

13. 重複する訴え(2)―債権の一部による相殺の抗弁～ 最判平 10.6.30【百選 36】

【論述例】

- 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 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) 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) 本判決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ったものというべきである」と述べている。

14. 補充送達の効力～最決平 19.3.20【百選 38】

【論述例】

- 1 Xは、「再審の訴え」(338条1項本文)を提起している。そこで、その要件を検討する。
- 2 まず、前訴判決は、前訴判決の判決書に代わる調書が書留郵便に付する送達(107条1項1号、同条3項)により有効に送達されて確定したものであり、「確定した終局判決」(338条1項本文)にあたる。
- 3 では、「次に掲げる事由」(同項本文。以下「再審事由」という。)があるか。

- (1) Xは、前訴判決の再審事由について、次のとおり主張している。

前訴の請求原因は、XがAの債務を連帯保証したというものであるが、Xは、自らの意思で連帯保証人になったことはなく、AがXに無断でXの印章を持ち出して金銭消費貸借契約書の連帯保証人欄にXの印章を押印したものである。Aは、平成18年2月28日に至るまで、かかる事情をXに一切話していなかったのであって、前訴に関し、XとAは利害が対立していたというべきである。したがって、AがXあての本件訴状等の交付を受けたとしても、これが遅滞なくXに交付されることを期待できる状況にはなく、現に、Aは交付を受けた本件訴状等をXに交付しなかった。以上によれば、本件訴状等の送達は補充送達(106条1項)としての効力を生じていないというべきであり、本件訴状等の有効な送達がないため、Xに訴訟に関与する機会が与えられないまま前訴判決がされたのであるから、前訴判決には338条1項3号の再審事由がある。

- (2) しかし、Xに対する本件訴状等の送達は補充送達として有効である。以下、詳述する。

ア まず、Aは、Xの義父であり、Xと同居していたから、「同居者」(106条1項前段)にあたる。

また、補充送達は、受送達者と一定の密接な人的関係にあつて、その者に書類を交付すれば速やかに受送達者にその書類が伝達されることが期待できる者に送達書類の受領権限を認め、この者に送達すべき書類を交付することによって、受送達者に直接交付した場合と同様に送達の効力を生ずるものとする制度であるから、「書類の受領について相当のわきまえのあるもの」(同項前段)とは、送達の趣旨を理解して交付を受けた書類を受送達者に交付することを期待することができる程度の能力を有する者をいうものと解されるところ、Aがかかる能力を有することに疑いはなく、これにあたる。

イ 次に、送達受領権限の有無は、送達の有効、無効と直接結びつくものであるから、外形からみて客観的に判定できるものでなければならぬところ、事実上の利害関係の対立といった受領者の動機や目的に関する事情は、送達機関にとってその存否が明らかでなく、そのような事情の有無によって送達の効力が左右されるときは、手続の安定を著しく欠く結果となって妥当でない。また、受送達者の同居者等は、送達書類の受領につ

いて法定代理権を有すると解されているところ、送達書類を受領した同居者等と受送達者との間に事実上の利害関係の対立があるにすぎず、当該書類が送達された事件において互いに相手方当事者又はそれに準ずる地位に立つ者でない場合には、双方代理禁止の原則（民法 108 条 1 項）から同居者等の送達書類受領権限を否定すべき場合とは認めがたい。さらに、同居者等が受送達者との間で事実上の利害対立があるからといって、受送達者に対する書類伝達が期待できないとは必ずしもいえない。

加えて、106 条 1 項は、就業場所以外の送達をすべき場所において受送達者に出会わないときは、同居者等に書類を交付すれば、受送達者に対する送達の効力が生ずるものとしており、その後、書類が同居者等から受送達者に交付されたか否か、同居者等が上記交付の事実を受送達者に告知したか否かは、送達の効力に影響を及ぼすものではない。現実を受送達者に伝達されたか否かで送達の効力が左右されるとすれば、補充送達の制度趣旨に根本から抵触することになる。

したがって、受送達者あての訴訟関係書類の交付を受けた同居者等が、その訴訟において受送達者の相手方当事者又はこれと同視し得る者にあたる場合は別として（民法 108 条参照）、その訴訟に関して受送達者との間に事実上の利害関係の対立があるにすぎない場合には、当該同居者等に対して上記書類を交付することによって、受送達者に対する送達の効力が生ずるといふべきである。

ウ そうすると、仮に、Xの主張するような事実関係があったとしても、本件訴状等はXに対して有効に送達されたものといふことができる。

- (3) しかし、本件訴状等の送達が補充送達として有効であるからといって、直ちに 338 条 1 項 3 号の再審事由の存在が否定されることにはならない。同事由の存否は、当事者に保障されるべき手続関与の機会が与えられていたか否かの観点から改めて判断されなければならない。

ア すなわち、受送達者あての訴訟関係書類の交付を受けた同居者等と受送達者との間に、その訴訟に関して事実上の利害関係の対立があるため、同居者等から受送達者に対して訴訟関係書類が速やかに交付されることを期待することができない場合において、実際にもその交付がされなかったときは、受送達者は、その訴訟手続に関与する機会を与えられたことにならないといふべきである。そうすると、上記の場合において、当該同居者等から受送達者に対して訴訟関係書類が実際に交付されず、そのため、受送達者が訴訟が提起されていることを知らないまま判決がされたときには、当事者の代理人として訴訟行為をした者が代理権を欠いた場合と別異に扱う理由はないから、338 条 1 項 3 号の再審事由があると解するのが相当である。

イ 前訴においてXに対して連帯保証債務の履行が請求されることになったのは、Xの同居者としてXあての本件訴状等の交付を受けたAが、Aを主債務者とする債務について、

Xの氏名及び印章を冒用してBらとの間で連帯保証契約を締結したためであったというのであるから、前訴に関し、Xとその同居者であるAとの間には事実上の利害関係の対立があり、AがXあての訴訟関係書類をXに交付することを期待することができない場合であったというべきである。

そして、実際に本件訴状等がAからXに交付されず、そのためにXが前訴が提起されていることを知らないまま前訴判決がされた。

(4) したがって、前訴判決には338条1項3号の再審事由が認められるというべきである。

- 4 最後に、338条1項ただし書は、再審事由を知って上訴をしなかった場合には再審の訴えを提起することが許されない旨規定するが、再審事由を現実には了知することができなかった場合は同項ただし書にあたらないものと解すべきである。なぜならば、同項ただし書の趣旨は、再審の訴えが上訴をすることができなくなった後の非常の不服申立方法であることから、上訴が可能であったにもかかわらずそれをしなかった者について再審の訴えによる不服申立てを否定するものであるからである。

Xは、前訴判決の判決書に代わる調書の送達が付郵便送達によって行われ、これを現実には受領していないことから、上記再審事由を現実には了知することができなかったといえるから、同項ただし書にあたらない。

- 5 よって、Xは、前訴判決に対し、「不服を申し立てることができる」（同項本文）。

注1) 論述例3(2)ア第2文「補充送達は」から「制度である」までについては三木素子・最判解民事篇平成19年度(上)233頁乃至234頁、同「送達の趣旨」から「解される」までについては最判平4.9.10【百選111】、同イ第1段落及び第2段落第2文については三木・前掲書237頁、同4第1段落については前掲・最判平4.9.10、同第2段落については三木・前掲書247頁を参照。

注2) 本判決に関連して、前掲・最判平4.9.10は、以下のように判示している。

「民訴法171条1項〔注：106条1項〕に規定する『事理ヲ弁識スルニ足ルヘキ知能ヲ具フル者』とは、送達の趣旨を理解して交付を受けた書類を受送達者に交付することを期待することができる程度の能力を有する者をいうものと解されるから、原審が、……当時7歳9月の女子であった上告人の四女は右能力を備える者とは認められないとしたことは正当というべきである。」

「そして、有効に訴状の送達がされず、その故に被告とされた者が訴訟に關与する機会が与えられないまま判決がされた場合には、当事者の代理人として訴訟行為をした者に代理権の欠缺があった場合と別異に扱う理由はないから、民訴法420条1項3号〔注：338条1項3号〕の事由があるものと解するのが相当である。」

「また、民訴法 420 条 1 項ただし書〔注：338 条 1 項 3 項ただし書〕は、再審事由を知って上訴をしなかった場合には再審の訴えを提起することが許されない旨規定するが、再審事由を現実に了知することができなかった場合は同項ただし書に当たらないものと解すべきである。ただし、同項ただし書の趣旨は、再審の訴えが上訴をすることができなくなった後の非常の不服申立方法であることから、上訴が可能であったにもかかわらずそれをしなかった者について再審の訴えによる不服申立てを否定するものであるからである。これを本件についてみるのに、前訴の判決は、その正本が有効に送達されて確定したものであるが、上告人は、前訴の訴状が有効に送達されず、その故に前訴に関与する機会を与えられなかったとの前記再審事由を現実に了知することができなかったのであるから、右判決に対して控訴しなかったことをもって、同項ただし書に規定する場合に当たるとすることはできないものというべきである。」