

令和 4 年司法試験の採点実感（公法系科目第 1 問）

第 1 全体について

1 大学の自治

- (1) 大学の自治について検討することなく、一方的に大学の裁量論を展開する答案が見られた。個々の大学教授との関係で、大学の裁量を主張しようとするのであれば、それを支える憲法上の根拠として、大学の自治を明確に論じる必要がある。
- (2) 大学の自治に言及した答案のうち、一定数のものはポポロ事件判決（最判昭和 38 年 5 月 22 日刑集 17 卷 4 号 370 頁）を参照していたが、同判決の位置付けについて適切に配慮した答案は少なかった。
- (3) 大学の自治が研究内容や教育方法に及ぶところまで論じていた答案が一定数あり、このような答案は評価できた。他方、大学の自治の内容を人事の自治、施設管理の自治、学生管理の自治としてのみ捉えたため、決定①②を大学の自治との関係で説明することに苦慮している答案も見られた。
- (4) 決定①②が学長のみならず研究所運営委員会や学部教授会が関与した研究者集団の自律的判断としてなされたものであることなど、本問での決定過程と大学の組織としての自律性を保障する大学の自治の意義とを結び付けて論じた答案は高く評価できた。

2 学問の自由

- (1) 多くの答案が学問の自由と言及していたが、その保障の趣旨について、表現の自由と同じ自己実現の価値や自己統治の価値のみを挙げて、学問の自由が保障される固有の意義を意識していないと思われる答案も見られた。
- (2) Y 教授の主張を学問の自由から根拠付けている答案の多くが、研究の自由、教授の自由と言及していたが、研究成果の発表の自由にまで論及していない答案（表現の自由の問題と捉えているような答案も含む。）も一定数あった。
- (3) 本問では、学問研究の自由の保障が研究助成金の交付に及ぶか、教授の自由の保障が成績評価に及ぶかという学問の自由の保護範囲が問われている。しかし、学問の自由と言及することなく、「助成金を得て研究活動をする権利」、「授業において成績評価をする自由」などと、本問の事例で問題となる人権を細分化して構成する答案も見られた。

3 両者の関係

- (1) 大学の自治と、大学に所属する研究者の学問の自由との緊張関係に対する理解が足りない答案、大学の自治と学問の自由の緊張関係に言及しない答案が、一定数あった。
他方、大学の自治と学問の自由との関係について自覚的に論じ、その立場に基づいて決定①②の憲法上の問題点を論じた答案は、高く評価できた。もっとも、この点について同じ立場を採りつつ、論理的な整合性なく、決定①と決定②とで具体的な判断枠組みや結論を分けている答案も一定数あった。これに対して、決定②では学生の権利利益が問題になる等、決定①との違いを意識しながら論じている答案は、さらに高く評価できた。
- (2) 大学の自治と学問の自由との関係についての検討が各論部分で断片的になされている答案よりも、総論的に大きな構図を描いてから個別的な問題についての検討を行う骨太の答案は、問題意識が明確であり、高く評価できた。
- (3) 例えば、大学の自治は学問の自由と衝突する場合には後退するという立場を採る場合、「大学の自治は学問の自由のための制度的保障だから」という曖昧な理由付けではなく、学問の自由の保障の趣旨等から説得的に論じた答案は、高く評価できた。
他方、「X大学の立場」から大学の自治を論じ、「Y教授の立場」から学問の自由を論じてはいるものの、「あなたの立場」では両者の関係について触れることなく、裁量論又は学問の自由の限界のいずれか一方で決定①②の憲法上の問題点を論じただけの答案は、高く評価することはできなかった。

4 その他

- (1) 大学の自治について触れることなく、学問の自由が公共の福祉により制限されるとして、大学外の公権力により学問の自由が制限されている事例と本問の違いを意識しないまま論じている答案は、高く評価することはできなかった。
- (2) 本問では、様々な事実をきめ細かく拾いながら答案を構成することが求められており、事案の個別性・特殊性をどのくらい理解しているかが、評価を大きく左右する。ところが、事実関係を丹念に検討することなく、専ら違憲審査基準の寛厳で憲法上の評価を違えようとする答案が一定数あった。そのように審査基準論へ逃避したような答案は、高く評価することはできなかった。
- (3) 憲法上の根拠を十分明示しながらX大学の主張を論じた答案の多くは、決定①②の個別の論点についても、Y教授の権利との比較衡量など、適切な判断ができていた。
他方、Y教授の主張の場面でX大学の主張を混在させたり、Y教授の主張において権利論が十分でなかったりする答案も見られた。
- (4) X大学の判断の裁量統制に目的手段審査を用いることが許されないわけではないが、なぜ目的手段審査が適切なのかを本問の事案に即して説明することが必要である。
- (5) 表現の自由や平等の問題を取り上げた答案もあったが、多くの答案は独立した権利侵害の問題として扱っていた。しかし、本問は大学における研究や成績評価が問題となっている以上、学問の自由を中心に論じることが求められる。そのため、表現の自由であれば見解規制の問題として、平等であれば大学の裁量の限界の問題として検討していなければ評価できない。
- (6) 公権力と私人の関係、公務員の政治的中立性といった視点から論述を展開するなど、問題の構図を適切に捉えていない答案が一定数あった。
- (7) 問題文に「司法権の限界については、論じる必要がない」と明記されているにもかかわらず、部分社会論を延々と論じる答案が一定数あった。
- (8) 「X大学の立場」、「Y教授の立場」、「あなたの立場」のいずれにおいても、第三者的立場から論じた結果、本問における問題点が不明確となり、同じような議論を繰り返し展開していた答案が見られた。

第2 決定①について

1 X大学の立場

- (1) 大学の自治を抽象的に論じるだけでなく、大学内の研究助成制度を設置運用することがX大学の裁量に含まれることを具体的に論じた答案は、高く評価できた。
他方、大学の自治ないし研究の自主性の確保とは関係なく、X県の産業政策にとっての支障を決定①の目的として直接挙げる答案は、高く評価することはできなかった。
- (2) 学問研究の自由が研究助成金の交付にまで及ぶかという論点に気付いている答案が相当数あった。他方、X大学の立場として、学問の自由が自由権であって、請求権的な性質を持たないという抽象的な理由付けしか挙げていない答案も一定数あったが、高く評価することはできなかった。
- (3) Y教授の活動が研究助成金の趣旨に適合しないとする点については、問題文の事実関係を丁寧に検討して説得的に論じる答案が多かった。
- (4) X大学側の主張として「県の政策を批判する者には研究助成できない」などと論じつつ（A 研究所長Eは「特定の政策への批判は研究者としてあり得ることだ」と発言しているのだから、この主張は問題文に示された事実関係とも整合しない。）、「あなたの立場」ではX大学のそのような理由に基づく決定は違憲であると論じるなど、X大学側において自身が不適切だと考える主張をあえて行う論述は、設問1ではもちろん、設問2でも評価できない。
- (5) 昭和女子大学事件判決（最判昭和49年7月19日民集28巻5号790頁）を引き、大学

には教員を含む構成員に対して包括的支配権があると論じるなど、大学の自治を判例から適切に根拠付けられていないと思われる答案も見られた。

2 Y教授の立場

- (1) 研究助成を受ける権利が学問の自由に含まれるという立場を採る場合でも、それを抽象的に論じたり、「ベースライン」等の概念を説明なく用いたりするのではなく、A研究所の研究助成制度の従来の運用等から、決定①がY教授の研究の自由・研究発表の自由に対する制約になり得ることを具体的に論じるべきである。また、この点で、表現活動一般と給付に関する憲法上の議論を応用して議論する答案も一定数見られたが、その中には、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）等の趣旨を正確に理解しないまま援用するものもあった。
- (2) Y教授のような研究領域では学問研究と研究成果に基づいた社会的活動（表現活動）とを区分することが難しいこと、こうした活動を理由に研究助成金を交付されないことが、社会科学系の研究活動の生命線に関わることに論及している答案は、高く評価できた。
- (3) 本問におけるY教授の行動を憲法的に評価するときには、ポポロ事件判決における、大学教授の研究結果の発表の自由と「学生の集会」による「実社会の政治的社会的活動に当る行為」との二分論を、そのまま用いることはできない。大学教授の研究結果の発表の自由と政治的社会的メッセージを社会的に発する行為とを区別することが、本問において可能かどうかを検討することが必要である。少数であるが、このことに気付いている答案もあった。
- (4) 研究助成金の不交付がY教授の学問研究に重大な支障を与えること、研究助成金が不交付となった例がないことなどについて（それら全てではないにせよ）着目している答案は、多かった。また、研究助成金の不交付が政治的圧力によるもの、あるいはそれに対する付度によるものである疑いについて取り上げている答案も相当数あった。
- (5) 決定①がいわゆる内容規制であることを根拠として厳格な基準が適用されるなどと、やや機械的・抽象的に指摘するにとどまる答案も一定数あった。本問の研究助成金は、「特に優れた研究業績があると認められた者」が所属するA研究所の構成員への助成金であり、また「地域経済の振興に資する研究活動を支援すること」という特定の目的をもった助成金である。その点で、研究内容に着目した何らかの選別が予定されている面もあり、大学に所属する教員全員に、各人の研究内容にかかわらず一律に交付される通常の研究費とは異なる面もあり得ることに留意した答案は、高く評価できた。

3 あなたの立場

- (1) 決定①を、Y教授の学問の自由に対する制限の問題として構成しつつ、判断枠組みとして「手段が効果的で過度でない」なる表現を採用する答案が一定数あったが、その多くはいわゆる論証パターンにのっとり、事案の一面を切り取って決定①が過度である・ないと機械的に論じるだけで、本問における大学の自治と学問の自由の対立の状況において決定①がいかなる意味で「過度か」という視点が欠落していた。
- (2) 本問では、Y教授が行ってきた諸活動が、学問研究といえるのか、あるいは研究助成金の趣旨に合致するのかが争点となり得る。X大学側・Y教授側としてそのような争点を形成しておいて、「あなたの立場」でその争点の結論について論じずに（研究助成金の趣旨に合致しない支出があったと判断しているのかどうか判然としないままに）、部分的不交付でも目的を達成できるから全面的な不交付は必要な限度を超えて違憲であるとするものなど、別の論点で事案を処理する答案は、争点を回収できておらず、高く評価することはできなかった。
- (3) X大学又はY教授の主張として複数の主張を挙げたものの、それらに対して適切に反論していない答案が一定数あった。また、「あなたの立場」を論じるまでの過程で力尽きてしまったせいか、薄い内容になってしまっている答案が目立った。

4 その他

- (1) 憲法第89条の「公の支配」を引き合いに出して本問を検討する答案が見られたが、本条をめぐっては私学助成が問題となっていることから分かるように、初めから公立大学法人たる県立大学が「公の支配」に属することは明らかであり、本問で本条について検討することは、完全に的外している。
- (2) 多くの権利（平等、思想良心の自由、表現の自由、学問の自由等）が羅列的に主張されている答案が見られたが、権利をただ羅列することに意味はなく、それぞれの権利相互の関係をしっかりと理解して、複数の権利を主張する必要があるのかよく検討して論じてほしい。

第3 決定②について

1 X大学の立場

- (1) 決定①に比べれば、大学の自治を踏まえて論述している答案が多かった。このうち、大学の自治を抽象的に論じるだけでなく、成績の評価が一定の範囲で大学の権限と責任に属することを具体的に論じた答案は、高く評価できた。
- (2) 当該科目が学部の必修科目であることに着目し、教員と学生との力関係から、事実上団体への加入やブックレットへの賛同を強制することになってしまっている旨や、大学の自治の観点から、必修科目には大学（学部）のカリキュラムにおける理念が強く反映されるべきであり、その授業内容などについても教授に対する大学（学部）による規律が強く及ぶ旨を論じたものは、事案に即した主張を行っているものとして高く評価できた。
- (3) 必修科目において不当な成績評価が学生の教育を受ける権利の侵害となり得ることを論じている答案が一定数あった。とりわけ富山大学事件判決（最判昭和52年3月15日民集31巻2号234頁）を参照しながら論じた答案は、高く評価できた。高等専門学校に関するエホバの証人剣道実技拒否事件判決（最判平成8年3月8日民集50巻3号469頁）を参照しつつ、その趣旨は大学にも及ぶと論じている答案も見られた。

2 Y教授の立場

- (1) 多くの答案が、旭川学テ事件判決（最判昭和51年5月21日刑集30巻5号615頁）を参照ないし意識しつつ、大学における教授の自由は初等中等教育機関における教師の教育の自由よりも広く保障されることを論じていた。
他方、伝習館事件判決（最判平成2年1月18日民集44巻1号1頁）の趣旨を正確に理解しないまま援用するものもあった。
- (2) 教授の自由が成績評価にまで及ぶかという点について意識できている答案が多かった。その中には、学問研究、学問研究成果の教授と成績評価の関係について説明できている優れたものもあった。
- (3) 決定①が見解規制に当たることを踏まえ、決定②も見解規制に当たる可能性を指摘できていた答案は、少なかった。
- (4) Y教授の反論として、教授の自由に触れることなく「学問の自由の侵害がある」という主張に終始している答案や、教授の自由を研究発表の自由と混同している答案が見られた。

3 あなたの立場

- (1) 決定②は成績評価のやり直しを内容とするものであり、直接的には、成績評価が著しく妥当性を欠くことを理由とするものであるにもかかわらず、ブックレットを用いて授業をし、また、授業中に団体Cの勧誘を行ったという授業の問題点を挙げて成績評価のやり直しを正当であるとする答案がかなりあった。しかし、授業に問題があるということは、成績評価が不当であることと同じではない。

他方、Y教授の授業内容の問題と、成績評価の問題とを分けて、それぞれを大学の自治と教授の自由の関係から分析して論じている答案は、高く評価できた。さらに、授業の内容・方法の問題性と成績評価の不当性との関係が説明できている答案も、少数ながらあった。

- (2) 決定②を、Y教授の教授の自由に対する制限の問題として構成しつつ、判断枠組みとして「手段が効果的で過度でない」なる表現を採用する答案が一定数見られたが、その多くはいわゆる論証パターンにのっとり、事案の一面を切り取って決定②が過度である・ないと機械的に論じるだけで、本問における大学の自治と学問の自由の対立の状況において決定②がいかなる意味で「過度か」という視点が欠落していた。
 - (3) 大学では、教育内容・成績評価の自由が広く認められるというY教授の論拠が本問でも妥当するか否かについて、必修科目という特性や、団体Cの構成員を含むブックレットの共著者をゲストとして講義に招き、講義中に団体Cへの勧誘も行われた事情などに照らして検討し、事案に即した具体的な考察を示した答案は、高く評価できた。
 - (4) 決定②を違憲とした答案の中には、学生が被る不利益への配慮が欠けているもの、Y教授の成績評価が裁量を逸脱していることを推認させる間接事実や、教授と学生との関係の特殊性についての検討が不足しているもの、Y教授の主張を表面的に評価するにとどまるものがあった。
 - (5) 議論を進めていくうちに、いつの間にか、成績評価についてY教授が裁量を有しており、その裁量権の行使が適法かという問題となっている答案が一定数あった。
 - (6) 成績評価がY教授の自由に含まれると考えるにもかかわらず、決定②は事後的な試験のやり直しにすぎないから、Y教授の自由は何ら規制されていないとする答案があった。
 - (7) X大学、Y教授、それぞれに言い分があり、難しい判断を迫られるところが「あなたの立場」であるはずだが、この点の悩みが見えている答案は少なく、淡々と結論を導いている答案が多かった。また、決定①に関する論述以上に極めて薄い内容にとどまっている答案が多かった。
- 4 その他

X大学とY教授の主張を対比するのではなく、Y教授による成績評価が学生の思想良心の自由の侵害や信条による差別の問題となり得ると構成した答案も見られた。そのような答案の多くは、大学の自治と教授の自由との関係にどのように関わるのかを適切に論じておらず、単に公権力による思想良心の自由や信条による差別の合憲性の判断枠組みと当てはめを論じることとどまり、問題の構図を適切に捉えていなかった。

第4 形式面での注意点

- 1 判読が困難な筆跡の答案が依然として一定数あった。判読できない部分は、記述がないものとして取り扱わざるを得ず、結果として、採点上極めて不利な事態を招くことになることをしっかりと認識すべきである。
- 2 例年指摘しているとおり、「成績」「一還」「間接的」「実行的な保障」「不可決」等、誤字には十分注意すべきである。
- 3 条文は間違えないように引用すべきである。
- 4 途中答案が多かった。時間配分を誤り、終着点を見定めぬままに答案を書き始めてしまったせいか、結論が不明瞭なまま終了してしまう答案も見られた。

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点は、例年と同じく、①分析力（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）、②基本的な理解及び応用力（基本的な判例や概念等の正確な理解に基づいて、相応の言及をすることができる応用力を有しているか）、③論理的な思考・表現力（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）である。知識量には重点を置いていない。

3 答案に求められる水準

(1) 設問1(1)

- ・ 行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）第9条第1項及び第2項を踏まえ、第三者の原告適格に係る判例の一般的な判断基準の要点を指摘した上で、林地の開発許可に関する最判平成13年3月13日民集55巻2号283頁（以下「最高裁平成13年判決」という。）に触れながら、開発許可の根拠法規である森林法第10条の2等が周辺住民等の個々人の個別的利益を保護する趣旨を含むか否かを検討し、E及びFに原告適格が認められる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、最高裁平成13年判決の内容を具体的に指摘し、E及びFについて、本件開発区域から居住地までの距離、本件沢の水の使用、D山を水源とする水道水の不使用等の事実に触れながら、それぞれ個別的利益を保護されている者に当たるかを検討しているものは、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、森林法第10条の2第2項第1号所定の「周辺の地域」と同項第1号の2及び第2号所定の「依存する地域」の相違に着目して、保護の地域的範囲に言及するもののほか、最高裁平成13年判決の内容を正確に指摘し、設問1(1)の全体について多角的かつ詳細に検討しているものは、優秀な答案と判断した。

(2) 設問1(2)

- ・ 取消訴訟の目的、訴えの利益の意義を指摘した上で、建築確認に関する最判昭和59年10月26日民集38巻10号1169頁（以下「最高裁昭和59年判決」という。）の判示内容に触れ、森林法の仕組みに言及してFに訴えの利益が認められるか否かを検討しているものは、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、最高裁昭和59年判決の判示内容の要点を指摘した上で、森林法の仕組みを前提に、開発許可の法的効果と、これが取り消された場合の効果及び監督処分可否との関連を検討するものは、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、森林法第10条の3の「前条第1項の規定に違反した者」について、①無許可の開発行為者と限定的に理解し、後に開発許可が取り消されたとしても、同許可が有効であることを前提としてされた開発行為が無許可の開発となるものではないため、監督処分を行うことができないと指摘し、あるいは、②同法第10条の2第1項と第2項を一体的に捉え、開発行為に関する工事が完了した後も、許可基準に適合しないものに対しては、開発許可が取り消されなくとも監督処分を行うことができると指摘するものなど、工事の完了により訴えの利益が失われること等を説得的に論ずるものについては、優秀な答案と判断した。

(3) 設問 2

- ・ 開発許可が裁量処分に当たるか及びその場合の違法判断基準を検討した上で、㉞Eの同意書が添付されていない点について、森林法施行規則第4条第2号所定の「相当数の同意を得ている」との要件を充足するか、㉞C市長が本件認定をした点について、本件許可基準第1-1-②を充足するか、㉞法第10条の2第2項第2号及び本件許可基準第4-1の要件を充足するかの全てについて相応の検討をし、又は、上記㉞ないし㉞のうち二つの点について複数の事情を挙げるなどして多角的に検討しているものなどは、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、本件開発許可が裁量処分に当たるかについて十分な論拠を示して検討し、上記㉞につき、本件許可基準が審査基準（行政手続法第5条）として公表されたものであり、B県知事が自己拘束される点を指摘するもの、上記㉞につき、本件条例の制定経緯等を指摘して、紀伊長島町水道水源保護条例事件の最判平成16年12月24日民集58巻9号2536頁（以下「最高裁平成16年判決」という。）を参考に、Aの地位を不当に害することのないよう配慮すべき義務を尽くしていない点を指摘するものなどは、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、上記㉞ないし㉞の全てについて、複数の事情を挙げて詳細かつ多角的に検討した上で、説得的な理由を示しているものなどは、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・誤字等)

- 本年も、書き殴った文字、小さすぎる文字、極めて癖の強い文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、採点者が努力しても判読することができなければ、当該記載部分を評価することができない。法曹には、依頼人や自分の考えを相手方に正しく伝える資質が求められるのであり、読み手を意識して記述することを心掛けてほしい。
- 「訴訟継続中」とするもの、「第〇号」を「第〇項」とするものなど、基本的な理解・知識に疑義を生じさせかねない誤記が見受けられた。また、森林法第10条の2第2項第1号の2を「第2号」とし、同項第2号を「第3号」と記載するものも多かった。

(法解釈・基礎的知識等)

- ポイントとなる法令の文言を指摘し、適切に解釈（規範を定立）した上で、具体的な事実を当該規範に当てはめて評価し、結論を導く法的三段論法が基本となるが、そのような論証方法を採らず、事実を書き写すだけの答案、規範（又は一般論）と当てはめを区別していない答案が見受けられた。また、問題文中の事実を丁寧に拾わず、あるいは、事実を拾ったとしてもそれに対する評価をしておらず、不十分な事実摘示あるいは評価の下で結論を導いている答案も多かった。
- 判例百選等に掲載され、重要と考えられる裁判例に関する事実関係、関係法令、最高裁判決などを全く知らない、あるいは、不十分にしか理解していないと思われる答案が少なくなかった。

(途中答案・時間配分)

- 設問1(1)に多くの時間をかけてしまい、論じるべき点の多い設問2について十分に検討することができていない答案が散見された。法令等をそのまま書き写したり、制度の仕組みを長々と紹介したりする答案も見られたが、筆記に多くの時間を要するのみならず、それだけでは高い評価を得ることもできない。

(2) 設問1(1)

(全体について)

- 行訴法第9条第1項の「法律上の利益を有する者」の判断基準については、おおむね判例の一般的な判断基準を示すことができていた。ただし、次のように、正確性を欠くものも少なくなかった。
 - ・ 「当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者」とされる点について、「法律上保護された権利」と記載し、あるいは、「必然的に」との記載を欠くもの（後者については、「侵害されるおそれ」があれば足りるかのような印象を与える。）
 - ・ 「当該処分を定めた行政法規が、個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含む」などと記載し、「個々人の個別的利益」として何を保護するのか、明示しないもの（「不特定多数者の具体的利益を」との記載が欠けている。）

（原告適格の判断枠組み）

- 原告適格の判断枠組みからすると、法律上保護された利益の有無を検討するに当たっては、まず、当該処分の根拠法令（「当該処分の根拠となる法令」）の内容を十分に検討すべきである。EとFの利益が個別的利益としても保護されるかの検討に際して、まずは、根拠法令に当たる森林法第10条の2第2項各号の文理等に注目すべきであるにもかかわらず、必要な検討をせずに安易に森林法の「関係法令」（行訴法第9条第2項）を指定して根拠法令以外のものの分析に時間を割き、結果、具体的被害利益がどの号について問題となるのか、きめ細かい解釈の思考過程を示すことのできない答案が多く見られた。

（最高裁平成13年判決）

- 最高裁平成13年判決の内容を正確に理解していると思われる答案は多くなく、森林法第10条の2第2項につき、同項第1号、第1号の2、第2号に分けて保護法益を検討し、生命身体安全と財産権という保護法益を導き、それらを個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むか否かを検討することができている答案は、極めて少数であった。むしろ、同項第1号及び第1号の2の保護法益について、「水害による被害を受けない利益」などとして、生命身体安全と財産権を区別せずに記載する答案が相当数あった。

（法律上の利益の捉え方等）

- 「生命、身体安全」、「財産」といった個別・具体的な権利・利益の保護に言及することなく、抽象的に「土砂災害や水害による被害を受けない利益」や「立木の生育に係る利益」などと記載し、利益を漠然と捉えてどのような種類・性質の利益が問題になるかを指摘しない答案が散見された。

原告適格を分析する際には、EとFが具体的にどのような利益侵害を被るのかを見据えた上で、森林法第10条の2第2項各号がそれら利益を保護する趣旨か否かを分析する必要があるが、両者の被害利益の分析を行うこともなく闇雲に検討を始めたり、あるいは両者が説明会で述べた反対意見をE又はFの個別の主張に分解して議論するといった記述をする答案があった。

- 次のような答案が多くあり、原告適格の判断枠組みとして行訴法第9条第2項を掲げつつも、生命身体安全と財産権の利益の性質の違いなど、同項に規定されている利益の内容や性質の検討を疎かにしているのではないかと感じた。
 - ・ 森林法第10条の2第2項第1号及び同項第1号の2から土地の所有者の財産権を個別的利益として保護することを肯定し、生命・身体安全と財産を同列に扱って結論を導くもの。
 - ・ Fの原告適格につき、土砂災害や水害による被害を受けるおそれについて全く検討せず、本件沢の水を飲料水や生活用水として使用する利益（水利用の阻害による生活環境への被害）のみを検討するもの、生活用水として本件沢の水を利用する利益が何の利益に当たるかを指摘せず、個別的利益として保護する趣旨に含まれるとしたり、本件沢の流水を用いることと水道水を使用することを、完全に同じ利益として評価するもの。

(論述の内容等)

- Eが本件開発区域内に土地を所有していること及び森林法施行規則第4条第2号の「開発行為の施行の妨げとなる権利を有する者」であることを理由に、本件開発行為により所有権を侵害されるとして原告適格を肯定する答案や「相当数の同意」を得ていることを証する書類の提出が求められていることを手掛かりにする答案が多く見られた。しかし、会議録における担当課長の発言からうかがわれるように、同号は、開発行為の施行につき相当程度の見込みがあることを要件にすることにより、事業の実現可能性を確認し、無意味な結果となる開発許可の申請をあらかじめ制限するために設けられているものと解され、開発許可をすることは開発区域内の私法上の権原に何ら影響を及ぼすものではない(最判平成9年1月28日民集51巻1号250頁も参照されたい)。開発許可がされたとしても、事業地内の地権者の土地所有権等がそれにより剥奪又は制限されるわけではなく(開発許可は、都市計画事業認可や事業認定ではない)、Eが同意しない限りE所有地内で開発行為がされることはないことに、留意してほしい。

(規範と当てはめの区別等)

- 当てはめにおいて、「Fは、200m下流の本件沢沿いに居住し、本件沢の水を飲料水や生活用水として使用していることから、被害を受けることになる」などとするものが相当数存在した。どこに向かって当該事実を掲げているのかを意識し、それに対してどのように評価できるのかを明確に記載すべきである。

(3) 設問1(2)

(全体について)

- 会議録において法務室長が「法の仕組みに即して検討する」と発言しているにもかかわらず、森林法の仕組みに全く触れることなく、工事が完了すれば事実上元に戻すことができないという理由で、訴えの利益を否定する答案(事情判決と訴えの利益を混同している)、本件開発許可は違法であり取消しを求める必要があるから、訴えの利益が認められるとする答案(本案の問題と訴えの利益を混同している)など、そもそも訴えの利益が何であるかを全く理解していないと考えざるを得ない答案が見受けられた。

また、訴えの客観的利益を否定する文脈の中で、事情判決の可能性があるので工事完了後には訴えの利益が失われるとする答案が散見された。しかし、事情判決は本案判決であり、訴えの客観的利益が存在することを前提とするものである。

- 行訴法第9条第1項の「法律上の利益」は、原告適格のみならず訴えの利益も意味するが、同項括弧書だけが訴えの利益を指すと誤解している答案がしばしば見られた。

(最高裁昭和59年判決)

- 建築確認に関する最高裁昭和59年判決について、これに言及していないか、言及したとしても、内容が不正確なものが多かった。また、工事完了により訴えの利益が消滅とする最高裁昭和59年判決の結論をそのまま記載し、本件も同様であるから取消しを求める利益が失われるとのみ書いた答案が非常に多かった。森林法の仕組みを基に、なぜ本件も最高裁昭和59年判決と同様の帰結となるのかを論じてほしい。

(監督処分との論理関係)

- 森林法第10条の3の監督処分の発動可能性が開発許可を取り消す訴えの利益の肯定又は否定に論理的にどのように関係するのかについて、理解できていないと思われる答案が相当数あった。単に監督処分の規定を引用しただけで、直ちに訴えの利益を肯定する答案も多かった。開発許可を取り消さないで監督処分をすることができないのか、それとも開発許可を取り消さなくても監督処分をすることができるのか、あるいは開発許可を取り消したとしても監督処分はできないのかによって、結論が変わってくることに留意してほしい。

(4) 設問2

(全体について)

- B県の法務室長の立場から検討することが求められているにもかかわらず、その指示に従わず、専らFの立場からの検討のみに終始するなど、設問の指示に従ったとはいえない答案が散見された。
- C市長による本件認定につき、Fの主張として、これが違法であるとするなど、登場人物の利益状況や相関を明確に把握することができず、Fの主張とB県の反論の内容を取り違えている（逆の内容を記載している）答案が散見された。

(裁量権の逸脱・濫用)

- 開発許可が裁量処分に当たることについては、多くの答案がその根拠も含めて適切に論ずることができていた。開発許可についてB県知事に裁量が認められる理由は、会議録を参照した上で、ほとんどの答案が指摘できていた。しかし、会議録において、本件許可基準が適法であることを前提とすると記載されているにもかかわらず、本件許可基準が合理的か否かを検討する答案が散見された。
- 本件許可基準の裁量性を論ずる場面において、森林法及び森林法施行規則の条文の文言を検討するのではなく、本件許可基準の文言を指摘してその裁量性を検討している答案が一定数あった。このような答案については、法令と行政規則との関係を十分理解しているのかという疑問が生ずる。

(相当数の同意)

- 本問では、全体を通じて、裁量基準である審査基準はこれを適用しない合理的理由がない限り行政機関を拘束する効力があること（つまり、本件許可基準が行政手続法第5条の審査基準に当たり、これを設定し公表したB県知事は、これに自己拘束されること）を前提に、F及びBの主張を構成することが求められるところ、そのような観点から検討された答案は少数であった。
- Aが98パーセントの面積を有していることを考慮することができるか否かに関し、これが森林法施行規則第4条第2号の「相当数の同意」の文言解釈の問題であることを、指摘できている答案が少なかった。多くの答案が、単に価値判断に基づく実質論を展開して結論を導いていたが、司法試験である以上、議論の出発点は、条文の解釈となることを肝に銘じてもらいたい。

(本件認定)

- 本件許可基準第1-1-②の関係では、本件認定の違法性についてのB県による反論として、紀伊長島町水道水源保護条例事件の最高裁平成16年判決を参考に、協議等の手続の重要性や配慮義務について論じることが求められているが、そのような答案はほとんどなく、狙い撃ち条例である旨の指摘にとどまっている答案があった。また、余目町個室付浴場業事件に関する最判昭和53年5月26日民集32巻3号689頁との違いを理解せず、本件認定が行政権の濫用である旨を論じる答案も多数あった。
- 本件認定の違法性については、配慮義務違反の点から論じることができている答案が非常に少なかった。判例百選掲載レベルの判例については、結論のみならず、その論理展開や事例への当てはめを意識して学習することが望まれる。
なお、B県知事が本件認定を行ったと事実関係を誤認している答案も、一定数あった。

(飲料水と生活水の確保)

- 本件許可基準第4-1に関する記載は、総じて不十分なものが目立った。時間が不足したことによるものと思われるが、時間配分に留意して検討することが求められる。
- 会議録では「法第10条の2第2項第2号及び本件許可基準第4-1に適合しているかが問題となる」と指摘されているにもかかわらず、単に裁量を逸脱し違法とする答案が多かった。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

- これまでも繰り返し指摘されていることであるが、行政法の基本的な概念・仕組みと重要な最高裁判例の内容・射程を確実に理解した上で、それらの知識を前提にして、事例問題の演習を行うことが求められるように思われる。これを通じて、単に判例の知識を得るにとどまらず、重要な判例が示した法理や規範を具体的な事例の中で使いこなせるようにすることが肝要である。

令和4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4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、その応用を的確に行うことができるかどうかを問うこととし、当事者間の利害関係を法的な観点から分析し構成する能力、様々な法的主張の意義及び法律問題相互の関係を正確に理解し、それに即して論旨を展開する能力などを試そうとするものである。

その際、単に知識を確認するにとどまらず、掘り下げた考察をしてそれを明確に表現する能力、論理的に一貫した考察を行う能力、及び具体的事実を注意深く分析し、法的な観点から適切に評価する能力を確かめることとした。これらを実現するために、一つの設問に複数の採点項目を設け、採点項目ごとに、必要な考察が行われているかどうか、その考察がどの程度適切なものかに応じて点を与えることとしたことも、従来と異なる。

さらに、複数の論点に表面的に言及する答案よりも、特に深い考察が求められている問題点について緻密な検討をし、それらの問題点の相互関係に意を払う答案が、優れた法的思考能力を示していると考えられることが多い。そのため、採点項目ごとの評価に加えて、答案を全体として評価し、論述の緻密さの程度や構成の適切さの程度に応じて点を与えることとした。これらにより、ある設問について法的思考能力の高さが示されている答案には、別の設問について必要な検討の一部がなく、そのことにより知識や理解が一部不足することがうかがわれるときでも、そのことから直ちに答案の全体が低い評価を受けることにならないようにした。また、反対に、論理的に矛盾する論述や構成をするなど、法的思考能力に問題があることがうかがわれる答案は、低く評価することとした。また、全体として適切な得点分布が実現されるよう努めた。以上の点も、従来と同様である。

3 採点実感

各設問について、この後の(1)から(3)までにおいて、それぞれ全般的な採点実感を紹介し、また、それを踏まえ、司法試験考査委員会議申合せ事項にいう「優秀」、「良好」、「一応の水準」及び「不良」の四つの区分に照らし、例えばどのような答案がそれぞれの区分に該当するかを示すこととする。ただし、ここで示された答案は上記の各区分に該当する答案の例であって、これらのほかに各区分に該当する答案はあり、それらは多様である。

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(1)について

(ア) 全体的な採点実感

設問1(1)において論ずべき事項は、大別して、①問題の基本構造の把握、②権利外観法理の拡張と要件、③本問への当てはめと結論の提示である。①においては、無権利者からの譲受人は権利を取得することができないのが原則であること、その例外として、民法第94条第2項の類推適用の可否が問題になること、②については、本問のように本人が虚偽の外観作出に直接関与していないが、その原因を与えていた類型（外形与因型）における保護の要件、③については、②で定立した規範を踏まえてAの帰責性の有無、Cの過失の有無などについて論ずる必要がある。

①については、多くの答案が、AからBに対する権利移転がないこと、したがってBからの譲受人であるCは原則として所有権を取得することができないことを指摘していた。もっとも、本問においてはそもそもAのBに対する権利移転行為が存在しないため、AのBに対する譲渡が無効であるという表現は誤りであるが、このような答案が散見された。少数ではあるが、単に無効であるとするだけでなく、AのBに対する譲渡が民法第94条第1項に基づいて無効であると記載するものや、AのBに対する譲渡は無権代理であると記載するものも見られた。民法第94条第1項に基づいて無効であるとする答案の中には、これに続く記載の中で、通謀がないから同条第2項は直接適用されないとしてその類推適用を問題とするなど、答案の中で矛盾した記載となっているものもあった。

また、AのBに対する譲渡が詐欺によるものであるとしたものがあった。しかし、AはBに対する譲渡の意思表示をしていないのであり、詐欺を問題にする余地はない。

Cが権利を取得することができないのが原則であるとした上で、多くの答案が民法第94条第2項の類推適用の可否を問題としていたが、BをAの代理人と捉えた上で、BのCに対する譲渡は無権代理行為であり、表見代理の成否が問題になるとした答案も散見された。BはCに対してBの所有するものとして土地を譲渡しているのであり、Aの代理人としてAの土地を譲渡したわけではないから、これを無権代理行為とするのは誤りである。

②については、多くの答案が、外観を信頼した者を保護するという民法第94条第2項の趣旨について述べた上で、①虚偽の外観の存在、②虚偽の外観の作出についての権利者の帰責性、③虚偽の外観に対する第三者の信頼という要件があれば同項を類推適用すべきであることを記載していた。

判例は、虚偽の外形の作出に関与した権利者の帰責性の程度に応じて、いわゆる外形意思非対応型、外形与因型については民法第110条の法意又は趣旨の類推適用による保護を図っている。しかし、いわゆる外形意思対応型と本問のような外形与因型との区別に言及した上で、真の権利者の意思的関与なしに作出されていることが本問でのポイントとなることを指摘できていない答案が多く、判例法理について触れる答案もごく少数であった。また、同条の法意又は趣旨の類推適用をする根拠について、本問においてはAの帰責性が小さいことから、AとCの利益の調整を図る観点から、Cが保護されるための要件として無過失が必要であるという点を挙げるにとどまるものがほとんどであり、それ以上に詳細な理由を挙げるものはほとんどなかった。

民法第110条に言及せず、民法第94条第2項を挙げたにすぎないものも多かったが、そのほとんどは、判例の立場に言及した上で根拠を示して同項のみを類推適用する立場を採るのではなく、単に、権利者の関与の程度によって第三者の保護の要件を変えることを考慮していないものであった。

③については、所有権移転登記それ自体にAが意思に基づく関与をしたわけではないこと、売買契約書はBによって偽造されていること、Bによって作出された虚偽の外観をAが是正する契機も見いだせないことなどの事情を踏まえて判断する必要があるが、事案について詳細に検討した答案は少数であった。最判平成15年6月13日判時1831号99頁、最判平成18年2月23日民集60巻2号546頁などの事案と比較しても、Aに帰責性があったと容易には認められない事案であると考えられるが、Bに求められるままに登記に必要な書類を交付したことをもって簡単に帰責性を認めている事案が非常に多かった。

(イ) 答案の例

優秀に属する答案の例は、Cは無権利者からの譲受人として権利を取得することができないのが原則であること、民法第94条第2項の類推適用が問題になることという問題の基本構造を的確に把握した上で、本来の権利者が虚偽の外観の作出の原因を与えているが意思に基づく関与はしていないケースにおいてどのような要件の下で第三者の信頼が保護されるか

を検討し、民法第110条の法意や趣旨の類推適用がされ得ること、第三者の無過失が必要であることなどを論じて、定立した規範に詳細に事案を当てはめたものなどである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案と比べ、外形与因型という本問の特徴を明確に指摘していなかったり、民法第110条の趣旨の類推適用の意味などの論述が粗雑であったりするものの、必要な事項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、問題の基本構造を把握して、外形の存在、権利者の帰責性、第三者の保護という要件の下で民法第94条第2項が類推適用されるとし、第三者が保護されるためには無過失が必要であるとして民法第110条にも一応言及しているものなどである。

不良に属する答案の例は、表見代理の成否を論じたり、AのBに対する譲渡が詐欺に当たるとした上で民法第96条第3項の第三者としてCが保護されるかを論じたりするものなどである。

イ 設問1(2)について

(ア) 全体的な採点実感

設問1(2)において論ずべき事項は、大別して、①第二譲受人の主観的態様に起因する対抗可能性、②転得者に対する権利主張の可否、③二重譲渡事例における詐害行為取消権行使の可否、④詐害行為取消しの要件と本問への当てはめ、⑤詐害行為取消権の効果である。

①については、本問が二重譲渡の事案であり、登記を備えていないDがCに対して所有権の取得を対抗することができるかを検討するに当たって民法第177条の適用が問題になることについては、多くの答案が指摘していた。また、判例によれば、単純な悪意者は同条の第三者に該当するが背信的悪意者はこれに該当せず、登記なくして物権変動を対抗することができることについても、多くの答案が指摘しており、多くの答案が背信的悪意者は自由競争を逸脱するものであるという根拠を示していた。背信的悪意者の定義やどのような者が背信的悪意者に該当するかに言及したものは少数であった。

②については、甲土地は背信的悪意者であるBからCに既に譲渡されており、Cに対する対抗の可否が問題となっているため、背信的悪意者から譲り受けた者の地位が問題になる。この点については、背信的悪意者からの譲受けという問題をあまり意識せず、単純にCが背信的悪意者であるかどうかを問題とし、これを否定する答案が散見されたが、判例によれば背信的悪意者に対しても権利は一応承継されることなどを指摘する必要がある。

なお、①②を論ずるのは、Dが登記なくしてCに対して甲土地の所有権取得を対抗することができる場合、DはCに対し、真正な登記名義の回復を原因として直接Dに所有権移転登記をするように請求することができる、すなわち請求1が認められるからである。しかし、この点を明確に指摘している答案は極めて少数であった。

③については、多くの答案が詐害行為取消しの可否が問題となることを指摘していた。ここでは、さらに、Dの被保全債権が甲土地という特定物の引渡請求権又は移転登記請求権であることから、共同担保を保全するという詐害行為取消権の趣旨に反するのではないかが問題になる。この点について論ずる答案も相当数あったが、この点を看過する答案も多かった。この点について論じている答案の中にも、Bへの譲渡時に既に損害賠償請求権に転化しているから詐害行為取消権を行使することができるとしたものが散見された。しかし、甲土地がBに譲渡され、Bが登記を具備することによってDの債権が社会通念上履行不能になるのであり、Bへの譲渡時に既に履行不能になっていたという理解は誤りである。

また、対抗要件を具備していない第一譲受人が第二の売買を取り消すことは民法第177条の趣旨に反するのではないかなどが問題となる。しかし、この点について論じた答案はごく少数にとどまっていた。

④については、民法第424条、第424条の5の要件を一つ一つ丁寧に検討している答

案が多く、条文への当てはめを丁寧に行う受験生が多かったことは好印象であった。もっとも、債務者（本問におけるA）の無資力について、甲土地が唯一のめぼしい財産であるということを挙げて直ちに無資力要件を満たすとした答案が多かった。甲土地はAの唯一のめぼしい財産であることはそのとおりであるが、Dから4000万円を受け取っており、これが費消されたなどの事実も問題文にはないため、これをそのまま支払うことによってDの損害が回復されるのであれば、Bへの譲渡はDの債権を害することにはならない。したがって、詐害行為に当たるといえるためにはAが既に債務超過に陥っていることを指摘する必要があるが、この点を意識した答案はほぼなかった。

少数ではあるが、BにはDに損害を与えようとする意図があったため詐害性について悪意があるが、CはDに損害を与えようとするBの意図を知らなかったため悪意ではないと記載した答案が見受けられた。しかし、民法第424条第1項ただし書の「債権者を害することを知らなかった」とは、債権者がその債権の履行を受けることができるかどうかに関するものであり、本問のBのような加害意図とは異なるものである。したがって、Bの意図を知らなかったから悪意ではないとの記載は誤っている。

なお、結論的には否定しているものが多かったものの、民法第424条の2の適用を検討している答案が散見された。しかし、本件においてはAはBに対して低い価格で譲渡しているから、同条の適用場面でないことは明らかであり、同条について言及する必要はない。

⑤については、多くの答案が取消しだけでなく転得者が転得した財産の返還を請求することができること、Aに返還するように求めることはできるが（請求2が認められる）、Dに返還するように求めることはできない（請求1は認められない）ことを指摘していた。

(1) 答案の例

優秀に属する答案の例は、背信的悪意者の例を挙げながら根拠を示してこれが民法第177条の第三者に該当しないとし、Bが背信的悪意者に該当することを本問に即して丁寧に論じた上で、Bは信義則上Dの登記の欠缺を主張することができないだけで権利を取得していること、したがってBからの譲受人であるCは自身が背信的悪意者でない限り、同条の第三者に当たるとを論じたものなどである。また、Dの債権が詐害行為取消しの被保全債権となり得るか、民法第177条との矛盾が生じないかなどを論じ、民法第424条や第424条の5の要件を丁寧に当てはめ、結論として請求1は認められず、請求2のみが認められるとしているものなどである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案と比べ、第二譲受人の主観的事情の問題については背信的悪意者が保護されない根拠や背信的悪意者からの譲受人の地位などに関する論述が、詐害行為の可否については、被保全債権の問題や民法第177条との整合性に関する論述が、それぞれ粗雑であったりするものの、必要な事項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、第二譲受人の主観的事情に関する論点については、背信的悪意者が民法第177条の第三者に当たらないこと、Bは背信的悪意者に該当すること、背信的悪意者も完全な無権利者ではないから、背信的悪意者の譲受人は自分が背信的悪意者でない限り同条の第三者に該当することなどが、一応答案に現れているものなどである。また、詐害行為取消権については、詐害行為取消権の行使の可否を問題として取り上げ、民法第424条等の要件に本件の事案を一応当てはめているものなどである。

不良に属する答案の例は、背信的悪意者又は詐害行為取消しのいずれかについて触れられていないものなどである。

(2) 設問2について

ア 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下線部⑦の主張の根拠、②下線部④の主張の

根拠、③下線部㉔の主張の根拠、④民法第605条の2第1項の趣旨、⑤建物の譲渡担保権設定者による賃料請求の可否である。

①については、乙建物が債権担保目的でFからHに譲渡されたことにより、賃貸人としての地位も民法第605条の2第1項に基づいてHに移転したことを指摘する必要がある。多くの答案が、この点を指摘しようとしていることはうかがわれた。もっとも、同項が根拠となることや、同項の要件（特に賃借人が対抗要件を具備していること）を満たしていることの指摘が不十分な答案が散見され、合意による（民法第605条の3）としたり、所有権移転登記（民法第605条の2第3項）を地位移転の要件とする答案も見られた。民法第605条の2第1項の内容を解釈論として示すものもいくつか見られたが、平成29年改正により明文化されているため、条文に規定されているものとしてではなく解釈論として示すのは不適當である。

②については、担保目的での譲渡は民法第605条の2第1項の「譲渡」に当たらないということを指摘する必要がある。この点についても、多くの答案が指摘しようとしていることはうかがわれたが、同条の「譲渡」に当たらないと述べた答案は少数であり、所有権が移転していない（担保権を取得したにすぎない）などと記載する答案が多かった。ここでは同項の適用関係が問題になるから、同項の文言に即して、どの要件が欠けているから「譲渡」に当たらないのかを指摘する必要がある。

また、請求3の時点において債務αの弁済期が経過していること、契約⑦に基づく担保の実行が未了であり、かつHは乙建物を第三者に処分しておらず、Fの受戻権が失われていないことに言及した答案はごく少数であった。

③については、民法第605条の2第2項の類推適用により賃貸人の地位がFに留保されることを根拠とすることを述べる必要がある。多くの答案は同項が根拠であることを述べていた。もっとも、同項は賃貸人たる地位を譲渡人に留保する旨を合意するとともに、その不動産を譲受人（本問におけるH）が譲渡人（本問におけるF）に賃貸する旨の合意をした場合を適用対象とするのに対し、本問ではF H間に賃貸する旨の合意はない。そこで、同項の適用ではなく、譲渡担保権設定契約における使用収益権限の付与を賃貸借と類似の法律関係と見て同項を類推適用することが下線部㉔の根拠となる。この点について言及した答案はごく少数であった。

また、少数ではあるが、下線部㉔と下線部㉕の主張の相違点が理解されていない答案も見られた。下線部㉔は本問において民法第605条の2第1項の適用場面ではないという主張であるのに対し、下線部㉕は同項の適用場面であることを前提とする主張であるため、下線部㉔とは前提を異にしていることに留意する必要がある。

本問においては、以上のようなF及びHのそれぞれの主張を正確に理解した上で、その当否について検討する必要がある。まず下線部㉔の当否については、譲渡担保の所有権的構成と担保権的構成の対立に対応しているとして、所有権的構成を採るべきであるから不当である（逆に、担保権的構成を採るべきであるから正当である）という答案が多く見られた。また、担保目的での譲渡も譲渡という形式が取られており、その形式を重視すべきであるから下線部㉔の主張は不当であるとするものも見られた。しかし、上記のとおり、問題は民法第605条の2第1項の「譲渡」に該当するかどうかであり、担保目的での譲渡がこれに該当することが自明であるとはいえないし、譲渡担保の法的構成について担保権的構成を採るか所有権的構成を採るかによって、同項の「譲渡」該当性の結論が（無関係とはいえないとしても）直ちに出るわけではない。担保目的の譲渡が同項の「譲渡」に該当するかどうかは、同項の趣旨（④）に遡って検討する必要があるが、この点から説き起こした答案はごく少数であった。

⑤の結論については様々な考え方があり得るところであり、いずれの結論であっても一貫した論述がされていれば相応の得点が与えられる。相対的には、民法第605条の2第2項の（類推）適用を認め、譲渡担保権設定契約において使用収益権限が与えられた5月分まではFの請求が認められるが、6月分については請求が認められないという結論を採った答案が多かった

ように思われる。しかし、この立場は、同条第1項により本来は貸貸人たる地位が譲渡担保権者に帰属してしかるべきであるということを前提にするから、譲渡担保権者は借借人に目的物を使用収益させる義務を履行することが可能であることが指摘する必要がある。そこで、譲渡担保権者は、観念的には使用収益権限も取得して間接占有しているなどの説明が必要になるが、この点について言及した答えはほぼなかった。また、5月分と6月分とで結論を異にする理由についても、6月分の請求時点でも譲渡担保権の実行がされていないこととの関係をどのように説明するかが問題になると思われるが、この点についても説得的な論述がされていた答えはほぼなかった。

イ 答案の例

優秀に属する答案として、下線部㉗から㉙までの各主張の根拠について正確に理解されており、民法第605条の2第1項の「譲渡」に譲渡担保権の設定が含まれるかどうかを論じた上で、それぞれの立場から、含まないと考える場合には、被担保債権の債務不履行後、帰属清算や処分清算がされる前の段階でも貸貸人たる地位が移転しないままなのかどうかなどを、含むと考える場合には、同条第2項が類推適用されることや本問における譲渡担保契約の内容に即した当てはめなどを、それぞれ適切に論じたものが挙げられる。

良好に属する答案は、優秀に属する答案に比べて、F及びGの主張の理解に不正確なところがあったり、論述に粗雑なところがあったりするものの、論ずることが必要な論点全般に言及し、おおむね正確な論述がされているものが挙げられる。

一応の水準に属する答案の例は、双方の主張の理解や当否については、下線部㉗の主張を正確に理解し、Gの対抗要件の具備なども含めて当てはめており、下線部㉘と下線部㉙の主張の違いを理解した上で、その当否について一応の言及をしているものが挙げられる。結論（請求3が認められるか）については、それぞれの立場に応じて、貸貸人たる地位が移転するために実行を要するかどうかや使用収益権がいつまでFに与えられているかなどの契約内容に言及するなどして、一応矛盾なく結論が導かれているものなどが挙げられる。

不良に属する答案の例は、下線部㉘と下線部㉙の主張の違いが理解されておらず、そのため民法第605条の2第1項の適用の可否を論じているのか、同条第2項について論じているのか不明確なまま論述が進められており、結論を導く法律構成が不明確になっているものなどである。

(3) 設問3について

ア 全体的な採点実感

設問3において論ずべき事項は、大別して、①Mの請求の根拠、②Lの主張の根拠、③Lの主張に対して考えられるMの反論、④下線部㉚のLの主張の当否である。

①については、多くの答案が、契約⑧が死因贈与契約であることを指摘していた。厳密にはKが死亡してその効力が発生していること、Mが相続人としてKの死因贈与契約に基づく義務を承継していることも必要であるが、この点について言及した答えは少なかった。

②についても、多くの答案が、死因贈与には遺贈に関する規定が準用されること、本問においてはその後死因贈与契約と抵触する遺言がされたため、民法第1023条第1項による撤回が問題になることを指摘していた。しかし、少数であるが、死因贈与に遺贈に関する規定が準用されることを看過した答案があった。民法第1022条によって撤回されたとする答案もあり、これは誤りとは言い切れないが、民法第1023条第1項のほうがより直接的に適用可能な規定であり、同項を根拠として挙げるべきである。また、同条第2項を問題にする答案もあったが、本問では同項の適用は問題にならない。

③については、Mとしては民法第1023条第1項の適用を否定する旨の反論をすると考えられるところ、その根拠としては、民法第554条の「性質に反」するものであるという主張が考えられる。民法第1023条第1項の準用を否定することが反論として考えられることに

については多くの答案が述べていたものの、民法第554条の「性質に反」するかどうか反論のポイントであることを指摘した答案はそれほど多くはなかった。また、この点について判例の立場に言及した答案はほぼなかった。

贈与は書面によってされた場合には解除することができないとする民法第550条と民法第1023条第1項のいずれが優先して適用されるかという問題であると捉えた答案が散見されたが、贈与一般について拘束力を弱める民法第550条と、死因贈与について拘束力を弱めることとは両立するから、同条と民法第1023条の優劣関係という問題の捉え方は不正確であると思われる。

④の結論については一貫した論述ができていればいずれでも得点が与えられるが、民法第1023条第1項の準用を認めるのであれば、遺言者の最終の意思の尊重がその趣旨であること、その趣旨が死因贈与にも妥当することを丁寧に論じることが考えられる。逆の立場からは、死因贈与が遺言と異なって契約であり、相手方の期待を保護する必要があることを根拠として挙げるのが考えられるが、いずれの立場についても、この点を丁寧に論じたものは少なかった。

なお、答案の内容とは直接関係しないが、「遺言」「遺贈」「死因贈与」「受遺者」「受贈者」などのそれぞれの意味を正確に理解していないのではないかと思われる答案が散見された。

イ 答案の例

優秀に属する答案の例としては、各当事者の主張を正確に理解した上で、民法第1023条第1項が民法第554条の「性質に反」するかどうかという問題を正確に指摘し、この点について、一方では契約としての性質から相手方の期待権の保護が必要であること、他方では贈与した者の最終的な意思の尊重が重要であることを述べていずれの要請を優先するかを丁寧に論じるものが挙げられる。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案に比べるとその精度において劣るが、これに準じて必要な事項全般に言及するものである。

一応の水準に属する答案の例は、本件契約⑧が死因贈与契約に該当すること、その後抵触する遺言がされたことによって撤回されたかどうか問題になることを指摘し、最終意思の尊重という趣旨が死因贈与に該当するとか、相手方の保護が問題になるなどの何らかの根拠を示して、民法第1023条第1項の準用の有無を論じているものなどである。

不良に属する答案の例は、本件契約⑧が死因贈与であることを看過し、何を論ずべきかが理解されていないもの、民法第1023条第2項が問題になると誤解して本件と関連しないことについて論ずるものなどが挙げられる。

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、民法の幅広い分野についての基本的知識・理解を横断的に問うものが出題された。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ものと考えられる。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。本年の問題では、例えば設問1(2)においては、不動産物権変動の第三者対抗と詐害行為取消しが問題となり、このように同一の状況を規律し得る複数の制度の関係をどのように理解するかを論ずることが望ましいが、全体として、このような複数の制度を相互に関連付けて理解することが十分ではないような印象を受けた。これらを含めて法的知識を習得するに当たっては、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ことが必要である。

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そのまま支持しなければならないというものではないが、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が重要である。

令和4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4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、過不足なく論述されている答案や、論述に多少の不足があっても、総じて論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、一定の高い評価が与えられた。これらも、従来と同様である。なお、例年言及しているが、文字としての形態を保っていないものや文字が小さすぎるなど、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、公開会社でない株式会社において、取締役の任期を短縮する定款変更がされるとともに取締役選任議案が否決されたという一連の経緯によって取締役の地位を失った者が会社に対して損害賠償請求をしようとする場合に、考えられる法律構成及び損害に関する主張並びにそれらの可否を検討するというものである。設問1の事案は、会社法第339条第2項が規定する解任そのものがされたわけではないため、会社法の規定を形式的に適用するだけでは解決し難い。このような問題を検討することにより、会社法に関する基本的な理解、法令の解釈及び適用の能力、事案を適切に解析する能力並びに整合的な論理を展開する論理的思考力等を総合的に問うものである。

(ア) 設問1においては、Dが甲社の取締役の地位を失ったことが実質的な解任であると考えていることを踏まえると、Dとしては、まず、甲社に対して会社法第339条第2項に基づいて損害賠償請求をすることが考えられる。もっとも、定時株主総会においてDの解任が決議されたわけではなく、取締役の任期を短縮する定款変更がされるとともにDを取締役に選任する旨の議案が否決されたにすぎないのであるから、まずは、そのことを指摘した上で、同項の規定を直接適用することができないことを前提にその類推適用を検討するか、同項が規定する「解任」を広く解釈して同項の規定の適用を検討することになる。多くの答案が、同項の規定の類推適用を検討するか、前述のように「解任」を広く解釈して同項の規定の適用を検討していたが、Dの解任が決議されたわけではないということを踏まえずに、当然に同項の規定が適用されるとしていたものが少なからず見られた。このような答案は、同項の規定する解任の意味を理解していないか、事案を適切に解析することができていないものと評価せざるを得ない。

次に、同項の規定を直接適用することができないことを前提にその類推適用を検討する場合であっても、あるいは、同項が規定する「解任」を広く解釈して同項の規定の適用を検討する場合であっても、同条第1項及び第2項の趣旨を踏まえつつ、類推適用の基礎は何であるか、何をもって実質的な解任であると評価するかを意識した検討をする必要がある。すなわち、設問1においては、取締役の任期を短縮する定款変更をしたことを問題とする、取締役選任議案を否決したことを問題とする、又はその双方を問題とするといった様々な考え方があり得るが、いずれの考え方によるにせよ、どのような行為についての正当な理由の有無が問題になるのか、損害としてどのような主張をすることができるのかと

いった問題にも関連することから、類推適用又は適用の対象とそれ以外の部分について一貫した論述が求められる。その際、Dの立場において考えられる主張とその当否を論ずることが求められているのであるから、本来は、下記(ウ)のとおり、主張し得る損害との関係を踏まえて、まずはDに有利な立論を検討する必要がある。しかしながら、類推適用又は適用の対象を明確に意識した答案は少なく、Dの立場も踏まえて、正当な理由の有無や損害についても一貫した論述をした答案は極めて少数であった。多くの答案が、類推適用又は適用の対象を明確に意識しておらず、正当な理由の有無や損害についての検討との関連に気が付いていないように思われた。なお、総じて、同項の規定を直接適用することができないことを前提にその類推適用を検討する答案の方が、同項が規定する「解任」を広く解釈して同項の規定の適用を検討する答案よりも、的確な論述がされていたように思われる。

ところで、同項の規定の類推適用又は適用をする前提として、取締役の任期を短縮する定款変更が行われた場合における在任中の取締役の任期についても言及することが望ましい。例えば、取締役の任期を短縮する定款変更が行われた場合には、定款変更の効力が発生した時点において在任している取締役の任期も短縮されるとした上で、Dは、短縮後の任期が既に経過しているので、定款変更がされた時点で取締役の任期が満了したことになるなどと言及することが考えられる。本来であれば、このような理解がなければ、同項の規定の類推適用又は適用を検討することにはならないのであるから、この点についても、丁寧に分析することが望まれるところである。もっとも、この点に言及することができた答案は、極めて少数であり、ほとんどの答案は、上記のような結論を当然の前提としていたように思われる。

- (イ) 正当な理由の有無については、判例（最判昭和57年1月21日集民第135号77頁参照）等を踏まえ、取締役の非行や業務遂行能力の著しい欠如といった客観的な事由の有無によって決せられるなどと論じた上で、取締役でもあり、株主でもあるAらとの間で経営方針をめぐる意見が対立していたなどの本間における事実関係を適切に分析した上で論ずることが求められる。多くの答案が、Aらとの間で意見が対立していたことを指摘した上で、正当な理由がないとしていたが、正当な理由の意義を明確にした上で論じられているものは必ずしも多くはなかった。また、少数ながら、正当な理由があるとしているものもあった。

なお、既に述べたとおり、正当な理由の有無を検討するに当たっては、会社法第339条第2項の規定の類推適用又は適用の対象をどのように考えるのかについても意識して検討することができると望ましい。例えば、取締役の任期を短縮する定款変更をしたことに対して同項の規定を類推適用又は適用すべきであるという考え方による場合には、「信任を得る機会を多くし、取締役の業務に緊張感を持たせたい」という定款変更議案の理由の当否についても検討することになるものと考えられる（これに対して、Dを取締役に選任する旨の議案が否決されたことに対して同項の規定を類推適用又は適用すべきであると考えるのであれば、この点を考慮するのは整合的ではない。）。この点について言及することができている答案自体、多くはなく、さらに、会社法第339条第2項の規定の類推適用又は適用の対象をどのように考えるのかについても意識をした上で言及することができていたものとなると、極めて少数であった。

- (ウ) 損害については、Dの立場において考えられる主張とその当否を検討することが求められているのであるから、Dが変更前の定款に定められた任期を満了するまで取締役を務めたいと考えていたことを踏まえると、まずは変更前の定款に定められた任期が満了するまでの期間の報酬相当額に関する主張とその当否を検討し、それが認められないとする場合には、慣例となっていた4年の任期が満了するまでの期間の報酬相当額が認められるか否かを検討することなどが考えられる。多くの答案が、Dの立場において考えられる主張として、慣例と

なっていた4年の任期が終了するまでの期間の報酬相当額を損害とすることが考えられるものとし、当否の検討において、その主張が認められるものとしていたが、Dが変更前の定款に定められた任期を満了するまで取締役を務めたいと考えていたことを踏まえると、Dの立場において考えられる主張としてそのように考えることが適切なのかについては、検討が必要であろう。また、仮に、取締役の任期を短縮する定款変更ではなく、取締役選任議案を否決したことに対して同項の規定を類推適用又は適用すべきであるという考え方による場合には、理論的には、変更後の任期以上の期間の報酬相当額を損害として主張することは困難となるはずであるから、Dとしては、取締役の任期を短縮する定款変更に対しても同項の規定を類推適用又は適用すべきであると主張したいと考えるはずであり、そのような考え方を前提とするのであれば、定款変更前の任期が終了するまでの期間の報酬相当額を損害とすることが、むしろ理論的には整合するのであって、少なくとも、Dの立場としては、そのような主張をすることが検討されるべきである。多くの答案が、そのような検討をしないで、Dの立場において考えられる主張として、慣例となっていた4年の任期が終了するまでの期間の報酬相当額を損害としたのは、定款変更前の任期が終了するまでの期間の報酬相当額を損害とすることが結論として相当ではないと考えたのであろうが、その点については、Dの主張の当否として検討すれば足りるものである。本問は、Dの立場において考えられる主張とその当否を問うているものであり、前者については、いわばDから委任を受けた弁護士立場から、後者については、いわば裁判官の立場からの検討が求められているものといえてよい。このような観点から論じられている答案は、残念ながら少数であった。

また、既に述べたとおり、損害を検討するに当たっては、会社法第339条第2項の規定の類推適用又は適用の対象をどのように考えるのかについても意識して検討する必要がある。例えば、取締役の任期を短縮する定款変更をしたことではなく、取締役選任議案を否決したことに対して同項の規定を類推適用又は適用すべきであるという考え方による場合には、変更後の任期以上の期間の報酬相当額を損害として主張することは困難となるはずであるが、そのような論理的な関係も踏まえた検討をすることが求められる。もっとも、そのような点を意識して論じられている答案は、残念ながら少数であり、多くの答案が、この点を意識していなかったものと思われる。特に意識はしていないのであろうが、Dを取締役に選任する旨の議案が否決されたことをもって会社法第339条第2項の規定を類推適用することができる旨の論述をし、取締役の任期を短縮する定款変更がされた点については何ら問題としていないにもかかわらず、特段の理由を示すことなく、慣例となっていた4年の任期が満了するまでの期間の報酬相当額が認められるとする答案が相当数見られた。

なお、Aとのやり取りから、そもそもDの任期が4年であることを当然の前提としている答案も散見されたが、定款に定められた任期が10年であり、それを前提に株主総会において選任された取締役の任期が、どうして個別的なやり取りによって定款とは異なる任期となるのかについては、更なる検討が必要であるように思われる。

- (エ) 会社法第350条に基づく損害賠償請求や会社法第831条第1項第3号の規定により株主総会決議を取り消した上での損害賠償請求など、会社法第339条第2項の規定の類推適用又は適用以外の法律構成もあり得るところではあるが、いずれにしても、会社に対する損害賠償請求の可否が問われていることを踏まえた上で、本問の事実関係を適切に分析して検討することが求められる。ほとんどの答案が会社法第339条第2項の規定の類推適用又は適用について検討しており、それ以外の法律構成を採用した答案は少数であった。このような答案も、本問の事実関係を適切に分析した上で検討することができていれば、一定の評価がされたが、総じて、同項の規定の類推適用又は適用を検討した答案よりも相当程度低い評価となった。

また、設問1では、定時株主総会の招集の手續及び議事は適法であったものとされていることから、これに反する法律構成（例えば、株主総会の招集の手續等が法令等に違反することを理由とする株主総会決議の取消しを前提として報酬相当額の損害賠償請求をすることなど）を検討することは求められていないし、甲社に対する会社法上の損害賠償責任が問われているのであるから、会社法第429条第1項に基づく損害賠償責任や民法上の損害賠償責任を検討することは求められていないのであるが、少数ではあるものの、これらを検討している答案が見られた。

さらに、僅かではあるものの、取締役の報酬の減額の問題であるかのように論ずる答案も見られた。

イ 答案の例

(ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

Dの立場において考えられる法律構成として、Dの解任が決議されたわけではなく、取締役の任期を短縮する定款変更がされるとともにDを取締役に選任する旨の議案が否決されたにすぎないことを踏まえた上で、会社法第339条第2項の規定の類推適用を検討し、その当否を検討するに当たり、同条第1項及び第2項の規定の趣旨を踏まえつつ、取締役の任期を短縮する定款変更がされるとともにDを取締役に選任する旨の議案が否決されたことをもって同項の規定を類推適用すべきであるとするもの。

正当な理由の有無を検討するに当たり、取締役の非行や業務遂行能力の著しい欠如といった客観的な事由の有無によって決せられるとした上で、取締役の任期を短縮する定款変更をしたこと及びDを取締役に選任する旨の議案を否決したことに対して会社法第339条第2項の規定を類推適用すべきであることを前提に、Aらとの間で経営方針をめぐる意見が対立していたといった事情だけではなく、定款変更議案の理由の当否についても検討するもの。

損害について、取締役の任期を短縮する定款変更がされるとともにDを取締役に選任する旨の議案が否決されたことをもって会社法第339条第2項の規定を類推適用することができるとの考え方の下、Dの立場においては、定款変更前の任期が終了するまでの期間の報酬相当額を損害として主張することが考えられるとしつつ、その主張の当否を検討するに当たっては、合理的に期待し得るのは慣例となっていた4年の任期が終了するまでの期間の報酬相当額にとどまるなどとするもの。

(イ) 不良に該当する答案の例

Dの解任が決議されたわけではないことを指摘することなく、会社法第339条第2項の規定が適用されるとするもの。

Dの解任が決議されたわけではないことを指摘するものの、会社法第339条第1項及び第2項の規定の趣旨、類推適用の基礎は何であるか、何をもって実質的な解任であると評価するかについて十分な検討をすることができていないもの。

正当な理由の意義を明らかにせず、本問の事実関係を検討することなく、結論のみを示すもの。

損害について、Dの立場において考えられる主張を検討することなく、慣例となっていた4年の任期が満了するまでの期間の報酬相当額が認められるとするもの。

損害について、Dを取締役に選任する旨の議案が否決されたことをもって会社法第339条第2項の規定を類推適用することができるとの考え方を採用し、取締役の任期を短縮する定款変更がされた点については何ら問題としていないにもかかわらず、特段の理由を示すことなく、慣例となっていた4年の任期が満了するまでの期間の報酬相当額が認められるとするもの。

会社法第429条第1項に基づく損害賠償責任や民法第651条第2項に基づく損害賠

償責任を検討するもの。

(2) 設問2について

ア 全体的な採点実感

設問2は、事業譲渡の譲受会社である戊社が、その親会社である甲社の圧力の下でいわゆるデュー・ディリジェンスを行うことなく事業を譲り受けたことについて、戊社の代表取締役であるGの会社法上の損害賠償責任を問うものである。

(ア) 設問2においては、戊社の少数株主であるJがGに対して会社法上の損害賠償責任を追及するというものであるから、会社法第423条第1項が定める要件に沿ってGの任務懈怠責任を検討することが求められる。多くの答案が、同項に基づく損害賠償責任を検討することができていたが、ここでも、少数ながら会社法第429条第1項に基づく損害賠償責任を検討しているものがあった。また、これも少数ではあるが、HやIの損害賠償責任についても言及する答案があったが、当然のことながら、問われていないことに言及する必要はない。なお、設問に「株主代表訴訟は、適法に提起されたものとする」と記載されている以上、会社法第847条の要件を満たすかどうかを検討する必要はないにもかかわらず、この点について無用な論述をしている答案も見られた。

(イ) 事業譲渡の実施及びその条件の決定に係るGの義務違反の有無については、①通常であれば、いわゆる経営判断原則が妥当し得るところ、Gの保身という個別的な利益相反関係のみならず、戊社に圧力をかけた甲社がその親会社である一方で、戊社には甲社以外に少数株主がいることなどに着目し、構造的な利益相反関係が存在することを指摘した上で、Gの善管注意義務又は忠実義務違反の有無を判断する基準を提示し、②本問の事実関係の下でデュー・ディリジェンスを行う必要性がどの程度あったかなどを踏まえて検討することが求められる。

①の検討においては、甲社が戊社の総株主の議決権の60パーセントを有する親会社であり、本件事業譲渡が、親会社である甲社の利益にはなるものの、戊社の利益にはならないおそれがあり、戊社には、親会社である甲社だけではなくJをはじめとする少数株主が存在することから、構造的な利益相反が生じる可能性があることを考慮するとともに、Gは、親会社である甲社の代表取締役Aから取締役として再任されない可能性があることを示され、甲社の利益のために戊社にとって不利な事業譲渡を進めるように圧力をかけられており、具体的な利益相反が生じていたことを考慮した上で、どのように義務違反を判断するのかについて検討することが求められる。もっとも、このような利益相反関係が存在するというに着目し、経営判断原則が妥当するのかという問題意識に触れられていたものは極めて少数であった。多くの答案が、経営判断原則が妥当するものとして、本問の事実関係を前提に当てはめをするにとどまり、当てはめにおいて利益相反関係を意識していたものもあれば、利益相反関係におよそ気が付いていないと思われるものもあった。さらに、経営判断原則にも触れずに、いきなり当てはめをしている答案もあった。

ところで、利益相反関係について触れている答案であっても、その多くが取締役として再任されない可能性があるという個別的な利益相反関係のみを指摘しているにとどまり、親会社である甲社とJをはじめとする少数株主との間の構造的な利益相反関係にも触れている答案は少数であった。前者の方がわかりやすかったのであろうが、設問2においては、戊社の少数株主であるJが株主代表訴訟を提起するという事案を設定し、少数株主であるJの立場において考えられる主張及びその当否を検討することが求められているのであるから、Jの立場に立って考え、後者についても検討してほしかったところではある。

②の検討においては、戊社の取締役であるHが銀行や弁護士に確認して、デュー・ディリジェンスを行う必要性が高いことを認識し、このことをGに指摘していたという経緯等に言及した上で、本件における利益相反関係の存在に照らしてより慎重な手続を進めるこ

とが求められ、本件事業譲渡契約を締結するに当たってはデュー・ディリジェンスを行う必要性が高いことを指摘しつつ、Gとしても、甲社の利益のみを考えていたわけではなく、戊社を含む甲社を中心としたグループ全体の利益を考えていたこと、戊社にとって甲社は重要な取引先であることなども踏まえた上で、それでもデュー・ディリジェンスを行わずに本件事業譲渡契約を締結したことが善管注意義務又は忠実義務に違反すると評価することができるか否かを説得的に論ずることが求められる。この点については、多くの答案が一応の検討をすることができており、どの事実関係を指摘してそれをどのように評価するかで差が出たものの、総じて、よく検討することができていた。なお、既に述べたとおり、ここで利益相反関係について触れた答案が多数あったが、利益相反関係については、経営判断原則との関係を検討していなくても、当てはめにおいて検討することができていれば、相応の評価をすることとしており、そもそも利益相反関係に言及しているか否かで評価に差が出るとともに、利益相反関係を意識しているとしても、取締役として再任されない可能性があるという個別的な利益相反関係のみを指摘しているのか、親会社である甲社とJをはじめとする少数株主との間の構造的な利益相反関係も指摘しているのかなどでも評価に差が出た。

- (ウ) 損害については、そもそも本件事業譲渡契約を締結すべきではなかったのか、それともデュー・ディリジェンスを行った上で公正な対価で本件事業譲渡契約を締結すべきであったのかのいずれの立場を前提とするのかにもよるが、いずれの立場によるにせよ、自己の立場と整合的な論述をすることが求められる。例えば、そもそも本件事業譲渡契約を締結すべきではなかったと考える場合には、本件事業譲渡契約の対価の額から本件事業譲渡に係る評価損計上後の資産の額を控除した残額にその後計上した負債の額を加えたものを損害とすることが考えられるし、デュー・ディリジェンスを行った上で公正な対価で本件事業譲渡契約を締結すべきであったと考える場合には、本件事業譲渡契約の対価の額から公正な対価の額を控除した残額（3000万円）を損害とすることなどが考えられる。多くの答案が、本件事業譲渡契約の対価の額から公正な対価の額を控除した残額である3000万円を損害としていたが、そもそも本件事業譲渡契約を締結すべきではなかったのか、それともデュー・ディリジェンスを行った上で公正な対価で本件事業譲渡契約を締結すべきであったのかが不明確なものが多かった。義務違反の内容が何であり、それと因果関係のある損害は何かというのは、商法分野に限らず、損害賠償責任を考えるに当たっては常に問題となることであり、複数の主張があり得ることも含め、日頃から意識して検討することができるようにしてほしい。

イ 答案の例

- (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

Gの任務懈怠責任の検討をするに当たり、通常であれば、経営判断原則が妥当し得るところ、自らが取締役として再任されない可能性があるという観点からの利益相反関係があり、かつ、親会社である甲社とJをはじめとする少数株主との間の構造的な利益相反関係があることを指摘した上で、このような利益相反関係がある場合には経営判断原則は妥当せず、経営判断原則とは異なる基準で善管注意義務又は忠実義務違反の有無を検討することとし、デュー・ディリジェンスを行う必要性がどの程度あったかなどについて本問の事実関係を丁寧に拾って検討しているもの。

Gの任務懈怠責任の検討をするに当たり、戊社としても、本件事業譲渡契約により一方的に不利益を受けるわけではなく、甲社グループに属する一企業として利益を受ける可能性があることを本問の事実関係より指摘しつつ、戊社の取締役として、親会社である甲社とJをはじめとする少数株主との間の構造的な利益相反関係がある事項についてどのように意思決定をすべきかを検討し、デュー・ディリジェンスを行う必要性がどの程度あったかなどについて本問の事実関係を丁寧に拾って検討しているもの。

Gの任務懈怠責任の検討をするに当たり、経営判断原則が妥当するものとした上で、自らが取締役として再任されない可能性があるという観点からの利益相反関係があり、かつ、親会社である甲社とJをはじめとする少数株主との間の構造的な利益相反関係があることを指摘しつつ、デュー・ディリジェンスを行う必要性がどの程度あったかなどについて本問の事実関係を丁寧に拾って検討しているもの。

Gの具体的な義務違反と因果関係のある損害について、本件事業譲渡契約の締結自体はやむを得ないとしつつも、デュー・ディリジェンスを行った上で公正な対価で本件事業譲渡契約を締結すべきであったのにそれをしなかったという点に義務違反があるとし、それと因果関係のある損害の額は、本件事業譲渡契約の対価の額から公正な対価の額を控除した残額（3000万円）であるとするもの。

(イ) 不良に該当する答案の例

Gの任務懈怠責任の検討をするに当たり、経営判断原則が妥当するものとした上で、デュー・ディリジェンスを行わなかったことの当否を検討しているものの、利益相反関係があることについては検討していないもの。

Gの任務懈怠責任の検討をするに当たり、経営判断原則等に何ら言及することなく、本問の事実関係を羅列して責任の有無を検討するもの。

損害について検討するに当たり、義務違反の内容を明確にしないまま論じているか、義務違反の内容を明確にしつつも、それとは整合しない結論を導くもの（例えば、デュー・ディリジェンスを行った上で本件事業譲渡契約を締結すべきであったのにそれをしなかったことを義務違反としつつ、公正な対価を3000万円としながら、更にその後計上した負債の額も損害に含まれるとするなど）。

会社法第429条第1項に基づく損害賠償責任を検討するもの。

(3) 設問3について

ア 全体的な採点実感

設問3は、乙社から事業を譲り受けた戊社が、乙社の商号の一部である「乙」が含まれている登録商標Pを使用している場合において、乙社の債務を弁済する責任を負うか否かを問うものである。設問3の事案は、会社法第22条第1項が規定する商号そのものを継用しているわけではないため、設問1と同様に、会社法の規定を形式的に適用するだけでは解決し難い。このような問題を検討することにより、会社法に関する基本的な理解、法令の解釈及び適用の能力、事案を適切に解析する能力並びに整合的な論理を展開する論理的思考力等を総合的に問うものである。

(イ) 設問3において、乙社の事業を譲り受けた戊社の責任の有無を検討するに当たっては、まず、会社法第22条第1項の規定を適用することが考えられるが、本問では、戊社が乙社の商号そのものを引き続き使用しているわけではないことから、そのことを指摘した上で、同項の規定の類推適用をすることができるか否かを検討することになる。会社法第22条第1項の規定の類推適用のほかには、会社法第23条の2第1項の規定により詐害事業譲渡に係る譲受会社に対する債務の履行の請求をすることや、会社法第23条第1項の規定により債務引受広告をした譲受会社の責任に言及することなども考えられるが、いずれにしても、本問の事実関係を適切に分析した上で検討することが求められる。この点については、多くの答案が、会社法第22条第1項の規定の類推適用又は適用を検討することができていた。少数ではあるが、会社法第23条の2第1項の規定により詐害事業譲渡に係る譲受会社に対する債務の履行の請求をすることや、会社法第23条第1項の規定により債務引受広告をした譲受会社の責任に言及する答案もあったが、会社法第22条第1項の規定の類推適用又は適用に加えて検討しているものが多かった。総じて、会社法第22条第1項の規定の類推適用又は適用の検討をしていない答案は、それを検討した答案よりも相当程度低い評価となった。

また、少数ではあるが、商法第17条の規定や会社法第9条の規定について検討する答案もあった。商法第17条の規定は、会社法第22条と同様の内容の規定であるが、戊社は株式会社であるため、商法第17条の規定を適用する余地はない（商法第11条第1項括弧書）。さらに、会社法第9条の規定は、いわゆる名板貸人の責任に関するものであるから、設問3において問題となる規定ではなく、これを検討する答案は、事実関係を誤解しているか、会社法第9条の規定を理解していないものと評価せざるを得ない。いずれにしても、日頃から条文に接していたか否かで差が出たように思われる。

- (イ) 会社法第22条第1項の規定の類推適用を検討するに当たっては、譲受会社が譲渡会社の商号そのものを引き続き使用しているわけではないものの、その使用する登録商標に譲渡会社の商号の一部が含まれているという本問の事情に着目し、同項の規定の趣旨を踏まえ、譲渡会社の商号の一部が含まれている商標を使用した場合にも同項の規定の類推適用をすることができるか、できるとする場合にはどのような要件が求められるのかを検討することが求められるが、その際には、商号が事業主の表示であることを踏まえつつ、商号と商標の異同を意識して、説得的に論ずることが求められる。多くの答案が、会社法第22条第1項の規定の類推適用又は適用について検討することができていたが、同項の規定の趣旨を正確に理解し、商号と商標の異同を意識しつつ、同項の規定を類推適用することの可否及びそのための要件を提示することができていたものは極めて少数であった。同項の規定の趣旨を外観法理にあるとした上で、その類推適用の要件として取引の相手方の善意・無過失等を必要とする答案が多数見られたところ、これらは、おそらく、民法第94条第2項等の規定の類推適用の議論を参考にしたものと思われるが、会社法第22条第1項の規定は、民法第94条第2項等の規定とは異なり、そのような主観的要件を定めていないことをどのように考えるのかについても検討されるべきであろう。また、多くの答案が、商号と商標の異同についての検討が不十分なまま、商号と商標が類似するという点のみを指摘して、商標を使用した場合であっても同項の規定の類推適用又は適用を認めるというものであった。

本問の事実関係の下で同項の規定の類推適用をすることができるか否かを検討するに当たっては、本問の事実関係を丁寧に拾って適切な評価を加えていくことが求められるところ、例えば、登録商標Pは、商号ではないものの、乙社の商号の一部である「乙」を含むものであり、消費者には譲渡会社である乙社を示すものとして受け取られていたことを指摘しつつ、乙社が登録商標Pを使用した商品を消費者等に対して直接販売することはなかったものの、戊社が、本件事業譲渡後に、その店舗の入口に登録商標Pを描写した看板を掲げたり、ウェブサイトに登録商標Pを掲載したりするなどした上で、乙社が製造していた商品と重複する商品を製造して消費者等に直接販売していたことなどから、譲受会社である戊社が譲渡会社である乙社の債務を引き受けたかのような外観が作出されたものと評価し得るなどと論ずることが考えられる。もちろん、反対の結論を導くこともできるが、いずれにしても、本問の事実関係を丁寧に拾って、適切に評価を加えながら、説得的に論ずることが求められる。多くの答案が、本問の事実関係を拾って検討しようとしていたが、登録商標Pが譲渡会社である乙社を示すものとして受け取られていたことや、譲受会社である戊社が譲渡会社である乙社の債務を引き受けたかのような外観が作出されたものと評価し得るといった観点から、事実関係を丁寧に拾って適切に評価することができていたものは多くはなかった。事実関係を羅列したにとどまるものや、本問の事実関係をほとんど考慮しないで結論を導いているものもあった。

また、本問においては、乙社が戊社に日用品製造販売事業を譲渡したことが事業の譲渡に当たることは明らかであるから、事業や事業譲渡の意味等を詳細に検討する必要はない。しかし、この点を検討する答案が一定数見られた。典型的な論点であってあらかじめ論述内容を準備していたからなのか、ほかに検討すべき事項が思い付かなかったからなのかも

しれないが、限られた時間の中で必要のないことを検討している余裕はないはずである。昨年も、間接取引に該当することが明らかであるにもかかわらず、その該当性を詳細に検討することによって全体のバランスを失っている答案が一定数見られたところであるが、本年においても同様の現象が見られたことは残念である。

イ 答案の例

(ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

戊社が乙社の商号そのものを引き続き使用しているわけではないことを前提に、会社法第22条第1項の規定の趣旨、商号と商標の異同について検討し、商標を使用した場合であっても、それが譲渡会社を表示するものといえ、譲受会社が譲渡会社の債務を引き受けたかのような外観が作出されたといえるときには、同項の規定を類推適用することができるものとするもの。

戊社が乙社の商号そのものを引き続き使用しているわけではないことを前提に、会社法第22条第1項の規定の趣旨を踏まえ、商標が商号と類似する点があることを理由に同項の規定の類推適用又は適用が可能であるとし、登録商標Pの使用方法等を検討して結論を導くもの。

本問の事実関係を検討するに当たり、登録商標Pは、商号ではないものの、乙社の商号の一部である「乙」を含むものであり、消費者には譲渡会社である乙社を示すものとして受け取られていたことを指摘しつつ、乙社が登録商標Pを使用した商品を消費者等に対して直接販売することはなかったものの、戊社が、本件事業譲渡後に、その店舗の入口に登録商標Pを描写した看板を掲げたり、ウェブサイトに登録商標Pを掲載したりするなどした上で、乙社が製造していた商品と重複する商品を製造販売して消費者等に直接販売していたことなどから、譲受会社である戊社が譲渡会社である乙社の債務を引き受けたかのような外観が作出されたといった評価を加えた上で、会社法第22条第1項の規定の類推適用を肯定するもの。

(イ) 不良に該当する答案の例

会社法第9条の規定の適用など、設問3において問題とすべきではない事項を論ずるものや、会社法第22条第1項の規定の類推適用又は適用について全く言及しないもの。

会社法第22条第1項の規定の類推適用又は適用について検討しているものの、同項の規定の趣旨の理解が不正確であったり（例えば、外観を信頼して新たに取引関係に入った者を保護する趣旨であるとするもの。）、商標が商号と類似していることのみをもって同項の規定の類推適用を認めたりするもの。

(4) 第2問全体について

全ての設問についてポイントを押さえた論述をすることができているものは、当然のことではあるが、高く評価された。必ずしも文字数と比例するものではなく、ポイントを押さえていたものは、多くはない分量でも高得点を得ていた。実際には、全ての設問について優秀又は良好に該当する論述をしていたものは少数であり、3つの設問のうち2つについて優秀又は良好に該当する論述をしていたものは、相対的に上位となった。

他方で、高い評価を得ることができなかった答案に共通する傾向として、設問の指示を十分に読み、問いに答えるという姿勢に欠けていたところがあったように思われる。例えば、会社法上の損害賠償責任が問われているのに、民法上の損害賠償責任を検討する答案があったが、このような答案が評価されないのはいうまでもない。また、設問1においては、Dの立場において考えられる法律構成及び損害に関する主張並びにそれらの当否を論ずることが求められており、設問2においては、株主代表訴訟を提起した少数株主Jの立場において考えられる主張及びその当否を論ずることが求められているのであるから、そのような観点から検討を進めてほしい。DやJの立場からの主張が求められているのであるから、DやJから委任を受けた弁

護士になったつもりで検討してもらいたいが、多くの答案が、裁判官的な立場から当否のみを検討していたように思われる（設問の内容にかかわらず、答案では、こうした立場で法の解釈適用について一つの見解を示せばよいというイメージを持つ者も少なからずいるように見受けられる。）。設問の指示に従って論じていれば、まずは、当事者の立場から考えられる主張を検討し、当否の検討において、そのような主張がどの程度認められるのかという検討をすることとなり、その結果、より多角的な観点からの分析がされ、論述に厚みが増し、高い評価が得られたように思われる。また、設問において、「定時株主総会の招集の手續及び議事は、適法であったものとする」、「必要な手續を経た上で、乙社が戊社に日用品製造販売事業を譲渡する旨の契約を締結した」、「株主代表訴訟は、適法に提起されたものとする」などと記載されているにもかかわらず、これらに関する論述を展開し、必要な検討をすることができなくなっているものも見受けられた。特定の用語や手續などに対応して定型的な文章を並べるといった姿勢は避けて、設問をよく読み、問われたことに端的に答えるように心掛けてほしい。

また、条文の摘示が不正確な答案がいくつか見られた。条文を摘示する場合には、条だけではなく、項や号まで正確に摘示しているかも評価の対象になり得るのであって、正確に摘示するように心掛けてほしい。

3 法科大学院教育に求められるもの

第2問は、設問1及び設問3においては、会社法の規定を形式的に適用するだけでは解決し難いものであり、設問2においては、一見すると、義務違反と損害を検討するだけで足りるように思われるが、実は、利益相反関係が潜んでおり、それをどのように考えるのかが問われており、いずれの設問においても、会社法に関する基本的な理解を前提としつつ、事例解析能力、論理的思考力並びに法令の解釈及び適用の能力等が問われるものであった。そのような中でも、多くの答案が、最低限必要であると思われる事項に一応の言及をすることができており、全く見当違いのことを論じている答案や白紙の答案は少なかった。これは、法科大学院における教育の成果といい得るのではないかと思われる。

もっとも、既に述べたとおり、会社法第339条第2項の規定の類推適用の対象と損害との関係や、利益相反関係と経営判断原則との関係等、もっと掘り下げて論じてほしいところがあったにもかかわらず、これらについて論ずることができていたものは少数であった。例えば、利益相反関係がある場合に経営判断原則をそのまま適用してもよいのかという問題意識を持つためには、単に経営判断原則の内容を理解しているだけでは足りず、なぜ経営判断原則が認められているのか、その限界がどこになるのか、といった点を意識しながら学習を進める必要がある。支配株主がいる場合の構造的な利益相反関係は、グループ企業のガバナンスを扱う場合はもちろん、少数株主の締出しをはじめ、様々な場面で登場する問題であり、法科大学院の教育の中でも何らかの形で扱われていると思われるところ、異なる場面で共通の問題が生じることを意識した学習及び教育が必要と考えられる。また、設問3との関係では、商法・会社法総則において「外観法理」という同じ用語を用いて説明される規定も一様ではない点に注意が必要である。「外観法理であるから、外観の作出、帰責性、信頼があれば類推適用が認められる」などと粗雑に一括りにしてしまう学習方法が不適切であることはもちろん、教育方法としても、抽象的な規定の性格や趣旨の説明にとどまるのではなく、条文に即した理解を促すことが望まれる。

法科大学院においては、引き続き、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4年司法試験の採点実感（民事系科目第3問）

1 出題の趣旨等

民事系科目第3問は、民事訴訟法分野からの出題であり、出題の趣旨は、既に公表されている「令和4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課題を的確に把握し、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分析及び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、「株式会社Mテック（以下、単に「Mテック」と表記する場合がある。）」に対し、事務所（以下「本件事務所」という。）を賃貸したXが、被告を「Mテック」と表示して、賃貸借契約の終了に基づき、本件事務所の明渡しを求めて訴えを提起したが（以下、この訴えに係る訴訟手続を「本件訴訟」という。）、「Mテック」という商号の会社は、Xの訴えを空振りさせて時間稼ぎをしようとしたAによって、甲ではなく乙という別の会社になってい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、当事者の確定の基準、裁判上の自白及びその撤回、主観的追加的併合、書証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。

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不足をうかがわせる答案も少なくなかった。

なお、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もの、特に修文のために一行に無理して字句を挿入するものなど、第三者が読むことに対する意識が十分ではない答案や、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や初等教育で学ぶ漢字を平仮名又は片仮名で記載する答案や漢字の誤りも一定数見られた。法律用語ではないものの、とりわけ「弊害」を「幣害」と誤って記載する答案がかなり多く見られたため、ここで指摘しておきたい。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、当事者の確定の基準について、本件訴訟の被告が甲となるような見解、乙となるような見解をそれぞれ一つ取り上げた上、各見解に従って、被告を甲又は乙と確定することができることをそれぞれ論ずることが求められている。

当事者の確定の基準としては、伝統的には、意思説、行動説、表示説という3つの見解がある。被告を甲と確定することができる見解としては、意思説が考えられ、この見解によるならば、この見解が、原告の意思に着目するものであることを指摘した上で、Xが甲を被告とする意思であったことを、訴状の記載等に言及しつつ、説得的に論証することが求められる。次に、被告を乙と確定することができる見解としては、表示説、行動説が考えられる。表示説には、形式的表示説、実質的表示説があり、いずれの見解によっても差し支えないが、当てはめの際には、自ら提示した見解に従って、適切な当てはめをする必要がある（なお、後述のとおり、実質的表示説に依拠しつつ、甲を被告として確定することもできる。）。行動説による場合には、この見解が、被告らしく行動した者は誰であるかに着目するものであることを指摘した上で、実際に訴訟追行したのは乙の代表者であるAであることに言及するなどして被告らしく行動したのが乙であることを説得的に論証することが期待される。

ここでは、端的に甲と確定する基準と乙と確定する基準を答えればよいものの、最後に、どちらが妥当かまで書いてくるものや、乙と確定できる見解を複数説明するなど、課題の枠を超えて余分な記述をする答案が少なからずあった。また、意思説、適格説、実質的表示説、行動説などを組み合わせて「実質説」なる見解を展開する答案も一定数あったが、このような答案は、当事者の確定の基準が明らかになるものとは言えず、評価は低いものとなる。適格説や規範分類説については、その見解を正確に記載できている答案はほとんどなかった。もっとも、意思説や表示説によるものも、必ずしもその内容を正確に記載できている答案は多くなかった。意思説を挙げる答案の中で、訴状等の記載から原告の意思を認定すべきとするものは少なく、単に原告の意思からすると甲が被告であるとするものや、依拠することができる資料の範囲を明らかにしないまま訴状外の実事関係を用いて原告は甲を被告とする意思であったとの結論を導いている答案が少なくなかった。また、表示説についても、形式的表示説としながら当事者欄の記載に限るということまでを説明しているものはあまりなく、実質的表示説としながら当てはめでは当事者欄の記載に触れるのみで、請求の趣旨や原因に言及しなかったり、訴状の表示からは読み取れない訴訟係属前後の実事関係を用いて説明をしたりするものも一定数あった。このような答案は、評価されない。なお、表示説のうち、訴状の当事者に関する記載だけではなく、請求の趣旨及び原因その他の記載を含めて訴状の全体から総合的に判断する実質的表示説を採用した場合には、被告を甲と確定することができる見解として論ずることもでき、この立場で説得的に論ずる答案も評価している。例えば、被告欄には「株式会社Mテック」と記載されているが、請求の原因に記載されている賃貸借契約の締結時において「株式会社Mテック」という名称の主体としては甲しか存在しないことに鑑みれば、原告は、甲を被告とする意思を有していたと解するのが相当であるから、被告は甲と確定される、と論ずることが考えられる。もっとも、最判昭和48年10月26日民集27巻9号1240頁の事案とは異なり、甲と乙の代表者が同一ではなくなった本問のような事例においては、甲を被告と確定するとすれば、甲の代表者に対する訴状の送達からやり直す必要が生ずる可能性があることや、請求の原因に記載されている賃貸借契約の締結時において「株式会社Mテック」という名称の主体として甲しか存在しないことまでは訴状及び附属書類の記載からは判明しないことを指摘した上で、訴状及び附属書類の記載からは、乙が被告として確定される、と論ずることも考えられる。いずれにせよ、事案に即した検討がされている答案は、相応に評価された。他方、定型的な論証パターンとして、形式的表示説と実質的表示説しか勉強していないのではないかと疑わせる

答案が多数あり、このような答案は、低い評価にとどまった。

また、当てはめにおいて、いきなり「本件訴状には被告として乙が表示されている」とするものが一定数あったが、あくまで被告として表示されているのは「Mテック」であり、これが乙を指すものであると認定するような当てはめをすることが求められるが、このような当てはめが十分にされていないものは、低い評価にとどまった。

イ 課題2の採点実感

課題2では、被告を乙と確定した場合に、第2回口頭弁論期日において乙（代表者A）が請求原因事実を認める旨を陳述したことにより裁判上の自白が成立したことになるか、仮に自白が成立したとして、再開後の第3回口頭弁論期日における自白の撤回が許されるかどうかの検討が求められる。課題2の前半部分では、裁判上の自白の成立要件を明らかにした上で、乙（代表者A）の上記陳述について要件該当性を検討することが求められる。

裁判上の自白の要件については、基本的事項を問うものであることから、比較的良くできていた一方、その要件を正しく記載できていないものもあった。例えば、「相手方の主張と一致する」又は「相手方の主張する事実を認める」という要件について、相手方が実際にその事実を主張しているか否かに着目しない答案が一定数あった。このような基本的事項を理解していない答案の評価は、相対的に低いものとなる。また、乙は実際には本件賃貸借契約の当事者ではなく、これを認めたとしても乙に不利益な事実ではないとして裁判上の自白の成立を否定する答案も一定数あった。被告を乙として確定したことを前提とする以上、請求原因事実はXと乙が本件賃貸借契約を締結した事実であり、Aが乙の代表者としてこれを認める旨の陳述をすることは、実体上はどうであれ、裁判上の自白が成立するものといえ、このような答案は、民事訴訟の基本的な考え方を理解していないものとして、低い評価とならざるを得ない。また、第2回口頭弁論期日におけるAの陳述について問われているにもかかわらず、第1回口頭弁論期日にAが出頭しなかったという記述を取り上げ、擬制自白の成否の検討をするものや、「仮に被告を乙と確定した場合」について聞かれているのに、Aは甲の代表者として自白をしたとして論ずるものなど問題を正しく理解していない答案が少なからずあった。このような答案は、当然のことながら評価されない。なお、裁判上の自白の要件を論ずることなく、いきなり当てはめを論ずる答案が一定数あったが、「自白が成立していると取り扱うべきか」を問われている場合には、そもそも自白とは何かを丁寧に論ずることが求められ、これを記載しない答案の評価は、相対的に低いものとなる。

課題2の後半部分では、裁判上の自白が成立した場合には、原則としてその撤回が禁止されることを踏まえ、例外として自白撤回が許される場合を明らかにすることが期待される。本件において問題となる自白撤回の要件としては、判例上、自白した事実が真実に反し、かつ、自白が錯誤に基づくことが証明されたことが挙げられるが、個々の要件につき、反真実を錯誤よりも重視する見解、また、錯誤を反真実よりも重視する見解が主張されていることに鑑み、撤回要件の当てはめに先立ち、自白撤回の要件をどのように構成するかを理由付けとともに明らかにすることが期待される。この理由付けができていない限り、自白撤回の要件をどの見解に従って構成したかによって評価に差を設けることはない。当てはめにおいては、自らが採用した見解に従い、乙（代表者A）による自白撤回の許否を検討する必要があるところ、反真実については、本件賃貸借契約の締結の当時、借借人は「株式会社Mテック」こと甲であるから、Xと乙との間で賃貸借契約が締結された事実はないことに言及する必要がある。他方で、錯誤については、乙（代表者A）は、請求原因事実を認める旨を陳述した際、本件賃貸借契約の借借人が乙ではないことを知っていたことに言及する必要がある。

自白の撤回の要件につき、反真実のみ又は錯誤のみとする答案については、自説の理由付けが説得的に述べられているものはごく少数であった。また、自白の撤回の要件に触れず、事案から事実を抽出して自白の撤回は信義則上認められないとする答案や時機に後れていることだ

けを理由に撤回を許されないとする答案も一定数あったが、このような答案は、自白の撤回についての基本的な知識を欠いているものと言わざるを得ず、評価されない。

当てはめについては、反真実かつ錯誤と要件を設定しているにもかかわらず、何が真実に反しているのか、何について錯誤に陥っているとは言えないのかについて丁寧に当てはめをすることができていない答案が少なくなかった。例えば、錯誤がないことを論ずる答案でも、「Aは一計を案じて乙を設立したものであるから錯誤がない」とする答案と、「Aは一計を案じて乙を設立したものであるから、『乙が賃貸借契約を締結したという事実を真実と誤認していたとは言えず』錯誤がない」とする答案では、評価に差が付くのは明らかである。また、反真実であるかどうかの当てはめをしていない答案や、反真実であれば錯誤が推定されるとしつつ、その推定を覆す錯誤がない事情について何ら言及せずに自白の撤回を認める答案、Aの不当性を根拠に反真実ではないと結論付ける答案、反真実ではあるけれども、Aの行為は信義に反するので、撤回は認められないとし、錯誤の検討をしていない答案があった。これらの答案は、適切な当てはめがされているものとは言えず、評価されない。規範の定立自体はできている答案が多いことからすると、定型的な論証パターンの暗記に時間をかけ、定立した規範を事実に応用していくという法律実務家にとって必要な能力の涵養がおろそかになっているのではないかと危惧される。

ウ 設問1のまとめ

設問1の課題1は、複数の見解をそれぞれ論述するという形式に戸惑った受験者が多かったかもしれないが、課題1及び課題2のいずれについても、民事訴訟法の基本的な知識及び理解を問うものであったにもかかわらず、出題の趣旨を適切に捉えた論述をする答案が多いとは言えないものであった。

「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、出題の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ではそれぞれの見解について一応正しく説明しつつ、その当てはめに更なる深みが望まれるものの、課題2では適切な論証がされているものなどである。

「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、出題の趣旨を理解していることが読み取れるものの、課題2の自白の撤回について、当てはめが適切になされていないものなどである。これに対し、課題1や課題2を通じ、出題の趣旨を正しく理解しないものや、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、本件訴訟の被告が乙と確定されることを想定し、Xが甲に対する給付判決を得る上で便宜な手段として主観的追加的併合の申立てがあるところ、最判昭和62年7月17日民集41巻5号1402頁（以下「最判昭和62年」という。）が主観的追加的併合を認めた場合の問題として主に4点を指摘していることを踏まえ、Xによる主観的追加的併合の申立てが認められるような立論を、上記4点を踏まえて検討することが求められている。

第1に、新たな当事者に対する別訴に対し、旧訴訟の訴訟状態を利用することができ、それが訴訟経済に資する旨の立論については、Xが乙を甲と誤認して旧訴訟（X乙間の訴訟）に提出した資料は、本来甲に対する新訴訟（X甲間の訴訟）において提出すべきであったことを踏まえ、甲と乙はたとえ別法人であっても、それはAがXに乙を甲と誤認させるように図った結果であるから、信義則上、旧訴訟において形成された乙に不利な訴訟状態が弁論の併合を通じて新当事者に引き継がれることを甲は拒否することができないのではないかと、といった点に言及することが期待される。しかし、Xが提出した資料が、Xが被告を誤認しなければ、甲に対する訴訟において提出すべきものであったこと（主張する事実や証拠関係が旧訴と新訴で変わらないと考えられること）が意識できている答案はあまり多くなかった。また、旧訴訟の訴訟

状態を新当事者に引き継がせて良いかという手続保障の問題であるという点を明確に意識した答案はほとんどなく、単に請求や訴訟資料が同じなので利用可能性があるとするにとどまるものがほとんどであった。上記のような問題意識と向き合わない答案は、低い評価にとどまった。

第2に、主観的追加的併合を認めることにより全体として訴訟が複雑化するという弊害は予測されない旨の立論については、旧訴訟では請求原因事実について乙が自白しているところ、弁論の併合の結果、この訴訟状態が新訴訟に引き継がれることにより、裁判所は事案全体を統一的に把握することができるようになるから、必ずしも訴訟が複雑化するという弊害は生じないのではないか、といった点に言及することが期待される。多くの答案は、「甲と乙が実質的に同一だから複雑にならない」と解答していたが、実質的に同一だとなぜ複雑にならないのか、実際の主張立証にまで踏み込んで検討している答案はほとんどなく、このような答案は、低い評価にとどまった。他方、例えば、被告が誰であるかを除けば、請求原因は、新訴も旧訴も同じであり、攻撃防御方法も同じことになるから複雑化しない旨などを指摘する答案は、事案に即した現場思考ができていたものとして、相応に評価された。

第3に、主観的追加的併合を認めても軽率な提訴等を誘発するおそれはない旨の立論としては、Xが乙を甲と誤認した主な原因が、甲の商号変更、乙の設立及び甲の旧商号の使用等のAによる一連の行為にあることから、Xは被告の誤認について帰責性が乏しいため、この事案において主観的追加的併合による被告の追加を認めたからといって、必ずしも軽率な提訴は誘発されないのではないか、といった点に言及することが期待される。帰責性に言及した答案は比較的多く見られたが、本件訴訟で主観的追加的併合を認めたとしても、より抽象化された軽率提訴の誘発との関係まで丁寧に説明した答案は多くなかった。なお、「本件訴訟では甲のほかに追加される当事者はいない」という理由を述べる答案が一定数あったが、このような解答は、最判昭和62年の指摘に対応する論述とはなっておらず、評価されない。

第4に、主観的追加的併合が訴訟の遅延を招来しない旨の立論としては、例えば、主観的追加的併合の申立ては、甲を被告に追加するXの申立てを伴うところ、追加された甲に対して防御の機会を保障するには新たな期日を設ける必要がある以上、訴訟手続の遅延は生じるが、そもそも訴訟手続の遅延はそれが著しい場合に限り不適法となるとされているにすぎないこと（民事訴訟法（以下「法」という。）第143条第1項ただし書参照）、甲を被告に追加する旨をXが申し立てた時期は第1審手続の係属中であり、旧訴訟の訴訟状態が引き継がれることなどからすれば、著しい訴訟遅延が生じるおそれはないといった点に言及することが考えられる。主観的追加的併合により甲を別主体として併合する以上は、期日を更に重ねることは否定できないところ、この点を指摘し、検討することができた答案はわずかであった。また、甲の追加による審理の遅延はXの責任ではなく、被告側の行為に起因するものであるからやむを得ないという理由で、訴訟遅延は問題としなくてよいとする解答も散見されたが、訴訟遅延にどう対処するかという設問に直接答えるものとは言えず、評価されない。

イ 設問2のまとめ

設問2は、主観的追加的併合という問題を通して、民事訴訟の在り方に対する理解を問うものであるところ、全体的に、甲と乙が実質的に同一であることの一事をもって説明しようとする表層的な答案が多く、最判昭和62年が指摘する4点について、立ち入った検討をすることができていない答案が少なからずあった。

「優秀」に該当する答案は、出題の趣旨を正しく理解した上で、検討すべき4点について、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、出題の趣旨をおおむね正しく理解しているが、4点の検討事項のうち、1点についての論述が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、出題の趣旨を理解していることが読み取れるものの、当てはめが適切になされていないものなどである。これに対し、出題の趣旨を正しく理解せず、最判昭和62年が指摘する4点に対応する論述となっていない答案は「不良」と評価される。

(4) 設問3について

ア 設問3の採点実感

設問3では、Xが、甲を被告として、本件賃貸借契約の終了に基づいて提起した、本件事務所の明渡しを求める訴えに係る訴訟手続において、第1回口頭弁論期日に出頭した甲の代表者Bが証拠として提出したUSBメモリが、「情報を表すために作成された物件で文書でないもの」（法第231条）に該当し、書証により取り調べることができることの論証が求められている。

設問3の課題前半部分では、「文書」の定義を明らかにした上で、USBメモリが「文書でないもの」に該当することの論証が求められる。文書は、「文字その他の記号を使用して人間の思想、判断、認識、感情等の思想的意味を可視的状态に表示した有形物」（大阪高決昭和53年3月6日高民集31巻1号38頁）のように定義されることから、このような文書の定義に照らして、USBメモリが文書に当たらないことを論証することが期待される。設問3の課題後半部分では、USBメモリを録音テープ等と同様に取り調べることが許される理由の検討が求められる。ここでは、証拠方法の一つとしての書証がどのようなものであるかを明らかにした上で、法第231条においては、USBメモリのようなコンピュータ用の電磁的記録媒体が例示されていないことに留意しつつ、USBメモリに保存された電子ファイルは、適切な出力装置によってこれを閲読可能な状態にすることができる限り、これを閲読し、その結果を証拠資料にすることができることに言及する必要がある。

まず、問題文で「『文書』を定義して、USBメモリが『文書でないもの』に当たることを論証してください。その上で、USBメモリを録音テープ等と同様に取り調べることが許容される理由を明らかにしてください」と指示されているにもかかわらず、文書の定義を置かない答案や指示に従った解答をしない答案が少なくなかった。また、本問では求められていない処分証書の定義を記載するなど、とりあえず覚えてきたものをそのまま書くという安易な答案も一定数あった。これらのような答案は、評価されない。また、文書の定義についてポイントを押さえて記載している答案も多くはなかった。当てはめについては、比較的多くの答案において、USBメモリに保存された電子ファイルがコンピュータ等の出力装置がなければ閲読できないことを指摘し、USBメモリが文書でないことを論述することができていた。他方、USBメモリの文書性を否定する要素のみを指摘するのではなく、文書の定義の各要素を丁寧に検討し、文書性を肯定する要素の当てはめをしている答案は、評価された。また、文書性を否定した後、いきなりUSBメモリと録音テープ等の類似性について論証している答案が一定数あったが、USBメモリが法第231条の「情報を表すために作成された物件」であることについて言及する必要がある。

問題文からUSBメモリの取調べは書証によるべきであるとの見解に立った上で、録音テープ等と同様に取り調べることが許容される理由を明らかにすることが求められているが、USBメモリが文書でないものに当たる主な理由が可視的状态に表示されていない点であるにもかかわらず、可視的状态にしてそれを閲読して取り調べるといふ書証の取調べから説明するものはごく少数であった。そもそも書証が、文書に表現された思想内容を証拠資料とする証拠調べであることが意識されていない答案が多数であり、検証との違いを意識するものは皆無であった。これに対し、「五官の作用」によって取り調べることができるなどと検証のような書きぶりをするものもあり、民事訴訟における証拠調べについて理解されていないのではないかの懸念が残った。また、USBメモリに保存された電子ファイルが証拠の価値が高いことを理由に取調べが許容されると述べる答案も一定数見られたが、まず、証拠方法の一つとしての書証がどのようなものであるかを検討すべきであり、安易に証拠の重要性について論ずる答案は、評価されない。

イ 設問3のまとめ

設問3は、新種証拠の証拠調べの方法を題材として、民事訴訟における書証の理解を問うものであるところ、民事訴訟における証拠調べという基礎的事項の理解の不足をうかがわせる答案も少なくなかった。

「優秀」に該当する答案は、出題の趣旨を正しく理解し、USBメモリが文書でないことを論述した上で、書証の意義から、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、出題の趣旨をおおむね正しく理解しているが、書証についての論述が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、出題の趣旨を理解していることが読み取れるものの、定義や当てはめが適切になされていないものなどである。これに対し、出題の趣旨を正しく理解せず、民事訴訟における証拠調べについて適切に論述していない答案は「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、出題の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な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強く懸念される。例年指摘しているように、条文の趣旨や判例、学説等の精緻な理解を駆使して、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修得、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、民事訴訟法の分野においては、理論と実務とは車の両輪であり、両者を関連付けて理解を深めることが重要である。特に、本年の問題においては、現実の民事訴訟の手続をイメージできていないのではないかと懸念される答案が少なくなかった。このような民事訴訟の手続をイメージできないまま効果的に学習を進めることは難しいと思われ、法科大学院においては、法廷傍聴や模擬裁判等の演習を積極的に活用するなど、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4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、甲に横領罪の成立を認めるための理論上の説明やその当否を問うとともに、乙の罪責やその理論構成を問うことにより、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、特定の立場が依拠する考え方を分析してその当否を検討する能力、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。ただし、論じるべき点が多岐にわたることから、事実認定上又は法律解釈上の重要な事項については手厚く論じ、そうでない事項については簡潔な論述で済ませるなど、答案全体のバランスを考えた構成を工夫することも必要である。

出題の趣旨でも示したように、設問1では、窃盗犯人であるAから盗品であるB所有の普通自動車二輪車（以下「本件バイク」という。）の保管を委託された甲が、Aを困らせるために本件バイクを隠匿した行為に関し、横領罪の成立を認める立場から、(1)甲は、Aに頼まれて本件バイクを保管している以上、これを「横領」すれば横領罪が成立する、(2)甲が実家の物置内に本件バイクを移動させて隠した行為は、「横領した」に当たるといふ各主張がなされた場合の各主張の当否を論じる必要があった。

主張(1)においては、横領罪における「占有」が他人からの委託に基づく占有に限られることを前提に、窃盗犯人Aとの委託関係も保護に値するかが問題になることを、主張(2)においては、物の効用に基づいた利用処分とはいえない隠匿行為も「横領した」に当たると考えることの当否が問題になることを、それぞれの的確に指摘した上で、自説の論拠や他説への批判などを踏まえつつ、各主張の当否を論じた答案は高い評価を受けた。他方、いずれの主張においても、問題の所在を正確に理解しないまま、本件において検討すべき論点に即した論述がなされていない答案は低い評価にとどまった。

設問2では、まず、Aが甲を殴打しようとしていたところを偶然目撃した乙が、Aが甲に対して一方的に攻撃を加えようとしていると思い込んで甲を助けようと考え、Aの背後から、サバイバルナイフ（以下「本件ナイフ」という。）でAの右上腕部を突き刺し、Aに傷害を負わせた行為について、傷害罪の成否を論じる必要があったが、出題の趣旨でも記載したとおり、甲は、Aからの侵害を予期した上で対抗行為に及んでいたことから、乙の正当防衛の成否を検討するに当たっては、被害者甲と防衛者乙のいずれを基準に正当防衛状況を基礎付ける侵害の急迫性を判断すべきかが問題となる。そこで、かかる問題の所在を端的に示しつつ、根拠とともに自らの立場を示し、それに基づいて侵害の急迫性を検討する必要がある。被害者甲を基準に侵害の急迫性を検討する場合、本件事案において、どのような事情が重視されて一定の結論を導くのか、その思考過程を明確に示すことが不可欠であり、本件においては侵害が十分に予期されているところ、C公園に向かう必要がないにもかかわらず、喧嘩闘争を覚悟の上で包丁を準備したという事情等を端的に示して侵害の急迫性を否定する答案は高い評価となったが、一定の視点を提示することなく、問題文の事実関係をそのまま書き写して結論を導くとどまる答案は低い評価となった。そして、Aの甲に対する急迫不正の侵害が否定されると考えた場合、乙はこれが存在すると認識していることから、乙に故意犯が成立するの否かが問題となるところ、かかる問題の所在を示した上で、本件事案に沿って、

乙の認識を前提としても乙の対抗行為が相当といえるかを踏まえて、違法性を基礎付ける事実の認識が認められるか否かを検討して故意犯の成否を論じ、さらに、刑法第36条第2項に基づく刑の減免の可否についても、適切に論じられている答案は、高い評価を受けた。

次に、乙が、Aの右上腕部を本件ナイフで突き刺した後、Aから追い掛けられて逃げ出したところ、進路前方の道路脇に停められていたD所有の原動機付自転車（以下「本件原付」という。）を見付け、Aの追跡を振り切るためDに無断で本件原付を発進させた行為について、窃盗罪の成否を論じる必要があったところ、乙の行為は、客観的には、「自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の危難を避けるため」の行為であり、緊急避難の成否が問題になるものの、これに先行する事情として、乙自らが、乙自身の法益に対する「現在の危難」を招いたという事情が存在するため、かかる事情があるにもかかわらず、自己が招いた危難を回避するために、無関係の第三者Dに侵害を加えることが緊急避難として正当化されるかが問題となる。かかる問題の所在を示した上、緊急避難や違法性の本質を意識しつつ、いわゆる自招危難として緊急避難が否定されるための具体的な判断基準を示し、本件の具体的な事実関係に即して緊急避難の成否を論じられている答案は高い評価を受けたが、自招危難が問題になることに触れないまま淡々と緊急避難の要件該当性を論じるにとどまる答案は、低い評価となった。

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、論じるべき点が多岐にわたることから、各論点の体系的な位置付けを意識した上、厚く論じるべきものと簡潔に論じるべきものを選別し、手際よく論じる必要があったが、論じる必要のない論点を論じる答案や必ずしも重要とは思われない論点を長々と論じる答案が相当数見られた。規範定立部分については、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。さらに、そもそも論点の基本的な理解自体が不十分ではないかと不安を覚える答案や、条文の文言に即して解釈する姿勢が不十分な答案が目についた。

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) 主張(1)の当否

主張(1)においては、横領罪における「占有」が委託に基づく占有に限られることを前提に、窃盗犯人Aとの委託関係も保護に値するかが問題になることから、本件において委託に基づく「占有」が認められるか否かを、問題の所在として端的に示すことが求められるところ、具体的にいかなる要件に関する問題と捉えているのか明らかでないもののほか、本件バイクの他人物性を論じたり、あるいは、本件バイクが実質的にはAの物であると論じるなど、横領罪の成立要件に関する適切な理解を欠いた答案が散見された。また、本件ではAは窃盗犯人であり、所有者から正当な権限を与えられていない者からの委託の要保護性が問題になるにもかかわらず、本件の具体的な事情を考慮することなく、所有者以外からの委託も保護されるのみを問題とする答案も散見された。また、主張(1)を正当化するために、窃盗犯人の占有も保護されることを援用する答案が目立ったが、主張(1)の論拠とするためには、例えば窃盗犯人の占有が保護されることとの均衡として、窃盗犯人からの委託も保護されるべきで

あるなど、横領罪の罪質の理解に基づいた論述が求められるところであった。

なお、本問は、Aの罪責を問うものではないにもかかわらず、Aの窃盗罪の成否を縷々論じる答案もあった。

(イ) 主張(2)の当否

主張(2)においては、隠匿行為が「横領した」に当たるか、すなわち横領罪においても財物の効用に基づく利用処分が必要かが問われていることから、まず横領行為の意義として、受託者が委託の趣旨に反し占有物に対しその権限を越えた行為をすれば全て横領となると考えるのか（越権行為説）、不法領得の意思を発現する行為を要求するのか（領得行為説）を明らかにした上、領得行為説に立つ場合には、横領罪における不法領得の意思の内容として、窃盗罪などの他の領得罪と同様に、客体をその効用に基づいて利用、処分する意思まで必要と考えるか否かを論じる必要があったが、本問が横領行為の該当性を問うていることを無視して、横領行為の意義に一切触れないまま、専ら不法領得の意思の内容のみを論じる答案が少なからずあった。また、本問では、財物の効用に基づく利用処分が必要かが問題になっているのに、特段の問題意識もなく、隠匿も所有者でなければできないような処分であるとして「横領」該当性を肯定する答案が散見されたほか、保管場所の変更は委託の趣旨に反するものではないとして、財物の効用に基づく利用処分の要否に全く触れないまま「横領」該当性を否定する答案も相当数あった（甲の行為は単なる保管場所の変更ではなく、Aを困らせるため、Aが発見できない場所に隠匿する行為である以上、これを委託の趣旨に反する処分ではないと評価することは、事案の分析として適切とはいえない。）。さらに、横領罪における不法領得の意思につき、最判昭和24年3月8日刑集3巻3号276頁等は、「他人の物の占有者が委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をする意思」としており、その定義上利用処分意思が要求されていないように読めるところ、不法領得の意思の内容につき同判例の定義を引用しながら、何の説明もなく利用処分意思を必要とするかのような当てはめをする答案や、窃盗罪と横領罪の不法領得の意思の異同を全く意識せずに、経済的な利用処分意思を欠くとして、不法領得の意思を否定する答案も散見された。

(ウ) 本設問は、前述のとおり、主張(1)と主張(2)という異なる論点に関する主張の当否をそれぞれ問うものであるが、問題文を誤解したせいも、主張(1)と主張(2)を、同じ論点に関する対立する見解と捉える答案や設問の主張とそれに対する解答がかみ合わない答案など、出題の趣旨を正確に把握できていない答案も少なからず見られた。

なお、設問の指示に従わず、甲の罪責を論じたり、あるいは、各主張の当否を具体的に明らかにしていない答案も残念ながら散見された。

イ 設問2について

(ア) 乙がAに傷害を負わせた行為の罪責

乙がAに傷害を負わせた行為について、正当防衛の成否を検討するに当たっては、被侵害者甲と防衛者乙のいずれを基準に正当防衛状況を基礎付ける侵害の急迫性を判断すべきかが問題となるところ、このような問題意識を明確に示している答案は多くはなかった。もっとも、答案の中には、本件が他人のための正当防衛が問題になる事案であることを端的に指摘した上で、例えば侵害の急迫性は被侵害者の要保護性に関する要件であることを根拠に、侵害の急迫性の有無を被侵害者甲の事情を基準に判断するなど、正当防衛の趣旨に遡って検討を加える秀逸なものも散見された。

被侵害者甲を基準に侵害の急迫性を検討する場合、甲は、Aからの侵害を予期した上で対抗行為に及んでいることから、判例（最決平成29年4月26日刑集71巻4号275頁）が指摘する事情を踏まえつつ、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討することが考えられるところ、同判例を踏まえて適切な検討ができていた答案はそれほ

ど多くはなく、同判例に依拠しつつも、専ら積極的加害意思の有無のみを検討するなど、同判例の趣旨を正確に把握できていない答案が散見された。前記判例によれば、仮に積極的加害意思が認められないとしても、行為全般の状況に基づいて急迫性が否定される余地があるのであるから、同判例に依拠して論ずるか否かはともかく、重要な判例の趣旨については正確な理解が望まれるところであった。

甲に対する急迫不正の侵害の検討に際して、包丁を突き出した甲に対して拳を振り上げたAの行為について正当防衛が成立するか否かを検討する答案も散見されたが、そもそもAは甲の顔面を殴打しようとしているところ、甲の対抗行為にひるむことなく、殴打行為を継続しようとしているのであるから、拳を振り上げる行為だけを切り取って正当防衛の成否を検討すること自体、適切な事案分析とはいえない。また、Aの行為が不正の侵害であっても、甲について侵害の急迫性の要件を満たさない場合は十分に考えられるのであるから、Aの対抗行為が不正か否かに絞って検討することも適当とはいえない。

次に、Aの甲に対する急迫不正の侵害が否定されると考えた場合、防衛者である乙はこれが存在すると誤信した上で、主観的には防衛行為に及んでいることになるため、かかる誤信に基づいて対抗行為に及んだ乙に故意犯が成立するか否かについて論じることが必要であったが、乙に誤想（過剰）防衛が成立するかという問題提起や検討をするにとどまり、これが成立する場合にいかなる帰結が導けるかに言及できていない答案が散見された。誤想（過剰）防衛は、講学上の概念にすぎず、これに該当すると評価されたとしても、そこから直ちに何らかの帰結が導き出されるものではないことは明らかであって、これらの答案は、講学上の概念や用語がいかなる意味を持つものかを理解しないまま、無自覚に論証パターンを記述しているにすぎないとの懸念を抱かせるものであった。通説の立場から故意犯の成立を認めるためには、乙の本件行為が、乙の認識した事実を前提としても「やむを得ずにした行為」とは評価できないことを指摘する必要があるが、具体的な事実関係に即して、この点を明確に示すことができた答案からは、刑法の基本的な理解が修得されているとの印象を受けた。

本事例において、正当防衛状況を肯定する答案は少数であったが、中には、Aによる急迫不正の侵害を肯定しながら誤想（過剰）防衛の成否を検討する答案や、正当防衛の要件のうち相当性以外の要件充足性を肯定しながら、相当性の要件を満たさないことから正当防衛は成立しないと論じるのみで過剰防衛の成否に全く言及しない答案など、論理的整合性や刑法の基本的な理解が疑われる答案も少なからず見られた。

(イ) 乙が本件原付を乗り去った行為の罪責

乙がDの原付を乗り去った行為については、窃盗罪の成否が問題となるところ、宅配業務に従事している最中のDの原付を勝手に乗り去り、適当な場所に放置する意図があった以上、本件で不法領得の意思が認められることは明らかであるから、その旨を端的に記せば十分であるにもかかわらず、本件で不法領得の意思が認められるかを延々と論ずる答案が散見された。既に述べたように、事案解決にとっての重要度や議論の必要性に応じて論ずべき内容を取捨選択しつつ、メリハリを付けて論ずることが必要である。

次に、乙による本件原付の窃取行為に関する緊急避難の成否については、乙が自らの不法な傷害行為によって招いた危難に対して避難行為に出ることが許容されるかという問題を検討することが不可欠であるが、この問題について言及を欠く答案が多かった。また、乙による本件原付の窃取行為が、正当な利益を有する第三者に向けられたものであることを理解せず、正当防衛の成否を論ずる答案も少数ながら見られた。自招危難をめぐる論点まで正確に理解しておくことは期待できないかもしれないが、少なくとも本件の事実関係を丁寧に読み込めば、乙自身が自らの不法な傷害行為によって招いた危難に対して避難行為に出ることが許容されるかが問題となり得ることを指摘した上で自分なりの考えを示すことは十分に可能なはずである。具体的な事実関係を正確に把握し、問題点を的確に抽出する能力を涵養する

ことが重要であることを改めて強調しておきたい。

(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、採点者において判読が不能な記載箇所は採点対象にできないことに十分に留意して、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に妥当な結論等を導くことができているものの、一部の問題点について検討を欠くもの、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方針に示された主要な問題点について一部論述を欠いたりするなどの問題はあっても、論述内容が論理的に矛盾することなく、刑法の基本的な理解について一応ではあるもの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や相違点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、その結論や判旨のフレーズのみを機械的に暗記するような学習法は慎むべきであり、当該判例の前提となっている具体的事実を意識し、当該判例の趣旨やその結論に至るまでの理論構成を理解することが必要である。

法曹実務家には、現実には生起する多様な事案に対処するため、その具体的な事実関係を正確に分

析して問題の所在を発見するとともに、法律学の基本的な理解に基づいて、柔軟に考え抜いて適切な問題解決を提示し、それを自らの言葉で平易に表現することが求められている。司法試験で問われている能力もこれと実質的に異なるものではない。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、さらに、判例の学習等を通じ具体的事案の検討を行うなどして、正解思考に陥らずに幅広く妥当な結論やそれを支える理論構成を導き出す能力を涵養するよう、より一層努めていただきたい。

令和4年司法試験の採点実感（刑事系科目第2問）

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、大麻密売の疑いのある者として把握されていた甲に対するおとり捜査の適法性を問うものである。ここでは、おとり捜査の意義に関する理解を示し、その法的性質及び適法性の判断基準に関する自己の見解について、おとり捜査が違法とされる実質的理由を踏まえつつ論じた上で、事例に現れた具体的事実を的確に抽出、分析し、おとり捜査の適法性を論じることが求められる。

〔設問2-1〕は、非現住建造物等放火事件の犯行態様の一部について公訴事実と裁判所の心証との間にずれが生じた事例について、裁判所が現訴因のまま自己の心証に従って判決をすることができるか否かを問うものである。ここでは、訴因の本質を踏まえつつ、訴因変更の要否に関する判断枠組みについて自己の見解を示した上で、事例に現れた具体的事実を的確に抽出、分析し、訴因変更の必要性について論じることが求められる。次に、〔設問2-2〕は、共謀共同正犯において、検察官が冒頭陳述で釈明した共謀の日にちと裁判所が心証を形成した共謀の日にちとの間にずれが生じた事例について、裁判所がその心証に従って判決をすることができるか否かを問うものである。ここでは、まず、検察官が釈明した共謀の日にちが訴因の内容になるのかが問題となり、仮にそれが訴因の内容にならず、それゆえ本件は訴因変更が問題となる場面ではないとした場合でも、被告人の防御との関係で裁判所の採るべき措置がないかについて、設問に現れた具体的事実を的確に分析して論じることが求められる。他方で、検察官の釈明した共謀の日にちが訴因の内容になるとした場合には訴因変更の要否の問題となり、設問に現れた具体的事実を的確に評価して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、おとり捜査の適法性について判断した最高裁判例（最決平成16年7月12日刑集58巻5号333頁。以下「平成16年決定」という。）を始めとするおとり捜査に関する正しい知識や理解があ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、訴因変更の要否について判断した最高裁判例（最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁、最決平成24年2月29日刑集66巻4号589頁。前者につき、以下「平成13年決定」と、また、後者につき、以下「平成24年決定」という。）や、共謀共同正犯において、裁判所が審理における争点として顕在化させることなく、検察官の釈明内容と異なる日にちに被告人が謀議へ関与した旨を認定したことの適法性が問題となった事案に関する最高裁判例（最判昭和58年12月13日刑集37巻10号1581頁。以下「昭和58年判決」という。）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、十分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、平成16年決定を意識しつつ、おとり捜査の意義に関する理解を示した上で、おとり捜査の法的性質及び適法性の判断基準について、おとり捜査が違法とされる実質的理由を踏まえて自己の見解を示し、本設問におけるおとり捜査の対象となった事件の内容、捜査の状況、捜査機関による甲への働きかけの態様、これに対する甲の言動など事例に現れた具体的事実を的確に拾い上げ、それぞれの事実の持つ意味を的確に評価し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2-1〕では、本問が訴因変更の要否の問題であることを把握した上で、訴因の本質を踏まえつつ、平成13年決定で示された訴因変更の要否に関する判断枠組みを的確に示し、その判断枠組みに従って、また、平成24年決定に示された判断も意識しつつ、まず、第1段階の検討として、放火の態様の変更が罪となるべき事実の特定に必要な事実の変動に該当するか否かを論じ、これに該当しないとして、次に、放火の態様が訴因に明示されていることを踏まえ、これが一般的に被告人の防御にとって重要な事実であるか否かを論じ、これに該当するとして、例外的に被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではなく、かつ、被告人にとって不利益であるといえない場合であるかについて、設問に現れた具体的事実を的確に抽出、分析し、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2-2〕では、公訴事実には共謀の日にちが記載されていないことを踏まえ、検察官が冒頭陳述で釈明した共謀の日にちが訴因の内容になるのかという問題の所在を的確に把握した上で、共謀共同正犯において、検察官が釈明した共謀の日にちが訴因になるのかという問題について、まず、一般的に検察官が釈明した内容が訴因の内容になるのか、なるとすればどのような場合に訴因の内容になるのかについて論じ、さらに、共謀共同正犯における共謀の日にちがこれに該当するのかについて論じた上で、共謀の日にちがこれに該当せず、したがって訴因変更は不要であるとしつつも、裁判所が被告人の防御の利益を考え、何らかの措置を講じる必要があるのではないかという問題を的確に示し、昭和58年判決を意識しつつ、どのような場合に被告人に対する不意打ちとして許されないかについて論じ、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思えるを得ない答案や、法原則や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、具体的事実に対する洞察が表面的で、そ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、おとり捜査の適法性を論じるに当たり、おとり捜査には、定義規定がなく、平成16年決定も、おとり捜査の意義について示した上で適法性を論じているのであるから、前提として、おとり捜査の意義に関する理解を示す必要があるところ、これを示さず、あるいは、的確な理解を示さないまま、おとり捜査の適法性を論じる答案が少なからず見受けられた。また、おとり捜査については、刑事訴訟法に明文規定がなく、平成16年決定も刑事訴訟法第197条第1項に基づき任意捜査として許容される場合がある旨判示していることから、おとり捜査の法的性質を論じることが求められるところ、大半の答案がおとり捜査の法的性質について論じているものの、その内容としては、強制捜査と任意捜査の区別の基準に関する一般論を大きく展開する一方で、おとり捜査が違法とされる実質的理由との関係を意識した論述ができていない答案は少なかつた。さらに、おとり捜査の適法性を判断する基準についても、おとり捜査の法的性質を任意捜査であるとした上で、任意捜査の限界の一般論としての必要性や相当性を提示するにとどまる答案が少なからず見受けられ、おとり捜査が違法とされる実質的理由を十分に踏まえて適法性

の判断基準及び判断要素を示している答案は少なかった。すなわち、おとり捜査を任意捜査であるとし、任意捜査であっても何らかの法益を侵害するおそれがあるために制約があるとした上で一般的に比例原則の適用を論じるとどまり、おとり捜査の必要性に対置される権利・利益に関する論述が欠如し、あるいは、その論述が不十分な答案が多く見受けられた。ここでは、おとり捜査が実質的に違法とされる理由について、不公正な捜査方法であるからとする考え方、国家が犯罪を創出し法益侵害を生じさせるからとする考え方、人格的自律・個人の尊厳に対する侵害があるからとする考え方などがあることを踏まえ、こうしたおとり捜査によって侵害され得る権利・利益を踏まえつつ、捜査の必要性との関係で比例原則を問題とする必要があるところ、その点を踏まえた答案は少なかった。また、平成16年決定に対する理解が不正確と思われる答案も少なからず見受けられた。すなわち、平成16年決定は、「少なくとも、直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、通常の見込み方法のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合に、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象におとり捜査を行うことは、刑法197条1項に基づく任意捜査として許容されるものと解すべきである。」としているところ、答案の中には、特に理由を示すことなく、前記判文にある「少なくとも」という文言を度外視し、同判文に記載された要素を充足する場合にのみおとり捜査が許されるとするものや、比例原則から必要性、相当性の要件を充足する必要がある旨記載した後、特に理由を示すことなく、平成16年決定が挙げた前記要素を要件として記載するものなど、それらの要素がおとり捜査の適法性判断に当たっていかなる意味で考慮されるのかについて正確に理解していないと考えられる答案が多く見受けられた。また、具体的な事実の抽出、評価においても、事実の拾い上げ自体が不十分な答案や、自己の結論と整合する事実を中心に拾い上げ、反対の結論に導き得る事実の拾い上げが不十分な答案が見受けられた。さらに、事実の羅列にとどまる答案や、一応事実を抽出、評価しているものの、例えば、捜査機関による甲への働きかけが強いと評価するとどまり、働きかけが強いことが違法方向に作用する理由について、おとり捜査が違法とされる実質的理由を踏まえた論述ができていないなど、事実に対する評価が不十分な答案が見られた。また、平成16年決定にいう「機会があれば犯罪を行う意思」の理解が不十分なため、これを故意と同一のものと考え、故意の有無という観点で評価している答案があったほか、事実と判断基準との結び付きが不十分な答案も見受けられた。さらに、本設問では、司法警察員Pは、甲からまずサンプルとして100グラムの大麻を譲り受けた際に甲を逮捕することができたものの逮捕せず、甲が10キログラムの大麻を持参したところで逮捕しているところ、この点について、おとり捜査が違法とされる実質的理由に遡って的確に検討している答案は少なかった。

〔設問2-1〕では、多くの答案が訴因変更の要否の問題であることを把握した上で、訴因変更の要否に関する判断枠組みについて自己の依って立つ見解を示すことはできていたが、その一方で、設問において、罪となるべき事実の記載が判示として十分かについて論じる必要はない旨記載されているにもかかわらず、判決が犯行態様を「何らかの方法」と認定している点を捉えていわゆる概括的認定の問題について論じる答案や、訴因変更の要否について論じることなく公訴事実の同一性の有無という訴因変更の可否の問題のみを論じる答案も少なからず見受けられた。同様に、訴因変更の要否について論じることなく、訴因の特定について論じる答案が見られた。また、訴因変更の要否について論じる答案については、おおむね平成13年決定を意識し、訴因と心証との間にずれの生じている事実が、罪となるべき事実の特定に必要な不可欠な事実か否かという第1段階の検討と、被告人の防御にとって重要な事実か否かという第2段階の検討に分けて論じている答案が多かったものの、その内容を正確に理解していない答案も少なからず見受けられた。例えば、前記のとおり平成13年決定は、第2段階の検討において訴因変更が不要となる例外を示しているところ、この例外を第1段階の検討において適用している答案が見られた。また、平成13年決定は、第2段階の検討において、一般的に被告人の防御にとって重要な事実か否かだけでなく、当該事実が訴因として明示されていることを要素として挙げているところ、特

に理由を示すことなく、その点に触れない答案も多く見受けられた。さらに、平成13年決定の判断枠組みを的確に使うことができている答案が見受けられた。例えば、第1段階の検討において、着火の方法が「石油ストーブを倒した」から「何らかの方法」に変わったことについて、十分な理由を示すことなく、それが罪となるべき事実の特定に必要な不可欠な事実の変動であるとする答案や、第2段階の検討において、十分な理由を示すことなく、被告人の防御にとって重要な事実の変動とはいえないとする答案、あるいは、前記のとおり平成13年決定によれば、第2段階の検討において、例外として訴因変更が不要とされる場合が示されているところ、特に理由も示さないまま、その点について論じていない答案もあった。さらに、前記第2段階の検討における例外に該当するか否かの検討において、本設問では、裁判所が証人である火災科学の専門家に対する補充尋問において、石油ストーブを倒す方法以外での着火の可能性について質問し、これに対し、同証人が可燃物に火をつけて散布された灯油に着火させることも考えられる旨証言し、同尋問終了後には、裁判所が検察官及び弁護人に対し、放火の態様に関して追加の主張、立証の予定があるか確認する手続を採っているところ、こうした事実を評価できていない答案や、被告人が放火の態様を争っていないから不意打ちの問題は生じないと評価するなど、不意打ちの理解が不十分な答案も散見された。

〔設問2-2〕では、共謀の日にちが訴因に明示されておらず、検察官が冒頭陳述において明らかにしたにすぎないところ、この点を意識せず、検察官の釈明した共謀の日にちが当然に訴因の内容になるかのように、最初から訴因変更の要否を論じる答案が多数あった。この点は、平成13年決定の示した第2段階の検討において、当該事実が訴因に明示されていることを要素としていることを理解していないため、〔設問2-1〕では、放火の態様が公訴事実で明示されていたのに対し、〔設問2-2〕では、公訴事実において、共謀の日にちが明示されていないという両者の違いに気付かなかったとも考えられる。また、逆に、検察官が共謀の日にちを釈明で明らかにしているにもかかわらず、共謀の日にちが訴因に明示されていないことから訴因の内容になっていないとして、検察官の釈明の効果論を論じない答案も見られた。さらに、本設問では、甲は共謀のみに関与し、検察官が主張する共謀の日にちにはアリバイがある旨主張し、その日の共謀の有無をめぐり当事者間で攻撃防御が繰り広げられていたにもかかわらず、裁判所がそれとは異なる共謀の日にちを認定したことが被告人に対する不意打ちにならないかが問題となること、そのような問題意識がないまま、共謀の日にちが訴因に明示されていないことから被告人にとって不意打ちにならないとする答案や、当事者間で共謀をめぐって争われていることから被告人に不意打ちにならないとする答案など、不意打ちの意味を理解していないと思われる答案も散見された。さらに、〔設問2-1〕では、訴因変更の要否について論じず、〔設問2-2〕において、初めて訴因変更の要否を論じる答案も見られた。

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、平成16年決定を意識しつつ、おとり捜査の意義に関する的確な理解を示すとともに、その法的性質及び適法性の判断基準について、おとり捜査が違法とされる実質的な理由についての自己の見解を踏まえて的確に論じた上で、事例に現れた具体的な事実を的確に拾い上げ、おとり捜査が違法とされる実質的な理由を意識しながら、これらを的確に分析、評価しながら適法性を検討している答案であり、〔設問2-1〕については、本設問が訴因変更の要否の問題であることを捉え、訴因の本質について論じた上で、平成13年決定に対する正確な理解を前提に、訴因変更の要否に関する判断枠組みを示し、各検討段階において、平成24年決定に示された判断も意識しながら、設問に現れた具体的な事実を的確に抽出、分析して結論を導いている答案であり、〔設問2-2〕については、検察官の釈明した共謀の日にちが訴因の内容になるか否かについての的確に論じた上で、これを否定する場合であっても、裁判所の措置が被告

人に対する不意打ちにならないかという点を問題とし、昭和58年判決を意識しながら、どのような場合に不意打ちとして許されないかという問題を的確に捉えた上で、事例に現れた具体的事実を的確に評価して結論を導いている答案である。

(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、おとり捜査の意義に関する理解を示し、その法的性質及び適法性の判断基準について論じているものの、おとり捜査が違法となる実質的理由との関係については、やや物足りなさが残り、また、設問に現れた具体的事実を抽出し、適法性の判断基準に当てはめているものの、抽出した事実に対する評価については、やや不十分な答案であり、〔設問2-1〕については、訴因変更の可否の問題であることを把握し、平成13年決定を意識しつつ、訴因変更の可否に関する判断枠組みについて論じているものの、平成13年決定の判断枠組みに対する理解がやや不正確なものや、設問に現れた具体的事実について、例えば、平成13年決定に従って検討しているものの、各検討段階における具体的事実の分析、評価にやや物足りなさが残る答案であり、〔設問2-2〕については、検察官が釈明した共謀の日にちが訴因になるかについて触れているものの、その論述にやや物足りなさが残るほか、検察官が釈明した共謀の日にちが訴因の内容にならないとしても、どのような場合に不意打ちとして許されないことになるのかについての論述に不十分さが残る答案である。

(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、おとり捜査の意義、法的性質及び適法性の判断基準については一応示した上、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おり、論述の過程において、おとり捜査が違法とされる実質的理由についての一応の理解がうかがわれるものの、おとり捜査の適法性の判断基準及び具体的事実への当てはめの両面において、おとり捜査が違法とされる実質的理由を踏まえた論述という面で不十分さがあり、おとり捜査の特性や本設問に現れた具体的な事実の抽出・評価に不十分さが認められる答案であり、〔設問2-1〕については、訴因変更の可否の問題であることは把握し、訴因変更の可否に関する判断枠組みについて一応示した上で、事例に現れた具体的事実に当てはめて結論を導き出すことはできているものの、平成13年決定に関する理解が不正確で、設問に現れた具体的事実の分析、評価も不十分な答案であり、〔設問2-2〕については、被告人に対する不意打ちが問題になることは把握し、事例に現れた具体的事実を評価して結論を導き出しているものの、検察官が釈明した共謀の日にちが訴因になるのかについての検討が不十分な答案である。

(4) 「不良の水準」に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、おとり捜査の適法性の判断基準を示さないまま、事例に現れた具体的事実を評価しておとり捜査の適法性に関する結論を導くような答案、〔設問2-1〕では、訴因変更の可否について論じることなく、いわゆる概括的認定の問題や訴因変更の可否についてのみ論じるような答案、〔設問2-2〕では、検察官が釈明した共謀の日にちが訴因の内容になるかについて検討せずに訴因変更の可否について論じ、かつ、事例に現れた具体的事実について十分な検討をしないまま、不意打ちの問題は生じないとするような答案、特に理由もなく〔設問2-1〕で訴因変更の可否を論じないで、〔設問2-2〕で訴因変更の可否を論じる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

このような結果を踏まえると、今後の法科大学院教育においても、刑事手続を構成する各制度の趣旨・目的について、基本的な最高裁判例を踏まえて、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、通常の見聞・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、破産者に対して債務を負担する者による相殺の可否について（設問1）、別除権者による破産債権の行使について（設問2）の基本的な理解と事例処理能力を問うものである。採点の主眼は、設問1においては、「破産債権」という破産手続の根幹となる概念や、相殺権と相殺禁止に関する規律内容及びその趣旨を正しく理解できているかどうかを確認するとともに、具体的事例や設問において与えられた事実関係を分析して問題点を把握した上、論理的かつ一貫性のある解釈に基づいて結論を導くことができているかどうか、設問2においては、不足額責任主義及び開始時現存額主義の内容とこれらに関連する規律を正しく理解できているかどうかにか置かれている。

第2問は、株式会社の民事再生に関する具体的事例を通じて、再生手続開始の決定をするための要件及びその趣旨について（設問1）、手形の商事留置権者による取立金の弁済充当の可否について（設問2）の基本的な理解と事例処理能力を問うものである。採点の主眼は、設問1においては、再生手続開始の決定に関する条文の構造や規律内容を正しく理解できているかどうかを確認するとともに、具体的事例や設問において与えられた事実関係から出題意図を的確に捉えた上、制度趣旨を踏まえて条文の解釈を展開しつつ、反対の結論となる事情にも目を向けながら、妥当な結論を導くことができているかどうか、設問2においては、再生手続における商事留置権の取扱い及びその根拠条文につき、破産手続における取扱いとの比較において正しく理解できているかどうかを確認するとともに、本件条項の有効性について、自らの考えを説得的に論じることができているかどうかにか置かれている。

なお、第1問、第2問ともに、考え方や結論が分かれ得る論点については、特定の考え方や結論を予定して配点に差を設けることはせず、自説の論拠が的確に示されているか否か、自説を論理的に展開して結論を導くことができているか否かに重点を置いて採点を行った。

3 採点実感等

(1) 第1問

ア 設問1

設問1は、破産者に対して債務を負担する者が、破産手続開始後に債権譲渡を受けた事例（小問(1)）、危機時期より前に締結した保証契約に基づいて破産手続開始後に破産者の保証人として主債務を全額弁済した事例（小問(2)及び(3)）について、破産者に対する請求権（相殺に係る自働債権）の破産手続上の取扱いに触れつつ、相殺の可否についての検討を求めるものである。

まず、小問(1)から(3)までに共通することとして、問題文に「相殺に係る自働債権が本件破産手続上いかなる債権として取り扱われるかに触れつつ」とあるにもかかわらず、自働債権が破産債権に当たることなどを説明することなく、直ちに破産法第72条の適用の有無を論じている答案が少なくなかった。このような答案は、問題文の指示を無視するものとして、基本的に「不良」に該当するものといえる。また、条文の構造として、同法第67条第1項の相殺権の保障の原則に対する制限として同法第72条の相殺禁止の規定が設けられているにもかかわらず、同法第67条第1項について何ら言及していない答案も散見されたが、このような答案も、設問に十分ないし適切に答えることができているものとして、低い評価にとどまっている。さらに、C社が破産債権の届出をしていないことを理由に破産債権の該当性を否定する答案も

一定数見られたが、このような答えは、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。破産債権の届出は、破産債権者が破産手続において議決権を行使したり、配当を受けることの前提として、破産債権の有無及び額を確定するために設けられた手続であって、ある債権が性質上破産債権とされることとは区別して考えるべきものである。なお、「対等額」や「破算」等の誤記のある答えが散見された。法令用語の正確性については、特に意識してもらいたい。

小問(1)については、破産手続開始前に生じた売掛金債権を自働債権とする相殺であるから、同債権が、破産法第2条第5項(第5号と誤って摘示している答えが散見された。)の「破産債権」に当たり、原則として相殺が可能である(同法第67条第1項)ことを指摘することになる。続いて、破産手続開始後の債権譲渡という同法第72条第1項第1号の典型的な適用場面であることから、同号による相殺禁止の趣旨に言及しつつ、「破産手続開始後」の取得であること、自働債権が「他人の」債権であることを指摘した上、結論として相殺が禁止されることを論ずることになる。本小問においては、特に論点はないことから、淡々と条文の文言に当てはめて結論を導くことが求められており、これに沿った答えは「良好」以上の評価となっている。他方、「他人の」債権であることを意識できていない答えが目についた。このような答案の多くは、小問(2)及び(3)において出題意図を十分に把握することができていないとの傾向も見られ、評価に差が付く結果となった。破産法第72条第1項第1号のポイントは、「他人の」破産債権を取得した場合とされていることにあり、これとの関係で、(無委託)保証人の事後求償権を自働債権とする相殺について、同号の「類推適用」の可否が問題とされるのである。また、破産債権については原則として相殺権の行使が許されることやその例外としての相殺禁止の趣旨について長々と論じている答案も散見されたが、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。さらに、少数ながら、自働債権が売掛金債権であることから、動産売買の先取特権(民法第311条第5号)が付着しているとして、別除権付の破産債権であるとの答案もあった。先取特権が成立するとしても、当該「特定の動産について」のみ効力を持つにすぎないのであるから、本小問との関係では特段の意味を持たないことに注意を要する。

次に、小問(2)については、破産手続開始前の保証契約に基づく求償権を自働債権とする相殺であるから、同債権が「破産債権」に当たり、原則として相殺が可能であることを指摘することになる。この点については、多くの答案において指摘することができており、「一応の水準」以上の評価となっているが、一步進んで、保証契約という破産手続開始前の原因に基づく「停止条件付権利」であることに言及することができていた答案や、破産法第70条を摘示することができていた答案はわずかであった。続いて、同法第72条第1項との関係では、「他人の」破産債権を取得したものではないことから同項第1号の適用はなく、また、委託保証人における相殺への期待は合理的なものであることから、相殺が可能であるとの結論を導くことが求められており、これに沿った答えは、その内容に応じ、「一応の水準」以上の評価となっている。この点につき、相殺への期待が合理的であると評価し得る実質的根拠や、他の破産債権者においても相殺を容認すべき理由について触れられている答案は、深い理解を示すものとして高い評価をしている。他方、自働債権が破産債権に当たるとした上、保証人による弁済が破産手続開始の申立てがあった後(支払不能になった後又は支払の停止があった後)にされていることから、同項第4号(第2号又は第3号)の適用があるとしつつ、保証契約の締結が同条第2項第2号の「前に生じた原因」に当たるとして相殺が可能であると結論付ける答案が目立った。このような答えは、停止条件付債権における条件の「成就」が破産債権の「取得」に当たると考えたものと理解することができるが、そうであるとしても、同条第1項第1号ではなく、第2号以下の規律を検討することにはならないものと考えられる(実際、このような答案の中に

は、小問(3)では、判例の考え方に沿って同項第1号の類推適用を検討するものが多く、理論的整合性に対する意識が乏しいと感じた。)同項第1号と第2号から第4号までの条文の構造の違い(後者についてのみ、同条第2項の適用が問題となる。)やその趣旨についての的確な理解が求められる。なお、問題文に「求償権400万円を自働債権として主張している場合」と明示されているにもかかわらず、弁済により代位するとして、原債権を自働債権とする相殺の可否を検討する答案も目に付いたが、このような答案は、問題文の指示に従っていないものとして「不良」に該当する。また、問題文を曲解したのか、B社とC社とはグループ会社であることから、そのような関係にあるB社の相殺に対する期待は保護すべきではないとして、相殺権の濫用を持ち出すなどして相殺を不可とする答案も見られた。しかしながら、破産法第72条の適用がないにもかかわらず、権利濫用の法理によって相殺権の行使が制限されるべき場面は極めて限定的であると考えられることから、このような答案も、低い評価にとどまっている。

小問(3)については、解答に当たっての思考の進め方として、最判平成24年5月28日民集66巻7号3123頁[倒産判例百選<第6版>70事件]の知識があることを前提に、その判例で示された考え方に沿って、無委託保証人の求償権も破産債権に当たるとしつつ、破産法第72条第1項第1号の類推適用により、相殺権の行使が禁止されるとの結論を導くことが考えられる。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、特に、相殺を認めることは、破産者の意思や法定の原因とは無関係に破産手続において優先的に取り扱われる債権が作出されることを認めるに等しく、委託保証人の求償権と同様に解することは相当でないとの利益衡量が示されていたことは高く評価することができる。加えて、「他人の」破産債権を取得したものではないことから同項第1号の直接適用はできないことを明示する答案、無委託保証人の相殺に対する期待につき、委託保証人(小問(2))との比較の視点が示されている答案、破産手続開始後に、破産者の意思に基づくことなく破産債権を行使する者が入れ替わった結果相殺適状が生ずる点において、破産手続開始後に他人の債権を譲り受けて相殺適状を作出した上同債権を自働債権としてする相殺に類似することから、同号を類推する基礎があることを丁寧に指摘する答案については、的確かつ深い理解がうかがえるものとして、より高い評価をしている。他方、上記判例の事案は、その原審、第一審との間で結論が分かれたものであり、結論として相殺を可能とする考え方も成り立つところであるし、仮に相殺を認めるべきではないとの結論を採るにしても、上記判例の考え方とは異なり、無委託保証人による求償権は破産債権には当たらないとの考え方も成り立つところである。こうした答案も一定数見られ、その内容に応じて評価をしているが、判例とは異なる考え方、結論を採るのであれば、判例が存在する以上、まずは判例の考え方に言及することが必要であり、その上で、特に、主債務者による委託の有無という違いが破産債権該当性(求償権の法的性質)や相殺の可否(相殺への合理的期待を判断するに当たっての利益衡量)との関係でどのような影響を及ぼすのかといった点につき、関係する条文の構造及びその趣旨のほか、小問(2)における解答との理論的整合性も意識しつつ、より説得的な論証が求められよう。

なお、ここで、解答に際しての判例への言及について触れておきたい(昨年の租税法の採点実感において指摘されていたことを引用させていただく)。司法試験の解答に際しては、論点について判例がある場合、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、原則として必要である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、答案における判例への言及といっても、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。

イ 設問2

設問2は、破産者所有の不動産と物上保証人所有の不動産とに共同抵当が設定された事例を通じて、不足額責任主義及び開始時現存額主義の内容とこれらに関連する規律についての知識を有していることを前提に、別除権者が最後配当に参加するために採るべき手続についての説明と、配当額の計算の基礎となる破産債権の額についての説明を求めるものである。

小問(1)については、解答に当たって、まず、破産者所有の乙建物に設定された抵当権が破産法第2条第9項(第9号と誤って摘示している答案が散見された。)の別除権に当たる(又はE銀行が同条第10項の別除権者に当たる)ことから、同法第65条第1項により、破産手続によらないで行使することができ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」にあるものと評価している。なお、破産者所有の乙建物に設定された抵当権が同条第2項の別除権に当たるとする答案が少なからずあった。恐らく、同法第108条第1項に「第65条第2項に規定する担保権」との文言があることに引きずられたものと思われるが、この文言は、単に、同法第65条第2項冒頭の「担保権(特別の先取特権、質権又は抵当権をいう。)」を指すものとして用いられているにすぎない。このような誤りは、普段から条文の文言を意識していないことの現れともいえる。仮に、甲土地が破産者所有でないことからあえて同条第2項を摘示したのだとすれば、別除権については破産財団といった破産法における基本的な概念についての理解を欠いているとの疑いも生じるところである。次に、不足額責任主義の内容として、同法第108条第1項を摘示して、別除権者は、その被担保債権について、別除権の行使によって弁済を受けることができない債権の額についてのみ、破産債権者としてその権利を行使することができることを指摘する必要がある。この点についても、多くの答案で一応触れられており、その内容に応じ、「一応の水準」以上にあるものと評価したが、解答時間が不足したためか、十分な論証ができていない答案も目に付いた。最後に、本小問の結論となる部分については、同法第198条第3項を摘示して、別除権者が被担保債権である破産債権について最後配当の手続に参加するには、最後配当に関する除斥期間内に、破産管財人に対し、当該別除権に係る被担保債権の全部若しくは一部が破産手続開始後に担保されないこととなったことを証明し、又は担保権の行使によって弁済を受けることができない債権の額を証明しなければならないことを説明する必要がある。この点は、多くの答案において、条文を摘示しながら説明することができており、その内容に応じ、「一応の水準」以上にあるものと評価した。他方、本小問においては、確定不足額を証明する資料として担保不動産競売手続における配当表を提出することが考えられ、この点についての言及を想定していたが、そのような答案はほとんどなかった。なお、同法第111条を摘示して、破産債権の届出について論じている答案が散見されたが、問題文から破産債権の届出をしたことが前提とされていることから、評価の対象とはしていない。答案の作成に当たっては、何が問われているのかを正確に把握する必要があるが、これは法曹実務家になるための基本的な素養の一つであるから、是非意識してもらいたい。

小問(2)は、配当額の計算の基礎となる破産債権の額についての具体的な検討を求めるものであるが、解答に当たっては、破産者所有の乙建物に設定された抵当権の実行による配当額と物上保証人所有の甲土地に設定された抵当権の実行による配当額とを区別して検討する必要がある。しかしながら、大半の答案において、これらの区別がついておらず、配当額の合計である5000万円全額を控除する(又は控除しない)と結論付けていたことには驚かされた。

まず、乙建物に設定された抵当権との関係では、不足額責任主義の内容とその趣旨に触れつつ、乙建物の売却代金からの配当額(1000万円)は控除されると説明することになる。他方、甲土地に設定された抵当権との関係では、その所有者Dは物上保証人であることから、破産法第104条第5項が準用する同条第2項を摘示して、開始時現存額主義の内容及びその趣旨に触れつつ、甲土地に設定された抵当権の実行によっても被担保債権の全額は消滅していないことを明示した上、甲土地の売却代金からの配当額(4000万円)は控除されないと説明

することになる。そして、これらを踏まえ、配当額の計算の基礎となる破産債権の額は、破産手続開始決定時の本件貸金債権の残額8000万円から上記1000万円を控除した7000万円であると結論付けることになる。このように、乙建物に設定された抵当権と甲土地に設定された抵当権とを区別して検討することができていれば、おおむね「一応の水準」以上の評価となっているが、上記のとおり、大半の答案ではこのような区別がついていなかったため、評価に大きな差が生ずることとなった。なお、このような区別はついているものの、債権者間の公平・平等を強調するあまり、開始時現存額主義は妥当しないとして、やはり5000万円全額を控除するとの結論を採る答案も散見されたが、低い評価にとどまっている。

(2) 第2問

ア 設問1

設問1は、具体的事例を題材に、民事再生法所定の再生手続開始に関する要件及びその趣旨を踏まえ、裁判所が再生手続開始の決定をすることができるかどうかについての検討を求めるものである。解答に当たっては、再生手続開始の申立てにつき、再生手続開始の原因（同法第21条）があれば、申立ての棄却事由（同法第25条）がある場合を除き、再生手続開始の決定をする（同法第33条第1項）との構造がとられていることを、これらの条文を摘示して言及した上、①又は②の事情がある場合のそれぞれにつき、どの要件が問題となるかを意識しながら、条文の趣旨を踏まえた解釈を展開し、開始の決定をすることの可否についての結論を示すことが求められる。このような流れで論じることができていれば、その充実度に応じ、「一応の水準」以上の答案と評価することができるが、残念なことに、そのような答案は半数程度にとどまっている。また、条文の摘示、そこから導かれる要件の摘示、趣旨を踏まえた条文の解釈、具体的な事実を評価した上での要件への当てはめといった一連の過程を経ないで、単に、問題文に掲げられている事実を抜き出して、形式的に条文の文言に当たる（又は当たらない）とする答案が目立った。この点は評価に大きな差が付くところでもあるため、是非改善してもらいたい。さらに、問題文において、「①、②のそれぞれにつき」論じることが指示され、「各事情はそれぞれ独立したものであるとする。」との断りもされていたにもかかわらず、これらを見捨て、①及び②の事情を一体として検討する答案も見られた。問題文をよく読んだ上で解答してもらいたい。

再生手続開始の決定に関する条文の構造を踏まえると、①又は②の事情を検討する前提として、再生手続開始の原因があることを示す必要がある。具体的には、民事再生法第21条第1項前段において、「債務者に破産手続開始の原因となる事実の生ずるおそれがあるとき」に再生手続開始の申立てをすることができることとされていることから、事例に掲げられた具体的な事実を照らし、破産手続開始の原因のうち「支払不能」（破産法第15条、第2条第11項）のおそれがあることを示すことになる。この点についても、条文（条のみならず、項や号まで正確に摘示することが望まれる。）を逐一摘示し、的確に論じることができていた答案は必ずしも多くはなかった。他方、支払不能の「おそれ」ではなく支払不能そのものを認定しているもの、支払停止（のおそれ）を検討しているもの、民事再生法第21条第1項後段の該当性を検討するもの、①において破産手続開始の申立てがされていることから開始原因があるとするもの、更には開始原因について何らの言及もないものが散見されたが、これらの答案は、条文や基本的概念の理解が不十分であるといわざるを得ず、低い評価にとどまっている。

次に、①の事情がある場合については、既に債権者による破産手続開始の申立てがされていることから、民事再生法第25条第2号に該当するか否かを検討することになる。解答に当たっては、まず、同号の問題であることを明示した上、同号の規律に則し、破産手続等が係属していること、その手続によることが債権者一般の利益に適合することの二つの要件及びその趣旨について論じる必要がある。多くの答案では、これらに一応触れられており、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。他方、メインバンクが破産手続開始の申

立てをしていることから、再生計画案の可決の見込みがないとして同条第3号の該当性を検討する答案もあったが、問題文中に再生債権額（議決権額）に関する記載はないことから出題意図を外すものといわざるを得ず、低い評価にとどまっている。続いて、これらの要件について、破産手続開始の申立てがされていれば足りること、債権者一般の利益とは清算価値保障の原則を表したものであることを論ずることになるが、前者について言及することができていた答案は少なかった。かえって、破産手続開始の決定がされていないことから第2号の要件を満たさないものと考え、第3号の該当性を検討する答案も散見された（そのような答案であっても、同法第174条第2項第4号の「再生債権者の一般の利益に反する」との文言を介して清算価値保障の原則について論じることができていれば、その限度で配点した。）。また、清算価値保障の原則について言及している答案であっても、それが「債権者の一般の利益に適合する」との文言との関係で的確に論じることができていないものが目立った。さらに、清算の前に再建の機会を与えるべきであるとの観点から、一般的に、破産手続との関係では再生手続が優先すると考えられていることとの対比において、第2号はその例外的な規律であることが意識されている答案も少なかった。最後に、①の事情がある場合の結論としては、低額の売上げしか見込めない再生計画内の収益弁済によるよりも、事業の継続を断念して土地を売却する方が、はるかに高額の配当が見込まれるというのであるから、破産手続によることが債権者一般の利益に適合するとして、民事再生法第25条第2号に該当し、再生手続開始の決定はすることができないと結論付けることが求められる。多くの答案では、このような流れで結論を導くことができていたが、それでもなお再生手続を優先させるべきであるとして、開始の決定をすることができるとする答案も一定数見受けられた。このような答案は、低い評価にとどまっている。

②の事情がある場合については、事業譲渡代金の額では一般優先債権である滞納国税の全額を支払うことができない状況にあるため、このままでは再生債権の弁済ができず、再生計画が作成できないおそれがあるとして、民事再生法第25条第3号に該当するか否かを検討することになる。解答に当たっては、①の事情がある場合と同様、同号の問題であることを明示した上、同号の規律に則し、再生計画案の作成若しくは可決の見込み又は再生計画の認可の見込みがないことが明らかであるとの要件とその趣旨について論ずる必要がある。多くの答案が、第3号の問題であると捉えることができていたが、設問において与えられた事実関係から、同法第174条第2項第2号の「再生計画が遂行される見込みがないとき」に当たり得るとして、再生計画案の「作成」ではなく再生計画の「認可」の見込みについて検討するものが目立った。そのこと自体で配点に差を設けることはしなかったが、手続の段階としては、再生計画の認可よりも前に再生計画案の作成が問題となることに考えをめぐらせてほしいところである。また、同法第25条第3号が、見込みがないことが「明らか」であることを要求している趣旨についての的確な言及ができていないものも多かった。この点は、民事再生法制定の際の重要な検討項目であり、実務に与えた影響も大きいものがあるので、十分意識してもらいたいところである。続いて、②の事情がある場合の結論としては、延滞税について分納の合意があることや事業譲渡代金についても増額される見込みが十分にすることに照らすと、基本的に、見込みがないことが「明らか」とはいえないとして、第3号の要件は満たさないとの方向となろう。多くの答案では、このような流れで論じることができていたが、当てはめについて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、滞納国税は一般優先債権であり、再生手続によらないで随時弁済されること（同法第122条第1項及び第2項）の指摘を欠くもの、延滞税について分納の合意ができる見込みがあることから直ちに再生計画案の可決の見込みがあると論ずるもの（一般優先債権者に議決権があるかのような疑いが生じる。）が多かった。他方、積極、消極の双方の事実を拾いつつ、反対の結論となる事情にも目を向けながら丁寧に当てはめを行っている答案は、出題意図を的確に捉えているものとして高い評価をしている。また、開始の決定をすることができるとの結論を採るのであれば、同法第25条第1号、第2号及び第

4号に該当する事情はうかがわれないことに言及する必要があるが、この点は、おおむね言及することができていた。なお、再生計画によらない事業譲渡の要件（同法第42条、第43条）について論じている答案も少なくなかったが、本設問で問題となっている再生手続開始の条件としての再生計画案の作成等の見込みの考慮要素として論じることは相当でないと考えられる。

イ 設問2

設問2は、取立委任を受けた約束手形につき商事留置権を有する銀行が、再生手続開始後の取立てに係る取立金を銀行取引約定に基づき債務の弁済に充当することができるかどうかについて、破産手続における取扱いとの相違を含めた検討を求めるものである。最判平成23年12月15日民集65巻9号3511頁〔倒産判例百選<第6版>54事件〕を題材とするものであったにもかかわらず、上記判例に言及することができている答案は極めて少なかったばかりか、本件条項の有効性が問題となることに気付くことができていない答案や、更には、破産手続又は再生手続における商事留置権の取扱いとその根拠条文という基本的な事項ですら正確に論じていることができていない答案が目立ち、設問1と比較して、適切に解答できていると評価し得る答案は少なかった。逆に、短い論述であっても、これらの基本的な事項を正確に論じ、本件条項の有効性が問題となることに言及することができていれば、相対的に高い評価となり、大きく差が付く結果となった。なお、問題文の「相殺禁止について言及する必要はない。」との指示に引きずられたためか、相殺の可否について長々と論じた答案もあったが、相殺の可否は、基本的に、弁済充当が否定された後に問題となるものと考えられるから、本設問において論じる必要はない。

解答に当たっては、まず、民事再生法第53条第1項を摘示して、再生手続においては、商事留置権は別除権として扱われるものの、優先弁済権までは与えられていないことを指摘した上、本件条項の有効性が問題となることに言及する必要がある。これらのうち、同項の摘示とともに別除権として扱われることや、民事再生法には破産法第66条に相当する条文がないことは多くの答案で触れることができていたが、優先弁済権までは与えられていないことを明示していた答案はそれほど多くなく、優先弁済権が与えられていないからこそ本件条項の有効性が問題となるということに考えが及んでいない答案が目立った。多くの答案は、民事再生法第53条第2項を摘示しつつ、別除権は再生手続によらないで行使することができることをもって弁済に充当することができる結論付けるものや、優先弁済権が与えられていないことを明示することができていても、そのことから直ちに本件条項は無効であると結論付けるものなど、短絡的な思考にとどまっていた。本件条項の有効性については、肯定、否定の両論が考えられるところであり、上記判例が存することを踏まえて自らの考え方を論ずることが求められていたが、上記のとおり、上記判例の指摘やその判旨を前提とした論述がされている答案は極めて少なかった。辛うじて「別除権の行使に付随する合意」であることに言及できていた答案が見られたが、それさえも不正確な答案や、いわゆる倒産解除特約と混同した答案も散見された。他方、少数ながらも、取立金が商事留置権の対象となることから、通常は再生計画の弁済原資に充てることを予定し得ないことや、同法第88条や第94条第2項の規律を挙げて別除権者の手続参加について言及している答案もあり、これらの答案は、的確な理解を示すものとして高い評価としている。

破産手続においては、破産法第66条第1項により、破産手続開始の時に破産財団に属する財産につき存する商事留置権は、破産財団に対しては特別の先取特権とみなされることから、再生手続とは異なり優先弁済権が与えられていること、商事留置権は、別除権（同法第2条第9項）に当たることから、破産手続によらないで行使することができる（同法第65条第1項）ことを指摘することになる。これらの点については、再生手続における取扱い等と比較して、多くの答案で一応の論述ができており、その正確性等に応じ、「一応の水準」以上に

あるものと評価した。しかしながら、同法第66条第1項の文言上、先取特権と「みなす」とされていることへの理解が不足しているためか、「特別の先取特権となる（と扱われる）から別除権には当たらない」とする理解不能な答案が散見されたほか、問題文中、他に競合する特別先取特権は現れていないにもかかわらず、同条第2項に言及する答案も一定数見られた。次に、破産手続において、商事留置権に優先弁済権があるからといって、法律に定められた方法によらない任意処分としての弁済充当まで直ちに認められることにはならないことから、やはり本件条項の有効性が問題となることに言及することが求められるが、そこまで言及することができていた答案はほとんどなかった。この点に関連する判例として、最判平成10年7月14日民集52巻5号1261頁〔倒産判例百選<第6版>53事件〕があり、この判例を意識したと思われる答案もあったが、留置的効力に関する論述にとどまっており、銀行による取立てや弁済充当の可否について論じられていたものは極めて少なかった。また、再生手続においては弁済充当を認めながらも、破産手続においてはこれを否定するとの結論を採る答案もあったが、このような答案は、清算型手続と再建型手続の意義についての基本的な理解ができていないものといわざるを得ない。

なお、本設問では、「充当することができるか」を問うているのであるから、「充当することができる（又はできない）」と答えるべきであるにもかかわらず、「請求できる」「相殺できる」「D銀行の主張は認められる」などとする答案が散見された。細かい点ではあるが、設問に対して正面から解答するという姿勢は常に意識してもらいたい。

4 今後の出題について

本年度の問題は、取り上げた制度、論点ともに破産法及び民事再生法についての基本的な事項に関するものとした上、主として、基礎的な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ができているかを問うものである。

今後も出題方針について特に変更すべき点はなく、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

この採点実感を一読すれば分かりますとおり、解答に当たっての思考の端緒となるものは、実定法の条文である。条文の重要性は、倒産法に限ったものではないし、ここで改めて指摘するまでもない。しかしながら、明文の規定があるにもかかわらず条文を摘示しない答案や、条文番号や規律内容の摘示が不十分、不正確な答案が非常に目立った。今後の法科大学院教育においては、学生に対し、まず、条文の重要性を十分に意識させて、こまめに、かつ正確に条文を引用する習慣を身に付けさせることが強調されるべきであろう。

そして、次の段階として、倒産法における基本的な条文、判例及び学説を断片的・概括的ではなく、その趣旨に遡って正確に理解をした上、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る。さらに、具体的な事例において与えられた事柄を正確に整理・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。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、上記の知識の習得や能力の涵養を実現するための教育を期待したいところである。

なお、当然のことではあるが、司法試験は、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。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、依然として少なからず存在する。そのような答案については、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、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りかねない（特に、条文番号や法令用語については、判読ができない限り、正確に理解できていないものと評価せざるを得ない。）。受験生においては、答案は他人が読んで採点するものであることを十分意識して、是非改善してもらいたい。

令和4年司法試験の採点実感（租税法）

1 出題の趣旨・狙い等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点実感等

[第1問] (配点：50)

本問は、所得税法第56条における必要経費の算入主体（設問1）、代償分割の場合の代償金の取得費の算入の可否と代償金を受けた側の課税関係（設問2）、保証債務履行時の求償不能額の所得税法第64条第2項による課税所得からの除外（設問3）について問うものである。

<設問1>

設問2が難しいので、バランスをとるために設問1で所得税法第56条をそのまま当てはめることを要求した。しかし甲土地に関して第56条に言及した答案が半分ほどであり、更にその半分ほどしか第56条前段後半の「その親族のその対価に係る各種所得の金額の計算上必要経費に算入されるべき金額は、その居住者の当該事業に係る不動産所得の金額、事業所得の金額又は山林所得の金額の計算上、必要経費に算入する」を理解していなかった。

乙土地に関しては固定資産税が所得税法第45条第1項各号に該当しないことが解答の前提となるが、無視できない割合の答案が固定資産税は第45条第1項第4号の地方税に当たるので必要経費に算入できないと論じていた。更に、「家事費」は第45条第1項第1号だけであるところ、第45条第1項全体が「家事費」に関する規定であるという理解に基づく答案も無視できない割合で存在した。

所得税法第56条にしても第45条にしても、落ち着いて条文をそのまま読解できていないという点で差が付いてしまった。なお、必要経費に関しては必ず第37条第1項に則して論じてほしいところであるが、本問で第37条第1項前半の直接費用に該当するとした答案も少なくなかったのは残念であった。

設問1に関しては所得税法第56条前段後半も理解できている答案が「良好」又は「優秀」と評価され、第56条は理解できていないが第37条第1項と第45条第1項各号との関係を理解できている答案が「一応の水準」と評価され、そもそも固定資産税の必要経費算入の可否という論点に至っていない答案が「不良」と評価された。

<設問2(1)>

設問2に関わる最判平成6年9月13日判時1513号97頁に触れたことがなくとも論理を展開できるように、民法第909条本文というヒントを記した。この狙いは奏功し、多くの答案が、設問2(1)において代償金の取得費不算入、(2)において取得費算入という計算を導くことができていた。また所得税法第60条第1項第1号によるAからの租税属性の引継ぎについても多くの答案が理解できていた。

差が付いたのは、所得税法第33条に書かれているとおりに計算できるか、前提として第33条の用語を理解できているか、という単純なところであった。譲渡総収入金額－取得費等＝「譲渡益」（第33条第3項柱書）であり、譲渡益－50万円＝「譲渡所得」（第33条第3項、第4項）であり、長期譲渡所得については第33条第3項第2号、第22条第2項第2号により半額が課税総所得金額に算入される、という手順であるところ、譲渡総収入金額－取得費等を譲渡所得と呼んだり譲渡総収入金額－取得費等－50万円を譲渡益と呼んだりする答案が続出した。また、令和3年の採点実感でも注意したが、第22条第2項第2号で半額にしてから第33条第4項の50万円を控除している答案も無視できない割合で存在した。第33条の条文どおりの計算手順を改めて確認していただきたい。

相続登記費用16万円については、不動産所得の必要経費に当たると考えるか否かで取得費算

入の可否が変わる（実務上の扱いもゴルフ会員権贈与事件・最判平成17年2月1日判時1893号17頁を機に変わったところである）ので、結論では差が付かないところ、ゴルフ会員権贈与事件及び支払利子付随費用判決・最判平成4年7月14日民集46巻5号492頁における取得費の画し方を再現できている答案が期待より多かった。

<設問2(2)>

最判平成6年9月13日判時1513号97頁を批判する説（別の文脈で判例は最判平成21年12月10日民集63巻10号2516頁のように必ずしも民法第909条本文の遡及効を重視していないという事情もある）は、遺産分割協議によりCの相続に係る共有持分が代償金を対価としてBに移転したという法律構成を採用する。しかし、遺産分割協議により甲土地全体の移転が起きた、という誤解に基づいた答案が少なからず存在した。

Q説の肝は、BがAから引き継ぐ租税属性が半分だけであり、取得費1500万円のうち750万円だけを引き継ぐというところにある。ここは条文だけでは読み取れないので難しいし、半分ほどができていなかったが仕方ないところである。不思議なのは、設問2(3)の租税属性引継は理解できているのに設問2(2)の租税属性引継が理解できていない答案が無視できない割合で存在したことである。

<設問2(3)>

P説に関してはほとんどの答案が完答できていた。逆にQ説に関しては半分ほどの答案が900万円の譲渡益と答えてしまっていた。

設問2に関しては、P説とQ説との違い、すなわち、Aからの租税属性の引継ぎ方の違いを理解できている答案が「優秀」と評価され、その理解は危ういが所得税法第33条の計算手順は条文に忠実に書いている答案が「良好」と評価され、第33条の計算手順が怪しい答案が「一応の水準」と評価され、代償金の取得費算入の可否と民法第909条との関係が理解できていない答案が「不良」と評価された。

<設問3>

設問3は所得税法第64条第2項の理解が前提となるところ、期待していたよりも多くの答案が理解できていたし、更に、期待していたよりも多くの答案が札幌高判平成6年1月27日判タ861号229頁又はさいたま地判平成16年4月14日判タ1204号299頁の着眼点を再現できていた。

残念なことに、所得税法第64条第2項についての論述でストップしてしまい、問題文の「譲渡益がどのようにBの課税総所得金額に算入されるか」を論じてない答案が続出した。

設問3に関しては、所得税法第64条第2項の当てはめも譲渡所得の計算もできている答案が「優秀」又は「良好」と評価され、譲渡所得の計算はできていない答案が「一応の水準」と評価され、第64条第2項に思い至らなかった答案が「不良」と評価された。

第1問を通じた成績としては、「優秀」答案が例年より多かった一方で、分散が大きく、「良好」「一応の水準」答案が例年より少なく、「不良」答案は例年並み、という分布であった。

[第2問]（配点：50）

本問は、所得税における所得分類（設問1）、損害賠償金を支払った場合の必要経費該当性（設問2）、過大収入とその返金に係る法人税法上の益金及び損金の取扱い（設問3、4）、退職所得に対する課税（設問5）について問うものである。

<設問1>

設問1については、おおむねよくできていたが、以下の点が若干気になった。

第1に、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頁は、事業所得の意義として「自己の計算と危険において独立して営まれ、営利性、有償性を有し、かつ反覆継続して遂行する意思と社会的地位とが客観的に認められる業務から生ずる所得」、給与所得の意

義として「雇傭契約又はこれに類する原因に基づき使用者の指揮命令に服して提供した労務の対価として使用者から受ける給付」と述べる。多くの答案がこの判例に則して論述をしていたが、事業所得に関して「独立して営まれ」という部分を欠いている答案がなぜか散見された。

第2に、上記の「自己の計算と危険において」という言葉を必ずしも理解していない答案が散見された。これは、自己の行為から生じる損益が全て自分自身に帰属し、自己に損失が生じる危険があることを指す。本問の事例に即して言えば、AがB社の顧客に対して直接責任を負うかどうかといったこととは関わりがない。

その他、雑所得に当たる可能性について触れた答案がいくつかあった。所得分類の問題に答える際には、このように該当する可能性のある各種所得を全て挙げて考慮することが望ましい。

また、Aが支給された委託手数料が給与所得に当たるとした場合には、Aが負担した費用の実額控除が認められないという指摘があることを期待していたが、そのような答案はほとんどなかった。

設問1に関しては、①事業所得及び給与所得の意義を正確に示し、②問題文に挙げた事実関係を適切に考慮して当てはめた答案が、「優秀」又は「良好」と評価され、①又は②の一方を欠く答案が「一応の水準」と評価され、①及び②ともに記述が不十分である答案が「不良」と評価された。

<設問2>

設問2に関しては、設問1において事業所得とする立場を採るか、給与所得とする立場を採るかで解答の仕方が変わってくるが、いずれにしても法令の規定を説明し、事例をそこに当てはめて結論を導くといった丁寧な論述が求められる。

なお、ここでも、第1問と同様に、所得税法第45条第1項全体が「家事費」に関する規定であるとする答案がいくつかあった。

上記のとおり丁寧な論述をした答案が「優秀」又は「良好」と評価され、これが十分ではなく単に結論のみを書いたような答案は「一応の水準」又は「不良」と評価された。

<設問3>

設問3に関しては、そもそもこれが年度帰属に関する問題であることに気が付いていない答案、すなわち、単に「益金又は損金に算入される」とするだけで、「～年度の」という記述を欠く答案が少なくなかった。法人税における益金又は損金についての問題に答えるときには、常に～年度の益金又は損金に当たるのかということを意識してほしい。

また、年度帰属について答えていても、金銭の支払時点をそのまま損金及び益金の計上時期として、事例の法的問題を考慮に入れていない答案も少なくなかった。法人税においても、その課税関係は、私法上の法律関係を前提とする。私法上の法律関係が課税関係にどの程度直接的に反映されるかは、事例によって異なるが、これを考慮に入れることは不可欠である。

その他、過収電気料金について特に触れずに精算金についてのみ論じた答案や、損金の額が減額されることと益金の額が計上されることを区別していない答案がいくつかあった。また、過収電気料金や精算金について、無償取引や寄附金に当たるかどうかを論じた答案があった。これらの答案を見ると、法人税の基礎についての理解が未だ十分ではないという印象を受ける。

設問3では、上記の点を考慮して解答をしたかどうかによって、評価にかなりの差が付いた。事例の法的問題を適切に考慮して年度帰属の点に答えた答案が「優秀」又は「良好」と評価され、年度帰属について意識しているが法的問題の考慮が十分でない答案が「一応の水準」と評価され、年度帰属について意識していない答案や法的問題を考慮していない答案が「不良」と評価された。

<設問4>

設問4についても、設問3と同様の指摘ができる。例えば、事例の法的問題を考慮しているかどうかという点に関して、過収電気料金について、特に説明もなく令和2年度に権利が確定している等と述べる答案があった。

また、設問3との違いとして、B社は令和2年中に過大に受け取った電気料金を、令和3年中に精算金として返金している。この点を意識して、利息制限法違反利息事件・最判昭和46年11月9日民集25巻8号1120頁等を挙げて解答をしている答案等は、相応の評価がされた。

設問3と同様に、事例の法的問題を適切に考慮して年度帰属の点に答えた答案が「優秀」又は「良好」と評価され、年度帰属について意識しているが法的問題の考慮が十分でない答案が「一応の水準」と評価され、年度帰属について意識していない答案や法的問題を考慮していない答案が「不良」と評価された。

<設問5>

設問5は、退職所得に関する基本的な出題である。退職所得という所得分類が設けられている趣旨・目的についてはおおむね答えられていたが、金額の計算については、以下の点が気になった。第1に、退職所得の金額の計算方法を十分に理解していない答案が少なくなかった。具体的には、本問におけるDの退職所得が「短期退職手当等」（所得税法第30条第4項）に当たるとする答案や、そのような説明なしに所得税法第30条第2項第2号を当てはめて退職所得の金額を計算する答案があった。また、退職所得控除額を40万円とする答案もいくつかあった。

第2に、設問5に関しては、解答時間の関係かもしれないが、雑な記述が目立った。「老後の糧」を「労後」と書いた答案がかなりあったことや、40万円×13年の掛け算を誤った答案がいくつかあったことには驚かされた。

設問5に関しては、上記のような誤りなく①退職所得の趣旨・目的、②金額の計算、③徴収手続（所得税法第199条による源泉徴収）について解答した答案が「優秀」又は「良好」と評価され、②又は③の記述が誤まっているか不十分である答案が「一応の水準」と評価され、②及び③の記述がどちらも適切でない答案が「不良」と評価された。

第2問を通じた成績としては、「良好」又は「一応の水準」に当たる答案が例年より多く、「優秀」又は「不良」答案が例年より少ないという分布であった。

3 今後の出題について

本年は、第2問設問3及び4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) 条文に即した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ころであるが、本年においても条文を素直にそのまま適用できていない答案が続出した。

本年の第1問では、所得税法第56条、第33条について、そもそも条文に書かれているとおりに論述したり計算したりすればよいというだけのところで、差が付いた。特に第33条については、「総収入金額」「譲渡益」「譲渡所得」「取得費等」「取得費」といった語がどのように用いられているか、確認していただきたい。

第2問では、前述のとおり、設問3及び4において、年度帰属について意識しているか、法的問題を考慮しているかという点で差が付いた。これは法人税の基礎に関わる論点である。

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、条文に即して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3の所得税法第64条第2項に関する事実認定と当てはめが期待以上によくできていた。一方で、設問1ではボーナス問題のつもりであった第56条の事実関係に気が付かない答案が続出し、また、設問2では、土地の値段が上昇し続けている事案であるのに譲渡損失が算出されてしまうという奇異な結果を放置する答案が続出した。

第2問では、設問1の所得分類に関する事実関係の当てはめはおおむねよくできていた。他方で、設問3及び4に関しては、益金及び損金の額を事例に即して考えるという点が必ずしも十分ではなかった。

(3) 判例・裁判例の学習

第1問では、設問1に関する弁護士夫婦事件・最判平成16年11月2日判時1883号43頁、設問2に関する前掲ゴルフ会員権贈与事件・前掲支払利子付随費用事件、設問3に関する札幌高判平成6年1月27日判タ861号229頁又はさいたま地判平成16年4月14日判タ1204号299頁を意識した答案は良い評価を得た。

第2問では、設問3及び4に関して、相栄産業事件・最判平成4年10月29日訟務月報39巻8号1591頁を学習していたかどうかで、評価に大きな差が付いた。

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及び設問2に関しては、前述のとおり、所得税法第56条と第33条に書かれているとおりに論述したり計算したりできるかどうかで差が付いた。

第2問設問5に関しては、前述のとおり、退職所得金額の計算に関して、所得税法第30条の規定の読み取りができていない答案がかなりあった。

基礎知識として、例えば第1問設問1の固定資産税は司法試験の範囲外ではあるが、固定資産税が所得税法第45条第1項第4号の「地方税法…の規定による道府県民税及び市町村民税…」ではないという程度のことは、論述の前提といえよう。

(2) 判例・裁判例に関する関心と理解

過去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・裁判例がある場合、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。事件名等（教育現場においても通称を付す等の工夫をしている）が書かれてない答案でも判例・裁判例の規範が再現されていればそれなりの採点をすると、判例・裁判例の規範を再現しているかどうか迷うレベルの答案に関して「(～事件参照)」のような補足があれば採点者も安心して判例・裁判例の規範が再現されているものとして採点することができるので、判例・裁判例の理解に基づいて答案を書いている際はそのことをアピールしてほしい。また、判例・裁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。なお、言わずもがなではあるが、「(～事件参照)」とあるだけで判例・裁判例の規範が再現されていない答案は加点には値しない。

前述のとおり、本年の試験においても判例・裁判例の規範を再現できている答案が相当数見られた。これらの答案には、相応の高い評価を与えたことを強調しておきたい。

(3) 基本的かつ偏らない知識の習得

採点実感を熟読すれば分かるように、本年の問題は、第1問設問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、同問についても例年と比べて多くのヒントを施し、判例を知らなくても解答できるようにしている。

また、判例・裁判例の理解が広まってきている手応えが採点中にある一方で、条文そのままの読み方や計算ができていないために点数を落としている答案も増えてきている。改めて、判例・裁判例だけでなく、まずは条文読解と基礎知識の習得に努めていただきたい。

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。また、出題者がヒントを発している場合も多いので、それを酌み取る柔軟さも持ち合わせてほしい。

また、解答時間が限られていることは理解しているが、できるだけ丁寧な論述を心掛けてほしい。前述した誤字や計算間違いがないようにすることのほか、消去法のような論述は法的議論として適当ではなく、積極的な論拠を挙げるべきである。例えば、第2問設問3に関しては、精算金について、「令和2年度の益金ではないから令和3年度の益金になる」といった論述は適切でなく、令和3年度の益金になる積極的な理由を論じるべきである。他方で、必要のない論述に解答時間を費やすべきではない。例えば、第2問設問5では、Dの所得が退職所得であることは問題文で前提とされているから、退職所得該当性について論述する必要はない。

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、家庭用電化製品甲（以下「甲」という。）及びその使用のために必要となる交換部品乙（以下「乙」という。）に関し、新規に製造販売する自社製の甲及び乙に電子部品を新たに取り付けることにより自社製の乙が使用された場合にのみ自社製の甲が作動するようにしたY社の行為（以下「本件行為」という。）について、独占禁止法第24条が規定する私人による不公正な取引方法の差止請求の要件を充足するかを問うものである。

具体的には、Y社が「事業者」（独占禁止法第2条第1項）であることを前提に、同法第24条の「第19条の規定に違反する行為」の要件について、本件行為が「不公正な取引方法」（同法第2条第9項・第19条）のうちいずれの行為類型に該当するかを的確に把握して適切な適用条文を選択し、当該条文の定める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、また、同法第24条のその他の要件についても、法解釈及び当てはめに関して同様の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、比較的高額な家庭用機器である甲製品のメーカーであるX社（設問(1)）及びY社（設問(2)）がそれぞれ、自己の供給する甲製品の取引先小売業者に対して用いている行為について、独占禁止法に違反するかを問うものである。

設問(1)では、X社が取引先小売業者に対して自己の甲製品の販売価格に関してした各種の通知等の行為について、「不公正な取引方法」（独占禁止法第2条第9項・第19条）としての「再販売価格の拘束」（同法第2条第9項第4号イ）の行為要件や効果要件（市場画定を含む。）に関する規範を定立した上で、X社の段階的な行為をそれぞれ適切に検討し、当てはめができているか、また、違反の終了についてもその規範を定立し適切な当てはめができているかを評価の対象とした。

設問(2)では、Y社がその甲製品の販売に当たって、取引先小売業者に対して顧客への使用方法等の説明義務を契約上課したことについて、独占禁止法第2条第9項第6号に基づく一般指定（以下「一般指定」という。）のうち「拘束条件付取引」（一般指定第12項）の行為要件、効果要件についての規範を定立した上で、適切に当てはめができているかを評価の対象とした。

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

差止請求に関する適用条文については、多くの答案が、根拠規定として独占禁止法第24条を選択していたが、これを欠く答案も相当数あったほか、公正取引委員会による排除措置命令について規定する同法第20条や公正取引委員会の事件調査の端緒について規定する同法第45条を選択している答案も僅かながらあった。

また、不公正な取引方法に関する適用条文については、大部分の答案が、禁止規定である独占禁止法第19条と共に、一般指定のうち「抱き合わせ販売等」(第10項)又は「競争者に対する取引妨害」(第14項)のいずれかを選択していた。もっとも、一般指定のうちこれらと異なる行為類型を挙げている答案も散見されたほか、同法第24条に基づく差止請求の対象ではない「私的独占」に関する規定(同法第2条第5項・第3条)を単独で又は不公正な取引方法と併せて挙げている答案も相当数あった。

イ 事業者性

多くの答案が、独占禁止法第19条の適用を検討するに当たり、Y社が「家庭用電化製品のメーカー」であることを簡潔に指摘した上で、同法第2条第1項の「事業者」に該当することを肯定していたが、事業者性に全く言及していない答案も相当数あった。

ウ 不公正な取引方法

(ア) 行為類型の選択

一般指定第10項又は第14項のうち、前者のみを選択している答案が多く、後者のみを選択している答案は少なかったが、いずれの答案についても、それぞれの要件を的確に検討していれば同等に評価した。また、これらの双方を選択している答案も少数ながらあり、これらの答案については、より適切に検討されている行為類型を基本的な評価の対象とし、他方の行為類型も的確な検討がされていれば加点の対象とした。なお、一般指定のうち他の行為類型や私的独占のみを検討している答案についても、一般指定第10項又は第14項の要件との共通性が認められる範囲につき、その限度で評価の対象とした。

(イ) 行為要件

一般指定第10項を選択した場合には「他の商品」及び「購入させ(る)」の各要件について、一般指定第14項を選択した場合には「競争関係」及び「取引を…妨害する」の各要件について、それぞれ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簡潔に当てはめ、いずれの要件も充足するとしている答案が多かったが、当てはめの前提として必要となる条文上の文言の解釈を行っていない答案や文言の解釈が不正確ないし不十分な答案も一定数あった。

(ウ) 公正競争阻害性

「不当に」の解釈については、一般指定第10項又は第14項のいずれを選択した答案においても、公正競争阻害性(独占禁止法第2条第9項第6号柱書の「公正な競争を阻害するおそれ」)を意味することを指摘しているものが大多数であったが、これらの中には、本問の事実関係の下では主に自由競争減殺効果の有無が問題になり得ることや、自由競争減殺効果とは競争の実質的制限に至らない程度の自由競争の制約(競争の実質的制限の前段階ないし萌芽的段階)であることについては正確に論じていない答案もあった。

市場画定については、自由競争減殺効果の認定に当たって市場を画定する必要があることを簡潔に論じた上で、その画定方法につき、商品範囲(商品市場)及び地理的範囲(地理的市場)のそれぞれについて、需要の代替性を基本としつつ、必要に応じて供給の代替性を考慮することを正確に論じている答案が多かったが、市場画定を行う理由について何ら言及していない答案や画定方法の内容が不正確な答案も少なくなかった。また、具体的な市場としては、「日本におけるY社製甲向け乙の製造販売市場」とする答案が多数である一方で、「日本における乙の製造販売市場」とする答案も一定数あり、いずれであっても的確な論述がされていれば同等に評価した。しかし、市場の画定方法を本問の事実関係

に的確に当てはめて結論を導いている答案は少なく、特に、甲の購入者が甲の購入時に乙の交換費用や交換時期を十分に認識していないことを市場画定において考慮すべき事情として指摘し、適切に評価しているものは非常に少なかった。

市場分析については、ほぼ全ての答案が自由競争減殺効果を認定していた。このうち、「日本におけるY社製甲向け乙の製造販売市場」を市場として画定した答案においては、その認定の根拠となる非純正品メーカーに関する事情として、本件行為後に製造販売されたY社製甲向け乙の製造販売が不可能となることを指摘しているものが多かったものの、本件行為前に製造販売されたY社製甲向け乙の製造販売が当面は可能であることも踏まえて検討を行っているものはほとんどなかった。他方、「日本における乙の製造販売市場」を市場として画定した答案においては、非純正品メーカーが本件行為によって制約を受けるのは乙全体の製造販売ではなくY社製甲向け乙の製造販売に限られることなどの本問の事実関係を踏まえた検討が十分にできているものは少なかった。なお、「甲の製造販売について約20パーセントのシェアを有するにすぎず、独占禁止法違反行為を行い得る力を有していない」とのY社の主張について、市場画定や市場分析と関連付けて、検討すべき市場を誤るものであること（甲の市場ではなく乙の市場であること）を端的に指摘している答案は少なく、検討すべき市場における自由競争減殺効果との関係で意味があるとしても、単純に約20パーセントのシェアを有するにすぎないことだけで同効果を否定することはできないと指摘する答案も多くなかった。

正当化事由については、Y社の主張する「製品の安全性（の）確保」を正当化事由に関する事情と位置付け、目的の正当性及び手段の相当性の両面から評価する方法ないしこれに類する評価方法を規範として定立した上で、目的の正当性及び手段の相当性の一方又は双方を否定するなどして、正当化事由の存在を否定する答案が多かった。もっとも、正当化事由の検討の前提として、そもそも製品の安全性の確保が公正競争阻害性の判断においてなぜ考慮要素となるのかという点について言及している答案はあまりなかった。

エ 独占禁止法第24条のその他の要件

(7) 検討の有無

設問において、X社のY社に対する独占禁止法に基づく差止請求についての同法上の問題点の検討を求められているにもかかわらず、そもそも同法第24条に全く言及していない答案や「第19条の規定に違反する行為」の要件以外の要件について全く検討していない答案が相当数あった。なお、これらの答案の中には、同法第24条に基づく差止請求の対象とならないことが同条の文言上明らかであるにもかかわらず、私的独占の検討に終始するものやその検討に相当の比重を置くものが一定数あった。

(イ) 利益侵害

「利益を侵害され、又は侵害されるおそれ」の要件については、全く言及していない答案が多く、この要件に言及している答案も、「利益」の文言の解釈を示すことなく問題文に記載された事実関係の一部を引き写してその侵害を肯定することどまるものが大多数であり、適切な法解釈を行った上で当てはめを行っているものはほとんどなかった。

(ウ) 著しい損害

「著しい損害を生じ、又は生ずるおそれ」の要件についても、言及の有無や論述の内容は利益侵害の要件のそれとほぼ同様であり、不十分な内容の答案が極めて多かった。

(2) 第2問

ア 設問1

(7) 適用条文の選択

大多数の答案が、出題の趣旨に即して、X社がその取引先小売業者に対して甲製品の販売価格に関してした各種の通知等について、不公正な取引方法の再販売価格の拘束（独占

禁止法第2条第9項第4号イ)を適用条文として選択していたが、少数ながら、再販売価格の拘束には言及せず、「拘束条件付取引」(一般指定第12項)の問題としてのみ論じる答案も見られたほか、「不当な取引制限」(同法第2条第6項・第3条)として論じるものもごく少数あった。

また、X社が令和2年10月の通知の直後に、従来から値引き販売を行っていた取引先小売業者に対して実際に出荷制限措置を講じた点について、再販売価格の拘束とは別に「その他の取引拒絶」(一般指定第2項)に当たるとして論じる答案も相当数あり、この点は加点の対象とした。

(イ) 事業者・相手方

再販売価格の拘束の要件充足性の検討に当たって、X社が「事業者」(独占禁止法第19条、第2条第1項)に当たること、X社製甲製品の取引先小売業者が、「自己の供給する商品を購入する相手方」(同法第2条第9項第4号)に当たるとを指摘する答案はおおむね半数程度にとどまった。

(ウ) 行為要件の検討

再販売価格の拘束の行為要件である「拘束の条件を付けて」(独占禁止法第2条第9項第4号柱書)の解釈については、和光堂事件・最判昭和50年7月10日民集29巻6号888頁などで示されたとおり、相手方との合意、あるいは経済上の利益・不利益措置等の人為的措置により一定の実効性が確保されていることが必要となるが、多くの答案において適切に規範の定立がされていた。しかし、設問における当てはめにおいては、不利益措置による実効性確保の観点からのみ論じる答案がほとんどであった。

その上で、本問では、X社の取引先小売業者に対する行為として、①平成28年4月に「希望小売価格で販売することが十分可能であることを強調する説明を加えた」こと、②令和元年10月にX社製甲製品の価格調査を実施したこと、③令和2年4月に「参考である旨の記述を削除して」「販価」を通知し、価格調査を実施することがある旨明記したこと、④令和2年10月に販価どおりに販売するよう要請し、要請に反した場合の出荷制限を通知し、さらに、実際に出荷制限措置を講じたこと、がそれぞれ、「拘束」に当たるかを検討することが求められる(設問においては、「X社のそれぞれの行為について」の検討を求めている。)。答案では、この4つの行為の全てについて検討したものは半数を下回り、①と②(特に②)については検討しないものが相当数見られた。

①の行為や②の行為を検討した答案のほぼ全てが簡潔に「拘束なし」と結論付けている。これに対し、③の行為については結論が分かれ、「拘束あり」とする答案と「拘束なし」とする答案はおおむね同数程度となった。「拘束なし」とする答案においては、実際の小売業者の行動(販価から値引きして販売している小売業者が一部存在すること)を重視して、③の行為では未だ実効性が確保されるには至っていないと結論付けるものが多く、従前の行為との関連や小売業者の受け止め方等に関する検討はなされていないものが大部分であった。これに対して、「拘束あり」とする答案では、多くの小売業者が従っていたこと、必要に応じて販売価格の調査を行うことが予告されていることなどから、事実上の不利益措置のおそれが生じていることを重視して結論を導いているものが多かった。ただし、「拘束あり」とする答案にあっても、「販価」という用語の有する意味合いについて具体的に検討する答案や合意による拘束の観点から論述する答案は少数であった。この点については、規範に基づき首尾一貫した的確な当てはめがなされているかという観点から、いずれの結論であっても同等に評価した。

他方、④の行為については、ほとんどの答案において拘束に当たると論じられていた。

(エ) 公正競争阻害性の検討

再販売価格の拘束の公正競争阻害性の実質が、取引先小売業者間の競い合いが減少する

こと（競争回避ないし競争停止）による価格維持効果にあり、それが実効的に行われている以上、価格維持効果が認められ、「正当な理由」がない限り違法とされることを的確に論述し、本問の事実関係において甲製品のブランド間競争が機能していないこと等を指摘して公正競争阻害性を認める答案は必ずしも多くなかった。また、公正競争阻害性の実質的な内容に関して、価格維持効果に言及しない答案も見られた。他方、「Y社製甲製品の市場」又は「甲製品の市場」を画定して公正競争阻害性を論じる答案が過半を占めたが、当該市場における競争に及ぼす具体的な影響について、例えば、X社や他社のシェア、X社製甲製品が小売業者の営業にとって有する意味合い、ブランド間競争及びブランド内競争の状況等に関する本問の事実即して的確に検討しているものは多くなかった。特に、甲製品の市場を画定しつつ、専らY社製甲製品の市場における状況を検討している答案が相当数見られた。以上のいずれの観点からの論述であっても、同等に評価を行った。加えて、正当化事由について、本問の事情の下で特に正当化すべき事情が認められないことを論じているかどうかを評価した。

(オ) 違反の終了

X社が、令和4年1月に販売価格に関する従前の通知や要請等を全て廃止するとともに、改めて「参考」と明記した「希望小売価格」を通知したことについて、これをもって、再販売価格の拘束行為の取りやめ（違反行為の終了）と認められるか否かに関しては、判断基準を明示する答案はほとんどなかったが、多くの答案では前述した「拘束の条件を付けて」に関する規範を前提としていると考えられた。当てはめについては結論が分かれ、小売業者の行動等（値引き販売はほとんど行われていないこと）に着目して違反は継続していると評価した答案が大部分を占めたが、「拘束」はなくなっていることから違反は終了していると論じる答案も相当数見られた。「違反は終了していない」と論じる場合には、X社による通知や要請等が廃止された中で、なお違反が継続しているとする理由付けが必要になるが、この点を説得的に論じる答案は必ずしも多くはなかった。違反行為がいつ終了したと評価すべきかの点については、X社及び小売業者の認識、希望小売価格の水準や小売業者の行動に基づいて論理的に分析されているかどうかの観点から、いずれの結論であっても同等に評価した。

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、「拘束条件付取引」を適用条文として選択して検討していたが、ごく少数ながら、「優越的地位の濫用」についてのみ検討する答案も見られた。

(イ) 行為要件の検討

「拘束」については、取引先小売業者に取引契約上説明販売の義務を課すものであることから、合意による拘束があるとの結論を適切に導いている答案が多かった。ただし、「拘束」の有無という行為要件の規範及び当てはめについてそもそも論じない答案も散見された。

(ウ) 公正競争阻害性の検討

メーカーが自己の製品をどのような方法で販売し、最終ユーザーに届けるかについては、基本的には各メーカーが自由に決定することができる事項であり、販売業者に特定の販売方法を義務付けることが直ちに独占禁止法上問題となるものではないとの点を明確に指摘している答案は必ずしも多くはなかった。その上で、Y社が説明販売の義務を課すことについて、化粧品の販売方法の制限に関する資生堂東京販売事件・最判平成10年12月18日民集52巻9号1866頁によって示された、「それなりの合理性とすべての取引先に対する制限の同等性」の基準を定立した上で、本設問の事情を当てはめている答案も一

定数見られたが、予想したほど多くはなかった。このような規範を定立しない答案であっても、小売業者に対して説明販売義務を課すことによって価格維持効果が生じるか否かを事案に基づき適切に検討している答案については同等に評価した。この場合に、価格維持効果がないとする答案も、価格維持効果があるものの正当化事由があるとする答案も、同等に評価した。

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

独占禁止法第24条の「第19条の規定に違反する行為」の要件については、多くの答案が、行為類型を的確に把握して適切な適用条文を選択した上で、行為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うとともに、市場画定の方法等の公正競争阻害性に関する基礎的事項の論述をおおむね正確に行っており、これらの点については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。もっとも、公正競争阻害性に関する市場画定や市場分析において、出題の趣旨に即した形で本問の事実関係を的確に検討している答案はあまりなく、これらの点に関する解答水準は出題時の想定を下回った。

他方で、独占禁止法第24条のその他の要件については、そもそも同条に全く言及していない答案が相当数あった上、X社による差止請求の根拠条文として同条に言及している答案においてもこれらの要件についての的確な検討を行っているものはほとんどなく、これらの点に関する解答水準は出題時の想定を大きく下回った。

(2) 第2問

答案の多くが、出題の趣旨に即して、設問(1)については再販売価格の拘束を、設問(2)については拘束条件付取引を検討しており、この点では、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。

設問(1)においては、検討すべきX社の問題となり得る行為について、その全てを検討していない答案が相当数見られた点では出題時の想定を下回った。拘束の有無及び終了時期については、答案の多くが事案に基づいた検討を行っており、出題時の想定との間に大きな差異はなかったものの、各般の事情を丹念ないし丁寧に検討し、結論を導く点においては、出題時に想定した解答水準をやや下回った。他方、再販売価格の拘束による競争上の弊害が何かを的確に論述・分析している答案が比較的少なかった点については、典型的な違反行為類型でもあり、出題時の想定を下回った。

また、設問(2)においては、規範の定立及び当てはめを的確に行っていない答案が散見されたものの、多くの答案では出題意図を捉えて、事案に基づく検討が行われており、出題時の想定との間に大きな差異はなかった。

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、本件行為について不公正な取引方法に関する適用条文を適切に選択した上で行為要件及び公正競争阻害性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、独占禁止法第24条のその他の要件についても相応の論述を行っているものとした。

「良好」な答案は、本件行為について不公正な取引方法に関する適用条文を適切に選択した上で行為要件及び公正競争阻害性に関する規範の定立及び当てはめをおおむね適切に行うとともに、独占禁止法第24条のその他の要件について一応の論述を行っているものや、前者に関する検討を的確に行っているものの、後者についてほとんど論述を行っていないものなどとした。

「一応の水準」の答案は、本件行為について不公正な取引方法に関する適用条文を適切に選択した上で行為要件及び公正競争阻害性に関する規範の定立及び当てはめを相応に行っているものの、独占禁止法第24条のその他の要件について全くあるいはほとんど論述を行っていない

いものや、前者に関する検討が上記の程度に達していないものの、後者について一応の論述を行っているものなどとした。

「不良」な答案是、本件行為について私的独占の検討に終始しているものや、不公正な取引方法に関する適用条文の選択の誤りを含め、本件行為について不公正な取引方法に関する検討が不十分であるとともに、独占禁止法第24条のその他の要件について全くあるいはほとんど論述を行っていないものなどとした。

(2) 第2問

「優秀」な答案是、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、行為要件及び公正競争阻害性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。

他方で、「良好」な答案是、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、事実関係の抽出に不足があるか、行為要件及び公正競争阻害性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などとした。

「一応の水準」の答案是、このような「良好」な答案とされるための要素を一つ又は二つ程度欠くものとした。

「不良」な答案是、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又は独占禁止法上問題となり得る行為を的確に抽出せず、かつ、公正競争阻害性の判断枠組みを的確に指摘できず、ひいてはこれに基づく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うかがわれるものとした。

第4 今後の出題について

今後も、独占禁止法の基礎的知識の正確な理解、問題となる行為が市場における競争に与える影響に対する洞察力、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 今後の法科大学院教育に求めるもの

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、特許法における侵害訴訟手続上の特則、物の発明についての特許に係る特許請求の範囲が製造方法を含む記載となっている場合における当該発明の技術的範囲の解釈手法や無効の抗弁の成否、公然実施及び拡大先願などといった、同法の重要な論点についての理解を問うものである。また、本問全体を通じて、物の発明と方法の発明の同法上の扱いの違いについての理解を問うている。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については、関係する条文（小問(1)については特許法第104条の2、小問(2)については同法第104条）を指摘し、Xが当該条文に則した主張をすべきことを述べている答案を「一応の水準」とし、当該条文の要件を示し、本問の事実関係を当てはめているものについては、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、X発明1に係る特許請求の範囲（請求項1）が、製造方法（経時的要素）を含むものとなっていること（プロダクト・バイ・プロセス・クレームであること）を、まずもって指摘する必要がある。その上で、小問(1)については、最判平成27年6月5日民集69巻4号700頁【プラバスタチンナトリウム事件】の示した、特許発明が物の発明である場合の技術的範囲の解釈についての一般論を踏まえた論述がされている答案を「一応の水準」とし、さらに、本問の事実関係で物の構造ないし特性が同一といえるのかについて具体的な検討をしているものについては、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

小問(2)については、Yの主張として、X特許権1について明確性要件（特許法第36条第6項第2号）違反による無効の抗弁（同法第104条の3第1項、同法第123条第1項第4号）を挙げ、上記最判の規範に即して論述し、これに対するXの主張として特許法上考えられるものを論述している答案を「一応の水準」とし、さらに、Xの主張として本問の事実関係に即して具体的に論述しているもの（X発明1に係る物の構造や特性は請求項1の記載から明らかであり、第三者の利益が不当に害されるほどに不明確であるとはいえないため、明確性要件違反には当たらないとするなど）や、訂正の再抗弁など、Xの取り得る手段について具体的に論述しているものについては、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

なお、Xの主張として、X発明1に係る物をその構造又は特性により直接特定することが不可能又はおよそ实际的でないという事情が存在する旨を述べる答案については、本問においてはそのような特定は容易であると考えられるため、具体的かつ説得的な根拠が示されていない限り、「一応の水準」の域を出ないものと評価した。

ウ 設問3

設問3については、公然実施による新規性喪失（特許法第29条第1項第2号）を理由とする無効の抗弁（同法第104条の3第1項、同法第123条第1項第2号）が問題となる。X発明1（物の発明）及びX発明2（方法の発明）それぞれにつき、X発明の出願前になされた行為が同法第2条第3項各号の掲げる実施行為のどれに当てはまるのかについて特定し、その実施が「公然」といえるのかについて明示的に検討していることを「一応の水準」とし、さらに

同法第29条第1項第2号の趣旨及び関連する裁判例を踏まえ具体的に検討する答案については、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

エ 設問4

設問4については、Yの主張として、いわゆる拡大先願（特許法第29条の2）違反を理由とする無効の抗弁（同法第104条の3第1項、同法第123条第1項第2号）を条文に則して論述していること及びXの主張として特許法上考えられるものを論述している答案を「一応の水準」とした。本問の事実関係の下で、X発明1について特許を無効にするに十分な「発明」の開示がなされているといえるのかについて、具体的に論じる答案については、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、二次的著作物、共同著作物、支分権の内容、共有著作権の行使、侵害主体の判断についての理解を問うものである。採点に当たっては、設例から論点を的確に抽出し、関連する条文を丁寧に拾い上げ、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、本問の事実関係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

小問(1)については、模型βが漫画αに描かれた甲のイラストの二次的著作物（著作権法第2条第1項第1号）であることを指摘した上で、X及びYがBに対して変形権（同法第27条）及び譲渡権（同法第28条、同法第26条の2第1項）の侵害を理由とする損害賠償請求（民法第709条）をすることができるか否かについて論じている答案を「一応の水準」とした。その際、漫画αはXとYの共同著作物（著作権法第2条第1項第2号）であるが、甲のイラストはXが制作したものであることから、甲のイラストの利用について、Yの権利行使が認められるかについて意識的に論じている答案は、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

小問(2)については、X及びYがCに対して複製権（著作権法第28条、同法第21条）及び譲渡権（同法第28条、同法第26条の2第1項）の侵害を理由とする差止等請求（同法第112条）及び損害賠償請求（民法第709条）をすることができるか否かについて論じている答案を「一応の水準」とした。その際、Cが漫画αの存在を知らず、模型βに依拠してフィギュアを制作していることから、Cが甲のイラストに依拠したといえるかということや、Cが模型βをBのオリジナル作品と誤解していたことから、損害賠償請求に関して、Cに過失が認められるかということ意識的に論じている答案は、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、Yの主張として、映画γが漫画αの二次的著作物（著作権法第2条第1項第1号）であり、漫画αはXとYの共同著作物（同法第2条第1項第2号）であるから、DがX・Y間の「合意」（同法第65条第2項）がないままに映画γをインターネット上で配信する行為はYの公衆送信権（同法第28条、同法第23条第1項）の侵害となることを論じ、Dの反論として、Yの合意拒絶に「正当な理由」（同法第65条第3項）がないため、Yの差止請求は認められないことを論じた上で、それぞれの主張の当否を論じていることが「一応の水準」となる。その際、「正当な理由」の判断基準を提示して、本問の事実関係に適切に当てはめられている答案や、Yの合意拒絶に正当な理由がないとしても、「合意をせよ」との判決を得ることなく、侵害訴訟の場で正当な理由がないことを抗弁として主張することができるかについて説得的な論証を行っている答案は、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

ウ 設問3

小問(1)については、漫画αのコマ絵のコピーを作成する行為について複製権（著作権法第21条）の侵害が、当該コピーを用いてコマ絵をスライドに映し出す行為について上映権（同法第22条の2）の侵害が、漫画αのコマ絵の拡大コピーを受講生に配布する行為について複製権（同法第21条）及び譲渡権（同法第26条の2第1項）の侵害が問題となることを指摘していること、Fが作画指導を目的として上記各行為を行っていることから、引用（同法第32条第1項）などの権利制限規定の適用の有無を検討していることを「一応の水準」とし、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

小問(2)については、最判平成23年1月20日民集65巻1号399頁【ロクラクⅡ事件】が提示した複製主体の判断基準を踏まえて、受講生の模写に係る複製の主体について、Xの主張、Fの反論、それぞれの主張の妥当性を具体的に論述することが「一応の水準」となる。その際、Xの主張として、物理的な複製主体は受講生であるが、漫画教室事業の社会的、経済的側面を重視すれば、Fを受講生の模写に係る複製の主体と評価すべきであること、Fの反論として、受講生は作画指導を受けるために任意かつ自主的に複製を行っていることから、Fを受講生の模写に係る複製の主体と捉えることは不当であることなどを的確に指摘できている答案是、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

3 採点実感等

(1) 第1問

ア 設問1（具体的態様の明示義務・生産方法の推定）

ほとんどの答えは、小問(1)において、具体的態様の明示義務（特許法第104条の2）に言及できていた。

他方、小問(2)については、生産方法の推定（特許法第104条）に言及できている答えが意外に少なく、同条を挙げずに、証拠収集手続を挙げる答えも散見された。また、同条は「その物が特許出願前に日本国内において公然知られた物でなかったとき」に適用されるが、その点についての指摘と本問での当てはめ（XがX発明1の新規性につき調査の上判断していること及びその調査結果が客観的にも事実と見られることについて問題文の関連部分の指摘）がない答えも多かった。

イ 設問2（製造方法が記載されている物の発明の技術的範囲、明確性要件）

本問は、プロダクト・バイ・プロセス・クレームとそれに関する最高裁判例（最判平成27年6月5日民集69巻4号700頁【プラバスタチンナトリウム事件】）に関する知識、理解の差が点差につながった。

小問(1)については、X発明1が物の発明であることから、上記最判を踏まえ、まずは製法の記載を物の発明の技術的範囲を限定する構成要件と捉えるべきか否かについて論じるべきであるにもかかわらず、Y商品がX発明1の特許請求の範囲に記載された方法と異なる方法により製造されていることから直ちに均等侵害を論じるもの、特段の理由も掲げずに、又は、製造方法の違いは重要ではないなどと述べるのみで、Y商品がX発明1の技術的範囲に属するとの結論を導くもの、X発明1の特許請求の範囲に製造方法の記載が含まれていることから、物を製造する方法の発明であると指摘するものがあつた。均等侵害について検討するにしても、その前提問題としてなぜ文言侵害が成立しないのかについての検討は必要であり、これを欠く限りは低く評価した。

上記最判を踏まえて、物同一性説を採る答えでは、当てはめにおいてY製品がX発明1の物と同一であるとの結論のみを示す答えも少なくなかつたが、本問においては、X発明1の物とY商品が同一であるといえるかについて、丁寧な論証をすることが望ましい。単に米の構造がX発明の技術的範囲に含まれることを述べるだけでなく、製造方法の違いが米の構造に対して影響を与えないことを指摘した答えは高く評価した。

物同一性説ではなく、製法限定説を採る場合であっても、上記最判を踏まえて論述すべきである。製法限定説に立ち、文言侵害が成立しないと結論の場合には、均等侵害の成否が問題となるが、均等侵害については、均等の5要件や当てはめがコンパクトながら良く書けている答案が多かった。

小問(2)については、多くの答案が、明確性要件違反の無効理由について言及していたが、上記最判の趣旨から、不可能又は非実際の事情に関する判例の規範を論じている答案は意外に少なかった。

また、不可能又は非実際の事情があることを主張すべきであるとだけ書いて終わっている答案や簡単に不可能又は非実際の事情があると認めてしまっている答案が少なくなかったが、本問の事実関係に照らして不可能又は非実際の事情があるかどうかについて当てはめをきちんと行うべきである。

Xとしては、明確性要件違反の主張に対し、知財高判平成29年12月21日【旨み成分と栄養成分を保持した無洗米事件】などを念頭に、不可能又は非実際の事情が認められなくても、本問においてはX発明1に係る物の構造や特性は請求項1の記載から明らかであり、第三者の利益が不当に害されるほどに不明確であるとはいえないため、明確性要件違反には当たらないと主張することが考えられるが、ここまで記載できている答案はわずかであった。逆に、このような観点からの指摘ができていない答案は高く評価した。

訂正の再抗弁について言及することは妥当であるが、どのような訂正を行うかを全く論じていない答案や、再抗弁の成立要件について言及していない答案も少なくなく、抗弁の説明としては不十分であったのは残念である。

なお、進歩性について論じている答案が複数あったが、最高裁判例はプロダクト・バイ・プロセス・クレームが原則的に明確性要件に違反すると判示しており、本問では進歩性・新規性の欠如を示唆する事実関係が摘示されていないので、明確性要件について検討すべきである。

設問を通じて、条文が適切に引用されていない答案が目立った。例えば、クレーム解釈の問題であるのに、特許法第70条第1項を引用していない答案や、明確性要件の条文として、同法第36条第6項第2号ではなく、同法第36条第4項第1号を引用している答案があった。

ウ 設問3（公然実施による新規性喪失）

新規性喪失による無効抗弁という点は解答できているものがほとんどであったが、公然実施（特許法第29条第1項第2号）における「実施」（同法第2条第3項）の内容を意識したものは少なかったように思われる。

設問が「X特許権1及びX特許権2に関して、Yはそれぞれどのような主張をすべきか」となっているのに、両者を区別せずに論じている答案が少なくなく、両者を区別して論じている答案でも、両者について全く同一の理由で同一の結論を導いているものが少なくなかった。

X特許権1については、物が公知であったとしても、物の構造が当然に明らかになるわけではなく、当業者の技術常識（技術水準）に基づく分析が必要となることについて意識していない答案が多数あった。

X特許権2については、出願時点において、精米の分野における通常の知識を有する者がX商品の構造からX発明2の方法を知ることができたかが問題となるが、その点に言及できている答案は多くはなかった。そのための分析手段の有無について論じている答案は更に少なかった。

XがX商品をスーパーに出荷したのが出願の2日前であったため、新規性喪失の例外規定（特許法第30条第2項）の適用があり、X発明1及びX発明2は新規性を失わないと記載している答案が少なくなかったが、同項の適用を受けるためには、出願時に所定の手続（同法第30条第3項）を行うことが必要であり、この点を指摘できていない答案が目立った。

エ 設問4（拡大先願）

そもそも拡大先願（特許法第29条の2）に気付いていない答案が多かった。他方、先願である出願βの明細書に記載された発明と、X発明の同一性が問題となっているのであるから先願違反（特許法第39条）ではなく、また、X発明の出願時点で公知でないことは明らかであって新規性（同法第29条）の問題でもないのに、本問の事実関係を理解せず、先願違反や新規性欠如等の問題として論じる答案が少なくなかったが、先願や新規性について正確に理解していればこのような誤答には至らないものと思われる。拡大先願を無効理由とする趣旨から規範を定立し、本問の具体的事実関係を当該規範に当てはめることが求められるが、そこまでできている答案は、ごくわずかであった。逆に、規範の定立と具体的事実の当てはめができている答案は、高く評価した。

(2) 第2問

ア 設問1（共同著作物性、二次的著作物性、各種支分権）

総じて想定された論点に十分答えられていないもの、条文（著作権法第2条第1項第11号、同法第112条、民法第709条等）の摘示が乏しいものが多かった。

小問(1)については、甲のイラストを含む漫画αがXとYの共同著作物（著作権法第2条第1項第12号）に該当することについては多くの答案が言及していたが、共同著作物の要件に丁寧な当てはめを行っている答案は、より高く評価した。

共同著作物と認定しながら単独行使の可否（著作権法第117条）について論じないものがほとんどであった。

βが二次的著作物である旨の指摘がなく、著作権法第28条に言及しない答案が多かった。

また、漫画αがXとYの共同著作物であることから直ちにX及びYはB及びCに対して共有著作権を行使できると論じる答案が多く見られたが、模型βは甲のイラストの二次的著作物であり、甲のイラストはXにより作成されたものであるから、模型βの利用に対してYの著作権行使を認めるべきかどうかについて論じるべきである。

さらに、Bの行為が著作権侵害に該当することから直ちに差止請求が認められるとする答案が散見されたが、模型βは既にCに譲渡されており、Bに著作権侵害のおそれが認められないため、Bについては、差止請求が否定されることに留意すべきである。他方、損害賠償請求はできるが差止請求はできないことを的確に指摘している答案については高く評価した。

Bが模型βを公に展示していることから、直ちに展示権（著作権法第25条）侵害を肯定する答案が見られたが、Bは模型βの所有者であるため、展示権侵害の成否を論じる際には、同法第45条の適用がないか否かについても併せて検討すべきである。

小問(2)については、フィギュアの制作行為について複製権（著作権法第28条、同法第21条）の侵害が、フィギュアの販売行為について譲渡権（同法第28条、同法第26条の2第1項）の侵害が成立することを指摘する必要があるが、これらを指摘できていない答案が相当数存在した。

Cが漫画αに描かれた甲のイラストに依拠したといえるか否かについてや、不法行為の成立要件としてのCの過失の有無を検討することが求められるところ、この点を論じている答案はごくわずかであった。

さらに、譲渡された模型自体を販売しているわけではなく、その複製物を自ら作成して販売している行為が問題となっているにもかかわらず、著作権法第113条の2の適用を論じる答案が少なくなかったが、本問で与えられた事実及び条文の適用が問題となる前提の理解が不十分である。

問題文で著作者人格権について論じる必要がないとされているにもかかわらず、著作者人格権について論じる答案もあった。問題文をよく読む必要がある。

甲は「キャラクター」であるため著作物性がないと結論付ける答案が存在したが、本問における甲は、抽象的な登場人物の特徴ではなく、視覚的なイラストであるから、それを前提にし

た説明をすべきである。

イ 設問2（合意を得ない共同著作物の利用と差止請求）

Yの主張の前提として、映画γが漫画αの二次的著作物（著作権法第2条第1項第1号）に該当することを論じることになるが、この点を論じていない答案がかなり存在した。

Dの行為が翻案権（著作権法第27条）の侵害に該当することのみを指摘する答案も見られたが、Dは映画γをインターネット上で配信しようとしているのであるから、Dに公衆送信権（同法第23条第1項）の侵害のおそれが認められ、そのことが差止請求（同法第112条第1項）の根拠となることに留意すべきである。また、映画γの配信について、頒布権に言及するなど、支分権を適切に指摘できていない答案については、著作権の内容を正確に理解できていないとはいえず、低い評価とせざるを得なかった。

また、二次的著作物の利用に関する原著作者の権利主張であるにもかかわらず著作権法第28条に言及しないものも多かった。

著作権法第65条第2項に言及しないものが相当数存在した。

著作権法第65条第3項の「正当な理由」については、規範定立し、当てはめを丁寧にしている答案が見られた半面、規範定立せずいきなり事実関係のみを列挙する答案や、規範は定立しているものの、事実関係の当てはめが不十分な答案も多く見られた。「正当」という規範的な概念については、同項にいう「正当」をどのような観点から検討し、どのような要素を考慮して判断するかにより結論が左右されるといえ、まず、その趣旨を踏まえて判断規範及び考慮要素を述べた上で、それへの当てはめをすることが相当といえる。

Yの合意拒絶に正当な理由がないとして直ちにYの差止請求が認められないとする答案が目立った。仮にYの合意拒絶に正当な理由がないとしても、共有者間の合意が共有著作権行使の要件となっている以上（著作権法第65条第2項）、Yの合意拒絶に正当な理由がないことを侵害訴訟における抗弁として主張することができるか否かについて論じるべきである。

ウ 設問3（各種支分権と権利制限、複製主体）

小問(1)については、各行為が、どの支分権の対象となる行為なのかについて、適切に指摘できていることが一応の水準と評価されるための前提であるが、スライドに映し出す行為について、展示権（著作権法第25条）や公衆送信権（同法第23条第1項）の侵害に該当すると誤答するなど、各行為について適切な支分権を指摘できていない答案が多かった。

Fの反論として、権利制限規定の適用の可能性について指摘し、検討することが求められるが、権利制限規定の条文には言及しているものの、当てはめが不十分なものが多く見られた。権利制限規定のうち、引用（同法第32条第1項）について検討している答案はかなり少なかった。

小問(2)については、そもそも複製主体が問題となることに気付いていない答案が複数見られた。

解答に際しては、複製主体の判断基準を提示した最判平成23年1月20日民集65巻1号399頁【ロクラクⅡ事件】を踏まえた論述が求められるが、そのような論述をしていない答案が散見された。

また、Xの主張の中で複製主体について触れる答案が少なく、当否のところで複製主体の認定について論じるものが多かった。Fが模写を行っているわけではない以上、Xの主張として複製主体について論じるべきである。

Fを複製主体と認める立場に立つとしても、単に、受講生がFの手足と言えるからと述べるだけではなく、本問の事実関係に照らして、なぜ受講生がFの手足と言えるかについて、実質的理由を記載すべきである。また、物理的な模写の主体は受講生であり、受講生は作画指導を受けるために任意かつ自主的に複製を行っていることから、Fは受講生の模写に係る複製の主体となり得ないとの主張にも配慮した論述が望まれる。

(3) 全体的な感想

昨年度も指摘した事項であるにもかかわらず、全体を通して、条文の記載がない答案や記載が不正確な答案（たとえば、著作権法第2条第1項第11号を第2条第11号と記載するもの）、条文が記載されていても、項番号や号番号まで記載せずに条番号のみで済ます答案が散見された。条文の摘示は基本であるから、改めて、条文に基づく学習の重要性について認識されたい。

いずれの問題についても、与えられた事実関係を正確に理解せずに解答する答案が少なからず認められた。適切な事案の解決には、与えられた事実がどのようなものであるかを正確に理解し、整理、分析する能力が不可欠である。

前半の設問に時間を取り過ぎたせいか、後半の設問の回答が希薄又は皆無になっているものが多いように感じられた。

また、残念ながら何度読み返しても判読不能な答案があった。可能な限り判読しやすい文字で記述することが望まれる。

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、論点を的確に把握し、問題文に記載された事実から論点に関連する事実を抽出し、事案に即した結論を導く力を問うような出題を心掛けた。

しかし、基本的な論点を見落とし、関係のない論点について冗長に論じている答案、条文が適切に引用されていない答案、重要な条文や概念について正確な理解をしていない答案、論点に関連する著名な判例を意識していない答案や理解が不正確な答案、論点の理解が不十分であるために事案の分析が不適切な答案、問題文に提示された事実の中から必要なものを過不足なく拾い上げようとする姿勢が見られない答案が目についた。

今後の法科大学院教育には、引き続き、基本となる条文解釈の重要性を意識させ、こまめに条文を確認して学習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、各論点について深く分析することに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。加えて、具体的な事実関係から問題となる論点を的確に把握し、法的解決策をバランスよく、かつ説得的に論述する能力を養う実践型の教育を行うことが期待される。

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

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。この点は、過去の採点実感においてもこの項で繰り返し指摘してきたところであり、再度指摘しなければならないことは残念である。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、配置転換命令の法的根拠、その適法性及び有期労働契約の雇止めの可否等について検討することを求めるものである。

X1に対する倉庫部門への配置転換命令の適法性等が問われた設問1では、まず、①Y社がX1に対して配置転換命令権を有するのか、その法的根拠は何かを明らかにし、その上で、②本件のX1に対する配置転換命令が適法なものであったか、権利の濫用に当たるものではないかを、順に検討することになる。

このうち、①の配置転換命令権の有無については、本件におけるX1に対する配置転換命令がY社の就業規則の規定に基づいて発せられたものとされる一方で、X1との労働契約には職種や業務を限定する定めはなかったものの、X1の採用には同人が運行管理者としての資格や経験を有することが大きく評価され、かつ、そのことはY社とX1との間の共通認識であったと考えられることなどの事情がある。そこで、Y社がX1に対して配置転換命令権を有することが、就業規則に定める「合理的な労働条件」としてX1との「労働契約の内容」になっていたといえるのか（労働契約法第7条本文）、それとも、職種限定の合意が成立しており、就業規則と「異なる労働条件を合意していた」（同条ただし書）と認めるべきであるかを、前記の採用に至る経緯のほか、採用時のY社の言動等の事実を拾い上げつつ具体的に検討することが、まず求められる。しかしながら、配置転換命令権の法的根拠を論じるに当たり、就業規則に言及していない答案や、就業規則に言及していても労働契約法第7条に言及していない答案が少なくなく、それらの答案の中には、本件における配置転換命令は、Y社が有する人事権の行使として認められるとするものも、少なからず見られた。労働契約の内容は何を根拠として確定されるのかという、基礎的な視点について改めて正しく理解すべきである。また、X1との労働契約に職種や業務を限定する定めがなかったことのみを指摘して「職種限定合意はない」とするにとどまる答案が少なくなか

ったが、X1の主張の内容や、当該主張の正当性を認める方向に評価し得る事実が少なからず存在したこと等に鑑みれば、それだけでは本件の事案に即した検討としては十分ではないと評価せざるを得ない。

②の配置転換命令権の濫用の主張に関しても、その主張の制定法上の直接の根拠となり得る条文（労働契約法第3条第5項）を指摘していないものや、事案に照らして適切とはいえない異なる条文（同条第4項等）を指摘するものが少なくなかった。また、本件の配置転換命令権の行使が濫用に当たるかについては、その判断の基本的な視点を示す判例の立場（東亜ペイント事件・最判昭和61年7月14日労判477号6頁）を正確に理解し、それを十分に念頭に置いて判断の枠組み（規範）を定立し、示すことが求められるが、判例の判旨を正しく理解していないと思われる答案や、その点に誤りがあるとまでは言えないとしても、記述が不正確と言わざるを得ないものも少なからず見られた。もとより判例の文言を一字一句丸暗記することを求めるものではないが、例えば、労働者に対し「通常甘受すべき程度を著しく超える不利益」を負わせる場合、といった判旨のキーセンテンスについて、その意味するところを十分に検討し、それに基づいて論述することが、論旨の説得力につながる。なお、そうした判例の考え方について言及することなく、独自の判断枠組みを提示する答案も少数見られたが、確立した判例と異なる立場を採るのであれば、その理由を説得的に示すことは必須であろう。

②に関しては、労働者が自身の能力・経験を活用することの利益、労働者のキャリア形成への期待といった観点からも検討をすることが望まれたが、これらに適切に言及し、論述することができた答案は、多くはなかった。その一方で、近時、一般に、配置転換命令の当否が争われる事案において、ワークライフバランス（労働契約法第3条第3項）や育児等を行う労働者の配置に関する配慮（育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律第26条）が問題になることが多いためか、これらの法律の規定を指摘して論じる答案も見られたものの、本件のX1について、生活上の利益を重視していたり、育児等を行っていたりしたことをうかがい知る根拠となり得る事情は、事例には見受けられない。事案に即した論述をする必要がある。

職種限定合意の存在を認めた上で、本件の配置転換命令権の行使が権利の濫用に当たり無効であるとした場合、運行管理業務に戻すべきであるとのX1の主張（運行管理者としての就労請求権）が認められることとなる。これに対して、職種限定合意を認めない場合には、倉庫部門における就労義務がないことの確認にとどまることとなろう。この点を意識して論述した優れた答案も、ごく少数であったが見られた。

有期労働契約の期間満了時における更新拒否（いわゆる「雇止め」）の可否等が問われた設問2では、一定の要件を満たす場合に労働者からの有期労働契約の更新の申込みに対して使用者が従前と同一の労働条件でこれを承諾したものとみなすものとする労働契約法第19条がX2について適用されるかどうかを中心に論じることになる。

この点、同条の文言を長々と書き写すことに紙幅を費やした答案が少なからず見られたが、むしろ、同条の柱書き及び各号のそれぞれの意義や内容、これらの相互の関係（本条全体の構造）の正確な理解とそれに基づく論述が求められるところであり、そうした理解・論述が、その後の当てはめの論旨の明確さと説得力の前提となる。答案の中には、こうした構造を十分に理解せず、第1号該当性と第2号該当性の違いを意識しないで論じるものや、各号該当性（第1段階の審査）よりも先に同条柱書き該当性（第2段階の審査）を論じるものが少なからず見られた。また、同条柱書き該当性を論じる際に、同法第16条や一般的な権利濫用の法理を持ち出し、それらに当たるかどうかのみを論じるような、理解に混乱が見られる答案もあった。

労働契約法第19条のように、事案の解決に直接適用され得る実務的に重要な条文については、その規定の一つ一つの文言の意義や内容、相互の関係等を十分に確認し、実際の事例が当該条文にどのように当てはめられ、どのような結論が導かれ得るかを検討するといったトレーニングを日常から積んでおくことが極めて有益であろう。そうした検討を積み重ねていたり、あるいは、

実際に同条の適否が問題となった裁判例に多く接したりしていれば、本件において、例えば同条第1号についてはこれに当たらない理由を端的に述べる事が可能であることにも、容易に思い至ることができたであろう。

第2号該当性を判断するに際しては、本件においては、X2の有期労働契約が更新されるものと期待することについて合理的な理由があると認める方向に働き得る事情と、これがないと認める方向に働き得る事情の双方があることから、そのいずれについても指摘し、それらを適切に衡量した上でいずれかの結論を導くことが求められる。しかしながら、どちらか一方の事情を指摘するにとどまり、結論を導く理由の説明が一面的なものにとどまる答案が少なくなかった。

また、本問では、雇止めが不合法であり労働契約法第19条により有期労働契約が更新されることとなれば通算契約期間が5年を超えることとなることは自明であり、このような場合において同法第18条による期間の定めのない労働契約への転換が主張され、その当否が問題となる事例は、近時の労働法実務において頻繁に見られるところである。しかしながら、同条に言及した答案自体がそれほど多くなく、言及するものであってもどのように問題となるのかを正確に論じた答案は少数であった。

本問は、労働契約法第3条第5項、第7条、第18条、第19条といった同法の基本的な条文や、東亜ペイント事件等の最も基本的な判例を正確に理解し、それらの規定や判例の判旨において示された判断枠組みにおいて有意な事実を事例からの確に拾い上げ、それらを適切に評価して結論に至る道筋を論理的に示すことができれば、優に合格水準に達したと思われる。改めて、基本的な条文と判例についての深い理解が基本であり、重要であることを指摘したい。

(2) 第2問について

本問は、短時間労働者及び有期雇用労働者の雇用管理の改善等に関する法律（平成5年法律第76号）の改正（題名も変更。以下「短時間・有期雇用労働法」という。）に伴い企業内の賞与制度が改定されたという事案を素材に、賞与が減額された正社員からの賞与減額分の支払請求の可否（設問1）、賞与が支給されるようになったが正社員とはなお相違がある契約社員からの法的請求の可否（設問2）について、考えられる論点を挙げて検討することを求めるものである。

労働協約を締結した労働組合の組合員である正社員X1が改定前の基準による賞与の支払を請求できるかが問われた設問1では、①改定前の書面化されていない労使合意に労働協約としての規範的効力が認められるか、②30年間継続して行われてきた賞与支給という取扱いに労使慣行としての法的効力が認められるか、③労働条件を不利益に変更する労働協約について労働組合に協約締結権限が認められ、同協約は規範的効力をもつものといえるか、④労働条件を不利益に変更する就業規則に法的拘束力が認められるかという点が、主たる論点となる。このうち②及び③については多くの答案が判例や主要な裁判例（商大八戸ノ里ドライビングスクール事件・大阪高判平成5年6月25日労判679号32頁、朝日火災海上保険〔石堂・本訴〕事件・最判平成9年3月27日労判713号27頁等）の立場を理解して的確な論述を行っていたが、①及び④についてはそもそも論点として取り上げていない答案が少なからず見られた。①及び②は、いずれも本件において基本給2か月分の賞与の支払請求をする労働契約上の根拠（請求原因）となり得るものであり、労働条件の不利益変更の可否（③・④）を検討する前提となるものでもあるが、そのように、この点を正確に理解せず、前提を欠く論を展開する答案が少なからず見られたことは、残念であった。また、③において改定された労働協約に規範的効力が認められるという結論を採ったことから、④は論じる必要がないと考えたのではないと思われる答案もあった。しかし、設問において求められているのは、特定の見解に立って一つの結論を導き出すことにとどまるのではなく、「考えられる論点を挙げて検討」し、自らの見解を述べることである。ある論点を検討した結果、一の結論を得るという観点からは検討が不要になり得るものであっても、当該事例において争点となると考えられる論点については取り上げて検討することが求められていることに留意してほしい。さらに、④の検討のうち、就業規則変更の合理性の判断において、④

賞与の基本給月額0.2か月分の減額をそれほど大きな不利益ではないと安易に述べる答案が散見されたこと、①契約社員の待遇を改善するために正社員の待遇を引き下げることについて社会的相当性が認められる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。これに対し、契約社員の待遇改善のために正社員の待遇を引き下げるとは改正法の趣旨に照らし相当とはいえないことを述べた答案も、多くはなかったが見受けられ、そのような答案には高い評価を与えた。

契約社員であるX2が正社員との賞与の相違（改正短時間・有期雇用労働法施行以降のもの）について何らかの請求ができるかが問われた設問2では、多くの答案が、①短時間・有期雇用労働法第9条が禁止する差別的取扱いの有無、及び、②同法第8条が禁止する不合理な待遇の相違の有無を論点として取り上げていたが、③これらの各条に違反する場合にY社に対して法的請求をする根拠（労働契約上の賃金請求の可否と不法行為としての損害賠償請求の成否）についてまで論を進めることができたのは、答案の半数程度であった。本設問において全体の成績の良し悪しを分けるポイントとなったのは、待遇の相違の不合理性の判断（前記②）において、同法第8条の構造に則して正社員に支給されている賞与の性質・目的を分析し、それに照らして正社員と契約社員間の賞与額の相違が不合理なものといえるかを論理的に判定する論述を展開できているか、請求の根拠（前記③）において、直律的効力を定める法律上の規定が存しないことや、本件就業規則の規定の合理的解釈による賃金請求権の存否について、的確に論述できているかであった。また、待遇の相違の内容と理由についての事業主の説明義務（同法第14条第2項）に言及し、この点を前記②において考慮した答案も見られ、そのような答案には高い評価を与えた。なお、前記②について、法改正前の労働契約法第20条に関する判例（学校法人大阪医科薬科大学〔旧大阪医科大学〕事件・最判令和2年10月13日労判1229号77頁）の立場を踏まえた論述を展開した答案もあったが、法改正前の同条と法改正後の短時間・有期雇用労働法第8条の不合理性判断の異同や判例の事案と本件事案の異同についての的確に論じた答案は、ほとんど見られなかった。

両設問を通じて、合格水準に達しなかった答案にある程度共通して見られた特徴は、①根拠条文を示していない、②論理的思考の過程を明らかにせず結論のみを提示している、③要件の理解が不十分であるために、当てはめにおける判断が曖昧で不明確である、という点にあった。これに対し、考えられる論点を的確に拾い出して整理し、出題の意図を正確に理解しつつ各論点について過不足なく論述を展開している優秀な答案もあった。

本問では、設問1において、集団的な労働関係を含む労働法の法源に関する基本的な理解を問うたが、設問2において、近時の法律改正と判例の動向についての正確な理解と論述の能力を問うたが、結果的に、いずれの設問においても、労働法の基本的な事項についての正確な理解に基づき、事例の具体的事実を分析して的確な論述をすることができているかによって成績が大きく分かれた。

4 答案の評価

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

「良好」の水準にあると認められる答案とは、論ずべき論点にはおおむね全て触れており、法解釈について法令や判例の理解に基づく一定の見解を示した上で、設問に対する結論を導き出すのに必要な具体的事実を事例から拾い上げることができている一方で、当てはめにおいて小さな問題が見られたり、判例の理解が十分とまでは言えない面が見られたりするなど、「優秀」の水準にある答案のような論述の緻密さ、深みが認められない答案である。

「一応の水準」にあると認められる答案とは、労働法の基本的な論点について一定の知識はあると認められるものの、論ずべき論点の一部に言及していなかったり、言及した論点においても、規範の定立に至る論理に欠落があったり、当てはめに不十分さが見られたりするほか、関係条文・判例に対する知識の正確性に難があり、論証において拾い上げる必要がある事実を事例の事実関係の中からの確に捉えて評価することができていない答案である。

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

5 今後の出題

出題方針について変更すべき点は特になく、今後も、法令、判例及び学説に関する正確な理解に基づき、事例を的確に分析し、必要な論点を抽出した上で自己の法的見解の論証を正確かつ説得的に展開し、事例の中から有意な事実を過不足なく拾い上げて当てはめることによって、妥当な結論を導くという、法律実務家に求められる基本的な能力及び素養を試す出題を継続することとしたい。従来と同様に、労働契約法、労働基準法を中心とする個別法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

【第1問】及び【第2問】に共通して、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。加えて、【第1問】においては、環境規制においては環境汚染の性格(媒体・汚染経路・リスクの大きさ・科学的不確実性等)や汚染主体及び汚染行為の態様等に応じて様々な規制と誘導の手法が採用されていることを前提として、出題された規制・誘導の仕組みが環境上どのような特徴を有しているかを的確に理解しているかについても採点の対象とした。

3 採点実感等

【第1問】は、大気汚染防止法について、条文を参照しつつ、「第2章 ばい煙の排出の規制等」に基づく排出基準超過及び測定・記録・記録保存義務違反の事案に対する規制、及び「第2章の5 有害大気汚染物質対策の推進」の制度並びに同法附則に基づく指定物質抑制基準値超過事案に対する勧告の法的特徴が理解できているかを問うものである。併せて、行政の対応に異議のある事業者がどのような法的請求をすることができるかに関する理解も試している。【第2問】は、水質汚濁防止及び土壌汚染対策に関する法制の特徴と、双方の関係について正確に理解しているかを確認し、資料の助けを借りながら両法制の基礎にある考え方を摘出する能力を試すものである。また、未規制物質によって損害が発生した水質汚濁事例に関して、民法第709条の過失の有無をどのように判断するかにつき、諸要素を摘出して判断過程を明らかにする能力を問うものでもある。

【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】のうち〔設問1〕〔設問2〕は、「第2章 ばい煙の排出の規制等」に関するものであり、いおう酸化物の排出規制基準であるK値規制基準の理解と排出基準値超過事案に対する規制の仕組みの理解とを試している。〔設問3〕は、ばい煙排出規制との対比において、「第2章の5 有害大気汚染物質対策の推進」の制度と指定物質抑制基準が定められている物質に係る勧告についての理解を問うものであり、〔設問4〕は、〔設問2〕〔設問3〕を踏まえ、行政の対応に異議のある場合にどのような法的請求が考えられるかについて検討を求めるものである。

〔設問1〕に関しては、かなりの割合の解答者が、施設から排出されたばい煙に含まれる有害物質が大気の中で拡散されつつ人の生活圏（地表）に到達する汚染のメカニズムを理解した解答を記載していた。なお、K値規制の算定式は、「ばい煙から排出されるいおう酸化物の最大着地濃度がばい煙の排出口の高さ（ばい煙の上昇等を勘案して補正されている）の2乗に逆比例・反比例する」との知見に基づくものであるが、環境法の教科書においてこの点に言及のある例は少ないことを勘案し、ばい煙による大気汚染の性格、ばい煙に含まれる有害物質の暴露の形態について理解できているかを問う出題とし、その観点から採点した。

〔設問2〕は、大気汚染防止法（以下【第1問】の解説において「法」という。）中の典型的な公害規制に関する出題である。第1に、ほとんどの受験者は、排出基準違反（法第13条第1

項) に対して発動される行政規制は改善命令(法第14条第1項。命令の内容はばい煙の処理の方法の改善又は施設の使用の一時停止)であることについて解答できていた。ただし、行政が採り得る措置としての告発に関しては、直罰規定が設けられている(法第33条の2第1項第1号)ために直ちに告発できるにもかかわらず、告発について言及のない解答や命令を経てから告発できるとする解答がある程度の割合であった。また、少数ながら条文を示していない解答もあった。第2に、ばい煙量等の測定・記録・記録保存義務(法第16条)にC工場が違反していた事実が問題文に明記されているにもかかわらず、違反に対して直ちに告発できること(法第35条第3号)については言及のなかった解答も一定の割合で見られた。

[設問3] に関し、第1に、「第2章の5 有害大気汚染物質対策の推進」の制度は、有害大気汚染物質の低濃度での長期的な暴露によって人の健康影響が懸念されるものの、科学的知見は必ずしも十分なものでないことから、事業者には汚染状況と排出・飛散抑制措置の実施を責務として求めるにとどめ、国・地方公共団体には科学的知見の充実と情報・知識の普及を、国民にも抑制の努力義務を求めるものである(法第18条の41以下)。そこで、[設問3]の解答に際しては、これらの条文を踏まえ、この制度においては、ばい煙の排出規制とは異なり、法的強制を伴った直接的な規制とは異なる、関係者の協働に依拠し、情報的手法を用いた誘導手段が用いられることの理解を示すことが求められる。なお、法第18条の41の条文上は「未然防止」が用いられているものの、この制度について「予防原則あるいは予防的アプローチ」と位置付ける説明もあることを踏まえて採点した。かなりの割合の答えは、出題の意図に沿った形で解答ができていた。

第2に、指定物質抑制基準の設定・公表、指定物質に係る勧告等の制度に関しては、代表的な教科書に必ず記載のあることから、少し正答率は低くなったものの、多くの受験者が適切な解答を記すことができていた。もっとも、国による汚染状況の評価・公表(法第18条の43第2項)や地方公共団体による住民に対する知識の普及(法第18条の44)等の関係のない条文に言及する解答もかなりの割合であった。

[設問4] は、[設問2][設問3]の内容を踏まえ、計画された行政上の措置に異議のある事業者はどのような法的請求を行うことができるかについて解答できるかを試したものである。解答の際には、第1に、法第14条第1項の改善命令に処分性のあることに関しては判例・学説上争う余地はないことを当然の前提とすべきである。他方、法附則第10項の勧告については、処分性を認める判例はなく、また、「第2章の5 有害大気汚染物質対策の推進」に位置付けられた制度であって、法附則の条文も「勧告をする」(法附則第10項)、「報告を求める」(法附則第11項)とされていることから、処分性は肯定できないとする立論がまず検討されるべきである。その上で、この立論を否定して処分性を肯定する議論を展開しようとする場合は、勧告の公表による重大な不利益等を論ずる等、説得的な記述が求められる。

第2に、勧告(その公表を含めて)に処分性はないとして立論する場合には、改善命令の差止訴訟(法定抗告訴訟。行政事件訴訟法第3条第7項)と勧告に対する差止訴訟(民事訴訟又は公法上の当事者訴訟)とを区別して議論を展開することとなる。まず、改善命令については、改善命令に対する法定抗告訴訟としての差止訴訟を論ずべきであり、差止訴訟の訴訟要件は行政事件訴訟法第37条の4に規定がある。そして、同条の訴訟要件につき【第1問】において議論されるべきは、「重大な損害を生ずるおそれ」の該当性である。この点については、取消訴訟を提起して執行停止を申し立てることで容易に救済が与えられるかの観点から、本件の事案に即して適切に議論がされているかを評価することとなる(営業上の不利益(ただし、財産上の不利益である)、信用の失墜、直罰規定の存在等)。

次に、勧告については、公法上の当事者訴訟としての義務不存在確認訴訟(勧告に従う義務のないことの確認訴訟)等を検討する解答は多かったものの、勧告(及びその公表)の差止訴訟がより直截である。ただし、義務不存在確認訴訟を挙げた解答についても、行政事件訴訟法の改正

により公法上の当事者訴訟としての確認訴訟が明文化されたことの意義が強調されている点を踏まえ、行政救済法に関する理解を示した解答として評価した。

また、勧告、勧告及び公表、又は改善命令を含めた公表そのものにつき処分性のあることを前提として議論した解答については、それぞれの立論について論点ごとに精査し、立論の説得度に応じて相当の評価をした。

(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〕に関しては、「排出口が高いと広範囲の地域に汚染を広げる」等、排出口が高くなれば排出規制は緩和されることを説明できていない解答が予想より多かった。ばい煙の排出の図も示したことから、K値規制基準の算定式の意味を説明されることがない受験者であったとしても、大気におけるばい煙の拡散、ばい煙に含まれる有害物質の人への暴露の形態（地表において人が生活するなかでの大気に含まれる有害物質への暴露）等、環境管理の法制度を十分に学習してきた者であれば、出題の意図に即して記述することは可能である。それができなかった解答については、K値規制基準等の知識を暗記するにとどめ、その法的な意義を環境法の論理、本問にあっては規制の手法論から理解しようとしないう学習態度の弊害が現れたものといえよう。

〔設問2〕に関しては、改善命令ができることについて出題の意図どおりの解答を得た。ただし、行政による刑事告発と直罰規定に関する理解が十分でない受験者がある程度いたことは出題者の予想を超えたものであった。改善命令の根拠条文、罰則の条文を示していない解答や、ばい煙量等の測定・記録・記録保存義務違反に言及できなかった解答については、問題文を丁寧に読んだ上で適切に関連規定を法令から見付け出すことのできた受験者との間で力量に差が付いたものとする。

〔設問3〕に関し、指定物質抑制基準の設定・公表、指定物質に係る勧告等の制度に言及することのできなかつた解答者については、制度の理解が不十分であったことに加えて、これらの仕組みを規律する法附則の条文を法令において確認できなかったことが原因であると思われる。【資料2】において施行令附則が示されており、また一般に、法令の附則は本則の後に配置されているとの知識は六法を頻繁に利用することとなる法曹にとっては基礎的なものであって、これらの点についての確認・知識を欠いていたことは〔設問4〕との関係においても得点に大きな影響を与えた。

〔設問4〕については、処分性に関する判例・学説が適切に理解されているかが評価のポイントとなる。また、〔設問3〕において、指定物質抑制基準の設定・公表と勧告の制度に適切に解答できなかった解答者については、〔設問4〕における法的請求の対象の一つを誤って把握したか把握することができなかつたこととなるため、他の解答者との得点差は大きくなった。勧告又はその公表に処分性を認める見解に対しては、公表による不利益の重大性等、説得的な立論がある場合に評価したが、勧告の公表について法附則にも根拠規定はないことに留意は必要である。なお、ごく少数ではあるものの、改善命令を含めて行政措置の公表全体を捉えて処分性ある行為として議論している解答もあったが、処分性に関する判例・学説を踏まえると特異な立論である。また、改善命令については差止判決が出されるならば違法な改善命令に係る法的救済としては十分であろう。なお、出題された事案に照らすならば、「重大な損害の生ずるおそれ」の要件に加えて、法律上の利益、他の適当な方法があるか等の要件につき詳細に言及する必要はあるまい。これらの記述は減点要素とはしていないものの、これらの答案の多くは他に論ずべき点への言及を欠いているか、あるいは言及はあっても不十分なものであった。

(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〕において、汚染に係る環境媒体と暴露の形態を踏まえてK値規制の算定式の意味を説明でき、〔設問2〕において、排出基準違反に対する改善命令と告発、ばい煙量等の測定・記録・記録保存義務違反に対する告発を指摘し、〔設問3〕において、「有害大気汚染物質対策の推進」の制度趣旨を説明した上で、指定物質抑制基準の設定・公

表、指定物質に係る勧告等に関し、法附則の条文を踏まえつつ説明ができ、[設問4]において、改善命令と勧告の法的性質を踏まえて、違法な行政対応に対する法的救済の在り方を、法定抗告訴訟としての差止訴訟、当事者訴訟又は民事訴訟としての差止訴訟等を具体的に挙げつつ、分析的に論ずることができた答案である。ただし、論点が多いため、これらの主要論点の中の複数について不十分な解答があったとしても「優秀」な答案として評価した。このイメージに該当する答案は、主要論点の全てにつき的確に解答をした数パーセントの受験者を含め、出題者の想定どおりの割合を占めている。「良好」な答案のイメージとしては、これらの主要な論点につきおおむね解答ができてきているものの、複数の主要論点についてかなりの程度不十分な記述があるものである。このイメージに該当する答案がかなりの割合を占めた。「一応の水準」の答案のイメージとしては、[設問1]について、ばい煙の排出による大気汚染のメカニズムを理解した解答をし、[設問2]については、排出基準違反に対する改善命令が条文に即して説明できていること、[設問3]において、「有害大気汚染物質対策の推進」の制度が、[設問4]において、改善命令に対する差止訴訟の可能性を指摘した上で、訴訟要件としての「重大な損害の生ずるおそれ」の該当性がある程度議論できていることである。なお、これらの論点の一部についての解答に欠落があった場合においても、他の論点で適切な解答があればこのイメージに該当する答案となる。「不良」な答案は、題意を把握できておらず、制度の基本的な理解も不十分な答案である。ただし、排出基準違反に対する改善命令とそれに対する差止訴訟の提起や「有害大気汚染物質対策の推進」の制度趣旨等についてはほぼ全員が言及していた。

【第2問について】

(1) 出題の意図に即した答案の存否、多寡

【第2問】は、[設問1]で、有害物質使用特定施設について、地下水汚染防止のため、水質汚濁防止法上、どのような義務付けが行われているかを問い、[設問2]では、地下水汚染と土壤汚染の両方が生じた場合に、水質汚濁防止法と土壤汚染対策法のどのような措置が問題とされ、それらがどのような関係にあるかを、資料を参照しつつ解答するよう求め、[設問3]では、都道府県知事の指示に基づく汚染除去等の措置が完了した後に、土壤環境基準が強化された場合、土地所有者等に対して、同環境基準の強化を理由として、汚染除去等の追加的措置を求めることができるかを問い、[設問4]では、Aの施設から排出された未規制物質が他の物質との化合によって損害を発生させたこと、下流における浄水場の存在をAは知り得たことなどの事情の下で、不法行為に基づく損害賠償責任の成立の有無を問うものである。

[設問1]は、平易な設問といえるが、必ずしも十分な解答がなされていなかった。Aに対する義務付けを問うているのであるから、Aの施設が有害物質使用特定施設であることは是非記してほしいところであるが、それが行われていない答案も少なくなかった。また、水質汚濁防止法第12条の3と第12条の4のどちらか一方のみが書かれている答案も見られた。

[設問2]については、Cの排出又は漏えいにより、地下水等や土壤が汚染されてしまったケースであるため、措置命令がまず問題となるが、改善命令だけに触れている答案が相当数見られた。一定の点数は与えられたが、理解に苦しむところであった。また、関連する水質汚濁防止法及び土壤汚染対策法上の措置に関する規定を丁寧に書いている答案も少なからず見られたが、ほとんどその点に触れない答案もあり、設問の題意を理解するという基本が必ずしも身に付いていないように思われた。水質汚濁防止法と土壤汚染対策法の地下水汚染対策に対する考え方の相違については、資料の中から両者の相違を発見する能力が必要とされた。相当数の答案は、この相違に気が付いたようであるが、必ずしも多くはなかった。なお、本問とは関係しない点であり、採点の対象とはしていないが、水質汚濁防止法は原因者負担の考え方を採用している一方で、土壤汚染対策法は状態責任の考え方を採用しているとしたものが少数ながら見られた。しかし、土壤汚染対策法は状態責任の考え方だけを採用しているわけではないため、この記述には限定が必

要である。

〔設問3〕については、Aが汚染除去等の措置を相当の費用をかけて行った後に、土壤環境基準が強化され、行政からそれを理由として汚染除去等の追加的措置を求められる場合、どのような考慮がなされるべきか、自らがその立場に立った場面を考えて検討してほしいところである。行政法上の信義則や比例原則に触れた答えは、全体の2、3割であった。資料を読み込みつつ、健康被害のおそれがある場合の例外的対応について記述した答えは、相当数見られた。

〔設問4〕については、不法行為に基づく損害賠償請求の問題である点にたどり着かない答えが相当数見られたのは意外であった。また、民事差止請求について相当のスペースをとって記述しているものが見られたが、本問のような河川における事故事例で、差止請求はたとえ仮処分の申立てであっても実効性は乏しいであろう。なお、民法第717条を根拠として挙げる答えもあり、一定の点数は与えたが、本件におけるAの施設に設置・保存の瑕疵があったといい得るかには問題があり、また、裁判例・学説上、工場・事業場からの汚染に対しては、この規定はほとんど用いられていないことを指摘しておく。

(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、水質汚濁防止法について体系的な理解がなされていないといえよう。

〔設問2〕については、地下水汚染と土壤汚染の両方が生じた場合に、水質汚濁防止法と土壤汚染対策法のどのような措置が問題とされるかについて、資料を的確に読み込む力が不足しているといえるが、さらに、資料から両者の相違点を導き出せないとしても、両法の関連規定を丁寧に書いていれば相当の点数は与えられているのであり、そのような努力をした答えとそうでない答えとで差が付いたものと思われる。〔設問3〕については、6、7割の答えが【資料3】の読み込みに成功したようであるが、その趣旨を自ら説明できるレベルまで行った答えと、ただ資料の要旨を記載した答えとで、採点上は差が生じた。この種の設問に対する解答においては、資料の要旨と、それを踏まえた上での自らの見解とを分けて記述する必要があるが、そのような区別をしていない答えも少なからず見られた。〔設問2〕と〔設問3〕は資料を読み込んでそこから諸要素を抽出して思考過程を明らかにする能力を問うものであったが、勉強してきたことを基礎としつつも、新しい資料を読みつつ自ら考える柔軟な思考力が必ずしも鍛錬されていないようである。〔設問4〕については、損害賠償請求に関して二つ問題点があった。第1に、水質汚濁防止法第19条が適用される旨を記述した答えが少なからず見られたが、本件では人の生命又は身体に対する侵害が認められないことから、同条の要件を満たさず、その適用がないことに気が付いてほしかった。第2に、Cに関して排水基準が設定されていなかったから違法性がなく不法行為が成立しないことが当然であるとした答えが相当数見られたことには愕然とした。環境法の原点というべき熊本水俣病第1次訴訟判決を読んだ経験があれば、判例、学説がこのような見解を採用してこなかったことは直ちに理解できたのではないか。民事訴訟を含めて過去の重要な訴訟に関する勉強が不十分である。

(3) 各水準の答案のイメージ

「優秀」な答案のイメージは、〔設問1〕については、Aの施設が有害物質使用特定施設であることを条文の根拠を付して解答し、また、水質汚濁防止法第12条の3と第12条の4にその内容とともに触れ、〔設問2〕については、水質汚濁防止法第14条の3の浄化措置命令、土壤汚染対策法第5条の調査命令、第6条、第7条、第11条に基づく指定や指示等について挙げた後、【資料2】を参照しつつ、水質汚濁防止法第14条の3と、土壤汚染対策法第5条の要件は類似しているが、前者の浄化措置命令では、当該「地点」において地下水を飲用に利用している等の状況があることを必要とするのに対し（「水質汚濁防止法の一部を改正する法律の施行について」）、後者の調査命令では、土壤汚染のおそれがある地点の「周辺の土地」で、地下水を飲用に利用している等の状況があれば足りる（土壤汚染対策法施行令第3条第1号イ、ロ、同施行規則第30条）とことからより広く適用できることに言及し、〔設問3〕については、【資料3】を

基に、既に都道府県知事の指示に基づく汚染除去等の措置を講じた者に対しては、土壤環境基準の強化のみを理由に、当該措置の再実施（追加的措置）が求められることは一般的にはない点を指摘し、その理由として、行政法上の信義則と比例原則を挙げ、ただし、土壤汚染対策法第5条第1項に基づく土壤汚染状況調査の対象となる土地の基準を満たす場合には、都道府県知事は、指導により汚染の摂取経路を遮断するための措置を講じさせることや、同項の調査命令を发出することが適当であるとし、その理由については、資料におけるその結論の上段に示されるところを読み込むことにより、健康被害のおそれに対する対応であることを導き出し、[設問4]については、損害賠償請求に関して、本件では人の生命又は身体に対する侵害がないことから、水質汚濁防止法第19条は適用されず、民法第709条が適用されること、Aの施設から排出された未規制物質が他の物質との化合によって損害を発生させたこと、下流における浄水場の存在についてはAは知り得たことなどの事情を摘出し、その場合に過失（予見可能性及び結果回避義務違反）が認められるかを適切に説明し、ただし、Cに関して排水基準が設定されていないことを違法性の欠如には直結させず、水道事業者としてのF市に拠点給水所の設置、給水車の出動等による応急給水に費用がかかったことを損害として指摘するものである。「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]、[設問2]において関連する規定が的確に指摘され、[設問3]において資料の概要が理解され、そのおおまかな理由付けが説明され、[設問4]において民法第709条の過失及び損害についての本問における考え方が示されている答案である。「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。

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に関する問題、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付けて、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。

特に、【第1問】については、【資料2】に大気汚染防止法施行令附則の条文が示され、そして、大気汚染防止法附則の条文は司法試験用法文に掲載されているにもかかわらず、大気汚染防止法附則の条文を見付けることができずに解答した受験者が予想外に多かった。また、「関係規定を示しつつ説明しなさい」との設問にかかわらず条文を示すことのできなかつた解答や、「仮の救済・仮処分及び本案の主張は問わない」等の指定を無視した解答もある程度の割合であった。少なくとも司法試験用法文に掲載されている法令に関しては、法文を確認しつつ環境法の教科書等の読解を進める、試験の出題は丁寧に読む、との基本的な学習態度を身に付けさせることを強く期待したい。

1. 出題の趣旨等

既に公表されている出題の趣旨（「令和4年司法試験論文式試験問題出題の趣旨【国際関係法（公法系）科目】」）に記載したとおりである。

2. 採点方針

国際関係法（公法系）科目の採点方針は、従来の立場を踏襲し、①国際法の基本的な知識を習得し、かつ、設問に関係する国際法の基本的な概念や規範、特に、関係する主要な多数国間条約の関連規定や国際判例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、個別的集团的自衛権の行使要件、政府の交替と国家の同一性、外交的保護権の行使要件についての基本的な知識と理解を問うとともに、条約締約国間対世的（*erga omnes partes*）義務の違反に係る国際司法裁判所（以下「ICJ」という。）の裁判管轄権及び請求の受理可能性という応用的な論点に関する国際法の理解を問うものである。第2問は、条約法上の主要な論点である条約終了に関して「事情の根本的な変化」や「重大な条約違反」、国際法の国内適用に関して国内法秩序における国際法の妥当、位階秩序での位置付け、国内裁判所における適用の要件、また犯罪人引渡しに関して双方可罰性の原則や政治犯不引渡し原則といった国際法の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、最低ライン未満者が若干名存在した。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、武力行使に係る国際法規則の内容を説明することを求め、国家が他国に対して武力を行使し得る国際法上の要件についての理解を問うものである。具体的には、国際連合（以下「国連」という。）憲章第2条第4項に規定されている武力不行使原則を確認するとともに、武力行使が許容される例外事由として、本問では同第51条に定める個別的集团的自衛権を援用し得ることからその行使要件（相手国からの先行武力攻撃の存在、他の手段が利用できない状況であるという意味での自衛措置の必要性、先行武力攻撃と自衛措置との間の均衡性）が課されることなどが理解されているかどうかの評価の対象となる。

ほとんどの答案は設問の趣旨を理解して、国際社会においては武力行使が禁止されていることが原則であり、その例外として主権国家が武力を行使するには、個別的集团的自衛権を援用し、その行使要件を満たさなければならないことを論述していた。他方、武力不行使原則に言及していないほか、武力の不行使が国際法上の原則であり、それに対する例外として自衛権が位置付けられるという関係性が明確に示されていない答案も散見された。また、例外事由としての個別的自衛権を指摘する場合、その行使要件については、単に武力攻撃の存在、必要性、均衡性に触れるだけでなく、各要件の具体的内容も説明する必要があるが、この点に関して不十分な記述にとどまる答案もあった。自衛権の行使要件は慣習国際法として発展したほか国際判例によっても明確にされてきたことから、例えば集团的自衛権の行使要件に関してはニカラグア軍事活動事件ICJ本案判決（1986年）への言及が不可欠であるように、国連憲章上の規定を理解するだけでなく、自衛権に関係する国際判例についても学習しておくことが必要である。したがって関連

する条約規定及び国際判例の内容を理解した上で、設例において問われる主題を的確に把握し、そこにいかなる国際法規則が適用され、その具体的内容がいかなるものかということを正確に理解し論述することが求められる。

設問2は、1984年の拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰に関する条約（以下「拷問等禁止条約」という。）上の義務違反について、義務違反を被った国以外の拷問等禁止条約締約国が当該義務の違反国をICJに訴える法的構成を論ずることを求める問いであり、同条約の裁判条項に基づくICJへの一方的付託のための要件を確認するとともに、当該義務が条約締約国間対世的義務であることを論述することが必要となる。具体的には、拷問等禁止条約第30条第1項に定める要件が満たされていること、また同項に関してICJの裁判管轄権を否定する留保が関係国により付されていないことを論ずるほか、違反の対象となった同条約上の訴追か引渡ししかの義務が条約締約国間対世的義務の性質を有しており、その法的効果がいずれの条約締約国も当該義務違反を迫及することができることを論じているかどうかの評価の対象となる。特に後者の義務の性質については、この点を詳しく検討している訴追か引渡しかの義務事件ICJ判決（2012年）に言及して条約締約国間対世的義務の特徴を論ずることが求められる。

やや発展的な問題であったためか、総じて出来はあまりよくなかった。拷問等禁止条約第30条第1項の手続要件には多くの答案が触れていたのに対して、義務違反の相手国以外の条約締約国が当該義務違反について義務違反国に中止を求めるための鍵概念となる条約締約国間対世的義務には言及しない答案や、この義務について指摘はするものの、訴追か引渡しかの義務事件ICJ判決が判示した条約締約国間対世的義務の特徴に関する説明が不十分な答案も多かった。

設問を解く際には、求められる解答に導く法的論理構成を正確に論述することはもちろんであるが、ここでは国際法に特有の概念とその内容を国際判例に従って説明することも求められるのであり、そのためには、単に重要な用語を記憶するだけでなく、その出自や内容も正確に理解しておくことが必要である。

設問3は、政府の変更と国家の関係についての説明を求めるとともに、外交的保護の行使要件に関する基本的知識の理解を問うものである。すなわち、ティノコ利権契約事件仲裁判断（1923年）が述べるように、国内法に違反した政府の変更の場合も国家の同一性は損なわれないため、前政権の収用行為は現政権の下でも当該国家の行為であることを示すとともに、補償なく収用された財産をめぐる在外自国民の権利侵害について、その本国が外交的保護権を行使するための要件を明らかにして、当該要件に設例の事実を当てはめることが求められる。

このように国際法規則に関する基本的な知識の理解度を問うものではあったが、個々の重要な国際法上の用語は覚えていても得点につながらない答案が多かった。例えば外交的保護の要件には国籍継続の原則と国内的救済手段完了原則があるということはほとんどの答案で示されていたが、国籍継続の原則については、その存在理由を踏まえて国籍はいつからいつまで継続していなければならないのかを明確にした答案はそれほど多くはなく、また国内的救済手段完了原則についても、全権を掌握したことを理由とした前政権下での同原則の不適用にも言及する必要があるにもかかわらず、単に現政権が請求を拒否したということに触れるだけの答案も多く見られた。外交的保護の行使要件は、その存在意義と内容を的確に理解してこそ、当該要件に具体的事実を当てはめることが可能である。国際法規則は慣習法にも大いに依拠しており、その内容を一通り説明してから、当該規則への事実の当てはめを行うことが求められる点は、主として成文法規則の解釈に係る国内法と対比して、国際法を学習する上で留意すべきところである。

(2) 第2問

設問1は、条約終了の要件を問うものであるが、両国が条約法に関するウィーン条約（以下「条約法条約」という。）の当事国であることから、条約法条約の適用が問題となる。

本問では条約法条約の終了原因に照らして論ずることを明示的に求めているが、多くの答案は、

設問の趣旨に適切に沿って解答していた。具体的には、B国が主張する「事情の根本的な変化」に着目して条約法条約第62条に言及した上で、両国間の犯罪人引渡条約が締結された背景にA、B両国が類似の政治思想を持ったある種の共同体であったという主張が適切かどうかを検討していた。さらに、B国の別の主張である「重大な条約違反」の主張に着目して、条約法条約第60条、特に同条第3項にある「重大な条約違反」となる2つの条件に言及し、A国の古くからある特定の法律中の他国への犯罪人引渡しを禁止する条項が重大な条約違反に当たるかどうかを検討していた。問題文後半の、A国側から条約の終了を宣言する場合についても同様で、同条に照らしつつ、A国による犯罪人Xの引渡しに対して、B国が条約に定める期間を大幅に経過しても自国内の手続を開始しなかったこと、度重なるA国による要請を無視し続けたこと、履行する意向は全くないと連絡してきたことを評価することになる。なお、条約法条約第54条(b)号に触れつつ、B国が既に条約の終了を宣言していたとしてA国との間には同意があると論ずる答案も散見されたが、本問はB国の対応いかんにかかわらず、一方的に宣言できるかを問うものであったことに留意されたい。全体として言えば、事実の当てはめの丁寧さについては答案によっては差も見られたが、おおむね適切に解答がなされていた。

設問2は、国際法の国内裁判所における適用に関するものであるが、A国は歴史的に日本法の影響を強く受け、憲法でも日本と同様の仕方でも国際法を尊重する国とされており、本設問は實際上、日本国内法秩序における国際法の位置付けに関する理解という基本的な内容を問うている。この問題は複数の異なる論点から成るが、まずは日本国内法秩序上、国際法が妥当するか（効力を有するか）を論ずる必要がある。次に、妥当するとして、国内法秩序内における位階秩序が問題になり、さらに、妥当、位階秩序とは別に、国内裁判所が適用する際の基準が問題になる。学説によってはこうした論点の区別は常に維持されているわけではないが、その場合でもこれらの論点の違いを踏まえた立論が求められ、その上で、犯罪人引渡しに関する本問におけるA、B二国間犯罪人引渡条約の適用及び慣習国際法の適用の可能性が問題となる。

残念ながら、多くの答案は全体として芳しいものではなかった。一般的受容方式を採っていることについては、初歩的な知識ともいえることから比較的多くの答案で適切な言及があったが、位階関係に関する記述はないか不十分であった。A国には古くからある特定の法律が条約と両立しない規定を含んでいることが問題になっているので、A国内でどちらが優先されるかの議論が論点になり得る。また、答案がこれを問題にしている場合も、「国内法と国際法の関係」という曖昧な表現になっているものも散見された。当然ながら、「国内法」には憲法も法律も含まれるので、位階関係がどのようになっているのか適切に記述できていないことになる。逆に、「国際法」についてはこれが条約であることを前提にしているものが多数だった。しかし、国際法の存在形態は大きいえば条約と慣習法であり、取り分け犯罪人引渡しの論点については、二国間条約の締結が必ずしも進んでないこともあり、慣習法に関する知識が重要になる。Y及びZの立場からA国裁判所が引渡しを認めないための立論をする際にも、依拠する「国際法」の違いを意識する必要がある。裁判所が国際法を適用する際の要件については、学説によっては理解が異なるものの、一般にいわれている基本的な内容についての言及があつてしかるべきである。

設問3は、犯罪人引渡しの基本的知識を問うているが、前提となる双方可罰性原則等の諸原則と、本設問で最も論じられるべき政治犯不引渡し原則が問題になる。ここでも、A国裁判所の裁判官らが日本の裁判所における同種の決定例に倣って判断することにしたので、実際上は、日本法の知識・理解を問うことになる（実際には、日本の場合は「逃亡犯罪人引渡法」があるので、本設問はこの国内法解釈に依存しない形で問うている）。

多くの答案は、設問の趣旨に適切に沿って解答していた一方で、YとZを同様のものと考えひとまとめにして解答していた答案も必ずしも少なくなかった。「相対的政治犯」に関する日本の決定例である張振海事件（逃亡犯罪人引渡審査請求事件、東京高決平成2年4月20日刑集44巻3号321頁）は代表的なものであり当然知っておくべきものと思われるが、他方で、その

知識がなくても、政治犯不引渡し原則生成の背景を意識しつつ、問題文で詳述されているYとZの行為態様の差が問題になり得ると思ひ至るのは難しくない。同決定が「健全な常識に従って個別的に判断」すると述べるとおりである。また、このことから明らかなように、ここでは事案に即したより丁寧な当てはめが求められるが、これは他の設問と同様、答案によって差があったところである。

(3) 答案の水準と評価

第1問、第2問ともに、「優秀」といえる答案は、全ての設問において、設定されている事実関係に関する国際法上の論点を的確に抽出し、関係条文を正確に解釈するとともに、関連する国際法の原則や国際・国内判例等に言及し、各設問に関して説得力のある論述を展開して、適切な結論を導き出しているものであり、答案全体の1割程度であった。「良好」といえる答案は、各設問で必要とされている国際法上の主要な論点の一部を欠いていたり、関係条文や国際法の原則に対する理解が必ずしも十分でなかったりするものであるが、全体としては適切な論述が展開できているもので、全体の約4割がこれに該当した。「一応の水準」の答案は、全ての設問に通り返答しているが、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、今年の問題について言えば、国連憲章、条約法条約、ICJ規程等の主要な多数国間条約の関係条文の解釈、国際判例及び国内判例・裁判例に関する理解を深めることが重要である。また、受験生のほとんどがその後国内法曹になっていくことに鑑みても、国際法が国内法秩序の中でどう活用されるかにも十分な注意を払われたい。そして、これらの重要な論点を学習する場合に求められているのは、暗記型の知識や理解ではなく、具体的な問題・事例に柔軟に対応して的確な解決策が導き出せる分析力と応用力の備わった知識や理解である。法科大学院での教育も、このような問題解決能力を涵養するものであることが望まれる。

1 出題の趣旨、ねらい等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

採点の方針は、基本的に、例年と同様である。すなわち、関連する分野ごと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ているか、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ているか、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」にとどまった。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ているか否かを基本として採点した。

3 採点実感等

(1) [第1問] について

ア [設問1] について

[設問1] は、BによるAの後見開始の審判の申立て及びAの後見人の選任の申立てについて、日本の家庭裁判所の国際裁判管轄権が認められるか、また、日本の家庭裁判所がいずれの申立てについても国際裁判管轄権を有すると仮定した場合に、Aの後見開始の審判及びAの後見人の選任の準拠法がそれぞれいずれの国の法になるかを問うものであった。

本件ではまず、BによるAの後見開始の審判の申立てが、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）第5条の規定が定める後見開始の審判に該当することを指摘した上で、成年被後見人となるべき者が日本に住所若しくは居所を有するとき又は日本の国籍を有するときに該当するかどうかを論ずることが求められていた。多くの答案是、本件申立てが通則法第5条の規定が定める後見開始の審判に該当すること、Aは甲国人であり、Aの住所は日本国内に所在すると認定し得ることから、BによるAの成年後見開始の審判の申立てについて日本の家庭裁判所が国際裁判管轄権を有することを指摘できていた。しかし、通則法第5条の規定が後見開始の審判の国際裁判管轄権及び準拠法について規定していることを理解せず、同条は後見開始の審判の準拠法についてしか決めていないものと誤解し、家事事件手続法の国内裁判管轄権に関する規定を適用して国際裁判管轄権の有無を論じる答案が一定数存在し、また、若干数であるが、民事訴訟法（以下「民訴法」という。）の規定を適用して管轄権の有無を論じる答案もあった。このような答案是、「一応の水準」にも達していない。

次に、BによるAの成年後見人の選任の申立てについて日本の家庭裁判所の国際裁判管轄権が認められるかに関しては、これについて直接定めた明文の規定が存在しないことを指摘した

上で、成年後見人の選任の申立てについて日本の家庭裁判所に国際裁判管轄権が認められる根拠について論じること及び本件事案への当てはめを行うことが求められていた。相当数の答えは、成年後見人の選任の申立ての国際裁判管轄権について直接定めた明文の規定が存在しないことを指摘できていた。その上で、成年後見人の選任の申立ての国際裁判管轄権の根拠については、条理によって、又は、通則法第5条の規定を類推適用して、被後見人が日本に住所若しくは居所を有するとき又は日本の国籍を有するときは、日本の裁判所に国際裁判管轄権が認められるとする答えや、通則法第5条と通則法第35条の規定の連動を根拠に、通則法第5条の規定に従い成年後見を開始した場合には、日本法上要求される後見人の選任の国際裁判管轄権が日本の家庭裁判所に認められるとする答え等があった。それに対して、少数ながら、成年後見人の選任の国際裁判管轄権の検討に先んじて成年後見人の選任の準拠法について検討し、準拠法が日本法であることを唯一の根拠として日本の家庭裁判所に国際裁判管轄権が認められるとする答えや、成年後見人選任の申立ての国際裁判管轄権に関する直接の明文規定の不存在については言及することなく、家事事件手続法の国内裁判管轄権に関する規定や民訴法の規定を直接適用して、国際裁判管轄権の有無について論じる答えも見られた。これらの答えも「一応の水準」には達していない。

本問は、成年後見開始の審判及び成年後見人選任の準拠法の決定に関しても、その基本的理解を問うものであった。まず、Aの後見開始の審判については、通則法第5条の規定に従い、日本法が準拠法となることの説明が求められていた。次に、Aの後見人の選任については、「後見」の問題と法性決定がされ、通則法第35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。同条第2項第2号の規定によれば、外国人が被後見人等である場合であって、「日本において当該外国人について後見開始の審判等があったとき」は、後見人の選任等の審判については、日本法によると定められており、本問では、Aの後見人の選任の審判については日本法によることを説明することが求められていた。

多くの答えは、Aの後見開始の審判については、通則法第5条の規定に従い、日本法が準拠法となること、Aの後見人の選任については、通則法第35条の規定が定める後見の問題と法性決定した上で、本件は通則法第35条第2項第2号が規定する場合に該当するとして、日本法がAの後見人の選任の準拠法となることを指摘できていた。しかし、後見開始の審判及び後見人の選任の準拠法のいずれも通則法第35条の規定に従うとして、通則法第5条の規定と通則法第35条の規定の適用範囲について正確に理解できていない答えも散見された。

イ 「設問2」について

「設問2」は、未成年後見人の選任の準拠法についての理解を問うものであった。Cが未成年者であるかについては、通則法第4条の「人の行為能力」の問題と法性決定され、同条第1項の規定に従い、Cの本国法である甲国法が準拠法となること、甲国民法を本件事案に当てはめると、Cは未成年者であることの説明が求められている。本問では、Cの父母であるABが共に死亡しているため、Cについて親権を行う者が存在せず、DをCの後見人に選任することができるかが問題となる。Cの後見人の選任の問題は、通則法第35条の「後見」の問題と法性決定され、同条第1項の規定に従い、被後見人Cの本国法である甲国法が準拠法となること、甲国民法の本件事案への当てはめを行い、日本の家庭裁判所はCの後見人としてDを選任することができるという結論を述べることを求められている。

多くの答えは、Cの未成年者該当性の問題について丁寧に論じながら、Cの後見人の選任については、後見の問題と法性決定した上で、通則法第35条第1項の規定を適用してCの本国法である甲国法が準拠法となること、そして甲国民法を本件事案へ適用した結果、DをCの後見人に選任することができることを指摘できていた。しかし、本問が通則法第35条第2項第1号の場合に該当するとして、同号を適用する答えも一定数あったほか、本問では「日本において未成年後見開始の審判があった」との、問題文から逸脱した不適切な事実認定を前提とし

て、第35条第2項第2号が適用されるとする答案も若干数あった。また、各問は独立した問であることが問題文に示されているにもかかわらず、それが理解できていない答案も散見された。

ウ 「設問3」の「小問1」について

「設問3」の「小問1」は、遺言能力、遺言の方式及び遺言による贈与の有効性の準拠法についての理解を問うものであった。

まず、Aの遺言能力の有無については、通説的な理解に従い、意思表示としての遺言の実質的有効性の問題であると解すれば、通則法第37条第1項の「遺言の成立」の問題と法性決定され、遺言の成立の当時における遺言者Aの本国法である甲国法が準拠法となること、甲国民法の本件事案への当てはめの結果として、Aは遺言能力を有しており、意思表示としての遺言は本件では有効に成立していることを説明することが求められている。

次に、遺言の方式上の有効性については、「遺言の方式」の問題と法性決定されること、遺言は、遺言の方式の準拠法に関する法律（以下「方式法」という。）第2条の規定が掲げるいずれかの法の定める要件に合致しているときは方式上有効とされること、そして方式法第2条の規定の本件事案への当てはめを丁寧に行い、本件遺言は甲国民法又は日本民法の要求する方式を満たしているため、方式上有効に成立していることを指摘する必要がある。

本件遺言による贈与の有効性については、通説的な理解に従い、遺言の内容となる法律行為の問題を、意思表示としての遺言自体の問題とは区別し、当該法律行為の準拠法により判断すべきものと解すれば、通則法第36条の「相続」の問題と法性決定され、被相続人Aの本国法である甲国法が準拠法となること、そして甲国民法の本件事案への当てはめの結果として、本件遺言による贈与が有効に成立していることを説明することが求められている。

多くの答案が、遺言の成立（実質的有効性）の問題と方式の問題とを区別して準拠法を決定していた一方で、両者を区別して準拠法を決定することを全く理解できていない答案が相当数見られた。また、若干数ではあるが、規範定立の段階では遺言の成立（実質的有効性）の問題と方式の問題とを区別しているものの、当てはめの段階で両者の相違についての理解不足が露呈している答案のほか、遺言の成立の時点はAが交通事故に遭った時点よりも前であるにもかかわらず、遺言の成立の当時においてAが事理弁識能力を欠いていたとの、事実と反する認定をする答案もあった。遺言による贈与の有効性については、通則法第36条の相続の問題と法性決定をせずに、「遺言の効力」の問題と法性決定し、通則法第37条第1項の規定によって準拠法を決定する答案が相当数あったほか、「法律行為の成立及び効力」（通則法第7条）の問題と法性決定した答案、「不動産に関する物権の得喪」の問題（通則法第13条第2項）と法性決定した答案も散見された。また、遺言による贈与の有効性の準拠法についての明文規定は存在しないとして、法性決定についてそれ以上の検討を行うことなく、条理に従い準拠法を決定するとした答案もあった。

エ 「設問3」の「小問2」について

「設問3」の「小問2」は、B及びCが主張する遺留分侵害額に相当する金銭の支払請求が認められるか否かの問題の準拠法についての基本的理解を問うものであった。通説的な理解に従えば、この問題は通則法第36条の「相続」の問題と法性決定され、被相続人Aの本国法である甲国法が準拠法とされることを指摘することとなる。多くの答案は、相続の問題と法性決定した上で、通則法第36条の規定を適用して被相続人Aの本国法である甲国法が準拠法となることを指摘できていた。しかし、遺留分侵害額に相当する金銭の支払請求について、通則法第36条の規定によるとの立場には一切言及することなく、「遺言の効力」（通則法第37条第1項）、「不当利得によって生ずる債権の成立及び効力」（通則法第14条）、「不法行為によって生ずる債権の成立及び効力」（通則法第17条）、「親子間の法律関係」（通則法第32条）、「不動産に関する物権の得喪」の問題（通則法第13条第2項）と法性決定した答案もそれぞれ

れ一定数あった。また、中には、遺留分侵害額に相当する金銭の支払請求の準拠法についての明文規定は存在しないとして、法性決定についてそれ以上の検討を行うことなく、条理に従い準拠法を決定するとした答案もあった。

オ 第1問の全体について

全ての問いにおいて、反致については検討を要しないと問題文に書かれているにもかかわらず、各設問について反致を検討する答案があった。問題文の記載を正確に理解してほしい。

遺言による贈与の有効性についても、遺留分侵害額に相当する金銭の支払請求についても、準拠法について定めた明文規定は存在しないとする答案があった。通則法第36条の規定が定める相続という単位法律関係の中身を正確に理解することで、いずれの問題についても、そのような誤りは避けられるであろう。

(2) [第2問] について

ア [設問1] について

[設問1]は、契約債務の不履行を理由とする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、すなわち民訴法第3条の2の規定に基づく国際裁判管轄権が日本の裁判所に認められない場合において、どのような管轄原因があれば日本の裁判所の国際裁判管轄権が認められるかを問うものであった。

本問では、本件訴えが、「契約上の債務の不履行による損害賠償の請求（中略）を目的とする訴え」（民訴法第3条の3第1号）に該当することを指摘した上で、「契約において定められた当該債務の履行地が日本国内にあるとき」又は「契約において選択された地の法によれば当該債務の履行地が日本国内にあるとき」に該当するかどうかを論ずることが求められていた。

多くの答案は、本件訴えが民訴法第3条の3第1号に該当し、不履行になった契約債務（目的物引渡債務）が「当該債務」に当たることを前提としていたが、不履行になった「当該債務」が目的物引渡債務であることを、順を追って明示的に論述している答案は少なかった。また、引渡地についての合意などについて、問題文から逸脱した不適切な事実認定を行っている答案も一定数あった。さらに、問題文から「国際物品売買契約に関する国際連合条約」（以下「ウィーン売買条約」という。）の適用がないことが示されているにもかかわらず、ウィーン売買条約の適用について詳細に論じた答案や、ウィーン売買条約が適用されることを前提にした答案も散見された。

なお、昨年度と同様、本問の答案においても、国際裁判管轄権は手続の問題なので法廷地法によると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すると、必ずしもこれに触れる必要はない。

また、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。

イ [設問2]の[小問1]について

[設問2]の[小問1]は、契約の方式の準拠法の決定に関する理解を問うものであった。まず、本件契約が消費者契約ではないため通則法第10条の規定によって準拠法を決定すべきこと、通則法第10条の規定によれば、外出禁止令の事案の場合には、契約成立の準拠法（同条第1項）と行為地法（同条第2項）のいずれかの方式に適合していればよいこと、入国制限措置の事案の場合には、契約成立の準拠法（同条第1項）と申込み又は承諾の発信地法（同条第4項）のいずれかの方式に適合していればよいことを指摘することが求められていた。

多くの答案は、契約の方式の問題と理解できていた。しかし、「法律行為の成立及び効力」（通則法第7条）の問題と法性決定をした答案も一定数あった。また、「消費者契約」（通則法第11条）と法性決定する答案や、選択的連結について理解できていない答案も散見された。

ウ 「設問2」の「小問2」について

「小問2」は、不当利得の準拠法についての理解を問うものであった。まず、Xの支払済み代金の返還請求は、「不当利得」を理由とするものであるから、通則法第14条以下の規定によって準拠法を決定することが求められていた。

多くの答案は、不当利得の問題と法性決定した上で、通則法第14条の規定を適用して不当利得地法である甲国法が準拠法となること、そして当事者間の契約に関連して生じた不当利得（通則法第15条）であることを指摘できていた。しかし、理由を示すことなく結論だけを書いた答案、「不当利得によって生ずる債権」の原因事実発生地ではなく「不当利得の原因」の発生地と誤解した答案、通則法第15条の規定に全く触れていない答案も散見された。

なお、契約の効力（通則法第7条以下）と法性決定した上で、本件契約の準拠法を当事者が選択した甲国法であるとする解答も一定数あったが、このような答案についても一定の評価が与えられた。

エ 「設問3」について

「設問3」は、ウィーン売買条約の適用範囲についての理解を問うものであった。まず、ウィーン売買条約が適用されるためには、同条約第1条(1)(a)又は(b)の条件を満たす必要があることを指摘した上で、特に第2条(a)の適用について論ずることが求められていた。

多くの答案は、同条約第1条(1)(a)の条件を満たすことから本件契約にウィーン売買条約が適用され得ることを指摘した上で、本件商品を家族用に購入していること、それを売主は知っていたはずであることを指摘し、本件契約は同条約第2条(a)に該当することからウィーン売買条約は適用されないとの結論を導いていた。ただし、時間不足のためか、「設問3」の解答ができていない答案が若干数あった。

4 今後の出題について

狭義の国際私法、国際民事手続法及び国際取引法の各分野の基本的事項を組み合わせた事例問題が出題されることになるとと思われる。

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。
- (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り、そのために法性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。また、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。そのような記述自体は誤りではないにせよ、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。）。

- (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相当数あった。そのような場合にはたとえ内容的に優れた記述であったとしても評価することができない。また判読困難なものも点数が低くなることがしばしばである（他人が読んで分かる文章を書く能力も評価の対象である。）。あまり苦勞せずとも読める字を書くよう努められたい。