

論文式試験問題集
[民事訴訟法]

【民事訴訟法】〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、2：1：2)

次の文章を読んで、後記の【設問1】から【設問3】までに答えなさい。

【事例1】

Xは横浜市内の繁華街にある甲建物を賃貸借契約（以下「本件賃貸借契約①」という。）に基づきYに貸渡し、Yはそこで八百屋を営んでいた。

Xは、甲建物を取り壊してその跡地に近代的高層ビルを建てることを計画し、本件賃貸借契約①の期間満了の6か月前に、借地借家法第26条1項に基づき、Yに対し、本件賃貸借契約①を更新しない旨の通知をした。

Yは常連客が多いことから、今後も甲建物で八百屋を続けたいと考え、本件賃貸借契約①の期間満了後も、甲建物で八百屋を営み続けた。

そこでXはYに対し遅滞なく異議を述べた上で、甲建物の明渡しを求める訴え（以下「本件訴訟」という。）を提起した。本件訴訟において、Xは、主的に無条件での甲建物を明渡しことを請求し、予備的に立退料500万円の支払いと引き換えに本件建物を明渡しことを請求した。

これに対し、Yは、借地借家法第28条の正当事由の存在を争っている。

【設問1】

- (1) 裁判所は、700万円の立退料の支払いとの引換給付判決をすることができるか。処分権主義との関係で論じなさい。
- (2) 裁判所は、300万円の立退料の支払いとの引換給付判決をすることができるか。処分権主義との関係で論じなさい。

【事例2】

Aは、建物所有を目的として、Xの所有する乙土地を賃貸借契約（以下「本件賃貸借契約②」という。）に基づき賃借した上、乙土地上に丙建物を建築し、所有権保存登記をした。

その後、Aは丙建物及び本件賃貸借契約②に基づく乙土地の賃借権を、Xに無断でYに譲り渡した。

そこで、XはYに対し、賃借権の無断譲渡を理由に、丙建物を収去して乙土地を明け渡すよう請求する訴え（以下「本件訴訟」という。）を提起した。

【設問2】

本件訴訟において、第一審でYは敗訴の判決を受けた。これに対しYは控訴したが、控訴審でも敗訴することが濃厚であった。そこで口頭弁論終結間際において、Xに対し建物買取請求権の行使を主張した。

裁判所はこの主張を時機に後れたものとして却下できるか。

【設問3】

本件訴訟において、上記Yの主張は時機に後れたものとして却下され、控訴審においてもYは敗訴の判決を受け、確定した。

その後Yは上記判決に基づく強制執行に対し、請求異議の訴えを提起した。その際、Yは建物買取請求権を行使することができるか。既判力の作用に触れつつ、事案に即して論じなさい。

2021年3月28日

担当：司法修習生 金 永志

参考答案
[民事訴訟法]

第1 設問1

1 小問(1)

(1) 裁判所は、700万円の立退料の支払いとの引換給付判決をすることができるか。処分権主義との関係で問題となる。

(2) 処分権主義とは、当事者が訴訟の開始、訴訟物の特定、訴訟の終了について処分権能を有し、これらについて自由に決定できることをいう（民事訴訟法（以下当該法令名省略）246条）。同主義は私的自治を訴訟法上に反映させ、当事者意思を尊重し、かつ当事者に対する不意打ちを防止する機能を有する。

そこで、原告の合理的意思に反せず、被告に不意打ちとならない場合には同主義に反しないと解する。

(3) 本件で、原告Xが立退料として500万円を提示する一方で、裁判所はこれを700万円と認定している。もっとも、Xは500万円以上支払う意思がないことを明示しておらず、立ち退き料として500万円もしくはこれと格段の相違のない一定の範囲内で裁判所の決定する金員を支払う旨の意思を表明し、かつその支払いと引き換えに甲建物の明渡しを求めているものと解される。そして、本件における200万円は格段の相違とはいえない。

また、立退料を500万円とする明渡しを拒んでいる被告Yにとっても、立退料が増えることは何ら不意打ちにならない。

したがって、原告の合理的意思に反せず、被告に不意打ちとならない。

(4) よって、処分権主義に反しない。

2 小問(2)

(1) 裁判所は、300万円の立退料の支払いとの引換給付判決をすることがで

きるか。処分権主義との関係で問題となる。

(2) 上述の通り判断する。

(3) 本件で、Xが立退料として500万円を提示する一方で、裁判所はこれを300万円と認定している。そのため、裁判所の提示額がXの提示する額を超えており、Xの合理的意思の範囲を逸脱するようにも思える。もっとも、Xは主位的請求として無条件の明渡しを請求しており、500万円以下の額も、Xの合理的意思の範囲内といえる。

また、Yにとっても、Xの主位的請求を当然把握していることから、不意打ちとはならない。

したがって、原告の合理的意思に反せず、被告に不意打ちとならない。

(4) よって、処分権主義に反しない。

第2 設問2

1 裁判所は、Yの建物買取請求権の主張を時機に後れたものとして却下できるか。157条1項の要件該当性が問題となる。

2 「故意又は重大な過失」

攻撃防御方法の種類から判断するところ、本件で、確かにYの主張は建物買取請求権で、賃貸借契約の終了を認めるものであり、実質敗訴の抗弁といえ、故意重過失は否定されるように思える。もっとも、Yは第一審で敗訴しており、控訴審でも敗訴可能性が十分あるにもかかわらず、控訴審終結間近まで一切同主張を行っていない。この点に重過失が認められる。

3 「時機に後れて提出した」

続審制のため第一審から判断するところ、上述の通り、Yは第一審で敗訴しているにもかかわらず、控訴審終結間近になって同主張を行っていること

<p>から、より早期の適切な時期に主張できたといえ、「時機に後れて提出した」といえる。</p> <p>4 「訴訟の完結を遅延させることとなる」</p> <p>Yが同主張を行ったのは控訴審終結間近であり、かつ同主張により新たに建物時価算定のための証拠収集を行う必要が生じるため、同主張を認めると、同主張を却下した場合に比べ訴訟完結が遅れるといえ、「訴訟の完結を遅延させる」といえる。</p> <p>5 したがって、却下できる。</p> <p>第3 設問3</p> <p>1 Yは請求異議の訴えにおいて建物買取請求権を行使できるか。既判力により遮断されないかが問題となる（114条1項）。</p> <p>2 既判力とは確定判決の判断内容の後訴での通用性ないし拘束力であり、その根拠は紛争の蒸し返し防止、手続保障が与えられたことによる自己責任である。</p> <p>3 既判力は弾力的かつ迅速な審理のため訴訟物にのみ生じ（同項）、かつ原則として当事者間にしか及ばない（115条1項1号）。また、基準時は手続保障の観点から訴訟資料の提出が可能な時点である（民事執行法35条2項参照）、事実審の口頭弁論終結時と解する。</p> <p>本件では、XY間において、控訴審口頭弁論終結時点における賃貸借契約の終了に基づく目的物返還請求権としての建物明渡請求権につき、既判力が生じている。</p> <p>4 遮断効について</p> <p>(1) 本件請求異議の訴えにおける訴訟物は、本件訴訟と同一のものであるた</p>	<p>め、当該訴えには既判力の作用の一つである遮断効が作用する。遮断効とは、判決確定後、基準時の権利関係につき、基準時後の事由に基づいて争うことができないことをいい、手続保障が与えられたことを根拠に認められる。もっとも、同根拠から、期待可能性がない事由については遮断効が否定される。</p> <p>(2) 本件で、Yは建物買取請求権を主張しており、当該主張は上述の通り実質敗訴といえ、かつ原告の請求権自体に付着する瑕疵に関する抗弁ではない。</p> <p>(3) したがって、期待可能性がない事由といえ、遮断効は否定される。</p> <p>5 157条1項と遮断効</p> <p>時機に後れたものとして却下された建物買取請求権行使を、請求異議の後訴において主張することは、可能と解する。なぜなら157条1項は同一手続内での具体的な提出可能性の問題であるのに対し、既判力の遮断効は抽象的・類型的な提出可能性の問題で、利益状況が異なるからである。</p> <p>6 したがって、行使できる。</p> <p style="text-align: right;">以上</p>
---	--

2021年3月28日

担当：司法修習生 金 永志

予備試験答案練習会(民事訴訟法)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問1〕	(16)		
処分権主義の定義を正確に記載している。		2	
処分権主義の規範を適切に定立できている。		2	
小問(1)において適切に当てはめた上、結論を示している。		6	
小問(2)において適切に当てはめた上、結論を示している。		6	
〔設問2〕	(8)		
157条1項の問題であることを指摘できている。		2	
故意、重過失において適切に検討した上、結論を示している。		2	
「時機に後れた」において適切に検討した上、結論を示している。		2	
「訴訟の完結を遅延することとなる」において適切に検討した上、結論を示している。		2	
〔設問3〕	(16)		
既判力の遮断効の問題であることを指摘できている。		1	
既判力の定義、根拠、客観的範囲、主観的範囲、時的範囲、作用場面について検討できている。		5	
遮断効の規範、当てはめにおいて適切に検討した上、結論を示している。		8	
157条1項と遮断効の関係において適切に検討した上、結論を示している。		2	
裁量点	(10)	10	
合計	(50)	50	

民事訴訟法 解説レジュメ

第1. 出題趣旨

設問1では処分権主義の基礎的な問題(小問(1))及びやや応用的な問題(小問(2))を出題しました。処分権主義の定義を正確に踏まえた上で、その趣旨から規範を定立することが大切です。特に当てはめでは小問(1)と小問(2)の違いを踏まえつつ、具体的に論じることが極めて重要です。

設問2では今後出題の可能性が高いものの、意外と抑えていない方が多いのではないかとと思われる箇所を出題しました。この機会に抑えておきましょう。条文の要件を一つ一つ丁寧に論じることが大切な問題でした。

設問3では既判力の基本的な問題と、157条の既判力への影響というかなり応用的な問題を出題しました。基本的な問題ができていれば、十分合格答案です。

第2. 設問1

(1) 処分権主義

ア. 定義

当事者が訴訟の開始、訴訟物の特定、訴訟の終了について処分権能を有し、これらについて自由に決定できること。民事訴訟法246条。

イ. 趣旨

私的自治の訴訟法上の反映→当事者意思の尊重、当事者に対する不意打ち防止

ウ. 規範

原告の合理的意思に反せず、被告の不意打ちとならない場合には反しない。

エ. あてはめ

「具体的な当てはめにおいて一方の視点からしか言及しない答案」、「原告の意思が具体的にどのようなものかといった具体的な当てはめを記述しない答案」、「当事者の意思の尊重、当事者に対する不意打ち防止といったキーワードを用いる際にはそこに言う当事者が原告ないし被告のいずれを意味するか明らかになるような記述をする必要がある」、以上平成29年司法試験採点実感

民訴はあてはめが薄くなりがち。いかに具体的事案に規範を落とし込めるかが大事。

(2) 小問(1)

ア. 判例(最判昭和46.11.25, 百選75), 学説

事案の概要:原告(建物所有者, 賃貸人)が被告(賃借人)に建物明渡しを提起。主位的請求として無条件明渡しを, 予備的請求として300万の立退料と引き換えの明渡しを求めた事例。

判旨:「立ち退き料として300万円もしくはこれと格段の相違のない一定の範囲内で裁判所の決定する金員を支払う旨の意思を表明し, かつその支払いと引き換えに本件係争店舗の明け渡しを求めている」場合, 500万円の支払いと引き換えに本件店舗の明け渡しを命じた「原審の判断は相当である。」

特に反対の意思がうかがわれぬ限りは, 原告は主張する金額に必ずしもこだわることはなく, 一定の範囲内で裁判所にその決定を任せていると評価できる(原審判決, 百選解説)。

原告が提示した額を上回る立ち退き料の支払いを明示的に拒んでいると評価できる場合には、請求を棄却すべき（百選解説）。

イ. 原告の合理的意思

本件でXに500万円以上支払うことを拒絶するような特段の意思表示はなく、700万円は500万円と格段の相違とまではいえず、想定内といえる。

ウ. 被告の不意打ち

上記と同様の理由からYにとっても不意打ちとはいえない。

(3) 小問(2)

ア. 学説

原告が明示している立退料の金額を減額することは、原告が明示している量的範囲を超え、処分権主義に反する（百選解説、多数説）。被告の不意打ちにもなる。

最も主位的に無条件の明渡しを主張している場合、無条件から提示額（本件では500万円）まで支払うことも原告の合理的意思の範囲内といえる（百選解説）。

イ. 原告の合理的意思

本件でXは主位的に無条件明渡しを主張していて、立退料0円～500万円もXの合理的意思の範囲内といえる。

ウ. 被告の不意打ち

不意打ちといえそうだが、当然Xの主位的請求をYも把握しているため、不意打ちといえない。

第3. 設問2

(1) 総論

157条をまず見つけられたかどうか。見つけられなかった方は短答解きながら条文把握するように。

論点というものはなく、事前知識がなくても解ける。条文記載の要件を落とさずに、どれだけ現場であてはめを充実させられるかが勝負。問題文から引用すべき事実と評価を把握する。最判昭和46.4.23（百選45）参照

（以下リーガルクエスト参照）

故意、重過失～攻撃防御方法の種類から判断。実質敗訴の抗弁は否定されやすい。争点整理手続後で説明義務が履行されない限り重過失推定。

時機に後れた～より早期の適切な時期に提出できたことを意味する。弁論準備手続や争点整理手続後の提出は、特段の事情がない限り、時機に後れたものとなる。続審制のため、控訴審のみではなく第一審の手続きから判断する（判例）。

訴訟の完結の遅延～その攻撃防御方法を却下した場合の訴訟完結時と、その攻撃防御方法の審理を続行した場合の訴訟完結時を比較して判断する。弁論終結後や、弁論終結の直前の場合認められやすい。証拠の取調べの容易さも考慮する。

(2) 当てはめ

故意、重過失～実質敗訴。第一審負けていることから控訴審でも負けること想定できたのでは。時機に後れた～控訴審の終結間近で、提出すべき機会はたくさんあった。

訴訟の完結の遅延～控訴審終結間近。建物の時価算定困難で証拠集め時間かかる。

第4. 設問3

(1) 既判力の遮断効

ア. 定義

既判力とは確定判決の判断内容の後訴での通用性ないし拘束力。根拠は紛争の蒸し返し防止、手続保障が与えられたことによる自己責任。

遮断効とは判決確定後、当事者は基準時における権利関係を基準時前の事由に基づいて争うことはできない。

基準時は事実審の口頭弁論終結時。手続保障の観点から、訴訟資料の提出が可能な時点まで（民事執行法35条2項）とすべき。

イ. 既判力の検討順序（私見）

1. 問題提起
2. 既判力の定義
3. 既判力の範囲
 - (1) 客観的範囲
 - (2) 主観的範囲
 - (3) 時的限界
 - (4) 結論（具体的事案における既判力の範囲）
4. 既判力の作用
 - (1) 作用場面
 - (2) 効力（積極的効力，消極的効力（遮断効））
5. 例外検討（信義則等）

※どの段階の問題なのか意識して解く。

ウ. 遮断効の判断基準

- ・遮断効の根拠から、期待可能性がない事由について遮断効は否定される（有力説，高橋）
- ・明らかに基準時前に生じた事由については、遮断効が肯定される。もっとも実質的に基準時後の事由と同視すべきものについては、117条類推、一部請求擬制、権利濫用で対処（通説）。338 I ⑤ は攻撃防御方法の主張を制限していること、期待可能性基準にすれば控訴裁判所は煩雑な審理を余儀なくされ、法的安定性という既判力制度の趣旨を害することになることから。

個人的に試験で書きやすいのは有力説。

エ. 建物買取請求権と遮断効

肯定（最判平成7.12.15，百選78）

実質敗訴，原告の請求権事自体に付着する瑕疵ではない→期待可能性がない。

(2) 157条1項と遮断効

時機に後れたものとして却下された建物買取請求権行使を、請求異議の後訴において主張することの可否

157条1項は同一手続内での具体的な提出可能性の問題であるのに対し、既判力の遮断効は抽象的・類型的な提出可能性の問題で、利益状況が異なる。そのため、157条1項による却下は遮断効に影響を与えない（以上百選45解説）

第5.

【参考文献】

民事訴訟法判例百選（第5版）

リーガルクエスト民事訴訟法 三木浩一他

民事訴訟法概論 高橋宏志

以 上

2021年3月28日

担当：司法修習生 金 永志

最優秀答案

回答者 TK 42点

第1 設問1

1. (1) について

(1) Xは主位的に無条件の明け渡しを求めているのに立退料との引換給付判決をすることは処分権主義（民事訴訟法（以下当該法名省略）246条）に反しないか。

(2) 処分権主義とは、訴訟の開始、審理の対象・範囲の確定、判決によらない訴訟の終了の決定の当事者に委ねる規律である。その機能は私的自治の訴訟法上の反映として、当事者の自由な意思に権利関係の処分を委ねるとともに、被告に対して防御の対象を明確にし、不意打ち防止することにある。

そこで、処分権主義に反するかは、①原告の合理的意思に合致するか、②被告への不意打ちにならないかによって判断すべきである。

(3) ア. ②本問では、立退料の支払いとの引き換えはXの予備的請求にあつたため、被告たるYへの不意打ちにはならない。

イ. ①本問では、たしかに原告たるXが主位的には無条件での明け渡しを求めているが、予備的には立退料の支払いとの引き換えに明け渡しを求めている。そのため、Xの合理的意思として、立退料を支払うことをもってでも明け渡しを受けたいと意思が認められる。よって、原告の合理的意思に合致する。

(4) したがって、立退料との引換給付判決をすることは処分権主義に反しない。

2. では、その立退料をXは500万円と主張していたが、Xの申立額を超えた700万円とするのは処分権主義に反しないか。

(1) 前述の基準に照らして判断するところ、②被告Yとしては支払われる額が多くなるため、不意打ちにはならない。

(2) ①原告の合理的意思が立退料を支払うことをもってしてでも明け渡しを受けたいという意思である場合、申立額を上限とし、それ以上の支払いを拒絶する意思を原告が主張していた場合は別として、原告は金額の範囲の審理について裁判所の決定にゆだねていたと言える。

もっとも、原告の申立額との差があまりにも過大で、原告の予想の範囲内とはいえない場合には合理的意思の範囲外と言える。

本問では、原告の合理的意思は立退料を支払うことをもってしてでも明け渡しを受けたいという意思であり、Xは500万円以上の支払いを拒絶する意思を主張していない。そして、Xの申立額は500万円であったところ、裁判所の決定は700万円である。その差は200万円であり、差があまりにも過大とはいえず、原告の予想の範囲内といえる。

したがって、原告の合理的意思に合致する。

(3)よって、Xの申立額を超えた700万円とするのは処分権主義に反しない。

3. (2) について

(1) Xの申立額を下回る立退料300万円の支払いと引換給付判決をなすことは処分権主義に反しないか。

(2) ②被告Yとしては無条件での明け渡しよりも支払われる額を得られるため、不意打ちにはならない。

①Xの申立額は500万円であり、これを減額することはXが明示している請求の量的範囲を超えていると言える。したがって、Xの主張する審理対象を超えているため、原告の合理的意思に合致しないように思える。

しかし、主位的には無条件での明け渡しを求めていた以上、負担の小さい条件はXの合理的意思の範囲内であると言える。

(3) よって、原告の合理的意思に合致する。

(4) したがって、Xの申立額を下回る立退料300万円の支払いと引換給付判決をなすことは処分権主義に反しないか。

第2 設問2

1. 裁判所はYの建物買取請求権の行使の主張を却下できるか。かかるYの主張が「時機に後れた攻撃防御方法」(157条1項)にあたるかが問題となる。

(1) 「時機に後れて提出した」といえるか。

そもそも、157条の趣旨は、訴訟の円滑な進行を図る点にある。

そうだとすれば、「時機に後れて提出した」とは、実際に提出した時機よりも以前に提出できた時機があったことをいうと考える。

本問では、Yは控訴審で口頭弁論終結間際に主張しており、第一審や控訴審の早い段階など、実際に提出した時機よりも以前に提出できた時機があ

ったと言える。

よって、「時機に後れて提出した」といえる。

(2) 「訴訟の完結を遅延させる」といえるか。

前述した訴訟の円滑な進行という同条の趣旨より、「訴訟の完結を遅延させる」とは訴訟の円滑な進行を阻害することを言うと考えられる。すなわち、本来であれば直ちに訴訟を終了させることができたにもかかわらず、当該攻撃防御方法の提出によって更なる審理が要される場合をいうと考えられる。

本問では、控訴審の口頭弁論終結間際は本来であれば直ちに訴訟を終了させることができた場面である。そして、Yの提出した攻撃防御方法である建物買取請求権は、建物の時価の算定の審理を要するため、当該攻撃防御方法によって更なる審理が要される。

よって、「訴訟の完結を遅延させる」といえる。

(3) 「故意又は重大な過失」がYにあるか。

そもそも同条で主観的要件が要求された趣旨は、攻撃防御方法の性質や訴訟状態の事情に鑑みて、攻撃防御方法の主張する者の保護を図る点にある。

そこで、「故意又は重大な過失」は攻撃防御方法の性質や訴訟状態の事情を考慮した上で検討すべきである。

本問では、Yの主張した建物買取請求権は建物所有権の喪失を意味するという性質を持ち、実質的敗訴が前提となるものであるため、早い段階での行使はあまり期待できない。

また、丙建物はAが乙土地上に建築したもので所有権保存登記をしていることから、借地権は対抗力を持ち（借地借家法10条1項）、丙建物と乙土地の賃借権をYはAから譲り受けたため、Yの借地権は対抗力を有することが考えられる。そのため、勝訴を期待して敗訴が濃厚になるまで主張しないことも合理的であるといえ、「故意」や「重過失」があるとは言えない。

よって、「故意又は重大な過失」はYにない。

2. したがって、Yの主張は「時機に後れた攻撃防御方法」にあらず、裁判所はYの建物買取請求権の行使の主張を時機に後れたものとして却下できない。

第3 設問3

1. Yは建物買取請求権を行使することができるか。確定判決後の建物買取請求権の行使が既判力（114条1項）によって遮断されないかが問題となる。
2. 確定判決には既判力が生じ、その基準時は事実審の口頭弁論終結時である。

そのため、紛争の蒸し返しを防ぎ、紛争解決の実効性を図るため、原則として、基準時まで存在した形成権を基準時後に提出することは既判力によって遮断され、認められないと考える。

もっとも、そもそも既判力の正当化根拠が手続保障の充足の上での自己責任にあるところ、基準時前に主張することが期待できなかった形成権まで遮断されるとするのは当事者の手続保障を害すると考えられる。

そこで、基準時前に行使することが期待できない形成権については、例外的に基準時後の行使が認められると解する。

3. 本問では、たしかに Y の建物買取請求権は事実審たる控訴審の口頭弁論終結時まで存在していた。しかし、建物買取請求権は本件訴訟の訴訟物たる建物収去土地明渡請求とは異なる原因から発生する別個の権利であるため、建物買取請求権の行使を認めても紛争の蒸し返しの程度は小さい。

また、建物買取請求権を行使することは、建物所有権の喪失を伴う点で、実質的敗訴を意味する。そのため、基準時前に行使することは期待できないと言える。

4. よって、Y の建物買取請求権の行使は例外的に既判力によって遮断されず、Y は建物買取請求権を行使することができる。

以 上

最優秀答案

第1 設問2

1 (1)について

(1) Xは主位的に無条件の明け渡しを求めているのに立退料との引換給付判決をすることは処分権主義(民事訴訟法(以下当該法名省略)246条)に反しないか。

(2) 処分権主義とは、訴訟の開始、審理の対象・範囲の確定、判決によらない訴訟の終了の決定の当事者に委ねる規律である。その機能は私的自治の訴訟法上の反映として、当事者の自由な意思に権利関係の処分を委ねるとともに、被告に対して防御の対象を明確にし、不意打ち防止することにある。

そこで、処分権主義に反するかは、①原告の合理的意思に合致するか、②被告への不意打ちにならないかによって判断すべきである。

(3) ア ②本問では、立退料の支払いとの引き換えはXの予備的請求にあったため、被告たるYへの不意打ちにはならない。

イ ①本問では、たしかに原告たるXが主位的には無条件での明け渡しを求めているが、予備的には立退料の支払いとの引き換えに明け渡しを求めている。そのため、Xの合理的意思として、立退料を支払うことをもってでも明け渡しを受けたいと意思が認められる。よって、原告の合理的意思に合致する。

(4) したがって、立退料との引換給付判決をすることは処分権主義に反しない。

2 では、その立退料をXは500万円と主張していたが、Xの申立額を超えた700万円とするのは処分権主義に反しないか。

(1) 前述の基準に照らして判断するところ、②被告Yとしては支払われる額が多くなるため、不意打ちにはならない。

(2) ①原告の合理的意思が立退料を支払うことをもってしてでも明け渡しを受けたいという意思である場合、申立額を上限とし、それ以上の支払いを拒絶する意思を原告が主張していた場合は別として、原告は金額の範囲の審理について裁判所の決定にゆだねていたと言える。

もっとも、原告の申立額との差があまりにも過大で、原告の予想の範囲内とはいえない場合には合理的意思の範囲外と言える。

本問では、原告の合理的意思は立退料を支払うことをもってしてでも明け渡しを受けたいという意思であり、Xは500万円以上の支払いを拒絶する意思を主張していない。そして、Xの申立額は500万円であったところ、裁判所の決定は700万円である。その差は200万円であり、差があまりにも過大とはいえず、原告の予想の範囲内といえる。

したがって、原告の合理的意思に合致する。

(3) よって、Xの申立額を超えた700万円とするのは処分権主義に反しない。

3 (2)について

(1) Xの申立額を下回る立退料300万円の支払いと引換給付判決をなすことは処分権主義に反しないか。

(2) ②被告Yとしては無条件での明け渡しよりも支払われる額を得られるため、不意打ちにはならない。

予備的請求は
簡便に反しない。
この予備的
請求は、明け
渡しの請求に
対して、被告
への不意打ち
防止のため。

申請範囲内。
金額の範囲
で審理する
こと。

①Xの申立額は500万円であり、これを減額することはXが明示している請求の量的範囲を超えていると言える。したがって、Xの主張する審理対象を超えているため、原告の合理的意思に合致しないように思える。

「審理範囲を超えている」

しかし、主位的には無条件での明け渡しを求めていた以上、負担の小さい条件はXの合理的意思の範囲内であると言える。

(3)よって、原告の合理的意思に合致する。

(4)したがって、Xの申立額を下回る立退料300万円の支払いと引換給付判決をなすことは処分権主義に反しないか。

第2 設問2

1 裁判所はYの建物買取請求権の行使の主張を却下できるか。かかるYの主張が「時機に後れた攻撃防御方法」(157条1項)にあたるかが問題となる。

(1)「時機に後れて提出した」といえるか。

そもそも、157条の趣旨は、訴訟の円滑な進行を図る点にある。

そうだとすれば、「時機に後れて提出した」とは、実際に提出した時機よりも以前に提出できた時機があったことをいうと考える。

本問では、Yは控訴審で口頭弁論終結間際に主張しており、第一審や控訴審の早い段階など、実際に提出した時機よりも以前に提出できた時機があったと言える。

よって、「時機に後れて提出した」といえる。

(2)「訴訟の完結を遅延させる」といえるか。

前述した訴訟の円滑な進行という同条の趣旨より、「訴訟の完結を遅延させる」とは訴訟の円滑な進行を阻害することを言うと考えられる。すなわち、本来であれば直ちに訴訟を終了させることができたにもかかわらず、当該攻撃防御方法の提出によって更なる審理が要される場合をいうと考える。

本問では、控訴審の口頭弁論終結間際は本来であれば直ちに訴訟を終了させることができた場面である。そして、Yの提出した攻撃防御方法である建物買取請求権は、建物の時価の算定の審理を要するため、当該攻撃防御方法によって更なる審理が要される。

よって、「訴訟の完結を遅延させる」といえる。

(3)「故意又は重大な過失」がYにあるか。

そもそも同条で主観的要件が要求された趣旨は、攻撃防御方法の性質や訴訟状態の事情に鑑みて、攻撃防御方法の主張する者の保護を図る点にある。

そこで、「故意又は重大な過失」は攻撃防御方法の性質や訴訟状態の事情を考慮した上で検討すべきである。

本問では、Yの主張した建物買取請求権は建物所有権の喪失を意味するという性質を持ち、実質的敗訴が前提となるものであるため、早い段階での行使はあまり期待できない。

また、丙建物はAが乙土地上に建築したもので所有権保存登記をしていることから、借地権は対抗力を持ち(借地借家法10条1項)、丙建物と乙土地の賃借権をYはAから譲り受けたため、Yの借地権は対抗力を有することが考えられる。そのため、勝訴を期待して敗訴が濃厚になるまで主張しないことも合理的であるといえ、「故意」や「重過失」があるとは言えない。

「無断譲渡の主張は信義則に反する。審判に信義則の破壊はなされず、裁判は行われなければならない。また、審判は信義則に反する。審判に信義則の破壊はなされず、裁判は行われなければならない。つまり、両者は互いに争点となる要件があり、2つの争点のうち1つを争うことは容易に勝訴を期待できるとは言えない」と個人的に思っています。

よって、「故意又は重大な過失」はYにない。

2 したがって、Yの主張は「時機に後れた攻撃防御方法」にあらず、裁判所はYの建物買取請求権の行使の主張を時機に後れたものとして却下できない。

第3 設問3

1 Yは建物買取請求権を行使することができるか。確定判決後の建物買取請求権の行使が既判力(114条1項)によって遮断されないかが問題となる。

2 確定判決には既判力が生じ、その基準時は事実審の口頭弁論終結時である。そのため、紛争の蒸し返しを 방지、紛争解決の実効性を図るため、原則として、基準時まで存在した形成権を基準時後に提出することは既判力によって遮断され、認められないと考える。

もっとも、そもそも既判力の正当化根拠が手続保障の充足の上での自己責任にあるところ、基準時前に主張することが期待できなかった形成権まで遮断されるとするのは当事者の手続保障を害すると考えられる。

そこで、基準時前に行使することが期待できない形成権については、例外的に基準時後の行使が認められると解する。

3 本問では、たしかにYの建物買取請求権は事実審たる控訴審の口頭弁論終結時まで存在していた。しかし、建物買取請求権は本件訴訟の訴訟物たる建物収去土地明渡請求とは異なる原因から発生する別個の権利であるため、建物買取請求権の行使を認めても紛争の蒸し返しの程度は小さい。

また、建物買取請求権を行使することは、建物所有権の喪失を伴う点で、実質的敗訴を意味する。そのため、基準時前に行使することは期待できないと言える。

4 よって、Yの建物買取請求権の行使は例外的に既判力によって遮断されず、Yは建物買取請求権を行使することができる。

以上

この2点について判決は、Yの主張は時機に後れた攻撃防御方法にあらず、裁判所はYの建物買取請求権の行使の主張を時機に後れたものとして却下できない。
また、建物買取請求権を行使することは、建物所有権の喪失を伴う点で、実質的敗訴を意味する。そのため、基準時前に行使することは期待できないと言える。
よって、Yの建物買取請求権の行使は例外的に既判力によって遮断されず、Yは建物買取請求権を行使することができる。

採点講評

(2021年3月28日 民事訴訟法)

第1 設問1

- ・多くの答案が処分権主義の定義を示すことができていませんでした。
- ・処分権主義の問題と弁論主義の答案を混同している答案が僅かながらありました。
- ・多くの答案が小問(1)(2)の差別化を意識できていました。今後も同じような問題が2つ聞かれている場合は、答案上差別化を図るようにしてください。
- ・主位的請求の存在をあてはめで用いることができた答案が僅かながらありました。

第2 設問2

- ・三つの要件全てを検討できていない答案が少なからずありました。条文を慎重に読めば三つの要件を抽出できるので、条文は慎重に読むようにしてください。
- ・ほとんどの答案が157条1項について検討できていました。しかし157条とだけ指摘し、1項まで指摘できていない答案が僅かながらありました。条文は項、号及び本文等まで指摘してください。
- ・「時機に後れた」は第一審から判断する、という判例は短答で頻出です。今回のように短答知識が論文で聞かれることが多々あるので、気を付けてください。指摘できた答案が僅かながらありました。

第3 設問3

- ・ほとんどの答案が既判力の定義等、論点の前提部分を検討できていませんでした。点の取りこぼしを防ぐため、参考答案のように書くことをお勧めします。
- ・請求異議の訴えに関する条文を引用し、深く検討できている答案が1通ありました。加点事由となります。
- ・建物買取請求権と遮断効の問題で、判例の言い回しを使ってあてはめていた答案が少なからずありました。判例の言い回しをあてはめで用いることは、高得点につながると思うので、ぜひ今後も判例の言い回しをあてはめで活用するようにしてください。
- ・157条1項と遮断効の関係につき適切に論じている答案が1通、気づけた答案が2通ありました。

第4 全体

- ・多くの答案があてはめ不十分でした。民訴はあてはめが薄くなりがちです。普段からあてはめとしてどのような事情が使えるか、把握するようにしましょう。
- ・多くの答案が基本的な用語の定義を示していませんでした。点の取りこぼしを防ぐために、民訴においては基本的な用語の定義を答案上簡潔に示すようにしましょう。
- ・問題文に特殊事情がある場合、出題者の意図をくみ取り、答案上特殊事情を使うことを意識してください。今回の特殊事情としては、設問1(2)の主位的請求の存在及び157条1項の既判力への影響が挙げられます。
- ・多くの答案にメリハリがありませんでした。問題構成の段階からどこに配点があるのか、どこを厚く書くべきかといった意識を持ってください。
- ・答案構成や規範において独自色の強い答案が僅かながらありました。確固たる自信があるのであれば独自色を出しても構いませんが、そうでない場合、多数派に従う方が受験上賢明な判断です。
- ・「民事訴訟法（以下当該法令名省略）」を書いていない答案が少なからずありました。忘れずに書いてください。
- ・忙しい方、自身の勉強計画からこれ以上答案作成に時間を割けない方が、ワードで答案を作成することは理解できます。しかし、そうでない方がワードで答案を作成することには個人的に賛成できません。紙面の配分、時間配分、文字のバランス等実際に答案を書かなければ身につかないスキルがたくさんあります。ぜひ本番と同じ答案用紙で答案を作成してください。
- ・字が読みにくい方は、改善することをお勧めします。文字の読みやすさがどれだけ点数に影響するかは分かりませんが、採点者の第一印象に大きく影響すると思います。
- ・私の感覚では、35点以上の方は合格答案です。

以上

司法試験予備試験答案練習会 2021年3月28日分 得点分布表

民事訴訟法

出席者 19名 平均点 24.2点

分布	人数
0	0
1~5	0
6~10	3
11~15	1
16~20	5
21~25	0
26~30	6
31~35	0
36~40	3
41~45	1
46~50	0

