

相殺の抗弁と二重起訴禁止

——訴訟中の訴え提起と二重起訴禁止法理の検討を兼ねて——

佐野裕志

- 一 はじめに
- 二 訴訟中の訴え提起と二重起訴禁止
- 三 相殺の抗弁と二重起訴禁止
- 四 まとめ

一 はじめに

相殺の抗弁と二重起訴禁止に関しては、すでに多くの研究があり、近時の裁判例の展開を受けた学説の動きも見られる。問題とされているのは主として次の二つの類型であり、係属中の訴訟ですでに相殺に供されている債権について別訴を提起する場合（抗弁先行型）、およびすでに別訴を提起している債権を自動債権として相殺に供する場合（抗弁後行Ⅱ別訴先行型）である。⁽¹⁾ 詳細はあ

らためて検討するが（三）、学説はこの両者をあわせて検討することが多い一方、判例は必ずしも両者を統一的に扱っていない。

確かに、前者は係属中の訴訟に関連し新たに訴訟追行の必要が生まれた場合に別訴を提起することが相手方に對し認められるかという問題であるのに対し、後者はすでに訴訟の対象となっている権利を相手方との別の訴訟での防禦活動に利用することが認められるかという問題である。いずれも権利行使の限界の問題であるが、前者は積極的行使の限界、後者は防禦活動の限界であり、両者を少し異なった視点から検討してみたい。

そこでまず前者であるが、相殺の抗弁が判決で判断されれば、相殺のため主張した自動債権の不存在の判断に

ついて既判力が生じるので(民事訴訟法一九九条二項)、この自動債権について別訴を認めれば審判の重複・判断の矛盾が生じるおそれがあり、二重起訴禁止に準じた取り扱いをすべきかが問題となっている。ところがこの自動債権についての別訴については、二二二一条の類推適用を否定し適法としながらも、同一手続内での反訴の提起によらなければならぬとする見解⁽²⁾がある一方で、二二二一条の類推適用ないし二重起訴に準じて不適法としながらも反訴であれば許されるとする見解⁽³⁾がある。別訴が二重起訴に触れるか否かについては逆の見解にたちながら、いずれの見解も反訴の形式であるならば適法とするのであるが、何故このような見解の対立が見られるのであるか。

そもそも二重起訴禁止とは、係属中の事件と同一事件についての後訴を不適法とするものであり、そこで禁止されるのはあくまで同一事件についての別訴⁽⁴⁾であり、係属中の訴訟中(内)の訴え提起(訴えの変更、反訴など)⁽⁵⁾についてまで禁止するものではないとされている。しかし、訴訟中の訴え提起も、係属中の訴訟手続内で新たに訴えを提起するための特別の要件が課せられてはい

るものの、新たな訴えの提起であることにかわりはなく、訴訟要件などの訴え提起に必要な要件が課されることも、またその結果、訴訟係属が生じることも変わりない。にもかかわらず、訴訟中の訴え提起には二重起訴禁止法理が及ばないとされているのはなぜなのであるうか。

また、二重起訴禁止に触れる訴えは許されず、その一事でもって後訴は却下されなければならないとされているが、別訴は許されないが訴訟中の訴え提起なら許されるとされる事例が認められてきていることも事実である⁽⁸⁾。そこで以下では、訴訟中の訴え提起と二重起訴禁止法理との関係について若干の考察を行い、そこでの検討に基づき抗弁先行型における相殺の抗弁と二重起訴禁止の問題を考えてみたい。

続いて、今度は相殺の持つ担保的機能と防禦活動との関係から後者の抗弁後行⁽⁹⁾別訴先行型と、同一当事者間の複数の給付訴訟で被告が同一反対債権でもって相殺の予備的抗弁をそれぞれの訴訟で重疊的に提出すること(相殺の抗弁の重疊的主張)を検討してみる。

二 訴訟中の訴え提起と二重起訴禁止

1 訴訟中の訴え提起も訴えの提起に他ならず、訴訟要件などの訴え提起に必要な要件が課されることも、またその結果として訴訟係属が生じることと前述したとおりである。そこで、まず別訴で提起すれば二重起訴禁止に触れるとされている事件を、訴訟中の訴え提起の形で提起したらどのようなようになるのか、検討してみる。

2 まず、給付訴訟係属中に同一債権の不存在確認の別訴を被告が提起する場合であるが、このような訴えはそもそも訴えの利益がないとして排斥する見解と、同一訴訟物についての訴えであり二重起訴禁止に触れるとして排斥する見解⁽¹¹⁾がある。二重起訴禁止は、ひとつの訴訟手続と他の訴訟手続との間に働くものであり、後行する訴訟手続の訴えの利益が認められてのち、先行する訴訟係属が後行の別訴を排斥するという原則である⁽¹²⁾ことを重視すれば、この場合は訴えの利益の問題として処理すれば足り、二重起訴を論じる必要はないことになる。別訴ではなく反訴の形式で被告が消極的確認を求めた場合を考えても、原告の請求棄却を求めると同じ意味しか持ちえず、不適法な反訴として却下され⁽¹³⁾、二重起訴の問題にはならないものと思われる。

3 では、逆に債務者が提起した債務不存在確認の訴えに対し債権者が同一債権の給付訴訟を提起する場合を考えると、被告(債権者)は債務者の提起した訴訟を棄却するだけでは債務名義を得ることができず、自ら給付訴訟を提起する必要性が認められなければならない。そこで先行する消極的確認訴訟との関係が問題となる。考
え方は二通りあり、ひとつは給付訴訟が提起されたことにより先行する消極的確認訴訟の訴えの利益が消滅するとする見解である。すなわち消極的確認訴訟が認められるためにはその確認の利益が肯定されなければならないが、給付訴訟と比較すれば紛争解決機能は後者の方が上回っており、後者の係属により前者を係属させる必要はなくなる(訴えの利益がなくなる)とするのである⁽¹⁴⁾。他方、両訴は同一権利についての訴えであり二重起訴⁽¹⁵⁾となるとしながらも、債権者は反訴の形式によって給付請求についての趣旨についての審判を申し立てる機会がある以上は、反訴を提起すべきであり別訴提起を認めるべきではないとする見解がある⁽¹⁶⁾。つまり、被告(債権者)は債務名義を得るために自ら給付訴訟を提起する必要性が認められるが、すでに債務不存在確認訴訟が先行する

ことから別訴を認めると審判の重複と判断の矛盾の問題が生じうることに成り、そこで、この両者の、いわば妥協点として被告(債権者)に反訴の利用可能性のあることが着目され、反訴が利用できるのだから、それを利用すべきであって別訴まで認める必要はないとされるのである。すなわち被告(債権者)に反訴の利用可能性があることがひとつの理由され、別訴を二重起訴として許さないとするのである。⁽¹⁷⁾

4 では、なぜ別訴なら二重起訴になり反訴であれば二重起訴にならないのであろうか。反訴であっても、訴訟係属が生じることとは前述したとおりであり、結局、二重の訴訟係属が生じることになり、審判も重複することになる。⁽¹⁸⁾ むろん、ひとつの訴訟手続内で審理される以上、裁判の矛盾(既判力の衝突)は避けることができるが、このためだけならば反訴を要求する以外にも、前者の見解のように前訴を却下することも、⁽¹⁹⁾あるいはいづれかの訴訟を他方が決着が付くまで中止しておくことも⁽²⁰⁾解釈論としては可能であろう。

つまり、別訴を禁じる根拠として二重起訴禁止の趣旨⁽²¹⁾である重複審理と矛盾判決の回避があげられているけれ

ども、⁽²²⁾これらは決定的な理由ではなく、むしろ最初に係属した訴訟に関連して更に訴えを提起する必要があると認められても、相手方に対する関係で別訴を要求することまでは認められず、当初の訴訟手続内での審判を求めるべきという判断であろう。⁽²³⁾この判断を指して「別訴なら二重起訴となる」と説明しているものと思われる。⁽²⁴⁾

このことは、原告による訴訟中の訴え提起でも同様である。給付訴訟係属中に原告が同一債権の確認を求め、場合、あるいは債権の確認訴訟係属中に同一債権についての給付訴訟を提起する場合である。これらの場合、原告にさらに訴えを提起する必要があると認められるとしても(期限未到来で敗訴のおそれがあるが債権の存在だけは確定しておきたいと考える場合など)、相手方に対し、更に別の訴訟まで提起する必要性は認められないであろう(前者なら中間確認の訴え、後者なら訴えの(追加的)変更で主張すべき)。⁽²⁵⁾

5 そこで検討するべきは、このような判断がなされる根拠であり、そしてその判断は適切かどうかである。⁽²⁶⁾

以上の視点から、次に、相殺の抗弁と二重起訴の問題を検討してみる。

三 相殺の抗弁と二重起訴禁止

1 従来の学説と判例

係属中の訴訟ですでに相殺に供されている債権について別訴を提起することができるか、あるいはすでに訴訟を提起している債権を別訴において相殺に供することができるか。かねてからの理解によれば、抗弁として提出されるだけでは訴訟係属は生じないし、判決で相殺の抗弁が取り上げられるかどうかも未必的であるから、一方で抗弁に用いた権利が他方で訴訟物となっても同一事件にはならない。しかし相殺の抗弁が判決で判断されれば、相殺のため主張した自動債権の不存在の判断について既判力が生じるので(一九九条二項)、審判の重複・判断の矛盾が生じるおそれがある。そこで相殺の抗弁とその自動債権について別訴が併行する場合に、両訴における審理の重複と既判力の牴触を避けるために二重起訴禁止に準じた取り扱いをすべきかが問題とされてきている。

① 従来⁽²⁷⁾の学説は、抗弁先行型と抗弁後行Ⅱ別訴先行型も区別しないで論じてきた。かつてはいずれも適法で

あるとする説(つまり二重起訴禁止の類推適用を否定する見解)が多数であったが、これに対し、現在ではいづれの場合も二重起訴禁止の原則の類推適用あるいは二重起訴の場合に準じて不適法とする説が有力に主張されている一方⁽²⁸⁾で、折衷的な見解もあり、また適法説の有力な擁護もなされている⁽²⁹⁾。

② これに対し裁判例は、両類型で異なった扱いをしている。抗弁先行型における別訴については適法とする裁判例が続く反面、抗弁後行Ⅱ別訴先行型における相殺の抗弁は二重起訴禁止の原則の類推適用により不適法とする下級審裁判例が続き、最高裁も、相殺の抗弁を不適法とするにいった⁽³⁰⁾。抗弁先行型についての最高裁判例はまだないが、抗弁後行Ⅱ別訴先行型については不適法説で判例が統一されたものと思われる⁽³¹⁾。

2 検討

さて理論的に考えれば、別訴の訴訟物となりうる反対債権を自動債権とする相殺の抗弁がなされ、この点について判断がなされれば、判決理由中の判断といえども既判力が認められる以上、相殺の抗弁が提出された訴訟とその自動債権を訴訟物とする別訴とで同一債権について

の審理の重複と既判力の抵触のおそれがあることは否定できず、二重起訴禁止に準じた扱いをすべきことも当然となる。しかしながら相殺の抗弁は、あくまでも抗弁の一つにとどまり、しかもほとんどは仮定的あるいは予備的な抗弁であり、実際に相殺の実体的要件について審理がなされ、判決理由中で自動債権の存否の判断がなされるという保証はなく、その意味で審理の重複と既判力の抵触のおそれはあくまで不確実・未必的であることも事実である。そこで問題は、このような不確実なおそれがあることから常に相殺の抗弁あるいは別訴を不適法とすべきか否かであり、両当事者間の利益状況を実際的に考慮して解決するはかばかと思われ³³⁾る。

そこで、抗弁先行型では、係属中の訴訟で問題とされている相殺の(予備的)抗弁における自動債権について債務名義を得るための給付訴訟提起の必要が認められることが前提となる場合であるから、二での考察に基づき、相手方(原告)に対する関係で別訴を提起することが正当化しうるかを検討すべきであろう。一方、抗弁後行Ⅱ別訴先行型では、すでに訴訟物になっている権利を相手方との別の訴訟の防禦方法としようとする場合であるから、

ここでも相手方との関係でどこまで防禦の自由を認めることがポイントとなる。

3 抗弁先行型

まず抗弁先行型であるが、相殺の抗弁を提出した被告が自動債権についての訴訟を提起しようとするわけであるから、相殺の抗弁を維持しながらなお訴訟を提起する必要性が検討されなければならない。被告は、おそらく原告からの訴えについては排斥できる目処がたち、自動債権について債務名義を取得したいと考えているものの、万一の場合に備えて原告からの訴えに対しても(予備的)相殺の抗弁を提出したままにしておきたいとの考慮から、このような行動をとるものと思われ、被告の立場に立てば、確かに訴えの提起も相殺の抗弁の維持もいずれも必要であろう。しかし原告に対する関係を見ると、予備的あるいは仮定的とはいえ相殺の抗弁を提出し、場合によっては相殺の実体的要件の審理に入る可能性を聞いた被告が、その可能性をそのままにしておきながら、抗弁を提出した訴訟とは別個の訴訟で原告に対しまさにその自動債権について審理を求めることは衡平といえるであろうか。原告としては、被告の反対債権についての

審理が必要であるならば、原告の提起した訴訟内での審理を望むであろうし——被告の提出した相殺の抗弁はまさにその訴訟内での審理をめざすものである——、被告に相殺の抗弁の維持と訴訟提起の必要性があるといつても、それはもっぱら被告側の事情であつて、原告に対する別訴提起の必要性まで基礎付けることはできないと考へる。またかりに被告に別訴提起を認めるとするならば、場合によってはこの別訴における被告（前訴原告）が前訴で訴訟物となつている債権を自動債権とする（予備的）相殺の抗弁を提出する可能性もあり（この債権に着目すれば抗弁後行型であり、抗弁先行型での別訴を認める以上はそのバランスから言つてもこの抗弁を否定するわけにはいかない）、⁽³⁴⁾ますます困難な問題が生じるおそれすらある。つまりこの場合、被告の自動債権についての訴訟は反訴の形式で提起することを原則とすべきであり（二二九条の反訴要件は満たしている）、かつ被告に反訴の形式を要求しても、被告の相殺の抗弁の維持と訴訟提起の必要性を十分満たすことができ、別訴を提起することまで認める必要は原則としてないものと思われる。以上に対しては、相殺の抗弁を提出した訴訟の審理が

長期化し、自動債権につき早急に請求する必要がある場合に別訴を禁ずることは被告の防御の自由を害することになるとの指摘があるが、⁽³⁵⁾早期に債務名義を得たいといふ被告側の事情だけで、ここまでの防御の自由を原告に對する關係で被告に認めるべきとは思われない（とりわけ訴訟の審理の長期化が被告の防御活動による場合に、相殺の抗弁を維持したまま別訴を提起することは衡平とは言えまい）。またこの場合に別訴を認めても、上述したように、前訴で訴訟物となつている債権を自動債権とする相殺の抗弁の提出が認められる場合であれば、結局早期の解決はできないことにならう。

なお抗弁先行型で自動債権についての別訴を認めたとされる裁判例の中には、別訴ではなく同一訴訟内の反訴の形式で自動債権についての訴えが提起された例が少なからずみられ、⁽³⁶⁾下級審裁判例の主流は、むしろ抗弁先行型の場合は反訴であれば許容するといふべきであらう。⁽³⁷⁾

4 抗弁後行Ⅱ別訴先行型

次に抗弁後行型であるが、自己の債権について訴訟を提起・追行している原告に對し、この債権と相殺適状にある反対債権について被告の別訴が提起され、この別訴

において前訴債権を自動債権とする相殺の抗弁が(予備的に)提出される場合が典型的であろう。

ここでも問題となるのは、一方で訴訟を提起した債権を、他方で相殺の抗弁の自動債権として主張する必要がある相手方に対して認められるかである。原告としては自己の債権について債務名義を得るための訴訟追行も、被告からの別訴は排斥できると考えていても万一防御活動がうまくいかない場合に備えて予備的相殺の抗弁を提出しておくこともいずれも必要であろう。ことに原告が訴求している先行訴訟が事案困難や被告の防御活動により進行が遅く、相手方からの別訴(後行訴訟)の進行が早く、しかも相手方が無資力の場合には、相殺の担保的機能への期待も大きいであろう。さてこの先行訴訟維持と抗弁提出の必要性は被告に対し主張できるであろうか。抗弁先行型の場合とは異なり、この問題の引き金となった別訴を提起したのは相手方である被告である。つまり抗弁先行型の場合は、相殺の抗弁維持も訴訟提起の必要性も、もっぱらそれを主張する側(被告)の事情であり、それを相手方の関係でどこまで認めるかが問題であったのに対し、ここでは相手方が別訴を提起したことが問題の発

端となっている。確かに、反対債権を有している場合には、相殺が可能ならば必ず相殺を主張しなければならぬ、あるいは反訴で訴求しなければならぬということはない。相殺の意思表示をすることも、反訴で実現をはかることも、あるいは別訴を提起することも反対債権を有する債権者(被告)の自由であるが、被告が相殺あるいは反訴の途を選べばこの問題が生じなかったことも事実である。そこで相手方が提起したこの別訴において前訴原告(この別訴での被告)が相殺の抗弁を提出するのに、その自動債権について訴訟がすでに係属していることが障害となるのである。判例および不適法説にたてば相殺の抗弁を提出するためにはこの訴訟を取下げなければならないが、それでは取下げに相手方(前诉被告)の同意(三三六条二項)が得られなければ相殺による防御の途は封ぜられることになり、相手方は予備的とはいえ相殺の抗弁から免れることができることになる。また相手方の同意を得て訴訟を取下げたものの別訴では相殺の抗弁に立ち入ることなく勝訴した場合、その後再び同一の訴えを提起しなければならぬとなり、上級審で訴えを取下げた場合の再訴禁止の問題(二三七条二項)は回避でき

るとしても、結局はじめからもう一度手続をやり直さなければならなくなる。またここでの相殺の抗弁も、あくまで抗弁のひとつであり、一三九条をはじめとする抗弁一般に通じる規制に服するのはもちろんであり、その抗弁の提出が相手方に対し濫用的な場合があるとしても、その濫用的あるいは具体的な訴訟上の信義則違反行為を理由として抗弁の提出を排斥することは可能である。以上の原告・被告間の利益状況を考慮すれば、この場合の相殺の抗弁の提出は認められるべきと考える。

すると審判の重複・既判力の抵触の問題が生じてくるが、ここでの相殺の抗弁は予備的・仮定的であり、かりに審理されるとしても別訴の審理がかなり進んだ時点であろう。一方、先行するその自動債権についての訴訟は、まさにその債権を訴訟物とするものであり、二つの訴訟で同時に自動債権について審理が併行することはきわめて希であろうし、また両訴を通じ当事者は同一であり、先行する訴訟の審理の結果が当事者を通じ別訴に反映されることは十分に期待できるであろう。むしろ、両訴の判決が無関係になされ共に確定し、自動債権の判断についての既判力が抵触することはあり得ないわけではない

が、このおそれがある場合は、裁判所の適切な訴訟指揮によって弁論の併合を命ずるなり、いずれかの訴訟進行を調整すればすむことであろう。⁽³⁸⁾つまり問題が生じるとしても、ごくわずかの場合であり、逆に相殺の抗弁を認めない場合の方がより大きな問題をもたらすことになる⁽³⁹⁾と考える。

なお、この類型で問題となっているのはあくまでも相殺の抗弁の提出の可否であり、相殺そのものの有効性(すなわちこの両債権の相殺適状の有無あるいは相殺が禁止される場合に該当するか否かと等々)の問題とは明確に区別されなければならない。ところが抗弁後行別訴先行型の相殺の抗弁を不適法とする裁判例の中には、そもそも相殺の抗弁自体が認められるのか問題となるような事例が少なからずみられる。たとえば前掲最判昭六三・三・一五では、問題となっていた相殺の受動債権は賃金仮払仮処分取消に基づく仮払金返還請求権、すなわち一種の訴訟上の現状回復請求権の性質を有する債権であり、その性質などをめぐって大きな議論もある特殊な事例であった。⁽⁴⁰⁾前掲東京地判平四・六・三〇も、本訴請求に当事者間で争いが無い一方、被告が別訴で請求して

いる損害賠償請求権を自動債権とする相殺の抗弁が提出された場合で、この抗弁の提出を認めると本訴請求債権の回収が遅れ原告に酷な結果となり、別訴と併せ本訴での相殺の抗弁を認めなければならぬ事情も被告側になり、実質的理由とあげられている(つまり相殺の抗弁自体が相当でないとされた)事例で、しかも本訴と別訴の併合も認められなかった事件である。

5 相殺の抗弁の重畳的主張

以上の考察からすれば、同一当事者間の複数の給付訴訟で、被告が同一反対債権をもって相殺の予備的抗弁をそれぞれの訴訟で重畳的に提出することも、認められるべきである。同一の債権を複数の訴訟で行使することにはなるが、予備的・仮定的に提出される抗弁であり、ことに被告の有する相殺の担保的機能への期待を考慮すれば、濫用的な抗弁でない限り、このような予備的抗弁の提出を否定すべきではない。確かに審判の重複のおそれは否定できないが、しかし複数の訴訟を通じての当事者は同一であり、かりにいずれかの相殺の抗弁が実際に審理される事態にいたった場合は、当事者(通常は原告)を通じてほかの訴訟の審理を行っている裁判所が知るとこ

るとなるのが通常であろう。その場合は、裁判所の適切な訴訟指揮で、審判の重複や矛盾を避けることが期待できるし(ひとつの訴訟で相殺の抗弁に対して判決が下されれば後は既判力の問題となる(一九九条二項))、当事者が意図的に審判の重複を生じさせようとしているならば、その訴訟行為自体信義則に違反するとして排斥すれば足りることも、4の場合と同じである。

一方、相殺の抗弁の提出にも二重起訴禁止の趣旨を適用しようとする見解によれば、複数の訴訟で同一自動債権について審理の重複と既判力の抵触のおそれがあるからとして、おそらく二番目以降の相殺の抗弁の提出は許されないことになろう。⁽⁴⁾すると訴訟の進行に伴い、後の訴訟で相殺の抗弁に期待すべき事態に至った場合、先の訴訟での相殺の抗弁を取り下げないと後の訴訟では提出できないことになるが、しかし万一のことを考え先の訴訟の相殺の予備的抗弁をそのまま維持することも被告には必要であろう。このように、いずれかひとつの訴訟でしか相殺の抗弁を提出できないとするのは、この抗弁が予備的に提出されることを考えればあまりにも不合理である⁽⁴⁾と考える。

四 まとめ

本稿は、相殺の抗弁と二重起訴に関し、抗弁が先行する場合と別訴が先行する場合は、少し利益状況が異なるのではないかと、多少の分析を行ってみた。その際、係属中の訴訟に関連しさらに訴訟を提起する必要性が認められる場合に、別訴は許さず訴訟中の訴えを提起しなければならないとされているのは、審判の重複や判決の矛盾を回避するという考慮よりも、別の裁判所で訴訟を提起することを相手方に対する関係で正当化できるどうかという観点ではないかとの結論を導き出し、この観点から抗弁が先行する場合の別訴の可否を検討し、別訴ではなく反訴を原則とすべきとの結論に達した。一方、別訴が先行する場合については、相殺の担保的機能に着目し、抗弁を認めない場合との利益衡量の結果、抗弁を認めることを原則とすべきとし、また相殺の抗弁の重疊的主張についても、同様に、原則として認めるべきとの結論に達した。

いろいろな検討を行ってきたが、結局のところ内容的には、

いままでの学説・判例をただ単に整理・分析しただけの未熟な小稿にとどまってしまう。竹下守夫先生には、学生時代にセミに入れていただいて以来、今日に至るまで、文字どおり公私にわたってご指導・ご鞭撻をいただいております。そのお心遣いにはいくら感謝してもしすぎることはない。そのような先生に捧げるには、あまりにも拙い文章であるが、先生の今後のますますのご健勝とご活躍をお祈りする次第である。

(1) 抗弁先行型・抗弁後行型の分類については栗原良扶「相殺の抗弁と重複訴訟の禁止」大阪学院大学法学研究七巻一・二号(昭五七)八五頁参照。中野貞一郎「相殺の抗弁と二重起訴の禁止」奈良法学会雑誌五巻三号(平四)一頁、5頁、中野貞一郎・酒井一〔判批〕民商一〇七巻二号(平四)二四一頁、二四四頁は「抗弁後行型」を「別訴先行型」とよぶ。

(2) 中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕(編)民事訴訟法講義「補訂第二版」(昭六一年)一八五頁、「坂口裕英」もっとも同書「第三版」(平七)一八三頁ではこのような制約はなくなり通常の適法説(別訴提起を認める見解)にたっている。

(3) 住吉博「重複訴訟禁止原則の再構成」法学新報七七巻四・五・六号(昭四五年)同・民事訴訟法論集第一巻(昭五三)二五五頁、二九四頁以下、河野正憲「相殺の抗弁と重複訴訟禁止の原則」北九州大学法政論集一卷(昭四九)

三巻四号(昭五一)同・当事者行為の法的構造七五頁、一一二頁以下、梅本吉彦「相殺の抗弁と二重起訴の禁止」新・実務民事訴訟講座一卷(昭五六)三八一頁、小山昇・民事訴訟法判例漫策(昭五七)一八〇頁、加藤哲夫「二重起訴の禁止」三ヶ月章Ⅱ中野貞一郎Ⅱ竹下守夫(編)新版・民事訴訟法演習Ⅰ(昭五八)、一四八頁新堂幸司・民事訴訟法〔第二版補正版〕(平二)一五八頁、三九〇頁以下、三ヶ月章・民事訴訟法〔第三版〕(平四)一五〇頁など。

(4) 兼子一・新修民事訴訟法体系(昭二九)一七六頁、兼子一Ⅱ松浦馨Ⅱ新堂幸司Ⅱ竹下守夫・条解民事訴訟法(昭六一)八四七頁〔竹下〕など。

(5) 菊井維大Ⅱ村松俊夫・全訂民事訴訟法Ⅱ(平一)一五〇頁、新堂・前掲書一五八頁。

(6) 鈴木正裕「訴訟内訴え提起の要件と審理」新堂幸司(編著)特別講義民事訴訟法(昭六三)一一二頁。

(7) 三ヶ月・前掲書一三七頁。

(8) 例えば、同一物のそれぞれの所有権確認訴訟のうち後行訴訟は反訴によるべきとの学説が有力である(新堂・前掲書一五六頁、小山・前掲書二二二頁、中野他(編)前掲書〔第三版〕一八七頁〔坂口〕、反対、菊井Ⅱ村松・前掲書一五二頁、もっとも反訴として提起されるのが妥当であり、別訴で提起されても併合して審理するのが適切であるとされている)。

(9) この両類型それぞれで、さらに相殺の抗弁の提出され

た訴訟と別訴の訴訟係属の前後、あるいは両訴が同一手続で審理されているか否か、あるいは相殺の抗弁は訴訟上相殺の抗弁か訴訟外相殺の抗弁か、という視点からの分類が可能であるが(山本克己・平成三年度重判解説一(二二頁)、錯綜するおそれもあるので、必要に応じて触れるにとどめる)。

(10) 三ヶ月・前掲書一四〇頁。

(11) 兼子一・前掲書一七六頁、新堂・前掲書一五七頁、加藤・前掲論文一四八頁。ドイツでも同様に、給付訴訟の本審判決は当該請求権の存否を既判力で確定するから、消極的確認の後訴は二重起訴として不適法とされる。Stein-Jonas-Schumann, Kommentar zur Zivilprozessordnung, § 261 Rdnr. 62; Rosenberg-Schwab-Gottwalt, Zivilprozessrecht 15. Aufl., 1993, S. 569 f.

(12) 住吉・前掲書二二二頁以下。菊井Ⅱ村松・前掲書一五四頁も、訴えの利益は訴訟一般に必要な要件であり、その利益があつてはじめて二重起訴が問題になるとする。

(13) Stein-Jonas-Schumann, a. a. O., 20. Aufl., 1986, § 256 Rdnr. 82 (原告が求めている権利の消極的確認の反訴は、通常は請求棄却の申立とみなされ、反訴判決に固執するならば不適法却下される)。

(14) ユーツでの通説的見解である(Stein-Jonas-Schumann, a. a. O., § 261 Rdnr. 62; Rosenberg-Schwab-Gottwalt, Zivilprozessrecht 15. Aufl., 1993, S. 569 f.; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Zivilprozessord-

nung, 52. Aufh., S. 855)。日本でも、近時、松本博之「重複起訴の成否」中野古希祝賀・判例民事訴訟法の理論(上)(平七)三四七頁が、この見解を有力に主張する。ドイツでの理論状況については同論文三七〇頁注(26)および住吉・前掲二八四頁注(4)に詳しい。

- (15) かつては、給付の訴えは同時に請求権の積極的確認の請求を包含するから、給付の訴えの係属中にその請求権の積極的または消極的確認の訴えを提起することは同一事件になるが、積極的確認請求の認容判決または消極的確認の棄却判決は給付判決としての執行力を有しない点で、給付請求の方が確認請求よりも要求内容が大であるから、確認の訴えの係属中に給付の訴えを提起することは妨げられないとする説も存した(細野長良・民事訴訟法要義第二卷(昭六)二二二頁、中島弘道・日本民事訴訟法・第一編(第五編(昭九年)二二五頁)。
- (16) 兼子・前掲書一七六頁、新堂・前掲一五七頁、兼子他・前掲条解八四六頁など多数説、なお三ヶ月・前掲書一四〇頁はこの場合も別訴は権利保護の利益を欠くとする。別訴を不合法却下した裁判例として東京地判昭五・九・二九判例タイムズ四一九号一三六頁(反訴を相当とし、別訴は重複訴訟となる)。
- (17) 逆に、反訴提起の可能性がなければ別訴を肯定しなればならなくなる。手形債務者による手形債務不存在確認訴訟(通常訴訟)に対しては手形訴訟による反訴を提起することは許されず(本訴と反訴は同種の訴訟手続でなければならず(二七七条)、また実質的にみても、手形訴訟手続における証拠制限(四四六条)のため本訴・反訴の訴訟資料の共通化をはかることは困難となり、さらに手形訴訟の本来の目的である審理の迅速化が阻害されるからである(渡辺忠之||西村宏||井口牧郎・裁判実務手形訴訟(昭四〇)二五頁「上谷」)、これに加え別訴で手形訴訟を提起することも許されないとすると、手形債務者が手形債務不存在確認訴訟を提起すると手形所持人は手形訴訟が利用できないことになってしまい、手形債務者は常に手形訴訟を回避することになってしまふからである(大阪地判昭四九・七・四判例時報七六一号一〇六頁、大阪高判昭六二・七・一六判例時報二二五八号一三〇頁、東京地判平三・九・二判例時報一四一七号一二四頁)。

- (18) 実際には、両訴の訴訟物は重なり合っており、一方の審理がそのまま他方で利用されるであろうから、現実には二重の審理がなされるわけではないが、しかし理論的にはそれぞれの審理を必要とする二つの訴訟が係属しているという事実にかわりはない。また、そもそも審理の重複を民事訴訟法が厳密に避けているわけではない。判決の効力が及ぶ範囲を原則として訴訟物に限定している以上、そして訴訟物単位で訴訟を提起することを当事者に認めている以上は、審理が相当程度重複するとしても(したがって(判決理由中の)判断の矛盾が生じてても)別訴が認められていることは事実である(争点効などが問題になる事例)。
- (19) 松本・前掲論文三四九頁。

(20) Stein-Jonas-Schumann, a. a. O., § 148 FN. 35.

(21) 二重起訴禁止の趣旨として、二重の訴訟追行を強いられる被告にとって迷惑・重複審判は訴訟制度として不経済・矛盾判決の危険があげられることが多い(兼子・前掲書一七四頁、新堂・前掲書一五五頁、兼子他・前掲条解八四二頁「竹下」など多数)一方、松本・前掲論文三六一頁は、当事者に同一事件につき重複審理・判決を求める利益がないためではなく、裁判所が訴訟経済・矛盾判断回避の理由から審理・判断の繰り返しを避けなければならないからであるとして裁判所側の立場を全面に出すのに対し、谷口安平・口述民事訴訟法(昭六二)一一六頁は二重起訴禁止の根拠は訴えの利益がないからであると説明されているとし、またそのような訴えを取り上げる国家側の利益はないとする。

(22) 兼子・前掲書一七六頁など。

(23) なお、松本・前掲論文三七四頁注(37)は、兼子一博士の確認訴訟原型観との関係を指摘しているが、確認訴訟原型観に否定的な学説(例えば三月月号「民事訴訟の機能的考察と現象的考察」法学協会雑誌七五巻二号(昭三三)同・民事訴訟法研究一卷(昭三七)二四九頁)によっても同様に説かれ(次注(24))、現在のような通説となったところからすれば、本文のように考えられるのではあるまいか。

(24) 兼子・前掲書一七六頁「別個の訴訟手続を認める必要はない」、三月月・民事訴訟法(法律学全集)(昭三四)一

二〇頁「別訴による審判の利益を否定する」などの表現が見られる。

(25) 実際にこのような訴えの追加が認められるかは問題であるが、あくまで理論上の問題である。ただし、給付の訴えは必ずしも請求権の不存在の理由のみで棄却される訳ではない(例えば期限未到来)から、給付の訴え係属中に確認の訴えを提起する利益があり二重起訴禁止に触れないとする判例が存し(大判昭七・九・二二民集一一巻一九八九頁、兼子・判例民事訴訟法(昭二五)一〇五頁「判旨反対」、菊井川村松・前掲書一五三頁は、形式論としては正しいとする(その他、東京高判昭三七・六・一五東京高民時報一三巻六号八七頁))。

なお、少し局面が異なるが、同一債権の一部が係属中に残部を請求する場合にも同様の配慮が見られる。兼子他・前掲条解八四六頁「竹下」は、前訴で一部であることが明示され、それゆえその一部のみが前訴の訴訟物になるとしても、主張されている権利は実体法上同一であるため、前訴で請求拡張の方法(つまり訴えの変更)をとるべきとされる。

(26) そこで前注(8)の同一物のそれぞれの所有権確認訴訟のうち後行訴訟についても、ひとつのものの所有権をめぐる紛争であるという面を強調すれば、すでに訴訟係属がある以上はその中で決着をつけるべきという意味で反訴が求められるが、しかし自分の所有権確認を求めるといふ面を強調すれば、やはり自分に有利な裁判所で起こさるべき

となろう。

なお、消極的確認訴訟に対する給付訴訟については、基本的にはドイツの通説および松本・前掲論文が提起している問題は重大であると考えているが、例えば消極的確認訴訟の意義をどのように位置づけるか（提訴強制機能の問題（坂田宏）「金銭債務不存在確認訴訟に関する一考察」(一)「民商法雑誌九六巻一号（昭六二）六六頁、七七頁」、さらに給付訴訟提起に伴い却下された不存在確認訴訟の訴訟費用の分担の問題、不存在確認訴訟の判決が間際あるいは控訴審係属中は不存在確認訴訟を優先させるのであるが、その場合の給付訴訟の処理（債務名義を得ようとする債権者の立場を考慮すれば、おそらく中止であろうと考えるが現行法上の位置づけ）などまだ検討すべき問題が多く、最終的な結論は留保したい。

(27) 中野貞一郎「相殺の抗弁」(阪大法学九号(昭二九)同・訴訟関係と訴訟行為(昭三六)一一二頁、同「相殺の抗弁」中田淳一「三ヶ月章」(編)民事訴訟法演習I(昭三八)二二二頁、同・前掲奈良法学会雑誌、三ヶ月・前掲全集二二五頁、菊井維大・民事訴訟法〔補正版〕下(昭四三)二六七頁、岩松三郎「兼子」(編)法律実務講座民事訴訟法六卷(昭三八)四二頁、伊藤乾「二重起訴の禁止」(小山昇(他編)演習民事訴訟法「旧版」上(昭四八)三〇七頁、栗原・前掲論文99頁、兼子他・前掲条解八四四頁「竹下」、渡辺惺之「二重起訴の禁止・国際的「二重起訴」(小山昇(他編)演習民事訴訟法(昭六二)三三二、中野「酒

井前掲判批二四一頁など)。なお前注(2)および本文。

(28) 抗弁先行型の場合に相殺が主要な争点として争われている限り自動債権についての別訴は二重起訴禁止に触れるとする新堂・前掲書一五八頁のほか、抗弁先行型・後行型いずれも不合法とする見解が多い。斎藤秀夫(編)注解民事訴訟法(4)(昭五〇)一三五頁(斎藤秀夫)、小山・前掲書二二三頁、同・前掲判例漫策一七一頁、住吉・前掲書一九三頁、河野・前掲書一一二頁、梅本・前掲論文三八一頁、加藤・前掲論文一五〇頁など。なお、不合法と言っても、抗弁先行型の場合には、自動債権についての別訴を禁止し反訴の形式で行うことを要求するという意味で主張されることが多いことにつき前注3および本文参照。

(29) 抗弁先行型における別訴を適法とし、抗弁後行「別訴先行型」における相殺の抗弁を不合法とする見解であり、下級審判例の総合研究に基づき、この区別を基本としたうえで具体的には信義則的見地から判断すべきとする(菊井「村松・前掲書一五七頁」。その他、流矢大士「二重起訴と相殺の抗弁」伊東古希記念・民事訴訟の理論と実践(平三)四六五頁。

(30) 中野・前掲奈良法学会雑誌二二頁以下。

(31) 最判昭六三・三・一五民集四二巻三三〇頁、最判平三・一一・一七民集四五巻九号一四三五頁。

(32) 東京高判平四・五・二七判例時報一四二四号五六頁、東京地判平四・六・三〇判例時報一四五七号一一九頁、裁判例については栗原・前掲論文一〇三頁以下、小山・前掲民訴

判例漫策一七二頁以下および菊井・村松・前掲書一五五頁以下が詳細である。

(33) 中野・酒井・前掲評釈二五〇頁および中野・前掲奈良法学会雑誌論文一二頁。したがって具体的事情に左右されることも多く、信義則などによる調整の余地が大きい問題である(以下の叙述もあくまで原則的な場合を念頭においてのものであり、具体的事情に応じた例外的処理をしなければならぬ場合も少なくない。その意味で、理論的に決着をつけると言うよりもむしろ実質的な考慮で決すべき問題であろう)。

(34) 結局、これは、相殺が、相殺権者と相手方の立場を交換して別の訴訟で争われることになるのであるが、このような相殺がたとえ認められるとしても、すでに相殺が問題となっている裁判所とは別の裁判所での審理を求めることまで認める必要はないのではあるまいか。

なお、この問題は相殺の抗弁に対する相殺の再抗弁の問題(被告の相殺の(予備的)抗弁に対し、原告が被告に対して有している別の債権で、被告が相殺の抗弁の自動債権とした反対債権を受動債権とする相殺の抗弁を提出する場合)とは異なる。この再抗弁は、(被告が先にした)相殺の相手方によって受動債権を別の債権に取り替えることと同じであり、そもそも実体法上このようなことが認められるか問題となる。中野・前掲論文一七頁参照。

(35) 中野・前掲訴訟関係一二二頁および栗原・前掲論文九三頁。

(36) 東京地判昭三三・四・二下民九卷四号五六二頁、東京高判昭四二・三・一判例時報四七二二号三〇頁、東京高判昭四二・三・一東高民時報一八卷三三二九頁、大津地判昭四九・五・八判例時報七六八号八七頁など。

(37) 抗弁先行型では自動債権が反訴で出てくるのが自然であるとの指摘がある(中野・酒井・前掲評釈二五三頁および中野・前掲奈良法学会雑誌論文一四頁)。別訴で認めたいものはわずかに東京地判昭三三・七・二五下民八卷七号一三三七頁にとどまる(そのほか東京高判昭五九・一一・二九判例時報一一四〇号九頁が掲げられることもあるが、判決時にはすでに前訴での相殺の抗弁が撤回されている事案である)が、しかし別訴を不適法とした裁判例はいままでのところ見い出せない。

(38) 中野・前掲訴訟関係一二二頁以下。なお、この局面では、一方の訴訟の中止も解釈論として可能であろう。なお前注(17)に関連し、同一の手形債権をめぐって二つの訴訟が併行し裁判の矛盾の可能性が生じる場合に、手形債務不存在確認の前訴の進行を一時停止し、手形判決をまっとううえで、それに対する異議訴訟と併合することによって避けられるとの指摘があり(前掲大阪地判昭四九・七・四)、一般的に支持されている(大阪地判昭四九・七・四につき霜島甲一〔判批〕ジュリスト六五〇号(昭五二)一〇四頁、大阪高判昭六二・七・一六につき上杉晴一郎〔判批〕判例タイムズ七〇六号(平一)二七八頁、森淳二郎〔判批〕法学セミナー三五卷二号(平二)一一七頁、畑瑞穂〔判批〕

ジュリスト九五九号(平二)一一三頁、東京地判平三・九・二につき上野泰男〔判批〕判例評論四〇五号(平四)一八七頁、梶美奈子〔判批〕判例タイムズ八二二号(平五)二〇六頁。

(39) なお、この抗弁後行Ⅱ別訴型には、以上のほかに、相手方からの訴訟が先行しているのに、自己の債権について訴訟を提起し、そのうえで同一債権を自動債権とする抗弁を相手方からの先行訴訟で提出する場合もある。この場合、自己の債権について別訴を提起したためにこの問題が生じたのであり、相手方からの先行訴訟で相殺なり反訴提起をすれば問題は生じず、重複審理の原因を自ら引き起こした点で、本文の場合とはやや利益状況を異にする。しかしながらこの場合も自己の債権についての訴訟を取り下げないと相殺の抗弁が提出できないとすると、結局、本文で述べたことと同一の問題が生じ、また相手方が無資力の場合に對する相殺の担保的機能への期待も否定できないものと思われ、相手方との関係でやや問題は残すが、この場合もやはり本文の場合と同様に相殺の抗弁の提出を認めることを原則とし、後は具体的事情に応じ信義則などによる調整をすべきと考える。

(40) 篠原勝美・法曹時報四二卷二号(平二)六三五頁。中野・前掲奈良法学会雑誌一五頁は「相殺の抗弁じたいがまともでないケース」であるとし、抗弁後行Ⅱ別訴先行型で相殺の抗弁を許さない裁判が多いのは、その訴訟で取り上げて審理裁判するのが適当でないような相殺の抗弁が多く、それを排除する手段として、自動債権の別訴係属にかこつけて、不適法説の理論が片面的に利用されている場合が少なくないのではないかと推察されている。前掲最判平三・一二・一七についても、中野・同論文一五頁参照。

(41) 相殺の抗弁を減縮された反訴(梅本・前掲論文三八五頁)あるいは自動債権貫徹機能を有する(河野・前掲書一一五頁以下)とする見解からすれば、自動債権について訴え提起と同じ効果を認めることになり、後の相殺の抗弁が不適法とならう。

(42) 相殺の抗弁に訴訟係属と同様の効果を認めるならば、その相殺の抗弁の撤回についても訴え取下げと同様な制限(二二六条二項)を要求するのが首尾一貫するが(中野・前掲訴訟関係一一二二頁)、すると本文で述べた不合理性はますます増大する。

(鹿兒島大学助教)