

判例評釈

民事手続法最高裁判例研究

民事手続法最高裁判例研究会
(代表者 松村 和 徳)

最判令和2年9月11日民集74卷6号1693頁

宇都宮遼平

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の可否 (最判令和 2 年 9 月 11 日民集 74 卷 6 号 1693 頁)

はじめに

1. 事案の概要
2. 判旨
3. 検討
4. 評論

おわりに

はじめに

最判令和 2 年 9 月 11 日民集 74 卷 6 号 1693 頁（以下、「本判決」と言う。）は、請負契約に基づく請負代金の支払を求める本訴の請求債権を自働債権とし、瑕疵修補に代わる損害賠償を求める反訴の請求債権を受働債権とする相殺の抗弁の瑕疵につき判示したものである。

1. 事案の概要

Y（本诉被告・本訴被控訴人・本訴被上告人）は、平成 25 年 9 月、建築物の設計、施工等を営む X（本訴原告・本訴控訴人・本訴上告人）との間で、請負代金額を 750 万円として自宅建物の増築工事の請負契約を締結し、更に、同年 11 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、追加変更工事を含めた契約を「本件請負契約」という。）。

X は、平成 25 年 12 月までに、上記増築工事および追加変更工事を完成させ、完成した自宅建物の増築部分を Y に引き渡したが、上記増築部分には瑕疵が存在した。X は、平成 26 年 3 月、Y に対し、本件請負契約に基づく請負代金の

支払を求める本訴を提起した。これに対し、Yは、同年6月、Xに対し、本件瑕疵修補に代わる損害賠償を求める反訴を提起した。

Xは、同年8月8日の第一審口頭弁論期日において、Yに対し、本訴請求に係る請負代金債権を自働債権とし、反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。）、これを反訴請求についての抗弁（以下、「本件相殺の抗弁」という。）として主張したため、本件相殺の抗弁の主張の可否が問題となった。

第一審（広島地判平成29年10月13日民集74巻6号1702頁）は、最判平成3年12月17日民集45巻9号1435頁〔後記③判決〕および最判平成18年4月14日民集60巻4号1497頁〔後記⑤判決〕を参照したうえで、「上記相殺の抗弁は、本件本訴請求債権を自働債権として本件反訴において主張されたものであるから、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、Xの本訴請求を上記請負代金の支払を求める限度で認容し、Yの反訴請求を上記損害の賠償金の支払を求める限度で認容した。

Xは控訴したが、原審（広島高判平成30年10月12日民集74巻6号1739頁）は、最判昭和63年3月15日民集42巻3号170頁〔後記②判決〕を参照したうえで、「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」とし、また最判平成3年12月17日民集45巻9号1435頁〔後記③判決〕を参照したうえで、「このことは、別訴が併合審理された場合にも、既判力が抵触する可能性がある以上、異なることはなく、「本件のように、1審原告が先に提起していた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、既判力の抵触の可能性はなお存在するから（本訴と反訴との間で口頭弁論を分離することは禁止されていない）、同様に許されないというべきである」と判示した。更に、Xが控訴理由で引用した最判平成18年4月14日民集60巻4号1497号〔後記⑤判決〕との関係では、「一般的に、訴えに条件を付すことは許されておらず、予備的反訴は例外的に認められているにすぎない」、「上記最判平成18年4月14日は、反訴が提起された後、本訴被告（反訴原告）が反訴請求債権を自働債権として相殺の抗弁を主張した事案において、反訴を、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を反訴請求としない趣旨の予備的反訴に変更するものとして相殺の抗弁の主張が許されるとした判例であり、本件とは、条件を付すことのできない本訴請求債権との既判力の抵触の可能性が問題となる点において、事案を異にする」、「相殺の抗

弁を主張することができるYの立場との不均衡についても、YがX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うる立場にあり、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、Xは自ら進んで訴えを提起したのであり、その中で自己の権利主張をすることができるのであるから、均衡を失うとはいえない」と判示し、第一審と同様に、Xの本訴請求を上記請負代金の支払を求める限度で認容し、Yの反訴請求を上記損害の賠償金の支払を求める限度で認容した。X 上告。

2. 判旨

原判決変更自判。

「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52年（オ）第1306号、第1307号同53年9月21日第一小法廷判決・裁判集民事125号85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142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。」

3. 検討

(1) 相殺について

相殺とは、債務者がその債権者に対して自分もまた同種の債権を有する場合に、その債権と債務とを対当額において消滅させる意思表示である⁽¹⁾。相殺は、単独行為によって対立する債権の対当額における消滅という効果を生じさせるものであるが、自働債権につき抗弁権の付着する場合には、相殺を許すと相手方は理由なく抗弁権を喪失させられることになるため、かかる相殺は債務の性質上許されない場合にあたるというのが通説・判例であるとされている⁽²⁾。そして、同時履行の抗弁権の付着する場合には、大判昭和13年3月1日民集17卷318頁が、賃貸人の賃料等債権と同時履行の関係にある賃借人の造作代金債権（借家法5条<借地借家法33条）は、賃借人が賃貸人に対し造作を引き渡さないうちは相殺に供することができないと判示している⁽³⁾。

他方で、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と請負人の注文者に対する請負代金債権についても、同時履行の関係にあるものとされている⁽⁴⁾。しかし、①最判昭和51年3月4日民集30卷2号48頁は、「請負契約に

(1) 我妻栄『債権総論』（岩波書店、新訂版、1964年）315頁。

(2) 法時51卷2号（1979年）135頁、NBL180号（1979年）43頁、内山尚三「①判決判批」判タ378号（1979年）48頁。学説・判例の整理については、石外克喜「①判決判批」判タ390号（1979年）106頁以下が詳しい。

(3) 催告および検索の抗弁については、最判昭和32年2月22日民集11卷2号350頁参照。

(4) 民法旧634条2項は削除されたが、現行法においても、仕事の目的物が契

おける注文者の請負代金支払義務と請負人の仕事の目的物引渡義務とは対価的牽連関係に立つものであり、目的物に瑕疵がある場合における注文者の瑕疵修補に代わる損害賠償請求権は、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も有するものであるから、瑕疵ある目的物の引渡を受けた注文者が請負人に対し取得する右損害賠償請求権と請負人の注文者に対する請負代金請求権とが同法637条1項所定の期間経過前に相殺適状に達したときには、注文者において右請負代金請求権と右損害賠償請求権とが対当額で消滅したものと信じ、損害賠償請求権を行使しないまま右期間が経過したとしても、そのために注文者に不利益を与えることは酷であり、公平の見地からかかる注文者の信頼は保護されるべきものであつて、このことは右期間が時効期間であると除斥期間であることによりその結論を異にすべき合理的理由はない」とし、民法旧637条1項の除斥期間経過後であっても、同508条の類推適用により相殺に供することができるものと判示した。

なお、同時履行の抗弁権が、両当事者の給付を交換的になさしめて債務履行の時期を同一時点にしようとするものであり、履行時期の時間的バランスを図ることを主目的とするものであると解する立場を前提とすると、一方当事者により一部履行がなされても、相手方は全体として同時履行の抗弁権を行使しうることとの関係から、相殺に供される両債権額に差異がある場合、殊に自働債権の額が受働債権のそれを下回る場合には、自働債権者が差額を提供したうえでなければ、相殺を許すべきでないとも考えられ、問題となる⁽⁵⁾。⑩判決においては、この点について触れられていないが、これに先立つ東京地判昭和43年

約の内容に適合しない場合には請負人の債務は未履行であると整理され、瑕疵修補に代わる損害賠償については債務不履行の一般的な規定を適用するものとされており、民法533条の直接適用により、同様の規律が維持されることが想定されている。筒井健夫=村松秀樹編著『一問一答民法（債権関係）改正』（商事法務、2018年）340頁以下参照。

- (5) 田中実「東京地判昭和43年9月6日判時557号246頁判批」判評129号（1969年）116頁以下参照。なお、法時・前掲注2・136頁、NBL・前掲注2・43頁以下、内山尚三・前掲注2・49頁は、この指摘を、一般に両債権額に差異がある場合に対するものとして言及するが、これは自働債権の額が受働債権のそれを下回る場合に関する東京地判昭和43年9月6日判時557号246頁の判旨に対する批判であり、自働債権の額が受働債権のそれを上回る場合についてまでその射程に置くかは定かではない。

9月6日判時557号246頁は、自働債権の額が受働債権のそれを下回る場合につき、「抗弁権の利益を放棄したものと同視し、これを有効と解すべく受働債権にも同じ抗弁権が附着していることによって相殺の効力の発生を妨げられるものではないと解するのが妥当である」と判示していた。また、東京高判昭和52年5月9日判時858号62頁は、反対に、自働債権の額が受働債権のそれを上回る場合についても、⑩判決を参照したうえで、「右損害賠償債務と請負代金債務はその全額を相互に履行させなければならない特別の利益があるものとは認められず、右両債務の相互の関係においては、その性質が相殺を許さないものと解するのは相当でない」とし、「右の理は、右の自働債権と受働債権の金額を比較して、その大小により結論を異にするものとは解されない」と判示した。これは、受働債権者が一方的に抗弁権を失う不利益よりも相殺による利益の方が優先することを判示したものと評価されている⁽⁶⁾。

本判決の参照する①最判昭和53年9月21日集民125号85頁も、⑩判決を参照し、「請負契約における注文者の工事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り、瑕疵ある目的物の引渡を受けた注文者が請負人に対し取得する瑕疵修補に代る損害賠償請求権は、右法律関係を前提とするもので、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」としたうえで、「しかも、請負人の注文者に対する工事代金債権と注文者の請負人に対する瑕疵修補に代る損害賠償債権は、ともに同一の原因関係に基づく金銭債権である」とし、「以上のような実質関係に着目すると、右両債権は同時履行の関係にある(民法634条2項〔筆者注：削除⁽⁷⁾])⁽⁷⁾」⁽⁷⁾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認められず、両債権のあいだで相殺を認めても、相手方に対し抗弁権の喪失による不利益を与えることにはならないものと解される。むしろ、このような場合には、相殺により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ない、法律関係を簡明ならしめるゆえんでもある。この理は、相殺に供される自働債権と受働債権の金額に差異があることにより異なるものではない」と判示した。これは、上記下級審裁判例の判旨を追認したものと評価し得よう。

①判決におけるような建築請負における相殺は、瑕疵修補に代わる損害賠償

(6) 内山・前掲注2・49頁。

(7) 前掲注4参照。

債権の性質から、「公平のための相殺、法律関係を簡明ならしめるための相殺というよりも、むしろ、公示方法などに問題はあつたものの、担保のための相殺である」と評価されている⁽⁸⁾。本判決における相殺も、その担保的機能に対する期待を前提とするものであると評価して差し支えないように思われる。

(2) 重複起訴の禁止について

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ができない」と規定する。伝統的には、本条の主たる趣旨は、裁判所にとり、(a) それぞれの訴訟の既判力が衝突して混乱が生じること（既判力の矛盾抵触）に置かれ、このことから、要件の面においては、前訴と後訴の同一性を専ら既判力の客観的範囲としての訴訟物の同一性を基準として判断するということが、そして、効果の面においては、かかる事態の発生そのものを未然に防止するために後訴を却下するということが、帰結として導き出されてきた⁽⁹⁾。かかる伝統的通説においては、前訴と重複する後訴の提起を禁止するという意味において、「二重起訴の禁止」という呼称を用いるのが一般的であつた⁽¹⁰⁾。

他方で、その後の学説の展開においては、(a) 既判力の矛盾抵触と併せ、裁判所にとり、(b) 審理の重複による訴訟不経済が生じること（司法資源の非効率）、および、相手方当事者にとり、(c) 二重の訴訟追行を強いられる相手方当事者が迷惑すること（相手方の応訴の煩）をも本条の主たる趣旨に据え、問題の本質を訴えの重複から訴訟手続の重複へと転化したうえで、要件の面においては、前訴と後訴の同一性を訴訟物よりも広範な基準⁽¹¹⁾によって判断す

(8) 石外・前掲注2・109頁。更に、「現に、建築請負契約の実態において、報酬金の支払いが分割払いでなされていることが多いというのも、相殺の担保的機能に対する期待のあらわれであるように思われる」と述べられている。

(9) 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、2013年）266頁以下（以下、「再構築」という。）、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、2013年）338頁以下（以下、「運用」という。）参照。

(10) 三木・前掲注9（運用）・338頁以下参照。

(11) 訴えの変更との機能的連関から、民訴法143条1項の「請求の基礎」概念を基準とするものとして、住吉博「重複訴訟禁止原則の再構成」同『民事訴訟論集第一巻』（法学書院、1978年）287頁以下参照。また、主要な争点の共

るといことが、そして、効果の面においては、第一次的に後訴手続の中止や前訴手続への併合ということが、帰結として導き出されるという趨勢が見られるようになった⁽¹²⁾。かかる趨勢の下で、近時においては、訴訟手続の重複を禁止するという意味において、「重複訴訟の禁止」という呼称が多く用いられているが、なおこうした呼称の使い分けは完全に定着しているわけではないとされている⁽¹³⁾。本稿においても、こうした呼称の使い分けを特に意識せず、本判決と平仄を合わせるべく、「重複起訴の禁止」という呼称を用いることとする⁽¹⁴⁾。

(3) 相殺の抗弁と重複起訴の禁止

相殺の抗弁は、防御方法、すなわち訴訟上の主張であって、訴えではないから、その主張について、民法142条の直接適用が問題となることはない⁽¹⁵⁾。しかし、民法114条2項は「相殺のために主張した請求の成立又は不成立の判断は、相殺をもって対抗した額について既判力を有する」と規定する。したがって、係属中の別訴の請求債権を自働債権として他の訴訟において相殺の抗

通性を基準とするものとして、新堂幸司『新民事訴訟法』（弘文堂、第6版、2019年）221頁以下参照。

- (12) 三木・前掲注9（再構築）・266頁以下、三木・前掲注9（運用）・338頁以下参照。なお、山本克己「③判決判解」ジュリ臨時増刊1002号（平成3年度重判解）（1992年）121頁、酒井一「④判決判批」判時1667号（1999年）195頁は、こうした趨勢の背景に、統一的訴訟物概念への反省（訴訟物概念の相対化）があることを指摘する。拙稿「訴訟物の『統一性ドグマ（Einheitsdogma）』についての一考察（2・完）」早研170号（2019年）5頁も参照。
- (13) 長谷部由起子ほか編著『基礎演習民事訴訟法』（弘文堂、第3版、2018年）63頁〔三木浩一〕。
- (14) なお、近時における学説は、後述する③判決の変更を強硬に主張するに留まらず、個々の事案に応じた柔軟な審判とそれによる③判決の実質的な軌道修正に、拒否反応を示すことなく対応しており、学説上の見解の相違を以前ほど前面に押し出すことなく、当事者の利益に適う、相殺の機能と重複起訴の禁止の趣旨との均衡点を見出そうとする傾向が強まってきているものと評価されている（吉田元子「相殺の抗弁と重複訴訟禁止に係る判例理論に関する一考察」関学69巻2号上（2018年）359頁参照）。本稿における学説の取扱いについては、判例に対する学説の評価というかたちで挙げるにとどめたい。
- (15) 木川統一郎ほか『民事訴訟法重要問題講義上巻』（成文堂、第2版、2019年）97頁以下〔吉田元子〕。

弁を主張する場合（いわゆる抗弁後行型）には、当該自働債権の存否に関する判断につき、(a) 既判力の矛盾抵触の可能性が生じるため、民訴法142条の趣旨との関係で、その可否が問題となる（民訴法142条の趣旨適用ないし類推適用の可否の問題⁽¹⁶⁾。なお、いわゆる抗弁先行型については立ち入らない）。

この点、②最判昭和63年3月15日民集42巻3号170頁は、賃金の仮払仮処分の取消しに基づく仮払賃金の返還請求の本訴において、本訴被告（被用者）が、係属中の本訴原告（使用者）に対する賃金の支払請求の別訴における請求債権を自働債権とする相殺の抗弁を提出したという事案であるが、最高裁は、「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198条2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、右のように別訴で既に訴求中の本件自働債権をもつてする上告人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、相殺をもつて対抗した額の不存在につき同法199条2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231条〔筆者注：現142条〕の法意に反することとなるし、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ものと解するのが相当である」と判示した。

②判決は、やや特殊な事案についての判例であって、一つの事例判例であるとする評価が多数を占めていた。これに対し、③最判平成3年12月17日民集45巻9号1435頁は、一般的に抗弁後行型の相殺の主張を許さないとしたものとして評価されている⁽¹⁷⁾。すなわち、③判決は、継続的取引契約に基づく輸入原

(16) 畑宏樹「相殺の抗弁と重複起訴の禁止—相殺に対する合理的期待という視点からの再検討—」明学101上巻（2016年）177頁参照。

(17) 河野信夫「③判決判解」最高裁判所判例解説民事篇平成3年度（1994年）516頁、田中敦「③判決判解」判タ821号（平成4年主判解）（1993年）215頁、和根崎直樹「③判決判解」判タ852号（平成5年主判解）（1994年）229頁。

材料残代金等の支払請求の本訴において、本訴被告が、控訴審で、本訴と併合審理中であった本訴原告に対する売買代金等の支払請求の別訴における遅延損害金請求権を自働債権とする相殺の抗弁を提出したという事案であるが、最高裁は、②判決を参照し、「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と解するのが相当である」と判示した。そして、その理由として、「民訴法231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199条2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231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」と判示した。

③判決が一般的に抗弁後行型の相殺の主張を許さないとしたものとして評価されているのは、「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」との説示によるものであると思われる。すなわち、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以上、弁論が併合された場合も別異に解すべきではないということになる⁽¹⁸⁾。

もっとも、③判決は、相殺の抗弁が提出された当時、本訴と別訴とが控訴審において併合審理されていたものの、その後再び弁論が分離されたという事案におけるものであり、かような処理そのものの合理性に疑いを投げかける評価

(18) 河野・前掲注17・516頁、田中・前掲注17・215頁、和根崎・前掲注17・228頁参照。なお、加藤哲夫「③判決判批」法セ451号（1992年）138頁は「その後に分離されてはいるが併合された期日において相殺が主張されているという点からY〔筆者注：本訴被告〕の利益を考えれば、いささか形式論理に流れたものとの批判は充分に考えられよう」と述べる。

が散見される。控訴審において弁論が分離された理由は明らかとなっておらず、この点、二つの事件の審理の進捗の具合を斟酌して、本訴の早期の結審を目指したものと推測するものがある（ただし、そうであれば、訴訟上の相殺を時機に後れた攻撃防御方法として却下したうえで、本訴について一部判決をする方途を選択すべきであったとする）⁽¹⁹⁾が、分離された別件訴訟の控訴審判決が本件訴訟の控訴審判決と同日に言い渡されているところからみて審理速度の違いによる分離ということは考えにくく、また、相殺の抗弁が提出されたのが控訴審段階であるから上訴により審判統一の保障が維持できなくなるという問題も生じないということが指摘されている⁽²⁰⁾。学説からは、かような場合には併合後の弁論の分離を禁止する⁽²¹⁾か、あるいは、別訴が裁判に熟しているのではない限り、相殺の抗弁に対する判断がなされるまで別訴を停止すべきである⁽²²⁾といった評価がなされている。

かかる事情から、③判決の上記説示が判例としての意義を有するのかどうかは疑問であり、その射程距離については慎重に判断すべきであるとする評価も存在していた⁽²³⁾。そして、その射程距離は、④最判平成10年6月30日民集52巻4号1225頁によって狭められたものと評価されている。すなわち、④判決は、相続税立替分の不当利得返還請求の本訴において、本訴被告が、係属中の別訴の請求債権である、本訴原告に対する違法仮処分に基づく損害賠償請求権の残部を自働債権とする相殺の抗弁を提出したという事案であるが、最高裁は、「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」とした最判昭和37年8月10日民集16巻8号1720頁を参照したうえで、「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」とした。そして、

(19) 山本・前掲注12・123頁。

(20) 三木浩一「③判決判批」法研66巻3号（1993年）136頁。

(21) 高田昌宏「③判決判批」法教142号（1992年）99頁、本間靖規「③・④判決判批」別冊ジュリ201号（民事訴訟法判例百選〔第4版〕）（2010年）84頁。

(22) 松本博之「③判決判批」別冊ジュリ169号（民事訴訟法判例百選〔第3版〕）（2003年）94頁。なお、日本の民訴法には手続の停止に関する規定が存在しないが、このことは、裁判所の訴訟指揮権により手続を停止することの妨げとはならないと述べる。

(23) 家令和典「③判決判批」法政59巻1号（1992年）140頁参照。

「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」が、「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り」、「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」と判示した（なお、一部請求論には立ち入らない）。

④判決に先立つ東京高判平成4年5月27日判時1424号56頁は、③判決を参照したうえで、別訴の請求債権を自働債権とする相殺の抗弁の提出後、別訴で自働債権相当分につき請求が減縮された場合には、「形式的には別件と別個の訴訟物について審理判断をすることになるから、理論上は既判力の抵触は生じない」としながらも、「実質的に審理判断の対象となるのは反対債権の全体（少なくともその重要な部分）なのであるから、……審理の重複による無駄を避けることができないのは、一般の二重起訴の場合と異なるところはない（いったん減縮した請求を状況により再び拡張することも別件の判決があるまでは可能であるとの考え方の下に、別件の受訴裁判所がこれを許すときは、既判力の抵触の危険も生じることとなる。）」と判示し、相殺の抗弁の主張を不合法としている。これは、第一次的には、(b) 司法資源の非効率が生じることに、そして第二次的には、③判決において強調された (a) 既判力の矛盾抵触が（再度の請求の拡張により）生じる可能性も否定できないことによるものであると評価しうる⁽²⁴⁾。しかし、(b) 司法資源の非効率は、一部請求を許容することに

(24) 三木浩一「④判決判批」別冊ジュリ169号（民事訴訟法判例百選 [第3版]）（2003年）97頁は、④判決を「重複訴訟禁止を考える際の考慮要素の比重を、ドグマティックな既判力の抵触防止から実質的な審理の重複に移して

より不可避免的に生ずる問題であって、一部請求の許否を検討する際にある程度織り込み済みの論点であり⁽²⁵⁾、このような場合には、併合審理や並行審理のための措置を適切に行うべきであるということが指摘されている⁽²⁶⁾。また、(a) 既判力の矛盾抵触についても、当事者は既判力の矛盾が生じないように意識的に請求の減縮をしたのであり、再度の請求の拡張はかえって当事者の意図に反するということが指摘されている⁽²⁷⁾。④判決は、これらのことについて配慮したものであり、(a) 既判力の矛盾抵触（および (b) 司法資源の非効率率）の防止という利益と、相殺の簡易決済機能・担保的機能への期待の保護という利益との間の衡量において、前者を尊重した③判決とは反対に、直接にこのような既判力の矛盾抵触の問題の生じない場面についてまで、相殺の抗弁の提出を不許とするのは妥当でないとして、後者を尊重したものであると評価しうる⁽²⁸⁾。そして、このことにより、③判決の判旨は、「両事件が併合審理された場合についても〔直接の既判力の矛盾抵触の可能性がある限りにおいて〕同様である」（括弧内は筆者）という形で読み替えられ、(a) 既判力の矛盾抵触が生ずる場合に限定して適用されるべきことが明らかとなった⁽²⁹⁾。

おり、重複訴訟論一般との関係でも実務が変化する可能性を秘めている」とのと評価する。

- (25) 河邊義典「④判決判解」最高裁判所判例解説民事篇平成10年度（下）（6月～12月分）（2001年）656頁以下。ただし、「一部請求確定後の残部請求の場合には、実際には、前訴の訴訟資料を利用することにより審理の重複による無駄を相当程度避けることができるが、本訴と別訴（相殺の抗弁）とが同時並行的に係属している場合には、訴訟資料を利用し合うことは必ずしも容易ではなく、審理の重複が生ずることは避けられない」と発言する。
- (26) 越山和広「④判決判批」法教219号（1998年）129頁。
- (27) 越山・前掲注26・129頁。
- (28) 河邊・前掲注25・658頁以下、村上正敏「④判決判解」判タ1005号（平成10年度主判解）（1999年）215頁。本間・前掲注21・84頁も同様の評価をするが、「後者を強調すればするほど一部請求・残部請求の議論から離れていくことになり、「それらの関係をどのように見ているのか」、④判決からは「判然としなない」と述べる。
- (29) 河邊・前掲注25・659頁。これに対し、③判決においては相殺の簡易決済機能・担保的機能への期待という視点は「等閑に付され」ており（上野泰男「④判決判解」ジュリ臨時増刊1157号（平成10年度重判解）（1999年）124頁）、「実質的な判例変更ではないかという疑いが残る」（三木・前掲注24・97頁）、あるいは③判決を改め、④判決を一般化すべきである（高橋宏志「④判決判批」リマークス1999（下）（1999年）131頁、酒井・前掲注12・196

ところで、②ないし④判決は、係属中の別訴の請求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場合であったが、これに対し、係属中の反訴の請求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場合にも、その可否が問題となる。

反訴とは、係属中の訴訟（本訴）の手続内で、被告から原告を相手方として提起する訴え（民訴法146条）であり、被告からの、訴訟中の訴えによる請求の追加的併合の一種である⁽³⁰⁾。反訴も判決を求める申立てたる訴えであることから、常に本訴とともに審理し判決する必要であるわけではなく、裁判所は訴訟指揮権に基づいてその裁量で本訴と反訴とを分離して審判することができる（民訴法152条）⁽³¹⁾。したがって、この場合にも、当該自働債権の存否に関する判断につき、(a) 既判力の矛盾抵触の可能性が生じることになり、民訴法142条の趣旨との関係で、その可否が問題となる。

⑤最判平成18年4月14日民集60巻4号1497頁は、建物瑕疵修補に代わる損害賠償等の請求の本訴において、本訴被告が、係属中の本訴原告に対する請負契約に基づく請負代金等の支払請求の反訴の請求債権を自働債権とする相殺の抗弁を提出したという事案である。上記の通り、本訴と反訴とが分離される可能性がある以上、(a) 既判力の矛盾抵触の可能性があることになるから、③判決からすると、⑤判決においてもまた、相殺の抗弁が不適法とされるべきであったことになる⁽³²⁾。しかし、最高裁は、③判決を参照したうえで、「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

頁」といった評価もある。また、八田卓也「相殺の抗弁と民訴法142条」法教385号（2012年）12頁は、④判決との関係での「揺らぎ」は是認できないものの、後述する⑤判決との関係では判例が揺らいでいるものと評価する。

(30) 新堂・前掲注11・772頁。

(31) 秋山幹男ほか『コンメンタル民事訴訟法Ⅲ』（日本評論社、第2版、2018年）233頁および236頁以下。これに対し、新堂・前掲注11・775頁は、「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裁判の不統一を避けるために、弁論の分離および一部判決をすべきではない」とする。

(32) 酒井一「⑤判決判批」民商138巻3号（2008年）78頁、安見ゆかり「⑤判決判批」青法48巻3号（2006年）9頁。

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」とし、「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」と判示した。

⑤判決が相殺の抗弁を適法とした実質的な根拠は語られていないが、⑤判決における相殺が、①判決におけるのと同じ建築請負における相殺であることから、かかる相殺においてはその担保的機能への期待という利益を尊重すべきであるという価値判断が働いたものと思われる⁽³³⁾。その意味では、⑤判決は、④判決と方向性を同じくする⁽³⁴⁾。しかし、⑤判決は、弁論の分離による(a)既判力の矛盾抵触の可能性があるという意味において、そのような可能性のなかった④判決とは異なっており、③判決との抵触を回避すべく、弁論の分離(およびそれに伴う(a)既判力の矛盾抵触)の可能性を完全に排除する必要があったと言え、かかる事情のもと、⑤判決は予備的反訴という構成を採用したものと評価される⁽³⁵⁾。

訴えには本来条件を付することはできないとされるが、審理の過程でその条件の成就が確定する場合には許されると解されており、こうした条件を付した反訴、すなわち予備的反訴も可能であるとされている⁽³⁶⁾。すなわち、予備的反訴とは、本訴請求が棄却または却下されることを解除条件として、反訴請求について審理および判断を求めるものである⁽³⁷⁾。予備的反訴の場合には弁論

(33) 安見・前掲注32・12頁。

(34) 杉本和士「⑤判決判批」早法83巻3号(2008年)156頁。

(35) 石田理「⑤判決判批」法政74巻3号(2007年)242頁、酒井・前掲注32・85頁、杉本・前掲注34・156頁、三木浩一「⑤判決判批」ジュリ1332号(2007年)128頁。

(36) 秋山ほか・前掲注31・234頁、兼子一ほか『条解民事訴訟法』(弘文堂、第2版、2011年)847頁〔竹下守夫=上原敏夫〕。

(37) 笠井正俊=越山和広編『新・コンメンタール民事訴訟法』(日本評論社、第2版、2013年)672頁〔林昭一〕。

の分離をすることができないとされており⁽³⁸⁾、このことから、予備的反訴構成を採ることにより弁論の分離（およびそれに伴う（a）既判力の矛盾抵触）の可能性は排除されることになる。また、相殺の自働債権（抗弁）について既判力ある判断がされれば、反訴請求のうち本訴で判断の対象となった額に相当する部分の訴えについては解除条件の成就により反訴における審理の対象とならないから、そもそも重複起訴は生じていないとの説明が可能であるということも、その根拠として挙げられている⁽³⁹⁾。

もっとも、⑤判決の採用した予備的反訴構成に対しては、批判的な評価が多い。既に述べた通り、⑤判決においては、①判決におけるのと同じ建築請負における相殺であり、本訴における相殺の抗弁と反訴とが密接に関連しているものであるから、単純反訴であっても弁論の分離は許されないと解することもできた⁽⁴⁰⁾のであり、かような構成は技巧的に過ぎる⁽⁴¹⁾といった批判がある。また、そもそも、⑤判決における予備的反訴は、本訴請求との関係で条件を設定するものではなく、防御方法（抗弁）の適法性を条件とするものであり、予備的「反訴請求」との表現はミスリーディングであるとする見解もある⁽⁴²⁾。

また、⑤判決とは反対に、本訴原告が反訴で本訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁を主張することは、本訴に条件を付することが許されないこととの関係で、⑤判決の理由づけによっては当然には正当化されないものとされる⁽⁴³⁾が、これに対しても、当事者間での不均衡を生じるし、どちらが本訴原告になるかは偶然性に支配されるため不適切であるといった批判がなされている⁽⁴⁴⁾。⑤判決直後の大阪地判平成18年7月7日判タ1248号314頁は、まさにこの点が問題となった事案であるが、⑤判決を参照したうえで、上記反対形相事案についての理解に忠実に従い⁽⁴⁵⁾、「本訴及び反訴が係属中に、本訴請求債権

(38) 秋山ほか・前掲注31・237頁。

(39) 増森珠美「⑤判決判解」最高裁判所判例解説民事篇平成18年度（上）（1月～5月分）（2009年）532頁参照。

(40) 徳田和幸「⑤判決判批」判評584号（2007年）12頁以下、本間・前掲注21・85頁、渡辺森見「⑤判決判批」法研80巻4号（2007年）169頁。

(41) 二羽和彦「⑤判決判批」リマークス35号2007（下）（2007年）115頁。

(42) 酒井・前掲注32・80頁以下。

(43) 増森・前掲注39・534頁。

(44) 杉本・前掲注34・159頁以下、松村和徳「⑥判決判批」早論2号（2017年）247頁以下、宮川聡「⑥判決判批」甲南ロー12号（2016年）120頁。

(45) 宮川・前掲注44・121頁。もっとも、⑤判決それ自体は、反対形相事案を

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」と判示するところであった。

他方で、⑥最判平成27年12月14日民集69卷8号2295頁は、継続的金銭消費貸借契約における過払金返還請求の本訴において、本诉被告（反訴原告）が、消滅時効を援用したため、貸金返還請求の反訴において、本訴原告（反訴被告）が、本訴の請求債権が時効により消滅したと判断されることを条件として、時効消滅した部分を自働債権とする相殺の抗弁を提出したというものであるが、最高裁は、③判決を参照したうえで、「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」とし、「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」と判示した。

⑥判決もまた、⑤判決の反対形相事案であるが、上記下級審裁判例とは異なり、⑤判決を参照していない。⑥判決は、継続的金銭消費貸借契約を構成する異なる期間における二つの取引の一体性の有無が、本訴請求と反訴請求との帰

射程外とするものであることに注意が必要である。我妻学「⑥判決判批」リマークス53号2016（下）（2016年）112頁参照。

趣を分かち、両者が論理的に非両立な関係にあり、およそ弁論の分離可能性が排除されるものであるから、⑤判決とは事案を異にするものであるといった評価がなされている⁽⁴⁶⁾。そのため、⑥判決は、本訴と反訴の関係が密接不可分で、実際上およそ弁論の分離が考えられない場合に相殺の抗弁が適法とされた事例判例であるという評価が多い⁽⁴⁷⁾。他方で、上記のように実体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とすれば、⑥判決は単純併合事例においても分離禁止（併合強制）構成を媒介とすることで重複訴訟の問題は回避されるという一般法理を導く契機となるものとして、⑥判決の先例的価値を評価する見解もある⁽⁴⁸⁾。かかる立場からは、⑥判決は、相殺の簡易決済機能・担保的機能への期待という利益を尊重しなかった③判決の立場から実質的な転換をみせたものとして、より積極的な評価を与えることも可能であるということが主張されている⁽⁴⁹⁾。民法508条が、時効

(46) 内田義厚「⑥判決判批」新・判例解説 Watch19号（2016年）159頁、林昭一「⑥判決判解」ジュリ臨時増刊1505号（平成28年度重判解）（2017年）141頁、我妻・前掲注45・113頁。また、⑥判決における条件は、「本訴請求を第1次的なものとし相殺のほうを予備的な主張としている（しかも当事者自らが条件付けをしている）」（畑・前掲注16・187頁）ものであり、「本訴に条件を付したのではない」（上田竹志「⑥判決判批」法セ738号（2016年）124頁）という点で、大阪地判平成18年7月7日判タ1248号314頁とも異なっている。他方で、加藤新太郎「⑥判決判批」NBL1111号（2017年）78頁は、⑥判決が実体的側面から弁論の分離禁止を基礎づけるという点では同調しつつも、⑤判決の採用する予備的反訴という構成も裁判所の手続裁量を制限し、弁論の分離を禁止することに主眼が置かれたものであると解し、⑤判決との整合性を図る。また、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」上野泰男古稀『現代民事手続の法理』（弘文堂、2017年）298頁以下は、相殺の抗弁が民法142条との関係では反訴と類似した扱いがされてきたという点に着目し、⑥判決のように相殺の抗弁に条件が付された場合を、本訴と、本訴の帰趨に条件付けられた相殺の抗弁とが、実質的な「予備的併合」状態にあると評価することによる、制度的な分離禁止を推論する。

(47) 内田・前掲注46・159頁、林・前掲注46・141頁。上田・前掲注46・124頁も、⑥判決が、⑤判決とは異なる理論的枠組みを採ったものと解する。

(48) 今津綾子「⑥判決判批」法教430号（2016年）144頁。

(49) 今津・前掲注48・144頁。杉本和士「二重起訴禁止と相殺の抗弁との関係に関する判例の展開」上野泰男古稀『現代民事手続の法理』（弘文堂、2017年）243頁も、⑥判決の判旨から「民法508条が規律する自働債権が時効により消滅した場合はもとより、およそ相殺につき当事者の有する実体法上の利

消滅前に相殺適状となっていた場合に特に相殺の意思表示をしなくても当然に清算しうることへの当事者の相殺に対する期待を公平の見地から保護する趣旨であるという点からも、⑥判決が、相殺の簡易決済機能・担保的機能への期待という利益を尊重するものであると評価し得よう⁽⁵⁰⁾。

4. 評論

(1) 本判決の位置づけ

⑥判決は、本訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁の許否につき、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場合にこれを認めたものであるが、そこにおいては、そのような条件がない一般の場合につき、従来の判例(特に⑤判決)との整合性を保つとすると、どのような結論になるのか、その射程距離が問題とされていた⁽⁵¹⁾。本判決はまさにそのような事案であり(かつ、⑤判決と同じ建築請負における相殺が問題となっている)、先例的価値を有するものである。

既に述べた通り、⑤判決における予備的反訴という構成は、③判決との整合

益またはこれに対する期待を重視する姿勢がうかがわれ、「その射程は、弁論の分離可能性が否定される具体的事案の下、自働債権が消滅時効にかかっていない場合にもおよぶと考えるべきであろう」と述べる。

- (50) 菊池絵理「⑥判決判解」曹時70巻2号(2018年)301頁、吉田・前掲注14・360頁以下。内田・前掲注46・159頁は、「民法508条の趣旨に本判決が言及しているのは、平成10年最判〔筆者注：④判決〕が言及する、相殺の担保的機能重視の観点を示したともいえるし、また、単純反訴では理論的にはなお弁論分離の可能性が残り、平成3年最判〔筆者注：③判決〕と抵触してしまうことから、矛盾判断や審理重複のおそれがないという手続法上の観点だけではなく、当事者の相殺に対する期待保護という実体法上の観点からも相殺の抗弁が適法であることを根拠づけようとしたものとも考えられ」と述べる。なお、畑・前掲注16・188頁は、相殺の簡易決済機能・担保的機能への期待と、民法508条の相殺が特に意思表示をしなくても当然に清算しうることへの期待(我妻・前掲注45・113頁参照)との違いに留意する必要があるとするが、建築請負における相殺もまた(意思表示を要するとはいえ)両当事者間の債権債務の清算の調整を図るものであり、その簡易決済機能・担保的機能への期待を前提とするものであることから、両者の違いは、それ程大きくないように思われる。

- (51) 高部真規子「⑥判決判批」金商1509号(2017年)20頁。

性を強く意識したものと解される。したがって、⑤判決の前提には、③判決が存在する。原々審および原審は、⑤判決（およびその前提となる③判決）に忠実に従い、相殺の抗弁の主張を不許としている（原々審および原審が両判決を参照していることから、このような姿勢が伺える）。他方で、本判決は、そのいずれも参照しておらず、①判決を参照したうえで、建築請負における相殺がその担保的機能への期待を前提とするものである旨判示し、加えて、かかる相殺の抗弁が提出された場合には、「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」と判示している。これは、⑥判決を、相殺の簡易決済機能・担保的機能への期待という利益を尊重し、実体的側面から手続上の弁論の分離可能性を否定したものと解する限りで、その延長線上に存在するものと位置づけることができよう（本判決が⑥判決を参照していないのは、単に特殊事例的な⑥判決と事案を異にするためであると推察される）。

更に、本判決は、およそ弁論の分離（および（a）既判力の矛盾抵触）の可能性が無いというだけでなく、弁論の分離が禁止される旨を正面から判示した。すなわち、従来の判例は、本訴と別訴（あるいは反訴）が併合審理された場合についても、直接の既判力の矛盾抵触の可能性がある限りにおいて、相殺の抗弁を不許とした③判決との整合を図るべく、その例外として、直接の既判力の矛盾抵触の可能性が無い場合（④判決）、予備的反訴構成から弁論の分離可能性が否定される場合（⑤判決）、実体的側面から弁論の分離可能性が否定される場合（⑥判決）という位置づけをし、弁論の分離を禁止することは避けてきたのであるが、これを正面から認めたのである。

弁論の分離は、弁論の併合とともに、適正かつ迅速な審理を行うための、裁判所の訴訟指揮権行使の一形態である（民訴法152条）⁽⁵²⁾。したがって、弁論を分離するかどうかは原則として裁判所の裁量に委ねられており、明文をもって弁論の分離が禁止されているのは、同時審判申出共同訴訟（同41条1項参照）の場合に限られる（ただし、法律上またはその訴訟が併合審理されている趣旨に鑑みて一つの訴訟手続で審理・判決することが求められている場合、すなわち「合一にのみ確定すべき場合」（同40条1項）には、分離することはできないと解されることから、必要的共同訴訟（同40条1項参照）や独立当事者参加（同47条3項参照）の場合にも弁論の分離が禁止されていることとなる）⁽⁵³⁾。したがって、訴訟物が別個である以上、併合審理が強く要請されると

(52) 秋山ほか・前掲注31・340頁以下。

言えても、併合審理（弁論の分離禁止）を法的に義務付ける根拠は無い⁽⁵⁴⁾。また、実務においては、様々な理由から弁論を分離せざるを得ない状況が生じうるとも考えられる⁽⁵⁵⁾。したがって、裁判所の立場としては、徒に裁判所の訴訟指揮権を制限することには慎重にならざるを得ないとも考えられる。

しかし、民訴法142条の趣旨を（a）既判力の矛盾抵触の防止に求めるとすれば、弁論を分離すれば既判力の矛盾抵触が生じる関係にある本訴と別訴とが併合審理されている場合において、弁論を分離することは、受訴裁判所の訴訟指揮に関する裁量権の濫用逸脱であり、違法であるといった指摘がなされている⁽⁵⁶⁾。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る、いわゆる同一手続型の場合には、審理の重複によって（b）司法資源の非効率や（c）相手方の応訴の煩が生ずることはなく、（a）既判力の矛盾抵触の可能性もないこと⁽⁵⁷⁾、また、単純反訴のままでも解釈により弁論の分離や一部判決を制限できるということ⁽⁵⁸⁾は、従来指摘されてきたところである。その中で、本判決が、弁論の分離禁止という構成に踏み切った意義は大きいものと評価しうる⁽⁵⁹⁾。

もっとも、本判決も、⑥判決と同様、実体的側面から弁論の分離可能性が否

(53) 秋山ほか・前掲注31・346頁。

(54) 松村・前掲注44・250頁。内海博俊「③・④判決判批」別冊ジュリ226号（民事訴訟法判例百選〔第5版〕）（2015年）85頁は、⑤判決「類似のまたは異質な論理・操作（例えば一方の手続の凍結等）によって既判力が矛盾抵触するリスクを回避できる可能性も皆無ではないが、それらが根拠条文の不在等の外在的理由により採用不可能とされる可能性は常に残される」と述べる。

(55) 秋山ほか・前掲注31・239頁は、反訴において審理を経た後、訴訟を遅滞させることが明らかになった場合を挙げる。なお、④判決における園部裁判官の補足意見においては、これと反対形相であるが、「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、……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」ことが指摘されている。坂田宏「④判決判批」民商121巻1号（1999年）81頁はこれを「理念と実務の乖離」と表現する。

(56) 山本弘「⑥判決判批」金法2049号（2016年）27頁。

(57) 山本・前掲注12・122頁。

(58) 二羽・前掲注41・115頁。

(59) 園田賢治「本判決判批」法セ792号（2021年）109頁も、この点に本判決の意義があると評価する。

定される場合と解することができたのであり、③判決を前提としたとしても、少なくともそれだけで十分に相殺の抗弁の提出が適法とされる素地は整っていたとも考えられる。それにもかかわらず、本判決が弁論の分離禁止という構成を採用したのは、おそらく、本判決と同じ建築請負における相殺が問題となり、かつ反対形相の事案である⑤判決から意識的に離れたものであると推察し得よう。したがって、本判決は、本訴請求債権を自動債権とし、反訴請求債権を受働債権とする相殺の抗弁につき、その簡易決済機能・担保的機能への期待という利益を尊重すべきである場合には、何らの条件を付することもなく、一般に、弁論の分離を禁止することによりこれを適法とする趣旨に出たものと評価すべきであるように思われる⁽⁶⁰⁾。

(2) 本判決の射程距離

問題は、相殺の簡易決済機能・担保的機能への期待という利益を尊重すべきである場合とは、どのような場合を指すかである。仮に、清算の調整を図るべき要請が強くない実体関係のもとで相殺の抗弁が主張された場合には、本判決によれば、弁論の分離（およびそれに伴う(a)既判力の矛盾抵触）の可能性が認められて分離が禁止されない一方で、③判決によって、上記可能性がある以上は相殺の抗弁は不適法となると解する余地が生ずるが、これについては、判断の矛盾抵触のおそれ等に対して相反する評価が併存し、整合性を欠くように思われるという指摘がある⁽⁶¹⁾。

この点、本判決に先立つ⑦最判令和2年9月8日民集74巻6号1643頁が、興味深い判示をしている。事案は、破産手続開始決定を受けた請負人（破産会社）の破産管財人の、注文者に対する、複数の建築請負契約（アからエまでのうちア・イ・ウ）に基づく各報酬等の支払を求める訴えにおいて、注文者が、破産手続開始決定前の未完成契約（ア・イ・エ）の約定解除に基づく各違約金債権等を自動債権とする相殺の抗弁を提出したというものであるが、原審（福岡高判平成30年9月21日民集74巻6号1677頁）は、本件各違約金債権が破産法72条1項3号に規定する破産債権に該当するとしうえて、同条2項2号は、

(60) もっとも、当事者による条件付けまでも排除する趣旨ではないように思われる。河野正憲「⑥判決判批」名法271号（2017年）173頁は、別訴が反訴の場合、相殺の抗弁を優先審理するか、（例外的ではあるが）別訴を優先するかを相殺権者が条件を付することにより明示する必要があるとする。

(61) 園田・前掲注59・109頁。

相殺の担保的機能に対する合理的な期待を保護するため、同条1項3号に規定する破産債権に該当する場合であっても相殺を禁止しないとしているところ、特定の請負契約における本件条項に基づく違約金債権を自働債権として、これと対価牽連関係にある当該請負契約に基づく報酬債権を受働債権とする相殺を期待することは合理的なものといえるが、別個の請負契約に基づく報酬債権を受働債権とする相殺を期待することは合理的なものということとはできないとして、本件相殺のうち、自働債権である違約金債権と受働債権である報酬債権とが同一の請負契約に基づかないものを認めなかった。これに対し、⑦判決は、注文者と請負人（破産会社）は、本件各違約金債権が破産法72条1項3号に規定する破産債権に該当するとしつつも、「いずれも、破産会社の支払の停止の前に上告人〔筆者注：注文者〕と破産会社との間で締結された本件各未完成契約に基づくものであり、本件各未完成契約に共通して定められている本件条項の性質上、「破産会社が支払の停止に陥った際には本件条項に基づく違約金債権を自働債権とし、破産会社が有する報酬債権等を受働債権として一括して清算することを予定していたものということができ、また、注文者は、「本件各未完成契約の締結時点において、自働債権と受働債権とが同一の請負契約に基づいて発生したものであるか否かにかかわらず、本件各違約金債権をもってする相殺の担保的機能に対して合理的な期待を有していたといえ、この相殺を許すことは、上記破産手続の趣旨に反するものとはいえない」から、「本件各違約金債権を自働債権、本件各報酬債権を受働債権とする相殺は、自働債権と受働債権とが同一の請負契約に基づいて発生したものであるか否かにかかわらず、許されるべきである」と判示した。

⑦判決は、民訴法142条との関係で問題となった事案ではないが、判旨を敷衍すると、相殺の簡易決済機能・担保的機能への期待という利益を尊重すべきである場合として、本判決のように、自働債権と受働債権とが対価的牽連関係にあることは要求せず、別個の発生原因に基づく場合でもこれに含まれると判示したものと解しうる。ただし、両債権の発生原因は、共に契約アおよびイを含んでいるという点で、両債権は一部法的（あるいは事實的）関連を有しているとも評価しうる。そこで、私見は、試論として相殺の簡易決済機能・担保的機能への期待という利益を尊重すべきであるかの判断に際し、反訴要件としての「関連性」（民訴法146条1項）を基準とすべきであると考ええる。

反訴は、本訴の目的である請求（または防御方法）と関連する請求を目的とするものであり、これは、本訴の目的である請求との関係では、本訴請求とそ

の権利関係の内容または発生原因の点で共通性が存在することを（防御方法との関係では、抗弁事由とその内容または発生原因において共通性が存在することを）意味する⁽⁶²⁾。この関連性は、法的関連であろうと事実的関連であろうと、民訴法146条で反訴を認めて、その許容性を関連性という要件により規律することとした趣旨から、具体的に判断すれば足り⁽⁶³⁾、本訴の請求の一部と関連するだけでもよいとされている⁽⁶⁴⁾。したがって、反訴請求が本訴の目的である請求と関連する請求を目的とする限りにおいて、本訴請求債権と反訴請求債権とは、実体的側面からの関連性が担保されているのであり、相殺の簡易決済機能・担保的機能への期待という利益を尊重すべき場合であると解しうる。そうすると、本判決の射程（弁論の分離禁止構成）はおおよそ反訴との関係では一般に及ぶものと考えられ、相当程度広がりを持つ可能性があることになろう⁽⁶⁵⁾。

他方で、別訴の単純併合の場合には、反訴の場合と異なり、その目的において無関係で別個な請求を併合する場合もありうる⁽⁶⁶⁾。また、本訴の被告が反訴を提起できる場合であっても、同一の請求につき、別訴を提起するか反訴を提起するかは、原則としてその自由である⁽⁶⁷⁾。仮に、本判決の射程（弁論の分離禁止構成）が、一般に別訴の単純併合の場合には及ばないと解するとすると、本訴被告が相殺の簡易決済機能・担保的機能への期待を有する場合には、別訴を選択することにより相殺の抗弁が不適法とされるという不利益を回避すべく、反訴を選択する可能性が高くなり、事実上の反訴強制とでも言うべき状況が生ずることになり、問題は生じないように思われる。これに対し、本訴被告がそうした相殺への期待を有しない場合には、本訴原告が相殺への期待を有していたとしても、本訴被告が別訴を選択する可能性があり、相殺の抗弁が不適法とされてしまうことになる。また、別訴で相殺の抗弁を提出すべく、本訴

(62) 秋山ほか・前掲注31・238頁以下。

(63) 秋山ほか・前掲注31・239頁。

(64) 兼子ほか・前掲注36・849頁〔竹下＝上原〕。ただし、その部分が既に一部判決によって完結していないことを要する。

(65) なお、本判決を前提とすると、⑤判決の事案においても、予備的反訴構成を採る必要は無くなる。この点、宮川・前掲注44・123頁は、⑥判決との関係において、⑤判決の事案においては予備的反訴構成を採る必要は無くなる可能性があることを既に指摘している。

(66) 兼子ほか・前掲注36・800頁以下〔竹下＝上原〕。

(67) 秋山ほか・前掲注31・235頁。

を取り下げようとしても、本訴の取下げには本訴被告の同意が必要である（民訴法261条2項）ところ、あえて別訴を選択するような本訴被告は、同意を簡単にはしないことが予想される⁽⁶⁸⁾。既に述べた通り、どちらが本訴原告になるかは偶然性に支配されており、両当事者間で不均衡が生じるといった問題は避けられないことから、両請求間に反訴要件としての関連性が認められる場合には、本訴被告が別訴を選択したとしても、相殺の抗弁が提出された段階で弁論の分離を禁止すべく、本判決の射程を及ぼすべきであると考ええる。

おわりに

以上のように、本判決は、従来の判例における、(a) 既判力の矛盾抵触（および (b) 司法資源の非効率）の防止という手続的利益を尊重する立場から、相殺の簡易決済機能・担保的機能への期待の保護という実体的利益を尊重する立場へと展開されていく趨勢の延長線上に位置づけられ、⑤判決との関係では、実質的な判例変更を図ったものであると評価しうる。民訴法142条との関係に限らず、一般に、訴訟上相殺の抗弁の可否が問題となる場合には、判例は、相殺の簡易決済機能・担保的機能への期待の保護という実体的利益を尊重する立場を採用しているものと思われ、本判決の射程も相当程度広がりを持つ可能性があるものと評価しうる。本判決を受けて、今後の判例がどのように展開されていくかが注目されよう。

【追記】

* 本稿脱稿後に、大寄麻代「本判決判解」ひろば74巻4号（2021年）39頁、加藤新太郎「本判決判批」NBL1191号（2021年）71頁、杉本和士「本判決判解」ジュリ臨時増刊1557号（令和2年度重判解）（2021年）94頁、堀清史「本判決判批」法教486号（2021年）145頁に新たに接した。

(68) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法上』（有斐閣、第2版補訂版、2013年）142頁。