

【問題1】 民事訴訟法

設問1 次の用語の定義を述べよ。(1問につき1～2行程度)

- 1 当事者
- 2 訴訟物
- 3 当事者適格
- 4 処分権主義
- 5 弁論主義
- 6 主要事実

設問2 次の概念の趣旨を述べよ。(1問につき1～3行程度)

- 1 弁護士代理の原則(54条1項)
- 2 二重起訴の禁止(142条)
- 3 既判力(114条)

設問3 次の事例を読んで、問いに答えよ。

株式会社Xは、Yとの間で中古の機械を代金300万円で売り渡す旨の契約(以下「本件売買契約」という。)を締結し、当該機械をYに引き渡したが、Yが代金の支払をしないと主張して、Yに対し、本件売買契約に基づき代金300万円の支払を求める訴えを提起した。

Yは、第1回口頭弁論期日において、(1)「Xとの間で本件売買契約を締結したことは認める。ただし、本件売買契約の無効を主張する予定である。」と主張した。ところが、第2回口頭弁論期日において、Yは、(2)「Xと本件売買契約を締結したのはYではない。」と主張した。

【問い】 Yの(1)の下線部及び(2)の各主張の訴訟上の意味を明らかにした上で、(2)の主張が訴訟法上許されるか検討せよ。

【問題1】 民事訴訟法

設問1 次の用語の定義を述べよ。

- | |
|---------|
| 1 当事者 |
| 2 訴訟物 |
| 3 当事者適格 |
| 4 処分権主義 |
| 5 弁論主義 |
| 6 主要事実 |

＜答案例＞

- 1 訴え又は訴えられることによって判決の名宛人となる者をいう。
- 2 原告が被告に対して主張する権利・法律関係をいう。
- 3 特定の訴訟物につき、当事者として訴訟を追行し、本案判決を求められる資格をいう。
- 4 訴訟の開始及び終了並びに訴訟物の特定に関する決定に当事者に処分権能を認める建前をいう。
- 5 判決の基礎となる事実と証拠の収集・提出を当事者の権能及び責任とする建前をいう。
- 6 主要事実とは、権利の発生・変更・消滅という法律効果の判断に直接必要な事実をいう。
(※ちなみに、間接事実とは、主要事実の存否を経験則によって推認するのに役立つ事実をいう。補助事実とは、証拠の証明力に影響を与える事実をいう。)

【コメント】

定義は基本書ごとに色々あるが、下線部がキーワード（定義のポイント）である。上記の定義でなくてもよいが、キーワードを踏まえた上で、各自改めて基本書などで確認されたい。

設問2 次の概念の趣旨を述べよ。

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none">1 弁護士代理の原則（54条1項）2 二重起訴の禁止（142条）3 既判力（114条） |
|---|

<答案例>

- 1 ①劣悪な代理人の訴訟追行から当事者の利益を保護する点、②訴訟手続を円滑にする点
- 2 ①既判力抵触による判決の矛盾防止、②審理の重複による訴訟制度上の不経済を防止、③被告の応訴の煩の回避
- 3 ①判決によって確定された法律関係の法的安定性の確保、②手続保障を十分に与えられた結果としての当事者の自己責任

【コメント】

一般に、答案では、しばしば略しすぎている記載も散見される。例えば、142条の趣旨を「判決矛盾、訴訟不経済、応訴の煩にある」などとキーワードだけ記載する場合などである。しかし、これでは不十分である。司法試験の採点実感などでも、キーワードに終始して内容がないと批判されているところである。

しかし、学者の論文ではないのだから、基本書のように詳しく書きすぎても非現実的である。そこで、実際に答案に書ける程度の具体性をもった表現を事前に固めておくと、答案作成上とても有意義である。上記は、その一例として記載したものである。今後の学習の参考にされたい。

設問3 次の事例を読んで、問いに答えよ。

株式会社Xは、Yとの間で中古の機械を代金300万円で売り渡す旨の契約（以下「本件売買契約」という。）を締結し、当該機械をYに引き渡したが、Yが代金の支払をしないと主張して、Yに対し、本件売買契約に基づき代金300万円の支払を求める訴えを提起した。

Yは、第1回口頭弁論期日において、(1)「Xとの間で本件売買契約を締結したことは認める。ただし、本件売買契約の無効を主張する予定である。」と主張した。ところが、第2回口頭弁論期日において、Yは、(2)「Xと本件売買契約を締結したのはYではない。」と主張した。

【問い】Yの(1)の下線部及び(2)の各主張の訴訟上の意味を明らかにした上で、(2)の主張が訴訟法上許されるか検討せよ。

<答案例>

1 (1)の主張について【※1】

(1) Yは、本件売買契約の締結を認めている。そこで、このYの行為につき裁判上の自白（民事訴訟法179条。以下条数のみ）が成立しないか。

(2) 裁判上の自白とは、①口頭弁論又は弁論準備手続において、②相手方の主張する、③自己に不利益な事実を認める旨の陳述をいう。

(3) これを本問についてみる。【※2】

(1) まず、①Yは第1回口頭弁論期日においてなした陳述なので、①を満たす。

(2) 次に、②本件売買契約の締結はXが主張しているので、②も満たす。

(3) では、③を満たすか。

まず、③「自己に不利益な事実」とは、基準の明確性から、相手方が証明責任を負う事実をいう。そして、証明責任の所在は、一定の法律効果を主張する者が、その効果の発生を基礎付ける要件事実について課せられる。【※3】

本件売買契約の締結の事実は、本件の訴訟物である売買契約に基づく代金支払請求権を発生させるために必要な事実である。したがって、その証明責任はXに課せられる。よって、本件売買契約の締結は、③「自己に不利益な事実」に当たる。

(4) 以上より、Yの(1)の主張は、裁判上の自白に当たる。

2 (2)の主張について【※4】

(1) Xは、本件売買契約の当事者がYではないと主張しているから、(1)で成立した裁判上の自白を撤回している。では、このような裁判上の自白の撤回は許されるか。

(2) 裁判上の自白の効果は、裁判所は当事者間に争いのない事実を判決の基礎としなければならない（審判排除効）、その結果当事者はその事実を証明することを要しないことである（179条前段）。そして、当事者は、裁判上の自白によってその事実は争点にならないと信頼した相手方の信頼を保護するため、原則として裁判上の自白を撤回することはできないという撤回禁止効も生じる。【※5】

もっとも、この趣旨に照らせば、①相手方の同意、②刑事上罰すべき他人の行為、③自

白が真実でなく、かつ錯誤に基づく場合には、この趣旨を没却しないから、撤回は許される。なお、③については、反真実性の主張があれば、錯誤は推定される。【※6】

- (3) 本件では、①ないし③に該当する事情がないから、Yは裁判上の自白を撤回することはできない。

3 結論

よって、(2)の主張は許されない。

以上

【コメント】

- ※1：設問が(1)と(2)の訴訟上の意味と(2)の許否について問われている。もっとも、(2)の許否の問題は、(2)の訴訟上の意味とつなげて書く方が合理的(答案構成をすればこれに気付ける)。よって、大きいナンバリングは、(1)、(2)という順である。
- ※2：このゼミを通じて何度もお伝えしているように、本来であれば、「①については・・・」や「ア ①について」などと読み手に予測可能性を与えながら書かなければならない。ただし、本問では、①・②は明らかなので、その分論証も短くなる結果、「①については・・・」を書かなくても読み手の予測可能性をそれほど害しないだろう、と考えた結果の記載である。その代わり、冒頭に「①」「②」とだけ記載しておいた。不安であれば、「①については」と記載した方がもちろん良い。
- ※3：さらっと書いているが、論点が2つあることに注意。これらの論点における答案例の立場は実務では完全に確立しているので、実務家としては論証すら要らないレベルの論点である。もっとも、学説的には見解は分かれているところなので、一応の簡単な理由付けをしておく必要がある。この両者の要請に基づいた論証例である。
- ※4：裁判上の自白の論点は、とてもメジャーなので、各論点自体はそれほど問題なく記載できるかもしれない。ただ、実際に問題を解く流れの中で各論点を記載するとなると、意外と手が止まるのではないだろうか。本問では、裁判上の自白の定義を1で述べて、その効果を2で述べている。民事訴訟法では、定義論・要件論→効果論の流れでそれぞれ論点展開をすることはとてもよくあるので、これを機に慣れておいてほしい。
- ※5：裁判上の自白の効果は、弁論主義第2テーゼ(審判排除効)と179条(不要証効)である。これらをベースとして、信義則のスパイスをパラパラと振りかけると、撤回禁止効が生じる。この論理を理解し、答案に反映させなければならない。このように、民訴法は、「なぜそうなるの?」という論理的思考を日ごろから徹底して行う必要がある。なお、H23年の司法試験の採点実感にも、「事実の自白の撤回制限効の根拠については、禁反言に言及するだけの答案が多く、中には「禁反言と自己責任である」とするなど、抽象的な用語のみから説明する紋切り型の答案も相当数あり、事実の自白の裁判所に対する効力から丁寧に論じている答案は少なかった。」と記載されている。
- ※6：「裁判上の自白によってその事実は争点にならないと信頼した相手方の信頼を保護する」という目的から、①～③の要件が出てくるのはなぜかという理由も考えてみよう。

【問題2】 会社法

甲株式会社（以下「甲会社」という。）は、兵庫県を中心に関西全域で洋菓子の製造・販売を行っている公開会社である。甲会社の取締役はA、BおよびCの3名であり、Aが代表取締役である。なお、Dは、甲会社の51%の株式を3年前から保有している。

甲会社は、その好調な業績を背景に、和菓子の製造・販売に着手すべく、同社取締役会において議論を重ねていた。そこで、甲会社は、マーケティング会社に委託して、まず兵庫県内で甲会社が和菓子の製造・販売を行った場合のメリット及びデメリットを調査させた。同社の回答によれば、兵庫県では和菓子の売上げは、洋菓子に比べて低調だが、潜在的な購買層が存在することから、価格、品揃え等に配慮すれば、成功する確率は必ずしも低くはないということであった。

以前から和菓子の製造・販売に高い関心を有していたBは、自ら和菓子の製造・販売を行った方が利益になると考え、AやCに相談することなく、旧知の和菓子職人を集めて、兵庫県神戸市内に個人営業の和菓子店を開店した。出店に際して、Bは、甲会社取締役会において開示されたマーケティング会社の上記回答を参考にしている。この和菓子店は、開店1年目（2017年）に300万円の営業利益を計上し、さらに翌2018年には800万円の営業利益を計上するまでに成長した。

この状況を知った株主Dは、Bの行為につき責任追及をしようと考えている。

【設問】 Bの甲会社に対する責任について論じなさい。なお、回答にあたっては、Dが提起すべき訴訟類型も指摘すること（ただし、訴訟要件の検討は要しない。）。

【問題2】 会社法

甲株式会社（以下「甲会社」という。）は、兵庫県を中心に関西全域で洋菓子の製造・販売を行っている公開会社である。甲会社の取締役はA、BおよびCの3名であり、Aが代表取締役である。なお、Dは、甲会社の51%の株式を3年前から保有している。

甲会社は、その好調な業績を背景に、和菓子の製造・販売に着手すべく、同社取締役会において議論を重ねていた。そこで、甲会社は、マーケティング会社に委託して、まず兵庫県内で甲会社が和菓子の製造・販売を行った場合のメリット及びデメリットを調査させた。同社の回答によれば、兵庫県では和菓子の売上げは、洋菓子に比べて低調だが、潜在的な購買層が存在することから、価格、品揃え等に配慮すれば、成功する確率は必ずしも低くはないということであった。

以前から和菓子の製造・販売に高い関心を有していたBは、自ら和菓子の製造・販売を行った方が利益になると考え、AやCに相談することなく、旧知の和菓子職人を集めて、兵庫県神戸市内に個人営業の和菓子店を開店した。出店に際して、Bは、甲会社取締役会において開示されたマーケティング会社の上記回答を参考にしている。この和菓子店は、開店1年目（2017年）に300万円の営業利益を計上し、さらに翌2018年には800万円の営業利益を計上するまでに成長した。

この状況を知った株主Dは、Bの行為につき責任追及をしようと考えている。

【設問】 Bの甲会社に対する責任について論じなさい。なお、回答にあたっては、Dが提起すべき訴訟類型も指摘すること（ただし、訴訟要件の検討は要しない。）。

<答案例> 【※1】

第1 訴訟類型

甲会社が兵庫県内で和菓子店を出店しようとしていたにもかかわらず、Bは、AやCに相談することなく、兵庫県神戸市で和菓子店を開業・出店している（以下、「本件行為」という。）。そこで、Dは、株主代表訴訟を提起して（会社法847条1項。以下、条数のみ）、Bの甲会社に対する423条1項に基づく責任追及をすることが考えられる。【※2】

第2 423条1項の責任【※3】

- 1 では、本件行為につき、Bは423条1項に基づく責任を負うか。
- 2 423条1項の要件は、①「役員等」が、②任務を懈怠したこと、③損害の発生、④②と③の因果関係である。
- 3 これを本問についてみる。【※4】

(1) ①「役員等」

Bは、甲会社の「取締役」にあたるので、①を満たす。

(2) ②任務懈怠

7. 任務懈怠の検討の前提として、本件行為は、取締役の競業取引に該当するか。仮に該当するとすれば、Bは、公開会社である甲会社の取締役会（327条1項1号）で承認を受けなければならないところ、この承認を受けていないから問題となる（365条1項、356条1項1号）。【※5】

4. 競業取引の要件は、①取締役が、②自己又は第三者のために、③「会社の事業の部類に属する取引」をすることである。

ウ. これを本問についてみる。【※6】

(ア) まず、①Bは、甲会社の「取締役」にあたる。

(イ) 次に、②「自己または第三者のために」とは、自己または第三者の計算においてという意味である。なぜなら、競業禁止義務の趣旨は、会社の利益保護にあるからである。

本問では、Bが個人で営業する和菓子店の売上はBに帰属しているから、Bの計算において事業がなされているため、②を満たす。

(ウ) そして、③「会社の事業の部類に属する取引」とは、会社と取締役の間に利益衝突を来す可能性のある取引をいい、現にその事業を行っていないなくても、進出のための準備を進めている事業も含まれる。【※7】

本問では、確かに、甲会社は現に和菓子店を出店していない。しかし、甲会社はマーケティング会社に委託して、兵庫県内に和菓子店を出店するためのマーケティングを依頼し、成功する確率は必ずしも低いわけではないとの回答を得るなどしていた。そうすると、甲会社は、将来兵庫県内で和菓子店を出す可能性が非常に高い状態であった。したがって、Bが和菓子店を出店した行為は、甲会社とBの間に利益衝突を来す可能性があったといえるから、③を満たす。【※8】

エ. 以上より、Bが神戸市で和菓子店を開業した行為は、競業取引に該当するから、Bは甲会社の取締役会で承認を得る必要があった。しかし、Bはこれを得ていない。したがって、Bには任務懈怠はある。

(3) ③損害・④因果関係【※9】

本件では、Bは、競業取引を行ったことにより、開業1年で300万円、2年目で800万円の営業利益を上げている。したがって、これらの合計である1100万円が、甲会社の損害と推定される（423条2項）。

4 以上から、Bは甲会社に対して、423条1項に基づき、1100万円の損害賠償義務を負う。

以上

【コメント】

- ※1：本問は、典型的な競業取引義務違反の問題である。問題文を読めば、結論は概ね想像がつくだろう。しかし、いざ条文をひきながら答案を書くとなると、意外と書けないと思われる。その原因は、個々の論点の知識をどう結び付けて書くのか、という視点に乏しいことにある可能性が高い。そこで、今回の起案を通じて、「847条（訴訟類型）→423条1項（損害賠償請求）→356条1項（任務懈怠）→結論」という会社法上の典型的な思考の流れをしっかりと身に付けて欲しい。この思考は、会社法上他の論点でもしばしばあてはまる。
- ※2：答案の初めに、「この行為について訴訟類型や責任原因を検討します！」ということを確認させることによって、①行為の特定と②検討方針の概要を記載してほしい。そうすることで、自分の中でも検討対象のブレが亡くなる上に、採点する側としても予測可能性が立ちやすく、読みやすい。
- また、「847条1項の訴訟を提起して、423条1項の責任を追及する」という発想が重要。1年生の段階では意外と欠けている視点であると思われる。
- ※3：いつもの通り、「1問題提起、2要件、3あてはめ、4結論」という大枠。そして、「3あてはめ」の中で、個々の要件の小規範や解釈論の展開などを行っている。ここまでゼミについてこられたのであれば、この形式にはそろそろ慣れてきたと期待したい。
- ※4：このゼミを通じて何度もお伝えしているように、本来であれば、「①については・・・」や「ア ①について」などと読み手に予測可能性を与えながら書かなければならない。今回は、ナンバリング形式にして記載した。
- ※5：423条1項の任務懈怠は、過失の判断とかなり似ている。要は、「①こういう義務があったけど、②これをしなかった」という枠組みで判断する。この①義務の存在の中で、競業取引該当性を検討するのである。この位置付けが意外と理解できていない学生が多いように思う。
- また、これまで何度もお伝えしているように、なぜ競業取引該当性が問題になるのか、該当すると何が大変なのか、その問題意識を記載する必要がある。
- ※6：ここでも要件⇒効果の順で記載する。いつもの形である。なお、②は、論点であるが、その説によって結論は変わらないから、論証は展開しなくてもよいかもしれない。
- ※7：ここには、定義を書いて、その後に判例を記載している。この判例は、定義の射程に関するものと位置付けて勉強をした結果の記載である。
- ※8：事実も多いので、丁寧に認定した。
- ※9：423条1項の因果関係は、条件関係に近い判断がなされており、この要件を理由に請求を認めないとした裁判例は極めて少ない（存在しないかもしれない）。なので、往々にして損害と因果関係は同じ枠組みで判断してもよいと思われる。

再チャレンジプログラム 第5回

令和元年9月28日

再チャレンジプログラムもいよいよ最終回である。本プログラムでは全5回にわたってゼミを行った。今回は、本プログラムの総まとめをしたいと思う。

- 1 1年次は、今後の学習の礎を作り上げる重要な時期である。どのように勉強をしたらいいのか、判例をどう読んだらいいのか、という疑問は、ロースクール開校以来（というよりもむしろ司法試験開始以来）永遠の悩みであろう。

今回のゼミを通じて伝えたかったことは、

① 法的思考（＝答案の書き方）

「問題提起→要件定立（大規範→小規範）→あてはめ（事実→評価→小規範）→結論」の型を守ること。これを書面＝答案に表現できることが重要。

② 勉強方法

1の型を守って答案を書くために、基本書を読むこと（例：ここは要件②、この記載は評価で使えそう、この判例は要件③に関するものだな、等々）。そして、事前に準備できるところは完璧に準備しておいて（刑法の構成要件、民法の要件、民訴の定義等々）、答案作成をあてはめ等ほかの部分に割けるようにすること。

③ 答案の読み手に対する配慮

独りよがりな言葉を使わない。一文は短く、簡潔に。また、なるべく「これからこういうことを言いますよ」ということを書いておく（ナンバリングなど）。

をきちんと理解して普段の学習にあたってほしい、ということである。

- 2 もちろん、これらのコツは、簡単に身に着くものではない。複雑な論点を学習したり、複雑な問題を起案したりする時には、忘れてしまうこともあるだろう。また、日々の学習で膨大な量の知識や判例を学んでいたら、その学習に必死で、上記の観点を忘れてしまうかもしれない。しかし、上の観点を意識しなければ、結局答案に書けない。答案に書けなければ、知らないのと同じである。それほど上記の観点は重要である。是非ともその都度、この基礎の発想に戻ってもらいたい。
- 3 なお、ゼミにおいて配布した資料や答案例は、「ゼミという少ない時間で最大限伝えたいことを伝えられるように」作成したものばかりである（第4～5回目のレベルを高いものにしたのは、後期中でも復習の手助けとなるように、という考えからである。）。論証方法でも、答案の流れでも、ナンバリングの仕方でも、着眼点でも何でもいいので、学生諸君においては、自分に足りないと思う箇所を、是非ともよく復習をしてもらいたい。その上で、自分が「足りないな」「気を付けなければならないな」というポイントだけをまとめてもよい。

全5回のゼミを通じて、何か1つでも身に着けてもらえたのであれば本望である。

以上