

判例研究

請負代金請求の本訴及び瑕疵修補に代わる 損害金請求の反訴が係属中に本訴請求権を 自働債権とする相殺の抗弁の許否 (最〔2小〕判令和2年9月11日民集74巻6号1693頁)

河野正憲

【判示事項】

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おける、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の許否

【判決要旨】

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、上記本訴請求権を自働債権とし、上記反訴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。

令和2年9月11日最高裁第2小法廷判決（平成30年（受）第2064号、請負代金請求本訴、建物瑕疵修補等請求反訴事件）民集74巻6号1693頁破棄自判

原審： 広島高等裁判所平成30年10月12日判決

原原審： 広島地方裁判所平成29年10月13日判決

【事実関係】

本件は、X（原告・控訴人・上告人）がY（被告・被控訴人・被上告人）に対して請負契約に基づく代金債権の支払いを本訴とし、YからXに対する、請負契約による瑕疵修補に代わる損害賠償債権に基づく反訴が提起され、この反訴に対してXが、本訴で請求中の債権を自働債権として相殺の抗弁を主張したケースである。

原審の認定した本件の事実関係は以下のとおりである。

Yは、平成25年9月、建物の設計・施工等を営むXとの間で請負代金750万円として、自宅建物の増築工事の請負契約を締結した。Yは、その後同年11月までの間にXに対して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、本件増築工事及び追加工事を完成させ、完成した自宅建物の増築部分をYに引き渡した。

本件請負契約に基づく請負代金の額は829万1756円である。

他方、本件増築部分には瑕疵が存在し、これによりYが被った損害の額は266万9956円である。

Xは、平成26年3月に本件訴えを提起し、Yは同年6月に本件反訴を提起した。Xは、同年8月8日の第1回口頭弁論期日にYに対して本件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」）、これを反訴についての抗弁（以下「本件相殺の抗弁」として主張した。

原審は、X主張の本件相殺の抗弁につき以下のように述べて不適法だとした（民集1759頁以下）。

「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（最高裁判所昭和63年3月15日第三小法廷判決・民集42巻3号170頁参照）。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、異なることはないところ（最高裁判所平成3年12月17日第三小法廷判決・民集45巻9号1435頁参照）、本件のように、X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。〔…〕また、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、均衡を失するとはいえない。」と述べ、X の本訴請求につき 829 万 1756 円及び Y の反訴請求につき 266 万 9956 円の限りで認容する旨の判決をし、遅延損害金の発生を否定した。

X 上告受理申立。

原判決破棄。主文第 1 項は以下の通り。

「1 原判決を次のとおり変更する。

- (1) Y は、X に対し、562 万 1800 円及びこれに対する平成 26 年 8 月 9 日から支払済みまで年 6 分の割合による金員を支払え。
- (2) X のその余の本訴請求を棄却する。
- (3) Y の反訴請求を棄却する。」

【判決理由】

「4 しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

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対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請求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請求権は、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、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の双方の便宜と公平にかなない、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關係に鑑みると、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恐れがあり、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、重複起訴を禁止した民法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。

5 以上によれば、本件相殺の抗弁を主張することは許されなかった原審の判断には、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、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請求権と相殺する旨の意思表示をした場合、注文者は、請負人に対する相殺後の請負残代金債務について、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5年（オ）第1287号、同9年（オ）第749号同年7月15日第三小法廷判決・民集51巻6号2581頁参照）。以上説示したところによれば、本訴請求は、本件相殺後の請負残代金562万1800円及びこれに対する本件相殺の意思表示をした日の翌日である平成

26年8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、その余の本訴及び反訴請求はいずれも理由がないからこれを棄却すべきである。したがって、原判決を主文第1項のとおり変更することとする。』

【研究】

1. 本件は、請負契約に基づく請負代金の支払いを求める訴訟（本訴）において被告側が瑕疵修補に代わる損害賠償債権（民法634条2項。なお、同条は平成29年法44号により変更された*。）による反訴を提起し、これに対して原告が、本訴で訴求中の代金債権を自動債権として相殺の抗弁を主張したケースであり、この相殺の抗弁が、重複訴訟禁止（民訴142条）の趣旨に抵触するかが問題とされたものである。

一定額の金員の支払いを求める訴訟において、被告側がそれに対する防御方法として相殺の抗を主張することがまれでない。その際、その自動債権が既に別訴で訴求中のものである場合、その相殺の抗弁が重複訴訟禁止原則（民訴法142条）の趣旨に抵触するか否かが問題とされてきた。この点について、長らく相殺の抗弁が<抗弁>である以上、重複した<訴え>の提起を禁止する重複訴訟禁止原則には抵触しないとする見解と、相殺の抗弁に対する判断が既判力を持つこと（民訴法114条2項）を主たる根拠に、この原則の趣旨に反するとして許容しない見解とが対立していた（従来の状況につき、河野正憲『当事者行為の法的構造』（弘文堂・1988）75頁以下）。最高裁は、最高裁（3小）昭和63年3月15日判決民集42巻3号170頁（以下適宜「昭和63年判決」という。）においてはじめて、それまでの下級審裁判例の多くの立場を是認し、相殺の抗弁を不適法として却下した。この事件自体は、賃金の支払いを求める仮処分執行後にその仮処分命令が控訴審で取り消され仮払金の返還が求められた事件において、本訴で請求中の賃金債権を自動債権とする相殺の可否が問題とされたもの

* 平成29年改正法（令和3年4月1日施行）以前の民法634条2項は、「注文者は、瑕疵の修補に代えて、またはその修補とともに、損害賠償の請求をすることができる。この場合においては、第533条の規定を準用する。」と定めていた（また、533条は、同時履行の抗弁に関する規定）。

であり（この事件につき、河野正憲「判例研究」判例時報 1215 号 206 頁〔判例評論 367 号 44 頁〕）、やや特殊な点も存在した（判示事項二では、自働債権の特殊性から、相殺の抗弁を認めなければ労働者に酷になるとも言えない、とする）。しかし、これに続いた最高裁平成 3 年 12 月 17 日判決民集 43 卷 9 号 1435 頁（以下、適宜「平成 3 年判決」という。）は、一方で X が Y に対して輸入原材料残代金請求訴訟を提起し、またこれとは別に Y が X に売買代金請求訴訟を別訴で提起したが、この両訴が控訴審で併合されたことから Y が自己の売買代金債権を自働債権として相殺の抗弁を主張したところ、控訴審は両訴を分離し、X の請求について結審し、重複訴訟禁止により相殺の抗弁を否定し X の請求を認容した。最高裁は、この控訴審の取り扱いを肯定し、別訴で訴求中の債権を自働債権とする相殺の抗弁の適法性につき、より詳細な一般的理由を示して相殺の抗弁を不適法とした。これ以来、判例では一般論としては相殺を不適法とする立場が承認されたといえる。しかし、すべての場合に、この一般論のみで割り切り、このような相殺を不適法とすることは、事案によってはきわめて不都合な場合を生じることも確かである。そこで、この立場を基調としつつ、なおこの立場によった場合に生じうる可能性のある実際上の不都合の是正をはかる努力が続けられてきた（河野正憲『前掲書』112 頁以下）。

本件原審は、専らこのような一般論に依拠して相殺の抗弁を不適法却下した。しかし、最高裁は、問題とされている両請求が手続上本訴と反訴の関係にあることを前提に、双方が、実体的に共に同一請負契約に起因する代金請求の本訴と瑕疵修補に代わる賠償請求権を反訴とする訴訟である場合には、本訴請求権を自働債権とする相殺の抗弁が許容されるとの判断を示した。本判決の判断が前提とする基本的なスキームは、最高裁が昭和 63 年判決以後のいくつかの判例によって積み重ねられたものを基礎にして構築されており、その基本線は確立しつつあるといっていよい（このような判例の準則についてはすでに指摘した。参照、河野正憲「判例研究」『名古屋大学・法政論集』271 号 173 頁）。以下では、この問題の基本に立ち返りつつ、今一度判例の示す準則を検討しよう。

2. (1) さて、本件最高裁は、前述のように、昭和 63 年判決以来打ち建ててきた一般論として、別訴で訴求中の債権を自働債権とした相殺の抗

弁が重複訴の禁止の趣旨に抵触することを当然の前提としている。しかし、この原則による場合に生じうる不都合も、場合により回避することが可能である。それは、その際に前提となる、「別訴で訴求中の債権を自働債権とする相殺」についても、そこで相殺の抗弁が不適法として却下される根拠を子細に検討すれば、手続上、そこで想定されている「別訴」の形態は一樣ではなく、相殺の抗弁を許容することにより生じる可能性のある難点を回避することが可能な場合もあり得るからである。また実体的にも、相殺に供される債権相互の関係も一樣でなく、場合により相殺処理を否定されることによる不都合も考えられるからである。そこで、より詳細に、このような不都合を避ける方策を模索し、より事案の実質に即した判断のスキームを確立する必要性が求められてきた。近時の判例の動向はこのような流れに沿うものであり、本件もまた、そのような一連の判決の一環をなす。

(2) 一般論として、既に係属中の債権を自働債権とし、相手方が提起した別訴で訴求中の金銭債権を受働債権とした相殺の抗弁を主張することが重複訴訟の禁止原則（民訴法 142 条）の趣旨に抵触するとされる根拠について説示、先例とされている平成 3 年判決の説明がやや抽象的であったためか、その判決後にも、必ずしもその判決が示す内容につき一般の理解をうることができなかつたように見える。本件原審も、このような一般論のレベルの判断から直接結論を出した。こうして、なおこの問題の混乱は完全には収束していないともいえよう。この場合に、形式的に〈別訴で訴求中の債権による相殺〉という類型一般に該当する事のみを理由として一律に、相殺の抗弁を却下すべきだとする結論を引き出すことが、この問題に対する必然的な帰結であるわけではない。一般論として、別訴で訴求中の債権を自働債権とする相殺の抗弁を許容することができないことは平成 3 年判決が指摘するところであるが、他方で、相殺の抗弁を不適法却下することにより実際的な不都合が発生しうることも想定されており、平成 3 年判決を基調としつつ、より具体的な事案に対処した緻密な判断枠組みを模索することが求められていた。

そこで、このような方策を模索するに当たっては、まず、なぜ一般論として相殺の抗弁が重複訴則の趣旨に反し却下されなければならないのかという不適法とする根拠に今一度遡って検討することにより、その一般論が

及ぶ限界を明確にする必要がある。そのうえで、それに両立しうる手続的方策を明らかにすることが出発点となる。

さて、一般に、すでに別訴で審理中の債権を自働債権とする相殺の抗弁が不適法とされる根拠について、この基本的立場を明確にした平成3年判決は次のように述べる。

まず、重複訴訟禁止原則の趣旨について、①「審理の重複による無駄を避けるため」と、②「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」とする。そのうえで、さらにこの原則が相殺の抗弁について準用されるのは、③特に②との関係で、「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（民訴法199条2項〔現行法114条2項〕）」を挙げると共に、④「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性があるけれどもこれを防止することが困難であること等」を具体的に指摘していた。

そこで、この平成3年判決が指摘する、相殺の抗弁を適法として並行した手続を進めた場合に発生しうる不都合について検討すれば、ひとまず反訴の場合を度外視すれば（反訴の場合については後述（3）次のようになる）。

まず、①の審理の重複による無駄の点である。周知のように、相殺の抗弁に関する審理については、他の抗弁とは異なった特異な扱いが求められている。一般に、抗弁事項に関する裁判所の判断は、判断の容易なものからすればよく、順位はつけられていない。特に、原告の訴えの基礎となった請求権を否定する事由が複数存在しうる場合には（請求権の不発生やその弁済、時効消滅等）、裁判所が、これらのうちの 하나가成立するとの確信に至れば、何れにせよ請求が棄却するとの結論となる。そこでそのいずれかが認められれば被告の主張の意図は達せられるし、また判決の根拠とされた理由（理由中の判断）には既判力が及ばないこととされているから、それを主張する当事者も、当面の審級での訴訟手続のみを念頭に、抗弁についての立証に尽くせば当面の目的である請求棄却という結論を得るといふ達成しうる（後のありうるかもしれぬ訴訟への波及を考慮する必要はないから、たとえその予想に反しても、この点を理由とした上訴提起もその

利益がない。）。

これに対して、被告から相殺の抗弁が主張された場合、この抗弁についての審理判断は当面留保され、原告の訴求債権の存在が立証されてはじめて意味を持つ。訴求債権の存在が立証されなければ請求は棄却され、相殺の判断は不要となるからである。相殺の抗弁のこのような特殊性から、訴求債権についての最終的な判断の遅延が予想されるが、その点を考慮した手続上の対応策について、わが国の民事訴訟法は何ら特別の規定を置いていない（これに対して、母法であるドイツ民事訴訟法が、裁判所に手続分離権限を与え〔ド民訴 145 条〕、また、留保判決〔ド民訴 302 条〕制度を用意していることにつき、河野正憲「判例研究」『法政論集』271 号 157 頁、168 頁以下）

他方で、自動債権とされている（当面審理が留保されている）被告の原告に対する債権については別訴が提起され、この債権については、その存在につき別途、主張・立証がなされ、裁判所の判断がなされるための手続が進行している。しかし、この手続と、相殺が主張された手続とは別個独立であり、別訴で行われている立証活動やそれに対する裁判所の判断はそれぞれ独自に行われなければならない相互に融通することはできない。裁判所は、当該裁判所に係属する事件外で生じた事由については、弁論主義の建前から職権で考慮し心証を形成することができないからである。この意味で、自動債権についての立証活動と裁判所のそれに対する判断は双方の手続で重複してなされざるを得ないことになる。

このような、並行する二つの手続においては審理・判断がそれぞれ独立して進められる結果、一方の手続で相殺の抗弁が主張されると、その結果は当該手続内で反映することができても、それを他方の手続に反映することはできない。前記③④はこのことを示したものである。弁論主義の建前から、直接当該手続内で行使されなかった防御方法は、裁判所が判決で顧慮することは禁止されるからであり、これは、両訴訟が独立して提起されている以上当然に生じる現象であると考えられる。相殺の抗弁を主張した当事者としても、防御方法として相殺の抗弁を主張した場合には、それは専ら当該手続内で訴求債権が認容される場合に備えた防御活動であるから、それ（による仮定的な自動債権の消滅の結果）を他の手続にも反映させ、自らの独立した請求をそれに合わせて減縮しようとはしないであろう。そ

の結果、自働債権とされた債権についてその債権の存在が立証された場合、原則として、別訴ではその請求が認容され、他方の手続では相殺の抗弁が奏功したことから、その手続においては両債権が対当額で消滅したとの結論に至ることになる。かくして、別訴では、その訴求債権の存在が認められてその支払いが命じられるが、他方での手続では、相手方の請求は、相殺によって棄却された対当額分については、訴訟物とはされていない自働債権にも当該債権が存在しない旨の既判力が及ぶ（民法114条2項）ことになる。したがって、この債権については双方の手続で矛盾した判決となり、その旨の既判力の矛盾が生じることが不可避となる。

(3) このような問題が発生する原因の一つには、以上のように並行する二つの訴訟手続内で行われる審理・判断がそれぞれ独立してなされざるを得ず、それらを、当該手続を超えて相互に反映させることができないからである。

もっとも、このような問題は、両請求が併合審理され、手続の併合が判決に至るまで継続する場合には回避されうる。別に独立して双方が提起した訴えであっても、たまたま両者が、審理の過程で併合される場合はあり得る（平成3年事件では、それぞれ別の訴訟が控訴審で併合された。）。しかし、この場合には、そもそも併合自体が常に保障されるわけではなくその可否の判断は裁判所の裁量であるとともに、両事件がたとえ併合されても、更にその後に分離の可能性は残されていることから、以後も引き続き併合審理による統一的観点からの審理判断が確保されるわけではない。平成3年判決は、この場合について、相殺の抗弁を不適法とした。

(4) これに対して同じく別訴の形態をとる場合であってもそれが反訴の場合には、自働債権とされる債権と別訴（反訴）で請求中の債権について併合審理がなされるとともに、両債権について併合審理の要請が高い場合には分離の可能性を排除することによって、単に審理の過程での重複を避けることができるとともに、結論の齟齬を避けることも可能となる。

もっとも、反訴についてはわが国の現行法は、本訴請求債権との牽連性を要求したドイツ民事訴訟法（33条）に依拠して（ドイツ民法立法者は、牽連性を要求せず広く反訴を認めると手続の混乱を助長しかねないという。その沿革につき、河野正憲『民事訴訟法』（有斐閣・2009）677頁以下）、本訴請求と反訴請求との牽連性を要求し、「被告は、本訴の目的である請

求又は防御の方法と関連する請求を場合に限り、口頭弁論の終結に至るまで、本訴の係属する裁判所に反訴を提起することができる」（民訴法 146 条 1 項）と定める。その結果、両請求が実体法上牽連性を有する場合には、それを反訴の形で、同一訴訟手続内で行使することができる。しかし、両者に同条が要求する牽連性がなければ、一般にこれを反訴の形で同一手続内において請求することができないという制約は残る。

訴求債権と牽連性のない債権は、それ自体を本訴請求事件で反訴として訴えを提起することはできないとの原則には例外があり、たとえ両者に牽連性がなくても、その債権を相殺の自動債権として行使すること自体は可能である。実体法上、相殺においては相互の債権自体が牽連性を有することを要求していないからである（なお、この点については後述 3 参照）。この場合には、この債権は、訴求債権に対する「防御の方法」として行使された相殺の抗弁の自動債権であることから、反訴として請求することができることになる（相殺先行の場合における反訴の提起による扱いについては、河野正憲『当事者行為の法的構造』（弘文堂・1988））。こうして、訴求債権に対して、自動債権のほうが多額である場合には、相殺によって消滅する対当額を超える残額を反訴で請求することは当然に許容されることになる。

このように、本訴請求の基礎となっている債権と牽連性のない債権であってもそれを自動債権として相殺の抗弁を主張することは妨げられず、また、それによって当該債権は防御方法として用いられるから、さらに反訴の形で請求することも許される。もっともその場合に、この債権は、訴訟上、一方では相殺の抗弁における自動債権として、他方では反訴請求の訴訟物として二重に行使されることになる。しかし、この場合には、少なくとも平成 3 年判決が指摘する、重複訴訟禁止原則の趣旨に反するか否かの判定基準である審理の重複と既判力の矛盾の可能性自体は回避することができる。しかし、それでも、自動債権とされる債権について相殺の抗弁についての審理判断がなされた場合に発生する〈既判力の重複〉を避けることはできないように見える。もっとも、その場合であっても、相殺の抗弁を主張した被告が、それと同時に、またはその後に反訴を提起する場合には、この反訴は、相殺の抗弁の主張という本訴における防御行為に関連する事項として提起されたものであり、両債権が対当額で重複する限りで

は、防御方法としての相殺の抗弁を第一義とし、反訴請求はその限りでは、相殺の抗弁を補完する形で請求することになる。したがって、この場合の反訴は、両債権の対当額については予備的反訴であることになる。

反訴は、予備的に提起することができることに異論はない。その根拠の一つとして、原告には、訴え提起にあたり一般に複数の訴えを併合提起する場合に請求間に順序や条件を付し、予備的併合形態での訴えが認められることから、被告が反訴を提起する場合にも、これと同様に、一定の条件を付すことが認められるとされる。その際に条件とされるのは訴訟内での事由である（Stein/Jonas/H. Roth, ZPO, 23. Aufl., Bd.1, § 33, Rdnr. 36）。

相殺の抗弁が主張されてそれに合わせて、あるいはその後当該相殺の抗弁の基礎となった自働債権による反訴が提起される場合（相殺の抗弁先行の場合）、手続上、その対象となる債権については、反訴としての訴えと相殺による自働債権とで二重に行使されることとなるが、この両者には順序を付しており、相殺を第一とし、反訴は二義的とされることになる。したがって、反訴の前提として主張された相殺の抗弁が認定される場合、反訴の基礎となった自働債権は、相殺により消滅する本訴請求との対当額について、さらに反訴によって請求する必要がなくなる。この部分についての反訴請求は、あくまでも仮定的であり断念されることになる。相殺の抗弁が奏功して訴求債権が棄却される場合、その対当額についての反訴請求は、解除条件が成就してその請求について重複した訴えはなかったことになる。こうして、反訴が予備的である場合には、相殺の抗弁が認められれば反訴請求部分についての判決が不要となることから、相殺の抗弁で自働債権とされた債権につき別訴部分が判決対象から消滅することになり、判決の一本化がなされて、既判力の重複も生じない。

3. (1) 以上に対して、すでに反訴が提起された後に、係属している二債権の一方を自働債権とし他方に対して相殺の抗弁が主張される場合がある（反訴先行の場合）。この場合、相殺の抗弁を主張する者についてみれば、①本訴請求に対して反訴原告が反訴で請求中の債権を自働債権として相殺の抗弁を主張する場合（反訴原告による相殺）と、②反訴請求に対して、本訴原告が本訴請求債権を自働債権として相殺の抗弁を主張する場合（本訴原告による相殺）とがありうる。いずれの場合にも、反訴はそれ自体す

で無条件で提起されていること、また本訴についても、自働債権に係る訴えを予備的とすることによる重複訴訟禁止の趣旨を回避又は解消することは困難であるように見える。

(2) この点に関して、反訴原告による相殺の抗弁の主張の場合(①に該当)につき、最高裁〔2小〕平成18年4月14日判決民集60巻4号1497頁(以下、平成18年判決という。この判決につき、河野正憲「判例研究」判例タイムズ1317号5頁)は、請負契約発注者から請負契約の瑕疵に基づく修補に代わる損害賠償請求の本訴が提起され、これに対して請負人(の相続人)が、残代金を反訴として請求し、さらにこれを自働債権とする相殺の抗弁を主張したケースであった。最高裁は、この場合に、この相殺の抗弁が適法であるとし、次のように判示した。すなわち、平成3年判決に言及した後、「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反訴請求を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ものというべきである。」という。その結果、本訴と反訴については、相殺対当額について、反訴の請求が予備的となることから、両手続において判決の対象は、相殺に供された債権についてその対当額部分につき一本化されることになり、手続の分離はありえず、また既判力の重複もないことになる(当然、相互の矛盾は生じない)。

4. (1) 他方で、本訴原告が反訴請求に対して相殺の抗弁で対抗する場合(②の場合)については、この自働債権とされる本訴請求を予備的請求とすることはできないから、この方策によって手続上、判決の対象を一本化し、自働債権に関する既判力の重複を回避することはできない。したがって、この場合には、結局自働債権に用いられる債権が二重に審理・判断の対象となること自体は、手続上避けられないともいえよう。

一般に相殺について、民法は、「二人が互いに同種の目的を有する債務を負担する場合において、双方の債務が弁済期にあるときは、その対当額について相殺によってその債務を免れることができる。ただし、債務の性質がこれを許さないときは、この限りでない。」と定めており、相殺に供することができる債権は、一般には相互に密接な関係を必要としない。したがって、相殺の抗弁に用いられる自働債権とされる債権と受働債権との間で一般には、相互に相殺処理を不可避とするわけではなく、両訴を分離して審理する可能性は排除されないといえる。

(2) しかし、以上に対して、実体法上相殺処理が強く求められる場合も存在する。最高裁(1小)平成27年12月14日判決(以下、平成27年判決。この判決については、河野正憲「判例研究」法政論集271号157頁)は、このような事案であり、手続的に反訴に対する防御方法として本訴債権を自働債権とした相殺の抗弁が主張されたが、<当該事案における相殺処理の実体的必要性>から、自働債権の対当額部分について二重の判決が避けられないにせよその間に齟齬は生じないことから、相殺の抗弁の適法性を肯定した。具体的にみると、これは、長期にわたる金銭消費貸借関係で生じた過払金の返還請求事件であるが、被告である貸金業者が原告請求の債権が一連のものではなく、中間に間隙があることからこの契約関係が別個の二つの契約からなり、第1の取引により生じた過払金返還請求権は時効消滅したと主張し、残債権の支払いを求める反訴を提起したのに対して、原告が第1の契約による返還請求権が時効消滅したと判断される場合に備えて、時効消滅した同債権を自働債権として反訴請求債権に対する相殺の抗弁(参照。民法508条)を主張したケースであった。最高裁は、一般論として平成3年判決を前提としつつ、さらに、「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また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、重複訴訟を禁じた民訴法

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。」と述べた。

このケースは本訴と反訴の関係であり、それが維持される限り手続上は、審理の重複と判断の矛盾という問題点は回避される。しかし、判決対象が一本化されていないことから、①本訴の訴訟物である債権についての判断として相殺による対当額の不存在による本訴の主文としての請求棄却（民訴法114条1項）と、②反訴請求の訴訟物である債権について、相殺による対当額の消滅による反訴の主文としての請求棄却（民訴法114条1項）とともに、③本訴の基礎となった債権についてはさらに相殺による自働債権の対当額について理由中の判断として当該債権の不存在についても既判力が生じる（民訴法114条2項）ことになる。この①と③は同一債権につき重複して既判力が生じることになるが、併合した判断が維持される限り相互に矛盾することはない。この場合にはしたがって、相殺の実体的必要性に対応する判断となり、このような既判力の重複は甘受しうるものといえる。そして、このケースにおいては、その実体的関係から相殺処理を保障する必要がある、そのためには、本訴と反訴の関係にある債権相互の審理において、手続上両請求を分離する取扱いが排除されなければならない、この場合には両請求についての手続分離に関する裁判所の裁量権を否定したと解することができる。

(3) 本件もまた、本訴及び反訴の基礎になっている実体的関係から、強く相殺処理が要請されるケースであった。すなわち、本件では請負契約における請負代金債権の請求を本訴としており、その瑕疵に基づく修補に代わる損害賠償請求権を反訴としていた（民法634条2項。平成29年改正前）。その際、本訴原告が、反訴請求に対する防御方法として、本訴請求債権を自働債権とした相殺の抗弁を主張したケースであった。

本件最高裁は、まず、本訴請求の対象である請負代金債権と反訴請求の対象である瑕疵修補に代わる損害賠償債権との実体法上の関係について、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頁に依拠して、①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し義務とが対価的牽連関係に立

つこと、そしてそれを承けて、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もまた、上記の法律関係を前提とし、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対価関係をもたらす機能を有するという。加えて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、という。そして更に、②両債権の相殺による処理の可能性にふれて、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、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の双方の便宜と公平にかなひ、法律関係を簡明にするものであるといえる、と指摘する。

更に、以上のような本件における実体的法律関係を基礎に、手続上の処理に関して、③「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恐れがあり、また、審理の抵触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。」と述べる。この場合には裁判所の手続分離の裁量権が制約されることを明示し、そうすることによって、④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しても、本訴請求債権の存否等に係る本訴請求自体での判断と反訴における自働債権の存否の判断に矛盾抵触が生ずる恐れ等はないから、上記相殺の抗弁を許容することは、重複起訴を禁止した民訴法 142 条の趣旨に反するものとはいえないと結論付けた。

(4) 以上のように、本訴請求に対して反訴が提起され、本訴請求の基礎となった債権を自働債権とした相殺の抗弁が主張された場合、審判対象を予備的とすることで一本化することができないことから、両債権間に牽連性がなければ、手続上は両者の分離による審判異別化の可能性は残されており、そうすると、その限りでは相殺の抗弁の主張が排斥される可能性

は残されていることになる。しかし、実体法上相殺処理が極めて強く要請される場合には、このような手続上の問題は、裁判所の両請求を分離する裁量権を否定することができれば、相殺処理の可能性を保障することができ、民訴法 142 条の趣旨に反する状況も発生しない。本件は、このような方策を明示したものであり、きわめて妥当なものだといえる。

(5) なお遅延損害金については、相殺の抗弁を主張した日の翌日から発生するものとする。この判断は、既に、最高裁（3小）平成9年2月14日民集51巻2号337頁、及び最高裁（3小）平成9年7月15日民集51巻6号2581頁が示した判断であった。

このうち、前者は、請負契約注文者が瑕疵修補に代わる損害賠償債権の支払いを求めたが契約当事者のいずれからも、損害賠償債権と報酬債権とを相殺する旨の意思表示がなされなかった事案に関するものである。この場合、民法 634 条 2 項により両債権は同時履行の關係に立ち、瑕疵の内容が重要でないとはいえずまたその他の交渉過程などの諸事情を勘案しても同時履行を請求することが信義則に反するといえない場合、契約当事者の一方は、相手方から債務の履行を受けるまでは、自己の債務の履行を拒むことができ、履行遅滞による責任も負わないとする。

また、後者は、請負人の報酬債権の請求に対して注文者が瑕疵修補に代わる損害賠償債権を自働債権とする相殺の意思表示をした場合、注文者は、請負人に対する相殺後の報酬残債務につき、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する。両債権が、同時履行の關係に立つことを前提としたうえで、「注文者が瑕疵修補に代わる損害賠償債権を自働債権として請負人に対する報酬債務と相殺する旨の意思表示をしたことにより、注文者の損害賠償請求権が相殺適状時にさかのぼって消滅したとしても、相殺の意思表示をするまで注文者がこれと同時に履行の關係にある報酬債務の全額について履行遅滞による責任を負わなかったという効果に影響はないと解すべきだから」だ、という。

この判断は、既に前掲平成 18 年判決でも踏襲されており、確定判決となっている。

5. なお、平成 29 年改正民法においては、請負契約に基づく瑕疵による注文者の損害賠償請求権を定めた同 634 条は全面的に改正され、従来の、

請負契約に基づく瑕疵修補請求権及びそれに代わる損害賠償請求権を定めた規定は削除され、同条は注文者が受ける利益の割合に応じた報酬減額請求権の規定がおかれた。また、請負人の担保責任についてはそれを制限する規定が置かれ、請負人が種類又は品質に関して契約の内容に適合しない仕事の目的物を注文者に引き渡したときは請負人の担保責任が制限される旨の規定が設けられた（民法 636 条）。

もっとも、以上の場合以外については、請負契約に不適合の場合注文者は債務不履行責任一般の規定（民法 415 条、564 条、559 条）により、請負人に対して損害賠償請求権を取得するから（山本豊編『新注釈民法（14）』（有斐閣・2020）632 条 IV（4）173 頁（笠井修筆））、本件で示された問題は、改正法後も引き続き継承されることになる。なお、改正法後における請負代金請求権と瑕疵修補に代わる損害賠償請求権との相殺処理に関してはなお若干の懸念もみられる。注文者が請負人に対する損害賠償債権を自働債権とする相殺については、報酬減額請求権が明文で規定されたことから、相殺の意義が減殺されるのではないかとし、また反対に、請負人が自己の請負代金請求権を自働債権とし、注文者の瑕疵修補に代わる損害賠償債権を自働債権とする相殺についても、両債権の多寡による相殺の可否を論じる見解もある。しかしこのような見解の基礎になっているのは、瑕疵修補に代わる損害賠償義務と報酬支払義務が同時履行の関係に立つことの原因が、後者が前者を上回る部分についての履行遅滞を防ぐという注文者の利益を考慮したものだとされる（これらにつき、山本豊編『前掲書』176 頁以下）。しかし、本来の意味での同時履行関係にない請負代金債権と瑕疵修補に代わる損害賠償債権とに関し、相殺権が行使されない場合に両者間で履行遅滞関係が生じないこと（したがって遅延利息が発生しないこと）の説明として同時履行関係を認める際に発生しうる不都合の調整として信義則が用いられているが、これを相殺の許否の判断にもそのまま援用するのは無理がある。相殺処理は両債権の調整・清算機能にあり、これとは別の考慮によるのであり、なお改正後においても本件の意義は大きくは変わらないであろう。