

琉球大学学術リポジトリ

権利抗弁について

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学人文社会学部・琉球大学大学院法務研究科 公開日: 2021-04-19 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 藤田, 広美 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/48243

権利抗弁について

藤 田 広 美

- 1 はじめに
- 2 権利抗弁の現実的機能
 - (1) 弁論主義における事実主張の意義
 - (2) 権利抗弁における意思表示の機能
- 3 権利抗弁か否かの個別的検討
 - (1) 個別的検討における解釈指針
 - (2) 同時履行の抗弁権
 - (3) 留置権
 - (4) 保証人の催告・検索の抗弁権
 - (5) 保証人の履行拒絶権
 - (6) 形成権
 - (7) 時効の援用
 - (8) 対抗要件
 - (9) 過失相殺
- 4 おわりに

1 はじめに

訴訟上の防御方法としての抗弁には、権利行使の意思の表明を要するとされる権利抗弁と事実のみで構成される事実抗弁とがあるとされる¹。この区別を明言したのは、最高裁判所昭和 27 年 11 月 27 日第一小法廷判決（民集 6

1 坂田宏「権利抗弁概念の再評価」民事訴訟における処分権主義(2001)213 頁以下（初出民商法雑誌 110 巻4=5号 795 頁、同 110 巻 6 号 973 頁（いずれも 1994））は、権利抗弁に関する詳細かつ優れた先行研究であり、本稿も同業績に負うところが大きい。以下、本稿では、「坂田前掲書」として引用する。

卷 10 号 1062 頁) であり、権利抗弁と事実抗弁という概念を用いて、被告の防御方法と裁判所の訴訟指揮のあり方について判示した。すなわち、同判決は、「権利は権利者の意思によって行使されその権利行使によって権利者はその権利の内容たる利益を享受するのである。それ故留置権のような権利抗弁にあっては、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ないのと異なり、たとい抗弁権取得の事実関係が訴訟上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ができないのである (民訴 186 条 [現 246 条] 参照)。そしてまた当事者の一方が或る権利を取得したことを窺わしめるような事実が訴訟上あらわれたに拘わらず、その当事者がこれを行使しない場合であっても、裁判所はその者に対しその権利行使の意思の有無をたしかめ、或いはその権利行使を促すべき責務あるものではない。」(以下「本件最判」という。)

これによれば、事実抗弁については、対立当事者間における主張共通が妥当し、事実関係が現れている限りは、裁判所は常に斟酌しなければならないのに対し、権利抗弁においては、事実関係が現れているだけでは足りず、権利者が権利を行使する意思を表明してはじめて裁判所は斟酌することができることを明らかにしたものと見える²。そうだとすると、権利抗弁とされる防御方法を裁判所が斟酌するに際しては、事実だけではなく、権利行使の意思の表明を要するということは、裁判所は、当事者の主張しない事実を判決の基礎にしてはならないという弁論主義の準則とはどのような関係にたつのだろうか。また、本件最判によれば、権利抗弁について、裁判所は、権利行使の意思の有無を確かめたり、その権利行使を促すべき責務までもがあるわけではないとしている。これについては、裁判所の職責の観点からの判示ではあるものの、当事者サイドからみて積極的に評価できるところがあるのではないか。すなわち、権利抗弁については、裁判所が介入したり、踏み込んだ

2 坂田前掲書 252 頁、山本克己「抗弁権 (権利抗弁)」法教 292 号 (2005) 96 頁。

りできない領域であることを示しているのではないか。本稿は、このような問題関心にに基づき、権利抗弁が果たしている現実的な機能をもつめ、権利抗弁の外延を明らかにしてみる試みである。

2 権利抗弁の現実的機能

権利抗弁を裁判所が斟酌するに際し、権利行使の意思の表明が要求されるのか否か、あるいはその根拠は何かが議論されてきた³。本稿においては、この議論に踏み込むことをあえて避けて、権利抗弁において行使意思の表明が何故に求められるのかについて、訴訟における現実的ないし機能的な観点から検討を試みたい。

(1) 弁論主義における事実主張の意義

弁論主義は、判決の基礎となる訴訟資料の提出を当事者の権能かつ責任とする原則である。私的自治の訴訟法への反映として、訴訟資料の提出・事案の解明における当事者の自主的自律的な活動を尊重する趣旨である。そして、弁論主義の内容の1つに、裁判所は、当事者が主張しない主要事実を判決の基礎にすることができない、という準則がある。この準則が判決の基礎を形成するに際し、当事者の主要事実についての主張を要とする意味は、裁判所が観念的所産としての権利の存否を確定するため、当事者に対し、その法規の要件に直接該当する事実を具体的な攻撃防御対象として指示することとなり、これに集中して攻撃防御を尽くすことが想定されているところにある。他方において、当事者が主要事実の主張を欠落させた場合には、判決の基礎に採用されないこととなり、当事者の不利益に帰する（主張責任）とともに、当事者が意図的に主要事実の主張をしなかった場合にも判決の基礎に採用させないことが可能となる。当事者が事実を主張しないことによって、当該事実を構成要素とする抗弁が判決の基礎に採用されないことを自覚している場合には、有利な判決であっても

3 当事者の意思表示の要否ないしその根拠についての網羅的な検討については、先行研究に委ねることとし、今回は割愛せざるを得ない。坂田前掲書 253-256 頁、酒井一「権利抗弁」民事訴訟法判例百選第5版（2015）111 頁などを参照。

それを押しつけられない自由を保持しているといえる⁴。当事者は、これらの主張をする・しないという態度決定⁵を通じて、争点を自覚的に認識し、ないしは主体的に形成することが可能になる。そして、この準則が裁判所に対する拘束として機能することにより、当事者としては、弁論に現出された事実に集中していれば足り、当事者が主張していない事実を認定して不意打ちの裁判＝不公正な裁判の出現が回避されることとなる。

(2) 権利抗弁における意思表示の機能

権利抗弁は、それを構成する事実のみならず、それを行使する意思の表明がなければ、裁判所は斟酌することができない。この理解は、上記の弁論主義とはどのように接続されるのだろうか。訴訟資料を構成する当事者の攻撃防御方法は、事実抗弁と権利抗弁とを問わず、弁論主義の上記準則の規制下にあるのではないか、という問題意識である。権利抗弁の典型例とされる同時履行の抗弁権を題材に、設例を用いて検討する。

〔設例〕 売主甲は、買主乙を被告として、別紙物件目録（省略）記載の動産を売ったとする売買契約に基づき代金 200 万円の支払を求める訴えを提起した。これに対し、乙は、「甲から未だ目的物の引渡しを受けていないので、その引渡しを受けるまで代金の支払を拒絶する。」と主張した。裁判所は、審理の結果、乙の主張を容れて、「被告（乙）は、原告（甲）から別紙物件目録記載の動産の引渡しを受けるのと引き換えに、原告に対し、200 万円を支払え。」との引換給付判決をした。

この設例における乙の主張は、民法 533 条が規定する同時履行の抗弁権を行使する趣旨の訴訟上の陳述である。乙は、本来的には、このような陳述だけでなく、甲との間で売買契約を締結したことを主張しなければならないのであるけれども、請求原因ですでに甲乙売買の事実が現れているので、重ねて主張する必要がなく、それを前提にすることで請求原因と抗弁との

4 弁論主義から「提出する自由」に関する弁論権を切り出し、弁論主義を「有利な事実・証拠を提出しない自由」の保障として純化を図る理解が参考になる（山本和彦「弁論主義の根拠」民事訴訟法の基本問題（2002）127 頁以下）。

5 民訴法における事実を主張する・しない自由という弁論主義は、実体法における権利を行使する・しない自由という私的自治と連動していると考えられる。

つながりが示されているというわけである。なぜ、このような抗弁権行使の意思の表明がなければ裁判所は判決の基礎にすることができないのか。

もし仮に、売買契約締結の事実のみで、意思の表明のないままに同時履行の抗弁権をとりあげて引換給付判決をしてしまうならば、一部敗訴判決を受ける原告甲はもとより、全く主張をしていない被告乙にとっても意外な判決となってしまうであろう。これに対し、被告乙が同時履行の抗弁権を行使する意思を表明したことに基づき引換給付判決をしたときは、一部敗訴判決を受ける原告甲にとってはもとより、被告乙にとっても意外となるような有利な判決を押しつけられることがないという形で判決内容をコントロールできる結果が得られる⁶。当事者に事実を主張する・しない自由が保障されるのと同様に、被告に権利抗弁を行使する・しない自由が保障されるという形で、弁論主義における事実主張に関する準則が権利抗弁における意思の表明にも及ぶものと解される。権利抗弁と理解する狙いが被告の防御方法を裁判所が取り上げるに際し、その意思に係らしめるのが相当であるという判断を基礎にするものであることからすれば、権利者（被告）が欲しない場合にまで勝訴判決を押し付けないということを、訴訟審理における争点ないし判断の基礎の確定における当事者の自治・自律的な地位の保障という弁論主義の観点からも説明することができるのではないだろうか⁷。つまり、さきに弁論主義の趣旨・機能として指摘したように、争点の自覚的な認識・主体的な形成による公正な裁判の実現という観点から、権利抗弁における意思表示が果たすべき機能は説明できるように思わ

-
- 6 坂田前掲書 10 頁は、被告は権利抗弁を行使するかどうかを決定する自由をもつのであって、その行使がない限り、裁判所が引換給付判決をすることはできないという現象を捉えて、抗弁権主張という被告の申立てが裁判所を拘束するとみて事態を把握する。その上で、権利抗弁の基礎は、処分権主義にあると位置づける（坂田前掲書 256 頁）。上記本文は、抗弁権主張をあえて被告の反対申立てと構成する必要はなく、あくまで攻撃防御方法＝訴訟資料レベルを規律する弁論主義の枠内での説明を試みるものである。
- 7 なお、権利主張＝意思表示は黙示的であってもよいかという問題がある。仮にこれを肯定するならば、裁判所には、権利抗弁を取り上げるべき事案では黙示的な主張があったとして適示する一方で、取り上げるのが相当ではないと判断したときには明示的な主張がないとしてこれを審理に乗せないという便宜が与えられることとなる。しかしながら、本文で述べたとおり、権利抗弁とされる意義・機能に鑑み、黙示的な主張では足りないと思われるべきであろう。

れる。権利抗弁における意思表示がある場合にのみ、裁判所は、これを取り上げて斟酌することができるのであって、これを職権行使の局面から判示したのが、本件最判であるといえる。

なお、本件最判が「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ができない」と判示するに際し、旧民訴186条・現民訴246条を根拠として引用するのはミスリーディングであると指摘されている⁸。

3 権利抗弁か否かの個別的検討

(1) 個別的検討における解釈指針

そこで、権利抗弁の外延を明らかにすべく個別的にとりあげて検討してみたい。その解釈指針としては、実体法的観点と訴訟法的観点の両様から検討される必要があろう。

民事訴訟は、実体法上の権利または法律関係の存否を確定することを通じて紛争の解決を図ろうとするものである以上、その審理の実質は、実体法の適用の可否を証拠に照らして決定するプロセスといえる。したがって、攻撃防御方法の意義・性質決定は、第一義的には実体法に照らして考えるべきものである。他方、そのような実体法の適用過程が訴訟審理において訴訟上の攻撃防御方法という形で現れることから、訴訟法の規律にも適するように把握されなければならない。権利抗弁性の判定において、後者の訴訟法的検討に際しては、さきに検討したように、被告の防御方法を裁判所が取り上げるに際し、その行使意思に係らしめるのが相当かどうかという現実的な機能面を十分に斟酌する必要があるように思われる。

8 山本克己・前掲(注2)96頁。抗弁権が訴訟上行使される場合に、申立行為がされる必要はないというのである。そのとおりであろう。この点に関連して、旧い判例には、処分権主義と弁論主義の区別が曖昧なものがあることには注意が必要である。最高裁判所第三小法廷昭和36年4月25日判決(民集第15巻4号891頁)は、民法770条1項4号の離婚原因を主張して離婚の訴えを提起したからといって、反対の事情のないかぎり同条項5号の離婚原因も主張されているものと解することは許されないとし、同条項4号の離婚原因が認められない場合に、原判決が認定した事情のみで同条項5号の離婚原因の成立を認めることは相当でない」と判示したが、現246条違反なのか弁論主義違反なのかは明言していないことは、その例である。

(2) 同時履行の抗弁権

民法 533 条が規定する同時履行の抗弁権は、双務契約における双方の債務を互いに履行上の牽連関係におくことによって、対価的均衡を維持することに寄与する。実体法上、売主または買主の一方が牽連関係を無視して債務の履行を求めたとき、相手方当事者は、同時履行の抗弁権を主張して履行を拒絶することができるのであって、実体法上抗弁権として構成されている。訴訟上、同様に訴えを提起したとき、2(2)の〔設例〕で述べたように、請求原因において双務契約が締結されたことはすでに示されているので、相手方当事者は、かかる同時履行の抗弁権を訴訟上行使するかどうかによって、判決内容をコントロールすることができ、被告が引換給付判決を望まないときには、それに応じた判決結果を得ることができる。

以上のとおり、同時履行の抗弁権は、実体法上抗弁権として規定され、訴訟上も権利者による権利行使の意思が表明され、判決結果を受容する意思が表明されている場合に限り、裁判所はそれを斟酌することができると思われるという意味において、権利抗弁の典型例とされている。

(3) 留置権

民法 295 条が規定する留置権は、他人の物を占有している者が、その物に関して生じた債権を有するとき、その債権の弁済を受けるまで、その物を自らのもとに留め置く権利である。本件最判は、留置権の事案において、さきのとおり判示して権利抗弁概念とその訴訟指揮のあり方について明らかにした。本件最判によれば、例えば、所有権に基づく動産の返還請求訴訟において、当該動産の所有が原告にあること（他人の物）及びそれを被告が占有していること（占有）が請求原因において明らかとなったとき、被告が当該動産について費用を投下して被担保債権の発生原因事実を主張していたとしても、留置権を行使する旨の意思の表明がない限り、裁判所は留置権の成立を認めることはできない。他方、被告から留置権を行使する旨の意思の表明があったときは、同時履行の抗弁権と同様に、引換給付判決がなされることとなる⁹。

9 民法 295 条の文言は「弁済を受けるまで」とされているところ、それでは債務の先履行を事実上強制することになるため、同時履行の抗弁権と同等の保護で足りると解されている。

本件最判においてはもちろん、通説も留置権が権利抗弁に属することについては承認している。

(4) 保証人の催告・検索の抗弁権

民法452条・453条が規定する保証人の催告・検索の抗弁権についても、権利抗弁とすることに異論はなさそうである。これらの抗弁権は、保証人の責任が主たる債務者が履行しない場合の補充的なものであること（民446条）に基づき規定されているものである。債権者が保証人に履行を請求したときは、保証人としては、特段の事実を主張することなく、主たる債務者に催告するよう求めることができ（民452条）、あるいは、主たる債務者の弁済の資力があり、執行が容易であることを主張立証して検索の抗弁権を行使する旨の意思を表明して防御することができる（民453条）。それぞれの抗弁権を訴訟上行使する旨の意思を表明しなかったときは、裁判所は、請求認容判決をすることができる。

(5) 保証人の履行拒絶権

民法457条3項は、「主たる債務者が債権者に対して相殺権、取消権又は解除権を有するときは、これらの権利の行使によって主たる債務者がその債務を免れるべき限度において、保証人は、債権者に対して債務の履行を拒むことができる。」と規定し¹⁰、これらの場合、保証人には履行拒絶権があることを明言している。主たる債務者が有する相殺権、取消権又は解除権の限度での履行拒絶権能を行使したときに、裁判所はこれを斟酌することができ、そうでない限りは、請求認容判決をすることができる。訴訟上は権利抗弁に属すると解される。この場合の保証人の立場としては、履行拒絶権を行使するのが通例とは思われるものの（そうであるからこそ立法的措置がとられ明文化されているものと解される。）、これを行使せず

10 従前は、「保証人は、主たる債務者の債権による相殺をもって債権者に対抗することができる。」（旧457条2項）として相殺権について規定するのみで、取消権及び解除権については、明文規定が存在しなかった。保証人からみたとき、債権者と主たる債務者との関係は他人間のものであるから、保証人に他人間の法律関係に干渉する権限を与えるのは、その保護としては過大にすぎるとい批判が加えられていた。そこで、債権法改正に際し、民法における通説に従い、本文のとおり条文を改め、履行拒絶権構成をとることを明確にしたものである。

に、債権者に迷惑をかけることなく、主たる債務者に対して求償することで解決したいという意向をもつことも考えられなくはない。このような保証人の意思を訴訟審理において考慮する余地を残すことを可能にするのは、権利抗弁の重要な機能であろう。

(6) 形成権

取消権や解除権のように、実体法上形成権とされるものの訴訟上の取扱いについては、議論がある。民訴法学説には、形成権を権利抗弁に含める見解¹¹と事実抗弁とする見解¹²がある。

形成権を権利抗弁とする見解は、形成権が訴訟外で行使された場合には、形成権者だけでなく、形成権行使の相手方や第三者も形成権行使の事実を訴訟において主張できるのに対し、形成権を訴訟上行使する場合には、その意思表示ができるのは形成権者だけであるから、その意思表示がない限り、裁判所は、形成権行使の結果を斟酌することができないことから、これを権利抗弁に含めてよいとする¹³。

これに対し、形成権を事実抗弁とする見解は、上記のように、訴訟外行使の場合を事実抗弁とし、訴訟上行使の場合を権利抗弁とするのは一貫性を欠くと批判した上で、形成権行使の効果の主張には、その意思表示があったという事実の主張が必要であるとして、事実抗弁に属するものとして整理するのが理論上の一貫性を保持するという¹⁴。

形成権行使の意思表示は、あくまで実体法上の意思表示であって、法律関係の変動を生起させる法律要件の1つである。形成権が訴訟上行使された場合には、意思表示がされた事実は、裁判所に顕著な事実としてその証明が不要とされるというだけであって（民訴179条）、本来は事実として証明主題となりうることは動かない。権利抗弁か否かの選別に際しては、被告の防御方法を裁判所が取り上げるに際し、その意思に係らしめるのが

11 高橋宏志「重点講義民事訴訟法（上）〔第2版補正版〕」（2013）446頁、上田徹一郎「民事訴訟法第7版」（2011）319頁、山本克己・前掲（注2）95頁など。

12 坂田前掲書260頁、酒井・前掲（注7）111頁。

13 山本克己・前掲（注2）95頁。

14 坂田前掲書261頁。

相当か否かを指標とするのが相当であろう。現象面としては、訴訟上形成権を行使した場合は権利抗弁と同様の状況にはなるとしても、形成権は、被告の行使意思に係らしめるというよりも、それを主張しなければ抗弁として完結しない関係にあることから、事実抗弁として理解・整理するのが適すと考える¹⁵。

(7) 時効の援用

民法 145 条は、「時効は、当事者（中略）が援用しなければ、裁判所がこれによって裁判をすることができない。」と規定する。この援用の法的性質・時効の法的構成については、民法学説において議論がある¹⁶。

確定効果説は、時効期間の経過によって確定的に権利変動が生じると理解した上で、裁判所がそれを斟酌するには、弁論主義の観点から当事者の援用を要するという。このような理解によれば、援用は、時効の利益を享受する意思の表明として位置づけられ、その有無によって、裁判所が時効をとりあげて判決をすることが左右されるわけであるから、時効の援用は、権利抗弁に属するとみられる¹⁷。時効の援用は必ず訴訟上行われる必要があり、訴訟外における援用は意味をもたないこととなる。

不確定効果説は、時効期間の経過によって一応権利変動が生じるけれども、効果の発生又は不発生が援用又は放棄によって確定するという。判例は、このうち援用によって権利変動が確定的に発生するという停止条件説にたつとみられている¹⁸。この停止条件説によれば、時効の援用は、時効の効果を確定的に発生させる実体法上の意思表示とみられ、訴訟外での援用

15 本件最判が「権利を行使する意思を表明」としており、「意思表示」とはしていないことにも留意したい。

16 時効学説には、本文で示した実体法説のほか、訴訟法説（時効は実体法上の権利変動原因ではなく、裁判における援用によって、原因を問わず権利の得喪を認める制度とする）もあるけれども、本稿の性質上、実体法上の制度と捉える実体法説のみを検討の対象とした。

17 なお、一貫して主張共通の例外として位置づけられるか否かから検討する坂田説は、権利抗弁とする（坂田前掲書 263 頁）。

18 このほか、時効利益の放棄によって確定的に時効の効果が消滅するとみる解除条件説もあるけれども立ち入らない。

が可能となる¹⁹。そうだとすると、前記(7)形成権について述べたのと同様に、時効の援用は事実抗弁として理解されよう。

(8) 対抗要件

対抗要件に関し、どのような事実を抗弁として主張すべきかについては争いがあるところ、これを権利抗弁と解する見解がある²⁰。この見解は、土地明渡請求訴訟における登記を例にして、次のとおり、他説の不都合を解消するものとして説明されている。

まず、第三者抗弁説は、抗弁を構成する事実としては、登記の欠缺を主張する正当な利益の基礎づけ事実のみで足りるという見解である。登記の具備は再抗弁となろう。しかしながら、このように理解すると、被告において、原告の権利取得に関し、その対抗要件の具備を問題として指摘して主張する趣旨ではないのに、対抗要件に関する抗弁を当然に主張していることとなり、対抗要件という法律要件の性質上相当でないという。

次に、事実抗弁説は、上記第三者抗弁説の不都合性を考慮して、登記の欠缺を主張する正当な利益を基礎づける事実に加えて、「原告が対抗要件を具備していないこと」が必要であるとする見解である。この見解に対しては、被告に対し、原告が登記を具備していないという自己の関知しない消極的な事実の主張立証までもさせるのは妥当ではないとの批判があるという。

そこで、権利抗弁説は、登記の欠缺を主張する正当な利益の基礎づけ事実に加えて、当該利益を訴訟上行使する意思の表明（原告が対抗要件を具備するまで、原告の所有権取得を認めない。）を要するとする見解であるとされる。この見解においても、第三者抗弁説と同様、登記の具備は再抗弁となる。この見解は、上記2説の不都合を解消し、対抗要件の有無を問題とする趣旨であることを要件事実として取り出すことによって明確にし

19 最判昭和61年3月17日民集40巻2号420頁は、「時効による債権消滅の効果は、時効期間の経過とともに確定的に生ずるものではなく、時効が援用されたときにはじめて確定的に生ずるものと解するのが相当である」と判示している。かかる判例を前提に、実務では、訴訟外での時効援用も多く行われている。

20 司法研修所編・増補民事訴訟における要件事実第1巻(1986)247頁以下。

ようとしたものである、という²¹。

権利抗弁か否かの選別を、被告の防御方法を裁判所が取り上げるに際し、その意思に係らしめるのが相当か否かを指標としたとき、対抗要件の抗弁について、事実主張だけでなく、被告が自覚的に防御方法とする意思か否かを問題にする上記権利抗弁説は支持されるべきである²²。

この点につき、対抗要件制度（民177条・178条、467条2項）は、互いに同一の権利を取得した者の間における優劣決定につき、画一的処理をすることによって取引の安全を図るための規律である。本件最判も「権利は権利者の意思によって行使されその権利行使によって権利者はその権利の内容たる利益を享受するのである。それ故留置権のような権利抗弁にあっては」と判示しており、かかる判旨の射程としては、権利抗弁か否かは、実体法上権利として規定されているか否か、そして、その権利行使による実体法上の利益を享受する意思の表明が必要とされているように読める。そうだとすると、対抗要件に関する主張を権利抗弁と理解することは困難ではないかとの疑問が生じる。

しかし、さきにもたように、訴訟法的には裁判所がとりあげるべきか否かを指示する趣旨での意思の表明を要すると理解すべきか否かで権利抗弁か否かを選別するとすれば、対抗要件に関する主張を権利抗弁とすることに障害はない。本件最判が、さきのおりに判示した趣旨は、当該事案が留置権についてのものであったことに起因したものと理解することができよう。

21 司法研修所・前掲（注18）252頁。

22 筆者が司法修習生のとき、被告がすでに登記を得ている事案において、修習生の多くは、対抗要件の抗弁ではなく、登記具備による所有権取得＝所有権喪失の抗弁を起案において適示していた。これに対する民事裁判教官の講評では、対抗要件の抗弁で足り、原告は登記の具備を再抗弁として主張できない以上、登記の具備まで適示するのは過剰主張であるという解説であった。これに大きな衝撃を受けた記憶がある。「教育的配慮上の要件事実」としては意味があったと思っている。しかし、現在の民事裁判教官室は、上記を対抗要件具備による所有権喪失の抗弁と説明し、その場合には対抗要件に関する権利主張もしていないとみるべき場合が多いという（司法研修所編・改訂紛争類型別の要件事実（2006）57頁）。全く逆の論理に舵を切ったことになるものの、訴訟当事者の合理的意思を探求しつつ訴訟審理のあり方について考える現実的な姿勢にシフトしているのだろうと思われる。

また、対抗要件という「権利」ではないものを権利抗弁と称することに違和感もなくはない。しかし、民事訴訟法学説上、「権利」ではないものについての陳述の一致を権利自白と称することもある以上²³、ここでも同様に理解すれば足りる。あえていえば、本件最判の判旨の文言からは離れるところがあるものの、権利抗弁を「権利者たることの主張」として理解するならば、対抗要件の抗弁も権利抗弁に含めることが可能であろう。

(9) 過失相殺

なお、判例には、過失相殺を権利抗弁ではないという趣旨を判示したものがあ²⁴。学説上も過失相殺を裁判所が斟酌するに際し、被告の主張を要しないという結論そのものは、ほぼ異論なく承認されているところと思われる。これまで検討してきたように、権利抗弁か否かの選別に際しては、被告の防御方法を裁判所が取り上げるに際し、その意思に係らしめるのが相当かどうかを指標として判定されるべきである。これを過失相殺制度についてみてみよう。

過失相殺制度は、現実的には、債務不履行に基づく損害賠償請求訴訟における被告や不法行為に基づく損害賠償請求訴訟における被告（加害者）のために機能することが多い。その意味では、被告が過失相殺の主張をしたときにはじめて、裁判所は過失相殺を斟酌すれば足り、被告が過失相殺をあえて主張しないときには、原告の請求額を減じる必要はないともいえよう。もし、このようにいえるのであれば、過失相殺について、権利抗弁性を肯定することができる。しかし、過失相殺は、被告とされた者だ

23 法律上の陳述には、①法規の存在やその解釈に関する陳述、②訴訟物たる権利関係と先決関係にある法律効果の存否に関する陳述（例えば、所有権に基づく返還請求訴訟における、原告が所有している旨の陳述）、③特定の法規の構成要件該当性に関する陳述（例えば、ある事実が過失に該当するか否かに関する陳述）に分類されるのが通例である。②の陳述が一致する場合に権利自白と呼ぶことが多いが、権利性がみられない③を含めて権利自白と呼ぶこともあるとされるのがその例である（菱田雄郷「裁判上の自白法則」実務民事訴訟講座[第3期]4巻(2012)第4巻94頁）。

24 「民法418条による過失相殺は、債務者の主張がなくても、裁判所が職権ですることができるが、債権者に過失があつた事実、債務者において立証責任を負うものと解すべきである。」（最判昭和43年12月24日民集22巻13号3454頁）。不法行為に関する民法722条2項についても同様に、職権で斟酌できる旨判示している（最判昭和41年6月21日民集20巻5号1078頁）。

けのために機能するのではなく、その制度趣旨に照らせば、原告・被告の利害を超えて機能すると解する余地がある。民法 418 条は、公平原則ないし信義則の観点から損害額の調整を図る制度であるとされ、722 条 2 項は損害の公平な分担の観点から損害額を再調整する制度である。損害賠償請求訴訟においては、原告の攻撃と被告の側からの反撃を踏まえて、当該事案における損害分担の公平の観点から調整することが必要となる。権利抗弁と解し、その主張を欠いた場合には過失相殺を斟酌できないとするならば、被告の意思を尊重するあまりに損害の公平な分担という制度趣旨は実現できないこととなろう。そうすると、裁判所が過失相殺をとりあげるに際し、被告の意思に係らしめることはできず、裁判所としては、審理に現れた一切の事情を考慮して損害額の算定にあたるのが相当であるということになる。このようにみえてくると、過失相殺を権利抗弁ではないとする判例・学説の結論には十分な合理性がある。別角度からみた実務の現実としても、自らの責任原因を争っている事案においては、被告としては責任の存在を前提とする過失相殺の主張はしにくいという事情を抱えており、「仮に責任が認められるとしても、過失相殺がされるべきである。」という仮定抗弁の形で主張することは可能であるとしても、全体として責任原因を争う姿勢が弱いととられるおそれがあり、これを嫌う傾向がある。このため、過失相殺が権利抗弁とされることによって、被告はかえって不利益を受けるおそれもある。過失相殺が権利抗弁ではないとされることによって、このような場合であっても、裁判所は、責任原因を争う被告に相応の責任を認めつつ、訴訟資料から獲得された事実に基づき、職権で過失相殺を斟酌して損害額の調整を図ることができるという意義があることとなる。

このようにして、過失相殺をめぐる問題は、権利抗弁か否かではなく、過失相殺を基礎づける事情について、当事者の主張を要するか否かという、冒頭でとりあげた弁論主義の準則の適用問題に移行している。過失相殺の制度趣旨や損害額算定の非訟性・裁量性を重視するのか、弁論主義の不意打ち防止を作動させるのかという議論である。そして、法的観点指摘

義務をめぐる裁判所の釈明権行使の問題へと展開している²⁵。

4 おわりに

以上のとおり、本稿においては、権利抗弁の概念について、その現実的な機能を見つめてみて、弁論主義の枠内での位置づけを試み、そこで得られた視座に基づき、その外延を明らかにする作業をしてみた。実体法上の権利が直ちに権利抗弁とされるわけではないこと、他方、実体法上権利として位置づけられていないものであっても、訴訟審理上、権利者の意思の表明をまっ取りあげるのが相当であるという観点から、権利抗弁に分類されるものがあることを指摘した。

しかしながら、結局のところ、当事者による権利行使の意思の表明に関する根拠をめぐる論争には及ぶことができなかったうえに、特段目新しいことを付け加えられたわけではないように思われる。その意味では、本稿を公にすることには多分のためらいを感じつつ、実務的な色彩が強い領域であるためか文献等が乏しい領域でもあることから、公表することとした次第である。

25 高橋・前掲（注10）459頁参照。本稿の問題関心からは外れるので立ち入らない。