

# 抗弁権とは、どのような権利か(三)

——「抗弁権の永久性」論を検討するために——

鷹 巢 信 孝

- 一 はじめに
- 二 日本民法における抗弁権の具体例  
― 同時履行の抗弁権と留置権の対比を中心に ―……………四七卷一号
- 三 抗弁権とは、どのような権利か(一)  
― 一時的抗弁権と永久的(永続的)抗弁権・独立的抗弁権と非独立的(従属的)抗弁権 ―……………四七卷二号
- 四 抗弁権とは、どのような権利か(二)  
― 抗弁権の論理構造と訴訟法上の抗弁 ―……………本号
- 五 中島博士の「抗辯論」の批判的検討
- 六 抗弁権は永久的な権利なのか  
― 形成権と対比して ―……………
- 七 「抗弁権の永久性」法理は必要か
- 八 むすび

#### 四 抗弁権とは、どのような権利か(二)

##### ― 抗弁権の論理構造と訴訟法学上の抗弁 ―

一 抗弁権について第二章と第三章で述べたことを、私の独特の方法論〔前掲注(二)参照〕に基づいて整理すると、つまり抗弁権という権利を**本質・実体・現象形態**という三つの次元に分解した上で、これを総合することにより、抗弁権の全体像を論理的に把握すると、抗弁権は次のような論理構造をもつ権利である。

即ち、**抗弁権の本質**は、相手方の権利(債権・物権的請求権・形成権)の行使に対して、その効力が発生することを一時的に、あるいは永久に阻止しようとする意思である。例えば、債権者の給付請求に対して給付を拒絶する意思や、所有権者が物権的請求権(所有権に基づく返還請求権や妨害排除請求権)を行使するのに対して、それを拒絶する意思、さらに相手方が取消権や解除権を行使するのに対して、その効果(形成権の実体をなす形成力)が発生するのを阻止する、つまり形成力が発生しないようにして、取消や解除の効果が発生しないようにする意思が**抗弁権の本質**をなす。

形成権の行使が除斥期間を経過した後になされた場合、従来の学説・判例は形成権が消滅しているので、形成権行使の効果が発生しないのは当然のことであると解している。つまり、形成権を行使された相手方の除斥期間の援用は必要でないと解している。しかし、相手方が除斥期間経過後の形成権行使の効果を認めることは可能である。つまり、除斥期間の利益を放棄することは、時効の利益を放棄するのと同じように、可能である。だとすれば、除斥期間経過後の形成権行使の効果を阻止するためには、相手方の除斥期間の援用が必要ということになる〔拙稿・注(一)佐賀四六巻三号八三頁以下参照〕。そして、この除斥期間の援用権を抗弁権と解する私見からすれば、従来の学説のように抗弁権を請求権に対置させて、相手方の履行請求に対する履行拒絶権・給付拒絶権に限定するのは狭すぎる。

にも拘わらず、従来の学説が右のような狭い捉え方をしているのは、日本民法とドイツ民法では消滅時効の構成が異なっていることを考慮することなく、除斥期間や抗弁権という概念をドイツ民法(学)におけるのと同じように捉えているからである。つまり、ドイツ民法では請求権が時効にかかり、相手方に履行拒絶の抗弁権が認められる(第三章二節参照)。そして、除斥期間は消滅時効とは正反対の概念とされるために、除斥期間を徒過すれば権利は当然に消滅すると解され、相手方の援用が問題となる余地はないことになる。

これに対して、日本民法の下では消滅時効にかかると債権が消滅する(条一項七)。したがって、除斥期間は消滅時効とは正反対の権利行使期間と位置づけるのであれば、除斥期間を徒過しても権利は消滅しないと解することも可能であり、ドイツの学説のように権利が当然に消滅するとして、権利の存続期間との違いを曖昧にすることもなかったであろう(この点については、拙稿・注(一)佐賀四四卷四号一七六頁参照)。

ドイツ民法の Einrede という概念を基礎づけたヴェイントシャイトは、Einrede を Anspruch に対置させた上で、Anspruch の行使に対して給付義務者が、これを拒絶することにより請求権の貫徹を阻止し、請求権を停止させることが Einrede の機能であるとして(一五)いる。このような見解が発表された当時、形成権という概念は未だ発明されていなかった。したがって、請求権だけに目を向けたのは止むを得ないことであった。

しかし、現在では形成権という概念が発明されており、抗弁権の理解に対して影響を及ぼしている(一六)。そして、形成権は消滅時効に服することはなく、除斥期間に服するが(拙稿・注(一)佐賀四六卷三三三頁以下参照)、除斥期間についても援用が必要であり、この援用権は抗弁権であるとすれば、消滅時効の援用により権利が消滅するとして、時効援用権を形成権としている(拙稿・注(二)佐賀四五卷二二八頁、同四五卷四号九九頁以下参照)日本民法の下では、抗弁権についてもドイツとは異なった捉え方が必要になるはずである。

注(一一五) Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.1,9.Aufl.,1906S.202f

因に, Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd.5, 1841S.152ff, 160f, u.169(小橋一郎訳「サヴィニー 現代ローマ法体系第五巻」成文堂・二〇〇二年)一五二頁以下・一五八頁・一五六頁は、exceptioを原告の actioの効力を阻止する被告の独自の権利とする。

サヴィニーとヴィントシャイトの抗弁(権)論については、永田注(一一六)関法二二巻四〇五〇六合併号二二九頁以下・一四四頁以下、坂田注(八五)民商一一〇巻四〇五合併号二二七頁以下、坂口裕英「サヴィニーおよびヴィントシャイトの抗弁に関する理論について」『抗弁権と「抗弁」の分化』名城法学一五巻一〇二合併号(一九六五年)七八頁以下、Roth, N.70S.18ff, u.23 ff

(一一六) 坂田注(八五)民商一一〇巻四〇五合併号二二五頁は、形成権の発見に伴って実体法上の抗弁権の存在理由の中に訴訟的な考慮を織り込まなければならなくなったことなど、実体法上の抗弁権の訴訟的契機を導き出すことにもつながってゆくとされる。

そして、ドイツには Anspruch と Einrede に実体法的要素とともに訴訟的要素をも含まれているとする見解(Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 7.Aufl., 1989S.237ff)があるが、これはヴィントシャイトの理論ではなくて、サヴィニーの理論に回帰するものと解されている。Roth, N.70, S.307ff, 坂田注(八八)民商一一〇巻六号六一頁以下。

二 抗弁権の**本質**をなす意思、即ち相手方の権利行使の効果が発生するのを阻止する意思(その典型は給付を拒絶する意思は、単に本人が好き勝手に自己の内心において懐きさえすれば良いというものではなく、社会的に正当なものとして承認されるものでなければならない)。

そのような社会的承認が得られるのは、法律に定められた要件に合致する場合や、法律に定められてはいないが、法定されている要件を類推すると、公平の原則や信義則に照らして社会的に正当とされる場合、あるいは当事者の合意により、一定の要件の下に給付拒絶権を認めており、それが社会的に不当なものではない場合に懐く、効果発生を阻止する意思である。

社会から正当なものとして承認されると、この効果発生を阻止する意思には、相手方の権利行使の効果が発生するのを阻止する力が付与される。そして、相手方が権利を行使して来た時に、相手方に対して効果の発生を阻止する意思を表示することにより、相手方の権利行使の効果の発生は阻止される。

その結果、相手方が債権を行使して一定の給付を請求したり、物権的返還請求権を行使して来た時に、給付拒絶の意思を表示すれば、給付義務を履行しないことの違法性が阻却されて、即ち給付義務の不履行が正当化されて、義務違反の責任を問われないようになる。相手方が形成権(例えば、取消権や解除権)を行使してきた時に、除斥期間を経過しているので、これを認めることは出来ないと主張することにより、相手方の形成権行使の効果の発生、即ち取消や解除という効果の発生は阻止されて、形成権が行使される前の状態が維持されることになる。つまり、取消や解除がなかった状態が維持されることになる。

したがって、取消権や解除権を行使することを前提に自己の義務を履行していない当事者は、その義務を履行しなければならず、既に給付義務を履行していた場合には、不当利得返還請求権・原状回復請求権・所有権に基づく返還請求権は発生しないことになる。そして、債権が除斥期間に服する場合には(例えば、不法行為に基づく損害賠償請求権が民法七二四条後段の二〇年の除斥期間に服する場合には)、債務者が期間の徒過を理由にして支払を拒絶すれば、債権の**実体**をなす請求力は永久に効力を発揮することが出来なくなり、自然債務に転化することは、前章で述べたところである。

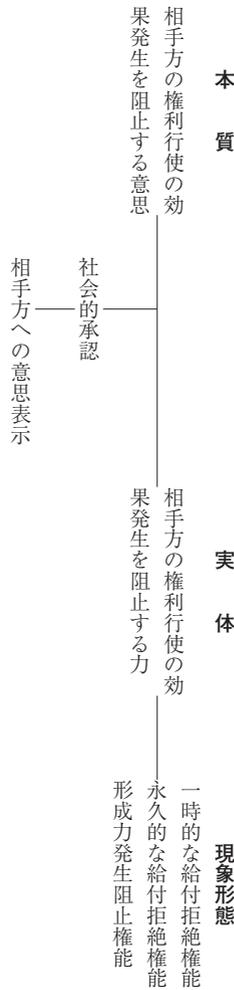
右に述べたような、相手方の権利行使の効果の発生を一時的に、あるいは永久に阻止する力が抗弁権の**実体**をなす。抗弁権という権利には、このような阻止力があるからこそ、相手方の権利行使の効果が発生するのを一時的に、あるいは永久に阻止することが出来るのであり、給付義務を履行しなくても義務違反の責任を問われずに済むのである。もし、この阻止力がなければ、相手方の権利行使の効果の発生を受け容れなければならず、それを受け容れ

ない場合には義務違反の責任を問われることになる。抗弁権には、このような阻止力が内在されているが故に、抗弁権は抗弁権という独特の権利でありうるのである。この阻止力を抗弁権の**実体**とする所以である。

そして、右の阻止力が発揮されることにより、抗弁権の**本質**をなす相手方の権利行使の効果発生を阻止する意思は、一時的な給付拒絶権能・永久的な給付拒絶権能・形成権行使による効果の発生を阻止する権能・形成力発生阻止権能)という姿をとって具体化する。これが抗弁権の**現象形態**である。前章第一二節において、独立的抗弁権や非独立的(従属的)抗弁権という分類は必要でないが、永久的(永続的)抗弁権や一時的(延期的)抗弁権という分類は、抗弁権について理解する上で必要・不可欠とした所以である。

右に述べたところを図式化して整理すると、次のようになる。

図1 抗弁権の論理構造



なお、ドイツの学説の中には、一時的(延期的)抗弁権・永久的(永続的)抗弁権のほかに、請求権制限的抗弁権 *anspruchsbeschränkende Einreden od. vorübergehende und anspruchsbeschränkende Einreden* とつ、同時履行の抗弁権や留置的抗弁権を挙げるものも見られる<sup>(一七)</sup>。

給付訴訟において被告が同時履行の抗弁権や留置権を主張した場合に、裁判所は引換給付判決をしなければな

(二八) ならず、限定承認をした相続人が、その旨を主張した場合に、裁判所は相続債務全額について給付判決をした上で、相続財産の限度において弁済すべき旨の留保を付けた判決(留保判決)をしなければならぬ(二九)点に、これらの抗弁権の特殊性がある。しかし、それは民事訴訟法上の問題であつて、実体法の領域では、これらの抗弁権は一時的(延期的)抗弁権に分類すれば足り、独自の種類のものとして分類する必要はない。

注(一一七) Roth, N.70, S.38 u. 169ff.

(一一八) 沢井・注(二七)注民⑬二七一頁、沢井井清水・注(二七)新注民⑬六一八頁以下、柚木・注(五五)総合判例一四四頁以下、大判・明治四四年二月一日・民録一七輯七七二頁、大判大正七年四月一日・民録二四輯六八七頁、最判・昭和三三年三月一日・民集一二卷三三三頁五二四頁、最判・昭和三三年六月六日・民集一二卷九号一三三四頁など。

(一一九) 小室・注(九四)注民⑳三八八頁、同・注(九四)新注民⑳五〇七頁、大判・昭和七年六月二日・民集一一卷一〇九九頁、大判・昭和十一年三月二〇日・新聞三九六八号一八頁など。

昭和七年判決の評釈として、穂積重遠・判例民事法⑫昭和七年虎八七事件「有斐閣一九三四年」二八四頁以下、福島四郎・家族法判例百選(新版)「有斐閣一九七三年」二五四頁以下。

抗弁権とは、どのような権利か(三)

三 法律の規定や法律の類推、あるいは当事者の合意によつて抗弁権の成立要件は定められるが、抗弁権が具体的に発生するのは相手方が権利(債権・物権的請求権・形成権)を行使して来たときである。そのときに、抗弁権を行使する意思表示、即ち相手方の権利行使の効果の発生を阻止する意思表示をすることによつて(具体的には、給付拒絶の意思表示や形成力の発生を阻止する意思表示をすることによつて)相手方の権利行使の効果の発生を一時的に、あるいは永久に阻止して、給付義務を履行しないことを正当化したり、形成権(取消権や解除権など)が行使される前の法律関係が維持されることになる。

要するに、抗弁権も権利の一種であるから、権利者が行使することによって、初めて、その本来の効果を発生させるのである（行使効果説）。しかし、①自動債権に抗弁権が付いている場合には、原則として相殺は許されない。②同時履行の抗弁権は、これを行使するまでもなく、この抗弁権が存在していることだけで、債務を履行しなくても履行遅滞にはならない、とする見解（存在効果説）がある。そして、この見解が、わが国の通説であり、判例であるとされている。<sup>(110)</sup>

同時履行の抗弁権が発生していても、これを行使しなければ、給付拒絶を正当化することは出来ず、義務の不履行の違法性は阻却されず、履行遅滞の責任を問われることになる。しかし、この問題は、①裁判になる前の段階と、②裁判になった段階を区別・連関づけて考察する必要がある（第六節・七節参照）。

抗弁権のついた債権を受働債権として相殺をすることは可能である。というのは、自己の有する抗弁権は、これを行使しないで放棄することが出来るからである。抗弁権を放棄すれば、抗弁権のつかない債権となり、相殺を妨げる事情がなくなり、相殺に適した状況がもたらされる。

これに対して、抗弁権のついた債権を自働債権として相殺することが認められると、相殺によって債権が消滅する限度において、相手方は抗弁権を行使することが出来なくなり、相手方の抗弁権を放棄させたのと同じ結果になる。したがって、抗弁権のついた債権を自働債権として相殺をすることは出来ない、とする見解が主張されているわけである。

しかし、抗弁権は、これを行使する意思表示がなされることによって、その効果が発生する権利であるという論理構造に照らすと、右の見解は理論的な考え方というよりも、相手方の抗弁権を消滅させるような結果をもたらすことは避けるべきであるという、政策的な判断が先行しているように思われる。このような評価をすることは、当初、行為効果説に立って、ドイツ民法三九〇条のような相殺禁止規定が日本民法には存在しないから相殺は可能で

あるとされていた石坂博士が、後に、自働債権の債務者は抗弁を用いることが出来ないという実際の結果は不公平であるとして、相殺否定説に変更された例を見れば、恣意的な評価ではないことが分かるであろう。

「債務が不法行為によって生じたときは、その債務者は、相殺をもって債権者に対抗することができない」とする、民法五〇九条の政策判断に比べると、抗弁権のついた債権を自働債権とする相殺を政策的に禁止することは根拠が弱い。したがって、抗弁権のついた債権を自働債権として相殺することが出来ないことは、理論的に根拠づけなければならぬが、民法五〇五条一項但書に着眼して、抗弁権のついた債権は相手方の債務の性質上、相殺が許されない、と解するのが妥当である。

注(二二〇) ①相殺禁止については、沢井・注(二七)注民(三)二七三頁、沢井・清水・注(二七)新注民(三)六二〇頁以下、清水・注(三)

三)東北学院62号二〇頁以下、磯村 哲編「注釈民法(2)〔有斐閣・一九七〇年〕三九六頁以下」「中井美雄」、深谷 格「抗弁権が附着した債権の相殺に関する一考察」西南学院大学法学論集二九卷二・三合併号(一九九七年)五九頁以下、萩澤達彦「同時履行の抗弁権の権利抗弁としての性質について」成蹊法学七五号(二〇一一年)一六九頁以下。

②同時履行の抗弁権と履行遅滞との関係については、沢井・注(二七)注民(三)二七三頁、沢井・清水・注(二七)新注民(三)六二二頁、清水・注(三三)東北学院62号二二三頁以下、柚木・注(五五)総合判例一四八頁以下、萩澤・前掲・成蹊七五号一七〇頁以下。

なお、沢井・注(二七)注民(三)二七五頁、沢井・清水・注(二七)新注民(三)六二四頁は、判例が存在効果説と行使効果説の、いずれに加担しているかは明らかではないというべきであろうとされる。

(二二二) 石坂音四郎「判批」法学協会雑誌三四卷五号(一九一六年)六四頁以下。

(二二三) 石坂音四郎「日本民法 債権総論」下巻「有斐閣書房・一九一七年」一五四七頁。

(二二四) 民法五〇九条の立法趣旨については、乾 昭三・注(二二〇)注民(2)四二七頁以下。

(二二五) 川名兼四郎「債権法要論(第四版)」金刺芳流堂・一九二〇年「五六一頁」。

四 民法五〇五条一項但書の債務の性質が相殺を許さないという意味は、相殺をなすことが債務を成立せしめた本旨に反する場合、あるいは両債務について別々に現実に履行しなければ、その債権を成立させた目的が達せられない場合を意味するとされている。<sup>(二二五)</sup>

主たる債務の債権者が保証人に対して金銭債務を負担している場合に、債権者は保証人に対する債務を保証人に対する保証債権で相殺することは出来ない。というのは、債権者が相殺をすることによって保証人の履行拒絶権(催告の抗弁権・検索の抗弁権)を奪う結果になることが不公平であり、許容できないという理由だけではなく、保証債務の補充性という債務の性質上、相殺に適する状態にはないからである。<sup>(二二六)</sup>

民法四六一一条一項を論理的に解釈すると、主たる債務者は保証人が債権者に全額の弁済をしていない間は、保証人が主たる債務者に対して担保を提供するか、主たる債務者を免責させる措置をするまでは、保証人の償還請求を拒絶することが出来る。したがって、保証人が主たる債務者に債務を負担している場合に、この債務を保証人の事前求償債権で相殺することは出来ない。<sup>(二二七)</sup>

というのは、保証人が主たる債務の全額につき弁済する前に主たる債務者が事前求償義務を負わされるのは、先履行義務を負わされるということを意味する。したがって、四六一一条一項は主たる債務者に一種の「不安の抗弁権」を暗黙裡に認めたものといえる。そして、このような履行拒絶権を派生させる主たる債務者の債務の性質上、つまり先履行義務という性質上、保証人が担保を提供するか、主たる債務者が免責される措置をして、主たる債務者からの保証人に対する抗弁権が発生しないようにしない限り、保証人は抗弁権のついた事前求償権を自働債権として相殺することは出来ないのである。

借家人の造作買取請求に基づく賃貸人の代金支払債務と借家人の造作引渡債務は同時履行に準じる関係にあるが、賃貸人にとって同時履行の抗弁権は借家人の造作引渡義務履行の担保になっている。にも拘わらず、借家人が造作

買取代金債権と家賃支払債務との相殺の意思表示をなすことにより、賃貸人の造作代金支払債務を消滅させ、賃貸人の同時履行の抗弁権を消滅させることは、賃貸人が借家人に造作の引渡義務を履行させるための担保を失わせることになる。したがって、借家人が右のような相殺をするためには、造作引渡義務の履行を提供して、賃貸人の同時履行の抗弁権が発生しないようにしておかねばならない。<sup>(二二五)</sup>つまり、相殺に適する状態にするためには、借家人は造作引渡の先履行義務を負うことになる。

これと同じようなことは、手形貸付や手形割引に關しても発生する。手形貸付における借入金の返済と手形の返還や、割引手形の買戻しにおける買戻代金の支払いと手形の返還は同時に履行されるべき関係にある。そして、手形貸付の借入人や手形割引依頼人にとって、同時履行の抗弁権は手形の返還を確実なものにする担保の役割を果たしている。にも拘わらず、手形貸付人や手形割引人、要するに金融機関が手形貸付の借入人や手形割引依頼人に対する預金債務と貸付金債権や手形買戻代金債権とを相殺すれば、手形貸付の借入人や手形割引依頼人にとって手形返還請求権の担保が無くなることになる。したがって、手形貸付人や手形割引人が上記のような相殺を行うに適した状態にするためには、手形を返還して相手方の同時履行の抗弁権が発生しないようにする必要がある。<sup>(二二九)</sup>要するに、同時履行の抗弁権が発生しうる間は相殺をなしえず、相殺適状にするためには手形の返還という先履行義務を果たさなければならぬのである。

注(二二五) 中井・注(二二〇)注民(三九六頁)。

(二二六) 同旨、大判・大正三年一月一三日・民録二〇輯九三二頁(抗弁権の附着する間は、保証債務の性質上、相殺に適しないという理由と、保証人の抗弁権が奪われることを挙げる)、大判・昭和五年一〇月二四日・民集九卷一二号一〇四九頁(相手方の抗弁権が剥奪される結果となるので、債権の性質上、相殺は許されないとする)。なお、最判・昭和三年二月二二日・民集一一卷二五号三五〇頁(相手方の抗弁権行使の機会を喪失させる結果となるから、このような相殺は許されないとし

た原判決を支持)。

(二二七) 結果同旨、大判・昭和十五年一月二六日・民集一九卷二〇八八頁、大阪高判・昭和四三年一月二五日・判時五六一  
号五七頁(物上保証人の事前求償に關する)、東京高判・昭和四四年一月一日・高民集二二卷六号七六〇頁、京都地判昭  
和五二年六月一五日・判時八七七号八三頁(但し、傍論)、東京高判・昭和五六年三月二六日・判夕四四六号一〇六頁。

(二二八) 結果同旨、大判・昭和十三年三月一日・民集一七卷三一八頁。

(二二九) 結果同旨、最判・昭和五〇年九月二五日・民集一九卷八号二二八七頁。手形貸付債権および割引手形買戻請求権をもつて、債務者が債権者に対して有する債権(預金債権)と相殺するときには、債務者に手形を交付した上で行わなければならないとする。本件の評釈として、村田治美・手形小切手判例百選(第三版一九八一年)一八八頁以下、弥永真生・同百選(第四版一九〇年)一九六頁以下、同・同百選(第五版一九九七年)一九二頁以下、鈴木千佳子・同百選(第六版二〇〇四年)一九四頁以下。

なお、大判・大正七年一〇月二日・民録二四輯一九四七頁は、手形貸付債権者が手形債務者に負担する債務と手形債権を相殺するには、手形の交付が必要とする。本件の評釈として、古瀬村邦夫・前記判例百選(初版一九六三年)二〇二頁以下、同・同百選(新版一九六九年)二四六頁以下。

最判・昭和三三年六月三日・民集一二卷九号二二八七頁は、貸金債権の支払請求に対して債務者は、上記債権の支払確保のために差入れた持参人払式小切手の返還と同時に支払うべきという抗弁をなしうるとする。本件の評釈として、鴻常夫・上記判例百選(新版一〇八頁以下、米津昭子・同百選(三版二〇八頁以下、同・同百選(四版一八二頁以下、宇田一明・同百選(五版一七四頁以下、松井智予・同百選(六版一八〇頁以下)。

**五** 抗弁権が付着している債権は、相殺に用いることは出来ないと解されている。しかし、抗弁権が付着しているから相殺をなしえないのではなくて、抗弁権を生み出す「債務の性質」が相殺を許さないのである。例えば、双務契約に基づく債務は同時履行の抗弁権によって守られており、一方当事者が先履行義務を負う場合には不安の抗弁権を派生させるといふ具合に、「債務の性質」が相殺に適する状態の創出を妨げているのである。

抗弁権が付着している債権を自動債権として相殺することを認めると、相手方が抗弁権を行使する機会を奪うこ

となるが、このように不当な結果になることは許されないと説かれている。しかし、抗弁権は相手方が権利を行使して来た時に具体的に発生して、相手方の権利行使の効果が発生するのを阻止する権利である。したがって、相手方が相殺の意思表示をして来た段階で、抗弁権を行使すれば、相殺の効果が発生するのを阻止することが出来るので、相手方が相殺の意思表示をしたからといって、抗弁権を行使する機会が奪われることはない。

あるいは、相殺の効力は相殺に適するようになった時に遡って発生するから(民五〇六、条二項)、それと同時に抗弁権も消滅してしまい、抗弁権を行使することが出来なくなっている、という反論が考えられる。しかし、抗弁権という権利は、このような遡及効の発生をも阻止する効力をもつ権利であり、相手方が権利を行使して来た時に具体的に発生する権利である。したがって、右のような反論は成り立つ余地がない。

要するに、抗弁権が付着しているが故に、そのような債権を自働債権として相殺をすることは出来ないのではなく、抗弁権を派生させる「債務の性質」が相殺に適する状態に至ることを許さないのである。それにも拘わらず相殺の意思表示がなされた時には、相手方は「債務の性質」が相殺を許さないので相殺適状にないと主張することも出来るし、抗弁権を行使して相殺の効力が発生するのを阻止することも出来るのである。

相殺の意思表示に対して抗弁権を行使しうることを、従来の学説は正面から説いていないが、それは抗弁権を請求権と対置させて、給付拒絶権と定義づけるに止まり、形成権を行使した効果の発生を阻止する権利でもあることを見落しているからである。

抗弁権を行使することにより形成権行使の効果の発生が阻止されるのであれば、抗弁権のついた債権を自働債権とする相殺は認められないとする見解は、その理由づけを失うことになるが、この見解は相殺することが出来ないという結果のみを捉えて、その原因を考察していない。そのため、相殺の問題に関して、存在効果説では十分な対応をなしえないのである。そして、相殺の問題に関して存在効果説を崩壊させる、更なる状況がある。

それは、同時履行の抗弁権がついているという理由で、相殺を禁じる必要はないどころか、相殺を認めて当事者の債権・債務を消滅させることにより、同時に履行がなされたのと同じ結果をもたらすようにしても、何ら不都合がないのであれば、相殺を認めるべきではないのか、という問題である。

両当事者が、それぞれ相手方に対して金銭債権を有している場合に、たとえ同時履行の抗弁権がついていようと、個別的・現実的に履行してもらわなければ、その債権を成立させた目的が達成されないという特段の事情があれば別であるが(この場合には「債務の性質」が相殺を許さない)、そのような事情がないのであれば相殺をすることにより対等額を一挙に清算することは、両当事者に便利なはずである。したがって、相殺を認めても当事者間に特段の不公平は発生せず、抗弁権によって保護する必要がないのであれば、抗弁権がついているということは相殺を禁止すべき理由にはなり得ない。

したがって、最近の判例は右に述べたような考え方をとって、同時履行の抗弁権がついている請負人の報酬請求権と注文主の瑕疵修補に代る損害賠償請求権(民六三四(二項))の相殺を認めるようになった。

その先例となったのは、民法六三七条一項の一年の除斥期間を経過した注文主の瑕疵修補に代る損害賠償請求権を自働債権とし、請負人の報酬請求権を受働債権として行う相殺に、民法五〇八条を類推適用して、これを認めた最高裁の判決である。その後、相殺を認める幾つかの下級審判決が続いた後、最高裁も下級審判決(とくに東京高裁判決)を受け容れて相殺ができる理由を積極的に述べ、今日では相殺が認められることを前提とした判決を下している。<sup>(111)</sup>

以上の検討の結果、抗弁権のついている債権を自働債権とする相殺は一律に禁止されているわけではなく、「債務の性質」が相殺を許さない場合「前掲注(二二五)参照」や、相殺を認めることで不当な結果をもたらす場合を除けば、相殺は可能ということがいえる。だとすれば、相殺に関しては存在効果説は妥当とは言えないことになる。

注(一三〇) 最判・昭和五一年三月四日・民集三〇卷二号四八頁。

因に、この最高裁判決が出される前の下級審判決の中には、東京地判・昭和四三年九月六日・判時五五七号二四六頁のように、「抗弁権の発生によって実質的に利益を受ける一方当事者すなわち自働債権の数额が受働債権の数额を下廻る場合の当該自働債権者からなす相殺は、抗弁権の利益を放棄したものと同視し、これを有効と解すべく、受働債権にも同じ抗弁権が付着していることよって相殺の効力の発生を妨げられるものではないと解するのが妥当である」という涙ぐましい理由づけをしたものがあつた。

(一二二) 札幌高判・昭和五一年八月二三日・判タ三四九号三三二頁(原告の失わされる同時履行の抗弁権は相殺によつて被告が失う同時履行の抗弁権よりも価値の小さいものといふことができ、相殺後に残る原告の請負残代金債権に対する被告の同時履行の抗弁権が必然的に消滅してしまうという利益を受けるとする)。

東京高判・昭和五二年五月九日・判時八五八号六二頁(損害賠償債務と請負代金債務は、その全額を相互に現実に履行させなければならぬ特別の利益があるものとは認められないとする)。

東京高判・昭和五二年九月五日・判時八六九号四六頁(前記の東京高判が述べたのと同趣旨のこのほかに、相殺を認めることが各当事者間の便宜と公平に適するし、その間の法律関係を簡明ならしめるとする)。

次注の最高裁判決後のものとして、山形地裁新庄支部判・昭和六〇年二月二八日・判時一一六九号一三三三頁(存在効果説に立つた上で、同時履行の抗弁権がついている債権による相殺が許されない理由は「債務ノ性質カ之ヲ許サザルトキ」(民法五〇五条一項但書)に該当するからであるが、為す債務や不作為債務などのように、両債権について個別に現実に履行をしなれば、その債権を成立させた目的が達せられない場合に当たる場合には相殺は認められない。しかし、瑕疵修補に代わる損害賠償請求権の本旨は請負代金を減額し、相互に負担している債務間に等価関係をもたらすことにあるから、これと工事代金債権との相殺を認めることにより衡平と便宜が実現されるとする)。

(一二三) 最判・昭和五三年九月二日・判時九〇七号五四頁(現実の履行をさせなければならない特別の利益があるとは認められないし、相殺を認めても相手方に対し抗弁権の喪失による不利益を与えることにはならない。むしろ、相殺により清算的調整を図ることが当事者双方の便宜と公平にかなひ、法律関係を簡明ならしめるとする)。

(一二三三) 最判・平成九年七月一日・民集五一卷六号二五八一頁。

因に、請負契約について、従来は注文主が請負人に対して建物の引渡しと瑕疵修補に代わる損害賠償請求をする事件が扱われていたが、請負人の方が請負代金の支払がなければ建物の引渡しをしないと同時履行の抗弁権を主張しうるか、

という新しい法的争点が出現していることにつき、松本克美「建築請負目的物の瑕疵と同時履行の抗弁権」立命館法学三三五号(二〇一一年)二八三頁以下。

六 AとBは同時履行関係にある債権・債務を相互に有しているが、Aは自己の債務の履行の提供をすることなしに、Bに対して履行の請求をして来た。これに対して、Bは同時履行の抗弁権を主張することなく、Aの請求を無視した。この場合、Bは履行遅滞に陥り、Aが本来の給付に加えて遅延賠償をも請求して来れば、Bは遅延利息の賠償を支払わねばならないのか、という問題がある。

同時履行の抗弁権は、それが存在しているだけで、それを行使しなくても一定の効果があるとする存在効果説は、Bには同時履行の抗弁権が存在しているので、Bが履行遅滞に陥ることはないから、遅延賠償を支払う義務は発生しないと考える。これに対して、同時履行の抗弁権といえども権利として行使して初めて効果を発生させるのであって、ただ存在しているというだけでは、何の効果をも發揮しないとする行使効果説は、Bが同時履行の抗弁権を行使することによって初めて自己の履行拒絶の違法性を阻却して、これを正当化すると考える。<sup>(一三四)</sup>

したがって、前記の例において、存在効果説によれば、Bは同時履行の抗弁権を行使しなくても履行遅滞に陥ることはない。これに対して、行使効果説によれば、Bが同時履行の抗弁権を行使しなければ、Bは履行遅滞となり遅延賠償義務をも負担しなければならないことになる。というのは、Bは同時履行の抗弁権という一時的な履行拒絶権を行使することなく、自己の債務不履行を正当化する手段を採らなかったからである。

ところが、行使効果説の中には、AがBを相手どって給付訴訟を起したときに、Bが裁判所において同時履行の抗弁権を援用すると、この援用によってBの債務不履行は当初から法律上正当の理由があったことになるから、履行遅滞の効果は適及的に消滅すると説く見解がある。<sup>(一三五)</sup>このような適及的效果を認める行使効果説が出現すると、存

在効果説と行使効果説との間に実質的に差異はないとする見解が登場してくるようになった。<sup>(一三六)</sup>

しかし、行使効果説の代表者である末川博士は存在効果説に対して、次のような批判を加えられる。即ち、存在効果説のような考え方をすると、債権者Aが本来の給付と共に遅滞による損害の賠償を請求する訴を提起した場合、例えば代金の支払、ならびに期日以後の遅延利息の支払を請求する訴を提起した場合に、債務者Bの側からは同時履行の抗弁をしないにも拘わらず、裁判所は本来の給付(代金の支払)の請求のみを許容して、遅滞による損害賠償(遅延利息)の請求は債務者に遅滞の責任がないという理由で棄却しなければならぬという奇妙な結果を招来すると批判される。<sup>(一三七)</sup>

このような行使効果説からの批判に対して、存在効果説の側からは、行使効果説には実体法と手続法の混乱があると反論している。<sup>(一三八)</sup> たしかに、末川博士の行使効果説の説明には実体法的観点と手続法的観点との混乱があるが、それは、①裁判外における請求権の行使と、これに対する抗弁権の不行使の問題と、②裁判における請求権の行使と、これに対する抗弁権の行使の問題が区別されていないということであり、この曖昧さは存在効果説にも見られるものである。

したがって、このような混乱を避けて、議論を透明にするためには、①Aが裁判外でBに請求した段階と、②AがBを相手どって給付訴訟を起した段階とを区別して考察した上で、実体法上の抗弁権と訴訟法学上の抗弁とを区別・連関づける必要がある。

注(一三四) 存在効果説と行使効果説の主張と内容の違いについては、前掲注(一一〇)の文献参照。

(一三五) 末川・注(九九) 契約法上七六頁以下。

(一三六) 清水・注(三三) 東北学院62号・三三二頁、我妻 栄・債権各論上巻〔岩波書店・一九五四年〕九八頁以下。

(一三七) 末川・注(九七)契約法上七六頁。なお、末川説以外の行使効果説については、沢井・注(二七)注民(3)二七三頁、沢井

清水・注(二七)新注民(3)六二二頁、清水・注(三三)東北学院62号三三八頁注(2)参照。

(一三八) 我妻・注(一三六)各論上九九頁。

七 双務契約に基づいて発生する債務は、それぞれ独立に発生した債務であり、対価との引換に給付をなすべきものではなく、他方の債務の履行と歩調を合わせて履行すれば良いというものではない。しかし、これでは一方の債務は履行の提供もしないで、他方の債務の履行を求めるといふ不公平が生じ易い。そこで、このような不公平に備えて、同時履行の抗弁権が認められているわけである。

したがって、自己の債務の履行(の提供)をしないまま、Aが裁判外でBに請求をしたときに、Bが同時履行の抗弁権を行使することもなければ、債務の履行もしない場合に、Bは債務不履行(履行遅滞)になるのか、という問題が生じるわけである。<sup>(一三五)</sup>

前節で紹介したように、履行遅滞にならないとする説(存在効果説)と履行遅滞になるとする説(行使効果説)に分かれているが、両説ともに、この紛争が裁判外で解決されていないが故に、つまりA・B間で決着がついていないが故に、その解決を裁判所に求めているのだという前提を軽視している。というのは、Bが抗弁権を援用したか否かを問わず、裁判外で決着がついていない場合には、存在効果説も行使効果説も意味がないのである。だとすれば、これらの説が裁判外でも通用するかのようには説明することは改める必要がある。

裁判外の請求により満足を得られなかったAは、Bを相手どって給付訴訟を起すほかはない。この訴訟で、Bが同時履行の抗弁権を行使しなければ、Bは履行遅滞の責任を負わされる。これに対して、Bが同時履行の抗弁権を行使すれば引換給付判決が下されて、A・Bの紛争は解決することになる。<sup>(一四〇)</sup> その際、Bが裁判外において抗弁権を

行使しなかったことが問題になることはないし、Bが裁判外において抗弁権を行使していたとしても、そのことがBに有利に働くわけではない。というのは、同時履行の抗弁権は一時的抗弁権であり、権利抗弁である。したがって、裁判外で行使していたとしても、裁判の場で行使しないならば、裁判所は同時履行の抗弁権を考慮に入れた裁判を行い得ないのである。

存在効果説を代表される我妻博士は「裁判所は同時履行の抗弁権についても、当事者の主張がなければ、考慮しないことは、民事訴訟法の原則から当然のことである」とした上で、「当事者が援用した場合に、裁判所が、同時履行の抗弁権が付着していることを理由として、遅滞による損害賠償請求権が生じないこと(中略)を認めるとすれば、それは、実体法的に見て、同時履行抗弁権の存在自体について効果を認めることに他ならない」とされる。<sup>(四)</sup>

しかし、同時履行の抗弁権は裁判所において行使されたが故に、その効力を發揮するのであって、実体法的に見て存在自体に効果があるわけではない。同時履行の抗弁権のような実体法上の一時的・延期的抗弁権は、永久的(永続的)抗弁権とは違って、訴訟の場において、権利抗弁として行使しなければ、訴訟上の抗弁として作用できないのである。この点が、永久的(永続的)抗弁権や形成権が裁判外で行使されたことが事実抗弁として作用するのとは違っているのである(第三章五節・七節参照)。

右に引用した我妻博士の文章の最後の部分は、このような抗弁権の作用を無視して、存在効果説を無理矢理、根拠づけようとする牽強附会といわざるを得ない。その結果として、末川博士による外的な批判を受けることになる。

他方、行使効果説を代表される末川博士は、裁判外での請求に対して同時履行の抗弁権を援用しなかったために、「履行遅滞の要件が具備するときには、この抗弁権(同時履行の抗弁権：筆者注記)を有する債務者も当然に遅滞の責に任ずるのであるが、その後には債務者がこれを援用すると遅滞の効果は遡及的に消滅する。ただし、その援用によつ

て債務者の不履行は当初から法律上正当の理由があったことになるからである」とされる。<sup>(一四三)</sup>

しかし、当初は同時履行の抗弁権を援用せず、したがって履行遅滞に陥った債務者が、その後、この抗弁権を行使すると、その効果は遡及して、当初から債務不履行を正当化しうるのであるか。同時履行の抗弁権は一時的抗弁権であり、その行使の効果は、これを行使した時に發揮されるだけで、将来にまで及ぶこともなければ、過去に遡りうるものでもない。だとすれば、前記の末川博士の説明は成功していないだけでなく、法律学の素人や入門者に法律学は奇妙な理論を展開する、理解困難な学問だという印象を与えるであろう。

さらに、末川博士は債務者が当初、抗弁権を行使しなかったのは裁判外の請求に対してであるが、その後、抗弁権を行使したのは裁判の場においてである、という違いを見落している。しかし、この場面の違いは、同時履行の抗弁権のような一時的抗弁権が権利抗弁として發揮する作用を考える場合に見落してはならない要素である。そして、裁判外における請求によって問題が解決していないことは、未だ履行遅滞になると決まったわけではない。したがって、後に同時履行の抗弁権を行使することにより、当初に遡って消滅させるような履行遅滞は発生していないからである。

以上検討したように、存在効果説も行使効果説も、同時履行の抗弁権と履行遅滞の問題を解決していない。その原因の一つは実体法上の抗弁権と訴訟法学上の抗弁の区別・連関性の考察が足りないことにある。さらに根本的な原因は、当事者が、どのような争い方をするのであろうか、ということを考えることなく、机上の空論を展開していることである。民法学者の研究方法にはこのように重大な欠陥があることは、民法一七七条の不動産物権変動の對抗要件論に関して何度も言及したところであるが、<sup>(一四三)</sup>同時履行の抗弁権と履行遅滞の問題についても同じような欠陥が見られる。この欠陥は、法律学が実用法学となるためには絶対に修正しなければならないものである。そして、このような欠陥のために法律学の入門者・初心者戸惑わせるようなことがあってはならない。

注(一三九) ドイツの統一的交換請求権説のように、引換給付の請求は双務契約に内在する請求権への内在的制約であると構成する場合には、履行遅滞にはならない。ドイツの統一的交換請求権説については、坂田 宏「同時履行関係と引換給付判決」(一)「民商法雑誌九八巻四号(一九八八年)九頁以下。

なお、三宅・注(四)「契約法総論六五頁注(五)」は、同時履行の抗弁権は相手方の債権に内在する引換給付の制限であると  
し、同七一頁は引換給付を双務契約上の債権の内在的制限とされる。

(一四〇) 同旨、沢井・注(二七)注民(3)二六八頁、沢井・注(二七)新注民(3)六一四頁。

(一四一) 我妻・注(一三〇)各論上九八頁。

(一四二) 末川・注(九七)契約法上七六頁以下。

(一四三) 拙稿・注(一)佐賀四六巻二号一二三頁、同四六巻二号八二頁以下。

八 第六節において紹介したように、存在効果説に立たれる我妻博士は、行使効果説が「裁判上の主張があれば、遡って遅滞の責任の発生を止め、または、相殺を無効とする効力を生ずると解するのであれば(中略)、実際上の効果には差異がない」とされる。<sup>(一四四)</sup>この結論に対して、沢井博士は「訴訟法上の主張の意味の誤解によるように思われる」として、次のような批判を展開されている。<sup>(一四五)</sup>

沢井博士は「存在効果説によれば、抗弁権の存在を原告被告のいずれが拳証(訴訟法上の主張)しても、裁判所はこれを採り上げて、相殺の無効または遅滞の免責を認める判決を下しうるが、他方、行使効果説によれば、原告側が(被告側の印刷ミスではあるまいか：筆者注記)抗弁権を裁判上主張しなければ(または裁判外の行使の事実が明らかにならなければ「中略」)ならない。したがって両説には、實際上明白な相違がある」とし、「行使効果説は理論的に誤りをおかしてはいない」し、「抗弁権本来の趣旨に、より適しているともいえる」が、相殺や履行遅滞に関して抗弁権の効果を享受するか否かを「権利者の自由ゆだねる実質的な必要はないという点から通説を支持したい。同時履行の關係にある債務は、一方が提供しない以上、双方とも遅滞におちいらぬとするほうが、簡明だし、当事者の公平にもか

なう」とされる。

沢井説のような結論を導き出すためには、双務契約から発生する債権・債務を個別・独立のものとした上で、履行上の対価的牽連関係を確保するために同時履行の抗弁権を認めるという構成を採用するのではなくて、ドイツの統一的交換請求権説や、わが国の三宅説のように、双務契約により発生する債権・債務は同時履行の関係を内在させていると構成すればよいであろう〔前掲注(二三九)参照〕。

それはともかく、沢井博士の存在効果説と行使効果説の捉え方には、実体法上の抗弁権と訴訟法学上の抗弁との関連性についての理解と、事実抗弁と権利抗弁の位置づけに問題がある。

民事訴訟法学において抗弁とは、相手方の申立や主張の排斥を求めるために、別個の事項を主張する攻撃防禦方法の一種とされている。このような抗弁には実体法上の効果に關しない訴訟上の抗弁と、実体法上の効果に關する実体法上の抗弁(本案の抗弁)とがある。実体法上の抗弁は被告が原告の主張の法律効果の発生を妨げたり、発生した法律効果を消滅させたり、発生した法律効果を排除するために、その要件事実を陳述し、その効果を主張することであり、**事実抗弁**と**権利抗弁**<sup>(一四六)</sup>がある。

既に第三章五節で述べたように、**事実抗弁**は原告の主張の根拠となっている法律関係が発生していないとか、消滅しているという事実を抗弁として利用するものであり、原告・被告を問わず、いずれかの当事者の陳述の中に表われていれば、裁判所は、それに基づいて裁判をすることが出来る。これに対して、**権利抗弁**は原告の主張する法律効果や権利関係を消滅させたり変更させるために、形成権や抗弁権などの実体法上の権利を抗弁とするので、単に権利の発生原因である事実関係の陳述だけでは足りず、被告が権利行使の意思表示をする必要がある。

同時履行の抗弁権を裁判で行使する場合、これは権利抗弁であるから被告が(沢井博士は原告が、とされているが印刷ミスであろう)援用しなければならず、沢井博士が括弧書きとされているように、裁判外の行使の事実が明らかになれ

ば足るものではない。さらに、沢井博士は、存在効果説の下では同時履行の抗弁権は事実抗弁として作用するかの  
ような説明をされているが、これも正しい理解ではない。

判例は存在効果説に立つと解するのが多数説のようであるが、沢井博士は「判例が、存在効果説・行使効果説のい  
ずれに加担しているかは明らかでない」と<sup>(一四七)</sup>とされている。しかし、最判・昭和二十七年一月二十七日・民集六卷一〇号一  
〇六二頁は「留置権のような**権利抗弁**にあつては、弁済免除等の**事実抗弁**が苟くもその抗弁を構成する事実関係の  
<sup>(一四八)</sup>主張せられた以上、それが抗弁により利益を受ける者により主張せられたると、その相手方により主張せられたる  
とを問わず、常に裁判所においてこれを斟酌しなければならぬのと異なり、たとい抗弁権取得の事実関係が訴訟  
上主張せられたとしても権利者において権利を行使する意思を表明しない限り裁判所においてこれを斟酌すること  
はできないのである」としている(原文は普通字体)。

判例が留置権を**権利抗弁**と解するのであれば、同時履行の抗弁権も**権利抗弁**に位置づけるであろう。そして、**権  
利抗弁**は被告が有する権利として行使しなければ効果を発生しないのであるから、判例は行使効果説を採っている  
ことになる。

注(一四四) 我妻・注(一三二)各論上九九頁。

(一四五) 沢井・注(二七)注民13二七四頁、沢井・清水・注(二七)新注民13六二三頁。

(一四六) 平峯・注(九三)辞典上五六四頁。

(一四七) 沢井・注(二七)注民13二七五頁、沢井・清水・注(二七)新注民13六二四頁。

(一四八) 本件の評釈・解説として、坂田・注(八八)民商一一〇卷六号三四頁以下、同・民事訴訟法判例百選Ⅰ「新法対応補正版」(一

九九八年)二〇〇頁以下、山本・注(一〇〇)法教二九二号九三頁以下、中田淳一・法学論叢五九卷三号(一九五三年)一二七頁  
以下、兼子一・法学協会雑誌七三卷二号(一九五六年)九六頁以下、斎藤秀夫・民商法雑誌三六卷三号(一九五七年)一〇四

頁以下。

九 訴訟の場において主張される抗弁につき、何が**権利抗弁**であるのかという問題は解決されたとはいえず、取消権や解除権・相殺権などの形成権の行使が**権利抗弁**の典型であるとする説や、留置権と同時履行の抗弁権のみを例として挙げるもの、これらの全ての抗弁を**権利抗弁**の例として挙げるものに分かれて<sup>(一四九)</sup>いるが、同時履行の抗弁権が**権利抗弁**であることについては学説上、異論のないところであると<sup>(一五〇)</sup>されている。

とはいえ、同時履行の抗弁権や留置権のような一時的・延期的抗弁権が裁判外で行使された事実があったとしても、口頭弁論において被告が抗弁権を援用するのでなければ、裁判所は、これに基づく裁判をすることは出来ないが、このことを昭和二七年の最高裁判決のように「**権利抗弁**」の名で呼ぶのは適當であるとはいえず、単に一時的な履行拒絶権だからといえ<sup>(一五一)</sup>ば足る、とする見解も出されている。

たしかに、同時履行の抗弁権や留置権は裁判外で行使された事実があったとしても、口頭弁論において被告が抗弁権を援用するのでなければ裁判所は、これに基づく裁判をすることが出来ないのは、これらの抗弁権が**一時的・延期的抗弁権**であつて、**永久的(永続的)抗弁権**ではないからである。**永久的(永続的)抗弁権**であれば、裁判外で行使された事実が、いずれかの当事者の陳述の中に表われていれば、これに基づいて裁判をすることが出来る(**事実抗弁**)。しかし、同時履行の抗弁権や留置権は裁判外で行使したとしても、その場限りの、一時的な履行拒絶を正当化する効力しか有しない。したがつて、相手方が訴訟を起した場合には、被告は改めて、この実体法上の権利を抗弁として行使しなければならぬのである(**権利抗弁**)。

**事実抗弁・権利抗弁**という区別は、右のような実体法上の効力の違いを訴訟法に反映させたものであり、適切な分類であり、必要な区別である。つまり、「単に一時的な履行拒絶権だから」というだけでは、「なぜ」被告が訴訟の

場で援用しなければならぬのか、という側面を説明することが出来ないのである。これに対して、「**権利抗弁**」という概念は、被告が実体法上の権利を訴訟の場で抗弁として行使していることを的確に表現している。

ところで、民事訴訟法学説の中には、**権利抗弁**を実体法上の抗弁権(履行拒絶権)と同義と解し、形成権は**権利抗弁**に含めるべきではないとする見解がある。<sup>(一五三)</sup>さらに、弁論主義の構成要素である「主張共通の原則」の適用があるのが**事実抗弁**で、この原則の適用がないのが**権利抗弁**であり、弁論主義の例外をなす処分権主義の構成要素であるとされる坂田教授は、実体法上の抗弁権は**権利抗弁**に入るが、概念的には**権利抗弁**は形成権を含む概念ではないとされる。<sup>(一五三)</sup>

要するに、これらの学説は実体法上の抗弁権だけを訴訟法学上の**権利抗弁**と考え、形成権や物権・債権が訴訟の場で抗弁として行使される場合を含めようとはしないのである。その結果、実体法上の抗弁権と訴訟法学上の抗弁や**権利抗弁**との区別・連関性を把握することが出来なくなっている。そのために、形成権は概念的に**権利抗弁**には含まれないとされていた坂田教授は、援用権という形成権の行使である時効の援用については**権利抗弁**とされ、<sup>(一五四)</sup>論理が一貫しなくなっている。

右の坂田説は、①形成権(例えば、時効援用権)を裁判外で行使したことが訴訟の場で陳述されることと、②訴訟の場で初めて形成権が行使されることの区別がなされていないように思われる。①の場合には「主張共通の原則」の適用があるが、この原則の適用があるから**事実抗弁**として作用するのではなく、裁判外における時効の援用によって所有権の取得や債権の消滅がもたらされておき、この事実が訴訟の場において明らかにされると、原告の請求は理由なきものとなるが故に、抗弁として作用するのである。そして、①の場合、②の場合のように被告が実体法上の権利を抗弁として行使するのではなく、時効の援用により権利を取得したとか、権利が消滅したという単なる事実が抗弁として作用するのであるから、原告・被告のいずれかの陳述の中に右の事実が表われていれば、これに基づ

いて裁判をすることが出来るのであり、被告の権利行使の意思表示を要しないのである。このことは、取消権や解除権についてもいえることであり、①既に裁判外で行使して、取消や解除の効果が発生している場合と、②訴訟の場で初めて行使する場合を区別することが肝要である。

坂田説とは反対に、形成権の行使を**権利抗弁**の典型として挙げる見解がある。にも拘わらず、日本民法の消滅時効は権利そのものが消滅するという効果を発生させるものであり、ドイツ民法のように履行拒絶の抗弁権を発生させるものではないから、**権利抗弁**には含まれないとされている<sup>(一五五)</sup>。しかし、坂田説に関して述べたように、形成権である時効援用権を訴訟の場で初めて行使することにより、相手方の請求を拒絶するのは、訴訟の場で抗弁権を行使するのと同じように、**権利抗弁**である。権利の行使によって抗弁権が発生するから**権利抗弁**となるのではなく、被告の権利行使によって原告の請求を拒絶するが故に**権利抗弁**なのである。

なお、坂田教授の見解に依拠して、民法一四五条が当事者による時効の援用を要求しているのは、弁論主義を越えて処分権主義を採用したものであると解する説がある。確定効果説、即ち時効期間が満了すると、当事者の援用なしに当然に時効の効果は確定的に発生するという立場に立って、上記のような見解を主張される金山教授は、時効の援用を訴訟法の問題とし、これは**権利抗弁**であつて**事実抗弁**ではないとされる<sup>(一五七)</sup>。しかし、時効の援用を实体法の問題とし、時効援用権を实体法上の形成権と解する私見では、①既に裁判外で援用して、権利の得喪が生じている場合には**事実抗弁**として作用するが、②訴訟の場で初めて援用権を行使する場合には**権利抗弁**として作用することになる。

注(一四九) 萩澤・注(一一〇)成蹊七五号一六六頁。なお、権利抗弁と事実抗弁に関する学説を概観した論稿として、坂田・注(八

八)民商一一〇巻六号三七頁以下、同「権利抗弁概念の再検討―主張共通の原則の例外として―」民事訴訟雑誌四一号(一九九五

年(二〇四頁以下、杉本和士「時効における実体法と訴訟法」別冊NBL二二二号(二〇〇八年)六五頁。

(一五〇) 萩澤・注(二二〇)成蹊七五号一六七頁。因に、同誌一七四頁では、民法上の同時履行の抗弁権は訴訟法上も常に権利抗弁であるが、効果発生のために、その行使が必要な場合と、例外として、行使することが期待できない場合には行使しなくても行使したものともみなすべき場合があるという整理もできようとして、行使効果説と存在効果説の二面性を理論的に検討するという問題を提起されている。

(二五一) 中田・注(一四八)法叢五九卷三号一三二頁。

(二五二) 杉本・注(一四九)別冊NBL二二二号六五頁。

(二五三) 坂田・注(八八)民商一一〇卷六号三六頁・四〇頁以下・五〇頁・六一頁以下、同・注(一四九)民訴雜誌四二二二頁・二〇四頁・二〇五頁。

坂田説に対する批判として、山本・注(二〇〇)法教二九二号九六頁注12。

(二五四) 坂田・注(八八)民商一一〇卷六号四八頁・五一頁、同・注(一四九)民訴雜誌四二二二頁。

(二五五) 石田秀博「権利抗弁、時効と釈明権行使」『愛媛法学会雑誌一九九三年』二二二頁・二五頁注(8)。

(二五六) 石田喜久夫ほか編・民法総則「青林書院・一九九三年」二四一頁以下「金山直樹」、金山直樹「時効における民法と訴訟法の交錯」法学教室二一九号(一九九八年)一七頁以下、金山直樹「加藤雅信」加藤新太郎「時効の過去・現在・未来を語る」判例タイムズ二二五二号(二〇〇七年)一五頁以下「金山発言」。

なお、金山説に対する疑問や批判については、拙稿・注(一)佐賀四五卷四号九九頁以下参照。

(二五七) 拙稿・注(一)佐賀四五卷三号八九頁以下。

一〇 要するに、抗弁権は相手方の権利(請求権のみならず、形成権)の行使の効果が発生するのを阻止する実体法上の権利であり、裁判外で行使しても、右のような効力を發揮する。とりわけ、**永久的(永続的)抗弁権**、例えばドイツ民法の請求権時効による履行拒絶権や、私見の除斥期間の抗弁権のように、裁判外で行使しておけば、その効果が永続するので、相手方が訴訟を起しても、裁判外において抗弁権を行使したという事実が、原告・被告の、どちらかの当事者の陳述の中に現われていれば、この事実に基づいて裁判をすることができるといえる。その点においては、取消

権や解除権・相殺権などの形成権を裁判外において行使した場合と同じである。<sup>(一五八)</sup>

これに対して、同時履行の抗弁権や留置権・保証人の抗弁権などのように、裁判外で行使しても、その場限りの効力しか有しない**一時的・延期的抗弁権**は、相手方が訴訟を起した場合、被告が裁判の場で抗弁権を行使する意思表示をしない限り、抗弁権を考慮して裁判をすることは出来ない。**権利抗弁**といわれる所以である。

しかし、**永久的(永続的)抗弁権**や形成権も裁判外で行使していなければ、相手方が訴訟を起した場合に、被告が裁判の場で、これらの権利を抗弁として行使しない限り、権利が存在していることが裁判所に分かっているにもかかわらず、それに基づいて裁判をすることは出来ない。その点は、原告の請求を阻止するために行使することが出来る**物権(例えば、地上権)や債権(例えば、質借権)**を被告が有していても、裁判の場で被告が抗弁として使用しなければ、その権利に基づいて裁判をなしえないのと同じである。

このように、実体法上の権利(物権・債権・形成権・抗弁権)を裁判の場で、被告が原告の請求を理由のないものとするための抗弁として行使するのが**権利抗弁**である。訴訟法学上の**権利抗弁**と実体法上の抗弁権は、別個の概念であるが、右に見たような関連性を有している。そのために、実体法学者だけでなく民法学者の中にも、両者の区別・関連づけに苦慮している例が見られる。しかし、実体法上の抗弁権と訴訟法学上の抗弁とをりわけ**権利抗弁**の違いと関連性を明確にすることは、実体法上の抗弁権を理解するためにも、訴訟法学上の抗弁について理解するためにも必要なことである。そして、この点が十分に理解されるならば、同時履行の抗弁権に関する存在効果説と行使効果説の無用な対立も止揚されるであろう。

注(一五八) 同旨、兼子注(九六)実体法七七頁以下。反対、三ヶ月・注(一〇一)民訴法二七八頁以下。

抗弁権とは、どのような権利か(三)

「未  
完」