

Title	債務不存在確認訴訟の係属中になす給付命令のみを求める反訴： 重複起訴の禁止についての一考察
Sub Title	
Author	永井, 博史(Nagai, Hirofumi)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	2008
Jtitle	慶應の法律学 民事手続法： 慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 (2008.) ,p.131- 156
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88454276-00000006-0131

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.

債務不存在確認訴訟の係属中になす

給付命令のみを求める反訴

——重複起訴の禁止についての一考察——

永井博史

- 一 はじめに
- 二 民訴法一四二条の守備範囲
- 三 債務不存在確認の訴えと給付の訴えとの間の事件の
同一性
- 四 給付命令のみを求める反訴を認めた場合に生じうる
若干の問題点
- 五 おわりに

一 はじめに

債務不存在確認の訴えと同一債務にかかる給付の訴えが、重複起訴の禁止に抵触する関係にあるのかについては、従来から議論の対立がみられた。特に議論されてきたのは、債務不存在確認の訴えが提起され、それが係属した後に、同一の当事者間において原告と被告の立場を替えて、当該債務にかかる給付の訴えが提起された場合に、この後行する給付の訴えは、重複起訴の禁止に抵触して却下されることになるのかという問題である。

このような議論状況の中で、近時、最判平成一六年三月二五日民集五八巻三号七五三頁は、債務不存在確認訴訟の係属中に、反訴として給付の訴えが提起された場合、先に提起されていた債務不存在確認の訴えが確認の利益を消失するゆえに却下されるという判断を示した。

〈事案の概要〉

Aを代表取締役とするX株式会社は、従業員がAとその家族を含む八名であったが、極めて厳しい経営状態に陥っていた。X会社は、Y生命保険会社との間に、自己を受取人、Aを被保険者とする多額の生命保険契約を締結していたところ、Aは転落事故により死亡した（第一審・原審とも自殺と認定）。そこで、保険会社Yが、自殺免責期間が経過していないとして、保険金支払債務が存在しないことの確認を求める訴えを提起したが、この訴訟の係属中に、Xは、当該債務の履行を求める訴えを提起した。第一審は、本訴の債務不存在確認請求を認容し、反訴の給付請求を棄却した。原審は、第一審の判断を維持した。Xは、保険金支払請求が棄却されたことについて、上告および上告受理を申し立てた。

〈判旨〉

「職権により判断するに、……Yの上記保険金支払債務の不存在確認請求に係る訴えについては、……(Xにより)保険金の支払いを求める反訴が提起されている以上、もはや確認の利益を認めることはできないから、……Yの上記訴えは、不適法として却下を免れない」。

なお、本件最高裁判決に先立って、公刊されている判例集には登載されていないが、これと同旨の判断を示す最高裁判決がある。最判平成一三年三月二七日がそれである。¹⁾

〈事案の概要〉

Xの未成年の子が、Xの自宅に設置されていた電話を使って、Y(NTT)のダイヤルQ2事業における有料情報サービスを利用していた。そこで、Xは、Yを被告として、これによって生じた通話料の未払分の債務不存在確認の訴えを提起したところ、Yが反訴を提起して、その支払いを求めた。

第一審および第二審とも、Xの子の無断利用にかかる通話料につき、信義則によってXの通話料支払義務を否定し、Xの本訴請求である債務不存在確認請求を認容し、Yの反訴請求である通話料支払請求を棄却した。

最高裁は、無断利用にかかる通話料の五割を超える部分について、Yがその支払請求をすることは信義則ないし衡平の観念に照らして許されないと判断して、Yの請求をその限度で一部認容するとともに、Xの債務不存在確認請求については、以下のように判示して訴えを却下した。

〈判旨〉

「被上告人(X)の本件通話料債権の不存在確認を求める訴えについては、上告人(Y)から本件通話料を含む電話料金の支払いを求める訴えが提起されている以上、もはや確認の利益を認めることはできないから、被上告人(X)の

上記訴えは不適法として却下を免れないというべきである」。

以上のような最高裁の二つの判例は、結論として債務不存在確認の訴えにおける確認の利益が消失することを認めるのであるが、後に提起された給付の訴えが、重複起訴の禁止に抵触しない適法な訴えであることを前提としているものと考えてよい。しかし、はたしてこの前提は自明のことといえるのであろうか。もし債務不存在確認の訴えと給付の訴えとの間に訴訟物の同一性を肯定しながらも、給付の訴えが反訴として提起された結果、両者の訴えが同一訴訟手続で審判されるために裁判の矛盾抵触、審理の重複および被告の応訴の煩わしさといった問題点が解消されるから、後行する給付の反訴は重複起訴の禁止に抵触しないと理由づけるのであれば、どうしても腑に落ちないものが残される。たとえば、全くの教室事例であるが、給付の訴えが係属中に、この給付の訴えと同一の請求権を訴訟物とする新たな給付の訴えを、同一の訴訟手続内で併合提起すれば、後行の給付の訴えも重複起訴の禁止に抵触せず、あとは訴えの利益の問題になるだけというのであろうか。これは、重複起訴の禁止が適用される典型的な事例ではなかったか。本稿では、こうした問題意識の下で、前記判例の結論を支える合理的な理由づけについて、改めて考えてみたい。

また、このような最高裁判例の射程の問題として、債務不存在確認訴訟の係属中に、給付の訴えが反訴ではなく別訴として提起された場合には、これらの双方の訴えの帰趨はどのようになるのかを検討する必要がある。後行の給付の訴えが、重複起訴の禁止に抵触するとして却下されるのであろうか、あるいは先行する債務不存在確認の訴えが確認の利益なしとして却下されるのであろうか。

以下の考察では、重複起訴の禁止を定める民訴法一四二条の守備範囲を確認したうえで、債務不存在確認の訴えと当該債権にかかる給付の訴えとの間の訴訟物の同一性について検討する。そして、この検討を踏まえて、両

者の訴えが重複して提起された場合の取扱いに關して試論的な提案を試みたい。

- (1) 矢尾渉「最高裁判事破棄判決等の実情——平成一三年度——」(2)判時一七八四号一六頁(二〇〇二)に紹介されている。
- (2) この理論構成に立てば、債務不存在確認の訴えにおける確認の利益が後発的に消失することについては異論がない。たとえば、飯倉一郎「確認の利益」国学院六卷三号七二頁(一九六八)、納谷廣美「判批」評論四一一号三六頁(一九九三)など。しかし、後述するが、私見は、このような場合の処理を確認の利益の問題に委ねること自体に疑問を呈したい。
- (3) 近時の有力説は、重複起訴の禁止の適用領域を拡大し、それに対応する形で、重複起訴の禁止の効果としても、訴え却下だけではなく反訴強制や弁論の併合等も用意し、重複起訴の禁止の効果緩和する方向に拡大しようとする。この有力説に従えば、このような扱いは是認することになりそうである。しかし、後に詳論するところであるが、こうした適用領域の拡大とその効果の緩和は、民訴法一四二条から直接導かれるものではなく、これを梃子として、裁判所の事件管理における手続裁量として導かれるべきものであろう。

二 民訴法一四二条の守備範囲

民訴法一四二条が規定する重複起訴の禁止の適用要件は事件の同一性であるが、判例および通説的な見解は、これを当事者の同一と訴訟物の同一性によって判断してきた(制限説)。その理由は、一四二条の立法趣旨として、既判力の矛盾抵触の防止を主に考えてきたからであろう。同条の立法趣旨として、この他にも審理の重複による訴訟不経済の回避や被告に应诉の迷惑を与えないこともあげられてきたが、これらは、訴訟物の同一を要件に本条を適用した効果として後行の訴えを不適用却下することにより、自ずと達成される利益といべきである。

ところが、近時は、民訴法一四二条の適用範囲を拡大するとともに、その適用の効果も柔軟かつ緩やかなもの

とする見解が次第に有力になりつつある（拡大説）。すなわち、この拡大説によれば、同条の適用要件である事件の同一性を、請求の基礎の同一性や、⁴主要な争点の同一性や、あるいは紛争の「核心部分」⁶の同一性にまで拡大する。そして、この拡大に対応して、前述のような重複起訴の禁止の趣旨はいずれも審判手続きの重複を禁止することにより達成できるので、同条適用の効果としては、別訴を禁止するとともに、反訴や訴えの変更の方法で事件の審判を申し立てさせたり、あるいは後訴の弁論を併合したりする等で審判手続きを一本化すること（別訴禁止・併合強制）に求められるのである。

それでは制限説と拡大説のいずれを支持すべきか。たしかに、拡大説に立脚すれば、重複訴訟の禁止の範囲を拡大することができ、既判力の矛盾抵触にとどまらず主要な争点に関する裁判所の判断の矛盾抵触も避けられるし、また審理の一本化という訴訟経済にも大きく寄与するであろう。しかし他方で、拡大説は、事件の同一性を判断するに際して、主要な争点であったか否か、あるいは請求の基礎が同一といえるか否かといった点の判断に曖昧さを抱えている。また、拡大説によれば、反訴の提起や訴えの変更等は、本来は当事者の自由な選択に任されるべきことであるにもかかわらず、実際上はそれを当事者に強制する結果をもたらす⁷。さらに、弁論の併合や訴訟手続の事実上の停止などは、裁判所の裁量に任されるべきことであり、これを裁判所に義務づけることは困難である。そうであるならば、本条の守備範囲としては、「更に訴えを提起できない」という本条の文言に忠実に従い、訴訟物が同一の場合のみを同一事件とする制限説を妥当と考え、拡大説の企図する複数の事件の合理的な一本化は、本条から直接導かれるものではなく、本条を梃子として、裁判所の事件管理における手続裁量として規律すべきである、といえよう。

（４）住吉博「重複訴訟の禁止原則の再構築」『民事訴訟論集一卷』二五五頁、二九四頁（法学書院、一九七八）。

- (5) 新堂幸司『新民事訴訟法』二〇六頁（弘文堂、第三版補正版、二〇〇四）。
- (6) 酒井一「重複訴訟——訴訟物論の試金石からの脱皮——」鈴木古稀『民事訴訟法の史的展開』二七六頁以下（有斐閣、二〇〇二）。なお、この「核心部分」については、欧州裁判所において、債務不存在確認の訴えの係属中に提起された給付の訴えが重複起訴の禁止に抵触するかが争われたタトリー（Tatry）事件判決が参考にされている。タトリー事件判決については、EGH, Urteil vom 6. 12. 1994, Slg. 1994, 5439=NJW1995, 1883=Z1995, 616, を参照。
- (7) 兼子一他編『条解民事訴訟法』八四六頁（竹下守夫）（弘文堂、一九八八）、菊井維大・村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅱ』一五四頁（日本評論社、一九八八）など。
- (8) 参照、三木浩一「重複訴訟の禁止」鈴木重勝・上田徹一郎編『基本問題 民事訴訟法』一〇八頁（一粒社、一九九八）。新堂幸司・福永有利編『注釈民訴(5)』二三三頁（佐野裕志）（有斐閣、一九九八）。また、三木浩一「重複訴訟論の再構築」法研六八巻一二号一一五頁（一九九五）は、司法資源の効率的な利用の観点から、個々の事案に適合する広範囲な事件管理の裁量論を展開する。さらに、アメリカにおける事件管理に関しては、同「多数紛争管理ユニット」法研七〇巻一〇号三七以下、特に七八頁（一九九七）、浅香吉幹「広域係属訴訟」法協一〇三巻四号一五六頁、同五号一三六頁（一九八六）が詳しい。

三 債務不存在確認の訴えと給付の訴えとの間の事件の同一性

同一当事者間における同一債務にかかる債務不存在確認の訴えと給付の訴えには、民訴法一四二条の規定する「事件の同一性」が認められ、重複起訴の禁止の原則が適用されるのであろうか。以下では、この両者の訴えにおける訴訟物の同一性に関して、判例および学説を検討する。

1 最上級裁判所の判例の状況

この問題については古くから議論がなされてきたが、大審院時代の判例には、給付の訴えが提起された後に、当該給付請求権が存在することの確認を求める積極的確認の訴えが提起された場合には、重複起訴の禁止の原則は適用されないとしたものがある。大判昭和七年九月二二日民集一一卷一九八九頁がそれである。⁹⁾

〈事案の概要〉

Xは、Yに代位して、Yの株主Zを被告に株金の払込みを求める訴えを提起した（第一訴訟）。その後、ZがYに対して株主関係不存在確認を求める訴えを提起したところ（第二訴訟）、XがYおよびZに対して、当該株金払込請求権の確認を求める主参加訴訟（旧民訴法六〇条）を提起した（第三訴訟）。

この第三訴訟が第一訴訟との関係で重複起訴の禁止に違反するのではないかという点が問題になったが、大審院は、以下のように判示して、重複起訴の禁止に抵触しないととした。

〈判旨〉

「本件請求権ニ関シ給付ノ訴ヲ起シナガラ、同一被告ニ対シ其ノ請求権確定ノ訴ヲ提起スルモ、彼ノ給付ノ訴ガ棄却セラルベキ理由ハ必ズシモ請求権ノ存在ヲ否定スルモノニ限ラレザルヲ以テ見レバ、給付ノ訴ト確定ノ訴トハ仮令同一請求権ニ係ルトキト雖モ訴訟物ヲ異ニシ、之ヲ同一事件ナリト謂ウ可ラザルモノナルヲ以テ、本訴ハ民訴法第二三一條（現行民訴法一四二条）ニ抵触セズ」。

給付の訴えにおいて請求が棄却されても、必ずしもその請求権の不存在が確定するわけではない。たとえば、給付請求権は存在するが、期限未到来や取立禁止を理由に、請求が棄却されることも考えられる。そこで、この

判例は、給付の訴えと当該請求権の存在を主張する積極的確認の訴えとでは訴訟物を異にし、重複起訴の禁止に抵触しないとしたのである。

しかし、この判例の事案とは異なり、給付訴訟が提起された後に、当該債務が不存在であることの確認を求め消極的確認の訴えが提起された場合に、最判昭和四九年二月八日金融商事判例四〇三号六頁は、後訴の債務不存在確認の訴えを重複起訴の禁止に抵触すると判示した。

〈事案の概要〉

Xは、Yに対して、売買契約に基づく甲土地の所有権移転登記手続を求める訴えを提起したところ（前訴）、Yは、Xに対して別訴を提起し、①甲土地が自己の所有に属することの確認と、②Xの所有権移転登記請求権が不存在であることの確認を求めた（後訴）。

〈判旨〉

「売買契約による所有権に基づき右土地の所有権移転登記手続を求める別件訴につき、仮にこれを認容する判決が確定しても、その既判力は基本たる所有権の存否に及ばないから、後訴である本件訴のうち所有権の確認を求める請求（①請求…筆者）に関する部分は、前訴である別件訴と重複して提起された訴として民法二二二条（現行民法一四二条）の規定に違反するものと解することはできない。……しかし、……売買による所有権移転登記請求権を有していないことの確認を求める請求に関する部分は、いずれも同一当事者間において、本件土地の同一の売買契約に基づく所有権移転登記請求権につき、前者が積極的にその存在を前提として登記手続を求め、後者が消極的にその不存在の確認を求めるものであって、両請求にかかる判決の既判力の範囲は全く同一であるから、本件訴のうち登記請求権不存在の確認を求める請求（②請求…筆者）に関する部分は、民法二二二条の重複起訴の禁止に抵触するものといわなければ

ならない」。

この判例は、給付の訴えと同一の請求権に係る消極的確認の訴えとは、それぞれ訴訟物を異にするが、給付の申立ては、確認の申立てを包含するものであるので、すでに給付の訴えが係属する以上、同一請求権の消極的確認の訴えは、同一事件として重複起訴の禁止に抵触すると考えるのである。

2 学説の対立状況

債務不存在確認の訴えと同一債務にかかる給付の訴えは、はたして重複起訴の禁止に抵触する関係にあるのか。この問題をめぐる学説の対立状況を概観すれば、以下のような三つの見解に大別される。

(一) 別訴却下・反訴強制説

多数説は、定説であると言われているが、債務不存在確認の訴えと給付の訴えとは、その訴訟物は異なるとしても、審判の対象となる権利関係は同一であるから、いずれの訴えが先行しようとも、別訴として提起された後訴は重複起訴の禁止に抵触して却下されるべきであると主張する¹⁰。この見解によれば、重複起訴の禁止の趣旨は、審理の重複による訴訟不経済と裁判の矛盾抵触の発生を防止し、かつ先の訴訟において展開された当事者間の訴訟状態を保持することに求められる。そこで、両訴訟において同一事物につき審判の機会が存在し、したがって、その本裁判決の既判力が矛盾する可能性のあるかぎりはこの趣旨を徹底しない結果となるから、後訴が、すでに係属した訴訟とその請求の原因である権利または法律関係において同一である以上は、これに関する請求の趣旨（給付・確認・形成の申立て）いかに問わず、同一事件として独立無関係に審判を開始させるべきでないという。したがって、すでに債務不存在確認の訴えが係属したときには、給付の訴えは提起できないことに

なる。

そうすると、確認判決は債務名義とはならないから、債権者は確認の訴えが係属中でも給付の訴えを提起する必要があるが、この見解は、当該確認訴訟の手続を利用し、原告の場合は請求の趣旨の変更により、被告の場合は反訴の形式をもって、給付の訴えを提起すれば足りると主張する⁽¹²⁾。以下では、この見解を別訴却下・反訴強制説と仮に呼んでおく。

(二) 包摂関係の優位説

また、かつては次のような見解も有力に唱えられていた。すなわち、給付の訴えは請求権の積極的確認の請求をも包含するから、同一債権について給付判決を求める前訴とその債権の不存在確認判決を求める後訴とは同一事件になるが、同一債権について債務不存在確認判決を求める前訴と給付判決を求める後訴とは同一確認の訴えにおける請求棄却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訴訟物の範囲が大きいから、同一の事件にあたらしないと⁽¹³⁾するのである。本稿ではこの見解を包摂関係の優位説と呼んでおくが、現在においては、この見解を支持する学説は見当たらないようである。

(三) 給付の訴え優先説

債務不存在確認訴訟においては、被告である債権者がその債権の存在を主張・立証しなければならぬという構造を有するものであることから⁽¹⁴⁾、債務不存在確認の訴えは、債権者に対して提訴を強制すると同様の機能を有している。最近では、このような債務不存在確認の訴えの先制攻撃的な性格あるいは提訴強制機能が自覚的に主張され始めた⁽¹⁵⁾。

(1) こうした状況の中で、債務不存在確認の訴えは給付の訴えに対する独自性をもたないとして、債務不存在確認の訴えの提訴強制機能を重視する見解が唱えられるようになった。この見解によれば、給付の訴えが反訴と

してだけではなく別訴という形で提起された場合でも、債務不存在確認の訴えが、提訴強制という機能上の目的を完全に果たしたことは変わりがない。そこで、別訴の形であれ反訴の形であれ、債務不存在確認訴訟の係属中に提起された給付の訴えは、重複起訴の禁止に抵触せず、これを原告が一方的に取り下げることができなくなった時点で、逆に債務不存在確認訴訟は、原則として確認の利益を消失するに至り、不適法却下になると結論づけられる。まさに、給付の訴え優先説と呼ぶのがふさわしい見解である。

ただし、給付の訴えが別訴で提起された場合には、その後これを一方的に取り下げることができなくなるときまでに、債務不存在確認訴訟がすでに裁判に熟しているときは、債務不存在確認の訴えに確認の利益が存続することを例外として認めている。訴訟経済の観点から修正を施すのである。⁽¹⁶⁾

なお、この見解によれば、通説および判例とは異なり、後に提起される給付の訴えは反訴による必要はないとされる。そして、反訴の提起は当事者の自由であり義務ではないはずで、⁽¹⁷⁾反訴を強制することは、どの裁判所に訴えを提起するかを決定する当事者の権限を害すると強く非難するのである。

(2) ドイツに目を転じれば、判例および通説がこの見解と同一の方向を示していることに気がつく。ドイツの連邦通常裁判所の判例は、次のようなルールを定立している。すなわち、債務不存在確認の訴えが提起され、その訴訟の係属中に、同一の当事者間において原告と被告の立場を入れ替えながら、当該債務にかかる給付の訴えが提起された場合に、それが原告によって一方的に取り下げられる可能性がなくなつたとき（被告が本案について弁論をなしたとき）⁽¹⁹⁾は、先に提起された債務不存在確認の訴えは、訴えの利益を欠く結果、不適法として却下される。そして、このルールの論拠を以下のところに求めている。すなわち、後に提起された給付訴訟において、請求棄却の本案判決がなされた場合には給付請求権の不存在が確定するのであるから、先に提起された債務不存在確認の訴えの目的はこれによって達成できるので、確認の利益が消滅するというのである。⁽²⁰⁾ただし、このよう

なルールにも幾つかの例外が存在する。たとえば、後に提起された給付の訴えが不適法であった場合や、先行する債務不存在確認の訴えにおいて、すでに事件がその全部または重要な部分で判決をなすに熟しており、後行する給付訴訟においては未だ事件が判決をなすに熟していない場合などである。⁽²¹⁾

このようなルールは、学説における多数説からも支持されている。⁽²²⁾ただし、バルツァー (Balzar) は、その教授資格論文で、通説および判例に反対して、債務不存在確認の訴えが他の訴訟類型と対等であること、したがって、それは給付の訴えに対しても独自性を有することを強調する。⁽²³⁾そして、彼は、債務不存在確認の訴えが係属すると、その後提起された同一の債務に係る給付の訴えは、先行する債務不存在確認訴訟の終了まで休止しなければならぬと結論づける。⁽²⁴⁾

3 学説に対する若干の検討と試論の提示

これまで概観してきたことを踏まえれば、次のことが確認できる。まず、給付の訴えが先行し、後に債務不存在確認の訴えが提起された場合には、後行の債務不存在確認の訴えが別訴であろうと反訴であろうと、それは重複起訴の禁止に抵触して却下される。前述した最判昭和四九年二月八日は、後訴が別訴の場合にこのことを確認している。この結論には、民法一四二条を梃子として事件管理としての手続裁量を構想する見解に立たないかぎり争いが無いようである。⁽²⁵⁾逆に、債務不存在確認の訴えが先行し、後に給付の訴えが提起された場合はどうか。本稿の冒頭で紹介した最判平成一三年三月二七日や最判平成一六年三月二五日によれば、この給付の訴えが反訴であるときは重複起訴の禁止には抵触せず、かえって先行する債務不存在確認の訴えが、確認の利益を欠くことになるために不適法として却下される。そして、通説もこの考え方を支持している。さらに、後行する給付の訴えが別訴であるときは、まだ最高裁の判例は存在しないものの、通説に従えば、この給付の訴えは重複起訴の禁

止に抵触して不適法却下となる。以下では、この反訴による場合と別訴による場合とで異なる結果が導かれることを正当化する理由づけに関して仔細に検討してみたい。

(一) 訴訟物の同一性

民訴法一四二条は、事件が同一であるとき、すなわち訴訟物が同一であるときには、重複起訴の禁止に抵触し後訴が不適法となる旨を規定するが、まず債務不存在確認の訴えと給付の訴えの訴訟物が同一か否かについて、⁽²⁷⁾ 検討しておく必要がある。

これに対する解答は、訴訟物をどのように定義づけるかに依存している。⁽²⁸⁾ すなわち、訴訟物概念を狭義で捉え、「実体法上の権利または法律関係」（旧訴訟物理論で考えることにする。）を意味するとすれば、債務不存在確認の訴えと給付の訴えは、ともに原告の被告に対する給付請求権という同一の訴訟物を持つ。しかし、訴訟物概念を広義で捉え、「実体法上の権利または法律関係」に加えて、「裁判所に対する審判要求」（給付・確認・形成という救済形式を伴う）をも含めたものを意味するとすれば、両者の訴えは、一方が確認判決を求め他方が給付判決を求める限りで、訴訟物を異にするということになる。⁽²⁹⁾ しかし、この訴訟物を異にするという表現で、全く訴訟物が異別であると即断することのないように注意しなければならない。むしろ両者の訴えの訴訟物は「部分的に同一」であるという表現が相応しいであろう。なぜなら、給付の訴えにおける請求認容判決（給付判決）は、給付請求権を確認する効果を有しているし、逆にその請求棄却判決は、給付請求権の不存在を確認する効果を有している。給付判決を求める要求は、また確認を求める要求をも含んでいると考えなければならないからである。それゆえに、債務不存在確認の訴えの訴訟物（広義）は、給付の訴えの訴訟物に完全に包摂される関係にある。換言すれば、給付の訴えは、裁判所に、その請求権の執行のために「給付命令」を要求する限りにおいて、債務不存在確認の訴えの訴訟物を超えているのである。⁽³⁰⁾

(二) 学説に対する若干の検討

給付の訴えと債務不存在確認の訴えの訴訟物には、部分的な同一性、より正確には包摂関係の認められる部分の同一性があることを確認したうえで、すでに紹介した学説について若干の検討を試みたい。

給付の訴え優先説は、たとえ先行する訴えが債務不存在確認の訴えで、かつ後行する給付の訴えが別訴として提起されたとしても、後行する給付の訴えが優先し、債務不存在確認の訴えを確認の利益なしとして却下すべきと主張するのであるが、この帰結には次のような問題がある。すなわち、このような結果を認めるならば、先行した債務不存在確認訴訟における訴訟手続が全部無駄になり訴訟経済に反する。また、別訴として提起した給付の訴えを優先するのであれば、債務不存在確認の被告は、それまでの審理の経過が必ずしも有利でないと判断したがゆえに、あるいは自分の提出した攻撃防御方法が時機に後れたとして却下されたがゆえに、給付の訴えを別訴として提起して、再び新たな訴訟手続の開始を求めることができる。しかし、このことは、原告と被告との間の公平を著しく損なう。たとえ債務不存在確認の訴えの提訴強制機能を重視したとしても、給付の訴えが提起された場合に、債務不存在確認の訴えはその目的を達したとして、これを却下するのではなく、債務不存在確認の訴えを残したままで給付判決ができるような工夫を図るべきであろう。⁽¹⁾

包摂関係の優位説は、給付の訴えと債務不存在確認の訴えとの間の訴訟物に包摂関係にある部分的同一性を見る点において、全く正当である。しかし、この説が、債務不存在確認の訴えが先行し、かつ給付の訴えが別訴として提起された場合には、給付請求の方が確認請求よりも訴訟物の範囲が大きいから、同一の事件にあたらないと即断する点には納得ができない。

多数説である別訴却下・反訴強制説であるが、まず、この説が訴訟物は異なると主張する点は、前述したように訴訟物概念の問題ではあるが、誤解を与えやすい。そこで、訴訟物は部分的に同一であると表現し直すべきで

あろう。そして、訴訟物の部分的同一性が認められるとすれば、債務不存在確認の訴えが先行し、後に給付の訴えが提起される場合に、それが別訴によるときは、重複起訴の禁止に抵触して給付の訴えが却下されるといえるが、それが反訴によるときは、重複起訴の禁止に抵触して給付の訴えが却下されるという帰結は妥当であるといえるが、それが反訴によるときには、かえって先行する債務不存在確認の訴えが、確認の利益を欠くことになり不適法却下になるといえる結論には承服できない。民訴法一四二条に關して拡大説に従うとしても、重複起訴の禁止の効果としては、訴訟物が同一の場合には後訴の却下が帰結するのであり、訴訟物は異なるが主要な争点または請求の基礎が同一である場合にかぎって、併合審理をする方向にもつていくはずである。したがって、ここでも、給付の訴えが反訴によるものであっても、訴訟物が同一の部分は、重複起訴の禁止に抵触して却下されるという帰結を導き出す試みをすべきではなからうか。

なお、ここで付言すれば、実務上、債務不存在確認の訴えの係属中に、給付の訴えが反訴として提起された場合には、本訴原告である債務者は債権者のなした反訴の提起によりその目的の大半を達したといえるし、また、この通説や判例によれば、債務不存在確認の訴えは確認の利益なしとして却下されることになるので、裁判所の勧告により、本訴を取り下げさせる例が多いようである³²⁾。しかし、反訴の取下げには相手方の同意が必要だが、本訴が取り下げられれば、反訴は相手方の同意なくして取り下げることが可能なので（民訴法二二条二項ただし書き）、本訴原告が、裁判所の勧告に応じて訴えを取下げの際には相当の注意が必要である³³⁾。たとえば、債権者が、債権者側の暴力的な取立てから避難し、正常な紛争解決のための交渉を開始することを目的として債務不存在確認の訴えを提起したとする。こうした場合に、債務者が訴えを取り下げると、債権者も反訴を取り下げることによって、暴力的な取立てが再開することもありえる。もちろん、このような事態を避けるために、本訴原告による債務不存在確認の訴えの取下げに際しては、反訴を取り下げない旨の訴訟上の合意しておくという対策も考えられよう³⁴⁾。しかし、より抜本的な解決策を模索するためには、給付の訴えが反訴として提起された場合に、債

務不存確認の訴えが確認の利益なしとして却下されること自体に、疑問を投げかける必要があるのではなからうか。

ところで、債務者が債務不存確認の訴えを提起した場合に、債権者が給付の訴えを別訴として提起することを許さず、反訴として提起することを強制するのは、債務者が選択した管轄裁判所に債権者が拘束される結果をもたらす。このことを妥当でないとする批判もある。³⁵しかし、債務不存確認の訴えの土地管轄としては、たとえば被告（債権者）の住所地、義務履行地（持参債務の原則から通常は債権者の住所地）、不法行為地などが考えられるが、これらがとりたてて債権者に不利であるとまでは言えないであろう。³⁶また、特に不利益が発生するときには、移送（民訴法一七条）によって対処することも可能である。

（三）訴訟物の部分的同一性からの帰結

給付の訴えと債務不存確認の訴えの訴訟物が部分的に同一であり、かつ前者の訴訟物が後者の訴訟物を完全に包摂していることから、いかなる規律を導き出すことが妥当であろうか。

（1） まず、給付の訴えが先行し、後に債務不存確認の訴えが提起された場合について考えれば、後行する債務不存確認の訴えが別訴であれ反訴であれ、後訴は却下されるべきである。後訴の訴訟物は、前訴の訴訟物に完全に包摂されているからである。

（2） 次に、債務不存確認の訴えが先行し、後に給付の訴えが提起された場合には、それが別訴であれ反訴であれ、後訴における訴訟物が同一の部分は、重複起訴の禁止に抵触し維持できないことになる。その結果、後行の給付の訴えの訴訟物は、給付命令のみを求める申立てに減縮される。そこで、後行の給付の訴えが別訴の形で提起されていたときは、給付命令のみを求める申立てでは認められないので、この給付の訴えは却下される。ところが、このような後行の給付の訴えが反訴の形で提起されていたときは、これと事情を異にする。この重複起訴

の禁止に抵触することなく審判手続きに残された給付命令のみを求める申立ては、本訴の債務不存在確認の訴えにおける訴訟物である給付請求権の存否の主張と相俟って、一つの訴訟手続における完全な給付の訴えの訴訟物として構成することができるのである。裁判所による給付命令にとって必要不可欠な給付請求権が存在する旨の確認は、債務不存在確認の訴えの訴訟物についての判断によって補充されるといえよう。⁽³⁷⁾そして、このことは、債務不存在確認の訴えが有する提訴強制機能の実現として容認すべきである。

かつて、兼子一博士は、給付判決を定義する学説を紹介しながら、「給付と確認の区別を判決の内容に求め、既に履行期到来し強制力ある私法上の請求権に基づく被告の給付請求義務を確認せる判決が給付判決であるとし、判決の文辞如何は問わないと為す説が正当である」と主張したが、強制執行に際しては、執行機関と権利判定機関の分離から、債務名義となるべき判決の文辞如何は問わないとすることはできない。本稿は、ここで言う「判決の文辞」を補うものとして、債務不存在確認の訴えに対する反訴として提起する場合に限っては、給付命令のみを求める申立てを容認すべきと提案するものである。

(9) なお、同様の考え方をする最高裁判所時代の下級審の裁判例として、たとえば、東京高判昭和三二年八月一〇日下民集七卷八号二二七五頁、東京高判昭和三七年六月一五日東高民時報一三卷六号八七頁がある。

(10) 畑瑞穂「判批」ジュリ九九九号一四頁（一九九〇）。

(11) 兼子一『新修民事訴訟法体系』一七五頁（酒井書店、増訂版、一九六五）、山田正三『日本民事訴訟法論二卷』一一二頁（弘文堂、第五版、一九三六）、三ヶ月章『民事訴訟法』二二〇頁（有斐閣、一九五九）、新堂幸司『新民事訴訟法』二〇五頁（弘文堂、第三版補正版、二〇〇四）など。

(12) 兼子一「判批」『判例民事訴訟法』一〇七頁（弘文堂、一九五〇）。

(13) 中島弘道『日本民事訴訟法』二二五一頁（松華堂、第二巻、一九三五）、細野長良『民事訴訟法要義』二二二頁（巖松堂、

第二卷、一九三八）。

(14) 債務不存在確認訴訟における請求の特定の仕方や主張・立証責任についての詳細は、浅尾重機「債務不存在確認訴訟」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新実務民事訴訟講座Ⅰ』三六三頁以下（日本評論社、一九八一）を参照。

(15) この債務不存在確認の訴えの先制攻撃的な性格については、奈良次郎「消極的確認訴訟について」民訴雜誌二二号一〇七頁以下（一九七五）、その提訴強制機能については、坂田宏「金銭債務不存在確認訴訟に関する一考察（二）」民商法雜誌九六卷一号七九頁（一九八七）、栗田陸雄「消極的確認訴訟の系譜」伊東古稀『民事訴訟の理論と実践』二二五頁（慶應通信、一九九一）などを参照。

特に交通事故による損害賠償をめぐる紛争解決における債務不存在確認の訴えの機能については、谷口安平「債務不存在確認訴訟と訴訟前交渉——とくに保険会社との関係において」林追悼『現代における物権法と債権法の交錯』二六七頁（有斐閣、一九九八）、出口雅久「債務不存在確認訴訟の機能と確認の利益に関する若干の考察」立命二五六号三九八頁（一九九七）。

(16) 松本博之「重複起訴の成否」中野古稀『判例民事訴訟法の理論（上）』三七二頁以下（有斐閣、一九九五）。同旨、上野泰男「判批」判例評論四〇五号四四頁（一九九二）、西理「債務不存在確認訴訟について（下）」判時一四〇五号三頁（一九九二）、出口雅久「判批」私法判例リマックス三二号一一三頁（二〇〇五）。

(17) 松本・前掲註（16）三七四頁。

(18) たとえば、近時のものとして、BGH, NJW 1944, 3107; BGH, NJW 1991, 1061; BGHZ 99, 340=NJW 1987, 2680 など。

(19) ドイツ民事訴訟法二六九条一項によれば、「訴えは、本案において被告が弁論をなすまでにかぎり、被告の同意なしに取り下げることができる」と規定されている。

(20) ドイツにおける判例の詳細は、Baltzer, Die negative Feststellungsklage aus §256 I ZPO, S. 28ff. (1980) を参照。

(21) BGHZ 33, 398, 399.

(22) BGHZ 99, 340, 342=NJW 1987, 2680; BGHZ 18, 22, 41 など。

(23) 多くの学説を代表して、Zöller/Greger, 23. Aufl., §256 Rdnr. 16; Zeuner, FS für Lüke, S. 1003, 1010; Rüßmann, ZZP 111 (1998), 399, 409 など。

- (24) Baltzer, a. a. O. (Fn. 20), S.152ff.
- (25) Baltzer, a. a. O. S. 350.
- (26) 事件管理としての手続裁量を構想する学説は、前訴が給付訴訟で後訴が債務不存在確認訴訟である場合すら、考慮要素のいかんによっては後訴の債務不存在確認訴訟を優先することが便宜や効率にかなうという衡量がなされても決しておかしくないととして、アメリカの判例を紹介している。三木浩一・前掲論文註(8)「重複訴訟論の再構築」一五七頁を参照。
- (27) たとえば、柏木邦良「重複訴訟の禁止、訴えの変更、訴えの併合、審理・判断の範囲と訴訟物概念の機能(上)」判例時報 一一〇七号六頁(一九八四)は、一方当事者からの請求権不存在確認訴訟と相手方当事者からのその請求権に基づく給付訴訟は、それぞれ審判対象を実質的に同じくし、したがって重複起訴にあたるとするのが支配的見解であるが、これらの訴訟は互いに訴訟物を異にし、したがってこの見解も訴訟物の同一性を要求する基本的立場と矛盾すると主張している。
- (28) このような訴訟物概念とは異なる視座から、酒井一・前掲註(6)二七三頁の註(7)は、債務不存在確認の訴えと給付の訴えの訴訟物を同一と捉えるのは誤りであると指摘する。すなわち、「物権と物上請求権とが異なるように、債権と請求権とは別物である。訴訟類型の相違を捨象したとしても、なお両訴の訴訟物は異なるのではなからうか。法律的には、両者を反対形相の訴訟ということはできない」と主張する。しかし、債務不存在確認訴訟における審判の対象となる権利は、厳密には「給付請求権」であり、「債権」ではないと解することができる。この点で、物権と物上請求権との対比をここでなすのは不適切ではなからうか。
- (29) なお、広義の訴訟物概念を、「原告の被告に対する実体法上の権利または法律関係の主張」と捉える考え方に立てば、本文で述べた訴訟物の定義は、最広義の訴訟物概念ということになる。
- (30) ドイツにおいても、債務不存在確認の訴えと給付の訴えの訴訟物は、「部分的に同一」であるといわれている。すなわち、訴訟物は、「申立て」(Antrag)と事実関係(Lebenssachverhalt)で決定されるのであるが(ドイツの通説・判例が依拠する二分肢説で考える)、両者の訴えを比較すれば、事実関係は同一であるが、申立てが異なるだけである。そして、給付命令の申立てには、確認の申立ての要素も認められるというわけである。ドイツにおける議論の詳細は、Lütke, Zum zivilprozessualen Klagesystem, Jus1969, 300; Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl. S. 36. (1974).

- (31) ドイツにおいて、このことを指摘するものとして、Rimmelspacher, AcP 181, 350. (1981) を参照。
- (32) 山下満「債務不存在確認訴訟の実情と問題点」塩崎勤編『現代民事裁判の課題⑧』（新日本法規、一九八九年）五二六頁など。
- (33) このことを指摘するものとして、野辺博「交通事件における債務不存在確認請求訴訟」伊東古稀『民事訴訟の理論と実践』一三四頁（慶應通信、一九九一）、西理・前掲註（16）六頁など。
- (34) 西理・前掲註（16）六頁参照。
- (35) 松本博之・前掲註（16）三六七頁。
- (36) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）』一一八頁（有斐閣、二〇〇五）。
- (37) 以下の結論は、Grube, Das Verhältnis der negativen Feststellungsklage zu den anderen Klagearten im deutschen Zivilprozess – Plädoyer für eine Neubewertung, ZRP 117, 134ff. (2004) の説くところである。この論文は、欧州裁判所が、前述のタトリイ事件判決において、重複起訴の禁止の基準として訴え提起の時期の早さを採用し、給付の訴えであれ債務不存在確認の訴えであれ、後行の訴えを却下するという結論に至ったことを受けて、ドイツの訴訟物理論と整合的に、この欧州裁判所の判例の結論を受け入れることができないかを探るものである。
- (38) 兼子一『請求権と債務名義』『民事法研究Ⅰ』一八六頁（酒井書店、一九五〇）。

四 給付命令のみを求める反訴を認めた場合に生じうる若干の問題点

債務者から債務不存在確認の訴えが提起された後に、債権者は給付命令のみを求める反訴が提起できるとした場合、はたしてどのような問題が生じるのであろうか。ここでは、その予想される典型的なものについて簡単に検討しておきたい。

1 訴えの取下げをめぐる問題

債務者による債務不存在確認の訴えに触発されて、債権者が給付命令のみを求める反訴の申立てをしたときは、この給付命令を求める申立て自体は、独立の審判の対象となることを認めるわけにはいかないが、本訴の債務不存在確認訴訟の訴訟物である給付請求権の存否の主張と合体することによって、完全な給付の訴えの訴訟物を構成することになる。

したがって、債務不存在確認の訴えの提訴強制機能の実現として、反訴の形でこのような申立てがなされた後は、本訴である債務不存在確認の訴えは、たとえ相手方である債権者の同意があっても取り下げることができない。このような取下げを認めると、独立して審判の対象とはならない給付命令の申立てのみが審判手続に残されることになるからである。債務者が債務不存在確認の訴えを取り下げることができるのは、債権者が給付命令のみを求める申立てを取り下げた後か、または債権者が給付命令の申立てを取下げると同時になす場合に限られる。この結果、債務者は本訴の取下げについての処分権を制限されることになるが、この制限は、債務者が債務不存在確認の訴えによって債権者の反訴提起を促す意思を有しており、これに触発されて債権者が給付命令を求める反訴を提起したことによって正当化されよう。

ちなみに、債権者の方が民訴法二六一条の規律のもとで、給付命令の申立てを取り下げることに関し問題はない。

2 訴えの変更をめぐる問題

債務不存在確認の訴えに触発されて、給付命令のみを求める反訴が申し立てられた場合に、本訴原告である債務者は、原則として訴えの交換的変更をすることができない。このことについては、訴えの取下げに関して述べ

たのとはほぼ同様のことがあてはまる。

ここで検討しなければならないのは、反訴原告である債権者が次のような訴えの変更をすることができるかという問題である。

たとえば、列車転覆事故による損害賠償をめぐる争いに関して、加害者Xが不法行為に基づく損害賠償債務の不存在確認の訴えを提起したところ、これに触発されて、被害者Yが反訴として給付命令の申立てをなしたとする。この場合に、被害者Yは、訴えの追加的変更として債務不履行に基づく損害賠償を求める反訴を提起できるか。この追加された請求は、重複起訴の禁止に抵触しないと肯定してよいであろう。なるほど、不法行為に基づく損害賠償債務の不存在確認の訴えに触発されてなされた給付命令の申立ての部分と、反訴として追加された債務不履行に基づく損害賠償請求における給付命令の申立て部分が、見方によれば重複するようにも思われる。しかし、追加以前から存在する給付命令のみを求める反訴は、本訴の債務不存在確認の訴えにおける訴訟物と合体して、完全な給付の訴えの訴訟物である不法行為に基づく損害賠償債務の支払いを求める請求として成立しているので、追加された債務不履行に基づく損害賠償債務の支払を求める請求とは別個の訴訟物といわなければならない。

3 上訴をめぐる問題

上訴に関しては、不服の対象となる判決内容に応じて様々な内容のものを考えるが、ここでは典型的な問題のみを扱うこととどめ、第一審判決において本訴と反訴につき請求が全部認容または全部棄却された場合に限定して検討したい。以下では、XがYに対して債務不存在確認の訴えを提起した後に、YがXに対して給付命令のみを求める反訴を提起したという事例で考えることにする。

(一) 第一審判決で、Xの本訴請求が認容され(①判決)、Yの反訴請求が棄却された(②判決)とする。この場合、Yのみ控訴できるが、Yは、①判決に対してのみ控訴をなし、②判決に対しては控訴をしない(たとえば期限未到来は認める)ことも可能であるし、あるいは、①判決および②判決の双方に対して控訴することも可能である。後者は、給付の訴えにおいて請求が棄却された場合の控訴と同じことになり、これが通常の争い方といえよう。しかし、①判決に対しては控訴をせず、②判決に対してのみ控訴をすることは許されない。なぜなら、このような控訴は、存在しない債権についての給付命令を求めることになるからである。

(二) 第一審判決で、Xの本訴請求が棄却され(①判決)、Yの反訴請求が認容された(②判決)とする。この場合、Xのみ控訴できるが、Xは、①判決および②判決の双方に対して控訴をすることも可能であるし(通常の争い方)、あるいは、①判決に対しては控訴をせず、②判決に対してのみ控訴をすることも可能である(たとえば給付請求権の存在は認めるが、履行期の到来のみを争う)。しかし、①判決に対しては控訴をなし、②判決に対して控訴をしないということは許されない。なぜなら、このような控訴は、存在しない債権について給付命令を求めることに帰着するからである。

(三) 第一審判決で、Xの本訴請求が棄却され(①判決)、Yの反訴請求も棄却された(②判決)とする(たとえば給付請求権は存在するが、期限未到来である場合)。Xは①判決を不服として控訴することができるし、Yも②判決を不服として控訴することができる。

五 おわりに

本稿のテーマを選んだ動機は次のところにある。冒頭で紹介したように、平成一六年の最高裁判決は、債務不

存在確認の訴えが提起され、その後給付の訴えが反訴として提起された場合には、当該反訴は重複起訴の禁止に抵触することなく、逆に先行する債務不存在確認の訴えの方が確認の利益を消失し、不適法却下となる旨の判断を示した。しかし、この判決に対しては、民訴法一四二条に関する拡大説に立脚したとしても、訴訟物が同一の場合の重複起訴の禁止の効果は、訴え却下のはずではなからうか、という疑念を払拭することができなかった。また、債務不存在確認訴訟の係属中に反訴として給付の訴えが提起された場合、実務においては、裁判所の勧告に応じて債務不存在確認の訴えが取り下げられるのを通例としているようであるが、債務者がこれを取り下げた後に、債権者の方も給付の訴えを取り下げたとすれば、事態はもとの木阿弥になるのではないか、という疑問も生じてきた。債務不存在確認の訴えは、それが独立の訴訟類型であるかぎり、給付の訴えを引き出した後にあっても、その提訴強制機能を果たしたとして消滅させられるのではなく、その存続が図られるべきではないか。たしかに、債務不存在確認の訴えの給付の訴えからの独立性は、給付の訴えが別訴の形で提起された場合には、反訴を却下するという顕著な結果となって顕れる。そうであるならば、給付の訴えが反訴の形で提起された場合には、債務不存在確認の訴えを維持する方向で理論構成を試みるべきではないかと考えるようになった。

本稿では、こうした疑念や疑問を解消するために、まず、債務不存在確認の訴えと給付の訴えとの間における訴訟物の同一性について改めて検討を加え、その部分的同一性を確認した。つぎに、これまでの学説の対立を検討するなかで、債務不存在確認の訴えを維持しながら、その反訴強制機能を実現させる理論構成を模索した。こうした検討を踏まえて提案するのが、反訴としての「給付命令のみを求める申立て」という概念である。まだ議論の域を出ないものであるが、大方のご批判をいただくことができれば幸いである。