

KULS ニュースレター No. 35

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—LSの授業の活用や学修へのヒントを探る—(後編)
- 平成23年度前期重要判例紹介—民法分野(最終回)—
- 院生の声—法科大学院1年 榎本樹さん—

- 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—LSの授業の活用や学修へのヒントを探る—(後編) ●

設問3について

■(1)何が問われているか

1. 論点の把握

NがKに対し、乙土地の所有権に基づく丙建物収去乙土地明渡請求の訴えを提起し、対して、KがNに対し、乙土地をKが所有することの確認を求める中間確認の訴えを提起していたところ、Kが死亡し、相続人LとMが承継。Lは争う意思を示したが、Mは本訴請求を認諾し、中間確認請求を放棄する旨陳述した場合、この陳述がどのように扱われるかを問うもの。その際、裁判官Tの発言として、「判例がある場合にはそれを踏まえる必要があるが、無批判に従うことはせずに、本件での結果の妥当性などを考えて、意見をまとめる」旨示唆されている。

2. 短答式試験との関連

出題趣旨によれば、LとMの関係が、必要的共同訴訟と通常共同訴訟のいずれであるかという検討を前提に、Mのした本訴請求の認諾および中間確認請求の放棄の陳述が、どのような効果を有するかを問う問題とされる。共同訴訟に関しては、通常共同訴訟の規律を問う平成19年第67問(肢1)、平成21年第72問(肢1)や、必要的共同訴訟の規律について基本的理解を問う平成23年第57問(肢2と3)、平成18年第66問などが出題されている。とくに、平成19

年第67問の肢1は、最判昭和43.3.15民集22巻3号607頁/百選100の事案をもとに、これが通常共同訴訟であること(39条の適用)を問う。また、平成18年第66問は、最判昭和46.10.7民集25巻7号885頁/百選A32をもとに、甲地の3名の共有者が提起した甲地が共有であること(39条)の確認を求め、固有の必要共同訴訟の理解を問う。

■(2)採点実感の読解/検討

1. 指摘されたことは何か

ア. 問題文中のTの発言から「判例がある場合にはそれを踏まえる必要がある」とされているのに、判例にまったく言及しないとか、判例の理解が十分でない答案も少なくなく、判例の見解によれば、本訴請求の認諾と中間確認請求の放棄のそれぞれにつき、どのように考えられるかを正しく説明できれば、「一応の水準」に達する。判例の結論を示すレベルの答案がこれだろう。

イ. しかし、Tの指示は「判例に無批判に従うことはせずに、本件での結果の妥当性などを考えて、意見をまとめよ」というのだから、判例の見解によると、本訴請求は、最判昭和43.3.15/百選100により通常共同訴訟だから、Mによる認諾は有効だがLには効力を及ぼさない(39条)。対して、中間確認請求は、最判昭和46.10.7/百選A32により固有の必要共同訴訟だから、Mによる放棄は無効(40条1項)。そうすると、中間確認請求の訴えが認容され、これが確定した場合、Mは乙土地の共有者であるにもかかわらず、Nに対して乙土地の明渡義務を負うことになり、矛盾した結果が招来される。

かような矛盾した結果を指摘し、これを放置すべきでないとした場合、どのように考えるべきかを論ずるような答案が、1ランク上の答案、「良好」や「優秀」の評価に値しよう(なお、「優秀」な答案は、乙土地の所有者が誰であるかは、本訴請求との関係で、先決的法律関係である点等に着目し、説得力のある議論を展開しているものという)。ただし、矛盾を回避するための立論であっても、LとMの個別の事情のみから結論を合わせているような答案は、理論的に詰めて考えていない考察不足との評価を受ける。「結論の具体的妥当性を追求するということは、妥当な結論を導くための理論構成を考えるということであって、個別の事情から裸の利益衡量をして妥当と思われる結論を導くことではない」。

2. 授業ではどうなっているか

ア. 共同訴訟に関しては、「民事訴訟法問題演習」において、「共同訴訟」として3回の授業が予定される。通常共同訴訟の審理原則(39条)について検討

し(シラバス「共同訴訟(1)」【ケース1】参照)、その中で、最判昭和46.10.7/百選A32に言及(シラバス「共同訴訟(1)」【ケース1】参照)。固有の必要共同訴訟に関し、最判昭和43.3.15/百選100を検討し(シラバス「共同訴訟(2)」【ケース3】参照)、さらに、必要的共同訴訟の審判につき、39条の修正に関連して言及(シラバス「共同訴訟(2)」【ケース4】参照)。

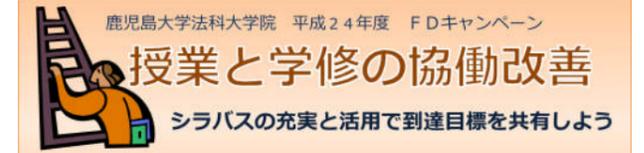
イ. LとMが共同被告となる本訴請求の訴え、およびLとMが共同原告となる中間確認請求の訴えのそれぞれの性質決定、そしてそれに伴う審理原則の適用から、Mの行為がいかなる意味を有するかという点の検討・考察に必要な個々の論点は、授業での学修内容に含まれているといえるだろう。2つの判例の正確な理解が端緒となるが、そこから導かれる結論に甘んじるだけでは、「一応の水準」止まりであり、それを踏まえて、結論の矛盾点に思いを至らせ、それを解消するような理論的検討が立論できれば、「良好」以上の評価が付与される答案となる。

そうすると、ここでは、授業での学修のみで直截に新司法試験に対応したとすれば、最大限で「一応の水準」の評価にすぎない。しかしながら、授業における検討や考察のための必要条件に係る議論を敷衍し、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じて、妥当な結論を導ければ、「良好」あるいは「優秀」な答案という評価に至る可能性があるといえるのではないか。

おわりに

(1)こうしてみると、論文式に対応するために、力を重点的に注ぐべき学修範囲に見当をつける手掛かりとして短答式が参考となる。単に条文の知識だけで回答できるような問いは除いて、たとえば、簡易な事例を示して判例の立場を踏まえて回答させるような問いが出題されている分野/論点については、より手厚い学修が必須であるといえるだろう。その意味で、ニュースレター第13号(平成22年10月6日発行)の「平成22年度新司/民法分野の解説」や、第25号(平成23年10月7日発行)の「白鳥先生による学修上のワンポイント・アドバイス/第4回」にあるように、短答式の肢の1つ1つにつき検証し、基本書や百選等にあたって確認して肉付けする作業を経ることが、論文式へと連動する学修になるだろう。

学修の中味については、定義、趣旨や条文の内容、そして判例の正確な把握、すなわち基本的な知識の正確な理解という基礎を確立すること。そして、この基本的理解を駆使して思考回路を組み立てる作業ができることに集約されるだろう。基本的な理解に根ざした論理を積み重ねることで検討・考察し、回答に至る思考過程を丁寧に、しかも抽象的な用語を使って紋切り型の説明に終始するのではなく、自分で咀嚼した自家薬籠中の言葉で論じることができるようになるト



◆ 本年度のFDスローガンについて ◆

本年度のFD活動は、昨年度に引き続き「授業と学修の協働改善」をメインテーマとします。教員による授業改善と学生による学修方法の改善を有機的に結びつけ、さらなる双方向でのレベルアップを目指します。これに加えて、本年度は、本学のカリキュラムにおける各科目ごとの学修内容を組織的に精査してシラバスの構成に反映させ、各科目の到達目標を教員と学生がしっかりと共有できるようにすることを、FD活動の具体的なタスクに掲げました。

レーニングこそが、法科大学院における学修/授業の真骨頂といえるのではないか。

(2)採点実感において、その最後に述べられていることを確認して、筆を置きたい。1つは、実務家を目指す者の答案として不適切な例として、「問われていることに正面から答えずに、結論に関係しない一般論を論ずるもの」、「論理を積み上げて丁寧に説明しようとしないうもの」、「理論的な検討が不十分であったり、論理的な一貫性を欠いているもの」が指摘される。

2つに、「基礎的な知識を習得すること、すなわち基本的な概念を正確に、かつその趣旨から理解することの重要性」が強調される。「司法試験で求められる能力は、基礎的な知識とそれを使いこなして考える能力」である。「事例の分析能力や事例に即して考える能力を涵養することも重要だが、これらの能力は、基礎的な知識と能力の上に初めて成り立つもの」である。土台をおろそかにしたままでは、論理的に突き詰めて考えることをしない姿勢を助長するおそれがあると指摘する。

3つに、これは過去繰り返し言われてきたことだが、内容以前の問題として、「試験の答案は、人に読んでもらうためのものである。極端に小さな字や薄い字、書き殴った字の答案が少なくない。読み手の立場に立って読みやすい答案を作成することは、受験者として最低限の務めである。読み手に理解されなければ何を書いても評価されないことを肝に銘ずべきである」。

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(最終回)— ●

最判平成23年1月21日判時2105号9頁

◆【事実の概要】

Aは、昭和16年10月5日、B所有の甲土地に借

地権の設定を受け、甲土地上に乙建物を建築して居住していた（乙建物の建物所有権保存登記がされたのは平成14年8月13日）。Bは、平成8年12月20日、甲土地にXのために抵当権を設定し、同日その抵当権設定登記が経過された。その後、甲土地は公売に付され、平成18年4月3日、Yがこれを買受けた。Yは、Aに対し、甲土地の所有権に基づき、乙建物の収去と甲土地の明け渡しを請求した。これに対し、Yは、甲土地の賃借権の時効取得を主張した。

◆[判決要旨]

「抵当権の目的不動産につき賃借権を有する者は、当該抵当権の設定登記に先立って対抗要件を具備しなければ、当該抵当権を消滅させる競売や公売により目的不動産を買受けた者に対し、賃借権を対抗することができないのが原則である。このことは、抵当権の設定登記後にその目的不動産について賃借権を時効により取得した者があったとしても、異なることはないというべきである。したがって、不動産につき賃借権を有する者がその対抗要件を具備しない間に、当該不動産に抵当権が設定されてその旨の登記がされた場合、上記の者は、上記登記後、賃借権の時効取得に必要とされる期間、当該不動産を継続的に用益したとしても、競売又は公売により当該不動産を買受けた者に対し、賃借権を時効により取得したと主張して、これを対抗することはできないことは明らかである。これと同旨の原審の判断は、正当として是認することができる。所論引用の上記判例（最判昭和36年7月20日民集15巻7号1903頁）は、不動産の取得の登記をした者と上記登記後に当該不動産を時効取得に要する期間占有を継続した者との間における相容れない権利の得喪にかかわるものであり、そのような関係にない抵当権者と賃借権者との間の関係に係る本件とは事案を異にする。」

◆[コメント]

借地権の対抗要件の取得（賃借権の登記または借地上の建物の所有権登記）が抵当権設定登記に遅れる場合、賃借人は抵当不動産の買受人に対し、賃借権を対抗できない。本判決では、このことを前提に、対抗関係が劣後する賃借人は、抵当権設定登記後、賃借権の取得時効に必要な期間が経過した場合、買受人に対し、時効による賃借権の取得を主張できるかどうか争われている。関連する裁判例として、最判昭和36年7月20日民集15巻7号1903頁があり、第1の時効取得を原因とする所有権移転登記を経由しない間に、真正所有者（原所有者）から譲り受けた第三者が所有権移転登記を経由した場合、第三者の登記時以降なお引き続き占有を継続すれば、時効は第三者の登記時より再び進行し、再時効完成時の真正所有者には登記なくして時効取得を主張しうるとする。本判決は、最高裁昭和36年判決は相反する二つの権利取得が問題となっている点で事案が異なるとし、右先例の適用を拒否し、賃借権

の時効取得を否定した（最高裁昭和36年判決は、所有権対所有権の事案で、一方の所有権取得が認められると他方の所有権取得が否定されるという関係にある。これに対し、本判決は抵当権対賃借権の事案であり、賃借権の取得が認められても、抵当権が消滅するという関係にない、ということか）。最高裁昭和36年判決の射程を検討する上でも重要な判例といえる。また、関連する判例として、最判平成15年10月31日判時1846号7頁がある。あわせて確認しておくこと。

最判平成23年7月12日裁時1535号5頁

◆[事実の概要]

Xは、平成14年5月23日、Aから居住用建物を賃料月額17万5000円で賃借し、同時に敷金契約より保証金100万円をAに差し入れた。右賃貸借契約は、平成20年5月31日に終了し、Xは建物をAに明け渡した。Yは、建物明け渡し後、保証金から60万円を控除した上、Xに対して負担すべき原状回復費用等としてさらに20万を控除し、その残額20万円をXに返還した。これに対し、Xは、本件敷金契約は消費者契約法10条により無効などと争った。XとAとの間の契約書には、次のような条項があった。(1)賃借人は、本件契約締結時に保証金として100万円(預託分40万円、敷引分60万円)を賃借人に預託する。(2)賃借人に賃料その他本件契約に基づく未払債務が生じた場合には、賃借人は任意に本件保証金をもって賃借人の債務弁済に充てることができる。その

場合、賃借人は遅滞なく保証金の不足額を補填しなければならない。

(3)本件契約が終了して賃借人が本件建物の明渡しを完了し、かつ、本件契約に基づく賃借人の賃借人に対する債務を完済したときは、賃借人は保証金のうち預託分の40万円を賃借人返還する。

◆[判決要旨]

「賃貸借契約においては、本件特約のように、賃料のほかに、賃借人が賃借人に権利金、礼金等様々な一時金を支払う旨の特約がされることが多いが、賃借人は、通常、賃料のほか種々の名目で授受される金員を含め、これらを総合的に考慮して契約条件を定め、また、賃借人も、賃料のほかに賃借人が支払うべき一時金の額や、その全部ないし一部が建物の明渡し後も返還されない旨の契約条件が契約書に明記されていれば、賃貸借契約の締結に当たって、当該契約によって自らが負うこととなる金銭的な負担を明確に認識した上、複数の賃貸物件の契約条件を比較検討して、自らにとってより有利な物件を選択することができるものと考えられる。そうすると、賃借人が契約条件の一つとしていわゆる敷引特約を定め、賃借人がこれを明確に認識した上で賃貸借契約の締結に至ったのであれば、それは賃借人、賃借人双方の経済的合理性を有する行為と評価すべきものであるから、消費者契約である居住用建物の賃貸借契約に付された敷引特約は、敷引金の額が賃料の額等に照らし高額に過ぎるなどの事情があれば格別、そうでない限り、これが信義則に反して消費者である賃借人の利益を一方的に害するものということとはできない(最高裁平成21年(受)第1679号同23

年3月24日第一小法廷判決・民集65巻2号登載予定参照。）」とし、Xは本件契約により負担額を明確に認識していたこと、敷引額が賃料の3.5倍にとどまること、近傍同種の建物の敷金相場と比較して大幅に高額でないこと等を指摘し、消費者契約法10条により無効とはならないとした。

◆[コメント]

事業者と消費者間の賃貸借契約およびそれに付随する敷金契約には消費者契約法が適用される（消費者契約法10条）。本判決は、(1)敷金契約による賃借人の負担額が契約書に明記され、(2)賃借人が負担額を明確に認識して契約を締結した事情がある場合には、敷引額が賃料の額等に照らし高額にすぎると特段の事情がない限り（賃料の3.5倍の本件では、特段の事情なし）、賃借人の利益を一方的に害するものとはいえないとする。(1)、(2)のもとで締結された敷金契約は契約当事者双方の経済的合理性を有する行為であるという。本判決に先行する最判平成23年3月24日も同様の規範を示しており、あわせて確認しておくこと。なお、本判決には、田原・寺田裁判官の補足意見、岡部裁判官の反対意見が付されている。

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)

● 院生の声 ●

法科大学院生活は大変！

「法律」というと御上のもので簡単には触れてはいけない、そんなイメージを持っていた高校生時代。それでも私が法学部を志望し入学したのは、この社会を規律している法律とはいったいどんなものなのだろうという純粋な興味からでした。法律やその判例・解釈を使い、それぞれのモデルケースについて検討すると、机の上では確かにそれで良さそうだと思います。しかし新聞、ニュース、インターネットの書き込みなどを見ると、社会では様々な問題が日々生じ、それによって苦しんでいる人がいます。机の上では気付かなかった弱者や少数派の人々を意図せず排除しているのではないかと、そういった人々を救うためにはどうすべきかと考えるようになり、法曹を目指すことにしました。

各法科大学院の情報は主にインターネットで入手し、説明会等にも参加しました。合同説明会に出席し



榎本 樹 さん
(法科大学院1年)

た際、「在学中は、勉強の邪魔になるようなマイナス要素は極力排除すべき」との話を聞いたことから、住み慣れている地元で実家から通える鹿児島大学法科大学院の受験を決めました。私は学部時代にきちんと勉強したとは例え口が裂けても言えませんが、3年あれば人間変わるものなのです、という根拠のない自信を胸に、未修者試験を受けました。

鹿児島大学法科大学院の試験会場は、終始受験生の緊張と試験官の先生方の穏やかなムードとが入り混じる、入試会場特有の空気に包まれていました。未修者試験は小論文と面接があり、面接試験は面接官2名と受験生数名という構成で行われ、法曹とはどういったものと考えているか、正義とは何か、などといったことを聞かれました。言葉で伝えることの難しさを改めて感じ、面接官の先生方の表情はすごく穏やかだったけれど、手応えを感じることができませんでした。

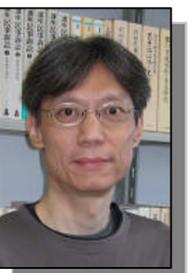
なにがどうして受かったのかもよくわからないまま、春の息吹を感じる暇もなく入学してから早くも1ヶ月が過ぎました。毎日が予習

法曹の資質とは何でしょう？ 明晰な頭脳、たとえば膨大な判例の知識を備え、洗練された解釈論を展開できるといった素養でしょうか。もちろん、かような要素を欠いていて良いわけはありませんが、社会に生起する様々な問題に、素朴な正義感から肉薄していく情熱を持ち続けられるかが、法曹としての在り方にとって大きいような気がします。本学が「司法政策研究科」の名を冠しているのは、積極的に地域社会にコミットしていく法曹像を体現しているからに他なりません。

榎本さんには、法曹を目指した初心を忘れることなく、研鑽を積まれることを期待します。そのために必要な助力を、われわれ教員としても惜しみません。

Where there is a will, there is a way.

齋藤 善人(榎本樹さんクラス担任)



復習の繰り返しで、自習室に入りびたり、文字通り時間に追われている状況が続いています。先生方や先輩方から「法科大学院は大変だ」と常々聞いてきましたが、正直、悔っていました。本当に大変です。ビックリするくらい大変です。いままできちんと勉強してこなかったことを後悔しながら、遅れを取り戻そうと必死に毎日過ごしています。慣れるまではもう少し時間がかかりそうですが、初心を忘れず、司法試験に合格し、弱者救済の道を探り正義を実現できるような法曹になるべく努力していきたいと思えます。