

判例評釈

〔民事手続判例研究〕

早稲田大学民事手続判例研究会

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の許否

（最高裁平成16年（受）第519号、請負代金等請求反訴事件、平成18年4月14日第二小法廷判決・民集60巻4号1497（225）頁、判時1931号40頁、判タ1209号83頁、金判1251号35頁）

杉 本 和 士

【事実の概要】

X（本訴原告・被控訴人、反訴被告・控訴人、被上告人）は、平成2年2月28日、建築業を営むA（訴訟承継前の本訴被告、反訴原告）との間で、請負代金額を3億900万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、Xは、設計変更による追加工事をAに発注した（以下、追加工事を含めた契約を「本件請負契約」といい、追加工事を含めた工事を「本件工事」という）。

Aは、平成3年3月31日までに本件工事を完成させ、完成した建物（以下、「本件建物」という）をXに引き渡した。ところが、Xは、平成5年12月3日、Aに対し、本件建物に瑕疵があり、瑕疵修補に代わる損害賠償又は不当利得の額は5304万440円であると主張して、同額の金員及びこれに対する完成引渡日の翌日である平成3年4月1日から支払済みまで商事法定利率年6分の割合による遅延損害金の支払いを求める本訴を提起した。これに対し、Aは、第一審係属中の平成6年1月21日、Xに対し、本件請負契約に基づく請負残代金の額は2418万円であると主張して、同額の金員及びこれに対する平成3年4月1日から支払済みまで商事法定利率年6分の割合による遅延損害金の支払いを求める反訴を提起し、反訴状は、平成6年1月25日、Xに送達された。なお、原審において、本件請負契約に基づく請負残代金の額は、1820万5645円であり、他方、本件建物には瑕疵が存在し、それによりXが被った損害の額は、2474万9798円であると認定されている。

A は、平成13年 4 月13日に死亡し、その相続人である妻 Y 1 および子 Y 2 (本訴被告・控訴人、反訴原告・被控訴人、上诉人。以下、「Y ら」という) が A の訴訟上の地位を承継した (Y らの法定相続分は各 2 分の 1)。

Y らは、平成14年 3 月 8 日の第一審口頭弁論期日において、X に対し、仮に本訴請求が認容される場合、Y 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、X の Y 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 (予備的相殺の抗弁) として主張した。

第一審 (大阪地裁平成14年 7 月29日判決) は、X は、Y らに対して工事代金精算額2745万3120円の債権を有し、Y らは、X に対して当事者間に争いのない未払工事代金及び追加工事代金額の合計1647万8438円の債権を有するとしうえて、これらを相殺した結果として、1097万4682円に Y ら各々の相続割合 2 分の 1 を乗じた548万7341円およびこれに対する平成14年 3 月 9 日 (相殺の意思表示をした日の翌日) から支払済みまでの商事法定利率年 6 分の割合による遅延損害金の支払いを求める限度で X の本訴請求を認容し、反訴請求を棄却した。

原審 (大阪高裁平成15年12月24日判決) は、(1) 「X 及び Y らにそれぞれ債権の存在を認めることができるところ、Y らにおいて、その債権をもって、X の瑕疵修補に代わる損害賠償請求権との相殺を主張している……から、X の債権額2474万9798円から Y らの債権額1820万5645円を控除し、その残額654万4153円について、Y らに支払を命ずるものとする」としうえて、(2) 「なお、請負人の報酬債権と目的物瑕疵修補に代わる損害賠償債権とは同時履行の関係にあるから、瑕疵修補に代わる損害賠償債権が報酬残債権を上回る場合に、注文者の瑕疵修補に代わる損害賠償債権に対し、請負人がその報酬残債権を自働債権とする相殺を主張した場合、請負人は、注文者に対する相殺後の損害賠償債権残債務について、相殺の意思表示をした日の翌日から履行遅滞による責任を負うが、注文者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ると思量される」として、「Y らは、その瑕疵修補に代わる損害賠償債務について、上記反訴請求の訴えの訴状送達の日翌日である平成 6 年 1 月26日から遅滞に陥る」と判示した。そして、X の本訴請求につき、Y らそれぞれに対して327万2076円およびこれに対する反訴状送達の日翌日である平成 6 年 1 月26日から支

払済みまで年6分の割合による遅延損害金の支払いを求める限りで認容し、Yらの反訴請求を棄却した。

これに対して、Yらが上告受理申立て。上告受理申立ての理由は、およそ、（1）注文者が請負人の報酬支払請求に対して損害賠償債権とする相殺の意思表示をした場合、注文者は、相殺後の報酬残債務について相殺の意思表示をした翌日から履行遅滞の責任を負うとする最判平成9年7月15日などの従来の判例や民法634条2項後段および533条の趣旨を根拠として、「請負人が報酬債権を自働債権として損害賠償債務と相殺の意思表示をするまで自己の注文者に対する瑕疵修補に代わる損害賠償債務全額について履行遅滞による責任を負わないと解すべき」である、（2）原審は報酬残債権の反訴請求をもって相殺の意思表示と同視すべきと判断したが、「反訴請求と相殺の意思表示とは全く異なったものであり」、「反訴請求後に反訴請求者が相殺の意思表示をしたからといって、反訴請求をもって相殺の意思表示と同じように同時履行の関係を消滅させる効果は認められない」、（3）以上から、Yらが履行遅滞に陥る時期は、Yらが相殺の意思表示をした日の翌日である平成14年3月9日とすべきであって、報酬残債権の反訴請求をもって相殺の意思表示と同視すべきであるとし反訴請求の訴えの訴状送達の日翌日である平成6年1月26日からYらが履行遅滞に陥るとする原審の判断は最高裁の判例に違反し、かつ、民法634条2項後段および533条の解釈を誤っており破棄されるべきである、と主張する。

【判決要旨（破棄自判）】

上記の上告受理申立て理由につき、最高裁は以下のように判示し、破棄自判した。

「（1） 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142条の趣旨に反し、許されない（最高裁……平成3年12月17日第三小法廷判決・民集45巻9号1435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、Y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。」

「(2) 注文者の瑕疵修補に代わる損害賠償債権と請負人の請負代金債権とは民法634条2項により同時履行の関係に立つから、契約当事者の一方は、相手方から債務の履行又はその提供を受けるまで自己の債務の全額について履行遅滞による責任を負うものではなく、請負人が請負代金債権を自働債権として瑕疵修補に代わる損害賠償債権と相殺する旨の意思表示をした場合、請負人は、注文者に対する相殺後の損害賠償残債務について、相殺の意思表示をした日の翌日から履行遅滞による責任を負うと解される(最高裁平成……9年2月14日第三小法廷判決・民集51巻2号337頁、最高裁平成……9年7月15日第三小法廷判決・民集51巻6号2581頁参照)。

本件においては、Xの瑕疵修補に代わる損害賠償の支払を求める本訴に対し、Aが請負残代金の支払を求める反訴を提起したのであるが、Aの本件反訴は、請負残代金全額の支払を求めるものであって、本件反訴の提起が相殺の意思表示を含むと解することはできない。したがって、本件反訴の提起後にされた本件相殺の効果が生ずるのは相殺の意思表示がされた時といふべきであるから、本件反訴状送達の日から翌日からYらの瑕疵修補に代わる損害賠償債務が遅滞に陥ると解すべき理由はない。」

「以上によれば、Yらは、本件相殺の意思表示をした日の翌日である平成14年3月9日から瑕疵修補に代わる損害賠償残債務について履行遅滞による責任を負うものといふべきであって、これと異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨は理由がある。」

「そして、前記事実関係及び訴訟の経過によれば、本訴請求は、Yらそれぞれに対し、本件相殺後の損害賠償債権残額654万4153円の2分の1に当たる327万2076円及びこれに対する平成14年3月9日から支払済みまで年6分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で理由があるからこれを認容し、その余は理由がないからこれを棄却すべきである。……なお、反訴請求については、本訴請求において、反訴請求債権の全額について相殺の自働債権として既判力のある判断が示されているので、判断を示す必要がない。」

【評釈】

1 はじめに

（１） 本判決は、上告受理申立て理由について直接判断する前提として、すでに係属中の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提出が認められないとする判断を最高裁として初めて判示した点において意義を有する。

ところで、本件において相殺の抗弁の適法性は直接の争点とされていない。しかしながら、上告受理申立て理由において争点とされている原審の判断、すなわち「注文者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る」という判断を最高裁が破棄するとなると、結果的に、先行して係属中の反訴請求とこの反訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁が併存する状況を前提としなければならない。相殺の抗弁が審理判断されるとその自働債権の存否について既判力が生じる（民訴法114条2項）ため、同一債権が反訴の訴訟物および相殺の抗弁の自働債権として二重に審理判断されるとすれば、両者についての判断が互いに抵触する危険が生じうる。それゆえ、かかる状況において相殺の抗弁の主張を認めることは、重複起訴を禁止する民訴法142条の審理重複回避、既判力抵触防止という趣旨に反するのではないかという、いわゆる相殺の抗弁と重複

（１） なお、この点に関しては、反訴提起がなされた後に反訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁が提出された場合に、遡って先行する反訴請求をもって相殺の意思表示と同視する、という原審判決の論法は、上告受理申立て理由および本判決の説示のとおり、採りえないと考えるべきである。なぜならば、たしかに相殺による債権消滅の効果そのものは、相殺の意思表示の時点ではなく、双方の債務が相殺適状を生じた時点に遡って生じる（民法506条2項）が、本件事案における相殺の意思表示は、債権消滅の効果そのものの関わりにおいてではなく、相殺後の自働債権の残部債権についての履行遅滞の起算点（最高裁平成9年7月15日第三小法廷判決（民集51巻6号2581頁）参照）としての位置づけにおいて問題となっているからである。したがって、「本件反訴は、請負残代金全額の支払を求めるものであって、本件反訴の提起が相殺の意思表示を含むと解することはできない」という本判決の判断は当然であるといえる（中本敏嗣＝奥山雅哉「本件判批」判タ1245号（平成18年度主判解）37頁（2007年）も同旨。同判批は、さらに、「後の相殺の意思表示という反訴提起の時点では未確定な事実を理由に反訴状送達の日翌日から履行遅滞の責任を負わせることは、注文者の瑕疵修補に代わる損害賠償債権と請負人の請負報酬債権とが同時履行の関係に立つこと（民法642条2項）に対する本訴被告らの期待を害するため採り得ない解釈である」と指摘する）。

（２） 「……更に『訴え』を提起することができない」という民訴法142条の文言からすれば、同条が相殺の「抗弁」に直接適用されるとはいえないため、同条に焦点を合わせた問題設定

起訴禁止原則の趣旨との関係が問題となる。つまり、本件の直接の争点について判断する前提として最高裁はこの問題の解決を迫られることとなったのである。

(2) 相殺の抗弁と重複起訴禁止原則の趣旨との関係については、いわゆる「訴え先行型」(「別訴先行型」、「抗弁後行型」とも呼ばれる)と「抗弁先行型」(「訴え後行型」、「別訴後行型」とも呼ばれる)に分けて検討を行う判断枠組みが、判例および学説において共通認識として採用されているといえる。この判断枠組みによれば、本件事案は「訴え先行型」の事案に分類されることになるが、先行する訴えが「反訴」である点を重視するならば、純粋な「訴え先行型」ではなく、その重種形態(「反訴」先行型⁽⁴⁾)として位置づけるべきであろうか。いずれにせよ、本件事案について留意すべき点は、相殺の抗弁に先行する別訴が反訴によってなされており、相殺の抗弁が提出された本訴と反訴は同一手続内において審理されていた事案であった(つまり、「同一手続型」⁽⁵⁾であった)という点である。「訴え先行型」事案について、周知のとおり学説では相殺の抗弁を適法とする立場(相殺許容説)と不適法とする立場(相殺不許説⁽⁶⁾)が対立しているが、かかる対立は「非同一手続型」事案を前提としている。そして実際に、「同一手続型」事案については、審理および判断が同一の受訴裁判所によって一体として行われるため、審理の重複や判断の抵触のおそれがなく、重複訴訟禁止原則の趣旨が及ばないと考えられるから、相殺不許説の論者の多くも相殺の抗弁提出を許容している、と指摘されている⁽⁷⁾。

(3) 他方、判例に関しては、訴え先行型の相殺の抗弁について、本判決が引

としては、「類推」適用の可否の問題と捉えるのが妥当であろう。

(3) 増森珠美「本件判解」曹時59巻9号365頁(3227頁)(2007年)。

(4) 谷本誠司「本件判批」銀法664号57頁(2006年)。

(5) 山本克己「平成3年判決判批」ジュリ1002号(平成3年度版重刊)(1992年)が、「訴えと訴訟上の相殺が同一の訴訟手続内で審理の対象とされているかどうか」により、「同一手続型」と「非同一手続型」に分類する。本稿でもこの用法に従う。

(6) 学説の状況については、新堂幸司＝福永有利編『注釈民事訴訟法(5)』(有斐閣、1998年)225頁以下〔佐野裕志〕、山本弘「二重訴訟の範囲と効果」青山善充＝伊藤眞編『民事訴訟法の争点』(有斐閣、第3版、1998年)121頁以下、本間靖規「判批(東京高判平成8年4月8日)」リマックス16号(1998<上>)129頁以下(1998年)や松本博之「相殺の抗弁と重複起訴」福永有利先生古稀記念『企業紛争と民事手続法理論』(商事法務、2005年)519頁以下などを参照。なお、ドイツにおける議論の展開については、河野正憲「相殺の抗弁と重複起訴禁止の原則」同『当事者行為の法的構造』(弘文堂、1988年)89頁以下が詳細である。また、ドイツ法およびオーストリー法における学説状況については、松本・上記論文522頁以下において概観されている。

(7) 三木浩一「本件判批」ジュリ1332号(平成18年度版重刊)128頁(2007年)。山本克己・前掲判批122頁も同旨。

用する最判平成3年12月17日民集45巻9号1435頁（以下、「平成3年判決」という）が、「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142条の趣旨に反し、許されない」と判示しており、この平成3年判決によれば、一般的に訴え先行型の相殺の抗弁を認めないのが判例の立場であった。ところが、本判決は、訴え先行型の一種に属する反訴先行型事案につき、平成3年判決を引用しつつも、「本訴および反訴が係属中に、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」として、平成3年判決と反対の結論を導いている。それゆえ、とりわけ平成3年判決との整合性に留意しつつ、本判決を分析・検討する必要があるだろう。

（４）以下では、まず、訴え先行型の事案に関する従来の判例の流れを分析し（２）、つぎに、本判決の位置づけの分析、本判決に対する評価の検討を行うこととする（３）。

２ 訴え先行型の事案に関する従来の判例の流れ

（１）分析の視座

以下においては、訴え先行型の事案に関する従来の判例の流れについて、その内在的理解に努めるよう検討を行う。

なお、以下の検討にあたっては、第一に、重複起訴禁止原則（民訴法142条）の趣旨として重複審理を回避し既判力抵触を防止するという要請、第二に、相殺の機能を確保するという要請を分析の視座として設定する。この視座から相殺不許説と相殺許容説の対立を極めて単純化して俯瞰すると、この対立は、第一の要請と第二の要請のいずれをより重視するかという点に帰着するといえる。

（２）最高裁昭和63年3月15日第三小法廷判決（民集42巻3号170頁）

（い）まず、訴え先行型事案に関する最初の最高裁判例である最高裁昭和63年3月15日第三小法廷判決（民集42巻3号170頁）（以下、「昭和63年判決」という）の検討を行う。同判決以前⁽⁸⁾の下級審裁判例は、およそ訴え先行型については相殺不許の結論で一致しており、かかる従来の裁判例と同様に、昭和63年判決も相殺不許の結論を判示している。

（８） 後述するとおり、ここでいう「一般的に」とは、同一手続型、非同一手続型（前掲注（５）参照）の如何を問わない、という趣旨である。

（９） 昭和63年判決に至るまでの下級審裁判例の傾向については、菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅱ』（日本評論社、1989年）155頁以下、篠原勝美「昭和63年判決判解」『最判解民事篇（昭和63年度）』（法曹会、1990年）137頁以下、本間・前掲判批128頁、岡田幸宏「重複起訴禁止規定と相殺の抗弁により排斥される対象—別訴において訴訟物となっている債権

もっとも、昭和63年判決の事案は、労働者側（Yら）の使用者側（X）に対する解雇無効確認および賃金支払請求訴訟（本案訴訟）において、賃金仮払仮処分命令の執行によってYら（仮処分債権者）が仮払金を受領し、その後、この仮処分命令が控訴審で取り消され、そこで、X（仮処分債務者）がYら（仮処分債権者）に対して仮払金の返還請求訴訟を提起したところ、Yらが、すでに係属中の本案訴訟において請求していた未払賃金債権を自働債権とする相殺の抗弁を提出した、という特殊な事案であった⁽¹⁰⁾。そして、このような事案に対して、昭和63年判決は、(a)「本件受働債権の給付請求権は、仮払仮処分の取消という訴訟法上の事実に基づいて発生し、本来、民訴法一九八条二項（筆者注：現260条2項）の原状回復請求権に類するものであり、右のように別訴で現に訴求中の本件自働債権をもってするYらの相殺の抗弁の提出を許容すべきものとすれば、右債権の存否につき審理が重複して訴訟上の不経済が生じ、本件受働債権の右性質をも没却することは避け難いばかりでなく、確定判決により本件自働債権の存否が判断されると、相殺をもって対抗した額の不存在につき同法一九九条二項（筆者注：現114条2項）による既判力を生じ、ひいては本件本案訴訟における別の裁判所の判断と抵触して法的安定性を害する可能性にもわかに否定することはできず、重複起訴の禁止を定めた同法二二一条（筆者注：現142条）の法意に反することとなる」こと、(b)「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Yらにとって酷に失するともいえないこと」を根拠に、相殺の抗弁不許と判断した。

(ii) このように、昭和63年判決は、一方において、(a)審理の重複による訴訟上の不経済という点や既判力の抵触により法的安定性を害する危険性といった重複起訴禁止原則の趣旨（第一の要請）に言及しつつも、他方において、(b)「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Yらにとって酷に失するともいえない」（傍線筆者）と説示し、本件事案の特殊性をも考慮した

を自働債権とする相殺の抗弁を中心にして」福永有利先生古稀記念『企業紛争と民事手続法理論』（商事法務、2005年）310頁以下を参照。

(10) 昭和63年判決の事案については、「この場合に相殺の抗弁を認めると、仮処分事件において仮定的に形成した法律関係に関する判断に本案訴訟の訴訟物の判断が混入することになり、保全手続と本案手続の峻別が事実上失われることになる」ため、「もともと立場のいかんを問わず相殺の抗弁を認めにくい事案であった」という評価がなされている（三木浩一「平成3年判決判批」法研66巻3号133頁（1993）年）。河野正憲「昭和63年判決判批」判時1315号212頁（判評367号50頁）（1989年）も、仮払金返還請求訴訟が実質的に本案訴訟となることで別訴たる本案訴訟の意義が喪失される不都合を指摘する。

うえで、相殺不許の結論を導いている。このような昭和63年判決について、同判決の調査官解説では、「本判決は、……一般論を避け、抗弁後行型において相殺の抗弁を不許とする裁判例の大勢に従いつつ、被告の利益ないし一種の訴訟上の信義則の見地も考慮し、相殺不許の結論を導いたものであろう⁽¹¹⁾」という評価がなされている。

（３）最高裁平成３年12月17日第三小法廷判決（民集45巻９号1435頁）

（ｉ）前述のとおり、平成３年判決は、訴え先行型において相殺不許という一般法理を明確にした判例として重要な意義を有する（その後の下級審裁判例は、平成３年判決の影響の下で、訴え先行型＝相殺不許の結論で一致する⁽¹²⁾）。

同判決は、(a)昭和63年判決を引用したうえで、「民訴法二二三条（筆者注：現142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（筆者注：現114条２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、同法二二三条（筆者注：現142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（る）」と結論付け、さらに、(b)「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。」と判示する。

（ii）このように、平成３年判決は、昭和63年判決を参照しつつ、審理の重複による無駄の回避および複数の判決の既判力の相互矛盾の防止が旧民訴法231条（現142条）による重複起訴禁止の趣旨である旨を説示したうえで、相殺の抗弁に関し、特に後者の既判力の矛盾防止という趣旨に抵触する危険性をことさら強調することで（すなわち、第一の要請を重視する。このことは、「理論上も実際上もこれ

(11) 篠原・前掲判解140頁以下。さらに、同判解は、私見と断ったうえで、「抗弁後行型は不許、抗弁先行型は許容という原則的な立場を前提とした上、具体的事案においては信義則の見地からその許否を判断すべきものとする見解（菊井＝村松・全訂民訴法II一五七頁）が妥当なように思われる」と述べる。

(12) 東京高判平成４年５月27日判時1424号56頁（後述する「一部請求訴訟」先行型事案）、東京地判平成４年６月30日判時1457号119頁、判タ807号225頁（ただし、昭和63年判決に近い判断基準を用いる）、東京地判平成４年10月9日金法1359号141頁、東京高判平成５年９月29日判タ864号263頁など。

を防止することが困難である」という説示の部分に現れているといえる)、訴え先行型事案における相殺の抗弁の場合にも同条の趣旨が一般論として妥当するという判断を示している(前記引用(a)の説示部分参照)。

(iii) ところで、この平成 3 年判決の事案は、相殺の抗弁が提出された原審の段階では別訴と本訴が併合審理されていたが、控訴審では弁論が分離されていたという事案(つまり、同一手続型の事案)であった。そこで、控訴審において弁論を分離していなかったならば、審理の重複や既判力の矛盾の危険性がなかったはずであるとして、かかる控訴審における弁論分離の措置そのものに対する批判がなされたり、また、以上の事情を考慮すれば、相殺の抗弁を提出する当事者の利益という観点からみて、「いささか形式論理に流れたもの」という批判もなされたりしているところである。

しかしながら、この点に関して、同判決の調査官解説は、「相殺の抗弁が控訴審の段階で初めて主張され、かつ、本訴と別訴とが控訴審で併合審理された場合についても同様に許さない、としている点(筆者注：前記引用(b)の説示部分)に注目すべきである」とし、かかる説示部分は、「本判決の不許説を採用する最大の理由が、別訴と本訴とで審理が重複することによる訴訟上の不経済を避けるためという点を軽視できないとしても、それよりは、むしろ裁判所間の判断の抵触により法的安定性が害されることを回避することにある、⁽¹³⁾ということ説くもの」(傍線筆者)と解説する。そして、「なるほど、控訴審において、両事件が併合審理され同一裁判所が同時に判決をする場合には、その審級における判断の抵触を避けることができるであろうが、しかし、両事件がその後の審級において必ず併合審理されるという保証はなく、ある審級における併合審理の一事をもって直ちに既判力の抵触回避が可能であるとは断言できないのである」(傍線筆者)(例えば、「上告審で別訴と本訴の一方又は両方が差し戻しされ、弁論が分離されて両方について、又は一方についてのみ再度事実審で審理されることも十分あり得る」)⁽¹⁶⁾とする。

(13) 山本克己・前掲判批123頁、高田昌宏「平成 3 年判決判批」法教142号98頁、三木・前掲本件判批136頁、中野貞一郎＝酒井一「平成 3 年判決判批」民商107巻 2 号85頁(253頁)[中野執筆部分](1992年)、松本博之「平成 3 年判決判批」伊藤眞ほか編『民事訴訟法判例百選〔第 3 版〕』(別冊ジュリ169号)(有斐閣、2003年)92頁など。

(14) 加藤哲夫「平成 3 年判決判批」法セ451号138頁(1992年)。吉村徳重「平成 3 年判決判批」リマークス 6 号(1993 <上>) 127頁(1993年)、中野＝酒井・前掲判批85頁(253頁)[中野執筆部分]も同旨を説く。

(15) 河野信夫「平成 3 年判決判解」『最判解民事篇(平成 3 年度)』(法曹会、1994年)516頁。

(16) 河野(信)・前掲判解516頁以下、519頁(注六)。

このように、平成3年判決は、重複起訴禁止原則の既判力抵触の防止という要請（第一の要請）を極端なまでに貫徹する姿勢を見せ、硬直的かつ形式的な相殺不許の立場を明らかにしたと評価できる。

（iv） 他方、相殺の機能確保の要請という点（第二の要請）について、平成3年判決には直接に説示するところがない。同判決の調査官解説では、「Yは、本訴の口頭弁論終結後、訴訟外でXに対し別訴の請求債権をもって相殺の意思表示をすれば、YはXに対し、本訴の判決に対して債務の消滅を理由に請求異議訴訟を提起することができ、これによってXのYに対する強制執行を阻止することができる。相殺の担保的機能に欠けるところはない、といえよう⁽¹⁷⁾」と解説されており、相殺の機能確保についてはさほど考慮されてはいないといえる。

（4） 最高裁平成10年6月30日第三小法廷判決（民集52巻4号1225頁）

（i） 最高裁平成10年6月30日第三小法廷判決（民集52巻4号1225頁）（以下、「平成10年判決」という）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許否が争われた事案に関するものであり、先行する訴えが一部請求訴訟である点において、昭和63年判決や平成3年判決の事案とは異なるものの、「訴え先行型」事案に属するものといえる⁽¹⁸⁾（本稿では、これを「一部請求訴訟」先行型とする）。

同種の一部請求訴訟先行型事案について、前掲東京高判平成4年5月27日は、平成3年判決の立場を忠実に踏襲し、既判力抵触の危険を根拠に相殺を不許としていた。ところが、平成10年判決は、「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」という結論を導いている。以下、かかる結論を導いた平成10年判決の法律構成を検討する。

（ii） まず、平成10年判決は、重複起訴禁止の趣旨、特に既判力抵触の防止という要請（第一の要請）を徹底する平成3年判決を参照し、同判決の判示した訴

（17） 河野（信）・前掲判解518頁。これに対する反論として、高橋宏志「平成10年判決判批」リマックス19号（1999〈下〉）131頁（1999年）、同『重点講義・民事訴訟法（上）』（有斐閣、2005年）132頁（脚注（29））参照。

（18） 河邊義典「平成10年判決判解」『最判解民事篇（平成10年度）（下）』（法曹会、2001年）659頁。

（19） 前掲注（12）参照。

（20） 畑瑞穂「判批（東京高判平成4年5月27日）」ジュリ1024号（平成4年度版重刊）154頁（1993年）は、「相殺の担保的機能の軽視という最高裁の判断を既判力抵触のおそれがない場合にまで徹底して、重複審理の防止を優先したもの」と評する。

え先行型＝相殺不許という一般法理を前提としている。他方、「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」とする最二小判昭和37年8月10日民集16巻8号1720頁を参照しつつ、「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」とする。以上を見るかぎりにおいては、「別訴係属中の債権では相殺は許されないという先行判例と、一部請求の訴訟物は当該一部のみであり、残部債権の訴訟係属はないとする先行判例を重ねると、単純に、残部債権での相殺は許されるとなりそうである⁽²¹⁾」といえよう。要するに、一部請求と残部請求（ここでは残部債権を自働債権とする相殺の抗弁）において既判力の生じる審判対象が別個独立のものであるという以上、両者についての既判力の抵触は生じず、重複起訴禁止の趣旨に反しない、という形式論理である。

ところが、続けて、平成10年判決は、「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」として重複起訴禁止の趣旨に改めて配慮を示す。そのうえで、「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」と説示する。平成10年判決が、ここで改めて慎重な姿勢を見せた理由としては、「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、信義則に反して許されない⁽²²⁾」とする最三小判平成10年6月12日民集52巻4号1225頁の存在が指摘されている。すなわち、この判決によって、一部請求と残部請求の訴訟物は別であるという判例理論が⁽²³⁾実質上揺らいだため、判旨も上記の単純な論法で終始することができなくなったものと推測されている。

(21) 高橋・前掲判批129頁以下。

(22) 高橋・前掲判批130頁以下、二羽和彦「本件判批」リマークス35号（2007〈下〉）113頁（2007年）。

(23) 高橋・前掲判批130頁。なお、平成10年判決の調査官解説（河邊・前掲判解655頁）は、前記の形式論理による帰結を是認しつつも、相殺の抗弁不許の結論を採った原判決および前掲東京高判平成4年5月27日（前掲注（15））の存在を理由に、「より実質的な観点からの吟味を必要とする」と解説している。

(iii) そこで、平成10年判決は、今度は相殺の実質的な機能確保の要請（第二の要請）という観点から、「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」として、原則として相殺の抗弁が許容されるという結論を導いた。

(iv) このように、結局、平成10年判決が、相殺を「正当な防御権の行使」とし、その機能を重視することで、相殺許容の結論を採った点が注目される。あくまで重複起訴禁止の趣旨である重複審理回避、とりわけ既判力抵触の防止（第一の要請）を貫徹しようとする平成3年判決で確立したと思われる判例法理は、相殺の機能確保の要請（第二の要請）を重視する平成10年判決によって、揺らぎ始めた⁽²⁴⁾とみることができよう。

3 本判決の検討

(1) 本判決の分析

以上において検討してきた従来の判例の延長線上において、本判決の位置づけについての分析を試みる。

(i) まず、同一手続型であっても訴え先行型事案につき相殺不許とする平成3年判決の判示した一般法理からすれば、本件事案においても当然相殺不許という結論が予測されるところであった。ところが、本判決は相殺許容の結論を導いている。その実質的根拠について分析してみよう。

本判決において相殺許容の結論を導く実質的根拠については一切説示されていないけれども、この点につき、本判決の調査官解説では、「反訴原告としては、本訴で反訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁について既判力ある判断が示されれば、その判断の対象となった額に相当する部分につき反訴で審判を求めることは無益であるから、反訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁を提出する以上、相殺の自働債権について既判力ある判断が示された場合には当該部分⁽²⁵⁾については反訴における審判の対象としないことを当然の前提にしていると解される」

(24) 高橋・前掲書127頁参照。平成3年判決と平成10年判決の不整合を指摘するものとして、上野泰男「平成10年判決判批」ジュリ1157号（平成10年度版重刊）124頁（1999年）、高橋・前掲判批131頁。

(25) 増森・前掲判解368頁（3230頁）以下。

と解説されている。すなわち、反訴原告の相殺への期待に配慮し、反訴ではなく相殺の抗弁の方を優先させるべきとの価値判断が働いたと理解することができよう。そして、当事者の相殺に対する期待（第二の要請）を重視した点においては、本判決は平成10年判決と同じ方向性にあると評価できる。⁽²⁶⁾

以上の実質的根拠に基づき、本判決は、「特に異なる意思表示をしない限り、反訴請求債権につき本訴で既判力ある判断が示されたときはその部分について請求しない趣旨の予備的反訴に変更する意思表示を含む」という合理的解釈を導いたといえる。⁽²⁷⁾

(ii) では、なぜ本判決は、単純反訴の予備的反訴への黙示の変更という当事者の合理的意思表示を採る必要があったのであろうか。それは、反訴が予備的反訴に変更されるという解釈を採ることによって、弁論の分離の可能性を完全に排除すること、すなわち審理重複および既判力抵触の危険発生の可能性を間隙なく遮断することを意図したためである。

もちろん、本件事案が本訴と反訴が一体的に審理判断された完全な同一手続型であったことからすれば、審理の重複と既判力抵触の危険は通常は想定しえないはずである。しかしながら、平成3年判決を前提としつつ相殺許容の結論を導く

(26) もっとも、本判決そのものからは明らかではないものの、さらに本件事案固有の事情（第一に、手続中に本訴被告・反訴原告が死亡し訴訟承継がなされているため、反訴提起した段階と相殺の抗弁を提出した段階で当事者が異なること、第二に、本件事案は請負代金債権と瑕疵修補に代わる損害賠償債権という強い牽連性を有する債権相互間で生じた問題であること）から相殺を適法と認めようとする配慮が働いたのではないかと指摘されている（安見ゆかり「本件判批」青法48巻3号12頁（2006年））。その他にも、相殺の抗弁に供する自働債権の性質に関して、瑕疵修補に代わる損害賠償請求債権については、その額に争いがある場合など一般的にその審理に時間がかかるのに対して、報酬残代金請求債権については、一般的に審理に時間がかかるとはいえないため、後者を自働債権とする相殺の抗弁を許容しても不都合はないという考慮も本件事案固有の事情としてあり得たのかもしれない。仮にこの推測のとおり本件事案固有の事情に対する配慮が強く働いたとするならば、昭和63年判決や前掲東京地判平成4年6月30日（前掲注（12））の発想に近い思考であるといえよう。実際に、裁判例の傾向について、「別訴先行型の相殺の抗弁を許さなかった下級審裁判例の中にも、単なる審理の重複と既判力抵触のおそれを超える事情が介在して結果の妥当を支えているのではないかと疑われるものがある」との指摘（中野貞一郎『民事訴訟法の論点Ⅱ』（判例タイムズ社、2001年）167頁）もなされているところである。しかしながら、かかる配慮を持ち込むことは重複起訴禁止の判断枠組みを曖昧にする点で失当である。そこで、例えば事実審の終盤において初めてなされた相殺の抗弁などについては、重複起訴禁止原則との関係において問題にするのではなく、端的に時機に後れた攻撃防御方法として却下（民訴法157条1項）する方が適切である（同書167頁参照）。

(27) 増森・前掲判解369頁（3231頁）。

ためには、既判力抵触の危険を完全に排除する必要があり、そのために、反訴原告が黙示の意思表示により先行する反訴を予備的反訴に変更するという、かなり強引な意思表示の手法を採らざるをえなかったと推測される。なぜならば、予備的反訴であれば裁判所による弁論の分離は許されないが、単純反訴については弁論の分離が原則として可能である、⁽²⁸⁾というのが通説的な理解であるため、単純反訴のままにしておきながら相殺の抗弁を許容すれば、弁論の分離による審理重複と既判力抵触の危険発生の可能性は拭いきれないからである。

もっとも、「反訴原告において異なる意思表示をしない限り」という条件が付されている点には注意が必要である。実際には想定しにくいけれども、あえて明示的に反訴原告から「反訴を予備的反訴と変更することはない」などという意思表示がなされた場合には、予備的反訴への変更という構成が採用しえなくなり、単純反訴のままで相殺の抗弁と併存することになる。この場合には、平成3年判決の判示した一般法理に従い、相殺不許という結論になるのであろう。

このように、審理重複回避、既判力抵触の防止（第一の要請）に対する配慮から単純反訴から予備的反訴へ変更するという法律構成を採用したという点においては、本判決は平成3年判決の判断枠組みを忠実に踏襲しているといえる。

（２） 本判決についての評価

（い） まず、本判決の結論自体に対する評価について検討しよう。

平成3年判決のように硬直的・形式的に重複起訴禁止原則の趣旨を及ぼして相殺の抗弁を不許とするのではなく、相殺に対する当事者の期待に配慮して柔軟な処理を行い、結果として相殺の抗弁を許容したという本判決の結論自体は妥当である。特に、先行する反訴とこれに後れる相殺の抗弁を実質的に比較して検討する姿勢がうかがわれ、他方、先行する反訴を形式的に優先させるという「前訴優先ルール」⁽²⁹⁾の判断枠組みを採らなかった点に着目したい。この点については、重複起訴禁止の適用という点に関し形式的・硬直的な前訴優先ルールを柔軟化させ

(28) 兼子一『新修民事訴訟法体系』（酒井書店、増訂版、1965年）379頁、菊井＝村松・前掲書258頁、兼子一ほか『条解民事訴訟法』（弘文堂、1986年）895頁〔竹下守夫〕、新堂幸司＝福永有利編『注釈民事訴訟法（５）』（有斐閣、1998年）401頁〔西澤宗英〕など。これに対して、新堂幸司『新民事訴訟法』（弘文堂、第3版補正版、2005年）702頁は、反訴の審判は本訴と併合して行われるとし、本訴と主要な争点を共通にする反訴については、原則として審理の重複や不統一をさけるため、弁論の分離および一部判決をすべきではない（例外として、関連性はないが原告が応訴または同意した反訴については、審判の整序のため許される）とする。

(29) 「前訴優先ルール」は三木浩一「重複訴訟の再構成」法研68巻12号116頁（1995年）で使用されている用語である（「前訴優先ルール」の相対化については、特に同論文151頁以下参照）。

る近時の判例（例えば、債務不存在確認訴訟と給付訴訟の優劣関係につき、訴えの利益をもって調整を図る最一小判平成16年3月25日民集58巻3号753頁⁽³⁰⁾）と同一の傾向にあると評価できる。

(ii) つぎに、本判決が採る法律構成についての評価を検討する。本判決の法律構成については問題点がある。

第一に、相殺許容の結論を採るために、そもそも先行する反訴が予備的反訴⁽³²⁾へ変更されるという法律構成を採る必要があったのかどうか疑問である。単純反訴としておいたとしても、同一手続内において反訴と相殺の抗弁の双方をわざわざ重複して審理することはないであろうし、既判力抵触が生じる蓋然性など存在しないと言わざるをえないからである。平成3年判決の考え方のように弁論の分離⁽³³⁾

(30) この最高裁判決は、給付請求訴訟が反訴として提起された結果、先行する債務不存在確認請求訴訟につき確認の利益がないとして訴えを却下したものである（同判決につき、川嶋四郎「同判決判批」法セ608号128頁（2005年）参照）。なお、同様の下級審判例としては、大阪高判平成8年1月30日判タ919号215頁がある。

(31) 本件事案においても、後に相殺の抗弁が提出されたことにより、先行する反訴につき訴えの利益が一定程度消失したと見ることができなくもない。試論ではあるけれども、従来の判例を尊重とするならば、本判決は単純反訴から予備的反訴への変更を黙示の当事者の合理的意思解釈に委ねているけれども、むしろ相殺の抗弁との関係において単純反訴につき、一定の限度で訴えの利益が縮減されたために、相殺の抗弁に劣後するという理論構成の方がより適当ではないと思われる。この理論構成の下では、本判決のように「反訴原告において異なる意思表示をしない限り」という不安定な条件を付す必要がなくなる点において利点がある。

(32) なお、この予備的反訴について、本判決は、「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」と説示する。一般的に、予備的反訴とは、被告が本訴の却下または棄却を申し立てこれが容れられない場合に、本訴の却下または棄却を解除条件として審判を申し立てるもの（兼子・前掲書376頁など）とされている。ところが、本判決は「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」ことを解除条件としているため、この一般的な定義とは趣旨が異なることになる。すなわち、本判決の予備的反訴につき上記の意味における解除条件が成立する場合とは、本訴請求の却下の場合もしくは単純な棄却の場合ではなく、①本訴請求が自働債権の存在を理由に棄却された場合、または、②本訴請求が自働債権の不存在を理由に全部もしくは一部認容された場合を意味するという点においてである（和田吉弘「本件判批」法セ621号112頁（2006年）参照）。予備的反訴への変更という本判決の採る法律構成に対する批判と相俟って本判決における「予備的反訴」概念自体の特殊性をも批判する向きの指摘（二羽・前掲判批115頁）もなされているけれども、「予備的反訴は必ずしも請求棄却判決の申立てと『真正』の予備的關係にある必要はない」（松本博之＝上野泰男『民事訴訟法』（弘文堂、第4版補正版、2006年）302頁〔松本博之〕）と考えられることから、かかる「予備的反訴」概念だけを取り出して批判する必要はないと思われる。

の可能性まで危惧して既判力抵触の防止に万全を期そうとするのではなく、そもそも弁論の分離に対する裁判所の裁量（民訴法152条1項）を制限すべきであるし、万が一の場合には再審（同法338条1項10号など）の事後処理に委ねるのが民事訴訟制度の運営のあり方として自然ではないと思われる。つまり、重複訴訟について、「病理現象」への杞憂が過ぎて、「生理現象」と評価できる状況に対してまで制約をかけるというのは不自然であり、第一審が重複起訴禁止原則の趣旨との関係を一切考慮しなかったのはむしろ自然であったといえるのではないだろうか。

第二に、仮に判例の立場のように単純反訴のままでは弁論の分離による既判力抵触の危険があると考えとしても、予備的反訴への変更という法律構成が適当であったとは考えられない。例えば、本件事案とは逆に、本訴原告が本訴請求債権を自働債権とし反訴請求債権を受働債権とする相殺の抗弁を主張したという事案（大阪地判平成18年7月7日判タ1248号314頁参照）について考えてみよう。このような事案の場合には、「予備の本訴」というように本訴に条件を付することは許されないため、本判決の採る法律構成のアナロジーによって相殺の抗弁を認めることは許されない⁽³⁶⁾。しかしながら、反訴原告には相殺の抗弁の主張が許されるのに、本訴原告には許されないという帰結は不均衡であり、このような帰結を導

(33) 和田・前掲判批112頁、三木・前掲本件判批128頁および二羽・前掲判批115頁も同趣旨を説く。

(34) 笠井正俊「口頭弁論の分離と併合」大江忠ほか編『手続裁量とその規律』（有斐閣、2005年）152頁以下は、「請求ないし事件または当事者の関連性ないし同一性、裁判の矛盾抵触の回避や一回的解決の必要性」を弁論の併合・分離に関する裁量の考慮要素として挙げたうえで、平成3年判決の原審が弁論をいったん併合しながら、後に分離したことの妥当性に疑問を呈する（前掲注（13）参照）。

(35) 三木・前掲論文116頁が、重複訴訟とされるもののうち、「生理現象」であるものと「病理現象」であるものを見極めることの必要性を説く。

(36) 増森・前掲判解370頁（3232頁）。前掲大阪地判平成18年7月7日も、本判決を参照しつつ、「本訴及び反訴が係属中に、本訴請求債権を自働債権とし、反訴請求債権を受働債権として相殺の抗弁を主張する場合においては、重複起訴の問題が生じないようにするためには、本訴について、本訴請求債権につき反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本訴請求としない趣旨の条件付き訴えの取下げがされることになるとみるほかないが、本訴の取下げにこのような条件を付すことは、性質上許されないと解すべきである」として、相殺の抗弁不許の結論を導く。

(37) これに対して、増森・前掲判解371頁（3233頁）（脚注（11））は、「もともと、本诉被告は、本訴原告からの請求に相殺で対抗するか反訴を提起するかを自由に選択し得る立場にあり、また、相殺の抗弁を主張したとしてもこれについて判断されるとは限らないのに対し、本訴原告は、自ら進んで訴えを提起したのであるから、その訴えの中で自己の権利主張をす

く法律構成は望ましくない。以上から、本判決における予備的反訴への変更という法律構成は、いかにも対処療法的な判断であり、適当ではなかったと評価すべきである（従来の判例法理を前提とした、さしあたり代替案としての私見については前掲注（31）参照）。

4 おわりに

訴え先行型事案につき、相殺の抗弁と重複起訴禁止原則の趣旨との関係に関する問題は、「結局のところ、重複起訴禁止の原則の制度目的をどのように把握するか、訴訟上の弊害を未然に回避するという手続機能を重視するか、それとも訴訟追行と併せて抗弁の提出をも許容するという防御機能を重視する⁽³⁸⁾にかかるといわれるが、裁判所の訴訟指揮の運用にもからむ困難な問題である」と指摘されている。

やはり重複起訴禁止の趣旨を平成 3 年判決のように硬直的な規範論として推し進めていくばかりでは、限界があると考えられる。この点に関して、「実務においては、様々な理由から裁判体相互間における関連事件の割替えが行われず、本件のように、これが別々の裁判体において審理裁判されることが少なくない。そのために、しばしば、審理の重複と事実上の判断の抵触が生じたり、訴訟経済に反する事態が生じている。しかし、必要とあれば適切な司法行政上の措置を講じて関連事件の円滑な割替えがされるように配慮すべきであり、本件のような問題に対しては、そのことによって根本的な解決を図る必要があることを強調しておきたい。」とする平成 10 年判決における園部逸夫裁判官補足意見を改めて確認しておくことが有益であろう。今後の議論の方向性としては、いわゆる重複起訴禁止に関する規範論と併せて、裁判所の訴訟指揮や裁量といった運営のあり方も再検討されることで問題解決が図られていくべきではないかと思われる。

【後注】 本判決に関する評釈および解説としては、和田吉弘・法セ 621 号 112 頁（2006 年 9 月）、谷本誠司・銀法 664 号 57 頁（2006 年 9 月）、安見ゆかり・青法 48 卷 3 号 1 頁（2006 年 12 月）、我妻学・金判 1263 号 14 頁（2007 年 4 月）、三木浩一・ジュリ 1332 号（平成 18 年度版 重刊）127 頁

れば足りるとも考えられる」のであり、また、「本訴請求についてはその訴えの中で必ず判断が示されるものであり、本訴原告は其中で自己の権利を訴訟上主張する機会を有するのであるから、少なくとも訴訟法上は権利行使の均衡を失するとはいえないであろう」と反論するが、反訴原告および本訴原告のいずれの立場においても同様の権利行使の機会が与えられていると考えるのが自然であるというべきであり、説得力に欠ける反論と言わざるをえないであろう。

(38) 篠原・前掲判解 140 頁。

（2007年4月）、二羽和彦・リマークス35号（2007〈下〉）112頁（2007年7月）、増森珠美・ジュリ1340号95頁（2007年9月）、同・曹時59巻9号361頁（3223頁）（2007年9月）、中本敏嗣＝奥山雅哉・判タ1245号（平成18年度主判解）36頁（2007年9月）、徳田和幸・判時1974号190頁（判評584号12頁）（2007年10月）などがある。

日頃御指導を賜っている上野泰男先生が還暦を迎えられた。このように拙い判例評釈ではあるが、本稿を上野先生に捧げることで、先生の還暦の御祝いとさせて頂きたい。