慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究三〇三〕 別訴において訴訟物となっている債権を自働債権とする総裁の抗弁の許否
Sub Title	
Author	三木, 浩一(Miki, Koichi) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1993
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.66, No.3 (1993. 3) ,p.131- 137
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19930328-0131

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔最高裁民訴事例研究三〇三〕

平三3（最高民集四五巻九号一四三五頁）

別訴において訴訟物となっている債権を自働債権とする相殺の抗弁の許否

最高裁平成三年一二月一七日第三小法廷判決

原告Xはスポーツ用品等の輸出入および販売を主な業とする会社であり、被告Yはバドミントン用品その他のスポーツ用品の製造および販売を主な業とする会社である。XはYに対し、X・Y間の継続的取引契約に基づくバドミントン用品の輸入原材料残代金等合計二五八万一二五一円およびこれに対する昭和五五年一〇月七日から支払済みまで年五分の割合による遅延損害金の支払を求める訴（以下、「本件訴訟」という）を提起した。昭和五八年二月二五日、第一審の東京地裁は原告の請求を一部認容し、二〇七万四四七六円およびこれに対する昭和五五年一〇月七日から支払済みまで年五分の割合による遅延損害金の支払を命じた。Yが控訴。

控訴審におけるYの主張のうち本評釈と直接関係があるのは、Yを原告としXを被告とする別件で係属中の売買代金等請求訴訟（以下、「別件訴訟」という）において請求中の債権による相殺の抗弁の主張である（Yのその余の主張については省略）。この別件訴訟では、請求金額のうち一二八四万八〇六〇円および、うち一二三〇万八〇六〇円に対しては同五四年七月一四日から、うち五四万円に対しては同年九月二六日から、それぞれ支払済みまで年六分の割合による遅延損害金の支払を命じる第一審判決が昭和五八年四月一八日に下されており、その後控訴により本件訴訟の控訴審と同じ東京高裁第一民事部に係属していた。本件訴訟と別件訴訟は当初各別に控訴提起されたが、昭和五九年一月二〇日に両事件について弁論の併合が行なわれた。Yは、弁論併合後である昭和六〇年三月一一日の第一一回口頭弁論期日において、右別件訴訟において請求中の債権を自働債権とする相殺の抗弁を提出した。その後、両事件の弁論は再び分離され、別件訴訟の控訴審判決は本件訴訟の控訴審判決と同日に言い渡されている。

原審である東京高裁第一民事部は、民訴法二三一条が重複訴訟を禁止する趣旨につき、①審理の重複による無駄を避けるための訴訟経済上の要請、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、という二点を指摘し、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その趣旨は同様に妥当するので同法同条を類推適用するのが妥当であるとして控訴を棄却した（本件最高裁判決の判決理由はこの控訴審判決の判決理由とほぼ同じである）。Yが上告。

Yの上告理由は主として以下の二点である。第一に、審理の重複を避けるためという訴訟経済上の要請についてであるが、本件訴訟

は別件訴訟と同一部において同時に審理されており、しかも一時は併合審理されていたのであるから、このような訴訟経済上の要請は全く考慮する必要がなかった。第二に、既判力の抵触の点であるが、この点についても本件訴訟は別件訴訟と同一部において同時審理されていたのであるから、別件訴訟の請求債権と本件訴訟の抗弁に用いた自働債権の存否ないし金額について矛盾する判決が生ずることはありえない。まして、右の債権はXの自認するところであったからこの点は問題にならない。このほか、本件訴訟判決と別件訴訟判決は控訴審判決であるので別件訴訟及び本件訴訟が仮に同時にあるいは別個に上告されたとしても矛盾する判決が生ずる訳がないとの主張もあわせ行なっている（上告審は法律審であり事実認定ができないので上告審で控訴審の事実認定が覆されるおそれはなく、控訴審段階で債権の存否及び金額について矛盾のない判断がなされることが事実上担保されているという主張であると思われる）。なお、付随的に、Yは本件訴訟で相殺に供した債権部分を別件訴訟の請求金額から減額することに異議がない旨を別件訴訟において準備書面を通じて陳述していたこと、および、Xは現在無資力であることが主張されている。

最高裁第三小法廷は、以下のように判示してYの上告を棄却した。

「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（最高裁昭和五八年（オ）第一四〇六号同六三年三月一五日第三小法廷判決・民集四二巻三号一七〇頁参照）。すなわち、民訴法二三一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（同法一九九条二項）、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、同法二三一条の趣旨は、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。」

判旨には疑問がある。

一　本件判決は、別訴の訴訟物となっている債権を自働債権とする相殺の抗弁が民訴法二三一条の重複訴訟の禁止に触れるとして、相殺の抗弁を認めることを求めた第一審被告の上告を棄却したものである。相殺の抗弁と重複訴訟禁止規定の関係は、古くから学説において議論されてきた問題である。しかし、近年にいたるまで下級審の裁判例しか存在せず、最高裁の判断が待たれる状況にあった。そのような状況の中で、本件判決に引用されている昭和六三年三月一五日の最高裁判断（宝運輸事件判決）が初めて示された。本件判決は右に続く二つ目の最高裁の判断となる。判決理由中に述べられているように、本件判決は基本的に宝運輸事件判決を踏襲している。従って、この問題に関する判例の立場はほぼ固まったことになる。しかし、本件判決の意義はこれだけにはとどまらない。本件判決では、二つの訴訟が併合審理されている場合には重複訴訟禁止規定の適用

を考慮する必要はないのではないか、という宝運輸事件判決では顕在化していなかった問題に関し、否定的な判断が示されている。右の点は、近時の有力な学説の流れと逆行するものであり、後に述べるように問題なしとしない。[1]

二　相殺の抗弁と重複訴訟禁止の関係に関する下級審の裁判例の傾向

については、いわゆる「抗弁後行型」と「抗弁先行型」とで結論を異にする顕著な傾向があるという分析が定着している。[2]「抗弁後行型」とは、現に係属中の訴訟の訴訟物たる債権を自働債権として別訴で相殺の主張をする場合を指す。これに対し、「抗弁先行型」とは、ある訴訟で相殺の抗弁に供した自働債権を改めて別訴で訴求する場合を指す。下級審では、抗弁後行型の場合には別訴における相殺の抗弁の主張を否定し、抗弁先行型の場合は別訴での新たな訴求を認めている例がほとんどである。昭和六三年の宝運輸事件判決は抗弁後行型について最高裁が初めて判断を示し、民訴法二三一条を適用して相殺の抗弁を否定して下級審裁判例の傾向を追認したものである。

もっとも、宝運輸事件は、賃金の仮払いを命ずる仮処分の執行後に仮処分が控訴審で取り消され、これに基づいて仮処分債務者が仮払金の返還請求訴訟を提起した場合に、仮処分債権者が既に別の本案訴訟で訴求中の賃金債権を自働債権として相殺の抗弁を提出したという特殊な事案である。この場合に相殺の抗弁を認めると、仮処分事件において仮定的に形成した法律関係に関する判断に本案訴訟の訴訟物の判断が混入することになり、保全手続と本案手続の峻別が事実上失われることになる。従って、もともと立場のいかんを問わず相殺の抗弁を認めにくい事案であった。このような事案の特殊性につき、判決自身も「本件受働債権の給付請求権は、仮払仮処分の取消という訴訟法上の事実に基づいて発生し、本来、民訴法一九八条二項の現状回復請求権に類するものであり、右のように別訴で現に訴求中の本件自働債権をもってするYらの相殺の抗弁の提出を許容すべきものとすれば、右債権の存否につき審理が重複して訴訟上の不経済が生じ、本件受働債権の右性質をも没却することは避け難いばかりでなく」と述べ、また、「本件自働債権の性質及び右本案訴訟の経緯等に照らし、この債権の行使のため本案訴訟の追行に併せて本件訴訟での抗弁の提出をも許容しなければYらにとって酷に失するともいえないことなどに鑑みると」というように判示している。従って、判例としての射程距離は当該事案に限られると解する余地があり、これをもって最高裁の立場を一般化することはできなかったと解するべきである。[3]これに対し、本件判決は一般化の可能な事案であり、抗弁後行型に関する限り最高裁の立場は確定的に明らかになった。

ちなみに、抗弁先行型についてはもともと下級審裁判例の数も少なく、最高裁の判例はない。しかも、下級審裁判例の多くは反訴により後訴が提起された事例である。[4]純然たる別訴で後訴が提起された場合について、今後裁判例がどのような傾向を描くかについては必ずしも明らかでない。

三　裁判例の傾向が顕著であるのとは対象的に学説には種々の見解がある。[5] 一方の極として、抗弁後行型と抗弁先行型とを問わず重複訴訟禁止規定の適用を否定する見解（非適用説）がある。また、他方の極として、抗弁後行型と抗弁先行型の双方について重複訴訟禁止規定の適用を認める見解（適用説）がある。さらに、これらの中間をいくものとして、裁判例と同様に抗弁後行型の場合には重複訴訟禁止規定の適用を認め抗弁先行型の場合には適用を否定する見解、これとは反対に抗弁後行型の場合には重複訴訟禁止規定の適用を否定し抗弁先行型の場合には自働債権による別訴を否定する見解もある。右のような学説の対立は、相殺の抗弁の二重機能のいずれを強調するかという価値判断によるところが大きい。ここにいう二重機能とは、ヘーゼマイアーの言葉を借りれば、相手方の債権に対する「防御機能」と自己の債権の「実現機能」との二つである。[6]

非適用説は、相殺の抗弁の主眼はあくまでも防御にあるのであって訴えや反訴とは同視しえないとして「防御機能」を重視する。たしかに、相殺の抗弁は自働債権の存在について既判力ある判決を受けることだけに意義があるわけではない。信用を基盤とする取引社会に生きる当事者にとっては、敗訴判決を受けないこと自体、あるいは強制執行を受けないこと自体に固有の意義がある場合が多い。また、相殺の抗弁を提出する動機の中には、相殺の担保機能に対する期待が込められていることがある。相殺権はしばしば取引社会におけるもっとも簡易で信頼のおける担保であり、本件訴訟の上告理由で上告人YがXは無資力である旨を主張しているのも相殺の担保機能が奪われることの不利益を指摘するものであろう。さらに、社会経済的に見ても、双方の当事者による強制執行のやり合いが生じることは望ましいことではない。従って、自働債権について別に審理を受ける機会があることをもって、相殺の抗弁が排斥される理由とはなしえない。抗弁後行型の場合について、既判力ある判断を得ることがより確実な訴えの形で自働債権を行使している以上、後訴での訴訟上の相殺による行使を許す必要はないという議論がなされることがあるが、相殺の抗弁の「実現機能」のみに目を向けた議論との感をぬぐえない。これらのほかに、相殺の抗弁は訴えの場合と異なり判決において斟酌される保障はないという点も、古くから非適用説の立場によって指摘されているところである。[7] もちろん、相殺の抗弁が普通の抗弁と異なり訴えや反訴に類した債権の「実現機能」を有することは否定することができない。しかし、相殺の抗弁には防御方法としての本質が色濃く漂っていることも否定できないのである。

これに対して適用説は、相殺の抗弁が自働債権の貫徹を図るという「実現機能」を有している点を重視する。この実現機能にともなって発生する問題には二つの側面がある。ひとつは、相殺の抗弁における自働債権の存否に関する判断について既判力が生じる結果、当該自働債権を訴訟物とする別訴の既判力との間で矛盾が生じる可能性があるという点である。しかし、こ

の点については、既判力の矛盾防止は四二〇条一項一〇号などで制度的に担保されているし、事実上も両訴訟で当事者は共通であるから既判力の矛盾は防ぐことができるという反論がなされる。[8] 既判力制度はもともと判断の矛盾を防止するために存在するのであるから、既判力矛盾の現実的可能性を立論の根拠にすること自体に強い説得性があるとは思われない。加えて、争点効理論や訴訟上の信義則に関する議論の深化は、このような既判力論を中心とした考察のたてかたそのものに反省を迫ってきている。ここでは、既判力矛盾の可能性があるかどうかよりも、同一争点について複数の審理が別個に行なわれることに関する訴訟経済上の観点からの批判が問題とされるべきであろう。実現機能から派生する問題にはもうひとつの側面がある。相殺の抗弁を提出している訴訟が進行中に、当該自働債権を訴訟物とする別訴が確定し執行も終了したとする。その後に、相殺の抗弁が認められ確定してしまったとすると当該債権は二重に行使された結果となるが、これについては再審制度でも執行法上の制度でも是正することができないという不都合がある。[9] しかし、この場合の不都合は、自働債権の執行による消滅を後訴で主張（または立証）しなかったことに起因するもので、弁論主義の必然的結果であり単純な自己責任の問題に帰着するとの評価も可能である。このようにみてくると、実現機能から派生してくる問題点は、防御機能を侵害しない限度において可及的に考慮するべきであるということになろう。

相殺の抗弁の防御機能と実現機能の間には右のような軽重があるにせよ、相殺の抗弁が二重性格を有すること自体は争いようがない。とすれば、相殺の防御機能と実現機能の二つをトレード・オフの関係ととらえていずれをとるかの選択を迫ることが賢明であるとは思われない。まず、二重機能の双方をともに活かす道を探り、それが不可能な事態の場合にのみ価値判断による態度決定に移ることが建設的である。このような観点から、相殺の抗弁の防御機能を活かしつつ同時に審理の重複と判断の矛盾を避ける手段として、後訴ないし相殺の抗弁を却下するのではなく審理を併合することにより二つの機能をともに活かそうという見解が近時有力である。とりわけ、抗弁後行型においては、先に相殺の抗弁を提出した当事者は自らのイニシアチブで反訴を起こせるのであるから反訴によるべきであり、別訴による後訴は二三一条に触れるという見解が多い。[10] 基本的には正しい方向性として評価するべきであろう。もっとも、審理手続の併合ですべての問題が解決できるわけではない。第一に、民訴法二三一条の解釈論として反訴強制という効果を導くことは困難である。第二に、抗弁後行型の場合には自働債権を有している者の意思のみでは併合審理が実現できない。第三に、かりに第一審で弁論が併合されたとして、一方の当事者から控訴がなされた場合には控訴審段階で統一審判が維持されるという制度的保障がない。このような問題を解決するためには上訴段階および執行段階をも視野に収めた解決が要求されるが、評釈の

範囲を超えるので稿をあらためて論じることとしたい。

四　ところで、本件はもともと二つの訴訟手続が併合された後に相殺の抗弁が提出された事案（同一手続型）である。すなわち、本件訴訟と別件訴訟は当初各別に控訴提起されたが、昭和五九年一月二〇日に両事件について弁論の併合が行なわれ、Yは弁論併合後である昭和六〇年三月一一日に別件訴訟において請求中の債権を自働債権とする相殺の抗弁を本件訴訟において提出した。しかし、この相殺の抗弁が二三一条に触れるとして認められず控訴が棄却され、この判断が最高裁においても維持されたのである。本件控訴審および最高裁判決に先立ち、本件と同様に抗弁後行型・同一手続型の事例においてこれと同じような判断を示した下級審の裁判例がある。すなわち、東京地判昭和五五年七月三〇日（判タ四二四号一一八頁）は、相手方からの反訴に対して相殺の抗弁を提出したという同一訴訟手続型の事例で相殺の抗弁を認めなかった。抗弁後行型で同一訴訟手続型の裁判例はもともと報告例が少なく、この裁判例が抗弁後行型の場合に相殺の抗弁を否定する裁判例の流れの中でどのように位置づけられるのかについては定まった評価をすることが必ずしもできない状態にあった。その意味では、本件最高裁判決により、抗弁後行型の場合は同一手続型であると非同一手続型であるとを問わず常に相殺の抗弁が否定されることが明らかになったわけである。

しかし、このように既に審理が併合されている訴訟において同一債権が訴訟物と相殺の自働債権とで重複行使された場合には、抗弁先行型であると抗弁後行型であるとを問わず審理の重複と判断の矛盾のおそれはない。従って、非適用説の立場からはもちろんのこと適用説にたっても反訴としての後訴ないし相殺の抗弁を適法とすることになるはずである。[11] ところが、本件の控訴審ではいったん併合した弁論をわざわざ再び分離したうえで相殺の抗弁を認めず控訴を棄却している。このような処理にはたしてどのような合理性があったのかはきわめて疑わしい。なぜなら、分離された別件訴訟の控訴審判決は本件訴訟の控訴審判決と同日に言い渡されているところからみて審理速度の違いによる分離ということも考えにくいし、相殺の抗弁が提出されたのが控訴審段階であるから上訴により審判統一の保障が維持できなくなるという問題も生じないからである。最高裁は、控訴審のこのような処理について疑問を呈さず、民訴法二三一条が適用されるべきことは「両事件が併合審理された場合についても同様」であると判示した。しかし、かりに相殺の抗弁を認めないのであれば、なぜ本件のような併合審理の場合においても相殺の抗弁が認められないのかについて積極的な理由が述べられるべきであった。最高裁が、なんら理由を示すことなく同一手続型の事例を非同一手続型と同視したことは遺憾であり、今後の下級審実務に与えるであろう影響が憂慮される。

(1) 本件判決の評釈としては、高田昌宏「別訴において訴訟物となっている債権を自働債権とする相殺の抗弁の許否」法学教室一四二号九九頁、山本克己「別訴において訴訟物となっている債権を自働債権とする相殺の抗弁」ジュリスト平成三年度重要判例解説一二一頁、加藤哲夫「別訴において訴訟物となっている債権と相殺の抗弁」法学セミナー四五一号一三八頁がある。

(2) 裁判例の分析については、篠原勝美「最高裁判所判例解説六二七」法曹時報四二巻二号三六三頁以下、栗原良扶「相殺の抗弁と重複訴訟の禁止—学説・判例の概観と若干の考察—」法学研究（大阪学院大学法学会）八六頁以下参照。

(3) 六三年判決の判例としての射程距離を制限的に解する見解として、小笠原昭夫「賃金の仮払を命ずる仮処分の取消と仮処分債務者の仮払金返還請求権」ジュリスト昭和六三年度重要判例解説一三二頁などがある。

(4) 栗原・前掲注（2）八七頁、一〇五頁参照。

(5) 学説の状況については、篠原・前掲注（2）三六六頁以下、栗原・前掲注（2）八六頁以下、高田・前掲注（1）九九頁など参照。

(6) ルートヴィヒ・ヘーゼマイアー（三上威彦訳）「いわゆる『裁判上の相殺』—その教義的な誤った強調—『西独民事訴訟法の現在（中央大学出版部）』所収」二二八頁以下。

(7) 中野貞一郎・訴訟関係と訴訟行為（弘文堂）一二一頁。

(8) 高田・前掲注（1）九九頁は、既判力の矛盾回避を訴訟係属発生の段階での重複訴訟禁止でもって図らなければならない必然性があるのかは疑問であり、既判力制度それ自体の枠の中で解決されるべきものであるとするが、妥当な指摘である。

(9) 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1（日本評論社）所収』」三八五頁。

(10) 主要な学説については、山本・前掲注（1）一二二頁参照。

(11) 山本・前掲注（1）一二二頁は、争点を共通にする二つの訴えが併合審理されるのであるから、近時の有力説の立場からはむしろ望ましい自体と評価されることになるはずだという。

（一九九二年一二月稿）

三木　浩一