

〔研究ノート〕

同時履行の抗弁権の権利抗弁としての
性質について

萩 澤 達 彦

目次

- I. はじめに
 - 1. 権利抗弁の意義
 - 2. 本稿の目的
- II. 引換給付判決のための同時履行の抗弁権
 - 1. 実務の扱い
 - 2. 判例
 - 3. 判例の整理
- III. 同時履行の抗弁権の相殺阻止効
 - 1. 実務の扱い
 - 2. 判例
 - 3. 判例の整理
- IV. 同時履行の抗弁権の履行遅滞阻止効
 - 1. 実務の扱い
 - 2. 判例
 - 3. 判例の整理
- V. まとめ

I. はじめに

1. 権利抗弁の意義

(1) 権利抗弁の意義

権利抗弁とは、原告主張の権利の消滅・排除が被告の権利行使の意思表示にかかっている場合に、その権利行使を抗弁として主張することをいう。この場合、被告は単に権利の発生要件事実だけではなく、その行使の意思表示があったことも陳述しなければならない。

権利抗弁は、最判昭27年11月27日民集6巻10号1062頁により、はじめて理論的にはっきりと説明された。この判例は、原告の建物収去土地明渡請求に対して、被告が第二審で原告に対し建物買収請求の意思表示を予備的にしたが、その代金の支払あるまで当該建物を留置する旨の抗弁を主張しなかったという事案に関するものである。原審は、建物退去（建物明渡）の限度で原告の請求を認容した。この原判決に対して被告は、留置権につき斟酌されるべきであったと上告した。前掲最判昭27年11月27日は、以下の様に判示して、上告を棄却した。

「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ないのと異なり、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」⁽¹⁾。

(2) 権利抗弁についての学説

学説では、上記最判昭27年11月27日民集6巻10号1062頁についての議論のなかで⁽²⁾、権利抗弁についてのコンセンサスが形成され通説化した。

しかし、学説を子細に検討すると、権利抗弁の法理を取消権や解除権や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もの⁽³⁾と、留置権と同時履行の抗弁権のみを例としてあげるもの⁽⁴⁾、上記総ての抗弁を例としてあげるもの⁽⁵⁾がある。

司法研修所などの実務で権利抗弁とされているのは、留置権のほか、同

時履行の抗弁権、対抗要件欠缺の主張といったものにとどまるとみられる⁽⁶⁾。

なお、権利抗弁の根拠についても弁論主義の主張共通の原則の例外として、処分権主義にあるとの見解⁽⁷⁾もあるし、弁論主義の例外とはいえないとの見解もある⁽⁸⁾。

2. 本稿の目的

1. で紹介したように、何が権利抗弁であるかについても、学説での議論はまだ十分になされていないなかで、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は異論のないところであるとされている。そこで、以下では、権利抗弁についての研究の手掛かりとして、同時履行の抗弁権が実務と判例で権利抗弁として扱われているかについて検討する。

II. 引換給付判決のための同時履行の抗弁権

1. 実務の扱い

同時履行の抗弁権を主張して引換給付判決を求める場合、実務上は、同時履行の抗弁権は権利抗弁であり、これを行使することが要件であるとされている。原告が、売買代金を請求する場合、原告の請求の根拠が双務契約である売買契約であるから、請求原因において売買契約締結の事実が主張立証されることによって、同時履行の抗弁権が存在していることが基礎づけられる。したがって、被告側は抗弁で目的物引渡債務と代金支払債務とが同時履行の関係にあることを基礎づける事実を主張立証する必要はない。そこで、被告は「原告が目的物の引渡しをするまで代金の支払いを拒絶する」との権利主張のみをすればよいことになる⁽⁹⁾。

2. 判例

【判例Ⅱ-1】大判大正7年4月15日民録24輯687頁は、「原告ノ請求ハ仮令斯クノ如キ交換的給付ヲ求ムルコトヲ明言セストスルモ相手方ニ対スル双務契約履行ノ請求中ニハ上記条件附請求モ当然之ニ包含セラルルモノト解スルヲ至当トスヘク」と判示して、双務契約の履行の請求中には当然に同時履行の抗弁権の行使が含まれているとしている。そのことから、原告の請求が双務契約履行の請求であるならば、同時履行の抗弁権を主張しな

同時履行の抗弁権の権利抗弁としての性質について

くても、裁判所は引換給付判決をすべきことになることになる。したがって、この判例では同時履行の抗弁権は権利抗弁ではないと判示している。

しかし、【判例Ⅱ-2】大判大正7年5月2日民録24輯949頁は、「上告人ニ原状回復ノ義務アルニモセヨ上告人ニ於テ同時履行ノ抗弁ヲ提出セサル限り裁判所ハ民法第546条ニ従ヒ同第533条ヲ準用スヘキニ非サルコト多言ヲ要セス而シテ上告人カ同時履行ノ抗弁ヲ為シタルコト記録中更ニ之ヲ徴スヘキ点ナキカ故ニ原審カ被上告人ノ手附金返還ノ請求ヲ認容シタレハトテ論旨ニ謂フ如キ不法アルモノト為スヲ得ス」と判示して、同時履行の抗弁権は行使しなければならないとしている。その後も、【判例Ⅱ-3】最判昭和24年6月4日民集3巻7号235頁が、旧商法第264条第2項の「介入権の行使の効果として上告人は被上告会社に本件立木等を引渡す義務があるがまた被上告会社には上告人に対して本件立木等の価格に相当する補償をする義務があることは言うまでもないところである、そしてこの二の義務の間に同時履行の抗弁権があるか否やは一の問題であるが仮りにそれがあるとしても上告人は原審においてその抗弁権を行使しなかつたのである。」と判示して、同時履行の抗弁権は行使しなければならないとして、その点につき審理しなかつた原審判決を支持した。さらに、【判例Ⅱ-4】最判昭和42年5月23日金商69号15頁は、一部弁済があったとしても、条件成就によって代物弁済の効果は生じることを前提に、「本件代物弁済契約に基づき、被上告人〔被告〕Yがその権利を行使する場合には、前記一部弁済額（制限超過利息の元本充当分を含む）を上告人〔原告〕に不当利得として返済すべき義務を負うと解すべきことは、原判示のとおりであるが、上告人〔原告〕がその不当利得の返還請求権に基づく同時履行の抗弁権を主張していない本件においては、その点をとくに顧慮判断しない原審に所論（論旨四末尾）の違法があるということはできない……」と判示して、権利抗弁性を認めている。

3. 判例の整理

【判例Ⅱ-1】大判大正7年4月15日が、同時履行の抗弁権の存在効果を認めたが、それ以降の判例【判例Ⅱ-2】、【判例Ⅱ-3】、【判例Ⅱ-4】、は、権利行使をしないとその効果を認められないとしている。この点についておおむね異論がないところであろう。被告が主張していないのに、同時履行の抗弁権を認めて引換給付判決をして、反対給付を執行開始要件と

することが、もし被告がそのことを望んでいなかった場合に、原告にとって不当な負担となりかねないからである。

Ⅲ. 同時履行の抗弁権の相殺阻止効

1. 実務の扱い

実務上は、同時履行の抗弁権の存在効果として、その主張がなくても、同時履行の抗弁が付着する債権を自働債権として相殺できないと考えられている⁽¹⁰⁾。

2. 判例

【判例Ⅲ-1】大判昭和13年3月1日民集17卷318頁は、「造作代金支払債務ハ固ヨリ双務契約ニ基クモノニ非スト雖目的タル造作ノ移転義務ト対価の関係ニ立ツモノナル点ニ付テハ恰モ売買契約ニ因ル代金支払債務カ財産権移転ノ債務ト対価の関係ニ立ツト同様ナルヲ以テ造作買取義務者タル賃貸人ハ買取請求権者タル賃借人ヨリ造作ノ引渡シアル迄其ノ代金ノ支払ヲ拒ミ得ル同時履行ノ抗弁権ヲ有スルモノト解スルヲ正当トスヘクスル賃貸人ノ抗弁権ハ相手方タル賃借人ノ一方的ナル相殺ノ意思表示ニ因リ消滅セシメラルヘキ理ナキニ依リ賃借人カ同条ニ依リ造作買取請求権ヲ行使シ得ル場合ニ於テ其ノ行使ニ因リテ生シタル代金債権ヲ以テ賃貸人ノ自己ニ対シテ有スル賃料其ノ他ノ債権ト相殺セムカ為ニハ造作ノ引渡義務ニ付履行ノ提供ヲ為ササルヘカラス然ルニ原審カスル履行ノ提供ノ有無ニ付何等判示スルコトナク輒ク被告ノ造作代金債権ヲ以テスル相殺ヲ認容シタルハ造作代金債権又ハ相殺ニ関スル法理ヲ誤解シタル違法アルヲ免レス」と判示し、同時履行の抗弁権を主張しなくても、反対債権による相殺はできないとしている。

【判例Ⅲ-2】最判昭和50年9月25日民集29卷8号1287頁は、「手形貸付において、貸金の返済と貸金支払確保のため振出された手形の返還は同時履行の関係にあり（最高裁昭和29年（オ）第758号、同33年6月3日第三小法廷判決・民集12卷9号1287頁参照）、また、割引手形を買戻すについて、買戻代金の支払と手形の返還は同時履行の関係にあると解されるから、債権者が、手形貸付債権及び手形買戻請求権をもって債務者が債権者に対して有する債権と相殺するときには、債務者に手形を交付してしなければならない。」と判示して存在効果効をみとめた。もっとも、この判決はさ

同時履行の抗弁権の権利抗弁としての性質について

らに、「受働債権が債務者から他へ転付されているときには、債権者は、右転付債権者に対して相殺の意思表示をする（最高裁昭和29年（オ）第723号、同32年7月19日第二小法廷判決・民集11巻7号1297頁参照）とともに、原則として、手形を同人に交付して相殺すべきである。しかし、右のような場合でも、相殺の結果、転付以前に遡って受働債権が消滅するようなときは、転付は効力を生ぜず、転付債権者に手形を返還すべきではないから、（後述三参照）相殺するにあたっては、同人に手形を交付してする必要はないと解するのを相当とする。」として、結果として相殺の効力を認めている。

3. 判例の整理

【判例Ⅲ-1】、【判例Ⅲ-2】は、同時履行の抗弁権を主張しなくても、その存在効果として、反対債権による相殺はできないとしている。被告が同時履行の抗弁権を根拠に履行の必要がないと考えている場合に、同時履行の抗弁を主張する前に相殺の意思表示がなされ、その効果が生じることは、被告にとって不意打となるであろう。したがって、この結論は妥当である。

IV. 同時履行の抗弁権の履行遅滞阻止効

1. 実務の扱い

売買契約上の代金債務の履行遅滞に基づき、解除をしたり、損害賠償を求める場合に、請求原因として売買契約締結が主張されていれば、売買代金債務には同時履行の抗弁が付着していることが法律上明らかであるとして、『履行しないことが適法である』との抗弁が法律上既に主張自体に現れているので、実務は同時履行の抗弁の『存在による効果』が存在するとする⁽¹⁷⁾。

2. 判例

【判例Ⅳ-1】最判昭和38年9月27日集民67号695頁は、「本件土地売買契約において被告ららの残代金支払債務の履行遅滞があったことを理由に右契約を解除したという趣旨のものであるところ、原判決によれば右残代金支払債務は所有権移転登記債務と同時履行の関係にあったというのであ

るから、右所有権移転登記手続に先んじてなされるべき地目変換の登記手続がなされない以上は、そのなされない理由の如何を問わず、被上告人らにおいて残代金支払債務につき履行遅滞に陥ることがないものというべきである。」として、同時履行関係にある場合には、履行遅滞に陥らないとして存在効果を認めている。

これに対して、【判例Ⅳ-2】最判昭和39年10月8日集民75号635頁は、「原判決は、本件賃貸借契約解除の意思表示があるまでに、控訴人（上告人）から被控訴人（被上告人）に対して所論の修繕費の償還を請求し、賃料の支払を拒絶したことが確認できないとしたうえ、被控訴人が本件延滞賃料の催告および契約解除の意思表示をした時に、修繕費支出に基づく同時履行の抗弁権を有する故に賃料の未払について控訴人に遅滞の責がなかつたものとなすことはできないとした。この判示は正当であり、原判決に所論の違法はなく、論旨は理由がない。」と判示し、賃料の支払いを拒絶した事実が存在しなければ、同時履行関係にあっても、遅滞の責があるものとしている。

ところが、【判例Ⅳ-3】最判昭和40年2月4日集民77号229頁は、「各根抵当権設定登記の抹消請求と前記代金支払義務とが同時履行の関係にある場合には、買主たる上告人は同時履行の抗弁権の存在により弁済期に売買代金を支払わなくても遅滞の責に任ずべきいわれはない。しかるに、原判決が、同時履行の抗弁権の存在を認めながら、特段の事情を示すことなく、上告人に対し、前記売買代金について、遅延損害金の支払を命じたのは、違法というべきである。」と判示して、原判決中、遅延損害金の請求に関する部分を、失当として破棄し、第一審判決を取消して、被上告人の遅延損害金の請求を棄却すべきものとして、存在効果効を認めている。

また、【判例Ⅳ-4】最判昭和42年6月29日判時494号41頁は、継続的供給契約の買主が売主からすでに供給を受けた油の代金の一部を支払ったにすぎないのに、売主がその後も供給を継続し出荷拒否の意思表示をしなかったとの事情の下で、買主がさらなる供給を催告するとともに不履行を条件として契約を解除する旨通知した事案で、「本件契約がいわゆる継続的供給契約の一場合に属し、この契約においては、各当事者は相手方の前期の給付に対する債務の不履行を理由として、後期における自己の給付につき同時履行の抗弁権を有するものと解すべきことは、原判示のとおりであり、このような同時履行の関係にある場合には、反対給付をしないでした履行

同時履行の抗弁権の権利抗弁としての性質について

の催告は、相手方を遅滞に陥らしめることはできず、従って、そのような催告に基づいてなした解除の意思表示は、効力を生じないものと解すべきである（最高裁判所昭和27年（オ）第893号、同29年7月27日第三小法廷判決、民集8巻7号1455頁参照）。この理は、上告会社の債務の履行について前記のような事情がある場合でも同様であって、相手方が単に同時履行の抗弁権を行使しないで、後期の債務の一部の履行を続けたからといって、直ちにこれを同時履行の抗弁権の放棄とはなし難く、他に該抗弁権を放棄したとみうる特段の事情の認められないかぎり、反対給付をしないでした履行の催告は、附遅滞の効力を生じないと解すべきである。」と判示し、附遅滞の効力を認めた原判決を破棄し差し戻し、存在効果効を認めている。

さらに、【判例IV-5】最判昭和47年11月30日金法672号50頁は、「建物の売買契約において、売主の建物引渡義務と買主の残代金支払義務とが同時に履行されるべきものと定められ、かつ、当該建物の敷地を賃借している売主において、買主のため、右敷地につき賃借権譲渡もしくは転貸の承諾を得る義務を負担するときは、他に特段の事情が認められないかぎり、承諾を得る義務もまた残代金の支払と同時に履行すべきものと解するのが相当であり、……上告人Yの残代金支払債務が被告人の建物引渡等の債務と同時履行の関係にある以上、残代金支払期日の経過によつて当然には履行遅滞とならないものであるにもかかわらず、同上告人の右債務が遅滞に付せられた事実につきなんら認定することなく、同上告人の残代金支払債務が不履行となつた旨を判断した点に、民法415条、533条の解釈・適用を誤つた違法があるというべきである。」と判示し、存在効果効を認めている。

3. 判例の整理

【判例IV-1】、【判例IV-3】、【判例IV-4】、【判例IV-5】は、同時履行の存在効果を認めている。【判例IV-2】は存在効果効を認めていない。同時履行関係にあるのに、同時履行の抗弁権を主張しないと履行遅滞となるのは、被告にとって不意打ちとなることを考えると、【判例IV-2】は、妥当ではないと考えられる。

V. まとめ

同時履行の抗弁権の効果につき、引き換え給付判決のためであっても(Ⅱで述べたように)、【判例Ⅱ-1】は、事案ははっきりしないが、その存在効果として、抗弁として行使しなくてもその効果は発生すると解している。たしかに、実務のように同時履行の抗弁の効果は、「原告が目的物の引渡しをするまで代金の支払いを拒絶する」と主張したか否かにかかっているというのは、かなり技巧的な考えであると思われる。しかし、【判例Ⅱ-2】、【判例Ⅱ-3】、【判例Ⅱ-4】は、この行使がなければ、引換給付判決はできないとしている。この点は、Ⅱ. で述べたように結論の妥当性はあるが、訴訟技術の巧拙によって、被告が予想外の不利益を被らないように注意が必要であろう。実務上は釈明権の行使により同時履行の抗弁権の行使を促したり、弁論の全趣旨から行使があったことにするなどの方策により、当事者に不当な結論が出ないように工夫をしていると思われる。

別訴で履行を求めることのできる引換給の場合と異なり、被告が不利益のみを被る、相殺の場合(Ⅲで述べた)や履行遅滞の場合(Ⅳで述べた)には、抗弁権者の行使が不要とする多くの判例の結論が妥当のように思われる。

ところで、以上のⅡ、Ⅲ、Ⅳの紹介からすると、同時履行の抗弁権は、場合によって、権利抗弁であるときと、そうでない場合がある。この点、理論的に問題はないのであろうか。

この点については以下のような説明がなされている⁽¹²⁾。

「同時履行の抗弁権に伴う効果について、二つの区別があり、これは重要なことなので十分に留意してほしい。売買契約について、次のような例を挙げて、性質の違う二つの場合を考えよう。買主Yは売主Xから代金請求をされたときは、『Xが売買の目的物の引渡しをするまで代金の支払いを拒絶する。』と言わなければならない。これは、同時履行の抗弁権を行使しているわけである。この場合には、売買契約の当事者に当然に同時履行の抗弁権があるというだけでは十分ではなく、実際に同時履行の抗弁権が行使されること(権利主張ではなく権利行使そのものと考えべきである)が必要である。このような効果を同時履行の行使効果と言う。

これに反し、売主が買主の代金不払いを理由に売買契約を解除するためには、買主の代金債務の不払いが違法であることが必要であるところ、売

同時履行の抗弁権の権利抗弁としての性質について

買契約の当事者には、特段の事情のない限り、当然に同時履行の抗弁権があるので、買主にも同時履行の抗弁権があり、買主に同時履行の抗弁権がある状態では、買主の代金不払いは違法とは言えない。買主は、目的物の引渡しを受けないで一方的に代金の不払いのみを責められるいわれはないからである。売主としては、買主の代金不払いの状態を履行遅滞と言えるようにするためには（買主を履行遅滞に陥らせるためには）、売主は自己の目的物引渡債務について、買主に履行の提供をしなければならない。すなわち、この場合には、買主が同時履行の抗弁権の行使をしなくても、同時履行の抗弁権が買主にあるだけで、以上のような効果があるのである。このような効果を、同時履行の存在効果と言う。

同時履行の行使効果と存在効果とは、以上のように異なった概念であり、いずれも双務契約である性質に根拠があるものであるが、その表れ方が、状況によって異なるということである。両者が矛盾するとか、どちらか一方しかあり得ないというものではない。」

この説明は、双務契約である性質から導き出される同時履行の抗弁権は、双務契約の性質の出現の仕方が違うことにより、効果の現れ方も違うものにとらえている。このような考え方は、Ⅱ、Ⅲ、Ⅳで検討した判例の事案と解決に、比較的親和性があるように思われる。問題は、民法上の同時履行の抗弁権が、訴訟において行使効果効を生じさせる場合には権利抗弁として扱い、存在効果効を生じさせる場合には、権利抗弁ではないと扱うのであると整理して良いかである。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、一見すると権利抗弁の性質に反しそうであるが、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のみならずすべき場合があると整理することもできよう。ただし、このような整理をする場合には、ほかの権利抗弁についても、同様な検討をする必要がでてくる。同時履行の抗弁権の行使効果と存在効果の二面性の理論的検討は後日に期すことにする。

注

- (1) この場合に裁判所に積明義務がありそうであるが、本判決は、「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にあつても、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、或はその権利行使を促すべき責務あるものではない。」として釈明義務を否定している。
- (2) 兼子一「判評」法協73巻2号216頁 [1956]、齊藤秀夫「判評」36巻3号104頁 [1957]、中田淳一「判批」法学論叢59巻3号127頁 [1963]、山田恒久「判批」法学研究59巻11号129頁 [1986]、住吉博『民事訴訟読本〔第2版〕』[1976] 309頁。
- (3) 木川統一郎「職権による過失相殺」『民事訴訟法重要問題講義(中)』[1992] 447頁。
- (4) 兼子一ほか『条解民事訴訟法〔第2版〕』887頁・888頁 [竹下守夫]、伊藤眞『民事訴訟法〔第3版4訂版〕』[2010] 269頁、松本博之=上野泰男『民事訴訟法〔第6版〕』[2010] 299頁 [松本博之]、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法〔第2版〕』[2006] 173頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)』[2005] 396頁。なお、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] 258頁～264頁、同「権利抗弁概念の再評価—主張共通の原則の例外としての存在意義」民訴雑誌41号205頁・206頁は、形成権については権利抗弁性を認めず、留置権、同時履行の抗弁権、時効の援用、対抗要件の抗弁については、権利抗弁性を認める。
- (5) 上田徹一郎『民事訴訟法〔第7版〕』[2011] 297頁。
- (6) 笠井正俊『『要件事実論と民法学との対話』への期待』『要件事実論と民法学との対話』[2005] 435頁。
- (7) 坂田・前掲注(4) 266頁。
- (8) 山本克己「抗弁権(権利抗弁)」法教292号96頁注12 [2005]。
- (9) 司法研修所編『紛争類型別の要件事実』[1999] 6頁・7頁、大江忠『要件事実民法(4)債権各論〔第3版〕』[2005] 49頁、大島眞一『〈完全講義〉民事裁判実務の基礎』[2009] 104頁・105頁。
- (10) 司法研修所編『増補 民事訴訟における要件事実 第1巻』[2005] 125頁、大江・前掲注(9) 53頁、同『要件事実民法(3)債権総論』[2005] 357頁、村田渉=山野日章男編『要件事実30講〔第2版〕』[2009] 362頁 [山野日章男]。
- (11) 大江・前掲注(9) 53頁、村田=山野日編・前掲注(10) 102頁・150頁・151頁・161頁 [村田渉]。
- (12) 伊藤滋夫『要件事実講義』[2008] 93頁・94頁。