

論 説

訴訟上の相殺と重複訴訟の禁止効

木川 統一郎
北川 友子

- 1 本稿の目的
- 2 2つの最高裁判例
- 3 民法と訴訟法の調整
- 4 ドイツ訴訟法学における相殺権の尊重
- 5 何故相殺権の剥奪となるか
- 6 ドイツ連邦裁1971・11・11判決の論理構成
- 7 結論をひき出すための争点整理
- 8 矛盾判決・重複審理の回避方法
- 9 注目すべき Dresden 高裁の問題提起
- 10 相殺訴訟先行型について

1 本稿の目的

本稿の目的は、最高裁判所の二つの判例に反対し、訴訟上の相殺は訴訟係属を発生させないこと、したがって相殺債権（自働債権）についてすでに訴えを提起している場合において、その者を被告として相手方から起された第二訴訟において、その第一訴訟の訴求債権をもって相殺に供することは適法であり、重複訴訟の禁止にふれないことを明らかにすることにおきたい。

2 二つの最高裁判例

最高裁判所平成3年12月17日最高裁第3小法廷判決（民集45巻9号1435頁）⁽¹⁾は、「係属中の別訴において訴訟物となっている債権を自動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58年（オ）第1406号同63年3月15日第3小法廷判決・民集42巻3号170頁参照）。すなわち、民訴法231条が重複訴訟を禁止する理由は、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動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199条2項）、相殺の抗弁の場合にも自動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231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動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。」と判示する。

上記判文が引用する昭和63年3月15日判決⁽²⁾をみると「右のように別訴で現に訴求中の本件自動債権をもってする上告人らの相殺の抗弁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

-
- (1) 中野貞一郎・酒井一、別訴において訴訟物となっている債権を自動債権とする相殺の抗弁の許否、民商107巻2号241頁以下は本件の評釈である。日本およびドイツの文献はここに大体指摘されている。
 - (2) 中野貞一郎、相殺の抗弁と二重起訴の禁止、奈良法学会雑誌5巻3号1頁以下は、この判例をくわしく紹介して批判する。なおこの判決については、法曹時報42巻2号328頁以下に篠原勝美調査官の解説がある。

生じ、本件受働債権の右性質を没却することは避け難いばかりでなく、確定判決により本件自動債権の存否が判断されると、相殺をもって対抗した額の不存在につき同法199条2項による既判力を生じ、ひいては本件本案訴訟における別の裁判所の判断と抵觸して法的安定性を害する可能性もにわかには否定することはできず、重複起訴の禁止を定めた同法231条の法意に反することとなるし、他方、本件自動債権の性質及び右本案訴訟の経緯に照らし、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上告人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、上告人らにおいて右相殺の抗弁を提出することは許されないと解するのが相当」と判示している。

もっとも、上記の昭和63年3月の調査官解説（注2）は、右判旨を「貸金の仮払いを命ずる仮処分執行に係る仮払金の返還請求訴訟と仮処分債権者が本案訴訟で訴求中の貸金債権を自動債権とする相殺の抗弁の許否」という見出しのもの、判決要旨として「貸金の仮払を命ずる仮処分執行に係る仮払金の返還請求訴訟において、仮処分債権者が本案訴訟で訴求中の貸金を自動債権とする相殺の抗弁を提出することは許されない」と摘示しているところをみると、この判示の射程は狭いとも受けとれる。しかし、昭和63年の前記判旨も、平成3年の前記判旨も、論理の組み方は、訴訟上の相殺は訴訟係属を発生させ、重複訴訟の禁止に抵觸するという一般的な性格が濃厚である。本稿ではこのような一般的な論旨に反対するものである。

3 民法と訴訟法の調整

上掲の二つの最高裁判例には、民法上の相殺の訴訟上の取扱いに際して必要とされる両者の調整の努力が全く見受けられない。この点が甚だしく目立つ欠点であり、理由不備といわれても仕方のないものである。

一般論として給付の訴と訴訟上の相殺は著しくその機能を異にする。給

付の訴は、それ自体では勝訴原告を全く満足させるところがない。給付の判決は、執行の出発点を与えるのみである。給付判決を執行してはじめて原告は、自己の請求権を満足させることができる。これに反し、一般論として、訴求債権と反対債権の双方を確定し、両債権の消盡をもたらす相殺判決は、相殺者の債権の完全な満足をもたらすものである。給付判決が相手方の資産に対する執行の是認にとどまるのに対し、相殺判決は、相殺者が相手方の資産から対等額部分を取りあげ、自己の債権の弁済にあてたのと同様の機能をもつ。

このことの実務上の意義は極めて大なるものがある。給付判決（勝訴判決）のかなり大きな割合が、現実には空ぶり執行となり、そうでないとしても、執行の申立から完了までの金銭的出費と労力ならびに時間は極めて大なるものがある。

したがって、相殺権者が訴訟上の相殺により、相手方の請求棄却の判決を入手するということは、彼が、その反対債権を訴訟物として給付の訴を起し、給付判決を入手するよりも、より大なるものを入手できるのである。これは、相殺訴訟においては、原告の訴求債権と被告の反対債権の二つが判断の対象とされるからである。右のように、相殺判決が、相殺者に対し、より大なるものを与える可能性があることを、裁判所の審判権の範囲 (Entscheidungsspielraum, Entscheidungsbefugnis) という角度から鋭く分析したのは Rimmelspacher であった⁽³⁾。

かりに相殺権者が、相手方との間に、相互に同種の債権・債務を有するのに、何らかの理由で相殺の可能性を剥奪されると次のようになる。すなわち、債権者は給付の訴を起す。相手方も同様に給付の訴を起す。いずれか一方が先に給付判決を入手し、おそらく仮執行をするであろう。そしてままたりうることは、あとで給付判決を入手した方は、執行が極めて困難であったり、相手方が倒産することもありうる。このような事態を避け

(3) Bruno Rimmelspacher, *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozeß*, 1970, S. 326f, 328f.

るには、相殺の担保的機能を訴訟法上極力尊重する工夫が必要である。相殺が、破産に際して極めて重要な役割を果たすことはあえて説明を要しないであろう。訴訟法の論理構成によって、相殺権を喪失させることは、相殺権者に相手方の支払能力に対する危険負担 (Solvenzrisiko) を押しつけることになる。民法が認めている相殺権を剥奪するには、それ相応の十分な根拠が必要である。このことは、ドイツの訴訟法学者がたえず力説してきたことであった⁽⁴⁾。相殺権は、一定の要件のもと、債権に随伴する形成権と考えられるが、この相殺権を剥奪することは、同時に債権自体の実現を不可能にし、又は債権の経済的機能を著しく低下する。

4 ドイツ訴訟法学における相殺権の尊重

ドイツでは、連邦裁判所が1971年11月11日に相殺について基本判例を下した⁽⁵⁾。この判決により、連邦裁は、すでに訴求している債権をもって、同時係属の別訴訟で、相殺することは差し支えないと判示した。また、相殺訴訟先行型についても、オビターデイクタとしてではあるが、第一訴訟である債権をもって相殺したことは、自働債権を訴訟係属させるものではなく、したがって、この債権を訴訟物として別訴を適法に起せると判示した。

この基本判例を契機として、ドイツでは1970年代の概ね前半に、おびただしい数の訴訟上の相殺にかんする論文と評釈が発表された。まさに、1970年代は、「相殺の時代」であったといっても過言ではないであろう。しかも当時、民訴法学の指導的な地位にあった Bettermann は、訴訟係属を認め、激しい論陣を張った⁽⁶⁾。しかし、ドイツ連邦裁は、その後も次々に同旨の判

(4) Walter F. Lindacher, Prozeßaufrechnung und “Rechtshängigkeit”, Bemerkungen zum Urteil des BGH v. 11. 11. 71, JZ 1972, S. 429.

(5) NJW 1971, S. 450.

(6) August Bettermann, ZZP 85 Band (1972), Die Aufrechnung mit einer Forderung im Prozeß macht diese nicht rechtshängig, Entscheidung von BGH, Urteil v. 11. 11. 1971, mit Anmerkung; vgl. derselbe, Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform, 1949, S. 84ff., A. Blomeyer, ZPR, 1963, S. 286f.

例をくりかえした。時間の経過とともに、学界もこの連邦裁の判旨を受け入れる者が次第に増加した。今では、訴訟上の相殺が、訴訟係属を発生させるものではなく、訴先行型と、相殺訴訟先行型をとわず、前者ではあとで訴求債権をもって相殺しうるし、後者では相殺後反対債権を訴訟物として第二の訴を起せることは、判例通説として確定したといつてよい。

5 何故相殺権の剥奪となるか

ある債権を訴訟物として第一訴訟を起した。この原告に対して相手方が第二の訴を起した。先の原告が、その訴求債権をもって、第二訴訟で相殺する旨の陳述をした。訴訟上の相殺が訴訟係属をひき起すとすれば、このままでは訴訟係属の禁止効 (Rechtshängigkeitssperre) により、相殺は不適法として却下されざるをえない。相殺のもつ自力執行性を実現しようと思えば、相殺者は第一の訴を取下げのしか方法がない。しかし、訴の取下には相手方の同意が必要である。第一訴訟の原告はここで、次のように考えるであろう。すなわち、第二訴訟 (相殺訴訟) においては、予備的相殺の抗弁を提出したが、それに先だち、相手方の請求原因を否認し、また相殺以外の抗弁も提出してある。したがって、第二訴訟においては、請求原因の立証問題ですでに勝訴する可能性もある。かりにしからずとするも、相殺以外の抗弁の1つを裁判所が認める可能性もある。したがって、第二訴訟の予備的相殺の抗弁が、果して裁判所の採りあげるところとなるかは確実な見透しはない。もし裁判所が予備的相殺の抗弁を採りあげるまでもなく請求を棄却する場合には、もちろん反対債権は判決理由中で判断されるに至らず、したがって既判力は発生しない。首尾よくそのような結論となった時は、反対債権を訴訟物とした第一訴訟を追行しなければならない。しかし、かりに自己の主張 (請求原因の否認、その他の相殺以外の抗弁) が入れられない場合は、この際相殺によって、自己の反対債権の満足をはかりたい。いずれにしても、第二訴訟 (相殺訴訟) の見透しは不明瞭であ

る。これが相殺者のおかれた地位の分析である。このとき、かりにわが最高裁判例の判示するように、訴訟上の相殺は重複訴訟の禁止効をかぶるとすれば、相殺者としては、訴状に貼用した印紙代をあきらめ、訴取下を相手方に懇請しなければならない。理解ある相手方代理人が訴取下に同意してくれたとしても、第二訴訟で、相殺を予備的に主張したのはよいが、請求原因の立証なしとして相殺者が勝訴してしまえば、彼は、反対債権を訴訟物として再度訴を起さざるをえないことになる。この間数年の時間がたてば、消滅時効の問題もおこるし、代理人の交替もありうる。その費用を再度彼は負担しなければならない。訴状の印紙も改めて貼用しなければならない。一体、訴訟法の解釈構成のあり方によって、相殺権者をこのような窮地に追いこむことが果して妥当であろうか。前記最高裁判決が理由不備のそしりを免れないというのはこの点を含むのである。このような窮地に相殺者を追い込んでやむをえないだけの十分な理由説示が必要であったと思う。この理由説示が十分にできないときは、訴訟法理による「財産権の不当な侵害」といわれても仕方がないと思う。

6 ドイツ連邦裁1971・11・11判決の論理構成

この判例（注5の判例）は、前述のとおり、ドイツにおける実務の基本判例となり、下級審はこれに従って現在に至る。この事件の事実関係は、訴先行型であり、原告が、請求債権をもって、第二訴訟で訴訟上相殺したケースである。連邦裁は、訴訟上の相殺の訴訟係属を否定した。その論理は相殺訴訟先行型にも及ぶことを明言した。その論理構成を略説してみよう。

まずこの判決は、民訴法の条文上、訴訟係属というものが訴提起により発生すると定められていること、訴の取下には相手方の同意が必要とされていること、訴変更には、(相当性と並んで)相手方の同意が定められていること、訴変更とみなされない旨の解釈規定（事実上・法律上の詳細説明の変更など）も相殺に無縁であること、係争物の譲渡に関する規定も相殺に

ふさわしくないこと、などを指摘する。これらによって、法律がいかに訴＝訴訟係属と訴訟上の相殺とを区別しているかを描写する。そして最後に、なるほど既判力の客観的範囲に関する民訴規定は、相殺債権について判断がなされたときは、この判断に既判力を生じさせてはいるが、この規定は、むしろ、法律が訴訟係属というものと、既判力の範囲とを完全には一致させていないことの現われと把握している。そしてなぜ両者をこの場合に一致させないかをみると、連邦裁は、もし、訴訟上の相殺に訴訟係属を認め、訴求債権をもって第二訴訟で相殺することを禁じると、被告の防禦が不当に困難となり、不公平となると判示する。

要約すると、民訴法の条文は、訴を中心に訴訟係属を考えていること、たしかに相殺の抗弁について法律は既判力を認めるが、これは、法律が訴訟係属と既判力を厳格に一致させていないからだとする。そして、実質的理由としては、相殺を認めないと、防禦が困難となり、不公平だということにある。

そして、判決矛盾の危険や二重審理の不経済については、右判決は、それは、非常に理論的性質のものであり、甘受することができる。というのは、弁論の分離、留保判決をうまく使えば矛盾判決も二重の負担も回避しようと判示したのである。

たしかに訴や訴訟係属にかんする民訴規定が相殺にフィットしないというのは公平にみてこの判決のいうとおりであろう。しかし、逆に相殺の抗弁が民訴法上、一般の抗弁と異なる性質を有すること、いわば民訴法上、特別の処遇をされていることも明白である⁽⁷⁾。とりわけ、既判力の客観的範囲において、正に訴訟物なみの処遇を受けていることも無視することができない。民訴の基本理論としても、訴訟物・訴訟係属・既判力の客観的範囲という論理的連鎖も理解可能である。

そうだからといって、相殺の特別待遇イコール訴訟係属というわけにも

(7) Ernst Teubner, Die Rechtshängigkeit einer Aufrechnungsforderung, JR 1988 Heft 10 S. 403; Mittenzwei, ZZZ 85, S. 479.

いかない。100万円の訴求債権に対し、100万円の反対債権で相殺し、裁判所が訴求債権は50万円と認定する場合、この50万円は、裁判所が認定した100万円の反対債権の一部である50万円と相殺されることになる。この時、反対債権の消盡は50万円であることは疑いがない。しかし、反対債権100万円の訴訟係属は、主張された100万円全額について発生すると考えるわけにはいかないであろう。反対債権について訴訟係属ありと解するとしても、その範囲は訴求債権を消滅させた50万円の限度でなければなるまい。そうだとすると、訴求債権の裁判所による認定額が30万円になれば、反対債権の訴訟係属は同じく30万円としなければ理屈が合わないであろう。そして、かりに第一審が訴求債権は30万円であり、全額認定された反対債権額100万円の中の30万円と相殺されて消滅したと認定し、控訴審が訴求債権は30万円ではなく40万円であると認定したとすれば、反対債権による訴訟上の相殺による訴訟係属はどうなるのか。結局、既判力発生まで訴訟係属の範囲はきまらないことになるのではなからうか。既判力ある判決によって、訴訟係属が発生するとか、係属の範囲は未定であるが、ともかく相殺の陳述自体によって、訴訟係属が発生するというような理論構成はありえないと思う。

上記とことなり、100万円の反対債権により、100万円の（主張にかかる）訴求債権と相殺すると陳述した瞬間に100万円の反対債権全部について訴訟係属が発生すると考えてみよう。しかしこれもまた貫徹することのできない理論構成である。なぜならば、100万円の反対債権が全額訴訟係属しているとするならば、100万円の反訴と同様に、裁判所は100万円の全部について判断しなければならない職責があることになろう。しかし、法律がこのことを予定していると解するのは無理である。訴求債権が結局30万円しか認定できなければ、反対債権の消盡も30万円として既判力が発生すると解する以外に方法はあるまい。換言すれば、主張にかかる100万円の反対債権の残額70万円については、判決理由でどう認定されていようと、その部分は既判力を否定せざるをえまい。そもそも、訴求債権の既判力ある認定

額に随伴して変幻する訴訟係属なる觀念に無理があるのではないか。そして、既判力ある訴求債権の認定額がゼロとなるときは、反対債権については、結局訴訟係属がなかったことになろう。

ところが、ドイツの通説・判例に反対する Zeiss や Bettermann⁽⁸⁾らの異説の説くところをみると、訴訟係属による禁止効 (Sperrwirkung) は、のちに下される既判力を前だおしして事前に確保し、既判力効の通路を用意するものである。訴訟係属のもつ暫定的な一事不再理 (ne bis in idem) にとってかわって、既判力が再度の弁論と裁判とを終局的に禁止することになる。訴訟係属と既判力の関係はこのように考えるべきだ。その逆ではない。すなわち、訴訟係属の効果が既判力へともちこされたものと考えてはならない。むしろ訴訟係属の効果は、既判力の必然的な効果であり、既判力と同様に範囲を画定しなければならない。したがって、既判力が発生するのと同じ範囲において、相殺に供された反対債権の訴訟係属が発生しなければならない。そうしないと、同一の反対債権について複数の訴訟が行われたり、矛盾した判決が下る危険があるからと説く⁽⁹⁾。

しかし、この論理構成にはかなりの問題があろう。この論理構成では、反対債権について、既判力ある判断が下るまでは、反対債権について、訴訟係属の有無、その範囲は不明ということにならざるをえまい。なぜなら、訴求債権の審理の結果は、当事者としては、反対債権については審理するのかわからないのか不明なことが多いからである。そして、審理はしたが、訴求債権は内容ゼロ (不存在) という認定もありうるからである。結論として、訴訟係属の禁止効を、既判力の前だおし、ないし先取りという構成には無理があるといわなければならない。

そうであるとすれば、前掲連邦裁の判決のように、反対債権については訴訟係属を否定し、ただ既判力は主文判断に限定されるという原則に対し、

(8) Bettermann, Rechtsschutzform, S. 87; Walter Zeiss, ZPR 7. Aufl. S. 151. V 3; derselbe, JR 1972, S. 336f.

(9) Bettermann, Rechtshängigkeit, S. 84; Blomeyer, S. 284, § 60 I la.

相殺は例外となると組みたてる方が素直で理解し易いように思える。

7 結論をひき出すための争点整理

上でみたように、相殺の既判力を定める民訴法の規定(日民訴法199条2項，ド民訴法322条2項)は、反対債権の訴訟係属をひき出す論拠としては十分でない。しかし、前記連邦裁のいうように、法律の条文からみて、訴訟係属は訴提起によって生じ、訴訟上の相殺によっては発生しないというだけでは問題は解決しない。相殺の判断に既判力が発生するという枠組の中で、反対債権について別の裁判所も審理判断できるというだけでは、判決矛盾や二重審理の不経済をさけることができない。

Lindacher⁽¹⁰⁾にヒントをえて、対立する選択肢を組みたててみれば、次のようになるのではなかろうか。すなわち、起訴後の第二訴訟における訴訟上の相殺の適否について、第一案は、相殺の抗弁を重複訴訟の禁止に準じて不適法とする。そして、反対債権者の相殺権を無視し、支払能力の危険負担や相殺の自力執行による満足をも無視する。それとも、第二案として、相殺の抗弁を適法とし、反対債権者に相殺制度のメリットを入手する機会を保証し、一方矛盾判決・審理重複の回避手段を駆使する。私は、第一案と第二案の中から結論をひき出す以外にはなく、そのいずれをとるかの具体的検討をする必要があると思う。

次のように対立する選択肢を組みたてるのは妥当ではない。すなわち、第一の選択肢として、相殺の抗弁を不適法とし、実体法の相殺規定の趣旨に反して、支払能力の危険負担を反対債権者に押しつける。それとも第二の選択肢として、相殺の抗弁を適法とし、反対債権者の相殺権を尊重しつつ、判決の矛盾や二重審理の負担は甘受する。私はこの対立する二つの選択肢の立て方は妥当でないと思う。なるほど、前記連邦裁の判旨はそのよ

(10) Lindacher, a. a. O., S. 429.

うに読めないことはない。しかし、連邦裁は、ドイツの実務が、二重の審理をさけるための措置を講じている実態を前提として「甘受できる」と述べているにすぎないと思う。

このように考えてくると、相殺権の尊重という前提をとりつつ、できるだけ実務的措置によって、重複審理をさけるという選択肢こそ裁判のあり方として適当であると考えざるをえないように思う。

ところが前記連邦裁の判決は、裁判所の重複審理の回避手段として、弁論の分離（ド民法145条）と相殺の留保判決の制度（ド民法145条）を指摘して、手続の中止（Aussetzung des Verfahrens）（ド民法148条）の規定を指摘していない。相殺の留保判決の制度はわが民法の採用しないところであるが、この制度は、訴求債権と反対債権が結合関係（同一事故による互いの請求のごとし）にない別個の債権であるとき、反対債権の審理を弁論の分離により留保し、訴求債権について先ず判決することを認める制度である。そして、相殺にかんする事後手続の結果如何によっては、前判決を取消し、執行によって生じた損害を賠償させる制度である。しかし、第二訴訟で相殺がなされたとき、この制度を使用しても、結局は反対債権について審理し判決することになるのであって、これでは、第一訴訟の訴求債権の審理判断と重複することもありうる。矛盾判決も完全にはさけることができない。

前記連邦裁の判例は、前述の判旨紹介ではくわしく述べなかったが、弁論の分離、留保判決を指摘しつつ、当事者こそ、審理重複の状況を最もよく知っているから、その回避のための手段もよく知っているのだと指摘している。この意味は、同意をえて第一の訴を取下げるとか、第二訴訟の相殺の抗弁を撤回するとか、手続を中止してもらうとか、第一訴訟がはるかに審理が進んでいれば、その判決確定をまって、それを第二訴訟に反映させるとか、種々の方法を裁判所と討議して決定するという意味であろう。しかし、これらの中で中心的な回避手段は、弁論の分離と手続の中止であることは明らかであろう。なぜなら、この判決当時、すでに、ドイツの実

務では中止の方法を駆使していたからである⁽¹¹⁾。

前記の妥当な選択肢の中のいずれを採用するかの決定的な判断基準は、はたして、またいかにして、重複審理を回避することができるかである。また、手続の中止が回避手段として優れているとしたら、第一訴訟を中止するのか、それとも第二訴訟（相殺訴訟）を中止するのか。また、日本民訴の解釈として、民訴221条に該当しない事実関係のもとでも、中止をなしうるのはか。これらが中心的検討事項となるように思う⁽¹²⁾。

8 矛盾判決・重複審理の回避方法

回避方法の中心的手段は、弁論の分離と訴訟手続の中止（日本の実務では追って指定，又は数ヶ月に一回の期日の繰りかえし）の二つである。私は、一般に先決問題が別訴で訴訟物として争われている場合は、日本民訴の解釈としても中止決定をなしうるとの解釈を正当とするが⁽¹³⁾，ここでは、日本の実務慣行にしたがい、「追って指定」を含めて、中止という表現で議論を進めることにする。

第一訴訟で訴求している債権をもって、第二訴訟で予備的に相殺する普通の事実関係を前提とすると、まず確認しておかなければならないのは、矛盾判決・重複審理の回避のために、第一訴訟の取下げを期待することはできない。なぜならば、第一訴訟の原告は、第二訴訟における相殺の抗弁がそもそも反対債権の審理判断までいくのかどうか確実にはわからないか

(11) 実務経験の豊かな Zeiss も、実務が中止（Aussetzung）により、重複審理を回避していることを認めている。Zeiss, a. a. O. S. 151.

(12) 兼子一，条解民訴法221条は、先決問題が別訴で争われているとき、本訴の中止を認める。正当と思う。兼子一，松浦，新堂，竹下条解民事訴訟法221条も同旨。肯定説にたつ判例として札幌高函館支決，昭31・5・8高民9巻5号326頁がある。

(13) 先決問題が別訴の訴訟物となっているときは、本訴を中止するのは裁量ではなく義務だとする説に賛成である。

らである。たとえば第二訴訟が不適法却下されるとか、訴求債権自体が理由なしとされる可能性もあるし、ことに、被告の相殺以外の抗弁が認められる可能性もあるからである。それゆえ、第二訴訟で予備的相殺の抗弁を提出したからといって、第一訴訟の給付の訴の利益がなくなると考えることは許されない。二、三の反対説があるが、このように解するのがドイツの通説と私はみる。とりわけ、第二訴訟が、反対債権の審理判断をまたずにおわれれば、第一訴訟を続行させることが望ましいと考えられる。したがって、基本的には、第一訴訟を中止して第二訴訟の推移を見守り、その確定をまつのが合理的である。私は、Leipold 及び Zöller-Greger のこの見解が正当であると思う⁽¹⁴⁾。

反対の仮説を検討してみる。第一訴訟ではなく第二訴訟（相殺訴訟）を中止する案の問題点は何か。第二訴訟を中止するといっても、その訴求債権の審理を中止するわけにはいかないから、結局反対債権の主張に関する弁論を分離し、この部分のみを中止することになろう。そうすると、第一訴訟の訴求債権の審理と第二訴訟の訴求債権の審理が、別個の訴訟で進められることになる。そうすると、これら二つの訴訟の審理が熟しても、反対債権の審理が残っているので、第一訴訟も第二訴訟もこのままでは判決できないことになると思う。なぜなら、第一訴訟でも、被告は、原告が訴求債権をもって第二訴訟で予備的に相殺している旨の主張だけはしているはずだからである。そうすると、Leipold のいうように、第一訴訟の中で、訴求債権が（第二訴訟における）相殺によって消滅したかどうかを審理しなければ、第一の裁判所は結論をひき出せないはずだからである。しかし、相殺の抗弁は第二訴訟で提出されているのであるから、この裁判所で結着をつけるのが当然であろう。やはり第一訴訟を中止して第二訴訟の推移を待つのが矛盾判決・重複審理を回避し、かつ裁判所の措置によって民法との調整（相殺権の尊重）をはかる最も優れた方法ではないかと思う。

(14) Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aufl. §145 Rn. 44, Zöller-Greger, 18. Aufl. §145 Rn 18a.

なお第一訴訟を中止することは、第一訴訟の原告（第二訴訟の相殺者）の裁判を受ける権利又は実効的な権利保護を求める権利の侵害とはならない。これはすでに述べたように、彼は第二訴訟で、給付判決以上の利益をもたらす相殺の抗弁を自ら提出しているからである。第一訴訟で彼が求めるのは、執行の前提要件である執行力だけであるのに、第二訴訟で相殺が認められれば、完全な反対債権の満足になるからである。

次に、第二訴訟の原告が、被告から相殺された段階で、自らも第一訴訟の被告として、第二訴訟の訴求債権をもって予備的相殺の抗弁を出すことには問題がありそうである。なぜならばこのようなことをする何らの実益も彼にはないからである。彼がこれによって得ようとする利益は、第二訴訟において入手することができるから、この相殺の抗弁は不適法とみてよいのではないかと思う。

結論として私は、訴先行型の場合は、第一訴訟を中止又は追って指定することにより、矛盾判決・重複審理は回避できると思う。ドイツの文献の一部には、中止するかどうかは裁判所の裁量によるので、矛盾判決・重複審理は完全には回避できないと論ずるものがある。しかし私はこの見解については、それは無用の心配であると考えている。一件記録のどこにも、第二訴訟（相殺訴訟）の情報が顔を出さないということは実務上考えることができないといえよう。そして、その場合には、当事者も裁判官もともに、重複審理の回避を望むので、中止すべきは第一訴訟であるという解釈だけ確立しておけば問題はないように思う。もちろん中止は、第二訴訟の判決の確定までであって、判決が下っても未確定な状態では第一訴訟の審理を再開すべきではない。

9 注目すべき Dresden 高裁の問題提起

同高裁の1993年6月2日付決定は、訴先行型の場合の第一訴訟の中止について、注目すべき基準を判示した⁽¹⁵⁾。

第一訴訟の訴求債権により、第二訴訟で相殺の主張がなされた。前述の Leibold や Greger の見解、そして私見によれば、第一訴訟を中止することになる。この事件でも相殺の抗弁を第二訴訟で提出したのち、第一訴訟の原告は第一訴訟の中止を求めた。これに対し被告は異議を述べたが、裁判所は第一訴訟を中止する旨の決定をした。被告から抗告した。これを認容したのが本件である。Dresden 高裁は第一審の中止決定を取消した上差戻し、概ね次のように根拠を述べた。

同一の債権がまず訴求され、同じ債権が第二訴訟で相殺の方法で主張された場合において、第一訴訟を相殺訴訟の判決まで中止することは例外的にのみ考えられる。いかなる場合でも（中止の一筆者加入）適法要件は以下のとおりである。すなわち、当該債権が相殺訴訟において単に主張されただけではならず、これにつきほぼ確実に判断が下されると見込まれることであると。

その理由の要旨は以下のとおりである。ドイツ民訴法148条は、日本民訴法にない条文であるが、同条の要点は、先決問題が別訴で争われているときは、それを前提とした法律関係を訴訟物とする本訴を中止し、別訴の判決をまつことができる」と定める規定である。日本の実務で追って指定、または3ヶ月ごとに期日を入れて、別訴の推移をみる場合に、ドイツでは同条により中止決定をしている。さて前記 Dresden 高裁の決定は次のように続ける。そもそも148条の中止の規定の目的は、同一の問題を二個の訴訟で重複して審理することをさけ、判決の矛盾を防止するにある。この目的に沿って解釈すると、148条の、本訴の法律関係が別訴の対象となっているという中止の要件は次のように解釈すべきだ。すなわち当該法律関係が、単に別訴において主張されているというだけではならず、その法律関係が別訴でほぼ間違いなく裁判所により判断されると見込まれることが必要である。なぜならば、このような場合にのみ、もし中止しないと、二つの訴訟

(15) OLG Dresden, Beschl. v. 2. 6. 1993, NJW 1994, S. 139.

で同じ問題が審理され、矛盾した裁判が下される危険があるからである。したがって、第一訴訟の訴求債権で第二訴訟において予備的相殺がなされたケースでは、第一訴訟を中止する前に、第二訴訟で真実反対債権について審理が行われると見込まれるか、換言すれば重複審理が現実に取りそうなのかを審理しなければならない。この場合は、一般には、第一訴訟の訴訟資料は第二訴訟に比べて大量でなく、速やかに終結されることもありうる。さらに、相殺訴訟の訴求債権の額が、反対債権の額ほど多額でない場合には、第一訴訟の目的は、全範囲にわたって第二判決により解決されない関係にある。むしろ、一般には、相殺訴訟の方を中止すべきであって、第一訴訟を中止するのは例外的な場合である。

Dresden 高裁決定をわれわれの関心にあわせて要点を述べれば右のようになると思う。この決定は概ね Peters の見解に従ったものであろう⁽¹⁶⁾。

たしかに、右決定や Peters の見解にも理由があるように思える。極端なケースを考えると次のような事実関係もありうるからである。すなわち、第一訴訟の訴求債権が1000万円であり、第二訴訟の訴求債権が100万円という場合である。そこでは、1000万円の反対債権の中の100万円をもって第二訴訟で相殺がなされる。しかも、第二訴訟の訴求債権については、請求原因も否認され、相殺以外の抗弁も提出されている。裁判所は弁論を訴求債権に制限して審理し、到底反対債権の審理にまで進みそうには見えないという場合である。このような場合に、ただ単に、100万円の反対債権部分をもって相殺が主張されたという一事で、1000万円の第一訴訟を中止することは、中止の規定の濫用であり、日本の実務でいえば、第一訴訟を追って指定とすることは、効率よい権利保護を求める原告の権利の侵害となろう。このようなケースでは、むしろ、第二訴訟の相殺部分を分離し、この手続を中止する方がベターであろう。このように、第二訴訟の反対債権の審理を中止することは、第二訴訟の被告の相殺権を剥奪することにはならない。

(16) Peters in MK ZPO, 1992, §145 Rn. 30.

第一判決で勝訴すれば、その一部で相殺しうるし、第二訴訟の裁判所は第一判決に拘束されるからである。

Dresden 高裁の決定を契機として、さらに検討を進めてみると、次のようなケースがあることに気づく。すなわち、第一訴訟の金額も第二訴訟のそれもともに100万円である。私見や Leipold の見解によれば、相殺権を尊重して当然第一訴訟を中止すべきである。ただこの事実関係の枠内で、次のような特徴のある事実関係もありうる。すなわち第一訴訟の100万円については、すでに原告勝訴の一、二審判決が下り、現在本件は上告審に係属中である。この状態のもとで、100万円の訴求債権を目的として第二訴訟がおこされ、被告は未確定判決の認容した100万円の反対債権をもって相殺したという場合である。この事実関係では、第一訴訟は解決に近づいており、第二訴訟は開始したばかりである。私見によれば、この場合は明らかに第二訴訟の相殺の審理を中止すべきである。審理の重複回避という目的を考えると、本件では、審理をすでにしてしまっているからである。

右のケースで、かりに第一訴訟で第一審原告勝訴の判決が下り、被告が控訴した段階ではどうか。私の考えでは、この場合も第一訴訟の解決をまつべく第二訴訟の相殺の弁論を中止すべきである。

では、第一訴訟の証拠調が開始したばかりで、第二訴訟は、相殺を含めて主張整理中という場合はどうか。訴額が同一であれば、私見では、相殺権を尊重して第二訴訟を進め、第一訴訟を中止すべきであろう。こう考えるのは、第一訴訟の証拠調が始まったばかりという前提を、日本の実務の実態にしたがいが、これから数期日にわたって証人調が行われるという意味に理解するからである。ドイツの実務では、証人調は集中して行われ、一回ですむので、第一訴訟で証拠調期日が先に指定されたというだけで、第二訴訟の相殺にかんする部分を分離してその審理を中止する裁判官がかなりいるのではないかと思う。

私は基本的に、Leipold に従い⁽¹⁷⁾、第一訴訟を中止するのが原則であると考えているものだが、これにはいくつかの例外があることを主張しておき

たい。第一は、第一訴訟の進捗の程度を考慮すること、第二は予備的相殺の審理が概然性をもって期待できないときは、第一訴訟を中止すべきでないこと、第一訴訟の訴額が第二訴訟の訴額に比べ相当程度大なるときは、第一訴訟を進行させるべきものとする。要は二つの訴訟が中止されたり、双方とも審理を進めたりすることのないよう留意すれば足りる。この点は、進行に関する弁論により、合理的な解決ができると思う。

なお、日本民訴法には、先決問題が別訴で争われている場合の本訴の中止の規定がないが、実務で行っている追って指定の措置よりも、中止決定をなしうると解釈し、抗告を認める方がベターであるとする。

10 相殺訴訟先行型について

この場合にも、相殺により重複訴訟の禁止効(Rechtshängigkeitssperre)は発生しない。相殺権者は、相殺債権を訴訟物として第二訴訟を提起することができる。第一訴訟の予備的相殺によって、第二の訴の権利保護の利益が失われることはない。原則として第二訴訟を中止して、第一訴訟で相殺が確定的に認められれば、第二訴訟を取下げればよい。同意については実務上問題は起らない。ただし、第一訴訟の訴額に比べ、第二訴訟の訴額が極端に大きいときは、反対債権については第二訴訟を続行し、第一訴訟の相殺については審理を中止するのが合理的である。もちろん、双方の訴訟が同一の裁判所に係属しているときは、二つの訴訟は併合すべきである。ただし、一部の学説がいうように、相殺訴訟が係属している以上、常に反対債権については反訴の方法をとるべきで、別訴は不適法というのは適当でない。現行法の管轄の規定は多様であり、原告は自己に最も都合のよく（かつ被告にダメージを与える）裁判所に訴を起す現象があるからで

(17) 注14参照

追記

ドイツの判例学説の整理は北川が担当した。本稿の私見は木川見解である。

ある。とりわけ、反対債権額が1000万円であり、その中わずか50万円を第一訴訟で相殺に供し、950万円について、反対債権者に便利な義務履行地の裁判所に別訴を起せないというのは行き過ぎであると思う。むしろ義務履行地（反対債権者の住所地）に別訴を起すことは認めるべきである。結論として、相殺訴訟先行型においては、第二訴訟の適法性を認め、第二訴訟を中止するのを原則と解すべきである。訴先行型でのべた各種の利益考量をしつつ、例外的に第二訴訟を中止することもありうると思ふべきである。要は、訴訟上の相殺による重複訴訟の禁止効を否定し、別訴提起を適法としつつ、中止又は追って指定の措置を活用して、矛盾判決と重複訴訟を回避すべきであり、その回避は可能であるというのが本稿の結論である。