

## 平成29年司法試験の採点実感（公法系科目第1問）

## 1 総論

- ・ 問題文には、検討すべき点について、ヒントとなる記述が多々あるにもかかわらず（例えば、立法経過に関する議論から、妊娠等の自由の制限と収容の点が大きなテーマであることに気付くべきであろう。）、これに言及していない答案があった。また、問題文に書かれている前提を誤解していると思われる答案もあった。まずは、問題文をしっかりと読んで、その内容を理解することが重要である。
- ・ 本問は、マクリーン事件等幾つかの参考となる判例を想起すべき事例であり、これらの判決の趣旨を理解し、その射程を意識しながら本事例について論証しようとする答案は説得的であり、高い評価となった。他方、これらの重要判例がおよそ意識されていないもの、あるいは、本事例の特性を意識した論述とは言い難く、淡白な記述にとどまるものは、低い評価とならざるを得なかった。
- ・ 被侵害利益を適切に示さないもの、違憲審査基準を示さないものが散見されるとともに、違憲審査基準を一応示しているもそれを採用する理由が十分でないものが一定程度見られたが、これらを十分に示すことが説得力のある答案の前提であり、より意識した論述を心掛けてほしい。
- ・ 原告の主張、国の主張、自己の見解を示すことが求められているが、原告や国の主張として、およそ認め難いものを想定して容易に反論するという論述では、淡白な内容とならざるを得ない。判例・通説の立場からして、極端な、若しくは単純に過ぎる（したがって批判も容易な）主張を前提にして答案を構成するのは適当ではなく（例えば、国の主張として、外国人の人権はおよそ保障されないなど）、判例や通説的見解と異なる見解を採用することは差し支えないが、少なくともそれらの存在を前提とした立論をすべきであろう。
- ・ 設問1に対する解答を僅か数行にしているものも見られたが、原告の主張としても、理論と事実に関する一定の主張を記載することが求められており、したがって、まず、設問1において、問題となる権利の特定と、その制約の合憲性に関する一定の論述をすることが期待されている。設問2では、国の反論なのか私見なのか判別しにくいものが見られた。
- ・ 出題の趣旨にも示したとおり、本問において違憲を主張するとすればその瑕疵は法律にあるのであり、また、問題文に「Bの収容及び強制出国の根拠となった特労法の規定が憲法違反であるとして」と記載されていて、法令違憲を検討すべきことが示されているのに、適用違憲を詳細に論ずるものがあった。繰り返しにはなるが、問題文はしっかりと読んでほしい。

## 2 妊娠等の自由について

- ・ 多くの答案で妊娠等の自由が自己決定権として憲法第13条に位置付けられることをおおむね論証できていた。
- ・ 外国人の人権享有主体性について全く触れない答案が散見された。マクリーン事件判決を意識したものも、マクリーン事件判決について、単純に権利性質説を説いた部分しか参照できていない答案が多かった。出題の趣旨に示したとおり、本問では、単純な権利性質説の論述では不十分であり、マクリーン事件判決の「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎない。」「在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんしゃくされないことまでの保障が与えられているものと解することはできない。」という論理とどのように向き合うのかということが問われている。このことが意識されない答案が予想したより多かったことは遺憾であった。もっとも、この点が意識され、自分なりに論じられている答案は高く評価することができた。
- ・ また、権利性質説に関する論証も不十分なものが少なくなかった。例えば、「妊娠・出産の自由も、権利の性質上外国人にも保障される。」としか記載していないものが見られたが、妊娠・

出産の自由がどのような性質の権利なのかを指摘して初めて妊娠・出産の自由が外国人に保障されるという論証になるはずである。

- ・ 強制出国によって職業選択の自由又は移動の自由が侵害されるとして論じたものがあつた。しかしながら、強制出国を介した不利益を問題とするのではなく、まず、特労法において、妊娠等が強制出国事由とされていることについて、その自由の制約を問題とすべきである。ただし、強制出国を介した利益侵害を問題としつつも、妊娠したことが強制出国事由であることに焦点を当て、実質的に、自己決定権侵害として論じた場合と類似の内容を検討したものについては評価した。
- ・ 具体的な検討において、立法目的の検討が不十分なものが多く見られた。妊娠を強制出国事由とすることの目的は、特労法第1条の目的を引用するにとどまるのではなく、それを具体化した、定住を認めない趣旨を徹底することが目的として検討されるべきである。また、目的に関して、社会保障制度への負担についてのみ着目したものが見られたが、外国人を多数受け入れた場合に生じる社会的軋轢も考慮すべき点であろう。
- ・ 目的・手段の双方から審査を行うという立場を採る場合、手段審査においては、妊娠・出産が日本への定住につながる可能性があるといえるかどうか、あるとしてもそれが立法を正当化するのに足りる関連性を有するかどうかを検討する必要がある。

### 3 収容について

- ・ 収容について、人身の自由という実体的権利の問題と、令状等なくして収容されるという手続的権利の問題とがあることについてきちんと整理された答えは僅かであり、人身の自由と手続的権利の問題が混然一体として論じられて整理されていない答案や、淡白な記述にとどまる答案が多く見られた。
- ・ 手続的権利について、川崎民商事件判決や成田新法事件判決を意識した答案も少なからず存在したが、さしたる検討もなく、「収容＝逮捕」として、憲法第33条の例外に当たらないから違憲とする答案も見られた。刑事手続を前提とする憲法第33条の逮捕令状主義が行政手続たる本件手続にどのように及び得るのかをより丁寧に論じてほしかった。
- ・ 問題文では、特労法における収容の要件、手続が詳細に示されているが、これらを十分に検討せず、単に裁判官によるチェックが欠けるから違憲とするだけの答案も目立った。憲法第31条以下の規定の一般的理解が十分でないと考えられた。
- ・ 違憲審査基準を立てて目的手段審査を行うものが散見された。一般論として、行政手続に関し、憲法第31条や第33条への適合性についてこうした判断手法を用いることが妥当かどうかについては余り議論がないと思われるが、必要な要素が考慮されているのであれば、本問では評価できると考えた。もっとも、その際、立法の目的は、特労法第1条に掲げられている一般的な目的ではなく、迅速性等、裁判官の関与を否定することの目的を指摘すべきであろう。
- ・ 収容に関する問題を、自己決定権への制約を論じる際にまとめて検討する答案が見られたが、論点の整理が不十分であろう。

### 4 その他

- ・ 例年指摘しているが、誤字（例えば、妊娠を「妊妊」としたり、「娠娠」としたりするものがあつたほか、より懸念されることに、幸福追「及」権、収容を「収用」とするもの、主権を「主観」とするものなど、法概念に関わる誤字もあつた。）がかなり認められるほか、乱雑な字で書かれて非常に読みづらい答案が相変わらずあつた。時間的な制約がある中ではあるが、答案作成の目的は「自分が理解していることを採点者に分かってもらう」ことであるので、それを十分認識してもらいたい。
- ・ 外国人の人権享有主体性や自己決定権、適正手続保障等の基本的事項についても、理解の深さ

が論証の表現に如実に現れる。浅薄な理解に基づく表面的な論述は、確かな理解に基づくそれと比べておのずと評価に差が生じるものであり、基本的な事項の理解に努めることの重要性を改めて指摘しておきたい。

## 平成29年司法試験の採点実感（公法系科目第2問）

## 1 出題の趣旨

別途公表している「出題の趣旨」を参照いただきたい。

## 2 採点方針

採点に当たり重視していることは、例年と同じく、問題文及び会議録中の指示に従って基本的な事実関係や関係法令の趣旨・構造を正確に分析・検討し、問いに対して的確に答えることができるか、基本的な判例や概念等の正確な理解に基づいて、相応の言及をすることができる応用能力を有しているか、事案を解決するに当たっての論理的な思考過程を、端的に分かりやすく整理・構成し、本件の具体的事情を踏まえた多面的で説得力のある法律論を展開することができるか、という点である。決して知識の量に重点を置くものではない。

## 3 答案に求められる水準

## (1) 〔設問1〕(1)

- ・ 訴訟類型として非申請型義務付け訴訟（行政事件訴訟法第3条第6項第1号、第37条の2）を選択し、訴訟要件として、①処分の一定性を検討し、②原告適格について、第三者の原告適格の判断枠組みを適切に提示した上で、根拠法令の趣旨・目的、考慮される利益の内容・性質についての一般的な検討及び本件事案に即した検討を行い、③重大な損害について、上記②の考慮される利益の内容・性質と同様の検討を行い、④補充性について、社会福祉法人Aに対する民事上の妨害排除請求の可能性を指摘して検討している答案は、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、上記②の根拠法令の趣旨・目的に関し、監督処分（道路法第71条第1項）の趣旨・目的、及び、違反行為である同法第43条第2号（道路の構造又は交通に支障を及ぼす虞のある行為をすることの禁止）の趣旨・目的を十分具体的に検討し、上記②の考慮される利益の内容・性質及び上記③の重大な損害に関し、X2の小学校への通学路（距離の増大、交通量の増加）及びXらの緊急避難路としての利用について十分具体的に検討し、上記④に関し、社会福祉法人Aに対する民事上の妨害排除請求の可能性を補充性の要件に関連して十分に論じている答案は、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、上記①に関し、本件フェンスの除却に加えて原状回復まで求めることなどが述べられており、上記②に関し、里道の近くに居住する者が当該里道の用途廃止処分の取消しを求めるにつき原告適格を有しないと判断した最高裁判所昭和62年11月24日判決（集民152号247頁）に言及して適切に論じている答案は、優秀な答案と判断した。

## (2) 〔設問1〕(2)

- ・ 道路法第71条第1項第1号及び第43条第2号の規定に即して、要件裁量の有無を検討し、同法第71条第1項第1号所定の監督処分をするかどうか、いかなる監督処分をするかについて、道路管理者の効果裁量が認められていることを指摘した上で、裁量権行使の合理性の検討を具体的に行っている答案は、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、上記の各規定の趣旨を具体的に検討して要件裁量及び効果裁量の有無の検討を行い、具体的な裁量権行使の合理性に関し、Y側が主張する、本件保育園の関係者以外の者による本件市道の利用が乏しいことや、Aが本件市道の路線廃止及び売渡しの相談をしておらずに路線廃止が予想されること、Xらにとっての通行上の利益の重要性等の事情を具体的に検討し、行政事件訴訟法第37条の2第5項「行政庁がその処分をしないことがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となる」に該当することを指摘している答案は、良好な答案と判断した。

## (3) 〔設問2〕(1)

- ・ 処分性の定義を適切に提示した上で、道路区域の決定及び供用開始の法的効果についての検討を行い、路線廃止はこれらの行為が道路敷地所有者に対して有する法的効果を解除するという法的効果があることについて検討し、路線廃止の道路通行者の法的地位に対する影響を検討している答案是、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ 上記の区域決定・供用開始の法的効果に関し、道路区域が決定されると、道路敷地の所有者の法的地位に関し、道路管理者による権原取得前でも、土地の形質変更や工作物の新築等につき、道路管理者の許可を要することとなること（道路法第91条）、道路が供用開始されれば、道路敷地の所有者に対して、私権が行使できなくなる法的効果があること（同法第4条）を具体的に論じ、加えて、路線廃止の道路通行者の法的地位に対する影響に関し、当該市道を生活上不可欠な道路として利用していた通行者の生活に著しい支障が生ずる場合があることについて検討している答案是、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、本件市道を生活上不可欠な道路として利用していた通行者の生活に著しい支障が生ずる場合があるという観点から、前記(1)の最高裁昭和62年判決に言及している答案是、優秀な答案と判断した。

## (4) 〔設問2〕(2)

- ・ 「一般交通の用に供する必要がなくなった」という道路法第10条第1項の要件を検討し、これに関する要件裁量の有無及び廃止することについての効果裁量の有無を検討した上で、本件における裁量権の逸脱濫用の有無に関し、調査不足及び考慮事項の不足について具体的な検討を行い、更に本件内部基準の法的性質（裁量基準）についての見解を示し、その合理性と基準から逸脱していることについての合理的理由の有無を検討している答案是、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、上記の道路法第10条第1項の要件に関し、現に通行者による利用が存在し、道路としての機能が喪失していない以上は、同条の要件を満たさないといえるか否かについて具体的に検討し、同条項の趣旨を具体的に考慮して上記の要件裁量及び効果裁量の有無を検討し、調査不足がなぜ裁量権の逸脱濫用を導き得るのかを的確に説明し、上記の考慮事項の不足について、Xらの生活上の不利益、本件市道の利用状況、付近の代替的交通路の存在を具体的に検討し、裁量基準としての本件内部基準の合理性を十分具体的に検討している答案是、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、本件内部基準の合理性に関し、その趣旨が、同意を得る過程で、利害関係のある者の意見を聴取し、道路の使用実態等に関し、よりの確な認定に資する資料を幅広く収集するところにあると解されることを検討している答案是、優秀な答案と判断した。

## 4 採点実感

以下は、考査委員から寄せられた主要な意見をまとめたものである。

## (1) 全体的印象

- ・ 例年繰り返し指摘し、また強く改善を求め続けているところであるが、相変わらず判読困難な答案が多数あった。極端に小さい字、極端な癖字、雑に書き殴った字で書かれた答案が少なくなく、中には「適法」か「違法」か判読できないもの、「…である」か「…でない」か判読できないものすらあった。第三者が読むものである以上、読み手を意識した答案作成を心掛けることは当然であり、採点者が努力を払っても解読できない文字は、何も書かれていないに等しいことを肝に銘じ、丁寧に判読できるような文字を書き書いていただきたい。また、癖字であるとの自覚がある者は、大きめの文字で空間を空けて書くことを推奨したい。
- ・ 脱字、平仮名を多用しすぎる答案も散見され、誤字（例えば、検当する、概当性、多事考慮、通交する等）も少なくなかった。

- ・ 問題文では、Xらの相談を受けた弁護士の立場に立って論じることが求められているにもかかわらず、各論点の検討において、問題文に記されているY側の主張を単に書き写してXに不利な結論を導いたり、ほとんど説得力がないYやAの立場に立つ議論を案出したり、Xの側に有利となるべき事情を全く無視して議論したりする答案が相当数見られた。原告代理人としては、もちろん訴訟の客観的な見通しを示すことは重要であるが、まずは依頼人の事情と主張に真摯に耳を傾けることこそが、実務家としての出発点であろう。
- ・ 例年指摘しているが、条文の引用が不正確又は誤っている答案が多く見られた。行政事件訴訟法や道路法の条文を引用していない答案も見られた。
- ・ 冗長で文意が分かりにくいものなど、法律論の組立てという以前に、一般的な文章構成能力自体に疑問を抱かざるを得ない答案が少なからず見られた。
- ・ どの論点を論じているのか段落の最後まで読まないと分からない答案や、どの小問についての解答かが明示されていない答案が見られた。
- ・ 結論を提示するだけで、理由付けがほとんどない答案、問題文中の事実関係や関係法令の規定を引き写したにとどまり、法的な考察がされていない答案が少なからず見られた。論理の展開とその根拠を丁寧に示さなければ説得力のある答案にはならない。
- ・ 法律解釈による規範の定立と問題文等からの丁寧な事実の拾い出しによる当てはめを行うという基本ができていない答案が少なからず見られた。
- ・ 問題文等から離れて一般論について相当の分量の論述をしている答案（設問1(1)において処分性の判断基準を長々と論述するものなど）が少なからず見られた。問題文等と有機的に関連した記載でなければ無益な記載であり、問題文等に即した应用能力がないことを露呈することになるので、注意しておきたい。
- ・ 一般的な規範については一応記載されているが（例えば、原告適格や処分性の判断基準）、それに対する当てはめがなされていない答案や、あるいは、提示した一般的な規範とは全く別個の根拠で結論を出している答案が見受けられた。これでは一般的な規範が何のために記載されているのか不明であるし、その内容を正確に理解していないのではないかという疑念を生じさせるものである。
- ・ 問題文の指示を十分に把握せずに答案作成をしているのではないかと思われる答案も少なからず見られた。例えば、設問2(1)において、路線の廃止に係る処分性を検討するに当たり、その前提として道路の区域の決定及び供用の開始の法的効果を論ずべきことが会議録に明記されているにもかかわらず、その検討を行っていない答案が少なからず見受けられた。
- ・ 小問が4問あったことも一因と思われるが、時間が足りず、最後まで書ききれていない答案が相当数あり、時間配分にも気を配る必要がある。

(2) 〔設問1〕(1)

- ・ 訴訟類型の選択及び処分の一応性に関しては、ほとんどの答案が、提起すべき訴訟類型として、非申請型義務付け訴訟を正しく選択していた。ただし、道路管理者Y市長が行うべき「一定の処分」について、「本件フェンスの撤去を義務付ける」と述べ、処分と事実行為の区別に関する理解が不十分と思われる答案や、誰に何を命ずるのかが明確でない答案が一定数見られた。また、ごく少数ではあるが、路線廃止に対する差止訴訟を誤って選択したものもあった。
- ・ 非申請型義務付け訴訟の訴訟要件は行政事件訴訟法第37条の2第1項及び第2項に尽きているとの誤解からか、原告適格の有無について全く触れていない答案が一定数見られた。
- ・ 原告適格の判断基準に関しては、多くの答案が行政事件訴訟法第9条第2項や最高裁判例の一般的な判断基準を示すことができていた。
- ・ 原告適格の有無の判断における法令の趣旨・目的の検討については、道路法第71条第1項及び同法第43条第2号の規定の趣旨・目的の分析が行われておらず、単に被侵害利益の重要性等のみを示して原告適格の有無を判断している答案が少なからず見られた。また、道路法の

条文を挙げていても第1条の目的規定のみという答案も少なくなかった。さらに、単に上記の条文を列挙するのみで、何らの媒介的論理もなく、個別的利益としての保護に関する結論を導いている答案も多く見られた。

- 原告適格の有無の判断における考慮される利益の内容・性質に関しては、そもそもこれを検討していない答案が目立った。また、これを検討するとしても、単に問題文に現れた(ア)ないし(ウ)の事情を引用するのみで十分な分析が加えられていない答案が多く見られた。特に、Xらが本件市道の近隣に居住していることは、原告適格を肯定する方向に働く事情になる一方で、迂回を余儀なくされることが生活上どの程度の損害に結び付くのかという検討を要するものと解されるところ、この点を指摘する答案は少数にとどまった。市道に設置された障害物の除却命令をすることの義務付け訴訟という事案の性質や障害物の設置により侵害されている利益が通行利益であるという利益の性質上、原告適格が認められる第三者の範囲がそれほど広いものではないという点を指摘する答案はほとんど見られなかった。
- 重大な損害の要件に関しては、本案で検討すべきと思われる内容を当該訴訟要件において検討している答案が一定数見られた。また、ごく少数ではあるが、行政事件訴訟法第37条の2第2項に定める考慮事項の一つである「損害の回復の困難の程度」について、そこで検討されるべき内容を誤解している答案があった。さらに、上記の原告適格の有無の判断において考慮される利益の内容・性質と同様、単に問題文に現れた(ア)ないし(ウ)の事情を引用するのみで十分な分析が加えられていない答案が目立った。
- 補充性の要件に関しては、民事訴訟(Aに対する妨害排除請求)の可能性を、この要件との関連において丁寧に論じている答案が極端に少なかった。また、会議録における指示は、当該民事訴訟の可能性が訴訟要件の充足の有無に影響を及ぼすか否かの検討を求めるものであったにもかかわらず、上記民事訴訟を提起して勝訴することができるか否かを検討する答案が少数ながら見られた。さらに、民事訴訟と異なり、義務付け判決には第三者効が認められることを根拠としている答案が少数ながら見られた(法改正に当たって様々な議論があったのは事実だが、少なくとも現在の行政事件訴訟法上は、義務付け判決に第三者効は準用されていない。)

(3) 〔設問1〕(2)

- 要件裁量及び効果裁量については、多くの答案が論じていたが、両者の区別を十分に意識しない答案が少なからず見られた。
- 裁量の有無を検討する答案でも、単に法律の文言のみに依拠して判断している答案が多く見られた。裁量が肯定される実質的な理由についても併せて検討することが重要である。
- 効果裁量については、道路法第43条第2号違反該当性と同法第71条第1項の監督処分との関係の理解が不十分と思われる答案が一定数見られた。前者が認定されて初めて後者に関する効果裁量が問題になることを理解した上での論述が望まれる。
- 道路法第71条第1項の命令違反に対して罰則が規定されていること(同法第104条第4号)を根拠に監督処分を発動しない効果裁量が存在しないと論じた答案が一定数見られたが、そのような推論に説得力があるか、慎重な検討が求められよう。
- 問題文にはY市が監督処分をしなかった判断根拠が列挙されており、それらの吟味を行うことが求められていたところ、それには触れずに、国家賠償法における規制権限不行使の合理性の判断と同様の検討を行った答案が相当数見られた。また、上記の判断根拠についても、単に問題文に記載された事実を書き写すだけの答案も少なくなかった。これらがなぜ、どのように考慮されるべきかを各考慮事項ごとに丁寧に分析するのであれば、法的論証とは言い難い。

(4) 〔設問2〕(1)

- 処分性の定義は、ほとんどの答案が適切に論じていたが、公権力性についての当てはめの検討(路線廃止が道路管理者の道路法に基づく管理権限行使としてされたこと)を行っていない答案が多く見られた。

- ・ 「道路の区域の決定及び供用開始や路線の廃止が道路敷地の所有者の法的地位に与える影響」について、関係する規定（道路法第91条第1項・第2項、第4条）を指摘した上で正確に論じることができていない答案が少なくなかった。道路法の条文がほとんど初見のためか、誤読や読み落としが少なくなく、特に、区域決定・供用開始それぞれの法的効果が充分区別されていない答案が多く見られた。また、ごく少数ではあるが、会議録中の弁護士Dの発言にあるように、本件市道の敷地の所有権がY市にあることを理由として処分性を否定した答案も見られた。
  - ・ 敷地所有者の法的地位はほぼ全ての答案で論じられていたが、通行者の法的地位については、会議録の誘導があったにもかかわらず、検討されていない答案が少なからず見られた。通行者の法的地位について論じるとしても、単に通行できなくなる効果がある又は通行権を失うとするにとどまるものが圧倒的に多く、通行者にとって本件道路が日常不可欠なものであるか否かや通行できなくなることによる日常生活上の影響の程度について検討している答案はごく少数にとどまった。単に通行者というだけで通行し得る法的地位が保障されているといえるのか、当該道路の通行を日常生活上不可欠とする者等に対してしか、通行し得る法的地位は保障されていないのかについても考察することが期待される。
  - ・ 路線廃止が、道路敷地所有者の法的地位に対する制限・禁止を解除する法的効果を有することについては、おおむねよく記載されていた。
- (5) 〔設問2〕(2)
- ・ 道路法第10条第1項の「一般交通の用に供する必要がなくなった」という要件について、現に通行者による利用が存在して道路としての機能が喪失していない以上は同条の要件を満たさないといえるのか、それとも、現に利用が存在しても諸般の事情に鑑みて「必要がなくなった」として廃止できるのかという点を分析した答案は少数にとどまった。
  - ・ 道路法第10条第1項の判断における要件裁量・効果裁量の有無について、両者の区別（効果裁量は、同項の要件が充足されている場合であっても裁量権を認めることができるか否かという問題である。）ができていない答案が少なからず見られた。また、裁量が肯定される実質的な理由を検討することなく、法律の文言のみから裁量の有無を論じる答案も多く見られた。特に、同項の「認める」という文言のみから要件裁量が認められるとの解釈が説得力を有するか否かについては、慎重な検討を要しよう。
  - ・ 本問における裁量権の逸脱濫用には、調査不足と考慮事項の不足の問題及び内部基準からの逸脱の問題が含まれるが、両者を共に適切に論じている答案は少なく、そのいずれかを十分に論じつつも他方の論述がなく又は粗雑なものが多数見られた。
  - ・ 調査不足と考慮事項の不足の問題については、本件フェンスにより本件市道が閉鎖された状況の下で調査をしていることを指摘する答案は少なく、それがなぜ裁量権の逸脱濫用という評価を受けるのかについて論じている答案は更に少数にとどまった。調査不足であることについて、手続的な瑕疵という側面と、実体的な考慮要素の不足という側面の区別がついていないと見受けられる答案も散見された。
  - ・ 裁量権の逸脱濫用の有無については、どのような事実がどのように具体的に考慮されたのか、考慮すべきなのに考慮しなかった事実はあるか、その上で考慮した事実を踏まえた判断は合理的か否かという観点からの検討が求められるところ、このような考慮事項の検討を十分に行っている答案は極端に少なかった。
  - ・ 本件内部基準の性格について、処分基準、審査基準などとする答案が少なからず見られた。市道の路線の廃止は、「特定の者を名あて人と」するものではないため、行政手続法上の不利益処分（同法第2条第4号）に当たらないことに留意すべきである。
  - ・ 本件内部基準の法的性格を整理していないためか、同基準の合理性につき検討することなく、同基準に反すると直ちに違法とするという答案や、内部基準であっても公表されることにより

信義則上拘束を受けるといった表面的な分析にとどまるものが大多数であった。本件内部基準の拘束力の検討においては、前提として、道路法第10条第1項の定める路線の廃止の要件に照らし、内部基準の合理性を検討すべきであるが、この点の検討を十分に行った答案はほとんど見られなかった。また、本件内部基準自体の合理性の検討と当該基準から逸脱することの合理性の検討とを混同する答案が一定数見られた。

#### 5 今後の法科大学院教育に求めるもの

- 本年の出題も、昨年と同様に、書くべき論点が問題文及び議事録において丁寧に明示されていたこともあり、論ずべき問題点の検討・把握という点では、比較的平易な問題であった。それだけに、基本的な判例や概念等についての正確な理解に基づき、本件事案に即した適切な見解を導く応用能力があるか、特に問題文において指摘されている事案固有の考慮要素（原告適格や重大な損害を基礎付ける個別的事情、裁量権の逸脱濫用の判断の基礎となる事情等）についての法的評価を適切に行う能力、多くの受験生にとってなじみのない道路法の具体的な規定において考慮されている様々な利益・事情等を読み解く能力があるか、これらの問題点につき論理的な思考に基づき説得的な論述ができていくかによって、評価に大きな差が出る問題であったといえる。
- 行政手続法上の不利益処分概念を正しく理解できていないため、ウェブサイトの記載を処分基準と誤解する答案が目立ったことなどに鑑みると、法科大学院においては、行政法学（行政法総論）の基礎的な概念・知識がおろそかにならないような教育を期待したい。
- 法科大学院には、単に条文上の要件・効果といった要素の抽出、法的概念の定義や最高裁判例の判断基準の記憶だけに終始することなく、様々な視点からこれらの要素を分析し、類型化するなどの訓練を通じて、試験などによって与えられた命題に対し、適切な見解を導き出すことができる能力を習得させるという教育にも、より一層力を注いでもらいたい。本年も、論点単位で覚えてきた論証を吐き出すだけで具体的な事案に即した論述が十分でない答案、条文等を羅列するのみで論理的思考過程を示すことなく結論を導く答案のほか、提示した一般的な規範とは全く別個の根拠で結論を出している答案すら散見されたところであり、これでは一般的な規範が何のために記載されているのか、そもそもその内容を正確に理解しているのかについて疑念を抱かざるを得ない。法律実務家を志す以上、論述のスタートは飽くまで条文であり、そこから法律解釈をして規範を定立し、具体的事実を当てはめるというプロセスが基本であるが、そのような基本さえできていない答案が少なからず見られた。上記のような論理的な思考過程の訓練の積み重ねを、法律実務家となるための能力養成として法科大学院に期待したい。
- 各小問に即して、上記のような観点からの能力の不十分さを感じさせる答案として特に目に付いたものとしては、原告適格、重大な損害、裁量権の逸脱濫用の判断に当たり、単に問題文に記載された事実を書き写すだけで、これを、問題文に指定された立場から法的に評価していない答案（設問1(1)、1(2)、2(2)）、裁量が肯定される実質的な理由を検討することなく、単に法律の文言のみによって判断する答案（設問1(2)、2(2)）、法的論拠を全く示すことなく、突如として本件内部基準の法的性質やその合理性の有無についての結論を述べる答案（設問2(2)）等が挙げられる。
- 法律実務家は、裁判官、検察官、弁護士のいずれにせよ、自己の見解とは異なる立場に立っても柔軟にその立場に即した法的検討、論述を展開し得る能力を身に付けることが期待されているものである。問題文に、Xらの依頼を受けた弁護士の立場で解答することを求める指示があるにもかかわらず、Xらの主張は認められないとの結論を導く答案や、Y側の主張を十分に理解した上でこれに法的評価を加えようという姿勢が見られない答案、ほとんど説得力を感じさせない主張の展開を試みる答案などが少なからず見られたのは、法科大学院教育又は学生の学習態度が、前記のような条文解釈に関する学説・判例の暗記に終始してしまっているところに一因があるのではないかと懸念を生じさせるものである。

- ・ 前記4(1)に記載したとおり，法律的文章という以前に，日本語の論述能力が劣っている答案も相当数見られた。法律実務家である裁判官，検察官，弁護士のいずれも文章を書くことを基本とする仕事である。受験対策のための授業になってはならないとはいえ，法科大学院においても，論述能力を十分に指導する必要があると思われる。
- ・ 法科大学院教育において，一般的な判断基準や主要な最高裁の判例を学習し覚えることが重要であることはいままでもないが，更に進んで，これらの基準を具体的な事案に当てはめるとどのようなようになるかを学ぶ機会をより一層増やすことが求められているのではないか。

## 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いがた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、適切とは言いがた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り、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、かなり多くの答え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。

## 平成29年司法試験の採点実感（民事系科目第2問）

## 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続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続（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、この手続に言及する答案は、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続

(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（追加的変更）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の意思に合致するのかどうか、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かがわかる答案や、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。

## 平成29年司法試験の採点実感（刑事系科目第1問）

## 1 出題の趣旨について

既に公表した出題の趣旨のとおりである。

## 2 採点方針

本問では、比較的長文の具体的事例に基づき甲及び乙の罪責を問うことにより、刑法総論・各論の基本的な知識と問題点についての理解の有無・程度、事実関係を的確に分析・評価し、具体的事実に法規範を適用する能力、結論の妥当性、その結論に至るまでの法的思考過程の論理性、論述力等を総合的に評価することを基本方針として採点に当たった。

すなわち、本問は、(1)甲が、Aから、B信販会社が発行したA名義のクレジットカード（以下「本件クレジットカード」という。）を、腕時計Xを購入するためだけに利用することを条件として借りたところ、その条件に反することを認識しつつ、時計店店主Cに対し、腕時計Xと腕時計Yの購入を申し込み、本件クレジットカードを手渡した上、売上票用紙にAの名前を記入して手渡し、腕時計Xと腕時計Yを購入したこと、(2)甲と乙が、Aが甲の顔面を殴ろうとしてきたのを防ぐため、正面からAに体当たりし、路上に仰向けに倒れているAを押さえ付けるなどし、更に乙が右手に持った石でAの顔面を1発殴り、Aに全治約1か月間を要する鼻骨骨折の傷害を負わせたこと、(3)甲と乙が、失神したAの様子を見てAが死亡したと思い、Aが強盗に襲われて死んだように見せ掛けようと考え、Aのズボンのポケットから財布1個を持ち去ったことなどを内容とする事例について、甲及び乙の罪責を問うものであるところ、これらの事実関係を法的に分析した上で、事案の解決に必要な範囲で法解釈論を展開し、問題文に現れた事実を具体的に指摘しつつ法規範に当てはめて妥当な結論を導くこと、さらには、甲及び乙の罪責についての結論を導く法的思考過程が相互に論理性を保ったものであることが求められる。

そして、甲及び乙の罪責を検討するに当たっては、それぞれの行為や侵害された法益等に着目した上で、どのような犯罪の成否が問題となるのかを判断し、各犯罪の構成要件要素を検討し、問題文に現れた事実を丁寧に拾い出して当てはめ、犯罪の成否を検討することになる。

さらに、本問は、論じるべき点が多岐にわたることから、事実認定上又は法律解釈上の重要な事項については手厚く論じる一方で、必ずしも重要とはいえない事項については簡潔な論述で済ませるなど、全体のバランスが取れるように工夫して答案を構成し、最後まで書き切ることが求められていた。

本問で論じるべき点は、出題の趣旨で示したとおりである。

甲が本件クレジットカードを利用して腕時計を購入した行為について、甲の罪責を検討するに当たっては、まず、甲が名義人Aの承諾を得たにもかかわらず、その承諾を超えて他人名義のクレジットカードを利用した行為について、詐欺罪の成否を論じる必要があり、その際には、1項詐欺と2項詐欺のいずれが成立するのかを理由付けを含めて簡潔に述べた上、欺罔行為の内容、その他の構成要件要素について、事実を指摘して具体的に論じることが求められていた。

次に、甲が、腕時計購入の際、B信販会社の規約に従い利用代金を支払う旨の記載がある売上票用紙の「ご署名（自署）」欄にAの名前を記入し、これをCに手渡した行為について、名義人の承諾がある場合の有印私文書偽造罪の成否を論じる必要があり、名義人Aの承諾の有無が関係する「偽造」の要件、その他の偽造罪の要件、行使罪の「行使」の要件について、それぞれ事実を指摘して具体的に論じることが求められていた。

さらに、甲がAとの約束に反して本件クレジットカードを利用した行為について、Aとの関係で犯罪が成立しないかを論じる必要があり、背任罪が成立すると構成する見解、横領罪が成立すると構成する見解が考えられるところ、いずれの見解でも、構成要件該当性について、事実を指摘して具体的に論じ、更に背任罪と横領罪の関係、不法な目的による委託信任関係の要保護性、既遂時期

等についての確に論じることが求められていた。

甲と乙がAに暴行を加えて傷害を負わせた行為について、甲及び乙の罪責を検討するに当たっては、まず、傷害罪の構成要件該当性及び共同正犯の成否について、共謀が終了したと見るべき事情が存在しないかどうかを含めて、事実を指摘して具体的に論じることが求められていた。

次に、正当防衛・過剰防衛の成否を論じる必要があり、「急迫不正の侵害」及び「防衛の意思」について簡潔に論じた上、甲と乙の行為が「やむを得ずにした行為」と認められるかについて、「やむを得ずにした行為」の意義（防衛行為の必要性・相当性）及び共同正犯における相当性の判断方法を簡潔に論述し、防衛行為として相当性の範囲を逸脱したか否かを具体的に論じることが求められていた。そして、防衛行為の相当性について、共同正犯者全員の行為を対象として判断し、甲と乙の一連の行為が防衛行為の相当性の範囲を逸脱したと認めた場合には、甲と乙のいずれについても、客観的には過剰防衛と評価されることになり、乙には過剰防衛が成立することを論じつつ、甲については、乙が石を拾ったことや乙が右手に持った石でAの顔面を殴り付けたことを全く認識しておらず、過剰性を基礎付ける事実を認識していなかったことから、違法性阻却事由の錯誤について論じることが求められていた。他方、防衛行為の相当性を共同正犯者ごとに個別に判断し、甲の行為は防衛行為として相当であるが、乙の行為は防衛行為として相当性の範囲を逸脱したと認めた場合には、甲には正当防衛が成立し、乙には過剰防衛が成立することを論じる必要があった。

甲と乙がAのズボンのポケットから財布を持ち去った行為について、甲及び乙の罪責を検討するに当たっては、まず、甲がAのズボンのポケットから財布を取り出して、同財布を甲の上着ポケットにしまった行為が、客観的には窃盗罪の窃取に該当することを簡潔に論じる必要があった。

次に、甲と乙がAから財布を奪った時点で、甲と乙はAが死亡したものと認識していたため、窃盗罪の故意に関してAの占有を侵害する認識が認められるかについて論述することが求められており、Aの占有を侵害する認識を肯定する場合には、窃盗罪の故意が認められ、この認識を否定する場合は、主観的には占有離脱物横領罪の認識を有しているにすぎないこととなるので、抽象的事実の錯誤について論じる必要があった。

さらに、甲は「財布の中の現金はもらい、借金の返済に使おう。」と考え、乙は「財布を捨ててしまおう。」と考え、Aから財布を奪っていることから、窃盗罪又は占有離脱物横領罪の不法領得の意思が問題となるどころ、不法領得の意思の要否及び内容を明らかにした上、事実を具体的に指摘してその存否を論じることが求められており、甲について不法領得の意思を肯定して、甲の行為は窃盗罪又は占有離脱物横領罪の構成要件に該当し、乙について不法領得の意思を否定して、乙の行為は器物損壊罪の構成要件に該当すると考えた場合には、異なる構成要件間における共同正犯の成否を簡潔に論じる必要があった。

### 3 採点実感等

各考査委員から寄せられた意見や感想をまとめると、以下のとおりである。

#### (1) 全体について

本問は、前記2のとおり、論じるべき点が多岐にわたることから、各論点の体系的な位置付けを明確に意識した上、厚く論じるべきものと簡潔に論じるべきものを選別し、手際よく論じる必要があった。すなわち、甲及び乙の罪責を論じるに当たって検討すべき論点には、重要性の点において軽重があり、その重要度に応じて論じる必要があったが、これを考慮することなく、必ずしも重要とは認められない論点や結論が明らかな事項の論述に多くを費やしている答案が見受けられた。

本問を論じるに当たって必要とされている論点全てを検討した答案は少数であったが、その少数の答案を含め、総じて、規範定立部分についてはいわゆる論証パターンをそのまま書き写すことだけに終始しているのではないかと思われるものが多く、論点の正確な理解ができていないのではないかと思われる答案が目についた。

法的三段論法については、多くの答案において意識されていたものの、規範定立や判断方法を一切示さずに、問題文に現れた事実を抜き出しただけで、その事実が持つ法的意味を特段論じることなく結論のみを記載するという答案も多く見受けられた。全ての論点について、法的三段論法に従って論述する必要はないが、規範定立の上、結論を導くのに必要な事実を指摘して、妥当な結論を導くことが求められている。

なお、答案を構成するに当たり、甲と乙で分けて論じた答案には主要な問題点の検討が欠けていたり、論点の論述に重複したりするものが多かったが、時系列に沿って、甲が本件クレジットカードを利用して腕時計を購入した行為について甲の罪責を論じ、甲と乙がAに暴行を加えて傷害を負わせた行為及び甲と乙がAのズボンのポケットから財布を持ち去った行為について甲と乙の罪責を論じた答案には、主要な問題点の全てについて検討し、各論点についても過不足なく論述することができているものが多く、答案構成力が問われる問題でもあった。

(2) 甲が本件クレジットカードを利用して腕時計を購入した行為について

甲が本件クレジットカードを利用して腕時計を購入した行為について、甲の罪責を検討するに当たって論じるべき点は、①詐欺罪の成否、②有印私文書偽造罪及び同行使罪の成否、③背任罪又は横領罪の成否である。

まず、①の点については、ほとんどの答案で検討されており、欺罔行為の意義を示した上、加盟店を被害者とする1項詐欺の成立を認める結論を導き出しているものが多かったが、欺罔行為の意義について、いわゆる論証パターンを書き写しているだけのものや正確に記述できていないもの、構成要件を形式的に記述するだけのものが少なからず見受けられた。

本問は、名義人の承諾がある場合のクレジットカード詐欺の成否を問うだけの問題ではなく、その承諾を超えてクレジットカードを利用した場合について、欺罔行為の内容の検討を求めるものであったが、そもそも名義人の承諾について検討している答案が少なく、名義人の承諾を超えて腕時計Yを購入した点について検討している答案は極めて少なかった。また、名義人の承諾を検討していても、財産上の損害に関連付けて検討する答案は極めて少なく、最高裁判所平成16年2月9日決定(刑集58巻2号89頁)が「仮に、被告人が、本件クレジットカードの名義人から同カードの使用を許されており、かつ、自らの使用に係る同カードの利用代金が会員規約に従い名義人において決済されるものと誤信していたという事情があったとしても、本件詐欺罪の成立は左右されない。」と判示するところを正確に理解できていないのではないかと思われる答案が散見された。

1項詐欺と2項詐欺のいずれが成立するのかについては、多くの答案が1項詐欺として検討していたが、2項詐欺との区別を意識して論じるものは少数であった。

②の点については、ほとんどの答案で検討されていたが、「名義人と作成者の人格の同一性を偽った」との簡単な論証で終わっている答案が多く、名義人の承諾があることを踏まえた上で有形偽造と認められるかについて検討している答案は少なかった。また、名義人の意義と作成者の意義を混同している答案も散見され、文書偽造罪の基本的理解が不足しているのではないかと思われる答案が目についた。

これらの詐欺罪、有印私文書偽造罪及び同行使罪については、甲が名義人Aの承諾を得て借りた本件クレジットカードを用いて犯行に及んでいることから、甲の罪責として、Aとの共同正犯の成否について簡潔に論じることが望ましいところ、この点について論じる答案は少数にとどまった。本問では、Aは、甲から頼まれて、甲に本件クレジットカードの利用を承諾したにすぎず、利益も得ていないことからすると、Aの正犯性を否定し、Aとの共同正犯は成立しないとの結論になると思われるが、単独犯では私文書偽造罪の主体となり得ない名義人が、私文書偽造罪の共犯となり得るかという論点も含まれていることから、この点は、甲の罪責を検討するに当たり、検討すべき事項であろう。

③の点については、全く検討していない答案が相当数あったが、Aとの約束に反して本件クレ

ジットカードを利用した行為について、Aとの関係で犯罪が成立しないかを論じることが求められていた。出題の趣旨でも示したとおり、甲はAから許された本件クレジットカードを利用できる地位・資格を濫用したと捉えて、背任罪が成立すると構成する見解、甲の地位・資格が化体された本件クレジットカード自体を横領したと捉えて、横領罪が成立すると構成する見解が考えられるところ、これらの犯罪の成否を検討している答案でも、構成要件該当性について形式的な検討にとどまるものが多く、背任罪と横領罪の関係、不法な目的による委託信任関係の要保護性、既遂時期等について論じる答案は少なかった。

横領罪の成否を検討する答案の中には、誰に対する横領なのかを明らかにしていないものや、客体の特定を欠くものが少なからずあった。また、本件クレジットカードの引落口座の預金を横領したと捉えて、横領罪が成立すると構成する答案も相当数あったが、キャッシュカードと異なり、クレジットカードの所持により、その引落口座の預金を占有していると認めるのは困難であろう。

なお、甲がAから本件クレジットカードを借りた行為について、詐欺罪の成否を検討する答案が相当数あり、結論としては、多くの答案が本件クレジットカードを借りた時点ではAとの約束に反して本件クレジットカードを利用する意思が甲にはなかったとして、詐欺罪の成立を否定しているのであるが、そもそも、Aに対する詐欺罪が成立しないことは明らかであり、本間において、この点を論じる必要はなかった。

(3) 甲と乙がAに暴行を加えて傷害を負わせた行為について

甲と乙がAに暴行を加えて傷害を負わせた行為について、甲及び乙の罪責を検討するに当たって論じるべき点は、①傷害罪の構成要件該当性及び共同正犯の成否、②正当防衛・過剰防衛の成否である。

①の点については、ほとんどの答案で触れられていたが、甲及び乙の行為は、Aに対する一連の行為であるにもかかわらず、これを体当たり、押さえ付け、顔面殴打に分解し、各行為について、暴行罪又は傷害罪の構成要件該当性を論じた上、共謀の有無、正当防衛・過剰防衛の成否を論じるものが半数以上を占めていた。行為を分析的に見ること自体は重要であるが、行為の全体を俯瞰して評価する視点が欠けているのではないかという疑問を抱かざるを得なかった。

傷害罪の共同正犯の成否については、共謀が終了したと見るべき事情が存在しないかどうかを含め、事実を指摘して具体的に論じることが求められていたが、乙による顔面殴打が共謀に基づくと認めた答案には、結果的加重犯の共同正犯の成否を含め適切な論述ができていたものが多かった。

他方、乙による顔面殴打は共謀に基づかないと認めた場合には、甲と乙の共謀の内容は乙がAの顔面を殴打する行為に及んでいないことなど、共謀を否定する理由を的確に論じることが求められていたが、多くの答案は、乙が石を拾ったことや乙が右手に持った石でAの顔面を殴り付けたことについて、甲が全く認識していなかったことを指摘するだけで、安易に、乙がAの顔面を殴打したことを共謀の範囲外としており、共謀を否定する理由を的確に論じていると評価できる答案は極めて少なかった。

②の点については、まず、「急迫不正の侵害」及び「防衛の意思」について論じる必要があるところ、ほとんどの答案において、それぞれの規範を定立した上、問題文に現れた事実を指摘しつつ、乙がAの顔面を殴打した時点でも甲に対する急迫不正の侵害が継続していたこと、甲と乙の行為は同一の防衛の意思に基づくことを論じることができていた。本間では、乙がAの顔面を殴打した時点においても、急迫不正の侵害及び防衛の意思が認められることは特に争いのないところと考えられるため、簡潔に論じることが求められていた。

甲と乙の行為が「やむを得ずにした行為」と認められるかについては、その意義（防衛行為の必要性・相当性）を指摘した上で、共同正犯における防衛行為の相当性の判断方法について、共同正犯者全員の行為を対象として判断するか、共同正犯者ごとに個別に判断するかを論じること

が求められていたところ、この点について、理由を付して論じられている答えは極めて少なかった。

さらに、前記のとおり、乙がAの顔面を殴打した時点でも甲に対する急迫不正の侵害が継続し、甲と乙の行為は同一の防衛の意思に基づくことと認められることから、相当性の判断は、甲と乙の一連の行為（体当たり・押さえ付け・顔面殴打）を一体として行われるべきことを指摘しておく必要があったが、行為の一体性を認めず、相当性の判断についても、個々の行為ごとに行う答えが相当数あった。

甲と乙の行為が防衛行為として相当と認められるかについては、問題文に現れた事実を指摘して具体的に検討することが求められていたところ、具体的な判断基準を示さないまま、問題文に現れた事実を指摘するだけで直感的に結論を導いていると思われる答えが相当数あった。また、判断基準として、武器対等の原則を用いる答えが多かったが、Aが素手で甲に殴りかかろうとしたのに対し、乙が右手に持った石でAの顔面を殴ったという事実だけで、防衛行為の相当性を逸脱するという結論を導いている答えが少なからずあった。防衛行為の相当性を判断するに当たっては、具体的な判断基準を示すことが必要であるが、武器対等の原則を形式的に論じるだけでは足りず、本問では、乙がAの顔面を殴打した時点では、既にAが仰向けに倒れた状態で甲と乙に押さえ付けられていたことや、Aによる攻撃が当初より弱まっていたこと等の事情も考慮して判断する必要があった。

次に、防衛行為の相当性について、共同正犯者全員の行為を対象として判断し、甲と乙のいずれについても客観的には過剰防衛と評価した場合、甲については、甲は乙が石を拾ったことや乙が右手に持った石でAの顔面を殴り付けたことを全く認識しておらず、過剰性を基礎付ける事実を認識していなかったため、違法性阻却事由の錯誤を論じる必要があったが、この点について論じる答えは少なく、甲についても傷害罪の過剰防衛とする答えが多かった。また、違法性阻却事由の錯誤について、事実の錯誤説に基づき、甲について、傷害罪の故意を阻却すると考えた場合には、更に過失傷害罪の成否が問題となり、過失傷害罪の成立を認める場合には、過剰防衛の任意的減免の準用の可否も問題となるが、その点について論じる答えは極めて少数であった。過剰性を基礎付ける事実を認識していなかった甲についても傷害罪の過剰防衛とする答えは、時間不足か理解不足のいずれかが原因と考えられるが、乙による顔面殴打について甲が全く認識していなかったという事実を踏まえて妥当な結論を導くという点に欠けていた。なお、本問と同種事案の裁判例として、東京地方裁判所平成14年11月21日判決（判時1823号156頁）があるので、参照されたい。

以上と異なり、防衛行為の相当性を共同正犯者ごとに個別に判断し、甲には正当防衛が成立し、乙には傷害罪の過剰防衛が成立するとする答えも相当数あり、防衛行為の相当性を共同正犯者ごとに個別に判断する理由について、共同正犯の違法性という観点から論じている答えもあったが、説得的に論じられている答えは極めて少なかった。

#### (4) 甲と乙がAのズボンのポケットから財布を持ち去った行為について

甲と乙がAのズボンのポケットから財布を持ち去った行為について、甲及び乙の罪責を検討するに当たって論じるべき点は、①窃盗罪の客観的構成要件該当性、②死者の占有、③不法領得の意思、④共同正犯の成否である。

①の点については、多数の答えが、甲がAのズボンのポケットから財布を奪った時点でAは生きており、財布に対するAの占有が認められることを指摘した上で、甲がAのズボンのポケットから財布を取り出して、同財布を甲の上着ポケットにしまった行為が、客観的には窃盗罪の窃取に該当することを簡潔に論じることができていた。

②の点については、全く検討されていない答えが相当数あったが、甲と乙がAから財布を奪った時点で、甲と乙はAが死亡したものと認識していたため、窃盗罪の故意に関してAの占有を侵害する認識が認められるかを論じる必要があった。このように、主観の問題として死者の占有を

論じるべきところ、客観の問題として論じている答案や主観と客観のいずれの問題かを明示しないまま論じている答案が少なからずあった。

死者の占有については、多くの答案が判例の立場で論じていた。最高裁判所昭和41年4月8日判決（刑集20巻4号207頁）は、「被告人は、当初から財物を領得する意思は有していなかったが、野外において、人を殺害した後、領得の意思を生じ、右犯行直後、その現場において、被害者が身につけていた時計を奪取したのであって、このような場合には、被害者が生前有していた財物の所持はその死亡直後においてもなお継続して保護するのが法の目的にかなうものというべきである。そうすると、被害者からその財物の占有を離脱させた自己の行為を利用して右財物を奪取した一連の被告人の行為は、これを全体的に考察して、他人の財物に対する所持を侵害したものというべきであるから、右奪取行為は、占有離脱物横領ではなく、窃盗罪を構成するものと解するのが相当である。」と判示するところ、甲及び乙の認識において、「被害者からその財物の占有を離脱させた自己の行為を利用して財物を奪取した」と認められるかを検討する必要がある。この点、甲及び乙について、乙による顔面殴打行為を利用して財布を奪取したとの認識が認められるかを適切に論述している答案が相当数あったが、甲について、傷害罪の共謀を否定し、傷害罪の共同正犯の成立を否定しているにもかかわらず、安易にAの占有を侵害する認識を肯定する答案も散見された。Aの占有を侵害する認識を検討するに当たっては、傷害罪の共同正犯の成否や正当防衛・過剰防衛の成否での検討内容及び結論との整合性を意識して論述することが必要であったが、そのような意識が足りないと思われる答案が目についた。

Aの占有を侵害する認識を否定する場合は、Aの財布を占有離脱物と認識していたことになり、客観的には窃盗罪の構成要件に当たるとしても、主観的には占有離脱物横領罪の認識を有しているにすぎないこととなるので、抽象的事実の錯誤について論じる必要があったが、この点に関しては、問題の所在を指摘した上、窃盗罪と占有離脱物横領罪との構成要件の重なり合いについて簡潔に論じられている答案が多かった。

③の点については、甲が「財布の中の現金はもらい、借金の返済に使おう。」と考え、乙が「財布を捨ててしまおう。」と考え、Aから財布を奪っていることから、窃盗罪又は占有離脱物横領罪の不法領得の意思を論じることが求められていた。この論点についても、全く検討されていない答案が相当数あったが、論点に触れる答案の多くは、不法領得の意思の要否及び内容を明らかにした上、事実を具体的に指摘してその存否を論じることができていた。

なお、乙について、不法領得の意思を否定し、器物損壊罪の故意しかないことを導くに当たり、抽象的事実の錯誤を論じる答案が多数見受けられたが、不法領得の意思は、故意とは別の主観的要素であることを正確に理解していないことに起因するのではないかと思われた。

④の点については、甲が窃盗罪又は占有離脱物横領罪、乙が器物損壊罪の各構成要件に該当すると考えた場合に、異なる構成要件間における共同正犯の成否を論じることが求められていたところ、この論点を的確に論じている答案は少数であり、罪名従属性の問題であることに気付かず、故意の重なり合いの問題として論じる答案が多数見受けられた。

また、甲に窃盗罪又は占有離脱物横領罪、乙に器物損壊罪が成立するとして、共同正犯の成否を全く論じない答案も相当数あったが、そもそも共同正犯における一部実行全部責任についての理解が不十分なのではないかと思われた。

#### (5) 罪数

罪数については、多くの答案が論じていたが、理由付けまで論じられている答案は少数であり、牽連犯について吸収関係にあるとするなど、罪数処理に関する基本的理解を欠いているものも見受けられた。

#### (6) その他

例年指摘しているところではあるが、字が乱雑で判読しづらい答案が少数ながら存在した。時間的に余裕がないことは承知しているところであるが、採点者に読まれるものであることを意識

し、大きめで読みやすく丁寧な字で書かれることが望まれる。

また、刑法で使われる基本的用語について漢字に誤記があるもの、甲と乙を取り違えて論述しているもの、問題文に現れた事実を誤認しているもの（Aの生死等）も少数ながら存在したので、これらの点についても注意して答案を作成されたい。

#### (7) 答案の水準

以上を前提に、「優秀」「良好」「一応の水準」「不良」と認められる答案の水準を示すと、以下のとおりである。

「優秀」と認められる答案とは、本問の事案全体を的確に分析した上で、本問の出題の趣旨や前記採点の基本方針に示された主要な問題点について検討を加え、成否が問題となる犯罪の構成要件要素等について正確に論述するとともに、必要に応じて法解釈論を展開し、事実を具体的に指摘して当てはめを行い、甲及び乙の罪責について、論理的に矛盾せずに妥当な結論を導いている答案である。特に、本問は、論じるべき点が多岐にわたることから、全ての問題点を検討した上で、厚く論じるべきものと簡潔に論じるべきものを選別し、最後まで書き切った答案が高い評価を受けていた。

「良好」と認められる答案とは、主要な問題点について指摘できており、甲及び乙の罪責について論理的に矛盾せずに妥当な結論を導くことができているものの、一部の論点についての検討を欠くもの、必要な法解釈論の展開がやや不十分なもの、必要な事実の抽出やその意味付けが部分的に不足しているもの等である。

「一応の水準」と認められる答案とは、事案の分析が不十分であったり、複数の主要な問題点についての論述を欠いたりするなどの問題はあるものの、論述内容が論理的に矛盾することなく、刑法の基本的な理解について一応ではあるもののこれを示すことができている答案である。

「不良」と認められる答案とは、事案の分析がほとんどできていないもの、刑法の基本概念の理解が不十分であるために、主要な問題点を理解できていないもの、事案の解決に関係のない法解釈論を延々と展開しているもの、問題点には気付いているものの結論が著しく妥当でないもの、論述内容が首尾一貫しておらず論述的に矛盾しているもの等である。

#### 4 今後の法科大学院教育に望むこと

刑法の学習においては、刑法の基本概念の理解を前提に、個々の論点の問題の所在を理解するとともに、各論点の位置付けや相互の関連性を十分に理解することが必要である。これらができていなければ、的確かつ説得的な論述はできない。

また、これまでも繰り返し指摘しているところであるが、判例学習の際には、結論のみならず、当該判例の前提となっている具体的事実を意識し、結論に至るまでの理論構成を理解し、その判例が述べる規範の刑法の体系上の位置付け、規範が妥当する範囲について検討し理解することが必要である。

さらに、今回の論文式試験では、一罪における行為の認定や共謀の認定において、問題文に現れた事実を単に拾い上げるだけにとどまり、全体を俯瞰して考える視点が欠けているのではないかとと思われる答案が目についたとの意見が多く、考査委員から寄せられており、事案に応じた適切な事実認定ができる能力を修得することが求められる。

このような観点から、法科大学院教育においては、まずは刑法の基本知識及び体系的理解の修得に力点を置いた上、判例学習等を通じ具体的事案の検討を行うなどして、正解思考に陥らずに幅広く多角的な検討を行う能力を涵養するとともに、論理的に矛盾しない、事案に応じた適切で妥当な結論を導き出す能力を涵養するよう、より一層努めていただきたい。

## 平成29年司法試験の採点実感（刑事系科目第2問）

## 1 採点方針等

本年の問題も、昨年までと同様に比較的長文の事例を設定し、その捜査及び公判の過程に現れた刑事手続上の問題点について、問題の所在を的確に把握し、その法的解決に重要な具体的事実を抽出・分析した上で、これに的確な法解釈を経て導かれた法準則を適用して一定の結論を導き、その過程を筋道立てて説得的に論述することを求めている。法律実務家になるための基本的学識・法解釈適用能力・論理的思考力・論述能力等を試すものである。

出題の趣旨は、公表されているとおりである。

〔設問1〕は、甲に対する覚せい剤取締法違反（営利目的譲渡）の被疑事実で甲方の搜索差押許可状の発付を受けた司法警察員が、甲方の搜索差押えを実施する際、搜索差押許可状の呈示前に、甲方ベランダの柵を乗り越え、掃き出し窓のガラスを割って解錠して甲方に入ったこと（下線部①）、甲方にいた乙（同居する甲の内妻）が携帯していたハンドバッグ内を搜索したこと（下線部②）、甲方にいた丙のズボンのポケット内を搜索したこと（下線部③）につき、それぞれ、その適法性を問うものである。下線部①は、司法警察員が搜索差押許可状の呈示に先立って搜索場所に入室した際の措置について、搜索に伴う付随的措置である「必要な処分」（刑事訴訟法第222条第1項、第111条第1項）として許容されるかを問うとともに、令状呈示（同法第222条第1項、第110条）の時期の適否を問うものであり、関連規定の趣旨・目的を踏まえて、具体的事実を指摘しつつ論じることを求めている。刑事訴訟法が、搜索の対象を「身体」、「物」、「住居その他の場所」に分類し（同法第222条第1項、第102条）、これに従って搜索令状に処分の対象を特定して記載することを要求している（同法第219条第1項）ところ、下線部②は、特定の「場所」に対する搜索差押許可状の効力が「物」に及ぶことはあるのかを問うもの、下線部③は、「場所」に対する搜索差押許可状によって「身体」に対する搜索を行うことが許される場合があるのかを問うものであり、いずれも、各自が自説を展開し、設問の事例に現れた具体的事実を的確に指摘、評価して、搜索の適法性につき結論を導くことを求めている。

〔設問2〕は、刑事訴訟法第328条で許容される証拠の範囲を問うものである。〔設問2〕の1は、いずれも甲証言と矛盾する内容である証拠1（甲を取り調べた司法警察員作成に係る甲の供述要旨を記載した捜査報告書）、証拠2（司法警察員作成に係る甲の供述録取書）及び証拠4（司法警察員作成に係る乙の供述録取書）の各証拠につき、同条により証拠とすることができるのか、すなわち、同条により許容される証拠は自己矛盾供述に限られるか否か（証拠2、証拠4）、供述者の署名押印を欠くものも含まれるか（証拠1）を問うものであり、伝聞法則や同条の趣旨を踏まえた論述を求めている。〔設問2〕の2は、仮に〔設問2〕の1で甲証言の証明力を争うための証拠として取り調べた証拠があったとして、甲証言と一致する内容である証拠3（検察官作成に係る甲の供述録取書）が、甲証言の証明力を回復させるための証拠として許容されるのか、すなわち、同条の「証明力を争うため」の証拠には、一旦減殺された証明力を回復させるための証拠も含まれるのかを問うものであり、同条の「証明力を争う」という文言の解釈を示すだけでなく、甲証言の証明力が減殺されたときに、甲証言と一致する内容の証拠3が、いかなる理由で証明力の回復証拠となるのか、あるいは、ならないのかを論じた上で結論を導くことを求めている。

採点に当たっては、このような出題の趣旨に沿った論述が的確になされているかに留意した。

前記各設問は、いずれも捜査及び公判に関し刑事訴訟法が定める制度・手続及び判例の基本的な理解に関わるものであり、法科大学院において刑事手続に関する科目を履修した者であれば、本事例において何を論じるべきかは、おのずと把握できるはずである。〔設問1〕は、搜索という捜査に関する基本的な知識及び典型的な論点を問うものであり、その素材となる判例（最決平成14年10月4日刑集56巻8号507頁、最決平成6年9月8日刑集48巻6号263頁）等も思い浮かぶような事例である。〔設問2〕は、刑事訴訟法第328条を問うものであり、伝聞法則に関す

る典型的な論点とまでは言えないかもしれないが、〔設問2〕の1に関しては、その論点について正面から判示している判例（最判平成18年1月7日刑集60巻9号561頁）があり、同判例を正しく理解していれば、同判例の立場に立つか否かは別として、十分な解答が可能であろう。〔設問2〕の2に関しては、この点に関する最高裁判所の判例はなく、基本書等にあまり記載がない論点であり、受験生の応用力を試すことを狙いとしているが、伝聞法則や同条の趣旨を正しく理解していれば、筋道立った論述ができるはずである。

## 2 採点実感

各考査委員からの意見を踏まえた感想を述べる。

〔設問1〕は、下線部①については、搜索に伴う付随的措置である「必要な処分」の限界及び令状呈示の時期に関し、その法的判断枠組みを明らかにした上で、設問の事例に現れた具体的事実が、その判断枠組みにおいてどのような意味を持つのかを意識しながら、その適法性について説得的に結論を導いている答案が見受けられた。下線部②及び下線部③については、特定の「場所」に対する搜索と、搜索場所に居合わせた者が携帯する「物」に対する搜索、そして搜索場所に居合わせた者の「身体」に対する搜索との違いを明確に意識しながら、各搜索の適法性について論じられている答案が見られた。

〔設問2〕については、上記判例を正しく理解している答案や、刑事訴訟法第328条の文言解釈を示し、かつ前記証拠3がいかなる理由で証明力の「回復証拠」となるのか否かの実質的な根拠を論じた上で結論を導く答案が見られた。

他方、抽象的な法原則・法概念やそれらの定義、関連する判例の結論や表現を機械的に記述するのみで、具体的事実これを適用することができていない答案や、そもそも基本的な法原則・法概念、判例の理解に誤りがあったり、具体的事実の抽出やその意味の分析が不十分・不適切であったりする答案も見られた。

下線部①に関しては、甲に対する覚せい剤取締法違反（営利目的譲渡）の嫌疑が強いことを理由に「必要な処分」として許容されるとの結論を導く答案が少なくなかったほか、ガラスを割って室内に入った措置の「必要性」については相応に論じられているものの、「相当性」についての論述が不十分な答案、「必要性」と「相当性」をない交ぜに論じてしまい、被搜索者甲の受ける不利益との均衡が取れているかという観点での論述が不十分な答案も見られた。また、令状呈示の時期の適否を論じていない答案が相当数見られたほか、論じている答案であっても、令状呈示の趣旨が十分に論じられていないものが見られた（前記平成14年最決は「手続の公正を担保するとともに、処分を受ける者の人権に配慮する趣旨に出たもの」と判示する。）。

下線部②及び③に関しては、搜索について正しく理解をしている答案とそうでない答案との差が比較的明瞭に現れた。「場所」に対する搜索、「物」に対する搜索、「身体」に対する搜索との違いを識別できていないため、下線部②及び③の問題点の違いを意識できておらず、同じ問題点を扱った単なるバリエーションの違いにすぎないと考えている答案が相当数見られた。

下線部②については、刑事訴訟法が、搜索の対象を「身体」、「物」、「住居その他の場所」に分類し、これに従って搜索令状に処分の対象を特定して記載することを要求していることとの関連で問題となるとの問題意識が示されていない答案が少なくなかった。本件の論点についての基本的な考え方を示すと、「場所」に対する搜索令状の効力は、当該場所において通常使用に供される「物」との関係でも、それが当該「場所」に妥当する管理支配に服しているという意味において、当該「場所」に付属する、あるいは包摂されるものと言えるために、当該「物」にも及ぶと考えられる一方で、「場所」に及ぶ管理支配を排除する態様で第三者が管理支配する「物」については、当該令状によって制約されることとなる管理権に服するものでない以上、搜索すべき「場所」にあるとしてもその効力は及ばないと考えるのが一般的であろう。そこで、本問では、「甲方」に及ぶ管理権が、ハンドバッグにも及ぶといえるか否かにつき言及する必要があるが、例えば「甲方には甲の内妻乙

が同居しており、そのことは裁判官も認識し、審査した上で令状を発付しているのであるから、乙の物も捜索できる。」旨論述するにとどまり、管理権の対象範囲を明らかにすることを意識しないまま論述している答案が相当数見られた。また、「物は場所に対するプライバシーに包摂されるから、令状の効力は物にも及ぶ。」とのみ論じ、「物」が、捜索の対象となっている「場所」に存在しさえすれば、当然に当該「場所」の管理権に服し令状の効力が及ぶかのような理解を示す答案も相当数見られた。さらに、「ハンドバッグを手を持っているか、床に置いているかは偶然の事情であるから、ハンドバッグにも令状の効力が及ぶ。」とする答案も相当数見られた。確かに手に持っているか床に置いているかが偶然の事情であり、令状の効力が及ぶかどうかには関係がない、との点はそのとおりであるが、その前提として、手に持っていないでも令状の効力が及ぶと言える理由を示すべきであり、その点に言及することなく、手に持っているか床に置いているかは偶然の事情であるから「物」にも令状の効力が及ぶとするのは説明不十分である。加えて、「場所」に対する捜索差押許可状の効力が「物」に及ぶのかという問題意識を何ら示すことなく、直ちに刑事訴訟法第102条第2項を持ち出して、「ハンドバッグ内に差し押さえるべき覚せい剤等が存在している蓋然性が高いので捜索が許される。」旨論述する答案が相当数見られた。当該令状の効力がハンドバッグにも及ぶかどうかを検討し、効力は及ぶとした上で、更に実際に令状により処分を実施する場面では、同条同項が言わば加重要件として適用されると考え、本事例ではハンドバッグ内に差し押さえるべき証拠が存在する蓋然性が否定されれば捜索は許されないし、蓋然性が認められれば捜索は許される、との考え方は一つの考え方として成立し得るとしても、前記問題意識を持たずに、直ちに同条同項を持ち出して検討している答案は、捜索について正しく理解していないことをうかがわせる。そのほか、ハンドバッグの捜索につき、これを携帯していた乙の「身体」に対する捜索と誤った位置付けをし、下線部③の論点と同列に論じている答案も見られた。

下線部③についても、「場所」に対する捜索と「身体」に対する捜索と区別できていない答案が相当数見られた。「身体」に対する捜索は、人身の自由やプライバシーの利益の観点から、令状により許容される「場所」や「物」に対する捜索に伴うものとは性質の異なる権利侵害を伴うと考えられることが本件論点の議論の出発点であるが、そのような問題意識がなく、本事例の丙が、甲あるいは甲の内妻乙とは全くの「第三者」であることを強調し、「丙は第三者であるため裁判官の審査が及んでいないから、丙の身体を捜索できない。」旨論述し、裏を返せば、甲あるいは乙に対してであれば当然にその身体も捜索されると誤解しているかのような答案が相当数見られた。また、証拠が存在する蓋然性が高く、捜索の必要性が高いとするだけで身体に対する捜索を正当化する答案も見られたほか、本事例において、差し押さえるべき物が、覚せい剤やメモ等の比較的小さい物が含まれており、これらはポケット内に収められる物であることとの関連で論じられていない答案や、丙が元々ポケット内に紙片（覚せい剤密売の内容と思われる記載のあるもの）を所持していたのか、それとも捜索の際にこれをポケット内に隠匿したと疑うに足る相当な理由があるのかの区別を十分に意識していない答案も見られた。さらに、捜索を行うこと自体を適法とした場合には、本事例において、司法警察員が丙の右手をポケットから引き抜いた上、ポケット内に手を差し入れた行為が、刑事訴訟法第222条第1項、第111条第1項の「必要な処分」として又は（「必要な処分」として考えるまでもなく）本来行うべき捜索そのものとして許容されるかを論じる必要があるが、理由付けを含めてこれを論じている答案は少なかった。なお、丙に対する「身体検査令状」が必要であるなどと論述する答案が散見されたが、人の身体に対する捜査には、身体への捜索（同法第218条第1項、第222条第1項、第102条）、検証としての身体検査（同法第218条第1項）、鑑定受託者による鑑定に必要な処分としての身体検査（同法第223条第1項、第225条第1項、第168条第1項）があるという基礎知識の習得が不十分であることをうかがわせるものであった。刑事訴訟法の論点以前に基礎知識の習得をおろそかにしないことが求められる。

〔設問2〕に関しては、〔設問1〕と比較すれば、総じて、伝聞法則及び刑事訴訟法第328条の趣旨、判例（前記平成18年最判）を踏まえ、おおむね良く論述できていたものの、同条を十分

に理解していない答案も相当数見られた。〔設問2〕の1において、証拠1、2及び4の各証拠につき、本事例中に「甲証言の証明力を争うため」に取調べを請求した旨記載され、端的に同条の問題として論述することが求められているのに、それとは無関係に、要証事実共謀の存在であると設定し、各証拠は伝聞証拠に当たるとして、同法第321条の伝聞例外の要件を満たすかどうかを論述し、伝聞例外に当たらないとした上で、同法第328条の議論に及ぶ答案が相当数見られた。そのような答案からは、同条の「第321条…の規定により証拠とすることができない書面又は供述であつても…これを証拠とすることができる。」との文言の規定ぶりに引きずられて、同法第328条により証拠とできる証拠は、同法第321条以下の伝聞例外の要件を満たさない証拠でなければならないとの誤解がうかがわれる。また、判例の結論だけを覚えていて、その理由付け等について十分に論述できていない答案も見られたほか、特に証拠2に関して、当てはめとして、どの点が「矛盾供述」と言えるのかの具体的な指摘がなされていない答案も相当数見られた。

〔設問2〕の2については、いわゆる回復証拠が刑事訴訟法第328条により許容されるのかを問うものであるが、回復証拠と増強証拠との区別を理解できていない答案が見られた。また、例えば、「文言解釈上、回復証拠も許容される。だから証拠3は回復証拠として取り調べることはできる。」旨論述するとどまり、実際に証拠3が証明力を回復する証拠となり得るのかの当てはめがなされていないものが多かった。証拠3が回復証拠となり得る実質的な理由としては、甲証言と一致する内容の証拠3を公判廷で顕出することによって、公判廷外において、矛盾供述をしていたことがむしろ例外的であり、基本的には一致供述をしていたことが明らかになるので、自己矛盾状態が解消され、証明力を回復し得るとの考え方が可能であろうし、一方、証拠3が回復証拠となり得ない実質的な理由としては、公判廷外での供述の間で矛盾があり、むしろ、その時々で供述を変遷させる者と言えるから、その者の供述は信用できず、証明力を回復することはできないとの考え方が可能であろう。

なお、条文の引用に関しては、多くの答案で、準用条文を含め、正しく条文が示されていたが、準用条文を示すのに代えて、「準用条文省略」などとする答案が散見され、正確に示すべきであるとの指摘があった。

### 3 答案の評価

「優秀の水準」にあると認められる答案とは、〔設問1〕下線部①については、捜索に伴う付随的措置である「必要な処分」の限界及び令状呈示の時期に関し、事例中の法的問題を明確に意識し、法律の条文とその趣旨の正確な理解を踏まえつつ、的確な法解釈論を展開した上で、具体的事実を的確に抽出、評価して結論を導き出している答案であり、下線部②及び③については、「場所」に対する捜索と「物」に対する捜索と「身体」に対する捜索の違いを明確に意識した論述ができており、下線部②については、「甲方」に対する捜索令状は、いかなる管理権を制約することになるのか、ハンドバッグは誰の管理下にあるのかにつき言及しながら論述している答案であり、下線部③は、「場所」に対する捜索令状によって「身体」に対する捜索を実施することが原則として許されないことを、その根拠とともに指摘しつつ、例外的に許される場合があるのか、許されるのはいかなる場合にどのような理由であるのかについての自説を説得的に展開し、差し押さえるべき物との関連を意識するとともに、ポケット内に元々所持していたのか、あるいは隠匿した可能性があるのかの区別も意識しながら、本事例に現れた具体的事実を的確に抽出、評価して結論を導き出している答案であり、〔設問2〕は、伝聞法則及び刑事訴訟法第328条の趣旨や判例（前記平成18年最判）を正しく理解するとともに、同条により回復証拠が許容されるのか、という受験生にはあまり馴染みがないであろう論点について、条文の文言解釈にとどまらず、いかなる理由で回復証拠となり得るのか、あるいはなり得ないのかの実質的な理由まで論述されている答案であるが、このように、出題の趣旨に沿った十分な論述がなされている答案は僅かであった。

「良好の基準」にあると認められる答案とは、〔設問1〕下線部①については、検討すべき論点

に関し、法解釈を行って一定の基準を示すことはできており、下線部②及び③については、「場所」、「物」及び「身体」に対する各搜索の違いの理解を示すことができているが、いずれも必要な理由付けに不十分な点が見られたり、事例の具体的事実を抽出できてはいたが、更に踏み込んで個々の事実が持つ意味を十分に分析することにはやや物足りなさが残るような答案であり、〔設問2〕については、伝聞法則や判例及び刑事訴訟法第328条の趣旨を踏まえた論述がなされているものの、回復証拠が許容されるのかの論点については、回復証拠となり得るか否かの実質的な理由の論述がやや不十分な答案である。

「一応の水準」に達していると認められる答案とは、〔設問1〕については、下線部①から③につき、検討すべき各論点に関し、法解釈について一応の見解は示されているものの、問題意識や結論に至る過程が十分明らかにされていなかったり、具体的事実の抽出や当てはめに不十分な点がある答案、具体的事実を抽出して一応の結論を導くことができているものの、法解釈について十分に論じられていない点がある等の問題がある答案であり、〔設問2〕については、伝聞法則及び刑事訴訟法第328条の趣旨や判例についての一応の理解を示すことができているが、回復証拠が許容されるのかの論点については、条文解釈を示すだけで実質的な理由の論述をせずに結論付けている答案である。

「不良の水準」にとどまると認められる答案とは、前記の水準に及ばない不良なものをいう。一般的には、刑事訴訟法上の基本的な原則の意味を理解することなく機械的に暗記し、これを断片的に記述しているだけの答案や、関係条文・法原則を踏まえた法解釈を論述・展開することなく、事例中の事実をただ書き写しているかのような答案等、法律学に関する基本的学識と能力の欠如が露呈しているものである。例を挙げれば、〔設問1〕では、下線部①について、その「必要性」について何ら具体的に論じることなく、ただ抽象的に捜査上の必要性が高いから適法であるなどと結論を導いていたり、下線部②と③について、「場所」、「物」及び「身体」に対する各搜索の違いを全く理解していなかったり、問題点を何ら示すことなく、ハンドバッグ内及びポケット内に証拠が存在する蓋然性の有無だけで各搜索の適否の結論を導いていたり、〔設問2〕では、〔設問2〕の1において、刑事訴訟法第321条の伝聞例外の議論に終始し、同法第328条に全く触れていなかったり、判例の知識がなく、十分に説得的な論述もせずに判例とは異なる結論を導いている答案等がこれに当たる。

#### 4 法科大学院教育に求めるもの

このような結果を踏まえると、今後の法科大学院教育においては、従前の採点実感においても指摘されてきたとおり、刑事手続を構成する各制度の趣旨・目的を基本から深くかつ正確に理解すること、重要かつ基本的な判例につき、その結論だけでなく、その法理や事案の具体的事実関係を前提としている判例の射程距離を含めて正確に理解すること、これらの制度や判例法理の具体的事例に当てはめ適用できる能力を身に付けること、論理的で筋道立てた分かりやすい文章を記述する能力を培うことが強く要請される。特に、法適用に関しては、生の事実に含まれた個々の事情あるいはその複合が法規範の適用においてどのような意味を持つのかを意識的に分析・検討し、それに従って事実関係を整理できる能力の涵養が求められる。また、実務教育との有機的連携の下、通常捜査・公判の過程を俯瞰し、刑事手続の各局面において、各当事者がどのような活動を行い、それがどのように積み重なって手続が進んでいくのか、刑事手続上の基本原則や制度がその過程の中のどのような局面で働くのか等、刑事手続を動態として理解しておくことの重要性を強調しておきたい。

## 平成29年司法試験の採点実感（倒産法）

## 1 出題の趣旨・狙い等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

## 2 採点方針

解答に当たって言及すべき問題点等については、既に「出題の趣旨」として公表したとおりである。

第1問は、個人破産の具体的事例を通じて、代理人弁護士による債務整理開始通知（以下「本件通知」という。）の支払停止該当性、支払不能状態の認定（設問1）、免責不許可事由該当性の検討及び裁量免責の可否（設問2）を問うものである。採点の主眼は、設問1においては、支払停止と支払不能の概念を正確に把握していることを前提に、最高裁判所平成24年10月19日判決（集民241号199頁、以下「平成24年最判」という。）を意識しつつ、具体的事案に現れた事情から本件通知の支払停止該当性と支払不能該当性を論ずることができているかに、設問2においては、免責不許可事由に該当する事実とその要件、裁量免責において考慮すべき要素等を的確に抽出して、分析・検討ができているかどうかにかかれている。

第2問は、法人再生の具体的事例を通じて、再生債権の弁済に関する原則とその例外（設問1）、再生債務者の第三者性についての理解等（設問2）を問うものである。採点の主眼は、設問1においては、再生債権の弁済に関する原則を踏まえつつ、例外となる要件やその制度趣旨を正しく理解した上で、各事例に当てはめて検討し、結論を示すことができているか、併せて、手続の流れを的確に論述できているかどうかにか、設問2においては、再生手続における再生債務者がDIP型（占有を継続する債務者）であることを前提に、再生債務者が民法第177条及び第94条第2項の「第三者」に当たるかどうかにか、管財人が選任された場合と「比較して」論じられているかどうかにかかれている。

## 3 採点実感等

## (1) 第1問

## ア 全体的な視点

第1問は、個人破産のうち、給与所得者ではなく個人事業者の事案を用いて、破産原因である支払不能という状態が生ずる前後のいわゆる危機時期における具体的状況の中から、代理人弁護士による受任通知という節目を契機とし、支払停止や支払不能が認定できるかを問うとともに、その結論がその後の破産者Aの行為の免責不許可事由該当性にも影響を与えるものとなっている。

現実の事案がそうであるように、支払不能という、破産の事案の様々な局面で問題となる重要な概念の認定は、その後の局面においても影響するため、その結果・影響について、統一的に処理することが求められ、設問1と設問2を全く別個の問題として検討するのではなく、設問1で支払不能について自身が検討した結果を踏まえて設問2を検討することが求められていたが、この点を強く意識できていた答えは非常に少なかった。

## イ 設問1

(ア) 設問1は、問題文において、本件通知の支払停止該当性を検討した上で、平成29年3月17日時点でのAの支払不能該当性を検討するよう求めているため、検討・論証は必然的にこの順序に従って行っていくこととなる。

なお、XがAのHへの弁済を否認できるか検討しているとの前提部分から、「Xは当該弁済行為を否認できるか」との枠組みで論述している答えが一定数見られたが、本問は否認の可否を問うものではないため、支払停止該当性及び支払不能該当性に関連しない部分は評価

の対象とならない。

- (イ) まず、出題の趣旨でも説明したとおり、問題文がなぜ支払不能の検討に先立って支払停止該当性を検討することを求めているのか、その意義について述べることが求められる。XがHへの弁済を否認するとすれば偏頗行為(破産法第162条)が考えられるところ、行為時の支払不能(同法第2条第1項)はその要件の一つとされており(同法第162条第1項第1号柱書き本文)、支払の停止があった後は支払不能と推定される(同条第3項)ことを、条文を含め適切に説明することが求められるところ、ここまで論じられたものも相当数あった一方で、支払停止を検討する意義について触れられていないものも一定数見られた。

なお、支払不能の推定に関して破産法第15条第2項を挙げるものも少なからず見られ、同法第162条第3項と同趣旨の規定であるため一定の評価は可能であるが、前者は開始原因の判断に関わる場面、後者は偏頗行為否認の成立に関わる場面に関する規定であるところ、本問のXの検討は後者の場面であるから、同項を挙げるのがより適切である。

そして、本件通知が支払停止に該当するかを検討することが求められるため、まずは支払停止の意義について論ずる必要がある。ここでは、「債務者が、支払能力を欠くために一般的かつ継続的に債務の支払をすることができないと考えて、その旨を明示的又は黙示的に外部に表示する行為」(平成24年最判の定義)あるいは「支払不能状態であることを外部に表示する債務者の行為」(通説的定義)のいずれを挙げてよく、多くの答案がおおむねこのいずれかで論じられていた。ただし、後者の場合において、その定義に引きずられてしまっている答案がそれなりに存在していた。つまり、支払不能であることを外部に表示する行為としたことからか、支払不能の3要素など、客観的な事象を挙げつつ検討することに終始し、「外部への表示」について言及がされず、支払停止の検討なのか、支払不能の検討なのか、判然としないものがあった。また、「外部」への表示であることや、債務者の「行為」であること等の重要な要素が欠落している例も見られた。中には「意思表示」とするものも見られたが、支払停止は飽くまで事実行為であることを理解しておく必要がある。

本件通知の支払停止該当性の当てはめにおいては、平成24年最判のように、支払停止が債務者の外部に対する表示行為であり、表示を受領した者が支払を停止する債務者の意思を理解し得るものであるか否かが問題となるものであることから、専ら本件通知の記載内容を検討し、支払停止と評価できるかを検討することが求められる。債務整理を法律の専門家であるYに委任した旨の記載があること、Yが債権者一般に宛ててAへの連絡及び取立の中止を求めていること(これらの事情は平成24年最判の事案と同様であるといえる。)、ただし、飽くまでYとの方針検討の段階にとどまる旨の記載であること等の事情を抽出して検討することが求められる。

さらに、給与所得者たる個人の事案であった平成24年最判のそれと対比して、Aは個人事業者であることに注目し、一定規模以上の事業者の場合には、債務整理開始通知であっても「支払停止」を肯定するには慎重になるべきとの補足意見や学説の問題意識も踏まえた検討をすることができれば、論述に深みが出るところである。Aは個人事業者ではあるものの事業規模が大きいとはいえないことを前提に、本件通知にも「慎重に検討する」等として債務整理の方針が示されていないものの、実現可能性のありそうな再建計画が示されているものではないとの観点を示せると良いであろう。

しかし、こういった検討ができていたのは一定数にとどまり、さらに、平成24年最判との違いを意識した検討の視点を示すことができたものはごく一部にとどまった。他方で、Aの当時の財産状況等、本件通知の内容以外の要素のみから支払停止該当性を検討するものも少なからず見られた。

- (ウ) 支払不能該当性の検討については、本件通知が支払停止に該当すると見るか否かによって、判断枠組みが異なるものとなり、破産法第162条第3項のとおり支払停止以降は支払不能

が推定されるから、支払不能該当性はこの法律上の推定を覆す特段の事情が認められるか、という枠組みでの検討が必要となる。しかし、かかる指摘ができていたものは一部にとどまり、多くは支払停止に該当するとしながら、特段の事情の有無を検討せずに下記の否定した場合と同様に支払不能の検討を行っていた。

支払不能という客観的状态を認定するには、財産、信用、労務という要素の観点から検討することが求められる。Aの場合、財産のうち流動資産（現預金）は50万円程度にとどまること、固定資産たる自宅土地建物はF銀行の抵当権が設定されており、いわゆるオーバーローン状態（その時点の財産的価値より被担保債務の残額が上回っていること）であって（一般債権者に対する責任財産としては）資産的価値がないこと、債務としてはF銀行の事業資金や住宅資金等の残額が多額であること、信用の点では（後にGから借り入れてはいるが）金融機関からの借入れのあてではなく、信用を加えても支払が困難であると見込まれること、労務についてはAの個人事業が既に資金繰りに窮していること等の要素を材料とし、一般的・継続的に資力不足と言えるかを検討することとなるので、これらを挙げ、基本的には支払不能を肯定する方向となろう。この点は多くの答案でもおおむね同様の検討がされていた。

なお、Aにおいて弁済期が間近に迫るものとしては、F銀行の分割金の支払が平成29年3月末に迫っているが、同月17日の時点ではこれが到来していないことから、支払不能の要件のうち「弁済期にある債務」がないのではないかとこの視点から検討するものが一定数見られた。この点を検討すること自体は一定の評価ができることである。もっとも、出題の趣旨でも指摘したとおり、金融機関の取引約款や金融業者の約定では、支払停止行為があった場合を期限の利益喪失事由と定めていることが通常であり、代理人弁護士による債務整理開始通知が発せられた場合、期限の利益を喪失したものとして残債務全額について弁済期が到来したと扱われることが予想される。本問の解答においてここまでの知識ないし推測を必須とするものではないが、弁済期の観点から支払不能該当性を否定するのであれば、F銀行の分割金の弁済期が到来していないことだけではなく、その他の債務を含めた全てについて、弁済期が到来していないかどうかを検討する姿勢が求められるところ、F銀行の分割金の弁済期が到来していないことから直ちに、支払不能を否定するものが多く見られた。

#### ウ 設問2

- (ア) 設問2は、小問(1)において、本件で判明しているAの行為から、免責不許可事由に該当する行為を検討し、小問(2)において、（仮に小問(1)で免責不許可事由がないとしても、あったと仮定して）Aを裁量免責すべきかについて、肯定的、否定的双方の事情を挙げて検討することを求めている。
- (イ) 小問(1)については、まず、破産法第252条第1項第3号あるいは第5号のいずれかのみを検討する事案が多く見られた。しかし、免責不許可事由は、ある破産者の行動全体を対象とするものであり、複数該当することが当然にあり得る。そして、複数の不許可事由に該当することはそれだけ破産者の不適切な行為があったこととなり、裁量免責においても考慮すべき事由となるので、どれか一つだけ検討すればよいというものではなく、複数の検討が求められるものである。同項第3号と第5号の双方を検討した答案と、いずれか一方にとどまるものとは小さくない差がつくこととなった。

その上で、本問において検討の余地ないし意義がある（該当する可能性がある）点としては、①Hへの平成29年3月26日の弁済が破産法第252条第1項第3号の非義務的偏頗行為に該当するか、②Gからの同月18日の借入時のAの言動が同項第5号の詐術借入りに該当するか、の2点が問題となる。

なお、一部、破産法第252条第1項第1号から第11号までの全てについて該当性を検討しようとするものも見られたが、およそ該当する余地のない、あるいはその兆しも見られない不許可事由まで検討する必要はないであろう。ごく一部、Yに対してGからの借入やH

への弁済を相談せずに行ったこと、その後も説明しなかったこと等を挙げる例も見られたが、Yは破産管財人ではなくAの代理人でしかないから、AY間の信頼関係はともかく、ここで取り上げるべき事情ではなからう。

破産法第252条第1項第3号の非義務的偏頗行為については、①Hという特定の債権者への、②弁済という債務消滅に関する行為であることを挙げつつ、明確な弁済期が定められていないと思われることから、時期が義務に属していないと言えるか、またHに特別の利益を与える目的があると言えるかについて検討することが求められる。

「時期」については、「立て直しに成功したら返してくればよい」とのHの言について、不確定期限と理解するものが多かったほか、条件付き債務、期限の定めなき債務と理解するものも見られたが、いずれにしても「時期」が義務に属していないことについて言及する必要があるところ、この点は同項第3号該当性を検討する多くの答案で検討できていた。

他方、「特別の目的」について、理解できていない答案が余りに多くあった。Aにとって義理の親であるHに対して弁済している点を指摘しつつ、やむを得ないという見解を採るものがあつた。破産法の基本的な原理（債権者平等原則）が正しく理解できていないように思われる。ここにいう「特別の目的」とは、他の債権者が存在し、これらには同等の弁済ができないにもかかわらず、Hにのみ利益を与えることをいうものである。この点を正確に指摘できた答案は、とても少なかった。

なお、特別の目的がかかる内容であるため、設問1の支払不能の認定において、Aの資力を十分であると評価して支払不能該当性を否定していた場合、ここで特別の目的を認めるのはAの資力の評価に関して矛盾抵触が生じうる。ごく一部こういった例が見られた。

破産法第252条第1項第5号該当性については、①Gからの借入という信用取引であることを踏まえて、②借入時期が申立前1年以内であること、③Aが破産原因を認識していたか等を検討しつつ、④「詐術」に該当するかを検討する必要がある。

①について借入れが信用取引に該当することを指摘できないものが一部見られたほか、②の借入時期及び③の破産原因の認識については、そもそも指摘がないものが少なくなかつた。③については、このほか、Aという個人の破産原因すなわち支払不能が借入日である平成29年3月18日以前に生じていたことを前提に、Aがこれを認識していたことを要件とすることとなる場合、設問1でその前日である同月17日の時点での支払不能を否定していた場合、翌18日までの僅かの中に支払不能に転じたとの特殊な状況が発生しない限り、設問1の解答との間で矛盾抵触が生ずることとなる（問題文の状況から、そのようなものがあつたとは考え難い。特に、設問1でF銀行の分割金の弁済期が到来していないことを理由に支払不能を否定する見解では、3月末までかかる事情は変わることはない。）。冒頭に述べたとおり、場面ごと、論点ごとだけの検討にとどまらず、全体として統一した検討が求められる場面の一つであるが、かかる解答をした答案も少なからず見られた。中には、ここでの認識は客観的に破産原因があるか否かではなく破産者が（勘違いであっても）認識していればよいのかのように解する立場も見られたが、客観的に破産原因が生じていないにもかかわらず、破産者の勘違いの有無だけで免責不許可事由該当性が異なることとなる見解は採用し難いであろう。④については、本問におけるAのGに対する言動は幾つかあるが、Aの支払能力に関連すること、かつ連絡が途絶えて現実的には回収不能と見られるという点で客観的事実と反し得ること等から、「取引先Cからの売掛金100万円の入金があれば必ず返せますから。」と述べた点を取り上げる必要がある。その他の発言、「今回をしのげば絶対立て直せます。」や「決して御迷惑はお掛けしません。」との発言を捉えて詐術としているものも見られたが、これらは客観的事実ではなく、Aの予測や意向、希望・願望等を述べていると評価できるものであるので、詐術と捉えるのは困難であろう。

なお、詐術該当性については、積極的な詐術が必要か、不作為でも足りるかとの論点につ

いて検討する答案が多く見られたが、本問では上記のとおりAの言動があり、いずれの見解でも結論が変わるとは考え難いため、論ずる実益はない。

- (ウ) 小問(2)では、まず、裁量免責の根拠規定である破産法第252条第2項を挙げて、その趣旨や考慮すべき要素を挙げつつ、検討することが求められる。条文についてはほとんどの答案が挙げられていたが、趣旨等にきちんと触れているものは少なく、いきなり事実関係の羅列を始めるものが多かった。

裁量免責の趣旨をどう理解するかについては、誠実な破産者に対する恩恵的な側面を強調する立場と、破産者の経済的更生の手段としての側面を強調する立場があるとされるが、いずれの見解を重視するかに優劣はなく、個々の考慮要素がいずれの側面から肯定的あるいは否定的な要素となるかの理由が説明できればよく、かかる理由が説明できている答案は高得点となった。

考慮要素については、開始決定に至る経緯とそれ以外という条文の記載に従った分類、開始決定前の事情と後の事情という時系列的な分類など、整理の方法はいろいろ考えられるが、一つの視点に沿って、かつ、肯定的な要素と否定的な要素の双方を抽出して検討することができている答案は高い評価となった。

否定的な要素としては、まず、上記の免責不許可事由に該当する行為の存在や、その態様、程度等を挙げる必要がある。Hへの非義務的偏頗行為であれば、危機時期であるにもかかわらず、50万円という(当時のAにとっても)少なくない金額を、義理の親という親族のみ優遇する形での弁済を行ったこと、Gからの詐術借入れであれば、Cからの債権回収可能性について偽るという詐術を行った上で借入れをしたこと等である。ただし、前者にあつては、Hの治療費という事情があり、同情すべき面もあること、後者にあつては、Gは騙されたというより同情して貸し付けたものであること等、肯定的な要素になるとまでは言い難いものの、否定的な要素として強く考慮すべきではないとの評価も可能と考えられるところで、この辺りが合理的に説明できていれば評価の対象となる。実際、多くの答案もこの点は説明できていた。

そのほかの否定的な要素については、これといったものは見当たらないが、現に経済的再建の見通しが立っていないこと等を挙げる考え方もあろう。

破産に至った経緯としては、①Aは目立った遊興もなく真面目に仕事に精を出していたこと、②Aの事業の資金繰りが悪化した原因の一つは、資材の高騰や受注件数の減少、取引先の経営悪化等のほか、取引先Cが売掛金未払いのまま音信不通となったこと、取引先Dが破産したこと、従業員であったEが売上金を持ち逃げしたこと、③②に掲げた事情(の多く)はAに帰責事由があるとは言い難い、他因的な要因であること等を説明することが求められる。多くの答案で掲げられている一方で、触れられていない答案も多かった。

開始決定後のAの行為に関する事情としては、Aが免責許可決定を受けることを強く希望しているほか、①債権者集会兼免責審尋期日に出頭したこと、②破産管財人Xによる事情聴取に素直に応じ、Gからの借入やHに対する弁済について(自主的に)説明したこと、③これらは、破産手続上の破産者の義務の履行ないし破産手続への協力と評価できるとともに、破産者の誠実性の表れと見ることができると等々を挙げるができる。肯定的に評価できる理由として、③の理由部分を説明することが求められる。この点は、実務上は免責調査型の管財事件の存在意義に直結する重要な点であり、是非挙げて欲しかったところであるが、抽出できた答案は多くはなかった。

そのほか、Aの経済的再建の必要性に関する事情も考慮要素となる。負債額やAの年齢、再就職を試みているものの困難な状況であること、Bが病気であるとの現状等から、免責を許可しないと経済的再建を果たすことができないという、裁量による免責許可の必要性の観点からの事情である。要素については多くの答案が掲げることができていたが、必要性とい

う理由が明確に説明できているものは多くはなかった。

また、債権者がAの免責についてどのような意向であるかという点も、免責許可の許容性という観点から考慮要素となり得る。本問では、Gが強く反対していることは否定的な要素となり得るし、債権額の面で主要な債権者と言えるF銀行が特に反対意見を述べていない点は、肯定的な要素として抽出することが可能であろう。ただし、この点を抽出できた答案は一部であった。

最終的には、これらの要素を総合的に考慮した上、免責を許可するか否かにつき、裁判所の立場で結論を示すことが求められる。上記のように、肯定的な要素が多く、特に破産手続開始決定後は、手続に協力的で誠実性が見られるのに対し、否定的な要素がそれほど強くないことからして、基本的には免責を許可するのが相当であろう。ほとんどの答案も同様であった。

#### エ 全体を通じて

本問は破産の事案であり、支払不能や支払停止、免責等それ自体は基本的かつ重要な事項だったこともあり、ほとんどの答案は全く手が出ないという様子はなく、相当の分量の記載がされていた。もっとも、倒産法の基本的な原理・原則や概念を正しく理解しているか、という出発点から見れば、若干心許ない答案が見られた。おおむね理解していると感じられはするものの、事例に対して、基本的な条文の当てはめが求められているにもかかわらず、条文の引用が不正確な答案も散見された。特に、否認権に関する諸規定の中に支払不能を推定するものがあるにもかかわらず、破産手続の開始原因に関連する規定を引用するものが少なくなかった。

また、設問1については、支払不能という、破産実体法で最も重要な概念の一つである事項と、これに大きく関連する支払停止、更には支払停止行為による法律上の推定等の点について、(これまで実際に当てはめて検討する機会がなかったのかも知れないが)正確に整理表現できているものはほとんどなかった。設問2についても、なじみがなかったのか、免責不許可事由を2つとも十分検討したものや、裁量免責において考慮すべき要素を幅広く抽出して検討することができた答案は少なく、全体として高得点の答案は少なかった。

さらには、答案構成を問題全体についてしっかりと事前に行うことを心掛けてほしい。例えば、設問1について、かなりの分量の記述を行いながら、設問2については極めて簡素な論述で終わっている答案がある一方で、否認権の要件の当てはめを懸命に行ってしまい、本来必要な論証スペースを喪失している答案があった。問われていることに必要十分な解答を行うことが重要であり、明らかに時間配分を間違えただけと思われる答案が存在したことは残念である。

いずれにしても、個人破産は、現実の破産事件において多くを占める重要な分野である。法人破産の先鋭的な論点等に偏ることなく、知識の習得と能力の涵養に努めていただくことを期待したい。

### (2) 第2問

#### ア 設問1

(ア) 設問1では、まず「再生債権の弁済の原則」について、民事再生法第85条第1項を摘示する必要がある。この点は比較的良くできている答案が多かったが、この点に触れることなく、小問に解答している答案が一定数見られた。問題文で「再生債権の弁済に関する原則に触れつつ」とあり、小問で問われている例外の趣旨が正確に理解できているかを確認するための前提となるものであるから、この点を省略することが適切でないことはいままでもない。

「再生債権の弁済の原則」の内容については、再生手続開始決定による弁済禁止効、すなわち、再生手続によるのであれば再生債務者財産から弁済を受けることができず、再生計画の定めに従った権利内容の変更を経て、再生計画に基づいて弁済されることを説明することが必要であり、かつ、その説明で十分である。更に債権調査や認可要件などの説明を展開する例が若干見受けられたが、本問では不要である。

本問が「再生債権の弁済の原則」に対する「例外」の問題であることについては、おおむね理解されていた。

民事再生法第85条は、第1項で原則を、第2項以下で例外的に計画によらず弁済を許可する制度について定めており、例外的に再生計画によらず弁済を許可する制度には①中小企業者の再生債権に関するもの(同条第2項)と②少額の再生債権に関するもの(同条第5項)があるところ、本問は後者についての出題である。しかし、以下に指摘するとおり、条文の摘示については様々な混乱、誤解が見られた。

- (イ) 小問(1)は、少額の再生債権に関するもの(民事再生法第85条第5項)のうち、再生手続を円滑に進行するための少額債権の弁済許可(同項前段)の場合である。この点についてもおおむね理解されていたが、条文を単に「第85条第5項」とのみ摘示するものが目立った。同項は、①前段で再生手続を円滑にするための弁済許可、②後段で再生債務者の事業の継続に著しい支障を来すことを避けるための少額債権の弁済許可、という全く異なる制度を定めており、前段・後段のどちらの問題であるかを特定する摘示が必須である。単に第85条第5項とするのみでは足りない。

次に、民事再生法第85条第5項前段の趣旨については、そもそも趣旨について記述しているものが少なかった。条文解釈において趣旨の理解が必須であることはいうまでもなく、残念であった。

趣旨の記載があっても、「円滑に進行することができる」という条文上の表現を引用する程度にとどまるものが多かった。手続に参加させること自体が、債権届出、調査、議決権行使等のコストを生じさせるので、早期に弁済して再生債権者の人数を減少させる、という点に踏み込んだものや、更に加えて少額であれば実質的平等を害しない点まで言及できたものは少なく、そのような記述があれば趣旨を深く理解していると評価された。

「少額」の該当性については、3万円を全体の負債総額3億円と比較して少額であることを根拠として肯定するものが多く見受けられた。3億円と比較して少額というだけの理由であれば、100万円でも1億円でも「少額」ということになりかねないため、少額性を認定する理由としては不足である。3万円は一般的に少額であるという認定に加えて、3万円未満の者の債権総額が30万円であることも摘示すべき事情である。さらに、保全処分において5万円以下の債権が弁済禁止の例外とされていたことと比較して、3万円以下であれば当該事案において実質的平等に反しないと判断できるとしたものは、高得点となった。

- (ウ) 全額の弁済を強く求めている3社についての当てはめ

「円滑に進行することができる」の該当性については、多数の答案が当該3社の強硬な姿勢に触れ、反対の議決権行使をする可能性、債権者集会で反対意見を述べる可能性等を挙げて、反対者に対して早期に全額弁済することが「円滑に進行する」ことであると論じていた。

しかし、規定の趣旨にほとんど触れることがないまま、このような論述をしている答案は、反対の議決権を行使しようとする者を優遇することが制度趣旨であるという誤った理解をしているものと評価された。売掛金であれ貸金であれ、賛成であれ反対であれ、およそ手続に参加させること自体がコストであると考えるのが民事再生法第85条第5項前段の趣旨である。そこにいう「円滑に進行する」とは債権者数を減少させて手続参加コストを省略することである。手続に反対するから支払うという制度ではないことに留意すべきであろう。

民事再生法は、倒産実体法・手続法の双方の性質を有しており、小問(1)・(2)ともに「C弁護士の立場に立って」「方策」を解答することを求めているので、正しい手続の記載が必須である。それにもかかわらず、単に「弁済できる」「弁済すべきである」等の記載しかない答案が散見された。再生債務者代理人として裁判所に少額弁済の許可を申し立て、裁判所の許可を得て弁済するとの正しい手続の流れを記載できた答案は評価された。

「弁済期(平成29年2月20日)」について、正確に摘示・記述できていた答案は、ご

く少数であった。

なお、民事再生手続開始前の保全処分の効力が民事再生手続開始後も存続する、という誤解を前提とした答案が散見されたことは残念であった。

(エ) 債権届出書作成中の9社についての当てはめ

規定の趣旨について正しい理解を示している答案は、おおむね、債権届出書作成中の9社についても、合計12社全員に対して弁済してこそ円滑進行の趣旨を貫徹できるから、同様に少額弁済するとの結論を導くことができていた。

一方、全額弁済を求める3社につき、手続に反対するおそれを根拠として弁済するとした答案の中には、債権届出書作成中の9社について、そのまま届出させれば足りると解答し、同額で全額弁済を受ける3社との間で公平に反する結論を導いた者が少なからず見られた。

もっとも、ごく一部の答案は、計画案において3万円までの全額を弁済する定めを設けるとしており（民事再生法第155条第1項ただし書）、そこまで記述できている場合には、正しい考え方として評価された。

(オ) 小問(2)は、少額の再生債権に関するもの（民事再生法第85条第5項）のうち、再生債務者の事業の継続に著しい支障を来すことを避けるための少額債権の弁済許可（同項後段）を問うものである。「後段」の問題であることを特定する記載がないものが見受けられたこと、趣旨の記載がないものが少なくなかったことは小問(1)と同じであり、残念であった。

趣旨の記載があった答案も、「事業の継続に著しい支障」という条文上の表現を引用する程度のもが多かった。弁済によって再生債務者財産が減少する一方、取引を維持し、再生債務者の事業を継続して事業価値が増大するので、ひいて再生債権者全体の利益に資するという構造に言及できた答案も僅かながらあり、高く評価された。

(カ) 「少額」の該当性については、100万円が負債総額3億円と比較して少額であるとの説明にとどまるものが大部分であった。一部の答案は、日常一般の感覚として100万円を「少額」といえるのかどうか、悩みを見せており、評価された。

ごく僅かの答案が、趣旨についての理解と結び付け「少額」を解釈していた。弁済によって事業継続を維持し、事業価値の増大を図り得るという趣旨の理解から、同じ「少額」の文言であっても、民事再生法第85条第5項前段の場合と異なり、同項後段の「少額」は相対的に少額であれば足りるとの考えを導いたものは、高く評価された。

民事再生法第85条第2項は、再生債務者を主要な取引先とする中小企業者を保護する規定である。したがって、同項にいう「事業の継続に著しい支障を来すおそれがあるとき」とは、当該中小企業者（再生債務者に対する債権者）の事業継続に対する問題である。この点を誤解し、同項をもって本問における弁済根拠として検討する答案が見受けられた。根本的に誤っており、部分点を与えることもできなかった。

(キ) 「方策」については、小問(1)で指摘したとおりである。

なお、少なからぬ答案が、代理人として本人を説得して弁済させるべき（又は弁済の許可を裁判所に申し立てさせるべき）としていたが、疑問である。代理人は自らの行為によって本人に効果帰属させるものであるから、C弁護士は再生債務者代理人として自ら裁判所に少額弁済の許可を申し立てることが可能であり、むしろそれが弁護士として受任した再生債務者代理人の職責というべきであろう。

イ 設問2

(ア) 問題文に「管理命令が発せられ、弁護士Lが管財人に選任された場合と比較しつつ」とあるにもかかわらず、単に管理命令が発せられた場合とそうでない場合とに分けて解答するだけの答案が少なからず見られた。「比較して論じる」という出題形式は、共通点と相違点を指摘し、その異同を踏まえた検討を求めるものである。中には、管財人が選任された場合、選任されていない場合のいずれか一方だけの結論を記載する答案もあった。「出題の趣旨」

でも指摘したように、二つの場合を比較して論じることが肝要である。

- (イ) 小問(1)は、対抗問題における第三者性を問うものである。再生手続開始決定より前に売買契約が成立し、代金が支払われているので、実体法上は所有権が移転していることが前提になるが、そのことを明確に指摘していない答案が多かった。所有権が移転した後に開始決定があるので、再生債務者に対して登記なくして所有権を主張できるか、再生債務者が民法第177条の第三者に該当し、対抗問題になるかという問題となる。しかし、以下のとおり様々な誤った構成が散見された。

①取戻権の問題として構成するものが目立ったが、所有権を主張できるかの問題であり、取戻権に言及する必要はない。減点対象にはならなかったが、余事記載である。②開始後に登記を具備した事例ではなく、民事再生法第45条の直接適用場面ではない。③当事者の主観によらず、対抗問題だけで決着するので、否認の問題ではない。

管財人が選任されず、監督委員が選任されて、再生債務者が管理処分権、業務執行権を維持している場合については、第三者性を肯定した裁判例（大阪地判平成20年10月31日判時2039号51頁）があり、その知識を持っている者は比較的多かったようである。

本問は、その結論にとどまらず、なぜ第三者性を肯定するのか、管財人が選任された場合と比較して論じることを求めている。管財人が選任されない場合の再生債務者と管財人との最大の相違は、前者は再生手続開始前からの当事者そのものであり、後者は開始後に裁判所が選任して初めて登場することである。この点を意識して両者を比較すれば、そもそも当事者であった再生債務者が、開始決定を契機として対抗問題の第三者性を、管財人と同じように主張することが許されるのか、という問題意識を導くことができたであろう。

しかし、そのような「比較」の視点に乏しい答案が大部分であり、管財人が選任されない場合の再生債務者が対抗問題の第三者性を主張することについて何らの疑問も示さない答案が多かった。

第三者性の根拠について、管財人が選任されない場合の再生債務者が業務執行権、管理処分権を有すること、公平誠実義務を負うこと、手続の機関となること、再生債権者の利益代表の性格があること、包括差押え類似であること等は比較的良好に論じられていた。

民事再生法第45条により開始後の対抗要件具備が認められないこと、双方未履行契約の解除権、担保権消滅請求の制度なども第三者性を有することの根拠となるが、これらを摘示できたものは僅かであった。

- (ウ) 小問(2)は、実体法に第三者保護規定がある場合の第三者該当性を問うものであり、民法第94条第2項の第三者に該当することの検討が求められるが、その考慮要素は、小問(1)と同じである。なお、小問(1)において否認権構成を採るなどした答案であっても、小問(2)において第三者性を認め得る根拠について適切な記載があれば、小問(1)と同様に評価された。

小問(1)と同様に、管財人が選任された場合との比較が求められているが、その視点を欠いた答案が多かった。通謀虚偽表示の当事者であった再生債務者が、第三者保護規定に従って虚偽表示による無効の制限を主張するのであるから、そのような行為が許容されるのか、疑問を示した答案もあり、評価された。

また、総債権者の利益代表、手続の機関であること等を根拠に第三者性を肯定しながら、そもそも善意・悪意に言及していないものや、単に「再生債務者であるA社は知っていた」とするものが少なくなかった。この場合には、第三者性を認める論拠との整合性について説明が必要となるが、何ら説明がなく、説得性に欠けるものと言わざるを得ない。

本問は、事例問題であるから、要保護性の検討については双方当事者について事情を拾い上げて検討すべきである。売主も虚偽表示の当事者であること、その動機は架空売上の計上であったこと等の事情を摘示し、事例における要保護性を論じると説得的であったと思われるが、そのような検討ができた答案はまれであった。

## ウ 全体を通じて

第2問は、いずれの小問においても、きちんと論点を発見した上で、一つ一つ丁寧な論述を積み重ねていくことができたか、あるいはそうでなかったかで、得点の開きが生じたように思われる。日頃より、一つ一つ丁寧な勉強を積み重ねていくことが重要であろう。

## 4 今後の出題について

今後も、特定の傾向に偏ることなく、基本的な事項に関する理解を確認する問題、具体的な事案から論点を抽出する能力を試す問題、倒産実体法及び倒産手続法に関する問題、企業倒産に関する問題と個人破産に関する問題等、幅広い観点からの出題を心掛けることが望ましいと考える。

## 5 今後の法科大学院教育に求めるもの

まず、倒産法における基本的な条文、判例及び学説を、断片的、概括的ではなく、その趣旨に遡って正しく理解をした上で、倒産法の体系の中で相互に関連付けて把握することが重要である。その上で、具体的な事例の検討に当たっては、習得した基本的な知識の確認とその応用をしながら、与えられた事実関係を把握・分析して論点を過不足なく的確に抽出し、論理的かつ一貫性のある解釈論を展開して、妥当な結論を導く能力が求められる。

このような知識・能力の必要性は、倒産法の分野に限られるものではないが、倒産法は、実体法と手続法が交錯する分野であり、民法、民事訴訟法、民事執行法等についての幅広い理解・知識が基礎として求められる上、再建型及び清算型手続の異同についても横断的に理解することが必要であるなど、総合的かつ多角的な知識・能力が求められる分野である。

法科大学院においては、こうした点にも配慮しつつ、上記の知識の習得や能力の涵養を実現するための教育が日々実践されることを期待したい。

なお、他の科目でも例年指摘されているはずだが、「採点の対象となる（他人が読む）ものを書く。」という基本的な姿勢に欠けていると言わざるを得ないものが、依然として少なからずあったのは残念であった。答案が人に読んでもらうためのものであり、読み手が読めなければ何を書いても意味がないという当たり前のことを自覚していないのではないかと強く疑われる答案が、今なお、少なからず存在している。字の巧拙ではなく、字が小さすぎたり、日本語であるにもかかわらず、いわば「筆記体」で書かれているのかと疑われるほど「個性的」な文字であったり、やたらと訂正が多く、遠くの場所から、しかも複数箇所からの挿入が示唆されたりしていた答案については、判読が極めて困難であり、是非改善をしてほしい。

最後に、採点実感からすると、合格者の答案であっても「一応の水準」とどまるように思われ、合格したからといって慢心することなく、謙虚に学習を継続することが必要ではないかと思われる。

## 平成29年司法試験の採点実感（租税法）

## 1 出題の趣旨・狙い等（出題の趣旨に補足して）

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

## 2 採点実感等

〔第1問〕（配点：50）

公表済みの「出題の趣旨」の中で述べた主要な論点について、本問の事実関係に即しつつ、問題文で問われた内容をしっかり表現できているかどうかという観点から採点した。なお、設問1ないし3のいずれにおいても、設問の要求に十分に答えられていた答案は多くなかった。条文や判例学習に当たっての初歩的な誤解から、所得税法又は法人税法の基本的構造に関する理解を欠くと思われる答案まで存在したが、合格水準の答案と評価されるためには、このような誤りを慎重に排除する必要がある。

設問1について、本問のXは、「甲隠れ里祭り」実行委員会に事務用品を贈与しているが、これはXが営む文房具店の在庫であった。事業所得の総収入金額に算入すべき金額は、「収入すべき金額」と規定され（所得税法第36条第1項）、外部からの経済的価値の流入を原則としているが、たな卸資産の贈与等による移転については、その価額、すなわち時価に相当する金額が総収入金額に算入されることになっている（同法第40条第1項第1号）。ほとんどの答案が、正しく条文を摘示し、その当てはめとして、たな卸資産の時価相当額である20万円が総収入金額に算入されると結論付けていた。一部に同法第39条を摘示する答案、また必要経費への算入額について論じているものがあり、条文又は問題文を丁寧に読む姿勢が重要であることを改めて確認すべきである。

もっとも、（総）収入金額の基本規定に対する特例としての意義について触れている答案はほとんどなかった。所得税法第40条が、同法第36条第1項に規定された内容に対する特例（「別段の定め」として置かれている意義を明らかにすることは、当該規定の文言の解釈にも影響を与え得る重要な事柄であるから、優秀・良好な答案として評価されるためには、その点への言及が求められる。

なお、問われているのは「総収入金額の計算上」の扱いであるにもかかわらず、必要経費への算入の可否を論じている答案が散見された。単に「総収入金額」を「所得の金額」と読み違えた答案が多かったと思われるものの、（総）収入金額から必要経費を控除するという所得金額の計算構造を理解していないと疑わせる答案も含まれていた。

設問2においては、株式会社A（以下「A社」という）からYに対して支給された退職手当の所得分類が問題とされている。退職所得については、条文上、「退職手当、一時恩給その他の退職により一時に受ける給与」に係る所得に加えて、「これらの性質を有する給与」に係る所得が含まれることが定められている。所得分類を検討する前提として、退職所得に該当する所得の範囲を明らかにする必要があるが、「退職手当、一時恩給その他の退職により一時に受ける給与」に該当するには、(1)退職すなわち勤務関係の終了という事実によって初めて給付されること、(2)従来の継続的な勤務に対する報償ないしその間の労務の対価の一部の後払の性質を有すること及び(3)一時金として支払われることという3要件を充足する必要があることを示した上で、これと同一に取り扱うべき「これらの性質を有する給与」については、実質的に各要件の要求するところに適合しているかどうかを判断することになる（最判昭和58年9月9日民集37巻7号962頁）。Yが支給された退職手当については、退職すなわち勤務関係の終了という事実は認められず、上記3要件を満たさないことから、専ら「これらの性質を有する給与」に該当するか否かが検討される。

これに対して、上記の条文構成を全く考慮することなく、つまり、条文中のいずれの文言を解釈しているかを明示することなく、単に「退職所得」の意義を説く答案が多かった。このような答案は、上掲最高裁判例を再現しつつ、上記3要件は実質的に判定されるといった説明を加えて、「こ

これらの性質を有する給与」という文言を無視したこととのつじつまを合わせようとする傾向が見られた。こうした論理展開は、条文に基づいた解釈という姿勢を欠くものであり、到底高い評価は望めない（この点は、平成27年司法試験採点実感等に関する意見（租税法）でも指摘している。）。

更に設問では、特に退職所得課税の趣旨・目的を「明らか」にすることを求めている。退職所得の意義を説得的に導く前提として、その趣旨・目的の特定を求めているのであって、上記3要件の導出に結び付くだけの具体性を伴っていることが必要であり、「公平」や「担税力」といった抽象的な表現による説明だけでは十分とは言えない。例えば、累進税率の下で他の所得と合算して一時に課税することの不適当さから分離課税に服する点を簡潔に説明するなど、所得税法上の具体的な取扱いを意識した記述が期待されている。また、問題文において求められているのは退職所得課税の「趣旨・目的」であり、課税上の優遇措置にのみ言及した答えは、この点を無自覚に読み替えてしまった可能性がある。

なお、退職所得の意義に関する上記3要件については、前掲最高裁判例が存在するところであり、ほとんどの答えがそこで示された基準を記していた。ただ、重要な判例であるにもかかわらず、当該最高裁判例の存在を指摘する答えはほとんど見当たらなかった。

退職給与該当性の判断に当たっては、出題の趣旨に記載したように、事実関係の丁寧な検討が求められる。しかしながら、当てはめに際して、問題文中に掲げられた事実の摘示にとどまり、その評価まで踏み込んで、説得的な論証を展開できている答えは限られていた。いかに多くの事実が列挙されていても、ただ積極的な事実と消極的な事実を整理して羅列しているだけでは、どちらの考え方に立っても記述する内容はほぼ同一であり、結論に対して説得力に欠けることは明らかである。自分の判断に対して説得力を持たせるには不利な事情をただ摘示して並べるだけでは足りず、自分の判断に対して不利に働く事情の持つ意味を減殺する必要がある。例えば、ZがYに対して度々相談していた事実についても、Zに求められて経営経験を基にしたアドバイスを与えるにすぎないのか、依然として事実上の影響力を行使し、経営上主要な地位を占めていると評価すべき事情なのか、いかなる評価を与えるかによって結論は異なってくるであろう。答案の中には、自分の判断に不利に働く事情について、創意工夫を凝らして減殺しているものもあり、このような答案の評価は高くなった。

本問では、いずれの見解も成り立ち得るところであるので、結論にかかわらず、自説に至る論理的思考とその説明ができていくかという論証の質を重視した。ただし、退職所得該当性を否定した後で、給与所得の可能性を検討することなく、漫然と一時所得又は雑所得への当てはめを行っている答案も散見された。こうした答案は、給与所得と同様に勤労性の所得としての性格を有する退職所得の特殊性（趣旨・目的）について明らかに誤った理解を示すものである以上、低く評価することになった。

設問3については、A社の支出した協賛金の法人税法上の扱い（寄附金該当性）を検討しながら、事案の違い（(1)及び(2)）によって異同を生じる理由を正確に理解し、説明できているかどうかを評価の対象とした。無償での金銭移転という点に目を奪われたのか、法人税法第22条第2項にいう無償取引の一つとして、支出した協賛金の額を益金の額に算入すべきとした答案も少なからず存在した。こうした答案は、正常取引において得られたであろう所得を認識し、課税上の取扱いの公平を実現しようという無償取引の議論について表面的にしか理解していないものとして、採点においては低い評価を与えざるを得なかった（無償での資産譲渡又は役務提供と異なり、金銭の支出それ自体について、正常取引における所得を観念することは不可能である）。

そもその前提として、法人税法第37条による損金算入規制が、法人税法における所得金額の計算上、どのような位置を占めているかを理解している必要がある。ところが、費用の損金算入を認めた基本規定（同法第22条第3項第2号）に対する「別段の定め」ということを明確に指摘する答案は少なく、それどころか、一定範囲で「損金の額に算入しない」（同法第37条第1項）ことを定めた規定であるにもかかわらず、損金算入を可能とする根拠規定として同項を挙げる答案も

少なくなかった。こうした答案は、条文に定められた内容を正しく読み解けていないことを示すものであり、法律家としての基本的な能力に疑問を持たせるものである。

さらに、一定の基準を超える寄附金の損金算入を法人税法が制限する根拠についても、正しく説明できている答案はほとんどなかった。租税特別措置法における交際費の損金不算入と混同したためか、冗費抑制を規定の根拠として挙げる答案が目についた。また、寄附金該当性の判断に当たり、「寄附金」の意義を明らかにしようという姿勢を示す答案も少なかった。法人税法第37条第7項の規定を摘示するものすら少なく、支出の実質的内容に踏み込むことの困難さから「寄附金」は広く対価性のない支出を含むと理解されている点まで正確に記述する答案はほとんどなかった。定立した基準に基づき事実を評価して結論を導くという基本的な思考のプロセスを示していない答案については、高い評価は望めない。

条文の軽視という点では、法人税法第37条第7項は括弧書きにおいて一定の支出を除外しているところ、(2)において寄附金非該当性を導く条文上の根拠として、この点への言及を欠く答案が散見された。確かに経済合理性を有する一定の支出について寄附金該当性を否定する裁判例は存在するものの、まず明文で除外される広告宣伝費への当てはめを検討するのが適当である。

最後に、設問は、「異同を踏まえ」た記述を求めている以上、(1)と(2)それぞれについて別個独立に論じるのではなく、両者の違い（場合によっては同一性）を合理的に説明し得ることを論述の過程で示す必要がある。両者で違いが生じる理由を示すこともなく、また違いそのものすら示唆することのない答案では高い評価は望めないが、残念ながら、この点で十分な記述がなされている答案はほとんどなかった。

第1問の採点の結果、「優秀」に分類される答案の数はそれほど多くなく、「良好」又は「一応の水準」に分類される答案がほとんどであった。本問は、退職所得該当性に関する基本的な最高裁判例を理解していればある程度の得点が可能であった反面、その正確な理解を欠く者において、高得点を得ることが難しかったのであろう。また、設問3については、法人税法に関する問題であったためか、条文の確認といった点すらおろそかにしている答案が多く、「優秀」答案の少なさにつながったと思われる。優秀答案と評価されるためには、条文や判例を正確な知識として習得し、各法の基本的構造を正しく理解し表現する必要がある。

〔第2問〕（配点：50）

公表済みの「出題の趣旨」の中で述べた主要な論点について、本問の事実関係に即し、理論的根拠と実定法上の根拠との双方を理解した上で、設問が求める事項につき的確な検討・当てはめがされているかという観点から採点した。

設問1について、多くの答案が所得税法第44条の2第1項の適用を認めていた。債務免除により経済的利益が生じ、原則として課税される（同法第36条第1項）、実質的な担税力を考慮して総収入金額に算入しないとする同法第44条の2第1項の趣旨を明らかにし、流れ良く論じている答案も一定数見られ、良好な水準にあるものと解された。設問では、具体的な事実を評価した上で検討することを求めているが、多くの答案は、日本料理店の経営状況、本件各賃貸物件の賃貸業の状況、Aの収入状況（配偶者であるCの収入状況）については的確に摘示・評価しており、一応の水準に達していた。これらの事実に加えて、弁済の状況、人的物的担保の状況、平成28年以降の日本料理店の経営の好転等についても論じている答案は、丁寧な分析をしている印象を受けた。ただし、同項の解釈を示した上、そこで定立した要件や考慮要素に沿って事実を整理して評価した答案は極めて少なかった。事実を評価するに当たっては単に羅列するのではなく、要件や考慮要素との関係を踏まえて整理すべきであろう。なお、具体的な事実の摘示・評価を全く欠いている答案が散見されたが、設問の要求に込んでいるものとは言い難い。

所得税法第44条の2第1項の適用を認めなかった答案も少数見られた。これらの答案の中には、同項が経済的利益の価額を例外的に総収入金額に算入しないことを定めた規定である点を捉え、厳格な要件を定立して、説得力のある論述を展開するものも見られたが、自説の評価の障害となる

事実について十分な評価がされていない印象を受けるものもあった。

また、各種所得ごとに所得税法第44条の2第1項の適用の有無を論じる答案が一定数見られた。しかし、Aの弁済能力を検討するに当たっては、Aの資力全般について検討することが必要であり、これを各種所得ごとに分断して論ずることは考え難い。

所得税法第44条の2第1項の適用を認めた答案の多くは、日本料理店に係る事業及び本件各賃貸物件の賃貸業につき損失が発生していることにつき、同条第2項についても的確に検討しているものが多く、良好な水準にあるものと解された。ただし、各種所得ごとに総収入金額に算入すべき額が問われているのであるから、ストレートに「…円が算入される」と答えるべきところ、総収入金額に算入されない金額を答える答案が多かった。そのような答案の中には、そもそも債務免除された額を1億円ではなく2億円と誤解するものも見られ、事案と設問の正確な把握に問題があるように思われた。また、設問は、本件債務免除により受ける経済的な利益のうち各種所得ごとに総収入金額に算入する額を明らかにすることを求めているところ、結論部分に各種所得の金額として損失との差額を答えているものも散見された。

なお、書き出し部分で所得区分を詳細に論じている答案が散見されたが、これらの答案は所得税法第44条の2の適用の有無についての論述が手薄となりがちであり、バランスを欠く印象を受けた。

設問2について、必要経費を控除する趣旨が、投下資本の回収部分に課税が及ぶことを避け、課税の対象を純資産の増額部分に限定するところにあることなど、その趣旨については何らかの形で触れる答案が多かった。本問においては、更に所得税法第37条第1項の別段の定めとして同法第51条第1項が一定の資産損失について必要経費に算入することを認めていることにつき、資産損失と必要経費が異なることを踏まえて、事業所得等を生ずべき事業の用に供される固定資産等の損失については、単なる消費ではなく、担税力が減殺され、上記の必要経費を控除する趣旨が及ぶことを論ずることが期待された。この点については、担税力が減殺されること、法人税法と異なり、資産損失は通常消費に当たると考えられるため、原則として必要経費に算入せず、一定の資産損失に限り必要経費への算入を認めたことなど、説得的な論述をする答案も一定数見られ、良好な水準にあるものと解された。一方、この点に特段触れないものや、単に所得税法第51条第1項が、同法第37条第1項の別段の定めであるとのみ指摘するものも多く見られた。なお、必要経費に算入する金額が減価償却残額の限度にとどまること（同法第51条第5項、同法施行令第142条第1号、同法第38条第2項）に言及する答案も少数見られ、理解の深さがうかがえた。

設問3について、処理1の債権譲渡については、益金（法人税法第22条第2項）と損金（本件においては同条第3項第1号の売上原価が問題となる。）に分けて論ずることが期待されたが、これを意識していない答案が多かった。また、設問1において所得税法第44条の2第1項の適用があるとしながら、特段の検討を加えることなく、無償又は低額譲渡として論じる答案が多かった。設問1との整合性や、債権回収会社への譲渡であるという設問の具体的事情を踏まえると、時価による譲渡であることを想定した設問であることは容易に読み取れると思われる。無償又は低額譲渡であるとして論ずるには、説得的な説明を要することとなるが、そこまで十分説得的な論述がされた答案は見られなかった。

処理2の評価換えについては、法人税法第33条第1項を挙げて、損金算入することができないことを的確に論じている答案が多かった。

ところで、第1問についても述べたところであるが、設問では、異同を論ずることを求めているにもかかわらず、それぞれの処理について論じたのみで終わっている答案が多く、処理1と処理2を対比させて論じている答案も、法人税法が損失につき実現主義を採用しているというその理論的根拠についてまで言及して論じたものは非常に少数であった。税法上の取扱いを説明するには、理論的根拠と実定法上の根拠を常に念頭に置いて論ずることが必要であろう。これらの両面を過不足なく論じた答案は優秀との評価を得られよう。

### 3 今後の出題について

範囲としては、所得税法からの出題を中心としつつも、これまでどおり、法人税法や国税通則法の基本的事項からの出題がなされることが望ましいと考えられる。その意味で、法人税法や国税通則法の学習をおざなりにして「優秀」ないし「良好」の評価を得ることは困難となるであろう。

内容としては、所得税法、法人税法、国税通則法に関する基本的概念や基本的知識の理解の有無及び程度、更にこれらの概念や知識を利用して、条文の文言を解釈し、当該条文を具体的事実関係に適用して結論を導くことのできる能力を試す問題が望ましいと考えられる。

### 4 今後の法科大学院教育に求めるもの

#### (1) 基本的な概念や基本的知識の習得

近年の答案の傾向として、租税法の基本的な概念や基本的な知識の理解に欠ける解答が多いことが挙げられる。本年度でも第2問の設問1の問題文にあった「総収入金額」という概念を「総所得金額」の意味に理解したと思われる答案が多く見受けられた。他にも「包括的所得概念」と「収入」との関係や、「帰属所得」について誤解している答案もあった。さらに、第1問・第2問を通じて、根拠条文を示すだけでなぜそのような条文が存在するのかについてその理論的根拠に全く言及しない答案、趣旨や意義に関する記述と条文の解釈の記述を有機的に結び付けていない答案も多く見受けられた。

法科大学院においては、まず、基本的な概念や基本的な知識を正確に理解させるとともに、条文の相互関係、更には個々の規定の趣旨・目的の議論と条文の文理解釈との間のつながりを考察できる能力の習得を目的とした教育が望まれる。

#### (2) 事実認定と当てはめに関する能力の習得

近年の答案の傾向として、第1問及び第2問のいずれの採点実感でも言及されたところであるが、問題文の事実を自説の結論に有利なものや不利なものに分類し整理して答案用紙に書き写しただけで事実の評価をしない解答が多いといえる。

法科大学院においては、事例演習などを通じて、自説の結論に不利に働く事実を無視せずに適切に対応することのできる能力の習得を目的とした教育が望まれる。

#### (3) 法人税法の習得

近年の答案の傾向として、所得税法に関する問題の正答率に比べ、法人税法に関する問題の正答率が極端に低いということが挙げられる。

法人税法の基本的概念や基本的知識の習得ができていないだけでなく、過去には、所得税法の問題で法人税法の条文を根拠に立論したり、逆に法人税法の問題で所得税法の条文を根拠に立論する答案が散見されたこともあった。

法人税は、所得税と並んで、実務上重要な税目であるので、法科大学院においては、法人税法の基本の習得にも配慮した内容の教育が望まれる。

### 5 租税法を勉強するに当たり

#### (1) 条文の正確な理解と適切な引用

採点をしていると、法的効果の説明をしながら、その効果の根拠となる条文を引用していなかったり、誤った条文を引用している答案や、解答として「〇条〇項〇号」と書くことが求められているところを「〇条」「〇条〇項」としか書いていない答案が目立つことに気付く。

解答者は、条文と照らし合わせて学習する習慣を欠くだけでなく、試験の場でも条文の内容を読んで確認することもなく答案に引用しているのではないかと感じさせる答案もあった。

租税法の問題も、他の科目と同じく、法律の解釈適用に関する能力が問われていることに変わりはない。

したがって、租税法を勉強するに当たっても、他の科目と同様に、論点に関して引用されている法律の条文を必ず自分で確認して、条文の文言がどのように解釈され、そこからどのような結論が導かれるのかを理解するとともに、解答においても条文の引用を適切に行えるように注意すべきである。

## (2) 判例に関する理解

最高裁及び重要な下級審の判例に関する知識は基本的知識に属する。それゆえ、論点について判例がある場合には、事案と判例の結論とその結論を導く論理について正確に理解しておく必要がある。

そして、解答に際しても、論点について判例がある場合には、問題文に特に「判例に言及しつつ」というような指示がなくても、これに言及することが望ましい。少なくとも最高裁の判例については必須というべきである。このことは自説が最高裁判例と異なる場合であっても同様である。最高裁判例と異なる立場を採っていることが最高裁判例に言及しないことを許す理由にはならないことを認識すべきである。

なお、事実が要件を充足するか否かを判断するに際して、考慮すべき重要な要素がある場合、この考慮要素についても答案で言及する必要があるが、第2問の採点実感に言及されているように、このような観点からの記述がなされている答案は少ない。判例を学習するに当たって、判例の提示した規範内容だけでなく、裁判所が要件の該当性を判断する上でどのような要素を重視しているのかについても留意して判旨を読んでいただきたい。

## (3) 基本的概念及び基本的知識の習得

基本的概念や基本的知識は正確に理解することが重要である。出発点である基本的概念や基本的知識に誤解があると、誤った方向に論理を展開することにもつながる。自分が理解している基本的概念や基本的知識の内容について、それが正確かどうかを再度確認していただきたい。

## 6 その他参考事項

高い評価を得た答案は、基本的事項について正確に理解するとともに、設問を良く読んで何が問われているか、その出題の意図を的確に把握して解答していたものであり、逆に低い評価にとどまった答案は、基本的事項を誤解し、また出題の意図を汲むことなく解答していたものであった。

出題者は、設問を通して基本的事項を理解しているか、法を解釈し事例に適用して妥当な結論を導くことができるかについて問うている。

その意図を正確に把握した上で、学習を通じて習得した法的規範を事例に当てはめて結論を導出する能力を答案に十分に示すよう心掛けていただきたい。

## 平成29年司法試験の採点実感（経済法）

## 1 出題の趣旨について

出題の趣旨は、別途公表している「出題の趣旨」のとおりである。

## 2 採点方針

出題した2問とも、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）上の制度・規定の趣旨及び内容を正確に理解し、問題文の行為が市場における競争にどのような影響を与えるかを念頭に置いて、問題点を指摘し、法解釈を行い、事実関係を丹念に検討した上で、要件の当てはめができるか、それらが論理的かという点を評価しようとした。

特に、独占禁止法の基本を正確に理解し、これに基づいて検討することができているかを重点的に見ようとしており、公表されている公正取引委員会の考え方やガイドライン等について細かな知識を求めることはしていない。

## (1) 第1問

第1問は、A社が検査機器甲を販売するに当たって、顧客に対して条件を付すこと（本件計画）により、検査キット乙についても自らと取引することを当該顧客に強制し、A社以外の乙の販売業者（競争者D及びE）を市場から排除することについて、その独占禁止法上の問題点に関する理解を問うものである。

まず、適用法条については、検討すべき条文として独占禁止法第2条第5項（私的独占）及び不公正な取引方法の一般指定（以下「一般指定」という。）第10項（抱き合わせ販売等）を的確に選択することができているかを見た。出題の趣旨において述べたとおり、私的独占と不公正な取引方法（抱き合わせ販売等）の双方について論述することが期待されたところであり、いずれか一方のみを選択して論述した答案に対し、そのことを理由として減点はしなかったが（一方の違反類型について十分に論述すれば満点を得られるように配点した。）、他方で、双方の違反類型について論述した答案に対しては、その部分を加点要素として評価した。

次に、行為要件及び効果要件については、当該条文の各要件（「他の事業者の事業活動を排除し」、「一定の取引分野における」、「競争を実質的に制限する」、「他の商品又は役務」、「購入させ」、「不当に」など）について正確に規範を定立し、当てはめを行うことができているか、特に、排除行為及び排除効果については、問題文に記載された事実関係に基づいて多角的に検討できているかどうかを評価の対象とした。

さらに、正当化事由については、いずれの結論であっても、適切な判断基準を示し、問題文に記載された事実関係に基づいて自らの結論を論じることができているかどうかを評価の対象とした。

## (2) 第2問

第2問は、存続が危ぶまれている事業部門を抱える2つの競争者による事業統合案及び業務提携案の独占禁止法上の問題点を問うものである。小問(1)の事業統合案と(2)の業務提携案とは、事業者にとっては、同一の目的を実現するための代替的な選択肢であるが、その独占禁止法上の取扱いにおいては異なる面が多い。小問(1)と(2)との異同を踏まえた上で、それぞれについて、どこまで独占禁止法上の問題点を的確に指摘できているかを採点において重視した。また、その際、法律問題の検討以前の問題として、そもそも小問(1)の事業統合案と(2)の業務提携案とが、それぞれ、いかなる事業上の効果を狙っているのかについて正確に理解できているかどうかにも着目した。

小問(1)では、競争者であるA社とB社は、それぞれのX事業を共同新設分割方式で切り出して、Xの生産についてはA社のP工場に集約するという事業統合案が提示されている。独占禁止法上は、同法第15条の2第1項第1号に該当するかどうか問われる。具体的には、まず本問で問

題となる「一定の取引分野」を画定した上で、問題文中にある事実を拾い上げて「競争を実質的に制限することとなる」に該当するかどうかを検討する必要がある。その際、当然のことながら、「一定の取引分野」の意味と画定の基準、「競争を実質的に制限することとなる」の意味と認定の在り方について一般論が提示されることが不可欠である。本問の場合、「一定の取引分野」の範囲が日本国内におけるXの製造販売に係る取引分野であることは自明なので、「競争を実質的に制限することとなる場合」に該当するかどうかの判断が重要となる。

本問の事業統合案は、A社とB社による水平型事業統合に当たり、また、A社とB社以外に国内に競争者はいないことから、単独行為による競争の実質的制限の蓋然性が問題となる。その判断において重視されるべき要素としては、A社及びB社のX事業におけるシェアと地位、輸入品からの競争圧力、需要者からの競争圧力のほか、当該事業統合案によってもたらされる効率性が挙げられる。また、本問の事業統合案は、業績不振部門の存続を図るものであるから、企業結合ガイドラインにいう「経営状況」、すなわち、事業統合なき場合にA社及びB社によるX事業からの撤退があり得ることとの比較において事業統合が競争に及ぼす影響も考慮する必要がある。結論自体は、合法、違法のいずれでも構わないが、結論に至る論理の首尾一貫性や説得力を評価した。また、通常の企業結合審査においては、審査対象の事業統合案が違法か合法かという二者択一的な判断がなされることはほとんどなく、独占禁止法上の問題を解消するために何らかの条件を付した上で事業統合案そのものは容認するという処理がなされることが圧倒的に多い。そのことを意識して、事業統合案が容認されるために想定される条件（いわゆる問題解消措置）の内容にまで言及しているかどうかとも評価の対象とした。

小問(2)では、B社は、Xの生産から撤退し、A社とOEM契約を締結してXの生産と物流の業務をA社に委託するが、その販売は各社が独自に行うという業務提携案が提示されている。また、B社は主要原料をA社による共同生産に際して供給することで、コストの共通化部分は限定的なものとなっている。

この業務提携案においては、複数の競争者間で事業部門の完全な統合が行われるわけではなく、Xの生産と物流に関する事業活動について契約による拘束が生じるのみであるから、独占禁止法第2条第6項にいう不当な取引制限として同法第3条後段に違反するかどうか問われる。本問の業務提携案は、講学上の非ハードコアカルテルに該当するので、行為要件の充足もさることながら、効果要件、すなわち「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」を充足するかどうかの判断が重要となる。

その判断においては、予想される競争制限効果と競争促進効果との比較衡量が求められる。本問で重要となるのは、競争制限効果の分析である。本問のようなOEM契約の場合、競争者間で製造販売に要する費用が共通化される程度と、競争上重要な情報が交換されることにより協調行動が促される可能性に着目する必要がある。この点、本問では、Xの製造原価の60パーセントを占める主要原料はB社がA社に「提供」（「販売」ではないことに注意）することとなっていること、物流業務の委託に際してB社がA社に対し顧客及び出荷先に関する情報を提供することとなっていることの評価が重要となる。ここでも、結論自体は、合法、違法のいずれでも構わないが、結論に至る論理の首尾一貫性や説得力を評価した。併せて、競争制限効果の発生を防止するための何らかの追加的な措置（具体的には情報遮断措置）を採ることで、結論が異なるとすれば、こうした措置についても言及していることを加点要素とした。

### 3 採点実感等

#### (1) 出題の趣旨に即した答案の存否、多寡について

##### ア 第1問

##### (ア) 適用法条について

第1問では、本件計画が、A社製甲向け乙の市場においてD及びEを排除するに至ること

が問題となることを論述する答案が多数であり、その限度では独占禁止法上の問題点がおおむね理解されていた。しかし、適用法条に関しては、行為の態様とその効果に照らして最も適合する行為類型（抱き合わせ）を的確に指摘できていない答案が相当数あった。

具体的には、甲を購入した顧客に条件を付ける点に着目して、排他条件付取引（一般指定第11項）や拘束条件付取引（一般指定第12項）と構成している答案が相当数あったが、本件計画は、顧客が甲の競争者と取引することを排除するものではなく、乙の取引を顧客に強制し、乙の競争者を排除するものであることに着目すれば、2商品（甲ないし甲の定期点検サービスと乙）の「抱き合わせ」の該当性を論じることがより適切であることに気付くべきと思われる。

他方、乙の販売業者（競争者）を排除する点に着目して、不公正な取引方法のうち競争者に対する取引妨害（一般指定第14項）として捉える答案もあったが、それが完全に誤りとまではいえないものの、本件における競争者の排除が、A社製甲の定期点検サービス（又はA社製甲）の市場における優位性を背景として、顧客に対しA社製乙の購入を強制することによるものであることを考えれば、不公正な取引方法における行為類型としては、取引強制を通じた競争者排除（独占禁止法第2条第9項第6号ハ、一般指定第10項）であり、その中でも特定商品の競争力をてこにした取引強制である一般指定第10項前段の排除型の「抱き合わせ販売」が最も適合するものであることに考えが至るべきと思われる。

また、本件では、抱き合わせ行為による効果としては、公正競争阻害性のみならず競争の実質的制限にまで至ることが容易に考えられる事案であることから、不公正な取引方法（抱き合わせ販売等）と私的独占の双方の該当性が問題となる事案であることを指摘することが望まれたが、その指摘ができていない答案は多くなかった。

(イ) 行為要件について

不公正な取引方法（抱き合わせ販売等）及び私的独占のいずれについても、行為要件の該当性を検討するに当たっては、顧客に対して自らとの取引を強制することになる根拠として、検査機器甲の特質、特に、甲が高価で買換えが難しいこと、A社製甲の使用に当たってA社製甲向けの乙が不可欠であり、また、A社による定期点検又はオーバーホールが不可欠であることなどを指摘した上で、A社製乙を用いてA社による定期点検サービスを受ける場合と他社製乙を用いてA社によるオーバーホールを受ける場合の経済的出えんの差異を示し、取引強制のメカニズムを明らかにすることが望まれたが、結論と簡単な理由のみを記載している答案が相当数あり、その根拠を多角的に論証できている答案が多数とはいえなかった。

(ウ) 効果要件について

不公正な取引方法（抱き合わせ販売等）、私的独占のいずれであれ、排除効果の有無等を検討する前提として、市場画定が不可欠であるところ、本件では、A社製甲向け乙の国内市場が検討対象市場であることについては、需要の代替性等も踏まえておおむねよく論述されており、市場画定について全く記載していない答案や、甲の国内市場のみを検討している答案は少数であった。

ただし、本件では、行為要件の該当性（上記（イ）参照）及び市場画定を踏まえて、A社製甲の顧客がA社製乙を購入せざるを得ないことが、なぜ、検討対象市場においてD及びEを排除することになるかについて、A社製甲向け乙に係る各社のシェアや競争能力、代替的な取引先の有無など問題文に記載されている考慮要素をできる限り多く検討して論述することが望まれたが、結論と簡単な理由のみを記載している答案も少なくなく、その根拠について十分記載している答案が多数とはいえなかった。

さらに、私的独占について論述する場合には、競争の実質的制限に至ることを、その解釈も含めて論述する必要があるところ、競争の実質的制限の定義については、おおむね正確に記載している答案が多かったが、隣接市場である甲市場が与える影響の有無、輸入や新規参

入の可能性なども指摘して競争の実質的制限に至る根拠を多角的に論じられている答案は多くなかった。

(エ) 正当化事由について

本件は、正当化事由の主張が考えられる事案であり、それを「不当に」、「競争の実質的制限」、「公共の利益」のいずれかの解釈として論じている答案が多かった。ただし、その条文上の根拠について全く記載していない答案も散見された。

また、正当化事由の有無については、その判断基準として、①本件計画の目的の正当性、②当該目的を達成する手段としての本件計画の必要性・相当性及び③他により競争制限的でない手段によって当該目的を達成する可能性の点から検討すべきことを的確に記載している答案が多かった。結論として正当化事由を認めない答案が多数であり、具体的には、甲の検査精度の確保という目的は正当とした上で、当該目的を達成する手段としての本件計画の必要性・相当性を欠くとした答案のほか、D及びEの排除を目的としたものと認定して目的の正当性を欠くとした答案もあった。

イ 第2問

まず小問(1)については、適用条文、「一定の取引分野」の画定の在り方と本問における当てはめ、「競争を実質的に制限することとなる場合」の定義は、おおむねよく書けていた。しかし、本問では単独行動による競争の実質的制限の蓋然性が問われることについては、そのことへの言及すらない答案が目立った。また、Xの輸入品が本問の「一定の取引分野」に含まれないと考える（したがって、事業統合後の合併会社のXのシェアを100パーセントと考える）答案が少なからずあった。

「競争を実質的に制限することとなる場合」の判断において重視されるべき要素のうち、輸入品からの競争圧力、需要者からの競争圧力については、これらに言及する答案は多かった。事業統合に伴う効率性については、これに言及する答案自体は多かったが、独占禁止法第1条における同法の究極目的に照らした行為の正当化事由の問題としてこれを取り上げる答案が多かった。企業結合審査における効率性の考慮は、飽くまでも「競争を実質的に制限することとなる場合」の判断の枠組み内でなされるというのが企業結合ガイドラインの立場である。また、本問の事業統合による効率性の達成が輸入品の排除につながり得るという論理に基づき、これを競争制限効果としてのみ考慮する答案も散見された。最後に、いわゆる「経営状況」の問題に触れた答案は、極めて少数であった。

これらの要素を列挙しつつ、どのような結論を導くかについては、論理の一貫性に疑問を抱かせる答案や、そもそも説明不足のため、個々の要素に対する評価がどのようにして結論に結び付くのか分かりにくい答案が目立った。また、本問のような事業統合案の場合、仮に競争の実質的制限の蓋然性が払拭されない場合でも、何らかの措置を講じることで企業結合が容認されることになると予想されるし、実際にも、そうした問題解消措置の内容を検討することなく届け出られた企業結合について違法だとして排除措置が採られる例は皆無といってよい。そこまで見越して、条件付き容認の立場から、いかなる内容の条件が望ましいかに触れた答案は、ほとんどなかった。

小問(2)については、まず、適用条文として独占禁止法第16条第1項第4号や同法第2条第5項を挙げる答案が少なくなかったことは意外であった。OEM契約は、共同生産の一形態であり、独占禁止法上は、非ハードコアカルテルとして位置付けられる。適用条文として同法第2条第6項を挙げた答案においても、これを非ハードコアカルテルとして性格付け、そのような性格にふさわしい判断の枠組み（競争制限効果と競争促進効果との比較衡量）を提示する答案は少なかった。同項の行為要件の当てはめについては、比較的よく書けていたが、価格カルテルに係る先例の判旨を機械的に当てはめて、相互拘束の対象となる事業活動を価格設定と捉える答案が散見された。

小問(2)における最大の評価のポイントは競争の実質的制限の有無の判断である。この点で特に気になったのは、競争者間でのコストの共通化の程度に言及する答案が想定よりも少なかったことである。また、コストの共通化の程度に言及する答案の中でも、Xの製造原価の60パーセントを占める主要原料をB社が「提供」することの意味を正確に理解せず、当該60パーセントの部分についてコストが共通化されるとか、当該部分について競争者間で原価の情報が共有化されるといった誤解に基づく答案が散見された。もっとも、物流の委託に伴う競争上重要な情報の共有可能性に言及する答案は多かった。なお、ここでも小問(1)と同様に、問題文の説明のままでは競争の実質的制限の可能性は払拭されないが業務提携案に修正条件を加えること（具体的には、A社における、営業を担う営業部門とB社から物流の委託を受ける物流部門との間での情報遮断措置）により独占禁止法上の問題を解消できると考える余地があるし、むしろ、こうした措置を講じることなく無条件で業務を委託することは考えにくい。しかし、残念ながら、小問(2)においても、いかなる修正によって独占禁止法上の問題を解消できるかに触れた答案は極めて少なかった。

(2) 出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準との差異について

ア 第1問

上記(1)ア(7)のとおり、行為の態様とその効果に照らして最も適合する行為類型（抱き合わせ）を的確に指摘できていない答案が相当数あったことは予想外であり、その検討の有無で点数に差が生じる結果となった。また、問題文に記載された事実関係を踏まえて多角的に要件該当性を論じられている答案は、想定していたほど多くはなかった。

他方、「購入させ」、「他の事業者の事業活動を排除し」、「一定の取引分野」、「不当に」、「競争を実質的に制限する」、「公共の利益に反し」といった各要件の定義・判断基準及びそれらに対する当てはめについて一通り論じている答案は多く、その点については、出題時に想定されていた解答水準との間に大きな差異はなかった。

イ 第2問

個々の論点における想定解答水準と実際の解答水準との差異については、既に上記(1)イで言及したとおりである。全体として見ると、小問(1)については、良くも悪しくも、ほぼ想定どおりの解答水準であった。「経営状況」（経営不振部門の問題）の考慮に言及する答案が少なくであろうことは当初から想定されていたが、現実のM&Aに関わる実務ではこの種の問題は決して珍しくはないので、実務の動向を踏まえた学習の重要性を強調する意味であえてこのような設定にした次第である。小問(2)については、OEM契約は、公正取引委員会の事前相談の実務において比較的多く取り上げられており、非ハードコアカルテルの一つの典型例とも考えられるが、その割には、想定以上に学習不足を感じる答案が多かった。取り分け、独占禁止法上の問題点の検討以前に、設問中の業務提携案が提起される文脈やその狙いについての理解が不十分な答案が想定以上に多かった。また、小問(1)と(2)に共通する特徴として、独占禁止法上の問題を解消するための条件の提示にまで言及する答案は、想定以上に少なかった。そもそも、我が国で、企業結合分野や非ハードコアカルテル分野において、違反とされた先例が少ないのは、公正取引委員会との協議を通じて、想定される独占禁止法上の問題を解消するための措置を採ることで違反を回避することが多いからであるが、そのような実態が十分に認識されていないように思われた。独占禁止法の解釈適用は、問題となる企業活動の実態の理解なくしては十分になし得ないが、本問の答案全体を通じて、その点での理解の不十分さを感じた。

(3) 「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」答案について

ア 第1問

「優秀」な答案は、本件計画が抱き合わせ行為に該当することを指摘し、不公正な取引方法（抱き合わせ販売等）及び私的独占の各要件について、適切な判断基準を示した上で、考慮すべき事実の全部又は大部分を正確に摘示しながら説得的な当てはめを行い、結論を導いている

もの、「良好」な答案は、不公正な取引方法（抱き合わせ販売等）ないし私的独占のいずれかの各要件について、一定の判断基準を示した上で、考慮すべき事実のうち主要なものをおおむね正確に摘示しながら当てはめを行い、結論を導いているもの、「一応の水準」の答案は、「良好」な答案と評価されるために必要なポイントのうち幾つかを欠いているもの（例えば、本件計画が抱き合わせ行為に該当することの指摘がなくても、D及びEがA社製甲向け乙の市場から排除されることについて、適切な判断基準を示した上で、考慮すべき事実のうち主要なものをおおむね正確に摘示しながら当てはめを行い、不公正な取引方法ないし私的独占に係る結論を導いているものなど）、「不良」な答案は、本件計画によりD及びEがA社製甲向け乙の市場から排除されることなどの不公正な取引方法ないし私的独占に係る基本的事項についての論述を欠いており、出題趣旨から離れた記載に終始するものとした。

#### イ 第2問

「優秀」な答案は、小問(1)と(2)のそれぞれについて、適用条文を正確に指摘し、各条文の各要件につき適切な判断基準を示した上で、考慮すべき事実を過不足なく拾い上げ、それら諸事実について独占禁止法の観点から適切に評価を加えるとともに、それらの評価を論理整合的に結論に結び付けることができているものとした。「良好」な答案は、適用条文を正確に指摘し、各条文の各要件につき適切な判断基準を示した上で、考慮すべき事実の大部分を拾い上げ、それら諸事実について独占禁止法の観点からそれなりに評価を加え、一定の結論を導くものとした。「一応の水準」の答案は、「良好」な答案と評価されるために必要なポイントのうち幾つかを欠いているもの、「不良」な答案は、基本的事項についての論述を全く欠いているなど、事案処理能力が著しく不十分と見られるものとした。なお、小問(2)について独占禁止法第16条第1項第4号や同法第2条第5項を適用条文とする答案に関しては、当該部分に関して「不良」答案と評価した。

#### 4 今後の出題について

今後も、独占禁止法の基礎的知識の正確な理解、問題となる行為が市場における競争に与える影響の洞察力、事実関係の検討能力及び論理性・説得性を求めることに変わりはないと考えられる。

#### 5 今後の法科大学院に求めるもの

経済法の問題は、不必要に細かな知識や過度に高度な知識を要求するものではない。経済法の基本的な考え方を正確に理解し、これを多様な事例に応用できる力を身に付けているかを見ようとするものである。法科大学院は、出題の意図したところを正確に理解し、引き続き、知識偏重ではなく、基本的知識を正確に習得し、それを的確に使いこなせる能力の育成に力を注いでいただくとともに、論述においては、適用条文の選択や構成要件の意義を正確に示した上、問題となる行為が市場における競争にどのように影響するかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討し、要件に当てはめること、そしてそれを簡条書式的に列挙するのではなく、論理的・説得的に表現することができるように教育してほしい。

## 平成29年司法試験の採点実感（知的財産法）

## 1 出題の趣旨について

既に公表した出題の趣旨のとおりである。

## 2 採点方針等

## (1) 第1問

本問は、いわゆる併用医薬特許を題材とし、専用実施権が設定されている場合の特許権者による差止請求の可否、先使用権の成否、間接侵害の成否、独占的通常実施権者の固有の差止請求権や損害賠償請求権の有無という、特許法の基本的で重要な論点を含む問題であり、このような論点についての基礎的な理解力を問うとともに、長文の事例からの確に論点を抽出する事案分析能力、抽出した論点について裁判例の理解を前提とした法解釈とその適用に関する思考力、応用力及びその論述能力を試そうとするものである。

したがって、全体としては、まず、設問から論点を的確かつ網羅的に抽出して、当事者の主張として問題点を指摘し、裁判例のあるものについてはその判旨を念頭に置きつつ、法解釈を展開した上で、的確に事案に当てはめているか否かに応じて、優秀度を判定した。

## ア 設問1

設問1は、まず、専用実施権を設定した特許権者に差止請求権が認められるか否かを論じ、次に、Y製品2につき、先使用権（特許法第79条）が認められるか否か、特に、「事業の準備」の意義及び「準備をしている発明の範囲」の意義に言及することが「一応の水準」である。

その上で、それぞれの論点につき自説を展開した上で双方の主張の妥当性を論じ、特に、専用実施権を設定した特許権者による差止請求の可否に関しては、これを肯定した最高裁判所平成17年6月17日判決（民集59巻5号1074頁【リガンド分子安定複合体事件】）を念頭に置いて、理由を付して自説を論じている場合、先使用権の成否に関しては、まず、Y製品1につき先使用権の要件を満たすか否かについて論じ、「事業の準備」の意義につき、最高裁判所昭和61年10月3日判決（民集40巻6号1068頁【ウォーキングビーム事件】）を念頭に置いて、判断基準を示して本設問の事案に当てはめている場合、次に、Y製品2が先使用権の効力が及ぶ「発明の範囲」に属するか否かに関し、上記最判【ウォーキングビーム事件】の判示を念頭に置きつつ、その範囲は実施形式に限定されるのか、発明思想が同一の範囲に及ぶのかにつき判断基準を示して事案に当てはめている場合、それぞれの論証の説得性に依りて、「良好」又は「優秀」と評価した。

## イ 設問2

設問2は、まず、Z製品は本件特許発明の一部を構成するにすぎないところ、本件特許発明は物の発明であるから、特許法第101条第2号の適用の可否が問題となることを指摘し、非汎用品要件及び不可欠要件に言及すること、また、併用医薬特許においては、直接の実施行為者と考えられる医師、薬剤師あるいは患者の行為が直接侵害行為と評価されない可能性があることから、直接侵害が成立しない場合の間接侵害の成否に言及することが「一応の水準」である。

その上で、それぞれの論点につき自説を展開した上で双方の主張の妥当性を論じ、第1に、特許法第101条第2号の適用の可否に関しては、まず、「物の生産」該当性について、これを否定した裁判例（大阪地判平成24年9月27日判時2188号108頁【ピオグリタゾン事件】）もあることを念頭に置きつつ、「生産」の意義を論じて事案に当てはめている場合、非汎用品要件について、知的財産高等裁判所平成17年9月30日判決（判タ1188号191頁【一太郎事件】）を念頭に置きつつ、「日本国内において広く一般に流通しているもの」の意義を論じて事案に当てはめている場合、不可欠要件について、東京地方裁判所平成16年4月

23日判決（判タ1196号235頁【プリント基板用治具に用いるクリップ事件】）や東京地方裁判所平成25年2月28日判決（裁判所ホームページ【ピオグリタゾン事件】）の示した判断基準や、これとは異なる判断基準を示したとも解される上記知財高判【一太郎事件】を念頭に置きつつ、判断基準を示して事案に当てはめている場合、第2に、直接侵害が成立しない場合の間接侵害の成否に関して、直接の実施行為者が誰かを論じた上で、同法第69条第3項の適用の可否を論じ、同項の趣旨、あるいは家庭内実施行為として同法第68条の「業として」に当たらないこと等を論じて事案に当てはめている場合、それぞれの論証の説得力に応じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

さらに、Zは情を知らない医師、薬剤師及び患者を支配・管理し、言わば手足として利用していること等を理由として、Zが直接の侵害主体であるとの構成の是非について論じている場合は、その点につき高く評価した。

#### ウ 設問3

設問3は、独占的通常実施権者であるX3の固有の差止請求権の有無、これを有しない場合の専用実施権者の差止請求権の代位行使の可否、さらに、固有の損害賠償請求権の有無、固有の損害賠償請求権を有する場合の特許法第102条第2項の類推適用の可否、自ら本件特許発明を実施していない場合の同項の類推適用の可否に言及することが「一応の水準」である。

その上で、それぞれの論点につき自説を展開した上で双方の主張の妥当性を論じ、特に、固有の差止請求権の有無について理由付けをして論じている場合、仮に固有の差止請求権を認めず代位行使を肯定する場合に、さらに、X2から実施許諾を受けているCに対しても差止請求権を代位行使することができるか否かにつき論じている場合、固有の損害賠償請求権の有無及び特許法第102条第2項の類推適用の可否につき理由付けをして論じている場合、自ら本件特許発明を実施していない場合における同項の類推適用の可否に関し、知的財産高等裁判所平成25年2月1日判決（判時2179号36頁【ごみ貯蔵機器事件】）を念頭に置きつつ、判断基準を示して事案に当てはめている場合、それぞれの論証の説得力に応じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

さらに、固有の損害賠償請求権を認める場合に、独占的通常実施権者が損害賠償を請求するためには単に独占的通常実施許諾の合意があっただけでは足りず現実にも市場の独占状態が実現されていることを要するか否かについて論じている場合、特許法第102条第2項の類推適用に関し、X3はそもそも再実施許諾権を有しないことから、このような場合でも「侵害行為がなかったならば利益が得られたであろうという事情」が存在すると言えるか否かにつき論じている場合は、それらの点につき高く評価した。

#### (2) 第2問

本問は、コンサートでの歌唱に対して演奏権侵害が成立するかについて、演奏権侵害の要件（著作権法第22条）、演奏の主体、非営利の演奏に対する著作権の制限（同法第38条第1項）の適否、また、時事的事件の報道（同法第41条）及び引用（同法第32条第1項）の適否、編集著作物の成立と編集著作権の侵害（同法第12条第1項）、氏名表示権（同法第19条）及び同一性保持権（同法第20条第1項）の侵害の成否、著作者の名誉・声望を害する方法による著作物の利用としての著作者人格権みなし侵害（同法第113条第6項）の成否という、著作権法の重要な論点についての基礎的な理解を問うとともに、事例からの的確に論点を抽出する事案分析能力、抽出した論点について、関連する規定及び裁判例等を理解し、これを具体的事例に適用できるかについて、思考力、応用力及び論述能力を試そうとするものである。

したがって、全体としては、まず、設問から論点を的確に抽出して指摘した上、裁判例のあるものについてはその判旨を念頭に置きつつ、自説を展開して、事案に当てはめているか否かに応じて、優秀度を判定した。

#### ア 設問1

設問1は、まず、演奏権侵害について、著作権法第22条の「公衆」の要件を分析し、次に、演奏権侵害の主体について論じ、さらに、本件コンサートに、非営利の演奏に対する著作権の制限（同法第38条第1項）を適用できるかについて論じることが「一応の水準」である。

その上で、演奏権侵害の主体について、最高裁判所昭和63年3月15日判決（民集42巻3号199頁【クラブ・キャッツアイ事件】）、最高裁判所平成23年1月20日判決（民集65巻1号399頁【ロクラクⅡ事件】）の判示を念頭に置いて、演奏を行った者は誰かについて事案に当てはめて自説を論じている場合、本問で問題となる著作権法第38条第1項の要件が、①営利を目的とせず、②聴衆等から料金を受けず、③実演家等に対し報酬が支払われないという3つであることに言及し、本件コンサートが、非営利団体のチャリティー目的であることなどの設問の事実関係を踏まえ、取り分け、寄附金をどのように評価するかについて、理由を明らかにして各要件を検討し自説を展開している場合は、それぞれの論証の説得性に依拠して、「良好」又は「優秀」と評価した。さらに、コンサート全体の差止めの請求は過剰であることについて言及がある場合は、より高く評価した。

#### イ 設問2

設問2は、複製権（著作権法第21条）侵害、公衆送信権（同法第23条第1項）侵害について、時事の事件の報道（同法第41条）及び引用（同法第32条第1項）に関する著作権の制限規定の適用の可否につき論じることが「一応の水準」である。

その上で、時事の事件の報道については、本件動画の配信の態様が「報道の目的上正当な範囲内」と言えるか、本件コンサートの開催から1年以上経過してなお配信され続けていても「時事の事件」と言えるかについて、的確に論じている場合、引用については、最高裁判所昭和55年3月28日判決（民集34巻3号244頁【パロディモンタージュ事件】）のみならず、近時の知的財産高等裁判所平成22年10月13日判決（判時2092号135頁【鑑定証書コピー事件】）等の判示をも念頭に置きつつ、事案に当てはめて自説を論じている場合は、それぞれの論証の説得性に依拠して、「良好」又は「優秀」と評価した。

#### ウ 設問3

設問3は、まず、素材の選択・配列における創作性について、設問の事実関係に当てはめて検討し、編集著作権（著作権法第12条第1項）が認められるかを論じ、次に、編集著作権の侵害は、素材の選択又は配列の創作的表現の再製が要件であることを踏まえてその成否を論じ、さらに、氏名表示権（同法第19条）、同一性保持権（同法第20条第1項）について、それぞれ言及することが「一応の水準」である。

その上で、本件CDにおいて、甲の60編の詩の選択のうちの一部が利用され、収録した曲の順序が変更されていることについて検討しつつ、侵害の成否について事案に当てはめて自説を的確に論じていれば、その論証の説得性に依拠して「良好」又は「優秀」と評価した。

#### エ 設問4

設問4は、名誉・声望を害する方法による著作物の利用としての著作者人格権みなし侵害（著作権法第113条第6項）の成否について、同項にいう名誉・声望とは、社会的名誉・声望を指し、主観的な評価である名誉感情は含まれないとされていることに言及し論じることが「一応の水準」である。

その上で、本件再生行為によって、社会から受ける客観的な評価の低下を来し社会的名誉・声望が毀損されると言えるかについて、理由を明らかにして自説を的確に論じている場合は、その論証の説得性に依拠して「良好」又は「優秀」と評価した。

### 3 採点実感等

#### (1) 第1問

##### ア 設問1

## (ア) 専用実施権を設定した特許権者による差止請求の可否について

本論点に気付いていない答案が相当数見られた。

また、この点に言及する答案においても、特許法第68条ただし書との関係から問題になることや、前掲最判【リガンド分子安定複合体事件】の示す理由付け（実施料収入の確保、専用実施権が消滅した場合に不利益を被る可能性等）などを的確に指摘している答案はあまり多くはなかった。

## (イ) 先使用権の成否について

先使用権の成否については、ほとんどの答案が言及していた。

「事業の準備」及び「準備をしている発明の範囲」について、多数の答案が前掲最判【ウォーキングビーム事件】を踏まえて論じていた。ただし、後者の点について、現に準備をしていた実施形式に具現された「発明」と同一性を失わない範囲という同判決の判示を正解しない答案もあり、その多くは、発明の範囲の問題を事業の目的の範囲の問題と混同していた。

また、同判決の発明思想同一説に立ちながら、当てはめにおいて発明思想の同一性を否定する答案も散見された。もっとも、発明思想同一説に立つのであれば、 $\alpha$ と $\gamma 1$ を組み合わせたY製品1という実施形式に具現された発明とは何かを考える必要があり、Y製品1とY製品2（又は $\gamma 1$ と $\gamma 2$ ）を単純に比較して実施形式面の相違を論じるのみでは不十分である。本設問では、 $\gamma 1$ 及び $\gamma 2$ はいずれも薬剤 $\beta$ の一種であるとされており、その点も踏まえて発明思想の同一性を判断する必要があるだろう。

## (ウ) その他

$\alpha \gamma 2$ は選択発明であるなどとして、あるいは均等論の適用により、Y製品2が本件特許発明の技術的範囲に属するか否かを論じる答案が散見されたが、 $\alpha$ と $\gamma 2$ の組み合わせは本件特許権に係る特許請求の範囲に記載されているのであるから、それらの点は論じるべきではないであろう。また、設問に本件特許権は「有効であるものとし」と記載されているにもかかわらず、無効の抗弁に言及する答案が散見された。問題文をよく読むべきである。

## イ 設問2

多数の答案が間接侵害の問題を論じていた。設問の事実関係の下で間接侵害の要件論を論じないとすれば事案分析能力が不十分であると言わざるを得ない。

間接侵害の成否を検討する際に、特許法第101条第1号該当性について述べる答案が相当数あったが、Z製品（薬剤 $\alpha$ ）は単体でも公知の糖尿病治療薬として販売されていたことや、Z製品（薬剤 $\alpha$ ）とA製品（薬剤 $\beta$ ）が同時服用される場合が「多かった」などの設問の事実関係を前提とすれば、同条第1号に該当するとは思われないから、同条第2号該当性を論ずれば十分であろう。同条第1号についてのみ述べる答案も少数ながら存在したが、同号該当性を否定しただけでは間接侵害の成立を否定したことにならず、同条第2号該当性を検討すべきである。また、同条第2号に言及する答案の中には、同号の要件の一部しか検討していないものが散見された。確かに一部の要件の充足を否定すれば同号の間接侵害の成立を否定できようが、単なる間接侵害の成否ではなく、X2の主張及びZの反論の妥当性を問う設問なのであるから、問題となる要件全てについて言及すべきである。

なお、本件特許発明を方法の発明であるとして特許法第101条第3号・第5号該当性を論じる答案もあったが、基本的理解が不十分であると言わざるを得ない。

## (ア) 間接侵害の成否について

## ① 生産該当性

この問題については、受験生の目には触れることの少ないと思われる裁判例（前掲大阪地判【ピオグリタゾン事件】）が存在するが、上記裁判例を知らなくても公知の薬剤を併用服用することが「物の生産」に該当するかという点に気付くかどうかを試したところ、この点に気付いて自説を論じている答案も少数ながらあり、高く評価することができた。

## ② 非汎用品要件

多数の答案は、前掲知財高判【一太郎事件】を踏まえて論述していたが、要件充足性をどのような基準により判断し、取り分け、Z製品（薬剤α）が医師の処方せんなしには入手できない点をどのように考慮するか（仮に考慮しないのであれば、その場合の要件論）について、言及しない答案も散見された。

## ③ 不可欠要件

不可欠要件の判断基準をめぐっては、複数の立場があり得るところ、本件特許権のような併用・組合せ特許に関する裁判例としては、前掲東京地判【ピオグリタゾン事件】があり、同判決に従うならば、課題解決のために本件特許発明が新たに開示したとは言えない公知の薬剤αそれ自体は不可欠要件を充足しないこととなろう。少数ながら、その旨を丁寧に論述している答案は、高く評価することができた。

これに対して、前掲知財高判【一太郎事件】を参考にしたと思われる答案が多数見られた。同判決の判示の理解にもよるが、仮にこれをいわゆる条件関係說的に緩やかに不可欠要件を解するものと理解して本問に当てはめるならば、薬剤αの公知性は不可欠要件の充足を認める妨げとはならないと解する余地はあるだろう。もっとも、その場合、薬剤αの公知性に言及することなく簡単に不可欠要件の充足を認めてしまっている答案が少なくなかったが、間接侵害の成否の判断においては特許権の効力の不当な拡張に当たらないかにつき配慮しつつ、公知の薬剤α単体の製造・販売を間接侵害として差し止めてよいのか否かについて、結論はともかく、問題意識を持って論じて欲しかった。

## (イ) 直接侵害が成立しない場合の間接侵害の成否について

この問題に言及する答案においては、直接侵害がない場合の間接侵害の成否について、いわゆる折衷説に立つとするものが多かったが、どのような基準により判断するかを述べていない答案も少数見られた。

また、直接侵害者が、医師なのか薬剤師なのか患者なのかを明確にした上で、自説を展開している答案は少数にとどまった。

## (ウ) 特許法第69条第3項について

特許法第69条第3項に触れている答案は多くはなかったが、医師等が、同時に服用するように指示することが、同項の「混合」、「調剤」に該当するかにつき論じた答案は極めて少数であり、漫然と同項を適用する答案が多数であった。

この点、薬剤αは顆粒であり、薬剤βはカプセル入りの液体であるところ、その両者を組み合わせることが「混合」に当たるか否かは必ずしも自明ではないのであるから、特許法第69条第3項が（類推）適用できるのかについてまず検討すべきである。条文の文言と設問の事実関係を注意深く読めば問題点に気付くことは可能であろう。

その上で特許法第69条第3項の適用ないし類推適用を認めて直接侵害が成立しないというのであれば、次に直接侵害が成立しない場合の間接侵害の成否が問題となり、いわゆる折衷説に立てば、同項の趣旨について検討する必要がある。その場合、同項が医療現場での医師等の行為を免責する趣旨であることや、同項が二以上の医薬に関する規定であり、単体の医薬について明記されておらず、単体の医薬の特許権の効力は当該医薬の製造・販売に及ぶと一般には解されることとの関係にも留意する必要がある。そのような点を踏まえた答案は高く評価することができた。一方、単に公益性を理由に間接侵害を否定する答案も散見された。

## ウ 設問3

差し止め又は損害賠償の一方についてのみ述べる答案が散見されたが、その両者について問われていることは明らかであり、その点に気付いていなければ注意力不足である。

## (ア) 差し止め請求権について

多数の答案が独占的通常実施権者の固有の差止請求権を否定していたが、その理由として、特許法第100条第1項の文言のみならず、より実質的な理由を述べる答案については、高く評価することができた。

独占的通常実施権者の固有の差止請求権を否定する場合には、続いて専用実施権者の差止請求権の代位行使の可否について検討すべきであるが、この点に言及する答案は予想以上に少なかった。また、言及している答案であっても、代位行使を認める場合に何を被保全債権として捉えているのか不明なものもあった。

他方、一般論として代位行使を認めるとしても、X2がX1の承諾も得てCに実施許諾したこととの関係が問題となるが、この点について、それがX3との関係において債務不履行に当たるにしても、X2は実施権者であるCに差止請求権を行使し得ない以上、差止請求権の代位行使も認められないのではないかとこの観点から自説を展開している答案もあり、高く評価することができた。

(イ) 固有の損害賠償請求権について

そもそも独占的通常実施権者に固有の損害賠償が認められるかについて、理由も含めて触れている答案は少数であった。

固有の損害賠償請求権を認める場合には、単に独占的通常実施許諾の合意があっただけでは足りず、現実にも市場の独占状態が実現されていることを要するか否かが問題となるが、この点について言及する答案はほとんどなかった。

(ウ) 特許法第102条第2項の類推適用について

Cに対する実施許諾は特許法上適法であるとしてCに対する損害賠償請求は認められない旨のみを述べ、特許法第102条第2項の類推適用をめぐる問題に言及しない答案も散見された。しかし、そのような立論による場合であっても、同項に基づくX3の主張に対し、Cは同項の類推適用を否定する様々な反論を主張するであろうこと、また、独占的通常実施権者X3に対するCの債権侵害（不法行為）が成立する可能性もないとは言えないことを踏まえれば、同項の類推適用をめぐる問題となる点については検討を加えるべきである。

(エ) 自己実施がない場合の特許法第102条第2項の適用

自ら特許発明を実施していない場合の特許法第102条第2項の適用に言及する答案はそれほど多くはなかった。その中で、前掲知財高判【ごみ貯蔵機器事件】の判示を意識し、同判決が、侵害行為がなかったならば利益を得られたであろうという事情の存在を求めていることについて言及した答案は更に少なかった。本設問では、X3は自ら実施せずにBに再実施許諾をしているにすぎないから、同項の類推適用を認める以上、言及すべきであろう。もっとも、同判決を前提としても、X3のように実施許諾しかしていない場合についてまで同項の適用が認められるかについては議論があるところであるから、その点を自覚的に論じることが望まれる。その上で、そのような場合にも同項の適用を認めるのであれば、再実施許諾権を有しないX3による実施許諾との関係が問題となるが、この点に言及する答案はほとんどなかった。

(1) 第2問

設問1及び設問2は、著作権についてのみ問うているにもかかわらず、著作者人格権について論じている答案が見られた。

ア 設問1

(イ) 演奏権侵害の要件について

「公衆」の意義に関しては、著作権法第2条第5項に言及しつつ、本設問を検討することが求められるところ、「市職員」が「特定」と言えるかについて論ずることなく、漫然と「不特定・多数」と解した答案が散見された。

なお、侵害される権利が、演奏権ではなく上演権と誤解している答案も散見された。

## (イ) 演奏の主体について

この点に言及する答案は、予想よりも少なかったが、言及する答案においては、前掲最判【ロクラクⅡ事件】のほか、いわゆるカラオケ法理や手足論など様々な判断基準が用いられていた。手足論による場合は、それ以外の場合よりも相対的に強い支配管理性が要求されるであろうが、Aが選曲したことなどの事実関係を踏まえてその点を説得的に論じている答案はほとんど見られなかった。

## (ウ) 著作権法第38条第1項について

この点については、大多数の答案が言及していたものの、本件において問題となり得る著作権法第38条第1項の3つの要件（非営利目的、無料、無報酬）全てについて、設問の事実関係を踏まえて適切かつ丁寧に論じている答案はそれほど多くはなく、一部の要件についてのみ述べる答案や、寄附金と「対価」（同項括弧書き）との関係を検討しない答案が散見された。また、営利を目的としないことと料金を受けないことは、条文上「かつ」と定められているように、それぞれ独立の要件であるが、両者を混同している答案もあった。

## イ 設問2

本設問では、時事の報道のための著作権の制限（著作権法第41条）と引用の抗弁（同法第32条第1項）の両方に言及する必要があるが、両方に言及した答案はそれほど多くはなかった。

また、本件記事の文章が500文字であること、本件動画は歌唱全7分間のうちの1分間であること、本件動画の部分は画面の8分の1の面積の窓になっていることなどといった設問の事実関係を十分に考慮することなく結論を導いている答案もあった。事実関係の中から法的に意味があると考えられる具体的な事実を適切に抽出し、一般的な規範をこれに当てはめて結論を出すという基本的な法的文章作成能力も問われていることに留意すべきである。

## (ア) 著作権法第41条について

本件動画が、本件コンサートの開催から1年以上経過してなお配信されているという事実は、本来「時事的事件」該当性の問題であると思われるところ、「報道の目的上正当な範囲内」の問題とした答案が多数見られた。そのように解する場合、同じ文言を用いている引用（同法第32条第1項）との関係が問題となる。

## (イ) 著作権法第32条第1項について

適法引用の要件をめぐり、前掲最判【パロディモンタージュ事件】のいわゆる2要件説のみに基づく答案が散見されたが、同説に対しては著作権法第32条第1項の条文の文言との関係が不明であるなどの批判もあるところであり、近時の裁判例なども踏まえつつ、同項の文言に即して要件論を展開し、これを設問の具体的な事実関係に丁寧に当てはめて結論を出している答案については、高く評価することができた。

## (ウ) その他

本設問について、著作権法第30条の2（付随対象物の利用）、同法第39条第1項（論説の転載）、同法第43条（要約引用）、同法第113条第1項第2号（みなし侵害）の問題とする答案のほか、同法第32条第1項において引用する側の著作物性を論ずる答案も散見されたが、いずれもあえて論ずる必要性は高くないであろう。

## ウ 設問3

## (ア) 編集著作物について

編集著作権については、まず著作物性（素材の「選択」又は「配列」の創作性）が問題となるところ、この点に言及しない答案が相当数見られたが、本問が編集著作物の問題であることに気付かなかったとすれば、著作権法の基本に関する理解が不足していると言わざるを得ない。

## (イ) 編集著作権侵害について

編集著作権侵害については、素材の選択又は配列のいずれかに創作性があり、それと実質的に同一であれば編集著作権侵害が成立するところ、この点を意識した答案は意外に少数であった。

本設問では、少なくともQ章の素材の選択については創作性が認められる可能性が高いところ、そうであれば、本件CDはQ章の素材をそのまま使用しているから、それだけで編集著作権侵害が認められるはずである。しかし、収録順が異なっていることを理由として侵害を否定する答案や、収録順が異なることから表現上の本質的特徴を直接感得できないとして侵害を否定する答案が散見された。編集著作権に対する理解が不足していると言わざるを得ない。また、そのような答案の中には、曲の順序の変更のみ着目して同一性保持権侵害についてのみ論じる答案や、編集著作権に言及することなく、曲の順序を変更してもなお表現の本質的特徴を直接感得できるかという観点から翻案権侵害の成否のみを延々と論じる答案が少なくなかった。しかしながら、甲による60編の詩の選択のうちの10編の選択に創作性が認められ、本件CDにおいてその創作性が利用されたのかという点こそが問題なのであって、その点の検討を抜きに翻案権侵害の成否を論じても不十分である。

(ウ) その他

本設問に関し、公表権侵害、消尽を問題とする答案が見られたが、いずれも事案上問題とならないことは明らかである。また、歌詞と楽曲はそれぞれ独立した著作物と捉えるのが一般的な理解であるが、本件楽曲が詩Pの二次的著作物であると述べる答案も見られた。

なお、同一性保持権について触れた答案は多かったが、氏名表示権に言及した答案は少なかった。

エ 設問4

本設問では、著作権は著作権管理団体Jに譲渡されているため、著作者人格権のみが問題となるところ、著作権侵害を論じる答案が散見されたが、上記事実は、著作権が問題とならない点を示しているだけであり、著作権侵害を論ずる必要はない。

(ア) 著作権法第113条第6項について

著作権法第113条第6項に言及する答案は、予想以上に少なく、同一性保持権について述べる答案や同法第115条の名誉回復等の措置についてのみ述べる答案が目立った。

著作権法第113条第6項に言及する答案においても、同項の名誉・声望は社会的名誉・声望を意味することまで述べている答案はごく少数であった。また、社会的名誉・声望の問題であることを認識しながらも、当てはめでは、乙の意図を損なう点から社会的評価が低下すると述べる答案もあったが、乙の「主観的」な評価のみを根拠に「社会的」な評価の低下を招くという論法には問題があろう。さらに、戦争を茶化した喜劇での使用が平和活動家としての乙の社会的評価を低下させるとする答案もあったが、設問には、当該喜劇につき、戦争を茶化すとのみ記載されており、それが反戦的であるのか否か、また、Mはどのような場面で背景音楽として使用されたのか、といった点に関する事実関係は示されていないのであるから、安易な決めつけは避けるべきであろう。

(イ) その他

本設問において、同一性保持権の「改変」の問題と捉える答案が少なからず散見されたが、戊はMをそのまま背景音楽として流しただけであって、楽曲そのものには何ら改変が行われていないから、同一性保持権の問題と捉えるのは困難であろう。

(3) 総括

第1問、第2問とも設問が長文であり、かつ多数の論点を含んでおり、事例分析能力と論点抽出能力が試されている。このような設問では、適切に事例を分析し、重要な論点を的確に抽出し、その軽重を判断した上で簡潔に自説を展開することが肝要である。周道的あるいは一つの論点について長々と自説を展開した結果、問われた点の一部にしか言及しない答案や重要な論点が欠落

している答案が散見された。特に後半において文字が判読困難な答案や極めて小さな文字で加筆する答案なども含め、時間不足や紙面不足と思われる答案については、その理由をよく考え、時間配分や論述のバランスには十分配慮すべきである。

#### 4 今後の出題

出題方針について変更すべき点は特にない。今後も、特許法及び著作権法を中心として、条文、判例及び学説の正確な理解に基づく、事案分析力、論理的思考力を試す出題を継続することとした。

#### 5 今後の法科大学院教育に求められるもの

論点の内容についてはそれなりに記載されているものの、実務において重視される事実関係の把握・分析が不十分と思われる答案が多かった。法科大学院は、実務家を養成する教育機関であるから、論点中心の教育ではなく、実際の訴訟等を想定して、具体的事案の中から、実務家なら当然なすべき主張を抽出し、それについての的確に論述する能力を広く養うような教育が求められる。

また、明文の規定があるにもかかわらず、条文を指摘せずに解釈論を展開する答案が見られたが、条文解釈が基本であるから、条文を前提とした解釈を意識した学習を指導することが求められる。

さらに、最高裁判例や判断基準を示す裁判例があるにもかかわらず、それに言及せず、自説を展開する答案も散見された。繰り返しになるが、法科大学院は実務家を養成する教育機関なのであるから、判例を念頭に置いた学習を常に心掛けることが望まれる。

## 平成29年司法試験の採点実感（労働法）

## 1 出題の趣旨、狙い等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

## 2 採点方針

事例に即して必要な論点を的確に抽出できているか、関係する法令、判例及び学説を正確に理解し、これを踏まえて、論理的かつ整合性のある法律構成及び事実の当てはめによって、適切な結論を導き出しているかを基準に採点した。

出題の趣旨に沿って、必要な論点を的確に取り上げた上、その論述が期待される水準に達している答案については、おおむね平均以上の得点を与え、さらに、当てはめにおいて必要な事実を過不足なく摘示し、あるいは、主要論点について、着目すべき問題点を事例から適切に読み取って検討しているなど、優れた事例分析や考察が認められる答案については、更に高い得点を与えることとした。

なお、答案の中には、極めて小さな文字で書かれてあるものや、乱雑で文字の判読が困難なものなどが少なくなかった。文字いかんが得点そのものを左右するわけではないが、できるだけ読みやすい文字で丁寧に答案を作成することを強く望みたい。

## 3 採点実感等

## (1) 第1問について

本問は、設問1では、会社分割の際に使用者に課せられている商法改正法附則第5条の協議手続（以下「5条協議」という。）と労働契約承継法（以下「承継法」という。）第7条の労働者過半数代表との協議等により理解と協力を得るための手続（以下「7条措置」という。）の法的意義と法的効力（労働契約承継の効力との関係）、設問2では、会社分割後の分割先会社（労働契約の承継会社）における給与規程、退職金規程の改訂の効力を問うている。

まず、設問1については、5条協議と7条措置の内容とその関係を正確に理解して解答している答案は極めて少なかった。X1は承継法第2条第1項第1号の労働者であって、分割契約等に当該労働者の労働契約を承継会社が承継する旨の定めがある場合には、承継法上、異議を申し出る余地はない。本設問は、法律上そのような状況の下に置かれている労働者が、なお労働契約承継の効力（承継法第3条）を争うことができるかについて問うているが、この議論の前提を理解していない答案が相当数見られた。したがって、この論点についての判例（日本アイ・ビー・エム事件・最判平成22年7月12日民集64巻5号1333頁）を正確に理解する答案も極めて少なかった。具体的には、承継法の関連条文に言及することなく、民法第625条第1項の「承諾」の問題として「承諾」と評価できる事情の有無を議論するもの、転籍の問題としてその適法性を議論するものや、異議申出の可否の問題として議論するものが目立ち、また、C労働組合からの協議申入れの拒否を労働組合法（以下「労組法」という。）第7条第2号の団体交渉拒否の問題として議論するものなど、本来の争点とは直接関係のない議論に終始するものが多く見られた。5条協議については論じているものの、7条措置の問題について全く論じていない答案が多数見られ、特にC労働組合への対応が7条措置の問題であることを理解している答案は非常に少なかった。これらの答案は、会社分割に伴う労働契約承継の基本的事項についての理解が不十分であることを示すものであり、労働契約の変動についての判例法理を含めた法的規律の内容を正確に整理し、理解することが求められる。

次に、設問2については、法的論点が、①就業規則の不利益変更に対する労働者の同意の効力の問題と、②就業規則の不利益変更の法的効力の問題であることを理解せず、いずれか一方だけを論じている答案が相当数見られた。また、退職金規程改訂について、退職金の法的性質を詳細

に論じるものや、この規程改訂が「不利益変更」に当たるかについて多くの分量を割いて論じるものが見られたが、限られた時間と紙幅の下では、設問の趣旨を的確に把握した上で、答案構成を行うことが望まれる。

①については、判例（山梨県民信用組合事件・最判平成28年2月19日民集70巻2号123頁）が提示した規範に言及することなく、不利益変更に対する同意の撤回、錯誤の問題として論じる答案、退職金債権の放棄の問題として論じるものが散見されたが、最新の判例についても十分に目配りした学習が望まれる。また、同判例は、労働契約法（以下「労契法」という。）第8条、第9条を参照しつつ、労働者の同意につき、それが労働者の自由な意思に基づいてなされたものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するか否かにより同意の有効性を判断する旨判示しているが、その具体的な判断要素（不利益の内容及び程度、同意に至る経緯及びその態様、それに先立つ労働者への情報提供又は説明の内容等）をも提示しているため、これを参照しながら、事案の事実関係を適切に検討することが求められる。

②については、労契法第10条に明記されている適法性要件（周知手続と変更の合理性判断・考慮事項）に則して、事実関係が適切に評価、検討されているかが問われており、十分な検討を加えた答案が多く見られた。なお、同条には明記されていないが、就業規則の不利益変更の合理性判断に際して、判例（第四銀行事件・最判平成9年2月28日民集51巻2号705頁）は、賃金、退職金の不利益変更の変更については高度の必要性を要する旨判示しているため、この点に言及しているものについては加点の対象としている。

## (2) 第2問について

本問では、設問1については、ユニオン・ショップ協定（以下「ユ・シ協定」という。）の意義、協定を締結している労働組合（以下「組合」という。）から脱退した労働者、新たに組合を結成してこれに加入した労働者等に対するユ・シ協定の効力、設問2については、新組合からの団体交渉の申入れに対する使用者の対応が、労組法第7条第2号の正当な理由のない団体交渉拒否の不当労働行為に当たるのか等について理解を問うものであるが、論点が多岐にわたるため、個々の論点について要領よく簡潔に叙述することが必要である。

設問1では、ユ・シ協定の意義と基本的な適法性判断については、おおむね良く論じられていたが、他組合加入者との関係でそれが一部無効となるという説明が不正確あるいは大雑把な答案が多く見られた。判例（三井倉庫港運事件・最判平成元年12月14日民集43巻12号2051頁）を踏まえながら、注意深く論じることが望まれる。解雇されたX1、X2及びX11は、新たに結成されたB組合への加入の有無及びB組合への加入と解雇通知の前後関係の点で、それぞれ異なる事情の下にある。また、A組合脱退後にB組合に加入した労働者、A組合脱退後にB組合に加入しなかった労働者の全員が解雇されたわけではない。したがって、これらの事実関係を正確に整理した上で、適用すべき規範を明示し、適切な当てはめを行わなければならないが、この区別をしない答案、なかでもX1とX2を区別しないものが相当数見られた。また、X1の解雇はB組合結成・加入前ではあるが、解雇無効と結論付けるために、A組合委員長名の警告を性急にY会社の支配介入と断ずる答案が目についた。他方、B組合に加入していないX11についても平等原則や労組法第7条第1号を適用して解雇無効と論じる余地があるが、その点に触れた答案は必ずしも多くなかった。

なお、問題文では明らかにされていないが、解雇予告手当が支払われていないとすると、解雇の効力発生時期が1か月後となって、X1は解雇時点でB組合に加入していることになり、この点を指摘する答案も少数ながらあった。

最終的な解雇の効力については、多くの答案が労契法第16条（解雇権濫用法理）に即した議論を行っていたが、ユ・シ協定の効力と解雇の効力を区別しない答案も少なからず見られ、特にX2について、ユ・シ協定上の解雇義務が無効となることから解雇を当然無効とするものが目についた。

設問2では、B組合の要求に対するY社の対応（問題文の理由(1)～(3)）が、団体交渉拒否の「正当な理由」に当たるのかについて論じる必要があるが、その前提として、B組合の要求が義務的団体交渉事項に該当するのか検討しなければならない。義務的団体交渉事項の意義とその当てはめについては、十分に論じている答案が多かった。

理由(1)については、大多数の答案が、唯一交渉団体約款が無効で団体交渉拒否の正当な理由にならないことを理解していた。理由(2)については、解雇の問題が義務的団体交渉事項であるという指摘にとどまる答案が多く見られた。団体交渉制度の意義や趣旨を踏まえれば、訴訟で争うことができても、また、解雇の適法性いかにかわからず、訴訟とは別に、使用者は団体交渉に応じる必要があることを明確に指摘することが望まれる。理由(3)についても、まずは団体交渉に応じて説明をする必要があるが、組合活動のための企業施設利用の問題と捉えて、企業施設の利用には使用者の許諾が必要であり、例外的に権利濫用の問題となるという判例法理の枠組みで検討している答案が多数見られた。複数組合併存下の使用者の中立保持義務を含めて、労組法第7条第3号（支配介入）の不当労働行為の議論をする余地はあるが、企業施設利用の可否と団体交渉拒否の正当な理由の有無とは別問題であり、議論が混乱した答案が目についた。

なお、団体交渉要求に対する文書による回答の可否も問題となり得るが（清和電気産業事件・最判平成5年4月6日労判632号20頁）、この点について検討した答案は極めて少なかった。

#### 4 答案の評価

「優秀」の水準にあると認められる答案とは、出題の趣旨を十分に理解し、必要な論点には漏れなく言及して、法令の規定と判例の判断の枠組みを踏まえた規範定立と事実的的確な当てはめを行い、説得的な論述を行っている答案である。

「良好」の水準にあると認められる答案とは、必要な論点にはおおむね言及し、法解釈について一定の見解を示した上で、事例から、結論を導き出すのに必要な具体的事実を抽出できている一方で、当てはめにおいて、判例の理解が十分とまではいえない答案など、「優秀」の水準にあると認められる答案のように出題の趣旨を十分に捉えきれていないような答案である。

「一応の水準」にあると認められる答案とは、労働法の基本的な論点に対する一定の理解はあるものの、必要な論点に言及していなかったり、言及していたとしても、規範定立や当てはめが不十分であったりする答案であり、関係条文・判例に対する知識の正確性に難があり、事例における具体的な事実関係を前提に要証事実を的確に捉えることができているような答案である。

「不良」の水準にあると認められる答案とは、関係条文・判例に対する知識に乏しく、労働法の基本的な考え方を理解せず、例えば、規範を定立せずに単に問題文中の具体的な事実を列挙するにとどまったり、少ない知識から無理に構成した判断を箇条書き的に羅列するだけであったりするなど、具体的事実に対応して法的見解を展開するというトレーニングを経ておらず、基本的な理解・能力が欠如していると思料される答案である。

#### 5 今後の出題

出題方針について変更すべき点は特にないと考える。今後も、法令、判例及び学説に関する正確な理解に基づき、事例を的確に分析し、必要な論点を抽出して、自己の法的見解を展開し、これを事実にあてはめることによって、妥当な結論を導くという、法律実務家に求められる基本的な能力及び素養を試す出題を継続することとしたい。なお、労契法、労働基準法及び労組法以外の主要な法令にも十分に目配りをすることが望まれる。

#### 6 今後の法科大学院教育に求めるもの

基本的な法令、判例及び学説については、正確な理解に基づき、かつ、規範の提示とその当てはめという最低限の対応を習得するように更なる指導をお願いしたい。その際、条文の内容を正確に

理解することはもとより、当該規定の趣旨を踏まえて事案に適用する能力が求められるほか、主要な判例については、判旨部分を単に記憶するのではなく、丁寧に読み込んで、事案の内容を正確に把握し、当該事実関係の下でどのような規範を定立して当てはめが行われたか、その意義を的確に理解する必要があることに十分配慮いただきたい。また、事例の分析の前提となる基礎的事実を正しく把握し、結論を導くために必要な論点を抽出した上、論点相互の関連性を意識しつつ、法令、判例及び学説を踏まえた論理的かつ一貫性のある解釈論を展開し、これに適切に事実の当てはめを行って、法の趣旨に沿った妥当な結論を導くという、法的思考力を更に養成するよう重ねてお願いしたい。

併せて、団体交渉による労使の自主的な条件決定・紛争解決の意義についても十分な理解が必要であり、指導の際に確認していただきたい。

## 平成29年司法試験の採点実感（環境法）

## 1 出題の趣旨について

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

## 2 採点方針

①問題が設定している事実に基づいて、②題意、すなわち、法律上の論点が適切に理解できているか、③その論点について、法律の基礎となっている諸原則や法律の体系的な理解に基づいて、法制度の説明や個々の条文の法解釈を行っているか、④法解釈やその適用が飛躍した説明ではなく、論理的に記述されているか、という点に留意して採点した。したがって、複数の考え方が生じ得る部分については、特定の正解を予定して、それとの整合を判断するのではなく、筋の通った記述がされているかに重点を置いた。

## 3 採点実感等

〔第1問〕〔第2問〕ともに、解答時間の配分にバランスを欠いたためか、一部の設問について十分に検討できていない答案が少なからず見られた。各問題においては、理解度を問う基本的な設問と思考力を問うやや応用的な設問の双方を採り上げているが、基本的な知識を確実なものとしておけば、応用的な設問の論点や尋ねられている法解釈の背景についても十分考える余裕ができたのではないと思われる。

## 【第1問について】

## (1) 出題の意図に即した答案の存否、多寡

第1問は、他法との関係に関する視点を含めつつ、土壤汚染対策法の解釈・運用について問うものである。

〔設問1〕は、民法と土壤汚染対策法の交錯領域における設問である。そこでは、まず、訴訟上の請求についての理解を求めている。本設問では、問題文から、甲売買契約第10条第2項に基づく請求であることが明らかであり、この点をまず押さえるべきである。したがって、同項に基づく請求とは別に、あるいはこれに加えて瑕疵担保責任を論じる答案は、この点を誤っていることになるが、そうした答案が散見された。次に、本設問では、同項が定める「環境省の指定基準に適合しない土壤汚染」の意義が問題となるから、契約当事者による合理的意思表示によってこれが決まることを述べ、その合理的意思表示を判断するために自然由来の土壤汚染が土壤汚染対策法の対象となるか検討することになる。この点につき、土壤汚染対策法の解釈が甲売買契約の解釈に反映するとの理解が不十分な答案が少なからず見られた。甲売買契約時とAによる対策費用負担請求時において、土壤汚染対策法の行政解釈が変化していることの指摘を読み取ることのできる答案もそれなりにあったものの、その根拠は法律そのものではなく環境省の通知であり、その通知による解釈が意味するところ自体の適否が裁判所の判断に委ねられていることについて明示的に言及する答案は、極めて少なかった。例えば、甲売買契約は土壤汚染対策法の行政解釈変更以前に締結されたものであるという理由だけから、甲売買契約における当事者の合理的意思表示として自然由来汚染は含まれず、Aの請求は認められないとの答案は、土壤汚染対策法の解釈いかんという問題の所在を理解できているものとは考えられない。同様に、自然由来汚染を対象とするように行政解釈の変更があったという理由だけから、Aの請求が認められるとの答案も、売買当事者間の費用負担に関する合意と行政解釈をつなぐものが欠けているということになる。一方、甲売買契約第10条第1項及び同条第2項の文言からBが負担すべき論拠を丁寧に拾うことができているものについては、高い評価とした。実務においても、問題の表層のみを取り上げて判断することは厳に慎むべきであり、この意味でも設定された問題状況を丁寧に検討すべきである。

また、汚染者負担原則からBの負担とする答案もあったが、自然由来であればBが原因者でないというのは自明で、それがゆえに、自然由来の汚染対策の位置付けが問題となり、原因者でない者に負担をさせることが比例原則に違反しないか問題となり得る（「出題の趣旨」参照）のであるから、このような記述は、環境法の原則の理解が疑われることになる。

なお、「出題の趣旨」に記載したとおり、（本試験実施日後に）平成29年改正土壤汚染対策法が公布されており、同改正法では、自然由来の土壤汚染を同法の対象とすることを前提とする規定が置かれている。

〔設問2〕は、簡易代執行手続の設問により、廃棄物の処理及び清掃に関する法律（以下「廃棄物処理法」という。）との関係や簡易代執行手続において生じる費用負担について問うている。土壤汚染対策法に基づいて簡易代執行が行われた事例は、皆無に近いとされているが、同法の改正等により、その適用対象が拡大されてきていることなどを考慮すると、潜在的な課題として考えられる。

本設問の事例では、まず、①土壤汚染対策法第6条に基づいて県知事が要措置区域の指定を行うこと、②同法第7条に基づく簡易代執行の要件、義務者、手続について記述することが求められるが、ここまでは、大部分の答案が一応の記述をしていた。もっとも要件の拾い方やその当てはめの丁寧さには少なからず差が出ることもなった。次に、当該廃棄物がQによる土壤汚染の原因となっているか否かの場合分けをすることになるが、この点について、明確に記述している答案は、少なかった。さらに、第三者（原因者）の判明、不明の場合分けを行うが、「出題の趣旨」記載のとおり、結論を分けるか否かについては、同法第7条第5項にいう「その者の負担において」の解釈による。しかしながら、第三者の判明、不明の場合分けを行っている答案は、多かったが、同項の解釈まで踏み込んでいない答案は、少なかった。

なお、汚染者負担原則からS県が負担すべきでないという答案が多かったが、そのような視点自体は良いものの、条文に基づく説明が不足しているものが多く、土壤汚染対策法の条文からどのようにこれを導くことができるか、あるいは導くことができないかを論じているものについては、高い評価とした。実務においても、法文を離れた解釈の展開は、説得力を持たないということを肝に銘じてほしい。

(2) 出題の意図と実際の解答に差異がある原因として考えられること

前述したところと重複するが、まず問題文をよく読めていないのではないかとされた。また、法律行為の解釈の在り方、法令と通知の関係等、環境法以前の基礎的な法的事項の理解について疑問を抱かせるようなものも少なくなかった。土壤汚染対策法等の個別の法律やその中の制度の背景にある原則を言葉で説明できるだけでなく、関連する条文に必ず当たるといふ地道な作業を日頃心掛けていられるかどうか差が生ずる原因となっていよう。

(3) 各水準の答案のイメージ

「優秀」な答案のイメージは、題意を的確に理解し、設問ごとにバランスよく論述されているものである。例えば、〔設問1〕において、通知の法的性質に言及した上で土壤汚染対策法の解釈を行い、契約の合理的意思表示を行った答案である。〔設問2〕においては、場合分けにより、費用負担に関する結論を適切に導いている答案である。「良好」な答案のイメージは、各設問が求める論述の一部を欠いてはいるが、主要な論点について筋の通った説明ができているものである。「一応の水準」の答案のイメージは、各設問について、題意をおおむね理解し、一定程度の記述があるものである。「不良」な答案のイメージは、〔設問1〕で瑕疵担保責任のみを論じているなど、題意を適切に捉えていない記述に終始したものである。

【第2問について】

(1) 出題の意図に即した答案の存否、多寡

第2問は循環管理法についての総合的な理解度と原理原則に遡って思考する能力を問う問題である。

〔設問1〕では、循環型社会形成推進基本法（以下「循環基本法」という。）上の基本原則につき、相互の関係も含めたその体系と、これが実社会にどのように現れているかを理解できているかが問われている。

甲店案が排出抑制の基本原則（循環基本法第5条）に沿うものであることは、大多数の答案が指摘できていたが、乙店案と丙店実例については、循環的な利用に当たることには察しを付けつつも、それぞれその一形態としての再生利用（同法第2条第6項）及び熱回収（同条第7項）に当たるという分類（同条第4項参照）にまで言及できていないものも少なからずあり、循環基本法についての基礎的な学習が不足していると思われた。また、循環的な利用の形態の分類を記述している答案においても、乙店案を再使用、丙店実例を再生利用として整理するものが一定数存在し、そのような答案では、「3R（Reduce, Reuse, Recycle）」を標語のようにして、これに依拠して論述するものが多かった。標語をただ知っていても、条文や実例を離れて学んだつもりになっているだけでは、適切な法解釈はできない。基礎に忠実に定義条文（同法第2条）に当たる習慣さえ身に付いていれば、食品残さについて「再使用」（同条第5項）の余地がないことには自然と思いつくことができたはずであるし、そもそも日常用語としても、食品残さを「再使用」できないことには容易に気付くようなものである。

循環的な利用の形態の分類の当てはめが一応できている答案でも、条文の摘示を欠いているものや、基本原則相互の関係にまで論述が及んでいないものも一定数存在した。これらは、「関係条文に触れつつ、」甲店案、乙店案及び丙店実例が、「それぞれどのような点において優れていると言えるか」説明することを求めている出題文をきちんと読むこととも関係するが、ただ分類の当てはめをただけでは、出題に対する解答として十分なものではない。長所についていえば、基本原則間に順位付けをしている循環基本法の成り立ち及びその立法趣旨から、順位が最も高い行為については、なぜそのように位置付けられているのかを論じ、最も高い行為でないものについても、設例を踏まえるとどのような点において優れていると考えることができるかを探求して論述すべきである。

〔設問2〕は、廃棄物処理法における重要な概念である「不要物」について正確に理解できているかを問うものであるが、問題文からその題意を読み取ることができていないものも一部に見られた。環境法の中でも特に重要な法律である廃棄物処理法において、廃棄物の収集・運搬・処分が一定の規律に服すべきこととされている制度枠組みの根幹部分を理解できていないことを示しており、今後十分な学習を積むことが望まれる。

大部分の答案では、廃棄物処理法上の問題が生じることには見当が付けられており、その多くにおいて、「不要物」性が問題となることにも気づき、「不要物」の定義や判断基準について、ある程度は論述することはできていたが、そのような定義や判断基準がなぜ採られるべきであるのかまで意を尽くして論述している答案は多くなかった。判例に依拠してはいても、その判断基準が採られるべき理由を的確に理解できていないため、①当てはめにおいて、総合判断とは名ばかりで、有償性など、解答者自身で立てた基準の一部分の表層にとらわれて、「不要物」と見るべきか否かの当てはめを的確に論述できないものや、②一応「不要物」と見られることを前提としつつも、問題点が解消されるための条件として、「不要物」と見られないよう基準の字義を外れるように弥縫すればよいとの趣旨を記述するものなど、不適切な論述に陥っているものが目立った。

また、「不要物」性について論じることのできていた答案でも、9割以上の大多数が、事業系一般廃棄物として規律されるべき飲食店事業における食品残さについて、産業廃棄物としてしまっていた。国内で排出される産業廃棄物について、事業活動起因性ととも本問【資料】の政令による事業種等の指定が要件とされている廃棄物処理法第2条第4項第1号の基本構造がきちんと理解できているか、あるいはきちんと条文を読めているか、条文適用ないし読解能力に不安を覚えさせる結果であった。

さらに、問題点が解消されるための条件について、再生利用に係る認定の制度（廃棄物処理法第9条の8第1項。産業廃棄物について論じている答案では同法第15条の4の2第1項）を指摘することのできている答案は一定数存在したが、認定を受けた場合に許可制の適用を除外される根拠となる条文（同法第9条の8第4項。産業廃棄物について論じている答案ではこれを準用する同法第15条の4の2第3項）までの確に指摘できているものは極めて少なかった。この点、上記認定制度に触れないまま、再生利用の目的であるから許容される趣旨の答案も一部に見られたところ、目的だけで許容されてしまうのであれば、何のための許可制か意味を成さないことは理解しやすいと思われるが、適用除外の根拠条文を欠いた説明では、許可制下で問題点が解消される条件の論述を尽くしたことにならないという点では、これと大きく異なるのであるから、こういった細部の論述までおろそかにしないよう心掛けてほしい。

なお、問題点が解消されるための条件として、「不要物」の一般的な判断基準における「通常の取扱い形態」等を意識してか、廃棄食品を堆肥原料として取引することのできる市場が一般化するようこれを形成していけばよいと指摘する解答があり、これは、前述したような、判断基準の字義を外れるように弥縫する方策を論述するのとは一線を画しているとはいえようが、政策論としてはともかく、一企業の社外取締役弁護士が述べるべき問題点の解消条件としては、不適切であろう。

〔設問3〕では、条文を読解して事案との関係を臨機応変に理解する能力が問われている。多くの答案において、循環基本法第11条は探し当てることができていたが、食品残さは明らかに「製品」や「容器」ではなく、乙店やB、Dがこれを「製造」や「販売」するわけではないにもかかわらず、同条第2項や第3項を牽強付会して環境配慮設計について論じるなどしているものが一部に見られた。出題内容に沿わずに、無理矢理にでも暗記してきた内容を吐き出そうとする答案の典型であるが、このような解答態度では満足な答案となることは望めない。実際、上位の答案では、条文との対応関係が適切であるものがほとんどであり、本設問を取りこぼしているものは少なかった。

## (2) 出題の意図と実際の解答に差異がある原因として考えられること

昨年も同様の指摘をしたが、全ての法制度の基礎である条文との関係を深く意識せず、一定の法解釈が採られるべき理由も十分に理解しないままに、制度や解釈の表面的な部分のみを暗記して学習を終えたつもりになっているのではないかということが案じられる。また、問題文に沿って解答するのではなく、問題の方を自分の知識に引き寄せようとしてしまっている解答も目立つ。司法試験に合格する上では、もちろん基礎的な法知識を身に付ける必要はあるが、まずは確かに条文を精査し読解する能力や、問題状況に合わせて思考する能力、法的分析能力を涵養することも、これに劣らず重要である。これらは法曹実務においても求められる能力だからである。

## (3) 各水準の答案のイメージ

本問における「優秀」な答案のイメージは、〔設問1〕において、循環基本法の基本原則相互の順位関係を含む成り立ちを理解して当てはめも適切であり、〔設問2〕において、食品残さの「不要物」性が問題となることを的確に把握するとともに、廃棄物処理法における許可制度の概要を理解して問題解消条件を説明できており、〔設問3〕において、循環基本法第11条各項の条文との対応が適切であるものである。「良好」な答案のイメージは、上記のうち、①循環基本法の成り立ち、②「不要物」性の判断基準又は③問題解消条件のいずれか1つの理解にややおぼつかないところがあるが、題意はおおむね把握できているものである。「一応の水準」のイメージは、上記①②③のうち2つの理解がおぼつかないか、1つの理解がおぼつかないことに加えて〔設問3〕における解答が不十分なものである。「不良」な答案のイメージは、循環基本法を全く理解しておらず、又は〔設問2〕の問題点を全く把握できなかったものである。

## 4 今後の出題について

これまでどおり、基礎的な事項や実定法制度を基礎付けている法政策を問う問題、具体的事案から課題の所在を的確につかんだ上で判例理解を含む適切な法解釈によりそれを論理的に解決する問題など、特定の傾向に偏ることなく、幅広く出題することを考えている。

#### 5 学習者及び今後の法科大学院教育に求めるもの

日頃から、科目における主な法制度や論点を表面的になぞることで満足せず、法律及び法律相互の関係を体系的に理解するとともに、法制度がどのような条文の下に成り立っているのか、その条文についてどのような理由に基づいてどのような解釈が採られるべきであるのかを、緻密に意識的に突き詰めて逐一考える習慣を身に付けるようにしていただきたい。こうした法的分析能力と思考力は、法律家の能力として必須であるので、その涵養に努めていただきたい。

そして、一定の法解釈が採用されるのは、実社会における要請に基づいてのことであるから、実際にどのような社会問題が生じ、存在しているのか、毎日の生活の中で具体例にも関心を持ち、それぞれの問題の所在を的確につかむ訓練を積んでいただきたい。また、実社会に対して関心を持つという意味では、持続可能な発展など国際社会の課題と整合性を有する日本社会の課題や現行法制の課題についても、法政策の観点から重要である。

さらに、選択科目は、基本科目の学習に負うところがある（例えば、〔第1問〕における合理的意思解釈、通知の法的性質、比例原則など）ことにも留意いただきたい。

## 平成29年司法試験の採点実感（国際関係法（公法系））

## 1 出題の趣旨等

既に公表されている出題の趣旨（「平成29年司法試験論文式試験問題出題趣旨【国際関係法（公法系）科目】」に記載したとおりである。

## 2 採点方針

国際関係法（公法系）科目の採点方針は、従来の立場を踏襲し、①国際法の基本的な知識を習得し、かつ、設問に関係する国際法の基本的な概念や規範、特に、関係する主要な多数国間条約の関連規定、及び関係する理論や国際法判例を正確に理解しているか、②各設問の内容を理解し必要な国際法上の論点に触れているか、また、出題されている事例に対する適切な考察がなされているか、③答案の法的構成がしっかりしており、論理的かつ正確な文章で書かれ、適切な理由付けがなされているか、といった点を重視した。

## 3 採点実感等

第1問は国家承認及び国家承継並びに国境線画定に関する国際法の諸規則に関する基本的知識、第2問は海洋法、特に排他的経済水域（以下「EEZ」という。）や国家責任に関する国際法の理解を問う問題で、いずれも国際法の主要なテーマに関するものであり、全く見当違いの答案はなく、最低ライン未滿者もいなかった。しかし、設問に的確に答えているか、また、適切な理由付けがなされているか、といった点では、答案の間に一定の差が見られた。

## (1) 第1問

設問1では、まず国家承認の方式に明示の承認と黙示の承認があることを指摘した上で、明示の承認を行わなかったC国とD国が、その後の行動を通して黙示の承認を行ったことになるかどうかを論ずることが期待された。しかし、明示の承認と黙示の承認の違いについて正面から論じた答案は思ったほど多くはなかった。もっとも、C国、D国のその後の行為が国家承認に当たるかどうかを検討する中で、黙示の承認又はこれに類する表現を用いて当てはめを論じ、間接的にこの点に関する理解がある程度あることをうかがわせる答案は相当数あった。

答案の中には、国家承認の要件（住民、領土、政府、実効的支配、外交能力など）及びその具備を詳述して、X国は国際法上の国家性を有すると論じ、さらに、承認の効果に関する宣言的効果説の立場からX国は特定の国家による承認行為のあるなしに関わりなく国際法上の国家として成立していると結論付けるものが少なからずあった。この説明自体は一つの筋の通った説明ではあるが、承認の効果の相対性（国家承認は承認国と被承認国との間でのみ効果を有し、承認していない国との関係においては国際法上の国家間関係が成立していないと見る立場）が今日においても国家実行及び学説上有力に認められているという事実を踏まえると、設問1への答えとしては十分とは言えないし、「その後の行動を通して」国際法上の国家間関係が築かれたか否かを問う設問の趣旨とも整合しない。ここでは、端的に、C国、D国のその後の行動が黙示の承認に当たるかどうかを検討するのが素直な答えであり、X国の国連加盟の総会決議採択において賛成票を投じたC国の行動と、通商航海条約を締結したD国の行動が、検討の対象となる。多くの答案はこの点を的確に捉えていた。国連加盟承認決議に賛成票を投ずることが黙示の承認に当たるかについては、多数の答案は国連の慣行を踏まえて当たらないとしていたが、少数の答案は当たるとしていた。後者であっても、C、X両国はお互いに国連加盟国として国連憲章という国際法に従う関係に立つから国家承認に当たるなど、その理由が説得的に書いてある答案については、評価の対象とした。また、D国がX国と通商航海条約を締結した行為については、黙示の承認に該当すると的確に書かれている答案が多数であった。

設問2では、まず想定されるA国の主張として、A国はX州の独立を承認していないから、同

州は依然としてA国の領域であり、同州内S地方にA国の軍隊を派遣しても国際法上何の問題もないということを指摘した上で、その主張が国際法上認められるかどうかを検討することが期待されている。しかしこの点を明確に記述する答案は少なく、多くはこの点には触れずに、X国は国家としての要件を備えており国際法上国家として成立しているから、A国のX州S地方への軍隊派遣はX国への内政干渉あるいは武力行使に当たり国際法上違法であるとしていた。この考え方は一つの筋の通った説明であるので、一定の評価対象とした。

ところで、本問では、A国もX国(州)も国連加盟国である。上記の想定されるA国の立場(X州はA国の一部でありS地方への軍隊派遣は違法ではないとする立場)を念頭に置きつつ、なおA国も認めざるを得ない説得力のある国際法の考え方として、次のような議論を展開することができる。すなわち、A国はX州を国家として承認しておらず、したがって国際法上の二国間関係がA、X間には成立しているとは認められない(国家承認の効果の相対性)が、少なくとも両国は、国連の加盟国として国連憲章上の権利を尊重し義務を履行すべき立場にあるとして、国連加盟国同士の関係でこの問題を論ずることが可能である。そうすると、先に指摘した考え方の相違にかかわらず、A国は、X国との国連憲章上の関係の中で、X国のS地方にX国の了解無く軍隊を派遣した行為について、国連憲章第2条第3項の紛争の平和的解決義務や同条第4項の武力行使の禁止義務に違反することになる。答案の中には一定数、これらの国連憲章上の義務違反を指摘するものがありその点は評価できる。ただし、なぜ国連憲章をA国とX国との関係で適用するのかについて適切に論じた答案は多くなかった。設問に即した最適な理論構成を整理し、的確に検討することが期待される。

なお、国連憲章の枠内でA国のX州S地方への軍隊派遣を論ずるに際して、少数ではあるが、S地方の住民の自決権(国連憲章第2条第2項)や人道的介入に論及するものがあった。この点は、最近の国連等での議論を押さえている答案として評価できる。

設問3では、X国とB国との国境線について、X国独立宣言前にA国が隣国B国との間で締結していた国境画定条約で定められた境界線を独立宣言後のX国は承継すべきかが問われている。この問題を条約の承継の問題として捉えつつ、古くは、法的安定性を重視して、分離独立した新国家は、同国に関係して先行国が第三国と締結した条約を承継するとする立場が慣習法上確立されていると考えられていたが、1960年代の植民地独立の動きの中でこの立場は変更され、先行国が結んだ条約は新国家によって承継されないとするいわゆるクリーン・スレートの原則が認められるようになった。多くの答案はこのことに的確に言及していた。その上で、多くの答案は、法的安定性の尊重という観点や国境画定条約のような処分的、物権的条約の承継にはクリーン・スレートの原則は適用しないとする立場から、X国はA、B両国間の国境画定条約で確定した国境線を承継すべきであると的確に答えていた。なお、一定数の答案が現状承認(ウティ・ポシデティス)の原則に論及していた。この原則は中南米やアフリカ地域において新独立国の間の国境線を画定する場合の基準(植民地時代の行政区画の間の境界線を国境線とする原則)として広く適用されてきたが、その場合この原則の適用について当事国間に合意があることが通例であり、本問はそのような設定にはなっていない。なお、ごく少数であるが、「航行可能な水流の最深線を国境線とする原則(タールベークの原則)」は慣習国際法であるとしてX国の主張を肯定する答案があったが、タールベークの原則は他に条約等で定まった境界線がない場合の補足的原則であって、本件の場合には適用されない。X国の主張を否定するに際しては、この点も踏まえて、条約の承継との関係を整理しておく必要がある。

なお、設問3の後段のB国によるX国に対する国家承認の撤回は、B国が事実上の承認をしている場合であれば別であるが、本問ではそのような設問にはなっていないので、法的安定性の観点や信義誠実の原則などから、一度国家承認を行った場合は撤回できないとするのが確立された国際法の定めるところである。多くの答案は撤回は違法であると答えているがその理由にまで言及するものはその一部であった。

## (2) 第2問

設問1は、EEZ内における沿岸国による外国漁船の取締りと追跡権の行使に関する問題である。そこでは、海洋法に関する国際連合条約（以下「国連海洋法条約」という。）第5部（第55条～第75条）が定める国際法上のEEZの位置付け及び沿岸国が有する権限について整理した上で、第2問の事実関係をこれに当てはめて具体的に検討する必要がある。設問1では、まず国連海洋法条約第73条第1項を具体的に取り上げて、本件事例に当てはめ検討することを期待していた。この点に関して、同条約第5部のEEZに関係する規定について述べる答えは相当程度存在したが、同条約第73条第1項を的確に取り上げて具体的に本件事例に当てはめて検討を行った答えは期待したほど多くはなかった。設問1に関する第2の論点は、巡視艇甲による漁船乙に対する追跡及び拿捕が国際法上合法的な追跡権の行使として認められるかという点である。この点に関しては、多くの答えが、追跡権に関する同条約第111条の規定に具体的に言及し、同条に規定された要件を本件設問に当てはめて検討を行っていた。本件事例は、A国のEEZに適用されるA国の法令の違反があったと信ずるに足る十分な理由がある場合であったと考えられ、同条約第111条第2項に基づいてA国のEEZ内を起点とする巡視艇甲による外国漁船乙に対する追跡権の行使が認められる事例であると解されるが、かなり多くの答えがそのように論じていた。

設問2は、国連海洋法条約第73条第2項に基づく「速やかな釈放」の義務とこれに関する国際海洋法裁判所への提訴に関する問題である。同項によれば、「合理的な保証金の支払」又は「合理的な他の保証の提供」がなされた場合には、A国は「拿捕した船舶」である漁船乙とその乗組員である船長Xを「速やかに釈放」しなければならないが、このような同項に基づくB国によるA国に対する「速やかな釈放」の要求に触れている答えは、全体の半数程度であった。また、更にそれに加えて同条約第292条に基づき船長Xの「速やかな釈放」を求めてB国がA国を相手取り国際海洋法裁判所へ提訴することに触れている答えは、期待したよりもはるかに少なかった。日本が国際司法機関の原告として提訴を行った稀有な国際判例として、同条に基づきロシアを被告として国際海洋法裁判所に提訴した2007（平成19）年の富丸事件、豊進丸事件がある。日本が直接原告として関与したこれらの国際判決に言及した優れた答えも数は少ないながら存在した。他方で、B国によるA国に対する外交的保護権の行使について論じる答えも、かなりの数見られた。本設問において一般国際法上の外交的保護権の行使を論じること自体は誤りではないが、設問2では「漁船乙を所有するY社の対応も視野に入れつつ」「関係する条文等その法的根拠を挙げながら」論じることが求められており、国連海洋法条約に基づく救済手段についてまずは論じるべきであろう。

設問3は、条約規定に違反する国内法が執行された場合の国際法上の救済手続等に関する問題である。国連海洋法条約第73条第3項は、沿岸国が同条第1項に基づいてEEZ内における漁業に関する法令の違反について刑罰を科す場合、「関係国の別段の合意がない限り拘禁を含めてはならず、また、その他のいかなる形態の身体刑も含めてはならない。」と明記しているにもかかわらず、A国の外国漁船取締法は、同国EEZ内において違法に漁業を行った外国人に対して1年以下の懲役という身体刑を科すことを定めていた。このようなA国の外国漁船取締法に基づきXに懲役6か月の身体刑を科したことが、同条約第73条第3項に違反すると論じている答えは、一定程度見られた。その場合に、B国がA国に対してどのような国際法上の請求をなし得るのかについて、国際法上の国家責任に関する一般原則に従って、違法行為の「中止」としてXの釈放を要求できること、あるいは「原状回復」、「金銭賠償」、「(精神的)満足」を要求できることを指摘する答えは、期待したほど多くはなかった。

## (3) 答案の水準と評価

第1問、第2問ともに、「優秀」といえる答えは、全ての設問において、設定されている事実関係に係る国際法上の論点を明確に摘出し、関係条約の条文を的確に解釈し、関連する国際

法の原則や国家実行，国際判例等に言及し，各設問に関して説得力のある論述を展開し，適切な結論を導き出しているものであり，答案全体の1割程度であった。「良好」といえる答案は，各設問で必要とされている国際法上の主要な論点の一部が欠けていたり，関係する国際法の原則や国家実行に対する理解が必ずしも十分ではないものであるが，全体としては適切な論述が展開できているもので，全体の約4割がこれに該当した。「一応の水準」の答案は，全ての設問に一通り答えてはいるが，論述の内容が不正確であったり，論拠を示さずに結論だけを記述していたりするもので，全体の3～4割がこれに該当した。また，「不良」の答案は，設問の多くに関して根拠となる条約文や関連する国際法の原則に対する理解が不足ないし欠けているもので，数は多くないが一定数の答案がこれに該当した。

#### 4 法科大学院教育に求めるもの

法科大学院では，国際法に関する基本的な知識と理解をしっかりと身に付けることをまず目指してもらいたい。特に国際法の基本概念や規範，国連憲章などの主要な多数国間条約の構造と主な条文の解釈，国際法の主な理論や判例などに関する理解を深めることが重要である。その場合に求められているのは，暗記型の知識や理解ではなく，実務等において実際に直面する事例に柔軟に対応して的確な答えが導き出せる分析力と応用力の備わった知識や理解である。法科大学院での教育も，このことを踏まえたものであることが望まれる。

## 平成29年司法試験の採点実感（国際関係法（私法系））

本年の国際関係法（私法系）の問題は、狭義の国際私法（抵触法）、国際取引法及び国際民事訴訟法の各分野から出題されている。出題の趣旨等については、既に法務省ホームページにて公表済みである。

## 1 採点方針

採点の方針は、例年と同様である。すなわち、関連する分野ごとに基本的な知識を備えているか否か、さらに、基礎的応用力を発揮できているか否かといった諸点が重視された。設問ごとに重点を異にするが、①狭義の国際私法（抵触法）、国際取引法及び国際民事訴訟法の基本的な規律構造を正確に理解しているか、②個々の法源（実定法、条理等）の趣旨を理解しているか、③複数の法規範を視野に入れながら、相互の関連を理解しているか、④これらの理解に基づき、設問の事実関係等から適切に論点を導くことができるか、⑤個々の論点について、条文の正確な理解を披歴するとともに、それぞれの要件を解釈し、根拠を示しつつ、段階を追って国際裁判管轄権及び準拠法の決定過程を正確に説明し、関連する法規範を適切に適用することができているか、これらが採点の基準とされた。①と②の点の理解が曖昧と認められる答えは「一応の水準」にとどまり、それらの理解が明瞭に表現されている答えは「良好」又は「優秀」なものと判定された。「良好」と「優秀」答案の差は、いわゆる論述力（簡明かつ論理的な文章表現力）の差とともに、そのような理解を示すことができた論点の数によっている。学説が分かれている論点については、結論それ自体によって得点に差を設けることはせず、自説の論拠を十分に示しつつ、これを論理的に展開することができているか否かを基本として採点した。総じて、体系的整理に基づき、法文上の根拠を明示しつつ、論理的に破綻のない推論により一定の結論を導く能力を備えている答えは、理解の正確さを示すものとして積極的に評価されている。

## 2 採点実感

## (1) 第1問について

ア 設問1では、外国で外国法に従い行われた認知の成否を題材として、認知の成立の準拠法に関する理解を問うた。法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）第29条が認知に関して子の保護の観点から選択的連結主義を採用していること並びにセーフガード条項の趣旨及びその適用の要否（本問では同条第2項前段により子の本国法が準拠法となることからセーフガード条項は適用されない。同項後段参照。）については、全般的によく理解されていた。

しかしながら、15歳未満の子の認知についての母の同意の要否のみが本問の論点であると理解し、認知の実質的成立要件のみを検討した答案が多数見受けられた。問題文では、単に、「乙国において乙国民法に定める方式で行われ、同法の要件を満たしていた」認知であるとしか書かれていないため、本問における認知が成立しているかを判断するには、認知の方式の準拠法上の要件を充足しているかの判断も当然必要であり、乙国民法が通則法第34条に定める認知の方式の準拠法となるかについて言及することが求められる。大半の受験生が解答することができるものと期待していたが、半数を超える答案が方式に関して全く言及しておらず、そのような答案は、この点で十分な評価を得ることはできなかった。

また、条文の基本的構造に対する理解の欠如と思われるが、通則法第29条第1項が事実主義のみでなく認知主義に関する規定でもある点を正確に把握することができていない答案も少なからずあった。

設問全体を通じて言えることであるが、公序条項の適用を検討する答案も一定数見られた。しかしながら、公序条項の適用は飽くまでも例外的なものであり、その適用が問題とならない場合にまで、その適用の有無を広く浅く検討することで高い評価が得られるものではないこと

に留意すべきであろう。

イ 設問2では、血縁関係の不存在を理由とする認知の無効の主張権者に関する準拠法についての理解を問うた。形式的に成立している認知がその要件を欠いていた場合に無効となるのか、又は取り消し得るにすぎないのか、そして、どのような方法でそれを主張できるのか、誰が主張することができるかといった問題は、認知の成立自体に関わる問題であるとして、通則法第29条に定める認知の準拠法によるものと解されている。多くの答案ではこのように解答されていたが、親子関係成立後の親子間の問題に適用される同法第32条の問題と理解するものや手続の問題として法廷地法である日本法を適用する答案も散見された。これらの答案に対しては十分な評価は与えられていない。

通則法第29条によると、複数の法が認知の準拠法となり得るため、それぞれの法が認知の無効に関し異なる定めをしているときは、いかなる法によるべきかが問題となる。選択的に適用される法のうちの一つによって認知が認められた場合は、当該法が認知の無効を規律することとなるが、複数の法により認知が認められた場合には、そのいずれの法によっても認知の無効が認められなければならないと解される。このような法適用は、認知の無効が認知の事後的な否認であり、認知を認めた法によってのみその認知を否認することで足りること、また、そうすることで最小限の無効を認め得るにとどまり、子の保護の観点から親子関係を成立し易くするために選択的連結主義を採用した同条の立法趣旨に合致することからも説明されよう。したがって、認知の無効が問題となる場合には、選択的に適用される法全てについて認知の成否を検討し、そのうち認知を可能とした法のうちの一つでも無効を許容しないときは、無効は不可能となる。比較的多くの答案において、認知の準拠法となる複数の法全てが認知の無効を認めない限り無効を認めるべきでないといった法適用の在り方が述べられていた。しかしながら、このような法適用がそれら複数の法全てが認知を可能とすることを前提とすることを述べた上で丁寧な当てはめを行った答案は、余り多くなく、高く評価された。

また、本問では、認知の方式に関して我が国国際私法の定める準拠法上の要件を満たすことが問題文から明らかであるところ、本問における認知の無効は、方式要件には問題はなく、実質的成立要件を欠いたことを理由とするものであり、通則法第29条により判断されることを正しく指摘することができていた答案も僅かながらあった。

なお、各問が独立した問いである旨の注意書きが問題文にあるにもかかわらず、設問1での検討を踏まえて、本問においても、乙国法上でのみ認知が成立しているとの誤った前提に基づき事案への当てはめを行っている答案も見られた。当然のことではあるが、問題文を注意深く読み、設定された条件に従い、求められる形で論述を展開することが必要であろう。

ウ 設問3では、親族間の扶養義務の準拠法に関する理解を問うた。扶養義務に関しては、扶養義務の準拠法に関する法律（以下「扶養義務法」という。）が適用されるが、この点については非常によく理解されていた。

準拠法の決定に当たっては、扶養義務法第2条に従い事案に即して丁寧に当てはめを行うことが求められる。同条第1項本文では、扶養権利者の常居所地法を第1順位の準拠法として定めている。多くの答案においては、常居所概念を定義付け、問題文から得られる間接事実を当てはめて本問における扶養権利者の常居所地法を導き出すことができていた。しかしながら、定義付けられた常居所をいかに認定するかの基準までも示すことができていた答案は余り多くなかった。また、当てはめを十分に行わず常居所地国を認定した答案や定義付けと当てはめとの間にずれが生じているもの（例えば、常居所を「相当期間滞在する地」と定義付けながらも、常居所地国と認定した国での滞在期間に全く触れないものなど）も一部見受けられた。さらに、常居所がない場合として居所の認定を誤って試みる答案も少数あり、基本的事項に関する理解が不十分であると感じられるものもあった。

本問において常居所地法となり得る乙国法及び日本法上、共に4親等内の傍系親族間の扶養

義務が認められておらず、扶養権利者が扶養義務者から扶養を受けることができないため、更に扶養義務法第2条第1項ただし書により、当事者の共通本国法の適用を検討しなければならない。本問では当事者の一方が重国籍者であるが、この点、通則法第38条第1項を適用あるいは類推適用し重国籍者の本国法を一つに絞る答案がかなりの数あった。扶養義務への同条の適用は、同法第43条により排除されており、扶養義務法には通則法第38条第1項に相当する規定はない。本問において同条第1項を類推適用すれば、当事者の同一本国法はないこととなるが、これは扶養権利者の保護を厚くするため扶養を受ける機会自体を保障しようとする扶養義務法の立法趣旨に反するとも考えられる。条文のみでなく、同法の立法趣旨、連結政策等を含めて理解することが求められよう。

さらに、扶養義務法第2条第1項の規定により定まる準拠法によれば、扶養権利者が扶養義務者から扶養を受けることができないときは、同条第2項により、日本法が適用される。したがって、単に共通本国法であることから甲国法を適用すべきであるとの結論のみでは不十分であり、共通本国法である甲国民法上、4親等内の傍系親族間の扶養義務が認められていることから、甲国法を適用すべきであると答案において述べる必要がある。また、本問においては、準拠法、すなわち「日本の裁判所は、いかなる国の法を適用すべきか」を問うているにもかかわらず、扶養義務が認められるか否かという準拠実質法に関する結果を結論として書く答案も見られた。

なお、基本的事項と思われる親等計算を間違えている答案がかなりの数見受けられたことも指摘しておく必要がある。

## (2) 第2問について

ア 統一法条約と国際私法との適用関係は、基本的論点の一つである。設問1の中、小問1では、「手続は法廷地法による」との法原則の下で、国家法と統一法（「国際航空運送についてのある規則の統一に関する条約」（以下「本件条約」という。）との適用関係がどの程度正確に理解されているかが問われた。統一法条約である本件条約の趣旨・目的・内容等に基づいて、本件条約が直接適用されるか否かの判断過程が明確に説明されている答案は少数であった。本件条約第1条についてはほとんどの答案で触れられていたものの、本件条約第49条に言及されていた答案は少ない。ごく少数ではあるが、本件条約に全く言及せず、「手続は法廷地法による」との法原則を指摘した後に、我が国民事訴訟法の管轄に関する規定を適用していた答案があった。ほとんどの答案で、本件条約第33条に基づいて、日本の裁判所に国際裁判管轄権があること、乙国の裁判所に国際裁判管轄権がないこと、これら2点が確認されていた。また、乙国裁判所を専属管轄裁判所とする旨の合意の有効性いかんという点も本件条約第49条に基づいて検討されていた。とはいえ、同条の「……裁判管轄に関する規則を変更し、もってこの条約に定める規則に反することを意図する場合」という要件の解釈を行わないまま、当てはめにおいて法文の表現を繰り返すだけの答案が目立った。「変更」、「意図」等、個々の文言の意味内容が定義されていなければ、当該概念に該当するか否かを的確に判断することができないという点に留意する必要がある。結論については、2通り（「……意図に反する合意は無効であり、従って、Yの主張は認められない」とする結論及び「……合意は意図に反せず、ゆえに有効であり、従って、Yの主張は認められる」とした結論）とに分かれたが、自説の根拠が具体的に述べられていた答案は、高く評価された。

イ 小問2は国際民事訴訟法上の典型的な論点を問う出題である。それにもかかわらず、解答は、総じて、芳しいものではなかった。甲国及び日本で並行する2件の訴訟が国際的な二重訴訟となっていることを当然の前提としつつ、論旨を進める答案が多数見られた。しかし、法適用の過程では、甲国での訴えと我が国での訴えについて、それぞれの裁判所に管轄があるか否かの判断が先行しなければならない。本問の場合、両訴訟は、本件条約第33条第1項の下でいずれも適法に係属している。この点に留意すると、二重訴訟の処理をどのように取り扱うべきか

という論点が第一次的に本件条約上の解釈問題であることが分かる。無論、条約上、この点に関する明文規定はない。この欠缺を条約上補充する可能性が探求された後でなければ、代替（補充）法源として国家法（条理を含む）が登場する余地はない。この点が条約の規律対象ではないことの確認後に、「手続は法廷地法による」との法原則のもと、国内法（我が国の国際民事訴訟法）が登場する。国内法を成文法（民事訴訟法）とするか不文法（条理）に求めるかの選択に当たっては、いずれの立場が採用されるにせよ、しかるべき論拠が示されていなければならない。我が国民民事訴訟法第3条の9（我が国裁判所が国際裁判管轄権を第一次的に有するか否かに関する判断根拠）であれ、同法第142条（「重複する」という表現が示すように、我が国裁判所が第一次的に有する国際裁判管轄権を事後的に否定する（その結果、我が国裁判所の国際裁判管轄権が否定される）か否かに関する判断根拠）であれ、それらが法源として登場する過程が的確に説明されなければならない。二重訴訟となっている日本での後訴をどのように取り扱うべきであるかという結論については、無論、多様な選択肢がある。例えば、二重訴訟に問題はないとして審理を続け、本案判決を下す構成（本件では、甲国での勝訴判決を得ても債務の不存在が確定するのみであり、執行力を得るために、日本での給付判決を要するという理解、判決の矛盾は執行手続で対処すればよいという考え）のほか、訴え却下、訴訟中止、本案審理等、種々の法律構成があろう。なお、涉外事件であるのに、日本での訴訟と甲国での訴訟とを併合する旨の解答、我が国の訴訟を甲国の裁判所に移送する旨の解答が相当数見られたが、現行涉外実務上、国家間で、いかにして当該処分が可能かという視点が欠如していると言わざるを得ない。いずれの解答を導く場合でも、しかるべき解釈根拠が明示されていなければならない。我が国での訴えの利益の有無の判断、同法第3条の9にいう「特別の事情」の解釈、利益衡量説における法律関係の重心の認定、条理の解釈等に当たって、被告による応訴の負担、証拠収集の便宜、訴訟経済、矛盾する裁判の回避等、種々の観点が挙げられていた。単なる列挙に終わらず、各観点にどのようなウエイトを与え、それらをどのように組み合わせ、一定の結論を導くか、その過程が規範の解釈論として明示されている答案は、高く評価された。

ウ 設問2については、問題に対する答えには触れられているものの、掘り下げがやや物足りない解答が多く見られた。まず、法定代位を債権譲渡と同視する（又は債権譲渡に類似すると述べる）答案が少数見られたものの、ほとんどの答案で、法定代位の問題であること、通則法上この点を直接定める明文規定がないこと、この欠缺を条理により補充すること、これらが説明されていた。これに対し、本件損害賠償請求権が本件条約第18条第1項に基づいて成立していることとの関連で、本件条約には法定代位に関する明文規定がないことに触れた答案は少なかった。次に、本件条約第18条第1項に基づいて成立した本件損害賠償請求権の移転可能性とその準拠法についての説明、運送契約上の債務者（第三者）に対する効力とその準拠法についての説明、これらに触れた答案もさほど多くはなかった。本問の中心的論点（保険金支払により生じた代位の準拠法いかに）については、代位が生じる原因行為を重視する保険契約準拠法（甲国法）説、代位される目的債権に着目する運送契約準拠法（乙国法、条約、不法行為準拠法）説、累積適用（甲乙両国法、甲国法と条約）説等、多様な主張が見られた。どの見解が主張される場合でも、自説を他説より優先する客観的な判断根拠が説明されなければならない。

### 3 今後の出題について

狭義の国際私法、国際民事訴訟法及び国際取引法の各分野の基本的事項を組み合わせた事例問題が出題されることになると考えられる。

### 4 受験生と法科大学院教育に求めるもの

国際私法は、複数の法秩序が併存する国際社会の中で様々に生起する私法分野の行為について、適用すべき法を決定するための法であり、他の法分野とは視点を異にしている上、規律する対象も

極めて多岐にわたるほか、国際民事訴訟法や統一法条約についての知識と理解も必要になることから、独学では、学修に限界があると考えられる。法科大学院においては、講義やゼミナール等様々な機会を通じて、抵触法と実質法の区別などの国際私法特有の概念や条文についての理解を深めさせ、具体的な事案への当てはめの訓練を行わせることによって、学生の能力を着実に涵養することが望まれる。

なお、本年の試験でも、答案の最終部分において（注を付して）前問に対する答えの一部を補充する答案、また判読に苦勞するほど癖の強い文字で書かれた答案等がなお散見された。そのことをもって減点することはしなかったが、答案作成の趣旨に関する理解、答案の構成力等の弱さを示すものであり、改善が望まれる。