論　説

基準時後の形成権行使に関する一考察
－取消権と相殺権を中心として－

小　松　良　正

1　序論
2　判例
3　学説
4　近時の学説の展開
5　検討
6　結論

1　序論

（1）民事訴訟の確定判決に付与された重要な効力として、既判力、執行力、及び形成力を挙げることができる。このうち、既判力は、確定判決による紛争解決の実効性を確保し、法的安定性を図る趣旨から確定判決の内容を争うことができないとする制度的効力である。そして、この既判力は、当事者間において終局判決が確定するならば、当事者はこの確定判決の内容と矛盾する主張をして紛争を蒸し返すことは許されないという消極的効果と、裁判所もまたこの確定判決の内容を前提として後訴の審理を進行させなければならないという積極的効果に分けることができる。そして、当事者にこのような既判力が及ぶことの正当化根拠は、当事者に攻防の機会が保障されていたこと（手続保障）と、これを前提とした自己責任に求めることができると考えられる[(1)]。

（2）ところで、このような前訴の確定判決に生じた既判力がどのような後訴に及ぶかについては、前訴と後訴との間に、①訴訟主体、②訴訟対象（訴訟物）および③訴訟資料につき同一性もしくは牽連性が存在することが必要であると

---

(1)　高橋宏志『重点講義民事訴訟法〔上〕』（2005 年・有斐閣）523 頁。

される[2]。このうち、①の訴訟主体の同一性は、既判力の主観的範囲の問題（民訴 115 条）であり、前訴と後訴の当事者が同一の場合（同条１項１号）のほか、訴訟担当の場合の被担当者（同条１項２号）、口頭弁論終結後の承継人（同条１項３号）、および請求目的物所持者（同条１項４号）等の場合にも、既判力が及ぶ。②の訴訟対象の同一性もしくは牽連性は、既判力の客観的範囲（民訴 114 条）及び既判力の作用の問題であり、前訴の訴訟対象（訴訟物）が後訴の訴訟対象と同一であるか、先決関係にあるか、または矛盾・反対関係にある場合に後訴請求に既判力が及ぶと解される。そして、③の訴訟資料の同一性は、既判力の時間的限界の問題（民執 35 条２項）であり、当事者は、前訴における事実審の口頭弁論終結時までに一切の訴訟資料を提出することができるから、この時点（これを既判力の基準時または標準時とよぶ）における権利関係の存否が既判力により確定されるものとされ、したがって、基準時前に存在したにもかかわらず提出されなかったものと同一の訴訟資料を基準時後に提出して基準時における権利関係の存否を争うことは許されない[3]。これを既判力の遮断効または失権効とよぶ。これに対して、基準時後に新たに生じた事由（訴訟資料）を提出することは、基準時における既判力ある判断となんら矛盾するものではないから許されるものとされる。当事者は、前訴の事実審の口頭弁論終結時まで訴訟資料を提出する機会を保障されていたのであり、基準時後の提出を否定しても当事者に酷とはいえないからである[4]。そこで、例えば、原告の被告に対する貸金返還訴訟の前訴で原告の勝訴判決が確定した後は、被告は前訴基準時前に存在した弁済、免除、錯誤無効等の事由を前訴の基準時後に主張することは既判力により遮断される。これに対して、取消権や相殺権のような形成権の場合は、前訴の基準時前に「形成原因」が発生した（形成権が成立した）が、基準時後に当該「形成権行

⑵　中村英郎『新民事訴訟法講義』（2000 年・成文堂）236 頁以下。前訴と後訴との間において、これらの３つの要件のうちいずれか１つが異なれば、前訴判決の既判力は、後訴請求には及ばないことになる。したがって、前訴と後訴との間に、①訴訟物と②当事者の同一性が存在しても、③訴訟資料の同一を欠く場合、すなわち後訴請求が前訴の事実審の口頭弁論終結後（基準時後）に生じた訴訟資料に基づくものであるときは、当該後訴請求には既判力は及ばないと解される。

⑶　吉野正三郎『集中講義民事訴訟法〔第４版〕』（2007 年、成文堂）229 頁。

⑷　高橋・前掲注(1)533 頁。

使」がなされたような場合は、いずれの時点を基準と考えるかで遮断されるかどうか結論が異なることになる。すなわち、形成権についてその形成原因の発生時（形成権成立時）を基準とした場合、それは前訴の基準時前の事由となるから、基準時後に当該形成権を行使することは前訴判決の既判力により遮断されると解されるが、当該形成権の行使時を基準とすると前訴の基準時後の事由となり、当該形成権の行使は前訴判決の既判力により遮断されないことになると考えられるからである。そして、この問題については、これまでいくつかの重要な最高裁判例が存在し、また多くの学説が主張されているという状況である。

本稿は、形成権のうち特に問題とされている取消権と相殺権について、各形成権が前訴の基準時後に行使された場合に、当該形成権の行使が前訴判決の既判力により遮断されるかどうかを検討することを目的とする。そして、基準時後に行使された形成権が既判力により遮断されるかどうかは、当該形成権が前訴の請求と「同一の事件」から生じたかどうかにより判断すべきであり、その判断基準として訴訟法的要素と実体法的要素の観点から検討した上で、取消権の場合は、前訴の請求と「同一の事件」から生じた抗弁と評価することができるため基準時後の形成権行使は既判力により遮断されるが、相殺権の場合は、被告の反対債権が前訴の請求と「同一の事件」から生じたかどうかを区別すべきであり、同一の事件から生じたものと評価できない場合は、基準時後に行使された相殺権は遮断されないが、同一の事件から生じたものと評価できる場合は、基準時後に行使された相殺権は遮断されることを結論として述べたいと思う。

2　判例

（1）取消権の判例

この点について、判例は、当初、形成権のうち取消権については取消原因発生時（取消権成立時）ではなく取消権行使時を基準として考え、基準時後に取消権が行使された場合に基準時後の事由と解していた（大判明 42・5・28 民録 15 輯 528 頁、大判大正 14・3・20 民集 4 巻 141 頁、大判昭 8・9・29 民集 12 巻 2408 頁等）。しかし、その後判例（最判昭和 36・12・12 民集 15 巻 11 号 2778 頁）は、前訴において行使されなかった書面によらない贈与の取消権の後訴における行使が問題となった事例で、訴訟法上既判力の効果としてもはや取消権を行使することは許されないと判示し、取消権行使時ではなく取消原因の発生した時点を

基準とする立場を示した[5]。その後、最高裁昭和55年10月23日判決も、この昭和36年判決と同様の立場に立つに至った。

①最判昭和36・12・12民集15巻11号2778頁

〈事実の概要〉

Ｙ１は本件物件が訴外亡Ａから被控訴人Ｙ１に死因贈与されたものであることを主張して、当該不動産の所有権保存登記を有するＸを被告として、不動産所有権保存登記抹消登記等を請求する前訴を提起したところ、津地方裁判所昭和31年（レ）第23号において同裁判所はＹ１の請求を認める旨の判決をなし、右判決は、昭和32年７月18日に確定した。そこで、Ｙ１は、右判決に基き本件物件につき同人名義に所有権の登記をなしついで売買予約を原因としてＹ２に所有権移転請求権保全の仮登記がなされた。ところが、その後Ｘは、右死因贈与は書面によらざる贈与であるから、訴外Ａの相続人としてその一切の権利義務を承継したＸはこれを取消し得るものであると主張して、Ｙ１に対しては前述登記の抹消を求め得ると同時に同人から原告Ｘへの所有権移転登記の手続をも求め得るので、便宜Ｙ１に対し本件物件につき所有権移転登記の手続を求め、Ｙ２に対しては本件物件についてなした売買予約を原因とする所有権保全の仮登記の抹消登記手続を求めるため本訴請求を提起した。1審はＸの請求を棄却し、原審もＸの控訴を棄却したため、Ｘが上告[6]。

〈判旨〉

上告棄却。

「書面によらない贈与（死因贈与を含む）を請求原因とする訴訟が係属した場合に当事者が民法550条によるその取消権を行使することなくして事実審の口頭弁論が終結した結果、右贈与による権利の移転を認める判決があり同判決が確定したときは、訴訟法上既判力の効果として最早取消権を行使して贈与によ

⑸　これまでの判例の推移については、塩崎勤・最判解民事篇昭和55年度322頁以下を参照。

⑹　なお、本件の原審は、前訴の判決において贈与の事実が認められその判決が確定した以上、それは書面による贈与と同一の効果が認められるので、当該贈与が書面によらない贈与であることを理由としてこれを取り消すことができないと判示した。すなわち、民法550条の立法趣旨から、後訴において書面によらない贈与の取消権を行使できないとの結論を導いており、書面によらない贈与の取消権の行使が、前訴の基準時後になされたことを理由としていない点が注目される。

る権利の存否を争うことは許されなくなるものと解するを相当とする。原判決の事実認定によれば、本件上告人Xを控訴人とし本件被上告人Y１を被控訴人とする原判示津地方裁判所昭和31年（レ）23号不動産所有権保存登記抹消登記等請求控訴事件において本件物件が上告人Xの被相続人である訴外亡Aから被上告人Y１に死因贈与せられたことが判決で認められ該判決は確定したところ上告人Xは、右死因贈与を書面によらないものとして、右確定判決後である昭和33年8月13日これを取消したというのである。してみれば、原判示のとおり訴外Aの死亡により相続人となった上告人Xが右確定判決で認められた死因贈与を書面によらないものであることを理由としてなした右取消はその効力を生じないものといわねばならない。さすれば、判示確定判決によって贈与の事実を認められた以上上告人Xに取消権を認めるべきでないとした原判示は結局相当である。」(7)

②最判昭和55・10・23民集34巻5号747頁、判時983号73頁、判タ427号77頁

〈事実の概要〉

本件土地はもと国の所有であったが、Xは昭和43年12月27日国から本件土地の払下げを受け、その所有権を取得した。XはYとの間で、本件土地の約5分の4に当たる土地を、Xが払下げを受けると同時に払下げ価額と同価額でYに売り渡すものとする売買契約（以下、本件売買契約という）を締結した。ところが、Yは昭和45年Xを被告として、津簡易裁判所に、本件売買契約により本件土地の所有権を取得したとして、所有権確認及び所有権移転登記手続を求める訴訟を提起し、審理が進められた結果本件X敗訴の判決があり、Xは控訴、上告したがいずれも棄却され、右本件X敗訴の判決（以下、前訴判決という）は確定した。その後、Xは、本件土地の所有権に基づき、Yに対し本件土地につき前記登記の抹消登記手続を求め、第1次的請求原因として、通謀虚偽表示に基づく無効、民法第93条但書の規定による無効、錯誤無効、詐欺による取消し等の主張を行った（第2次的請求原因は省略）。1審はXの請求を棄却。控訴審は、Xの根拠とする大審院判例（大審院大正14・3・20判決民集4巻141頁）が最高裁

(7) 本件判例については、宮田・最判解民事篇昭和36年度429頁以下を参照。

判例（最判昭和 36・12・12 民集 15 巻 11 号 2778 頁）により実質的に変更されたものと解されるからこれを採用しないなどとして、控訴を棄却。Ｘは上告し、判例は詐欺による取消しと同じ形成権の１つである相殺権については口頭弁論終結後の相殺を認めているから（最判昭和 40・4・2 民集 19 巻 3 号 539 頁）、詐欺による取消しについても、口頭弁論終結後の取消しが認められるべきであると主張した。

〈判旨〉

上告棄却。

「売買契約による所有権の移転を請求原因とする所有権確認訴訟が係属した場合に、当事者が右売買契約の詐欺による取消権を行使することができたのにこれを行使しないで事実審の口頭弁論が終結され、右売買契約による所有権の移転を認める請求認容の判決があり同判決が確定したときは、もはやその後の訴訟において右取消権を行使して右売買契約により移転した所有権の存否を争うことは許されなくなるものと解するのが相当である。これを本件についてみるに、原審が適法に確定したところによれば、本件Ｙを原告とし本件Ｘを被告とする原判示津簡易裁判所昭和 45 年（ハ）第 15 号事件においてＹがＸから本件売買契約により本件土地の所有権を取得したことを認めてＹの所有権確認請求を認容する判決があり、右判決が確定したにもかかわらず、Ｘは、右売買契約は詐欺によるものであるとして、右判決確定後である昭和 49 年 8 月 24 日これを取消した旨主張するが、前訴においてＸは、右取消権を行使し、その効果を主張することができたのにこれをしなかったのであるから、本訴におけるＸの上記主張は、前訴確定判決の既判力に抵触し許されないものといわざるをえない。」[8]

（２）相殺権の判例

判例は、当初、相殺権については、取消権の場合と同様に基準時後の行使を否定していた（大判明治 39・11・26 民録 12 輯 1582 頁、大判明治 40・7・19 民録 13 輯 827 頁）が、その後、基準時後の相殺権行使を肯定するに至っている。

①大審院民事連合部明治 43 年 11 月 26 日判決（民録 16 輯 764 頁）

⑻ 本件判例については、塩崎勤・最判解民事篇昭和 55 年度 322 頁以下、坂本恵三・民訴判例百選〔第３版〕177 頁、片山克行・民訴判例百選Ⅱ新法対応補正版 320 頁、上谷清・民訴判例百選〔第２版〕230 頁、上田徹一郎・判タ 439 号 239 頁、および住吉博・昭和 55 年度重要判例解説 136 頁を参照。

本件の債務名義であるXに対するYの仲裁判断に付された執行判決は、明治41年6月1日に言渡され、その最後の口頭弁論は、同年5月29日であった。そして、原告X（被上告人）が被告Y（上告人）に対して相殺の意思表示を為したのは、明治42年5月29日であり、その相殺したと称する被上告人Xの債権中第1の468円62銭の成立は、実に明治36年11月17日であった。原院は、右400余円の債権は、その成立が執行判決の弁論終結前であるにも拘らず、相殺の意思表示がその弁論終結後に存したことをもって、異議の原因は執行判決の弁論終結後に生じたものとして、被上告人Xの請求即ち民事訴訟法第545条（現民執35条）の請求異議を許容した。これに対して、Yは、この判決は同条2項を誤解した不法があるとして、以下のような主張に基づき上告した。すなわち、被上告人Xの前記債権は、その主張に従えば明治36年11月17日に成立しかつ単純の債権（期限若しくは条件があることの主張がない）であるから、被上告人Xは執行判決の弁論終結前何時でも上告人Yに対し相殺の意思表示を為すことができた。とすれば、たとえ被上告人Xが弁論終結前に相殺の意思表示を為さなかった場合でも、同条第2項の異議の原因は、当時において既に生じていたということができる、と。

「因テ按スルニ相殺ハ当事者双方ノ債務カ互ニ相殺ヲ為スニ適シタル時ニ於テ当然其効力ヲ生スルモノニ非スシテ其一方カ相手方ニ対シ相殺ノ意思表示ヲ為スニ依リテ始メテ其効力ヲ生スルモノナルコトハ民法第五百六条ノ規定ニ依リテ明確ナリ去レハ本訴ノ如ク仲裁判断ニ付シタル執行判決ニ基キ強制執行ヲ為ス場合ニ於テモ其債務名義タル判決ノ口頭弁論終結前債務者カ相手方ニ対シ単ニ相殺ヲ為スニ適シタル債権ヲ有スルニ止マリ未タ相殺ノ意思表示ヲ為ササル間ハ債務消滅ノ事由発生セサルモノナルヲ以テ口頭弁論ノ終結後ニ至リ始メテ相殺ノ意思表示ヲ為シ債務ノ消滅シタルコトヲ原因トシテ異議ヲ主張スルトキハ民事訴訟法第五百四十五条第二項ニ所謂口頭弁論終結後ニ異議ノ原因ヲ生シタルモノト謂フ可キナリ然レハ原院カ被上告人ノ金四百六十八円六十二銭ノ債権ハ如上執行判決ノ口頭弁論終結前明治三十六年十一月十七日ニ成立シタルニ拘ハラス其終結後同四十二年五月二十九日ニ於テ相殺ノ意思表示ヲ為シタルヲ以テ異議ヲ正当ト為シタルハ適当ニシテ本論旨ハ理由ナシ」

②最判昭和40・4・2民集19巻3号539頁

〈事実の概要〉

訴外Ａは昭和30年８月頃旅館経営をしており、Ａと内縁関係にあつたＸに対し「Ｘの旅館経営をしている建物敷地に隣接し、その旅館経営に必要な訴外Ｂ所有の宅地444坪のうち114坪を同人Ｂから無償譲与を受け、Ｘにその所有権を移転する。」という趣旨の約束をした。ところが右約束が履行されないでいるうち、ＡとＸとの内縁関係は事情があって解消することとなり、昭和30年12月28日両者間に「（一）その内縁関係は解消する。（二）ＡはＸ名義の別紙目録記載の物件がＸの所有であることを認める。（三）ＸはＡに100万円を贈与することとしうち50万円は即日残金50万円は昭和31年１月末日までに支払う。」という趣旨の契約が締結され、それと共に未だ履行されないままでいる前記第一項で述べた約束をＡにおいて速かに履行する旨が確約された。Ｘは右内縁関係解消契約の約旨に従い、Ａに対し即日50万円を支払つたが残金50万円については資金の調達が出来ず支払が遅延していたところ、Ａは昭和33年３月14日前記内縁関係解消契約に基づく債権一切をＹに譲渡する旨の通知をＸ宛にし、ＹはこれにＸに対し福岡地方裁判所久留米支部に贈与金残額請求の訴を提起し（同庁昭和33年（ワ）第40号事件として係属。）、同裁判所において、ＸはＹに対し50万円及びこれに対する昭和31年２月１日から支払ずみまで年５分の割合の金員の支払を命ずる旨の請求の趣旨掲記の判決（以下「本件判決」という。）を受け、この判決は確定した。

他方Ａは、昭和31年春頃に至り、前記のようにＢから譲り受けてＸにその所有権を移転することを約していた本件土地114坪について、これをＢから譲り受けることを取り止めその代価としてＢから80万円を受取り居所をくらましその約束の履行をしない。このためＸは80万円余の損害を蒙った。そこでＸは本件判決確定後の昭和35年４月15日Ｙに対し、本件判決によって給付を命ぜられたＸのＹに対する前記債務とＡのＸに対する前記債務不履行に基づく損害賠償債務とを対等額において相殺する旨の意思を表示し、その意思表示は同月16日Ｙに到達した。このようにして本件判決に基づくＸのＹに対する債務は消滅したので、ＹよりＸに対する福岡地方裁判所久留米支部昭和33年（ワ）第40号贈与金残額請求事件の判決に基づく強制執行は許さない旨の判決を求め、請求異議の訴えを提起した。１審はＸの請求を認容し、原審もＹの控訴を棄却したため、Ｙが上告。

〈判旨〉

上告棄却。

「所論指摘の原審判断は正当であって、この点に関し、相殺は当事者双方の債務が相殺適状に達した時において当然その効力を生ずるものではなくて、その一方が相手方に対し相殺の意思表示をすることによってその効力を生ずるものであるから、当該債務名義たる判決の口頭弁論終結前には相殺適状にあるにすぎない場合、口頭弁論の終結後に至ってはじめて相殺の意思表示がなされたことにより債務消滅を原因として異議を主張するのは民訴法 545 条 2 項（現民執 35 条 2 項）の適用上許されるとする大審院民事連合部明治 43 年 11 月 26 日判決（民録 16 輯 764 頁）の判旨は、当裁判所もこれを改める必要を認めない。従って、右連合部判決によって変更される以前の大審院判例を掲げて原判決の違法をいう所論は採用できない」(9)。

3　学説

取消権および相殺権を含め、形成権一般について基準時後の行使が認められるかどうかについては学説は多岐に分かれ、形成権一般について基準時後の行使を認めない説(10)、形成権一般について基準時後の行使を認める説、及び各形成権ごとに基準時後の行使の可否を検討する説に分かれるが、近時は判例と同様に、各形成権の特質に応じて個別に遮断の可否を検討する見解が多数を占めつつあるように思われる。

（1）取消権

①基準時後の取消権行使を認めない見解の根拠としては、（ア）取消権は、相殺権とは異なり、権利の発生そのものの障害事由であるから、要素の錯誤、強行法規違反などと等しく権利そのものに付着する瑕疵とみることができ(11)、このような瑕疵は、法的安定性をその本質とする判決の既判力により最初の訴訟に

---

(9)　本件判例については、安部正三・最判解民事篇昭和 40 年度 159 頁以下を参照。

(10) 坂原正夫『民事訴訟法における既判力の研究』（1993 年・慶応義塾大学法学研究所）93 頁、三上威彦「既判力の時的限界」伊藤＝山本編『民事訴訟法の争点』（2009 年・有斐閣）228 頁。

(11) 塩崎・前掲判批 329 頁。

際して全部洗い流されるべきであること[12]、（イ）取消権や解除権については、それが口頭弁論終結前に成立していれば、前訴で行使しておくことを通常期待できること[13]、（ウ）基準時後の取消権行使を認めるとすれば、前訴の基準時前に主張されなかったより重大な瑕疵である当然無効の事由が遮断されることと釣り合いがとれないこと[14]、が挙げられる。

②このような見解に対しては、形成権行使時説の立場から、有力な反対説が主張されている[15]。すなわち、（ア）既判力は、口頭弁論終結当時に請求権が存在していたことを確定するだけで、将来にわたり取消権の行使等により消滅する可能性がないことまで確定するわけではない。（イ）通説の重点は、債務者が防御を勝手に引き伸ばし執行の腕を取り押さえることを許さないとの法律政策的考慮にあるとすれば、債権者の請求権を消滅させる形成権の存在を債務者が最終口頭弁論の終結までに確知していたかどうかにより区別する必要があるところ、このように当事者の知不知という主観的状態により既判力の効果を異にするのでは、既判力の範囲が客観的な明確性を欠き、既判力制度の趣旨と相容れない。（ウ）当然無効と取消しとの差異は与えられる効果の強弱によるものでなく、詐欺・強迫による行為が取り消しうるにとどまるのは、それが特定人の保護を目的とする以上、その者の意思に結果をかからせるのが妥当だからであり、必ずしも法がそれを軽い瑕疵とみて保護を薄くしたわけでない。（エ）民法は法律行為の取消権につき、追認をなしうるときから５年、行為の時から 20 年（民 126 条）の除斥期間を法定しており、通説の立場はこのような実体法上の衡量を無にしてしまう、とされる。もっとも、既判力の標準時とは別に、実体法上の理由あるいは信義則により後訴での主張が排除あるいは否定されなければならない場合を肯定される[16]。

---

(12) 木川統一郎『民事訴訟法重要問題講義〔上〕』（1992 年・成文堂）191 頁以下。
(13) 兼子他編『条解民事訴訟法』（1986 年・弘文堂）637 頁〔竹下守夫〕。
(14) 兼子一『新修民事訴訟法体系』（1965 年・酒井書店）340 頁。
(15) 中野貞一郎「形成権の行使と請求異議の訴」同『強制執行・破産の研究』（1971 年・有斐閣）44 頁以下。
(16) 中野貞一郎「既判力の標準時」『民事訴訟法の論点 Ⅰ』[1994]258 頁。遮断否定説を採られる中野教授の見解に対しては、遮断肯定説の立場から、次のような反論がなされている。第１に、取消しは遡及効を有するから、基準時以後の弁済その他と異なり単純に強制執行を免れるだけに止まらず、取消し以前に発生している法律

（2）相殺権

①通説は、判例と同様に相殺権の基準時後の行使を肯定する。その根拠として、（ア）相殺権は訴求債権とは別個の債権を防御方法として主張し、併せて審判の対象とするものであるから、相殺権を行使するか否か、またいつ行使するかについては、他の形成権以上に被告の決断の自由を尊重すべきであり、したがって、相殺適状についての知・不知を問わず、後から行使して、その効果を主張することを妨げられないと解すべきである[17]。（イ）相殺は、自己の債権を犠牲にする抗弁であり、弁済の方法でもあるから、敗訴判決の確定後に行使するのは必ずしも不当ではないと考えることができる[18]。（ウ）相殺権の基準時後の行使を認めないとすれば、原告は被告に強制執行をし、被告も原告から取り立てる（場合によっては強制執行する）ということになるが、そのような強制執行の掛け合いは迂遠であり、手続経済に反する[19]。（エ）原告の財産状況が前訴判決確定後に悪化した場合、被告が原告に対して有する反対債権について被告が有する相

関係を現状に回復しなければならない。この意味において、実質的に基準時において請求権の存在を確定した既判力の効果を否定することになってしまい、既判力の有する法的安定性を害する。第２に、取消権者が取消原因を知らなかったときまたは取消原因が終わらなかったときは、消極説が債務者にとり過酷な結果になることはいうまでもないが、しかし、このことは弁済、免除、時効完成などの消極原因や当然無効の原因についてもいえることである。第３に、理念としては、無効事由となる瑕疵は、取消事由となる瑕疵よりも重大であるとみられるから、無効と取消しの権衡論も無視しえないと思われる。第４に、取消権の存続期間（民 126 条）は、訴訟による争いがない場合に、取引交渉上いつまで取消しができるかを規定したものにとどまると解される。これに対して、ひとたび訴訟で債務負担行為の効力が主要な争点となった場合は、その有効性を主張する側は、その効力について最終結着を求めるのは当然であり正当な要求であるとみられ、その効力を争う側が取消権の行使を別訴に留保するのは妥当でない。この場合、公平の観点から、基準時点において、その争点につき主張可能な防御方法を尽くすべき義務を被告に負わせるのが公平と考えられる。以上の点につき、近藤完爾『執行関係訴訟〔全訂版〕』（1968 年・判例タイムズ社）260 頁以下、高橋・前掲注(1)546 頁以下、および新堂幸司『新民事訴訟法〔第４版〕』（2008 年・弘文堂）651 頁以下を参照。

(17) 兼子他編『条解民事訴訟法』（1986 年・弘文堂）637 頁〔竹下守夫〕。

(18) 高橋・前掲注(1)587 頁。

(19) 高橋・前掲注(1)587 頁、近藤完爾『執行関係訴訟〔全訂版〕』（1968 年・判例タイムズ社）271 頁。

殺の担保的機能に対する期待を被告から奪うのは妥当でない[20]。

②これに対して、形成権一般について基準時後の行使を否定する立場から、通説に対して以下のような反論がなされている。すなわち、通説の上記の（ア）及び（イ）の根拠に対しては、実体法上の権利をめぐる争いがいったん訴訟に上程された以上、訴訟法のルールとしては、その権利の存否に関するあらゆる攻撃防御方法をもれなく提出することが期待されている。相殺の抗弁もその一つであり、当事者が十分に攻防を尽くした後に原告勝訴判決が確定した場合は、原告は債務名義を取得し、執行という形で具体的な権利保護を図りうる法的地位を取得する。他方、被告も十分な攻防を尽くした限りこの原告が取得した地位を尊重すべきであり、原告のこのような法的地位を容易に覆す権利を与えるべきではない。また、通説の上記の（ウ）及び（エ）の根拠に対しては、仮に原告被告双方が執行できる状態になったとしても、現実問題として両者が互いに執行を掛け合う場合は想像しにくいし、被告の別訴に対して原告が確定した債権で相殺することもできるし、まれに執行の掛け合いが生じるとしても、それは前訴で被告が相殺の抗弁を出さなかったからであり、そこから生じる不利益は被告が甘受すべきであるとされる[21]。

4　近時の学説の展開

以上の見解に対して、近時、既判力の正当化根拠を当事者に対する手続保障とこれを前提とした自己責任に求める立場から、前訴での形成権不行使につき自己責任を問いうる場合と問いえない場合とを区別し、前者の場合は遮断効を肯定し、後者の場合は遮断効を否定するという考え方に立つ見解、およびより客観的な基準を志向する見解が主張されている。

（1）第１に、既判力の正当化根拠として手続保障を肯定するならば、前訴で主張することに期待可能性がなかった場合、つまり手続保障がなかった場合には、既判力を及ぼし得ないのであり、期待可能性による調整をすべきであるとの考え方が主張されている。そして、制度的効力の面（紛争解決性、法的安定性）

---

(20) 高橋・前掲注(1)587 頁、近藤・前掲注(19)271 頁。
(21) 三上威彦「既判力の時的限界」伊藤＝山本編『民事訴訟法の争点』（2009 年・有斐閣）228 頁。

からは、期待可能性の内容を厳しく、標準時後の新事由に準ずるものに限ると把握すべきであるとされる。以上のような前提に立たれた上で、基準時後の取消権行使の可否については、取消事由が発生し取消権を行使できる状況であった場合には、既判力は取消権を遮断するという通説・判例を支持される[22]。

（2）第２に、当事者権すなわち抽象的手続保障要求の充足を条件とする既判力の法的安定要求や勝訴当事者の地位の安定要求と、各形成権者の実体法上認められた法的地位にふさわしい訴訟上の処遇の実現要求である実体関係的手続保障要求等との、両者の緊張関係の調和点としての提出責任の有無の判断により決すべきとの考え方がある。すなわち、①当該事実を前訴判決の基準時前に提出することができた場合に（当事者権保障の充足）、②かつその者の実体法上の地位（実体関係的手続保障）との関係で前訴で提出しておくべき責任が認められるかを検討すべきであるとされる[23]（実体関係的提出責任説。既判力の遮断効の客観的範囲の問題とされる）。そして、第１に、基準時後の取消権行使事例では、取消権者は本来の履行を求めることもまた取消権を行使して現状回復を求めることもできる実体法上の法的地位にある。そこで前訴で債権者が取消権を行使しないで本来の履行を求めていた場合は、取消権につき前訴での提出責任はなく遮断効は認められない。しかし、取消権者たる債務者（給付訴訟の被告、債務不存在確認訴訟での原告）は、上述のような本来の履行をも求めうる実体法上の地位にないところから、前訴で取消権につき提出責任が認められ、遮断効を認めるべきであろうとされる。第２に、相殺事例では、自働債権は前訴で審理された受働債権とは全く別個の債権であり、実体法上相殺権の行使は全く相殺権者の自由に委ねられている。そこで、その実体法上の地位との関係で相殺権の基準時後の行使と後訴での行使結果の主張を認めるべき実体関係的手続保障要求は極めて強く、前訴での相殺権行使の機会の保障充足（当事者権保障）による法的安定要求にもかかわらず、遮断効は否定されるとされる。

（3）第３に、当事者の訴訟上の行為は、実体法上の権利行使行為に対比することができることを前提として、実定法自体が、相手方からの積極的な働きかけ

---

(22) 高橋・前掲注(1)536 頁以下。

(23) 上田徹一郎「遮断効と提出責任」同『判決効の範囲』（1985 年・有斐閣）235 頁以下、同『民事訴訟法〔第 6 版〕』（2009 年・法学書院）475 頁。

により形成権者が形成権行使責任を負う場合を承認しており、これと同視しうる事情があれば、訴訟手続上も当事者に形成権行使責任が生じるとの見解が主張されている。わが国の民法は、一定の形成権につき形成権者が形成権を行使せず、したがって、形成権の相手方に不安定な状態が続く場合は、相手方が自己の法的地位の安定化をはかるために、形成権者に対して期間を定めて形成権を行使するかどうかの確答を求めうると定める（民 20 条、547 条）。このような相手方の形成権行使要求は、形成権者に形成権行使責任を生じさせ、その結果、当該期間内に自己の形成権を行使しないときは、形成権を実体法上消失してしまうものと規定されている。そして、形成権者に形成権行使を要求する催告には、特別の形式が要求されておらず、この催告がなされていると同視しうる諸事情があれば黙示的に催告がなされているものと評価しうる。以上のような観点から、相手方が訴えを提起したときは、当該形成権が相手方の攻撃に対する防御的機能のみを果たす場合は、形成権者に形成権行使責任が生じ、当該形成権を行使せずに敗訴したときは、後日形成権を行使することは許されないとする。そして、取消権はまさにこのような場合に該当するとする。これに対して、相殺権の行使は、相手方の請求に対する防御機能を有するだけでなく、自己の有する自働債権を強制的に貫徹・実現する貫徹機能をも有しており、防御的機能のみに注目して遮断効を肯定することは自働債権の強制的な貫徹機能を阻害することになり妥当でなく、したがって相殺権は、既判力の遮断効には服さないとされる[(24)]。

（４）第４に、形成権行使の場面では、各種の形成権の実体的性格を踏まえたうえでの基準化を図るべきであり、当事者にとり予測可能な状況を作出していく前提となる要件プログラムを豊富化し措定すべきであるとの見解が主張されている。そして、取消権については、無効と異なり当該法律関係の変動を私人の意思にかからしめた「立法者の利益衡量」は尊重されるべきではあるが、実体としてさほど差のない場合に「立法者の利益衡量」を過度に重視するのは問題であり、少なくとも訴訟法的には、権利関係に付着した瑕疵としての等価値性を承認し、訴訟のうえでは、無効も取消しも、いずれも同一レベルでの一主張として共通して捉える方が素直な見方であるとされる。これに対して、相殺権について

(24) 河野正憲「形成権の機能と形成権行使責任」同『当事者行為の法的構造』（1988 年・弘文堂）142 頁以下、同・『民事訴訟法』（2009 年・有斐閣）588 頁。

は、何ら当該請求権に付着した瑕疵ではないこと、相殺の満足的（清算的）機能も無視できないこと、また原告の請求や主張が認められることを前提として予備的な形で定立ないし提出される請求や主張（相殺、建物買取請求権）の場合、本来は、正面から争うべき第１ラウンドでそうした請求や主張を展開するには、本来の積極的な争訟的主張（無効や弁済等の主張の他、取消権等）の迫力さえ阻害することになりかねず、この段階での呈示を要求するのは、いささか当事者に酷であることから、不遮断説が妥当であるとされる[25]。

（５）第５に、基準時後の形成権行使が許されるかどうかについて、より明確な基準を定立すべきであるとの観点から、①第１に、形成権行使に基づく法律効果として主張されるものが基準時における権利関係についての判断と矛盾・抵触するかどうか、及び②第２に、形成権行使の効果が既判力ある判断と矛盾・抵触するものであれば、その要件事実の一部が基準時後のものであっても、他の一部が基準時前のものであれば、後者の主張は既判力により遮断されるから、形成権行使の効果を主張することは許されない、とする見解が主張されている。この見解によれば、取消権の場合は、法律行為は取消しによってはじめから無効であったものとみなされ（民 121 条）、したがって、取消しに基づく法律効果は、基準時、すなわち口頭弁論終結時において法律行為に基づく権利関係が存在しなかったことを意味し、既判力ある判断と抵触する。しかも、矛盾・抵触する法律効果を基礎づける要件事実の少なくとも一部、すなわち取消原因の存在は基準時前の事実であるから、その事実の主張は既判力により遮断されるとする。これに対して、相殺権については、相殺の主張は、既判力により確定された受働債権が基準時において存在することを論理的に前提とし、相殺による実体法上の効果として相殺適状発生の時点まで遡って受働債権を消滅させるものである（民 506 条２項）。したがって、相殺の主張は、基準時における受働債権の存在と矛盾・抵触する法律効果を発生させるものではないから、相殺の基準時後の主張は既判力により遮断されないとされる[26]。

（６）第６に、形成権についても他の攻撃防御方法と区別する理由はなく、基

---

(25) 池田辰夫「形成権遮断と既判力」同『新世代の民事裁判』（1996 年・信山社）195 頁。

(26) 伊藤眞『民事訴訟法〔第３版４訂版〕』（2010 年・有斐閣）481 頁以下、伊藤眞他著『民事訴訟法の論争』（2007 年・有斐閣）99 頁。なお、相殺権については、原則として基準時後の行使を肯定しつつ、基準時後の相殺権の行使が信義則上許さ

準時前に形成原因が存するものについては、形成権の行使が基準時後であっても、すべて既判力で遮断されるべきであるとの前提に立ちつつ、形成権とされるものの中には、過去の一回的事実の存在を形成原因とするものと、複数の事実または継続的な一定の状況を形成原因とするものとがあり、前者のような形成権は、その形成原因が基準時前に発生している限りで、既判力により当然遮断される。これに対して、後者のような形成権については、基準時前の状況や事実を形成原因とする限りでは、前者と同様に遮断されるが、基準時後の状況や事実を形成原因とする形成権の行使は、基準時後の新たな事由として別途主張が可能であるとされる。そして、以上のような観点から、形成原因を、一回的事実型（詐欺・強迫による取消し、借地契約解約による建物買取請求権等）、反復事実型（継続的な賃料不払いによる解除等）、及び状態型（相殺適状に基づく相殺等）に区分し、第１のものは基準時前の事由として常に遮断されるが、後２者は基準時後の事実や状態を根拠とする限り、後訴においてなお形成権の行使は可能であるとの見解が主張されている[27]。

（７）第７に、形成権は、実体法上、法定追認や相手方からの行使催告が認められているような場合を除き、除斥期間内は自由に行使できるのが原則であるとの前提に立ちつつ、形成権の行使が訴訟と関わりを持つとき、なんらかの訴訟上の制約が形成権の行使について生じるか否かが問われるべきであるとの見解がある。その際に考慮されるべき点は、民事訴訟法が充実した審理と迅速な手続のために定める措置、すなわち、当事者が訴訟促進に協力すべき義務（民訴２条）、攻撃防御方法の適時の提出の要求（民訴 156 条）、および弁論準備手続等の終結後に新たな攻撃防御方法の提出がある場合の当事者の説明義務（民訴 167・174 条）である。このような訴訟促進義務は、一般論としては標準時後の

れない場合があることを肯定される。以上の伊藤教授の見解に対しては、形成権は一般に行使時の権利の存在を前提としており、形成権の行使によりそれを変動・消滅させるものであるとすれば、その限りで、基準時における権利の存在とは常に矛盾しないと言えるのであり、伊藤説が唯一例外を認められる取消権も、取り消されるまでは権利は有効に存在しているとするのが実体法の論理であり、逆に、取消しの遡及効が基準時の権利関係存在の判断と矛盾するのであれば、この点は、同じく遡及効を有する相殺権等についても同様であるといえるのではないかとの批判がなされている。山本和彦「既判力の時的限界」同『民事訴訟法の基本問題』（2002年・判例タイムズ社）198 頁以下。

形成権行使の場合にも及びうるとされる。そこで、確定判決が言い渡された前訴手続における訴訟促進義務が、形成権行使効果の主張の既判力による失権を要請するか、要請するとすればいかなる理論的根拠によるか、かついかなる範囲においてかという問題について個々の形成権ごとに検討すべきであるとの見解も主張されている。以上のような観点から、取消権については、取消権は訴求債権と同じ事実関係を基礎とする権利であり、訴求債権の存否が争われる場合、訴求債権の成立原因、権利障害的抗弁および権利滅却的抗弁について主張しておくことが求められる以上、前訴において取消権の行使を求められても通常は取消権者に酷とはいえないことから、基準後の行使は認められないとされる。また、相殺権については、相殺権行使時期の選択についての相殺権者の利益及び相殺の権利実現機能・担保的機能の面を考慮すべきであるとした上で、訴求債権と異なる事実関係から生じる反対債権（関連性のない反対債権）と、訴求債権と同じ事実関係から生じる反対債権（関連性のある反対債権）を区別し、後者については、同一事実関係から生じる反対債権である以上、反対債権の成立に関する訴訟資料も訴求債権に対する防御活動から得られるので、訴訟資料の収集面において相殺権者に不利益は生じないから、原則として前訴において相殺権を行使しておくべきであるとされる。これに対して、前者のように関連性のない反対債権による相殺の場合は、事情は異なり、相殺権者には相殺権行使時期の選択が許されるべきであり、既判力効により遮断されないとされる[28]。

（８）最後に、既判力という概念は、まず第一に、後訴裁判所の判断の際に、前訴裁判所の判断を前提としなければならないという意味、第二に、判決確定の効果として、判断内容を争うことができなくなるという意味（不可争性）、そして第三に、一事不再理（同一事件についての確定判決の存在が消極的訴訟要件となり、再訴を不適法とするという意味）という、少なくとも三つの意味で多義的に用いられていることを前提とした上で、既判力という概念を、後訴裁判所の判断

(27) 山本・前掲注（26）196 頁。

(28) 松本博之「既判力の標準時後の形成権行使について」民事手続法研究第 1 号（2005 年）65 頁、松本＝上野『民事訴訟法〔第 5 版〕』（2008 年・弘文堂）589 頁。もっとも、反対債権が訴求債権と同じ事実関係から生じる場合であっても、相手方が無資力になったというような特段の事情がある場合は、後訴における主張もなお許されると解すべきであるとされる。

において前訴裁判所の判断を前提としなければならないという意味に限定して用い、基準時以前の事由の主張が後訴において遮断されるか否かという問題は、既判力の問題でなく、判決確定の不可争性の問題として位置づけるべきであるとの見解が主張されている。この見解によれば、相殺権については、相殺権の行使は、相殺適状にあること、すなわち、自働債権及び受働債権の存在を要件とするものであり、受働債権が存在するとの前訴確定判決の判断を攻撃するのではなく、むしろそれを前提とするものであるから、何ら不可争性に反しないとする。これに対して、取消権は、基準時における契約関係などの否定を目的とするものであるから、不可争性に反するので、基準時後の行使は認められないとされる[29]。

5　検討

（1）以上のように学説は多様であるが、この問題についてはどのように考えるべきであろうか。上述のように、前訴判決の既判力が後訴請求に及ぶためには、前訴請求と後訴請求との間に、当事者、訴訟対象（訴訟物）、及び訴訟資料について同一性が存在することが必要であった[30]。このうち、最後の訴訟資料の同一性の問題が既判力の時的限界の問題である。すなわち、原告が前訴で提出することのできた訴訟資料を提出せずに前訴において敗訴判決を受け、その判決の確定後に再度同一訴訟物について訴えを提起し、前訴の基準時前（事実審の口頭弁論終結前）に提出することのできた訴訟資料を当該後訴において提出した場合、前訴の基準時前に提出することのできた訴訟資料と同一の訴訟資料を提出しており、このような訴訟資料の提出を後訴において認めることは前訴確定判決の内容を蒸し返すものであり、まさに前訴確定判決について生じた既判力の制度的要請である法的安定性を害するものと考えられるため、このような訴訟資料の提出は、既判力の遮断効（失権効）により排除されると考えられる。

そこで、以上のような考え方を前提とすると、前訴の基準時前に提出することのできた訴訟資料を同一訴訟物に関する後訴において提出した場合に、その提

(29)　岡庭幹司「『既判力の時的限界』という法的視座への疑問」『青山善充先生古希祝賀論文集』（2009年・有斐閣）47頁。
(30)　中村・前掲注(2)236頁参照。

出を肯定することは、前訴における訴訟資料との形式的な同一性を前提としつつなお実質的には同一性を否定して基準時後の事由と同様に処理することを意味しているものと思われる。このような処理を正当化する根拠は次のような理由によるものと思われる。一般に、前訴の基準時前に提出することのできた訴訟資料と同一の訴訟資料を前訴の基準時後に提出することを認めることは、前訴と同一の事件を蒸し返す蓋然性が非常に大きいと考えられるので、このような訴訟資料の提出は、既判力の遮断効により排除されるものとされる。これに対して、前訴の基準時前に提出することのできた訴訟資料であっても、これを前訴の基準時後に提出することが、前訴と同一の事件を蒸し返すものとは認められない場合は、このような訴訟資料を基準時後に提出することを認めてもよいと考えられる。このように、既判力の時間的限界の判断基準である訴訟資料の同一性という基準は、２つの意味を有することが明らかであるように思われる。すなわち、まず第一に、前訴で主張することのできた訴訟資料と同一の訴訟資料を前訴の基準時後に提出したという形式的な意味での訴訟資料の「形式的同一性」の基準である。そして、第二に、前訴で主張することのできた訴訟資料が、実質的にみても前訴と同一の事件から生じたものとみられるという意味での「実質的同一性」の基準である。そして、一般的には、前者の訴訟資料の「形式的同一性」が肯定されれば、後者の事件の「実質的同一性」が肯定される蓋然性が高いという関係があるものと思われ、通常は両者は一致する関係にあるものと思われる。しかし、訴訟資料によっては、前者の訴訟資料の「形式的同一性」は肯定されるが、後者の事件の「実質的同一性」が否定される場合が考えられ、このような場合は、最終的に訴訟資料の同一性が否定され、基準時後の事由として主張することが認められることになるものと思われる。訴訟資料の「形式的同一性」は肯定されるが、後者の事件の「実質的同一性」が否定される場合は、前訴の事件を蒸し返すものとはみられないからである。そして、この事件の実質的同一性の有無は、訴訟法的要素と実体法的要素の双方を考慮して判断されるべきであると解する。このうち、訴訟法的要素としては、前訴の請求原因と当該抗弁とが、主たる訴訟資料（事実資料及び証拠資料）を共通にしており、また実体法的要素としては、被告の抗弁（形成権）が前訴の訴訟物たる権利または法律関係自体の有効性を争う（法律関係自体の瑕疵を主張する）ものであるか、当該訴訟物たる権利関係自体ときわめて密接に関連するものである場合に、実質的にみても前訴と同

一の事件から生じたものとみられるという意味での「実質的同一性」を肯定することができると考える。

以上の検討から、第１に、訴訟資料の形式的同一性と実質的同一性が肯定される場合は、基準時前の事由と同一の事由を基準時後に提出するものとして既判力により遮断される。第２に、訴訟資料の形式的同一性は肯定されるが、実質的同一性は否定される場合は、全体として前訴の基準時前の事由と同一性がなく事件の同一性がないものとして、当該事由を基準時後の事由として主張することができる(31)。これに対して、第３に、第１の場合のように、前訴において当該訴訟資料を提出することができたと仮定した場合に、訴訟資料の形式的同一性と実質的同一性が肯定されるため、基準時前の事由と同一の事由を基準時後に提出するものと評価される場合でも、当該事由を前訴において提出することが期待できなかった場合は、手続保障の観点から、例外的に基準時前の事由と同一の事由を基準時後に提出することが許されるものと解する。

（２）以上の考察に基づき、まず最初に、基準時後の取消権行使の可否について検討する。まず第一に、前訴の基準時前において取消権を行使することができたと仮定した場合、基準時前に当該取消権を行使せずに、前訴の基準時後に当該取消権を行使した場合、訴訟資料の形式的同一性が肯定される。そして、形式的に前訴の基準前に生じた事由であれば、それは多くの場合前訴の請求が生じた事件と「同一の事件」から生じた抗弁であるという意味での実質的同一性が肯定される関係にあると考えられる。しかし、取消権は通常の抗弁とは異なり形成権であり、形成権成立時と形成権行使時とを観念的に区別することができるため、

(31) この点に関連して、アメリカの民事訴訟においては、被告の主張に関する既判力の効果について、以下のような三つの一般原則がとられているとされる。第１に、すべての利用可能な防御方法（defense）は、第一の訴訟において主張されなければならない。第２に、被告は、特定の制定法上の規定により要求されない限り、反訴、共同訴訟人間請求、または第三当事者請求を提起するかどうかは自由（任意的）である。第３に、ひとたび被告により反訴、共同訴訟人間請求、または第三当事者請求が提起されそれらについて判断がなされた場合は、それらの請求については、原告の請求について生じるのと同一の既判力が生じる。以上の一般原則のうち、第２の原則については、被告の原告に対する請求が、原告の請求と「同一の取引または事件」から生じたものであるときは、効率性または訴訟経済の観点から被告は当該請求を反訴として提起しなければならないとする「必要的反訴」のルールが連邦（連邦民事訴訟規則 13 条(a) 項）および多くの州で採用されており、原告の

さらに前訴の請求が生じた事件と「同一の事件」から生じた抗弁とみることができるか、すなわち、前訴の請求が生じた事件との実質的同一性の有無を判断することを要する。そこで、この点について検討すると、詐欺による取消権の主張は、前訴において原告が主張する法律行為自体の効果（有効性）をめぐる紛争であり、訴訟法的な要素の観点からは、前訴の訴訟資料（事実資料及び証拠資料）との主要な部分を共通にすると考えられるし、また実体法的要素の観点からも前訴において原告が主張する権利に内在する瑕疵を主張するものであり、前訴における原告の権利主張ときわめて密接な関係にある抗弁であるとみることができる。このような観点から、取消権については、前訴の請求が生じた事件との実質的同一性を肯定することができ、前訴での原告の請求が生じた事件と「同一の事件」から生じた抗弁であると解することができる。したがって、このような抗弁は前訴において当然に主張され前訴において解決されるべき問題であり、当該抗弁が前訴において主張されなかった時は、既判力の法的安定性の要請から、当該取消権の基準時後の行使は認められないものと解される。基準時後の取消権行使については、ほとんどの見解が遮断肯定説に立つのは、このような理由によるものと考えられる。

（3）次に、基準時後の相殺権行使の場合を検討する。まず第一に、前訴の基準時前において相殺権を行使することができたと仮定した場合、基準時前に当該相殺権を行使せずに、前訴の基準時後に当該相殺権を行使した場合、訴訟資料の形式的同一性が肯定される。次に、相殺権についても取消権の場合と同様通常の抗弁とは異なり形成権であり、形成権成立時と形成権行使時とを観念的に区

提起した前訴において反訴として提起されなかった請求について後訴を提起することはできないものとされている。これ以外の被告の原告に対する請求、すなわち原告の請求と「同一の取引または事件」から生じたものでない請求の場合は、当該請求を反訴として提起するか、後訴を提起するかは被告の自由とされる（「任意的反訴」）。*See* J.FRIEDENTHAL,M KANE & A.MILLER,CIVIL PROCEDURE352,636 (1985). アメリカ法におけるこのような考え方は、反訴と類似した機能を有する相殺の抗弁の処理を考える上でも示唆を与えるように思われる。アメリカの民事訴訟における必要的反訴のルールについては、上野泰男「反訴の強制による訴訟の単一化―アメリカ法における必要的反訴について―」大阪市大法学雑誌 19 巻 2 号（1972 年）107 頁以下を参照。また、当事者が請求の併合を要求される「同一の取引または事件」の意義については、拙稿「ミシガン裁判所における請求併合と当事者併合の交錯(2)」国士舘法学 22 号（1990 年）133 頁以下を参照。

別することができるため、さらに前訴の請求が生じた事件と「同一の事件」から生じた抗弁とみることができるか、すなわち、前訴の請求が生じた事件との実質的同一性の有無を判断することを要する。そこで、この点について検討すると、被告が反対債権を主張して相殺権を行使する場合、①当該反対債権が原告の主張する訴求債権の発生原因事実（契約）と異なる別個の発生原因事実（例えば別個の契約）から生じる場合と、②当該反対債権が原告の主張する訴求債権の発生原因事実（契約）を構成する事実から生じる場合とが考えられる。このうち、①の場合は、訴訟法的要素の点からは、原告の訴求債権と被告の反対債権を基礎付ける発生原因事実は異なるため訴訟資料（事実資料および証拠資料）の共通性は認められず、また実体法的要素の観点からも、被告の反対債権に基づく相殺権の行使は、訴訟対象とされている原告の訴求債権とは別個の実体法上の契約から生じた債権の行使に基づくものであるから、前訴の請求が生じた事件との実質的同一性を肯定することはできないものと解する。これに対して、②の場合について検討すると、訴訟法的要素の点からは、原告の訴求債権と被告の反対債権を基礎付ける発生原因事実は共通であるため訴訟資料（事実資料および証拠資料）の共通性を認めることができ、また実体法的要素の観点からも、被告の反対債権は、原告の訴求債権が発生した実体法上の契約関係から派生ないし発展した関係にあると見られるので、実体法上も相互に密接な関連性を有すると評価することができるように思われる。そうであるとすれば、②の場合は、前訴の請求が生じた事件との実質的同一性を肯定することができ、前訴での原告の請求が生じた事件と「同一の事件」から生じたものと解する余地があるものと思われる(32)。

以上の考察から、基準時後の相殺権行使については、被告の反対債権が原告の

(32) 梅本教授は、相殺に供する反対債権は、通常は訴求債権と異なる事実関係から生じたものであるが、訴求債権と同一の事実関係から生じた場合には、判決手続における攻撃防御方法として訴求債権の存否を左右するので、標準時までに主張できたにもかかわらず主張せずに敗訴したときは、異議事由に当たらないことはもとより、別訴をもって主張することもできず、失権すると解するとされる。梅本吉彦『民事訴訟法〔第４版〕』（2009年・信山社）919頁。また、松本・前傾注（28）68頁、松本＝上野『民事訴訟法〔第５版〕』（2008年・弘文堂）590頁も、訴求債権と異なる事実関係から生じる反対債権（関連性のない反対債権）と、訴求債権と同じ事実関係から生じる反対債権（関連性のある反対債権）を区別される。

訴求債権と同一の事件から生じたものではない場合と、同一事件から生じた場合とが理論上考えられる。そして、前者の場合は、前訴ときわめて密接な関係にある抗弁とはみられないから、前訴で当該相殺権を行使しない場合でも、既判力の法的安定性の要請は働かず基準時後の相殺権の行使は許されると考えられる。これに対して、後者の場合は取消権の場合と同様に前訴ときわめて密接な関係にある抗弁であるとみられるため、既判力の法的安定性の要請から基準時後の相殺権の行使は認められないものと解すべき余地があると考えられる。

（4）また、以上のように解するとしても、既判力の遮断効の根拠を手続保障による自己責任に求めることができるとすれば、前訴において当該形成権を行使しなかった点について自己責任を問いえないような場合には、再審（民訴338条）はもとより、既判力の緩和に基づく新訴の提起をも肯定すべきであろう。前訴の確定判決を有効なものとみてその取消しを求めるべきものと考えるか、前訴の確定判決の有する既判力が緩和され、したがって既判力の遮断効を受けずに新訴の提起が可能であると考えるかは、同一の事実に対する法的評価の問題であり、当事者はいずれかの評価に基づいて再審を求めるか、それとも新訴を提起するかを選択することができるものと解する。例えば、前訴において相手方の詐欺または脅迫行為により前訴での形成権の適時の行使を妨げられたというような事情があるときは、当事者は、再審事由（民訴338条1項5号）を主張して前訴確定判決の取消自体を求めることもできるし、前訴の基準時前に行使することのできなかった形成権の基準時後の行使を前提にして、新たな訴えを提起することもできると解したい。

（5）なお、形成権の基準時後の行使の問題と関連して、加藤新太郎裁判官は、裁判官としての立場から、心証開示を適時・適切に行い、しかるべき主張をしたらどうかと釈明してできるだけ1回で紛争が解決するよう配慮しているとの指摘は、きわめて重要な示唆を与えるように思われる[33]。当事者が前訴において行使可能な形成権を行使せず、したがって、後訴において基準時後の形成権行使の可否の問題が生じることが予想される場合、裁判官が積極的釈明義務（民訴149条1項）を負うかどうかという問題は別としても、裁判官は前訴において、当事者に対して適切な心証開示を行い、当該形成権行使の意思について当事者

(33) 伊藤眞他著・前掲注（26）102頁〔加藤新太郎発言〕。

に釈明させることが重要であると考える。このような裁判官の適切な釈明権の行使によって、実際上は基準時後の形成権行使の問題の大部分が解消されることになるであろう。

6　結論

前訴判決の既判力が後訴請求に及ぶためには、前訴請求と後訴請求との間に、当事者、訴訟対象（訴訟物）、及び訴訟資料について同一性が存在することが必要であった。このうち、最後の訴訟資料の同一性の問題が既判力の時的限界の問題である。そして、この既判力の時間的限界の判断基準である訴訟資料の同一性という基準は、２つの意味を有することが明らかになった。すなわち、まず第１に、前訴で主張することのできた訴訟資料と同一の訴訟資料を前訴の基準時後に提出したという形式的な意味での訴訟資料の「形式的同一性」の基準である。そして、第２に、前訴で主張することのできた訴訟資料が、実質的にみても前訴と同一の事件から生じたものとみられるという意味での「実質的同一性」の基準である。

そこで、次に、第１に、訴訟資料の形式的同一性と実質的同一性が肯定される場合は、基準時前の事由と同一の事由を基準時後に提出するものと評価されて既判力により遮断される。第２に、訴訟資料の形式的同一性は肯定されるが、実質的同一性は否定される場合は、全体として前訴の基準時前の事由と同一性がないものと評価され、当該事由を基準時後の事由として主張することができる。これに対して、第３に、第１の場合のように、前訴において当該訴訟資料を提出することができたと仮定した場合に、訴訟資料の形式的同一性と実質的同一性が肯定されるため、基準時前の事由と同一の事由を基準時後に提出するものと評価される場合でも、当該事由を前訴において提出することが期待できなかった場合は、手続保障の観点から、例外的に基準時前の事由と同一の事由を基準時後に提出することが許されるものと解する。

このような観点から、取消権は、前訴の請求が生じた事件との「形式的同一性」及び「実質的同一性」の双方を肯定することができ、前訴での原告の請求が生じた事件と「同一の事件」から生じた抗弁であるとみることができる。したがって、このような抗弁は前訴において当然に主張され前訴において解決されるべき問題であり、当該抗弁が前訴において主張されなかった時は、既判力の法的安定性

の要請から、当該取消権の基準時後の行使は認められないものと解される。

これに対して、被告が前訴の基準時前に行使することができた相殺権を行使せずに、前訴の基準時後に当該相殺権を行使した場合、①相殺の抗弁に供した当該反対債権が原告の主張する訴求債権の発生原因事実（契約）と異なる別個の発生原因事実（例えば、別個の契約）から生じる場合と、②当該反対債権が原告の主張する訴求債権の発生原因事実（契約）を構成する事実から生じる場合とが考えられる。そして、①の場合は、形式的同一性は肯定されるが実質的同一性は否定されるため、前訴請求と同一の事件から生じた抗弁ではないとして基準時後の行使は認められるが、②の場合は、形式的同一性及び実質的同一性も肯定されるため、前訴請求と同一の事件から生じた抗弁として基準時後の行使は認められないものと解する。

なお、基準時後の取消権及び相殺権の行使につき、前訴において当該形成権を行使することができたと仮定した場合に、形式的同一性及び実質的同一性の双方が肯定され基準時後行使が許されないと評価される場合でも、前訴において当該形成権を行使しなかった点について自己責任を問いえないような場合には、再審（民訴338条）はもとより、既判力の緩和に基づく新訴の提起をも肯定すべきであろう[34]。

(34) なお、本稿で対象とすることができなかった解除権、建物買取請求権、および手形の白地補充権の問題については、今後の検討課題としたい。