

12. 重複する訴え(2)ー相殺の抗弁～最判平 3.12.17 【百選 38①】・最判平 10.6.30 【百選 38②】

【論述例】

第1 ①事件

- 1 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るか。
- 2 相殺の抗弁は、一つの防御方法にすぎず、「訴えを提起」(142 条) するものではないから、同条が直接適用されるものではない。

しかし、同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」(114 条) 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(同条2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实际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、142 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、このことは相殺の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。「裁判所は、口頭弁論の……分離若しくは併合を命じ、又はその命令を取り消すことができる」(152 条1項) 以上、両事件が必ず併合審理されるという保障はなく、併合審理の一事をもって直ちに「既判力」の抵触回避が可能であるとは断言できないからである。

してみると、本件の場合にも 142 条を類推適用するのが相当であるから、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。

- 3 よって、Yの相殺の抗弁の主張は許されない。

第2 ②事件

- 1 一個の債権の一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴えが提起された場合において、当該債権の残部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るか。
- 2 上記のとおり、相殺の抗弁は、一つの防御方法にすぎず、「訴えを提起」するものではないから、142 条が直接適用されるものではない。もっとも、同条が類推適用されないか。

- (1) 上記のとおり、142 条が係属中の事件について重複して訴えを提起することを禁じているのは、審理の重複による無駄を避けるとともに、同一の請求について異なる判決がされ、「既判力」の矛盾抵触が生ずることを防止する点にある。
- (2) ここで、114 条 1 項によれば、「確定判決は、主文に包含するものに限り、既判力を有する」のであり、「既判力」は主文に包含される訴訟物とされた法律関係の存否に関する判断の結論そのもののみについて生ずる。「既判力」を生ずべき場合、その範囲等を不明確ならしめるることは許されないからである。そこで、一個の債権の一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴えが提起された場合の訴訟物の範囲が問題となる。

訴外では債権の分割行使をなし得る以上、訴訟上も同様に債権の一部行使をすることを認めるべきである。また、試験訴訟の途を開く必要があるから、残部請求を認める必要もある。しかし、これを全面的に肯定すると、全部請求だと考えた被告にとって、不意打ちの危険があることは否めない。また、原告によって債権を細かく分割行使することなどによる訴権の濫用のおそれがある。そこで、一個の債権の一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴えが提起された場合は、訴訟物となるのは当該債権の一部の存否のみであって、全部の存否ではなく、したがって当該一部の請求についての確定判決の「既判力」は、残部には及ばないと解するのが相当である。

とすれば、一個の債権の一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴えが提起された場合において、当該債権の残部を自働債権として他の訴訟において相殺の抗弁を主張したとしても、「既判力」の矛盾抵触は生じない。

- (3) したがって、142 条が類推適用されることもない。

3 もっとも、これが当然に許容されるのか。

- (1) 一個の債権が訴訟上分割して行使された場合には、実質的な争点が共通であるため、ある程度審理の重複が生ずることは避け難く、応訴を強いられる被告や裁判所に少なからぬ負担をかける上、債権の一部と残部とで異なる判決がされ、事実上の判断の抵触が生ずる可能性もないではない。そうすると、一個の債権の一部について訴えの提起を許容した場合に、その残部について、これをもって他の債権との相殺を主張することができるかについては、別途に検討を要するところであり、これが当然に許容されることになるものとはいえない。

しかし、こと相殺の抗弁に関しては、訴えの提起と異なり、相手方の提訴を契機として防御の手段として提出されるものであり、相手方の訴求する債権と簡易迅速かつ確実な決済を図るという機能を有するものであるから、一個の債権の残部をもって他の債権との相殺を主張することは、債権の発生事由、一部請求がされるに至った経緯、その後の審理経過等にかんがみ、債権の分割行使による相殺の主張が訴訟上の権利の濫用にあたるなど特

段の事情の存する場合を除いて、正当な防御権の行使として許容されるものと解すべきである。

したがって、一個の債権の一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴えが提起された場合において、当該債権の残部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、債権の分割行使をすることが訴訟上の権利の濫用にあたるなど特段の事情の存しない限り、許されるものと解するのが相当である。

(2) Yは、係属中の別件訴訟において一部請求をしている債権の残部を自働債権として、本件訴訟において相殺の抗弁を主張するものである。しかるところ、相殺の主張の自働債権である弁護士報酬相当額の損害賠償請求権は、別件訴訟において訴求している債権とはいずれも違法仮処分に基づく損害賠償請求権という一個の債権の一部を構成するものではあるが、単に数量的な一部ではなく、実質的な発生事由を異にする別種の損害というべきものである。そして、他に、本件において、弁護士報酬相当額の損害賠償請求権を自働債権とする相殺の主張が訴訟上の権利の濫用にあたるなど特段の事情も存しない。

4 よって、当該相殺の抗弁を主張することは許されるものと解するのが相当である。

注 1) 論述例第 1・2 第 2 段落第 2 文については河野信夫・最判解民事篇平成 3 年度 517 頁、同第 3 段落「してみると」から「相当であるから」までは原審（東京高判昭 62.6.29）、同第 2・2(2) 第 1 段落第 1 文及び第 2 文については最判昭 30.12.1、同第 2 段落第 5 文については最判昭 37.8.10 を参照。

注 2) ①事件に関連して、河野・前掲書 518 頁は、「Yは、本訴の口頭弁論終結後、訴訟外で X に対し別訴の請求債権をもって相殺の意思表示をすれば、Yは、X に対し、本訴の判決に対して債務の消滅を理由に請求異議訴訟を提起することができ、これによって X の Y に対する強制執行を阻止することができる。相殺の担保的機能に欠けるところはない、といえよう」と述べている（最判昭 40.4.2 は、「相殺は当事者双方の債務が相殺適状に達した時において当然その効力を生ずるものではなくて、その一方が相手方に対し相殺の意思表示をすることによってその効力を生ずるものであるから、当該債務名義たる判決の口頭弁論終結前には相殺適状にあるにすぎない場合、口頭弁論の終結後に至ってはじめて相殺の意思表示がなされたことにより債務消滅を原因として異議を主張するのは民訴法 545 条 2 項〔注：民事執行法 35 条 2 項〕の適用上許される」と判示している。）。

注 3) 同じく①事件に関連して、①事件は別訴先行型（抗弁後行型）の事案であるが、抗弁先行型（別訴後行型）の事案について、東京高判平 8.4.8 は、「既に相殺の抗弁の自働債権として主張した債権につき、別訴をもってこれを行使することは、民事訴訟法 231 条

〔注：142 条〕の趣旨に照らし許されないと解すべきである。すなわち、相殺の抗弁の自働債権の存否についての判断については既判力が生ずるのであるから、これについて別訴を許すことは、裁判所の判断の矛盾抵触を招くおそれがあり、訴訟経済にも反するから、許されないものというべきであり、右二つの訴訟の弁論が併合されている場合についても、将来において両訴訟の弁論が分離されることがあり得ないといえない以上、別異に解すべき理由はない」と判示している。

注 4) ②事件の法廷意見においては、弁護士報酬分の債権を自働債権とする相殺の抗弁の許否だけが判断の対象とされ、売買代金低落分の債権を自働債権とする相殺の抗弁については判断の対象とされていない（河邊義典・最判解民事篇平成 10 年度（下）661 頁）。これについて、園田補足意見は、「上告人は、被上告人の違法仮処分により本件土地及び建物の持分各 2 分の 1 を通常の取引価格より低い価格で売却することを余儀なくされ、その差額 2 億 5260 万円相当の損害を被ったと主張して、被上告人に対し、不法行為を理由として、内金 4000 万円の支払を求める別件訴訟を提起するとともに、本件訴訟において、右損害賠償請求権のうち 4000 万円を超える部分を自働債権とする相殺を主張している。法廷意見の述べる一般論からすれば、右相殺の主張も訴訟上の権利の濫用に当たるなど特段の事情の存しない限り許容されることになるが、本件においては、別の手続上の理由から、もはや差戻審において右相殺の抗弁の成否について審理判断をする余地はない。」「すなわち、金銭債権の数量的一部請求訴訟で敗訴した原告が残部請求の訴えを提起することは、特段の事情がない限り、信義則に反して許されないと解するのが相当である（最高裁平成……10 年 6 月 12 日第二小法廷判決参照）。これを本件について見ると、別件訴訟については、本判決の言渡しの日と同日、当裁判所において上告棄却の判決が言い渡され、右損害賠償請求権の数量的一部請求（4000 万円）を棄却した判決が確定した。その結果、特段の事情の存しない本件において、上告人としては、もはや残債権について訴えを提起することができないこととなり、したがって、これを自働債権とする相殺の主張も当然に不適法となつたものというべきである」と述べている。