鹿児島大学法科大学院　　平成２２年１０月６日　発行

KULS　ニューズレター　No. 13

INDEX

●平成 22 年度新司法試験論文式試験（民事系科目）民事訴訟法分野の解説

●民事模擬裁判　開催

●平成 22 年度新司法試験論文式試験（民事系科目）商法分野の解説

●平成 22 年度新司法試験論文式試験（民事系科目）民事訴訟法分野の解説●

平成 22 年度の新司法試験論文式／民事訴訟法分野の出題は、民事系科目第 2 問の設問 3（配点 35 点）と設問 4（配点 65 点）であった。これらに関する検討や解説については、既に法学セミナー668 号（2010 年 8 月号）11 頁以下、受験新報（2010 年 8 月号）57 頁以下で論じられている。したがって、ここでは設問の解題は必要な限度で概観するに止め、これらの設問と法科大学院の授業との牽連性、これらの設問に対応する学修といった観点から一言したい。

第2問（設問 3）解説

□事案の整理

Ａは、Ｆから融資を受けるに当たり抵当権を設定していた不動産（その際、Ｆの抵当権設定登記が未登記の部分あり）を後妻の子Ｅに贈与。Ｅは所有権移転登記を経由し、自宅建築のため、抵当権が設定されていた家屋を取り壊し。そこで、ＦはＥに対し、抵当権侵害による不法行為に基づく損害賠償請求の訴え（第 2 訴訟）を提起。この訴訟の訴状が被告Ｅ宛に送達されたが、Ｅの同居人Ｇが出廷し、訴訟行為（その際、ＥはＧに任せていた）。

□回答の見立て

1)Ｇがした訴訟行為の効力がＥに及ぶかどうかにつき、理由を付して論ぜよとの問い。訴訟行為を遂行してきたＧが、いかなる身分でこの訴訟に携わってきたのか。この考察にあたっては、まず、被告当事者が誰かを確定することから始まる。表示説によれば、Ｅ。形としては氏名冒用訴訟的だが、本来の被告ＥがＧの訴訟追行を了解している点で、ＧがＥの名を騙って冒用しているのとは異質（その意味で、被冒用者Ｅの保護を念頭に置かなくても…）。

2)被告がＥとすると、このＥからＧは訴訟追行を委ねられているといえないか。すなわち、訴訟委任だが、弁護士代理の原則（54 条 1 項本文）との関係が問題。考え方としては、①この原則の保護法益が公益的なものと解し、弁護士資格のないＧの訴訟行為は無効であるとする。②この原則は当事者保護のためのものだから、本人Ｅが追認すれば有効となる。ただし、ＥがＧの無資格につき悪意のときは保護の必要はないから、Ｅが無効を主張することはできないとする。③この原則に反する以上、本来無効だが、ＥがＧの無資格につき悪意でありながら、委任していた場合、無効を主張することは信義則上できないとするなど（なお、ＥとＧは同居し、一緒に事業を始めようとする関係にあることからすれば、訴訟追行の帰趨を把握し得るから、Ｇの訴訟行為を有効と解しても…）。

□法科大学院の学修との関係

1)問われているのは、訴状に被告と表記された者以外の者による訴訟行為の効果の帰属。当事者の確定を前提に、54 条 1 項本文の解釈。これらは基本的な事項であることは間違いないが、非弁護士の訴訟行為は、やや周辺領域からの出題との感あり。ただ、訴訟委任に基づく訴訟代理人については、平成 20 年度の短答式第 60 問があり、その肢の 1 つに 54 条 1 項の出題あり。

2)弁護士代理の原則について、これを単独で採りあげて授業で子細に検討することはないだろう。ただ、基本書には必ず応分の記載がある（たとえば、本学の民事訴訟法の指定テキストでは 53 から 54 頁）し、短答式の学修で過去問を検討すれば、初見ということはない。論点自体は複雑なものではなく、基本書レヴェルの学修で対応可能だろう。その意味では、やはり条文を参照しながら、基本書を精読することの意義を再認識されたい。

第2問（設問 4）解説

□事案の整理

Ａは自己所有の不動産を担保に、Ｆより 1,500 万円の融資を受けるべく交渉していたところ、先妻Ｂの子Ｃに交渉を委ねた。ＣはＦとの間で、2,000 万円の金銭消費貸借契約を締結し、Ａ所有の不動産にＦ名義の抵当権を設定。ＡはＦに対し、債務が 1,500 万円を超えては存在しないことの確認を求める訴え（第 1 訴訟）を提起。この訴訟では請求認容判決がされ（口頭弁論終結は平成 20 年 4 月 11 日）、確定。その後、ＡはＦに対し、被担保債権の全額が弁済により消滅したことを理由に、抵当権設定登記の抹消登記手続を求める訴え（第 3 訴訟）を提起し、Ｆへの債務は 1,500 万円のところ、既に平成 20 年

●民事模擬裁判　開催●

本学の実習科目である「民事模擬裁判」は、松下教授、本木准教授の指導の下、前４分の３を鹿児島大学単独で、残りを４大学の連携科目として実施している。

今年の連携模擬裁判は、本学が原告役を担当した。メールなどを利用した訴状・答弁書の提出、遠隔講義システムを利用した争点整理などを経て、９月２５日に証人調べを行い、同日、判決が言い渡された。事案は、建物収去土地明渡しであり、争点は、主として、土地の占有権原に関し、建物所有目的の合意の有無にあった。本学の受講者１０名は、事案を分析し、争点を明確にした上、証人尋問で的確な立証を行った。また、的確に「異議」を申し立てるなど、充実した取り組みを行った。

民事模擬裁判の様子／マルチメディア教室（平成 22 年９月 18 日）

◆受講者の感想

私は鹿大代表者として訴状・答弁書・準備書面の作成および他大学代表者への書面送付を担当した。その中で印象に残った3点を感想として述べる。

第一に、誰を被告として設定するか、という点から既に訴訟が始まっている点を改めて認識させられた。普段の民事訴訟法学習においては、当事者は所与の前提となっており「そもそも誰を被告とすべきか」を意識することは少ない。しかし、本件は、そもそも被告を誰とすべきかの点から既に争いある事案であったため、民事訴訟の基礎の基礎を確認する上で有益であった。

第二に、準備書面作成時の表題の付け方及び項目の立て方を工夫すべきだと感じた。今回、訴状・答弁書がやり取りされた後、裁判所側からの釈明事項が２回にわたって示され、この釈明事項に沿って第１、第２準備書面を提出したが、当初の第１書面に比べ、第２ のそれの方が明らかに洗練されていたのが自分でもよくわかった。

当初から争点を明白にした項目立てを工夫していれば、第 1 書面段階でもっと楽に主張が展開できたのではないか、と反省している。

第三に、証人尋問及び本人尋問における尋問方法について、立証事項および質問事項を予め述べた上で尋問を行うことの重要性を確認した。この点については松下先生、本木先生が既に授業において再三指摘されておられたので、本件における鹿大側の尋問は、概ね上手く出来ていたと思う。

今回の民事模擬裁判の成果を踏まえ、自らの学習を深めていきたいと考えている。

向原 幸宏 （法科大学院　3年）

3 月 15 日に 500 万円、平成 21 年 3 月 15 日に 1,000 万円を弁済済みと主張（これに対し、Ｆは、500 万円の弁済の認否は留保し、その余は認める旨陳述）。

□回答の見立て

1)小問(1)は、第 1 訴訟の判決の既判力によって、第 3 訴訟におけるＡの 500 万円の弁済の主張が遮断されるという結論を導く 2 つの法律構成の長所と短所を検討するもの（その際、これはＦ側代理人Ｑによる検討ということだから、Ｑの立場からの長所と短所を基調）。

まず、第 1 訴訟の既判力の範囲を考えねばならないが、最判昭和 40.9.17／百選［第 3 版］85 事件によれば、不存在と主張した部分（2,000 万円－1,500 万円）のみが訴訟物となり、下限額（1,500 万円）までの部分は訴訟物から除外されており、請求認容時にこの額（1,500 万円）までの債務の存在が既判力により確定されるのではない。つまり、Ｆ主張の 2,000 万円のうち、1,500 万円の債務の存在は自認するが、これを超える部分（500 万円）は存在しないというのであり、ここにのみ既判力が生じ、Ａが自認している 1,500 万円の部分には既判力は生じない。したがって、第 1 訴訟の基準時前の 500 万円の弁済の主張は、その既判力により遮断されず、可能というのが判例法理。

2)Ｑとしては、Ａによる 500 万円の弁済の主張を後の第 3 訴訟で許さない法律構成が必要。それが問題文（ＱとＳとの会話）中の①と②。いずれの法律構成も、第 1 訴訟の訴訟物が元本債務の全体と捉える。つまり、2,000 万円の債務全体があるのかないのかを判断し、ありとなれば、次に弁済があったかなかったか、1,500 万円を超える部分があるのかという審理を導く。

したがって、①によれば、Ａが自認した 1,500 万円の部分も訴訟物となり、既判力が生じるから、第 3 訴訟でＡが 500 万円につき弁済を主張することは不可。ただ、1,500 万円は自認しているのに、これも訴訟物、審判対象になるのは、Ａの意思を無視し、処分権主義（246 条）に違反しないか。

②によれば、Ａが自認した 1,500 万円の部分も訴訟物となり、既判力が生じるから、第 3 訴訟でＡが 500 万円につき弁済を主張することは不可。その際、1,500 万円までの部分についてはＡが請求を放棄したとするので、Ａの意思に反しないと考えうる。ただ、かような請求の放棄（266 条・267 条）が認められるのか。

3)小問(2)は、第 3 訴訟で被担保債権が 500 万円残存しているとの結論に至った場合、ＡがＦに 500 万円を支払うことを条件に、抵当権設定登記の抹消登記をすることを命ずる判決の可否を、請求棄却の場合と対比して論ずるとの問い。申立事項と判決事項（246 条）に係わる。一部認容、引換給付判決の是非。

4)Ａの請求は、無条件の抵当権設定登記抹消登記手続請求だが、これを残債務の弁済と引き換えに認容する判決をすることは、一部認容として 246 条に違反しない。Ａの請求を全部棄却するより、Ａの合理的意思に合致するし、Ｆにとっても不意打ちにならない。

これに対し、かかる判決は、500 万円を支払うことで将来、抵当権登記を抹消するとの給付を求めるという条件付のもの。これは将来の給付だが、本来は条件が成就してから給付を求めれば足り、その意味で、「あらかじめその請求をする必要がある場合」（135 条）とはいえないと解すれば、否か（ただし、請求棄却との対比を論ずる意味はなくなる）。

□法科大学院の学修との関係

1)問われているのは、申立事項と判決事項（246 条）の理解であり、処分権主義は授業では必須の論点。たとえば、小問(1)をみると、債務不存在確認の訴えの既判力の生じる範囲、すなわち訴訟物の理解がポイント。そのためには、昭和 40 年判決の正確な把握が必要だが、これについては、平成 21 年度の短答式第 61 問の肢の 1 つとして出題あり。

2)小問(1)で考察する 2 つの法律構成は、昭和 40 年判決の考え方に対峙する見解であって、かような議論が尽くされているかとの観点からすれば、基本書レヴェルを超えるとの見方もできよう。ただ、いずれの法律構成も、昭和 40 年判決とは逆の立論を導くものだから、その前提として、まず昭和 40 年判決の意味するところを正確に理解している必要がある。これについては、基本書には必ず記載がある（本学の指定テキストでは 321 頁など）し、百選［第 3 版］85 事件として掲載あり（なお、解説では、訴訟物の捉え方に関する 2 つの説に言及（百選 175 頁））。ということは、短答式の過去問検討に際して、これらの文献にあたって学修していれば、題意の把握の点で過誤に陥る可能性は少ないはずだし、そこさえ外さなければ、後は問題文中の誘導（ＱとＳとの会話部分）に従うことで、現場思考で相応の対応は可能ではないか。その意味では、ここでも、基本書や百選を反復する学修が重要といえるだろう。

■おわりに

平成 22 年度の民訴分野の設問は、月並みだが、基本書や百選の学修に始まり、これに終わることを示唆してはいないか。民事訴訟法の授業においては、基礎理論教育を旨とし、主要な論点につき、基本書や百選の正確な理解、そして思考回路の組成に資することを念頭に置く。そこで修得した理解や思考力を前提に、新司法試験の具体的対策として、短答式の学修において、選択肢の１つ１つにつき、労を厭わず基本書や百選、条文にあたって検証・確認し、肉付けすることで、論文式への対応へと連動させることが無駄のない学修といえるように思えるが、どうか。

齋藤 善人（民事訴訟法）

●平成 22 年度新司法試験論文式試験（民事系科目）商法分野の解説●

平成 22 年度新司法試験論文式試験（民事系科目）は、第１問が商法（会社法）、第２問が民法および民事訴訟法からの出題である。以下、商法（会社法）分野からの出題である第１問を取り扱う。

□初めに

「出題趣旨」を理解すること。指導を受けること。

最初から「あたりまえ」のことであるが、真理は常に「あたりまえ」のことである（諸悪莫作 衆善奉行）。誰もが知っている「あたりまえ」のことに真摯に取り組むこと、このこと以外に、狭き門に入る術はないと思う。

例えば、設問１は比較的解答しやすい問題である。人間は、試験というプレッシャーの中で解答できる問いに出会えば嬉しい。筆が進む。しかし、配点２０％の設問１に、試験時間の４０％を割いてしまえば、「結果」は明らかである。

「何が問われているか」とともに「どの程度問われているか」（問題においてキチンと情報提供されている）。このような事柄に対処するためには、自らが本試験と同一の条件下で問題を解き、それに対して他者（善知識：チューター）から指摘を受けることが必須である。自らの努力からでは気づくことのできないものがあると思う。そのために、「指導」は不可欠である。ただし、その前提として、自身の徹底した「努力・作業」が求められることは言うまでもない（「あァ、そうか！」という感覚）。

第１問（設問 1）解説

設問１については、「出題趣旨」が最良の解説である。加えることはない（分量も見る）。

会社法５２条１・２項および５３条１項については、「商法Ａ」で取り上げている。知識としては、条文が読めればよいのであって、基本書（例えば、神田「会社法」５８頁）の記載内容で充分である。ただし、「あてはめ」、とくにＢの「注意を怠らなかったこと」（５２条２項２号）については、訓練（起案）が必要であり、主として「商法問題演習」において取り組む課題であると考えている。ただし、単純化された要件（過失等）への「あてはめ」の訓練については、「商法ＡＢ」においても今後重視していきたいと思う。

なお、設問１については、とくに限られた時間の中で「何を」「どの程度書くのか（書かないのか）」という観点が求められており、「初めに」で述べた「指導」がことに重要である。

第１問（設問 2）解説

「出題趣旨」を徹底して検討してほしい。自分の頭で。

読むことと理解することは全く異なる。以下①のみを取り上げるが、①では「見せ金による払込みの効力と発行された株式の効力を分けて論述することが求められている」という箇所が勘所である（ということが、わからなければならない）。「商法ＡＢ」で重視している「法的思考力」の具体的な一例である。「商法Ａ」において、「新株発行無効の訴え」「無効事由」に関連して、（基本的なパターンを）説明しているテーマであり、授業においては、受講者が理解したはずの論点である。それが、本試験において活かされていない。この点が（本当に基本的なものが身についていない）、皆さん、そして教員の課題（商法ＡＢの授業進行に反映させたいと考えている）である。「法的思考力」とは、先ず基本的な事柄（枠組み）を正確に理解（使える＝応用できる）することである。

必ず、「株式の効力を否定する場合には新株発行の無効と不存在の別（が問題となる）」「払込無効説に立ちながら株式有効説を採る場合には株式の所有者（が問題となる）」。これらの文章の意味を理解してほしい。自分自身で考えに考え、本当に納得がいくことが、「出題趣旨」を検討し、理解するということである（これらの問題の概説を、「商法問題演習Ｂ」のイントロダクションで行う）。

＊２２年度「出題趣旨」：
http://www.moj.go.jp/content/000054317.pdf

志田 惣一（商法）