

## 平成29年司法試験の採点実感（民事系科目第1問）

### 1 出題の趣旨等

出題の趣旨及び狙いは、既に公表した出題の趣旨（平成29年司法試験論文式試験問題出題趣旨【民事系科目】〔第1問〕）のとおりである。

### 2 採点方針

採点は、従来と同様、受験者の能力を多面的に測ることを目標とした。

具体的には、民法上の問題についての基礎的な理解を確認し、その応用を的確に行うことができるかどうかを問うこととし、当事者間の利害関係を法的な観点から分析し構成する能力、様々な法的主張の意義及び法律問題相互の関係を正確に理解し、それに即して論旨を展開する能力などを試そうとするものである。

その際、単に知識を確認するにとどまらず、掘り下げた考察をしてそれを明確に表現する能力、論理的に一貫した考察を行う能力、及び具体的事実を注意深く分析し、法的な観点から適切に評価する能力を確かめることとした。これらを実現するために、1つの設問に複数の採点項目を設け、採点項目ごとに適切な考察が行われているかどうか、その考察がどの程度適切なものかに応じて点を与えることとしたことも、従来と異なる。

さらに、複数の論点に表面的に言及する答案よりも、特に深い考察が求められている問題点について緻密な検討をし、それらの問題点の相互関係に意を払う答案が、優れた法的思考能力を示していると考えられることが多い。そのため、採点項目ごとの評価に加えて、答案を全体として評価し、論述の緻密さの程度や構成の適切さの程度に応じて点を与えることとした。これらにより、ある設問について法的思考能力の高さが示されている答案には、別の設問について必要な検討の一部がなく、そのことにより知識や理解が不足することがうかがわれるときでも、そのことから直ちに答案の全体が低い評価を受けることにならないようにした。また反対に、論理的に矛盾する論述や構成をするなど、法的思考能力に問題があることがうかがわれる答案は、低く評価することとした。また、全体として適切な得点分布が実現されるよう努めた。以上の点も、従来と同様である。

### 3 採点実感

各設問について、この後の(1)から(3)までにおいて、それぞれ全般的な採点実感を紹介し、また、それを踏まえ、司法試験考査委員会議申合せ事項にいう「優秀」、「良好」、「一応の水準」及び「不良」の4つの区分に照らし、例えばどのような答案がそれぞれの区分に該当するかを示すこととする。ただし、これらは上記の各区分に該当する答案の例であって、これらのほかに各区分に該当する答案はあり、それらは多様である。

また、答案の全体的傾向から感じられたことについては、(4)で紹介することとする。

#### (1) 設問1について

##### ア 設問1の全体的な採点実感

設問1は、賃借権の取得時効の要件とその成否に対する理解を問うことにより、民法の基本的知識及びそれに基づく論理構成力を問うものである。

本問で問われているのは、まず、BのCに対する所有権に基づく土地明渡訴訟に対し、Cはどのような反論をすることができるかである。ここでは、いわばCの弁護士の立場に立ってBの請求の棄却を求める根拠を提示することが求められている。丙建物を所有することによって甲1部分を占有しているCが、甲1部分のB所有を認めた上でBの請求を争う方法としては、占有権原の抗弁を主張することが考えられる。Cは、Aから甲1部分を賃借しているが、Aには甲1部分の所有権その他の賃貸権原がないから、この賃借権をもって所有者Bに対抗することはできない。そこで、Cは、甲1部分の賃借権の取得時効を主張することが考えられる。用

益期間の関係から問題となるのは、起算点をCの占有開始時（平成16年10月1日）とする10年の取得時効である。

本問では、次に、反論が認められるために必要な要件、すなわち賃借権の取得時効の要件を説明することが求められている。ここで説明すべき「要件」は、実体法上の要件のことであり、Cが主張・立証責任を負う抗弁事実に限られず、また、Cが主張・立証責任を負う要件事実が何かを論ずることは求められていない。

民法第163条・第162条第2項によると、賃借権の10年の取得時効の要件は、「10年間」「賃借権を」「自己のためにする意思をもって」「平穩に」かつ「公然と」「行使すること」、賃借権の行使の開始の時に「善意であり」かつ「過失がなかったこと」である。そして、「賃借権を行使すること」は民法第601条によると「物の使用及び収益」である。また、「自己のためにする意思」は、賃借権の取得時効については「賃借意思」として具体化される（物の用益と賃借意思が相まって賃借権の行使の意味内容を示すという理解もある。）。賃借意思は、使用借権や地上権の取得時効と区別するために必要である。なお、賃借意思の有無は、民法第162条の「所有の意思」の判断と同じく、占有取得の原因たる事実（権原の性質）によって客観的に定められる。判例（最判昭和43年10月8日民集22巻10号2154頁）も、不動産賃借権の取得時効の要件として、不動産の継続的な用益という外形的事実と、賃借意思の客観的表現を挙げている。また、民法第145条により、時効の利益を受けるには時効の援用が必要である。

本問では、最後に、Cの反論の当否について検討することが求められている。ここでは、いわば裁判官の立場に立ってBの請求の当否を検討することが求められている。

まず、判例（最判昭和62年6月5日集民151号135頁）は、本問と同じく他人物が賃貸された事案において賃借権の取得時効を認めているが、かかる事案については賃借権の取得時効を認めない説もあり、また賃借権の取得時効を一般的に否定する説もあるので、賃借権の取得時効を一般的に認めない見解に立つ場合はもとより、そうでない場合にも、その理由を挙げて検討することが望まれる。

他人物が賃貸された事案において賃借権の取得時効を認める場合には、次に、その要件が充足されるか否かが問題となる。

本問で特に問題となるのは、Cが用益を開始した時点（時効の起算点）である。Cが甲1部分の占有を開始したのは平成16年10月1日であるが、実際にその利用を開始したのは本件工事が始まった平成17年6月1日である。前者が時効の起算点だとすると10年の時効が完成していることになるが、後者が起算点だとすると10年の時効は完成していないことになる。そのため、Bによる時効中断の可能性と関連付けるなどして、いずれの時点が時効の起算点となるかを検討する必要がある。

また、賃借意思の客観的表現とCの無過失という要件については、その要件に当てはまる具体的事実を【事実】から拾い上げることが求められる。

設問1に関して検討を要する事項は以上のとおりであるが、かなり多くの答案が、Cの反論の根拠はBの所有権に基づく請求に対する占有権原の抗弁であること、占有権原としては甲1部分の賃借権の短期取得時効が問題となることを指摘していた。しかし、「Bが甲1部分を所有することを認めた上で」という題意に反し、A又はCによる甲1部分の所有権の取得時効を反論の根拠として挙げるもの、本設問の事実関係に照らしCの反論としては成立しがたいと考えられる民法第94条第2項の類推適用や、Cによる甲1部分の地上権の取得時効を挙げるものも、一定数存在した。さらに、他人物賃貸借であっても借地借家法第10条第1項の對抗要件を備えれば賃借権を所有者に対抗することができるとする民法の基本的理解に欠ける答案も散見された。

次に、Cの反論が認められるために必要な要件として、多くの答案は、民法第163条・第

162条第2項という条文から出発し、「10年間の賃借権の行使」、「自己のためにする意思」、「平穩・公然・善意・無過失」を挙げていたが、判例の「不動産の継続的な用益という外形的事実」と「賃借意思の客観的表現」という要件との関係を説明する答案は少数であり、「善意・無過失の基準時」に言及する答案もさほど多くなかった。また、要件として「時効の援用」に言及していない答案が多く、賃借権の取得時効が問題となるとしながら、「所有の意思」の有無について検討しているものも一定数存在した。また、判例の「不動産の継続的な用益という外形的事実」と「賃借意思の客観的表現」という要件のみを掲げ、条文に規定されている要件に言及しないものが相当数存在した。根拠条文すら挙げていない答案も一定数見られたが、条文が第一であり、判例も条文の解釈を行うものであることを肝に銘じてほしい。また、判例を挙げていながら、その理解が不十分であったり、要件と当てはめの対応関係が適切でなかったりするものも一定数存在した。

最後に、Cの反論の当否については、賃借権の取得時効を問題にする答案の大半が、賃借権の取得時効が一般的に認められる理由を説明していた。また、多くの答案が本設問では時効の起算点が特に問題になることに気づき、理由を説明した上で、時効の起算点を占有開始時である平成16年10月1日か、本件工事開始時である平成17年6月1日とする結論を導いていた。また、取得時効が認められるのは対抗力を備えた賃借権のみであるという理解の下、丙建物の所有権保存登記がされた平成18年2月15日を起算点とする答案が少数存在したが、かかる考え方もあり得ないではないため、一定の評価を与えている。これに対し、時効の起算点を本件土地賃貸借契約時の平成16年9月15日とする答案が散見されたが、賃借権の行使は占有を前提にすることや、賃借権の取得時効を基礎付ける理由（占有が賃借権の継続的行使を可能にすること）を理解していない点で、かかる答案には高い評価を与えることはできない。その他の要件については、【事実】3が無過失の評価根拠事実となることを多くの答案が指摘していたが、本件土地賃貸借契約の締結と約定どおりの賃料の支払が「賃借意思の客観的表現」を基礎付けることを指摘する答案は意外に少なかった。

#### イ 答案の例

優秀に該当する答案の例は、Bの所有権に基づく請求に対するCの反論としては占有権原の抗弁が考えられること、占有権原として甲1部分の賃借権の短期取得時効が問題となることを指摘した上で、Cの反論が認められるために必要な要件として、民法第163条・第162条第2項に規定する各要件を挙げて、その内容を適切に説明し、反論の当否に関しては、賃借権の取得時効が一般的に認められる理由を説明し、時効の起算点についても説得的な理由を述べた上でこれを特定し、「賃借意思の客観的表現」と無過失について適切に当てはめをするものである。

良好に該当する答案の例は、優秀に該当する答案と比べたとき、検討すべき複数の事項についておおむね適切な論述をしているが、それらの一部について考察を欠くものである。例えば、民法第163条・第162条第2項に規定する要件の一部や、「賃借意思の客観的表現」が要件として必要であることやその当てはめ等について言及しないものがこれに当たる。

一応の水準に該当する答案の例は、良好に該当する答案の例と比べたとき、検討すべき事項のうち重要部分について考察を欠くものや、検討に不適切な箇所が存在するものである。例えば、Cの反論が認められるために必要な要件として、民法第163条・第162条第2項に規定する要件を挙げずに、判例の「不動産の継続的な用益という外形的事実」と「賃借意思の客観的表現」という要件のみを挙げるものや、時効起算点を本件土地賃貸借契約時の平成16年9月15日とするもの、時効の起算点に関する問題の所在に気付いていないもの等がこれに当たる。

不良に該当する答案の例は、Cの反論の根拠として、賃借権の取得時効に言及せずに、本件土地賃貸借契約に基づく賃借権、A又はCによる甲1部分の所有権の取得時効、民法第94条

第2項の類推適用，Cによる甲1部分の地上権の取得時効等を挙げるものである。

(2) 設問2について

ア 設問2の全体的な採点実感

設問2は，建物所有を目的とする土地賃貸借契約がされた場合において，賃借人がその土地の上に有する建物を賃貸人の知らないうちに第三者に賃貸したときに，賃借人はその上に建物がある土地部分を無断転貸したこととなり，賃貸人は土地賃貸借契約を民法第612条により解除することができるか（下線部①），土地賃貸借契約の目的物たる土地に含まれるが，その上に建物がない部分についてはどうか（下線部②）を問うものである。

まず，設問2においてAによる解除の可否を論ずるためには，解除の原因を明らかにしなければならない。本問における事実関係の下では，Cの無断転貸を理由とする民法第612条による解除が考えられるが，下線部①及び②のいずれにおいても，Cの賃借権の無断譲渡や用法遵守義務違反等を解除原因に挙げる答案も一定数存在した。

次に，民法第612条による解除に関して，下線部①では，賃借人Cが借地上に所有する建物を第三者Dに賃貸した場合，Cはそれにより同条に違反したことになるかが問題となる。この点については，土地賃借人がその所有する地上建物を第三者に賃貸しても，その建物の「敷地」を転貸したことにならないとする判例があり（大判昭和8年12月11日判決全集1輯3号41頁），学説においても，同様に解するのが通説であるが，下線部①についても，建物の利用は敷地の利用を伴うため当然に転貸になるとする答案が数多くあった。判例等と異なる見解を採ること自体は，その論理構成や理由が的確に論述されていれば何ら問題はないが，その場合でも，判例等がそのような見解を採っている理由を踏まえた上で論述をすることが望ましいところ，上記答案の多くは，上記判例の存在や建物の賃貸が敷地の転貸に当たるとした場合に生ずる問題点等に全く触れておらず，説得力に欠けるものが多かった。

また，特段の理由も示さずに転貸に当たらないとする答案も相当数あった。判例等と同じ立場であるため，理由を示さなかったものと推測されるが，本設問において，下線部①の事実が転貸に当たるか否かは，Cの反論が認められるかどうかを分ける重要な論点となるのであるから，判例等と同じ立場を採る場合でもその理由を的確に論述する必要がある。

これに対し，下線部②の事実は，Dが，CD間の丙賃貸借契約によって，本件土地のうちその上に建物がない土地部分（甲2土地）も使用することを認められ，現に使用していることを示している。下線部①について上記判例等の見解に立った場合には，甲2土地が建物の「敷地」に含まれると考えるかどうかによって，Aによる解除の可否が変わり得ることになるから，本設問の事実関係を踏まえた上でこの点を論述する必要があることになるが，この点についての的確に論述がされた答案は少なかった。

なお，無断転貸による解除を認めるためには，「賃貸人が…第三者に賃借物の使用又は収益をさせたこと」が要件となるが，この要件を意識して適切な当てはめがされている答案は少なかった。

次に，下線部①又は②の事実が転貸に当たるとし，これにつきAの承諾がないとした場合には，さらに，不動産賃貸借契約について確立した法理である信頼関係破壊の法理に照らしてAの解除が認められるかどうかを検討する必要がある。

この点については，多くの答案が，判例（最判昭和28年9月25日民集7巻9号979頁ほか）の立場を前提とした上で，設問の中から信頼関係の破壊に係る判断に際して考慮すべき事実を拾い出した上で，解除の可否について結論を出していた。もっとも，解除を否定する場合でも評価根拠事実のみを挙げている答案が多く，評価障害事実も挙げた上で，これらの諸事情を総合的に判断するものは少なかった。

イ 答案の例

優秀に該当する答案の例は，本設問では民法第612条の無断転貸に当たるかどうかの問題

となる旨の指摘をした上で、借地上の建物の賃貸が土地の転貸に当たるか否か（以下「無断転貸の有無」という。）について、無断転貸が禁止される趣旨を踏まえ、賃貸借契約の目的物が土地であることの特性等を意識した論述がされ、さらに、これを前提として下線部①と②とで問題の所在が異なることを意識した論述がされており、本件土地の全部又は一部について無断転貸がされたとの認定をしたものについては、信頼関係破壊の法理に関する評価根拠事実又は評価障害事実を丁寧に拾った上で、それに基づき総合的な判断が示されているものである。

良好に該当する答案の例は、優秀に該当する答案と比べたとき、無断転貸の有無に関する論述が平板でやや説得力に欠けるものの、下線部①と②とで問題の所在が異なることを意識した論述がされているものである。

一応の水準に該当する答案の例は、本設問では民法第612条の無断転貸に当たるかどうかの問題となる旨の指摘をした上で、無断転貸の有無について一応の理由を挙げて結論を示してはいるものの、十分な考察を欠き、下線部①と②の違いが意識されていないものである。

不良に該当する答案の例は、本設問では民法第612条の無断転貸に当たるかどうかの問題となる旨の指摘はされているものの、無断転貸の有無についてほとんど理由を挙げずに結論のみを記載し、下線部①と②の違いが全く意識されていないものや、賃借権の無断譲渡や用法遵守義務違反等の解除原因に基づいて検討がされ、無断転貸の有無について全く論じていないもの等である。

### (3) 設問3について

#### ア 設問3の全体的な採点実感

設問3は、複数筆の土地が建物所有を目的とする1個の賃貸借の目的物とされたが、それらの土地のうちの一部の上のみ建物があり、その建物につき土地賃借人の所有名義の登記がされている場合に、その登記による賃借権の土地取得者に対する効力は、その上に建物のない別筆の土地にも及ぶかどうか、仮に及ばないときには、土地取得者は所有権に基づいてその建物のない筆の土地の返還を求めることができるかどうかを問うものである。設問2と設問3は、いずれも、1個の賃借権の目的物となっている（複数筆の）土地のうち一部の上に建物がある場合に、その建物のあることが建物のない土地（部分）にどのような影響を及ぼすかを問題とするものであるが、設問2は、当該賃貸借関係の当事者間においてこれを問題とするものに対し、設問3は、賃借人と当該土地の取得者との間でこれを問題とするものである。

Cは、Eの請求に対し、占有権原（賃借権）があるとしてこれに反論することが考えられる。本件土地賃貸借契約は、建物所有を目的とするもので借地借家法の適用があるため、この反論は、甲1土地及び乙土地については、賃借人であるCが、Eの本件土地の所有権取得の登記に先立って、甲1土地及び乙土地上に所有する丙建物につき自己名義の保存登記を備えたことにより（借地借家法第10条第1項）、認められることになる。

これに対し、甲2土地は、Eが現れた時点では、【事実】12に記載の事情により甲1土地及び乙土地とは別筆の土地となっており、甲2土地につき賃借権の登記（民法第605条）がされたことを示す事実はなく（この点は、甲1土地及び乙土地についても同じである。）、また、その上に建物が存在しないため、少なくとも形式的には借地借家法第10条第1項の適用はないように見える。

本設問は、そのことを前提とした上で、借地借家法第10条第1項の解釈により、又はそれ以外の法理論により、Eの請求の棄却を求めることができないかを問うことに主眼があったが、上記の前提自体に触れていない答案が多かったのは残念である。

また、賃貸人の地位がAからEに移転したという理由で、Cの反論が認められるとする答案も多かった。賃貸人の地位の移転に関する理論は、賃借人が、賃貸借契約締結後に賃貸目的物の所有権を取得した者に対し、その賃借権を対抗することができることを前提とした上で、そのような場合には、原則として賃貸目的物の所有権を取得した者に賃貸人の地位を移転させる

ことがむしろ相当であるという価値判断を根拠とするものである。しかるに、本設問はEがCに対して所有権に基づき本件土地の返還を求めた事案であり、Cがその賃借権の効力をEに主張することができるかどうかの問題となっているのであるから、賃貸人の地位が移転するかどうかを論ずる必要は全くないものといえる。確立した判例であっても、その価値判断と論理構造を的確に把握するよう努めることが重要である。

#### イ 答案の例

優秀に該当する答案の例は、Cは賃借権に基づき本件土地を占有しており、占有権原を有している旨の反論をすることが考えられる旨を述べた上で、甲1土地及び乙土地については、借地借家法第10条第1項の各要件についてその解釈や当てはめが適切にされ、Eに対し、賃借権を対抗することができるとの結論が示されており、甲2土地については、甲1土地及び乙土地とは異なり、丙建物の敷地として登記されていない点が問題となる旨の指摘をした上で、これについて一定の考え方が示されているものである。

良好に該当する答案の例は、優秀に該当する答案と比べてとき、検討すべき複数の事項についておおむね適切な論述をしているが、それらの一部についての考察を欠き、甲1土地及び乙土地と甲2土地との違いについて一応触れてはいるものの、上記問題の所在に関する理解が不十分であるものである。

一応の水準に該当する答案の例は、甲1土地及び乙土地と甲2土地との違いに関する問題の所在に気付いていないが、借地借家法第10条第1項の各要件に関する解釈や当てはめはおおむね適切にされているものである。

不良に該当する答案の例は、Cの反論の根拠として、借地借家法第10条第1項の対抗要件について一切触れておらず、和解の効力に関する論述や錯誤等、本設問の事案に照らし適切とは言えない論点に関する論述のみをしているものである。

#### (4) 全体を通じ補足的に指摘しておくべき事項

今年度は、具体的な事案に適用されるべき法規規を選択する際に、適切とは言えない選択をしたために低い評価しか得られなかった答案が目についた。例えば、設問1では、Cの反論の根拠として、賃借権の取得時効に言及せずに、本件土地賃貸借契約に基づく賃借権、A又はCによる甲1部分の所有権の取得時効、民法第94条第2項の類推適用を問題とした答案、設問2では、解除原因として、民法第612条の無断転貸に言及せずに、賃借権の無断譲渡や用法遵守義務違反を問題とした答案等がその典型例である。適切な法規規を選択すれば、設問1における過失の認定や設問2における信頼関係破壊の法理の当てはめに見られるように、多くの受験者は、法科大学院における学習の成果により、丁寧に事実を拾い出した上で、適切に結論を導くことができるのであるから、昨年に引き続き、具体的な事案に適用されるべき法規規をどのように見付け出したらよいかについて、一言しておく。

制定法の条文は、同じレベルで単に並列しているのではない。例えば、刑法学は、刑法典の条文を、構成要件該当性－違法性－有責性という判断枠組みに即して体系的に整理している。このような体系化により、ある行為が、ある条文の構成要件に該当すれば、次に違法性（阻却事由）の有無を判断する必要があるが、構成要件に該当しなければ、違法性・有責性の判断は不要となることが分かる。このような判断枠組みが共有されて初めて、法律家同士の対話が成り立つ。裁判の場で、ある行為が違法か否かという実体レベルで意見が対立することがあるのは当然だが、判断枠組みの内容自体について意見が対立すれば、そもそも議論がかみ合わない。この意味で、このような判断枠組みに関する一般的な理解を身に付けることは、法律実務家として必須の条件であるといえる。

民法においても、例えば、契約法では、まず契約の成否が問題となり、契約が成立すれば、次に契約の効力（有効・無効）が問題となるという判断枠組みが一般に共有されている。物権法では、まず物権変動の有無が問題となり、物権変動があれば、次にその対抗要件が問題となる。逆

に、物権変動がなければ、対抗関係の問題は生じない。したがって、設問1においては、AC間の本件土地賃貸借契約が甲1部分については他人物賃貸借である以上、AC間で賃貸借契約が存在するとしてもこれが占有権原となる余地はないから、借地借家法第10条第1項の対抗要件の具備は問題とならない。他人物賃貸借であっても同項の対抗要件を備えれば賃借権を所有者に対抗することができるとする答えは、民法の基本的理解に欠けると書いたのは、かかる判断枠組みが共有されていないからである。

設問3の関係では、まず不動産賃借権の有無が問題となり、それが認められれば、次にその対抗要件が問題となり、不動産賃借権の対抗要件が備われば、次に賃貸人が誰になるかが問題となるというのが一般的な判断枠組みであるが、設問3を解決するのに賃貸人が誰であるかを問題とする必要はない。しかし、上記のとおり、かなり多くの答案がこの判断枠組みに従わずに、Eが賃貸人の地位を承継したから、CはEの請求を拒むことができると解答していた。これも、同様にこのような判断枠組みを適切に理解していないことに起因するものと考えられる。

具体的な事案に適用されるべき法規範を適切に見付け出すことができるようになるためには、日頃から、法規範が互いにかなる関係に立つのかという点に留意し、自分の頭で丁寧に整理をしながら、地道にその理解を積み重ねていく以外に方法はないのではないと思われる。

また、昨年の採点実感でも指摘したところであるが、問題文をきちんと読んでいないと思われるものが多かった。例えば、設問1では、わざわざ「Bが甲1部分を所有することを認めた上でBの請求の棄却を求める場合」と記載してあるのに、Cによる甲1部分の所有権の取得時効を論ずるものはその典型であるが、このほかにも、「必要な要件を説明した上で」と記載してあるのに、取得時効の要件を一部しか挙げていないものも相当数あった。各設問で問われていることに的確に答えていなければ高い評価をすることはできないのであるから、問題文は注意深く読んでもらいたい。

また、各設問で問われている点とは関係のない事柄を長々と述べた挙げ句に、肝心の問題点についての記載が十分にされていない答案も相当数存在した。限られた時間の中で十分な論述をするためには、各設問で特に問題となる論点については手厚く論ずる一方で、各設問の事案を前提とすれば問題なく認められる要件については必要な限度で簡潔に記載するなど、メリハリを付けて答案を作成することも必要であり、このような答案は、問題の所在を的確に把握している答案として高い評価がされることにつながる。

また、各設問で特に問題となる点については、そのような結論を採る理由を的確に示す必要があるが、その理由と結論との間の論理関係が不明瞭であり、あるいは整合性を欠いていると思われる答案も一定数存在した。理由付けをしようとする姿勢は評価するが、論理の整合性にもっと注意を向けるべきである。

最後に、毎年のように指摘をしていることであるが、本年も、字が乱雑であったり、字が小さすぎたりして、判読が困難な答案が一定数存在した。この点については、次年度以降、改善を望みたい。

#### 4 法科大学院における学習において望まれる事項

設問1における過失の認定や設問2における信頼関係破壊の法理の当てはめ等については、丁寧に事実を拾い出した上で、適切に結論を導いている答案が相当数存在し、これらの点については法科大学院における学習の成果がうかがわれた。

他方、民法の基本的な知識自体はそれなりに習得していると思われるにもかかわらず、具体的な事案においてそれを的確に分析し、当てはめる能力が十分でないと思われる答案が多く見られた。上記3で指摘した内容と若干重複するが、法律実務家になるためには、法律の体系的理解とこれに基づく実践的な論理展開能力が必要であり、民法の基本的な知識があってもこれを適切に使いこなすことができなければ、法律実務家としてその事務を適切に処理することはできない。民法の基本

的な知識を使いこなすことができないのは、実はその理解そのものが不十分で、表面的な理解にとどまっていることに起因する場合が多いものと思われるが、これらの実践的な能力を身に付けるためには、判例等を検討する際にも、その前提となっている事実関係を基に、結論を導く価値判断と論理構造に注意を払いながらより具体的に検討することが重要であり、また、その判例の射程を考える上でも、より多くの事案を想定して検討を行うことが重要であると思われる。



1 出題の趣旨等

既に公表されている平成29年司法試験の論文式試験出題の趣旨に、特に補足すべき点はない。

2 採点方針及び採点実感

(1) 民事系科目第2問は、商法分野からの出題である。これは、事実関係を読み、分析し、会社法上の論点を的確に抽出して各設問に答えるという過程を通じ、事例解析能力、論理的思考力、会社法に関する基本的な理解並びに法令の解釈及び適用の能力等を確認するものであり、従来と同様である。

その際に、論点について、過不足なく記述がある答案や、記述に多少の不足があっても、総じて記述が論理的である答案、制度の趣旨等に照らして条文を解釈している答案、事案に即して具体的な検討がされている答案には、一定の高い評価を与えた。これらも、従来と同様である。

なお、昨年も言及したが、読みにくい文字の答案であっても可能な限り正確に文章を理解するように努めているものの、それにもかかわらず、読みにくい文字のために文章を理解することができないような答案が、少数であるとはいえ、見られる。そのような文章については、その趣旨が不明であるものと判断した上で、採点せざるを得ない。

(2) 設問1(1)について

ア 全体的な採点実感

設問1(1)は、発起人が取引の相手方に対し設立費用について未払額を残した状態で会社が成立した場合において、設立費用の総額が定款に記載した金額を超えていたときにおける、相手方であるD及びEに対する債務の帰属に関して、問うものである。

まず、本問においては、判例の立場及びその当否を検討することが求められているため、判例が、設立費用を未払の状態で会社が成立した場合に、定款に記載した金額（会社法第28条第4号）の範囲で、債務は成立後の会社に帰属し、その範囲では、取引の相手方は、成立後の会社に対し、弁済等を請求することができ、発起人に対しては、弁済等を請求することができないという立場を採っていること（大判昭和2年7月4日民集6巻428頁，大判昭和8年3月27日法学2巻1356頁）を指摘する必要があるところ、判例を正確に指摘することができていない答案が相当数あった。

判例の当否については、多くの学説において、発起人が複数の相手方と取引をしてその債務の総額が定款に記載した金額を超える場合に、どの債務についてどの範囲で会社に請求することができるかという困難な問題を生ずることなどから、批判的な立場が採られているところ、答案においても同様の理由を示して判例に反対する立場を採るものが多かった。他方で、成立後の会社の財産的基礎を確保するという会社法第28条第4号の趣旨を重視し、判例に賛成する立場を採る答案も少なくなかった。

債務の帰属については、判例に賛成する見解によると、設立費用の総額が定款に記載した金額を超えていた場合においては、債務は、①契約を締結した順序により、契約を締結した順序が明らかでないときは、債務の額に応じた按分の方法により、定款に記載した金額の範囲で、成立後の会社に帰属するというものや、②契約を締結した順序にかかわらず、債務の額に応じた按分の方法により、定款に記載した金額の範囲で、成立後の会社に帰属するというものなどが考えられる。他方で、判例に反対する見解によれば、債務は、①定款に記載した金額の範囲であっても、成立後の会社に帰属せず、取引の相手方は、発起人に対し、弁済等を請求することができるにとどまるというものや、②定款に記載した金額にかかわらず、全て成立後の会社に帰属し、取引の相手方は、成立後の会社に対し、弁済等を請求することができるというもの、

③取引の相手方は、会社及び発起人のいずれに対しても、弁済等を請求することができるというものなどが考えられる。なお、判例に賛成する立場を採る答案には、定款に記載した金額の範囲で、成立後の会社に対し、弁済等を請求することができるのと論ずるにとどまり、複数の取引債務の総額が定款の記載額を超える場合に、どの債務についてどの範囲で会社に請求することができるかについて言及していないものが相当数あった。

判例に賛成又は反対のいずれの立場を採る場合であっても、これらの見解といわゆる設立中の会社の概念や発起人の権限の範囲との関係を意識して論ずることが望まれる。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

判例の立場及びその当否について、会社法第28条第4号の趣旨と取引の相手方の保護の必要性ないし取引の安全との調和の観点から丁寧に論じ、その論述と整合的に、支払を拒否することができるかどうかについて自らの見解を論じた上で、事案に即して結論を導いているものには、高い評価を与えた。

##### (イ) 不良に該当する答案の例

本問においては、明示的に、判例の立場及びその当否を検討することが求められているにもかかわらず、これらについて言及していないものが相当数あったほか、以下のとおり、設立費用や設立中の会社の法律関係に関する基本的な理解を欠いているものが一定数見られた。

本問において定款に設立費用についての記載がないとするもの、設立費用が登記事項であるとするもの、設立費用について会社法第27条第4号又は第28条第1号若しくは第2号を引用するものなど、設立費用の意義等を明らかに誤解しているもの

①設立を直接の目的とする行為、②設立のために必要な行為、③財産引受け、④開業準備行為といった行為の類型や、意義、具体例を誤解し、例えば、本問を定款に記載がない開業準備行為に関する問題として論ずるものや、設立事務を行う事務所用建物の賃借と設立事務を補助する事務員の雇用とで、該当する行為の類型を異にするものとして論ずるもの

#### (3) 設問1(2)について

##### ア 全体的な採点実感

設問1(2)は、定款に記載がない財産引受けの効力及び当該財産引受けの追認の許否等について、問うものである。

まず、本問においては、相談を受けた弁護士の立場に立って、検討することが求められているため、判例が、定款に記載がない財産引受けは、無効であり、譲渡人も無効を主張することができ、成立後の会社が追認しても、有効とならないとしていること（最判昭和28年12月3日民集7巻12号1299頁、最判昭和42年9月26日民集21巻7号1870頁、最判昭和61年9月11日裁判集民148号445頁）を意識しながら、本件購入契約に関する会社法上の問題点として、定款に記載がない財産引受けの効力及び当該財産引受けの追認の許否について、説得的に論ずることが求められる。しかし、判例の考え方に言及せず、又は定款に記載がない財産引受けが当然に発起人の無権代理行為であると論ずるものなど、判例を意識していないと思われる答案が多かった。

甲社が本件機械の引渡しを受けるために採ることができる方法及びこれに必要となる会社法上の手続について、判例に賛成する見解からは、甲社がFから本件機械を購入する契約を改めて締結しなければならないが（この場合には、Fの増額要求をある程度受け入れるのもやむを得ないであろう。）、本問においては、本件機械の価額及び甲社の純資産額等に照らし、本件機械の取得が事後設立に当たる。そのため、事後設立の手続について、株主総会の特別決議によって、当該契約の承認を受けなければならないこと（会社法第467条第1項第5号、第309条第2項第11号）など、事案に即して検討することが望まれる。しかし、本件機械を購入

する契約を改めて締結することと、本件機械の取得が事後設立に当たることとの関係を正確に理解しておらず、本件機械を購入する契約を改めて締結することに言及しないで、単に、事後設立に関する手続を採れば、本件機械を取得することができるというような論述をする答案が相当数あった。また、「純資産額の5分の1を超えることから、事後設立に当たらない。」などと論述し、同法第467条第1項第5号ただし書の意味を誤解している答案も散見された。なお、株主総会の特別決議の要否に言及せず、取締役会の決議（同法第362条第4項第1号）の要否に言及するのみの論述には、高い評価を与えていない。

判例に反対し、定款に記載がない財産引受けの追認を認める見解からは、本件購入契約を追認することが考えられる。そのために、本件機械の価額及び甲社の純資産額等に照らし、事後設立に関する手続により株主総会の特別決議による承認を受けなければならないと考えられること（会社法第467条第1項第5号類推、第309条第2項第11号類推）などに言及しながら、事案に即して検討することが望まれる。しかし、本件購入契約を追認するための手続について何ら言及していない答案や、上記と同様に株主総会の特別決議による承認の要否に関する同法第467条第1項第5号ただし書の意味を誤解している答案も散見された。

なお、相手方の無効主張を不可とする立場等からの論述にも、一定の評価を与えている。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

特に、定款に記載がない財産引受けの追認の許否について、判例の立場にも配慮した上で、財産引受けの規制の趣旨を踏まえつつ、会社や、株主及び債権者等の会社の利害関係人、取引の相手方の利益も勘案し、自らの見解を説得的に論じ、その論述と整合的に、追認又は再契約の方法を指摘するとともに、そのために必要となる会社法上の手続として、事後設立に関する手続（同法第467条第1項第5号、第309条第2項第11号）について、丁寧に検討するものには、高い評価を与えた。

##### (イ) 不良に該当する答案の例

以下のとおり、定款に記載がない財産引受けに関する基本的な理解が不十分であると判断せざるを得ないものが相当数見られた。

①定款に記載がない財産引受けの効力が無効であることについて、会社法第28条柱書き及び第2号という条文上の根拠に何ら言及せず、単に発起人の権限が開業準備行為に及ばないということからのみ論ずるもの、②定款に記載がない財産引受けの追認の許否について言及していないもの、③本件機械を購入する契約を改めて締結することに言及しないで、単に、事後設立に関する手続を採れば、本件機械を取得することができるとするもの、④事後設立に関する手続として株主総会の特別決議（同法第467条第1項第5号、第309条第2項第11号）の要否に言及せず、重要な財産の譲受けとして取締役会の決議（同法第362条第4項第1号）の要否のみに言及するもの

そのほか、事実関係を全く踏まえず、①会社の成立後であるにもかかわらず、定款の変更をした上で、財産引受けを行うとするもの、②現物出資により給付を受けるとするものも一定数見られた。

#### (4) 設問2について

##### ア 全体的な採点実感

設問2は、買収者が対象会社の少数株主を会社から退出させる（締め出す）目的で行われた株式の併合に係る株主総会の決議の取消事由及び無効事由について、問うものである。

本問においては、まず、乙社の創業者の一族である株主Gが、平成28年7月11日を効力発生日とする株式の併合により株主の地位を失っていることから、Gの原告適格について、会社法第831条第1項柱書き後段を指摘する必要があるが、これについて何ら言及していない答案が極めて多かった。

本件決議の取消事由については、第1に、本件持株会の会員であるKが、株主名簿に記載されている株主でないにもかかわらず、代理人として議決権を行使したことが、株主総会の決議の方法の定款違反（会社法第831条第1項第1号）に当たるか否かについて、事案に即して検討することが求められる。株主は、代理人によってその議決権を行使することができる（同法第310条第1項）が、乙社の定款第16条は、議決権を行使する株主の代理人資格を当該会社の株主に制限している。判例は、そのような定款の規定は、株主総会が、株主以外の第三者によって攪乱されることを防止し、会社の利益を保護する趣旨に出たものと認められ、合理的な理由による相当程度の制限とすることができるから、有効であるとしていること（最判昭和43年11月1日民集22巻12号2402頁）から、そのような趣旨も踏まえて、Kの議決権の代理行使が定款に違反するか否かを検討することが求められる。例えば、Kは、株主名簿上の株主ではないが、実質的に乙社の株主であることをどのように評価するかが検討対象となろう。しかし、このような問題の所在等を正確に理解せず、的確に指摘することができていない答案が相当数あった。なお、以上とは別に、甲社の代表取締役Cが甲社を代表して議決権を行使していることについて、代理人による議決権の行使であると誤解し、Cによる議決権の代理行使が株主総会の決議の方法の定款違反に当たるか否かを論ずる答案が相当数あった。

第2に、乙社の代表取締役Jは本件株主総会において株式の併合をすることを必要とする理由を説明している（会社法第180条第4項）が、Jの説明の内容に照らし、その説明が株主総会の決議の方法の法令違反（同法第831条第1項第1号）に当たるか否かについて、事案に即して論ずることが求められる。具体的には、問題文13の①及び②の説明のうち、②の説明が虚偽とすることができるかどうか（減資のため株式数を減少させる法的な必要性はない。）や、本来の目的を説明しなかったことの適否を検討することが必要となる。しかし、そもそも同法第180条第4項違反に当たるか否かについてではなく、同法第314条違反に当たるか否かについてのみ論ずる答案が多かった。なお、同法第180条第4項に規定する株式の併合をすることを必要とする理由の説明の意義について、学説における解釈に沿って的確に論ずる答案はほとんどなかった。

第3に、Iの相続人である株主Lに議決権を行使させなかったことが、株主総会の決議の方法の法令違反（会社法第831条第1項第1号）に当たるか否かについて、論ずることが求められる。これについては、株主総会の決議の取消しの訴えを提起する者は他の株主に関する瑕疵を取消事由として主張することができること（最判昭和42年9月28日民集21巻7号1970頁）を前提とした上で、株式の譲渡の対抗要件に関する同法第130条第1項が株式の相続にも適用されるか否かに言及しながら、事案に即して検討することが期待される。しかし、同項が株式の相続にも適用されるか否かという問題の所在を正確に理解し、的確に指摘することができている答案は極めて少なく、これを的確に指摘した上で論ずる答案には、一定の高い評価を与えた。

第4に、買収者である甲社の代表取締役Cが甲社を代表して議決権を行使しているところ、本件決議が、株主総会の決議について特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによる著しく不当な決議（会社法第831条第1項第3号）に当たるか否かについて、事案に即して検討することが求められる。しかし、特別の利害関係の意義について言及していない答案が散見された。また、特別の利害関係を有する者に当たるか否かと、著しく不当な決議に当たるか否かとの関係について、正確に理解していないと思われる答案や、著しく不当な決議の意義を誤解している答案が相当数あった。

以上4点の取消事由に関する論点について、ほぼ全てに言及し、かつ、その記述が正確で論理的である答案は、少なかった。

そのほか、買収者である甲社が対象会社である乙社の少数株主を会社から退出させる（締め出す）目的で行われた株式の併合が、株主平等原則（会社法第109条第1項）に違反するの

ではないかという観点から、本件決議の無効事由となる余地があることを検討することも求められるが、これについて論ずる答案は、ほとんどなかった。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

株式の併合により株主の地位を失ったGの原告適格について、的確に指摘した上で（会社法第831条第1項柱書き後段）、本件決議の取消事由として前記の4点の全てに言及し、それぞれについて事案に即した簡潔かつおおむね適切な論証をしているものには、高い評価を与えた。もっとも、取消事由のうち、Lに議決権を行使させなかったことの適否については、同法第130条第1項が株式の相続にも適用されるか否かという問題の所在等を的確に指摘することができている答案は極めて少なく、良好に該当するような答案であっても、株主名簿や基準日の制度の趣旨を会社の事務処理上の便宜であるとしつつ、株式の取得が相続によるものであり、また、本件株主総会に係る議決権行使の基準日の後であるものの、株主名簿の名義書換えが行われており、Lが株主であることは会社にも明らかであったとして、本件においては、会社の事務処理上の便宜よりも、株主による議決権の行使を優先すべきであるというように論ずるものが多かった。甲社の代表取締役Cが議決権を行使したことが、同法第831条第1項第3号に当たるか否かについても、良好に該当するような答案であっても、特別の利害関係を有する者に当たるか否かと、著しく不当な決議に当たるか否かとの関係について、的確に論ずることができている答案は少なかった。

##### (イ) 不良に該当する答案の例

株主総会の決議の取消事由、無効事由及び不存在事由を正しく理解せず、又は誤解しており、適切に区別することができていないもの

取消事由に当たるなどと論ずるものの、具体的に会社法第831条第1項第1号から第3号までの取消事由のいずれに当たるかについて言及していないもの

乙社は書面による議決権行使に関する事項を定めなければならないわけではない（会社法第298条第2項本文参照）にもかかわらず、定時株主総会の招集通知に、株主総会に出席しない株主が書面によって議決権を行使することができることとする旨が記載されていなかったことをもって株主総会の招集の手続が法令に違反するとするもの

Kによる議決権の代理行使が、本件持株会の規約の定めにより違反するか否かや、会社法第106条の規定に違反するか否かについてのみ論ずるもの

代理人の資格を当該会社の株主に制限する定款の規定が有効であると解されていることに全く言及がなく、このような趣旨を踏まえた検討も全くされていないもの

Jによる株式の併合の理由の説明が株主総会の決議の方法の法令違反に当たるか否かとして、会社法第180条第4項違反に当たるか否かについてではなく、同法第314条違反に当たるか否かについてのみ論ずるもの

会社法第124条第4項の適用範囲を誤解し、Lに議決権を行使させなかったことが同項に違反すると論じていると解さざるを得ないもの

乙社がLの請求に応じて株主名簿の名義書換えを行ったのが本件株主総会に係る議決権行使の基準日の後であったことを適切に考慮しないで、乙社がLに議決権を行使させなかったことが信義則に違反するというように論ずるもの

株主総会の決議について特別の利害関係を有する者に当たる甲社の代表取締役Cが議決権を行使したことによってされた本件決議は、そのことのみにより、その内容にかかわらず、直ちに著しく不当な決議に当たるかのように論ずるもの

いわゆる裁量棄却（会社法第831条第2項）の要件を正確に理解しておらず、本件決議が、株主総会の決議について特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによる著しく不当な決議（同条第1項第3号）に当たるとした上で、そのこととの関係で、いわゆる裁

量棄却の可否について論ずるもの

(5) 設問3について

ア 全体的な採点実感

株式の併合により株式の数に1株に満たない端数が生ずるときの当該端数の処理の手續や反対株主の株式買取請求について、問うものである。

設問3においては、平成28年7月11日を効力発生日とする株式の併合により乙社の株式を失うこととなる株主Lの経済的利益が会社法上どのように保護されるかについて、説明及び検討することが求められる。

まず、株式の併合により株式の数に1株に満たない端数が生ずるときの当該端数の処理の手續（会社法第235条、第234条第2項から第5項まで）について説明する必要がある。しかし、この手續に言及する答案は、極めて少なかった。

次に、反対株主の株式買取請求（会社法第182条の4）についても説明することが求められる。株主Lは、本件株主総会に先立って株式の併合に反対する旨を乙社に対し通知したが、本件株主総会の会場への入場を認められなかったため、本件株主総会において株式の併合に反対していない（同条第2項第1号参照）。そのため、このような株主Lが同号又は同項第2号の「反対株主」に該当するか否かが問題となることから、この要件について、株主Lが株主総会において議決権を行使することができた株主であると解するか否かについての設問2における検討と整合的に論ずることが求められる。

設問2において、株主Lが株主総会においてその議決権を行使することができた株主であると解した場合には、前述のとおり、形式的には、Lは会社法第182条の4第2項第1号に規定する株主の要件を満たしていないものの、その原因が、Lが本件株主総会の会場への入場を求めたにもかかわらず、これを乙社の受付担当者が代表取締役Jの指示に基づき不当に拒否したことにあるから、乙社は同号の規定によるLからの株式買取請求を信義則上拒否することができないと解し、又はこのような事情から、Lは同項第2号に規定する株主に当たり、Lは乙社に対し株式買取請求をすることができるかと解することが考えられよう。このような解釈を採る答案は比較的多かった。そのような答案には、その論述の内容もおおむね論理的なものが相当数あり、高い評価を与えた。

他方で、設問2において、株主Lが株主総会においてその議決権を行使することができなかった株主であると解した場合には、会社法第182条の4第2項第2号に規定する株主に、株主総会の基準日以前に議決権を有する株式を取得しながら名義書換えを怠った者（株主総会の基準日後に株主名簿の名義書換えをした株主）が含まれるか否かを検討することが期待される（なお、この点に関する裁判例として、例えば、東京地決平成21年10月19日金判1329号30頁、東京地決平成25年9月17日金判1427号54頁参照）。もっとも、この点について検討している答案はほとんどなく、単に同号の「議決権を行使することができない株主」に当たるとのみ指摘し、結論においては、Lが乙社に対し株式買取請求をすることができるとの立場を採る答案が多かったが、このような答案には、高い評価は与えていない。

なお、例えば、設問2においては、結論として、Lは株主総会において議決権を行使することができた株主であると解しているにもかかわらず、設問3においては、何ら説明をすることなく、Lが会社法第182条の4第2項第2号に規定する当該株主総会において議決権を行使することができない株主に当たるとのみ論ずるなど、設問2における検討と設問3における論述とが何ら理由もなく矛盾する答案が散見され、そのような答案には、低い評価を与えるにとどめた。

イ 答案の例

(ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

株式の併合により株式の数に1株に満たない端数が生ずるときの当該端数の処理の手續

(会社法第235条、第234条第2項から第5項まで)と反対株主の株式買取請求(同法第182条の4)との二つの制度により経済的利益が保護されることを的確に指摘しているものは、総じて高い評価であった。

また、このうち、反対株主の株式買取請求に関しては、Lが「反対株主」(会社法第182条の4第2項)の要件を満たすか否かについて、設問2の検討と整合的に論証し、かつ、その論述内容も事案に即した説得的なもの、例えば、前記アで記載したような論述のほかにも、Lが議決権を行使することができなかつた株主であるとの立場であっても、株主名簿の名義書換えを怠つた株主を保護する必要はないなどとし、同項第2号に規定する株主の要件を満たしていないと解して買取請求権の行使を否定するものなどには、高い評価を与えた。

(イ) 不良に該当する答案の例

会社法第182条の4第2項第1号の要件を理解しておらず、単に、株式の併合に反対する旨を乙社に対し通知したことのみをもって、当然に、反対株主に当たるかのように論ずるもの

Lが株主総会において議決権を行使することができたか否かについての設問2における検討と、設問3における反対株主の株式買取請求に関する論述とが何らの理由もなく矛盾するもの

そのほか、問題文6に、乙社は、種類株式発行会社ではなく、その定款には、単元株式数に関する定めはないと明示していたにもかかわらず、単元未満株式の買取請求(会社法第192条)について説明するものや、同法116条第1項第3号イに規定する反対株主の株式買取請求のみに言及するものが散見された。なお、同法第785条に規定する反対株主の買取請求に言及するものが少数ながら見られた。

3 法科大学院教育に求められるもの

設立に関して、設立費用に関する会社法第28条第4号の趣旨、設立中の会社の発起人の権限の範囲並びに定款に記載がない財産引受けの効力及びその追認の許否等といった基本的な論点について、代表的な判例の理解のみならず、条文の趣旨又は意義を含めた基本的な理解が不十分であった。株主総会の決議の取消しの訴えに関しても、その原告適格について条文の指摘を欠いていたり、取消事由のうち、議決権行使の代理人資格を株主に制限する定款の定めの有効性やその例外といった基本的な論点についての的確に論証せず、特別の利害関係を有する株主による議決権行使や同法180条第4項の説明義務といった基本的な条文又は制度の理解等も不十分であったりするなど、総じて会社法の基本的な理解について不十分な面が見られる。

条文の引用が不正確又は不十分である場合が目につき、代表的な判例についても引用又は言及が少なく、条文の適用又は解釈を行っているという意識や代表的な判例の存在を前提にして論ずるといった意識が高いとは言い難い。論点についての論述において、条文の適用関係を明らかにしないまま、又は判例を意識しないままに、自説を論述する例が見られる。これらについては、基本的に昨年までと同様の印象である。

問題文における事実関係から会社法上の論点を的確に抽出する点等においても、不十分さが見られた。

従来と同様に、会社法に関する代表的な判例の理解を含めた基本的な理解を確かなものとするとともに、事実関係から重要な事実等を適切に拾い上げ、これを評価し、条文を解釈及び適用する能力と論理的思考力を養う教育が求められる。

## 平成29年司法試験の採点実感（民事系科目第3問）

### 1 出題の趣旨等

民事系科目第3問は、民事訴訟法分野からの出題であり、出題の趣旨は、既に公表されている「平成29年司法試験論文式試験問題出題趣旨【民事系科目】〔第3問〕」のとおりである。

本問においては、例年と同様、受験者が、①民事訴訟の基本的な原理・原則や概念を正しく理解し、基礎的な知識を習得しているか、②それらを前提として、設問で問われていることを的確に把握し、それに正面から答えているか、③抽象論に終始せず、設問の事案に即して具体的に、かつ、掘り下げた考察をしているかといった点を評価することを狙いとしている。

### 2 採点方針

答案の採点に当たっては、基本的に、上記①から③までの観点を重視するものとしたことも、従来と同様である。

本年も、問題文中の登場人物の発言等において、受験者が検討し、解答すべき事項が具体的に示されている。したがって、答案の作成に当たっては、問題文で示されている検討すべき事項を適切に吟味し、そこに含まれる論点を論理的に整理し、記述すべき順番や相互関係にも配慮する必要がある。例年指摘しているように、事前に準備していた論証パターンをそのまま答案用紙に書き写したり、理由を述べることなく結論のみ記載したりするのではなく、提示された問題意識や当該事案の具体的な内容を踏まえつつ、論理的に一貫した思考の下で、最終的には当該事案への当てはめを適切に行う形で検討結果を表現することが必要である。採点に当たっては、受験者がこのような意識を持っているかについても留意している。

### 3 採点実感等

#### (1) 全体を通じて

本年の問題では、具体的な事例を提示し、登場人物の発言等において受験者が検討すべき事項を明らかにした上で、弁論主義、処分権主義、既判力などといった民事訴訟の基本的な原理・原則に対する受験者の理解を問うとともに、当該事案への当てはめを適切に行うことができるか等を試している。

全体として、時間不足により記述が完成しなかった答案は、ほとんどなかった。しかし、検討すべき事項との関係では特に必要でないにもかかわらず、自分の知っている典型的な論証パターンを書き連ねた上、当該事案への当てはめが不十分である答案や、問題文で示されている検討すべき論点を正面から取り上げなかったり、「不意打ち」、「信義則」、「蒸し返し」などのキーワードだけを掲げて短絡的に結論を記載したりする答案は、多く見られた。また、そもそも当該事案における訴訟物が理解できていない答案のように、基礎的な部分の理解不足がうかがわれる答案も、一定程度見られた。本問のような問題においては、問題文が提示している問題意識（出題趣旨）を的確に把握し、具体的な訴訟手続における当事者の主張の在り方や結論を想定しつつ、論理的に一貫した検討を加え、当該事案への当てはめを行って、設問内容に対応した解答をすべきである。

このほか、判読困難なほど乱雑な文字や自分勝手な略字を用いるなど、第三者が読むことに対する意識が不十分な答案や、刑事訴訟法の用語と混同している答案が見られたことは、例年と同様であった。

#### (2) 設問1について

##### ア 全体的な採点実感

設問1では、まず、一般的に、民事訴訟において、裁判の基礎となる資料の収集を当事者の責任とする原則（いわゆる弁論主義）が妥当し、その一環として、裁判所は当事者が主張しな



い事実を判決の基礎にしてはならないとの原則（いわゆる主張原則）が妥当すること、主張原則の対象となる事実は少なくとも主要事実を含むと解されていることを論ずる必要がある。この点については、大半の答案が論じていたが、粗雑な説明も多く、限られた字数で論理的かつ丁寧な論述ができたかどうかにより差が表れた。また、主要事実について主張原則が妥当することを明らかにせず、あるいはその根拠に関する理解が不明瞭な答案が散見された。その根拠として自由心証主義との関係を指摘する答案も多く見られたが、自由心証主義との関係は、間接事実に至るまで主張原則を及ぼすことの当否を論ずる際の根拠となるものであって、主要事実には主張原則が妥当することの根拠となるものではないから、当事者が代理の主要事実自体を主張していない本件事案において記述する必要があるとはいいい難く、事案に即した記述を心掛ける必要がある。このほか、弁論主義の根拠として民事訴訟法第246条を掲げたり、本問において弁論主義の第2テーゼや第3テーゼを論じたりするなど、基礎的な理解が疑われる答案、準備した論証パターンをそのまま書き写したためか、答案全体の分量から見てバランスを欠くほど長々と論述を重ねる答案もあった。

次に、本問では、代理の主要事実は何かを明らかにすることが求められるところ、比較的多くの答案は、代理権の授与、顕名及び代理人による意思表示が主要事実となることを指摘できていたが、これを明記しない答案も一定程度見られた。そして、代理の主要事実を指摘した答案においても、その検討の前提として必要となる、主要事実とは何かという点について、触れている答案は必ずしも多くなかった。代理については、意思表示をした者以外の者に法律行為の効果を帰属させるという実体法上の効果があるところ、主要事実とは何か十分に理解されていないため、特段の検討を加えることなく代理の事実は間接事実にすぎないとする答案も、一定程度見られた。

そして、本問では、問題文中の司法修習生Pの発言のとおり、証人尋問の際にAがYの代理人として契約を締結した旨を述べたにもかかわらず、当事者がその点を問題にしなかったという事情の下に、弁論主義の存在意義や不意打ち防止機能を踏まえつつ、代理人による契約締結の事実を認定することの可否を論ずる必要がある。しかし、出題意図に沿って、問題文で示されている検討すべき事項に触れている答案は意外に少なく、単に、当事者から代理の主要事実の主張がされていないため当該事実を認定することはできないとの理論的帰結のみを解答する答案が、非常に多く見られた。また、この点については、判例（最判昭和33年7月8日民集12巻11号1740頁）の結論や理由に言及した上で、自己の立場から何らかの考察することも期待されるが、論じている答案は少なかった。このほか、証人Aの証言によって代理の事実の主張がされているとする答案もあったが、訴訟資料と証拠資料の区別が理解できておらず、答案の評価は低いものとなった。

当事者から代理の主要事実の主張がされていないため当該事実を認定することができないとする答案において、契約の不成立により請求棄却となるのか、また、そのような結論は当事者にとって不意打ちとならないかといった点を論じたものは稀であった。受験者には、当該事案の解決の在り方を見通して具体的に検討することが求められる。そのような観点から、代理の主要事実の主張をするように裁判所が釈明権を行使すべきであることに付言した答案も少数ながら見られ、このような答案は一定の評価をした。

#### イ 答案の例

設問1は、全体として、設問2及び設問3と比較すると、よく書けている答案が多く見られた。「優秀」に該当する答案は、上記アに記載した事項について、バランス良く、過不足のない論述をしており、特に、問題文中の司法修習生Pの発言に即して、弁論主義の存在意義や不意打ち防止機能を踏まえつつ、代理人による契約締結の事実を認定することの可否というポイントを論じた答案であるということが出来る。「良好」に該当する答案は、例えば、弁論主義や主張原則についての正確な論述がされ、代理の主要事実も明らかにされているが、上記のポ

イントに十分に触れていない答案や、優秀な答案に準ずる内容ではあるが、記述の正確性等が欠けているため評価が下がった答案であるということが出来る。「一応の水準」に該当する答案は、例えば、弁論主義や主張原則について一応の論述はされているが、その根拠等が曖昧である上、代理の主要事実も的確に掲げられていないような答案であり、それ以下の論述にとどまる答案は「不良」と評価されている。

(3) 設問2(1)について

ア 全体的な採点実感

設問2(1)では、まず、裁判所として200万円と引換えに本件絵画の引渡しを命ずる判決をするために当事者からどのような申立てや主張がされる必要があるかを検討する前提として、裁判所は当事者が申し立てていない事項について判決をすることができないという申立拘束原則（民事訴訟法第246条）を指摘した上で、問題文中の裁判官J1の発言のとおり、本件の訴訟物の捉え方を示すことが求められる。大半の受験者が申立拘束原則及びその根拠条文を指摘していたが、設問2(1)ではなく、設問2(2)の解答の中で初めてこれに触れる答案も多く見られ、申立拘束原則が訴訟物の異同という観点において問題となることの理解が十分されているか、疑問に感じられた。また、設問1において、弁論主義の意義ないし根拠につき、私的自治の原則という実体法の原則を民事訴訟にも反映させるものと説明する一方で、設問2において、申立拘束原則の意義ないし根拠につき、当事者の意思の尊重及び相手方の不意打ちの防止とだけ説明する答案も多く、両者のバランスが取れていないように思われた。訴訟物については、民事訴訟の原点ともいえるべきところ、大半の受験者が実務で採用されているいわゆる旧訴訟物理論の立場から適切に述べていたが、問題文に記載された事実関係の下で、売買契約に基づく本件絵画の引渡請求権が当初から当然に訴訟物になっているとの前提に立つ答案も、少なからず見られた。訴訟物（審判の対象）と請求原因（主張）というレベルの違いについて、基本的な理解が不十分な者が多いように思われる。このほか、訴訟物を、①所有権に基づく本件絵画の引渡請求権とする答案、②本件絵画の売買代金債務が200万円を超えて存在しないことの債務不存在確認請求権とする答案も散見された。上記①については、問題文を読めば、まずXが贈与契約に基づき本件絵画の引渡しを求めていることは明らかであるし、Yの元所有の事実も主張されていないのであって、問題文に記載された事実関係の正確な把握ができていないものと思われる。上記②については、設問は、本件絵画の引渡しを命ずる判決をするために必要な当事者の申立てや主張を問うものであるから、債務不存在確認の訴えは適切でないといわざるを得ない。他方、いわゆる新訴訟物理論の立場から訴訟物を捉える答案も稀に見られたが、この立場を採る理由について適切に論ずるものは更に少なく、例えば、特段の理由を付すことなく抽象的な本件絵画の引渡請求権が訴訟物であるとする答案など、十分にその内容を理解しているのかどうかについて疑問に感ずることが多かった。

次に、本問では、上記の旧訴訟物理論の立場によると、裁判所が引換給付判決をするためには、Xから、予備的請求として、売買契約に基づく本件絵画の引渡請求を追加的に併合する訴えの変更（民事訴訟法第143条）の申立てがされることが必要となるが、訴えの変更について指摘した答案は多くはなかった。この点に触れた答案の中には、当該事案において請求の基礎に変更がないといえるかなどといった要件該当性を指摘するものや、訴えの変更の必要がYの防御方法に起因して生じたことを指摘するものも一定程度見られたが、他方で、訴訟物は変わらないので請求の基礎に同一性が認められるとする答案のように、訴訟物と訴えの変更との関係を理解できているか疑わしいものも見られた。当該事案において訴えの変更が書面が必要かどうかや、判例（最判昭和35年5月24日民集14巻7号1183頁）における訴えの変更の書面性の要否などに触れる答案は、極めて少なかった。また、同一当事者間で請求が後発的に追加される場合は、訴えの変更（追加の変更）を検討すべきなのに、請求の客観的併合（同法第136条）として把握するにとどまる答案も散見され、訴訟手続の具体的な流れが十分に

理解できていないのではないかと思われた。なお、別訴として売買契約に基づき本件絵画の引渡請求訴訟を提起した上、弁論の併合の申立てをするといった答案も見られたが、同一の訴訟手続内で対応できるにもかかわらず、あえて別訴を提起する合理性はなく、追加して収入印紙を貼る必要もあり、実務的に選択されることはまずないであろう。

さらに、本問において、Yは、「本件絵画をXに時価相当額で売却し、その額は300万円である。」と主張しており、①主位的な請求原因又は主張（贈与）と②予備的な請求原因又は主張（売買）を構成する各事実との関係で、それぞれ否認か自白かを整理するとともに、裁判所が引換給付判決をするために、上記②に対して、Yから権利抗弁である同時履行の抗弁権の主張を明確にすべきことを指摘することが求められる。多くの受験者は、本件は贈与ではなく代金300万円の売買であるとするYの主張が上記①の否認に当たると正しく論じていたが、上記②との関係についてまで適切に解答した答案は多くはなかった。Yの上記主張を上記①の否認ではなく抗弁と整理し、上記②に関するXの主張を再抗弁と整理するなど、要件事実の基本が理解できていない答案も散見された。また、同時履行の抗弁権を指摘した答案でも、抗弁権の権利主張が必要である旨の指摘までできたものは必ずしも多くなく、権利主張の要否について論じない答案や、同時履行の抗弁権に関する存在効果説と行使効果説の問題の所在を正確に理解していないために、当該事案においてYの権利主張は不要であるとする答案も見られた。訴訟物を所有権に基づく本件絵画の引渡請求権と誤って把握した上で、Yが同時履行の抗弁権を主張し得るとする答案も一定程度あり、実体法と手続法の総合的な検討が不十分であると感じられた。このほか、裁判所が引換給付判決をするために、同時履行の抗弁権の主張ではなく、Yが売買代金の支払を求める反訴を提起すべきであるとする答案も、一定程度見られた。本問では、売買代金の支払と引換えに本件絵画の引渡しを命ずる判決をすることが前提となっているところ、反訴の提起を掲げる答案は、反訴に対する請求認容判決の主文を意識することなく、出題趣旨から離れた解答をしたものと考えられる。

上記のほか、Xの「仮にこの取引が売買であり、本件絵画の時価相当額が代金額であるとしても、その額は200万円にすぎない。」との主張や、Yの「本件絵画をXに時価相当額で売却し、その額は300万円である。」との主張につき、当事者の合理的意思の推測や事実認定の在り方に終始した答案も見られた。設問2(1)は、問題文中の裁判官J1の発言のとおり、各当事者から少なくともどのような申立てや主張がされれば引換給付判決ができるかを問うものであるが、このような出題趣旨を正しく理解していない答案の評価は低いものとなった。

#### イ 答案の例

「優秀」に該当する答案は、訴訟物の把握、主位的・予備的請求原因及びこれらに対する認否、被告の抗弁といった訴訟構造を的確に整理した上で、上記アに記載した事項について、バランス良く、過不足のない論述をしており、特に、訴えの追加的変更の必要性を指摘し、その要件への当てはめを具体的に論ずるとともに、同時履行の抗弁についても適切に論じた答案であるということができる。「良好」に該当する答案は、例えば、上記の訴訟構造についておおむね正しく理解しているが、訴えの追加的変更ないし同時履行の抗弁の一方についての論述が不十分である答案や、優秀な答案に準ずる内容ではあるが、記述の正確性等が欠けているため評価が下がった答案であるということができる。「一応の水準」に該当する答案は、例えば、訴訟物理論に関して自らの立場を明らかにして本件の訴訟物を正しく理解し、Yの主張の法的位置付けについては一応の記述ができているが、訴えの追加的変更の必要性について検討が欠落しているような答案である。これらに対し、問題文をよく読まずに本件の訴訟物につき独自の考え方を採った答案、抗弁と否認の区別といった要件事実の基本が理解できていない答案など、総じて基本的事項の理解が不足している答案は、「不良」と評価されている。

#### (4) 設問2(2)について

##### ア 全体的な採点実感

設問2(2)では、まず、本件の請求の趣旨としては単純に本件絵画の引渡しを求めるものであることを前提に、申立拘束原則の観点から、Xが主張する時価相当額(200万円)とYが主張する時価相当額(300万円)との間の220万円との引換給付判決をすることの可否が問われている。処分権主義のうち本件で問題となる申立拘束原則は、本来、原告の定立した訴訟物(審判の対象)との関係で検討すべきものである。しかし、本件の請求の趣旨が本件絵画の単純な引渡しを求めるものであることに触れている答案はほとんどなく、比較的多くの答案は、処分権主義(民事訴訟法第246条)の問題であるとの指摘をした上で、220万円という金額が両当事者の主張する金額の間にあり、Xの意思に反せず、Yにも不意打ちにならないとして、220万円の引換給付判決は可能であるとの結論を導いていた。220万円という金額が200万円と主張したXの意思に反するため請求を棄却すべきであるとした答案も見られたが、特段の理由を示さずに結論を記述するだけのものが多かった。

本問では、両当事者とも220万円という金額自体の主張をしていないため、申立拘束原則の観点からだけでなく、設問1と同様の弁論主義の観点からも検討が必要となるが、この点を正面から論じた答案はほとんどなかった。中には、本件絵画の時価相当額が具体的に幾らかは間接事実であるとした答案や、当事者は代金額につき時価相当額と主張すれば足り、具体的な価額の認定は裁判所の裁量によるとした答案も散見された。なお、本件絵画の代金額が300万円を上回らないこと及び200万円を下回らないことについて自白が成立するとした答案も一定程度見られたが、売買契約における代金額の意義及び裁判上の自白の意義について、十分な理解ができていないように思われる。また、処分権主義と弁論主義とを混同した答案も見受けられた。

次に、本問では、上記と比較しながら、申立拘束原則の観点から、Xの主張する代金額よりXに有利である180万円との引換給付判決をすることの可否が問われている。この点についても、上記と同じく、原告の定立した訴訟物(審判の対象)との関係で検討した答案はほとんどなく、単にXの意思に反しないということを述べる答案や、Xの意思との関係に触れない答案が多かった。これに対し、Xの意思に反するため請求を棄却すべきであるとの答案も少なからず見られたが、本件の請求の趣旨が本件絵画の引渡しを求めるものであり、180万円との引換給付判決はXの主張する代金額との引換えよりXに有利となるにもかかわらず、請求棄却により本件絵画の引渡しを受けられないという結論がXの意思に合致するかどうか、疑問に思われた。180万円との引換給付判決がXの意思に反しないとする答案のうち比較的多くのものは、Xの主張する代金額よりXに有利な金額との引換給付判決をすることはYの予測可能性を害するため、Xの主張する200万円との引換給付判決にとどめるべきであるとしていたが、中には、理由を述べずに請求を棄却すべきであるとするものもあった。

180万円との引換給付判決の可否の検討に際しても、申立拘束原則の観点からだけでなく、弁論主義の観点からの検討が必要となるが、上記と同様に、この点を正面から論じた答案はほとんどなかった。

総じて、本問では、申立拘束原則の適用において、原告の意思に反しないか、被告にとって不意打ちにならないかという視点を一般論として掲げながら、当該事案への具体的な当てはめにおいて一方の視点からしか言及しない答案や、原告の意思が具体的にどのようなものかなどといった具体的な当てはめを記述しない答案が多く見られた。また、本問では、「当事者の意思の尊重」や「当事者に対する不意打ち防止」というキーワードが安易に用いられ、そこにいう「当事者」が原告ないし被告のいずれを意味するのか、十分に理解できていないとうかがわれる答案や、不意打ちが考慮されるべき当事者が逆になっている答案が多く見られた。さらに、問題文中の裁判官J1の発言のとおり、本問では、本件絵画の時価相当額が220万円又は180万円と評価される場合に、それぞれどのような判決をすることになるのかが問われているが、「180万円との引換給付判決をすることはできない。」というように、設問に正面から答

えていない答案も多く見られた。受験者には、これらの点について重ねて注意を促したい。

#### イ 答案の例

「優秀」に該当する答案は、上記アに記載した事項について、バランス良く、過不足のない論述をしており、特に、原告の定立した訴訟物（審判の対象）との関係で申立拘束原則が妥当することを意識しつつ、当該事案において、具体的に、Xの意思がどのようなものであり、それに反しないといえるのか、また、Yはどのような期待を有しており、Yにとって不意打ちにならないのかなどについて、丁寧に論じた答案であるといえることができる。「良好」に該当する答案は、Xの意思やYへの不意打ちという視点を有し、説得的な結論に至っているが、具体的な当てはめがやや不十分であるため評価が下がった答案であるといえることができる。「一応の水準」に該当する答案は、申立拘束原則の観点から一応の論述はされているが、具体的な当てはめが不十分であり、結論を導く根拠が曖昧と見られるような答案であり、それ以下の論述にとどまる答案は「不良」と評価されている。

#### (5) 設問3について

##### ア 全体的な採点実感

設問3では、まず、問題文中の司法修習生Qの発言のとおり、確定判決は主文に包含するものに限り既判力を有するという民事訴訟法第114条第1項の規定を指摘した上で、同項所定の「主文に包含するもの」とは一般的に訴訟物と理解されていることや、前訴及び後訴の訴訟物を明らかにして前訴判決の既判力が及ぶか否かを論ずることが求められる。この点について、民事訴訟法の規定や既判力の意義などは大半の受験者が論じていたが、既判力が訴訟物についての判断に生ずることを記述した答案は半数程度にとどまり、粗雑な説明も多かった。そして、既判力の及ぶ事項に関する当該事案への具体的な当てはめにおいては、正確に理解できていない受験者が多いように思われた。例えば、①前訴の訴訟物が売買契約に基づく本件絵画の引渡請求権であるとしながら、説得的な理由を述べることなく、判決理由中の判断である売買契約の成立や代金額が200万円であることに既判力が生ずるとする答案、②前訴における売買契約に基づく引渡請求権と後訴における売買契約に基づく代金支払請求権とは、表裏をなす実質的に同一の訴訟物であるとする答案、③そもそも前訴及び後訴の訴訟物の異同を論じていない答案などが多く見られた。本件は、旧訴訟物理論の立場によると、前訴において、主位的請求である贈与契約に基づく引渡請求が棄却され、予備的請求である売買契約に基づく引渡請求につき引換給付判決がされたという事案であるが、主位的請求を棄却した判決の既判力について論じた答案は稀であった。

また、本問では、問題文中の裁判官J2の発言のとおり、引換給付の旨が判決主文に掲げられていることの趣旨に触れる必要がある。しかし、この点に触れていない答案が一定程度見られたほか、強制執行との関係を指摘した答案は必ずしも多くなく、双務契約における牽連性を強制執行との関係においても保障するため、債権者が反対給付又はその提供をしたことを証明したときに限り強制執行を開始することができること（民事執行法第31条第1項）を条文と合わせて指摘できた答案は、少なかった。民事執行に関する理解が不足しているためと考えられるところ、判決確定後に債権者が満足を得るための制度についても理解を深めることが期待される。なお、その趣旨について紛争の一回的解決にあるとした上で、売買代金の支払を求め後訴において代金額を争うことは信義則に反するとした答案が一定程度見られたが、前訴判決において、代金額は強制執行開始の要件としての意味しか有しておらず、その代金額の支払につき強制執行の申立てができたわけではないことに注意する必要がある。このほか、上記のとおり、既判力は訴訟物についての判断に生ずるという一般論を記述しながら、それに続けて、引換給付の旨は判決主文に掲げられているから既判力が生ずると論ずる答案も少なからず見られ、このような整合性がない答案の評価は低いものとなった。他方、限定承認の事案において相続財産の限度で支払を命じた留保付判決に関する判例（最判昭和49年4月26日民集28

卷3号503頁)に言及した答案も少数ながら見られ、この判例と本件の事案とを比較しつつ、既判力に準ずる効力の有無について論ずる答案などは一定の評価をしたが、特段の比較をしない答案がほとんどであった。

さらに、本問では、既判力以外の理由、例えば信義則などにより、Xが本件絵画の売買契約の成否及びその代金額を後訴で争えなくなるか否かについて検討することも求められる。この点を論じた答案は必ずしも多くなく、その大半が、前訴で争点になっていたこと、X自身が前訴で認めた代金額であること、紛争の蒸し返しを防ぐ必要があることを理由に、後訴におけるXの主張は許されないとしていた。これに対して、後訴におけるXの主張が許されるという方向の事情も掲げて、これらの事情を比較衡量する答案は極めて少なかったが、中には、前訴でYが売買代金の支払を求める反訴を提起し得たことを理由に、後訴でXが代金額等を争うことは信義則に反しないとする答案もあった。信義則について論じた判例(最判昭和51年9月30日民集30巻8号799頁、最判平成10年6月12日民集52巻4号1147頁)に言及する答案は、ほとんどなかった。争点効について言及する答案も少数ながら見られたが、その要件を掲げて具体的に当てはめを行う答案は、ほとんどなかった。総じて、信義則等の一般条項の適用に際しては、具体的な事情の検討が極めて重要であることが十分に理解されていないように感じられた。

このほか、本問では、前訴及び後訴の訴訟物の異同を論じないまま、「紛争の蒸し返しのおそれがある」、「手続保障がある」、「既判力が生ずる」などといったキーワードを掲げて著しく簡略化した答案や、前訴判決の既判力に関する検討が不十分なまま信義則を論ずる答案が一定程度見られた。また、既判力制度の趣旨について、判決理由中の判断にまで既判力が及ぶと審理の硬直化を招いて妥当でないとしつつ、本件については、紛争の蒸し返しを防ぐ必要があるとして、安易に売買契約の成否及び代金額に既判力が及ぶとする答案も見られた。既判力という民事訴訟法の基本的な原理・原則への理解及び具体的事案への当てはめが十分できていないことに、注意を喚起すべきと思われた。

#### イ 答案の例

「優秀」に該当する答案は、問題文中の登場人物の発言等に沿って、上記アに記載した事項について、バランス良く、過不足のない論述をしており、特に、前訴及び後訴の訴訟物を明らかにして前訴判決の既判力が及ぶか否かを一貫した論理で述べた上、本件における信義則の適用に際して丁寧に具体的な当てはめを行った答案であるということが出来る。「良好」に該当する答案は、既判力の客観的範囲については的確に論じているが、引換給付の旨が判決主文に掲げられていることの趣旨の記述や、信義則の適用に際しての具体的な当てはめがやや不十分であるため、評価が下がった答案であるということが出来る。「一応の水準」に該当する答案は、既判力の意義やその客観的範囲について一応の論述はされているが、各論点について結論を導く根拠が曖昧と見られるような答案であり、それ以下の論述、例えば、既判力の客観的範囲に関する基本的理解を欠き、前後に矛盾が多く、信義則の適用に際して抽象的な記述にとどまるような答案は、「不良」と評価されている。

#### 4 法科大学院に求めるもの

本年の問題は、弁論主義、処分権主義、既判力などといった民事訴訟の基本的な原理・原則に対する受験者の理解を問うとともに、具体的事案への当てはめを適切に行うことができるか等を問うものであった。これらの意義・制度趣旨について、一応の論述はされていたが、例年と同様、事前に準備していた論証パターンを持ち出す答案が極めて多く見られ、設問に即した解答をする上で必要のない論述も散見された。また、事案を全体として把握し判断しようとする姿勢に欠けており、問題文に示されたストーリーの流れを無視して、個別の論点につきキーワードを安易に並べてつぎはぎをして論述した結果、自ら論理矛盾に陥り、結論の妥当性も十分に検証されていないといった

「論点主義」の弊害が多く見られた。さらに、設問の具体的な事実関係への当てはめが十分でないという傾向が見受けられた。このことは、翻って、民事訴訟の基本的な原理・原則に対する理解自体が不十分なのではないかという疑問を抱くことにもつながる。例えば、設問3のような既判力に関する出題においても、具体的な検討を適切に行っている答えは少なかった。これは、民事訴訟法のごく基礎的な事項についての受験者の理解が十分な水準に至っていないことを端的に示しているように思われる。また、設問2では、訴えの変更を始めとして、訴訟手続の進め方についての理解が不十分であると考えられる答案が多く見られた。これは、民事訴訟が手続であることを十分に理解していないことに起因すると考えられるほか、短答式試験で問われてきた民事訴訟の幅広い分野における正確な理解を得るための学習をおろそかにしていることの影響が及んでいることが推測される。

法科大学院におかれては、今一度、民事訴訟法の基礎的な事項に立ち返って、そこから事を説き起こして学生に理解をさせることが求められていると考えられる。また、短答式試験の科目から民事訴訟法は除外されるようになったものの、そこで従前問われてきた事項について正確な理解をすることが、民事訴訟法理論についての安定した理解の土台を築くと考えられるのであり、このことが学生に共有されるよう施策が講じられることが望まれる。取り分け、条文をおろそかにしないことを御指導いただきたい。また、答案には、民事訴訟法の教科書をきちんと読んでいればあり得ないと思われる間違いを犯しているものが相当数存在した。このことは、教科書を読むという、法学の学習において初歩中の初歩と考えられる営為が励行されていないことを強く推認させる。学生に対し、改めて教科書を精読することの重要性を説くことが必要になっていると考えられる。以上のほか、訴訟手続の在り方についての理解は、例えば法廷傍聴をすることなどによっても培われる。このような一見回り道と思われるような事柄も厭わないように学生を指導することも重要であると思われる。

最後に、法学教育においては、基本事項についての正確な理解と、それを具体的な事案に当てはめて一定の妥当な結論を導くこと、そしてこのような思考過程を論理的に一貫した明快な記述で表現することなどが重要であることを、改めて強調しておきたい。