

## 令和 3 年司法試験の採点実感（公法系科目第 1 問）

## 第 1 総論

- 1 規制①についての論述に紙幅と時間をとってしまい、より論ずべき点が多い規制②について十分な検討ができていない、合憲性の判断枠組みの定立までは十分な論述をしながら、具体的な合憲性の判断の場面で必要な論証が不足している等、論述のバランスが悪い答案が多かった。
- 2 合憲性の判断枠組みとしては厳格な違憲審査基準を定立しながら簡潔な目的・手段審査で合憲性を肯定する答案、逆に、緩やかな違憲審査基準を定立しながら厳格な目的・手段審査をして合憲性を否定する答案等が、一定数あった。具体的な合憲性の判断に当たっては、自らが定立した判断枠組みの厳格度に見合った、事案の適切な検討が求められる。また、単に問題文中に記載されている様々な事情を書き出して、総合的に衡量した答案の多くは、恣意的に憲法適合性を判断していると評価せざるを得ないものであった。
- 3 本設問では、必要に応じて、自己の見解と異なる立場に言及することが求められている。この観点からは、平板で浅い論述に終始する答案も見られたが、見解が対立する点を的確に見定め、自分の立場とはどこが違うのかを明らかにすることにより、自説を説得力のあるものにすべきである。逆に、自己の見解とは異なる立場について一通り詳しく論じた上で、これを自己の立場から批判するという論述スタイルを採る答案も見られたが、本設問への解答に当たっては、自己の立場を論述する中で「必要に応じて」異なる立場に触れつつ、批判的検討を加えることが求められている。

## 第 2 規制①について

## 1 問題となる人権について

- (1) 人権は、具体的事案を離れて、一般的な憲法上の保障に値するものとして観念されるものである。この点で、匿名表現の自由を憲法第 21 条の下で保障される権利類型の一つであることを十分論述した答案は、匿名での表現や集団行進が憲法第 21 条の保障の下にあることを当然の前提として論じた答案よりも、高く評価できた。
- (2) 顔を隠して集団行進する自由が人権として保障されることの直接の根拠として、単に「デモの報道で顔が映る心配がない。」「就職活動や職場のことを気にせずデモに参加できる。」との意見が多く見られるといった問題文中に記載されている事情のみを挙げる答案が一定数あった。これに対して、規制の萎縮効果等に関連付けて説得的に論述している答案は高く評価できた。さらに、匿名表現の自由を認めることの意義と問題点の両方を意識して論述している答案は、より高く評価できた。
- (3) 東京都公安条例事件判決（最大判昭和 35 年 7 月 20 日刑集 14 卷 9 号 1243 頁）を参照する等しながら、集団行進が公道上で行われ、他者の権利・利益と衝突する危険性があるため、権利としての重要性が低いと説明する答案が見られたが、このような指摘は権利制約の必要性との関係で言及するのが適切である。また、公道上の表現活動に対して強度の人権制約が認められる論拠としてパブリックフォーラム論に言及したり、精神的自由の制約が問題になっている場面であるにもかかわらず立法裁量の存在を前提に論述したりする等、基本的な理解が不十分と思われる答案も見られた。

## 2 問題となる人権への制約について

- (1) 問題となる人権とその制約の関連を意識して論述すべきである。問題となる人権を集会の自由又は表現の自由と捉えた場合には、規制①が人権制約に該当するか否か、どのような制約の態様であるのかが争点となり得る。これに対して、問題となる人権を「顔を隠して集団行進に参加する自由」と捉える場合には、規制①はその強度の制約となるにもかかわらず、

同時にそれを単なる手段の規制にすぎないとして緩やかな違憲審査基準を採用する答案も見られたが、制約される権利との関係で整合的な論述を展開する必要がある。

- (2) 規制①を専ら集団行進への参加の態様の制約として捉え、匿名での表現の制約に固有の問題が存することを全く認識していないように見受けられる答案が一定数あった。
  - (3) 表現内容中立規制と表現行為の間接的・付随的規制との異同を意識せずに論じている答案が一定数あった。他方、規制①は、一見すると表現内容中立規制であるものの、実質的には表現内容規制になっているのではないかと、という視点から検討している答案は高く評価できた。
- 3 制約の合憲性の判断について
- (1) 合憲性の判断枠組みとして厳格審査を選択する答案が一定数あったが、そのような判断枠組みを選択する理由付けが不十分なもの、問題となる人権への制約に関する論述と合憲性の判断枠組みに関する論述との繋がりに疑問があるものが見られた。合憲性の判断枠組みの選択に当たっては、十分な理由付けが求められる。
  - (2) 合憲性の判断枠組みとして比例原則を採用する場合には、審査の密度を事案に即して適切に設定する必要があるが、そのことを意識して論述した答案は少なかった。
  - (3) 泉佐野市民会館事件判決（最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁）を援用する答案が見られたが、公の施設の利用拒否と公道上の集団行進の自由に対する規制という事案の違いを考慮して論述した答案は、高く評価できた。
  - (4) 手段審査における適合性、必要性を意識して論述する答案が一定数見られ、それらの答案の多くは、規制①が目的達成にどのように役立つのかを具体的に論述できていた。
  - (5) 規制①は相当に広汎な規制であり、匿名表現の意義を考えれば、強度の萎縮的効果を持つことは、容易に想像できるはずである。これらの問題文中に記載されている手掛かりについて一切検討することなく、安易に「表現内容中立的な規制であるから中間審査で合憲である」と論述した答案は、高く評価することはできない。逆に、個々の具体的な集団行進の公共の安全に対する危険性の程度にかかわらず、正当な理由なく顔を隠すことを一律に禁じるという規制①の特徴を意識して論述した答案は、高く評価できた。
  - (6) 顔を隠して集団行進をする者の氏名を事前に公安委員会等に届け出る、一定の場所での集団行進を一律に禁止する、集団行進において顔を隠すことを許可制にする、集団行進の状況を警察等が全て撮影する等といった、規制①よりも強度の人権制約に当たり得る措置を、「より制限的でない措置」の具体例として挙げる答案が見られた。
  - (7) 裁判所が合憲限定解釈を行えばその法令は合憲となるとする答案があったが、法律案の検討の場面を想定している本設問に対する解答として、本来は適切でない。少なくとも、裁判所があえて合憲限定解釈をしなければ救うことのできない憲法上の瑕疵が法律案にあることを具体的に論じている必要がある。

#### 4 その他

問題文中で、規制の文言の明確性は論じる必要はない旨が明記されているにもかかわらず、この点を論じている答案があった。

### 第3 規制②について

#### 1 問題となる人権について

##### (1) 問題となる人権の選択について

多くの答案が、問題となる団体の人権として、結社の自由、表現の自由、プライバシーの権利のいずれか一つだけを検討していた。現実には、ある一つの規制が同時に複数の人権を制約することは珍しくない。一つの人権の制約を見いだしたとしても、それで満足することなく、当該規制について粘り強く多角的に分析すべきである。

## (2) 表現の自由・プライバシーの権利について

ア ほとんどの答案が、団体の表現の自由又はプライバシーの権利の一方について触れていたが、双方についてしっかり論じている答案は多くなかった。また、これらの人権が問題となることを抽象的に指摘する答案が見られたが、具体的にどのような意味で表現の自由が問題となるのか、どのような情報がプライバシーの権利との関係で問題となるのかを検討して論述すべきである。特に、報告義務により団体の構成員が一定程度明らかになることが団体のプライバシーの権利との関係で問題となることを指摘した答案は、非常に少なかった。

イ 団体の表現の自由について論じる場合、規制される「表現」が、直接には報告義務の対象である機関誌、ウェブサイト、SNSアカウント等でなされる団体の主義・主張その他の表現であることは明らかである。にもかかわらず、規制される表現を集団行進（でなされるもの）とする、あるいは規制②を集会の自由の問題として捉える答案が見られた。このような答案は、規制の分析が不十分なものが多く、高く評価することはできない。

## (3) 結社の自由について

結社の自由について正面から検討している答案は少なかった上、規制②が結社の自由を制約していると捉える理由を説得的に論述している答案はさらに少数であった。また、結社の自由を問題とした答案は、表現の自由を問題としていないことが多かった。

## (4) 団体構成員の権利について

規制②については、団体自体の人権の制約と団体構成員の人権の制約を複眼的に検討することが求められるが、団体構成員の権利について検討している答案は少なかった。また、問題となる人権について、団体と構成員の区別を意識して論じた答案も少なかった。さらに、問題となる人権の主体が団体と構成員のいずれであるかを明示せず、その点が論述全体からも読み取れない不適切な答案もあった。

## 2 問題となる人権への制約について

(1) 観察処分と報告義務がどのような意味で人権を制約しているかについて具体的な論述を欠いている答案が少なくなかった。また、規制②の内容や効果を検討することなく、安易に人権制約がないと断定する答案もあった。

(2) 規制②における人権制約の有無、程度の検討に当たっては、報告義務の対象となるウェブサイト等の媒体が誰でも見られるものであることが非常に重要な点であるが、この点に言及していない答案が一定数あった。逆に、誰でも見られるものとはいえ、観察処分により一定の情報を公権力に対して報告することが義務付けられる結果、表現の自由への萎縮効果やプライバシーの権利の制約が生じ得ることを論述している答案は高く評価できた。

(3) 報告義務を課している点について、専ら消極的表現の自由の制約として論じる答案が見られた。しかし、一定の観点から団体を観察の対象とし、その情報発信の媒体について報告を義務付けることが、当該団体の本来の活動を萎縮させ、団体の自律にも影響を与えることからすれば、問題となる人権とその制約を狭く捉えすぎており不適切である。

## 3 制約の合憲性の判断について

### (1) 合憲性の判断枠組みについて

問題となる人権や制約の態様が異なるにもかかわらず、十分な理由付けもせず「規制①と同じ違憲審査基準を採用する」等とする答案が一定数あった。また、合憲性の判断枠組みとして厳格審査や中間審査を設定しながら、具体的な合憲性の判断が極めて簡潔であり、問題文中に記載されている事実に照らした検討が十分でない答案が多かった。

### (2) 観察処分及びその要件、報告義務について

ア 報告義務の合憲性のみを問題として、観察処分の合憲性の問題を検討していない答案が多かった。

イ 目的・手段審査により合憲性を判断する際には、目的達成手段だけでなく、立法目的の適否についても実質的な検討が求められる。しかし、規制②の立法目的が、団体の活動状況を明らかにすることに加えて団体の活動を萎縮させることを狙ったものであることを指摘し、その問題点を検討した答案は、非常に少なかった。

ウ 観察処分による自由制限の程度とそれにより得られる公共の利益の衡量や、観察処分の対象となる団体の要件の合理性について論述した答案、「公共の安全を害する行為を抑止する」という規制目的との関係で、観察処分の対象となる団体の範囲が適切かどうかを論述した答案、報告義務の対象となる情報の範囲等について、規制目的との関係での必要性・合理性を論述した答案は、いずれも高く評価できた。

エ 合憲性の判断枠組みとして厳格審査又は中間審査を採用した場合に、「より制限的でない措置」の具体例として、問題文の規制手段よりも制約の強いものを挙げている答案が見られた。また、規制②を採用しなければ、規制当局が法律上の根拠なく情報収集を始めるおそれがあることを理由として、規制の合理性を基礎付けようとする不適切な答案もあった。

#### 4 その他

- (1) GPS捜査に関する判決（最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁）を挙げるなどして、継続的かつ網羅的な情報収集の問題性に言及した答案は非常に少なかった。
- (2) 本設問において論じる必要はない検閲該当性の論点について、相当の分量を割いて論じる等、基本的な理解が不十分と思われる答案が見られた。

#### 第4 形式面での注意点

- 1 極端に字が小さかったり、乱雑であったりするなど、判読が困難な筆跡の答案が依然として一定数あった。
- 2 過料を「刑罰」「罰金」とするなど、基本的知識を欠く答案があった。また、違反行為に過料が科されることを理由として緩やかな違憲審査基準を採用できないという答案があったが、合憲性の判断枠組みは問題となる権利とその制約の分析を通じて定立されるべきである。制裁の有無や程度は、手段審査において考慮すべき事情である。
- 3 設問とは関係のない一般論を延々と展開したり、設問との関係を論じることなく思いついた判例を挙げたりしても、高い評価は得られないことに注意すべきである。
- 4 例年指摘しているとおり、誤字には十分注意すべきである。特に「幸福追及権」等は論外である。

1 出題の趣旨

別途公表している「出題の趣旨」を参照いただきたい。

2 採点方針

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

3 答案に求められる水準

(1) 設問1(1)

- ・ 最高裁判例（例えば、最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁。以下「最高裁昭和39年判決」という。）で示された処分性判断の定式ないし申請に対する拒絶が処分となり得ることについての理解を示した上で、A市長（以下「市長」という。）が行ったBを屋台営業候補者に選定しない旨の決定（以下「本件不選定決定」という。）が申請拒否処分に該当するか否かについて検討するものは、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、A市屋台基本条例（以下「本件条例」という。）及び本件条例施行規則（以下、本件条例と併せて「本件条例等」という。）の定める屋台営業候補者に選定されることが、市道占用許可の要件ないし効果との関係でどのような法的意味を持つか、公募申請者による応募申請とこれに対する市長の応答（選定ないし不選定の通知）を処分性との関係でどのように解するか等、本件条例等の仕組みを踏まえて具体的に検討するものなどは、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、本件不選定決定と市道占用許可との関係性について、関係条文を正確に指摘しながら網羅的に検討するもの、屋台営業候補者の選定が中間段階の決定にすぎないことの意味を示しながら、市道占用不許可処分の取消訴訟等、市道占用許可に対する争訟手段を選択する可能性や当該手段の実効性の有無について具体的に検討するものなどは、優秀な答案と判断した。

(2) 設問1(2)

- ・ 本件条例等の関係規定や屋台営業の公募に係る事実関係に即して、Bに対する本件不選定決定とCを屋台営業候補者に選定する旨の決定（以下「本件候補者決定」という。）との関係について、放送局の運転免許に関する引用の最高裁判例（最判昭和43年12月24日民集22巻13号3254頁。以下「最高裁昭和43年判決」という。）との対比を踏まえて実質的に競願関係ないし表裏の関係にあるといえるかを検討した上で、Bが本件不選定決定の取消しを求める訴えの利益を有するか否かについて一定の結論を導いているものは、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、本件不選定決定を取り消す判決の効果について、行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）第33条第2項の取消判決の拘束力についての理解を示した上で、これに基づき本件の訴えの利益の有無について具体的に検討するものなどは、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、本件不選定決定を取り消した場合の判決効の検討において、最高裁昭和43年判決の正確な理解を踏まえつつ、本件不選定決定と本件候補者決定のそれぞれの帰趨を具体的に分析し、訴えの利益の有無について説得的に論じるものなどは、優秀な答案と判断した。

### (3) 設問 2

- ・ 本件不選定決定が裁量処分に当たることを指摘しつつ、本件における具体的な事実関係等を踏まえたBの地位への配慮の必要性の有無(①)、及び、本件条例等の関係規定やA市屋台営業候補者選定指針(以下「本件指針」という。)の内容等を踏まえたA市屋台専門委員会(以下「委員会」という。)の申合せの合理性の有無(②)について検討し、これらに基づき、市長の選定に係る判断内容に瑕疵があるといえるか否かについて一定の結論を導いているものは、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、前記①について、道路法第33条第1項の道路占用許可基準において人的な要素が重視されていない点、道路法に道路占用許可の名義貸しを明文で禁止する規定が見当たらない点、本件条例第9条第1項第2号アが生計の維持の観点から市道占用許可の承継を事実上認めている点、屋台営業に係る名義貸しをA市が長年放置(黙認)してきた点等、具体的な事実関係を踏まえて評価・検討しているもの、また、前記②について、本件条例施行規則第19条各号の選定基準を個別具体的に分析しているものや、新規に屋台営業を始めようとして応募した者の利益を不当に侵害することにならないかといった観点について具体的に検討して委員会の申合せの合理性を論じているものなどは、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、前記①及び②の双方について、複数の事情を挙げて詳細かつ多角的に検討した上で、市長の選定に係る判断の瑕疵(裁量権の範囲の逸脱又はその濫用)の有無について説得的な理由を示しているものや、市長が委員会の推薦を覆して本件不選定決定をしたことについて、行政庁の処分と諮問機関との決定との関係について一般論を述べた引用の最高裁判例(最判昭和50年5月29日民集29巻5号662頁。以下「最高裁昭和50年判決」という。)の正確な理解を示した上で説得的に論じているものなどは、優秀な答案と判断した。

## 4 採点実感

以下は、考査委員から寄せられた主要な意見をまとめたものである。

### (1) 全体的印象

(悪筆・誤字)

- 本年も、書き殴った文字、小さすぎる文字、極めてくせの強い文字、略字の多用等により判読不能な答案が依然として散見された。限られた時間内で答案を作成しなければならないため、多少、乱雑な文字であってもやむを得ないと思うが、答案である以上、自分の考えを正確に理解してもらえるよう作成しなければ意味がない(可能な限り読む努力はするが、採点者が努力しても、物理的に読めない場合は、当該部分を採点に反映させることは不可能である)。他人が読むことを意識して筆記するようにしてほしいし、日頃から読みやすい文字で答案を作成する訓練をしてほしい。
- 道路法に基づく市道「占用」許可を市道「占有」許可と表記するなど、間違った言葉遣いをした答案が非常に多く見られた。

(法解釈・基礎的法概念等の理解)

- 当然のことながら、法解釈論の基本は、法令の条文を正しく解釈し、事実に当てはめることである。行政法の様々な一般理論や定式も、個別の法令を解釈適用するための道具である。個別の法令の条文をきちんと提示することなく、一般論に終始する答案が少なくないが、高い評価は望めないこととなる。
- 問題文の中で参考にすべきとして挙げられる判例(設問1(2))の最高裁昭和43年判決、設問2の最高裁昭和50年判決)は、行政法の中で重要な位置付けを与えられているものである(基本的な教科書や行政判例百選など主要な判例集にも掲載されている)。これらの判例の知識は、最低限備えておくべきものであり、司法試験を受験するに当たっては、不可欠のものである。

- 行政法学や法律学の初歩的な事項を理解できているのか、疑問に感じざるを得ない答案が散見された。例えば、本件条例の法規性を否認したり検討したりする答案（本件条例第9条が行政手続法上の審査基準に当たることを踏まえたものかもしれないが、だからといって本件条例の全てが同じ法的性質を有するわけではない。）、本件条例が道路法第33条第1項のいう「政令」に含まれ、したがって委任条例であると捉える答案、本件条例の委任に基づいて制定された本件条例施行規則を行政規則と捉える答案などである。

（読解・分析・構成・表現力）

- 例年のことながら、資料として付された【法律事務所の会議録】（以下「会議録」という。）に記載された指示を無視したもの、あるいは明らかに読んでいない答案が少なからずある。問題においても、「以下に示された【法律事務所の会議録】を踏まえて…設問に答えなさい。」として、これを参照すべきことが明記されているように、会議録も問題の一部であり、その指示を無視して自説を展開しても論証不足となり、高い評価は望めない。

## （2）設問1（1）

（全体について）

- ほとんど全ての答案が、最高裁昭和39年判決で示された処分性判断の定式について触れ、かつ、正確に記述していた（ただし、「公権力の主体たる」が抜けるなど一部不正確なものもあった。）。
- もっとも、会議録において、本件条例等の仕組みに即した申請に対する処分該当性（①）、市道占用許可との関係（②）といった観点からの処分性の検討が指示されていたにもかかわらず、前記処分性判断の定式を複数の要素に分割して個々の該当性を機械的に解答するような答案が少なからず見受けられ、しかも、その多くが、個々の要素をかみ合わせようとして抽象的な検討に終始し、本件不選定決定の制度上の位置付け等、事案に則した具体的な検討がされていなかった。

### （①本件条例等の仕組みに即した申請に対する処分該当性の検討）

- 本件条例等の仕組みに即した検討を行うに当たっては、定義規定も含め、条文を引用しながらこれに即した丁寧な検討が求められる。その際、本件条例第25条第1項に規定する屋台営業候補者の公募への応募が「申請」（行政手続法第2条第3号）に該当するかどうかを検討するに当たっては、同号にいう「処分」が行訴法第3条第2項における「処分」と同義であるため（行政手続法第2条第2号参照）、本件条例第26条第1項に基づく屋台営業候補者の選定の処分性を検討する必要がある。しかし、このような論理構造を十分理解せず、屋台営業候補者の選定についての申請権の有無と、屋台候補者不選定通知の法的効力とを単純に並列して検討している答案や、本件条例等の規定を平面的に羅列したにとどまる答案が多く見られた。
- 本件不選定決定に処分性、特に具体的な法行為性を認める根拠として、市道占用許可を受けられなくなることを挙げる答案が多かった。しかし、市道占用許可については国民が請求権を有しない（伝統的な行政行為の種別では「特許」に当たる）とすると、このことは必ずしも十分な根拠にはならない。その意味で、会議録において弁護士Eが述べるとおり、「本件条例及び本件条例施行規則の仕組みに即して、屋台営業候補者の選定が申請に対する処分当たるか、したがって、本件不選定決定が申請拒否処分に当たるか」という検討をより多くの答案に行ってほしかった。
- 本件条例等の仕組みに関し、道路法に基づく道路占用許可と本件条例に基づく屋台営業候補者の選定の関係を正確に理解していない答案が散見された。例えば、屋台営業候補者の公募申請が道路占用許可の申請と同一であると誤解するもの（両者が異なることを正確に理解しつつ、実質的に前者の申請が後者の申請であると評価できると論ずる答案もあった。このような解釈が妥当であるか否かは別途問われることにはなるが、ここで問題とするのはこのよ

うな答案ではなく、そもそも前者の申請と後者の申請が同一であると誤解する答案である。)や、屋台営業候補者の公募申請を行うためには道路占用許可を受けておく必要があるなどと誤解するものが見受けられた。

- その他、屋台営業候補者の選定それ自体と選定結果の通知を混同した答案、屋台営業候補者に選定されることが市道占用許可の要件となっていることについての指摘がない答案、屋台営業候補者不選定通知を受けた場合、市道占用許可の申請自体ができなくなるかのように解答する答案も見られた。

#### (2)市道占用許可との関係の検討)

- 処分性の検討に当たっては、実効的な権利救済の観点からの検討が欠かせないが、処分性の定義を論じる中で「成熟性」という観点を挙げていても、本件に即した検討において、道路法第32条第2項に基づく市道占用許可の申請に対する不許可処分の取消訴訟と対比して、屋台営業候補者の決定が中間段階の決定にすぎないという点の理解が十分に示されていないものや、単純にBが困っていることを指摘するにとどまるものが大部分であった。
- 屋台営業候補者不選定通知については、後続処分が予定されていないから紛争の成熟性が認められるとする答案が見られたが、同通知を受けた場合にも、その違法については、道路法第32条第2項に基づく道路占用許可申請に対する不許可処分の違法事由として争えないかという観点から検討すべきであった。

#### (その他)

- 処分性判断の定式に沿って個々の要素を検討した答案の中には、「公権力性」を挙げておきながら検討過程でこれに全く触れない、触れるにしても単に「公務員」ないし地方公共団体の長たる市長が選定を行ったとか、「一方的態様」で行ったなどといった理由で権力性を認める答案が相当数あった。こうした理由で権力性が認められるのであれば、例えば地方公共団体の長が行った行政指導に関しても、およそ権力性があることになってしまう。

### (3) 設問1(2)

#### (全体について)

- 会議録にあるように、本問では、最高裁昭和43年判決を参考にしながら訴えの利益を検討することが求められ、本件不選定決定と本件候補者決定の関係を分析した上で(①)、同判決の論理(特に判決効)がどのように妥当するのか(②)を論証することが期待されたところである。この点、多くの答案が、同判決についての一定の理解を示しながら、
  - ・ 本件不選定決定を取り消しても、本件候補者決定が残っていると、結局、Bは屋台営業候補者にはならないのではないかという問題があること
  - ・ BとCとがいわゆる競願関係にあること
  - ・ 結論として訴えの利益が認められることについて論じることができていた。
- 他方で、Bに訴えの利益が認められる理由について、最高裁昭和43年判決の論理を踏まえて正確に論証することができていた答案は比較的少なく、単に判決の結論を挙げ、本件にもその射程が及ぶとだけ解答する答案や、逆に、判決の概要を10行ないしそれ以上にわたり説明する答案も散見された。同判決の論理を手掛かりにした本件の検討を求めているのであり、判決の結論や概要の知識を聞いているのではない。

#### (①本件不選定決定と本件候補者決定の関係の検討)

- 前記のとおり、多くの答案において、本件不選定決定と本件候補者決定とが、いわば「競願関係」、「表裏の関係」にあることの理解を示すことができていた。
- 他方で、CをBの「競業者」と表現する答案があった。そのような表現では、新規業者への許認可に対して、既存業者が取消訴訟を提起した場合等と区別することができないだろう。
- 本件の屋台営業候補者は営業場所ごとに1名選定され、2名同時に選定されることはあり得

ないにもかかわらず、Cが先に選定されていたとしても、Bは他の19箇所のどれかには選定される可能性があるとの理由で訴えの利益を否定した答案があった。せっかく判例の知識が正確であっても、事案の理解が不十分なために的外れな論述になったものであり、残念である。

(2) 本件不選定決定の取消しの効果の検討)

- 最高裁昭和43年判決の論理は、本来、取消判決により、本件候補者決定が取り消される形成力は当然には生じないが、本件候補者決定と本件不選定決定がいわば表裏の関係にあることにより、取消判決の拘束力(行訴法第33条第2項)の間接的な効果として、Bが候補者に決定される可能性があるというものであるが、このような論理を正確に理解していないと思われる答案が多数見られた。例えば、以下のようなものである。
  - ・ 取消判決の第三者効(行訴法第32条第1項)により、本件不選定決定の取消判決の効力がCにも及ぶ(本件不選定決定の取消判決の第三者効によって本件候補者決定の効力が直ちに消滅する)から訴えの利益があるとする答案が多く見られた。Cに対する本件候補者決定は本件不選定決定とは異なる処分であるから、後者の取消判決の第三者効は前者の有効性を左右しない。最高裁昭和43年判決も第三者効には触れていない。
  - ・ 本件不選定決定の取消判決の拘束力により、本件不選定決定といわば表裏の関係にあるCに対する本件候補者決定を取り消す必要が生じるから、訴えの利益があると論ずる答案も多かった。同判決はそこまでは言及しておらず、取消判決の拘束力の及ぶ範囲を誤って広く捉えすぎているといわざるを得ない(正しくは、取消判決を受けて再審査をした結果、Bを屋台営業候補者に選定すべきということになった場合に、A市長が本件候補者決定を取り消すことになる。)
  - ・ 既にCが屋台営業候補者に選定されているため、Bに対する不選定決定を取り消しても、Bが従前と同じ区画(以下「本件区画」という。)の屋台営業候補者として選定される可能性はないが、3年後には改めて選定が行われそこで選定される可能性があるとして訴えの利益を肯定する答案が散見された。取消判決により申請した状態が回復され再度審査される、という趣旨と思われるが、3年後の審査は取消判決の拘束力によるものではなく、新たな公募によるものであるから、訴えの利益を肯定する根拠とはならない。

(その他)

- 訴えの利益が認められる根拠として、取消判決を受けることにより国家賠償請求が可能となることを指摘する答案があった。取消訴訟(抗告訴訟)と国家賠償請求訴訟との関係についての理解が不十分であると思われる。
- 行訴法第9条第1項括弧書きに言及する答案があったが、これは「処分又は裁決の効果が期間の経過その他の理由によりなくなった後」における訴えの客観的利益の帰趨に関する規定であって、訴えの客観的利益に関する一般規定ではない。

(4) 設問2

(全体について)

- Bの主張を、会議録で示された検討の方向性に従い、本件条例の施行の際にBの地位への配慮に欠ける点がなかったか(①)、委員会の屋台営業候補者の推薦に係る判断の瑕疵の問題として、本件条例等の関係規定や本件指針の内容等を踏まえた委員会の申合せの合理性の有無(②)、の2点を中心に検討するという枠組みについては、多くの答案で適切に書き分けられていた。
- 他方で、それぞれの検討内容については、答案により優劣の大きなばらつきが見られた。本問は、市長の裁量権の範囲の逸脱又はその濫用を論じる上で、結論に影響を及ぼし得る重要な事実を抽出・整理して、各要件に当てはめて論じるという、実務家として重要な能力を試すものであり、具体的な事実に基づく丁寧な論述が求められたところである。抽象的な議論

に終始し、あるいは、結論のみの極めて大雑把な検討にとどまる答案や、会議録で示された検討の方向性を無視した独りよがりの検討に基づく答案については、高い評価をすることは困難であった。

- 問題文や会議録から事実を拾い上げて論じた答案においても、それぞれの事実の位置付けないし評価を、制度の全体像を踏まえて十分に検討することができたかどうかにより、説得力に差が表れた。例えば、前記①の問題と、前記②の検討要素として会議録に挙げられた新規の公募に応募した者の利益を不当に侵害するかという問題は、市長の裁量権濫用を論じる上でいわば表裏の関係にあり、そのことを丁寧に説明する必要があるが、このような論理関係を明確に意識している答案は少なかった。
- 会議録では、市長の選定に係る判断の内容に瑕疵があったと主張することができないかの検討(③)、及び、市長が委員会の推薦を覆して選定したこと自体に瑕疵があったと主張することができないかの検討(④)をするよう方向性が示されていたが、これらは、前記①及び②の検討に比べると、十分に論じられていない答案が多かった。

(裁量論について)

- 会議録で示された前記①、②の検討を行う前提として、本件不選定決定に市長の裁量が認められるか否かについては、多くの答案がその根拠とともに触れることができていた。他方で、裁量の有無を検討していない答案もあったが、処分についての司法による実体的な統制に関しては、裁量の有無は重要な論点である。
- 裁量の有無・広狭については、条文及び処分の性質の両面から論証することが望ましく、両者を丁寧に指摘するものは評価することができた。なお、本件条例第25条第1項の「市長は…公募を行うことができる。」との文言を根拠に市長の裁量権を認める答案が散見されたが、この規定は公募の実施に関する規定であって屋台営業候補者の選定に関する規定ではないほか、「できる」規定は必ずしも効果裁量を付与するものではなく、ここでは権限付与規定と解すべきである。
- 裁量が問題となるのは市長の選定行為についてであるが、間接的に関係するとはいえ、公募や道路占用許可のみを対象として議論する答案が一部見られた。また、委員会の要件裁量を取り上げる答案も多く見られた。まずは、何が議論の対象なのかを正しく特定する必要がある。

(①Bの地位への配慮に関する検討)

- Bが「本件区画で10年以上も屋台営業を行ってきて、A市との間でトラブルもなかったのに…」という点に着目して、本件条例の立法事実(すなわち、許可が事実上売買の対象となったり、営業者の頻繁な交代により屋台をめぐる諸問題の解決に向けた継続的な話合いが難しくなったりしたこと)がBには当てはまらないことから、Bの地位に配慮すべきである(さらに、Bの地位への配慮を欠いたまま行われた本件不選定決定は違法である)と結論付ける答案が多かった。確かに、Bの従前の営業が完全に適法であれば、このような論理は首肯できるものであるが、Bの従前の営業が他人の名義によるもので少なくとも形式的には違法であったからこそ、会議録において弁護士Dが「屋台営業において他人の名義を借りることは、営業の実績が全て法的な保護に値しなくなるほど悪質な行為と評価できるのでしょいか」と指摘しているのであって、同指摘のような論理が成り立つ余地があるか否かを検討する必要がある。
- Bが本件区画で10年以上営業してきた事実を挙げて、Bの立場から一通りの検討がされた答案は多かったものの、他人名義を借りた屋台営業の実害(許可が事実上売買の対象になり、屋台営業者との継続的な話合いが困難になっていたこと)などの反対方向の事実も取り上げた上で論じた答案は、比較的少なかった。本件区画で営業を行ってきた期間の長さなど、Bに有利に配慮すべき事情は指摘がしやすかったからであると考えられるが、Bの地位への配

慮を検討する際に、関係法令に照らして不利な事情の評価・検討を行った上で結論を導くことは、説得力に大きな差が出ることになる（道路法や本件条例等の具体的な規定の解釈から、A市の反論ないしBの再反論を展開することで、おのずとこのような評価・検討の過程を表すことができる。）。

- 会議録中に「本件条例が違法であるとまではいえないとしても」との記載があり、本件条例自体の違法性（本件条例中に経過措置を設けなかったことの違法性を含む。）についての検討は不要であることが明らかにされているのに、この観点からBの地位への配慮について検討している答案が見られた。

#### (2)委員会の申合せの合理性の検討

- 本件指針についての委員会の申合せの合理性の検討において、Bのこれまでの営業実績や今後の屋台政策への貢献の期待といった点を取り上げて、Bの立場から一通りの検討がされた答案は多かった。
- もっとも、会議録で方向性が示された、㉗本件条例施行規則第19条各号の選定基準に照らして申合せの合理性を説得的に論じた答案や、㉘新規に屋台営業を始めようとして応募した者の利益を不当に侵害することにならないかといった観点からの検討がされた答案は比較的少なく、会議録で弁護士の指摘した観点をおうむ返しに繰り返すにとどまっている答案も多かった。
- 前記㉗について、本件条例施行規則の法的性格を誤解したためか（あるいは、時間が足りなくなっただけか）、本件条例施行規則第19条各号所定の選定基準、A市のウェブサイトで公開されている本件指針及び委員会の申合せという三者の関係についての正確な理解に基づいた答案は多くなかった。かえって、委員会の申合せが本件指針に明示されているとか、両者の内容を混同するもの、委員会の申合せが公表されていると誤解する答案が多く見られた（会議録では、本件指針についてはウェブサイトで公開されている旨の記載があるが、委員会の申合せについては、市長が委員会の議事録を取り寄せて初めてその内容を知ったとされており、事前に公表されていなかったことが分かる。）。
- 前記㉗の「本件条例施行規則第19条各号の選定基準に照らし」た検討が指示されているのに、同条各号の解釈に一切触れていない答案も相当数見られた。
- 前記㉘の観点について丁寧に検討した答案は、前記㉗よりも一層少なかった。

#### (3)市長の選定に係る判断の内容の瑕疵の検討

- 前記③のとおり、会議録では市長の選定に係る判断の内容の瑕疵の検討も求めているところ、前記①及び②を検討の上（又は各個の検討に引き続き）市長の考慮不尽という観点から検討する答案や、市長が、屋台営業の刷新という公約の実現を重視して、委員会の審査結果から申合せに基づく点数を差し引いたことに他事考慮があるなどとする答案は評価することができた。
- 他方で、前記①ないし②について検討しつつ、そこから一定の結論（Bの地位への配慮が足りないとか、委員会の申合せには合理性があるなど）を導くだけで、それらが市長の裁量判断の瑕疵としてどのように評価されるのかという点を検討していない答案が相当数見られた。

#### (4)行政庁の処分と諮問機関の決定との関係の検討

- 行政庁の処分と諮問機関の決定との関係について、最高裁昭和50年判決のみならず、諮問機関一般の性格、さらには委員会の構成や設置の趣旨にも触れながら具体的に検討している答案は、高く評価することができた。
- もっとも、行政庁の処分と諮問機関の決定との関係という観点から、市長が委員会の推薦を覆して選定したこと自体に瑕疵があったかどうかを検討している答案は少数にとどまり、最高裁昭和50年判決の正確な理解を示すことができた答案はかなり少なかった。

#### (その他)

- 市道占用許可が更新されない点を、実質的な許可の撤回に当たるとした答案が少なからず見られた。道路法は必ずしも占用許可の更新を前提とする法制度ではないことから、この点についての検討が必要であるところ、そこまでの記述のある答案は見られなかった。

#### 5 今後の法科大学院教育に求めるもの

- 行政法の基本を重視した教育、さらには、個別のケースにおいて的確な規範を提示し（例えば、同じ処分性であっても、本問のように公募での不選定決定の処分性が問われるケースと行政計画の処分性が問われるケースとでは分析の視角が異なるはずである。）、事実を正確に当てはめる能力を涵養する教育を期待したい。
- 行政法の基本的な概念・仕組みを確実に押さえて、重要な最高裁判例を丁寧に読んでその内容・射程を理解した上で、事例問題の演習を行うことが求められる。事例問題の演習においては、与えられた関係法令を読んで、問題になっている制度の仕組みを正確に把握することも目標とすべきだろう。
- 会議録で指摘された判例についてそれなりの理解がある答案は多く、そのため、設問1(2)は比較的良くできた答案が多かったのに対し、本案主張の検討を求める設問2はそうではなかった。本案の違法事由に関する問題については、行政法の基礎的知識に基づき、関係する法制度の的確な分析を行い、その上で個別法の適切な解釈をすることが求められるため、この点の能力を伸ばすことが、法科大学院教育の抱える課題の一つなのだろうと感じられた。

## 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る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、役務提供契約の種類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、当該株式会社は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の主張の可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の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。）をすることの可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、増額判決の可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でき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案は少なかった。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とが想定される。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。

令和3年司法試験の採点実感（刑事系科目第1問）

1 出題の趣旨、ねらい

既に公表した出題の趣旨のとおりである。

2 採点方針

本問では、具体的事例について、甲、乙、丙及び丁の罪責や、その理論構成、一定の結論を導くための説明やそれに対する反論を問うことにより、刑法総論・各論の基本的な知識と問題点についての理解、事実関係を的確に分析・評価し、具体的事実に法規範を適用する能力、対立する複数の立場から論点を検討する能力、結論の妥当性や、その導出過程の論理性、論述力等を総合的に評価することを基本方針として採点に当たった。

いずれの設問の論述においても、各設問の内容に応じ、各事例の事実関係を法的に分析した上で、事案の解決に必要な範囲で法解釈論を展開し、問題文に現れた事実を具体的に摘示しつつ法規範に当てはめて適切な理論構成の下に妥当な結論を導くこと、その導出過程が論理性を保持していることが求められる。特に、本問は事実関係が必ずしも単純でないため、細部の事実にとらわれすぎることなく、事案の全体像を正確に把握した上で、論じるべき内容を適切に選別、整理し、それをバランスよく答案構成に反映させることが必要である。

出題の趣旨でも示したように、設問1では、まず、甲及びB腕時計店（以下「B店」という。）の副店長である丙が、あらかじめ意を通じ、B店において、甲が丙にサバイバルナイフを示すなどして丙を脅すふりをして、B店の売場に陳列されていた商品の腕時計100点（以下「本件腕時計」という。）を持ち去った行為について窃盗罪の共同正犯の成否を論じる必要があったところ、本件腕時計の占有が店長たるCに帰属するかについて、本事例にある具体的事実を基に検討することが求められていた。すなわち、丙が商品の仕入れ、店外への持ち出し及び価格設定について権限がなく、全てCの承認を得る必要があったこと、本件腕時計が原則として常時施錠されたショーケース内に保管されていたこと、その鍵をCも所持していたことなどを踏まえて検討する必要があった。

次に、甲と共に腕時計を強奪することを計画していたものの、甲と丙が内通していた事実を知らないで、甲及び丙の前記犯行中に周囲を見張るなどして加担した乙について窃盗罪の共同正犯の成否を論じる必要があったが、乙が窃盗罪の実行行為を分担していないことを前提として、乙に正犯性を認めることができるかについて、乙が甲らの実行行為の間見張り行為を行ったことや相当多額の利益分配を受ける予定であったことなどの具体的事実を摘示して当てはめを行う必要があった。また、甲らが客観的に実現した犯罪は窃盗罪であるところ、乙は、甲と丙の内通事実を知らず、強盗罪を犯す意思で加担していることから、いわゆる共犯の錯誤についての処理方針について自説を示した上、強盗罪と窃盗罪の各構成要件の間に重なり合いが認められるか、認められるとしていかなる範囲で認められるかについて、具体的根拠とともに論じることが求められていた。

さらに、丙からの依頼を受け、本件腕時計の一部が入ったボストンバッグ（以下「本件バッグ」という。）を自宅の押し入れ内に保管していた丁が、本件バッグの中に盗品が入っていることを認識するに至った後も保管を継続した行為について盗品等保管罪の成否を論じる必要があったが、同罪の法的性質や実行行為の内容を意識して論じることが求められていた。

設問1では、上記甲、乙、丙及び丁の各行為について、事案の解決に必要な範囲で法解釈論を展開し、具体的事実を指摘しつつ法規範に当てはめることができている答案は高い評価を受けた。

設問2は、甲が、丙と意を通じ、まず甲が木刀で乙の頭部を殴打した（以下「第1暴行」という。）が、乙が甲らのB店における犯行を警察に話すなどと言ったことから、丙が乙に暴行を加え、暴行を終了するようにいさめた甲を殴打して気絶させた後、前記木刀で乙の頭部を殴打した（以下「第2暴行」という。）ところ、乙に生じた頭部裂傷（以下「本件傷害」という。）が第1暴行又は第2暴行のいずれか一方だけによって形成されたものであることは明らかであるものの、いずれの暴行から形成されたものか不明であっ

たという事例について、①甲が本件傷害に関する刑事責任を負わないとの結論を導くための説明及び②甲が本件傷害に関する刑事責任を負うとの立場からの反論を、それぞれ論点ごとに論拠を示しつつ検討させるものであった。

①及び②への言及においては、出題の趣旨で示したとおり、共犯関係の解消の有無（又は、第2暴行が共謀の射程内か否か）と同時傷害の特例（刑法第207条）の適用の可否の2つの論点を検討し、それぞれ①の説明及び②の反論を論じていくことが考えられるところ、共犯関係の解消の有無については、いかなる場合に解消を肯定できるのかについて自らの見解を示した上、根拠として問題文に現れた具体的な事実関係を的確に示しながら、①及び②を論じる必要があった。例えば、因果性遮断説の立場からは、関与者の因果的寄与が解消されたと認められるかが判断基準となると、第1暴行後、甲は丙の暴行を制止しようとしたこと、甲は丙から殴打されて気絶したこと、丙は気絶した甲を放置したまま第2暴行を実行していること、甲は乙に暴行を加えることを発案した首謀者的立場にあること、甲は自ら第1暴行を実行していること、甲は凶器として木刀を準備しているところ、丙は第2暴行で同木刀を使用していることなどの具体的事実を示して、心理的因果性及び物理的因果性の両面から甲の因果的寄与が解消されたといえるかを丁寧に検討する答案は高い評価となった。

次に、同時傷害の特例の適用の可否については、共犯関係の解消を認めたのみでは直ちに①の結論を導くことができず、同特例が適用されないことも必要となるとの論理関係を理解した上で、本事例の特殊性（第1暴行時点で甲丙間に暴行の共謀が成立していること）に着目し、このような場合でも同特例が適用されるか否かを踏まえて、①及び②を論じる必要があった。こうした他論点との論理関係及び本論点固有の問題点を的確に把握し、論理性を保って論述することができている答案は高い評価であった。他方で、そもそも同特例の存在を意識できていない答案が非常に低い評価となったことは当然である。また、同特例の適用の可否に言及できていた答案であっても、共犯関係の解消との論理関係が意識されていない答案や、上記の本事例の特殊性を意識せず、同特例の一般的な適用要件を示して当てはめを行うにとどまる答案は低い評価にとどまった。

### 3 採点実感等

各考査委員から寄せられた意見や感想をまとめると、以下のとおりである。

#### (1) 全体について

本問では、前述2のとおり、事案の全体像を正確に把握した上で、論じるべき内容を適切に選別、整理し、バランスよく論じる必要があったが、後述するように、事案の全体像を十分に把握せず、個々の事実の法的評価を誤っている答案や、必ずしも論じる必要がない論点等を長々と論じる答案が相当数見られた。また、規範定立部分については、論証パターンの書き写しに終始しているのではないかと思われるものが多く、中には、本問を論じる上で必要のない点についてまで論証パターンの一環として記述を行うものもあったほか、論述として、表面的にはそれらしい言葉を用いているものの、論点の正確な理解ができていないのではないかと不安を覚える答案が目についた。

また、規範定立と当てはめを明確に区別することなく、問題文に現れた事実を抜き出しただけで、その事実が持つ法的意味を特段論じずに結論を記載する答案も少なからず見られた。これは、論点の正確な理解とも関係するところであり、一定の事実がいかなる法的意味を有するかを意識しつつ、結論に至るまでの法的思考過程を論理的に的確に示すことが求められる。

#### (2) 各設問について

##### ア 設問1について

##### (イ) 甲及び丙の罪責について

本事例において、甲が丙にナイフを示すなどした行為は、強盗を仮装する手段にすぎず、財物奪取に向けられた手段ではないから、強盗罪の実行行為に当たらないし、両名には同罪の故意も認められない。しかしながら、強盗罪の実行行為性は、社会通念上一般に反抗抑圧に足りる程度か否かによって判断されるところ、甲の上記行為は、丙の立場を離れ、一般的に観察すればこれに当たる

などとして強盗罪（又は強盗未遂罪）の成立を認める答案が相当数あった。ここにいう「社会通念上一般に」判断するというのは、被害者が反抗を抑圧されていなくても実行行為性を認めるという趣旨であり、財物強取の手段といえるかについてまで、具体的な事実関係を捨象した判断を正当化するものではない。本問で強盗罪（又は強盗未遂罪）の成立を認めた答案は、強盗罪の実質に関する理解が著しく不足しており、個別の要件を形式的に判断するにとどまっているといわざるを得ない。

また、結論として強盗（未遂）罪の成立を否定した答案にも、甲の行為が強盗罪の「脅迫」に該当するとした上で、丙が現実に反抗を抑圧されていないことのみを根拠とするものや、強盗（未遂）罪の構成要件該当性を肯定しながら、丙が財物の強取に同意していることから違法性が阻却されるとするものなど、結論を導く前提や論理過程に誤りを含む答案が散見された。

次に、本件腕時計に関する占有の帰属については、丙の上位者であるCの占有を検討し、ここでCの占有が肯定される限り、仮に丙との共同占有であっても、甲及び丙の行為はCの占有を侵害するものとして窃盗罪を構成するというのが一般的な理解と思われるが、専ら丙に占有が認められるか否かを検討するのみで、Cとの関係を意識しないまま漫然と結論に至る答案が少なからずあった。また、占有の帰属についての問題意識が欠落し、甲に窃盗罪（又は強盗罪）の成立を認めつつ、丙に業務上横領罪の成立を認めるなど、一貫性を欠いた答案も一定数あった。さらに、占有の帰属を検討するに当たり、判断の基礎となるべき丙の権限は、あくまで本件腕時計の管理に際して有している権限であるべきところ、丙がB店の副店長の地位にあることや、従業員の労務管理や売上金の管理業務を担当していることを根拠に、丙の占有を安易に肯定する答案が少なからず見られた。なお、結論として、窃盗罪又は業務上横領罪とした答案のいずれについても、本事例の事実関係に照らして、どの行為が実行行為に当たるのかを具体的に特定していない答案が相当数あった。

甲と丙の共犯関係について、Cの占有を肯定し、窃盗罪の成否を検討する立場からは、「窃取」とは、占有者であるCの意思に反して腕時計の占有を移転させることをいうところ、甲と丙は共同して実行行為を分担しているものであり、これが両者の事前の話し合いに基づいて行われた以上、両名が共同正犯の罪責を負うことは当然であるのに、甲及び丙について、両者の具体的な役割・関係性等や共同正犯の正犯性の根拠について長々と論ずるものが散見された。後述のとおり、実行行為を分担していない乙とは論ずべき内容はおのずから異なるのであって、甲と丙が実行行為を共同実行しているが、乙は実行行為を分担していないという事実関係を踏まえた、メリハリのある論述が望ましいところであった。

また、甲と丙については、一括した検討が可能であるにもかかわらず、両名を個別に検討した結果、一貫性を欠いたり、記述内容が大幅に重複して冗長となったりした答案も目に付いた。

#### (4) 乙の罪責について

まず、共謀共同正犯の成否については、共謀の成立要件（幫助犯との区別基準）を明らかにしないまま、事例の事実関係をそのまま引用しただけで共謀が成立すると結論付ける答案や、あらかじめ示した幫助犯との区別基準と当てはめに不整合・説明不足が認められる答案（例えば、正犯意思のみを区別基準としていながら、当てはめでは重要な役割を指摘し、正犯意思と重要な役割の関係について何らの説明もない答案等）が見られた。結論として、乙を共謀共同正犯とする答案が多数であったが、一部、幫助犯とする答案もあった。仮に幫助犯とする場合は、乙が犯行計画の中核的部分といえる甲丙間の内通事実を知らされていなかった事実を示すことが必要と思われるところ、単に乙の分け前が甲及び丙と比較して少なかったことから直ちに正犯性を否定した答案も相当数あり、具体的な事実関係に即した評価が適切に行えていないとの印象を受けた。

共犯の錯誤の処理については、専ら抽象的事実の錯誤の問題として処理する答案が多数である一方、甲と乙の認識に不一致があることを踏まえて共同正犯の本質論についても検討する秀逸な答案も見られた。また、認識事実である強盗罪と実現事実である窃盗罪（又は業務上横領罪）との構成要件的な重なり合いについて、具体的な理由を示すことなく結論のみを示す答案、「両罪とも財産犯

である（他人の財産権を侵害する）」といった漠然とした理由で構成要件の重なり合いを肯定する答案、「強盗罪と業務上横領罪はいずれも占有を侵害する罪である」などの不正確な理解に基づいて構成要件の重なり合いを肯定する答案が相当数見受けられた。

このほか、順次共謀が認められる事案であるにもかかわらず、乙丙間に直接の意思連絡がないことを理由に、乙丙間の共犯関係を否定する答案が一定数見られた。

(ウ) 丁の罪責について

丁に盗品等保管罪が成立するかについては、丁が丙の委託を受けて盗品等の占有を取得する段階において盗品性の認識を欠いていることから、実行行為と故意の同時存在原則に鑑み、盗品の占有取得行為が盗品等保管罪の成立に不可欠な実行行為（の一部）を構成するかが問題となるところ、そもそも、どの行為が「保管」に当たるのかを特定していない答案や、預かる行為を「保管」としながら保管を継続する時点の故意をもって同罪の成立を肯定する答案が見られ、この問題を的確に捉えているかが疑わしい答案が少なくなかった。また、単に某月10日以降は故意があるから同罪が成立するとの極めて不十分な説明にとどまるものも少なからず見られた。

イ 設問2について

本事例で、①の結論を導くためには、第2暴行について甲の共同正犯としての罪責を否定し、かつ、同時傷害の特例の適用を否定する必要があったが、両者の論理関係を正確に把握できていない答案が多かった。例えば、①の論拠として専ら共犯関係が解消されることを述べ、②の根拠として同時傷害の特例が適用できることを示すにとどまり、①の論拠として同時傷害の特例が適用されないことを示す必要があること、また、②の論拠として共犯関係の解消それ自体を否定する可能性があることを看過した答案が少なからず見られた。さらに、共犯関係の解消にも、同時傷害の特例にも気付かず、いずれの論点も検討できていない答案も散見された。

共犯関係の解消については、因果性の遮断などの判断基準が明示できない答案や、解消を判断する上で関係する事実を指摘するにとどまり、その論拠の説明が不十分なものも多く見られた。なお、解消を肯定する論拠として、気絶した甲がそれ以降の丙の行為に因果性を及ぼせないことを挙げたものが多かったが、事前の共謀に基づいて丙の頭部殴打行為が行われた場合には、なお甲は共同正犯の罪責を免れないから、気絶したという事実だけを指摘するのでは、①の説明のための論拠として不十分である。また、第2暴行について共謀の射程を問題とする答案も多く見られたが、その中には、共謀の射程の意義を明らかにしないまま、結論だけを述べているものも散見された。

同時傷害の特例の適否については、暴行の一部に共犯関係がある場合に適用可能かが問題となるところ、この論点に気が付かず、ただ同一機会性を肯定できるか否かの検討に終始したものが見られた。また、この論点に気が付いていても、刑法第207条の解釈において、なぜこのことが問題になるのかを正確に理解しないまま、共犯関係にある場合に適用があるか否かの結論のみを述べる答案も散見された。

(3) その他

例年指摘している点でもあるが、用語の間違いがある答案や、文字が乱雑で判読しづらい答案、基本的用語の漢字に誤記がある答案が散見された。また、文章の補足・訂正に当たって、極めて細かい文字で挿入がなされる答案も相当数あった。時間的に余裕がないことは承知しているところであるが、採点者において解読が不能な記載箇所は採点対象にできない可能性がある点に十分に留意して、大きめで読みやすい丁寧な文字で書くことが望まれる。

(4) 答案の水準

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

「優秀」と認められる答案とは、各設問に関係する事実関係を的確に分析した上で、各設問の出題の趣旨や採点方針に示された主要な問題点について検討を加え、成否が問題となる犯罪の構成要件要素等について正確に論述するとともに、必要に応じて法解釈論を展開し、問題文に現れた事実を具体的に指

摘して当てはめを行い、設問ごとに求められている罪責や理論構成について論理的に矛盾のない論述がなされている答案である。

「良好」と認められる答案とは、各設問の出題の趣旨及び前記採点方針に示された主要な問題点について指摘し、それぞれの罪責について論理的に矛盾せず適切な結論等を導くことができているものの、一部の問題点について検討を欠くもの、その理論構成において、主要な問題点の検討において、理解が一部不正確であったり、必要な法解釈論の展開がやや不十分であったり、必要な事実の抽出やその意味付けが部分的に不足していると認められるものである。

「一応の水準」と認められる答案とは、事案の分析が不十分であったり、各設問の出題の趣旨及び前記採点の方針に示された主要な問題点について一部論述を欠いたりするなどの問題はあるものの、論述内容が論理的に矛盾することなく、刑法の基本的な理解について一応ではあるものの示すことができている答案である。

「不良」と認められる答案とは、事案の分析がほとんどできていないもの、刑法の基本概念の理解が不十分であるために、各設問の出題の趣旨及び前記採点方針に示された主要な問題点を理解できていないと認められたもの、事案に関係のない法解釈論を延々と展開しているもの、論述内容が首尾一貫しておらず論理的に矛盾したり論旨が不明であったりしているものなどである。

#### 4 法科大学院教育に求めるもの

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

一般的に重要と考えられる論点を学習するに当たっては、犯罪成立要件との関係で、なぜその点が問題となっているのかを明確に意識しつつ、複数の見解の根拠や難点等に踏み込んで検討することなどを通じて、当該論点の理解を一層深めることが望まれる。また、刑法各論の分野においても、各罪を独立して学習するだけでなく、例えば、財産犯であれば、財産犯全体に共通する総論的、横断的事項や各犯罪類型の区別基準を意識した学習が望まれる。これらの論点に関する理解を深めた上で、事案の全体像を俯瞰しつつ、一定の事実を法的に評価し、その解決において必要となる問題点を適切に抽出するための法的思考能力を身に付けることが肝要である。

さらに、これまでも繰り返し指摘しているところであるが、判例を学習する際には、結論のみならず、当該判例の前提となっている具体的事実を意識し、結論に至るまでの理論構成を理解した上で、その判例が述べる規範の体系上の位置付けや、その射程や理論構成上の課題について検討し理解することが必要である。

このような観点から、法科大学院教育においては、まずは刑法の基本的知識及び体系的理解の修得に力点を置いた上、刑法上の諸論点に関する問題意識（なぜ問題となるのか）を喚起しつつ、その理解を深めさせ、さらに、判例の学習等を通じ具体的事案の検討を行うなどして、正解思考に陥らずに幅広く適切な結論やそれを支える理論構成を導き出す能力を涵養するよう、より一層努めていただきたい。

## 1 採点方針等

本年の問題も、昨年までと同様、比較的長文の事例を設定し、その捜査及び公判の過程に現れた刑事手続上の問題点について、問題の所在を的確に把握し、その法的解決に重要な具体的事実を抽出して分析した上、これに的確な法解釈を経て導かれた法準則を適用して一定の結論を導き出すとともに、その過程を筋道立てて説得的に論述することが求められている。これを通じて、法律実務家になるために必要な刑事訴訟法に関する基本的学識、事案分析能力、法解釈・適用能力、論理的思考力、論述能力等を試すものである。

出題の趣旨は、既に公表したとおりである。

〔設問1〕は、司法警察員が、甲、乙及び氏名不詳者が共謀の上、住居侵入強盗に及んだ旨の被疑事実で発付を受けた搜索差押許可状に基づき、「丙組若頭丁」と印刷された名刺1枚を差し押さえたこと（下線部①の差押え）及びUSBメモリ2本につきその記録内容を確認しないで差し押さえたこと（下線部②の差押え）について、それぞれ、適法性を問うものである。ここでは、令状に基づく差押えの要件、被疑事実との関連性が認められる証拠の範囲、電磁的記録媒体の特性を踏まえた差押えの適法性の判断枠組みを示し、事例に現れた具体的事実を的確に抽出、分析した上、前記各差押えの適法性を論じることが求められる。

〔設問2〕は、乙の公判で検察官が証拠調べ請求をした、本件住居侵入強盗の犯行態様等と一致する内容の乙作成のメモ（本件メモ1）及び「乙から指示されたこと」等の記載がある甲作成のメモ（本件メモ2）につき、それぞれ、証拠能力の有無を問うものである。ここでは、伝聞法則の趣旨を前提に、伝聞と非伝聞を区別する基準を示した上、前記各メモが伝聞・非伝聞のいずれに該当するか、非伝聞証拠に該当するとした場合には、いかなる推論過程を経れば、要証事実を推認することができるのか、また、伝聞証拠に該当するとした場合には、伝聞例外規定の要件を充足するか否かについて、検討し、事例に現れた具体的事実を的確に抽出、分析した上、前記各メモの証拠能力の有無を論じることが求められる。

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

前記各設問は、いずれも、捜査及び公判に関して刑事訴訟法が定める制度・手続及び関連する判例の基本的な理解に関わるものであり、法科大学院において刑事手続に関する科目を履修した者であれば、本事例において何を論じるべきかはおのずと把握できるはずである。

〔設問1〕は、被疑事実との関連性が認められる証拠の範囲について判断した最高裁判例（最判昭和51年11月18日判時837号104頁）や、電磁的記録媒体の記録内容を確認せずに行われた差押えの適法性について判断した最高裁判例（最決平成10年5月1日刑集52巻4号275頁）など、法科大学院の授業でも取り扱われる基本的な判例を正確に理解していれば、説得的な論述が可能だと思われる。〔設問2〕については、伝聞法則及び伝聞例外規定に関する正しい知識や理解があれば、出題の趣旨に沿った解答は可能であろう。

## 2 採点実感

各考査委員の意見を踏まえた感想を記す。

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

〔設問1〕では、まず、下線部①の差押えの適法性について、条文を的確に提示しながら、令状に基づく差押えの要件を論じ、また、被疑事実との関連性が認められる証拠の範囲について、前記最高裁判例（最判昭和51年11月18日判時837号104頁）を踏まえつつ、自己の見解を示した上、被疑事実の内容を意識しながら、本件住居侵入強盗の事案の性質、差し押さえられた名刺の記載内容、搜索・差押えの現場がどのような場所であるかなど、事例に現

れた具体的事実を的確に抽出，分析して，前記名刺と被疑事実との関連性の有無を論じ，説得的に結論を導き出している答案が見受けられた。

また，下線部②の差押えの適法性について，事例における法的問題を的確に捉え，可視性・可読性のない電磁的記録媒体と被疑事実との関連性を検索・差押えの現場で確認せずに差し押さえることの可否につき，前記最高裁判例（最決平成10年5月1日刑集52巻4号275頁）の考え方を踏まえながら，自己の拠って立つ判断枠組みを的確に示し，事例に現れた具体的事実をこれに当てはめて，説得的に結論を導き出している答案が見受けられた。

〔設問2〕では，まず，検察官が証拠調べを請求したメモの記載内容が甲乙間の共謀という要証事実の立証上のような意味を持つのかを念頭に置きながら，刑事訴訟法第320条第1項の伝聞法則の意義・趣旨を踏まえて，伝聞・非伝聞を区別する基準を示した上で，本件メモ1については，その記載内容の真実性を立証したとしても，要証事実の認定上直接の意味を持たないことを指摘する一方，非伝聞証拠としての証拠能力を検討し，その記載内容の真実性を問題とすることなく，要証事実を推認できる推論過程を的確に論じ，事例に現れた具体的事実をこれに当てはめて，説得的に結論を導き出している答案が見受けられた。

また，本件メモ2については，伝聞・非伝聞を区別する前記基準を当てはめ，伝聞証拠に該当するか否かを検討し，証拠能力が肯定されるには刑事訴訟法第321条第1項第3号の規定する要件が充足されなければならないことを指摘した上，事例に現れた具体的事実を的確に抽出，分析して，当てはめを行い，説得的に結論を導き出している答案が見受けられた。

- (2) 他方，そもそも，法原則・法概念の意義や関連する判例の判断基準等についての記述が不十分・不正確で，当該項目についての理解が不足していると感じざるを得ない答案，法原則・法概念の意義や関連する判例の判断基準等として記述された内容自体には問題がないものの，これらを機械的に暗記して記述するのみで，具体的事実に対してそれらの法原則・法概念や判断基準等を的確に適用することができていない答案，具体的事実の抽出が不十分であったり，その事実の持つ意味の分析が不十分・不適切であったりする答案が見受けられた。

〔設問1〕では，まず，下線部①の差押えについて，搜索差押許可状により差押えできる物は，①令状に明記された物件に当てはまり（憲法第35条，刑事訴訟法第219条第1項），かつ，②被疑事実との関連性を有するもの（憲法第35条，刑事訴訟法第222条第1項，第99条第1項）に限られることを，その趣旨，根拠条文とともに示すことが求められるところ，これらの要件を的確に示すことのできていない答案が少なからず見受けられた。また，被疑事実との関連性が認められる証拠の範囲については，被疑事実それ自体を立証する価値を有する物のほかに，情状事実や背景事情に関する物も被疑事実との関連性が認められる証拠に含めるべきか否かについて様々な考え方があるところ，この点についての検討を欠く答案が大多数であった。

差押対象物と被疑事実との関連性の存否を検討するに当たっては，本事例における被疑事実の内容や差し押さえられた名刺の記載内容のほか，差押対象物がどのような場所から発見されたのかについても考慮する必要があるが，これらの点に言及できていない答案も多く見られ，甲の供述する乙と丙組との関係だけを指摘して前記名刺と被疑事実との関連性が認められると結論付ける答案が多かった。他方で，乙と丙組の関係という事例に現れた具体的事実を抽出せず，十分な根拠を示さないまま，本件住居侵入強盗に暴力団組織の関与が疑われるとする答案も散見された。

なお，搜索差押許可状に記載された「差し押さえるべき物」の特定や前記名刺を差し押さえる必要性について検討を加える答案が少なからず見受けられたが，本事例では，それらの点を論じる必要性は低い。

下線部②の差押えについては，差押対象物と被疑事実との関連性について，搜索・差押えの現場で判断するのが原則であることや，本事例では，搜索・差押えの現場におけるその判断が

困難であったことについて言及しなければ、設問の捜査の適法性のどこに問題があるのかが示されないが、その指摘が不十分な答案も見受けられた。また、多くの答案が、本事例の捜索・差押えの現場における罪証隠滅のおそれを指摘して結論を導いていたが、電磁的記録媒体の差押えの適法性について判断した前記最高裁判例（最決平成10年5月1日刑集52巻4号275頁）が述べる「被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性」に言及せず、差し押えられたUSBメモリと被疑事実との関連性をどのように判断するのかについての判断枠組みを示すことができていない答案が少なからず見受けられた。さらに、刑事訴訟法第222条第1項、第111条第1項の「必要な処分」として、本事例のUSBメモリの「差押え」が許されると結論付ける答案も少なからず見受けられたが、「必要な処分」と「差押え」の違いについての理解不足を示すものである、あるいは、「捜索」のための必要な処分ができるとの理解を採るとしても、必要な説明が不足しているものと言えよう。

〔設問2〕では、多くの答案が、伝聞法則の意義・趣旨についておおむね的確に論じ、伝聞と非伝聞を区別する基準について、「原供述の内容の真实性を立証するために用いられる場合は、信用性の担保に欠ける証拠を立証に用いることで事実認定の正確性を損なうおそれが生じるため、伝聞証拠に当たる。」旨論じることはできていたが、その一方で、「原供述の内容の真实性を立証する」ことの意味を正しく理解せず、あるいは、前記各メモの記載内容を的確に把握せずに、本件メモ1及び本件メモ2について、刑事訴訟法第322条第1項や第323条第3号の伝聞例外規定に該当するか否かを検討する答案が散見され、また、本件メモ2が非伝聞証拠に該当するとして、その証拠能力の有無を論じる答案も散見された。

本件メモ1については、大多数の答案が、非伝聞証拠として証拠能力が認められると結論付けていたが、その結論に至る過程として、メモの記載内容の真实性を問題とすることなく要証事実を推認できる推論過程についての説明が不十分な答案や、メモの作成者や作成時期に関する具体的事実を抽出しないまま、メモの記載内容が本件住居侵入強盗の被害者の属性や犯行態様と一致するというところだけを指摘して、結論を導く答案が多かった。また、「要証事実」、「公判外供述」、「供述証拠」などの法概念の意義について、記述が不十分・不正確な答案も少なからず見受けられた。

本件メモ1が「心理状態の供述」として非伝聞証拠に該当すると説明する答案も少なからず見受けられたが、そもそも、「心理状態の供述」が非伝聞証拠に当たると考えられる根拠については、説明が不十分な答案が多かった。

本件メモ2については、伝聞証拠に該当するとした上、刑事訴訟法第321条第1項第3号の要件該当性を論じる答案が大多数であったが、本事例においては、甲が、証人尋問時に、乙との共謀に関する事項について一切の証言を拒絶したところ、そのような証言拒絶の場合も同号が規定する供述不能に該当し得るのかという点や、同号が規定する特信状況の有無を判断するに当たり、いかなる事情を考慮すべきかといった点について、これらの各要件が設けられている趣旨を踏まえた具体的な説明のできていない答案が多かった。

また、事例に現れた具体的事実の抽出に当たり、供述不能の要件との関係では、甲が乙や丙組を恐れて供述調書の作成を拒否した捜査段階の状況を指摘するだけで、甲の証人尋問が遮へい措置を講じて実施されたことや、甲がその証人尋問時に「今後も絶対に証言することはありません。」と述べたことなどの事実が持つ意味を十分検討せずに、結論を導く答案が少なからず見受けられた。不可欠性の要件との関係では、本件メモ1が存在することを前提に結論を導く、問題文の誤読と思われる答案が見られた。特信状況の要件との関係では、本件メモ2が施錠された引き出し内にあった甲使用の手帳に挟んである状態で発見されたことは指摘するものの、その事実が持つ意味について検討が不十分な答案や、メモの作成時期について検討を欠く答案が多かった。

そのほか、本件メモ2が再伝聞に該当するとして証拠能力の有無を検討する答案や、作成者

である甲の署名及び押印がないことを理由として証拠能力を否定する答案が散見されたが、伝聞法則に関する理解不足を示すものと言えよう。

### 3 答案の評価

#### (1) 「優秀の水準」にあると認められる答案

〔設問1〕については、下線部①の差押えに関して、令状に基づく差押えの要件を関連条文に即して的確に示した上、被疑事実との関連性が認められる証拠の範囲について自己の見解を的確に示し、被疑事実を意識しつつ、警察官が甲から得ていた事前情報、搜索・差押え場所の性質、名刺の記載内容などの具体的事実を的確に抽出、分析して、適法性を検討できている答案であり、下線部②の差押えに関しては、判例を意識しつつ、電磁的記録媒体の差押えの適法性に関する判断基準を的確に示した上、事例に現れた具体的事実を的確に抽出、分析して、適法性を論じるものである。〔設問2〕については、本件メモ1の証拠能力に関して、伝聞法則の意義・趣旨を的確に論じ、伝聞証拠該当性を検討した上、非伝聞証拠として証拠能力を認める場合、いかなる推論過程を経れば、その記載内容の真実性を問題とすることなく、要証事実を推認することができるのかを的確に示し、具体的事実を的確に抽出、分析して、結論を導き出すものであり、本件メモ2の証拠能力に関しては、刑事訴訟法第321条第1項第3号に規定された伝聞例外の要件の意義を的確に示し、事例に現れた具体的事実を的確に抽出、分析して、結論を導き出すものである。

#### (2) 「良好の水準」にあると認められる答案

〔設問1〕については、下線部①の差押えに関して、令状に基づく差押えの要件を踏まえ、差し押さえられた名刺と被疑事実との関連性が問題になることを指摘し、事例に現れた具体的事実に基づく検討ができていたが、その名刺が被疑事実それ自体を立証する価値を有する物なのかという証拠としての位置付けに関する検討や、具体的事実の抽出、分析にやや物足りなさが残るような答案であり、下線部②の差押えに関しては、電磁的記録媒体の差押えの適法性に関する一定の判断基準を示すことができているが、その理由付けにやや不十分な点が見られ、あるいは、事例に現れた具体的事実を抽出して、当てはめを行うことができているが、個々の事実が持つ意味を十分に分析することには、やや物足りなさが残るような答案である。〔設問2〕については、本件メモ1に関して、伝聞法則の意義・趣旨を踏まえ、非伝聞証拠としての証拠能力を検討できていたが、いかなる推論過程を経れば、その記載内容の真実性を問題とすることなく、要証事実を推認することができるのかについての説明や事例に現れた具体的事実の抽出、分析にやや物足りなさが残るような答案であり、本件メモ2に関しては、伝聞証拠該当性や刑事訴訟法第321条第1項第3号の要件該当性につき、一定の検討ができていたが、同号の要件該当性に関する具体的な判断基準の提示や、事例に現れた具体的事実の抽出、分析にやや物足りなさが残るような答案である。

#### (3) 「一応の水準」に達していると認められる答案

〔設問1〕については、下線部①の差押えに関して、差し押さえられた名刺と被疑事実との関連性につき、事例に現れた具体的事実を当てはめて結論を導き出すことはできていたが、令状に基づく差押えの要件の提示や具体的事実の抽出、分析に不十分な点がある答案であり、下線部②の差押えに関しては、その適法性を判断するための判断基準を一応示した上、事例に現れた具体的事実を当てはめて結論を導き出すことはできていたが、その理論構成や具体的事実の抽出、分析に不十分な点がある答案である。〔設問2〕については、本件メモ1に関して、伝聞法則の意義・趣旨を踏まえつつ、非伝聞証拠としての証拠能力を一応論じることができていたが、その理論構成や事例に現れた具体的事実の抽出、分析に不十分な点がある答案であり、本件メモ2に関しては、刑事訴訟法第321条第1項第3号の要件に該当するか否かを検討し、事例に現れた具体的事実を当てはめて結論を導き出すことが一応できていたが、同号の各要件

の提示や具体的事実の抽出、分析に不十分な点がある答案である。

(4) 「不良の水準」とどまると認められる答案

前記の水準に及ばない不良なものをいう。一般的には、刑事訴訟法上の基本的な原則の意味を理解することなく機械的に暗記し、これを断片的に記述しているだけの答案や、関係条文・法原則を踏まえた法解釈を論述・展開することなく、事例中の事実をただ書き写しているかのような答案等、法律学に関する基本的学識と能力の欠如が露呈しているものである。例を挙げれば、〔設問1〕では、下線部①の差押えに関して、令状に基づく差押えの要件の提示が不十分で、かつ、本事例における被疑事実の内容や差し押さえられた名刺の記載内容を考慮せず、甲の供述すること丙組との関係だけを指摘して、差し押さえられた名刺と被疑事実との関連性を認めるような答案、下線部②の差押えに関しては、具体的な判断基準を示さず、本事例における罪証隠滅のおそれだけを指摘して結論を導くような答案、〔設問2〕では、伝聞法則の意義・趣旨についての理解や前記各メモの記載内容の把握が不十分・不正確で、伝聞・非伝聞の区別を誤ったり、伝聞証拠とした場合に適用すべき伝聞例外の規定の選択を誤った答案などがこれに当たる。

4 法科大学院教育に求めるもの

今後の法科大学院教育においても、刑事手続を構成する各制度の趣旨・目的について、最高裁の基本的な判例を踏まえて、原理原則に遡り、基本から深くかつ正確に理解すること、それを踏まえて、関係条文や判例法理を具体的事例に当てはめて適用する能力を身に付けること、自説の立場から論述の整合性に配慮しつつ論理立てて分かりやすい文章で表現できる能力を培うことが強く求められる。また、刑事訴訟法においては、刑事実務における手続の立体的な理解が不可欠であり、通常の捜査・公判の過程を具体的に想起できるように、実務教育との有機的連携を意識し、刑事手続の各局面において、裁判所、検察官、弁護人の法曹三者が具体的にどのような立場からどのような活動を行い、それがどのように関連して手続が進んでいくのかなど、刑事手続が法曹三者それぞれの立場から動態として積み重ねられていくことについて理解を深めていくことが重要である。

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の決定を受けた場合の具体的事例を基に、双方未履行状態にある請負契約が破産管財人により解除された場合における既払の請負代金及び未払の請負代金債権の取扱いについて（設問1）、支払不能後又は支払停止後に預金払戻債務が負担された場合に、銀行が有する貸金返還請求権を自働債権とする相殺の可否について（設問2及び3）の理解を問うものである。採点の主眼は、関係条文の規律内容及び制度趣旨を正しく理解できているかどうかを確認するとともに、設問において与えられた事実関係を分析し、解答に必要な範囲で抽出して当てはめを行った上で、的確な結論を導くことができているかどうかには置かれている。論点ごとの具体的な評価水準等については、後記3(1)に記載のとおりであるが、全体を通して、条文から正確に要件を拾い出し、設問における事実関係に丁寧に当てはめていく姿勢が重要である。例えば、B銀行が有する貸金返還請求権が破産債権に当たることや、F商店による振込が支払不能又は支払停止後の債務負担に当たることなどは、論述の流れにおいては自明のこととして言及を省略しがちになると思われるが、そのような答えは上記のような姿勢が示されているとはいえ、高い評価にはつながらない。逆に、短い論述であっても、根拠条文を逐一摘示し、要件を落とすことなく着実に当てはめを行っている答えは、一応の水準に達しているものと評価され、出題意図を大きく外した答えにはならないものと思われる。

第2問は、株式会社が再生手続開始の決定を受けた場合の具体的事例を基に、結婚披露宴に関する役務の提供を受ける権利の届出方法等について（設問1）、再生計画案の可決に当たって虚偽の債権届出がされたとの事例において、再生計画の取消事由の有無及びこれがあるとした場合に裁判所の判断に裁量があることについて（設問2）、再生計画に基づく弁済を継続していくことができなくなった場合における裁判所の採るべき方策について（設問3）の理解を問うものである。採点の主眼は、全体を通して、再生手続における基本的概念や手続的事項について正確に理解できているかどうか、関係条文の的確な指摘ができているかどうかを確認するとともに、設問2については、問題文から出題意図を的確に捉えた上で、関係条文の解釈を展開しつつ、設問において与えられた事実関係を踏まえ、反対の結論にも目を向けながら、自らの考えを論じることができているかどうかには置かれている。

3 採点実感等

(1) 第1問

ア 設問1

解答に当たっては、まず、本設問における解除について適用される規律を摘示する必要があるところ、破産法第53条第1項の特則である民法第642条第1項本文を摘示する答えについては、一応の水準にあるものと評価している。他方、請負契約の注文者について破産手続が開始された後の解除について民法に規律が設けられていることを知らないためか、同法第642条に全く言及がない答えが目についたほか、破産法第53条と民法第642条を併記して、本件請負契約についていずれかにより解除することができるとする答えや、民法第642条を破産法第53条、第54条の特則であると指摘しながら、本件については破産法第53条、第54条が適用されるとする答えなど、「特則」の意義を理解していないと思われる答えが相当数あった。更には、令和2年5月31日までに倉庫が完成していることから、請負人の契約上の義務は履行を完了しているとする答えもあり、倒産法以前に、民法（請負契約）の知識不足が懸念される答えが目立った。当然のことながら、これらの答えは、いずれも低い評価にとどまっている。なお、問題文において、「仮に、この解

除が認められるとした場合」との指定があるにもかかわらず、破産管財人による解除が可能かどうかについて長々と論じている答案も一定数見受けられた。このような答案の多くは、結果として、本来厚く論ずべき事項の検討が手薄になっており、やはり低い評価にとどまっている。出題意図を踏まえ、どの点を重点的に論ずべきかを意識して答案を作成することの必要性が感じられた。

次に、既払の請負代金の取扱いに関しては、解除の効果が出来高部分には及ばないことを前提に、返還する必要がないとの結論が示されている答案について、一応の水準にあるものと評価している。しかしながら、E建設による仕事完成債務は全て履行されているのに対し、支払済みの報酬は全体の3分の1にすぎないから、原状回復の必要がなく、破産手続における処理の対象とはならないとの的確な当てはめがされている答案は必ずしも多くなく、こうした点について適切に論じられている答案は高い評価となっている。他方、債権債務の帰属関係が整理（理解）できていないためか、例えば、既払の5000万円について、「破産財団が財団債権として原状回復請求権を有する」とする答案など、およそ理解不能な答案が相当数あった。このような答案は、破産法上の基本的概念についての理解が水準に達していないものと評価せざるを得ない。

そして、未払の請負代金債権の取扱いに関しては、多くの答案において、民法第642条第2項を摘示しつつ、同項の「既にした仕事の報酬」に当たることから破産債権となることを指摘することができており、その内容に応じ、一応の水準以上の評価となっている。他方、同項の規律を指摘することができているにもかかわらず、破産債権となるか財団債権となるかを検討し、同条第3項により破産債権となるとする答案や、破産管財人の行為（解除）により生じた請求権であるとして破産法第148条第1項第4号により財団債権となるとする答案が目についた。これらの答案は、民法第642条第2項の「破産財団の配当に加入する」との文言の正確な理解ができていないものといわざるを得ず、低い評価となっている。なお、少数ながら、請負人に不動産工事の先取特権が成立するという答案も見受けられたが、この先取特権については工事開始前に予算額を登記することが必要であり（同法第338条第1項）、本問ではそのような事情は認められないことに注意を要する。

## イ 設問2

設問2では、貸金返還請求権を自働債権、預金払戻請求権を受働債権とする相殺の可否が問われていることから、解答に当たっては、まず、貸金返還請求権が破産法第2条第5項の破産債権に該当すること（又はB銀行が同条第6項の破産債権者に該当すること）を指摘し、同法第67条第1項により、原則として相殺が可能であることを指摘する必要がある。その上で、本設問は、破産債権者による危機時期における債務負担が問題となることから、同法第71条第1項各号の相殺禁止規定の適用の有無について検討する必要がある。多くの答案では、このような流れで論じることができており、その内容に応じ、一応の水準以上の評価となっている。他方、同条の適用の有無について問題提起をしているにもかかわらず、同条第1項各号の適用の有無を具体的に検討することなく、一般論として相殺の合理的期待の有無により相殺の可否について直ちに結論を導く答案や、そもそも同条の適用の有無について触れることなく、専ら同法第67条第1項の問題として、相殺をすることができるとする答案も見られた。このような答案は、相殺権に関する基本的な条文構造についての正確な理解ができていないものといわざるを得ず、低い評価となっている。また、少数ながら、預金払戻債務の発生時期を払戻請求時とする答案も見られたが、預金契約は消費寄託契約（民法第666条第1項）であり、寄託物の引渡しによって受寄者に受寄物の返還義務が発生することになるので、注意を要する。

破産法第71条第1項各号の検討に当たっては、まず、支払不能後の債務負担について定めた同項第2号の適用の有無について論ずる必要がある。しかしながら、この点の検討を行うことなく、支払停止後の債務負担について定めた同項第3号の適用の有無のみを論ずる答案が相当数見受けられた。このような答案であっても、その内容に応じ、一応の水準にあると評価し得るものもあるが、解答に対するこのような姿勢には、以下のような問題点がある。支払停止は、支払不能という客観

の状態を立証することが通常困難であることを考慮し、債務者の外部的態度を捉えて上記客観的状态を推定するために設けられた法的概念であり、債務者の危機時期を示すものは、飽くまで支払不能である。特に、本問では、問題文において、仕入先に対する買掛代金の支払期日を徒過した令和2年5月31日にかけての事実関係が詳細に示され、同日時点で支払不能にあったことを認定できるだけの材料が示されており、これに基づき、的確な事実認定をすることが求められていた。確かに、実務上、相殺や否認を主張する場面において、支払停止に当たることの方が容易に認定することができるが、支払不能について検討することなく、安易に支払停止についての検討から始めたのでは、的確な法的構成を選択することができないおそれが生じることとなる。また、支払停止から支払不能が推定されることに言及する答案も見られたが、これが、支払停止が認められる同年6月8日時点でないと支払不能とはいえないとの趣旨であるとすれば、事例に掲げられた事実関係からは同年5月31日の時点で支払不能であると認められることと整合しない論述となることにも注意を要する。

破産法第71条第1項第2号についての検討に当たっては、同法第2条第11項（第11号と誤って摘示している答案が散見された。）を摘示して支払不能の定義を示した上で、事例に掲げられた具体的な事実を拾い出して当てはめを行い、令和2年5月31日の時点でA社が支払不能となった（同年6月1日との考え方もあり得る。）ことを認定し、F商店による振込は同月5日であるから支払不能後の債務負担に当たることを明示する必要がある。多くの答案では、これらに一応触れられており、一応の水準にあると評価しているが、「一般的かつ継続的」との要件への当てはめが適切にされている答案はわずかであったほか、支払不能の時期を明確に特定していない答案も散見された。さらに、同法第71条第1項第2号においては、「破産者の財産の処分を内容とする契約」を「専ら破産債権をもってする相殺に供する目的」で締結した場合等に限り相殺を禁止していることから、これらの加重要件についても論ずる必要があるが、この点について適切な検討が加えられている答案は少数にとどまり、評価に大きな差が生ずる論点となった。いわゆる専相殺目的については、相殺権者の主観的意図のみが問題となること、本問における事実関係を踏まえ、F商店による振込については、B銀行の関与がなく、F商店の選択によってB銀行の口座に振り込まれたものであることから、「専ら」相殺に供する目的がないと論じている答案や、F商店が破産者の口座に振り込んだ場合には破産者の行為が介在しないことから「契約を破産者との間で締結」とはいえないと論じている答案については、事例に現れた事情を的確に摘示する答案として高い評価をしている。これに加え、既に発生している他人の「債務を引き受ける」ものではないことについて言及できている答案はごく少数にとどまっていたが、このような答案も、条文構造を正確に理解するものとして高い評価をしている。

破産法第71条第1項の規定に照らすと、同項第2号の適用がないとの結論に至ったとしても、同項第1号、第3号及び第4号のいずれも適用がないといえない限り、相殺をすることができるとの結論を導くことができないにもかかわらず、これらの規定（特に、同項第1号及び第4号）の適用の有無について検討していない答案が相当数見受けられた。本設問では、B銀行による債務負担の時期に照らし、同項第1号及び第4号の適用がないことは明らかではあるが、結論を導くに当たっては、この点についての言及は不可欠である。

破産法第71条第1項第3号についての検討に当たっては、支払停止の定義を示した上で、事実関係を踏まえ、令和2年6月8日に本件通知を発送したことが支払停止に当たることを認定し、F商店による振込は支払停止後の債務負担に当たらないことから同号の適用はないとの結論を導くことが求められる。第3号の適用の有無について触れられている答案においては、その多数でこのような論述がされており、その内容に応じ、一応の水準以上にあるものと評価している。ただし、支払停止の時期については、支払停止は債務者の主観的行為であることから、通知の発送時である令和2年6月8日とすべきところ、通知の到達日である同月9日とする答案が多く目に付いた。他方、同月3日の内部的な協議については、外部表明性がないとして支払停止に該当しないことを適切に

検討できている答案が一定数あり、ここまで論述できている場合には、正しい理解を示すものとして高く評価した。その反面、同日の協議について、主な取引先や金融機関が参加していたとして外部表明性を肯定するなど、問題文を正確に理解できていない（読み違えている）答案も一定数見受けられた。また、支払停止の時期を同月8日とする以上、同月5日の時点で支払停止について悪意かどうかを論ずる余地はないにもかかわらず、悪意でないことを理由に同項第3号の適用はないとする答案も散見された。

なお、本設問においては、「支払請求を拒絶することができるか」と問われているのであるから、相殺禁止規定の適用がないとの結論に至ったのであれば、設問に対する解答としては、「拒絶することができる」とすべきであるにもかかわらず、単に、「相殺をすることができる」としている答案が相当数見受けられた。細かい点ではあるが、設問に対して直截に解答するという姿勢は常に意識してもらいたい。

#### ウ 設問3

設問3については、設問1及び設問2と比較して、一応の水準以上にあると評価し得る答案が多かった。特に、破産法第71条第1項第3号の適用があるとした上で、同条第2項の相殺禁止の例外（「前に生じた原因」の該当性）について、その趣旨に触れつつ、適切に当てはめを行っている答案が多く見られ、この点については高く評価することができる。他方、同条第2項第2号についての検討において、B銀行はAの主要な取引銀行であるため、複数の金融機関の中から振込先として選ばれることは単なる偶然ではないとして相殺の合理的な期待があるとする答案が散見されたが、振込送金を依頼する者において預金者の主要な取引銀行を優先することが当然であるとはいいい切れず、そのような期待があるといつてよいか疑問であるし、仮にそのような期待があり得るとしても、抽象的な期待にとどまるものと評価すべきであろう。

また、設問3では、破産手続開始の申立てがあった後に債務を負担した場合について問われているのであるから、破産法第71条第1項第4号の適用の有無について触れる必要があるところ、この点については、多くの答案において、破産手続開始の申立てがされていたことを知らなかったとの問題文の指示に従って、結論として同号の適用はないとの論述がされていた。しかしながら、問題文において明示されている指示を無視ないし曲解し、B銀行は、令和2年6月8日の通知により破産手続開始の申立てがされる予定であることを知っていたから悪意であるとの答案、主要な取引銀行であるから重過失により悪意であったものとみなすべきであるとの答案、相殺の合理的な期待がないから同号の適用ないし類推適用により相殺が禁止されるとの答案など、理解に苦しむ答案も散見された。なお、同項第4号の適用がないことから、同項第3号の適用の有無を検討することなく、直ちに相殺が認められるとの結論に至っている答案も一定数見受けられ、上記イで述べたとおり、条文構造の正確な理解が強く求められるところである。

このほか、少数ながら、破産手続開始後に債務を負担したものであるとして破産法第71条第1項第1号により相殺が禁止されるとの答案、B銀行の預金払戻債務が停止条件付債務であるとして専ら同法第67条第2項の問題として検討する答案なども見られたが、このような答案は、低い評価にとどまっている。

### (2) 第2問

#### ア 設問1

設問1は、結婚披露宴に関する役務の提供を受ける権利を題材に、再生債権の概念、再生債権該当性についての理解のほか、破産債権の届出内容との相違を含め、再生債権の届出についての理解を問うものであった。いわゆる典型論点を取り扱うものではなく、また、過去に同旨の出題がされていなかったことから、受験生としては意表を突かれたようである。実際、設問1の解答を後回しにする答案が相当数見受けられた上、設問2及び設問3と比較して、設問に適切に解答できていると評価し得る答案は少なかった。再生手続における基本的な概念を理解した上で、根拠条文を的確に摘示し、要件を落とすことなく丁寧に当てはめを行うという法曹実務家に求められる基本的な能

力の重要性を再認識し、常日頃からこの点を意識して学習することが求められる。

解答に当たっては、民事再生法第84条第1項を摘示して、再生債権の定義及び要件を明示しつつ、これに丁寧に当てはめていくことが求められる。多くの答案では、同項を摘示し、再生債権の定義及び要件を明示することはできていたものの、当てはめについては、正確性を欠くものや雑な論述にとどまるものが目立った。特に、財産上の請求権であることの当てはめができていない答案が多く見られたが、結婚披露宴を開くために必要な役務の提供を受ける権利は非金銭債権ではあるものの、再生債務者の財産を利用することにより履行可能な債務に係る請求権であることから、同条第1項にいう財産上の請求権となることを踏まえた解答が望まれる。中でも、手続開始後の履行不能を条件とする停止条件（解除条件）付債権とする答案や、同条第2項第2号に基づき再生債権となるとする答案が散見され、特に後者については、同号の規定は再生手続開始決定前から再生債務者が負う義務の不履行が生じている場合において開始後に生じる損害賠償請求権について定めたものであるから、本問には当てはまらないことに注意を要する。また、代金の返還請求権や解除による原状回復請求権が金銭債権となることを理由として財産上の請求権として再生債権となるとの解答も見受けられたが、再生手続開始決定によりDの請求権が金銭化される（契約が解除される）基礎となる事実（特約等）は問題文に示されておらず、民事再生法にも根拠規定はないので、誤解というほかない。このほか、問題文において、「なぜ再生債権となるか」について言及することとされ、Dが有する請求権は再生債権に当たることが解答の前提であると容易にうかがえるにもかかわらず、同法第119条第2号により共益債権（破産については、破産法第148条第1項第4号に基づく財団債権）とする答案や、双方未履行双務契約の解除に基づく損害賠償請求権（又は原状回復請求に係る財団債権）とする答案も散見された。いずれも、出題意図を把握することができていないもの、制度の基本的な理解を欠くものといわざるを得ず、低い評価にとどまっている。

次に、届出方法については、基本的な条文である民事再生法第94条第1項の摘示ができていない答案や、同項の摘示がされていても、単に、「債権届出期間内に」、「内容」、「原因」、「議決権の額」を届け出なければならないとして、同項の規律内容の羅列にとどまっている答案が多数見受けられた。繰り返しになるが、基本に立ち返り、「債権届出期間として定められた令和3年6月30日までに、同年4月1日に締結した契約を原因として、同年12月4日に結婚披露宴を開くための役務の提供を受ける権利を、対価として支払った110万円を議決権額として届け出る」などと、事例に則して丁寧に当てはめを行うことが求められる。なお、再生債権の届出に関しては、同法第94条のほか民事再生規則第31条にも規定が設けられているところ、同条の規定を摘示することができていた答案は必ずしも多くなく、このような答案は高い評価となっている。

また、本設問では、破産手続との届出内容の相違についても問われているところ、清算型の手続である破産手続においては、金銭の支払を目的としない債権も金銭化する取扱いがされている（破産法第103条第2項第1号イ）ことから、同法第111条第1項第1号を摘示し、債権の「内容」ではなく「額」を届け出る点で違いが生じることについて言及する必要がある。「金銭化」という語が現れている答案は一定数見受けられ、一応の水準にあるものと評価したが、条文の摘示も含め、金銭化について相違があることを制度趣旨に遡って的確に論じることができている答案は必ずしも多くなく、このような答案は高い評価となっている。

## イ 設問2

再生計画の取消事由の有無の検討に当たっては、まず、再生債務者の代表取締役が、多数の従業員に虚偽の再生債権届出書を提出させ、債権調査において再生債務者がこれらの債権を認めたことが、民事再生法第189条第1項第1号の「不正の方法」に当たるか否かについて論じる必要がある。多くの答案において、問題の所在を的確に把握した上、同号の規定を正確に摘示することができており、一応の水準にあるものと評価したが、同法第174条第2項第3号の「不正な方法」についての解釈を示した判例（最決平成20年3月13日民集62巻3号860頁）を意識して論述を展開していた答案は半数程度にとどまっていた。また、本設問の事例においては、「不正の方法」

に該当することを指摘しただけでは十分とはいえ、再生計画案が不正の方法「により」成立したこと、すなわち、再生計画の成立との因果関係の有無についても検討することが求められている。この点については、少数ながらも、因果関係の有無が問題となることに触れた上で、虚偽の届出がされなくとも過半数の頭数は確保できており可決されていたとの事実や、虚偽の届出がされたことが途中で発覚していれば債権者2名の反対により可決することはなかったとの事実を的確に拾い出し、これらの事実について自分なりの評価を与えている答案があり、因果関係の有無についていずれの結論を採っていたとしても、十分な水準にあるものと評価している。他方、大半の答案は、これらの事実を「不正の方法」の当てはめの中で一体として論じているか、裁判所の裁量判断に当たっての考慮要素として論じており、この点において評価に大きな差が生じた。ここでは、条文から導かれる「要件」を分析的に抽出し、事例において掲げられた「事実関係」を的確に当てはめることができているかどうかを試されている。

次に、取消事由がある場合における裁判所の判断の在り方の検討に当たっては、まず、民事再生法第189条第1項において「再生計画取消しの決定をすることができる」とされていることを示した上、裁判所は取消事由がある場合でも裁量により申立てを棄却することが可能であることを指摘する必要があるが、想定していた以上に、裁判所に裁量的判断が許されていることを指摘できていた答案が少なかった。このような答案は、基本的な条文ないし制度の正確な理解が十分でなく、また、出題意図を把握できていないものとして、低い評価にとどまっている。そして、解答に当たっては、取り消す方向の要素と棄却する方向の要素とを事例に即して的確に拾い出し、分析・検討する必要がある。具体的には、取り消す方向の要素として、再生計画案の決議は再生手続の中でもとりわけ重要な意義を有するため、不正の方法により成立した再生計画を認めるべきではないことや、本設問のような不正を許してしまうと他の事案においても同様の不正行為が行われるおそれがあることなどを、手続的な正義を重視する視点から取り上げることが考えられ、他方、棄却する方向の要素としては、再生計画の取消しの申立てまでの間、再生計画は滞りなく履行されていたとの事実や今後も履行の継続が可能な状況であるとの事実から、取消しの申立てが認容された場合との比較において再生債権者にとって経済的利益があることなどを、具体的事案における経済合理性を重視する視点から取り上げることが考えられる。少数ながら、これらに触れられている答案があり、相対的に高く評価したが、その大半はどちらか一方の要素のみを指摘するにとどまっており、出題意図を的確に把握し、反対の要素にも目を向けて論述することができていた答案はごくわずかであった。

#### ウ 設問3

設問3は、再生計画に基づく弁済を継続していくことができなくなった場合において裁判所が採るべき方策として、民事再生法上どのような制度が設けられているかについての理解を問うものであった。多くの答案において、同法第194条を摘示して、再生計画を遂行できないことが明らかであることから、再生手続を廃止するとの方策について指摘することができており、一応の水準にあるものと評価している。他方、設問2との対比において、再生計画の取消しは裁判所に裁量棄却の選択肢があるが、再生手続の廃止は必要であることに言及できていない答案が多く見受けられた。また、解答に当たっては、同法第250条を摘示して、裁判所は職権による破産手続開始の決定をすることができることも指摘する必要があるが、牽連破産についての言及がない答案が一定数見受けられたほか、この点に触れられていたとしても、「職権」によることができることにまで言及できていた答案は少なかった。この点についても、条文ないし制度について、相互の関係性等を踏まえた正確な理解が求められる。

#### 4 今後の出題について

出題方針について特に変更すべき点はなく、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、その趣旨に遡って正確に理解をした上で、具体的な事案に対応することができる能力を涵養するため、個々の制度の関係性等についても意識して、また、清算型手続と再建型手続との異同を理解しながら、倒産法の体系の中で把握することが重要であって、このことは、例年指摘しているところである。また、具体的な事例において与えられた事情を正確に整理・把握し、問題点を的確に抽出する能力、その問題点について論理的かつ一貫性のある解釈論に基づき妥当な結論を導き、説得的に論ずる能力が必要とされることも例年のとおりである。法科大学院に対しては、例年指摘されているこれらの点にも配慮しつつ、上記の能力の涵養等を実現するための教育を期待したいところである。

次に、倒産法に限らず法学一般に当てはまることと思われるが、受験生において、法曹としてぜひとも身に付けてもらいたい基本的な素養について、本年度の出題と関連して述べておきたい。まず、ある法令において、原則とともにその例外に当たる規定が複数設けられている場合に、原則の要件を充足するものの、例外に当たる規定の適用の有無が問われているときは、全ての例外に該当しないことが論証されて初めて原則に戻ることができる（第1問設問2参照）。反対に、例外のうちいずれか一つにでも該当するのであれば、原則の規定が適用されることはない（同設問3参照）。また、条文の文言についての解釈を示す場合は、その論拠として、文理、立法趣旨、沿革、条文相互の論理的な関係、判例等を指摘することになるが、常に全てを持ち出す必要はないものの、少なくとも一つは指摘する必要がある（第2問設問2「不正の方法」の解釈参照）。さらに、法令が人の行為について規律している場合は、一般論として、客観的な行為、行為者の主観的態様、結果の発生、行為と結果との因果関係といった点が要件となることが多いことから、そのような視点をもって、条文の文言を分析することが有用である（第2問設問2における因果関係についての検討参照）。加えて、実務上、法令の解釈適用に当たって、手続的正義と経済合理性とが相克する局面は頻繁に生じるものであり、これらは結論を導く際の対立軸となり得るものである（同設問2における裁判所の裁量判断についての検討参照）。これらは一例を示すものにすぎないが、法分野を問わずに活用することができる論理的思考力、視点等を身に付けておくことは、法曹となって未知の問題に挑む際、問題の所在を的確に把握し、妥当な結論を導くために必ず役に立つものであり、その登用試験としての司法試験においても同様である。法曹を志す受験生においては、試験対策上の小手先の技術としてではなく、法分野ごとの知識や考え方を学ぶことを通じて法的センスを養い、法曹として長く有効に使える基本的な素養を身に付けてもらいたい。

なお、本試験は、解答者の文字の読みやすさを評価するものではなく、その巧拙が答案の評価に影響するものでないことはいうまでもない。しかしながら、例年、かつ、他の科目でも繰り返し指摘されているとおり、判読することが困難あるいは不能な文字等による答案が散見され、そのような場合には、設問で与えられた課題についての適切な配点が困難となりかねず、ともすれば解答者の本来の能力・理解度を正当に評価することができない事態につながるものである。受験生においては、このことを十分意識して、是非改善してもらいたい。

令和3年司法試験の採点実感（租税法）

1 出題の趣旨・狙い等（出題の趣旨に補足して）  
公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点実感等

[第1問]（配点：50）

本問では、離婚時の財産分与（民法第768条）をめぐる譲渡所得の課税関係（設問1）、事業所得における必要経費（設問2）、及び不動産所得の人的帰属（設問3）について問われている。

<設問1(1)>

設問1(1)は、財産分与時の譲渡所得課税についての問題であり、名古屋医師財産分与事件（最判昭和50年5月27日民集29巻5号641頁）がそのまま当てはまる事例である。本問については、多くの答案が、財産分与の義務の消滅が、分与者Aにとっての経済的利益に当たることを回答していた。しかし、その経済的利益の金額が5000万円である点については、その理由を述べていない答案や、甲土地の時価が5000万円であることしか述べていない答案が少なくなかった。これは譲渡所得における総収入金額（譲渡対価）の認定に関わるものであり、丁寧な論述が求められる。

また、長期譲渡所得が2分の1課税となることの意味を、正確に理解していない答案が少なくなかった。金額が2分の1とされるのは特別控除額適用の前か後か、また2分の1とされるのは譲渡所得の金額なのか総所得金額に算入される金額なのか、条文を読んでほしい。

<設問1(2)>

設問1(2)は、財産分与によって資産を取得したBが、その資産を譲渡した場合についての問題である。ここではBにとっての土地甲の取得費が問題となる。(1)が出来ていた答案は、この問題もおおむね適切に回答していた。

設問1に関しては、上記最高裁判例を理解していない答案が「不良」と評価され、上記判例を理解しているが5000万円という金額が導かれる理由を述べていない答案が「一応の水準」と評価され、金額の理由について(1)及び(2)を通じて述べている答案が「良好」又は「優秀」と評価された。

<設問2>

設問2は、資格を取得するための支出や、その他の技能等を得るための支出の、事業所得における必要経費該当性についての問題である。所得税法第37条第1項は、必要経費に算入すべき金額として、「売上原価その他当該総収入金額を得るため直接に要した費用の額」及び「販売費、一般管理費その他これらの所得を生ずべき業務について生じた費用」の2つを定めているが、この点を指摘した答案が少なく、両者の違いを正確に理解している答案はさらに少なかった。また、このような支出について必要経費該当性が問題となる際には、家事費・家事関連費に当たるか否かを検討することも求められるが、この点に触れた答案も少なかった。これらの点は、必要経費に関する基礎的な事項であるので、留意してほしい。

なお、答案の中には、はり師・きゅう師の資格取得のための専門学校学費について、それがその年の収入稼得に貢献していないことや、資格を取得してから開業した場合とのバランスについて触れるものがあり、必要経費に関する問題を深く理解しているからこそ、このような論述が出来るのだと感心した。

設問2に関しては、①必要経費に算入すべき金額が上記のとおり2種類あって本件の支出は後者に当たることを指摘し、さらに②家事費・家事関連費への該当性について検討している答案が「優秀」と評価され、①と②の一方だけを満たすものが「良好」と評価され、①と②の両方を満たさないが必要経費の意義を述べた上で本件の事案を当てはめて結論を導いている答案が

「一応の水準」と評価された。

<設問3>

設問3は、不動産所得の人的帰属についての問題である。本問に関しては、まず所得税法第12条について言及していない答案が少なくなかった。また、それらの中には、所得税法第36条の問題として回答をしているものが見られた。このような基本的な事項について間違いが少なくなかったのは意外である。

また、本問は、Cの死亡後において生じた賃料の人的帰属を問うているのであって、Cに帰属することはない。この点については問題文をよく読んでもらいたい。

さらに、本問は、不動産所得という資産から生じる所得の人的帰属を問うているが、これに事業所得の人的帰属の判断基準を当てはめていた答案が少なくなかった。所得の種類によって、人的帰属の判断基準も異なるので、留意してほしい。

設問3に関しては、所得税法第12条について言及していない答案が「不良」と評価され、同条及びその解釈に言及している答案が「一応の水準」と評価され、それに加えて資産から生じる所得の人的帰属の判断基準を述べて、それを本件に当てはめて結論を導いている答案が「良好」又は「優秀」と評価された。

第1問を通じた成績としては、優秀・良好・一応の水準・不良の4つの評価に、おおむね適切に分布したものとなった。

[第2問] (配点：50)

本問では、A社保有資産がA社→B社(取締役C)→P社→Rへと転々譲渡するという事例における、低額譲渡をしたA社の益金・損金及び重加算税(設問1)、転売価格拘束付きで資産を譲り受けその価格で転売したB社の益金・損金(設問2)、並びにCの受ける脱税協力金の所得分類(設問3)について問われている。

<設問1(1)>

設問1(1)では、設問1(2)の前座として、原則的な時価譲渡時の法人税法第22条第2項、同条第3項第1号、同法第22条の2第4項の適用関係を確認している。しかし残念なことに同法第22条第3項第1号の「原価」を指摘できていない答案が少なくなかった。同法第22条はほぼ必ず出題されるので再確認していただきたい。

<設問1(2)>

設問1(2)は低額譲渡を扱う。令和2年度の第1問において難しいと思われていた高額譲受について出来が良かった一方で法人税法第37条第1項の損金算入制限の理解が不十分な答案が多かったため、改めて法人税法第37条の寄附金について確認してもらいたかった(下記4(1)も参照)。また、設問2が難しい一方で、法人税法第37条第8項で明示的に規律されている低額譲渡ならば多くの答案が規定を的確に当てはめることができるであろうと期待していた。

ところが、法人税法第37条を意識していた答案は半数にも満たなかった。令和2年度の高額譲受の出来の良さと比べ、高額譲受より容易な低額譲渡について寄附金を意識すらされないというのは驚きであった。

寄附金を意識できなかつた一方で、受験生の多くは、設問1(2)について、南西通商株式会社事件(最判平成7年12月19日民集49巻10号3121頁)又は適正所得算出説の理解が問われている、と理解したようである。それらの判例や学説を適切に指摘していた答案についてはそれに応じた加点を施した。

<設問1(3)>

重加算税について問うのは初めてであるので、重加算税と別に過少申告加算税(国税通則法第65条)が規定されているという条文構造から国税通則法第68条第1項にいう「隠蔽」「仮装」は過少申告以外の事実の認定を要するというだけのことをまず確認してもらうこととした。そ

ここで、「本件A申告」についての出題とすることで過少申告加算税との違いを意識してもらうことを企図していたが、本件A申告が「隠蔽」「仮装」の要件を満たすかを検討する答案が多く、率直に、ミス・コミュニケーションであったと反省せざるを得ない。

#### <設問1(4)>

最判平成7年4月28日民集49巻4号1193頁は、重加算税についてのリーディング・ケースであるとはいえ、ほとんどの受験生にとって初見であると思われる。初見であっても判決文から規範を抽出し、その規範を問題文の事実当てはめて検討する、という能力を問うた。規範の抽出も、当てはめも、期待どおりよくできていた答案が多かった。規範の抽出を設問1(3)において行っても設問1(4)で加点した。

#### <設問2>

設問2のモデルであるPL農場事件(大阪高判昭和59年6月29日行集35巻6号822頁)は受験生にとって難しい事例であるので、B社が転売価格拘束を受けている場合の資産のB社にとっての価値は時価より低いことがある、ということの理解ができなくても仕方ない。

しかし、法人税法第22条の基本的な条文操作が不確かな答案が多かった。

例えば、本件AB取引に関して法人税法第22条第3項第1号の「原価」に7000万円が算入されるという答案が散見された。こう書いてしまうと、本件BP取引に関して「原価」を扱えなくなってしまう。設問1(1)と合わせ、同法第22条の条文操作について、改めて確認していただきたい。

7000万円で購入した資産を7500万円で売却する場合の500万円の利益について、令和元年の受贈益と見るか、令和2年の譲渡益と見るか、という問題は難しい。それよりも、令和元年の受贈益として扱うなら令和2年の「原価」は7000万円ではなく7500万円に上がっているはずである、又は、令和元年の受贈益として扱わないなら令和2年の「原価」は7000万円のままである、といった整合性に重きを置いて採点した。しかし、前述のとおり、そもそも法人税法第22条の益金・損金の条文操作が不確かな答案が多かった。

#### <設問3>

10種類の所得全てについて検討することが条文構造から要請されるとはいえ、筆記試験で逐一検討させるのは非現実的であるので、候補となる3種類の所得に限定した。

事業所得該当性については、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)等の判例が示す事業所得判定基準に照らした検討が多くの答案でできていた。

一時所得か雑所得かについて、令和2年度の第1問でも競馬の当たり馬券の払戻金に係る所得について問われていたところ、令和2年度と比べ、本年度は所得税法第34条第1項の判定基準の抽出がおろそかな答案が多かった。

第2問を通じた成績としては、「優秀」とされる答案が少ないものの、優秀・良好・一応の水準・不良の4つの評価に適切に分布したものとなった。法人税法の益金・損金の条文操作がおぼつかない答案が「不良」と評価され、法人税法の益金・損金の条文操作ができている答案が「一応の水準」と評価され、設問1(2)で低額譲渡から直ちに寄附金の可能性に思い至っている答案が「良好」と評価され、その上で更に設問1及び2を通じて寄附金についてA社及びB社を俯瞰して整合的な扱いを意識して書いている答案が「優秀」と評価された。

### 3 今後の出題について

本年は、第2問設問1(3)(4)が国税通則法に関する問題、第2問設問1(1)(2)と設問2が法人税法に関する問題、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。

内容としては、所得税法、法人税法、国税通則法に関する基本概念や制度に関する基本的な知識の有無及び程度、更にこれらの知識を利用して条文の文言を解釈し、当該条文を具体的な事実関

係に適用して結論を導くことのできる能力を試す問題が望ましいと考えられる。

#### 4 今後の法科大学院教育に求めるもの

##### (1) 基本的な概念や基本的な知識の習得

例年の採点実感で指摘しているとおおり、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問では、上記のとおり、必要経費や所得の人的帰属について基礎が出来ていない答案が少なくなかった。特に、設問3について所得税法第36条を当てはめようとした答案が複数あったことには驚かされた。

第2問では、そもそも法人税法第22条の条文操作がおぼつかない答案が多数存在した。また、第2問設問1(2)の法人税法第37条第1項による損金算入限度額（額の計算は不要）への意識が、令和2年度に引き続き本年度も不十分であった。例えば「寄附金の損金算入は制限される」という答案だと、損金算入が全額制限されるのか一部制限されるのか不明である。

第2問設問2は難しいため元々高得点は期待していなかったが、受贈益と損金の額に関し整合性は保とうとする姿勢すら見えない答案が少なくなかったことで、期待を下回る出来であった。

以前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) 事実認定と条文等の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問では、設問2については、まず必要経費の意義を示した上で、事例がそれに当てはまるか否かを検討する答案が多かった。それに対して、設問3においては、不動産所得（資産から生じる所得）の人的帰属について、一般的な判断基準・判断方法を述べた答案は多くなかった。条文等の当てはめの問題においては、いきなり結論に飛びつくのではなく、まず一般的な判断基準・判断方法を示した上で、それに事例を当てはめるという論述を心がけてほしい。

第2問設問1(4)では、判決文から規範を抽出し問題文の事実から関連する事実を拾い上げる能力を問うたところ、おおむねよくできていた。

##### (3) 判例・裁判例の学習

第2問設問3では、事業所得の判定基準に関する判例を意識したことをうかがわせるものが多く、少しずつ、判例・裁判例の学習の重要性が浸透していつているようではある。しかし残念ながら他の点ではいまだ判例・裁判例に触れる姿勢が十分ではない。

例えば、第1問設問1(1)に関しては、名古屋医師財産分与事件（最判昭和50年5月27日民集29巻5号641頁）は租税法における最も重要な判例の一つである。その他、設問1(2)に関する分与土地一体譲渡事件（東京地判平成3年2月28日行集42巻2号341頁）も、上記判例とセットで理解すべきものである。

本年の第2問設問2におけるPL農場事件（大阪高判昭和59年6月29日行集35巻6号822頁）の理解は難しい方の部類に入るが、第2問設問1(2)における南西通商株式会社事件（最判平成7年12月19日民集49巻10号3121頁）や第2問設問3における弁護士顧問料事件（最判昭和56年4月24日民集35巻3号672頁）の理解は基礎的な方である。

#### 5 租税法を勉強するに当たり

##### (1) 条文の正確な理解と適切な引用

平成30年度以来、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。」と記載している。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。

本年の第1問設問1(2)においては、譲渡所得における取得費について、所得税法第33条第3項及び第38条の両方を挙げた答案が意外に少なかった。また、上記の通り、設問3において所得税法第12条を挙げていない答案が少なくなかった。

第2問設問1(1)は法人税法に関し最も基礎的な問いであるが、意外に完答できている答案は少ない。また、第2問設問3では、一時所得に関する所得税法第34条第1項のどの文言を意識しているか明示できていない答案が目立った。

基礎知識として、本年の第1問設問2に関して、所得税法第37条第1項が必要経費に算入すべき金額を2種類定めていることを、法人税法第22条第3項が損金に算入すべき金額を3種類定めていることと、セットで覚えていただきたい。

また、第2問設問1(2)が低額譲渡を扱っているところ、多くの答案が寄附金に思い至っていないかった。低額譲渡→寄附金という考察回路ができていないことがうかがわれる。

## (2) 判例に関する関心と理解

過年度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。そして、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、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る。

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。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、一字一句判決文を暗記する必要もない。

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かに、かつ、適切に行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、本年度の問題は、第2問設問2を除けば、ごく基本的な事項に関する出題にとどまるし、同問についても、受験生向けの教材で扱われている裁判例をモデルにしたものであり、更にその裁判例を知らなかったとしても法人税法22条の理解である程度の点数はとれるようになっている。

それにもかかわらず、第2問設問2でもそれ以外でも期待した水準に達していない答案がなおも多いのは、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足りない。

## 6 その他参考事項

租税法に限らず、答案の作成はコミュニケーションであり、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。

また、良い答案は、条文のどの文言について解答しているのかを意識しそれを明示するよう心掛けている。例えば、第2問設問1(1)で法人税法第22条第3項第1号の「原価」を摘示できているか否かは、その箇所のみならず答案全体の出来と関連している。

## 第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。

## 第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、X県が条件付一般競争入札の方法により発注した県道の復旧工事20件に関し、当該入札に係る合意（以下「本件合意」という。）をするなどしたY1ないしY13の行為について、また、調整役であるY1からの本件合意への参加の呼び掛けに応じる意思を表明するなどしたY14及びY15の各行為について、それぞれ「不当な取引制限」（独占禁止法第2条第6項・第3条）に該当するかを中心に同法上の問題点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、Y1ないしY15がいずれも「事業者」（独占禁止法第2条第1項）であることを前提に、「不当な取引制限」の各要件について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ているか、特にY14及びY15については、それぞれの主張がいずれの要件との関係で問題となるのかを的確に把握した上で、それぞれの行為に関する個別の事情を踏まえた検討ができているかを評価の対象とした。

### 2 第2問

第2問は、甲製品市場における有力な事業者であるX社が同製品のシェアを漸増させていたY社に対抗するために講じた措置1及び措置2について、設問1は各措置について「不公正な取引方法」（独占禁止法第2条第9項・第19条）に、設問2は追加的な事情の下で2つの措置の全体について「私的独占」（同法第2条第5項・第3条）に、それぞれ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。

すなわち、X社等が「事業者」（独占禁止法第2条第1項）であることを前提に、設問1においては、各措置について、問題文に記載された事実関係を的確に読み取り、不公正な取引方法のうち最適と考えられる適用条文を選択した上で、行為要件や効果要件（市場画定を含む。）に関する規範の定立と当てはめができているか、設問2においては、2つの措置の全体について、適用条文として「私的独占」（排除型）を選択した上で、行為要件や効果要件（市場画定を含む。）に関する規範の定立と当てはめができているかをそれぞれ評価の対象とした。

設問1について、問題文に記載された事実関係の下において適切と評価できる適用条文を選択して論述していれば、いずれの適用条文を選択していても同等に評価の対象とし、それ以外の適用条文を選択した場合でも、後記のとおり、一定程度評価の対象としている。また、設問2については、「排除型」ではなく「支配型」の「私的独占」を検討していても、十分な論述がなされていれば同等に評価の対象とした。

## 第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

### (1) 第1問

#### ア 適用条文の選択

ほぼ全ての答案が、適用条文として「不当な取引制限」の定義規定である独占禁止法第2条第6項及びその禁止規定である同法第3条の双方を摘示していたが、いずれか一方の摘示を欠く答案も散見された。

#### イ 事業者性及び競争者性

Y1ないしY15について、多くの答案が「土木工事の施工等を業とする株式会社」であることを指摘して独占禁止法第2条第1項の「事業者」に当たるとした上で、同条第6項の「事業者」及び「他の事業者」に該当することを肯定していたが、それらについては、独立の事業者であること及び競争関係にあることを要する旨の解釈やこれらに関する当てはめを欠いている答案が相当数あった。他方、Y1ないしY15がいずれも入札参加資格を満たしている事業者であることに言及して競争関係にあることを肯定する答案も一定数あり、これらの答案については加点の対象とした。

#### ウ Y1ないしY13の行為

##### (ア) 意思の連絡

「共同して」の要件については、事業者相互に意思の連絡が存在することを意味する旨を端的に指摘した上で、本件合意の当事者であるY1ないしY13の間には問題なく意思の連絡が認められることを簡潔に示している答案が比較的多かったものの、本問では意味のないと考えられる黙示の合意の推認に関する規範を定立したり、必要以上に詳細な当てはめを行ったりしている答案も少なからず見られた。なお、多摩談合（新井組ほか）事件・最判平成24年2月20日民集66巻2号796頁の判示に従い、「共同して…相互に」の要件として検討する答案も相当数あったが、上記の立場で検討する答案と同等に評価の対象とした。

##### (イ) 相互拘束

「相互にその事業活動を拘束し」の要件については、拘束の共通性及び拘束の相互性を要するとの立場に立った上で、本件合意の成立によってこれらが肯定できることを簡潔に指摘する答案が比較的多かったものの、前者については目的の共通性があれば足り、後者については合意を遵守し合う関係があれば足りるとの解釈を示すことができている答案はさほど多くなかった。なお、上記多摩談合（新井組ほか）事件判決の判示を踏まえ、各社の事業活動が事実上拘束されることで足りるとの解釈及びこれを前提とする当てはめを行っている答案も相当数あったが、上記の立場で検討する答案と同等に評価の対象とした。

##### (ウ) 一定の取引分野

「一定の取引分野」の要件については、その意味（経済学上の市場と同義であることなど）を簡潔に示した上で、その画定方法につき、本件合意のような専ら競争制限を目的ないし効果とする共同行為に関しては、通常、当該共同行為が対象としている取引及びそれにより影響を受ける範囲をもって画定することで足りるとする答案が比較的多かった一方、需要の代替性等を考慮する方法に言及する答案も一定数あったが、そうした方法を的確に当てはめるものは極めて少なかった。また、本件の「一定の取引分野」を本件合意が対象とする「X県が条件付一般競争入札の方法により発注する本件各工事の取引分野」である旨を正確に指摘できた答案は余りなく、「X県が入札により発注する工事」などとする答案が相当数あった。

##### (エ) 競争の実質的制限

「競争を実質的に制限する」の要件については、前記多摩談合（新井組ほか）事件判

決の判示を踏まえ、「当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうこと」であるとする答案や「当事者らがその意思で落札者及び落札価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらすこと」であるとする答案が多かった一方、本問が入札談合の事案であることを考慮せず、単に「市場支配力の維持・形成・強化」とする答案も少なくなかった。また、本件合意が競争を実質的に制限するものであることを肯定する答案が大多数であり、このうちの多くが20件中19件の工事について本件合意に基づく調整の結果どおり受注予定者が受注したという落札結果に関する事情を指摘していたものの、その余の事情（入札参加者の総数に占める本件合意参加者の数等）に言及している答案はさほど多くなく、単にハードコア・カルテルであることを指摘するにとどまるものも見られた。もっとも、総合評価落札方式においては技術評価点によって落札者が変わり得るといふ点に的確に着目し、本件合意の参加者が技術力の高い事業者であり、個別物件ごとに技術評価点の予測値を算出した上で個別調整を行う仕組みとなっていることにも言及している答案も一定数あり、これらの答案については加点の対象とした。

(オ) 公共の利益

「公共の利益に反して」の要件については、条文の文言を指摘した上で、受注価格の低落防止及び受注機会の均等化を図るといふ本件合意の目的の正当性を否定する答案が比較的多かったが、問題文に記載された事実関係に触れることなく結論のみを示している答案や、この要件に全く言及しない答案も少なくなかった。

エ Y14の行為

(ア) 参加者の範囲に関する認識

「本件合意の参加者の正確な範囲を知らない」との主張は、本件合意に参加する事業者の範囲に関する認識を問題とするものと理解することができ、「共同して」の要件又は「相互にその事業活動を拘束し」の要件に関するものと位置付けられるが、前者の要件の問題として検討している答案が多く、このうちの多くが、Y14が本件合意の参加者の正確な範囲を認識していなくても意思の連絡があったといえるとの結論に立っていた。その理由について、Y14が調整役のY1から「X県所在の有力な業者の多くが本件合意に参加する意思を表明している」と伝えられているという事情に着目し、このような認識があれば本件合意が対象とする市場における競争を実質的に制限する効果をもたらすことを認識することができるなどの的確に論述している答案が一定数見られたものの、順次の意味連絡や黙示の意味連絡の問題として検討している答案も相当数あり、全体として説得的な論述ができていない答案はさほど多くなかった。

(イ) 拘束の相互性

「そもそも本件各工事に受注希望はなかったし、実際、落札した工事もない」との主張は、相互拘束の不存在を主張するものと理解することができ、「相互にその事業活動を拘束し」の要件に関するものと位置付けられるが、これを競争の実質的制限の存否に関わらせて検討するなどこの主張の趣旨を的確に捉えることができていない答案が多く、この主張に関する具体的な検討をしていない答案も相当数あった。また、相互拘束の不存在を主張するものと捉えることができていない答案の多くは拘束の相互性を肯定していたものの、拘束の相互性の解釈に関するそれぞれの立場に基づいて説得的な当てはめができていないものは多くなかった。

オ Y15の行為

(ア) 違反の成立時期

「当初、Y1の呼び掛けに応じたが、その後、…入札公告前に、本件合意に参加しないことを明確に伝えた」との主張は、「不当な取引制限」の成立時期に関わるものと位置付けられる。違反が成立するためには競争を実質的に制限すると認められる合意の実施

等を要するとの立場に立てば、Y15の行為について違反が成立しないと解する余地もあるが、そのような問題を意識した論述を行っている答案はほとんどなく、むしろ入札公告前に参加しない旨表明したことを挙げてY15の違反の成立を否定する答案が相当数見られた。また、離脱の成否を論ずる前提として、不当な取引制限の成立時期に触れている答案も少数にとどまった。違反の成立時期を論じた答案は、総じて、基本合意の成立時点で違反が成立するとの立場に立った上で、Y1からの本件合意への参加の呼び掛けに応じる意思を表明した時点でY15についても不当な取引制限の成立を認めるものであった。他方、違反の成立時期に全く言及しない答案も相当多かった。

(イ) 離脱

「少なくともY1に対しては…、本件合意に参加しないことを明確に伝えた」との主張は、Y1からの本件合意への参加の呼び掛けに応じる意思を表明した時点でY15についても不当な取引制限の成立を認める立場に立つ場合には、違反行為からの離脱を主張するものと位置付けられる。離脱を認めるための要件を定立しないまま、問題文に記載された事実関係を羅列して結論を導くにとどまる答案も一定数あったが、岡崎管工事件・東京高判平成15年3月7日審決集49巻624頁の判示を参考に、他の参加者が離脱者の離脱の事実を窺い知るに十分な事情（外部的徴表）の存在を必要とするとの立場に立った上で、調整役であるY1のみに離脱の意思を表明しただけでは当該事情は認められないとする答案と、Y1を通じて本件合意に参加したという経緯等を重視して当該事情が認められるとする答案が、それぞれ相当数見られた。いずれの結論であっても、問題文に記載された事実関係を踏まえた説得的な論述ができていれば相応に評価したが、離脱の効果やその前提となる違反の成立時期に関する理解が不十分であると見られる答案（離脱を認めることをもってY15について違反の成立を否定している答案など）については低い評価にとどめた。

(2) 第2問

ア 設問1

(ア) 適用条文の選択

措置1については、「出題の趣旨」においても指摘したとおり、その態様等に照らせば、不公正な取引方法の一般指定（以下「一般指定」という。）のうち、「取引条件等の差別取扱い」（一般指定第4項）、「その他の取引拒絶」（一般指定第2項）、「競争者に対する取引妨害」（一般指定第14項）に該当するものと考えられるところ、これら適用条文を選択している答案は半数に満たなかった。他方で、「拘束条件付取引」（一般指定第12項）を選択している答案が半数程度存在し、「排他条件付取引」（一般指定第11項）を選択している答案も少数ながら見られた（これら適用条文（以下「拘束条件付取引等」という。）を選択した答案であっても、適用条文及び後記の行為要件において一定程度評価の対象としている。）。また、ごく少数ながら、「優越的地位の濫用」（独占禁止法第2条第9項第5号）などを選択する答案も見られた。

措置2については、「出題の趣旨」においても指摘したとおり、「拘束条件付取引」に該当するものと考えられるところ、「拘束条件付取引」を選択している答案は半数を超えた。他方で、「排他条件付取引」、「差別対価」（独占禁止法第2条第9項第2号又は一般指定第3項）又は「取引条件等の差別取扱い」などを選択している答案がそれぞれ相当数見られた（これら適用条文（以下「排他条件付取引等」という。）を選択した答案であっても、適用条文及び後記の行為要件において一定程度評価の対象としている。）。また、ごく少数ながら、「優越的地位の濫用」や「不当な利益による顧客誘引」（一般指定第9項）などを選択する答案も見られた。

(イ) 行為要件の検討

適切と評価できる適用条文を選択した答案の多くは、適用条文に即して、おおむね適切に、行為要件に関する規範を定立した上で、問題文に記載された事実関係を当てはめていた。

措置1について、「拘束条件付取引」を選択した答案の多くは、「拘束」の意義（取引条件に従わない場合に経済上何らかの不利益を伴うことにより、現実にその実効性が確保されていれば足りる旨）を適切に示していたが、「拘束する条件」の内容を具体的に示すことなく、X社から不利な扱いを受ける抽象的危険性が生じていることをもって直ちに、販売店全般に「拘束」が生じているなどとするものであり、論理的にやや難が見られた。「排他条件付取引」を選択した答案の多くは、このような難点に加えて、甲製品はどの販売店でも併売が一般的である点を看過し、又はこれを軽視して十分な論述をすることなく、Y社の甲製品を積極的に推奨しないことを「競争者と取引しない」と同視するものであり、難が見られた。

措置2について、「排他条件付取引」を選択した答案の多くは、上記と同様に、併売が一般的である点を看過し、又はこれを軽視して十分な論述をすることなく、X社の甲製品を専ら推奨することを「競争者と取引しない」と同視するものであり、難がある。また、「取引条件等の差別取扱い」を選択した答案の多くは、レポートの受給と引換えにX社の甲製品を専ら推奨する約束を履行した場合と履行しない場合における区別に着目するものであるが、上記約束を履行しない場合におけるレポートの不支給等の不利益が上記約束の実効確保手段として用いられている実態を捉えておらず、拘束条件付取引として検討すべき上記約束自体の不当性を検討外に置いてしまうものであり、難が見られた。「差別対価」を選択した答案は、X社が供与するレポートが「家庭用電動器具全体の仕入額を計算基礎」とするものであることを看過又は軽視し、このようなレポートを直ちに甲製品の対価の修正と捉えるものであり、難が見られた。

#### (ウ) 効果要件の検討

不公正な取引方法における効果要件は、公正競争阻害性を意味し、本問では主として競争者排除ないし市場閉鎖による自由競争減殺効果が問題となり、その程度は競争の実質的制限に達する前段階ないしその危険性で足りる旨を規範として定立することになるが、これらの諸要素を網羅的かつ的確に指摘できている答案は半数に満たず、公正競争阻害性ないし自由競争減殺とだけ指摘する答案や効果の程度について指摘がない答案が相当数見られた。また、本問では、「出題の趣旨」でも指摘したとおり、価格維持効果を通じた競争減殺効果の有無を的確に判断するために必要な事実関係は明らかにされていないにもかかわらず、価格維持効果にも着目した検討を加える答案が相当数見られ、さらに、価格維持効果だけに終始する答案もごく少数ながら見られた。

次に、「出題の趣旨」でも指摘したとおり、いずれの措置についても、どのようなメカニズムで競争減殺効果が生じるかを検討する必要があるが、問題文に記載された該当する事実関係を丁寧に拾い、それらを再構成し順序立てて上記の競争減殺効果が生じるおそれを指摘できていた答案は限られており、メカニズムに関する重要な事実関係の一部を欠く答案、それら事実関係を羅列するだけの答案、Y社の甲製品の取扱いを断念した販売店がある（措置1）又はY社による新たな取引先販売店の獲得に懸念が生じている（措置2）という結果だけを指摘する答案などが相当数見られた。

こうした検討の前提となる市場画定については、答案の多くが「我が国における甲製品の製造販売市場」と画定できていた。

なお、適切と評価できる適用条文を選択していない場合でも、効果要件（市場画定を含む。）については、相当と評価できる適用条文を選択した場合の論述と重なり合う限り、同等に評価の対象とした。

## イ 設問 2

### (ア) 適用条文の選択

大多数の答案が、出題の趣旨に即して、「私的独占」を適用条文として選択し、そのうち「排除型」の「私的独占」を検討していた一方で、少数ながらも、「支配型」の「私的独占」を検討する答案も見られた。また、設問 2 の追加的事情に照らせば、公正競争阻害性を超える弊害が発生していると考えられるにもかかわらず、不公正な取引方法を適用条文として選択する答案も散見された。

### (イ) 行為要件の検討

「排除型」の「私的独占」を検討した答案の半数程度は、「排除」の意義を的確に示していたが、設問 1 で検討した競争排除効果を前提に当てはめを行うにとどまるもの（不公正な取引方法に該当することのみを挙げるものを含む。）が多く、設問 2 の追加的事情を含む具体的事情を総合考慮するものはごく限られていた。また、「支配型」の「私的独占」を検討した答案のうち、「支配」の意義（その程度を含む。）を的確に示した上で当てはめを行っていたものは、ほぼ存在しなかった。

### (ウ) 効果要件の検討

「私的独占」を検討した答案の多くは、「競争の実質的制限」の意義を的確に示し、設問 2 の追加的事情を中心に当てはめていたが、単に直近のシェアが 60 パーセントに達していることを挙げるにとどまるものが多く、甲製品市場が従前どのような状況にあり、2つの措置により、それがどの程度の期間でどのように変化したのかまでの的確に指摘・検討している答案はごく少数であった。

市場画定（一定の取引分野）については、答案の多くが、設問 1 における検討を前提にしつつ「我が国における甲製品の製造販売市場」と画定できていた。

## 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

### (1) 第 1 問

Y 1 ないし Y 1 3 の行為については、答案の多くが、不当な取引制限の各要件に関する規範の定立及び当てはめをおおむね適切に行っており、出題時に想定していた解答水準との間に大きな差異はなかった。

他方で、Y 1 4 の行為については、答案の多くが本件合意の参加者の範囲に関する認識を問題として指摘している点は出題時に想定していた解答水準との間に差異はなかったものの、その検討内容は出題時の想定を下回っており、拘束の相互性に関する問題の指摘及び検討内容も出題時の想定を大きく下回った。

また、Y 1 5 の行為についても、違反の成立時期に関する指摘及び検討内容は出題時に想定していた解答水準を大きく下回っており、答案の多くが違反行為からの離脱を問題として指摘している点は出題時に想定していた解答水準との間にさほど差異はなかったものの、その検討内容は出題時の想定を下回った。

### (2) 第 2 問

答案の多くが、出題の趣旨に即して、設問 1 については不公正な取引方法を、設問 2 については私的独占を検討しており、出題時に想定されていた解答水準との間に大きな差異はなかった。しかし、設問 1 について、適切と評価できる適用条文を選択することができている答案は、出題時の想定を大きく下回り、特に措置 1 については「拘束条件付取引等」を選択する答案が出題時の想定を大きく上回った。

また、市場画定については、いずれの設問においても、答案の多くが適切に解答しており、出題時に想定した解答水準との間に差異はなかったが、独占禁止法に関する基本的な知識であるにもかかわらず、行為要件及び効果要件に関する規範を全く定立していないか又は正確に定立することができていない答案が相当数見られ、出題時の想定を上回った。さらに、該

当する事実関係を的確に当てはめることができている答えは、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

#### (1) 第1問

「優秀」な答案は、Y1ないしY13の行為について不当な取引制限の各要件に関する規範の定立及び当てはめを的確に行うとともに、Y14及びY15の各行為についてもそれぞれの主張に関連する要件をおおむね的確に指摘した上で説得的な論述を行っているものとした。

「良好」な答案は、Y1ないしY13の行為について不当な取引制限の各要件に関する規範の定立及び当てはめをおおむね的確に行うとともに、Y14及びY15の各行為についてもそれぞれの主張に関連する要件の多くを指摘した上で相応の論述を行っているものとした。

「一応の水準」の答案は、Y1ないしY13の行為について不当な取引制限の各要件の一部に関する規範の定立及び当てはめをおおむね的確に行うとともに、Y14及びY15の各行為についてもそれぞれの主張の一部に関して一定の論述を行っているものとした。

「不良」な答案は、不当な取引制限の各要件に関する規範の定立及び当てはめが全体的に不十分であるものや、Y1ないしY13の行為に関する規範の定立や当てはめを相応に行っているものの、Y14及びY15の各主張の趣旨を把握できていないものなど、独占禁止法に関する基本的理解に疑問を抱かせる論述を行っているものとした。

#### (2) 第2問

「優秀」な答案は、いずれの設問においても、適切と評価できる適用条文を選択した上で、行為要件及び効果要件に関する規範の定立及び当てはめを的確に行っているものとした。もっとも、設問1につき、2つの措置のいずれかについて、適切と評価できる適用条文を選択していない場合（措置1において「拘束条件付取引等」を選択し、又は、措置2において「排他条件付取引等」を選択した場合に限る。）であっても、行為要件及び効果要件に関する論述が優れているもの（例えば、効果要件に関する規範を的確に定立した上で、競争減殺効果の発生メカニズムを順序立てて的確に論述できているものなど）は、「優秀」な答案とした。

他方で、「良好」な答案は、いずれの設問においても、適切と評価できる適用条文を選択しているが、設問のいずれかにおいて、行為要件及び効果要件に関する規範を定立せず又は正確に定立していないか、事実関係を整理できておらず当てはめが不十分であるものや、設問1につき、2つの措置のいずれかについて、適切と評価できる適用条文を選択していても、行為要件及び効果要件に関して相応の論述ができているものなどとした。「一応の水準」の答案は、このような「良好」な答案とされるための要素を1つ又は2つ程度欠くものとした。

「不良」な答案は、いずれの設問においても、適切と評価できる適用条文を選択せず、かつ、公正競争阻害性や競争の実質的制限の意義を的確に指摘できていない、ひいてはそれらの違いを踏まえた当てはめもできていないなど、独占禁止法に関する基本的理解が欠落していることがわかるものとした。

### 第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述の論理性・説得性を求めることに変わりはないと考えられる。

### 第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分析を必要とするものではない。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

(1) 第1問

本問は、均等侵害の成否、消尽の成否、特許法第101条第2号の間接侵害の成否、同号の間接侵害に基づく損害賠償請求と同法第102条第2項の関係という、同法の重要な論点についての理解力を問う問題である。採点に当たっては、設例から論点を的確に抽出し、各論点について、裁判例があるものについてはその解釈を念頭に置きつつ、解釈論を説得的に展開し、事案に適切に当てはめられているか否かに応じて、優秀度を判定した。

ア 設問1

設問1においては、まず、文言侵害が成立せず、均等侵害の成否が問題となることを指摘する必要がある。その上で、最判平成10年2月24日民集52巻1号113頁【ボールスプライン事件】が提示した5要件に基づいて均等侵害の成否を検討している答案を「一応の水準」とし、さらに、均等論の意義・根拠に言及し、5要件の趣旨を意識しつつ、丁寧な当てはめが行われている答案を、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

また、本問では、「その他の硬い針を用いてもよい」という明細書の記載を踏まえ、Xが「樹脂製の針」に係る構成を特許請求の範囲に含めなかったことが第5要件の「特段の事情」に当たるか否かを論じる必要がある。この点については、最判平成29年3月24日民集71巻3号359頁【マキサカルシトール事件】が提示した規範に基づいて事案を検討している答案を「一応の水準」とし、さらに、設例の事実関係を踏まえ、Xが、客観的、外形的にみて、樹脂製の針が金属製の針に代替すると認識しながらあえて特許請求の範囲に記載しなかった旨を表示していたといえるかについて、丁寧に論じられている答案を、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

イ 設問2

設問2については、B製品がX製品の使用済み品を再生処理したものであることから、消尽の成否が問題となることを指摘する必要がある。その上で、最判平成19年11月8日民集61巻8号2989頁【インクタンク事件】に基づき、元のX製品との同一性を欠く新たな製品が製造されたといえるか否かという観点から、Bによる再生処理の態様を踏まえ、消尽の成否を検討している答案を「一応の水準」とし、さらに、消尽論の意義・根拠の説明、X製品の添付文書における「再使用禁止」の記載の消尽への影響、製造該当性の考慮要素（特許製品の属性、特許発明の内容、加工の態様、取引の実情等）に基づく本件事案の評価が適切になされている答案を、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

ウ 設問3

(ア) 小問(1)については、まず、直接侵害及び同法第101条第1号の間接侵害が成立せず、同条第2号の間接侵害の成否が問題となることを指摘する必要がある。その上で、同号の各要件に即して侵害の成否を検討している答案を「一応の水準」とし、さらに、設例の事実関係を踏まえ、各要件についてどのような点が問題となるか（例えば、C製品の添付文書では、一体化同時穿刺の方法が禁止されており、汎用クリップを使用しなければ、一体化同時穿刺に使用できないことから、C製品が「物の生産に用いる物」や「課題の解決に不可欠なもの」といえるか否か、また、C製品の使用状況に関する調査の結果を摘示した警告又は本件訴えの提起によって、Cが主観的要件（「知りながら」）を充足したといえるか否か）を的確に指摘し、論じている答案を、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と

評価した。

- (イ) 小問(2)については、主観的要件充足前のC製品の販売については、間接侵害が成立せず、損害賠償請求が認められないこと、主観的要件充足後のC製品の販売についても、一体化同時穿孔に使用されていない製品分については損害賠償請求が認められないことを指摘した答案を「一応の水準」と評価した。その上で、一体化同時穿孔に使用されていない製品分について損害賠償が認められない理由として、当該製品分については、Cの侵害行為がなければ、Xが利益を得られたとはいえないため、損害の発生が認められず、同項が適用できないことや、同項が適用されるとしても、Cの販売行為とX製品の販売減少との相当因果関係を阻害する事情があるため、同項の推定の覆滅が認められることを指摘している答案を、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

(2) 第2問

本問は、職務著作の成否、著作権の消尽の成否、著作権が全部譲渡された場合における同一性保持権の効力を問うものであり、著作権法の基本的な規律と著名な論点の理解を問う一方、やや発展的な論点を含む事案において、問題の構図を整理した上で妥当な法解釈を導く能力を試す設問も含んでいる。採点に当たっては、関連条文を的確に拾い上げ、設問の事案に当てはめることができているか否か、事案に含まれる論点を網羅的に抽出し、当該論点に係る裁判例・学説の理解を前提とした法解釈を展開することができるか否か、法制度の趣旨・目的に遡って問題の所在を特定し、その解決のための適切な法解釈を提示し、的確に事案に当てはめることができているか否かに応じて、優秀度を判定した。

ア 設問1

設問1においては、甲を撮影した写真に著作物性（著作権法第2条第1項第1号）が認められること、Aは当該写真に係る複製権（同法第21条）及び譲渡権（同法第26条の2第1項）に基づいて差止請求（同法第112条第1項）及び廃棄請求（同条第2項）を行うこと、その前提として、Aは当該写真の著作者でなければならず、職務著作の成否が問題となること（同法第15条第1項）、本設問の事実関係に即して、職務著作の要件充足の有無を的確に論述することが「一応の水準」である。

その際、①当該写真はその公表が一切予定されていないものであることから、職務著作の要件のうち「法人等が自己の著作の名義の下に公表するもの」といえるか否かが問題となること、結論としては本要件の充足を認めることとなろうが、②何ゆえにかかる結論が求められるのか、③当該結論を導くために本要件を具体的にどのように解釈すべきかを明確に論ずる必要がある。少なくとも①②を明確に論ずることができた答案であれば「良好」と評価し、①②③を明確に論ずることができた答案であれば「優秀」と評価した。

イ 設問2

- (ア) 小問(1)においては、αが映画の著作物としての面を有し（同法第2条第3項、第10条第1項第7号）、Aがその著作者であると論ずること（同法第15条第1項）、判例（最判平成14年4月25日民集56巻4号808頁【中古ソフト事件】）を踏まえて、頒布権（同法第26条第1項）の消尽及びその根拠を明らかにし、事案に当てはめることが「一応の水準」である。

その際、判例が示した消尽の範囲に係る規範を的確に踏まえた論述を行っていれば、その的確性等に応じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

さらに、αはプログラムの著作物（同法第10条第1項第9号）としての面も有しており、Aがその著作者であること（同法第15条第2項）、当該著作物に係る譲渡権（同法第26条の2第1項）については明文の消尽規定（同条の2第2項第1号）があること、αに複製されているβに係る頒布権（同法第26条第2項）についても消尽の成否が問題となり得ること等を論じていけば、高く評価した。

(イ) 小問(2)においては、Bの提供する「割賦販売サービス」が同法第2条第8項にいう「貸与」に該当し得ること、Aの差止請求として $\alpha$ における映画の著作物に係る頒布権に基づく請求が検討の対象となること、当該著作権の消尽の成否を論ずることが「一応の水準」である。同サービスを「貸与」ではなく「譲渡」に該当するとした答案も一概には否定されないが、同項の規定を踏まえた相応の論証を伴わないものは、低く評価した。なお、「譲渡」に該当すると解した場合でも、当該著作物に関しては頒布権に基づく差止請求が検討の対象となり（同法第2条第1項第19号）、当該著作権の消尽の成否を論ずることが「一応の水準」として求められることに変わりはない。

その上で、それぞれの論証の説得性に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

そして、 $\alpha$ におけるプログラムの著作物及び $\beta$ に係る著作権に基づく請求についても論じていれば、高く評価した（当該プログラムの著作物については、「割賦販売サービス」を「貸与」と解した場合には貸与権（同法第26条の3）に係る論述を、「譲渡」と解した場合には譲渡権に係る論述を評価の対象とした）。

#### ウ 設問3

著作権の全部譲渡を認める法の趣旨（同法第61条第1項・第2項）と、（著作者が著作権を手放したとしても）著作者人格権はなお著作者の一身に専属するとする法の趣旨（同法第59条）をそれぞれ明らかにした上で、著作権の譲受人が当該権利を行使して第三者に著作物を改変させる場合に、同一性保持権（同法第20条第1項）の効力を調整する必要があることを論ずることが「一応の水準」である。

さらに、かかる場合における同一性保持権侵害の成否に係る基準と、侵害を否定するための法律構成を提示し、それらを本設問の事案に当てはめていれば、その論証の説得性と当てはめの的確性に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

### 3 採点実感等

二問とも重要かつ著名な最高裁判決を踏まえた問題であるにもかかわらず、これを意識した形跡が見られない答案が散見され、意識してはいるが判旨の不正確な理解に基づく答案が多数見られた。

二問とも、後の設問になるほど、関連条文の引用がおろそかになる傾向が見られた。条文が引用されていても誤記を含むことが多く（特許法第101条第2号を「(同)条第2項」又は「(同)条第1項第2号」とする答案、著作権法第2条第1項第1号を「(同)条1号」としたり、同法第112条第1項・第2項を「102条1項・2項」とする答案等）、あるいは項数や号数まで引用せずに条数のみで済ます例も多々見られた。項や号が異なれば論述内容と必ずしも対応しない場合もあるので、このような引用の仕方は望ましくない。今年の採点実感にも同様のことは記したが、今年もほとんど改善が見られなかった。

また、残念ながら何度読み返しても判読不能な答案が数枚あった。せっかくの勉学の成果を記した答案であっても、他者が判読できなければ評価の対象とはなり得ない。可能なかぎり判読しやすい文字で記述することが望まれる。

#### (1) 第1問

##### ア 設問1

本設問を明細書の記載の参酌に係る問題と捉えた上で、文言侵害を肯定する答案が散見されたが、多くは、最判平成10年2月24日民集52巻1号113頁【ボールスプライン事件】が示した規範（5要件）を踏まえ、均等侵害の成否について検討する必要性に気が付いていた。

均等侵害の成否を論ずる前提として、文言侵害が成立しないことについて言及する必要があるが、文言侵害の成否ではなく、直接侵害の成否について言及する答案が少なからず見ら

れた。文言侵害及び均等侵害の関係と直接侵害及び間接侵害の関係の理解が不十分と評価せざるを得ない。また、特許法第68条にいう「特許発明」の技術的範囲を画する際の根拠条文を指摘できていない答案など、基礎的知識の修得が不十分な答案が認められた。

均等論は、条文上定められた法理ではなく、同法の解釈によって導かれた法理であるから、その内容とその採用の根拠を明示することが不可欠であるが、要件論のみに終始し、均等論の内容（異なる部分が存する場合であっても、所定の要件を満たせば、特許請求の範囲に記載された構成と均等なものとして、特許発明の技術的範囲に属する）や意義に全く触れない答案が散見された。

均等侵害の5要件については、多くの答案で言及されていたが、5要件の一部しか摘示していない答案や、各要件を正確に記述できていない答案が目立った。例えば、単に「同一の作用効果を奏すること」と記載するのみで、何と何が同一の作用効果を奏するかを記載しない答案、誰にとって置換が容易であるかを記載しない答案、置換容易や公知技術非該当の基準時を明らかにしない答案、「置換可能性」「容易想到性」といった熟語の提示のみで足りるとする答案がその例である。また、「対象製品」と書くべきところを「特許製品」としている答案、第4要件の規範につき、その内容が判例と正反対となる明らかに誤った答案（「公知技術と同一で『ある』こと」、「公知技術から容易に推考『できる』こと」などと記述）など、当該法理に対する理解が不足していることをうかがわせる記述も目立った。

また、第4要件の当てはめにつき、「対象製品（本問ではA製品）が、特許出願時における公知技術と同一又は当業者がこれから同出願時に容易に推考できたものではないこと」の検討が必要となるが、問題文において、「樹脂製の針を用いてもX発明の作用効果を奏することは、それらの者が容易に想到することができた」との記載があったためか、この事情を当該要件の当てはめに引用し、「樹脂製の針を用いることは当業者において容易に推考することができたので、第4要件を充足しない」旨の当てはめを展開し、均等侵害を否定する答案が相当数見られた。当該要件の理解が不足していると評価せざるを得ない。

均等の第5要件について、マキサカルシトール事件最高裁判決の判示を踏まえた記載ができていない答案は少数であった。容易想到な出願時同効材をクレームに記載しなかったことだけで、第5要件の特段の事情に当たるとされることはないことを指摘して、本問に当てはめられている答案はほとんどなかった。また、客観的外形的表示としてどのようなものがこれに当たるか（X発明の技術的特徴との関連で記載されている場合がこれに当たる、など）については、ごく少数の答案が指摘できているにとどまった。他方で、これらに言及して当てはめを行った答案は高く評価した。

## イ 設問2

ほとんどの答案は、本設問がX特許権の消尽の成否を問うものであることを正解していたが、消尽法理の内容のみを述べて、その根拠に全く言及しない答案が散見された。当該法理は、最判平成9年7月1日民集51巻6号2299頁【BBS事件】等によって確立された特許法の解釈であるから、それが認められる根拠も併せて摘示すべきであろう。

また、最判平成19年11月8日民集61巻8号2989頁【インクタンク事件】に示された「特許権者等が我が国において譲渡した…特許製品と同一性を欠く特許製品が新たに製造された」か否かの規範（又はこれに類した規範）を援用する答案は数多く見られたものの、そこに示された判断手法（当該特許製品の属性、特許発明の内容、加工及び部材の交換の態様、取引の事情等の総合考慮）にまで言及した答案は少なかった。一方で、当該判断手法まで示した上で丁寧な当てはめを行っている答案は、高く評価した。

特許権者Xの主観的意思（添付文書の記載）自体は、原則として消尽の成否を左右しない旨を指摘できた答案は少なく、むしろ添付文書の記載のみを援用して侵害を肯定するなど、特許権者の主観的意思自体が消尽の成否を左右し得るかのような論理を展開する答案が相当

数見られた。一方で、医療用器具に関しては公衆衛生の観点からその単回使用が強く要請されるのが取引の実情であるとした上で、添付文書の記載もそうした実情を裏付ける一要素と論ずる答案もわずかながら見られ、そのようなものは一定の評価をすることができた。

#### ウ 設問3

##### (ア) 小問(1)

均等論の成否を論じるなど、間接侵害が問題となる事案であることに気付いていない答案が少なからず認められた。そうした答案は、直接侵害、間接侵害の適用が問題となる事案とはどのようなものかといった基礎的知識が不十分であると評価せざるを得ない。

間接侵害の問題と把握できた答案であっても、そのうちの少なくない答案が、本設問を同法第101条第1号の問題と捉え、C製品の専用品性を肯定し、同号の間接侵害の成立を認めていた。C製品を一体化同時穿孔に使用した症例は全体の3割であることが第三者機関の調査により判明したとされているのであるから、C製品を同号の専用品に当たると解することには無理があるというべきであろう。

また、同条第2号の間接侵害の問題だと気付いた答案であっても、「生産」の意義を明らかにしつつ、C製品が「物の生産」に用いるものといえるかを具体的に論じた答案、Cへの警告や本件訴えの提起をもって、主観的要件の充足を認めて良いかを論じる答案は、多くはなかった。条文に規定されている各要件への丁寧な当てはめが求められるところ、それができている少数の答案は、好印象であった。

さらに、特段の根拠ないし法律構成を示すことなく、医師の行為は特許権侵害にはならないとして、いわゆる従属説に立ち、間接侵害を否定する答案も散見された。

非常に少数ではあるが、同条第3号の成否を検討するものも見られたが、論じる必要性を再考すべきである。

##### (イ) 小問(2)

解答に当たってどのような点が問題となるかについての見当が全くついておらず、同法第102条第2項の推定を覆滅せしめる事情として一般にいわれているもの（競合品の存在や侵害者の営業努力等）を摘示するにとどまるだけの答案が少なくなかった。

上記(ア)記載のとおり、本設問を同法第101条第2号の間接侵害の問題と把握できた答案は多くなかったが、そのように把握できた答案であっても、同号が定める主観的要件の充足前に販売されたC製品については、間接侵害が成立しないため、Xの損害賠償請求は認められず、その数量を算定の基礎から除外すべき旨を指摘できた答案はわずかであった。

一方で、一体化同時穿孔に使用されていない製品に関して損害賠償が認められるべきでない点については、多くの答案で触れられており、一定の評価を与えることができた。もっとも、Cの販売行為がなければ、XがX製品を販売することができたとはいえないため、損害が生じていない、もしくは、Cの販売行為とX製品の販売減少との相当因果関係を阻害する事情があり、同法第102条第2項の推定が覆滅される、といった理由にまできちんと言及して論じている答案は多くなかった。

#### (2) 第2問

##### ア 設問1

多くの答案が、甲を撮影した写真について職務著作（著作権法第15条第1項）の成立を認め、Aの著作者性を認めることができていたが、いかなる理由によるものか法人等の著作名義下での公表、別段の定めのない各要件充足について全く言及しない答案も散見された。

また、上記の公表要件について言及する答案であっても、当該写真の公表は明らかに予定されていないにもかかわらず、αがAの著作名義の下で公表されたから、当該写真もAの著作名義で公表されたものと同視できるといった論述（あるいはこれに類する論述）を展開す

るもの、あるいは当然のことのよう $\alpha$ の公表によって当該写真もAの著作名義の下で公表されたとするものが少なからず見られた。両者は別個独立の著作物であり、当該写真が $\alpha$ に複製されているわけでもないのであるから、そのような論証には無理があるといわざるを得ない。複数の著作物が存在する事例において、対象とする著作物を明確にした上で論を運ぶことは不可欠である。

公表要件において、公表を予定していなかった著作物について職務著作が不成立とする場合の不合理性を、職務著作制度の趣旨に鑑みて十分に記述できている答案は多くなかった。

結論として、複製権（同法第21条）及び譲渡権（同法第26条の2第1項）に基づいて、その印刷及び譲渡の差止め並びにそのデータの廃棄を請求することになる（同法第112条第1項・第2項）との結論を導いている答案であっても、条文が引用されていないものが一定数存在した。

本件写真の著作物該当性につき、撮影方法に創作性が見受けられないとか、 $\alpha$ の主人公の素材としてタレント甲を撮影しているにすぎず創作的な撮影が求められていないなどとして著作物性を否定する答案もごくわずかだが存在した。問題文に示された事情を踏まえた検討が求められており、特異な当てはめは厳しい評価を免れない。

差止・廃棄請求の検討に際し、同法第113条のみなし侵害を検討する答案も散見された。

## イ 設問2

### (ア) 小問(1)

本問では、まず $\alpha$ が、映画の著作物（同法第2条第3項、同法第10条第1項第7号）及びプログラムの著作物（同項第9号）の両面を有しており、さらに前者の著作物には音楽の著作物（同項第2号）である $\beta$ が複製されていることを的確に踏まえることが前提となるが、多くの答案は、映画の著作物への言及にとどめ、同著作物としての $\alpha$ に係る頒布権の消尽について論ずることで事足りりとしていた。それでも論述の的確性等に応じて「良好」又は「優秀」の評価を与えることとしたが、本来はプログラムの著作物としての $\alpha$ に係る譲渡権や $\beta$ に係る頒布権に基づいてAが差止請求を行えるか否かについても、しっかりと論じてほしいところである（なお、過去の類似問題の採点実感においても、同様の指摘をしたところである。「平成23年司法試験の採点実感等に関する意見」参照）。一方、プログラムの著作物にまで言及し、条文も的確に引用している答案は高く評価した。

Aが、各著作物の著作者（同法第15条第1項・第2項）又は著作権者であることを指摘している答案は少なかった。

他方で、著作物の種類を一切明らかにせず、関連する支分権として譲渡権のみを掲げ、その消尽を論ずる答案も一定数見られた。譲渡権がプログラムの著作物としての $\alpha$ に係ることは確かであるとしても、本設問は、著作物の種類と各支分権の対応関係を的確に把握できているか否かを問うものでもあるから、そのような答案は低く評価せざるを得なかった。

頒布権には消尽に関する明文の規定がないため、消尽の可否は解釈の問題であることを前提に、中古ソフト事件最高裁判決を踏まえて、消尽法理採用の根拠、頒布権の趣旨を示した上で消尽の範囲を論じることができている答案は少なかった。 $\alpha$ が映画の著作物に当たるとしつつ、 $\alpha$ は配給制度と関係しないため、頒布権ではなく、譲渡権が問題となると論じる答案も散見された。頒布権に関する典型的論点であり、最高裁判決が存在するにも関わらず、それらについて基本的理解が欠けている答案が多いと感じた。一方、消尽の趣旨や、配給制度を踏まえて消尽の範囲を論じている答案には高い評価を与えた。

頒布の定義規定（同法第2条第1項第19号）など、基本的な条文を指摘していない答案が多かった。

なお、「 $\alpha$ につき頒布権の消尽が認められる」としながら、Aによる差止請求が「認めら

れる」との論理的な整合性を欠いた結論を記載したものが少数ながら存在した。

(イ) 小問(2)

本設問における「割賦販売サービス」が売買に該当するか否かを問題とし、あたかも当該サービスが民法上どのように性質づけられるかを問題としているかのような答案が散見された。しかし、著作権法第2条第8項が、「いずれの名義又は方法をもつてするかを問わず、これと同様の使用の権原を取得させる行為を含む」と規定しているのだから、同項の解釈として貸与に該当するか否かを論ずることが望ましいといえよう。

また、同項の解釈を引用している答案でも、その当てはめが丁寧になされている答案はそれほど多くはなかった。「譲渡」に当たるとの答案も少数ながら存在したものの、当該サービスの内容（特に、自由に返品可能とする点）を踏まえてもなお「貸与」該当性が否定される根拠を説得的に論じられたものはほとんど見当たらなかった。

小問(1)において、 $\alpha$ を映画の著作物と位置付けて説明をしているにもかかわらず、(2)においては、貸与権に係る同法第26条の3を根拠条文として侵害の成否を論じるものや、頒布権の消尽と貸与権の消尽の可否とを区別できていないものも多く、こうした答案には、両支分権の関係という基礎的な内容についての理解が不十分であることに加え、根拠条文を指摘し、その解釈適用により結論を導くという論理的な説明能力が獲得できていないとの印象を受けた。

また、当該サービスを、 $\alpha$ の複製物が返品された場合とそうでない場合に分け、前者の場合、実質的に貸与に当たるとして頒布権等の侵害を論ずる答案も散見されたが、本設問は、当該サービスの提供の差止めを請求できるか否かを問うものであるから、このような場合分けは適切でない。

ウ 設問3

本設問では、著作者が改変を常に同一性保持権の侵害に問えるとする、譲受人が著作権を全部譲り受けたことの意義が損なわれるので、明文の規定（同法第61条第1項）により著作権の全部譲渡を認めている法の趣旨に反するのではないかという視点と、著作権が全部譲渡されれば、譲受人等が行うどのような改変にも同一性保持権の侵害が成立しないとすると、著作者人格権の一身専属性（同法第59条）を定めた法の趣旨に反するのではないかという視点の両者について言及することが要求されるが、そうした答案はわずかであった。また、上記の視点を踏まえることができたとしても、どの範囲までの改変であれば、許容されるのかについて言及した上で、具体的に当てはめを行っている答案は、ごくわずかであった。一方、上記の二つの法の趣旨を踏まえた上で、許容される改変の範囲についての規範を示し、当てはめを行っている答案は高く評価した。

乙は、Aと、同一性保持権の黙示的不行使特約を結んだとした上で、丁はこの特約の存在をもって反論し得ると論ずる答案が散見された。しかし、当該特約の存在を認めるとしても、乙がその債務を直接負うのはAに対してである。したがって、それ以上に特段の論述がなされていない答案は、低く評価せざるをえなかった。

著作者人格権を譲渡し得るなどと論ずる答案や、格別の理由も示さずに、編曲権と著作者人格権が別個の権利であるにもかかわらず、前者が譲渡されているので同一性保持権を侵害しないなどと論ずる答案も、一定数見られた。一部ではあるが、このような初歩的な知識に係る誤謬を含む答案が見られたのは残念である。

「やむを得ない改変」（同法第20条第2項第4号）を検討する答案が多く見られたが、規範として、同項第1号から第3号までと同程度の高い必要性・相当性が求められるなどと論じ、当てはめにおいては、丁による編曲には高い必要性までは認められないなどとし、著作権の全部譲渡がされた事実を拾うことができていない答案が目についた。

#### 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、昨年同様、重要な条文及び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から関連する事実を抽出し、事案に則した結論を導く力を問うような出題を心掛けた。

しかし、重要な条文であるにもかかわらずその規律内容の理解がおぼつかない答案、具体的事案の中から問題となり得る論点を的確に抽出できず、特に問題とはならない別の論点について冗長な論述を行い、結果としてバランスを欠いた答案、なぜ当該論点の問題となるのかについて言及することなく、ただ論点として論ずるかのような答案、明文の規定があるにもかかわらず条文を指摘しない答案や条文の指摘が不十分、不正確な答案、判例や判断基準を示した著名な裁判例があるにもかかわらず、それに言及しない答案やその理解が不十分である答案、理論的に結論を導く能力が欠けている答案が目についた。

したがって、今後の法科大学院教育には、引き続き、条文の重要性を意識させて、こまめに引用する習慣を身に付けさせる教育、基本的な論点を偏りなく学ぶとともに、各論点における問題の所在をきちんと掘り下げることにも力点をおいた教育を行うことが期待される。また、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。さらに具体的な事案の中から問題となる論点を的確に抽出し、それと関連する事実を拾い上げて、法的解決策をバランスよく論述する能力を養う教育が行われることが望まれる。

本採点実感が今後の法科大学院教育において真にいかされたものとなり、優れた水準の答案が少しでも増加することを願ってやまない。

1 出題の趣旨、狙い等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

採点に当たっては、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、事業場が1か所のみの小規模な企業において行われた懲戒処分の有効性、使用者から労働者に対する損害賠償請求の可否及び整理解雇の有効性について、検討すべき法律上の論点を挙げて論述することを求めるものである。

懲戒処分としての出勤停止処分の有効性が問われた設問1では、懲戒権の根拠、懲戒事由の該当性、懲戒処分の権利濫用性という基本的な判断枠組みに沿って検討することは、おおむねできていた。本問は、就業規則作成義務のない小規模企業において、懲戒の事由と種別が就業規則ではなく労働契約書に記載されている点に事案の特徴があり、就業規則に懲戒の事由と種別を定めておくことを求める判例の立場（フジ興産事件・最判平成15年10月10日労判861号5頁）との関係をどのように考察するかが重要な論点となるが、判例の立場を明示した上で本事案との関係を的確に論じた答案は必ずしも多くなかった。もっとも、判例法理の趣旨を掘り下げて検討し、その趣旨が本事案においても実現されているかという観点から深い考察を行った答案もあり、このような答案には高い評価を与えた。その他、①懲戒事由の該当性について趣旨に照らした実質的な判断を行っていない答案が少なくなかったこと、②出勤停止処分について安易に軽い処分と評価している答案が散見されたこと、③弁明の機会を与えていないという手続の不適正さについて言及していない答案が多数見られたことは、気になる点であった。

使用者から労働者に対する損害賠償請求の可否が問われた設問2については、的確な論証ができていない答案が多く、成績の良し悪しが大きく分かれるポイントとなった。本問で問われているのは、使用者から労働者に対する損害賠償請求の可否であり、まず、労働者が使用者に対して債務不履行又は不法行為として損害賠償責任を負うのか、それはどのような場合かが検討されるべきであるが、この点を検討することなく、本問を過失相殺や求償権行使の問題と位置付けて直ちに結論を導き出そうとする答案が多数見られた。また、本問では、判例・裁判例や学説の動向を踏まえ、危険責任・報償責任の考え方に言及しつつ労働者の損害賠償責任の制

限とその範囲について論じることが想定されていたが、危険責任・報償責任の考え方やその内容に言及している答案は必ずしも多くなく、信義則という言葉だけを根拠として挙げているものが少なくなかった。さらに、労働者の損害賠償責任の制限及びその範囲を判断する際に考慮すべき事情の摘示が明確でない答案も散見された（例えば、設問1への回答で取り上げた事実を再度取り上げるのであれば、その旨及びその引用部分を明確に記述すべきであり、「上記」や「前述」だけでは、どの部分を引用しているのかが不明確である。）。

経営上の理由に基づく解雇（整理解雇）の有効性が問われた設問3では、整理解雇法理の正確な理解と当てはめの丁寧さによって評価が分かれた。本件は、解雇事由を定めた就業規則や労働契約の規定がない事案であり、まず、使用者の解雇権の有無とその根拠について論じることが求められる。この点で、民法第627条第1項に言及しない答案や、朝礼の場での代表者からの説明に対して労働者から意見や質問がなかったことから解雇権が根拠付けられるとする答案が少なくなかったことは、意外であった。解雇権の理論的根拠についての正確な理解が求められる。

整理解雇の4要件（要素）それ自体は、ほとんどの答案が列挙することができていたが、各要件（要素）の内容やそれが必要とされている理由を正しく理解していないために、当てはめが安易で説得力を欠くものが相当数見られた。特に、①解雇回避努力の点について、「努力を尽くしていない。」などと単純に述べるにとどまるものや、会社が採るべき措置に関し、小規模企業という特殊性を考慮に入れず、配転・出向など容易に採り難い措置についても定型的に要求しようとするものが数多く見られたこと、②人選の合理性の点について、「経営の立て直しには経営方針を正しく理解している人材が必要であるため人選基準は合理的である。」などと単純に述べるにとどまるものが散見されたこと、③手続の妥当性の点について、前記の朝礼の場での説明に対して意見や質問がなく30日間の予告期間を置いていることから手続は妥当であるなどとする答案が少なくなかったことは、気になる点であった。規範の趣旨や紛争の実態を正しく理解することなく、規範を表面的に暗記して事実を機械的に当てはめるといった安易な学習方法に陥っている受験者が少なからずいることがうかがえた。

3つの設問を通じ、労働法の基本的な論点（特に近時実務上争われることが多い問題）についての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答案は、十分に合格水準に到達するものとなっていた。さらに、各論点について、規範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論述し、結論を導くことができていた答案は、より高い評価を得た。

本問では特に、就業規則のない小規模の事業場が紛争の舞台となっており、判例等が事実関係として想定していたものとは異なる問題状況も含まれている。このような新たな事態や問題に直面した際に重要になるのは、法令や判例の趣旨と根拠を正確に理解し、それを当該新たな事態や問題に応用して論述する、理解力と思考力である。本問でも、これらの点で答案の優劣が分かれた。日頃の勉強においても、法令や判例等の背景や基盤にある趣旨や根拠を正確に理解し、未知の問題に対して理論的な考察と丁寧な論述を展開することができる能力を養うことを心掛けてほしい。

## (2) 第2問について

本問は、労働組合の支部長が、①組合本部の了承を得ないまま支部組合員を扇動して一斉に罷業させ、また、②その罷業期間中に同支部名義の情報宣伝活動用アカウントでインターネット上に経営陣を批判する投稿をしたことなどを理由として会社が当該支部長に対して行った懲戒解雇に関し、検討すべき法律上の論点を挙げつつ、その有効性について見解を述べることを求めるものである。

多くの答案が、出題の意図を的確に理解し、懲戒解雇の不当労働行為該当性や上記①及び②の行為の団体行動としての正当性が問題となることを指摘して論じていたが、不当労働行為該

当性に触れることなく、就業規則所定の懲戒事由該当性や懲戒権の濫用に当たるかのみを論点とした答案も少なくなかった。労働組合法上の不当労働行為該当性と労働契約法上の懲戒解雇の適法性の有無は、いずれも懲戒解雇の法的効果を消滅させ得る事由であり、労働者の地位確認訴訟であればどちらも再抗弁として位置付けられ得るものであることからすれば、いずれも論点として摘示し、見解を述べるのが求められる事項であると言える。その一方で、本事例の事実関係の下では論旨を左右しない事項に紙幅を費やし、論ずべき論点に触れていないものも散見された。個々の紛争において有意な論点を見極めることが求められよう。

また、労働組合法第7条第1号や民法第90条、労働契約法第15条など、自らの論旨を支える根拠条文を示さないものや、条文に触れたとしても、労働組合法第1条第2項や同法第8条など、懲戒解雇の無効を主張する直接の根拠ではないものを挙げるもの、労働契約法第16条のみを援用し、同法第15条を全く援用しないものなどが相当数見られた（懲戒解雇に関する労働契約法の適用条文について様々な考え方があるとしても、本間において懲戒権の濫用に関するルールである同法第15条に何ら言及しないのは疑問である。）。制定法や判例は主張の強固な根拠となるものであり、これを示さないものや条文の摘示が不正確、不十分なものは、当該条文や判例の意義を十分に理解していないものと評価せざるを得ない。

前記①及び②の行為の団体行動としての正当性については、多くの答案が、前記①の行為を争議行為と捉えてその正当性を主体・目的・手続・態様の観点から検討し、前記②の行為を組合活動と捉えてその正当性を主体・目的・態様の観点から検討するという枠組みを示していた。また、多くの答案が、前記①の行為に関し、「主体」の観点からは支部が独自の団体交渉権を持たないことや本部の了解を得ないで罷業が実行されたことが問題となることを指摘し、また、「目的」の面では工場長に対する要求事項が非組合員に対する懲戒解雇の撤回であったことが問題となることを指摘しており、ポイントとなる事情を的確に取り上げたものと評価することができる。他方で、「手続」面からの検討において、事前の予告なく交渉が開始された当日に罷業が決行されたことなどの相手方（使用者）との関係でのフェアネス（労使関係上の信義則）に関わる事実を摘示せず、本部の了承がないことなどの組合内の事情を挙げるにとどまるものなど、前記の4つ（あるいは3つ）の観点の意味するところを正解していないのではないと思われる答案が少なからず見られたことは、気になる点であった。

前記の4つ（あるいは3つ）の観点から団体行動としての正当性を検討する際に求められるのは、正当性を肯定する方向に働き得る事情と否定する方向に働き得る事情の双方を丹念に拾い上げ、それらを衡量し、法の趣旨に十分に留意した妥当かつ説得力のある結論を導くことである。そのためには、当該団体行動を正当なものとして保護することにより得られる利益を明らかにするとともに、これにより害され得る利益の内容とそれへの配慮を十分に示すことが肝要となる。例えば、前記①の行為の「主体」の正当性の検討に関し、本部による統制を無視した団体行動が組合の使用者に対する交渉力を弱める事態を招きかねないことなどに全く意を配ることなく、要求事項が支部固有の事情に起因するものであり、また、支部組合員の利益に資するものであることなどのみを指摘して正当性を肯定するものは、十分な説得力を持つものとは言いがたいであろう。前記の「主体・目的・手続・態様」といった点は、それ自体が何らかの法規範となるものではなく、飽くまで検討の着眼点を列挙するものにすぎない。平素の学習から、単なる暗記にとどまらず、なぜそれらの4つ（あるいは3つ）の観点から検討することが必要かつ適切とされ、それぞれにおいてどのような事柄がどのような理由で団体行動の正当性を左右し得るものとして問題となるのかといった点についてまで正確に理解しようとする姿勢をもつことが肝心である。そのような学習姿勢が論述の説得力を左右することを銘記すべきである。

前記②の行為については、組合活動と捉えて主体・目的・態様の観点から検討する枠組みを示すものが多かったが、論述の比重が「態様」に集中し、主体や目的の観点からの検討をほと

んど行わない答案が少なくなかった。また、前記②の行為を①の行為と一体のものとして一括して検討するものや、別個に検討するものの「主体や目的の点については前記①の行為について論じたところと同様」と記述して終わるものも少なくなかった。争議行為と組合活動の区別には様々な考え方があるから、そこでいかなる考え方を採るかによって評価が左右されるものではないが、本問の事例において、会社は、前記①及び②の行為それぞれを懲戒事由として掲げており、各行為は、目的や主体、態様・手法・時期の点でも、企業秩序に及ぼし得る影響などの面でも、様相が異なるのであるから、正当性をそれぞれ丹念に論じる必要がある。そうした違いを全く顧慮せず、ひとまとめに正当性を論じたために、論述の説得力や緻密さに欠ける答案も散見された。

懲戒事由該当性及懲戒権の濫用の論点については、ほとんど触れることがない答案や、論じていても就業規則中の規定の番号を列挙するだけの答案が少なくない中、答案によっては、短文のうちにも、会社が挙げた懲戒事由への該当性の有無を的確に指摘し、事案における具体的な事情を勘案した社会的相当性の判断も欠かさずに、簡素かつ丁寧に、権利濫用の有無を結論付けているものもあり、そうした答案は、相対的に高く評価された。解雇という最も重い処分であることに鑑みれば、行為の悪質性及結果の重大性、企業秩序に与える影響等の要素の丁寧な衡量が不可欠であろう。

#### 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思われるものの、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的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の分野と労働組合法を中心とする

集団法の分野のバランスに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、国道建設事業の事例を通じて、環境影響評価法の意義と仕組み、争訟方法、現在の課題に関する理解を問うものである。【第2問】は、廃棄物の処理及び清掃に関する法律（以下「廃掃法」という。）のもとで、産業廃棄物の処理により生活環境に影響を及ぼす事態が生じた場合に、発生から処分に至るまでの過程に関与した者が負う法的責任や都道府県知事の採り得る措置についての理解を問うものである。

【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、環境影響評価法の仕組みの理解を問い、環境影響評価手続等に瑕疵が存する事業の争訟方法の検討を求め、[設問2]では、計画段階配慮書手続の意義とその導入効果について、[設問3]では、個別事業段階における現行の環境影響評価制度の限界と改革の方向性について問い、[設問4]では、複数の原因者による公害に関する共同不法行為の成立要件について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、多くの答案が本件環境影響評価手続の複数の瑕疵について適切に指摘していた。しかし、当該瑕疵と本件認可の関係については、環境影響評価法施行令の規定まで資料に掲げていたにもかかわらず、本件環境影響評価の結果を本件認可において考慮する義務があること（いわゆる横断条項の存在）すら指摘していない答案が散見された。小問(2)については、大半の答案が本件認可の差止訴訟の可能性について指摘し、CとDそれぞれの原告適格、重大な損害のおそれの有無等について論じていたが、住民訴訟の可能性について検討した答案はほとんど見られなかった。

[設問2]については、計画段階配慮書手続の趣旨を的確に示す答案がある一方、報告書手続の導入を指摘するにとどまる答案も見られた。主務大臣の意見は環境大臣の意見を勘案して出される点を指摘するものは少なかった。環境大臣意見の意義を再確認してほしい。

[設問3]については、多くの答案が現行制度は個別事業に関する環境影響評価であるが故に事業そのものの中止、複合影響の考慮等の点で限界があることを指摘していたが、環境基本法第19条や生物多様性基本法（第25条）の趣旨を踏まえ、政策・計画・プログラム段階での戦略的環境アセスメント（SEA）の導入の必要性を具体的に論じた答案は限られていた。

[設問4]については、共同不法行為について弱い関連共同性に関して有力説・下級審裁判例の立場からの的確に指摘する答案も見られる一方、白紙の答案も一部見られた。また、国家賠償法第2条ではなく、民法第717条を問題としたものも一部見られた。

(2) 出題の意図と実際の解答に差異がある原因として考えられること

[設問1]については、本件国道の新設を阻止するための行政訴訟として、本件認可の抗告訴訟以外の方法を検討した答案がほとんど無かったことは驚きであり、環境紛争の実態をイメージできていない可能性がある。環境関連の抗告訴訟では原告適格が否定されることが少なからずあり、また、環境公益訴訟が導入されていない現状において、地方公共団体の公共事業をめぐる紛争では住民訴訟が活用されているという現状を踏まえた検討が期待されることである。[設問2]については、環境影響評価法の2011年改正の趣旨について具体的に把握していないことが明らかになった。環境法政策に関する具体的な問題に即した勉強をしてほしい。[設問3]については、SEAという用語は知っていても、その意義や計画段階配慮書手続との違いについて、具体的に考えたことがないのではないかと感じられた。[設問4]については、民事訴訟も環境法の範囲であることを再確認してほしい。

### (3) 各水準の答案のイメージ

「優秀」な答案のイメージは、[設問1]について、本件に係る環境影響評価法上の瑕疵をまんべんなく検討し、当該手続的瑕疵が認可に及ぼす影響をも踏まえつつ、本件認可が違法であるとする主張の論拠について述べた上で、本件国道建設を阻止するための争訟方法として、認可の差止訴訟・仮の差止め及び住民訴訟の活用可能性について論じ、[設問2]について、2011年改正による計画段階配慮書手続の導入とそれにより環境大臣が計画立案段階で意見を述べられるようになったこと、主務大臣が意見を述べる際に環境大臣の意見を勘案しなければならないことを論じ、[設問3]について、個別の事業に関する環境影響評価制度の限界についての確に指摘した上で、環境基本法第19条の趣旨を踏まえつつ政策・計画・プログラムに関するSEAの必要性等について論じ、[設問4]について、G社の民法第709条の責任と国道の道路管理者の国家賠償法第2条の責任、及びそれらの責任に関する民法第719条の適用について関連共同性を含めて的確に論じるものである。「良好」な答案のイメージは、その程度がやや劣るが、主要な論点について、おおむね適切な説明ができているものである。「一応の水準」の答案のイメージは、[設問1]において少なくとも手続的瑕疵の一つが的確に指摘されているなど、主要な論点の一部が把握できて論理的に記述できている答案である。「不良」な答案のイメージは、題意を把握できておらず、制度の基本的理解も不十分な答案である。

## 【第2問について】

### (1) 出題の意図に即した答案の存否、多寡

[設問1] 小問(1)は、コンクリート破片が産業廃棄物（廃掃法第2条第1項、第4項第1号）に該当することを前提に、① 産業廃棄物処理基準に違反する状態で野積みされたコンクリート破片が、「乙地区の住宅地へ崩れる危険が発生した」状況をもって、「生活環境の保全上支障が生じ、又は生ずるおそれがある」ものと認定して、措置命令の可否を論じる必要がある。この点については、多くの答案は、【資料】に掲げた廃掃法施行令を引用して、必要な検討ができていた。他方で、上記①の状況で改善命令の可否等を論じ、②「乙地区の住宅地へ・・・小規模な崩落が生じ始め、その拡大の兆候が現れていた」状況が生じて初めて「生活環境の保全上の支障が生じ、又は生ずるおそれがある」と認定して措置命令の可否を論じる答案も少なからず見られた。上記①の状況により、具体的な危険が生じていることは明白であり、具体的事例をもとにした学習が足りていないように感じた。

廃掃法第21条の3第1項による事業者であるB社に対しては同法第19条の6第1項の措置命令を、処分者であるC社に対しては同法第19条の5第1項の措置命令を、それぞれ具体的な措置の内容を踏まえて論じる必要がある。多くの答案は、この出題の意図に即した回答をしていたものの、B社に対しても同法第19条の5第1項の措置命令を適用する答案も見られた。同項各号の検討が不十分であることも然ることながら、排出事業者の一般的注意義務（同法第12条第7項）を前提に、処分者等によっては生活環境保全上の支障の除去が困難な場合

に排出事業者の責任を認めた同法第19条の6の措置命令の制度の根本的な理解ができていないものである。本問のように建設廃棄物が典型例であるが、一般的に産業廃棄物の処理の過程には、重層的に関与する者が現れるのであり、不適切な処理が行われた場合に、誰が、どの根拠に基づいて、どのような内容の責任を負うのかを理解することは、非常に重要である。また、同法第19条の6第1項の措置命令の発令には、排出事業者の補完的な責任であることを前提に、同項第1号及び第2号のいずれにも該当する必要があるが、本問の事例に現れる事情を具体的に当てはめることが必要である。この当てはめを全くしていないか、そのいずれかに該当することをもって措置命令の発令が可能とする答案が見られたが、この措置命令の位置付けを踏まえ、条文を注意深く検討することを要する。

C社に対しては、廃掃法第14条の3第1号に基づく事業の全部又は一部の停止命令の可否を論じることが期待されたが、これに触れた答案はごく一部であった。主として問われた措置命令に目を奪われたものと思われるが、本問の事例に現れるC社の行為は相当に悪質であるし、小問(2)を設けて同法第19条の10に基づく措置命令を問うていることから、P県知事の講じ得る措置として、当然に検討して欲しかったところである。

上記②の状況では、廃掃法第19条の8第1項第4号に基づく行政代執行を選択し、要件に具体的な事情を当てはめて論じる必要がある。上述のように、上記②で措置命令を論じた答案以外は、おおむねこの出題の意図に沿う回答ができていた。

小問(2)では、廃掃法第19条の10第2項に基づく措置命令を論じる必要がある。許可の取消しを定める同法第14条の3の2まではたどり着くことができたものの、同措置命令に触れることができなかった答案が少なからず見られた。いわゆるダイコー事件を契機とした平成29年改正の内容を問う問題であるが、環境法、特に廃掃法の分野における日々の学習の中では、基本的な知識とともに、数次にわたる改正について注意を払い、改正前のどのような問題点をどのように解消しようとするものなのかを理解することが重要である。また、同法第19条の10第2項に基づく措置命令の効果は、同法第19条の5第1項に基づく措置命令の効果とは異なり、「産業廃棄物処理基準に従って当該産業廃棄物の保管をすることその他必要な措置」を講ずべきことを命じることができるのであり、この点に言及することも期待されたが、ここまで触れた答案はほとんどなかった。

〔設問2〕は、乙地区に土地建物を所有し、そこに以前から居住するDがC社及びP県に対してどのような法的請求が可能か論じる問題である。時間的な制約があったのかもしれないが、救済方法や論点の単なる羅列にすぎない答案が多く見られた。手続法についての十分な知識があることは、法曹にとって必要な素養ではあるが、これでは出題意図に応えたことにはならない。本問の事例では、危険が差し迫っている可能性がある一方で、具体的な損害発生までは現れておらず、また、Dの居住地がC社所有山林に直接隣接しているかは明確ではない。これらの事情に即して、Dの救済方法の優先順位や、実際の訴訟で主たる争点となる可能性を意識した記述が期待されたが、ここまで到達した者は少数にとどまった。

C社との関係では、ほとんどの答案が差止請求の可否を論じていることができていた。もっとも、その根拠又は権利侵害要件について十分に検討できている答案は多くはなく、多くの答案は、所有権又は人格権のどちらか1つを挙げるのみであった。そもそも差止請求に明文上の根拠規定はなく、本問の事例で現れる事情からは、土地及び建物の各所有権に基づく妨害予防請求権と人格権に基づく差止請求権など複数の権利を検討することが期待される。また、本問の事例では、コンクリート破片が乙地区住宅地へ崩れる危険が生じているところ、かかる事情をあてはめながら、差止請求の要件として、受忍限度論など、違法性又は正当化事由の検討を必要とするが、多くの答案がこの点に触れられていた。なお、本問で抽象的差止請求の可否を論じる答案が少数ながら見られたが、本問の事例では具体的な請求をなすことが可能であり、あえてこれを問題にする必要はない。

P県知事に対する請求は、まずは、行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）第3条第6項第1号の非申請型義務付け訴訟として、B社に対する廃掃法第19条の6に基づく措置命令及びC社に対する同法第19条の5に基づく措置命令の義務付け訴訟の提起を論じることが必要である。Dは、C社所有山林に隣接する乙地区住宅地の住民であるため、原告適格（行訴法第37条の2第3項）を論じることが期待される。この点は、多くの答案が触れることができていたものの、措置命令に関する廃掃法の規定の趣旨及び目的並びに制度を通じて保護しようとしている利益の内容及び性質（行訴法第37条の2第4項が準用する同法第9条第2項）から十分な検討ができた答案は少なかった。非申請型義務付け訴訟の訴訟要件（損害の重大性と補充性〔同法第37条の2第1項、第2項〕）、本案勝訴要件（同法第37条の2第5項）を論じる必要もあるが、時間的な制約があったためか、十分な検討ができていない答案は少なかった。

また、本問の事例においては、乙地区住宅地へ崩れ落ちそうなコンクリートの除去がDへの直截な救済であることから、これを主眼的に求めることが十分に考えられるところであり、行政代執行の義務付けの訴えの可否を論じることが期待されたが、これに触れた答案はほとんど見られなかった。設問が独立していることもあり、これに触れることはハードルが高かったかもしれないが、裁判例もあるのであり、是非とも触れて欲しかったところである。

本問の事例では、コンクリート破片が乙地区住宅地へ崩れる危険が生じているところ、C社及びP県を被告とする訴訟を提起しても救済が実現するまでには時間を要する可能性があるため、早期の救済を求めるべく仮の地位を定める仮処分（民事保全法第23条第2項）又は仮の義務付け（行訴法第37条の5第1項）に触れることも期待されたが、これに触れた答案は少数であった。

(2) 出題の意図と実際の解答に差異がある原因として考えられること

〔設問1〕で出題の意図から大きく外れた者は、不適切な処理がなされた場合における行政法的責任に関する基本的な制度設計を押さえられていないものと思われる。また、一部の条文を挙げることはできても、制度の全体像を意識した記述はできず、具体的な事案に的確に当てはめることができなかった者は、制度設計を表面的に理解したにとどまるか、単なる制度の暗記にとどまっているものと思われる。原因者負担原則など環境法の基本理念、諸原則に立ち戻りつつ、社会経済状況の変化に伴う法改正や現行法の問題点などを意識しながら、法文を丹念に読み込んで法制度を十分に理解し、裁判例等に触れながら、具体的な事案に即して思考を重ねるトレーニングが必要になるものと考えられる。

〔設問2〕で仮処分や仮の義務付けを含め複数の選択肢や論点を羅列したにすぎない答案は、時間的な制約があった可能性があるが、同種の過去の出題等の解答例をそのまま引き写したにすぎないような答案もみられた。問題文から問題となり得る事情を拾い出し、そこに現れる住民の真の救済を考え、住民の訴訟代理人、相手方訴訟代理人、裁判官と立場・視点を変えながら、救済方法の優先順位、訴訟において主たる争点となる可能性等を意識したトレーニングが不足しているように思われる。

(3) 各水準の答案のイメージ

「優秀」な答案のイメージは、排出事業者の責任と処分者の責任を明確に区別するなど、不適切な処理がなされた場合において都道府県知事が講じ得る諸制度について十分に理解をして、本問の事例に現れた具体的な事情を的確にくみ取り、【資料】にある施行令を含め、要件に丹念に当てはめをし、住民の救済方法について、複数の選択肢を挙げて、論点に過不足なく触れている答案である。「良好」な答案のイメージは、諸制度の理解についてやや劣るものの、条文上の要件に本問の具体的な事情を当てはめようと試み、住民の救済方法における論点を挙げるができていない答案である。「一応の水準」の答案のイメージは、諸制度の表面的な知識のみで対峙しようとするものであり、諸制度の的確な選択ができていないもの、「不良」な答案のイメージは、それさえもできていないものである。

#### 4 今後の出題について

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

#### 5 学習者及び今後の法科大学院教育に求めるもの

環境法を学習する際には、他の科目と同様に、まず、環境法の基本構造と基礎理論を正確に身に付ける必要がある。同時に、環境問題は、その解決に当たり、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、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。環境問題の具体的な状況を踏まえた上で、行政法、民事法、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。そのためには、それぞれの環境法令の背景事情、立法趣旨を理解することに加え、常にきちんと条文を参照して学習する習慣を身につけて、法体系全体の仕組みや個々の条文の文言を正確に理解することが肝要である。また環境法令はしばしば改正されるので、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3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3年司法試験論文式試験問題出題の趣旨【国際関係法（公法系）科目】」）に記載したとおりである。

### 2 採点方針

国際関係法（公法系）科目の採点方針は、従来の立場を踏襲し、①国際法の基本的な知識を習得し、かつ、設問に係る国際法の基本的な概念や規範、特に、関係する主要な多数国間条約の関連規定や国際判例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、国家の成立要件、少数民族による分離独立の国際法上の条件、国家承認の形式とその意義、庇護権の主体とその内容、犯罪人引渡しに関する国家の義務の有無、外交関係法における接受国の義務と国家責任の成立要件に関する基本的知識と理解を問うものである。第2問は、領域紛争の解決に関する国際法の規則、海洋境界に関する紛争が解決されていない場合の海域の利用に関する国際法の規則、沿岸国による法執行活動に関する国際法の規則、海洋法に関する国際連合条約（以下「国連海洋法条約」という。）の義務的裁判制度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。なお、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、外交関係の開設が国家承認との関連で有する意義について説明を求め、少数民族が既存国家から分離独立する場合における国家成立の要件についての理解を問うものである。具体的には、外交関係の開設が黙示の国家承認に該当することを確認した上で、その前提として相手の実体が国家として成立していなければならないこと、国家として成立していないにもかかわらず国家承認を行えば「尚早の承認」となり領域国の内政干渉として国際違法行為を構成すること、少数民族の分離独立の場合は、通常の状態の成立要件のほか、外的自決が認められるための分離権の要件が課されることなどが理解されているかどうかという点が評価の対象となる。

多くの答案は出題の趣旨を正確に理解し、外交関係の開設が黙示の国家承認となること、この国家承認が有効であるためには、その前に承認の対象となる実体が国家として成立していることが論理的に証明されなければならないこと、そして国家の成立要件を満たすことが証明されれば尚早の承認という内政干渉には該当しないことが、的確に論述されていた。しかし、恒常的な住民、明確な領域及び実効的な政府の存在といった国家成立の要件が満たされたことを指摘するにとどまり、少数民族による分離独立については別途検討を行わない答案も多数あったことは残念であった。既存国家からの分離独立に至る「外的」自決の行使は、極めて例外的であるが、認められないわけではない。参考となる基準はケベック分離事件カナダ連邦最高裁意見（1998年）で触れられているとおりであり、本設例では、「内的」自決の実現が阻害され、植民地的支配に類似の状況にあることをもって最後の手段として分離権の行使が正当化されることを論じる必要があるが、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。主題

によっては、国際判例だけでなく、重要な国内判例についてもきちんと理解しておくことが国際法の学習にとっては不可欠である。

設問2は、庇護権と犯罪人引渡し制度の考え方の説明を求め、領域的庇護と外交的庇護の区別、外交的庇護に関連する庇護事件国際司法裁判所判決（1950年）の内容とその背景、犯罪人引渡しに関する国家の義務の有無などについての国際法上の理解を問うものである。

多くの答案が設問の趣旨に沿って、領域的庇護と外交的庇護の区別のほか、本事例が外交的庇護に当てはまること、接受国側からの引渡し要求に対しても犯罪人引渡しについての一般国際法上の義務がないことについて正確に論述ができていた。また、外交的庇護が、原則として接受国の主権を侵害する行為とみなされ、一般国際法上は認められていないということも理解できていた。しかし、外交的庇護が関係する庇護事件国際司法裁判所判決に言及し、外交的庇護が中南米諸国の間では必ずしも国際法に反しないことを論じた答案はほとんどなかった。庇護事件での論点の1つが中南米諸国における外交的庇護制度の位置付けであったことを想起すれば、外交的庇護を本設例での関係国間で有効な制度として主張することは決して難しいことではないはずである。国際法では、重要な法制度とそれに関連する国際判例を結び付けるとともに、当該判例の内容をきちんと理解することがとりわけ重要である。

設問3は、1961年の外交関係に関するウィーン条約（以下「外交関係条約」という。）上の接受国の義務の内容を確認し、その義務違反から生じる国家責任についての理解を問うものである。具体的な論点としては、国家責任の発生要件を正確に理解しているかどうか、そして、ここで外交関係条約上の義務の違反から生じる国家責任には、私人の行為が特定の条件を満たすことで国家に帰属し、当該国家の作為としての義務違反から生じる国家責任と、国家自身による同条約上の義務の不作为から生じる国家責任の2種類があるということを理解しているかどうかということである。

多くの答案は出題の趣旨を正確に理解し、国家責任条文第8条に示されているように国家の指示により私人の行為が当該国家に帰属することで外交関係条約上の義務違反が生じる点については解答ができていた。もっとも、この義務違反による国家責任への言及にとどまり、接受国の不作为による外交関係条約違反とそこから生じる国家責任に触れていない答案が散見されたのは残念である。接受国の行為により、いかなる外交関係条約上の実体義務の違反が生じるのかについても正確な見極めが求められることに留意されたい。

## (2) 第2問

設問1は、領域紛争の解決に関する国際法の規則の理解を問うものである。

多くの答案は、設問の趣旨に沿って、領域紛争の解決に用いられる国際法の規則として、ウティ・ポシデティス・ユリス原則（現状承認の原則）、エフェクティブテ又は実効的支配や主権者としての行為に言及した議論を展開していた。また、力による現状の変更が現在の国際法で容認されないことに言及した答案も少数ではあったが見られた。

ただし、同じ旧宗主国から独立した国家間の領域紛争に関する多くの国際判例で、ウティ・ポシデティス・ユリス原則とその他の原則の適用に順番があることが理解されていない答案が多く見られたことが残念であった。そのような事例で、裁判所は、まず、ウティ・ポシデティス・ユリス原則により、旧植民地時代の境界を示す法律等の法的拘束力のある文書が存在する場合は、当該境界を尊重する判断を示してきており、そのような文書が存在しない場合に、エフェクティブテ又は実効的支配や主権者としての行為が検討されてきている。こうした国際判例の論理をより正確に理解することが求められる。

なお、先占の法理を論じた答案が散見された。先占の法理は無主地に対する領域主権の取得に関するものであることに留意が必要である。本問の記述からサールーガ島を無主地と位置付けることは難しいといえる。

設問2は、海洋境界に関する紛争が解決されていない場合の海域の利用に関する国際法規則の

理解を問うものである。国連海洋法条約第74条第3項及び第83条第3項は、排他的経済水域又は大陸棚について海洋境界に関する紛争の最終的解決までの過渡的期間において、暫定的取極を締結し、係争海域の利用を可能にする規定である。これらの規定の下では、暫定的取極について合意を達成することが義務とされており、また過渡的期間において、最終的な合意への到達を危うくし又は妨げないためにあらゆる努力を払う「自制義務」が課されている。また、沿岸国は海洋境界に関する紛争が未解決であっても、自国の排他的経済水域又は大陸棚であることが確実な海域において、自制義務に配慮しつつ、資源の探査及び開発を行うことが可能である。

多くの答案は、出題の趣旨を正確に理解し、上記の国際法規則を適切に当てはめた議論ができていた。

なお、少数ではあるが、B国の資源探査活動を、海洋の科学的調査と位置付ける答案が見られた。国連海洋法条約では海洋の科学的調査について、明確な定義が置かれていないものの、本問ではB国の活動が「石油・天然ガス資源の探査」であることが明記されており、第56条第1項(a)に規定される資源の探査に当たると考えることが妥当であろう。

設問3は、沿岸国による法執行活動に関する国際法の規則、及び国連海洋法条約第15部に規定される義務的紛争解決制度についての基本的知識を基にして、A国とB国間の紛争がこの制度による国際裁判に付託され得るかを論じることを求めるものである。

国連海洋法条約第15部の義務的裁判制度では、第286条により、国連海洋法条約の解釈又は適用に関する紛争の存在、第1節に定める方法によって解決が得られなかったこと、及び、第3節に規定される制限や選択的除外の適用がないことが、義務的裁判への紛争付託の要件である。多くの答案では、A国とB国は第287条による裁判所の選択の宣言を行っていないため、附属書VIIによって組織される仲裁裁判所が管轄権を持つこと、及び両国がともに、第298条の下での選択的除外の宣言をしていないことに言及した解答がなされていた。しかし、国連海洋法条約の解釈又は適用に関する紛争の存在という要件に言及した答案が少なかったことは残念である。

国連海洋法条約の解釈又は適用に関する紛争の存在という紛争付託のための要件は、附属書VIIによって組織される仲裁裁判所に付託される紛争の本案の内容に関する解答にも意味を持つ。本問は、「沿岸警備隊による発砲事件に関する紛争」を仲裁裁判所に付託できるかを問うている。サイガ号(第2)事件国際海洋法裁判所判決(1999年)等を念頭に置いて、負傷者が出るような沿岸警備隊の発砲行為に、国連海洋法条約のいかなる規定の解釈又は適用が問題となるかを論じることが求められる。なお、第74条第3項と第83条第3項の下での自制義務の違反を論じた答案については、評価を与えた。

### (3) 答案の水準と評価

第1問、第2問ともに、「優秀」といえる答案は、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、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、条約法に関するウィーン条約、国連海洋法条約、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判例及び国内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。

## 令和3年司法試験の採点実感（国際関係法（私法系））

### 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、関連する分野ごとの基本的な知識を前提として、基本的な法律解釈の能力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。

具体的には、①出題された事例の法的なポイントを正確に把握し、その検討に必要な論点を的確に取り上げているか、②各論点について関連する法律の規定その他の法源から適切なものを取り上げるとともに、必要に応じて、条文や制度の趣旨を踏まえた解釈を行った上で、規範を定立することができるか、③取り上げた条文や定立した規範を、当該事案に適切に当てはめて結論を導くことができているか、また、その当てはめにおいては、問題文中から必要な事実を過不足なく拾い上げ、摘示することができるか、これらが採点の基準とされた。

これらができていない又は不十分な答案是「不良」とされた。また、これらが形式的にはできているとしても、例えば、②について、規範定立において理由付けを欠く、あるいは、③について、事案への当てはめにおいて不備があるなど、結論に至るまでの過程における論述に不十分な点がある答案是「一応の水準」とどまった。他方で、①から③までの検討過程に論理の飛躍がなく、明瞭で説得的な論述が展開されている答案是、「良好」又は「優秀」なものと評価された。

なお、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] の [小問1] について

[設問1] の [小問1] は、婚姻無効の訴えについて、日本の裁判所の国際裁判管轄権が認められるかを問うている。多くの答案が、本件訴えは人事訴訟に該当し、人事訴訟法（以下「人訴法」という。）第3条の2第2号の規定が定める「身分関係の当事者双方に対する訴え」であること、また、「その一方又は双方の住所が日本国内にあるとき」に日本の裁判所の国際裁判管轄権が認められることを指摘していた。その一方で、本件婚姻無効の訴えが、当事者双方に対する訴えであることを理解せず、人訴法第3条の2第1号の規定を適用する答案が一定数見られた。このような答案是、「一応の水準」にも達していない。国際民事訴訟の問題を検討するに当たっては、民事実体法の理解が前提となるものであることを意識して解答してほしい。

また、本問でAC双方の住所が日本国内にあるかの認定に当たっては、管轄原因としての住所と居所の違いを正しく理解せず、AC双方の住所ではなく、居所が日本国内にあることを理由に、日本の裁判所に国際裁判管轄権を認める答案もあった。このような答案是、「良好」との評価を得られていない。

##### イ [設問1] の [小問2] について

[設問1] の [小問2] は、婚姻の無効・取消しの準拠法に関する理解を問うている。まず、婚姻の無効・取消しは、婚姻の成立と表裏一体の関係にあり、重婚禁止の要件のように実質的成立要件の欠缺が問題となるときは、婚姻の成立の問題と性質決定され、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）第24条第1項の規定により準拠法が指定されることを

示す必要があった。多くの答案が、婚姻の無効・取消しについて通則法第24条第1項の規定を適用していた一方で、婚姻の無効・取消しをAC間の婚姻の身分的効力の問題と性質決定して通則法第25条の規定によるものとするものが若干数あった。また、中には、婚姻の無効・取消しの問題について、法律関係の性質決定をしない答案や、それを踏まえて適用すべき条文が明示されていない答案も散見された。

婚姻の無効・取消しについて通則法第24条第1項の規定を適用し、各当事者の本国法が準拠法となることに言及している答案は多数あったものの、それだけでは足りず、通則法第24条第1項の規定が採用する配分的適用のもとで、各当事者の本国法の適用関係がどのようになるのかを明確にした上で、重婚禁止の要件が一方的要件であるのか、双方的要件であるのかについて検討することが求められている。重婚禁止の要件が一方的要件であるか、双方的要件であるのかについて全く触れていない答案も一定数見られた。このような答案は、「良好」との評価を得られていない。

また、日本法上、重婚が取消事由であることを理解できていない答案や、本件においては、各当事者の日本法上、実質的成立要件が充足されていない婚姻について、無効と取消しという異なる効果が定められていることから、これをいかに処理するかについて検討する必要があるにもかかわらず、そもそも婚姻の無効と取消しの違いについて理解できていない答案もあった。〔設問1〕の〔小問1〕と共通するものがあるが、狭義の国際私法の問題を検討するに当たっても、民事実体法の理解が前提となることを意識してほしい。

なお、日本及び甲国の重国籍者であるCの本国法の決定に当たって、通則法第38条第1項本文が適用されるものとして、Cの常居所が日本国内にあるかを長々と検討している答案が若干数あったが、本問では、通則法第38条第1項ただし書によりCの本国法は日本法となる以上、同項本文の規定に基づく検討は不要である。

ウ 〔設問1〕の〔小問3〕について

〔設問1〕の〔小問3〕は、Bによる婚姻無効の請求を認める判決が確定してAC間の婚姻が無効となった場合にDが嫡出である子として扱われるかという問題である。多くの答案が、この法律問題を嫡出親子関係の成立の問題と性質決定し、通則法第28条第1項の規定を適用又は類推適用し、準拠法を指定していた。その一方で、明確な理由も示さずに、この問題を婚姻の身分的効力の問題と性質決定し、通則法第25条の規定によるものとする答案や、親子間の法律関係の問題と性質決定して、通則法第32条の規定によるものとする答案が若干数見られた。このような答案は、一応の水準にも達していない。

エ 〔設問2〕について

〔設問2〕は、婚姻の方式の準拠法及び通則法第24条第3項ただし書のいわゆる日本人条項について理解ができているかを問うている。本件は、通則法第24条第3項ただし書の規定が定める「日本において婚姻が挙行された場合において、当事者の一方が日本人であるとき」に当たることから、同項本文の規定の適用が排除され、同条第2項の規定に基づき、婚姻挙行地法である日本法が準拠法となることを示すことが求められる。多くの答案は通則法第24条第3項ただし書の日本人条項に言及していた。それに対して、日本人条項に全く言及せず、通則法第24条第3項本文の規定を適用し、本件婚姻を当事者の一方の本国法である甲国民法の規定に従ったものとして有効とする答案も若干数見られた。このような答案は、「一応の水準」にも達していない。少数ながら、日本に駐在する甲国領事の面前での婚姻の挙行について、婚姻挙行地を日本ではなく甲国とする答案があった。このような答案も、「一応の水準」には達していない。

オ 第1問の全体について

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答案が散見される。

国際私法の問題を検討するに当たっては、法律関係の性質決定、条文の摘示、条文の要件の摘示、必要な場合には条文の趣旨等に基づく解釈、要件への当てはめ、結論というステップを丁寧に踏んで解答してほしい。

婚姻の実質的成立要件、形式的成立要件、効力の区別が理解できていないと思われる答案が一定数見られた。

重国籍者であるCの本国法を決定するに当たり、通則法第38条第1項本文について長々と検討する答案や、婚姻の方式の準拠法を決定するに当たり、通則法第24条第3項本文について長々と記載する答案が見られた。最終的な結論に至る過程で、論理的に検討が必要な論点と検討が不要な論点の区別をすることが必要となろう。

(2) [第2問] について

ア [設問1] の [小問1] について

[設問1] の [小問1] は、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟について、被告が外国に住所を有する場合、すなわち民事訴訟法（以下「民訴法」という。）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。

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ことが求められる。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、必ずしもこれに触れる必要はない。

[小問1] では、特にXの訴えが「不法行為に関する訴え」（民訴法第3条の3第8号）に該当することを指摘した上で、「不法行為があった地」（不法行為地）の解釈として、加害行為が行われた地（加害行為地）と加害行為の結果が発生した地（結果発生地）の双方が含まれることを示すことが求められていた。多くの答案は、「不法行為に関する訴え」に言及していたが、不法行為地に加害行為地と結果発生地の双方が含まれることを理解していないと思われる答案が一定数あった。また、結果発生地の「結果」について、直接の法益侵害に限定するか派生的損害を含むかについて論ずることなく、日本での「損害」の発生から当然に日本が「結果発生地」であると論ずる答案が散見された。このような答案は、「良好」との評価を得られていない。

若干数であるが、管轄原因を網羅的に検討する答案があった。日本の裁判所に管轄権が認められないという結論を導き出す場合であっても、基本的には、被告の住所による管轄権のような主要な管轄原因や問題となっている事案に即して管轄権が認められる可能性が高いと思われる管轄原因を中心に検討することで十分である。事案と関連性の薄い管轄原因を長々と検討する必要はない。

なお、民訴法第3条の3第8号の規定に基づき日本の裁判所が国際裁判管轄権を有することとなる場合には、民訴法第3条の9の「特別の事情」の有無についても検討することが必要であるが、この検討を行っていない答案が若干数あった。

また、何らの理由を示すことなく、民訴法第3条の9を唯一の積極的な根拠規定として日本の裁判所の管轄権を肯定する答案もあったが、民訴法第3条の9の基本的な理解を欠くものである。

イ [設問1] の [小問2] について

[設問1] の [小問2] は、不法行為（交通事故）の準拠法に関する理解を問うものであった。まず、XのBに対する損害賠償請求が交通事故を理由とするものであるから、「不法行為によって生ずる債権」の問題として法律関係の性質決定がされ、通則法第17条の規定によって準拠法が決定されることを示す必要があった。

多くの答案は、本件事故の結果発生地が丙国であるとの認定を行った上で、丙国での結果発生が通常予見することができるものであったと解答していた。しかし、〔小問1〕と〔小問2〕は、独立した問いであって、国際裁判管轄権と準拠法という別個の問題であるにもかかわらず、「小問1と同様に」などと記述するのみで通則法第17条の「加害行為の結果が発生した地」（結果発生地）の検討を省略する答案や、結果発生地について、直接の法益侵害の発生地と解するのが通説であることの認識もなく、明確な理由も示さずに派生的な損害の発生地を結果発生地とする答案も一定数あった。このような答案は、「良好」との評価を得られていない。

また、本件請求について、明らかに丙国よりも密接な関係がある他の地（通則法第20条）がないかの検討を行っていない答案や、密接性の考慮要素として国際裁判管轄権に関する民法第3条の9の「特別の事情」における考慮要素と混同しているような答案が若干数あった。

なお、外国法が準拠法となる場合には、通則法第22条によって日本法が累積的に適用されることにも言及すべきであるにもかかわらず、これを忘れた答案が相当数あった。

#### ウ 〔設問2〕について

〔設問2〕は、生産物責任の準拠法についての理解を問うものであった。〔小問1〕では、A社が購入した本件自動車の欠陥によって損害を被ったと主張して本件自動車の製造者であるC社に対して損害賠償請求をしていることから、A社の請求が認められるか否かは、「生産物責任」（通則法第18条）の問題として法律関係の性質決定をすべきであり、多くの答案は、そのような性質決定を行っていた。しかし、通則法第18条の「被害者」について、明確な理由を示すことなく、生産者から直接に引渡しを受けた者に限定するとの解釈を採った上で、バイスタンダーに関する問題と混同し、A社がバイスタンダーであるとして通則法第17条の解釈適用を論ずる答案が若干数あった。被害者が生産者から直接に引渡しを受けた者に限定されないことは、通則法第18条の文言からも明らかであり、バイスタンダーが被害者の場合における通則法第18条の適用の可否は本問とは異なる問題である。このような答案は、関連する議論についての正確な理解を欠くものであり、「一応の水準」にも達していない。

〔設問2〕の〔小問2〕では、同じく生産物責任の問題として法律関係の性質決定をした上で、本件自動車の引渡しを受けた地が甲国内であることを認定し、甲国内における本件自動車の引渡しが通常予見することができるものであるか否かについて論じることが求められていた。多くの答案がこの点について解答していたが、通則法第18条ただし書の趣旨まで説明した上で解釈を示していた答案は、必ずしも多くはなかった。

なお、〔小問1〕及び〔小問2〕のいずれにおいても、明らかにより密接な関係がある地の有無（通則法第20条）や、外国法が準拠法となる場合には日本法の累積的適用があること（通則法第22条）などについて検討を行うべきであるが、これらの検討を行っていない答案が散見された。

#### エ 第2問の全体について

時間不足のためか、〔設問2〕の解答ができていない答案が若干数あった。

条文を引用する際に、規定の趣旨も必ず記述するような答案が散見された。そのこと自体は誤りではないが、明確な内容の規定を事案に単純に当てはめて処理ができる場合にまで規定の趣旨を説明する必要はない。他方で、規定の解釈が分かれている場合には、一定の立場を採用して規範定立をする必要があるところ、自らが採用する立場の根拠を示すに当たっては、規定の趣旨を論ずべき場合が多いであろう（ただし、規定の趣旨以外の事由であっても、理由付けとして説得的な記述となっていれば、相応の評価がされる。）。

## 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。
- (2) 問いに対応した解答をすることが重要である。「いずれの国の法を適用すべきか」という問いは，準拠法の決定を尋ねているのであるから，準拠法がどうなるかを答えればよい。これに対して，「この婚姻は有効に成立するか」という問いは，準拠法を適用した結果まで答える必要がある（日本法についての最低限の知識は必要であるが，解答に必要な準拠外国実質法の内容は問題文に記載されている。）。
- (3) 準拠法の決定を行う際には，その前提として，どの準拠法選択規則（例えば，通則法のどの条文）が適用されるかを判断する必要がある，そのために法律関係の性質決定を行うことを要する。いきなり条文の引用を行っている答案が散見される。
- (4) 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。
- (5) 文字が乱雑で判読が困難あるいは不能な答案が若干数あった。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一定数あった。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。）。あまり苦勞せずとも読める字を書くよう努められたい。