

判例研究

請負代金請求と瑕疵修補に代わる損害賠償請求が本訴・反訴として係属中にする反訴での本訴請求債権を自働債権とする相殺の可否

—— 最判令和2年9月11日民集74巻6号1693頁 ——

瀬 川 駿^{*}

- I 事案の概要
- II 判旨
- III 分析

I 事案の概要

1 事実の概要

- (1) Yは、平成25年9月、建築物の設計、施工等を営むXとの間で、請負代金額を750万円として、Yの自宅建物につき、店舗である美容室を増築・内装する工事に関する請負契約を締結した。その際、工事の着手を平成25年9月27日とし、工事の完成を平成25年10月30日と合意した。Yは、その後、平成25年9月25日から同年11月25日頃までの間、随時数回にわたり、Xに対し、上記工事の追加変更工事を発注した（以下、追加発注工事を含め「本件請負契約」という）。
- (2) Xは、平成25年12月3日、Yに対し上記増築・内装工事及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。

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第21巻第1号2022年3月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

- (3) 本件請負契約に基づく請負代金の額は829万1756円であった。他方、上記増築部分には第1審にて提出された「瑕疵一覧表」に記載の瑕疵が存在しており、これによりYが被った損害の額は266万9956円である。
- (4) 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支払請求及びこれに対する平成25年12月4日からの遅延損害金の支払い等（以下「本訴請求債権」という）を求め、訴訟を提起した（以下「本件本訴」という）。
- (5) これに対し、Yは、平成25年6月、本件本訴に対し、上記建物部分の増改築部分に瑕疵がある等と主張し、瑕疵修補に代わる損害賠償請求及びこれに対する平成26年7月2日からの遅延損害金の支払い等（以下「反訴請求債権」という）を求め、反訴を提起した（以下「本件反訴」という）。
- (6) Xは、平成26年8月8日の第1審口頭弁論期日において、Yに対し、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、対等額で相殺する旨の意思表示をし、これを反訴請求についての抗弁として主張した。

2 第1審（広島地判平成29年10月13日民集74巻6号1702頁）

第1審は、Xが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意思表示につき、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」という）、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」という）を参照し、二重起訴を禁止した民訴法142条の趣旨に反し許されないとして、Xの相殺の抗弁は認められないと判示し、Xの本訴請求債権及びYの反訴請求債権を一部認容し、その余の請求を棄却した。

3 原審（広島高判平成30年10月12日民集74巻6号1739頁）

原審は、平成3年判決を参照し、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ず、このことは別訴が併合審理された場合であっても同様であるとして、「一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」と述べて原告の相殺の抗弁の主張を排斥した。

また、X が平成 18 年判決を引用して本件での相殺の抗弁の主張は可能であると述べたことに関して、平成 18 年判決は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の主張であり、その場合には当該反訴を予備的反訴へと変更することで解決を図った判例であるとして、本件は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であり事案が異なるとして、X の上記主張を認めなかった。

結論として、X による相殺の抗弁の主張は認めず、本訴請求及び反訴請求をいずれも一部認容した。なお、本訴及び反訴における遅延損害金の請求については、上記の判断を前提に、本訴請求債権と反訴請求債権が同時履行の関係に立つ(民法 533 条) ことから遅延損害金は発生しないとして、いずれも棄却した。

これに対し、X が上告受理申立てをしたのが本件である。

II 判旨

破棄自判。

「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し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ず、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う、法律関係を簡明にするものであるといえる(最高裁昭和 53 年 9 月 21 日民集 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係属に鑑みると、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」。「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虞があり、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ふべきである」。「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、上記の虞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」。

Ⅲ 分析

1 本判決の意義

本判決は、本訴原告が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主張した場合において、請負契約における請負代金債権と瑕疵修補に代わる損害賠償債権とは、その性質上相殺による清算的要請が強いことを指摘し、その性質に鑑みると弁論の分離は禁止されるため、二重起訴禁止を規定する 142 条の趣旨である判断の矛盾抵触の問題及び訴訟不経済の問題は生じないとし、結論として相殺の抗弁の主張を認めたものである。

一般に、係属中の他の訴訟において請求されている債権につき、同一債権を別訴にて抗弁として主張すること（以下、抗弁の提出時期に着目して「訴え先行型」という）は、二重起訴禁止を規定する民訴法 142 条の趣旨に反し許されない

とされている（平成3年判決）。本判決は、本訴原告が本訴を提起し、本诉被告が反訴を提起した場合において、当該反訴において、本訴原告が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主張する場合¹⁾であり、訴え先行型の一種であるため、平成3年判決の射程が及ぶ場合には相殺の抗弁の主張は不適法となる。しかし、弁論が併合された後においても事後的な弁論の分離可能性を考慮し相殺を認めないという平成3年判決の理論を採らず、本訴請求債権と反訴請求債権の両債権の実質的・経済的性質を考慮し、かつその清算的要請が強いという実面的側面に鑑みること、弁論の分離に関する裁判所の裁量が制約される場合には、例外的に相殺の抗弁の主張を認めると判示した点に、本判決の意義があると解される。すなわち、本判決は、弁論の分離に関する裁判所の裁量が存在する以上矛盾判決の虞があり二重起訴禁止の趣旨に反するという平成3年判決の理論的前提を回避しており、その射程は及ばないと判示したものと考えられる。したがって、平成3年判決と矛盾するものではなく、判例変更をしたものでもない。

2 相殺の抗弁と二重起訴禁止について

(1) 議論状況

既判力は判決「主文に包含するものに限り」生じ（民訴法114条1項）、判決理由中の判断には生じないのが原則である。もっとも、相殺の意思表示は訴訟上請求原因を消滅させる抗弁として機能するため、訴訟物ではない。また、その存否の判断は判決理由中においてなされ、かつ、相殺の抗弁は自働債権の消滅という実質敗訴の性格を有することから予備的抗弁たる性格を持つ以上、審理判断されるかどうかは不確実である。それに関わらず、対抗した額の不存在について既判力が生じるとされている（民訴法114条2項）。これは、仮に相殺の抗弁として主張する自働債権の不存在につき既判力が生じないとすると、相殺の抗弁によって反対債務の支払いを免れた者が、別訴において同一債権の支払いを求めて再度訴訟提起することができることになり、相殺権者に二重の利益を許してしま

1) この事実は、後述の平成27年判決に類似する。

うことになり妥当でないためである。

そして、民訴法 142 条は裁判所に係属する「事件」について、当事者はさらに「訴え」を提起することができないとし、二重起訴の禁止を規定する。その制度趣旨は、伝統的に、①前訴と後訴での既判力の矛盾抵触、②審判の重複による訴訟不経済、③二重に訴訟追行を迫られる被告の応訴の煩をそれぞれ防止する点にあると説明されてきた²⁾。

ここで相殺の抗弁の判断には既判力が生じることから、以下の問題が生じる。すなわち、本訴原告が本訴被告に対し有する債権（以下「 α 債権」という）と、本诉被告が本訴原告に対し有する債権（以下「 β 債権」という）が存する場合において、両債権が共に訴訟係属している場合に、 α 債権を自働債権とし、 β 債権を受働債権とする相殺の抗弁の主張は許されるか、という問題である。かかる問題は、相殺の抗弁の提出時期に応じ、訴え先行型・抗弁先行型に分類される³⁾が、本判決は訴え先行型に関する事例であるため、以下では訴え先行型の議論に絞る。

訴え先行型とは、本訴にて α 債権請求訴訟を提起し、別訴において β 債権請求訴訟が提起された場合において、別訴において α 債権を自働債権とし、 β 債権を受働債権とする相殺の抗弁を主張する場合のことをいう。この場合、相殺の抗弁は民訴法 142 条の「訴え」に当たらないが、相殺の抗弁の判断には既判力が生じるため、同条の類推適用によりその主張を否定すべきかが問題となる。

学説は、相殺の抗弁主張の可否について、適法説⁴⁾と不適法説⁵⁾の対立が見られる。適法説は、相殺の抗弁は訴訟における防御方法であるためその主張に制限をかけることは妥当でないこと、予備的抗弁であるため裁判所が必ず実体判断す

2) もっとも、これは確立した趣旨ではなく、理論的に突き詰めれば誤りであると指摘するものとして、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、2014）266 頁以下、山本弘「平成 27 年判批」金融判研 26 号（2016）27 頁がある。

3) この他に、本诉被告が本訴原告に対し有する債権のうち β 債権以外のものを φ 債権とし、本訴にて β 債権請求訴訟を提起し、別訴にて φ 債権請求訴訟を提起した場合、両訴訟において α 債権を相殺の抗弁として主張することができるかという「抗弁並存型」も存在する（杉山悦子『民事訴訟法 重要問題とその解法』86-87 頁（日本評論社、2014）、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第 8 版〕』（弘文堂、2015）355 頁、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法（上）〔第 2 版補訂版〕』（有斐閣、2013）144-145 頁等）。

るとは限られないこと、矛盾判決の虞は実際上の対応により対処可能であること、相殺の抗弁の簡易決済機能・担保的機能に対する相殺権者の合理的期待を保護する必要性が高いこと、また、相殺の抗弁を認めない場合、相殺を主張する者は別訴を取り下げる必要があり、その際には被告の同意が必要である（民訴法 261 条 2 項）ところ、その同意を得られない場合には相殺の担保的機能を享受できないことになり、妥当でないこと等を論拠とする。これに対し、不適法説は上述の 142 条の趣旨に鑑み、特に①の既判力の矛盾抵触の虞を防止する必要性が高いこと、相殺の担保的機能は無制約ではないため相殺の主張を制約することは不合理ではないこと等を論拠とする。

判例は、平成 3 年判決において、既判力の矛盾抵触の可能性を強調・重視し、「理論上も実際上もこれを防止することは困難」であると述べ、不適法説⁶⁾に立つ。

(2) 関連判例の変遷

訴え先行型については、平成 3 年判決によって別訴における相殺の抗弁の主張は否定され、そのことが判例法理として先例拘束性を有している。本判決は訴え先行型の一事例であるため、二重起訴禁止原則の下における本判決の位置づけを明らかにするためには、訴え先行型につき判示した一連の裁判例を概観し、その傾向と照らし合わせる必要があるとあり⁷⁾、また、各判例の立場は「揺らぎ」

4) 高橋・前掲注 3) 142 頁、中野貞一郎「相殺の抗弁（下）——最近の論点状況——」判タ 893 号（1996）8 頁、佐野裕志「相殺の抗弁と二重起訴禁止」一橋論叢 117 巻 1 号（1997）47-51 頁、松本博之「相殺の抗弁と二重起訴禁止」高田裕成ほか『企業紛争と民事手続法理論 福永有利先生古稀記念』（商事法務、2005）536 頁以下、佐野裕志『注釈民事訴訟法（5）訴え・弁論の準備』（有斐閣、1998）232 頁、瀬木比呂志『民事訴訟法』（日本評論社、2019）71 頁、松本＝上野・前掲注 3) 355 頁、長谷部由起子『民事訴訟法第 3 版』（岩波書店、2020）89 頁、川嶋四郎『民事訴訟法概説』（弘文堂、第 3 版、2019）162 頁等。

5) 伊藤眞『民事訴訟法〔第 7 版〕』（有斐閣、2020）238 頁、梅本吉彦「相殺の抗弁と二重起訴禁の禁止」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・民事訴訟講座（1）』（日本評論社、1981）381 頁、梅本吉彦『民事訴訟法〔第 4 版〕』（信山社、2009）277 頁等。

6) 一切の例外を認めない絶対的不適法説であることを述べるものとして、三木浩一「令和 2 年判批」法研 94 巻 5 号（2021）95 頁参照。

7) 加藤新太郎「重複訴訟の禁止と相殺の抗弁」NBL 1191 号（2021）73 頁以下。

を見せているとの指摘⁸⁾も存在する。そこで、本判決の分析の視座の一つとして、訴え先行型に関する各判例を概観し、その変遷を辿る。

ア 平成3年判決

事案は、XがYに対し、 α 債権(XY間の継続的取引契約に基づく商品代金等の残額支払請求権)請求訴訟を提起し、YがXに対し別訴で β 債権(YがXに対し訴求している売買代金債権)請求訴訟を提起した場合において、両請求が控訴審において弁論の併合がなされた後に、YがXに対し α 債権を自働債権とする相殺の抗弁を主張したというものである。

判旨は、上述のように訴え先行型における相殺の抗弁の主張を不適法とし、その理由として、相殺の抗弁の判断には既判力が生じる(民訴法114条2項)以上、民訴法142条の趣旨が相殺の抗弁についても合致すること、そして、「このことは……両事件が併合審理された場合についても同様である」とした。

学説は、判旨に対し、判旨は既判力の抵触の虞を重視するが、そもそも既判力の矛盾抵触の虞は、別訴でも同一債権について審理されていることは当事者から主張があるはずであり、仮に主張がないとしても裁判所の職権調査事項であるため既判力の矛盾抵触は既判力そのものの作用により防止されること⁹⁾、既判力の矛盾抵触が生じ得る関係にある本訴と別訴であれば、その密接関連性に鑑み本来弁論の分離はできないと判断されるべきであるにも関わらず、本件で弁論の分離をしたことは訴訟指揮に関する裁量の逸脱濫用であり、違法である¹⁰⁾との批判がある。また、仮に矛盾判決があった場合でも再審(民訴法338条1項10号)による救済が可能であることから、相殺の抗弁の主張を否定する決定的な理由にはならないと解される。なお、平成3年判決では相殺に供された両債権の関連性は低いため弁論の分離に関する裁判所の裁量の制約の程度は小さいといえるが、判旨は両債権の関連性等につき一切考慮せずに判断を下している。

以上のように、平成3年判決は既判力の矛盾抵触の虞を全面的に押し出して上

8) 八田卓也「相殺の抗弁と民訴法142条」法教385号(2012)4-13頁。

9) 山本弘・前掲注2)27頁。

10) 山本弘・前掲注2)27頁、瀬木・前掲注4)71-73頁。

記判断を示したが、「形式的かつ硬直的な態度」¹¹⁾等として学説により厳しく批判されており、かかる批判は妥当であると解する¹²⁾。

イ 最判平成 10 年 6 月 30 日民集 52 卷 4 号 1225 頁¹³⁾

事案は、X が α 債権（不当利得返還請求権）の明示の一部請求訴訟を提起し、Y が別訴で β 債権（不法行為に基づく損害賠償請求権）請求訴訟を提起する場合において、X が別訴にて明示の一部請求とした α 債権の残部を以て相殺の抗弁の主張をしたというものである。

判旨は、平成 3 年判決を参照しながらも、①明示の一部請求の場合、残部については既判力が及ばないため、既判力の矛盾抵触の問題は生じない、②明示の一部請求が一部認容判決とされた場合に残部請求をすることは信義則に反するため認められないことから、後訴での相殺の抗弁の主張を許すことは事実上の判断の抵触が生じ得るが、相殺の抗弁の防御権的性格、相殺の簡易決済機能、担保的機能に照らし、正当な防御権の行使として特段の事情のない限り認められると述べ、後訴での相殺の抗弁の主張を認めた。

平成 10 年判決は、平成 3 年判決が等閑視していた相殺の防御権としての性格、担保的機能としての性格を相殺許容の中核的根拠に据え、相殺の抗弁の主張を認めた点に意義がある¹⁴⁾とされる。平成 10 年判決は債権の分割行使の事案であり、明示の一部請求の場合には訴訟物がその明示の一部に限定され、残部の請求は特段の事情のない限り自由にできることから、平成 3 年判決のような相殺と請求の並行状態は生じておらず、ゆえに平成 3 年判決と整合的に解釈可能であるとする見解¹⁵⁾がある一方で、平成 10 年判決は平成 3 年判決が既判力の矛盾抵触の虞を

11) 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」加藤哲夫ほか『現代民事手続の法理 上野泰男先生古稀祝賀論文集』（弘文堂、2017）227 頁。

12) 評釈として、吉村徳重「平成 3 年判批」リマックス 6 号〈上〉（1993）124 頁、荒木隆男「平成 3 年判批」亜大 29 卷 2 号（1994）217 頁、三木浩一「平成 3 年判批」法研 66 卷 3 号（1992）131 頁、中野貞一郎＝酒井一「平成 3 年判批」民商 107 号（1992）241 頁、山本克己「平成 3 年判批」平成 3 年重判解 121 頁等があり、結論及び理由に関して否定的な見解を採るものが多い。

13) 以下「平成 10 年判決」という。

14) 八田・前掲注 8）10 頁。

重視していたことと十分に整合しているかは問題なしとしないという見解¹⁶⁾も存在する。両者の相違は、平成3年判決が相殺の抗弁の主張を不適法とした決定的な理由如何によると解されるところ、平成3年判決は上述のとおり既判力の矛盾抵触の防止に主眼を置いており、そして、明示的一部請求訴訟にて全部棄却判決又は一部認容判決が出た場合には、別訴で残部請求をすることは信義則違反として不適法になるという判例法理が確立している¹⁷⁾ことから、明示的一部請求であっても別訴での残部請求の審理判断に本訴の判断の効力が及び得る場合が十分に想定される。そうすると、平成10年のように明示的一部請求の残部であっても事実上の判断の抵触が生じ得る可能性はあるといえるため、平成3年判決の論理によればこの場合にも相殺の抗弁の主張を否定すべきと解される。それに関わらず、一部請求の場合に限って相殺の性質を重視して事案の解決を図ることは平成3年判決の誤りを却って際立たせることになっている¹⁸⁾との評価も可能であり、平成3年判決と平成10年判決は整合性があるとはいいがたい¹⁹⁾。したがって、訴え先行型における判例の立場は、平成3年判決と比較して、相殺の実体法的な側面を重視した点において、変更されているといい得る。

ウ 平成18年判決

平成18年判決は、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であった点で相違するが、相殺に供された両債権が本判決のそれと同一のものである点で、本判決との類似点が多く、本判決は平成18年判決を踏み台にしてなされたものであるとの指摘²⁰⁾も存在するほどである。

15) 八田・前掲注8) 10頁。

16) 高橋宏志「平成10年判批」リマックス19号〈下〉(1999) 137頁。上野泰男「平成10年判批」平成10年度重判解124頁、坂田宏「平成10年判批」民商121巻1号(1999) 78頁も同趣旨。

17) 最判平成10年民6月12日民集52巻4号1147頁。

18) 山本弘・前掲注2) 96頁。もっとも、併合審理による解決を模索すべきとすることを述べるものとして、新堂幸司『新民事訴訟法〔第6版〕』(弘文堂、2019) 225頁参照。

19) 評釈として、村上正敏「平成10年判批」判タ1005号(1999) 214頁、越山和広「平成10年判批」法教219号(1998) 128頁等がある。

20) 三木・前掲注6) 103頁。

事案は、Xが α 債権（請負契約に基づく請負代金債権）請求訴訟を提起し、これに対し、Aが β 債権（上記請負契約に基づく瑕疵修補に代わる損害賠償債権）請求訴訟を反訴として提起した場合において、Aが死亡し相続人のYらがAの地位を承継し、Yらが β 債権を自働債権とし、 α 債権を受働債権とする相殺の抗弁を主張したものである。

判旨は、平成3年判決を引用するも、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の主張は、「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された場合にはその部分については反訴請求しない趣旨の予備的反訴に変更されることになる」とし、「上記訴えの変更は、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」と述べ、相殺の抗弁の主張を認めた。

平成18年判決は、 β 債権として請負契約に基づく請負代金請求権が、 α 債権としてかかる請負契約から生じた瑕疵修補に代わる損害賠償請求権が主張された場合における、反訴において β 債権を自働債権とし、 α 債権を受働債権とする相殺の抗弁の主張の可否に関する事案である。平成18年判決と本判決は、自働債権と受働債権の性質が同一であるが、本判決は本訴原告からの相殺の主張であるのに対し、平成18年判決は反訴原告からの主張である点が異なる。平成18年判決は、平成3年判決が、別訴と本訴が併合審理されている場合でも相殺の抗弁の主張を認めないという立場を貫徹することを理由としたことから、平成3年判決の論理を前提に平成18年判決の事案において相殺の抗弁の主張を認めるためには、弁論の分離可能性を完全に排除する必要があったところ、反訴原告の異なる意思表示がない限り、単なる反訴ではなく予備的反訴に変更されるという論理を介在させることにより、反訴での相殺の抗弁の主張を認めた²¹⁾。予備的反訴とは、本訴請求の却下又は棄却を解除条件とする反訴のことであり²²⁾、予備的反訴が提起された場合、請求相互の関係に関する当事者の意思ないし期待を尊重し、

21) 八田・前掲注8) 11頁、山本弘・前掲注2) 96頁以下。

22) 兼子一ほか『条解民事訴訟法第2版』（弘文堂、2011）847頁。

弁論の分離は許されないとされる²³⁾。もっとも、平成18年判決のいう予備的反訴はこれと異なり、「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」であり、新たな予備的反訴の類型を作出したといえることができるが²⁴⁾、平成18年判決は、その場合であっても、弁論の分離が禁止され、同一手続内での統一審理が強制される以上、既判力の矛盾抵触の可能性は生じないという。また、本件での自働債権は請負代金債権であり、受働債権は瑕疵修補に代わる損害賠償請求権である。2020年改正前民法では上記両債権は同時履行の関係にあることが規定されており（旧民法634条2項により同533条が準用されることによる）、一般に同時履行関係にある両債権を相殺する場合には、相殺を主張する者の自働債権の先履行を主張する必要があると解される²⁵⁾ところ、両債権は同時履行の抗弁権の存在効果としての遅滞の違法性を阻却するとともに、その後の相殺による清算的調整（代金減額的处理）を誘導するという趣旨の規律であることが、民法起草者の意図であり、本判決でも引用する最判昭和53年9月21日等により、判例法理として確立している²⁶⁾。そうすると、本件は、平成3年判決により相殺の抗弁の主張を制限するという訴訟法上の判例法理と、相殺の抗弁の主張を許すべき場合に当たるといふ実体法上の判例法理に板挟みの状態になっていたといえ、かかる板挟み状態を解消するために、上記の理論により2つの判例法理との整合性を保持した、と評価することができる。

もっとも、平成18年判決の結論の妥当性を否定するものは見当たらない²⁷⁾が、結論に至る論理構成に関しては、賛否両論ある。肯定的に解するものとして、予備的反訴構成が単純反訴構成と比較して格別に不利益に働くという場面は想定し

23) もっとも、予備的併合は弁論の分離禁止の根拠となることに疑問を呈するものとして、内海博俊「客観的予備的併合訴訟における弁論の分離の可否をめぐって」法学76巻(2012)4号1頁以下。

24) 酒井一「平成18年判批」民商138巻3号(2008)340頁。

25) 大判昭和13年3月1日民集17号318頁は同旨。

26) 中田裕康『債権総論第4版』（岩波書店、2020）474頁、杉本・前掲注11）238頁。

27) 安見ゆかり「平成18年判批」青法48巻3号(2006)177頁、酒井・前掲注24）348頁、杉本和士「平成18年判批」早法83巻2号(2008)157頁、渡辺森児「平成18年判批」法研80巻4号(2007)161頁等。

にくく、また相手方からしても特に不意打ちともいえず、平成3年判決との調和の見地からも優れている²⁸⁾、また、平成3年判決との調和を保ちつつ、現実には生じる不都合を回避する巧妙な構成を考察したものである²⁹⁾と評価するものがある。他方で、便宜的・技巧的であり、本訴原告が反訴において相殺の抗弁の主張をする可能性を封じてしまうことになり、妥当でない³⁰⁾、意思表示なく反訴を予備的反訴へと変更することは、処分権主義（民訴法246条参照）に反し得る³¹⁾、単純反訴としておいたとしても、同一手続内において反訴と相殺の抗弁の双方をわざわざ重複審理することはないため、そもそも予備的反訴構成に依拠する必要性は存在しなかった³²⁾等の批判が強い³³⁾。

エ 最判平成27年12月14日民集69巻8号2295頁³⁴⁾

平成27年判決は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本訴原告が主張した点において、本判決と類似する。

事案は、XがYに対し α 債権（不当利得返還請求権）請求の本訴を提起し、これに対しYは β 債権の反訴を提起した場合において、XがYに対し、 α 債権が時効消滅したと判断されることを停止条件として、反訴において α 債権を自働債権とし β 債権（貸金返還請求権）を受働債権とする相殺の抗弁の主張をしたものである。

判旨は、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または一部が時効消滅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

28) 安見・前掲注27) 177頁。

29) 酒井・前掲注24) 348頁。

30) 山本弘・前掲注2) 96頁、渡辺・前掲注27) 170頁。本判決はまさにこの事案である。本訴原告が反訴において相殺の抗弁を主張しこれが否定された事案として、大阪地判平成18年7月7日判タ1248号314頁があるが、これにも批判が強い。

31) 松本・上野・前掲注3) 357頁。

32) 杉本・前掲注27) 158頁参照。

33) その他評釈として、河野正憲「平成18年判批」判タ1311号（2011）5頁、増森珠美「平成18年判批」ジュリ1340号（2007）95頁、我妻学「平成18年判批」金判1263号（2007）14頁、二羽和彦「平成18年判批」リマークス35号〈下〉（2007）112頁がある。

34) 以下「平成27年判決」という。

して相殺の抗弁を主張することは許される」とし、その理由として、「時効消滅した債権であっても」、時効消滅以前に相殺適状になっていれば相殺をすることができる（民法508条）ところ、本訴請求債権の全部または一部が時効消滅したと判断される場合に、その判断を前提として相殺の抗弁の主張をすることを認めても、本訴における判断と矛盾抵触することはないため、民訴法142条の趣旨に反しない、と述べた。

平成27年判決は、本訴にて主張される α 債権につき、 α 債権が時効消滅することを前提とした別訴での相殺の抗弁の主張は、実体法上相殺の抗弁の主張をすることが明文で認められている（民法508条）ことから、明示はしていないものの、かかる場合における本訴と反訴の密接関連性に鑑み弁論の分離可能性が否定されることから、判断の矛盾抵触は生じず、ゆえに民訴法142条の趣旨に反しないとして、また当事者の相殺に対する合理的期待の保護への配慮をすることにより、反訴における相殺の抗弁の主張を認めた点に意義がある³⁵⁾。また、この種の実体的側面から手続上の弁論の分離禁止を基礎づける解釈が成り立ち得るとすれば、単純併合事例についても分離禁止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になり得るという指摘もある³⁶⁾。そして、本件は反訴における本訴原告からの相殺の抗弁の主張であり、平成18年判決の論理によると「予備的本訴」に変更することが必要となり、一般に条件付本訴は不適法であるとされていることから、この相殺は認められないことになる³⁷⁾。相殺の抗弁を不適法とする立場からは、本訴原告が本訴を取下げた上で、当該取下げ部分を反訴における相殺の抗弁の自働債権として提出すれば足りるとされるが、その場合に本訴被告が同意をするかは疑問である³⁸⁾ところ、このような構成を採らずとも本訴請求債権を自働債権として相殺の抗弁の主張を認めた点は注目に値する³⁹⁾。もっとも、この判決にも批判があり、曰く、時効消滅す

35) 杉本・前掲注11) 244頁等。

36) 今津綾子「平成27年判批」法教430号(2016)144頁。

37) この見解を示唆するものとして、増森珠美「平成18年判解」最高裁判所判例解説 民事篇平成18年度(上)534頁参照。

38) 菊池絵里「平成27年判解」曹時70巻2号301頁。

39) 杉本・前掲注11) 244頁。

ることを条件とする相殺の抗弁の提出は本訴の審理判断を前提とするため既判力の抵触は生じないという議論は、弁論の分離禁止という前提があつて初めて成り立つが、その説明がなされておらず、論理が倒錯している⁴⁰⁾、相殺の利益を享受することの期待はある債権が時効消滅するかどうかにより変わることはないはずであるのに、本訴で α 債権の存在が認められた場合には、本訴原告は相殺の担保的利益を得ることができなくなる点で不合理である⁴¹⁾、等である。

平成 27 年判決は、本訴原告が、本訴請求債権が本訴において時効消滅することを停止条件として、反訴において、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主張をした場合であり、民法 508 条による相殺を許容すべき実体法上の要請と、平成 3 年判決の判例法理による相殺を禁止すべき訴訟法上の要請とが板挟み状態であったといえる。その中で、民法 508 条の趣旨等の実体法上の要請を重視し、この場合には弁論の分離が制限されることになるため、平成 3 年判決が前提としていわれる弁論の分離に関する裁判所の裁量は制約される以上、矛盾判決の虞という二重起訴禁止の趣旨に反しないため、相殺の抗弁の主張を認めるという結論に至るものとして意義があると解される。

オ 小括

以上によれば、平成 3 年判決は既判力の矛盾抵触の防止を重視し別訴での相殺の抗弁の主張を一律に否定するという形式的・硬直的態度をとっていたが、平成 10 年判決では相殺の簡易決済機能・担保的機能を重視することで明示の一部請求の場合における別訴での相殺の抗弁の主張を認めており、また、平成 18 年判決では反訴を予備的反訴へと変更するという理論構成を採ることにより相殺の抗弁の主張を認め、平成 27 年判決では本訴請求債権が時効消滅することを条件に反訴での相殺の抗弁の主張を認めた、と纏めることができる。平成 18 年判決の事案では同一の請負契約に基づく請負代金請求権と瑕疵修補に代わる損害賠償請

40) 山本弘・前掲注 2) 29 頁。もっとも、本判決の特殊性に鑑み、そもそも弁論の分離は禁じられる関係にあるという反論がある（林昭一「平成 27 年判批」平成 28 年度重判解 141 頁）。

41) 山本弘・前掲注 2) 29 頁。

求権における清算的調整が強いという判例法理の要請（本判決が引用する最判昭和53年9月21日）と平成3年判決が示す訴え先行型における相殺の抗弁の主張が禁止されるという判例法理の板挟み状態にあり、また平成27年判決の事案では時効消滅後の債権でも一定の場合には相殺可能であるという民法508条の趣旨と平成3年判決の要請の板挟み状態にあったといえることができるが、いずれも相殺の主張を認めるために、弁論の分離に関する裁判所の裁量が制約されることを理由とし、平成3年判決の理論的前提となっていた弁論の分離に関する裁判所の裁量を狭めることで、平成3年判決とは異なり、訴え先行型における相殺の抗弁の主張を認めている。そうすると、平成10年判決は相殺の抗弁の担保的機能を重視することを理由に、また平成18年判決及び平成27年判決は、論拠の相違はあるが、相殺の抗弁に供された債権につき弁論の分離禁止を介在させることにより矛盾判決の防止という二重起訴禁止の趣旨に反しないことを理由に、別訴での相殺の抗弁の主張を認めているといえ、考慮の主軸が既判力の矛盾抵触という形式的なものから、相殺の担保的機能や債権の性質といった実質的なものへと変更されつつあることを意味していると解される⁴²⁾。このような傾向に鑑みると、平成3年判決で形式的な判断がされた後、平成10年判決は相殺の実体法上の効果に着目するのみであるが、平成18年、27年においては、弁論の分離が制約されるかどうかという点を重視し、その検討の中で相殺の抗弁に供される債権の性質等を考慮するという方向にシフトしていると思われる。つまり、訴え先行型における相殺の抗弁の主張の可否に関する傾向として、判例の考慮の軸が、二重起訴禁止の虞の有無という側面から、弁論の分離が禁止されるかどうかという側面の検討に変化し、その中で相殺の抗弁に供された債権の実体法上の性質等を検討するという傾向にあるといえることができる。

(3) 本判決の位置づけ

本判決はそもそも平成3年判決を引用していないため先例との関係性につき不明瞭さが残るとの指摘⁴³⁾もあるが、平成3年判決の理論的前提である弁論の分

42) 杉本・前掲注11) 244頁も同旨か。

43) 堀清史「令和2年判批」法教486号(2021)145頁。

離可能性の存在如何につき、相殺に供された両債権の性質に鑑み否定しているため、念頭には置いていると思われる。また、本判決は平成3年判決の明示的な引用をしないことで、平成3年判決の枠組みを完全に維持しており、その論理的矛盾さを回避しているといえる⁴⁴⁾。したがって、平成3年判決を変更せずに、訴え先行型につき別訴での相殺の抗弁の主張を認めた点で、平成10年、18年、27年の3つの判例と傾向を一にする判例として位置づけるべきであると解する。

そして、その判断につき、平成10年判決は相殺の担保的機能を重視することで相殺の抗弁を認めたが、平成18年判決は反訴を予備的反訴へと変更するという技巧的な説明により、また、平成27年判決は時効消滅の判断を前提とする相殺の抗弁の主張は実体法上適法であるという両債権の実体法上の関連性を考慮して、各々弁論の分離禁止を導くことで、相殺の主張を認めるという論理を辿るが、本判決は、両債権の密接関連性及び清算の調整を図るべきという実体法上の要請から、裁判所による弁論の分離に関する裁量を制約することにより、矛盾判決の虞という二重起訴禁止の趣旨に反することはないという論理を介在させることにより、相殺の抗弁の主張を認めるという結論に至る。したがって、本判決は弁論の分離に関する裁判所の裁量が制約される場面として新たなものを呈示した⁴⁵⁾という点においても意義を有するといえる。

(4) 本判決の評価

ア 弁論の分離禁止について

平成18年判決からの傾向を踏まえると、弁論の分離が禁止されることを理由に、判決の矛盾の虞は生じない以上、二重起訴禁止の趣旨に反しないという一般法理が形成されている⁴⁶⁾とも思われ、実際に本判決について、本訴・反訴の弁論につき最高裁判例が「分離可能性につき新たな基準を定立した」⁴⁷⁾との評価もある。

44) 三木・前掲注6) 111頁。もっとも、判例の立場は定かではないことにつき、本稿Ⅲ(4)イ参照。

45) 伊藤・前掲注5) 658頁。

46) 今津・前掲注36) 144頁も同旨。

47) 伊藤・前掲注5) 658頁。

一般に、弁論を分離ないし併合することは、裁判所の裁量に服し、当事者は裁判所への申立てが認められているのみである（民訴法152条1項）。そして、弁論の分離禁止が明文で規定されているもの（民訴法40条、41条1項、47条、52条）も存在するが、それ以外には規定がなく、裁判所の裁量により弁論の分離如何が決定されることになる。もっとも、常に弁論の分離ができるわけではなく、分離が可能な具体的場面としては、当事者や請求が多いために訴訟が錯雑化して事案の解明も進まない場合や、併合請求間に関連性が薄く、争点が全く異なる場合等⁴⁸⁾に限られ、複数の請求の間に条件関係がある場合⁴⁹⁾や、一方の請求が他方の論理的な先決関係にある場合や、複数の請求の基本的法律関係が共通する場合等、請求間に関連性が強い場合に限り、分離が禁止されるとの見解⁵⁰⁾が存在する。また、相殺の抗弁のような個々の攻撃防御方法については、通常の請求とは異なり、分離することができない⁵¹⁾。その場合には訴訟指揮として弁論の分離は適切でない場合が多いが、それが違法とまでいえるかは疑わしいとされている⁵²⁾。

そして、弁論の分離に関する裁判所の裁量の広狭に関して明示的に判示した判例はこれまで存在しなかったが、本判決により、本判決において相殺に供された請負代金債権と瑕疵修補損害賠償請求権のように、①対価的牽連関係に立ち、実質的、経済的に等価関係をもたらし機能を有する、②同一の原因関係に基づく金銭債権であり、相互に現実の履行をさせなければならない特別の利益はなく、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い、③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適い、法律関係を簡明にする

48) 勅使河原和彦「新基本法コンメンタール民事訴訟法Ⅰ」（日本評論社、2018）451頁。

49) 瀬木・前掲注4）231頁。

50) 小室直人「訴えの客観的併合の一態様」中務俊昌編集代表『民事訴訟の理論（上）〔中田淳一先生還暦〕』（有斐閣、1970）216頁。両請求の関連性が強い場合には裁判所の裁量を制約すべきとの見解を示すものとして、新堂・前掲注18）759頁、伊藤・前掲注5）658頁参照。

51) 秋山幹男ほか「コンメンタール民事訴訟法Ⅲ」（日本評論社、2018）346頁。

52) 秋山ほか・前掲注51）345頁。もっとも、笠井正俊「口頭弁論の分離と併合」大江忠ほか編『手続裁量とその規律——理論と実務の架橋をめざして』（有斐閣、2005）148頁は、「違法であると評価されることがあろう」とする。

ものである場合において、④本訴原告から、反訴において、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が主張されたときは、相殺による清算的調整を図るべき要請が強いことを理由に、弁論の分離に関する裁判所の裁量が制約されることが最高裁として初めて判示されたといえる。

本判決は、上述の場合には弁論の分離に関する裁判所の裁量が制約されることを判示したが、かかる判示からは、弁論の分離に関する裁判所の裁量が制約されるのが、請負代金支払請求権と瑕疵修補損害賠償債権の場合に限定されるのか、あるいは上述の①から④を満たした場合には、他の債権においても裁量が制約されるのかは明らかでない。この点につき、本判決は弁論の分離が禁止されるべき特別の事情がある例外的な事件として処理したことは不当であるとの指摘⁵³⁾がある。たしかに、弁論の分離が禁止されるべき場合として、上述のように学説では多数の場合が想定されているものの、「関連性が強い」ことや、「条件関係がある」ことのような抽象的な要件にとどまっており、弁論の分離が制約される具体的な事情に関する判例も存在しない以上、現段階では例外として処理するより他はなかったと思われるため、例外として処理したことは不当とまではいえず、上記指摘には疑問が残る。

また、弁論の分離につき、本件のように両債権の関連性が強い等の特段の事情がある場合には、原則分離禁止とし例外的に許容するとして、かつての常識とは原則例外を逆転すべきであるとの指摘⁵⁴⁾がある。しかし、そもそも弁論の分離につき裁量を認める条文（民訴法 152 条 1 項）はあっても、分離を禁止される場合は条文に明示されているほかはなく、また、両債権に関連性がある場合であっても別手続で審理判断することが事案の迅速かつ妥当な解決に資するといった状況はあり得る⁵⁵⁾以上、原則として裁判所に分離如何につき裁量があり、例外的に分離が禁じられるに過ぎないと解するのが妥当であり、条文の規定に反して原則例外を逆転させるべきとの理解には賛同できない⁵⁶⁾。もっとも、裁判所の手

53) 三木・前掲注 6) 112 頁参照。

54) 三木・前掲注 6) 112 頁。

55) 笠井・前掲注 52) 150 頁参照。

56) 関連性が強い場合でも原則例外は維持すべきとの考え方に立つものとして、笠井・前掲注 52) 149 頁。

続裁量は訴訟手続の特性や審理に関する裁判所の行為の性質に鑑み不可避免的に要求される⁵⁷⁾が、それは決して無制限に認められるものではなく、一定の場合には明文で制限されていることや、①規範により達成すべき目的の指定、②考慮すべきである要因・考慮すべきでない要因の列举、③要因の重要度の設定がされ、個々の具体的状況をそれに当て嵌めていく形で適用されるという「要因規範論」を用いることにより裁量統制及び手続の透明性を確保すべきとする見解が存在する⁵⁸⁾ことに鑑み、本判決のように相殺に供された両債権の実体上の牽連関係が強く、分離することにより生じ得る不都合を回避する要請が強いといえる場合に限っては、弁論分離に関する原則例外は維持しつつも、例外的に弁論分離に関する裁量が制限されるとして、裁判所に対する裁量統制により対応すべきではないか⁵⁹⁾。この構成によれば、平成18年判決のように反訴原告にとり債務名義を取得することができなくなるという不都合が生じ得る⁶⁰⁾予備的反訴構成を採らずとも弁論分離を制限することができ、本訴原告からの相殺の主張につき、平成18年判決の論拠によるのとは異なり認めることができるため、事案に即した妥当な処理が可能になると思われる。

なお、弁論の分離に関する原則例外は維持しつつ、本判決のように両債権の密接関連性が強い場合において弁論を分離するに際し、裁判所に対しかかる手続選択についての理由説明義務を課するという方法⁶¹⁾も考えられる。しかし、かかる義務に関する明文規定はなく、かつ裁判所の手続裁量に委ねることで十分であるとの批判⁶²⁾もあり、さらにかかる義務に違反した場合の上訴との関係や、理由

57) 山本和彦「基本的な考え方——研究者の視点」大江忠ら・前掲注52) 18頁以下。

58) 山本和彦「民事訴訟における裁判所の行為統制——『要因規範』による手続裁量の規制に向けて」青山善充ほか編『民事訴訟法理論の新たな構築（上）新堂幸治先生古稀祝賀』（有斐閣、2001）341頁。

59) 安見ゆかり「相殺の抗弁と弁論の分離」河上正二ら編「要件事実・事実認定論と基礎法学の新たな展開〔伊藤滋夫先生喜寿記念〕」608頁以下では要因規範論の考慮要素を平成18年判決の事案に当て嵌めると弁論分離が制限されるという結論になるとするが、これは筆者見解に親和的なものといえる。

60) 二羽・前掲注33) 115頁。

61) 笠井・前掲注52) 150頁。より一般的な裁量権行使に関する理由開示義務を論ずるものとして、山田文「合意と民事訴訟」法セ501号（1996）79頁。

62) 加藤新太郎「コメント」前掲注52) 159頁。

説明義務の実効性の観点から裁判所に要求する理由は形式的なもののみならず実質的なものまで含むとすると、訴訟遅延につながる虞が払拭できない等、検討すべき問題が多く残されている⁶³⁾以上、現段階での実現は難しいと思われる。

以上より、弁論の分離に関する原則例外は維持しつつ、分離が制限される例外的な場合には、手続に関する裁量統制により弁論の分離禁止を導く方法による解決を図ることが妥当である。もっとも、かかる例外に当て嵌まる具体的場面については、上述のような相殺に供された両債権の関連性が強い場合等が想定されるが、学説では抽象論にとどまる以上、以後の判例集積により具体的場合が明らかにされていくことが望ましいといえる。

イ 二重起訴禁止と相殺の抗弁について

本判決は、弁論の分離が禁止される以上同一手続内で審理判断されるため、判決の矛盾抵触という二重起訴の弊害が生じないことを媒介とし、原告の本訴請求権を自働債権とする相殺の主張を認めており、訴え先行型について絶対的不適法説に立つ平成3年判決に対し、理論構成は異なるものの訴え先行型において相殺の抗弁の主張を認めている点において、平成10年以降の判例と平仄を合わせたものとなっている。

もっとも、本判決は訴え先行型である点において平成3年判決に類似し、本訴請求債権と反訴請求債権の両債権の性質が平成18年判決と同一であり、かつ、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点において平成27年判決と類似するが、最高裁はいずれの判例も引用することなく、上記結論を導いている。本判決が平成3年判決との論理矛盾を回避する意図であえて言及を避けている⁶⁴⁾のか、あるいは原審において事案が異なると判断されたことを受けて明示しなかった⁶⁵⁾のかは定かではないが、事案として上記三種の判例と類似性がある以上、最高裁もそのことは念頭においていると思われる。それにも関わ

63) 笠井・前掲注52) 150頁もこのように述べる。

64) 三木・前掲注6) 111頁はこのように指摘する。

65) 本件高裁判決は「事案が異なる」として平成18年判決を引用した控訴理由を却下している。

らず本判決は判例変更の経緯を経なかったことにつき、平成3年判決の判例変更を示唆する見解⁶⁶⁾も存在する一方、そもそも平成3年判決の読み方自体に誤りがあるというものの⁶⁷⁾や、判例変更をせずに裁判所の訴訟指揮や裁量の問題として事案処理をすべきとする見解⁶⁸⁾もある。この点に関しては、上述の裁量統制の理論を介在させることで弁論の分離禁止を導くことができ、それにより矛盾判決の虞が回避されるため二重起訴禁止の趣旨に反しない、という論理構造により、相殺の主張が認められ得る以上、訴え先行型において絶対的不適法説に立った平成3年判決を判例変更する必要はないのではないかと⁶⁹⁾。

(5) 結語

本判決は、平成3年判決以降の訴え先行型に関する判例と結論を一にするとともに、裁判所の弁論の分離に関する裁量が制約される場合があることを判示した点において重要な意義を有する。もっとも、弁論の分離に関する裁量が制約される場面については、必要的共同訴訟における民訴法40条等の場合を除いて条文がなく、学説上の有力な指摘が存在するに過ぎないため、以後の判例集積により具体的場面が明らかにされるとともに、「要因規範論」等の論理を用い、例外的に弁論の分離が制約される場面を可及的に類型化することによる手続統制を図るべきと思われる。また、本稿では令和2年判決が念頭に置いていたと思われる平成3年判決につき、そもそも判例変更をすべきか、また仮にすべきであるとしてどのように変更すべきか、という問題意識についての検討が不十分となってしまったため、判例変更を示唆的な見解を踏まえ、以後の研究課題としたい。

※ 本判決の評釈として、本文中に掲げたもののほかに、園田賢治・法セ66巻1号(2020)109頁、家原尚秀・ジュリ1561号(2021)93頁がある。

66) 酒井・前掲注24) 348頁、渡辺・前掲注27) 169頁等。

67) 吉村・前掲注12) 127頁。

68) 杉本・前掲注27) 160頁、高部眞規子「平成27年判批」金判1509号(2017)21頁。

69) 本稿では平成3年判決の判例変更は不要と解するが、平成3年判決及び平成18年判決に対しては批判が強いことも事実であり、この点を踏まえた更なる検討が必要であると思われる。