

## 令和2年司法試験の採点実感（倒産法）

### 1 出題の趣旨・狙い等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

### 2 採点方針

解答に当たって言及すべき問題点については、「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基に、破産者がした担保提供につき提起されていた詐害行為取消訴訟の取扱い（設問1）、破産者がした担保提供につき破産管財人が否認する場合における破産法第160条第1項、同法第162条第1項の適用の有無（設問2）、破産者のした代物弁済につき破産管財人が否認する場合における同項の適用の有無（設問3）について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、また設問で与えられた問題点を的確に捉えて、関係条文の解釈を展開しつつ、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、資金繰りが悪化するなどし、法的倒産手続（すなわち、破産手続又は再生手続）の利用を検討することとなった株式会社を題材に、破産手続と再生手続について、資金援助をした債権者が後に優先的な弁済を受ける方策の有無という観点からの比較（①の方策）、事業継続に必要な不動産に設定されている抵当権につきその実行の阻止又は消滅させるための方策の有無という観点からの比較（②の方策）、事業継続に必要な取引先である債権者につき他の債権者に先立つ弁済をするための方策の有無という観点からの比較（③の方策）をそれぞれ行うことを通じ、両手続についての基本的な理解を問うものである。採点の主眼は、破産手続及び再生手続の制度趣旨に立ち返りつつ、設問において与えられた各方策の有無について、両手続の比較の視点を踏まえつつ、基本的な理解を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、破産者がした本件担保提供について、詐害行為取消権に基づく本件抵当権設定登記の抹消登記手続請求訴訟（本件訴訟1）が提起されていたところ、この訴訟へのA社に対する破産手続開始の決定がされたことの影響が問われている。したがって、ここでは、破産法が定める破産手続と他の手続との調整規定について、適切な条文を指摘しつつ、その当てはめをして論じることとなろう。多くの答案では、事案において、甲土地がA社の破産財団に属するものではあるが本件訴訟1の当事者ではないことを捉えて、同法第45条第1項の適用を指摘、検討することができていた。また、本問が本件訴訟1の取扱いを論じることがを求めていることから、本件訴訟1の訴訟手続が中断することを同項に当てはめて指摘した上で、同条第2項に規定する受継の規律についても触れ、当てはめて論じることができていた。採点に当たっては、これらの答案は、一応の水準の答案と評価している。もっとも、同項が「破産管財人は（略）受け継ぐことができる。」と規定することを踏まえて、破産管財人の受継義務の有無、特に同項後段が相手方の受継の申立てを認めていることとの関係を論じているもの、さらに否認訴訟における訴え変更の規律について言及するものは、必ずしも多くなく、これらの答案については、その充実度に応じるものではあるが、高い評価となっている。一方、少数ではあるが、本件訴訟1の訴訟手続について中断する旨の指摘をしつつも、それを同法第44条第1項の適用の結果として論じるものがあった。その内容に応じ、同法が他の手続との調整規定を設けている趣旨についての理解をうかがい得るといふ点につき相応の評価をしているが、本問に

おける事案との関係を踏まえて低い評価となっている。

#### イ 設問2

設問2では、破産管財人が本件担保提供について破産法第160条第1項又は同法第162条第1項に基づいて否認の主張をしたことの当否が問われているのであるから、それぞれの要件についての検討を行う必要があるところ、どちらか一方のみの言及にとどまる答案がある程度あった。また、設問において問われていない同法第160条第3項の適用の有無について論じている答案も散見され、これらの答案は、設問に十分なし適切に答えるものとは言えないものとして評価している。

破産法第160条第1項及び同法第162条第1項について検討するに当たっては、本問の事例に照らすと、支払停止の概念についての言及とそれへの当てはめを行うことが求められるが、多くの答案では、これを行うことができていた。その論述において、支払不能概念との違いを意識した論述をするもの、関連の判例（最一判昭和60年2月14日判例時報1149号159頁）の内容を意識した論述をするものについては、理解の成熟を示すものとして高い評価をしている。

破産法第162条第1項に基づく否認の主張の当否については、本問の問題文において、特に、本件担保提供がA社の親会社であるB社の債務を担保するためのものであることに留意することが触れられていることを踏まえて検討することが必要となる。比較的多くの答案は、同条に基づく否認制度の趣旨に言及した上で、同項において文言上否認の対象とされている、「既存の債務」についてされた担保の供与行為とは破産者自らの債務についての担保の供与行為である旨を同項の解釈として示し、事案の当てはめを行うという論述を展開することができており、これらの答案は、その内容に応じ、一応の水準ないしそれ以上の答案と評価している。一方で、同条に基づく否認制度の趣旨を顧みることなく、また特段の問題意識を示すこともないまま、同項の適用を肯定する答案が少なからずあり、このような答案は、同条に基づく否認制度についての理解が十分にされているとは評価できないものとして低い評価となっている。

破産法第160条第1項に基づく否認の主張の当否についても、同条に基づく否認制度の趣旨に言及した上で、同項に基づく否認の対象の範囲を論じ、同項（適宜、各号への当てはめを含む。）につき、事案の当てはめを行うという論述が求められる。比較的多くの答案は、そのような展開を行うことができており、これらの答案は、その内容に応じ、一応の水準ないしそれ以上の答案と評価している。その中では、同項柱書の「担保の供与」の解釈として論じるものは散見される程度であり、そのような答案については、条文の明確な理解を示すものとして高い評価をしている。

#### ウ 設問3

設問3では、破産管財人が本件事業用車両による代物弁済について破産法第162条第1項に基づいて否認の主張をしたことの当否が問われているのであるから、設問2と同様、必要な要件の検討を行う必要があるが、本問の事例に照らせば、特に否認の要件としての有害性についての言及とそれへの当てはめが求められる（なお、答案上、設問2の解答の中で、有害性の要件の要否自体を論じるものが散見されたが、そのこと自体につき不利益な評価はしていない）。この点、答案では、同項に基づく否認制度の趣旨に触れた上で、否認の要件として有害性が要求される旨論述し、事例に現れた事実関係を用いた当てはめ、例えば、D社は、本件事業用車両に係る所有権留保特約付きの売買契約の売主であって担保権者であり、別除権者であるというべきであること、D社の被担保債権の弁済期が到来していること、当該被担保債権額と本件事業用車両の価額との均衡が図られていることなどの事情を自らの言葉で摘示し、有害性の要件充足性を否定して、破産管財人の否認の主張を否定する旨論じるものが多かった。これらの答案については、その内容に応じ、一応の水準ないしそれ以上の答案と評価している。その展開において、関連の判例（最一判昭和41年4月14日民集20巻4号611頁）につ

いて言及した上で、その内容を踏まえて、事例に現れた事情を摘示する答案も散見され、そのような答案については、有害性の要件について十分な理解を示すものとして高い評価をしている。もっとも、有害性の要件を要するものとしつつも、同項に基づく否認制度において、どのような位置付けとされるのか（その他の否認の要件とともに、否認の一般的な要件として要するものとするのか、その他の否認の要件の充足を前提としてその否認を阻却する要件として要するものとするのか）については、これを自説の立場として明確に論じるものは少なかった。この点についてまで自説を展開することができている答案については、同項に基づく否認制度についてより深い理解を示すものとして高い評価をしている。一方、具体的な理由を明示せず、本件事業用車両は、破産財団に属さないから有害性を欠かないし否認の対象にならないとのみ論じる答案、同項の要件についての具体的な検討をしないで偏頗行為ではないとのみ結論付け、否認できないとする答案などが散見されたところ、このような答案は、同項に基づく否認制度についての基本的な理解に到達していないものと言わざるを得ず、低い評価となっている。

## (2) 第2問

ア まず、本問は、破産手続開始又は再生手続開始のいずれを申し立てるのが相当であるかを検討するに当たり、法的倒産手続の申立て後手続開始前に資金援助をするD社に対して優先的に弁済するための方策（①の方策）を踏まえた検討を求めるものであるところ、ほとんどの答案が民事再生法第120条及びその制度の指摘をすることができていた。答案では、同法第155条第1項但書に基づく再生計画による対応を指摘するものが複数見られたが、同法第120条の存在を踏まえると、再生手続開始前に資金援助をするD社への対応として、再生計画による対応を念頭に置くことは適切な方策とは言い難いと言わざるを得ないであろう。また、同条の指摘等を行うことができていない答案においても、例えば、「再生債務者の事業の継続に欠くことができない行為」という同条の要件について指摘するなどし、同条の制度趣旨に言及するものは、少なかった。加えて、同条の趣旨等を説明する論述と本問における当てはめに係る論述が一体としてされているものも散見された。採点に当たっては、同条の指摘、その要件及び制度趣旨を踏まえた同条の制度の説明及び当てはめ（借入れの不可欠性といった点についての事案に即した当てはめ）が一通りされているものは、一応の水準の答案と評価しているほか、制度趣旨を基に要件の解釈をした上で事案の当てはめを順次正確にしているものは高い評価としているなど、その内容に応じ、一応の水準以上の答案と評価している。一方で、D社の貸金債権について破産（債権）となることの論述に多くの紙幅を割く答案が散見された。そのため、例えば、同条の要件等についての論述を行うことができないなど、本問で問われていることについて論述部分が不足することになって、結果として、低い評価となってしまうものがあった。

イ また、本問は、本件工場及び敷地に設定されたE銀行の抵当権について、その実行を阻止し又はこれを消滅させるための方策（②の方策）を踏まえた検討を求めるものであるところ、抵当権の実行を阻止する方策として、多くの答案が民事再生法第31条及びその制度の指摘をすることができていた。もっとも、そのような答案においても、同条の要件や同条の制度趣旨に言及するものは少なく、その要件の解釈及び当てはめが事案に即して適切に行うことができていない答案は少なかった。採点に当たっては、同条の指摘、その要件及び制度趣旨を踏まえた同条の制度の説明及び当てはめ（再生債権者の一般の利益に適合すること、競売申立人に不当な損害を及ぼすおそれがないことといった点についての事案に即した当てはめ）が一通りされているものは、一応の水準の答案と評価している。答案では、例えば、中止命令によって一時的に抵当権の実行が留保されることによる不当な損害を及ぼすおそれがないことを検討・指摘するなど、同条の要件の正しい理解を示そうとする論述を行っているものも一定程度あり、そのような答案は、その内容に応じ、一応の水準以上の答案と評価している。続いて抵当権を消滅させる方策として、多くの答案が同法第148条及びその制度の指摘をすることができていた。もっとも、そのような答案においても、同法第31条に基づく中止命令に係る論述におけるの

と同様、同法第148条の要件や同条の制度趣旨に言及するものは、少なかった。採点に当たっては、同条の指摘、その要件及び制度趣旨を踏まえた同条の制度の説明及び当てはめ（当該財産が再生債務者の事業の継続に欠くことができないものであるときといった点についての事案に即した当てはめ）が一通りされているものは、一応の水準の答案と評価している。このように、再生手続においては、同法第31条に基づく中止命令制度と同法第148条に基づく担保権消滅制度が併せて設けられているところ、この点を捉えて、両者は互いに補完し合って再生債務者の事業継続を可能としていること（例えば、担保権消滅制度のみ存在していても消滅が認められるまでに抵当権の実行をされてしまえば事業継続がかなわず、中止命令制度のみ存在してもそれが一時的に実行を阻止するに過ぎないことからすれば事業継続を確保することができないことなど）や、両制度が用意されていることが再生債務者の事業継続の確保のためにどのような機能を果たしているかということなど、制度相互の関係性や意義を論じる答案が少数ながら見られ、加えてその過程において、このような制度の存在により、いわゆる別除権協定の締結に向けた交渉が可能となるといった別除権協定による抵当権への対応との関連に言及するものがあった。このような答案は、再生手続（ないし再建型倒産手続）の趣旨や上記両制度について、実質的な理解をすることができているものとして高く評価している。一方、本問は、破産手続による場合と再生手続による場合とを比較して論ずることを求めていることから、破産法第186条に基づく担保権消滅制度への言及をすることが考えられるが、比較的多くの答案で、当該制度自体への言及をすることができていた。もっとも、本問では、抵当権者であるE銀行が担保権実行の方針を明らかにしており、同法第187条に基づく担保権の実行の申立てができることや、同法第186条に基づく担保権消滅制度が事業の継続に不可欠な担保目的財産の保持という本問での要請にそぐわないことなどを指摘して、この制度がD社への本件事業の譲渡に必ずしもつながらないことについて言及するものは少なかった。

ウ さらに、本問は、F社との取引関係を維持するための方策（③の方策）を踏まえた検討を求めるものであるところ、本件事業に欠かせない部品の調達先であるF社は、期限までの代金支払に依らなければ、直ちにA社との取引を打ち切る旨を明らかにしているという事情があるところ、比較的多くの答案は、民事再生法第85条第5項後段（後半）の指摘及びその制度の指摘をすることができていた。もっとも、答案では、「民事再生法第85条第5項」との指摘にとどまり、その前段（前半）との区別（趣旨、要件が異なること）に関する意識の希薄さをうかがわせるものも相当数あった。また、裁判所による許可によってされる制度であることや、要件として再生債権の少額性が求められていること、早期に弁済しなければ再生債務者の事業の継続に著しい支障を来すことが求められていることなど、制度の骨格やその要件を的確に指摘して制度の説明を行う答案は、必ずしも多くはなかった。加えて、同項後段（後半）に基づく制度の趣旨について言及することができている答案は少なかった。ただ、答案では、本問の当てはめに係る論述を行う中で、上記再生債権の少額性等の要件を意識していると理解することができる論述を行うものは複数見られた。採点に当たっては、同項後段（後半）の指摘、その要件及び制度趣旨を踏まえた同条の制度の説明及び当てはめ（再生債権の少額性が求められていること、早期に弁済しなければ再生債務者の事業の継続に著しい支障を来すことが求められていることといった点についての事案に即した当てはめ）が一通りされているものは、一応の水準の答案と評価している。答案では、制度趣旨への言及において再建型倒産手続における取引先維持の必要性について明確に論じるもの、制度趣旨に遡って要件（「少額」、「事業の継続に著しい支障」）の解釈を行った上で、事案に即した当てはめを丁寧に行うものがあり、そのような答案は、制度について、実質的な理解をすることができているものとして高く評価している。一方、同条第2項による弁済許可の問題とする答案が散見されたが、本問での事案を前提としたその要件の充足性を踏まえれば出題趣旨を十分に捉えていないものと言わざるを得ず、低い評価となっているほか、同法第155条第1項但書に基づく再生計画による対応を行

うとする答案も散見されたが、事案を踏まえた検討としては相当なものとは言い難いところであって低い評価となっている。

エ そして、本問は、①から③までの方策を踏まえ、破産手続による場合と再生手続による場合とを比較して、破産手続開始又は再生手続開始のいずれを申し立てるのが相当であるかを論じることが求めていることから、②の方策に係る前記イにおいて指摘した破産法第186条に基づく担保権消滅制度への言及のほか、破産手続との比較の視点がうかがわれる言及、例えば、①の方策及び③の方策として有効な手段がないことなどを指摘し、どちらの申立てをすべきか、自らの言葉で論じ、結論を明示することが求められよう。そして、ここでは単に制度の紹介だけをやるのではなく、なぜそれが破産手続にはないのか、制度趣旨に遡った言及が望ましい。この対比する姿勢自体が全く欠落しているというような答案は、ほとんどなかったが、かといって、制度趣旨に遡った言及を意識的に行うことができているものは必ずしも多くはなかった。また、ほぼ全ての答案が再生手続開始の申立てをすることが相当であると助言すべきであると結論付けていた。したがって、この点に関しては、おおむね一応の水準の答案と評価されている答案が多いが、比較の視点からの言及の程度が不明確であったり、希薄であったりする答案については、低い評価となっている。

#### 4 今後の出題について

今回の出題は、取り上げた制度、論点は、基礎的なものとしつつ、制度趣旨を踏まえ事案に即した論述を展開してもらうことを企図したものである。特に、第2問においては、単なる制度についての知識だけではなく、破産手続と再生手続の各手続における制度を横断的に関連付けて（あるいは、対比して）理解することができているかが問われる出題となっており、各制度の制度趣旨に基づく理解が問われるものとなっている。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ること、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は、例年指摘しているとおりである。

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、例年指摘しているところであるが、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が、判読することが困難な文字等による答案は、ともすれば解答者の能力・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とから、このことを意識して是非改善してもらいたいと考える。

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）

本問では、競馬の当たり馬券の払戻金に係る所得の種類（設問1）、不動産賃料増額請求に関する収入金額計上時期（設問2）、法人が資産を高額で譲り受け転売した際の損金・益金（設問3）について、問われている。

<設問1(1)>

設問1(1)では、競馬の当たり馬券の払戻金に係る所得の種類が問われている。

候補となる所得分類は、事業所得（所得税法第27条）、一時所得（同法第34条）、雑所得（同法第35条）である。そして、同法第34条第1項「一時所得とは……以外の所得……」、同法第35条第1項「雑所得とは……のいずれにも該当しない所得……」という条文の構造に照らして、まず事業所得該当性を検討し、次に一時所得該当性を検討することが求められる。先に一時所得該当性を検討し、次に事業所得該当性を検討するという、順番を逆転させた答案が、少数ながら存在した（5(1)でも後述）。

事業所得該当性については、判例・裁判例（弁護士顧問料事件・最判昭和56年4月24日民集35巻3号672頁、会社取締役商品先物取引事件・名古屋地判昭和60年4月26日行集36巻4号589頁）による事業所得該当基準（自己の危険と計算、独立性、営利性、有償性、反復継続性、社会的地位、精神的肉体的労力の程度、人的物的設備の有無、相当期間安定した収益を得る可能性）に照らして検討すべきである。多くの答案が弁護士顧問料事件の基準を適切に再現し、検討することができていた。少数ではあるが設問1(1)で事業所得に該当するという結論を出す答案も存在した。そうしてしまうと、設問1(2)で何が問われているかが分からなくなってしまう。

一時所得該当性については、所得税法第34条第1項の「営利を目的とする継続的行為から生じた所得以外の一時の所得で労務その他の役務又は資産の譲渡の対価としての性質を有しないもの」のうち「営利を目的とする継続的行為から生じた所得」の範囲を探求することとなる。無対価性要件のみ掲げている答案が少数ながら存在したが、本問では無対価性要件は関係ない。営利性、継続性について、最判平成29年12月15日民集71巻10号2235頁における「偶然性の影響を減殺するために、年間を通じてほぼ全てのレースで馬券を購入する」とほぼ同様の事実が問題文に記されている。最判平成27年3月10日刑集69巻2号434頁における「一連の馬券の購入が一体の経済活動の実態を有する」という判示を意識した答案も存在した。

なお、馬券に関する判例を知っているからこそ、事業所得該当性の議論をしない答案も存在した。本来は条文の構造に照らして先に事業所得該当性を検討し次に一時所得該当性を検討すべきであるが、判例を知っているが故に答案者にとって不利になるという事態を避けるべく、採点に当たっては判例の理解に基づいて事業所得該当性の検討を割愛した答案であるかを吟味し、前述の不利が生じないよう配慮した。

<設問1(2)>

設問1(2)では、「競馬予想ノウハウをソフトのバージョンアップに取り入れ」ることに着目して、平成25年と同様の態様の馬券購入であっても、平成26年においては事業と関連するとい

えるか、が問われている。なお、ソフトの小売販売事業そのものは事業所得の起因となる事業に該当することが議論の前提となる。

関連するといえるから事業所得に当たる、とする答案の方が多かった。が、競馬予想ノウハウを構築することは馬券を購入しなくても新聞等を見ることで可能であるから馬券購入自体はソフト小売販売事業と関連するとはいえず事業所得に当たらない（雑所得に当たる）、とする答案も相当数存在した。結論としてはどちらもあり得ると考えられる。関連性の有無を論述できるかがポイントとなる。なお、前述のとおり、設問1(1)について事業所得という結論を出してしまうと、設問1(2)では、ソフト小売販売事業との関連性の有無を検討するまでもなく問題の所得は事業所得に当たると言わざるを得ないので、検討ポイントがなくなってしまう。

#### <設問2>

設問2では、不動産賃料について貸手が増額請求をし、借り手が応じなかった場合の増額部分の収入が総収入金額に算入される年度が問われている。

まず、所得税法第36条第1項の「収入すべき金額」の意義を論述することが求められる。リーディングケースと位置付けられる雑所得貸倒分不当利得返還請求事件・最判昭和49年3月8日民集28巻2号186頁は四つのポイントを示した。第一に、「収入した金額」（同法第67条参照）ではなく「収入すべき金額」という文言であるから、「～べき」という何らかの規範的な基準である。第二に、「現実の収入」に着目する訳ではない（現金主義ではない）。第三に、「収入の原因たる権利が確定的に発生」という「権利確定主義」である。第四に、現実の収入の時まで待つとすると納税者の「恣意」を許し課税の公平を期し難い。なお、第一・第二の点に関し、同法第36条第1項が「収入金額とすべき金額」（又は「総収入金額に算入すべき金額」と表現しているから現金主義ではないのだ、と論じる答案が少数ながら存在した。しかし、仮に「～収入金額とすべき金額～は、～収入した金額～とする」という条文であったならば現金主義であるから、現行法が現金主義ではない根拠は「収入すべき金額」の方であり「収入金額とすべき金額」ではない。

次に、権利確定主義というところの「確定」とは、いつの時点かが問題となる。リーディングケースと位置付けられる仙台賃料増額請求事件・最判昭和53年2月24日民集32巻1号43頁は、賃料増額請求について争われた場合は、原則として「裁判が確定した時」である、と判示している。なお、この判例については、例外部分（管理支配基準）の判例として習うことが多いと見受けられるが、争いがある場合は「裁判が確定した時」という原則の部分も、所得税法の理解において重要である。本問との関りからこの判例の原則部分を適切に再現した答案が、期待していたより少なかったのは残念であった。この原則部分を再現したとは読み取れない答案であっても、債務名義、無条件請求権、なすべきことをなした基準等、権利の「確定」の具体化をしている答案には相応の加点をした。なお、仙台賃料増額請求事件（係争中であるが仮執行宣言に基づき金員を収受した場合）と本問との事実関係の違いについては多くの答案が適切に理解していた。

仙台賃料増額請求事件の原則部分の判示の前提として、本問では平成28年に賃料増額請求をしたものの平成28年に所得税法第36条第1項の権利確定がある訳ではない、という黙示の判断がある。形成権として増額賃料部分の権利は平成28年に発生しているものの、借地借家法第32条第2項の「増額を正当とする裁判が確定するまでは、相当と認める額の建物の借賃を支払うことをもって足りる」などの規定に照らして、平成28年に所得税法第36条第1項の権利確定があるとはいえない、ということを論述している答案が、期待していたよりも多かったことは喜ばしい。

平成29年か平成30年かについては、仙台賃料増額請求事件の原則部分のとおり、裁判確定時たる平成29年と解すべきである。

<設問3(1)>

設問3(1)では、資産の高額譲受の場面における損金の扱いが問われている。

まず、譲り受けた資産の時価3000万円と代償であるソフト仕入代金債権4000万円との差額である1000万円が社外に流出しているという事態を把握することが求められる。そして、1000万円の社外流出について損金算入の可否を検討することが求められている。

しかし、過半数ではないものの相当数の答案が、4000万円の損金算入の可能性を視野に入れていた。本問では、社外流出した価値が1000万円にとどまるから、4000万円の損金算入の可能性を考えるということは、同時に3000万円の益金算入の可能性を明示的又は黙示的に視野に入れることを意味し、この立場に立つと、本問と異なり資産を時価(3000万円)で購入する際も3000万円を益金に算入する可能性を視野に入れることになる。他方で、資産の時価購入に際し課税所得が生じるはずがない以上、この立場からは、資産購入の時点で購入代金3000万円を損金に算入せざるを得なくなる。そして、この推論を押し進めると、既に代金3000万円を損金に算入してしまったため、設問3(2)のように後に資産を転売する際に、「原価」(法人税法第22条第3項第1号)が0円になってしまい、おかしな課税結果を招いてしまう。ここから、4000万円の損金算入の可能性があるとする前述の立場の誤りは明らかであろう。また、4000万円の損金算入の可能性を視野に入れていた答案の背景には、同法第22条第2項が「無償による資産の譲受け」を益金計上事由としていることとの並びで、「資産の譲受け」に際して益金計上の可能性を視野に入れなければいけないという思い込みがあったように読み取れる。

1000万円の社外流出がB社の収益獲得に貢献し得るならば法人税法第22条第3項第2号の費用、し得ないならば同項第3号の損失として損金に算入し得るかが問題になる、と把握できたとして、次に、損金算入を制限する「別段の定め」(同項柱書)があるかを探ることになる。候補として挙がるのは同法第37条の寄附金である。

法人税法第37条第8項は、明示的に、資産の低額譲渡について規定している。他方、本問のような資産の高額譲受の場面を明示的に規律している条文はない。したがって、根拠条文は、寄附金を一般的に定義している同条第7項の「金銭その他の資産又は経済的な利益の贈与又は無償の供与」であると考えするのが素直である(4000万円を資産に含めた上でB社が低額譲渡しているとし同条第8項を根拠とする場合は別論)。高額譲受について同条第8項のような明示の規定はないため、法人税法の教科書等でも、高額譲受に関する法人税法の適用方法については複数の可能性が示されるなどの苦慮が見受けられる。本年の租税法の問題の中では難しい問題である。そのため、精密な論述を期待しにくいだが、法人税法第37条第7項にいう無償性について検討することが求められる。

1000万円の社外流出の損金算入の可否を論ずる際に、惜しいが正解とは評せないパターン  
の答案を二種類紹介する。

第一に、B社がC社を救済することに合理的な理由があるので、寄附金に該当しない、と論ずる答案が複数ある。法人税基本通達9-4-2(子会社等を再建する場合の無利息貸付け等)が「合理的な再建計画に基づくものである等その無利息貸付け等をしたことについて相当な理由がある」場合に寄附金非該当としていることやこの点に関する裁判例を念頭に置いた上での答案であると推測される。しかし、当該通達の妥当する場面は限定的である上に、子会社救済がめぐりめぐって株主たる親会社単独の利害の計算として利益になる場面はあり得るかもしれないが本問の

C社はB社の子会社等ではない。寄附金でないというためには広告宣伝費のようにB社単独の利害の計算として利益となる見込みに基づいていなければならないが、問題文で「資金援助」のためであることが明示されているので、寄附金に該当しないと論証することは難しい。

第二に、B社の売掛金未回収事案につき、貸倒損失（興銀事件・最判平成16年12月24日民集58巻9号2637頁）と同様に、「全額が回収不能」であることが「客観的に明らか」ではないから、損金算入できない、と論ずる答案が複数ある。判例をよく勉強した答案であるといえるし、あり得ない理屈ではない。しかし、貸倒損失の損金計上要件を満たしてないと論じたとして、次に、債権消滅の寄附金該当性を論じなければ結局損金算入の可否を論じ切ったことにはならない（もし寄附金該当性を飽くまで論じないとしたら、債権消滅を前提とした問題文に対し債権は未だ消滅していないことを前提としていることになってしまう）、という難点がある。

最後に、1000万円の社外流出が寄附金に当たると論述したら、法人税法第37条第1項により、損金算入に限度額が政令によって設定されていることを指摘することが求められる。試験会場で政令は配布されていないので、損金算入限度額を具体的に計算することまでは求められていない。損金算入限度額が存在を指摘する答案が期待していたよりも少なかったことは残念である。

<設問3(2)>

設問3(2)では、高額で譲り受けた資産を時価で転売する際の、益金と損金の扱いが問われている。

まず、益金については、法人税法第22条第2項の「有償……による資産の譲渡」による収益として、3300万円を益金に計上することとなる。同項を掲記せず「法人税法第22条の2第1項又は第4項」のみを掲記する答案が少数ながら存在した。益金についての根拠条文はまず同法第22条第2項であることを再確認していただきたい。

次に、法人税法第22条第3項第1号の「原価」が幾らであるのかについての論述が求められる。同条第3項としか書いていない答案が複数存在したので、注意していただきたい。

高額で譲り受けた資産の原価は譲受け時の時価である3000万円に限られ、1000万円の社外流出は寄附金であるので原価に算入されない旨を論述することが求められる。

なお、本問では「益金の額及び損金の額への計上」が問われている。3300万円－3000万円＝300万円が益金に計上されるとのみ回答し（つまり、法人税法第22条第1項の「所得の金額は……益金の額から……損金の額を控除した金額とする」が意識されていない）、損金について論述していない答案があったことは残念である。

第1問を通じた成績としては、「優秀」「良好」とされる答案が多く、「一応の水準」「不良」とされる答案は少なかった。

[第2問]（配点：50）

本問では、支給した役員給与の法人における損金算入の可否（設問1）、個人事業主が従業員に貸し付けた金員に関する所得税の課税関係（設問2）、及び事業用固定資産の譲渡から得られた所得が後の判決確定により失われた場合の所得金額等の修正方法（設問3）について、問われている。

<設問1>

設問1(1)では、役員給与を法人の損金に算入し得る根拠規定とその趣旨、適用関係が問われている。

企業会計上は、役員給与も使用人給与と同じく一般管理費であり、法人税法上も同法第22条第3項第2号により損金への算入が原則として認められる。他方で、中小法人を中心としたわが

国の法人経営の実態に鑑みると、役員給与を原則どおり損金算入し得るものとした場合には、法人の業績に応じて役員給与を増減させるなどの調整が行なわれ、法人所得額が操作される結果、課税の公平が害される危険性が否定できない。このため、法人税法は第22条第3項の「別段の定め」として第34条を置き、一定の要件を満たさない役員給与の損金算入を制限している。

このような制度趣旨から、法人税法第34条第1項では、定期同額給与（第1号）、事前確定届出給与（第2号）及び一定の要件を満たす業績連動給与（第3号）の3類型を、上述のような操作の危険性が低いものとして、損金不算入とする役員給与から除いている。

本件役員給与は、「事業年度ごとに決められる毎月一定額の役員給与」であるから、法人税法第34条第1項第1号の要件を満たすため、同条第1項の適用対象とはならず、原則どおり損金に算入し得る（損金への算入が制限されない）。

設問1(2)では、法人税法第34条第2項の適用関係が問われている。上述のとおり、同条第1項は一定の役員給与を「損金の額に算入しない」ことを定めた規定であるから、同条第2項にいう「前項…の規定の適用があるもの」とは、同条第1項の規定により損金不算入とされたものを指す。すなわち、この括弧書は、同項の適用により損金不算入とされた役員給与を、再び同条第2項の適用対象としないという、当然のことを定めているにすぎない。そして、設問1(1)で確認したように、本件役員給与は定期同額給与であって同条第1項により損金不算入とはならない性質のものであるため、同項により「損金の額に算入しない」こととはされず、同項は適用されない。したがって、同条第2項を適用し、改めてその一部を損金不算入とすることに規定の適用上の問題はない（適法に処分をなし得る）。

以上に述べたところから分かるように、本問は法人税に関する極めて基礎的な事項に関する理解を問うものであるが、残念ながら、役員給与を損金に算入し得る根拠規定として、正しく法人税法第22条第3項第2号を指摘した答えは、全体の半数弱であった。これらの答案の多くは、設問1(2)を含め、問題文で要求された事項を手際よく説明し、相対的に高い評価の対象となった。

これに対して、法人税法第22条第3項第2号を指摘しない答案の多くは、「役員給与は法人税法上、原則として損金不算入であるが、例外的に、同法第34条第1項各号に該当する場合には、同条により損金算入が認められる」などとし、本件役員給与が同条第1項第1号に該当することのみを、損金算入可とする根拠規定として挙げていた。これは、損金に関する法人税法の構造を誤解するものであり、到底、高い評価は望めない内容である。

問題文で指摘した法人税法第34条第2項（本件規定）の括弧書の意義についても、上述のような損金算入制限の構造を理解していれば何ら説明に困る点はないが、この点を誤り、「役員給与は法人税法第34条第1項各号に該当することにより、損金に算入される」と考えると、同項第1号に「該当する」本件役員給与は、同項の「適用がある」から不相当に高額な部分の損金算入を本件規定により否認することは違法との誤答が導かれる。「一旦濫用のおそれがないとされた役員給与を、更に否認の対象とすることは適当ではない」といった実質論を付け加える答案も散見された。

他方で、本件役員給与に法人税法第34条第1項の「適用がある」としつつ、本件規定の適用対象となるという結論を導く答案においては、「不相当に高額な部分の損金算入を認めることは制度趣旨に反する」というような実質論を用いて、「同項の適用がある」場合の縮小解釈を試みることになり、答案作成に苦しんだ割には、低い評価にとどまった。

なお、問題文の「本件役員給与の一部の損金算入を否認する処分」の「否認」という用語をとらえて、これを租税回避の否認と同様に理解し、「租税法律主義の下では、個別的否認規定がなければ否認できず、Hの処分は違法である」などとする答案も複数見られたが、基礎的な用語の

意義の理解を根本的に欠いていると評さざるを得ない。

<設問2>

設問2(1)は本件貸付金の利息の所得税の計算上の扱い、具体的には、その所得分類と帰属年度が問われている。信頼できる従業員であるEの求めに応じ、自分の店での勤続を期待して低利無担保で金銭を貸すのは、言わば従業員の福利厚生のための行為であって小売業というAの事業と密接に関連するから、Eから受け取った利息（以下「本件利息」という。）は付随収入としてAの事業所得に該当する。そして、現実を受け取った利息がそれを受け取った平成26年及び平成27年分のAの事業所得の総収入金額に含まれることはもちろん、権利確定主義の下では、未収の平成28年分の利息も、問題文の事情の下では権利が確定したものと考えられ、同年分のAの事業所得に含まれるべきことになる。

設問2(2)は、平成28年中にEが、目ぼしい資産もなく相続人もない状況で死亡したため、Aは未払いの元本200万円と利息1万円をもらえなくなったという事情が、どのようにAの所得計算に反映されるかを問うものである。

設問2(1)で確認したとおり、本件利息はAの事業所得に含まれるから、事業所得の計算においてこの事情を処理すべきである。この場合、所得税法第51条第2項の適用が問題となる。同項を適用するためには、貸し倒れた債権が「事業の遂行上生じた」ことが必要であるが、設問2(1)より、この要件は満たされる。

次に債権が貸し倒れたと言えるかどうかは、その全額の回収不能が客観的に明らかであるかどうかによって判断される。これは法人税法に関する上記の興銀事件最高裁判決から導かれる規範であるが、所得税に関しても貸倒れの意義を異なって解釈する理由はない。この規範に照らすと、問題文の事情の下では、AのEに対する債権は貸し倒れたと評価される。したがって、元利合計の201万円全額がAの平成28年分の事業所得の計算上必要経費に算入されることになる。

この設問2については、本件利息の所得分類を正しく事業所得と判定した答案は、出題時の予想よりは少なく、全体の6分の1程度にとどまった。これらの答案は、設問2(2)において貸し倒れた債権の事業関連性を正確に指摘するものが多く、結果として、高い評価につながった。また、残った元本200万円と未収の利息1万円が同じ扱いとされ、201万円が貸倒損失となることを正しく指摘した答案も多く、それに対しては更に高い評価を与えた。

答案の約半数は、本件利息を「雑所得」と評価していた。これらの答案の多くは、「Aの事業は冷凍食品の小売販売であって、貸金業ではない」としていたが、本件においてAがEに金を貸した具体的な事情を捨象するものであり、正当ではない。

ただし、本件利息が雑所得であることを前提に設問2(2)に正しく答えた場合には、相応の評価をすることとした。この場合も貸倒れを判定する規範や貸し倒れた事実の評価は事業所得の場合と同様であり、未収利息の1万円は所得税法第64条第1項によりなかったものとみなされ、元本の200万円は「雑所得を生ずべき業務の用に供され又はこれらの所得の基因となる資産……の損失の金額」として同法第51条第4項の規定により、Aの平成28年分の雑所得の計算上、必要経費に算入される。ただし、雑所得との前提の下でその処理を正しく書いた答案はごくごく少数であり、多くは未収利息に同法第64条第1項の適用があることを指摘するだけであったため、低い評価にとどまった。なお、数は多くないが、同法第51条第4項の適用について、Aの平成28年分の雑所得の金額を上限として必要経費に算入すべきことを正しく指摘した答案など、雑所得であることを前提とすれば優秀と言える答案には、相応の評価を与えた。

採点していて気になった点が2点ある。第1点は、本件利息の所得分類を一時所得とした答案が一定数あったことである。本件利息はAのEへの貸金という「役務」の対価であるし、平成2

6年以降継続的に発生している所得であることも考え合わせると、本件貸付金が「1回限りのものであった」ことを指摘して一時所得とする評価は理解に苦しむ。

第2点は、設問2(1)の所得分類をどう答えるかとは別に、設問2(2)の事情を所得税法第52条第1項又は同条第2項の適用対象とする答案が散見されたことである。これも理解に苦しむ点である。事業関連性のある債権の貸倒れには、同法第51条第2項を素直に適用すべきである。

なお、設問2(1)で事業所得以外の所得分類を答えた上で、設問2(2)でAの事業所得の計算上の損失として処理しようとする答案も、ある程度の数見られた。これについては条文の指摘などを採点対象としつつ、論理が甚だしく不整合である点も採点上の考慮要素とした。

#### <設問3>

設問3は、平成28年中に甲を譲渡した契約の解除が、平成30年6月15日に確定した本件訴訟の判決により確定したことにより、Aの所得税の課税関係がどのように変更され、その変更をAはどのような手続きで自分の所得計算に反映させるべきかが問われている。

平成28年における甲の譲渡は、所得税法第33条第1項に該当し、同条第2項に該当しない資産の譲渡であるから、この譲渡からは譲渡所得が発生し、当該譲渡所得は、権利確定主義の下で、甲をGに引き渡した平成28年中の所得として課税対象とされている。他方、本件訴訟においてAを敗訴させる判決が確定したことにより、平成28年に課税済みの上記譲渡所得が遡及的に消滅することになる。この場合の課税所得・税額の修正方法としては、更正の請求を用いる。

平成30年6月に確定した本件訴訟の判決は、国税通則法第23条第2項第1号にいう「課税標準等又は税額等の計算の基礎となった事実に関する訴えについての判決」に該当するが、平成28年分の所得税の法定申告期限は平成29年3月15日であり、そこから5年（同条第1項柱書）を経過するまでの期間は、同条第2項柱書二つ目の括弧書により同項の更正の請求をすることが許されないところ、判決の確定した平成30年6月15日は、まだ5年が経過していない期間に属する。しかし、同項は一定の事由がある場合に、期間の制限なく同条第1項の更正の請求ができる旨を規定しているものであるから、この場合には、同条第2項第1号に該当することを理由に同条第1項の更正の請求をすることが認められる。

さらに、Aは、平成29年12月に平成28年分の所得税につき増額更正処分を受けてこれに対して不服申立てを行っていないが、国税通則法第23条第1項柱書二つ目の括弧書は、この場合でも更正後の課税標準等又は税額等について同項の更正の請求をなし得る旨を定めているので、この点も障害にはならない。

結論として、Aは、平成28年分の譲渡所得が失われたことにより、国税通則法第23条第1項第1号の事由があるとして、平成29年3月15日から5年以内であれば、同項の更正の請求をして、救済を受けることができる。

上述のとおり、本問では国税通則法の規定を素直に適用することが求められているだけであり、甲の譲渡から生じた所得が譲渡所得であることを間違えなければ、細部はともかく、相応の評価を与えられる答案となったものが多い。

なお、Aに更正の請求を認めたとした答案の中には、譲渡所得の喪失を所得税法第64条第1項の適用対象とし、同法第152条により更正の請求ができるとしたものが多数あったが、本問の事情では、譲渡の事実そのものが判決の確定により遡及的になくなっているため、国税通則法第23条第2項第1項を振り出しにする検討が適切である。

誤答としては、甲の譲渡から生じた所得がAの事業所得となるとしつつ、その喪失の事実を更正の請求によりAの所得計算に反映させようとしたものが代表例である。過去の年分に事業所得の総収入金額に含められた金額が失われた場合には、所得税法第51条第2項、同法施行令第1

4 1 条第 1 号の適用により、その金額が失われた年分の所得の計算に反映させる作りとなっており、更正の請求を用いることはできない。したがって、甲の譲渡から生じた所得を事業所得としつつ、その喪失の事実を更正の請求により A の所得計算に反映させるとする答案は、所得税の基本的な構造を理解していないものと評価せざるを得ない。

他方、上記のような所得分類の違いによる損失処理方法の違いを正確に指摘し、そのことを甲の譲渡から生じる所得の所得分類を論じる意義として挙げる答案も、少数ながらあり、その多くは極めて高い評価の対象となった。

なお、「更正の請求」を「更生の請求」と書いた答案が散見された。必要経費に「参入する」（正しくは「算入する」）と並ぶ、租税法における誤字の代表例であるが、以後、気を付けるべきである。

第 2 問を通じた成績としては、「優秀」とされる答案がやや少ないものの、優秀・良好・一応の水準・不良の四つの評価に適切に分布したものとなった。

### 3 今後の出題について

本年は、第 1 問設問 3 と第 2 問設問 1 が法人税法に関する問題、第 2 問設問 3 が国税通則法に関する問題、その余が所得税法に関する問題であった。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であろう。

内容としては、所得税法、法人税法、国税通則法に関する基本概念や制度に関する基本的な知識の有無及び程度、さらには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

例年の採点実感で指摘しているとおり、本年においても、租税法の基本的な概念や基本的な知識の理解を欠く答案が一定数以上見られた。本年の第 1 問設問 1 (1) について、一時所得該当性から検討し、次に事業所得該当性を検討するという、所得税法第 3 4 条第 1 項の「一時所得とは、利子所得、配当所得、不動産所得、事業所得、給与所得、退職所得、山林所得及び譲渡所得以外の所得……」の順番を無視した答案が軽視し難い割合で存在した。

また、第 2 問設問 1 において、役員給与が損金に算入される根拠規定を法人税法第 2 2 条第 3 項第 2 号と正答できない答案や、同法第 3 4 条第 1 項と第 2 項との関係を正しく答えられない答案がそれぞれ一定数見られた。第 2 問設問 2 で本件利息の所得分類を一時所得とした答案や、第 2 問設問 3 で甲の譲渡から事業所得が生じるとした答案も、一定数見られた。

同様の例として第 2 問設問 2 で本件利息の帰属年度を利息債権の発生の時とし、それを金銭消費貸借契約が成立した平成 2 6 年とする答案が複数あったことも指摘しておきたい。

なお、第 2 問設問 2 の本件利息や設問 3 の甲の譲渡から生じた所得の所得分類を決定せずに論を進めている答案も複数見られたが、これらも、所得税法の基本的な運用能力を欠くものと言わざるを得ない。

平成 3 0 年及び令和元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、さら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取得

事実認定と当てはめに関する能力の習得の重要性は、連年の採点実感でも指摘したところである。本年の第1問設問1において、(1)の事業所得・一時所得に該当しない理由を基礎付ける事実、(2)の事業所得に該当する（又は該当しない）理由を基礎付ける事実を、問題文から適切に拾い上げている答案が多数であった。他方、設問1(2)において、平成26年についての質問であるのに、平成28年に設立されたB社と絡めて論述しようとする答案が少数ながら存在した。また、設問3(2)において、取引相手が代表取締役であることから役員給与（法人税法第34条）の議論に引きずり込まれている答案が少数ながら存在したことは残念であった。

第2問設問2において、Aが営むのが冷凍食品の小売業であって貸金業ではないことを理由に本件利息が事業所得に該当しないと多数の答案は、本問における事実関係を正しく理解していないと言わざるを得ない。また、問題文の事実を答案用紙に引き写すだけではなく、「言わば従業員の福利厚生のための貸付けである」、「事業の継続に重要な従業員の確保のための行為と言い得る」というような「評価」を通じて結論を導くことの重要性は、引き続き十分に認識される必要がある。

#### (3) 法人税法・国税通則法の学習

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・2の所得税法関係について良く書けている答案の中でも設問3の法人税法関係については途端に理解が不確かとなる答案が見受けられた。特に、設問3(1)の高額譲受について、4000万円の損金算入（明示又は黙示に3000万円の益金算入）の可能性を視野に入れている答案が目立ったことは残念であった。

また、第2問設問1は、役員給与の課税上の扱いに関する最も基本的な点を問うものであったにもかかわらず、既に述べたとおり、約半数の答案は正しい答えを導いていなかった。

第2問設問3は、前述したとおり、国税通則法第23条第2項、同条第1項を問題文の事実当てはめるだけの問題であったが、細かな点まで目配りして解答した答案は少数にとどまった。

法人税法、国税通則法に関する出題範囲は、これらの法律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、令和元年の採点実感でも指摘したように、判例・裁判例に言及する答案は着実に増えており、本年においても、第1問設問1(1)及び(2)において、事業所得該当性の基準に関する弁護士顧問料事件における判示を適切に再現した答案が多数存在した。設問2においても、権利確定主義に関する雑所得貸倒分不当利得返還請求事件の判示を正確に再現した答案が多数存在した。他方、仙台賃料増額請求事件判決の判示のうち、本問に関係しない例外部分（管理支配基準）に引きずられた答案が少なかったことは良かったことであるが、本問に関する原則部分（賃料増額請求について争われた場合は、裁判確定時が収入金額に関する権利確定時点である）を適切に再現した答案が少なかったことは残念であった。また、以上の判例や馬券に関する判例に関し、判示を再現できているにもかかわらず、「～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。」などの表現をしていないため（5(2)でも後述）、判例の理解に基づいて答案を書いていることをアピールできていない答案が相当数あったことは残念であっ

た。

第2問設問2において、債権の貸倒れの判断基準に関して、法人税に関する事案であることに触れつつ興銀事件最高裁判決に言及する答案や、同じく設問3において、国税通則法第23条の第1項と第2項との関係について判示した下級審裁判例を指摘する答案など、深い判例の理解を示した優秀な答案があったことは、日頃の学習における判例・裁判例の重要性の理解の浸透を示すものとして、特筆すべきであろう。引き続き、判例・裁判例の重要性を意識させる教育が法科大学院において行なわ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、令和元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』となろう。」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。

本年の答案における条文の引用は、第1問に関しては、設問1(1)の所得税法第34条第1項「営利を目的とする継続的行為から生じた所得以外」や、設問2の同法第36条第1項「収入すべき金額」を適切に掲記するなど、一定の水準以上と評価し得る状況であった。ただし、設問3については、前述のとおり、益金・損金の理解が不確かな答案が相当数存在したこと、中でも設問3(2)において、益金に関する法人税法第22条第2項、損金に関する同法第22条第3項第1号「原価」を明示していない答案が目立ったことは残念であった。このほか、難度の高い議論ではあるが、設問3(1)において、明らかに低額譲渡を指している同法第37条第8項を高額譲受の本問に何の説明もなく「適用」としてしまった答案については、条文の適用についてもう一步注意深くなることが望ましい。逆に、4000万円を資産に含めて同条第8項を適用するとか、あるいは、同条第8項の趣旨に照らして、又は同条第8項とのバランスに配慮して、など、同条第8項の「適用」を上手く避けている答案は、素晴らしい。第2問設問3における国税通則法第23条第2項柱書の括弧書、同条第1項柱書の括弧書など、細部にわたって正確に条文を指摘したものは多くなく、一層の教育上の努力が望まれる。

また、法人税法第34条第1項が適用される場合には、正しくは、その「柱書」と書くべきところを同項「本文」と書いた答案が多数見られ、条文に関する基礎的な知識に疑いが持たれた例もある。

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

連年の採点実感において指摘したとおり、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、過去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」などの指示がなされていなくても、これに言及することが、原則として必要だと理解すべきであり、それが無い場合は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、令和元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。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。」

などの表現で、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、一字一句判決文を暗記してそのとおりに書く必要もない。

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、適切に行なう答案が相当数見られ、中には事件名（通称）を付して引用している答案も見られた。これらの答案には、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1問設問3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を欠いているからである。また、当然のことながら、所得税法のみを勉強していたのでは、法人税法や国税通則法に関する問題、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

令和元年の採点実感でも指摘したが、租税法に限らず、答案の作成はコミュニケーションであり、何を問われているかを正確に把握し、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1問設問1では、所得分類が問われており、所得税法に所得分類が存在することが当然の前提であるにもかかわらず、所得分類が存在する趣旨の説明や、果ては所得税法が包括的所得概念を採用している趣旨の説明をして、字数と時間を浪費してしまっている答案が少数ながら存在した。設問3の質問内容は、(1)「損金の額への計上」、(2)「益金の額及び損金の額への計上」と明瞭に区別されているのに、(1)で益金についても論じようとする答案が少数ながら存在した。

第2問設問1(1)では、関連する規定の「趣旨及び適用関係」が問われており、同じく(2)では、「本件役員給与に不相当に高額な部分がある場合」に「処分を行なうことは適法か」が問われている。これに対して、(1)で「損金に算入し得るか否か」を答えたり、(2)で「不相当に高額な部分があるか否か」を検討したりした答案も少なからず見られたが、これらは問われている事柄に正しく答えた答案とは言えない。答案作成は時間の制約下で行なうものではあるが、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、本年の答案で目立ったのは、内容に整合性を欠く答案である。第1問設問3に関して、(1)で1000万円（又は4000万円）の損金算入を論じ、(2)でも4000万円の損金算入を論じるなど、二重に損金算入する結果となってしまうことについて無頓着な答案が存在した。第2問設問2に関して、(1)で本件利息を雑所得や一時所得と解答した上で、(2)ではその貸倒損失を事業所得の計算に反映させようとする答案や、同じく設問3で甲の譲渡から事業所得が生じるとしつつ、更正の請求を行ない得るとする答案などがその例である。このような答案は、必要な論点に言及しているものの、答案作成者が関係規定や制度の内容を正しく理解しているかを疑わせるものである。

さらには、第2問設問1で、法人税法第34条1項の適用が「あった」又は「なかった」、損金「算入となる」又は「不算入となる」というような結論部分での誤記と思われる答案が複数あった。答案作成上の不注意の程度が著しい例として指摘しておきたい。

これも過去の採点実感の記載の繰り返しとなるが、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～を問うものだな。」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

別途公表済みの「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ているかを重点的に見ようとしており、公表されている公正取引委員会（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、Y社（株式取得会社）が取引関係にあるX社（株式発行会社）の全株式を取得する計画（以下「本件計画」という。）が、垂直型企業結合として、独占禁止法第10条第1項に違反しないかを問うものである。

すなわち、第1問は、垂直型企業結合が競争を実質的に制限することとなるメカニズム、特に、単独行動により競争の実質的制限が生じることとなるメカニズム（X社による投入物閉鎖のシナリオ及びY社による顧客閉鎖のシナリオ）を理解しているか、市場や取引に係る様々な考慮要素を適切に分析できるかを確認しようとするものであり、これらの分析に必要な事実関係を問題文から読み取った上で、上記各シナリオを踏まえて的確に分析を行っているかを評価の対象とした。また、その前提として、独占禁止法の基本概念である「一定の取引分野」（商品範囲及び地理的範囲のそれぞれ）について、需要の代替性を基本に、必要に応じ供給の代替性を考慮して、問題文から必要な事実関係を読み取り適切に市場画定を行っているかも併せて評価の対象とした。

第1問は、昨年に引き続き企業結合分野からの出題であったが、「垂直型企業結合」の事例は初めてである。昨年の採点実感においても指摘したとおり、企業結合は公取委が規制する三つの企業行動の一つであるが、当事業社の関係に応じて競争制限のメカニズムが異なり、それに応じた分析が必要になる。全体的な印象としては、垂直型企業結合における競争制限のメカニズムを理解した上で的確な分析を行っている答えはかなり少なかった。なお、公取委が公表している企業結合事例やガイドライン等、特に最近改正された企業結合ガイドラインにおける垂直型企業結合規制に係る細かな知識を求めるものではない。

(2) 第2問

第2問は、事業者団体の行為を規制する独占禁止法第8条に関する出題であり、問題文に記載された事業者又は事業者団体に該当し得る個人又は法人が行った行為の中から、A県浄化槽協会（以下「協会」という。）が行った行為に着目した上で、協会による各行為が同条各号所定の禁止行為に該当するかを的確に検討することができるかを問うものである。

具体的には、①協会が同法第2条第2項の「事業者団体」に該当すると判断することができるか、②事業者団体の「行為」として同法第8条各号所定の禁止行為に該当する可能性のある協会の行為を識別することができるか、③識別した行為について同条各号の中から適切な適用条文を選択し、文言の解釈を行っ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ることができるか、④正当化事由について同様に規範の定立及び当てはめができるかを評価の対象とした。

なお、③の点については、問題文に記載された事実関係の下において相当と評価することが可

能な条文を選択して論述していれば、いずれの条文を選択していても同等に評価の対象とした。

### 3 採点実感等

#### (1) 出題の趣旨に即した答案の存否、多寡について

##### ア 第1問

##### (ア) 適用条文

ほとんどの答案が適用条文を会社の株式取得に係る独占禁止法第10条第1項としていたが、一部に、私的独占（同法第2条第5項、第3条）、持株会社による株式取得（同法第9条第2項）、会社以外の者による株式取得（同法第14条）及び合併（同法第15条）などを適用条文として論ずる答案も存在した。また、僅少ではあるが不当な取引制限（同法第2条第6項、第3条）の問題として論ずる答案も存在した。

##### (イ) 「一定の取引分野」（市場）の画定

「一定の取引分野」の意義については、ほぼ全ての答案において、需要の代替性を基本として必要に応じ供給の代替性を考慮して画定するものと論述していた。また、商品範囲についての具体的な検討に際しては、おおむね問題文からの確に事実関係を挙げ、「甲部品」については需要の代替性、「乙機器」については供給の代替性から「甲部品（製造販売）市場」及び「乙機器（製造販売）市場」を画定するという答案がほとんどであった。他方、「丙装置」の市場画定については、丙装置の製造原価に占める乙機器の仕入原価の割合がごく僅かであることなど競争上の影響が少ないことについて適切に言及する答案はほとんどなかった。また、地理的範囲については、ほとんどの答案が的確に世界市場を画定していた。

##### (ウ) 競争の実質的制限の蓋然性

ほとんどの答案は、「競争を実質的に制限する」及び「こととなる」（蓋然性）のいずれについてもほぼ正確にその意義を論述していた。また、かなり多くの答案において、本件計画が垂直型企業結合に該当すること並びに「単独行動による競争の実質的制限」及び「協調的行動による競争の実質的制限」の両面からの分析が必要となることを指摘していたが、それにもかかわらず「水平型企業結合」において用いられる分析を行うにとどまる答案が相当数見られた。

##### (エ) 単独行動による競争の実質的制限（その1－X社による投入物閉鎖のシナリオ）

X社がY社の競争者に対して甲部品の供給を拒絶すること（投入物閉鎖）により、乙機器市場（川下市場）の閉鎖性・排他性という競争上の懸念が生じないかを検討する必要がある。

このようなX社の供給拒絶により生じ得る競争上の懸念を全く指摘していない答案も少なからず存在し、また、指摘している答案であっても、その意義・内容を十分に理解せずに、競争上の懸念の生じる市場を乙機器市場（川下市場）ではなく甲部品市場（川上市場）とするものも多く見られた。

また、検討に当たっては、このような競争上の懸念を生じさせる根拠となる事実関係（E社及びF社が甲部品のほとんどをX社から購入していること、このような供給拒絶によってE社及びF社の競争圧力が減じられた場合の乙機器市場への悪影響が想定されることなど）と、このような競争上の懸念を生じさせない事実関係（E社及びF社に対しては、供給余力のあるA社及びB社からの供給可能性があること、E社による甲部品の内製計画があること、取引上の関係に鑑みF社へのX社による供給拒絶は想定し難いこと、製造設備稼働率維持の重要性の観点から、X社の供給拒絶のインセンティブが低いことなど）を問題文から適切に読み取り、これらを摘示して分析することが必要であるが、的確に分析している答案は少数にとどまり、これらの考慮すべき事実関係をほとんど論じていない答案や、論じていても、「投入物閉鎖」（及び「顧客閉鎖」）の意義・内容を十分に理解していないため、「甲部品市場」におけるY社による顧客閉鎖シナリオとして、又は、X社による投入物閉鎖とともにY

社による顧客閉鎖シナリオとして論ずるなど、垂直型企業結合の競争制限メカニズムの分析手法と当てはめについて混乱している答案が多数存在した。

(オ) 単独行動による競争の実質的制限（その2－Y社による顧客閉鎖のシナリオ）

Y社がX社の競争者からの甲部品の購入を拒絶すること（顧客閉鎖）により、甲部品市場（川上市場）の閉鎖性・排他性という競争上の懸念が生じないかを検討する必要がある。

Y社による顧客閉鎖について指摘している答案は、上記(エ)の「投入物閉鎖」に比べると多く、また、正しく「甲部品市場」における閉鎖性・排他性の問題とするものも相対的に多かった。

また、検討に当たっては、このような競争上の懸念を否定する根拠となる事実関係（乙機器の製造余力（甲部品の購入余力）があるD社等への販売が可能ではないか、Y社は安定調達の観点からA社らから甲部品を購入しており、本件計画によってそれら購入を停止することはないのではないかなど）を問題文から適切に読み取り、これらを摘示して分析することが必要であるが、的確に分析している答案は少数にとどまった。

なお、「顧客閉鎖」による競争上の懸念に言及しているものの、その意義・内容を誤解している答案も見られたことは、上記(エ)と同様であった。

(カ) 協調的行動による競争の実質的制限

協調的行動による競争の実質的制限（Y社を通じた甲部品の製造原価等の情報共有に基づくシナリオ及びX社を通じた甲部品の調達価格等の情報共有に基づくシナリオ）を検討する必要がある。

しかしながら、「協調的行動による競争の実質的制限」についての検討が必要であるとしながらも、垂直型企業結合の場合には一方当事会社が他方当事会社の製造販売に係る情報を取得・共有することにより生じ得る懸念を分析する必要があることを指摘したものは想定したよりもはるかに少なかった。また、情報共有・取得により生じ得る懸念であることを指摘していても、当事会社間の「協調」により生じる問題であるとの誤解に基づいて結論を導いている答案も相当数見られた。

甲部品市場における協調的行動の蓋然性については、競争者数の少なさ、甲部品の同質性といった協調促進的な考慮要素と、大きな製造余力を有することによるA社の協調的行動からの逸脱のインセンティブ、より良い取引条件を求めるというD社やE社からの競争圧力といった協調阻害的な考慮要素とを、全体として分析している答案はかなり少なかった。また、乙機器市場における協調的行動の蓋然性については、競争者数の少なさ、E社及びF社との取引量の大きさに起因する情報量の大きさといった協調促進的な考慮要素と、若干ではあるが乙機器に見られる差別化、乙機器の製造原価に占める甲部品の仕入原価の割合が小さいことによる費用共通化の割合の小ささ、若干の製造余力が存在することによるD社やE社の協調的行動からの逸脱のインセンティブ、需要者である丙装置メーカーからの競争圧力といった協調阻害的な考慮要素とを、全体として分析した答案はかなり少なかった。

イ 第2問

(ア) 協会の「事業者団体」該当性

事業者団体の定義規定である独占禁止法第2条第2項を摘示した上で、協会が「事業者としての共通の利益を増進することを主たる目的とする」こと及び「二以上の事業者の結合体」であることについての的確な当てはめを行っている答案が多かったが、結論のみを記載している答案や事業者団体該当性の検討を行っていない答案が散見されたほか、事業者団体該当性を否定する答案もごく僅かながら見られた。また、協会が「事業者」（同条第1項）に該当すると見るべき事情が問題文に記載された事実関係中には見当たらないにもかかわらず、協会の行為について事業者に対する規制である私的独占（同条第5項、第3条）や不公正な取引方法（同法第2条第9項、第19条）に関する検討に終始するなど、事業者団体に対する

規制に関する基本的な理解に疑問を抱かせる答案も見られた。

(イ) 検討対象とすべき協会の行為の識別

独占禁止法第8条各号該当性の検討対象とすべき協会の行為としては、①会員である保守点検業者に対する競争回避の指導、②非会員である保守点検業者に対する入会拒否、③会員である清掃業者に対する非会員である保守点検業者との提携禁止及び④メーカーに対する検査薬等の供給拒否要請の各行為が考えられるが、全ての行為を識別することができている答案はごく少数にとどまっており、一部の行為のみを識別している答案が大多数であった。具体的には、②の行為及び④の行為を識別することができている答案が多い一方、①の行為を識別することができていない答案が多かった。これに対し、平成28年4月の社員総会において決定された②の行為と③の行為を識別した上で、これらを一体のものとして評価・検討している答案も相当数あった。

検討対象として識別したこれらの行為が事業者団体の行為と評価できるかについては、協会の意思決定機関である社員総会において決定されたものであることなどの事情を指摘して、事業者団体としての行為性を肯定する答案が多かったものの、根拠を示すことなく行為性を肯定する答案が散見されたほか、行為性を否定する答案もごく僅かながら見られた。

(ウ) 適用条文の選択、規範定立及び当てはめ

協会が行った各行為に対する適用条文の選択に当たっては、独占禁止法第8条各号所定の禁止行為に該当するというためには、同条第1号においては市場支配力の形成・維持・強化が必要であるのに対し、同条第3号から同条第5号までにおいてはそれに至らない程度・態様の競争の障害で足りるとの理解を前提として、後者の検討を行っている答案が大多数であったが、これに加えて、「協会による各行為が行われた後も、A県内の浄化槽の保守点検をめぐる競争は激化しているため、その料金は一貫して下落し続けている」という事情に着目し、前者の検討も行ってその該当性を否定している答案はごく少数であった。他方で、前者の検討のみを行ってその該当性を肯定している答案や、前者の検討を行ってその該当性を否定しながら後者の検討を欠いている答案も散見された。

協会が行った各行為に対する適用条文を個別に選択している答案においては、①の行為については顧客争奪の制限であるとして同条第4号を、②の行為については現在又は将来の事業者の数の制限であるとして同条第3号を、③の行為については一種の取引先制限であるとして同条第4号を、④の行為についてはメーカーに単独・直接の取引拒絶をさせるものであるとして同条第5号（同法第2条第9項第6号ニ（一般指定第2項））を、それぞれ選択しているものが比較的多く見られたが、③の行為については同法第8条第3号や同条第5号（同法第2条第9項第1号イ又は同項第6号ニ（一般指定第2項若しくは第12項））を選択している答案もそれぞれ一定数存在した。また、②の行為と③の行為を一体のものとして評価・検討している答案においては、適用条文として同法第8条第3号を選択しているものが多かった。

もっとも、検討対象として識別した協会の行為について適切な適用条文を選択することができていない答案や、適切な適用条文を選択することができていても条文の文言の意味を明らかにすることなく同条各号該当性を肯定する答案がそれぞれ相当数見られた。

これに対し、協会が行った各行為について同条各号該当性を個別に検討するだけでなく、これらの行為が与える影響を総合的に評価するという観点から、協会による一連の行為が同条第1号に該当するかを検討している答案も一定数存在し、これらの答案については事案の実態に即した検討を行ったものと評価して加点の対象とした。

(エ) 正当化事由

「不当に」の文言のある独占禁止法第8条第4号とそのような文言のない同条第3号及び同条第5号との違いに留意した解釈論を示すまでには至らないものの、目的及び手段の両面

から規範を定立した上で、協会の主張する行為の目的（生活環境の安全と公衆衛生の向上）については正当であると評価する一方、協会が行った各行為については手段としての相当性を欠くと評価する答案が多数であった。

もっとも、目的の正当性の検討に当たって同法第1条の究極目的との関係について論じていない答案や、手段の相当性の検討に当たって目的と手段との関連性やより制限的でない他の手段の有無を具体的に論じていない答案も相当数あった。また、一部の行為のみについて正当化事由の検討を行っている答案も散見された。

(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

「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）及び「一定の取引分野」の画定について、ほぼ的確に論じている答案は多く、それらについては、出題時に想定した解答水準との間に大きな差異はなかった。

しかしながら、垂直型企業結合のメカニズムを踏まえた独占禁止法上の分析については、「垂直型企業結合」や「単独行動又は協調的行動による競争の実質的制限」に言及してはいても、それらの意義・内容を十分に理解しておらず、分析手法や実際の当てはめ（特に投入物閉鎖についての当てはめ）について混乱を来している答案がかなり多かったことは出題時の想定を超えるものであった。また、「協調的行動による競争の実質的制限」に至っては、その意義・内容を正確に理解し、的確に当てはめを行っている答案は僅少であり、出題時の想定をはるかに下回った。

イ 第2問

協会の「事業者団体」該当性や正当化事由については、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、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、検討対象とすべき協会の行為の識別については、全ての行為を識別することができていない答案はごく少数にとどまっており、出題時に想定されていた解答水準をかなり下回った。

また、適用条文の選択、規範定立及び当てはめについては、識別した行為について適切な条文を選択することができている答案や、的確な規範定立を行った上で当てはめを行うことができている答案は、いずれも出題時に想定していたほど多くなかった。

(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、問題となる市場を的確に画定した上で、垂直型企業結合が競争を実質的に制限することとなるメカニズム（具体的には、投入物閉鎖・顧客閉鎖及び製造原価・調達価格等の情報取得・共有を通じて生じ得る協調的行動）をよく理解し、これらを踏まえ、問題文に示された事実関係を整理して、各論点についておおむね網羅的に独占禁止法上の分析を行っているものとした。他方で、市場を的確に画定するとともに、垂直型企業結合が競争を実質的に制限することとなるメカニズムを大枠で理解した上で、これらを踏まえ、問題文に示された事実関係を整理して、少なくとも主要な論点については独占禁止法上の分析を行っているものを「良好」な答案とし、また、「良好」な答案とされるために重要な分析の一部を欠くものを「一応の水準」の答案とした。「不良」な答案は、垂直型企業結合であることの把握やそれが競争を実質的に制限することとなるメカニズムについての理解が欠落しているもの（用語のみ使っているものを含む。）、独占禁止法に関する基礎知識・基本概念についての理解が欠落していることがうかがわれるものとした。

イ 第2問

「優秀」な答案は、協会が事業者団体に該当することを論じた上で、検討対象とすべき協会の行為を全て識別し、それぞれの行為について適切な適用条文を選択して的確な規範定立及び当てはめを行うとともに、正当化事由についても的確な規範定立及び当てはめを行っているも

の、「良好」な答案是、協会の事業者団体該当性や正当化事由のほか、検討対象とすべき協会の行為の多くを識別した上で各行為に関する適用条文の選択や規範定立及び当てはめについても一定の論述ができているもの、「一応の水準」の答案是、「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」な答案是、検討対象とすべき協会の行為の大部分についての的確な識別や適切な適用条文の選択ができていないものや、事業者団体該当性や事業者団体としての行為性を否定したため、事業者団体に対する規制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論述に終始するものとした。

#### 4 今後の出題

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、適用条文の選択や違反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

第1問は、特許を受ける権利の譲渡契約の解除による権利者の法的地位、効果の發揮に課題を孕む技術に関する発明該当性と産業利用可能性、標準必須特許に関する特許権の行使の可否という、特許法の幅広い分野（主体、客体、侵害）についての基礎的な理解を、具体的な事例を通じて問うものである。

第2問は、二次的著作物の部分利用に係る原作者の著作権の効力、引用の抗弁、電子掲示板運営者の侵害主体性という、著作権法上の議論が盛んな論点の基本的な理解を、比較的長文の事例を通じて問うものである。

いずれも、論点と重要事実を的確に抽出する事案分析能力、当該論点に係る裁判例・学説の理解を前提とした法解釈とその当てはめに関する思考力及び論述能力を試すことを目的に、まず、設問から論点を的確かつ網羅的に抽出して、問題の所在を指摘し、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。

(1) 第1問

ア 設問1

設問1においては、まず、特許を受ける権利の譲渡契約の解除に遡及効が生じることを指摘する必要がある。その上で、査定前における譲渡契約の直接の相手方であるYとの関係が問われている(1)では、Xが、特許庁で出願人名義変更の手続を採ることができる旨を指摘した答案を「一応の水準」、さらに、その前提として、自己が特許を受ける権利を有する旨の確認を求める訴訟をYに対して提起し、確認判決を取得すべき旨を指摘した答案を、その理由付けに応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

また、登録後に特許権を承継したZとの関係が問われている(2)では、特許法上の移転の特例制度（同法第74条第1項）と、民法上の解除前の第三者保護制度（同法第545条第1項但書）のいずれかに依拠したXの法律上の地位について指摘した答案を「一応の水準」と評価した。さらに、特許法上の移転の特例制度に依拠した答案については、Zが有償の通常実施権を得ることについて（同法第79条の2各項）、また、民法上の解除前の第三者保護制度に依拠した答案については、Zが同規定によって保護されるための要件についてまで触れた答案を「良好」、両制度を対比しながら自己の依拠した制度が優先的に適用されるべき理由を説得的に論じた答案を「優秀」と評価した。

イ 設問2

設問2においては、まず、診断方法Mが疾病αの発症を20%の確率でしか発見できないことについて、発明の定義（特許法第2条第1項）を摘示した上で、最判平成12年2月29日民集54巻2号709頁【黄桃の育種増殖法事件】の規範、すなわち同条にいう「自然法則を利用した」発明であるためには、当業者がそれを反復実施することにより同一結果を得られること（反復可能性）のあることが必要であるが、それは必ずしも高確率である必要はない旨を指摘した答案を「一応の水準」と評価した。さらに、この規範を人の疾病に係る診断方法の発明の特性に鑑みて適切に当てはめた答案を「良好」、そして、社会に有用な技術の創出を促すという法の趣旨や、今後の改良発明の可能性等をも考慮して、当該技術の発明該当性を説得的に論じた答案を「優秀」と評価した。

また、診断方法Mを用いると下痢などの副作用が必ず生じることから、「発明」（同法第29

条第1項柱書)の完成の有無や、産業利用可能性(同項柱書)が問題になることを的確に指摘した答案を「一応の水準」と評価した。さらに、関連する判例・裁判例(最判昭和44年1月28日民集23巻1号54頁【エネルギー発生装置事件】、東京高判昭和61年12月25日無体裁集18巻3号579頁【紙幣パンチ孔事件】等)にも触れながら、実施が弊害を伴う技術であっても別の技術によって回避され得ること等を踏まえつつ、発明該当性や産業利用可能性の各要件の趣旨に照らして規範の定立と当てはめを行った答案を「良好」又は「優秀」と評価した。

そして、人の疾病 $\alpha$ の発症の有無を診断する方法の発明であるMについて、医療現場で実施する医師の特許権侵害責任を免除する特許法上の制度を欠くために、産業利用可能性(同項柱書)が問題となることを的確に指摘した答案を「一応の水準」と評価した。さらに、関連する裁判例(東京高判平成14年4月11日判時1828号99頁【外科手術を再生可能に光学的に表示するための方法及び装置事件】)にも触れながら、その是非を検討し、各自の規範を定立して本件に当てはめられている答案を「良好」、それに加えて、医療行為について広く特許性を否定するいわゆる川上規制の是非や、同じく医療に関わる物(医薬品、医療機器等)の発明が特許され得ることとの整合性、医療行為の研究開発を促す必要性等の幅広い視点が表れた答案を「優秀」と評価した。

#### ウ 設問3

設問3においては、まず、Xによるカプセル内視鏡Lの製造販売が、Wの有する特許権Pに関する特許発明の業としての実施(同法第68条本文)に当たることについて述べた上で、FRAND宣言された特許権に基づく権利行使に関する当事者の利害状況、例えばWは特許権Pが通信規格Sの必須特許として採用されることによりPの対象技術が多くの者に実施されるといふ利益を得ていること、他方でXはWによる本件宣言を前提にその実施品であるカプセル内視鏡Lを製造販売していることから、Wによる特許権の行使が一定の範囲に制限されるべきではないかとの問題意識が表れた答案を「一応の水準」と評価した。

そして、さらに、同じくFRAND宣言された特許権に基づく権利行使について、実施許諾(ライセンス)の抗弁を否定しつつ、一定の範囲で権利濫用の抗弁を認めた、知財高裁の判断(差止請求については知財高決平成26年5月16日判時2224号146頁(②事件)、損害賠償請求については知財高判平成26年5月16日判時2224号146頁(①事件)【アップル対サムスン事件】)を踏まえて、その是非を論じつつ、各自の規範を定立し、本件におけるWの権利行使の可否について当てはめを行った答案を、裁判例の理解の正確性と、自説の説得性に応じて、「良好」又は「優秀」として評価した。

### (2) 第2問

#### ア 設問1

本設問においては、①甲がPの著作者でありPについて著作権を有すること、②QがPの二次的著作物(著作権法第2条第1項第11号)であることから、甲がQの利用について乙が有するのと同じ種類の権利を有すること(同法第28条)、③本件特徴はQの創作的表現部分であり、それをよく捉えたR1は当該部分と実質的に同一の表現であること、④R1について乙は譲渡権(同法第26条の2第1項)を行使できることから、甲も、R1の複製物の販売行為について、譲渡権侵害に基づく差止めを請求することができると解され得ること(同法第112条第1項)、⑤しかし、Pには、本件特徴を含む $\alpha$ の絵画的側面の具体的、詳細な記載がなく、ゆえに本件特徴は専ら乙の創作性が発揮された部分に相当すること、⑥そのような部分に、Pの著作者である甲の著作権の効力が及ぶと解してよいか問題となること等を的確に論述することが「一応の水準」である。

その上で、上記⑥について、原著作物の創作性を引き継ぐ要素と二次的著作物の著作者の創

作性のみが発揮されている要素を区別すべきでないとした考え方（東京高判平成12年3月30日判時1726号162頁【キャンディ・キャンディ事件】）と、これに反対する考え方があることを踏まえつつ、それぞれの根拠を摘示して、いずれを自説として採用するかを論述していれば、その論証の説得性に依りて「良好」又は「優秀」と評価した。

#### イ 設問2

本設問においては、①丁は引用に係る著作権制限規定（同法第32条第1項）に依拠して反論することが考えられること、丁が適法引用を主張するためには、②R2が公表された著作物であり（同法第4条第4項、同法第45条第1項）、③R2のカラーコピーを作成してSに貼り付ける行為が引用に該当し、④当該行為が公正な慣行に合致し、かつ⑤正当な範囲内で行われていなければならないこと、⑥引用して利用する側の著作物性の要否（例えば、東京地判平成10年2月20日判時1643号176頁【バーンズ・コレクション事件】は必要と解し、知財高判平成22年10月13日判時2092号135頁【絵画鑑定証書事件】は不要と解している。）、⑦当該行為が適法引用に当たるといえれば、複製権の制限により作成された複製物の譲渡に係る著作権制限規定（同法第47条の7）によって、Sの譲渡行為も適法と評価できること等を的確に論述することが「一応の水準」である。

その上で、旧著作権法上の引用の成否について、最判昭和55年3月28日（民集34巻3号244頁【モンタージュ写真事件】）が援用した「引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができ、かつ、右両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があると認められる場合でなければならぬ」とする基準を現行法上も採用すべきか否か、採用するとした場合にどの要件の下で採用すべきか、上記④について、現実の慣行が存在しなければ公正慣行の要件は常に充足されないと解すべきか否かについて自説を論じていけば、その論証の説得性に依りて、また、そのようにして導かれた適法引用に係る各要件の解釈を、R2のカラーコピーのサイズや、当該コピーがSから取り外し可能な構造とされていること等の事実を的確に当てはめることができているならば、その当てはめの的確性等に依りて、「良好」又は「優秀」と評価した。

さらに、著作権法第48条第1項第1号が定める出所明示義務は、乙の差止請求とそれに対する丁の反論の検討においては直接的な関連を有しないことや、出所明示の有無は、公正慣行の要件充足の判断においてなお考慮され得る等の論述があれば、高く評価した。

#### ウ 設問3

本設問においては、①乙は、公衆送信権（同法第23条第1項）の侵害を理由として、戊に対して差止請求を行うこと（同法第112条第1項）、②Qの物理的な公衆送信の主体は匿名の第三者であること、③電子掲示板の運営者が当該著作権の規範的な侵害主体と評価され得る場合及び④本設問の事案がそのような場合に該当するか否か等を的確に論述することが「一応の水準」である。

その上で、上記③について、（戊が運営するものを含む）電子掲示板が著作権を侵害しない用途にも使用され得るものであることをきちんと踏まえた規範が自説として定立されていれば、その論証の説得性に依りて、また、上記④について、設例で与えられた様々な事実（戊が最終的な送信停止の権限を有している事実や、大量の送信停止要請が寄せられて戊がその対応に追われている事実等）が、当該規範の当てはめの的確に活用されていれば、その当てはめの的確性等に依りて、「良好」又は「優秀」と評価した。

### 3 採点実感等

#### (1) 第1問

##### ア 設問1

特許を受ける権利の譲渡契約が解除され、遡及効が生じることについては、言及できていた

答案は多かった。

(1)については、特許庁において出願人名義の変更手続（特許庁長官への届出、特許法第34条第4項）が必要であることについて言及する答案は少なからずあったが、その前提として、（Yの協力がなければ）Xが特許を受ける権利を有する旨の確認判決が必要となる点を説明できていた答案は少数であった。なお、XがYに当該権利を「譲渡した」と記され、また、特許出願人としての地位を「回復する」手段を問う本問では、Yが既に特許出願人の地位にあること、つまり当該権利のXからYへの承継に係る特許庁長官への届出が既に行われていることは明らかであるが、その欠缺を理由に特許を受ける権利がXからYへ移転していないことを前提とする答案が散見された。

(2)については、契約の解除の効果により、本件発明に係る出願が冒認（同法第123条第1項第6号）に該当し、特許を受ける権利を有する者であるXが、同法第74条に基づく移転請求をなし得るのではないか、ということについて言及した答案は少なくなかった。他方で、譲渡契約の解除によって特許を受ける権利がXに復帰し、権利の二重譲渡状態が生ずると論じるものもあったが、これは、解除前の第三者に対する契約解除の効果について一般に支持されている考え方とは異なるものである。

また、同設問は、「異なる見解にも留意しつつ」論じることを求めているが、これに言及できている答案は少なく、異なる見解に触れた答案であっても、なぜそれを自説として採用しないかについて、根拠を明らかにして論じるものがほとんどなかった。例えば、特許権の移転の特例制度（同法第74条第1項）よりも、民法上の解除前の第三者保護制度（同法第545条第1項但書）を優先するという結論を採用するにしても、なぜそのように解すべきかについて説得的な論証を試みる答案はごく少数であった。

さらに、特許権の移転の特例制度によるべきであるとする答案であっても、善意のZに関する有償の法定通常実施権（特許法第79条の2各項）まで条文を記載した上で言及した答案は少なかった。また、同法第74条第1項に基づく移転請求の可否を論じることなく、または、同条の移転請求を否定したにもかかわらず、同法第79条の2の適用を論じる答案が一部見られたが、基本的な条文の要件を理解していないと言わざるを得ない。他方で、民法第545条第1項但書と特許法第79条の2各項による第三者保護を比較し、要件・効果の差異にも言及して検討した答案は高く評価した。

#### イ 設問2

多くの答案は、Mが確率が高くない技術である点と、副作用という弊害を伴う技術である点については触れていた。もっとも、これらの各事実が、条文上のどの要件に位置付けられるのかについて、不明瞭又は不正確な答案が多く見られた。例えば、発見率が20%にとどまることや、副作用が生じる事実を、発明の「高度性」要件の問題として論じる答案も見られたが、同要件についての基本的理解が不十分であると評価せざるを得ない。他方で、適切な要件に位置付けた上で、その解釈や本問の事実の評価にも言及して整合的な結論を導いている答案は高く評価することができた。

また、Mが人を診断する医療行為に係る発明である点については、これを拾い上げてその問題の所在を指摘し、産業利用可能性の問題として適切に位置付けられている答案は多くはなかった。このような基本的な論点については、十分な学習が望まれる。

本設問を通じて、裁判例への言及が全くないか、それがあっても裁判例の一般的な判断とかけ離れた結論を示す答案も少なからず見られた。裁判例の理解に当たっては、いかなる事実に基づいて結論が導かれたのかが重要であり、当てはめも含めた丁寧な学習が望まれる。

#### ウ 設問3

最後の設問であったからか、あるいは実務的な論点として学習が不十分であったためか、総じて本設問に対する解答の出来は芳しくなく、ほぼ白紙状態の答案も少なくなかった。受験者

の多くは、関連する裁判例（前掲の知財高決平成26年5月16日判時2224号146頁等【アップル対サムスン事件】）をほとんど学習していなかったのではないかと推察される。確かに、それ自体が先端的といわれる法分野である特許法の中でも、特に先端的な論点を扱った裁判例ではあるが、FRAND宣言特許の行使については国際的にも大きな議論を呼んでいるだけでなく、我が国では知財高裁のいわゆる大合議部の判断が下されており、しかもそれは以降の標準的な判例教材にも掲載されているのであるから、少なくとも問題の所在と裁判例の立場を正確に理解していることが望まれる。

また、上記裁判例の立場に従う場合には、差止請求と損害賠償請求を区別して論じる必要があるが、これらを区別せずに結論を導いている答案が一部認められた。他方で、両者を区別した上で、さらに、Xが本件宣言に基づくライセンスを受ける意思があるかどうかについても言及し、それぞれを場合分けし、理由を付した上で結論を示すことができている答案は、極めて高く評価することができた。さらに、損害賠償請求については、ほとんどの答案が、本件条件でのライセンス料相当額の範囲内の損害賠償請求が認められることを指摘するにとどまり、この場合であっても著しく不公正であると認められるなどの特段の事情があるときには請求できないことについて触れられた答案はほとんどなく、また、本件条件でのライセンス料相当額を超える損害賠償請求が阻まれる論拠について触れられた答案も稀であった。

なお、たとえ裁判例の見解とは異なっているとしても、例えば特許権者Wによる本件宣言（申込み）と、それを前提としたXによるLの製造販売（承諾）により、特許権Pのライセンス契約が成立している等、根拠を示して特許権行使の可否を論じた答案については、一定の評価を与えた。他方で、本件宣言がなされていることから、当然に権利行使が全てできないとの結論のみを示す答案も一部存在したが、取り分け裁判例と異なる法律構成を採る場合には、そのように解すべき理由についても述べるべきである。

## (2) 第2問

### ア 設問1

ほとんどの答案は漫画Qの二次的著作物性に言及できていたが、小説Pに著作物性が認められること、甲はあくまでもPの著作者（すなわちQの原著作者の著作者）として丙に対して権利行使すること、丙がPの創作的表現を利用していないことをきちんと説明した上で論述を展開するのではなく、いきなり二次的著作物の部分利用に係る原著作者の著作権の効力に係る論点を展開する答案が散見された。根拠となる条文をこまめに摘示するとともに、自己の答案の論理構成が明確に伝わるように論を進めるべきである。

また、甲は、丙による肖像画R1の販売行為の差止めを求めているのであるから、譲渡権の侵害要件の充足を前提として論じるべきであるが、当該著作権が問題となる点に気が付かない答案も散見された。侵害論を検討するに際しては、対象となる権利が何かをまず明確に把握することが重要である。

原著作者の譲渡権の侵害が成立するためには、二次的著作物におけるその利用部分において原著作者の創作的表現が感得されることを必ずしも要しないとの見解を採るに当たり、（前掲の東京高判平成12年3月30日判時1726号162頁【キャンディ・キャンディ事件】が示した）原著作者の創作性を引き継ぐ要素と二次的著作物の著作者の創作性のみが発揮されている要素の区別はしばしば困難であるという根拠に依拠する答案が多く見られたが、本問の事案は両要素の区別が容易な設例であるにもかかわらず、上記の理由のみを挙げて漫然と甲が差止請求できるとの結論を導いている答案があった。

本設問が、著作権法第28条にいう「同一の種類の特許」の解釈問題であることを明示した答案は少なく、さらに、「異なる意見」にも留意することが要求されているにもかかわらず、単に解釈上の争いがあることを指摘するのみで、自説についてだけ言及する答案も少なくなかつ

た。本設問では、反対説を意識しつつ自説のための理由付けを行うことが求められているのであるから、反対説の根拠にも言及した上で、それに反論を試みるべきであろう。

なお、一部の答案に、R 1は二次的著作物ではなく、別の独立した絵画の著作物であるとして、または、キャラクターには著作物性がないとして、甲の請求を否定するものがあった。

条文の形式的な摘示を誤る答案も散見された（例えば、同法「26条の2第1項」と記載すべきところ、単に「26条の2」と記載している（項数の記載がない）答案や「26の2条」などと記載している答案、同法「2条1項11号」と記載すべきところ、「2条11項」「2条11号」「2条1項10号」などと記載している答案）。

#### イ 設問2

多くの答案が、美術の著作物等の展示に伴う複製等に係る著作権制限規定（同法第47条）や美術の著作物等の譲渡等の申出に伴う複製等に係る著作権制限規定（同法第47条の2）に基づく反論を試みていた（その中には適法引用について全く触れないものもあった）。同法第47条によって許容されるのは、美術の著作物等の原作品による展示に伴う小冊子等への複製・上映・公衆送信であり、本設問の事案における鑑定証書のように、観覧者とは関係なく作成され、原作品とともに流通するもののために行われる複製は、本条と直接関係しない。また、同法第47条の2は、オークション等に対応した規定であり、本条によって許容される複製・公衆送信は、譲渡等の申出の用に供する目的で行われ、かつ政令で定める措置（著作権法施行令第7条の2、著作権法施行規則第4条の2）を講じたものに限定されることに注意しなければならない。

本設問で問題となっているのはSの譲渡であるところ、肖像画R2と鑑定証書Sとの峻別ができておらず、消尽法理に言及する答案が見られた。同法理の基本的な理解を欠いていると思われる。

丁が適法引用（同法第32条第1項）を主張するためには、R2は「公表」された著作物でなければならないが、当該要件に言及できている答案はあまり多くなかった。条文上の要件であるから、論述において言及することが求められる。また、R2が「公表」された著作物であることを言及する答案においても、根拠条文（同法第4条第4項、同法第45条第1項）とともにその点を指摘できた答案はほとんどなかった。

引用する側の著作物性の要否について言及した答案は少なかった。一方で、少数ではあるが、Sが著作物性を有しないことを指摘した上で、この点を検討した答案も見られたところであり、それらは高く評価することができた。

大半の答案が前掲の最判昭和55年3月28日民集34巻3号244頁【モンタージュ写真事件】に示された二要件に触れており、現行法におけるその条文上の位置付けにも言及できている答案は多かった。一方で、当該二要件に触れずに、条文の文言に直截に依拠して判断する立場を採る答案も、一定数見られた。ただ、いずれにしても、丁寧な当てはめを行っている答案は多いとはいえ、単に事実のみを羅列して、どの要件についての検討を行っているのか分からない答案も散見された。

極めて多くの答案が、鑑定証書に対象絵画のコピーを張り付けることが丁の同業者の間でほとんど行われていなかったという事実をもって、端的に公正慣行の要件を充足しないと結論付けていた。しかし、条文の当該文言を重視しすぎると、新しく登場した引用方法については常に引用の抗弁が成立せず、著作権者の権利行使によって慣行自体の形成が妨げられることになりかねない。少なくない裁判例や学説が当該文言を柔軟に解釈していることに鑑みれば、この点についてもう少し深い考察を展開してほしかったところである。一方で、少数ではあるが、同要件について、社会通念の観点から合理的か否かで判断する立場にも言及してこの点を検討した答案も見られたところであり、それらは高く評価することができた。

同法第47条の7に言及した答案は多くなかった。乙は、譲渡の差止めを請求しているの

あるから、譲渡を許容する明文規定を指摘すべきであろう。

#### ウ 設問3

乙の請求に係る支分権の特定（公衆送信権）と関連条文の摘示において不十分な答案が目立った。例えば、同法「23条1項」と記載すべきところ、単に「23条」とのみ記載する（項数の記載がない）答案が散見された（同条第2項は伝達権に係る規定であるため、項数を明記する必要がある）。

大半の答案においては、物理的な公衆送信の主体が第三者であるため、戊に侵害主体性が認められるか否かが問題となることが指摘できていた。戊の侵害主体性を判断するために定立された規範は様々であったが、比較的多くの答案においては、本設問の事案から重要事実を拾い、それらを定立した規範に当てはめる努力が行われていたと評価できる。一方で、どのような規範に基づいて戊の侵害主体性を判断すべきかを示さずに、単に結論のみを示した答案も少なくなかった。また、本設問に示された事実をただ列挙するのみで、それらがどのように侵害主体性の判断において考慮されたかについて言及しない答案も散見された。

戊が最終的な送信停止の権限を有している事実及び僅かながら利益を得ている事実のみを拾って、戊の侵害主体性を直ちに肯定する答案も一定数見られたが、このような解釈を採用すると、電子掲示板の運営者は著作権を侵害する投稿の有無を常時監視しなければならなくなり、掲示板の規模が大きくなればなるほどそれが困難になって、掲示板の運営自体が不可能になってしまう。そのため、これらの答案は、本設問が要求する「戊が運営する掲示板は、著作権を侵害しない用途にも使用され得るものであることに留意」したものとすることができず、低い評価を免れなかった。

電子掲示板の運営者に過度な負担を強いることなくその侵害主体性を判断するための規範としては、例えば、著作権を侵害する投稿があった時点ではなく、運営者が当該投稿を不当に放置していると評価できるようになった時点ではじめて侵害主体性を肯定するといったものがあり得よう（東京高判平成17年3月3日判時1893号126頁【2ちゃんねる事件】）。少数ではあるが、このような立場に立って規範を定立し、乙が送付した内容証明郵便を戊が閲読した後も3週間特段の是正措置を採らなかった事実を拾い上げて、これに当てはめる努力をしていた答案も見られたところであり、それらは高く評価することができた。

#### 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、基本的な論点に関する知識、論理的思考力及び論述力を問うとともに、問題文に記載された事実を丁寧に拾い上げた上で、事案に則した個別具体的な解決策を導く力を問う出題を心掛けた。しかし、論点の内容についてはそれなりに記載されていても、実務において重視される事実関係の把握・分析が不十分と思われる答案が少なくなかった。

取り分け特許法においては、基本的かつ重要な論点の内容についての理解が不十分な答案が目についた。その原因は、第1問が、例年出題される特許権の侵害をめぐる攻防以外の論点や、やや先端的な論点を扱っていたためであるかもしれないが、特許法上の重要論点は、侵害に関するものにとどまるものではないのであるから、法科大学院には、引き続き、基本的な論点を偏りなく学ぶことの重要性を意識した教育を行うことが期待される。

また、判例や判断基準を示す裁判例があるにもかかわらず、それを念頭に置かず論じていると見られる答案も散見されたが、飽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、

重要と目される判例や裁判例，少なくとも最高裁と知財高裁大合議部の判断については，先例性の観点から一定の重点を置いた教育が行われることが望ましい。

なお，関連条文を摘示せずに論を展開する答案も見られたが，条文を前提とした解釈が基本であるから，法科大学院においては，引き続き，実務における条文の重要性を意識した教育が行われることを望みたい。

## 令和2年司法試験の採点実感（労働法）

### 1 出題の趣旨、狙い等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

### 2 採点方針

採点に当たっては、各問の事例の具体的な事実関係に即し、設問が求める法的検討・論述に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、これを踏まえて各論点につい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。

出題された事例の事案のポイントを正確に把握し、紛争の解決や法的検討に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は、おおむね平均以上の得点を与えることとした。各論点について関連する法規定や法原則の趣旨に遡った論証を展開し、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、着目すべき当該事例の特徴的な事実関係を適切に読み取って必要な分析・検討を行っているなど、特に優れた事例分析や考察が認められる答案には、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、相手に伝えるために書くものであることを意識し、できるだけはっきりとした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、時間外労働に対する割増賃金を基本給に組み入れて支払う旨の約定がある雇用契約が締結されている場合における割増賃金請求の可否（設問1）及びそのような約定がある雇用契約の締結により割増賃金請求権が放棄されたとの主張の可否（設問2）について、関連する法規及び判例が示す規範等に照らし、事例に示された具体的事実を的確に当てはめつつ検討することを求めるものである。

設問1では、時間外労働等に対する割増賃金の支払義務を定める労働基準法第37条第1項の趣旨を踏まえつつ、割増賃金について同項所定の計算式によらずに基本給に組み入れて支払う旨の約定は適法か否か等を論じることが期待されたが、その出発点として同項の趣旨を正確に示すことができた答案は多くなく、そもそも同項に触れることなく私的自治の原則（契約自由の原則）や労働契約法の合意の原則等に関する論述を全面的に展開し、労働基準法の論点に全く触れない、あるいは部分的にしか触れていない答案も少なからず見られた。

本件約定の適法性の検討においては、関連する諸判例（高知県観光事件・最判平成6年6月13日集民172号673頁、テックジャパン事件・最判平成24年3月8日集民240号121頁）が示す規範の内容の正確な理解が必要となる。判例は、支払われる割増賃金が労働基準法第37条第1項所定の計算方法により算定された額を下回らない限り、これを基本給に組み入れて支払う旨の約定も適法とし、その前提として、通常の労働時間の賃金に当たる部分と時間外労働に対する割増賃金に当たる部分を判別できることが必要としているところ、多くの答案が、「判別できること」が必要とされることを言及するにとどまり、判別可能性が求められる理由や、判別された割増賃金に当たる部分が法所定の計算方法により算定された額を下回らないことが求められることについてまで正確に論じることができた答案は、多くなかった。

また、前記の判別可能性があるかどうかについての具体的な当てはめにおいては、事例に示された事情をそのままなぞるにとどまり、分析や評価を何ら加えていない答案や、単に「割増賃金

部分を判別することができない」との結論的な指摘をするにとどまるものが多かった。当てはめにおいてどのような事情の存否が法的な評価、判断につながるのかを記述していないものは、答案に記載した規範の内容を十分に理解し論述しているとは言い難いであろう。

設問2では、比較的多くの答案が、賃金全額払いの原則（労働基準法第24条第1項）に言及しつつ、賃金債権放棄の意思表示が有効となる要件として、当該意思表示が労働者の自由な意思に基づくものであると認められる合理的な理由が客観的に存在することを挙げており、それらの答案については、判例法理（シンガー・ソーイング・メシーン事件・最判昭和48年1月19日民集27巻1号27頁）に関する一定の理解がうかがわれる点で、相応の評価を与えた。他方で、本問におけるY社の反論を民法の債権放棄一般の問題として論じ、前記の賃金全額払いの原則に全く触れていない答案も散見されたのは残念であった。

前記の判例法理への当てはめにおいては、事例に示された諸事情の中から、労働者の自由な意思に基づくものであると認めるに足りる「合理的な」理由が「客観的に」存在するかどうかの判断に資する事情を的確に取り上げて評価し、説得的に論じることが求められたが、基本給が比較的高額であると労働者が評価していたことや140時間から180時間の範囲内で自分の勤務時間を適宜調整する柔軟性があると労働者が考えたことなど、契約時の労働者の主観的認識をそのまま挙げるにとどまり、そのような理由の合理性を基礎付け得る事情が、労働者の印象にとどまらず、客観的にも存在していたのかについて意識的に分析・検討できていた答案は多くなかった。一部には、「Xは本件約定が付された雇用契約を締結したのだから当然賃金債権放棄の意思があった」などと本件約定から表面的に結論付ける答案も見られた。Y社における実際の繁忙状況やXが契約時にそれを知り得たかどうかなどの点に着目し、主観にとどまらない状況の分析ができていた答案は、相対的に高く評価された。

設問1、2を通じて、判例が示す規範の趣旨とそれが導かれる理由の正しい理解を前提に、問題文を丁寧に読み込み、出題意図を正しく理解して解答している答案は、比較的高い評価を得た。その一方で、出題意図をよく考えた上で解答に取り掛かる姿勢に欠ける答案が少なからず見受けられたのは、残念であった。

## (2) 第2問について

本問は、いわゆる地域合同労働組合からの団体交渉申入れに使用者が応じないという不当労働行為の事案について、考えられる法的救済の内容及びその法的根拠、それらの法的救済をなし得る機関、並びに救済内容に係る論点を検討した上で（設問1）、それらの救済の可否、すなわち不当労働行為の成否について、事例に則して具体的に検討することを求めるものである（設問2）。

設問1では、ほとんどの答案が、救済機関として労働委員会と裁判所があることを指摘することができていたが、法的救済を求める根拠として労働組合法第7条第2号（団交拒否）のみならず同条第3号（支配介入）をも挙げるのができていたものは、少数にとどまった。また、多くの答案が、求め得る救済の内容として労働委員会による使用者に対する誠実団交応諾命令及び裁判所による団体交渉を求め得る地位の確認を指摘していたが、労働委員会によるポストノーティス命令及び裁判所による損害賠償の判決を指摘することができたものはさほど多くなく、救済の内容について検討すべき論点（裁判所における団体交渉請求の可否、救済内容に関する労働委員会の裁量権の存否等）を的確に指摘して論述できた答案は少なかった。救済機関としての労働委員会と裁判所の異同について、その理論的根拠（不当労働行為制度の趣旨）に立ち返りながら考察し論じた答案は、高く評価した。

設問2では、答案の多くが労働委員会と裁判所において不当労働行為の成否に関する判断は同一のものになるという前提に立って論述していたが、その理論的根拠、すなわち労働委員会には不当労働行為の成否の判断について裁量（要件裁量）は認められないという判例の解釈（寿建築研究所事件・最判昭和53年11月24日集民125号709頁参照）に言及している答案は少数であった。

本問の事例において不当労働行為の成否に関して論ずべき三つのポイント（㉔労働組合が組合員名簿を提出しないことは団交拒否の正当な理由となるか、㉕当該従業員が社内の労働組合と社外の労働組合に二重に加入していることは団交拒否の正当な理由となるか、㉖会社の課長職である当該組合員は使用者の利益代表者に該当するか）については、ほとんどの答案が取り上げており、指摘することができた論点の多寡によって大きな差が生じることはなかったが、各論点の理論的な分析と論述の精粗により答案の優劣が分かれた。

㉔については、組合員名簿の提出を求めること自体がプライバシーの侵害や支配介入に当たり、提出に応じないことは団交拒否の正当理由になり得ないと断じるような慎重さに欠ける答案もあったが、団体交渉事項が何であるかによっては、団体交渉を求めてきた労働組合に誰が何人所属しているかを使用者側において確認することが必要となることを理解し、組合員名簿の不提出が団交拒否の正当理由になり得ることを論じていた答案も少なくなかった。もっとも、使用者側が団体交渉に応じるかどうかを判断するためとして当該団体交渉を求める労働組合の組合員を特定し、あるいは特定しようとする事自体が、場合によっては新たな不当労働行為を惹起するおそれを生じさせ得ることを的確に指摘することができた答案はごく少数であった。

㉕については、地域合同労働組合が団体交渉を求める事項について社内の労働組合が「解決済み」としていることのみを取り上げ、団交拒否の正当理由の存否について結論を導いたものが多く、二重交渉のおそれがあることがなぜ団交拒否の正当理由になり得るのかを理論的に掘り下げて論述した答案は少なかった。複数組合主義や中立保持義務などの一般原則を援用する答案も少なくなかったが、これらの原則から二重交渉問題について直接結論を導くことができるわけではない。自らの論証に欠落や飛躍がないか、客観的な目で見ると推敲を重ねる基本的な姿勢が求められる。

㉖の利益代表者性（労働組合法第2条ただし書第1号）の点については、趣旨の異なる労働基準法第41条第2号の管理監督者性との違いを十分に理解せず、あるいはその違いを意識せず、これらを混同して論述している答案が多く見られたことは、残念であった。また、この点の判断の当てはめとして、直接の人事権限の有無については適切に事実関係を拾い上げることができているものの、機密事項への接触の有無については十分に論及できていない答案が少なくなかった。基本的な概念については、類似の概念との異同に着目しつつ、その意味内容と外延を正確に理解しておくことが肝要である。利益代表者性と管理監督者性の区別を明確に意識し、労働組合法第2条ただし書第1号の趣旨と条文の構造に沿った論証ができている答案には、相対的に高い評価を与えた。

設問1、2を通じて、基本的な論点について正確な知識と理解に基づき、設問に則して丁寧に論述することができたものは、十分に合格水準に達する答案となっていた。さらに、各論点について、法の趣旨に立ち返った理論的な考察を行い、それに基づいて適切に結論を導くことができている答案は、より高い評価を得た。

本問では、確立した判例法理が存在するわけではなく、多くの受験者にとって初見と思われる論点も織り込み、未知の問題に対応する柔軟な思考・適応能力を問うた。そうした論点に対しても、問題の所在やその核心を理論的に正しく理解し、それに照らした丁寧な論述ができたかどうかにより、答案の優劣が分かれた。未知の論点について深い考察と正確な論証が示された答案は、基本的な論点についても本質を捉えた正確な論証が示されている傾向にあった。単に確立された判例の規範や通説とされる見解に基づく規範を形式的に暗記し、そこに事実を機械的に当てはめることに終始したのでは、応用力は養われない。そうした規範が判例として確立され、あるいは学説として支持される背景にある理論的基盤や法の趣旨についての理解を深め、そうした理解に基づいて、未知の問題に対しても理論的な考察と丁寧な論述をすることができる能力を着実に養うように努めてほしい。

#### 4 答案の評価

「優秀」の水準にあると認められる答案とは、出題の趣旨を正確かつ深く把握し、言及を要する論点をほぼ漏れなく論じ、法令や判例の趣旨・射程の正確な理解に基づく的確な規範定立と緻密な事実の評価・当てはめを行い、全体として論理に飛躍や無理のない説得的な論述を行っていると思われる答案である。

「良好」の水準にあると認められる答案とは、論ずべき論点にはおおむね全て触れており、法解釈について法令や判例の理解に基づく一定の見解を示した上で、設問に対する結論を導き出すのに必要な具体的事実を事例から拾い上げることができている一方で、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面が見られたりするなど、「優秀」の水準にある答案のような論述の緻密さ、深みが認められない答案である。

「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ついて一定の知識はあると認められるものの、論ずべき論点の一部に言及していなかったり、言及した論点においても、規範の定立に至る論理に欠落があったり、当てはめに不十分さが見られたりするほか、関係条文・判例に対する知識の正確性に難があり、論証において拾い上げる必要がある事実を事例の事実関係の中からの確に捉えて評価することができていない答案である。

「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の理解にも至っておらず、例えば、関係する法令を挙げることも規範を示すこともせずに単に問題文中の具体的な事実をなぞるにとどまっていたり、少ない知識から無理に構成した適切でない論理や規範から短絡的に断定的な結論を導いていたり、極めて表層的な当てはめに終始するだけであったりするなど、具体的事実に対応して法的見解を展開するというトレーニングを経ておらず、基本的な理解・能力が欠如していると思われる答案である。

#### 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た上で自己の法的見解の論証を正確かつ説得的に展開し、事例の中から有意な事実を過不足なく拾い上げて当てはめることによって、妥当な結論を導くという、法律実務家に求められる基本的な能力及び素養を試す出題を継続することとしたい。従来と同様に、労働契約法、労働基準法を中心とする個別法分野と労働組合法を中心とする集団法分野のバランスにも配慮する予定である。

#### 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、単なる暗記にとどまらない法の趣旨や理論的基盤に基づいた本質的な理解が図られるよう、更なる指導をお願いしたい。また、それらを具体的な事案に適用して論理的に結論・解決に導く能力を磨くために、事例分析の前提となる基礎的な事実を正しく把握する理解力、結論に至る論理を導くために必要な論点を抽出し、その相互の関連性を意識しつつ分析する能力、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、法の趣旨に沿った適切な事実の当てはめを行って妥当な結論を導く能力など、法律実務家に求められる基本的な法的思考力を更に養成するよう重ねてお願いしたい。

1 出題の趣旨について

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

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

3 採点実感等

【第1問】は、土壤汚染対策法（以下「土対法」という。）のうち、土壤汚染の調査の契機に係る同法第3条以下の制度に関する理解と、汚染が発見された場合の法的取扱いについての理解等を問うものである。【第2問】は、自然公園法に基づく特別地域制度の趣旨や目的に関する基礎的理解を確認し、複雑な法令の適用能力とその過程を論理的に説明する能力を試す趣旨のものである。いずれも、条文及び参考資料を読みこなすことができれば、対応可能な内容であったと考える。

【第1問について】

(1) 出題の意図に即した答案の存否、多寡

【第1問】は、〔設問1〕で、土対法の定める汚染調査の契機を定める同法第3条、同法第4条につき、さらに〔設問2〕では、同法第5条による健康被害が生じるおそれがある場合の土壤汚染調査・報告の命令制度、及びこれらによって汚染が発見された場合の同法第6条、同法第7条の発動等を問うものである。また〔設問3〕は、民法等による近隣住民への救済に関する検討を求めるものである。

〔設問1〕のうち（小問1）については、ほとんどの答案が土対法第3条第1項本文の定める調査・報告の義務について答えていた。しかし、調査の客観性確保のために指定調査機関に調査させるべきことを記載した答案は半数に満たなかった。なお、知事からの通知は、土地所有者等以外の者が施設を設置していた場合にのみ行われることを見落としと考えられる答案があった。また、本問の設例につき、同項ただし書適用と土対法施行規則（以下「土対法施行規則」という。）第16条第3項第1号該当の可能性があることについては、ほとんどの答案が言及していた。（小問2）については、同法第3条の手の履行の有無を問わず、一定規模以上の土地形質変更行為については同法第4条第1項の適用があること、土対法施行規則第22条ただし書によって規模要件について特例が適用されることについては、ほとんどの答案が触れていたが、同法第4条第1項第2号、土対法施行規則第25条第1号の適用除外には該当しないことに言及しない答案が相当数みられた。また、要措置区域等への指定という前提を欠くにもかかわらず、同法第16条の汚染土壌の搬出について記載する答案も散見された。

〔設問2〕については、有害物質使用施設跡地でなくとも、人の健康に係る被害が生ずるおそれがあるものとして政令の定める基準に該当する土地は、土対法第5条第1項の知事の調査命令の対象となることから、土対法施行令（以下「土対法施行令」という。）第3条該当性の検討を求めている。ここでもほとんどの答案が同法第5条の調査・報告命令の対象としての該当性があることに触れていたが、命令発出の要件である土対法施行令にまで触れた答案は半数に満たなかった。また、土対法施行令第3条第1号口によれば、地下水汚染の事実が確認できるこ

とを前提として命令を発出できることとしているが、この点にまで触れた答案はごく僅かであった。さらに、本問では、同法第5条発動の後、なされた報告に基づき知事による同法第6条による要措置区域指定等や同法第7条による汚染除去等計画の策定及びその実施措置実行の義務付け等について解答することを期待しているが、この点にまで言及した答案は、4割程度であった。

〔設問3〕については、まずは差止請求の可能性の検討を求めている。大多数の答案がこの点につき言及しており、さらに、差止請求権の根拠にも触れていた。ただ、それに加えて具体的要件の検討に及んだ答案は6割程度であり、さらに本問では差止請求が抽象的差止請求とならざるを得ず、この点に問題が残ることに言及した答案は2割程度であった。また、本問の設例につき、4割強の答案が損害賠償請求の可能性について触れているが、いかなる損害が賠償の対象となり得るかを検討した答案はさらにその半分であった。なお、ごく少数ではあるが、実損害を考慮することが困難であるため賠償請求は否定に解されるとした答案があった。

## (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〕は、条文や参考資料を読めば何らかの解答ができる設問であるが、土対法の制度趣旨を十分に理解している答案と、そうでない答案との間で、どの点をどこまで答案に記載すべきかの選択に相違が生じたと考えられる。また、参考資料として掲げられた政令や省令を読みこなせば比較的容易に正解を得られる設問であることからすれば、限られた時間内に参考資料を読みこなす能力の有無が解答の優劣の差異を生んだものと考えられる。

〔設問2〕は、土対法第6条、同法第7条の発動なしには現実の問題への法的措置としての効果を期待できないと考えられるにもかかわらず、同法第5条の適用のみで終わった答案が多数であったことは課題解決のために環境法規を適用するという法曹の役割を考えるとときにはやや残念な結果であった。また、同条第1項、土対法施行令第3条は要件が抽象的であるため、その該当性は慎重な検討を要する上、次の設問3にも共通することであるが、本問の設例は、「新聞報道によって市民が不安を感じている」とするにとどめており、これが実際に公的機関による検証を経た汚染の事実関係であると考えることが可能かどうかはなお検討の余地を残していたにもかかわらず、当然に地下水汚染が発生したものとして解答する答案が相当数見られた。これは、問題文の設例を注意深く読みこなし、適切な事実摘示を行うことができたか、法律要件の該当性を慎重に検討することができたかどうかによる答案の差異であると考えられる。

〔設問3〕は、時間の制約のためか、簡単な記述にとどまる答案が少なくなかったが、差止請求については、差止めの請求内容が何かを考えないままに記載されたと考えざるを得ない答案が相当多かった。さらに、民法第709条に基づく損害賠償について触れた答案についていえば、本問の設例では損害発生の有無が判然としていないにもかかわらず、何が同条でいう損害であるかを考えないまま記載しているとしかいえない答案が少なからず見受けられた。民法の基本についての理解が、環境法の試験であっても求められるところというべきである。

## (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から設問3までの各問について、バランスよく答えており、設問1については、土対法第3条第1項本文、同項ただし書、同法第4条の関係をよく把握して設例に当てはめており、設問2については、同法第5条の適用要件を参考資料をも踏まえて示し本問への適用の可否を論じ、かつその後の同法第6条、同法第7条の適用にまで示している。また、設問3については、差止請求権の根拠のみならず要件を吟味し、かつ抽象的差止請求の可否にまで論述し、さらに損害賠償請求についてその対象となり得る損害についても論じている(結論は可否いずれかを問わない)。「良好」な答案のイメージは、優秀な答案に比してその程度がやや劣り、いくつかの論点の脱落はあるものの、設問1ないし3について全て解答しているものである。「一応の水準」の答案は、各設問に一応答えてはいるものの、設問への解答に粗密が見受

けられるものである。「不良」な答案のイメージは、設問の全てに答えることなく、また設問によっては条文や参考資料を過剰に引用した記述をするなど、答案としてのバランスを欠いているものである。

## 【第2問について】

### (1) 出題の意図に即した答案の存否，多寡

#### ア 「設問1」について

大半の答案は、条文（自然公園法第20条第3項，同法第33条第1項）を挙げて、所定の行為につき特別地域では原則許可制，普通地域では原則届出制となっていること，そのような差異を設けている趣旨として自然の風景や動植物等の保護の必要性の違いがあることを説明する内容であった。基本書等でも説明されている事項であり，自然公園法の趣旨目的についての一定の理解は得られているようである。もっとも，要保護性の差にとどまらず，自然公園法が，風致の維持と私的財産権の調和をも求めていること（同法第4条参照）に明示的に言及する答案は多くなかった。また，特別地域の中でも，さらに特別保護地区，第一種特別地域，第二種特別地域及び第三種特別地域の区分を設けて，必要性の程度に応じたきめ細やかな規制を行っているところ，[設問2]の参照資料には，自然公園法施行規則第9条の2も挙げられているのであるから，この点にも気付いて触れてほしかったところである。

なお，自然公園法の条文から，特別地域と普通地域との間の差異として発見できたものを片端から列挙することに終始する答案も散見されたが，そのような答案が題意に沿うものではないことは理解し得るはずである。

#### イ 「設問2」について

本来であれば，自然公園法施行規則第11条各項をはじめ，関連する条文を全部読み通し，本件に当てはめる作業が必要になるところ，それらの規定は極めて複雑で難解な内容であり，本件に関係する部分を抽出するだけでも相当な困難を伴う。そこで，試験における時間や紙幅の制約に鑑み，あらかじめ検討すべき項目のみを参照資料に抜粋して提供した。にもかかわらず，法令の誤読が多く見られたことは残念である。特に，「Aの計画する建物は，上記の「前各項の規定の適用を受ける建築物」に該当しないものとする。」という注に惑わされたのであろうか，本件に同条第6項は適用がないとする答案は，誤読の中でも致命的なものと言わざるを得ない。同項の適用対象は，「前各項の規定の適用を受ける建築物の新築，改築又は増築以外の建築物の新築，改築又は増築」である。

本設問の事例については，特別地域内における工作物の新築又は改築として許可制の対象となるところ（自然公園法第20条第3項第1号），自然公園法施行規則第11条第6項本文の許可基準による限り，同項が準用する同条第1項第2号に抵触し，不許可が見込まれる。しかしながら，Aの計画する建物の建築が「既存建築物の改築等」に該当し，かつ，同条第1項第5号に適合する場合（同条第2項ただし書）には，同条第6項ただし書により，同項本文の適用を免れるが，その場合も，同条第37項の基準は充足する必要がある。以上が，参照資料の法令に照らした検討により到達すべき論理の流れの骨格である。しかしながら，大半の答案は，論理的構成のないまま，単に参照資料の条文を挙げられた順に検討するにとどまった。参照資料では末尾近くに抜粋されている同条第1項第2号に，本事例の検討における終盤になって初めて言及するような答案などは，論理的構成を欠く答案の典型例である。

また，本設問の事例に挙げられた諸事情に照らすと，Aの計画が「既存建築物の改築等」に該当するか否かについては，様々な考察が可能である。出題者としては，問題文から読み取れる事情を解答者なりに分析し，「既存建築物の改築等」該当性につき自由闊達な検討が加えられることを期待した。こうした出題意図に沿って，個別事情の当てはめを丹念に行い，説得的に論ずることのできた答案も一定数存在したものの，時間の制約もあつてか，法令の検討には

成功した答案であっても、この点については淡泊な論述にとどまるものが多数を占めた。

ウ [設問3] について

損失補償の可否と、可能な場合の補償の範囲につき、いかなる結論であれ、裁判例や学説を踏まえ、本設問の事例に当てはめて論理的に説明する解答を期待した。本設問の事例に照らしてその可否を説得的に論じた答案も一定数存在したが、時間の制約もあってか、大半は自然公園法第64条第1項を挙げて損失補償を請求する途があることを指摘するにとどまった。また、損失補償を可とした答案の中でも、さらに補償対象となる損失の範囲まで論じたものは少数であった。学説や裁判例に言及する答案も多くはなかった。

なお、不許可処分の取消訴訟を挙げる答案もあったが、本設問は「ホテルCの建築が認められない場合」の救済を論じることを求めるものであって、「ホテルCの建築が認められない場合」という前提を覆す方法を論じることは題意に沿わない。許可処分の義務付け訴訟を単体で挙げるもの、国家賠償請求訴訟を挙げるものも、題意に沿わない点は同様であるし、解答内容としても疑問がある。

(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

ア [設問1] について

出題の意図にある程度沿った解答が大半を占めたが、自然公園法に基づく規制に伴う利害対立の本質を捉えきれていないのか、財産権の尊重というキーワードに言及するものが非常に少なかったのは意外であった。

イ [設問2] について

法律家の問題解決は、事実を法令に当てはめ、争点を把握することがスタートになる。[設問2] については、この事例における最大の争点は何なのかを的確に把握して論述することができたか否かが、解答の質を大きく左右したと思われる。法令の誤読によりこの点を見誤った答案が目についたことは、実に残念な結果である。

また、法律家にとって、法令の解釈能力はもちろんのこと、的確な事実認定とその評価も同様に重要である。本設問の事例についても、問題文から読み取ることのできる事実関係を拾い上げ、多角的に分析することが不可欠であるが、その点に力を入れて深く考察する答案は、残念ながら多くはなかった。

ウ [設問3] について

時間的制約の中で不十分な解答に終わったものも多かったと思われるが、憲法における重要論点でもある損失補償について、主要な学説や裁判例への言及があまり見られないのは残念であった。損失補償という四文字に思い至らない答案も相当数存在した。選択科目までカバーするのは大変であろうが、基本書をベースに学説や判例を学ぶという地道な学習を重ねるよりほかあるまい。

(3) 各水準の答案のイメージ

ア [設問1] について

それほど差は付かなかった設問であるが、規制手法や内容の違いとして、特別地域については自然公園法第20条第3項各号所定の行為につき原則として許可制が採られ、さらに保護の必要性に応じて特別保護地区、第一種特別地域、第二種特別地域及び第三種特別地域に区分されていること、普通地域については同法第33条第1項各号所定の行為につき原則として届出制が採られていることを挙げた上で、自然公園法が自然保護とともにその利用増進を図ることを目的としており（同法第1条）、財産権の尊重（同法第4条）をも謳っていることから、要保護性の差異に応じ規制に強弱を設けていることを説得的に論ずるものを、「優秀」な答案と評価した。これに準じる内容でありながらも、特別地域内における特別保護地区等の区分へ

の言及を欠くもの、あるいは規制の差異を設ける根拠として財産権の尊重という自然公園法の要請にまでは言及できていないものなどが、「良好」な答案あるいは「一応の水準」の答案のイメージであり、答案の大半を占めた。特別地域と普通地域における規制等の差異を列挙するだけの答案は、「不良」との評価を免れない。

イ 「設問2」について

参照資料の法令を的確に理解した上で、Aの計画が「既存建築物の改築等」に該当するか否かが主要な争点になることを意識しつつ、問題文に現れた個別事情につき多角的に考察し、許可、不許可いずれの結論であれ、説得力をもって一定の見通しを論じるものを「優秀」な答案と評価した。争点は把握した上で一定の結論を導くものの、本事例における個別事情の当てはめにおいて淡泊な論述にとどまるものが「良好」な答案、争点を意識せず論理的構成なしに参照資料の法令への機械的な当てはめを行うものが「一応の水準」にある答案、法令の誤読等により真に検討すべき事項に論及しないものが「不良」な答案のイメージである。

ウ 「設問3」について

救済手段として自然公園法第64条第1項に基づく損失補償を挙げた上で、Aの損失が補償の対象となり得るか否か、補償の対象になるとした場合にその範囲はどうなるかにつき、本事例に即した事実の当てはめと、学説や裁判例も踏まえた検討を行い、一定の結論を導くものは「優秀」な答案、損失補償は挙げつつも、その可否や範囲に関する理由付けについての論述が薄いものは「良好」な答案、損失補償を救済手段として挙げるのみで、その余の論述が乏しいものは「一定の水準」にある答案、損失補償に言及せず、専ら取消訴訟等について述べるのみものは「不良」な答案のイメージである。

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もの、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

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。法令が難解なので誤読したなどという言い訳は通用せず、致命的な過誤ともなりかねない。どの科目においても、日頃の学習の中で、面倒がらずに様々な法令を参照し、丹念に読み込む習慣を身に付けることを強く勧める。また、法律家が事案の解決を図る上で、個別具体的な事実関係への考察は不可欠である。事例問題に取り組む際には、自らが当該事案を担当したつもりで、問題文に現れた事実関係を深く分析し、当事者の主張に真摯に耳を傾ける姿勢で臨んでもらいたい。

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。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2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2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、設問に關係する国際法の基本的な概念や規範、特に、關係する主要な多数国間条約の關連規定や国際判例及び国内判例を正確に理解しているか、②各設問の内容を理解し必要な国際法上の論点に触れているか、また、出題されている事例に対する適切な考察がなされているか、③答案の法的構成がしっかりしており、論理的かつ正確な文章で書かれ、適切な理由付けがなされているか、といった点を重視した。

### 3 採点実感等

第1問は、国家の裁判権免除の概念、絶対免除主義と相対（制限）免除主義の考え方の説明と絶対免除主義から相対（制限）免除主義に国際法規則が移行した背景、相対（制限）免除主義における主権的行為と業務管理的行為の区別の基準、裁判権免除と判決の強制執行の免除の区別に関する基本的知識と理解を問うものである。第2問は、二か国を貫流する河川の利用に関して、環境の保護に関する国家の国際法上の義務、条約の廃棄及び条約の下での義務の履行の停止を正当化する事由並びにこれらの論点に関する国家間の紛争を国際司法裁判所に付託する場合の管轄権の根拠と被告国側が提出し得る抗弁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、全く見当違いの答案は少なかったものの、最低ライン未滿者が存在した。しかし、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、さら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、国家の裁判権免除の概念及び絶対免除主義の考え方の説明を求め、B国とA国の民間企業であるXとの売買契約書におけるA国の国内裁判所で裁判手続を行う旨の条項の意義を問うものである。論点としては、国家に裁判権免除を認める根拠としての国家の主権平等と主権の尊重、また、国家が主権を行使して行った行為や国家財産には、原則として無条件に国家の裁判権免除が認められるという絶対免除主義の考え方の説明ができるかどうか、裁判権免除の適用に当たっての売買契約書における裁判手続条項の評価を問うものであった。

採点に当たっての全体的な印象としては、いずれの答案も設問の趣旨を十分に理解し、これらの論点について正確に論述できていた。ただし、国家の裁判権免除は、当初から国家主権の当然の論理的帰結として成立していたわけではなく、各国の国内裁判所で認められるようになり、やがて慣習国際法規則となったという経緯についての理解は不足しているように思えた。

設問2は、相対（制限）免除主義の考え方の説明を求め、国際法規則が絶対免除主義から相対（制限）免除主義に移行した背景、相対（制限）免除主義に立つ場合の主権的行為と業務管理的行為の区別の基準、売買契約書における裁判手続条項がB国による裁判権免除の放棄と考えられるかについての国際法上の理解を問うものである。

多くの答案は出題の趣旨を正確に理解し、相対（制限）免除主義についての的確に記述することができていたが、国際法規則が絶対免除主義から相対（制限）免除主義に移行した歴史的背景に言及する答案は少なかった。また、相対（制限）免除主義に立つ場合には、主権的行為と業務管理的行為をいかに区別するかの説明が必要であるが、この点に関して不十分な記述にとどまる答

案が散見された。事例の当てはめについてはおおむねよくできていたが、日本における絶対免除主義から相対（制限）免除主義への判例変更となったパキスタン貸金請求事件の事件名には言及できても、売買契約書における裁判手続条項に免除の放棄の効果を認めた当該判決部分に言及できた答案はほぼ皆無であり、国際公法における判例の勉強の方法を見直す必要があると感じた。他方で、書面による契約で裁判権に明示に同意した場合にも、外国国家は裁判権から免除されないと定めた外国等に対する我が国の民事裁判権に関する法律に言及している答案もあり、その点は評価できた。

設問3は、裁判権免除と判決の強制執行の免除の区別及び国家の主権的公共的財産は強制執行の対象とできないことの理解を問うものである。

多くの答案が設問の趣旨に沿って、裁判権免除と判決の強制執行の免除の区別について解答できていた。答案の中には、2004年に国連総会で採択された「国及びその財産の裁判権からの免除に関する国際連合条約」の関連規定に言及できたものも見られ、勉強の跡がうかがえた。他方、A国内でのB国の銀行口座が外交使節団名義で開設されているという事実関係から、専ら1961年の外交関係に関するウィーン条約における外交特権の枠組みでのみ議論を展開する答案も散見されたが、外交関係に関するウィーン条約でどこまで論じることができるかの見極めも必要であろう。

## (2) 第2問

設問1は、民間の会社甲社によるA国の領域内におけるダム及び発電所の建設とその稼働により、B国の領域で河川の水量が大幅に減少し、水質が著しく悪化したことについて、B国がA国のどのような国際法上の義務の違反を主張し得るかを問うものである。

多くの答案が、慣習国際法の下での義務と1975年条約の下での義務を区別し、それぞれについての違反を論じており、出題の趣旨に沿った解答ができていた。慣習国際法に関しては、領域使用の管理責任と環境影響評価の実施の義務が主要な論点となる。若干の答案が相隣関係又は国際河川の上流国の下流国に対する義務を論点として取り上げていた。それらのうち、この義務を問題文の事実に適切に当てはめて論じているものについては、点を与えることとした。

なお、領域使用の管理責任については、多くの答案が、トレイル熔鉱所事件の仲裁判断や人間環境宣言、環境と開発に関するリオ宣言に言及し、この原則を説明できていた。もっとも、いくつかの答案は、領域使用の管理責任について、「自国の管轄又は管理の下における活動が他国の環境に損害を与えないことを確保する責任」と記述していた。本問の限りでは、このように記述しても誤りではないが、一般論として記述する場合、この原則は、「他国の環境」だけでなく、「国の管轄外の区域の環境」に損害を与えないことを確保する責任であることに留意してほしい。また、領域使用の管理責任と環境影響評価の実施の義務は、それぞれが個別の慣習国際法の規則であることにも注意が必要である。

設問2は、B国による「電力の安定供給に関する条約」の廃棄及び同条約の下での義務である電力供給の停止が国際法違反の行為であることを、A国が国際法のどのような規則に基づいて主張できるかを問うものである。

出題の趣旨としては、条約法に関するウィーン条約（以下「条約法条約」という。）の関連規定の下で、B国による「電力の安定供給に関する条約」の廃棄及び電力供給の停止が正当化できるか、という論点だけでなく、対抗措置としてこうした行為が正当化できるかについても論じることを求めていた。

多くの答案で、条約法条約の関連規定を取り上げた解答がなされていたのに対し、対抗措置を論点として取り上げた答案は少なかった。また、対抗措置を取り上げた答案では、条約法条約の関連規定に基づく議論がなされていないものが多かった。これらの二つの観点からの解答が望ましかった。

設問3は、B国が本問に関する紛争を国際司法裁判所に付託する場合の管轄権の根拠、及びA国が提出し得る抗弁を問うものである。

多くの答案が、1975年条約の第19条という紛争解決条項を援用することが可能である点を指摘しており、出題の趣旨を理解していると感じた。

ただし、B国が1975年条約の第19条を管轄権の根拠として、国際紛争を国際司法裁判所に付託する場合、1975年条約の解釈又は適用に関する紛争の存在と、当事者間の交渉によって解決できないという二つの要件が満たされていることを立証しなければならない。この二つの要件のそれぞれを明確に論じている答案が少なかったことは残念であった。また、A国の抗弁についても、これらの二つの要件が重要な意味を持つが、これらを十分に論じた答案も少なかった。

条約の紛争解決条項に基づいて国際紛争が国際司法裁判所に付託される場合、援用される紛争解決条項に規定されている要件が重要な意味を持つ。原告国側は「条約の解釈又は適用に関する紛争」の存在を先例に基づき立証し、及びそれぞれの紛争解決条項に規定されている手続的な要件（本問の場合は、「交渉によって解決できない」こと）が満たされているか否かを、事実に基づいて論証する必要がある。同時に、これらの要件が被告国側の抗弁の根拠となることを意識した解答が望まれるところである。

### (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抽出し、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いているもので、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

法科大学院教育では、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、条約法条約、国際司法裁判所規程等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国際司法裁判所の判例等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本的な知識を備えているか否か、さらに、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）及び国際民事手続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（常に趣旨について論述することが必要だというわけではないが、それがその設問における当該法規範の解釈に影響し得る場合にはその論述が必要である。）、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の理解が曖昧又は欠けていると認められる答案は、「不良」ないし「一応の水準」にとどまった。それらが明瞭に表現されている答案は、「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〕について

(ア) 〔設問1〕では、理論的にはまず性質決定が問題となろう。ここで問題とされるのは「離婚の方法」といわれる問題であり、それが離婚の実質（法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）第27条）か方式（通則法第34条）か手続かが問題となろう。しかし、性質決定についての結論とその理由の両方が書けていた優秀な答案は残念ながら少なく、通則法第27条によるとの結論のみが書かれているものが多かった（同条によることの理由としては、例えば、離婚の方法が離婚制度の基本に関わるというものが考えられる。）。手続として法廷地法によらしめる答案も少数ながらあったが、その理由ないしこの説における離婚準拠法と法廷地法の役割分担については書けていないものが多かった。通則法第34条によるとの答案もあったが、その理由は書かれておらず、単に「方法」＝「方式」と考えているのではないかと思われた。

(イ) 通則法第27条による場合には、本問に掲げた甲国法の裁判手続を日本の調停手続で代行できるかどうかの問題となる（実体と手続の適応問題）。ここでは日本の調停手続についての基本的な理解の足りない答案が多かったのは残念なことであった。例えば、調停が裁判官の関与なく行われるという誤った認識（家事事件手続法（以下「家事法」という。）第247条、同法第248条ほか参照）を示すものがあった。なお、調停も一種の裁判であるとする立場においては、調停委員会が、当事者間に成立した合意が相当でないとする場合には、調停を成立させないことができると定める家事法第272条第1項本文や、調停調書の記載が確定判決等と同一の効力を有することを定める家事法第268条第1項を根拠として挙げることが考えられる。

それに対して、調停では裁判所の関与がなお弱く、前述の甲国法の裁判手続を代行できな

いとす立場を採った場合には、審判による代行について検討することとなる。審判による代行を認める場合には、合意に相当する審判（家事法第277条）と調停に代わる審判（家事法284条）のいずれによるかについて検討することが望ましい。しかし、この点についても論じている答案は少数であった。もっとも、単に「審判による」とする答案でもその前提や理由が書けていれば「良好」な点数を獲得できるようにしている。

調停によることはできないとする答案のうちで審判に触れずに人事訴訟によるものがあるが、相当数あったのは驚きであった。人事訴訟によるべきだとする説は古くは有力な説であったが、現在では、特に本問のように離婚準拠法が当事者間の合意を尊重する立場である場合には支持されていない。審判が裁判の一種である（家事法第73条参照）との基本的な理解があれば、当然に審判について言及することになるはずであり、それができないようでは「一応の水準」との評価も得られない。なお、そのような答案のうち、訴訟によるもの趣旨で日本民法第770条によっているとしているものがあり、それ自体は理解できるが、離婚準拠法は甲国法だとしながら離婚原因等の実体の問題についても同条によっていると論理矛盾に陥っているものもあった。

- (ウ) 調停の国際裁判管轄権について論じている答案が相当数あったが、本設問ではXYともに日本に住所を有している事案であり、かつ、設問中で国際裁判管轄権についての検討を求めているわけではないので、これについて触れることは不要である。

また、公序について論じている答案も相当数あったが、本問では甲国法の裁判離婚を日本のいずれの手続によって代行するかが問題であり、異常な結果の発生は問題にはならないので、これについて触れることは不要である。

#### イ 「設問2 小問1」について

- (ア) 国際裁判管轄権は手続の問題なので法廷地法によるもの記述が相当数あった。そのことに誤りはないが、答案としては、明文の規定があるのであれば、まずは、条文の要件の解釈や当てはめを丁寧に行って結論を述べるのが求められる。法廷地法によることは当然のことであって、それ自体が条文の解釈適用に影響するものではなく、紙幅も限られていることからすると、必ずしもこれに触れる必要はない（この点は、第2問についても同様である。）。

- (イ) 平成30年の人事訴訟法（以下「人訴法」という。）等の改正を知らず、改正前の判例の枠組みで書いていた答案も散見された。そのような解答では「一応の水準」との評価も得られない。重要な法改正で試験時に施行されているものは学習しておかなければならない。

- (ウ) 本問の離婚請求は人訴法第3条の2第6号に該当するケースであり、この管轄原因のみで日本の裁判所は国際裁判管轄権を有することとなるため、同条第1号ないし第5号に定める管轄原因については、配点していないが、それらに該当しないことについての記述があれば加点事由とすることとした（ただし、複数の管轄原因に該当しないことについて記述したとしても、大幅な加点がされるものではない）。なお、同条第6号に該当することが確認できれば、同条第7号に触れることは不要である。

本問の離婚請求については、人訴法第3条の2第6号への当てはめが問題となるが、当てはめをするに際しては、設問中のどの事実関係が、条文上のどの要件に該当するのかが丁寧に記述することが必要である（同号の要件のうち、「日本国内に住所がある身分関係の当事者の一方からの訴え」について当てはめをしていない答案が少なくなかった。）。なお、このように条文の要件への単純な当てはめによって結論が得られる場合には、必ずその趣旨について記述しなければならないというわけではない。もっとも、その趣旨までの確に記述しているものには加点した。

離婚請求については「優秀」と評価される答案が多かった。

- (エ) 財産分与請求については人訴法第3条の4第2項によるが、これを適用できているものは少数であった。財産分与が元々審判事項であるとの基本的な理解に乏しく、同項の存在意義が十分に

は理解されていないこともその原因の一つではないかとも推測される。離婚訴訟においては、未成年の子がいる場合には親権者の指定が問題となるほか、実務上、養育費等の子の監護に関する処分や財産分与に関する処分などの審判事項についても申し立てられることは非常に多いので、同条についても勉強してほしい。

- (オ) 慰謝料請求については人訴法第3条の3による（同法第17条によるものもあったが、同条は国際裁判管轄権に関する規定ではない。）。同条の当てはめについては、括弧書きに該当することの確認をしていないものが多数あった。括弧書きなので触れなくてもよいと考えたのかもしれないが、これは本文の例外を定めるものではなく、本文の要件に人事訴訟の当事者間での請求であるとの要件を追加するものである。離婚訴訟では、例えば不貞行為の相手方などの第三者に対する損害賠償請求が併合されることがよくあるが、そのような請求ではなく、人事訴訟の当事者間での請求であることを確かめなければならない。もっとも、括弧書きの当てはめが抜けていても「良好」な点数の獲得は可能である。

なお、離婚自体の精神的苦痛に基づく慰謝料請求は人訴法によるとしながら、個別不法行為（本問では不貞行為）に基づく慰謝料は民事訴訟法（以下「民訴法」という。）によるとする答案も散見された。狭義の国際私法において両者を区別して性質決定するのと同様に考えたのであろう。しかし、ここでは管轄が問題となっているので、訴訟上の請求を単位として考えるべきである。本問では上記のような区別をせずに慰謝料請求という一本の請求がなされている（実務ではこれが普通である。）。管轄に関しては一つの請求についてそのように区別することはできない。

- (カ) 本問の場合、国際裁判管轄権を否定すべき「特別の事情」に該当し得る事実の問題文からはいかがえないので、人訴法第3条の5については必ずしも触れる必要はないが、書かれていればその内容に応じて加点事由の一つとして考慮している。

ウ [設問2 小問2] について

- (ア) 離婚準拠法についてはよくできていた。  
(イ) 財産分与については扶養の問題と性質決定するものも少数あったが、問題文では清算的要素のみが問題となっていることを明示している。問題文をよく読まれたい。

これについては通則法26条説を採るものが多かった。その理由として第三者保護を挙げるものが相当数あった。それが誤りだというわけではないが、本問では離婚する当事者間での離婚給付が問題になっており、第三者の利害には関わらない（なお、婚姻中の財産の帰属については、この問題について同法27条説を採る場合でも、その前提問題として同法第26条による。）。そこで、離婚当事者間の関係に当てはまる理由、例えば、夫婦財産の清算は夫婦財産制が現実の意味を持つ局面であるとか、夫婦財産契約で離婚時の清算についても定めていることがあるといった理由のほうが優れていると思われた。

- (ウ) 慰謝料の全部又は一部を不法行為と性質決定した上で通則法第17条を適用するに際し、不貞行為が行われた地の法によるとするものが若干あったが、それは行動地であろう。同条本文は結果発生地主義を採っており、同条ただし書にも該当しないので、本問では侵害の対象となった婚姻生活の営まれていた地がこれに当たると考えられる。

エ 第1問の全体について

人訴法が民訴法の特別法であること（人訴法第1条のほか、特に国際裁判管轄権につき同法第29条第1項参照）、訴訟事項と審判事項の区別、家事調停の性質、合意に相当する審判（家事法第277条）と調停に代わる審判（家事法第284条）の区別といった人訴法及び家事法の全体構造及び基本的事項についての理解が不十分な者が多いように思われる。これらについては法科大学院教育において十分な時間が掛けられていないことが多いので学習に困難が伴うこともあろうが、ひとり国際私法・国際民事手続法の理解に必要であるのみならず、実務家として人事・家事事件を扱う

ための基本でもあるので、ぜひ勉強してほしい。

(2) [第2問] について

ア [設問1] は、財産関係事件について、被告が外国法人であって日本に主たる営業所等を有していない場合、すなわち民訴法第3条の2の規定に基づく国際裁判管轄権が日本の裁判所に認められない場合において、どのような管轄原因があれば日本の裁判所の国際裁判管轄権が認められるかを問うものであった。

[設問1] では、特に被告の差押可能財産所在地管轄(民訴法第3条の3第3号)の解釈・適用について論ずることが求められていたが、この管轄を指摘できていない答案が一定数あった。

この管轄を指摘していた答案の多くは、民訴法第3条の3第3号括弧書きの「その財産の価額が著しく低いとき」にも言及した上で結論まで示していたが、同号(及び同号括弧書き)の趣旨等に基づく法解釈を行って判断基準を提示した上で結論を導いていた答案は、少数にとどまった。本問において、特許権の評価額が5000万円であることが「その財産の価額が著しく低いとき」に当たるか否かを判断するためには、同号括弧書きの趣旨等を踏まえてその要件を解釈することが必要であるが、このような法解釈が十分でない答案であっても、同号に定める「財産権上の訴え」であることや、「差し押さえることができる被告の財産が日本国内にある」ことに関して丁寧な認定や当てはめを行っている答案については、一定の評価が与えられている。

被告の差押可能財産の所在に基づき日本の裁判所の国際裁判管轄権が肯定されると解した場合には、これが、直ちに当事者間の衡平、裁判の適正・迅速に基づくものといえるとは限らないことから、民訴法第3条の9に定める「特別の事情」の有無についての検討を行う必要があるが、多くの答案は、同条にも触れていた。

なお、被告の差押可能財産所在地管轄に触れずに、日本の裁判所の国際裁判管轄権を肯定できない多数の管轄原因を検討する答案も一定数あった。このような答案については点数を与えていない。もっとも論述全体として国際裁判管轄権に関する基本的理解を示すことができているものについては、全体点の中で若干の評価点を与えた。また、民訴法第3条の5第3項などを根拠に日本の管轄権を肯定するなど、国際裁判管轄権に関する各規定の理解ができていない答案も若干数あった。

イ [設問2] は、本件契約に甲国法を準拠法と定める条項があった場合において、その後の訴訟で当事者が日本の民法の適用があることを前提にそれぞれの主張を行ったときに、契約の準拠法の変更があったといえるかどうかを問うものであった。

大多数の答案は、契約ないし法律行為の効力の問題と性質決定を行い、通則法第7条以下の規定によって準拠法を決定した上で、準拠法の変更に関する同法第9条に言及していた。

ただし、当事者による準拠法の変更が、明示的なものでなければならないのか、それとも黙示的なものでも足りるのかの点について検討していない答案も一定数あった。

また、本件の損害賠償請求は、債務不履行に基づくものであるにもかかわらず、これを不法行為と性質決定するなど、国際私法の基本的理解ができていない答案が若干数あった。

ウ [設問3] 小問1は、「国際物品売買契約に関する国際連合条約」(以下「条約」という。)の適用要件についての理解を問うものであった。

多くの答案が、条約の適用要件を定める条約第1条に言及した上で、同条(1)(b)の「国際私法の準則によれば締約国の法の適用が導かれる場合」についての検討を行うことができていた。その上で、日本の国際私法である通則法第7条以下の規定によって本件契約の準拠法を判断していたが、同法第8条の解釈・適用に関する論述の丁寧さの程度については、答案によって差異が見られた。例えば、同条の規定は、同条第1項において、最密接関係地法が準拠法となることを前提としつつ、その判断基準の明確化の観点から、最密接関係地法を推定するものとし

て、同条第2項において、いわゆる特徴的給付の理論を採用しているにもかかわらず、同条第1項に触れることなく、同条第2項についてのみ論じている答案も少なくなかった。

小問2は、条約が適用される場合に、売主が引き渡した物品の不適合を理由として買主が求める損害賠償についての根拠条文を問うものであった。多くの答案は、必要な条文を示すことができていた。

なお、[設問3]については、時間の制約もあってか、白紙の答案が一定数あったのは残念であった。

#### 4 今後の出題について

狭義の国際私法、国際民事手続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

(1) 全体の法構造をしっかり理解した上で、個々の条文を解釈、運用する力を養うことが望まれる。今回は特に3(1)エに書いたように人訴法及び家事法の全体構造及び基本的事項についての理解不足を感じた。法科大学院では限られた時間の中大変ではあると思うが、これらについても教育をお願いしたい。

(2) 答案作成に当たり、条文の適用が問題となる場合には、まず、条文を明示すべきである。次に、条文の適用を検討するに当たっては、当該条文の要件を明示した上で、同要件を満たす事実関係があるかどうかを判断すべきであるが、そのいずれかが欠けているものが散見される。そして、最後に最終的な結論を明示すべきである。

答案の記述は当該問題の解決に必要な部分を厚くすべきである。条文の要件解釈や当てはめに問題がないような場合にも、条文や制度の趣旨について長々と記載しているものがあるが、基本的には、条文の趣旨等は、その要件解釈や当てはめに必要な範囲で記載すれば足りる。

管轄原因は、一つでも要件を満たすものがあれば、日本の裁判所の管轄権が認められるにもかかわらず、要件を満たさない多数の管轄原因を検討している答案が相当数見られた。基本的には、要件を満たすと思われる管轄原因を中心に検討することで足り、要件を満たさないと考えられる管轄原因については、例えば、被告の住所等による管轄権のような主要な管轄原因について簡単に触れることで十分ではないかと考えられる。

(3) 文字が乱雑で判読が困難あるいは不能な答案が多い。採点時に文字の解読に多大の時間と労力を費やしているが、それでも判読できない箇所を含む答案が相当数あった。そのような場合にはたとえ内容的に優れた記述であったとしても評価することができない。また判読困難なものも点数が低くなることがしばしばである(他人が読んで分かる文章を書く能力は評価の対象である。)。あまり苦労せずとも読める字を書くよう努められたい。