使をとくに禁じていないので、一部請求自体は、それが濫用的になされたものでないかぎり、許容される。そして、一部請求について本案判決が確定しても、既判力は、債権全体のうちの訴求された部分にしか生じず、残部債権には及ばない。ただし、この場合に常に残部債権の訴求が許容されるかというと、以下の理由から、必ずしもそうとはいえないであろう。すなわち、前訴訟における審理は原則として債権全体の存否に及んでいる。とくに、前訴判決が請求棄却判決であれば前訴裁判所はその債権の存在を全面的に否定したわけであり、一部認容一部棄却であれば認容額を超える部分の存在を否定したわけである。それにもかかわらず残部を訴求することは、紛争の蒸し返しになり、とくに、前訴判決により紛争に決着が付いたと信じた、被告の信頼を裏切ることになりかねない。そこで、残部債権の訴求が信義則上許されないこともありうる、と考えられる。かように残部債権の訴求の許否を信義則により決するのは、近時の有力説の主張するところに従ったものである[16]。

かように、信義則を取り入れるとすると、次に、いかなる場合に残部債権の訴求が許容され、あるいは許容されないかという点が、問題になる。この点について園部裁判官の補足意見第一点が援用する最判平成一〇年六月一二日[17]は、残部債権の訴求は「特段の事情がない限り、信義則に反して許されない」と判示している。つまり、残部債権の訴求は原則として不適法であるということである。しかし、現行民事訴訟制度が処分権主義を基本原理としていることを考えると、私は、上記の場合の残部債権の訴求が信義則上不適法なことはあり得ることであっても、それが原則であると決めてしまうことには、疑問を感じる。いずれにしても、残部債権の訴求については、許容と不許容のいずれが原則であるかを決めた上で、原則と例外の区別の基準をたてることが必要である[18]。しかし、本件において争点になったのは、残部債権を自働債権とする相殺の抗弁の適法性であって、残部債権の訴求の適法性ではないので、この点には立ち入らないことにする。

本件事案に限っていえば、Yが相殺の抗弁を提出したのは、一部請求訴訟（別訴）の係属中であった。したがって、相殺の抗弁の適法性が重複訴訟禁止の趣旨との関係で問題

になることはあり得ても（ただし、前述のように、類推否定説を支持する私見によれば、この点も問題にならない）、一部請求訴訟の判決が確定するまでは、この判決の結果として、すなわちその既判力や信義則によって、相殺の抗弁の適法性が否定される余地はない。一部請求を棄却する判決が確定した後について考えると、本件では別訴の原告であるYは、別訴が一部請求であることを明示していたようであるから、相手方であるXも、この判決によって当該損害賠償請求をめぐる紛争に最終的決着が付いたと、信頼することはないものと考えられる。それ故、相殺の抗弁は右判決確定後も適法であると解される。

いずれにせよ、本件相殺の抗弁は適法である。原審がこれを不適法として却下したのであるから、上告審が執るべき措置は、破棄差戻しであり、その点では本判決が執った措置は首肯しうるものである。

四　ただし、本件における相殺の抗弁の適法性については、注意を要する点がある。というのは、本件では三つの相殺の抗弁が提出されている。第一は、別訴で一部請求されている損害賠償請求権の残部を自働債権とする相殺の抗弁であり、第二は、別口の債権を自働債権とする相殺の抗弁であり、第三は、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抗弁である。これらのうち、第二の相殺の抗弁は判示事項と関連がないので、検討の対象外とする。問題になるのは、第一と第三の相殺の抗弁である。不法行為賠償請求訴訟の弁護士報酬は、相当額の範囲において不法行為と相当因果関係に立つ損害であるので、その支払を求める請求権も損害賠償請求権の一部である。[19] そうであるとすれば、第一と第三の相殺の抗弁は、実は抗弁としては一つであるともいえそうである。しかし、相殺の抗弁の個数が一個であるか二個であるかは、議論をしてもあまり実益があるとは思えないので、個数についてはとくに問題とせず、ここでは一応「第一の相殺の抗弁」、「第三の相殺の抗弁」ということにする。私は先に、本件相殺の抗弁は適法であったと述べたが、それは、第一、第三の両相殺の抗弁とも適法であったという意味である。しかし、本判決は、判決理由中で、第三の相殺の抗弁が適法であるというのみで、第一の相殺の抗弁の適法性には全く言及していない。それは、原審が三つの相殺の抗弁をすべて退けたところ、Yの上告理由は、第二、第三の相殺の抗弁が退けられたことについてのみ不服を申し立てており、第一の相殺の抗弁が退けられたことについては不服を申し立てていなかったからであろう。上告審の審判の対象も取消し、変更の限度

もともに上告人の不服申立てによって決まるのであるから（民訴三一三条・二九六条一項・三〇四条）、本判決が第一の相殺の抗弁の適法性について判断しなかったことは、当然のことといえる。そして、第一の相殺の抗弁は差戻審でも審判の対象になることはない。ただし、私見によれば、第一の相殺の抗弁も、本来適法であるから、もし上告理由がこれに関しても不服を申し立てていたならば、この不服は容れられるべきであり、差戻審において審判の対象になり得たはずであった。

第三の相殺の抗弁の適法性に関してはさらに、判決理由が、それが濫用的なものでないとする根拠として、弁護士報酬相当額の損害賠償請求権と損害賠償請求権のその他の部分とが「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」と判示している点も問題であろう。「別種の損害」という表現が用いられているが、前述のように、弁護士報酬相当額の支払を求める請求権も損害賠償請求権の一部である。このことは、右の引用部分の冒頭においても明言されている。判決理由が、それでも、なお、弁護士報酬相当額の損害賠償請求権の特殊性を強調しているのは、損害賠償請求権のうちの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抗弁とその他の部分を自働債権とする相殺の抗弁とでは、許容性に違いがある、具体的にいえば、信義則上前者は許容しやすく後者は許容しにくいとの考えが、その基礎にあったためではないだろうか。しかし、私見のように、その他の部分を自働債権とする相殺の抗弁についても適法性を肯定するならば、弁護士報酬相当額の損害賠償請求権の特殊性を強調する必要は、そもそもなかったといえる。むしろ、仮に、その他の部分を自働債権とする相殺の抗弁が信義則上許容されないとの立場に立つなら、それにもかかわらず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が許容されるというのは、奇妙なことではないだろうか。なぜなら、弁護士報酬相当額の損害賠償請求権は、その他の損害賠償請求権が成り立って、はじめて成立するものだからである。言い換えれば、私は「損害賠償請求権のその他の部分」という表現を用いているが、実はこちらが損害賠償請求権のいわば本体であり、それを主張することができないのに、弁護士報酬相当額の損害賠償請求権だけが主張できるということは考えにくいのである。

五　本判決（法廷意見）は、本件相殺の抗弁の適法性を肯定し（といっても、適法性が肯定されたのは、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抗弁だけであるが）、原判決がこれを不適法として却下していたため、事件を原審に差し戻した。園部裁判官は補足意見第一点[20]において、法廷意見に同調するとした上で、差戻後の原審において相殺の抗弁は結局不適法として却下されることになる、との処理の仕方を提示された。その理由は以下のとおりである。すなわち、一部請求訴訟である別件訴訟につき、本判決言渡日と同日に、請求棄却判決が確定しているが、一部請求に対する請求棄却判決が確定すると、残部債権の請求は信義則上原則として許されなくなるということである。理由として述べられていることのうちの後半部分に関しては、最近の最高裁判例（最判平成一〇年六月一二日）が援用されている。前述のように、私自身は、一部請求に対する請求棄却判決確定後の残部債権の訴求は不適法が原則であるという、この判例の考え方に対しては、疑問を抱いている。しかし、仮にそのような考え方に従うとしても、園部裁判官の補足意見第一点には、問題とすべき点があるように思われる。

第一に、この判例では残部債権の訴求の許否が争点になったのに対して、本件では残部債権を自働債権とする相殺の抗弁の許否が争点になったのであるから、両者における争点は異なっていた。そして、法廷意見が3において、両者の許容性に違いがあるとした上で、相殺の抗弁は特段の事情がないかぎり許容されるとしていることから、法廷意見も両者を区別していたことが明らかである。そうであるとすれば、園部補足意見が法廷意見に同調するといいながら、前記判例の考え方を当然に本件に適用しようとしていることには、論理の飛躍があるのではないだろうか。

第二に、仮に、前記判例の考え方が相殺の抗弁にも適用されるとの立場に立つとしても、園部補足意見が提示する事案の処理方法には、やはり問題がある。たしかに、この立場を前提にすれば、差戻審が相殺の抗弁を却下することが、事案の処理として合理的であるように思われるかもしれない。しかし、本件事案においては、一部請求訴訟（別訴）と、残部債権を自働債権とする相殺の抗弁が提出された訴訟（本件訴訟）とが、上告審手続の段階で同じ最高裁第三小法廷に係属した。同小法廷としては、本件につき判決を下すより先に、別訴につき上告を棄却して、請求棄却判決を確定させることができたはずである。そうした上で、前記判例の考え方を本件に適用すれば、相殺の抗弁が不適法であることは、事実審理をするまでもなく明らかなはずである。本判決は、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に関する以外の上告理由を退けている。したがって、上告審が法律審であっても、相殺の抗弁を却下し、結論において原判決（控訴審判決）は維持できるものとして、上告を棄却することができたはずである。園部裁判官の補足意見第二点は、二つの訴訟が同一裁判体で審理されることが望ましいとしている。本件では――上告審以前の段階ではどうであったか不明であるが――少なくとも上告審においては、この望ましい状態になったのであるから、右のような措置によって、紛争の解決を差戻審にまで持ち越さず、上告審判決によって訴訟を終わらせることができたであろう。園部裁判官は、審理の効率化と矛盾のない紛争解決の実現を意図して、二点にわたる補足意見を示されたものと思われる。この意図は、園部裁判官自身が提示された処理によるよりも、いま述べた、上告審で相殺の抗弁を却下した上で、上告を棄却する処理によったほうが、より確実に実現するものと思われる。

（1）　相殺の抗弁と重複訴訟禁止の原則の関係については、判決理由中に引用されている、最判平成三年一二月一七日民集四五巻九号一四三五頁以前に、最判昭和六三年三月一五日民集四二巻三号一七〇頁が別訴先行型の場合の相殺の抗弁を不適法であるとしている。しかし、事案の特殊性の故に、これをもってリーティングケースとみることはできないといわれている。

一部請求については、判決理由中に引用されている、最判昭和三七年八月一〇日民集一六巻八号一七二〇頁以外に、次の判例が重要である。最判昭和三二年六月七日民集一一巻六号九四八頁（最判昭和三七年八月一〇日が、一部請求であることが明示されていた事案に関するものであるのに対して、明示されていない一部請求の場合には、判決確定後の残部請求は許されないとされた事例）、最判昭和三四年二月二〇日民集一三巻二号二〇九頁（明示的一部請求の訴え提起による消滅時効中断の効力は、請求された部分においてのみ生じるとされた事例）、など。さらに、最近の判例として、園部裁判官の補足意見第一点に引用されている、最判平成一〇年六月一二日民集五二巻四号一一四七頁がある。

（2）　東京高判平成四年五月二七日判時一四二四号五六頁。しかもこのケースでは、相殺の抗弁を提出した当事者は、別訴の請求を減縮した分を自働債権としたにもかかわらず、相殺の抗弁が不適法とされた。この裁判例の評釈である、畑瑞穂「判批」ジュリ一〇二四号（平成四年度重要判例解説）一五四頁（一九九三年）は、かような措置に対する疑念を示唆している。

（3） 中野貞一郎「相殺の抗弁」『訴訟関係と訴訟行為』一二〇頁以下（弘文堂、一九六六年。初出、阪法九号〈一九五四年〉）（ただし、中野教授は、初出の論文では不適法説を支持されておられ、論文集への収録に際して適法説に改説された）、同「相殺の抗弁と二重起訴の禁止」奈良産五巻三号一頁以下（一九九二年）、同「相殺の抗弁（下）」判タ八九三号七頁以下（一九九六年）、同「一部請求論の展開（上）」判タ一〇〇六号九頁（一九九九年）、中野貞一郎＝酒井一「判批」民商一〇七巻二号七五頁以下（一九九二年）（この部分は、中野教授の見解である）、三ケ月章『民事訴訟法（法律学全集）』一二五頁（有斐閣、一九五九年）、兼子一ほか『条解民事訴訟法』八四四頁〔竹下守夫〕（弘文堂、一九八六年）、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――」阪学七巻一・二号八五頁以下、とくに、九四頁以下（一九八二年）、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以下（一九九五年）など。栗田陸雄「判批」判評四五七号六九頁（一九九七年）も、適法説をとっているといえよう。

（4） 住吉博「重複訴訟禁止原則の再構成」『民事訴訟論集第一巻』二九三頁以下（法学書院、一九七八年。初出、新報七七巻四・五・六号〈一九七〇年〉）、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』七五頁以下（弘文堂、一九八八年。初出、北九州一巻三号・四号〈一九七六年〉）、小山昇「相殺の抗弁と別訴または反訴」『民訴判例漫策』一七一頁以下（判例タイムズ社、一九八二年。初出、判タ四五三号〈一九八二年〉）、梅本吉彦「相殺の抗弁と二重起訴の禁止」鈴木忠一＝三ケ月章監修『新・実務民事訴訟講座1』三八一頁以下（日本評論社、一九八一年）、斉藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法（6）』二七六頁以下〔斉藤秀夫＝加茂紀久男〕（第一法規出版、第二版、一九九三年）など。ただし、相殺の抗弁の自働債権を反訴の形で訴求することは認められている。

（5） 菊井維大＝村松俊夫『民事訴訟法II』一五七頁（日本評論社、第二版全訂版、一九八九年）、流矢大士「二重起訴と相殺の抗弁」伊東乾教授古稀記念論文集『民事訴訟の理論と実践』四六五頁以下（慶応通信、一九九一年）。

（6） 「別訴先行型」は、「抗弁後行型」といわれることもあるが、中野・前掲注（3）相殺の抗弁と二重起訴の禁止九頁注（2）、中野＝酒井・前掲注（3）七八頁注（2）が指摘しているように、「後行」という用語は一般的でないようなので、本稿では「別訴先行型」という表記を用いることにした。

（7） 中野＝酒井・前掲注（3）八七頁以下（この部分は、酒井一助教授の見解である）、新堂幸司＝福永有利編『注釈民事訴訟法（5）』二二五頁以下〔佐野裕志〕（有斐閣、

一九九八年)。

(8) たとえば、菊井＝村松・前掲注(5)一五五頁、流矢・前掲注(5)四七七頁がこのことを指摘している。

(9) この点については、注(2)を参照されたい。さらに、大阪地判平成八年一月二六日判時一五七〇号八五頁は、従来下級審裁判例が適法とする傾向にあったといわれている抗弁先行型の場合の訴えをも、平成三年の最高裁判決を引用した上で、不適法として却下した。

(10) 栗原・前掲注(3)九五頁、三木・前掲注(3)一八六頁以下。中野・前掲注(3)相殺の抗弁一二二頁、同・前掲注(3)相殺の抗弁と二重起訴の禁止四頁も、既判力の抵触を「あまり、気にやむ必要はない」と述べている。

(11) 中野・前掲注(3)一部請求論の展開(上)八頁は、本件判決理由の理論構成を、「継ぎ接ぎ」であり「綻びがみえる」と批判している。

(12) 中野＝酒井・前掲注(3)八七頁以下。なお、注(7)を参照されたい。

(13) 酒井一「本件判批」判評四八三号三四頁(一九九九年)。

(14) 注(2)と同じ。

(15) 本文で述べたように、この問題については見解が錯綜しているため、判例評釈として与えられた紙幅の範囲内で、重要な学説ならびに判例および裁判例を列挙することは不可能である。ここでは、この問題に関する最新の学説であり、従来の主要な学説と判例を取り上げて検討している文献である、中野・前掲注(3)一部請求論の展開(上)(下)判タ一〇〇六号四頁以下、一〇〇八号四八頁以下および、同教授の別の論文「一部請求論について」『民事手続の現在問題』八五頁以下(判例タイムズ社、一九八九年。初出、染野義信博士古稀記念論文集『民事訴訟法の現代的構築』〈勁草書房、一九八九年〉)を挙げるに止める。

(16) 中野・前掲注(15)一部請求論について一〇五頁以下、中野・前掲注(15)一部請求論の展開(下)五〇頁以下、兼子一ほか前掲注(3)六一三頁以下〔竹下〕。信義則を用いることに対する批判もあるが、それについては、中野・前掲注(15)一部請求論の展開(下)五五頁注(42)参照。

(17) 掲載判例集は、注(1)に掲示してある。

(18) 信義則による残部請求許容の基準については、注(16)に引用した、中野教授、竹下教授の学説を参照。

(19) 通説、判例である。判例としては、最判昭和四四年二月二七日民集二三巻二号四四一頁。学説としては、岨野悌介「弁護士費用の損害賠償」鈴木忠一＝三ケ月章監修『新・実務民事訴訟講座4』一〇三頁以下参照(日本評論社、一九八二年)。

(20) 中野・前掲注(3)一部請求論の展開(上)一二頁注(15)は、園部裁判官の補足意見を「異例の説示」である、

と述べている。

〈追記〉 本判決については、本文で引用した、酒井一助教授の判例批評のほかに、以下の判例批評・解説がある。高橋宏志・リマークス一九九九年（下）一二七頁以下、上野泰男・ジュリ一一五七号（平成一〇年度重要判例解説）一二二頁以下、越山和広・法教二一九号一二八頁以下、村上正敏・判タ一〇〇五号（平成一〇年度主要民事判例解説）二一四頁以下。また、中野・前掲注（3）一部請求論の展開（上）七頁以下でも、本判決について詳細な論評がなされている。

石渡　哲