

論文式試験問題集  
[民事訴訟法]

## 【民事訴訟法】

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。なお、配点の割合は、2：3：5とする。

### 【事例】

- 1 XとYは、学生時代からの友人であり、共通の趣味である釣りに出かけたりと仲良く過ごしていた。Yは、還暦も過ぎて体力の衰えを感じたことから、釣りを引退することを決め、これをXに告げた。Xは、Yの引退を惜しみつつ、Yに対して「釣り道具はどうするのか」と尋ねたところ、Yは、「自分で持っていては仕方ないから誰かに売ることを予定している」と答えた。  
かねてよりYの釣り道具に興味があったXは「そうであるならば、自分が50万円で買いたい」と申し入れたところ、Yは「50万円は安いなあ。でも君と僕との仲だからね。そこまで欲しいならあげてもいいよ」とこれを了承した（以下、「**本件売買契約**」といい、対象の釣り用品を「**本件釣り道具**」という）。
- 2 その後、XはYに対して、本件釣り道具の引渡しを求めたが、Yは50万円で合意した事実はないとして、これを拒絶した。そこでXはYに対して本件釣り道具を50万円で買い受けたとして、令和4年1月29日、本件売買契約に基づき本件釣り道具の引渡しを求める訴えを提起した（以下、「**訴訟1**」という）。
- 3 Yは、訴訟1の係属中である令和4年4月10日に、Xに対し、本件釣り道具の正当な価値は100万円であるとして、その支払いを求める訴えを、別訴として提起した（以下、「**訴訟2**」という）。
- 4 なお、XとYは訴訟代理人を付けずに本人訴訟をした。裁判所としては、訴訟1と2の判決の矛盾抵触のおそれを懸念している。

### 【設問1】

訴訟2は民事訴訟法142条に照らして適法か。適法な場合、裁判所はどのような対応をするべきか。

### 【事例】 1から4の事実について、次の事実があった。

- 5 Yは訴訟2を取り下げた上で、訴訟1において「本件釣り道具の売買代金は100万円だった」と主張した。裁判所は、訴訟1の審理の結果、本件釣り道具の売買代金は60万円であると認定した。裁判所は、令和4年12月4日、訴訟1について、「Yは、Xに対し、60万円の支払いを受けるのと引き換えに、本件釣り道具を引き渡せ」と判決をした（以下、「**本件判決**」という）。

### 【設問2】

本件判決は適法か。処分権主義（民事訴訟法246条）との関係で論じなさい。

### 【事例】 1から5の事実について、以下の事実があった。

- 6 XとYは本件判決について控訴をせず、本件判決は令和4年12月20日に確定した。
- 7 もっともXは、仕事をリストラになったこともあり、代金を支払ってまで本件釣り道具を手に入れる熱意をなくしてしまった。逆に、Yは、Xに対し、本件釣り道具を持参するので代金60万円を支払って欲しいと連絡したが、Xから拒絶された。

- 8 そこでYは、弁護士に委任して、Xに対し、令和5年3月22日、本件釣り道具の売買代金60万円の支払いを求める訴え（以下、「**訴訟3**」という）を提起した。
- 9 これを受けたXも弁護人に委任をした。X代理人は、本件釣り道具の写真を古物商に見せたところ、その市場価値は30万円相当であるとの回答を得た。そこで、X代理人は改めて事実関係を争うべきであると考え、Xは30万円との引き換えであれば、本件釣り道具を引き渡すと主張した。
- 10 X代理人の主張について、Y代理人は、前訴判決の既判力に触れて許されず、前訴判決に従って、直ちに請求認容判決がされるべきであると主張した。これに対し、X代理人は、本件判決において、X Y間には代金60万円の本件釣り道具の売買契約が成立したと判断されたかもしれないが、Xの代金支払義務に関する判断には既判力は生じないと反論した。

### 〔設問3〕

訴訟3において、裁判所は、改めてその代金額を審理判断することはできるか。本件判決において引換給付の旨が掲げられている趣旨にも触れながら、答えなさい。

以 上

2023年3月19日

担当：弁護士 門馬憲吾

参考答案  
[民事訴訟法]

## 第1 設問1

1 訴訟1と訴訟2は、ともに本件売買契約に起因する紛争であるところ、訴訟2は法142条に抵触するか。「事件」の意義が問題となる。

(1) 重複起訴禁止の趣旨は、相手方の応訴の煩、二重審理の負担、判決の矛盾抵触のおそれにある。そこで①当事者と、②訴訟物の同一性により判断する。

(2) まず、①当事者はいずれもXおよびYであるから同一である。しかし、②訴訟物について、訴訟1は売買契約に基づく目的物引渡し請求権であるのに対して、訴訟2は売買契約に基づく代金請求権であるから同一ではない。

(3) よって訴訟2は法142条に抵触せずに許されるとも思える。

2 もっとも訴訟1と2が別々の裁判所に係属した場合、前述の法142条の趣旨が没却しないか。

(1) 訴訟1と訴訟2の主要な争点が共通する場合、二重審理の負担、判決の矛盾抵触のおそれは生じ、法142条の趣旨に反する。そこで別訴として提起された訴訟1は併合強制（法152条1項）になると考えるべきである。

(2) 訴訟1と訴訟2の主要な争点は、本件釣り道具の売却額がいくらか、という点であるから、主要な争点は共通している。

(3) 裁判所は、訴訟2を訴訟1に併合して審理をするべきである。

## 第2 設問2

1 裁判所が、本件釣り道具の評価額として、Xの主張を上回る60万円と認定することは適法か。訴訟の開始や範囲の限定、訴訟の終了につき当事者の主導権を認めてその処分に委ねる原則である処分権主義との関係で問題となる。

2 処分権主義の根拠・機能は、当事者意思の尊重と不意打ちの防止にある。そこで原告の合理的意思に反せず、かつ、被告に不意打ちとならない場合には、処分権主義違反とならない。

3 まず、本件判決は引換給付判決にあたるどころ、このような質的一部認容判決は、処分権主義に反しないか。

(1) 原告であるXは売買代金50万円で本件売買契約が成立したと主張しているのであるから、一定の金額の支払いと引換えでも本件釣り道具を取得したいというのが、Xの合理的な意思である。また、被告であるYも、本件釣り道具の評価額は100万円であると争っており、本件釣り道具の評価額について攻撃防御の機会が与えられているから、Yの不意打ちともならない。

(2) よって、本件判決が引き換え給付判決である点は、処分権主義に反するものではない。

4 では、裁判所が60万円と判示している点はどうか。

(1) 前述のとおり、Xは一定の金額の支払いと引き換えでも本件釣り道具を取得する意向であるところ、60万円は50万円をわずかに10万円を超えるだけで、これを支払ってでも本件釣り道具を取得したいというのがXの合理的な意思といえる。また、

本件釣り道具が60万円と評価されても代金額につき攻撃防御の機会があったため、Yへの不意打ちともならない。

(2) よって本件判決は適法である。

### 第3 設問3

1 訴訟3において、本件売買契約の代金額について改めて審理・判断することは、既判力（法114条1項）に抵触し許されないのではないか。

2 まず「主文に包含するもの」（114条1項）とは、当事者の争点処分の自由と裁判所の審理の機動性の確保の観点から、訴訟物を意味する。既判力は紛争解決の実効性を確保するために認められた制度的効力であるから、前訴既判力が生じた判断内容に矛盾・抵触する主張は後訴で排斥される。

3 訴訟1の既判力は、訴訟物である本件売買契約に基づく目的物の引渡請求権に生じている。ここで、判決主文には「60万円の支払いと引き換えに」と記載されているものの、引換給付文言は強制執行開始要件として注意的に掲げられているにとどまり、訴訟物を構成しない。よって引換給付文言に既判力は生じない。また、XY間で本件売買契約が60万円で成立したことは、判決理由中の判断に過ぎず、既判力は生じない。したがって訴訟3において本件釣り道具の評価額が30万円であると述べて争うことは、前訴の判決理由中の判断を蒸し返しているに過ぎず、訴訟1の既判力と矛盾・抵触するものではない。

4 よってYが訴訟3において本件釣り道具の評価額争うことは許されるとも思える。

5 もっとも民事訴訟の基本理念は適正・公平・迅速・経済であるところ（2条参照）、XYは、訴訟1において本件釣り道具の評価額を十分に争っており、訴訟2でこれと異なる判断がなされれば適正・公平ではないし、再度の審理を強いられる点で迅速・経済でもない。そこで信義則（2条）により本件反論は排斥されないか。

6 確定判決により紛争の修了を信じた当事者を保護する必要性がある一方、安易な適用を認めれば法的安定性と抵触する。そこで①前訴での攻撃防御の有無、②相手方の信頼、③後訴での主張が実質的に前訴の蒸し返しであるか、といった事情を考慮して判断する。

8 本件では、XおよびYは、訴訟1において、本件釣り道具の攻撃防御を尽くしている（①）。また、Yには本件釣り道具の評価が60万円であるとの信頼が生じている（②）。最後に、確かに訴訟1は本人訴訟ではあったものの、Xは訴訟1で本件釣り道具が50万円であると主張していながら、訴訟3でそれを下回る30万円と主張することは、矛盾挙動であり、実質的には前訴の蒸し返しである（③）。

9 よって、本件釣り道具の評価額を争うことは信義則により許されない。 以上

# 予備試験答案練習会(民事訴訟法)採点基準表

受講者番号

| 採点項目               | 小計   | 配点 | 得点 |
|--------------------|------|----|----|
| 〔設問1〕              | (8)  |    |    |
| 問題提起               |      | 1  |    |
| 重複訴訟の規範            |      | 1  |    |
| 当てはめ               |      | 2  |    |
| 修正論                |      | 4  |    |
| 〔設問2〕              | (12) |    |    |
| 問題提起               |      | 1  |    |
| 処分権主義の意義・規範        |      | 2  |    |
| 引き換え給付文言について       |      | 4  |    |
| 裁判所が60万円と評価した点について |      | 4  |    |
| 結論                 |      | 1  |    |
| 〔設問3〕              | (20) |    |    |
| 問題提起               |      | 1  |    |
| 「主文に包含するもの」の意義     |      | 2  |    |
| 当てはめ               |      | 5  |    |
| 不都合性の指摘            |      | 3  |    |
| 信義則の規範             |      | 3  |    |
| あてはめ               |      | 5  |    |
| 結論                 |      | 1  |    |
| 裁量点                | (10) | 10 |    |
| 合計                 | (50) | 50 |    |

## 第1 2回民事訴訟法 解説レジュメ

令和5年3月16日

弁護士 門馬 憲吾

### 第1 はじめに

民事訴訟で重要なことは、⑦対立する利益配分を意識すること、①民事訴訟のピラミッド構造（法体系）を理解することです。

⑦について、「民事訴訟をよりよく理解するためには、ある問題について、原告の立場、被告の立場、裁判所の立場を検討することが重要である<sup>1)</sup>」、「手続保障は重要であるけれども、民事訴訟法の解釈は、適正・公平・迅速・経済という理想をどうバランスさせるかが重要である<sup>2)</sup>」と高橋先生は述べています。3者間の立場ないし4つの理念を調和させる必要があるから民事訴訟は難解と言われます。逆に民事訴訟で利益配分をうまくできたならば、他の科目の利益配分もうまくいきます。

①について、民事訴訟法のピラミッド構造は下記の通りです。問題を解く際は、問われている部分はどこか、を見抜くことが大切です。

|   |   |
|---|---|
| 請求（訴訟物）<br>  | <ul style="list-style-type: none"><li>・ 処分権主義（246条）</li><li>・ 既判力（114条）</li><li>・ 訴えの変更（143条）</li><li>・ 反訴の提起（146条）</li></ul> |
| 法律に関する主張<br> | <ul style="list-style-type: none"><li>・ (原則) 法律上の判断は裁判所の専権。</li><li>・ (修正) 権利自白、法的観点指摘義務</li></ul>                            |
| 事実に関する主張<br> | <ul style="list-style-type: none"><li>・ (原則) 弁論主義第1・第2テーゼ</li><li>・ (修正) 釈明権（149条）</li></ul>                                  |
| 証拠  | <ul style="list-style-type: none"><li>・ 弁論主義第3テーゼ</li><li>・ 自由心証主義（247条）</li><li>・ 証明責任</li></ul>                             |

<sup>1)</sup> 高橋宏志「民事訴訟法概論」51頁（有斐閣、2016年）

<sup>2)</sup> 同上 P115

民事訴訟法のピラミッド構造は憲法を含めた大きな法体系から理解することが重要です。

そもそも民事訴訟制度は①「私人間の紛争」を②「公権的強制的に解決する国家的制度」です。①からは、民事訴訟制度は私人間の紛争を審判の対象としていることから、当事者の自主性・主体性を訴訟法上も尊重することが望ましいといえます。他方で、②からは、公権的に紛争を解決する国家制度としての訴訟制度を運営する観点からすると、国民の裁判に対する信頼を得る必要がある上、紛争を迅速かつ効率的に解決する必要があります。そのため民事訴訟制度には公益的な性格も認められるというわけです。

このように①を強調すれば当事者に主導権を委ねるべきであります（当事者主義）が、②を強調すれば裁判所に主導権を認めるべき（職権主義）です。このように民事訴訟は対立する利益が交錯しています<sup>3</sup>。民事訴訟は審理の内容面については処分権主義や弁論主義といった当事者主義がとられているが、審理の手続面は当事者主義によらずに職権進行主義が妥当する、と言われることがあります。背景にはこのような民事訴訟制度の存在意義があるというわけです。

以上、ピラミッド構造の理解には当事者主義と職権主義、それぞれの視点を意識する必要があります。

## 第2 本問の出題趣旨

基本的な論点であると二重起訴の禁止と、処分権主義、既判力を問う問題ではあります。問題を解くにあたっては、ご自身がどの利益の調和を図っているのか、民事訴訟のどのステージが問われているのか、を意識してほしいです。これらを意識できれば、解答で大きく外すことはありませんし、なにより未知の問題が出題された際に、落ちない答案を書くことができます。

## 第3 答案作成時のポイント

- 1 まずは問題文の事実の適示から答案を開始する。
- 2 原則論の明示、修正の必要性、修正論という流れで書く。
- 3 修正の必要性や当てはめの視点は、民事訴訟の理念である適正・公平・迅速・経済を意識する。

---

<sup>3</sup> 藤田広美「講義民事訴訟」5頁（有斐閣、第3版、2013年）

## 第4 設問1について

重複訴訟は、①当事者と、②訴訟物の同一性で判断されますから、重複訴訟によって制限を受ける後訴は相当狭いです。具体例を挙げると、訴訟を提起後に全く同一の訴訟を再度提起する場合や、債務不存在確認の提起後に、被告が原告に対して右債務に関する給付訴訟を提起した場合に限られます。

もっとも重複訴訟の趣旨が妥当する範囲では、後訴も併合を強制して前訴と一緒に審理判断するという考え方もあります。高橋先生は、主要な争点が共通の事件では、別訴禁止・併合強制が働き、後訴は却下ではなく移送・併合がなされるのが合理的であるとしております<sup>4</sup>。

新常先生も「訴訟物たる権利関係が同一でなくとも、二つの事件における主要な争点が共通であれば、同一事件として後の別訴を禁じるべきである<sup>5</sup>」

上記は少数説ですので特段覚えておく必要はありません。問題文では、「裁判所としては、訴訟1と2の判決の矛盾抵触のおそれを懸念している」との誘導があるので、現場思考で、重複基礎の趣旨から何らかの回答を導いてほしかったところです。

## 第5 設問2について

### 1 処分権主義の論じ方

処分権主義は原告の意思を尊重するという原則ですから、原告が申し立てていない事項については判決できません。したがって処分権主義を論じる際は、原告の定立した訴訟物（審判対象）との関係で論じる必要があります。

まず、訴訟1において、XはYに対して本件釣り道具を無条件で求めていました。したがって、そもそも引換給付判決をしてよいのか、と言う点が処分権主義との関係で問題となります。

また、裁判所が60万円と認定した点についても、単にXとYが主張している50万円～100万円の間に入っていると論じるだけでは足りません。原告が主張している50万円とわずか10万円の差額であるから、原告の意思に反しないと論じる必要があります。

### 2 仮に本件釣り道具が40万円と評価された場合はどうか

仮に、本問で裁判所が本件釣り道具を40万円と認定した場合はどうでしょうか。

まず、Xにとって本件釣り道具が40万円と評価されることは有利ですから、Xの合理的な意思には反しません。もっともYは、Xが主張する50万円を前提に防御権を行使するはずで、それにもかかわらず、裁判所が本件釣り道具を40万円と評価することは、Yに不意打ちとなります。したがって裁判所は50万円の限度で引き換え給付判決をするべきとなります。

---

<sup>4</sup> 高橋宏志「民事訴訟法概論」47頁（有斐閣、2016年）

<sup>5</sup> 新堂幸司「新民事訴訟法（第6版）」224頁（弘文堂、2019年）

## 第6 設問3について

### 1 既判力論をどのように論じるか

既判力が後訴に作用するか、という論点では、前訴と後訴の訴訟物が同一か、矛盾するか、先決関係か、と論じることがあります。このような論じ方も間違いではないですが、厳密にいうと、前訴で何が決まったか、再審理できないとされた事項が何かという既判力の本来の姿から考える方が正確です。すなわち前訴の判決内容と後訴とで考えるべきです。より具体的には、前訴の既判力が生じた内容を論じた上で、既判力が生じた内容と後訴の請求が矛盾・抵触するかを論じなければならず、単に訴訟物が異なるから既判力は作用しないと述べるだけでは足りません。

本問では、Xが蒸し返しているのは、第1訴訟の判決理由中の判断に過ぎない点を述べる必要があります。

なお、本問では、第1訴訟の判決主文において、「60万円の支払いと引き換えに」と記載されています。したがって、引き換え給付文言に既判力が生じるのか、という論点も併せて論じる必要があります。

### 2 原則論の不都合性をどのように指摘するか

既判力の原則論を丁寧に論じた上で、その原則論を貫いた場合の不都合性を指摘しましょう。民事訴訟の基本理念である、適正・公平・迅速・経済の視点から論じられるとよいです。あまり長くないように注意して、原則の帰結を貫徹すると基本理念に反する旨を自分の言葉で論じられれば十分です。

### 3 信義則の論じ方

信義則を論じる際の注意点は、裸の利益衡量にならないよう、規範として考慮要素を定立する点です。信義則は一般条項であるから、どのような事情がいかなる理由により信義則の適用を基礎づけるのかを具体的に論じなければなりません。もっとも難しく考える必要はなく、以下の要素を考慮要素として覚えておき、問題文の事情に応じて規範として定立すれば足りません。

- ・矛盾挙動の存在
- ・相手方が先行態度を信頼して自らの法的地位を形成
- ・後訴が実質的に前訴の蒸し返し
- ・前訴での主張可能性
- ・前訴から後訴の期間

## 第7 おわりに

各設問を論じる際は、ご自身がどの利益を考慮しているのかを意識してみましょう。原告に有利な主張であるならば、被告や裁判所にどのような不利益が生じるのかを具体的に考えてみてください。その際には、民事訴訟の理念である適正・公平・迅速・経済に照らして検討してみてください。答案で明示的に書かなくても、自分はどのような利益を考慮しているのかを意識するだけで、自ずと答案に説得力が増します。

最後に、明大法曹会に掲載されている安斉勉先生の合格体験記からの引用を掲載します。

司法試験の答案の書き方は、問題文の中から

- ① 対立する利益（保護法益）を探り出し
- ② それに対する自分の価値判断を示し
- ③ それを条文を用いて理由付ける（条文解釈）

試験では、上記のことをその場で考えて、答案を書けばそれでよく、基本書にどのように書いてあったかなどを思い出す必要は全くない。

結局のところ対立する利益を自分なりに理由を付けて調和させることが評価の対象となるわけです。是非参考になさってください。

以上

## 最優秀答案

回答者 I.Y. 37点

### 第1 設問1

1. 訴訟2は二重起訴の禁止（民事訴訟法（以下、法名省略）142条）に抵触し違法とならないか。

142条の趣旨は、判決の矛盾抵触や訴訟不経済、相手方の応訴の煩を防止することにある。そこで、同一「事件」に当たるか否かは、①当事者の同一性、②審判対象の同一性により判断すべきである。

2. 訴訟1と2では、原告と被告が逆になっているものの、ともに当事者はXとYである。したがって、①当事者の同一性を満たす。訴訟1の訴訟物はXのYに対する本件売買契約（民法555条）に基づく本件釣り道具の引渡請求権である。対して、訴訟2の訴訟物は、YのXに対する本件売買契約に基づく代金支払請求権である。そのため、訴訟物自体は異なる。しかし、どちらも主要な争点は本件売買契約という、同一の契約の内容であるから、②審判対象の同一性も認められる。

したがって、訴訟1と2は同一「事件」にあたる。

3. よって、訴訟2を別訴として提起することは、142条に反し、違法となる。もっとも、裁判所が弁論を併合（152条1項）すれば、判決相互の矛盾抵触や訴訟不経済といった問題は生じない。そのため、弁論の併合がなされた場合には、訴訟2は142条に反せず、適法となる。

4. この場合、裁判所は弁論の分離をせずに判決を下すべきである。

### 第2 設問2

1. 前段について

(1) 裁判所は、Xの申立てと異なる判決をしている。このことは、申立事項と判決事実の一致を要求する246条に反し許されないのではないか。

246条の趣旨は、処分権主義のもと、原告の意思を尊重し、被告に対する不意打ちを防止することにある。そこで、①原告の意思に反せず、かつ②被告に防御の不利益がない場合には、上記趣旨に反せず、裁判所は申立事項と

異なる判決ができる。

(2) 本件判決は引換給付判決である。XとYの間には本件売買契約の代金について争いがあるものの、本件契約の成立自体については争いがない。そのため、当事者であるXとYから同時履行の抗弁権（民法533条）の主張がなくても、原告Xにとっては棄却されるよりは有利である。また、Yにとっても本件釣り具の引渡しという、本件契約に基づく債務の履行を請求されるのみである。したがって、①原告の意思に反せず、②被告に防御の不利益はない。よって、引換給付判決である点については適法といえる。

(3) また、当事者であるX、Yが売買代金額をそれぞれ50万円、100万円と主張している。にもかかわらず代金を60万円と認定している。もっとも60万円はXが主張している50万円とYが主張している100万円の間の中間の金額である。自身が主張する50万円よりも高い60万円での認定は①原告Xの意思に反しない。また、Yにとっても100万円と主張した結果60万円と認定されたのみであり、②被告にとっても不意打ちとはならない。

よって、売買代金を60万円と認定した点についても適法といえる。

## 2. 後段について

裁判所が本件釣り道具を40万円と評価した場合、Xは売買代金を50万円以下と主張しているのではなく、50万円であると主張しているのであるから、①原告の意思に反しないとはいえない。また、Yは50万円から100万円の範囲で本件釣り道具の代金を争っていたのであるから、それを下回る認定をすることは、②被告であるYにとって不意打ちとなる。

したがって、裁判所が本件釣り道具を40万円と評価し判決を下すことは処分権主義に反して違法となる。

## 第3 設問3

1. 訴訟3においてXが本件釣り道具の代金を争うことは既判力により遮断されないか。

既判力（114条1項）とは、確定判決の主文に表示された判断に生じる通用性であり、後訴に対する拘束力である。既判力は、紛争解決の蒸し返し防止のため民事訴訟制度上認められる。当事者は前訴において「主文に包含するもの」をめぐって主張立証の機会が与えられているため、手続保障の観点からも当事者に対する拘束力が正当化される。

2. この制度上の必要性と手続保障の観点から、既判力が生じる範囲は「主文に

包含するもの」である訴訟物としての実体法上の権利関係である。前訴の訴訟物と後訴の訴訟物との関係が同一関係、先決関係、矛盾関係の場合に、後訴裁判所が前訴確定判決の主文に表示された判断に拘束されること（積極的作用）、当事者による前訴確定判決と矛盾する主張立証は許されず排斥されること（消極的作業）、すなわち前訴確定判決に発生した既判力の訴訟上の効果が後訴に及ぶことにより紛争の蒸し返しが防止されることとなる。

3. 本件判決の「60万円の支払いを受けるのと引き換えに」という部分が「主文に包含されるもの」として、訴訟物に含まれる場合、裁判所は訴訟3において改めて代金額を審理判断することはできない。

もっとも、引換給付判決においては、給付命令とともに反対債務も主文に掲げられるものの、これは強制執行開始要件（民事執行法31条1項）として掲げられているのみであり、訴訟物とは異なる。そうすると、本件判決中の売買代金についての判断に既判力は生じない。

よって、裁判所が訴訟3において改めて本件釣り道具の代金額を審理判断することは既判力によって遮断されない。

4. しかし、売買代金額は引換給付判決をするために不可決の判断対象である。  
Xによる訴訟3は前訴で解決済みの争点を蒸し返すものであるから、代金額が60万円を下回ると主張することは信義則（2条）に反し許されない。
5. よって、裁判所は改めて代金額を審理判決することはできない。

以 上

## 最優秀答案

回答者 K.Y. 37点

### 第1 設問1 (以下、法令名、民事訴訟法。略)

1. 訴訟2が重複する訴えの提起(142条)にあたり、不適法となるか。
2. 142条の趣旨は、同一の事件について別の裁判で異なる確定判決が出るという矛盾判決や、当事者の二重の応訴の負担や、訴訟経済を害する点にある。そこで、新たに提起される訴えが、「裁判所に係属する事件」と同一か否かは審判対象の同一性と、当事者の同一性から判断する。本件では、当事者は、訴訟1・2共に、X、Yであり、当事者の同一性はある。

審判対象の同一性について、原則として、当該訴訟の訴訟物とする。そして、訴訟物が異なるとしても、請求の趣旨や、訴訟物の請求原因などから、矛盾判決が生じ得る場合にも、審判対象の同一性を認めるべきである。

本件について、訴訟1のXのYに対する訴訟物は、本件売買契約(民法555条)に基づく目的物、引渡し請求権であり、訴訟2は、YのXに対する本件売買契約に基づく売買代金支払請求権であるため、訴訟物は異なる。しかし、両者の請求原因は、同一の本件売買契約であり、またXとYの請求する債権(債務)は、同時履行の関係にあり、確定判決で、引換え給付判決がされる可能性があり、別の裁判で判断されれば、矛盾判決が生じるおそれがある。

以上を踏まえると、訴訟物が異なるとしても、審判対象の同一性は認められる。

3. したがって、訴訟2は、「裁判所に係属する事件」と同一であり、不適法な訴えである。
4. 仮に、適法であった場合、裁判所は、迅速かつ、合理的で正確な裁判を行なえるという理由から、請求1と請求2の訴えの併合を行なう。

### 第2 設問2

1. 本件判決が、処分権主義(246条)に抵触し、不適法ではないか。
2. 処分権主義(246条)とは、私的自治の原則の見地から、当事者が、訴訟追行の開始や終了、審判対象や、その範囲を決定する機能を有するという建前をいい、裁判所は処分権主義に反するような判決をすることができない。

そこで、判決が処分権主義に反するかは、①原告の合理的意思の範囲か、かつ②被告にとって不意打ちとはならないか、によって判断すべきである。

### 3. 本件判決について

(1) 原告Xは、釣り具の50万円での買い取りを要求しているもののYは、反論として100万円での買い取りを主張している。そして、認定は、60万円とXは主張よりも10万円高い値段での買い取りとなるが、Yが100万円が正当な値段であると、主張していたり、Yが本件売買契約時に、「50万円は安いなあ」と発言していることからすれば、Xとしては、50万円は自己に最も有利な安値の主張であり、10万円の幅は、合理的な意思の範囲内である。

また、被告であるYとしても、60万円で買い取ることができるのは、Xの主張よりも10万円高いものであるので、不意打ちとはならない。

(2) 引き換え給付判決について

①、②を基準に判断しても、Xにとって引き換え給付判決は単なる棄却判決よりも有利で合理的意思には反しないし、Yにとっても不意打ちにはならないので、①、②を充足する。

(3) よって、本件判決は、処分権主義に反せず、適法である。

### 4. 本件釣り具が40万円であると評価されたとき

被告であるYにとっては、Xが主張していた50万円よりも低い値段ではないことに対する防御活動は行なっていないため、不意打ちとなるため、②を充足しない。

よって、原告であるXが、40万円で買い取り可能で、合理的意思の範囲内(①)、であったとしても、②を充足せず、処分権主義に反するため不適法である。

## 第3 設問3

1. 訴訟3において、Xが本件釣り具を30万円相当と主張することについて既判力(114条1項)が生じ、主張が、遮断されないか。既判力の客観的範囲が問題となる。

2. 既判力とは、前訴の確定判決が、後訴に対して有する通用力ないし、拘束力のことをいい、原則として、既判力の客観的範囲は「主文に包含するもの」であり、これは、具体的には訴訟物を指す。

本件では、訴訟1で判断されたのは、XのYに対する本件売買契約に基づく本

件釣り具の引渡し請求権の存在であり、訴訟3の訴訟物は、YのXに対する売買契約に基づく60万円の代金支払請求権であるので、訴訟物を異にしている。

よって、前訴の既判力は後訴には生じず、改めて、X、Yは、釣り具の価値について審理できるとも思える。

3. この点、引き換え給付判決における反対給付部分について、訴訟物としては明記されない点から、既判力は生じない。もっとも、既判力の根拠は手続保障と紛争の蒸し返し防止にあることから、前訴で引換え給付判決が出ているにも関わらず、反対給付部分について、後訴で主張することが実質的に紛争の蒸し返しといえる場合には、信義則上（2条）、後訴において反対給付部分について、再度争うことは許されないと解すべきである。

本件では、確かに、前訴確定後に、30万円である旨これについて、古物商による回答を得た。しかし、この事情は、前訴の係属中でも主張可能な事情であり、Xの手続保障はされていたことからすれば、Xの古物商の回答に基づく30万円の主張は、前訴の蒸し返しとなる。よって、信義則上、Xの主張は許されない。

4. 以上から、裁判所は、改めて代金額について審理判断をすることはできない。

以 上

## 最優秀答案

回答者 M.Y. 37点

### 第1 設問1

- 1 訴訟2が同一「事件」に該当して二重起訴の禁止（142条）にあたるか以下検討する。同一「事件」の該当性は142条の趣旨である矛盾判決の危険、被告の応訴の煩、訴訟不経済という弊害の回避に鑑み、①当事者の同一性、②審判対象の同一性により判断する。
- 2 本件では、訴訟1と訴訟2では原告と被告が逆になっているものの当事者はともにXとYであるから①を充たす。また、訴訟1の訴訟物が本件釣り道具（以下、道具という）の引渡請求権であるのに対して、訴訟2の訴訟物は売買代金請求権であるから訴訟物は異なる。  
しかし、両訴訟の主要な争点は売買契約の内容であり共通するから②をみたす。したがって、訴訟2は同一「事件」に当たる。
- 3 よって、訴訟2は142条に反して違法である。

### 第2 設問2

#### 第1 本件判決の適法性

- 1 Xの請求に対して、Yは同時履行の抗弁権の主張をしていないが、かかる場合でも引き換え給付判決をすることができるか。  
(1) まず、抗弁に該当する事実は被告が主張立証責任を負う。  
もっとも、原告の請求原因の中で双務契約たる売買契約の成立が主張されれば、同時履行の抗弁権が付着することは明かであるから権利抗弁として主張すれば足りる。  
(2) 本件では、Yは同時履行の抗弁を主張していないものの、Xの請求に対してYが自己への給付請求をしていることを鑑み、その主張に同時履行の抗弁を主張する意思が含まれる。
- 2 裁判所は訴訟1でXの「申し立て」と異なる判決をしているが246条（処分権主義）に反しないか。  
(1) 同条の趣旨は処分権主義の下、原告の意思を尊重し被告に対する不意打

ち防止にある。そこで①原告の合理的意思に反せず、②被告に対する不意打ちがない場合同条に反しない。

(2) 本件では、Xの請求が全部棄却になるよりは有利であること、双務契約に基づく道具の引渡という債務の履行を求めるために自己の債務を履行することを条件とされることはXにとって合理性があり①をみたす。また、Yも代金の支払いを受ける以上不意打ちはない。

(3) よって、裁判所は引き換え給付判決をすることができる。

3 もっとも、裁判所はXが主張した売買代金額50万円と異なる60万円と認定しているから弁論主義第1テーゼに反しないか。

(1) 弁論主義とは、訴訟物である権利関係の基礎をなす事実の確定に必要な裁判資料の収集を当事者の権能と責任に委ねる原則である。第一テーゼは、当事者が主張しない事実について裁判所はそれを判決の基礎とすることができないと定める。

(2) 本件では、売買の目的物がY所有の道具である点について一致しているから裁判所は同一の売買契約について異なる代金額を認定しているに過ぎない。加えて、認定された60万円は、XとYの主張する金額の間にある。そうすると60万円の認定について、裁判所の認定と当事者が主張する請求原因事実が同一範囲内であるといえる。

(3) よって、本件判決は弁論主義第一テーゼに反しない。

4 判決が246条に反しないかについてみるに、Xは請求を全部棄却されるよりも自己の主張する代金50万円とさほど相違のない60万円を払ってでも道具の引き渡しを受けたいと考えるのが通常であり原告の意思に反しない。また、Yは50万円代金を覚悟していた以上60万円と認定されれば有利であり不意打ちはない。

よって、本件判決は246条に反しない。

5 よって、本件判決は適法である。

第2 道具を40万円と評価された場合246条に反しないか。

1 規範は前述のとおりである。

2 本件では、原告Xは道具を50万円で買い受けたとして訴訟1を提起しているから、それより低い金額はXの意思に反する。また、Yも少なくとも50万円以上を期待していたことから、それより低い40万円だと不意打ちになる。

3 よって、上記場合246条に反し違法である。

### 第3 設問3

- 1 訴訟3で裁判所が改めて代金額を審理判断することは訴訟1判決の既判力（114条1項）に抵触するか。
- 2 既判力とは確定判決の判断内容に付与される通用性ないし拘束力をいう。訴訟3の訴訟物は60万円の売買代金請求権であるところ、訴訟1の訴訟物は道具の引渡請求権であり、本件判決における60万円の認定は理由中の判断にすぎないこと、引き換え給付判決は主文にあるものの執行方法の明示であるから、道具の金額を再度争い審理判断することは既判力に抵触しないのが原則である。
- 3 もっとも、道具が30万円とのXの主張は実質的な紛争の蒸し返しにならないか。
  - (1) 前訴で主要な争点として当事者間で主張立証が尽くされ裁判所が審理判断した以上、主文で明示された事項について既判力に準ずる効力が生じ後訴で争うことは許されない。

なぜなら、手続き保障が尽くされているからである。
  - (2) 本件では、Xの請求において、本件売買契約の成立は請求原因にあたり売買代金額についても当事者の主要な争点として主張立証が尽くされ裁判所の審理判断がなされている。そのため、代金額は判決主文に明示され既判力に準ずる効力が生じる。
  - (3) よって、訴訟3でXが代金30万円を主張し改めて裁判所が審理判断することは、実質的な訴訟の蒸し返しといえ既判力に準ずる効力に反するから許されない。
- 4 以上より、裁判所は訴訟3で改めて代金額を審理判断できない。

以 上

# 採点講評

(2023年3月19日 民事訴訟法)

- 1 答案作成お疲れ様でした。本問は全体として基本論点からの出題でしたので、ひとつの論点で理解を間違えると、他の答案と差がついてしまう問題でした。
- 2 最初に条文の文言を指摘して、この文言を解釈します！と指摘している答案は自ずと評価が高かったです。答案の出発点は条文となります。勉強が進むとついついおざなりにしてしまう点もあるかと思いますので、この姿勢は忘れないでほしいところです。
- 3 設問2では、なぜXの合理的意思に反しないのかを、当事者の主張と裁判所の認定の差額に着目していない答案が多かったです。また、引き換え給付文言と処分権主義の関係について論じられた答案は数えるほどしかありませんでした。右論点に触れなくても合格はできますが、さらなる上位答案を目指す場合は触れたいところでした。
- 4 設問3は、皆さん時間が足りなかったかと思えます。既判力の論じ方において、訴訟物の同一、矛盾、先決で論じるのも間違いではないです。もっとも矛盾判決している部分は判決理由中の判断に過ぎない点を指摘できるとより良い評価が得られました。なお、本人訴訟に着目して信義則を論じられた答案はほとんどありませんでした。
- 5 全体として、皆さんよく書けていました。この調子で頑張ってください。

以 上

司法試験予備試験答案練習会 2023年3月19日分 得点分布表

民事訴訟法

出席者 29名 平均点 27.5点

| 得点分布  | 人数 |
|-------|----|
| 0     | 0  |
| 1~5   | 0  |
| 6~10  | 1  |
| 11~15 | 2  |
| 16~20 | 0  |
| 21~25 | 7  |
| 26~30 | 7  |
| 31~35 | 8  |
| 36~40 | 4  |
| 41~45 | 0  |
| 46~50 | 0  |

