

(3) 本訴請求債権が時効消滅したとされることを条件とする、反訴における当該債権を自働債権とする相殺の抗弁の許否

(最判平成27年12月14日民集69巻8号2295頁)

1. 事案の概要
 2. 判決要旨——一部破棄差戻し・一部上告棄却——
 3. 評 釈
-
-

1. 事案の概要

(1) 本件では、事実関係を簡略化して記述する。Xは、貸金業者であるYとの間で、平成8年6月5日から平成21年11月24日までの間、継続的な金銭消費貸借取引（以下「本件取引」という。）について、平成8年6月5日から平成12年7月17日までの取引（以下「第1取引」という。）と平成14年4月15日から平成21年11月24日までの取引（以下「第2取引」という。）を一連のものとし、各弁済金のうち利息制限法（平成18年法律第115号による改正前のもの）1条1項所定の制限を超えて利息として支払った部分を元本に充当すると過払金が発生しているなどと主張して、Yに対し、不当利得返還請求権に基づき、上記過払金の返還等を求めた（本件本訴）。これに対して、Yは、Xに対し、第2取引に基づく貸金の返還等を求める反訴を提起した（本件反訴）。

(2) Yは、本件本訴において、本件取引は一連のものではなく、第1取引に基づくXの過払金の返還請求権は時効により消滅したと主張し、消滅時効を援用した。これに対し、Xは、本件本訴において上記過払金の返還請求権が時効により消滅したと判断される場合には、本件反訴において、予備的に同請求権を自働債権とし、第2取引に基づくYの貸金債権を受働債権として対当額で相殺すると主張し、原判決も、これを本件反訴におけるXの抗弁として摘示している。

(3) 原審は、本件取引は一連のものとはいえ、第1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、上記2の相殺の抗弁につき何ら判断することなく、Yの反訴請求のうち第2取引に基づく貸金返還請求等を認容した。X、上告。

2. 判決要旨——一部破棄差戻し・一部上告棄却——

「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(最高裁昭和62年(オ)第1385号平成3年12月17日第三小法廷判決・民集45巻9号1435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。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142条の趣旨に反するものとはいえない。このように解することは、民法508条が、時効により消滅した債権であっても、一定の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して、公平の見地から当事者の相殺に対する期待を保護することとした趣旨にもかなうものである。」

3. 評 釈

(1) 問題の所在

訴訟係属の効果として最も重要なものに二重起訴(重複訴訟)禁止原則がある。民訴法142条は、「裁判所に係属する事件については、当事者は、更に訴え

を提起することはできない」と規定する。つまり、すでに裁判所に係属する同一事件（訴訟対象）については、当事者は別訴を提起すること自体を禁じられるのである。そして、この二重起訴禁止原則の適用範囲をめぐる問題、とくに、相殺の抗弁提出に対する二重起訴禁止原則の適用問題は、民事訴訟法学において未だ決着のついてない問題でもある。これは、相殺の抗弁が提出されれば、相殺の自働債権が審理対象となり、その判断が判決の理由中でなされた場合にも既判力が生じる（民訴114条2項）ことから生じる。つまり、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には、既判力の抵触と審理の重複を避けるために、二重起訴禁止原則（民訴法142条）の類推適用が認められるかとの問題である。

この問題について、判例は、本件判決でも引用する①最判平成3年12月17日民集45巻9号1435頁において、一般法理として、二重起訴禁止原則の趣旨につき既判力ある判断の矛盾・抵触の防止に重点を置き、相殺の抗弁の提出につき（絶対的）不適用説を採用した。つまり、既判力ある判断の矛盾・抵触の可能性がある限り、たとえ併合審理がなされていたとしても、相殺の抗弁に二重起訴禁止原則が類推適用され、相殺の抗弁の提出は不適法になるとしたのである。しかし、その後、判例は、②最高裁平成10年6月30日判決民集52巻4号1225頁において一部請求の残部でもって別訴の請求債権と相殺することを認め、さらに、③最判平成18年4月14日民集60巻4号1497頁において、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する相殺の抗弁を提出することを認めた。そして、本件判決⁽¹⁾において、③判決とは反対形相となる事案（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提出した事案）においても、「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」と判示して、相殺の抗弁の提出を適法

(1) 本件評釈として、我妻学・リマークス53号110頁、内田義厚・新判例解説 Watch Vol. 19, 157頁、山本弘・金法2049号26頁、宮川聡・甲南法務研究12号113頁、上田竹志・法セミ38号124頁、今津綾子・法教430号144頁などがある。また、畑宏樹「相殺の抗弁と重複起訴の禁止」明治学院法学研究101巻175頁（2016）、堀清史「重複訴訟の制限と相殺の抗弁についての判例の変遷」徳田古稀（弘文堂・2017）163頁も本件判決につき言及する。なお、本評釈は科研費助成（c）（課題番号：15K03226）の研究成果の一部である。

とした。(絶対的)不適用説を採用した①判決後、①判決を引用しつつも、最高裁は、相次いで相殺の抗弁提出の適法性を肯定している(②、③、本件判決)。そうすると、これらの判決の整合性が問題となり、そして、これまでの議論を踏まえた上での本件判決の妥当性、またその特質や正当化根拠が問題となると思われる。本評釈では、これらの点を中心に検討していく。まずは、以下で従前の議論を概観する。

(2) 従前の議論

① 学説の展開

学説において、相殺の抗弁の主張に対する二重起訴禁止原則の適用問題については、一般には、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相殺の抗弁が提出された場合(別訴先行型)とすでに提出された相殺の抗弁の自働債権となっている債権を訴訟物として別訴が提起された場合(抗弁先行型)に分けて考察される場合が多いが、学説は大別して次の三つに分けることができよう。従前の多数説は、両型を問わず、民訴法142条類推適用否定説をとる⁽²⁾。その根拠としては、相殺の担保的機能を重視し、その合理的期待の保護を強調しつつ、相殺の抗弁は攻撃防御方法であり、訴えと異なり判決で必ず取り上げて応答してくれるわけでない点、既判力の抵触は弁論の併合などで回避でき、実務上生じることはない点などが挙げられている。これに対し、近時有力に主張され、多数説を形成しつつあるのが、類推適用肯定説である⁽³⁾。この説は、相殺の抗弁の機能としては自働債権貫徹機能があり、反訴に類似する点、そして、既判力も認められることから、既判力の抵触、訴訟経済、相手方の負担を強調する。しかし、この説では、相殺の抗弁についての判断の流動性に対する反論が十分でなく、この点を考慮し、折衷説が唱えられている。これには二つある。第一の見解は、抗弁先行型では類推適用肯定説をとると実体法上認められた相殺権の剥奪を奪い、相手方の無資力の危険が押しつけられてし

(2) 中野貞一郎「相殺の抗弁(下)」判タ893号(1996)8頁以下、兼子一ほか『条解民事訴訟法[第2版]』(弘文堂・2011)竹下守夫・上原敏夫)823頁、松本博之=上野泰男『民事訴訟法(第8版)』(弘文堂・2015)354頁以下など。

(3) 新堂幸司『新民事訴訟法(第5版)』(弘文堂・2011)228頁、伊藤眞『民事訴訟法[第5版]』(有斐閣・2016)229頁、梅本「相殺の抗弁と二重訴訟の禁止」新実務民訴1381頁など。

まう点や自働債権についての債務名義取得利益の保障を挙げ、類推適用を否定し、別訴先行型では、自働債権は後訴では防御方法にとどまるが、前訴では訴訟物であり、既判力での確定の可能性が確実であることを理由に類推適用を認めるとする見解である⁽⁴⁾。逆に、別訴先行型では、本訴で相殺の抗弁の審理に至らなかった場合、時効中断の利益の喪失や訴えの取下げに対する相手方の同意の未必性などを理由に類推適用を否定し、抗弁先行型では担保的期待の実現が別訴による債務名義取得かの選択が容易であることから、別訴の提起を認めない見解もある⁽⁵⁾。しかし、この説でも既判力の抵触回避は、抗弁の先行・後行を問わず生じるものであり、相殺の抗弁についての判断の流動性を正当化できず、理論的にも一貫性がないとの批判がある。いずれにせよ、学説の議論は未だ収束していない。

② 判例の展開

他方、判例は、最判昭和63年3月15日民集42巻3号170頁⁽⁶⁾で別訴先行型において民訴法142条類推適用肯定説（相殺不適法説）を採ったが、事例判決であるとの評価が一般的であった。しかし、その後、**最判平成3年12月17日民集45巻9号1435頁**（①判決）⁽⁷⁾は、別訴先行型において、一般法理として相殺の抗弁を不適法として許されないとした。この判決では、二重起訴禁止原則の趣旨として、既判力ある判断の矛盾・抵触の防止に重点が置かれ⁽⁸⁾、絶対的な相殺

-
- (4) 上田徹一郎『民事訴訟法（第7版）』（法学書院・2011）149頁以下など。
- (5) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法上（第2版補訂版）』（有斐閣・2013）143頁以下、中野貞一郎＝酒井一・民商107巻2号256頁（酒井）など。
- (6) 昭和63年判決の評釈等として、小山昇・判タ676号51頁、石川明・法学研究62巻3号116頁、住吉博・民商100巻3号481頁、篠原勝美・最判解説民事篇昭和63年度101頁、野村秀敏・判タ705号15頁、上原敏夫・法学教室348号41頁、小笠原昭夫・昭和63年度重判解説130頁、山田文・別冊ジュリ177号234頁、松浦馨・リマークス1号248頁、梅本吉彦・別冊ジュリ145号162頁、河野正憲・判時1315号206頁、萩屋昌志・法学53巻4号468頁などがある。
- (7) 平成3年判決の評釈等として、中野貞一郎＝酒井一・民商107巻2号241頁、加藤哲夫・法セ451号138頁、高田昌宏・法教142号98頁、山本克己・平成3年度重判解説121頁、吉村徳重・リマークス6号124頁、三木浩一・法学研究66巻3号131頁、河野信夫・最判解説民事篇平成3年度511頁、松本博之・民訴百選（第3版）92頁、本間靖規・民訴百選（第4版）82頁、内海弘俊・民訴百選（第5版）92頁、荒木隆男・亜法29巻2号217頁など。
- (8) 近時、二重起訴禁止原則と既判力との間には必然的な関係はないとし、二重起訴禁止原則の目的は訴訟係属が生じたことによる重複審理の回避を目的

不適用説を採用したものとされる。つまり、弁論の併合がなされているように、既判力ある判断の矛盾・抵触の可能性がある限り（換言すれば、弁論分離の可能性がある限り）、相殺の抗弁に二重起訴禁止原則が類推適用され、相殺の抗弁の提出は不適法とするのである。その後、東京高判平成4年5月27日判時1424号56頁、東京地判平成4年10月9日金法1359号141頁、東京高判平成4年6月30日判時1457号119頁、東京高判平成5年9月29日判タ864号263頁、東京高判平成5年12月22日判タ842号170頁、大阪地判平成8年1月26日判タ911号218頁などが①判決を引用し、その論拠に基づき相殺の抗弁の適法性を判断している。抗弁先行型については、最高裁の判例はない。下級審判例は分かれている。近時では、審理の重複と既判力の抵触を理由に類推適用を肯定した大阪地判平成

とする立場が有力に主張されている（三木浩一「重複訴訟論の再構成」法学研究68巻12号140頁以下など）。しかし、訴訟が確定した終局判決を得ることを目的とする手続にほかならない以上、二重起訴禁止原則は、既判力制度と同様に、重複する同一の訴えについての判断が異なることを裁判制度として回避する点に、つまり、法的安定性の確保に意味があると言える。重複する同一の訴えは、判決確定後は既判力の守備範囲となるが、訴訟係属後も生じてくる可能性がある。しかし、その場合は、既判力の問題にはならないので、既判力に代わる規律が必要となる。それが、訴訟係属の効果としての二重起訴禁止原則である。つまり、二重起訴禁止原則と既判力は連動して法的安定性の確保を担っているのである（中村英郎・民事訴訟法（成文堂・1987）210頁など参照。また、松本＝上野・前掲民訴法234頁は、訴訟係属による重複訴訟排除は、本来、既判力の事前効として、既判力の衝突の回避を目的とすると表現している）。そのためには、後訴提起段階で、後訴が重複する同一の訴えであるか否かが明確に判断されねばならない。事実資料の共通性により訴訟の重複を判断する立場（住吉博「重複訴訟禁止原則の再構成」法学新報77巻4～6号95頁（1970））や争点の共通な場合にもこの規律を拡張する立場（新堂・前掲書228頁以下）に基づき、争点が共通であるかの判断や審理資料が重複するか否かの判断は、後訴での審理を回顧的に見てしか判断できない。それゆえ、後訴提起時に訴訟物を基準に重複する同一の訴えであるか否かを判断できる伝統的考え方は正当性を有するのである。そうでなければ、民訴法142条が「当事者は、さらに訴えを提起することができない」との明記が無視されることになる。この立場では、近時の多数説が二重起訴禁止原則の趣旨として、既判力ある判断の矛盾・抵触の回避、審理の重複の無駄、被告の応訴負担を挙げることが、既判力ある判断の矛盾・抵触の回避が制度の趣旨の中心となる。なお、国際訴訟では、審理の重複や被告の応訴負担も考慮すべきと思われるが、国内訴訟ではその意義はさほど大きくない。

8年1月26日判時1570号85頁，東京高判平成8年4月8日判タ937号262頁⁽⁹⁾などがある。しかし、その後、下記の最高裁判例の動向から、①平成3年判決の立場にはゆらぎが生じているとするのが学説の大勢である。

その先駆けとなったのが、**最判平成10年6月30日民集52巻4号1225頁**（②判決）⁽¹⁰⁾である。これは、二つの訴訟が無関係かつ同時並行的に係属している事案で、一部請求の残部部分を自働債権として別訴請求債権に対する相殺の抗弁を提出した事案である。②判決は、①平成3年判決を引用しつつ、一部請求の残部については、訴訟物は別として（つまり、既判力は生じない）、民訴法142条の類推適用を否定した⁽¹¹⁾。その点では、既判力ある判断の矛盾・抵触可能性を類推適用可否の判断基準とする①判決とは整合した。しかし、この②判決では、数量的一部請求訴訟で敗訴した原告による後訴の残部請求を信義則でもって遮断した最判平成10年6月12日民集52巻4号1147頁を意識してか、「……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じる可能性がないわけでない。そうすると、……残部について……相殺を主張することができるかについては、別途検討を要する」として、民訴法142条の類推適用の可能性に言及していた（一部請求論が関わることになるが、紛争解決の一回性（効率性）や被告の応訴負担など、裁判所及び被告の立場が重視される一部請求全面否定説では、残部債権での相殺の抗

(9) この平成8年高裁判決の評釈として、本間靖規・リマークス16号127頁、佐藤陽一・判タ978号182頁がある。

(10) 平成10年判決の評釈として、河邊義典・最判解説民事篇平成10年度（下）642頁，上野泰男・平成10年度重判解説122頁，越山和広・法教219号128頁，高橋宏志・リマークス19号127頁，坂田宏・民商121巻1号62頁，酒井一・判時1667号192頁，石渡哲・法学研究73巻10号153頁，三木浩一・民訴百選（第3版）96頁，八田卓也・法セ549号109頁，本間靖規・民訴百選（第4版）82頁，内海弘俊・民訴百選（第5版）92頁などがある。

(11) 他方、前掲東京高判平成4年5月27日は、一部請求の残部を相殺の抗弁として主張した事案であったが、別訴において反対債権の総額を訴求していたが、相殺に供した額を差し引いて、一部請求となった事案であったことを鑑みて、①判決を引用し、審理の重複を重視する形で相殺の抗弁を不合法とした事案である。つまり、事案の状況から相殺の担保的機能よりも既判力の抵触防止を重視して、民訴142条の類推適用を認めていたと言えよう（本件評釈として、畑瑞穂・平成4年度重判解説152頁がある）。

弁は提出できないことになろう)。ところが、判示後段において「……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」として、相殺の簡易決済機能・担保機能を強調、重視する上記類推適用否定説とほぼ同様の論理を示した。このことは、②判決においては、相殺の合理的期待を保護するという今日の実体法秩序が尊重された事案と言えそうである⁽¹²⁾。

次に登場したのが、本訴と反訴が係属中に、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の可否を判断した**最判平成18年4月14日民集60巻4号1497頁**（③判決）⁽¹³⁾である。この③判決も①判決を引用する。その結果、反訴の場合であることから、両請求の弁論は併合されているが、理論的には、弁論分離の可能性があることになり、既判力ある判断の矛盾・抵触可能性を類推適用可否の判断基準とする①判決に基づけば、この事案でも民訴法142条の類推適用が認められることになる。しかし、③判決は、「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、反诉被告の同

(12) ②判決でもって①判決の実質的変更があったとの指摘もあった（前掲・高橋・前掲リマークス134頁（注10）など）。

(13) 平成18年判決の評釈として、三木浩一・平成18年度重判解説127頁、二羽和彦・リマークス35号112頁、酒井一・民商138巻3号334頁、徳田和幸・判時1974号190頁、渡辺森児・法学研究80巻4号160頁、安見ゆかり・青法48巻3号188頁、和田吉弘・法セ637号117頁、増森珠美・最判解説民事篇平成18年度（上）525頁、河野正憲・判タ1311号5頁、杉本和士・早法83巻2号143頁などがある。

意も要しないというべきである。」として、弁論分離の可能性を消すことで①判決を維持しつつ、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した。

相殺の抗弁を適法とした③判決の結論自体についての批判はほとんどないが、その理論構成については学説側から強く批判がなされた。批判は、相互に関連してくるが、次の三つの点に分けることができよう。

まず、「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」という理論構成が問題とされ、予備的反訴への変更の必要性和妥当性の観点から議論されている。

前者の予備的反訴への変更の必要性については、①判決との関係で肯定してよいかという点が問題となる。民訴法142条類推適用肯定説（相殺不適法説）においても、反訴が提起されている場合など同一手続内で請求が併合されている場合には、相殺の抗弁は適法とされていた。それにも関わらず、①判決を引用しての予備的反訴への変更は、既判力抵触の回避を図り、③判決は①判決との整合性をとったという点で評釈はほぼ一致している。予備的反訴への変更により、単純反訴の手続の場合と異なり、弁論の分離可能性が消え、それにより①判決と整合性が確保され、二重起訴禁止の趣旨が及ばないことになるのである。しかし、その背後には、③判決事案では請負代金請求権と瑕疵修補に代わる損害賠償請求権という同時履行の関係にある権利が訴訟の場に挙げられた事案であることから、単純反訴の場合に①判決の論理を貫くと相殺の抗弁は不適法とされ、反訴原告の債権は消滅しないことになり、同時履行の関係が残る。それよりも、こうした構成をとり、反訴原告の提出した相殺の抗弁を優先させ、簡易決済機能を重視する方が事案の紛争解決の観点からも適切と判断されたのではなかろうか。そうすると、実質的には相殺の合理的期待の保護を重視した判断と言えそうである。

次に、後者の予備的反訴への変更の妥当性については、まず③判決での予備的反訴は相殺の抗弁に既判力ある判断が示されたことを解除条件とするもので、本訴請求の却下又は棄却を解除条件とする反訴という本来型の予備的反訴とは異なるものである点が問題となる。このような予備的反訴自体は条件成就の有無を訴訟手続内で判断することができ、手続不安定さももたらさないのであれば、許容される余地はある⁽¹⁴⁾。しかし、この構成は、相殺の合理的期待

があるという状況は変わらない逆の場合⁽¹⁵⁾(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)や別訴提起後弁論が併合され、相殺の抗弁が提出された場合には採れない。その結果、当事者間での不均衡が生じることになる⁽¹⁶⁾。しかも、③判決の事案のような請求間に同時履行の関係がある場合には、どちらが本訴原告になるかは偶然性に支配される。偶然性により、相殺の抗弁の適法性の有無が決まる理論構成は不適切であろう。

第三に、③判決で「反訴原告において異なる意思表示をしないう限り」と限定することで、予備的反訴への変更が当事者の合理的意思とする点が問題である。この事件では、被告はかかる申立てをしてない。そのような場合に、予備的反訴があると扱うことは処分権主義違反のおそれの指摘⁽¹⁷⁾や、反訴原告が異なる意思表示をすれば、①判決の立場に立つ限り、相殺の抗弁は不合法となるので、そのような意思表示は無益ないし無意味となる指摘⁽¹⁸⁾がすでになさ

(14) 徳田・前掲評釈193頁(注13)など参照。

(15) この場合、本訴請求が予備的請求だけという構成はありえないし、また反訴で相殺の抗弁が審理される場合には取下げをという構成は訴訟係属を左右する条件づけとなり、これもありえない(この点につき・山本・前掲評釈28頁(注1)など参照)。後者については、大阪地判平成18年7月7日判タ1248号314頁がある。同判決は、「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。」とした。また、本件同様に時効消滅した本件請求債権に基づく相殺の抗弁につき、東京高判平成15・12・10判時1863号41頁は既判力の抵触を理由に不合法としている(同70頁)。

(16) 松本=上野・前掲民訴法357頁、渡辺・前掲評釈169頁など参照。なお、増森・前掲最判民解説535頁(注13)は、本訴を自働債権とする相殺を認めない構成の正当化根拠として、本訴被告には相殺の抗弁と反訴の選択できる立場にあるが、本訴原告は自ら訴えを提起したのであり、その中で自己の権利主張をすれば足りるとする点を挙げる。しかし、この言説は相殺の抗弁の機能を無視するものであり、③判決の事件では反訴を選択のうえで、相殺の抗弁を提出しており、正当化の根拠としては不十分と思われる。

(17) 松本=上野・前掲民訴法357頁など。

(18) 徳田・前掲評釈193頁(注13)など。

れている⁽¹⁹⁾。この点における当事者の合理的意思との解釈は難しい。以上の点を考慮すれば、③判決の予備的反訴への変更という理論構成は、かなり無理がある理論構成と言わざるを得ない。

(3) 本件判決の位置づけと評価

1. さて、本件は、すでに指摘したように、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提出した事案で、③判決とは反対形相となる事案である。それゆえ、本件では、③判決の予備的反訴的構成が採れないし、しかも①判決を前提とする場合には、本件も、論理的には本訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁を不適法とする帰結となったであろう。しかし、本件判決では、本訴請求が時効により消滅したと判断されることを条件として、反訴債権に対して本訴債権をもって相殺の抗弁を適法とした。本件判決が付した条件は、前掲平成18年大阪地判（注15）のような、本訴の訴訟係属を左右する条件付き訴えの取下げとならない点に特色がある。つまり、民法508条の適用可能な事案であることにより、まず本訴請求の判断がなされ、その後、反訴請求につき相殺の抗弁が検討される構造になっている。その結果、本件判決は「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」と判示しているのである。すでに述べたように、①、③判決という既判力ある判断の矛盾抵触・審理の重複の回避は、弁論の分離可能性がないことを前提とした論理構成である。本件判決も①判決を引用しており、「同時に審判される反訴において」と判示していることから、その方向と思われるが⁽²⁰⁾、では、理論的に、本件では弁論の不可分離性をいかに肯定できるのであろうか。

この点に関して、本件本訴請求と反訴請求が審理対象事実及び審理内容において極めて密接に関連する（表裏の関係にある）事案であり、両者を分離する

(19) また、酒井・前掲評釈344頁（注13）は、予備的反訴と単純反訴の場合の反訴原告の利益状況を考慮し、単純反訴を維持した場合には、①判決の立場からは相殺の抗弁は不適法とされ、本訴と反訴間では同時履行の関係が残るとする。その結果、損害賠償債務に対する遅延損害金が発生しないことになり、単純反訴を維持した方が反訴原告としては有利になり、③判決のいう反訴原告の合理的意思の推定は難しいと指摘する。

(20) 山本・前掲評釈（注1）29頁は、本件は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いる旨指摘する。

ことが実際におおよそ考えられない事案である点からの説明⁽²¹⁾や既判力の矛盾抵触を招来する関係にある場合には、弁論分離は訴訟指揮裁量権の濫用踰越として違法とする立場からの説明⁽²²⁾がなされているが、いずれの立場も本件では、③判決と異なる弁論の不可分離性の理由づけを必要とする。しかし、本件判決ではその理由づけは明確ではない。前者の、弁論不可分離性の根拠を請求の密接な関連性に求める立場（本件判決を事例判決と位置づけることになろう）では、本訴と反訴が表裏の関係にある本件では、確かに弁論を分離することは不適切であると言える根拠にはなる。しかし、訴訟物が別個である以上、併合審理が強く要請されると言えても、併合審理（弁論分離不可）を法的に義務づける根拠はない（論者も「實際上」という表現を使っていることからして、そこまでは言っていないと思われる）。後者の立場は、既判力の矛盾抵触を招来する関係にある場合には、弁論不可分離性を法的義務化する。類似必要的共同訴訟との同質性を根拠とする⁽²³⁾ようだが、既判力が他の共同訴訟人にも及ぶ関係から要請される合一確定の場合と単に既判力の矛盾抵触を招来する関係にある場合は同質とは言いがたいし、しかも相殺の予備的抗弁性を考えると類似必要的共同訴訟との同質性には疑問が生じる。また、そもそも、そのような措置を認める根拠条文が存在しない⁽²⁴⁾。したがって、本件は、実際上弁論の分離をしないで審理することが強く望まれている事案と言いうるにすぎず、手続的に併

(21) 内田・本件解説（注1）159頁。なお、今津・本件解説（注1）144頁は、実体法的側面から手続上の弁論の分離禁止（併合審理強制）を基礎づける解釈が成り立ちうる旨指摘するが、実体法的側面とは、何を意味するのかは明らかにされていない。例えば、それは請求の実体的要件の関連性を意味するのか、それとも民法508条による時効消滅した債権の相殺可能性を意味するのか、前者であれば、内田見解と共通してこよう。後者からは、弁論の分離禁止は難しいと思われる。

(22) 山本・前掲評釈（注1）28、29頁。なお、前掲平成18年最高裁判釈（注12）の多くが併合審理強制の立場に立つ（例えば、徳田・前掲評釈（注13）193頁、酒井・前掲評釈（注13）345頁など）。

(23) 山本・前掲評釈（注1）27頁参照。

(24) この併合審理強制を認める立場は、弁論分離は訴訟指揮裁量権の濫用踰越として違法とする立場であるので、民訴法153条の弁論再開に関する裁判所の裁量権を制限した最判昭和56年9月24日民集35巻6号1088頁が基礎にあると思われるが、当事者権の侵害に関わる場合（昭和56年判決）と既判力の矛盾抵触の可能性があるにすぎない場合とを同列に扱うことはできないのではなかろうか。

合審理強制（弁論分離不可）が義務づけられる事案とは言えない。つまり、弁論の分離可能性がないことを前提とした論理構成は妥当でないと言えよう。では、相殺の抗弁の適法性を認めた本件判決はどのような形で正当化できようか。

2. そこで、次に、本件において相殺の抗弁を適法としたことの利益状況を見てみよう。本件で相殺の抗弁を認めなかった場合、時効の成立が認められれば、第一取引に関する本訴部分は請求棄却される。そして、被告の反訴が認容されれば、本訴原告としては請求異議の訴えにより民法508条に基づく相殺の抗弁を主張することになる。つまり、本訴原告は、起訴負担を負い、執行停止の仮処分をし、時効完成前に両債権が相殺適状にあったことを主張・立証する必要が生じる。その負担は、相殺が同一手続内で審理される場合と比べ、多大となる⁽²⁵⁾。他方、本诉被告にとっても同一手続内で処理される方が経済的である。したがって、当事者利益の観点からは、本件では相殺の抗弁を認める方向に傾くと言えそうである。つまり、本件は本訴原告の「相殺の合理的期待を保護すべき場合」と評価できそうである。

3. また、本訴請求が時効で消滅せず、認められる場合には、時効消滅を条件とする本件判決の立場（その論理構成から）では、本訴請求を自動債権とする反訴請求に対する相殺の抗弁は不適法となろう⁽²⁶⁾。しかし、この帰結は、当事者利益の点からは、疑問が生じる。当事者からみれば、本訴請求で反訴請求と相殺しようとする場合と、民法508条適用が可能な場合に当事者が相殺の抗弁を主張する場合とは、相殺の合理的期待があり、その保護（担保的利益）を享受しようとする点では共通であるからである。民法508条適用の有無により帰結が変わる本件判決の論理構成には疑問が残るのである。しかし、本件判決では、「このように解することは、民法508条が、時効により消滅した債権であっても、一定の場合にはこれを自動債権として相殺をすることができるとして、公平の見地から当事者の相殺に対する期待を保護することとした趣旨にもかかなうものである」とすることからして、本件判決は、むしろ、当事者の相殺に対する合理的期待の保護を重視したものと評価できる余地もある⁽²⁷⁾。その

(25) 宮川・前掲評釈（注1）123頁。

(26) 山本・前掲評釈（注1）29頁参照。

(27) 畑・前掲論文（注1）189頁、内田・前掲解説（注1）159頁以下も同様に解する。民法508条の趣旨が相殺の合理的期待の保護にある点は、最判平成25年2月28日民集67巻2号343頁が判示するところであり、近時の民法学説でも有力である（議論については、さしあたり、大木満「相殺適状の意義に

ように解すると、「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」、当事者による相殺の抗弁の主張を認めるとする本件判決の論理構成は、「相殺の合理的期待を保護すべき場合には」、当事者による相殺の抗弁を認めるとする論理構成に読み替えるかもしれない。

4. 以上のように、本件判決を見てくると、②判決、③判決及び本件判決は、実質的に「相殺の合理的期待を保護すべき場合に」、相殺の抗弁の適法性を認めたもの（民訴法142条類推適用否定）という点で、共通の評価が可能ではなかろうか。その意味において、②判決、③判決及び本件判決は整合性を有し、民訴142条類推適用否定説の立場と重なってくる。問題は①判決である。①判決は、既判力のある判断の矛盾・抵触及び審理の重複の回避という手続的要因を重視し、債務名義取得と相殺の抗弁による決済利益の二重取りを問題とするのであるが、権利実現の局面からは単なる債務名義取得よりも優先弁済的機能を期待できる相殺の抗弁の優位性が指摘できよう。そこに、相殺の合理的期待の保護が手続上も重視され、それは当事者の意思と合致すると思われる。それゆえ、別訴先行型の事案である①判決でも、「相殺の合理的期待を保護すべき場合」が生じうる。多くの論者が①判決の変更を主張する所以である。このように見てくると、本件判決は、実質的に「相殺の合理的期待を保護すべき場合に」、相殺の抗弁の適法性を認めるべき旨を一般的に述べたものと評価できそうである。二重起訴禁止原則と相殺の抗弁の関係は、実体法上保障されている「相殺の合理的期待」を手続法上も尊重するという形で対応する必要がある、しかも、それは当事者利益と合致してくるものと思われる（結局、こうした考えは、民訴142条類推適用否定説の立場と同様である）。本件判決は、このことを改めて確認するものとして位置づけていいのではなかろうか。

（早稲田大学・松村和徳）

※本評釈の構成段階で本件判決を取り上げた、勅使川原和彦「本訴・反訴の請求債権による相殺に関する判例法理」上野古稀祝賀論集『現代民事手続の法理』（弘文堂・2017）285頁、と杉本和士「二重基礎禁止と相殺の抗弁との関係に関する判例の展開」同227頁、林昭一・平成28年度重判解説140頁に接した。とくに、勅使川原論文では、相殺の抗弁の反訴的機能に着目して、条件付けを条件とする

ついで—民法505条1項と民法508条との関係—」早法91巻3号（2016）12頁以下など参照）。

制度的な分離禁止構成を判例は採用しているとして平成3年判決の判例理論の維持と正当化を試みているが、本評釈では紙幅の関係上反映できなかった。