

重複訴訟禁止に関する判例の動向

中 村 雅 磨

一 序 説

二 先決的法律関係と重複訴訟禁止

一 先決的法律関係が問題になる場合

二 判決例とその批判

三 相殺の抗弁と重複訴訟禁止

一 相殺の抗弁が後行する場合に関する判決例とその批判

二 相殺の抗弁が先行する場合に関する判決例とその批判

四 結 語

一 序 説

一 重複訴訟禁止の理念（根拠、趣旨、目的）は、主として、訴訟経済に求めるべきであるとするのが本稿の基本的な立場である。給付訴訟における先決関係（先決的法律関係）についての判断には既判力が生じないことを理由に、その確認を求める別訴を許容するとすれば、通常の場合、先決関係については二個の判決が出るのではなく、重複した判断がなさ

れるのであるから、判決ではなく判断の矛盾が生ずる可能性を否定することはできない。ただ、先決関係（請求原因）につき中間判決（原因判決）がなされた場合、これと後訴の確認判決との間に矛盾・抵触が生ずることは考えられるが、一般に、重複訴訟禁止の理念にかかけられる既判力ある判決の矛盾・抵触が生ずる余地はない。中間判決や裁判官の心証としての判断の矛盾・抵触は、いわゆる審理の重複に包摂されると考えてよいから、この場合の重複訴訟禁止の理念は、訴訟経済で足りるとみて大過ないであろう。又、ここに訴訟経済とは、裁判所及び当事者の費用・時間・労力の節約を意味するが、必ずしも当事者の利益が全面的に包摂されるとは限らず、訴訟経済のために重複訴訟を広く禁ずることが、却って当事者の利益を害することになるような場合には、これは避けられなければならない。したがって、当事者の利益を害しない範囲において、広く重複訴訟は禁じられてしかるべきであるということになる。

先決的法律関係（請求原因）には既判力が生じないから、それにつき別訴を禁ずる理由はないとするのが判例であるが、これは既判力理論にとられ過ぎた見解¹⁾であり、妥当でない。別訴を認めれば、先決的法律関係（請求原因）につき審理の蒸し返し・重複は避けられず、訴訟経済に反することになるからである。重複起訴（二重起訴）の禁止ではなく、重複訴訟（二重訴訟）の禁止であるといわれる所以である。もっとも、両訴訟がたまたま係属してしまっている場合は、併合が可能かつ妥当であれば併合を行い、そうでない場合は別々に進行させて一向にかまわないであろう。又、給付判決が先に確定してしまえば、その先決関係につき、その後に提起された確認の訴えは、争点効でも認めない限り、許されることになる。したがって、重複訴訟禁止と既判力は、その場面が異なり、それぞれの趣旨に即して、当事者の利益になるよう別個に処理されなければならない。

以上のような観点からすると、給付訴訟が先行している場合は、その先決的法律関係につき別訴を禁じ、中間確認の訴え（二三四条）のみによらせる方が、同一訴訟手続での審理が可能となり、審理の蒸し返し・重複が避けられる上、当事者の利益にもかなうことになる。しかし、例外的に、本訴が上告審に係属するなどして、中間確認の訴えの提起が不可能

となり、別訴を禁ずれば、原告の利益を害することになりかねない場合には、別訴を認めるべきであろう。この理は、確認訴訟が先行する場合にもそのまま当てはまるから、確認訴訟の原告が給付の訴えを欲するときは、別訴によるのではなく、請求の趣旨の追加的変更（二三二条）によるべきである。この場合、著しく訴訟手続を遅滞させるとして却下されることもあるから、そのような場合は別訴によらざるを得ないであろう。いずれにしても、当事者の利益を害しない範囲で訴訟経済を全うしうるような合理的な方法があれば、能う限りそれによるべきで、不合理で無益な審理の蒸し返し・重複は避けられなければならない。

二 次に、相殺の抗弁と重複訴訟禁止との関係であるが、これには、前訴で訴求中の債権による相殺のように、相殺の抗弁が後行する場合と前訴又は本訴で相殺に供した債権の履行を求める後訴（別訴）又は反訴が提起される場合のように、相殺の抗弁が先行する場合とがある。

相殺の抗弁が後行する場合は、後掲判決例の分析からも分るように、前後訴が接近して提起された場合であっても、前後訴訟の併合が妥当する場合は少ないようである。抗弁に供される債権が、必ずしも、争いのない債権や確定した債権に限られないところから、前訴において長期にわたって争われ、複数の審級を往復してなお認容されたとはいえないような損害賠償債権を自働債権とする相殺もみられ、このような場合は、相殺の抗弁が、あたかも訴訟（後訴）引き延ばしの手段として悪用されているもの如くである。かくて、被告の抗弁のために、原告の利益が著しく害されることにもなる。かかる場合に、抗弁を認めた上で、前訴が確定するまで、後訴を自由裁量により中止したかどうかという見解もあるが、前訴がいつ確定するか予想もつかない上、前訴が長びけば、原告の利益が著しく害されることになり、訴訟遅延により却って訴訟経済の要請にもとることになるから、このような見解には賛成できない。したがって、相殺の抗弁が後行する場合は、民事訴訟法一三九条一項により遅れた防御方法として却下されるまでもなく、当初から重複訴訟になるとしてこれを却下し、前後訴訟を別々に進行確定させ、執行にまで至らしめた方が、却って訴訟経済にかなうことになる。かくて、

抗弁が訴えに準ずる行為であるから禁じられるのではなくて、抗弁の提出によって開始される審理が、前訴の審理と重複し、訴訟経済上無益であるから、禁じられるのである。したがって、繰り返し述べるならば、民事訴訟法二二三条は、重複起訴を禁止したのではなく、重複訴訟を禁止したものであると理解するのが正しい。

ところで、相殺の抗弁が先行する場合はどうか。通説は、相殺の抗弁が先行する場合と後行する場合とを区別することなく、抗弁は訴えではないから二重起訴に当たらないとしている。ところが、下級審判例は、大筋において、両者を区別し、後者ではほとんど例外なく抗弁を禁じているが、前者では、後掲判例評釈で指摘したとおり、必ずしも明確ではないが、別訴も反訴も認めているといえようか。しかし、訴訟経済の観点から、別訴を禁じ、反訴によらせることを原則とすべきであるというのが、本稿の立場である。

前訴で相殺に供した債権の履行を別訴で求めることができるか否かにつき、後掲【一三】の判決は、全く通説同様の形式論理を展開し、これを肯定しているが、訴訟経済の観点からいえば、せっかく同一手続で審理可能な反訴という合理的な方法が認められているのであるから、別訴を禁じ、反訴によらせるべきである。かくて、相殺の抗弁が先行する場合は、原則として、本訴において相殺に供した債権につき反訴を提起すべきことになる。

相殺の抗弁を提出したからといって、必ずしも当該抗弁に既判力が生ずるとは限らないので、抗弁による對抗額を超過する部分についてはもちろんのこと、對抗額の部分についても、常に反訴の利益があるといつてよい。したがって、裁判所は、釈明権を行使して、被告に反訴を提起させるべきであるが、処分権主義をとる今日の民事訴訟においては、反訴の提起は当事者の自由であり、裁判所はこれを促すことはできても、強制することはできない。したがって、このような反訴にも、民事訴訟法一三九条一項を類推適用して、訴訟の完結を遅延させるおそれのあるときは、これを却下すべきであると思う。ただし、本訴請求についての審理が進み、その完結が間近なときに、抗弁につき審理がなされていない場合は、反訴による訴訟遅延により、原告の利益を害することになると思われるからである。もっとも、本訴が上告審に係属した

ときは、反訴を提起し得なくなるのであるから、この両者の場合につき、例外的に別訴の利益が認められる。

実務においては、本訴請求との関係で、予備的相殺の抗弁及び予備的反訴が多いようであるが、抗弁による対抗額の部分については、抗弁と反訴も、抗弁につき実体的判断がなされることを解除条件とするいわば予備的併合であるといえるが、抗弁に既判力が生じうるようになれば、抗弁による対抗額の部分につき反訴請求は却下されることになる。しかし、超過部分についての反訴請求には、このような条件も付せられていなければ、生じうべき抗弁の既判力も関係ないこと当然である【十四参照】。

相殺の抗弁につき既判力が生ずる場合は、たとえ相殺に供された債権につき別訴を認めても、先に生じた既判力が他方に及ぶのであるから、論理的には、既判力ある判決の矛盾・抵触は起らないが、中間判決や裁判官の心証としての判断との関係では、矛盾・抵触の生ずる余地はある。しかし、このような場合は、前述の先決的法律関係の場合同様、いわゆる審理の重複に包摂させてよいから、相殺の抗弁との関係においても、重複訴訟禁止の理念は訴訟経済であるといつてよい。

三 重複訴訟禁止の規定（二三一条）に触れる最も典型的で単純な例は、訴の形式も訴訟物も当事者も全く同一の後訴であるが、それが禁止されるのは、文字通り、不経済無益であるからだということを認識し、重複訴訟禁止の原点に立ち返らなければならないのではなからうか（本誌七三頁参照）。判例は、本稿の立場からすると、先決的法律関係の場合とはかく、相殺の抗弁との関係においては、大筋において、望ましい方向に進みつつあるといつてよいであろう。

四 このように、先決的法律関係や相殺の場合にまで重複訴訟禁止を敷衍するのが合理的で妥当な結果を導くことになるのであれば、重複訴訟禁止の要件たる事件の同一性の把握にも修正が加えられなければならない。

一般に、前後事件が同一であるためには、当事者と請求が同一でなければならぬとされる。当事者の同一についてはここでは措くとして、請求の同一については、訴訟物の同一であるとの立場もあるが、従来から、事件が同一であるためには請求原因たる権利又は法律関係が同一であればよく、必ずしも請求の趣旨までが同一である必要はないという見解が

有力に主張されてきた。しかし、このような緩やかな考え方をとつても、先決的法律関係確認の別訴禁止の説明はできて、抗弁に供された債権についての別訴禁止の説明はできない。そこで、より緩かな、二つの事件における主要な争点が共通であれば同一事件であるとか、請求の基礎が同一であれば同一事件であるという主張がなされるようになって、審理の重複を避け、訴訟経済を全うすべく、当事者の利益を害しない範囲で重複訴訟を広く禁ずることが合理的であるから、事件の同一性もこの趣旨にそつて把握されなければならない。したがつて、今日の重複訴訟禁止における事件の同一性は、もはや、訴訟物論争において論議される請求概念(訴訟物概念)はもとより、請求原因の同一性を以てしても律し切れないのであるから、最も柔軟で実質的な請求の基礎を基準に事件の同一性を判断するのが妥当であると思われる。

(1) 相殺の抗弁が先行した場合に關してではあるが、当該相殺に供された債権の履行を求める後訴が二重起訴となるか否かにつき、既判力に拘泥する肯定説を批判されるは、伊東乾「二重起訴の禁止」小山等・演習民事訴訟法(上)三〇八頁。

(2) 本稿において「後行する」とは、いわば *vorgehen* に対する *nachgehen* の意で、「先行する」の反意語として用いた。

(3) 中野貞一郎「相殺の抗弁」・訴訟関係と訴訟行為一二三頁は、「相殺の抗弁は請求債権と必ずしも関連しない反対債権を訴訟に持ちこむ点で訴訟遷延策の好個の手段として悪用される危険がとくに大きい。」と述べている。又、法律実務講座座談(5)五三頁は、「相殺の抗弁は、被告の最後の手段として安易に、かつその主張において明確を欠き、自働債権の履行期などの相殺適状になる時期、相殺に供すべき金額など不明確なまま提出されることが比較的多い。」と指摘している。

(4) 住吉博「重複訴訟禁止原則の再構成」法学新報八八巻四、五、六号一四一頁以下(同民事訴訟論集第一巻所収)。なお、札幌高裁函館支部昭和三年五月八日決定は、行政、民事又は、刑事事件の結果が、先決問題となっているような場合には、その事件の完結を待つため、自由裁量により訴訟手続の中止を命じ得る、とする(高民集九卷三二六頁)。

(5) 民事訴訟法一三九条一項の活用を強調されるは、中野前掲一二三頁以下。

(6) この点を強調されるは、住吉前掲法学新報七七巻四、五、六号一二四頁以下。

(7) 兼子一・条解民事訴訟法上六三四頁、菊井Ⅱ村松・民事訴訟法Ⅱ九四頁、三ヶ月章・民事訴訟法(有斐閣全集)一二五頁(同民事訴訟法(弘文堂))一五八頁は、對抗額を超過する部分につき別訴を禁じ、反訴のみによらせるべきであるとして、従來の立場を若干修正されているようである)、伊東前掲小山等演習民事訴訟法(上)三〇七頁。

中野貞一郎「相殺の抗弁」・訴訟関係と訴訟行為一二〇頁以下は、相殺の抗弁は単なる防御方法に過ぎず、それが判決で斟酌されるかどうかは未必的であり、反対債権につき二重起訴に準ずる制限を設けると、被告の防御の自由を害することになりかねないこと、前後訴訟での当事者が同一である以上、裁判所の適宜な訴訟指揮により、判決の矛盾・抵触は容易に回避しうることなどをあげて、通説に賛成される。又、坂口裕英「二重起訴の禁止」中野等民事訴訟法講義一八五頁は、相殺の抗弁が後行する場合と先行する場合を区別し、前者においては抗弁を認め、後者においては抗弁に供された債権につき別訴を禁止、反訴によらざるべきだとしている。

拙稿「模擬問題と解説」民事訴訟法—法学セミナー一九七九年一〇月号一三〇頁では、通説との折衷説とでもいうべき右の坂口教授の立場をとったが、本稿においては、抗弁が後行する場合につきこれを禁すべきであるとの見解に部分的に改めた。その理由については、本稿全体を通じて強調したところである。なお、法学セミナー一九七九年一二月号掲載の拙稿参照のこと。

反対説としては、斎藤秀夫・注解民事訴訟法(4)一三五頁以下、小山昇・民事訴訟法(三訂版)二二二頁、新堂幸司・民事訴訟法一五八頁。

(8) 三ヶ月前掲民訴法(有斐閣全集)一一七頁、同前掲民訴法(弘文堂)一四四頁。

(9) 兼子一・民事訴訟法体系一七五頁、同前掲条解民訴法六三四頁。

(10) 新堂前掲民訴法一五七頁。

(11) 住吉前掲法学新報七七卷四、五、六号一〇四・一三〇頁以下。

二 先決的法律関係と重複訴訟禁止

一 先決的法律関係が問題になる場合

所有権確認請求訴訟と当該所有権に基づく土地明渡請求訴訟とか賃借権確認請求訴訟と当該賃借権に基づく土地引渡請求訴訟のように、同一物をめぐる確認訴訟と給付訴訟は、訴訟物理論の如何を問わず、その訴訟物(訴訟上の請求)を異にし、後者の訴訟物たる給付請求に対する給付判決が先に確定した場合、その先決関係にあたる所有権又は賃借権の存否には既判力は及ばない。又、前者の訴訟物たる確認請求に対する確認判決が先に確定した場合には、所有権又は賃借権の存

否には既判力が及ぶが、それらに基づく給付請求には、もとより既判力は及ばない。したがって、訴訟物理論及び既判力理論に即して考える限り、同一物をめぐる確認訴訟と給付訴訟は互いに相妨げず、重複訴訟にはならないということになる。判例はこの立場をとる。しかし、学説の大勢は、このような判例の態度には批判的で、確認訴訟の原告が給付の訴えを欲するときには請求の趣旨の追加的変更（二三二条）により、給付訴訟の原告が確認の訴えを欲するときには中間確認の訴え（二三四条）によるべきであると主張する⁽¹²⁾。学説の立場を是とすべきであらう。

重複訴訟禁止制度の趣旨を全うするには、形式的な訴訟物概念（訴訟上の請求概念）にとらわれることなく、実質的な基準が求められなければならない。重複訴訟禁止の基準たる事件の同一性につき、有力説が、従来から、事件が同一であるためには請求原因たる権利又は法律関係が同一であればよく、必ずしも請求の趣旨までが同一である必要はない、と主張してきたのもそのためである。しかも、最近では、前述の通り、このような考え方を更に発展させて、二つの事件における主要な争点が共通であれば同一事件であるとか、請求の基礎が同一であれば同一事件であるというように、より柔軟な把握が試みられるようになっていいる。当事者の利益を害することなく、同一手続で無駄なく合理的に処理できる限り、敢えて別訴を認める実益はないのであるから、近時の学説の主張を妥当とすべきであらう。

二 判決例とその批判

【一】 最高裁昭和三三年三月二五日第三小法廷判決（民集一二卷五八九頁）は、賃借権確認訴訟が先行し、その後当該賃借権に基づく土地引渡請求の別訴が係属するに至ったのに伴い、先に係属した確認訴訟の要否が問題になった事案につき、「確定判決の既判力は、本文に包含するもの、すなわち訴訟物として主張された法律関係の存否に関する判断の結果論そのものについて及ぶだけで、その前提たる法律関係の存否にまで及ぶものではなく、本件の場合、賃借権に基き土地の引渡を求める別訴につきこれを認容する給付判決が確定しても、その既判力は基本たる賃貸借の存否内容及び及ばないと解するのが相当である。……したがって、上告人らにおいて現に賃貸借の存否内容を争い即時確定の利益の認められる限

り、右給付の訴のみによっては当事者間の紛争を終局的に解決することができないのであって、本件確認の訴は許されるものというべきである。さればこの点に関する原審の判断は正当であり、所論は採用できない。」と判示して、【二】に掲げるような同旨の東京高裁判決を維持している。

【二】東京高裁昭和三〇年一〇月三十一日第五民事部判決（【一】の原審判決―民集一二卷五九六頁参照）は、【一】の事件につき、「元來給付の訴は、給付請求権の存在を確定し給付を命ずる判決を求めにあり、その判決は当該請求権の因つて生ずる基本的権利関係につき既判力を生ずべきものでないから、かかる基本的権利関係の確認を求め訴は、何等これが給付の訴の補充的性質を有しないものといわねばならぬ。前示の場合、被控訴人が前示給付の訴において本件係争の賃貸借契約に基づき土地の引渡請求権の存在が確定せられ、これが給付を命ずる判決を得ても、その既判力の範囲はかかる給付請求権の因つて生ずる賃貸借契約の存否、内容にまで及ぶ筋合ではないから、苟くも本件賃貸借関係の存否、ひいてその内容殊に賃貸借期間等の点において当事者間に争がある以上、賃借人たる被控訴人は前示給付訴訟の提起の有無に拘らず、右継続的権利関係たる賃貸借の存否、内容の不明確から生ずる危険を除去するため、なおこれが権利関係の確認を求める訴の利益あるものと謂うべく本訴確認の訴はこの意味において許容せらるべきものと断定せざるを得ない。」と判示している。

本件のような同一物をめぐる給付訴訟と確認訴訟の場合、両訴訟の訴訟物が異なる上、前者の確定判決の既判力は後者の訴訟物には及ばない。したがって、訴訟物論と既判力論を基準にして考える限り、【一】、【二】の判決の述べる通り、重複訴訟にはならない。しかし、これは、余りにも、訴訟物論、既判力論にとらわれ過ぎた見解だといえよう。ただし、重複訴訟禁止の趣旨（目的）は訴訟経済であり、この目的を達成するには、訴訟物や既判力にとらわれることなく、敢えて別訴を認めなくても、外にこの目的にかなう合理的の方法があれば、それによらせるべきである。本件は、確認訴訟が先行した事実で、確認の訴えの提起後数年も経てから給付の訴えが提起され、先行している本件確認訴訟の要否

が問われた事案であるから、給付の訴え提起の段階で、これを却下し、本件確認訴訟において請求の趣旨の追加的変更(二三二条)をさせるべきであった。しかし、後訴たる給付訴訟において、前訴たる確認訴訟が既に係属中であることに気づかないでいる中に、前訴の結審が間近に迫っていたり、既に結審しているなどして、前後訴訟が同一審級であっても進度を異にしているとか、あるいは審級を異にしているとか、又は上告審に移審していたためにもはや請求の趣旨の変更ができなくなっているというような場合には、後訴に前訴を併合することも妥当でないから、両訴訟を別々に進行させた方が却って訴訟経済にかなうといえよう。本件も、判例集を読んだ限りでは必ずしも明確ではないが、このような場合ではなかったかと思われる。したがって、本件判決の結論には賛成できるが、その論旨には賛成できない、けだし、既判力を根拠にすべきではなく、訴訟経済を根拠にすべきだからである。

本件のように、同一物をめぐる給付訴訟と確認訴訟の場合、前述のように、通説によれば、給付訴訟の原告が確認の訴えを欲するときには中間確認の訴えにより、確認訴訟の原告が給付の訴えを欲するときには請求の趣旨の追加的変更によるというように、どちらの訴訟が先に係属したかによりその後の方法が異なるのであるから、いずれの場合にも別訴を認める判例のように単純には行かない。本件の場合、判例集の叙述だけでは、どちらが先に係属したのか甚だ判読しにくい。本稿のような立場をとると否とにかかわらず、訴訟係属の先後は重要な意味を持つのであるから、判例集は今少し親切な編集であってほしいと思う。

【三】仙台高裁昭和二九年一月二五日判決(下民集五卷一〇一頁)は、所有権に基づく妨害排除請求の訴えの係属中相手方が同一目的物について提起した賃借権存在確認の訴えは二重起訴にならないとするものであるが、次のように述べる。

「被控訴人は控訴人の本訴請求が重複起訴の禁止にふれるものであると抗争するので按ずるに、本件において控訴人の主張する所謂訴訟物たる権利関係は別紙目録記載の土地に対する控訴人を権利者とする賃借小作権の存在ということであ

り、その請求原因は昭和十六年頃右土地を農地として締結したものとせられる賃貸借契約であることは控訴人の主張自体から明らかであるところ、本訴の提起に先立ち被控訴人から控訴人を被告とした建物収去土地明渡等請求訴訟（第一審福島地方裁判所白河支部昭和二二年(ワ)第六号、第二審仙台高等裁判所昭和二六年(ホ)第六八号）が提起せられ、本件土地を含む周辺の土地に対する控訴人の占拠は無権限のものであるとして建物収去土地明渡損害賠償を請求されたこと、控訴人はこれに対し建物所有の為の賃借権を有する旨を主張して抗争したが結局本件土地を含む周辺の土地七一三坪四合二勺については控訴人はこれが占拠につき正当の権限を有しないものであるとして第一、二審共控訴人の敗訴に帰し目下上告審に繫属中であることは当事者間に争なく、成立に争のない乙第五、六号証に徴すれば右別訴においては控訴人は賃借権存在を訴訟物とした反訴の提起をしなかつたものであることを看取することが出来る。

被控訴人は右別訴は前記の土地に対し控訴人が賃借権を有しないことを請求原因において主張したものであるから本訴において控訴人が別個に賃借権の存在確認を請求するのは所謂重複起訴の禁止に背反するものであると主張するのであるが、前掲乙第五、六号証（前示別訴の第一、二審判決）によれば、右別訴の訴訟物をなしているものは前記の土地に対する被控訴人の所有権を前提とした妨害排除の請求権であり、その請求原因となっているものは被控訴人の該土地に対する所有権に外ならないのであって、控訴人のした賃借権の主張の如きは被告たる控訴人の単なる防禦方法たるに過ぎず、これが別訴の訴訟物又は請求原因を為したものでないことは明白である。而して重複起訴の禁止にふれるものとするが為には後訴が前訴と同一事件であることを要し、同一事件というがためには当事者が同一であること（但しその地位が逆であることを問わない）、判決主文に包含されるべき訴訟物たる権利関係の範囲態様及びその請求原因が同一であること（但し新訴の請求範囲が前訴のそれより狭小であっても、又同一権利関係の存在又は不存在がそれぞれの形で請求されていても訴訟物は同一といふべきである）を要するものと解すべきであるから前記の別訴とはその訴訟物のみでなく請求原因をもこととする控訴人の本訴は少しも重複起訴の禁止にふれないものといわなければならない。別訴が本訴より先に被控訴

人の勝訴として確定した場合その既判力が本訴にいかなる影響を及ぼすかということとは重複起訴の禁止とは別個の問題であつてこれによつて本訴の適否が決定されるべき筋合のものではない」

先に係属した所有権に基づく妨害排除請求の給付訴訟とその後に関手方から提起された賃借権確認訴訟とは、訴訟物はおろか請求原因も異にする。しかし、主要な争点を共通にしていかあるいは請求の基礎が同一であるということではきよう。先に係属した給付訴訟で当該賃借権は抗弁としては提出されているが、賃借権存在の反訴は提起されていない。このような場合、争点効でも認めない限り、後に提起された賃借権存在確認の訴えは認めざるを得ない。しかも先に提起された給付訴訟は既に上告審に係属しているのであるから反訴の道もとざされており、本件のような賃借権確認の別訴を認めないと、賃借権につき既判力による確定はできないことになってしまう。しかし、ひるがえつて考えてみると、賃借権の抗弁が提出された時点で、裁判所は、釈明権を行使して、賃借権確認の反訴を提起させるべきであつたと思われる。けれど、抗弁には常に既判力が生ずるとは限らず、又別訴によるよりも反訴による方が訴訟経済にかなうからである。ただし、この場合でも反訴を促すことはできても強制することはできないこと、言うまでもない。

したがつて、一般的に、請求の基礎の同一性を重複訴訟禁止の基準にするのが妥当であると思うが、請求の基礎が同一であるからといって常に別訴が禁止されるのではなく、本件のように、外の方法がとざされている場合は、たとえ請求の基礎が同一であっても別訴を認め、当事者の救済をはからなければならぬ。

(12) 兼子前掲条解民訴法六三五頁、同前掲民訴法体系一七六頁、齋藤前掲民訴法概論一五七頁、同前掲注解民訴法(4)一三六―一三七頁、小山前掲民訴法二一一頁、新堂前掲民訴法一五七頁

三 相殺の抗弁と重複訴訟禁止

一 相殺の抗弁が後行する場合に関する判決例とその批判

前訴で訴求中の債権による相殺の抗弁は、結論においては、下級審の判例同様、原則としてこれを禁ずべきであると思ふ。けだし、抗弁の提出により始まる審理が前訴の審理と重複し、訴訟経済上無益であるからである。したがって、前後訴が相前後して同一裁判所の同一部に提起され、担当裁判官も同一であり、しかも両者を併合した方が妥当な結果を導き得るような場合等には、後訴において抗弁を認めた上で前訴を後訴に併合すれば、あたかも相殺の抗弁が先行し、その後に反訴が提起された場合と同じ結果になるのであるから、却って訴訟経済にかなうといえよう。しかし、このようなことは、実務においては少ないようである。

相殺の抗弁が後行する場合に関する後掲のすべての判決例が、その論理過程には非難される余地が多々あるとはいへ、延することによって、逆に、原告の利益を害することになるおそれのあることを、裁判官が実務家の勸として、意識的に無意識的にか、認識しているからだといえないであらうか。この意味において、下級審判例の動向は、その論理の整序をはかる課題が残っているとはいへ、望ましい方向に進みつつあるといえよう。

次に幾つかの判決例を順次検討してみることにする。

【四】 東京控訴院昭和八年九月一二日第二民事部判決（法律新聞三六二八号一一頁）

「依テ進シテ控訴人ノ相殺ノ抗弁ニ付審按スルニ控訴人ハ当院ニ於ケル昭和六年五月二十一日ノ本件口頭弁論ニ於テ被控訴人ニ関スル貸金二千九百四円三十七銭五厘ノ返済請求ノ債権ヲ以テ本訴請求ト対当額ニ於テ相殺スル旨相殺ノ抗弁ヲ提出シタルコト及控訴ハ右相殺ノ抗弁ヲ提出スル以前既ニ右債権ニ基キ静岡地方裁判所沼津支部ニ其金額ノ支払請求訴訟ヲ提起シ相殺ノ抗弁提出当時ヨリ現ニ当庁昭和五年（ネ）第一九九〇号事件トシテ当院ニ係属中ナルコトハ当事者ニ争ナシ而シテ民事訴訟法第二百三十一条ハ既ニ裁判所ニ係属スル事件ニ付テハ更ニ訴ヲ提起シ得サルコトヲ規定スルニ止マリ既ニ裁判所ニ係属スル事件ノ訴訟物タル債権ヲ以テ他ノ訴訟ニ於ケル相殺ニ供シ得サルコトニ付テハ特ニ規定セスト雖モ相

殺ノ為メ主張セラレタル請求ノ成立又ハ不成立ノ判断ハ相殺ヲ以テ對抗シタル額ニ付既判力ヲ有スルコト民事訴訟法第九十九条ノ規定スルコロナルニヨリ既ニ裁判所ニ係属スル事件ノ訴訟物タル債権ヲ以テ他ノ訴訟ニ於テ相殺ヲ主張スルコトヲ許スヘキモノトセハ同一債権ノ存否カ二個以上ノ互ニ独立シタル判決ニヨリテ判断セラレ而モ其判断ハ相抵触スルコトナキヲ保シ難キヲ以テ同一債権カ同一範圍ニ於テ何レモ既判力ヲ有スル判決ニヨリ一方ニ存在スルモノト判断セラルト同時ニ他方ニ於テ存在セサルモノト判断セラルル結果ヲ生シ得ルモノニシテ斯クノ如キハ同一法律關係ニ付何レモ既判力ヲ有スル數個ノ判決ニヨリ相抵触スル判断ノ為サルルコトヲ避クル為メ規定セラレタル民事訴訟法第二百三十一条ノ法意ニ副ハサルヲ以テ同法条ヲ類推適用シ既ニ裁判所ニ係属スル事件ノ訴訟物タル債権ヲ以テ他ノ訴訟ニ於テ相殺ヲ主張スルコトハ許ササルモノト解スルヲ相当トスヘシ依テ控訴人ノ相殺ノ抗弁ハ其主張スル反対債権ノ存否ヲ判断スルヲ要セス不適法ナルモノトシテ之ヲ排斥ス」

後訴において相殺に供されている反対債権（自働債権）を訴訟物とする前訴は、一審を経て二審に係属しており、一審では、本件反対債権が請求棄却になっていることがうかがわれる。このように、前訴においてかなりの程度に審理の進んでいる債権しかも未確定とはいえず、請求棄却になっている債権を後訴において相殺に供することがはたして妥当であろうか。審理の重複が避けられないという意味で訴訟経済に反する上、このような相殺の抗弁が後訴の審理を引きのばす手段として用いられているとみれないこともない。前後訴訟とも同じ東京控訴院に係属中とのことであるが、たとえ同じ第二民事部に係属中だとしても、仮りに担当裁判官も異なり、二審でも心証形成が熟しつつある段階であるとすれば、前訴を後訴に併合して一括審理することも必ずしも妥当であるとはいえないであろう。もっとも、このように後訴において相殺が主張される場合、一般的にいつても、併合が妥当しない場合が多いと思われる。前後訴が相前後して提起され、担当裁判官が同じであるという場合等は、例外的に、後訴における相殺の抗弁を認めた上で、前訴を後訴に併合することも許されてしかるべきであるが、原則としては、後訴における相殺の抗弁を訴えに準じて取り扱い、二三条を類推適用して当該

抗弁を却下してしかるべきであろう。相殺は事実上の執行（権利実現）であるから、同一手続で一挙に解決した方が訴訟経済にかなうようにみえるが、前訴の進度によっては、却って審理の蒸し返し・重複をもたらし、訴訟経済の要請にもとることになる。相殺の抗弁を禁ずれば被告の防御の自由を害するとの見解もあるが、被告には別訴の道が開かれているのであり、ここではやはり審理の重複を避け、訴訟経済の要請に応えることを優先させるべきであろう。通説が抗弁は訴えではないという形式的理由に依拠しているとはいえず、相殺の抗弁を認めているのに反し、最高裁判例は未だに出していないようであるが、下級審判決のほとんどが本件判決を嚆矢として、通説に反対し、相殺の抗弁を不適法だとして排斥しているのは、多分に、実務上審理の重複が避けられないせいではないかと推測される。

ところが、本件判決もそうであるが、多くの判決は、その理由として、訴訟経済よりも判決の矛盾・抵触の防止の方を強調するきらいがある。しかし、後述のように、通常の場合、相殺の抗弁を許しても判決の矛盾・抵触は生じないのであるから、このような理由の掲示にはいささか疑問を禁じ得ない。民事訴訟法一九九条二項により相殺の抗弁に既判力が生ずるということは、前後訴訟のいずれかの判決が先に確定すれば、その既判力は他方に及ぶということであり、後になつた判決においては先に確定した判決と矛盾した判断はできない筈であるから、後訴において相殺の抗弁を認めても、通常の場合、矛盾判決の生ずるおそれはない。ただし、前後訴訟の当事者が同一である上、既判力の存在は裁判所に顕著な事実ないしは職権調査事項であるからである。しかし、裁判所のお気づかない中に前後判決が確定するという極めて例外的な場合に矛盾判決が生ずるおそれは残る。それとも、実務においては、後訴において相殺の抗弁を認めれば矛盾判決が頻繁に生ずることになるのであろうか。仮りにそうだとすれば、既判力の遮断効の存在価値そのものが問われなければならない。しかし、既判力制度の本旨からいけば、理論上、そのようなことは考えられないから、既判力の生ずる相殺の抗弁がからんで来る場合の重複訴訟禁止の理念（趣旨、目的）として、矛盾判決の防止を金科玉条の如く掲げるのは妥当でない。例外的に矛盾判決が出る場合を想定するならば、むしろ附随的な根拠にすべきであろう。この点に関し本件判決の論

旨には賛成できない。ただ既判力の生じない先決的法律関係がからんで来る場合は、判断（判決ではなく）の矛盾の生ずる可能性があるから、前述の通り、相殺の抗弁の場合とは区別して別途に考察されなければならない。

【五】東京地裁昭和三二年二月二七日判決（下民集八卷三五七頁、判例時報一一〇号二〇頁）

「被告が本訴において相殺の用に援用する自働債権が現に当庁に係属中の被告より原告に対する昭和二十七年（第五九七三号損害賠償請求事件の訴訟物をなす債権と同一債権であることは当事者間に争がない。よって次に、かかる債権を相殺の用に供することが訴訟法上許されるか否かについて考えてみるに、民事訴訟法第二百三十一条は裁判所に係属する事件については当事者はさらに訴を提起することを得ない旨を規定しており、学説上の通説は訴提起の語義を嚴格に解し相殺抗弁の提出は訴提起に該当せずとして同法条の適用の外に置いているようであるが、そもそも同法条が同一当事者間の同一訴訟物に関する第二の訴を不適法として禁止する法意は、第二の訴が権利保護の利益を欠くこと、及び矛盾した既判力ある判決を招来することを避止するにあることはいうまでもないところ、現に裁判所に係属する訴訟の訴訟物たる債権を以て他の訴訟において相殺を主張することを許すとすれば、民事訴訟法第九十九条第二項により相殺のため主張された債権の成立または不成立の判断は相殺を以て對抗した額について既判力を有する結果、同一債権が既判力を有する両判決において矛盾した判断を受ける可能性を生じ、また権利保護の必要を超えて不当に保護される可能性をも招来し、二重起訴の場合と全く同一の現象を顕現し、その間に敢えて逕庭を設くべき理由を見出し得ないから、「訴提起の形式概念に拘泥せず、民事訴訟法第二百三十一条を類推適用して、現に裁判所に係属する第一の訴の訴訟物である」債権を以て第二の訴においてこれを相殺の用に供することを許さないと解するのを相当とする。しからば被告の本件相殺の抗弁は失当として排除を免れない。」

本件判決も、【四】の判決同様、矛盾した既判力ある判決の生ずる可能性を指摘する。これについては、【四】の判決に対する批判がそのまま当てはまるが、ここでは、翻って二重起訴の最も単純で典型的な例を取りあげて考えてみることに

する。

例えば、ある土地の所有権確認の訴を提起した後、更に同一原告が同一被告に対し全く同一の当該土地所有権確認の訴を提起したとすると、当然のことながら、後訴は二重起訴に当るとして却下を免れない。その根拠は何か。一口に言つて、不経済つまり無駄だからだといえよう。言いかえれば、訴訟経済の原則にもとるからだということになる。単的に言つて、ここに重複訴訟禁止の目的があるといつてよい。両訴訟ともが係属したとして、それが訴訟中に判明すれば二重訴訟になるとして後訴が却下され、いずれか一方の判決が先に確定し、そのことが裁判所に判明すれば他方が既判力に触れるとして却下される。たまたま裁判所が気づかないまま両判決が確定すれば矛盾判決の生ずることも考えられ、したがつて再審の訴え（四二〇条一項一〇号）により解決されなければならないということになる。しかし、当事者が同一であり、既判力の存在が裁判所に顕著な事実ないしは職権調査事項である以上、矛盾判決が生ずるということは滅多に起らないであらう。つまり、民事訴訟法一九九条があるお陰で、通常の場合、既判力が二重に生ずるのではなく、その抵触が阻止されるのである。したがつて、矛盾判決の可能性を金科玉条の如く重複訴訟禁止の理念に掲げることが妥当でないこと、前述の通りである。この理は、一方が相殺の抗弁である場合にもそのまま当てはまる、本件判決が相殺の抗弁を不当として排斥した結論は妥当であるが、その論拠には贅成できない。

次に、両訴訟が併合可能であったか否かについて検討してみると、本件後訴が、東京地裁昭和二八年（ワ）第五〇三四号事件であるのに対し、前訴は昭和二七年（ワ）第五九七三号事件である。このことから前訴の審理がどの程度の段階まで進んでいたのかは詳らかでないが、原則的には、併合適状になかったとみて大過ないであらう。判旨からもこの点は明確でないが、相殺の抗弁が後行する場合これを原則として排斥すべきであるという本稿の立場からは、併合の可否（当否）の判断を欠いたからとて不適法になるわけではないから、この点からも本件判決の結論は、一応うなずける。

【六】 大阪高裁昭和三三年五月一九日判決（下民集九卷五号八五九頁）は、控訴人訴訟代理人の「相殺の抗弁の提出は

訴訟の係属を来さないから二重訴訟となるものではなく、本件相殺の抗弁の自動(一)債権を訴訟物とする別訴は、原審において同一裁判所の同一の部に係属していたから、これを本訴と併合するか併行して進行することにより両者間の矛盾した裁判を避けることができた筈であつて、民事訴訟法第二三一条の法意に反することはない。」との主張に対し、

「よつて相殺の抗弁につき考へるのに、控訴人主張の自動(一)債権につき被控訴人に対し訴求中であることは控訴人の認めるところであるが、相殺の抗弁につき判断を受けその判決が確定すれば既判力を生じることが民事訴訟法第一九九条第二項の明定するところであるから、その抗弁の提出は、訴訟経済の面から見ても、既判力の矛盾を来すその点から考へても、更に訴訟上の請求権の主張として時効中断の効力ありと解すべき点にかんがみても既に訴の係属する債権をもつてする以上、二重の提訴に準じて視るべきものと解するのが相当であつて、たまたま前訴が同一裁判所に係属するからといつて同時に裁判されるとは限らず、さすれば訴訟資料の相異又は担当裁判官の交替等の事由により両者につき判断を異にする結果はありうべく、又控訴審が同一裁判所の担当となり同時に判断されることは保証されていないから、右同様の結果を見ることも予想されるのであるから(現に本件はそうなつてゐる)この点に関する控訴人の主張は当たらないので、控訴人主張の反対債権の存否につき判断するまでもなく右抗弁は採用できない。」と判示している。

両訴訟がたとえ同一裁判所の同一部に係属している場合でも併合に適さない場合があること及び訴訟経済を根拠にしていることは賛成できるが、これらと同等もしくはそれ以上に既判力の矛盾の生ずるおそれがあることを強調しているかと思へる点は賛成できない。これまで述べてきた理由から、相殺の抗弁を二重起訴に準じて取り扱ふ本判決の結論には賛成できる。

【七】 東京地裁昭和三八年一月二六日民事第二四部判決(判例時報三六三号三七頁)

「証拠略を総合すると、被告は原告を相手方とし昭和三四年一月二〇日付訴状をもつて、被告が昭和三二年六月二九日原告に売り渡したトンガラミルク五〇函の代金一八〇、〇〇〇円とこれに対する訴状送達の翌日から完済に至るま

で年六分の割合による損害金の支払を求めるため、当裁判所に訴を提起し、当裁判所昭和三四年(初)第一〇三八六号事件として係属し現在に至っていることが認められる。ところで被告は本件訴訟において、前記事件の訴訟物である代金及び損害金の請求権を自働債権として相殺の抗弁を提出しているが、このような抗弁が果して許されるものであろうか。若しこれを許すとすると、確定判決は、相殺に供した債権の不存在に関する判断につき既判力を生ずる結果、同一の債権が同一の範囲において二個以上の独立した判決により、一方において成立し、他方において成立しないというように相互に抵触する判断がなされる可能性があるばかりでなく、訴訟経済上も無益なことといわなければならない。このような場合に對処して設けられた民事訴訟法第二三一条は、相殺の抗弁についても、類推適用するのが相当であると解する。以上のようなわけで、被告の本件相殺の抗弁は不適法であるから、その余の点につき判断するまでもなく、採用の限りでない。」

本件訴訟が東京地裁昭和三七(初)第七〇〇二号事件であるのに対し、前訴が同昭和三四年(初)第一〇三八六号事件であるところからすると、その間にかんがりの時間的開きがあり、前訴の審理も相当程度進んでいたことが推測される。したがって、この前訴を後訴に併合すれば審理の蒸し返し・重復は避けられず、却って訴訟経済に反することになる。したがって、本件判決が、訴訟経済上無益だとして、民法第二三一条を類推適用し、相殺の抗弁を採用しなかったことは妥当であった。このような場合は、相殺の抗弁を認めないで、前後訴訟を別々に進行させ、執行させた方が却ってすっきりするし、当事者の利益にもなる。

【八】 旭川地裁名寄支部昭和四〇年九月二二日判決（判例タイムズ一八三号一八四頁）

「被告が本訴において相殺を主張する自働債権は、本訴被告が原告となり本訴原告を被告とする当庁昭和三八年(初)第二八号不当利得金等請求事件において本訴被告がその支払いを請求していた不当利得返還債権と同一の債権であること、右事件については昭和四〇年七月二七日原告請求棄却の判決言渡を受け、本訴被告において控訴申立をしたため現に控訴審に係属中であることはいずれも当事者間に争いが無い。

そこで、このようにすで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ことが許されるかについて考えてみるに、民事訴訟法第二三一条は、すでに裁判所に係属する事件についてさらに訴を提起することを禁じており、その趣旨が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と二個以上の判決において互いに矛盾した既判力ある判断がなされるのを防止することはいうまでもないところであるが、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以て對抗した額について既判力を有することとされている（民事訴訟法第一九九条第二項）点からみるときは、右の趣旨は同一債権について重複して訴が係属した場合であると、すでに訴訟の係属中にその訴訟物たる債権を自働債権として別訴において相殺の抗弁が提出された場合であると何らその理を異にするものではないと解せられる。もっとも、第一の訴訟において提出され相殺の抗弁における自働債権を訴訟物として別個に訴を提起した場合には、前者の訴訟において抗弁の判断に入るまでもなく請求が棄却されることもあるのであるから後者の訴を直ちに不適法として却下することには疑問があるが、本訴は、後に相殺の抗弁が提出された場合であるから（本件相殺の抗弁は、昭和三九年一月三日の第一回口頭弁論期日になされたものであって、前記不当利得金請求事件の訴訟係属後であることは本件記録上明らかである。）、民事訴訟法第二三一条を類推適用するのが相当であり、したがって被告の相殺の抗弁はその余の判断をするまでもなく失当であって排斥をまぬがれない。」

本件訴訟が旭川地裁名寄支部昭和三九年(ワ)第三八号事件であるのに対し、前訴は同昭和三八年(ワ)第二八号事件である上、後訴において相殺に供された自働債権は前訴において請求棄却となり、控訴審に係属中とのことである。このような債権による相殺の主張は、訴訟引きのばしをねらったきらいがなきにしもあらずで、この点からも妥当とは思われない。前後訴訟は既に審級を異にしているから、もとより併合の余地はない。併合しなくとも、相殺の抗弁を認めれば審理の重複は避けられないのであるから、これを排斥したのは当然といえる。

次に、本件判決は、別訴で相殺に供された債権の履行を求める訴と別訴で訴求中の債権による相殺の抗弁とを区別し、

前者の場合これは不適法として却下することは疑問であるが、後者の場合は二三条を類推適用して該抗弁を排斥すべきであるとする。このような区別をする学説及び裁判例の少ない中で、誠に妥当な分析であるといえる。本稿も、前述の通り、細かな点では若干異なるところもあるが、基本的にはこの判決の立場と共通の見解をとるものである。

【九】 名古屋地裁昭和四六年七月一六日判決（判例時報六四九号六九頁）

「次に被告は原告加藤瀧男に対して損害賠償債権を有するからそれと本件債権とを対当額において相殺すると主張するが、被告が右損害賠償債権について、相殺の意思表示をする以前に既に損害賠償請求訴訟を提起していることは被告において自認するところである。一個の債権に基づいて請求訴訟を提起して、その訴訟係属中に、他の訴訟においてその同一債権を以て相殺を主張することは、結局同一債権について既判力を生ずる二個の裁判を求めることになるから、民事訴訟法二三条の類推適用により許されないものと解するを相当とする。

よって被告の右相殺の抗弁は不適法として採用できない。」

不法行為債権を受働債権とする相殺は認められないが、自働債権とする相殺は認められるところから（民法五〇九条）、別訴で訴求中の損害賠償債権を自働債権とする相殺が散見される。本件の場合も、その損害賠償債権がどのような原因に基づくものであるか詳らかでないが、その一例だと思われる。前訴たる損害賠償訴訟の審理が進んでいるのであれば、その確定をまつてから相殺に供させても一向にさしつかえないように思われる。単純な損害賠償訴訟ならともかく、今日における損害賠償訴訟の複雑さからいえば、むしろ後訴における相殺の抗弁を禁止、前後訴訟を別々に進行させ、執行にまで至らしめるのが妥当な結果を導くといえよう。

争いある債権による相殺も認められるとはいえず、やはり確定した債権ないしは当事者間に争いのない債権による相殺の方が望ましい。争いある債権や訴求中の債権殊に損害賠償債権による相殺は、訴訟手続を著しく遅延させるおそれがあり、逆に原告の利益を害することにもなりかねない。不適法ではないとしても、妥当とはいえない。民事訴訟法一三九条

一項を類推適用して、「訴訟の完結を遅滞させないこと」を相殺の抗弁を認める条件にするかあるいはこの逆の「訴訟の完結を遅滞させるおそれのあること」を重複訴訟禁止の要件にするのも一つの方法であると思われる。重複訴訟禁止の理念が訴訟経済であるということからすると、訴訟遅延は訴訟経済に反するわけであるから、右のような考え方は必ずしも不合理とはいえない。

ところが、本件判決は、「同一債権につき既判力を生ずる二個の裁判を求めることになる」ことを根拠にして相殺の抗弁を排斥している。この文言は不明確であるが、既判力の矛盾の生ずるおそれがあるという意味であれば、先述来指摘の通り、相殺の抗弁を重複起訴に準じて禁ずる根拠としては決定的な理由にはならない。しかし、訴訟経済に反するというのであれば、その論旨に賛成したい。

【一〇】 大阪地裁昭和四九年七月一九日第一九民事部判決（判例タイムズ三二五号二三四頁）

「一 被告と原告との間で、被告主張の事実によって、その主張の地階部分の賃貸借契約関係が生じたこと、被告が原告に対して賃料増額の意思表示をしたうえ、その差額分の請求をし、大阪地方裁判所で原告主張の一部認容の判決を受け、目下大阪高等裁判所に該事件が係属中であることは、いずれも当事者間に争いが無い。

二 被告は、右差額分の全部または大阪地方裁判所がその一部を認容した分について、原告の本訴請求と対当額で相殺する旨主張するのであるが、この主張は不適法として却下を免れない。すなわち、

1 本件において被告が相殺のため主張した右債権については、すでに別訴が係属中であるから、かような相殺の主張は、民事訴訟法二三一条が二重訴訟の係属を許さないのと同様の理由で許されないものと解する。

もつとも相殺の抗弁は、防禦方法に過ぎないこと被告主張のとおりである。しかし同時に、これについて既判力が付与される点からいうと、単なる防禦方法といいきれないこともたしかである。相殺の抗弁は、債権の行使を抗弁の方法によって許そうとするものである。それが容れられた場合、被告は自己の債権の満足がまったのと同じ効果を生ずることにな

る。したがってそれが容れられない場合でも、訴によってその存在が主張されたときと同様に、後の訴で再びその存在を主張させないこととしたのである。既判力が認められたことが抗弁としては例外であっても、それなりの理由はある。被告主張のように、既判力が付与されたことを不当に強調し過ぎることにはなるまい。

2 次に被告は、抗弁で主張した債権の別訴を許さないことは、相殺で主張しなかった超過分の請求をも許さないこととなり、不合理であるという。

本件の場合と反対に相殺の抗弁が先行する場合、まず、反対債権の時効中断の効力を生じさせるためには別訴が必要であるかの問題があるが、相殺の抗弁も、それ自体が債権の行使であることさらに指摘の通りであるから、これに時効中断の効力を付与することは可能である。したがってこの点から後の別訴を正当づけようと試みることは相当でない。

次に抗弁が先行する場合、被告が請求原因を争い、あるいは他の抗弁を提出して、相殺の抗弁を予備的に主張するようになると、裁判所が相殺の抗弁によらないで原告の請求を棄却することもあろうから、さような場合にも別訴を許さないとすると、被告の権利行使を不当に制限することになるのではないかとの問題がある。

しかしながら本件におけると同じように請求原因を全く争わず、防禦の方法としては相殺の抗弁に終始することもあつた。この場合には、審判の対象は実質上まさにこの債権の成否のみである。別訴訟を許すことになると、両訴で、同時にそして二重に、全く同一の審判が行なわれなければならない。また別訴を許すとすれば、相殺の抗弁が一審判決で認められたのかかわらず、さらに別訴を提起して同一の請求をするようなことがあつても、これを拒否することはできない。反対に、相殺の抗弁が一審判決で認められないのみをみて、別訴で請求するような場合でも、これを許さなければならぬ。

もし抗弁が先行しそのため別訴が許されないことで、不合理が考えられるのであれば、被告は当初から、抗弁によらないで、反訴もしくは別訴によって自己の債権の行使をするという本来の方法を選ばばよい。とくに原告の請求額以上の反

対債権を有する被告は、その一部を抗弁に供し、他を別訴によるというような類を避け、その全部を反訴もしくは別訴で請求すればよい。反対債権を有する被告の救済に欠けるところはなはずである。

3 右のような点は、被告の防禦の自由を害するといえるかもしれない。しかし本件のようにすでに別訴で被告の請求がなされており、原告主張の請求原因が争いがないのに、なお相殺の抗弁について審判をしなければならぬとすると、訴訟はいたずらに遅延し、原告の権利の実現に不当な遷延が強いられることとなる。被告に防禦の自由を与えるため、原告から不当に利益を奪うようなことがあってはならない。

4 なお別訴と抗弁の審判が別々の裁判所で行なわれても、当事者が同一である以上訴訟資料は同一となるであろうから、多くの場合、判断の矛盾は避けられるであろう。しかし単純な貸金とか手形金のような請求権ならばともかく、本件のように適正賃料額の認定を判断の内容とするような場合には、結論を二、三にする可能性は極めて強い。その結果は、相殺を主張する当事者に、二つの判断のうち自己に有利なものを採り不利なものを捨てるという恣意を許すことにもなる。

なお本件において被告は、予備的に、別訴について大阪地方裁判所が判決主文に表示した金額をもって相殺の主張をし、原告は、同判決後その金額で賃料の供託をしていると主張するのであるが、原告が別訴の控訴を維持し、本件においては適正賃料を争っていることはさきに摘示したとおりであるから、本件で相殺の主張を許す限りその判断をする必要があり、前記判示の点は、被告の右の主張の場合にもかわらないこと、いうをまたない。」

本件判決は、極めて格調の高い論旨を展開しており、多くの重要な論点を指摘している。細部においては若干疑問に思われるところもあるが、大筋において本稿の立場と同じである。

(1) 相殺の抗弁が先行する場合と後行する場合とを明確に区別し、それぞれにつき細かな検討を加えている。このような二つの場合に分析区別しているところは先の【八】の判決と同じであるが、【八】よりも詳細にわたる検討がなさ

れている。

相殺の抗弁が先行する場合は、その対抗額については別訴を禁止し、抗弁につき判断がなされることを解除条件とする反訴によらせるべきであるが、対抗額を超過する部分についても同様に考えてよいかは問題がないわけではない。ただし、この超過分は、民事訴訟法一九九条二項との関係では、厳密には、重複起訴に相当しない部分であるからであるが、重複訴訟禁止の理念たる訴訟経済を全うするためには、前述の先決的法律関係の場合の取り扱いに準じて、やはり別訴を禁止し、反訴のみによらせるべきであろう。次に、相殺の抗弁が後行する場合は、極めて例外的に併合が可能かつ妥当な場合ならともかく、原則としては、該抗弁を排斥した方が審理の重複を避けることができ、結局のところ重複訴訟禁止の理念たる訴訟経済にかなうことになる。以上が本稿の立場である。

ところが、本件判決は、相殺の抗弁が先行する場合につき、「もし抗弁が先行しそのために別訴が許されないことで、不合理が考えられるのであれば、被告は当初から、抗弁によらないで、反訴もしくは別訴によって自己の債権の行使をするという本来の方法を選べばよい。とくに原告の請求額以上の反対債権を有する被告は、その一部を抗弁に供し、他を別訴によるというような煩を避け、その全部を反訴もしくは別訴で請求すればよい。反対債権を有する被告の救済に欠けるところはなはずである。」と述べている。はたしてそうであろうか。

抗弁に供される債権は、ほとんどの場合、本訴請求と無関係な債権であるから、これを抗弁に供しないで別訴で請求すれば問題はない。問題になるのは、それが相殺の抗弁に供された場合である。防御方法たる抗弁と関連性があるから反訴の提起が可能になるのであって、抗弁によらないで別訴を提起することはできても、抗弁を前提にしない反訴は、いわゆる関連性を不要とする立場でもとらない限り、できないのではないか。抗弁を提出し、それとの関連で反対債権全部につき反訴を提起するのが望ましい。その場合、当該反訴に本訴請求との関連で単純反訴、予備的反訴のちがいがあろう外、対抗額の部分は、抗弁と反訴が重なっている部分であるから、抗弁につき判断がなされることを解除条件としているが、超

過分にはもとよりこのような条件はない。いささか迂遠のようであるが、防禦方法との関連性が要求されている以上、本件判決の述べるように、反対債権全部を抗弁によらないで反訴によって請求するということは、できないと解すべきである。本件判決の前記部分は、被告の「相殺の抗弁は、防禦方法に過ぎないから二重訴訟には当たらない。これに二重訴訟の禁止を当てはめることは、民事訴訟法が、相殺の抗弁に例外的に既判力を付与したことを不当に強調し過ぎることとなり、妥当性を欠く、被告が抗弁で相殺を主張した以上、別訴でその債権の請求ができないこととなると、被告の債権のうち、相殺で主張した金額を超える配(分)は別訴で請求できなくなるといふ不合理も生ずる。」との主張に対し、裁判所の見解を示した部分であるが、必ずしも正面から答えているとはいえない。超過部分についても、抗弁を提出しながらであれば別訴も反訴も認められないとの趣旨のようにも読める。

審理の重複を避けるべく、前述の先決的法律関係に民事訴訟法二二一条を類推適用して別訴を禁止、中間確認の訴えによらせるのは、それが本訴請求(給付請求)の原因関係に当るからであるが、相殺による對抗額の超過部分は、本訴請求とではなく、防禦方法としての抗弁と原因ないしは訴訟資料を共通にする場合であるので、先決的法律関係の場合に比べて、別訴を禁ずる根拠が薄いようにも思われる。しかし、訴訟経済の要請に応えるには、この場合にも二二一条を類推適用するのが妥当であると思われる。

もつとも処分権主義をとる今日の民事訴訟においては、訴えは当事者の自由であり、これを釈明により促すことはできても強制することはできないのであるから、先決的法律関係についての中間確認の訴えや相殺に供された反対債権についての反訴が提起されなかったときは、前者については争点効でも認めればともかく、既判力の生ずる余地はないのであるから、該給付判決の確定後別訴(後訴)が提起できることは別問題である。又、後者の場合も抗弁につき判断がなされなのまま本訴が確定したときは、抗弁につき既判力が生ずる余地はないのであるから、反対債権全部につき後訴を提起することができるし、抗弁に既判力が生じた場合でも超過部分については後訴が可能である。したがって、民事訴訟法一九九

条が存在する以上、このような場合にまで訴訟経済（審理の重複回避）を貫徹することはできないし、又このような場合は、判断の矛盾・抵触の生ずる可能性も否定することはできない。

(2) 本件判決が、大筋において、重複訴訟禁止の理念として、審判の重複の回避即ち訴訟経済を重視していることは正当であると思う。しかし、地方で、例外的に、判断の矛盾・抵触の生ずるおそれがあることを指摘し、その場合でも、当事者と訴訟資料が同一であるところから、多くの場合、判断の矛盾は避けられるとしている。この点、本稿においても先に指摘したところである。ただ本件判決においては、「別訴訟」と「別訴」を概念的に区別した叙述がなされているが、別訴を認めれば必然的に別訴訟になるのであるから敢えて区別する必要はないように思われる。

(3) 被告の防御の自由につき、「……被告の防禦の自由を害するといえるかもしれない。しかし本件のようにすでに別訴で被告の請求がなされており、原告主張の請求原因が争いしないのに、なお相殺の抗弁について審判をしなければならぬ」とすると、訴訟はいたずらに遅延し、原告の権利の実現に不当な遷延が強いられることとなる。被告に防禦の自由を与えるため、原告から不当に利益を奪うようなことがあってはならない。」と述べているが、尤もな指摘であると思う。本件における相殺の抗弁は、一部認容とはいいながら、前訴第一審で認められた債権による相殺であるが、【九】で指摘した通り、前訴がかなり進展しており、しかもそこで棄却された債権による相殺は、訴訟引きのぼしのため手段として使われるきらいがある。したがって、原告の利益を害することにもなりかねないのである。別訴の道が開かれているのであるから、ここで敢えて被告の防御の自由を保障する必要はない。

(4) 時効中断の効力につき、「相殺の抗弁が先行する場合、まず、反対債権の時効中断の効力を生じさせるためには別訴が必要であるかの問題があるが、相殺の抗弁も、それ自体が債権の行使であることさきに指摘のとおりであるから、これに時効中断の効力を付与することは可能である。」と述べている。本件判決は、抗弁が先行する場合、別訴はもとより反訴も認めない立場のようであるが、本稿のように別訴は認めないが反訴は認めるべきであるとの立場においても、反

訴提起の時からではなく、抗弁提出の時から時効中断の効力を認めるべきであると思う。

(5) 最後に、相殺の抗弁が他の防禦方法と區別され、既判力が認められている理由として、「もっとも相殺の抗弁は、防禦方法に過ぎないこと被告主張のとおりである。しかし同時に、これについて既判力が付与される点からいうと、単なる防禦方法といいきれないこともたしかである。相殺の抗弁は、債権の行使を抗弁の方法によって許そうとするものである。それが容れられた場合、被告は自己の債権の満足があったのと同じ効果を生ずることになる。したがってそれが容れられない場合でも、訴によってその存在が主張されたときと同様に、後の訴で再びその存在を主張させないこととしたのである。既判力が認められたことが抗弁としては例外であっても、それなりの理由はある。」と述べているが、尤もな指摘であろう。相殺は、通常、本訴請求と無関係な債権によるものであり、しかも相殺による決済は、實質的には、当該債権につき執行の完了と同じ結果をもたらすものであるから、相殺の抗弁を訴えに準じて取り扱い、これについての判断に既判力を付与するのは当然だといえる。

【一】 福岡高裁昭和五〇年五年二七日第三民事部判決（判例タイムズ三二八号二七〇頁）

「次に控訴人の相殺の抗弁については、控訴人がその主張する自働債権について、相殺の意思表示をする以前に既にその請求訴訟を福岡地方裁判所に提起し、それが現に係属中であることは当事間に争いのないところであり、このように債権に基づいて請求訴訟を提起し、その訴訟係属中に、他の訴訟においてその同一債権をもって相殺を主張することは、結局同一債権について既判力を生ずる二個の裁判を定めることになるから、民事訴訟法第二三一条の類推適用により許されないものと解するを相当とする。

よって控訴人の右相殺の抗弁は不適法とし採用できない。」

【一二】 名古屋高裁昭和五〇年六月二六日民事第四部判決（下民集二六卷五二五頁、判例時報七九五号五四頁）

「一、被控訴人主張の請求原因一項および二項の事実は当事者間に争いがないので、控訴人は被控訴人に対し本件杉素

材代金三〇万四七五五円の支払義務を負担していることは明らかである。

二、そこで、控訴人の相殺の抗弁について判断するに、控訴人は、その主張する損害賠償債権につき、昭和四二年九月二九日名古屋地方裁判所豊橋支部に被控訴人および訴外遠藤金次郎を相手取り損害賠償請求の訴（同支部同年〇第二二二号事件）を提起し、昭和四三年九月三日控訴人の一部勝訴の判決があり、相手方である被控訴人から名古屋高等裁判所に控訴の申立（同裁判所昭和四三年〇第七六七号事件）がなされたところ、昭和四四年一〇月二四日原判決中相手方である被控訴人ら敗訴部分を取り消して控訴人の請求を棄却する旨の判決があったので、今度は控訴人から最高裁判所に上告の申立（同裁判所昭和四五年〇第七六号事件）がなされ、昭和四七年五月三〇日原判決を破棄して同事件を名古屋高等裁判所に差し戻すとの判決があり、現に当裁判所昭和四七年〇第三一四号事件として係属中であることは、当裁判所に顕著な事実である。

そうすると、控訴人は、右事件の訴訟物である債権を自働債権として、同一人間の訴訟である本件において相殺の抗弁を提出するわけであるが、相殺の抗弁について判断がなされると、相殺に供した債権の成立または不成立の判断は相殺をもって対抗した額につき既判力を生ずるので、同一の債権が同一の範囲において二個の独立した判決により成立または不成立につき相互に抵触する判断がなされる可能性があるばかりでなく、訴訟経済上も無益なことであるから、民法二二一条の重複起訴禁止の法意に照らし、右規定を類推適用して控訴人の本件相殺の抗弁は不合法であって許されないものと解するのが相当である。

なお、控訴人は、本件において相殺の効果を生ずれば、前記事件において、控訴人は請求の減縮を申し立てるべく、また被控訴人は債務の一部消滅の抗弁を提出し得るわけであるから不都合はない旨主張するようであるが、たとえ右のような処置がとられたとしても、本件の判決が確定しない以上は、本件において相殺に供した債権の成立または不成立につきなされた判断が、前記事件でなされるべき判断を拘束するものではないから、先に述べた判断の抵触という可能性はやは

り回避し得ないので、控訴人の主張は採用し難い。

したがって、控訴人の相殺の抗弁はその余の点を判断するまでもなく採用できない。」

本件訴訟において相殺に供されている損害賠償債権を訴訟物とする前訴（損害賠償訴訟）は、本件控訴人から名古屋地方裁判所豊橋支部に提起されてから、名古屋高裁、最高裁と進み、更に、最高裁で差し戻されて五年近く経過したところで、なお原審たる名古屋高裁に係属中とのことである。このような長期にわたって審理の続けられている訴訟の訴訟物たる未確定の債権を後訴における相殺の自働債権とするのは如何がかと思われる。後訴においてこのような相殺の抗弁を認めれば、審理の重複は避けられない。しかも、第一審↓控訴審↓上告審↓控訴審と約五年間にわたって審理を繰り返しているうちに、当事者の勝敗は二転三転し、相殺を主張した時点においてなお当該自働債権は明確に認容されているわけでもない。控訴人が後訴引きのばしのためにアンフェアな形で相殺を主張したか否かは別にして、このような場合に、後訴における相殺の抗弁を認めた上で、前訴判決が確定するまで後訴を自由裁量により中止するという方法も不合理だといえよう。ただし、前訴判決がいつ確定するか予想もつかないし、そのようなことをしていたら、逆に、後訴における原告の利益を著しく害することになるからである。このような場合でなくても、一般的に、自由裁量による中止の方法はとるべきでないと思われる。もとより、本件のような場合は、同一控訴審に係属中であるとはいえ、一方が差し戻し審であるから、併合もすべきでない。

次に、本件判決が、民事訴訟法二二三条を類推適用するにあたって、訴訟経済上無益であることを根拠にしているのは分るとして、判断の抵触につき、「本件の判決が確定しない以上は、本件において相殺に供した債権の成立または不成立につきなされた判断が、前記事件でなされるべき判断を拘束するものでないから、先に述べた判断の抵触という可能性はやはり回避し得ない」と述べているのはどういう意味であろうか。

多くの判決が、前述の通り、論理的には抵触の考えられない「既判力ある判決の抵触」を根拠にしているのと比べると

一歩前進だといふことができよう。ここでいう判断の抵触が、未確定の終局判決の抵触のみならず、中間判決（原因判決）の抵触、延いては外に発表される前の裁判官の内心（心証）の抵触をも指しているのであれば、結局のところ、そのような判断に至る「審理の重複」に包摂されていると考えてよいのではないか。このような意味の「判断の抵触」の防止を審理の重複回避即ち訴訟経済と並列的に重複訴訟禁止の理念にかかげるのであれば、先の先決的法律関係の場合同様、それなりの意義はあると思われる。しかし、本件判決がここまで述べていると解釈するのは、善解に過ぎるのかも知れない。

二 相殺の抗弁が先行する場合に関する判決例とその批判

相殺の抗弁が先行する場合には、前訴で相殺に供した債権の履行を求めて別訴を提起する場合と本訴で相殺に供した債権につき反訴を提起する場合とがある。後者の場合、相殺の抗弁を提出しただけでは、その對抗額につき既判力が生ずるとは限らないので、反訴を提起する利益がある。超過分については、常に反訴の利益が認められるので、訴訟経済の観点から、別訴を禁止反訴によらせるべきである。前者の場合においても、別訴を禁止反訴によらせるべきであるが、そうすれば、後者と全く同じ形になる。ただし、何れの場合も、上告審に至るなどして反訴提起の時機を逸すれば、抗弁に既判力が生じない場合のために、例外的に別訴を認めざるを得ないであろう。この意味からも、重複訴訟禁止の場面と既判力の場面とは異なり、当事者の利益になるよう別個に考察されなければならない。

次に、相殺の抗弁が先行する場合に関する幾つかの判決を検討してみることにする。

【一三】 東京地裁昭和三二年七月二五日判決（下民集八巻七号一三三七頁）

「被告が原告を相手方として、大阪地方裁判所に対し、売掛代金残百三十三万円の支払い請求の訴訟を提起し、同裁判所昭和三十一年(初)第三五五号事件として審理され、右訴訟において原告が被告に対し、本件訴訟において請求する四十一万七千五百八十八円の債権をもって、相殺を主張した事実は、原告の争わないところであり、右相殺の抗弁は、本件訴訟が昭

和三十一年四月四日提起された（このことは記録によって明らかである）以前になされたものであることは、弁論の全趣旨によって認められる。しかしながら、民事訴訟法第二百三十一条にいうような訴訟係属とは、特定当事者間で訴へ（一）又は反訴によって審判を申立てた特定の請求に限られ、請求以外の攻撃防禦方法として主張又は抗弁としての権利関係は、含まれないと解するから、原告が大阪地方裁判所において相殺を主張し、その後、同一債権の支払いを求めるため、本件訴訟を提起しても、重複起訴の禁止規定には反しない。」

本件は、前訴において相殺に供した債権を訴訟物とする別訴を提起した事実で、ここにいわゆる相殺の抗弁が先行する場合である。本件判決は、通説を支持する数少ない判決の一つであるが、抗弁は訴えではないという通説同様の形式的論理を展開して、本件別訴を重複起訴禁止の規定に反しないとしている。この趣旨を敷衍すれば、抗弁を提出しながら反訴を提起することも許されることになる。しかし、前述の通り、別訴と反訴を同列に扱うべきではない。けだし、抗弁が先行する場合、別訴を禁じ反訴によらせる方が、この場合の理念たる訴訟経済にかなうからである。ただし、例外的に、別訴を認めなければならない場合があることは、前述の通りである。したがって、本件判決には賛成できない。

【一四】 東京地裁昭和三三年四月二日判決（下民集九卷四号五六二頁）は、被告が、「原告の本訴請求にかかる代金債権が存在するものであるならば、これに対し右に掲げた損害賠償債権を以て対当額において相殺を主張すると共に、反訴としてこの賠償額の支払を求める。」として、予備的抗弁とともに予備的反訴を提起したのに対し、

「従つて、被告が原告に対して有する損害賠償債権は、被告主張にかかるもののうち、本件契約の履行遅滞を原因とする前記①②③④の合計五十二万四千五百十円となり、その余は認めえないこととなる。而して、右債権は冒頭認定の如き内容の原告から被告に対する請負残代金債権と相殺適状にある（その時期については後述）ものであるから、その対当額について被告の相殺の抗弁は理由がある。」

四 被告は、反訴として、なお二百十八万四千七百十円の賠償債権の支払を請求する。しかし、その主張額のうち、五十

二万四千五百十円を超える分の存在せざることは前認定の通りである。一方五十二万四千五百十円の損害賠償債権は、被告が原告に対して請求しうべきものであること前認定の通りであるけれども、しかし、これは本訴において認容された相殺の抗弁の自動(マ)債権に該当する。然るに、一般に、被告が本訴において相殺を以て、對抗している債権(自動(マ)債権)を反訴において請求している場合、本訴につき相殺の抗弁が理由ありと認められれば、右自動(マ)債権は、いわゆる対当額の範囲につき、存在し、かつ相殺によって爾後不存在に帰していることが既判力を以て確定されうる状態となるのであるから、本訴、反訴の合一確定の性質上、反訴請求は右範囲内においては、もはや請求すべき理由を失うに至ると解すべきである。従って、被告の本件反訴請求は、右二つの根拠を以てすべて棄却を免れない。」と判示している。

本件は、本訴で相殺に供された債権につき反訴が提起された事案であり、同一手続内の問題であるから、前訴で相殺に供された債権につき別訴が提起され、異別の手続にまたがっている【一三】の場合とは異なるが、ここにいわゆる相殺の抗弁が先行する場合の範疇に属する。

相殺の抗弁を提出しただけでは、それが功を奏するとは限らないので、反訴の利益があること、前述の通りである。本件判決は、予備的抗弁とともに予備的反訴が提起されたことにつきこれを許容した上で、抗弁の対当額の範囲で既判力が生じうる状態になったとして、被告の本件反訴請求を棄却している。もっともな判断で、本件判決の論旨は妥当であるが、棄却とすべきか却下とすべきかについては、問題がないわけではない。

【一五】 東京高裁昭和四二年三月一日第七民事部判決（高民集二〇巻二号一一三頁、判例時報四七二号三〇頁）

「一、まず本件反訴が適法であるか否かの点について判断するに、被控訴人の反訴請求は、被控訴人が控訴人等に対して有するとする昭和三三年一〇月分及び一二月分の給与支払の際の過払を原因とする不当利得返還請求であるところ、被控訴人は本訴において控訴人等の本訴請求に対する抗弁として、右不当利得返還請求権を自働債権とする相殺を主張していたこと前述のとおりである。そうして相殺の抗弁については、民事訴訟法第一九九条第二項により自働債権の存否に

ついでに判断が相殺を以て對抗した額につき既判力を生ずる旨定められている。従つて本訴において相殺の自働債権に供した旨主張した債権につき、同時に反訴その他の別訴においてその同一部分を請求することが許されるか否かについては疑問があり、裁判所に二重の判断を求めるとなるし、既判力の抵触を生ずる可能性があるとの理由のもとにこれを否定する見解もある。しかし少なくとも本件におけるように同一訴訟手続において審理判断される反訴において、しかも予備的反訴という形式で本訴において相殺に供した旨主張した自働債権を請求する場合には、右のような恐れはないのであるから、このような反訴は許容されてしかるべきである。すなわち被告が本訴で勝訴すればもちろん反訴請求に対する判断はその必要がなくなるのであるし、また本訴で敗訴しても相殺の抗弁が相殺不適当ないし本件におけるように相殺禁止等の理由で排斥された場合には、自働債権についての既判力は生じないのであって、このような場合には被告としてはまさに反訴において自働債権の存否につき請求する利益を有するものといふべきである。また仮に本訴において自働債権不存在の理由で相殺の抗弁が排斥されて被告が敗訴した場合においては、重ねて反訴において同一事項についての判断を求めるとは許されず、反訴は、不適法として却下を免れないと解するのが相当であり、このように解するならば、二重の判断ないし既判力の抵触というような問題は生じない。以上に述べたところから明らかかとおり、被控訴人の本件反訴請求の目的が本訴における相殺の抗弁の自働債権それ自体であるという理由だけでは、本件反訴が不適法であるということできないし、また本訴における相殺の抗弁の方も不適法となることはないといふと解する。

二、次に本件反訴が反訴としての要件を充たしているか否かについて判断する。民事訴訟法第二三九条によれば、反訴の要件として反訴請求が本訴請求又はこれに対する防禦方法と牽連することが必要とされている。そうして右規定にいわゆる本訴請求と牽連するとは、本訴請求とその権利関係の内容又は発生原因の点で事実上又は法律上共通性が存在することであり、本訴の防禦方法と牽連するとは、抗弁事由とその内容又は発生原因において事実上又は法律上共通性が存在することをいうものと解すべきである。

ところで、本件における控訴人等の本訴請求は、前述のとおり控訴人等の被控訴人に対する昭和三四年三月分の給与債権のうち未払残額の支払請求であり、被控訴人の反訴請求は、被控訴人が控訴人等に対して有するとする昭和三三年一〇月分及び一二月分の給与支払の際の過払を原因とする不当利得返還請求権である。そうして各月に支払われる給与がその月の勤務に対するものとして支払われていることは前述のとおりであり、従って各月毎に支払われるべき給与債権は一応別個の存在を有するものと解すべきであるけれども、右両請求はいずれも控訴人等との間の同一の労働契約の存在を前提とするものであり、各給与債権の発生した月の間隔もせいぜい五箇月程度なのであるから、右両請求は権利関係の発生原因の相当部分において事実上共通性があり、これを同一手続内において併合審理することが訴訟経済の要請とも合致するものと解される。従ってこの観点からするときは、被控訴人の反訴請求は控訴人等の本訴請求と牽連するものと解するのが相当である。仮にそうでないとしても、被控訴人は本訴において反訴請求にかかる不当利得返還請求権を自働債権とする相殺を抗弁として主張していることは前記のとおりであり、本件反訴請求が本訴の防禦方法である右抗弁と牽連することはいうまでもない。そうしてこのように本訴の防禦方法と牽連する反訴が適法であるためには、反訴請求の牽連する防禦方法が適法に提出されていることが必要であるが、実体法上その理由があることは必要でないと解すべきであるから、本件におけるように本訴において相殺の抗弁が相殺禁止の理由により排斥されたとしても、これと牽連する反訴請求が不適法となるいわれはなく、この意味からいっても本件反訴は適法であるといわなければならない。」

本件判決は、重複訴訟禁止の論点を言い得て妙であるが、殊に、相殺の抗弁が先行し、当該自働債権につき反訴が提起された場合、同一手続内での審理判断が可能となり、既判力の矛盾が生ずる余地はなく、却って訴訟経済の要請に応えることになること、明解に指摘している点、既判力の矛盾を機械的に掲げる多くの判決に反省を迫るものといつてよい。既判力の矛盾は、たとえ別訴を認めても、論理的には生ずる余地のないこと前述の通りである。

【一六】 大津地裁昭和四九年五月八日民事部判決（判例時報七六八号八七頁）は、反訴の適法性―二重起訴の成否―に

ついで、

「被告会社は反訴として、なお原告らに対し本件事故による乙車の破損による損害賠償の支払を求めている。まず、斯様に同一債権に基づき本訴において相殺の抗弁を主張しながら、反訴としてその履行を求めている場合は、本訴判決理由中で相殺の抗弁が判断される場合、その判断に既判力の生ずることから二重起訴になるのではないかとの疑問が生ずる。然しながら、少くとも、本訴において原告らの主張を争いながら予備的に相殺の抗弁を提出し、しかる後反訴を提起した本件のような場合においては、相殺の抗弁はあくまで一つの防禦方法に過ぎず、右既判力も終局判決で相殺の抗弁にまで判断が及びこれが確定したときに生ずるのであって、右抗弁が提出されただけでは判決理由が相殺の抗弁の判断に及ぶか否か全く不確定であることからすると、斯様に不確定なものに訴訟係属の効果を認めて二重起訴の制限を課すことは被告にとって防禦の自由を阻害するのみならず、反対債権（自働債権）の行使が妨げられる結果となり、不当な損害を蒙らしめる虞がある。殊に、受働債権、自働債権が共に不法行為に基づく債権であるため相殺の抗弁が不適法として排斥される場合のありうることを慮って反訴を提起したともみうる本件のような場合には、別訴の必要性も肯定できる。そうだとすると、本件のような反対債権の行使は二重起訴禁止の規定に抵触しないと解するのが相当である。」

本件判決は、相殺の抗弁は訴えではなく、単なる防禦方法に過ぎないから、抗弁後の別訴も反訴も許されるとするもので、基本的には、通説の立場を支持しているようである。しかし、相殺の抗弁が訴え又は訴えに準ずる行為であるか否かという形式論理を根拠にするのではなく、それによって開始される訴訟（審理）と別訴又は反訴にはじまる訴訟（審理）が重複し無益なものであるか否かが吟味されなければならない。この意味において、民事訴訟法二二一条は重複起訴を禁止しているのではなく、重複訴訟を禁止しているとみることができるとは、したがって、相殺の抗弁が先行する場合、原則として、同一手続で審理可能な反訴によらせるべきである。もとより、抗弁又は反訴請求に既判力が生じ得ない場合、後訴（別訴）が提起できることはいうをまたない。

本件判決は、必ずしも、相殺の抗弁が先行する場合と後行する場合とを明確に区別した上で論理を展開しているようにもみえないし、訴訟経済（審理の重複回避）を根拠にしているようでもない。全体的な論理の展開はともかく、抗弁が先行する場合反訴の利益があることを認めている点は支持できる。

四 結 語

重複訴訟禁止の原則（二三一条）を先決的法律関係や相殺の抗弁にまで類推適用すべきか否かにつき、この問題に関する判決の相当部分にあたる十六個の判決例を分析検討した結果、序説で総括したような一応の結論に到達した。このような把握は、必ずしも単純明快とはいえない、あるいは独断のそしりを免れないかも知れないが、訴訟経済を重複訴訟禁止制度の中軸に据えたとき、通説なり判例が、この問題を単純に割り切り過ぎるきらいがあることが窺われた。今後の反省の素材ともなれば幸いである。

本稿は、重複訴訟禁止の問題を、先決的法律関係及び訴訟上の相殺の抗弁との関係に限定して考察したもので、包括的な考察ではない。債権者代位訴訟、手形債権と原因債権、一部請求と拡張請求等と重複訴訟禁止との関係についての学説・判例の検討は、時間の都合で将来の課題として残さざるを得なかった。大方の叱正を期待する次第である。

（一九七九・九・一〇）