

判例研究

時効消滅した訴求債権を自働債権として
反訴債権に対してなされた相殺の抗弁の許否
(最[1小]判平成27年12月14日民集69巻8号2295頁)

河野正憲

【判示事項】

本訴請求債権が時効消滅したと判断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

【判決要旨】

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。

平成27年12月14日第一小法廷判決（平成25年（オ）918号、不当利得返還請求本訴、貸金請求反訴事件）民集69巻8号2295頁

反訴請求認容部分につき破棄差戻し、その余につき上告棄却

原審：東京地方裁判所平成24年9月4日判決

原審：東京高等裁判所平成25年1月31日判決

【事実関係】

本件は、X（上告人・被控訴人・本訴原告・反诉被告）が貸金業者であるY（被上告人・控訴人・本诉被告・反訴原告）との間で締結した金銭消費貸借契約に基づいて生じた過払金返還請求訴訟である。

Xは、Yとの間で平成6年6月5日から平成21年11月24日まで金銭

の借り受けと弁済を繰り返していたが、過払金が発生したと主張して、22万6127円及び利息の支払いを求めて本件訴訟を提起した（本訴）。

Xは、本件金銭消費貸借契約は平成6年6月5日から平成21年11月24日までの間の取引につき一連のものであると主張し、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、前記額の過払金が発生すると主張し、不当利得返還請求権によるその返還を求めている。

これに対してYは、本件取引は一連のものではなく、平成6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）はそれぞれ独立したものであり、第1取引による過払金返還請求権は、この取引の最終日である平成12年7月17日から10年以上を経過しているとして消滅時効の援用をした。また、Yは、Xとの第2取引に基づく貸付金につき利息制限法の制限利率で計算すると154万9698円の債権を有していると主張し、その支払いを求めた（反訴）。Xは、Yの主張を否認するとともに、第6回口頭弁論期日で、仮に第1取引と第2取引が一連のものだと判断されない場合には、Xの有する第1取引により発生した分を含んだ過払金不当利得返還請求権を自働債権とし、Yの主張する債権を受働債権として対当額で相殺する旨の予備的抗弁を主張した。

原審は、第1取引と第2取引が一連のものだと判断し、Yに対して14万9014円の過払金の返還を命じ、Yの反訴請求を棄却した。

これに対して、Yが敗訴部分の取り消しと、第1審で請求した金額の支払いを求めて控訴した。

原審は、第1取引と第2取引が別個独立のものだと判断し、第1審判決を取り消し、YはXに3万5507円の支払い（本訴）と、YのXに対する反訴請求につきXに104万6554円の支払いを命じた。しかし、この判決では、Xが原審で主張した予備的相殺の抗弁について、その判決文で原審判決の相殺の抗弁に関する摘示部分を引用しながら（引用判決〔民集2333頁〕。控訴審が引用した部分は原審判決の第2・2ないし6.の部分。このうち相殺の抗弁に関しては6〔民集2316頁〕に記載）この点に関して何ら判断を示さず、結局相殺の抗弁を見過ごした判決をした。X上告。破棄差戻し。

【判決理由】

「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。

4 そこで、まず、上記2の相殺の抗弁が民訴法142条の趣旨に反して許されないものか否かについて判断する。

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、重複訴訟を禁じた民訴法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また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。

6 そうすると、原判決のうち Y の反訴請求を認容した部分は、上記 2 の相殺の抗弁についての判断がないため、主文を導き出すための理由の一部が欠けているといわざるを得ず、民訴法 312 条 2 項 6 号に掲げる理由の不備がある。これと同旨をいう論旨は理由があり、原判決のうち上記部分は破棄を免れない。そして、上記 2 の相殺の抗弁につき、更に審理を尽くしたうえで必要な判断をさせるため、上記部分につき本件を原審に差し戻すこととする。」

【研究】

1 本件は、金銭消費貸借契約に基づいて発生した過払金返還請求訴訟において、被告である貸金業者が提起した貸付金の返還を求める反訴請求に対抗してなされた予備的相殺の抗弁の許容性に関するものである。本件相殺の抗弁で自働債権とされた債権は、本訴で原告が訴求中の過払金返還債権の一部であるが、この訴求債権に関して被告から消滅時効の援用がなされており、時効で消滅していると判断される可能性があった。そこで原告は、本件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に、これを自働債権として、反訴の訴訟物である債権を受働債権とする相殺の抗弁を予備的に主張した。もっとも、この点に関して本件原審は、相殺の抗弁が主張されたこと自体は認定しながら、相殺の抗弁についてはなら判断せず、反訴請求を認容した。したがって結論的にはこの取扱いは、相殺の抗弁を不適法だと判断して排斥した場合と同じ帰結になっている。しかし、この点に関する明示的判断は判決ではなされておらず、また果たしてこのような相殺の抗弁が、そもそも不適法であるのか否かが問題となりうる。本件で最高裁は、一般論としては、訴求中の債権を自働債権とする相殺の抗弁が不適法だとする原則を示してきた先例に従いつつ、それが反訴においてなされ、しかも訴求債権が時効消滅したと判断される場合を条件とする本件相殺の抗弁は適法だと判断をし、この点について判断をしていない原判決を破棄差戻した。

時効消滅した訴求債権を自働債権として反訴債権に対してなされた相殺の抗弁の許否（河野）

本件で最高裁は、まず前提として相殺の抗弁と重複訴訟禁止原則（民訴142条）との関係につき判断し、あらためて相殺の抗弁と重複訴訟禁止原則との関係について最高裁が示した先例に従うことを確認した。これは相殺の抗弁と重複訴訟禁止原則との関係が、そもそも職権で判断すべき本案に関する前提要件であること、そして判例が一般には別訴で訴求中の債権を自働債権とする相殺の抗弁が不適法であると判断してきたことによるものである。しかしそのうえで、別訴が反訴の場合はその例外になりうることを指摘し、特に時効消滅した債権を自働債権とする相殺の抗弁の場合には例外的に適法であることを示した。本件は、相殺の抗弁と重複訴訟禁止に関する取扱いにつき新たな一事例を加えたものであり、実務的にもまた理論的にも重要な判決である。この問題につき、最高裁が示す判例の準則が確立しつつあるといえる。

2 相殺の抗弁と重複訴訟禁止原則（民訴142条）との関係については、これまでに議論の変遷が見られた。本件が持つ意義もこれらの流れの中で位置づけられなければならない。

(1) さて、相殺が民法上、単独意思表示による債務消滅原因（民506条）として規律されていることから、相殺を訴訟手続上抗弁として用いる場合の手続上の扱いは他の抗弁と異ならず、訴訟物である〈請求〉につき重複した訴訟を禁止する重複訴訟禁止原則には抵触しないという見解が有力に主張されてきた。他方で、相殺の抗弁が他の債務消滅の抗弁とは異なる面があるとして、重複訴訟禁止原則の趣旨に抵触するとの見解も主張されていた。この点に関しては長い間下級審裁判例でも問題とされてきたが、抵触するとの立場が次第に有力となっていた（一連の最高裁判決前の裁判例・学説状況については、河野正憲「相殺の抗弁と重複訴訟禁止の原則」同『当事者行為の法的構造』（弘文堂・1988）75頁以下）こともあり、この点に関する最高裁の判断が待たれていた。

(2) 最高裁は平成63年以降、この問題、特に別訴係属中の債権を自働債権として、これとは別の訴訟で相殺の抗弁を主張することの適法性について相次いで判決を下した。

その嚆矢となったのは最高裁（3小）昭和63年3月15日の判決（民集42巻3号170頁。以下適宜「昭和63年判決」という）であり、このよう

な相殺の抗弁が重複訴訟禁止原則の趣旨に反し不適法であるとの判断を初めて示した（この判決につき、河野正憲「判例研究」『判例時報』1315号206頁）。もっともこの事件は、賃金の仮払いを命じる労働仮処分について、当該仮払いの執行後に仮処分を命じた判決が取消されたことに伴う原状回復請求権を受働債権とし、賃金の支払いを求める本案訴訟における請求債権を自働債権とする相殺の抗弁が主張されたケースであった（民事保全法施行前のケース）ことから、この判断が一般化されうるのかが注目された。

これに続き、最高裁（最〔3小〕判平成3年12月17日民集45巻9号1435頁、以下適宜「平成3年判決」という）は、この問題につき、一般的な判断を示した。事案は輸入原材料残代金等の支払を求める訴えをXがYに提起したが、他方でこの被告Yは別訴でXに対して売買代金の支払いを求める訴えを提起したケースであった。両事件は控訴審で同一部に係属したため両訴は併合審理されたがその際、Yは訴求中の売買代金債権を自働債権とし、Xの輸入原材料債権を受働債権とする相殺の抗弁（訴訟上の相殺）を提出した。控訴審は、両事件を分離の上、Xの訴えを結審し、相殺の抗弁が重複訴訟禁止の規定の趣旨に反して不適法だとして、Xの請求を認容した。これに対する上告審で最高裁は、この相殺の抗弁は重複訴訟禁止規定の趣旨に抵触するとの一般的判断を示したうえで、当該事案につき相殺の抗弁を不適法であるとして却下した原審の判断を肯定した。最高裁の理由は、①一般論として、「民訴法231条〔現行法124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（民訴199条2項〔現行法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ついて既に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」と指摘した。そしてさらに、②このケースのように両請求が併合審理された場合についても言及し、「このことは右抗弁が控訴審の段階で初

時効消滅した訴求債権を自働債権として反訴債権に対してなされた相殺の抗弁の許否（河野）
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」と述べた。

その後、最高裁（最〔3小〕判平成10年6月30日民集52巻4号1225頁。以下適宜「平成10年判決」という）は、同じく別訴で訴求中の債権を自働債権とする相殺の抗弁について、まず重複訴訟禁止原則と相殺の抗弁との関係について平成3年判決の判示事項の上記①を示しつつ、更にこのケースが、自働債権とされた別訴の請求がいわゆる明示の一部請求であり、相殺の自働債権とされた部分が係属中の訴えの訴訟物に属さない〈残部〉であったことから、このような相殺の抗弁を認めても重複訴訟禁止原則の趣旨には抵触しないとの判断を示した。この判決が、結論的に相殺の抗弁を許容したために、一部の学説では、最高裁が重複訴訟禁止原則に抵触するとしてきたこれまでの判例を変更したのではないかとの憶測もみられたが、事案が明示の一部請求に関するものであり、少なくとも最高裁判例の一部請求に関する準則によれば残部は訴訟物とはなっておらず（この点につき、河野正憲『民事訴訟法』（有斐閣・2009）612頁以下、617頁。また同「判例研究」『民事訴訟法判例百選〔第4版〕』（有斐閣・2010）72頁）、重複訴訟禁止原則との抵触はない事案であった。

これに続き最高裁（最〔2小〕判平成18年4月14日民集60巻4号1497頁。以下適宜「平成18年判決」という）は、請負契約に伴い発生した瑕疵修補に代わる損害賠償請求訴訟において、請負人側（被告）が提起した請負代金請求の反訴に対して原告が主張した損害賠償債権を自働債権とする相殺の抗弁が許容されるかが問題とされたケースであった。原審は、この場合「反訴の提起をもって相殺の意思と同視すべきである」として相殺の抗弁を許容した。これに対して、最高裁は、このような特異な（無理な）解釈を否定しつつ、結論的に相殺の抗弁を許容した。その理由としてはまず、このケースが反訴提起後にその訴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ケースである点を挙げて立ち入った検討した。その際その出発点は平成3年判決が示した原則であり、別訴で訴求中の債権を自働債権とする相殺の抗弁は重複訴訟の禁止の趣旨に反するという原則を再確認したうえで、「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る。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、反诉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、反诉被告の同意も要しないというべきである。」と述べて、例外的に相殺の抗弁が適法だと判断を示した。(本件につき、河野正憲「判例研究」『判例タイムズ』1311号4頁)

(3) 本件(以下、適宜平成28年判決という)は、このような一連の判決に続くものであり、一般論としては従来と同様、別訴で係属中の債権を自働債権とする相殺の抗弁が不適法だとの基本原則を維持しつつ、本件では時効消滅した債権を自働債権とする相殺の抗弁であることもあり、それ自体訴求できない債権であっても相殺の場合には有効にその行使ができるという相殺の特殊な意義を強調する。そして特に手続的には本件が反訴請求に対して本訴の訴訟物が時効消滅した債権を自働債権とする予備的相殺の抗弁であったことを挙げて相殺の抗弁を許容しても問題が生じないと指摘する。すなわち、「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。」と、その手続上の問題がない理由を具体的に説明した。

このように、一連の最高裁判決は、別訴として既に係属中の訴えの訴訟物を構成する債権を自働債権とした相殺の抗弁を不適法とする原則論自体は維持しつつ、場合によりその例外的取扱いを認め、別訴が反訴の形をとる事案については結論的には相殺の抗弁が許容される可能性があるとの判断を示してきた。

3 (1) 以上の最高裁のこれまでの一連の処理に対しては、学説のうち

時効消滅した訴求債権を自働債権として反訴債権に対してなされた相殺の抗弁の許否(河野)特に従来の通説的見解からは、その前提となっている一般論自体に対して強い懸念ないし厳しい批判が浴びせられていた(例えば、中野貞一郎「相殺の抗弁」同『民事訴訟法の論点Ⅱ』(判例タイムズ社・2001)136頁、161頁)。

これらの批判は、相殺制度の持つ様々な実体法上の特殊機能等に照らせば、相殺の抗弁を不合法として却下する取扱いに対する違和感に起因すると共に、判例の相殺の抗弁許容説への転換への期待の表明であるともいえる。

もっとも、一連の最高裁判決が前提とし、本件でも維持された、別訴で係属中の債権を自働債権とする相殺の抗弁は原則として不合法だとし却下した平成3年判決の示した判断に対しては、学説上、特にこれを適法とする見解からの批判も、かつての適法説のように無限定に適法とするのではなく、次第に調整的な方策を探る方向が台頭している。

(2) このような調整的方向の一つとして、相殺の抗弁が提出された場合、すでに係属中の別訴の審理自体を、相殺の判断がなされるまで中止すべきだとする見解がある(松本博之「判例研究」『民事訴訟法判例百選(3版)』(有斐閣・2003)92頁、94頁。のち改説。後述)。この見解は平成3年判決が、別訴で係属中の債権を自働債権とする相殺の抗弁が不合法だとして掲げた理由として「審理の重複による無駄を避けるため」という点と、「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」ことの二点を挙げ、さらに後者について「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199条2項〔現行法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」と指摘した点を非難する。まず、その前提として相殺の持つ実体的機能を制約する解釈を問題視し、不合法説は相殺の抗弁を反訴と同一視するものであるがその根拠が示されていないと難じる。そのうえで、しかし相殺の抗弁と別訴の関係について、平行した訴訟の一方を中止すべきだとし、その際相殺の抗弁の審理を中止するのは適当ではなく、むしろ別訴を相殺の判断がなされるまで中止すべきだという処理を、ドイツにおける同じ見解(Stein Jonas/Leipold, ZPO. 21. Aufl. § 145 Rdnr.43; なお、22. Aufl. § 145. Rdnr. 50も同一の記述。そこでは、このような取り扱いが合

目的のだとして、ド民訴 148 条を援用するが、それ以上の説明はない。Ders., ZPO, 22. Aufl. § 148 Rdnr. 28 も同一説明) に依拠・参考) に提言した。

しかし、この見解には、理論上及び実務上いくつかの問題がある。まず、相殺の抗弁が他の抗弁と変わらず、重複訴訟禁止の趣旨に抵触せず許容されるとする結論を基本的に維持するのであれば、相殺の抗弁と別訴の審理は平行しておこなうことができることになり、そもそも両者の調整問題は発生しないはずである。にもかかわらず別訴の中止が必要だとするのは、このような平行審理に問題があることを自認するからに他ならない。この点で、前提と結論に論理矛盾を起こしているといえる。これは、不適法説が、結論的に中止ではなく不適法という帰結を導くことに対する批判のあまりに生じた、自説の前提からの逸脱であろう。また、ここで、すでに係属中の別訴—したがって別の裁判体ですでに審理中—での訴訟物をなす債権の審理を、これとは別の訴訟で被告が相殺の抗弁を主張したことで中止するという取扱いも極めて不自然でありまた実際的ではない。この見解も、このような問題点を自認して、のちに改説し、先行訴訟の中止ではなく、後行訴訟を中止する方が合目的だとする(松本博之『訴訟における相殺』(商事法務・2008) 145 頁以下)。しかし、この取扱いも、後行訴訟でその被告(別訴原告)が提出した予備的相殺の抗弁で訴訟手続が中止されることになれば、原告に耐え難い訴訟遅延を強要することになる。

なおドイツでは、異なる訴訟手続間の調整のために一方手続を中止する一般規定が存在する(ド民訴 148 条)が、わが国ではこのような規定は存在しない。別訴が後行する場合で、当該別訴が反訴として提起されている場合には、相殺の抗弁との間で調整の余地があるが、純然たる別訴の場合にはその余地はなく、ただ反訴が提起できない場合に限り、相殺の抗弁を優先したい被告の申立てにより、相殺の判断についての判決が確定するまで、別訴の中止を求めることができるとすべきではある(この点につき、河野正憲『民事訴訟法』(有斐閣・2009) 303 頁)。これに対してここで問題の、既に係属中の訴えを、別の訴訟手続内で予備的に主張された相殺の抗弁を理由にして、別訴裁判所が職権で中止すべきだとする取扱いを一般的に認めることは根拠を欠き實際上困難であろう。また、その場合にもいつまで中止するのもかも明確でない。にもかかわらず、このような調整を必要とするのは、相殺の抗弁が訴訟手続上、他の抗弁と異なった反訴類似の

時効消滅した訴求債権を自働債権として反訴債権に対してなされた相殺の抗弁の許否（河野）

側面を有すること、すなわち、それが訴求債権に対する防御機能だけでなく、これと併せて自働債権の訴訟手続上の行使機能をも有しており、最終的にその点が既判力で確定されるからに他ならない。実際、ドイツ民法は相殺の抗弁につきその手続的特色を考慮して幾つかの調整規定を置いた（相殺の抗弁の手続上の特性については、後述 4）。これに対してわが国民事訴訟法にはこのような相殺の抗弁に特有の特別規定は全く存在しない。最高裁平成 3 年判決が、「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」というのはこの点を正当に指摘したものであった。

(3) 相殺の抗弁と重複訴訟禁止原則との関係について、特に平成 3 年判決は極端な不適法説を展開するが、このような立場は、学説の現況や実際上の観点から極めて問題だと批判する見解もある（三木浩一『民事訴訟における手続運営の理論』（有斐閣・2013）346 頁）。まず、学説についてはかつてのような厳格な適法説と不適法説の対立は、その間の折衷説の台頭と両陣営の歩み寄り（抗弁先行、抗弁後行の区別、両者が併合等同一手続で審理すれば問題は解消される等の調整的手法の提唱）により実質的差異が解消しつつある。にもかかわらず平成 3 年判決が、絶対的不適法説を採用するのは極めて不当であり、また判例は平成 10 年判決及び平成 18 年判決では当然のこととして平成 3 年判決を援用するが、このような判例による展開は「理論的に考えると不自然であるとしかしいような論理が展開されることとなった」と評価する（『前掲書』349 頁）。そのうえで、平成 3 年判決は、相殺の持つ防御機能と実現機能（ヘーゼマイヤ）が十分に考慮されていないとし、この事案が弁論併合によりいったんは同一手続で審理されたのに、「何ら理由を示すことなく同一手続型の事例を分離手続型と同視したことは遺憾」であり、将来に大きな禍根を残すと批判する（『前掲書』356 頁）。

しかし、このような学説の分類が適切か、特に適法説、不適法説、折衷説という結論指向の分類における折衷説という（伝統的手法であるが）いわば十把一絡げがここでの分析方法として果たして正当か、また最高裁判決が十分な根拠や展望をもたずに闇雲に極端な不適法説を打ち出し、昭和 63 年判決に続いてさらに一般論として、別訴で訴求中の債権を自働債権

とする相殺の抗弁が不適法でそれを解消する一般的方法が存在しないとした判断が不当であり極めて問題で禍根を残すという評価が果たして正鵠を射たものか、また、平成3年判決に対しては、相殺の抗弁が先行する場合相殺権者は別訴を反訴の形で提起し得るのに対して、別訴が先行する場合にはこのような選択の余地・可能性がないから、相殺の抗弁を不適法とするのは不当で相殺の防御機能を認めるためにはたとえ審理の重複があっても相殺の抗弁を認めるべきだと主張する（『前掲書』354頁）。しかし、相殺の抗弁が持つ防御機能、その多様な機能についてはたして正当な分析を経ているかは改めて検討が必要であるし、何よりもここで問題は、一般論として相殺の抗弁を認めるための具体的方策が求められているのに、その必要性のみを示したにすぎず、なお議論としては十分ではない点にある。

(4) 本件（平成28年判決）では、特に相殺の抗弁を許容すべき強い必要性があることが強調されている。そこで、そのことから本件判例が、従来の一連の判例で示した原則を実質的に放棄し、基本的立場を変更して、別訴で訴求中の債権を自動債権とする相殺の抗弁を許容する立場に転換したと理解するのは正当でない。またその基本的立場が「揺らいでいる」と評価することも（例えば、山本弘「二重訴訟の範囲と効果」『ジュリスト増刊・民事訴訟の争点』（有斐閣・2009）92頁以下、95頁以下）正鵠を得ていないであろう。本件判決はなお、一般論としてはこのような相殺の抗弁が不適法だとの原則を維持していると見なければならぬ。そのうえで、そしてそれゆえに例外的に手続上重複訴訟禁止の趣旨に反しない場合に限って相殺の抗弁を適法とする余地があるというスキームを展開しているとみるのが論理的である。そもそも相殺の抗弁が一般に、他の抗弁と同様に重複訴訟禁止原則の趣旨に反しないのであれば、このような言及自体がもはや不要であるし、相殺の抗弁について特別の調整の考慮さえも不要なはずだからである。

4. (1) 相殺の抗弁が訴訟手続上、他の抗弁一般とは異なった特異性を有すること自体は、すでにわが国民民事訴訟法が基礎としたドイツ民事訴訟法の立法以前から意識され、論じられていた。ドイツの立法者もまた相殺の特異な性格を前提とし、反訴との近似性を前提としていた。問題とされたのは、相殺の抗弁では相殺に供される自動債権が2個の独立した別の訴

時効消滅した訴求債権を自働債権として反訴債権に対してなされた相殺の抗弁の許否（河野）
訟で審理・判断の対象となり、それについて既判力が付与される可能性がある点であり、このことから反訴同様に取扱うべき旨を表明していたが、この点は直後の判例により否定された（この点につき以前に詳論した。河野正憲『当事者行為の法的構造』「前掲書」90頁以下）。

ドイツ立法者は、この他にも相殺の抗弁の特異性を意識したことにより、それを手続に反映させ反訴に近似した扱いをする旨の明文規定を置いた点が注目される。

まず、同法〔現行〕145条は、裁判所に手続分離を命じ得る権限を与え、1項では1個の訴えで複数の請求をする場合に弁論分離の権限を認め（同条1項）、2項は反訴についてこれと同様の規定を置くとともに、同条3項は相殺の抗弁についても、「被告が、訴えで主張した債権と法的関連性のない債権である反対債権〔＝自働債権〕の相殺を主張する場合、訴えと相殺について弁論を分離すること、302条の規定が適用されるべきことを命じることができる」と定めている。この規定の目的は、相殺の抗弁の審理に伴う訴訟遅延の防止にある（Thomas/Putzo/Reichold, ZPO. 36. Aufl. (2015), § 145, Rdnr.6）。相殺の抗弁の審理判断においては、訴求債権の存在が明確になってはじめて自働債権の存在についての判断がなされる。その際、自働債権が訴求債権と法的関連性を持たない場合、訴求債権についてはその請求を認容するまでに判断が熟しているにかかわらず、改めてこれと無関係の自働債権の存否について審理判断することは、訴求債権についての判決が遅延する。そこで、この場合には、訴求債権の弁論と自働債権の弁論を分離し、前者については直ちに終局判決をすることができるようにし、その際、この判決はそれに続く相殺の抗弁に対する判断に最終的に留保されるものとしている。すなわち、ドイツ民訴法〔現行〕302条は、「被告が反対債権の相殺を主張した場合、債権についての弁論のみが判決に熟した場合、判決を相殺の判断を留保して行うことができる」（同条1項）と定める。この留保判決は、上訴及び強制執行に関しては終局判決とみなされる（同条3項）。そして、「判断が留保されている相殺に関しては、なお事件は係属を続けている。以後の手続で原告の請求権が理由なしと判断される限り、以前の判決は取消され、原告は請求を棄却され、費用については別途判断されなければならない。原告は、判決の執行により、または執行の防御のためになした給付によって被告に生じた損害の賠償の義務を

負う。被告はこの損害賠償請求権を係属中の訴訟で主張することができ、この請求権が主張された場合、その請求は、支払いまたは給付の時に係属したもののみなされる。」と規定する。この留保判決の制度もまた相殺の抗弁により生じる可能性がある訴訟遅延の防止を目的とする(Thomas/Putzo/Reichold, aaO, § 302, Rdnr.1)、そして<留保判決>は、請求債権と自働債権 [= 反対債権] が法的関連性を持たないで両者の弁論が分離された場合(前述、ド民訴 145 条 3 項)だけでなく、両者が法的関連性を有し、弁論が分離されない場合であってもなされる(Thomas/Putzo/Reichold, aaO, § 302, Rdnr.2)。

ドイツ民事訴訟法は、相殺の抗弁について、請求債権とは別に、予備的に行使された相殺の抗弁の自働債権の審理によって訴訟手続が遅延することを懸念し、そのための対策に意を用いている。特に、請求債権と相殺の自働債権が法的関連性を持たない場合について、原告の請求債権について既に判決に熟しているにかかわらず相殺の抗弁に供された自働債権の存否の審理に引きづられて請求債権についての判決を直ちにすることができないことの不当性への配慮を示した(沿革上、普通法上の相殺 [compensatio] の要件であった即時証明可能性 [Liquidität] をドイツ民訴法立法者が手続的に変容して、前掲 145 条、302 条を置いたことにつき、河野正憲『当事者行為の法的構造』64 頁。立法時は、136 条、274 条)。このような、相殺の抗弁の特異性に由来する特別の手続的規律はわが国には存在せず、ドイツにおける取り扱いとの違いを生んでいると思われる。

(2) 相殺の抗弁と重複禁止原則との関係を検討するに際しては、さらに特別の事情がある。特に、すでに係属中の債権を自働債権とする相殺の抗弁が主張された場合、この自働債権については別訴として係属中の訴えで、既に直接それ自体の存否について審理が進行中だからである。この訴訟の係属によって発生する訴訟係属の効果は、当該事件について、両当事者に対して専らこの(先行する)手続内で事件解決をするために、当該裁判所による審理・判断に集中し、同一事件を後に他の裁判所で審理することを求めることを排除する点その核心がある(この点につき、河野正憲『民事訴訟法』146 頁以下)。それにもかかわらず、これとは別の事件において(予備的)相殺の抗弁が提出されたことで、進行中の訴訟手続を中止しなければならないという取り扱いをすることは、とりわけドイツ法のよう

時効消滅した訴求債権を自働債権として反訴債権に対してなされた相殺の抗弁の許否（河野）な相殺の抗弁に関する手続的な特別の規律のないわが国では、実務上耐えがたいであろうし、理論上も、予備的な相殺の抗弁について判断がなされるか否かが不明確であるにもかかわらず、その判断がなされるまで別訴手続を中止すべしというのは極めて不明確・不安定であることは前述とおりである。

反対に、この場合に相殺の抗弁の判断を、別訴で審理中の債権の存否が確定するまで中止すべしとすることも、いたずらに当該事件の判決を遅延させることになり、原告及び裁判所にとって到底受け入れることができないこともすでに論じた通りである（この点につき、河野正憲『当事者行為の法的構造』118頁）。

以上のように、自働債権について、相殺の抗弁に関してなされる審理判断と別訴でなされるそれとを別の訴訟としたままで、相殺の抗弁自体は適法としつつ一般的な形で、いずれか一方の手続の進行を中止制度を活用して調整することは、理論的にもまた実際上も困難だといえる。

(3) 以上に対して、二個の訴えの間で両手続にまたがった手続的調整が可能であれば、相殺の抗弁が重複訴訟禁止原則に抵触するとして相殺の抗弁を却下するという帰結を避け、より妥当な解決を探ることが可能となる。判例は、一般的には先行別訴で訴求中の債権を自働債権とする相殺の抗弁を、重複訴訟禁止原則の趣旨から却下せざるを得ないとの帰結を維持しつつ、それを避けて手続的調整が可能な場合を模索してきた。すなわち、先行する別訴が反訴の場合である。

反訴は、本来本訴請求あるいはそれに対する防御方法と関連する請求についてのみ許容される被告からの訴えであり（民訴146条）、そこでは、本訴と反訴が一応は独立した請求ではあっても一個の訴えとして平行・統合して審理判断されることが予定されている。したがって、反訴が提起された後にこの債権を自働債権とする相殺の抗弁が、あるいは反訴請求に対して本訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁が提出されても、その限りでは、両者の調整は手続的には可能だといえ、その制度趣旨には反しない。

もっとも、別訴が反訴の形で提起されていても、相殺の抗弁が提出された場合の審理についてはなお検討すべき事項がある。

まず、相殺の抗弁は相手方の請求に対する防御方法として主張されており、原告の本訴請求に対して被告が、あるいは被告の反訴に対して原告が

(反訴被告として)相手方の請求に対する防御方法として相殺の抗弁を提出している。いずれの場合にも、相殺の抗弁はその限りで訴求債権に対する防御機能を持つことになる。そしてこの場合に相殺の抗弁に用いられた債権は、相殺についてはその自働債権として、また訴求債権の訴訟物を構成する債権として、一個の債権が二重に審理の対象となる。しかし、純然たる別訴の場合とは異なり、反訴の場合この両者の判断は別個に審理されるのではなく一体的に審理されることになるから、その限りでは重複訴訟禁止原則の趣旨には反しないともいえる。

他方で、相殺権行使者の側から見れば、自働債権とされた債権は既に訴求中であり、それ自体審判対象として係属しており、そのうえで相殺の抗弁の自働債権として行使される。相殺の抗弁が予備的だとしても、相殺について審理判断されれば、この自働債権については、訴求債権と対当額で相殺により消滅しその不存在が既判力で確定される(民訴114条2項)。この債権は、この場合訴訟物として審判対象とされているわけではないが、既判力による確定を伴うことから、訴求債権に対して対当額で強制的に自働債権を実行・貫徹する機能を営む。そうだとすれば、相殺権者は、この債権について二重にその貫徹・実行を行ったことになる。このことは、重複訴訟禁止原則(民訴142条)の趣旨に反することになる。そこで、このような二重の(自働債権として及び訴求債権として)の債権の行使貫徹について、相殺権行使者自身がいずれを優先するかを選択し明示することが求められる。

もっとも、相殺権行使者が、このような形で相殺の抗弁を主張するには、それなりの理由があるからに他ならない。特に、訴求債権と法的に関連した債権を自働債権として相殺の抗弁を主張する場合、この関連した債権債務関係を相殺によって清算することが期待されており、このこと自体は相殺の清算機能として承認されている。このような相殺の機能を追及するためには、相殺権者は、自働債権の存在が認められる限り反訴で請求中の債権を自働債権として相殺することによる清算を第一義とし、また反訴請求自体はその限りで断念することになる。このためには、反訴は相殺の抗弁が認められることを解除条件(予備的反訴)として行使することによって、自働債権の重複行使の問題を避けることができる。ただ、この場合であっても、相殺の抗弁の主張前に反訴が提起されている場合には、このような

時効消滅した訴求債権を自働債権として反訴債権に対してなされた相殺の抗弁の許否（河野）
方策を反訴原告に求めることは極めて困難であった。この点につき、最高裁平成 18 年判決は、このような相殺の抗弁が無条件の反訴の後に主張された場合、反訴を提起している相殺権者の意思の解釈として、別段の意思が表明されていない限り、別訴は予備的反訴に変更される（訴えの変更）と解すべきだとした。極めて斬新な解釈だが、これに賛成すべきである（この点につき、河野正憲「判例研究」『判例タイムズ』1311 号 4 頁）。

他方で、あくまでも別訴で請求中の債権行使を第一義とし、これが奏功しない場合に初めて相殺についての判断を求めるとする例外的な場合がある。本件（平成 28 年判決）のケースがまさにそれである。この場合、別訴（過払金返還請求訴訟）で請求中の債権につきその請求が時効消滅を理由に認められず、請求が棄却される場合に備えて相殺の抗弁についての判断を求めることになり、極めて異例である。これは、相殺による権利行使は、その自働債権の貫徹機能は、当該債権が時効消滅していてもなお可能だという相殺の実体法上の特殊性（民 508 条）に基づく。この場合、訴求債権が時効消滅しその給付請求ができない点では当該債権の貫徹・実行機能は最早消失している。しかし、その場合であっても相殺による債権の貫徹・実行時の機能はなお存在することから、相殺権者は二次的に、相殺が持つこの機能の実現を求めていることになる。したがって、この両者に矛盾はなく、ただ相殺権者による明示的な指定により、重複審理・判断が避けられている点で、重複訴訟禁止原則の趣旨に反しないことは、本件判決が指摘する通りである。

5 判例は、本件に至る一連の（全ての小法廷の）判決により、別訴で提起中の債権を自働債権とする相殺の抗弁の許容性についての準則を確立したとみることができる。それによれば、一般論としては、そのような相殺の抗弁は不合法であるが、別訴が反訴の場合、そして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いうものである。極めて現実的であり、またそれは理論的にも十分に支持することができる解釈論的精密さを有していると評価できよう。

