

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—

畑 宏 樹

1. 問題の所在

相殺の抗弁は、単なる訴訟上の防御方法であるのみならず、自働債権の訴訟上の行使という実質的には反訴に類似する性格を有するものであり、相殺に供した自働債権の存否が裁判所によって審理判断されると既判力が生ずる（民訴114条2項）といった、通常の抗弁とは異なる特殊性を有している。そのため、ある訴訟で訴求している債権を別の訴訟において相殺の抗弁の自働債権として行使することや（別訴先行型）、既に係属中の訴訟において相殺の抗弁に供している債権を別訴で訴求すること（抗弁先行型）ことが、重複起訴の禁止（民訴142条）に触れないかが問題となる。

このうち、抗弁先行型の事例についての最高裁判例は存在せず、下級審裁判例ではその適否をめぐる見解が分かれている⁽¹⁾が、抗弁先行型においては、相殺の抗弁を提出した者の自らの意思でこれを撤回することも可能であることに鑑みると、この問題を論ずる必要性に乏しいようにも思われることから、本稿では、別訴先行型の事例に限定して検討を進めることとする。

後述するように、別訴先行型の事例については、学説では、不適法説と適法説とがいまなお激しく対立しているが、判例は、①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」）は、不適法説の立場に立っており、

相殺の抗弁と重複起訴の禁止

この判例をもってこの問題についてのリーディングケースと位置づけることができる⁽²⁾。もっとも、最高裁はその後、②最判平成10年6月30日民集52巻4号1225頁（以下「平成10年判決」）、③最判平成18年4月14日民集60巻4号1497頁（以下「平成18年判決」）などにおいて、典型的な別訴先行型事例ではないものの、形式的には別訴先行型にあてはまるとされる事案において、既に裁判において訴求している債権を自働債権として、相手方から提起された金銭支払請求事件において相殺の抗弁に供すること認める判断を示すものが現れてきており、判例理論には「揺らぎ」がみられるとの評⁽³⁾もなされているところである。このような状況下において、近時、最高裁は（④最判平成27年12月14日民集69巻8号2295頁〔以下「平成27年判決」〕）、このような判例法理の流れに新たな一石を投じるような判断を示すに至った。

本稿では、平成27年判決の登場が、これまでリーディングケースとされてきた平成3年判決に何らかの変容をもたらすものかどうかについて検討することを目的とする。考察を進めるにあたっては、さしあたりこれまでの学説状況を簡単に概観したうえで、上述の各判例における事案・判旨を、相殺に対する当事者の合理的期待という視点から再度検討することとする。

2. 別訴先行型についての学説における議論状況

(1) 重複起訴禁止の趣旨

裁判所にすでに訴訟係属を生じている事件については、同一当事者間では同一事件について重ねて別訴での審理を求めることは許されない。これを重複起訴の禁止（民訴142条）という。その趣旨については、同一事件について二重の応訴を強いられる被告の負担、および重複する審理（訴訟不経済）ならびに相矛盾する審判の回避といった公益への配慮という点にあるとするのが多数説

である⁽⁴⁾。

(2) 相殺の抗弁と重複起訴の禁止

民訴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」と規定している。相殺の抗弁は、あくまでも抗弁であってその提出は「訴え」ではない以上、民訴142条の規定を相殺の抗弁の事案に直接適用することはできない。とはいえ、重複起訴禁止の趣旨との関係においては、反対債権の存否について審理の重複が生じる（訴訟不経済）おそれや、相殺の抗弁の実体判断には既判力が生じる（民訴114条2項）以上、既判力の矛盾のおそれといった事態が生じうる点については、相殺の抗弁の場合にも同様の問題が生じることから、民訴142条の趣旨適用ないし類推適用の可否を問題とする必要が生じてくる。

別訴先行型における相殺の抗弁の適否については、不適法説（民訴142条の類推適用を肯定する見解）と、適法説（民訴142条の類推適用を否定する見解）との対立が学説上存在する。

不適法説は、同一の債権が、前訴の訴訟物として、かつ、後訴の相殺の反対債権として二重に審理判断される危険がある以上、裁判の矛盾抵触の防止、審理の重複による訴訟不経済の回避といった重複起訴禁止の趣旨が、ここでも同様にあてはまるとする⁽⁵⁾。

これに対して適法説は、相殺の抗弁は審理判断の対象とされるかが未必的であること、訴え先行型にあっては訴えの取下げに相手方の同意（民訴261条2項参照）が得られなければ相殺の抗弁による防御の道が封じられてしまうこと、訴えで債権を訴求するのは債務名義を獲得して強制執行できるようにするという目的もある一方で、後行の訴訟での相殺の抗弁には相殺の有する担保的機能への期待があって、先行する債権の訴求も後行訴訟での相殺の抗弁のいずれも合理的であること、不適法説の指摘する裁判の矛盾抵触や審理の重複といった

相殺の抗弁と重複起訴の禁止

点は、既判力自体の機能や裁判所の適切な訴訟指揮によって回避しうること、などを論拠とする⁽⁶⁾。

もっとも、たとえ同一債権であっても同一手続で審理される場合には重複起訴の禁止には触れないとする見解が多数であり、この問題について不適法説に立つ論者も、少なくとも別個の手続で審理されるよりは併合審理等の同一手続内で審理されるほうが望ましいとしている⁽⁷⁾点には留意しておく必要がある。

3. 判例の流れ

別訴先行型の事案において、これまでの最高裁がどのような判断を下してきたのか、ここでは事案の概要とともにその判旨をまずは紹介していく。

(1) 最判平成3年12月17日民集45巻9号1435頁⁽⁸⁾

【事案の概要】

Yは、製品の製造販売を行うに際し、Xとの継続的な取引契約に基づき、Xが輸入した原材料を購入し、製造した商品をXに輸出させ手数料を支払う取引をしていたところ、YはXに対し、商品の売買代金の支払い等を求める訴え（別訴）を提起した。他方、Xは、Yに対し、原材料の売買代金等の支払いを求める訴え（本訴）を提起し、第1審ではその請求の一部が認容された。Y控訴。その後、別訴についても請求が認容され、Xがこれに対して控訴を提起したところ、本訴・別訴についての弁論は併合された。併合された後の口頭弁論期日において、Yは、本訴につき別訴請求債権を自働債権として、本訴請求債権と対当額で相殺する旨の陳述をした。その後、両事件の弁論は再び分離され、いずれについても別個に控訴棄却判決がなされた。本訴についての控訴審は、Yからの相殺の抗弁が不適法であることを理由としており、これに対してY上告。

【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許されないと解するのが相当である〔中略〕。すなわち、民訴法 231 条〔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〔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。」

【検討】

平成 3 年判決は、重複起訴を禁止する理由として、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という点を掲げ、学説上の不適法説とほぼ同様の理由から、既に別訴で訴求中の債権を自働債権として相殺の抗弁に供することは許されないと一般論を示している。この説示からすると、平成 3 年判決が不適法説を採用する最大の理由は、矛盾判断がされるおそれがあるという点に求められており⁹⁾、それ故に、本訴と別訴とが併合審理されていたとしても分離の可能性のある以上は同様であるとする判旨波線部につながっていくこととなり、同判決は、徹底した不適法説を採用したものとみることができる。

最高裁の理由付として特徴的である、矛盾判断の防止という点については、

相殺の抗弁と重複起訴の禁止

別訴の判決と本訴における相殺の抗弁に対する判断とが全く同時に下されるといふ事態は稀有であり、いずれかの判決が先に確定する限りその既判力がもう一方に作用することに鑑みると、必ずしも不適法説の決定的理由とはなり得ない、との批判がある⁽¹⁰⁾。適法説の根拠の1つとされる相殺の担保的機能については、本判決を前提とする場合には、相殺権の行使が既判力によって遮断されない以上（最判昭和40年4月2日民集19巻3号539頁参照）、本訴請求確定後に相殺を主張して請求異議の訴えを提起すれば足りるとも考えられる⁽¹¹⁾が、これに対しては、請求異議の訴え提起時においていまだ別訴が係属中であればやはり重複起訴として不適法となるおそれがある、請求異議の訴えの起訴責任をYに課すことの合理性に問題があるといった指摘もある⁽¹²⁾。また、判旨波線部に対しては、適法説・不適法説の立場を問わず批判が強いところであり⁽¹³⁾、既判力が作用するような場合には弁論の分離自体が違法となるといった見解も示されているところである。

本判決が不適法説を採用する最大の理由であるところの、矛盾判断の防止という点が必ずしも決定的理由にならないにせよ、やはりその危険がある限りはその芽を摘み取っておくこともまた重複起訴禁止の趣旨に含まれると解するならば⁽¹⁴⁾、不適法説を採用する余地もなお十分にあり得るところである。そうだとすると、適法説・不適法説の立場を分けるものとしては、相殺の機能（担保的機能、簡易決済機能など）に対する合理的期待をいかに保護すべきかという点に集約されるものと思われる。

(2) 最判平成10年6月30日民集52巻4号1225頁⁽¹⁵⁾

【事案の概要】

YはXを被告として、両者の共有土地建物（以下「本件土地建物」）のY持分に対する違法な処分禁止の仮処分により相場よりも安い価格で本件土地建物の持分を売却せざるを得なくなったとして、その差額たる損害2億円余のうちの

相殺の抗弁と重複起訴の禁止

一部として4000万円の支払いを求める訴え（別訴）を提起した。一方、Xは、本件土地建物の相続税等の立替払いを理由とする約1300万円の不当利得返還請求訴訟（本訴）を提起したところ、Yは、別訴にて訴求した債権の残部を自働債権とする相殺を主張した。原審は、Yの相殺につき、民訴142条類推適用により不適法と判断したことから、Y上告。

【判旨】

〔〔平成3年判決を引用したうえで、〕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〔注：最判昭和37年8月10日民集16巻8号1720頁を引用〕。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。そうすると、……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。

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。」

【検討】

平成10年判決は、別訴で明示の一部請求として訴求中の債権の残額を自働債権として、本訴請求に対する相殺を主張したという事案において、この相殺を適法としたものである。一見するとこれも別訴先行型の一事案（派生類型）とも思われるが、一部請求に関する従来判例理論を前提とする限りにおいては、一部請求である旨の明示がある場合には、当該債権の一部と残部とは別の訴訟物となるとされていることから、厳密には重複起訴の問題を生じないはずである。とはいえ、判旨は、「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」との判示をしている。これは、同じく最高裁が、本件に先立って下した最判平成10年6月12日民集52巻4号1447頁⁽¹⁶⁾の存在を意識したものではないかと推測するところではあるが、この判示を掲げつつも、結論において相殺を認めた理由としては、相殺の抗弁の防御手段としての性格や簡易決済機能・担保的機能といった機能面の重要性を重視した、というところにその特徴があるといえる。その意味では、相殺の担保的機能を重視する従来適法説の立場からすると、平成3年判決との関係においては重要な方針転換があったと肯定的にとらえることもできよう（実際一部の論者からは、実質的な判例変更であるとの評もなされている⁽¹⁷⁾）。

ただ、平成3年判決が同一の債権を別訴で訴求しつつ、本訴において相殺に供するといういわば同一債権の二重行使をするものであるのに対し、平成10年判決は同一債権とはいえ異なる部分についての権利行使をしようとするものであることからすると、典型的に別訴先行型として論じられてきた事案とは大きく異なるといえる⁽¹⁸⁾。筆者としては、平成10年判決は、いわゆる別訴先行

型における相殺の許否の問題と切り離してとらえるべきと考えている⁽¹⁹⁾。

(3) 最判平成 18 年 4 月 14 日民集 60 卷 4 号 1497 頁⁽²⁰⁾

【事案の概要】

マンション建設の注文者 X が、請負人 Y に対し、建設されたマンションに瑕疵があるとして瑕疵修補に代わる損害賠償を求める訴えを提起したのに対し、Y は、請負代金の残額の支払いを求める反訴を提起した。その後、反訴請求債権を自働債権として、X の本訴請求債権に対する相殺を主張した。この相殺の適法性につき、最高裁は職権で取り上げ以下のように判示した。

【判旨】

「〔平成 3 年判決を引用したうえで、〕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。」

【検討】

平成 18 年判決は、反訴請求債権を改めて本訴請求に対する相殺の抗弁に供したという事案において、一般論としては平成 3 年判決を引用しつつ、「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」として重複起訴の問題は生じないとして、結論においてはかかる相殺の抗弁を適法と判断した。

この最高裁のいう予備的反訴は、相殺の抗弁について既判力ある判断がなさ

相殺の抗弁と重複起訴の禁止

れることを解除条件とするものであり、一般に説かれる予備的反訴（本訴請求が棄却または却下されることを解除条件とするもの⁽²¹⁾）とは異なる特殊な予備的反訴である。かかる特殊な予備的反訴を認めた点において本判決に批判的な論調もなくはないが⁽²²⁾、最高裁が予備的反訴という理論構成を採用した理由としては、平成3年判決を前提としつつ（とりわけ上記平成3年判決引用の波線部）、相殺許容の結論を導くためには、既判力抵触の危険を完全に排除するべく、本訴と反訴の弁論分離可能性を完全に排除する必要があるという点にある、との理解がなされている⁽²³⁾。

問題とすべきは、本件のような事案において、なぜ相殺許容という結論を導くことが妥当と考えられるのかという点である。本訴請求に対して、反訴請求債権をもって相殺の主張をするという当事者（Y）の意図を推測するに、やはり相殺に対する合理的期待（とりわけ担保的機能）にあったのではないかと考える（相手方の資力に不安を感じない場合には、仮にXの請求が認容されたとしても自らの反訴請求につき認容判決を得られれば特段問題は生じない）。そうだとすると、Yが申し立てていた反訴請求は、これを相殺に供した時点において役目を終えているともいえるが⁽²⁴⁾、反訴の取下げにも相手方の同意が必要である以上はこれを維持せざるを得ないところ、単純反訴が上記の意味での予備的反訴に切り替わるとすることはYの意思にもかなうところといえる⁽²⁵⁾（加えて、予備的反訴という理論構成によることで、結果的に、重複起訴の問題を考える必要が生じないというメリットもある）。

もとより、適法説の立場であれば、かかる相殺の主張を許容する一方、先行している反訴も単純反訴のまま残しておいても差し支えないといえるが、不適法説を維持しつつもかかる相殺を許容するためには、弁論の分離可能性のない予備的反訴と構成せざるを得なかったのである。このように、平成18年判決は、結論としては適法説に転換したいところでありながら（そうだとすると平成10年判決が説くように、本件においても相殺の機能について言及されるべきであり、この

点において本判決はいささか物足りない感がある), 平成3年判決を維持し続けるべく予備的反訴といったいささか技巧的な説明したに過ぎず, 実質的には不適法説から適法説への判例変更をもたらしたと理解すべきと思われる。

(4) 最判平成27年12月14日民集69巻8号2295頁⁽²⁶⁾

【事案の概要】

X(個人)はY(貸金業者)との間で, 平成8年6月5日から平成21年11月24日に至るまでの間, 継続的な金銭消費貸借取引(以下「本件取引」)を行い, 借入と弁済を繰り返していた。Xは, 平成18年改正前の利息制限法1条1項所定の制限超過部分を元本に充当すると過払金が発生していると主張して, Yを相手取り, 過払金の返還を求めるべく不当利得返還請求訴訟を提起した。

このXの請求に対し, Yは, 本件取引は, 平成8年6月5日から平成12年7月17日までの間の「第1取引」と, 平成14年4月15日から平成21年11月24日までの間の「第2取引」とに分断することができ, 各取引で発生した過払金返還請求権は, 他の取引の借入金債務には充当されるものではないところ, 第1取引では, Xの元本充当計算を前提とすると34万余円の過払金が発生しているが, 最終取引日である平成12年7月17日から10年以上経過しているので消滅時効が完成しているとの抗弁を提出した。さらに, 第2取引では, 利息制限法所定の超過部分の元本充当計算をしてもなお, 平成21年12月20日時点において, 元金103万余円の貸金債権が残っているとして, その返還を求める反訴を提起した。そこでXは, 予備的に, 本訴において第1取引における過払金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, 第1取引における過払金返還請求権を自働債権とし, Yの反訴請求に係る貸金債権を受働債権とする旨の相殺(民508条参照)の主張をした。

原審は, Yの主張を認めたが, 予備的に主張されたXの相殺の抗弁について何ら判断することなくYの反訴請求を認容したことから, X上告。

【判旨】

「〔平成3年判決を引用したうえで、〕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。」

【検討】

本判決もまた平成3年判決を引用しつつも、結論においては、本訴で訴求中の債権（の一部）が時効消滅したと判断されることを条件とする予備的相殺の抗弁を認めたものである。確かに、Xの主張する過払金返還請求権は当初訴えによって訴求されており、これ（この一部）を自働債権としてYの反訴請求債権に対する相殺に供するということは、形式的には別訴先行型の事案といえそうであるが、そうだとすると、本件において相殺が許容された実質的な理由（平成3年判決との差異）はいかなる点に求められるべきであろうか。

相殺の抗弁と重複起訴の禁止

本件は、本訴で訴求している債権をもって反訴請求債権に対する相殺に供したという点で、平成18年判決の事案とは反対形相となっており、そこで判示された理論構成を参考とすることは適切ではない。平成18年判決以後、このような反対形相事案での相殺の許否が問題とされた下級審の裁判例がある（大阪地判平成18年7月7日判タ1248号314頁⁽²⁷⁾）が、そこでは平成18年判決での理論構成とは異なり、本訴の取下げに条件を付することは性質上できないことを理由に相殺を認めていない。もっとも、本件では、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）点において、この大阪地裁の判断を参考とすることもできない。

本件においては、Xとしてはあくまでも本件取引から生じる過払金の返還を求めたいというのが第1義的な意図であり、仮にこれが第1取引と第2取引とに分断され第1取引から生じる過払金返還請求権についてはこれが時効により消滅していると判断される場合には、Yの反訴請求（第2取引に係る貸金債権）との相殺を求めるといふものであることからすると、Xの予備的な相殺の主張はある意味合理的な行動ととらえることができる⁽²⁸⁾。そこで、さしあたり本件におけるXによる相殺の主張を許容すべきであるとして、不適法説の唱えるような弊害が生じるかについて考えてみる。

本件においてXの付した条件は、本件取引が2つの取引に分断されかつ前者の取引から生じた過払金返還請求権が時効消滅していると判断されることを条件とするものであり、この条件が成就した場合にはじめて相殺についての判断も求められることになるが、この場合、条件に係る判断と相殺に関する判断との間には矛盾抵触は一切生じないことになる。このことは、判旨においても、「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」とされていることから明らかである。ただし、これは本訴と反訴が分離されない限りにおいてという状況（判旨下線部

相殺の抗弁と重複起訴の禁止

参照)においてではあるのはいうまでもない⁽²⁹⁾。問題は、この場合の弁論分離不可の根拠をいかに導き出すべきかである。訴求債権と相殺の抗弁との既判力の牴触が生じるような場合には、そもそも弁論を分離することは違法と解する見解(併合審理強制)⁽³⁰⁾に立つ場合には、本件においても弁論分離が不可であることの説明は容易といえる⁽³¹⁾。もっとも、本件においては、Xによって付された条件が、本訴と反訴の併合審理を事実上余儀なくしているという側面もあり、一般論として併合審理強制にまで最高裁が踏み出したとは言い難いように思われる⁽³²⁾。

なお、本件判旨の後半部分は、本件においてXの相殺を認めることは、民法508条の趣旨にもかなうとするが、この判示はいかなる意味を持つものだろうか。この点については、平成10年判決にもみられたように相殺の機能をも加味することで、本件の結論を補強しようとするものと理解することができよう⁽³³⁾。ただ、平成10年判決にいうところの相殺の機能とは簡易決済機能・担保的機能を指すものであるのに対し、本件におけるXの相殺に対する期待はあくまでも、時効消滅前に相殺に適するようになっていた場合には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期待を公平の見地から保護するというものである⁽³⁴⁾という違いがある点には留意しておく必要がある。

4. まとめにかえて

別訴先行型における相殺の抗弁の許否についてのリーディングケースである平成3年判決は、別訴と本訴とが併合されていたような場合においても弁論分離の可能性を慮って、重複審理や矛盾判断のおそれがある以上は別訴で訴求している債権をもってする本訴に対する相殺の抗弁を認めないという徹底した不適法説を採用している。平成3年判決以後のいずれの裁判例においても、平成3年判決をまずは引用していることから形式的には判例変更はなされてはいな

い。しかしながら、平成18年判決や平成27年判決は、結論としては相殺を認めており、かかる結論を導くべく、制度上あるいは事実上弁論の分離がなされ得ないという理論構成を採用することによって、平成3年判決のいわば例外を認めている。

問題は、弁論分離の可能性を排除すべく多少無理のある理論構成（とりわけ平成18年判決のいう予備的反訴への転換）を採用してまで、相殺を認める必要性がどこにあるのかという点であるが、平成18年判決および平成27年判決のいずれにおいても、結局のところは当事者の相殺に対する合理的期待（担保的機能をはじめとする相殺の諸機能）がみてとれるというところにあるといえる。このような当事者の相殺に対する合理的期待を保護することが相殺許容の実質的な理由ととらえることができるのであれば、これこそまさに不適法説の唱えていたところであることに鑑みると、徹底した不適法説を採用する平成3年判決はやはり見直しが迫られているものといえる。

注

- (1) 東京地判昭和32年7月15日下民集8巻7号1337頁は適法説を採用するが、大阪地判平成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頁などは不適法説を採用している。
- (2) 平成3年判決以前にも、最判昭和63年6月15日民集42巻3号170頁もこの問題について不適法説に立つものとされるが、同最判は事案の特殊性もあり、本稿では平成3年判決をもってリーディングケースと位置づけておく。
- (3) 山本弘「二重訴訟の範囲と効果」『民事訴訟法の争点』（有斐閣・2009）95頁以下、八田卓也「相殺の抗弁と民訴法142条」法教385号11頁以下（2012）など。なお、八田論文では平成10年判決は、平成3年判決との間には揺らぎはないとされており（同10頁参照）、後述するように私見も同様である。
- (4) 山本・前掲注(3)92頁以下など。このような一般的理解に対し疑問を投げかけるものとして、三木浩一「重複訴訟論の再構築」法研68巻12号144頁以下（1995）参照。
- (5) 伊藤眞『民事訴訟法〔第4版補訂版〕』（有斐閣・2014）222頁、上田徹一郎『民

相殺の抗弁と重複起訴の禁止

- 事訴訟法〔第7版〕(法学書院・2011) 149頁以下, 小林秀之『民事訴訟法がわかる〔第2版〕』(日本評論社・2007) 101頁, 川嶋四郎『民事訴訟法』(日本評論社・2013) 293頁以下, 河野正憲『民事訴訟法』(有斐閣・2009) 304頁など。
- (6) 山本・前掲注(3)94頁以下, 高橋宏志『重点講義民事訴訟法・上〔第2版補訂版〕』(有斐閣・2013) 141頁以下, 勅使川原和彦『読解民事訴訟法』(有斐閣・2015) 205頁, 中野貞一郎『民事訴訟法の論点Ⅱ』(判例タイムズ社・2001) 163頁以下など。
- (7) 上田・前掲注(5)149頁, 小林・前掲注(5)101頁など。
- (8) 同判決の評釈として, 中野貞一郎=酒井一・民商107巻2号241頁以下(1992), 加藤哲夫・法セ451号138頁(1992), 高田昌宏・法教142号98頁以下(1992), 山本克己・平成3年度重判解121頁以下(1992), 吉村徳重・リマークス6号124頁以下(1993), 三木浩一・法研66巻3号131頁以下(1993), 河野信夫・最判解民事篇平成3年度511頁以下(1994), 荒木隆男・亜大29巻2号217頁以下(1994), 松本博之『民事訴訟法判例百選〔第3版〕』(有斐閣・2003) 92頁以下, 本間靖規『民事訴訟法判例百選〔第4版〕』(有斐閣・2010) 82頁以下, 内海弘俊『民事訴訟法判例百選〔第5版〕』(有斐閣・2015) 82頁以下など参照。
- (9) 河野・前掲注(8)516頁以下参照。
- (10) 本間・前掲注(8)84頁など参照。
- (11) 河野・前掲注(8)518頁参照。
- (12) 山本・前掲注(3)95頁, 高橋・前掲注(6)148頁以下など。
- (13) 山本・前掲注(3)97頁, 三木・前掲注(8)128頁, 吉村・前掲注(8)127頁, 山本・前掲注(8)123頁, 加藤・前掲注(8)138頁, 高田・前掲注(8)99頁など。
- (14) 高橋・前掲注(6)125頁参照。
- (15) 同判決の評釈として, 越山和広・法教219号128頁以下(1998), 高橋宏志・リマークス19号127頁以下(1999), 酒井一・判時1667号192頁以下(1999), 上野泰男・平成10年度重判解122頁以下(1999), 坂田宏・民商121巻1号62頁以下(1999), 八田卓也・法セ549号109頁(2000), 石渡哲・法研73巻10号153頁以下(2000), 三木浩一『民事訴訟法判例百選〔第3版〕』(有斐閣・2003) 96頁以下, 本間・前掲注(8), 内海・前掲注(8)など参照。
- (16) 同最判は, 明示的の一部請求の前訴が棄却された場合に残額請求の後訴が提起されたという事案において, 前訴段階では訴訟物ではないものの実質的には債権の全部についての審理が行われているということを経由に, かかる後訴は信義則により排斥されるとしたものである。
- (17) 上野・前掲注(15)124頁, 高橋・前掲注(15)131頁, 三木・前掲注(15)97頁など。
- (18) 八田・前掲注(3)10頁参照。不適法説を採用する立場からも, 平成10年判決については事案を異にするとしてこれに賛成する立場も存在する(川嶋・前掲注(5))

相殺の抗弁と重複起訴の禁止

293 頁参照)。

- (19) 平成 10 年判決は、明示の一部請求訴訟が未だ係属中にする残額請求の訴えが重複起訴にあたるかという観点から論じられるべき問題と考える。この点、平成 10 年判決の判旨として引用した本文中 2 段落目(「もっとも、」以下)からすると、最高裁としては、この問題につき重複起訴の禁止に抵触すると考えているようにも思われる(そうだとすると、この点こそ明示の一部請求に関するこれまでの最高裁判理の実質的な変更といえるが)。仮にこの理解を前提とするならば、訴え提起と相殺の抗弁との違いを説示する次段落の判示は、適法説に傾斜したものと読めなくもない。
- (20) 同判決の評釈として、安見ゆかり・青法 48 卷 3 号 188 頁以下(2006)、我妻学・金判 1263 号 14 頁以下(2007)、渡辺森児・法研 80 卷 4 号 160 頁以下(2007)、石田理・法政 74 卷 3 号 699 頁以下(2007)、徳田和幸・判時 1974 号 190 頁以下(2007)、二羽和彦・リマークス 35 号 112 頁以下(2007)、三木浩一・平成 18 年度重判解 127 頁以下(2007)、和田吉弘・法セ 637 号 117 頁(2008)、杉本和士・早法 83 卷 2 号 143 頁以下(2008)、酒井一・民商 138 卷 3 号 334 頁以下(2008)、増森珠美・最判解民事篇平成 18 年度 525 頁以下(2009)、河野正憲・判タ 1311 号 5 頁以下(2012)など参照。
- (21) 兼子一『新修民事訴訟法体系〔増訂版〕』(酒井書店・1965) 376 頁参照。
- (22) 二羽・前掲注(20)115 頁、酒井・前掲注(20)341 頁など。これに対し、本来的な予備的反訴とは異なる予備的反訴を許容する見解として、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第 8 版〕』(弘文堂・2015) 371 頁以下など参照。
- (23) 酒井・前掲注(20)340 頁、杉本・前掲注(20)157 頁、八田・前掲注(3)11 頁など。
- (24) この点については、杉本・前掲注(20)158 頁の注(31)が示唆的である。
- (25) これに対し、松本＝上野・前掲注(22) 357 頁、宮川・後掲注(26) 119 頁は、処分権主義に反するとする。
- (26) 同判決の評釈として、内田義厚・新・判例 Watch 民事訴訟法 No.68LEX/DB 文献番号 25447648(2016)、上田竹志・法セ 738 号 124 頁(2016)、今津綾子・法教 430 号 144 頁(2016)、宮川聡・甲南法務研究 12 号 113 頁以下(2016)、我妻学・リマークス 53 号 110 頁以下(2016)など参照。
- (27) 評釈として、和田吉弘・法セ 637 号 117 頁(2008)、我妻学・リマークス 37 号 116 頁以下(2008)など参照。
- (28) 民法 508 条は、自働債権が時効消滅しているときであっても時効の完成以前に相殺適状にあった場合には相殺を認める旨を規定し、両債権の存在という相殺の成立要件の例外を定めており、その趣旨は、ある 2 者の間においてすでに相殺適状にあったそれぞれの債権については、実質的には債権が存在しないかの状況にあるにもかかわらず、一方の債権だけが時効によって消滅した場合に、相手方の

相殺の抗弁と重複起訴の禁止

権利行使だけが認められて相殺の機会が失われるのは不公平だからという点にある（遠藤浩編『基本法コンメンタール債権総論〔第4版〕』（日本評論社・1996）207頁〔有地亨=丸山茂〕など参照）。

本件のように、Xとしては、裁判所による認定がなされるまでは自らの主張する過払金返還請求権の存在を信じて訴求しているとしても、時効によってその一部が消滅していることを条件としてこれを自働債権として相殺の抗弁を主張するという訴訟活動はある意味合理的ともいえるが、そもそも消滅時効完成前に相殺適状にあったかどうかについては、実体法的見地からの検討を要するところであり、この点について差戻審がいかなる判断をするか注目される。

- (29) 上田・前掲注(26)124頁参照。
- (30) 前掲注(20)に掲げた平成18年判決に対する評釈の多くが、予備的反訴なる技巧的な説明を施すよりも、弁論分離に対する裁判所の裁量を制限すべきと説く。
- (31) 今津・前掲注(26)144頁は、平成27年判決は、弁論分離禁止（併合審理強制）構成を採用したものと理解を示す。
- (32) 内田・前掲注(26)3頁も、本件を、本訴請求と反訴請求との密接不可分性から事実上弁論分離が考えられない事例判決と位置づける。
- (33) 内田・前掲注(26)3頁も、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の適法性を根拠づけようとしたものととらえる。
- (34) 我妻・前掲注(26)113頁もこの点を指摘して、本件の結論に賛成される。