重複訴訟論の再構築

三木浩一

一　はじめに
二　わが国における重複訴訟論の特徴
三　アメリカとの比較法的考察の意義
四　重複訴訟禁止原則の根拠
五　前訴優先ルール
六　重複訴訟の処理手段
七　当事者の利益の保護
八　おわりに

一　はじめに

わが国には重複訴訟(1)の規律に関し民訴法二三一条に規定があるため、これまでのわが国の重複訴訟論はもっぱら同条の解釈をめぐって議論されてきた。しかし、重複訴訟禁止原則の根拠とされる審理の効率や矛盾のない判決は、成文規定の有無に関わらず訴訟制度に常に内在する普遍的な課題である。もちろん、実定手続法規である同条の射程を

画することはたしかに重要な作業には違いないが、これにより同条の守備領域が定まったからといって、それが重複訴訟論そのものの守備領域まで定めたことにはならない。訴訟間の重複には、訴訟物の完全な重複からごく一部の争点や事実関係の重複にいたるまで無限ともいえるヴァリエーションがあることを考えれば、同条の射程をどのように画したにせよ、その射程外には依然として重複訴訟の広大な領域が広がっているといわざるを得ない。そうであるとすれば、理想とすべき重複訴訟論は、これらをもまた視野に収めた懐の深いものでなければならないであろう。右に述べたような見地からは、二三一条は重複訴訟の中で画一的な処理になじみやすい典型的な類型のひとつを取り出して規定したにすぎないと解すべきではなかろうか。

二三一条そのものの解釈についても、従来の議論は重複訴訟を訴訟の常態から逸脱した病理現象とみる傾向があまりに強すぎたように思われる。およそ、紛争当事者が訴訟の場において少しでも有利な地歩を得ようとして行動する限り、ある種類の重複訴訟の発生は不可避的な現象であり、その意味で重複訴訟の少なくとも一部は民事訴訟制度における生理的な現象にすぎない。従来の議論に最も欠けていたのは、重複訴訟のうちのどのような類型が排除されるべき病理現象であり、いずれの類型が許されるべき生理現象であるかを見極めようとする冷静な態度ではなかっただろうか。また、右の病理現象としての把握と関係するが、重複訴訟の処理方法についても、伝統的には一律に後訴を却下するといった硬直的な手段しか用意されていなかった。しかし、重複訴訟の一部を生理現象として把握するとすると、審理の効率や当事者間の公平などを考慮して、場合によっては前訴の方を却下するような処理も検討されるべきであろうし、一部の学説によって主張されている弁論の併合や手続の中止のみならず、さらに多様で柔軟な処理手段を解釈および立法の双方向から用意する必要があろう。

本稿は、右のような基本的認識の下に、アメリカ法における重複訴訟論の展開を参照しつつ、わが国の重複訴訟論の再構築について管見を呈するものである。

（1） わが国の伝統的な呼び方では「二重起訴」と呼ぶ例が多く、「二重訴訟」という呼び方もあることは周知のとおりである。また、最近では、「二重起訴」という呼び方を後述の制限説を説明する場合のみに用い、拡大説の立場を説明する場合は「重複訴訟」と呼ぶ使い分けの例もみられるが、本稿では「重複訴訟」という呼称で統一することにする。

二　わが国における重複訴訟論の特徴

1　わが国の重複訴訟論の系譜

(1)　伝統的な見解

わが国における伝統的な重複訴訟論は、訴訟当事者と訴訟上の請求によってアイデンティファイされる訴訟物[2]を共通にする状態（本稿では、右を「狭義の重複状態」と呼ぶ[3]）をもってそのプロト・タイプとしてきた[4]。反面において、訴訟物の重複が完全ではなく、単に事実上ないし法律上の争点を共通にする関連訴訟（rerated litigation）は、原則として重複訴訟論の視角外におかれた。また、伝統的な重複訴訟論においては、重複訴訟は常に合理性を欠く病理現象として認識され、事件類型のいかんを問わず当事者の事情や動機が肯定的に考慮されることはほとんどなかった。重複訴訟に対して裁判所がとるべき手段としては、病理現象の発生そのものを未然に防止する方法として訴えの却下が唯一の手段とされてきた。この場合、いずれの訴えが却下されるべきかについては、証拠調べの難易や訴訟の進行状況などの具体的な事情は考慮されず、訴え提起の時間的先後のみが絶対的な基準とされた（以下、「前訴優先ルール（first-filed rule of priority）」という）。こうした伝統的な重複訴訟論は民訴法二三一条の忠実な文理解釈をその基礎とし[5]、一方において既判力論との関連は強く意識されたが、他方において多数当事者訴訟などの複雑訴訟（complex litigation）一般との内的関連はあまり省みられることがなかった。

(2)　住吉説

こうした伝統的な見解に対し、重複訴訟禁止原則の趣旨の拡大適用を提唱したのは、住吉教授の「重複訴訟禁止原則の再構成」である。[6] 住吉説は、重複訴訟禁止原則の趣旨(同教授によれば訴訟経済の達成と裁判の調和)に照らした場合、真に問題とされるべきは訴えの重複ではなく訴訟手続の重複であり、訴えの重複は訴訟手続が重複する場合の典型を示すにすぎないと指摘する。そして、訴訟手続が重複するかどうかの判定基準は、審理を共通にするに必要なだけの請求の基礎の同一性(事実資料の共通性)によるべきであるとした。また、重複訴訟禁止原則の効果は、第一次的には後訴の訴訟手続を中止することであるが、中止後に続行させる価値のない訴訟(後訴請求が前訴請求と全く同一である場合や請求の基礎を共通にするため訴えの変更または反訴により前訴の手続内で主張できる場合)については第二次的措置として後訴を却下すべきであるとし、前後両訴が一個の訴訟手続内で併合審理されていれば訴訟手続の重複がないのでこれらの効果は発生しないとする。住吉説は、これらはすべて民訴法二三一条から直接導くことができるとする。

こうした住吉説の学説史的な意義は、以下の二点に認められる。すなわち、第一は、重複訴訟論の視角の中に関連訴訟の一部を取り込んだことである。教授自身も述べておられるように、同一原告が同一被告に対してまったく同一の訴えを提起することは、実際には稀なケースであろう。[7] 従って、あくまでも訴訟物にこだわる限り、重複訴訟禁止原則の機能する領域は、例外事象としての病理的な事件に限定されざるを得ない。これに対し、住吉説は重複訴訟論を訴訟物のドグマから解き放ち、訴訟制度にとって生理的な現象へ適用を広げる道を開いたものといえる。第二は、重複訴訟禁止原則の効果として、伝統的な見解では後訴を却下するしかなかったのに対し、新たに訴訟手続の中止と強制的な併合を提唱した点である。[8] これは、機能的には重複訴訟の処理における柔軟化と多様化を狙ったものであるが、同時に、ここでは重複訴訟論の体系的な位置づけに関する一種のパラダイム・シフトがみられる。なぜなら、伝統的な見解では、重複訴訟論は訴訟要件論の一部でしかなかったのに対し、住吉説は重複訴訟論を複数訴訟間における効率的で矛盾のない審判の局面で捉える点で、これを複雑訴訟論の領域に導いているからである。[9] しかし、反面に

おいて、伝統的な重複訴訟論にみられる当事者の事情や動機に対する無関心および時間的に先に提起された訴えの絶対的優先といった特徴については、住吉説においてもそのまま手つかずで引き継がれている。

(3) その他の見解

新堂教授は、自らの争点効理論を基礎として、前後両訴において主要な争点が共通であれば、同一事件として重複訴訟禁止原則に触れると解すべきであるとし、その効果としては、後訴の請求の趣旨が前訴と同一である場合は後訴を却下すべきであるが、請求の趣旨が異なる場合には併合審理の方向にもっていくべきであるとされる。[10] 新堂教授のいわれる争点の同一性は、主要な争点である限り一方の訴えでは抗弁として提出されている場合であってもよいとする点で、(おそらくは)請求の基礎を基準とされる住吉説よりも重複訴訟禁止原則の対象を広く捉えるものと思われるが、全体としては住吉説と同趣旨の見解であると考えてよいであろう。また、その他の見解として、伝統的な訴訟物を基準とする立場によりつつ、これを部分的に修正して、訴訟物である権利関係の目的物の同一、権利関係が反対関係、先決関係、派生関係などにある場合に、重複訴訟禁止原則を拡大することを主張するものもある。[11] これも、後訴の処理については併合審理によることが望ましいとしており、やはり全体として住吉説や新堂説と同趣旨の見解であろう。いずれの見解にしても、住吉説が手をつけなかった伝統的な重複訴訟論の特徴については、やはりそのまま維持している。本稿における以下の議論では、便宜上、訴訟物概念を基本にする伝統的な重複訴訟論を「制限説」と呼び、重複訴訟禁止原則の拡大を説くこれらの見解を「拡大説」と呼ぶことにする。

2 拡大説の問題点

拡大説が提唱する方向、すなわち適用対象の拡大と手続の併合を基本とする処理は、複雑訴訟禁止原則の趣旨にかなうものとして基本的に正しいものと考えられる。しかし、こうした見解は、他方において、伝統的な立場を支持す

る見解から、別訴提起の自由を不当に制約するとの反発を招くこととなった。[12] 筆者の考えるところ、拡大説がこうした反発を受ける要因として、以下の諸点を挙げることができる。

(1) 併合審理を原則とする事件処理の問題点

拡大説が説く手続の強制的な併合は、重複状態から生じる不都合を回避する手段として、必ずしも万能の解決策ではない。たとえば、裁判所の訴訟指揮により弁論を併合してみても(民訴法一三二条)、一部の請求について一部判決がなされれば控訴審における審判の統一は望めない。かといって、広義の重複状態が生じている場合に、常に一部判決(民訴法一八三条一項)を制限するとすれば、裁判所が柔軟で機動的な審理を行うに際して無用の障害となる。もともと、あらゆる重複訴訟において、常に両訴を併合できるという保障はなく、一方が人事訴訟や行政訴訟である場合には客観的併合要件を満たさないし(民訴法一三六条)、併合を受ける裁判所が管轄権を有しない場合にも併合はできない(例外として民訴法一一条)。重複訴訟論を当事者が異なる事件にまで拡大して考えるときは、主観的併合要件も問題となりうる(民訴法五九条)。また、一方の訴訟が上告審に係属しているときは、事実審に係属している訴訟と併合できない。また、弁論の併合以前に一方の事件において自白の対象となっていた事実は、併合後も当該事件との関係では裁判所の認定の対象から除外されるが、他方の事件で争っていた場合にはこちらの事件との関係では事実認定の対象となり(自白は自由心証以前の問題であるので弁論の併合によっても共通処理ができない)、この場合にも審判の統一は期待できない。[13] さらに、前訴の審理が判決に熟しているような場合には、後訴を常に前訴に併合しなければならないとするといたずらに前訴の終結を遅らせることになるので、このような場合には弁論の併合はなされるべきではない。[14]

拡大説は、手続の併合を実現する手段として、裁判所の訴訟指揮による弁論の併合のほかに、当事者のイニシアティブによる訴えの変更や反訴の提起の強制を説くが、これは当事者の負担を無用に増大させる。すなわち、裁判所は事前に訴えの変更や反訴の提起を強制する手段を有さないので、裁判所が実際にとりうる手段は当事者が後訴を別訴

として提起した場合にこれを却下するしかない。この場合、当事者はあらためて訴えの変更や反訴の提起を行わなければならず、費用も時間も二度手間であるうえに時効中断などの利益を失うおそれがある。こうした事態を避けるためには、最初から自発的に訴えの変更や反訴の提起を行っておくしかないが、拡大説の説く重複訴訟の要件は必ずしも明確とはいいがたく、別訴の提起が却下されるかどうかの事前の予測が困難である。また、一方の訴訟が控訴審に係属しているときに手続の併合を行うとすると、他方の訴訟について審級の利益を奪うことになる。

拡大説が説くもうひとつの処理手段である手続の中止は、民訴法上に明確な根拠規定を有しない。また、中止された事件については、法的救済が遅れることになる。

(2) 前訴優先ルールに対する執着

拡大説は、制限説のアプリオリの前提である前訴優先ルールにはほとんど手をつけていない。すなわち、拡大説が提唱する手続の併合は、前訴手続内における反訴の提起、前訴手続内における訴えの変更、前訴手続への弁論の併合ということを、どうやら暗黙の前提としているようである。しかし、これは審理の柔軟性を損なう要因となる。たとえば、当事者が訴訟活動を行うにあたり、後訴の法廷地の方が地理的に便宜であることがありうる。また、後訴裁判所に専門部があるために、そちらで審理した方が能率的であることもあろう。主要な証人の出頭の便宜や証拠方法入手の容易さも考慮しなければならない。拡大説が重複訴訟禁止原則の適用範囲を拡大する代償として処理手段を柔軟化しようとするのであれば、この前訴優先ルールについても柔軟な処理を考えなくてはならない。

もともと、訴え提起の時間的先後を絶対視することにどれだけの意味があるかはきわめて疑わしい。特に、前訴と後訴がほぼ同時に提起された場合にはなおさらである。また、わが国における現在の訴訟実務を見るかぎり、最初の数回の期日は実質的な審理が行われないことが少なからずあることも考慮すべきである。結論を先取りして類型的にいえば、前訴の原告が再び重複する後訴を提起する場合（本稿では「反覆型訴訟（repetitive litigation）」という）には前

訴優先ルールを適用することに問題は少ないが、前訴の被告が原告となって後訴を提起する場合（本稿では「対向型訴訟（reactive litigation）」という）には再考を要する。

(3) 当事者の利益に対する衡量的考慮の欠如

重複訴訟の禁止を広義の重複状態にも及ぼそうとする拡大説の主張は、審理の無駄や判決の矛盾を防止しようとする重複訴訟禁止原則の趣旨からみる限り、その方向において望ましいことは疑いがない。しかし、具体的な事件の中には、前訴と重複状態にある後訴について、あえて別訴の提起を認めない限り後訴原告の裁判を受ける権利が不当に侵害される場合がある。制限説にせよ拡大説にせよ、従来の見解はこうした点の配慮についてあまりに無関心であった[15]。特に、拡大説の場合は、一方において重複訴訟禁止原則の適用領域を拡大するのであるから、他方において後訴原告の利益により一層慎重な衡量的考慮を払うべきであったといえる。

(2) 伝統的な重複訴訟論の立場でも、各論の場における重複訴訟禁止原則の適用は、後注（4）にみられるようにそれぞれの論者の説く訴訟物概念と厳密には一致しない。この点につき、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）」判時一一〇七号六頁（一九八四年）は、「結局学説は、重複起訴（二重起訴）の問題にあっては、総論としては訴訟物の同一性を要求し、各論では総論を顧みることなく具体的妥当性を追求している、といった二重構造がとられていると観察されるのである」という。

(3) 本稿において「狭義の重複状態」というときは、前後両訴の訴訟物が完全に同一である状態のほか、後注（4）で述べるような状態を含むものとする。これに、前後両訴の争点や事実関係の一部が関連している状態を加えて「広義の重複状態」という。また、右の呼称にあわせて、前後両訴が狭義の重複状態にあるケースを「狭義の重複訴訟」と呼び、これに関連訴訟をも含めて論じる場合は「広義の重複訴訟」と呼ぶが、後者については文脈から明らかな場合は本稿のタイトルのように単に「重複訴訟」という。ちなみに、重複訴訟論が三個以上の訴訟事件が関連する場合を含むことはいうまでもないが、その理論構成は二個の場合に準じて考えることができるので、本稿では二個の場合のみを対象とする。

(4) もっとも、給付、確認、形成といった権利保護の形式が異なっても、請求の原因である権利または法律関係が同一であれ

ば重複訴訟禁止原則の適用を受けるとする見解は、早くから存在した。兼子一・判例民事訴訟法三四事件（以下、「兼子判民」という）一〇七頁（一九五〇年）、同・新修民事訴訟法体系（以下、「兼子体系」という）一七五頁（一九五四年）など参照。また、当事者が同一であれば、原告と被告の地位が前訴と後訴で逆転していてもよいとするのが早くからの通説である。兼子体系・前掲一七四頁、菊井維大＝村松俊夫・全訂民事訴訟法〔Ⅱ〕一五〇頁（第一版一九六四年、第二版一九八九年）など。

(5) 住吉博「二重起訴禁止の範囲と効果」民事訴訟法の争点一五〇頁（一九七九年）は、「（民訴法一三一条の規定を）額面どおりに読みとれば、従来の慣用的呼称である『二重起訴の禁止』がそこに表明されていると解すべきことになる」という。

(6) 住吉博「重複訴訟禁止原則の再構成」法学新報七七巻四・五・六号九五頁（一九七〇年）〔民事訴訟論集一巻二五五頁（一九七八年）以下、法学新報の頁数で引用する〕。住吉教授は、自らの見解に先駆する学説として、請求の原因である権利または法律関係が同一であれば同一事件とする見解（兼子判民・前掲注(4)一〇七頁、兼子体系・前掲注(4)一七六頁）と、請求の基礎が同一である後訴については別訴ではなく訴えの変更によらしむべきであるとする見解（加藤正治・民事訴訟法要論三九〇頁（初版一九四六年））が存在したことを挙げられる。

(7) 住吉・前掲注(6)一〇六頁。

(8) 当初の住吉説は、二三一条の効果論として訴訟手続の併合強制よりも中止を強調するニュアンスが強い。これは、同条が明文でその効果を「更に訴を提起することを得ず」としていることから、同条の解釈論として手続の併合強制を説くことにはやや無理があると感じたためではないかと思われる。しかし、その後に書かれた住吉・前掲注(5)では弁論の併合を効果論の正面に据えている。

(9) 住吉・前掲注(5)一五二頁は、「二三一条が、まったき自同の二個の訴えの一方（通例は後訴）の却下を含みながらも、そこにとどまらず関連する複数の訴訟の、手続としての統一をはかるところまでその目標としていることを認めるに至れば、異なる当事者間の各訴訟の審理が重複する点をみるだけで、併合を強いることも考えられなくはないはずである」とする。これは、複雑訴訟論一般との内的関連を強く意識した記述といえるが、残念ながら問題意識の提起にとどまっている。

(10) 新堂幸司・民事訴訟法〔第二版補正版〕一五七頁以下（一九九三年、初版一九七四年）。

(11) 中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編・民事訴訟法講義〔補訂第二版〕一八五頁（坂口裕英執筆）（一九八六年、初版一九七六年）。

(12) たとえば、林屋礼二・民事訴訟法概要九三頁（一九九一年）は、制限説を一般的に認めることは別訴禁止的な効果をもた

らすから妥当ではなく、訴訟物の同一という点から二重起訴の禁止を考えていくのが妥当であるとされる。

(13) 中務俊昌「弁論の併合」小山昇＝中野貞一郎＝松浦馨＝竹下守夫・演習民事訴訟法(上)三五五頁(一九七三年)参照。

(14) 新堂教授は、前訴が結審間際にある場合は、後訴を反訴として提起すべしとすると前訴の進行を阻害することになるので、後訴は別訴として提起することを認めざるを得ないが、二重起訴禁止原則の趣旨から関連する訴訟の並行審理は望ましくないので、後訴の審理を一時中止してすでに大詰めに来ている前訴の結果を待たせるのがもっとも合理的な取り扱いであるとされる。新堂幸司「演習」法学教室(第二期)一七六頁(一九七三年)。

(15) 厳密には、立場の如何を問わず、重複訴訟の処理において衡量論的考慮は不可避であり、そのため判例は具体的事案の処理において意識的にか無意識的にか衡量論を部分的に取り入れている。たとえば、霜島教授は、大判昭和七年九月二二日民集一一巻一九八七頁と最判昭和四九年二月八日金商四〇三号六頁を比較・分析し、両判決の理由付けおよび結論は一見両立しないようにみえるが、実質的にはそれぞれ妥当な結論を導いていることを指摘されたうえで、「約言すれば、第二の訴訟の原告にとって第一の訴訟とは別に訴えを提起することが必要ならば同一事件とはいえないとの基準が、最上級審判例の立場といえる」と述べられている(霜島甲一「判批」ジュリスト六五〇号一〇六頁(一九七七年))。ちなみに、右評釈事件である大阪地判昭和四九年七月四日判時七六一号一〇六頁は、前後両訴が重複状態にあるにもかかわらず、後訴原告の手形訴訟提起の権利を保護するため、重複訴訟禁止原則に触れない旨を判示した一連の裁判例のリーディング・ケースである。

三　アメリカとの比較法的考察の意義

1　比較法的考察の有益性

アメリカ合衆国における最近の重複訴訟論は、なんらかの形で複数の訴訟が重複する状態を複雑訴訟(complex litigation)の一種と捉え[16]、これをいかに効率的かつ矛盾なく運営していくかにポイントを置くようになってきている[17]。つまり、今日におけるアメリカの重複訴訟論は、関連訴訟(アメリカでは、多数当事者訴訟やクラス・アクションまで含めて論じられることが多い[18])に関する集団的な事件管理(total case management)としての色彩を濃厚に有している。もちろん、

わが国における同様に、狭義の重複状態が存在する場合に後訴を却下することも重複訴訟処理の一部として行われる。しかし、わが国の制限説にみられるような、こうした特殊な病理現象のみを自らの守備領域として固守するナイーブな発想はみられず、相互に関連する訴訟を併合・調整・処理するための新しいメカニズムが模索されつつある。[19] そこでは、重複訴訟論の裾野はきわめて広く捉えられており、単に受訴裁判所による事件処理のみならず、裁判所相互の調整作業や弁護士との協力体制までがその範囲に包含されることになる。[20]

こうしたアメリカにおける議論の背景には、限られた司法資源（ここでは、裁判官・裁判所職員・弁護士などの司法人員、国民が課税を通じて負担する司法予算、特定の訴訟に割り当てられる時間と機会などを意味する）をいかに適正配分していくかという思想がある。すなわち、重複訴訟事件を効率的に訴訟していくことは、制度設営者としての国家の責務であると考えられている。こうした発想は、わが国の従来の重複訴訟論では、必ずしも鮮明に意識されているとはいえなかったのではなかろうか。また、アメリカでは、わが国よりも法廷地の相違による事件への影響が大きいせいもあろうが、前訴優先ルールの相対化が進んでおり事件によっては後訴の方を維持する処理が行われている。そのほかにも、反覆型訴訟と対向型訴訟を類型的に分けて考えたり、当事者の利益を考慮した衡量論的なアプローチが取られるなど、わが国の重複訴訟論を再考する上で有益と思われる新鮮な視点が随所にみられる。

2　比較法的考察に際しての注意

もちろん、コモン・ロー体系に属するアメリカの民事訴訟制度はわが国と相違点が多いため、比較法的考察を可能とするだけの基礎的条件の共通性を確認しておかなければならない。重複訴訟論との関係で特に問題となりうるのは以下の四点であろう。

(1)　判例法主義

重複訴訟論ないし重複訴訟禁止原則について、わが国では民訴法二三一条に具体的な規定があるのに対し、アメリカでは連邦民訴規則や連邦議会制定法などに直接の規定はない。すなわち、重複訴訟禁止原則の法源において、彼我の相違があるのではないかという懸念がある。しかし、わが国の二三一条は、文理的には制限説が説くように前訴と同一の後訴を禁止するのみであり、これ以外の重複状態の処理については、もっぱら解釈と運用にゆだねられている。その意味では、アメリカにおけると同様、わが国においても重複訴訟処理に関する主要な部分について実定規定は存在しない。そもそも、訴訟を効率的に運営することは、限られた訴訟資源の管理を国民から負託された裁判所(および弁護士)の不断の責務である。また、矛盾のない裁判を行うことは、司法の信頼を維持していくために裁判所が常に心がけるべきことである。すなわち、これらは明文規定の有無に関わらず民事訴訟制度に内在する要請であり、二三一条はかかる内在的要請のごく一部を取り出して成文化したものにすぎないものと考えられる。(21)

(2) 複数法域国家

わが国では国内に単一の法域(jurisdiction)があるのみであるが、アメリカでは五〇の州と連邦をあわせて全部で五一の法域がある。そのため、アメリカにおける重複訴訟は、①同一州内の複数裁判所に訴訟が係属する場合、②複数の連邦裁判所に訴訟が係属する場合、③異なった州における複数の州裁判所に訴訟が係属する場合、④州裁判所と連邦裁判所に訴訟が係属する場合という四つ(アメリカ国内の重複訴訟のみで)が存在する。これらのうち、わが国の重複訴訟論と比較法的考察を行なうのにふさわしいのは、単一法域内での重複訴訟のケースである①と②の場合であろう。(厳密にいえば、②のケースも、後述のイーリー準則が存在するため、わが国における状況と完全には対応しない)。しかし、アメリカにおける理論や判例の傾向は、これらすべてのケースを同一の基準で捉える方向に進んできているし、審理の無駄や判決の抵触を避けるという要請はもともと普遍的なものであるので、かなりの分野は共通のベースで議論することが可能である。また、いうまでもなく複数法域間の重複訴訟に固有の問題については、本稿ではつとめて踏み

込まないこととする。

(3) 集団大量訴訟

アメリカでは、環境訴訟(environmental litigation)、公民権訴訟(civil rights litigation)、集団不法行為訴訟(mass tort litigation)などを中心として、多数の当事者が相互に関連する訴えを提起する集団大量訴訟がわが国とは比較にならないほど増加している。なかには、「今日では、重複訴訟(duplicative litigation)がわが国の司法機構を押し潰すおそれすらある」という懸念をもらす論者さえいる。(22) これに対し、わが国では必ずしもこれと同様の現象はみられないばかりか、このような集団大量訴訟を容易にするための有力なディヴァイスであるクラス・アクション制度もない。しかし、集団大量訴訟の増加はたしかにアメリカにおいて重複訴訟論に総合的事件管理の視点を導入した大きな要因ではあるが、集団大量訴訟のみがこうした視点を必要とする唯一のケースであるというわけではない。伝統的な重複訴訟論が例に挙げる同一当事者間における重複訴訟のケースにおいても、総合的な事件管理の視点は同様に必要かつ有益である。たとえば、本稿が提唱する前訴優先ルールの柔軟化や前後両訴の協調的運用による事件処理などの発想はこうした総合的事件管理の視点を基礎として始めて可能となるものであり、後訴をいかに処理するかのみを問題とする従来の視点からは生まれにくいものである。

(4) イーリー準則

アメリカでは一九三八年に連邦民訴規則(Federal Rules of Civil Procedure)が制定されたため、手続法に関する限り全米いずれの連邦地方裁判所においても基本的に差異はない。これに対し、実体法についてはイーリー準則(Erie doctrine)が存在するため、州籍相違管轄事件については原則として連邦裁判所在地の州法が適用される。(23) すなわち、わが国では全国のいずれの裁判所に訴えが提起されても共通の実体法が適用されるが、アメリカでは連邦司法管轄(federal jurisdiction)がおよぶ単一の法域の中においても法廷地によって実体法が異なりうるという現象が生じて

いる。右の点は、自己に有利な法廷地の争奪合戦の色彩が濃い対向型訴訟において、一方の法廷地の有利性を決定する大きな要因となる。これに対し、わが国内では法廷地によって実体法が異なるという現象は原則として存在せず、この点でアメリカにおける連邦法域とは事情が異なる。しかし、わが国においても応訴の便宜や証拠収集の容易性などが法廷地によって異なりうるのであるから、特定の法廷地が他の法廷地よりも有利または不利であるという状況が生じうることに関しては変わりがない。

なによりも、重複訴訟論に関する比較法的考察を可能にする最も本質的なポイントは、もともと民事訴訟における重複訴訟状態の発生とその適切な処理の必要性はマルチ・ナショナルな問題であり、特定の訴訟制度に固有の問題ではないという点である。すなわち、いかなる訴訟制度の下でも、相互に関連する訴訟が複数の裁判所に係属するという事態を完全に防止することはできず、また司法資源の無駄使いと判決相互の矛盾を可及的に回避すべきであるという要請も訴訟制度のいかんを問わない。ここに比較法的考察の前提である基礎的条件の共通性を見い出すことができる。この点に関連して、住吉教授は、重複訴訟禁止原則は、「既判力などと等しく単なるテクニカリティにのみおわるものではなく、いわば文明の所産として現実生活の論理を表象する現象でもあるとみられる……すなわち、重複訴訟に内在する論理の表現であり、かつそのような論理に支配されざるをえない」[24]と述べているが、重複訴訟禁止原則のユニヴァーサリティを指摘するものといえよう。

3　アメリカにおける重複訴訟論の系譜

以下の考察に先立って、アメリカにおける重複訴訟処理の原則をごく簡単に概観しておこう。

(1)　コモン・ロー・プリーディング

英国における伝統的なコモン・ロー・プリーディングの下では、一般管轄を有する裁判所(court of general jurisdic-

tion) において、同一の当事者間で (same parties) 同一の訴訟原因 (same causes of action) に基づく訴えが重複して係属 (pendency of action) した場合、後訴に対して訴え却下を求める手続的抗弁 (plea in abatement)[25] を提出することができるとされてきた (以下、「前訴係属の抗弁」という)[26]。こうしたコモン・ロー原則は、同一国内または同一管轄区域内の裁判所における訴訟係属の重複のみを射程におくもので、前訴が外国裁判所 (foreign court) に係属している場合には、前訴係属の抗弁を提出することは認められなかった[27]。

アメリカ合衆国の連邦および州の各裁判所は、基本的にこの前訴係属の抗弁をそのままの形で継受した。ただし、アメリカは建国にあたって近代憲政史上初の連邦制を採用したため、一国内における複数法域間の重複訴訟という固有の問題を生じることとなったが、判例の主流はコモン・ロー・プリーディングの伝統に忠実に同一法域内における重複訴訟に対してのみ訴え却下の抗弁を認めるものとしている[28]。ちなみに、合衆国地方裁判所 (およびこれに準拠した規則を有する州の事実審裁判所) における現在の実務では、連邦民訴規則七条c項が plea を廃止しているため、前訴係属の抗弁を主張するには答弁 (answer) または申立 (motion) の方式によることになる。

(2) 前訴優先ルール

伝統的な見解の下では、前後両訴において訴訟原因が重複しているケースで、被告から前訴係属の抗弁が出された場合には、後訴は無条件で却下されなければならないと考えられた。この場合に排斥されるのは常に後訴の方であり、前訴優先ルールの適用は常に機械的であった[29]。しかし、時代が下ってくるにつれ、こうしたコモン・ロー・ルールの絶対性は次第に緩和され、リベラルな運用がいろいろな局面でみられるようになってきた。たとえば、後訴が却下されると後訴原告の実質的な権利が侵害されると認められる場合には、かりに重複状態が認められるとしても前訴係属の抗弁は認めることができないとする判例がある[30]。また、後訴の訴訟物が前訴の訴訟物を事実上包含するような関係にあり、しかも後訴の提起が特に被告に対する嫌がらせなどの目的でない場合には、前訴を却下して後訴の追行を認

めるとする判例もある。[31] さらに、反覆型の重複訴訟を処理した判例の中には、裁判所は原告に対して前訴と後訴のいずれを維持するかを選択するよう命じることができるとするものすらある。[32] こうした判例の傾向を一般化すると、①前訴係属の抗弁を主張することが被告にとって合理性を欠く場合、②後訴の却下を認めると後訴原告の権利を明白に侵害する場合、③前訴係属の抗弁を認めることにより費用増加や手続遅延を招来する場合などは、裁判所は柔軟な処理をすることができるものと考えられているようである。[33]

(3) 当事者の同一性

前訴係属の抗弁は、原則として、同一の原告が同一の被告に対して反復的に訴えを提起した場合にのみ認められるとされる。[34] しかし、こうした当事者に関する同一性の要求には、早くからいくつかの例外が認められている。まず、前訴と後訴で当事者のすべてが重複していなくても、重複している当事者のみの関係で却下を求めることも認められる。[35] また、前訴の当事者でなかった者が後訴の当事者の一部として加わっている場合でも、その者の後訴における役割が二次的であったり必ずしも真の当事者とは呼べないような場合には、やはり後訴の却下が認められる場合がある。[36]

最も議論があるのは、前後両訴で原告と被告の立場が入れ替わる対向型訴訟のケースである。これについては、法域によって、前後両訴における立場の同一性をかなり厳格に要求するところと、[37] 両訴において訴訟原因が実質的に等しい場合には立場の同一性は重視しないところがある。[38] 一般的にいうと、①後訴の原告が前訴において反訴などにより実質的に後訴における請求と同一の救済を得ることができ、②前訴における被告に有利な判決が原告の再訴を防ぐ効果(既判力など)がある場合にのみ、前後両訴で原告と被告の立場が入れ替わっている場合でも、前訴係属の抗弁に基づく後訴の却下を認めるとする傾向があるようである。[39]

(4) 訴えの同一性

前訴係属の抗弁が認められるためのもうひとつの重要な要件は、前後両訴における訴えの同一性である。具体的に

は、訴訟原因（cause of action）あるいは訴訟物（subject matter）が同一である場合にのみ、前訴係属の抗弁が認められるとするのが、コモン・ローの伝統的な原則である。[40] また、前訴係属の抗弁が認められるためには、救済手段や事実資料[41]も原則として同一でなくてはならない。[42] ここにいう意味の訴えの同一性との関係で重要なのは、連邦民訴規則一三条a項の強制的反訴（compulsory counterclaim）の規定である。すなわち、合衆国地方裁判所における手続では、本訴請求と同一の取引（transaction）または出来事（occurrence）から生じた本訴被告側の請求については別訴を提起することはできず、本訴手続内において反訴の形で申立なければならないとされている。従って、右の意味における同一事件が別訴で提起された場合は前訴係属の抗弁の対象となり、反訴の形を取らない後訴については当然に却下される。多くの州においてもこれと類似の制定法を有しており、そこでは同じ処理がなされることになる。[43]

こうした強制的反訴の実定規定を有していない法域においても、前訴手続内において反訴などの手段で申立てることが可能な請求については、別訴としての後訴は認めないとするのが一般である。[44] ただし、判例の中には、直ちに後訴を却下して反訴申立をその場で事実上強制する措置をとらず、前訴が終了するまで後訴手続を中止する措置をとったものもあることに注意する必要がある。[45]

(5) 最近の傾向

最近の傾向としては、重複訴訟となる後訴をそれ単独で前訴係属の抗弁の側面からのみ扱うのではなく、共同訴訟（joinder）やクラス・アクション（class action）などと一緒に、複雑訴訟論の視野から総合的な事件管理（case management）を考えていこうという動きが顕著である。たとえば、ウエスト社のケースブック・シリーズのひとつである『複雑訴訟（Complex Litigation）』（以下、「ウエスト・ケースブック」という）[46]や連邦裁判官向けのハンドブックである『複雑訴訟マニュアル（Manual for Complex Litigation）』（以下、「複雑訴訟マニュアル」という）[47]などが、特に章を設けて重複訴訟の事件管理を取り上げていることなどはその例のひとつといえる。

このように、重複訴訟が複雑訴訟の一部として論じられる場合には、これが前訴係属の抗弁の対象になるかどうかは必ずしも従来のような重要な争点ではなくなってくる。かりに、前訴係属の抗弁の対象にならないとしても、効率性、迅速性、適正性を実現するために適切な事件管理を行うという裁判所の義務が解除されるわけではないからである。従って、重複訴訟論の対象自体も、前訴と後訴の間で既判力が働くような場合のみに限られず、いわゆる関連訴訟(related litigation)をも広く視野に収めることとなる。ウエスト・ケースブックは、重複訴訟論の中で考察すべきケースとして、異なった原告が同一の被告に対して別々に訴えを提起した複数の訴訟の間で訴訟原因が同一または類似である場合、当事者の一部が重複している複数の訴訟の間で訴訟原因の一部が同一または類似である場合、異なった当事者間の別々の訴訟の間で同一の権利や財産が争われている場合など、従来の重複訴訟論では取り上げられることのなかった広範な類型を例として挙げている。(48)

(6) 重複訴訟の処理手段

前訴と後訴の間に審理の重複や判断の矛盾の危険があると判断される場合、裁判所は、これらの弊害を避けるために、なんらかの措置をとることになる。最も普通に行われてきた伝統的な措置は、これまで述べてきたように、前訴係属の抗弁を受けて、訴訟物に関する本案の審理を行うことなく一方の訴えを却下(dismissal)することである。(49)

しかし、最近では、法域によっても異なるが、前訴係属の抗弁の要件が揃っているといないとにかかわらず、アメリカの裁判所(連邦および州の双方)では、訴え却下以外のさまざまな措置がとられるようになってきている。たとえば、反覆型の重複訴訟において前訴係属の抗弁が理由ありと認められる場合、裁判所は被告のために前訴が最終的に決着するまで後訴の提起を許さない旨の中間判決(interlocutory judgment)をすべきであるとする判例がある。(50)また、同一当事者間で訴訟原因を等しくする前訴が係属している場合には後訴を却下(またはその他の処理)することができる旨の明文の制定法がある場合であっても、法が後訴の却下を唯一の処理方法として強制的な適用を命じていると解

すべきではないとする判例もある。この判例は、右のような場合であっても、後訴の被告は裁判所に対して、①前訴が終結するまで後訴の手続きを停止（stay）する、②前訴と後訴の手続を併合（consolidate）する、③後訴を適切な法廷地に移送（transfer）するなどの処理を申立てることができるとする。[51] あるいは、前訴の係属は単に後訴の停止を導くのみであり、これを理由として後訴の提起そのものが妨げられるものではないと述べる判例もある。[52] また、これと同旨であるが、前訴係属の妨訴抗弁（demurrer）が認められる場合における適切な後訴の処理は却下ではなく、前訴の終結まで後訴の手続を停止しておくことであるとするごく最近の判決もある。[53]

いくつかの法域においては、前訴と当事者および訴訟原因を等しくする後訴が、前訴と同一の裁判所に提起された場合には、前訴係属の抗弁の要件を満たさないものとしている。これは、このような場合には、必要とあれば裁判所は裁量により手続を併合して審理することができることを考慮したものである。[54] これらの法域では、前後両訴の間における争点の共通性や当事者の同一性が必ずしも強くない場合にも、裁判所は後訴却下の措置に代えて手続の併合を選択することが認められている。[55] また、前後両訴のいずれについても判決が確定していない重複訴訟の場合と、前訴についてはすでに判決が確定している既判力の場合とでは、その成否の判断に同一の基準を適用すべきではないとする判例もある。この判例は、前訴係属の抗弁の成立については既判力の場合よりも厳格な基準を適用して後訴が却下される場合を可及的に少なくし、なるべく両訴を併合する方向で処理をするべきであるとする。[56] さらに、わが国の現行制度の下では類似の措置は考えにくいが、前後両訴の一方を審理する裁判所が、当事者の申立に応じて、他方の訴えの続行を禁止する差止命令（injunction）を出すことも早くから認められている。[57] ただし、この差止命令は、他の裁判所の審理に重大な影響を与えるので、つとめて謙抑的に行使されなければならないとされている。[58] また、差止命令の名宛人は差止の対象となる訴訟を提起した当事者であって、他の裁判所の審理そのものを直接拘束するわけではない。[59]

このように、多様な手段を駆使して裁判所が重複訴訟を適切に処理する権限は、裁判所が生来的(inherent)に有する訴訟手続運営上の管理権限(power to control the business of the court)に基づくものであり、必ずしも制定法に具体的な根拠を有する必要はないものと考えられている。[60] しかも、こうした手続管理の権限は、古くは当事者による手続の乱用を防止するという消極的な機能を中心に考えられていたのに対し、[61] 今日では裁判所が主体的に積極的なケース・マネジメントを行うことにより手続進行の迅速性や効率性を達成する機能にまで拡大されてきている。[62] この後者の機能との関係では、裁判所が重複訴訟を処理するために手続管理権限を発動するに際して、必ずしも当事者による前訴係属の抗弁の申立を待つ必要すらなく、伝統的な前訴係属の抗弁の枠にとらわれない包括的で柔軟性の高い処理がすでに模索されつつある。

(7) わが国との対比

右にみてきたように、古くは、コモン・ローにおける伝統的な重複訴訟の処理原則と二三一条の文理に忠実なわが国の伝統的な重複訴訟論は、多くの点で共通点を有していた。すなわち重複訴訟禁止原則は原則として同一の当事者間で同一の訴訟物に関する訴えが重複して提起された場合のみを対象とし、その処理としては機械的に後訴を却下するという手段のみであった点などである。これに対し、大きな相違点としては、わが国では重複訴訟の成否は職権調査事項と理解されてきたのに対し、アメリでは相手方当事者の申立(plea, answer, motion など)を待つ抗弁事項とされてきたことが挙げられるが、[63] わが国の裁判所に独自の調査能力があるわけではなく、現実にはわが国においても当事者の申立を待つことが多いであろう。しかも、アメリカにおいても、裁判所が訴答書面(pleading)や略式判決(summary judgment)の聴聞手続において提出された証拠などから前訴の係属を知ったときは、当事者の申立を待たずに職権で前訴係属の抗弁を前提とした処理をすることができると解されており、[64] 実際には見かけほどの差異があるわけではない。

他方、その後の重複訴訟論の発展は、彼我においてかなり異なってきている。アメリカでは、時代が進むにつれて、多くの面で柔軟性に富む衡量的な処理が行われるようになってきているのに対し、わが国の理論と実務はアメリカにおいて既に過去のものとなったコモン・ロー・ルールと大差ないところに停滞しているようである。こうしたわが国の重複訴訟論の問題点と、これと対比されるアメリカにおける重複訴訟処理の柔軟性と多様性について、ポイントとなる論点ごとに対比しながら以下具体的にみていくことにしたい。

(16) もっとも、どのような訴訟が複雑訴訟であるかについては、明確な定義があるわけではない。たとえば、連邦司法センターの複雑訴訟マニュアルは、第二版以降では事件類型による概念定義を意識的に削除し、事件管理の必要性が高い事件ほど複雑性が高いという機能的な定義に切り替えている。FEDERAL JUDICIAL CENTER, MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION 3 (3d ed. 1995) [hearinafter MANUAL]

(17) *See e. g.*, MANUAL *supra* note (16), § 20. 123, § 20. 225, § 31. 11, § 31. 32; RICHARD L. MARCUS & EDWARD F. SHERMAN, COMPLEX LITIGATION: CASES AND MATERIALS ON ADVANCED CIVIL PROCEDURE, 147 (2d ed. 1992) [hearinafter MARCUS & SHERMAN].

(18) アメリカでは、多数の倒産債権を一括して処理するという意味で、倒産手続ですら重複訴訟論の視点から捉えられることがある。

(19) たとえば、American Law Institute が一九八七年に発表した複雑訴訟に関する研究リポートでは、「相互に関連する訴訟を併合・調整・処理するための既存のメカニズムは、今とは異なった時代にずっと単純な訴訟のためにデザインされたものであり、今日的問題の多くには全く適合しない」と述べている。AMERICAN LAW INSTITUTE, PRELIMINARY STUDY OF COMPLEX LITIGATION 5 (1987).

(20) 複雑訴訟マニュアルは、「裁判官が割くべき時間について厳しい要求が課されている現代にあっては、連邦民訴規則一条の理念（適性、迅速、廉価な裁判―筆者注）の達成をめざすについて、裁判官はかつて以上に弁護士に頼ることになる。反対に、弁護士の方では、裁判官に対して、曇りのない訴訟指揮、時宜を得た判断、そしてケース・マネジメントが望まれる際の揺るぎないコントロールを期待する」という。MANUAL, *supra* note (16), at 3.

(21) Rilcoff v. Superior Court, 50 Cal. App. 2d 503, 506, 123 P. 2d 540, 542 (2d Dist. 1942) は、「同一当事者の間で生じる可能性のある訴訟の数を最小化する (reduce to the minimum) ことは法の基本理念 (the policy of the law) である」と述べている。

(22) Jack Ratliff, *Offensive Collateral Estoppel and the Option Effect,* 67 TEX. L. REV. 4, 63 (1988). もっともここにいう重複訴訟の概念には、大量不法行為 (mass tort)、証券詐欺 (securities fraud)、独占禁止 (antitrust) などの大型原告団を擁する集団型訴訟が含まれている。

(23) *See e. g.,* FLEMING JAMES, JR AND ET AL, CIVIL PROCEDURE 125-131 (4th ed 1992). また、邦語訳のあるものとして、M・D・グリーン〔補遺付初版〕(小島武司他共訳)・体系アメリカ民事訴訟法五頁以下 (一九九三年) など。

(24) 住吉・前掲注 (6) 九五頁。

(25) コモン・ローにおける abatement は、被告の申立に基づき本案の審理に入ることなく原告の訴えを廃棄するもので、dismsial と同じくわが国の却下にほぼ相当する (ただし、エクイティでは stay と同じく手続の停止に相当する)。人的管轄権の欠如 (lack of in personam jurisdiction) や紛争の未成熟性 (premature commencement of an action) なども abatement の根拠となりうるが、最も主要な根拠は同一当事者間における前訴の係属である。*See e. g.,* 1 Am Jur 2d, Abatement, In General §1.

(26) Urlin v. Hudson, 1 Vern. 332, 23 Eng. Rep. 502 (1685).

(27) White v. Whitman, 29 Fed. Cas. 1029 (No. 17560) (C. C. R. I. 1853).

(28) 初期の判例の中には、異なる法域間の重複訴訟においても、後訴に対して訴え却下の抗弁を認めてよいとするものがある。*See e. g.,* Smith v. Atlantic Mut. Fire Ins. Co., 22 N. H. 21 (1850). しかし、判例の主流は、同一の法域内における重複訴訟についてしか訴え却下の抗弁を認めない。*See e. g.* Paluchowska v. United States Lines Co., 93 F. Supp. 751 (S.D. N.Y. 1950).

(29) Colby v. Portland, 89 Or 566, 174 P. 1159, 3 A. L. R. 819 (1918); Kirman v. Borzage, 89 Cal. App. 2d 898, 202 P. 2d 303 (2d Dist. 1949); McDowell v. v. Blythe Bros. Co., 236 N. C. 396, 72 S. E. 2d 860 (1952); Lawyers Title Ins. Corp. v. Superior Court 151 Cal. App. 3d 455, 199 Cal. Rptr. 1 (1st Dist 1984). ただし、被告から訴え却下の抗弁が出された後でも、原告が前訴を取り下げれば後訴を維持することができる。Stahler v. Sevinor, 324 Mass. 18, 23, 84 N. E. 2d

447, 450 (1949).

(30) Seaboard Surety Co. v. Gillette Co. 75 App. Div. 2d 525, 426 N. Y. S. 2d 762 (1st Dept. 1980). この判例の事案は、概略、以下のとおりである。本件の後訴は前訴よりわずかに数時間遅れて提起されたが、後訴の法廷地であるニューヨークは三つの企業の代表者が共通の争点の審理を受けることができる唯一の地であり、後訴が却下されるとすると当事者は同一の争点について二つの異なった裁判所で審理を受けなければならなくなる。原審は被告の後訴却下の申立を認めたが、控訴部(Appellate Division)は、前訴であることの優先性は申立の適否を判断するにあたって考慮すべき要素ではあるが必ずしも支配的な要素(controlling factor)ではなく、本件ではニューヨークこそが共通の争点について完全かつ迅速な解決を与えるに最も適した法廷地であるとして、原決定を破棄して訴え却下の申立を斥けた。*See also*, Lafrance v. Lafrance, 127 Conn. 149, 14 A. 2d 739 (1940).

(31) Kehr v. Kehr, 173 Neb. 532, 114 N. W. 2d 26 (1962). この判例の事案は、概略、以下のとおりである。妻Xは夫Yに対して共有土地の分割を求める前訴を提起し、その約四ヵ月後に同じ裁判所に離婚の訴えを提起した。夫Yは前訴について訴え却下を求める抗弁を提出し、これに対して妻Xは訴え却下の抗弁は後訴に向けられるべきであると主張した。ネブラスカ州最高裁判所は、離婚の訴えは離婚に伴う財産分割より同一争点に関して包括的であり、このような場合には前訴優先ルールの例外が認められるべきであるとして、前訴の方を却下した原審の判断を支持した。

(32) Moser v. John F. Buckner & Sons 320 S. W. 2d 900 (Tex. Civ. App. Waco 1959). この判例は、反覆型の重複訴訟において、裁判所は原告に前後両訴のいずれを維持するか選択することを命じることができ、そのことによって原告に課されるべナルティは却下される訴えの訴訟費用の支払いのみであるとする。*See also*, Solarana v. Industrial Electronics, Inc., 50 Hawaii 22, 428 P. 2d 411 (1967).

(33) *See* 1 Am Jur 2d, Abatement, Particular Grounds for Abatement, Another Action Pending, Fundamental Principles § 7 (1994).

(34) *See e. g*, Moore-Mansfield Const. Co v. Indianapolis, N. C. & T. R. Co., 179 Ind. 356, 101 N.E. 296 (1913) (plaintiff); Daly v. White, 100 Cal. App. 2d 22, 22 P. 2d 950 (1950) (defendant).

(35) Nashville C. & S. L. Ry. v. Hubble, 140 Ga. 368, 78 S. E. 919 (1913); Chapple v. National Hardwood Co., 234 Mich. 296, 207 N. W. 888, 44 A. L. R. 804 (1926); Wulfjen v. Dolton, 24 Cal. 2d 891, 151 P. 2d 846 (1944).

(36) *See e. g.* Pappas v. Maxwell, 337 Mass. 552, 150 N. E. 2d 521 (1958). この事件は，前後両訴ともに被告Y_1の不動産が係争物となっている反復型訴訟であるが，原告Xは前訴ではY_1を被告としたのに対し，後訴ではY_1およびY_1の夫であるY_2を被告とした。判例は，夫Y_2は妻Y_1の財産に利害関係を有しないのでabatementにより後訴を却下することができるとする。

(37) *See e. g,* Daly v. White, 100 Cal. App. 2d 22, 222 P. 2d 950(1950); Crane v. Burns, 235 Ind, 583, 135 N. E. 2d 832 (1956); Westminster Presbyterian Church v. Trustees of Presbytery, 211 N. Y. 214, 105 N. E. 199 (1914).

(38) *See e. g.* Wilson v. Sanders, 217 Ark. 326, 230 S.W.2d 19 (1950); State ex rel. J. E. Dunn, Jr. & Associates, Inc. v. Schoenlaub (Mo) 668 S. W. 2d 72 (1984); Cameron v. Cameron, 235 N. C. 82, 68 S. E. 2d 796, 31 A. L. R. 2d 436 (1952).

(39) *See* 1 Am Jur 2d. Abatement, Particular Grounds for Abatement, Another Action Pending, Identity of Parties § 24 (1994).

(40) *See e. g.,* Ft. Worth Independent School Dist. v. Aetna Casualty & Surety Co. 48 F. 2d 1, 77 A. L. R. 222 (1931), *cert. denied* 284 U. S. 645, 76 L. Ed. 548, 52 S. Ct. 24 (1931); McAllister v. McAllister, 147 Fla. 647, 3 So. 2d 351 (1941); Hillsdale Coal & Coke Co. v. Pennsylvania R. Co., 229 Pa. 61, 78 A. 28 (1910).

(41) *See e. g.,* Williams v. State, 62 Cal. App. 3d 960, 133 Cal. Rptr. 539 (1st Dist. 1976). この事件は，前訴では州公務員の法令に基づく義務の履行が請求されたのに対し（前訴はクラス・アクション），後訴では右義務の不履行に基づく損害賠償が請求されたものであり，基礎となる事実関係は単一であるが，裁判所は救済手段の相違を理由として前訴係属の抗弁を認めなかった。*See also* Lawyers title Ins. Corp. v. Superior Court, 151 Cal. App. 3d 455, 199 Cal. Rptr. 1 (1st Dist. 1984); McAllister v. McAllister, 147 Fla. 647, 3 So. 2d 351 (1941).

(42) *See e. g.,* The Haitian Republic, 154 U. S. 118, 38 L. Ed. 930, 14 S. Ct. 992 (1894); National Fire Ins. Co. v. Hughes, 189 N. Y. 84, 81 N. E. 562 (1907). 両訴の基礎となる事実関係が同一である限り，法律構成の相違は事件の同一性を損なうものではないとされる。*See e. g.,* Cummings v. Iron Hustler Corp., 118 Ill. App. 3d 327, 73 Ill. Dec. 829, 454 N. E. 2d 1078 (1983).

(43) *See e. g,* Flickinger v. Swedlow Engineering Co., 45 Cal. 2d 388, 289 P. 2d 214 (1955); Perry v. Owens, 257 N. C. 98, 125 S. E. 2d 287 (1962); Chem-Gas Engineers, Inc. v. Texas Asphalt & Refining Co., 398 S. W. 2d 143 (Tex.

Civ. App. Waco 1965).

(44) *See e. g.*, BBMS, Inc. v. Brown, 251 Ga. 409, 306 S. E. 2d 288 (1983).

(45) Haney v. Temple Trust Co., 55 S. W. 2d 891 (Tex. Civ. App. 1932).

(46) MARCUS & SHERMAN, *supra* note (17).

(47) MANUAL, *supra* note (16).

(48) MARCUS & SHERMAN, *supra* note (17), at 148.

(49) 周知のように，dismissal には，わが国の棄却に相当する dismissal with prejudice（同一の訴訟原因について再訴が不可能）と，わが国の却下に相当する dismissal without prejudice（却下の原因となった事由が排除されれば再訴が可能）とがあるが，この場合はいうまでもなく後者である。Miller v. Johnson, 370 P. 2d 171 (Alaska 1962).

(50) Lord v. Garland, 27 Cal. 2d 840, 850, 168 P. 2d 5, 11 (1946).

(51) A. E. Staley Mfg. Co. v. Swift & Co., 84 Ill. 2d 245, 50 Ill. Dec. 156, 419 N. E. 2d 23 (1980).

(52) Brunton v. Floyd Withers, Inc., 716 S. W. 2d 823 (Mo. App. 1986).

(53) Plant Insulation Co. v. Fiberboard Corp., 224 Cal. App. 3d 781, 274 Cal. Rptr. 147 (1990).

(54) Daly v. White, 100 Cal. App. 2d 22, 222 P. 2d 950 (1950); Hughes v. Sanders, 243 S. W. 2d 211 (Tex. Civ. App. 1951).

(55) Daly v. White, 100 Cal. App. 2d 22, 222 P. 2d 950 (1950); Haney v. Temple Trust Co., 55 S. W. 2d 891 (Tex. Civ. App. 1932).

(56) General Acci. Fire & Life Assur. Corp. v. Flamini, 229 Pa. Super 312, 445 A. 2d 770 (1982).

(57) *See e. g.* Steelman v. All Continent Corp., 301 U. S. 278, 57 S. Ct. 705, 81 L. Ed. 1085 (1937); Crosley Corp. v. Hazeltine Corp., 122 F. 2d 925 (1941); Kerotest Mfg Co. v. C-O-Two Fire Equipment Co., 342 U. S. 180, 72 S. Ct. 219, 96 L. Ed. 200 (1952).

(58) *See* Philip v. Macri, 261 F. 2d 945, 947 (9th Cir. 1958). ちなみに，連邦裁判所が当事者に州裁判所における手続きの停止を命じることができる場合は，連邦議会の制定法により例外的な場合に限定されている。28 U. S. C. §2283.

(59) See Steelman v. All Continent Corp., 301 U. S. 278, 290-91, 57 S. Ct. 705, 710, 81 L. Ed. 1085, 1085 (1937).

(60) 明文の規定がないにも関わらず、フォーラム・ノン・コンヴィニエンスの法理に基づき裁判所が訴えを却下することができるとされるのも、同じく裁判所の生来的権限の理論を基礎としている。*See* Gulf Oil Corp. v. Gilbert, 330 U. S. 501, 507-09, 67 S. Ct. 839, 842-43, 91 L. Ed. 1055, 1062-63 (1947); Johnson v. Chicago, B. & Q. R. R., 243 Minn. 58, 66 N. W. 2d 763 (1954); Cotton v. Louisville & N. R. R., 14 Ill. 2d 144, 152 N. E. 2d 385 (1958).

(61) 当事者の濫用的な訴権の行使を防ぐための裁判所の権限を一般的に述べたものとして以下のような判例の説示がある。「裁判所は、訴訟手続が誠実な論争に基づく司法過程という本来の目的のみに基づくものか、それとも嫌がらせや詐欺的な目的で利用されているのかを決定する生来的な権限を有する。このような濫用を防止するのは裁判所の義務であり、この義務の遂行にとって当該訴訟の却下は適切な手段といえる」Pueblo de Taos v. Archuleta, 64 F. 2d 807, 813 (10th Cir. 1933).

(62) 裁判所の生来的な事件管理権限が訴訟経済の達成という積極目的にも及ぶことを述べたものとして、以下のような連邦最高裁判所の判示がある。「訴訟手続の停止 (stay) を命ずる権限は、裁判所が係属事件を処理するにあたり、当事者、代理人、裁判所の時間および労力の節約を達成せしめるべく、全ての裁判所が有する生来的な権限から派生するものである」Landis v. North American Co., 299 U. S. 248, 254 (1936).

(63) *See* American Auto. Ins. Co. v. Freundt, 103 F. 2d 613 (7th Cir. 1939); Simmons v. Superior Court, 96 Cal. App. 2d 119, 214 P. 2d 844 (2d Dist. 1950); Cameron v. Cameron, 235 N. C. 82, 68 S. E. 2d 796 (1952).

(64) *See e. g.*, Wheeler v. Employers Mut. Liability Ins. Co., 609 S. W. 2d 826 (Tex. Civ. App. Tyler 1980).

四　重複訴訟禁止原則の根拠

1　問題の所在

わが国では、重複訴訟禁止原則の根拠は多元的に説明されることが普通である。すなわち、重複した訴訟追行を強いられる相手方当事者の迷惑（本稿では以下「迷惑論」という）、重複した審理を実施することによる訴訟経済上の非効率（本稿では以下「効率論」という）、同一事件について矛盾抵触する判決のおそれ（本稿では以下「抵触論」という）がしばしば挙げられる。しかし、これは二重の意味でミス・リーディングである。第一に、これらは、それぞれ異なった指導

原理を提供するものであり、多元的な根拠を漫然と平行的に並べただけでは具体的な解釈論にとってあまり意味をなさない。[65] 第二に、この多元的根拠はあくまでも抽象論にとどまっており、具体的な解釈論では抵触論の一部である既判力論のみが指導原理として機能しているという状況がみられる。[66]

2 迷惑論について

迷惑論については、結論を先にいえば、狭義の重複状態にある反覆型訴訟のケースに関しては根拠たりうるが、その他のケースについては根拠として挙げることが妥当かどうか疑わしいケースが多い。これは、狭義の重複状態にある反覆型訴訟は、原告に積極的な理由がなく嫌がらせや訴権の濫用にあたるケースが多いのに対し、広義の重複状態にある反覆型訴訟や対向型訴訟は後訴を提起する積極的な理由がある場合が多いことの裏返しといえる。このことは、抽象的に考えても明瞭であるが、念のために反覆型訴訟と対向型訴訟についてそれぞれ例を挙げてみてみよう。

まず、反覆型訴訟についてであるが、たとえば、XがYに対して土地に関する所有権確認の訴えを前訴として提起し、さらに同じ所有権に基づいて土地明渡の訴えを後訴として提起したとする。この場合、前訴に勝訴しても執行力は発生しないからXには後訴を提起する必然性があり、あえてYに対して迷惑をかけているという関係にはない。これは、判決の抵触や訴訟の効率の面から考えるべきケースであり、迷惑論を前提にして考えてみても何ら意味のある解釈論はでてこない。また、対向型訴訟としては、次のようなケースがわかりやすい。Xが自動車事故の相手方であるYに対しXの住所地を管轄するA裁判所に損害賠償請求の前訴を提起し、Yはこれに対抗してXに対しYの住所地を管轄するB裁判所に損害賠償請求の後訴を提起した（X、Yともに、民訴法五条、民法四八四条に基づく義務履行地の裁判籍を主張）。このケースでも、XとYが対等な立場で便宜な法廷地を争奪していると見る方が自然である。[67]

また、前訴と後訴とで当事者が異なっている場合にも、迷惑論は重複訴訟禁止原則を考えるうえで意味をなさない。

たとえば、Xが前訴において建物の所有者Y_1に対して建物明渡訴訟を提起し、後訴において同建物の管理人Y_2に対して建物明渡訴訟を提起したという単純な教壇説例を考えてみよう。このような民訴法二〇一条一項(請求の目的物の所持人)により既判力が拡張されるケースについて公刊された判例は見あたらないが、同条二項により既判力が拡張されるケースについては判例・学説ともに二三一条の適用を認めているので[68]、この場合もたとえ制限説を前提としても重複訴訟禁止原則が適用されると解する見解が多いものと思われる。しかし、ここで考慮されているのはもっぱら既判力のみであり、迷惑論を前提とすると、前訴と後訴で被告が異なればいずれの被告も他方の訴えにより迷惑を受けるということはありえない以上、論理的には二三一条は適用されないという反対の結論に到達するはずである。

アメリカにおける重複訴訟論に目を転じてみても、古典的な形における abatement が審理の対象となっている場合には、その目的として当事者の一方を迷惑(harassment)から防衛するためということがしばしばいわれるのに対し[69]、最近の abatement の拡張的な運用の局面や積極的なケース・マネジメントを指向した重複訴訟論においては、迷惑論をみかけることはほとんどない。一般論としていえば、古典的な重複訴訟論が素朴に思い描く「反覆型の狭義の重複訴訟」というプロト・タイプを離れれば離れるほど、迷惑論が根拠として妥当する余地は減少していく関係にあり、「後訴が前訴とどの程度まで重複すれば前訴によって排斥されるに十分なほど迷惑的(harassing and vexatious)になるかについて普遍的な基準は存在しない[70]」のである。

迷惑論のもうひとつの問題点は迷惑という概念がきわめて主観性の高い概念であることである。そのため、後訴の提起が相手方にとって迷惑かどうかということは、類型的な考察には馴染みにくい。したがって、重複訴訟禁止原則の射程をどこまで及ぼすか、また、重複訴訟禁止原則が及ぶとした場合にどのような処理をすることが妥当かなどについて、迷惑論からはいかなる解釈も引き出すことができない。ただ、後訴の被告が後訴提起に同意した場合、果たして重複訴訟禁止原則の適用は解除されるかという問題に限っては、迷惑論は解釈上の指導理念を提示する。なぜな

ら、迷惑論の根底にあるのは相手方当事者の保護であるので、相手方が同意した以上は重複訴訟禁止原則を維持する理由はなくなるからである。しかし、旧民訴法がまさにこの迷惑論を前提として重複訴訟の禁止を権利拘束の抗弁としていたのに対し（旧民訴一九五条二項一号、二〇六条二項三号）、現行民訴法はこれを改めて公益の見地から職権調査事項とした趣旨を考えると、たとえ後訴被告の同意があったとしても重複訴訟禁止原則の適用を解除することはできないと解すべきであろう。このように考えることは、基本的に公益に根拠をおく抵触論や効率論の指導理念にも合致する。

3　抵触論について

わが国の重複訴訟論の歴史において、二三一条の解釈と運用を事実上支配してきたのは抵触論である。この抵触論そのものは、社会的に同一の紛争について「判決の矛盾」があることは望ましくないという当然の事理を説くものであり、抽象論としてこれが重複訴訟禁止原則の根拠たりうることに問題はない。しかし、わが国の判例および学説の多くは、重複訴訟禁止原則の適用の可否を判定するのに制度趣旨に立ち返って考察しなければならない局面では、意識的にか無意識的にかこれを「既判力の矛盾」を避けるためという議論に置き換えてきた。この「既判力の矛盾」と抵触論本来の「判決の矛盾」は、一見すると大差ないようであるが、解釈にあたってまったく異なった指導理念を提供する。

(1)　抵触論の学説史

学説史を辿ってみると、早い時期に発表された学説は、重複訴訟禁止原則の根拠を既判力制度の根拠とほとんど同視しているといってよい。たとえば、「同一訴訟物ニ付キ……相矛盾スル判決ノ生スルコトヲ防止スルヲ目的トス」[71]とするもの、「相手方ハ同一訴訟物ニ付二重ノ應訴ヲ餘義ナクセラルルノミナラス之カ為裁判ノ牴觸ヲ来ス危険ヲ生ス

ルヲ以テナリ」[72]とするもの、「同一訴訟物ニ關シ牴觸スルコトアルヘキ二個以上ノ確定判決ノ發生ヲ防止セントスルモノニ外ナラス」[73]とするものなどがそれである。

ところが、やや時代が下ると、初期の学説に例外なくみられた「同一訴訟物」についてという限定句がなくなってくる。たとえば、加藤博士は単に「裁判の牴觸する結果を生ずる上より見るも許すべきでない」とされるし、兼子博士も「同一事項について矛盾する判決が生じて混亂を来すとすれば有害でさえある」とされる。両博士がこうした表現をされたのが単なる筆の省略ではないことは、両博士が重複訴訟禁止原則の適用範囲を訴訟物が等しい場合のみに限定しないとする柔軟な解釈をとられているところからみても明らかである。[74]

最近の学説について見てみると、ほとんどの学説は、「同一事件について矛盾する審判が生じて混乱するおそれもある」[75]、「矛盾した裁判が行われるおそれがある」[76]、「判決の抵触のおそれもある」[77]などといった言葉を用いており、どこまで意識的なものであるかは必ずしもよくわからないが、表現としては慎重に既判力の矛盾という言葉を避けているように思われる。[78]反対に、抽象論として重複訴訟禁止原則の根拠を説明する際に、「既判力の抵触」という表現をとっているのは、ごくわずかな文献にとどまる。[79]

(2) 抵触論と既判力論の関係

既判力は、同一事項について後訴が矛盾した判断を行うことを禁ずる効力であり、前訴と後訴について同時に判決が確定するという希有な事態を除いては既判力が矛盾するということは論理的にありえない。であればこそ、重複訴訟状態にあることを看過して後訴が先に確定してしまえば、かえって係属中の前訴においてその確定判決の効力に抵触する判決ができなくなる旨が争いなく説かれているわけである。[80]既判力制度と別に重複訴訟禁止原則が必要とされるのは、むしろこうした既判力によって矛盾防止が担保されていない事項についてであり、このことを十分自覚しているがゆえに、多くの学説は「判決の矛盾」とか「裁判の矛盾」といった曖昧な表現に甘んじているのではないかと思

われる。この点に関しては、アメリカにおけるウエスト・ケースブックの記述が興味深い。[81] 同書は、重複訴訟をそのまま放置しておくことの弊害について、本稿にいう狭義の重複状態と広義の重複状態とを分けて以下のように説明している。まず、狭義の重複状態については、①訴訟経済的に無駄であること、②当事者のフォーラム・ショッピングを許すこと、③同一事項について複数の訴訟を追行することによる不当な利益の取得の三つを挙げる。これらのうち、②と③は、アメリカ国内における複数法域の並存に由来する。したがって、単一法域を前提として考えると、わずかに効率論のみが挙げられていることになる。これに対し、広義の重複状態の場合については、①訴訟経済的に無駄であること、②裁判所の判断が矛盾するおそれがあることの二つを挙げる。すなわち、ここでは効率論と抵触論の両方を問題としている。同書では、こうした分け方をした理由を特に説明しているわけではないので想像するしかないが、狭義の重複状態の場合は既判力(res judicata)が働くからもともと裁判の矛盾は問題にならないのに対し、こうした安全装置のない広義の重複状態では抵触論が問題になると考えたのではないかと思われる。

抵触論における「裁判の矛盾・抵触」が、判例を中心に「既判力の矛盾・抵触」に置き換えられてきたとしても、それで具体的な場面における解釈論に影響がないのであれば、あえて問題として取り上げるほどのこともない。しかし、現実には、こうした置き換えは重複訴訟論の適用範囲を狭く限定するための道具として、具体的事件の処理におけるあらゆる場面で威力を振るってきた。また、学説の多くも、総論では既判力という言葉を用心深く避けていながら、各論では既判力に引きずられた判例の解釈を是認している。そうした例は、無数に挙げることができるが、代表的な例として次の最高裁判決をひとつ挙げれば十分であろう。XはYに対して売買契約を理由とする土地所有権移転登記手続(および売買契約存在確認など)を求める訴えを提起したが、この前訴が係属中にYはXに対して同一土地の所有権確認(および売買契約不存在確認など)を求める後訴を提起した。これに対し、最高裁第二小法廷は、「確定判決の既判力は、主文に包含するもの、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(引用判例省略—筆者)、本件の場合、本件土地ほか二筆の土地の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訴法二三一条の規定に違反するものと解することはできない」と判示している。[82] しかし、本件後訴の訴訟物である土地の所有権の存否は前訴の訴訟物である所有権移転登記手続請求権の不可欠の先決関係をなし、両訴の間で所有権の存否に関する判断が異なれば、まさに抵触論がいうところの「矛盾した裁判」または「判決の抵触」が生じることになる。この事案では、たしかに伝統的な既判力論による限り「既判力の抵触」は生じないが、抵触論の根底にある判決内容の抵触は可能な限り避けるべきであるという当然の要請が既判力の抵触回避のみに矮小化されなければならない理由は、こうした判例や制限説の側からは何ひとつ論証されていないのである。[83]

(3) 抵触論の既判力論化の問題点

わが国において重複訴訟論が既判力論と同視されてきたことの影響は、単に重複訴訟論の適用範囲の矮小化のみにとどまってはいない。その他の影響として、以下の諸点を挙げることができる。

第一に、わが国の伝統的な重複訴訟論では、具体的な事件をこれによって処理する際の選択肢として、前後両訴の同一性を認めて後訴を却下するか、それとも同一性を否定して後訴をそのまま維持するかの二種類しかなかった。言葉を換えていえば、白か黒かという二項対立型のシンプルな処理がなされてきた。これは、既判力論において、前訴の既判力が及んで後訴がこれに拘束されるか、それとも及ばずに後訴は拘束を受けないかという構造がとられることと全くパラレルである。しかし、既判力については論理的に二項対立的な構造しかとりようがないのに対し、重複訴訟の処理についてはわが国でも既に拡大説によって示唆されている手続の停止や併合を含め、後に考察するように多

様な処理を検討する余地がある。重複訴訟論において二項対立型の処理がなされなければならない必然性は存在しないことを考えれば、既判力を軸とする思考様式がわが国の重複訴訟論からいかに柔軟性を奪ってきたかがわかる。

第二に、わが国の重複訴訟論では、あえて重複的な後訴を提起した当事者の動機や事情に関してあまり関心が払われなかった。また、重複訴訟の処理は後訴を受理した裁判所のみの仕事とされ、裁判所間の調整や当事者（および弁護士）の協力といった側面はほとんど考慮されなかった。これも、従来の既判力を軸とする思考様式と無縁ではないように思われる。すなわち、既判力においては明確性と不動性が要求されるため、利益衡量的な考察や手続運用論的な考察は原則として行われない。しかし、重複訴訟論の場合にこうした方向からの考察が視角外におかれるべき理由は何もなく、むしろ当事者の動機や事情を積極的に考慮すべき場面や、関係する事件に携わるそれぞれの裁判所と当事者の協力によって効果的に処理できる場面が少なくないように思われる。

4　効率論について

これまでの検討で明らかなように、迷惑論や抵触論の変形としての既判力論は重複訴訟禁止原則の根拠として問題をはらんでいる。すなわち、迷惑論は狭義の重複状態における特殊限定的なケースにしか通用しないし、既判力論はかえって重複訴訟禁止原則を特殊なケースに限定していく機能を営む。重複訴訟禁止原則を拡大することに対する反発は、それによって当事者の裁判を受ける権利や手続的自治が侵害されることの懸念に起因するのであるが、これについては処理手段の柔軟化で対応すべきであり、重複訴訟禁止原則の適用領域を自ら狭くする方向で解決すべきではない。

これに対し、重複訴訟禁止原則の根拠として効率論を前提にすると、解釈の指導原理は以下の三つの方向性を有するものと考えられる。第一に、訴訟経済の見地からは、重複訴訟禁止原則の射程を既判力の及ぶ範囲に限定する必然

性はなくなるので、重複訴訟禁止原則の適用範囲を広く捉えることになる。第二に、効率的な訴訟運営を達成する手段は必ずしも後訴を受理した裁判所による後訴の処理のみに限られないので、重複訴訟を処理する手段を考えるについて柔軟な発想が必要になる。第三に、訴訟経済は既判力のような絶対的な価値ではなく、他の価値との衡量を許す相対的な価値であるから、他方において後訴原告の裁判を受ける権利との調整をすることが可能である。右の三つの方向性は、それぞれ相互に関連性を有する。すなわち、重複訴訟の射程距離を可能な限り長く捉えることになると、それだけ後訴原告の裁判を受ける権利に干渉することになるので、重複訴訟を処理する手段としては柔軟な選択肢が数多く与えられる必要があるし、後訴原告の固有の利益との衡量にも最大の考慮が払われなくてはならない。

効率論と本来の意味の抵触論は、基本的にその目指す方向性を等しくするものと考えられる。すなわち、抵触論は判決内容の矛盾を可能な限り回避しようと考えるものであるから、重複訴訟禁止原則の射程距離はなるべく長くとらえることになる。また、判決内容の矛盾を回避することは、既判力の矛盾が絶対的に禁じられるのと異なり、必ずしも絶対的な要請ではない。[84] したがって、後訴原告の利益とのバランスを考える衡量的な解釈態度とも十分に親和する。また、効率論の目的である訴訟資源の適正配分も抵触論の目的である判決相互の矛盾回避も基本的に公的利益であり、いずれを前提としても相手方当事者の同意があっても重複訴訟禁止原則の適用は解除されないと考えることになろう。

(65) 住吉教授は、「被告の訴訟追行についての迷惑はどの程度を超えればかえりみられ、どの程度以下であれば放置されてよいのか。裁判所による審理と判断とは請求の趣旨それ自体に限定して行なわれるということはありえず、請求の趣旨を基点として必然的により広汎な範囲にわたるのであるから、二つの訴訟における審判がいかなる部分をもって重複すれば、不経済、無益とみなされるべきことになるのか。それぞれの疑問は、個別事例に即して重複訴訟禁止原則の適用の有無を決するにつき、必須の先決判断事項をなすのであるが、これらの要請が抽象的に列挙されてあるだけでは右の問いに一義的な回答を与えているとは到底いい難いところである」とする。住吉・前掲注(6)一〇〇頁。

(66) 渡辺教授は、「右の例のような場合(給付請求権の不存在確認訴訟と同一給付請求権に基づく給付訴訟とが競合する対向型

訴訟―筆者注）には、事件の同一性を当事者の同一、訴訟物の同一という基準から機械的に決めてしまうことはできず、二重起訴の禁止の制度趣旨と判決取得の利益との対比的考慮がなされることになる。そして、このような制度趣旨への立帰りが必要とされる場合、一般に、判決の抵触の回避が制度の中心理念と解されてきたように思われる」とする。渡辺惺之「二重起訴の禁止・国際的二重起訴」小山昇＝中野貞一郎＝松浦馨＝竹下守夫編・演習民事訴訟法三二九頁（初版一九八七年）

(67) 類似の例として、XがYに対して土地明渡を請求した前訴においてYは抗弁として賃借権の存在を主張し、さらに別訴としてXを被告として賃借権確認の後訴を提起するなどがある。この場合も、伝統的な見解では前訴において賃借権の存否が既判力で確定されないから後訴を迷惑論で捉えるには無理がある。仙台高判昭和二九年一一月二五日下民集五巻一一号一九三一頁参照。

(68) 大判昭和一四年五月一六日民集一八巻五五七頁。

(69) Insurance Co. v. Brune's Assignee, 96 U.S. 588, 6 Otto 588, 24 L. Ed. 737 (1877); Jernigan v. Rainer Mercantile Co., 211 Ala. 220, 100 So. 142, 32 A. L. R. 1337 (1924); National Auto. Ins. Co. v. Winter, 58 Cal. App. 2d 11, 136 P. 2d 22 (1943); Illinois Minerals Co. v. Miller, 327 Ill. App. 596, 65 N. E. 2d 44 (1946); Conley v. Marshall, 304 Ky. 745, 202 S. W. 2d 382 (1947).

(70) 1 Am Jur 2d, Abatement, Particular Grounds for Abatement, Another Action Pending, Fundamental Principles §7 (1994).

(71) 細野長良・民事訴訟法要義（第二巻）二一八頁（訂正一二版一九三四年）。

(72) 中島弘道・日本民事訴訟法一二四八頁（一九三四年）。

(73) 山田正三・日本民事訴訟法論（第二巻）一〇五頁（一九三四年）。

(74) 住吉・前掲注（6）一〇〇頁は、「裁判の矛盾抵触をさけるという配慮は、既判力の制度とも共通し、重要なものであるといえようが、これについて、『同一訴訟物ニ付キ……相矛盾スル判決ノ生スルコトヲ防止スル』とされていたのが、『同一事項について矛盾する判決が生じて混乱を来たすとれば有害でさえある』という表現に推移し、さらには単に『矛盾した裁判』もしくは『判決の抵触』とのみ表現するにとどめられる例さえみられるに至っているのは興味深いところである（傍点および脚注は省略―筆者）」という。

(75) 新堂幸司・前掲注（10）一五五頁。

(76) 斎藤秀夫・民事訴訟法概論（新版）一四九頁（一九八四年）。

(77) 小山昇・民事訴訟法〔四訂版〕二〇九頁（一九八四年）。

(78) 上記のほか、中村英郎・民事訴訟法二一〇頁（一九八七年）、吉村徳重＝竹下守夫＝谷口安平編・講義民事訴訟法〔二訂版〕四四頁（一九八七年）、林屋礼二・民事訴訟法概要九一頁（一九九一年）、石川明＝小島武司編・民事訴訟法〔改訂版〕九三頁〔中島弘雅執筆〕（一九九三年）など。

(79) 上田徹一郎・民事訴訟法一三四頁（一九八八年）、加藤哲夫「二重起訴の範囲と効果」民事訴訟法の争点〔新版〕一五八頁（一九八八年）など。

(80) たとえば、新堂・前掲注(10)一五九頁など。

(81) MARCUS & SHERMAN, *supra* note (17), at 7.

(82) 最二小判昭和四九年二月八日金融商事判例四〇三号六頁。

(83) こうした既判力を中心とする論理の構造は、住吉説と並んで重複訴訟禁止原則の柔軟化を説く新堂説においても踏襲されている。すなわち、新堂説は、争点効理論を基礎として、前後両訴の主要な争点が共通すれば重複訴訟禁止原則の適用を認めるべきであるとする。しかし、争点効理論を基礎とするのであれば、争点効の及ぶ範囲は争点効そのものによって判決の矛盾防止が担保されているのであるから、重複訴訟禁止原則はむしろこうした担保のない争点効の及ばない範囲にも拡大されるべきではないだろうか。

(84) たとえば、現職の裁判官の書いた判例評釈の中には、次のように割り切った意見すらみられる。「しかし弁論主義が支配する民事訴訟では、判決の矛盾は、大げさに言えば、不可避的、日常的に発生する（例えば連帯債務を負う複数の被告の応訴態様で被告の勝訴敗訴は区々となる）。この訴訟現実に馴れた実務家は判決の矛盾については、防ぎえたら防ぎたい、という程度の気持しか持っていないのではあるまいか」上杉晴一郎「判批」判タ七〇六号二七八頁（一九八九年）。もっとも、右の意見は一種の極論であり、筆者自身は必ずしも賛成しない。

五　前訴優先ルール

1　問題の所在

わが国の伝統的な重複訴訟論では、前後両訴が同一事件と認められた場合に却下の対象となるのは常に後訴であり、そのことに疑いが抱かれたことはなかった。わずかに、後訴の口頭弁論終結前に前訴が不適法として却下されたり取り下げられたりしたときは、残る後訴についてもはや二三一条違反の瑕疵を論じる必要はないとして後訴を維持すべきとする判例およびこれを支持する学説が存在するが[85]、これはどちらかといえば重複訴訟禁止原則の適用の有無を判断する際の基準時を明らかにしたもので、いうまでもなく前後両訴の並存する場合に前訴の優先性を否定して後訴を選択することまでを認めるものではない。

こうした前訴優先ルールは、基本的にその後の拡大説においても変更を加えられていない。たとえば、住吉説は、「適当な場合には第二の手続が一応中止の処置にとどめられ、第一の手続の帰すうをうかがうとするのも、重複訴訟禁止原則の当然の適用であるということが知られねばならない」、「いちじるしく訴訟手続を遅滞せしめるとして訴えの変更が許されない程度に、先行の訴訟手続が進んでいるときには、後行の訴訟は訴え却下ではなくして、手続の中止にとどめるべきである」、「中止中の訴訟手続におけると同一の請求をもってする別の訴訟手続内での訴訟中の訴えは二重基礎として却下されてはならず（傍点省略―筆者）」などとし[86]、手続中止の措置がとられるべきは後訴であり、手続の併合は前訴手続に後訴手続きが併合されるべきであることを、ア・プリオリに前提としている。また、新堂説も、「事件の併合を求めるのが困難であるとき（前訴がすでに上告審にあるようなとき）には、前訴判決の確定まで後訴の手続きを中止して、前訴判決の確定後その効力を受ける形で後訴を進行せしめるべきである」、「立法論としては、後訴の手続を中止することができる旨の規定（旧民訴一二一条が参考になる）を設けるべきであろう」などと述べており、やは

り手続の中止や併合にあたって前訴が優先されるべきことを疑いなく前提としている。

しかし、なにゆえに訴え提起の時間的前後が常に絶対視されなければならないか、あるいは、先にアクションを起こしたということの価値を凌駕しうる他の価値はまったく存在しないのか。少なくとも、重複訴訟論に利益衡量的視点を持ち込むとすると、こうした疑問に対する答えが用意されたうえでのみ、前訴優先ルールの絶対性が説かれなくてはなくてはならない。アメリカには、この点を問題にした判例がすでに数多く存在し、今では前訴優先ルールはかなりの程度まで相対化されてきている。これに対し、わが国には、この問題を正面から争ったケースは見あたらないが、それでも前訴優先ルールの意味を問いかけるうえで、民事調停法一九条との関係を扱った次の裁判例を検討してみることが参考になる。

2　前訴優先ルールと民事調停法一九条の関係

Xは、損保会社であるYほか数社を共同被告とし、昭和六〇年二月九日、東京地方裁判所に火災事故に基づく損害賠償債務不存在確認の訴えを提起した。しかし、これより以前の昭和五九年一二月一三日、YらはXほか数名を共同被告として、大阪地方裁判所に同一火災事故に基づく損害賠償請求の訴えを提起していた。ところが、Xは右の昭和六〇年の提訴に先立ち、昭和五九年九月四日、東京簡易裁判所に、Yらを相手方として、同一損害賠償債権の存否を確定するための調停申立をしていたところ、右調停が昭和六〇年一月二九日に不調に終わったため、調停不調の日から二週間以内の日である同年二月九日に右の訴えを提起したものであり、民事調停法一九条の定めにより、右の訴えは調停申立の日である昭和五九年九月四日に提起されたものとみなされる。この裁判例のケースでは、いずれが前訴であるかを判断する基準として、民事調停法一九条に従い調停申立の日を基準にするとすれば、Yの訴えが後訴として却下されるべきことになる。反対に、民事調停法一九条の規定はこの場合には関係ないとして、現実の訴え提起そ

のものを基準とすれば、今度はXの訴えが後訴として却下されるべきことになる。判決は、「民事訴訟法二三一条にいう事件の係属とは、裁判所が事件につき現に判決をするために必要な行為をすべき状態にあることをいうものと解すべきところ、民事調停法一九条の定めは、出訴期間の遵守、出訴に伴う時効中断等の利益を慮って、調停利用者の保護のために設けられた規定にすぎず、これにより、当然に右訴提起の日とみなされる日から判決手続が存在していたとの効果の発生までを認めるものではないと解すべきである」と判示し、調停手続が先行していたとしてもXの訴えの方が後訴であるとしてこれを却下した(87)。

右に明らかなように、裁判所は、判決のレトリックとしては、民事調停法一九条の趣旨の解釈のみで事案を処理している。しかし、その背後に前訴優先ルールの趣旨に関する考察があったことは明らかであるし、同条の趣旨が判決のいうように調停利用者の保護にあるとしても、その保護がなぜ民訴法二三一条にまで及ばないのかをいうためには、前訴優先ルールの存在意義にまで遡るほかはないのである。思うに、判決は、前訴優先ルールの趣旨を、訴え提起の日時の形式的な先後ではなく、実質的な審理の進行状況の先後であると考えたのであろう。そうであるとすれば、この判決はすでに前訴優先ルールの形式的絶対性を部分的にせよ相対化しかつ実質化している。

あらためて考えてみるまでもなく、前訴優先ルールの正当性は、「早い者勝ち(First in time, first in right)」という素朴な規範の原則性を表明したものとみるか(88)、すでに進行中の審理を残す方が訴訟経済的にみて無駄がないという趣旨を表明したものとみるか、のいずれか以外には見い出せない。したがって、訴え提起の日時の形式的な先後のみにこだわる理由はまったく存在しない。言葉を換えれば、先に提起された訴えを維持することが多くの場合には効率性の見地から望ましいとしても、先に提起された訴えについて実質的な審理が常に先に進んでいるという保障は存在しないし、実質的審理が先に進んでいる訴訟を優先することが常に効率的であるという保障も存在しないし、こうした意味における訴訟の効率性があらゆる他の価値に凌駕するという保障も存在しないのである。すなわち、前訴優先ル

ールもまた衡量的考慮になじむものといわなければならない。

3 前訴優先ルールと対向型訴訟

現在のアメリカにおいては、重複訴訟処理の場面における前訴優先ルールの絶対性はすでに大きく後退している。もちろん、両訴のいずれを優先させるかについて、依然として訴え提起の時間的先後が重要な要素であることは疑いがないが、あくまでも総合的な考慮要素のひとつにすぎず、少なくとも単一または排他的な基準でないことは判例によって繰り返し確認されている。(89) ただ、こうした前訴優先ルールの相対化を判例ごとにみていくとほとんどが対向型訴訟の事案であり、反覆型訴訟について後訴が優先されたケースというのはあまり見あたらない。これは、決して偶然のことではないであろう。すなわち、対向型訴訟の場合は、いずれが前訴となり後訴となったかは偶然であることが多く、たまたま前訴であるというだけで、無条件に後訴に優越させる必然性のないケースが少なくない。また、対向訴訟における後訴原告には、あらためて別訴として後訴を提起することについて、固有の利益が認められるケースも少なくない。従って、前訴優先ルールを無条件に適用するとすると、不都合を感じる事案が反覆型訴訟と比較して圧倒的に多いものと考えられる。

対向型訴訟の中で特に類型的考察の必要性が高いのは、一方の当事者が金銭の支払いや物の引渡しを請求する給付訴訟を提起し、他方の当事者は当該給付請求権の不存在の確認判決(declaratory judgment)(90)を求める確認訴訟を提起するというケースである。この類型は、対向型訴訟の中の最も典型的なパターンのひとつであり、わが国でも古くから議論がなされており、アメリカでも数多くの判例が蓄積している分野である。わが国の有力な学説は、両訴は実質的に同一の訴えであるとして、いずれの訴えが前訴であっても重複訴訟禁止原則の適用を認めて後訴を却下するべきであるとする。(91) これに対し、判例の中には、給付請求を棄却する場合には弁済期未到来のように給付請求権の存否

と関係ないときもあるから、両訴を同一の訴えとみることはできないとして、いずれの訴えが前訴であっても重複訴訟禁止原則の適用はないとするものがある。[92] また、学説の中には、給付の訴えは確認の訴えを包含する関係にあるとして、前訴が給付訴訟で後訴が確認訴訟の場合は重複訴訟禁止原則の適用があるが、前訴が確認訴訟で後訴が給付訴訟の場合には後訴の提起を許すとする見解もある。[93] 最近の学説は、前訴と後訴が同一手続で審理されれば重複訴訟禁止原則に抵触しないとして、[94] 後訴は反訴によるべきであるとするものが増えている。[95] しかし、すでに後訴が別訴として提起された後の処理については、これを反訴としてみなしうる特殊な例外を除いて、自発的に訴えを取下げない限りやはり却下されることになろう。このように、わが国では、議論はきわめて錯綜しているが、少なくとも後訴が別訴として提起された場合の処理に関する限り、給付訴訟と確認訴訟の前後関係にかかわらず常に後訴が却下されるべきであるとする見解が今日の多数であるといってよいであろう。[96]

(1) 確認訴訟の前訴と給付訴訟の後訴

まず、消極的確認訴訟が前訴であり給付訴訟が後訴である場合を検討してみよう。このようなケースでは、後訴である給付訴訟に含まれる争点は前訴である消極的確認訴訟の争点よりも包括的であることが普通であり、前訴優先ルールを絶対的に適用すると訴訟経済上の問題が生じうることは明らかである。わが国の学説のなかには、このようなケースで後訴の提起を許すとする見解があること既述のとおりであるが、この見解に立つと重複訴訟状態の存在を結果的に許してしまうという別の問題を生じる。また、後訴である給付訴訟は反訴として提起されれば重複訴訟禁止原則に触れないという見解もあるが、ひとたび給付訴訟が別訴で後訴として提起されてしまえばその手続は結局は無駄になり、後訴の原告はあらためて反訴の手続きをとらなければならない。こうした問題は、前訴優先ルールを相対化することで多くの場合には容易に解決できるにもかかわらず、わが国においてこれほど多様な学説が呈示されながら、ひとつとして前訴優先ルールそのものには疑いの目を向けたものがないということは、あるいは驚くべきことである

かもしれない。

この問題を検討するうえで、次に挙げるアメリカ連邦控訴裁判所のごく最近の判決が参考になる。[97] Xは温熱機器および温熱測定器具を製造する会社であり、Yはやはり温熱測定器具等を製造する会社である。Xがその製品に使用している商標はYの登録商標と酷似していたため、YはXに対して当該商標の使用を中止するよう手紙で申し入れ、一〇日以内にこれに従わない場合は訴訟を提起する旨を警告した。両社の間で若干のやりとりがあった後、XはYを被告として、イリノイ北地区連邦地方裁判所に、商標権侵害不存在確認を求める訴えを提起した。その四日後に、YはXを被告として、コネティカット地区連邦地方裁判所に商標権侵害訴訟を提起し、あわせて、イリノイ北地区連邦地方裁判所において後訴の係属を理由として前訴の却下を求めた。イリノイ北地区連邦地方裁判所はこの申立を認めたため、Xは連邦控訴裁判所第七巡回区に上訴した。連邦控訴裁判所は、以下のように判示して原審を支持した。Xが前訴で提起したすべての争点は、給付訴訟である後訴においてことごとく提起されており、従ってXは後訴において前訴におけると同様に自らの権利を防衛することができる。Xが先に裁判所に救済を求めたという事実は重要ではない。なぜなら、先に裁判所の建物に到着したという一事をもって、法廷地を選択する権利がXに与えられるわけではないからである。後訴である給付訴訟は、本件の紛争を解決するために前訴の確認訴訟より効果的で適切な手段であり、原審が前訴である確認訴訟を却下したことは妥当であった。このように、右判決は、確認訴訟と給付訴訟の性格の相違を重視し、前訴優先ルールについてはほとんど合理性を認めることなく軽く一蹴している。[98] この判決にみられる利益衡量の要素にアメリカ民事訴訟法固有のものはなく、[99] わが国における給付訴訟と消極的確認訴訟の対向型訴訟についても、同じ議論が十分あてはまるように思われる。

(2) 給付訴訟の前訴と確認訴訟の後訴

前訴優先ルールは絶対ではなく、前訴と後訴に関連するあらゆる要素を総合的に考慮していずれの訴訟を優先する

かを決するべきであるとすると、右の判決の事案とは逆に前訴が給付訴訟で消極的確認訴訟が後訴である場合ですら、考慮要素のいかんによっては後訴を優先することが便宜や効率の要請にかなうという衡量がなされても決しておかしくない。実際に、次のような判決がある。Xは衣類製造を行うデラウエア法人であり、Yはやはり衣類製造を行うニューヨーク法人であり、Zは全米規模で小売業を営むニューヨーク法人である。Xは、訴外YがXの特許を侵害して製造した衣類をZが販売した行為が特許権侵害行為にあたるとして（Yの特許権侵害行為とは別個に）、Zを被告として特許権侵害訴訟をジョージア北地区連邦地方裁判所に提起した。その約一カ月後、前訴の訴外であったYは自ら原告となりXを被告として、特許権無効確認および特許権侵害不存在確認を求める訴えを、ニューヨーク南地区連邦地方裁判所に提起し、あわせて、Xに対して後訴が終結するまで前訴を追行してはならない旨を命ずる暫定的差止命令（preliminary injunction）を申し立てた（本件は、前訴と後訴とで当事者の一部が異なるケースであるが、前訴と後訴のいずれを優先するべきであるかについてなされた後掲の衡量との関係では特に問題とする必要はないであろう）。ニューヨーク南地区連邦地方裁判所はYの暫定差止命令の申立を認め、Xはこれを不服として連邦控訴裁判所に上訴した。

上訴を受けた連邦控訴裁判所第二巡回区は、原審の決定を正当と認めて前訴である給付訴訟より後訴である確認訴訟を優先する判断を示したが、この結論を導くための論理として、前訴優先ルールにいかなる意味の基準性をも認めない、きわめて徹底した衡量的手法（balancing of convenience）を用いている。すなわち、司法資源の節約と総合的な事件管理のためには、いかなる固定的基準といえどもすべて有害であるとし、二〇を超える多種多様な考慮要素を網羅的に列挙して緻密な衡量を行っている。そこで挙げられた考慮要素の一部を例示してみよう。後訴の優先性を支持するものとして、①Zはあくまでもの顧客であり真の利害関係を有するのは製造業者であるYである、②Zの従業員の中で問題となった製品に最も詳しい者はニューヨークにいるバイヤーである、③Yはニューヨーク法人であり本社機能もニューヨークにある、④問題となった製品の売買交渉はニューヨークで行われた、⑤Yの製造工場はペンシ

ルヴァニアにありデザイン工房はニューヨークにある、⑥Xはデラウエア法人であるが本社機能はニューヨークにある、⑦問題となった製品の考案者はニュージャージーに在住している、⑧問題となった製品の開発に関する記録はニューヨークとジョージアにある、⑨特許に関する証人の多くはニューヨーク近郊に在住しているなどが挙げられている。また、前訴の優先性を支持するものとしては、①Xの工場の五つのうちの三つはジョージアにある、②Zによる製品の販売はジョージアで行われた、②ジョージア北地区連邦地方裁判所の方が先にトライアルが行われる可能性が高いなどがある。

(3) アメリカにおける学説

このような判例の流れは、主要な学説からも一般的な支持を受けている。たとえば、アメリカ民訴法学の泰斗であったムーア教授は、給付訴訟と確認訴訟が交錯するタイプの対向型訴訟においては、訴訟全体の見地から便宜性、迅速性、効率性などを総合的に考慮すべきであるとし、「たまたま訴訟を開始した日という偶然が、以下のような実務的かつ現実的な要素を上回る支配力をもつべきではない。すなわち、裁判所・証人・当事者の便宜、事件表の相対的な状態、言い換えれば、どちらの裁判所がより迅速な決定を下す能力を持っているか、裁判管轄権の確実性、先に確認訴訟における争点を決定しておくことが後行する別訴の審理に重大な便宜を与える可能性など」とか、「いずれの当事者が裁判所へのレースにたまたま勝利したかということは、確認訴訟制度をおいた法の立法趣旨からみてさほど重要なことではない。(両訴の間の優先性の一筆者注)決定は、普通の場合には、確認訴訟の却下申立を判断する時点における、二つの訴えの間の有用性の比較をもって基礎とするべきである」などと述べている。[100]

ヴェスタル教授は、このムーア教授の所説は対向型訴訟一般に広く敷衍することができるとし、訴えの先後は他のより重要な要素が決め手にならない場合に初めて顧慮されるべき要素にすぎないと述べている。[101] 実際に、給付訴訟と確認訴訟の組み合わせでない対向型訴訟において、前訴優先ルールを否定した判例もいくつか存在している。たとえ

ば、前訴が手形金の支払請求訴訟で後訴が当該手形の譲渡禁止等を求める訴訟である場合において、前訴の追行を禁じる暫定的差止命令を認めたニューヨーク南地区連邦地方裁判所の判決などはそのひとつの例といえる。[102] また、ヴェスタル教授は、一九五〇年代の対向型訴訟に関する判例の傾向を分析し、前訴優先原則にとらわれない種々の要素が総合的に考慮されていることを明らかにしている。[103] 具体的には、事件ごとの衡平、[104] 裁判所と当事者の便宜、訴えの一方が確認訴訟かどうか、[105] 審理対象の広狭、[106] 訴えの却下による損害の程度、[107] 裁判所が異なった場合の当事者の負担[108]などである。

4 前訴優先ルールと反覆型訴訟

これまで検討してきた対向型の重複訴訟は、紛争解決のための有利な戦場を決定するにあたって双方の当事者が主導権を争奪しているという意味合いが濃厚であり、ここでは早い者勝ちというような単純な手続規範のみでは、必ずしも十分に両者の利害を調整できないことが多い。そこに、前訴優先ルールを相対化することについての合理性が存在した。これに対し、反覆型訴訟の場合は、原告は自ら法廷地を選択する権利を行使したのであり、この場合には対向型訴訟において必要とされたような前訴優先ルールの相対化に関する検討は必要ないようにも思える。しかし、わが国の民訴法二三六条二項にみられるように、いったん訴えが裁判所に係属すれば、原告のみの意思でこれを自由に取り下げることができなくなる場合には、当初選択した法廷地とは別の法廷地で新たに訴訟を追行することを欲すれば、原告としては別訴を提起して重複訴訟状態を作出するしかない。次に挙げる連邦控訴裁判所の判例では、こうした点がまさに正面から争われた。[109]

Yはアメリカの大手自動車メーカーであり、Xはその販売代理権を有するディーラーであった。Yは、Xが自動車の購入者に対して行う保証義務の履行にあたり、Yに対して不当な償還金の請求をするなど不正を行っているとして、

購入者との面談による実態調査を行うことにした。そこで、Xは、Yが購入者と接触することを禁ずる旨の差止命令を求める訴えを、ニュージャージー地区連邦地方裁判所に提起し、これに対してYはXが不当にYから得た償還金の返還を求める反訴を提起した。Xは、これと並行して、右と同内容の訴えをニューヨーク南地区連邦地方裁判所に提起したが、YがXとの代理店契約を解除しようとしたため、代理店契約の解除を禁ずる旨の差止命令の申立をこれに追加した。これに対し、Yは、ニューヨーク南地区連邦地方裁判所に対し、前訴であるニュージャージー地区連邦地方裁判所の事件が終結するまで、後訴を停止するよう申し立てた。しかし、同裁判所がこの後訴停止の申立を却下して、Xの請求を認容する判決を行ったため、Yは連邦控訴裁判所第二巡回区に上訴した。

この事件では、原告であるXは、後訴の法廷地で訴訟を行うことを希望し、Yが同意するなら前訴を継続追行しないという訴訟契約を結んでもよいことを申し出ている。[110] また、証人の出頭などの点では後訴の法廷地の方が便宜であると考えられる。しかし、連邦控訴裁判所は、これらだけでは前訴優先ルールの例外を認めるには不十分であるとして、以下のように判示して原審の一部を取り消した。①反覆型訴訟において前訴優先ルールの例外を認めると、係属事件の進行が不利になれば他の法廷地に別訴を提起するといった形の法廷地漁り(forum shopping)を招くことになり、②その結果、被告は、そうした原告の戦術につきあうか、それとも二重の応訴の負担を背負うかという一方的な二者択一(Hobson's choice)を強いられることになり、③被告が後者を選択した場合には、被告のみならず裁判所にとっても無駄な負担となる。従って、原審が後訴の手続停止を求める申立を認めなかったことは、事実審裁判所に与えられた裁量権の限界を超えるものである。

思うに、効率論の見地に立って重複訴訟論を考える場合、たとえ反覆型訴訟のケースといえども前訴優先ルールを絶対不可侵の基準とすることはできない。すなわち、後訴の法廷地において審理を行った方が司法資源の適正配分のうえで圧倒的に好ましい場合には、後訴を維持する方向で事件を処理するべきであろう。しかし、これを一般的に認

めるとすると、右の判例が指摘するように原告の恣意を許すことになりかねず、前訴優先ルールの相対化はあくまでも限定的な例外と考えるべきである。

5　わが国の解釈論との関係

わが国では、全国いずれの裁判所でも実体法と手続法が共通であり、また裁判官の質や判断の傾向も比較的等質であり、抽象的に考えればアメリカにおけるほど法廷地の選択により訴訟の展開に差違が生じるわけではないように思われる。しかし、訴訟当事者の立場になって考えてみれば、場合によっては何年も続く訴訟において裁判所への出頭の便宜は重要な問題であるし、物的証拠の所在地や証人の居住地に伴う証拠収集の便宜の差、事件が滞積していて審理が遅れがちな裁判所とそうでない裁判所など、法廷地の選択が与える影響は決して軽視できない。また、対向型訴訟の場合、原告となることによって訴訟の進行にイニシアティブをもつことができるし、原告と被告とでは社会的または心理的な反応もしばしば異なってこよう。

わが国に固有の制度的な問題もある。たとえば、わが国では、義務履行地の裁判籍（民訴法五条）と持参債務の原則（民法四八四条）により、被告にとって不利な法廷地が選択される可能性がある。この点は、今回の民訴法改正の検討項目に挙がっているが、少なくとも改正要綱試案では民訴法五条の全面的な削除は考えられていない。また、普通契約約款における管轄の合意条項により、消費者が不利な法廷地を事実上強いられるという問題もある。この場合、専属的な管轄の合意を認めず、付加的な管轄の合意とみなすとしても、企業が原告となって消費者に不利な方の法廷地を選択した場合には、消費者は対向型訴訟によって自己に有利な法廷地に出訴するしか防衛手段がない。

裁判例においても、前訴優先ルールを相対化しなければ、妥当な解決ができないと思われる事案は、わが国でもすでに現れている。たとえば、XのYに対する手形債務不存在確認請求の訴えが横浜地方裁判所に係属中、YがXに対

して同一の手形に基づく手形金請求手形訴訟を東京地方裁判所に提起し、さらにその手形判決に対して異議申立がなされた結果、手形訴訟が通常訴訟に移行したというケースがある。この事件について、裁判所は、手形訴訟制度の趣旨から後訴は二重起訴の禁止に触れないとし、異議申立後の通常訴訟についても手形訴訟との一体性からやはり二重起訴の禁止に触れないとする。判決のこうした結論は妥当なものであるが、反面、このような結論をとると、重複訴訟禁止原則の根拠である審判の重複や判決の矛盾の危険を避けるための調整の要請が顕在化する。そこで、判決は、「このような要請については、いずれの訴えも未だ裁判所による本案判決がなされていないのであるから、訴訟進行に関する諸方策により解決されるべきであり、またこのような運用により解決が可能とされるところである」と判示している。[11] 判決は、そこにいう方策の具体的な内容については明言していないが、前訴手続を後訴裁判所に移送して弁論を併合するか、または前訴の手続を後訴の審理が確定するまで中止するなど、いずれにしても後訴を優先させる手段をとらざるを得ないことは明らかである。[12]

そもそも、法論理的にみて前訴優先ルールを絶対的に墨守しなければならない必然性は存在しない。すでに詳しくみてきたように、対向型訴訟においては、前訴優先ルールは重複訴訟のうちの一方を選択する際のひとつの考慮要素ではありえても、他に考慮すべき要素はいくらでもあるのである。また、反覆型訴訟においては、前訴優先ルールは原告の恣意を防止する機能を営むが、これもまた他の要素との衡量を許さない絶対的な要請とはいえない。もともと、重複訴訟処理の主要な根拠である効率論やケース・マネジメントの見地からは、訴訟運営において絶対的な基準を設けること自体に問題がある。この点については、連邦最高裁に係属した重複訴訟事件について、フランクファータ裁判官が多数意見を代表して述べた次の説示が参考になる。「司法資源の節約(conservation of judicial resources)および訴訟事件の総合的な処理(comprehensive disposition of litigation)の見地からは、賢明な司法運営を行うためには硬直的で機械的な問題処理の手法に訴えるべきではない。もともと賢明な事件管理に関連する諸要素は、その本質に

おいて衡平的考慮を要するもの（equitable）である。従って、事実審裁判所においては、適切な訓練と経験を積んだ裁判官に対して十分な範囲の裁量権限を与えることが肝要である」[113]。

(85) 大判明治三四年九月二六日民録七輯八巻五四頁。これを支持する学説として、菊井＝村松・前掲注（4）一五七頁など。

(86) 住吉・前掲注（6）一四三頁。

(87) 東京地判昭和六〇年八月二九日判時一一九六号一二九頁。

(88) *See e. g.* Gorman v. Gorman, 92 App. Div. 2d 709, 460 N. Y. S. 2d 629 (1983); Norristown Auto. Co. v. Hand, 286 Pa. Super. 269, 562 A. 2d 902 (1989).

(89) *See e. g.*, Pacific Employer's Inc. Co. v. M/V Capt. W. D. Cargill, 751 F. 2d 801 (5th Cir.), *cert. denied*, 474 U.S. 909, 106 S. Ct. 279, 88 L. Ed. 2d 244 (1985); Mission Ins. Co. v. Puritan Fashions Corp., 706 F. 2d 599 (5th Cir. 1983); Ven-Fuel, Inc. v. Department of the Treasury, 673 F. 2d 1194 (11th Cir. 1982); National Emblem Ins. Co. v. Washington, 482 F. 2d 1346 (6th Cir. 1973); Product Eng'g & Mfg., Inc. v. Barnes, 424 F. 2d 42 (10th Cir. 1970); Chicago Furniture Forwarding Co. v. Bowles, Price Administrator, 161 F. 2d 411 (7th Cir. 1947).

(90) 28 U. S. C. 2201 (1982). なお、筆者はこれまで declaratory judgment を宣言的判決と訳してきているが、わが国の確認判決と大差ないこともあり、本稿では比較法的考察上の便宜から確認判決と呼ぶ。

(91) 兼子体系・前掲注（4）一七五頁、加藤・前掲注（6）三九〇頁、新堂・前掲注（10）一五六頁など。

(92) 大判昭和七年九月二二日民集一一巻一九八九頁。同様の考えに立つものとして、東京地判昭和一一年二月一〇日新聞三九七〇号一六頁、東京地判昭和三一年八月一〇日下民集七巻八号二一七五頁、東京高判昭和三七年六月一五日東高民時報一三巻六号八七頁。

(93) 細野・前掲注（71）二二頁、中島・前掲注（72）一二五一頁。

(94) このような考えに立つ裁判例として、東京地判昭和四一年九月三日判時四六六号四六頁・判タ一九六号一七〇頁、東京地判昭和五五年九月二九日判タ四二九号一三六頁参照。

(95) 斎藤・前掲注（76）一五〇頁、兼子一＝松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫・条解民事訴訟法八四六頁（一九八六年）など。

(96) わが国の学説は、反覆型訴訟と対向型訴訟を区別して論じないため、本文のような分類をすることが困難なものも少なく

ない。しかし、反復型訴訟と対向型訴訟とでは利害状況が大きく異なり、これを一律に論じることは危険である。

(97) Tempco Electric Heater Corp. v. Omega Eng'g, Inc., 819 F. 2d 746 (7th Cir. 1987).

(98) 連邦控訴裁判所第七巡回区は、もともと前訴優先ルールにあまり拘泥しない傾向が強い。*See* Tamari v. Bache & Co., 565 F. 2d 1194 (7th Cir. 1977), *cert. denied,* 435 U. S. 905, 98 S. Ct. 1450, 55 L. Ed. 2d 495 (1978); Chicago Furniture Forwarding Co. v. Bowles, 161 F. 2d 411 (7th Cir. 1947).

(99) 同じ連邦後訴裁判所第七巡回区における判決であるが、前訴が連邦地方裁判所における確認訴訟、後訴が州裁判所における給付訴訟という事案で、前訴の連邦地方裁判所が裁判権の行使を回避して後訴を優先させたというものがある。これも前訴優先ルールの適用を否定した例ではあるが、連邦制の問題が絡むので単純にわが国の議論の参考にすることができない。A. G. Edwards & Sons, Inc. v. Public Bldg. Comm'n of St. Clair County, 921 F. 2d 118 (7th Cir. 1990).

(100) JAMES MOORE ET. AL, 6A Moore's Federal Practice ¶57. 08 [6.-1] (57-60) [hereinafter MOORE].

(101) Allan D. Vestal, *Reactive Litigation,* 47 IOWA L. REV. 11, 25 (1961).

(102) Sentry Corp. v. Conal Int'l Corp., 164 F. Supp. 770 (S. D. N. Y. 1958).

(103) *See e. g.,* Kerotest Mfg. Co. v. C-O-Two Fire Equip. Co., 342 U. S. 180(1952); Seaboard Sur. Co. v. Texas City Ref., Inc., 109 F. Supp. 468 (D. Del. 1952); Brochin v. Connecticut Importing Co., 137 Conn. 350. 77 A. 2d 336 (1950); Timon v. Dolan, 244 S. W. 2d 985 (Tex. Civ. App. 1951).

(104) *See e. g.,* Sentry Corp. v. Conal Int'l Corp., 164 F. Supp. 770 (S. D. N. Y. 1958); Seaboard Sur. Co. v. Texas City Ref., Inc., 109 F. Supp. 468 (D. Del. 1952); Simmons v. Superior Court, 96 Cal. App. 2d 119, 214 P. 2d 844 (2d Dist. 1950); Brochin v. Connecticut Importing Co., 137 Conn. 350, 77 A. 2d 336 (1950).

(105) *See e. g.,* Gordon v. Matthews, 273 F. 2d 525 (D. C. Cir. 1959).

(106) *See e. g.,* Simmons v. Superior Court, 96 Cal. App. 2d 119, 214 P. 2d 844 (2d Dist. 1950); Ginter v. Duginger, 6 Ill. 2d 474, 129 N. E. 2d 147 (1955).

(107) *See e. g.,* Sentry Corp. v. Conal Int'l Corp., 164 F. Supp. 770 (S. D. N. Y. 1958); Seaboard Sur. Co. v. Texas City Ref., Inc., 109 F. Supp. 468 (D. Del 1952); Simmons v. Superior Court, 96 Cal. App. 2d 119, 214 P.2d 844 (2d Dist. 1950); Brochin v. Connecticut Importing Co., 137 Conn. 350, 77 A. 2d 336 (1950).

(108) *See e. g.*, Research Corp. v. RCA, 181 F. Supp. 709 (D. Del. 1960).
(109) Semmes Motors, Inc. v. Ford Motor Co., 429 F. 2d 1197 (2d Cir. 1970).
(110) 本件のニュージャージー地区連邦地方裁判所における訴訟では、Yが反訴を提起しているために、原告であるXの申立があっても裁判所は訴えを却下(dismiss)することができない。F. R. C. P. 41 (a) (2).
(111) 東京地判平成三年九月二日判時一四一七号一二四頁・判タ七六九号二三七頁。
(112) 納谷廣美「判批」私法判例リマークス一九九三(上)一三二頁参照。
(113) Kerotest Mfg Co. v. C-O-Two Fire Equipment Co., 342 U. S. 180, 183, 72 S. Ct. 219, 96 L. Ed. 200 (1951).

六　重複訴訟の処理手段

1　問題の所在

複数の関連する物品を効果的に取り扱うための基本的な手段がより大きなサイズへのパッケージであるように、複数の関連する訴訟を効果的に処理するための最も基本的な技法は、複数の訴訟をひとつの手続にパッケージすることである。[114] 住吉説をはじめとする拡大説は、重複訴訟処理の基本をこの手続のパッケージ化に据えている点で、基本的に正当なものと考えられる。しかし、こうしたパッケージ化が、重複訴訟に伴うすべての問題を適切に解決する万能の手段でないことは、すでに述べたとおりである。したがって、従来の発想にとらわれない柔軟な技法が、さらに模索されなくてはならない。他方において、一方の訴えが他方の訴えと完全に重複してまったく無意味である場合には、制限説が重複訴訟処理の唯一の手段とする訴えの却下も、依然として裁判所がとるべき重要な処理技法のひとつである。以下、わが国の現行法の枠内でとりうる処理手段、および、場合によっては立法論の範疇に属する望ましい処理手段について若干の考察を加えてみたい。

2 訴えの却下

(1) 反覆型訴訟

反覆型訴訟において狭義の重複状態が生じている場合、すなわち前訴と当事者および訴訟物が等しい後訴が原告と被告の立場を等しくして提起された場合は、いかなる意味でも両訴を維持する必要性はなく、訴えの却下が最も適切な処理である。この場合、厳密には、いずれの訴えを却下するべきかという問題がなお残されているが、すでに述べたように後訴を維持することが妥当と考えられる事案は稀であろう。

このタイプに属すると思われる、わが国の公刊された裁判例を若干挙げてみよう。XはYに対して、XがYの理事および理事長の地位にあることの確認を求める訴えを提起した。しかし、同じ裁判所に、Xほか一名がYほか三名に対してXらがYの理事であることの確認を求める訴え、および、XがYほか二名に対してXが被告の理事および理事長であることの確認を求める訴えが係属中であった。裁判所は、これを二重起訴として却下しているが、本稿の複雑訴訟論の見地からする衡量的な考え方によっても、後訴の却下による処理にふさわしい事案であると思われる。(115)

また、次のような裁判例がある。Xは新聞社であるYに対して、Yは自ら発行する新聞の青森版にXの名誉を毀損する記事を掲載し頒布したとして、損害賠償および謝罪広告を求める訴えを東京地裁に提起した。その後、Xは同じY社に対して、Yの発行する新聞の岩手版に右と同一の記事を掲載し頒布したとして、同じく損害賠償および謝罪広告を求める訴えを大阪地方裁判所に提起した。後訴を受理した大阪地方裁判所は、右両訴訟で問題になっている記事は、Y社の東京支社が編集発行した同一内容の記事が単に青森版と岩手版に分かれて掲載されたにすぎず、全体として一個の不法行為が問題になっているにすぎないとして、後訴を二重起訴として却下した。(116) この場合も、裁判所が行った却下という処理は妥当であると考えられるが、かりに前訴と後訴の順序が入れ替わっていた場合には、主要な証拠の所在地が東京であると思われることから、反覆型訴訟と前訴優先ルールの関係が問題になりうる事件であったか

もしれない。

(2) 対向型訴訟

対向型訴訟の場合においても、狭義の重複状態の事案では、訴えの却下によることが最も適切な処理であると思われる。具体的には、まったく同一の権利または法律関係の積極的確認訴訟と消極的確認訴訟が対向的に提起された場合などがその典型である。たとえば、わが国の下級審裁判例で次のようなケースがある。

XはYに対し、Yは係争土地上に建物所有目的の法定地上権を有しないとの確認を求める消極的確認の訴えを提起した。これに対し、YはXに対し、右と同じ土地上の同じ法定地上権について、これを有することの確認を求める反訴を提起した。判決は、消極的確認の訴えの棄却判決は積極的確認の訴えの認容判決と同一の効力を有するので、後訴である本件反訴請求は本訴請求の棄却を求めることと何ら変わりがないとして、後訴は前訴との関係で二重起訴になるとして後訴を却下している。(117)

この事件における後訴は別訴ではなく反訴であり、パッケージ論の立場からは後訴＝反訴を維持しても、判決の主文が却下になるか棄却になるかの違いだけで、具体的な実害がないといえなくもない。しかし、後訴が無用な重複であることが明らかである以上、重複訴訟禁止原則に抵触するがゆえに不適法であることを、却下判決をすることにより明らかにするのが筋というものであろう。(118) したがって、判決の処理は正当である。

右の事案では、後訴が前訴と同じ裁判所に反訴として提起されているために、前訴優先ルールを適用するべきかどうかという問題は顕在化しなかった。しかし、これが別の裁判所に提起されていたとすれば、考慮すべき必要性があったケースであると思われる。

(3) 包摂吸収関係

反覆型訴訟であると対向型訴訟であるとを問わず、たとえ狭義の重複訴訟でなくても、一方の訴訟の訴訟物が他方

の訴訟の訴訟物に実質的に包摂（または吸収）される関係にある場合には、原則として包摂される側の訴えは却下されるべきである。たとえば、XがYに対して債務の支払を求める給付訴訟の係属中に、YからXに対して当該債務の不存在確認の訴えが提起された場合などがその典型例である。(119)

この場合、前訴の認容判決からは債務の存在に関する既判力と執行力が発生し、棄却判決からは債務の不存在に関する既判力が発生する。これに対し、後訴の認容判決からは債務の不存在に関する既判力が、棄却判決からは債務の存在に関する既判力が発生し、右に明らかなように後訴は完全に前訴に包摂される。したがって、この例では後訴は却下されるべきである。

問題なのは、右とは反対に、前訴が債務不存在確認訴訟で後訴が債務の支払を求める給付訴訟であるなど、後訴が前訴を包摂する関係にある場合である。この場合、前訴の審理がさほど進んでいないときは、前訴優先ルールを否定して前訴を却下することに、さほど問題はない。これに対し、前訴の審理がかなり進んでいる場合は、いかに後訴が前訴を包摂する関係にあるとはいえ、前訴を却下してこれまでの審理を無駄にすることは、訴訟経済の観点から望ましくない。したがって、後訴を却下して前訴手続であらためて反訴を提起することを促すか、弁論の併合（官署として同一の裁判所に両訴が提起された場合）、後訴前訴裁判所へ移送して弁論を併合（官署として別個の裁判所に両訴が提起された場合）、後訴手続の中止などの措置が検討されるべきであろう。

(4) 民訴法二三一条との関係

ここで述べた、狭義の重複訴訟ないし包摂吸収関係がある場合には裁判所は一方の訴えを却下しなければならないとする考えは、前訴優先ルールの相対化の点を除くと、基本的に伝統的なわが国の重複訴訟論（制限説）の説くところと変わるところはなく、民訴法二三一条の直接の効果と考えることに問題はないであろう。また、右にみたように、このような場合に両訴の並存を許すことは司法資源の濫費として公益にかかわるので、伝統的な見解のいうとおり職

権調査事項であると考えられる。このような場合には却下の措置以外に考慮可能な選択肢がなく、したがって却下をしない場合には二三一条違反として手続的違法を構成するものと思われる。

(5) 訴訟物理論との関係

狭義の重複状態の判定基準は基本的には訴訟物の同一によるべきであるが、審理の無駄や判決の矛盾を避けるという観点からは事実資料の同一性や争点の共通性を重視すべきであり、必ずしも訴訟物理論の帰結と一致させる必要はない。たとえば、列車事故の乗客が被った被害の損害賠償を求めて複数の訴えを提起する反覆型訴訟で、前訴が不法行為を理由とし後訴が債務不履行を理由とする場合などは、審理の基礎となる事実関係が同一であるから狭義の重複状態と考え、後訴を却下しても大きな不都合はない。原告は、前訴で新たな法的観点を主張することで目的を達することができよう。したがって、結果的に新訴訟物理論によったと同じことになる。これに対し、家屋の明渡を求めて複数の訴えを提起する反覆型訴訟で、前訴が法定解除権の行使、後訴が借地借家法の正当理由による場合などは[120]、基礎となる事実資料に共通性が低いので、機械的に狭義の重複状態とみなして後訴をいきなり却下するべきではない。この場合は、広義の重複訴訟として両訴を維持しつつ弁論の併合などの調整を図るべきであり、したがって旧訴訟物理論によったと同じ結果になる。

3 審判の統一

(1) 広義の重複状態の意義

わが国の拡大説が適切に指摘しているように、重複訴訟禁止原則の趣旨は、訴えの重複を阻止せずとも手続の重複を阻止することにより十全に達成することができる。したがって、訴えの却下によるべき狭義の重複状態および包摂関係の場合を除き、複数の訴訟が広義の重複状態の関係にある場合には、両訴をともに維持しながら重複訴訟の弊害

を避けうる手段が検討されるべきである。ここで問題となるのは、複数訴訟の間にどのような相互関係が存在する場合に、訴訟経済上の無駄や判決の抵触のおそれなどがあるとみて、裁判所が複数訴訟にまたがる事件管理を行う必要性が発生すると考えるか、言葉を換えれば広義の重複事件の要件とは何であるかである。

これについて、わが国の拡大説は、両訴の間の請求の基礎の同一性や主要な争点の共通性を基準として提唱してきた。これらの基準により、重複訴訟としての処理が必要な事件のかなりの部分を射程に収めているであろうが、果たしてこれがすべてを網羅的に捉えているかとなると疑問なしとはしない。結局、真に機能論的見地から考えるときは、むしろ効果の方から要件を逆算するしかないであろう。すなわち、本稿では、重複訴訟として弁論の併合などの処理が必要な事件とは、そのような処理をすることによって、事件処理の効率、当事者の便宜、判決の整合性などが増大する事件であるという、いわば帰納的な定義を採用することを提案する。こうした定義は、手続法上の法律要件としてはきわめて曖昧であるとのそしりを免れることができないが、後に述べるように、民訴法二三一条の射程外にある重複訴訟の処理は、裁判所の裁量的な事件管理(case management)の対象となるべきものであり、もともと厳密な形での規範的な処理(要件・効果論)には馴染まない。

(2) 弁論の併合

わが国の現行法では、後発的に複数の手続を併合する手段としては、裁判所の訴訟指揮による弁論の併合の手続が用意されている(民訴法一三二条)。この弁論の併合の手続は、複数の事件が官署として同一の裁判所に係属している場合にのみ認められる。したがって、前後両訴が、官署として同一の裁判所のなかにおける同一の訴訟法上の裁判所(具体的には部または係)に係属している場合には、そのままストレートに弁論を併合することができる。また、官署として同一の裁判所に係属しているが、訴訟法上の裁判所としては別個である場合には、まず事件配転の割り替えをして同一の部または係に係属させたうえで弁論を併合することになる。(121)

(3) 事件の移送

前後両訴が官署として別個の裁判所に係属している場合には、いきなり一三二条によって弁論を併合することができない。この場合には、まず、一方の裁判所から他方の裁判所（この場合は官署としての裁判所）へ事件を移送することが必要になる。わが国の民訴法には、重複訴訟による弊害を避けるための移送というカテゴリーは用意されていないが[122]、基本的に趣旨を同じくする民訴法三一条の損害または遅滞を避けるための移送の規定によることが可能であろう。移送により、両訴が同一の訴訟法上の裁判所に係属するようになれば、一三二条の規定によって弁論を併合することができる。

ただし、現行法には、重複事件の弁論を併合することを目的として移送を行っても、これを受けた受移送裁判所が必ず弁論を併合してくれるという制度的な保障がなく、この点は立法の不備といえる。後にも述べるように、重複訴訟の処理を含めた複雑訴訟の事件管理は、もともと受訴裁判所の単独プレーでは限界があり、複数裁判所間の連絡または調整や当事者および弁護士との協力体制がどうしても欠かせない。したがって、現行法の枠内で移送裁判所と受移送裁判所の間で連絡作業を事実上の運用として行うか、立法論としてアメリカの Judicial Panel on Multidistrict Litigation のようなものを検討する必要があると思われる。

(4) 手続の中止

訴えを却下することなく重複訴訟の弊害を防ぐための手段としては、弁論の併合とは別に、一方の手続が終結するまでの間、他方の手続を中止することが考えられる。これにより、弁論の併合と同様、訴えの却下になじまない広義の重複訴訟について、審理の無駄や判断の抵触をさけることができる。しかし、手続の中止は、中止の対象となった方の事件について裁判所による救済を遅らせることになるので、他方の事件の終結が間近である場合や救済の遅延が当事者に重大な影響を及ぼさない場合などに限られることになろう。他方において、他方の事件が上告審にあるため

弁論の併合ができない場合や、すでに判決に熟しているために弁論の併合によることが望ましくない場合などは、手続の中止は最も合理的な処理手段となりうる。[123]

手続の中止による場合の最大の問題は、わが国の現行法上、重複訴訟の弊害を避けるための中止を導くことのできるような明文規定(旧民訴一二一条参照)がないことである。しかし、明文規定の有無にかかわらず、裁量権の逸脱に該当しない限り、裁判所が手続を事実上停止することは裁判所の訴訟指揮権の一部として認められるはずである。したがって、明文規定がないことは必ずしも致命的な障害とはならないと考える。[124] しかし、立法により明確な規定を設けておくことが望ましいことは間違いない。[125]

(5) 前訴優先ルールとの関係

右に述べた弁論の併合、事件の移送、手続の停止などについても、前訴優先ルールは事件の種類に応じて相対化しうるものと考えるべきである。すなわち、司法資源の適正配分や当事者の便宜の見地から妥当と思われる場合には、前訴の弁論を後訴に併合すること、前訴の事件を後訴裁判所に移送すること、前訴の手続の方を中止することなどが考慮されなくてはならない。具体的には、すでに述べたように対向型訴訟の事案が、中心的な課題となるものと思われる。

(6) 訴えの変更または反訴の強制

広義の重複状態にある複数の手続を併合するための手法としては、右に述べたような裁判所の訴訟指揮権の行使によるもののほかに、当事者自身の手による訴えの変更や反訴を促すという手法がある。すなわち、裁判所の処理としては一方の訴えを却下するのであるが、反覆型訴訟では訴えの変更を、対向型訴訟では反訴の提起を示唆し、これらの手続によって自発的に手続の統一を求めれば、そこでは重複訴訟禁止原則は適用しないとすることである。わが国の民訴法における訴えの変更要件や反訴要件はかなり緩やかであり、社会的な意味における同一事件ないし関連事件

の多くはこの要件を満たすので、これもまたひとつの有力な手段であるには違いない。しかし、この手法は、弁論の併合などに比べて当事者に負担をかけるうえに、両訴が別々の裁判所に係属している場合には、変更要件や反訴要件が微妙な事案では、必ず訴えの変更や反訴が認められという保障がない。したがって、当事者に対して過大な負担をかけないことが明らかな場合に限って用いられるべきである。

(7) 民訴法二三一条との関係

わが国の拡大説は、民訴法二三一条から直接に、審理の併合や手続の中止の効果を導くことができると考えているようである。しかし、二三一条の法文上の効果は「更ニ訴ヲ提起スルコトヲ得ス」であり、このような効果を直接の解釈として導くには文理的に疑問がある。のみならず、ある訴えが狭義の重複訴訟にあたるとして却下される場合は、本案判決をするための前提条件である訴訟要件が欠けると考えられているのに対し、広義の重複訴訟について審判の統一の見地から弁論の併合や手続の中止が考慮される場合は、裁判所の訴訟指揮権の範疇に属する事件管理（case management）の一貫であると考えられる。[126] すなわち、後者は、有限な司法資源の適正管理、判決相互の抵触防止による裁判の信頼性の維持、当事者の裁判を受ける権利の保障などを根拠とする裁判所の生来的義務であり、個々の事件における紛争の性質、事件の進行状況、両訴の関係などに応じてタイミングと手段が選ばれるべき裁量性の高い行為である。したがって、狭義の重複訴訟に対する訴えの却下とはかなり性格を異にし、これらをひとまとめに二三一条の直接解釈によって導くことは、重複訴訟禁止原則の無秩序な拡散と無用の混乱を招くもとである。

右のように、弁論の併合や手続の中止を裁量性の高い行為であると考えるとしても、事件の種類によっては自ずから裁判所の裁量権の範囲に広狭がある。たとえば、次のような裁判例がある。X（買主）のY（売主）に対する不動産売買契約の不履行に基づく損害賠償を請求する訴えが係属中、XはYに対して右と同一の不動産売買契約の履行を求めて所有権移転登記を請求する訴えを別訴として提起した。これに対して、Yから前訴と後訴は二重起訴の関係にある

から後訴は却下されるべきであるとの申立がなされたが、この事件を審理した名古屋高裁金沢支部は、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物が同一でないことは明らかであるから二重起訴にはならないと判示した。[127] しかし、Xが前訴で主張する売買の不履行に基づく損害賠償請求と後訴で主張する売買の履行請求は論理的に両立しないため、この場合の前訴と後訴は一方が認容されれば他方が棄却されるというトレード・オフの関係にある。このようなケースでは、両訴を併合して同時に審理することの経済性は高く、反対に別々に審理された場合には判決の矛盾の危険性が高い。したがって、他に特段の事情がない限り、両訴の審理を併合するか、一方の手続を中止すべきであった。すなわち、この場合のように、前訴と後訴がトレード・オフの関係にある場合には、裁判所の裁量権は狭いものと解すべきである。

なお、広義の重複訴訟に対する重複訴訟禁止原則の適用については、狭義の重複訴訟に対するそれのように職権調査事項ではなく、抗弁事項と考えるべきであるとする見解もある。[128] しかし、司法資源の管理などは公益にかかわるものであるから当事者の処分に委ねることは妥当ではなく、また訴訟要件ではないので職権調査事項かどうかを論じるべき対象ではなく、裁量性のある裁判所の義務であると考えるべきであろう。

4 裁判所間の連絡と当事者の協力

(1) 問題の所在

事件の種類や進行状況によっては、関連手続のパッケージ化や手続を一定期間中止することが、当事者の権利や利益を不当に侵害したり、効率的な訴訟運営の見地からかえって望ましくない場合がある。このような場合には、それぞれの訴訟が係属する裁判所間で連絡および調整を行い、また裁判所と弁護士との間に一定の組織的な協力関係を構築することで、重複訴訟に伴う問題のかなりの部分は解決することができる。ところが、こうした裁判所間の調整や当事者サイドとの協力は、一定の要件から一定の効果が三段論法的に発生するという規範的な構造をとらないため、

運用論を軽視するわが国の民事訴訟法学ではこれまであまり省みられることがなかった。しかし、重複訴訟を含む複雑訴訟の効果的な処理においては、こうした運用論からの視点は不可欠のものといえる。

また、従来の規範的な処理といえども、関連事件相互の調整を欠いては成立しない場合がある。たとえば、重複状態の成否を判断する際、わが国の制限説は訴訟物を基準とし、拡大説は請求の基礎の同一性や主要な争点の共通性を基準とする。しかし、紛争の種類によっては、審理がある程度まで進まなければ、訴訟物、請求の基礎、主要な争点などが何であるか判断できない場合がある。このような場合には、重複訴訟の成否の判断を行うについて他方の訴訟の進行状況を考慮する必要があり、場合によっては他方の訴訟において争点が明確になるまで一方の訴訟の進行を中止しなければならない。[129] なぜなら、一般の訴訟要件が問題になっている場合は、訴訟要件の審理中に本案の審理を並行して行うことができるとされているのに対し、かりに一方の訴えが他方の訴えとの関係で重複状態にあるとすると、本案の審理を行うこと自体が司法資源の濫費として重複訴訟禁止原則の趣旨に抵触するからである。

また、後に述べるように、当事者の法的利益を擁護するために、審理の無駄や判決の矛盾のおそれがある場合でも、別訴の提起を認めなければならない場合がある。わが国の裁判例でも、手形債権者が手形訴訟により救済を受ける権利を守るために、手形債務不存在確認訴訟が係属中に手形訴訟から異議申立により移行した手形金請求訴訟を別訴として維持することを認めたケースがある。しかし、このような場合でも、審理の無駄や判決の矛盾を可能な限り避けなければならないという要請が依然として働いていることに変わりはない。したがって、右判決においても、そのような要請は「訴訟進行に関する諸方策により解決されるべき」であるとされている。ここにいう訴訟進行に関する諸方策が具体的になにを指したものかは必ずしも判然としないが、前訴裁判所と後訴裁判所の間に効果的な連絡と調整がなされることが望ましいことは疑いをいれない。

(2) アメリカにおける多様な試み

アメリカの裁判所における重複訴訟処理の基本的なディヴァイスが、訴えの却下(dismissal)、訴訟の併合(consolidation)、事件の移送(transfer)、手続の中止(stay)、別訴追行禁止の差止命令(injunction)などによる審判の統一であることは、すでにみてきたとおりである。しかし、事件によっては、これらのディヴァイスを行使することができない場合がある。そのような場合には、審理の重複と判断の抵触を可能な限り避けるために、関連事件相互間の調整(coordination)を考慮することが積極的に奨励されている。こうした調整が成功するかどうかは、それぞれの訴訟に携わる裁判所相互および裁判所と弁護士の間の効果的なコミュニケーションの構築にかかっている。ここでは、連邦地方裁判所裁判官のための複雑訴訟マニュアルから、そこで奨励されている手法をいくつか紹介してみよう。(130)

(a)合衆国法律集二八章二九二条や二九六条は、特別に指名された裁判官が一時的に所属庁以外の裁判所の事件を担当することを認めている。これらの規定を活用することにより、単独の裁判官が複数の裁判所に係属する事件を処理することが可能となる。

(b)関連する各事件に携わる裁判官と弁護士により、特定の事件を選んでこれを「先導事件(lead case)」とみなすことを訴訟上合意することができる。この合意の中には、先導事件が解決するまで他の事件の手続を中止すること、また、先導事件における手続的決定は他の事件において推定的効力(presumptive effect)を有するとする条項などが含まれることが多い。

(c)関連する各事件に携わる裁判所の共同主宰で、合同審理(joint hearing)あるいは合同協議(joint conference)を行うことができる。この場合、すべての裁判官が一堂に会することもあるし、電話などで参加する場合もある。合同審理が行われた場合には、その結果をふまえて、各裁判所により争点の確定や証拠決定などに関する合同命令(joint order)または並行命令(pararell order)がなされることが多い。

(d)関連する各事件に携わる裁判所が、互いに調整して、同一人物を専門家証人(expert)または特別補助裁判官

(special master) として任命することがある。こうした手法は、公害訴訟など同一の事件に多数の関係者がかかわる訴訟において、事実認定を統一したり包括的な和解交渉を処理するのに、特に威力を発揮すると思われる。また、やはり裁判所が互いに調整して、同一人物を主任弁護士 (lead counsel) または連絡弁護士 (liaison counsel) として指名することもある。

(e)ディスカヴァリの重複を避けるために、供述録取の予告、質問書、文書等提出の申立は、関連事件の方にも提出する。また、すでになされたディスカヴァリについては、他の事件の当事者も利用できるようにする。この場合、他の事件で行われたディスカヴァリの結果を利用しようとする者は、すでに支出されたディスカヴァリ費用について適正割合の負担を要求されることが多い。提出された文書は、共通の保管場所に収蔵すべきであるとされる。ディスカヴァリに関する手続的紛争も、共通に解決されることが望ましいとされている。

(3) わが国の重複訴訟論への示唆

右に挙げた中には、わが国では新たに立法措置を必要とするものやわが国の制度と関係の薄いものもあるが、いくつかはわが国でも検討に値する要素を含んでいる。

筆者にとって最も興味深いのは、合同審理ないし合同協議と合同命令ないし並行命令の試みである。わが国の拡大説が、その基本的な趣旨に理解を示す見解が多いにもかかわらず、必ずしも多数説の支持を受けるに至っていないのは、本来任意である反訴などの提起を事実上強制されることに対する反発や、場合により審級の利益を奪われることへのおそれがあるからである。[131] こうした問題は、審判の統一のための手段として手続そのものを併合することから生じる。しかし、考えてみれば、審判の統一は、手続を丸ごと併合しなくても、重複する争点に関する弁論や共通する事実関係の証拠調べのみを併合し、その後、それぞれの裁判所が相互に矛盾した判断を行わないよう合同の決定や並行的な決定を行うことで達成することができる。

わが国の現行法との関係であるが、通説は特定の弁論または証拠調べに限っての弁論の併合は現行法の解釈としては認められないとする。(132) しかし、他方において、いったん弁論を併合して、証拠調べ終了後にこれを取り消すことは差し支えないとするのであるから、実務上の運用いかんでどのようにでもなる問題といえなくもない。しかし、これはやはり手段として姑息の感を免れないであろう。現行法の枠内で合同審理を可能ならしめる手段として検討の余地があるのは、受託裁判官および受命裁判官の制度(民訴法一三六条および二六五条)の拡大的な活用の可否である。たとえば、A裁判所に係属している事件とB裁判所に係属している事件とで主要な争点の一部が共通している場合、A裁判所がB裁判所の裁判官(B裁判所が合議体である場合は合議体の構成員のひとりまたは全員)を受託裁判官として任命し、B裁判所における証拠調べが同時にA裁判所の証拠調べを兼ねる措置をとることが考えられる。しかし、これは当該争点の証拠調べにA裁判所の裁判官が関与しない点で直接主義の見地から問題があり、両裁判所の距離が遠いために弁論手続を共同主宰することが実務的に困難な場合などに限って検討されるべきであろう。もうひとつの考えうる手段は、A裁判所が構成員のひとりを受命裁判官として任命し、B裁判所に派遣してその審理に参加させる措置である。これは、少なくともA裁判所の構成員の一部が審理に実際に関与している点で直接主義の要請に部分的には答えているが、やはり弥縫的な手段であることに変わりはない。最も正面から合同審理の可否を検討するとすれば、やはり共通する争点に関する口頭弁論や証拠調べの共同主宰を第一次的に考えるべきであろう。これは、A裁判所とB裁判所の距離が遠い場合には物理的な意味で実施が困難であろうが、両裁判所が同一庁に属している場合などの場合には実務的にも可能であり当事者の出頭の負担も格別に増加しない。この場合、判決の矛盾を避けるために両裁判所で心証形成を共通化することについては、裁判所単位での自由心証という現行法の建て前に照らしてなお慎重な考慮を要するが、少なくともこれによって同一争点の二重審理という訴訟経済上の無駄は回避することができる。現行法の枠内における運用論と将来における立方論の両面から検討する価値があるのではなかろうか。

特定の事件を先導事件とする合意については、当事者（弁護士）サイドの協力が得られれば、訴訟契約として現行法の枠内で可能な措置であると思われる。また、特定の弁護士を共通の主任弁護士とすることなどは、すでにわが国でも一部の事件では行われている。何よりも重要なことは、個々の方法論もさることながら、重複訴訟の効果的な処理については、裁判所相互の調整や裁判所と弁護士との協力が必要であるという意識の確立そのものであろう。

(114) *See e. g.*, John C. McCoid, A *Single Package for Multiparty Disputes*, 28 STAN L. REV. 707 (1976); Richard d. Freer, *Avoiding Duplicative Litigation: Rethnking Plaintiff Autonomy and the court's Role in Defining the Litigative Unit*, 50 U. PITT. L. REV. 812 (1989).

(115) 名古屋地判昭和三七年一二月一五日下民集一三巻一二号二四七〇頁・判時三二五号三三頁。

(116) 大阪地判昭和三八年一一月一九日下民集一四巻一一号二二五一頁・判時三七三号三六頁。

(117) 東京地判平成三年二月一八日金融法務事情一二九八号二八頁。

(118) 結論において同旨の判決として、東京地判昭和四二年一〇月三一日判時五一三号四九頁参照。

(119) 鈴木正裕＝鈴木重勝＝福永有利＝井上治典・注釈民事訴訟法三五六頁〔井上治典執筆〕（初版一九八五年）など参照。

(120) 東京地判昭和四二年一二月四日判時五一六号五五頁参照。この事件は、前訴では無断転貸および建物の一部損壊などに基づく法定解除が主張され、後訴では宅地の高度利用を目的とするビル建設や被告に対する営業保障などに基づく正当理由が主張されている。

(121) 竹下守夫＝伊藤眞編・注釈民事訴訟法(3)二〇〇頁〔加藤新太郎執筆〕（初版一九九三年）参照。

(122) アメリカ合衆国連邦地方裁判所の場合は、合衆国法律集二八章一四〇七条（28 U. S. C. § 1407）により、異なった地区（district）の裁判所に係属する複数の事件が事実上の争点の一部または全部を共通にするときは、民事訴訟におけるプリトライアル手続に関してのみであるが、Judicial Panel on Multidistrict Litigation を通して事件を移送し併合することができるとされている。

(123) 新堂・前掲注(10)一五九頁参照。

(124) 住吉・前掲注(6)一四二頁参照。また、札幌高裁函館支決昭和三一年五月八日高裁民集九巻五号三二六頁もあわせて参照。

(125) 新堂・前掲注(10)一五九頁、住吉・前掲注(5)一五三頁参照。

(126) 一定の裁量権の範囲内において裁判所の運用に委ねられた行為であり、加藤判事の提唱される「手続裁量」という概念と意味するところは同じであろう。竹下＝伊藤編・前掲注(121)一九〇頁参照。

(127) 名古屋高判(金沢支部)昭和四〇年一月二〇日下民集一六巻一号三一頁参照。

(128) 鈴木＝鈴木＝福永＝井上・前掲注(119)三五八頁〔井上治典執筆〕。

(129) *See* MOORE, *supra* note (100), at ¶57.08[6.-1] (57-57).

(130) MANUAL, *supra* note (16), at 256-57

(131) 兼子＝松浦＝新堂＝竹下編・前掲注(95)八四七頁参照。

(132) 竹下＝伊藤編・前掲注(121)一九九頁参照。

七　当事者の利益の保護

1　問題の所在

処分権主義の下で自らのイニシアティブで訴訟の単位を決定しうる原告は、もともと関連事件を分断して別訴として訴え提起しようとする基本的な性向を有するものと考えられる。なぜなら、訴訟の単位を小さくすることにより早期の権利救済を得られる可能性が高くなるし、また、争点の拡散を避けた方が個々の争点について有利な判決を得やすいという原告としての戦略的心理が働くからである。(133) したがって、およそ事案のいかんを問わず、重複訴訟禁止原則は常にこうした当事者の主観的利益と一種の緊張関係にあるものといわねばならない。

さらに、拡大説のように、重複訴訟禁止原則の適用範囲を拡大する立場をとる場合、他方において、別訴提起の自由を制限される当事者の利益の保護がより一層図られなければならない。もともと、重複訴訟禁止原則の主要な根拠である効率論は相対的な価値であり、重複訴訟禁止原則の適用にあたっては常に衡量的な手法が用いられるべきであ

る。しかし、わが国の重複訴訟論の中で、このことを正面から指摘した見解はこれまでなかった。これに対し、裁判所の実務は、わが国においても事案によって衡量的な手法を用いているようである。[134] このことは、具体的な事件の処理においては、否応なく衡量的な手法を用いざるを得ないことを表しているものと思われる。

2 アメリカの若干の裁判例から

アメリカの裁判所とわが国の裁判所を比べると、一般的にアメリカの裁判所の方が当事者の利益の保護により慎重な配慮を払っているように思われる。若干の例を挙げて、具体的な処理の様子をみてみよう。

XからYに対する訴えがニューヨーク州裁判所に係属中、同一権利関係についてYからXに対する訴えがニューヨーク南地区連邦地方裁判所に提起された。連邦地方裁判所は、自らに係属する後訴手続を中止することが妥当であると考えたが、ニューヨーク州裁判所の手続規則では連邦地方裁判所で認められているディスカヴァリ・テクニックの一部を利用することができず、その結果としてYが不利益を被る可能性がある。そこで、連邦地方裁判所は、ニューヨーク州裁判所における証人尋問に連邦民訴規則を適用することをXが合意することを条件として、後訴の中止を認める旨の決定を行っている。[135]

また、次のような例がある。XからYに対する訴えがペンシルヴァニア東地区連邦地方裁判所に係属中、同一権利関係についてYからXに対する訴えがニューヨーク南地区連邦地方裁判所に提起された。Yから、ニューヨーク南地区裁判所に対して、Xがペンシルヴァニア東地区裁判所で追行している前訴の差止を求める申立がなされた。ニューヨーク南地区裁判所はこの申立を認容すべきであると考えたが、XはペンシルヴァニアでYの財産に対する仮差押を得ていたところ、差止命令を認めるとそのXの利益を奪ってしまうという問題があった。そこで、ニューヨーク南地区裁判所は、Yの申立を認容するにあたり、Yが差押財産の価値に相当する金銭を後訴裁判所に供

託することを条件として、前訴続行禁止の差止命令を出している。(136)

これらの僅かな例からも、当事者がすでに得ていた利益、または将来正当に得べかりし利益が、不当に奪われることのないように慎重に配慮することが、重複訴訟禁止原則の適用における基本態度とされていることがわかる。また、右の二つの例がいずれも対向型訴訟であることが象徴しているように、実際にこうした考慮が必要となる事件のほとんどは、両当事者の利害が正面から衝突する対向型訴訟のケースであろうと思われる。こうした当事者の利益の保護について、ヴェスタル教授は、「対向型重複訴訟を回避するための措置がとられる場合、いずれの当事者も、当該措置によって不利益を被ることがあってはならないことはいうまでもない」と明確に述べている。(137)

3　わが国の若干の裁判例から

(1)　手形債務不存在確認訴訟と手形金請求手形訴訟

次に挙げる、手形債務不存在確認訴訟と手形金請求手形訴訟の関係が問われた一連の裁判例は、わが国で重複訴訟の処理における当事者の利益保護が正面から問題とされたほとんど唯一のケースといえる。

XのYに対する手形債務不存在確認の訴えが大阪地裁に係属中、YがXに対して同一の手形に基づく手形金請求手形訴訟を別訴として大阪地裁に提起した。Xから後訴は二三一条に抵触して却下されるべきであるとの主張がなされたが、裁判所は以下のように判示してYの後訴を認めた。まず、判決は、両請求の求める判決の既判力の範囲は同一であるから、反訴によらない限り後訴は民訴法二三一条の重複訴訟禁止原則に抵触するとする。しかし、手形訴訟は厳格な証拠制限が存するなどの点において通常訴訟である前訴と異なる訴訟手続であり、したがって前訴において手形金支払請求訴訟を反訴として提起するには手形訴訟によることはできず、通常訴訟の形式によらざるを得ない。そうすると、手形債権者は簡易迅速な債務名義取得の手段を奪われることになるし、手形債務者にしてみれば先制的に

手形債務不存在確認訴訟を提起することにより、手形訴訟の提起を封殺することができる。判決は、このような事態は避ける必要があるとしてYの後訴を認め、これによって生じる弊害は、前訴手続の進行停止や前訴と後訴の併合など訴訟の運用によって防止するべきであるとした。(138)

また、右の裁判例の延長上にあるものとして次のようなケースがある。XのYに対する手形債務不存在確認の訴えが横浜地裁に係属中、YがXに対して同一の手形に基づく手形金請求手形訴訟を東京地裁に提起したが、Y勝訴の手形判決に対してXが異議の申立をしたため通常訴訟に移行した。Xは、①前訴である手形債務不存在確認訴訟と後訴である手形金請求手形訴訟は二重訴訟であり、そうでないとしても、②手形判決に対して異議申立があり通常訴訟に移行した時点で二重訴訟になるので後訴は却下されるべきであると主張した。これに対し、判決は、①の点については右の裁判例とほぼ同様の判断をして後訴である手形訴訟は二重起訴の禁止には該当しないとした。次に、②の点については、異議申立後の通常訴訟では証拠制限もないことから確かに二重訴訟の状態にあるが、異議申立前の手形訴訟は通常訴訟の先行手続であり、両者は一体として第一審に係属する訴訟手続を形成するものであるとして、Xの後訴却下の主張を退けた。そのうえで、審判の矛盾を避けるための調整などについては、訴訟進行に関する諸方策によるべきであるとする。(139)

これらの判決は、重複訴訟禁止原則の趣旨と当事者の正当な利益との衡量で結論を導いていることは明らかであり、重複訴訟論にはこうした衡量的契機が不可避であることを示唆するものといえる。また、学説によっては、さらにもう一段の衡量の必要性を説くものもある。この見解は、前訴である債務不存在確認訴訟の審理が相当程度進んで債権者側の敗色が濃くなっている場合は、後訴である手形訴訟を別訴として認める必要性は薄いとする。なぜなら、手形訴訟は後に異議審での慎重な審理で真の決着がつくことを予定しているが、すでに通常手続である債務不存在確認訴訟で債権者敗訴が濃厚である以上、もはや手形訴訟で簡易迅速な債務名義取得の道を与える必要はない。また、手形

訴訟が債権者に簡易な立証による債務名義取得を認めていることの危険性は、実証的に手形金請求事件における原告の勝訴率がきわめて高いことによってカヴァーされているが、すでに敗色が濃厚となっている債権者はこの根拠を援用しうる立場にないとする。[140] こうした徹底した衡量論的態度はこれまでわが国の重複訴訟論で最も欠けていたものであるが、前訴優先ルールの相対化や処理手段の柔軟化とともに、一種の意識革命を伴って推進されていくべきものであると解する。

(2) 相殺の抗弁

相殺の抗弁と重複訴訟の関係は、もともと衡量論的考察の必要性が高い分野でありながら、わが国の裁判例が不思議なほどこれを等閑視してきた分野であり、また既判力ドグマの支配がことさら強い分野のひとつである。すなわち、わが国では、相殺の抗弁における自働債権は訴訟物ではないが、民訴法一九九条二項により自働債権存否の判断に既判力が生じるため、相殺の抗弁を訴えの提起と同視して二三一条の重複訴訟禁止原則を適用するべきかどうかという形で命題が立てられる。この命題そのものが、相殺の抗弁と重複訴訟の関係を既判力論の観点のみから見ている点ですでに問題であるが、この命題を前提として判例および一部の学説が到達した結論についても、衡量論を適用して検討してみると問題があることがわかる。

この分野のわが国の裁判例は、事件類型によって傾向に差違があることが、すでに多くの学説によって指摘されている。すなわち、両訴が別手続である場合に限れば、①相殺の抗弁が先行する場合(抗弁先行型)と、②訴えが先行する場合(訴え先行型)の二つの事件類型がある。これらのうち、①の抗弁先行型については、下級審の裁判例がわずかにあるだけであるが、[141] それらは後の訴えの提起は重複訴訟禁止原則に抵触しないとしている。これと対照的に、②の訴え先行型については、戦前から下級審において後行の相殺の抗弁を重複訴訟期に原則に触れるとするものが主流であったが、[142] 最高裁も最近になってこうした傾向を是認する判決を出している。[143] こうした鮮明なコントラストが生じて

いる理由であるが、抗弁先行型では、相殺の抗弁は相手方の訴えに対する防御としてやむなく提出されたものであり、しかも相殺の抗弁について既判力ある判断が下されるかどうか不確実であるため、訴えによる債権の行使を禁止することは望ましくない。これに対し、訴え先行型では、自働債権に関する紛争は、自ら提起した訴訟においてかたをつければよいという判断が働いているのではないかと思われる。これらは、一見するともっともな理由のように思えるが、あらためて利益衡量を行ってみると必ずしもそうはいえないことがわかる。

ここで衡量の対象となるのは、一方はいうまでもなく訴訟経済と判決の矛盾の防止であるが、他方に挙げられるべきは債務名義の取得と相殺の担保的機能の維持である。[144] すなわち、抗弁先行型の場合は、前訴における相殺の担保的機能を維持しつつ後訴で債務名義を取得する利益であり、訴え先行型の場合は前訴における債務名義の取得を維持しつつ後訴で相殺の担保的機能を獲得する利益である。ここで重要なことは、債務名義を取得しても相手方に十分な資力がなければ完全な回収ができないし、相殺の抗弁は最後に審理される防御方法であるため必ず判断される保障がなく、債務名義の取得と相殺の担保的機能はどちらか片方で十分というわけにはいかず、両者をともに得ることこそがひとまとめで当事者の利益であるということである。この両者について衡量を行ってみると、皮肉なことにどちらかといえば判例の傾向とは逆の立場をとる方が望ましいという結論になる。なぜなら、抗弁先行型の場合は、たとえ後行の別訴が禁止されるとしても、当事者は自らのイニシアティブで反訴を提起することができ、このような反訴については学説はもちろん裁判例もこれを適法としている。[145] これに対し、訴え先行型の場合は、後訴被告である相殺の抗弁の提出者のイニシアティブで両訴の手続を併合する手段は存在せず、抗弁の提出が禁止されれば相殺の担保的機能は享受する道は失われる。この場合、後訴被告は自ら訴えの提起を選択したのであるからもはや相殺の担保的機能を求める資格がないとはいえないのは、たとえば訴えの提起後に相手方の資力が悪化した場合を考えてみても明らかである。では、少なくとも、相殺先行型に限っては別訴の提起を禁止して、反訴の提起を事実上強制する方がよいかと

いうと、必ずしもそうとは言い切れない。なぜなら、通常、反訴の訴訟物の審理は本訴の訴訟物の審理の後に行われることが多く、しかも反訴の訴訟物が同時に本訴における相殺の抗弁の自働債権である場合はなおさら、相殺の抗弁が最後に審理されるのに伴って最後まで待たされることになろう。つまり、別訴による場合よりも権利救済が遅れる可能性があり、特に本訴の審理が長引きそうな場合には大きな不利益を受ける可能性がある。(146) また、本訴の請求そのものが認められなかった場合、あるいは相殺以外の抗弁が認められた場合には、手続の併合による訴訟経済上のプラス効果は発生しない。つまり、ヴェスタル教授のいう、重複訴訟禁止原則の適用によって当事者の利益が奪われることがあってはならないという原則に従うならば、両方の類型について重複訴訟禁止原則を適用すべきではない。

ただし、本稿が自らの立場を衡量論と呼ぶからには、天秤の他方の皿にも十分な考慮を払わなければならない。ここで問題となるのは、訴え先行型で後行の相殺の抗弁を不適法とする最高裁判決が、その理由として「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実際上もこれを防止することが困難である」と述べている点である。これによると、相殺の抗弁が問題となるケースでは、通常の対向型訴訟と比べて、特に判決の矛盾が生じやすい事情や判決の矛盾を防止することが困難な要因が存在するように聞こえるが、果たしてそうであるのか。この点を明らかにするためには、一種のマトリックス分析を行うことが最も確実である。すなわち、前後両訴の関係をすべて組み合わせたモデルを作り、それぞれの場合において判決の矛盾が生じる危険を検証することである。以下、XのYに対する訴求債権をA債権、YのXに対する訴求債権＝相殺の抗弁の自働債権をB債権、XのYに対する訴訟(相殺の抗弁が提出された訴訟)を甲訴訟、YのXに対する訴訟を乙訴訟として、それぞれの場合を考えてみる。注意しなければならないのは、判決の矛盾が生じるかどうかを検証する際には訴え提起の前後は考慮する必要がなく、判決確定の前後のみが問題になるという点である。したがって、以下で前訴・後訴というときは、判決確定の前後を指すものとする。

まず、甲訴訟が前訴で乙訴訟が後訴の場合を考えてみよう。甲訴訟でA債権不存在と判断された場合については、甲訴訟でB債権の存否は判断されないから、乙訴訟ではB債権の存否について自由に判断できる。甲訴訟でA債権存在・B債権不存在と判断された場合は、乙訴訟でB債権不存在と判断することは前訴と矛盾せず、B債権存在と判断することは前訴の既判力により遮断される。甲訴訟でA債権存在・B債権存在と判断された場合は、両債権は判決確定で相殺により消滅するので、乙訴訟でB債権不存在と判断することは前訴と矛盾せず、B債権存在と判断することは前訴の既判力により遮断される。このように、甲訴訟が前訴である場合には特殊な事情は何も存在しない。あらゆる組み合わせのうち二つを除いては、論理的に矛盾する判決が不可能であり、残った二つの組み合わせは既判力により矛盾防止が担保されているので（民訴法四二〇条一項一〇号）、当事者から相殺の担保的機能を奪ってまで重複訴訟禁止原則を適用しなければならない必然性は見い出せない。

次に、乙訴訟が前訴で甲訴訟が後訴の場合であるが、後訴である甲訴訟でA債権不存在と判断されるときは甲訴訟ではB債権の存否が判断されないから、前訴である乙訴訟でどのような判断がされていようと矛盾は生じない。また、乙訴訟でB債権不存在と判断され、甲訴訟でA債権存在と判断された場合は、甲訴訟でB債権不存在と判断することは前訴と矛盾せず、B債権存在と判断することは前訴の既判力で遮断される。ところが、乙訴訟でB債権存在・甲訴訟でA債権存在と判断された場合に、甲訴訟でB債権の存否を判断するときには、やや複雑な事態が生じる。まず、B債権不存在と判断することは、一見すると前訴である乙訴訟の既判力に触れるようであるが、前訴の執行がすでに終わりB債権が消滅している場合には、既判力の基準時後の事情が生じたことになるので問題はない。これに対し、前訴の執行前であるときは、前訴の既判力が働きB債権不存在と判断することは遮断される。最も問題となるのは、甲訴訟でB債権存在と判断する場合である。この場合は、前訴の乙訴訟でB債権存在と判断されているのであるから、後訴である甲訴訟の判断に既判力の矛盾はないが、前訴と後訴で同一債権についていわば二重に債務名義が生じるこ

とになる。特に厄介なのは、甲訴訟が確定すると同時に相殺の効力が生じて即時の執行がなされたのと同様の効果を生じるため、通常の二重債務名義の場合のように執行段階で調整することができない点である。それでも、先に確定した乙訴訟の債務名義の執行前に甲訴訟が確定した場合は、乙訴訟の執行を請求異議の訴えで阻止することが可能である。これに対し、乙訴訟の執行後に甲訴訟が確定すると、B債権は二重に行使されたことになるが、これを執行手続上の手段や再審によって事後に修正することはできない。それでは、これは一方当事者が本来享受し得た相殺の担保的機能を犠牲にしてまで、重複訴訟禁止原則を適用する根拠となるであろうか。たしかに、右の最後のケースでは判決の矛盾(既判力の矛盾ではない)を防止する手段が存在しないが、考えてみれば、それはXが甲訴訟においてB債権が乙訴訟の確定判決の執行によって消滅したことを抗弁として主張・立証しなかったことによるものである。すなわち、弁論主義のもとで必要な主張・立証を尽くさなかった当事者が敗訴するというごく当たり前のケースにすぎず、弁論主義は当事者の自己責任に基づくもので自由心証以前の問題であるため、裁判所に判決の矛盾を是正する責任はない。したがって、いずれの場合にも、相殺の担保的機能を犠牲にする根拠は存在しないというべきである。

ひるがえって考えてみれば、もともと相殺の抗弁はひとつの防御方法にすぎないにもかかわらず、これに既判力が生じるという側面のみが過剰に強調されてきたきらいがある。そもそも、債権の二重行使の危険を一九九条二項が既判力で防止している以上、安んじて防御方法としての側面が十分保障されるように解釈論を展開するのが筋ではあるまいか。特に、このケースでは両訴の当事者は同一であり、一方の訴訟で既判力が発生した場合にこれが他方の訴訟で見過ごされることは考えにくい。かりに、これが見過ごされても、なお再審事由として矯正することまでが保障されており、このうえさらに当事者の実体法上の利益を犠牲にしてまで、重複訴訟禁止原則で既判力の矛盾抵触を防止しなければならないとすれば、いったい何のための既判力かという気がする。(14)

(133) Freer, *supra* note (114).

(134) 霜島教授は、大判昭和七年九月二二日民集一一巻一九八七頁と最判昭和四九年二月八日を比較検討して、事案処理の理由付けと結論が一見両立しないようにみえるが、第一の訴えが実質的に必要かどうかという角度からは一貫しているとし、「約言すれば、第二の訴訟の原告にとって第一の訴訟とは別に訴えを提起することが必要ならば同一事件とはいえないとの基準が、最上級審判例の立場といえる」と結論づけていることは先に述べたとおりである。霜島・前掲注(15)一〇六頁。

(135) Weiss v. Doyle, 178 F. Supp. 566, 571 (S. D. N. Y. 1959).

(136) Sentry Corp. v. Conal Int'l Corp., 164 F. Supp. 770 (S. D. N. Y. 1958).

(137) Vestal, *supra* note (101), at 27.

(138) 大阪地判昭和四九年七月四日判時七六一号一〇六頁。なお、大阪高判昭和六二年七月一六日判時一二五八号一三〇頁も同旨。

(139) 東京地裁平成三年九月二日判時一四一七号一二四頁・判タ七六九号二三七頁。

(140) 畑瑞穂「判批」ジュリスト九五九号一一三頁(一九九〇年)。

(141) 東京地判昭和三二年七月二五日下民集八巻七号一三三七頁、東京高判昭和五九年一一月二九日判時一一四〇号九〇頁。

(142) 東京控判昭和八年九月一二日新聞三六二八号一一頁、神戸地判昭和一四年五月一〇日新聞四四三〇号一五頁、東京地判昭和三二年二月二七日下民集八巻二号三五七頁、大阪高判昭和三三年五月一九日下民集九巻五号八五九頁、宮崎地判昭和三四年七月七日判タ九三号五八頁、東京地判昭和三八年一一月二六日判時三六三号三七頁、旭川地名寄支判昭和四〇年九月二二日判タ一八三号一八四頁、名古屋地判昭和四六年七月一六日判時六四九号六九頁、大阪地判昭和四九年七月一九日判タ三二五号二三四頁、福岡高判昭和五〇年五月二七日判タ三二八号二七〇頁、名古屋高判昭和五〇年六月二六日下民集二六巻五～八号五二五頁、札幌高判昭和五五年一二月一七日判タ四三七号一三三頁。

(143) 最判平成三年一二月一七日民集四五巻九号一四三五頁、なお、参考判例として、最判昭和六三年三月一五日民集四二巻三号一七〇頁。

(144) 栗原良扶「相殺の抗弁と重複訴訟の禁止――学説・判例の概観と若干の考察――」大阪学院大学法学研究七巻一・二号九〇頁(一九八二年)参照。

(145) 大阪地判昭和二八年九月五日下民集四巻九号一二四一頁、東京地判昭和三三年四月二日下民集九巻四号五六二頁、大津地

判昭和四九年五月八日判時七六八号八七頁。

(146) 住吉・前掲注(6)一三九頁は、「(反訴で訴求した場合に―筆者注)あと廻しにされる点は、もし自働債権の審理のみだと早く済むというときは、別訴で確定判決を得てから相殺すればよいと思われる」とする。かりに、これが前訴における相殺の抗弁を撤回してから別訴を起こすという意味であるとすれば、確かにこれにより早期の確定判決を得ることは可能であるが、反面、前訴においては防御方法のひとつを失うことになり敗訴の可能性が増大することを意味する。また、別訴で勝訴した債権をもって訴訟外で相殺することは可能であるとしても、かりに前訴が先に確定してしまった場合には一方的に執行を受けて相殺の担保的機能を失うことになるし、帳簿上での債権回収とは別に訴訟の勝敗そのものが社会的に独立に意味を持つことも決して少なくないことを考えれば、右のようにいうことには疑問がある。

(147) 渡辺教授は、「防禦方法としての相殺の性格を、既判力を生ずる可能性を有するという一事を以って訴えと同じように処理することによって、無視する結果になり、実際上防禦の自由を制限する結果になっているのではないであろうか。しかも、その制限を正当化すべき既判力抵触の可能性は、既判力の発生、その範囲について未必的であり、又、同一の当事者間で問題となるのが通常であり、いずれかの手続上に顕現され、調整することが可能であり期待も出来るのであって、抽象的な危険に止まるものといえよう。訴訟係属中の債権についても債権者は権利者としての実体的権利の行使を妨げられないのが現行法の原則である以上、相殺についてのみ、既判力抵触の抽象的危険から、実際には適切な調整が可能と思われるのに、制限を加えることは妥当ではないであろう」とされるが、正論というべきである。渡辺・前掲注(66)三三四頁。

八　おわりに

わが国の伝統的な制限説は、重複訴訟禁止原則の機能を訴訟要件論における訴訟障害事由と捉えてきた。これに対し、拡大説は、重複訴訟禁止原則を関連する複数の訴訟の調整機構として捉える。重複訴訟禁止原則を訴訟要件ととらえるか、それとも関連訴訟間の調整機構ととらえるかは、決して単なる解釈論の相違にはとどまらない。複数の関連する訴訟間の調整という考えは、意識するとしないとに関わらずその本質においてすでに一種の複雑訴訟論であり、

制限説と拡大説の間には厳然たるパラダイム・シフトが存在する。しかし、わが国では、これまでそうした意識が希薄であった。そのため、拡大説においてすら後訴を本質的に病理的なものと見て排除するという伝統的な思考様式が踏襲されてきた。これに対し、複雑訴訟論は、重複訴訟の発生を民事訴訟の健全な生理として捉えることを出発点とする。ひとたび重複訴訟論を複雑訴訟論の視角から捉えることを承認するとすれば、もともと訴訟要件論としての重複訴訟論を前提としていた前訴優先ルールを墨守する必然性はもはや存在しない道理であるし、重複訴訟の処理手段も効率的な訴訟運営という公益と当事者の手続的自治との緊張関係の中で模索されることにならざるをえないはずである。

今日の社会では重複訴訟の発生原因や存在形態も多種多様であり、複雑訴訟論の視角を抜きにした重複訴訟論のみであらゆる事件を適切かつ効率的に処理することは困難である。そのことは、アメリカにおける重複訴訟論の発展の中にも見て取ることができるし、わが国の判例の一部においてすら伝統的な重複訴訟論の枠に収まらない柔軟な処理が見られることはこれを部分的に裏打ちするものといえる。これからのわが国の重複訴訟論に求められているのは、複数の訴訟事件を効果的に運営するための総合的な事件管理の視点ではないかと思われる。具体的には、重複訴訟の処理に関し、裁判所に対してどのような事件管理のディヴァイスを与えるか、それらのディヴァイスの行使についてどの程度の自由度と裁量権の限界を認めるか、裁判所による事件管理と当事者の手続的自治をいかに調和させていくか、などの諸点について議論が深められていくべきであろう。

（一九九五年八月末日、アメリカ合衆国ニューヘイヴンにて）