

## 令和 5 年司法試験の採点実感（公法系科目第 1 問）

## 1 全体について

- (1) 多くの答案が、新制度案において憲法適合性を検討すべき部分として、会話文の中でXが指摘している①死亡した被保険者によって生計を維持してきた配偶者が一定の年齢以上でなければ「遺族」として新遺族年金を受給できないとされていること、②新遺族年金の受給資格が認められる年齢について夫と妻との間で大きな開きがあること、③現行の制度の下で遺族年金の給付を受けている者が、新遺族年金の受給資格要件を満たしていない場合、受給資格を喪失するとしていたことを検討できていた。もっとも、これら三つの論点について形式的に取り上げたからといって高く評価される訳ではなく、それぞれの論点に関する判例・学説を踏まえた十分な検討が要求されるし、三つの論点のうちいずれかの検討を行わなかった場合には、十分な評価は行い難い。また、時間配分の誤りからか、設問 2 における自己の立場からの検討の論述が不十分なものが目立った。
- (2) 設問 1 はXとしてどのような意見をまとめるべきかを尋ねているが、会話文の末尾で「批判的な見地から意見をまとめてください」とされていることからして、新制度案の憲法適合性について批判的に論じる必要があるが、一部に、そうした問いの趣旨が理解できず、設問 1 について、生存権具体化立法に対する広い立法裁量を認める立場から憲法上問題はないと論じておき、設問 2 においてより批判的な見地から設問 1 の主張の適否を論じる答案があった。
- (3) 設問 1 では「判例や学説を踏まえて」どのような意見をまとめるかが問われているが、設問 1 についてだけでなく、設問 2 の論述も含めて、判例についての言及がない答案、特に判例の立場を意識することなく、学説にのみ依拠して解答している答案が多数であった。また、判例名を挙げていても、その内容を論述にいかせていない答案が散見された。
- (4) 答案の中で「生存権」、「平等原則」などの憲法における重要な概念を用いるときには、いきなりそれに対応する違憲審査基準を示すのではなく、かかる概念の憲法上の意義（歴史的意義、憲法体系上の位置付け、権利としての特質等）について簡潔に論述し、それとの関係で設問に応じた違憲審査基準論や個々具体的な解釈論を展開することが望ましい。
- (5) 違憲審査基準についての判例・学説の理解が薄いためか、判例法理とかけ離れた極端な基準を定立する、なぜその違憲審査基準を設定するのか理由付けが適切になされていない、設定した基準と当てはめとの間に乖離がある、事例を踏まえることなく非常に不十分な理由付けで安易に判断を示すなどといった答案が一定数見られた。
- (6) 合憲・違憲、いずれの結論をとるにせよ、本問で問題となる遺族年金が、生存権の中核部分に関連する性格を持つことを意識して論じる必要があったが、意識できている答案は少なかった。
- (7) 生存権を具体化する立法について認められる立法裁量について、「国の裁量」、「行政裁量」、「大臣の裁量」などとしている答案が一定数あった。立法裁量と行政裁量との区別は明確にすべきである。

## 2 憲法第 25 条について

- (1) 遺族年金制度を憲法による生存権保障との関係でどのように位置付けるか、具体的には、文字どおり「健康で文化的な最低限度の生活」を営めるようにするための施策であるのか、それとも「より健康でより文化的な生活」を営めるようにするための施策であるのかについて不明確な答案が多数を占めていた。本問の解答において、遺族年金がどのような性質のものか明示することなく論述を進めることは、答案の説得力を弱めてしまう。この点、遺族年金制度が生活保護制度と同じ趣旨の施策と直ちには言えないはずであることが認識されていない答案が散見された。他方で、両者の相違を踏まえつつ、生存権の中核部分の侵害があることを、問題文の事例を用いて説得的に論じているものもあり、そのような答案は評価できた。

- (2) 遺族年金制度に関して、自由権の権利制限の事案をそのまま横滑りさせ、より制限的でない他の選び得る手段があるかどうかなどを検討する答案が一定数見られた。生存権に関する事案においては、国において専門的・財政的考慮に基づき、様々な政策を採用する余地があることを踏まえると、そのような検討の仕方の妥当性について言及する必要がある。
- (3) 生存権を具体化する法律が制定された後に、当該法律を改廃して法律上の受給権をなくしたり、縮減したりする場合には、法律を制定して受給権を生み出す場合よりも立法裁量が狭まり、合理的な理由が求められるという、いわゆる「制度後退禁止原則」を根拠に、立法によって具体化された権利は、その権利内容がそのまま直ちに憲法上の権利になるという見解は、判例法理として確立した見解とはいえない。この点についての理解の曖昧な答案が散見された。

### 3 憲法第14条第1項について

- (1) 「憲法第14条後段列举事由」などとしている答案が目立ったが、条文は正確に記述すべきである。
- (2) 「年齢」が憲法第14条第1項後段に挙げられている「社会的身分」に当たるとする答案が目立ったが、年齢自体は「身分」ではあり得ず、「社会的身分」となるかどうか問題になり得るのは、「夫の死亡時に40歳未満である妻」、「妻の死亡時に55歳未満の夫」であろう。しかし、社会的身分について「人が社会において占める継続的な地位」という広い定義を採用した場合、「社会的身分」による差別が、歴史的になされてきた典型的な不当な差別であって、あるいは、民主主義の理念に反しており、極めて例外的な場合にしか認められない、ということにはならないであろう。なお、「判例は年齢を社会的身分と認めている」といった記述も見られたが、最高裁判所は、「社会的身分」について広い定義をとりながら、高齢であることは「社会的身分」に当たらないとしている（いわゆる待命処分判決・最大判昭和39年5月27日民集18巻4号676頁）。
- (3) 憲法第14条第1項後段列举事由による差別であるのでその合憲性は厳格に判断すべきであるとか、厳格な違憲審査基準を用いるべきであるとしながら、厳格な合理性の基準あるいは中間的な違憲審査基準を用いている答案がかなりあったが、厳格な違憲審査基準と中間的な違憲審査基準とは別の基準である。一方、後段列举事由による差別であることを指摘しつつ、広い立法裁量が認められる生存権具体化立法についての差別であることから、中間的な基準を用いるべきであるなどとして、中間的な基準を用いる理由を説明できている答案も相当数あった。なお、もちろん、学説上は、本来、立法裁量が広く認められる場合であっても、後段列举事由による区別がなされる場合には厳格な違憲審査基準が用いられるべきであるとする立場もあり、そうした立場からすれば上記のような理由付けによって違憲審査基準を引き下げなくてもよい。
- (4) 国籍法違憲判決（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）を引きつつ、差別されている法的地位と差別事由に着目して、新制度案における区別が合理的な区別に当たるかについて慎重に検討すべきとしている答案や、国籍法違憲判決の場合とは事例が異なり、同じ手法は用いられないとする答案は、判例と切り結ぶ努力をしているものであり高く評価できた。
- (5) 参照すべき判例として、日産自動車事件判決（最判昭和56年3月24日民集35巻2号300頁）を援用するものがあったが、この事件は私人間の紛争であり、国による生存権具体化立法の合憲性が問われている本問とは、憲法上の議論が行われる「場」が異なることを意識するべきである。

### 4 年齢による区別の合憲性について

年齢による区別について、年齢差別の問題として論じる場合には、①憲法第14条第1項後段列举事由に存在しないこと、②自らの意思に従って変化させることができないこと、③しかしながら、平等に年齢を重ねる点では一定の平等性を内包していることを意識した上で論述を行うことが望ま

しい。しかし、そのような論述ができていない回答は、少なかった。

#### 5 性別による区別の合憲性について

- (1) 性別は、憲法第14条第1項後段で明示されている指標であるが、歴史的にこれまで女性差別が存在しており、それを打破するために同規定が設けられたという経緯があることをしっかりと意識した上で、なおこの規定を男性差別に用いることができるかを検討する必要がある。新制度案が、典型的な性差別とは異なり、実質的平等の観点に立つものであることを意識した論述ができていない回答も散見された。また、関連して、女性に対して意図的に有利な制度が設けられた場合、それがスティグマをもたらすかという議論をすることができるかどうかは議論の余地があり、肯定論に立つ場合はこの点について説得的な論述が求められよう。
- (2) 新遺族年金の受給資格が認められる年齢を夫55歳、妻40歳としていることの目的について、男女の就労状況、収入の実情における大きな格差を踏まえてのものとするだけで、目的が書かれていないものや、配偶者の就労の促進が目的であるとするものなど、適切に記述できていないものが目立った。
- (3) 新遺族年金の受給資格が認められる年齢について夫と妻との間で大きな開きがあることが性別による不合理な差別に当たるのかについては、男女の就労状況、収入の実情の大きな格差を踏まえてのものであることをどのように評価するかが問題となるが、この点を考慮しており、評価できる回答が多かった。

#### 6 遡及適用・経過措置の合憲性について

- (1) これまで遺族年金の受給権が認められてきた者に対して、新遺族年金の受給資格要件を遡及的に適用し、受給資格要件を満たさない場合には受給資格を喪失させることについて、Xの主張に当たり、いわゆる「制度後退禁止原則」につき、その扱いをめぐる判例・学説の現況を適切に把握した上で立論を展開できているものが一定数あり、そのような回答は評価できた。もっとも、制度後退禁止原則の根拠について明確に述べている回答はそれほど多くなかった。また、設問2で制度後退禁止原則はとり得ないとしながら、その理由を説得力ある形で説明できている回答もそれほど多くなかった。
- (2) これまで遺族年金の受給権が認められてきた者に対して、新遺族年金の受給資格要件を遡及的に適用し、受給資格要件を満たさない場合には受給資格を喪失させることについて、厚生労働大臣は「被保護者の……期待的利益についても可及的に配慮するため、その廃止の具体的な方法等について、激変緩和措置の要否などを含め、……専門技術的かつ政策的な見地からの裁量権を有しているものというべきである」としている老齢加算廃止判決（最判平成24年2月28日民集66巻3号1240頁）を参考にして論じている回答も少数ながらあり、判例をいかしながら問題に対応しようとするものとして評価できた。なお、厚生労働大臣による生活保護基準の設定についての老齢加算廃止判決の考え方が、なぜ法律の制定についても妥当するのかについては検討が必要であり、この点まで意識した論述ができていない回答は少なかった。

#### 7 形式面について

- (1) 極めて小さな字で書かれたものや、あまりにも字が汚いものなど、判読不能な回答が一定数あった。採点者が判読できない部分は記述がなかったものとして採点せざるを得ず、その結果、採点上不利となることに改めて注意されたい。
- (2) 一般的に通用していない略語の使用は慎むべきである。
- (3) 問題文と関係性が乏しいと思われる記述をした回答が見受けられ、そのような回答は、あらかじめ学習していた別の問題への解答を、本問との違いを意識しないまま記載したのではないかとの疑念を抱かせた。

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、相応に言及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3条第2項に規定する「処分」の該当性について、判例の一般的な判断基準あるいは権力性等の各要素を指摘した上で、勧告の法的性質（行政手続法（以下「行手法」という。）第2条第6号）及び病院開設中止の勧告に関する最判平成17年7月15日民集59巻6号1661頁（以下「平成17年判決」という。）に触れながら、不利益な後続処分（本件解散命令）との相当程度確実な連動、後続処分の不利益性の深刻度を踏まえて考察し、本件解職勧告に処分性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、役員解職勧告について弁明の機会を付与しなければならないとされていること（社会福祉法（以下、単に「法」ということがある。）第56条第9項）、実効性を確保するための罰則が定められていないことに触れながら、論理的に本件解職勧告の処分性を検討しているものは、良好な答案と判断した。
- ・ 以上に加えて、平成17年判決の内容を正確に指摘し、同判決の特徴として、勧告段階で処分性を肯定することによる救済の実効性、救済のタイミング等の視点を指摘するものや、処分性を否定する立場から、その論拠として、社会福祉法第24条第1項、第61条第1項第2号により社会福祉法人の運営・事業の経営に関しては自主性が尊重されるべき旨を挙げるものなどは、優秀な答案と判断した。

(2) 設問1(2)

- ・ 行訴法第9条第1項を踏まえ、取消訴訟の原告適格に係る判例の一般的な判断基準を示し、第二次納税義務者に不服申立適格を認めた最判平成18年1月19日民集60巻1号65頁（以下「平成18年判決」という。）や、滞納者の財産が差し押さえられた場合の当該財産の共有者に原告適格を認めた最判平成25年7月12日集民244号43頁（以下「平成25年判決」という。）に言及した上で、社会福祉法人に対する解散命令の法効果を検討し、本件解散命令がDの権利等に与える法効果を検討して、D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、社会福祉法人に対する解散命令の法効果を検討するに当たり、根拠となる条文を正確に指摘して、解散当時の役員に与える法効果について具体的に言及し、また、本件解散命令により侵害されるDの権利等の具体的内容・性質について言及して、Dに原告適格が認められることを論じているものは、良好な答案と判断した。
- ・ 以上に加えて、平成18年判決又は平成25年判決のいずれかについて、その事案、判断等

の内容を適切に記述するもののほか、反対説の内容やこれを採用することができない論拠を適切に論じているものは、優秀な答案と判断した。

(3) 設問 2(1)

- ・ 弁護士に対する業務停止 3 か月の懲戒処分により生じる損害について、行訴法第 25 条第 2 項所定の「重大な損害」に当たることを認めた最決平成 19 年 12 月 18 日集民 226 号 603 頁（以下「平成 19 年決定」という。）に触れた上で、同条第 3 項を踏まえて、本件解散命令により A が被る損害が「重大な損害」に当たることについて、B 県の反論を排斥しながら相応の検討をしているものは、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、本件解散命令により A が被る損害が「重大な損害」に当たることの検討において、A の法人格が消滅するため事業継続が困難となることのほか、福祉サービスの利用者、従業員等が不利益を被ることで A に重大な損害が生じることを明確に指摘するものなどは、良好な答案と判断した。
- ・ 以上に加えて、本件解散命令により A が被る損害が「重大な損害」に当たることの検討において、各事情が行訴法第 25 条第 3 項に規定されている事項のうち、いずれの事項の問題であるか等につき、条文の文言を具体的に摘示して的確な検討をしているものなどは、優秀な答案と判断した。

(4) 設問 2(2)

- ・ 社会福祉法人に対する解散命令について、根拠となる条文の文言、専門性等を挙げて所轄庁の行政裁量の存否を検討し、これが違法となる場合の判断枠組みを示した上で、想定される B 県の反論を念頭に、㊦ C が A の運営改善に向けて努力するなどしており、改善が期待できないとする B 県知事の判断が誤りであること、㊧ 本件不正は D の行為に起因しているにもかかわらず、本件解職勧告を A が拒否した事実を重視するのは誤りであることなどを述べて相応の検討をし、さらに、過去の例に照らし、本件解散命令が比例原則等に反するかを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、上記㊦及び㊧の検討において、前提として示した判断枠組みに具体的に当てはめ、いかなる点で裁量権の逸脱・濫用となるのかを明確に論じるものなどは、良好な答案と判断した。
- ・ 以上に加えて、上記㊦及び㊧のほかに、例えば、法第 24 条、第 61 条第 1 項第 2 号によると、どのような監督措置を講じるかを判断するに当たっては、対象となる社会福祉法人の自主性・自立性を尊重する必要がある旨など、法の条文構造、趣旨、理念を踏まえて、A の主張すべき違法事由を説得的に論じているものなどは、優秀な答案と判断した。

#### 4 採点実感

以下は、考査委員から寄せられた主要な意見をまとめたものである。

(1) 全体的印象

(悪筆・誤字等)

- 本年も、書き殴った文字、小さすぎる文字等により判読不能な答案が依然として散見された。やむを得ない面があることは理解するが、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。読み手に配慮することは、法律実務家に必要な素養の一つであることを意識してほしい。
- 「第○項」を「第○号」とするもの、「粉争」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。

(具体的な条項数や文言の明示)

- 「処分」（行訴法第 3 条第 2 項）、「行政指導」（行手法第 2 条第 6 号）、「法律上の利益を有する者」（行訴法第 9 条第 1 項）及び「重大な損害」（行訴法第 25 条第 2 項、第 3 項）について、

具体的な条項数（「〇法〇条〇項」等）を明示することができていない答案が、少なからず存在した。

- どの条文のどの文言の解釈ないし議論をしているのか（例えば、当該事情が行訴法第25条第3項のどの要素に当たり得るのか）を示すことができていない答案は、少なかった。

（問いに対する的確な対応）

- 問題文に示されている設定や素材を十分に拾うことができておらず、問題文をよく読んでいないのではないかとと思われる答案が散見された。例えば、社会福祉法（抜粋）で示されている重要な条文に全く触れていないもの、会議録に登場する最高裁判例に言及しない、又は極めて浅い記述しかせず、論述にいかし切れていないもの、想定される反対の見解やB県の反論が記載されていないもの、設問1(2)で行訴法第9条第2項による検討を詳細に行っているものなどが挙げられる。

問題文はヒントの宝庫でもあるのでしっかり読むべきであるといった、受験対策的な事柄にとどまらず、相手の話をよく聴くことが仕事の出発点である法律実務家の基本的素養にも関わる問題であるように思う。

- 問題文の問い方に注意すべきである。「……であるか否か……検討しなさい」という問い方と、「Aは……どのような主張をすべきか、……検討しなさい」という問い方で、求められる答え方が変わることは理解できるはずである。例えば、設問2(1)において、「重大な損害は認められない」と答えるものは、大いに問題であろう。

（判例の論述）

- 参照してほしいと思われる判例が設問において摘示されているにもかかわらず、それらを用いずに規範定立を試みる答案、（時にその射程を意識して）判例との関連性を説得的に記述することが求められるはずであるにもかかわらず、これらの作業を全く行わずに（又は、関連する判例の理解に全く言及せずに）解答を導こうとする答案が目立った。
- 設問1(1)、(2)、設問2(1)においては、それぞれ参考とすべき最高裁判決等が摘示されていたところ、その理解が曖昧で、当該判決等の言及に当たっても、不正確・曖昧な理解を示し、また、事案の検討と有機的に結び付けられていない答案が多かった。

最高裁判決については、判示の対象となった法的仕組み、事実関係などを正確に把握しておくべきであり、大雑把ないし不十分な理解のまま一般論と結び付けて理解しておくべきではない。飽くまでも、個別の仕組みに則した判断を示しているものだからである。また、典型事例であるならば、どの点が典型であることを示しているのか、例外的事例であるならば、どの点にどのような例外的処理をなぜ施したのかなども、併せて理解しておくべきである。これによって与えられた事案を分析する際に、参考すべき判例との異同を特定し、論じるべき点を適切に把握することが容易になろう。

(2) 設問1(1)

（処分性の基準等について）

- 多くの答案は、条文を引用（行訴法第3条第2項）の上、処分性について、最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁（以下「昭和39年判決」という。）の示した基準を挙げることができていたが、正確性を欠く記述も見られた。
- 処分性の概念については、処分性に係る要素を一つ一つ検討する形で論述する答案も多かったところ、勧告が行政指導（行手法第2条第6号）に当たることを指摘し、法効果が認められるか否かが問題の所在であることを的確に記載している答案は、理解の深さが感じられた。

（権力性について）

- 十分な論証がないまま、「勧告は一方的になされるので、権力性を満たす」とのみ記載して権力性があると言い切る答案が目立った。

（平成17年判決について）

○ 次のとおり、平成17年判決の意義を正確に論述することができていた答案は、多くなかった。

- ・ 後続処分の内容を病院開設の不許可と誤解する答案
- ・ 同判決が勧告の「法的効果」を認めたものと誤解する答案（昭和39年判決等の一般的な基準と平成17年判決の関係を整理していないことに基づくものと思われる。）

○ 平成17年判決を踏まえた本件の考察においては、想定される反対の見解の論拠も踏まえ、法第56条の構造を踏まえた論述が求められたが、これを正確かつ丁寧に分析することができている答案（役員の解職勧告（同条第7項）に従わなかった場合に、後続の行為として問題になり得るもの（同条第8項）を、同条の構造に則して丁寧に検討するものなど）は多くなかった。また、役員の解職勧告と社会福祉法人に対する解散命令の連動を想起させる運用の有無について言及する答案は、ほとんど見られなかった。さらに、平成17年判決を踏まえると、後続処分である解散命令の不利益性の深刻度を論ずる必要があるのに、Aにとって解散命令がされることによる不利益が重大であることについて指摘する答案は少なかった。

なお、この点に関し、少数ではあるが、法第56条第7項の解職勧告と同条第4項の改善勧告を混同している答案や、本件解職勧告はAを名宛人とするものであるため、Aにとっての処分といえるかどうかを検討する必要があるにもかかわらず、解職対象者のCにとって不利益であることを論ずる答案があった。

○ 平成17年判決は、病院開設中止勧告というかなり特殊な事例について判断したものであって、その射程は限定的と考えられる余地があるにもかかわらず、本件解散命令について、権利救済の実効性などを根拠に、安易に処分性を認める答案が散見された。

（弁明の機会の付与）

○ 「弁明の機会」が付与されていることが処分性を肯定する理由になるとする答案は多かったが、弁明の機会が付与されていることがなぜ処分性を肯定する理由となるのかについて、丁寧に説明している答案は多くはなかった。

○ 次のような誤解を示す答案が少なくなかった。

- ・ 行手法第13条第1項第1号ニを根拠に、同法の聴聞の対象は処分に限られないとする答案
- ・ 同条第1項第1号ニ及び第2号の文言から「弁明の機会の付与は処分を対象とするものではない（行政処分以外の行政活動に付与される）」とする答案
- ・ 法第56条第9項の弁明の機会を与えられるのは「所轄庁の指定した職員」であるとする答案

(3) 設問1(2)

（「法律上の利益を有する者」の意義）

○ 本問では、行訴法第9条第1項の枠組みでの検討が求められているため、まずは同項にいう「法律上の利益を有する者」の意義を正確に論じてほしいと考えていたが、「準名宛人」であることの意義を直接論じようとする答案が少なくなかった。

（平成18年判決等の理解）

○ 平成18年判決や平成25年判決の要点を適切に挙げられている答案は多くなく、これらの判例の意義の正確な理解については不足していると見受けられた。処分の名宛人以外の者であっても、当該処分の法的効果により権利を制限される場合には、名宛人に準じて原告適格が認められるという判断枠組みは知っておいてほしかった。また、この判断枠組みを知らなかったためか、業務執行理事であるDを社会福祉法人Aと同一視できるかという観点や、DはAと同様の利益を有するかという観点から検討する答案が少なくなかった。

（侵害されるDの権利等）

○ 本件解散命令が条文上、処分の相手方にどのような法的効果を及ぼすかといった客観的議論

を展開すべきであるにもかかわらず、Dが、Aから、無利子・無担保で本件貸付金の貸付けを受けているといった事案の個別的事情から原告適格の有無を論じる答案が散見された。

- Dの権利を侵害する個別法の法規範となる法第44条第1項で準用される法第40条第1項第5号により、所轄庁の解散命令により解散を命ぜられた社会福祉法人の解散当時の役員が、以後、社会福祉法人の評議員及び役員に就任することができないことは、【資料1 社会福祉法（昭和26年法律第45号）（抜粋）】を丁寧に読むことで、気付くことができたと思われるが、これを指摘することができていない答案や、法の規定を挙げながらも、本件解散命令によって、Dが、社会福祉法人一般の評議員や役員でなく、（本件解散命令により法人格が消滅することとなる）Aの評議員や役員になることができなくなると述べるにとどまる答案が散見された。

また、これに気が付いた答案であっても、侵害されるDの権利又は法律上保護された利益の具体的な内容（職業選択の自由等）に言及し、それゆえにDが「自己の権利を侵害される者」に当たること、すなわち、行訴法第9条第1項の「法律上の利益を有する者」に当たることが論理的に指摘できている答案は極めて少数であった。答案における記述として、上記の「法律上の利益を有する者」の意義を記載することができていても、論証において、これを定立した規範として活用し（当てはめて）、原告適格の有無についての結論を出すのでなければ、法律上の利益を有する者の意義を論じる意味は、大きく損なわれてしまう。

- 本件解散命令によりDが理事としての業務執行権限を失うとする答案は相当数存在した。しかし、単にDに業務執行権限があることのみを理由に原告適格を与えるべきである旨論ずるものについては、解散命令によりDの権利又は法律上保護された利益の侵害の有無を十分に検討したとはいえない。

#### (4) 設問2(1)

（「重大な損害」について）

- 行訴法第25条第2項にいう「重大な損害」とは、事後的な金銭賠償では回復が困難な損害を指すなどとする答案が多かった。そのような答案は、平成16年の行訴法改正により、それまでの「回復の困難な損害」という文言が「重大な損害」へと改められた趣旨を十分に理解していないと思われる。

（損害の内容）

- 解散命令は、法人格を消滅させて、その経営を不可能とするものであり、利用者や従業員などの点を指摘する前に、まずは解散するということが自体が重大な損害をもたらす得ることを明確に指摘せず、Aが失う可能性のある社会的信用や、A以外の法益主体（Aの福祉サービス利用者やAの従業員）の不利益について重点的に言及する答案が多かった。言い換えると、利用者や従業員等の不利益について、それがAにとって重大な損害に当たるものであると論ずることができている答案は少なかった。

本案となる取消訴訟が主観訴訟である以上、「重大な損害」を基礎付けるものは、専ら執行停止の申立人自身の損害である。本件申立てをするのはAであり、Aの利用者や従業員は第三者に当たるから、単に多数の者に損害が発生することを言うだけでは不十分であり、例えば、「処分内容及び性質」として、法の目的に照らすと、処分は本来社会福祉の増進を目的とするべきものであるにもかかわらず、本件解散命令によってかえってその逆の事象が生じかねないことを指摘するなど、何らかの言及が必要であろう。なお、A以外の損害を重大な損害に含めるべきでないという点に気付いており、この点を、B県の反論として記述していた答案もあった。

また、平成19年決定は、当該弁護士の依頼者に生ずる損害の大きさを考慮したものではなく、その損害を当該弁護士の損害に引き直して考慮したものと評価するのが相当であるところ、これと平行に考えれば、本件においても、利用者や従業員の損害の重大性を論ずるのでは



なく、その損害をAの損害に引き直して論ずることが求められることに気付いてほしかった。

(B県の反論等)

- 本件解散命令が効力停止された場合に生ずる不利益として、B県が主張するであろうことは、かなりの答案が指摘できていた。しかし、そうしたB県の主張がどのように評価されるのかという点まで述べていた答案は少なかった。また、B県の主張が、行訴法第25条第3項が挙げる考慮要素のいずれに位置付けられるのかという点にも言及してほしかったところである。
- 問題文において、「行訴法第25条第2項の「重大な損害」について、どのような主張をすべきか、想定されるB県の反論を踏まえて、検討しなさい」とあるのに対して「B県は重大な損害に当たらないと主張する。」といった記載のみをする答案が散見された。これは単にAの主張を否認しているだけであって、反論にはなっていないといわざるを得ない。ここで出題者が求めているのは、なぜ重大な損害に当たらないか、その理由である。

そしてその理由としても、Aにとって有利な事実関係、又はBにとって有利な事実関係を単に設問から移記して列挙するにとどまる答案が極めて多かった。これに対して、例えば、利用者、従業員等の不利益・損害や、B県主張の解散命令により保護される利益について、行訴法第25条第3項にいう「処分内容及び性質」で考慮することを明示する答案など、それらの事実が、答案における規範としての行訴法第25条第3項の「損害の回復の困難の程度」に該当するのか、それとも「損害の性質及び程度」又は「処分内容及び性質」のいずれの要件に当たるのかを、それぞれの事実について当てはめた上で結論を出している答案は、多くなかった。

(5) 設問2(2)

(裁量について)

- 少数ではあるものの、法第56条第8項が「……解散を命ずることができる。」と規定していることを根拠に、解散命令については要件裁量が認められると述べる答案があった。要件裁量と効果裁量を正しく理解し、答案においては両者を区分して指摘することが望まれる。
- 効果裁量が認められると述べる答案の中に、その根拠として、「……解散を命ずることができる。」と定められていることを挙げるにすぎないものが少なくなかった。行政処分について裁量が認められるという場合、法令の規定の仕方は確かに一つの根拠になるが、それだけでは十分でなく、当該行政処分の性質についても検討することが必要である。

(裁量権の逸脱・濫用の判断について)

- 会議録の中で、弁護士Fは、C自身がAの運営改善に向けて努力していることやB県知事が本件解職勧告の拒否を重視していることなどを指摘しているが、それらの事実を区別することなくまとめて書いた上で、一定の法的評価を行っている答案が見られた。そのような書き方では、事実関係のどの点に着目し、その点を法的にどのように評価しているのかが明らかにならない。
- 本件不正が業務執行理事Dの行為に基因しているにもかかわらず、本件解職勧告をAが拒否した事実を本件解散命令の判断に際して重視したことが「他事考慮」に該当すると評価する答案が散見された。本件解散命令を発するに当たって、解職勧告の拒否を考慮できることに問題がないことは明らかであり、そうであれば、上記の拒否の事実を「他事考慮」と評価することに違和感を覚えてもらいたい。

(実績資料に記載の事案について)

- 会議録の中で、弁護士Fは、実績資料に記載された事案を紹介しているが、答案の中には弁護士Fの発言を書き写して、それらの事案は本件とは異なると述べるにすぎないものがあった。実績資料に記載された事案と本件が異なるという場合、具体的にいかなる点に違いがあるのかを述べ、監督目的に比してAの不利益が大きすぎるといえるかなどを指摘してほしい。

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。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。一見遠回りのようでも、重要判例の事案を丁寧に読み込み、個別の根拠法令に当たって、その仕組みや法解釈を学び、演習を通じて、その理解を答案に表現することができるようになることが重要であると思われる。

## 令和5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5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。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、①Bの請求の根拠、②Dの無償での占有権原の成立、③その占有権原の消滅である。

①については、多くの答案が、BがAを共同相続し、甲建物を4分の1の持分で共有していることを指摘していた。もっとも、答案の中には、共同相続により遺産共有関係になる根拠規定である民法第898条を指摘していないもの、Bが甲建物を共有していることを指摘するにとどまり、その持分割合について指摘していないものが散見された。また、請求1及び2のいずれについても、その根拠を論じていないものが多く見られた。

②については、多くの答案が、配偶者短期居住権の成否が問題となることを把握していたが、成立要件の全てに該当することを的確に指摘していないものが相当数見られた。また、明らかに適用場面の異なる配偶者居住権（民法第1028条）について論ずるものが多く見られた。配偶者短期居住権ではなく、平成8年の判例法理に基づいて使用貸借の推認について論ずるものもあったが、配偶者短期居住権が新設された平成30年の民法改正後も同様に考えることができるかどうかについて意識して論じていた答案は、ほとんどなかった。

③については、Dによる無断改築・無断開業が用法遵守義務に違反し、配偶者短期居住権の消滅請求の対象となり得ることを論ずる答案は比較的少数にとどまり、漫然と、配偶者短期居住権が成立するからDは明渡しを拒むことができるとするものが多かった。また、消滅請求権の成立要件についての的確に指摘する答案は、少なかった。

(イ) 答案の例

優秀に属する答案の例は、請求1及び請求2のいずれについてもBの共有持分割合が問題となることを指摘し、Bの請求の根拠につき、条文を摘示しながら的確に示した上で、配偶者短期居住権の成立及び消滅につき、条文を摘示しながら法律要件を適切に分析して、本問の事案に即して具体的に当てはめを行うものなどである。

良好に属する答案の例は、問題の所在を的確に把握し、必要な事項について相応の論述をしているが、請求の法的根拠に関する論述が十分でなかったり、個々の法律要件の分析が粗雑であったりするものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、Bの請求の根拠や配偶者短期居住権が問題となるという基本的な問題構造を把握し、必要な事項について一応の論述をしているが、配偶者短期居住権の消滅請求に関する検討が十分でないものなどである。

不良に属する答案の例は、配偶者短期居住権や使用貸借の推認に気付かず、配偶者居住権についてのみ論ずるものや、Dの共有持分権に基づく反論についてのみ論ずるものなどである。

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、①Dの共有持分権に基づく使用権限、②BがDに明渡しを求める理由の有無、③Dが使用利益相当額の支払を拒むことができないことである。

①については、多くの答案が、DもAを共同相続し、甲建物を2分の1の持分で共有していることを指摘していたが、持分割合の摘示をしていないものもあった。

②については、問題の所在を適切に把握して、昭和41年の判例法理を踏まえて明渡しを求める理由の有無を論じた答案は比較的少数にとどまった。Dによる無断改築が共有物の変更に当たるとして、そのことのみを理由にBはDに対して明渡しを請求することができるものも散見されたが、無断改築への対応は本来原状回復請求によるべきであり、無断改築が明渡しを求める理由には必ずしもならないことに注意が必要である。

③については、多くの答案が、DがBに対する使用利益相当額の支払義務を負うことを指摘していたが、その理由を述べないものもあった。

(イ) 答案の例

優秀に属する答案の例は、遺産共有についても民法の共有に関する規律が基本的に適用されることを指摘した上で、共有者間の誰が共有物を使用するかは共有物の管理に関する事項であり、持分の過半数を有する共有者の決定があれば共有物を使用する共有者に対して明渡しを求める理由があるといえるが、Dが2分の1の持分を有しているため、Bが過半数による決定を得ることはできず（民法第252条第1項後段）、Dは請求1を拒むことができる一方で、Dが自己の持分割合を超える使用利益相当額を取得することは正当化されないため、

請求2を拒むことができないといったことを、条文を的確に摘示しながら論ずるものなどである。

良好に属する答案の例は、問題の所在を的確に把握し、必要な事項について相応の論述をしているが、遺産共有と通常の共有との関係に触れなかったり、明渡しを求める理由の有無について、持分の過半数を有する共有者の決定があれば共有物を使用する共有者に対して明渡しを求める理由があるといえることは摘示できているものの、当てはめが不十分であったりするものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、請求1が共有者間の意思決定の問題であること、Dが請求2を拒むことはできないことという基本的な構造を理解して、必要な事項について一応の論述をしているが、無断改築が共有物の変更に当たることのみを理由に明渡しを拒むことができないとするなど、明渡しを求める理由の有無についての論述が十分ではないものなどである。

不良に属する答案の例は、請求1が共有者間の意思決定の問題であることを理解していないものや、Dが請求2を拒むことができるとするものなどである。

(2) 設問2について

ア 設問2(1)について

(ア) 全体的な採点実感

設問2(1)において論ずべき事項は、大別して、①解除の根拠と受領義務の成否、②本問の事情の下での解除の要件の当てはめである。

①については、多くの答案が、債権者が一般的に受領義務を負うものではないとしつつ、契約の個別事情により、信義則に基づいて受領義務を負うことがあり、本問の具体的事情の下では、Fは本件コイの受領義務を負うとしていたが、受領義務の成否と受領遅滞の成否とを混同して論述を進めるものも相当数あった。また、本問の事情の下では、Fが受領義務を負わないとする結論は明らかに不当であるが、権利行使は権利者の自由であることを過度に重視して、受領義務を認めず、解除の成否に立ち入らないものもあった。

②については、ほとんどの答案が、Fに受領義務の不履行があることを指摘していた一方で、Eが履行の提供をしたことによりFに受領義務の履行遅滞が成立することや、受領義務違反が軽微であるかどうか(民法第541条ただし書)について指摘するものは、比較的少数にとどまった。また、Eのした解除の意思表示は、催告と同時に、催告期間内に履行がないことを停止条件としてされたものであるが、この点を指摘する答案は、少なかった。

(イ) 答案の例

優秀に属する答案の例は、債権者が一般的に受領義務を負うかどうかについて、学説の対立があることを念頭に置きつつ、理由を示して自説を明らかにした上で、解除の成否につき、法律要件を適切に分析して、本問に顕れた事情を具体的に当てはめているものなどである。

良好に属する答案の例は、問題の所在を的確に把握し、必要な事項について相応の論述をしているが、受領義務の成立についての論述や解除の要件の分析に粗雑なところがあるものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、受領義務の成否と解除の要件の当てはめという基本的な問題構造を把握し、必要な事項について一応の論述をしているが、解除の要件の分析が十分でないものなどである。

不良に属する答案の例は、受領義務と受領遅滞とを混同しているものや、Fの受領義務を全く認めず、解除の成否に立ち入らないものなどである。

イ 設問2(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、①Eの損害賠償請求の根拠、②本件コイの代

金相当額についての損害賠償請求の当否、③釣堀の営業利益についての損害賠償請求の当否、④損益相殺である。

①については、多くの答案が受領義務の債務不履行に基づく損害賠償請求であることを指摘していたが、解除による債務の履行に代わる損害賠償請求であることを指摘するものは少数にとどまった。

②については、解除によってEの受領義務又は代金債権が消滅し、それに代わって代金相当額の損害賠償請求が認められるという構造を理解して論ずる答案はほとんどなく、本件コイの市場価値の喪失によって損害が生じたとして、損害額を60万円から80万円までの間で認定するものが相当数あった。

しかし、Eは、解除により本件コイの引渡債務を免れているのであるから、Fの債務不履行によってEが本件コイの市場価値を喪失したという事実はなく、②における損害額を60万円から80万円までの間で認定することが不合理であることは明らかである。

これに対し、代金相当額100万円と本件コイの市場価格の差額を損害として検討する答案は、②につき代金相当額の賠償を認めた上で④で本件コイの市場価格を控除するという手順を踏んでいないものの、相対的に高く評価された。

③については、多くの答案が、釣堀の営業利益についての損害賠償は民法第416条第2項の問題であることを指摘していたが、同項の解釈を適切に論ずるものは少数にとどまった。

④については、損益相殺が問題となることを論ずる答案は、わずかであった。

#### (イ) 答案の例

優秀に属する答案の例は、Eの損害賠償請求の根拠を明確に述べた上で、本件コイの代金相当額の損害賠償請求につき、問題の基本構造を正しく理解し、損益相殺又はこれに類する損害の解釈を指摘して適切な結論を示すとともに、釣堀の営業利益の損害賠償請求につき、民法第416条第2項の解釈に関する自説を理由を示して述べ、本間に顕れた事情を具体的に当てはめて適切な結論を示すものなどである。

良好に属する答案の例は、問題の所在を的確に把握し、必要な事項について相応の論述をしているが、Eの請求が解除による履行に代わる損害賠償請求であることや、釣堀の営業利益に関する民法第416条第2項の解釈についての論述に粗雑なところがあるものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、本問において論ずべき事項の基本的な問題構造を把握し、必要な事項について一応の論述をしているが、民法第416条第2項の解釈を明確に論じないものや、損益相殺又はこれに類する損害の解釈についての論述が十分でないものなどである。

不良に属する答案の例は、本件コイの市場価値の喪失によって損害が生じたとして、その損害額を60万円から80万円までの間で認定するものや、民法第416条第2項の解釈を全く示さず、釣堀の営業利益の損害賠償請求の当否についての結論のみを示すものなどである。

#### (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、①抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位の可否、②抵当権に基づく転貸賃料債権に対する物上代位の可否、③抵当権の被担保債権についての不履行前に生じた賃料債権に対する物上代位の可否である。

①については、多くの答案が、根拠となる条文を摘示した上で、抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位は可能という結論を示していたが、抵当権の効力が賃料債権に及ぶ理由について言及するものは少数にとどまった。また、抵当権に基づく物上代位権を行使するための要件である、抵当権の被担保債権について不履行があることを指摘するものも、少なかった。他方

で、民法第371条と同法第372条において準用する同法第304条第1項との関係をどのように理解すべきかを論じないまま、漫然と両方の規定を引用して物上代位を論ずるものが少なくなかった。

②については、多くの答案が、転貸賃料債権に対する物上代位は原則として否定されることを指摘していたが、平成12年の判例法理や、平成15年改正後の民法第371条の規律を踏まえた自説との整合性を意識的に論ずるものは少なかった。転貸賃料債権に対する物上代位が例外的に肯定される要件と、本問に顕れた事情の当てはめについては、多くの答案が論じ、Hは転貸賃料債権に対する物上代位をすることができるとの結論を導いていた。

③については、多くの答案が意識的に論じていたが、民法第371条の文言との関係で問題となることを指摘するものや、学説における議論を踏まえた論述をするものは、少数にとどまった。また、①で示された賃料債権に対する物上代位権行使が認められる論拠と首尾一貫しない論述をするものや、不履行前に生じた賃料債権に対する物上代位を認めながら、不履行後に生じた賃料債権に対する物上代位を認めないとするものなど、問題の所在を理解していない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は、抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位が可能であることにつき理由を示して自説を明らかにした上で、転貸賃料債権に対する物上代位の可否につき、平成12年の判例法理を踏まえ、例外的に認められるための定式を示して、本問に顕れた事情に即して丁寧に当てはめを行い、不履行前に生じた賃料債権に対する物上代位につき、民法第371条の文言との関係で問題となることを明示して、賃料債権に対する物上代位に関する自説と整合する論拠をもって適切な結論を示すものなどである。

良好に属する答案の例は、問題の所在を的確に把握し、必要な事項について相応の論述をしているが、転貸賃料債権に対する物上代位の可否についての定式への当てはめや、不履行前に生じた賃料債権に対する物上代位の可否についての論述に粗雑なところがあるものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、本問において論ずべき事項の基本的な問題構造を把握し、必要な事項について一応の論述をしているが、抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位の可否に関して規定を適切に引用することができていないものや、平成12年の判例法理についての理解が十分でないものなどである。

不良に属する答案の例は、抵当権に基づく転貸賃料債権に対する物上代位について、本問に顕れた事情を考慮しないままこれを否定するものや、不履行前に生じた賃料債権に対する物上代位を認めながら、不履行後に生じた賃料債権に対する物上代位を認めないとするものなどである。

#### 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

本年の問題も、例年と同様に、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であった。どのような法規範（判例により形成される法規範を含む。）の適用を問題とすべきかという課題の把握は比較的容易であり、条文や判例に関する基本的な知識を踏まえ、問題文を注意深く読んだ上で、【事実】に顕れた事情を分析して設問の趣旨を適切に捉え、筋道を立てて論述を展開すれば、相当程度の水準の解答ができるものと考えられる。しかし、実際には、分析の精度や深度、展開の論理性などにより、評価に大きく差が付いた。

限られた時間内で答案を作成するためには、個々の制度についての基本的知識を基礎とした制度相互間の体系的理解と、短時間で自己の見解を適切に文章化する実践的な論理展開能力を身に付けることが重要であり、引き続き、こうした理解や能力の涵養に努めていただきたい。

その上で、本年の答案を見て特に感じられたことについて、幾つか指摘しておきたい。

第1に、特定の法律効果の発生の有無を検討することが求められているのに、その法律要件が全て満たされているかどうかを検討せず、自己が主要な論点と考える部分のみを論ずるものが散見されたことである。例えば、設問1(1)の配偶者短期居住権の成立要件の該当性や、設問2(1)の受領義務の不履行による解除の要件の該当性を確認することなく、法律効果の発生を認めるものが相当数あった。法律効果を発生させるためには法律要件が満たされていなければならないという当然の基本的原則を踏まえ、丁寧に論述することを心掛ける必要がある。

第2に、個別の設問に関しても指摘したが、結論の妥当性に留意しないものが散見されたことである。例えば、前記のとおり、設問2(2)の本件コイの代金相当額の損害に関し、本件コイの市場価値の喪失によって損害が生じたとして、損害額を60万円から80万円までの間で認定するものが相当数あった。しかし、Eは、解除により本件コイの引渡債務を免れているのであり、このような額が損害額となるとはおよそ考えられない。実務においては、損害がどのように認定されるかが極めて重要である事案も多いところであり、結論の妥当性を意識して法的分析を行う必要がある。

第3に、法解釈の基本である、特定の規定の特定の文言についての解釈が問題であることを意識しないで論述を行うものが散見されたことである。条文を適切に摘示引用し、その文言の解釈を行うおうとする答えは、自ずから説得的な論述となり、法律要件の検討の漏れもなくなる傾向にある。あまりにも当然のことであるが、条文解釈という法解釈論の原点に常に立ち返りながら、議論を展開する必要がある。

最後に、本年も、昨年同様、転貸賃料債権に対する物上代位に関する設問3など、判例を参考にすることで深い検討を行うことができる問題が出題されているが、法律実務における判例の理解・検討の重要性を再認識していただきたい（判例の採った論理や結論を墨守することを推奨してはいないが、判例と異なる見解を採るのであれば、判例を正確に指摘して批判することが必須である。）。例年指摘されているところであるが、判例を検討する際には、その前提となっている事実関係を基に、その価値判断や論理構造に注意を払いながらより具体的に検討することが重要であり、様々なケースを想定して判例の射程を考えることで、判例の内容をよりの確に捉えることができる。このような作業を行うことで、個々の制度についての理解が深まるだけでなく、制度相互間の体系的理解が定着することに改めて留意していただきたい。



## 令和5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5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

民事系科目第2問は、商法分野からの出題である。事実関係を分析し、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。これらについては、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。また、書いている途中で問題点に気が付いたのか、前の論述を大きく削除したり、後から論述を追加したりする答案が多かった。そういった答案の多くが最後まで十分に整理することができていなかったように思われる。実際に書き始める前に論述すべき内容をしっかりと構成してから、全体として整合的な論述をするように心掛けてほしい。

### 3 採点実感

#### (1) 設問1について

##### ア 全体的な採点実感

設問1は、公開会社でない取締役会設置会社である甲社において、唯一の株主であり、かつ、代表取締役であるAが、甲社の代表取締役として本件売買契約を締結したことについて、その法的責任の有無を問うものである。小問1においては、その後に株主となったGが会社法第423条第1項に基づく損害賠償を請求する責任追及等の訴えを提起した場合、小問2においては、債権者である乙社が会社法第429条第1項に基づく損害賠償を請求する訴えを提起した場合において、それぞれAの損害賠償責任が認められるか否かを検討することが求められるものである。前提となる事実関係に異なる部分はあるものの、本件売買契約を締結したという代表取締役の行為について、会社に対する責任と第三者に対する責任の有無がそれぞれ問われているものであり、会社法第429条第1項に基づく損害賠償責任の性質について判例（最判昭和44年11月26日民集23巻11号2150頁参照）の考え方を前提とするのであれば、いずれの小問においても、会社に対する任務懈怠の有無が問われることになる。設問1においては、各小問を比較して論ずることは明示的には求められていないが、甲社の唯一の株主の意向に沿って本件売買契約を締結したことに任務懈怠があるかという点について、取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の本質に触れつつ、各小問を通じて整合的な検討をすることが望まれる（例えば、小問1において任務懈怠を否定し、小問2において任務懈怠を肯定するのであれば、結論を異にする理由を意識しながら検討することが望まれる。）。実務においては、設問1のように、いわゆる一人会社においてその唯一の株主が取締役として行った行為や唯一の株主の意向に沿って行われた行為についての任務懈怠の有無が問題となることは多く、参考となる下級審の裁判例も見られるところである。設問1は、より実務的な観点から、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試そうとするものである。

小問1においては、まず、本問の事実関係の下で、会社法第423条第1項の損害賠償責任

が認められるための要件に沿って検討することが求められるところ、この点については、論述内容の正確性に差が見られたものの、多くの答案が意識することができていた。また、小問2においても、小問1と同様、本問の事実関係の下で、会社法第429条第1項の損害賠償責任が認められるための要件に沿って検討することが求められるところ、この点についても、論述内容の正確性に差が見られたものの、多くの答案が意識することができていた。

上記のとおり、設問1においては、任務懈怠の有無が特に問題となるところ、本件売買契約を締結することは、甲社の唯一の株主の意向に沿ったものであるから、そのような場合にも任務懈怠があるかについてよいのかについて、取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の本質に触れつつ、検討することが求められる。これらの義務の内容について、株主の経済的利益を最大化するという観点から考えるのであれば、小問1においては任務懈怠を否定する方向に傾くことになり、これとは異なる考え方やこのような方向を修正すべき要素があると考えるのであれば、その点も含めて的確に論ずることが求められる。小問2においては、本件売買契約を締結したことが甲社の唯一の株主の意向に沿ったものではあるものの、それによって経営に悪影響が生じ、債務の弁済にも支障を来す程度に財務状態が悪化したことなどの小問1の事実関係とは異なる点に留意して検討することになる。小問1の事実関係とは異なる点を重視すると、任務懈怠を肯定する方向に傾くことになり、その場合には、取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容について株主の経済的利益を最大化するという観点から考えるべきであるという考え方によっているのであれば、そのこととの整合性をどのように考えるのかという点にも配慮しながら論ずることが望まれるところである。もっとも、上記のような観点から検討することができた答案は極めて少数であり、甲社が一人会社であることすら気が付かないまま、又は、気が付いたとしても、甲社が一人会社であることを踏まえて取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容を具体的に検討することがないまま、会社法第423条第1項及び第429条第1項の責任が認められるための要件の該当性を形式的に検討することとどまるものが多数であった。それらの答案の多くが、本件売買契約が利益相反取引である間接取引（会社法第356条第1項第3号）に該当するものであることをもって任務懈怠を肯定したり、適正な評価額よりも高額な代金で本件売買契約を締結したことにより会社の財産を減少させたことをもって任務懈怠を肯定したりするものであり（小問2については、本件債務を負ったことや本件定期預金を取り崩したことをもって任務懈怠を肯定するというものもあった。）、甲社の唯一の株主の意向に沿ったものであることについての考察が加えられていないものは、高い評価は得られなかった。これに対し、極めて少数ではあったが、一人会社においては会社の利益と株主の利益が一致することなどを指摘して、取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容を株主の経済的利益を最大化するという観点から考えるという立場に立脚した上で、小問1においては任務懈怠を否定しつつ、小問2においては、会社の財務状態に照らして会社債権者の利益が具体的に損なわれるおそれがある場合には会社債権者の利益を保護する必要性があるなどと指摘して、その点も取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容になり得るという考え方の下、任務懈怠が肯定されるとする答案が見られたが、このような答案は、当然のことながら高く評価された。また、甲社が一人会社であることを指摘した上で、会社と株主は別人格であること、株式会社においては常に潜在的に他の株主が出現する可能性があること、会社債権者の利益を保護する必要性があることなどから、小問1及び小問2ともに任務懈怠は肯定しつつ、小問1については免除について検討する答案も高く評価された。

ところで、上記のとおり、小問1においては、間接取引の該当性について検討する答案が多く見られた。会社法第423条第1項の損害賠償責任の有無を検討するに当たり、間接取引の該当性を検討すること自体は考えられる法律構成ではあるものの、それが肯定されたとしても、任務懈怠が推定されるにすぎないのであるし（会社法第423条第3項）、Aの立場において考えられる反論として、取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容について、株主の経済

的利益を最大化するという観点から考えるべきであることを前提に、自らが唯一の株主であったことを理由に任務懈怠がなかったと主張することなどが考えられるのであるから、その当否についての検討をすることが必要不可欠である。すなわち、任務懈怠の有無を検討するに当たって重要なのは、取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容をどのように考えるのかという点であり、間接取引の該当性を検討する場合であっても、上記の点についての検討をしなければならない点に留意する必要がある。しかしながら、間接取引の該当性を検討する答案の多くが、間接取引に該当することをもって任務懈怠を肯定するにとどまり、少数ながら免除の有無を検討するものが見られたものの、本件売買契約を締結したことが唯一の株主の意向に沿ったものであるという事実関係の下で取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容をどのように考えるのかという観点から任務懈怠の有無を検討するものはほとんどなかった。

また、小問1においては、Aの立場において考えられる反論及びその当否についての検討が求められるところ、Aの立場からすると、上記のように、取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容について、株主の経済的利益を最大化するという観点から考えるべきであることを前提に、自らが唯一の株主であったことを理由に任務懈怠がなかったと主張することが考えられるが、それ以外にも、Aとしては、自らが唯一の株主であったことから、免除（会社法第424条）があったと主張することも考えられる。任務懈怠を肯定する場合はもちろんのこと、これを否定する場合であっても、Aの立場からすると、任務懈怠を否定する主張が認められなかった場合に備えて免除についても主張しておくことが実務的には望ましいものと考えられる。その場合には、問題文の事実関係からは免除に関する明示的な意思表示があったとはいえないこと、Gが責任追及等の訴えを提起していることなどに鑑み、AがGに対して甲社の株式を譲渡する前に免除に関する黙示の意思表示があったといえるか否かという観点から検討することができる、なお望ましい。しかしながら、任務懈怠を肯定する答案においても、免除について検討していた答案は少数であった。免除について検討することができた答案においても、明示的な意思表示があったとはいえない点やGが株主となっている点などを簡潔に指摘した上で免除を否定するものが比較的多く見られたが、小問1のような事案においては、免除の意思表示が明示的にされることは多くないのが実情であろうから、これらを踏まえた上で黙示の意思表示の有無を検討することができるとなお望ましいところ、そのような答案は、残念ながら極めて少数にとどまった。せっかく甲社が一人会社であるという問題点に気が付いたのであるから、より実務的な観点から深い考察をすることができるとなお良かった。

そのほかには、経営判断の原則について論じている答案もあった。この点についても、間接取引の該当性と同様、設問1においては、取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容について、株主の経済的利益を最大化するという観点から考えるべきであることを前提に、自らが唯一の株主であったことを理由に任務懈怠がなかったとの主張の当否を検討することが重要であり、経営判断の原則について検討すること自体は必要不可欠ではない。しかしながら、経営判断の原則を検討する答案の多くが、経営判断の原則を適用しても適正な評価額よりも高額な代金で本件売買契約を締結したことにより会社の財産を減少させたことをもって任務懈怠が肯定される、会社との利益が相反する場合には経営判断の原則は適用されないため任務懈怠が肯定されるなどとするにとどまっており、免除の有無を検討するものが少数ながら見られたものの、上記の点を検討するものはほとんどなかった。

なお、少数ではあるが、利益相反取引についての取締役会の決議（会社法第356条第1項第3号、第365条第1項）や重要な財産の処分及び譲受けについての取締役会の決議（会社法第362条第4項第1号）の有無を検討するものがあったが、問題文に「甲社においては、本件売買契約の締結に先立ち、取締役会の決議等の会社法所定の手続が行われた」と記載されていることから、手続的な規制について検討する必要はない。また、役員責任追及の訴え（会社法第847条）の要件についても検討するものもあったが、これについても、問題文に「会

社法第423条第1項に基づく損害賠償を請求する責任追及等の訴えを適法に提起した」と記載されていることから、Gが責任追及等の訴えを提起するための訴訟要件について検討する必要もない。さらに、本件売買契約を締結したことが代表権の濫用に該当するか否かを詳細に検討する答案も見られたが、設問1においては、代表取締役であるAの損害賠償責任の有無が問題となっており、本件売買契約の効力を検討することは必ずしも求められていないのであるから、端的に任務懈怠の有無を検討すれば足りるはずである。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

本件売買契約が甲社の唯一の株主であるAの意向に沿ったものであることを指摘した上で、取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容を株主の経済的利益を最大化するという観点から考えるという立場に立脚した上で、小問1においては任務懈怠を否定しつつ、小問2においては、会社の財務状態に照らして会社債権者の利益が具体的に損なわれるおそれがある場合には会社債権者の利益を保護する必要性があるなどと指摘して、その点も取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容になり得るという考え方の下、任務懈怠が肯定されるとするもの。

本件売買契約が甲社の唯一の株主であるAの意向に沿ったものであることを指摘した上で、株主のために会社の財産を減少させる行為は、会社債権者を害することがない限り、善管注意義務又は忠実義務には違反しないという立場に立脚した上で、小問1においては任務懈怠を否定しつつ、小問2においては任務懈怠を肯定するもの。

本件売買契約が甲社の唯一の株主であるAの意向に沿ったものであることを指摘した上で、会社と株主は別人格であることなどを理由に、小問1及び小問2ともに任務懈怠は肯定しつつ、小問1について、免除に関する黙示の意思表示の有無を検討するもの。

甲社が一人会社であるということを踏まえて取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容を検討することはできていないものの、小問1及び小問2ともに、適正な評価額よりも高額な代金で本件売買契約を締結したことにより会社の財産を減少させたことをもって任務懈怠を肯定し、小問1について、甲社が一人会社であることを踏まえ、免除に関する黙示の意思表示の有無を検討するもの。

##### (イ) 不良に該当する答案の例

甲社が一人会社であることを指摘せず、取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容を具体的に検討することもなく、会社法第423条第1項及び第429条第1項の責任が認められるための要件の該当性を形式的に検討するにとどまるもの。

甲社が一人会社であることを指摘せず、本件売買契約が間接取引に該当することをもって任務懈怠を肯定するにとどまるもの。

甲社が一人会社であることを指摘せず、取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容を具体的に検討することもなく、経営判断の原則の適用を検討した上で任務懈怠を肯定するもの。

間接取引についての取締役会の決議や重要な財産の処分及び譲受けについての取締役会の決議を経ていないことをもって任務懈怠を肯定するもの。

本件売買契約を締結したことが代表権の濫用に該当するか否かを詳細に検討するものの、取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容を具体的に検討しないもの。

#### (2) 設問2について

##### ア 全体的な採点実感

設問2は、共有株式につき、権利行使者の指定もなく、共有者間で何一つ合意がされていない状況において、共有者の一人によって株主総会で議決権が行使された結果、取締役を選任する旨の決議がされた場合に、その決議の効力について、他の共有者がその決議の取消しの訴え

を提起することの適法性ととも検討することを求めるものである。具体的には、問題文に指摘されているところに従い、株主総会決議の取消しの訴えを提起することの適法性として原告適格及び訴えの利益の有無を検討するとともに、株主総会決議の取消しの訴えに係る請求が認められるか否かについて検討することになる。問題文に検討すべき事項が列挙されたこともあり、多くの答案が原告適格、訴えの利益及び株主総会決議の取消しの訴えに係る請求が認められるか否かについて検討することができていた。訴訟要件についての検討も求められる実務的な問題であったにもかかわらず、比較的多くの答案が問題の所在に気が付いていたように思われる。問題の所在にほとんど気が付いていないと思われる答案も一定数見られたが、そのような答案からほとんど全ての事項についての確に検討することができている答案まで様々であった。設問1においては、高い評価が得られた答案が少数であり、そうでないものが多数であったのに対し、設問2においては、極めて高い評価が得られた答案から極めて低い評価となった答案まで幅広く分布する傾向にあったように思われる。

検討すべき事項ごとにみると、まず、原告適格（小問1）については、権利行使者としての指定を受けてその旨を株式会社へ通知していないときは、特段の事情がない限り、原告適格を有しないという判例（最判平成2年12月4日民集44巻9号1165頁参照）の考え方を踏まえつつ、検討することが求められる。判例のように、原則として原告適格が認められないとした上で、特段の事情の有無を検討することも考えられるし、判例とは異なる考え方に立って検討することも考えられるが、いずれにしても、権利行使者の指定がないことによって原告適格の有無が問題となることを理解していることが求められる。比較的多くの答案が、権利行使者として指定を受けてその旨を株式会社へ通知していないという点を指摘した上で、判例の考え方を前提に、小問1においては例外的に原告適格を認めるべきであるという結論を採用していた。また、少数ではあるものの、原告適格を否定することの問題点を指摘し、株主総会決議の取消しの訴えを提起することは保存行為に該当するなどとして原告適格を肯定するというものもあった。これらの答案は、いずれも高く評価された。これに対し、権利行使者としての指定を受けてその旨を株式会社へ通知していないという問題点に全く気が付いていないものも相当数あった。また、会社法第106条本文に触れることなく法定相続分に相当する2万株については単独で権利行使することができるとするもの、Hによる議決権の行使が甲社の同意によって有効となるものではないことをもってIの原告適格が認められることになるもの、相続による取得を会社に対抗することの可否を検討するもの、会社法第126条第3項の問題として検討するものも少数ながら見られた。これらの答案は、いずれも低い評価にとどまった。

次に、訴えの利益（小問1及び小問2）についてであるが、小問1と小問2を通じて、株主総会決議につきいわゆる瑕疵の連鎖がある場合にどのように考えるのかという点についての理解を問うものである。まず、株主総会決議の取消しの訴えは、形成の訴えであり、原告適格が認められる者は訴えの利益を有するのが通常であるものの、その後の事情の変化によって訴えの利益を欠くことがあり得るところ、取締役を選任する株主総会決議の取消しの訴えの係属中に、その決議に基づいて選任された取締役が全て任期満了によって退任し、その後の株主総会決議によって新たな取締役が選任されたときは、特段の事情のない限り、訴えの利益を欠くに至るとする判例（最判昭和45年4月2日民集24巻4号223頁参照）の考え方を前提とすると、本件決議1に基づいて選任された取締役は、本件株主総会2の終結時に任期満了によって退任することになるため、本件訴えについては、特段の事情のない限り、訴えの利益を欠くことになると考えられるところである（なお、判例の考え方からすると、取締役を選任する株主総会決議の取消しの訴えの係属中に、その決議に基づいて選任された取締役が任期満了によって退任したことから、原則として訴えの利益が否定されることになるのであるが、その決議と同じ取締役を選任する内容の決議がされたことを指摘して、原則として訴えの利益が否定されるものとする答案も多かった。中には、同じ取締役を選任する内容の決議により先行する決

議の瑕疵が治癒され、原則として訴えの利益が否定されるといった誤った記述を含む答案もあった。)。これを踏まえ、小問1及び小問2の事実関係を下に、更に具体的に検討することが求められる。小問1においては、本件決議1が取り消されると、本件決議1に基づいて選任された取締役によって構成される取締役会による代表取締役の選定も遡って無効になるため、本件株主総会2はその招集手続に瑕疵があることとなり、本件決議1の瑕疵が連鎖するものといえることから、この点を適切に評価し、訴えの利益を欠くことになるのか否かを検討することになる(この点については、最判令和2年9月3日民集74巻6号1557頁を参考にすることが考えられる。)。これに対し、小問2においては、本件決議1がB、C及びDを取締役に再任するものであったことからすると、本件決議1が取り消されても、B、C又はDは、会社法第346条第1項又は第351条第1項の規定により取締役又は代表取締役としての権利義務を有することになるなどの事情を適切に評価し(例えば、本件株主総会2の招集手続に瑕疵があることにはならず、本件決議1の瑕疵が連鎖するものとはいえないなど)、訴えの利益を欠くことになるのか否かを検討することになる。それ以外にも、例えば、小問2においては、本件決議1を取り消しても、B、C及びDは、それよりも前の株主総会において取締役に選任された地位に基づき、会社法第346条第1項の規定により取締役としての権利義務を有することになるから、訴えの利益は認められないとしたりすることも考えられよう。これらの点について、「瑕疵の連鎖」等の用語を用いるなどして論じており、問題の所在をおおむね把握することができていることをうかがわせる答案は比較的多かった(もっとも、「瑕疵の連鎖」等の用語は用いているものの、その他の記述から、判例の内容等を正確に理解しているのかが疑わしく、高い評価を得られなかった答案も一定数あった)。これに対し、このような問題点に全く気が付かず、本案請求が認められるか否かを基準に訴えの利益の有無を検討しているもの、本件決議1において選任された取締役が本件決議2において再任されたという事情や本件株主総会2においてIが議決権を行使してその配偶者が取締役に選任しているといった事情のみから訴えの利益の有無を検討するものもあったが、これらの答案は、いずれも高い評価は得られなかった。また、少数ではあったが、小問1においては瑕疵の連鎖について論じることなく訴えの利益を否定しながらも、小問2においては瑕疵の連鎖があるとして訴えの利益を肯定するものもあった。書いているうちに問題の所在に気が付いたのかもしれないが、瑕疵の連鎖について正しく理解していることが表現されているとはいえ、残念ながら高い評価は得られなかった。

最後に、株主総会決議取消しの訴えに係る請求が認められるか否か(小問1)であるが、この点については、共有株式について会社法第106条本文の規定に基づく権利行使者の指定及び通知を欠いたまま当該株式についての権利が行使された場合において、当該権利の行使が民法の共有に関する規定に従ったものでないときは、株式会社が同条ただし書の同意をしても、当該権利の行使は、適法となるものではないという判例(最判平成27年2月19日民集69巻1号25頁参照)の考え方を踏まえつつ、検討することが求められる。さらに、同判例は、共有株式についての議決権の行使は、当該議決権の行使をもって直ちに株式を処分し、又は株式の内容を変更することになるなど特段の事情のない限り、株式の管理に関する行為として、各共有者の持分の価格に従い、その過半数で決せられるとしていることから、判例と同様の考え方による場合には、本件準共有株式につき、HとIとの間で何一つ合意がされていない以上、Hによる議決権の行使は適法ではなかったことになるものと考えられる。それ以外にも、甲社の同意がある場合にはHによる議決権の行使を保存行為として認めるなど、判例とは異なる考え方に立って検討することも考えられるが、その場合には、判例の考え方を踏まえ、なぜその考え方を採るべきなのかを説得的に示す必要がある。いずれにしても、会社法第106条本文及び同条ただし書の関係及び内容についての正しい理解と適切な解釈論を示すことが求められる。その上で、決議取消事由(会社法第831条第1項第1号)の該当性を検討することにな

る（定足数に満たないことになる、又は議決権の取扱いに違法があるなど）。これらの点について、多くの答案が、判例の考え方を前提としつつ、Hによる議決権の行使は適法ではなかったものとしていたが、上記の点を的確に理解していることがうかがわれるものが一定数見られる中で、論理展開がやや不十分であると思われるもの（例えば、なぜ民法の共有に関する規定に従う必要があるのかについて論じられていないもの、甲社の同意の有効性を問題とするもの、なぜ持分の価格の過半数で決せられるのかについて論じられていないもの、議決権の行使の場面であることを意識しないで株主としての権利を行使する場合には常に持分の価格の過半数によって決せられる必要があるかのように論じるものなど）も見られた。これに対し、問題の所在に全く気が付いていないと思われる答案は、比較的少数であった。また、決議取消事由についても、Hが議決権を行使することができないことから定足数を欠くとしたり（会社法第341条）、議決権の取扱いに違法があり、その個数に照らすと裁量棄却とすることもできなしたりするなど取消事由である法令違反について正確かつ丁寧に論ずる答案がある一方で、会社法第106条の規定によりHによる議決権の行使が有効となるわけではないことを指摘するにとどまるなど取消事由の指摘が曖昧あるいは不正確な答案もあったが、前者が望ましいということはいうまでもない。なお、取締役を選任する株主総会においては、候補者は特別の利害関係を有するから、候補者が議決権を行使した点に違法があるとする答案もあったが、そのような考え方は一般的ではない。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

原告適格について、権利行使者として指定を受けてその旨を株式会社に通知していないという点を指摘した上で、判例の考え方を前提に、原則として原告適格は否定されるものの、小問1においては、本件株主総会1における議決権の行使には同意しつつ、本件訴えの提起には同意せずに原告適格を争うのは防御権の濫用であるなどと指摘して、原告適格が例外的に認められるとするもの。

原告適格について、権利行使者として指定を受けてその旨を株式会社に通知していないという点を指摘した上で、小問1のような場合において、共有株主が株主総会決議の取消しの訴えを提起することは保存行為に該当するから、原告適格は認められるとするもの。

訴えの利益について、原告適格が認められる者は訴えの利益を有するのが通常であるものの、その後の事情の変化によって訴えの利益を欠くことがあり得るところ、取締役を選任する株主総会決議の取消しの訴えの係属中に、その決議に基づいて選任された取締役が全て任期満了によって退任し、その後の株主総会決議によって新たな取締役が選任されたときは、特段の事情のない限り、訴えの利益を欠くに至るとする判例の考え方を正しく理解していることがうかがわれるもの。

訴えの利益について、判例の考え方を前提に、小問1においては、本件決議1が取り消されると、本件決議1に基づいて選任された取締役によって構成される取締役会による代表取締役の選定も遡って無効になるため、本件株主総会2はその招集手続に瑕疵があることなどから、訴えの利益が認められるとし、小問2においては、本件決議1が取り消されても、B、C又はDは、会社法第346条第1項又は第351条第1項の規定により取締役又は代表取締役としての権利義務を有することになるなどから、訴えの利益を欠くに至るとするもの。

株主総会決議取消しの訴えに係る請求が認められるか否かについて、共有株式について会社法第106条本文の規定に基づく権利行使者の指定及び通知を欠いたまま当該株式についての権利が行使された場合において、当該権利の行使が民法の共有に関する規定に従ったものでないときは、株式会社が同条ただし書の同意をしても、当該権利の行使は、適法となるものではないという判例の考え方を正しく理解していることがうかがわれるもの。

株主総会決議取消しの訴えに係る請求が認められるか否かについて、判例の考え方を前提

に、共有株式についての議決権の行使は、株式の管理に関する行為として、各共有者の持分の価格に従い、その過半数で決せられるものであるとした上で、Hによる議決権の行使は適法ではなく、その結果、定足数を欠くこととなり、決議の方法が法令（会社法第341条）に違反する（会社法第831条第1項第1号）こととなるとするもの。

(イ) 不良に該当する答案の例

訴えの利益の有無や原告適格の有無という訴訟要件の問題と株主総会決議取消しの訴えに係る請求が認められるか否かという本案の問題を区別することができていないもの。

原告適格について、権利行使者としての指定を受けてその旨を株式会社に通知していないという問題点に気が付かず、単に会社法第831条第1項の「株主等」に該当することを理由に認められるとするもの。

原告適格について、会社法第106条本文に触れることなく法定相続分に相当する2万株について単独で権利行使することができるとするものや、Hによる議決権の行使が甲社の同意によって有効となるものではないことをもって認められるとするもの。

訴えの利益について、株主総会決議の取消しの訴えは、形成の訴えであり、原告適格が認められる者は訴えの利益を有するのが通常であるものの、その後の事情の変化によって訴えの利益を欠くことがあり得るということを理解せず、取り消す実益の有無がない限り訴えの利益は認められないという考え方の下、本件株主総会2においてIが議決権を行使していることや、Iの配偶者であるKが取締役として選任されていることなどから、本件決議1を取り消す実益がないとするもの。

株主総会決議取消しの訴えに係る請求が認められるか否かについて、問題の所在に気が付かず、取締役を選任する株主総会においては、候補者は特別の利害関係を有するから、候補者が議決権を行使した点に違法があるとするもの。

株主総会決議取消しの訴えに係る請求が認められるか否かについて、民法の共有に関する規定に反する場合には会社法第106条ただし書の同意をすることができないとした上で、会社法第106条ただし書に違反することをもって決議取消事由に該当するとするもの。

(3) 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、設問1において高い評価を得たものは極めて少数であったため、相対的に上位となった答案の多くが、設問1において高い評価を得るには至らなかったものの、設問2において高い評価を得たものであったように思われる。

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は、昨年と同様であるが、設問の指示をよく読み、問われていることに正面から答えようとする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、設問1の小問1においては、「Aの立場において考えられる反論及びその可否を検討」することが求められているところ、Aとしては、本件売買契約を締結することにより、自己の有する甲社の株式の評価額が低下することはあっても、会社の財務状態から会社債権者の利益を害するおそれはなく、他の利害関係人に損害が生じたといった事情もうかがわれないのであるから、会社法第423条第1項に基づく損害賠償責任を負うことに納得しないはずであり、そのようなAの主張をどのように法律構成すべきかを、知っている論点に引き付けて考えるのではなく、正面から考えてほしいところである。そうすれば、少なくとも甲社が一人会社であるということには気が付くことができたのではないかと思われる。小問1においては、間接取引に該当するとした上で、Aの反論及びその可否として、経営判断の原則が適用されることを検討する答案が相当数見られたが、そのような検討で足りるのか否かは、Aの訴訟代理人となったつもりで考えてみれば明らかであろう。知っている論点に引き付けて論ずるのではなく、Aの立場に立った上で正面から論ずることができれば、その程度にもよるところではある



が、相対的に高く評価されることになったはずである。

また、設問2については、比較的多くの答案が問題の所在に気が付いていたように思われるところであり、多くの受験者が一度は学習していたものと思われる。そのような中でも、極めて高い評価が得られた答案から極めて低い評価となった答案まで幅広く分布する傾向にあったのは、このような事項を学習する際に、民法の共有に関する規定や民事訴訟法における訴訟要件と会社法の諸制度との関係に関する基本的な理解をより確実なものとするように意識していたか否かで差が出たものと思われる。比較的多くの答案において、判例の考え方や瑕疵の連鎖に関する議論が前提とされていたが、形成の訴えにおける訴えの利益の考え方や民法の共有に関する規定についての基本的な理解がうかがわれるものとそうでないものとは説得力に差が出たように思われる。

#### 4 法科大学院教育に求められるもの

第2問のうち設問2は、訴訟要件についての検討も求められる実務的な問題であったにもかかわらず、比較的多くの答案が問題の所在に気が付いていたように思われた。問題文に検討すべき事項が列挙されたことによるところもあるだろうが、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。また、設問2において高く評価された答案は、民法の共有に関する規定や民事訴訟法における訴訟要件と会社法の諸制度との関係に関する基本的な理解がうかがわれたものであり、これらは、実務を意識した法科大学院における教育の成果といい得るのではないと思われる。

これに対し、設問1は、会社法第423条第1項及び第429条第1項の損害賠償責任が認められるための要件に沿って検討するという事例問題ではあるが、一人会社においてその唯一の株主の意向に沿って行われた行為についての任務懈怠の有無という問題点を検討することが求められるものであり、実務的にもしばしば問題となる事項についての基本的な理解を問うものである。既に述べたとおり、設問1においては、高く評価された答案は少なく、知っている論点に引き付けて考え、設問事例における最も重要な要素について、正面から検討することができない結果となったように思われる答案が多く見られた。こうした答案は、知っている論点には飛びつく一方、会社の利益と株主の利益の関係といった、会社法を学習する上で、何らかの形で多くの受験者が一度は接する機会があったと思われるはずの問題点に思い至ることができていないように思われる。仮に、間接取引の該当性や経営判断の原則という典型的な論点を強く意識したことにより、甲社が一人会社であることに気が付かず、又は、気が付いたとしても、一人会社であることを踏まえて取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容を具体的に検討したり、免除の可能性を検討したりすることに思い至らず、設問1の検討を通じて一人会社であることの意味を考えることなく、検討しなければならぬ事項を見誤ってしまったのであれば、残念なことである。そのような断片的に切り出された論点をつなぎ合わせさえすれば正解となると考えることなく、基本的な理解を下に設例における問題点に正面から取り組む力を養う学習が望まれるところである。

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5年司法試験の採点実感（民事系科目第3問）

### 1 出題趣旨等

民事系科目第3問は、民事訴訟法分野からの出題であり、出題趣旨は、既に公表されている「令和5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こととしている。

本年においても、問題文中の登場人物の発言等において、受験者が検討し、解答すべき事項が具体的に示されている。そのため、答案の作成に当たっては、問題文において示されている検討すべき事項を適切に分析し、そこに含まれている論点を論理的に整理した上で、論述すべき順序や相互の関係も考慮することが必要である。そして、事前に準備していた論証パターンをそのまま答案用紙に書き出したり、理由を述べることなく結論のみを記載したりするのではなく、提示された問題意識や事案の具体的な内容を踏まえつつ、論理的で一貫した思考の下で端的に検討結果を表現しなければならない。採点に当たっては、受験者がこのような意識を持っているかどうかという点についても留意している。

### 3 採点実感等

#### (1) 全体を通じて

本問は、XがYに対し、貸金の返還を求める訴えを提起し（以下、この訴えの訴訟物の内容をなす貸金債権を「甲債権」といい、この訴えに係る訴訟手続を「本件訴訟」というほか、問題文において定義した略語を適宜用いる。）、これに対し、Yが請求原因事実を認めた上で、主的に弁済の抗弁を、予備的にXに対する売買代金債権（乙債権）により相殺する旨の訴訟上の相殺の抗弁を主張したという事案を題材とし、第一審における手続のほか、上訴、判決効と幅広く民事訴訟法の理解を問うものである。

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、いわゆる違法収集証拠の証拠能力、不利益変更禁止の原則、確定判決に基づく効力ないし拘束力、参加的効力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の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、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。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、判読不能な文字は白紙答案と同じであることに留意してもらいたい。特に第三者が読むことに対する意識が十分ではないという点について言えば、法律実務家は、常に読み手のことを考えて文章を起案する意識を持つ必要があることに鑑み、強く改善を求

めたい。

## (2) 設問1について

### ア 設問1の採点実感

設問1では、まず、(a)として、民事訴訟において違法収集証拠の証拠能力が制限される場合があり得ることを前提としつつ、証拠能力を否定する際の法的根拠を挙げて、証拠能力の有無をいかなる基準により判断すべきかを論じ、(b)において、設問の事実関係の下で、(a)において採用した判断基準に照らして本文書の証拠能力の有無を論ずることが求められている。

民事訴訟法（以下「法」という。）には、違法収集証拠の証拠能力を制限した規定がないことは、本問を検討する上での出発点になるものと考えられるが、この点についての言及を欠く答案が極めて多かった。そして、このような答案においては、違法収集証拠の証拠能力が無制限には認められない理由についても言及されない傾向があり、相対的に低い評価にとどまった。逆に、明文規定のないことを明示的に論ずる答案は、その後の論述においても、的確に問題の所在を捉えていることが多く、相対的に高い評価となった。

違法収集証拠の証拠能力を制限する際の法的根拠及び判断基準については、最高裁判所の判例がいまだ存在せず、様々な学説が提唱されている状況にあるから、いかなる見解を採用したかによって評価に差を設けていない。

最も多かった答案は、訴訟上の信義則（法第2条）に根拠を求めたものであった。もともと、法第2条の文言は抽象的であるため、証拠能力を否定する論拠とするには、一定の論証を行う必要があり、具体的な証拠方法について証拠能力の有無を判断することができるような基準を定立する必要がある。そのようなものとして、証拠収集の手段・態様の違法性、被侵害利益の重大性を指摘した上で、証拠の重要性、真実発見の要請等と衡量してもなお当該証拠の取調べを是認することができない場合に証拠能力を否定すべきことを指摘している答案は、高く評価された。これに対し、判断基準としてはおよそ機能し得ないような抽象的な基準を提示するもの（例えば、信義則に反する場合には、証拠能力は認められないとするなど、法第2条の文言を繰り返しただけの答案）や、同条の文言の趣旨を具体化する要素として十分とは思われない事項のみを掲げて証拠能力を否定しようとする答案（例えば、単に「公正さの観点から」とか、犯罪行為による証拠方法等は証拠能力を否定すべきなどとする答案）は、低い評価にとどまった。

下級審裁判例（東京高判昭和52年7月15日判時867号60頁参照）に依拠し、人格権の保護を根拠としつつ、当該証拠が著しく反社会的な手段を用いて取得されたものかどうかを基準とした答案も見受けられた。上記裁判例の論旨を法的根拠と判断基準とに適切に整理しつつ、違法収集証拠の証拠能力を否定するための要件を適切に提示することができた答案は、高く評価された。これに対し、判断基準のみで法的根拠が曖昧な答案、提示した要件が不正確あるいは不完全な答案は、低い評価にとどまった。

以上とはやや異なる法的根拠を提示したものとして、例えば、再審事由（法第338条第1項第5号）が規定されていることの法意として、不当な方法で収集された証拠を用いた判決は再審の訴えの対象となり得ることから、一定の違法収集証拠の証拠能力は否定されることが予定されているとの法理を導いた上で、上記再審事由の存在を法的根拠と捉え、同号が定める刑事実体法に違反した行為が証拠収集の過程に介在したかどうかを判断基準として提示した答案も少なからず見受けられた。このような論旨が適切に展開されている答案は、相応に評価することができるが、単に再審事由を法的根拠とするにとどまり、論証が不十分と見られる答案は低い評価にとどまった。

また、文書提出命令制度において自己利用文書（法第220条第4号ニ）が提出除外文書とされている以上、この制度の利用を迂回して自力救済的に違法に証拠が収集された場合には、証拠能力を制限するといった趣旨の答案も少なからず見られた。自己利用文書が提出対象から

除外される理由として、被侵害利益の重大性、とりわけプライバシーが問題になることを十分に意識できていると見られる答案は相応に評価されるのに対し、単に文書提出命令によらないで証拠を入手したことをのみを指摘する答案や文書提出命令制度につき用意した論証パターンを記載する答案、自己利用文書該当性の検討に終始し、違法収集証拠として排除されるかどうかの検討が不十分な答案は、低い評価にとどまった。

その他、弁論主義や自由心証主義を法的根拠とする答案もあったが、これらが直接的に証拠能力を制限する根拠となるものとは言い難く、例えば、自由心証主義が適切に機能するには適法に収集された証拠が提出される必要があるとの理由から、違法収集証拠の証拠能力を否定すべきと論ずるなど説得的に論じられていない限り、低い評価にとどまった。

次に、(b)は、(a)で提示した法的根拠及び判断基準を踏まえた当てはめを求めるものである。訴訟上の信義則を根拠とした場合には、違法収集証拠の証拠能力を否定する方向の要素として、証拠収集の手段・態様の違法性や被侵害利益の重大性を挙げるのが考えられる。前者については、YがXに無断でそのノートパソコンを使用し、電子メールの全てをUSBメモリに保存して持ち出したことを指摘する必要がある。また、後者については、本件メールの中に、Xの健康状態やXA間の子の学業成績に関する相談等の情報が含まれており、これらがXのプライバシーに関する情報であることを指摘する必要がある。他方、違法収集証拠の証拠能力を肯定する方向の要素としては、証拠の重要性や真実発見の要請などを指摘することが考えられる。これらについては、XY間で本件動産の売買契約が締結されたことの証明に役立つ客観的証拠が他にないことを踏まえ、本件文書が唯一の客観的証拠であって、本件動産の売買契約の締結の証明にとって重要な間接証拠になることを指摘する必要がある。

当てはめについては、多くの答案において、(a)で提示した基準に従って、問題文中の事実を適切に摘示していた。もっとも、判断基準においてあらかじめ指摘した要素が少なかった結果、十分な当てはめができなかったものも少なからずあり、そのような答案は低い評価にとどまった。また、当然のことではあるが、(a)で提示した基準と(b)の当てはめが食い違う答案は、評価されない。論述を進めていく過程で新たな視点に気付くこともあろうが、答案を書き始める前に、結論まで整理して論述する必要がある。

また、証拠収集行為自体の違法性（反社会性）と（証拠収集行為の結果としての）被侵害利益の重大性とを明確に区別して、当てはめまでできている答案は、高く評価されるが、そのような答案は、それほど多くなかった。証拠の重要性や真実発見の要請について触れている答案もあまり多くなかった。証拠能力の有無の判断要素として、証拠の重要性を挙げる答案において、多くは、証拠価値が高い場合には、真実発見の要請からも証拠能力を肯定する方向に働く事情として評価していたものの、一定数の答案で、結論を左右する重要な証拠であるから証拠能力が否定されるべきとの結論を導くものがあつた。しかし、違法収集証拠の証拠能力の有無を判断する場面においては、基本的には、違法な証拠収集行為によって侵害される者の利益と真実発見の要請が衝突するものと考えられ、証拠価値が高いことは、証拠能力を肯定する方向に働く事情として評価するのが論理的である。

#### イ 設問1のまとめ

設問1は、違法収集証拠の証拠能力に関する民事訴訟法上の規定の欠如、例外的に証拠能力の制限が要請される背景的事情、証拠能力の制限を正当化する法的根拠とその判断基準を論じ、これに基づき当てはめを行って結論を導くという民事訴訟制度の基本的な理解及び論述力を問うものであるところ、結論に至る過程までの論述の出来には相当の幅が見られた。

とりわけ、違法収集証拠の証拠能力を否定する議論の前提を明らかにすることに苦慮したと思われる答案が非常に多かった。民事訴訟における違法収集証拠の証拠能力の問題は、出発点となるべき条文が存在しないという点に大きな特徴があるが、このことについての認識、理解が足りなかったことが主な原因であると推察される。また、条文が存在しない場合であっても、

証拠能力を無制限に認めることに消極的な立場に立つときは、その理由が必要になるはずであるが、この点についての認識、理解も不足していたと言える。この結果、法的根拠あるいは判断基準として必ずしも適切とは言えない事項を法的根拠あるいは判断基準として論じた答案が少なからず見られた。具体的には、違法な証拠収集を助長するかどうか、あるいは、裁判に対する国民の信頼を損なうかどうか、といった弊害のおそれの有無を内容とする判断基準を提示した答案であるが、このような判断基準によって設問の事実関係について当てはめを行うことは、およそ困難であると思われる。(a)において適切な規範を定立してはじめて、(b)において適切な当てはめをすることができる。当てはめの段階で違和感を覚えるような場合には、自らが立てた基準自体を疑うといった姿勢が求められよう。

「優秀」に該当する答案は、上記の出題趣旨を正しく理解し、過不足なく適切な論述をするものである。また、「良好」に該当する答案は、出題趣旨をおおむね正しく理解しているが、証拠能力の制限を正当化する法的根拠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、出題趣旨を理解していることが読み取れるものの、基準の定立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、出題趣旨を正しく理解せず、民事訴訟における違法収集証拠の証拠能力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。

### (3) 設問2について

#### ア 設問2の採点実感

設問2では、相殺の抗弁に対するいわゆる再相殺について、訴訟上の相殺の再抗弁は不適法であるが、訴訟外の相殺の意思表示の主張は適法と解されること（最判平成10年4月30日民集52巻3号930頁参照）を前提として、第一審で訴訟外の再相殺の主張（再抗弁）が認められて請求認容判決がされた事案において、Xのみが控訴した場合の控訴審の審理判断の在り方について、具体的な事実関係を基に検討することが求められている。一見すると複雑な問題ではあるが、冷静に分析すれば、設例ごとの構図はそれほど複雑ではない。審理の順序や原判決が確定した場合の既判力、控訴裁判所の判決が確定した場合の既判力を分析し、整理することが肝要である。その上で、不利益変更禁止の原則を正確に理解し、当てはめて結論を出すという法的、論理的思考力が問われている。丁寧な当てはめをせず、結論のみを記載する答案が多く見られたが、裁判所の実体上の心証を基に、どのような論理展開を経て結論に至るのか、設例ごとに既判力が生ずる範囲について正確に分析し、思考の経路を丁寧に示す答案は、自然と高く評価された。これに対し、甲債権、乙債権、丙債権と複数の債権について、三つの場面が設定されて混乱したためか、事案を誤って認識している答案が散見されたが、このような答案は、低い評価にとどまった。要件事実のブロックダイアグラムを作成したり、事案を図示したりすることにより、問題状況を正確に把握することは、解答をする上での出発点になるものであり、法律実務家として必要な姿勢、能力であるところ、後者の答案は、これらが欠けていたと考えられる。

本問では、控訴審における不利益変更禁止の原則（法第304条）が問題となるところ、多くの答案では、この点が理解されていたものの、この点に全く触れない答案も見られた。この点は、上訴における基本的な知識であり、これを理解していない答案は、評価されない。また、不利益変更禁止の原則について、不利益性を判断するに当たり、第一審の判決と控訴審の判決を比較するという視点が欠如している答案も多く見られた。特に、単に「不利益だから、控訴棄却」とするのは、結論としては相当であっても、不利益変更禁止の原則を理解しているのかが明らかなではない。試験である以上、その思考過程を明示して論ずべきである。また、法第304条の条文を摘示できていないものも少なくなかった。法第114条第2項により既判力が生ずる範囲についても、正確に押さえておく必要があるが、相殺に供された自働債権について、相殺が成立した場合における自働債権の不存在のみならず、相殺の成立以外の理由に

よる自働債権の不存在についても既判力が生ずることを理解していない答案が一定数見られた。第一審の判決でも、控訴審の(イ)の判断及び(ウ)の判断の場合でも、いずれも乙債権の不存在の判断に既判力が生ずることになる。この点は、既判力の客観的範囲の例外を定めた法第114条第2項に関する基本的な理解であり、正確に習得することが求められる。

また、控訴審の審理の対象を「乙債権の弁済の有無」とのみする答案が少なからずあったが、設問の前提として「控訴審の審理の範囲は限定されるものではなく、甲債権と丙債権が審理の範囲に含まれる」ことが明示されており、問題文を読んで、解答すべきことを正確に理解しているのか疑問を持たざるを得ない。同様に、不利益変更禁止の原則を、審理の範囲の問題と捉えるものもあったが、不利益変更禁止の原則の理解が十分でないことに加え、問題文の理解も不十分であることがうかがわれる。加えて、控訴審手続に対する理解不足に起因するものと思われるが、法律用語を適切に用いることができていない答案が少なからずあった。また、第一審の判決につき確定的に既判力が生じたことを前提としているかのように読める答案も少なからずあったが、民事訴訟の基本的な仕組みを誤解しているとの疑いを招きかねないものである。

(ア)では、控訴裁判所の心証に従えば、原判決を取り消し、請求を棄却する旨の判決をすることが想定される。この判決が不利益変更禁止の原則に違反するかについて、同原則の趣旨を踏まえ、控訴裁判所の判決が確定した場合と原判決が確定した場合の既判力の比較により検討することが求められる。甲債権の弁済による消滅を理由とする請求棄却判決は、Xにとって不利益変更にあたると解されるから、控訴裁判所は、控訴を棄却する旨の判決をするにとどめるべきことになる。なお、控訴裁判所のすべき判決として、「棄却判決」とする答案が少なからずあったが、「請求棄却」と「控訴棄却」とでは全く異なる判決であるから、これらが判然としない記述をするべきではない。「控訴棄却」と書くべきところを「請求棄却」とする答案も散見された。また、「控訴裁判所は(ア)のような判決をする」、「控訴審裁判所は心証どおりの判決をする」とのみ記載し、どのような判決をするのか明示しない答案も一定数見られたが、民事訴訟法の答案として、適切なものとはいえず、評価されない。

(イ)においても、控訴裁判所の心証に従えば、原判決を取り消し、請求を棄却する旨の判決をすることが想定される。丙債権による乙債権との相殺の効果は生じず、乙債権による相殺の判断が必要となり、甲債権と乙債権が相殺で消滅する結果、請求棄却であるというように、判断の過程について、順を追って一つ一つ説明できている答案は、相対的に高く評価された。また、ここでも不利益変更禁止の原則の適用を検討する必要があるが、具体的な事実関係の下で、相殺の判断に係る既判力（法第114条第2項）を検討した上で、請求棄却判決がXにとって不利益変更にあたることを指摘することが期待されたが、乙債権と丙債権の不存在についての既判力の検討までしている答案は、ごく少数であった。

(ウ)では、控訴裁判所も請求認容判決をすることが想定されるものの、乙債権の弁済による消滅により、訴訟外の相殺の主張につき判断が不要となる点を指摘し、原判決の理由中でされていた丙債権による相殺に係る判断が控訴裁判所の判決ではなされないという帰結について検討することが求められる。訴訟外の相殺の主張の判断に法第114条第2項の適用を認める通説では、丙債権に係る判断につき既判力の範囲に変更が生ずることから、控訴裁判所は、原判決を取り消し、Xの請求を認容する旨を主文とする判決をすべきことになる。この点について、原判決が確定した場合には、丙債権の不存在に既判力が生ずるが、控訴審判決については、これが確定しても丙債権の不存在に既判力が生じず、控訴審判決の方が有利であるとの点に言及し、論じている答案は、相対的に高く評価された。なお、丙債権による乙債権との相殺については、訴訟外で既に相殺がされたことを訴訟において主張するものであるが、この場合にも法第114条第2項が適用ないし類推適用されることについて検討している答案は、高く評価された。多くの答案は、第一審と控訴審で請求についての判決主文には変わりがないものの、原判決を取り消すべき理由が十分に説明できておらず、低い評価にとどまった。Xに利益でも不

利益でもないとする答案もあったが、そうであれば、法第302条第2項により控訴棄却となる。第一審判決を取り消すには、丙債権に関する判決理由中の判断に着目し、既判力に関わる変更を指摘する必要がある。また、単に「控訴認容」とだけ解答する答案もあったが、どのような判決になるのか具体的に記述すべきである。なお、訴訟外の相殺について、法第114条第2項の既判力は生じないとの立場で論ずる答案も少なからずあったが、通説の論拠も踏まえて自説の適切な論証がされていれば、相応に評価されるものの、そこまでの答案は少なく、結果として低い評価にとどまった。また、この立場による場合には、原判決でも控訴審判決でもこれらが確定した場合には、丙債権の不存在について既判力が生じない点に変わりはないから、控訴棄却との結論になるが、ここまで論ずることのできている答案はほとんど見られなかった。また、判決の主文に、乙債権が認められないなどと記載するかのような答案、400万円の支払を命ずる答案など民事訴訟の基本的な理解が足りない答案も見られたほか、学習が後回しになりがちな上訴に関する分野とはいえ、「原判決を破棄する」のように法律用語を正確に用いていない答案も見られた。

#### イ 設問2のまとめ

設問2は、控訴審における不利益変更禁止の原則という問題を通して、民事訴訟の基本的な理解を踏まえた論理的思考力及び論述力を問うものであるところ、多くの答案が不利益変更禁止の原則が問題なることを理解していたが、判決効（既判力）を基準として不利益性を評価すべきことを明示できていた答案は、それほど多くなかった。そのため、(ア)、(イ)では、それなりの論述ができていたとしても、(ウ)において、原判決を取り消すべき理由が十分に説明できておらず、低い評価にとどまった。また、思考の過程を丁寧に論ずることができたかどうかによっても、相当の差があった。

「優秀」に該当する答案は、出題趣旨を正しく理解した上で、(ア)、(イ)、(ウ)を通して、適切な論述をするものである。また、「良好」に該当する答案は、出題趣旨をおおむね正しく理解しているが、例えば、訴訟外の相殺の主張の判断につき法第114条第2項の適用の有無を論じないなど、論述がやや物足りないものなどである。「一応の水準」に該当する答案は、出題趣旨を理解していることが読み取れるものの、判決効（既判力）を基準として不利益性を評価すべきことが適切に論じられていないものなどである。これに対し、出題趣旨を正しく理解せず、控訴審における不利益変更禁止の原則について看過しているような答案は「不良」と評価される。

#### (4) 設問3について

##### ア 課題1の採点実感

設問3の課題1では、甲債権を認めて、XのYに対する請求を認容する旨の判決が確定した後、XがYの補助参加人であったZに対して甲債権に係る保証債務の履行を請求したという場合において、XY間の確定判決が、XのZに対する保証債務履行請求訴訟において何らかの拘束力を及ぼすかを問うものである。確定判決の拘束力としては様々なものを想定し得ることから、それらを広く取り上げた上で、それぞれの拘束力について十分に検討することが期待される。一例を挙げるならば、通説の立場から、Zは、法第115条により既判力の拡張を受ける者ではないこと、法第46条の効力は、参加人と被参加人との間の敗訴責任の共同分担という根拠から認められる特別な効力（参加的効力）であって、参加人と相手方との間に生ずることは想定されないことを論じた上で、さらに、争点効又は法第2条に基づく信義則上の拘束力の作用を認め得るか、を論ずることが考えられる。

既判力については、法第115条を引用し、既判力はZには拡張されないことを簡潔に論じた答案は高く評価された。これに対し、既判力の定義、根拠、法第114条第1項の趣旨など本問では無用の議論に字数を費やしなから、結論を支える理由が欠けているものや、既判力と参加的効力の区別が十分についていないために、いつのまにか法第46条の議論に移行してい

るものは、低い評価にとどまった。法第46条の効力を既判力とする答案もあったが、この見解について、十分な理解がないまま既判力として論ずるものは、低い評価にとどまった。また、既判力、参加的効力、反射効の区別が全くできていない答案も散見された。既判力の主観的範囲の問題を検討することなく、当事者ではない補助参加人にも既判力が及ぶとする答案も見られたが、このような答案は、全く評価されない。既判力は訴訟物に係る紛争についての蒸し返しを禁止する強い制度的効力であるにもかかわらず、安易に既判力の拡張を認めようとする答案も少なくなかった。

参加的効力については、これを課題1において論じない答案も少なからずあったが、法第46条が想定する被参加人と補助参加人との間の訴訟に関するものではないといえ、既判力の拡張を否定する以上、補助参加人に対する裁判の効力を定めた明文規定に関する検討を怠るべきではない。相手方と補助参加人との間に参加的効力が及ぶかという問題の所在を的確に捉えている答案は、半数程度にとどまった。通説的な見解に立脚した上で、敗訴責任の共同分担という趣旨が妥当するのは、参加人と被参加人との間に限定される結果、参加人と相手方との間には参加的効力は生じないと丁寧に論ずるものは、高く評価された。これに対し、特に検討することなく、相手方と補助参加人との間にも当然に参加的効力が及ぶものと解している答案は、評価されない。また、参加的効力に言及しながら、その主観的範囲を示すことなく、参加的効力の除外事由を検討し、本件において参加的効力は生じないとするものが多く見られたが、このような答案は、参加的効力が本来被参加人と補助参加人との間に生ずる効力であることを看過していることから、参加的効力の基本について理解が不十分であると評価せざるを得なかった。

争点効又は法第2条に基づく信義則上の拘束力については、丙債権に対する弁済についての検討と甲債権に係る債務の免除についての検討を分けた上で、その違いを具体的に検討しているものについては、高く評価された。一方、「争点効の当否が問題となるが、明文規定がないから認められない」と記載するにとどまるなど、最低限の考察すらされていないものは、低い評価にとどまった。

反射効については、本問においては、保証人に不利な効力が問題となっているという事案の特徴を踏まえ、実体法あるいは法第115条の基礎となる考え方に照らして、具体的な検討をしている答案は、相応に評価された。これに対し、反射効は、実体法上、保証債務は主債務に対して付従性（民法第448条第1項）を有することから、主債務が消滅した場合には、保証債務も消滅するという関係が存在することに鑑み、主債務を不存在とする判決が確定した場合には、保証人も同判決の効果を援用して保証債務の消滅を主張することができるという意味で保証人に有利なものであるところ、主債務者が敗訴した本件においてこのような反射効が保証人により援用される余地はない。それにもかかわらず、反射効を認める答案もあり、事案に即した検討ができていないものであって、評価されるものではない。また、「明文の規定を欠く」、「既判力の本質に反する」、「紛争の一回的解決に資する」、「手続保障が」などの抽象論に終始するものについても、反射効を理解していなくても書ける内容であって、それだけで評価されるものではない。

#### イ 課題2の採点実感

課題2は、XのYに対する請求認容判決の確定後、保証債務を履行したZがYに対して求償請求訴訟を提起した場合に、XのYに対する請求認容判決に係る法第46条の効力をZが援用し得るか、という点を問うものである。補助参加人による被参加人に対する同条の効力の援用が、同条の根拠から正当化し得るか、という点を、同条自体は、被参加人から補助参加人に対して同条の効力を援用する場合を想定していることを踏まえて論ずることが期待される。例えば、法第46条の根拠を敗訴責任の共同分担と捉える立場からは、補助参加人から被参加人に対して同条の効力を援用することは認められてしかるべきであると論ずることが考えられる



が、このように論ずる場合には、同条が被参加人から補助参加人への援用を想定していることとの整合性をどうつけるかについても一定の説明が求められる。

しかしながら、設問にそのヒントが示されているにもかかわらず、法第46条の条文構造と本課題の状況とのミスマッチに気付いている答案は、ごく少数であった。典型的な論点ではないが、問題文をよく読めば、手掛かりはつかめるはずである。L2の最後の発言において、「この場合は、前訴である本件訴訟の補助参加人が被参加人に対して前訴確定判決を援用するという珍しい構図になって」いる旨の指摘に注目し、法第46条柱書の「補助参加人に対してもその効力を有する」という文言から、同条は「被参加人が補助参加人に対して」前訴確定判決を援用するという構図を想定していることに気付けば、民事訴訟法の想定と本事案とは、援用の主体と相手方が逆転しているという関係に思い至ることが可能である。いずれにしても、条文の文言の内容や構造、その趣旨を関連付けた理解を出発点とする基本的な学習の姿勢がいかに重要であるかを再度確認してほしい。

補助参加人による参加的効力の援用を、法第46条の文言自体は予定していないように解し得ることを踏まえた上で、参加的効力が認められる根拠と同条の文言の双方に折り合いをつけながら、一定の結論を論証する答案は、高く評価された。多くの答案が法第46条の根拠論から検討していたが、積極的に補助するために参加したわけではない被参加人が不利な参加的効力に拘束される理由について指摘する答案は、必ずしも多くはなかった。また、事案に即した検討をすることも、論ずる実益を示すこともないまま、参加の利益について長々と記述するなど、単に補助参加に関する論証パターンを記述している答案が少なからずあったが、このような答案は、評価されない。その他には、YZ間で求償をめぐる利害対立が生じているので参加的効力は生じないとする答案も見られたが、参加的効力が生ずる典型例をそもそも理解していないことがうかがわれる。また、参加的効力を及ぼすことが、どちらの当事者の利益になるかという点が混乱している答案もあった。ZがYに対して求償をする場面において、YがZの訴訟行為を妨げたことを理由に、法第46条第3号に当たるとして、Zが参加的効力を主張することができないとすることは、Yが甲債権の不存在を改めて主張することができることになり、実際の訴訟であれば、おかしい主張になることに気が付くべきであろう。

#### ウ 設問3のまとめ

設問3の課題1は、確定判決に基づく何らかの拘束力について特段の限定をせず問うているので、既判力、参加的効力、争点効を含めた信義則上の拘束力等が検討の対象となり得る。これらの判決効を広く取り上げた上で、それぞれについて十分な検討をした答案は、高く評価された。課題2は、典型的な論点ではないが、法第46条の条文構造と本課題の状況とのミスマッチに気づき、一定の論証をするものが高く評価された。いずれも一筋縄ではいかない設問ではあるが、条文、制度趣旨、そして、原理原則を出発点として、丁寧な論理の積み重ねをしていけば、正答することは十分に可能である。実際に、そうした基本に忠実な思考の展開をすることができた答案は、少なくなかった。

「優秀」に該当する答案は、上記のとおり、課題1及び課題2のいずれについても、出題趣旨を正しく理解した上で、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で十分な論述をしつつ、課題2では、参加的効力が認められる根拠に照らして、補助参加人による援用は認められるべきであるとする一方で、法第46条の文言自体はそのようなことを予定していないように解し得ることに意識が向いていないものなどである。「一応の水準」に該当する答案は、課題1及び課題2のいずれについても、出題趣旨を理解していることが読み取れるものの、課題1において、一部の効力についての検討にとどまるものなどである。これに対し、課題1や課題2を通じ、出題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。

なお、「第46条第1項第3号」や「第46条本文」など法第46条の摘示を正確にするこ

とができない答案が一定数あった。日頃の学習における条文の軽視、すなわち、基本の軽視という姿勢の現れであるといえる。

#### 4 法科大学院に求めるもの

本年の問題に対しても、多くの答案において、一応の論述がされていたが、定型的な論証パターンをそのまま書き出したと思われる答案、出題趣旨とは関係のない論述や解答に必要な論述をする答案、事案に即した検討が不十分であり、抽象論に終始する答案なども、残念ながら散見された。また、民事訴訟の極めて基礎的な事項への理解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強い懸念を生じさせる。また、法を解釈してその内容を具体化し、事実から適切なものを拾い上げて当てはめていくという堅実な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、基本法制の体系的な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、設問1や設問3の課題2が定型的な論証を暗記するだけでは解答が難しく、設問2においては、論理的思考力も試されており、上記のような法律実務家に望まれる能力が求められる問題であったが、高い評価に値する答案は少なかったことに鑑みると、上記の地道な作業が敬遠されているのではないかと危惧される。法科大学院においては、このことが法科大学院生にも広く共有されるよう指導いただきたい。以上は、例年指摘しているところであるが、本年も重ねて強調したい。

また、民事訴訟法分野においては、理論と実務とは車の両輪であり、両者を関連付けて理解を深めることが重要である。本年の問題においては、設問2を解答するに当たっては、要件事実の構造や上訴について理解している必要があるところ、要件事実の理解が十分ではないのではないかと懸念される答案が少なくなかった。また、法律実務家になれば、すぐに上訴の問題に直面することが予想されることからすると、法科大学院においても、上訴に関する教育に配慮することが望まれる。実務と関連付けることなく、民事訴訟法の効果的な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5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 採点方針及び採点実感

本問では、具体的事例について、甲、乙及び丙の罪責とその理論構成、甲及び丁について一定の結論を導くための説明を問うことにより、刑法総論・各論の基本的な知識と問題点についての理解の程度、事実関係を的確に分析・評価し、具体的事実に法規範を適用する能力及び結論の妥当性と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、事案の解決に必要な範囲で法解釈論を展開して規範を定立した上で、問題文に現れた事実を具体的に摘示しつつ規範に当てはめ、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。

(1) 設問1について

ア 全体的な採点実感

設問1(1)は、既に公表した出題の趣旨に記載したとおり、甲に詐欺未遂罪の成立を認める立場から、その結論を導くための説明を問うものであるが、その説明の中で、詐欺罪が「人を欺いて財物を交付させ」という手段を限定しているのに、その実行の着手に「現金の交付を求める文言を述べること」を要しないと考える理由に触れることを求めているから、実行行為である欺罔行為の意義を明らかにした上で、詐欺罪が欺罔行為を手段として限定して規定していることを詐欺未遂罪の成否との関係でどう解釈するのか、すなわち、詐欺罪の実行の着手における構成要件の制約の要否についても明らかにしつつ、財物交付に向けられた欺罔行為を実行行為とする詐欺罪において、現金交付を求める文言を述べる前の、いかなる時点で未遂罪の成立を認めるのかについて、具体的規範を定立して論じる必要があった。

また、設問1(2)は、設問1(1)において甲に詐欺未遂罪が成立するとした論拠に基づき実行の着手を認める時期について、具体的事実に即し、それより前の時点との実質的相違を明らかにしつつ論じることを求めるものであるから、先に定立した規範との関係で設問に現れた具体的事実の持つ法的な意味合いを評価しながら、実行の着手を認める時点を説得的に論じることが求められた。

設問1(1)においては、欺罔行為の意義や構成要件の制約の要否といった点に触れず、手段として欺罔行為を限定した詐欺罪の特質を全く意識しないで、実行の着手の一般的な判断基準のみを論じることによって、現金交付要求文言は必要ないと結論付けた答案が散見され、こうした答案は低い評価にとどまった。

また、欺罔行為は交付の判断の基礎となる重要な事項を偽ることを要するという定義のみを挙げて、そのため現金交付要求文言がなくても甲に詐欺未遂罪が成立すると結論付け、実行行為である欺罔行為と実行の着手時期との関係を論述していない答案も散見された。こうした答案は、実行の着手時期についての判断規範や、何らの現金の交付要求もない段階で何をもって処分行為に向けられた交付の判断の基礎となる重要な事項と認めたのかについて論じておらず、出題の趣旨に示した問題の所在が把握できていないと評価せざるを得ず、低い評価になった。

一方、構成要件の制約の要否を意識し、実行行為である欺罔行為の正確な意義を明らかにした上で、複数のうそを積み重ねながら、最終的に現金交付要求行為に至るという（特殊）詐欺事犯の特徴を踏まえ、詐欺未遂罪の成立を認めるための具体的な規範を定立して論じた答案は、高い評価となった。

【事例1】と類似の事案において現金交付を求める文言を述べていない段階で詐欺未遂罪の成立を認めた最判平成30年3月22日刑集72巻1号82頁の趣旨や理論構成を理解し、(特殊)詐欺事犯の特徴を踏まえ、実行行為である欺罔行為の意義内容を明らかにして、実行の着手を認めるべき時点を論述する答案もあり、そうした答案は少数であったが、高い評価となった。

設問1(2)の論述では、設問1(1)において具体的な規範を定立できた答案は、当該規範に照らして、【事例1】の具体的事実の持つ法的意味を適切に評価し、着手を認める時点とそれより前の時点との実質的相違をおおむね的確に明らかにできていた。

また、【事例1】において示された各事実が、この先に発生し得る「乙及び丙が捜査のために必要なので現金を預けてほしい旨のうそを言って現金の交付を求める行為」や「Aが200万円を乙及び丙に交付するという結果の発生」に対し、具体的にいかなる影響を与える行為であるかということや「処分行為に向けられた交付の判断の基礎となる重要事項を偽る行為」という欺罔行為の意義との関係でいかなる評価を受ける行為であるかということ、規範に照らしながら、具体的事案に即して論じられた答案は、抽象的な用語の暗記ではなく、詐欺罪の特質や実行の着手に関する論点の理解の深さを示すものとして高い評価となった。

他方、設問1(2)において【事例1】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ることなく、当該事実が先に定立した規範に当てはまるとして結論を記載する答案や、規範に事実を当てはめると意識が希薄であるため、規範を定立しているのか規範に事実を当てはめているのかが明確でない答案、具体的事実を評価する中で設問1(1)に定立した規範と異なる規範を用いて事実を評価している答案も少なからず見られ、これらの答案は低い評価にとどまった。規範を定立し、その規範との関係で、具体的事実がいかなる法的意味を有するのかを評価した上で、規範に当てはめ的確に結論を導くという論述が求められる。

また、設問1(1)で具体的規範を定立せずに設問1(2)で規範を論じた答案や、設問1(2)で求められる当てはめを設問1(1)において長々と論じた答案もあり、これらは設問に答えた答案になっていなかった。また、論じるべき内容について設問で指示しているにもかかわらず、一般的な罪責を論じるかのように詐欺未遂罪の成否を平板に論じた答案も散見された。設問の趣旨に適切に答える姿勢が肝要である。

## イ 答案の例

### (ア) 優秀に該当する答案の例

設問1(1)において、詐欺罪が手段が限定された犯罪であること及び複数のうそを積み重ねながら、最終的に現金交付要求行為に至るという(特殊)詐欺事犯の特徴を踏まえ、実行行為としての欺罔行為をどう解するのかについて論じ、構成要件制約の要否を考えながら、詐欺未遂罪の成立を認める規範を具体的に定立して、現金交付要求がない段階で詐欺未遂罪が成立するという結論を導き、設問1(2)において、先に定立した規範との関係で事実関係を的確に分析して法的に評価し、実行の着手が認められる時点とそれ以前の時点の相違を具体的事実関係に即して明らかにし、規範と整合する説得的な結論を導いた答案などである。

### (イ) 良好に該当する答案の例

設問1(1)において、構成要件制約の要否に関する論述などに一部不足はあるものの、実行行為である欺罔行為と実行の着手との関連性を意識した論述があり、詐欺罪の実行の着手について妥当な結論を導くための具体的規範を定立した上、設問1(2)において、当該規範に適切に当てはめ、実行の着手を認める理由と実行の着手が認められない理由を具体的事実に基づいて明らかにした答案などである。

### (ウ) 一応の水準に該当する答案の例

設問1(1)において、出題の趣旨に示した問題に十分触れられていないものの、一般的な実行の着手についての基本的な論述をし、設問1(2)における論述内容も設問1(1)における論述

と論理的に矛盾せず、具体的事実を評価しながら先に定立した規範の当てはめができている答案などである。

(エ) 不良に該当する答案の例

設問1(1)において、刑法の基本概念の理解が不十分であるために、出題の趣旨に示した問題点を理解できておらず、関係のない法解釈論を展開している答案や、設問1(2)において、具体的事実の評価を全くせずに結論付けたり、論理的に矛盾したりした答案などである。

(2) 設問2について

ア 全体的な採点実感

乙及び丙がBを緊縛するなどして300万円を奪った行為について、強盗罪の構成要件に該当することを丁寧に論じた答案が多かったが、強盗の犯行後、Bが転倒して生じた傷害結果を乙及び丙に帰責できるか否かを論じるに際し、緊縛行為が強盗の手段そのものであり、強盗の手段を原因行為として傷害結果が発生する過程に、Bの行為が介在しているという因果関係の問題を把握していない答案が散見された。

出題の趣旨に記載したとおり強盗の手段たる暴行から傷害結果が生じたと認められる場合、強盗の機会性を検討するまでもなく強盗致傷罪が成立するが、緊縛行為が強盗の手段であることに一切触れず、強盗の機会性を長く論じたものが散見された。強盗の機会説は、強盗の手段説よりも原因行為を拡張する見解であり、強盗の手段から結果が生じた場合に機会説を論じる必要はない。これらの答案は、機会説の意義を理解しないものであり、低い評価となった。

甲の罪責については、乙及び丙が当初の詐欺の共謀に引き続き、詐欺と異なる犯行を行ったことから、乙及び丙の行為について、当初の共謀に基づくものとして罪責を負うか否かの検討が必要であったが、共謀の射程の問題としての的確な論述を欠き、甲が詐欺罪の故意であったのに異なる構成要件間にまたがって実現された犯罪について故意既遂犯を認めることができるのかという抽象的事実の錯誤の問題としてのみ論じた答案が散見され、これらの答案は低い評価にとどまった。

乙及び丙の行為がいかなる場合に、甲との共謀に基づく犯行といえるのかについて、法解釈を展開して判断基準についての規範を定立し、同規範に【事例2】の具体的事実関係を当てはめる必要があるが、規範を定立せず、規範定立と当てはめを明確に区別しないで、具体的事実関係を挙げて結論を導く答案も散見された。

詐欺罪と強盗罪とでは保護法益が完全には一致せず、犯行態様が異なることや乙及び丙が新たに話し合って決めたということのみを指摘して、乙及び丙の犯行が当初の共謀に基づくとはいえないと結論付けた答案が多く見られたが、このような答案は事案の特徴を十分に把握したものとは評価できない。これに対し、共同正犯の処罰根拠等から、共謀に基づく犯行であると判断するための具体的な規範を定立した上で、乙及び丙が当初の共謀で想定されたのと同じ被害者から、より確実に金銭を奪うために犯行に及び、目的とする金銭も甲が用意させた300万円であり、乙及び丙の計画においても、当初から奪った300万円を甲と山分けするつもりであって、実際に甲に山分けされたこと等の設問に現れた具体的事実を的確に指摘するなどして結論を導いた答案は、当該論点についての理解や事実関係の的確な分析を示すものとして高い評価となった。

甲が乙及び丙の行為について共謀に基づくものとして罪責を負うと解した場合には、甲に詐欺罪の故意しかないことから、抽象的事実の錯誤についても論じる必要があるが、この点の記述を欠くものがあつた。また、甲が乙及び丙の行為について共謀に基づくものとして罪責を負わないと結論付けたにもかかわらず、抽象的事実の錯誤を論じた答案があり、これらの答案は、論点相互の論理的関係を理解できていないとの評価をせざるを得なかった。

なお、乙及び丙については強盗致傷罪の共同正犯のほか、甲との間で詐欺未遂罪の共謀共同正犯が成立し得るが、未遂・既遂の区別を正確に言及できていない答案も散見された。

上記のとおり設問2において論じるべき事項が多岐にわたることから、法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も必要であり、主要な論点について結論を導くに当たっては、法解釈論を展開して判断基準となる規範を定立し、その規範に具体的事実を当てはめるといふ論述が求められる。これは、論点の正確な理解とも関係するところであるが、一定の事実がいかなる法的意味を有するかを意識しつつ、結論に至るまでの法的思考過程を論理的に的確に示すことが必要である。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀に該当する答案の例

事実関係を的確に分析した上で、出題の趣旨に示した主要な問題点について検討を加え、法解釈論を展開して判断の基準となる規範を定立し、問題文に現れた事案の特徴を捉えた上で事実を具体的に評価して当てはめを行い、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などである。

##### (イ) 良好に該当する答案の例

出題の趣旨に示した主要な問題点について指摘し、それぞれの罪責について論理的に矛盾せず適切な結論等を導くことができているものの、一部の問題点について検討を欠く答案や、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答案などである。

##### (ウ) 一応の水準に該当する答案の例

事案の分析が不十分であったり、出題の趣旨に示した主要な問題点について一部論述を欠いたりするなどの問題はあるが、論述内容が論理的に矛盾することなく、刑法の基本的な理解について一応ではあるものの示すことができている答案などである。

##### (エ) 不良に該当する答案の例

事案の分析がほとんどできていない答案や、刑法の基本概念的な理解が不十分であるために、出題の趣旨に示した主要な問題点を理解できていないと認められた答案などである。

#### (3) 設問3について

##### ア 全体的な採点実感

設問3は、業務妨害罪の成否について一定の結論を導くための説明を問うことによって業務妨害罪に関する解釈論の知識と理解を問うとともに、具体的事実の分析能力等を問うものである。既に公表した出題の趣旨に記載したとおり、設問3において一定の結論を導く説明として、強制力を行使する権力的公務が業務妨害罪の「業務」に含まれず、それ以外の公務が「業務」として同罪により保護されると解する見解に立った上で、【事例3】の6の事実において妨害の対象とされた公務は警察官Dの乙を逮捕しようとする強制力を行使する権力的公務であるため「業務」に該当しないと定めるのに対し、同7の事実において妨害の対象とされた公務は警察官5名による乙を追跡し、逮捕しようとするものであることなどから、未だ強制力を行使する段階にない公務であると認め、「業務」として保護されるとする説明、あるいは、自力排除力を持つ公務は「業務」として保護されないという前提に立ち、同6の事実において妨害の対象となった公務の「業務」該当性を否定しつつ、同7の事実において丁の用いた手段が「偽計」であることから、偽計に対してはそうした公務も無力であるとして、偽計業務妨害罪の「業務」には、すべての公務が含まれると解して、同7の事実において妨害の対象となった警察官5名による乙を追跡し、逮捕しようとする公務が「業務」に該当するという説明が考えられる。

いずれにしても各事実において妨害の対象となった公務を的確に把握する必要があり、対象となる公務を的確に把握した上で、一定の結論を導くための法解釈を展開して規範を定立し、各事実関係における公務の法的な意味を事実認定し、規範に当てはめ、結論を導いた答案は、

高い評価となった。

上記のとおり「偽計」による妨害に対しては自力排除力がないことを理由に、すべての公務が業務妨害罪の「業務」によって保護されるとして結論を導く場合にも、威力による妨害については、一定の公務につき業務妨害罪によって保護されないことを論じる必要があるから、業務妨害罪において保護される公務の範囲について必要な解釈を行い、規範を定立する必要があるが、この関係を見落として、この点を十分に論じていない答案があった。規範定立と当てはめを区別して法的思考過程を論理的に示すことが必要であることを指摘したい。

妨害の対象とされた公務を特定していない答案も相当数みられた。また、設問において丁の行為が「威力」に該当すると明示したにもかかわらず、本問で問われていない「威力」該当性を論じた上で「威力」であることを否定する答案もあった。これらの答案は、いずれも低い評価となった。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀に該当する答案の例

各事実関係において丁による妨害の対象となった公務を的確に把握しつつ、出題の趣旨に示した論点について、自説の論拠や他説への批判などを踏まえ、必要な法解釈を展開して規範を定立し、妨害の対象となった公務の法的な性質を明らかにした上で、当該規範に当てはめ、一定の結論を導いた答案などである。

##### (イ) 良好に該当する答案の例

出題の趣旨に示した各論点を把握しているが、必要な法解釈論の展開がやや不十分であったり、妨害対象となった公務について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たりすると認められる答案などである。

##### (ウ) 一応の水準に該当する答案の例

出題の趣旨に示した各論点について一部論述を欠くなどの問題はあるものの、業務妨害罪についての基本的な理解を一応示して結論を導くことができている答案などである。

##### (エ) 不良に該当する答案の例

出題の趣旨に示した各論点に触れずに、必要のない法解釈を展開するなど出題の趣旨を理解できていないと認められた答案などである。

#### (4) その他

例年指摘している点でもあるが、用語の間違ひがある答案や、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。

### 3 今後の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こと、各論点の位置付けや相互の関連性を十分に理解すること及び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。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、解決において必要となる問題点を適切に抽出する法的思考能力及び妥当な結論を導くための具体的規範を定立し、同規範に照らし具体的な事実の法的意味を評価して結論を導く論理的思考力を身に付けることが肝要である。

そのためには、これまでも繰り返し指摘しているところであるが、判例を学習する際には、結

論のみならず、当該判例の前提となっている具体的事実を意識し、結論に至るまでの理論構成を理解した上で、その判例が述べる規範の体系上の位置付け、その射程及び理論構成上の課題について検討し理解することが必要である。

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



## 1 採点方針等

本年の問題も、昨年までと同様、比較的長文の事例を設定し、その捜査及び公判において生じる刑事手続上の問題点につき、問題の所在を的確に把握し、その法的解決に必要な法解釈・法適用に当たって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により導かれた法準則を適用して、一定の結論を筋道立てて説得的に論述することが求められており、法律実務家になるために必要な刑事訴訟法（以下「刑訴法」という。）に関する基本的学識、事案分析能力、法解釈適用能力、論理的思考力、論述能力等を試すものである。

出題の趣旨は、既に公表したとおりである。

〔設問1〕は、司法警察員が、強盗殺人未遂事件の犯人の可能性のある甲がその居住するアパートのごみ置場に投棄したごみ袋を回収した行為【捜査①】、上記甲が公道上に投棄した使用済みの容器を回収した行為【捜査②】について、各領置の適法性を問うものである。ここでは、刑訴法第221条の定める「領置」の正確な理解を踏まえつつ、甲のプライバシーの利益と各領置の必要性を比較衡量して相当性を検討するという判断枠組を示し、事例中に現れた具体的事実を的確に抽出、分析して、それらの適法性を論じることが求められる。

〔設問2〕は、被疑者甲が被害者V方と同種の錠前を解錠した結果を記載したもの【実況見分調書①】、Vが被害状況を再現した結果を記載したもの【実況見分調書②】という性質の異なる内容を含む実況見分調書について、検証調書に準じる書面として、刑訴法第321条第3項該当性を検討した上で、本件の具体的事実関係を的確に把握・分析して、要証事実を正確に把握し、各実況見分調書が伝聞証拠に該当するか否か、該当する場合には、適用可能性のある伝聞例外規定に係る要件等の法解釈とその当てはめについ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訴法が定める制度・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、〔設問1〕は、領置の適法性について判断した最高裁判例（最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁、以下「平成20年決定」という。）、〔設問2〕は、要証事実との関係で実況見分調書の証拠能力について判断した最高裁判例（最決平成17年9月27日刑集59巻7号753頁、以下「平成17年決定」という。）など法科大学院の刑事手続に関する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、本事例において何を論じるべきか自ずと把握することができ、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、刑訴法第221条の「領置」の意義に関する正確な理解を示し、各捜査の内容に即して、【捜査①】であれば、アパートの大家にごみの占有が残っていることに言及し、当該ごみが「保管者」たるアパートの大家からの任意提出物に該当するかを、【捜査②】であれば、甲が投棄した容器が「遺留物」に該当するかを各々検討して、「領置」に該当するかを適切に論じる答案が見受けられた。次に、領置の限界について、平成20年決定を十分に意識しつつ、甲のプライバシーの利益と各領置の必要性を比較衡量して相当性を検討するという判断枠組を示し、領置対象物の性質、捜査の進展状況、領置の方法など、事例に現れた具体的事実を的確に抽出、分析して結論を導いている答案が見受けられた。

〔設問2〕では、伝聞証拠の意義を論じた上で、各実況見分調書の刑訴法第321条第3項該当性を的確に論じ、さらに、甲及びVの供述部分が含まれている点に言及し、平成17年決定を

十分に意識しつつ、事例に現れた具体的な事実を的確に抽出、分析して、各実況見分調書の要証事実を正確に把握した上で、要証事実との関係で当該実況見分調書が伝聞証拠に該当するかを検討し、該当する場合には、伝聞例外の条文の適用と当てはめについて適切に結論を導い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、その抽出自体が不十分、抽出した事実の持つ意味の分析が不十分・不適切な答案が見受けられた。

〔設問1〕では、刑訴法第221条の「領置」の意義を明らかにした上で、本件ごみの性質に照らし、「遺留物」あるいは「任意提出物」に該当するかを検討する必要があるところ、刑訴法第221条への言及が一切ないまま、捜査活動一般に関する総則規定である刑訴法第197条第1項の解釈として、あるいは、一応「任意提出」による「領置」とするものの、「任意提出」を「任意処分」と同義であるかのように捉え、「領置は任意処分なので強制処分に至ってはならない」などとした上で、これを単に強制処分と任意処分の区別の観点からのみ論じ、特段の理由なく「強制処分だから違法」、「任意処分だから適法」と結論付けるという答案が少なからず見受けられた。また、アパートの大家の占有に対する言及が乏しく、あるいは理解不十分なもの、例えば、甲が投棄した時点で「遺留物」となり、それを大家が「任意提出」したと論じる答案など、およそ「領置」を正確に理解していないと思われる答案も見受けられた。次に、領置の限界を論じる上で、平成20年決定を踏まえて、甲のプライバシーの利益の要保護性に着目し、各領置の必要性と比較衡量をして相当性の判断を行うという判断枠組を示すことが求められていたところ、甲のプライバシーの利益に配慮した判断枠組を示すことなく、漫然と任意処分の限界に関する一般論を規範として示した上で結論を導いている答案が少なからず見受けられた。さらに、各領置の必要性及び相当性を検討する際には、事例に現れた具体的事実を的確に抽出し、それぞれの事実が持つ意味を的確に分析しながら論じる必要があるところ、こうした具体的事実の抽出、分析においても、事実の拾い上げ自体が不十分、あるいは単なる事実の羅列に留まるもの、例えば、重大事件の犯人を早期に検挙する必要があるなど捜査一般の必要性しか検討できていない答案や、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もの、例えば、【捜査①】では、強盗殺人未遂事件という重大犯罪の犯人と酷似した男が甲のアパートに入ったという事実は拾い上げられているものの、甲が投棄したごみ袋が約2時間後に回収される予定であったことや、ごみ袋の特徴を確認した上で、当該ごみ袋1袋だけを領置したことなどの各事情には触れられていない答案、【捜査②】では、犯人のものである可能性が高いDNA型が判明した事実は拾い上げられているものの、【捜査①】と比較して、甲が重大事件の犯人である嫌疑が高まっていることや、アパートのごみ置場に投棄するごみの中から甲のDNAだけを採取することが困難であったという各事情には触れずに必要性を検討する答案、DNAが個人識別情報であるという事実だけを抽出して、DNA採取行為自体に相当性がないと結論付ける答案、捜査機関が捜査目的を秘して接触している事実だけを抽出し、甲が自ら公道に投棄した容器を回収しているにとどまることや、甲が使用した容器にマークを付け、同人のDNAだけを特定できる方法であったことなどの各事情には触れずに相当性がないと結論付ける答案が相当数見受けられた。

〔設問2〕では、多くの答案が、伝聞証拠の意義に言及し、かつ、実況見分調書が伝聞証拠であるとして、刑訴法第321条第3項に関しても一般論的な論述ができていたものの、伝聞証拠の意義が「公判期日外になされた供述を内容とする証拠」であって、「その供述の内容どおりの事実が存在したこと（供述内容の真実性）を立証するために用いられるもの」であるにもかかわ

らず、単に「公判廷外の供述」とするなど伝聞証拠の理解が不十分な答案や、同項が本来「検証調書」に関する規定であるにもかかわらず、何らの解釈を示さないまま、実況見分調書に同項が当然適用されるとする答案が少なからず見受けられた。また、同項該当性の検討は、実況見分を行った警察官Qの公判外供述の伝聞性を解消するために必要であるところ、Qではなく甲の公判外供述が記載されていると指摘するものや、「誰の」公判外供述であるかを一切示さないまま単に「供述内容の真実性が問題となる」として伝聞証拠であるとする答案も相当数見られた。さらに、「その供述の内容どおりの事実が存在したこと（供述内容の真実性）を立証する」ことの意味を正しく理解し、事例に現れた具体的な事実関係を前提に、要証事実を的確にとらえ、平成17年決定等の理解を踏まえた正確な論述ができていないもの、あるいは、著しく不十分な答案が散見された。例えば、【実況見分調書①】では、検察官の立証趣旨が「甲がV方の施錠された玄関ドアの鍵を開けることが可能であったこと」であるところ、事例に現れた具体的事実を抽出、分析して、甲がそれを行うことが少なくとも実況見分の時点で可能であったことを立証する目的であることなどの根拠を示し、要証事実、公訴事実における犯行の日時に甲がV方の施錠された玄関ドアの鍵を開けたことではなく、検察官の立証趣旨と同じであり、伝聞証拠ではない旨認定することが求められるが、特段の根拠を示すことなく結論だけを論じる答案、要証事実を「甲がV方の施錠された玄関ドアの鍵を開けることが可能であったこと」としながら、甲の供述の内容の真実性が問題となるとして伝聞証拠と結論付ける答案であり、【実況見分調書②】では、検察官の立証趣旨が「被害再現状況」であるところ、事例に現れた具体的事実を抽出、分析し、Vの供述どおりの犯行が本件犯行現場で可能だったことを立証する目的ではないことなどの根拠を示し、要証事実、実質において「再現されたとおりの犯罪事実の存在」、つまり供述内容の真実性であり、伝聞証拠である旨認定することが求められるが、特段の根拠を示すことなく結論だけを論じる答案、平成17年決定を意識することなく、漫然と要証事実を検察官の立証事実と同じだとして非伝聞証拠とするもの、検察官の立証趣旨を「被害状況」と誤って引用し、「被害再現状況」との区別を意識しない答案、甲やVの各指示説明の記載やそれらの再現状況の写真について、甲やVの指示説明をいわゆる「現場指示」あるいは「現場供述」のいずれかに当てはめ、特段の論述なく、前者を非伝聞証拠、後者を伝聞証拠と結論付ける答案、写真について「記録過程が機械的になされるので当然に非伝聞証拠である」とする答案などが相当数見受けられた。また、伝聞証拠と結論付けたものの、検察官の面前での被害再現であるにもかかわらず、刑訴法第321条第1項第3号の要件該当性を検討する答案、Vは死亡しているにもかかわらず、生存していることを前提に論述をする答案、署名押印について一切言及しない答案など、事例に現れた具体的事実の抽出、分析が不十分な答案も少なからず見受けられた。さらに、実況見分調書自体の伝聞性に触れない答案、各実況見分調書が公判廷外の甲やVの供述を含むものであるとして、伝聞例外の要件該当性を検討し、その要件を満たさないと認定しながら、刑訴法第321条第3項の要件を満たせば、それらも実況見分調書の一体のものとして証拠能力が認められるとする答案、各実況見分調書を再伝聞に該当するとして刑訴法第324条の問題とする答案など、伝聞法則の基本的理解が不十分と言わざるを得ない答案も散見された。

### 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、刑訴法第221条の「領置」の意義に関する正確な理解を示し、各捜査内容に即して、事例に現れた具体的事実を抽出、分析し、「領置」に該当するか否かを適切に論じた上で、平成20年決定を意識しつつ、甲のプライバシーの利益と各領置の必要性を比較衡量して相当性を検討するという枠組みを示して領置の限界を論じ、領置対象物の性質、捜査の進展状況、領置の方法など、事例に現れた具体的事実を的確に抽出、分析して結論を導いている答

案であり、〔設問2〕については、伝聞証拠の意義を論じた上で、各実況見分調書について刑訴法第321条第3項該当性が問題となることを的確に論じ、さらに、平成17年決定を十分に意識しつつ、事例に現れた具体的事実を的確に抽出、分析して、各実況見分調書の要証事実を正確に把握し、各実況見分調書の証拠能力を検討する際に必要な伝聞例外の条文適用と当てはめを適切に行っている答案である。

(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、領置の意義に関する一応の理解を示し、各捜査内容に即して「領置」に該当するか否かを論じた上で、領置の限界について、甲のプライバシーの利益と各領置の必要性を比較衡量して相当性を検討するという判断枠組を示すまでには至っていないものの、平成20年決定を意識しつつ、当てはめにおいて、不十分ではあるものの、甲のプライバシーの利益にも一応配慮し、事例に現れた具体的事実の抽出、分析をした上で結論を導いている答案であり、〔設問2〕については、伝聞証拠の意義や実況見分調書の刑訴法第321条第3項該当性に関する的確な論述を行った上で、各実況見分調書の要証事実について、平成17年決定を意識できしており、不十分ではあるものの、事例に現れた具体的事実の抽出、分析をした上で根拠を示しつつ認定し、一応の結論を示すことができしており、伝聞例外の条文適用や当てはめも一応論じることができていた答案である。

(3) 「一応の水準」に達していると認められる答案

〔設問1〕については、領置の意義に関する一応の理解を示し、各捜査内容に即して、「領置」に該当するか否かを適切に論じた上で、領置の限界について、一応事例に現れた具体的事実を抽出、分析しているものの、平成20年決定への意識がなく、甲のプライバシーの利益に配慮した判断枠組が示されていない上、当てはめにおいても、甲のプライバシーへの配慮が不十分であり、物足りなさを感じる答案であり、〔設問2〕については、伝聞証拠の意義や実況見分調書の刑訴法第321条第3項該当性に関して一応の理解を示し、各実況見分調書の要証事実を認定した上で結論を導こうとしているものの、要証事実を正確に捉えられていない答案、要証事実を認定する論拠が欠落あるいは不十分な答案、事例の具体的事実の抽出、分析が不正確なために、伝聞例外の適用条文を一部誤った答案である。

(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、刑訴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〕であれば、領置の意義に全く言及することなく、本件回収行為について強制処分に該当するか否か、単に任意処分として許されるかという、強制処分と任意処分の区別に関する一般論を展開するだけの答案がこれにあたる。〔設問2〕であれば、実況見分調書の伝聞性に一切触れないもの、各実況見分調書の要証事実の検討が全くなされていないもの、各実況見分調書を伝聞証拠とし、伝聞例外の要件を満たさないと認定しながら、刑訴法第321条第3項の要件を満たせば実況見分調書全体の証拠能力が認められるとするもの、各実況見分調書を再伝聞に該当するとして刑訴法第324条の問題とするものなど、およそ伝聞法則を理解していないとしか評しようのない答案である。

#### 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、最高裁の基本的な判例を踏まえて、原理原則に遡り、基本から深くかつ正確に理解すること、それを踏まえて、関係条文や判例法理を具体的事例に当てはめて適用する能力を身に付けること、自説の立場から論述の整合性に配慮しつつ論理立てて分かりやすい文章で表現で

きる能力を培うことが強く求められる。また、刑訴法においては、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 of 捜査・公判の過程を具体的に想起できるように、実務教育との有機的連携を意識し、刑事手続の各局面において、裁判所、検察官、弁護人の法曹三者が具体的にどのような立場からどのような活動を行い、それがどのように関連して手続が進んでいくのかなど、刑事手続が法曹三者それぞれの立場から動態として積み重ねられていくことについて理解を深めていくことが重要である。

## 令和5年司法試験の採点実感（倒産法）

### 1 出題の趣旨・狙い等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

### 2 採点方針

解答に当たって言及すべき問題点については、「出題の趣旨」として公表したとおりである。

第1問は、個人事業主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、主に、破産財団に関する規律（設問1）及び離婚に伴う財産分与請求権の破産手続における処遇（設問2）について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、主に、「破産財団」という破産手続の根幹となる概念や、破産財団と相対する概念である「自由財産」の拡張及びその趣旨を正しく理解できているかどうか、具体的事例や設問に与えられた事実関係を分析し、条文に当てはめて的確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、具体的事例や設問において与えられた事実関係から、取戻権及び偏頗行為否認の問題であることを把握できているかどうか、条文が定める要件の該当性を検討する中で、予想される反論にも目を向けながら、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は置かれている。

第2問は、株式会社について再生手続が開始された場合の具体的事例を基に、主に、再生手続における継続的給付に係る請求権の取扱い（設問1）及び敷金返還請求権の取扱い（設問2）について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、全体を通して、再生債権及び共益債権といった再生手続における基本的概念を正しく理解できているかどうか、継続的給付に係る請求権及び敷金返還請求権の取扱いに関する条文を的確に指摘し、これを踏まえた適切な事例処理ができているかどうかには置かれている。

### 3 採点実感等

#### (1) 第1問

##### ア 設問1

設問1は、破産者が有する種々の財産が破産財団に属するか否か（小問(1)）、破産者が加入する医療保険の解約返戻金を破産財団に組み入れようとする破産管財人に対して破産者の代理人として採るべき手段（小問(2)）について、それぞれ具体的な検討を求めるものである。

まず、小問(1)は、破産法を学習する者にとって必須となる条文を摘示し、その文言に当てはめて結論を導くだけのごく基本的な問題であるが、高得点の者は決して多くなかった。解答に当たっては、破産法第2条第14項（第14号と誤って摘示している答案が目立った。条文の引用に当たっては、正確を期してもらいたい。）が定める破産財団の定義に触れつつ、同法第34条第1項が定める破産財団の範囲を示した上で、①から④までの各財産についての個別的な検討を進めることが期待されており、これに沿った答案は「良好」以上の評価となっている。

①については、同項括弧書きによれば、財産が日本国内にあることを問わないこととされていることを指摘し、破産財団に属するとの結論を示す必要がある。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、括弧書きが摘示できていない答案も散見され、このような答案は低い評価にとどまっている。②については、自由財産の一つとして、同条第3項第1号において、民事執行法上の差押禁止に係る金銭（同法第131条第3号）の1.5倍相当額の金銭が定められていること及びその趣旨を指摘した上で、90万円全額が自由財産とされ、破産財団には属しないとの結論を示す必要がある。多くの答案で正しい結論が示されていたが、自由財産となる額につき44万円、66万円等とする答案も少なからず見られ、このような答案は低い評価にとどまっている。また、破産法第34条第3項第1号の趣旨につき、「破産者の最低生活の保障」とのみ記載する答案が多かったが、破産手続においては、破産者が支

払不能の状態にあることを考慮して、民事執行法上の差押禁止に係る金銭の1.5倍の額が自由財産とされていることの指摘が重要である。③については、同条第1項が破産手続開始の決定を基準時として破産財団の範囲を固定していることとの関係で、それ以後に取得した財産は新得財産として破産財団から除外されることを指摘し、破産財団には属さないとの結論を示す必要がある。多くの答案では、このような流れで正しい結論を導くことができていたが、同法第2条第14項の文言に引きずられたためか、破産財団に属すると結論付ける答案も散見された。このような答案は、破産者の財産の中に相続財産が含まれる場面と相続財産について破産手続が開始される場面とを混同するものとして、低い評価にとどまっている。なお、同法第34条第2項の「将来の請求権」の該当性の問題として論ずる答案もあったが、これに当たらないことは明らかであるから、あえて論ずる必要はない。④については、破産者の有する保険金請求権が、上記の「将来の請求権」に該当するか否かについての自説を論じた上で、結論を示す必要がある。このような流れで論じることができていれば、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が、残念なことに、多くの答案は、保険契約の締結が「破産手続開始前に生じた原因」に当たることを指摘するのみで、保険事故の発生が破産手続開始後であることを指摘できている答案は半数程度であった。「将来の請求権」に当たるというためには、破産手続開始時において停止条件が成就していないことを明示する必要がある。また、保険事故の発生が破産手続開始後であることを理由に、破産財団に属さない（自由財産となる）可能性を指摘していた答案は、反対説に配慮するものとして高い評価となっている。この点に関し、最判平成28年4月28日民集70巻4号1099頁は、死亡保険金請求権は、被保険者の死亡前であっても、死亡保険金受取人において処分したり、その一般債権者において差押えをしたりすることが可能であると解され、一定の財産的価値を有することは否定できないことなどから、「将来の請求権」に該当するものとして、破産財団に属するとの結論を示しているところ、上記判例に言及することができていた答案又は上記判例を意識したことがうかがえる答案については、高い評価となっている。なお、上記判例の考え方は異なり、「将来の請求権」には該当しないとする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、より説得的な論証が求められよう。

小問(2)は、破産法第34条第4項に基づく自由財産の拡張についての理解、自由財産を破産財団に組み入れつつ破産者の生活に必要な財産を破産財団から放棄してもらうという実務運用の知識を問う問題であるが、大きく差が付く結果となった。

まず、一つ目の手段として、自由財産の拡張の申立てについて論ずることができていれば、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が、小問(1)で同条第1項から第3項までを問うていたにもかかわらず、想定していた以上に、この点について言及することができていない答案が多かった。解答に当たっては、自由財産の拡張は、裁判所が、個々の事案において、破産者等の状況に照らし、具体的な必要性を考慮して裁量的に判断するものであることを踏まえつつ、同項に定める考慮要素を意識しながら、問題文から具体的事実を拾い上げ、破産債権者との利益衡量を図ることが求められるものの、破産者において持病があることや廃業により職を失ったことなどの破産者側の事情のみを検討し、結論として自由財産の拡張を認める答案が目立った。本問では、破産者において、遺産として600万円を相続したことや自由財産として現金90万円を有していることなどの事情に照らすと、自由財産の拡張の申立ては認められない（可能性がある）との方向で論ずることとなろう。このような答案は必ずしも多くはなかったが、出題意図を的確に捉えているものとして、高い評価となっている。また、問題文において、破産手続開始の決定をした日及び解約予定の通知を行った日が明示されていることを踏まえ、1か月の期間制限についての指摘があった答案も、高い評価となっている。

次に、二つ目の手段として、破産者の代理人は、破産管財人に対し、解約返戻金に相当する額につき破産者が有する財産から破産財団へ組み入れることと引き換えに、解約返戻金請求権について破産財団から放棄することを申し入れるという手段について論ずることが期待されている。やや発展的な論点ではあるが、自由財産による破産債権の弁済に関する知識を駆使するなどして、この点について言及することができていた答案が一定数見られ、その充実度に応じ、「良好」以上の評価となっている。これに対し、保険契約を解約して新たな保険契約を締結すると保険料が高額になることが破産財団を毀損することにつながるとして、保険契約の履行(継続)を破産管財人に申し入れるとの答案や、破産管財人の善管注意義務の問題と捉えて、破産管財人を解任すべきであるとの答案が非常に目立った。これらの答案は、破産手続開始後に破産財団が負担すべき債務と破産者が自由財産から負担すべき債務との整理ができていないか、そもそも、破産管財人は破産債権者のために破産財団を適切に維持・増殖すべき義務を負うという点を十分に理解することができていないものといわざるを得ず、低い評価となっている。さらに、破産手続開始の決定がされているにもかかわらず、保全管理命令や包括的禁止命令を申し立てるという答案が散見されたが、これらの答案は、破産手続開始前の保全措置についてのごく基本的理解を欠くものとして、やはり低い評価となっている。

なお、小問(2)を通じて、誰が何を行うのかを正確に理解していないか、それを的確に表現できていない答案が多かった。例えば、破産者の代理人Bが行うべきは自由財産の拡張の「申立て」であり、拡張の裁判は裁判所が行うものであるにもかかわらず、「Bが自由財産の拡張をする」とする答案や、自由財産からの組入れを受けて代わりの財産を破産財団から放棄するのは破産管財人Xであるにもかかわらず、「Bが放棄する」とする答案が目立った。

#### イ 設問2

設問2は、破産手続開始の決定前に、離婚及びそれに伴う財産分与の協議が成立した事例を通じて、破産手続開始の決定時には履行されていない破産者に対する不動産の所有権移転登記請求権につき取戻権を行使することができるか否か(小問(1))、破産手続開始の決定時において支払済みの分与金について否認権を行使することができるか(小問(2))について、それぞれ具体的な検討を求めるものである。

小問(1)については、まず、Dの主張が破産法第62条に定める取戻権の行使に当たることを指摘する必要がある。取戻権に言及することができていれば、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が、想定していた以上に、この点についての言及を欠く答案が多かった。破産手続においては、所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記請求が取戻権の枠組みにおいて行使され得るという基本的な理解が得られていないことが原因であると推察される。また、取戻権の行使に当たること気付いたにもかかわらず同条の摘示がされていない答案や、そもそも破産手続における問題であることを無視して、民法の問題として検討している答案も意外に多く見られた。

続いて、実体法上、対抗要件を具備しなければ「第三者」(民法第177条)に対して所有権を主張し得ない場合であることから、破産管財人が「第三者」に該当するか否か(破産管財人の第三者性)について論ずる必要がある。この点については、多くの答案で、破産管財人に差押債権者類似の地位が認められることを理由に、破産管財人は「第三者」に該当するとして、対抗要件を具備していない以上、取戻権を行使することはできないとの結論を示すことができおり、その充実度に応じ、「一応の水準」以上にあるものと評価した。しかしながら、破産法第78条第1項等の規律を挙げて、破産手続の開始による財産の管理処分権の破産管財人への専属が実質的な包括差押えであることまでの的確に指摘できていた答案は多くなかった。また、Dからの再反論として、離婚に伴う財産分与は潜在的持分を顕在化させるにすぎないから対抗要件を要しない(民法第254条参照)との主張が考えられ、これに対するXの再々反論は、財産分与は協議又は裁判による分与者から相手方への権利移転であって財産の特定承継と同様



であるから、やはり対抗要件の具備が必要であるということになる。ここまでの確に論じられていた答えはほとんど見当たらなかったが、財産の特定承継と同様であることが意識されている答えは少ないながらも見受けられ、このような答えは、深い理解を示すものとして高い評価となっている。

これに対し、低い評価にとどまる答案として、以下のようなものが挙げられる。まず、Dの主張する登記請求に関して、破産債権としての権利行使の可否を論じている答案が散見された。このような答案は、破産債権は個別的権利行使が禁止され、飽くまで破産手続における金銭配当による満足しか得ることができないという根本的な点を理解することができていないことがうかがえる。また、破産法第49条第1項の該当性を検討する答案も多かったが、同項は、破産手続開始の決定後にされた登記の効果について定めた規定であり、登記請求の可否に適用されるものではない。さらに、否認権（詐害行為否認・無償行為否認・対抗要件否認）に言及した答案も少なからず見られたが、所有権の移転及び対抗要件の具備が破産手続開始の決定前に完成していない以上、その効果を否認して財産を破産財団に回復するということは問題にならない。

小問(2)については、まず、問題文中に、不動産の譲渡と分与金の支払は財産分与として相当なものであるとするとの記載があることから、破産管財人が行使しようとしている否認権は、同法第162条第1項第1号の偏頗行為否認であることを指摘する必要がある。しかしながら、大半の答案において、この点について指摘することができていないことには驚かされた。その多くは、財産分与そのものについて、同法第160条第1項の詐害行為否認の成否を検討するものであったが、問題とされているのは財産分与の合意に基づく金銭債務の弁済という債務消滅行為であるから、詐害行為否認の問題とはならないはずである。また、同条第3項の無償行為否認や同法第161条の相当の対価を得てした財産の処分行為の否認の成否を検討するものも散見されたが、贈与と異なり財産分与はおよそ無償行為ではないし、本件支払はDに対してされたものであって甲不動産の対価としてAが受け取ったものではないから、同条はおよそ問題とならない。

続いて、解答に当たっては、同法第162条第1項第1号の要件該当性を順次検討することが求められ、このような流れで論じることができていれば、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が、有害性の要件と不当性の要件とを整理して論ずることができていた答案については、理解の成熟を示すものとして高い評価となっている。有害性の阻却事由としては、本件支払は、破産手続開始後であれば取戻権の行使に該当する又は財団債権の弁済に該当するとの指摘が想定され、不当性の阻却事由としては、離婚に伴う財産分与は、民法第768条第3項の規定の趣旨に反して不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足りるような特段の事情のない限り、詐害行為とはならないと判示した最判昭和58年12月19日民集37巻10号1532頁の考え方が偏頗行為否認についても及ぶとの指摘が想定される。これに対し、取戻権に該当するとの考え方に対しては、財産分与金の支払を目的とする債権については、取戻権の行使としてその履行を請求することができないとした最判平成2年9月27日集民160号373頁を踏まえて反論することが考えられる。多くの答案は、問題文中に「財産分与としては相当なものである」との記載があることから、この点を指摘するのみで、直ちに否認権の行使を否定する結論を採っていたが、より分析的、説得的な論述が期待されていたといえよう。

なお、問題文中に、Dの反論は、「本件支払は夫婦の共有財産を清算する性質のものである」との記載があるにもかかわらず、離婚後における相手方の扶養としての性質や、離婚に伴う慰謝料としての性質から論じている答案が散見されたが、これらは評価の対象とはしていない。

## (2) 第2問

### ア 設問1

設問1は、電気の供給契約という一定期間ごとに債権額を算定すべき継続的給付を目的とする双務契約を題材に、再生手続における継続的給付に係る請求権の取扱いについて、当該請求権の発生時期と、再生手続開始の申立て又は再生手続開始との前後を踏まえ、具体的な検討を求めるものである。基本的な条文の知識とその当てはめにより結論を導くことができるごく基本的な問題であるが、条文や定義の摘示、再生債権該当性の当てはめ等において正確性を欠く答案が散見され、高得点の者は決して多くなかった。また、本設問では、支払期限までに支払がされるかどうかについての照会に対する回答が問われているにもかかわらず、「再生債権である」「債権届出を促す」などとする答案が目立った。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。

まず、①の期間の請求権については、民事再生法第84条第1項を摘示し、再生債権の定義及び要件を明示して再生債権に当たるとを示した上、再生債権については、再生手続開始後は、再生計画の定めるところによらなければ弁済をすることができないことから（同法第85条第1項）、支払期限までに支払うことはできないと回答すべきであるとの結論を示すことになる。多くの答案では、開始決定前の原因に基づく再生債権であると認定し、その効果として、再生計画の定めるところにより弁済されることを指摘することができており、「良好」以上の評価となっている。他方、「申立て前に発生したものであるから」再生債権であるなどと不正確な当てはめがされている答案、民法第306条第4号、第310条についての理解を欠くため、法人の電気料金であるにもかかわらず一般優先債権に当たるとした答案、さらには、問題文中に、民事再生法第85条第5項の少額弁済の許可を申し立てることを検討できるような事情は見出せないにもかかわらず、同項の許可がされるとして、支払をすることができると結論付ける答案が散見されたが、これらの答案は、いずれも低い評価となっている。

②の期間の請求権については、同法第50条第1項及び第2項が定める継続的給付に当たるとを示しつつ、同項括弧書きによりその全額が共益債権に当たるとを示した上で、共益債権は、再生手続によらないで随時弁済することができる（同法第121条第1項）ことから、支払期限までに支払うことができると回答すべきであるとの結論を示すことになる。評価を分けたポイントは、同法第50条第2項を摘示することができているか、②の期間中に再生手続開始の申立てがされたが、再生手続開始決定には至っていないということに気付いているか（これにより、同項括弧書きを摘示し、当てはめることができているか）という点にある。これらを意識することなく、申立ての日の前後で再生債権と共益債権とに分ける答案や、単に同項を摘示するのみで（括弧書きに当てはめることなく）共益債権とする答案が非常に多かった。

③の期間の請求権については、再生手続開始前の分は同法第50条第2項により、再生手続開始後の分は同法第119条第2号（「第2号」を摘示しない答案や、「第1項第2号」と誤って摘示する答案が散見された。）又は第49条第4項により、その全額が共益債権に当たることから、支払期限までに支払うことができると回答すべきであるとの結論を示すことになる。多くの答案で共益債権になるとの指摘がされており、その内容に応じ、「一応の水準」以上の評価となっているが、そのうち、再生手続開始決定の前後を意識し、条文の適用関係を的確に摘示することができていた答案は、高い評価となっている。他方、少ないながらも、再生手続開始後の請求権について、同法第119条第2号の「生活」に当てはめている答案、開始後債権に該当するから再生計画で定められた弁済期間満了まで弁済が禁止されるとする答案、さらには、再生債権に該当しないから再生計画によらずに弁済を受けることができるとする答案が見られた。これらの答案は、いずれも低い評価にとどまっている。

## イ 設問2

設問2は、貸貸人について再生手続が開始されたとの具体的事例を通じて、再生手続における敷金返還請求権の取扱いについて、破産手続における取扱いとの違いに触れつつ、関連する条文等についての説明を求めるもの（小問(1)）、その説明を踏まえ、敷金返還請求権に係る債

務の弁済額についての具体的な検討を求めるもの（小問(2)）である。

小問(1)については、まず、破産手続において、敷金返還請求権は破産債権（破産法第2条第5項）として扱われることを示した上で、敷金返還請求権を有する者が破産者に対する賃料債務を弁済する場合は、その債権額の限度において弁済額の寄託を請求することができる（同法第70条後段）ことについて説明する必要がある。多くの答案で、同条を摘示しつつ、弁済額の寄託の請求について言及することができていたが、更に進んで、賃料債務の弁済は明渡しを解除条件とするものであることから、明渡しによって賃料の弁済は効力を失い、その結果未払となった賃料債務と敷金返還請求権との間に充当関係が生じること、他方、弁済していた賃料相当額は、不当利得により破産財団に対して生じた請求権として財団債権となる（同法第148条第1項第5号）か（一種の）取戻権の行使として請求できることまでの確に指摘できていた答案は少なかった。これらの答案は、深い理解を示すものとして高い評価となっている。また、同法第198条第2項又は第201条第2項を摘示し、最後配当に関する除斥期間内に明渡しをしないと配当を受けることができないことを指摘することができていた答案も、高い評価となっている。

これに対し、再生手続においては、まず、民事再生法第84条第1項を摘示し、敷金返還請求権は、再生手続開始前の原因（敷金契約）に基づいて生じた財産上の請求権であり、共益債権となる部分を除き再生債権として扱われること、再生債権となる部分は再生計画の定めにより弁済されることを示す必要があるが、これらの点を的確に指摘できていない答案が意外と多かった。なお、民法第622条の2を摘示して停止条件付請求権であることを指摘する答案が多かったが、この指摘のみでは、破産手続又は再生手続における取扱いについて解答するものではないとして、評価の対象とはしていない。

続いて、解答に当たっては、民事再生法第92条第3項を摘示し、その要件等につき適宜説明を加えつつ、これらの要件を満たした額については共益債権として扱われること、共益債権とされた部分は、再生手続によらないで、再生債権に先立って随時弁済されること（同法第121条第1項及び第2項）を指摘することになる。多くの答案で同法第92条第3項を指摘することができていたが、その要件等についての理解度の差が評価を大きく分ける結果となった。同項によれば、①再生手続開始時に再生債務者に対して賃料債務を負担していること、②再生手続開始後に弁済期が到来する賃料債務をその弁済期に弁済したこと、③上記②の弁済額が上限となること、④賃料の6か月分に相当する額の範囲内であること、⑤上記④の範囲から同条第2項の相殺により免れる賃料債務の額が控除されることを全て満たした額が共益債権となるのであるから、条文に則して、これらの要件を落とすことなく、正確に説明する必要がある。上記③を落としている答案が非常に多く、その余の要件についても、解答時間が不足したためか、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。

次に、小問(2)は、事例に即して、敷金返還請求権に係る債務の弁済額についての具体的な検討を求めるものである。その前提となる再生計画上の敷金返還請求権の取扱いについては、条件付権利として権利変更をした上で条件成就の際に未払賃料等を充当して敷金返還請求権の額を確定するとの考え方（権利変更先行説）と、未払賃料等を充当した後の敷金返還請求権について権利変更をすとの考え方（当然充当先行説）とがあるところ、問題文において後者の考え方に立つことが明示されているにもかかわらず、充当前の600万円につき60%免除の権利変更を行っている答案があった。このような答案は、問題文の指示を無視するものとして「不良」に該当する。問題文をよく読んだ上で解答してもらいたい。

解答に当たっては、まず、敷金返還請求権の残額が、令和5年5月分及び6月分の未払賃料合計120万円と原状回復費用80万円との合計200万円を充当した結果400万円であることを示す必要があるが、この点について正確に指摘することができていない答案が多いことには驚かされた。特に、これらの未払賃料等につき、同法第92条第1項の問題として捉えて

相殺することができないとする答案等は、当然充当及び相殺といった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いわざるを得ず、低い評価となっている。

続いて、共益債権となる部分につき、再生手続開始後に弁済期が到来する令和5年1月分から4月分までの賃料債務合計240万円をその弁済期に弁済したこと、賃料の6か月分に相当する額は360万円であることを指摘する必要がある。加えて、60万円の修理費用返還請求権を自働債権とし、再生手続開始後の令和4年11月30日に弁済期が到来する賃料債務を受働債権とする相殺につき、債権届出期間内のものであるから、民事再生法第92条第2項により相殺が可能であることを指摘するほか、同条第3項括弧書きの当てはめとして、上記360万円から同条第2項の相殺により免れる賃料債務60万円が控除されることを指摘することになる。これらの点について正確に指摘することができていた答案は少なかったが、事例に現れた事情を的確に摘示する答案として高い評価をしている。他方、上記のとおり、同項の理解が十分でないため、賃料の6か月に相当する360万円又はここから60万円を控除した300万円を共益債権とする答案や、賃料の6か月分に相当する額の範囲内で弁済期に弁済した額を共益債権としつつも、同項括弧書きの当てはめにつき、360万円ではなく、240万円から控除する答案が一定数見られた。

以上を踏まえて共益債権となる額を算出することとなるが、問題文で示されている「当然充当先行説」の考え方を前提としても、以下の三つの考え方があり得る。

α：民事再生法第92条第3項による共益債権化とは別に当然充当を認める。

この考え方によれば、同項括弧書きにより控除されるのは同条第2項の相殺によって免れる60万円のみであるから、再生手続開始後に弁済した240万円全額が共益債権となる。

β：未払賃料の敷金充当分を同条第3項括弧書きで控除する。

この考え方によれば、賃料の6か月分相当額360万円から、60万円と120万円とを控除した残額180万円が共益債権となる。

γ：未払賃料及び原状回復費用の敷金充当分を同項括弧書きで控除する。

この考え方によれば、賃料の6か月分相当額360万円から、60万円及び120万円のほか80万円を控除した残額100万円が共益債権となる。

最後に、再生債権となる部分については、再生計画の定めに従って権利変更されること（同法第179条第1項）を指摘した上で再生債権として弁済される額を算出し、その額と上記の共益債権となる額との合計が弁済額となることの結論を示すことになる。上記のα、β又はγの考え方によれば、再生債権となる額は、それぞれ、160万円、220万円、300万円となり、再生計画によれば60%が免除されることになるから、再生債権としての弁済額は、それぞれ、64万円、88万円、120万円となる。したがって、敷金返還請求権に係る債務の弁済額は、それぞれ、304万円、268万円、220万円となる。このように、条文を摘示しながら、順を追って説明することができている答案は、その内容に応じ、「一応の水準」以上の評価をしているが、結論を正確に算出することができていた答案は、残念なことに、それほど多くはなかった。

#### 4 今後の出題について

本年度の問題は、例年どおり、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

昨年も述べたとおり、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、本年も、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、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、手続開始前後における取扱いの相違や、個々の制度の関係性等についても意識し、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、法曹実務においては、単に結論を示すだけでなく、その結論を根拠をもって説得的に伝えることが必須であることを踏まえ、具体的な事例において与えられた事情を正確に整理・把握し、問題点を的確に抽出する能力、その問題点について論理的かつ一貫性のある解釈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。特に、近年における実際の答案を見る限り、一応の水準に達していると評価され得る答案であっても、論理的な文章を書く能力が十分でないと思われるものが少なくないことには十分留意されたい。

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・理解度を正當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。）。受験者においては、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5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 採点方針

第1問は、新株予約権をめぐる課税関係（設問1）、非課税所得に当たる損害賠償金の範囲及び所得分類、更正の請求の手續について問うものである。所得税法及び国税通則法に関する基本的知識の有無、事案における事実関係を適切に整理して法令に当てはめる能力、法令の規定の趣旨を踏まえた論理的思考力等を問うている。

第2問は、法人に対する遺贈、遺留分侵害額請求と代物弁済、法人役員による法人財産の無償利用に伴う、法人税及び所得税の課税関係を問うものである。個々の論点は基本的なものであるが、それらが複合的に組み合わされた事実関係を適切に解きほぐした上で、法人税法の構造の的確な理解に基づいて法令の要件に適切に当てはめる能力を問うている。

### 3 採点実感等

[第1問]（配点：50）

本問は、新株予約権に関する所得の課税方法を踏まえた、総所得金額の算定についての全般的な理解（設問1）、具体的な事例を踏まえた非課税所得該当性及び所得区分（設問2(1)）並びに国税通則法の基本的知識（設問2(2)）について問うものである。

<設問1>

設問1は、(1)では令和3年分、(2)では令和4年分のAの総所得金額を問うている。総所得金額の意義は、所得税法第22条第2項に規定されている。その算出のためには、各種所得の金額の計算が必要であるが、所得控除の適用は要しない。この点を適切に理解していない答案が散見された。

いわゆるストックオプションである新株予約権の権利行使益に係る課税時期と所得分類については、権利行使時における給与所得課税とした最判平成17年1月25日民集59巻1号64頁があり、それを踏まえた上で、総所得金額の意義を踏まえて、各所得金額の計算を求めた問題であったが、想定していたよりも理解が不十分と思われる答案が多かった。これは比較的著名な判例であるが、そもそも当該判例を知らないと思われる答案が半数程度を占めた。同判例と異なる結論を採る答案が全く評価されないわけではないが、確立した判例がある以上、判例と異なる考えを採る場合には、その判例に言及した上で説得的に自説を述べる必要がある。

この論点に関しては、所得税法適用の基本として、第23条以下の規定に基づき所得分類を検討し、第36条の規定に基づいて収入金額の計上時期を検討しなければならない。この点、前者の所得分類に関しては、当該新株予約権がC社から取得したものである以上、その結論がどうなるかはともかくとして、給与所得該当性の検討は欠かせないはずである。また、後者の収入金額の計上時期については、検討が不十分である答案が多かった。

加えて、この問題に関しては、新株予約権の行使時及び株式譲渡時という二つの時点にとらわれずに、取引全体を見て課税関係を考えるという観点が求められる。Aは、令和3年2月1日に、500万円を払い込んで、本件新株予約権100個を行使し、C社株式1万株を取得している。そして、Aは、令和4年1月20日に、同株式を1株当たり1800円で売却し、対価として1800万円を得ている。そうすると、Aは全体として1300万円の利益を得ていることとなるので、これがいつ、どのように課税されるかが問題とされるはずである。もし、答案において、課税される金額の合計額が1300万円（あるいは株式売買手数料20万円を控除した1280万円）と一致しなかったときは、それが正しいのか、どうしてそうなるのかを再考すべ

きである。実際、この金額が一致しない答案が少なくなかった。

また、譲渡所得における取得費とは、原則的に、当該資産の取得時における時価ではない（そうなる場合もあるが、それは例外である。）。確かに譲渡所得の性格は、いわゆる資産のキャピタルゲインであるが、実定法上の取得費は、原則として、所得税法第38条により定まる。これは譲渡所得課税の基礎であるが、未だに浸透していないようである。また、判例（最判平成4年7月14日民集46巻5号492頁）により資産の取得に要した金額に含まれるとされる付随費用と、譲渡に要した費用（譲渡費用）とを混同している答案も散見された。

設問1(1)に関しては、役員報酬に加えて、新株予約権の権利行使益の所得分類につき、その根拠も含めて説得的に論じられている答案については、「優秀」又は「良好」と評価され、その中で権利行使益の課税時期について触れ、給与所得控除についても正しく理解されている答案は「優秀」と評価された。新株予約権の権利行使益の所得分類の理解が不十分又は説得的ではない答案は「一応の水準」又は「不良」と評価され、役員報酬が給与所得であることも看過している答案は「不良」と評価された。

(2)に関しては、譲渡所得について問う問題は過年度においても出題しているが、その際の採点実感でも指摘しているとおり、所得税法第33条に書かれているとおりに計算できるか、前提として同条の用語を理解できているかという点で差がついた。もっとも、これらについてはおおむね理解が浸透してきたところであり、逆にこれらが理解できていない、あるいは不正確である答案は、「一応の水準」「不良」と評価された。所得税法第22条第2項、第33条を正確に理解して丁寧に論じている答案は「優秀」と評価された。

なお、設問1(1)及び(2)を通じて、Aが役員報酬として毎年度2100万円の支払を受けているという事実や、AB間の甲建物賃貸借契約が令和2年中に終了している事実を看過した答案が見られたが、実務家登用試験であり、問題文から事実を丁寧に拾い上げることが必要である。

<設問2(1)>

設問の事実関係に基づき、一定の損害賠償金等が非課税所得とされていることの趣旨を踏まえ、所得税法第9条第1項第18号、同法施行令第30条第2号又は第3号の規定に則して論じることを求めた問題であったが、趣旨を踏まえて、事実関係を拾い上げて、条文に則して当てはめるという基本的な法的思考経路が十分身に付いていないと思われる答案が散見された。

私法の基本的な知識を踏まえて租税法を理解すべきであるところ、本件の解決金が借地借家法第28条の「正当の事由」を判断する上での要素となる建物賃借人に対する「財産上の給付」の意味があることを踏まえて、解答している答案が少なかったことは残念である。これを意識した答案はおおむね論述が全体的に流れている傾向があり、後記の観点からも「優秀」とされるものが多かった。

答案の中には、単に解決金が所得税法施行令第94条第1項第1号又は第2号に該当するから、非課税所得に当たらないとする答案が少なからず見られたが、条文の構造からすると、まず、所得税法施行令第30条第2号の「損害賠償金」又は第3号の「見舞金」に当たるか否かを検討した上で、これに当たる場合に初めてこれから除外される所得税法施行令第94条第1項第1号、第2号に定める性質を有するものとなるかを検討すべきである。ここでは、損害賠償金が非課税所得とされている趣旨を踏まえて、問題文にある解決金が非課税所得に当たるか否かを、事例において示されている事実関係に即して検討する必要がある。この部分を適切に論じることができていない答案は「不良」とされた。

他方、一定の損害賠償金等が非課税所得とされていることの趣旨を踏まえ、裁判例（大阪地判昭和54年5月31日行集30巻5号1077頁）を意識して、所得税法施行令第30条第2号又は第3号の解釈をし、本件の事実関係を前提に、非課税所得への該当性や所得分類について丁寧に論じている答案は「優秀」とされ、それ以外の答案は自説の根拠が説得的であるか否かに応じて「良好」又は「一応の水準」に評価が分かれることとなった。

<設問 2(2)>

設問 2(2)については、更正の請求と通知処分的基本的な事項について問うもので、国税通則法第 23 条に従って解答すれば足りる平易な問題であった。多くの答案が修正申告と更正の請求の違いを正しく理解していた。平易な問題であったこともあり、出題者の意図に沿った答案が比較的多数を占めたが、更正の請求に対して理由がない旨の通知処分と増額更正処分を混同していると思われる答案が相応に存在した。

上記のとおり、設問 2(2)単体では差がつきにくいものの、国税通則法第 23 条に沿って丁寧に解答している答案が「優秀」又は「良好」と評され、逆に同条を全く意識していないと思われる答案は「不良」と評価され、それ以外が「一応の水準」と評価された。

第 1 問を通じた成績としては、「優秀」答案がやや少なかったものの、「良好」、「一応の水準」、「不良」の割合はバランス良く、実力差が適切に反映されたものと思われる。

[第 2 問] (配点：50)

本問は、遺贈を受けた法人側の受贈益（設問 1(1)）及び取得価額（設問 1(2)）、遺贈した個人の側でのみなし譲渡課税（設問 1(3)）、遺留分侵害額請求に対して代物弁済で応じた法人の損金及び益金の算定（設問 2）、役員が法人財産を無償利用したことに伴う法人側の益金・損金の処理及びその所得税法上の帰結（設問 3）を問うものである。

【第 2 問全体を通じて】

法人税の課税標準たる法人の所得の金額は、各事業年度の益金の額から損金の額を控除した金額である。このため、法人税の課税関係を問われた場合には、事案における事実関係について、益金と損金がどのように算定されるかを、条文の要件に則して一つ一つ論じる必要がある。例えば、取得価額 3000 万円の土地を対価 3000 万円で譲渡した場合には、差引きゼロであるから課税関係は生じない、と短絡することなく、法人税法第 22 条第 2 項の「有償による資産の譲渡」として 3000 万円がその譲渡のなされた事業年度の益金に、同法第 22 条第 3 項第 1 号の「原価」として取得価額 3000 万円が同じ年度の損金に、それぞれ算入される、と論じる必要がある。このような法人税法の構造を踏まえて答案を作成することが、設問 2 や設問 3(1) のような複雑な問題でも、益金・損金を構成する要素を漏れなく論じることにつながる。

法人が無償で資産や役務の譲渡・譲受けを行う場合の課税関係については、法人税法の典型論点であり、時価での取引が擬制されることは、多くの答案で理解が示されていた。しかし「時価」というからには「どの時点の」時価であるかを特定する必要がある。単に「時価相当額が益金に算入される」では不十分であることに留意されたい。

<設問 1>

設問 1 は、法人が土地の遺贈を受けた場面について、(1)で受遺法人の課税関係、(2)で遺贈を受けた土地の取得価額、(3)で遺贈を行った個人の所得税の課税関係を問うている。

(1)遺贈が「無償による資産の譲受け」（法人税法第 22 条第 2 項）に当たり、土地の遺贈時の時価合計 6000 万円が益金に算入されることはほとんどの答案が正答できていた。しかし、単に「時価相当額」という記載や、「どの事業年度の」益金となるかを明示しない答案が相当数見られた。後者の諸点まで適切に指摘できた答案が「優秀」と評価され、そうでない答案は「良好」又は「一応の水準」と評価された。

(2)法人税法上、法人が無償で譲り受けた資産の取得価額について明示的に定めた条文は存在しない。しかし、法人税法第 22 条第 4 項が依拠する公正処理基準により、取得時の時価を取得価額とする扱いが確立している。たとえこの企業会計原則上の処理を知らなくても、(小問 3)で問われている)遺贈者個人に対するみなし譲渡課税との関係で、土地の含み益に対する二重課税を避けるためには時価を取得費と解する必要がある、という論じ方も可能である。理由付けの巧拙



はさておき、過半数の答案が、取得時時価6000万円が取得価額であると解答できていた。他方で、所得税法第60条と混同して、遺贈者個人の取得費を引き継ぐとしている解答も相当数見られた。同条は「居住者」すなわち個人が遺贈により財産を取得した場合の条文であり、本問には適用がないことを確認されたい。条文の根拠と理由付けを共に挙げている答案が「優秀」、理由付けを示している答案が「良好」、結論のみ正解という答案が「一応の水準」と評価された。

(3)は典型論点であるみなし譲渡課税の処理であり、概ねよくできていた。その中でも、所得税法第59条第1項第1号の「法人に対する」「遺贈」であることを的確に指摘し、譲渡所得金額の算定構造を正確に答案に反映させられた答案とそうでない答案とで差がついた。簡潔でよいので、問題文のどの事実に着目してこれが長期譲渡所得であると判断するのか、特別控除額(所得税法第33条第4項)と長期譲渡所得による2分の1課税(所得税法第22条第2項第2号)がどのような順序で適用されるか、といったことは答案に表現してほしい。これらの処理まで正確にできていた答案が「優秀」と評価される一方、単に遺贈者死亡時の時価相当額6000万円が収入金額に算入されるとのみ述べて取得費その他譲渡所得金額の算定に必要な要素に触れない答案が「不良」と評価された。

<設問2>

法人が遺留分侵害額の請求を受け、代物弁済として土地を譲渡したという事実関係につき、法人税の課税関係が問われている。上述のとおり、個々の事実関係が、どの事業年度の益金・損金にどのように反映されるかを論じる必要がある。

法人が遺贈を受け、遺留分侵害が問題となった事案ということで、東京高判平成3年2月5日行集42巻2号199頁(有限会社柿木荘事件)を想起するかもしれないが、本問は平成30年相続法改正(遺留分の金銭債権化)後の事案であること、したがって、遺留分滅殺請求権の法的性質(形成権が通説とされた)を前提とした遺贈財産の帰属の問題に立ち入ることなく、直ちに金銭債務の確定の時期を論じ得ることに注意されたい。第1問についても述べたように、課税要件規定の解釈・適用において私法の基本的理解は必須であり、租税法の学習においては私法との関連を是非とも意識してほしい。

①この遺留分侵害額請求による金銭債務の履行の結果、法人からは財産が流出するが、これが損金(法人税法第22条第3項)のうち「損失」(同3号)に該当することを踏まえた上で、その年度帰属を検討することが、設問2の前半部分では求められている。この筋に気づいた答案の多くが、「債務の確定」要件を論じて本件の事実関係の当てはめを行っていたが、同3号の「損失」については同2号の「費用」と異なり、「債務の確定」が明文では要求されていないため、これを解釈で導く必要があることにも留意が必要である。本問の特殊性として、遺留分侵害額の請求の私法上の性質をどう考えるか、損失額の具体的な金額が確定するのはどの時点か、といった点を手掛かりに損失の帰属年度を論じればよい。

②その上で、この設問ではさらに、代物弁済として土地を引き渡したことに伴う処理も問われている。土地の引渡しにより、和解によって確定した金銭債務が消滅するという経済的利益を受けているから、これは「有償による資産の譲渡」(法人税法第22条第2項)として、消滅した債務の金額3000万円が益金に、土地の取得価額3000万円が原価(法人税法第22条第3項第1号)を構成し損金に、それぞれ算入されることを論じることになる。その年度帰属は、合意に基づき引渡しがなされ債務消滅の利益が生じた令和4年度(令和5年3月期の事業年度)となる。

本設問で問われているのは「遺留分侵害額の請求を受けて乙土地を譲渡したこと」に伴う課税関係であるから、上記①・②の両方を論じる必要があるところ、大部分の答案が、上記①又は②のどちらか(特に②)しか論じていなかった。しかし、この法人は、遺留分侵害額請求を受ける前に有していた土地(取得価額3000万円)を失っており、純資産が3000万円減少している。となれば②のみを論じて「益金=損金となるから課税関係が生じない」という解答では何か

おかしい、と気が付いてほしいところである。

上記①・②両方の要素に言及できていた答えは「優秀」、①の要素のみだがその中では漏れなく論じられていた答えが「良好」、②の要素にしか触れていない答えが「一応の水準」、それ以下の答えが「不良」とされた。

<設問3(1)>

これが「無償による役務の提供」(法人税法第22条第2項)の事案であることを指摘した答案が予想外に少なかった。「無償による役務の提供」の典型例は、無利息融資であるが、本問のような無償での賃貸借もこれに含まれることに注意が必要である。家屋の賃貸から通常得られる対価の額をまず益金に算入した上で、その経済的価値が法人から流出していることを損金の側でどう認識するか、という順序で考える必要がある。ほとんどの答案が、益金について検討することなく、直ちに後述の役員給与の損金算入可能性のみを論じていたことは残念であり、法科大学院における法人税法の学習上の課題を示しているようにも思われた。

なお、「不動産の無償使用が役員の役務提供と対価関係にあるから『有償による役務の提供』(法人税法第22条第2項)であり、役務提供の価値120万円が益金に算入される」とする答案が散見されたが、これは正しくない。このことは法人税法第22条第2項の制度趣旨(正常対価で取引を行う法人との課税上の均衡)に照らして明らかであろう。例えば、比較対象として、別の法人F社が、本問のE社と同様の家屋を有償で賃貸し賃料120万円を得た上で、この現金120万円を役員に給与として支払った場合を考えよう。仮に上記のようにE社が「有償による役務の提供」によって益金120万円を得たと考える場合、「役員からの役務提供の経済的価値」が益金を構成するということになるはずであるから、F社の益金には、賃料収入120万円に加えて、「役員からの役務提供の経済的価値120万円」も算入されることになる。しかし、これでは、E社とF社の課税の均衡を実現することができない。そもそも、役員からの役務提供は、事業活動によって法人が収益を得ることに貢献することで初めて益金に反映されるのであって、役務自体の受入れが法人の純資産を増加させて益金を構成するわけではない。この点は「無償による役務の譲受け」が法人税法第22条第2項の益金発生原因に挙げられていないことから明らかであろう。

年間の賃料相当額120万円の経済的利益は、本来E社に帰属すべきところ、これを役員に得させていることが役員給与に当たる、ということについては多くの答案が指摘できていた。その上で、役員給与の損金算入制限の問題として論じる必要があり、そこで「定期同額給与」(法人税法第34条第1項第1号、同法施行令第69条第1項第2号)該当性を検討すれば良いことは、参照条文の手掛かりもあってか、多くの答案が気付いていた。しかし、法人税法第34条第1項は、同項各号に該当「しない」役員給与の額が損金に算入「できない」、という定めであり、これ自体が損金の通則規定である法人税法第22条第3項の「別段の定め」であることに注意が必要である。すなわち、「定期同額給与に該当する」ことが直ちに損金算入を根拠付けるわけではなく、定期同額給与に該当する給与ゆえに法人税法第34条第1項が適用されず、原則どおり法人税法第22条第3項第2号の「費用」として損金算入ができる、と論じる必要がある。本小問については、法人税法の条文構造の正確な理解の有無によって、評価に差がつくこととなった。

全ての要素を的確に指摘できたごく少数の答案が「優秀」、賃料相当額の経済的利益の役員給与と該当性と損金算入の可否の検討を漏れなく行えた一定数の答案が「良好」とそれぞれ評価され、定期同額給与の要件への当てはめと損金算入可という結論を導いていた答案が「一応の水準」とされた。

<設問3(2)>

役員に対する経済的利益の供与が役員側の給与所得(所得税法第28条第1項)を構成し、かかる給与を支払う者であるE社に、所得税法上の源泉徴収義務(所得税法第183条第1項)が生じるという基本的な事項を問うものである。条文を項まで適切に引用すること(単に「第28

条」「第183条」では不十分である)は、とりわけ租税法においては極めて重要であり、学習上も意識されたい。

さらに、本問のような非典型的な給与の場合には、無償で家屋を利用させるという経済的利益の供与が給与所得を構成すること、事実行為としての金銭の支払がなくともなお「給与等の支払」(法第183条第1項)に該当すること、にも注意が必要である。

全ての要素を的確に指摘できた少数の答案が「優秀」、経済的利益の供与が給与所得を構成することを指摘した上で条文引用が正確であった答案が「良好」、源泉徴収の基本的な仕組みが理解できているものが「一応の水準」、それ以下の答案が「不良」と評価された。

第2問を通じた成績としては、「優秀」・「一応の水準」と評価された答案が例年よりやや少なく、その分「良好」の答案がやや多くなった。「不良」とされた答案は例年通りの水準である。

#### 4 今後の出題について

本年は、第2問設問1(1)及び(2)、設問2並びに設問3(1)が法人税法に関する問題、第1問設問2(2)が国税通則法の基本的知識を問う問題、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。

#### 5 今後の法科大学院教育に求めるもの

##### (1) 条文に則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、条文において用いられている基本的な概念の理解は必須のものである。今年度も、「総所得金額」「取得費」「譲渡費用」といった語の理解が問題となった。

##### (2) 事実認定と条文等の当てはめに関する能力の取得

これも連年の採点実感で指摘したところであるが、事実認定と当てはめに関する能力の習得は重要である。上記の基本的な概念について、表面的には理解しているように見えても、事例の事実関係を適切に整理して正確に条文に当てはめることができないことがある。条文の文言に立ち返って、問題文に記載されている事案があてはまるか検討し、丁寧に論じることが望ましい。このような部分こそ法科大学院の教育で求められる事柄であると思われる。

##### (3) 判例・裁判例の学習

第1問では、設問1に関する最判平成17年1月25日民集59巻1号64頁、設問2に関する大阪地判昭和54年5月31日行集30巻5号1077頁を意識した答案は良い評価を得ている。逆に、第2問の東京高判平成3年2月5日行集42巻2号199頁のように、設問の事案と事実関係や法令を異にする裁判例に引きずられないためにも、裁判例の正確な理解が重要である。

#### 6 その他参考事項

これまで述べていることであるが、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。

そのためには、まず、問題文をしっかりと読むことが必要である。例えば、第1問に関しては、上記のとおり、AがC社から報酬を受け取っていることや、AB間における甲建物の賃貸借契約が令和2年中に終了していることを見落としている答案が少なくなかった。

また、出題者がどの部分を答えてほしいかを読み取ることも求められる。例えば、第1問設問1

に関しては、C社からの報酬と新株予約権が問題となっているが、当然のことながら出題者が論述を求めているのは後者である。答案の中に役員報酬が給与所得に該当するか否かについて、弁護士顧問料事件判決（最判昭和56年4月24日民集35巻3号672頁）を上げるなどして長く論じる起案もあったが、役員報酬が給与所得であることは自明であって、起案のメリハリという面からそのような論述は不要である。同様に、第2問設問1でも、所得税法第33条の趣旨（清算課税説）に相当の紙幅を費やす答案が散見されたが、端的に所得税法第59条第1項第1号を挙げれば済む論点に時間と紙幅を割くことは賢明ではない。

さらに、昨年度も指摘したことであるが、丁寧な論述を心掛けてほしい。今年度も、答案の中には、単純な足し算やかけ算を誤っている答案があったが、総所得金額を問う問題については減点をせざるを得ないところであり、受験者には留意してほしい。

## 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、問題文の計画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の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、業務用検査装置である甲装置とそれに組み込んで使用される乙機器を製造するX社とY社が、首位のZ社に対抗する上で甲装置や乙機器の製造コストの低減が重要であると考えて立案している業務提携（相互OEM供給）及び企業結合（共同出資会社の設立）の各計画について、独占禁止法上の問題点を分析して検討し、問題があると判断される場合には当該問題を解消するために必要と考えられる措置（以下「問題解消措置」という。）を具体的に提示することを併せて求めるものである。

設問(1)では、X社とY社が甲装置のうち大型甲と小型甲のそれぞれの製造に特化して、相互に他方に供給する相互OEM契約（製造受委託契約）を締結する計画について、不当な取引制限（独占禁止法第2条第6項、第3条）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、問題文に記載された事実関係に基づいて、上記計画によって大型甲と小型甲の各市場における競争にいかなる影響が及ぶかを適切に分析し、規範に当てはめることができているか、また、独占禁止法上の問題がある場合には、どのような問題解消措置が求められるかについて論理的に一貫した検討ができているかを評価の対象とした。

設問(2)では、X社とY社それぞれの乙機器（甲装置に組み込まれる部品である。）の製造部門を共同新設分割により切り出して共同製造子会社S社を設立する計画について、共同新設分割の方法による企業結合（独占禁止法第15条の2第1項第1号）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、問題文に記載された事実関係に基づいて、上記計画によって乙機器、大型甲及び小型甲の各市場における競争にいかなる影響が及ぶかを適切に分析し、規範に当てはめることができているか、また、独占禁止法上の問題がある場合には、どのような問題解消措置が求められるかについて論理的に一貫した検討ができているかを評価の対象とした。

### 2 第2問

第2問は、甲精密工作機械（以下「甲機械」という。）の有力なリース事業者であるA社、B社、C社及びD社（以下「リース4社」という。）が、リースを希望する需要者に対して自ら直接リースを行うこと（以下「直接リース」という。）を始めた甲機械のメーカーであるX社及びY社（以下「メーカー2社」という。）に対し、直接リースを行わないように働きかける目的で、共同して甲機械の供給を受けることを拒絶した行為（以下「本件行為」という。）について、独占禁止法上の問題点を問うものである。

具体的には、リース4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、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、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を評価の対象とした。

なお、「出題の趣旨」でも指摘したとおり、本件行為のような共同の取引拒絶については、独占禁止法第2条第9項第6号・不公正な取引方法の一般指定（以下「一般指定」という。）第1項第1号の「共同・直接・供給を受けることの拒絶」等として検討するほか、事業者間での「通謀」に基づく排除型私的独占（独占禁止法第2条第5項、第3条）や「他の事業者と共同して」行う不当な取引制限（同法第2条第6項、第3条）として検討することも考えられる。もっとも、検討対象市場として想定される「我が国における甲機械のリース取引市場」における競争の状況に関する事実関係を踏まえると、「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」の要件充足を的確かつ説得的に論じるには難があるものと考えられ、不公正な取引方法として検討するのがより適切である。ただし、問題文に記載された事実関係の下において適切と評価できる適用条文以外の適用条文を選択した場合でも、後記のとおり、一定程度評価の対象としている。

### 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 設問(1)

##### (ア) 適用条文の選択

ほとんどの答案が、本問の相互OEM契約締結の計画について、不当な取引制限（独占禁止法第2条第6項、第3条）の問題であるとして適切に適用条文を選択していたが、事業の経営受任（同法第16条第1項第4号）の問題であるとするものも散見された。本問の相互OEM契約は、大型甲と小型甲の製造について相互に受委託するものであり、「事業の経営」を受委託するものとは評価し難く、また、相互的な拘束による競争回避の検討が不可欠となる。これを事業の経営受任の問題とみることは、これらの点の洞察を欠くものであり、評価の対象とはしなかった。ただし、不当な取引制限の要件との共通性が認められる範囲において、本事案に即した分析が行われている場合には、その限度で評価の対象とした。

##### (イ) 行為要件の検討

不当な取引制限に係る「共同して・・相互にその事業活動を拘束」することの意義については、多くの答案で適切に論じられていた。また、本問の相互OEM契約への当てはめについても、大型甲と小型甲の製造の受委託において相互的な拘束が生じている実質について適切に記載されているものが多かったが、中には、本問での相互拘束の内容を具体的に記載しない答案も一定数見られた。

##### (ウ) 市場画定及び効果分析

市場の画定に当たっての規範の定立は多くの答案において妥当であり、また、かかる規範に基づいて、本問の相互OEM契約の対象である「大型甲市場」と「小型甲市場」をそれぞれ検討対象市場として適切に画定するものが多かった。「甲装置全体の市場」として画定するものも一定数見られたが、本問では、大型甲と小型甲では需要・供給の代替性がなく、市場シェアや競争者の状況も異なっており、それぞれの市場について検討することが必要であると考えられる。

効果要件である「競争の実質的制限」の意義については、おおむね適切に規範が定立されていた。

その上で、この規範の当てはめとして市場分析を行うこととなる。その際、本問が非ハードコアカルテルの事案であることを踏まえて、競争促進効果と競争制限効果を比較衡量

する答案も多く、そのこと自体は妥当である。ただし、その分析結果としての結論は分かれた。中には、主として競争促進効果に言及する答案も見られたが、独占禁止法上の問題点の有無を検討する上では、まずは競争制限効果が生じるか否かについて分析することが不可欠であろう。そのような観点から、大型甲市場では、本問の相互OEM供給契約の結果として、X社とY社の協調を前提とすれば合算して60パーセントの製造シェアに達すること、需要者向け販売価格に占める供給価格（調達価格）の割合が8割程度に達すると見込まれ、販売コストの共通化の割合が高いことなどを適切に指摘して、競争制限効果に関する分析を的確に行った上で、競争促進効果を比較衡量しつつ結論を導くという論理構成をとることが適切であるが、そうした答案は必ずしも多くなかった。小型甲市場においても、シェア首位で製造余力があるZ社に加えて独自の技術を有するW社があり、シェアの異なる4社が競争しており、X社とY社の協調を前提としても合算40パーセントのシェアを有することとなるにとどまる点を適切に論じている答案は必ずしも多くはなかった。

さらに、本問では、X社とY社は引き続き甲装置の販売をそれぞれ独立して行うこととされているが、本問の相互OEM契約の実施により、大型甲及び小型甲の製造に関する情報が共有されることや販売面での協調につながるおそれがあることにより、その前提が損なわれることとならないかについて、効果分析として論述するものは少なかった。

大型甲市場と小型甲市場の競争状況の相違を踏まえて、各市場での効果分析を的確に行っている答案も一定数見られたが、全体的には、論理的に一貫した分析がなされている答案は必ずしも多くなかったという印象であった。

結論として、大型甲市場においては独占禁止法上の問題があるが、小型甲市場においては問題がないとの結論を導く答案も一定数存在したが、十分に検討することなく、いずれも問題がない又はいずれも問題があるとの結論を導くものも相当数に上った。採点に当たっては、結論のみならず、その分析の過程が的確であるかについても慎重に評価した。

#### (エ) 問題解消措置の検討

独占禁止法上の問題がある場合に、いかなる問題解消措置が考えられるかについては、これを記載する答案にあってもほとんどが情報遮断措置に言及するにとどまり、OEM供給の割合を縮減するなどの中間的な計画に修正すること（二つあるY社の大型甲の製造設備のうち一つが老朽化し、高コスト化しているという背景があることから、その範囲でのOEM供給に限定することなど）の検討を挙げた答案はほとんどなかった。また、問題解消措置の設計は、競争制限効果を生じさせる原因となっている機序を突き止め、それを除去するという意味で、市場分析から論理的に導かれるべきものであるが、そのような論理的な流れを明示する答案はかなり少なく、問題解消措置のみを独立に検討している答案が多い印象であった。

#### イ 設問(2)

##### (ア) 適用条文の選択及び行為要件

ほとんどの答案が、本問のX社及びY社による乙機器の製造に係る共同出資会社設立の計画について、共同新設分割（独占禁止法第15条の2第1項第1号）の問題であるとして適切に適用条文を選択していた。

##### (イ) 市場画定及び効果分析

本問では、乙機器は大型甲及び小型甲の双方に用いられる中核となる機器であり、従前はX社、Y社及びZ社はこれを自ら製造しており、W社はこれをX社、Y社及びZ社からおおむね3分の1ずつ調達していたという設定である。

このような乙機器について、共同新設分割による共同出資会社S社を設立することによって、いかなる市場に競争上の影響が生じることとなるか（検討対象市場の画定）につい

ては、解答内容が大きく分かれ、「乙機器市場」のみとする答案が多く、甲装置の市場への影響を検討するものが総体的に少なく、これを検討するものの中でも、「甲装置市場」として一括して画定するものも見られ、「乙機器市場」「大型甲市場」「小型甲市場」の三つの市場を的確に画定するものは半数以下にとどまった。

本問の共同出資会社設立に係る市場画定の前提として、これまでX社、Y社及びZ社は乙機器を自ら製造（内製）しており、これを製造していないW社向けにのみ市場取引が行われていることを指摘する答案はかなり少なかった。また、S社の設立により、W社に対する乙機器の販売への影響のみならず、乙機器が組み込まれる甲装置の製造販売への影響という観点から市場を画定して、問題点を的確に整理して論じる答案は多くなかった。むしろ、乙機器が大型甲向けと小型甲向けで異なることを理由として、甲装置の市場への影響はないとして検討しないもの、大型甲と小型甲を市場として区別せずに「甲装置市場」として検討するものも相当数見られた。さらに、「乙機器市場」を画定しながら、実質的に甲装置の市場への影響を検討していると見られる答案も散見され、市場画定の意義の理解に混乱が見られるものもあった。

効果要件である「競争の実質的制限」の意義については、おおむね適切に規範が定立されていた。

その上で、乙機器市場においては、W社への供給についてS社が3分の2のシェアになることを踏まえて、W社への供給確保に支障が生じないかという問題点を適切に指摘する答案も一定数存在したが、この点の指摘を欠くものも多かった。

大型甲市場においては、X社とY社の合算シェア（60パーセント）を踏まえて、乙機器という中核機器の共通化に伴う製造コスト共通化の問題等について分析することが求められるが、このような点を的確に論じる答案は少なかった。

また、小型甲市場では、X社とY社の合算シェア（40パーセント）は相対的に低いものの、W社に対する投入物閉鎖や供給価格等の秘密情報の共有による競争制限が生じ得ることを適切に分析・評価する必要がある。かかる投入物閉鎖等について言及する答案も一定数見られたものの、的確に論述するものは多くなかった。

全体として、S社が設立されることによって、乙機器、大型甲、小型甲の各市場において、いかなる競争制限の問題が生じ得るかを論理的に整理して分析、論述する答案は少なかったという印象であった。

#### (ウ) 問題解消措置の検討

独占禁止法上の問題がある場合に、いかなる問題解消措置が考えられるかについては、S社からW社への乙機器の従前と同様の条件での供給の確保を指摘するものは少なかったが、X社及びY社がS社による乙機器のW社への供給に一切関与せず、3社間に情報遮断措置を講じることが必要であるとする答案は比較的多く見られた。他方で、このような問題解消措置について言及しない答案も相当数見られた。

### (2) 第2問

#### ア 適用条文の選択

本件行為については、「出題の趣旨」においても指摘したとおり、その態様等に照らせば、不公正な取引方法のうち、リース4社による「共同・直接・供給を受けることの拒絶」（一般指定第1項第1号）に該当するものと考えられるところ、大半の答案が、単独で又は複数の行為類型の一つとして、同号を選択していた。また、「出題の趣旨」においても指摘したとおり、リース4社による「共同・間接・供給の拒絶」（独占禁止法第2条第9項第1号ロ）や、リース3社による明示又は暗黙の合意に基づく一般指定第1項第1号該当行為とD社による一般指定第2項該当行為が一体となったもの等として検討することもあり得ると考えられるが、これらの行為類型を選択した答案は、ごく少数であった。なお、これも少数ながら、



取引拒絶に係る類型のうち、「共同・直接・供給の拒絶」（独占禁止法第2条第9項第1号イ）や「共同・間接・供給を受けることの拒絶」（一般指定第1項第2号）を選択する答案も見られたが、問題文に記載された事実関係を基にすると適用条文として難がある。

また、不公正な取引方法のうち、取引拒絶に係る類型以外でも、単独で又は複数の行為類型の一つとして「拘束条件付取引」（一般指定第12項）を選択している答案が3分の1程度存在した（拘束条件付取引を選択した答案であっても、適用条文として一定程度評価の対象としている。）。本件行為のような競争者間の共同行為については、複数の当事者が共同するという人為的な手段により、単独では通常有しない力を行使する点で非難可能性が高まるといえるが、単独で拘束条件付取引を選択した答案については、こうした共同行為としての性質を十分かつ的確に評価することができるかという点で難があるといえる。他方で、拘束条件付取引を選択した答案の多くは、リース4社による「共同・直接・供給を受けることの拒絶」（一般指定第1項第1号）と拘束条件付取引の双方を選択していた。こうした答案のうち少なからぬものが、その前提として、本件行為のうち、①X社に対する行為については、「直接リースを今後行わないこと」、「直接リースを今後も行うメーカーからは甲機械を購入しないこと」を申し入れた段階でX社が直接リースの実施を取りやめており、Y社に対してされたような確定的な拒絶通知にまでは至っていないことから、X社に対する行為は未だ「拒絶」に当たらないとの立場をとって、②Y社に対する行為についてのみ一般指定第1項第1号を適用し、これに加えて、両社に対する行為について拘束条件付取引を適用するものであった。もっとも、①X社に対する行為についても、本来X社が自らの事業判断に基づいてその当否を判断できるはずの直接リースの実施に関して、これを継続するのであれば甲機械を購入しない旨を申し入れているのであるから、このことが「拒絶」に当たるとする立場も十分に成り立ち得るものと考えられ、実際に、そうした前提に立って、一般指定第1項第1号のみを選択して的確に論述している答案が多かった。このほか、ごく少数ながら、「競争者に対する取引妨害」（一般指定第14項）などを選択する答案も見られた。

次に、不公正な取引方法以外にも、私的独占又は不当な取引制限を選択する答案も半数程度あった。これらの答案のうち、不公正な取引方法に係る行為類型を検討した上で予備的にこれらの行為類型を検討しているもの、あるいは私的独占等の該当性を否定した上で不公正な取引方法について検討するものが多数であった一方で、専ら私的独占や不当な取引制限を検討しているものも一定数あった。

なお、問題文に記載された事実関係の下において適切と評価できる適用条文以外の適用条文を選択した場合でも、後記の行為要件及び効果要件において一定程度評価の対象とした（専ら私的独占又は不当な取引制限を検討している答案の効果要件については、一般指定第1項第1号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。）。また、複数の適用条文を選択している場合については、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。

#### 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、リース4社が「リース事業者」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一定数あった。

#### ウ 行為要件の検討

一般指定第1項第1号を選択した場合には、行為要件である「共同して」について、「出題の趣旨」においても指摘したとおり、D社の営業部長dが会合の途中から発言しなくなったことやメーカー2社に対する通知の時期がリース3社とD社で数日ずれていることなどの問題文に記載された事実関係も踏まえて、「他の事業者の取引拒絶行為を認識ないし予測して黙示的に暗黙のうちにこれを認容してこれと歩調をそろえる意思があれば足りる」（エイ

ボックス・マーケティング(株)ほか3名審決取消請求事件東京高判平成22年1月29日、東芝ケミカル審決取消請求事件東京高判平成7年9月25日など)との解釈を示した上で、リース4社間での事前の情報交換、その内容及び事後行為の一致など本問の事実関係を挙げつつ、本件行為の共同性要件への該当性を論じることが必要になる。規範の定立に関しては、多くの答案においておおむね適切にされていたが、規範の内容が不正確で必要な要素が網羅されていなかったり、黙示的な合意で足りることが示されていなかったりするなど不十分な内容の答案も相当数見られた。また、当てはめに関しては、①リース3社について、会合における各社の出席者の発言内容を分析するとともに、事後行為の一致などの事情を指摘して明示又は黙示の合意を認定した上で、②D社について、D社の当時置かれていた状況を含む背景事情、会合におけるD社の対応状況及びD社の状況に関するリース3社の認識、事後行為の一致などの事情を丁寧に論述して黙示の合意を認定する答案が多く見られた一方で、リース4社を一括して論じたり、事後行為の一致について言及がなかったりするなど丁寧かつ分析的な論証に欠ける答案も一定数見られた。

さらに、一般指定第1項第1号の行為要件である「商品・・・の供給を受けることを拒絶(する)」との要件について、問題文に記載された事実関係を簡潔に当てはめて、適切に要件充足を確認している答案が多かったが、「供給を受けることを拒絶」ではなく「供給を拒絶」と記載するなど、行為類型ごとの違いを意識せずに不正確な記載をしている答案も少なくなかった。

#### エ 効果要件の検討

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」(以下「公正競争阻害性」という。)とは、競争の実質的制限に至らない程度の競争阻害を意味すること、一般指定第1項に定める「正当な理由がないのに」の文言が公正競争阻害性を意味し、自由競争減殺の観点から価格維持(競争回避)又は市場閉鎖(競争者排除)による競争阻害効果が必要であることを規範として定立することになるが、これらの諸要素を網羅的かつ的確に指摘できている答案は半数に満たず、公正競争阻害性ないし自由競争減殺とだけ指摘する答案も相当数見られた。

次に、「出題の趣旨」でも指摘したとおり、本件行為について、どの市場に、どのような機序に基づいて、いかなる競争阻害効果を生じさせるかを検討する必要がある。こうした検討の前提となる市場画定については、答案の多くが、自由競争減殺の観点から分析する前提として検討対象市場を画定する意義とその画定方法を簡潔に明らかにした上で、本問の事実関係に即して検討対象市場を「我が国における甲機械のリース取引市場」として画定することができていたが、「我が国における甲機械の販売市場」として画定する答案も相当数見られた。

市場分析については、「我が国における甲機械のリース取引市場」を画定していながら、甲機械の販売市場に与える影響の論述に終始していたり、反対に、「我が国における甲機械の販売市場」を画定していながら、甲機械のリース取引市場に与える影響の論述に終始していたりするなど論理的に見て首尾一貫しない答案がやや目に付いた(問題文には、我が国におけるリース4社の甲機械購入におけるシェアとリース4社の甲機械のリース取引におけるシェアに関する情報が示されており、リース4社による共同拒絶の意味合いを評価する際に前者を用い、リース取引市場からメーカー2社が排除されることの意味合いを評価する際に後者を用いることになるところ、両者を混同している答案も少なくなかった。)。他方で、こうした複数の市場における競争の状況について適切に把握・分析した上で、甲機械のリース取引市場へのメーカー2社の参入阻止による市場閉鎖効果の発生を的確に論証している答案も一定数あった。

なお、「出題の趣旨」でも指摘したとおり、本件行為のような共同の取引拒絶について、

原則違反の類型に当たるとした場合であっても、単に結論のみを記すのではなく、本件行為を原則違反として取り扱うべき理由・根拠を的確に示し、あるいは本問の事実関係に即してその当てはめ等を的確に論じておくことが期待される。原則違反の類型に当たるとを指摘する答案の多くは、これに即したものとなっていたが、一部には、結論のみを記載していたり、簡略な分析にとどまったりした答案もあった。

正当化事由については、リース4社の主張する「リース事業への需要者の信頼の確保」など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。

## 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

大部分の答案が、設問(1)において不当な取引制限を、設問(2)において共同新設分割を検討しており、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)では、市場の画定及びそれぞれの市場での効果分析の枠組みについては、出題意図を捉えて的確に論じるものが多かったが、実際の効果分析に当たっては、各市場の具体的な事情を的確に拾い上げて分析・検討し、その上で問題解消措置を検討するという点において、論理的な論述を行う答案は必ずしも多くはなく、出題時に想定した解答水準をやや下回った。なお、多くの答案が不当な取引制限の行為要件に関して詳細に論じており、このことが効果要件に関する論述が手薄になったことにつながっていると思われる。

設問(2)では、当該計画による独占禁止法上の問題を検討する上でいかなる市場を画定するかという点について、的確な分析・把握を行うものが多くはなく、この点で出題時の想定をかなり下回り、その結果として、効果分析も不十分な答案が目立ち、全体として、出題時に想定した解答水準を下回った。

### (2) 第2問

答案の多くが、「出題の趣旨」に即して、リース4社による「共同・直接・供給を受けることの拒絶」（一般指定第1項第1号）を検討しており、その点で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。他方で、本件行為のうちY社に対する行為についてのみ一般指定第1項第1号を適用し、拘束条件付取引（一般指定第12項）を併せて適用する答案が多かった点では、出題時に想定していた解答水準を下回った。また、専ら私的独占や不当な取引制限を検討した答案が一定数あった点も、出題時の想定とは異なった。

行為要件である「共同して」の規範定立及び当てはめについては、答案の多くが適切に解答しており、出題時に想定した解答水準との間に差異はなかった。また、効果要件について、答案の多くが「我が国における甲機械のリース取引市場」と画定できていた点については、出題時に想定した解答水準との間に差異はなかった一方で、本件行為が与える影響の論述に当たって甲機械のリース取引市場と甲機械の販売市場との間で混乱が見られる答案が少なくなかった点では、出題時に想定した解答水準を下回った。正当化事由については、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等によっておおむね適切に論述している答案が多かったため、出題時に想定した解答水準との間に差異はなかった。

## 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、設問に係る各計画について適切な適用条文を選択した上で、行為要件及び効果要件に関する規範の定立及び当てはめを的確に行い、これに基づき問題解消措置を的確に論じているものとした。

「良好」な答案は、いずれの設問においても、適切と評価できる適用条文を選択しているが、設問のいずれかにおいて、行為要件及び効果要件に関する規範の定立に不十分な点があるか、

事実関係の抽出に欠けるところがあるなど当てはめに不十分な点があり、「優秀」な答案には至らないと評価されるものとした。

「一応の水準」の答案は、このような「良好」な答案とされるために必要な要素のうち一つ又は二つ程度を欠くものとした。

「不良」な答案は、いずれの設問においても、適切と評価できる適用条文を選択せず又は独占禁止法上の規範を的確に定立せず、これに基づく各設問の事案に基づく的確な当てはめができていないものとした。

#### (2) 第2問

「優秀」な答案は、適切と評価できる適用条文を選択した上で、行為要件及び効果要件に関する規範の定立及び当てはめを的確に行っているものとした。

「良好」な答案は、適切と評価できる適用条文を選択しているが、行為要件及び効果要件に関する規範を定立せず又は正確に定立していないか、事実関係を整理できておらず当てはめが不十分であるものや、適切と評価できる適用条文を選択していなくても、行為要件及び効果要件に関して相応の論述ができているものなどとした。

「一応の水準」の答案は、「良好」な答案と評価されるために必要な要素のうち一つ又は二つ程度を欠くものや、その分析が簡略であるものとした。

「不良」な答案は、独占禁止法上問題となり得る行為を的確に抽出せず、又は適切と評価できる適用条文を選択せず、かつ、公正競争阻害性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、どの市場における競争に、どのような影響を、いかなる機序を通じて及ぼすかを念頭に置いて、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いただきたい。

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、発明者の認定、発明者名誉権に基づく補正手続請求、職務発明に係る相当の利益請求権の消滅時効、取消判決の拘束力、用途発明における顕著な効果の意義、用途発明に係る特許権の効力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、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、Bが発明者であることを指摘した上で、Bは、発明者名誉権に基づき、願書の発明者名を訂正する補正手続（特許法第17条第1項）を行うよう出願人Xに対して請求できることを論じている答案を「一応の水準」とし、発明者の認定を丁寧にやっている答案や、発明者名誉権の根拠を詳しく論じている答案は、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、本件発明がXの職務発明（特許法第35条第1項）に該当し、Bが相当利益請求権（同条第4項）を有すること、Xの職務発明規程にXが特許権を取得した時に一括して補償金を支払う旨の定めがあり、同規程が従業員に周知されていたことから、相当利益請求権の消滅時効の起算点が本件特許権の設定登録時であり、消滅時効期間が5年となること（民法第166条第1項第1号）を指摘した上で、本件特許権の設定登録時から5年が経過していないことから、Bの請求が認められることを論じている答案を「一応の水準」とした。その上で、職務発明該当性や相当利益請求権の法的性質を詳しく論じている答案、相当利益請求権の消滅時効の起算点について最判平成15年4月22日民集57巻4号477頁【オリンパス事件】が示した規範に則して具体的に論述している答案を、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

イ 設問2

小問(1)については、最判平成4年4月28日民集46巻4号245頁【高速回転式バレル研磨法事件】を踏まえ、取消判決の拘束力（行政事件訴訟法第33条第1項）が「判決主文が導き出されるのに必要な事実認定及び法律判断」に及ぶこと、取消判決の拘束力に従ってした審決はその限りで適法であり、再度の審決取消訴訟においてこれを違法とすることはできないことを指摘しつつ、第一次取消判決の拘束力が本件発明に係る進歩性の判断全体に及ぶのか、それとも、用途（予防剤への適用）の容易想到性の判断にのみ及び、効果の顕著性の判断には及ばないと解すべきかを論じている答案を「一応の水準」とした。その際、進歩性（特許法第29条第2項）の判断における顕著な効果の位置付け（進歩性を基礎付ける独立の要件か、容易想到性を基礎付ける二次的考慮要素か）に触れつつ、説得的な論証ができている答案は、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、最判令和元年8月27日判時2446号37頁【アレルギー性眼疾患用処方物事件】を踏まえ、予測し得ない効果の顕著性は、本件発明以外の発明との比較のみで決すべきではなく、本件発明の効果が奏するものとして予測される効果との比較により決すべきことを論じている答案を「一応の水準」とし、その実質的な根拠を具体的に論述している答案は、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

### ウ 設問3

設問3については、本件発明が用途発明であり、用途発明に係る特許権の効力が対象物を対象用途に使用する行為にのみ及ぶことを指摘した上で、D製剤の販売行為が本件発明の実施行為に該当するか否か、該当するとした場合には、D製剤の販売の差止め及び廃棄（特許法第100条第1項、第2項）を認めるべき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、D製剤が治療剤としても使用可能であることから、D製剤の販売の差止めを認めることが過剰差止めとならないか否か、また、最判平成11年7月16日民集53巻6号957頁【生理活性物質測定法事件】を踏まえ、D製剤の廃棄が、「差止請求権の行使を実効あらしめるものであって差止請求権の実現のために必要な範囲内のものである」か否かについて具体的に検討している答案は、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

### (2) 第2問

本問は、著作物性、類似性（ないし表現上の本質的特徴の直接感得性）、著作者人格権や著作権の対象となる行為の内容、侵害が肯定された場合の救済、著作物の享受を目的としない利用行為やそれに関連してなされる行為の著作権法上の評価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、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、著作物性の要件、とりわけ創作性要件の意義について述べた上で、X映像2の作成のためになされた取捨選択や配列に創作性が認められる可能性が高い点がX映像1とは異なっている点を踏まえ、X映像2を自らの著作物としてXが主張することの利点として考えられるものを論じている答案を「一応の水準」とした。その際、X映像1やX映像2の創作性について具体的に論じている答案や、Z映像との関係で侵害が成立しやすいという利点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がその著作権に基づきなしうる請求として、複製権（著作権法第21条）侵害、譲渡権（同法第26条の2第1項）侵害及び頒布権（同法第26条第1項）侵害を理由とする差止請求（同法第100条第1項）、廃棄請求（同条第2項）並びに損害賠償請求（民法第709条）を挙げた上で、その妥当性の問題として類似性や救済の範囲の適切性について論じている答案を「一応の水準」とした。その際、Z画像においてX映像2の創作的表現が維持されているか否かについて具体的に論じる答案及びZ図鑑1の作成や譲渡を非侵害とした場合に、Z図鑑2全体の廃棄を認めることの可否について具体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

小問(1)については、Xが主張すべき著作者人格権として、氏名表示権（著作権法第19条第1項）及び同一性保持権（同法第20条第1項）を、著作権として、複製権（同法第21条）及び公衆送信権（同法第23条第1項）を挙げている答案を「一応の水準」とした。その際、各権利の対象となる行為を本問の事実関係から具体的に特定している答案は、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、小問(1)において特定した権利との関係で可能な救済として、差止請求、廃棄請求、名誉回復等措置請求（著作権法第115条）及び損害賠償請求について指摘し、その上で、各権利侵害の成否に共通する要件である類似性の有無及び「協力者」としてXの氏名を表示することが著作者名の表示に当たらない点について論じている答案を「一応の水準」とした。その際、Y映像においてX映像2の創作的表現が維持されている（又は維持されていない）ことについての具体的な検討をしている答案、Y映像の将来の放送の差止めの可否につい

て、Yが「将来的に同種の番組を作成する際に使用することも視野に入れて」いるとの事実を踏まえて論じている答案及び名誉回復等措置として訂正放送などの具体的な措置を論じている答案は、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

#### ウ 設問3

小問(1)については、タブレットへの記録が複製（著作権法第2条第1項第15号）に、タブレットで映像を再生する行為が上映（同項第17号）にそれぞれ該当することを指摘し、これらに関する支分権の侵害とならないとYが判断した根拠として、複製権（同法第21条）との関係では同法第30条の4を、上映権（同法第22条の2）との関係では「公に」の要件を満たさないことを、それぞれ指摘するものを「一応の水準」とした。その際、同法第30条の4や「公に」（同法第22条）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。なお、タブレットで再生する行為が侵害とならない根拠として同法第30条の4を挙げた答案については、上映権侵害について論じていると理解できるものであれば評価の対象とした。

小問(2)については、結果的にX映像2の全てを見た3名の飼い主がいたことをもって、著作物を「公に上映」（著作権法第22条の2）したといえることを指摘し、その上で複製行為や上映行為が同法第30条の4の権利制限の対象とな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、「公に」要件の充足性について具体的に論じている答案、Yのスタッフが飼い主に対し「映像を見る必要はない旨伝達していた」ことが著作物を「他人に享受させることを目的としない」（同条）ことを根拠付ける事情として十分といえるかについて論じている答案及び複製物の目的外使用（同法第49条第1項第2号）の可能性について論じている答案については、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

### 3 採点実感等

全体を通じて、問題文で与えられた事実を正確に理解せずに論述する答案が少なくなかった。与えられた事実に基づいて、設問が求める内容に関して論述することは、答案の基本であるが、こうした作業ができていないと感じた。

例年指摘しているが、根拠条文を、項番号や号番号まで含めて正確に特定して記載していない答案が散見された。

また、前半の設問に時間を取り過ぎたためか、後半の設問の解答が希薄なものが認められた。

さらに、判読不能な答案は、妥当な評価につながらないため、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。

#### (1) 第1問

##### ア 設問1

小問(1)について、発明者の認定に当たっては、設問の事案に即した分析をすることが望まれる。本件では、発明が医薬品の用途発明であること、当該用途についての効果は事前には必ずしも予測できず、これを実際に確認することが発明の完成において最も重要であることなどを意識した記述をする必要がある。そこまでの記述ができていた答案は多くはないものの、ほとんどの答案は、結論としてBが発明者であることを正しく認定できていた。

もっとも、BがXに対して補正手続をすることを求める根拠について適切に論じていたものは少なく、Bが発明者名誉権を有することに言及せず、発明者であることから直ちに発明者名の訂正をなし得ると論じる答案が多かった。補正手続請求の根拠（人格権に基づく妨害排除請求）まで論じられているものは、ほとんどなかった。

発明者名誉権は発明者に一身専属的に帰属するものであり、職務発明の成否に左右されないため、小問(1)において職務発明該当性を論じる必要はないが、発明者該当性と特許を受ける権

利の帰属が異なる問題であることを理解せず、後者を有しないことを理由に請求を否定する答案など、法の基本的な理解を欠くと評価せざるを得ない答案も見られた。

発明者の氏名は、明細書（特許法第36条第2項）ではなく、願書に記載される（同条第1項第2号）事項であるため、その補正は同法第17条第1項によるものである。それにもかかわらず、同法第17条の2による補正とする答案が少なくなかった。

訂正審判と混同して論じるもの、特許法第17条第1項が出願者のみが補正を行えるとしていることから単純に請求は認められないとするものなど、基礎知識が欠如していると思われる答案が目立った。

小問(2)について、時効の起算点が問題となることに気付いている答案は多かったが、起算点が、原則として、使用者の権利取得時であること、勤務規則等に支払時期の定めがある場合には支払時期の到来時が起算点となることを、最高裁判決の規範を踏まえて丁寧に論じている答案は少なかった。

また、出願されても拒絶されて特許権が認められない可能性があることを理由に、特許登録時が時効の起算点になるとの誤った認識を前提としているとしか思えない解答が少なくなかった。

消滅時効期間につき、民法第166条第1項第2号の10年の時効期間の適用を論じている答案が散見されたが、設問に、「補償金の支払時期を定めた職務発明規程が従業員に周知されていた」旨記載があることから、同項第1号の5年の消滅時効の適用を検討すべきである。

また、時効に関する民法第166条第1項第1号を指摘できているものは多かったが、号まで特定されていない答案も散見された。

設問に「補償金」とあることから、特許法第65条の補償金請求権と混同し、その消滅時効（同条第6項）の適用を論じる答案が散見された。しかし、職務発明の補償金請求は、あくまで同法第35条の相当の利益請求の問題であることに留意すべきである。

不法行為に基づく損害賠償請求の消滅時効（民法第724条）を指摘する答案も散見された。職務発明「規程」を「規定」とする答案もあった。

#### イ 設問2

小問(1)について、取消判決の拘束力が問題となることを指摘できていた答案が極めて少なく、審決取消訴訟の審理範囲の問題として論じる答案が非常に多かった。また、取消判決の拘束力について論じている答案のうち、拘束力が及ぶ客観的範囲や、第二次判決に対する拘束力について正確に論じている答案は少なかった。取消判決の拘束力は、特許法の重要論点の一つであるため、幅広い学習が望まれる。

新規性（特許法第29条第1項）と進歩性（同条第2項）を混同している答案が散見された。

一事不再理効（特許法第167条）について論じている答案があったが、一事不再理効は確定審決の効力であり、本件では、第一次審決取消判決が確定しただけで、審決が確定していないため、一事不再理効は関係しないことに留意すべきである。

小問(2)について、進歩性判断における顕著な効果の位置付けについて言及できていた答案は少なく、進歩性の顕著な効果の判断手法について論じた最高裁判決を踏まえた答案は極めて少なかったが、そのような中で同判決を踏まえつつ、その具体的な根拠について論じられている答案は高く評価した。

#### ウ 設問3

本件発明に関する特許権の効力が、予防剤としての用途にのみ及ぶことに言及をする答案は少なくなかったが、この点がD製剤の販売に関する侵害成否に、どのように考慮されるかを、適切に論じられている答案はあまり多くなかった。

本件発明は、化合物αを有効成分とする予防剤についての発明であるから、物の発明と認定



すべきであるが、方法の発明と認定した答案が散見された。

また、本問は、直接侵害の問題であるにもかかわらず、間接侵害について論じている答案が極めて多かった。

本件特許権を侵害しない使用方法があることについて配慮していない答案や、廃棄は差止請求の実現のために必要な範囲内のものであることを要することについて言及していない答案が多かった。差止めと廃棄は、相手方に及ぼす不利益の程度が異なり得るのであり、本問では予防剤に関する記載を抹消すれば侵害せずに販売できるのであるから、販売と廃棄を区別して検討すべきであり、両者を区別せずに論じている答案は低く評価せざるを得なかった。

## (2) 第2問

### ア 設問1

小問(1)について、設問に「どのような利点があるかについて論じなさい」とあるにもかかわらず、Xの主張の可否を論じている答案が散見された。設問で問われていることに適切に解答するように心掛けるべきである。

シーンの選択と配置に個性が認められる余地がある点でX映像2はX映像1に比べて著作物性が認められやすいことを指摘できていた答案は多かったが、Z映像の利用との関係でX映像2の方が類似性を主張しやすいことを指摘できていた答案は少なかった。

小問(2)について、著作権は支分権に分かれており、それぞれ訴訟物として異なる以上、それぞれの行為を対象とする支分権を個別に摘示し、これに対応して「考えられる」請求を網羅的に列挙すべきところ、そうした意識が十分でないがために低評価にとどまった答案が少なかった。

また、「著作権に基づいてなし得る請求としてどのようなものが考えられるか」とあるにもかかわらず、著作者人格権について長々と検討している答案が散見された。問題文をしっかりと読み、問われていることに適切に解答するように心掛けるべきである。

多くの解答がZ画像の掲載行為等について、同画像がX映像2から抜き出したものであることのみをもって著作権侵害を肯定しており、類似性について具体的に検討できていた答案は少なかった。類似性に言及せずに、適法引用（著作権法第32条第1項）の成否について検討するものが多かった。

Z・DVDについて、頒布権（著作権法第26条第1項）ではなく、譲渡権（同法第26条の2第1項）に言及する答案が多かった。

「差止請求」とのみ記載し、具体的な請求内容を記載しない答案が散見された。特に、Z図鑑1とZ図鑑2の相違は、Z・DVDの付属の有無だけであり、その違いに着目できていない答案がほとんどであり、請求の妥当性に関し、DVDと書籍部分が分離可能であることを踏まえて、差止めの範囲について論じている答案はごくわずかであった。

### イ 設問2

Yの行為について、問題となる複数の支分権のうち、一部のみを指摘しているもの、誤った支分権を指摘しているもの、行為を整理せずに支分権のみを列挙するものなどが多く見られ、問題となる行為と支分権について整理して適切に指摘できている答案は少なかった。そのため、どの行為について、いかなる請求をなし得るかについても、網羅的に言及できているものは、ほとんどなかった。

小問(1)について、Y映像の作成が複製権の、Y映像の放送が公衆送信権の対象となることに關して、一定数の答案で指摘されていたが、氏名表示権に言及していない答案が散見され、X映像2の改変が同一性保持権の対象となることを指摘できている答案は少なかった。

小問(2)について、X映像2とY映像の類似性についての検討が不十分なものが多かった。

また、差止請求の対象となる行為を特定することなく、単にYに対して差止請求を主張するとのみ記載した答案が散見された。既に放送が終わっているため、差止請求をすることはでき

ないとする答案が散見されたが、設問に「将来的に同種の番組を作成する際に使用することも視野に入れて」とあることから、将来の放送の差止めの可否について論じるべきである。

多くの答案が著作権法第115条の「適当な措置」に言及できていたが、その指摘にとどまらず、「適当な措置」の具体的内容について論じられている答案は高く評価した。

#### ウ 設問3

小問(1)について、タブレットへの記録行為と映像の再生行為とを区別せずに、単に著作権法第30条の4が該当するとのみ記載した答案が多かったが、両者は異なる支分権の対象となる行為であるから、区別して論じるべきである。

上映権侵害とならない根拠として、「公に」の要件を満たさないことを指摘するものは少なかった。

小問(2)について、3名の飼い主にX映像2を見せたことにより、著作権法第49条第1項第2号の目的外使用として、複製がなされたものとみなされ、複製権侵害が成立し得ることを指摘できていた答案は極めて少なかった。

Yのスタッフが飼い主に対し映像を見る必要はない旨伝達していたことをもって、Y実験に際してなされた利用行為が著作物を「他人に享受させることを目的としない」（著作権法第30条の4）ものといえるかについて論じているものはごくわずかであった。また、現に3名の飼い主が映像を見ているにもかかわらず、同伝達があることから直ちに非享受目的と認定する答案が散見された。

## 4 今後の出題

出題方針について変更すべき点は特にない。今後も、特許法及び著作権法を中心として、条文、裁判例及び学説の正確な理解に基づき、事案分析力及び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、論点には言及されていても、論点の内容についての理解が不十分な答案、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裁判例を意識していない答案や理解が不正確な答案、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置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。本科目に関しても、訴訟を念頭に置いた上で、具体的な法律上の権利に基づく請求権を特定することが重要であり、また、考えられる請求ないし反論が問われている場合においては、訴訟代理人として主張する場面を想定して網羅的な記述を徹底することが望まれ、より実践的な指導を期待したい。

1 出題の趣旨、狙い等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

採点に当たっては、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、私傷病を理由として就業規則に基づく休職命令を受けた労働者が、休職期間を経ても十分には回復しなかったため、会社が、復職命令をせず、就業規則の規定により当該労働者を自然退職したものとしたという事案を素材として、そこに至るまでの会社（Y社）の対応及び労働者（X）の意向の点で異なる事実関係が付加された二つの設問において、Y社がXを自然退職したものとして取り扱ったことの適否等を検討することを求めるものである。

設問1では、まず、Xの請求の当否（あるいはその裏返しであるY社の主張の当否）を検討する前提として、Y社が休職期間の満了をもってXを自然退職したものとするができる法的根拠を明らかにする必要がある。休職制度それ自体は法令に具体的な定めが置かれているものではないから、Y社の就業規則第35条が社員が所定の休職期間を満了しても復職することができなときは会社を退職すると規定し、自然退職の効果が生ずる旨を定めていること及びその定めが合理的であり、かつ労働者に周知されていた場合には、Y社とXとの間の労働契約の内容となることを、法令上の根拠（労働契約法第7条本文）とともに指摘する必要がある。この点について、多くの答案が就業規則第35条に言及していたものの、同法第7条本文に言及していないものが相当数あった。論拠となる制定法を的確に指摘することは、法的論証の基礎であり、基本的な条文についての知識を再確認する必要性が感じられた。

その上で、前記の就業規則の規定の内容によれば、Xが復職可能な状態にある場合には、自然退職の効果の発生が障害されることから、Xの請求の当否の検討においては、端的に復職の可否を論ずれば足りる。しかしながら、この点を十分に意識することなく、Y社がXを自然退職したものとして取り扱ったことが権利濫用に当たるか否かといった枠組みをあえて設定する答案が少なからずみられたほか、自然退職を解雇と同一視した上で、労働契約法第16条の解雇権濫用の規範に従って論ずるものが相当数あった。もとより、休職期間の満了による自然退職と解雇の相

違を理解した上で、同条の趣旨を自然退職にも及ぼすことができるかといった観点からも請求の当否を検討することは否定されないものの、その点が答案の記述に表されておらず、むしろその理解を欠いているとみるほかないものが少なくなかった。こうした労働法の基本的な概念相互の異同は、基本的な条文や判例等を学習していれば、自ずと理解することができるはずの事柄であると思われるものであるだけに、残念であった。

Xの復職の可否を論ずるに当たっては、まず、復職可能な状態とは、従前の（休職前の）職務を通常程度行える健康状態をいうとの原則論に触れ、Xの健康状態がこれを満たすものであったかを検討する必要がある。そうした前提について検討・確認することなく、直ちに後記のその例外（原則的な意味で復職可能な状態とは認められなくとも自然退職の効果の発生が障害される場合）の要件等についての検討に入る答案が、少なからずみられた。原則に当たるのであれば例外について論ずる必要はないことになるし、また、どのような枠組みにより例外を許容するのが適切であるかといった点を論ずるに際しても、原則論を土台とすることは、説得的論述の基礎というべきであり、日頃の学習においてそうした基礎を身に付けておくことの重要性を改めて強調しておきたい。

そうした原則論に触れた上で、Xが従前の職務を通常程度に行える健康状態にまでは回復していかなくとも復職可能な状態にあると認めることができる場合があるかどうかという点については、そうした判断をするに当たっての基本的な視点を示す判例（片山組事件・最判平成10年4月9日労判736号15頁）があることを前提に、その後の裁判例において、前記の判例の判断枠組みが自然退職の適法性が争われる事案にも広く用いられている（東海旅客鉄道事件・大阪地判平成11年10月4日労判771号25頁等）ことを踏まえ、本問における適切な検討の視座（規範）を設定し、これに設問の事実関係を的確に当てはめることが求められる。本問では、後記の設問2についてのものを含め、この点を確実に論ずることができているか否かによって、答案の評価に差が付くこととなった。前記の判例やその判断枠組みに言及することなく、独自の判断枠組みを提示する答案も一定数みられたが、基本的判例の知識とその理解が法曹に必須であることはいうまでもなく、その上であえてこれ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が不可欠であろう。また、前記の判例に言及していても、その判旨を正しく理解していないと思われる答案や、理解に誤りがあるとまではいえないとしても、記述が不正確と言わざるを得ない答案も少なからず存在した。もとより判例の文言の一字一句を違わず暗記することを要するものではないが、例えば、前記の判例の「配置される現実的可能性があると認められる業務が他にあった」という文言について、専ら労働者側の当該業務への従事可能性のみを念頭に置き、現実的に配置が可能なのかといった使用者側の事情は全く顧慮しないかのような記述をしたり、そのような当てはめをしたりするのは、判例が示した法規範の理解が不正確であるというほかない。判例において用いられた表現の意味するところを正確に理解した上で、それに基づく論述をすることが重要というべきである。

実際、設定した判断枠組み（規範）への当てはめにおいて、前記の判例の理解が不正確であること等に起因して、適切な検討ができていない答案があった一方で、その趣旨に沿って事例に示された諸事情を過不足なく拾い上げ、的確に評価して結論を導くことができている答案もみられた。また、障害者の雇用の促進等に関する法律（昭和35年法律第123号）の趣旨や、労働者の復職の可否を判断するに当たって使用者に合理的な配慮を求める裁判例（日本電気事件・東京地判平成27年7月29日・労判1124号5頁）に照らせば、当てはめに際しては、Y社の規模や主治医の意見の内容等を取り上げつつ、そうした配慮が必要であり、かつ、可能であったかどうか等についても、検討すべきと考えられ、この点を論じている答案には、より高い評価を与えた。

設問2においても、まずは、Xが延長後の休職期間満了の時点（設問1とは異なる時点）で従前の職務を通常程度行える健康状態であったかを検討し、その上で、例外的場面に当たるかどうか

かについて、設問1におけるものと同様の判断枠組みにより論じていくこととなり、その当てはめにおいては、Xが総務課での試験出社中に従事した業務の内容やその遂行状況等、設問2の事例に示された諸事情を的確に取り上げて評価し、説得的に論ずることが求められる。ここでは、障害者の雇用の促進等に関する法律の趣旨等に鑑み、Xの自然退職に至るまでの事実経過においてY社による合理的な配慮があったと評価することができるか否かを検討することも考えられるが、その点のみを検討し、設問2の結論に至る答案が相当数みられた。設問2と設問1とは事実関係が異なるものの、いずれにおいてもXを自然退職したものとして取り扱ったことの適否が問われているのであるから、基本的には規範が共通することを意識した上で、その規範や当てはめについて、設問ごとに異なる事実関係に照らした検討をする必要があり、その検討の中でY社のXに対する対応において合理的な配慮があったと評価することができるか否かを論ずべきであろう。

次に、未払賃金の請求との関係においては、試験出社期間中の労務の提供が、債務の本旨に従ったものと評価される余地はないか、また、本旨弁済に当たらないとするとしても、なおXのY社に対する賃金請求権が発生すると考えられる余地はあるのかといった点について、検討をすることが求められる。この点については、前記の労務が従前の職務と比較して大幅に軽減されたものであり、就業規則第32条において賃金が支給されないものとされている休職期間中に行われたものであること等を踏まえ、休職となっている従来の労働契約についての本旨弁済には当たらないものとしつつ、賃金請求権が発生する法的根拠の有無（前記の労働契約とは別個の合意の存否等）を論ずるなど、事実関係を十分に考慮した記述をする答案も少数ながらみられたが、そうした検討をすることなく、単に、業務への従事があった以上、賃金債権が発生するといった記述をするにとどまる答案が意外に多かった。

## (2) 第2問について

本問は、派遣労働者により組織された労働組合が派遣労働者の派遣先である事業者に対してした団体交渉の申入れを同事業者が拒否し、また、同組合と労働者派遣事業者との間で締結された労働協約により添乗員の12か月間の基本給の一部の支払猶予が約定され（令和3年協約）、さらに、これに続く別の労働協約により当該支払猶予分の賃金債権の放棄が約定された（令和5年協約）という事例を素材として、前記の団体交渉拒否について労働委員会による救済を受けることの可否（設問1）、同組合の組合員による支払猶予分の賃金及びその遅延損害金の支払請求の成否（設問2）について、検討すべき法律上の論点についての論述を求めるものである。

設問1では、①添乗員の雇用主ではないA社が派遣労働者たる添乗員との関係で不当労働行為を禁止される「使用者」（労働組合法第7条）に当たるか、②C組合がA社に対して団体交渉を申し入れた事項がいわゆる義務的団体交渉事項に当たるか、③A社による団体交渉の申入れ拒否に同条第2号所定の「正当な理由」があるか、が論点となる。このうち、②及び③については、比較的多くの答案が各論点を的確に指摘した上で、判例（INAXメンテナンス事件・最判平成23年4月12日労判1026号27頁等）を踏まえて義務的団体交渉事項の意義を示し、同号所定の「正当な理由」の有無についての検討を含め、本件の事実関係に照らした論述を展開し、結論を導くことができていたが、設問1におけるより重要な論点である①について、論述が十分とはいえない答案が少なくなかったことは、非常に残念であった。

まず、そもそも①が設問1において検討すべき法律上の論点であることを認識・理解しておらず、当を得ない論点を挙げるものが、多くはないものの一定数見られた。具体的には、前記のとおり、A社は派遣労働者たる添乗員の雇用主ではないため、同社がC組合に加入する添乗員との関係で不当労働行為を禁止される立場に立つといえるか、すなわち、労働組合法第7条の「使用者」に当たるかを論ずべきところ、C組合の組合員が同法第3条の「労働者」に当たるかを論じるものが、若干数見られた。C組合の組合員が「労働者」であることは、誰がその「使用者」として不当労働行為を禁止される立場に立つかの問題を当然に解決するものではないことを理解す

る必要がある。なお、派遣先であるA社を当然に添乗員の「使用者」とする答案も散見されたが、正に検討すべき点である。そのほか、法人格の否認や、A社とC組合の組合員との間の黙示の労働契約の成立を論じるものも散見されたが、不当労働行為を禁止される「使用者」は労働契約の一方当事者である使用者に限られないとする点が、正に後記の判例が判示するところであり、それらの答案にはその理解が欠けていると言わざるを得ない。

この労働組合法第7条の「使用者」性については、相当数の答案が論じていたものの、そうしたものにおいても、関係する判例（朝日放送事件・最判平成7年2月28日民集49巻2号559頁）を正確に理解してその判示する規範の内容を正しく提示しているものは、想定以上に少なかった。同判例は、労働組合法第7条の「使用者」性の一般的な判断基準を提示するものであり、労働者の基本的な労働条件等について部分的とはいえ雇用主と同視できる程度に現実的かつ具体的に支配、決定できる地位にあると認めることができる事業主について、その限りにおいて部分的な「使用者」性を認めたことを含め、その内容を正確に理解しておくことが極めて重要である。これを正確に理解し、それを適切に論述することができていると認められる答案には高い評価を、逆に、それらの点がずさんと言わざるを得ないものには低い評価を与えた。

さらに、A社は労働者派遣事業を営むB社から派遣労働者たる添乗員を受け入れている事業者であり、そうした事業者が派遣労働者との関係で前記の「使用者」に当たるかどうかについては、前記の判例の趣旨を踏まえつつ、特別な判断枠組みを提示する裁判例（阪急交通社事件・東京地判平成25年12月5日労判1091号14頁）等があることから、そうした特別な判断枠組みによるべきか否かも論じることを求めていたのであるが、残念ながら、この点を論じていた答案は皆無に近かった。この点は労働法の概説書等で一般的に取り扱われるレベルの比較的基本的といえる部類に属する事項であり、そうした基本的な項目については広く理解しておくことが、実務家には期待されることを指摘しておきたい。

設問2では、①労働者の賃金債権の一部の履行期を遅らせることをその内容の一つとし、労働条件を労働者の不利益に変更するものである令和3年協約に、Dに対する規範的効力が認められるかという点、さらに、②令和3年協約により同年12月分の賃金の一部の支払を猶予し、また、令和3年協約により支払が猶予された賃金を令和5年協約により放棄すること、そのように労働者に具体的に発生した賃金請求権を処分・変更することが許されるか、が論点となる。しかしながら、令和3年協約及び令和5年協約について②が問題となることに気付いていると考えられる答案はかなり少なく、令和3年協約のうち同年12月分の賃金の一部の支払を猶予する部分について②が問われることに気付いていると考えられるものはほぼ皆無であり、いずれについても①のみを論じるものが大多数であった。限られた試験時間の中で精緻な分析をすることは容易なことではないが、法曹にとって事実関係の急所を的確に把握することは重要な資質であることを指摘しておきたい。

②については、①に係る判例とは別に、個々の組合員による特別の授権がない限り許されない旨を述べる判例がある（平尾事件・最判平成31年4月25日労判1208号5頁。香港上海銀行事件・最判平成元年9月7日労判546号6頁及び朝日火災海上保険（高田）事件・最判平成8年3月26日民集50巻4号1008頁も参照）。労働協約の規範的効力に関する判示を含む主要な判例は、基本的なものとして確実に理解しておく必要がある。前記の平尾事件等の主要判例の存在をそもそも知らないのではないかと思わざるを得ない答案が決して少数ではなかったことは、極めて残念である。なお、令和3年協約と令和5年協約とをいわば一体のものとして①を論じるものが少なからずみられたが、別個にその法的問題を検討すべきである。

令和5年協約による既発生した賃金債権の放棄に関し、賃金全額払いの原則（労働基準法第24条第1項）に依拠し、労働者の自由な意思に基づく放棄としての意思表示の効力が認められるかという観点から論じる答案が少なからずみられた。こうした論述は、個々の労働者に具体的に発生し、そのそれぞれが決定すべき領域に移行した事項（ここでは賃金請求権）について集団的な

労働条件の決定手段である労働協約によって規律し得るのかという、論理的に先に来るはずの検討を懈怠あるいは等閑視するものというべきであるし、そもそも個々の労働者の意思表示の有効性の問題に関する考え方が、なぜ労働組合により締結される労働協約の効力が及ぶ範囲の検討においても妥当するのかを明らかにしておらず、論理としても飛躍があると言わざるを得ないであろう。また、令和5年協約について、令和3年協約との関係でいわゆる有利原則の問題を論じる答案も相当数存在したが、同原則は、労働者と雇用主との間の個別の合意が労働協約に優先するかという問題であり、本設問で論ずべきものではないことは明らかであろう。

令和3年協約のうち同年12月分の賃金以外の賃金の一部の支払を猶予する部分は、将来に向かって労働条件の一部を労働者に不利益に変更するものであり、①のみが問題となる。この点については、正しく判例（朝日火災海上保険（石堂）事件・最判平成9年3月27日労判713号27頁）の考え方を踏まえ、令和3年協約のDに対する規範的効力の有無を検討する答案が、一定数存在し、そうした答案には高い評価を与えた。その一方で、信義則違反や公序良俗違反を論じるなど、同判例を踏まえた形跡がみられないものもみられた。さらに、令和5年協約による賃金債権の放棄の可否を①の観点でのみ論じるものの中には、令和3年協約は、いわば当然にDに対して規範的効力を有するとしたものか、全く検討をしない答案が相当数あった。令和5年協約による賃金債権の放棄の可否を①にかかる前記判例の考え方に基づいて検討し、結論として許されることが一因とも考えられるが、設問は「検討すべき」法律上の論点を挙げて論述することを求めているのであり、設問2は賃金のほか遅延損害金の請求の可否も明示的に問うているのであって、令和5年協約による賃金債権の放棄が許されない場合には、令和3年協約の規範的効力の有無は、各月分の賃金債権に係る遅延損害金の発生の起算点を左右することとなるのであるから、放棄は有効とする立場に立つとしても、論述の必要性がなくなるわけではない。設問に遅延損害金の請求の成否の点を明示したにもかかわらず、遅延損害金の起算点について論じる答案はかなり少なく、正確な起算点を指摘する答案が数える程度であったことは、残念であった。

その一方で、両設問を通じ、設問に全く対応しない答案が散見されたことも指摘しておきたい。例えば、C組合はA社の団体交渉拒否が労働組合法第7条第2号所定の不当労働行為に該当するとして労働委員会に救済申立てをしたものであるのに、設問1で同条第3号の不当労働行為の成否や救済内容を論じるもの、遅延損害金の支払請求の成否についても問う設問2でこれに全く触れないものなどがあった。

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まず出発点から検討すべき法律上の論点を見定めることができていない、②それができたとしても関係する判例の知識に欠け、あるいはその理解が不正確であり、その規範に触れることなく、触れたとしても論述が不正確である、という点にあった。事例の事実関係を正確に把握して検討すべき論点を的確に見出し、関係する判例の規範を正確に提示した上で、事例の事実関係をこれに的確に当てはめて論述している優秀な答案も存在したが、数は限られていた。本問では、事例や設問から集団的労働関係法についての基本的かつ主要な論点を的確に取り上げることができるか、当該論点に係る重要な判例を正確に理解しているかにより、成績が大きく分かれたということができる。集団的労働関係法は、歴史的にも、また、実務的にも、決して疎かにし得ない分野であり、関係する判例にも進化がみられる。それらをきちんと理解することは、法曹たらんとして労働法を学ぶ者にとって、欠くことのできない重要な事柄であることを、改めて強調しておきたい。

#### 4 答案の評価

「優秀」の水準にあると認められる答案とは、出題の趣旨を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しておらず、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理解、及び重要判例の正確な把握に基づいて、法制の説明や個々の条文の法解釈、設例に対する適切な解答を行っているか、④法解釈やその適用が飛躍した説明ではなく、論理的に記述されているか、という点に留意して採点した。したがって、複数の考え方が生じ得る部分については、特定の正解を予定してそれとの整合を判断するのではなく、筋の通った記述がされているか否かに重点を置いた。

3 採点実感等

【第1問】は、空港・自衛隊基地騒音に対する司法的救済の在り方について、①大阪国際空港訴訟上告審判決・最大判昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁（以下「大阪空港訴訟最判」という。）、②厚木基地第1次訴訟上告審判決・最判平成5年2月25日民集47巻2号643頁（以下「厚木基地訴訟平成5年最判」という。）、③国道43号・阪神高速道路訴訟上告審判決・最判平成7年7月7日民集49巻7号1870頁（損害賠償請求。以下「国道43号訴訟最判（損害賠償）」という。）、④同上告審判決・最判同日民集49巻7号2599頁（差止請求。以下「国道43号訴訟最判（差止）」という。）、⑤厚木基地第4次訴訟上告審判決・最判平成28年12月8日民集70巻8号1833頁（以下「厚木基地訴訟平成28年最判」という。）を踏まえて、設問の紛争に適した訴訟形式の検討とともに、訴訟要件、及び本案勝訴要件、特に騒音発生の違法性に関する判断枠組みを的確に論ずることができるかを問おうとするものである。

【第2問】は、いわゆる循環管理の分野における費用負担の問題を中心として、ライフ事件（東京地判平成20年5月21日参照）を素材としつつ、容器包装に係る分別収集及び再商品化の促進等に関する法律（以下「容器包装リサイクル法」という。）における費用負担の考え方、それと循環型社会形成推進基本法における拡大生産者責任の考え方との関係、制裁手段、容器包装リサイクル法の課題に関する理解を問うものである。

【第1問について】

(1) 出題の意図に即した答案の存否、多寡

〔設問1〕のうち、小問(1)においては、国道の道路騒音及び基幹的空港の騒音に係る民事差止訴訟の提起の適法性に関する理解を問い、国道43号訴訟最判（差止）及び大阪空港訴訟最判について、両判決が異なる結論に至った理由を、【資料】を参照しつつ、分析して明らかにする能力を試している。

解答にあつては、一定の割合の者が、空港の供用や航空機の離発着の差止めの請求に関しては、公権力の発動によることを要する方法しか考えにくかったことから、大阪空港訴訟最判は、国に対する民事差止訴訟を不適法として却下したのに対し、道路の騒音の差止請求については、騒音等を一定の基準以下に引き下げることが求められているが、そのための方法としては、公権力の発動によることを要する方法のみでなく、道路管理者による事実行為も想定できるため、公権力の発動を求めるものではないと解されること、よって、国道43号訴訟最判（差止）は、国に対する民事差止訴訟の提起を適法と判断したと考えられる旨を解答できていた。もっとも、各差止請求の内容と公権力の発動との関係について言及のなかった解答も一定の割合で見られた。

小問(2)においては、国道43号訴訟最判(差止)が提示した民事差止請求の違法性及び同訴訟最判(損害賠償)が提示した損害賠償請求の違法性の各判断枠組みについての理解を試している。

小問(2)の①に関しては、ほとんどの受験者は、国道43号訴訟最判(差止)が、民事差止請求の違法性の判断枠組みとして、受忍限度についての枠組みを提示し、①侵害行為の態様と侵害の程度、②被侵害利益の性質と内容、③侵害行為のもつ公共性の内容と程度を取り上げて比較衡量をしている旨を解答できていた。また、小問(2)の②に関しては、第1に、多くの受験者が、国道43号訴訟最判(損害賠償)が、損害賠償請求の違法性の判断枠組みとして、①侵害行為の態様と侵害の程度、②被侵害利益の性質と内容、③侵害行為のもつ公共性の内容と程度、④被害の防止に関する措置の内容等の4点を考慮していることを解答できており、一定の割合の解答者が、上記③の考慮に当たっては、受益と被害の彼此相補の関係が成り立つか、被害対策が見るべき効果をあげているかを検討すべきものとしていることを解答できていた。もっとも、損害賠償請求の違法性における考慮要素のうち、公共性に関する最高裁判決の判断枠組みの特色や、これに対する学説の評価(公共性の考慮の当否)について言及がされた答案は、多くはなかった。第2に、差止請求と損害賠償請求の違法性の関係については、ほとんどの受験者が、違法性段階説又は「ファクターの重みづけ」相違説への言及ができていた。

[設問2]のうち、小問(1)においては、自衛隊機の離発着に伴って生ずる騒音の差止めを請求する訴訟の形式について、厚木基地訴訟平成5年最判及び同訴訟平成28年最判を前提とした上で、複数の可能性を適切に比較検討する能力を試している。

上記の判決を念頭において検討されるべき訴訟上の選択肢としては、まず、民事差止訴訟と行政訴訟とが考えられる。厚木基地訴訟平成5年最判が自衛隊機基地騒音に係る民事差止訴訟を不適法としたこと、同訴訟平成28年最判が法定抗告訴訟としての差止訴訟を適法なものとして本案審理に入ったことを踏まえ、訴訟要件を含めて適切な立論を行った答案はかなりの割合を占めたものの、出題者の期待に沿うまでに多くはなかった。その他には、大阪空港訴訟最判の結論及びその論旨を参考として、民事差止訴訟は不適法であることを前提に、公法上の当事者訴訟や権力的妨害排除訴訟について論じた解答が一定程度の割合であった。さらに、直接型(非申請型)義務付け訴訟が国営空港騒音に係る紛争の訴訟上の受皿になると理解されてきた点を踏まえて、当該訴訟について検討する解答もあった。

次に、小問(2)において、厚木基地訴訟平成28年最判の論旨を踏まえた解答者の多くは、差止訴訟の本案勝訴要件を規定する行政事件訴訟法第37条の4第5項に則して、(a)防衛大臣の判断に幅広い裁量が認められることや、(b)差止請求を認容すべきかを判断するに際しては、自衛隊機の運航目的等に照らした公共性や公益性、周辺住民の被害の性質と程度が考慮されることを指摘できていた。また、被害軽減措置の有無や内容等も考慮されることを指摘できている解答が少数ながら存在した。さらに、公法上の当事者訴訟や権力的妨害排除訴訟、直接型(非申請型)義務付け訴訟を論じた答案の中にも、上記の視点に準じて差止請求の本案勝訴要件を論ずるものがあった。

なお、小問(1)・小問(2)を通して民事差止訴訟を専ら検討している解答もあったが、これは大阪空港訴訟最判から厚木基地訴訟平成28年最判へと至る判例の流れと学説における議論を看過し、[設問2]の題意を踏まえていないものである。ただし、これらの答案の中にも自衛隊基地騒音の特殊性を踏まえた立論がされているものがあった。

小問(3)においては、国道43号訴訟最判(差止)の判断枠組みと小問(2)に示した判断枠組みとの比較を行うことが求められる。民事差止訴訟と行政事件訴訟法上の差止訴訟との間において、差止めが認容されるか否かの判断における考慮要素は大きくは異ならないとする評価は一般的であり、この点を指摘した答案は一定程度の割合において存在した。また、厚木基地訴訟平成28年最判が防衛大臣の判断に幅広い裁量が認められているとしていること、自衛隊機の運航の差止めの可否における判断においては被害軽減措置の有無や内容等も考慮されることとしての的

確に指摘した解答が、一定程度の割合であった。なお、自衛隊基地騒音に係る民事差止訴訟は適法であるとの前提において、道路騒音に関する国道43号訴訟最判（差止）において示された判断枠組みとの差異を論ずる中で、ある程度明確かつ一貫性のある論旨を展開できている解答もあった。

(2) 出題の意図と実際の解答に差異がある原因として考えられること

【第1問】の設問は、環境法のみならず、民法、民事訴訟法・行政事件訴訟法に関する基本判例である①大阪空港訴訟最判、②厚木基地訴訟平成5年最判、③国道43号訴訟最判（損害賠償）、④国道43号訴訟最判（差止）、⑤厚木基地訴訟平成28年最判を踏まえて解答することを受験者に求めるものであり、全体を通じて、基本判例を十分に学習するという法律学における基本的な学習態度を修得できているか、上記の基本判例を的確に理解できているかが、適切な解答に至る過程に大きな影響を与えたと考えられる。

〔設問1〕の小問(1)に関しては、道路騒音訴訟における基本判例である国道43号訴訟最判（差止）及び問題文で明示されている大阪空港訴訟最判を十分に学習した者はもとより、そのような者でなくとも、【資料】から、道路の騒音等を一定の基準以下に引き下げるための方法は、公権力の発動によることを要する方法以外にも想定できることを読み取ることができるはずであり、行政事件訴訟法の基礎を十分に学習した者であれば、出題の意図に即して記述することは可能であると考えられる。次に、小問(2)に関しては、多くの受験者が、国道43号訴訟最判（差止）及び同訴訟最判（損害賠償）の両判決が示した民事差止請求の違法性及び損害賠償請求の違法性の各判断枠組みを説明し、両者の違いを指摘することができ、差止請求と損害賠償請求の違法性の関係についても言及ができていた。なお、小問(2)の②においては、考慮要素の違いにとどまらず、損害賠償請求の違法性の判断枠組みについての判例（国道43号訴訟最判（損害賠償））の分析及び学説からの批判（公共性の考慮の当否）についても論じることを期待していたところ、基本判例の十分な学習・理解を踏まえ、このような分析及び検討に言及できた受験者は一定数存在したものの、多数を占めるまでには至らなかった。

〔設問2〕に関しても、厚木基地訴訟平成5年最判及び同訴訟平成28年最判を踏まえた立論ができている答えはある程度の割合であったものの、出題者の期待に沿うほどに多くはなかった。特に厚木基地訴訟平成28年最判は、民事差止訴訟を通じた救済のルートが否定されてきた自衛隊基地における航空機の運航に伴う騒音被害について、行政訴訟を通じた司法的救済のルートが開かれていることを確定した重要判例である。この点、受験者に対しては、重要な論点や判例を偏りなく修得することが望まれる。もっとも、多数の解答者は、大阪空港訴訟最判及び同判決をめぐる議論を理解した上で記述を展開することができていた。

なお、【第1問】において問われている一連の判例に関する理解を全く欠いている解答が、ごく少数ながら存在した。これらの裁判例が民事訴訟と行政訴訟の役割分担という訴訟法上の一大論点に関するものであることを踏まえるならば、これらの者に対しては、自らの思い込みで左右されることなく丁寧に学習を進めることが強く望まれる。

(3) 各水準の答案のイメージ

「優秀」な答案のイメージは、〔設問1〕の小問(1)において、【資料】を参照しつつ、国道の道路騒音及び基幹的空港の騒音に係る各差止請求の内容と公権力の発動との関係を論じ、国道43号訴訟最判（差止）及び大阪空港訴訟最判の両判決が異なる結論に至った理由を分析して説明しており、小問(2)において、国道43号訴訟最判（差止）及び同訴訟最判（損害賠償）の両判決が示した民事差止請求の違法性及び損害賠償請求の違法性の各判断枠組みを説明し、両者の違いについて、考慮要素の違いに加え、損害賠償請求の違法性の判断枠組みについての判例（国道43号訴訟最判（損害賠償））の分析及び学説からの批判（公共性の考慮の当否）についても論じ、差止請求と損害賠償請求の違法性の関係について説明しており、〔設問2〕の小問(1)において、設問に関連する判例の流れと学説における議論の概要を把握した上で、自衛隊機の運航に伴って

発生する騒音被害の司法的救済の在り方に関し、判例を踏まえて民事差止訴訟と行政訴訟とを適切に比較検討できており、小問(2)において、差止訴訟の本案勝訴要件を規定する行政事件訴訟法第37条の4第5項を踏まえた検討、あるいは、これに準じた視点からの本案勝訴要件に関する検討を行い、小問(3)において、国道43号訴訟最判(差止)において示された差止請求が認容される要件に関する判断枠組みと小問(2)において示した判断枠組みを的確に比較検討する答案である。

ただし、これらの論点全てに対してバランスよく的確に論ずることができることまでも求められるものではない。このイメージに該当する答案は出題者の想定よりもやや少なかつたものの、一定の割合を占めた。

「良好」な答案のイメージとしては、上記の主要な論点についておおむね解答ができているものの、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ある程度の割合を占めた。

「一応の水準」の答案のイメージとしては、[設問1]の小問(1)において、【資料】を手掛かりとして、道路の騒音の差止請求では、騒音等を一定の基準以下に引き下げるための方法として、道路管理者による事実行為も想定できることを指摘し、小問(2)において、民事差止請求及び損害賠償請求の各違法性の判断枠組みとして、最高裁判所の判例が受忍限度についての枠組みを提示していることを説明しており、[設問2]の小問(1)において、自衛隊機の運航の民事差止訴訟には検討が必要な点があり、当該訴訟との比較の対象として行政訴訟が検討されるべきであることを論じ、小問(2)において、行政訴訟として提起された差止めの請求が認容される要件はどのようなものであるかを論じ、小問(3)において、小問(2)において論じた判断の枠組みと[設問1]の小問(2)で論じた民事差止訴訟での判断枠組みを論理的に比較検討するものである。

論点の一部について解答の欠落があった場合にあっても、残りの論点に関して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、判例の基本的な理解も不十分な答案である。なお、ごく少数の例外を除いて、ほとんどの解答が[設問1][設問2]の総合評価として「一応の水準」以上の評価を与え得るものであった。

## 【第2問について】

### (1) 出題の意図に即した答案の存否、多寡

[設問1]の小問(1)では、容器包装リサイクル法における費用負担がいわゆる拡大生産者責任(EPR)に基づくことを、その内容とともに説明することが求められる。拡大生産者責任について答えているものは多数を占めた。その内容についても、拡大生産者責任についてのOECDの定義を書くことができていたものが多かった。その根拠について、生産者が環境配慮設計(DfE)の能力・情報をもっていることが理由であることを指摘するもの、拡大生産者責任は汚染者負担原則(PPP)の派生原則であることを指摘したものも多かった。

小問(2)では、拡大生産者責任の考え方が、容器包装リサイクル法の中でどのように規定されているかを具体的な条文との関係で説明できるかが問われている。抛出金の仕組み(同法第10条の2)について書けているものはかなりあったが、より基本的な点である、対象事業者の再商品化義務の規定(同法第11条～第13条)について書けているものは意外に多くなかった。同法第10条の2が、実際に要した再商品化費用の総額が想定額の総額を下回った場合に、その差額の一部を市町村に抛出する規定となっており、実際に要した費用が想定額に徐々に近付くため、最終的に抛出金がゼロになる仕組みとなっていることを指摘したものは少なかった。

小問(3)では、循環型社会形成推進基本法における拡大生産者責任の根拠規定(同法第11条、第18条。さらに、第17条、第20条等も関連する)と、同法の下での拡大生産者責任の内容及びそれに基づく措置を実施するための要件に関する理解が問われている。拡大生産者責任の内

容としては、同法第11条に定められている①廃棄物等となることの抑制措置、②表示、設計の工夫等、③引取り・リサイクルの措置、④循環資源の利用ができる者による利用の4点がポイントとなるが、この点を指摘できていたものは半数程度であった。また、国が引取り・リサイクルの措置を実施するための要件として同法第18条第3項、同法第20条がポイントとなるが、これらについて書けているものは少なかった。

[設問2]のうち、小問(1)では、特定容器利用事業者に費用負担を課する理由として、特定容器に対する選択権(実質的な決定権)があることを解答することが求められるが、この点について書けていたものは相当数見られた。小問(2)では、対象事業者について販売予定額を基礎として費用負担が定められていること(容器包装リサイクル法第11条第2項第2号ロ)が、特定容器利用事業者にとっては過重な負担と感じられる理由となっている点を解答することが求められるが、解答できていたものは比較的少なかった。ライブ事件の判決については勉強していると考えられるが、その際、どの条文が根拠になっているかをチェックしてほしい。出題の趣旨としては、環境負荷やリサイクル困難性(一種の外部不経済)とは無関係の指標が用いられていることに(立法論上の)問題があることが理解されていることが望まれるが、それ自体は問われているわけではない。

小問(3)では、環境法政策としては何が望ましいかを、【資料】を読み解いて解答することを求めるものであり、拡大生産者責任は生産者に環境負荷低減、環境配慮設計(DfE)のインセンティブを与えることを目的としたものであることを踏まえつつ、【資料】から、OECDやフランスで、製品・容器の環境負荷の程度に応じて委託料を変える考え方が採用されていることに気が付いてほしかったが、比較的よくできていた。調整料金の重要性に気が付いていたものは相当数見られた。

小問(4)では、Xが委託料の支払留保という挙に出た場合の行政側の措置を問うものである。まず、特定容器利用事業者は、指定法人(日本容器包装リサイクル協会)に委託料を支払うことによって再商品化義務を履行したものとみなされ(容器包装リサイクル法第14条)、支払を留保しつつほかの二つの再商品化手法(指定法人以外の者への委託による再商品化ルート及び自主回収ルート)も用いないときは、再商品化義務の不履行となることを指摘することが求められるが、この点について書いていた答えは半数程度であった。その上で、行政側の措置としては、指導・助言(同法第19条)、勧告(同法第20条第1項)、氏名の公表(同条第2項)があり、その上で、勧告に従わない場合に勧告措置の命令(同条第3項)がなされ、さらに、その命令違反に対して罰金が科されること(同法第46条)を解答することが求められるが、この点については多数の受験者が書くことができていた。

(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

【第2問】に関しては、[設問1]について、容器包装リサイクル法において拡大生産者責任の考え方が採用されていることは勉強しており、その定義についても一応の説明ができるが、[設問2]及び[設問3]について、容器包装リサイクル法や循環型社会形成推進基本法との関係で、その考え方がどの点に反映されているかについては学習できていない者が多かった。また、ライブ事件については学習していると考えられるが、訴訟において問題とされた根拠規定について把握できていない者が少なかった。

これらの者については、学習の仕方が表層的であり、基本的な概念を(司法試験用法文に掲載されている)個々の環境法との関係で具体的に把握すること、基本的な裁判例において問題とされている規定について具体的に把握することが行われていなかったということであろう。

(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]の小問(1)において、拡大生産者責任についてのOECDの定義が把握されており、生産者が環境配慮設計(DfE)の能力・情報をもっていることがその根拠であること、拡大生産者責任は汚染者負担原則(PPP)の派生原則であることを指

摘し、小問(2)において、対象事業者の再商品化義務の規定（容器包装リサイクル法第11条～第13条）、及び、指定法人（日本容器包装リサイクル協会）との再商品化契約によって再商品化したものとみなされる規定（同法第14条）、さらに（対象事業者が指定法人を通じて市町村に一定の資金を拠出する）拠出金に関する規定（同法第10条の2）をあげ、同条が、実際に要した再商品化費用の総額が想定額の総額を下回った場合に、その差額の一部を市町村に拠出する規定となっており、実際に要した費用が想定額に徐々に近付くため、最終的に拠出金がゼロになる仕組みとなっていることを指摘していること、また、小問(3)については、循環型社会形成推進基本法における拡大生産者責任の根拠規定（同法第11条、第18条。さらに、第17条、第20条等も関連する）、拡大生産者責任の内容としては、同法第11条に定められている①廃棄物等となることの抑制措置、②表示、設計の工夫等、③引取り・リサイクルの措置、④循環資源の利用ができる者による利用の4点と、国が引取り・リサイクルの措置を実施するための要件として同法第18条第3項、同法第20条の内容が書けていること、[設問2]の小問(1)において、利用事業者の特定容器に対する選択権が理由となっていること、小問(2)において、販売予定額を基礎として費用負担を決めていること（容器包装リサイクル法第11条第2項第2号ロ）、小問(3)において、環境負荷の程度に応じて委託料を変える考え方が理解されていること、小問(4)では、Xが委託料の支払留保という挙に出た場合には、再商品化義務の不履行となることを指摘し、行政側の措置としては、指導・助言（同法第19条）、勧告（同法第20条第1項）、氏名の公表（同法第2項）があり、その上で、勧告に従わない場合に勧告措置の命令（同法第3項）がなされ、さらに、その命令違反に対して罰金が科されること（同法第46条）を解答していることが求められる。

ただし、これらの論点全てに対してバランスよく的確に論ずることができることまでも求められるものではない。このイメージに該当する答案は出題者の想定よりも少なかった。

「良好」な答案のイメージとしては、上記の主要な論点についておおむね解答ができているものの、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ある程度の割合を占めた。

「一応の水準」の答案のイメージとしては、[設問1]の小問(2)において、容器包装リサイクル法第10条の2が、実際に要した再商品化費用の総額が想定額の総額を下回った場合に、その差額の一部を市町村に拠出する規定となっており、実際に要した費用が想定額に徐々に近付くため、最終的に拠出金がゼロになる仕組みとなっていることは指摘しておらず、また、小問(3)において、国が引取り・リサイクルの措置を実施するための要件として循環型社会形成推進基本法第18条第3項、同法第20条までは書けていないが、それ以外については、「良好」な答案と同程度の記述ができている答案である。

「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。

#### 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。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、重要な裁判例については論旨を含め正確に理解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、重要な論点とその意義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。

加えて、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学習態度、教科書や判例集に必ず記述のある基本判例に関して、主観的な思い込みに左右されずに偏りなく理解しておく学習態度を身に付けることを強く期待したい。

さらに、法政策における基本的な概念、原則や考え方については、その表層を理解するだけでなく、個々の法律の規定との関係で具体的に把握することが望まれる。

1. 出題の趣旨等

既に公表されている出題の趣旨（「令和5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、国際司法裁判所（以下「ICJ」という。）の仮保全措置（暫定措置）の指示要件というICJの手続事項のほか、排他的経済水域（以下「EEZ」という。）及び大陸棚に関する海洋境界面定方式、直線基線と低潮高地の関係、直線基線の内側の水域の法的地位、及び領海における外国軍艦の無害通航権という国際法上の基本的な知識と理解を問うものである。第2問は、条約の解釈や無効などの条約法の基礎的論点のほか、国家責任法における緊急避難、国際組織の法主体性や権限という国際法上の基本的な知識と理解及びその具体的な運用能力を問うものである。いずれも国際法の主要なテーマに関するものであり、全く見当違いの答案は少なかったものの、最低ライン未滿者が複数存在した。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、仮保全措置に関するICJの手続の内容を説明することを求め、ICJが訴訟当事国に対して仮保全措置を指示する要件についての理解を問うものである。具体的には、A国がICJに対して仮保全措置の指示要請を主張するに際し、国際司法裁判所規程（以下「ICJ規程」という。）第41条に規定されている仮保全措置の目的を確認するとともに、ICJ自身の判例を通じて確立した仮保全措置の指示要件、すなわち、一応の（*prima facie*）裁判管轄権の存在、仮保全措置要請国が本案で主張する権利が少なくとももつともらしい（*at least plausible*）ものであること、当該権利とこれを保全するために要請される措置との間に関連性が存在すること、回復不能な侵害を起こすような緊急性の存在、ということが求められており、これらが与えられた事実面に照らしてそれぞれ満たされていることを指摘できているかどうかという点が評価の対象となる。

答案の多くは設問の趣旨を理解して、ICJ規程第41条を援用しながら仮保全措置の目的が最終判決までの訴訟当事国の権利を保全することを指摘し、当該措置を行使するためには一定の要件の充足を証明しなければならないことを的確に論述していた。他方、仮保全措置の指示要件が正確には示されていない答案も散見され、特に訴追か引渡しかの義務に関する問題事件仮保全命令（2009年）で明確に導入された、本案段階で主張される権利のもつともらしさという基準（*plausibility test*）に言及した答案は少なかった。この基準は2009年以降の「近時のICJの判例」では必ず要求されており、既に仮保全措置の指示要件として定着している。したがって、この基準を仮保全措置の指示要件として指摘できていないということは、ICJの仮保全措置に関する国際判例の知識が十分ではなかった結果と評価されても致し方ないと言える。



設問2は、EEZと大陸棚に関する海洋境界画定について、海洋法に関する国際連合条約（以下「国連海洋法条約」という。）の関連規定を出発点としつつ、近時の国際判例が採用している「三段階アプローチ」の内容を正確に指摘し、これに依拠した主張を展開することを求める問いである。国連海洋法条約第7条4項及び第8条3項がそれぞれEEZと大陸棚に関する境界画定についての規則を定めていること、しかしこれら条項は具体的な画定方式が明示されていないこと、したがってその後、この画定方式は関連する国際判例によって徐々に明確となり、現時点では、黒海海洋境界画定事件ICJ判決（2009年）において採用されその後の判例でも定着した「三段階アプローチ」方式が取り上げられなければならない、この方式に依拠して、主張するB国側に有利なかたちで関連する事実をこの方式が定める規則に当てはめることが求められる。その前提として、問題文の内容をよく理解し、関連する海域の地理的状況を正確に把握することも併せて必要である。

これまで海洋境界画定に関する問題が取り上げられてこなかったため今回のような出題は予想外だったのか、残念ながらあまり良い出来ではなかった。陸地の国境画定問題と混同した答案が幾つかあったほか、国連海洋法条約の関連規定に言及しない答案、及び関連する「近時の国際判例」とそれらが依拠している「三段階アプローチ」方式やその内容に全く言及のない答案も予想以上に多かった。また、国連海洋法条約上の島の定義の問題に固執して、暫定等距離線を修正する関連要素としての島の存在を考慮しなかったものもある。

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を目的として、まず関係国間の法律関係を確認し、いかなる条約やその規定が適用されるのかを明確にすることが必要である。そして、それに続く当該条約規定の解釈・適用の検討を説得力ある内容とするためには、さらに関連する国際判例を的確に参照することが求められる。設問1と設問2は、とりわけこうした要請に留意しなければならないことを表している。

設問3は、低潮高地を基点とする直線基線の有効性とその内側にある水域の法的地位について説明を求めるとともに、領海における外国軍艦の無害通航権についての理解を問うものである。すなわち、国連海洋法条約第7条4項が定めるところの、直線基線を引くことができる条件とその例外を確認した上で、有効に設定されていない直線基線の内側の水域は内水ではなく領海であること、そして直線基線が有効であったとしても、国連海洋法条約第8条2項によれば、内水とされても外国船舶の無害通航権は存続することを明らかにし、いずれの場合においても、国連海洋法条約第19条によれば、当該海域において外国軍艦が無害通航権を享有することを示すことが求められる。

この問題では、複雑な事実関係から直線基線の有効性と外国軍艦の無害通航権という二つの論点を的確に整理し、それぞれ国連海洋法条約の関連規定に関する適切な解釈が要求されている。やや難問であったこともあり、総じて出来はあまりよくなかった。前者の論点では、直線基線を有効に引く条件に言及がない答案や、直線基線の内側の水域の法的地位について不正確な記述にとどまる答案などが散見されたが、これらは国連海洋法条約の関連規定を丁寧に確認すれば容易に免れることのできるものである。また、国連海洋法条約第19条の第1項と第2項の関係に関する解釈を通じた外国軍艦の無害通航権の扱いは重要な主題であるが、同条の規定に関する解釈問題や船種別規制説と態様別規制説の対立に触れている答案はごく僅かであった。

このような問題に対して適切に解答するためには、問題文に記された事実関係から設問で問われた法的論点を適切に抽出するトレーニングを積み重ねることは当然だが、問題に関連する条約の条文内容を正確に把握するとともに、当該条文の解釈に係る基本的事項についても十分に理解を深めておくことが必要である。

## (2) 第2問

設問1は条約の解釈に関する基本的問題である。A国ほか登場する関係国は全て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を確認した上で、条約法条

約の特に第31条、第32条を参照しつつ、「産業」概念の解釈を問題にすることになる。本問では、P協定が20世紀初頭という古い時期に締結されたことなどの特徴から発展的解釈が問題になり得、その際に最も参考になるのは、本設問と類似する通航権事件（コスタリカ対ニカラグア）ICJ判決（2009年）である。設問では、観光業、生物資源関連事業及び軍事兵器・物資の輸送という三つの活動の性質を考慮しつつ、同判決で示された法理を参照して論ずることが期待される。

発展的解釈は比較的新しい論点であることもあってか、多くの答案はむしろ一般的な文言解釈として解答していた。もちろん、条約解釈は文言を対象とする知的作用であって、「文言」自体を問題にすべきことは間違いなく、その範囲での答案でも一定の点数は配分される。その上で、時の経過という事例に特徴的な内容をどれだけ組み込んで論じられるかがより良い解釈にとって重要になる。通航権事件は、現在、受験者が入手しやすい教科書や判例集でもほぼ言及がある。また、事例への当てはめについては結論が分かれ得るし、分かれ得る場合は、理由付けがきちんとなされているかが重要になる。

設問2は、国際組織に関する基本的な問題である。E国が国際組織Qの非当事国であるために、QがE国に対しても法人格を主張できるか、そして法人格が認められるとしても、損害賠償を請求する権利を有するかが問題になる。一般的に言えば、国際組織の法主体性と権限が問題になっているが、このことを本事例に即して論ずることが求められる。その際、最も参照に値するのが著名な国連損害賠償事件（ICJ勧告的意見（1949年））であり、国際連合に関してなされた議論を本件でも展開し得るかが問題になる。国際組織の法主体性については、派生的法人格説を通説としつつ学説が分かれているが、ポイントとなるのは事例に即した記述であり、設立条約に規定されるQの目的や、既にあるQの実行に照らしつつ論ずることが求められる。

答案の中には、E国がQの非加盟国であることを確認し忘れていたものが多かった。本問は、例えば「国際組織の法主体性を論じよ」といったタイプのいわゆる一行問題ではなく、単に知っていることを書くように求めているわけではないこのことは、Eが加盟国であったら全く違う答案構成になることから明らかだと思われる。また、法主体となることと損害賠償を請求し得ることを十分に区別せずに解答しているものも散見された。それぞれ独立に論ずるの必要があり、法主体性を有することは損害賠償請求権の前提だが、法主体であれば当然に損害賠償を請求できるわけでない。出題に際して、国際組織に関する出題はこれまで比較的少ないため準備が十分でない受験者が一定程度いるだろうと思われた。しかし、損害賠償事件は国際法の授業を受講しているなら必ず知っている内容であり、国際組織法の最も基本的な事件と言ってよく、言及の程度には差があったものの、多くの答案が触れていた。この他、一定数あった答案は、特にQの国際組織の論点を書かずにE国の国家責任を詳しく論じたものである。もちろん、記述して間違いになる内容ではないが、問題の趣旨からすると焦点に当たるものではない。

設問3は、条約法及び国際責任法の基本的な問題である。C国が同国の国内法を理由にR協定の不遵守を正当化しようとしているが、条約法条約第27条が定めるように、条約不履行の正当化根拠として自国の国内法を援用することができないことは基本中の基本である。この点を確認した上で、C国が主張するR協定の無効について、条約法条約第46条から論ずることになるが、本件が同条における例外となるかが問題になる。また、国際義務違反がある場合、一般には、法的帰結として例えば損害賠償を支払う義務が生じ得るが、本件では、違法性を阻却する事由としてC国が緊急避難を主張しており、これを検討することが求められる。国家の国際責任を論ずる際に最も参照に値するのは国家責任条文であり、本問の設定に最も近い事例であるガブチコボ・ナジマロシュ計画事件（ハンガリー／スロヴァキア）ICJ判決（1997年）は後に国家責任条文となる1980年第一読草案に言及しつつ緊急避難の法理を綿密に展開している。本問でも、その枠組みに則りつつ、具体的な事実を当てはめて論ずることが求められる。

条約法条約第27条については過去にも頻出しており、一定程度できていたがそれはむしろ当

然と言うべきだろう。答案の中では、緊急避難の内容を条約法条約の条文を用いて論じているなどの混乱しているものもあった。緊急避難は国際責任法上の論点であり、規範が有効に成立しているかに関する議論と成立していることを前提にその違反に責任が生ずるかの議論とは、もちろん関係はあるが、明確に区別される内容である。もっとも、全体としては、それほど易しい内容ではないと思われたが、比較的頻出の問題でもあることもあってか、良くできていた。緊急避難の要件とその適用も、もちろん筋道を立てて考えれば自然と思い出せる要件ではあるが、相対的によく書けていた。それとは別に、慣習国際法となっている点の指摘が不十分であるのは気になった。国家を拘束するのは条約や慣習国際法だが、上述のように国家責任条文は条約ではないし、またICJによるガブチコボ・ナジマロシュ計画事件は、緊急避難をどのような要件の下に認めるかを形作るものであっても、この判決自体が妥当する根拠にはならない。基本的ないし初歩的なことであるが、事例問題を解く際の心構えとして、念頭に置いておきたい。

### (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2～3割がこれに該当した。「一応の水準」の答案は、全ての設問に一通り答えてはいるが、論述の内容が不正確であったり、論拠を示さずに結論だけを記述したりするもので、全体の約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・裁判例等に関する理解を深めることが重要である。また、受験者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] の [小問1] について

[設問1] の [小問1] は、A社とB社の間に債権①及び債権②の二つの対立する金銭債権があり、債権①についてA社が日本の裁判所に訴えを提起し、被告B社が債権②を自働債権として相殺しようとしたところ、債権②の発生原因である売買契約②について、外国裁判所を専属的管轄裁判所とする旨の条項（以下「本件条項」という。）が存在する場合に、B社は日本の裁判所において相殺の抗弁を主張することができるかを問うものであった。

本問では、まず、自働債権の発生原因である契約から生じる紛争について外国裁判所の専属的管轄合意が存在する場合に、日本の裁判所において相殺の抗弁を主張する上で、自働債権である債権②について、本案裁判所に国際裁判管轄権が認められる必要があるのかという問題を発見し、自説の論拠について説明することが求められていたが、この問題を適切に発見することができている答案是、かなり少なかった。その中でも、国際裁判管轄権の存否は、訴訟物との関係においてのみ問題となることや、相殺は防御方法にすぎず訴えと同一の制限をする必然性はなく、専属的管轄合意の趣旨に著しく反するものでもないこと等を根拠に、A社の主張は認められないと論じている答案や、相殺の抗弁に関する本案判決は、請求債権のみならず反対債権に関する判断についても既判力を生じることから、債権②も、効力を生じている専属的管轄合意の適用範囲に含まれ、A社の主張は認められることを論じられている答案是、「良好」又は「優秀」と評価された。

その一方で、本問の題意を把握することができずに、民事訴訟法（以下「民訴法」という。）の国際裁判管轄規定に直接当てはめたり、民訴法の条文を準用又は類推適用したりして結論を

導こうとする答案も相当数見受けられたが、その場合でも、例えば、民訴法第3条の6の規定の客観的併合の趣旨や、相殺と反訴が類似するとして、同法第146条第3項の規定の趣旨を類推し、他方当事者の不利益と一括解決の便宜とを的確に比較較量している答案は、相応に高く評価された。また、民訴法の当てはめによらずに、直接専属的管轄合意の効力の範囲について論じている答案も少なからずあったが、本問の題意を把握できているとはいえない。なお、問題文中に記載されているにもかかわらず、本件条項に係る合意が民訴法第3条の7の規定の要件を満たしているかそのものを詳細に論じる答案も散見されたが、出題において前提とされていることを論じるのは無意味である。

イ 「設問1」の「小問2」について

「設問1」の「小問2」は、相殺の準拋法についての基本的理解を問うものであったが、多くの答案は、問題の趣旨をよく理解し、本問を相殺の問題と性質決定し、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）に相殺の準拋法について直接定めた規定が存在しないことを指摘した上で、自働債権準拋法と受働債権準拋法の累積的適用説、受働債権準拋法説等のいずれの立場を支持するにせよ、その根拠について丁寧に論じ、準拋法を適切に導いていた。これらの答案は、「良好」又は「優秀」なものと評価された。

しかし、受働債権準拋法説の論拠を用いながら、結論として、自働債権準拋法説を主張する答案や、何ら理由を付さずに自働債権準拋法説によるとする答案、受働債権準拋法説に立ちながら、本問の事実関係の把握を誤り、債権①の準拋法である日本法ではなく、債権②の準拋法である甲国法を適用する答案が散見された。また、題意を把握せず、相殺ではなく、法律行為の効力の問題と性質決定した上で、債権②の発生原因である契約の効力の準拋法として甲国法を適用する答案や、債権①の発生原因である契約の効力の準拋法として日本法を適用する答案も見られた。そのような答案は、「一応の水準」にも達していない。

そのほかに、債権①及び債権②の準拋法についてはいずれも問題文中に記載されているにもかかわらず、債権①や債権②の準拋法について本問では準拋法選択がないものとして、通則法第8条第1項及び第2項について論じている答案があった。問題文をよく読んでほしい。

ウ 「設問2」の「小問1」について

「設問2」の「小問1」は、債務者との関係における債権譲渡の効力の準拋法についての理解を問うものであった。本問で、債権譲受人であるC社からの債務者であるB社に対する訴訟において、債権譲渡人であるA社に対する債権①の弁済を理由とするB社の抗弁が認められるかについては、相当数の答案が、債権の譲渡の債務者に対する効力の問題と性質決定した上で、その場合、通則法第23条の規定によることとなり、同条の「譲渡に係る債権について適用すべき法」は、債権①の発生原因となっているA社とB社との間の売買契約①の準拋法たる日本法になることを適切に論じていた。

その一方で、債権譲渡の債務者に対する効力の問題であるとはせずに、債権①の弁済の有効性の問題であるとして、通則法第7条の規定に従い、債権①の発生原因となっている売買契約①の準拋法である日本法によるとするものが散見されたほか、弁済の有効性の問題については、通則法に規定が存在しないため、条理によるとした上で、弁済は債権の運命に関する問題であるから債権①の準拋法によるとする答案も見られた。

なお、問題文において弁済時期は示されていないところ、債権譲渡前の弁済である場合には、既に存在しなかった債権の譲渡として、その債務者に対する効力以前に、債権譲渡の有効性自体の準拋法が問題となり得、この場合、例えば、債権の譲渡可能性の問題と性質決定した上で、債務者との関係を考慮して、債権①の準拋法である日本法を適用すべきという説明もあり得ると考えられるが、この点を自覚的に意識して、債権譲渡と弁済の先後関係により場合分けをして検討を加えている答案は見当たらなかった。

エ 「設問2」の「小問2」について

〔設問2〕の〔小問2〕は、同一の債権①をめぐる債権譲渡の譲受人及び債権譲渡担保権者が存在する場合に、その対抗関係の準拠法についての理解と応用力を問うものであった。通則法には、債権の譲渡の第三者に対する効力の準拠法についての明文規定はあるが、債権譲渡担保の第三者に対する効力の準拠法についての直接の明文規定は存在しないことを踏まえ、債権譲渡の譲受人であるC社と債権譲渡担保権者であるD社のいずれが債権①を取得したかについて、いずれの国の法によって判断されるのかを検討し、その根拠について説明することが求められていたところ、相当数の答えは、本問が債権譲渡の譲受人と債権譲渡担保権者が競合する場合についての出題であることを良く理解していた。これらの答えの中には、(ア)本問におけるA社からC社への債権譲渡のB社に対する効力について、債権の譲渡の第三者に対する効力の問題と性質決定し、通則法第23条の規定により準拠法が指定されるとした上で、A社からD社への債権譲渡担保のB社に対する効力については、(a)債権質の第三者に対する効力の準拠法に関する従来の多数説・判例の立場を参考に、物権の問題と性質決定するものの、有体物を目的としない債権譲渡担保には目的物の所在地を観念できないことから、通則法第13条の規定によることはできず、また、債権譲渡担保は客体たる権利の運命に直接影響を与えるものであるとして、債権譲渡担保の客体たる債権の準拠法によるべきであるとするものや、(b)債権譲渡担保を一種の債権譲渡であるとし、その第三者に対する効力については、通則法第23条の規定を適用又は準用するもののほか、(イ)同一の債権をめぐる優先権を争う可能性のある債権譲渡の譲受人、債権譲渡担保権者などの権利の第三者に対する効力については、同一の準拠法によるべきであるとして、明文規定のある通則法第23条と同様、譲渡対象債権の準拠法によるべきであるとするもの等があったが、いずれの立場に拠っていても説得的な論述を展開している答えは、「良好」又は「優秀」なものと評価された。

その一方で、債権譲渡と債権譲渡担保の相違を踏まえた性質決定を意識せずに、C社とD社との間の優先関係の問題について、単に二重譲渡による債権譲渡の競合の問題と捉え、何ら理由を示すことなく、通則法23条の債権譲渡の第三者に対する効力の問題と性質決定する答案も少なからずみられた。また、別の答案として、D社がA社から設定を受けた債権譲渡担保のB社に対する効力の準拠法についてのみ検討し、A社からC社への債権譲渡のB社に対する効力の準拠法についての検討を怠っている答案も散見された。

具体的な当てはめにおいても、出題の趣旨を良く理解している(ア)の答案では、A社からC社への債権譲渡の第三者に対する効力について、通則法第23条所定の「譲渡に係る債権について適用すべき法」は、債権①の発生原因となっているA社とB社との間の売買契約①の準拠法であり、本問では、それが日本法であること、本問の事実関係を日本法に当てはめれば、民法第467条第2項の確定日付のある証書による、債務者B社への通知がされているため、C社は日本法の債権譲渡の第三者対抗要件を具備していることを指摘できていた。また、D社がA社から設定を受けた債権譲渡担保の第三者に対する効力についても、(a)の答案の多くの場合や(b)の答案では、債権譲渡担保の客体たる債権又は譲渡対象債権の準拠法は、債権①の発生原因である売買契約①の準拠法たる日本法であること、本問の事実関係を日本法に当てはめを行えば、A社はB社に対し、債権譲渡担保の設定について何ら通知をしていないため、日本法上、D社は債権譲渡担保の設定の第三者対抗要件を具備していないことを指摘できていた。(イ)の答案も以上の論述の過程について同様であり、これらの答案は、最終的な結論として、C社が債権①を取得したことを導き出せていた。

もっとも、一部の答案では、準拠法の検討はできているにもかかわらず、当てはめの検討が不十分であるものがみられたほか、(ア)の(a)の答案の中には、D社がA社から設定を受けた債権譲渡担保の第三者に対する効力については、これを物権の問題と性質決定するものの、通則法第13条の規定によることはできず、条理によるとした上で、債権譲渡担保権設定契約の準拠法である甲国法によるとしたために、C社とD社のいずれが債権①を取得するのか、最終的

な当てはめに苦勞しているものが散見され、中には、譲渡対象債権の準拠法である日本法と債権譲渡担保権設定契約の準拠法である甲国法を累積的に適用しようとする答案もあった。

(2) 〔第2問〕について

ア 〔設問1〕の〔小問1〕について

認知の成立は通則法第29条の規定により規律されるので、その方式については通則法第34条の規定により準拠法が決定されること、同条によると、認知の実質的成立要件の準拠法(第1項)と行為地法(第2項)が選択的適用され、いずれかの法の方式を満たす場合には、認知は方式上有効となることを示さなければならない。その上で、本件認知は甲国で行われているので、行為地法は甲国法であり、甲国法②の方式を満たしているため、方式上有効であるとの結論を述べることが求められている。多くの答案は以上のように適切に論じていた。

もっとも、認知の実質的成立要件の準拠法を検討して甲国法が準拠法となることから、同条第1項の準拠法として甲国法を適用して上記の結論を導いている答案も一定数見られた。そのこと自体は誤りではないが、選択的連結ということを理解していれば、小問1では、甲国法は端的に行為地法として適用して方式上有効であるとし、実質的成立要件の準拠法の検討は小問2で行う方が、設問1全体の論述としてすっきりしたものになる。

甲国法につき、甲国法①の実質的成立要件についても検討している答案が一部にあったが、通則法第34条による送致範囲が法律行為の方式のみであることの基本的理解を欠くものである。また、日本法で方式上有効としている答案も一定数見られたが、戸籍法第41条第1項の届出はいわゆる報告的届出であって、外国で成立した認知を報告するものにすぎないから、創設的届出としての認知の方式とは関わりがない。

イ 〔設問1〕の〔小問2〕について

認知の実質的成立要件については、通則法第29条による(なお、ごく一部、通則法第32条を適用している答案があったが、「一応の水準」にも達していない。)。通則法第29条第1項前段及び第2項前段によると、本問では日本法(Xの本国法)と甲国法(Yの本国法)が選択的適用されることになる。認知の成立について日本法と甲国法が選択的適用されるということはいずれかの法の実質的成立要件を満たせば認知が有効に成立するということであるから、逆に、Xによる認知が無効となるためには、日本法でも甲国法でも認知が無効とされる必要がある。

準拠法の当てはめにおいては、日本法においても甲国法においても、本件のような血縁関係がないにもかかわらずなされた認知は無効となり得(民法第786条及び甲国法③)、日本法では認知は無効となる。これに対し、認知から提訴まで7年以上経過しているために、甲国法③の定める出訴期間制限にかかり、甲国法では認知の無効は認められない(ちなみに、甲国法③の、認知者による認知無効の訴えの7年の出訴期間制限は、「民法等の一部を改正する法律」〔令和4年法律第102号〕による改正後の民法第786条第1項〔令和6年4月1日施行予定。〕と同様である。)。以上から、認知の無効は認められないという結論になる。なお、日本法について、Xは無効を主張できないとする答案も一定数見られたが、認知者も民法第786条の利害関係人に当たり、自らした認知の無効を主張することができるというのが判例である〔最判平成26年1月14日民集68巻1号1頁〕。ただ、本問については、日本法の当てはめが間違っていたとしても、甲国法で認知無効が認められないため、いずれにしても認知無効は認められないという結論は変わらない。問題前半の、訴訟上、Yの血縁上の父がBであることが不明のままであるときの処理は、以上のような結論になるが、これは身分行為の成立の準拠法について選択的連結がされている場合に、無効が認められるためにはどのように準拠法が適用されるかについての基本的な理解を問うものであり、一定数の答案は正しく解答できていたが、上記のような法適用について理解が曖昧な答案も見られた。

これに対して、問題後半の題意は、提出された証拠によりYの血縁上の父がBであることが

証明されたときには、YとBの親子関係が成立しているのではないかが問題となるので、その点を検討した結論を踏まえて、XによるYの認知無効の請求が認められないという上記の結論を再検討することを求めるもので、やや応用的なものであった。

B Y間の親子関係の成立は、通則法第29条第1項により、子の出生当時のBの本国法である乙国法が準拠法となる。乙国法④はいわゆる事実主義を採用しており、YとBの間の血縁関係が証明されたときには、B Y間の非嫡出親子関係が成立している。そうすると、もしXによる認知の無効が認められないままであれば、Yについて、X Y間の親子関係と、B Y間の親子関係のいずれもが成立していることになり、このような事態をそのままにしてよいか問題となる。このような事態は、単位法律関係ごとに準拠法を選択して、それを適用して得られた結論を持ち寄り事案全体の処理を行うという国際私法の基本的構造から生じたものであるとの理解を示した上で、具体的にどのような処理をするべきかについて、自己の見解を説得的に論じることが求められていた。このような題意に沿って検討していた答えは残念ながら少数であったが、そのような答えは、例えば、B Y間の親子関係が成立している以上X Y間の親子関係は問題となり得ないとするもの、Xによる認知無効を認めないことは国際私法上の公序に反するとするもの、あるいは、Bは日本と無関係で事案の内国関連性が十分でなく公序違反とならず認知無効を認めない結論を維持してよいとするもの、B Y間とX Y間のうち真実の血縁関係に沿っているB Y間を優先させてXの認知無効を認めるべきとするものなど、論述は様々であったものの、総じて良く考えられており「良好」又は「優秀」との高い評価が与えられた。

本問の趣旨は上記のように、X Y間に血縁関係がないことは確定しているが、Yの実父が誰であるかが判明していない場合と判明している場合とで、Xの認知無効の成否が異なるかを論じさせるものであった。ところが、問題前半の、「訴訟上、Yの血縁上の父がBであることが不明のままであるとき」を、X Y間に血縁関係がないことまでも不明であってXがYの実父であるかもしれないときと読んでいた答えが少なからずあった。XがYの実父でないことは問題文中に記載されているのであるから、そのような読み方は読解として誤りであるといわざるを得ないが、無視できない数であったために、やむを得ず、そのような答案も、その読解を前提にして正しく法適用がされている場合には最低限の一定の評価をした。すなわち、この読み方によった場合、問題前半では、日本法でも甲国法でも認知無効は認められず、結論として認知無効は認められないことになろう。問題後半では、日本法でも甲国法でも認知無効が認められそうであるが、しかし、上述のように、甲国法③の出訴期間制限を徒過しているため甲国法では認知無効が認められず、結論としてやはり認知無効は認められず、上述した問題文の正しい理解に基づく場合の結論に帰着して、B Y間の親子関係の成否を検討し、Xの認知無効が認められないという結論がそのままよいか検討するという問題後半の題意に沿った検討を行うことになろう。

なお、関連して、民法第786条の認知について反対の事実があることという認知無効の要件（この点につき甲国法③も同内容）は、本問でいえば、X Y間に血縁関係がないことを意味するに過ぎないのに、B Y間に血縁関係があることまでも要するとの誤った理解を示す答案も一定数あった。さらには、上記要件を、B Y間の親子関係が法律上成立していることを意味すると解釈した上で、B Y間の非嫡出親子関係の成立をここで検討している答案もあった。いずれも、準拠法として適用される民法についてのごく基本的な理解を欠くものである。

また、X Y間の親子関係の成立について判断する際にはXを父として通則法第29条を適用し、B Y間の親子関係の成立について判断する際にはBを父として同条を適用することが理解できていない答案が一部に見られたが、そのような答案は、同条の基本的な理解を欠くものである。妻が離婚した後に再婚し、その後に子を出産した場合の嫡出推定の重複の場合における通則法第28条の適用についても同様であるので、併せて確認されたい。

ウ 「設問2」について



〔設問2〕は、外国裁判所において、離婚判決の附帯処分としてなされた財産分与を命じる裁判の承認執行の要件としての、民訴法第118条第1号のいわゆる間接管轄の判断について問うものであった。にもかかわらず、ごく少数ながら、第1号以外の要件までも論じていた答案があったが、問題文はきちんと読んで、問われていることについて過不足なく解答すべきである。

まず、間接管轄の有無は承認国である日本の立場から判断されることを示した上で、間接管轄の判断基準について、直接管轄の基準と同一でなければならないとの同一説（いわゆる鏡像理論）と、必ずしも直接管轄の基準と同一でなくてもよいとの非同一説の対立を踏まえて、いずれを採用するかについて自己の見解を理由付けして示さなければならない。人事・家事事件に関するものではないが、間接管轄の判断基準については最判平成26年4月24日民集68巻4号329頁が判示しているところ、それを出発点に論じる見解が比較的少なかったのはやや意外であった。ここまでの、間接管轄の判断枠組みの一般論については、比較的良く論じられている答案が多かった。

これに対して、一般論を具体的に適用して結論を示す部分については、十分論述できている答案は少なかった。同一説による場合のほか、非同一説によるとしても、まずは、日本の直接管轄の基準に準拠して間接管轄の有無を判断するので、離婚の訴えの際の附帯処分としての財産分与について、人事訴訟法（以下「人訴法」という。）第3条の4第2項に基づき検討をしなければならない。ここで、人訴法第3条の3を挙げる答案があった。さらには、民訴法の規定に基づき検討している答案も若干見られたが、基本的理解を欠くものである。また、正しく人訴法第3条の4第2項に基づき検討している答案も、同項の規定が、離婚の訴えとともにされる財産分与に関する処分については、離婚について管轄がある裁判所に当然に管轄を認めるのではなく、家事事件手続法第3条の12に照らして財産分与に関する処分の審判事件の管轄原因があるときに限り、管轄権を認めるという規定内容が理解できておらず、離婚について判決国に管轄権があるかを人訴法第3条の2に照らして検討することに終始している答案がかなりあった。

なお、人訴法及び家事事件手続法の規定に照らして判断する際に、日本を判決国に読み替えて（あるいは同じことであるが、それらの規定内容を一般化したルールにした上で）審査することができていない答案が少数ながらあり、間接管轄についての基本的理解を欠くものである。また、甲国法⑥（その規定内容は、上記のように人訴法第3条の4第2項とは異なる。）に照らして判断していた答案が少数ながらあったが、間接管轄の有無は承認国である日本の立場から判断されるという一般論の理解が十分でないことを露呈したものである。

#### 4 今後の出題について

引き続き、狭義の国際私法、国際民事手続法及び国際取引法の各分野の基本的事項を組み合わせた事例問題が出題されることになると思われる。国際関係法（私法系）としてはいずれの分野も等しく重要であり、理解が手薄な箇所がないようにしなければならない。

#### 5 受験者と今後の法科大学院教育に求めるもの

- (1) 国際関係法（私法系）の分野においては、立法が進み、準拠法に関する通則法の規定のほか、民訴法、人訴法及び家事事件手続法における国際裁判管轄規定など、規定の整備がほぼ一通りなされた。したがって、実定法の条文が問題の処理の出発点となることが通常であり、法科大学院教育においては、学生に対し、条文の重要性を十分に意識させて、その内容を理解させ、事案に適切な条文を適用して結論を示すということが強調されるべきであるが、これは他の分野と同様である。
- (2) 準拠法の決定を行う際には、その前提として、どの準拠法選択規則（例えば通則法のどの条文）

が適用されるかを判断する必要がある、そのために性質決定を行うことを要する。いきなり条文の引用を行っている答案が少なからず見られる。また、答案の中には、「〇〇については通則法に明文の規定がないので条理により」のように、規定がないと安易に論じるものも散見されたが、準拠法選択規則の明文の規定がない場合は、第1問の設問1の小問2に表れた相殺などのように、相当に限られており、十分な検討が求められる。

- (3) 事例問題に対する答案は、当該問題の解決に必要な部分の記述を厚くすべきであるのは、他の分野と同様である。

例えば、国際裁判管轄が問われている問いで、出題内容に関わりなく、手続の問題なので法廷地である日本の手続法に従って判断する、あるいは、準拠法についての問いで、法廷地である日本の国際私法に従って判断する、という記述から始まる答案が一部に見られるが、題意と無関係の論述は不要であり、端的に、問題となっている具体的な規定の適用を丁寧に行うことが求められる。関連して、「手続は法廷地法による」や「場所は行為を支配する」などの法諺を引きながら論じている答案も見られたが、そもそもそれらの法諺の意味を正確に理解していないものが多く、また正しく理解していても、事例問題の解答においてそのような法諺を引用することに意味がある場合は稀であろう。

また、条文の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いちいち説明している答案が相当数見られたが、明確な内容の規定を事案に単純に当てはめて処理ができる場合にまで規定の趣旨を説明する必要はないのは、他の分野の場合の事例問題に対する解答と同様である。他方で、規定の解釈が分かれている場合や、判例法理の適用が及ぶか議論がある場合には、規定や判例法理の趣旨に立ち返って検討することが必要となる場合が多く、法科大学院教育において、規定や判例を、内容だけ表面的に教えるのではなく、その趣旨を踏まえて射程などについて考えさせることが重要である。