

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については、「出題の趣旨」として公表したとおりである。

第1問は、株式会社が破産手続開始決定を受けた場合の具体的事例を通じて、破産者に対する租税債権について第三者納付が行われた場合における当該第三者の破産手続上の権利行使の在り方（設問1）並びに請負契約の当事者である請負人が仕事の未完成の段階で破産手続開始決定を受けた場合における破産法第53条の適用の有無、建築工事請負契約が破産管財人によって解除された場合における債権者の権利行使の在り方及び全部義務者の一人について破産手続開始決定があった場合に他の全部義務者による債権者に対する弁済があったときの同人の破産手続上の権利行使の在り方（設問2）についての理解を問うものである。採点の主眼は、関係条文の制度趣旨を正しく理解できているかどうかを確認するとともに、具体的事例や設問において与えられた事実関係を分析して問題点を的確に把握し、制度趣旨等を踏まえながら、その問題点につき自らの言葉で自説を論じることができているかどうかにか置かれている。

第2問は、株式会社の民事再生に関する具体的事例を通じて、再生計画案の付議要件、清算価値保障原則の意義及び趣旨、債権者平等原則の意義及び趣旨とその例外（設問1）、再生計画によらない再生債務者の全事業の譲渡の方法、再生計画案の可決要件及びそれが否決された場合の効果（設問2）についての理解を問うものである。採点の主眼は、清算価値保障原則といった再生手続上の基本的な考え方についての正確な理解と関係条文の的確な指摘ができるかどうかを確認するとともに、具体的事例や設問において与えられた事実関係を踏まえて、問題となる再生手続の帰すうにつき正確な理解を示すことができるか、また、制度趣旨等を踏まえながら、問題点につき自らの言葉で自説を論じることができているかどうかにか置かれている。

3 採点実感等

(1) 第1問

ア 設問1

設問1では、破産者に対する租税債権につき第三者納付をした第三者が破産手続上、どのように自らの権利を行使することができるのかが問われている。そこで、前提として、事例における租税債権が財団債権に当たることを条文に適切に当てはめて確認することとなる。ただ、多くの答案では事例における租税債権が財団債権であること自体について指摘することができていたものの、破産法第148条第1項第3号に当てはめてその指摘をしているものは必ずしも多くはなかったほか、同号の指摘を欠くものも散見された。また、当該第三者による財団債権としての租税債権の権利行使の可否については、ほとんどの答案において論点となることを指摘することができていた。租税債権についても弁済による代位による取得が可能であるとする答案において、労働債権（給料債権）について、代位弁済者は、破産手続上、弁済による代位（民法第501条）によって取得した原債権を財団債権として行使することができるとする判例（最三判平成23年1月22日民集65巻8号3165頁）に関する知識・理解をうかがうことができる答案は相当数あったが、本問に取り組むに当たり参考としている当該判例の考え方について十分に言及することができるものは比較的少なく、租税債権の公共的性格等その特徴についてまで意識した答案は少なかった。また、租税債権につき弁済による代位によってはこれを取得することができないと考える答案においては、租税債権の特徴を摘示して論じていたが、上記判例についての具体的な理解をも示しつ

つ論じるものや反対説についての反論を交えつつ論じるものは少なかった。採点に当たっては、事例における租税債権の財団債権性についての検討を前提に、これを弁済した第三者による財団債権としての租税債権の権利行使の可否、その破産手続上の取扱いについて、自説の立場を適切に論じることができているのであれば一応の水準の答案と評価しているが、更に上記指摘した点について具体的に言及することができる答案は、高い評価となっている。

イ 設問2

- (ア) 設問2(1)は、請負契約の当事者である請負人が仕事の未完了の段階で破産手続開始決定を受けた場合の破産管財人としての処理の在り方について問うものであるところ、ほとんどの答案が破産法第53条に関する問題であることに気付くことができていた一方で、同条が請負契約に適用されるのか否かという問題意識を明らかにしつつ論じる答案や少なくともその問題意識をうかがうことができる答案は、比較的少なかった。また、同条の請負契約への適用の有無に関する判例（最一判昭和62年11月26日民集41巻8号1585頁）を指摘し、その立場を踏まえて自説を論じる答案は、少なかった。同法第53条の請負契約への適用の有無について、その問題意識への理解を示しつつ、上記判例が存在することを踏まえた論述もできている答案は、高い評価となっている。
- (イ) 設問2(2)は、具体的事案において、CがA社の破産手続において主張し得る権利としてどのようなものが考えられるか、そして、その権利の破産手続上の取扱いを問うものである。本問では、概要として、CがD社との間で、①D社が本件住宅を完成させるための残工事を請負い、その請負代金として1000万円を支払うことを内容とする請負契約を締結し、②D社がA社による本件建築工事によって生じていた建築廃材の撤去を行い、その費用として100万円を支払うことを内容とする契約をして合計1100万円をD社に対し支払ったという事情が与えられている。したがって、この事情を踏まえて、問いについての検討を行うことが必要となるところ、比較的多くの答案は、破産管財人Xが破産法第53条に基づいて本件建築工事請負契約を解除したのものとして同法第54条第1項を指摘し、Cの上記①、②の契約に基づく支出につき同項に規定する「損害」に該当するか否かを論じていた。一方で、上記②の契約について支出された100万円については、上記②の内容に着目し、同法第148条第1項に掲げる財団債権として構成することができるか否かについて検討することが考えられるが、そのように言及するものは、必ずしも多くはなかった。さらに、この財団債権性について論じようとする場合には、同項各号の解釈論を述べた上で当てはめを行うことが望まれるが、これを具体的な理由付けとともにするのは少なく、例えば、建築廃材を撤去すること自体が破産管財人の職務であるとして財団債権性を論じていても、なぜそれが職務であるということができるとか等、その根拠に遡って論述するものは少なかった。採点に当たっては、Cの上記①、②の契約に基づく支出の同法第54条第1項又は同法第148条第1項への該当性に係る上記検討につき、自説の立場を適切に論じることができているのであれば一応の水準の答案と評価しているが、例えば、本問で与えられた事情を具体的に考慮せず、また上記②の内容に着目しないで抽象的に結論のみを述べるにとどまるような答案については、設問に則して検討する観点からは十分でないものとして低い評価となっている。

ウ 設問3

設問3は、全部義務者の一人について破産開始決定があった場合において、他の全部義務者がその破産開始決定の前後に債権者に対して弁済をしたときに、同人が当該破産手続においてどのように権利の行使ができるのかを問っている。そこで、破産法第104条第1項の内容や趣旨について言及し、手続開始時現存額主義についての理解を示し、また、同項の規定により債権者が破産手続に参加した場合において、破産者に対して将来の求償権を有する

者が破産手続開始後に債権者に対して一部弁済をしたときについての規律として、同条第4項の内容等について言及し、これらの規律について設問における事情がどのように当てはめられるかを論述する必要がある。答案には、設問における事情を的確に捉えて当てはめをしつつ、破産手続開始の決定前の弁済により、債権者の破産手続における権利の行使の額が減少し得ることなどを同条第1項の説明を含めて論述した上で、同条第4項の規律への論述を展開することができているものも一定数あり、これらの答案は、同条の規律についての的確な理解ができている十分な答案として評価されている。一方で、同条第1項の指摘がなかったり、手続開始時現存額主義の内容等について言及することがない答案、同条が問題となっていることに気が付いていることはいかがされるものの当てはめを行うことができていない答案、同条第1項の指摘があるものの同条第4項の指摘に至らない答案が一定数見受けられたが、これらの答案については、一応の水準の答案と評価することは困難である。そして、設問では、査定決定において、裁判所がどのように判断すべきかを問うているから、答案においては、破産債権査定決定における判断内容を明らかにする必要があるところ、この点についての論述を欠くものも散見された。

(2) 第2問

ア 設問1

設問1では、A社が提出した再生計画案に対するC社の意見書を題材として、再生計画案を付議するための要件、清算価値保障原則の意義及び趣旨、債権者平等原則の意義及び趣旨並びにその例外についての理解が問われていることから、同意見書で指摘されている課題について、民事再生法の関連規定を指摘しながら、論述を進めることが必要である。

C社の意見書の(a)では、A社が提出した再生計画案と清算価値保障原則との関係が問題とされているところ、一般的には同原則の根拠条文とされる民事再生法第174条第2項第4号及び同原則が再生計画案の付議要件となることの根拠条文である同法第169条第1項第3号については、多くの答案で指摘することができていた。しかし、再生手続における同原則の趣旨については、言及がないもののほか、言及したとしても、同原則が反対債権者に対する最低限の保護を図ることをその趣旨とすることについて明確に言及するものは、必ずしも多くなかった。また、同原則の趣旨について一定の言及がある一方で、その内容についての説明を欠くものが一定数あった。採点に当たっては、同原則の内容及び趣旨を適切に説明することができている答案は、再生手続上の基本的な考え方をきちんと理解するものとして、高い評価となっている。

さて、設問においては、予想清算配当率がその時点によって変動しているという事情が示されている。そうすると、C社の意見書(a)の主張を評価するためには、清算価値保障原則とは、いつの時点の清算価値を保障するものと考えべきか(同原則の基準時)についての検討が必要となるところ、その問題点に気が付くことができない答案も相当数あった。また、同原則の基準時についての考え方としては、再生手続開始の決定時であるとする考え方、再生計画認可の決定時であるとする考え方等、いくつかのものがあり得る。ここでは、同原則の趣旨及び内容を的確に論じ、自らの言葉で自説をその根拠とともに示した上で、事案に対する当てはめが適切に行われているのであれば、いずれの考え方であっても高い評価となり得るものとして採点に当たっている。例えば、再生手続が破産手続よりも長期間にわたって債権者がその協力を強いられつつ進行していくことを指摘してそのような手続が開始する時点での清算価値が保障されるべきであるとし、再生手続の開始後、遅滞なく、再生手続開始の時点における清算価値に基づく財産評定が行われること(民事再生法第124条、民事再生規則第56条第1項本文)との平仄を指摘する答案は、同原則と再生手続の特質とを関連付けて理解することができているものとして、十分な水準にあるものと評価している。しかし、答案においては、いずれかの時点の予想清算配当率(例えば、再生手続開始の決定時)

のみを特段の理由付けなく取上げ、これと再生計画案に基づく弁済の率とを比較する答案が相当数あった。このような答案は、設問における事案の特徴に着目することはできているとは言えるかもしれないが、同原則の基準時について十分な検討をしているものとは言えない。また、再生手続開始の決定時と再生計画認可の決定時の各予想清算配当率を比較し、後者が前者以下になっていることから再生計画案が同原則違反であるなどと論述する答案が散見された。しかし、同原則に反するものというべきか否かは、再生計画案に基づく弁済の率との比較において検討されるべきものであるから、このような答案は、同原則における価値の比較対象についての基本的な理解ができていないものとして低い評価となっている。

なお、設問に解答するためには、清算価値保障原則の基準時に係る自説を前提として、保障されるべき清算価値（予想清算配当率）と再生計画案に基づく弁済の率との比較が的確にされていることも必要である。この点について、同原則の基準時を再生計画認可の決定時であるとし、保障されるべき予想清算配当率を5パーセントとした上で、再生計画案に基づく5パーセントの弁済は、破産手続により直ちに配当を受ける5パーセントの弁済よりも現存価値としては債権者に不利益であるというべきであるほか、A社の業績は悪化する傾向にあるということができるところに鑑みると債権者のリスクが高いというべきであって、結論において清算価値保障原則に反するといった答案が複数あった。このような論述についても、その内容に応じて、設問における当てはめに求められる水準に達し得るものとして評価をしている。

C社の意見書の(b)では、B社の再生債権はC社の再生債権よりも劣後して取り扱うべきである旨指摘されているところ、その当否を検討するには、再生計画案における債権者平等原則についての検討が必要である。この点、ほとんどの答案においては、まずは、再生計画案の付議要件との関係で民事再生法第174条第2項第1号が、同原則の根拠条文として同法第155条第1項が指摘されていた。しかし、答案の中には、「再生計画が遂行される見込みがないとき」(同法第174条第2項第2号)や「再生計画の決議が再生債権者の一般の利益に反するとき」(同項第4号)との関係を指摘し、これらへの該当性を問題とするものが散見された。このような答案は、再生計画の遂行可能性(同項第2号)や、再生債権者の一般の利益(同項第4号)といった概念についての理解が不十分であると考えられ、低い評価とならざるを得ない。また、再生計画案の付議要件との関係で同法第169条第1項第3号を指摘しつつ、同法の事由から明文で除外されている同法第174条第2項第3号への該当性を問題とするものも一定数あったが、このような答案も低い評価となっている。

そして、上記C社の意見書の(b)の指摘の当否の検討には、民事再生法第155条第1項の趣旨や内容についての論述、すなわち、同項本文で規定される債権者平等原則の趣旨及び内容、そして、その例外としての同項ただし書の解釈適用に関する論述が必要となる。答案においては、同法第155条第1項本文の規定内容について論述しないまま、同項ただし書の当てはめを行うものが散見された。しかし、ただし書という例外の解釈適用が的確なものというためには、前提として、原則である本文の規定内容についての理解の確認が必要であって、このような答案については、一応の水準には、いささか及ばないものと評価せざるを得ない。

さて、民事再生法第155条第1項本文の趣旨や内容について論述し、同項ただし書の解釈適用を論述していくにしても、同項本文が「再生計画による権利の変更の内容は、再生債権者の間では平等でなければならない。」と規定し、同項ただし書が一定の場合に「この限りでない。」と規定していることに留意が必要である。すなわち、ここに、同項ただし書は、一定の場合に再生債権者の平等でない取扱いを許容しているにすぎないのか、再生債権者の平等でない取扱いをしなければならないことまでを求めるものなのか、という課題がある。答案においては、この点を問題提起し、自説を展開するものは少数であったが、このような答

案は、債権者平等原則の原則と例外の関係をその趣旨や根拠条文の文理等とともに理解していることをうかがわせるものであって、その自説に応じて事案に対する当てはめが適切に行われているのであれば、A社が提出した再生計画案を同項に違反するものとするか否かのいずれの考え方であっても高い評価となり得るものとして採点に当たっている。一方で、答案においては、同項ただし書によりB社の再生債権をC社の再生債権よりも劣後して取り扱うことは、同項ただし書規定の「衡平」に反しないとのみ述べて説明を終えるもの、ないし同項ただし書規定の「衡平」に反しないからB社の再生債権をC社の再生債権と平等に取り扱うA社が提出した再生計画案は同項（ただし書）に違反する旨論述するものが多数あった。このような答案は、B社の再生債権をC社の再生債権よりも劣後して取り扱うことができることと、劣後して取り扱わなければならないこととを区別しないで論述するものであって、一応の水準には、いささか及ばないものと評価せざるを得ない。また、事例に現れた事情を適宜摘示し、専ら価値判断に基づいてB社にはA社が支払不能に至ったことについて落度があると評価し、信義則（民法第1条第2項）を根拠にB社の再生債権をC社の再生債権よりも劣後して取り扱うべきである旨論述する答案も散見された。このような答案は、債権者平等原則に係る解釈適用についての論述としては不十分なものであって、低い評価となっている。

そして、設問では、裁判所がA社の再生計画案を付議することができるかを問うているから、その問いに答える結論が明示されていることが必要であるところ、これを欠く答案が少数あった。

イ 設問2

(ア) 設問2(1)は、再生手続開始の決定後に再生計画外での事業譲渡をする場合の手続について問うものである。この点、民事再生法第42条に基づく裁判所による営業譲渡の許可の手続及び同法第43条に基づく裁判所による株主総会の特別決議に代わる許可（代替許可）の手続につき、多くの答案で指摘することができており、また、設問においては、完全親会社であるB社が乙社に対する事業譲渡に反対しているとの事情が示されているところ、これによってA社の株主総会による特別決議の成立が困難であることが見込まれることについて意識した論述を経て、同条の説明に結び付けて論述することができる答案も多かった。これらの答案は、設問に答えるものとしては一応の水準の答案にあるということができよう。ただ、各論述内容には差があり、同法第42条及び同法第43条の趣旨に言及し、各要件の解釈や当てはめを丁寧に行うことができている答案については、高い評価をしている。設問において、同法第43条に基づく代替許可の手続の適用を論述するには、同条第1項本文に規定する「その財産をもって債務を完済することができないとき」の要件、同項ただし書に規定する「当該事業等の譲渡が事業の継続のために必要である場合」の要件の充足性が問題となるところ、この点について十分に言及することができる答案は、一定数あったものの、必ずしも多くはなかった。また、後者の要件に関し、同法第42条第1項後段に規定する「事業の再生のために必要であると認める場合」との要件と対比して論述する答案は、少数にとどまったが、その中には、制度趣旨等から要件の解釈の違い等を論述することができるものがあり、そのような答案については、十分な水準にあるものとして評価している。

(イ) 設問2(2)は、再生計画案の可決の要件、再生計画案が否決された場合の手続について問うものであるから、民事再生法第172条の3第1項各号に規定する要件をその趣旨とともに論述して当てはめるほか、同法第191条第3号を指摘して再生手続廃止の決定に言及し、その後の手続として、例えば、裁判所の職権による破産手続開始の決定の規律（同法第250条第1項）について指摘することができれば、一応の水準の答案といえる。多くの答案においては、同法第172条の3第1項の指摘をすることができてい

たものの、再生計画案の可決要件として、議決権者の過半数の同意（同項第1号）の要件及び議決権者の議決権の総額の2分の1以上の議決権を有する者の同意（同項第2号）が要求されている趣旨について、的確に言及することができているものは、必ずしも多くなかった。答案においては、同項第1号の要件についての当てはめに関し、C社が反対してもB社の賛成により同号の要件を満たしている旨論述するものが一定数あったが、そのような答案は、同号の要件は、半数ではなく、過半数とされていることを看過するもの、ないし過半数の概念を誤解するものであって、低い評価となっている。また、同法第172条の4に基づく債権者集会における再生計画案の変更の手續について言及する答案が散見されたが、設問においては、「C社が債権者集会において同意しなかった場合のその後の再生手續」について問うていることに留意する必要がある。さらに、同法第187条に基づく再生計画の変更の手續について言及する答案もあったが、同条に基づく手續は、「再生計画認可の決定があった後」の手續であり、設問の場面と異なる局面におけるものであることに留意する必要がある。

ウ 全体を通じて

第2問は、設問1が再生手續上の基本的な考え方についての問題であり、設問2が再生計画外での事業譲渡等の手續の規律に関する理解を問うものであり、それに適用され得る民事再生法の制度・条文（条のみならず、項・号まで）を正しく摘示して論述することができれば、高い得点を獲得することができる問題である。

しかし、上述のとおり、再生手續上の考え方を民事再生法の条文・文理と結び付けて理解することができていない答案や、設問において問われていることを正しく捉えることができていない答案等が多く見受けられた。日頃の学習においても、論点とされている考え方、事柄がどの条文のどの文言に関するものであるのか、民事再生法の解釈適用の問題として理解すべきことに留意する必要がある。また、設問で問われていること等を正確に理解することが基本であることに留意する必要がある。

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、具体的な事案を通じて、基本的な考え方や事項に関する理解を確認する問題、当該事案を正確に把握して適切に法令上の対応手段を導き出す能力を試す問題、倒産実体法及び倒産手続法に関する問題等、倒産法の基本的な理解ができているかどうかを問う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等

倒産法における基本的な条文、判例及び学説を断片的・概括的にではなく、その趣旨に遡って理解をした上で、具体的な事案に対応することができる能力を涵養するため、個々の制度の関係性等についても意識して、また、清算型手続と再建型手続との異同を理解しながら、倒産法の体系の中で把握することが重要であって、このことは、例年指摘しているところである。また、具体的な事例において与えられた事情を正確に整理・把握し、問題点を的確に抽出する能力、その問題点について論理的かつ一貫性のある解釈論に基づき妥当な結論を導き、説得的に論ずる能力が必要とされることも例年のとおりである。

法科大学院に対しては、例年指摘されているこれらの点にも配慮しつつ、上記の能力の涵養等を実現するための教育を期待したいところである。

なお、本試験は、解答者の文字の読みやすさを評価するものではなく、その巧拙が答案の評価に影響するものではないことは言うまでもない。しかし、例年、かつ、他の科目でも指摘されていることではあるが、およそ判読することができない文字等による答案が散見され、そのような場合には、設問で与えられた課題についての加点が困難となりかねず、ともすれば解答者の本来

の能力・理解度を正当に評価することができない事態につながるものである。このことを意識して、是非改善してもらいたい。

- 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）

第1問は、設問1及び設問2が法人税の事例問題、設問3が所得税の事例問題、設問4が所得税と法人税との相違を問うものである。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、所得税法及び法人税法の基本的構造や各規定の趣旨を理解した上で、本問の事実関係に即しつつ、設問が求める事項につき的確な検討と当てはめがされているかという観点から採点した。採点結果は、優秀とされる答案から、良好・一応の水準とされる答案、不良とされる答案まで、幅広く分布していた。

設問1は、法人による資産の低額譲渡の事案についての益金の側の取扱いを問うものであるが、多くの答案は、法人税法第22条第2項が有償だけでなく「無償による資産の譲渡」によっても益金が生じる旨が規定されていることを指摘し、その趣旨を述べた上で、資産の時価まで益金の額に算入されると解答していた。そのような答案の中で趣旨を正確に述べ、資産の時価まで益金の額に算入される理由を趣旨との関係から論理的に解答する答案は、「優秀」又は「良好」な答案として評価されている。他方、趣旨についての解答に誤りがあり、結論に至る理由付けが論理的でない答案は「不良」と評価された。

一部の答案は、無償による資産の譲渡により益金が発生するとされた趣旨ないし理由につき、抽象的に課税の公平と解答していたが、誰との対比における公平か具体的に述べなければ、説得力に欠けるであろう。また、法人税法第22条第4項の「一般に公正妥当と認められる会計処理基準」を理由に時価まで益金の額に算入されると解答する誤った答案も見受けられた。

設問2は、法人がその役員と特殊な関係のある使用人に対して退職給与として資産を低額譲渡した事案についての損金の側の取扱いを問うものであるが、帳簿価格の取扱いと、時価と帳簿価格との差額についての取扱いについて解答する必要がある。

まず、帳簿価格について、法人税法第22条第3項各号が規定する損金のうち第1号に規定する「原価」として損金に算入されると解答する必要があるが、約半数の答案しか、その点について正しく解答していなかった。3号の「損失」であるという誤った解答をする答案や、この論点に全く触れない答案が約半数あった。費用収益対応の原則との関係から、収益と直接的・個別的に対応する「原価」を1号に、収益と間接的・間時的に対応する販売費、一般管理費及びその他の費用を2号に、収益と対応関係のない「損失」を3号に規定している法人税法第22条第3項の基本構造について、正しく理解することが求められる。

次に、時価と帳簿価額の差額については、ほとんどの答案が法人税法第36条等の関連条文を正しく指摘していた。しかし、条文の趣旨について正しく解答していた答案は約半数にとどまった。また、特殊関係のある使用人に対する過大な給与として損金不算入となる金額につき、時価と帳簿価額の差額である1000万円であると正しく解答せず、帳簿価額である3000万円であると解答する答案や、時価である4000万円であると解答する答案が相当数あった。

また、特殊関係のある使用人に対する過大な給与に該当するだけではなく、法人税法第37条第8項の寄附金にも該当し、1000万円は損金に不算入であるとの誤った解答をしている答案も散見された。寄附金は、その全ての金額が損金の額に算入されないのではなく、一定の金額は損金の

額に算入されるのであって、全ての金額が損金に算入されない法人税法第36条が規定する過大な使用人給与とは異なる。また、寄附金は資産又は経済的な利益の贈与又は無償の供与であるのに対して、給与は対価関係のある費用である。したがって、特殊関係のある使用人に対する過大な給与でもあるとともに寄附金でもあるということはありません。重要判例である南西通商事件（最判平成7年12月19日民集49巻10号3121頁）をよく勉強してその事案を把握してさえいれば、低額譲渡について益金の側で時価を益金計上した結果生じる時価と簿価との差額が損金の側では寄附金以外になりうるということに思い至るはずである。本問は、法人税法第34条でなく同法第36条を適用する事案としていることを除けば、ほぼ南西通商事件と同じ内容の事案であり、判例を勉強することの重要性を認識してほしい。

設問3は、不動産所得を生じる資産について生じた災害損失についての所得税法上の取扱いを問うものであるが、必要経費の算入の可否と雑損控除の適用の可否の二つの側面から解答することが求められている。

所得税法第51条を指摘して必要経費の算入の可否について論じた答案は少なく、全答案の4分の1程度にとどまった。所得税法第51条第1項の「事業」に当たるか第4項の「業務」に当たるかについて論じた答案や、必要経費の算入と雑損控除のいずれが適用されるかについて論じた答案は、更に少なかった。「優秀」と評価された答案は、これらの論点についてもしっかり論じられていた。

雑損控除の可否については、多くの答案が論じ、正しく条文を指摘していた。しかし、生活に通常必要でない資産であるかどうかの当てはめについては、結論を誤っている答案や、関連事実の拾い出しが不適切で結論に至る理由付けが論理的でない答案があり、答案ごとの評価に大きな差が生じた。

雑損控除の金額の計算については、正しい条文を解答した答案は約3分の1程度であり、正しい金額を解答した答案は約4分の1程度であった。

設問4は、「損失」に関する法人税と所得税の差異と理由を問うものであるが、条文及び差異についての解答は多くの答案がよくできていた。差異が生じる理由についても、約半分の答案は的確な解答をしていた。

[第2問] (配点：50)

第2問は、設問1が所得税、設問2が法人税、設問3が租税法の解釈・適用の問題を扱っている。結果として、優秀とされる答案がそれなりの数あったものの、良好・一応の水準とされる答案が多く、不良とされる答案は比較的少なかった。

設問1は、個人間の低額譲渡と、個人から法人への低額譲渡の両方の理解を問うものである。

まず、平成30年における甲土地の譲渡からXに譲渡所得が発生することを論じる必要がある。これは甲土地という資産のB社への譲渡であるから所得税法第33条第1項に該当し、かつ、同条第2項に該当しない譲渡による所得であることを指摘すれば足りる。

譲渡所得の金額の計算方法は、所得税法第33条第3項により、長期譲渡、短期譲渡に分けて、それぞれ総収入金額から取得費と譲渡費用の合計額を控除し、そこから更に譲渡所得の特別控除(50万円、同条第4項)を控除することで計算されるから、答案でも、この順序で検討を進めるのが自然である。

総収入金額については、法人であるB社に対する譲渡で、甲土地の譲渡時の時価である2500万円の2分の1に満たない(所得税法施行令第169条)1000万円を対価とする譲渡であるから、この譲渡は所得税法第59条第1項第2号に該当し、総収入金額は譲渡時の時価である250

0万円とみなされる。

取得費については、まず、平成10年の譲渡が個人間の低額譲渡であることを指摘する必要がある。すなわち、この譲渡は、①個人Aから個人Xへの譲渡であり、②譲渡時の時価である2200万円の2分の1に満たない（所得税法施行令第169条）1000万円を対価としており、かつ、③Aが昭和56年に甲土地を取得した際の取得価額が1400万円であってこれに不足する対価による譲渡であることを指摘し、これに所得税法第59条第2項が適用されたことを論じることになる。ここから、同法第60条第1項第2号によりXがAの取得価額1400万円を引き継ぐという結果が導かれる。

さらに、取得費について判例は、当該資産の客観的価格を構成する取得代金に加えて、取得に要した付随費用が、取得に要した金額に含まれることを明らかにしている（支払利子付随費用判決〔最判平成4年7月14日民集46巻5号492頁〕）。同じ最高裁判決は傍論ながら、取得時に支出した登録免許税が取得に要した付随費用に該当することを判示している。本問では取得費を引き継ぐXが付随費用を支出しているが、所得税法第60条第1項第1号に関する事案において最高裁は、受贈者が贈与により資産を取得した際に支出した付随費用を受贈者による当該資産の贈与の際の取得費に算入すべきことを判示している（ゴルフ会員権贈与事件〔最判平成17年2月1日訟月52巻3号1034頁〕）から、同様に考えて、Xが平成10年に支出した登記費用は取得に要した付随費用として、彼の平成30年の譲渡において取得に要した金額に算入される。

最後に譲渡所得への課税に当たっては、Xは少なくとも平成10年から平成30年まで5年を超える期間にわたって甲土地を保有しているからその譲渡から得られる譲渡所得は長期譲渡所得に当たり、所得税法第33条第3項第2号及び同法第22条第2項第2号により、その金額の2分の1のみが総収入金額に算入される（なお、数は多くないが、Xに同法第60条第1項第2号が適用される結果として保有期間も通算され、Xが昭和56年から甲土地を所有してきたものとして保有期間が計算される点を指摘している答案も見られた。正確な条文の当てはめと言い得る。）。

以上に述べたとおり、本設問は譲渡所得課税の基本的な事項の正確な理解を問うものであるため、これらの点に関する知識を確実に示す答案とそうでない答案とでは、おのずからかなりの得点上の差異が生じた。

例えば、平成30年における譲渡から譲渡所得が発生することを論証するためには所得税法第33条第1項に該当し、かつ、第2項に該当しないことを指摘する必要があるところ、驚いたことに、第2項に触れない答案が多数見られた。

また、参照条文として所得税法施行令第169条を掲載したことから、ほとんどの答案は総収入金額について所得税法第59条第1項第2号の正確な当てはめを行っていたが、取得費についての記述にはかなりのばらつきがあり、この点で点差が開いた。甚だしい例としては、総収入金額について時価とみなされることのみを解答し、取得費に関する検討を一切していない答案や、何の検討もなしに取得費を1000万円とする答案すらあった。これらは譲渡所得の金額の計算方法に関する基本的な理解を欠いているものと評価せざるを得ない。

なお、所得税法施行令第169条は「2分の1に満たない金額」、すなわち2分の1「未満」の金額と定めているのに対し、これを2分の1「以下」と書いて当てはめている答案が少なからず見られた。

取得費については、所得税法第60条第1項第2号の解釈を誤り、「Aが引き続き所有したものとみなされる」とするものや、前掲したゴルフ会員権贈与事件最高裁判決を誤解し、Aの取得費1400万円とXが支出した1000万円の合計額を取得に要した金額とする誤答などが目立った。さらに、登記費用に触れている答案もその多くは判例への言及を欠いており、この数年間の採点実

感で、答案において判例に言及することの重要性を指摘していたにもかかわらず、判例の重要性の理解がまだ十分でないことが明らかになった。

所得税法第59条第2項の適用要件を全て正しく指摘していた答案はごく少なく、所得税法施行令第169条における低額譲渡に該当することのみを指摘するものが大多数であった。所得税法第60条第1項第2号の規定内容からすると、本来は同法第59条第2項該当性を正しく指摘する必要があるはずであるが、同項への言及がない答案も目立った。他方で、同項の適用を誤解し、Aの支出した1400万円のうち平成10年の取引の対価である1000万円を超える400万円がなかったものとみなされ、その結果1000万円のみがXに引き継がれる、という誤答も散見された。

これらに加えて、譲渡所得課税の基本的な知識が不足する答案も見られた。長期譲渡所得につき、(ア)2分の1課税の後に特別控除(50万円)を控除としたもの、(イ)譲渡収入の2分の1から取得費等を控除としたもの、(ウ)長期譲渡所得の効果として特別控除の適用があるとしたもの、などがその例である。

条文と照らし合わせて制度の姿を正確に理解することは、租税法を学ぶ上での出発点となるものであり、本設問では、そのような勉強の成果が発揮された答案とそうでない答案との間に、相当の得点差が生じた。

設問2は、法人による資産の低額譲受けを法人税法第22条第2項においてどのように捉えるかを問うものである。

本件のB社による甲土地の低額譲受けからは時価と対価との差額に相当する利益が生じており、無償による資産の譲受け等との課税の公平の観点からはその利益に対する課税が必要と考えられるところ、低額ではあっても有償による譲受けであることから、法人税法第22条第2項にいう「無償による資産の譲受け」に該当すると考えることは困難である。この場面では、判例(南西通商事件)が低額譲渡を有償譲渡と位置付けていることとの平仄が指摘される必要がある。そのため、文言上は同項の「その他の取引」に該当し、法人税法第22条第4項との関係で時価との差額を益金とすることが公正処理基準により求められることになる。

ただし、低額譲渡を「有償による資産の譲受け」(1000万円部分)と「無償による資産の譲受け」(1500万円部分)に分解し、後者について益金算入すべしとする答案についても、そのような分析の必要性を説得的に論じているものについては、相応の評価を与えた。

いずれの立場に立つ場合にも、同法第22条第2項が有償による資産の譲受けから益金が発生すると規定していない趣旨や無償による資産の譲受けから益金が発生すると規定している趣旨を踏まえる必要がある。

この問題は、従来から学生向けの標準的な書物で指摘されていた論点であり、最近の法人税法に関する学生向けの標準的な書物でもかなり詳しく説明されていることから、判例への言及を含めた知識の整理の問題として書かれた答案も少なくなく、当然ながらそれらの答案の多くは高い評価を得た。また、初めてこの問題を考えたと思われる答案においても、無償による資産の譲受けや適正な対価による資産の有償譲受けの場合との課税の公平などを指摘し、おおむね正しい結論を導いている答案もそれなりの数が見られた。

採点していて気になった誤答例としては、「受贈益」という用語に引きつけられたのか本問を法人税法第25条の2の問題であるとした答案、有償による資産の譲受けから一般的に益金が発生するとされていないこととの均衡上「著しく低い対価」による場合に限定して差額を益金に計上すべきとした答案、益金の問題に加えてB社がXに対して支出した(と解答者が理解した)寄附金の問題を論じている答案などがあり、いずれも高い評価は望めない内容であった。

なお、法人税法が有償による資産の譲受けを益金発生原因として挙げていない理由を、低額の場合

合は取得原価がそれだけ少額となるため後の譲渡時に課税を繰り延べる趣旨だと理解して、本件におけるB社も平成30年時点では益金に何も計上しないとした答案が一部にあった。租税法らしい頭の使い方には好感が持てたが、すでに実現している低額譲受けの利益に対する課税を繰り延べるべき積極的な理由が存在しないことから、一定の評価をするにとどめた。

設問3では、租税法の解釈・適用に関する問題として、借用概念の問題を取り上げた（本設問については、「出題の趣旨」に記載した2件の東京高裁判決も参照されたい。）。

①租税法規が、（特に課税要件について）他の法分野（法領域）において既に意味内容が確立した用語を用いている場合に、それは借用概念と呼ばれ、②借用概念については納税者の予測可能性の観点から、原則としてその借用元の法分野（法領域）において確立した意味内容に従って解釈すべきである（いわゆる統一説。判例も結論としてこの立場に立っている。）。

③しかし、②のような借用概念の解釈手法は、主として民商法等の取引法からの借用を前提としていたところ、本問のような行政法ないし規制法からの「借用」についてはそれらの法律においてそれぞれの法律の趣旨目的に応じた特別な定義が与えられていることがあることなどから、直ちに一般論を当てはめることには慎重でなければならない。このように考えると、本問のXの「前提となる考え方」は、規制法規である「医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律」（薬機法）の定義をそのまま租税法に用いようとする点で批判の余地がある。

あらかじめ想定していた解答の骨子は上記のとおりであるが、このような議論を展開している答案は、ごく僅かであった。

まず、一定数の答案は、本件におけるサプリメントの購入代金が医療費控除の対象となるか否かを、医療費控除や薬機法の趣旨・目的から論じており、題意に沿わないものであった。この中には、所得税法の解釈・適用の検討に終始し、所得税法以外の租税法の分野を勉強しているのか疑われる答案すらあった。

また、薬機法の定義が「予防」や動物を対象としているものも含んでいて広い点を捉えて医療費控除の趣旨に沿わないとする答案もかなりの数見られたが、本問は、所得税法第73条第2項及び所得税法施行令第207条第2号で「治療又は療養に必要な」との限定を受ける「医薬品」の定義に関するものであるから、たとえ「医薬品」自体に広い意味内容が与えられても、医療費控除の適用の場面では、同号の制限に服することを見落とした解釈論であると言わざるを得ない。なお、同種の誤りであるが、所得税法第73条第2項及び所得税法施行令第207条第2号の「治療又は療養に必要な」との文言を所得税法における「医薬品」の定義である旨を述べた答案も散見された。

他方、借用概念について論じる答案のほとんどは、借用概念の意義（上述の①）とその解釈方法（②）とを区別せず、借用概念が租税法において借用元の法分野（法領域）と同義に解されることを前提に、「借用（概念）は認めて良いか」というような問いの立て方をしていたが、これも正確な理解に基づく議論とは言い難い。

ある程度以上の数の答案が、租税法律主義の下における租税法律の厳格解釈の要請などに触れており、租税法の解釈・適用の分野を勉強したことをうかがわせるものではあったが、基本書などをより正確に読み込む必要性を指摘しておきたい。

なお、優秀な答案は、借用概念に対する判例の理解を、鈴や金融事件判決（最判昭和35年10月7日民集14巻12号2420頁）における「利益配当」や武富士事件判決（最判平成23年2月18日判時2111号3頁）における「住所」などの例を挙げて論じており、判例への関心を示すものとして高い評価を与えた。

3 今後の出題について

本年は第1問設問1・設問2と第2問設問2が法人税法に関する問題、第2問設問3が租税法の解釈適用に関する問題であり、その余が所得税法に関する問題であった。なお、第1問設問4は所得税と法人税の両方に関する問題である。範囲としては、今後も所得税法からの出題を中心としつつも、法人税法や国税通則法の基本的事項からの出題が望ましいと考えられる（ここには、租税法の解釈・適用等に関する一般的な事項が当然含まれる。）。その意味で、法人税法や国税通則法の学習をなおざりにして「優秀」ないし「良好」の評価を得ることは困難となろう。

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概念や制度に関する基本的な知識の有無及び程度、更にこれらの知識を利用して条文の文言を解釈し、当該条文を具体的な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な知識の習得

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答案が多いことが挙げられる。本年の第1問において、法人税法第22条第2項が無償による資産の譲渡についても益金が生じると規定している趣旨について正しく解答する答案が少なかったことや、第2問設問1において、所得税法第59条第2項の要件を正確に指摘して事実関係に当てはめた答案がほとんどなかったことがその例である。

平成30年の採点実感にも記載したとおり、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ことに重点を置いた上で、次のステップとして条文の相互関係、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修得

平成29年、平成30年の採点実感でも触れた、事実認定と当てはめに関する能力の習得は、租税法の学習において重要な事項である。この点につき、本年の問題はあまり高度な能力を要求するものではなかったが、例えば、第1問設問3で雑損控除の適用の可否を検討する際の生活に通常必要でない資産であるかどうかの当てはめにおいては、答案ごとにばらつきがみられた。問題文の事実をただ答案用紙に引き写すだけでなく、それに「当てはめ」へと続く「評価」を与えることの重要性は、引き続き十分に認識される必要がある。

(3) 法人税法等の習得

法人税法に関する設問の正答率は、例年、相当程度低い。本年の第1問設問1・設問2は、低額譲渡に関する南西通商事件最高裁判決があるにもかかわらず、時価が益金に算入される理由を正しく解答できない答案が多数見られ、また、時価が益金に算入される結果生じる差額について、寄附金に該当すると解答する答案や、差額ではなく時価全体が法人税法第36条の過大な使用人給与として損金不算入となると解答する答案が見られた。簿価についても、譲渡により損金に算入されることに触れない答案や、法人税法第22条第3項第3号の「損失」として損金に算入されたとした答案が多数見られた。

第2問設問2についても、低額譲渡に関する南西通商事件最高裁判決との関係を見逃して、低額譲受けを有償（適正対価）による譲受けと無償譲受けに分解して、法人税法第22条第2項にいう「無償による資産の譲受」に該当するとした答案が多数見られた。

司法試験の租税法の出題範囲は法人税法のごく一部に限られており、比較的時間に余裕がない授業であっても基礎的な制度理解と重要判例を学習する時間を確保することは不可能ではないと思われる。

(4) 判例・裁判例の学習

毎年の採点実感で触れられているところであるが、適切な内容の答案であっても、関連する最高裁判例や重要な下級審裁判例に触れるものはほとんどなく、極めて問題である。

ただし、本年の試験においては、第1問や第2問設問2で低額譲渡に関する南西通商事件判決に言及する答案も散見されたし、第2問設問1で譲渡所得の意義に関する榎本家事件判決（最判昭和43年10月31日訟月14巻12号1442頁）や、取得費に関する支払利子付随費用判決、ゴルフ会員権贈与事件判決に触れる答案が一定数見られた。また、既に指摘したように、設問3において、借用概念に関し、鈴や金融事件判決や武富士事件判決に触れた優秀な答案も見られた。

これらの例から、法科大学院における租税法教育の場において、判例に言及することの重要性についての理解が徐々に広がっていることが推認され、望ましい方向性であると考えられる。引き続き、このような教育の努力がなされることを期待したい。

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

平成30年の採点実感において、「租税法の勉強は、『一に条文、二に基礎知識、三に判例』とせよ。」と記載した。この点は、本年の採点実感においても変わるところはない。

平成30年の採点実感で指摘した条文の引用について、本年の試験においては一定の水準以上と評価し得る状況であった。例えば、第2問設問1において長期譲渡所得に該当して譲渡所得の金額の2分の1のみが総収入金額に算入されることを指摘するに際し、この指摘を行った答案の多くにおいて、根拠条文として所得税法第33条第3項第2号と同法第22条第2項第2号の両方が正確に指摘されていた。

他方で、先に指摘したように、同じ問題において同法第60条第1項第2号を適用する前提として、同法第59条第2項に言及しないものや、同項の要件について正確な言及がないものが目立つなど、不十分な面が残ることも否めない。

租税法令の正確な理解とその運用能力を身に付けることは、租税法を勉強する基本中の基本であり、そのためには、常に法令を参照して要件と効果の意味を理解し、現在検討している問題が条文中のどの文言に関連するのかを確認することが不可欠である。

(2) 判例に関する関心と理解

平成29年、平成30年の採点実感においても指摘したとおり、最高裁判例、及び、重要な下級審裁判例に関する知識は、租税法の基本的な知識の一部である。したがって、それらの判決における事案と判決内容について、正確かつ論理的な理解をしておく必要がある。

そして、両年の採点実感で述べたことの繰り返しになるが、司法試験の解答に際しては、論点について判例等がある場合には、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は、原則として必要だと理解すべきであり、それがなければ減点を覚悟すべきである。自説が判例等と異なる場合であっても、この間の事情は変わらない。

また、平成30年の採点実感で示したとおり、限られた試験時間内で答案を作成する以上、答案における判例等への言及と言っても、特別なことが要求されるわけではない。問題文で判例等への言及が特に求められていない場合であれば、例えば、「～については～と解すべきである（判例同旨）。」「判例によれば、～は～と解されている。」というような表現で、自説と判例との関係を自覚していることが示されていれば一応は必要性を満たしていると言い得る。また、判例の趣旨を理解していることが採点者に伝われば足りるのであるから、一字一句判決文のとおりを書く

必要があるわけでもない。

本年の試験においては、上記のような手法で判例への言及を手短に、かつ、適切に行う答案が相当数見られたこと、そしてそのような答案には相応の高い評価を与えたことを強調しておきたい。

(3) 基本的かつ偏らない知識の習得

採点実感を熟読すれば分かるように、本年の問題は、第2問設問2を除けば、ごく基本的な事項に関する出題にとどまるし、同問についても、学生向けの基本書で指摘されている重要事項であって、それほど難易度が高いわけではない。

それにもかかわらず、「優秀」や「良好」の答案が相当数あったものの、期待した水準に達していない答案もなお多いのは、出題された制度や論点についての基礎的な知識に欠けているからである。第2問設問3において「借用概念」という用語は書いたものの、「租税法律主義の下で借用概念は許されるか」というような問いの立て方をしたために「一応の水準」以下にとどまる答案などは、基本的な概念についての理解が不十分な例と言えよう。また、当然のことながら、所得税法のみでの理解では法人税法や国税通則法、さらには、租税法の解釈・適用の一般論に関する問題は解けない。

したがって、司法試験の出題範囲全体に対して目配りしつつ、基礎的な知識をしっかりと身に付けることが、まずは必要な事柄と言えよう。

6 その他参考事項

租税法に限らず、答案の作成はコミュニケーションである。何を問われているのかを正確に把握し、必要な内容を誤解なく伝える答案が、必然的に高得点となる。反対に、問題文や問いの内容を自分勝手に理解して作成した答案では、良い成績は望めない。

本年の第2問設問3において、問いの内容は「Xの前提としているこの考え方」の評価であり、かつ、問題文において「本件サプリメントの購入費用が医療費控除の対象となるか否かについて、言及する必要はない。」と注記したにもかかわらず、一定数の答案は、本件サプリメントの購入費用が医療費控除の対象となるか否かについて、本件サプリメントの使用が医師の勧めによることなどの本件の事情に照らして検討するにとどまり、問われたことに答えていなかった。答案作成は時間の制約下で行うものではあるが、常に「何が問われているか」に十分な注意を払う必要がある。

また、自分が書きたいことを文章として自然な流れに位置付けることも、コミュニケーションとしては重要である。本年の試験においては、第2問設問1において、譲渡所得の総収入金額や取得費について論じるに当たり、まず譲渡所得の計算構造を明示する答案も少なからず見られるなど、この点についてはかなり高い能力を有する受験生が相当数いるとの印象を受けた。

平成30年の採点実感で書いたとおり、租税法に関しては、日頃から制度に関する基礎的な知識や判例等の理解を蓄積しておけば、おのずから、「これは～を問う問題だな。」ということが分かるはずである。

その意味でも、既に何度も述べたとおり、条文や制度の基本的な理解と判例等への関心を有していれば、司法試験の租税法において、高得点をマークすることは、決して難しいことではない。

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

出題した二問とも、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のかを念頭に置いて、問題文に記載された事実関係からの確に問題点を把握し、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（以下「公取委」という。）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、入札談合と不当な取引制限（独占禁止法第2条第6項及び第3条）に関する出題である。

まず、入札談合に係る基本合意（本件合意）の形成に参加したBに関して、不当な取引制限に係る各要件のうち、①共同して（意思の連絡）、②相互にその事業活動を拘束すること（相互拘束）により、③一定の取引分野（市場）における、④競争を実質的に制限することについて、条文に基づいて規範を定立した上で、問題文に記載された事実関係を適切に当てはめて論じているかを評価の対象とした。

次に、本件合意に途中で関与したJに関しては、特に、意思の連絡及び相互拘束の要件該当性について、問題文に記載された事実関係を総合的に分析した上で、定立した規範と整合的に当てはめて、結論を導くことができているかを評価した。

さらに、不当な取引制限を肯定したときの違反行為の終期、すなわち、当該行為がなくなった日（同法第7条第2項）に関し、B及びJそれぞれについて、どのように規範を定立して、問題文に記載された事実関係を当てはめているかを評価の対象とした。

(2) 第2問

第2問は、本件計画について、公取委が行うであろう企業結合審査の流れを想定して、本件計画の適法性（独占禁止法第15条第1項第1号）、本件計画が独占禁止法上問題ありと考えられる場合に検討されるべき問題解消措置及びその問題点について、適切な独占禁止法の理解に基づき的確に結論を導けるかを問うものである。

設問1は、本件計画が市場における競争にどのような影響を及ぼすかについて、適切に市場を画定するとともに、企業結合類型を明確にし、公取委が公表している「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」（企業結合ガイドライン）でも挙げられている主要な項目を考慮しつつ、適切に分析しているかを評価の対象とした（なお、上記のとおり、同ガイドラインに関する細かな知識までは不要である。）。

具体的には、本件計画が、競争事業者間で行われる「水平型の企業結合」であり、単独行動あ

るいは協調的行動として、画定された市場における競争を実質的に制限する「こととなる」であろう事実を設問から適切に読み取り、独占禁止法上の概念と結び付けて自身の言葉でそしゃくして論述しているかを評価した。また、市場の画定との関係では、商品・役務市場と地理的市場の双方について、その画定の理由を適切に挙げているかを評価した。

設問2では、そもそも、問題解消措置が、当事会社において、企業結合審査の進行状況や見通しから、公取委の示している、あるいは示すであろう競争上の懸念を解消するために自主的に提案をするものであることを正確に理解した上で、かかる懸念を十分に解消するために求められる問題解消措置となっているか、さらに、提案された問題解消措置そのものが新たな競争上の懸念を惹起していないかを適切に検討しているかを評価した。

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) Bの要件該当性について

条文（独占禁止法第2条第6項及び第3条）を正確に摘示した上で、同法第2条第6項の条文解釈を適切に行って事実関係を当てはめて、Bについて各要件該当性を肯定する答案が大多数であった。また、入札談合においては、基本合意（本件合意）が成立したときをもって、意思の連絡、相互拘束、競争の実質的制限の各要件に該当し、個別調整等の基本合意成立後の事実は、基本合意の成立時点での各要件該当性を推認させる事情であることを理解した答案、すなわち、相互拘束を内容とする本件合意について明示の意思の連絡があり、入札談合では基本合意の成立をもって競争の実質的制限が推認できることを前提に、本件合意の対象である特定農業施設工事について、各入札における個別調整等を事後的な事情として考慮しつつ、本件合意の時点で競争の実質的制限があることを的確に論じている答案が多かった。

他方、各要件該当性の結論のみを簡単に記載している答案、入札談合は基本合意と個別調整からなるとしか説明しておらず、そもそも意思の連絡とは何かを定義していない答案、黙示の意思の連絡を認定している答案が散見された。また、各入札に係る個別調整について意思の連絡や相互拘束を論じている答案、穀物貯蔵等施設工事を市場と画定する答案、本件合意が成立した時点では発注されるか不明な第4回ないし第5回までの入札のみを市場として画定する答案や各入札を別個の市場として画定する答案、各入札の個別調整がされたことをもって競争の実質的制限の要件該当とする答案など、不当な取引制限の要件該当性を検討すべき対象が基本合意であることを理解しているか疑問を感じさせる答案もあった。

(イ) Jの要件該当性について

本件合意の形成に参加していないJについては、意思の連絡及び相互拘束が問題になることを的確に指摘し、論じている答案が多数であったが、当該論点について詳細に検討することなく、安易に、Bと同様に不当な取引制限が成立すると記載している答案、定立した規範と当てはめが整合していない答案も少なくなかった。結論としては、不当な取引制

限の要件該当性を肯定する答案が多数であったが、間接事実から黙示の意思の連絡を認定し、または、個別調整の事実から基本合意を推認する答案の中には、意思の連絡が認められる時期や範囲について明示し、その範囲をもって相互拘束が認められるか具体的に検討していない答案が目立った。また、指名の有無、受注意欲の有無についてのAからの問い合わせに回答していることなどから、1回目の入札から意思の連絡ありとする答案も多かったが、この時点で相互拘束を肯定するだけの意思の連絡があると説得的に論証することは、問題文に記載された事実だけでは困難と思われる。他方、相互拘束について具体的に検討して、指名教示を超える「応札協力」という、より積極的行為を行うことによって確定的に本件合意に参加したと言えるとする答案は多くなかった。さらに、Jが落札者を決定するプロセスに参画するものではないこと、自らが落札することをJが完全に否定していたものではなかったこと、特定農業施設以外の工事で協力を受けたいというJの目的が本件合意の他の参加事業者と異なることなどを重視して、意思の連絡ないし相互拘束の要件該当性を否定する答案や、個別調整についてのみ要件該当性を肯定する答案もあったが、それらは少数であった。結論がいずれであれ、問題文に記載された事実関係を総合的に分析した上で、定立した規範と一貫して論述しているかを評価した。

(ウ) 違反行為がなくなった日について

Bの違反行為がなくなった日について、的確に規範を定立し、6月15日の会合時のBの担当者の言動等をもって、その時点で離脱を認める答案が多かったが、その後の本件合意への復帰の可能性等を考慮して、7月30日の第5回入札をもって離脱を認める答案や、8月1日の除名をもって離脱を認める答案もあった。

Jについては、立入検査日ないしその前日をもって終期とする答案が多く、終期についての規範を的確に定立した上で当てはめを行っている答案も相当数あった。他方、結論のみを記載している答案も多く、Eが事実の報告等を行った日を終期とする答案もあったほか、Jについて本件合意への参加を認めながら、その違反行為の終期について検討していない答案も散見された。

イ 第2問

出題水準は、一般的に利用されている先例集にも掲載されているような、公取委が問題解消措置を採ることを条件として排除措置を命じないこととした典型的な企業結合事例を一例でも読んで理解をしていれば、およそ合格点が取れるような水準としたが、全般的な印象としては、直近では平成29年度の司法試験で出題した項目であったにもかかわらず、答案の中には、企業結合について十分に学習をしていなかったのではないかとと思われるものも散見された。

(ア) 企業結合の類型（設問1）

本件計画が合併の制限等に関する独占禁止法第15条第1項第1号に違反するか否かが問題となることを適切に指摘している答案が大半であったが、一部に、本問を、私的独占や不当な取引制限の問題として論じる答案も若干ながらあった。企業結合は、公取委が規制する三つの企業行動の一つ（その他は、単独行為と共同行為）であり、その重要性を再認識する必要がある。

他方で、本件計画で問題視すべきものが、水平型の企業結合であることを適切に指摘する

答案は想定以上に少なかった。水平型の企業結合の審査と垂直型の企業結合のそれとは全く異なるものであり、冒頭でまず指摘されるべき事項である。

(イ) 一定の取引分野（市場）の画定について（設問１）

「一定の取引分野」の定義については、ほぼ全ての答案において、通説的な見解をそのまま記載していた。また、具体的にも、本件計画で問題になる市場について、結論としては、「日本国内の点滴針甲」とする者が大半であったが、その理由を必ずしも適切に根拠付けていない答案が相当数見られた。他方で、地理的市場について「世界市場」として画定している答案、世界市場「も」併せて検討している答案が相当数あった。世界市場「も」併せて検討している場合には、減点対象とはしていないものの、その意味が、日本国内市場を検討する上で参照するというものであれば問題はないが、競争の実質的制限との関係で検討する内容が異なることになりかねず、それとの整合性がやや気になった。

なお、地理的市場を「世界市場」や「アジア市場」とする場合、それを正当化するだけの追加的な根拠（物流コストが低いことや世界的な市場価格の相関性）を各国の競争当局は必ず挙げているところ、本設問中には、そうした追加的な記載は存在していない。また、点滴針のような医療機器や医薬品については、各国毎に許認可といった規制が存在している場合が大半で、地理的市場は各国ごとに画定されるのが通例であることは正確に理解しておくべきであろう（出題文に、殊更に「販売承認」制度についての言及がなされている趣旨を理解できている答案は、必ずしも多くはなかった。）。

(ウ) 競争の実質的制限の蓋然性（「こととなる」）（設問１）

本件計画が「競争を実質的に制限することとなる」かの分析において、文言の意味・定義について、ほとんどの答案は正確に解答をしていた。また、多くの答案では、「単独行動による競争の実質的制限」と「協調的行動による競争の実質的制限」の二つに分けて、本件計画がもたらすであろう競争への影響を分析していた。

また、設問中に挙げられた事実から、各種の考慮事項（当事会社の市場での地位、競争者の状況、輸入圧力、参入圧力、隣接市場からの競争圧力、需要者からの競争圧力）を適宜選択して記述している答案が多かったが、単に、設問の記述をそのまま書き写しているだけで、こうした考慮項目別に分類して、自らの言葉で説明していない答案も相当数存在していた。与えられた事実を、適切に分類・再整理している答案を評価した。

なお、協調的行動による競争の実質的制限については、簡単に言及するだけの答案も多く、本件のように単独行動により競争の実質的制限が肯定される例の場合には、実務的にも簡潔にしか検討されないことも多いが、この点を手厚く分析している答案については加点対象としている。

(エ) 問題解消措置の検討（設問２）

問題解消措置が、企業結合審査の過程で公取委から示された（あるいは示されるであろうと想定される）懸念を解消し、当事会社自らが公取委から排除措置を命じない旨の通知を円滑または迅速に得ることを目的として提案をするものであるにもかかわらず、公取委は排除措置命令（独占禁止法第１７条の２）として問題解消措置を命じなければならないと記述する等、問題解消措置の正確な位置付けを理解していない答案が非常に多かった。

また、問題解消措置が、設問1で問題とされた競争制限効果を解消するのに足りるものとなるように設計することが求められているが、本件のような水平型の企業結合にあつては、企業結合が実施される以前の競争状況を維持するようなものである必要があり、そのために、「構造的措置」が原則として採られるべきであるという理解を指摘している答案は比較的少なかった。本件計画の場合、当事会社であるX又はYいずれかの点滴針甲の事業（製造設備・人材・ノウハウ等からなる）を一括して、第三者であるMに譲渡できれば、従前X・Y・Aの三社による競争環境は、XとY統合後の新会社・M・Aの三社間の競争としてそのまま維持されることになるし、ハーフィンダール指数（HHI）も変動しない。このように「構造的措置」がなぜ原則になっているのかまで踏み込んで解答をしている答案については加対象とした。他方で、このような事業譲渡までは想定せず、ノウハウ等の供与で足りると、根拠も挙げずに記述している答案も少なからずあった。

他方で、このような問題解消措置の実効性については、M社の過去の経験やインセンティブなど設問中でも言及されている事実を指摘して、肯定している答案が多かった。

(ウ) 問題解消措置の問題点の検討（設問2）

公取委の企業結合審査では、当事会社が問題解消措置を提案すると、その実効性を検討するだけでなく、問題解消措置そのものが構造的措置である場合には、それ自体も新たな企業結合となるため、問題解消措置自体が新たな競争上の問題を惹起させることがないかを市場関係者に問い合わせるなどして確認している。

事業を譲り受けることとなるM社は、点滴関連製品を取り扱っている国内流通業者であり、点滴針の製造販売メーカーとは垂直関係になるため、垂直型の企業結合として、セット販売等を実施することで下流市場の閉鎖効果が生じないかを一応検証することが必要になる。設例では、M社について「針甲と同時に使用される点滴関連製品である点滴チューブ丙について15パーセントの販売シェア」などと厳しい競争環境にあるとすることで、垂直制限効果がほとんど想定されない設定としているが、この趣旨を読み取って、問題解消措置がもたらす可能性がある競争制限効果にまで言及している答案は少数にとどまった。また、このように下流市場の競争が激しいことから発生の可能性は低いとも考えられるものの、M社に当事会社XないしYのセンシティブ情報がもたらされ、協調的行動及びそれによる競争の実質的制限効果の発生が懸念される場合には、情報遮断措置を講ずることも考えられるが、これに言及している答案も少数にとどまった。

(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

Bの要件該当性については、「共同して」、「相互にその事業活動を拘束し」、「一定の取引分野における」、「競争を実質的に制限する」といった各文言の解釈（規範定立）及び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。

また、B及びJの違反終了時期については、的確に判断基準等を記述した上で、当てはめている答案が相当数あり、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。

他方、Jに関して意思の連絡及び相互拘束の要件該当性については、的確に問題を指摘し

て論じている答案は想定していたほど多くなかった。特に、意思の連絡があるというべき合意の範囲や意思の連絡が認められる時期について具体的に検討した上で、相互拘束が肯定できる根拠を明確に論じている答案は少なかった。

イ 第2問

「一定の取引分野」、「競争を実質的に制限することとなる」といった各文言の解釈（規範定立）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。

また、競争の実質的制限効果について、設問中にちりばめられた事実を選択・分類して、的確に論じている答案が相当数あり、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。

他方、地理的市場の画定について、日本とした答案が多かったものの、少なくない数の答案が世界市場としていたことは想定外であった。

「問題解消措置」については、その趣旨について正確な理解を欠いている答案が想定していた以上に多かった。問題解消措置の実効性の検討については、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が、その問題点については、検討がほとんど及ばないであろうことはそれなりに想定していたものの、それでも想定をかなり下回った。

(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、本件合意が不当な取引制限の要件に該当することを的確に論じるとともに、Jについて本件合意への参加が認められるか否か、B及びJの違反行為終了時期などの論点について、問題文に記載した事実関係を総合的に分析した上で、論旨一貫して論述できているもの、「良好」な答案は、要件該当性や上記論点の大部分について一定の論述ができているもの、「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くものや、その分析が簡略であるもの、「不良」な答案は、上記論点について全く検討せず、論旨が一貫していないなど不当な取引制限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述に終始するものとした。

イ 第2問

「優秀」な答案は、本件計画の類型を適切に分類し、問題となる市場を的確に画定した上で、本件計画がもたらす競争制限効果を設問中から抽出・再整理した上で的確に分析するとともに、そこで指摘された問題点を解消するために必要な問題解消措置を設計し、その実効性、問題点を適切に分析するもの、「良好」な答案は、市場を的確に画定するとともに、本件計画の競争に及ぼす影響を的確に分析し、問題解消措置を一定程度設計するとともにその実効性を一定程度行っているもの、「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くものや、その分析が簡略であるもの、「不良」な答案は、単に記憶した概念をそのまま記述するとともに、設問中の記述をそのまま引用しただけで、事実を再整理したり問題点を分析したりすることができていないものとした。

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て要件に当てはめ、そして、それを箇条書き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。

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、職務発明該当性、方法の発明に関する特許権の効力の範囲、出願公開の効果としての補償金支払請求権の行使の制限と補正後の再警告の要否、間接侵害の成否という、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、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・学説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においては、①本件発明が職務発明（特許法第35条第1項）に当たらないとすると、本件出願は冒認出願（同法第123条第1項第6号）であって権利行使制限の抗弁（同法第104条の3第1項）が認められるか否かが問題となることを指摘した上で、職務発明該当性、特に「職務」該当性について基準を示して当てはめるとともに、職務発明該当性が肯定される場合には、Xの職務発明規程により特許を受ける権利は使用者に原始的に帰属するため（同法第35条第3項）、権利行使制限の抗弁は認められないことについて言及すること、及び、②本件発明が「方法の発明」又は「物を生産する方法の発明」のいずれに当たるのかについて基準を示し、Y製品の製造販売が「実施」（同法第2条第3項）に該当するののかについて論じるとともに、Y製品の廃棄請求との関係では、同法第100条第2項に基づいてこれが認められるのかについて論じることが、「一応の水準」である。

その上で、上記①について、従業者が自発的に発明を完成させた場合における「職務」該当性に関しては、発明完成の予定・期待と使用者の発明完成への寄与をもって職務発明に該当するとの考え方（大阪地判平成6年4月28日判時1542号115頁【マホービン事件】）や、職務命令、従業者の地位、給与、職種、使用者の関与の程度等の諸般の事情を総合的に勘案して決する考え方などがあることを踏まえつつ、判断基準に関する自説を論述し、発明の完成が期待されていない旨の甲の説明を始めとする設例の事実関係に当てはめていけば、その論証の説得性に依じて「良好」又は「優秀」と評価した。

さらに、冒認の無効理由について、特許を受ける権利を有しない者は、無効審判を請求できないが（同法第123条第2項）、権利行使制限の抗弁を主張することは可能であること（同法第104条の3第3項）に言及していれば、高く評価した。

次に、上記②について、まず、Y製品の製造販売の差止請求との関係では、「方法の発明」か「物を生産する方法の発明」かは、特許請求の範囲の記載に基づいて判定すべきものであると判示した最判平成11年7月16日民集53巻6号957頁【生理活性物質測定法事件】を踏まえつつ、基準を示して当てはめていけば、その論証の説得性に依じて「良好」又は「優秀」と評価した。次にY製品の廃棄請求との関係では、同法第100条第2項は、同条第1項「による請求をするに際し」と定めており、差止請求に附帯して請求すべきであると一般に解されていることや、同条第2項の「侵害の予防に必要な行為」は、特許発明の内容、侵害行為の態様及び差止請求権の具体的内容等に照らして、差止請求権の行使を実効あらしめ

るものであって、かつ、差止請求権の実現のために必要な範囲内のものであることを要すると判示した前掲【生理活性物質測定法事件】最判が存在することを念頭において、自説を論じていれば、その論証の説得性に依じて「良好」又は「優秀」と評価した。

イ 設問2(1)

設問2(1)においては、補償金支払請求権（同法第65条第1項）の行使を制限する理由と適用条文を示して論じることが「一応の水準」である。

その上で、関連条文（同法第29条第1項第2号、第123条第1項第2号、第65条第6項、第104条の3第1項）を的確に指摘して当てはめていれば、その論証的確性等に依じて「良好」又は「優秀」と評価した。

ウ 設問2(2)

設問2(2)においては、同法第65条第1項が補償金支払請求権の行使について警告又は悪意を要件としていることに言及し、その趣旨を踏まえて補正後の再警告の要否について論じることが「一応の水準」である。

その上で、最判昭和63年7月19日民集42巻6号489頁【アースベルト事件】を念頭において、本件事案に当てはめ、Y方法は補正前後を通じて本件（当初）発明の技術的範囲に属すると考えられる一方、本件出願には拒絶理由があるため特許権は設定登録されないだろうとYが期待したと考えられることを踏まえて、そのような期待が保護されるべきか否かについて、自説を論じていれば、その論証の説得性に依じて「良好」又は「優秀」と評価した。

エ 設問3

設問3においては、本件発明が方法の発明であって、測定機器Mが本件発明の実施にのみ用いられることから、専用品（「にのみ」）型間接侵害の成否（同法第101条第4号）が問題となることを指摘し、MがZにより全て外国に輸出され、外国で実施されるために直接侵害が成立しない場合における間接侵害の成否について論じることが「一応の水準」である。

その上で、直接侵害が成立しない場合における間接侵害の成否をめぐる、独立説、従属説、折衷説といった考え方があることを念頭におきつつ、事案に当てはめ、取り分け、貿易会社Zの輸出に先行するYの製造販売自体は国内の行為であることをどのように評価するかについて、自説を論じていれば、その論証の説得性に依じて「良好」又は「優秀」と評価した。

(2) 第2問

本問は、美的鑑賞に加えて宗教上の信仰目的も有する作品の著作物性、公開の美術の著作物等の利用に関する著作権の制限、善意者に係る譲渡権の特例と知情頒布によるみなし侵害、譲渡権の消尽と債務不履行との関係、著作者が存しなくなった後における人格的利益の保護、同一性保持権の侵害となるべき行為とその制限であるやむを得ないと認められる改変、名誉回復等の措置請求に関する理解を問うものである。

本問を通じて、著作権と著作者人格権の発生から侵害に至るまでの基本的な法制度（関連する裁判例を含む）に関する万遍のない理解力、具体的事案に散りばめられた多様な事実のうち法的に重要なものを選別しそこに規範を適切に当てはめる思考力、そしてそれらを簡潔・的確な文章で伝達する表現力等の有無を判定した。

ア 設問1

著作物性の判断は、実際の作品を前提とした詳細かつ慎重な検討を必要とするが、著作権法の体系上も、また実務上も重要であることから、本設問ではあえて問題の所在を抽出しやすい形で出題し、採点に当たってはそれら問題点に関するごく基本的な理解を判定した。

まず、 α については、著作物として求められる創作性について判断基準を明らかにした上で、

本問事案に対してそれを適切に当てはめて結論を導いていることが「一応の水準」である。

その上で、一方では仏教美術の仕来りに従うなど表現の選択の幅が限られることについて、他方では仏師X1の世界観・宗教観が反映されていることについて、それぞれどのように評価するか言及できていれば、その論証の説得性に依拠して、「良好」又は「優秀」と評価した。

また、 α とサイズ以外は同じ表現であるが量産品である β については、いわゆる応用美術の著作物性に関して各自なりの規範を示す必要がある。応用美術の著作物性を美的鑑賞のみを目的とした作品（いわゆる純粋美術）のそれと同様の基準で判断するとの立場（知財高判平成27年4月14日判時2267号91頁【TRIPP TRAPP事件】）にせよ、実用目的に必要な構成（機能的制約を受ける要素）から分離できる美的特性を備えた要素に限って著作物として保護する立場（知財高判平成26年8月28日判時2238号91頁【激安ファストファッション事件】）にせよ、それぞれの立場で一貫した説明で規範を提示し、本問事案への当てはめをしていることが「一応の水準」である。

その上で、純粋美術の著作物性判断基準との異同や、著作権法とは異なる手法で工業デザインを保護する意匠法との相互関係を論じていれば、その内容に依拠して「良好」又は「優秀」と評価した。

イ 設問2(1)

本設問については、関係する複数の条文をきちんと順に拾い、本問事案に適切に当てはめることができるかが主に問われている。

まず、Aが「一般公衆に開放されている屋外の場所」に恒常的に設置（著作権法第45条第2項）されており、同法第46条柱書及び同条第4号が適用されるかを検討した上で、次に、絵はがきPが違法複製物であることを前提として、それを譲渡したY2について、善意者に係る譲渡権の特例（同法第113条の2）及び知情頒布（同法第113条第1項第2号）が適用されるかについて検討することが「一応の水準」である。

その上で、同法第46条の適用の可否については、同条の趣旨を踏まえつつ、時間的制約はあるが、Y1境内には誰でも立ち入ることができるといった事実関係に当てはめていたり、また、同法第113条の2及び第113条第1項第2号の適用の可否については、特にY2はX1から警告を受けた後はY1による侵害事実について悪意に転じ、以後の頒布と頒布目的所持は著作権侵害とみなされることに言及していれば、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2(2)

本設問では、Y2による公衆への譲渡行為の法的評価の前提として、Y1のライセンス契約違反が著作権侵害を基礎付けるかどうかという問題の所在に気づいて、本設問の事実関係に照らしてY1の同契約違反は著作権侵害には当たらないこと、したがって、Y1によるPのY2（公衆）への譲渡により譲渡権は消尽し、更なるY2による公衆への譲渡は適法となる（同法第26条の2第2項第1号）ことが述べられていれば「一応の水準」である。

その上で、Y1のライセンス契約違反が著作権侵害に当たらない理由について、Y1が履行しなかったX1に対する債務（ライセンス料支払義務）の法的性質や発生根拠等に着目して説得的に論じていたり、Y1によるライセンス料の不払いにつきY2が悪意であることの本問における法的意味について論じていれば、その内容に依拠して「良好」又は「優秀」と評価した。

エ 設問3

本設問では、Y1の行為は著作者X1の死後になされていることから、X1が存しているとしたならば著作者人格権の侵害となるべき行為（同法第60条本文）に該当するか、また、当該行為はX1の意を害する（同法第60条ただし書）かについてそれぞれ論じており、さ

らに、X 1の最優先遺族であるX 2がY 1に対して名誉回復等の措置請求（同法第116条第1項、第115条）が可能であるかについて検討していることが「一応の水準」である。

その上で、Y 1によるA仏頭のCへのすげ替えは著作物αの改変であり、αの著作者X 1が存しているとしたならばその同一性保持権（同法第20条第1項）の侵害となるべき行為に当たるか、また、改変の理由が信者ではなくY 1内部で不評であったことや、仏像全体の再造が可能であったと考えられることなどの事情からY 1による改変はやむを得ないと認められる改変（同法第20条第2項第4号）であるか、さらに、X 1の死亡直後であることや仏頭の首のすげ替えという態様の性質、仏頭がY 1内部に保管されている点などを考慮して当該改変がX 1の意を害するかについて、それぞれ論じていけば、その論証の説得力に応じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

そして、名誉回復等の措置請求の具体的内容、例えば事実経緯広告、謝罪広告、原状回復（仏頭の再すげ替え）等を請求することの可否について、更に説得的に論じていけば、高く評価した。

3 採点実感等

(1) 第1問

ア 設問1

(イ) 職務発明該当性について

ほとんどの答案が職務発明該当性の問題に言及していた。しかし、Yの反論として、職務発明該当性が否定される場合には、本件出願は冒認出願となりYは権利行使制限の抗弁を主張できることとなることについて根拠条文（特許法第35条第1項、第123条第1項第6号、第104条の3第1項）を正確に示して論じている答案は、それほど多くはなかった。さらに、Yの反論において、同法第104条の3第3項に言及している答案はほとんどなかった。

会社社長の業務命令に反して行われた研究から生み出されたと主張された発明について職務発明該当性を肯定した東京地中間判平成14年9月19日判時1802号30頁【青色発光ダイオード事件】もあり、多数の答案は、本件発明が職務発明に当たると論じていた。本件発明は、上司の反対にもかかわらず甲が完成させたものであるから、甲の「職務」該当性が問題となるが、甲の「職務」ではなくXの「業務範囲」の問題として論じている答案が少なくなかった。Xは食品加工会社であるから、本件発明がXの「業務範囲」に属することは明らかであろう。

また、「職務」該当性について判断基準を示さない答案又はその点が不十分な答案や、「職務」該当性の基準として発明完成の予定・期待を挙げておきながら、上司の反対と発明完成の予定・期待との関係を論じることなく、漫然と職務発明該当性を肯定する答案も見られた。

他方、本問では、上司の反対のほかにも、甲が研究開発部門に所属していることや勤務時間中にXの施設でXの資材を用いたことといった事情があるところ、これらの事情を十分に考慮し、本件発明の職務発明該当性について説得的に論証している答案は一定数あり、高く評価できた。

また、職務発明該当性が肯定される場合には、Xの職務発明規程により特許を受ける権利がXに原始的に帰属するため（同法第35条第3項）、冒認を理由とする権利行使制限の抗弁が認められないことについて言及する答案はわずかであった。

(イ) 方法の発明に関する特許権の効力の範囲等について

本件発明が方法の発明であることから、Y製品の製造販売がそもそも本件特許権の侵害

に当たらないとするYの反論に言及する答案は多くなく、また、Y製品の廃棄請求についても同法第100条第2項の規定に照らして認められないとするYの反論に言及する答案も少数であった。

また、これらの点に言及する答案においても、「方法の発明」か、「物を生産する方法の発明」かを、特許請求の範囲の記載に基づき判断するとした前掲【生理活性物質測定法事件】最判の基準を示した答案や、同法第100条第2項の「侵害の予防に必要な行為」に関して同最判が示した意義について論じるものは、ほとんど見られなかった。基本的な判例の学習が不十分と言わざるを得ない。

(ウ) その他

設問には、「Xの請求に対するYの考えられる反論とその妥当性について論じなさい」とあるので端的にYの反論とその妥当性を論ずればよいのに、Xの請求内容について冗長な繰り返しの記載をする答案が散見された。時間が限られている中での事務処理能力も求められているのであるから、不必要な記載はせず、問われたことに端的に答えるべきであろう。

イ 設問2(1) 補償金支払請求権の行使の制限について

本設問は関連条文を摘示して当てはめることが求められる問題であるが、本件当初発明が公用発明(同法第29条第1項第2号)に当たり、新規性を欠き、特許に無効理由がある点(同法第123条第1項第2号)までは指摘できていても、同法第104条の3第1項を準用する第65条第6項を摘示することができず、Xの補償金支払請求を否定するために独自の法律構成を行っている答案が相当数見られた。

また、公用(同法第29条第1項第2号)ではなく公知(同項第1号)とする答案も見られたが、その場合には、公知とは「知られ得る」状態で足りるのか「現実に知られた」ことを要するのかについて検討し、後者であれば知得者の存在について論じる必要があるが、そのような答案はほとんど見当たらなかった。

ウ 設問2(2) 補正後における補償金支払請求のための再警告の要否について

ほとんどの答案が、補正後に再度の警告が必要かという問題には気づいており、また、補償金支払請求のための警告に関する条文(同法第65条第1項)を指摘して、警告の趣旨を不意打ち防止とする点に言及していた。

もっとも、前掲【アースベルト事件】最判が減縮補正により補正前後を通じて第三者の製品が考案の技術的範囲に属するときは再警告が不要であると判示したことを踏まえていないものや同最判を正解しないものが少なくなかった。また、その点に言及する答案においても、本件は、特許請求の範囲が減縮された事案であるが、技術的範囲について誤解し、工程bを追加したので本件発明は本件当初発明を拡張したものであるとしたり、本件当初発明の技術的範囲にY方法は属していないとするなどの記載が一定数見られた。特許発明の技術的範囲に関する基礎的な理解が欠如していると言わざるを得ない。

本問では、Y方法は補正前後を通じて発明の技術的範囲に属するため再警告は不要であるとも考えられるところ、そのような場合であっても拒絶理由が存在するために特許権は設定登録されないだろうとのYの期待を保護するために再警告を要求すべきか否かという点について問題意識を持って論じることを期待したが、そのような問題意識を有する答案は極めて少なかった。

エ 設問3 間接侵害の成否について

専用品(「にのみ」)型間接侵害の成否(同法第101条第4号)の問題であることは概ね理解されていた。

直接侵害が成立しない場合の間接侵害の成否についても多数の答案が言及していた。本論

点については、独立説、従属説、折衷説といった基準が議論されているところ、どのような基準により間接侵害の成否を判断するのかに言及しない答案が見られた。

また、学説、裁判例においては直接侵害の成立が否定される趣旨に即して間接侵害の成否を判断するという考え方（折衷説）が一般的であることからすると、他の考え方に依拠するにしても、同説に対する批判を十分に行った上で自説を論ずるべきであろう。

直接侵害の成立が否定される趣旨に即して間接侵害の成否を判断するという一般論を提示できてはいても、そこから説得的な理由とともに結論を導くことができていない答案や、直接侵害不成立の根拠を、属地主義に触れることなく、さしたる理由もなく特許独立の原則に求める答案が散見された。

多数の答案は、属地主義の観点から外国での実施による利益は本来我が国の特許権によって享受し得ないはずであるとして間接侵害の成立を否定していた。

もっとも、同法第101条第4号に「輸出」が規定されていないことのみから直ちに間接侵害の否定を導いている答案が一定数見られたが、Mを直接輸出しているわけではないYについての間接侵害を否定する根拠としては不十分であろう。また、Zの輸出に先行するYの行為は国内のものである点が問題となるところ、間接侵害の成立を否定しようとするのであれば、Zが介在しても外国で実施される以上、間接侵害を否定する結論に変わりはないのかどうかについても検討することが期待されたが、その点に言及する答案はわずかであった。反対に、Yの製造販売が国内の行為であることから直ちに間接侵害の成立を肯定する答案も見られたが、外国での実施により直接侵害が成立しない点との関係についても検討すべきであろう。

(2) 第2問

ア 設問1

(ア) αの著作物性について

ほとんどの答案は、αの創作性について言及しており、表現の選択の幅が狭いながらも、X1の世界観・宗教観が反映されている点に創作性が見いだせるとするものが多数であった。もっとも、一般的な判断基準について何ら言及せずに創作性を肯定する答案も少なくなかった。

αについて、いわゆる応用美術の著作物性として議論されている点を論じる答案が散見された。しかし、αが応用美術であるとしても、一品制作されたαは問題なく美術工芸品（著作権法第2条第2項）として美術の著作物たり得ると考えられるから、そのような問題をあえて論じるまでもないであろう。

(イ) βの著作物性について

ほとんどの答案が、いわゆる応用美術の著作物性について論じていた。この点については、複数の立場が考えられるところ、いかなる立場に立つにせよ、この問題の背景からすれば、意匠法との関係にも言及すべきであるが、この点に言及しないものが散見された。

また、いわゆる美の一体性の基準（前掲知財高判【TRIPP TRAPP事件】）を援用する答案が少なくなかったが、根拠の説明として「意匠法と著作権法は趣旨・目的が異なる」という一文だけを示すにとどまるものが多く、どのように趣旨・目的が異なるのかをきちんと論じたものや、この説に向けられる批判に対する反論まで説得的に示したものは皆無に近かった。

他方、応用美術の著作物性について分離可能性説又は高い創作性を必要とする説などを採る場合には、βへの当てはめにおいて、実用目的に必要な構成と分離できる美的特性を備えている部分をどのように判断するのか、又は、創作性の高さをどのように判断するのかといった点について検討する必要があるだろうが、それらの点の検討が不十分な答案が多か

った。

また、大きさ以外は α と同一の表現であると問題文に記載があるにもかかわらず、仏像彫刻Bが、仏像彫刻Aを縮小したものであるとの事情のみから、さしたる理由もなく β の著作物性を否定する答案も散見された。

イ 設問2(1)

(ア) 公開の美術の著作物等の利用に関する著作権の制限について

Aが「一般公衆に開放されている」屋外の場所に恒常的に設置（著作権法第45条第2項）されているものとして同法第46条柱書及び同条第4号が適用されるのか否かについて言及しない答案が少なくなかった。また、「恒常的に設置」されているかを問題とする答案もあったが、Aは仏像彫刻作品として同一の場所に設置されているのであり、例えば自動車のように運行されるわけではないことから、「恒常的に設置」されているかの問題というよりは「一般公衆に開放されている」かの問題と捉えるべきであろう。他方、同法第46条の趣旨にも言及しながら「一般公衆に開放されている屋外の場所」の一般的な解釈を述べた上で、時間的な制限がありつつも誰でも境内に立ち入れるなどの設問の事実関係に丁寧な当てはめて論じている答案は少数ながら高く評価することができた。

(イ) 善意者に係る譲渡権の特例と知情頒布によるみなし侵害について

善意者に係る譲渡権の特例（同法第113条の2）及び知情頒布によるみなし侵害（同法第113条第1項第2号）については、その一方しか論じておらず、他方の検討を全く落としているものが相当数見られた。

また、同法第113条の2は、譲渡権侵害の成否（同法第26条の2第1項）にかかるものであり、同法第113条第1項第2号は、みなし侵害の成否にかかるものであって、両者は別個の権原規定であるのに、これらを混然一体として論じたものが相当数見られた。

さらに、みなし侵害について論述している答案にあっても、悪意に転じた時点以降の頒布と頒布目的所持が侵害になるということまでを論じた答案は少なかった。なお、問題文には、警告によりY2はX1がY1に許諾していない事情を「知り」とあるので、「情を知って」（同法第113条第1項第2号）の解釈にかかわらず、その時点で悪意に転じたと考えて良いであろう。

ウ 設問2(2) ライセンス契約違反と消尽について

ライセンス契約違反が著作権侵害を基礎付けるかに言及することなく、消尽（同法第26条の2第2項第1号）についてのみ論じる答案が少なくなかったが、Y1によるライセンス料不払いが著作権侵害に当たるのであれば消尽について論じる前提を欠くのであるから、この点をまず検討すべきであろう。

Y1によるライセンス料不払いは著作権侵害ではなく、債務不履行にとどまるとの結論のみを述べる答案も見られたが、そのように考える根拠を明らかにすべきであろう。ライセンス契約上の義務の違反のうち、どのような義務の違反であれば著作権侵害に当たり、どのような義務の違反であれば債務不履行にとどまるのかを自覚的に論じることが求められるが、そのような答案は多くはなかった。

また、Y1がPをY2に譲渡したところで消尽が生じることを理解していないと見られるものや、消尽の検討を全く落としているものが散見されたほか、ライセンス料の支払を受けていないことが、消尽の趣旨（二重利得の防止）に反するなどとして、そのみから直ちに消尽が成立せず著作権侵害になるとの結論を導いているものが一定数見られた。

なお、Y1によるライセンス料不払いについてY2が悪意であることは、消尽の成否を左右しない点について言及する答案はそれほど多くはなかった。

エ 設問3 名誉回復等の措置について

多数の答案は、死後の人格的利益の保護（同法第60条）が問題となること、及び仏頭のす

げ替えはX1が存しているとしたならばその同一性保持権（同法第20条第1項）の侵害となるべき行為に当たるかが問題となることに言及していた。もっとも、同一性保持権を全く論じることなく同法第60条のみ論じる答案も散見されたが、侵害の対象となるべき権利を特定することが重要である。また、同一性保持権について論じず、同法第113条第7項のみ論じているものも一定数見られた。

Y1の改変がやむを得ないと認められる改変（同法第20条第2項第4号）に当たるかについては、この点に言及しない答案、言及しても判断基準を示さない答案、当てはめにおいて理由を示さず結論のみを述べる答案が散見された。

さらにY1の改変は「著作者の意を害しないと認められる」（同法第60条ただし書）にかんしても、この点に言及しない答案が散見され、言及する答案にあっても、死後すぐの改変であることと同法第60条ただし書の「行為の性質及び程度、社会的事情の変動その他」との関係を意識して論じている答案は少数であった。

死亡したX1の遺族である配偶者X2がY1に対して名誉回復等の措置を請求可能であることについては、根拠条文（同法第116条第1項、第115条）を含めて、多数の答案が言及していた。

名誉回復等の措置請求の具体的な内容を記載する答案は少なかったが、これを記載した答案であっても、単純に頭部を元に戻すことを具体的内容とするものがほとんどであった。名誉回復等の措置請求として、原状回復、謝罪広告等複数の措置があり得る中で、本件の事情を考慮して適切かつ相当と考えられる名誉回復等の措置について具体的に検討した答案は少数ながら高く評価できた。

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、裁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い。

5 今後の法科大学院教育に求められるもの

本年は、より基本的な論点について基礎的な理解を問う出題を心掛けたこともあり、最低ライン点未満の答案は少なかった。もっとも、基本的な論点を見逃している答案、論点の理解が不十分であるために事案の分析が不適切である答案、問題文に提示された事実の中から必要なものを過不足なく拾い上げようとする姿勢が見られない答案、問題文の事実を用いながらもそれを論点に関連付けるための分析が不十分である答案なども目についた。法科大学院は、基本的な論点を偏りなく教育するとともに、現実に生起する紛争を解決する実務家を養成する教育機関として、実際の訴訟等を想定して、具体的事案の中から、問題となり得る論点を的確に抽出するとともに、それとの関係において法的に意味のある事実を分析し、法的解決策をバランスよく、かつ説得的に論述する能力を広く養う実践型の教育を行うことが期待される。また、明文の規定があるにもかかわらず、条文を指摘しない答案が見られたが、条文解釈が基本であるから、条文を意識した学習を指導することが求められる。さらに、判例や判断基準を示す裁判例があるにもかかわらず、それに言及しない答案も散見された。あくまで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。

他方、条文を出発点として、必要ならばその解釈論を展開した上で、規範を提示し、それを問題文の事案に当てはめるといった作業を丹念に行う答案は、一般的に好印象を受けた。実務家登用試験である司法試験では、法の解釈と適用という法律家としての基本的な思考パターンを修得し答案に表現できているかどうかことが重要であることについて改めて注意を喚起しておきたい。

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

採点に当たっては、事案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を行い、適切な結論を導き出しているかを基準とした。

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ることとし、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、非常に乱雑で文字の判読が困難なものもあった。文字の巧拙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、期間の定めのない労働契約により雇用されていた労働者に対する成績不良と反抗的態度を理由とする解雇について、解雇の事由及び手続の両面からその当否を検討し（設問1）、さらに、事後に発覚した労働者の経歴詐称についても、その法的位置付けと実際上の取扱い方法を検討することを求めるものである（設問2）。解雇に関して関係条文及び判例が定立している規範を正確に理解した上で、事実関係の中から有意なものを摘出して論理的に分析し、結論を示すことが望まれるが、それらを的確に行った答案は多くなく、特に設問1に比して、設問2の論述が量的にも質的にも不十分なものが目に付いた。

設問1では、まず、本件解雇の性質（普通解雇）を確認した上で、実体面（労働契約法第16条の解雇権濫用の成否）と、手続面（労働基準法第20条の解雇予告義務）の両方で問題があることを指摘することが期待されたが、そのような整理を行わないまま、直ちに実体面の議論に入るものがほとんどであった。その実体面の検討に当たっては、Xの成績不良と反抗的態度のそれぞれに関し、①就業規則所定の解雇事由該当性、②労働契約法第16条の「客観的に合理的な理由」の有無、③同条の「社会通念上相当」性の有無、という3点を議論するものが多かった。事実関係に即して適切な検討がなされている限り、これらのどこに力点を置いても構わないが、バランスよく説得的に議論ができているものと、そうではないものとの間で、評価に差が付くことになった。なお、上記の前提となる、就業規則の解雇事由規定の合理性や周知の有無について、かなり多くの議論をする答案も見られた。論理的に間違いではないが、設問2を含めて他に重要な論点があくつもあつた中で、それに時間と紙幅をかける必要性は低いというべきであろう。

他方、手続面に関しては、何の検討も行わない答案がかなり多かったのが、意外であった。実体面の上記③の中で、権利濫用の要素として予告の欠如に言及するものも少なからずあつたが、労働基準法第20条という明確な法規範があるのであるから、これを正面から論じるべきであり、本件が予告義務の例外となる「労働者の責に帰すべき事由に基いて解雇する場合」（同条第1項但書）に該当するか否かを、これと同旨の就業規則規定との関係にも触れながら、検討する必要がある。さらに、判例（細谷服装事件・最判昭和35年3月11日民集14巻3号

403頁)によれば、同条の違反は解雇の絶対的無効をもたらすわけではないため、それを踏まえながら、解雇の効力と被解雇者の主張や請求の仕方について、的確に議論をすることが期待される。そのような答案も少数ながらあり、高い評価を得ることとなった。また、極めて少数ながら、労働基準法第20条第3項の除外認定の問題まで指摘した答案もあった。

以上のような検討により、結論的に本件解雇は無効と考えるものが大部分であったが、その場合の請求内容として、労働契約上の権利を有する地位の確認と、解雇期間中の賃金の支払になるところまで、きちんと書けていないものが、少なからず見られた。また、損害賠償の請求も可能としながら、その理由を全く説明していないものもあった。

設問2では、新たに判明したXの採用時の経歴詐称を、①訴訟で争われている当初の解雇の補強事由として援用する(解雇理由の追加)、②当初の解雇とは別個に改めてそれを理由に解雇を行う、という二つの可能性が考えられる。それらの両方について論じることが期待されることであるが、一方だけしか検討していないものが少なくなく、また、どちらの話なのか判然としないものも見られた。

まず、①に関しては、当初の解雇が懲戒解雇であった場合にこれを否定した判例(山口観光事件・最判平成8年9月26日労判708号31頁)との対比で議論を行うのではないかと予想されたが、この判例に明確に触れたものは少数であった。とはいえ、当初の解雇が普通解雇であっても事後的な解雇理由の追加が認められないことを説得的に述べた答案は相当数あり、高い評価を得ることとなった。他方、紛争の一次的解決といった理念を掲げただけで追加を認める答案もあったが、それが当事者にもたらす具体的な意味を考える必要がある。

次に、②に関しては、経歴詐称が就業規則の懲戒解雇事由に該当し、かつ、本件のXの詐称が実質的に見ても懲戒解雇に値するとして、新たな懲戒解雇が可能という結論を導くものが多く、比較的良好に書けていたように思われる。中には、Xの詐称はもはや重大な企業秩序違反とは言えない等の理由から懲戒解雇を否定する答案もあり、議論の説得性の程度に応じて点数を付与した。

なお、新たな懲戒解雇が可能とする場合でも、当初の解雇が無効とされた場合に備えた予備的な解雇という行使方法や、その場合の賃金請求権の発生期間、既に支払った退職金の処理、懲戒解雇事由があっても普通解雇とすることの可否など、様々な実際上の問題が生じることになる。それらについて議論したものが非常に少なかったのは、やや意外で残念であった。上に述べたように、設問1に多くの時間を使いすぎたため、設問2では余力がなくなったのではないと思われるが、問題の全体を見渡した上で、適切なバランスで論述を行うことを心掛けてほしい。

(2) 第2問について

本問は、労働協約に基づいて設置されている労働組合の掲示板から使用者が掲示物を撤去したこと(設問1)、及び労働協約に基づいてなされていたチェックオフについて労働協約の解約により廃止すること(設問2)が、それぞれ支配介入の不当労働行為に該当するか、並びにその場合の救済機関及び具体的な救済方法について検討することを求めるものである。

設問1では、問題の所在をある程度は把握できていた答案が多数であったが、それでも、使用者によるビラ撤去を問題としているにもかかわらず、支配介入(労働組合法第7条第3号)ではなく、不利益取扱い(同条第1号)を論じる答案が散見され、団交拒否(同条第2号)を論じる答案も見られた。このような答案は、概して論述の出来栄も不十分で、問題文の誤読というより、各不当労働行為類型の内容や体系がよく理解できていないと思われる。労働組合法第7条の第1号から第4号までの正確な理解を心掛け、その上で様々な裁判例に当たって、具体的事例のイメージを持つことが望まれる。

支配介入を論じている場合も、本件ビラ撤去を施設管理権の問題としている答案がかなりあったが、本件は、組合が労働協約第27条に基づいて掲示板を利用し、会社が同協約第28条

・第29条に基づいて撤去したというものであり、労働協約の解釈・適用の問題である。労働協約第28条のビラの撤去要件に言及するところまでは、ほとんどの答案ができていたが、しかし、結局は、組合活動の正当性について主体・目的・態様を論じていたり、施設管理権を論じていたりする答案も多かった。労働協約の撤去要件該当性の問題であるという点を正確に示して、支配介入の成否を論じることができている答案は、高く評価した。

支配介入の問題としつつ、団交拒否について、かなりの分量を記述しているものが相当数あった。X組合がビラを掲示するに至った経緯やビラの内容の真実性の点から、団交拒否を論ずることは必要であるが、設問は、飽くまでもビラの撤去を問題としている。何がこの事案の主たる争点なのか把握して、答案構成として論述のバランスが考慮されているものと、そうではないものとの間で評価に差がつくことになった。

ビラの記載内容の真実性や違法性等に関しては、企業外の第三者に向けての情報発信で名誉毀損が問われる場合と、社内における組合員等に対する情報発信について団結権行使の擁護が問われる場合では、判断の観点等が異なることになるが、この違いを指摘している答案は少なかった。

また、不当な給与査定、セクハラ問題及び団交拒否の事実が撤去要件に該当するか否かについて個別に検討し、ある内容は撤去要件には当たるが、他の内容は撤去要件には当たらないなど、個別に論じ、最終的な結論に至る理由付けを説得的に論じていないものもあった。労働協約第51条の苦情処理委員会の規定は同協約第28条と関係ないとする答案もあり、同協約第51条と関連付けて組合のビラの評価を検討するものは意外に少なく、検討する場合には、他の論点を十分検討せず、守秘義務違反があるので撤去は正当と結論する傾向があった。ビラの記載内容、掲載方法等について論点を的確に指摘し、バランスよく説得的に論じているものは高い評価を得ることになった。

支配介入の意思については基本的な論点であるにもかかわらず、その要否や判断枠組みに関する記述なく、唐突に支配介入意思ありと認定する答案も多く、適切に論じている答案は少なかった。

設問2については、設問1と異なり、問題の所在を正確に指摘できていた答案が少なかった。期間の定めのない労働協約の90日前予告解約について、労働組合法第15条第3項・第4項を指摘する答案は多かったが、労働協約の解約の効力とは別に支配介入が問題になり得ることをきちんと示している答案は少なかった。解約の効力と不当労働行為の成否は別であることを指摘し、チェックオフについて、組合の財政的基盤を支えるものであり、会社による一方的廃止は、影響が大きいという点を踏まえて、支配介入の成否を適切に論述できている答案はごく少数であり、高く評価した。

労働協約の解約の有効・無効と、チェックオフ廃止の支配介入の成否が直結すると考える答案が多く、解約が有効であることから直ちにチェックオフの中止を適法と導くものがある一方、解約には正当理由が必要である、信頼関係が破壊されていない場合には解約は違法ないし信義則違反で無効である、解約しても余後効によってチェックオフの定めはまだ継続している等と論じた上で、したがってチェックオフ廃止は支配介入であるとする答案がかなり多く、労働協約に関する知識・理解の不足が目立った。中には、支配介入であるから労働協約の解約は無効であるという論理展開をみせる答案もあった。また、労働協約の解約でなく、チェックオフの法律関係は民法上の委任であるとして、委任契約の解除の問題とする答案も少数ながら見られた。

余後効は、労働協約失効後の組合員の労働条件の問題であり、組合がチェックオフ中止の可否を争う場合には関係がない論点である。労働協約の解約・失効のような基本的な事項については、正確な知識を習得し、確実な論述をすることが求められる。

設問のチェックオフの協約について、期間の定めのある協約であるとの誤解や、本件は一部

解約であるとの答案も散見された。問題文の内容の正確な読み取りが必要である。

設問1, 2を通じ、裁判所に対する司法的救済と労働委員会に対する不当労働行為救済申立ての双方が問題となることについては、おおむね指摘できていたが、請求の内容、救済命令の内容については検討不足の答案が多かった。設問2の救済命令について、労働委員会の裁量権とその限界を論じたものについては加点した。

全体的印象としては、問われているのがどのような問題なのかを適切に把握せず、自分の勉強した論点（例えば、労働組合法第7条第1号の論点や、余後効の論点）と無理に関連付けて論じる傾向が見受けられた。

設問1及び設問2に関する近時の裁判例を知っていて論述した答案はごく少数にとどまっていたと思われるが、基本的な知識や理解があり、設問に即して考察していれば、十分に合格答案になっている。基本的な判例の勉強も含め、基本的な知識や理解を身に付けるようにされたい。

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の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、当てはめにおいて小さな問題が見られたり、判例の理解が十分とまでは言えない答案など、「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こととどまったり、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の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われる答案である。

5 今後の出題

出題方針について変更すべき点は特になく、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、自己の法の見解を展開し、これを事実にて当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。労働契約法、労働基準法を中心とする個別法の分野と労働組合法を中心とする集団法の分野のバランスについても、従来と同様に配慮して出題を行う予定である。

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、正確な理解が図られるように更なる指導をお願いしたい。また、それらの現実的な適用能力を磨くために、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。

令和元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否かに重点を置いた。

3 採点実感等

〔第1問〕は、環境基準及び水質汚濁防止法の枠組みに関する基本的な理解を問うものであり、基本的な知識を確実に修得しているか否かで大きな差がついた。〔第2問〕は、廃棄物の処理及び清掃に関する法律（以下「廃掃法」という。）上の産業廃棄物の処理及び委託に関する基本的な理解とともに、平成29年の改正法の理解を問うものであり、素直に解答すればそれなりの得点を望める問題であるが、特に設問2の小問(2)については、〔第1問〕との時間配分が上手くいかなかったのか、検討が不十分な答案が目立った。

【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、水質の環境基準の内容・設定方法（設問1）、水質汚濁防止法（以下「水濁法」という。）に基づく環境基準の達成手法（設問2）及び環境基準が設定されていない物質への対応（設問3）を問うものである。

〔設問1〕については、そもそも環境基準と排水基準を混同している答案が複数存在した。また、健康項目と生活環境項目の基準の設定の仕方の違いについては、①健康項目は全国一律の基準であるのに対し、生活環境項目については、水域ごとに利用目的に応じた類型ごとの基準が設けられているという基本的差異に加え、②基準の達成期間に関する違いを指摘する必要がある。多くの解答が的確にこれら2点を指摘していたが、達成期間の違いについてしか記述していない答案も一部に見受けられた。そのためか、設定方法が異なる理由についても、生活環境項目に関しては科学的知見が不十分で予防原則が適用されているためなどとする不適切な解答もあった。

〔設問2〕については、本事案における汚濁源には、特定事業場のほかにも、生活排水等があることを認識し、それぞれの対策について論じることが必要である。また、特定事業場対策についても、排水基準の上乗せと総量規制の両方について言及することが望まれる。しかし、これらの対策の一部についてしか触れていない答案が多数見受けられた。水濁法の基本構造を理解し、対策のさまざまな選択肢について総合的に論じる力を身につけて欲しい。なお、本問では、既存の排水基準による規制以外の対策が問われているにもかかわらず、改善命令、報告・検査の強化等、既存の規制の監督強化についてしか記載していない答案も一定数存在した。

排水基準の上乗せについて論じている答案の多くは、暫定基準の存在にも着目し、これに係る上乗せ規制の可否についても論じていた。問題の趣旨にも示したとおり、暫定基準の趣旨、A県の現状等を考慮して論理的に検討されていれば、可否いずれの結論であっても配点には差異を設けなかった。また、A県には、小規模な旅館も多数あることから、裾出し規制も考えら

れるところであるが、この点に触れた答案は少なかった。

総量規制については、知事が総量規制を行うためには、環境大臣による基本方針の作成と政令による指定地域の設定が前提となる（水濁法第4条の2）。本問ではA県の対策が問われていることから、このことに言及した上で論じる必要があるが、この点については、総量規制について論じたほとんどの答案において的確な記述がなされていた。

生活排水対策については、水濁法に独自の章（第2章の2）が設けられていることに着目する必要があり、相当数の答案が、知事による生活排水対策重点地域の指定可能性を適切に指摘していた（水濁法第14条の8）。

〔設問3〕では、まず、いわゆる横出し規制と上乘せ規制とでは根拠条文が異なることに着目すべきである。しかし、横出し規制に係る水濁法29条の規定にたどり着くことができないまま、上乘せ基準の条文のみを参照して横出し規制の可否を論じる答案や、法律と条例の一般論から横出し規制の可否を論じることとどまる答案が相当数存在した。地域の事情に対応できるよう上乘せ規制や横出し規制が明文で認められていることは、水濁法の基本構造として理解しておくべきものである。

また、水濁法第29条にたどり着いた場合でも、同条1号は有害物質を横出し規制の対象から除外しているため横出し規制はできないとする答案が目立った。同号にいう有害物質は、政令が定める物質であるから、水濁法の規制対象外の物質Pはこれに含まれないにもかかわらず、条文の正しい解釈ができていなかったのは残念である。

その他の論点としては、①上乘せ基準の設定主体は都道府県とされているのに対し（水濁法第3条第3項）、水濁法第29条は、地方公共団体一般を対象にしているため、G市も条例による規制が可能であること、②一律排水基準にかえて適用される上乘せ基準と異なり、横出し規制については基準を遵守させるための仕組みについて、すべて条例で独自に定める必要があることにも触れることが望まれるが、これらの点について論じた答案は、ごく少数であった。

(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

〔設問1〕については、環境基本法に基づく水質の環境基準について、健康項目や生活環境項目がどのように設定されているのかを実際に見たことがない者が一定数存在したのではないかと感じられた。〔設問2〕については、汚染源に様々なものがあることに気付いていない者や、題意を十分に理解せず、複数の対策について論じる必要性を十分に認識していなかった者の存在が推測される。〔設問3〕については、水濁法の基本構造を的確に理解しておらず、上乘せと横出しに関する条文が離れていたために同法第29条にたどり着けなかった可能性がある。教科書類を読むだけでなく、常にきちんと条文を参照して学習する習慣を身につける必要がある。

(3) 各水準の答案のイメージ

「優秀」な答案のイメージは、〔設問1〕について、環境基準の設定根拠、健康項目と生活環境項目の設定の仕方の違いとその理由についてまんべんなく記述し、〔設問2〕について、汚染源ごとに対策が異なることを的確に理解した上で、それぞれの対策の内容と手続をバランス良く検討し、〔設問3〕については水濁法第29条を参照し、その内容を的確に解釈して論じているものである。「良好」な答案のイメージは、その程度がやや劣るが、主要な論点について、おおむね適切な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、〔設問2〕において少なくとも対策の一つが的確に論じられているなど、主要な論点の一部が把握できて論理的に記述できている答案である。「不良」な答案のイメージは、題意を把握できておらず、制度の基本的理解も不十分な答案である。

【第2問について】

(1) 出題の意図に即した答案の存否、多寡

前述のように、第2問は廃掃法上の産業廃棄物の処理及び委託について基本的な理解を問うとともに、平成29年の改正法で追加された有害使用済機器の保管等に関する規制の理解について問うものである。

〔設問1〕については、多くの答案が廃プラスチックの廃棄物性を検討した上で、更に本件の廃プラスチックが産業廃棄物であるとの確に認定し、排出業者であるAが自ら処理するのが基本であること、その際には処理基準を遵守すべきであること、そして、Cに処理を委託する場合は委託基準が適用になること、具体的にはCが許可を得た産業廃棄物処分業者である必要があることや、委託する際の遵守事項（マニフェスト等）について指摘できていた。もっとも、少なからぬ答案は廃棄物性を特に検討せず、廃掃法第2条第4項第1号で「廃プラスチック」が列挙されていることを根拠に廃プラスチックを産業廃棄物と認定していた。ここは出題の意図でも触れた点であるが、同号は「事業活動に伴って生じた廃棄物」であることが前提であり、廃棄物性の検討はやはり必要になる。ここは丁寧な条文の文言の検討が必要であろう。そもそも、問題文では廃プラスチックの性状についてかなり細かく記述しているのであるから、ここは廃棄物性の検討が問われていることに気付いて欲しいところである。

出題の意図は、ここからさらに、Cへの委託の特殊性について考えてもらうところにあった。AによるCへの委託にあつては、加工の結果生じた資源であるプラスチックのペレットだけではなく、残渣も全て戻してもらうことになっているのであるから、廃棄物の単純な委託ではなく、廃掃法の原則である産業廃棄物の「自ら処理」の延長に過ぎないという見方もできなくはない。この点、実務でも、「委託加工」として委託基準の適用がない他人への委託の場合があることが認識されている。しかし、この点まで検討できていた答案は僅かであった。もっとも、採点に関しては、この点を検討できていなくても、廃掃法上の廃棄物処理に関する基本構造を説明し、「自ら処理」と「他人に委託」する場合の違いを丁寧に説明できていれば良く、特殊性への言及は加点事由とした。

なお、一部の答案に再生利用に関して言及しているものがあつた。再生利用の特例（廃掃法第15条の4の2）が適用になれば、確かにCは産業廃棄物処分業の許可が不要になるが、特例の適用のためには環境大臣の許可が必要であり、そのことを指摘していない限り評価はしにくい。また、本問が廃プラスチックの再生利用であることに着目してか、「専ら物」の例外（廃掃法第14条第6項）を指摘する答案もあつたが、判例を踏まえた議論は当然として、実務家になるための試験である以上は、「専ら物」を古紙等4品目に限定する行政実務の運用にも触れた上で論じることが期待される。

〔設問2〕については、小問(1)の段階では、使用済家電機器が廃棄物には至っていないが、小問(2)の段階では、劣化が進んでいることから、廃棄物と化していることを前提にしている。そして、廃棄物ではない「有害使用済機器」の保管について定めた廃掃法第17条の2を指摘して欲しかったのであるが、「有害使用済機器」について同条は具体的に列挙せず、政令で定めることとしている。よって、厳密には、政令を見ないと「有害使用済機器」であることを断定できないが、政令を資料として問題文に挙げた場合、廃掃法第17条の2の適用が明らかになるため、あえてそれはしなかった。とはいえ、問題文では廃掃法第17条の2の文言をほぼなぞっている（「保管が適正ではなかった」「人の健康または生活環境に係る被害が生じ得る」）ばかりではなく、小問(2)の段階では明らかに廃棄物性が認められることから、小問(1)の段階ではそうではないことに気づき、廃掃法第17条の2にたどり着いて欲しかったところである。

もっとも、問題文の前提事実からは、Aは家電機器から金属類を取り出し、再資源化していることから、家電機器そのものを再利用することは予定されていないことに注目し、小問(1)において、Aが保管する家電機器が廃棄物であると認定できなくはなく、そのような答案は評価している。いずれにせよ、小問(1)では、B県知事ができる措置について廃掃法上のものを指摘するのであれば（ほとんどの答案が廃掃法上の措置を指摘していた。）、使用済家電機器の廃棄

物性の検討が論理的な前提となる。しかし、廃棄物性を検討しないまま廃掃法上の措置を論じている答案がかなり多く、法的な検討としては不十分であろう。

小問(2)については、家電機器はもはや廃棄物と言える状態であることから、B県知事が廃掃法上、取り得る措置について指摘すれば足りる。しかし、家電機器の状態について小問(2)との違いを意識できている答案は少なかった。その代わり、小問(2)では有害物質が染み出していることに注目して、土壌汚染対策法や水濁法上の措置を挙げる答案が比較的多かった。土壌汚染対策法の適用はあり得るが、水濁法は排水と地下浸透水を対象とするものであり、本問での適用にはやや無理がある。

最後に、小問(2)のDらが取り得る措置であるが、危険にさらされているのは農家であるDらの稲であるので、財産権(所有権)と考えるのが素直であろう。Dらが稲から取れるコメを自家消費していれば、生命・身体への危険ということで人格権も問題になり得るが、問題文ではそこまでは書いていない。また、不法行為について検討している答案も目立ったが、Dらは汚染の危惧感しか抱いておらず、問題文上の事実だけで不法行為が成立すると解するのは難しい。さらに、不法行為を根拠に差止めが可能とする答案も少なからずあったが、そもそも不法行為自体の成立が認められないし、単に根拠として民法第709条を挙げるのみでは説明として不十分である。

(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

[設問1]は、問題文では自ら処分した場合との「異同」について論じなさいとあり、異なる点だけではなく、同じと言える点についても論じてもらうことを狙ったが、後者について検討している答案は少なかった。その理由として、廃棄物の処理を他人に委託している以上は、委託基準が適用になると考えるのが素直ではあり、本件が「自ら処理」の延長ではないかという問題意識にはなかなか到達しなかったためと思われる。なお、前述のように、「自ら処理」と「他人に委託」の違いを十分に論じている答案は評価している。

[設問2]では、小問(1)が廃掃法第17条の2の適用場面であることに気付いていない答案が多かったことは前述のとおりであるが、廃掃法第17条の2は平成29年改正(施行は平成30年)で導入された制度であり、このような最新の改正については、しっかりフォローしていることが求められる。逆に、しっかりフォローをしていた場合は、容易な問題であったはずである。また、小問(2)のDらが取り得る措置について人格権を根拠にした請求を解答する答案がかなり多かったが、差止請求権の法的根拠に関する基本的な考え方を理解した上で、問題文を丁寧に検討していれば、異なる解答となったであろう。問題文の最後の質問であり、時間配分の問題もあったと考えられる。

(3) 各水準の答案のイメージ

「優秀」な答案のイメージは、[設問1]について、廃プラスチックの廃棄物性を丁寧に検討し、さらに産業廃棄物であることを認定した上で、排出業者の「自ら処理」の原則を指摘し、「他人に委託」した場合の廃掃法上の規制内容の違いについて正確に解答できている答案である。[設問2]については、小問(1)と小問(2)の状況が異なることを意識した上で、B県知事の措置の根拠としては、小問(1)については廃掃法第17条の2、小問(2)については廃棄物性の有無について触れられていて、Dらとしては差止請求ができることと、その要件を丁寧に検討している答案である。

「良好」な答案のイメージは、[設問1]について、排出業者が「自ら処理」する場合と、「他人に委託」する場合の違いがあることを意識した解答がなされているもの、[設問2]については、小問(1)及び(2)についてB県知事として廃掃法上取り得る措置(報告の徴収、立入検査、改善命令、措置命令、代執行等)を列挙できていること、Dらが差止請求できることを、根拠をもって指摘できている答案である。

「一応の水準」の答案のイメージは、[設問1]については、Cへの委託に際して委託基準が

適用になることを指摘できている答案であり、[設問2]についてはB県知事として取り得る措置についてそれなりに挙げており、Dらが差止請求をできることを指摘しているだけの答案である。「不良」な答案は、[設問1]については、廃掃法上の産業廃棄物の処理について理解できていない答案（例えば、Aが廃プラスチックを処理するにあたり産業廃棄物処理業の許可が要るとするもの）であり、[設問2]については、B県知事として廃掃法上取り得る具体的な措置について全く指摘できていない答案（例えば、罰則部分や行政指導などの指摘にとどまるもの）や、Dらの請求についての法的根拠が不明か誤解している答案である。

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

環境法を学習する際には、他の科目と同様に、まず、環境法の基本構造と基礎理論を正確に身に付ける必要がある。同時に、環境法は、多くの法律基本科目分野の知識の総合が求められる領域であり、現実の課題の解決に当たっても、環境法領域の専門知識のみでは、解決が困難であることが少なくない。行政法の基礎、民事法の要件・効果、各種訴訟手続などに関する学習によって得られた知識を統合的に応用する努力が求められるであろう。言うまでもなく、法律家は、法令の適用を通じて課題の解決に貢献することを使命とするのであるから、まずは法令の条文に親しみ、その文言を正確に理解することが肝要である。そして、実際の環境法令が取り扱う事象は、具体的な環境の場における出来事であり、法令の背景事情、立法趣旨を理解することが必要である。また法改正もしばしば行われるので、法令の動向には常に目を向けておくことが望まれる。

令和元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（「令和元年司法試験論文式試験問題出題の趣旨【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や国際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、公海の法的地位、海賊の定義、海賊に対する普遍的管轄権、国際司法裁判所（以下「ICJ」という。）の選択条項受諾制度及び先決的抗弁に関する基本的知識と理解を問うものである。第2問は、外交的保護の権利の行使による国家責任の追及、非国家主体の軍事活動を支援する外国の国家責任及び自衛権の行使の要件に関する基本的知識と理解を問うものである。いずれも国際法の主要なテーマに関するものであり、全く検討違いの答案は少なかったが、最低ライン未滿者が若干名存在した。設問の趣旨を正確に捉え答えているか、また、説得的な理由付けがなされているか、更に基本的知識に基づく本問の事例に対する当てはめが的確かといった点では、答案の間に一定の差が見られた。

(1) 第1問

設問1は、A国が公海において一方的に禁漁区を設定し、B国漁船を自国のタラ資源保存実施法に違反するとして拿捕するなどした行為が、国際法上認められるかを問うものである。論点としては、公海に禁漁区を設定したA国の行為が沿岸国の立法管轄権の限度を超えていないかどうか、また、自らの主権が及ばない公海に自国の国内法の適用を拡大しB国漁船を拿捕し、船長と乗組員を逮捕したA国の行為が、国際法上認められた沿岸国の執行管轄権の限度を超えていないかどうか、といった点が考えられる。

採点に当たっての全体的な印象としては、多くの答案は設問の趣旨を十分に理解し、これらの論点について論理的・説得的に論述できていた。

設問2は、環境保護団体XがC国を旗国とする船舶を用い、公海上でタラ漁を行っているB国の漁船Yの航行を妨害し漁網を切断した行為を、海洋法に関する国際連合条約（以下「海洋法条約」という。）にいう海賊行為としてA国に取り締まるように要請するB国の主張に対して、A国の立場から、国際法上、どのような反論が可能かについて問うものである。

本設問では、公海における船舶の旗国主義及び環境保護団体Xが行った行為が海洋法条約第101条にいう海賊行為の定義の要件を満たしているかが論点となる。多くの答案は出題の趣旨を正確に理解し、旗国主義及び海賊行為の要件についての的確に記述するとともに、事例の当てはめについても海賊行為の要件該当性を正確に記述できていた。国際法上のA国の反論として、環境保護団体XによるB国漁船に対する妨害行為が、海賊行為の定義が要求する「私的目的」に当たるかどうかという点を的確に指摘する答案もある程度見られたが、A国の反論としては不十分な記述にとどまる答案も散見された。

設問3は、ICJにおける選択条項受諾宣言に対する留保に基づく先決的抗弁についての理解を問うものである。

ICJには強制管轄権が存在しない。そうした中で、国があらかじめ裁判所の管轄権を相互条件の下で受諾するのが選択条項制度である。国際司法裁判所規程第36条は、その第2項で選択条項制度を定め、その第6項で、「裁判所が管轄権を有するかどうかについて争がある場合には、裁判所の裁判で決定する」と規定している。答案の中で、第1問の事例と類似の事案を扱ったスペイン・カナダ漁業管轄権事件判決（1998年）に的確に言及できた答案はほとんどなく、この論点に関する国際判例の知識不足が目立った。

本設問は、A国が新たに付した選択条項受諾宣言における留保の有効性が認められるどうかを問うものであるが、海洋法条約と選択条項制度を定めた国際司法裁判所規程は別個の条約であるにもかかわらず、A国による選択条項受諾宣言に対する留保と海洋法条約の趣旨及び目的との両立性を論じる答案が目立った。また、留保の有効性を論じる問題であるからといっても、選択条項受諾宣言といった国家の一方的行為に伴う留保について、国家間の合意（双方行為）たる条約に対する留保規則を定めた条約法に関するウィーン条約の留保規則が必ずしもそのまま適用されるわけではなく、どこまで適用可能かという点の一つの論点となるものであるが、この点を十分に理解していない答案が目立った。

(2) 第2問

第2問は、外交的保護の権利の行使による国家責任の追及、非国家主体の軍事活動を支援する外国の国家責任及び自衛権の行使の要件に関する基本的知識と理解を問うものである。

設問1は、B国籍を有する甲がA国で被った損害について、B国がA国の国家責任を追及し得るのかを問うものである。

多くの答案は、「国籍継続の原則」と「国内救済完了の原則」という外交的保護の権利の行使のための二つの要件を論じており、その説明と事例への当てはめはおおむね適切であった。他方で、外交的保護の権利の行使の要件は、A国において損害を被った甲をB国が保護する権利を有するか否かという、いわば前提条件に関する議論にとどまる。本設問では、A国に国際違法行為があることを指摘した上で、甲の国籍国たるB国がそれによるA国の国家責任を追及し得るのかを、事例に即して論じることが必要だが、外交的保護の権利の行使のための要件のみを論じた答案が一定数存在した。

設問2は、非国家主体たるY民族戦線の武力を用いた反政府活動に対するB国の支援について、A国がB国の国家責任を追及し得るかを問うものである。

国際法上、国家責任の追及のためには、行為の国家への帰属と国際義務の違反を要件とする国際違法行為の存在が論証されなければならない。本問では、非国家主体たるY民族戦線が実際の軍事活動を行っており、B国はこれを支援しているにとどまる。非国家主体の行為の国家への帰属の可否について、ICJは、ニカラグア事件判決（1986年）とジェノサイド条約適用事件判決（2007年）で、実効的支配という基準を用いて判断している。多くの答案は、この基準に適切に言及し、Y民族戦線の行為のB国への帰属の可否を論じていた。ただし、ICJがこれらの判例で考慮した諸事情の本問の事例への当てはめが、不正確あるいは不十分な答案が見られた。

本設問では、さらに、Y民族戦線への支援に関するB国の国家責任を論じる必要もある。ICJは、ニカラグア事件判決（1986年）で、非国家主体への支援が内政不干涉義務に違反するとして、支援国が国家責任を負うとの判断を示した。この論点を正確に論じる答案が一定数見られたものの、Y民族戦線の行為のB国への帰属の可否のみを論じる答案が相当数見られた。

設問3は、国連憲章の下、武力による威嚇と武力の行使の禁止の例外の一つである、自衛権の行使の要件の正確な理解と事例への当てはめが問われるものである。また、集団的自衛権の行使の要件の検討も必要である。

多くの答案ではこれらの出題の趣旨が適切に理解されていた。ICJのニカラグア事件判決

(1986年)を含め、国連憲章の下での集団的自衛権の行使の要件を適切に説明し、それらを事例に当てはめて議論を展開する答案が多くみられた。他方、国際法上の自衛権の行使の要件が必ずしも正確に理解できていない答案も一定数見られた。

なお、国連憲章第51条は、自衛権の行使を、安全保障理事会が国際の平和及び安全の維持に必要な措置を採るまでの間に限定するとともに、安全保障理事会への報告義務も規定している。これらの点に正確に言及している答案は評価対象とした。

少数だが、C国の空爆を対抗措置と位置付け、違法性阻却を論じた答案が見られた。違法性阻却事由としての対抗措置には武力を用いた措置が含まれない点に留意が必要である。

(3) 答案の水準と評価

第1問、第2問ともに、「優秀」といえる答案は、全ての設問において、設定されている事実関係に関する国際法上の論点を的確に摘出し、関係条文を正確に解釈するとともに、関連する国際法の原則や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て、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を欠いていたり、関係条文や国際法の原則に対する理解が必ずしも十分でなかったりするものであるが、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関係条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は目指してもらいたい。特に国連憲章、海洋法条約、国際司法裁判所規程などの主要な多数国間条約の関係条文の解釈、国家責任に関する理論やICJの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、具体的な問題・事例に柔軟に対応して的確な解決策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、このような問題解決能力を涵養するものであることが望まれる。

1 出題の趣旨、ねらい等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

採点の方針は、基本的に、例年と同様である。すなわち、関連する分野ごとに基礎的な知識を備えているか否か、さらに、それをを用いて問いに的確に答える基本的論述力を発揮できているか否かといった点が問われている。設問ごとに重点を異にするが、①狭義の国際私法（抵触法）及び国際民事訴訟法の基本的な構造を正確に理解しているか、②個々の法規範（条理により導かれるものを含む。）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これらの点の理解に基づき、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示し、それぞれの要件を解釈し、根拠を提示しつつ、段階を追って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ないし③の理解が曖昧と認められる答えは、「一応の水準」とどまった。それら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。④及び⑤に関して明瞭な論述が展開されているものが、「優秀」と評価された。

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。

3 採点実感等

(1) 〔第1問〕について

ア 〔設問1〕は、養親の本国法がいわゆる決定型養子縁組制度（設問では「家事裁判所の決定」）を定めている場合、その要件をいかに実現するかを問うている。多くの答案が、多数説と同様、特別養子の審判手続によりその要件を満たすべきとしていた。その一方で、問題文中に「国際裁判管轄権については日本にあるものとして」、「ここでは反致は成立しないものとして」と明示してあるにもかかわらず、それらを議論していた答案が少なくなかった。当然、これらの記述は、評価の対象としていない。本問でセーフガード条項に全く触れていない答案も意外に多かった。問題文を、冷静に、丁寧に読んで解答してほしい。

イ 〔設問2〕は、養親たる異国籍夫婦の一方の本国法が断絶型養子縁組のみを認めている場合に、普通養子縁組をすることができるかを問うている。当該国の国際私法が養子縁組につきいわゆる管轄権的アプローチを定めていることから、隠れた反致が問題となる。参照条文の中の「法廷地法」という用語を準拠法決定ルールとの表現と読み込んで、その条項との間で通常反致を認定した答案があった。これらも含め、「管轄権的アプローチ」の構造を正しく理解していないものが少なくなかった。一方で、その構造を正しく理解し、正しく適用しているものは高く評価した。

養子決定の問題を養子縁組の「方式」の問題と性質決定した答案が、相当数あった。ここでは、裁判所という国家機関の決定ないし審判が問題とされているのであって、法律行為が問われているのではない。一部に、公序によって断絶型養子縁組の法の適用を排除する答案もあった。これらは、「一応の水準」にも達していない評価となる。本問において養親のそれぞれの本国法が適用されることについては、おおむね解答できていた。

なお、「法廷地」の誤字が目についた。「法定地」、「法延地」更には「法庭地」といった表記もあった。基本的な用語の正しい理解が、正しい法の理解につながることを理解してほしい。

ウ 「設問3」はセーフガード条項に焦点を当てた問題である。本問の参照条文として、「裁判所は、乙国国際私法の規定によって指定された国の実質法のみを適用する。」というルールを明示したが、この条文を誤解した答案が少なくなかった。これは、乙国国際私法では反致が認められていないことを意味するのであって、日本での反致を否定するものではない。〔小問1〕で反致に触れていないものが意外と多かったのに対して、〔小問2〕では、多くの答案が、養親の実子の同意がセーフガード条項に含まれるかどうかを論じていた。本問でも公序に言及しているものがあつたが、これらは、評価の対象としていない。

(2) 〔第2問〕について

ア 〔設問1〕は、名誉、プライバシー、著作権侵害のそれぞれによる損害賠償請求の準拠法の決定について問うたものである。

まず、①の名誉毀損に基づく慰謝料請求については、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）第19条の指摘、その趣旨の説明等、おおむねよくできていた。

次に、②のプライバシー侵害に基づく慰謝料請求については、通則法第17条か通則法第19条のいずれと性質決定するかが問題となるが、いずれによる立場もおおむね理由が書けていた。

最後に、③の著作権侵害に基づく損害賠償請求についてであるが、知的財産については勉強していないと思われる答案も散見された。たしかに教科書のうちには知的財産について触れていないものもあるが、多数の教科書はこれを項目として取り上げており、また、最近の国際私法の財産関係の裁判例の中で知的財産の占める比重が非常に大きいことに鑑み出題した。

日本がベルヌ条約の「同盟国」(締約国)であることを踏まえていない答案が相当数あつたが、これは意外なことであつた。たとえその知識がなくとも、「参照条文」の中で条約の題名の次に「昭和50年条約第4号」とあることから日本が同盟国であることが分かるのであるが。ベルヌ条約第5条第2項第3文が国際私法規則であるとする立場を採るもののうち、その理由まで書けているものは少数であつた。

損害賠償請求は不法行為の問題であるとして通則法第17条によらしめても、ベルヌ条約第5条第2項第3文又は条理により保護国法主義によらしめてもよい。なお、著作権侵害も不法行為であるとみても、被侵害権利が独立の単位法律関係を構成し、本件の場合日本の著作権と甲国の著作権が被侵害権利となるが、そのことまで書かれている答案は少数であつた。また、損害賠償請求も保護国法主義によるとの立場でも、保護国が日本と甲国の二つあることの記述が求められる。また、ごく少数ながら、著作権が保護国法ではなく「登録国法」によるとするものもあつたが、ベルヌ条約第5条第2項第1文にも定められている通り、著作権の成立には登録は不要であり、この名称は不適切である。

また、少数ながら、日本の裁判所に訴えを提起しているというそもそもの前提を理解していないものがあつた。これらは「一応の水準」にも達しない。

設問1全体に関わる問題として、請求①及び②の場合、並びに請求③が通則法第17条によるとした場合において、外国法が準拠法となるときには、通則法第22条を適用することとなるが、その記述のないものが多かった。また、同条について触れていても、「法22条による公序による制限もない」とか「公序違反になる(22条)ような事情は見受けられない」とか記すものがあつた。これらは、通則法第22条が累積(重畳)的連結の規定であることを理解しておらず、通則法第42条の例外的に外国法の適用結果を排斥する「公序」と混同しているのではないかと思われた。

イ 〔設問2〕では外国判決の承認・執行について問うた。

民事執行法第24条第5項に触れるものが少なかった。本問は執行判決請求に関する問題なので、特に民事判決性肯定説を採る場合、これに触れるべきである。

問題文に「本件外国判決が日本における執行判決に係る他の要件を全て満たしているとして」と明記しているのを見落とししたのであるだろうか、民事訴訟法（以下「民訴法」という。）第118条第1号や同条第4号の要件について論じているものが相当数あった。問題文はよく読まれない。

〔設問2〕小問1では、懲罰的損害賠償の意義（定義）、本問の同部分が民事判決かどうかについても論じてほしいところであったものの、解答用紙の紙幅の制約によるのかもしれないが、そこまでは書けていないものが多かった。

大部分の答えは最高裁判例（最判平成9年7月11日民集51巻6号2573頁）と同様の立場を採っていたが、それが判例であることに言及するものは少なかった。

通則法第22条第2項を援用する答えも散見されたが、これは準拠法決定規則であり、外国判決承認・執行が問題となる本問には不適切である。

本件外国判決の慰謝料部分の承認・執行について触れるものが少なかったことは残念であった。

〔設問2〕小問2では、問題文で送達条約について触れなかったのでやむを得ないのかもしれないが、同条約について論じる答えがごく少数であったのは残念であった。

大部分の答えは、民訴法第118条第2号の解釈として、了知可能性と防御可能性があればよいと解し、本件ではそれらが満たされているとして同号該当性を肯定していた。

この点については、出題の趣旨にも書いたように、日本は送達条約第10条(a)について拒否宣言をしたので、今後、その下ではどうなるかについて考えてほしい。

4 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思われる。

5 受験生と今後の法科大学院教育に求めるもの

昨年度、判例を通じた学習の必要性について言及したところだが、本年度もその点が変わることなく要請したい。また、受験生諸君には、個々の論点ばかりに目を奪われるのではなく、法の全体構造をしっかり理解した上で、それぞれの条文を解釈し、運用する力を養うことが求められていることを、改めて認識してもらいたい。