

## 令和元年司法試験の採点実感（公法系科目第1問）

## 第1 総論

## 1 出題の趣旨に即した論述の必要性について

- (1) 本問の設定は、昨年と同様、法律の制定に当たり法律家として助言を求められているというものである。このような問題設定において、期待されているのは、法律家としての自らの見解を十分に展開する中で、必要に応じて、自らの見解と異なる立場に触れる形で論述をすることである。昨年に比べて少なくなったものの、依然として、主張、反論、私見という構成を取る答案があり、このような答案は、全体として論述が平板で、説得力の乏しいものとなっていた。また、訴訟の場面ではないのであり、主張適格について論じることは必要ない。
- (2) 本問で問題となっている自由ないし権利について、「表現の自由」として憲法の保障が及ぶこと、それに対する制約があることを論じた上で、違憲審査基準を設定して、当てはめ判断をするという基本的な枠組み自体は概ね示されていた一方、こうした判断枠組みの下での具体的検討が不十分又は不適切な答案も見られた。
- (3) 仮定の法案が何をどう規制しようとしているのかを丁寧に把握することが必要であるところ、法案の内容を誤って論じている答案が多く見られた。

例えば、立法措置①は規制の対象をSNS上の表現に限定していないが、これを誤って論じている答案が多かった。条文の読解は法律家としての基本的な能力の一つであり、それができないのでは議論の前提となる規制内容が理解できていないこととなってしまう。学習の中で、条文を素読する力を身に付けてほしい。

また、法案の内容を踏まえずに、営業の自由や財産権など、手当たり次第に取り上げて枚数を稼ごうとする答案も見られた。

## 2 論述内容全般について

- (1) 「明確性の原則」の機械的な適用や、「検閲」「事前規制」の文言を使っただけの機械的な当てはめなど、目の前の具体的な素材について考察しないまま、不正確に概念を適用する答案が相当数あった。また、「内容規制」「内容中立規制」「事前規制」「事後規制」「間接的・付随的規制」など、基本的な概念について、不正確な理解に基づく論述をしている答案も相当数認められた。
- (2) 合憲性を判断する枠組みを定立する際に考慮されるべき事項と、定立された枠組みに照らして合憲性を判断する際に考慮されるべき事項は、重複する場合もあるが、両者はある程度自覚的に区別される必要があると思われる。あらゆることを総合的に衡量することを常に原則とすることは、司法審査による基本的人権のあり方としては必ずしも適切ではないと思われる。
- (3) 違憲審査基準の恣意的な設定をしている答案があるが、審査基準の設定に当たっては、どうしてその審査基準を用いるのかを意識して、説得的に論じるようにしてほしい。
- (4) 審査基準の用語と内容が不整合である答案も見られたところ、基本的事項であり、正確な理解が求められる。
- (5) 厳格な基準を立てているにもかかわらず、その基準を満たすかどうかの具体的な検討の中では、それほど理由のないまま、制約の必要性を認める答案が相当数あった。厳しい基準を立てても具体的な検討で緩やかにしてしまえば、厳しい基準を立てることの意味が希薄になってしまうように思われる。日頃から、具体的な事例を学ぶ中で、基準の設定と具体的な検討を行い、整理しておくことが望ましい。
- (6) 設問の「自己の見解と異なる立場に対して反論する必要があると考える場合は、それについても論じる」との求めを適切に踏まえ、自己の見解を述べる中で、異なる立場を取り上げ

つつこれに説得的に反論している答案は高く評価された。他方、何が自説なのかが明確に示されていない段階で先に反論を指摘しているため何に対する反論なのかが不明確な答案や、反論として書き始めたものを結論において自説としてしまう答案もあり、構成段階での検討が不十分なのではないか、と思われた。

### 3 判例への言及について

関連する判例への言及は、以前に比べると増えているが、問題はその引用の適切さである。判例の表面的な理解が目につくことが多く、当該判例を正確に理解し、本問との区別の可能性を検討した上で、自らの見解を基礎付けるために適切に引用しているものはまだ多くない。

具体的には、後述の第3の2の(4)、第3の3の(7)のとおりである。

## 第2 表現の自由の基本的論述等について

### 1 表現の自由と虚偽表現の論点について

- (1) 虚偽表現が対象となっていることに着目した検討が不足、あるいは欠如している答案が相当数認められた。
- (2) 現実世界でフェイク・ニュースが問題となっていることに引きずられたのか、十分な検討をしないまま規制に肯定的な議論を展開するものが意外に多く見られた。しかし、フェイク・ニュースの問題性を認識することと、それをいかに規制し得るかは別の問題であり、規制の合憲性については、より慎重な検討がほしかったところである。
- (3) 表現の自由の重要性の理由として論ずるべき事項を取り上げ、虚偽表現はそれに該当しないので表現の自由の対象とならないという論述があったが、出題の趣旨にもあるように、虚偽表現について、安易に表現の自由の保障範囲から外したり、低価値言論として制約を簡単に認めたりすることには慎重な姿勢が必要である。
- (4) 事実の伝達は表現の自由として保障されるかという命題で論じ始める答案が相当数あり、このような答案の中には、虚偽表現が保障の対象かという本来の命題の検討が不十分になってしまっているものも見られた。
- (5) 「虚偽表現の自由」の制約として論じている答案が散見されたが、問題となるのは「表現の自由」であり、「虚偽の事実を流布する」ことが表現の自由として保障されるか、という観点で論述をすべきであろう。

### 2 明確性や過度広汎性の論点について

- (1) 明確性や過度の広汎性の問題に全く触れない答案が予想より多かった。
- (2) 明確性を問題にするのであれば、法令の規定について、漠然と「〇条の規定は不明確である」というのではなく、当該条文のうちどの文言の明確性が問題になるのかを具体的に示す必要がある。
- (3) 用語が抽象的であるとして、やみくもに「虚偽」や「公共の利害」を不明確であるとして有効無効を論じる答案が相当数あった。明確性の原則を機械的に適用しているだけで、実際に目の前にある具体の素材について考察する姿勢が欠けている。
- (4) 明確性の観点から、「虚偽」の要件の適用がもたらし得る問題について全く検討しない答案が相当数あったが、本問の特質は、「虚偽」の判断が恣意的となる危険性であり、その萎縮効果に着目すれば、やはり「虚偽表現」の明確性について丁寧に論じるべきであろう。
- (5) 明確性の原則や過度の広汎性の問題を取り上げた場合には、合憲限定解釈の可能性に触れてしかるべき場合があるはずであるが、合憲限定解釈について触れた答案は非常に少なかった。
- (6) 明確性の原則と過度の広汎性の原則とを混同して論じられている答案が散見された。

- (7) 明確性だけを理由として法令違憲として論述を終える答案は高い評価はできなかった。本問では、法律家としてある法案の違憲性について助言を求められている以上、文面審査のみでなく、目的手段審査までするべきである。

### 第3 各立法措置に関する論述

#### 1 総論

- (1) 立法措置①と②を区別せずに論じている答案があった。しかし、規制の対象、内容等が異なるのであるから、それぞれ検討することが出題者の意図であることは容易に分かるはずであり、適切に論じることが求められる。
- (2) 立法措置①が、何人に対しても、公共の利害に関する虚偽表現を流布しないことを義務付け、違反すれば処罰するもので、表現行為に対して極めて広汎な規制をする異例の措置であるのに対し、立法措置②は、選挙に近接した時期に選挙の公正を害するおそれのある虚偽表現を対象とし、SNS事業者に特定虚偽表現の削除を義務付けているものであり、比較的要件が絞り込まれたものとなっている。これらの事情を適切に指摘した答案は、自ずから、それぞれの立法措置の合憲性を検討する上で着眼すべきポイントが捉えられ、的確に評価がなされていた。
- (3) 表現の自由の内容規制として、厳格審査を採用しつつ、「社会的混乱の防止」という抽象的な目的で簡単に目的審査を済ませてしまう答案が見受けられたが、問題文中に記載のある程度の事実関係で、立法事実として十分と言えるかどうかについて立ち入って検討がなされることが期待されていたところ、そのような検討を適切に行っている答案は極めて少数であった。

#### 2 立法措置①について

- (1) 立法措置①は表現内容規制であり、かつ、問題文中で指摘されている現行法上の諸法規と異なり、特定の個人的法益侵害に限定せず、広く社会的法益を保護するために、虚偽表現をする目的や対象、媒体、主体の限定をせずに規制するものであり、表現に対する制限の程度が著しい表現内容規制である。
- (2) 虚偽表現それ自体を規制するのではなく、社会的混乱が実質的に発生した場合にその混乱のみを規制することで立法措置①が想定している保護法益は十分守れるのではないかと、この観点から検討されている答案は高く評価できた。
- (3) 立法措置①について、検閲や事前抑制であるとして許されないとする答案も少なからず見られた。そもそも、事前抑制の原則的禁止というときの「事前」の概念が理解されていないのではないかと。本問は、虚偽表現を「一般的に禁止」しているが、事前規制をしているわけではない。
- (4) 北方ジャーナル事件は出版の事前差止めの問題であり、立法措置①は事前抑制ではないにもかかわらず、立法措置①を事前抑制であるとして北方ジャーナル事件の最高裁判決の基準を参照するのは、判例の参照方法としては不適切である。

#### 3 立法措置②の表現の自由の制約に関する論述について

- (1) 立法措置②について、発信者の表現の自由とSNS事業者の表現の自由の双方を指摘できている答案は少なく、誰の権利が問題となるのかを明確にせずに表現の自由を論じているものが多かった。
- (2) SNS事業者の営業の自由の問題としてのみ論じている答案が相当数あった。営業の自由の問題となり得ないという必要はないであろうが、表現の自由を論じないということは、立法措置②には表現の自由の制約は含まれていないと評価することを意味する。それは、明ら

かに不適切な判断と言わざるを得ない。

- (3) 立法措置②も、表現内容規制と言い得るものであり、表現の自由への制限の程度は相当に重い。規制において、適用の時点が限定されているということのみを理由として内容中立規制とするものがあつたが、早合点というべきである。
- (4) SNS投稿者の表現の自由保障という視点に立つと、自分の投稿が同意なく削除され、かつフェイク・ニュース規制法（案）第13条の損害賠償免除規定からして、特定虚偽表現ではない表現を事業者が削除しても、故意または重大な過失がない場合には免責されるため、事業者による予防的な過剰削除の危険がある。このような点を指摘している答案については高く評価することができた。
- (5) 立法措置②について、仮に合憲と論じるのであれば、厳しい判断枠組みの下で、問題文中の立法事実を適切に援用し、どうしてもやむを得ないので合憲である、ということになるはずであるところ、選挙の公正という公益の重要性のみを取り上げて、制限は当然であるという答案は低い評価にとどまった。
- (6) 条文上、特定虚偽表現については虚偽表現の「明白性」や、選挙の公正が「著しく」害されるおそれの「明白性」を満たすことが必要となっているところ、これらの文言により、規制対象が限定されていると適切に評価する答案があつた一方で、その文言があるために抽象的で不明確になると評価した答案があつた。実務的には、このような限定が重みを持って使われているのであり、明確性の判断の過程や手段審査において適切に取り上げるのが望ましい。
- (7) 立法措置②の合憲性を判断するに当たり、在外日本国民選挙権訴訟を引用する答案があつたが、立法措置②では表現の自由の制約が問題となっているのであって、選挙権の行使に対する制約が問題となった判例を引用するのは適切ではない。

#### 4 立法措置②の手続保障の論点について

- (1) 手続保障の問題に全く触れない答案が予想以上に多かつた。弁明の機会や理由提示のいずれもが除外されていることは問題文中に示されており、気付いてほしいところであつた。
- (2) 適正手続の観点から問題があると論じるものについても、成田新法事件の基準を提示し、総合衡量の要素を当てはめるといった丁寧な論述をしている答案はあまりなかつた。

#### 第4 形式的面での注意点について

昨年も指摘したところであるが、憲法の条項の正確な摘示や法律上重要な語句の正確な表記などに心掛けてもらいたい。

また、読み手を意識して、文章として理解できる記載をするように留意してもらいたい。その点で、文章にはできる限り論理的な明晰さが求められるのであり、内容にかかわらず改行を繰り返して文章をむやみに細分化したり、逆に適度に改行を行うことなく一気に文章を書き連ねたりする答案構成をしないように注意すべきである。

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

- ・ 本件事業認定の違法を本件取消訴訟において主張することが許されるかどうかにつき、いわゆる違法性の承継の問題であることに触れつつ、違法性の承継が認められるかどうかについての基準を最高裁判決等を参考に論じ、本件に即し土地収用法の一般的制度論に基づく検討を加えた上で、結論を導いているものは、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、例えば、①本件で違法性の承継が問題となることの理由（先行行為と後行行為との関係等）について、また、②違法性の承継が例外的に認められるものであることやその根拠について、正確な理解に基づく記述がされているものや、違法性の承継が認められるかどうかについての基準を多角的な見地から挙げているものなどは、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、本件において違法性の承継が認められるかどうか、反対説を考慮しつつ、手続保障の観点なども含め多面的かつ詳細に検討しているものなどは、優秀な答案と判断した。

(2) 設問2(1)

- ・ 無効等確認の訴えの原告適格に関し、行政事件訴訟法第36条が定める「現在の法律関係に関する訴えによつて目的を達することができないもの」の要件について、判例又は学説によって定立された枠組みを指摘し、「現在の法律関係に関する訴え」として、C市に対する土地所有権確認請求訴訟や移転登記の抹消登記請求訴訟といった民事訴訟（争点訴訟）で争うことができることを指摘した上で、こういった訴訟によって「目的を達することができない」と言えるかどうかについて最低限の検討を加え、無効確認訴訟の原告適格を認めることができるかどうかについての結論を導いているものは、一応の水準に達しているものと判断した。なお、「現在の法律関係に関する訴え」として検討すべき訴訟の指摘が適切でないものについても、「目的を達することができない」と言えるかどうかについて一定程度検討がされているものについては、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ 上記のとおり、「現在の法律関係に関する訴えによつて目的を達することができないもの」の解釈についての枠組みを指摘し、「現在の法律関係に関する訴え」として、C市に対する土地所有権確認請求訴訟や移転登記の抹消登記請求訴訟といった民事訴訟（争点訴訟）で争うことができることを指摘した上で、「目的を達することができない」と言えるかどうかについて、判決の効力の観点等から、一定程度検討がされているものなどは、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、「目的を達することができない」と言えるかどうかについて、事業認定の時期との関係や、執行停止等他に利用し得る手続との関係について検討し、B県からの反論も踏まえて、詳細に検討しているものなどは、優秀な答案と判断した。

(3) 設問 2 (2)

- 土地収用法第 20 条第 3 号の要件該当性の判断に裁量が認められることが指摘されるとともに、本件事業認定の違法性の判断枠組みについて一応の記述がされ、違法事由について、会議録に記載された事情のうち主たる点を指摘して検討がされているものなどは、一応の水準に達しているものと判断した。
- これに加えて、例えば、土地収用法第 20 条第 3 号の要件該当性について比較衡量によって判断すべきことが指摘され、裁量処分の判断枠組みについて最高裁判例を意識した記述がされるなど、本件事業認定の違法性の判断枠組みについてより深い理解が示されているものや、違法事由について、会議録に記載された内容をきちんと拾い出して論じているものなどは、良好な答案と判断した。
- さらに、例えば、違法事由について、B 県からの反論を踏まえるなどして説得的に論じているものなどは、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

- これまでにも見られたことであるが、問題文や資料をきちんと読まずに解答しているのではないと思われる答案が少なくなかった。例えば、〔設問 1〕の解答において、本件事業認定や本件権利取得裁決の処分性の有無を検討し、かなりのスペースを割いて論じている答案は少なからず見られた。しかし、会議録の弁護士 E の発言に見られるように、これらの行為が行政事件訴訟法第 3 条第 2 項の「処分その他公権力の行使」にあたることは示されているのであって、本問の解答においては、これらの行為について処分性を論じる必要はない。
- 問題文を精読していれば防ぐことのできるミスを犯す答案が多く見られた。答案を作成するに先立って問題文を精読することは、受験における最も基本的なスキルであり、また、法律実務家としても、事実関係を正確に把握した上でその対応策を検討するというのが適切な職務の遂行の第一歩であることからすると、問題文を精読することができないのは、法律実務家としての基礎的な素養を欠くと評価されてもやむを得ないという認識を持つ必要があるように思われた。
- 問題で問われていない論点を延々と叙述する答案では本来論ずべき問題に対する回答が雑になっているケースが多く、問題で何が問われているかを把握する力に不足があることがうかがわれる。
- いわゆる「法的三段論法」や、問題提起部分と検討部分との対応関係への留意が甘い答案が相当数見られた。規範を提示することなくいきなり事案の分析を始めたか、結論を曖昧なままに放置したり、問題提起部分で検討を要する事項として指摘しておきながら検討部分においては当該事項が何も検討されないままとなっていたりしているのは、法律的な論証の手法という法律実務家として必須の基礎的な素養にも疑問を生じさせるものであった。
- 事実の摘示と評価を行う中で、突如として規範のようなものが出てくる答案が散見されたが、その規範のようなものによって評価する根拠が不明であり、論理的な論述とは言えない。
- 各問につき、自説とその根拠のみ記載し、相手方の反論が記載されていない答案や、相手方の反論は記載されているものの、十分に反論の根拠が検討されていない答案が多く見られた。問題文で、「B 県が行う反論を踏まえて、弁護士 E の立場から、検討しなさい。」と指示されている以上、相手方の反論を記載すべきであるのは当然であるが、反論内容についても、相手方の立場に立ってどのような根拠等が考えられるかを十分検討しつつ、これを踏まえて自説を論述することで、答案に深みが出ると思われる。
- 論点を一応は捉えて、判例の示す要件も一応挙げて、それに沿った検討をしているものの、

判例の要件の摘示が不正確であったり、検討の根拠が詰め切れていなかったりするものも多かった。

- 行政法上の基本的な用語につき、用語は知っていても、その内容を理解していないのではないかと思われる答案が見られた。例えば、〔設問1〕の解答において、本件取消訴訟に、裁決主義が妥当とする答案がいくつか見られたが、裁決主義の意味を理解していないのではないかと思われる。また、〔設問2〕(1)において、無効確認訴訟によって、行政処分の公定力を除去する必要があるとして、無効確認訴訟の提起を認めるべきとする答案が見られたが、やはり、無効の意味を理解していないものと思われる。
- 公定力と不可争力の概念を混同しているなど、行政法上の基本概念に関する理解が不十分であると思われる答案が見られた。
- 判例の文言や表現ぶりの正確な意味を理解していないためか、不用意に判例の文言を削るなどして異なる表現を用い、結果として意味が変わってしまっている記述が少なからず見受けられた。
- 例年のことではあるが、「土地収容」、「多事考慮」、「採決」等の、行政法上の基本的な用語に関する誤字が見られた。これらは、誤字により、言葉の持つ意味自体が変わってくるものであり、特に注意されたい。また、基本的な日常用語でも、例えば「粉争」のような誤字があったり、あるいはひらがなで記載されたりした答案もあった。
- 毎年指摘されていることではあるが、書き殴ったような読みづらい字の答案が散見された。文脈を理解していなければ到底判読不能と思われるものもあり、文字の巧拙というよりも、そもそも他人が読むことを意識していないのではないかと思われる。採点者としても可能な限り解説に努めるが、記載内容を一義的に特定できないような場合、採点者において根拠なく解答者に有利に斟酌することもできない。解答者においては、採点者に内容が正確に伝わる文字の記載を心掛けてもらいたい。また、自己流の略字は、当然のことながら採点者には理解困難であるから注意してほしい。
- 文字の線が細いもの、微小な文字の挿入を多用するもの等については改善の余地があるように思われ、現に、相当程度読みやすい文字で、充実した分量の記載がある答案も多数見られたところである。適切な筆記具を用意する、大きめの文字を書くようにする等の工夫をすることにより、少なくとも多くの者が判読可能なレベルの文字を書くことができる限り心掛けることが必要と思われた。
- 本年の答案は、最終問題まで解答できているものも多かった反面、〔設問2〕(2)について、途中答案になっているもの、検討が極めて大雑把になっているものが散見された。〔設問1〕や〔設問2〕(1)で時間を使いすぎたためと推察されるものの、試験という性質上、時間配分を考えることも大切であると思われた。

## (2) 設問1

- 本問は違法性の承継に関する論点を問うものであるが、多くの答案が、ある程度は、違法性の承継について論じていた。判例や学説が示す違法性の承継の可否を判断する基準についても多くの答案が触れていた。
- 違法性の承継の要件とその根拠、各要件についての設問の事案に即した検討を、よく整理された文章で論述した答案も一部にあった。
- 本設問において事業認定の裁量の逸脱濫用を論じたり、行政事件訴訟法第10条第1項について論じたりする答案が散見されたが、最初に全ての設問を確認せずに答案を書き始めるとしか思えない。この点は、問いにおいて何が問われているかを正確に理解するという行政法に限らない基本的な作法の問題である。
- 違法性の承継を論ずる必要性があることの前提となる点、すなわち、先行行為と後行行為が、別個の「処分」であって、それぞれが独立に抗告訴訟の対象となるため、後行行為に係る抗

告訴訟においては、先行行為の違法性を主張することが許されないのが原則であるという点は、多くの答案が指摘することができていた。少数ながら、この点を押さえることなく違法性の承継を論ずる答案も見られたが、そのような論じ方は論理的ではないことを意識しておく必要があるものと思われた。

- ・ 「事業認定」の処分性の論証に紙幅を費やす答案が散見された。事業認定に処分性があるからこそ違法性の承継が問題とされていることは前提としてほしい。また、事業認定に処分性がないとする答案も少数ながら見受けられた。
- ・ 違法性の承継が認められない根拠として、行政事件訴訟法第10条第2項を挙げる答案が少なからず見られた。すなわち、本件権利取得裁決を同項の「裁決」とし、本件取消訴訟においては、裁決固有の違法のみ主張できるから、本件取消訴訟においては、本件事業認定の違法を主張できないとするものである。このような答案は、同項の「裁決」の意味に関して、基本的な誤解があると考えられる。確かに、土地収用法は「裁決」という用語を使っているが、用語が同じであるからといって、同項の「裁決」と同じ意味であるとは限らない。その他、違法性の承継が認められない根拠として、同条第1項を挙げる答案も見られたが、同じく、基本的な概念の理解が不十分と考えられる。
- ・ 違法性の承継が認められるかどうかを検討するに当たっては、判例に照らし、手続的保障の十分性についても検討すべきであり、同検討においては、土地収用法の一般的制度論から導かれる根拠が論じられるべきであるが、答案においては個別事案に基づく事情（任意売却の交渉が行われていること）のみを挙げるものも多く、一般的制度論から導かれる根拠について十分に検討するものは少数にとどまった。
- ・ 違法性の承継は、個別的な事情に結論が左右される性質の論点ではなく、制度自体に内在する救済の必要性、許容性を論ずるものであるから、本件における違法性の承継の可否も、事業認定及び収用裁決の制度一般を前提に論ずる必要があるにもかかわらず、それらの制度の目的を道路の建設と指摘するなど、個別の事情に引き付けて論ずるものが少なからず見られた。また、違法性の承継を肯定するに当たっては、別個の処分であることを前提としつつ、これらの処分を一体のものとして取り扱って救済することが許される根拠を示す必要があるから、先行行為が後行行為の要件の一部を構成していること、その目的が共通していること等を論ずることが必要になるにもかかわらず、先行行為と後行行為が連続的なものであることを示すにとどまったり、それらの目的の共通性やそれらの行為を一体のものとして評価してよいこと自体又はその根拠に全く触れなかったりする答案が多く見られた。このように、違法性の承継が、どのような理由で許容されるのかという問題の本質に関する理解が不足している答案が多く見られた。
- ・ 違法性の承継が、行政救済法における救済法理であることからすると、手続的保障の有無を論ずることが必須であることは明らかであるにもかかわらず、手続的保障の観点を全く指摘していない答案が散見された。また、問題文に添付された資料である関係法令を通覧するだけでも、土地所有者の手続的保障に関連する条文が多数引用されていることがうかがわれるのであって、これらを指摘して手続的保障の有無を論ずる必要があることを合理的に推測することができるにもかかわらず、手続的保障に関する規定として、事業認定の告示のみを指摘するにとどまる答案がそれなりの数を占めていた。なお、手続的保障の有無を論ずる際、事業の説明（土地収用法第15条の14）や補償についての周知（同法第28条の2）が履行されていないとの事実を認定したり、それらが履行されたことが不明である旨を記載したりする答案が散見されたが、会議録には、「法に定められている土地収用の手続はいずれもC市やB県によって適法に履行されています」と記載されているから、このような答案は、問題文を精読していないことの表れと思われる。
- ・ 最高裁判所平成21年12月17日判決（民集63巻10号2631頁）において問題にさ

れている「手続的保障」の意味について理解が不正確と思われる答案が一定数見られた（事業認定に関して出訴期間徒過の「正当な理由」が認められる可能性があるから、原告の手続的保障は十分であり違法性の承継を認める必要はないなど）。

- ・ 問題文では県の反論を踏まえて積極消極双方の見解を述べることが求められていたが、違法性の承継を肯定するか否定するかについて選択した方向性に沿う見解のみが述べられている答案が少なくなかった。
- ・ 違法性の承継の判断に当たり、上記最高裁判所平成21年12月17日判決との違いについてまで論述されているなど、よく勉強されている答案もあり、点数に差が出やすい問題だった。

(3) 設問2(1)

- ・ 他の問題に比べて最も不出来な答案が多かった。
- ・ 抗告訴訟としての無効等確認訴訟の原告適格という比較的手薄になりがちな論点に関する問題であったためか、全般的な外れな内容を示すにとどまった答案も比較的多くみられた反面、行政事件訴訟法第36条について判例の示す基準や、同条にいう「現在の法律関係に関する訴え」が、基本的には民事訴訟のことであり、本件においては、当該民事訴訟において本件土地の所有権の帰属を確定させる利点とその限界を論ずる必要があることをおおむね理解していると思われるものもそれなりにあり、普段の行政法の勉強の程度や民事法全体の理解に関する実力が答案の内容にも素直に反映した結果とも思われた。
- ・ ごく少数ながら、補充性要件についての判例の要件を正確に適示し、争点訴訟の明示、拘束力の有無、第三者効の有無等をほぼ正確に論じて結論を導いた、極めて優秀な答案もあった。
- ・ 細かいことであるが、訴訟を適法に提起することができるかという問いに答える結論が示されていないものも多かった。
- ・ 無効確認訴訟の原告適格の有無の問題であることについては、おおむねの答案においてそれなりに理解されていた。
- ・ 全体的に評価の低い答案が多かった。その理由は、無効確認訴訟についてあまり学習していないということも一因であろうが、その他に、仮に学習していたとしても、行政救済法で扱われる行政事件訴訟法第36条の無効確認訴訟の訴訟要件が、行政法総論における「行政行為の取消しと無効」（行政行為の無効）と関連しているということに理解が及んでいないからではないかと思われる。「C市に対して提起することができる訴訟」に関連して、実に様々な訴訟が答案の中にみられたが、不適切な解答の多く（例えば、「民事訴訟の前提として無効確認判決が必要である」とするもの、「現在の法律関係に関する訴えと無効確認訴訟の両方が提起できる」とするもの、更には他の抗告訴訟と比較するものなど）は、このような基礎的理解の不足に起因するのではないかと考えられる。
- ・ 「設問2」(1)は、本件権利取得裁決に対する無効確認訴訟につき「現在の法律関係に関する訴えによつて目的を達することができないもの」（行政事件訴訟法第36条）との要件にあたるか否かの問題であるところ、この点の問題であることは大半の答案において指摘ができていた。もっとも同条の基本的な理解が不十分であり、当該文言についての解釈を全く示していない答案も散見された。また、この点に関する最高裁判所平成4年9月22日判決（民集46巻6号1090頁）の判旨を正確に理解していると思われる答案は少なく、さらに判旨の用語「直截的」について「直接的」「直截的」等の語を用いる答案が多く、判旨が示した基準を正確に記載している答案はごく少数であった。
- ・ 「直接」も「直截」も共に「ちやくせつ」と読むが、この両者は意味が微妙に異なるので、国語辞書などで改めて確認されたい。このことを理解することによって、「…むしろ当該換地処分は無効確認を求める訴えのほうがより直截的で適切な争訟形態というべき」であるとした最高裁判所昭和62年4月17日判決（民集41巻3号286頁）の含意も正確に理解し

得ることになる。

- ・ 行政事件訴訟法第36条後段について、民事訴訟が可能であるという理由で補充性の要件を満たさないということにはならないといった解釈を示し、直接型義務付け訴訟や差止訴訟の補充性の要件と混同している答案が見られた。
- ・ 本問については、AがC市に対して提起できる「現在の法律関係に関する訴え」を踏まえて、検討することが求められている。しかし、多くの答案は、C市に対して提起できる「現在の法律関係に関する訴え」を適切に示すことができていなかった。
- ・ C市に対する訴訟として取消訴訟・差止訴訟等を挙げるなど、行政事件訴訟法第36条にいう「現在の法律関係に関する訴え」の概念及び抗告訴訟の被告適格に関する基本的な理解を欠くのではないかと思われる答案が一定数見受けられた。法科大学院生には、行政訴訟の基本的な体系に立ち戻った理解を得られるような学習に努めることを期待する。
- ・ 「現在の法律関係に関する訴えによつて目的を達することができないもの」の判例上の判断枠組みについての記述と、判断枠組みに基づく具体的な検討の記述に落差があった。まず行政行為の無効の主張が例外的な場合に限られるという問題と混同するなど、明らかに論点の意味を理解していない答案も少なくなかったが、とりわけ「現在の法律関係に関する訴え」として①「明渡裁決の差止訴訟（行政事件訴訟法第37条の4）」といった抗告訴訟を検討していたり、②「収用されない地位の確認訴訟」といったように形式的には「現在の法律関係に関する訴え」の形をとってはいるものの実質的には抗告訴訟に当たる訴訟を検討する答案が数多くあった。上記①については、形式的には判例上の判断枠組みを記述できていたとしても、実質的にはその意味を理解できていないものと言わざるを得ない。上記②については、むしろ「現在の法律関係に関する訴え」とは異なる抗告訴訟の基本的な理解に関わる問題であり、論点ごとの表面的な学習の問題点が鮮明な形で表れたように思う。
- ・ 取消訴訟を挙げるものもあったが、これも抗告訴訟であり、現在の法律関係に関する訴えではない。
- ・ C市に対する「現在の法律関係に関する訴え」として、明渡裁決の（申立ての）差止め訴訟を挙げる答案が多数に上った。明渡裁決をするのは収用委員会であるほか、明渡裁決の申立て自体には処分性がないことをも誤るものであり、C市に対する訴えとしては、不適切なものであることが明らかである（その点を指摘する答案も見られた。ただし、B県を被告とする訴えとして、権利取得裁決の無効確認訴訟ではなく明渡裁決がされた後にその取消訴訟を提起することが考えられるということの派生として、明渡裁決の差止め訴訟を提起することも考え得るという限度では、これを適切なものと解する余地はあるといえるが、そうであれば、その旨を意識した論述をすべきである。）。
- ・ 「現在の法律関係に関する訴え」はC市に対するものであるにもかかわらず、B県収用委員会のなす明渡裁決に対する不服を当事者訴訟に引き直したもの（明渡義務の不存在確認訴訟など）を挙げているものがある。
- ・ B県とC市を明確に区別していない、又はC市に対して提訴すべき訴訟をB県に対するものとして記載している答案は、訴訟に関する基本的な理解を欠くものと受け取られてもやむを得ないと思われる。
- ・ 「現在の法律関係に関する訴え」について、当事者訴訟の一種としての確認訴訟を挙げる答案は多く見られた。「現在の法律関係に関する訴え」に当事者訴訟が含まれるのは妥当だが、確認の対象が、例えば、明渡裁決を受けない地位の確認訴訟のように、抗告訴訟との関係の整理がされていない訴訟を挙げる答案が見られた。
- ・ その他、C市に対して提起できる訴えとして、形式的当事者訴訟を挙げる答案が少なからず見られた。そもそも形式的当事者訴訟は、「法令の規定により」（行政事件訴訟法第4条）認められるもので、確かに土地収用法には、本問の資料にはないものの、形式的当事者訴訟に

- 関する規定が存在する。しかし、同規定は、本問とは無関係であり、本問において検討する必要はない。やはり、形式的当事者訴訟の内容を理解していないのではないと思われる。
- さらに、C市に対する「現在の法律関係に関する訴え」として、民衆訴訟、住民訴訟等を挙げるものがあつた。これらは、いずれも、基本的な法律概念を理解していないか、問題文を精読していないことを示すものであり、基礎的な実力自体の不足を示すものと思われた。
  - C市に対する訴訟として、「現在の法律関係に関する訴え」としての民事訴訟のほか、「収用されない地位の確認訴訟」や明渡裁決差止訴訟など、不適切なものを一緒に羅列している答案があつたが（中には3つ以上羅列したものもあり）、このような答案は、仮に一部に適切なものを含んでいたとしても、基礎的理解の正確性を疑わせるものがある。
  - 権利取得裁決の無効確認訴訟と取消訴訟を比較検討している答案があつた。会議録には、権利取得裁決の取消訴訟を適法に提起できないとすれば、どのような訴訟を提起できるかという記載があり、その箇所を見ていないと思う。
  - 明渡裁決によってC市が本件土地の所有権を取得するという誤解に基づく答案が一定数見受けられた。問題文に明記されているように、本件土地の所有権をC市に取得させたのは権利取得裁決である。
  - 権利取得裁決の無効を前提とする現在の法律関係に関する訴えについて、裁決は有効であるから当該訴えは不合法であるとする答案があつた。訴訟要件と本案勝訴要件の違いが理解できていないと思われる。
  - 本問における行政事件訴訟法第36条にいう「現在の法律関係に関する訴え」は、現在の法律関係の前提をなす処分である本件権利取得裁決が無効であることを前提とすべきことは、問題文（会議録）の記載からも明らかであるところ、論述の前半では、権利取得裁決の無効を前提として当事者訴訟又は民事訴訟を提起できるかのように論じながら、論述の後半では、権利取得裁決には公定力があるから上記の訴訟ではこれを覆せないなどと論ずるもののほか、「現在の法律関係に関する訴え」である民事訴訟又は当事者訴訟として、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟、国家賠償請求訴訟、損失補償請求訴訟等の本件権利取得裁決が有効であることを前提としなければ提起されるはずのない訴えを挙げるものもあり、「処分…の効力の有無を前提とする」訴えの意味を理解していない答案が散見された。
  - 本問においては、無効確認訴訟と「現在の法律関係に関する訴え」に当たる民事訴訟や当事者訴訟を比較して検討することとなるが、行政事件訴訟法の条文に則してこれらを検討している答案はあまり見られず、単にAの救済の機会を増やすため、無効確認訴訟の提起を認めるべきとする答案が多かつた。
  - 処分の無効を前提とする「現在の法律関係に関する訴えによつて目的を達することができないもの」について、単に無効確認訴訟の方が「抜本的解決が可能」だからというにとどまり、具体的に無効確認判決の効力など、紛争解決という目的の関係でどのようなメリットがあるのかについて具体的に示していない答案が多かつた。
  - 権利取得裁決が存在している以上、（権利取得裁決の無効を前提とする）民事訴訟又は当事者訴訟が直截的なものとはいえないと短絡的に論ずるものが多数に上つた。権利取得裁決の無効を前提とした訴えの提起を可能とするのであれば、権利取得裁決が有効なものであることを前提とするのは論理矛盾であるし、外形的に権利取得裁決が残存していることを指摘する趣旨であれば、権利取得裁決の無効を外形的にも確定しておく法律的な必要性が生ずる理由（所有権の権利主体（C市）と処分権者（B県収用委員会）が異なること、明渡裁決を阻止する必要性等）を明示しない限り、民事訴訟等が当該事案に直截的かつ適切ではないと論じたことにはならないはずである。短絡的に結論のみを述べても、全く説得力がないことに気付いていない答案が多く見られた。
  - 無効確認訴訟と民事訴訟や当事者訴訟を比較する上では、判決の効力を比較することが考え

られる。しかし、これも行政事件訴訟法の条文に則して、無効確認判決の効力を検討できている答案はあまり見られなかった。例えば、行政事件訴訟法第38条が、無効確認訴訟につき、取消訴訟の判決に関するどの条文を準用しているかについては、不正確な引用がされる答案が多数見られた。

- ・ 無効等確認訴訟には、明文上はいわゆる第三者効（行政事件訴訟法第32条第1項）が準用されていない（同法第38条第1項参照）にもかかわらず、これが明文で準用されているとする旨の答案が少なからず見られた。無効等確認訴訟に準用されているのは、いわゆる判決の拘束力であり（同項、同法第33条）、第三者効と判決の拘束力を混同している又はその違いを理解していないのではないかと思われた。なお、解釈上、無効等確認訴訟に第三者効が準用されるべきである旨の学説が有力であるとしても、無効等確認訴訟に係る判決に第三者効があると論ずるのであれば、最低限、明文で準用されていないことに加えて、法令の合理的な解釈として、第三者効が無効等確認訴訟にも準用されると解するのが適切である旨等を示すことは必要であると思われた。
- ・ 判例にある「より直截的で適切な争訟形態であるとみるべき場合」に該当するか否かを判断する事情としてどのようなものがあるかを十分に理解しておらず、法的効果に言及しないまま当事者の思いを主軸に論述を展開する答案が散見された。
- ・ 「拘束力」や「執行停止」に言及しつつ具体的な検討を行っている優秀な答案も少数ながら存在し、行政法全体の理解度の差が如実に表れたように思われる。

#### (4) 設問2(2)

- ・ 概ねよくできていたが、裁量についての判断枠組みを示さず、直ちに個別の違法事由を検討している答案も見られた。また、時間不足のためか、途中で終わっている答案や検討が不十分な答案も見受けられた。
- ・ 問題文の中にヒントが示されていたためか、ほかの小問と比べると出来は良かった。〔設問1〕と〔設問2〕(1)で点数が取れなくても、〔設問2〕(2)だけは点数が取れているという答案が散見され、知識はなくても問題文からうまく引用してまとめられれば点数が取れるという傾向が見受けられた。
- ・ 時間切れの答案を除き、大体の要素を拾っている答案が大半であるため、細部や詳細の論述の書き方如何で高得点となるものか否かが決まったところである。
- ・ B県が行うであろう具体的な反論を踏まえていないものが多かった。当事者の立場による解釈の構成は学習程度の違いがよくみられる点といえよう。
- ・ 裁量に当たっての考慮要素は概ね網羅されている一方で、これをAとB県それぞれの立場からどう解すべきかについての検討については個人差がみられた。
- ・ 基本的には、要素となるべき事実を問題文から丁寧に拾うことによって比較的容易に答案を作成することができると思われることから、他の問題と比較すると、良好な内容の答案が多かった。他方で、重大かつ明白な違法については検討する必要がない旨が【法律事務所の会議録】に明示されているにもかかわらず、この点を論ずるものが散見され、やはり、問題文を精読していないことがうかがわれた。
- ・ 答案の全体としては、①一般論の内容、②間接事実の位置付け、③A又はB県のいずれの主張として位置付けるのか、④論ずる順番などの答案の構成の面で難があるものも散見された。例えば、一般論がないままに具体的な事実の検討を示したり、一般論が具体的な事実の検討の中に紛れ込んでいたり、同じ観点からの論述が2か所に分かれていたり、反対当事者の主張として先に提示すべきものを自己の主張のいわゆる枕言葉として触れるにとどめたりしたものがあった。法律的な論証においては、事実又は主張がどのような意味を持つのかを適切に位置付けて論ずることが、当該論述の説得力を大きく左右するということの理解を深める必要があるように思われた。

- 土地収用法第20条第3号の要件の充足の認定について、行政庁が裁量を有するか否かという点を全く論じていない答案が散見された。行政庁が裁量を有さないという見解も論理的にはあり得るものの、仮に、そのような見解をとるのであれば、それを明示した上で、行政庁が裁量を有するとの見解を排斥しておくべきものと思われる。法的三段論法は、規範がどのようなものであるのかということが論証の出発点になるのであり、この点を意識しないままに答案を作成したのは、法律的な論証としては、問題があるものと思われた。
- 裁量権の濫用逸脱の問題として正しく捉える答案が大多数であった。中でも、考慮されるべき利益を比較衡量する際の視点を、法解釈の中から導き出した上で、事実関係を丹念に拾い、諸事情を整理・分類して論じている答案は、丁寧な印象を受け、好感を持たれた。
- 土地収用法第20条柱書の「できる」規定を根拠として要件裁量を肯定する答案がかなりの数見られた。しかし当該規定は、要件が充足された場合において事業認定をしない効果裁量を認めるものと解釈する余地はあるにしても、要件裁量を認める根拠には（少なくとも要件充足を積極的に判断する方向においては）なり得ないと思われる。
- 土地収用法第20条第3号における裁量権行使の違法性については多くの答案が触れていた。ただし、例年のことであるが、要件裁量や効果裁量といった基本的な概念の意味を理解していないのではないかと思われる答案が少なからず見られた。
- 本件事業認定につき、裁量権の逸脱濫用が認められることを論じるに当たり、裁量審査の判断枠組みや、なぜ事業認定に裁量が認められるのかということの根拠（単に専門的、技術的、政策的判断ということのほか、その裏付けとなる土地収用法上の規定など）について言及することなく、直ちに考慮事項の審査などについて論じるものが多かった。
- Aの立場を述べている箇所、土地収用法第20条第3号の要件該当性の判断については、B県知事に「広い」裁量が認められると述べる答案があった。一般的に言って、裁量が広いという主張ないし指摘は、原告の立場と矛盾している。
- 土地収用法第20条第3号の要件が、事業によって増進される公共の利益と、土地収用によって失われる利益（後者は私的なもののみならず公共の利益をも含み得る。）の比較衡量によって判断されるものであることを述べていないため、本件土地周辺の地下水や防災用の井戸への影響や本件土地の自然環境への影響が、なぜ裁量権の行使に際して考慮すべき事情なのか適切に説明できていない答案が多かった。本間に限らず一般的に、裁量権の行使に際して考慮すべき事情が何であるかを検討する際には、根拠法令の適切な解釈が前提となることに留意されたい。
- B県知事に裁量が認められることの論拠や裁量権の逸脱濫用の判断基準については概ね理解されていたと思われるが、本件では他事考慮が問題となることについての論及がされていない答案が少なからず見られた。
- 「他事考慮」とは考慮すべきでないにもかかわらず考慮すること、「考慮不尽」は、十分考慮すべきであるにもかかわらず、十分に考慮しないといった意味に使われるはずであるが、考慮事項の審査を論じるに当たり、これらの言葉について、その意味を踏まえないで用いているものが多かった。
- 考慮要素に基づく裁量統制について、他事考慮、考慮遺脱、重視すべき要素を重視せず重視すべきでない要素を重視するなど、これらすべてを「考慮不尽」の一言で済ませる答案がとて目についた。きちんと分けて記述すべきである。
- 他事考慮、考慮不尽、事実誤認等という用語が、具体的にどのような事象に対応して用いられるのかを意識することなく、「～は、事実誤認、考慮不尽に該当する」などと記載するものも散見された。法律的な論証に用いられる用語は、それぞれに特定の意味を持っているのであり、論証の対象となる事象に適切に対応した用語を用いる必要があるところ、その点を意識することなく、単に文意を強調するための形容詞と同様の感覚で用いているのではないか

ともうかがわれ、法律的な用語に対する意識の甘さをうかがわせた。

- ・ 裁量統制の基準やその適用を論ずるに当たっては、ある事実を認定することができるか否かということに関する誤りと、認定することができる事実についての評価に関する誤りとは、分けて論ずべきものであり、具体的な検討においても、両者は区別して論ずる必要があるが、この点の区別を意識せず、又はこれらを混同させたまま論じた答案が、多数に上った。
- ・ 土地収用法第20条第3号の要件該当性に当たり考慮すべき要素について、単に「自然環境への影響が考慮されていない」とか「地下水への影響が考慮されていない」と指摘するだけの答案が見られた。解答の時間が足りなかったのかもしれないが、問題文や会議録から関連する事実を拾い、それが法的にどのように評価されるのかを丁寧に論じるべきである。
- ・ 裁量権の逸脱濫用という一般的な論述はされているものの、その後の本件の事例での当てはめにおいて、調査における考慮不盡イコール裁量権の逸脱濫用とするのみで、その判断過程において社会通念に照らして著しく妥当性を欠くとまでいえるようなものかという点の検討がされているのかどうか、答案上、明らかでないものがある。
- ・ 違法事由の検討において、問題文中に現れた事情を単に引き写して結論を導く答案が多く、考慮すべき要素について重要な事実と関連付けて記載する答案は相対的に少なかった。
- ・ 具体的な事実関係の検討において、さしたる検討を加えることなく、自然環境は土地収用法上考慮する必要がないなどとするものが散見されたが、自然環境に何らの配慮もする必要がないとの結論が合理的であるとは常識的に考えられないし、会議録において、弁護士Eが自ら自然環境に対する考慮の点を指摘していることも考慮すると、そのような結論を安易に導き出すことには素朴に疑問を抱いてもしかるべきではないかと思われた。
- ・ 裁量の内容と、裁量権濫用の判例理論をしっかり押さえた上で、具体的事案の中から、裁量権濫用の評価根拠事実を丁寧に拾い出して摘示することが求められる問題であると思われるが、ほとんどの答案が一通りのことは書いていたものの、各評価根拠事実の位置付けをよく整理して論じている答案となると、やはり少なかった。

## 5 今後の法科大学院教育に求めるもの

本年の出題も、昨年までと同様に、問題文及び会議録を丁寧に読めば、論ずべき問題点の検討・把握は比較的容易にできるものであった。したがって、本問は、重要な最高裁判例や行政法上の概念等を正確に理解しているかどうか、及び、そ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発揮されているかどうかによって、評価に差が出る出題であったといえる。

このような出題においては、問題文等で示されている様々な事実を拾い出し、これについて適切に法的評価を行う能力や、与えられた条文から、法令の趣旨を検討する手掛かりとなる規定を見つけ出し、その趣旨を適切に読み解く能力、これらを踏まえて論理的な思考に基づき分かりやすく説得的な論述をする能力が求められるのであり、特に上記のような作業を短時間に的確に行う能力は、広く法律実務家にとっても必須のものといえ、法科大学院においては、このような能力が身に付くような教育が目指されるべきであることは否定できないであろう。

もっとも、本年の出題は、違法性の承継や無効確認訴訟における原告適格といった、基本的ではあるが受験生によってはややなじみの薄い論点からの出題であったことから、行政法の基本的な条文や概念の理解が十分でないと思われる答案が少なからず見られた。法科大学院での学習においては、上記のような応用能力の習得に向けた訓練に力を入れることだけでなく、これらの基礎的な理解がおろそかにされないよう、配慮することも必要であると考えられる。

## 令和元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（令和元年司法試験論文式試験出題の趣旨【民事系科目】〔第1問〕をいう。以下同じ。）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、一つの設問に複数の採点項目を設け、採点項目ごとに、必要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一部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」の四つの区分に照らし、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、ここで示された答案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。

なお、各設問において論ずべき事項がどのようなものであったかについては、既に公表した出題の趣旨に詳しく記載したところであるので、これと重複を避けつつ採点実感を述べることとする。

#### (1) 設問1について

##### ア 設問1の全体的な採点実感

設問1において論ずべき事項は、大別して、①建物の敷地からの独立性と建物新築請負契約の当事者間に建物所有権の帰属についての合意があればその合意に従って帰属が決定されること、②①の合意がない場合における新築建物の引渡し前の所有権の帰属、③請負人が建物を占有している中での所有者（注文者）の土地工作物責任の成否であり、②においては、請負人帰属説に立つ場合における原則と例外則、注文者帰属説に立つ場合のその理由と判例

批判が内容となる。

全体としては、①については十分に論ずるものが少なく、②については、請負人帰属説に立つものが多数であったが、その原則と例外則についての論述の精度や論理的整合性に差があり、③については民法第717条の要件該当性についての論述の粗密や適否に差が見られ、これらが評価の分かれ目になっていたといえる。

個別に見ると、①に関しては、合意による建物所有権の帰属については比較的多くの答案が触れていたが、その理由付けがないものが多く、建物の独立性についてはこれに気が付かなかった答案がほとんどであった。他方で、①の法律関係を簡潔に論ずることができた答案は、高く評価された。

②に関しては、請負人帰属説に立つ答案の中で、材料の全部又は主要部分の提供者が誰かによって所有権の帰属が決められるという原則の根拠につき、材料の所有権が積み上げられて完成した建物となるという物権法の論理を正確に指摘することができているものは少なかった。多くの答案は、報酬請求権を担保する必要性を請負人帰属説の唯一の根拠として挙げていたが、そのような必要性があるからといって、請負人への所有権帰属が論理的に導かれるわけではない。また、上記の原則の根拠として、民法第246条や加工の法理のみを指摘するものも相当数あったが、これらは加工の対象となる動産の所有者と加工者とが異なるときの所有権の帰属を扱うものであり、本問のような請負人が材料提供者であるケースには直ちには妥当せず、加工の法理を根拠とするのであればその意味を明らかにする必要がある。

本問では、代金の8割を注文者が支払っているという事情があり、請負人帰属説に立つ場合であっても、注文者が代金を支払っていれば注文者に建物所有権が帰属するという例外則の適用の有無を論ずる必要がある。例外則の内容とその根拠については出題の趣旨で詳述したところであり、例外則が発動されるか否かを実際の事案に当てはめて判断するためには、例外則の根拠に立ち返って論ずる必要があるが、この点を明確に意識した答案は少なかった。請負人帰属説を採用する根拠を報酬請求権の担保にのみ求める答案の中でも、代金の8割が支払済みであるから注文者に帰属すると簡単に片付けるものが相当数見られたが、報酬請求権を担保するためであれば全額が支払われない限り注文者に所有権は帰属しないとも考えられるのであり、低い評価にとどまった。これに対し、例えば、請負人帰属説に立つ根拠として材料の対価の負担に着目し、請負人が材料費を回収できる程度の報酬を得たかを判断基準として示した上で、代金の8割の支払をした本問では注文者に所有権が帰属すると論ずる答案は、高く評価された。

③に関しては、民法第717条の土地工作物の所有者の責任の成否が問題となることや、その基本的内容については比較的良く論述することができていたものの、工作物の設置又は保存の瑕疵の有無について全く検討していない答案や、設置又は保存の瑕疵と材料の瑕疵とを混同する答案が少なからずあった。また、所有者の責任は占有者が免責された場合の二次的なものであることを理解していなかったものも相当数見られた。占有者が損害発生の防止に必要な注意をしたか否かについては、本問の事実関係では、占有者Bが必要な注意を尽くしていなかったという判断は常識的とはいえないにもかかわらず、何らの説明もせず卒然と占有者に責任を負わせるべきとする答案も少なくなかった。

#### イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、本設問では、上記の①から③までの各点に関してバランスよく論理的に論述し、設問1における事実関係に基づいてポイントを的確に指摘して判断を示すとともに、取り分け建物所有権の帰属については自己の採用する立場に基づき、その根拠に立ち返って一貫して論ずることができていたものなどである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案と比べ、建物所有権の帰属に関する自己の立場の根拠と当てはめるべき定式との関係を明確に述べていなかったり、土地工作物の所有者の

責任の要件の一部について検討をしていなかったりするが、①から③までの各点について相応の論述がされているものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、②や③については相応の論述がされているものの、①については全く触れることができているものや、建物所有権の帰属に関して当てはめるべき定式を示すだけで、表層的な検討にとどまるものなどである。

不良に属する答案の例は、建物所有権の帰属に関して請負人帰属説に立ちながら、例外則について全く触れていないものや、土地工作物の所有者責任ではなく、民法第709条や第716条の責任を長々と論ずるものなどである。

## (2) 設問2について

### ア 設問2の全体的な採点実感

設問2において論ずべき事項は、第三者対抗力を備えた将来賃料債権譲渡がされた場合において、賃料債権を生ずべき賃貸借の目的不動産が譲渡されたときに、①目的不動産の譲渡の効力が優先すると考える場合（Hの主張）のその根拠、②将来賃料債権譲渡の効力が優先すると考える場合（Fの主張）のその根拠、③上記①と②のいずれが正当であるかについての理論面及び実質的な妥当性の面からの検討である。

全体としては、多くの答案が、設問に従って、①から③までを形式的に項目を分けて整理し、順を追って論ずることができていたが、これらを混乱させて論じていたものは、相対的に低い評価にとどまった。また、①及び②については相応の論述をすることができた答案が比較的多かった一方で、①又は②のいずれかについて論点を捉えることができなかつたものもあつた。さらに、③については、問題の本質をつかむことができずに不十分な論述にとどまったものがかなり多く、これらの点で評価に差がついたものと考えられる。

個別に見ると、①については、Hが乙建物の所有者となったことによりEに対する賃貸人となったことを論ずべきところ、その根拠については、当然承継の構成を採る答案が大部分を占めた。しかし、不動産賃貸借の目的物の所有権移転による賃貸人の地位の移転について当然に承継が生ずるのは、賃借人が対抗要件を備えている場合に限る（したがって、本問では、EがDから乙建物の引渡しを受けて借地借家法第31条の定める対抗要件を備えていることを指摘する必要がある。）という基本的な理解が不十分な答案が多く見られた。賃借人が対抗要件を備えていなければ、「売買は賃貸借を破る」の原則により、新所有者は賃借人に対して明渡しを求めることができ、承継は当然には生じないことを銘記する必要がある。また、賃貸人の負う債務が状態債務であることのみをもって当然承継の根拠とするものも相当数あつたが、「状態債務」という表現によって何を意味しているのかを簡潔に説明する必要がある。

②については、本件譲渡契約（将来債権譲渡）が有効であり、かつ、Fがその契約による将来賃料債権の取得を第三者に対抗することができることを論ずべきであるが、将来債権譲渡の有効性について、判例法理を踏まえて論ずることができた答案は少数にとどまった。また、債権譲渡の対抗要件については、債務者対抗要件（民法第467条第1項）と第三者対抗要件（同条第2項）とを明確に区別して論ずることができていないものや、内容証明郵便が確定日付のある証書に当たる（民法施行法第5条第1項第6号参照）という実務上不可欠な基本的知識を欠くものも散見された。

③については、将来債権譲渡の譲受人（F）と目的不動産の新所有者（H）との間の対抗要件の具備の先後で決するとして、Fの主張に軍配を上げる答案が目立った。しかし、この立論は、FもHも共に将来賃料債権を取得し得ることを前提としていると考えられるが、そもそも、将来賃料債権譲渡がされた目的不動産の所有権が移転し、譲渡人（D）が所有者でも賃貸人でもなくなったときに、それ以降に発生する賃料債権について将来債権譲渡の効力が及ぶのかという問題の本質がつかめておらず、低い評価にとどまった。その一方で、自説の理論的根拠と実質的妥当性について、複数の論拠を挙げ、反対説からの反論にも適切に応

接する答案も少数ながら存在し、高く評価された（③について論ずべき事項については、既に公表した出題の趣旨を参照されたい。）。

#### イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、①及び②について、判例を踏まえながら、賃貸人の地位の承継並びに将来賃料債権譲渡の有効性及び対抗要件の具備に関する法律関係を的確かつ簡潔に述べた上で、③について、自説の理論的根拠と実質的妥当性の両方について説得的に論ずることができたものなどである。

良好に属する答案の例は、①から③まで相応の記述をしているものの、優秀に属する答案との比較においては、賃貸人の地位の承継に関する賃借権の対抗要件具備についての論述が不十分であるか、又は将来債権譲渡の有効性に関する判例法理についての理解が十分に示されていないものや、③について自説の実質的妥当性を本問の事例を用いて丁寧に論じられているが、理論的な理由については示せていないものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、①又は②のいずれかについて問題の所在が捉えられなかったものや、③についてHとFの対抗要件の具備の先後で決するとするなど大きく筋を外してしまったものなどである。

不良に属する答案の例は、①及び②のいずれについても問題の所在が捉えられず、出題趣旨に沿った論述がほとんどできなかつたものなどである。

### (3) 設問3について

#### ア 設問3の全体的な採点実感

設問3において論ずべき事項は、大別すると、①本件債務引受契約の無効原因として問題となる動機の錯誤の内容、②動機の錯誤が法律行為の要素の錯誤と認められる要件とその当てはめ、③Hの重過失の成否である。

設問3も、設問1と同じく典型的な論点を扱うものであり、全体としては一定程度の論述がされている答案が多かったが、①の設定の明確性、②の論述の精度と論理的整合性、③の当てはめの説得性において出来がかなり分かれ、これらの点で評価に差がついたと考えられる。

個別に見ると、①については多くの答案が触れていたが、下線部⑦の認識が本件債務引受契約の締結の動機であり、この点に誤認があったと構成する答案が多く、本件売買契約に基づく代金債務の負担が本件債務引受契約の締結の動機であり、この点に誤認があったと構成するものは少なかった。これらに対して、いずれの構成を採るかを明示せず、あいまいな論述をした答案は、事案を十分に分析することができていないと考えられ、低い評価にとどまった（①でどのような構成を採るかは、②における検討の前提となるものであるから、このような答案は②でも高い評価を受けることができなかつた。）。

②については、判例についての一般的理解と同様に、動機の錯誤の場合、民法第95条は当然には適用されないことを前提として、動機が表示されて法律行為（又は意思表示）の内容になった場合にのみ民法第95条による意思表示の無効を認めるとする答案が大多数であった。しかし、学説上も大きな対立があるにもかかわらず、自説がどのような立場であるかを明確にせず漫然と論述を進めるものが多かつた。また、上記の規範を本問の事案に当てはめる際に、動機が表示されたことについて、DGH間で協議がされたという外形的な事実のみを指摘して動機が表示されたことと認めるなど検討が不十分なものも散見された。さらに、動機が表示されたことについては一定の論述をすることができても、動機が法律行為の内容になったことについての的確に指摘することができていないものが目立つた。近時の判例（最判平成28年1月12日民集70巻1号1頁）においても、「動機は、たとえそれが表示されても、当事者の意思解釈上、それが法律行為の内容とされたものと認められない限り、当事者の意思表示に要素の錯誤はないと解するのが相当」とされていることから明らかとなっており、

動機の表示と法律行為の内容化とは別の判断基準として意味を持っていることに留意する必要がある。

③については、下線部㉗と下線部㉘のいずれが正当であるかという法解釈の問題であり、一般人から見て下線部㉘が明らかに正しいとはいえないのであるから、下線部㉗の認識を持ったHに過失があるとしても、重過失があるとまではいえないとするのが常識的な判断であると考えられるが、重過失があると判断した答案が想定外に多かった。

#### イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、①について問題となる動機の錯誤の内容を明確にした上で、②について判例の位置付けを踏まえつつ、自己の立場に基づいて要件を明確にし、的確に事案を分析して当てはめ、③について簡潔に論述することができていたものなどである。

良好に属する答案例は、優秀に属する答案との比較においては、②についての検討が十分でないものの、①から③までについて相応にバランスよく論述することができていたものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、②又は③において検討が不十分な点が複数あるが、他の点については相応の論述をすることができていたものなどである。

不良に属する答案の例は、①で自説を明示することができず、②及び③についても的確に検討することができなかつたものなどである。

#### (4) 全体を通じ補足的に指摘しておくべき事項

本年の問題も、昨年に引き続き、どのような法規範（判例により形成される規範を含む。）の適用を問題とすべきかという大きな検討課題の把握は比較的容易であり、実際にも、これを大きくは外さない答案が少なくなかつた。それでも答案間で評価に差が付くのは、分析の深度や精度、更には論理的な展開力などによるところが大きいと感じられることも、昨年と同様である。

すなわち、本年の各設問にも現れているように、ある一つの事案を解決するに当たっては、複数の制度や判例等にまたがった分析が必要となるが、当然ながら、そのためには、個々の制度等についての理解が必要であり、更には、制度相互間の体系的な理解が必要になる。その上で、これを一つの分析結果にまとめ上げるためには、その理解している内容を、示された事実関係を踏まえて論理的に展開していくことが重要である。

このような法律の体系的な理解とこれに基づく実践的な論理展開能力の重要性は例年指摘しているところであり、引き続き留意をしていただきたい。その上で、本年の答案を見て特に感じられたことについて、幾つか指摘しておきたい。

第1に、特定の法律効果の発生の有無を検討することが求められているのに、その法律要件が全て満たされているかどうかを検討せず、自己が主要な論点と考える部分のみを論ずるものが散見されたことである。例えば、設問1において、土地の工作物の占有者が損害の発生を防止するのに必要な注意を怠らなかつたかについて深く論ずること自体はよいとしても、そのみを検討し、瑕疵や因果関係の有無等の他の要件に触れないまま、安易に土地の工作物の所有者の責任を認める答案が相当数あつた。法律効果を発生させるためには法律要件が満たされていなければならないという当然の基本的原則を常に銘記する必要がある。

第2に、個別の設問に関しても指摘したが、結論の妥当性に留意しないものが散見されたことである。例えば、本問の事情の下で、設問1において土地の工作物の占有者Bが必要な注意を怠つたと認定することや、設問3においてHに錯誤について重過失があつたと認定することは、結論の妥当性の観点から見て疑問があるが、何らの説明もなく卒然とこれらの認定をするものが目立った。反対に、設問1においてAが土地の工作物の所有者として責任を負うことは民法第717条の趣旨からしてやむを得ないとしつつ、建築資材の製造業者に対して求償することができるとしてAの救済方法があることまで論じた答案は高く評価された。法律実務家に

とって重要な結論の「スワリ」についても意識して検討することが求められる。

第3に、毎年のように指摘をしているにもかかわらず、本年も、文字が乱雑であったり、小さすぎたり、あるいは線が細すぎたりして、判読が困難なものが一定数存在したことである。特に、十分な答案構成をせずに書き始め、後から既述部分に多数の挿入をする答案は、必然的に文字が小さくなり、その判読が困難になる。これらの点についても、引き続き改善を望みたい。

#### 4 法科大学院における今後の学習において望まれる事項

本年においては、設問の文字数を減らして受験者の事務処理の負担を軽減しつつ、財産法の分野における基本的知識・理解を横断的に問う問題が出題された。条文や判例に関する基本的な知識を踏まえ、問題文を注意深く読んだ上で、【事実】に顕れた事情を分析して設問の趣旨を適切に捉え、筋道を立てて論旨を展開すれば、相当程度の水準の解答ができるはずである。しかし、特に設問3については、設問の文字数がより多かった年と同じように、時間切れで論述が不十分に終わった答案が相当数あった。このことは、答案作成のための事務量の多寡にかかわらず、多くの受験生が、短時間で自己の見解を適切に文章化するために必要な基本的知識・理解を身に付けていないことを示唆している。引き続き、法的知識の体得に努めていただきたい。

また、本年も、昨年同様、判例を参考にすることで深い検討を行うことができる問題が出題されているが、法律実務における判例の理解・検討の重要性を再認識していただきたい（判例の採った論理や結論を墨守することを推奨してはいないが、判例と異なる見解を採るのであれば、判例を正確に指摘して批判することが必須である。）。例年指摘されているところであるが、判例を検討する際には、その前提となっている事実関係を基に、その価値判断や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、かつ、様々なケースを想定して判例の射程を考えることで、判例の内容をよりの確に捉えることができるものである。このような作業を行うことで、個々の制度についての理解が深まるだけでなく、制度相互間の体系的な理解が定着することに改めて留意していただきたい。

## 令和元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令和元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

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、例年言及しているが、文字を判読することができず、文章を理解することができない答案が見られる。そのような文章については、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。

#### (1) 設問1について

##### ア 全体的な採点実感

設問1は、乙社が、甲社の株主として、株主総会において、株主総会の権限に属する一定の事項を提案するために、会社法上、どのような手段を採ることができるか、少数株主による株主総会の招集の手続（会社法第297条等）並びに議題提案権（同法第303条）及び議案要領通知請求権（同法第305条）の行使の手続についての理解等を問うものである。

(ア) 設問1においては、乙社が採ることができる会社法上の手段として、まず、少数株主による株主総会の招集の手続（会社法第297条等）に関して、条文に言及しながら簡潔に説明することが求められる。例えば、①甲社は公開会社であるから、乙社は甲社の総株主の議決権の100分の3以上の議決権を6か月前から引き続き（請求日から遡って満6か月）有しなければならないこと（同条第1項）、②取締役に対し、株主総会の目的である事項（議題）及び招集の理由を示して、株主総会の招集を請求しなければならないこと（同項）、③請求の後遅滞なく招集の手続が行われない場合又は請求があった日から8週間以内の日を株主総会の日とする株主総会の招集の通知が発せられない場合に、裁判所の許可を得て、株主総会を招集することができること（同条第4項）などについて説明することが求められる。

そして、乙社は、平成29年5月の時点で甲社の総株主の議決権の4%を、同年9月の時点で同9.8%を、平成30年1月の時点で同15%を保有しており、上記①を満たすと考えられること、上記②及び③を満たす場合には、甲社の臨時株主総会を自ら招集することができることなどについて、説明することが求められる。

次に、議題提案権（会社法第303条）の行使の手続に関して、同様に、例えば、①甲社は公開会社である取締役会設置会社であるから、乙社は甲社の総株主の議決権の100分の1以上の議決権又は300個以上の議決権を6か月前から引き続き（請求日から遡って満6か月）有しなければならないこと（同条第2項）、②取締役に対し、株主総会の目的（議題）とすることを請求する一定の事項は、株主総会の決議事項でなければならないこと（同項前段）、③株主総会の日を8週間前までに請求をしなければならないこと（同項後段）などについて、簡潔に説明することが求められる。

また、議案要領通知請求権（会社法第305条）の行使の手続に関して、同様に、例え

ば、④株主総会の日の8週間前までに請求をしなければならないこと（同条第1項本文）、⑤株主総会の目的である事項（議題）につき請求しなければならないこと（同項本文）、⑥甲社は公開会社である取締役会設置会社であるから、乙社は甲社の総株主の議決権の100分の1以上の議決権又は300個以上の議決権を6か月前から引き続き（請求日から遡って満6か月）有しなければならないこと（同項ただし書）、⑦拒絶事由に該当しないこと（同条第4項）などについて、簡潔に説明することが求められる。

そして、乙社は、上記のとおり甲社の議決権を保有しており、上記①及び⑥を満たすと考えられること、上記②から⑤まで及び⑦を満たす場合には、同年6月の甲社の定時株主総会の開催に当たり議題提案権及び議案要領通知請求権を行使することができることなどについて、説明することが求められる。

なお、設問1においては、乙社が、甲社の臨時株主総会を自ら招集するための法定の要件や、甲社の定時株主総会の開催に当たり議題提案権及び議案要領通知請求権を行使するための法定の要件については一定程度説明することができている答案が多かった。

しかし、乙社が採ることができる会社法上の手段として、議案要領通知請求権の行使の手續について説明していない答案が少なくなかった。

また、設問1に関しては、基本的事項について、条文に沿った正しい理解を示していない答案が少なくなかった（例えば、以下のような答案が散見された。）。

少数株主による株主総会の招集の手續においては、少数株主が株主総会の目的である事項（議題）を定めること（会社法第298条1項括弧書き）など、少数株主が株主総会の招集等の手續（同条等）を行うことを理解していないもの

少数株主による株主総会の招集の手續においても、議題提案権（会社法第303条）及び議案要領通知請求権（同法第305条）が適用されると誤解しているもの

議題提案権（会社法第303条）、株主総会における議案提案権（同法第304条）及び議案要領通知請求権（同法第305条）を区別して理解することができていないもの

議題提案権又は議案要領通知請求権が行使され、法定の要件を満たす場合には、取締役は、その請求に係る事項を株主総会の目的とし、又は株主が提出しようとする議案の要領を株主総会の招集の通知に記載等しなければならないことを理解しておらず、その裁量により、これを拒絶することができるとするもの

甲社の定時株主総会の議決権の基準日（甲社定款第13条。会社法第124条）の意義を誤解し、少数株主による株主総会の招集の手續や、議題提案権及び議案要領通知請求権の行使の手續に関する議決権の保有期間の要件について、当該基準日から遡って満6か月有しなければならないといった説明をしているもの

(イ) 次に、設問1においては、少数株主による株主総会の招集の手續と議題提案権及び議案要領通知請求権の行使の手續とを比較検討することが求められる。これらの手續を比較検討するに当たっては、例えば、下記①から③までのことを中心として、設問2及び3との関係で、バランスを失しない程度の適切な分量で論ずることが期待される。

なお、下記③について言及している答案が比較的多く、下記①及び②について言及している答案が少なかった。

#### ① 議事運営の主導権

少数株主が臨時株主総会を招集する場合には、少数株主は株主総会の招集等の手續（会社法第298条等）を行うことにより株主総会の議事運営にその意向を反映し得ること、他方で、取締役が招集する定時株主総会の開催に当たり少数株主が議題提案権及び議案要領通知請求権を行使する場合には、取締役が株主総会の招集等の手續を行うため、少数株主が臨時株主総会を招集する場合と比べると、株主総会の議事運営に少数株主の意向を反映することに支障があり得ること。

② 費用等の手続面の負担

少数株主が臨時株主総会を招集する場合には、少数株主が株主総会の招集及び開催（会社法第299条、第301条、第302条等）の費用及び労力を負担すること、他方で、議題提案権及び議案要領通知請求権を行使する場合には、株式会社が株主総会の招集及び開催の費用及び労力を負担すること。なお、少数株主が臨時株主総会を招集する場合には、裁判所の許可を得なければならないので、手間が掛かるとのみ論ずる答案が多かったが、少数株主の負担が大きいと論ずるべきであるのは、少数株主が自ら株主総会の招集等の手続を行わなければならないことである。

③ 時期の選択

少数株主が臨時株主総会を招集する場合には、定時株主総会が開催されるのを待つことを要せず、それよりも前に、株主総会を開催することができること、他方で、議題提案権及び議案要領通知請求権を行使する場合には、定時株主総会が開催されるのを待たなければならないこと。

イ 答案の例

(ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

少数株主による株主総会の招集の手続と議題提案権及び議案要領通知請求権の行使の手続との比較検討において、乙社が議題提案権及び議案要領通知請求権を行使する場合には、甲社により、株主総会の決議事項でない（会社法第303条第2項前段）として、又は拒絶事由に該当する（同法第305条第4項）として、拒絶される可能性があることについて論ずるもの

少数株主による株主総会の招集の手続と議題提案権及び議案要領通知請求権の行使の手続との比較検討において、例えば、株主総会の招集の通知や株主総会参考書類の作成者、議長の選任方法の差異等にも言及し、事案に即して、乙社にとって、いずれの手続を採る方がどのような面で有利又は不利であるかについて具体的に論ずるもの

(イ) 不良に該当する答案の例

手続の一般的説明にとどまり、乙社が法定の要件を満たすと考えられるか否かについて検討していないもの

比較検討が求められているにもかかわらず、比較検討に当たるような論述を全くしていないもの

少数株主による株主総会の招集の手続と議題提案権及び議案要領通知請求権の行使の手続との比較検討において、例えば、少数株主による株主総会の招集の手続の方が議題提案権及び議案要領通知請求権の行使の手続よりも議決権数の要件が厳格であるといった抽象的な比較検討をしているにとどまるもの

事実関係を誤解し、乙社は少数株主による株主総会の招集権を行使する要件を満たさないとするもの（又は議案提案権及び議案要領通知請求権の行使要件を満たさないとするもの）

(2) 設問2について

ア 全体的な採点実感

(ア) 設問2は、甲社の取締役会が、乙社による甲社の支配権の取得を阻止するために、株主総会の決議による承認を受け、差別的な内容の本件新株予約権無償割当てを行ったため、乙社が、本件新株予約権無償割当てを差し止めることができるかどうか、買収防衛策としての差別的な内容の新株予約権無償割当てについての理解等を問うものである。

設問2においては、乙社による本件新株予約権無償割当ての差止め請求（会社法第247条類推）が認められるか否かについて、問題文中の事実関係を適切に評価した上で説得的に論ずることが求められる。

乙社による本件新株予約権無償割当ての差止めの請求が認められるか否かについて論ずるに当たっては、会社法第247条については、新株予約権無償割当て（同法第277条）との条文の位置の関係や、同法第247条が規定する内容からすると、新株予約権無償割当てに直接適用することができないと解されるため、まず、新株予約権無償割当てに関して、同条を類推適用することができるかどうかについて、簡潔に検討することが求められる。

そして、会社法第247条の趣旨に照らし、新株予約権無償割当てについて、新株予約権者を差別的に取り扱う行使条件が付されるなど、株主の地位に実質的変動を及ぼす場合には、同条を類推適用することができる（東京地決平成19年6月28日金判1270号12頁）と解する場合には、乙社による差止事由に関する主張について、条文及びその文言を引用しつつ、具体的に検討することが求められる。

乙社による差止事由に関する主張としては、例えば、下記①又は②の主張について、検討することが求められる。

- ① 本件新株予約権無償割当ては、新株予約権者の差別的な取扱いを内容とするものであり、株主平等の原則（会社法第109条第1項）又はその趣旨に反し、法令に違反するものであるとの主張（同法第247条第1号。最決平成19年8月7日民集61巻5号2215頁参照）。
- ② 本件新株予約権無償割当ては、新株予約権者の差別的な取扱いを内容とするものであって、株式会社の企業価値ひいては株主の共同の利益を維持するためではなく、専ら経営を担当している取締役等の経営支配権を維持するためのものであり、著しく不公正な方法により行われるものであるとの主張（会社法第247条第2号。東京高決平成17年3月23日判時1899号56頁，判タ1173号125頁参照）。

なお、以上に関しては、新株予約権無償割当て（会社法第277条）という方法を理解しておらず、募集新株予約権について募集事項として募集新株予約権と引換えに金銭の払込みを要しないこととする旨を定める場合（同法第238条第1項第2号）や、同法第238条第1項の募集において、株主に新株予約権の割当てを受ける権利を与える場合（同法第241条）と混同している答案が散見された。また、募集新株予約権の発行の差止めに関する規定（同法第247条）があることを認識しておらず、募集株式の発行等の差止めに関する規定（同法第210条）を類推適用しようとする答案や、株主による取締役の行為の差止めに関する規定（同法第360条）を適用しようとする答案が散見された。なお、新株予約権無償割当てについて、同条を類推適用することができるとする理由が説得力を有しない答案も少なくなかった。

- (イ) 次に、乙社の主張の当否に関して、例えば、上記①の主張については、前掲最決平成19年8月7日を参考にするなどしつつ、検討することが考えられる。

前掲最決平成19年8月7日は、概要として、以下のとおり判示している。会社法第109条第1項に定める株主平等の原則の趣旨は、新株予約権無償割当ての場合についても及ぶ。特定の株主による経営支配権の取得に伴い、株式会社の企業価値が毀損され、株主の共同の利益が害されることとなるような場合には、その防止のために当該株主を差別的に取り扱うことは、衡平の理念に反し、相当性を欠くものでない限り、株主平等の原則の趣旨に反しない。特定の株主による経営支配権の取得に伴い、株式会社の企業価値が毀損され、株主の共同の利益が害されることとなるか否かについては、最終的には、株式会社の利益の帰属主体である株主自身により判断されるべきものであり、株主総会における株主自身の判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しない限り、当該判断が尊重されるべきである。

なお、前掲最決平成19年8月7日は、株主平等の原則の「趣旨」が新株予約権無償割

当ての場合についても及ぶ理由として、以下のとおり判示している。会社法第109条第1項は、株式会社は株主をその有する株式の内容及び数に応じて平等に取り扱わなければならないとして、株主平等の原則を定めている。新株予約権無償割当てが新株予約権者の差別的な取扱いを内容とするものであっても、これは株式の内容等に直接関係するものではないから、直ちに株主平等の原則に反するということとはできない。しかし、株主は、株主としての資格に基づいて新株予約権の割当てを受けるところ、同法第278条第2項は、株主に割り当てる新株予約権の内容及び数又はその算定方法についての定めは、株主の有する株式の数に応じて新株予約権を割り当てることを内容とするものでなければならないと規定するなど、株主に割り当てる新株予約権の内容が同一であることを前提としているものと解されるのであって、同法第109条第1項に定める株主平等の原則の趣旨は、新株予約権無償割当ての場合についても及ぶというべきである。

しかし、これを正確に理解しておらず、新株予約権者は、新株予約権を行使すると、株主となるから、株主平等の原則が（類推）適用されるとする答案が少なくなかった。

設問2においては、本件新株予約権無償割当ては、新株予約権者の差別的な取扱いを内容とするものであり、非適格者である乙社を差別的に取り扱うものであるが、他方で、買収防衛策としての導入等の是非が株主総会の決議（ただし、いわゆる勧告的決議である。）に委ねられていること、さらに、本件新株予約権無償割当ては、乙社に経済的損害を与える性質を有するものであるが、他方で、乙社がこれ以上の甲社の株式の買い増しを行わない旨を確約した場合には、甲社の取締役会が、その決議により、本件新株予約権無償割当てにより株主に割り当てた新株予約権の全部を無償で取得することができる仕組みとなっており、乙社に撤退可能性が保障されていることなどの問題文中の事実関係に即して、条文の適用と当てはめを丁寧に行い、説得的に検討することが求められる。しかしながら、説得力を有する規範の定立をすることができていない答案や、当てはめを具体的にすることができていない答案が多かった。

なお、株主の差別的な取扱いが相当性を欠くものでないかどうかについての検討を全くしていない答案や、十分にすることができていない答案が非常に多かった。また、前掲最決平成19年8月7日に関して、株主の共同の利益等が害されることになるか否かについては、最終的には、株主自身により判断されるべきものであり、判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しない限り、当該判断が尊重されるべきであるという判示部分には、言及することができていない答案が非常に多かった。

そして、前掲最決平成19年8月7日と同様に、株主総会における株主自身の判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しない限り、当該判断が尊重されるべきであると解する場合には、株主総会において、株主自身が、株主の共同の利益等が害されることになるか否かを判断することになるから、乙社の投資手法や乙社の代表社員Bが甲社の事業に対して理解がないことなどの問題文中の事実関係自体は、株主の共同の利益等が害されることになるか否かの判断を直ちには左右しないことに留意すべきである。しかし、このことを理解していない答案が多かった。

また、乙社を差別的に取り扱うことが、衡平の理念に反し、相当性を欠くものでないかどうかについて、乙社に撤退可能性が保障されていることなどの問題文中の事実関係に即して、具体的に検討していない答案が多かった。

- (ウ) 上記(ア)②の主張については、前掲東京高決平成17年3月23日を参考にするなどしつつ、検討することが考えられる。

前掲東京高決平成17年3月23日を参考にする場合には、概要として、現に経営支配権争いが生じている場面において、経営支配権の維持・確保を主要な目的として新株予約権者の差別的な取扱いを内容とする新株予約権無償割当てがされた場合には、原則として、

著しく不公正な方法による新株予約権無償割当てとして差止請求が認められるべきであるが、株主全体の利益保護の観点から当該新株予約権無償割当てを正当化する特段の事情がある場合、具体的には、敵対的買収者が真摯に合理的な経営を目指すものではなく、敵対的買収者による支配権取得が株式会社に回復し難い損害をもたらす事情がある場合には、対抗手段として必要性や相当性が認められる限り、株式会社の経営支配権の帰属に影響を及ぼすような新株予約権無償割当てを差し止めることはできないと解することになると思われる。

設問2においては、本件新株予約権無償割当ては、いわゆる主要目的ルールに照らすと経営支配権の維持を主要な目的とするものであるが、他方で、上記のとおり買収防衛策としての導入等の是非が株主総会の決議に委ねられていることなどの問題文中の事実関係を踏まえ、この株主総会の決議の意義がどのようなものであるかや、前掲東京高決平成17年3月23日が挙げる四つの類型（①真に会社経営に参加する意思がないにもかかわらず、ただ株価をつり上げて高値で株式を会社関係者に引き取らせる目的で株式の買収を行っている場合（いわゆるグリーンメーラーである場合）、②会社経営を一時的に支配して当該株式会社の事業経営上必要な知的財産権、ノウハウ、企業秘密情報、主要取引先や顧客等を当該買収者やそのグループ会社等に移譲させるなど、いわゆる焦土化経営を行う目的で株式の買収を行っている場合、③会社経営を支配した後に、当該株式会社の資産を当該買収者やそのグループ会社等の債務の担保や弁済原資として流用する予定で株式の買収を行っている場合、④会社経営を一時的に支配して当該株式会社の事業に当面関係していない不動産、有価証券など高額資産等を売却等処分させ、その処分利益をもって一時的な高配当をさせるかあるいは一時的な高配当による株価の急上昇の機会を狙って株式の高値売り抜けをする目的で株式買収を行っている場合など、当該株式会社を食物にしてしようとしている場合）に照らし、株主全体の利益保護の観点から本件新株予約権無償割当てを正当化する特段の事情があるかどうかなどについて検討した上で、同様に、説得的に論ずることが求められる。しかしながら、説得力を有する規範の定立をすることができていない答案や、当てはめを具体的にすることができていない答案が多かったことは同様である。

なお、設問2においては、防衛策の導入、発動の是非が株主総会の決議（ただし、勧告的決議である。）に委ねられているため、直ちには、主要目的ルールによって結論を導き出すことができないことに留意すべきである。主要目的ルールによって結論を導き出すためには、例えば、本件会社提案に係る本件株主総会の決議が無効である（勧告的決議にすぎず、尊重することを要しない。）と論ずることや、主要目的ルールによって取締役会の決議のみにより新株予約権無償割当てを行うことが認められる場合には、取締役会の決議により株主総会の決議による承認を受けることを条件として新株予約権無償割当てを行うこともできると論ずることなどが考えられる。しかし、これらのことを論ずることができている答案は少なく、直ちに主要目的ルールによって結論を導き出そうとする答案が多かった。

また、乙社の投資手法や乙社の代表社員Bが甲社の事業に対して理解がないことなどの問題文中の事実関係から、上記の特段の事情があると認めることができるかどうかについては、これを肯定する立場の答案と否定する立場の答案のいずれもが見られたが、敵対的買収者であることと濫用的買収者であることを区別することができておらず、敵対的買収者であることをもって直ちに濫用的買収者であるとする答案も散見された。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

前掲最決平成19年8月7日を参考にしつつ、株主の共同の利益等が害されることになるか否か（必要性の要件を満たすか否か）については、最終的には、株主自身により判断さ

れるべきものであり、判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しない限り、当該判断が尊重されるべきであるとし、本件会社提案に係る議案について賛成するものとして行使された議決権の割合や、判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しないか否かも丁寧に検討しているもの

前掲最決平成19年8月7日を参考にしつつ、乙社の差別的な取扱いが乙社に経済的損害を与える性質を有するものであることを指摘した上で、株主の差別的な取扱いが相当性を欠くものでないか否か（相当性の要件を満たすか否か）を検討しているもの

前掲最決平成19年8月7日を参考にしつつ、本件新株予約権無償割当てが株主総会の決議（ただし、勧告的決議である。）に委ねられていることや、甲社の取締役会の決議により、新株予約権を取得する対価が、非適格者については1円とされていることについて、適切に検討しているもの

本件のように、買収防衛策としての新株予約権無償割当ての導入等の是非が株主総会の決議に委ねられている場合にも、主要目的のルールが適用されるか、適用されるとする場合には、著しく不公正な方法による新株予約権無償割当てとして差止請求が認められるべきであるか否かの判断に当たり、本件新株予約権無償割当てが株主総会の決議に委ねられていることをどのように考慮すべきかについて、論理的に論ずるもの

(イ) 不良に該当する答案の例

乙社が敵対的買収者であることから直ちに、差止めを認められないとし、あるいは本件新株予約権無償割当ての主要な目的は経営支配権の維持にあるとはいえないなどの結論に結び付けるもの

新株予約権無償割当てと、募集株式の発行等又は募集新株予約権の発行の差異を十分に理解することができていないもの（例えば、新株予約権無償割当ての本来の目的が資金調達にあると論ずるものや、本件新株予約権無償割当てが、募集新株予約権について募集事項として募集新株予約権と引換えに金銭の払込みを要しないこととする旨を定める場合（会社法第238条第1項第2号）であるとして、新株予約権の有利発行に当たるか否かを論ずるもの）

株主の共同の利益等が害されることになるか否か（必要性の要件を満たすか否か）と、株主の差別的な取扱いが相当性を欠くものでないか否か（相当性の要件を満たすか否か）とを区別して理解することができておらず、乙社の差別的な取扱いの内容を検討することなく、本件株主総会において、本件会社提案に係る議案が可決されたことをもって相当性の要件を満たすとするもの

本件新株予約権無償割当ては、乙社がこれ以上の甲社の株式の買い増しを行わない旨を確約した場合には、甲社の取締役会が、その決議により、本件新株予約権無償割当てにより株主に割り当てた新株予約権の全部を無償で取得することができる仕組みとなっていることが、株主の差別的な取扱いが相当性を欠くものでないか否か（相当性の要件を満たすか否か）の判断に、どのように影響するか、あるいは影響しないかについて、論理的に論ずることができていないもの

株主の差別的な取扱いが相当性を欠くものでないか否か（相当性の要件を満たすか否か）について、単に、新株予約権を行使する際の株式1株当たりの払込金額が1円と定められていることをもって、甲社の取締役会の決議により、新株予約権を取得する対価が、非適格者については1円とされていることを適正な金額であると論ずるもの

問題文中の事実関係を誤解しているもの（例えば、非適格者は、新株予約権の割当てを受けることができないと誤解しているもの、非適格者である乙社は、これ以上の甲社の株式の買い増しを行わない旨を確約した場合には、新株予約権の割当てを受けることができる

と誤解しているもの)

(3) 設問3について

ア 全体的な採点実感

設問3は、甲社の取締役会が遅くとも平成30年度中にP倉庫を適正な価格で売却することに関する議案を可決した本件株主総会の決議（本件決議2）に関して、甲社の代表取締役社長Aは、これを遵守したことにより、その任務を怠ったものと認められ、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責任を負うか否かなど、甲社の代表取締役社長Aの同項の責任に関連して、取締役会設置会社における株主総会の権限、取締役の株主総会の決議の遵守義務及び取締役の株式会社に対する損害賠償責任についての理解等を問うものである。

設問3においては、①甲社の財産の処分を株主総会の決議によってもすることができるようにする定款の変更に関する議案を可決した本件決議1の効力を検討した上で、②本件決議1に基づく本件決議2の効力及び取締役の株主総会の決議の遵守義務（会社法第355条）を前提として、③下記の問題文中の事実関係を踏まえ、本件決議2に関して、甲社の代表取締役社長Aは、これを遵守してはならなかったにもかかわらず遵守したことにより、その任務を怠ったものと認められるのではないかと、結果として、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責任を負うか否かについて、論ずることが求められる。

本件決議1の効力を検討するに当たっては、まず、取締役の業務執行権限に属する事項を株主総会の決議事項とすることができるかどうか、会社法第295条第2項に関して、取締役会設置会社における株主総会決議事項に一定の制約を認めるべきか否かを検討することが求められる。

会社法第295条第2項は、定款で株主総会の決議事項として定めることができる事項について、何ら制約していないことに着目すれば、以下のように論ずることが考えられる。すなわち、取締役会設置会社において株主総会の決議事項が限定されているのは、株主は経営の意思も能力もないから業務執行に介入しないということが株主の通常の意味であるという考え方に基づくものにすぎず、株主が定款で株主総会の決議として定めることを特に欲する事項があるのであれば、当該事項について、株主総会の決議事項とすることが認められ、取締役の業務執行権限に属する事項であっても、定款で定めることにより株主総会の決議事項とすることができるから（会社法第295条第2項）、本件決議1及び本件決議2はいずれも有効であると解することが考えられる。このような考え方を採る場合には、取締役は株主総会の決議を遵守しなければならないこと（同法第355条）について、言及することが求められる。

その上で、株主総会の決議の遵守義務を前提として、例えば、Q県において発生した大地震により、Q倉庫が倒壊したため、海外から到着する貨物をP倉庫において保管しなければならない、P倉庫を売却すると、競合他社に多数の顧客を奪われるなど、50億円を下らない損害が甲社に生ずることが見込まれ、他方で、P倉庫の近隣の不動産価格が下落する兆候はうかがわれなかったことなどの問題文中の事実関係を踏まえ、①代表取締役社長Aは、甲社に損害を与えないように業務を執行するのであれば、本件決議2を遵守してはならなかったにもかかわらず、本件決議2を遵守し、その任務を怠ったものと認められるから、甲社に対し、損害賠償責任を負うと解するか、②本件決議2の後に重大な事情の変更が生じたことに鑑み、改めて株主の意思を確認しなければならなかった（改めて株主総会の決議を得なければならなかった。）にもかかわらず、事情の変更が生ずる前の本件決議2を遵守することに固執し、その任務を怠ったものと認められるから、甲社に対し、損害賠償責任を負うと解するか、あるいは③上記の問題文中の事実関係を踏まえても、代表取締役社長Aは、本件決議2を遵守しなければならず、その任務を怠ったとは認められないから、甲社に対し、損害賠償責任を

負うとは認められないと解するかなどについて、説得的に論ずることが求められる。

他方で、上記の会社法295条第2項の検討において、取締役会設置会社の場合には、定款により定めることができる株主総会決議事項に一定の制約を認めるべきと解する場合には、取締役の業務執行権限に属する事項、取り分け裁量的な判断になじむ事項については、少なくとも取締役会設置会社の場合には、会社法が専ら専門的経営者たる取締役にその判断を委ねていると理解することができるし、裁量事項を定款で制約すると、定款遵守義務により最適な判断が妨げられ得るので（会社法第355条）、定款で定めることによって株主総会の決議事項とすることを認めるべきでないから（同法第29条、第362条第2項第1号、第363条第1項第1号）、本件決議1が無効であると解することも考えられる。このような考え方を採る場合には、これを前提とする本件決議2も株主総会の決議としての効力はないこととなる。

なお、本件決議1は、取締役会の決定権限をはく奪する内容ではないことにも配慮することが求められる。このことに言及した答案には一定の評価を与えた。

その上で、④なお株主の意向を示すものとして尊重する必要がないかや、代表取締役社長Aが本件決議2を遵守する義務があると考えてP倉庫を売却するという決定をしたことに取締役としての任務懈怠や過失がなかったかどうかについて、説得的に論ずることが求められる。

なお、会社法第362条第2項に規定する取締役会の決議事項を、株主総会において決議したことのみをもって直ちに本件決議2が無効であるとする答案が少なくなかった。

また、設問3は、株主総会の決議の遵守義務が問題となっている場面であり、いわゆる経営判断原則の適用が問題となる典型的な場面ではないため、経営判断原則に言及する場合には、その趣旨や適用範囲について検討した上で言及することが望まれる。しかし、このような検討をすることができている答案は少なく、単純に経営判断原則の適用が問題となる場面であるとし、経営判断原則に照らして検討する答案が多かった。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

本件決議1の効力を検討するに当たり、事案に即して、甲社のような上場会社において、取締役の業務執行権限に属する事項を株主総会の決議事項とする場合には、不都合が生ずるおそれがあることについて検討するもの

本件決議2について、遊休資産でなくなった資産を売却することは意図されていないとして、本件決議2の効力を限定した上で、甲社の代表取締役社長Aが、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責任を負うか否かを検討するもの

本件決議1が無効であると解しつつ、法令の解釈を誤って、本件決議2を遵守しなければならないと考えたことについて、Aに過失がなかったかどうかを検討するもの

本件決議2の後に重大な事情の変更が生じたことに鑑み、Aは、改めて株主の意思を確認しなければならなかったにもかかわらず、これを怠り、事情の変更が生ずる前の本件決議2を遵守することに固執し、その任務を怠ったものと認められるとするもの

株主総会の決議の遵守義務が問題となっている場面であり、経営判断原則の適用が問題となる典型的な場面ではないことを指摘するもの

##### (イ) 不良に該当する答案の例

本件決議1の効力を検討するに当たり、取締役会設置会社における株主総会の決議事項について規定する会社法第295条第2項は、定款で株主総会の決議事項として定めることができる事項について、何ら制約していないことに言及していないもの

甲社の代表取締役社長Aが、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責

任を負うか否かを検討するに当たり、取締役の株主総会の決議の遵守義務（会社法第355条）に言及していないもの

設問3においては、本件決議1の効力を検討するように求められているにもかかわらず、本件決議1の効力を検討しないものや、株主総会の手続が適法であったことのみをもって直ちに本件決議1が有効であるとするもの、本件決議1及び本件決議2の効力と全く関連付けて検討することなく、甲社の代表取締役社長Aが、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責任を負うか否かを検討するもの

本件決議1及び本件決議2の効力と全く関連付けて検討することなく、甲社の代表取締役社長AがP倉庫を売却したことを、専ら経営判断原則に照らして検討するもの

単に、甲社の取締役会において、本件決議1及び本件決議2への対応について、取締役らから、様々な意見が述べられたことを踏まえて判断していることのみをもって、甲社の代表取締役社長Aは、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責任を負わないとするもの

### 3 法科大学院教育に求められるもの

少数株主による株主総会の招集の手続（会社法第297条等）並びに議題提案権（同法第303条）及び議案要領通知請求権（同法第305条）の行使の手続については、比較的よく理解されていた。少数株主による株主総会の招集の手続と議題提案権及び議案要領通知請求権の行使の手続との比較検討において、事案に即して、乙社にとって、いずれの手続を採る方がどのような面で有利又は不利であるかについて具体的に論ずる答えは、多くはなかったが、好印象であった。他方で、乙社が、甲社の臨時株主総会を自ら招集するための法定の要件や、甲社の定時株主総会の開催に当たり議題提案権及び議案要領通知請求権を行使するための法定の要件を条文から十分に拾い上げることができていない答えや、設問1においては、比較検討が求められているにもかかわらず、比較検討に当たるような論述を全くしていない答えも見られた。また、議題提案権、株主総会における議案提案権（同法第304条）及び議案要領通知請求権を区別して理解することができていない答えや、甲社の定時株主総会の議決権の基準日（甲社定款第13条。会社法第124条）の意義を誤解している答えも見られた。設問1に限らず、確認する機会が多くない条文であっても、条文を参照しながら、規定されている要件等を正確に理解し、拾い上げ、事案に即して、問いに的確に答えることができること、基準日や株主提案権など、会社法上の基本的かつ重要な条文又は制度については、実務上、具体的にどのように用いられているのかも理解していることが必要であろう。

買収防衛策としての差別的な内容の新株予約権無償割当てについては、全体的に理解が不十分であった。代表的な判例及び裁判例については、正しく理解していることが期待されるどころ、前掲最決平成19年8月7日や前掲東京高決平成17年3月23日を踏まえ、一定の論述をすることができている答えが見られた。もっとも、問題文中の事実関係に即して、乙社の差別的な取扱いが相当性を欠くものでないか否かを検討することができている答えは少なかった。また、同様に、本件新株予約権無償割当てに関して、差止請求が認められるべきであるか否かの判断に当たり、本件新株予約権無償割当てが株主総会の決議に委ねられていることをどのように考慮すべきかについて、適切に検討することができている答えも少なかった。さらに、新株予約権無償割当てと、募集株式の発行等又は募集新株予約権の発行の差異を十分に理解することができていない答え、募集新株予約権の発行の差止めに関する規定（会社法第247条）があることを認識していない答え、主要目的のルールの内容を正しく理解していない答えが散見された。会社法上の基本的な条文又は制度や、代表的な判例及び裁判例についての基本的な理解を前提として、事案に応じて柔軟かつ適切に、その理解を応用する能力を養っていくことが期待される。

取締役会設置会社における株主総会の権限、取締役の株主総会の決議の遵守義務及び取締役の株

式会社に対する損害賠償責任についても、理解が必ずしも十分でなかった。設問3においては、本件決議1の効力を検討するように求められているにもかかわらず、本件決議1の効力を検討しない答案や、本件決議1の効力を検討したものの、本件決議1及び本件決議2の効力と全く関連付けて検討することなく、甲社の代表取締役社長Aが、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責任を負うか否かを検討する答案が多かった。また、本件決議1の効力を検討するに当たり、取締役会設置会社における株主総会の決議事項について規定する会社法第295条第2項に言及していないものや、甲社の代表取締役社長Aが、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責任を負うか否かを検討するに当たり、取締役の株主総会の決議の遵守義務（会社法第355条）に言及していない答案が非常に多かった。上記のとおり、問いに的確に答えることができることが必要であろう。解釈上問題となる条文及びその文言に言及しないで、論述をする例が見られ、条文の適用又は条文の文言の解釈を行っているという意識が低いように感じられる。

従来と同様に、会社法上の基本的な条文又は制度や、代表的な判例及び裁判例についての理解を確実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、条文を解釈し、これを適用する能力と論理的思考力を養う教育が求められる。

## 令和元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「令和元年司法試験論文式試験出題の趣旨【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民事訴訟の基礎的な原理、原則や概念を正しく理解し、これらに関する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ている。

本年においても、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。そのため、答案の作成に当たっては、問題文において示されている検討すべき事項を適切に吟味し、そこに含まれている論点を論理的に整理した上で、論述すべき順序や相互の関係も考慮することが必要である。そして、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出したり、理由を述べることなく結論のみを記載したりするのではなく、提示された問題意識や事案の具体的な内容を踏まえつつ、論理的で一貫した思考の下で端的に検討結果を表現しなければならない。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どうかという点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、例年同様、具体的な事案を提示し、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、管轄合意、移送、裁判上の自白、自己利用文書等の民事訴訟の基礎的な概念や仕組みに対する受験者の理解を問うとともに、事案への当てはめを適切に行うことができるかどうかを試している。

設問3について、時間が不足していたことに起因するものと推測される大雑把な内容や体裁の答案が一定数見られたものの、全体としては、時間内に論述が完成していない答案は少数にとどまった。しかし、検討すべき事項の理解を誤り、検討すべき事項とは関係がない論述を展開する答案や、検討すべき事項自体は正しく理解しているものの、問題文で示されている事案への当てはめが不十分であって、抽象論に終始する答案も散見された。また、そもそも裁判上の自白の理解が十分にはできていないなど、基礎的な部分の理解不足をうかがわせる答案も少なくなかった。

なお、条文を引用することが当然であるにもかかわらず、条文の引用をしない答案や、条番号の引用を誤る答案も一定数見られた。法律解釈における実定法の条文の重要性は、改めて指摘するまでもない。また、判読が困難な乱雑な文字や略字を用いるなど、第三者が読むことに対する意識が十分ではない答案や、法令上の用語を誤っている答案、日本語として違和感のある表現のある答案も一定数見られた。これらについては、例年、指摘されているところであるが、本年においても、改めて注意を促したい。

#### (2) 設問1について

##### ア 課題(1)の採点実感

設問1では、まず、課題(1)として、XがYと交わした契約書中にある管轄の合意（本件定め）について、「A地方裁判所を本件契約に関する紛争の管轄裁判所から排除することを内容とする」というYの解釈とは別の解釈を採るべきであると立論することが求められている。

管轄の合意については、一般に、特定の裁判所のみ管轄を生じさせて他の裁判所の管轄を排除することを内容とする専属的管轄合意と法定管轄に付加して特定の裁判所にも管轄を生じさせる付加的管轄合意とがあるとされている。そのため、本件定めについても、これが専属的管轄合意であれば、Xの訴えがB地方裁判所のみ管轄に属することとなり、これが付加的管轄合意であれば、Xの訴えが法定管轄裁判所の管轄にもなお属することから、後記のとおり法定管轄裁判所の一つであるA地方裁判所の管轄にも属することとなる。そこで、課題(1)は、本件定めについて、専属的管轄合意であるとするYの解釈に対し、付加的管轄合意であるとする解釈を立論することが求められていると言い換えることができる。しかし、「専属的管轄合意」、「付加的管轄合意」という語を用いることなく、「A地方裁判所を本件契約に関する紛争の管轄裁判所から排除することを内容とする」という問題文の表現をそのまま引用して論述する答案が多かった。また、これらの語を用いていない答案においては、本件定めがどのような内容の合意であるのかという点を検討することなく、単に「A地方裁判所を本件契約に関する紛争の管轄裁判所から排除することを内容とするものではない」とし、それに代わる解釈を示さないままのものが散見された。これらを含め、管轄合意における専属的管轄合意と付加的管轄合意の区別を理解していないことから問題の所在を的確に把握することができていない答案が相当数に上った。

課題(1)では、本件定めが専属的管轄合意であるとするYの解釈の根拠も踏まえつつ、これが付加的管轄合意であるとのX側の解釈を採るべきことを示す必要がある。そして、Yの上記解釈の根拠としては、本件契約に関する紛争は複数の裁判所の法定管轄に属するにもかかわらず、本件定めはそれを一つに絞るものであるから、これを専属的管轄合意と解釈することが当事者の合理的意思に合致するというものが考えられる。また、これに対する反論となり、かつ、本件定めが付加的管轄合意であるとする解釈の根拠となるものとしては、例えば、本件契約の契約書は、Yが用意したものであることを踏まえ、本件定めを「B地方裁判所のみ」とするなど、Yにおいて本件定めが専属的管轄合意であることをより明確にすることができたにもかかわらず、そのようなにはしていないことや、Yから提起する債務不存在確認の訴えなどB地方裁判所の法定管轄に属しない場合もあり、本件定めは、そのような場合もB地方裁判所を管轄裁判所とするものであって、これを付加的管轄合意と解釈することに合理性がないとはいえないことなどが考えられる。しかし、これらのそれぞれの解釈の根拠がかみ合うよう適切に論ずる答案は、ほとんどなかった。特に、本件定めが専属的管轄合意であるとするYの解釈の根拠について、適切にこれを示した答案は少なく、そのため、本件定めを付加的管轄合意と解釈すべきであるとの結論を示す答案であっても、Yの解釈の根拠を踏まえることなく、一方的な根拠を指摘するだけの答案が多かった。このような答案であっても、例えば、上記のものほか、全国に展開する事業者であるYに対して、Xは一消費者であり、消費者契約法第10条の趣旨に鑑みても、Xに不利とならないように解釈すべきであることなど本件定めを付加的管轄合意と解釈すべき根拠として適切なものを指摘している限りは、相応の評価がされるが、「Yの解釈」すなわち「本件定めが専属的管轄合意であるとする解釈」の根拠も踏まえつつという問題文の求めに的確に応じたものとまではいえないことについて、留意する必要がある。

以上に対し、本件定め「本件契約に関する一切の紛争」という文言に着目しつつ、Xが提起した訴えがこれに当たらないとする答案も一定数見られた。しかし、このような解釈は、その文言に照らし、無理がある。また、民事訴訟法（以下「法」という。）の規定の解釈のみを示してA地方裁判所が管轄裁判所から排除されないとの結論を導く答案も少ないながら見られたが、論理の飛躍があるとともに、合意の解釈と法令の解釈を混同するものである。このほか、本件定めについて、公序良俗に反するとしたり、法第11条第2項の「一定の法律関係」に関するものではないとしたりするなどして、本件定めを効力を否定するものも少な

からず見られたが、このような答案は、その妥当性自体が疑わしいことはさておくとしても、「別の解釈」を示すという問題文の出題趣旨を正しく理解しないものであり、評価されない。

#### イ 課題(2)の採点実感

設問1では、次に、課題(2)として、本件定めを専属的管轄合意と解釈することを前提としつつ、管轄違いを理由とするB地方裁判所への移送をすべきではないとする立論をすることが求められている。

ここでは、専属管轄であっても、それが法第11条による管轄合意によるものである場合には、移送の制限がされないこと(法第20条第1項)を前提として指摘した上で、法第17条の類推適用によって、Yの移送申立てを却下し、そのままA地方裁判所において審理されるべきであるとの立論をすることが期待される。また、このような類推適用の根拠としては、仮にA地方裁判所からB地方裁判所に対し管轄違いによる移送をしても、法第17条の要件を満たす場合には、B地方裁判所からA地方裁判所に同条による移送がされることが考えられることから、そのような遠な処理をするまでもなく、法第17条の類推適用によりA地方裁判所で自庁処理をすることが適切と考えられることや、場面は異なるが法第16条第2項が管轄違いの場合の自庁処理を認めていることなどが挙げられる。法第17条に言及する答案は相当数あったが、以上の趣旨を過不足なく述べる答案は少なく、法第17条が直接に適用されるとする答案や、A地方裁判所からB地方裁判所に移送されることを前提にB地方裁判所からA地方裁判所に再移送されるべきであると論ずる答案が散見された。前者は明らかな誤りであり、後者は問題文と異なる事実を前提とするものであることから、これらの答案の評価は、相対的に低いものとせざるを得ない。

また、法第17条の類推適用を論ずるに当たっては、Xの訴えがA地方裁判所の管轄に属することを論ずる必要がある。Xの訴えは、法第5条第1号又は第5号により、A地方裁判所の管轄に属することとなるが、この点を正しく指摘する答案は多くはなく、A地方裁判所の管轄に属することの根拠として、問題文ではYのA支店がYの主たる営業所であるという事実関係が全く示されていないにもかかわらず法第4条第4項を挙げる答案や、国際裁判管轄の管轄原因を定める法第3条の3を挙げる答案、法第5条第1号を引きながら本件車両の引渡義務の履行地について論ずる答案も一定数見られた。これらは、明確な誤りであり、条文の基礎的な理解がおろそかになっているのではないかと懸念される一つの例であるので、ここで紹介するとともに、注意を促したい。

そして、課題(2)では、以上を踏まえ、法第17条の要件に本問題の事案を当てはめる必要がある。多くの答案においては、考慮すべき事実に着目することができていたが、条文に応じて適切に事実の整理や評価を行うものは少なく、問題文中の事実に意味付けを加えないまま羅列して結論を示すだけの答案など大雑把な当てはめのものが多かった。

このほか、例えば、法第19条第1項の類推適用など他の条文を根拠として論ずるものがあったが、説得的に説明がされていれば、相応の評価を受ける。

これに対し、具体的な条文によらず、信義則等を根拠とするもの、衡平や管轄の理念を根拠とするものなども少なからずあったが、このうち、前者は具体的な条文を検討することなく一般条項を根拠としている点で低い評価となり、後者は更に抽象的な概念を根拠としている点でより低い評価となる。

#### ウ 設問1のまとめ

設問1は、設問2及び設問3と比較し、出題の趣旨を適切に捉えた論述をする答案は少なかった。このような傾向は、特に、課題(1)に強く見られる。

「優秀」に該当する答案は、課題(1)及び課題(2)のいずれについても、出題趣旨を正しく理解した上で、上記の検討事項について、過不足のない論述をするものである。また、「良好」に該当する答案は、例えば、課題(1)及び課題(2)のいずれについても、出題趣旨をおおむね

正しく理解しているが、例えば、課題(1)では、本件定めを付加的管轄合意と解釈すべき根拠を指摘するにとどまるものや、課題(2)では、法第17条の類推適用を論ずるものの、その当てはめに更なる工夫や改善の余地があるものなどである。「一応の水準」に該当する答案は、例えば、課題(2)の出題趣旨をおおむね正しく理解しているものの、法第17条の当てはめが大雑把なものなどである。これに対し、課題(1)や課題(2)の出題趣旨を理解しないものなど、総じて基礎的事項の理解が不足している答案は「不良」と評価される。

(3) 設問2について

ア 設問2の採点実感

設問2では、問題文中の④の事実を認める旨のYの陳述が裁判上の自白に該当して撤回制限効が生じているかどうかの検討が求められている。

ここでは、問題文中のQの発言で示されているように、裁判上の自白の成立要件について検討する必要がある。裁判上の自白の成立要件は、一般に、(1)口頭弁論又は弁論準備手続における弁論としての陳述であること、(2)相手方の主張と一致する陳述であること、(3)事実についての陳述であること、(4)自己に不利益な陳述であることであるとされる。裁判上の自白の成立要件は、ほとんどの答案において論じられていたが、以上の要件が不足なく正確に示された答案は少数であり、相当数の答案は、上記の要件の一部を欠くなど不正確なものを述べるものであった。裁判上の自白は、民事訴訟における基礎的な概念であるにもかかわらず、理解がこのような状況であることは残念であった。

そして、設問2では、このうち(3)及び(4)の要件について主に検討することが必要となる。なお、(1)及び(2)の要件が満たされることは明らかであり、そのこともあってか、これらの要件が満たされることについて触れた答案は少なかった。要件が満たされたことが示されなければ、効果の発生を論証したとはいえないので、注意を喚起したい。

まず、(3)の要件については、ここでいう「事実」の意義について検討する必要がある。この点については、主要事実がこれに当たるとする答案が大半であり、その根拠について単に「自由心証主義との関係」とするのみなど説明として不十分なものもみられたが、相当数の答案が根拠をもって自説を示すことができていた。

その上で、元の請求と追加された請求のそれぞれにおける④の事実の位置付けを検討し、自説に当てはめる必要がある。主張立証責任の配分については、様々な見解があり得ようが、元の請求（履行遅滞による本件契約の解除に基づく原状回復請求）においては、実務上は、被告が抗弁として契約に基づく債務を履行した事実を主張立証しなければならないと理解されることが多いものと思われる。この理解に立脚する場合には、④の事実は、Yが本件契約に基づく債務を履行していないことを推認させる間接事実となり、抗弁事実の積極否認の理由となる事実となるが、このような確かな理解を示した答案はごく少数であり、多くの答案は、Yが履行していないことを請求原因事実と位置付けた上で、④の事実が間接事実であるとするものであった。他方で、追加された請求（本件契約の債務不履行に基づく損害賠償請求）においては、④の事実が債務不履行と損害の発生の因果関係に当たり、主要事実となると考えられるところであり、答案においても、このような理解を示すものが多かった。これに対し、それぞれの請求について、請求原因事実と考えるものを列挙した上で、④の事実は主要事実に当たるとする答案や、そのどれにも当たらないということのみから間接事実当たるとする答案が一定程度見られたが、このような答案は、説明の点で不十分なものといわざるを得ず、相対的に評価は低いものとなる。このほか、(3)の要件の「事実」の意義について検討することなく、④の事実が(4)の要件の不利益性を満たすかどうかという検討のみをする答案も一定数あった。このような答案は、(3)の要件について明確に論じてないことなどから、間接事実などについて自白が成立しない理由を十分に論証することができていないため、低い評価となる。

次に、(4)の要件については、多くの答案がいわゆる証明責任説を採っていたが、具体的な根拠を示さずに間接事実の証明責任（立証責任）を検討する答案や「主張責任」と表現する答案など、正しい理解がされていないとかがわれる答案も一定数あった。

そして、以上のように、多数の答案が採用した見解による場合には、④の事実を認める旨のYの陳述は、当初は、間接事実を認めるものにすぎず、いつでも撤回することができたにもかかわらず、Yが関知し得ない訴えの追加という偶然の事情によって、裁判上の自白が成立し、撤回することができないものとなるのではないかという問題意識に基づく検討を進めることが必要となる。ここでは、例えば、Yが自白を撤回することができるとする場合には、訴えの変更が原告のみの意思によってされ、その要件が満たされる限り、被告がこれを拒み得ないことから、Yが自白を撤回することができないとすると、Xが一方的に自己に有利な状況を作出することを許容することを意味して不当であることや、訴えの変更自体は正当な訴訟行為であるとしても、Xが本来有していた信頼の範囲を超え、Yに不測の損害を与えることなどを指摘して論ずることが期待される。他方で、Yが自白を撤回することができないとする場合には、Yが一度は事実として認めている以上その事実について自白が成立するとしても不当ではなく、追加された請求との関係でも、請求の基礎に変更がないという前提の下では、Yとしては、Xが有する信頼を甘受すべきであって、Xの信頼は保護されるべきであることなどを指摘して論ずることが期待される。撤回の可否について、どちらの結論であっても、評価に差異はないが、いずれであっても、当事者双方の利益状況を十分に踏まえつつ、裁判上の自白の意義や訴えの変更において被告に保障される手続の内容に照らして論理的に検討する必要がある。もっとも、この点についての問題意識自体は示している答案も一定数存在したものの、その点について説得的かつ適切な議論を展開した答案は必ずしも多くはなく、例えば、裁判上の自白の意義などを踏まえずに利益衡量のみから結論を導く答案や、争点が変わったから撤回が可能とする答案、単に追加された請求の関係で裁判上の自白は成立しないと回答する答案なども散見された。このような答案は、評価されない。

以上に対し、裁判上の自白が成立する事実の意義や、④の事実の位置付けについて上記のものと異なる理解をした場合であっても、そのことから直ちに低い評価を受けるわけではなく、それぞれについて、整合性をもって説得的に自分の見解を示すことが求められる。また、例えば、元の請求と追加された請求とのいずれにおいても裁判上の自白が成立する場合であっても、請求が異なるにもかかわらず、追加された請求について、元の請求において成立した裁判上の自白の効力を及ぼしてよいかという問題意識を持って検討することが期待される。

このほか、設問2においては、問題文で示された訴訟物とは異なる訴訟物について検討を加えるもの、問題文では検討する必要がないとされているにもかかわらず、「事実を反することを証明した場合など一定の事由」の有無を検討するもの、元の請求における④の事実の位置付けや自白の成否についての検討はしているが、追加された請求における④の事実の位置付けや自白の成否についての検討はしていないものもそれぞれ少ないながらあった。しかし、これらは、問題文に反するものであることから、評価されない。また、訴えの変更について詳細に論ずる答案もあったが、そのような論述は、出題の趣旨に照らし、必要がない。

#### イ 設問2のまとめ

設問2については、設問1及び設問3と比較すると相対的には充実した内容の答案が多かった。

「優秀」に該当する答案は、出題趣旨を正しく理解した上で、アにおいて述べたところを適切に論述するものである。特に、④の事実を認める旨のYの陳述の撤回の可否について、的確な問題意識をもって十分に論ずるものがこれに当たる。「良好」に該当する答案は、「優秀」に該当する答案に準ずるものではあるが、例えば、元の請求及び追加された請求におけ

る④の事実の位置付けは的確であり、本問題の事案の特殊性自体に由来する問題意識の認識はある程度示すことができているものの、その具体的根拠の検討において不十分さが残るのがこれに当たる。「一応の水準」に該当する答えは、元の請求及び追加された請求における④の事実の位置付けは一応的確であるが、本問題の事案の特殊性に由来する問題自体の認識ができていないものがこれに当たる。これらに対し、裁判上の自白の意義や④の事実の位置付けなどの理解に乏しいものは「不良」と評価される。

(4) 設問3について

ア 設問3の採点実感

設問3では、死亡したTの日記をその相続人であるZが所持する場合における文書提出義務の有無を判断するに当たり考慮すべき観点や事項を検討することが求められている。

日記は、法第220条第4号ニに規定する文書（いわゆる自己利用文書）の典型例であるとされている。そこで、設問3では、Tの日記が自己利用文書に当たるかという検討を進め、その際に問題となる事項などを指摘することが求められることとなり、相当数の答えが自己利用文書についての検討をすることができていた。

設問3では、まず、どのような文書であれば、自己利用文書に当たるのかという要件を検討する必要がある。この点について、最高裁平成11年11月12日第二小法廷決定・民集53巻8号1787頁は、文書の作成目的、記載内容、所持者の所持に至る経緯その他の事情からして、専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部に開示することが予定されていない文書（内部文書性）で、開示されると個人のプライバシーが阻害されるなど開示によって所持者の側に看過し難い不利益が生ずるおそれがある（不利益性）ものは、特段の事情がない限り、自己利用文書に当たるとしている。そして、この要件によるべきことを指摘する答えは少なくなかったものの、その中には、この要件とは内容や表現が若干異なっており、この要件を提示したいという趣旨であれば不正確と考えられるものも散見された。もっとも、この要件に必ずやらなければならないというのではなく、適切な要件が示される限りは他の要件であっても、相応の評価がされる。これに対し、どのような要件を満たせば自己利用文書に当たるのかという点について全く示すことなく未整理のまま検討を進める答えも一定数見られた。このような答えの評価は、低いものとなる。

そして、本件日記は、日記という文書の性質上、Tが自らの利用に供する目的で作成し、外部の者に開示することを予定していなかったと考えられる。Zは、死亡したTの妻であり、Tの相続人として日記を所持するに至ったことをも踏まえると、内部文書性の要件は満たされるものと考えられ、多くの答えが内部文書性は肯定していた。

他方で、不利益性又は特段の事情の有無については、一般的には日記との関係で所持者のプライバシーが問題となり得ること、不利益性として文書作成に対する萎縮効果も考慮されるべきことなどといった観点から、本件日記にはTのプライバシーに属する事柄が書いてあること、プライバシーの帰属主体であるTと現在の所持者であるZが異なっていること、プライバシーの帰属主体であるTが死亡していること、Tが死亡しているとしても、文書提出命令が将来の日記作成に対する一般的な萎縮効果を生まないとは直ちにいえぬことなど本問題の事案の特殊性を指摘して論ずることが期待される。このうち、将来の日記作成に対する一般的な萎縮効果を指摘する答えは、ごく少数であったが、その余の点については、多くの数の答えが指摘していた。もっとも、これらの事項について、上記の要件におけるこれらの事項の論理的な位置付けを体系的に整理して述べるものは、一定数にとどまった。

以上は、最高裁決定で示された要件に基づき論述する例を示すものであるが、これと異なる要件に基づくものであっても、上記の点が自身の提示する要件の中で体系的に整理されて論述されていれば、相応の評価を受ける。

これに対し、自己利用文書に触れるとともに、又は自己利用文書に触れることなく、他の文

書について検討する答案も少なくなかった。しかし、ここでは、問題文であらかじめ排除されたものを除き、自己利用文書以外の文書への該当性を論ずる意味は乏しい。したがって、他の文書について論じた場合であっても、評価されない。

このほか、文書提出命令の申立ての審理手続について述べる答案も少数ながらあったが、この点も、出題趣旨とは関係がないことから、論述する必要はない。

#### イ 設問3のまとめ

「優秀」に該当する答案は、出題趣旨を正しく理解し、自己利用文書についての適切な要件の下で、体系的にZが死亡したTの日記を所持するという本問題の特殊性を整理し、論述するものがこれに当たる。「良好」に該当する答案は、「優秀」に該当する答案に準ずるものではあるが、例えば、体系的な論述という点でなお足りない面があるものがこれに当たる。「一応の水準」に該当する答案は、おおむね本問題の特殊性を把握することができているものの、要件との関係での整理が不十分なものなどがこれに当たる。これらに対し、自己利用文書以外の文書や審理手続など必要のない論述に終始するものなどは、「不良」と評価される。

#### 4 法科大学院に求めるもの

本年の問題に対しては、多くの答案において、一応の論述がされていたが、定型的な論証パターンをそのまま書き出したと思われる答案、出題趣旨とは関係のない論述をする答案、事案に即した検討が不十分であり、抽象論に終始する答案なども、残念ながら散見された。また、民事訴訟の極めて基礎的な事項への理解や基礎的な条文の理解が十分な水準に至っていないと思われる答案も一定数あった。これらの結果は、受験者が民事訴訟の体系的理解と基礎的な知識の正確な取得のために体系書や条文を繰り返し精読するという地道な作業をおろそかにし、依然としていわゆる論点主義に陥っており、個別論点に対する解答の効率的な取得を重視しているのではないかと強い懸念を生じさせる。このような懸念は、定型的な論証パターンが数多く準備されていると推測されるいわゆる「典型論点」とされる裁判上の自白を題材とする設問2についてはある程度の記述ができていた答案が大多数であった反面、設問1については基礎的な事項の理解すらおぼつかない答案が多くあったことによっても裏付けることができる。条文の趣旨や判例、学説等の正確な理解を駆使して、設問2の④の事実の位置付けが変わった場合のように未だ論じられていないような新たな問題に対して、論理的に思考し、説得的な結論を提示する能力は、法律実務家に望まれるところであり、このような能力は、基本法制の体系的理解と基礎的な知識の正確な取得、論理的な思考の日々の訓練という地道な作業によってこそ涵養され得るものと思われる。また、このような論理的な思考の過程を適切に表現し、読み手に対して十分に伝えるための訓練も必要となろう。法科大学院においては、このことが法科大学院生にも広く共有されるよう指導していただきたい。

また、民事訴訟法の分野においては、理論と実務とは車の両輪であり、両者の理解を共に深めることが重要であるが、例えば、設問1のテーマである管轄は、実務上は重要な事柄であるにもかかわらず、十分な理解を示した答案は少なかったことに鑑みても、実務への理解が必ずしも十分に深められているとはいえないように思われる。現実の民事訴訟の手続の在り方のイメージがないままに学習を進めることは難しいと思われることから、法科大学院においては、理論と実務を架橋することをより意識した指導の工夫が必要となろう。

1 出題の趣旨、ねらい

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、具体的事例について、甲及び乙の罪責やその理論構成、丙についてDの傷害結果に関する刑事責任を負わないための理論上の説明やその難点を問うことにより、刑法総論・各論の基本的な知識と問題点についての理解や程度、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、論点を対立する複数の立場から検討する能力、結論の妥当性や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。

いずれの設問の論述においても、各事例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摘示しつつ法規範に当てはめて妥当な結論や理論構成を導くこと、さらには、それらの結論や理論構成を導く法的思考過程が論理性を保って整理されたものであることが求められる。ただし、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、必ずしも重要とは言えない事項については簡潔な論述で済ませるなど、答案全体のバランスを考えた構成を工夫することも必要である。

出題の趣旨でも示したように、設問1では、事例1における甲の罪責について、甲が本件キャッシュカード等在中の封筒をダミー封筒にすり替えて取得した行為が窃盗罪と詐欺罪のいずれに当たるかを巡り、両罪の区別基準とされる処分行為の有無が問題となるところ、それが問題となるのが、甲がAに「この封筒に封印するために印鑑を持ってきてください。」と申し向けて印鑑を取りに行かせた場面であることを的確に指摘した上で、本事例にある具体的事実を基に検討することが求められていた。すなわち、上記場面において、本件キャッシュカード等の占有の移転があったと認められるか、それとも占有の弛緩があったにすぎないかについて、Aが甲に本件キャッシュカード等の所持を許したA方玄関先のAによる場所的支配の程度や、同玄関とAが印鑑を取りに行った居間の位置関係、本件キャッシュカード等在中の封筒の大きさ、更なる時点におけるAの認識等を踏まえて検討する必要があった。そのため、処分行為の有無が上記場面において問題となることを的確に指摘し、本事例にある具体的事実を前提にして丁寧な検討ができていた答案は高い評価を受けた。

上記検討を踏まえ、甲の罪責、つまり、窃盗罪あるいは詐欺罪の構成要件該当性を検討することになるが、その中で、「窃取する」や「欺く」といった実行行為については、正確な意義を示した上で、具体的事実を摘示してどの行為が実行行為に当たるかを丁寧に論じることが求められていた。

設問2では、乙の罪責について、①乙に事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場と、②乙に脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとの立場の双方からの説明に言及しつつ、最終的に自説としてどのような構成でいかなる結論を採るのかを、根拠とともに論じる必要があった。したがって、上記①及び②を小問形式と捉えて、それぞれの理論構成を別個に示したにとどまり、いかなる結論がいかなる理由で妥当であるかを論じていない答案、すなわち自説の展開ができていない答案については、出題の趣旨に十分に沿わないとの評価になった。

①及び②への言及においては、出題の趣旨で記載した各立場からの説明が考えられるが、事後強盗罪の構造については、身分犯と解する説（身分犯説）と結合犯と解する説（結合犯説）があり、それらの異なる説を①及び②でそれぞれ示して論理性を保って論述できていた答案は高い評価であった。他方で、①及び②への言及で両見解に一切触れずに、甲乙間における事後強盗の罪の共

謀の有無といった事実関係の評価を変えることによるのみ説明している答案や、両見解の内容を混同して論述していた答案は、低い評価となった。また、自説については、問題文で「根拠とともに示すこと」とされていることから、自説の根拠や他説に対する批判を積極的に示すことができていた答案は高い評価であった。

自説として事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場を採る場合には、甲と乙の間で、窃盗が既遂か未遂かについての認識や、刑法第238条の掲げる「目的」の内容に齟齬があることに触れながら、それらの事情が故意や共謀の成否に影響するかを検討する必要がある、かかる検討ができていた答案は高い評価であった。

設問3は、丙がDの傷害結果に関する刑事責任を負わないとするための理論上の説明とその難点を検討させるものであったが、重要な理論上の説明がいくつも存在することから、1つの説明のみではなく複数の説明とそれらの難点を検討する必要がある。理論上の説明として、方法の錯誤や誤想防衛の処理により故意が阻却されるとの説明が考えられるが、その場合、出題の趣旨で示したように、なお過失犯が成立する余地が残ることを難点として指摘できている答案は高い評価であった。また、本事例は、防衛行為の結果が侵害者以外の者に、しかも無関係の第三者ではなく、被侵害者であるDに生じているという特殊性があり、難点を検討するに当たっては、かかる点を踏まえる必要があるところ、違法性阻却の観点からの説明としては、正当防衛と緊急避難の成立を認めようとする説明を示し、前者については、Dによる「不正の侵害」がないなどの点を、後者については、引き起こされた結果は丙が実現しようとしたものではないなどの点を、難点として示すことができていた答案は高い評価であった。

### 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、前述2のとおり、論じるべき点が多岐にわたるため、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が、論じる必要のない論点を論じる答案や必ずしも重要とは思われない論点を長々と論じる答案が相当数見られた。規範定立部分については、いわゆる論証パターンを書き写すことに終始しているのではないかと思われるものが多く、中には、本問を論じる上で必要のない論点についてまで論証パターンの一環として記述を行うものもあったほか、論述として、表面的にはそれらしい言葉を用いているものの、論点の正確な理解ができていないのではないかと不安を感じる答案が目についた。また、規範定立と当てはめを明確に区別することなく、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ずに結論を記載する答案も少なからず見られた。前述のように、論点の正確な理解とも関係するところであり、規範定立を怠らないのは当然として、結論に至るまでの法的思考過程を論理的に的確に示すことが求められる。

#### (2) 各設問について

##### ア 設問1について

本設問では、前述のとおり、処分行為の有無を踏まえ、甲の行為が窃盗罪と詐欺罪のいずれに当たるかの検討が求められていたが、かかる問題意識を欠き、窃盗罪又は詐欺罪の構成要件該当性の検討のみに終始するものが相当数あった。また、どの場面の、どの時点の行為を処分行為として取り上げているのが不明確な答案や、Aが甲に封筒を渡したことを安易に処分行為と捉える答案が散見された。

詐欺罪については、欺罔が処分行為に向けられている必要があることを理解せずに、甲が金融庁職員を装ったり、Aに虚言を申し向けたとの事実を捉えて安易に欺罔行為を認定している答案が少なからずあった。かかる答案の相当数が、欺罔行為（実行行為）を肯定しながら、詐欺未遂罪の成否に全く言及することなく、処分行為を否定して詐欺罪自体を不成立と

していた。学習に当たっては、構成要件要素の正確な意義を踏まえた上で、他の構成要件要素との関係等も意識することが必要である。

また、処分行為の有無を認定するに当たり、事例中にある事実関係を具体的かつ丁寧に当てはめて結論を導いていた答案は少数であったが、4で後述するとおり、判例等を学習する際には、前提となっている具体的な事実関係を理解し、当該事実が規範との関係でどのような意味を持つかなどを意識することが求められる。

客体に関していえば、本事例は、キャッシュカード及び口座の暗証番号を記載したメモ紙という物の交付が認められる事案であるところ、それらの財物性には触れず、キャッシュカードが暗証番号と併せ持つことで口座内の現金の払い戻しを受けられる地位を得たとして財産上の利益に当たるとし、2項詐欺罪の成立を認めるなど、本事案における客体の捉え方が適切とは言えない答案もあった。また、預金の引き出し行為をもって、事例1全体における窃盗罪あるいは詐欺罪の既遂と捉えている答案も見られた。

故意及び不法領得の意思については、全く触れていない答案や、論じていても、動機があるから故意が認められると述べるにとどまる答案などが多く、認識・認容の対象となる事実が何かを正確に理解している答案は少なかった。

さらに、問題文で「Aに対する罪責」と限定しているにもかかわらず、甲がATMから現金を引き出そうとした行為を被害者を特定することもないままに検討し、かかる行為が未遂犯か不能犯かについて長々と論証を展開している答案が相当数あった。同様に、問題文で明示的に検討対象から除かれている住居侵入罪を検討している答案も見られた。例年指摘しているところであるが、問題文をよく読んで、何が問われているかを正確に把握して検討に取り掛かることが求められる。

#### イ 設問2について

前述のとおり、本設問で問題となる事後強盗罪の構造については、身分犯説と結合犯説の対立があるが、そうした対立点を示している答案は少数であった。ほとんどの答案が身分犯説か結合犯説の一方のみに触れているものであり、さらに、それらの説には一切触れることなく、甲乙間の共謀の有無といった事実関係の評価を変えることによるのみ説明するなど、出題意図の把握が全くできていない答案が少なからずあった。また、身分犯説あるいは結合犯説の具体的内容について一応の説明がなされているものの、各見解の理解が十分ではないと思われる答案が少なからずあった。例えば、事後強盗罪の構造には一切触れずに（結合犯説には一切触れずに）、承継的共同正犯の問題だけを検討している答案や、事後強盗罪を窃盗犯の身分犯としながら、承継的共同正犯の成否を検討している答案、結合犯説を採り、承継的共同正犯の成否を検討した上で、刑法第65条の適用を検討する答案等である。これらは、それぞれの説において、事後強盗罪の実行行為がどのように捉えられているかについての理解が不十分であることによるものと思われる。ほかには、結合犯説に立ち承継的共同正犯の成否について中間説（先行者が既に生じさせた結果は承継しないが、先行者が生じさせた、犯行を容易にする状態、違法結果を左右し得る状態が存在する場合に、後行者がそれを利用して犯罪を実現したときには、後行者も犯罪全体についての責任を負うなどの見解）を採った上で、甲による窃盗（万引き）が未遂であったことに言及することなく、安易に乙による承継を認めた答案が少なからずあったが、かかる答案は、その内容からすると、総じて、論証パターンを無自覚に記述していて、具体的な事実関係に即した当てはめが十分にできていないとの印象を受けた。

#### ウ 設問3について

本設問は、丙がDの傷害結果に関する刑事責任を負わないための理論上の説明とその難点を検討させるものであり、まずは、丙の行為がどの犯罪の構成要件に該当するかを検討すべきであった。その検討がなされていない答案が少なからず見られたことから、体系的思考へ

の意識を促しておく。理論上の説明として、方法の錯誤について具体的（法定）符合説に立って故意の阻却を認めたり、誤想防衛による解決を検討している答案は相当数あったが、過失犯の余地が残ることを難点として指摘できているものは多くはなかった。違法性阻却による説明では、正当防衛については、Dによる「不正の侵害」がないことなど、難点が明らかにあるところ、正当防衛の要件等を長々と検討した結果、時間不足に陥ったためか、他の論じるべき説明や難点に関する論述がないまま終わっている答案も少なからずあった。繰り返すことになるが、厚く論じるべきものと簡潔に論じるべきものを選別して、手際よく論じる必要がある。また、本事例は、一般的に論じられている、防衛行為の結果が第三者に発生した事案とは異なり、結果が被侵害者に発生しているという特殊性があるが、その点を難点として検討できていた答案は少数であった。

### (3) その他

例年指摘している点でもあるが、用語の間違い（方法の錯誤と客体の錯誤等）がある答案や、文字が乱雑で判読しづらい答案、基本的用語の漢字に誤記がある答案が散見された。また、文章の補足・訂正に当たって、極めて細かい文字で挿入がなされる答案も相当数あった。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て、大きめで読みやすい丁寧な文字で書くことが望まれる。

### (4) 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、本問の事案を的確に分析した上で、本問の出題の趣旨や採点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、問題文に現れた事実を具体的に指摘して当てはめを行い、設問ごとに求められている罪責や理論構成について論理的に矛盾のない論述がなされている答案である。

「良好」と認められる答案とは、本問の出題の趣旨及び前記採点の方針に示された主要な問題点について指摘し、それぞれの罪責について論理的に矛盾せずに妥当な結論等を導くことができているものの、一部の問題点について検討を欠くもの、その理論構成において、主要な問題点の検討において、理解が一部不正確であったり、必要な法解釈論の展開がやや不十分であったり、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と認められるものである。

「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、本問の出題の趣旨及び前記採点の方針に示された主要な問題点について一部論述を欠いたりするなどの問題はあっても、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、本問の出題の趣旨及び前記の採点方針に示された主要な問題点を理解できていないと認められたもの、事案に関係のない法解釈論を延々と展開しているもの、論述内容が首尾一貫しておらず論理的に矛盾したり論旨が不明であったりしているものなどである。

## 4 法科大学院教育に求めるもの

刑法の学習においては、刑法の基本概念の理解を前提に、論点の所在を把握するとともに、各論点の位置付けや相互の関連性を十分に整理し、犯罪論の体系的処理の手法を身に付けることが重要である。

論点を学習するに当たっては、一つの見解のみならず、他の主要な見解についても、その根拠や難点等に踏み込んで理解することが要請される。論点をそのように多面的に考察することなどを

通じて、当該論点の理解を一層深めることが望まれる。

また、これまでも繰り返し指摘しているところであるが、判例を学習する際には、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た上で、その判例が述べる規範の体系上の位置付け及びそれ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。

例年、取り上げるべき論点の把握が不十分なまま、論証パターンを無自覚に記述するため、取り上げなくてよい論点についてまで長々と論じる答案が目につく。事案の全体像を俯瞰して、事案に応じて必要な論点について過不足なく論じるための法的思考能力を身に付けることが肝要である。

このような観点から、法科大学院教育においては、まずは刑法の基本的知識及び体系的理解の修得に力点を置いた上、刑法上の諸論点について理解を深め、さらに、判例の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妥当な結論やそれを支える理論構成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。

## 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、捜査・公判の過程に現れた刑事手続上の問題点を的確に把握し、その法的解決に必要な具体的事実を抽出・分析した上、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くとともに、その過程を筋道立てて説得的に論述することを求めるものである。法律実務家として求められる事案分析能力、法解釈・適用能力、事実認定能力、論理的思考力、論述能力及び刑事訴訟法に関する基本的学識等を試すための問題である。

出題の趣旨は、既に公表したとおりである。

〔設問1〕は、路上で発生した強盗致死事件（本件強盗致死事件）について、警察官及び検察官は、甲が犯人ではないかとの嫌疑を抱き、同事件の捜査を視野に入れて、甲を業務上横領事件（本件業務上横領事件）の被疑事実で逮捕・勾留した上、勾留中に本件強盗致死事件の取調べを行っていることから、いわゆる別件逮捕・勾留に当たり、違法と評価されないかを問うものである。まず、〔設問1-1〕において、別件逮捕・勾留に関する捜査手法の適法性の判断基準について、自己の拠って立つ理論構成（自説）を示し、本事例の具体的事実当てはめて、甲の逮捕・勾留の適法性を論じ、次に〔設問1-2〕において、自己の結論とは異なる結論を導く理論構成（反対説）を示し、本事例の具体的事実当てはめて、甲の逮捕・勾留の適法性を論じ、さらに、その理論構成を採用しない理由についても論じることが求められる。

〔設問2〕は、訴因変更の可否及び許否を問う問題である。検察官は、公判審理の途中で、甲がAから集金し、X社のために保管していた3万円を横領したという業務上横領罪の訴因（公訴事実1）から、甲がAから集金名目で3万円をだまし取ったという詐欺罪（公訴事実2）の訴因への変更を請求している。訴因変更の「可否」について、訴因の変更は、「公訴事実の同一性を害しない限度において」（刑事訴訟法第312条第1項）認められることから、公訴事実の同一性（公訴事実の同一性の意義は、従来から、「単一性」と「狭義の同一性」に分けられているが、本件で問題となるのは「狭義の同一性」である。）の意義・判断基準についての理論構成を示した上、上記両訴因について公訴事実の同一性が認められるかを具体的事実当てはめて論ずることが求められる。次に、訴因変更の「許否」について、検察官の訴因変更請求は、公判前整理手続を経た審理の中で行われているところ、公判前整理手続後の訴因変更が許されるか否かについて、公判前整理手続の制度趣旨に則った論述が求められる。

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て刑事訴訟法が定める制度・手続及び関連する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理解できるはずである。

まず、〔設問1〕のいわゆる別件逮捕・勾留と呼ばれる捜査手法の適法性は、種々の裁判例及び学説において論じられている。その判断基準は、逮捕・勾留の基礎となっている被疑事実（別件）を基準に判断する見解（別件基準説）と、実質的に当該被疑事実とは別の犯罪事実（本件）についての身体拘束と評価し得るかという観点から判断する見解（本件基準説）という、視座を異にする二つの考え方に大別され、さらに、どのような場合に逮捕・勾留が違法となるかという点をめぐり、別件についての逮捕・勾留の要件（犯罪の嫌疑、身体拘束の必要性）を充足しているかを重視する考え方、別件の起訴・不起訴の判断に必要な捜査がいつ完了したかを重視する考え方、逮捕・勾留に当たっての捜査官の意図・目的を重視する考え方、逮捕・勾留の期間がいずれの事件の捜査のために利用されている（いた）かを重視する考え方などが主張されている。解答に当たっては、これ

らの主要な考え方を踏まえて自説・反対説の理論構成を提示した上で（なお、これには、適法性の判断基準のみならず、その基準を導く理論的根拠を示すことも含まれる。）、それぞれの理論構成の下で重視すべきであろう具体的事実を本事例の中からの的確に抽出して、結論を導くことが求められる。なお、自説の理論構成の提示と具体的事実への当てはめのみならず、反対説の理論構成の提示とその当てはめをも求めている趣旨は、別件逮捕・勾留の適法性の論点に関する諸学説を闇雲に暗記することを求めるものではなく、別件逮捕・勾留の適法性について、視座を異にする二つの考え方を検討するよう求めることで、両者の考え方にどのような違いがあり、なぜそうした違いが生じるのか、すなわち別件逮捕・勾留の問題が議論される本質的理由がどこにあるのかについて深く理解できているかを問う趣旨である。さらに、そのような理解を前提に、自己の拠って立つ理論構成を示すに当たって、自説の正当性のみならず、反対説に対する批判・反論を論じさせることにより、別件逮捕・勾留の問題への対処についての理解の深さも問う趣旨である。

〔設問2〕に関し、訴因変更の可否、すなわち公訴事実の同一性の有無の判断基準のうち、本件で問題になるいわゆる「狭義の同一性」の有無の判断基準については、判例は、変更前後の両訴因の間の「基本的事実関係が同一か」という観点から判断しており、その判断に当たっては、犯罪の日時、場所の同一性や近接性、行為、客体、被害者等の事実の共通性に着目するもののほか、事実の共通性に加えて、両訴因が両立しない関係にあること（非両立性）に言及するものもある。解答に当たっては、法科大学院の授業でも取り上げられる主要な判例や学説を踏まえ、自らの採用する判断基準を、そうした判断基準を導く理論的根拠をも明らかにしながら提示した上で、当該基準を本事案の具体的事実の的確に当てはめ、結論を導くことが求められる。理論的根拠を論じる際には、現行刑事訴訟法における訴因変更の制度の意義・機能や、それを公訴事実の同一性という概念によって限界づける実質的理由を検討することが、また、具体的事実への当てはめに際しては、例えば、判例の判断基準に則して言えば、本事案の両訴因におけるどの具体的事実がどのような意味で「同一」の「基本的事実関係」であると言えるのか、あるいは両訴因が具体的にどのような意味で「両立しない」のか等を検討することが求められる。他方、訴因変更の許否と公判前整理手続との関係については、下級審の裁判例はあるものの、受験生にとっては若干なじみのない論点であったかもしれない。しかし、公判前整理手続が設けられた趣旨及び公判前整理手続とその後の公判審理の関係や、動的な刑事裁判手続において、訴因変更がその後の審理手続にどのような影響をもたらすかについて思いを致せば、問題点は自ずと浮き彫りになってくるはずであり、その上で、本事案において訴因変更が請求されるに至った経緯及び変更を許した場合に予想される審理の内容等を具体的に検討して論述すれば、十分に解答可能な問題であると思われる。

## 2 採点実感

各考査委員の意見を踏まえた感想を記す。

(1) 概ね出題の意図に沿った論述をしていると評価できる答案としては、次のようなものがあった。

まず、〔設問1〕では、本事例について、いわゆる別件逮捕・勾留が問題となることを的確に捉え、その適法性の判断基準について、問題の所在ないし主要な考え方の対立点がどこにあるかを意識しながら、〔設問1-1〕では、自説を示し、本事例の具体的事実関係の中から重視すべき事情を的確に抽出して当てはめを行い、〔設問1-2〕では、反対説を示し、同様に、本事例の具体的事実関係の中から重視すべき事情を的確に抽出し、当てはめを行って、異なる結論を導き出し、さらには、反対説を採用しない理由についても説得的に論じている答案が見受けられた。

〔設問2〕では、本事例において、訴因変更の可否と許否が問題になることを的確に捉え、

前者については、新旧両訴因間における公訴事実の同一性、そのうち、いわゆる「狭義の同一性」の有無の問題であることを指摘し、その意義・判断基準について、自己の理論構成を示した上、具体的事実を当てはめて、本件の訴因変更の可否について説得的に結論を導き出し、また、後者については、検察官の訴因変更請求が、公判前整理手続を経た公判審理の中で行われていることを指摘し、それが公判前整理手続の制度趣旨を没却するものではないかとの観点に立って、本事例の具体的事実を検討し、許否の結論を説得的に導いている答案が見受けられた。

他方、問題解決に必要な法解釈に関する自己の見解を論述するに当たり、機械的に暗記した判例や学説の表現、判断基準を記述するのみで、そのような表現・基準が用いられていることの意味や、自己の見解を妥当とする理由付けについて、理論的に掘り下げた論述ができていない答案や、判例や学説の議論についての理解が不十分であるために、理論構成において論理矛盾を来していたり説明不足であったりする答案、自己が示した判断基準を具体的事実の的確に適用することができていない答案、そもそも、具体的事実の抽出が不十分であったり、その意味の分析が不十分・不適切であったりする答案が見受けられた。

- (2) 〔設問1〕について、大多数の答案が、本件においていわゆる別件逮捕・勾留の適否が問題になることを指摘していたものの、別件逮捕・勾留の適法性についての判断基準を述べ、それを本事案の事実当てはめるにとどまり、なぜそのような判断基準を採用するのかについての理論的根拠の説明が不十分であり、それゆえ別件逮捕・勾留の問題が議論される本質的理由を理解しているかが疑わしい答案が少なくなかった。

また、例えば、別件逮捕・勾留が問題視される根拠として、「別件逮捕・勾留は、実質的に捜査・取調べをしようとする本件についての司法審査を経ない点で令状主義を潜脱するものであり、違法である。」とする一方、自説の理論構成として、別件逮捕・勾留の適否について、「別件について逮捕・勾留の要件（犯罪の嫌疑、身体拘束の必要性）を満たしていれば適法である。」と論じる答案が見られたが、別件逮捕・勾留の違法性について、本件についての司法審査を経ない点を捉えて令状主義の潜脱を理由とする指摘は、まさに、「別件について逮捕・勾留の要件を満たしていれば適法である。」とする考え方に対する批判と位置付けられるものであって、両者を単純に並列させて論述するのは、論理矛盾であるか又は少なくとも説明不足であると言えよう。

別件について逮捕・勾留の要件（犯罪の嫌疑、身体拘束の必要性）を満たしていれば適法だとする立場を基本的に是としつつ、さらに、勾留期間中の本件強盗致死事件の取調べについて、身体拘束中の被疑者の余罪取調べの適否ないし余罪取調べの限界を超えているかという観点から論じ、余罪取調べとして許容されるから勾留は適法、あるいは違法な余罪取調べであるから勾留は違法と結論付ける答案が多く見られた。しかし、逮捕・勾留中の被疑者の取調べに違法があったからといって、逮捕・勾留までもが直ちに違法となるわけではない。身体拘束の適否を問う本問において、余罪取調べの適否を論じるのであれば、なぜ余罪取調べが違法と評価されると身体拘束が違法と評価されるのかについて説得的な説明が必要となるが、この点まで踏み込んだ論述がなされた答案は多くなかった。逆に、専ら、身体拘束中の被疑者の余罪取調べが許されるか否かという観点から自説及び反対説を立てて論じ、結論の記述においても、取調べが適法又は違法と述べるにとどまるなど、身体拘束中の被疑者の余罪取調べの可否の問題と、本問で問われている別件逮捕・勾留の問題すなわち身体拘束それ自体の適否の問題とをそもそも区別できていないと思われる答案も少なからず見受けられた。

自説又は反対説として本件基準説を取り上げる答案の中には、これを単に、「本件」である本件強盗致死事件について、刑事訴訟法が定める逮捕・勾留の要件（犯罪の嫌疑、身体拘束の必要性）を満たしていれば適法、これを満たしていなければ違法とするものと理解しているよう

に思われる答案が散見された。しかし、そもそも、本件基準説の考え方は、逮捕・勾留の要件が満たされている別件による身体拘束であっても、請求時の捜査官の意図や、あるいは逮捕・勾留後の捜査・取調べ状況の実質に鑑み、本件の身体拘束と評価される場合には違法とするものであり、単に、本件についての逮捕・勾留の要件（犯罪の嫌疑、身体拘束の必要性）が整っているか否かを問題とするものではない。

逮捕・勾留後の取調べ等の捜査状況に鑑み、別件による身体拘束としての実体を喪失したと評価できる場合には違法となるとの判断基準を示し、勾留後の本件業務上横領事件と本件強盗致死事件の各捜査の具体的状況を列挙して、適法又は違法との結論を導く答案も少なくなかった。しかし、この場合、刑事訴訟法の定める逮捕・勾留の要件（犯罪の嫌疑、身体拘束の必要性）を満たした別件による身体拘束が、どのような場合に、その「実体を喪失」したと評価されるのかの判断基準を示す必要があるし、そもそも、なぜ別件による身体拘束の「実体を喪失」したと評価されれば違法となるのかについての理論的根拠の説明が必要であるが、これらの点にまで踏み込んで論述した答案は多くはなかった。

ところで、設問は、本件業務上横領事件による逮捕・勾留及び3月20日までの身体拘束の適法性についての検討を求めるものであるから、身体拘束の理由となっている業務上横領事件について逮捕・勾留の要件を満たしているか、また、10日間の勾留延長がなされていることから勾留延長の要件を満たしているかについての論述が必要であるが、この点の検討を欠く答案が少なくなかった。特に本件基準説に立つ場合、別件の逮捕・勾留の要件の具備以外の事情を考慮して適法性を判断するため、理論的には、上記要件の検討を経ることなく違法の結論を導くことも可能であり、実際にも本件基準説を自説とする答案にはこの点の検討を行わないものが多かった。しかし、別件逮捕・勾留の問題についていかなる立場に立とうとも、身体拘束の理由となっている被疑事実について刑事訴訟法上の逮捕・勾留の要件が満たされていなければ違法であることは明らかである以上、法律実務家としては、まずはその点の検討を行うことが適切であると思われるし、また、本問において、自説として本件基準説に立ち、かつ違法の結論を採る場合でも、自説と異なる結論を導く反対説を検討する際には、上記要件の具備の点の検討は不可欠であろう。

なお、本事例の解答としては、理論的には、適法・違法のいずれの結論も考えられるところであり、さらに、判断基準の立て方によっては、勾留期間中のある時点以降が違法となるという一部違法の結論も取り得るところである。もっとも、相当早い段階から、その後の勾留を違法とする結論を基礎付ける説明は十分説得的であることが求められよう。

答案の中には、「逮捕」、「勾留」、「その後の身体拘束」とに分けて解答する答案も散見された。しかし、「その後の身体拘束」も「勾留」期間の一部であり、単に形式的にこれを区別して論じるのは無意味であろう。身体拘束の法律上の単位は、逮捕、当初の勾留及び延長後の勾留であるから、各身体拘束の開始から終了まで所定の要件を満たすか、順次検討するのが一般的な対応だと思われる。この点に関連して、本件の勾留期間を、本件強盗致死事件の取調べのみが行われている期間とそうでない期間とに細切れに分断し、当初勾留は適法であったものの、本件強盗致死事件の取調べが行われている期間については勾留は違法となるとし、さらには、その後の本件強盗致死事件の取調べが行われていない期間の勾留は再び適法となると結論付けるといった答案も見受けられた。しかし、刑事手続における身体拘束は、逮捕、勾留、勾留延長と続く一連の継続的処分であって、勾留期間を更に細分化して部分部分の適否を独立して評価すべきものではないことに鑑みると、上記のような結論を正当化するには、相当説得的な論述が必要であろう。

(3) 〔設問1－2〕で論ずべき反対説については、自己の結論と異なる結論を導く理論構成、すな

わち、自説と結論及び理論構成の双方が異なるものを示すことが求められるところ、理論構成は同じで、当てはめの評価を異にするにすぎないもの、あるいは理論構成は異なっているが同じ結論になってしまっている答案が散見された。また、自説については、理論構成及び当てはめを丁寧に論述しているものの、反対説については3～4行程度の論述しかなく、理論構成及び当てはめのいずれについても質及び量ともに明らかに不十分な答案も見受けられた。

反対説に対しては、これを採用しない理由の論述が求められているところ、反対説の内容とこれを採用しない理由とがかみ合っていない答案も見られた。例えば、反対説として請求時の捜査官の目的が専ら又は主として本件の捜査・取調べにある場合を違法とする見解を挙げた答案の多くが、これを採用しない理由として、「令状審査する裁判官において捜査官の目的を判断するのが困難である。」ことを指摘していたが、答案の中には、反対説における考慮要素として、事後的に判明した逮捕・勾留中の捜査状況や取調べ状況についても、請求時の捜査官の目的を推認する事情として挙げていながら、反対説を採用しない理由として上記指摘のみを挙げているものが少なくなかった。

- (4) 〔設問2〕については、「業務上横領罪の訴因に対して、詐欺罪で有罪の認定をするのに訴因変更が必要か。」という訴因変更の可否を論じている答案が多く見られた。しかし、本事例は、検察官が既に訴因変更を請求しているのだから、業務上横領罪の訴因のまま、詐欺罪の認定をしてよいかという訴因変更の可否の問題ではなく、業務上横領罪から詐欺罪への訴因変更ができるか、すなわち、両者の間に「公訴事実の同一性」(刑事訴訟法第312条第1項)が認められるかという訴因変更の可否が問題となる事案である。訴因変更の可否を論ずる前提として、訴因変更の可否を論じることが誤りとまでは言えないものの、訴因変更の可否を長大に論じる一方、訴因変更の可否についての論述が極めて薄い(あるいは論述がない)答案などは、訴訟手続の中で、訴因変更の可否と可否がそれぞれどのような場面で問題となるのかについての理解が不十分であると言えよう。

訴因変更の可否を論ずるに当たり、新旧両訴因の間に公訴事実の同一性が要求される趣旨について、例えば、「二重処罰の回避」とか「処罰の一回性の要請」などと述べ、しかしそのみにとどまっている答案が少なからず見られたが、これだけでは説明として不十分であろう。この点について、例えば、「旧訴因との関係では一回的な処罰の対象となるべき事実関係であるにもかかわらず、訴因変更を許さずに別訴の提起を許すことになるのであれば二重処罰の危険が生じる。」などと具体的な言葉で丁寧に論述し、訴因変更制度及び「公訴事実の同一性」基準の意義についての理解の深さを窺わせる答案が少数ではあったが見られた(なお、このような二重処罰の危険の回避に着目した立論以外にも種々の考え方があり得るところ、そうした立場に立つ答案の中にも、制度趣旨を踏まえた説得的な理論的説明を行う答案が少数ながら見られた。)。他方、公訴事実の同一性の有無の判断基準を示すのみであり、その意義について制度の趣旨に遡った論述をおよそ欠いている答案や、訴因変更の可否に関する議論と混同しているのではないかと思われる答案なども散見された。

公訴事実の同一性の有無の判断基準については、「両訴因の間の基本的事実関係が同一かを判断し、補充的に、両訴因が両立しない関係にあるか否かを判断する。」と述べる答案が圧倒的に多く、また、基本的事実関係の同一性について、「社会通念上の同一性」とか「社会的事実の同一性」と説明するものが多かった。もっとも、「社会通念上の同一性」や「社会的事実の同一性」の意味についての理解を明確に示している答案は多くなく、同一性についての当てはめも、両訴因の記載を単純に列挙するだけの答案や、「公訴事実1と公訴事実2については、犯行日時・場所、被害金、被害者が同一である。」としか書かれていない答案も少なくなかった。しかし、本事例の両訴因は、犯行日こそ同一であるものの、犯行場所は、公訴事実1は「A方付近」で

ある一方、公訴事実2は「A方」であり、被害金については、公訴事実1は「X社のために預かり保管している現金3万円」である一方、公訴事実2は「Yから交付を受けた現金3万円」であり、被害者については、公訴事実1は「X社」である一方、公訴事実2は「A」であり、訴因に記載された字面を単純比較しただけでは、両者が同一であるとは直ちに言えないはずである。この点について、例えば、「両事実は、いずれも、平成30年11月20日に、XがAから売掛金の集金として現金3万円を受け取り、これを自己のものとして領得したものであり、社会的事実として同一であって、単に、その3万円について、Xのために預かっているものを横領したのか、Aからだまし取ったのかという点に違いがあるにすぎない。」などと具体的な言葉で、その同一性について明確に論述している答案もあり、このような答案は、公訴事実の同一性の概念に関する理解の深さを窺わせるものである。他方、上記のような字面の違いをもって、社会的事実としての同一性を否定し、基本的事実関係は同一ではなく、また、業務上横領罪と詐欺罪は両立し得るので、公訴事実の同一性は認められないと結論付けるなど、この問題に関する理解が明らかに不十分と見られる答案も見受けられた。

次に、訴因変更の許否について、設問は、公判前整理手続を経ていることを踏まえて論述するように求めているにもかかわらず、公判前整理手続について全く触れていない答案が少なからずあった。

また、公判前整理手続後の訴因変更の許否について、被告人の防御の観点のみから論ずる答案も多く見られた。しかし、公判前整理手続は、あらかじめ事件の争点及び証拠を整理することにより、公判審理を継続的、計画的かつ迅速なものにして、充実した公判審理を実現することを目的とする制度であるのだから、訴因変更を許可することによって、公判前整理手続で行った争点と証拠の整理が無意味化してしまうのではないかという、公判前整理手続の制度趣旨に立ち返った観点からの検討が欲しいところである。

これに関連して、訴因変更を許すと被告人の不意打ちになると論じている答案も少なからず見受けられた。しかし、不意打ちというのは、およそ被告人に防御の機会を与えずに、被告人にとって不利益な事実を認定することをいうのであって、訴因変更を通じて防御の機会を得ることのできる（むしろ訴因変更は被告人の防御の機会を保障する最も手厚い手段とも言い得る。）本事例には当てはまらない。

公判前整理手続後の訴因変更が制限される根拠として、刑事訴訟法第316条の3第1項を挙げる答案も見受けられたが、同条項は、公判前整理手続終了後の証拠調べ請求を制限するにとどまり、当事者の主張の追加・変更まで制限するものではないことに留意する必要がある。仮に同条項を根拠とするにしても、やはり、同条項の趣旨について、公判前整理手続の制度趣旨に遡って論じ、その趣旨が訴因変更請求にも当てはまることについての丁寧な説明が必要であろう。

本事例の訴因変更請求について、公判前整理手続の制度趣旨を没却するものではなく、訴因変更が許されると結論付けた答案の多くは、その理由として、X社社長が証人尋問において、突然、甲の集金権限の有無についての供述を変えたことを挙げ、検察官において、公判前整理手続の中で訴因変更請求できなかったことはやむを得ないとするものが多かったが、さらに、被告人自身も被告人質問で自己に集金権限がなかったことを認めていることや、検察官及び弁護人から追加の証拠調べ請求がなかったことを摘示して、訴因変更を認めても、公判前整理手続で決められた審理計画に変更を来すものではないことまで論じられた答案は多くなかった。本事例の訴因変更請求について、公判前整理手続の制度趣旨を没却するものであるかという観点から検討するのであれば、検察官において、公判前整理手続の中で訴因変更の必要性を意識できる契機があったかという観点からの検討はもとより、訴因変更によって、公判前整理手続で

定められた審理計画がどれだけの修正・変更を余儀なくされるかという観点からの検討も欲しいところである。

### 3 答案の評価

#### (1) 「優秀の水準」にあると認められる答案

〔設問1〕については、身体拘束の理由となっている本件業務上横領事件の被疑事実について、刑事訴訟法の定める逮捕・勾留及び勾留延長に係る根拠条文を摘示して、それぞれ要件を満たしているかを具体的に検討している答案、別件逮捕・勾留の適法性について、問題の所在ないし主要な考え方の対立点を意識しながら、自説と反対説のいずれについても的確かつ十分な理論構成（判断基準及びその理論的根拠の双方）を示している答案、本事例の具体的事実の中から、自説と反対説それぞれの理論構成の下で重要となる事情を的確に選別して摘示し、甲の逮捕・勾留が適法ないし違法と評価される結論とその理由を明確に示している答案、反対説を採用しない理由についても、自説を正当と考える理由と反対説を不当と考える理由を連動させて説得的に論じている答案である。

〔設問2〕については、訴因変更の可否と許否が問題になることを明確に意識し、訴因変更の可否については、新旧両訴因間における公訴事実の同一性の有無が問題となることを根拠条文を挙げて示した上、公訴事実の同一性が要求される理由とその判断基準を明確に論じている答案、当てはめにおいても、上記理論的根拠を踏まえつつ、本事例の両訴因の事実を丁寧に摘示して、公訴事実の同一性が認められる理由を理論的に論じている答案、訴因変更の許否については、公判前整理手続の制度趣旨を論じた上、本件訴因変更が公判前整理手続の制度趣旨を没却するものでないことについて、本事案において訴因変更が請求されるに至った経緯及び変更を許した場合に予想される審理の内容を踏まえ、公判前整理手続において検察官に訴因変更の必要性を意識する契機があったか否か及び公判前整理手続で決まった審理計画がどれだけ修正・変更を余儀なくされるかの両観点に着目して、丁寧に論述している答案である。

なお、このように、出題の意図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。

#### (2) 「良好の水準」にあると認められる答案

〔設問1〕については、別件逮捕・勾留の適法性について、自説と反対説の理論構成（判断基準及びその理論的根拠の双方）を示すことが一応できており、当てはめも、それぞれの理論構成の下で重視すべき事情を意識した具体的事実の摘示が一応できている答案である。他方、「優秀の水準」と比較した場合、当てはめにおいて、事実の羅列にとどまり、個々の事情が自己の理論構成で示した判断基準に対して具体的にどのような意味を持つのかについての説明が物足りない答案、自説については理論構成及び当てはめが丁寧かつ的確に論述されている一方、反対説の論述が質及び量ともに、やや不十分であって物足りない答案などである。

〔設問2〕については、訴因変更の可否と許否が問題になることをきちんと理解し、訴因変更の可否については、公訴事実の同一性の概念とその当てはめについて一応の論述がなされており、訴因変更の許否についても、公判前整理手続の制度趣旨を論じた上で、検察官の訴因変更請求が公判前整理手続の制度趣旨を没却するものではないかとの見地からの一応の論述がなされている答案である。他方、「優秀の水準」と比較した場合、訴因変更の可否の問題に関しては、公訴事実の同一性が要求される理由についての論述がやや不十分であったり、当てはめにおいて、自己の結論を導くために抽出すべき事実は概ね摘示されているものの、単なる事実の羅列に終始してしまい、例えばなぜそれらが「同一」の「基本的事実」と言えるかについての説明が不十分だったりするもの、訴因変更の許否の問題に関しては、本問の訴因変更請求が公判前整理手続の制度趣旨を没却するものではないことについて、当てはめにおける事実

の摘示・分析がやや不十分であった答案である。

(3) 「一応の水準」に達していると認められる答案

〔設問1〕については、別件逮捕・勾留の適法性について、自説・反対説の理論構成において一応の判断基準が示されている一方、判断基準を導く理論的根拠の説明が不十分である答案、当てはめにおいて、本事例に現れた具体的事情の抽出が全体的に不十分な答案、別件逮捕・勾留の適法性についての理解が表層的な答案（例えば、反対説の内容とこれを採用しない理由とがかみ合っていない答案）である。

〔設問2〕については、公訴事実の可否及び許否が問題となることに気付き、公訴事実の同一性の意義や公判前整理手続の制度趣旨についての言及があり、かつ妥当な結論に至ってはいるものの、全体的に見て、公訴事実の同一性の概念や公判前整理手続の制度趣旨の理論構成に不十分・不正確さがみられる答案、当てはめにおいて、自己の結論を導き得るだけの具体的事実の抽出が全体的に不十分であったりする答案である。

(4) 「不良の水準」にとどまると認められる答案

上記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（更に正確さを欠いた形で）記述するだけの答案や、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羅列するだけの答案など、法律学に関する基本的学識と能力が欠如しているものである。具体的な例を挙げれば、〔設問1〕では、別件逮捕・勾留の適法性の問題と余罪取調べの可否の問題とを混同し、もっぱら後者の観点から自説と反対説を立てて論じている答案、別件逮捕・勾留の適法性に関する主要な考え方について、誤った理解をしている答案（例えば、「本件基準説」に立つと述べた上で、本件強盗致死事件について逮捕・勾留の要件（犯罪の嫌疑、身体拘束の必要性）を満たしているかの検討しかしていない答案）、〔設問2〕では、訴因変更の要否について長大に論じる一方、訴因変更の可否及び許否の問題についての検討が極めて薄い（あるいは全くなされていない）答案、訴因変更の許否について、公判前整理手続の制度趣旨に関する記述を欠く、又はそれが著しく不十分な答案などがこれに当たる。そのほか、問題文の問いに正確に答えていない答案、例えば〔設問1-1〕と〔設問1-2〕とで、理論構成は同じで、当てはめの評価を異にするにすぎない答案や、理論構成は異なっているが同じ結論になっている答案などもこれに属する。

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、刑事手続を構成する各制度の趣旨・目的を、判例も踏まえながら基本から深くかつ正確に理解すること、見解に対立の見られる問題について、単にそれらの見解を表面的に暗記するのではなく、それらの見解の基本的な考え方や、見解の対立が生じる本質的理由を正確に理解すること、これらの制度や考え方を具体的事例に当てはめて適用できる能力を身に付けること、法律実務家として、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、生の具体的事実に含まれた個々の事情又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・公判がどのように進行するのかを理解すること、そして、その過程を俯瞰し、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むのかなど、刑事手続を動態として捉えることの重要性を強調しておきたい。

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

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ている答案は、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成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と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ている答案は、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ているものがあり、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、高い得点を得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・期間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と論じられていた。

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項という「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』としよう。」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応じて「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応じて「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と言及できていれば、その論証の説得性に依じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

また、 $\alpha$ とサイズ以外は同じ表現であるが量産品である $\beta$ 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、その内容に依じて「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じて「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、その内容に依じて「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、X1の最優先遺族であるX2がY1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、Y1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、また、改変の理由が信者ではなくY1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Y1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、X1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Y1内部に保管されている点などを考慮して当該改変がX1の意を害するかについて、それぞれ論じていけば、その論証の説得性に依じて、「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点、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 $\alpha$ 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 $\beta$ 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ろう。

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、比較的によく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た。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、法制的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、水濁法は排出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、設問に係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、その理由まで書い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。