

民事手続判例研究

民事手続研究会

石田, 理
九州大学大学院法学府

<https://doi.org/10.15017/8841>

出版情報 : 法政研究. 74 (3), pp.233-244, 2007-12-28. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン :

権利関係 :

民事手続判例研究

民事手続研究会

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認められた事例

最高裁判平成一八年四月一四日第二小法廷判決、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、民集六〇巻四号一四九七頁、裁時一四〇九号一七頁、判時一九三二号四〇頁、判タ一二〇九号八三頁

石田 理

【事実の概要】

X（本訴原告「被控訴人」・反诉被告「控訴人」・被告原告）は注文主として友人であるAと賃貸用マンションの建築工事請負契約を締結した。同契約内容は、請負代金三億九〇〇万円であった。うち三億円は建物完成後引渡時までに支払われたが、残代金九〇〇万円は未払状態にある。マ

ンションの完成までには、当初の設計仕様から、エレベーターの位置の変更をはじめとして、複数回にわたり大小三十六カ所にも及ぶ設計変更がなされた。そこで、Xは、Aに対して、主的に設計変更がXに無断でなされたとして、請負契約の債務不履行に基づき瑕疵修補に代わる損害賠償を求め、予備的に設計変更による建物価値の下落分代金の精算が未了であるとして、不当利得に基づく減額代金分の返還等を求める訴えを提起した（本訴事件）。これに対して、Aは、Xに対して、設計変更はXの同意を得たものであるとし、報酬残代金九〇〇万円の他、設計変更に伴う追加工事代金の支払を求める反訴を提起した（反訴事件）。両事件が訴訟係属中、Aが死亡したので、その相続人であるY₁、Y₂（本诉被告「控訴人」・反訴原告「被控訴人」・原告人）がAの訴訟上の地位を承継した。

Y₁、Y₂は、Xに対して、平成一四年三月八日第三〇回口頭弁論期日（口頭弁論終結日）において、仮に本訴請求が認容される場合、Y₁、Y₂が相続によって取得した報酬残代金債権等（反訴請求債権）を自働債権とし、XのY₁、Y₂に対する損害賠償債権等（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（以下「本件相殺」という）、これを本訴請求における抗弁として提出した。

第一審（大阪地判平成一四・七・二九、民集六〇巻四号一五〇六頁、金融商事判例一二五一号四三頁）は、設計変更が無断でなされたとはいえないと認定し、主位的請求を棄却した上で、Xは予備的請求たる精算金額二七四万円余の債権を有するとした。一方、 Y_1 、 Y_2 はXに対して、未払報酬残代金及び追加工事代金として一六四七万円余の債権を有するとした。そして、本件相殺の抗弁の適法性については特段の言及をすることなく（本件相殺の抗弁が適法であることを前提として）、Xについて、相殺後の残額一〇九七万円余及びこれに対する平成一四年三月九日から支払済みまで年六分の割合による遅延損害金を認容し、反訴請求債権は全額消滅したと判示した。これに対して、控訴審（大阪高判平成一五・一二・二四、民集六〇巻四号一五二二頁、金融商事判例一二五一号三九頁）は、主位的請求たる設計の無断変更による瑕疵修補に代わる損害賠償請求を一部認め、Xの債権額を二四七四万円余とし、 Y_1 、 Y_2 の債権額を一八二〇万円余と認定した。そして、第一審と同様、本件相殺の抗弁について特段の言及をすることはしなかったが、「注文主の瑕疵修補に代わる損害賠償債権の支払請求訴訟に対し、請負人が反訴請求として報酬残債権による請求を求め、後に、同債権をもって予備的に相殺の意思表示

をした場合には、反訴請求をもって、相殺の意思表示と同視すべき」であり、「反訴請求の訴えの訴状送達の日翌日である平成六年一月二六日から遅滞に陥る」と述べ、相殺後の残額たる本訴請求債権六五四万円余、及び平成六年一月二六日から支払済みまで年六分の割合による遅延損害金を認容し、反訴請求債権は全額消滅したと判示した。

これに対して、 Y_1 、 Y_2 が上告受理の申立てをしたのであるが、上告受理の申立て理由としたのは、 Y_1 、 Y_2 が履行遅滞の責任を負う時期についてである。すなわち、控訴審が判示した反訴請求の訴えの訴状送達の日翌日（平成六年一月二六日）からではなく、実際に相殺の意思表示をした日の翌日（平成一四年三月九日）からの主張である。付言すると、 Y_1 、 Y_2 の上告受理申立て理由の中には、本件相殺の抗弁の適法性については何らの言及はなかった。

最高裁は、 Y_1 、 Y_2 の上告理由を判断する前提として、本件相殺の抗弁の適法性について判断した。

【判旨】

破棄自判

「係属中の別訴において訴訟物となつてゐ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、

重複訴訟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日一七日第三小法廷判決・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つて、このように解すれば、重複訴訟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、反訴を通じて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ふべきである。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。」とした上で、「上告人らは本件相殺

の意思表示をした翌日である平成一四年三月九日から瑕疵修補に代わる損害賠償債務について履行遅滞による責任を負う」と判示した。

【評釈】

一 はじめに

相殺の抗弁は、判決理由中の判断であつても民訴法一四二条二項により既判力が生じるとされているため、相殺の抗弁と相殺の抗弁に供した自働債権を訴訟物とする訴えとが併存する場合には、重複訴訟の禁止原則（民訴法一四二条）に準じた扱いをするべきではないのかが長らく論じられてきた。

この点につき、その様な併存状態が生じる場合としては、抗弁の先後を基準とすると、すでに別訴において訴訟物となつている債権を自働債権として相殺の抗弁が提出された訴え先行型と、すでに提出された相殺の抗弁で自働債権となつている債権を訴訟物として別訴が提起された抗弁先行型の分類があり、また、事件の係属状態を基準とすると、両事件が別の受訴裁判所で審理されている分離手続型と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同一手続型の分類がある。学説の議論の中心は、専ら抗弁

の先後を基準とした分類における理論構成にあり、そこでの議論は後述のように分離手続型を念頭に置き、同一手続型における議論には焦点が当てられていなかった。この点における重要な判例は、最高裁判平成三年一月一七日第三小法廷判決（以下単に平成三年判決という）であり、事例としては、訴え先行型かつ両事件が併合審理されている同一手続型におけるものであるが、後述のように、この判決は同一手続型にあっても相殺の抗弁の提出が不適法となることを一般に示したものと評価されている。¹⁾

本判決は、後述の平成一〇年判決を契機として、新たな学説の展開がみられる中で、平成三年判決を依然として踏襲することを明らかにするとともに、それまでは学説が意識して論じてこなかった、いわゆる同一手続型における重複訴訟と相殺の抗弁の禁止という論点について、最高裁がその適否と論理構成を初めて明らかにしたものと注目される。

二 相殺の抗弁と重複訴訟に関する学説・判例

本件事案と同様の本訴と反訴の関係にある同一手続型で反訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁の可否について明確な論理構成を示した判例は存在しない。そこで、この

点を考える前提として、まずは重複訴訟と相殺の抗弁における一般的な学説状況を見た上で、併せて判例の変遷について見ることとする。

1 学説の状況

そもそも、一四二条の重複訴訟禁止原則の根拠・法意は、①訴訟追行を強いられる被告の迷惑、②訴訟不経済の回避および、③矛盾する審判による混乱の回避を挙げることが通説であるが、これを前提に学説は先に見た抗弁の先後を基準として、訴え先行型・抗弁先行型の両者につき一四二条の類推適用を否定し相殺の抗弁の提出を認める適法説、両者につき一四二条の類推適用を認め相殺の抗弁の提出を否定する不適法説、ケースに応じて異なる結論を採る折衷説に分類される。以下では、基本的対立図式を示すため適法説と不適法説を挙げることにする。

類推否定説・適法説の論拠としては次のようものである。すなわち、相殺の抗弁の多くは予備的な防御方法にすぎず、判決において取り上げられるかどうかは不確実かつ未必的であること、それなのに重複訴訟の禁止に類する制限を設ければ、被告の防御を害する結果となり、とくに、訴え先行型では、別訴の取下げに相手方の同意（民訴法二六一条二項）が得られなければ相殺による防御の途は封じられる

てしまう結果となること、両訴訟で当事者は共通なのであるから、裁判所の適切な訴訟指揮と相まって実際には既判力の抵触を避けるであろうこと、である。⁽²⁾ 一方、類推肯定説・不適法説をとる論者は、相殺の抗弁の自働債権についての審理の重複と既判力抵触の可能性を中心に、裁判所の訴訟指揮等によつては回避できない、とする。しかし、その他の点では論者ごとに理由付けは区々である。⁽³⁾ ただ、留意すべきは、不適法説の論者にあつても、禁止されるものとして論じているところはあくまでも分離手続型にみられるような文字通りの「別訴」であつて、反訴との関係で例外を認め、同一手続内での反訴の提起によるものであれば許されるとしている点である。同一手続内であれば、重複訴訟禁止原則の趣旨の一つである、矛盾する審判による混乱という点は当然に回避できることを根拠としている。

2 判例の動向

学説は以上のように、重複訴訟禁止原則の根拠論から理論の面を重視するのに対し、平成三年判決以前における下級審動向は、具体的事案の解決を優先することに重きを置き、ケースバイケースにこの問題に対応してきたことが報告されている。⁽⁴⁾ この問題につき、訴え先行型の事例における相殺の抗弁の適否について初めての最高裁判断を示した

のは最高裁昭和六三年三月一五日判決（民集四二巻三号一七〇頁）である。

最高裁は訴訟不経済・判決の矛盾回避といった一四二条の重複訴訟禁止原則の法意を挙げた上で、「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と解するのが相当である」と判示した。

このように、昭和六三年判決は学説の理論状況を踏まえつつ、それまでの下級審の流れにも理解を示した上で、一四二条の法意のみならず、事案の特殊性を考慮している。事実、調査官解説においても、「本判決は、一般論を避け：被告の利益ないし一種の訴訟法上の信義則の見地をも考慮し、相殺不許の結論を導いたもの」と述べている。⁽⁵⁾

ところが、判例は最高裁平成三年一月一七日判決（民集四五巻九号一四三五頁）において一四二条の類推適用を一般化する。

最高裁は「民訴法一四二条によれば重複訴訟を禁止する理由は、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對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つ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。」と判示した。

かかる最高裁の判断は、学説からは極めて厳しい評価がなされている。⁶⁾しかし、この判決で一般論として、同一手続型にあつてさえも一四二条が類推適用されるとし、相殺の抗弁が不適法となると判示したことが契機となり、かつては相殺の抗弁が攻撃防御方法であることを強調して、別訴提起に積極姿勢を示してきた抗弁先行型の事例についても、消極方向での影響を与えたという評価も報告されてい

る。⁷⁾また、学説状況にあつても、類推肯定・不適法説が有力化していった。⁸⁾

いずれにせよ、最高裁が、一般論を示した以上、訴え先行型における判例はほぼ固まったかに見えたが、最高裁判成一〇年六月三〇日（民集五二巻四号一二二五頁、以下単に平成一〇年判決という）において、判例変更を疑わせる判断を示す。

最高裁は、「1、（上記平成三年判決を引用した上で「括弧内筆者」）、2（明示の一部請求であれば、既判力はその一部にのみ及び残部には及ばない―括弧内筆者）この理は相殺の抗弁について同様にあてはまるところであつて、一個の債権の一部をもつ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もつとも、一個の債権が訴訟上分割して行使された場合には、実質的な争点共通であるため、ある程度審理の重複が生じることは避け難く、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なされ、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、この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つ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と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。」と判示した。

この判決の登場が、重複審理の回避に重点を置くものから、相殺の担保的効力への着目に転換したものと評価されている。⁹⁾

3 新たな学説

このような中で、平成一〇年判決とは前後するが新たな学説が登場する。それは、三木浩一教授の説である。¹⁰⁾ 同説は、重複訴訟禁止原則の三つの根拠を詳密に再検討し、絶対的なものではないことを明らかにした上で、従来等閑視されてきた、あえて重複的な後訴を提起した当事者の動機や事情といったもの取り込んだ上で、比較衡量によって重複訴訟該当性を判断すべきであるとし、さらに、重複訴訟の処理手段として適切な多様な処理手段を模索すべきことを提唱している。確かに、同説によれば、重複訴訟禁止原則が訴訟係属の効果として訴訟の初期の時点で重複した訴

訟を排斥することを目的としていた点に反しかねないが、紛争の実効的・一回的解決という点からは、紛争の実態に即応して審理の状況や具体的事情を考慮することを全く否定しているものとはいえないであろう。多様な処理手段の有り様は今後の検討課題であるが、重複訴訟論は具体的処理方法と一体となって考えるべきことを示唆した意義は大きく、基本的にはかかる同説の方向性が妥当なものと考えられる。

二 検討

以上を前提に本件の検討を試みる。

1 平成三年判決について

まず、本件最高裁判決が引用する平成三年判決について、若干の検討を加えたい。

そもそも、訴え先行型の重複訴訟と相殺の抗弁において衡量の対象となるのは、一方はいうまでもなく訴訟経済と判決の矛盾の防止であるが、他方に挙げられるべきは前訴において債務名義の取得を維持しつつ後訴で相殺の担保的機能を獲得する利益である。そして、相手方の資力が不十分である危険、相殺の抗弁につき判断がなされるかは未必的であること、から両者ともに得ることがひとまとめで相殺の抗弁を提出する者の利益である。また、訴え先行型の

場合は、後诉被告である相殺の抗弁の提出者のイニシアティブで両訴の手續を併合する手段は存在せず抗弁の提出が禁止されれば相殺の担保的機能を受容する道は失われるのであるから、一四二条の類推適用は否定されるべきである。

そして、平成三年判決で判示された「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」という部分については、仔細に検討すればその様な懸念は杞憂であることが分かる。すなわち、本訴で受働債権が存在と判断されたときは、本訴では自働債権は判断されないから別訴でどのような判断がされようとも矛盾は生じない。別訴で訴求債権が存在と判断され、本訴で受働債権存在と判断された場合は、本訴で自働債権不存在と判断しても別訴と矛盾せず、自働債権存在と判断することは別訴の既判力で遮断される。別訴で訴求債権存在・本訴で受働債権存在と判断された場合には、本訴で自働債権不存在と判断するときには別訴判決の執行が終わっている場合には既判力の基準事後の事情として問題はなく、執行前であれば既判力で遮断される。本訴で自働債権存在と判断する場合には、別訴の執行後に本

訴が確定すると自働債権が二重に行使されたことになるが、これは本訴において本訴原告が別訴判決の執行によって自働債権が消滅したことを弁論主義のもとで主張・立証しなかったか、または、できなかったためなのであって、何れの場合にも相殺の担保的機能を犠牲にする根拠はないのである。¹¹さらに、本件における個別事情をみると、Xの債権額が一体いくらであるのか、報酬残代金を除いた Y_1 、 Y_2 の債権額が一体いくらであるのか、といったことが容易に見通しが立たないという事情にある。設計変更に対するXの同意が認定され、かつ、建物価値の下落が十分に評価されなかったならば、Xの債権額は限りなくゼロに近づくであろうし、逆に、設計の無断変更が認定され、追加工事代金が認められなければ Y_1 、 Y_2 の債権額が報酬残代金を除いてゼロに近づくことになる。しかも、設計変更が三六カ所にも及ぶというのである。このような事情を重複訴訟該当性において斟酌可能な考慮要素とすれば、当事者双方が相殺後の残額分について債務名義の取得を目指すべき利益があるし、実際の本件事案では不明であるが、相手方が無資力である危険を慮って相殺の担保的機能を獲得する利益もあるといえよう。加えて、上記にみた背景事情からすれば、相殺後の残額分が一体いくらで誰に帰属するかを

求めているのが当事者の合理的意思であろうと思われるところ、相殺の簡易決済機能への期待も利益の一つにあげられるのではなからうか。とすれば、本件では、相殺の抗弁の提出が認められる事例であったと考えるべきであろう。

また、松本博之教授は「相殺の抗弁は、(事件が―括弧内筆者)併合されていた口頭弁論期日に提出されたので、審理の重複や判断の矛盾のおそれがなかったにもかかわらず、原審が弁論を分離し、その結果相殺の抗弁を不適法としたのであるから、このような措置は弁論の分離が裁判所の裁量事項とはいえ、相殺権の剝奪の結果を伴う場合には、恣意的な訴訟指揮であり裁量権の濫用として違法」と評しているが、重複訴訟論が多様な処理手段を要請しているものであるとすると、紛争の実効的解決のために正しい処理手段を選択しなかつたという意味において重複訴訟原則に反していると評することもできよう。してみると、そもそも本件で前提となっている平成三年判決自体に問題があるということになる。

2 本件判旨の構成について

確かに、本件は形式的にみるならば、反訴も訴え提起の一種である以上、その後に反訴請求債権を相殺の抗弁として提出すれば、訴え先行型における重複訴訟ということに

なり、同一手続であっても相殺の抗弁の提出が許されないとする平成三年判決に抵触することになる。しかし、本件では、第一審・控訴審、何れでも本件相殺の抗弁が争点になっていない。それは一体何故であろうか。

その理由としては、最高裁が、重複訴訟禁止原則は訴訟係属の効果であり、早期に判断されるべき事柄であると前提していることが考えられる。すなわち、重複訴訟禁止原則は判決時点において矛盾無駄が生じなければよいというものではなく、訴訟の係属中、どの時点であっても重複訴訟状態が生じていてならず、職権調査かつ職権探知事項によりその様な状態を排斥すべきという点を重視しているということである。確かに、形式的な重複訴訟状態があれば、審理の重複による無駄と矛盾した判断がなされる蓋然性は高いともいえるが、本件では、本訴と反訴が最初から同一手続で一体的に審理判断されたのであり、その様なおそれが生じるおそれは全くなかつたのである。仮に本件において本件相殺の抗弁を不適法却下とすれば、本訴請求と反訴請求にそれぞれ判断が下されるだけであり、そうなつてしまつては交互履行ないしは交互執行という新たな手間を生じさせるにすぎない。それよりも、両請求に判決が下されれば、判決債権をもって訴訟外で相殺をするであろうこと

が高い蓋然性をもって想像されるが、これでは一体何のために相殺の抗弁を却下したのかということになる。結局、事案の実効的解決という観点からは、本件では、本件相殺の抗弁を適法とするほかはなかつたのである。¹³⁾

そこで判旨は、形式的な重複訴訟状態を解消するという方向で解決を図っているが、本件では、訴訟上の相殺の抗弁の法的性質を解釈することによって妥当な結論を導くことができたものといえる。すなわち、訴訟上の相殺の抗弁の法的性質を、裁判所によって判断されることを条件として私法行為としての相殺の意思表示がなされるという通説たる新併存説（新私法行為説）に従って判断すれば、条件につき裁判所が相殺の抗弁を訴訟上の理由から斟酌しない場合には相殺の実体法上の効果も消滅するとみる解除条件説では、訴訟上の相殺の意思表示が相手方に到達した時点で相殺の効果が生じ、反訴請求権は相殺の限度で消滅したことになるので反訴は全部棄却か一部棄却で処理されるので審判の矛盾が出現することはない。また、裁判所が原告請求権の存在を肯定し、かつ相殺の抗弁を訴訟上の理由から斟酌しないで終わらないことを相殺の実体法上の効果の発生の条件とみる停止条件説では、相殺の成否と反訴請求権の存否とが同時に判断されることになるが、攻撃

防御方法である相殺の抗弁は反訴請求権の存否に先立って判断されるから、同様に何らの矛盾も生じない。¹⁴⁾ 第一審・控訴審が、全く矛盾が生じうるのではない本件相殺の抗弁を適法なものとして扱っていたのはむしろ当然のことであるとさえいえる。

とすると、判旨が「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つて、このように解すれば、重複訴訟の問題は生じない」と技巧的な論理構成をするのは、まさに、平成三年判決との論理的整合性を保つためではないと評価できよう。しかも、このような単純反訴を予備的反訴に変更するというのは、予備的反訴が全く判断されない可能性もある以上、処分権主義（民訴法二四六条）に抵触するという問題を生じさせる。

この点についての一定の配慮であろう、判旨では、かかる変更には「反訴原告において異なる意思表示をしない限り」という限定が付されているが、反訴原告の意思表示は無条件に許容されるのであろうか。反訴原告が異なる意思表示をすれば、相殺の抗弁が却下されるということになる

が、これでは前述のように何ら紛争の実効的解決には寄与しない。紛争の実効的解決という点では、反訴原告がかか
る意思表示をなし得る場合を限定しなければならぬが、
この点については判旨では何ら触れられていない。また、
反訴提起・相殺の抗弁の提出がされた以上は、本訴原告に
とつても精算的調整として一体的な判断を求める実益が生
じている。すなわち、本件判旨の如く訴訟上の相殺の抗弁
を提出した翌日から遅滞に陥るとするならば、本訴原告の
債権額が上回る場合には相殺の抗弁を維持したまま早期に
相手方を遅滞に陥れる利益があるのであり、反訴原告の資
力に不安が生じている場合には、本訴原告には反訴原告の
意思表示に対して関与しうる方策が講じられなければなら
ないはずである。このような点についても判旨は何ら言及
していない。以上からすると、判旨の論理構成は様々な点
で新たな問題を生じさせるものといえる。

- (1) 中野貞一郎「相殺の抗弁―最近の論点状況―」『民事
訴訟法の論点Ⅱ』一六六頁(判例タイムズ社・二〇〇一
年)、山本克己「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」平成三年度重要判例解説一二
三頁(一九九二年)。中野貞一郎「松浦馨」鈴木正裕編

『新民事訴訟法講義第二版補訂版』一六一頁(堤龍弥)(有
斐閣・二〇〇六年)、など。

- (2) 中野『前掲書(注1)』一六一頁。

(3) 例えば、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・実務民事訴訟講座第1巻』判
決手続通論1』三三四頁以下(日本評論社・一九八一年)、
小山昇「相殺の抗弁と別訴又は反訴」判例タイムズ四五三
号四一頁(一九八二年)、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』一一五頁以下
(弘文堂・一九八八年)、伊藤眞「民事訴訟法第三版再訂版」
一九四頁(有斐閣・二〇〇六年)、など。

- (4) 河野『前掲書(注3)』八七頁、一一二頁以下。

(5) 篠原勝美「調査官解説」法曹時報四二巻二号三六七頁
(一九九〇年)。

(6) 例えば、中野『前掲書(注1)』一六六頁以下。原審
判決で認定された紛争の経過と相殺の具体的内容に着目し、
原告が被告に商品代金債権を有することは当事者間に争い
がなく、被告は、上告審で問題となった「別件訴訟で請求
中の債権による相殺」の抗弁のほか、「原告の詐欺ない
し背任行為に基づく損害賠償債権による相殺」の抗弁およ
び「不当訴訟に基づく弁護士費用の損害賠償請求権による
相殺」の抗弁と防御方法として適切とは思われない内容の
相殺の抗弁を提出していたという点から、「真摯な相殺で
あったとは思えない」と評し、事案に特殊性があるにも拘

わらず一四二条の類推適用を一般化したことを批判する。

(7) 岡田幸宏「重複訴訟禁止規定と相殺の抗弁により排斥される対象」福永有利先生古希記念『企業紛争と民事手続法理論』三二〇頁(商事法務・二〇〇五年)。

(8) 中野『前掲書(注1)』一六二頁。

(9) 三木浩一「判例批評」伊藤眞・高橋宏志・高田裕成編『民事訴訟法判例百選第三版』九七頁(二〇〇三年)。高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)』一二七頁(有斐閣・二〇〇五年)。中野『前掲書(注1)』一〇〇頁以下では、詳細にこの点について論じている。曰く、判旨は別訴が明示の一部請求である場合における、当該債権の残部を自働債権として他の訴訟において主張する相殺の抗弁の許否に限定した上、「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と特段の事情の存する場合を除いて」許される(重複訴訟禁止原則の類推を否定)としたのであるが、重複訴訟禁止原則が審理の重複と審判の矛盾の生ずる危険を防止すべく適用範囲を拡張化していった基礎には「訴求債権が実体上同一である場合」を思考していたはずであり、全部請求か一部請求・残部請求かによって区別することはできないはずである。その上で、判旨は、相殺の抗弁の特性を持ち出し、「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」としているが、何故に明示の一部請求である場合の残部による相殺の抗弁に限定されるのかが不明である。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ことも、簡易確実な決済を図るという機能の点も、別訴が全部請求あるいは黙示の請求であったとしても何ら変わらないからである。このような点から、本判例が平成三年判決の変更を視野に入れた転回点になるであろうと評価している。

(10) 三木浩一「重複訴訟論の再構築」法学研究六八巻一二号一一五頁以下(一九九五年)。

(11) 三木「前掲論文(注10)」一八四頁以下。

(12) 松本博之「判例批評」伊藤眞・高橋眞・高田編『前掲書(注9)』九二頁。

(13) 三木浩一「本件批評」平成一八年度重要判例解説二二八頁(二〇〇七年)。

(14) 訴訟上の相殺の法的性質につき、松本博之『上野泰男『民事訴訟法第四版補正版』二八二頁以下(弘文堂・二〇〇六年)、中野『前掲書(注1)』一四〇頁以下、参照。

(15) 我妻学「本件批評」金融・商事判例一二六三号一七頁、一八頁(二〇〇七年)参照。