

既判力基準時後の 建物買取請求権行使について

加 波 眞 一*

目 次

- 1 はじめに
- 2 判 例
(最高裁平成7年12月15日判決民集49巻10号3051頁)
- 3 学 説
- 4 検 討
- 5 おわりに

1 はじめに

一般的に、学説は既判力の基準時後（口頭弁論終結後）の買取請求権行使問題を取消権行使や相殺主張の場合と同列において論じているが、そのような議論の仕方は再検討の余地があると思われる。この問題では、取消権行使や相殺主張の可否を論じる場合とは異なる議論にならざるを得ないように思われる。

その点の論証を通じて、この問題についての議論のあり方に疑問を提起するのが本稿の目的であるが、その検討の前提として、まず、以下に現在の判例・学説状況を確認しておきたい。

* かなみ・しんいち 立命館大学大学院法務研究科教授

2 判 例

（最高裁平成7年12月15日判決民集49巻10号3051頁）

事案は以下のようなものである。

X1は、不動産株式会社（以下、X2）に本件土地を転借し、X2は、本件土地上に建物を所有し、Aらに賃貸していた。本件土地の賃貸人であるYは、X1に対して本件土地賃貸借契約の期間満了による終了に基づき、X2に対して本件土地の所有権に基づき、各自に対して本件建物取去土地明渡しと地代相当損害金の支払を求めて訴えを提起し、Y勝訴の判決が確定した（以下、これを甲事件という）。

その後、X1とX2はYに対して請求異議の訴えを提起し、異議の事由として、X2は前訴確定判決の事実審口頭弁論終結時以後に借地法4条2項（現借地借家法13条1項・3項）に基づいて、建物買取請求権を行使した上、本件建物と土地をすでにYに明け渡したと主張した。

第一審は、

① 建物買取請求権は、借地人に土地の明渡義務を免れさせるために認められているものではなく、借地人保護という見地からその投下資本の回収方法として特別に認められているものであること、② 建物買取請求権の行使は、執行方法上問題となる建物の所有権について変動を生じさせるが、本来の土地明渡義務自体について変動を生じさせる性質のものではないことからして、③ 甲事件の口頭弁論終結後に行使されている以上、甲事件において行使することができたことなどを理由として、これが請求異議の事由となることを否定することはできないというべきである、として、X1・X2らの請求を一部認容。

控訴審（原審）は、

① 建物買取請求権は借地人に土地明渡義務を免れさせるために認められているものではなく、借地人保護という見地から、その投下資本回収の

方法として特別に認められるものであること、② 一審原告会社は甲事件の原審において、本件土地の使用継続についての異議に正当理由がないとして本件賃貸借契約の更新を肯認する判決を得たうえで、甲事件においても、本件賃貸借契約の更新の主張を維持して本件賃貸借契約が継続されることを強く期待していたことが認められるのであるから、一審原告会社が建物買取請求権の行使を甲事件の口頭弁論終結前になさず甲事件敗訴後になしたとしても、これを不相当であるとは非難できないこと、③ 建物買取請求権の行使は、執行方法上問題となる建物の所有について変動を生じさせるが、本来の土地の明渡義務自体について変動を生じさせる性質のものではないこと、等を理由に、建物収去土地明渡請求認容判決確定後、建物買取請求権の行使があったことを理由に請求異議の訴えをなしうる、として、控訴棄却。

そこで、Yが上告。

上告理由としては、建物買取請求権の実質的機能は土地所有者の建物収去請求権を縮減させる抗弁的なものだから、一般の抗弁と同列ないしはこれに準じて考えるべきである。したがって、建物収去土地明渡請求訴訟を受け、その訴訟の場で買取請求権を行使すればできるのに、これをしなかった場合には確定判決の効力に遮断されて買取請求権は消滅するというべきである、旨を主張。

それに対して、最高裁は次のように判示して上告棄却した。

「借地上に建物を所有する土地の賃借人が、賃貸人から提起された建物収去土地明渡請求訴訟の事実審口頭弁論終結時までに借地法四条二項所定の建物買取請求権を行使しないまま、賃貸人の右請求を認容する判決がされ、同判決が確定した場合であっても、賃借人は、その後に建物買取請求権を行使した上、賃貸人に対して右確定判決による強制執行の不許を求める請求異議の訴えを提起し、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借人に移転し、その結果として賃借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（最高裁昭和五二年(ワ)第二六八号同五二年六月二〇日第二小法廷判決・裁判集民事一二二一六三頁）、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借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、民事執行法三五条二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。これと同旨の原審の判断は正当であり、原判決に所論の違法はない。論旨は採用することができない。」

次に、学説の状況を概観しておきたい¹⁾。

3 学 説

(1) 行使認容説

① 多数説

各諸説において、説明の仕方や内容上、多少の違いはあるが、多数説は建物買取請求権という権利の特性を論じることで口頭弁論終結後の建物買取請求権の行使認容を根拠づける。

民法上の形成権は当事者が意思表示をして初めてその実体法上の法的効果が生じる。例えば、民法上の詐欺を理由とする売買契約の取消し主張は、その取消権を行行使してはじめて、売買契約が無効となり、その契約か

ら生じる法律関係の不存在という法的効果が発生する。その意味で口頭弁論終結後の（民法上の）形成権の行使は、口頭弁論終結後の権利変動を生じさせるものといえ、その変動で生じる法律関係の主張が前訴確定判決の主文に矛盾抵触するものであっても、既判力の時的限界によりその法的効果の主張が既判力により排除されることはない。丁度、口頭弁論終結後に弁済を行い、確定判決主文で確定された債権の存在を否定しても、その否定主張が既判力に抵触するとして排除されないと同様である。

しかし、その形成された法的効果が遡及効を有する場合、その法的効果の主張は、口頭弁論終結時にもそのような判決主文内容と矛盾する法的効果が成立しているとの主張を含むことになるため、判決主文内容に生じる既判力と抵触するのではないかという問題が生じる。詐欺による売買契約取消しの例でいうと、取消権行使による、売買契約から生じる債権債務の不存在という法的効果は、売買契約時に遡って不存在であるという主張を含むことになるので、（口頭弁論終結時における）売買契約から生じる債権債務の存在を認める主文判断内容とは矛盾する主張ということになる。

すなわち、そのような（遡及効のある）形成権の行使から生じる法的効果の主張は、（そのような遡及効のない）口頭弁論終結後の弁済による債権債務の消滅主張の場合と異なり、口頭弁論終結後生じた新たな権利変動の主張であるという要素とすでに口頭弁論終結前に生じていた法的効果の主張であるという両要素を含むものとなると解釈する余地が生じる。

そこで、そのような主張のうち、その前者の要素が強いものについては、口頭弁論終結後生じた新たな権利変動の主張であると評価して既判力の抵触が生じないとするが、その後者の要素が強いものについては、すでに口頭弁論終結前に生じていた法的効果の主張であると評価して既判力の抵触が生じると解することが可能となる。

そうすると、その両要素のいずれがより強いかを、① 訴訟物の成立に関する瑕疵というべき事由か否か（＝抗弁事由としての「独立性」の有無）、② 逆に、訴訟物の瑕疵などではなく、訴訟物たる権利義務とは別

の、独立した権利としてその行使が保障されるべき事由か否か、などの観点から判断するという考え方が成り立ち得る。

そして、その観点から、同じ形成権の行使であっても、法律行為の取消権行使による債務消滅主張は、すでに口頭弁論終結前に生じていた法的效果の主張に準じるものと評価して、既判力に抵触するが、相殺の抗弁による債務消滅主張は、口頭弁論終結後生じた新たな権利変動の主張に準じるものであると評価して、（既判力の時的限界ゆえに）既判力に抵触しないと論じる、というのが最も伝統的な既判力規律枠組みに沿った見解となろう²⁾。

ところが、学説状況としては、上記の、遡及効による判決主文内容との抵触という論理を介することなく、口頭弁論終結時までに主張すべき事由であるか否かという点のみから既判力による遮断が及ぶか否かを判断し、その「主張すべき事由」か否かを判断するにあたって、上記の①②の観点などを考慮するという見解が一般的になってきている³⁾。

いずれにせよ、多数説は、以上のような評価基準にしたがって建物買取請求権を評価し、建物買取請求権は、① 訴訟物の成立に関する瑕疵というべき事由ではなく、② 建物の社会的効用保護という政策的な観点から、特別に法律により認められるものである、さらに③ この建物買取請求権を行使するのは、建物収去土地明渡訴訟で敗訴を予想して予備的抗弁として主張することになるが、賃貸借契約の存続を主張して争っている被告にとっては精神的な抵抗感が強く、前訴での行使が期待できない、などの要素があるので、口頭弁論終結後の行使であっても、既判力に抵触しないと論じる。

② 中野説⁴⁾

遡及効の存在は判決主文内容との矛盾主張をもたらすものではない、それゆえ、全ての形成権行使は口頭弁論終結後の権利変動をもたらす新事由の要素のみと考えてその行使は許容されるべきであり、建物買取請求権の行使もそれゆえ許容されると論じる。そして、そのように解する実質的根

拠として、取消権の場合でいうと、実体法上、取消権者（形成権者）に認められている（取り消すかどうかにつき比較的長期の熟慮期間が確保されている等の）法的地位を訴訟上にも反映し尊重すべきであるが、既判力で遮断してしまうとそれを否定することになる、などを理由とする。

③ 伊藤 説⁵⁾

主文判断により既判力で確定された法律関係と矛盾・抵触する法的主張かどうか、で判断すべきであるとして、以下の2つの基準で判断すべきであると主張する。

① 形成権にもと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。② そ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るかどうか。もし、基準時前のものであれば、その主張は既判力により遮断されるから、結局、その形成権行使の効果を主張することは許されなくなる、と論じる。

そして、建物買取請求権はその①要件を欠くことになるので（後述4(2)参照）遮断されないという。

(2) 行使否定説

① 山本（和彦）説⁶⁾

基準時前に成立した形成権も他の防御方法と異なるところはないとして、口頭弁論終結後の主張は原則的に既判力により遮断されるとした上で、形成権とされるものの中には、過去の一回的な事実の存在を形成原因とするもの（一回的形成原因）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がある（継続的な「状態型」形成原因）とし、前者の形成権は原因事実が基準時前に発生している以上、他の防御方法と同様、既判力により遮断されるが、後者の形成権は、基準時後の新たな事由として既判力の遮断効は及ばないと論じる。そして、建物買取請求権は、その形成原因として、借地契約期間の満了と契約更新がない、という一回

的な事実の存在を形成原因とするものであるから、既判力で遮断される、と論じる。

② その他の見解⁷⁾

その他の見解としては、前述・行使認容の多数説と同じく、建物買取請求権という権利の特性等を利益考慮的に論じることで口頭弁論終結後の建物買取請求権の行使可否を根拠づける点では同じであるが、その評価が異なるため、その行使は既判力により遮断されると論じる。その評価とは、建物買取請求権の実質的機能が土地所有権者の建物取去請求を縮減させる抗弁的な性格のものであること、とか、機能的には建物取去土地明渡請求に対する防衛的機能を中核とするものである、というものであり、そこから、そのような行使・主張は口頭弁論終結前に行っておくべきものであるから、それをせず口頭弁論終結後にそれを行う場合は、既判力による遮断が及ぶとして、行使を否定すべきであると論じる。

4 検 討

(1) そもそも建物買取請求権の行使は、既判力の客観的範囲上、既判力に抵触する主張となるのか。

まず、以下で検討を行う前に確認しておくことがある。前訴確定判決主文内容と矛盾した主張はその確定判決に生じる既判力により遮断される、という場合、その主文内容として判断されるのは、訴訟物についての判断である（民訴246条）。訴訟物はいわゆる新訴訟物論か旧訴訟物論かを問わず、法律関係の成否・存否を内容とするものであるから、訴訟物についての判決の主文判断は、法律関係についての法的判断となる（例外的に、民訴法134条により、訴訟物が「事実」関係となる場合があるが、そのときは、その主文判断も事実判断となる）。したがって、その法的判断に既判力が生じることになる（民訴法114条1項）ので、主文判断内容と矛盾する主張であるとして既判力で遮断される主張というのも何らかの法的主張

となる。

しかし、既判力に抵触するとして、既判力の消極的效果である遮断効の対象となるのは、法的主張に限らず、事実主張も含むのが一般的である。それは、その事実主張が、前訴主文で判断された法律関係（権利義務関係）と矛盾する法律関係（ないし法的効果）の主張をもたらすからである（例えば、弁済事実の主張は債務消滅という法的効果を主張するため行われるし、それを意図しなくても、その効果をもたらす）。そのような事実主張がもたらす法的効果の主張が既判力で遮断されることから、その事実主張も既判力で遮断されることになるのである。事実主張自体が既判力により遮断されることは、その既判力の生じる判決主文判断が法的判断である以上、ないのである。そう考えないと、いかなる当事者の主張が既判力で民訴法114条により遮断されるのか不明確になり、法的安定性を損なうことになる。また、そのように解釈することが、既判力のもう一つの作用（効力）である、裁判所は（確定判決の）主文判断と異なる判断はできなくなるという裁判所拘束力（既判力の積極的效果）との客観的範囲の一致が保たれて整合性が確保されるのである。以上が現在の既判力論についての通説的見解に立った場合の一致した見解ではないだろうか⁸⁾。

以上の説明を本稿の問題に敷衍していうと、形成権を行使するという主張自体が既判力に抵触するとして遮断されることはなく、その形成権行使により生じる法的効果の主張が主文判断に矛盾・抵触するとして既判力で遮断されることになるので、その行使の主張も遮断されることになるのである。そこで、その形成権行使の主張が既判力により遮断されるか否かは、その形成権の行使により生じる法的効果（法律関係）が、前訴判決主文内容に矛盾するものか否かにかかってくると論じることになる。以下に詳論していく。

前述の学説状況で述べたように、行使認容説か否定説かを問わず、多数説は、取消権や相殺の抗弁を論じる場合の論法にしたがって、建物買取請求権の性格論やその行使可否の利益考慮的妥当性を勘案し、総合的に口頭

弁論終結後の行使可否問題を考察している。

確かに、取消権や相殺の抗弁の場合は、その行使により前訴確定判決の主文で認容された債権債務の存在を否定する効果（すなわち、債権債務の消滅）が生じるので、それを主張することはその主文内容を否定する内容の主張となり、その主文判断内容に生じる既判力との抵触が問題となる。しかし、はたして建物買取請求権行使の場合は、判決主文判断内容との関係で、そもそもそのような既判力抵触問題が生じるのか。

生じるのであれば、取消権や相殺の抗弁の場合と同じ論法にしたがって建物買取請求権の口頭弁論終結後の行使可否を考察することもあり得るが、そのような既判力抵触問題が生じないのであれば、そのような考察を行う余地はないことになる。

すなわち、まずは、建物買取請求権の行使は、既判力の客観的範囲上、既判力に抵触する主張となるのか、という問題を検討する必要があるのではないかということである。

従来からの伝統的な通説的見解によると、既判力の客観的範囲に抵触しない限り、既判力抵触問題は生じないため、時的限界が問題となる余地はない。時的限界の問題は、既判力の客観的範囲上、既判力抵触問題が生じるので議論となるのである⁹⁾。

例えば、所有権に基づく土地明渡請求訴訟とその後の当該土地所有権確認訴訟を例にとれば容易に理解できよう。前者の訴訟で、所有権の成立・存在に関して、例えば、当該土地についてすでに取得時効が完成しておりそれにより所有権を取得した、という所有権取得事由が主張されなかった場合、原告への所有権の帰属を認容する根拠がないとして当該訴訟が請求棄却されて判決が確定した後に、それを訴訟物たる物上請求権の存在を根拠づけるために主張することは既判力に反する。

なぜなら、前訴口頭弁論終結前にすでに取得時効が完成しており、それによって所有権を取得したという主張は、前訴口頭弁論終結時にはすでに原告は所有権を有しており、それに基づく物上請求権を（その時点で）有

しているという主張となるので、前訴口頭弁論終結時には原告は物上請求権は有していないという判決主文（請求棄却）内容の法的判断と矛盾する主張となり、その主文判断内容に生じる既判力（民訴114条1項）と抵触することになるからである。

しかし、その取得時効が口頭弁論終結後に成立し、それによって所有権を取得したのでその時点で物上請求権を有することになったという主張の場合であれば、その旨の主張は、口頭弁論終結時より後に物上請求権を得たという主張になるので、前訴口頭弁論終結時には原告は物上請求権は有していないという前訴判決主文内容には抵触せず、それゆえ、既判力には抵触しないことになる。

すなわち、このように、後訴での法的効果（ないし法律関係）の主張が前訴確定判決主文内容と矛盾抵触する内容である場合は前訴判決の既判力の客観的範囲に該当することになるので、その主張内容である法的効果（ないし法律関係）がすでに口頭弁論終結前に成立・存在していたものか、口頭弁論終結後に初めて成立したものであるかが問題となるのであり、これが既判力の時的限界という問題である。

しかし、その所有権に基づく土地明渡請求訴訟の請求棄却判決確定後に提訴された当該所有権確認請求訴訟では、そのような取得時効による所有権取得主張は、それが前訴口頭弁論終結前に取得していたと主張する場合であっても可能であり、既判力に抵触しない。この場合は、所有権取得事由としての所有権取得時効の主張内容として、その取得時効による所有権取得の時点が前訴の口頭弁論終結後というのか、口頭弁論終結時以前というのかを問わない。それどころか、前訴でその取得時効の成立が主張され審理された結果、そのような取得時効は成立せずと（理由中で）判示された場合でも、その取得時効による所有権取得を再度主張することは、「既判力」上は、可能である。なぜなら、この場合、そのような主張は、上記の土地明渡請求再訴の場合と異なり、取得時効により所有権を取得したので<「所有権」は原告に帰属している>という法律関係の主張をするのみ

であり、それ以上に、その所有権に基づく物上請求権の存在を主張しているわけではないので、前訴判決主文判断で確定された、＜「物上請求権」は存在していない＞という（前訴確定判決の）主文内容自体と矛盾する関係に立たず、前訴判決の既判力の客観的範囲に抵触しないからである。

すなわち、前訴確定判決に生じる既判力の客観的範囲の枠外の主張には、そもそも、「既判力」問題が生じることはない。したがって、既判力の時的限界によって口頭弁論終結後の主張が可能となるかどうかという問題は、それが既判力の客観的範囲の枠に入るものであることが前提となる議論であることを忘れてはならない。その上で、はじめて時的限界も問題となるのである。このようなことはいちいちここで論じるまでもない、どの教科書にも書かれていることであるが、口頭弁論終結後の形成権行使可否問題では、どうもそれが看過されているように思われてならないので、以下での検討の前提として、あえて念のため、確認した次第である。

この点に関して、前述のように、口頭弁論終結後の形成権行使可否問題において、あたかも、そのような既判力の客観的範囲や時的限界という枠組みを視野におくことなく、口頭弁論終結時までに「主張すべき事由」であるか否かという点のみから、口頭弁論終結後の主張につき既判力による遮断が及ぶか否かを考察すればよいと論じているような学説が一般的になってきている¹⁰⁾ので、少し言及しておきたい。

この見解は、口頭弁論終結後の取消権行使問題においても、それが遡及効を有するから既判力抵触問題になるというような論理を介することなく、そのような取消権の口頭弁論終結後の行使が利益考慮上妥当かどうか、口頭弁論終結時までに主張しておくべきかどうか、という観点からのみ既判力の遮断が及ぶか否かを決定し、口頭弁論終結時までに主張しておくべき事由と評価されると、そのような事由の口頭弁論終結後の主張（実体法上の形成権の場合はその行使とその行使による法的効果の主張）は既判力により排除されると論じる。

しかし、このような見解は、あたかも既判力の客観的範囲や時的限界の

枠組みを看過しているかのように見えてしまう点で、疑問を禁じ得ない。

この見解によれば、実体法上の形成権である取消権が遡及効を有さずとも、その取消権が口頭弁論終結時までに行使すべきであると評価される場合には、その口頭弁論終結後の行使は既判力に抵触するとして遮断されることになる。

しかし、例えば、特約により生じる、前訴口頭弁論終結時までに行使すべき、しかし、「遡及効なき解除権」が存在する場合、継続的売買契約にもとづく代金請求訴訟の認容判決確定後に、そのような口頭弁論終結後の解除権の行使があり、それにより債務が消滅したと主張して請求異議が提訴された場合（民執35条2項）、その解除権行使による法的主張のいかなる点が前訴確定判決の既判力に抵触することになるのであろうか。

既判力は確定判決主文判断に包含される内容について生じる（民訴法114条1項）。したがって、前述のように、判決主文判断とは「(既判力の)基準時における法律関係」の(存否)判断であるから、それに反する(ないし矛盾する)主張とは、そのような判断内容に反する「法律関係(ないし法的効果)」の主張となる、という従来からの通説的見解による限り、上記のような解除権行使が既判力に抵触するというのであれば、その行使がもたらす法的効果(ないし法律関係)の主張は、確定判決主文判断と矛盾する場合でなくてはならない。既判力の作用というのは主文判断内容に矛盾する主張を遮断し(既判力の消極的作用)、その判断と矛盾する裁判をしないよう裁判所を拘束する(既判力の積極的作用)という効力をいうのが現在の通説的見解であるからである¹¹⁾。

この場合、その「(遡及効なき)解除権」行使によって主張される法的効果(法律関係)とは、この解除権行使により、その行使時点において(前訴確定判決主文で認容された)代金債権が消滅・不存在となるとの主張である。それに対して、前訴確定判決主文で確定された内容とは、前訴口頭弁論終結時に当該代金債権が存在するというものであり、それ以上でもそれ以下でもない。「債権債務は存在する」という、「口頭弁論終結時」

の主文判断を確定する）前訴確定判決内容と口頭弁論終結後の時点における（「債権債務は存在しない」という）主張との両者に、内容上、どこに矛盾があるというのであろうか。

前訴口頭弁論終結時に当該代金債権が存在すると主文判断で確定されても、その口頭弁論終結後の弁済により当該代金債権が消滅し不存在であると主張する場合と同様の状況である。もし、上記取消権行使による代金債権（債務）不存在の主張が既判力に抵触するとして遮断されるのであれば、この弁済による代金債権（債務）不存在の主張も同様に考えられるべきことになろう。それでは、従来からいわれてきた既判力の時的限界の概念とは齟齬をきたすことになるのではないか。

このように、口頭弁論終結時までに行使すべき（ないし主張すべき）事由と解すべきか否かということだけで既判力に抵触するか否かを考察しようという見解は、一般的に従来から論じられてきた民訴法における（判断的要素を核とする）既判力制度の基本的枠組みとはなじまない解釈であるということになろう。

そのような伝統的な見解からすると、そもそも、口頭弁論終結時までに行使すべき（ないし主張すべき）事由であるから、既判力で遮断されることになる、という論理は逆転した論理であると評すべきことになる。

ある事由が、口頭弁論終結時までには主張しておくべき事由であるというのは、主張しておかないと既判力で遮断されて、その後は主張できなくなるからである。

つまり、口頭弁論終結までには主張しておかないと、判決確定後は、主文判断内容上、矛盾主張であるとして既判力で遮断されてしまうことになるので、口頭弁論終結までには主張すべき事由、ということになるのである。

主張すべき事由だから、その事由に対して既判力による遮断効が及ぶことになる、という訳ではないのである。上記の論理が逆転してしまっている点が、この見解の問題点となる。事実主張義務違反ゆえの既判力による主張遮断をいうのであれば、それは既判力に「義務違反への制裁」として

の遮断効というものを認める意味なのか、そうでないとすれば、どのような論理で遮断効を認めるのか、その点を論証する必要があるのである。

このような見解は、いわゆる提出責任説において典型的に見られるところであるが、この提出責任説も既判力の客観的範囲と時的限界との相対化を試みるものであっても、それらの枠組まで完全に否定するものではなからう。したがって、このような見解もそれらの枠組みまで全て否定するものとは思われないが、そのように思わざるを得ない議論が、少なくとも、口頭弁論終結後の（実体法上の）形成権行使可否問題では展開されている点が問題なのである¹²⁾。

この点では、提出責任説を批判し、主張可能性により（口頭弁論終結後の）建物買取請求権行使可否を論じることを疑問とする松本（博之）説においても、同様にこの問題点が妥当する。松本説でも、建物買取請求権の性格・機能などの考察から既判力抵触問題が論じられているにすぎず、後述のように、建物収去土地明渡請求訴訟の訴訟物をどう法律構成するかにより判決主文判断に生じる既判力の客観的範囲が問題となり、それが建物買取請求権行使可否論にも影響することになるにもかかわらず、判決主文判断内容との関係では建物買取請求権行使の既判力抵触問題が論じられておらず、そのような視点が看過されていると言わざるを得ないからである¹³⁾。

以上見てきたように、口頭弁論終結後の建物買取請求権の行使可否問題は、まずは、既判力の客観的範囲上、そのような行使・主張が既判力に抵触する主張となるかの検討が必要となるが、そのためには、それがどの点で、建物買取請求権行使は前訴確定判決主文判断（ひいては既判力）に抵触することになるのかということが明らかにされる必要がある。

(ア) 建物収去義務の存否判断問題

まず、考えられる点は、建物収去義務の存否判断に関する点である。

建物収去土地明渡請求を認める前訴確定判決において、建物収去義務の

存在がその主文判断で確定されてその点に既判力が生じるとすれば、それにもかかわらず、その消滅・不存在という法的効果・法律関係を後訴で主張する場合には、その主張は、前訴確定主文判断内容に矛盾・抵触する主張となるので、既判力に抵触するとして遮断されることになる（既判力の消極的効果・作用による、既判力で確定される主文判断内容についての後訴での矛盾主張に対する遮断効）。そのため、その取去義務の消滅・不存在を根拠づけるための主張（ここでは建物買取請求権行使の主張）も同様に既判力により遮断されることになる。このように考えて初めて既判力による建物買取請求権行使に対する遮断効が問題となるのである。

したがって、① 最判昭 52・6・20（裁判集民事121号63頁・金法846号34頁）が、建物取去土地明渡判決確定後に建物の譲受人が建物買取請求権を行使して建物代金請求を提起した事件で、その請求を認容するに際して、既判力抵触問題は全く論じることなく、建物買取請求権の実体法上の（消滅事由）問題のみを論じたのは当然である。

この事案では、建物買取請求権を行使することによって、建物取去土地明渡請求を認めた前訴確定判決の主文判断内容（すなわち、建物取去義務の存否判断）自体を争い否定する主張を行うものではないので、上記のような既判力の抵触問題がそもそも生じる余地がないからである¹⁴⁾。

同様に、② 東京高判昭 53・7・26（高民集31巻3号484頁）が、建物取去土地明渡請求権の強制執行に対する（借地人からの建物買取請求権行使を理由とする）請求異議訴訟で、その建物買取請求権行使は前訴確定判決の既判力に抵触するとの理由で、その行使が認められず請求棄却され、その確定後に、その借地人が、建物買取請求権を行使して建物代金請求を提起した事件で、その建物買取請求権行使は前訴確定判決の既判力に抵触しないと判示することは、その請求異議訴訟との関係では、矛盾ではない¹⁵⁾。

その請求異議訴訟では、建物買取請求権を行使することによって、建物取去土地明渡請求を認めた前訴確定判決の主文判断内容（すなわち、建物

収去義務の存否判断) 自体を争う主張をすることになるので既判力の抵触問題が生じるが、この事案では、①判決同様、前訴確定判決の主文判断内容自体を争う主張をするものではないので既判力の抵触問題は生じないからである。

以上のように、建物収去土地明渡請求を認める前訴確定判決において、建物収去義務の存在がその主文判断で確定され、その点に既判力が生じると考えるから、その収去義務の消滅・不存在を根拠づけるための主張としての建物買取請求権行使の主張も既判力により遮断されることになる。

では、所有権に基づく建物収去土地明渡請求を認める前訴確定判決において、建物収去義務の存在がその主文判断で確定されるという見解は一般的か、というと実はそうではない。

実務の一般的見解では、所有権に基づく建物収去土地明渡請求訴訟の訴訟物は、土地の所有権にもとづく返還請求権としての土地明渡請求権のみであり、建物収去義務の存否は訴訟物の内容ではないと解されている(いわゆる「一個説」¹⁶⁾。

すなわち、この見解では、建物収去土地明渡請求を認める前訴確定判決においては、建物収去義務の存否は判決主文の内容には含まれないことになるため、建物買取請求権行使の主張により建物収去義務の不存在を主張しても既判力には抵触しないことになる。

この点、民訴学説がどう考えているのか。必ずしも明確な記述がない。古い学説では、中田博士が、建物収去土地明渡請求訴訟の訴訟物は、土地の所有権にもとづく返還請求権としての土地明渡請求権のみであり、建物収去か建物退去かは、土地明渡義務の履行態様の違いにすぎない、という¹⁷⁾。

ここで土地明渡義務の履行態様という場合、建物収去義務を土地明渡義務に含まれる派生的義務として認める意味なのか、建物収去義務という独自の義務は認めず、単に、土地明渡義務の執行(履行)上の方法を意味するにすぎないのか、必ずしも明らかではない。一般的には後者の意味と考

えられるが、そうであれば、中田説も上記の一個説と同旨の見解で、訴訟物として判決主文で判断され既判力が生じるのは、土地明渡請求権のみであり、建物収去義務の存否はそれ自体訴訟物の内容ではなく、主文判断で確定されるべき内容には含まれないことになる。そうであれば、収去か退去かという問題については既判力の対象となる余地はないことになり、その結果、建物買取請求権を行使してもそれが既判力問題を惹起することはない、というべきことになるはずである¹⁸⁾。

以上から、本稿の問題を検討するにあたっては、民訴学説としてこの問題をどう考えるべきかが問われることになる¹⁹⁾。

では、この問題についての判例の見解はどうか。前述判例の第一審判決が、建物買取請求権の口頭弁論終結後の行使認容の根拠として「建物買取請求権の行使は、執行方法上問題となる建物の所有権について変動を生じさせるが、本来の土地明渡義務自体について変動を生じさせる性質のものではないこと」を挙げるのも、そもそも既判力の客観的範囲に抵触するところがない、という趣旨かと思われる。そのことを行使認容を根拠づける一つとして述べたものと考えられる。そして、この点は、原審判決でも同様の見解が展開されていた。

しかし、前述最高裁判例は、「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借人の建物収去義務が消滅し」と述べて、そのような原審判決の内容に修正を加えている。「前訴確定判決により確定された賃借人の建物収去義務」ということは、前訴判決主文により「建物収去義務」の存在が確定されることを意味する。したがって、この点では、第一審や原審判決と異なり、既判力の抵触問題が生じ得ると判断していることになる。

この判例では、X1 に対しては、「土地賃貸借契約の期間満了による建物収去土地明渡請求」を提訴し、X2 に対しては、本件土地の「所有権に基づく建物収去土地明渡請求」を提訴している。しかし、上記判旨は、この2つを区別することなく、両者に共通するものとして上記判旨を述べてい

る。

確かに、X1 に対する土地賃貸借契約の期間満了による建物収去土地明渡請求では、実務上は、建物収去義務の存在も判決主文判断に含まれ確定するという見解が一般的なようなので²⁰⁾、このような判示内容でも問題はない。しかし、X2 に対しては、土地の所有権に基づく建物収去土地明渡請求を提訴しているの、前述の、所有権に基づく建物収去土地明渡請求の訴訟物に関する「一個説」が妥当することになるため、一個説の説明と矛盾することになる。

したがって、この点もこの判例をどう理解すべきかという場合の重要な論点になるはずであるが、この矛盾点をどう解釈すべきか論じた判例評釈は見かけない^{20-a)}。

しかし、一個説を妥当とする司法研修所としては、このような判例の見解は看過できないことになるはずである。司法研修所は、以下のように説明している²¹⁾。

土地の所有権に基づく建物収去土地明渡請求では「建物収去義務」の存否は訴訟物内容に含まれず、それゆえ、既判力によりその存在が確定されることはない。しかし、その点は前訴の訴訟物に準じるものと考えられるので、「既判力に準じる効力」が生じると解することができる。すなわち、その「既判力に準じる効力」により建物収去義務の存在が確定される旨を判例は述べたのであり、一個説と矛盾することはない、ということであろう。確かに判決文では「既判力」により「建物収去義務」の存在が確定されると明記してはいないので、そのような読み方も（「訴訟物に準じる」とか「既判力に準じる効力」という法律構成の是非は別にすれば）可能であろう。

これは、判例（最判昭 49・4・26 民集28巻3号503頁）が、訴訟審理中、限定承認の抗弁の主張がされてそれが認められた場合、判決主文内容に「責任の限度で」という文言が記載されるのは、「責任」の存否が訴訟物内容として判断されているわけではなく、「訴訟物に準じる」ものとして判

決主文で判示されたので、「既判力に準じる」拘束力はその主文判断に生じる、とした処理方法に倣ったものである²²⁾。

ここで重要なことは、この研修所の見解では、土地の所有権に基づく建物取去土地明渡請求を認容する確定判決では「建物取去義務」の存否は「既判力」によっては確定されないということであり、その取去義務の消滅・不存在を根拠づけるための主張としての建物買取請求権行使の主張を後訴で行っても、それは「既判力」により遮断されることはない、ということである。そして、その点は、前述のように、実務の一般的見解でも、中田説でも、同様ということになる。

そうであれば、多数説が、建物買取請求権行使による取去義務消滅主張が既判力に抵触しないという結論を導き出すため、建物買取請求権は、①訴訟物の成立に関する瑕疵というべき事由ではなく、②建物の社会的効用保護という政策的な観点から、特別に法律により認められるものである、などということは主張する必要もなければ考慮する必要もないことになる。また、少数説が、建物買取請求権行使による取去義務消滅主張が既判力に抵触するという結論を導き出すため、前述のような、建物買取請求権の抗弁性の強調や防御機能を論じるのは根拠がない、ということになる。建物買取請求権の行使により土地所有者の建物取去請求を縮減させることになるから問題となるといっても同じことである。

なぜなら、取去義務の消滅・不存在（ないし減縮）を根拠づけるための主張として建物買取請求権行使の主張を後訴で行っても、「建物取去義務」の存在自体が「既判力」によって確定されないとすれば、それはそもそも「既判力」には抵触しないことになるから、そのような利益考慮の考察は既判力上問題となる余地がないことになるのである。

また、実体法上の形成権の口頭弁論終結後の行使については既判力抵触が生じることがない、と述べる中野説は別論として、伊藤説では、建物買取請求権行使により生じる法的効果が確定判決の主文判断と矛盾・抵触することが、その行使につき既判力抵触問題が生じる要件となるので、既判

力の客観的範囲は問われることになるはずである。この点に関し、伊藤説は、確定判決主文の既判力で確定されるのは、「収去明渡請求権」であり、それが建物買取請求権の行使により「消滅」する、とっており、その内容が何なのか明らかではない。判決主文で確定される内容が何かにより既判力の客観的範囲問題が生じるという問題点が存在するにもかかわらず、その点の記述が全くないところを見ると、この論点は看過されているといわざるを得ない。

この点は、同様に、前述・山本一彦説でも同じく妥当する問題点である。

以上、見てきたように、建物買取請求権の行使問題を（既判力の抵触問題が生じる）取消権や相殺の抗弁と同じ基準・論法で取り扱うのは適切ではない。

前述のような、論理の逆転した世界にいるから、建物収去義務存否問題がどの点で判決主文判断との抵触が生じているのか不明なまま、建物買取請求権行使の議論を展開してしまう事態が生じているのかもしれない。

まずは、建物買取請求権行使が、どの点で建物収去土地明渡請求の認容確定判決の既判力の客観的範囲に含まれることになるのかを再検討すべきであろう。

この問題に関しては、次の問題も関連する。

(イ) 同時履行の抗弁権主張の可否問題

建物買取請求権を行使すると、建物代金の支払い請求権が成立し、それと土地明渡請求とは同時履行の関係に立つことから、建物買取請求権を行使して、建物代金の支払いを要求し同時履行の抗弁権主張することで、土地明渡請求の履行（執行）を争う場合、それはそもそも、既判力の客観的範囲上、前訴確定判決の既判力抵触問題となるのであろうか。

建物代金の支払いを要求し同時履行の抗弁権の主張をすることは、土地明渡請求と建物代金の支払いとの引換判決を要求することを意味する。

しかし、通常、単純な給付請求を請求する場合、それは無留保の請求権の存在を主張し、それを判決主文で認めてもらいたいというのが請求の趣旨であるとして、同時履行の抗弁権を認めて引換判決を判示する場合は、無留保の請求権認容要求に対して、（引換要求という）留保付き判決を下したとして（質的な）一部認容判決として扱うのが、現在の通説・判例の見解である²³⁾。この見解に立つ限り、建物取去土地明渡請求を無留保で認める前訴確定判決の主文判断は、無留保の土地明渡請求権の存在を確定することになるので、その判断内容に対して、土地明渡請求と建物代金の支払いとの引換判決を要求することは、留保付き請求権の存在を主張することになるとして既判力の抵触が問題となる。

その主張が既判力に抵触し遮断効で排除されるべきであるとすれば、その主張の根拠となる建物買取請求権行使の主張も既判力に抵触するとして遮断効で排除される可能性はあることになる²⁴⁾。

では、もしそうであるとすれば、この問題では、口頭弁論終結後の建物買取請求権行使の主張が既判力抵触問題となり得る²⁵⁾。また、前述の建物取去義務に関しても、実務も、賃貸借契約終了に基づく建物取去土地明渡請求訴訟の場合には、「既判力」によるその存在確定を認めるようなので²⁶⁾、その場合は、口頭弁論終結後の建物買取請求権行使の主張が既判力抵触問題となり得る。

では、そのような場合において、ただちに口頭弁論終結後の建物買取請求権行使の主張が既判力に抵触するとして遮断効で排除されることになるのかというとそうではない。既判力の時的限界問題が残されているからである。その点を以下に検討してみたい。

(2) 既判力の時的限界により建物買取請求権の行使が容認されるのか。

前述のように、取消権や相殺の抗弁の場合は、それらの形成権の行使により発生する法律関係には遡及効があるため、口頭弁論終結以前の法的効果の主張として主文判断に抵触すると考える余地がある。

しかし、建物買取請求権行使にはそのような遡及効はない。したがって、口頭弁論終結後に建物買取請求権行使が行われた、その時点で、初めて建物買取請求権行使による取去義務消滅が生じるのであり、その法律関係が前訴確定判決の口頭弁論終結時に生じていたというような法的主張にはなりえないのである。

そのような口頭弁論終結後に生じた法律関係は、その内容上、前訴確定判決の主文判断内容と矛盾するものであっても、前訴確定判決の主文判断内容は前訴の口頭弁論終結時の（訴訟物たる権利義務関係についての）判断にすぎないので、それには矛盾することにならないのである。その点は、既判力の時的限界の内容として争いが無いはずである。

そうすると、上記(1)で、口頭弁論終結後の建物買取請求権行使による、建物取去義務が消滅するとの主張や留保付き請求権の主張が、既判力の客観的範囲上は、前訴確定判決の既判力に抵触する可能性があることになるとしても、既判力の時的限界により、既判力の遮断効が及ぶことはないのである。

なぜなら、口頭弁論終結後の建物買取請求権行使による、建物取去義務が消滅するとの主張は、口頭弁論終結後の行使によりその行使時に建物取去義務が消滅しているとの主張であるから、この主張は、口頭弁論終結時に建物取去義務が存在しているという前訴判決主文内容とは矛盾せず、前訴判決主文内容に生じる既判力との抵触は生じないからである。丁度、口頭弁論終結後に弁済をしたので前訴判決の主文判断内容で存在すると確定される債務の消滅を主張することが、前訴判決の主文内容と矛盾せず、既判力により遮断されないのと同じである。

同様に、口頭弁論終結後に建物買取請求権を行使して、建物代金の支払いを要求し同時履行の抗弁権を主張することで、前訴判決主文で確定された（無留保の）土地明渡請求権が留保付き請求権となると主張することになる場合も、その主張は、口頭弁論終結後の行使によりその行使時に（無留保の）土地明渡請求権が留保付き請求権となると主張であるから、

この主張は、口頭弁論終結時に（無留保の）土地明渡請求権が存在するという前訴判決主文内容とは矛盾せず、前訴判決主文内容に生じる既判力との抵触は生じないことになる。

すなわち、この既判力の時的限界という観点からも、従来からの通説的見解に立つ限り、口頭弁論終結後の建物買取請求権行使に既判力が及び、その行使・主張が遮断されるという余地はないことになる。

判例も、口頭弁論終結後の建物買取請求権行使は前訴判決主文が確定した建物収去義務の存在と矛盾する、建物収去義務の消滅を主張するものであるというから、その主張には既判力抵触問題が生じ得ることになるが、「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借人に移転し、その結果として賃借人の建物収去義務が消滅するに至るのである」として（建物買取請求権行使による）建物収去義務消滅に遡及効がないことを確認した上で、「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借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、民事執行法三五条二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」と論じるわけであるから、これは、上記のように、その建物収去義務の消滅は遡及効なき口頭弁論終結後の変動を主張しているにすぎないので、前訴口頭弁論終結時の主文判断内容とは矛盾せず、既判力で遮断されることもない旨を述べているものと評価できよう。

以上から、この既判力の時的限界問題という点でも、建物買取請求権の行使問題を（遡及効があるため、既判力の抵触問題が生じると解釈される余地のある）取消権や相殺の抗弁と同じ基準・論法で取り扱うのは適切ではない、ということが理解されよう。

伊藤説はここでも、建物買取請求権行使により生じる法的効果が確定判決の主文判断と矛盾・抵触するかを問うことになるが、この場合は、既判力の時的限界により、そのような矛盾・抵触が生じる余地がない、とし

て、その観点から、口頭弁論終結後の建物買取請求権行使は認容されると論じる。前述のように、伊藤説では、確定判決主文の既判力で確定される「収去明渡請求権」の内容は明らかではないが、建物買取請求権の行使によるその「消滅」は遡及効を有さず、「将来に向かって消滅」するにすぎないので「確定された権利関係の判断を覆滅する意義をもたず、既判力の遮断効を問題とする余地もない」という²⁷⁾。既判力の時的限界論からこの建物買取請求権行使を認容した、数少ない見解の一つである²⁸⁾。

その他の学説のほとんどは、以上に述べてきたような、建物買取請求権行使における遡及効不存在の問題、すなわち既判力の時的限界問題、を十分論じることなく、単に、口頭弁論終結時までに行使・主張すべきであったか否かという点だけで議論する見解であるが、そのような見解の問題点はすでに前述した通りである。

(3) 訴訟物の瑕疵存否は判決主文判断内容に含まれているのか。

以上のように、遡及効が生じない形成権行使であれば、前訴判決主文内容に抵触する余地はなく、既判力の時的限界により、既判力抵触問題は生じないはずである。

しかし、形成権の効果に遡及効は生じない場合でも、「請求権の発生・成立原因に内在する瑕疵」の存否までも主文判断に含まれているとの解釈によれば、判決確定後、後訴で請求権にそのような瑕疵が存在の主張をすることは既判力に抵触するという立論の余地が出てくる。

原告の合理的意思解釈として、判決主文判断においては、単なる「請求権の存在」の確定ではなく、その請求権には「請求権の発生・成立原因に内在する瑕疵」も存在していないことの確定までも求めていると解釈することができれば、判決主文で請求認容を判示する場合には、単なる「請求権の存在」の確定ではなく、同時に、「請求権の発生原因に内在する瑕疵」の不存在の確定まで含まれることになる。

その場合には、例えば、確定請求認容判決に対して、口頭弁論終結前に

成立した告知権を口頭弁論終結後に主張して、その判決で認容された請求権の消滅を主張する場合、その請求権の消滅という主張は、確定判決の主文内容である「請求権の（口頭弁論終結時の）存在」判断については、既判力の時的限界により既判力で遮断されないとしても、口頭弁論終結時には「請求権の発生・成立原因に内在する瑕疵」は不存在であるという主文判断内容に抵触することになるとして、その点で既判力に抵触するとして、その告知権の主張を遮断することが可能になる。口頭弁論終結時に成立していた（遡及的効果のない）告知権を口頭弁論終結後に行使・主張することは既判力に抵触する、という下級審判例（東京地判平成元・9・29判タ730号240頁）も、このような見解に立てば説明できることになろう。

この点は、ここでは詳しく言及することは避けて別稿に委ね、関連する限りでの言及にとどめたいが、判例は、上記のような、訴訟物たる権利の発生・成立にかかる瑕疵（すなわち、訴訟物たる権利義務を取り消し得る、ないし無効となる瑕疵）の口頭弁論終結時の存否をも訴訟物判断として主文内容に包含されるものと解釈しているように思われる。

その結果、その瑕疵を口頭弁論時に行使・主張しておかないと、その瑕疵は存在しないという判断が主文判断に包含されることになり、その後、口頭弁論終結時にその瑕疵が存在するという主張は既判力で排除されるという見解と考えられる²⁹⁾。

そこで、前述判例でも、その点からの検討を加えたのが、「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取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」という判示部分と評価すべきであろう。

確かに、口頭弁論時に存在した権利の瑕疵による権利否定を口頭弁論終結後に主張させることを正当化する十分な合理的根拠は考えられない（この点は、このような瑕疵は判決主文判断には含まれないと主張する中野説でも、信義則による主張否定という形で、認めるところである）ことなど

を考えると、このような判例の見解も是認される余地があると思われる³⁰⁾が、ここでは、このような判例の見解の解釈やその当否を論じることは、この程度で留めたい。

いずれにせよ、このような解釈によれば、訴訟物についての上記のような瑕疵の主張の場合に該当すれば、既判力に抵触する可能性が出てくる。

建物取去土地明渡訴訟の訴訟物を土地明渡請求権のみであるとすれば、建物買取請求権は、その成立・存在上の瑕疵の問題ではなく、この観点からも問題とはならない。建物買取請求権の抗弁性や防御機能を強調する見解もあるが、そのような要素が認められるとしても、それは、この訴訟物の成立・存在の瑕疵ではない。

しかし、建物取去義務自体も訴訟物内容に含まれると考えると、建物買取請求権の抗弁性や防御機能を強調する見解からは、建物買取請求権も訴訟物の成立・存在上の瑕疵である、と解釈する余地がでてくるかもしれない。そうすると、ここでも、訴訟物内容が問題となってくることになる。

ただし、以上の検討は、上記のような、訴訟物たる権利の発生・成立にかかる瑕疵の存否も判決主文判断に含まれるという解釈が判例上成り立つのではないかということを前提とする議論である。この点の論究を控える本稿としては、この点についての言及もここで止めざるを得ず、筆者（加波）の見解も留保せざるを得ない。

5 おわりに

以上、検討してきたことの結論としては、口頭弁論減後の建物買取請求権の行使は既判力に抵触することなく可能という、多数説と同じ帰結となる。ただし、その理由を異にする。多数説のように、建物買取請求権の性格等を利益考慮的に考察して既判力による遮断をすべきではないと判断されることから導かれる結論ではなく、既判力抵触範囲の規律枠組みである既判力の客観的範囲と時的限界から考察した（上記4(1)(2)の）結果による

（ただし、上記4(3)からの結論は留保）。

確かに、口頭弁論終結後の形成権の行使可否問題は、当該形成権の性格等を利益考慮的に考察して判断していくことは必要かと思われる。しかし、従来からの通説的見解に立つ限り、既判力は客観的範囲と時的限界でその及ぶ範囲は規律されているのであるから、その行使可否を既判力で規制する場合は、あくまでその客観的範囲と時的限界の枠内で規制されるべきである。そして、利益考慮的考察の結果、そのような既判力の規律枠を超えて行使可否を規制すべき場合は、実体法上の解釈や信義則、場合によっては請求異議の要件等の解釈で対処すべきであり、既判力で対処すべきではない（上記4(3)の解釈が可能であれば、そのような利益考慮的考察も既判力の客観的範囲の枠内で行うことが可能となる）。

なぜなら、河野・前掲注7）が論じるように、確かに、伝統的な通説的既判力論は現在では修正を余儀なくされているといえよう。しかし、その従来からの通説的な（訴訟物を基準とする既判力の客観的範囲と時的限界という）既判力規律枠組みは現在でも維持されていることは、最新の基本書類を見ればわかることである。したがって、従来からの通説的見解に代わる既判力規律基準を定立するにあたって、その通説的既判力規律枠組みとの関係を明示する必要がある。

それをせずに、既判力問題を議論すると混乱が生じるだけの不毛な状況となろう。現在の基準事後の形成権行使可否問題はそのことを如実に表している好例ではないかと思われる。

したがって、既判力の客観的範囲・時的限界という枠組みとの関係を考察することなく、単に、形成権の性格等を利益考慮的に考察した結果、その行使を認めるべきであると判断される場合は既判力は及ばずとし、逆に、認めるべきではないと判断される場合は既判力により遮断されるとする論法は、そこでの利益考慮の考察方法が、生の利益考慮であれ、何らかの規律に沿った利益考慮であれ、現行の既判力の規律を乱す論法として批判されるべきものと考ええる。

もちろん、そのような論法の論者も現行の既判力の規制枠組みを否定する意図はないのであろうが、そのように思わざるを得ない状況になっているといわざるを得ない。

そのような状況に対して、もう一度、既判力の規制枠組みを十分意識した再検討を促すべく、口頭弁論終結後の建物買取請求権の行使可否問題を取り上げた次第である。

前述の4(3)の解釈論問題や他の形成権の行使可否問題など残された課題は多いが、それらは、後日、本稿への批判を得た後、別稿で論じたいと考えている。

- 1) 口頭弁論終結後の形成権行使可否問題に関する学説状況については、松本博之「既判力の標準時後の形成権行使について」『既判力理論の再検討』（信山社、2006年）111頁以下、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』（有斐閣、2009年）224頁、においてすでに詳細な解説が報告されているので、詳細はそこに委ね、ここでは建物買取請求権の行使可否問題について言及している学説に限定し、かつ、その内容も概要に留めておきたい。それゆえ、文献も網羅的ではない点、お断りしておきたい。
- 2) 菊井維大「強制執行法（総論）」（有斐閣、1976年）232頁、近藤完爾『執行関係訴訟〔全訂版〕』（判例タイムズ社、1968年）259頁以下、など。
- 3) 中田淳一・判批・民商59巻1号179頁、村松俊夫『民訴雑考』（日本評論新社、1959年）85頁、兼子一ほか『条解民事訴訟法（第2版）』（弘文堂、2011年）555頁（竹下守夫執筆）、小林秀之「建物収去土地明渡訴訟と建物買取請求権の行使」金融法務事情1287号16頁（21頁）、畑郁夫・判批・民商法雑誌115巻4=5号707頁、松本・前掲注（1）111頁（193頁以下）、垣内秀介・評釈・法協115巻2号291頁、山本弘「基準時後における形成権行使と既判力の遮断効」法教376号119頁以下、山本克己「形成権の基準時後行使」法教295号141頁、池田辰夫『新世代の民事裁判』（信山社、1996年）171頁以下（178頁）、鈴木＝三ヶ月編『注解民事執行法1』（有斐閣、1984年）614頁〔吉井直昭執筆〕、川嶋四郎『民事訴訟法』（日本評論社、2013年）686頁、小島武司『民事訴訟法』（有斐閣、2013年）648頁、など。また、後掲注（7）引用文献参照。
- 4) 中野貞一郎「既判力の標準時」『民事訴訟法の論点I』（判例タイムズ社、1994年）243頁・250頁以下、同「執行力の範囲」『民事手続の現在問題』（判例タイムズ社、1989年）258頁、同・判批・民商法雑誌57巻6号996頁。坂田宏「建物収去土地明渡訴訟の標準時後における建物買取請求権の行使と請求異議の訴え」判例評論452号50頁（53頁）も同旨。また、坂田宏「既判力による遮断効に関する一試論」新堂古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築（下）』（有斐閣、2001年）374頁、同「既判力の時的限界の意義」鈴木正裕先生古稀祝賀『民事訴訟法の史的展開』（有斐閣、2002年）665頁も参照。

- 5) 伊藤眞『民事訴訟法（第4版）』（有斐閣，2011年）509頁以下（515頁）。岡庭幹司「『既判力の時的限界』という法的視座への疑問」青山古稀祝賀『民事手続法学の新たな地平』（有斐閣，2009年）45頁以下も、伊藤説に近い見解をとる。
- 6) 山本和彦『民事訴訟法の基本問題』（判例タイムズ社，2002年）202頁以下（210頁）。なお、坂原説（坂原正夫『民事訴訟における既判力の研究』（慶応通信，1993年），同「既判力の標準時後の取消権の行使について」民事訴訟雑誌52号17頁，同「既判力の時的限界」新堂監修・高橋＝加藤編『実務民事訴訟講座3巻』（日本評論社，2013年）323頁）や塩崎説（塩崎勤「既判力標準時後の形成権の行使に関する一試論」『民事裁判の実務的課題』（民事法研究会，2004年）296頁）は、（既判力の）基準時後の形成権行使は全て否定する全面的否定説といわれているが、建物買取請求権行使についての明言はないので、本稿では、検討対象から除外することにした。
- 7) 河野正憲「形成権の機能と既判力」『当事者行為の法的構造』（弘文堂，1988年）144頁，洪川満「建物取去土地明渡請求訴訟と建物買取請求権の行使」鈴木＝三ヶ月監修『実務民事訴訟講座4巻』（日本評論社，1969年）94頁，鈴木録弥『借地法（下）〔改訂版〕』（青林書院，1980年）1317頁以下，新堂幸司『新民事訴訟法（弘文堂，第5版）』（2011年）693頁注1，高橋宏志『重点講義・民事訴訟法（上）第2版補訂版』（有斐閣，2013年）625頁，渡部美由紀・判批・法学（東北大学法学会）61巻2号411頁，三上威彦「既判力の時的限界（2）：建物買取請求権」民事訴訟法百選〔三版〕178頁，広尾勝彰「既判力の時的限界」民事訴訟法百選1190頁，山木戸克己・判批・民商法雑誌33巻3号65頁など。
- 8) もちろん，以上の点は，既判力論により説明が異なってくる。ここでは現在の通説である，いわゆる二元説に立つ場合の説明である。
- 9) 越山和広「民事訴訟演習」法学教室380号164頁も，この問題を考察するに当っては既判力の客観的範囲問題が重要になると指摘しており，同旨と思われる。
- 10) 例えば，前掲注(3)(7)で引用している文献で，既判力の客観的範囲や時的限界という枠組みに関して論究したものは多くない。
- 11) 新堂・前掲注(7)707頁，伊藤・前掲注(5)504頁，上田徹一郎『民事訴訟法（第7版）』（2011年）478頁，中野貞一郎ほか『新民事訴訟法講義（第2版補訂2版）』（有斐閣，2008年）454頁，河野正憲『民事訴訟法』（2009年）570頁，など。
- 12) 確かに，いわゆる「提出責任効論」（水谷暢「後訴における審理拒否」民事訴訟雑誌26号59頁）及び「提出責任」説（上田徹一郎「遮断効と提出責任」『判決効の範囲』（有斐閣，1985年）224頁）や「正当な決着期待争点」説（新堂・前掲注(7)726頁以下，同「正当な決着期待争点」中野古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論（下）』（有斐閣，1995年）1頁以下）などのような，伝統的な既判力規律を再構成して，主張すべき事実であったか否かで，既判力の生じる前訴訟判決主文判断に矛盾する主張か否かを判断するという理論に立つことを前提とするのであれば，この基準時後の形成権行使許否問題でも利益考慮的考察により，主張すべき事実か否かを考察して結論を得るといふ論理も成り立つ。

しかし，これらの説が，訴訟物や既判力の時的限界の枠を超えてまで，信義則や争点効ではなく，「既判力」の遮断効による失権をどこまで認めるのか，という点は必ずしも明らかではない（例えば，本稿本文で扱った，物上請求訴訟判決確定後の所有権確認訴訟に

おける遮断効の範囲問題を参照)。したがって、その点が、本稿の問題である建物買取請求権行使拒否問題を論じるにあたっては、明らかにされるべきではないかというのが本稿の趣旨である。

また、これらの説に立つ場合は、いかなる場合をもって判決主文（に包含される）判断に反する主張となるのかという、（従来の通説的既判力規律に代わる独自の）既判力規律が一応定立されているので、それに則って、この基準時後の形成権行使許否問題が論じられることになるが、そのような新たな既判力規律に立たない場合は、前訴判決主文判断に反する主張か否かは、本稿本文で述べたような（従来からの通説的）既判力規律に則って判断されるべきことになる。

しかし、その既判力規律につき、従来からの通説的見解を維持したままなのか、または、独自の新たな既判力規律に立った上での議論なのか、もし、そうなら、主文判断に包含される内容とはどういうものを意味することになるのか（このことは民訴114条1項の該当性を判断する上で必須問題となる）、という点の明確な論証のないまま、基準時後の形成権行使許否問題が論じられているのが現在の議論状況であるように思われる（例外として、垣内・前掲注(3)303頁など）。その点を批判するのも本稿の趣旨である。

- 13) 以上につき、松本・前掲注(1)161頁以下・192頁以下。同様の問題は、河野・前掲注(7)、池田・前掲注(3)、などの見解についても妥当する。
- 14) 山本克己・民事訴訟法判例百選Ⅱ313頁や垣内・前掲注(3)296頁以下なども同旨。
- 15) 小林・前掲注(3)21頁参照。
- 16) 代表として、大島眞一『民事裁判実務の基礎』（民事法研究会、2010年）267頁以下、吉川慎一「所有権に基づく不動産明渡請求訴訟の要件事実④」判例タイムズ1177号84頁、岡口基一『要件事実マニュアル(上)第二版』（ぎょうせい、2007年）206頁以下。
- 17) 中田・前掲注(3)178頁。
- 18) さらに、このように建物取去義務が既判力の対象にならず、既判力による確定も生じないとするれば、建物取去土地明渡訴訟の審理中、この建物買取請求権が行使されそれが認められて建物退去土地明渡判決が下され確定した後でも、再度、その建物買取請求権の成立を争って、建物取去義務の存在を主張することは既判力に反しないとして可能となるし、この建物買取請求権が主張されたが、その成立が争われて否定され、建物取去土地明渡判決が下され確定した後でも、再度、その建物買取請求権は成立すると主張し、それを行使して、建物取去義務の存在を主張することも既判力に反せず可能となる、ということになる。
- 19) 建物取去か建物退去かで訴訟物は異なると論じる、畑・前掲注(3)714頁以下があるが、その他の論者でこの問題につき言及する者はほとんど見受けられない。
- 20) この点、後掲注(26)参照。
- 20-a) 本判例の評釈として参照したのは以下の文献である。

上原敏夫・判例研究・NBL 603号93頁、畑・前掲注(3)707頁、同「弁論最終後の建物買取請求権の行使と請求異議事由」私法判例リマークス14号134頁、垣内・前掲注(3)291頁、原強「建物買取請求権と既判力による遮断の有無」法学教室188号76頁、坂田・前掲注(4)50頁、渡部・前掲注(7)411頁、栗田陸雄・法学研究（慶應義塾大学法学研究会）

既判力基準時後の建物買取請求権行使について（加波）

70巻7号136頁、越山和広「建物買取請求権と既判力」民事訴訟法百選（別冊ジュリスト146号）444頁、春日偉知郎「建物取去土地明渡を命ずる判決の確定と建物買取請求権の行使」平成七年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊1091号）115頁、三上威彦「既判力の時的限界（2）：建物買取請求権」民事訴訟法百選〔三版〕178頁、山本克己「形成権の基準時後行使」法学教室295号141頁、井上繁規「建物取去土地明渡請求訴訟の事実審口頭弁論終結後における建物買取請求権の行使と請求異議の訴え」最高裁判所判例解説民事篇平成7年度1017頁。

- 21) 司法研修所編『紛争類型別の要件事実』（法曹会，1999年）56-58頁。
- 22) この判例については、新堂幸司「責任限定を明示した給付判決の効力」『訴訟物と争点効（下）』（有斐閣，1991年）8頁以下、谷口安平・判評・判例時報765号32頁、稲田龍樹「限定承認を認めた留保付判決の効力」判例タイムズ391号36頁、菱田雄郷「限定承認の蒸し返し」民事訴訟法判例百選〔第4版〕184頁、およびそこに掲載されている諸文献参照。
- 23) 新堂・前掲注（7）343頁，同「条件付給付判決とその効果」『訴訟物と争点効』（有斐閣，1988年）183頁，我妻学「引換え給付判決」民事訴訟法判例百選〔第4版〕162頁，およびそこに掲載されている諸文献参照。
- 24) なお、この問題と前述の取去義務の消滅・不存在を主張するための建物買取請求権行使問題とは、よく一体的に論じられることがある。しかし、ここでの問題は、留保つき請求権を主張することが既判力に抵触することになるので、それを基礎づける建物買取請求権の行使・主張が既判力に抵触し否定されるのではないか、ということであるが、他方は、取去義務の消滅・不存在主張が既判力に抵触するので建物買取請求権の行使が既判力に抵触し否定されるのではないか、という問題なので、前者が認められることと後者が認められることとの間には論理必然性はなく、両者は関連性はあるがそれぞれ別の問題である点、注意が必要である。
- 25) 同時履行の抗弁権を主張するための建物買取請求権の行使に消極的な見解をとるものとして、松本・前掲注（1）194頁。理由としては、強制執行の遅滞を避けるため、とのことであるが、その理由ゆえにその行使・主張が既判力で遮断されると解するのか、実体法上の解釈として同時履行の抗弁の主張を否定するにすぎないのかが不明である。前者であるとするれば、そのような理由が既判力の客観的範囲とどう結びつくのかが論証される必要がある。それに対して、認容する見解としては、後述の既判力の時的限界を理由に認容するものであるが、後掲注（28）がある。新堂・前掲注（7）693頁注1も否定説のようであるが理由は明らかではない。
- 26) 大島・前掲注（16）340頁。岡口基一『要件事実マニュアル（下）第二版』（ぎょうせい，2007年）8頁以下。
- 27) 伊藤・前掲注（5）515頁。
- 28) 吉井・前掲注（3）615頁も、同時履行の抗弁権を主張するための建物買取請求権の行使に関するものであるが、時的限界の観点から、行使を認容する。
- 29) このような見解に立つと、口頭弁論終結後の取消権行使が既判力に抵触するという判例が理由とする、当該瑕疵は主張できたはずであるから、という論拠は、当該瑕疵は、判決確定後は主文判断に生じる既判力より遮断されることになるので、それを事前に予測し

て、口頭弁論終結時までに、主張すべきであり、かつ、主張できた（訴訟物判断のための）攻撃防御方法にすぎない（したがって、それをしないで判決確定後に主張することは既判力により遮断される）、ということ述べたものとして説明されることとなる。

- 30) 主文判断にこのような訴訟物たる権利成否自体以外にその権利内容を補足する判断を含ませること自体は、通説・判例も認めるところである。例えば、反対給付の同時履行という条件成立の場合に引換給付判決を行うが、その（引換給付という）条件付きである点は主文判断内容に含まれると解釈している。したがって、このような瑕疵の存否判断までも主文判断に包含されるという解釈も、その当否は別として、可能性がないわけではない。