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四七〇〕請負代金債権と瑕疵修補に代わる損害賠償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中に、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を主張することの可否 (請負代金請求本訴・建物瑕疵修補等請求反訴事件、最高裁判所第二小法廷令和二年九月一一日判決)
Sub Title	
Author	三木, 浩一(Miki, Kōichi) 民事訴訟法研究会(Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2021
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.94, No.5 (2021. 5) ,p.93- 116
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=AN00224504-20210528-0093

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四七〇〕

令二2（民集第七四巻六号一六九三頁）

請負代金債権と瑕疵修補に代わる損害賠償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中に、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を主張することの可否

（請負代金請求本訴・建物瑕疵修補等請求反訴事件、最高裁判所第二小法廷平成三〇年（受）第二〇六四号、令和二年九月一一日判決、破棄自判）

〔事　実〕

Xは、建築物の設計・施工等の業を営む業者であるが、平成二五年九月、Yから同人の自宅建物の増築工事を頼まれ、請負代金額七五〇万円として請負契約を締結した。Yは、その後、同年一一月までの間に、Xに対し、上記工事の追加変更工事を発注した（以下、当初の請負契約に追加変更工事を含めた契約を「本件請負契約」という）。Xは、同年一二月までに、上記増築工事および追加変更工事を完成させ、完成させた自宅建物の増築部分をYに引き渡した。本件請負契約に基づく請負代金の額は、追加変更工事を含めて八二九万一七五六円である（以下、「本件請負代金」という）。他方、上記増築部分には建築上の瑕疵が存在し、これによってYが被った瑕疵修補に代わる損害の額は二六六万九九五六円である（以下、「本件損害金」という）。

Xは、平成二六年三月、本件請負代金の支払いを求めて本件本訴を提起した。同年六月、Yは、本件損害金の支払いを求めて本件反訴を提起した。Xは、同年八月八日の第一回口頭弁論期日において、Yに対し、本訴請求にかかる本件請負代金を自働債権とし、反訴請求にかかる本件損害金を受働債権として、対当額で相殺する旨の意思表示をした（以下、「本件相殺」という）。そして、この訴訟上の相殺を反訴請求に対する抗弁として主張した。

原審は、こうした事実関係の下において、以下のような判

断を示した。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。このことは、別訴が併合審理された場合であっても、既判力が抵触する可能性がある以上、異なるところはない。本訴原告が、反訴において、本訴における請求債権を自働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、同様に許されないというべきである。したがって、Xが本件相殺の抗弁を主張することは、重複訴訟を禁じた民訴法一四二条の趣旨に反し、許されない。

原審は、このように判示し、Xの本訴請求を本件請負代金の支払いを求める限度で認容し、Yの反訴請求を本件損害金の支払いを求める限度で認容した。

〔判　旨〕

破棄自判。

「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ものであるところ、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、上記の法律関係を前提とするものであって、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ものである。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、上記両債権は、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（最高裁昭和五二年（オ）第一三〇六号、第一三〇七号同五三年九月二一日第一小法廷判決・裁判集民事一二五号八五頁参照）。

上記のような請負代金債権と瑕疵修補に代わる損害賠償債権の関係に鑑みると、上記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、上記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、このようなときには、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一四二条の趣旨に反するものとはいえない。

したがって、請負契約に基づく請負代金債権と同契約の目的物の瑕疵修補に代わる損害賠償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中に、本訴原告が、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を主張することは許されると解するのが相当である」。

〔評　釈〕

相殺の抗弁を許すものとする結論には賛成するが、その理由には疑問がある。

一　本判決の意義

訴訟上の相殺の抗弁は、その実質において反訴の提起に近似する。また、相殺に供した債権の存否に関する審判の結果は、判決理由中の判断ではあるが、これに既判力を生じる点で（民訴法一一四条二項）、訴えの提起に準ずる。そこで、相殺の抗弁とその自働債権を訴訟物とする訴えとが並行的に存在する場合において、判断の矛盾抵触と審理重複の不経済を避けるために、この場合にも、民訴法一四二条の重複訴訟禁止原則を適用またはその趣旨を類推すべきではないかとの問題が生じる。

この問題は、学説においては錯綜した議論があるが、大別すると、重複訴訟禁止原則の適用を否定する適法説と、これを肯定する不適法説に分かれる。しかし、相殺の抗弁が提出される訴訟とその自働債権を訴訟物とする訴訟の両手続が併合されている場合には、判断の矛盾抵触と審理重複の不経済のおそれはないことから、適法説であると不適法説であるとを問わず、重複訴訟禁止原則との抵触はないとして並存を適法と解するのが、現在の学説におけるほぼ一致した見解である。

他方、判例においては、最判平成三年一二月一七日民集四五巻九号一四三五頁（以下、「平成三年判決」という）が、両事件が併合審理されている場合であっても重複訴訟禁止原則に抵触するとの立場（以下、「絶対的不適法説」という）をとることを明らかにした。そして、これ以後の裁判実務は、この平成三年判決の考え方を確立した判例として理解し、事案の如何にかかわらず例外の余地がない法理として適用してきた。

こうした中で、本判決（以下、本判決を「評釈判決」という）は、これまでの裁判実務と同じく平成三年判決を前

提としつつ、最高裁として初めて絶対的不適法説に例外の余地があることを承認したものである。

二　従来の議論状況

1　学説

かつては、相殺の抗弁は訴えの提起ではないので二重起訴に該当しないとの形式的な論理に基づいて、重複訴訟禁止原則の適用を否定する適法説が支配的であった。しかし、実質的な審理の重複と矛盾判断の危険を理由として、重複訴訟禁止原則との抵触を説く不適法説が、やがて一定の支持を得るようになった。しかし、近時では、相殺の抗弁の訴訟法上の防御方法としての機能に加えて実体法上の機能を重視する立場から、新たな適法説も有力に主張されている。また、議論の仕方としては、相殺の自働債権を訴訟物とする給付訴訟が先に係属する場合（いわゆる「訴え先行型」）と、相殺の抗弁が提出されている訴訟が先に係属する場合（いわゆる「抗弁先行型」）とを分けて論じるアプローチが主流となっている。不適法説と適法説の具体的な論拠は、それぞれ以下のとおりである。[1]

不適法説が論拠として挙げるのは、主として、①相殺の抗弁には既判力が生じるので、既判力の矛盾抵触の可能性が否定できないこと、②審理の重複による訴訟不経済を防止する必要があること、である。とりわけ、①を重視する見解は、相殺の抗弁に既判力が生じるとの一事をもって、相殺の抗弁を訴えの提起と同一視しようとする態度をとる。[2]他方、相殺の抗弁には訴えの提起とは異なる固有の機能があるとの適法説から出されている指摘に対しては、ほとんど言及や反論がなされることはない。また、既判力の矛盾抵触は現実性の低い抽象的な可能性であって、一種の仮象問題にすぎないことは今日では広く認識されているが、[3]この点に関する効果的な反論はみられない。

これに対し、適法説は、相殺の抗弁は訴えの提起ではないとの形式論理を別にすれば、①相殺の抗弁は予備的な攻撃防御方法であり、判決で斟酌されるかどうかは不確実であること、②重複訴訟が問題となる場面では両訴訟で原告と被告は共通であるので、一方の訴訟で生じた既判力が他方の訴訟で見逃されるおそれは考えにくいこと、③弁論の併合や一方の訴訟の事実上の中止などの適切な訴訟指揮により、実際上の不都合は生じないことなどを挙げて、不適法説に反論する。さらに、近時の適法説は、これらに加えて、実体法が相殺の抗弁に与えた簡易決済機能と担保的機能の保護の重要性を正面に掲げ、[4]仮象問題に過ぎない既判

力の矛盾抵触よりも当事者の実体権の保護が優先されるべきことを論拠の中核に据える。[5]

このように、この問題については、かねてより適法説と不適法説の対立があるが、現在では、両説の間に一定の接近がみられる。具体的には、適法説の立場に立つ見解でも、抗弁先行型における後訴の提起は、別訴によるのではなく、前訴手続内での反訴の提起によるべきであるとする見解が有力である。[6] 他方、不適法説の立場に立つ見解においても、両事件が併合審理される場合には適法であるとする見解が多数である。[7] こうした両説の接近の背景にあるのは、両事件が併合審理されている場合や本訴と反訴の関係にある場合などのいわゆる同一手続型[8]の場合においては、同一の裁判所によって審理および判断が行われることから、判断の矛盾抵触や審理重複の不経済は生じないので、重複訴訟禁止原則には抵触しないとの共通認識である。

もちろん、受訴裁判所がみずから手続を分離（民訴法一五二条一項）すれば、重複訴訟禁止原則との抵触が生じうる。しかし、近時の有力な学説のほとんどは、重複訴訟禁止原則との抵触のおそれがある場合には受訴裁判所による手続の分離は裁量権の逸脱として一般的に許されないとの立場を、当然のこととして議論の前提としている。

2　判例

相殺の抗弁と重複訴訟禁止原則の関係に関する判例の状況は、以下のとおりである。まず、抗弁先行型については、これまでのところ、最上級審の判断は存在しない。

他方、評釈判決の事案と同様の訴え先行型については、平成三年判決が、一般的な形で不適法説の採用を明言するとともに、たとえ手続が併合されている場合でも不適法とする絶対的不適法説の立場を明らかにした。しかし、この平成三年判決がとった硬直的な考え方に対しては、その後に出された一連の最高裁の判例によって、一部の学説から揺り戻しとも評される実質的な意味での離反の傾向がみられる。[9] 具体的には、最判平成一〇年六月三〇日民集五二巻四号一二二五頁（以下、「平成一〇年判決」という）、最判平成一八年四月一四日民集六〇巻四号一四九七頁（以下、「平成一八年判決」という）、最判平成二七年一二月一四日民集六九巻八号二二九五頁（以下、「平成二七年判決」という）などである。こうした整理に従えば、評釈判決は、これらに引き続く第四の揺り戻しということになろう。

以下、本評釈と関連する部分に絞って、平成三年判決、平成一〇年判決、平成一八年判決、平成二七年判決につき、順次、概観していくことにしたい。

（1）平成三年判決

（i）概要

本件の事案は次のとおりである。Xは、Yを被告として、継続的取引契約に基づく商品代金等二五〇万円余の支払いを求める訴えを提起した。第一審は、Xの請求を一部認容し、Yに対して二〇〇万円余の支払いを命じた。これに対し、Yが控訴した。この控訴審において、Yは、Yを原告としXを被告として、別件で係属中の訴訟の訴求債権を自働債権とする相殺の抗弁を提出した。本件訴訟と別件訴訟は、当初は各別に控訴が提起されたが、その後に弁論の併合が行われ、Yは、弁論の併合後に前記相殺の抗弁を提出した。その後、両事件の弁論は再び分離され、別件訴訟の控訴審判決は、本件訴訟の控訴審判決と同日に言い渡された。本件において、控訴審は、すで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ことは民訴法二三一条〔現行一四二条〕の重複訴訟禁止の趣旨に触れるとして、相殺の抗弁を認めなかった。そこで、Yが上告した。最高裁は、次のように述べて、先行する別訴の訴訟物を自働債権とする相殺の抗弁は許されないと判示した。

（ii）判旨

「民訴法二三一条〔現行一四二条〕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（同法一九九条二項〔現行一一四条二項〕）、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、同法二三一条の趣旨は、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」。

（iii）分析

本判決は、このように訴え先行型の事案で不適法説を採用することを明言したものであり、その理由とするところ

も、学説における不適法説と基本的に同じである。すなわち、不適法説をとる理由としては、既判力の矛盾のおそれという仮象問題にもっぱら依拠する。したがって、本判決の大半の部分についてはとくに意外なところはない。しかし、最後の「このことは……、両事件が併合審理された場合についても同様である」とする部分は、学説では、ほとんどみかけることのない見解である。前述のように、現在の主要な学説は、適法説であると不適法説であるとを問わず、同一手続型においては重複訴訟禁止原則は妥当しないとする。これに対し、本判決は、たとえ同一手続型であっても分離手続型と同じく重複訴訟禁止原則に抵触するものとした。しかも、なぜ、そのように言えるのかについては、何らの理由も述べていない。

ちなみに、本判決は分離手続型の事案である。それにもかかわらず、あえて同一手続型の場合でも絶対的不適法説をとる旨を述べた背景であるが、本件の手続進行における次の経緯が関係しているものと思われる。本件は、もともと二つの訴訟手続が併合された後に相殺の抗弁が提出された事案であり、相殺の抗弁が主張された時点では同一手続型であった。すなわち、本件訴訟と別件訴訟は、当初は各別に控訴が提起されたが、その後、両事件について裁判所の職権により弁論の併合が行われ、第一審の被告が、弁論併合後に、別件訴訟で請求中の債権を自働債権とする相殺の抗弁を本件訴訟において提出した。しかし、原審は、その後、両事件の弁論を分離したうえで、この相殺の抗弁を重複訴訟禁止原則に抵触するとした。本判決は、こうした原審の処理と判断を是認したものである。このように、原審が相殺の抗弁と重複訴訟禁止原則に関する判断を行った時点では分離手続型であったが、それ以前の相殺の抗弁が提出された時点では同一手続型であったことから、本判決は、原審の判断を維持するに際して同一手続型に言及する必要を感じたのであろう。

しかし、このような審理が併合されている訴訟において、同一債権が訴訟物と相殺の抗弁とで重複行使された場合には、抗弁先行型であると訴え先行型であるとを問わず、判断の矛盾抵触や審理重複の不経済のおそれはない。ところが、本件の原審は、いったん併合した弁論をわざわざ分離したうえで、相殺の抗弁を認めず控訴を棄却した。このような処理に、何らかの合理性を見出すことは、きわめて難しい。[10] 分離された別件訴訟の控訴審の判決は、本件訴訟の控訴審である原審の判決と同日に言い渡されており、審理速度の違いによる弁論分離の必要性も、考えにくいところ

である。いずれにせよ、本件において最高裁が絶対的不適用説の立場をとったことは、将来に大きな禍根を残すことになった。[11]

（2）平成一〇年判決

（i）概要

本件は、評釈判決とは異なり、分離手続型の事件である。したがって、平成三年判決の絶対的不適法説に由来する問題は、本件では直接の争点とはなっていない。しかし、絶対的不適法説の基礎にある通常の不適法説との関係では、平成三年判決からの離反がみられる判例であり、判例の変遷をみるうえでは避けてとおることができない。また、絶対的不適法説との関係でも、後述のように、評釈判決に向かっての萌芽がみられないではない。

本件の事案は、次のとおりである。Yは、Xを被告として、不法行為を理由として、二億五〇〇〇万円余の損害の一部として四〇〇〇万円の支払いを求める訴え（別件訴訟）を提起した。一方、Xは、Yを被告として、不当利得を理由として、一三〇〇万円弱の返還を求める訴え（本件訴訟）を提起した。この本件訴訟において、Yは、不当利得返還義務の存在を争うとともに、予備的抗弁として、前記の不法行為に基づく損害のうち、別件訴訟で訴求中の四〇〇〇万円を超える部分を自働債権とする相殺を主張した。第一審は、Yの相殺の抗弁を認めて、Xの請求を棄却した。これに対し、控訴審は、Yの相殺の抗弁は許されないとして、Xの請求を認容した。

これに対して、Yが上告した。最高裁は、次のように述べて、原判決を破棄し、原審に差し戻した。

（ii）判旨

「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）。……

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。……

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。……

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」。

（iii）分析

本判決は、議論の展開が二転三転する特異な論理構造をとる。[12] そこに、平成三年判決が本判決に及ぼした呪縛の深刻さと、それに対する抵抗の姿を見て取ることは、合理的な想像として許されるのではないだろうか。

本件は、訴え先行型の事案である。ただし、本件で相殺の抗弁の自働債権とされたのは、別件訴訟で一部請求として訴求中の債権部分ではなく、その残部である債権部分であった。そこで、本判決は、まず、一部請求論に関す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の法理によれば、本件で相殺の抗弁に供された債権は、別件訴訟で明示的に一部請求されている債権の残部であるから、両訴訟における既判力の抵触はなく、相殺の抗弁の主張は当然に許されるところであるとする。

しかし、本判決は、こうした一部請求論に基づく既判力の論理のみから、直ちに相殺の抗弁を許容したわけではない。すなわち、本判決は、ここで議論を反転させ、たとえ

既判力の抵触が生じない場合であっても、一部請求と残部請求の間では実質的な争点が共通であるため、事実上の判断の抵触や審理重複の問題が生じる可能性があるとする。そして、さらに議論を反転させ、「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、……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」とする。

このように、本判決は、既判力の抵触の有無という問題とは別個に、相殺の抗弁の防御手段としての性格や簡易決済機能および担保的機能を考慮して[13]、本件における相殺の抗弁が適法であると結論づけるものである。ここで注目すべきは、こうした相殺の抗弁の適法性を導く論拠は、その直前で論じられた一部請求論に基づく既判力の議論がなくても、独立して成り立つものであるということである。そもそも、相殺の抗弁が有する簡易決済機能および担保的機能を保護することの必要性は、学説における近時の適法説が中核的な論拠としてきたものである。したがって、ここで述べられた論拠は、本件のような一部請求中の債権の残額を別訴で相殺する場合のみならず、通常の別訴における訴求債権を自働債権とする相殺の抗弁の場合も含めて、同様かつ普遍的に妥当するはずである。このように、本判決は、平成三年判決では無視されていた適法説の一般的な論拠を相殺の抗弁の可否を判断する決定的な考慮要素としている。したがって、本判決と平成三年判決とが理論的に整合するものとは考えることは困難であり、実質的な判例変更とみる余地すらある[14]。このようなことから、本判決は、相殺の抗弁と重複訴訟禁止原則の関係について、最高裁における姿勢の変化を感じさせるものである。

また、本判決は、以下にみるように、平成三年判決の絶対的不適法説と潜在的に整合しないところがあり、その意味では、評釈判決に直接的につながる要素もあるように思われる。本判決は、別訴における一部請求の残債権による相殺の可否が問題となった事案であるが、原審は、これを不適法とする論拠のひとつとして、別訴において請求の拡張の可能性があることを挙げていた。これに対し、最高裁は、原審を覆して相殺の抗弁を適法とするに際し、こうした原審が指摘した将来の請求拡張の可能性についてとくに言及していない。しかし、本件の調査官解説は、原審は、別訴における請求拡張の可能性およびそれによる既判力抵

触の可能性を指摘するが、請求の拡張は、それが現実化した場合に拡張を許容しないことで対処が可能であるから、このことは説得力ある論拠とはならないと述べている。[15] こうした考え方は、同一手続であっても将来の分離の可能性があるとして相殺の抗弁を無条件で不適法とする平成三年判決の絶対的不適法説と整合するものとはいえず、むしろ評釈判決がとった弁論の分離の禁止によって対処しようとする考え方との高い親和性を感じる。

このように、本判決は、一連の判例の変遷の中で、最初にして最大の転換点となったものである。ちなみに、中野貞一郎教授は、かつて、「この判決〔平成一〇年判決－評者注〕が相殺の抗弁と二重起訴の禁止をめぐる最高裁判例の転回点に立つことになるのではあるまいか」と述べた。[16] また、私も、「本判決〔平成一〇年判決－評者注〕によって、判例としての平成三年判決を変更する種が蒔かれた可能性は否定できない」と述べたことがある。[17] 残念ながら評釈判決は、後述するように、これらの予言を完全な形で実現したものではないが、目指すべきゴールに向かっての一里塚として位置づけることはできるのかもしれない。

（3）平成一八年判決

（i）概要

本件は、評釈判決と同じく本訴と反訴が手続併合の状態にある同一手続型の事件であり、考慮要素において共通点が多い。しかも、本判決が採用した後述の技巧的な論理が評釈判決では使うことができないものであることから、評釈判決を生み出すための踏み台となったとも考えることのできる判例である。

本件の事案は、次のとおりである。Xは、Yを被告として、建物の瑕疵修補に代わる損害賠償の支払いを求める訴えを提起した（本訴事件）。これに対し、Yは、請負契約に基づく報酬残代金の支払いを求める反訴を提起した（反訴事件）。その後、Yは、本件の控訴審の口頭弁論期日において、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、対当額で相殺する旨の意思表示をし、これを本訴請求における抗弁として提出した。第一審および原審は、いずれも本件相殺が適法であることを前提として判断を行った。原審判決に対してYが上告受理の申立てをしたが、その申立理由は、本件相殺の適法性を争うものではなかった。しかし、最高裁は、職権で本訴における相殺の抗弁の適法性を取り上げて、次のように判示した。

（ii）判旨

「本件相殺は、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ものであるから、まず、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一二月一七日第三小法廷判決・民集四五巻九号一四三五頁）。

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。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、上告人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はうかがわれないので、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」。

（iii）分析

本判決は、本訴と反訴が同一手続中で係属中の事件において、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が反訴原告から主張された場合は、重複訴訟禁止原則の趣旨に抵触することはないとの判断を示したものである。本判決は、こうした結論を導くための論理として、反訴原告が異なる意思表示をしない限り、反訴請求債権について本訴で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自動的に変更されることになり、このように解することによって重複訴訟の状態は生じなくなるので、重複訴訟禁止原則との抵触は生じなくなるものとする。

しかし、相殺の抗弁が提出される本訴と反訴が併合審判される限り、たとえ反訴が本来の単純反訴のままであったとしても、判断の矛盾抵触や審理重複の不経済は生じないはずであるから、このような技巧的な解釈は本来は必要がなかったはずである。[18] また、反訴原告が反訴を提起する際に予備的反訴とする意思があったとは考えにくく、処分権主義に違反する疑いもある。さらに、次のような理論上の欠陥も指摘されている。すなわち、本件とは異なり、本訴原告が本訴請求権を自働債権として反訴に対して相殺の抗弁を提出する場合を考えてみると、予備的請求のみの訴えというものが観念できない以上、本判決が技巧的に用いた予備的反訴に相当するものを作出することができず、本判決の論理は当事者間の武器対等の原則に抵触する。[19] 実際に、この問題は、大阪地判平成一八年七月七日判タ一二四八号三一四頁で現実となったが、同判決では、相殺の抗弁の提出者が本訴原告である場合は平成一八年判決の論理は使うことができない旨の判断が示された。[20] そして、こうした諸々の問題を内包する本判決を経て、最高裁の前に立ち現れたのが評釈判決の事案である。評釈判決の事案は、まさに本訴原告が本訴請求債権を自働債権として反訴に対して相殺の抗弁を提出した事案であり、本判決が強引に案出した予備的反訴に相当するものを観念することができない事件である。そのため、否応なく別の方途を探らざるを得ず、その結果として最高裁が辿り着いたのが評釈判決であったと思われる。

このように、本判決には、理論的にも実際的にも問題のある不自然な論理が使われている。こうした論理が使われた理由であるが、それは、平成三年判決がとった絶対的不適法説との整合性を維持するためという、その一点にしか見出すことができない。[21] しかし、そのために案出した苦心の論理が、逆に同判決の不当性を炙り出す結果となったのは皮肉というしかない。ところで、こうした本判決の技巧的な論理であるが、その本来の意図が何であるかは必ずしも明確ではない。本判決の文章を素直に読めば、本訴において相殺の抗弁が認められれば解除条件が成就して遡及的に反訴請求は消滅し、他方、本訴において相殺の抗弁が否定されれば解除条件の成就がなく反訴請求が維持される関係にあるので、両者が同時に存在する状態が生じる余地はなく、したがって既判力抵触の可能性はないということであろう。

これに対し、本判決の趣旨を弁論の分離との関係で捉える見解がある。[22] すなわち、反訴の解除条件の成否は本訴の

審理の結果に依存する関係にあるので、本訴と反訴の弁論は分離が許されないと解されるため、弁論分離の可能性を根拠に既判力の抵触を説く理屈が使えないことを趣旨とするとの解釈である。しかし、本判決には弁論の分離に関する言及は一切なく、[23] また、前述したように、本判決の論理によれば、弁論の分離に関する議論を介在させなくても既判力の抵触の問題は生じないので、こうした本判決の解釈は、いささか深読みが過ぎるのではないかと思われる。しかし、かりに本判決にそのような含意があったとすれば、その点においても、本判決は評釈判決の踏み台の意味を有するといえるのかもしれない。

（4）平成二七年判決

（i）概要

本件も、平成一八年判決や評釈判決と同様に、本訴と反訴が手続併合の状態にある同一手続型の事件である。しかし、平成一八年判決の事案とは異なって、本訴原告が本訴請求債権を自働債権として反訴に対して相殺の抗弁を提出するケースに該当するため、評釈判決と同じく、平成一八年判決がとった技巧的な論理を使うことのできなかった事案である。

本件の事案を簡略化すると、次のとおりである。Xは、貸金業者であるYから二度の時期にわたって（第一取引と第二取引）金銭を借り受けていた。Xは、これらを一連の取引とみなして利息制限法の制限を超えた過払金の返還を求めて不当利得返還請求訴訟を提起した（本訴事件）。これに対し、Yは、第一取引と第二取引が一連の取引であることを否定し、第一取引については過払金の返還請求権は時効によって消滅したと主張する一方、第二取引については貸金返還請求の反訴を提起した（反訴事件）。これに対し、Xは、本訴において第一取引の過払金の返還請求権が時効によって消滅したと判断される場合には、反訴において、予備的に同請求権を自働債権としYの貸金返還請求権を受働債権として対当額で相殺すると主張し、[24] 相殺の抗弁を提出した。

原審は、第一取引と第二取引は別であるとし、それぞれについて元本充当を行ったうえ、第一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、Xが主張した相殺の抗弁については何ら判断せず、Yの反訴請求のうちの第二取引に基づく貸金返還請求を認容した。これに対して、Xが上告した。最高裁は、次のように述べて、原判決を破棄し、原審に差し戻した。

（ii）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、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一二月一七日第三小法廷判決・民集四五巻九号一四三五頁参照）。

しかし、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一四二条の趣旨に反するものとはいえない」。

（iii）分析

本判決は、本訴と反訴が同一手続中で係属中の事件において、本訴の訴訟物である債権が時効により消滅したと判断される場合には、同時に審判される反訴において、時効により消滅した債権を自働債権とする相殺の抗弁を認めても、同債権の本訴における判断と反訴における判断の矛盾抵触や審理の重複は生じないので、本件における相殺の抗弁は重複訴訟禁止原則に抵触しないとの判断を示したものである。

こうした本判決の論理であるが、判旨の中で「同時に審判される反訴」と述べており、本訴と反訴の分離の可否という問題について特段の議論を行うことなく、分離されないことを当然の前提としている。しかし、本件の本訴と反訴は単純併合の関係にあり、従来の最高裁の立場によれば、裁判所の裁量による分離の可能性が存在する事案であったはずである。したがって、本訴と反訴が同時に審判されることを当然の前提とする本判決は、みずから引用する平成三年判決と整合しているとはいえない。また、相殺の抗弁

を適法と認めた結論は妥当であるとしても、確立した判例法理とされる平成三年判決の絶対的不適法説からの離反を導くための論理が明示されておらず、判例として備えるべき最低限の論証責任を果たしていない。[25]

もっとも、本判決が平成三年判決と整合しない結論をとった理由やその論理を推測することは可能である。本件事案では、Xは本件取引が一連のものであることを前提に本訴請求を定立しているが、Yは別個のものであることを前提に反訴請求を定立しており、両請求は、先決的な法律関係において非両立の関係にある。[26] このように併合請求が非両立の関係にある場合には、一方の帰趨と他方の帰趨が論理的に連動することから、弁論を分離することは明らかに妥当性を欠く。そして、本判決が、こうした本件における両請求の分離不可能性を念頭に置いて平成三年判決と整合性を欠く判断をしたとの可能性は否定できない。しかし、平成三年判決の絶対的不適法説が、弁論の分離がたとえ妥当ではなくても不可能でなければ相殺の抗弁を不適法とする考え方である以上、本件最高裁は、弁論の分離に関する裁量権の限界の問題、すなわち本件における弁論の分離が適法か違法かという問題を正面から論じる必要があった。それにもかかわらず、本判決は、その問題に何ら触れることなく漫然と平成三年判決と整合しない判断を行ったものである。

本判決にはこうした大きな瑕瑾があるが、それでも、かりに本判決が本件の両請求の分離の困難性を前提としていたとすれば、その点では、本判決もまた評釈判例につながる踏み台として位置づけることはできよう。

三　評釈判決の位置づけ

平成三年判決は、訴え先行型の事案について、事案の如何を問わず一般的に相殺の抗弁を許さないものとする不適法説の採用を明言し、[27] それに直ちに続けて、「このことは……両事件が併合審理された場合についても同様である。」として、単なる不適法説ではなく絶対的不適法説の立場をとる旨を判示した。このような叙述の流れに加えて、絶対的不適法説が妥当であることの理由が一切述べられていないことから、平成三年判決の絶対的不適法説は、これまで例外の余地を含まない判例法理として一般に理解されてきた。その後の下級審や最高裁の裁判例をみても、実務は、そうした理解の下に動いてきたと思われる。すなわち、平成三年判決は、事案に関わりなく一般的に適用されるべき判例法理として以後の裁判実務を支配してきたのである。

こうした状況にあったところ、評釈判決は、平成三年判決の絶対的不適法説が一定の例外を許すものであることを、最高裁として初めて認めたものである。絶対的不適法説という考え方は一種のドグマであったことを考えると、その堅牢な城壁にこうした一穴を穿ったことにはシンボリックな意義が認められる。もっとも、後述するように、本判決は、平成三年判決それ自体の判例変更を行ったわけではなく、絶対的不適法説は本判決でも基本的には維持されている。したがって、平成一八年判決や平成二七年判決と同様に、判例の変遷過程における途中段階の判例として位置づけるべきものであろう。また、本判決は、絶対的不適法説の先決的な論点である単純併合における弁論の分離の可否という問題について、たとえ単純併合であっても裁判所の分離に関する裁量権が制限される場合があることについて初めて明示的な判断を示したものであり、この点に関する判例としての意義もある。

以下、具体的にみていくことにするが、論理的順序に従って、まず後者を取り上げ、その後に前者を取り上げることにする。

1　単純併合における弁論の分離の可否

評釈判決は、請求が客体的に併合されている場合において、それが単純併合であっても両請求の間に一定の密接な関連性が認められるときは弁論の分離は許されない、との判断を示した。

すなわち、評釈判決は、①本件の本訴請求債権である請負代金債権と反訴請求債権である瑕疵修補に代わる損害賠償債権の関係は、実質的には請負契約の両当事者が相互に負う義務の間に等価関係をもたらす機能を有するものであり、②両債権は、同一の原因関係に基づく金銭債権であることから、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、③むしろ、両債権について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、法律関係を明確にするものであるとし、このような場合であるにもかかわらず、本訴と反訴の弁論を分離すると本訴請求債権の存否にかか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、このようなときには両者の弁論を分離することは許されないとした。

伝統的には、弁論の分離については裁判所に訴訟指揮権の一環としての裁量権があり（民訴法一五二条一項）、こ

の裁量権が制約を受けるのは、請求の客体的併合では基本的に予備的併合と選択的併合に限られるのであって、単純併合の場合については、本訴と反訴の関係がある場合も含めて一切制約を受けないものと解されてきた。[28] これに対し、評釈判決は、両請求の間に前記①ないし③の関係がある場合には、裁判所の弁論の分離に関する裁量権は制約を受けるものとする。このように単純併合の場合においても弁論の分離に関する裁量権に制約がある場合があるとする考え方は、学説においては、かねてより有力に主張されてきた。[29] しかし、最高裁の判例として明示的な形で判断が示されたのは、おそらく初めてのことであろう。

もっとも、前記判旨の前半部分と後半部分の論理的な関係には留保が必要である。前記判旨の前半部分は、本件の両債権の間には相殺による清算的調整を図るべき要請が強く働くことを述べたものであり、後半部分は、本件の両請求の弁論を分離すると、両債権の存否にかかる判断について、矛盾抵触のおそれや審理の重複が生じるので、両請求の弁論の分離は許されないことを述べたものである。たしかに、両債権の間に清算的調整を図るべき関係があれば、両債権の弁論を分離することにより、一般的には判断の矛盾や審理の重複のおそれが生じる。しかし、その逆は、必ずしも真ではない。たとえ両債権の間に清算的調整を図るべき関係がなくとも、両債権の弁論を分離することによって判断の矛盾や審理の重複が生じる場合は、両債権の審判が主要な争点を共通にする場合を含めて、いくらでもあり得るからである。[30]

このように、前記判旨の前半部分と後半部分の関係には理論的に不明瞭なところがある。確かなことは、前記判旨の後半部分を敷衍していけば、弁論の分離が禁じられる範囲は、論理的には、前半部分の限定を超えて拡張されるということである。したがって、その意味では、前記判旨の前半部分は分離禁止の範囲を限定する意味はもっていないことになろう。

2　相殺の抗弁と重複訴訟禁止原則

評釈判決は、相殺の抗弁と重複訴訟禁止原則の関係につき、並行する両手続の審判内容が重複していても、両手続が併合されているときには重複訴訟禁止原則の趣旨との抵触が生じない場合があることを、最高裁として初めて認めた。

すなわち、評釈判決は、前述したように、本件事案では本訴と反訴の弁論を分離することは許されないとしたうえ

で、本訴および反訴が併合して審理判断される限り、本訴の訴訟物と同一の債権を自働債権とする相殺の抗弁について判断をしても、判断の矛盾抵触や審理重複の不経済が生じるおそれはないとして、相殺の抗弁の主張は、重複訴訟を禁じた民訴法一四二条の趣旨に反するものとはいえないと判示した。これは、平成三年判決の立場である絶対的不適法説に一定の例外が存在することを正面から承認するものである。

しかし、評釈判決が、平成三年判決の絶対的不適法説からの完全な脱却を意味するものかといえば、そうとはいえない。なぜなら、評釈判決は、本件を特段の事情がある特殊な事案として扱っており、平成三年判決の絶対的不適法説の基本的な枠組みは、依然として維持しているものと考えられるからである。すなわち、評釈判決は、まず、本件の反訴請求債権である瑕疵修補に代わる損害賠償債権は、本訴請求債権である請負代金債権と対価的牽連関係に立つ目的物引渡請求債権を前提とするものであり、実質的には、請負代金を減額することによって請負契約の両当事者が相互に負う義務の間の等価関係をもたらす機能を有するものであるとして、本件における両債権の間の強い結び付きを強調する。次に、こうした特別な関係にある両債権は、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から、両者の弁論を分離することは許されないとする。そして、本訴と反訴が併合して審理されることが保証されている以上は、判断の矛盾抵触や審理重複による訴訟不経済のおそれはないとして、本件における相殺の抗弁は重複訴訟を禁じた民訴法一四二条の趣旨に反するものとはいえないと結論づける。このように、評釈判決は、本件における両債権が相殺による清算的調整を図るべき特別な関係にあることを理由とするものであり、絶対的不適法説の枠組みを完全に維持しつつ、その例外に該当するものとして、本件の処理を行っている。

評釈判決が平成三年判決の枠組みを完全に維持していることは、本判決が、あえて平成三年判決についての言及を避けていることからも明らかである。かりに評釈判決に平成三年判決の絶対的不適法説からの決別の意図があるのであれば、正式の判例変更の手続をとるか、少なくとも何らかの形で同判決への言及があるはずである。しかし、それがないということは、評釈判決は、平成三年判決を前提としながら妥当な結論を目指しているという点で、平成一八年判決や平成二七年判決と同様の態度をとっていることを

意味する。ただし、評釈判決は、そのための論理として、平成三年判決にはもともと一定の例外が含意されていたとの前提をとることで、平成一八年判決や平成二七年判決と比べて、学説の批判に応える方向に多少なりとも踏み込んだものとなっている。もちろん、平成三年判決に、もともと一定の例外を許容する含意が本当にあったかといえば、それは相当に疑わしいといえよう。しかし、評釈判決は、こうした立場をとることで、平成三年判決の瑕瑾に触れることを回避する意図があるものと思われる。

四　評釈判決の評価

評釈判決は、平成三年判決が唱えた絶対的不適法説は例外を許容するものであることを最高裁として初めて認めたものである。そして、その理由として、絶対的不適法説の根拠は将来における弁論の分離の可能性にあるところ、単純併合でも弁論の分離が許されない場合があるとし、本件は、それに該当するから重複訴訟禁止原則の趣旨に抵触しないとした。このように、評釈判決が、単純併合における弁論の分離の可否について一定の判断を示したこと、および、同一手続型において絶対的不適法説が妥当しない場合があることを承認したことは、平成三年判決の呪縛を部分的に解除したものとして一定の評価に値する。

しかし、評釈判決が上記の結論を導くに際して、本件を特別の事情がある例外的な事件として処理したことは不当である。まず、単純併合における弁論の分離の可否であるが、評釈判決は、本件の両債権が相殺による清算的調整を図る必要のある特別な関係にあったことを、弁論の分離が許されないことの根拠とする。しかし、単純併合において弁論の分離が許されない場合は、これだけには限られないと解すべきである。具体的には、①両請求権が共通の法律関係から発生したものである場合、②一方の請求権が他方の請求権の先決関係である場合[31]、③両請求が主要な争点を共通にする場合[32]、④弁論を分離すると重複訴訟禁止原則の趣旨に抵触する結果が生じるおそれがある場合[33]などがある。これらの場合には、原則として、弁論の分離は許されないものと解するのが妥当である。

これに対しては、これらの場合に弁論を分離することが不当であるとしても、違法とまではいえないとする見解もある[34]。しかし、これらの場合に弁論を分離することは原則として違法であることを前提としつつ、特段の事情があればその違法性が解除されるものとして、かつての常識とは原則と例外を逆転させるべきである。そして、このような

観点からは、評釈判決がとった例外処理のアプローチは妥当とはいえない。

ところで、以上は評価規範の話であるが、相殺の抗弁と重複訴訟禁止原則の関係は、さらに裁判所の行為規範の観点からも論じておく必要がある。平成三年判決の絶対的不適法説を正当化するための論理は、併合審理がなされていても将来的に弁論の分離の可能性がないとはいえないというものである。これは、将来における弁論の分離の可能性について、これを一種の外在的な与件とする論理である。しかし、弁論の分離に関して裁量権を有しているのは、当該判断を行っている裁判所自身であるから、これは、あえてインパクトの強い比喩表現を使えば、放火犯が火災の危険を説くかの如き論理である。このように考えてみると、重複訴訟禁止原則の適用を弁論の分離との関係で議論する場合には、従来の議論は論理の方向が逆であるように思われる。すなわち、ここで真に問われるべきは、弁論の分離が評価規範として違法となる場合を探すことではなく、弁論の分離が行為規範として積極的に要求される例外的な場合を探すことである。なぜなら、請求の客体的併合の場合は主体的併合の場合とは異なり、同一当事者間における手続の併合であるため、併合によって当事者の便宜や審理の効率化のメリットがあるが、デメリットは基本的にはないので、裁判所の行為規範としては、その併合状態を維持することがデフォルトの姿勢でなければならず、それにもかかわらず、あえて弁論を分離する場合には相応の理由が求められるからである。

そして、こうした観点から考えてみると、弁論の分離が積極的に要求される場合の多くは請求の主体的併合の場合であり、請求の客体的併合の場合に、弁論の分離が積極的に要求される場合というのは、きわめて少ないことが分かる。とりわけ、相殺権を有する者の簡易決済機能や担保的機能を奪ってまで弁論を分離することが行為規範として要求される場合というのは、ほとんど観念することが難しいように思われる。

（1）学説の分布とその論拠の整理については、三木浩一「重複訴訟論の運用」同『民事訴訟における手続運営の理論』（有斐閣・二〇一三年）三四七頁参照。

（2）渡辺惺之「二重起訴の禁止・国際的二重起訴」小山昇ほか編『演習民事訴訟法』（青林書院・一九八七年）三三四頁参照。

（3）山本弘「二重訴訟の範囲と効果」伊藤眞＝山本和彦編

『民事訴訟法の争点』（有斐閣・二〇〇九年）九二頁参照。

（4） 三木浩一「重複訴訟論の再構築」同『民事訴訟における手続運営の理論』（有斐閣・二〇一三年）二六六頁以下。同論文において、私は、相殺の抗弁の機能のうちの担保的機能に主として焦点を絞って議論を展開した。しかし、企業等の実務においては、担保的機能のみならず、もうひとつの簡易決済機能の重要性を無視することはできない。なぜなら、債権者は、相手方が任意履行をしなければ、訴訟による判決の取得および強制執行の手続をとる必要があるが、それには、少なくない時間と費用と手間を要する。これに対し、意思表示ひとつで債権回収が完了する相殺の簡易決済機能は、他に代えがたい意義を有している。

（5） とりわけ、訴え先行型では抗弁先行型よりも問題が大きく顕在化する。すなわち、訴え先行型では、自働債権の債権者は、前訴において訴えの取下げに相手方の同意を得ることができなければ、後訴において相殺の抗弁に基づく簡易決済機能と担保的機能を取得する途が封じられてしまう。また、たとえ訴えの取下げの同意を得ることができるとしても、訴えの取下げにより、早期に自働債権をめぐる紛争の解決を得る途が封じられてしまう。

（6） 私は、適法説の立場に立つが、こうした考え方に基本的には異論はない。ただし、先行する訴訟の進行状況において判決の時期が遅延するおそれが高く、他方で、早期に債務名義を取得する必要がある場合には、例外的に別訴を許すという柔軟な対応が許されるべきであると考えている。不適法説が理由とする既判力の抵触はあくまでも非現実的な仮象問題である以上、重複訴訟の処理は硬直的な要件効果論によるのではなく、弾力的な手続運営によるべきであると考えるからである。

（7） したがって、抗弁先行型については、現在、適法説と不適法説の間に差異は基本的にない。これに対し、訴え先行型では、当事者のイニシアティブで手続の併合をもたらす方途がないため、両説の対立が先鋭に発現する。

（8） 三木・前掲注(1)三四八頁参照。

（9） 山本弘・前掲注(3)九五頁参照。

（10） 高田昌宏「判批」法協一四二号（一九九二年）九九頁、山本克己「判批」平成三年度重判（一九九二年）一二三頁、吉村徳重「判批」リマークス六号（一九九三年）一二四頁なども同旨。

（11） 三木・前掲注(1)三五六頁参照。

（12） 上記引用部分について、まず、最初の段落の説示を「しかしながら、」として反転させ、次に、これを「もっとも、」として反転させ、さらに、これを「しかし、」として反転させている。

（13） 判旨における相殺の抗弁が「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」と述べた箇所のうち、「簡易迅速」の部分は簡易決済機能を意味し、「確実な決済」の部分は担保的機能を意味するものと解される。

(14) 高橋宏志「判批」リマークス一九号（一九九九年）一三一頁、上野泰男「判批」平成一〇年度重要判例解説（一九九九年）一二四頁、坂田宏「判批」民商一二一巻一号（一九九九年）七八頁等参照。

(15) 河邊義典「判解」最高裁判所判例解説平成一〇年度（下）（二〇〇一年）六五七頁。

(16) 中野貞一郎「一部請求論の展開（上）」判タ一〇〇六号（一九九九年）九頁〔同『民事訴訟法の論点Ⅱ』（二〇〇一年・判例タイムズ社）一〇〇頁所収〕。

(17) 三木・前掲注(1)三六〇頁。

(18) 徳田和幸「判批」判例評論五八四号一五頁〔判時一九七四号一九三頁〕（二〇〇七年）参照。

(19) 渡辺森児「判批」法学研究八〇巻四号（二〇〇七年）一六九頁、山本弘「判批」金法二〇四九号二八頁。

(20) 大阪地判平成一八年七月七日判タ一二四八号三一四頁は、本訴の訴えには平成一八年判決のような条件を付けるという解釈はとれないとした。

(21) 三木・前掲注(1)三六四頁、山本弘・前掲注(3)九七頁参照。

(22) 山本弘・前掲注(19)二八頁。

(23) 本判決の該当箇所は、「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」であるが、予備的反訴への自動的変更という論理から直ちに「このように解すれば」と続く文章の流れからして、弁論分離の可能性についての問題意識を直ちに読み取ることができるとまではいえない。

(24) 民法五〇八条により、時効によって消滅した債権が、その消滅以前に相殺適状に至っていた場合には、その債権を自働債権として相殺することができる。

(25) 山本弘・前掲注(19)二九頁は、本判決は、「本来判旨が論証する責任を負うべき本訴と反訴の弁論の不可分離性を、立論の当然の前提としてしまっている点で、論理が倒錯しているというほかない」とする。

(26) 我妻学「判批」リマークス五三号（二〇一六年）一一三頁、林昭一「判批」平成二八年度重判（二〇一七年）一四一頁参照。

(27) 平成三年判決の調査官解説は、平成三年判決に先行し

て不適法説をとる旨を判示した最判昭和六三年三月一五日民集四二巻三号一七〇頁は特殊な事案であって、一つの事例判例としてみる見方も十分に可能であったが、平成三年判決は、この判例とは異なり、一般的に訴え先行型において不適法説が妥当するものとした点に意義があるとする。河野信夫「判解」最高裁判所判例解説平成三年度（一九九四年）六五七頁。

(28) 新堂幸司＝福永有利編『注釈民事訴訟法（5）』（有斐閣・一九九八年）一七二頁〔本間義信〕等参照。

(29) 小室直人「訴えの客観的併合の一態様」中務俊昌編集代表『民事訴訟法の理論（中田淳一先生還暦記念）』二一七頁（有斐閣・一九六九年）参照。

(30) 新堂＝福永編・前掲注(28)一七二頁参照。

(31) 小室・前掲注(29)二一七頁参照。

(32) 新堂幸司『新民事訴訟法〔第六版〕』（弘文堂・二〇一九年）五五八頁参照。

(33) 住吉博『民事訴訟論集一巻』（法学書院・一九七八年）三〇一頁参照。

(34) 兼子一原著『条解民事訴訟法第二版』（弘文堂・二〇一一年）九二九頁参照。

三木　浩一