

## 令和3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3年司法試験論文式試験問題出題の趣旨【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、従来と異ならない。

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、司法試験審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請求1の根拠及びこれに対するCの反論（下線部ア）の位置づけ、②Dによる即時取得の成否、③民法第193条の適用の可否、④目的物のAへの返還までにCが得た使用利益の返還義務の有無である。②については指図による占有移転によって即時取得が成立するかなど、④については民法第193条に基づく回復請求がされるまでの所有権の所在などが問題になる。

全体としては、請求1については、多くの答案がDに対して指図による占有移転の方法で引渡しされたことを指摘した上でこれによって即時取得が成立するかどうかを検討し、また、民法第193条による回復請求の可否に言及していた。それぞれの根拠条文（民法第192条、第193条）から要件を抽出して適切に事案に当てはめているか、同法第192条の「占有を始めた」という要件に関する判例準則（一般外観上従来の占有状態に変更を生ずるがごとき占有を取得すること）を意識して検討を行っているかが評価の分かれ目になった。

請求2については、民法第193条の回復請求がされるまで目的物の所有権がどこにあるかを検討し、これと不当利得の成否を関連付けて検討している答案はごく少数であった。不当利得の成否について、所有権の帰属先と不当利得の成否との関係を踏まえて検討したものについては、高い評価が与えられた。

個別に見ると、①については、Aの請求が甲の所有権に基づく返還請求権であることを明示しない答案も多かった。その結果、その後の抗弁を正確に理解できていない答案が相当数あった。

請求1はAが甲の所有権を有することを前提としていることからすると、「Dが所有権を有している」という下線部アの主張はAが所有権を有していないことを指摘するもの、すなわち所有権喪失の抗弁であるといえる。所有権喪失の抗弁ではなく、占有権原の抗弁を主張するものであると理解する答案が多かったが、貸主が無権利者ではCが使用貸借によって占有権原を得たとはいえないから、即時取得によってDが所有権を取得したことを論じる必要がある。また、使用借権には第三者対抗力がないから、使用借主であるCがAに対して使用借権を主張して引渡しを拒むには、Aが甲について権利を有しないことが必要となる。したがって、いずれにしてもDの即時取得によりAが所有権を喪失したかどうかを検討しなければならない。また、Cが当初締結した使用貸借の相手方（貸主）は無権利のBであるから、Cの占有権原を基礎付けるには、代物弁済によって使用貸借契約上の貸主としての地位が権利者であるDに移転したなど何らかの根拠を示す必要があるが、占有権原の抗弁と理解した答案のうちこの点について言及したものは非常に少なかった。

②については、多くの答案が指図による占有移転によって即時取得が成立するかどうかを検討していた。民法第192条の「占有を始めた」という要件については、「一般外観上従来の占有状態に変更を生ずるがごとき占有を取得すること」とする判例準則が存在しており、指図による占有移転をこの判例準則に当てはめた上で、外観上従来の占有状態にどのような変更が生じているかを丁寧に論じているものについては、高い評価が与えられた。これに対し、結論のみを述べるものや判例準則と離れて独自の基準を設けるものは低い評価にとどまった。このほか、②については、民法第192条のその他の要件についても丁寧に当てはめている答案には高い評価が与えられた。

③については、多くの答案が民法第193条による請求が可能であることを指摘していた。もっとも、本問では請求の相手方がCであり、即時取得したDではないが、同条の「占有者」と同法第192条の「占有を始めた者」の異同に言及した答案は極めて少数であった。占有者が即時取得したDではないために同法第193条の請求は認められないとした答案も少数ながら存在したが、このような答案は結論の妥当性の点から低い評価にとどまる。

④については、民法第189条、第190条のいずれが適用されるかが問題となるが、ほとんどの答案は同法第703条、第704条の適用のみを問題としており、同法第189条、190条について言及した答案は少数であった。

また、不当利得の要件を検討するに当たり、民法第193条による回復請求がされるまでの使用収益権限の所在を検討することなく、「Cが甲の使用収益をしている間、Aが使用利益を失ったので損失がある」とした答案が非常に多かった。しかし、Aに所有権が帰属するなど、Aに使用収益権限があるといえる場合でなければ、そもそも不当利得は問題にならない。

したがって、上記のような答案を高く評価することはできない。

#### イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、下線部アからウまでの各当事者の主張を的確に理解した上で、上記の①から④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それぞれの要件と事実の当てはめを丁寧に検討した上で、特に上記の②及び④についてそれぞれの解釈論を掘り下げつつ、自説に従って一貫した主張をし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、上記の②又は④についての解釈論の検討が不十分であったり、事実の当てはめが粗雑であったりするが、①から④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、①から④までの各点について記載はされているものの、表層的な検討にとどまっているものなどである。

不良に属する答案の例は、請求1については、指図による占有移転による即時取得の可否、民法第193条の適用の可否などの問題点を看過し、これらについて全く言及しないもの、代物弁済の要件など本件においては重要な論点とならないものについて論ずるものなどであり、請求2については所有権（使用収益権限）の所在や民法第189条に言及することなく、不当利得が成立するという結論のみを示すものなどである。

#### (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、大別して、①契約①の性質、②契約の中途解除の根拠、③既履行部分の報酬請求の可否、④未履行部分の報酬相当の損害賠償請求の可否である。

設問2においては、契約①の性質を準委任と捉えるか請負と捉えるか（更にそれ以外のものと捉えるか）、また、Eが処理する事務・仕事の内容を各月ごとのものと捉えるか、5か月分併せて一体のものとして捉えるかなど、与えられた事実関係の法的な捉え方がいくつか考えられ、いずれの立場を採るかによって、その後の法律関係の処理の内容や根拠条文が異なってくる。いずれの立場を採るかを明確にした上で、その立場から一貫した論述をすることができかどうかによって評価が分かれることとなった。

個別に見ると、①については、全体としては準委任契約とするものが多く、請負契約とするものも相当数見られた。いずれの考え方を採ることも可能であるが、性質を判断するに当たっては、これに当たると判断した契約類型の特質（例えば、準委任であれば、法律行為以外の他人の事務を裁量をもって行う、請負であれば仕事の完成を目的とするなど）を挙げた上で、契約①の内容を当てはめて結論を示す必要がある。このような当てはめを行い、加えて報酬の決定方法とも関連付けて契約内容を論じるもの（例えば、基本となる報酬に加えて成功報酬が別途定められていることから、受講者の合格という結果は保証されていない、など）には高い評価が与えられた。他方、例えば請負でも雇用でもないことから準委任であるというような論述をするものも散見されたが、このような論述は低い評価にとどまる。

請負と性質決定する答案の中には、受講者を合格させること、技能を取得させることをもって仕事の完成とする答案も少数ながら見られたが、本間においてはこのような検定の合格や一定の技能を習得させるという成果の完成が合意されているとみるのは困難であり、請負と性質決定するのであれば、完成すべき仕事の内容を講座の実施そのものなどとする必要がある。

Eが提供する役務の内容が法律行為ではないことから委任ではないとし、請負又は雇用に該当すると結論付ける答案も見られたが、準委任の存在を看過したものであり、説得力を欠くと言わざるを得ない。

また、雇用と性質決定するものも散見された。雇用は使用者との間に指揮命令関係がある

ことを特徴とするが、この検定の受験指導におけるEの専門性からするとAE間に指揮命令関係があるとみるのは困難であり、このような答案は低い評価にとどまった。

②については、相対的に多くの答案は任意解除権を根拠として挙げていたが、債務不履行解除とする答案も相当数見られた。しかし、契約の性質上Eに相当程度の裁量があると考えられ、与えられた事情で債務不履行に基づく解除権の発生を認めるのは困難と考えられるから、このような答案に高い評価を与えることはできない。任意解除権を根拠とする答案でも、特に請負に関する民法第641条を挙げる答案は、その要件についての検討が不十分なものが散見された。同条による場合、仕事の完成前に解除する必要があるが、ここでいう「仕事」を各月単位で考えるか、5か月分で併せて一体とみるかによって「完成前」の意味が異なってくるため、仕事の捉え方を示した上でどのような意味で同条が適用されるかを論ずる必要があるが、この点に言及した答案は少なかった。

③については、準委任と構成するとしても、請負と構成するとしても、委託された役務の内容を各月単位で考えるか5か月分で併せて一体とみるかによって、仕事がか途中で終了したかどうか異なり、ひいては報酬の根拠規定も異なってくる。いずれと構成することも可能であるが、この点について明示的に論じたうえで既履行報酬の根拠規定を指摘した答案は、極めて少数であった。また、契約①の性質をEが5か月間にわたって講義をするという一つの仕事を完成させる請負契約と捉えながら、8月分の講義は既履行であるとして報酬請求を認めるものは、両者の整合性を意識しないものとして低い評価にとどまった。

④については、準委任と構成する場合、不利な時期に解除したものといえるかどうか問題となるが、この点を具体的に指摘した答案は多くなかった。本問では、従前の通学講座については代替の講師を準備しており、Eが通学講座の講師として復帰することは困難であること、検定試験の実施が迫った時期に別途講座を始めることも困難であることなどが「不利な時期」といえるための事情と考えられるが、これらの事情を挙げて丁寧に論じたものは極めて少数であった。また、賠償の対象となるのは解除が不利な時期にされたことによって生じたものであるとするのが通説であり、それによれば通常より高額月額60万円全額の賠償を求めることはできないと考えられるが、これらの点を含め、何をもって不利な時期と捉えるかと整合的な形で損害の内容を丁寧に論じたものは、極めて少数であった。

準委任と構成する答案の中には、やむを得ない事由があるとして損害賠償を否定するものも散見された。しかし、Eに相当程度の裁量が認められることを前提とすると、与えられた事情からやむを得ない事由があるとするのは困難であると考えられる。

#### イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、Eの処理する事務・仕事の内容についての的確に捉えた上で、これと一貫する形で、上記の①から④までの各点に関して、事実関係を丁寧に当てはめて論じたものである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案と比べ、Eの事務・仕事の内容の捉え方がやや曖昧であったり、(準委任とした場合の)解除の時期が不利であるとする理由の論述や損害の内容の分析が不十分であったりするが、①から④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、①から④までの各点について記載はされているものの、表層的な検討にとどまっているものなどである。

不良に属する答案の例は、法律行為でないために委任ではなく請負とする、請負でも委任でもないという理由で雇用とするなど、役務提供契約の類型の理解が不十分であるもの、契約①の性質やEの債務の内容と具体的な請求権に関する処理との間に矛盾があるもの、Aが任意解除権を行使することができることを看過し、Aによる解除が債務不履行に当たるなどとして民法第415条に基づく損害賠償の可否を論ずるものなどである。

(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主債務について生じた時効更新事由の保証人への効力、②自働債権が受働債権の弁済期前に時効消滅した場合の相殺の可否、③無委託保証人が一部弁済した場合の主債務者に対する求償の範囲、④保証人が一部弁済した場合の他の共同保証人に対する求償の要件及びその範囲である。

いずれも基本的な条文及び判例の知識を具体的な事例に適用することによって結論を得ることができる論点であるが、全ての論点についてバランスよく的確な論述をしていた答案是少なかった。

個別に見ると、①については、多くの答案が主債務について時効の更新事由があったことを指摘した上で、その結果保証人も時効を援用することができないと結論付けていた。もっとも、主債務についての援用を主張するか、保証債務についての時効を援用するかによって、援用の根拠や主債務についての更新が保証人にどのように影響するかの説明が異なってくるため、一貫した論述をすることが必要となるが、この点について意識された答案是少なかった。なお、多くはないが、消滅時効期間が契約の締結から起算する（このため、例えばAが弁済の猶予を求めたことを時効完成後の承認とする）という初歩的な誤りを犯すものが散見された。

②については、AのFに対する売買代金債権が本件債権の弁済期到来前に時効消滅しているため、両債権が相殺適状にあったといえるか、相殺適状にあったとはいえない場合にこの売買代金債権を自働債権とする相殺が可能であるかが問題となる。この点について判示した最判平成25・2・28民集67巻2号343頁は基本的な判例であり、多くの受験生がその内容を知っていると思われるが、ほとんどの答案は、売買代金債権が時効消滅したことを看過したためか、この論点に触れていなかった。民法第508条に言及するものは少数であったが、その多くは両債権が相殺適状になかったことを看過しており、上記の問題の所在を正確に指摘したものは極めて少数であった。

③及び④のいずれも、基本的な条文の知識を適用することによって解答を導くことができるが、正確に条文を適用していずれについても正しい解答をした答案是極めて少数であった。③については、相対的に多くの答案は、Fが委託を受けない保証人であることを指摘していた。委託を受けない保証人の求償の範囲は「その当時利益を受けた限度」であるが、これと「現に利益を受けている限度」が必ずしも区別されていないのではないかと思われる答案が相当数見られた（単に「利益を受けた限度で求償することができる」とするものなど）。少数であるが、主債務者に対する求償と共同保証人に対する求償の区別がついておらず、例えばAとGに対して100万円ずつ求償することができるなど初歩的な誤りを犯す答案も見られた。

④については、相当数の答案が、民法第465条第1項において準用する同法第442条第1項によって規律されることを正しく指摘していたが、適用条文を誤っているものも散見された。適用条文を正しく指摘するものであっても、同法第465条第1項において「その全額又は自己の負担部分を超える額を弁済したとき」とされているのを看過し、弁済額が負担部分を超えていなくても負担部分に従って求償することができるとしたものが多く、求償することができる額を正しく算出したものは極めて少数であった。

イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、AのFに対する売買代金債権が時効消滅していること、それが本件債権の弁済期到来前であることを的確に指摘した上で、このような場合における相殺の可否について言及し、求償関係についても条文を的確に挙げて正確に求償金額を算出しているものなどである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案ほどではないものの、検討すべき論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、例えば、AのFに対する売買代金請求権について消滅時効が完成していることに気が付いた上でこの金額については保証債務の履行を拒むことができるものとし、また、一部弁済した保証人の求償についても一応の解答を示したものなどである。

不良に属する答案の例は、AのFに対する売買代金債権が時効消滅していることを看過し、その結果その他の論点についても何ら言及しないもの、契約に基づく債権の消滅時効期間の起算点を当該契約の締結時と誤解しているもの、一部弁済した保証人の求償権について、主債務者に対する求償金額を算出するに当たって、保証人の数を含めて頭割りにしているものなどである。

#### (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、その基本的な要件が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、指図による占有移転によって即時取得が成立し得るかについて深く論ずること自体はよいとしても、そののみを検討し、即時取得の他の要件に触れないまま、安易に請求権の発生を認める答案が散見された。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、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

本年においても、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】に現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。限られた時間内で答案を作成するためには、短時間で自己の見解を適切に文章化するのに必要な基本的知識・理解を身に付けることが肝要であり、引き続き、法的知識の体得に努めていただきたい。また、その際、条文や判例に関する表面的な知識を習得するだけでなく、そのルールを具体的な事実に適用し、結論を導くことができる能力を身に付けるように努めていただきたい。例えば本年の設問3においては、相殺や求償に関する基本的な条文及び判例を具体的な事実に適用することができるかが問われたが、適切に解答した答案は極めて少なく、このような能力の習得に課題があることが示されたといえる。

さらに、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3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3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、取締役会設置会社である株式会社において、代表取締役が当該株式会社を代表して当該代表取締役が個人として負う債務を連帯して保証する旨の合意をした場合に、当該株式会社とその連帯保証債務の履行を拒絶するために考えられる法的な主張としてどのようなものがあり、そのような主張が認められるのかを検討することを通じて、代表取締役による行為の効力等についての理解を問うものである。

(ア) 設問1においては、甲社としては、①Aが甲社の代表取締役として締結した本件連帯保証契約は、利益相反取引である間接取引（会社法第356条第1項第3号）に該当し、取締役会設置会社である甲社においてはその取締役会の承認が必要であった（同法第365条第1項）のに、取締役会の承認を得ていないので無効（甲社に効果不帰属）である、②本件連帯保証契約は、多額の借財（同法第362条第4項第2号）又は重要な業務執行（同項柱書）に該当し、取締役会設置会社である甲社においてはその取締役会によって決定されなければならなかったのに、取締役会によって決定されていないので無効（甲社に効果不帰属）であるなどと主張して、本件連帯保証契約に基づく債務の履行を拒絶することが考えられる。

しかし、上記①の主張と上記②の主張のいずれについても言及している答案は多くはなく、上記①の主張については言及するものの上記②の主張については言及していない答案が多数見られた。上記②の主張に気が付かなかったことが主な原因であると考えられるが、甲社の立場において考えられる主張が複数あるのであれば、その全てについて検討をすることが求められる。実際に、乙社から本件保証契約に基づく保証債務の履行を求める訴えが提起された場合には、甲社としては、上記①主張だけではなく上記②の主張も尽くして応訴するはずであるから、そのような実務的な感覚も意識してほしいところである。

(イ) 甲社の上記①の主張の当否を論ずるに当たっては、本件連帯保証契約が利益相反取引である間接取引（会社法第356条第1項第3号）に該当し、取締役会設置会社である甲社においてはその取締役会の承認が必要であった（同法第365条第1項）のに取締役会の承認を得ていないことを指摘する必要がある。この点については、本件連帯保証契約が間接取引に該当することは条文上明らかであるから、簡潔に指摘すれば足りるところ、「自己又は第三者のために」の解釈論を展開したり、間接取引の該当性を詳細に論じたりすることにより、全体のバランスを失っている答案が一定数見られた。また、同項の規定を見

落とし、株主総会の承認が必要であるとしたり、承認の主体を明らかにしないまま論じたりしている答案も、少数ではあるが見られた。

続いて、取締役会の承認のない間接取引の効力について、判例（最判昭和43年12月25日民集22巻13号3511頁）を踏まえて検討することが求められる。多くの答案は、上記判例が採用したとされる相対的無効説を意識して論述していたものと思われるが、上記判例を正確に理解しているものもあれば、上記判例を十分に理解しているとは評価することができないものもあった。例えば、「会社の内部的意思決定を欠くにすぎない」、「代表取締役は株式会社の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する」、「取引安全のため」といった理由付けをした上で、取締役会の承認のない間接取引は原則として有効であるものの相手方が悪意又は重過失であれば無効となるといった論述は、上記判例を正確に理解しているものと評価することはできないところ、そのような論述をする答案も一定数見られた。

- (ウ) 甲社の上記②の主張の当否を論ずるに当たっては、まず、甲社の財務状況や本件連帯保証契約に係る主債務の額等の本問の事実関係に照らし、多額の借財又は重要な業務執行に当たるか否かを検討することが求められる。上記②の主張の当否について言及することができた答案の多くは、多額の借財（会社法第362条第4項第2号）の該当性を論じた上で、これを肯定していた。その際には、重要な財産の処分（同項第1号）についての判例（最判平成6年1月20日民集48巻1号1頁）が「当該財産の価額、その会社の総資産に占める割合、当該財産の保有目的、処分行為の態様及び会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断すべき」と判示していることなどを参考にして何らかの判断基準を定立し、本問の事実関係に照らして検討することにより、説得力のある論述を展開していくことが望まれるところであり、さらに、甲社の財務状況や本件連帯保証契約に係る主債務の額といった数量的な観点からの検討だけではなく、金銭消費貸借契約とは異なり連帯保証契約の場合には甲社に何ら財産が入ってこないことや、保証料の支払もないといった本件連帯保証契約の性質を踏まえた検討をすることができれば、なお望ましいといえる。上記②の主張の当否について言及することができた答案のうち、上記のような観点から十分な論述ができたものも一定数見られたが、その反面、全く判断基準を示すことができていないものや、結論を示すだけのものも見られた。

続いて、本件連帯保証契約を締結することが取締役会によって決定されていないことを指摘した上で、その場合の効力について、判例（最判昭和40年9月22日民集19巻6号1656頁）を踏まえて検討することになる。この点については、上記②の主張の当否について言及することができた答案のほとんどが言及することができていたが、上記判例を正確に理解しているものもあれば、上記判例を十分に理解しているとは評価することができないものもあった。

- (エ) 上記①及び②の主張のいずれにおいても、判例の立場に立って検討する場合には、本件連帯保証契約の相手方である乙社の主観面の検討が必要となる。まずは、本件連帯保証契約を締結することが間接取引に該当することや、多額の借財又は重要な業務執行に該当することについての乙社の認識を検討することになるが、前者については、本件連帯保証契約の内容からして乙社の悪意が認められるのが自然であろうし、後者についても、甲社の財務状況の概要を確認したという本問の事実関係からすると、乙社の悪意が認められるのが自然であろう。残念ながら、これらの点について言及することができた答案は少なく、ほとんどの答案が取締役会の決議がないことを知らなかったことについての過失又は重過失の有無を検討するにとどまっていたが、少数ではあるものの、これらの点についても言及することができていた答案も見られた。

そして、取締役会の決議がないことを知らなかったことについての過失又は重過失の有

無の検討をするに当たっては、自らが立てた規範に沿って、本問の事実関係に照らして検討することになるが、その際には、取引をめぐるこれまでの経緯や本件連帯保証契約に関するやりとりに関する事実関係を丁寧に拾い、それらに対する評価を加えながら検討することが求められる。例えば、甲社との取引を望む小さな事業会社である乙社の代表取締役としては、本件確認書が交付されたにもかかわらず取締役会の議事録の写しを強く求めることは困難であったことなどを指摘して、過失又は重過失がないと評価することも考えられよう。多くの答案が本問の事実関係を丁寧に拾って検討しようとしていたが、取締役会の議事録の閲覧を請求することができるか、取引の相手方に対して取締役会の議事録の開示を求めることは容易であるといった指摘をした上で過失又は重過失を認めるなど安易に乙社の過失又は重過失を認定しているような印象を受けるものもあった。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

本件連帯保証契約が取締役会の承認のない間接取引に該当することを簡潔に指摘した上で、その効力について、判例を正確に理解して論ずるもの。

本件連帯保証契約が多額の借財（同法第362条第4項第2号）に該当することについて、判断基準を定立した上で本問の事実関係に照らして検討し、取締役会によって決定されていない場合の効力について、判例を正確に理解して論ずるもの。

本件連帯保証契約の相手方である乙社の主観面の検討をするに当たり、本件連帯保証契約を締結することが間接取引に該当することや多額の借財に該当することについての乙社の認識を検討した上で、取締役会の決議がないことを知らなかったことについての過失又は重過失の有無について、甲社との取引を望む小さな事業会社である乙社の代表取締役としては、本件確認書が交付されたにもかかわらず取締役会の議事録の写しを強く求めることは困難であったことを指摘するなどして本問の事実関係に照らして丁寧に検討するもの。

##### (イ) 不良に該当する答案の例

本件連帯保証契約が間接取引に該当すること及び多額の借財又は重要な業務執行に該当することのいずれか一方のみ検討し、他方について言及していないもの。

本件連帯保証契約が間接取引に該当することを指摘するに当たって、「自己又は第三者のために」の解釈論を展開したり、間接取引の該当性を詳細に論じたりすることにより、全体のバランスを失し、必要な論点についての言及を欠くに至っているもの。

取締役会の承認のない間接取引の効力について、判例を正確に理解しないまま論じているもの。

多額の借財の該当性について論じているものの、判断基準に言及することなく、甲社の財務状況や本件連帯保証契約に係る主債務の額といった数量的な観点のみから認定したり、結論を述べるにとどまったりするもの。

本件連帯保証契約の相手方である乙社の主観面の検討をするに当たり、本件連帯保証契約を締結することが間接取引に該当することや多額の借財に該当することについての乙社の認識について全く検討しないもの。

取締役会の決議がないことを知らなかったことについての過失又は重過失の有無を検討するに当たり、甲社と乙社との力関係などの本問の事実関係に意を払わず、取締役会の議事録の写しを求めるべきであったことを殊更に強調して過失又は重過失を認定するもの。

#### (2) 設問2について

##### ア 全体的な採点実感

設問2は、誰が株主であるかが争われている場合に、具体的な事実関係の下でどのように株主を認定すべきかについての理解を問うものである。

(ア) 設問2においては、Cとしては、名義上の引受人ではなく、実質上の引受人が株主にな

るという考え方を前提に、本件株式について、引受けの申込みなど引受契約の締結に至るまでCの主導で行われてきたこと、Cの貯金から払い込まれたこと、その発行に至る経緯及び本件株式に係る権利を行使してきたのはCであることなどの本問の事実関係を指摘して、自らが実質上の引受人であって本件株式の株主であると認定されるべきであるなどと主張することが考えられる。

(イ) 設問2においては、まず、本件株式の引受契約の当事者が誰であるかという点が問題となるが、そのことを正確に理解することができていた答案は少なかった。株式引受契約の当事者を、株式の申込みや引受けに際して名義に現れた者とするのがいわゆる形式説、名義が誰であるかにかかわらず、実質的に引受けの意思を有していた者とするのがいわゆる実質説と呼ばれる考え方であるところ、どのような考え方に立脚するのかをまず検討することが求められる。この点について、全く言及することなく本問の事実関係を拾って結論を導き出す答案や、特に理由を示すことなく実質で判断すべきであるなどとする答案が多く見られた。

(ウ) 実質説に立つ場合には、まず、株式引受契約の当事者の認定も、一般私法上の法律行為の場合と同じく、実質的に引受けの意思を有していた者とすべきであるなどと論じた上で、本問の事実関係を拾いつつ、それらを適切に評価して結論を導く必要がある。実質説に立っていると思われる答案の中でも、その理由を的確に論じているものは少なく、特に理由を示すことなく出捐者を株主とすべきであるとするものが多かった。このような答案は、本件株式の引受契約の当事者が誰であるかという問題の所在を的確に把握することができていないように思われる。

他方で、多くの答案が本問の事実関係を丁寧に拾い上げようとはしていた。本問では様々な事実関係があるが、払込金額がCの貯金によって賄われたこと、「従業員や取引先の手前、多少の株式を持つておく必要がある」や「金のことは心配しなくていい」といったCの発言、甲社の株主総会においてAを引受人とする決議がされたこと、本件株式の引受けに係る書面に記載された名義はAであったこと、Aが甲社の役員に就任した経緯、Cが本件株式に係る権利を行使してきたことなどの各事実について、単に事実を列挙するだけでなく、それぞれについての評価を加えた上で結論を導くことが求められる。例えば、「金のことは心配しなくていい」というCの発言については、Aに対して払込金額に相当する金銭を贈与する趣旨であったという方向で評価することもできるし、本件株式の実質的な引受人はCであって名義のみAとしたにすぎないという方向で評価することもでき、いずれの方向であっても、自分なりに事実に対する評価を加えて結論を導き出すことが求められる。しかしながら、そのように評価することができる答案は必ずしも多くはなかった。多くの答案が、Cが本件株式に係る権利を行使してきたことを指摘していたが、本件株式を引き受けた時点における実質的な引受けの意思が問題となるのであるから、その後の事情については当時の意思を推認させる事情として位置付けられるものであるところ、そのようなことに意を払うことなく、Cが本件株式に係る権利を行使してきたことを主な理由としてCが株主であると認定している答案が多かった。本件株式の引受契約の当事者が誰であるかという問題の所在を的確に把握した上で、より実務的な観点から事実関係を的確に評価することが求められる。

(エ) 形式説に立つ場合には、判例(最判昭和42年11月17日民集21巻9号2448頁)が実質説を採用していると評価されていることを踏まえ、より説得的な論述が望まれる。例えば、その根拠として、集団的關係における画一的な取扱いの必要性や、公開会社でない株式会社(以下「非公開会社」という。)においては名義に現れない実質上の引受人を株主とすることによって閉鎖性を維持することができなくなることを指摘したり、事実関係として、本件株式の引受けの申込みをする際に提出すべき書面(会社法第203条第2

項) の名義がAであることや、甲社の株主総会において本件株式をAに発行する旨の決議がされたことを指摘したりすることにより、説得的な論述を展開することが望ましいが、残念ながら、そのような答案はほとんどなかった。形式説に立っていると思われる答案のほとんどが、本件株式の引受けの申込みをする際に提出すべき書面の名義がAであることには言及せずに、株主名簿上の株主がAであることをもってAを株主とすべきとするものであった。また、Cが甲社に対して自己が株主であることを対抗することができないことを理由に株主名簿上の株主であるAが本件株式の株主であるとする答案も多く見られた。株主名簿は株式会社の事務処理上の便宜のためのものであり、株主名簿による集団的關係における画一的な取扱いの要請は、株主であると主張する者同士がその株式の帰属をめぐる争っている場合においては妥当しないものと考えられることから、これらの答案は、本件株式の引受契約の当事者が誰であるかという問題に対して十分な説得力があるとはいえない。

- (オ) そのほかにも、AからCに対して本件株式が譲渡されたといえるか否かを問題とする答案、Cが株主名簿上の株主をAとしたままの状態ですら自分が株主であると主張することが権利の濫用に当たるとする答案、株主名簿上の株主を基準に判断すべきであるが会社が特定の者を株主として取り扱っていた場合にはその者を株主とすべきであるとする答案もあった。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

本件株式の引受契約の当事者が誰であるかという点が問題となることを理解し、株式引受契約の当事者の認定も、一般私法上の法律行為の場合と同じく、実質的に引受けの意思を有していた者とすべきであるなどと論ずるもの。

実質説を前提としつつ、払込金額がCの貯金によって賄われたという事実だけでなく、Cの発言やCが本件株式に係る権利を行使してきたことなどの各事実から、本件株式の引受契約当時の当事者の意思を丁寧に認定しようとするもの。

「金のことは心配しなくていい」というCの発言について、Aに対して払込金額に相当する金銭を贈与する趣旨であったと評価したり、本件株式の実質的な引受人はCであって名義のみAとしたにすぎないと評価したりするなど、本間の事実関係を適切に評価しようとするもの。

Cが本件株式に係る権利を行使してきたことなどの本件株式の引受契約がされた後の事情については、本件株式の引受契約当時の当事者の意思を推認させる事情であることを指摘するなど、本間の事実関係を適切に評価しようとするもの。

##### (イ) 不良に該当する答案の例

本件株式の引受契約の当事者が誰であるかという点が問題となることを理解せずに、出捐者を株主とすべきであるとしたり、株主名簿の記載によるべきであるとしたりするもの。

本件株式の引受契約当時の当事者の意思について意を払わずに、Cが本件株式に係る権利を行使してきたことや甲社がCを株主として扱ってきたことなどを重視してCが本件株式の株主であると認定するもの。

株主であると主張する者同士がその株式の帰属をめぐる争っている場面であることを理解せずに、株式会社との関係で問題となる株主名簿の意義や機能について述べ、株主名簿上の株主であるAが本件株式の株主であると認定するもの。

本件株式の引受契約の当事者が誰であるかという点に言及することなく、AからCに対して本件株式が譲渡されたといえるか否かを問題とするもの。

本件株式の引受契約の当事者が誰であるかという点に言及することなく、Cが株主名簿上の株主をAとしたままの状態ですら自分が株主であると主張することが権利の濫用に当たる

とするもの。

本件株式の引受契約の当事者が誰であるかという点に言及することなく、株主名簿上の株主を基準に判断すべきであるが、会社が特定の者を株主として取り扱っていた場合にはその者を株主とすべきであるとするもの。

(3) 設問3について

ア 全体的な採点実感

設問3は、議決権の行使を委任することができる代理人を株主に限る旨の定款の規定がある場合に株主ではない弁護士が代理人として議決権を行使することの可否や、株主である株式会社の代表取締役がその内部的制限に反して当該株式会社を代表して議決権を行使することの可否といった株主総会における議決権行使の在り方についての理解を問うものである。

(ア) 設問3においては、Aとしては、①他の株主1名を代理人としてその議決権を行使することができる旨の定款の規定（以下「本件定款規定」という。）に基づいてDの代理人である弁護士Gによる議決権の行使が認められなかったこと、②丙社の内規に従って包括委任状が提出されていたにもかかわらず、内規によって権限が制限されているFによる議決権の行使が認められ、包括委任状に基づくAの議決権行使が認められなかったことが、それぞれ決議の方法が法令に違反する場合（会社法第831条第1項第1号）に該当すると主張することが考えられる。

上記①の主張については、ほとんどの答案が言及することができていた。もっとも、代理人によって議決権を行使することができるという原則や本件定款規定についての判例の理解の正確性に加え、弁護士の取扱いや甲社が非公開会社であることなどをどのように評価するのかといった点において、十分に検討することができている答案もあれば、そうとはいえないような答案もあった。

これに対し、上記②の主張については、これまでに考えたことがなかった問題であったせいか、十分に検討することができている答案が少なかった。少ないながらも、問題の所在を正確に理解して論述しようとする答案もあり、そのような答案には高い評価が与えられた。

また、決議取消事由についても、上記①及び②の主張を前提とすれば、決議の方法が法令に違反する場合に該当することになるが、定款違反を問題としたり、著しく不公正なときに当たるとしたりする答案もあった。

なお、上記①及び②のいずれについても、株主総会決議取消しの訴えを提起したAではないD又は丙社の議決権の行使に関する事由であることから、株主総会決議取消しの訴えにおいて他の株主に係る事由を主張できることが前提となるし、仮に法令違反が肯定されるとすれば、「決議に影響を及ぼさないもの」（同条第2項）には当たらず、裁量棄却はされないものと考えられることから、これらの点についても言及されていることが望ましい。前者について言及していた答案は少数であったが、後者については多くの答案が言及していた。

(イ) Aの上記①の主張の当否を論ずるに当たっては、まず、株主は、代理人によってその議決権を行使することができるものとされていること（会社法第310条第1項）を前提に、他の株主1名を代理人としてその議決権を行使することができるという本件定款規定の有効性及び適用範囲について、判例（最判昭和43年11月1日民集22巻12号2402頁等）を踏まえて検討することが求められる。

多くの答案が判例を踏まえて検討していたように思われたが、代理人によって議決権を行使することができるという原則を指摘して本件定款規定の有効性について論ずることなく、いきなり本件定款規定の適用範囲について論じ始めるなど、問題の所在を正しく理解していないものも見られた。

また、本件定款規定の適用範囲を検討するに当たっては、Dの代理人であるGが弁護士であること、甲社が非公開会社であることなどの本問の事実関係を踏まえ、これらの事実関係がどのように影響するのかについての考察を加えながら検討することが求められる。Gが弁護士であるという点については、多くの答案が、弁護士であるGには株主総会をかく乱するおそれがないとしてGには本件定款規定は適用されるべきではないとしていたが、職種により株主総会をかく乱のおそれを個別に判断すれば、円滑な総会運営を阻害し、恣意的な判断を招くおそれがあることを理由に、弁護士であるGにも本件定款規定は適用されるべきであるとするものも一部見られた。これに対し、甲社が非公開会社であるという点については、言及している答案は少なかった。この点については、甲社が非公開会社であるがゆえに株主ではない第三者の株主総会への参加を排除する必要があるということもできる一方で、本問のように株主間で対立がある場合には代理人を株主に限ることによって株主権の代理行使の機会を実質的に奪うことになりかねないということもできるところであるが、これらについても言及することができた答案には高い評価が与えられた。

- (ウ) Aの上記②の主張の当否を論ずるに当たっては、まず、丙社の内規によれば、甲社の株式の議決権行使については他の代表取締役であるEに委ねられることとなるが、Fも、「副社長」ではあるものの、丙社の代表取締役であって、丙社の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有しており（会社法第349条第4項）、上記内規は、代表取締役であるFのこのような権限を内部的に制限するものであって善意の第三者に対抗することができないということ（同条第5項）を指摘することが求められる。さらに、Fによる議決権の行使と丙社の代表取締役専務であるEから委任を受けたAによる議決権の行使のいずれが優先するのかという点についても検討が加えられていることが望ましい。しかしながら、上記のような問題の所在を正確に理解することができた答案は少数であり、Fによる議決権の行使は内規に反するものであることを指摘するものの、特に理由を示すことなく無効であるとする答案や、Fが丙社の代理人であるとして本件定款規定との関係が問題となるとする答案、議長であるCの権限濫用や裁量逸脱が問題となるとする答案、Cを取締役に選任する旨の議案についてCが特別利害関係人に当たるか否かを問題とする答案、会社法の規定に基づく法律構成を示すことなくFの議決権行使の許否を論ずる答案などが見られた。

これに対し、上記のような問題の所在を理解している答案のうち多くのものは、丙社の内規の存在を知らなかったとしてFの議決権行使が有効であるとしていたが、少数ではあるが、議決権行使という集団的権利行使の場面においては会社法第349条第5項の規定は適用されるべきではないとするものもあった。いずれにしても、問題の所在を正確に理解するものとして高い評価が与えられた。

次に、Fによる議決権の行使と丙社の代表取締役専務であるEから委任を受けたAによる議決権の行使のいずれが優先するのかという点については、委任による議決権の行使よりも株主総会に出席した代表者による議決権の行使が優先されるなどとするところではあるが、少数ではあるが、そのような検討をしている答案も見られた。

- (エ) なお、少数ではあるが、丙社の代表取締役専務であるEが委任状を提出したことを書面による議決権の行使であると誤解をしたり、決議の方法が著しく不公正な場合に該当するとしながら裁量棄却について論じたりしている答案があった。また、議題と議案についての理解が十分でなく、本件修正議案について決議をしたことが会社法第309条第5項の規定に反するとする答案もあった。

#### イ 答案の例

- (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

株主は、代理人によってその議決権を行使することができるものとされていることを前

提に、他の株主1名を代理人としてその議決権を行使することができるという本件定款規定の有効性及び適用範囲について、判例を正確に理解して論ずるもの。

本件定款規定の適用範囲を検討するに当たり、弁護士であるGには株主総会をかく乱するおそれがないとするだけでなく、職種により株主総会のかく乱のおそれを個別に判断することの是非や、甲社が非公開会社であって株主が4名しかいないという事情をどのように評価するのかといった点を論ずるもの。

Fは、丙社の代表取締役であって、丙社の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有しており、丙社の内規は、代表取締役であるFのこのような権限を内部的に制限するものであり、会社法第349条第5項の規定により善意の第三者に対抗することができないということを指摘した上で、甲社が善意であるとしてFの議決権の行使は認められるとしたり、議決権行使という集团的権利行使の場面においては同項の規定は適用されるべきではないとしたりするもの。

委任による議決権の行使よりも株主総会に出席した代表者による議決権の行使が優先されるべきであるとして、Fによる議決権の行使が丙社の代表取締役専務であるEから委任を受けたAによる議決権の行使に優先するとするもの。

決議の方法が法令に違反する場合（会社法第831条第1項第1号）に該当することを指摘した上で、株主総会決議取消しの訴えにおいては他の株主に係る事由を主張することができることや、本問の事実関係においては、裁量棄却はされないものと考えられることにも言及するもの。

(イ) 不良に該当する答案の例

代理人によって議決権を行使することができるという原則を指摘して本件定款規定の有効性について論ずることなく、いきなり本件定款規定の適用範囲について論じ始めるもの。

Fによる議決権の行使は内規に反するものであることを指摘するものの、特に理由を示すことなく無効であるとするもの。

Fによる議決権の行使については、丙社の内規による代表権の内部的制限であることを理解することなく、Fが丙社の代理人であるとして本件定款規定との関係を問題としたり、議長であるCの権限濫用や裁量逸脱を問題としたり、Cを取締役に選任する旨の議案についてCが特別利害関係人に当たるか否かを問題としたり、会社法の規定に基づく法律構成を示すことなくFの議決権行使の許否を論じたりするもの。

3 法科大学院教育に求められるもの

設問1は、代表取締役が株式会社を代表して個人として負う債務を連帯して保証する旨の合意をした場合において、当該株式会社が連帯保証債務の履行を拒絶するために考えられる法的な主張を検討することを求めるものであり、会社法上の基本的な制度や重要な判例についての理解を問うものである。甲社としては、本件連帯保証契約が間接取引に該当するとともに、多額の借財又は重要な業務執行にも該当すると主張することが考えられるところであり、いずれについても会社法上の基本的な制度に関する問題であり、かつ、重要な判例があるのであるから、これらを正確に理解した上で、本問の事実関係を丁寧に拾って検討することが求められる。しかしながら、甲社として考えられる主張のうちいずれか一方しか言及していない答案や、重要な判例についての正確な理解を欠いている答案が少なからず見られた。会社法上の基本的な制度や重要な判例に対する理解を確実なものとし、その上で、問題文に掲げられた事実関係を丁寧に拾って検討していくことが期待される。

設問2は、誰が株主であるかが争われている場合に具体的な事実関係の下でどのように株主を認定すべきかを問うものであるが、本件株式の引受契約の当事者が誰であるかという点が問題となることに気が付いてほしいところである。契約の当事者が誰であるかというのは実務的にはし

ばしば生じる問題ではあるが、このような問題の所在を理解していたと評価することができる答案は少数であり、多くの答案が、特に理由を示すことなく、出捐者を株主とすべきであるとしたり、株主名簿の記載によるべきであるとしたりしていた。これに対し、事実関係を丁寧に拾い上げることについては、多くの答案がそのような姿勢を有していたように思われるが、指摘した事実を適切に評価することについては、不十分な答案が多かった。本件株式の引受契約の当事者が誰であるかという点が問題となることに気が付いている答案は、Cが本件株式に係る権利を行使してきたことなどの本件株式の引受契約がされた後の事情については、本件株式の引受契約当時の当事者の意思を推認させる事情であることを指摘するなど、本問の事実関係を適切に評価する姿勢が見られたのに対し、このような問題の所在に気が付いていないと思われる答案は、本問の事実関係を列挙するにとどまり、事実関係を適切に評価することができていないものが多かったように思われる。

設問3は、株主総会における議決権行使の在り方についての理解を問うものであるが、議決権の行使を委任することができる代理人を株主に限る旨の定款の規定がある場合に株主ではない弁護士が代理人として議決権を行使することの可否と、株主である株式会社の代表取締役がその内部的制限に反して当該株式会社を代表して議決権を行使することの可否の2点が主に問題となる。前者の問題については、会社法上の基本的な制度に関するものであり、重要な判例もあることから、多くの答案が言及することができていた。もっとも、それらに対する理解が必ずしも正確ではない答案や、Dの代理人であるGが弁護士であることや甲社が非公開会社であることなどの本問の事実関係を十分に検討することができていない答案も見られた。これに対し、後者の問題については、問題の所在を正確に理解している答案は少なかった。しかしながら、Fが丙社の代表取締役であって丙社の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有しているという基本的な理解を前提とすれば、丙社の内規は代表取締役の権限を内部的に制限するものであるということに気が付くことができたはずであり、少数ではあるが、問題の所在を正確に理解するに至った答案もあった。考えたことがない問題であっても、基本的な理解を出発点として法的な分析を進めていくことが期待される。

従来と同様に、会社法上の基本的な制度や、条文、判例についての理解を確実なものとするとともに、問題文中の事実関係から重要な意味を有する事実を適切に拾い上げ、これを評価し、条文を的確に解釈及び適用する能力と論理的思考力を養う教育が求められる。

## 令和3年司法試験の採点実感（民事系科目第3問）

### 1 出題趣旨等

民事系科目第3問は、民事訴訟法分野からの出題であり、出題趣旨は、既に公表されている「令和3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、基礎的な知識を習得しているか、②それらを前提として、設問で問われていることを的確に把握し、それに正面から答えているか、③抽象論に終始せず、設問の事案に即して具体的に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分析し、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

本問は、XがYに対して、土地（以下「本件土地」という。）の賃貸借契約終了に基づいて、Yが本件土地上に所有する建物（以下「本件建物」という。）の収去と本件土地の明渡しを求めて提起した訴えに係る訴訟（以下「本件訴訟」という。）の係属中にYがZに対して本件建物を賃貸し、これに基づいて本件建物をZに引き渡したという事案を題材とするものである。

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、申立事項、訴訟承継、時機に後れた攻撃防御方法の却下、訴訟状態承認義務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、時間の不足に起因する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、関係や必要がない論述を展開する答案や、検討すべき事項自体には気が付いているものの、問題文で示されている事案への当てはめによる検討が不十分であって、抽象論に終始する答案も散見された。また、基礎的な部分の理解の不足をうかがわせる答案も少なくなかった。

なお、条文を摘示することが当然であるにもかかわらず、条文の摘示をしない答案や、条番号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、判読が困難な乱雑又は極めて小さい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、特に刑事訴訟の用語との混同など法令上の用語を誤っている答案、日本語として違和感を覚える表現のある答案も一定数見られた。本年では、設問1において、請求を棄却とすべきところを「訴えを棄却」等とするものが少数ながら見られたこと、設問3において、民事訴訟法（以下「法」という。）第157条第1項について「第157条」とするのみのもの（「第1項」の摘示を欠くもの）や、同項の「時機」を「時期」と、

「後れた」を「遅れた」と誤るものが散見されたことを特に指摘しておきたい。以上については、例年、指摘されているところであるが、本年においても、改めて注意を促すとともに、強く改善を求めたい。

(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に対して1000万円程度の立退料の支払を申し出た上で、1000万円の立退料の支払と引換えに本件建物を収去して本件土地を明け渡せとの判決を求め、さらに、第1回口頭弁論期日において、1000万円という額には大きなこだわりはない旨の陳述をしたという事実関係において、Xの申出額と格段の相違のない範囲を超えて増額した額の立退料の支払との引換給付判決（以下「増額判決」という。）をすることの許否の検討が求められている。

ここでは、増額判決が「裁判所は、当事者が申し立てていない事項について、判決をすることができない。」とする法第246条に反するかどうか求められる検討事項となる。そこで、その検討の前提として、まず、同条の趣旨、すなわち、①同条が私的自治の原則に由来する処分権主義を判決の面から規定したものであり、当事者の申し立てに裁判所が拘束されるものであることや、②同条により当事者双方にとって不利益の最大限が画される結果、訴訟に伴うコストを踏まえた上で訴訟に臨むことが可能となることを指摘することが必要となる。同条の趣旨については、相当数の答案において言及することができていたが、上記の趣旨を過不足なく論じた答案は多くはなかった。特に①については、私的自治の原則まで遡らずに、単に「原告の意思の尊重」とだけ述べる答案が多かったが、単に「原告の意思の尊重」と述べるだけでなく、私的自治の原則まで遡って論述することがより望ましい。

次に、上記の同条の趣旨、特に①の観点から、増額判決の許否について検討することが必要となる。具体的には、まず、立退料の増額に関するXの現実の意思はどのようなものかを検討し、それが明らかでない場合には、Xの合理的意思を推定することが求められる。このうち、Xの現実の意思については、訴状の記載内容と第1回口頭弁論期日におけるXの陳述から検討することとなるが、問題文に示された第1回口頭弁論期日におけるXの陳述からは、格段の相違のない範囲内の額の立退料でなければ原告の請求を棄却するとの判決（以下「請求棄却判決」という。）を望んでいるということではないことがわかる反面、格段の相違のない範囲を超えた額の立退料であっても支払うという意味まで具体的に示されているわけでもない。論証に当たっては、Xの具体的な陳述部分を指摘しつつ、以上の点を示し、Xの現実の意思は必ずしも明らかでないことを指摘することが求められる。次に、Xの合理的な意思の検討に当たっては、問題文にあるように、増額判決をすることができない場合にすべきこととなる判決がどのようなものとなるかを示し、それと増額判決を比較しつつ、Xの合理的意思を論ずる必要がある。この増額判決をすることができない場合にすべきこととなる判決は、正当事由の具備が否定される結果、請求棄却判決となるので、その旨指摘した上で、例えば、増額判決がされたとしても、引換給付を命ずる部分は債務名義とはならず、Xが増額判決で示された立退料を支払うべき債務を負うものではないため、Xの合理的意思は、請求棄却判決より増額判決を望むものと考えられること、あるいは逆に、増額判決において余りに高額な立退料の引換給付が命じられてしまうと、それがXY間の以後の裁判外の交渉における基準額となってしまうことから、Xの合理的意思は、増額判決より選択肢が広がる請求棄却判決を望むものと考えられることなどを論ずることが期待される。しかし、以上を適切に論ずる答案は、極めて少数であり、大半の答案は、Xの陳述のうち、「本件土地を明け渡してもらうのが一番大事」、「裁判所がより多額の立退料の支払が必要であると考えれば、検討する用意があります。」という部分を指摘した上で、そこから直ちにXの現実の意思又は合理的意思として請求棄却判決より増額判決を望んでいるとするものであった。これらの答案においては、Xの現実の意思と合意

的意思との区別を全く意識せず、あるいは、区別する意識が希薄なまま論じられていることが多く、Xの意思の分析が粗雑であるといわざるを得ないため、評価は相対的に低いものとなる。これに対し、Xの陳述を全く踏まえ、抽象的な一般論として、貸主は請求棄却判決がされるよりも本件土地の明渡しがされる方を望むはずであるとする答案も少ないながらあった。このような答案は、具体的な事実を全く踏まえないものであるため、評価されない。

また、法第246条の趣旨のうち、②の観点からは、増額判決によっても、訴えにおいて示されたYの不利益の最大限を超えることはないので、同条が保護しようとしている被告の利益を損なわないことを指摘する必要がある。この点については、多くの答案において言及することができていたが、そのうちの一部のものにおいては、Yが1000万円では不足していると主張しているということを理由として述べるものもあり、不利益の最大限の予告の趣旨の意味が正確に理解されていないのではないかと懸念が持たれたところであった。このほか、②の観点からの検討をしない答案も一定数あった。増額判決が②の趣旨に反しないことは明らかであると判断したのではないかと推測されるが、論証としては不十分なものとなることに留意されたい。

課題1においては、以上に述べたところを踏まえ、増額判決の許否を決することとなる。どちらの結論であっても、説得力ある理由が示されれば、評価に差異はない。

これに対し、申立事項や処分権主義に言及することないままにXの意思を検討する答案や、弁論主義を論ずるものも少数ながらあった。このうち、前者については、なぜXの意思が問題とされるのかという点の立論がされていない以上、評価は低いものとなる。また、後者については、民事訴訟の基本的な概念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

課題2では、課題1と同じ事実関係の下で、Xの申出額を下回る額の立退料の引換給付判決をすることの許否の検討が求められている。ここでも、課題1と同様に、法第246条の問題となるため、同条の趣旨を踏まえ、とりわけ②の被告にとっての不利益の最大限の予告の観点から検討する必要がある。そして、相当数の答案においても、このような問題意識はおおむね理解されていたが、そのうち一定数の答案においては、課題2についてのみ同条の問題と捉えているものとうかがわれた。このような答案は、課題2自体の理解としては誤っているとはいえないが、同条の趣旨が必ずしも正しく理解されていないのではないかと懸念される。

課題2では、まず、同条の趣旨のうち、①の申立事項の観点から、「1000万円程度」という訴状の記載や「一応の目安」、「より低い額が適切」といった第1回口頭弁論期日におけるXの陳述を指摘した上で、Xの現実の意思として格段の相違のない範囲内の額であれば増減を認めるという意思が現れている反面、格段の相違がない範囲を超える額の減額を求めるという意思までは現れているとはいえないことを指摘することが求められる。そこで、さらに、Xの合理的意思について、例えば、訴状又は第1回口頭弁論期日における陳述で表明した額より少ない額であればそれも望むはずである、あるいは逆に、より有利な判決を求めることができるにもかかわらず、それをしていないということは、訴状又は第1回口頭弁論期日における陳述で表明した額の立退料を判決の上限（立退料の額としては下限）として求める趣旨であるといったことを指摘することが必要となる。もっとも、以上を適切に論ずる答案はほとんどなく、Xの現実の意思又は合理的意思として、訴状又は第1回口頭弁論期日における陳述で表明した額より少ない額であればそれも望むはずであるという指摘をするにとどまり、課題1に対する解答で見られたのと同様に、Xの現実の意思と合理的意思との区別が曖昧なまま論じられているものが多かった。このような答案の評価は、相対的に低いものとなる。

次に、法第246条の趣旨のうち、②の被告にとっての不利益の最大限の予告の観点からの

検討が必要となる。ここでは、Yも出頭している第1回口頭弁論期日において、Xが「より少ない額が適切」と陳述し、その要旨が口頭弁論調書に記載されたことを踏まえつつ、例えば、1000万円よりも少額の立退料の支払との引換給付判決があり得ることが予告されていたから、そのような判決はYにとって予想外とはいえないこと、あるいは逆に、Xが明示的に1000万円よりも少額の立退料の支払との引換給付判決を求めているものではない以上、Yにとっての不利益の最大限の予告は、飽くまで訴状の請求の趣旨記載の1000万円の立退料の支払との引換給付判決となることなどを論ずることが求められる。そして、その際には、格段の相違のない範囲を超えた減額まで予告されていたかどうかについても意識した論証が期待される。しかし、以上を適切に論ずる答えは少なく、減額の多寡を意識しないまま、第1回口頭弁論期日におけるXの陳述から、1000万円よりも少額の立退料の支払との引換給付判決があり得ることが予告されていたとするのみの答えが大半であった。このような答えは、相対的に低い評価となる。また、以上に対し、第1回口頭弁論期日におけるXの陳述の評価をすることなく、抽象的に減額は被告にとって不意打ちとなるとするだけのものや、Yが1000万円でも不足していると争っているもので、それを下回る額の立退料では不意打ちとなるとするものも散見された。前者は具体的な事案を踏まえず、後者は不利益の最大限の予告が欠けていることの理由になり得ない事情を挙げるものであるから、いずれも評価されない。

課題2においては、以上に述べたところを踏まえ、Xの申出額と裁判所が正当事由を認める上で必要と考える立退料の額との差の大きさが結論に影響を与えるかどうかにも留意しつつ結論を導くことが期待される。

#### ウ 設問1のまとめ

設問1においては、相当数の答案において、法第246条の申立事項が問題となることは理解されていたが、具体的な事案の分析において課題の残る答案が多かった。

「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ものの、もう一步踏み込んだ分析が望まれるものなどである。また、「一応の水準」に該当する答案は、例えば、課題1や課題2において、出題趣旨に沿った記述をしており、与えられた事案に向き合おうという姿勢も見られるものの、現実の意思と合理的意思の違いを明確に意識していないため、事案の分析が不十分になってしまったものなどがこれに当たる。これに対し、課題1や課題2を通じ、与えられた事案に正面から向き合おうとせず、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、本件訴訟の係属中に、YがZに対して本件建物を賃貸し、これに基づき本件建物を引き渡したという事実関係において、Zが法第50条の承継人に該当するか否かの検討が求められている。

ここでは、まず、訴訟承継制度の趣旨として、訴訟の係属中に第三者による承継が生じた場合において、従前の訴訟状態を流用して当該第三者との間で訴訟を進めることが訴訟経済に資するとともに、とりわけ相手方が従前の既得的地位を維持することができるという意味で公平の確保に資するという点を指摘することが期待される。そして、ほとんどの答案において、訴訟承継制度の趣旨が論じられていたが、これらを適切に論ずるものは少なく、大半は前者についてのみ指摘するものであり、後者を指摘するものは少数であった。また、「紛争解決の実効性」、「紛争の一回的な解決」といった指摘をするだけの答案も多かった。このような答案においては、マジックワードを書き出しているだけであって訴訟承継制度の趣旨が正

しく理解されていないのではないかと懸念が残った。

次に、訴訟承継制度の趣旨を踏まえつつ、同条の承継の意味内容について具体的に明らかとすることが求められる。同条の承継の意味内容については、学説上、種々の見解が示されており、いずれを採用するかにより評価に差はないが、承継の意味内容を具体的に明らかにすることが要求されている以上、最高裁判所昭和41年3月22日第三小法廷判決・民集20巻3号484頁において用いられている「紛争の主体たる地位の承継」というのみでは、十分に課題に答えたことにはならない。この判例に依拠する場合においても、そこでいう紛争の主体たる地位とはいかなるものか等の点についてより踏み込んだ記述が求められる。この点については、学説等を踏まえながら、承継の意味内容を具体的に検討する答案もあり、相応の評価を受けたが、数としてはごく少数にすぎず、大半の答案は、「紛争の主体たる地位の移転」と述べるだけであって、それ以上の具体化を試みるものではなかった。このような答案は、低い評価にとどまった。

設問2では、最後に、以上のように具体的に明らかにされた承継の意味内容に照らして、Zが承継人に該当するか否かの検討が要求される。例えば、承継前の訴訟において、被承継人を当事者として適切な者としていた法的地位が第三者に移転し、この地位が相手方の当該第三者に対する訴訟において、当該第三者を当事者として適切な者としている場合に同条にいう承継が認められると考えるのであれば、本件では、Yを本件訴訟で被告として適切な者としている法的地位とは具体的にどのようなものか、その地位がどのような形態でYからZに移転したのか、その地位がXとの訴訟においてZを被告として適切な者としているのはどのような理由かといった点を検討する必要がある。学説等を踏まえながら承継の意味内容を具体的に検討する答案は、ここでも適切な検討を進めることができているものが多かったが、例えば、承継の意味内容を「当事者適格の移転」であるとしながら、XのYに対する請求の訴訟物とXのZに対する請求の訴訟物が異なることを度外視して安易に承継を肯定するなど、自己が採用する承継の意味内容の理解を欠いていることがうかがわれる答案も一定数あり、定型的な論証パターンを書き出しているだけではないかとも推測された。また、承継の意味内容について、「紛争の主体たる地位の移転」とだけ述べる答案は、ほとんど「本件建物からZが立ち退かなければ、紛争が一回的に解決しない。」「Zは、本件建物を賃借し、本件土地を占有しているから、紛争の主体たる地位を承継した。」などと表層的に述べるにとどまるものであった。これでは当てはめとはいえず、評価されない。

#### イ 設問2のまとめ

設問2は、出題趣旨を正しく捉えた答案が極めて少なく、大半の答案が法第50条の承継の意味内容について「紛争の主体たる地位の移転」とした上でZが承継人に該当するか否かについて表層的な検討をするにとどまるものであった。

「優秀」に該当する答案は、出題趣旨を正しく理解した上で、上記の検討事項について、適切な論述をするものである。また、「良好」に該当する答案は、出題趣旨をおおむね正しく理解しているが、例えば、学説を踏まえながら、承継の意味内容を具体的に検討するものの、Zが承継人に該当するか否かについての当てはめの論述がやや物足りないものなどである。「一応の水準」に該当する答案は、例えば、同条の承継について、「紛争の主体たる地位の移転」であるなどとし、それ以上の具体化はしていないものの、その当てはめにおいては、訴訟承継制度の二つの趣旨を踏まえた論述を不十分ながらも行ったものなどがこれに当たる。これに対し、訴訟承継制度に関する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。

#### (4) 設問3について

##### ア 課題1の採点実感

設問3では、課題1として、訴訟を引き受けたZが弁論準備手続の終結及び人証の取調べの

後に、従前当事者から主張されていなかった「BからAに対して更新料の前払の性質も含む権利金が支払われていた」との新主張（以下「本件新主張」という。）をしようとしているという事実関係において、Xの立場から、仮にYが本件新主張をしたとしたら、時機に後れた攻撃防御方法として却下されるべき理由の検討が求められている。

ここでは、法第157条第1項を摘示した上で、同項の定める「故意又は重大な過失」、「時機に後れて提出」、「訴訟の完結を遅延させる」という各要件の具体的意味内容を明らかにし、それぞれが充足されることを説得的に述べる必要がある。また、「訴訟の完結を遅延させる」の検討に際しては、その後予想されるXY双方の主張立証活動を踏まえることが要求される。YがAの証人尋問を申請することは問題文から明らかであるが、Xとしても、立退料額にも関わることであるから、BからAへの振込みの趣旨について反論をする機会を欲するであろうことを指摘することが期待される。全体で見れば、本課題に対する論証は、他の課題に対する論証と比較すると、最も充実していたように思われたが、以上につき過不足なく論ずることができた答えは少なかった。多くの答案においては、上記の三つの要件の具体的意味内容の全部又は一部を示すことなく、又は不正確なものを示した上で、当てはめを行っていた。また、当てはめを行うに当たって、大雑把なものや適切ではない事実を指摘するものも少なくはなく、事実を羅列した上で、それぞれの要件との対応関係を明らかにしないままに同項の要件が充足されるとするだけの答案も見られた。このような答案の評価は、低いものとなる。なお、その後予想されるXY双方の主張立証活動については、同項の要件の充足を争うための攻防と誤読した答案が散見された。文章の正しい読解は、法律家にとって基本的な事柄であり、注意を促したい。

また、課題1では、本件新主張の却下決定を得るのを容易にするためにXがYに対してすることができる訴訟法上の行為にも言及することが求められている。具体的には、法第174条において準用する法第167条の規定により、XがYに対して弁論準備手続の終結前に本件新主張を提出することができなかつた理由を説明することを求めることができること、この場合には、Yには説明義務が生ずるが、Yが説明をすることができず、又はYの説明が合理性を欠いたときは、時機に後れたこと又はYに重大な過失があることが事実上推定され得ることを論ずることが期待される。もっとも、XがYに対して説明を求めることができることを指摘することができた答案は一定数にとどまり、その場合の効果についてまで言及することができた答案はわずかであった。

#### イ 課題2の採点実感

課題2では、まず、Yが本件新主張をしたとしたら、法第157条第1項により却下されることを前提として、Xの立場から、Zによる本件新主張も却下されるべきであるという立論をすることが求められる。具体的には、相手方の既得的地位の保護や、被承継人に対する主張立証の機会の付与と被承継人による当該機会の適切な利用をもって承継人に対する手続保障が代替され得ること等を指摘し、法第50条の承継人は、承継原因の発生時の訴訟状態を承認する義務を負う旨を論証した上で、そこでいう訴訟状態とはいかなるものであるかを明らかにする必要がある。その上で、同条にいう承継人であるZは訴訟状態を承認する義務を負い、その結果、法第157条第1項によりY自身がすることができない本件新主張は、Zもすることができないという結論に至ることが求められる。その際には、課題1での検討が最終期日におけるYの本件新主張が時機に後れた攻撃防御方法の提出に当たるということであるのに対し、Zが承認する義務を負う訴訟状態は承継原因の発生時のものとなることを踏まえ、両者に時点のずれがあることも意識した論述が期待される。実際に、代替的手続保障に言及しながら、訴訟状態承認義務を指摘し、上記の結論を導く答案は一定数あったが（なお、相手方の既得的地位の保護に言及する答案は少なかった。）、このような答案においても、訴訟状態の意義や上記の時点のずれについてまで説明することができていたものはほとんど

なかった。他方で、訴訟状態承認義務について明示的に言及することのないまま、単に「Yが本件新主張をすることができないから、承継人であるZも本件新主張をすることができない。」とするだけの答案も多かった。訴訟状態承認義務についての正しい理解を有していない、あるいは有しているかどうか疑わしい答案については、低い評価とならざるを得ない。

課題2では、次に、Yが本件新主張をしたとしたら、法第157条第1項により却下されることを前提として、Zの立場から、そうであるとしても、Zによる本件新主張は、却下されないという立論をすることが求められる。このような立論としては、Zは訴訟状態を承認する義務を負うものの、承継の前後で、Xによる更新拒絶の可否を判断する上での本件新主張の重要性が変容している場合や、Yによる訴訟追行がなれ合いと評価され得る（あるいは、客観的には攻撃防御のけ怠と評価され得る）場合には、一定の例外が認められると論じた上で、本件では、そのような例外が認められるとする考え方と、承継人はおよそ訴訟状態を承認する義務を負わないとする考え方が想定される。いずれであっても十分な理由が示されている限り、評価に差をつけることはないが、後者の考え方によるのであれば、訴訟状態承認義務を伴わない訴訟承継制度はいかなる意義を持つものであるかという点についても検討することが期待される。もっとも、以上を適切に論ずることができた答案はごくわずかであった。答案の多くは、訴訟状態承認義務の例外が認められるべき場合について論ずることなく、訴訟状態承認義務の根拠として代替的手続保障を指摘した上で、Zに手続保障が及んでいないから、Zによる本件新主張は却下されないとするものであったが、このうち、代替的手続保障を根拠とする以上はYの訴訟追行の在り方が問題とされるべきであるのに、それについて分析するものは少なく、大半のものは、代替的手続保障を論じつつも、実際には、「最終期日であるため、Zに本件新主張をする機会を与えるべきである。」、「本件新主張は、Zの固有の攻撃防御方法に当たる。」、「Zには法第157条第1項の重大な過失がない。」等、Zの事情について検討するものであった。このような答案は、理解を欠いているまま定型的な論証パターンやキーワードを書き出しているだけのものと評価せざるを得ない。また、訴訟状態承認義務について言及することなく、Zの事情を述べるのみの答案も一定数あった。このような答案は、評価されない。

#### ウ 設問3のまとめ

設問3の課題1は、他の設問及びその課題と比較すると、充実した内容の答案が多かった。これに対し、課題2は他の設問及びその課題と比較し、出題趣旨を適切に捉えた論述をする答案が最も少なかった。

「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では適切な論証がされているものの、課題2では検討がやや足りないものなどである。「一応の水準」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、出題趣旨を理解していることが読み取れるものの、課題1において、法第157条第1項の個々の要件の充足の検討が十分ではないものなどである。これに対し、例えば、課題1において時機に後れた攻撃防御方法の提出の検討をしないものや、課題2において訴訟状態承認義務に言及することなく、Zの事情を述べるのみの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。

#### 4 法科大学院に求めるもの

本年の問題に対しても、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や解答に必要な論述をする答案、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精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。また、法を解釈してその内容を具体化し、事実から適切なものを拾い上げて当てはめていくという法適用が軽んじられているのではないかと懸念される。例年指摘しているように、条文の趣旨や判例、学説等の精確な理解を駆使して、日々生起する様々な事象や問題に対して、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精確な取得、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。本年においては、特に設問2や設問3の課題2が定型的な論証を暗記するだけでは解答が難しく、上記のような法律実務家に望まれる能力こそが求められる問題であったが、高い評価に値する答案は少なかったことに鑑みると、上記の地道な作業が敬遠されているのではないかと危惧される。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いただきたい。以上は、例年指摘しているところであるが、本年も重ねて強調したい。

また、民事訴訟法分野においては、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。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。法科大学院においては、今後とも、より一層、理論と実務を架橋することを意識した指導の工夫を積み重ねていただきたい。