



KULS ニュースレター No. 34

INDEX

●平成23年度新司法試験【民事訴訟法】の採点実感等に関する意見を踏まえてーLSの授業の活用や学修へのヒントを探るー(中編)

●鹿児島大学法文学部後援会 保護者と教員の歓談会について

●平成23年度前期重要判例紹介ー民法分野(その2)ー

●図書紹介ー新入生向けオリエンテーションの挨拶よりー 白鳥努弁護士

●平成23年度新司法試験【民事訴訟法】の採点実感等に関する意見を踏まえてーLSの授業の活用や学修へのヒントを探るー(中編) ●

設問2について

■(1)何が問われているか

1. 論点の把握

Aは甲土地につき所有権者であるとしているが、甲土地の登記名義はDにある。Aに対し貸金債権を有するBは、Dの唯一の相続人Cに対し、Aの甲土地の所有権に基づき、甲土地についてDからAへの所有権移転登記手続を求めて訴え。この訴訟にAのメインバンクたるFが、当事者として参加する方法、具体的には独立当事者参加(権利主張参加)と共同訴訟参加のそれぞれの可否を問う。

2. 短答式試験との関連

考察にあたり、まず、Fが参加する訴訟がどのようなものかを検討するに、これは、AのCに対

する所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記手続請求権を訴訟物とする訴えを、Aの債権者Bが提起しているのだから、債権者代位訴訟であって、Bは法定訴訟担当であることを理解する必要がある。債権者代位訴訟に関しては、平成19年第61問(肢2と4)、平成20年第64問(肢4)、平成21年第59問(肢5)、平成22年第71問(肢5)など頻出であるが、本問に関連するのは、債権者代位訴訟の基本構造の理解を問う平成19年第61問と平成22年第71問。とくに、平成19年第61問の肢2は、大判昭和14.5.16民集18巻557頁を踏まえ、債務者による共同訴訟参加の可否を問ひ、平成19年第61問の肢4と平成22年第71問の肢5は、債権者代位訴訟提起後の債務者による独立当事者参加に関するもので、後者は最判昭和48.4.24民集27巻3号596頁/百選A34を踏まえたもの。

(2)採点実感の読解/検討

1. 指摘されたことは何か

ア. 問題文から検討すべき論点は明白であり、権利主張参加と共同訴訟参加の可否を論ずるものだが、その前提として、Fが参加する既存のBC間訴訟が債権者代位訴訟であって、Bが法定訴訟担当であることを踏まえて、説明することが求められ、かかる意識が欠缺している答案是「一応の水準」に達しない。そして、2つの参加形態のそれぞれにつき、その要件の検討・解釈を展開することが必須であるのに、「該当条文の要件を答案に引き写すだけで、その解釈を展開するに至っていないものが少なかった」。かかる答案是、「良好」または「優秀」と評価されない。

イ. 出題趣旨によれば、権利主張参加の可否は、47条1項後段の要件が充足されるかが決め手になるが、これは、Bの請求とFの請求とが法律上非両立/択一的関係にあることを意味するから、この点を検討することが題意とされる。その際、BとFの当事者適格が択一的であることから、最判昭和48.4.24/百選A34の法理を援用できるか。Bの代位訴訟によってAの管理処分権が失われることとの関係で、Aの他の債権者Fの法的地位が検討される。しかし、「これを論じている『優秀』な答案是少なかった。圧倒的多数は、訴訟物

が同一であるからと結論づけるにとどまっていた」。昭和48年判決は、債権者代位訴訟に債務者が権利主張参加できるとしたもののだが、「この判決の結論を暗記しているだけでは不十分であった」という。また、共同訴訟参加の可否は、52条1項の要件に係るが、これは、係属中の訴訟の判決の効力が第三者にも及び、参加後の共同訴訟が類似必要的共同訴訟となる場合だから、この点を検討する必要がある。たとえば、代位訴訟の既判力の主観的範囲が拡張される(115条1項2号)結果、「被担当者に既判力の矛盾が生ずることになるが、それはやむを得ず、それ以上の検討

●鹿児島大学法文学部後援会
保護者と教員の歓談会について●

平成24年4月6日、鹿児島大学法文学部後援会、保護者と教員の歓談会が行われました。法科大学院からは、米田憲市研究科長が『夢をあきらめない、法科大学院進学に向けて』と題し、講話を行いました。

(以下は、歓談会にて配付された資料となります。)

をしないで共同訴訟参加を否定する」ような答案是、「一応の水準」にとどまる。対して、「被担当者に既判力が及ぶことから、被担当者を經由して他の原告適格者にも既判力が反射的に及ぶとの立場」から、「共同訴訟参加の可否をきちんと論じている」答案是、「良好」や「優秀」と評価される。

ウ. なお、これら参加形態の要件の検討に際して、たとえば、「他人間に訴訟が係属していること」といった自明の要件に言及する答案が散見されるとし、かような答案について、「むしろ、このような記載をするとセンスを疑われる(論ずべ



(鹿児島大学法文学部後援会 保護者と教員の歓談会にて「短中期ビジョンに基づく法科学院教育の重要性を語る米田研究科長」)

鹿児島大学法文学部後援会 保護者と教員の歓談会
平成24年4月6日

夢をあきらめない、法科大学院進学に向けて
鹿児島大学法文学部後援会 保護者と教員の歓談会
研究科長 米田 憲市

法科大学院は、法曹(裁判官、検察官、弁護士)になることを想定し、司法試験の合格を目指して、法律実務家として必要な基礎的な素養を教育する、専門職大学院です。

Q1 公務員/企業志望だから、法科大学院は関係ない? 司法試験に合格しなかったら意味ないんじゃない? 弁護士って、就職難なんじゃない? いえいえ 時代は動いています (^_^)>
○新しい国家公務員試験制度: 大学院枠の明示、試験科目の司法試験科目化
国家公務員総合職(司法試験合格者: 司法修習に行かなくてよい)
国家公務員総合職大学院レベル/学部レベル
裁判所職員採用試験も同様に変更
大都市圏では地方公務員にも法科大学院出身者が多数進出
中小規模都市でも法科大学院に直接の求人
<=専門教育の大学院シフト・法科大学院修了者の参入の影響
○企業の弁護士・法科大学院出身者の採用の普及: 鹿銀にも! つぶしのきく法学士<=>役に立たない法学士
○弁護士の活動形態の多様化: 雇われる弁護士の増加
=>大規模法律事務所の勤務弁護士/企業内弁護士/国家公務員(総合職法務職)

Q2 法科大学院は何年間? 他学部出身者を含む、基礎から鍛える標準のコース=>3年のコース
法学系学部学科出身等で認定試験合格者の短縮コース=>2年のコース
(3年修了ができ、2年コースに入って順調に進めば、最短5年で法科大学院修了!)

Q3 授業料は高いでしょ? 在学中の経済的負担が心配。司法修習の給付制がなくなって、司法試験に合格してもお金がいるでしょ? 国立系法科大学院は、授業料80万4千円/年(入学金20万円) 確かに……でも!

平成24年4月6日

○各大学特色ある奨学金や授業料免除を用意しています。
鹿児島大学法科大学院奨学金(各学年成績上位3名 40万円の給付)
鹿児島大学法科大学院の経済的事情による授業料免除(申請者全員が全免/半免)
○日本学生支援機構奨学金も法科大学院特別枠を持っており、経済的事情による第1種奨学金では、成績優秀者は修了段階で全額免除/半額免除があります。

○でも、司法修習の給付制がなくなって、法科大学院後もお金がいるでしょ? =>公務員、企業法務で7年勤務することで司法修習に行かずとも弁護士資格を取れます。

Q5 法科大学院に進学するために重要なこと 「法科大学院適性試験の受験」が必須です。申込みは、4月と5月上旬。試験は、5月、6月の2回があり、どちらかでも両方でもよい。
(両方受験すると、よい方が採用されます。)
あとで法科大学院に行きたいと思って手遅れ……泣く泣く留年
毎年、後悔する人がいます。

Q6 法文学部から法科大学院の2年のコースに行けるの? いけます!。法政策学科では、鹿児島大学法科大学院と協力して、鹿大に限らず、法科大学院の2年のコースに進学するための授業やゼミを開講しています。法科大学院は、公開講座などで、法科大学院志願者を支援します。

Q7 鹿児島大学法科大学院ってどう? ○鹿大法科大学院では、頻繁に公開授業や説明会を開催しています。○進学相談、施設見学は、随時受け付けています。問合せ先 鹿児島大学法文学部専門職大学院係
所在地 〒890-0065 鹿児島市郡元1-21-30
電話番号 099(285)7504
お問い合わせは9時から17時まで。(土、日、祝日を除く)
FAX番号 099(285)3597
e-mail ls_info@leh.kagoshima-u.ac.jp

○鹿児島大学法科大学院司法政策研究センター
無料法律相談(月1~2回)
連絡先: 鹿児島大学法科大学院司法政策研究センター
TEL 099-285-7569 (担当: 草野・久木野)

きポイントが何かを把握していないと受け取られる）ことになりかねない」と指摘する。

2. 授業ではどうなっているか

ア. 債権者代位訴訟に関しては、「民事訴訟法A」において、「当事者」の箇所、法定訴訟担当としての構造を大判昭和14.5.16や大阪地判昭和45.5.28下民集21巻5/6号720頁／百選88を参照して検討し（シラバス「当事者(3)」【ケース2】参照）、また、「訴え提起の効果」の箇所で、大判昭和14.5.16を再論し、合わせて最判昭和48.4.24／百選A34を検討（シラバス「訴え提起の効果(1)」【ケース1】参照）。そして、権利主張参加の要件である非両立性については、「民事訴訟法問題演習」において検討（シラバス「独立当事者参加」【ケース2】参照）。なお、数人の債権者が提起する債権者代位訴訟が類似必要的共同訴訟である点につき、「民事訴訟法問題演習」で言及（シラバス「共同訴訟(2)」【ケース4】参照）。

イ. 共同訴訟参加そのものに関しては、独立した論点として授業内容に組み込まれていないが、その他については、およそ授業での学修が予定されている。ただ、検討の中心は、債権者代位訴訟提起後の債務者による別訴提起や訴訟参加(の可

否、つまり債務者への処分制限効をどう解するか)であり、他の債権者による訴訟参加を直截考察する内容は含まれていない。とはいえ、債権者代位訴訟提起後の代位債権者と債務者間の法律関係を検討することを通じて、代位債権者相互間の関係へと思考を展開させること、すなわち、FがBによる代位の基礎となっている当事者適格を否定して争い、自らが適格当事者と主張するとか、Aには既存のBC間訴訟の既判力が拡張される一方、Aの他の債権者FにもAを経由してその判決の効力が反射的に及ぶ関係にあることなど学修を進展させることは不可能ではないだろう。したがって、ここでも、基本的理解から正確に説いて、その基本的理解を連結する思考の過程を丁寧に論ずることがポイントといえないか。

齋藤 善人（民事訴訟法）

●平成23年度前期重要判例紹介 —民法分野(その2)—●

最判平成23年4月28日判時2115号50頁

Xは、社団法人共同通信社の配信した記事に基

づいて、地方新聞社(Y1～Y3)らが自らの発行する新聞に記事を掲載したことによって名誉を毀損されたと主張し、共同通信社およびYらに対し、不法行為に基づく損害賠償を求める訴えを提起した。

【判決要旨】

新聞社が、通信社からの配信に基づき、自己の発行する新聞に記事を掲載した場合において、少なくとも、当該通信社と当該新聞社とが、記事の取材、作成、配信および掲載という一連の過程において、報道主体としての一体性を有すると評価することができるときは、当該新聞社は、当該通信社を取材機関として利用し、取材を代行させたものとして、当該通信社の取材を当該新聞社の取材と同視することが相当であって、当該通信社が当該配信記事に摘示された事実を真実と信ずるについて相当の理由があるのであれば、当該新聞社が当該配信記事に摘示された事実の真実性に疑いを抱くべき事実があるにもかかわらずこれを漫然と掲載したなど特段の事情のない限り、当該新聞社が自己の発行する新聞に掲載した記事に摘示された事実を真実と信ずるについても相当の理由があるというべきである。そして、通信社と新聞社とが報道主体としての一体性を有す

ると評価すべきか否かは、通信社と新聞社との関係、通信社から新聞社への記事配信の仕組み、新聞社による記事の内容の実質的変更の可否等の事情を総合考慮して判断するのが相当である。以上の理は、新聞社が掲載した記事に、これが通信社からの配信に基づく記事である旨の表示がない場合であっても異なるものではない。

【コメント】

本判決では、通信社からの配信記事をそのまま利用して、自己の発行する新聞紙上に掲載し、独自の裏付け取材等を行っていなかった場合、名誉毀損の免責要件である「相当の理由（最判昭和41年6月23日）」が認められるかどうか争われている。通信社と新聞社の一体性理論および「一体性」の判断基準、新聞社の「相当の理由」の判断基準、本判決の射程（特にクレジットの要否）について確認しておくこと。

村山 洋介（民法）



（制作：鹿児島大学法科大学院司法政策研究センター
編集：同センターコンポーザー 久木野大輔）

●図書紹介 ～新入生オリエンテーションの挨拶より～ 白鳥努弁護士 ●

みなさん、こんにちは。弁護士の白鳥です。
お手元に前期の時間割があるかと思うのですが、私は、みなさん1年生の方とは、月曜日の5限目にあります米田先生の法情報論、これにお手伝いをさせていただいております。あと、3年になったときに、水曜日の一番下、6限目の民事法総合問題演習というのを担当させていただいております。
先ほども、一生懸命勉強してくださいというお話がありますけれども、もう既に法律の勉強を始められている方が居られるのかどうかは分かりませんけれども、もう既にみなさんと同じ時期に入学した方々との戦いは始まっているわけです。このカリキュラムを見れば、みなさんこれを大変だと思われるか、割と緩やかだと思われるか、個人差あるかと思うのですが、これだけをこなせば良いということではないと思います。これは最低限といいますか、これは絶対に必要なんですね、このカリキュラムは。ただし、それだけでは私はちょっと無理じゃないかなと思います。例えばその、他の大学のロースクールの学生は、1年生に入ったときから司法試験の問題を解き始めるとか、そういったことをやっています。ですので、授業は授業で一生懸命こなしていただかなければいけないのですが、その他にやっぱり受験勉強というのが、どうしても必要だと思います。
それで、ちょっと今日は本を2冊持ってきたんですけども、大学の生協にも置いてあるものです。それで、

私たちが受験生の時には、こうゆう本は無かったです。ロースクールができてからですね。で、この本は、木山先生という税務訴訟で有名な方が、こういったノウハウ本を書くのが好きで、最近しょっちゅう書かれています。それで、私はですね、この『センスのよい法律文書の書き方』（中央経済社、2012年）というのをお勧めします。

で、みなさん、知識を頭に入れることから始めないといけなと思われると思うんですが、それはもちろん大事なんです。でも、この本の冒頭に書いてあるんですが、誰のために文章を書くのか、というところから始まります。この方の解答は、裁判官に読んでもらうためだと書いてあります。ま、私にすれば、依頼者にも読んでもらわなければいけない。本当は依頼者が出す文章として私達が出すんですけども、やはり依頼者の方に不満を持たれたらアウトなんです、弁護士は。ですので、裁判官に早く読んでもらう、よく理解してもらう、それで依頼者の方にも納得していただく、そういった文章を書くためにどうしたら良いか。これ、是非、生協で目次だけでも見てください。非常に良いことが書いてあります。みなさん文章を書くときにですね、こういうのを意識していたかどうか。『主語と述語が結びついている』、これは中学校くらいの国語じゃないかと思われるかもしれませんが、文章が長くなってくると、わけ



が分からなくなってくる。で、別のところで書いてあるのは、1文は短くしろと。長い文章は裁判官もなかなか読んでくれないと。そういうことも書いてあります。それから、項目の番号の振り方。これもルールがある。みなさんは、そういうのは聞いてないと思うんですが、授業でもなかなか聞かないかもしれませんが、授業で教えてくれなかったなんていう言い訳は通用しません。「授業で教えること」と、「自分で勉強すること」には、どうしても領域分けがあるんです。ですから、この本は全然難しくないので、早い段階で読んで欲しいと思います。ただ、実践するのが難しいんですよ。ここに書いてあるようなことを、法律文章で書く（実践する）というのが難しい。それには、どんな法律の知識を入れなければいけない。でも、書き方も知っておかなければいけないということで、是非、早い段階から、「法律の文章を書く」ということを意識した勉強をしてください。

とにかく司法試験の天王山というのは、論文式試験です。合格答案を書かなければいけない。その論文試験に、どれだけ良い点を取るか。実は、3月4日の日曜日に初めて九州弁護士会連合会が主催して、民法と刑法の模擬問題の答案練習会をやったんですね。つい先日、福岡の会議で、九州各県で採点した先生方の感想とかを聞いて話し合いをしたんですが、やっぱり、字の汚い方と字の綺麗な方があったら、どっちに良い点をあげたいか、とかですね、皆さんの採点の感想は一緒なんです。それと、書いている内容にはそれほど違いはないけれども、非常に読みやすい文章と、なんだか文章が長々とダラダラしていても読みづらい文章と、そういう2つの答案があればですね、内容的にはあまり変わらなくても、どっちに良い点を付

けるかと言われれば、皆さん分かるでしょう？ 字がうまいとか綺麗とかじゃなくて、読みやすい字とか、読みやすい文章とか、そういうのが本当に大事なんです。皆さんは未修の方が多いと思うんですが、「3年になってから、受験勉強を始めれば良い」と思われているかもしれませんが、それでは遅い、と私は思います。その時点、3年になった時点から、良い文章を書くなんて考えていても、各科目の知識をどんどん入れていだけで、アップアップになりますよ。こういう形式的な技術の部分こそ、始めから意識しないといけない。私、驚いたんですけども、ノートの書き方まで本になる時代なんですね。『最強の法律学習ノート術』（弘文堂、2012年）という本です。これは、著者が自分の受験時代のノートのサンプルまで入れているんですよ。これを読むとね、ちょっと凄すぎて、自信を無くすかもしれませんが、あくまで参考例として見て下さい。「ここまでしなきゃいけないのかな？」と、そういう厳しさは、是非、どっか心の片隅にでも置いて、法律の勉強をするともに、やはり「法律の文章を書くんだ！」ということも意識して頑張ってください。分からないことは何でもアシストしますので、是非、挫折しないで、合格を目指して頑張ってください。以上です。

白鳥 努（実務家教員・弁護士）

