ノート

民事訴訟における攻撃防御方法の判断順序
―予備的主張の２つの類型について―

柴　谷　　晃

第１　本稿の目的

民事訴訟において、当事者から同一の機能を有する複数の攻撃防御方法が提出されている場合、その判断順序（ないし、そのうちのどれを取り上げて主張当事者を勝訴させるか）は、原則として裁判所の裁量に委ねられる。それは、理由中の判断には既判力を生じないため、どの攻撃防御方法を採り上げて判決結果を導こうが、当事者は利害関係を有しないからである。

そうすると、逆に、どの攻撃防御方法が取り上げられるかについて当事者が利害関係を有する場合や、判断順序によって訴訟経済上の違いが出る場合（この場合は、裁判所のみならず相手方当事者にも利害関係がある。）には、攻撃防御方法の判断順序に一定の制約が生じることになる。

要件事実論の分野で攻撃防御方法の判断順序に一定の制約がある場合として知られているのは、①予備的相殺の主張及び②「許されたａ＋ｂ」としての予備的主張である。本稿は、この２つの場合について、判断順序に制約を受ける根拠とその効果について理解することを目的とするものである。

第２　予備的相殺の主張

１　総説

（１）原告の請求債権に対する消滅事由として、相殺の主張と相殺以外の弁済等の主張がされ、そのいずれの主張も全部抗弁として機能する場合[(1)]、まず

(1) 正確にいえば、それぞれが全部抗弁として機能しなくても、請求債権の一部について、相殺の抗弁とそれ例外の抗弁のいずれもが重複して機能する次のような関係があれば、当てはまる議論である。

相殺以外の抗弁の成否から先に判断し、相殺以外の抗弁によっては請求の全部を排斥することができなかった場合に、その排斥できなかった部分についてのみ相殺の抗弁の判断をすべきである。このように、相殺の抗弁は、判断順序に制約を受け、債務の消滅事由又は発生障害事由中の最後に判断すべきこととなる。

なお、相殺は請求原因に対する抗弁として主張されることが多いため、このルールの表現として「予備的相殺の抗弁」と呼ぶことが多いが、相殺の主張が再抗弁以下に位置付けられることもありうる。したがって、普遍的なネーミングとしては「予備的相殺の主張」と呼ぶ方がよい。

（２）相殺が予備的主張となるのは、民訴法114条２項により、相殺の成否の判断には既判力が生じるためである。すなわち、相殺の主張が取り上げられてその成否が判断された場合、判断結果の如何を問わず、相殺に供した自働債権の不存在について既判力を生ずる(2)。同条項の結果、例えば、前訴の金銭支払請求訴訟において相殺の抗弁で勝訴した被告がその相殺の抗弁に供した自働債権の支払を求める後訴を提起した場合に後訴請求が棄却されるのは当然であるが、「原告の債権は相殺によらずとも別の理由で不存在であったから、自己の反対債権による相殺は無効であり、その無効なもので消滅させられた自己の反対債権についてその分の不当利得返還ないし不法行為損害賠償を求める」という後訴を提起した場合でも、この後訴請求は棄却される(3)。このように、前訴で相殺の抗弁が認められて被告が勝訴したとしても、被告は自己の有していた財産権の一つを確定的に失う結果となる。これは、財産を出捐して訴訟に勝てた、つまり「勝負に勝って試合に負けた。」というべき事態である(4)。したがって、相殺は最後の手段として用いたいというのが相殺の主張をする当事者の意思であり、その意思を尊重する扱いをするわけである。

請求債権額＜相殺で消滅する額＋相殺以外の抗弁により消滅する又は発生が障害される額

(2) この既判力の具体的内容については議論があるが、本稿はその点の検討を目的とするものではない。本稿の論述は通説に従ったものである。

(3) 高橋宏志・重点講義民事訴訟法・上・第２版補訂版（有斐閣）・638頁以下

(4) 高橋前掲・623頁は、「相打ち」と表現している。

この相殺主張の取扱いのルールは、行為規範にとどまらず、評価規範としても機能すると考えられる。したがって、もし裁判所が相殺以外の債務消滅事由の成否の判断を差し置き、相殺を理由として主張者を勝訴させた場合には、民事訴訟法312条３項の「法令違反」に該当する。

（３）以上の説明は、相殺以外の債務消滅事由の成否の判断には既判力が生じないということが前提になっている。例えば、弁済で考えてみよう。

前訴の金銭支払請求訴訟において弁済の抗弁で勝訴した被告が、「原告の債権は弁済によらずとも別の理由で不存在であったから、自己の弁済は無効であり、その無効な弁済として給付した金銭の不当利得返還ないし不法行為損害賠償を求める」という後訴を提起した場合、この後訴の請求が認容される余地はあるか。弁済の抗弁の成立は理由中の判断であり、既判力を生じないから、後訴の不当利得返還請求等が認められることは理論上ありうる。つまり、前訴請求に対して、例えば、訴訟係属中に弁済をして請求棄却の確定判決を得た被告が、後訴でその弁済金を取り戻すことができるという事態が起こりうる訳である。感覚的には不当に思えるが、理由中の判断には既判力が生じないのであるから、そうならざるを得ない(5)(6)。そうであるからこそ、請求債権の消滅事由として考えられる諸々の抗弁のうちで相殺だけが予備的抗弁なのである。

相殺の主張だけに既判力を発生させることにした理由として、「これに既判力を認めないと、請求の当否についての争いが、反対債権についての争いに移し変えられて、判決による解決が無意義になるおそれがあるからである。すなわち、･･･相殺によってはじめて請求が排斥されたのに、被告が訴求債権は当初から不存在であったと主張して、反対債権をあらためて訴求できることにな

(5) 高橋前掲書・657頁、木川統一郎ほか・「訴訟上の相殺と既判力」比較法学29巻1号・78頁

(6) 現実には、前訴請求債権の存否の判断が前訴裁判所と後訴裁判所とで食い違うという事態は事実上少ない。また、既判力の作用としてではなく、争点効理論や信義則の適用によってこのような不当な請求は排斥されることが多いだろう。しかし、証拠の内容によっては、前訴と後訴とで同じ判断になるとは限らないし、争点効理論や信義則を適用するには一定の要件が必要であるから、後訴が常に排斥されることは保障されていない。

るからである。」と説明されることがある[7]。しかし、同様の不都合は、例えば、弁済によって初めて請求が排斥されたのに被告が訴求債権は当初から不存在であったと主張して弁済金の不当利得返還を訴求する場合にも生じるのであるから、弁済の効力の有効性の判断には拘束力を認めず、相殺の判断にのみ拘束力を認めるべき理由にはならない。相殺の主張に既判力を認めた理由は、「自働債権の存否は請求債権の存否を巡る訴訟とは本来は全く別訴の紛争であり、相殺の成否を判断した場合には、裁判所は実質的には二つの紛争を解決したのだから、その二つとも紛争の蒸し返しを防ぐべきだ。」という点にあると思う[8]。いずれにせよ、制度上の政策的理由が根拠だと考えている点では同様であるが。

2　主張当事者が相殺を主位的主張として提出した場合の扱い

他の防御方法とともに相殺の主張を提出した当事者が、相殺の主張を主位的に判断して欲しいとの意思を表示した場合、他の防御方法の判断を差し置き、相殺の主張を先に取り上げて主張者を勝訴させることができるか。

ことは、職権進行主義と私的自治との調整の問題である。一般的には、例えば、当事者が弁済と免除の判断順序について主位・予備の指定をしても、裁判所は拘束されない[9]。弁済と免除のいずれで勝訴するかによって、当事者には何らの法的な利害関係はないから、この場合に当事者意思の尊重という要請は働かないからである。裁判所は訴訟経済の要請のみを考慮して、認定が最も容易にできる消滅事由の成立を認めれば足りる。

しかし、相殺の場合には、ひとたび相殺について判断すればその自働債権の不存在について既判力を得られる。もしその他の消滅事由の判断に比べて相殺の成否の判断に労力がかかることになっても、既判力という大きな成果も得ら

(7) 兼子一ほか編「条解民事訴訟法」（弘文堂）543頁〔竹下守夫〕

(8) 高橋前掲書・636頁は、「相殺の抗弁が、抗弁でありながら反対債権というそれ自体で訴訟物になり得るものを持ち出すものであり、いわば反訴に近いという特殊性を持つからである。」と説明している。この説明は、本稿の説明内容と同旨であると思われる。

(9) 村田渉ほか・要件事実論30講第３版（弘文堂）・124頁。

れるのである。したがって、相殺の判断で主張者を勝訴させたとしても、裁判所にも相手方当事者にも利益があるということができる。そして、相殺を先に判断することを主張者自身が希望しているのであれば、主張者の意思にも沿う。したがって、主張者の意思どおりに判断すべきであると思う。

ただし、相殺主張者が希望したときには相殺から先に判断すべきであるというルールは、行為規範としては機能するが、評価規範としては機能しないと考える。自働債権の存否の問題は、本来は別の紛争なのであるから、当該紛争が相殺以外の債務消滅事由の認定によって一応の解決をみた後、上訴審が同一の結論を得るためにわざわざ相殺を認定し直すまでもないということである。

3　相殺の抗弁と同時履行の抗弁権に基づく引換給付の抗弁が提出された場合の扱い

被告が相殺の抗弁とともに同時履行の抗弁権に基づく引換給付の抗弁を提出した場合、その判断順序はどうなるか。

引換給付の抗弁は、請求の全部を排斥することができない一部抗弁である。一般には、全部抗弁と一部抗弁が提出された場合、全部抗弁から先に判断する[(10)(11)]。しかし、相殺の全部抗弁と相殺以外の量的一部抗弁が提出された場合には、まず相殺以外の量的一部抗弁の成否を判断し、その後に残余の部分について相殺の抗弁の成否を判断する。相殺で勝訴しても、自働債権の不存在について既判力が生じることから、実質的には敗訴と同様だからである。

ところが、引換給付の抗弁は、一部抗弁といっても、いわば質的一部抗弁というべきものであり、引換給付の抗弁の成立を認めたうえでその残余についてのみ相殺の抗弁を機能させるということが技術的にできない。そのため、引換給付の抗弁と相殺の抗弁のいずれもが成立する場合には、結局、引換給付の抗弁は意味をなくし、相殺の抗弁を認めて請求債権の全部を棄却せざるを得な

---

(10) 司法研修所・10訂民事判決起案の手引（法曹会）・60頁

(11) 一部抗弁の判断順序が全部抗弁に後れる理由は、もし一部抗弁が成立しても残部を全部抗弁によって排斥する必要があり、それなら初めから全部抗弁だけで請求の全部を排斥する方が訴訟経済上合理的だからである。そのため、一部抗弁を後で判断するというルールも、行為規範としてしか機能しないと考えられる。

い。その結果、引換給付の抗弁よりも相殺の抗弁を先に判断すべきことになる。

ところで、実体法上、被告が同時履行の抗弁権と相殺権の両方を有している場合において、訴訟で被告が引換給付の抗弁を提出しているだけなら、引換給付判決がされる結果、被告は原告による反対給付の任意履行を期待できるうえ、相殺に用いなかった原告に対する請求権（相殺の自働債権となるはずの請求権）を温存できる。しかし、引換給付の抗弁を提出している被告が同時に相殺の抗弁を提出すると、自働債権の発生が認められたとしても、請求債権とともにその不存在が確定し、反対給付の履行請求権だけが残る。これが原告によって任意に履行されるという保障はない。そのため、全体としてみると、被告にとっては、引換給付の抗弁だけを提出した場合よりも、引換給付の抗弁と相殺の抗弁の両方を提出したために相殺の抗弁がとり上げられた場合の方が、訴訟終了後の権利関係が不利になるように感じられる。

しかし、被告が、引換給付の抗弁にとどまらず、併せて相殺の抗弁も提出した以上、そのような結果となることは覚悟のうえでのことだというべきであるから、前述のとおりの結論でよいと思う。

4　保証人による主債務者の有する自働債権による相殺主張の扱い

保証債務履行請求を受けた保証人が、民法457条２項に基づき保証人が主債務者の有する自働債権による主債務との相殺を援用した場合において、他の抗弁も提出しているときも、相殺の抗弁を予備的主張と扱うべきであろうか。

同条項の効果については、次のとおり、見解が対立している。

a）形成権説[12]

主債務者が主債務との相殺に供しうる自働債権を有する場合に、保証人が代わって相殺権を行使できる。

b）抗弁権説[13]

主債務者が主債務との相殺に供しうる自働債権を有する場合に、保証人はそ

（12）大江忠・第３版要件事実民法(3)（第一法規）・194頁

（13）我妻栄・新訂民法講義Ⅳ債権総論（岩波書店）・483頁、司法研修所・改訂紛争類型別の要件事実（法曹会）・43頁

の相殺により消滅する限度で保証債務の履行を拒絶しうるだけである[14]。

a）形成権説に立つ場合は、問題が複雑である。通常の事案において相殺を予備的主張と扱う根拠は、相殺の判断をした場合に既判力を生じる結果、他の債務消滅事由が判断された場合に比べて主張者に不利になるからであった。では、保証人が主債務者の有する自働債権での相殺を主張し、これが判断されたときに、自働債権の不存在についての既判力が主債務者に及ぶのか。（もし及ぶと考える場合、その根拠法条は他人の権利を代わって行使したケースに関する民事訴訟法115条１項２号の類推ということになろうか。）

一般に、保証人に対する保証債務履行請求において主債務が存在しないとの理由で請求棄却判決がされ、これが確定しても、主債務の不存在は理由中の判断であるから既判力は生じず、まして主債務の不存在の判断が債権者と主債務者間に拡張されることはない。そうすると、保証人による主債務者の有する自働債権による相殺の援用が判断されたときに、自働債権の不存在についての既判力が主債務者に及ぶとすると、主債務者は、自働債権の不存在が確定してしまっているのに、主債務の不存在は確定されていないことになり、極めて公平を欠く結果となる。したがって、自働債権の不存在について債権者と主債務者との間に既判力が及ぶとすることはできない。

その結果、保証人が主債務者の有する自働債権と主債務との相殺を主張した場合、a）形成権説に立つとしても、保証人にとっても主債務者にとっても自働債権の不存在は確定されないから、上記の相殺は予備的主張とはならないと考えられる。

次に、b）抗弁権説に立つ場合は、保証人は履行拒絶の結果、請求棄却判決を得るが、請求債権の不存在という以外に既判力を生じないので、当然、予備的主張にはならない。

---

(14) なお、主債務者が主債務の発生原因について取消権や解除権を有するが未だそれを行使しておらず、主債務・保証債務の存否が不確定である間、保証人は履行拒絶権を有すると解されている。b）抗弁権説では、相殺の効果もこれらと同様だということになる。

第３　「許されたａ＋ｂ」としての予備的主張[15]

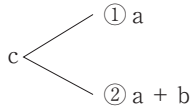
１　ａ＋ｂの関係

ある事実が訴訟上の攻撃防御方法としての意味を持つかどうかは、その実体法上の法律効果だけで決められるものではなく、当該訴訟における攻撃防御方法としての機能を検討する必要がある。「ａ＋ｂの関係」は、そのような検討の結果生まれた講学上の概念であって、民事訴訟において要件事実の存否の判断を合理的に行うための技術概念である。

そして、後述の「許されたａ＋ｂ」においては、攻撃防御方法の判断順序に制約がある。これとは異なり、単なる「ａ＋ｂの関係」においては、攻撃防御方法の判断順序の問題を生じないが、「許されたａ＋ｂ」の理解の前提として、まず「ａ＋ｂの関係」について確認をしておく。

（１）「ａ＋ｂの関係」その１

請求原因　　抗　　弁



上図のように、ａのみを要件事実とする抗弁①とａ及びｂの２つの事実を要件事実とする抗弁②が主張されているとする。例えば、不動産物権変動の対抗要件の具備の主張立証責任の分配について第三者抗弁説に立つ場合には、対抗要件の抗弁と所有権喪失抗弁とはこのような関係になる[16]。

---

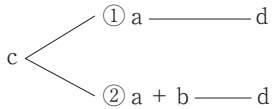
(15) 本稿は、村田渉ほか・前掲書115頁以下の村田渉判事の論説に負うところが極めて大きい。

(16) Ａもと所有の不動産について、ＸとＹに対して二重譲渡がされ、Ｙが移転登記を備えたというケースで、ＸがＹに対して所有権確認訴訟を提起したとする。請求原因「Ａもと所有、Ａ→Ｘ譲渡、ＹがＸの所有権を争っていること（訴えの利益）」（ｃ）に対して、対抗要件の抗弁において第三者抗弁説に立つ場合、対抗要件の抗弁の要件事実は、「Ａ→Ｙ譲渡」（ａ）である。また、所有権喪失

このように、抗弁②の要件事実が抗弁①の要件事実を完全に包含しており、かつ、いずれの抗弁に対する再抗弁も提出されていない場合、aが不存在と判断されれば抗弁①も抗弁②も成立せず、aが存在すると判断されれば（抗弁②が成立するかどうかはbの存否の如何により異なるが）、少なくとも抗弁①が成立する。すなわち、抗弁が成立して請求棄却となるかどうかは専らaのみの存否にかかり、bの存否を判断することは無駄である。したがって、bの事実は、本訴における要件事実としての意味を有さず、過剰主張となる。抗弁①と抗弁②とがこのような関係にある場合を「a＋bの関係」という。この場合、抗弁として意味があるのは、抗弁①だけであるから、当然、裁判所は抗弁②の成否の判断をする必要がない。したがって、複数の抗弁の判断順序をどうするかという問題を生じない。

（2）「a＋bの関係」その2

請求原因　　抗　　弁　　再抗弁



上図のように、抗弁①と抗弁②のいずれに対してもdを要件事実とする再抗弁が主張されているとする。例えば、第三者抗弁説に立つ場合の対抗要件の抗弁と所有権喪失抗弁に対して、再抗弁として「背信的悪意者」の主張がされ

抗弁の要件事実は、「A→Y譲渡」(a) 及び「Y登記具備」(b) である。したがって、本文の図のような関係になる。

ている場合[17]や、抗弁で主張された原告の所有権移転原因[18]に対してこの法律行為の解除や取消しが主張されている場合などはこのような関係にある。

このように、抗弁②の要件事実が抗弁①の要件事実を完全に包含しており、かつ、再抗弁以下の要件事実が同一である場合も、抗弁①と抗弁②は「a ＋ b の関係」にある。この場合、抗弁②の系列[19]は、訴訟上の攻撃防御方法として全く意味がなく、当該訴訟においては抗弁②以下の成否を判断する必要がない。したがって、この場合も、複数の抗弁の判断順序をどうするかという問題を生じない。

---

(17) 背信的悪意者の再抗弁は対抗要件の抗弁に対してのみ機能し、所有権喪失抗弁に対して機能するのは信義則違反または権利濫用の再抗弁であるという見解もある。例えば、大江忠・第4版要件事実民法 (2) 物権（第一法規）・39頁、松岡久和ほか・民法総合・事例演習第２版（有斐閣）・218頁。

判例（最判 H8.10.29民集50-9-2506）は「不動産がＡから二重譲渡されて、第二の買主Ｂから更に転得者Ｙに譲渡され、登記が完了した場合において、第二の買主Ｂが背信的悪意者に当たるとしても、転得者Ｙが背信的悪意者ではない限り、転得者Ｙはその不動産の取得を第一の買主Ｘに対抗できる。」と判示した。この事案における争点は、背信的悪意者からの転得者の立場がどうなるかという点であり、この判例の直接の判示事項は、背信的悪意者ではない転得者は所有権主張ができるということにあるが、もし転得者が背信的悪意者だった場合には自己の所有権取得を主張できないということが前提になっている。このように、原告Ｘからの所有権取得の主張ではなく、転得者である被告Ｙからの所有権取得の主張の可否が問題となったものであるところ、被告Ｙの所有権取得の主張は、対抗要件の抗弁ではなく所有権喪失抗弁として位置づけられる。そのため、この判例は、背信的悪意者理論が所有権喪失抗弁に対する再抗弁としても機能することを認めていると解される。

(18) 脚注16の事例では、「Ａ→Ｙ譲渡」の事実がこれにあたる。

(19)「系列」というときは、再抗弁以下の全ての要件事実を含む。

（3）特定識別請求原因との違い

請求原因　　抗弁

①ａ――――――ｄ

②ａ＋ｂ――――ｄ

同一内容の給付目的を達成するために2種類の法律構成が可能であること[20]から、ａを請求原因とする権利である訴訟物①とａ＋ｂを請求原因とする権利である訴訟物②がともに審判対象として提示されているとする。例えば、買主が売主所有の不動産を買ったことを理由として所有権移転登記手続を求める場合において、債権的登記請求権と物権的登記請求権の両方を訴訟物とするケースがこれにあたる[21]。債権的登記請求権と物権的登記請求権とは別個の権利であり、請求原因ａと請求原因ａ＋ｂでは異なる権利が発生するという場合であるから、ａやｂは、攻撃防御方法としての請求原因（理由付け請求原因）ではなく、訴訟物の特定のための請求原因（特定識別請求原因）である。

このケースにおいては、審判対象として訴訟物①と訴訟物②の2つが提示されているところ、訴訟物のレベルでは処分権主義が働く。処分権主義の内容の一つとして、審判対象の提示は原告の権能とされているから、それぞれの請求原因に対する抗弁の態様が同一であったとしても、裁判所は、原告が提示した訴訟物の一部を勝手に無視することはできない。そして、その訴訟物間には、主位・予備の関係はなく、選択的併合となる。

このように、（3）も攻撃防御方法の判断順序の問題とはならないのであるが、その理由は、そもそも、ａやｂが攻撃防御方法にとどまらないからである。

この点は、前記（2）と対比して理解しておく必要がある。前記（2）は、

---

(20) 実体法上、請求権競合の関係にある場合である。ただし、本文で述べる登記請求権のケースは法条競合だと考える見解もあり得る。

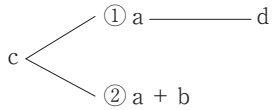
(21) 債権的登記請求権の請求原因事実は、「Ｙ→Ｘ売買」(a) のみであるが、物権的登記請求の請求原因事実は、「Ｙ所有」「Ｙ→Ｘ売買」「Ｙ名義登記」である。後者の要件事実のうち「Ｙ所有」「Ｙ名義登記」が過剰部分 (b) を構成している。

攻撃防御方法が一方はａを要件事実とし、他方はａ＋ｂを要件事実とする場合であるところ、攻撃防御方法のレベルで働くのは弁論主義第１テーゼである。弁論主義第１テーゼは主要事実の提示権能を当事者に与えるという原則であるが、その意味は「当事者の主張しない主要事実は判決の基礎とできない」というにとどまり、「当事者の主張した主要事実は必ず存否の判断をしなければならない」という訳ではない。裁判所は、攻撃防御方法たる主要事実の存否については、訴訟経済上、無駄な判断をする必要がないのである。したがって、前述のとおり、抗弁①と抗弁②との間に「ａ＋ｂの関係」が成り立つ場合には、ｂを無視して抗弁①の系列の要件事実であるａのみを判断すればよい。しかし、ａやｂが特定識別請求原因である場合には、処分権主義の結果、原告が審判を求めて提示した訴訟物について、裁判所は判断対象として残しておく必要があるのである。

なお、当然のことながら、ａやｂが請求原因事実であっても、特定識別請求原因ではなく攻撃防御方法としての請求原因にとどまる場合には、「ａ＋ｂの関係」となる。

２　「許されたａ＋ｂ」その１－不完全予備的主張[22]

請求原因　　抗　　弁　　再抗弁



上図のように、ｄを要件事実とする再抗弁は抗弁①に対してだけ機能する（ｄは抗弁①の要件事実であるａに対してはその効果を排斥できるが、ａにｂが加わった抗弁②の効果を排斥できない）ものとする。例えば、請求原因における履行遅滞の主張に対し、弁済の反論がされている場合において、その弁済が約定の弁済場所以外の場所でされたものであったというケースがこれにあた

（22）このネーミングの意味は、本稿第３の３で述べる。

る[23]。弁済は、債務者の現実の提供と債権者の受領という２つの行為から成ると考えられるところ、受領がなくても現実の提供だけで履行遅滞の効果は排斥できる。したがって、再抗弁以下の態様が同一である場合には、現実の提供と弁済とはａ＋ｂの関係にあり、受領は過剰主張となる[24]。これに対し、弁済の場所を法定の弁済場所以外の場所とする旨の約定があった場合において、債務者が法定の弁済場所で現実の提供[25]を行ったときは、債務の本旨に従った提供にならないので、履行遅滞の効果を排斥することはできないが、法定の弁済場所で現実の提供を行ったにもかかわらず債権者がこれを受領したときは、履行遅滞の基礎にある債務の消滅原因となる。したがって、「弁済の場所を法定の弁済場所以外の場所とする旨の約定」は、現実の提供と弁済という２つの抗弁のうち前者に対してのみ再抗弁として機能する[26]。

このような関係にある場合、ａが存在すると判断された場合において、ｄも存在すると判断されるときは抗弁①の効果は再抗弁によって排斥されるが、ｄが存在してもｂが存在すると判断されるのであれば抗弁②が成立して請求を棄却できる。そのため、ｂを無視することはできない。このように、抗弁①と抗弁②とで再抗弁以下の態様が異なる場合には、抗弁①と抗弁②は、前記１で述べた単純な「ａ＋ｂの関係」にはなく、抗弁②も攻撃防御方法としての意味を有している。したがって、裁判所は、抗弁①の系列と抗弁②のいずれも判断しなければならない。この関係を、「許されたａ＋ｂ」と呼ぶ。

このような場合には、抗弁事実の判断の順序として、ｂよりもａを先にすべきだというのは異論なかろう。もしａが不存在だと判断されれば、抗弁①と抗弁②の両方とも成立しないということになり、一挙に請求認容の結論が出せるのに対し、ｂを先に判断してこれが不存在だということなっても、抗弁②が成

---

(23) 例えば、不動産売買において、所轄法務局で代金決済をするという約定であったにもかかわらず、買主が売主の住所に現金を持参したというケースである。

(24) 伊藤滋夫ほか・民事要件事実講座６（青林書院）・279頁〔河村浩〕

(25) ここに「現実の提供」とは、「債権者が受領可能な状態で債務者が債権者に対して給付目的物を差し出した。」という意味で使っている。

(26) 履行遅滞の要件事実がｃ、現実の提供がａ、受領がｂ（弁済＝ａ＋ｂ）、弁済の場所を法定の弁済場所以外の場所とする旨の約定がｄにあたる。

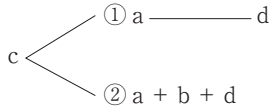
り立たないことが確定したにとどまり、抗弁①の系列の要件事実であるａやｄの存否を判断するまで結論を出せないからである。

以上のように必ずａを先に判断するということは、抗弁の判断順序という観点からみると、必ず抗弁①を抗弁②よりも先に判断するということである。したがって、抗弁の判断順序に制約があり、抗弁①は主位的抗弁であり、抗弁②は予備的抗弁だということになる。

ところで、ａ（抗弁①）を最初に判断した結果、これが存在するとされた場合において、その次にｄとｂのいずれを先に判断すべきかという点については、その順序には制約はない。もしｄを先に判断した場合において、ｄが不存在だと判断されたときはその時点で請求棄却の結論を出すことができ、ｄが存在すると判断されたときは更に抗弁②のｂの存否の判断が必要となる。また、もしｂを先に判断した場合において、ｂが存在すると判断されたときはその時点で請求棄却の結論を出すことができ、ｂが不存在だと判断されたときは更に抗弁①に対する再抗弁であるｄの存否の判断が必要となる。このようにｂとｄのいずれから先に判断しても、訴訟の結論を導き出すのに必要な労力は同等である。したがって、まずａの存否を判断し、これが存在すると判断された後の、ｄとｂの判断順序については、制約はない。すなわち、抗弁①に対する再抗弁（ｄ）と抗弁②の要件事実の残余（ｂ）の判断順序には制約がない。この点が次の３において述べるケースとは異なる。

３　「許されたａ＋ｂ」その２－完全予備的主張

請求原因　　抗　　弁　　再抗弁



抗弁②の要件事実が抗弁①の要件事実を包含しており、抗弁①に対してのみ再抗弁ｄが主張されているとする。このケースは、外形的には前記２に近い。抗弁②の過剰部分はｂ＋ｄであるが、ｂ＋ｄをＢと置き換えれば、抗弁①の要件事実はａ、再抗弁の要件事実はｄ、抗弁②の要件事実はａ＋Ｂであり、前記２と同様の形となる。したがって、これも「許されたａ＋ｂ」である。しか

し、抗弁②の要件事実が抗弁①の要件事実ａだけではなく、抗弁①に対する再抗弁の要件事実ｄも包含している点が２とは異なる。

例えば、民法112条において表見代理説に立つ場合の主張整理は、このような形になる[27]。賃貸借契約終了に基づく目的物の返還請求における契約終了原因として期間満了と黙示の更新後の解約申入れが主張された場合の主張整理[28]、民法94条２項において法定承継取得説に立つ場合の主張整理[29]、「解除と第三者」の主張整理なども同様である[30]。

このような場合、抗弁以下の要件事実の判断の順序としてはａ→ｄ→ｂの順序で判断するのが合理的である。まず、ａの存否を最初に判断すべきだとい

---

(27) 民法112条の法的性質につき、かつての司法研修所は、表見代理規定ではなく、善意者保護規定であるとの見解を採っていた。この見解によれば、請求原因「代理権の発生原因」－抗弁「代理権消滅原因」に対して、同条に基づく「相手方善意」が再抗弁に位置づけられる（司法研修所・増補版民事訴訟における要件事実第一巻・97頁）。しかし、その後の司法研修所の多数意見は、表見代理説に立っているとのことである（村田・法律実務家養成教育としての要件事実論・ジュリスト1288号66頁）。一般に、有権代理と表見代理とは併存する同価値の攻撃防御方法であるから、表見代理説に立てば、請求原因①（有権代理）「代理権の発生原因（a）」と請求原因②（民法112条の表見代理）「代理権の発生（a）、代理権の消滅（d）、相手方の善意（b）」の２つの系列が併存し、請求原因①に対しては、抗弁「代理権の消滅（d）」が成り立つ。ところで、上記の請求原因①の系列に属する請求原因と抗弁の要件事実は、全て請求原因②の要件事実に完全に包含されている。そのため、この場合の各要件事実abdは、本文に図示したような関係（ただし、抗弁ではなく請求原因において、ａとａ＋ｂ＋ｄの関係が現れる。）となり、請求原因②は予備的請求原因となる。

(28) 村田ほか前掲書・125頁〔村田〕参照。

(29) 司法研修所・改訂紛争類型別の要件事実・80頁参照。

(30) 司法研修所・前掲書・122頁は、「解除と第三者」の事例においてもこのタイプの予備的抗弁が出現すると考えている。それ自体はそのとおりだが、具体的な主張整理の結果については疑問がある。拙稿・「解除と第三者」のブロックダイアグラム・駒澤法曹第６号95頁参照。

うのは異論なかろう。もしaが不存在だと判断されれば、両方の抗弁とも成立しないということになり、一挙に訴訟の決着が付けられるのに対し、dやbを先に判断してこれが不存在だということになっても、aの存否を判断するまでは訴訟の結論が出ないからである。ここまでは前記2と同様である。

次に、aが存在すると判断された場合において、dとbのいすれを先に判断すべきか。もしbを先に判断したとすると、bの存否にかかわらず、常にdの存否の判断をするまでは訴訟の結論は出せない（bが認められないときには、抗弁②は成り立たないことは明らかになるが、抗弁①については、再抗弁dの存否が決まらないと抗弁の効果が発生しているかどうかが判断できないので結論が出せない。他方、bが存在すると判断されたときでも、dの存否を確定しないと、抗弁①に対する再抗弁や抗弁②の効果が発生するかどうかの結論が出せない。）。反対に、aが存在すると判断された場合において、次にdの存否を判断したときは、もしdが不存在だということになれば、bの存否を判断しなくても抗弁①の効果が発生して請求棄却の結論が出せる。bよりも先にdを判断した方が労力を省ける可能性がある。そのため、必ずa→d→bの順に判断するべきなのである。

各要件事実の判断としてa→d→bの順に判断するということは、抗弁①の要件事実→その再抗弁の要件事実→抗弁②の要件事実の残りの順に判断するということ、すなわち、抗弁の判断としては抗弁①の系列→抗弁②の系列の順に判断するということである。したがって、抗弁の判断順序に制約があり、抗弁①は主位的抗弁、抗弁②は予備的抗弁だということになる。

なお、これを前記2と比較すると、前記2では、抗弁①は抗弁②よりも先に判断するというだけであったが、3のケースでは、再抗弁も含めた抗弁①の系列全体を抗弁②よりも先に判断する。この点が前記2と異なる。したがって、前記2は「不完全予備的抗弁」（一般化した呼称としては「不完全予備的主張」）、3は「完全予備的抗弁」（同じく「完全予備的主張」）とネーミングするのがよいと思う(31)。

---

(31) 以上のとおり、完全予備的主張や不完全予備的主張となるのは、同一の効果を発生する攻撃防御方法が複数あり、その一方の攻撃防御方法の要件事実が他方の攻撃防御方法の要件事実を完全に含んでしまっているケースである。しかし、

そのような関係にないケースであるにもかかわらず、予備的主張となる場合があるとする文献がみられるので、その事案について検討しておく。事案は、使用貸借契約の終了に基づく目的物の返還請求に関するものである。

民法597条３項によれば、返還時期及び使用収益目的の定めのない使用貸借においては、貸主は何時でも返還を請求することができる。ここに「返還請求」とは「解約の意思表示」のことである（大判昭和18年５月26日法学12巻11号992頁）。そして、現在の司法研修所は、貸借型契約における返還期限の定めを契約の成立要件とは考えていない（司法研修所・新問題研究要件事実・39頁、46頁）。この立場に立つと、返還期限の定めのない使用貸借契約は、文字どおり返還期限に関する合意が欠落している使用貸借契約と捉えることになる。なお、使用収益目的の定めも、当然、使用貸借契約の成立要件ではない。

以上の立場を前提として、原告たる貸主が返還時期及び使用収益目的の定めのない使用貸借であると主張してこれを解約したうえ目的物の返還請求をしたのに対し、被告たる借主が使用収益目的の定めがあると主張して争う場合のブロックダイアグラムを考えると、以下のとおりとなる。

請求原因	抗　　弁
使用貸借合意＋目的物の交付	目的の定め
解約の意思表示	

では、これに対して、原告が、その目的に従った使用収益も終わったことを理由に契約終了の効果を主張した場合、この主張はどこに位置づけられるか。目的に従った使用収益の終了は解約の意思表示による終了の効果を復活させるものではなく、それ自体が別個の契約終了原因となるものであるから、これも請求原因である。すなわち、上記の請求原因とは別の第２の系列の請求原因に位置づけられる。その要件事実は、以下のとおりである。

請求原因

使用貸借合意＋目的物の交付

目的の定め

その目的に従った使用収益の終了

さて、岡口基一・要件事実マニュアル上第３版②162頁は、この第2の系列の請求原因は予備的請求原因であると述べているが、果たしてそうであろうか。上記の２つのブロックダイアグラムを抽象化すると以下のような形になってい

る。ここに、aは「使用貸借合意＋目的物の交付」、cは「解約の意思表示」、bは「目的の定め」、dは「目的に従った使用収益の終了」である。

請求原因　　抗　弁

①a＋c ――― b

②a＋b＋d

このブロックダイアグラムにおいては、請求原因②は請求原因①に対する抗弁を含んでいるから、請求原因①と請求原因②を同時に主張すると、請求原因①は抗弁によって排斥されることを自ら主張していることになってしまう。そのため、請求原因①を主位的に主張し、請求原因②を予備的に（「抗弁bが成立した場合には」という条件付で）主張する必要があるというのが、上記文献の発想なのだろうと思われる。

しかし、事実単位で各要件事実の合理的な判断順序を考えると、次のようになる。a以外の事実においては、最初に当該事実の存否の判断をしてそれが不存在であるという結論となっても、それだけで直ちに判決結果は決定できないが、aの存否を判断してこれが不存在であれば、請求原因①も請求原因②もいずれも成立しないことになるから、その余の事実の判断をするまでもなく直ちに請求棄却の結論を得ることができる。したがって、aの存否の判断を最初に行うことが合理的である。次に、aが存在すると判断された場合には、続いてbの存否の判断をするのが合理的である。もしbが存在するとの結論となった場合には、請求原因①の効果は抗弁で排斥されることになるから、cの存否の判断は不要となり、後はdの存否の判断をするだけで足りる。これは、結果的に、請求原因②の判断を後回しにしたということである。反対に、bが不存在という結論となった場合には、請求原因②は成り立たないことになるから、dの存否の判断は不要となり、後はcの存否の判断をするだけで足りる。これは、結果的に、請求原因①の判断を後回しにしたということである。

このように、事実単位で合理的な判断順序を検討してみると、請求原因①と請求原因②のいずれの判断が後回しになるかはbの存否の判断結果次第なのであるから、請求原因①の系列と請求原因②の系列は同等であり、請求原因①の系列を先に判断すべきだという根拠は見いだせない。したがって、請求原因①と請求原因②とは主位・予備の関係には立たない。もっとも、前述のとおり、これら2つの請求原因が同時に成立することもありえないから、これらは並列

司法研修所は、3の場合の事実摘示の具体的方法として、次のように指導している。3の場合、抗弁②の判断に入る前に抗弁①の系列の要件事実であるaとdの判断を済ませていることが前提となるので、抗弁②の要件事実としてはaとdの摘示を省略し、bのみを摘示する。かつ、抗弁②（＝bのみを摘示）が抗弁①（＝a）及びその再抗弁（＝d）を前提としていることが分かるように、抗弁②の見出欄に「抗弁①及びその再抗弁を前提として」と記載しておく(32)。

4　機能する局面

「許されたa＋b」としての予備的主張は、攻撃防御方法を訴訟経済上の観

する同価値の請求原因でもなく、択一的関係にあるということになる。ここに「択一的」とは、「いずれか一方しか成立しないという関係にあるが、裁判所がいずれの成立を認めて原告を勝訴させるかには拘泥しない。」という意味である。「両方とも成立する関係にあるため、どちらを認めてもよい。」という意味での「選択的」とは異なる。

攻撃防御方法の判断順序を考える場合、一般には、請求原因、抗弁、再抗弁…という固まり単位で検討していると思われるが、「判断順序の合理性」という観点を徹底させるなら、事実単位で検討しなければならない。そのような立場で個々の事実の判断順序を検討するとすれば、本件事案においては、請求原因①と請求原因②の共通の要件事実であるaの存否の判断をした次には、請求原因①の残りの要件事実であるcを飛ばして、請求原因①に対する抗弁の要件事実であるとともに請求原因②の要件事実であるbの判断をするのが合理的だということになるのである。

事実単位での判断順序を決定するルールは、「複数の系列において同一の事実が要件事実となっている場合（上記のaやbがこれに当たる。）には、その事実から先に判断する。これに該当する事実の中で、いずれの系列においても立証責任の所在が同じ事実（上記のa）と系列によって立証責任が逆になる事実（上記のb）があるときは、前者（上記のa）から先に判断する。」となるのではないかと思われる。

(32) 村田ほか前掲書・125頁、129頁〔村田〕

点から合理的順序で判断するための技術概念であり、この判断順序を誤ったからといって、上級審が同じ結果を出すために順序を変えて判断するのは、訴訟経済上却って無駄である。したがって、この判断順序の制約は、評価規範としては機能せず、行為規範としてのみ機能するものだと考えられる。

この点は、一部抗弁よりも全部抗弁を先に判断するとか、請求原因の判断を留保したまま先に抗弁の成立を認めて請求棄却判決をするとかの扱い(33)をするのと同様の発想に基づくものであるといえる。

以上

(33) 訴訟経済を徹底すれば、請求原因の成否の判断よりも先に抗弁が成立することが認められるに至ったのであれば、その段階で、請求原因の成否の判断を差し置いて請求棄却判決をすべきことになるが、実務上は、この扱いは、「許容されている」というにとどまり、行為規範だとまでは考えられていないであろう。