慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔下級審民訴事例研究 四二〕 控訴審の第三回口頭弁論期日において主張された相殺の抗弁が時機に後れた攻撃防禦方法であるとして却下された事例
Sub Title	
Author	石渡, 哲(Ishiwata, Satoshi) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1997
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.70, No.11 (1997. 11) ,p.178- 193
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19971128-0178

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔下級審民訴事例研究四二〕

42　控訴審の第三回口頭弁論期日において主張された相殺の抗弁が時機に後れた攻撃防禦方法であるとして却下された事例

大阪高裁平成七年一一月三〇日判決（大阪高裁平成六（ネ）二五七三号）求償金請求控訴事件、判例タイムズ九一〇号二二七頁

〔事　実〕

X（原告）は、昭和六三年四月三〇日頃、Y_1・Y_2（被告）および訴外Aとともに、訴外B会社が訴外C信用組合に対して負担する一切の債務について保証限度額の定めのない連帯保証をするとともに、自己所有の不動産上に権利者をC信組、債務者をB会社とする極度額一億五〇〇〇万円の根抵当権を設定した。Xは、平成二年二月頃C信組に対しB会社に代わって八〇〇〇万円を弁済した（以下、「本件弁済」という）。Xは、主位的に、本件弁済が連帯保証人、物上保証人のいずれとしてなされたものであるとしても、Y_1・Y_2に対して求償を求めうると主張し、予備的に、本件弁済により八〇〇〇万円を限度として、C信組に代位する権利が生じたと主張して、Y_1・Y_2に対して金銭の支払を求める訴えを提起した。第一審は、本件弁済につきそれはXが物上保証人として行ったものであると認定し、物上保証人は、債務者に対する求償権を取得するが（民三五一条・三七二条）、保証人に対する求償権は認められないとの理由で、Xの主位的主張を退け、また、本件のような包

括根保証においては、基本たる取引関係が継続しているあいだは、物上保証人が代位弁済をしても、同人は債権者に代位することはできないとの理由で、予備的主張も退け、請求を棄却した。

そこでXが控訴を提起した。控訴審判決である本判決は、本件弁済につき、Xが保証人兼物上保証人として行ったとして、XのY1・Y2に対する求償金債権の存在を肯定し、第一審判決を取り消し、請求を認容した。ただし、求償金債権の額について、Xと控訴審とで計算方法が異なるので、請求額と認容額とに異同があるが、判示事項と関連がないので、その点は本稿では取り上げない。判示事項となったのは、Y1が控訴審の第三回口頭弁論において提出した相殺の抗弁を控訴裁判所が時機に後れたものとして却下した点である。この相殺は、Y1が、B会社のC信組に対する債務につき連帯保証人として弁済したことから、同じく連帯保証人であったXに対して有するに至った求償債権を自働債権とするものである。すなわち本件では、原告も被告もB会社がC信組に対して負う債務の連帯保証人であった。そして双方が（正確に言えば、原告Xと被告の一人Y1が）弁済により他方に対して求償債権を有すると主張しており、これら求償債権のうち一方が訴求債権になり、他方が相殺の抗弁の自働債権になったのである。

相殺の抗弁が却下された理由は以下のとおりである。

〔判　旨〕

「被控訴人Y1の相殺の抗弁は、当審における第三回口頭弁論期日において始めて主張されたものであるところ、右期日までには、当事者双方の主張立証はほぼ尽くされていたところ、控訴人は、その自働債権の存在及び額を争っており、それを確定するためには、他の連帯保証人の有無、その負担部分等について、さらに主張立証を要し、これがために訴訟の完結が遅延することは明らかである。そして、被控訴人らは、一審以来弁護士である訴訟代理人に委任して本訴を追行してきている上、甲三〇号証の一によると、控訴人（「被控訴人」の誤りであろう――筆者――）(注)は、平成三年に、本訴の訴訟代理人を代理人として、相殺の抗弁の主張事実と共通する事実を主張して他の連帯保証人に対して求償請求をする訴訟を提起しており、右抗弁をより早い時期において主張することが困難であったことをうかがわせる事情は見当たらないから、右抗弁の提出が当審における第三回口頭弁論期日まで遅れたことは被控訴人の故意又は重大な過失によるものということができる。したがって、右相殺の主張は、民事訴訟法一三九条一項の規定に

より、これを却下する。」

（注）この部分は、本件が掲載されている、判例タイムズ九一〇号二三〇頁第三段二二行目である。ほかに、二二八頁四段目二六―二七行目、二八行目の「控訴人」も「被控訴人」の誤りであろう。

〔評釈〕判旨に賛成する。

一　本件では、相殺の抗弁が時機に後れた防御方法として民訴法一三九条によって却下された（以下では、同規定による却下を「失権」ということもある）。

相殺の抗弁といわれる抗弁には、①被告が訴訟前・訴訟外では相殺の意思表示（民五〇六条）を行わず、口頭弁論においてはじめて相殺を主張する、という抗弁と、②被告があらかじめ訴訟係属前に、あるいは訴訟係属後であっても訴訟手続外で相殺の意思表示を行なって原告の訴求債権を消滅させ、その事実を主張するという抗弁の二種類がある[1]。本件では①のタイプの相殺の抗弁が却下されたのであり、また、相殺の抗弁という用語は、多くの場合①のタイプのそれを指していると思われるので、本稿で以下において「相殺の抗弁」というのは①のタイプの相殺の抗弁を意味するものとする（②のタイプの相殺の抗弁を指す場合には、「訴訟外の相殺の効果の主張」という）。

相殺の抗弁は、防御方法であるから、失権の対象になることは当然である、と思われるかもしれない[2]。しかし相殺の抗弁、ないしそれを含む形成権の行使に基づく抗弁には通常の抗弁にないいくつかの特性があり、そのことが、これらの抗弁が失権の対象になることを否定するための理由になる可能性がある（以下では、これを否定する見解を「否定説」、肯定する見解を「肯定説」という）。

二　第一に、形成権の行使に基づく抗弁は、その法的性質について通説である新実体法説（新併存説[3]）に従えば、私法行為である相殺の意思表示と、訴訟行為であるその効果（訴求債権の消滅）の主張とから成り立っている。それゆえ相殺の抗弁は、それが提出された時点で直ちに、その効果が生じるから、失権の要件である訴訟の完結の遅延（民訴一三九条一項）を生じさせることはあり得ない、ということである。建物収去土地明渡請求訴訟における建物買取請求権の行使については、この旨を明言している判例がある[4]。相殺の抗弁についてこの旨を明言している学説、判例はないが[5]、この考え方は、相殺の抗弁についても否定説の理由となる余地がある。

しかし、形成権の行使に基づく抗弁が提出されれば、形成権の成立に関する審理がなされなければならなくなり、

そのためには、相当の期間が必要になることもありうる。相殺の抗弁に関していえば、その提出により、自働債権の存否や額および二つの債権が相殺適状にあるか否か等についての審理が行われることになる。このように、形成権の行使に基づく抗弁一般についても、[6] また、相殺の抗弁についても、それが訴訟の完結の遅延の原因になり得ない、とはいえない。[7]

三　第二に、実体法上相殺権をいつ行使するかは相殺権者の自由であるから、被告が訴訟手続のいかなる段階において相殺の抗弁を提出しようと、失権の要件である、提出が時機に後れているということはあり得ない、と主張する学説がある。[8][9] 実体法上、行使が原則として時間的制限を受けないというのは、相殺権に限らずすべての形成権についていえることなので、かような考え方を前提にすれば、やはり訴訟における形成権の行使に基づく抗弁のすべてが失権の対象にならないということになるであろう。

しかし、二で述べたように、相殺の抗弁は訴訟を遅延させることがありうる。したがって、右の結論を承認すると、より適切な時期に相殺の抗弁を提出できる相殺権者が、故意または怠慢によりこれをその時期より遅れて提出し、そのために訴訟が遅延するという事態が生じることを避け得なくなる。しかし、それでは立法者が失権規定を設けた意味がなくなってしまう。それゆえ、時機に後れたか否かの判断の基準になるのは、相殺の意思表示の時点ではなく、当該訴訟において相殺の抗弁を提出することが被告に期待できる時点である。提出がこの時点以降であれば、それは時機に後れている。[10]

ちなみに、形成権に基づく抗弁一般についても、提出が時機に後れているか否かの基準は、抗弁の提出を期待できる時点である。また、訴訟外の相殺の効果の主張についても、訴訟外で相殺の意思表示が行われた後、直ちにそれが口頭弁論で主張されても、より早期の意思表示が期待できた場合には、やはり時機に後れたものと評価されることになるであろう。

四　第三に、相殺の抗弁の場合、これを時機に後れたものとして却下することが、つぎに述べるようないくつかの事情の故に、当事者間の紛争の合理的で、かつ早期の解決につながるわけではない、と考える余地がある。

(一)　まず、口頭弁論終結時までに相殺適状が生じていたにもかかわらず、被告が相殺の抗弁を提出せず、請求認容判決が確定した場合と、被告が相殺の抗弁を提出したが、これが時機に後れたものとして却下され、請求認容判決が

確定した場合とを比較してみる。前者の場合、被告（債務者。以下、執行手続に関する論述においては、「債務者」という）が相殺に基づいて請求異議の訴えを提起することができるか否かについては、周知のように、見解が分かれている（請求異議事由の時的限界の問題）。わが国の通説、判例[11]は、相殺に基づく請求異議の訴えとの関連で異議事由の時的限界を画するのは、相殺適状発生の時点ではなく相殺の意思表示が行われた時点であるとして、請求異議の訴えを認めている。かような通説、判例に従って、執行手続の段階になってはじめて行われた相殺の主張を許容することと、時機に後れたとはいえ、とにかく判決手続の段階で提出された相殺の抗弁を却下することとの間で、はたして均衡が保たれているのかという疑念が生じるであろう。ただし、前者の場合に請求異議の訴えを認めない少数説[12]にも相当に説得力があるように思われ[13]、この少数説を前提にすれば、右の疑念は生じないであろう。

しかし、判決手続で相殺の抗弁が提出されていない前者の場合には、被告の原告に対する債権（以下では、「反対債権」ということもある）は消滅していないから、仮に、少数説に従って、請求異議の訴えを認めないとしても、被告には、別訴でこれを請求する道が残されており[14]、原告・被告間の債権債務関係をめぐる紛争の決着は、別訴の終了時、さらに場合によっては反対債権のための強制執行の終了時まで持ち越されることになる。そうであれば、たとえ訴訟自体の完結は遅延させるとしても、相殺の抗弁を取り上げたほうがむしろ、原告・被告間の紛争の抜本的な解決を早めるのではないか、ということができそうにも思われる。

㈡　つぎに、相殺の抗弁が時機に後れたものとして却下され、請求認容判決が確定した後、この判決に基づく強制執行に対して債務者が相殺の抗弁の自働債権と同一の債権を自働債権とする相殺に基づいて請求異議の訴えを提起する場合を考えてみる。かような請求異議の訴えの許容と、時機に後れた相殺の抗弁の却下の間で、均衡が保たれていないということは、㈠で述べた、相殺の抗弁が提出されなかった場合の請求異議の訴えの許容と相殺の抗弁の却下との間におけるのと同様である。むしろこの場合は、判決手続でいったん相殺の抗弁を用いることが許されないとされながら、同じ債権を自働債権とする相殺で訴求債権の実現を妨げることが可能になってしまうのであるから、不均衡はより一層著しく、全く奇妙な結果であるといわざるを得ない。ただし、請求異議事由の時的限界に関する前述の少

数説を前提にすれば、請求異議の訴えは認められないので、かような奇妙な結果は生じない。[15] 他方、通説、判例の立場を前提にすると、本来ならば請求異議の訴えが認められることになるであろう。しかし、通説、判例の立場を前提にし、したがって基本的には請求異議の訴えを認めながら、例外として判決手続で既に相殺の抗弁が時機に後れたものとして却下された場合には、同じ債権を自働債権とする相殺に基づく請求異議の訴えを、何らかの理由、たとえば信義則により、許容しないとの結論に至ることも、考えられないことではない。[16] しかし、そのような例外を設けるくらいならば、相殺の抗弁が時機に後れたものとして却下されることを否定したほうが、理論的に無理が少なく、請求異議事由の時的限界に関する通説、判例の理解と首尾一貫しているという考え方も、成り立つ余地がある。

また、仮に請求異議の訴えが認められないとしても、相殺の抗弁が却下された場合には、反対債権は消滅しないと解される[17]のであるから、別訴によるその訴求は可能である。このことからも、相殺の抗弁を時機に後れたものとして却下することの意義に対する疑念が生じうる。

㈢　本件においては、原告、被告の双方がB会社の連帯保証人になっており、訴求債権も反対債権もともに連帯保証人としてした弁済に基づく求償債権であった。さらに、〔事実〕の欄では詳しい紹介を省略したが、原告と被告はもともと親しい間柄であり、双方の親族が協力してB会社に出資し、あるいは彼等の一部がその経営に当たっていたが、同会社が財政的に破綻するにおよんで、両者の間に紛争が生じたのである。

相殺の抗弁が提出される事例の中には、原告と被告が偶然に相手方に対して相互に何の関連もない債権を有していたというケースと、本件におけるように、訴求債権と反対債権が同一の社会的・経済的基盤から生じたものであるというケースとが考えられる。私は、実際には後者のケースがかなり多いのではないかと推測しているが、現実にそれぞれのケースがどのくらいあるかを、明言することはできない。

しかし、少なくとも後者のケースにおいては、したがって本件においては、相殺の抗弁により訴訟が遅延するとしても、これを取り上げて、訴求債権と反対債権をめぐる紛争を一挙に解決することの合理性が、とくに強い、と考える余地がある。なぜなら、後者のケースでは、訴求債権と反対債権とはたしかに法律上は別個の債権であるが、社会的・経済的には両者が混然となって原告・被告間に一個の

紛争を生み出しているとみることができるからである。

㈣ ㈠乃至㈢での論述を要約すると、時機に後れた相殺の抗弁を却下したところで、反対債権は請求異議の訴えないし別訴で、主張される可能性が残るため、失権には意味がなく、とくに、両債権が同一の社会的・経済的基盤から生じているときには、同一の手続でこれを処理することが合理的であると考える余地があるということになる。

しかし、私は、それでもなお、訴求債権の存否だけを早期に確定しておくことにも、やはり意味があると考える。なぜなら、訴求債権の存否が確定すれば、両当事者にはそれを前提にして、紛争の全面的解決に至る可能性があるからである。たとえば、両当事者には、相殺の抗弁を却下したうえで下される請求認容判決を前提にして、訴訟外でさらに交渉を続け、紛争の包括的解決に至ることも可能である。あるいは、当事者間でとくに交渉が行われなくても、勝訴原告が暗黙のうちに被告の反対債権の存在を承認し、勝訴判決に基づく強制執行を行わず、被告のほうでも、強制執行が行われない限り、反対債権を訴求せずにおくことにより、紛争が事実上解決してしまうこともあり得る。つまり、相殺の抗弁を却下して下された判決は、それ自体では社会的・経済的には一個である紛争の一部の解決に過ぎないものであっても、紛争の包括的解決のための一つのステップになりうるのである。紛争を一つの判決で一挙に解決するか、全面的に自主的な交渉で解決するか、あるいは、その一部を判決で解決し、それを足掛かりにして、さらに交渉を続けて最終的な解決に至るかは、基本的には紛争当事者の自由な判断に任されている。

訴訟では原告が自己の訴求債権の実現を求めている。処分権主義をその基本原理とする現行訴訟制度においては、裁判所は審判対象に関する原告の意思を尊重して、訴求債権の存否について審理し、裁判すべきである。その際、訴訟促進の要請にも配慮がなされなければならない。もちろん処分権主義は、原告の意思のみではなく被告の意思も尊重することを要請する。したがって、被告にも相殺の抗弁の提出により反対債権についての審判を求める権利がある、[18] しかし権利には、それを濫用してはならない、あるいは、信義に従い誠実に行使しなければならないという内在的な制約がある。したがって、被告に反対債権についての審判を求める権利があるといっても、その行使が、訴求債権について迅速な審判を求める原告の権利を侵してまで、絶対的に許されるわけではない。先に述べたように、訴求債権についてだけ判決を下すことにも、それなりの意味があり、

かつ、原告がそのような判決を求めているいじょう、相殺の抗弁の提出が被告の故意または重大な過失により時機に後れ、これを取り上げることにより訴訟の完結が遅延するならば、かような相殺の抗弁は却下すべきである。[19]

五　相殺の抗弁が時機に後れたものとして却下され、以後反対債権が訴求債権の実現の阻止のために使えなくなるとすると、反対債権の別訴による主張が可能であるとしても、相殺の担保的機能がはたされなくなる。相殺の抗弁の却下により相殺の担保的機能が阻害されるということは、手続法ないし手続上の要請が実体権の性質や内容を変更することであり、そのようなことは認められないということが、否定説の根拠の一つになる余地がある。[20]

しかし、私見によれば、このことは否定説の根拠にはならない。なぜなら、手続法はたしかに本来実体権の性質、内容を定めるものではないが、手続のあり方を規制したところ、結果において実体権の内容、性質が変更されるということは、必ずしもあってはならないことではないからである。

相殺の抗弁の却下によって相殺の担保的機能がはたされなくなることは、実際上も妥当性を欠いてはいない。問題になるのは、原告が無資力である場合、相殺の抗弁が却下され、請求が認容されると、被告は自己の債務を履行しなければならないのに、反対債権の満足を得ることが事実上できなくなるという点である。しかし、相殺の抗弁が正当に却下されているかぎり、それは、被告の故意または重大な過失により時機に後れて提出されたのである。そうであるならば、相殺の担保的機能が害されることにより被告が不利益を受けるのは、不当とはいえない。

六　**二**乃至**五**において、相殺の抗弁が失権の対象となりうるかという問題について、肯定説の正当性を論証することができた。しかし、実際に相殺の抗弁を却下するためには、①その提出が時機に後れていること、②時機に後れたことにつき当事者に故意または重大な過失があること、③それにより訴訟の完結が遅延すること、という要件（民訴一三九条一項）が具備していなければならない。以下では、本件における相殺の抗弁がこの要件を具備しているか否かを検討する。

㈠　まず提出が時機に後れているとは、抽象的により早期の提出が可能であったというだけではなく、訴訟の具体的進行状況から見て、実際に提出された時点より以前に提出されることが期待できる客観的状況にあったということである。[21]相殺の抗弁は、建物買取請求権の行使や留置権の

抗弁等と同様に、相手方の主張を一応認めたうえで提出するものである。しかも反対債権の消滅という被告にとって不利益な効果を伴うものである。もとより、被告は予備的相殺の抗弁というテクニックを使うこともできるが、常にそうすることを被告に期待するのも苛酷であろう。したがって、相殺適状が生じているというだけで、当然に被告に提出を期待できるということにはならない。もっともこの点は、失権の別の要件である、当事者（提出者）の重大な過失の有無の判断にあたって配慮すべきことであるとの見解を採る文献が多数ある。[22] 相殺の抗弁の上記の特性が、私見のように、時機に後れているか否かの判断に影響を及ぼすと解するにせよ、重大な過失の有無の判断に影響を及ぼすと解するにせよ、実務上の結論に違いは生じないので、この点を議論する実益は乏しいかもしれない。しかし、前者の判断の基準が、前述のように、客観的に提出を期待できる状態がいつであるかということからすれば、理論的には、それは提出が時機に後れたか否かの判断において考慮されるべき要素である。[23]

また、本件で相殺の抗弁が提出されたのは、控訴審においてである。続審制を採用する日本法の解釈論としては、控訴審における提出が時機に後れているか否かは、控訴審だけの手続をみて判断するのではなく、第一審以来の手続を通して判断すべきであるということは、現在ではほとんど異論がない。[24]

以上の点を踏まえて、本件相殺の抗弁が時機に後れていたか否かを検討する。本件の訴え提起がいつであったかは、本件を紹介する判例タイムズ誌の記載からは判明しないが、第一審判決の言渡期日は平成六年九月一三日であり、相殺の抗弁が提出されたのは控訴審の第三回口頭弁論期日である。一方、反対債権（自働債権）は、Y_1がB会社の連帯保証人としてなした弁済による求償債権であるが、この弁済は、同人の主張によると、平成二年九月二日になされている。ところで、控訴審の審理の現状をみると、続審制を採用するわが国においても、最近ではあまり何回もの口頭弁論が実施される事件は少なく、ここ数年は通常事件で口頭弁論を経た事件のうち半数強において一ないし二回しか口頭弁論が実施されていないとのことである。[25] 先に述べた、本件の経過とかようなわが国の控訴審の審理の実状を考えると、本件における相殺の抗弁は、より早期の提出が期待できるものであり、それゆえ、時機に後れた防御方法であったということができる。

(二) つぎに、相殺の抗弁の提出者であるY_1に、提出の遅

れにつき故意または重大な過失があったか否かであるが、判旨は、この点を肯定する根拠として以下の二点を挙げている。すなわち、第一に、Y_1らが第一審以来弁護士である訴訟代理人に委任して訴訟を追行してきたこと。第二に、既に平成三年に「相殺の抗弁の主張事実と共通する事実を主張して他の連帯保証人に対して求償請求をする訴訟」が提起されていたこと、である。

第二点は、相殺の抗弁の自働債権が連帯保証人間の求償債権であるところ、Y_1はX以外の連帯保証人に対して既に求償請求訴訟を提起していたのだから、より早期に相殺の抗弁を提出でき、そうしなかったことに、故意・重大な過失がある、ということである。事件の経過を考慮すれば、この判断は、首肯できるであろう。ちなみに、事件の経過は、かように故意・重大な過失の有無の判断の基準になるとともに、時機に後れたか否かの判断の基準にもなる。このように、失権のためのこれら二つの要件は密接に関連している。

問題になりうるのは、第一点の、弁護士訴訟であったことが故意・重大な過失の認定の根拠の一つになっていることである。それは、同じ時点で提出された攻撃防御方法が、弁護士訴訟であれば時機に後れているとして却下され、本人訴法であれば却下を免れることがありうるということを意味し、したがって、訴訟追行に関しより慎重を期して弁護士に依頼した当事者のほうがより大きな不利益を被ることがありうるという結論を導き出す。この結論は奇妙であると感じられるかもしれない。しかし、訴訟追行にあたる者の知・不知、故意・過失といった主観的事由が訴訟法上の効力なり取扱いに影響する場合には、訴訟代理人の主観的事由によることは、訴訟代理人がまさに代理人であるいじょう、当然である。[26] 本件でも、控訴審の第三回口頭弁論期日になってはじめて相殺の抗弁を提出したことにつき、故意・重大な過失が肯定されるのは、弁護士が訴訟を追行していた場合には、やむを得ないことである。[27]

したがって、本件の相殺の抗弁の提出が時機に後れたことにつき、判旨が故意・重大な過失を認定したことも首肯できる。

㈢ 失権のもう一つの要件は、当該攻撃防御方法を取り上げることにより訴訟の完結が遅延することである。判旨によれば、本件では相手方であるXが自働債権の存在および額を争っており、その確定のためにはなお主張立証を要するとのことである。かつ、相殺の抗弁が提出された控訴審の第三回口頭弁論期日までには、その他の点に関する当

事者双方の主張立証はほぼ尽くされていた。判旨は、これらのことから本件相殺の抗弁は訴訟の完結を遅延させる、と判断したが、この判断も是認できる。ちなみに、本件でも相殺の抗弁が、他の点に関する主張立証がいまだ尽くされていない、より早い時期に提出されていれば、訴訟を遅延させることはなかったであろうと考えられるが、そのことから、訴訟遅延の要件も、提出が時機に後れていたという要件と密接に関連しているといえる。

七　以上の論述を要するに、相殺の抗弁は時機に後れたものとして失権の対象となりうるものであり、かつ、本件相殺の抗弁は失権の要件を満たしているので、これを却下した判旨は正当である。

八　ところで、来る一九九八年一月一日から施行される新民事訴訟法は、現行法が採用する随時提出主義（現行民訴一三七条）を適時提出主義に代えている（新民訴一五六条）。とくに、控訴審の手続につき新法は、裁判長が攻撃防御方法等の提出期間を裁定することができるものとしている（新民訴三〇一条一項）。しかし新法は、攻撃防御方法が適時に提出されることを確保するために、失権規定を強化することはせず、時機に後れた攻撃防御方法の却下の要件は現行法と同じである（現行民訴一三九条一項、新民訴一五七条一項）。控訴審における攻撃防御方法提出のための裁定期間の徒過にも失権効が結びつけられているわけではない。したがって、本稿における筆者の論述は新法の下でもそのまま通用する。

なお、新法は、弁論準備段階（争点および証拠の整理手続）での攻撃防御方法の不提出に失権効を結びつけてはいない点で、準備手続での不提出に失権効を結びつけている現行法（現行民訴二五五条一項）よりも失権効を緩和している面があるともみられうる。しかし新法は、訴訟における信義則を明文規定をもって定める（新民訴二条）とともに、弁論準備段階後の提出に際して、提出者に、右段階終了前に提出しなかったことについての理由を説明する義務を課し（新民訴一六七条・一七四条・一七八条）、また、控訴審における裁判長による裁定期間徒過後の提出についても提出者に同様の説明義務を課している（新民訴三〇一条二項）。失権の要件自体については修正が加えられていなくても、これらのことから、裁判官は――もとより、過度に失権の権限を行使してはならないが――必要なときには、躊躇せずに時機に後れた攻撃防御方法を却下すること[28]が、新法の基本的精神にかなっているといえよう。

(1) 時機に後れた相殺の抗弁の態様についての詳細は、石渡哲「時機に後れた相殺の抗弁と訴訟促進」民訴二七号二五頁以下参照（一九八一年）。

(2) 時機に後れたものとして相殺の抗弁を却下しまたは、右抗弁が却下の対象となりうることを前提にした判例および裁判例は、以下のとおりである。大判昭和五年九月二九日新聞三一九五号八頁、大判昭和九年四月四日民集一三巻八号五七三頁（判決要旨になったのは、訴訟外の相殺の効果の主張の失権）、大判昭和一七年一〇月二三日法学一二巻六号五二〇頁、最判昭和三二年一二月二四日法律新聞九一号九頁、東京高判昭和二七年六月三日下民三巻六号七六三頁、東京高判昭和四四年五月二〇日判タ二三九号二三七頁、東京地判昭和一四年七月一〇日新聞二四五八号一二頁、大阪地判昭和二五年一二月一日下民一巻一二号一九二一頁、札幌地判昭和四四年一月二一日判時五六三号七三頁、東京地判平成三年一一月一一日判タ七七三号二五七頁。

(3) 訴訟における形成権行使の法的性質については、文献が非常に多数ある。学説の状況を要領よくまとめたものとして、河野正憲「訴訟における形成権行使」『民事訴訟法の争点』二一八頁以下（有斐閣、新版、一九八八年）を挙げておく。なお、訴訟法説の有力な主張者であった中野貞一郎教授が、近時新実体法説に見解を改められたことは、特筆すべきことである。中野貞一郎「相殺の抗弁（上）——最近の論点状況——」判タ八九一号五頁以下。

(4) 最判昭和三〇年四月五日民集九巻四号四三九頁。小山昇「判批」北法七巻一号八三—八四頁（一九五六年）は、判旨賛成。

(5) ドイツで、Knöringer, NJW 1977, 2339 がこれに近い考え方を主張している。この学説については、石渡・前掲注（1）民訴二七号四〇頁以下参照。

(6) 建物買取請求権の行使による抗弁についても、山木戸克己「判批」民商三三巻三号六三頁（一九五六年）は、前掲最判注（4）昭和三〇年四月五日に反対している。最高裁もその後考え方を改めた。最判昭和四六年四月二三日判時六三一号五五頁。なお、渡辺森児「判批」法研七〇巻五号一四四頁以下参照（一九九七年）。そのほか、石渡哲「時機に後れた攻撃防禦方法の失権（中）——現行失権規定の解釈論を中心として——」判タ五五一号三三頁（一九八五年）参照。

(7) この点について詳細は、石渡・前掲（注1）民訴二七号四〇頁以下、同・前掲注（6）判タ五五一号三三頁参照。

(8) 柏木（Kashiwagi）「Die rechtzeitige Beibringung der Aufrechnung(1), (2)」北法二一巻四号二二七頁以上（この論文は、本来縦書きの刊行物中に、欧文で発表されたので、頁の番号が通常と逆に付いている。「以上」とあるのは、そのためである。）二二五頁、二一六頁、二二巻

一号一〇四頁以上、九九頁。柏木説については、石渡・前掲注（1）民訴二七号三一―三二頁参照。

（9）本文の四(一)(二)で、口頭弁論終結時前に相殺適状が生じていた場合に、判決に基づく強制執行に対して、相殺に依拠して請求異議の訴えを提起することができるかという問題に言及するが、この問題を肯定する見解（通説、判例）の基礎にも、相殺権をいつ行使するかは、相殺権者の自由であるという、考え方がある。このことをとくに明確に主張するのは、河野正憲「形成権の機能と既判力――時的限界の再検討――」『当事者行為の法的構造』一四五頁以下（弘文堂、一九八八年。初出、『講座民事訴訟法6』〈一九八四年〉）である。

（10）石渡・前掲注（1）民訴二七号三二頁、同「時機に後れた攻撃防禦方法の失権（上）――現行失権規定の解釈論を中心として――」判タ五四三号四六頁（一九八五年）。その他の学説、判例については、後者の論文四九頁注(114)に詳しい。

（11）判例として、大判明治四三年一一月二六日民録一六輯七六四頁、最判昭和四〇年四月二日民集一九巻三号五三九頁。学説として、近藤完爾『全訂執行関係訴訟』二六七頁以下（判例タイムズ社、全訂版、一九六八年）、三ケ月章『民事執行法』一〇一―一〇二頁（弘文堂、一九八一年）、新堂幸司『民事訴訟法』四一一―四一二頁（弘文堂、第二版補正版、一九九〇年）、中野貞一郎ほか編『民事訴訟法講義』四八九頁〈吉村徳重〉（有斐閣、第三版、一九九五年）など。中野貞一郎『民事執行法』二一七頁以下（青林書院、第二版、一九九一年）は、請求異議事由の時的限界一般については、通説と異なる見解を主張するが、相殺権については、通説と結論を同じくする。

（12）坂原正夫『民事訴訟における既判力の研究』一一頁以下、四四頁以下、七一頁以下（慶應通信、一九九三年。同書は、論文集ではあるが、収録された論文はすべて既判力をテーマとしているので、実質はモノグラフであるため、引用にあたり論文の標題の提示はせず、頁数のみを掲げる。本注で引用した三箇所の初出は、一九八三年、同年、一九八五年である）、塩崎勤「既判力基準時後の形成権の行使に関する一試論」司研七五号一頁以下、とくに三七頁以下（一九八五年）。

（13）通説、判例のように、既判力の基準時前から相殺適状が生じていながら、執行手続の段階になってからの相殺権行使により、原告・債権者の権利の実現を妨げることを認めるのでは、自己の権利の実現のために訴えを提起し訴訟を追行した原告・債権者の努力を水泡に帰せしめることになり、原告・債権者と被告・債務者の間の衡平が保たれないのではないだろうか。これが、私が少数説に説得力あり、と感じる理由である。

(14) 少数説を前提にすると、反対債権を別訴で訴求する道も塞がれるとの考え方も、ありえなくはない。しかし少数説の主張者がそう考えているわけではない。坂原・前掲注(12)六四―六五頁。同論文一六頁、六七頁注(17)参照。

(15) ドイツの判例は、わが国の少数説のように、相殺適状が既判力の基準時前に生じている場合には、相殺に基づく請求異議の訴えを認めていない(BGHZ 34, 274; BGHZ 61, 25; BGHZ 100, 222)が、最近、判決手続で不適法として却下された相殺の抗弁の自働債権と同じ債権に依拠して請求異議の訴えを提起することはできない、とする判例が出ている。BGHZ 125, 351 = NJW 1994, 2769. ただし、通常の失権規定が適用されて相殺の抗弁が却下されたのではなく、控訴審における相殺の抗弁は、原告が同意するか、裁判所が係属中の手続におけるその主張を適切であると認めたときに限り、許されるとする、わが国にはない規定(ドイツ民訴五三〇条二項)が適用された事案であった。この判例については、ゲルハルト・リュケ(石渡哲訳)「請求異議訴訟と前訴訟で不奏功に終わった相殺」法研七〇巻六号一七三頁以下参照(一九九七年)。

(16) 私は、かつて、請求異議事由の時的限界一般についての見解の表明は留保したうえで、つぎのように述べた。基準時前から相殺適状が生じていた場合に、相殺に基づく請求異議の訴えを認めることと、相殺の抗弁を時機に後れたものとして却下することとは、必ずしも矛盾してはない。しかし、いったん相殺の抗弁が却下されたあとで、同じ債権を自働債権とした相殺に基づく請求異議の訴えを提起することは、信義則上許されない、と。石渡・前掲注(1)民訴二七号五八―五九頁。現在では、私は、本文で前述したように、このような場合に請求異議の訴えを認めない少数説に説得力があると考えている(理由は、注(13)で述べた)。しかし、現在でも、仮に一般論として請求異議の訴えを認めるならば、判決手続で相殺の抗弁が却下されたときには、信義則により本文で述べた奇妙な結果を避けるべきである、と考えている。

なお、リュケ・前掲注(15)一七八頁以下は、相殺に基づく請求異議の訴えが認められるか否かの基準は、相殺適状発生の時点ではなく、相殺の意思表示の時点であるとの基本的立場に立ちながら(この点については、同一八二頁注(六)参照)、不適法として却下された相殺の抗弁と同じ債権を自働債権とする相殺に基づく請求異議の訴えを認めなかった、注(15)に引用したBGHZ 125, 351 = NJW 1994, 2769の結論を支持している。

(17) 相殺の抗弁が不適法として却下された場合に、反対債権が消滅しないという結論は、相殺の抗弁の法的性質に関する訴訟法説からは、当然に引き出される。通説である新実体法説も同じ結論に至っているが、理由付けについては

同説の中でも見解が分かれている。しかしこの点には立ち入らない。この点については、さしあたり、河野・前掲注（2）民事訴訟法の争点（新版）二一八頁以下参照。

(18) 一般的にいえば、当事者が抗弁を提出する自由を有し、また、これを提出しなかったことによる不利益を受けるのは、弁論主義に基づくことである。しかし、相殺の抗弁には、実質的には、自働債権についての審判を求める面もあり、かつ、その判断には既判力も生じる（民訴一九九条二項）のであるから、それを提出する自由は、処分権主義に由来している、と解される。

(19) 渡辺・前掲注（6）一四七―一四八頁は、建物収去土地明渡請求訴訟における建物買取請求権に基づく抗弁が時機に後れたものとして却下された場合に、建物買取請求権が既判力で遮断されることがないとしても、右却下に基づき速やかに判決を下すことの意義を肯定している。渡辺氏も、時機に後れた相殺の抗弁を却下することにも意義があるとする、私見の立場に相い通じる立場に立っているといえるのではないだろうか。

(20) ちなみに、請求異議事由の時的限界に関する通説を支持する近藤・前掲注（11）二七一頁は、このことを自説の根拠の一つとしている。

(21) 石渡・前掲注（10）判タ五四三号四四頁。その他の文献は同論文四七頁注（92）に引用されている。

(22) 兼子一『判例民事訴訟法』一六六―一六七頁（弘文堂、一九五〇年）、同『民事訴訟法体系』二三二頁（酒井書店、新修増補版、一九六五年）、小山・前掲注（4）八二頁など。その他の文献は、石渡・前掲注（10）判タ五四三号四八―四九頁注（100）に引用されている。最近の文献である、渡辺・前掲注（6）一四三頁も、これに加えるべきである。

(23) 石渡・前掲注（1）民訴二七号三一頁、同・前掲注（10）判タ五四三号四五頁。私見と同旨の学説は、判タ五四三号四九頁注（101）に引用されている。

(24) 学説としては、兼子・前掲注（22）判例民事訴訟法一六二―一六三頁、同・前掲注（22）民事訴訟法体系四五二頁、新堂・前掲注（11）三二七頁、中野ほか編・前掲注（11）二四六頁〈鈴木重勝〉、石渡・前掲注（10）判タ五四三号四六頁など。判例としては、大判昭和八年二月七日民集一二巻一五九、最判前掲注（4）昭和三〇年四月五日など。その他の学説、判例は、石渡・前掲注（10）判タ五四三号四九―五〇頁注（117）に引用されている。

(25) 藤原弘道「『民事控訴審のあり方』をめぐる二、三の問題点」判タ八七一号四頁以下（一九九五年）に、最近の司法統計に基づく実務の状況が報告されている。

なお、私は、一九九五年に発表した論文において、実務は実質上覆審化しているのはないか、と推測した。石渡哲「民事訴訟法の改正と控訴審の審理構造――事後審、覆審、

続審の長短およびそれぞれの採用の可否――」ゲルハルト・リュケ教授退官記念『民事手続法の改革』一〇六頁（信山社、一九九五年）。しかし、藤原判事の右論文に接して、この点についての再検討の必要性を感じている。

(26) 新堂・前掲注（11）一三二頁。

(27) 石渡哲「民事訴訟における時機に後れた攻撃防禦方法の失権の根拠」法研六八巻一二号二八八頁（一九九五年）は、訴訟代理人の過誤により本人が不利益を受けることを、より詳細に正当化している。

(28) 本文八の論述にあたっては、中野貞一郎『解説新民事訴訟法』三二―三三、七五頁（有斐閣、一九九七年）を参照した。

〔追記〕本稿脱稿後、校正までの間に、後藤勇「本件判批」判タ九四五号（平成八年度主要民事判例解説）二五二頁以下が公表された。

石渡　哲