

第二章 既判力の時的限界

講義の進行予定

今回は、4. 既判力によって確定されるのはどの時点の権利関係か、です。これは、いわゆる既判力の時的限界と呼ばれる分野です。

- (1) どの時点の権利関係が確定されるのか
- (2) 確定されると一切争えないのか
- (3) 形成権はもはや行使できないのか

今回のテーマはこの3つです。

では、順番にやっつけていきましょう。

既判力の作用の復習

既判力の作用のところでお話したように、既判力は、前訴判決の判断内容を争えなくするんですね。これが、消極的作用でした。

ただ、前訴判決後の事由については、あらたに主張することが可能なので、裁判所は前訴判決の判断内容を前提に、その後の新事由を加味してあらためて判断して本案判決をなすこととなります。この、前訴判決の判断内容を前提としなければならない、というのが積極的作用でした。

ここまでは大丈夫ですよ？

わからない方は、もう一度復習しておきましょう。

(1) どの時点の権利関係が確定されるのか

いつの時点の権利関係に生じるのか

では、厳密に、既判力はどの時点の権利関係についての判断に生じるのでしょうか？ 言い換えれば、どの時点までは争えなくなってしまう、どの時点から後なら争えるのでしょうか？

後訴で争えるかどうかはえらい違いですから、きっちりどの時点なのか、あらかじめ決めておく必要があります。

この時点を、「基準時」といいます。文字通り、基準となる時点ですね。基準時ともいいますが、ま、基準時のほうがよく使われています。

刑訴との違い

このことは、刑事訴訟は過去の1つの事件を対象とするのに対し、民事訴訟が私法上の権利関係を対象とすることのあらわれでもあります。

つまりですね、刑事訴訟だったら、平成16年11月11日に誰々が誰々を拳銃で殺したなんて事実があったかなかったが問題となります。これはもう、あったかなかったかだけであって、平成16年11月11日以降の事情によって、当初はなかったけど殺していたことになったり、あるいは逆に殺していなかったことになったりなんてことはありえません。

これに対し、民事訴訟では、Xに土地所有権があるかとか、YにXに対する100万円の貸金債権があるか等々が問題となります。そして、Xの土地所有権は、誰かがそのうち買ったりXが死んで相続が起きたり時効取得されてしまったり等々の事情により、変動することは大いにありえます。

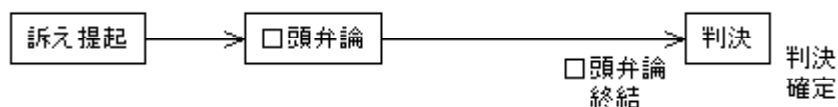
そこで、既判力はいつの時点の権利関係を確定したのか、あらかじめきちんとその時点を決めておく必要があるのです。

基準時はいつか？

では、基準時はいつでしょう？

実はですね、民事訴訟法にはこの基準時に関する条文はないんですよ。まあ、ないといえば、前回の既判力の作用に関する条文等もまったくないんですけども。

ということは、解釈の問題ということです。では、いつと解釈すべきでしょうね？民事訴訟はおおざっぱに言えばこんな感じで進行するんですが、この中のどの時点を基準時と考えればよいでしょうね・・・？



ちょっと聞いてみましょうか。

訴え提起時にしようや。

ふむふむ。しかしですよ、訴えを提起した後も、権利が変動する可能性はあるんですよ。例えばこんな場合です。

XはYに対し、100万円の貸金返還請求訴訟を提起した。Yはしばらくは争っていたが、徐々に面倒になり、「もうええわ、100万円払うたるわ、これで文句あらへんやろ？」といって100万円をXに弁済した。

にもかかわらず、訴え提起時には、XはYに対し100万円の貸金債権を有していたという理由で認容判決を出すのは、とっても不合理ですよ。

そおか。それやったら、判決確定時にしよか。

なるほど。しかしですよ、口頭弁論が終わってから判決が言い渡されて確定するまでの間、しばらく時間がありますよね？その間に事情が変動したらどうします？例えばこんな場合です。

XはYに対し、100万円の貸金返還請求訴訟を提起した。口頭弁論においてXはがんばったので、すべての口頭弁論が終わった時点で、Xの勝訴判決が出る見通しとなった。

その雰囲気を感じて察したYは、いさぎよくあきらめ、「わかった。判決が出る前だけでも100万円払うわ」といって100万円をXに弁済した。

この場合、裁判所としては、口頭弁論が終わった後で弁済という事実が発生したかどうかなんて知りようがありません。また、たとえたまたま知ることができたとしても、弁論主義により、当事者が主張していない以上は判決の基礎とすることはできません。そうすると、裁判所はXの請求を認容する判決を出すことになるでしょうね。

にもかかわらず、判決確定時を基準時と考えるということは、この判決が確定しているのは判決確定時にXがYに100万円貸金債権を有することになります・・・あれ、実際には判決確定時にはすでに弁済されているのですから、やっぱりおかしいですよ。

じゃあいつやねん、口頭弁論終結時なんか？

そうなんです。

当事者は、口頭弁論終結時までは、事実や証拠を提出することができます。よって、裁判所は口頭弁論終結時の資料を基礎に判決することになります。したがって、口頭弁論終結時が基準時となるのです。

もちろん、タイミングを逸した提出は時機に後れた攻撃防御方法の提出に当たるとして157条で却下されてしまう場合もあるでしょう。ただ、可能性としては、事実審の口頭弁論終結時まで提出しうる以上、上述のように考えてよいでしょう。

基準時：事実審の口頭弁論終結時

さて、正確には、事実審の口頭弁論終結時、です。

三審制なので、最後の第三審の口頭弁論終結時のような感じもするんですが、法律審たる第三審では、もはや事実・証拠を提出することはできないんですね。よって、事実・証拠を提出しうる事実審の口頭弁論終結時が基準時です。

というわけで、(1) どの時点の権利関係が確定されるのかの答えは、事実審の口頭弁論終結時、ということになります。

民事執行法上の根拠

先ほど、基準時に関する条文はないとお話ししました。ところが、民事訴訟法にはないんですが、民事執行法には存在するんです。民事執行法35条2項です。みてみましょう。

「確定判決についての異議の事由は、口頭弁論の終結後に生じたものに限る」

この民事執行法35条という条文は、タイトルや1項からわかるかと思いますが、強制執行を阻止したい場合に起こす請求異議の訴えについて定めています。そして、2項は、相手が確定判決に基づいて強制執行をかけてきた場合には、口頭弁論終結後の事情しか異議の事由とできないと定めているわけです。

この条文からすると、確定判決は口頭弁論終結前の事由で争えないということがうかがわれます。ただ、あくまで請求異議の場面についての条文ですから、基準時そのものの根拠条文とまでは言えないんですね。そこで、民事執行法35条2項参照、というように「参照」をつけて書くのが一般です。

民事訴訟法上の根拠

さらにですね、実は民事訴訟法にも条文がなくはないのです。

253条1項4号をご覧ください。ほらほら、「口頭弁論の終結の日」と書いてありますよね？

この253条は判決書の記載事項に関する条文です。わざわざ判決書に口頭弁論終結の日を書くということは、なんらかの意味があるはずで、その意味は、既判力の基準時を明確にする必要という点にあると考えられるわけですね。

ただまあ、直接、「既判力の基準時は口頭弁論終結の日である」と書いてあるわけではないですよ。よって、この条文を根拠条文としてあげることはあまりありません。

他に、117条等もありますが、まあ、見ておいてください。

基準時の権利関係を確定

XはYに対し、100万円の貸金返還請求訴訟を提起したところ、勝訴し確定した。
ところが、その後、YはXに対し、この債務の不存在確認訴訟を提起してきた。

前訴判決の既判力は、基準時にXがYに100万円の貸金債権を有していたことについて生じます。あくまで基準時の権利関係ですよ。基準時より前に権利関係がどうだったか、あるいは基準時より後にどうだったかは確定されていないことに注意してください。

さて、既判力の消極的作用によって、XもYも、もはや基準時におけるXのYに対する100万円の貸金債権の存在を争うことはできなくなっています。また、裁判所も、XやYが争った場合には、その主張を排斥しなければなりません。このことを、「既判力の遮断効」といいます。

もつとも、Yは、基準時後の権利変動を主張することは可能です。言い換えれば、基準時後の資料を提出することは許されます。この場合、裁判所は、基準時には貸金債権が存在していたことを前提に、新たに提出された基準時後の資料を加味して判断することになります。このことは、裁判所は、基準時の貸金債権の存在を必ず前提としなければならない、ということでもあります。これが、既判力の積極的作用ですね。

(2) 確定されると一切争えないのか

遮断の意味

基準時の権利関係を、基準時前の攻撃防御方法によっては争えなくするというのが、既判力の遮断効でした。

もはや攻撃防御方法を提出する権利を失ってしまうことから、失権効ともいいます。ま、遮断効という表現が一般的かと思います。

では、あらゆる攻撃防御方法が遮断されてしまうのでしょうか？例外はないのでしょうか？特別に主張できる場合はないんですかね？というわけで、(2) 確定されると一切争えないのか、の検討に入りましょう。

では、先の事例に出てきたYに登場してもらって、その言い分をちょっと聞いてみましょう。

Yの言い分

消費貸借契約は実は錯誤に基づくものやったんや。したがって、民法95条によって無効や。

そういうことは前訴で主張すべきです。既判力により、後訴ではもう主張できません。だめです。

いや、前訴でも主張したんやけどな、裁判官がそのような事実は認められないなんて言うてな、認めてくれへんかったんや。

あおう、前訴で主張済みで、立証に失敗したんですか？すでに一度裁判で争っている以上、再び争うのは蒸し返しそのものです。なおさらだめです。

間違えた、主張はしてへん。たまたま錯誤やったことをど忘れしとって主張せえへんかったんや、勘弁してや。

ファンタスティック民訴

たとえ裁判で争っていなくても、ど忘れしたあなたが悪いのです。やっぱりだめです。

ていうか、そもそも、錯誤があったなんて事情をど忘れなんてことは、ありえないような気がしますけど・・・

すまん、ほんまはど忘れやないねん。諸々の事情で主張できひんかったんや。無過失や。不可抗力や。後訴であらためて錯誤無効を主張させてや。

諸々の事情ってなんですかいったい・・・

たとえ無過失や不可抗力でもだめでしょう。いったん民事訴訟が開始された以上、当事者は十分に注意深くあらねばならないのです。

そんなこと言わんと。そもそも既判力の正当化根拠には手続保障があるんやろ？不可抗力で主張できひんかったんやから、わしの手続保障は十分ではなかったってことやないか。こういう場合、既判力は正当化されへんわけやから、主張できることになるはずや。

げげげげ・・・理論武装してくるとは、あなたなかなかやりますね。前回の既判力の根拠、のところが勉強してきたんですね。

たしかに、既判力の根拠でお話したように、既判力は手続保障が与えられていたからこそ正当化されます。そうすると、手続保障がなかった場合には、正当化されないということになるでしょう。

しかしですよ、物事には表もあれば裏もあるんです。したがって、一方のみを主張してはいけません。反対側からの検討も必要です。

そして、既判力の根拠には手続保障のみならず、法的安定もあつたはずですよ。そうするとですよ、安易に基準時前の事由を主張しうるとしてしまつては、法的安定が著しく損なわれるでしょ？

なんぼ法的安定が損なわれるいうても、手続保障も大切やろ。法的安定と手続保障の二本柱のはずや。

たしかに二本柱ですけども。

前訴で主張する機会がまったく与えられていなかったのであれば別ですが、あなたにはちゃんと訴状や呼出状も届いて、訴訟で主張する機会が十分に与えられていたはずですよ？

そうである以上、手続保障は与えられていたと評価してよいのではないのでしょうか。主張しなかったあなたの自己責任、というわけです。

抽象的には主張する機会があつたかもしれんけど、その機会が利用できひんかったんや。こんな場合にまで、手続保障があつたなんて言い切るのは、そら無茶やろ。

実際に機会が利用できる場合でないとかんはずや。

むむむ。粘りますね。

これはつまり、既判力の正当化根拠である手続保障とは何か、当事者にどの程度まで保障されていればよいのかという問題と言えますかね。

つまり、先ほど述べたように、主張する機会が与えられていれば十分と考えるか、それとも主張する機会のみならず、具体的な事案において実際に主張することができたはずとまで言える必要があるか、です。前者を抽象的な手続保障、後者を具体的な手続保障と表現できるでしょう。

実は争いがありまして、具体的な手続保障を重視する説もあります。ただ、通説は、抽象的な手続保障で足りるとして、法的安定を重視するのです。

なんで抽象的な手続保障で足りるんや。そんなんでも十分なんて言うたら、たいていの場合には手続保障が認められることになってしまうやないか。具体的な手続保障まで必要と考えんと、正当化根拠に手続保障を入れる意味がなくなるんちがうか。

前回もお話したように、再審という制度があるわけで・・・具体的な手続保障が欠ける場合は、再審の限度で争えるというのが、現行法の立場といえるでしょうね。よって、既判力を正当化するのは、抽象的な手続保障で足りると考えられるのです。主張する機会はあった以上、もはや提出しえなくなるのです。

もっとも、あまりにひどい場合には、ごく例外的に争えるという説が最近は有力です。

新堂先生は、基準時前の事由であっても、「その提出をおよそ期待できなかった場合にまでこれを排斥するのは手続保障を欠くことになるので、その提出を認めるべきである」とされています。前訴での提出について期待可能性さえなかったような具体的事情がある場合には、後訴での提出を認めるのですね。むろん、認められるのはごくごく例外的な場合でしょうけども。

ほれほれ。わしの錯誤も、前訴での主張が期待できない特別な事情があったんや。せやから後訴で提出できると考えるべきや。

たしかに、通説のようにおよそ一切の例外を認めず、すべて後訴では提出できないというのでは、事案によってはちとまずい場合もあるでしょうねえ・・・あまりにかわいそうな場合がありそうです。

しかしながら、このような例外を認めてしまうとどうなるでしょうね？

あなたみたいに、何でもかんでも「前訴では主張できなかったのは、およそ期待できない事情があったからだ」と言い出して争うことになりそうです。こうなってしまうとですね、裁判所は、本当に「およそ期待できない事情」というものがあつたかあつたかをいちいち審理しなければならなくなります。

これに対し、例外を認めず、基準時前の事由は一律遮断ということにしておけば、

ファンタスティック民訴

そんな審理はせずにすみますよね。基準時前ということが判明した途端に排斥すればよいのですから。

つまり、ごくごく限定的にであっても、例外を認めてしまった瞬間に一律遮断のメリットは失われ、具体的事情の真理が必要となってしまうのですね。

整理すると、こんな感じでしょうか。

通説：基準時前に存在した事由かどうかのみ判断（基準時前ならすべて遮断）
有力説：基準時前に存在した事由なら、期待できない具体的事情があったかどうかも判断（いちいち具体的事情の有無を審理しなければならない）

・・・なら、この事由は遮断される、この事由は遮断されへんっていうように、あらかじめ決めとこうや。そうすれば、一律判断のメリットは失われへんやろ。

ふうむ。具体的な事情があったかどうかで遮断されるか否かを決めるのではなく、問題となっている事由に応じて遮断されるかを決めるということですね。たしかに、そうすれば、いちいち具体的事情があったかを審理する必要はなくなりますね。

そうすると、次は、どのような基準で遮断されるか否かを決めていくかが問題となってきます。

そして、ここでは提出責任というもので判断するという説があります。上田先生の説です。

この説は、手続保障が充足していたか、すなわち自己責任を問うるか否かは、実体法上の法的地位によって判断すべきとします。その法的地位が、前訴で事由を提出しておくべきだったといえるような地位の場合＝提出責任があるような場合には、遮断されるというのです。

・・・ほんで結局、わしの錯誤無効の主張は許されるのか。

通説なら一律遮断なので許されません。

また、期待可能性説でも、錯誤の主張が期待できない事情ってちょっと考えにくいので、やっぱり遮断されるんじゃないでしょうか。

さらに、提出責任説では、錯誤は当然に主張しておくべきといえますので、遮断されます・・・あらら、どの説でも、あなたは負けちゃいますね。

遮断効のまとめ

まとめましょう。

通説だと、基準時前の事由について、知っていようが知っていまいが、あるいは過失があろうかなかろうが関係なく、一切遮断されることになります。

これに対し、期待可能性説だと、原則として遮断されますが、ごく例外的に、前訴での提出について期待可能性がなかったような場合には、遮断されず後訴での提出が

許されることとなります。

また、提出責任説では、提出すべき法的地位にあったとはいえないような場合には、やはり遮断されないこととなります。

(2) 確定されると一切争えないのか、の答えはこんな感じです。ま、通説で覚えておけばいいでしょう。

・・・え、ならなんで長々と有力説を説明したのかって？既判力はこころへんが楽しいんですよ。私だけが楽しんでいても仕方ないので、みなさんも是非楽しんで下さい。

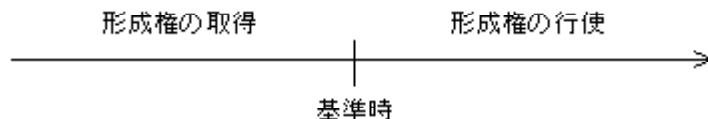
(3) 形成権はもはや行使できないのか

形成権の問題点

では、張り切って(3) 形成権はもはや行使できないのかへと進みましょう。形成権は・・・大丈夫ですよ？

形成権は、民法で学んだ取消権や解除権などの総称です。権利を有している人が一方的に意思表示をすれば、効果が生じます。例えば取消権者が「取り消す」と言えば、取消の効果が生じるんですね。

さて、この形成権も、他の事由と同じく遮断されてしまうのでしょうか？



具体的にはこんな場合です。基準時より前に形成原因が発生していたため、すでに形成権を取得しており、前訴で形成権を行使することは可能だったんですね。しかし、行使しないまま終わり、後訴であらためて形成権行使を主張してきたわけです。

百選86事件：最高裁昭和55年10月23日の事案

具体例ということで、百選86事件：最高裁昭和55年10月23日の事案をみてみましょう。判例百選が出てくるなんて、どんどん本格的になってきましたね、すばらしい。

YはXに対し、甲土地売買契約に基づく土地所有権確認および所有権移転登記請求訴訟を提起し、勝訴し確定した。これにより登記も移転された。

その後、XはYに対し、上記売買契約は詐欺に基づくものであったとして、移転登記抹消請求訴訟を提起した。

ファンタスティック民訴

だいたい、事案はこんな感じですよ。

民法で勉強したとおり、詐欺に基づく意思表示は取り消せます（民法96条1項）。よって、Xは甲土地を売るとの意思表示を取り消すことができ、それにより、甲土地売買契約を最初から無効だったことにできます（民法121条本文）。そうすると、後訴でのXによる詐欺取消が認められるのであれば、Yには甲土地所有権がないことになるので、Xによる移転登記抹消請求も認められることになるのです。

そういうわけで、この事案では、後訴において、Xによる詐欺取消の主張が認められるか否かが大問題となるのです。

形成権の特殊性

さて、遮断されるか否かですが・・・

今までの話からすると、常識的には、基準時前に形成権を行使しえた以上、遮断されてしまいそうですね？

ところが、形成権の場合には、上の図で示したように、形成権を取得した時点と形成権を行使する時点がずれることとなります。そして、形成権を行使した時点を基準に考えれば、これは、基準時後の新事由ということになり、遮断されないと考えることができるのです。

さらに、形成権は、権利行使するか否かについて、形成権者の自由に委ねられています。そのような形成権者の地位を尊重すれば、形成権を行使した時点を基準とすべきとも考えられるのです。いつ行使しようとする形成権者の自由なわけですから、基準時後であっても行使してよいのではないかと、というわけですね。

対立利益

以上をまとめましょう。

まず一方で、既判力の法的安定の要請があります。権利関係を確定した以上、形成権行使を認めては、法的安定が損なわれるのです。そして、すでに形成権が発生しており前訴で主張しえた以上、手続保障もあったわけですから、基準時前の事由と考えて遮断すべきという方向があるでしょう。

他方、形成権者が自由に権利行使できるという地位を尊重すれば、基準時後の新事由と考えて遮断しないという方向になるでしょう。

よって、法的安定要求と形成権者の実体法上の地位との、どちらを優先させるか、あるいはどのように調和させるかが問題となるのです。

遮断効の考え方からの帰結

さて、先ほど、(2) 確定されると一切争えないのかにおいて、通説と期待可能性説・提出責任説をお話ししました。

このうち、まず通説は、法的安定を重視して一律遮断としたのですから、ここも同じく遮断する方向へいくのが自然です。

これに対し、期待可能性説は、具体的事情に応じて・・・ということになりますが、その前提として、まずは形成権ごとに遮断の有無を判断するようです。つまり、形成

権ごとに遮断されるか否かを決し、次いで、遮断される場合でも期待可能性が欠けるような具体的事情があれば遮断しない、としていくのではないかと思います。あ、これは、私が勝手に想像した処理です。

そして、提出責任説では、実体法上の地位で決まるのですから、こちらはまさしく、形成権ごとに判断していくことになります。

実はですね、通説も、形成権ごとに判断するんですよ。したがって、通説も法的安定を重視しつつ、形成権の場合には一定程度有力説の考え方を取り込んでいるんでしょうね。あるいは、提出責任説などは、通説がこのように形成権ごとに判断しているのを理論化したもの、ということなのかもしれません。

どう考えるか

こうしてみると、どの立場も、形成権ごとに考えていくべきとしているようです。

たしかに、形成権と言っても、その中にはいろいろなものが含まれているのですから、その性質の違いを無視して遮断の有無を決めてしまうのは不合理ですね。

そこで、ここでも、形成権ごとに考えていくことにしましょう。伝統的に問題となってきたのは、これらの形成権です。本当はもう少しあるんですけども、ま、宿題扱いに回しますのでいいでしょう。

- (イ) 取消権
- (ロ) 相殺権
- (ハ) 建物買取請求権

では、順に、まずは取消権からみていきましょう。

(イ) 取消権

先ほど具体例ということで、判例の事案を出しましたが、ほったらかしになったままですね。まずは、この判例の結論を見てみましょう。

「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」

詳しい判旨は判例百選を見ていただくとして、どういう結論をとったかは明らかです。取消権は遮断されてしまいました。

そして、通説も、この結論を支持し、遮断を肯定しています。その理由としては、①取消権は請求権自体に付着した瑕疵であるから、既判力によって洗い流される、②

ファンタスティック民訴

取消に比べてより重大な瑕疵である無効主張がすべて遮断されることとの均衡、等が挙げられています。

通説の理由①

①の意味はいいでしょうか。

請求権自体に付着した瑕疵というのは、この事案ではこういうことです。前訴の訴訟物たる売買契約に基づく土地所有権確認請求や移転登記請求というのは、そもそも詐欺に基づく意思表示によって生まれたものです。そうすると、これら請求権はまっさらなきれいな請求権ではなく、取り消されるかもしれない請求権といえます。いわば、瑕疵が付着した請求権なのです。

なのですが、確定して既判力が生じたことにより、もはやこの請求権の存在は争われることがなくなりました。したがって、取消権はもはや行使しえないと考えるべきだ、というわけです。

通説の理由②

②のほうは、わかりますよね。

ただ、最近の民法学では、必ずしも無効のほうが取消より瑕疵が重大とは言えないとも言われているようですけども。このことは、次の少数説が指摘するところでもあります。

少数説の批判

さて、この通説・判例に対し、取消権は遮断されないとする少数説が対立しています。中野先生の説です。

この説は、上記理由①に対しては、既判力によって確定したのは、あくまで瑕疵が付着したままの債権だとします。こう考えれば、たしかに、後訴で取消権を行使することは既判力に反しないですね。

ただまあ、この批判は、既判力によってきれいな権利となったととらえるか、取り消されるかもしれない瑕疵がついたままの権利ととらえるかという、とらえ方の問題にすぎないわけで、決定的な批判ではありません。

少数説のポイント

この説が一番問題とするのは、民法126条です。この条文はご存知・・・ですよ？各自ひいてみてください。取消権の消滅時効の条文です。

少数説は、この条文をもとに、こう解釈します。民法126条は取消権を行使する期間を保障しているのだから、その期間内であれば、たとえ途中で既判力が生じてもお取消権を行使できるのだ、と。

少数説への反論

なるほど・・・とも思えますが、はたして民法126条が、既判力が生じた後に行使することまで保障した規定といえるかは疑問といえるでしょうね。訴えが提起され

た以上、その訴訟で決着をつけるべきだからです。

したがって、民法126条は、期間を経過すれば取消権が行使できなくなるというようにとらえるべきで、その期間内はいかなる事情が発生しようと権利行使しうる、というようにとらえるべきではない、とされています。

さらにですよ、相手方からすると、せっかく訴訟で勝訴したのに、また後訴で取消権を行使されてしまうわけで、このような点からすると、やはり法的安定を重視し、前訴で提出すべき＝遮断されてしまうと考えるべきでしょうね。

余談：判例は期待可能性説を採用したのか

さて、楽しい楽しい余談の時間です。くれぐれも、この部分だけ鮮明に覚えているなんて事態は招かないように・・・なんていうと、いやでも覚えてしまいますかね。なら、今後は大事な部分は余談に放り込むようにしましょうか。

さきほど引用した判旨の部分をご覧ください。よく読むと、「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」なんて一言が入っています。ここでは引用していませんが、判旨には「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」という一言も入っています。

・・・あれれ、ということは、その効果を主張できない事情がある場合には、取消権は遮断されなくなる！？

こんなふうに、主張できない事情があるか否かを個別具体的に考えていく立場って、前に出てきましたよね。そう、期待可能性説です。このような限定をつけていることから、この判例は、期待可能性説を採用したのではないか、なんて言われていたりもするんですね。

余談：判例を通説から説明することはできるか

ただ、上記の部分を通説の立場から解釈することも不可能ではありません。「その効果を主張することができたのに」というのは、実際には前訴の時点で取消権が発生していたのであるから主張できたはずだ、というように、客観的時間的な意味にとらえるわけですね。なんらかの事情で取消権行使を主張できなかったというふうには読まないことも可能です。

まあ、この判例は、主張できないなんらかの具体的事情があった事例ではありませんから、もし取消権行使を主張できない事情がある場合はどうなるかについては、何も触れていないというべきでしょうね。

(ロ) 相殺権

さて、次に相殺権にいきましょう。はりきっていきましょう。

相殺権については、判例百選に載っていないんですよね。しかし、判例はあります。最高裁昭和40年4月2日、です。さあ、そこの眠そうなあなた、瞠目して事案を見

てみましょう！

XはYに対し、貸金1000万円の返還請求訴訟を提起した。
YはXに対し、1000万円の売買代金債権を有しており、Xの有する貸金債権と相殺適状にあった。しかし、Yは消費貸借契約の成立を争ったため、相殺を主張しなかった。その結果、Xは勝訴し、判決は確定した。
その後、Xが強制執行を行ってきたため、Yは請求異議の訴えを提起し、上記1000万円の売買代金債権との相殺を主張した。

どうですか、目を見開いて事案を読んだら、何か見えてきましたか？くるわけないですよ。

・・・えー、まず、請求異議の訴えなんてのが出てきていますね。これはご存知ですか？民事執行法35条なんですけども・・・あ、前に出てきましたね。基準時のところですよ。

請求異議の訴え

もう一度説明しますと、1000万円の損害賠償請求訴訟といった給付訴訟で勝訴して確定判決を得た場合、執行力という効力を得ることができます。この執行力というのは、国家機関に強制執行をかけてもらえるという効力です。したがって、勝訴した側は、敗訴した側が任意に払ってくれなければ、強制執行をかけて取り立ててもらえることができます。

ところがですよ、たとえば敗訴した側があきらめてすでに払ったのに、勝訴した側が強制執行をかけてきたような場合、敗訴した側にこの強制執行を阻止する手段を認める必要がありますよね。ぼけっとしてると強制執行くらって、めぼしい財産をどんどん差し押さえられて競売かけられて売り払われてしまうおそれがありますから。

その手段が、この請求異議の訴えです。この場合、あらたに後訴で1000万円の債務不存在確認訴訟を提起するという手段では、強制執行を阻止することができないんですよ。

事案の問題点

さて、上記の判例の事案について、Yの請求異議の訴えが認められるか、ですけども。

相殺が遮断されないのであれば、Yは相殺によって双方債権を消滅させることができ、請求異議の訴えが認められることになります。

これに対し、相殺が遮断されるのであれば、Yには他に強制執行を食い止める手段がないでしょうから、請求異議の訴えは認められないでしょう。ただ、この場合でも、Yの反対債権がなくなるわけではありませんから、Yは別訴を提起して反対債権を請求することは可能です。たまに、この別訴による請求さえもできなくなると誤解している方がいらっしゃいますが、あくまで相殺権という形成権が遮断されるだけです、注意してくださいね。

ま、このように、Yの請求異議の訴えが認められるか否かは、相殺が遮断されてしまうか否かにかかっているわけです。

判例の結論

では、まずは判例の結論を見てみましょう。

相殺は当事者双方の債務が相殺適状に達したとき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が生ずるものである。

したがって、結論として遮断されない、としたんですね。

しかしながら、判例の理由づけは、相殺の場合は権利行使した時点で判断するのだと言っているだけですから、あまり説得的ではありません。取消権の場合でも同じことは言えますよね。

相殺の場合はなぜ権利行使した時点で判断するのか、その実質的理由こそが問題です。

通説の理由

通説は、①相殺権は請求権自体に付着した瑕疵とはいえない、②相殺権行使により自己の反対債権が消滅するという不利益が生じるから、前訴での提出を強いるのでは酷である、という点を根拠とします。

理由①は、取消権の場合との比較ですね。取消権は、上述の例ではXの請求権にくっついた形成権といえますが、相殺権は、Yの有する反対債権で消滅させるわけですから、Xの債権にくっついているわけではありません。

理由②も、取消権との比較で理解しやすいかと思います。取消権は、Xの請求権を一方向的に消滅させるだけで自分のほうにとくに不利益は生じませんが、相殺権は、Yは自らの反対債権とともにXの請求権を消滅させるわけで、自己の債権の消滅という不利益を伴うんですね。

少数説の批判

ここでも、反対する少数説が存在します。

先ほど述べたとおり、相殺権が遮断されても、反対債権の行使は可能なんですね。そうである以上、Yには、さほど遮断による不利益はないといえます。

また、前訴で勝訴したXは、せっかく勝訴して強制執行が可能な地位を手に入れたというのに、後でYに相殺権を行使されることで、その地位が奪われてしまうのは不当ともいえます。

少数説はこれらの理由から、相殺権も遮断されると解すべき、とするわけです。

少数説への反論

この少数説の批判に対しては、以下のような反論が可能だと思います。

ファンタスティック民訴

いくら反対債権の行使が可能だからといって、相殺ができないと、勝訴したXが貧乏なため、Yが反対債権の満足を得られない場合に不公平ですよ。自分の債務だけ一方的に弁済しないといけないわけですから。そういう事態を防ぐことが、相殺の担保的機能だったはずですよ。

また、勝訴したXが強制執行し、敗訴したYも別訴で強制執行するとすると、2回も強制執行を行うことになるわけです。相殺したら1回も強制執行しなくて済みます・・・ま、双方の債権に差額があれば1回は強制執行しないといけないですけども。少なくとも、2回も強制執行しないといけないというのは、手続経済に反するといえるでしょう。

さらに、強制執行が可能な地位が奪われてしまうといいますが、基準時後に弁済された場合には、当然、もはや強制執行はできませんよね。相殺もそれと同じだと考えれば、必ずしも不当とはいえないでしょうね。

というわけで、判例・通説でよいのではないかと思います。

(ハ) 建物買取請求権

最後の建物買取請求権によろやくたどりつきました。百選87事件：最高裁平成7年12月15日です。こんな事案です。

土地賃貸人Xは、賃借人Yに対し、賃貸借期間満了を理由として建物収去土地明渡請求訴訟を提起し、勝訴し確定した。

その後、YはXに対し、建物買取請求権を行使したうえで、請求異議の訴えを提起した。

建物買取請求権が遮断されない場合

この建物買取請求権の行使が認められると、どんな効果が生じるかはわかりますかね？

Y所有だった建物をXが買い取ったことになるわけですから、建物はX所有となります。その代わりに、YはXに代金請求ができるのです。そして、この代金債権を被担保債権として、Yは建物、さらには土地についても民法295条の留置権を行使することができるのです。

そうするとですよ、Xは、前訴で建物収去土地明渡請求の確定判決を得たというのに、建物買取請求権を行使されることで、この建物収去土地明渡請求権は建物退去土地明渡請求権に転化してしまい、かつ、留置権を行使されてしまう地位に転落してしまうわけです。

実はこのあたり、争いがあるところなのですが、通説は以上のように考えています。

さて、このような効果が生じることからすると、建物買取請求権は、建物収去土地

明渡請求に対して防御的に働く側面があり、既判力によって遮断されるのではないかが問題となるのです。

建物買取請求権が遮断される場合

逆に、建物買取請求権の行使が認められないと、建物収去土地明渡の強制執行を阻止できないことになるかも確認しておきましょう。

ただ、あくまで確定されたのは建物収去土地明渡請求権の存在でして、建物買取請求権の不存在ではありません。訴訟物が異なるからです・・・おっと、次回の範囲の5. 既判力は判決のいかなる判断に生じるのか、で取り上げる内容が出てきてしまいました。ま、聞き流しておいてください。

とりあえず、建物請求権の不存在が確定されたわけではないのです。したがって、別訴において、建物買取請求権を行使し、建物代金の支払を求めることは可能です。最高裁昭和52年6月20日が、そのように判示しています。

判例の結論

まずは、上記判例の結論です。長いですが、ちゃんと読んでくださいね。

「建物買取請求権行使の効果を異議の事由として主張することができるものと解するのが相当である。けだし、(1)建物買取請求権は、前訴確定判決によって確定された賃貸人の建物収去土地明渡請求権の発生原因に内在する瑕疵に基づく権利とは異なり、これとは別個の制度目的及び原因に基づいて発生する権利であって、賃借人がこれを行行使することにより建物の所有権が法律上当然に賃貸人に移転し、その結果として賃貸人の建物収去義務が消滅するに至るのである、(2)したがって、賃借人が前訴の事実審口頭弁論終結時までに建物買取請求権を行行使しなかったとしても、実体法上、その事実は同権利の消滅事由に当たるものではなく（最高裁昭和52年6月20日（略））、訴訟法上も、前訴確定判決の既判力によって同権利の主張が遮断されることはない」と解すべきものである、(3)そうすると、賃借人が前訴の事実審口頭弁論終結時以後に建物買取請求権を行行使したときは、それによって前訴確定判決により確定された賃貸人の建物収去義務が消滅し、前訴確定判決はその限度で執行力を失うから、建物買取請求権行使の効果は、民事執行法35条2項所定の口頭弁論の終結後に生じた異議の事由に該当するものというべきであるからである。」

結論として、相殺権と同じく、遮断を否定したんですね。

判例の理由

この判例は、先ほどのとは異なり理由がしっかり書いてありますね。

(1)では、権利に内在する瑕疵ではないと言っていますから、取消権よりも相殺権に近いとされたわけですね。この部分はおそらく、建物買取請求権の制度趣旨は、建物の取り壊しをなるべく避け、建物の社会的効用を保持するという点にあることから、

ファンタスティック民訴

建物収去土地明渡請求権に内在する瑕疵ではなく、別個の制度目的に基づく権利ということを言っているのだと思われます。

しかし、(2)は、実体法上消滅しないからといって、訴訟法上遮断されないわけはありませんから、理由になっていないでしょうね。実体法上は残存している建物買取請求権が、遮断されるか否かこそが問題なはずです。

通説の理由

通説も判例と同じく、遮断されないとします。

その理由としては、判例の理由(1)の他、建物買取請求権は予備的抗弁の形で主張しにくいということが挙げられます。

つまりですね、建物収去土地明渡義務が認められることを前提に行使されるものです。そうするとですよ、Yが前訴で、例えば更新拒絶の正当事由がないから賃貸借契約は更新されていると主張して争っているような場合、それは結局、建物収去土地明渡義務がないという主張をしているわけですから、建物買取請求権は行使しにくいですよね。これを行使するという事は、自分の主張が認められない場合に備えていることになります。よって、下手に行使すると、Yは自分の負けを覚悟していると受け取られかねません。

あ、ちなみに予備的抗弁というのは、まずAを主張し、これが認められない場合にBを抗弁として提出するという場合です。このような形でも、上述の理由により、建物買取請求権は主張しにくいんですね。

少数説の批判

ここでも少数説が存在します。

少数説はですね、建物買取請求権を、先ほどお話しした、建物収去土地明渡請求に対して防御的に働くという側面を重視してとらえます。このような側面からすると、判例と異なり、むしろ権利に内在する瑕疵と評価すべきことになるわけですね。

また、相殺権の場合には、自己の反対債権の消滅という不利益を伴いますが、建物買取請求権は建物所有権を失う代わりに建物代金債権を得るのですから、とくに不利益は生じないとも言えます。

先ほどの主張しにくいというのは、事実上のものにすぎません。むしろ、建物買取請求権は建物収去請求がなされたときにしか行使されないのですから、少なくとも予備的抗弁として行使すべきとも考えられます。

こうして見てくると、この少数説にも十分な理由があるように思われます。

少数説への反論

権利に内在する瑕疵か否かは、結局、建物買取請求権をどのように位置づけるかによって決まります。建物の社会的効用の保存という制度趣旨を重視するか、防御的な機能を重視するか、です。そうすると、あとはどちらを重視するかですが、これはなかなか難しいです。どちらも成り立つと言えるでしょう。

また、前訴で行使すべきというのも、行使しないと遮断されてしまうほどに強く要

求できるかという、ちょっと酷でしょうね。先ほどもお話ししたように、自分の主張が認められないことを前提としなければならないんですから。

そして、少数説のように遮断されてしまうとすると、どうなるかを考えてみましょう。

この場合、建物買取請求権は遮断されてしまうわけですから、建物収去土地明渡の強制執行をYは止めることができません。そこで、Yは別訴で建物代金支払請求訴訟を提起して代金を求めることとなります・・・が、建物収去の強制執行にかかった費用は、Yが払わなければならないとなります。建物買取請求を行使すれば、Xの所有する建物となるわけですから、Yは他人の建物を収去する義務など負うはずもなく、収去費用を支払わずにすむはずだったんですけどね。

時的限界と客観的範囲

長々とお話ししましたが、いわゆる形成権の基準事後の行使、という論点はこれで終了です。

本当はですね、これらの論点は、時的限界の問題ではなく客観的範囲の問題ではないか・・・とも言われているんですよ。が、まあ、いいでしょう。伝統的に、時的限界の問題として取り扱われていますしね。

宿題

さて、では、宿題を出しておきます。いやあ、出すほうは楽しいですね。

え・・・前回の答えはないのかと？

めんどうなのでありません。ダメですか？

1. 基準時とはなにか、基準時はいつか、なぜか、条文上の根拠はあるか
2. 基準時前の事由はすべて遮断されるのか、その事由を知らなくてもか、知らないことについて過失がなくてもか、既判力の根拠たる手続保障との関係は

このうち、1. はきちんと答えられるようにしておきましょう。これに対し、2. のほうは、ま、余談ですので通説を理解しておけば十分です。

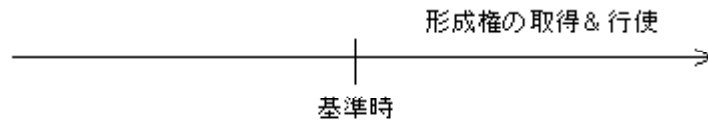
3. 基準時前に取消権を有していたが行使しなかった場合、遮断されるか
4. 相殺権の場合はどうか
5. 建物買取請求権の場合はどうか

いずれも判例を取り上げましたね。きちんと理由まで押さえておきましょう。

ファンタスティック民訴

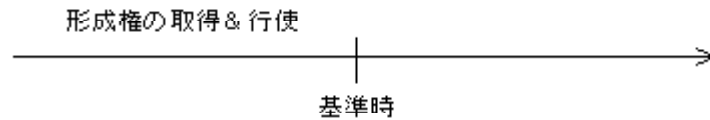
さて、以下は事例問題です。

<事例問題 1 >



この<事例問題 1 >は、基準時後に形成権を取得し、行使した場合、はたして既判力によって遮断されるのか、です。

<事例問題 2 >



こちらは、基準時前に形成権を取得し、かつ、行使もしていた場合です。この事実をあらためて、後訴で主張することはできるでしょうか？

<事例問題 3 >

Yは、Xに対し、次の各事由を主張してそれぞれの確定判決の効力を争うことができるか。

- 1 XのYに対する売買代金請求訴訟においてX勝訴判決が確定した後、YがXに対し、その売買契約はXにだまされて締結したものであるとして、取消の意思表示をしたこと。
- 2 XのYに対する貸金返還請求訴訟においてX勝訴判決が確定した後、YがXに対し、事実審口頭弁論終結前より相殺適状にあった金銭債権をもってXの貸金返還請求権と対当額で相殺するとの意思表示をしたこと。
- 3 賃貸人Xの賃借人Yに対する建物収去土地明渡請求訴訟においてX勝訴判決が確定した後、YがXに対し、事実審口頭弁論終結前から存在する建物買取請求権を行使したこと。
(司法試験論文問題平成10年第1問)

なんと司法試験論文問題の過去問です。この講義で司法試験問題もばっちり解けますね。

どうでもいいですが、貸金返還請求権ってのは貸金返還請求権の誤植なんじゃないかね・・・いや、私が誤植したのではなく、司法試験論文問題そのものが間違っていたんですよ。ま、一見明白に違憲、でなくて誤植なので、とくに影響はなかったんじゃないけれど。

<事例問題 4>

振出日欄白地手形の所持人Xは、振出人Yに対し、手形金支払請求訴訟を提起した。ところが、うっかり白地を補充するのを忘れていた。そのため、白地のままでは手形上の権利を行使しえないとして請求棄却判決を受け、確定した。

その後、Xは、白地部分を補充して、あらためて手形金支払請求訴訟を提起した。

(百選A31事件：最高裁昭和57年3月30日)

手形法の知識も必要です。はたして白地補充権は遮断されるでしょうか？