

再チャレンジプログラム 第4回（平成26年民法）

弁護士 春田 尚純

第1 総論～司法試験の過去問演習について～

1 答案作成中の心構え

- ・ 基本に忠実に。答案の型は外さない。
- ・ とにかく書ききる。途中答案は絶対ダメ。今から途中答案にしない癖をつけておく。
- ・ 分からなくなったら、とにかく基本に戻る。全てはあなたがこれまで勉強してきたことから出題されている。
- ・ 事前に準備していないけど、その場で思いついた突飛なものは、大抵間違い。

2 復習

(1) 概要

司法試験では、法的知識、文章力、構成本力及び法的思考力が求められる。これに合わせて、復習で重要なことは、

- ① ミスをした個所はどこか
 - ② なぜミスをしたのか
 - ③ 今回の答案でそのミスをしないようにするためには、どうすればよかったのか
 - ④ 次回以降、同様のミスをなくすにはどうすればよいか（一般化の作業。これが重要）☆
- である。その問題自体の修正だけをしても何の意味もない。

（例）単純に論証パターンが間違っていて評価が低くなったのなら、論証を見直せばよい。

また、時間が足りなくなったことが原因なら、どう時間短縮を図るかを考える。

問題意識が異なっていたら、なぜ異なったのか（なぜ気づけなかったのか）、次に気付けるためにはどうすればよいのかを考える。

そのためのツールには以下のようなものがある。

(2) 出題の趣旨

答案を採点する前に、出題者がどういう気持ちで作問をしたのかを記したもの。

出題者の想定する答案の流れや内容のポイントが示されている。

(3) 採点実感

出題の趣旨を踏まえて、実際に採点をした後に感じたことを記したもの。出題の趣旨の補足のような位置づけ。

よくある間違いについて記述されているので、自身の答案と重複する個所は改めるべき。

※ただ、影響の大きいミスと影響の小さいミスを混在させて書いているので、あてはまっても当然に評価が低くなるものでもない。

(4) 優秀答案

受験生の優秀答案。実際の答案なので、とても参考になるが、いくつか注意点がある。

① 優秀答案にも間違いはある・マネすべきでない点もある

超上位でも7割程度の得点である。逆に言えば、3割程度は間違っている。

また、正しいこと記載していても、合格のためには必要性の低いものや、不用意にマネをするとやけどをするようなものもある。

そのため、「これだけ上位なのだから、基本的にはすべて真似をしよう」と考えると、マネしてはならない部分もコピーしてしまうことになる。

そこで、正しいと思われる根拠があるものや、複数の答案を見比べて重複している記述・書き方だったりするものを自分の参考にするなど、必ず吟味をしたうえで吸収されたい。鵜呑みはダメ。

② 目的をきちんと持つ

優秀答案を読むときに、特に目的なく読むのはダメ。無批判に受け入れ、知らず知らずの間に悪い部分のデッドコピーをしてしまうことになる。なんのために優秀答案を読むのかを明確にする。

例えば、

- ・この論点の論証の仕方を見たい
- ・論点1～3のつなげ方を見たい
- ・全体の答案の流れを見たい（問題提起→要件→あてはめ（事実→評価→小結論）→大結論）
- ・時間がない中での最後の論証はどの程度書いているのかを知りたい …etc

③ へこみすぎない

超上位の答案を読むと自信喪失するが、おそらく再現者も、少し「盛って」再現していると思われる。必要以上にへこまないように。

第2 民法について

1 司法試験の民法の特徴

司法試験の民法の特徴は「これまで勉強してきた知識のうち、どの知識を、どう使って、どう考えてこの問題を解決しますか？」と問われている点にある。これまでの期末試験等では、「きちんと知識を知っていますか？」ということに重点が置かれていたと思う。「知識自体を試す試験」から「どの知識をどう使うかを試す試験」にステージが上がる。

そのため、点数が高い答案は、知識を正確に書いているだけの答案ではない（法的知識）。ワケの分からない問題を見ても、イチからきちんと考えて（法的思考力）、法的三段論法に則って正しく分かりやすく伝える力（文章力・構成力）が最も評価される。

皆さんはすでにある程度知識は備えていると思う。そのため、今後は、知識の正確性を担保する学習に加えて、「既存の知識をどう使って考えるのか」、「どう表現すれば読み手にうまく伝わるか」という点にシフトして勉強をしてほしい。

2 答案の書き方

基本的な答案の型はつぎの通り。

(1) 問題提起（条文の選択）

ア. 事実の摘示（Xは…を請求している。）

※ここでは、条文を選んだきっかけとなる事実を記載する。

イ. 条文選択（この請求は、●条に基づくものである。では、この請求は認められるか）

ウ. その条文が問題となった理由

(2) 要件

●条に基づく請求の要件は、①A、②B、③Cである。

(3) あてはめ

これを本問についてみる。

ア. ①A

明らか

イ. ②B

明らか

ウ. ③C

条文そのままでは明らかでない→解釈論の展開をしたうえで（いわゆる論パ等）、

(ア) 事実（本件では、Xは…をしている。また、…という事情もある。）

※1つの事実だけで、1文にする。

（自分の中で「今は事実を書いているんだ！」という意識付けもできる）

(イ) 評価（通常、…ということをしていれば、…といえる。）

※評価は必ず書く！評価のないあてはめは、ないのと同じ。点数つかない。

これがなかなか難しいが、事実を書いた後に「通常、」という言葉で書き始めると、自然と経験則を記載する流れになるので、評価をしているということが分かりやすくなる。

(ウ) 小結論（よって、（規範）にあたる）

(4) 結論

要件を満たす→条文成立⇒請求が認められる。

要件事実的に記載するときは次の通り。

1 訴訟物

2 請求原因事実（①A,②B）→あてはめ（事実⇒評価⇒結論）

3 抗弁（③C）→あてはめ（事実⇒評価⇒結論）

2 司法試験における民法の書き方（行政法・民訴法も同様）

以上が答案の基本的な型。

しかし、民法をはじめ、行政法、民事訴訟法などでの問いは、とっても抽象的。

→質問に答えていない答案が非常に多い！！

⇒まず、質問に対する答えを記載することで、他の受験生との差異化を図る

(1) 結論の概要（質問に答える）

(2) (1)に至る思考過程（ここで一般的な書き方を応用）

（例）訴訟物は●●

→請求原因は△△

→これに対し、Yは抗弁として××を主張する。これは認められるか。

...

第3 答案構成例

【設問1】

1 結論

Cの解除はAの賃料不払いを理由とする解除(541)→AはCに対して120万円の債務不履行に基づく損害賠償請求権を有しており、これと今後6か月分の賃料を相殺したため、賃料不払いはないという法律上の意義を有する。

2 理由

(1) 相殺適状

① 債権の対立(505.1)

A→C: 賃料債権

C→A: 損害賠償請求権(原始的一部不能。412の2,415)

※免震構造のある建物を引き渡す義務→不能、これにより5万円の損害

② 同種目的(505.1)

③ 弁済期(505.1)

(2) 相殺の意思表示(506.1)

【設問2】

1 小問(1)

(1) FのDに対する請求の根拠

民法715条1項。

∵Aが死亡→相続開始(882)、損害賠償請求権を相続(896)、相続人はB(890)とF(889.1.2)、

(2) 請求が認められる額

2500万円。

∵Fは4分の1(900③)。

2 小問(2)

(1) Dの請求の根拠

703条. 法律上の原因がない点は、本件和解が886条2項により一部無効(BD間の契約と胎児D間の契約に分かれている)。

(2) 請求額

4000万円

3 小問(3) ★激難

Bの取り分が3/4に変更、BD間の契約が確定的効力に反するのでは? どう理屈つける?

【設問3】

Kg: G H24.9.12 もと所有

G→H H24.9.12 丁土地 1/3 出資(①)

G→H H24.9.30 丁土地 2/3 譲渡(③)

K 現在占有(⑤)

E: 「第三者」? (177) →当たらない(∵不法占有)

再チャレンジプログラム 第5回（平成26年商法）

弁護士 春田 尚純

第1 司法試験の商法の特徴

1 論証を固めておく

論点が多い。とにかく多い。そのため、論証パターンをきちんと固めておいて、条件反射的に書けるようにしておく。また、論点同士をどうつなげるのかもとても重要。

2 質問に答える

商法だけではないが、1つの設問にいくつも指示がある場合には、その項目ごとに点数が振られている。採点者も、その順番で読む心の準備をして答案を読む。そうすると、その項目ごとにナンバリングすると、論点落ちがなくなる。採点者にいかにストレスなく読んでもらうか、この観点は実はとても重要。これは商法に限らず、どの科目もそう。例えば、

[設問1]

第1 Cの主張

まず、Cは、新株発行無効の訴えを提起し、無効を主張することが考えられる→出訴期間でOUT。
そこで、新株発行不存在の訴えを提起することが考えられる。

第2 Cの主張の当否

- 1 要件論証
- 2 あてはめ

第3 本件株式発行に係る法律関係

株式は無効+4000万円の返還？

[設問2]

第1 Hの立場

- 1 代表取締役の行為であること
- 2 354条類推
- 3 不実登記（908条2項）

第2 甲社の立場

- 1 1に対する選任手続を欠くこと
- 2 354条の悪意・重過失
- 3 悪意・重過失
- 4 代理権限濫用（93条但書類推）

第3 主張の当否

- 1 . . .
- 2 . . .

という具合である。

第2 今後の方針

司法試験に慣れていくと、司法試験直前には、典型的な論点の論証は瞬時に出てくるようになる。そうすると、問題文を読みながら、次のようなことを考えられる。

Eはたくさん借入しているけど、決議していない。独断でやってるなあ…

→権限濫用の論点だな。93条類推だから善意無過失のあてはめが必要になりそう。

→ここの事情は無過失のあてはめに使えそう。★付けてあとで評価考えよう

第3 答案構成例

【設問1】

1 Cの立場で考えられる主張

Cは、新株発行無効の訴え(828.1.2)を提起し、無効を主張することが考えられる→出訴期間でOUT.
そこで、新株発行不存在の訴え(829①)を提起することが考えられる。

2 1の当否

「存在しない」＝重大な瑕疵がある場合も含む

- ・Eの取締役選任決議なし(329.1)、Eの代表取締役選任決議なし(349.1)

⇒本件株式発行は代表権のないEが行った

- ・本件株式発行にあたって株主総会の特別決議もない(199.2、201、309.2.5)

⇒重大な瑕疵があり不存在(∵事前差し止めの機会なし、既存株主の保護、取引の安全の要請低)

3 本件株式発行にかかる法律関係

出資の履行をしているから、原状回復?(民法703条)

【設問2】

1 Hの立場の主張

- ・354条を類推適用して肯定する主張

2 甲の立場の主張

- ・354条の類推：Hが悪意重過失だった
- ・代表権限の濫用(民法93条但し書き類推)

3 主張の当否

(1) 354条類推

① 虚偽の外観

「副社長」→直接適用NG、354条の趣旨は、代表権があるとの外観を信頼した第三者を保護して、取引の安全を図る点にある。したがって、単なる使用人でも、代表権があるかのような肩書を付ければ、この趣旨が妥当するから、354条を類推適用

② 帰責事由(明示的に使用許諾)

③ 第三者の信頼(善意無重過失)

→「副社長」をどう評価?

(2) 取締役会決議を欠く93条但書類推

取締役会の決議を経ずに「多額の借財」をなしている(362.4.2)。代表取締役の真意と意思表示の間に不一致があり、この点で心裡留保類似の構造がある。そこで、民法93条但書を類推適用し、原則として取引は有効であるが、相手方が取締役会決議がないことにつき悪意・有過失である場合には、例外的に無効。

⇒通常、取締役会決議の書面は作成されるし、写しを渡せば確認も簡単。これをしないのは過失あり。

(3) 代表権限濫用

本件借入は、乙への貸付を行うためになされたもので、甲以外の者の利益をはかるためになされた。このような代理権の濫用がある場合には、自己のためにするという目的と、会社のためにする表示との間に不一致があり、この点で心裡留保類似の構造がある。そこで、民法 93 条但書を類推適用し、原則として取引は有効であるが、相手方が不正目的につき悪意・有過失である場合には、例外的に無効となる。

⇒店舗建設費用として説明したが、事業計画の資料は交付せず。通常、返済の可否は事業計画に大きく依存するから確認するのが通常だし、確認も簡単。これをしないのは過失あり。

【設問 3】

1 C の主張

E に対する本件土地の所有権移転登記請求 (847.1)、D・E に対する本件借入及び本件貸付の結果生じた損害の賠償請求 (423.1)

2 1 の当否

(1) E に対する本件土地の所有権移転登記請求

C は「株主」、では所有権移転登記請求も「責任」？

⇒OK (847 条の趣旨は会社の利益保護)

(2) D・E に対する本件借入及び本件貸付の結果生じた損害の賠償請求

① 「役員等」

D は役員？退任登記未了だが、いまだ権利義務あり (346.1)

E は事実上業務執行をしているが、適法に選任されていない。もともと、①取締役らしい外観の存在、②業務執行への継続的関与、③これに対する会社の容認があれば、法的安定性の観点から、同条を類推適用すべき。

⇒①副社長＋登記、②借入などしていた、③会社も容認

② 「任務を怠った」

D : 監視監督義務 (362.2.2)

E : 本件借入＋本件貸付 (上述の通り)

③ 損害

返済を受け入れられなくなったため 2 億円の損害、10%の利息

④ 因果関係

⑤ 帰責事由