

令和6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) 職業の自由に対する規制と、営利的表現に対する規制という基本論点に関する出題であり、問題も規制ごとに論ずべき事柄を丁寧に示しているため、完全に論点を外して加点事由がほとんどないという答えは僅かであった。しかし、基本論点だからこそ、事案の個性を十分に考慮せずに型にはまった解答をする答案が多かったため、全体としての出来は必ずしもよくなかった。とりわけ、規制①について、狭義の職業選択の自由に対する規制なのか、職業遂行の自由に対する規制なのかを十分に意識していない答案が多かったのは残念である。また、本問においては、許可制（免許制）それ自体の憲法適合性ではなく、許可要件ごとの憲法適合性の検討が求められている。これらの論点に関してしっかりとした記述をした答案のほとんどは、全体的に高得点となる内容のものであった。
- (2) 規制①については、規制の対象となる人権の種類に基づいて審査基準を定立する際に、この規制がどのような性質をもち、どれくらい権利に重大な制限を課すのかを見極めるところに大きな比重をかけて解き明かすことが必要不可欠であった。
- (3) 他方で、違憲審査基準の定立のための検討につき、目的の合理性、手段の相当性など基準定立後の当てはめの議論と見間違えると言わざるを得ないような、個別具体的な当てはめをして基準を導いているものが散見された。結果として、当てはめの部分は、同じ内容の書き直しか、「前記のとおり」で極めて簡易に終わってしまうものとなっており、評価が伸びないものとなった。こうした答案は、侵害される権利の一般的な性質・重要性や規制の類型といった規範定立のために検討すべき事項と、個別具体の事情として検討すべき要素を混同し、両者の区別ができていないと言わざるを得ない。
- (4) 例年も同様の問題があるが、当てはめにおいて、単に問題文に記載された事実を列挙し、直ちに「重要である」とか、「合理的である」という結論を示しているものが多い。当てはめでは、当該規範の考慮要素に係る事項を摘示した上で、それをどう評価したかを示すことが高評価に結びつく。逆にそうした評価がなく結論のみ述べているものは、そうした評価過程が不明であり、得点に結びつかない。
- (5) 「参考とすべき判例」に言及すべきことが問題文に明記されているにもかかわらず、判例又はその趣旨に関する言及のない答案は、参照の必要性を認識できなかったと解さざるを得ず、結果として、低い評価を与えざるを得なかった。薬事法事件判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）について言及している答案も、その判旨を正確に理解し、本問との関係・異同に着目しながら論じようとしていた答案はほとんどなく、判旨の各所に現れたキーワードをつまみ食いし、順序を独自に入れ替えて切り貼りしただけのものとなっているものが大半であり、その結果、全体の論旨が不明瞭になっていたり、判例の理解が十分に示されているとは評価できないものとなっていたりするものが多かった。

2 狭義の職業選択の自由・職業遂行の自由について

- (1) 規制①については、前述のとおり、そもそもこの規制が狭義の職業選択の自由の問題なのか、それとも職業遂行の自由の問題なのかを全く検討していない答案が少なからず見られたが、そうした答案は、事案の分析・検討を欠いた答案として低く評価せざるを得ない。他方で、犬猫をペットとして飼養している人の割合等に照らしてこの検討が丁寧になされている答案の評価は高くなった。いずれの立場を採るにせよ、薬事法事件判決に基づけば、規制①による権利制限の程度が、その職業の遂行を不可能にし、実質的に狭義の職業選択の自由を制限するほどの重大な制限となっていないか見極める必要がある。その際、犬猫以外のペットは規制①の対象外であり、それらのシェアが50パーセント近くまで拡大している点を、この解釈の手掛かりの一つにしている答案が一定数見

られ、この点は評価できる。

- (2) 判例によって憲法第22条第1項の保障内容に狭義の職業選択の自由と職業遂行の自由とが含まれるとされていることは、多くの答案が適切に論述していた。しかし、狭義の職業選択の自由と職業遂行の自由とでは合憲性の推定の程度が異なることについて、適切な言及がなされている答案は少なく、それを具体的な違憲審査のレベルに反映できている答案となるとその数は更に減少する。具体的な審査の段階で適切に区別ができなければ、憲法第22条第1項の保障範囲に2種類の自由が含まれると論じることの意義は大きく損なわれる。
- (3) 新規参入業者と既存業者を区別して論じる答案も一定数あった。両者を区別することは、理論上は可能だが、具体的な検討内容に有意な差がない場合や、両者で合憲・違憲の結論を分けている際の理由付けに十分な説得力がない場合、答案作成者が想定する独立の「職業」の定義の観点からすると、両者を区別すること自体が不自然な立論になっている場合、そうした答案は高く評価することはできなかった。
- (4) なお、過去の採点実感でも累次にわたり指摘されてきたところであるが、問題となる権利を細分化して設定するもの、すなわち「犬猫を販売する自由」や「イラスト・写真・動画等を用いて宣伝する自由」などと、当事者の具体的な行為ないしそれを類型化したものをそのまま権利内容として設定する答案が、なお相当数に上っている。だが、問題の所在を的確に把握した論述のためには、憲法第22条第1項が保障する狭義の職業選択の自由や職業遂行の自由に犬猫の販売行為が含まれるかどうか、憲法第21条第1項が保障する営利的表現の自由にイラスト・写真・動画等を用いた宣伝行為が含まれるかどうか、という形で、当事者の行為・状態が、憲法の規範内容として導出される権利・自由の内容に包摂される否か、という観点から論述することが必要であろう。

3 狭義の職業選択の自由・職業遂行の自由に対する規制の合憲性について

- (1) 判例への言及に関し、薬事法事件判決について言及している答案も、その大半は、いわゆる規制目的二分論の文脈で同判決に触れるのみであり、同判決が判断枠組みの構築に際し、その二分論（消極目的規制）に触れる前提として、下記のように出発点において立法裁量論や目的審査（公共の福祉に合致）、手段審査（必要性・合理性）の一般論に言及していたことや、許可制という規制の態様に言及していたことについて全く言及がない答案が多数に上っており、そうした答案は、重要基本判例についての知識・理解に難があるものとして評価できなかった。同判決は、職業への規制に際して必要となる衡量判断が「第一次的には立法府の権限と責務」であり「規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及びその必要性和合理性」については立法裁量に委ねられるとしつつ、「許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要」する、としている。もとより判例とは異なる見解を採用すること自体は差し支えないが、その場合でも、判例法理に明示的に言及し、その問題点を指摘した上で立論を構築することが求められる。
- (2) 積極目的・消極目的いずれでもないことが問題文中で示唆されているにもかかわらず、無理に積極目的若しくは消極目的の規制であると解した上で、論述を展開する答案が相当数見られた。自分の知っている、若しくは書きやすい形に無理に落とし込むようなことはせず、素直に問題文から読み取れる規制の趣旨を踏まえて、違憲審査基準を定立すべきであった。
- (3) 規制①に含まれる3つの要件には、主観的制限と分類し得るものと客観的制限と分類し得るものの双方が含まれる。客観的制限であることを理由として違憲審査の密度を上げる必要があることについては、少なくない答案が言及できていた。しかし、それにもかかわらず、具体的な審査の段階において、主観的制限とみるべき要件と客観的制限とみるべき要件とを区別して論じた答案は極めて少なかった。「客観的制限については審査密度を上げるべき」ことを知っていたとしても、それを

具体的な審査段階で適切に実践できていない答案には、それほど高い評価を与えることはできない。逆に、要件を主観的制限と客観的制限とに適切に区別し、それぞれについて丁寧に論述が行われていた答案は、高く評価した。

- (4) 問題文において、本件法案は動物の愛護及び管理に関する法律の特別法であるとして、その目的を共有する旨明示されているにもかかわらず、各規制の違憲審査の目的及び手段審査において、この点を看過したと考えられる答案があった。また、各規制がどのような目的によるものか具体的な検討を欠いたまま、表面的に手段審査を行って憲法適合性を結論付ける答案も見られた。例えば、手段審査に関して、本件法案骨子の第2の1の要件の規制目的は、法案の目的に照らし「適切な飼養の確保」にあると読み解くことが求められているところ、当該規制目的が需給均衡ないし供給制限にあるとして、第2の1の要件は目的との実質的関連性がないと結論付ける答案もあった。
- (5) 本問で表れた具体的な事情を適切に評価しているものは多くなかった。例えば、規制対象が犬猫に限られ、それ以外の動物を販売することに規制がかかっていないことや犬猫の市場占有率について触れられていない答案が相当数見られたことは残念である。この点について、同じ動物とはいっても管理の仕方や必要な施設が異なることを指摘して、説得的な論述を展開している答案は高く評価できた。

4 営利広告の自由について

- (1) 職業の自由の問題としてのみ憲法適合性を検討し、営利的表現の自由が問題となり得ることについて全く触れられていない答案も散見された。
- (2) 営利的表現を表現の自由として保護すべき理由として、消費者の知る権利に資することなどを適切に指摘できていない答案が一定数あった。
- (3) 営利的表現の自由については、自己統治の価値が不在であること、純粋な表現の自由ほど高い審査密度を要しないことへの言及はよくできていた。他方で、営利的表現の制約の可否は、誇大広告や虚偽広告だけではなく真実の表現についても問題になることを理解している答案は極めて少なかった。

5 営利広告に対する規制の合憲性について

- (1) 規制②に関しては、営利的表現の自由について、その特性等の基本的な事項が丁寧に説明され、それを踏まえて規制②の合憲性の判断基準が設定されていた答案は、営利的表現の自由に関する理解が伝わり、相対的に良い評価が付いたように思う。他方、規制②が内容規制か内容中立規制かという点について厚く論じている答案が相当数あったが、営利広告に関する規制にはそもそも内容規制が含まれており、内容規制・内容中立規制の二分論で審査密度が決まるものではないという理解に欠けているものと思われ、残念であった。
- (2) 規制②を「事前規制」とする答案が相当数あったが、およそ法における一般的な行為強制・禁止規定などの全てが事前規制に当てはまるかのような書きぶりのものは評価できなかった。事前規制の典型は、許可留保が付された制度のように、私人の個々の行為の許否を当局の審査に係らしめる（その前提として審査のための種々の提出義務を行為前に課す）場面であろう。
- (3) 営利的表現の自由の審査密度について、先例となり得るあん摩師等法による灸の適応症広告事件判決（最大判昭和36年2月15日刑集15巻2号347頁）について言及できている答案は極めて少なかった。
- (4) 飼い主等による犬猫シェルターへの持込み増加等の問題への対応は飼い主個人の意識改革だけでは限界があるという立法事実や、規制②の規制対象にECサイトが含まれており、経済活動の自由の制約の側面が強く表れるということに言及できている答案は極めて少なかった。
- (5) 目的審査については、規制②がパターンリスティックな側面を含むことについて言及できている答案はかなり少なかった。また、手段審査について、本件法案骨子の第3の存在（甲とXとのやり

とりにも言及あり)を検討していない答案がかなり多くあった。時間配分の問題かもしれないが、問題文及び検討する法案については、答案構想の段階で丁寧に検討をしてほしい。

6 形式面について

- (1) 極めて小さい字で書かれたものや、あまりにも字が汚いものなど、判読できない答案が散見された。採点者が読めない文字では評価の対象にならないことを十分に意識した上で解答を作成願いたい。
- (2) 記述途中に「*部分を挿入」とか「後述の○頁○行目の記述を挿入」と記載して、他の場所に書いてある文章を前の方の文章の補遺として使う答案が見られるが、十分な答案構成をして文章全体を順序良く記述することが望ましい。

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法効果性等の各要素を指摘した上で、都市再開発法に基づく第二種市街地再開発事業の事業計画決定に関する最判平成4年11月26日民集46巻8号2658頁、土地区画整理事業の事業計画決定に関する最判平成20年9月10日民集62巻8号2029頁（以下「平成20年判決」という。）を踏まえ、本件における事業計画が施行地区内の宅地所有者等の権利ないし法的地位に対して有する法的効果を手掛かりに組合設立認可に処分性を認めることができることを指摘し、本件事業計画変更認可が、そのような施行地区内の宅地所有者等の権利ないし法的地位を、何らかの形で直接的に変動させるという意味で、直接的な（個別具体的な）法的効果を持つといえることを示す答案は、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、新たな施行地区の編入を伴う事業計画の変更があると、都市再開発法（以下、単に「法」という。）第71条第5項により、同条第1項の定める権利変換を希望しない旨の申出期間につき、上記変更認可の公告があった日が改めて当該期間の起算日となることや、本件事業にあっては再開発ビルの設計の概要の変更が伴わない形で施行地区が拡大されるため、個々の組合員に割り当て得る権利床の面積が変化することに触れながら、本件事業計画変更認可の処分性を肯定しているものは、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、法第38条第2項が、事業計画変更認可についても、原則として事業計画認可と同等の参加手続と公告を定めていることを指摘するものや、法第66条が定める建築行為等の制限について、事業の実現の確実性と関連付けて言及しているものなどは、優秀な答案と判断した。

(2) 設問1(2)

- ・ 手続法上の瑕疵につき、法第38条第2項によれば、事業計画変更認可の申請があった場合には法第16条が適用されるので、同条に従い事業計画の縦覧及び意見書提出手続が履践されなければならないとされていることを踏まえた上で、法第38条第2項括弧書きによれば、当該変更が「政令で定める軽微な変更」である場合には、上記の手続を行う必要はないとされているが、本件事業計画変更認可に係る事業計画の変更は、都市再開発法施行令（以下「法施行令」という。）第4条第1項各号所定の「軽微な変更」には該当しないこと、また、実体法上の瑕疵のうち、都市計画基準（都市計画法第13条第1項第13号）違反については、新たに施行区域に編入されたC地区がB地区とは橋のない河川によって隔てられていること

などから、本件都市計画変更は、同号の「一体的に開発し、又は整備する必要」があるということとはできないこと、施行区域要件（法第3条第4号）違反については、現況が空き地であり、B地区と機能的に関連付けることが困難なC地区を公園として整備しても、同号の「都市の機能の更新に貢献する」と評価することができないことを指摘するものは、一応の水準に達しているものと判断した。

- これに加えて、手続法上の瑕疵につき、手続法上の瑕疵と処分の違法性との関係についての検討をしており、また、実体法上の瑕疵につき、第一種市街地再開発事業を定める都市計画決定には処分性が認められないため、都市計画基準への適合性を事業計画変更認可の違法性として主張し得ることや、法第2条の2第2項により、都市計画決定された施行区域においてのみ市街地開発事業を実施し得るため、施行区域が違法に指定されていれば事業計画も違法になることを指摘するものは、良好な答案と判断した。
- さらに、手続法上の瑕疵につき、法第16条第2項が意見書提出権者を事業に係する権利を有する者に限定していることから、この手続は権利保護目的を持つことを指摘する答案や、「重要な手続に瑕疵がある」ことはそれだけで処分取消事由に該当すると指摘している答案は、優秀な答案と判断した。

(3) 設問2

- 違法性の承継についての最判平成21年12月17日民集63巻10号2631頁(以下「平成21年判決」という。)を踏まえた上で、実体法的観点及び手続法的観点の両面からそれなりに本件事案に即した検討を加え、実体法的観点からも手続法的観点からも違法性の承継が肯定されるとの結論を導いている答案は、一応の水準に達しているものと判断した。
- これに加えて、違法性の承継を否定する立場からの論拠を一定程度挙げた上で、実体法的観点及び手続法的観点の両面から違法性の承継が肯定される論拠を本件事案に即して的確に指摘している答案は、良好な答案と判断した。
- さらに、違法性の承継が、個別的な事情に結論が左右される性質の論点ではなく、制度自体に内在する救済の必要性、許容性を論ずるものであり、事業計画変更認可の制度一般を前提に論ずる必要があることを踏まえた上で、全体として論理的かつ説得的な論述ができている答案は、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)

- 基本的な理解を疑わせる誤字（権利変更処分など）がないように注意されたい。
- 条文の引用がない答案や引用が不正確な答案が散見された。法律実務家を目指す以上、条文を出発点として議論を組み立てる必要があり、このことは日常の学習においても意識してほしい。
- 判読が困難な悪筆や著しく小さい文字は、採点上非常に困難を来すことになる。可能な限り判読に努めるものの、容易に判読できない場合には、いくら正しいことが書かれていても付点できないことになるので、留意されたい。
- 判読困難な字で解答している答案が少なくなかった。答案には読み手がいること、「書いたこと」ではなく最終的に「読み手に伝わったこと」が採点の対象となることに留意する必要がある。

(法解釈・基礎的知識等)

- 本問で挙げられている関連法令を十分に参照していないと思われる答案が散見された。例えば、設問1(2)において、本問での事業計画変更はC地区の施行地区への編入であるから、

法施行令第4条第1項第1号の「都市計画の変更に伴う設計の概要の変更」には該当しないが、設例において事業計画変更の前に本件都市計画変更が行われたと説明しているためか、本件事業に係る計画変更が同号に該当するとした答案が散見された。しかし、事業計画の内容は、施行地区、設計の概要、事業施行期間及び資金計画とされており（法第7条の11第1項）、施行地区と設計の概要は並列する別個の概念であることに注意しなければならない。

- 本問は都市計画を題材とするものである。一般に、計画策定権者には広範な裁量権が認められるとされているところ、計画策定という行為の性質を踏まえると、それは必ずしも誤った認識ではない。しかし、本問におけるように、計画策定の際に遵守すべき基準が法令上示される場合もある。その場合、それら基準を遵守しているか否かが端的に問われることとなる。

（問いに対する的確な対応）

- 問題文に示されている指標や事情を十分に拾うことができず、その幾つか又は一つのみを取り上げて論ずる答案が多数を占めていた。一つ二つを挙げて事足りりとするのではなく、問題文をよく読み、論ずべき点がないかどうか丁寧に検討されたい。

（判例の論述）

- 設問1(1)、設問2においては、それぞれ参考とすべき最高裁判決が摘示されており、これらの判決は、司法試験受験者であれば必ず学習するはずの有名判例であるにもかかわらず、これらを参考にして的確に論じる答案は少なかった。これは、学習した判例が実際に使える形では身に付いていないことを示すものと言わざるを得ない。
- 設問1(1)は、法科大学院において当然学習したことのある最高裁判決を踏まえて論述することが求められる問題であったところ、当該最高裁判決の理解が十分ではないのではないかと思われた。最高裁判決が、処分性を認めるためには何が問題（ハードル）となると考えて当該判決の理由付けを示していったかを理解していれば省略できないはずの理由付けを省略している答案が散見されたからである。判決の論理を、その各段階・理由として指摘されている各々の点について、それによって何を論証しようとしているのか把握しながら、理解することが必要である。

（途中答案・時間配分）

- 時間が不足していたためか、設問2について、検討が不十分な答案や途中答案が目についた。答案作成に当たっては、時間配分にも留意すべきである。

（2）設問1(1)

（全体について）

- 全体的に出来があまりよくなかった。論述すべき点が多いにもかかわらず、その一部しか論述できていない答案が多かった印象である。
- 問題・ものごとを順序立てて考えて答案にまとめる必要がある。本問の場合、議論の順序としては、①事業計画において定められる（記載される）事項を確認し、次に、②事業計画の策定とその認可により施行地区内の所有権者等の権利義務又は法的地位に対していかなる法的効果が生じたかを確認し、その上で、③当該事業計画の変更とその変更認可によって、当初の事業計画及びその認可により施行地区内の所有権者等に生じていた法的効果に対してどのような変化が生じたかを述べ、この法的効果の変化が処分性を基礎付けることを述べなくてはならないはずである。しかし、残念ながら、このような形で問題を明確に順序立てて、議論している答案はほとんどなかった。

（処分性の基準等について）

- 多くの答案は、処分性について、行訴法第3条第2項を引用の上、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。）が示した基準を挙げ

ることができていたが、ごく稀に、昭和39年判決が示した基準及び処分性に係る要素のいずれも示さない答案もあった。

(平成20年判決について)

- 平成20年判決の多数意見からすると、本件においても、法第66条が定める建築行為等の制限は、本件事業計画変更認可の処分性を肯定する直接の根拠とはならないものと解されるが、同制限のみを根拠として処分性を肯定する答案が散見された。
- 本件事業計画変更認可の処分性が肯定される根拠を、建築制限がなされることや、建築制限の対象が組合員に限定されていることのみに求めたり、あるいは、後続の権利変換処分の取消訴訟では実効的な権利救済が得られないことのみに求めたりするといった、平成20年判決の理解が不十分であると思われる答案が多数見られた。
- 本件事業計画変更認可の処分性を肯定するに当たり、変換計画認可の対象が組合員に限られることのみから法的効果の直接性(個別具体性)を肯定するなど、平成20年判決の理解が不十分であると思われる答案が多数見られた。

(本件事業計画変更認可の処分性を肯定する根拠について)

- 処分性を肯定する根拠として、法第66条による建築行為等の制限を挙げる答案が多かったが、これを建築行為等の制限が「事業実施の確実性を高める」趣旨で正しく指摘している答案は少なかった。
- 本件事業計画変更認可の処分性を肯定するに当たっては、施行地区内の宅地所有者等が、認可の公告の日から起算して30日以内に、金銭の給付を受けて施行地区外へ転出するか、又は新たに建築される施設建築物等に関する権利を取得するかを選択を余儀なくされることが重要となる。しかしながら、同認可により組合員は選択できる権利を得るといったような論調の答案が多かった。法第71条第5項が前提とする同条第1項が「… … 希望し、又は… … 申し出ることができる」と定めているためかもしれないが、このような制度把握からは、処分性を的確に肯定することは難しいであろう。
- 本件事業計画変更認可の処分性を肯定するに当たり、権利変換処分が組合員の財産権に及ぼす影響を論じる答案が見られたが、これでは、本件事業計画変更認可の処分性を論じたことにはならない。
- 処分性を肯定するに当たり、「紛争の成熟性」や「実効的な権利救済」といった用語をお題目のように記載する答案も多かったが、その意味するところを本件に即して説得的に論じている答案はほとんどなかった。
- 処分性を肯定する論拠として、権利変換計画認可の取消訴訟を提起しても事情判決が出される可能性が高いことを指摘する答案が目立った。しかし、問題文中の【市街地再開発事業の制度の概要】で紹介があるように、実際の工事が着手されるのは、権利変換計画認可がなされた後、土地の明渡しを経てからである。この点で、平成20年判決で問題となった土地区画整理事業計画とは異なる。したがって、権利変換計画認可の取消訴訟において事情判決が出される可能性の指摘は、同認可の処分性を肯定する論拠とならない。問題文を丁寧に読むことが求められる。

(処分性の検討の仕方について)

- 本件事業計画変更認可の処分性について、本件事案における固有の事情を検討して論じる答案が散見された。しかし、処分か否かは、基本的に、根拠法令の解釈によって決まるものであって、事案における個別事情の内容で左右されるものではない(ある法律に基づく措置が、事案ごとに処分とされたりされなかったりということは基本的にない)。このことは、平成20年判決をはじめとした、処分性が争われた多くの最高裁判決から明らかかなはずである。

(3) 設問1(2)

(全体について)

- 会議録を読めば、法第16条の手続違反、都市計画基準違反及び施行区域要件違反について検討する必要があることは容易に分かるはずであるのに、そのいずれかの検討を落としている答案が少なからず見受けられた。

(手続法上の瑕疵について)

- 手続の不履践が重大な違反であるとして不履践自体を違法事由とする答案が少なくなかった。本問が問うているのは何故不履践が違法であるかであるので、それが関係規定に違反することを論じなければならない。しかし、不履践自体が違法というのは結論のみを述べるもので、本問の求めるものとは異なるものである。重要な手続の瑕疵は、手続違法が処分を違法とすることの要件の一として捉えた上で、別途論ずべきものである。

(法第38条第2項括弧書きの「政令で定める軽微な変更」について)

- 本件事業計画認可に係る事業計画の変更が「政令で定める軽微な変更」(法第38条第2項、法施行令第4条第1項各号)に当たるか否かにつき、全く検討していない答案が散見された。問題文や会議録を読めば、その点についても検討を求められていることは明らかである。
- 法第38条第2項によれば、事業計画変更認可申請の審査における縦覧・意見書提出手続を省略し得る場合としての「軽微な変更」は「政令」で定めることとされている。したがって、「軽微な変更」という文言がいかにも不確定的であろうとも、いかなる変更が「軽微な変更」であるかは、「政令」の定めのみから判断されなければならない。

「軽微な変更」について法施行令第4条第1項各号への適合性を検討するところまでは到達しながら、第5号「その他第2号に掲げる者に準ずる軽微な設計の概要の変更」が裁量を認める規定であるとして、本件での事業計画変更を個々に含まれないとして行政判断が裁量の逸脱濫用に当たるか否かを検討する答案が散見された。そもそも「設計の概要」の変更を対象にした条文であるため本件には適用し得ないことはおくとして、「第2号に準ずる」軽微な変更として国土交通省令(紙幅の制限により条文そのものは掲げ得なかったが主な内容は注記した。)に掲げるものとされており、法令で十分に具体的に定められているのであるから、端的に条文との関係を検討することで足りる。

- 法第38条第2項の「政令で定める軽微な変更」に当たるか否かの検討に当たり、法施行令第4条第1項第2号は、施設建築物の延べ面積が10分の1を超えるか否かを問題としており、施行地区の編入とは何ら関係がない規定であるにもかかわらず、B地区の面積が約2万平方メートルであること及びC地区の面積が約2千平方メートルであることを理由に、同号に該当し、「軽微な変更」に当たるとする答案が非常に多く見られた。答案作成に当たっては、条文をよく読み、落ち着いて解答することが求められる。
- 手続法上の瑕疵の当てはめについては、初見の条文であることから混乱した受験者も多いように思うが、本件のように権利床に影響を与えるような施行地区の編入がされたにもかかわらず、これが「軽微な変更」であるとして、影響を受ける者への手続保障がされていないというのは不合理であるというバランス感覚を有していれば、当てはめが多少粗かったとしても、答案の方向性自体を大きく誤ることはないため、平素の学習においては、結論の妥当性に関するバランス感覚も養ってもらいたい。

(法施行令第4条第1項の位置付け)

- 法施行令第4条第1項を、行政規則、とりわけ裁量基準であるかのように論じる答案が多かったことには驚いた。確かに、様々な局面で、様々な論拠に基づきながら、行政規則の外部化現象と呼ばれるものは生じている。しかし、法規命令と行政規則はまずは別物であり、法規命令が行政規則のようになっているわけではない。基本的学習がおろそかであると思われた。

- 法第38条第2項が定める「軽微な変更」に当たるか否かについて裁量が認められるとして裁量権濫用の有無を論じる答案が散見された。「軽微な変更」に該当するか否かの判断について行政庁に選択の余地がないことは、法施行令第4条第1項各号の定めから明らかである。条文を丁寧に読むことが求められる。

(手続法上の瑕疵と処分の違法性との関係)

- 法第16条、第38条第2項違反を肯定した上で、「このような手続的瑕疵（手続違法）は実体的瑕疵（実体違法）に当たるか」という問題設定をするという、処分手続の瑕疵の効果という論点を誤解していると思われる答案が散見された。
- 法第16条の手続を履践していないことが本件事業計画変更認可を違法とするか否かについて言及する答案は少なかった。他方で、少数ながら、この点に言及し、かつ、法第16条の手続が関係権利者の権利保護目的を有することや、重要な手続の瑕疵はそれだけで処分の取消事由に該当することなどを説得的に論じる答案もあった。
- 手続規定違反は、当然に処分取消事由となるわけではないため、本件での手続規定違反が事業計画変更認可の効力の帰趨にいかなる影響を及ぼすかを、手続規定違反とは別に検討する必要があるが、手続規定違反を肯定する答案では、比較的多くがその検討を行っていた。その際、答案の大半が、重大な手続規定違反は処分取消事由となり得ることを指摘していたが、本件での手続規定違反が権利保護手続の完全な不実施であったことも重要である。

(都市計画基準違反と施行区域要件違反について)

- 都市計画決定の違法が、本件事業計画変更認可の違法事由となることにつき言及する答案はほとんどなかった。論理的には検討が必要なはずであり、答案作成の際には、順を追って論旨を展開することが求められる。
- 都市計画基準違反（都市計画法第13条第1項第13号）や施行区域要件違反（法第3条第4号）を論じる際に、裁量について長々と論じる答案が目立ったが、本問では、そのような論述は求められていない。解答に当たっては、出題趣旨を的確に把握した上で、問われたことに対し、端的に答えることが求められる。
- 本件事業計画変更認可の違法性を論じるに当たり、法令の規定の文言のみから裁量の存在を肯定した上で裁量権濫用の有無を論じるなど、裁量権濫用論を誤解していると思われる答案が散見された。
- 都市計画基準への適合性と施行区域要件への適合性との区別はおおむねついているものの、問題文で挙げられている具体的な事実をそのいずれかで論ずるかについて誤っている答案が少なくなかった。
- 都市計画基準への適合性と施行区域要件への適合性をまとめて判断する答案が目立った。両者は異なる定めによる異なる基準である以上、それぞれの基準への適合性の判断内容は当然に異なる。条文を丁寧に読むことが求められる。

(4) 設問2について

(全体について)

- 違法性の承継の論点を論じる前提として、公定力や出訴期間制度の趣旨について長々と論じる答案が目立ったが、本問では、実体法的観点と手続法的観点の両面から違法性の承継を肯定する主張を検討することが求められているのであるから、端的に本論に入ることが肝要である。また、Dが本件事業計画変更認可の取消訴訟の出訴期間を徒過していることにつき、問題文中の日付も引用して長々と論じる答案もあったが、本問では、Dが本件権利変換処分の取消訴訟を提起していることを前提に、違法性の承継が問われているのであるから、全く無用の記述である。
- 会議録において、違法性の承継の可否を判断する際に最高裁が手がかりとした点が掲げら

れているのであるから、その議論を踏まえた個別法の解釈を丁寧にしなくてはならない。時間の限界もあったのかもしれないが、極めていい加減であった。行政法の能力は、最後は、個別法の解釈をいかに丁寧にかつ適切に行えるかにおいて示される。一般論を再現するだけでは足りない。

- 本問で求められている「被告B地区組合の反論」について全く触れない答案や、結論として、Dの立場（違法性の承継肯定）ではなく、違法性の承継を否定する立場で結論を導く答案も存在した。設問に対する解答が求められていることを今一度意識してもらいたい。（実体法的観点からの検討について）

- 実体法的観点からの検討で問題とされるべき同一目的・同一効果について、本件の事案に即して具体的な論述ができていない答案は皆無に近く、曖昧にこれを指摘する答案ばかりであった。
- 事業計画変更認可と権利変換計画認可の処分庁が同じかどうかを論じるといった、平成21年判決の理解が不十分である答案が散見された。

（手続法的観点からの検討について）

- 本件事業計画変更認可に当たって、施行地区内の宅地所有者等の権利保護の観点から予定されている手続として、同意（法第38条第2項、第14条第1項）、縦覧及び意見書提出手続（法第38条第2項、第16条）、公告（法第38条第2項、第19条第1項、都市再開発法施行規則第11条第3項第2号）があり、これらについて手続保障の観点から十分といえるかどうかを検討する必要があるところ、これらのうち二つ以上を挙げることができた答案は1割にも満たなかった。
- 手続法的観点に関し、違法性の承継は、制度的・類型的に考察すべきものであるのに、本件においてDが不利益を認識できたかどうかなどの個別的事情を論じている答案が相当数あった。
- 手続法的観点から違法性の承継を肯定する論拠として、Dが事業計画変更認可の取消訴訟を提起できたことを挙げる答案が散見された。しかし、ここで論じられるべきは、取消訴訟を提起する機会を保障する手続が制度化されているかどうかである。
- 手続法的観点からの検討に当たっては、先行行為である事業計画変更認可を争う機会を保障する手続が制度化されているか否かを検討しなければならないところ、この点を肯定する論拠として、施行地区内の宅地所有者等は、施行者に対し、権利変換を希望せず、金銭の給付を希望するか、施行地区外に移転すべき旨を申し出ることができるという、法第71条第1項が定める手続を挙げる答案が目立った。しかし、この手続が、上記事業計画変更認可の違法を争うための手続に該当しないことは明らかである。条文を丁寧に読むことが求められる。

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・仕組みを確実に押さえるとともに、重要な最高裁判例を丁寧に読んでその内容・射程を理解した上で、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。これらを通じて、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判断枠組みを具体的な事例の中で使いこなせるようになることが期待される。また、重要判例の理解や事例問題の演習においては、個別法の条文を読んで、問題となっている制度の仕組みを正確に把握することも目標とされるべきであろう。一見遠回りのようにも、重要判例の事案を丁寧に読み込み、個別法の条文を参照して、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肝要である。

令和6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6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、従来と異ならない。

さらに、複数の論点に表面的に言及する答案よりも、特に深い考察が求められている問題点について緻密な検討をし、それらの問題点の相互関係に意を払う答案が、優れた法的思考能力を示していると考えられることが多い。そのため、採点項目ごとの評価に加えて、答案を全体として評価し、論述の緻密さの程度や構成の適切さの程度に応じても点を与えることとした。答案全体を評価すればある設問について高い法的思考能力が示されているといえる答案には、別の設問について必要な検討の一部がなく、知識や理解が一部不足することがうかがわれるときでも、そのことから直ちに答案の全体が低い評価を受けることにならないようにした。また、反対に、論理的に矛盾する論述や構成をするなど、法的思考能力に問題があることがうかがわれる答案は、低く評価することとした。さらに、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)及び(2)において、それぞれ全般的な採点実感を紹介し、また、それを踏まえ、司法試験審査委員会議申合せ事項にいう「優秀」、「良好」、「一応の水準」及び「不良」の四つの区分に照らし、例えばどのような答案がそれぞれの区分に該当するかを示すこととする。ただし、ここで示された答案は上記の各区分に該当する答案の例であって、これらのほかに各区分に該当する答案はあり、それらは多様である。また、答案の全体的傾向から感じられたことについては、4で紹介することとする。

なお、各設問において論ずべき事項がどのようなものであったかについては、既に公表した出題の趣旨に詳しく記載したところであるので、これと重複を避けつつ採点実感を述べることとする。

(1) 設問1について

ア 設問1(1)について

(イ) 全体的な採点実感

設問1(1)において論ずべき事項は、大別して、①賃借権の主張の可否、②留置権の主張の可否である。

①については、まず、BC間の賃貸借契約はAの土地を目的とする他人物賃貸借であり、Bの死亡前には、Cは甲土地の賃借権を占有権原としてBに対して主張することができないことを論ずる必要がある。この点については多くの答案が正しく指摘していたが、一部には、Bが代理権なく賃貸借契約を締結した無権代理行為であると論ずる答案も見られた。

しかし、BはAの代理人として賃貸借契約を締結したのではなく（すなわち、Aが賃貸人になるのではなく）、B自身が賃貸人として契約を締結しているから、Bの行為は無権代理行為ではない。また、民法第94条第2項の類推適用を論ずる答案も見られた。しかし、本問においては、甲土地の所有権の登記名義人はAであり、Cもそのことを認識していたのであるから、虚偽の外観が存在しない。このため、本問において民法第94条第2項の類推適用を考えるのは困難である。このほか、Cが甲土地上の登記されている建物の所有という借地借家法上の賃貸借の対抗要件（民法第10条第1項）を具備していることを理由に、Aに対しても借地権を主張することができるとするものも見られた。しかし、本問においては、Bには甲土地を賃貸する権限がなく、そもそも有効な占有権原が成立していないから、その第三者への対抗も問題にならない。

次に、Bの死亡によってBについて相続が開始し（民法第896条）、AがBの地位を承継しているため、これによってCはAの明渡請求を拒むことができるようになるのかを論ずる必要がある。この点については多くの答案が検討し、結論的に、甲土地の所有者としての地位と相続によって承継した賃貸人の地位とが融合するのではなく、併存しているとしていた。もっとも、地位が併存しているとみるのか融合しているとみるのかなど、その結論を導く構成については明確にしていけないものも少なくなかった。また、結論の根拠についても、Cが明渡しを拒むことができるとするとAにとって酷であるというにとどまり、A及びCの利益状況を具体的に検討したり、無権代理人の地位を本人が承継した場合についての判例法理との比較などについて言及したりするものは少数にとどまった。

②については、まず、Cが留置権（民法第295条第1項）の主張をしていることを正確に指摘する必要がある。少数であるが、Cが同時履行の抗弁を主張していると指摘するものが見られた。しかし、同時履行の抗弁は、双務契約の当事者の一方が、相手方が当該双務契約に基づく債務の履行を提供するまで、自己の債務の履行を拒むことができるというものである。本問においては、Aは所有権に基づいて明渡しを請求しており、Cが主張しているのは賃貸借契約上の債務の不履行に基づく損害賠償請求権であるから、Cは同時履行の抗弁を主張することができない。

本問においてCが主張する留置権の被担保債権は、債務不履行（履行不能）に基づく損害賠償請求権（民法第415条第1項）である。ここでは、Aが甲土地を使用収益させるというBの債務を承継していること、これが社会通念上不能となっていること等を指摘する必要があるが、これらの点について丁寧に論じた答案は比較的少なかった。また、Aが甲土地の所有者としての地位に基づいてCによる使用収益を拒絶することができる一方で、Bの債務の不履行について責任を負うことの整合性について何らかの言及をした答案は極めて少数であった。

本問における留置権の成否については、目的物と被担保債権の牽連関係が問題になる。この点については、牽連関係があるとする答案が圧倒的に多かった。その理由については簡単に触れたに過ぎないものが多かったが、被担保債権が甲土地の賃貸借契約の不履行により生じたものであること、Bについて相続が開始した結果としてAが損害賠償債務を負担していることから、留置によってAが間接的に損害賠償債務の履行を強制されることを挙げるものが比較的多かった。しかし、Aの損害賠償債務は甲土地自体から生じたもの（典型例としては、物の瑕疵が原因となってその占有者に損害が発生した場合における、物の所有者の損害賠償債務や、占有者が物について費用を支出した場合における物の所有者の費用償還債務が挙げられる。）とはいえない。また、被担保債権の履行を強制するという点についても、AがCに対して損害賠償債務を負っているという状況はBが死亡したなどの偶然の事情によって生じたものであるため、牽連関係の有無を検討するに当たってこの状況を考慮することは妥当ではないと解される。

留置権の成否については、Cが占有を始めるに当たって過失があったとして、その占有が不法行為によって始まった（民法第295条第2項）とするものも少数ながら見られた。

(イ) 答案の例

優秀に属する答案の例は、①については、本問を他人物賃貸借の事例であると正しく理解し、原則としてCはAに対して占有権原を主張することができないことを指摘した上で、Bが死亡してAがその地位を相続した後の所有者としての地位と賃貸人としての地位の関係を、本人が無権代理人を相続した場合に関する判例とも比較しつつ、論じたものである。②については、留置権の成否について検討し、Bの債務が履行不能になっていることなど、被担保債権の内容を具体的に説明し、牽連関係の意義を明らかにした上で、本件においては牽連関係が認められないことを説得的に論証したものである。AがBの賃貸人としての地位を相続した後もCの占有を拒絶することができることと、拒絶した場合に賃貸人としての債務不履行責任を負うこととの関係（それが矛盾しないこと）について論じた答案もあったが、このような答案にも高い評価が与えられる。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案と比べ、自己の主張の根拠の記述がやや不十分であったり、例えば留置権が成立するための要件の当てはめが粗雑であったりするものの、必要な事項について相応の論述がされているものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、①については、他人物賃貸借の事例であることを前提に、AがBを相続したことによる問題に気付いて一応の議論を展開しているものなどが挙げられる。また、②については、留置権が主張されていることに気づき、その要件を検討しているが当てはめが粗雑なもの、牽連関係が問題であることに気づいて検討しているものの、分析が不十分なものなどである。

不良に属する答案の例は、①について無権代理の事案と捉えて本人が無権代理人を相続した事案の処理について論ずるもの、民法第94条第2項の類推適用を論ずるもの、AがBを相続したことにより賃貸人としての債務を負うに至っていることを看過し、この点について論ずることなくCの占有権原を否定するものなどである。②については、同時履行の抗弁が主張されているとして、その要件を検討するものなどである。

イ 設問1(2)アについて

(ア) 全体的な採点実感

設問1(2)アについては、まず、請求2の法的性質について正確に理解することが必要である。この点について、請求2が民法第611条に基づく請求であるとする答案が散見された。しかし、同条の効果は賃料が減額されるというものであり、それ自体が賃貸人に対する何らかの請求権を直接に基礎付けるものではない。賃料の減額を賃貸人に対する請求権につなげるには、減額された結果、賃料を支払う必要がなかったことになるから、弁済として支払った金銭の一部が不当利得（民法第703条（及び第704条）又は第121条の2第1項）に当たるとして返還を請求すると構成する必要がある。

このほか、請求2の法的性質については、賃貸人は目的物を賃借人の使用収益に適した状態に置く債務を負っていることを指摘した上で、請求2はその債務不履行に基づく損害賠償請求権であるとする答案も、散見された。しかし、問題文においては、「支払った令和4年9月分の賃料の一部を返還するよう請求する」とされているのであるから、請求2を損害賠償請求権であるとみるのは困難である。

上記のとおり、請求2の成否を検討するに当たっては、民法第611条の要件が満たされているかどうかを検討し、その結果を踏まえて不当利得の成否を検討する必要がある。多くの答案が同条の要件について検討した上で減額を認めていた一方、不当利得の要件について丁寧に検討したものは少なく、全く検討していない答案（同条に基づく減額が認められることから直ちに返還請求が認められるという結論を導く答案）も目立った。

(イ) 答案の例

優秀に属する答案の例は、本件における請求の構造を的確に理解した上で、民法第611条の要件の当てはめを詳細に検討するとともに、不当利得の要件（民法第703条においては、賃料の支払が利得に当たること、減額により法律上の原因が失われることなど）についても具体的な当てはめをしたものなどが挙げられる。良好に属する答案の例も、これに準ずるものである。

一応の水準に属する答案の例は、請求2の法的性質を的確に理解しているかがやや不明瞭であるものの、民法第611条や不当利得の要件をそれぞれ検討しているものなどである。

不良に属する答案の例は、民法第611条の適用を看過したり、損害賠償請求の可否について検討したりしているものである。

ウ 設問1(2)イについて

(ア) 全体的な採点実感

設問1(2)イにおいては、多くの答案が、請求3が必要費償還請求権（民法第608条第1項）に基づくものであることを指摘した上で、民法第607条の2に基づく修繕権の有無について検討していた（なお、修繕権の成否に関連して、本件において急迫の事情がある」と判断したものが幾つか見られたが、この点の判断に迷わないよう、問題文において「急迫の事情はなく」と記載しているので、問題文を注意深く読んでいただきたい。）。

本問においては、修繕権の有無が必要費償還請求権の額にどのように影響するかを論ずることが求められる。結論的には、支出した額である30万円ではなく適正な額である20万円の限度で償還請求が認められるとするものが多かった。この結論自体は妥当なものと考えられるが、その理由付けを民法第607条の2の趣旨に遡って検討するものは極めて少数であった。

修繕権がないことから必要費償還請求権を全額否定する一方、有益費償還請求権として適正価額20万円を認めるという答案も、散見された。しかし、使用収益をするために必要なものであれば必要費と言わざるを得ないと思われる。また、賃借人が修繕しなければ結局賃貸人が負担しなければならない費用であるから、全額について償還請求を否定するのは適当ではない。有益費であれば、賃貸借契約終了時に価格の増加が残存している必要がある（民法第608条第2項、第196条第2項）ため、支出時における適正額である20万円が償還の対象となるとも限らない。したがって、必要費であることを否定して有益費の償還として20万円を認めるという結論は、不適当である。

(イ) 答案の例

優秀に属する答案の例は、請求3が必要費償還請求権であると正しく理解した上で、Dが支出した修繕費用が必要費に該当することを論じ、修繕権がない場合であってもその償還請求権が成立し得ることを民法第607条の2の趣旨から説得的に論じたものなどが挙げられる。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案に比べて論述が粗雑であったり、各論点についての論証が不十分であったりするものの、必要な事項について相応の記載がされているものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、Dの支出した修繕費用が必要費に該当すること、Dには修繕権がないこと、Dの請求が20万円の限度で認められることなど、必要な論点について一応の結論が記載されているものの、それぞれの関係が必ずしも明確ではないものなどである。

不良に属する答案の例は、Dの修繕権が否定されることから直ちに請求3を全て否定するもの、必要費償還請求権以外の法律構成を論ずるものなどである。

(2) 設問2について

ア 全体的な採点実感

- (ア) 請求4が認められるためには、Iが丁土地の所有者であることが必要である。丁土地の所有権は、G→H→Iと移転したはずであるが、GがHとの間の売買契約を取り消しているため、これが認められれば、G→Hの所有権移転は遡及的に無効になる（民法第121条）。このような原則に従って考えると、Iは無権利であったHから丁土地の所有権の移転を受けたことになるため、丁土地の所有権を取得することができないのではないかが問題になる。まずはこのような基本的な構造を理解することが、その後の検討の出発点になる。しかし、この点を丁寧に明示している答案は必ずしも多くはなかった。

以上のように問題を把握した上で、設問2において論すべき事項は、①錯誤による意思表示の取消しの可否、②錯誤による意思表示の取消しと第三者との関係、③民法第95条第4項の保護を受ける第三者と、表意者からの物権取得原因を有する者との関係である。

- (イ) ①については、まず、民法第95条第1項の適用範囲として、離婚に伴う財産分与を内容とする契約についても錯誤が問題になり得ることを論ずる必要がある。この点について明示的に議論していた答案は極めて少数であった。

次に、本件の事案に即して、民法第95条の要件を検討し、錯誤取消しが認められるかどうかを検討する必要がある。本件におけるGの錯誤が基礎事情の錯誤であること、基礎事情の錯誤を主張するためには当該事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたことが必要であることなどについては、多くの答案が適切に論じていた。また、本問の事実関係の当てはめに関しても、Gの認識の内容や、その客観的重要性、主観的因果性について、GとHとの会話の内容、Gの経済状況等を丁寧に指摘し、民法第95条第1項の要件の具備を検討した答案が多かった。

ある事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたことがどのような意味であるかについては、学説上も争いがある。このため、表示の有無を論ずるに当たっては、表示の意味についてどのような立場を採るのかを明確にしておく必要がある。この点については、当該事情が法律行為の内容になっているということを意味するなどと述べた上で、Hの発言内容を引用して表示があったという結論を導くなど、丁寧に論じている答案も少なくなかった。他方で、特段の立場を示さず、表示があるとの結論のみを示すものも散見された。

Gが錯誤取消しを主張することができるかどうかについては、Gに重過失があったかどうかにも影響を与える。この点については、Hの発言内容から、Gだけでなく意思表示の相手方であるHも同様の錯誤に陥っていたことを指摘し、共通錯誤に当たることを根拠として、民法第95条第3項柱書による取消しの制限を受けない（同項第2号）とするものが多かった。このほか、Gが必ずしも税の専門家ではないことを根拠として、重過失を否定する答案も少なくなかった。

結論的には、多くの答案が、本問においてGによる錯誤取消しが認められるという結論に至っており、妥当な結論が導かれていた。

- (ウ) ②においては、Gによる錯誤取消しが認められることを前提として、これを第三者であるIに対して主張することができるかどうかを検討する必要がある。民法第95条第4項が問題になること、同項にいう第三者とは取消前の第三者であること、HとIとの売買契約が結ばれた時期からIが同項の第三者に該当することなどは、多くの答案が正しく論じていた。少数ながら、Iが無過失であったかどうかを論ずる答案が見られた。Iの主観的事情については事実15において明らかにしているので、問題文を注意深く読んでいただきたい。

本問において更に問題となるのは、Iに対して丁土地の所有権移転登記がされていないこと（所有権の登記名義人はHのままであること）が、民法第95条第4項による保護の有

無に影響するかどうかである。Iは所有権移転登記を具備しないで同項の第三者として保護されるか、すなわち、同項による保護を受けるためには権利保護資格要件としての登記を要するのかが問題になる。民法第96条第3項の第三者として保護されるために登記を要するかどうかについては判例（最判昭和49年9月26日民集28巻6号1213頁）があるため、これを参照して論ずることなどが考えられる。しかし、この論点について論じた答えは極めて少なかった。他方で、対抗要件としての登記の要否を論ずる答えが少数ながら見られた。GとIは前主後主の関係にあるため、Gに対する関係では、Iが民法第95条第4項の第三者として保護される場合に、対抗要件としての登記を要しないことには特段問題がなく、この点についてあえて論ずる必要はなかった。

少数であるが、権利保護資格要件としての登記が必要であるとして、Iが第三者として保護されないとする答えが見られた。ありえない結論ではないと考えられるが、民法第96条第3項の第三者として保護されるための要件としても権利保護資格要件としての登記を要しないとする見解と対比すると、上記の結論は、錯誤に陥った者を詐欺による意思表示をした者より厚く保護することになる。したがって、このような結論を導くのであれば、詐欺の場合との比較を踏まえた上で自説について説得的な議論をすることが必要になる。

結論としては、Iは民法第95条第4項の第三者として保護されるとするものが多かった。同項の第三者に当たる場合には、③について検討することが必要になる。

- (エ) ③においては、丁土地について、 $G \rightarrow H \rightarrow I$ というルートでの所有権移転と $G \rightarrow F$ というルートの所有権移転とがあることを踏まえて、IとFとの関係を論ずる必要がある。その検討に当たっては、所有権の登記名義人がHであることを踏まえることが必要である。

この点については、明確に論じていない答案も多かった。論じている答案は、IとFとが対抗関係にあるため、Iは、登記を具備するまではFに対して丁土地の明渡しを請求しても認められないとする立場と、民法第95条第4項によりGはIに対して錯誤取消しを主張することができないため、Fに対して丁土地を売った時点でGは無権利であったことを理由に、Fは無権利者であるからIは丁土地の明渡しを請求することができるという立場とのいずれかを採るものが多かった。しかし、そのいずれを採るかについて詳細な理由を述べる答案や、反対説の存在を意識して記載したと思われる答案は、極めて少なかった。民法第95条第4項（民法第94条第2項など、意思表示の瑕疵等があった場合におけるその他の第三者保護規定も同様である。）によって取消しを第三者に対抗することができない場合に、所有権がどのように移転するかについては、複数の考え方があり。すなわち、本件に即して言えば、GからIへと直接移転するという考え方と、GからH、HからIへと順次移転するという考え方である。そのいずれを採るかによって、IとFとの関係をどのように考えるかが異なってくる。対抗問題とする立場も、無権利の問題であるとする立場も、民法第95条第4項の第三者が保護される場合の所有権の移転の経路に関する一定の立場を踏まえて根拠付けられるべきものであるから、本問においては、Iが同項によって保護される場合の所有権移転の構成について検討することが求められていたものといえる。

イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、錯誤取消しの要件とその当てはめ、民法第95条第4項の第三者として保護されるための要件とその当てはめ等、必要な事項について過不足なく丁寧に論じた上で、IとFとの関係について、Iが同項によって保護される場合の所有権移転の構成に遡って論じたものなどである。

良好に属する答案の例は、錯誤取消しの要件とその当てはめ、民法第95条第4項の第三者として保護されるための要件とその当てはめ等について丁寧に論じているが、権利保護資格要件の要否や、IとFの関係についての理論的な立場などに関する論述が必ずしも十分では

ないものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、錯誤取消しの要件とその当てはめ、民法第95条第4項の要件の一部（取消前の第三者であることなど）については論じられているものの、権利保護資格要件としての登記の要否が問題になることを看過していたり、IとFの関係について、特段の理由を示すことなく、対抗関係であるからIは登記を具備しなければ所有権をFに対抗することができないと結論付けたりするものなどである。

不良に属する答案の例は、錯誤取消しの要件等や当てはめについて基本的な事項についての論述が十分ではなく、民法第95条第4項によって保護されるための権利保護資格要件や、IとFとの関係がどのように規律されるかなどの論点を看過するなど、全体的に論述の不十分なものなどである。

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

本年においても、民法の幅広い分野についての基本的知識・理解を横断的に問う問題が出題された。条文や判例に関する基本的な知識を踏まえ、問題文を注意深く読んだ上で、【事実】に現れた事情を分析して設問の趣旨を適切に捉え、筋道を立てて論旨を展開すれば、相当程度の水準の解答ができるものと考えられる。限られた時間内で答案を作成するためには、短時間で自己の見解を適切に文章化するのに必要な基本的知識・理解を身に付けることが肝要であり、引き続き、法的知識の体得に努めていただきたい。本年の問題では、例えば設問1(2)アにおいては、請求権を基礎付ける法律構成を十分に検討しないまま、賃料が減額されたかどうかや、修繕権があるかどうかについて検討を始めている答案が少なくない印象を受けた。設問について適切な解答をするには、条文や判例に関する表面的な知識を習得するだけでなく、それぞれの論点がどのようにつながって結論に至るのかを理解していることが必要である。

さらに、本年も、昨年同様、判例を参考にすることで深い検討を行うことができる問題が出題されているが、法律実務における判例の理解・検討の重要性を再認識していただきたい（判例の採った論理や結論を墨守することを推奨してはいないが、判例と異なる見解を採るのであれば、判例を正確に指摘して批判することが必須である。）。例年指摘されているところであるが、判例を検討する際には、その前提となっている事実関係を基に、その価値判断や論理構造に注意を払いながらより具体的に検討することが重要であり、かつ、様々なケースを想定して判例の射程を考えることが重要である。

令和6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6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。会社法に関する基本的な理解を前提に関係する条文を探し出し、その条文の文言を丁寧に検討するという姿勢がうかがわれる答案には、高い評価が与えられた。これに対し、条文の引用が不正確であったり、条文の文言を丁寧に検討するという姿勢を欠いていたりする答案は、知っている論点に引き付けて検討しようとしているせいか、問題の所在を的確に把握することができていないものが多く、結果的に低い評価にとどまるものが多かった。

3 採点実感

(1) 設問1の小問1について

ア 全体的な採点実感

(ア) 設問1の小問1は、会社法上の公開会社である取締役会設置会社において、少数株主が裁判所の許可を得て取締役の解任等を目的とする株主総会を招集するに当たり、議決権行使書面及び株主総会参考書類のほかに、自らが提案する議案に賛成した株主には商品券を贈呈する旨の書面を株主に交付した場合において、監査役として少数株主による違法行為の差止めを請求するための会社法上の手段の有無を問うものである。

監査役による違法行為の差止めについては会社法第385条第1項に規定されているが、同項は、取締役の行為を対象としていることから、少数株主が裁判所の許可を得て株主総会を招集する場合にそのまま適用することは難しい。まずは、そのことを指摘した上で、同項の適用又は類推適用の可否を検討することが必要となる。その上で、例えば、少数株主は、個人の利益のためではなく株式会社のために株主総会を招集する権限を付与されているのであって、その意味において取締役に準ずる立場にあり、取締役と同様、適法に株主総会を招集する義務を負っていると考えられることに加え、同項の適用又は類推適用を認めなければ、適法性を監査するという監査役の任務を全うすることができないことなどを指摘して、同項の適用又は類推適用を肯定するということも考えられるであろう。これに対し、少数株主と取締役とでは立場が異なることや、少数株主による違法な株主総会の招集を差し止められないことになってもやむを得ないことなどを指摘して、同項の適用又は類推適用を否定することも考えられるであろう。いずれにしても、少数株主に株主総会を招集する権限が付与されていることや、少数株主による違法な株主総会の招集を監査役が差し止めることの必要性などについて、広く考慮した上で、Dから相談を受けた弁護士としての回答を検討することが求められる。

(イ) 多くの答案が、会社法第385条第1項が問題となり得ることに気が付いていた（極めて少数ではあるが、会社法第360条第1項に言及する答案があったが、Dは株主ではないため、同項は問題となり得ない。）。この点については、法科大学院における実務教育の成果が出ているものと評価することができるようと思われる。

これに対し、本小問において検討することが求められているのは「会社法に基づいて本件臨時株主総会1の開催をやめるように求める手段の有無」であるから、本件臨時株主総会1の開催をやめることに結び付かない手段について論じても評価されることはない。こ

の点については、少数ではあるものの、会社法第306条第1項の株主総会の招集手続等に関する検査役の選任を論ずるものや、少数株主による株主総会の招集に関する会社法第297条所定の要件を満たしているか否かを検討するものなどがあったが、これでは問われていることに答えたことにはならない。

会社法第385条第1項の適用又は類推適用を肯定するのか否かについては、いずれの立場を採ることも考えられるが、上記(ア)のような検討をすることができた答案是、当然のことながら、高く評価された。また、同項の類推適用を肯定する立場に立ちつつも、Dから相談を受けた弁護士としては、それが否定されるリスクがあることも含めて回答すべきであると指摘する答案もあったが、問われたことに正面から論ずる姿勢が好印象であった。

これに対し、会社法第385条第1項が問題となり得ることに気が付いたにもかかわらず、不良に該当する答案も相当数あった。例えば、少数株主からの請求に対して取締役が株主総会の招集をしないという不作為を問題とし、同項によりその不作為を差し止めるとする答案もあった。このような答案是、同項が問題となることには気が付いており、同項が取締役の行為を対象としており、少数株主の行為を直接の対象としていないことにも気が付いているため、その限りにおいては評価することができるが、不作為の差し止めというのは、現実的には困難であることはさておくとしても、そもそも本件臨時株主総会1の開催をやめる手段にならないため、問われたことに答えたことにならない。また、少数株主が株主総会を招集する場合であっても、株主総会の目的である事項を定めたり、招集の通知を発したりするのは取締役であることを前提に、そのような取締役の行為を同項により差し止めることができるとする答案もあったが、このような答案是、少数株主が株主総会を招集する場合の手続を誤解するものである。さらに、差し止めの対象となる行為自体は正しく捉えていても、同項が取締役の行為を対象としていることに言及することなく、漫然と少数株主の行為にも同項が適用されるとする答案もあったが、このような答案是、同項に気が付いたという以上の評価は与えられない。

なお、そのほかにも、会社法第385条第1項とは別の被保全権利の存在を指摘して仮の地位を定める仮処分命令（民事保全法第23条第2項）の申立てをするということも考えられないではない。例えば、監査役の少数株主に対する妨害排除請求権や株主総会決議の取消しの訴えを本案とする仮の地位を定める仮処分命令を求めることなどを検討することが考えられるであろうが、前者であれば、そのような権利が存在することを説得的に論ずることが求められるし、後者であれば、仮処分が認められてしまうと本案の対象となる株主総会決議が存在しないこととなり、そのような方法が許容されるのかも含めて説得的に論ずることが求められることとなる。もっとも、会社法第385条第1項とは別の被保全権利の内容について説得力のある論述をする答案はほとんどなかった。

イ 答案の例

(ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

監査役による違法行為の差し止めについては会社法第385条第1項に規定されているが、同項は、取締役の行為を対象としていることから、少数株主が裁判所の許可を得て株主総会を招集する場合に適用することは難しいことを指摘した上で、少数株主は、個人の利益のためではなく株式会社のために株主総会を招集する権限を付与されているのであって、その意味において取締役に準ずる立場にあり、取締役と同様、適法に株主総会を招集する義務を負っていると考えられることに加え、同項の類推適用を認めなければ、適法性を監査するという監査役の任務を全うすることができないことなどを指摘して、同項の類推適用を肯定するもの。

監査役による違法行為の差し止めについては会社法第385条第1項に規定されているが、同項は、取締役の行為を対象としていることから、少数株主が裁判所の許可を得て株主総

会を招集する場合に適用することは難しいことを指摘した上で、少数株主は、取締役に代わって株主総会を招集するものの、少数株主という立場でその権限を行使するものであって、取締役とは立場が異なるのであるし、株式会社は自ら株主総会を招集することができたのにそれをしなかったのであるから、少数株主による株主総会の招集を差し止めることができず、事後的に株主総会決議の取消しの訴えを提起することによって対応することとなってもやむを得ないことなどを指摘して、同項の類推適用を否定するもの。

監査役による違法行為の差止めについては会社法第385条第1項に規定されているが、同項は、取締役の行為を対象としていることから、少数株主が裁判所の許可を得て株主総会を招集する場合に適用することは難しいことを指摘した上で、裁判所の許可を得て株主総会を招集する場合における少数株主の立場の取締役との類似性について自分なりに検討し、同項の類推適用の可否を検討するもの。

(イ) 不良に該当する答案の例

監査役による違法行為の差止めについては会社法第385条第1項に規定されていることに気が付いているものの、同項が取締役の行為を対象としていることに言及することなく、漫然と同項が適用されるとするもの。

監査役による違法行為の差止めについては会社法第385条第1項に規定されていることに気が付いているものの、少数株主が株主総会を招集する場合であっても、株主総会の目的である事項を定めたり、招集の通知を発したりするのは取締役であることを前提に、そのような取締役の行為を会社法第385条第1項により差し止めることができるとするもの。

監査役による違法行為の差止めについては会社法第385条第1項に規定されていることに気が付いているものの、少数株主からの請求に対して取締役が株主総会の招集をしないという不作為を問題とし、会社法第385条第1項によりその不作為を差し止めるとするもの。

監査役による違法行為の差止めについて検討することなく、検査役の選任（会社法第306条第1項）、取締役会への報告義務（会社法第382条）又は株主総会に対する報告義務（会社法第384条）等を論ずるもの。

監査役による違法行為の差止めについて検討することなく、少数株主による株主総会の招集に関する会社法第297条所定の要件を満たしているか否かを検討し、これを満たしている以上、監査役の採ることができる会社法上の手段はないとするもの。

被保全権利が何であるかを明らかにすることなく、仮の地位を定める仮処分命令（民事保全法第23条第2項）の申立てについて論ずるもの。

(2) 設問1の小問2について

ア 全体的な採点実感

(ア) 設問1の小問2は、本件決議1について株主総会決議の取消しの訴えを提起したEの立場において考えられる主張をどのように構成するのかを問うものである。具体的には、本件臨時株主総会1を招集した少数株主である乙社が自らの提案する議案に賛成した株主には商品券を贈呈する旨の本件書面を株主に交付したことなどを踏まえ、本件決議1が会社法第831条第1項各号に掲げる場合のいずれに該当するのかを明示して、株主総会決議取消事由の有無を検討することが求められる。

本件決議1が会社法第831条第1項各号に掲げる場合のいずれに該当するのかについては、まず、Eとしては、乙社の行為に会社法第120条第1項が適用又は類推適用されることから株主総会の招集の手続又は決議の方法が法令に違反するものであった（会社法第831条第1項第1号）と主張することが考えられる。もっとも、会社法第120条第1項は、「株式会社」による「当該株式会社又はその子会社の計算においてする」利益供与を

禁止しており、少数株主が自らの負担によって行う行為を直接の対象とはしていない。まずは、そのことを指摘した上で、少数株主の行為に同項を適用又は類推適用することの可否を検討することが必要となる。この点については、例えば、同項は、会社財産の浪費を防止するものであり、株式会社がその財産を用いて株主の議決権の行使に影響を与えることを禁ずるものであると考えるのであれば、少数株主が、自らの負担によって商品券を贈与することにより、他の株主の議決権の行使に影響を与えることには問題はないということとなり、同項の適用又は類推適用を否定することになろう。これに対し、同項は、株式会社の公正な運営を確保するものであると考えるのであれば、株式会社による利益供与だけでなく株主総会を招集する少数株主による利益供与も株式会社の公正な運営を害し得ること、また、そのような問題は当該株式会社等の計算においてされたものであるか否かを問わずに生じ得ることなどを指摘し、同項の適用又は類推適用を肯定することもあり得る。そして、同項は、会社財産の浪費と株式会社の公正な運営の確保の双方の趣旨を含むものとするなら、いずれを重視するのか、いずれか一方を欠く場合であっても適用又は類推適用できるのかを検討することになろう。

また、Eとしては、上記の点に加えて、株主総会の招集の手段又は決議の方法が「著しく不公正」であった（会社法第831条第1項第1号）と主張することが考えられる。この点については、株主による議決権の行使が株主として株式会社から受ける経済的な利益とは異なる要因によって左右されるような状況で行われた株主総会決議が「著しく不公正」であったといい得ることを指摘した上で、本問の事実関係の下で具体的な検討をすることが考えられる。前者については、上記のような状況で行われた株主総会決議が「著しく不公正」であったといい得る理論的な根拠を自分なりに考察することが求められる。また、後者については、例えば、乙社が提案する議案に賛成した株主にのみ商品券が贈呈されること、乙社には当該議案を可決させることに強い利害関係があると認められること、例年の定時株主総会における結果との比較から乙社による商品券の贈呈が株主の議決権の行使に影響を与えた可能性が高いことなどを指摘した上で、「著しく不公正」であったといえるとするとも考えられるであろうし、商品券の額が少額であること、乙社が提案する議案に反対する議決権の行使をすることが殊更妨害されたわけではないこと、甲社の業績悪化や筆頭株主である乙社との間で対立が生じているという点で例年とは状況が異なり、例年の定時株主総会における結果との比較は重要ではないことなどを指摘した上で、「著しく不公正」であったとまではいえないとするとも考えられるであろう。また、そもそも、株主総会を招集する少数株主であっても、株式会社ではない以上、自らの資金で他の株主の議決権の行使に影響を与えることとなったとしても「著しく不公正」とはいえないとの考え方を採用し、その理論的な根拠を自分なりに考察するというとも考えられるであろう。

さらに、Eとしては、上記の各点に加えて、特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによって「著しく不当な決議がされた」（会社法第831条第1項第3号）と主張することもあり得るであろう。その場合には、乙社は、株主総会を招集して議案を提案したものの、自らを取締役に選任するといった決議がされたわけではないことから、そのような観点から特別の利害関係の有無を検討するのではなく、むしろ、賛成の議決権を行使した株主には商品券が贈呈されるという関係に着目して特別の利害関係の有無を検討するのが適切であろう。このような観点から検討すると、賛成の議決権を行使することによって商品券を贈呈される関係にある株主について、特別の利害関係の有無が問題となり得るが、議案に対して賛成の議決権の行使さえすれば、当該議案が否決されたとしても、商品券が贈呈されるのであるから、決議について特別の利害関係があるとはいえないと考えることもできるであろう。

- (イ) 本小問においては、乙社が提案する議案に賛成した株主には商品券を贈呈されるという

点が問題となるということについては、ほとんどの答案が検討することができていた。

次に、会社法第120条第1項の適用又は類推適用を肯定して株主総会の招集の手続又は決議の方法が法令に違反するものであったとするのか否か、株主総会の招集の手続又は決議の方法が「著しく不公正」であったとするのか否かについては、いずれの立場から論じても構わないが、上記(ア)のような検討をすることができた答案は、当然のことながら、高く評価された。

もっとも、会社法第120条第1項の適用又は類推適用を肯定する答案の多くが、同項が「株式会社」による「当該株式会社又はその子会社の計算においてする」利益供与を禁止している点についての十分な検討をすることができず、その結果、高い評価を得るには至らなかった。

例えば、会社法第120条第1項の趣旨を公正な会社運営と会社財産の浪費防止にあるとしながら、本小問においては後者の要素が欠けることについて何ら論ずることなく同項を適用又は類推適用する答案が相当数あった。このような答案は、本小問の基本的な問題構造は理解していると評価することができるものの、同項が「会社又はその子会社の計算において」することを要件としている点を見逃していることに加え、本小問の状況について深い考察をするには至っていないものと評価せざるを得ない。特に、このような答案の多くが、株主総会の招集の手続又は決議の方法が「著しく不公正」であったといえるか否かについては全く触れていなかった。同項を適用又は類推適用すること自体はあり得るところではあるが、同項が規定する要件に照らすと、そのような主張が当然に認められるというものではない。そうすると、Eとしては、同項の適用又は類推適用を肯定して株主総会の招集の手続又は決議の方法が法令に違反するものであったとの主張が採用されない可能性にも配慮した上で、株主総会の招集の手続又は決議の方法が「著しく不公正」であったとの主張についても検討すべきであろう。

また、会社法第120条第1項の類推適用をするに当たって、例年の定時株主総会における結果と比較して議案に賛成するものの割合が上がったということや、「株主の権利の行使に関し」という要件への当てはめとして言及する答案も多かったが、株主の権利行使に対して現実に影響を与えたかどうかは同項の要件であるとはいえないので、そのような当てはめをする答案には高い評価は与えられなかった。

次に、会社法第120条第1項が行為主体を「株式会社」としていることや「会社の計算において」という要件については触れることなく、又はこれらについて十分な検討をすることなく、下級審裁判例（東京地判平成19年12月6日判タ1258号69頁）を参考にして利益供与の該当性を検討する答案も相当数あった。このような答案は、本小問では同項の要件の一部が満たされていないことが問題になっており、同裁判例とは異なる状況であることを看過していることに加え、少数株主による行為であるという本小問における最も重要な点を見落としたか、又は軽視したものと評価せざるを得ない。自らが知っている論点に引き付けて検討しようとした結果、問題の本質を見誤ってしまったのであるとすれば、そのような学習態度は改められるべきである。

さらに、乙社が「株式会社」であることを理由に、会社法第120条第1項の適用を認める答案も、残念ながら相当数あった。このような答案は、条文の基本的な読み方が身に付いていないものと評価せざるを得ない。

また、株主総会の招集の手続又は決議の方法が「著しく不公正」であった（会社法第831条第1項第1号）と主張することが考えられることを検討した答案の中には、会社法第120条第1項は、「株式会社」による「当該株式会社又はその子会社の計算においてする」利益供与を禁止しており、少数株主が自らの負担によって行う行為を直接の対象とはしていないという点を丁寧に検討した上で、株主による議決権の行使が株主として株式会社か

ら受ける経済的な利益とは異なる要因によって左右されるような状況で行われた株主総会決議が「著しく不公正」であったといい得ることを指摘し、本問の事実関係の下で具体的な検討をすることができたものは、高く評価された（このような答案の多くが、会社法第120条第1項の適用又は類推適用を否定していたが、同項の適用又は類推適用を肯定しつつ、更にこの点を論ずるというものもあり、いずれであっても高く評価された。）。

これに対し、株主総会の招集の手續又は決議の方法が「著しく不公正」であった（会社法第831条第1項第1号）と主張することが考えられることを検討した答案の中には、どのような行為がどのような理由で「著しく不公正」となるのかについての分析をせず、ただ問題文の事実関係を羅列して「著しく不公正」であると結論付けるものも相当数あった。例年指摘していることであるが、問題文の事実関係を評価することなく並べ立てて、「よって、著しく不公正であった」などと述べても、説得力のある論述とは評価されない。

また、特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによって「著しく不当な決議がされた」（会社法第831条第1項第3号）と主張することが考えられることを検討した答案も、少数ながら見受けられた。その中でも、乙社が株主総会を招集して議案を提案していることから特別の利害関係を有する者に当たるといえるものが多かったが、適切な検討がされたものとは評価されなかった。これに対し、賛成の議決権を行使した株主には商品券が贈呈されるという関係に着目して特別の利害関係の有無を検討するものは、少数にとどまったものの、この部分の評価としては相応のものとなった。本小問においては、Eの立場において考えられる主張とその当否が問われているのであるから、会社法第120条第1項の適用又は類推適用を肯定して株主総会の招集の手續又は決議の方法が法令に違反するものであったとするのか否か、株主総会の招集の手續又は決議の方法が「著しく不公正」であったとするのか否かといった問題に付加して適切に検討していたものについては、設問1の小問2全体として相対的に高い評価を得るに至った。

なお、裁量棄却について詳細に論ずる答案が相当数あったが、会社法第120条第1項の適用又は類推適用を肯定して株主総会の招集の手續又は決議の方法が法令に違反するものであったとする場合には、違反する事実が重大でないとはいえない難いのであるから、大きく取り上げる必要はない。さらに、株主総会の招集の手續又は決議の方法が「著しく不公正」であったとする場合や特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによって「著しく不当な決議がされた」とする場合には、そもそも裁量棄却は問題とはならないのであるから、これらのみを決議の瑕疵として論じつつ、裁量棄却の可否について論ずるのは会社法第831条第2項を理解していないものとして評価せざるを得ない。当然のことではあるが、株主総会決議の取消しの訴えが問題となる場合には、裁量棄却を必ず主要な論点として論じなければならないというわけではない。

イ 答案の例

(ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

まず、Eとしては、乙社の行為が「株主の権利の行使に関し、財産上の利益を供与」するものに該当し（会社法第120条第1項）、株主総会の招集の手續又は決議の方法が法令に違反するものであった（会社法第831条第1項第1号）と主張することが考えられることを指摘した上で、少数株主の行為に会社法第120条第1項を適用することができないことを前提に、同項は、会社財産の浪費を防止するものであり、株式会社がその財産を用いて株主の議決権の行使に影響を与えることを禁ずるものであると考え、同項を類推適用することもできないものとする（又は、同項は、株式会社の公正な運営を確保するものであり、株式会社による利益供与だけでなく株主総会を招集する少数株主による利益供与も株式会社の公正な運営を害し得ること、また、そのような問題は当該株式会社等の計算においてされたものであるか否かを問わずに生じ得ることなどを指摘し、同項の適用又は類

推適用を肯定することができるものとする。)。その上で、Eとしては、株主総会の招集の
手続又は決議の方法が「著しく不公正」であった（会社法第831条第1項第1号）と主
張することも考えられることを指摘した上で、株主による議決権の行使が株主として株式
会社から受ける経済的な利益とは異なる要因によって左右されるような状況で行われた株
主総会決議が「著しく不公正」であったといい得ることを論じ、乙社が提案する議案に賛
成した株主にのみ商品券が贈呈されることや、例年の定時株主総会における結果との比較
から乙社による商品券の贈呈が株主の議決権の行使に影響を与えた可能性が高いことなど
を指摘して、「著しく不公正」であったとするもの。

少数株主の行為に会社法第120条第1項を適用することができないことを前提に、同項
は、会社財産の浪費を防止するものであり、株式会社がその財産を用いて株主の議決権の
行使に影響を与えることを禁ずるものであると考え、同項を類推適用することもできない
ことを論じた上で、Eとしては、株主総会の招集の手続又は決議の方法が「著しく不公正」
であった（会社法第831条第1項第1号）と主張することが考えられることを指摘し、
株主による議決権の行使が株主として株式会社から受ける経済的な利益とは異なる要因に
よって左右されるような状況で行われた株主総会決議が「著しく不公正」であったといい
得ることを論じ、本問の事実関係を適切に評価して自分なりの結論を導くもの。

(イ) 不良に該当する答案の例

Eとしては、乙社の行為が「株主の権利の行使に関し、財産上の利益を供与」するものに
該当し（会社法第120条第1項）、株主総会の招集の手続又は決議の方法が法令に違反す
るものであった（会社法第831条第1項第1号）と主張することが考えられることを指
摘した上で、会社法第120条第1項が行為主体を「株式会社」としていることや「会社
の計算において」という要件については触れることなく、又はこれらについて十分な検討
をすることなく、下級審裁判例（東京地判平成19年12月6日判タ1258号69頁）
を参考にして検討するもの。

Eとしては、乙社の行為が「株主の権利の行使に関し、財産上の利益を供与」するものに
該当し（会社法第120条第1項）、株主総会の招集の手続又は決議の方法が法令に違反す
るものであった（会社法第831条第1項第1号）と主張することが考えられることを指
摘した上で、乙社が「株式会社」であることから、会社法第120条第1項の適用を認め
るもの。

Eとしては、株主総会の招集の手続又は決議の方法が「著しく不公正」であった（会社法
第831条第1項第1号）と主張することが考えられることを指摘した上で、どのような
行為がどのような理由で「著しく不公正」となるのかについての分析をせず、事実関係を
羅列して「著しく不公正」であると結論付けるもの。

株主総会を招集して議案を提案した乙社による議決権の行使を「特別の利害関係を有する
者」の議決権の行使であるとした上で、会社法第831条第1項第3号の取消事由につい
て検討するもの。

(3) 設問2について

ア 全体的な採点実感

(ア) 設問2は、発行済株式の総数の3分の1に相当する200株を保有する丙社から再建の
ための支援を受けていた甲社が、再建のめどがついてきた頃から丙社との間で見解の相違
がみられるようになったことなどから、丙社との間の資本関係を断つために本件株式併合
とそれに続く本件株式分割及び募集株式の第三者割当てを計画したという事例において、
締め出される丙社の立場から、本件株式併合の効力を争うために採ることができる会社法
上の手段に関し、その立場において考えられる主張及びその主張の可否の検討を求めるも
のである。

(イ) 設問2においては、まずは、株式併合の効力を争うための会社法上の手段について、検討しなければならない。この点については、株式併合については会社の組織に関する行為の無効の訴え（会社法第828条）の対象となっていないことから、このような訴えを提起するのではなく、株式併合をするための株主総会決議（会社法第180条第2項）の効力を否定することにより、株式併合が無効となることを主張することが考えられる。そして、株主総会決議の効力を否定するための会社法上の手段としては、①特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによって著しく不当な決議がされたとして株主総会決議の取消しの訴えを提起すること（会社法第831条第1項第3号）、②決議の内容が法令に違反することを理由として株主総会決議の無効の確認の訴えを提起すること（会社法第830条第2項）が考えられる（なお、①の場合には、丙社が本件決議2の取消しによって株主となる者に該当すること（会社法第831条第1項後段）についても言及することができる、なお望ましい。）。また、会社の組織に関する行為の無効の訴えに関する会社法第828条の規定を類推適用するということも考えられるであろう。いずれにしても、株式併合に関する会社法の規定を正しく理解した上で、その効力を争うための会社法上の手段を検討することが求められる。

この点については、多くの答案が上記①又は②のいずれかの手段について検討することができていた。内容面においても、上記のような検討をすることができたものも相当数あり、当然のことながら、高く評価された（その中でも、上記①の手段について検討するに際し、丙社が本件決議2の取消しによって株主となる者に該当すること（会社法第831条第1項後段）についても言及することができたものも一定数あったが、条文の文言を丁寧に検討する姿勢が見られ、好印象であった。）。他方で、株式併合については会社の組織に関する行為の無効の訴え（会社法第828条）の対象となっていないことや、株式併合をするための株主総会決議（会社法第180条第2項）の効力を否定することによって株式併合が無効となるということに全く言及することなく、いきなり上記①又は②を検討するものもあったが、それでは株式併合の効力を争うための会社法上の手段を十分に検討したものと評価することはできない。

また、株式併合の効力を争うための会社法上の手段の有無を検討しないで、当然のように株式併合の無効の訴えを提起することができることを前提とする答案もあったが、このような答案も、株式併合の効力を争うための会社法上の手段を十分に検討したものと評価することはできない。

さらに、株式併合の差止め（会社法第182条の3）、本件株式併合に続く自己株式の処分の差止め（会社法第210条）やその無効（会社法第828条第1項第3号）について検討するものも相当数あった。本設問においては、本件株式併合の効力は発生しているものであるから、差止めは問題にはならないはずであるし、自己株式の処分の差止めやその無効を論じて、本件株式併合の効力を争う手段について論じたことにはならない。

なお、少数ではあったが、招集の手段又は決議の方法が著しく不公正（会社法第831条第1項第1号）であるか否かが問題となるとした上で、その中で丙社の締め出しの可否を検討するものもあった。しかしながら、丙社を締め出すというのは決議の内容であるから、招集の手段又は決議の方法が問題となるものではない。

(ウ) 次に、上記(イ)①及び②の各手段のうち、上記(イ)①の手段による場合であれば、A又はCが特別の利害関係を有する者であることや「著しく不当な決議」がされたといえるか否かが問題となる。これに対し、上記(イ)②の手段による場合であれば、「決議の内容が法令に違反する」といえるか否かが問題となるところ、法令違反の根拠については、例えば、いわゆる株主平等原則に違反すること（会社法第109条第1項）、権利の濫用に該当すること（民法第1条第3項）などを指摘することが考えられるであろう。そして、どのよう

な場合に「著しく不当な決議」又は「決議の内容が法令に違反する」といえるのかについて、自分なりの規範を立てる必要があり、なぜそのような規範を採用するのかについても、理論的な根拠を自分なりに考察する必要がある。その上で、本問の事実関係全体（例えば、丙社の案もAらの案も、甲社の企業価値との関係では、客観的にいずれか一方が他方よりも優れているとは言い難く、見解の分かれる問題であったことや、本件株式併合により1株に満たない端数となる株式の買取価格が公正な価格と認められるものであったことなど）について、多面的に、かつ、適切に評価して、「著しく不当な決議」又は「決議の内容が法令に違反する」といえるか否かについての結論を示す必要がある。本設問は、会社法に明文の規定がない問題を素材に思考力を問うものであり、本件株式併合の効力を否定する方向、肯定する方向のいずれを採用しても構わない。例えば、会社法上の公開会社でない株式会社においては、少数株主の有する利益は当該株式の金銭的価値に尽きず、それを保護する必要があるから、株式併合には正当な事業目的が要求されるという一般論をとった上で、本問の事実関係の下では、正当な事業目的を欠くため本件株式併合の効力を否定する方向で検討することも、正当な事業目的が認められるため本件株式併合の効力を肯定する方向で検討することも考えられるであろう。また、会社法上、株式併合の目的は制限されていないことなどから、特定の少数株主を締め出すために行われた株式併合も許容されるとして、本件株式併合の効力を肯定することも考えられるであろうが、いずれの立場であっても、説得的に論ずることが求められる。また、本設問では、本件株式併合の効力を争う丙社の立場において考えられる主張及びその主張の当否を検討することが求められるものであることから、最終的に本件株式併合の効力を肯定するとしても、それを否定する立場からの立論とその当否について検討する姿勢が求められる。

この点について、ほとんどの答案が丙社の締め出しが問題となることについて言及することができていた。しかしながら、会社法上の公開会社でない株式会社における少数株主の締め出しであるという点に着目して、自分なりに規範を立てて本問の事実関係を適切に評価して説得的に論ずることができていたものは極めて少数であった。例えば、会社法上の公開会社でない株式会社においては、少数株主の有する利益は当該株式の金銭的価値に尽きず、それを保護する必要があるから、株式併合には正当な事業目的が要求されるというような形で、本設問の特質を捉えることを可能にする一般論をとりつつ、本問の事実関係を適切に評価する答案については、高い評価が与えられた（なお、会社法上の公開会社でない株式会社においては、取締役が株主となる者を選別することができるなどと述べて締め出しが広く許容されるとするものもあったが、新たに株主となろうとする者がいる場合と既存の株主を締め出す場合とを混同したものと考えられる。）。これに対し、多くの答案が、会社法上の公開会社でない株式会社における少数株主の締め出しであるという点に着目することができていなかった。これらの答案においては、どのような場合に「著しく不当な決議」又は株主平等原則等の法令違反に該当するのかについて、その判断基準や枠組みを示すことができていないか否か、本問の事実関係を適切に評価することによって結論を導くことができていないか否かで評価に差が付いた。「著しく不当な決議」又は株主平等原則等の法令違反の該当性に関する判断基準や枠組みを示すことなく、ただ問題文の事実関係を羅列して結論を導く答案は、相対的に低く評価され、どのような場合に「著しく不当な決議」又は株主平等原則等の法令違反に該当し、どのような場合にこれらに該当しないのかを意識した上で自分なりの規範を立てつつ、問題文の事実関係をただ羅列するだけでなく、適切に評価をした上で、結論を導き出そうとする答案については、相対的に高く評価された。

なお、上場会社における買取防衛策と同様に考えようとする答案が比較的多く見られた。本設問の状況に合わせてその考え方を参照することを試みるものについては、自分なりの

規範を立てて事実関係を評価しようとする限りで一定の評価をすることができるものの、会社法上の公開会社でない株式会社における少数株主の締め出しであるという点を見落としていることに加え、本設問では丙社がAらの意向に反して甲社を買収することはできないので、上場会社における買収防衛策に関する議論をそのまま参照することは難しいと思われる。

また、少数ではあったが、A又はCが特別の利害関係を有する者であることから直ちに「著しく不当な決議」に該当すると結論付けたり、決議方法の法令違反として取締役の説明義務違反の有無のみを検討したりするものもあったが、これらの答えは、高い評価は得られなかった。

イ 答案の例

(ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

株式併合の効力を争うための会社法上の手段について、会社の組織に関する行為の無効の訴え（会社法第828条）の対象となっていないことから、このような訴えを提起するのではなく、株式併合をするための株主総会決議（会社法第180条第2項）の効力を否定することによって株式併合が無効になるとするもの。

株式併合をするための株主総会決議の効力を否定するための手段について、丙社としては、①特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによって著しく不当な決議がされたとして株主総会決議の取消しの訴えを提起すること（会社法第831条第1項第3号）が考えられること、又は②決議の内容が法令に違反することを理由として株主総会決議の無効の確認の訴えを提起すること（会社法第830条第2項）が考えられることのいずれかを指摘した上で、A又はCが特別の利害関係を有する者であること（①の場合）、又は法令違反の根拠として株主平等原則（会社法第109条第1項）に違反することなど（②の場合）を検討し、会社法上の公開会社でない株式会社においては、少数株主の有する利益は当該株式の金銭的価値に尽きず、それを保護する必要があるから、株式併合には正当な事業目的が要求されるという一般論をとりつつ、本問の事実関係（丙社の案もAらの案も、甲社の企業価値との関係では、客観的にいずれか一方が他方よりも優れているとは言い難く、見解の分かれる問題であったことや、本件株式併合により1株に満たない端数となる株式の買取価格が公正な価格と認められるものであったことなど）を適切に評価して、「著しく不当な決議」となるか否か（①の場合）、又は株主平等原則に違反するか否か（②の場合）についての結論を導くもの。

株式併合をするための株主総会決議の効力を否定するための手段について、丙社としては、①特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによって著しく不当な決議がされたとして株主総会決議の取消しの訴えを提起すること（会社法第831条第1項第3号）、又は②決議の内容が法令に違反することを理由として株主総会決議の無効の確認の訴えを提起すること（会社法第830条第2項）のいずれかをした上で、株式併合には正当な事業目的が要求されるにもかかわらず、本問の事実関係においてはそれが認められないなどと主張することが考えられるとした上で、会社法上、株式併合の目的は制限されていないことなどから、特定の少数株主を締め出すために行われた株式併合も許容されるなどとして丙社の主張は認められないとするもの。

株式併合の効力を争うための会社法上の手段について、株主総会決議の無効の確認の訴え（会社法第830条第2項）を提起することによって株式併合をするための株主総会決議（会社法第180条第2項）の効力を否定して株式併合が無効とすることについては、提訴期間の制限がなく法的安定性を害するものであるとして、このような手段ではなく会社の組織に関する行為の無効の訴え（会社法第828条）の規定を類推適用すべきであるとした上で、無効事由について説得的に論ずるもの。

(イ) 不良に該当する答案の例

株式併合をするための株主総会決議の効力を否定するための手段について、丙社としては、①特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによって著しく不当な決議がされたとして株主総会決議の取消しの訴えを提起すること（会社法第831条第1項第3号）が考えられること、又は②決議の内容が法令に違反することを理由として株主総会決議の無効の確認の訴えを提起すること（会社法第830条第2項）が考えられることのいずれかを指摘した上で、どのような場合に「著しく不当な決議」（①の場合）又は株主平等原則等の法令違反（②の場合）に該当するのかについて、その判断基準や枠組みを示すことなく、丙社が締め出されたという事実のみをもってこれを肯定したり、本問の事実関係を丁寧に評価することなくただ羅列した上で「よって、著しく不当な決議といえる（とはいえない）。」又は「株主平等原則に違反する（とはいえない）。」などと結論付けたりするもの。

株式併合をするための株主総会決議の効力を否定するための手段について、丙社としては、特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによって著しく不当な決議がされたとして株主総会決議の取消しの訴えを提起すること（会社法第831条第1項第3号）が考えられることを指摘した上で、どのような場合に「著しく不当な決議」に該当するのかについて、その判断基準や枠組みを示すことなく、A又はCが特別の利害関係を有する者であることをもってこれを肯定するもの。

株式併合をするための株主総会決議の効力を否定するための手段について、丙社としては、株主総会の決議の方法が法令に違反するものであったとして株主総会決議の取消しの訴えを提起すること（会社法第831条第1項第1号）が考えられることを指摘した上、取締役の説明義務違反の有無のみを検討するもの。

株式併合の効力を争うための会社法上の手段の有無を検討しないで、株主総会決議の取消しの訴え又は株主総会決議の無効の確認の訴えを提起することを当然の前提として検討するもの。

株式併合の効力を争うための会社法上の手段の有無を検討しないで、当然に株式併合無効の訴えを提起することができることを前提に検討するもの。

株式併合の差止め（会社法第182条の3）、株式併合に続く自己株式の処分の差止め（会社法第210条）やその無効（会社法第828条第1項第3号）について検討するもの。

招集の手続又は決議の方法が著しく不公正（会社法第831条第1項第1号）であるか否かが問題となるとした上で、その中で丙社の締め出しの可否を検討するもの。

会社法第831条第1項第1号を根拠として、株式併合をするための株主総会決議の内容が法令違反又は不公正であることを論ずるもの。

会社法第830条第2項又は同法第831条第1項に全く言及することなく、株式併合をするための株主総会決議の瑕疵について論ずるもの。

会社法第830条第2項との関係で、株主総会決議が無効とされると多くの者に影響が及ぶので、ここでいう法令違反とは特に重大な違反に限定されるところのもの（設立無効の訴え、合併無効の訴え等の無効原因と混同しているものと思われる）。

(4) 第2問全体について

全ての設問及び小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。昨年と同様、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。もっとも、全ての設問及び小問において高い評価を得ることができたものは少数にとどまり、設問1において高い評価を得たものであっても、設問2においては高い評価を得られなかったものや、設問2において高い評価を得たものであっても、設問1においては高い評価を得られなかったものが比較的多かったように思われる。

全体として高い評価を得ることができた答案に共通する要素としては、次の2点を挙げることができる。

一つ目は、会社法の基本的な理解を前提に関係する条文を適切に引用し、その文言を丁寧に検討する姿勢が見られたということである。設問1の小問1であれば、会社法の基本的な理解を前提に関係する条文を探していけば、会社法第385条第1項が問題となることに気が付くはずであり、その文言を丁寧に検討すれば、同項が取締役の行為を対象としており、少数株主の行為を対象としているものではないという点が問題になることにも気が付くであろう。その上で、少数株主による株主総会の招集に同項を適用又は類推適用することを肯定するのか、否定するのかについては、いずれでもよいのであるから、自分なりに検討すればよいのであるが、いずれの結論を採るにしても、上記のような枠組みで検討していれば、相対的に上位の評価となったところ、このような検討をすることができたか否かは、条文の文言を丁寧に検討する姿勢の有無にかかっていたように思われる。また、設問1の小問2についても、会社法を一通り学習した者であれば、利益供与が問題となり得ることには気が付いたはずである（実際に多くの答案がこの点について言及していた。）。もっとも、会社法第120条第1項が「株式会社」による「当該株式会社又はその子会社の計算においてする」利益供与を禁止しているという点についての検討が十分ではないものが多かった。その中には、これらの要件の充足を論じないまま、過度に抽象化した公正といった趣旨との関係のみを論ずるものも相当数あった。同項を適用又は類推適用するか否かについてはいずれの結論であってもよいが、まずは、同項の文言を丁寧に検討するという姿勢で臨む必要があるところ、上記のような解答は、条文の文言を軽視しているのではないかと思われる。また、文言を丁寧に検討するという姿勢で臨めば、同項の趣旨を丁寧に検討することなく、同項の類推適用を簡単に肯定することができるような問題ではないことは明らかであり、この検討が十分ではないものは、条文の趣旨を踏まえた類推適用についての理解も不十分なものと思われる。また、設問2についても、株式併合の効力をどのような手段で争うのかを考えると、直接規定した条文はないのであるから、株主総会決議の効力を争うことになることはわかるはずである。その上で、株主総会決議の効力を争うための会社法上の手段に関する条文を探せば、会社法第830条第2項や第831条第1項第3号が問題となり得ることがわかるはずであり、その要件に沿って検討していくことになるだろう。第2問は、全体として決して容易な問題ではなく、全ての設問及び小問についてポイントを押さえた論述をすることは困難かもしれないが、会社法の基本的な理解を前提に関係する条文を適切に引用し、その文言を丁寧に検討する姿勢で臨めば、全ての設問及び小問において、問題構造を的確に把握することができるはずであり、それができただけでも相対的に上位の評価を得ることができた。

二つ目は、例年指摘していることであるが、問われていることに正面から向き合うということである。例えば、設問1の小問1において、株主総会の開催をやめることにつながらないことを延々と述べても全く評価はされない。また、設問1の小問2及び設問2においては、E又は丙社の立場からの検討が求められているのであるが、その点に配慮しておらず、その結果、表面的な検討にとどまっているものが多かったように見受けられる。E又は丙社の立場からの検討が求められている以上、それらの訴訟代理人になったつもりで、それらの者の利害関係を具体的に検討してほしい。そうすることによってより深い検討をすることがつながるはずであり、より高い評価が得られることにもなるだろう。また、設問1の小問1においては、少数ではあったが、「法令違反があるかどうかについては、論じなくてよい」とされているにもかかわらず、法令違反の有無について詳細に検討している答案があったが、何が問われているのかについては特に注意をして問題文を読んでほしい（なお、設問1においては、小問1の回答として法令違反について検討されているものであっても、その内容によっては小問2の回答として評価している。）。

4 法科大学院教育に求められるもの

多くの答案が、設問 1 の小問 1 においては会社法第 385 条第 1 項が問題となること、設問 1 の小問 2 においては利益供与となるか否かが問題となること、設問 2 においては株主総会決議の効力を争うという手段によって株式併合の効力を争うということについて言及することができていた。これらについては、実務を意識した法科大学院における教育の成果と評価し得るのではないと思われる。

これに対し、自らが知っている論点に引き付けて検討しようとし、関係する条文を適切に引用してその文言を丁寧に検討する姿勢が身に付いていないと思われる答案が多かったのも事実である。また、例えば会社法第 831 条第 1 項各号と第 830 条第 2 項を混同するなど、普段から条文を丁寧に参照していないことをうかがわせる答案も少なくなかった。司法試験は、実務家となろうとする者に必要な学識及びその応用能力を有するかどうかを判定するものであるところ、実務においては、未知の論点や既存の論点とは似て非なるものと遭遇することは珍しくなく、実務家には、そのような論点に解決の糸口を見いだしていくことが求められる。その際に、まず手掛かりにすべきなのは条文であり、事案を無視した裁判例の要約などではない。少数ではあるが、上記のような姿勢を身に着けた上で深い検討をすることができたと思われる答案もあった。あるいは、知識量では相対的には劣っていても、上記のような姿勢が身に付いていたため、現場での思考を巡らせた結果、相対的に上位の評価を得たものもあったように思われる。これは、法科大学院での教育の成果というべきであろうが、それが一部の優秀な層にとどまっていたという点については、今後の課題であるように思われる。

法科大学院においては、引き続き、会社法上の基本的な制度や、条文、判例についての理解を確実なものとするとともに、問題文中の事実関係から重要な意味を有する事実を適切に拾い上げ、これを評価し、条文を的確に解釈及び適用する能力と論理的思考力を養う教育が求められるが、その際には条文の文言を丁寧に検討するという姿勢を身に付けることを意識した教育が求められる。

令和6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6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らがYに対し、建物賃貸借契約の終了（賃料不払による債務不履行解除）に基づく本件建物の明渡請求訴訟（本件訴え）を提起したという事案を題材として、第一審における手続や判決効と、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、任意的訴訟担当、自白の成立及び撤回、確定判決の既判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、答案作成の時間配分に失敗し、一部の設問で詳細な検討をしていながら、最後に解答したと思われる設問で検討が不十分であるものも散見された。これは、余事記載が多いことが一因であるように思われる。

なお、乱雑又は極めて小さい文字や略字を用いて判読が困難なもの、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、刑事訴訟の用語と混同し「口頭弁論期日」を「公判期日」と、「被告」を「被告人」と、「代理人」を「弁護人」と記載するなど基本的用語を誤っている答案、日本語として違和感を覚える表現や初等教育で学ぶ漢字を平仮名又は片仮名で記載する答案や漢字の誤りも一定数見られた。以上については、例年、指摘されているところであるが、これらは、解答者の法律家としての素養を疑わせ得るものであり、本年においても、改めて注意を促すとともに、強く改善を求めたい。

(2) 設問1について

ア 課題1の採点実感

設問1の課題1では、任意的訴訟担当の意義及びそれが明文なくして認められるための要件

を問うものである。任意的訴訟担当の意義を述べた上で、訴訟担当が認められる前提要件として担当者に対する授権が必要であることを明らかにし、さらに、問題文記載の判例（最大判昭和45年11月11日民集24巻12号1854頁）から、それが明文なくして許容されるための要件、すなわち弁護士代理原則（民事訴訟法第54条第1項）及び訴訟信託の禁止の潜脱とならず（以下「非潜脱要件」という。）、かつ、訴訟担当を認める合理的必要があること（以下「合理的必要性」という。）を的確に示すことが期待される。

任意的訴訟担当の意義については、権利義務の主体が訴訟追行権を第三者に授与し、第三者がその授権に基づいて当事者適格を取得する場合をいうことを明らかにした上で、明文なき任意的訴訟担当を認める問題点を簡潔に述べた答案は高く評価された。他方で、（権利主体からの）授権に基づく点を明示できないなど、任意的訴訟担当の意義について十分に述べることができている答案も多く、選定当事者についての民事訴訟法（以下「法」という。）第30条の規定から、無理に一般的な意義を導こうとするもの、明文なき任意的訴訟担当と選定当事者を区別できていないものも散見され、これらの答案は低い評価にとどまった。さらに、訴訟担当と訴訟上の代理、訴訟委任と訴訟信託を区別せず、弁護士代理原則の根拠条文として弁護士法第72条を挙げるなど基本的な用語・概念の理解が不十分な答案も散見された。

任意的訴訟担当が明文なくして認められるための要件については、非潜脱要件を挙げた答案は多かったが、授権の存在を前提（要件）とすることを挙げた答案は少なかった。合理的必要性の要件については、挙げている答案と挙げていない答案とに分かれた。

イ 課題2の採点実感

課題2では、問題文記載の具体的事実から前記前提要件及び許容されるための要件充足の有無について検討することを問うものである。非潜脱要件については、前記判例の判示内容に照らし、どのような点が認められれば潜脱とまらないのか、その要素（実体上の管理権の有無）に言及しつつ検討することが、合理的必要性については、前記判例が、非潜脱要件を満たす場合には特段の事情がない限り合理的必要性を欠くものとはいえないと判示していることを踏まえつつ、本問の具体的事情から、前記判例との異同を指摘し、合理的必要性の有無について具体的に検討することが期待される。

授権について、要件として挙げている答案が少なかったことは前記のとおりであるが、挙げている答案でも、遺産分割協議及びXらの取決めの具体的事実と言及することなく、簡単に授権の存在を認めている答案も多かった。

非潜脱要件について、要件として挙げていた答案は多かったものの、問題文記載の具体的事実への当てはめにおいて、具体的に考慮すべき事情が把握できておらず、前記判例との異同を的確に示すことができていない答案も多かった。単に訴訟追行権のみが授与されたのではなく、訴訟物に関連する実体上の管理権や対外的な業務執行権とともに訴訟追行権が授与されていることがポイントになるという点を理解できていれば、解答は困難でなかったと思われる。

合理的必要性について、要件として挙げた答案でも、前記判例の事案においてなぜ合理的必要性が問題なく肯定されているかという点を理解できていないため、当てはめにおいて混乱している答案が見られた。重要判例については、抽象的な要件ないし規範を暗記するだけで事足りるとするのではなく、どのような具体的判断基準や考慮要素を定立しているのか、それをどのように用いて結論に至っているかを丁寧に理解することが重要である。そこまで理解して初めて、具体的事案での適用が説得的なものになるということに留意してほしい。また、本件訴えに係る訴訟（本件訴訟）が固有必要的共同訴訟に当たらないことが問題文で指摘されているにもかかわらず、これを無視する答案が散見された。

ウ 設問1のまとめ

設問1の課題1は、任意的訴訟担当の意義、それが明文なくして許容されるための要件を問

うもので、任意的訴訟担当の意義を、明文なき任意的訴訟担当を認める場合の問題点にも言及しながら述べた上で、前記判例を踏まえて、要件を簡潔に論じた答案は、高く評価されたが、任意的訴訟担当の意義について十分に述べることができていない答案も多かった。課題2は、問題文記載の具体的事実につき、任意的訴訟担当が明文なくして許容されるための要件充足の有無について検討することを問うもので、前記判例を踏まえた要件につき、どのような具体的判断基準や考慮要素が定立されているのか、前記判例においてどのように要件が当てはめられ結論に至ったかを理解できていれば、解答は困難でなかったはずであるが、実力の差が明瞭にあらわれていた。

「優秀」に該当する答案は、課題1及び課題2のいずれについても、出題趣旨を正しく理解した上で、過不足のない論述をするものである。「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、課題1で十分な論述をしつつ、課題2では、当てはめにおいてポイントとなる事情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、意義及び要件を十分に論述できておらず、課題2において、当てはめに際し、指摘すべき問題文記載の具体的事実を取り上げられていないものなどである。これに対し、課題1や課題2を通じ、出題趣旨を正しく理解しないものや、総じて基礎的事項の理解が不足している答案は「不良」と評価される。

(3) 設問2について

ア 設問2の採点実感

設問2は、Yのした本件陳述がいわゆる先行自白に該当し得ることを前提に、これが裁判上の自白に該当しない、あるいは裁判上の自白が成立したとしても撤回ができることにつき、Yの立場からの検討を求めるものである。

裁判上の自白の意義について、従来からの通説のように、当事者が、その訴訟の口頭弁論又は弁論準備手続において、相手方の主張と一致する自己に不利益な事実の陳述であること、又は有力説のように、相手方の主張する自己に不利益な事実を争わない旨の意思を表明する、弁論としての陳述であることを簡潔に述べるのが期待される。

自白の意義及び要件については、比較的良好に書けている答案が多かったが、相手方の主張と一致すること又は相手方が主張することという要素を欠くものや、弁論準備手続での陳述が含まれないとする答案も相当程度見られた。自白には訴訟での争点を圧縮する機能があるところ、弁論準備手続は争点を整理し絞り込むことを目的とするものであるから、弁論準備手続における陳述も自白に含まれるとするのが一般である。また、意義と要件は重複する部分もあるがその双方について論述することが期待されているところ、片方についてしか論述していない答案も少なくなかった。

Yのした本件陳述が、裁判上の自白に該当しない、あるいは裁判上の自白が成立したとしても撤回ができることの検討については、本件陳述がされた第1回弁論準備手続期日の目的や、裁判上の自白の意義及び要件並びに撤回が認められる要件と関連付けながらの検討が求められている。

本問では中心的論点とはいえない点、例えば、自白の対象事実に関連事実が含まれるか、不利益性の要件をどのような基準で判断するかといった点に重点を置いて論述している答案も多かったが、前者は、本件陳述が主要事実となるのであれば検討の必要がない論点であり、後者も、学説によって大きく帰結が分かれるところではないから、簡潔に指摘すれば足りると思われる。弁論主義の意義や趣旨などを冗長に述べる答案も見られたが、そのような論述は求められていない。自分の知っている論点を書くのではなく、問いに答える上で何が必要な論点かをよく吟味し、ポイントを押さえた論述を心掛ける必要がある。このような中心的論点以外の点に重点を置いていた答案は、多くの場合、本問で問われていた点に対する検

討が不十分になっており、得点が伸びなかった。

本問では、以上のような自白の意義から検討するというアプローチだけではなく、本件陳述がされた第1回弁論準備手続期日の目的や実施方法に着目して、自白該当性や撤回可能性について検討するというアプローチも求められているが、弁論準備手続の趣旨・目的について、全く解答できていない答案、記述があっても理解不十分な答案が多かった（例えば、訴訟の迅速化だけを目的として挙げるもの、弁論準備手続は口頭弁論よりも重要性が劣る旨、さしたる根拠もなく述べるものなど）。法科大学院の在学中受験者も含め、受験者の多くがこのような訴訟実務に関する重要な制度や、争点整理の重要性についてきちんと学修できていないのではないか、民事訴訟法と訴訟実務基礎の学修について相互連携ができていないのではないか、手続についての具体的イメージの涵養ができていないのではないかとの懸念がある。

また、信頼関係破壊の有無についての自由な議論が予定されていたという本問の具体的事実関係を漫然と引用して、そのことから一足飛びに本件陳述は自白に該当しない、あるいは撤回が許されると結論付ける答案が多かった。これまで判例・学説等で十分に論じられてこなかった論点であり、限られた時間の中でその場で説得的な論理展開をすることは難しかったと思うが、せめて自白のどの要件を欠くことになるのか、撤回の可否に関する既存の枠組みの中でどのような位置付けになるのかだけでも明らかにできるとよかったのではないかとと思われる。

本件陳述とその援用が先行自白に該当し得ることを的確に指摘できている答案は多くなかった。

自白に該当しないとする答案の中には、「本件陳述が自己に不利益でないから」とか、「別の争点に関する陳述だから」といった理由を述べているものがあつたが、先行自白の意味が理解できておらず、当然評価はされない。本件陳述が間接事実の自白であるとしている答案も少なからず見られたが、仮に本件陳述が信頼関係破壊の点に関する間接事実と解したとしても、それを相手方が先行自白として援用した場合には、当然には間接事実として自白不成立とされとは限らないと考えられることからすれば、理論構成としては評価できない。

自白の撤回が制限される根拠（信義則・禁反言）を挙げた上、本問ではかかる禁反言に該当する事情はないという流れで検討する答案が多かったが、その論理展開においてやや粗いものがあったように感じられた（なお、根拠を挙げることなく「不意打ちになり酷だから撤回できる。」といったレベルの検討では評価されない。）。また、錯誤と反真実という要件から検討しようとしていた答案も少数ながらあつたが、いずれも説得的な論理を展開できているとは言い難いものであつた。他方で、少数ではあるが、自白成立の要件を満たしても撤回を認めることの合意があつたとみなすことができるとして、撤回可能性を認める答案もあり、しっかりと分析、論証ができていると感じた。

イ 設問2のまとめ

設問2では、裁判上の自白の意義及び要件を踏まえ、Yのした本件陳述がいわゆる先行自白に該当し得ることを前提に、これが裁判上の自白に該当しない、あるいは裁判上の自白が成立したとしても撤回ができることにつき、本件陳述がされた第1回弁論準備手続期日の目的や実施方法にも着目して、Yの立場からの検討を求めるものであり、自白の意義及び要件については、比較的良好に書けている答案が多かったが、本件陳述がされた第1回弁論準備手続期日の目的や実施方法に着目して、自白該当性や撤回可能性について十分に検討できていた答案は、それほど多くなかった。

「優秀」に該当する答案は、出題趣旨を正しく理解した上で、意義及び要件を適切に述べ、Yの本件陳述が裁判上の自白に該当しない、あるいは裁判上の自白が成立したとしても撤回ができることにつき適切な論述をするものである。「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、自白該当性や撤回可能性について、本件陳述がされた第1回

弁論準備手続期日の目的や実施方法に着目した検討が十分で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、意義及び要件の論述が不正確であり、本件陳述に係る事実について、十分な検討を経ることなく間接事実と位置付けたりするものなどである。これに対し、出題趣旨を正しく理解せず、単に弁論準備手続においては自白が成立しないなどとして、自白該当性や撤回可能性についての具体的な論述を欠くような答案は「不良」と評価される。

(4) 設問3について

ア 設問3の採点実感

設問3では、本件訴えに係る訴訟の口頭弁論終結時（基準時）前の事由である用法遵守義務違反を理由とする解除による建物賃貸借契約の終了に基づき、後訴において建物明渡しを求めることができるかを問うものである。

既判力によって基準時前の事由に関する主張が遮断される根拠について、既判力の作用（消極的作用）と結び付けて検討できていた答案は少なく、また、蒸し返し防止といった制度的効力（法的安定性の確保、勝訴当事者の権利関係保護等）を挙げている答案も多くはなく、既判力が「確定」判決の効力であることに言及できていない答案も少なくなかった。多くの答案は、実質的な正当化根拠である手続保障とその結果としての自己責任という点からだけ根拠付けていた。また、このようなマジックワードだけ示して内容について説明していない答案も相当数見られた。マジックワードだけ示すということは、その内容の解釈を読み手に完全に委ねてしまうことになり、また自らの理解が不十分であることを示唆する面も否定できず、極めてリスクの高い論述手法であることを認識する必要がある。「紛争の実効的解決の確保」、「紛争の一回的解決」などの抽象的ワードだけで説明しているものも同様である。

遮断効の根拠論は既判力論の一内容となるが、重複する訴えの提起の禁止（法第142条）と混同しているのではないかと疑われる答案が少なからずあった（具体的には「矛盾判断の防止」「訴訟経済」「被告の応訴負担」などを根拠して挙げているもの）。基本概念の理解を欠き、区別がついていない証左であると言わざるを得ない。

本問の具体的事実関係に照らした、本件訴えに係る確定判決（本件判決）の既判力によって解除権行使の主張を遮断することが相当かどうかの検討については、本件訴えと後訴の訴訟物が同一であること、本件訴えの確定判決の既判力により、基準時前の用法遵守義務違反の主張が遮断されると通常考えられることを前提とし、後訴での主張の可否に関する理論構成を、反対の立場を踏まえて論じていくことが求められる。

遮断を否定するアプローチとして、前訴における主張立証がおおよそ期待できなかった事実については前訴確定判決の既判力による遮断効は生じないと解する説（期待可能性説）を挙げることが期待されるが、用法遵守義務違反の主張が遮断されないとする根拠として、期待可能性説を挙げている答案は少数にとどまり、多くは、用法遵守義務違反について前訴では手続保障がされておらず自己責任を問うことができないという表面的な検討に終始しているものであった。既判力の縮減は、既判力の制度的効力（蒸し返しの防止、勝訴当事者の権利関係の安定、紛争解決に対する合理的期待の保護等）と鋭い緊張関係をはらむ問題であり、仮に期待可能性説に立ったとしても安易にこれを認めることはできない、という問題意識を持つことが重要と考えられるが（Yの訴訟代理人であったとしたらどう考えるか、想起された）、そのような発想が見られた答案は少数にとどまり、期待可能性説に言及できていても、期待可能性の欠缺を単純に無過失と同視し、本件セミナー開催の事実を単に知らなかったことをもって主張の期待可能性がなかったと安易に認定するなど、既判力の縮減に関してやや慎重さを欠く答案が少なくなかった。逆に、このような緊張関係をはらむ問題であることを意識して、期待可能性なしとされる場合を厳格に解し、結果として本問では期待可能性がないとはいえないとした答案は、高い評価を得ていた。

用法遵守義務違反の主張が遮断されるとした答案も多かったが、その根拠は弱いものが多かった。その原因は、既判力の制度的効力に関する理解ないし配慮が不十分であったということにあるのではないかと感じられた。また、反対説として期待可能性説を挙げた上、それに対して的確な批判を加えることができた答案は、極めて少数にとどまった。

問題文から読み取れない事実を当てはめに供している答案も散見されたが、意図する結論を導こうとするあまり、合理的根拠のない思い込みで事実関係を憶測することは慎まれない。また、本問では、問題文にあるように、いわゆる「基準時後の形成権行使の可否」という点からの検討は求めておらず、既判力の縮減という点からの検討を求めている。それにもかかわらず、前者の検討、具体的には、「請求権に付着する（内在する）瑕疵」という点から検討している答案が多くみられた。問題文をよく読み、的確に分析することを改めて心掛けてほしい。

イ 設問3のまとめ

設問3は、既判力によって基準時前の事由に関する主張が遮断される根拠を踏まえた上で、本件訴えの基準時前の事由である用法遵守義務違反を理由とする解除による建物賃貸借契約の終了に基づき、後訴において建物明渡しを求めることができるかにつき、本件訴えと後訴の訴訟物が同一であることを前提に、その可否に関する理論構成を、反対の立場を踏まえて論じていくことを求めるものである。

既判力によって基準時前の事由に関する主張が遮断される根拠について、多くの答案は、実質的な正当化根拠である手続保障とその結果としての自己責任という点からだけ根拠付けているものが多く、後訴での主張の可否に関する理論構成については、遮断を否定するアプローチとして、期待可能性説を挙げている答案は少数にとどまり、用法遵守義務違反について前訴では手続保障がされておらず自己責任を問うことができないというような表面的な検討に終始しているものが多く、遮断を肯定する答案については、その根拠が弱いものが多かった。必要性和許容性の双方を意識することができたか、既判力の定義や条文等の基本的な概念に立ち返った説明ができたか、遮断を否定する場合には、遮断効の根拠を踏まえて例外要件を定立し、丁寧に当てはめをすることができたか、遮断効の例外を認めない場合には、例外を認める立場を意識して自説の根拠を説得的に論述し、必要な当てはめができたかなどにより、差が付いたように思われる。

「優秀」に該当する答案は、出題趣旨を正しく理解した上で、既判力によって基準時前の事由に関する主張が遮断される根拠を的確に述べた上で、本件訴えと後訴の訴訟物が同一であることを前提に、後訴での主張の可否に関する理論構成を、反対の立場を踏まえて適切に論述するものである。「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、後訴での主張の可否に関する理論構成について、表面的な検討にとどまるものなどである。「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、遮断効の根拠についての論述が不十分であり、本件訴えと後訴の訴訟物が同一であるといった前提を踏まえずに、後訴での主張の可否に関する理論構成をするものなどである。これに対し、出題趣旨を正しく理解せず、基準事後の形成権行使の可否という点からの検討に終始するような答案は「不良」と評価される。

4 法科大学院に求めるもの

本年の問題は、出発点となる知識や判例はいずれも基本的なものであるが、これらの理解が不十分なものが多くみられた。例えば、任意的訴訟担当、先行自白、既判力の遮断効の根拠、既判力の縮減は、多くの基本書で言及されている点であるにもかかわらず、理解不十分なものが多かったことは問題である。既判力については、その理論面を正確に理解し習熟することが必要であるが、おぼろげな理解しかできていないことがうかがわれる答案も少なくなく、具体的事例を通じて、その

適用過程について正確に理解できるように努める必要があると感じられた。以前から指摘されていることではあるが、多くの受験者は、基本書等の精読といった地道な学修を怠り、巷に出回っている安易かつ不正確な「論証パターン」や、抽象的なマジックワード頼みのタコツボ学修に陥ってしまい、それが通用しないと苦手意識を更に強めてしまう、という悪循環に陥ってしまっているのではないかと懸念される。民事訴訟法の基礎概念や基本原理の理解は決して容易なものではないが、法科大学院においては、授業などを通じて、そのような安易な「論証パターン」ではなく、地道に基礎知識の修得を促すべきであり、それが応用的な事例を解決する原動力になるということを認識させる必要がある（「急がば回れ」）。また、定期試験などでも、このような安易な「論証パターン」に依拠してその場逃れの検討をしたとみられる答案に対して厳しく評価するなどの対応が必要ではないかと思われる。さらに、重要判例については、その規範だけではなく、その適用過程（具体的なあてはめの基準）などにも目を向けさせることが重要ではないかと思われる。

問題文の要求に答えていない答案、例えば、設問2において、どちらかの立場を選択して論ずることを求めているにもかかわらず、両方の立場を並列して書いている答案、設問3において、「基準時後の形成権行使の可否」の論点に走ってしまっている答案などは、当然のことながら評価されない。問題文を丁寧に読み、分析し、それに対応した答案を作成することは、実務家としてのコミュニケーション能力の出発点である、ということをきちんと認識してほしい。

答案作成の時間配分に失敗したとみられる答案も散見された（例えば、設問1及び設問2では詳しい検討ができていながら、設問3で息切れしてしまっている答案など）。このような答案になる原因は、各設問で余事記載が多くなってしまっていることにもあるように思われる。論点を漫然と検討するのではなく、当該問題で検討が必要とされている論点は何かという点を構成の段階できちんと分析し、メリハリをつけた答案作成を心掛ける必要がある。そのためには、常日頃から、事例問題の解答において、何を書くべきかを自分の頭で熟考したり、時には学生同士や先輩と議論したりすることが有用ではないかと思われる。また、規範を定立した上で、事実の当てはめをするという思考を欠いている答案も散見され、基礎的なことであるが、法的三段論法を意識して起案することが望まれる。

司法試験までに、民事訴訟法の授業では触れることが少ない領域（第1回口頭弁論期日までの諸手続、争点整理手続、証拠法等）や、要件事実についての基礎的知識（請求原因、否認と抗弁との区別、物権的請求における主張立証責任の分配及び要件事実等）は、ある程度学修しておくことが望ましい。しかし、在学中受験制度により、これらの実務的な学修の機会が削減ないし後回しにされているように見受けられる。司法試験受験までは法律基本科目の学修に力を入れざるを得ないという、カリキュラム上の制約はあると考えられるが、様々な工夫により、民事訴訟実務基礎をはじめとする実務系科目との連携を法科大学院教育の初期段階で実現することが重要ではないかと考えられる。

1 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、丙及び丁の罪責を問うことにより、刑法の基本的な知識と問題点についての理解、事実関係を的確に分析・評価して具体的事実には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、これを具体的な事実関係に当てはめて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) 全体について

本問は、論じるべき点が多岐にわたるため、厚く論じるべきものと簡潔に論じるべきものを選別して論じる必要があったが、厚く論じるべきものについて検討を欠く、あるいは、ごく簡潔に触れるにとどまる答案、簡潔に論じるべきものを長々と論じる答案が散見された。また、規範定立に至るまでの論述と当てはめ部分を明確に区別することなく混在させて記載する答案、問題文において言及するよう記載された事項に触れない答案、問題文において論じる必要がないとした罪名の成否を検討する答案が散見された。

(2) 設問1について

ア 甲がAに肋骨骨折等の傷害を負わせた行為について

本問において、甲は、Aの頭部を拳で殴り、その場に転倒したAの腹部を蹴る暴行を加え、Aに肋骨骨折等の傷害を負わせており、甲に傷害罪が成立する。この点については、傷害罪の各構成要件要素を充足することを簡潔に示せば足りるところ、これを簡潔に示した答案が比較的多く見られたが、これを長々と論じている答案も散見された。

イ 甲がA所有の財布を領得した行為について

本問において、甲は、上記暴行に及んだ後、既に抵抗する気力を失っていたAに対し、所持品を提示するよう求め、Aが手元に置いたA所有の財布（以下「本件財布」という。）の中身を見て、その中に入っていた現金6万円が欲しくなり、Aが恐怖で抵抗できないことを知りながら、Aに「この財布はもらっておくよ。」と言って、本件財布を自己のズボンのポケットに入れていたところ、比較的多くの答案において、本問の事案を具体的に分析し、甲が同暴行に及んだ時点では財物奪取の意思がなかったこと及び甲がAに同文言を申し向ける行為それのみを単体で評価すると相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の脅迫であると認められないことをそれぞれ指摘した上で、自ら作出した反抗抑圧状態を利用して財物を奪取した場合における強盗罪の成否が問題となる旨を的確に示しており、こうした答案は高い評価となった。これに対し、事案を具体的に分析することなく、甲が上記文言を申し向けた行為が強盗の手段としての暴行・脅迫に当たるかについてのみを問題とするにとどまる答案や、いわゆる事後的奪取意思を生じて財物を奪取した場合の処理が問題となる等として論点を指摘するにとどまる答案が散見され、こうした答案は低い評価となった。

自ら作出した反抗抑圧状態を利用して財物を奪取した場合の強盗罪の成立については、強盗の手段としての新たな暴行・脅迫を必要としつつ（東京高判昭和48年3月26日高刑集26巻1号85頁等）、新たな暴行・脅迫の内容・程度につき、反抗抑圧状態を維持・継続させるものであれば足りるとする考え方（大阪高判平成元年3月3日判タ712号248頁等）、行為者が現場に存在すること自体を脅迫とする考え方、自ら作出した反抗抑圧状態を利用する場合には新たな暴行・脅迫を必要としないとする考え方があり得るところ、自説とは反対の考え方を意識したり、自説の論拠を明らかにしたりすることなく、直ちに規範を定立している答案が多く見られ、こうした答案は低い評価となった。これに対し、自説とは反対の考

え方を意識しつつ自説の論拠を明らかにして規範を定立している答案は少なかったが、こうした答案は高い評価となった。

当てはめについては、特殊詐欺グループを率いる甲とその配下のAという関係性、甲が財物奪取の意思を生じる前にAに加えた暴行・脅迫の程度が相当強度であったこと、現場であるB公園に人気はなく午後8時頃という時間帯であったことなど、事案の具体的な事実関係に着目して充実した当てはめを行った上で結論を導く答案が少なからず見られ、こうした答案は高い評価となった。これに対し、特に理由を示すことなく、甲がAに申し向けた上記文言は自ら定立した規範に当てはまるとするだけで結論を導く答案も散見され、こうした答案は低い評価となった。また、反抗抑圧状態を維持・継続させる程度の新たな暴行・脅迫を必要とする考え方に立った場合、甲がAに上記文言を申し向けた行為が同脅迫に該当するかについて検討すべきであるのに、甲が財物奪取の意思を生じる前にAに対して「持っているものを見せろ。」と言った行為について検討している答案が散見され、こうした答案は著しく低い評価となった。

さらに、本問では、上記のいずれの考え方に立って論じるとしても甲に強盗罪が成立する余地がある以上、まずは強盗罪の成否を検討し、これを否定する場合に窃盗罪又は恐喝罪の成否を検討すべきであるところ、甲に強盗罪が成立するかを検討することなく、直ちに窃盗罪又は恐喝罪の成否を検討する答案が散見され、こうした答案は低い評価となった。

このほかにも、甲に強盗罪が成立するとした上で、強盗の機会にAを負傷させたとして甲に強盗致傷罪が成立するとした答案も散見されたが、強盗の機会説は、強盗に着手した者が強盗の機会に致死傷結果を生じさせた場合にも強盗致死傷罪の成立を認めるものであり、甲がAに暴行を加えて負傷させた時点では強盗に着手していない以上、甲に強盗致傷罪が成立する余地はない。したがって、強盗致傷罪が成立するとした答案は低い評価となった。

また、甲がB公園に到着した乙にAを見張っておくよう指示し、これを乙が了承した点について、監禁罪の共同正犯の成否を検討する答案が散見されたが、監禁罪は屋外の囲われていない場所であっても成立し得るとはいえ、本問については、囲われた場所から脱出を不能にさせる等、監禁罪が成立する典型的な場面ではない上、乙がAを取り囲んだり監視したりするなどしてその場からAの脱出を不能にさせる具体的な監禁行為に及んだと認めるに足る事情も存しないため、必ずしも監禁罪の共同正犯の成否について検討する必要はなかった。

ウ 乙がAから暗証番号を聞き出そうとした行為について

本問において、乙は、甲から手渡された本件財布内に入っていたA名義のキャッシュカード（以下「本件カード」という。）を使用してAの預金を引き出して奪おうと考え、本件カードを本件財布から取り出して、倒れたままのAに見せつつ、持っていたバタフライナイフの刃先をAの眼前に示しながら「死にたくなければ、このカードの暗証番号を言え。」と言って本件カードの暗証番号を聞き出そうとしているところ、乙の行為が強盗罪における脅迫に該当し得ることを認定した上で、問題文に乙が本件カードの暗証番号についてAから聞き出す行為が財産犯における「財産上不法の利益」を得ようとする行為に当たるかという点にも触れるよう明記していたため、これをそのまま問題提起として引用し、強盗罪の成否を検討する答案が多く見られた。ただ、これがなぜ問題になるのかについてまで踏み込んで問題の所在を的確に示している答案は少なかった。なお、乙がAから暗証番号を聞き出そうとした行為に及んだ時点において、乙は、甲から手渡されて既に本件カードを所持しており、本件カードを客体とする奪取罪が成立する余地はないにもかかわらず、これを検討する答案が散見されたが、こうした答案は著しく低い評価となった。

相手方の反抗を抑圧するに足る暴行・脅迫を用いて暗証番号を聞き出す行為については、キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つことにより、事実上、ATMを通して預金口座から預貯金の払戻しを受け得る地位という財物の取得と同視できる程度に具体的かつ現実的

な財産的利益を得たとみて強盗罪の成立を肯定する考え方（東京高判平成21年11月16日判時2103号158頁）や、暗証番号を聞き出したとしても財物の取得と同視できる程度に具体的かつ現実的な財産的利益を得たとは認められない、暗証番号は移転性のある利益ではない等として強盗罪の成立を否定する考え方（前掲東京高判平成21年11月16日の原判決はこのような考え方を採った。）があり得るところ、自説とは反対の考え方を意識したり、自説の論拠を明らかにしたりすることなく、直ちに結論を示している答案が少なからず見られ、こうした答案は低い評価となった。これに対し、自説とは反対の考え方を意識しつつ自説の論拠を明らかにして規範を定立している答案も比較的多く見られ、こうした答案は高い評価となった。

当てはめについては、乙がAから聞き出そうとしている暗証番号に係る本件カードを既に所持していることに着目した上で「財産上不法の利益」を得ようとする行為に当たるかを検討している答案が比較的多く見られ、こうした答案は高い評価となった。これに対し、特に理由を示すことなく、乙がAから本件カードの暗証番号を聞き出そうとした行為は自ら定立した規範に当てはまるとするだけで結論を導く答案も少なからず見られ、こうした答案は低い評価となった。

なお、乙の行為は「財産上不法の利益」を得ようとする行為に当たるとしても、Aが誤って本件カードの暗証番号とは異なる数字を答えており、乙が財産上不法の利益を得たとはいえないため、乙に強盗未遂罪が成立するにとどまることを指摘する必要があるところ、比較的多くの答案が乙に強盗未遂罪が成立するにとどまることを指摘していた。

また、乙がAから暗証番号を聞き出そうとした行為について、不能犯の問題として検討している答案が散見されたが、事後的・客観的にみても、乙が同行為に及んだ時点で、Aから本件カードの暗証番号を聞き出す危険性があつたことは明らかであるから、同行為について不能犯の問題として検討する必要はなかった。

このほかにも、乙が甲から本件財布を受領した行為について、甲に強盗罪が成立することを前提に承継的共同正犯の成否を検討する答案が散見されたが、乙は、甲がAから本件財布を強取した後、その事情を知らずに甲から本件財布を受領したにすぎず、甲が本件財布の強取に至るまでの間に乙が関与したと評価する余地はないから、承継的共同正犯の成否が問題となる場面ではなく、これを検討する必要はなかった。

エ 乙がATMに本件カードを挿入して預金を引き出そうとした行為について

本問において、乙は、ATMに本件カードを挿入して預金を引き出そうとしたものの、不正な操作と認識されて取引が停止されたため、預金を引き出すことはできなかったところ、比較的多くの答案において、本問の事案を具体的に分析し、乙がAから聞き出して入力した数字が本件カードの暗証番号とは異なるものであったため、事後的・客観的には乙が預金を引き出すことができない状況にあった旨を指摘した上で、こうした場合であっても預金を引き出して窃取する危険性があつたとして未遂犯が成立するのか、それとも不能犯として不可罰となるかが問題となる旨を的確に示しており、こうした答案は高い評価となった。これに対し、事案を具体的に分析することなく、いわゆる不能犯が問題となる等として論点を示すにとどまる答案が散見され、こうした答案は低い評価となった。

未遂犯と不能犯の区別については、行為時に一般人が認識し得た事情及び行為者が特に認識していた事情を判断の基礎とし、一般人の立場から危険性があると判断する場合に未遂犯が成立するとする考え方や、結果が発生しなかった原因を解明し、事実がいかなるものであつたなら結果の発生があり得たかを科学的に明らかにした上で、こうした結果惹起をもたらす仮定的事実が存在し得たかを一般人の立場から事後的に判断し、仮定的事実が存在し得たと一般人が判断する場合には危険性が認められて未遂犯が成立するとする考え方などがあり得るところ、自説とは反対の考え方を意識したり、自説の論拠を明らかにしたりすることなく、

直ちに規範を定立している答案が多く見られ、こうした答案は低い評価となった。これに対し、自説とは反対の考え方を意識しつつ自説の論拠を明らかにして規範を定立している答案はごく少数であったが、こうした答案は高い評価となった。

当てはめについては、自ら定立した規範を本問の具体的な事実関係に適切に当てはめて結論を導く答案が比較的多く見られたが、自ら定立した規範をなぞるだけの答案や、規範定立に至るまでの論述と当てはめ部分を明確に区別することなく混在させて記載する答案が少なからず散見された。また、他人名義のキャッシュカードを使用してATMから現金を引き出すとする場合、同現金を管理する金融機関の占有を侵害するものとして窃盗未遂が成立し得るところ、誰の占有を侵害するものかが不明瞭な答案や、本件カードの名義人であるAの占有を侵害するものとした答案が散見された。

このほかにも、本問について、未遂犯と不能犯の区別の問題としてではなく、犯行がどの段階まで進んだかという実行の着手の問題として窃盗未遂の現実的危険性の有無について検討を加える答案が散見されたが、こうした答案は不能犯の問題として検討している答案よりも低い評価となった。また、上記問題の所在に触れることなく窃盗未遂罪が成立する旨を指摘するにとどまる答案も散見されたが、こうした答案は著しく低い評価となった。

(3) 設問2について

ア 丙に正当防衛が成立することについて

丙による1回目殴打及び2回目殴打について、本問における具体的な事実関係を指摘して、暴行罪の各構成要件要素及び正当防衛の成立要件をそれぞれ充足することについて簡潔に示せば足りるところ、これを長々と論じる答案が多く見られた。

イ 丙による2回目殴打について丁に暴行罪の幫助犯が成立するかについて

本問において、丁は、丙がCの胸倉をつかんでいる様子を見て、Cが先に丙を殴った事実を知らないまま、一方的に丙がCを殴ろうとしているものと誤信し、面白がって、丙がCを殴り倒した後、丙がその場から逃走するのを手助けしようと思い、丙に「頑張れ。ここで待っているから終わったらこっちに來い。」と声を掛け、反撃しようとしていた丙は、丁の言葉を聞いて発奮し、2回目殴打に及んでいる。丁の行為は、Cに反撃しようとしていた丙に対して心理的な働きかけを行って丙を発奮させ、丙による2回目殴打を容易にしているため、これが幫助行為に該当することを簡潔に指摘すれば足りるところ、これを長々と論じる答案が散見された。

丙による2回目殴打については正当防衛が成立するところ、正犯に正当防衛が成立して違法性が阻却される場合であっても幫助犯が成立するかが問題となる旨を的確に示している答案が比較的多く見られ、こうした答案は高い評価となった。これに対し、単に「丁に暴行罪の幫助犯が成立するか。」とするだけで問題の所在を的確に示すことができていない答案も散見されたが、こうした答案は低い評価となった。

正犯に正当防衛が成立して違法性が阻却される場合における幫助犯の成否については、幫助犯による対抗行為を観念することは困難であるとして、正犯を基準として正当防衛の成立要件を判断した上で、共犯が成立するためには正犯の行為が構成要件該当性及び違法性を備える必要があるとする考え方や、同じく正犯を基準として正当防衛の成立要件を判断し、正犯の行為に正当防衛が成立して違法性が阻却される場合であっても、背後者が不必要に緊急状況を作出したなど一定の場合には、違法性阻却の効果を援用できないとして共犯の成立を認める考え方などがあり得るところ、自説とは反対の考え方を意識したり、自説の論拠を明らかにしたりすることなく、直ちに単に結論を示すにとどまる答案が多く見られ、こうした答案は低い評価となった。これに対し、自説とは反対の考え方を意識しつつ自説の論拠を明らかにして規範を定立している答案はごく僅かであったが、こうした答案は高い評価となった。

また、問題文に誰を基準として正当防衛の成立要件を判断するか及び違法性の判断が共犯者

間で異なることがあるかについても、その結論及び論拠に言及するよう明記していたにもかかわらず、これらに正面から答えていない答案が多く見られ、こうした答案は低い評価となった。

ウ 甲に暴行罪の共同正犯が成立するかについて

本問において、甲は、丙にCを痛めつけさせようと考え、丙に「俺がCを押さえるから、Cを殴れ。」と言い、それを聞いた丙がCに対する1回目殴打に及んでおり、甲が丙との間で暴行の共謀を遂げた上で、丙が暴行の実行行為に及んだことを簡潔に指摘すれば足りるところ、これを長々と論じる答案が散見された。

丙による1回目殴打についても正当防衛が成立するところ、実行行為者に正当防衛が成立する場合、背後者である共謀共同正犯の正当防衛の成否について、どのように判断すべきかが問題となる旨を的確に示している答案が多く見られ、こうした答案は高い評価となった。これに対し、単に「甲に暴行罪の共同正犯が成立するか。」とするだけで問題の所在を的確に示すことができていない答案も散見されたが、こうした答案は低い評価となった。

実行行為者に正当防衛が成立する場合における背後者である共謀共同正犯の正当防衛の成否については、共謀共同正犯における実行行為者の暴行は、実行行為者及び背後者にとって共同した暴行と評価されるとみて、背後者である共謀共同正犯者についても正当防衛の成否を検討し得ると考えた上、行為の違法性は、法益侵害に加えて各行為者に固有の人的違法要素も加味して判断されるものであり、人的違法要素を有する者とこれを欠く者とで違法性の評価に違いが生じるとみる考え方や、共同正犯は、一方が他方に従属する関係にないとして、共同正犯者それぞれを基準として正当防衛の成立要件を個別に判断するとの考え方、共謀者による対抗行為を観念することは困難であるとして、現実に対抗行為を行った実行行為者を基準として正当防衛の成立要件を判断するとの考え方に立った上で、実行行為者に成立する正当防衛による違法性阻却の効果が背後者にも連带的に及ぶことを原則としつつ、背後者が自ら不必要に緊急状況を作出した場合には、違法性阻却の効果を背後者が援用することはできないとする考え方などがあり得るところ、自説とは反対の考え方を意識したり、自説の論拠を明らかにしたりすることなく、直ちに単に結論を示すにとどまる答案が多く見られ、こうした答案は低い評価となった。これに対し、自説とは反対の考え方を意識しつつ自説の論拠を明らかにして規範を定立している答案はごく僅かであったが、こうした答案は高い評価となった。

当てはめについては、比較的多くの答案において、事案を具体的に分析し、甲に積極的加害意思があったことを示す具体的事実を認定して侵害の急迫性を否定し、甲に正当防衛は成立せず、暴行罪の共同正犯が成立する、あるいは、甲が喧嘩闘争目的で丙をCのもとに赴かせて、丙とCとの間の利益衝突状況を不必要に作出したことを示す具体的事実を認定して、甲が正当防衛による違法性阻却の効果を援用することはできないとの結論を導いており、こうした答案は高い評価となった。これに対し、事案を具体的に分析することなく、甲に積極的加害意思があった等と認定して結論を導く答案も散見されたが、こうした答案は低い評価となった。

また、問題文に誰を基準として正当防衛の成立要件を判断するか及び違法性の判断が共犯者間で異なることがあるかについても、その結論及び論拠に言及し、幫助犯と共謀共同正犯における説明相互の整合性にも触れるよう明記していたにもかかわらず、これらに正面から答えていない答案が多く見られた。

(4) その他

例年指摘している点でもあるが、用語の間違いがある答案や、文字が乱雑で判読しづらい答案、基本的用語の漢字に誤記がある答案が散見された。また、文章の補足・訂正に当たって、極めて細かい文字で挿入がなされる答案も相当数あった。時間的に余裕がないことは承知している

ところであるが、採点者において判読が不能な記載箇所は採点対象にできないことに十分に留意して、大きめで読みやすい丁寧な文字で書くことが望まれる。

(5) 答案の水準

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

「優秀」と認められる答案とは、各設問に関係する事実関係を的確に分析した上で、各設問の出題の趣旨に示した主要な問題点について検討を加え、成否が問題となる犯罪の構成要件要素等について正確に論述するとともに、必要に応じて法解釈論を展開し、問題文に現れた事実を具体的に指摘して当てはめを行い、設問ごとに求められている罪責や理論構成について論理的に矛盾のない論述がなされている答案である。

「良好」と認められる答案とは、各設問の出題の趣旨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に妥当な結論等を導くことができているものの、一部の問題点について検討を欠くもの、主要な問題点の検討において、理解が一部不正確であったり、必要な法解釈論の展開がやや不十分であったり、必要な事実の抽出やその意味付けが部分的に不足していると認められるものである。

「一応の水準」と認められる答案とは、事案の分析が不十分であったり、各設問の出題の趣旨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ものの、論述内容が論理的に矛盾することなく、刑法の基本的な理解について一応は示すことができている答案である。

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

2 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、これまでに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解釈を適用して、一定の結論を論理的かつ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、論理的思考力及び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、甲から押収した覚醒剤の鑑定書の証拠能力を論じさせることにより、所持品検査の限界及び違法収集証拠排除法則に対する理解と具体的事案への適用能力を試すものである。ここでは、鑑定の対象となった覚醒剤が裁判官発付の搜索差押許可状により差し押さえられたものであり、差押手続それ自体には違法性が認められないものの、これに先行する手続において、Pは甲の承諾を得ることなく、甲所持の手提げかばん（以下「本件かばん」という。）のチャックを開けた上、いきなり本件かばんの中に手を差し入れて探り、注射器を取り出していることから、この点の違法性が覚醒剤の鑑定書の証拠能力に与える影響が問題となることを適切に把握した上で、Pが注射器を発見した手続の適法性につき、具体的事情を挙げながら、これに適切な法的評価を加えて論じる必要がある。そして、この点に関する自己の結論をもとに、違法収集証拠排除法則に対する基本的な理解及び鑑定書という派生証拠の証拠能力に関する自説を示した上、本件事例の具体的事実を適切に評価して結論を出すことが求められる。

〔設問2〕は、【捜査①】では、覚醒剤の密売所の疑いのあるアパートの一室に出入りする人物と乙の同一性を確認するために、同アパートから出てきた人物が入った喫茶店において、同人の容ぼうをビデオカメラで撮影した行為【捜査①】、乙及び同アパートに出入りする人物との共犯関係、覚醒剤の搬入状況などの組織的な覚醒剤密売の実態を明らかにするために、近隣のマンションの一室から同アパートの一室の玄関ドアやその周辺を継続撮影した行為【捜査②】について、各撮影行為の適法性を問うものである。ここでは、写真撮影やビデオカメラによる撮影の適否が問題となった事案に関する最高裁の判例に留意しつつ、強制処分に対する規律の趣旨・根拠を踏まえながら、強制処分と任意処分とを区別する基準及び任意処分の限界を論述す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（なぜ判例がそのような論理構成・判示をしているのかという理由も含めて）に関わるものであり、既に公表済みの出題の趣旨で挙げた最高裁判例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、覚醒剤の差押手続に先行する手続において、Pは甲の承諾を得ることなく、本件かばんのチャックを開けた上、いきなり本件かばんの中に手を差し入れて探り、注射器を取り出していることから、この点の違法性が覚醒剤の鑑定書の証拠能力に与える影響が問題となることを明確に論じ、Pが注射器を発見した行為の性質を所持品検査と捉え、最高裁判所の判例（最判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁等）や関連する警察官職務執行法の

条文の解釈などを意識した法解釈を示し、具体的事情を挙げて、これに適切な法的評価を加える答案が見受けられた。また、Pが注射器を発見した手続が違法であると結論付け、その違法性が覚醒剤の鑑定書の証拠能力にどのような影響を及ぼすのかという点につき、最高裁判所の判例（最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁。以下「昭和53年判決」という。）を踏まえて、違法収集証拠排除法則の根拠・排除の要件・考慮要素及び派生証拠の証拠能力に関する自説を示した上、事例中に現れた具体的事情を的確に抽出、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、各ビデオ撮影が検証類似の性質を有すること、無令状での検証は刑訴法第218条第3項及び同法第220条に規定されているだけであることを踏まえ、これらの条文に該当しない各ビデオ撮影が同法第197条第1項但し書の「強制の処分」に該当するなら、無令状で実施されている【捜査①】及び【捜査②】は令状主義に違反して違法となるため、強制処分の意義、任意処分としての適法性の限界が問題となることを明確に論じた上で、これらの論点につき、刑訴法の条文の解釈や関連する最高裁判所の判例（最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁（以下「昭和51年決定」という。）、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。）等）を意識した法解釈を示し、事例中に現れた具体的事情を的確に抽出、分析して結論を導いている答案が見受けられた。

- (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見ざるを得ない答案や、法原則や法概念の意義や関連する判例の判断基準等として記述された内容自体には問題がないものの、これらを機械的に暗記して記述するのみで、具体的事実に対してそれらの法原則・法概念や判断基準等を的確に適用することができていない答案、具体的事実に対する洞察が表面的で、その抽出自体が不十分、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。

例えば、〔設問1〕では、そもそも、Pが注射器を発見した行為の違法性が覚醒剤の鑑定書という派生証拠の証拠能力にどのような影響を与えるのかという点が問題となるどころ、このような問題の所在を十分に把握できていない答案が見受けられたほか、Pが注射器を発見した行為の性質を行政警察活動と司法警察活動のいずれと捉えているのが不明確なまま、漫然と刑訴法第197条第1項但し書の「強制の処分」の意義を論じる答案などが見受けられた。次に、違法収集証拠排除法則については、覚醒剤の鑑定書という派生証拠の証拠能力が問題となっていることから、違法収集証拠排除法則のみならず、派生証拠の証拠能力に関する判断枠組みを示すことが求められていたところ、そもそも、派生証拠の証拠能力が問題となっていることに気付いていない答案、派生証拠の証拠能力に関する判断枠組みを示すことなく、漫然と違法収集証拠排除法則を当てはめる答案、違法収集証拠排除法則や派生証拠の証拠能力に関する判断枠組みを示すことはできているものの、昭和53年判決が証拠物に関する判示であることや手続的価値の重要性を説いているにもかかわらず、こうした議論を踏まえない論述に終始する答案が少なからず見受けられた。さらに、覚醒剤の鑑定書の証拠能力に関する結論を導く際には、派生証拠の証拠能力に関する自説と論理的に整合する当てはめが求められていたところ、例えば、派生証拠の証拠能力に関して、違法性の承継論を採るのであれば、本件は、Pが本件かばんのチャックを開けて手を差し入れてその在中品を探った上、注射器を取り出したという違法な先行手続が行われ、引き続いて、捜査報告書①及び同②を疎明資料とする搜索差押許可状に基づき、覚醒剤（及びその鑑定書）という証拠が獲得（後行手続）された事案であると捉え、違法な先行手続の結果が後行手続に利用されていることを根拠に、後行手続に違法性が承継されたと考えて、違法収集証拠排除法則の適用の有無を検討することになるのに、違法が証拠に承継されるといった説明をしたり、先行手続の違法の重大性のみを検討したりするなど、違法性の承継論の論理が示されていない答案、毒樹の果実論を採るのであれば、第1次証拠と第2次証拠の間の関連性の程度が基準となるはずなのに、違法な「手続」と「証拠」の間の関連性

の程度を基準としている答案などが相当数見受けられた。加えて、派生証拠の証拠能力の当てはめにおいては、Pの行為ないし注射器との密接関連性を議論するに当たって、どの立場に立つにせよ、疎明資料として用いられた捜査報告書①には、覚醒剤の密売拠点であると疑われるアパートから出てきた人物から甲が封筒を受け取っているなど、覚醒剤を所持している可能性が高いことをうかがわせる事情が記載されている一方で、捜査報告書②には、Pが本件かばんの中に手を入れて探り、書類の下から注射器を発見したことが記載されていない点につき、これらの事実がどのような意味を有するのかを丁寧に検討する必要があるところ、これらの事実に触れずに、Pが注射器を発見した行為は令状主義に反するから重大な違法があるなどと安易に結論付ける答案が少なからず見受けられた。

次に、〔設問2〕では、多くの答案が強制処分の意義に言及し、各ビデオ撮影につき、強制処分か否か、任意処分であるとしたらその適法性の限界を超えているか否かを論じることができていたものの、例えば、〔設問2〕において強制処分性や任意処分としての限界が問題となる理由が示されていない答案が少なからず見受けられたほか、強制処分か否かについては、自説の根拠が説得的に論じられていない答案や、各ビデオ撮影によって侵害されている権利・利益を単に「プライバシー」と論述するのみでその内実に対する理解が示されていない答案が相当数見受けられた。また、任意処分としての適法性の限界については、刑訴法の条文、比例原則、昭和51年決定や平成20年決定などを踏まえて、特定の捜査手段により対象者に生じ得る権利・利益の侵害の内容・程度と、捜査目的を達成するために当該手段を採る必要性とを比較衡量し、具体的状況のもとで相当と認められるか否かを検討することになるところ、昭和51年決定をあらゆる任意処分の適法性を判断する一般原則であるかのように、漫然と、必要性、緊急性及び相当性を列挙する答案が数多く見受けられた。さらに、各ビデオ撮影の適法性に関する当てはめでは、【捜査①】については、捜査の必要性や、目視や写真撮影ではなくビデオ撮影という方法を採用する必要性について十分検討せず、主に喫茶店という場所の公共性のみをもって相当性を認めるにとどまっている答案、【捜査②】においては、ビデオ撮影によって侵害されている権利・利益につき、撮影されているのが玄関ドアの開閉に伴って不可避免的に見えてしまう部分であることなどの事情を捨象し、単に「私的領域への侵入」という言葉や撮影期間の長さだけをもって強制処分と結論付ける答案、逆に、玄関ドアの開閉に伴って住居の内部が見えてしまっている点に全く配慮されていない答案、捜査の必要性やビデオ撮影という方法を採用する必要性について十分検討せず、撮影期間の長さだけに着目して違法と結論付ける答案、単純に強制処分に該当するから違法、あるいは、強制処分に該当するのに令状を取得していないから違法として、なぜ違法なのか、なぜ令状が必要なのかについての説明がない答案など、具体的事実の抽出、分析が不十分な答案が相当数見受けられた。

3 答案の評価

(1) 「優秀の水準」にあると認められる答案

〔設問1〕については、本件が違法収集証拠排除法則の問題であることを明示し、判例や条文の解釈などを意識しつつ、Pが注射器を発見した行為の適法性を検討し、違法収集証拠排除法則や派生証拠の証拠能力に関する自説を明示し、事例中に現れた具体的事実を的確に抽出、分析して自説と整合的かつ説得的な当てはめをして結論を導いている答案である。

また、〔設問2〕については、強制処分の意義や任意処分としての適法性の限界が問題となることを明示し、これらの解釈論を説得的に論述した上、事例中に現れた具体的事情、例えば、各ビデオ撮影により侵害された権利・利益の内容や程度の違いや各撮影の目的・必要性等を的確に抽出、分析して結論を導いている答案である。

(2) 「良好の水準」にあると認められる答案

〔設問1〕については、本件が違法収集証拠排除法則の問題であることを意識した上、Pが注

射器を発見した行為の適法性を論じる際には一応の法解釈を示し、当てはめにおいては、不十分であるものの、事例中に現れた具体的事実を一応抽出、分析し、違法収集証拠排除法則については、その根拠や排除の要件を明示し、派生証拠の証拠能力に関する自説を論じた上で、不十分であるものの、事例中に現れた具体的事実を一応抽出し、分析して結論を導いている答案である。

また、〔設問2〕については、強制処分の意義や任意処分としての適法性の限界が問題となることは意識できており、これらの解釈論を一応論述した上、事例中に現れた具体的事情を不十分ながらも抽出し、分析して結論を導いている答案である。

(3) 「一応の水準」に達していると認められる答案

〔設問1〕については、本件が違法収集証拠排除法則の問題であることを一応は把握できているものの、Pが注射器を発見した行為の性質を意識することなく同行為の適法性を検討し、当てはめにおいても、事例中に現れた具体的事実の抽出、分析が不十分である上、派生証拠の証拠能力に関する自説の論述が不十分で、いかなる立場に立っているのか不明確であり、当てはめにおいても、自説と整合しない当てはめに終始し、具体的事実の抽出、分析も事実をただ書き写すだけの不十分な答案である。

また、〔設問2〕については、強制処分の意義や任意処分としての適法性の限界が問題となる理由が意識できていない上、条文の解釈や判例を意識することなく不十分な法解釈しか示すことができず、当てはめにおいても、各ビデオ撮影により乙のいかなる権利・利益が侵害され、どの程度侵害されているのかという点に対する配慮が不十分であり、物足りなさを感じさせる答案である。

(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、これを断片的に論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など、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、所持品検査の限界や違法収集証拠排除法則の根拠・排除の要件を論述することなく、事例中に現れた事情をただ書き写して結論付ける答案がこれに当たる。また、甲の弁護人の証拠意見を踏まえれば、本件の争点が違法収集証拠排除法則の適用の有無であることは明らかであるのに、伝聞法則の論述を全面的に展開する答案もこれに当たる。また、〔設問2〕であれば、強制処分の意義や任意処分としての適法性の限界を論述することなく、事例中に現れた事情をただ書き写して結論付ける答案がこれに当たる。

4 法科大学院教育に求めるもの

このような結果を踏まえると、今後の法科大学院教育においても、刑事手続を構成する各制度の趣旨・目的について、最高裁判所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し、条文や関連する判例の解釈論を論じられるようにすること、それを踏まえて、具体的事例を法的に分析し、問題の所在をその理由とともに正確に把握できるようにすること、これらの解釈論に具体的事例を当てはめて適用する能力を身に付けること、自己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、通常の捜査・公判の過程を具体的に想起できるように、実務教育との有機的連携を意識し、刑事手続の各局面において、裁判官、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6年司法試験の採点実感（倒産法）

1 出題の趣旨・狙い等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

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

第1問は、株式会社とその役員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、役員の責任追及に関する規律（設問1）、破産者の説明義務や破産者の財産の調査に関する規律（設問2）、詐害行為否認の規律（設問3）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、役員の財産に対する保全処分、役員の責任の査定の申立ての制度とその趣旨を正しく理解できているかどうか、設問2においては、破産者の義務や財産調査のための各規定を横断的に理解できているか、設問3においては、設問の具体的な事実関係において、詐害行為否認における各要件の該当性を検討し、説得的に論じることができているかという点に置かれている。

第2問は、株式会社の再生手続に関する具体的事例を基に、主に、再生計画案の可決要件や議決権についての定め（設問1）、再生債権の査定に関する定め（設問2）、双方未履行の双務契約の解除に関する定め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、可決要件の定め、議決権の定め、届出がなかった債権の取扱いに関する定めを的確に指摘し、これを具体的事例において適用できるか、設問2においては、双方未履行の双務契約の解除の規定の趣旨を踏まえて違約金条項の適否について具体的に検討し、説得的に論じることができているかという点に置かれている。

3 採点実感等

第1問、第2問を通じて、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、条文番号の摘示が不十分、不正確な答案、条文の内容についての理解が不十分な答案が散見された。

(1) 第1問

ア 設問1

設問1は、役員の財産に対する保全処分の申立て（破産法第177条第1項）、役員の責任の査定の申立て（破産法第178条第1項）の各規定を摘示し、その趣旨を説明すれば良い。破産管財人が破産法上採ることができる手続を問われているため、項番号をまで摘示して「申立て」をすることができるとの解答をすることになる。その上で、設問の事例における事実を各要件に当てはめ、保全対象となる財産（銀行預金）を具体的に検討しているものは高評価となった。他方で、各規定の摘示はできているものの、申立てと判断の主体を峻別せずに、破産管財人が保全処分や責任査定の「裁判」をできるなどという不正確な説明をする答案も散見された。

要件の検討をしている答案においては、保全処分の申立ての要件のうち、「必要があると認めるとき」についての検討が適切ではないものが目立った。保全処分は、役員が自己の財産を隠匿・費消するなどして損害賠償請求権の回収の実効性を確保できないおそれがあるときに認められるものであり、本問であればBが預金を費消するおそれがあることを指摘する必要があるが、BがA社の財産を逸出させるおそれがあると指摘する答案が多く、保全処分の「必要性」に関する理解不足がうかがわれる。

また、役員の責任の査定の申立てをするとき、「その原因となる事実を疎明しなければならない」こと（破産法第178条第2項）を指摘するのは適切であるものの、疎明があれば役員責任査定決定をすることができると誤解している答案が散見された。債権者申立てにおけ

る破産手続開始原因の疎明（破産法第18条第2項）などとも通底する規律であり、正確な理解を要する。

趣旨の説明として、保全処分は役員に対する損害賠償請求権の回収の実効性を確保する（ひいては、総債権者の保護ないし破産財団に属する財産の保全をする）ためのものであること、また、役員責任査定は、通常の民事訴訟手続（判決手続）よりも簡易迅速な決定手続によって債務名義の取得が可能なものであることをそれぞれ指摘する必要があるが、破産管財人が役員に対する損害賠償責任を追及するための制度であるとの指摘にとどまる答案が多かった。管理処分権の専属する破産管財人は自ら損害賠償責任追及の訴えを提起することはできるものの（破産法第78条第1項、第80条）、役員責任査定の制度は、通常の民事訴訟手続によらず決定手続をもって簡易迅速に債務名義を取得する方法を認めたことに意義があるので、この点に言及してもらいたいところであった。

イ 設問2

ここでは、破産者の説明義務（破産法第40条第1項）及び重要財産開示義務（破産法第41条）、管財人の調査権（破産法第83条）、郵便物の管理（破産法第81条）を摘示することが求められるが、このうち、郵便物の管理を摘示できた答案は多くなかった。

破産法第40条第1項と第83条第1項前段は、「破産者の破産に関する必要な説明」に関し、破産者の義務と破産管財人の権限とで分けて規律したものであり、これを正確に記述できた答案、また、調査・手続の主体について管財人と裁判所とを区別して記述できた答案はいずれも高評価につながった。他方、本問が破産者の財産を探索するための情報収集手段を問うものであるのに、破産法第153条以下の規律を解答した答案や、本問が「Bの破産手続」について問うものであるのに、破産法第40条第1項第3号を摘示するなどA社の破産手続を念頭に解答した答案は、低い評価にとどまった。

ウ 設問3①

設問3①が相当の対価を得てした財産の処分行為の否認（破産法第161条）の問題であることは多くの答案で指摘できていた。ただし、その要件を説得的に検討することのできていた答案は少なかった。破産法第161条が詐害行為否認の一般的規律（破産法第160条第1項）の特則であり、責任財産の実質的減少を防ぐとともに要件を厳格にして受益者の利益を不当に害しないようにする趣旨をもつことを踏まえて、要件の検討をできた答案は高評価につながった。

破産法第160条第1項第1号の要件の検討においては、財産の種類の変更として金銭への換価がされたこと、これが実質的危機時期になされたことを指摘して隠匿等のおそれがあることなどを説明することにある。この隠匿等のおそれは財産の種類の変更によって客観的に判断するものであり、実際の用途（Fへ弁済したこと）の指摘は必須のものとはしていない。なお、事業譲渡時に破産者が実質的危機時期（債務超過）にあったことを指摘できた答案は少なかった。

同項第2号の要件の検討においては、特定の債権者に対する弁済をする意思をもって隠匿等の処分をする意思があったといえるかについて、本旨弁済の意思は原則として隠匿等処分意思と同視することはできないと考えられること、本問では弁済の相手方が内部者たるFであるという事情があることを指摘して検討できた答案は高評価となった。もっとも、ほとんどの答案は、特段の問題意識なく、特定の債権者へ弁済する意思があれば隠匿等の処分をする意思があると記述するにとどまっていた。

同項第3号の要件の検討においては、破産法第161条第2項第1号又は第2号を類推適用する答案が多数あったが、A社とE社の代表者が同一であることから受益者の悪意を肯定すれば足りるのであり、上記のような類推適用は適切ではない。

各号の要件を的確に検討することのできている答案は高評価となった一方、Fへの偏頗弁済

を検討するなど問題文の指示と異なる行為を対象として検討した答案は、低い評価となった。

エ 設問3②について

設問3②は、設問3①とは異なり、廉価で売却されているから破産法第160条第1項を検討することになる。もっとも、そもそも同条の検討をせずに、対価を得てした財産の処分行為の否認（破産法第161条）や偏頗行為否認（破産法第162条）の問題として検討している答案が多数あった。

破産法第160条の詐害行為については、当該行為が財産の実質的減少を伴うものであるか、それが実質的危機時期になされたかという視点で検討することになり、本問においては、事業譲渡の対価が責任財産に流入しておらず財産減少があったことを指摘することになる。その際には、事業譲渡と同時に債務の引受けがされており総体としては財産減少がないようにも見えることについても、H以外の債権者にとってはその引き当てとなる財産が減少するのであり上記の債務引受をもって詐害性を否定することにはならないなどと言及できていることが望ましい。なお、このような検討をする限りにおいては免責的債務引受と重疊的債務引受とを区別する必要はない。

破産者の詐害意思や受益者の悪意については、当該行為を自ら行った破産者、また破産者から説明を受けていた受益者は、債権者を害することを知らなかったとはいえないことを指摘すればよいのであるが、これらを的確に指摘した答案は多くなかった。

また、本問において「支払の停止」があったとの認定をした答案が複数あったが、不採算店舗の閉店及び事業停止の予定をGに説明したことををもって支払不能の旨を外部に表示したとは評価することはできない。

なお、本件事業譲渡について、対価を得てした財産の処分行為の否認（破産法第161条）又は偏頗行為否認（破産法第162条）の問題として検討している答案についても一定の評価をした。もっとも、破産法第161条の問題として検討しようとする場合には、対価がA社の責任財産に流入していないこと（債務引受けという形でA社の負債が減じてはいるが、H社以外の債権者にとっては責任財産が明らかに減少していること）をどのように検討したのかについて丁寧に論じなければ説得的ではないし、また、破産法第162条の問題として検討しても、そもそも本問では支払不能又は支払停止に当たる事実が事業譲渡当時には見られない。

(2) 第2問

ア 設問1

小問(1)は、再生計画案の可決要件の定めについての基本的な条文の知識を問うものであり、多くの答案で解答できていた。その中でも、頭数要件について、その母数が債権者集会に出席し又は書面等投票をしたものに限る（民事再生法第172条の3第1項第1号括弧書）という点や、頭数要件の趣旨を説明するなど、条文に即した丁寧な説明をした答案は高い評価につながった。他方、民事再生法第172条の3第1項の第1号と第2号の各要件が「いずれも」必要とされている点について曖昧な記載にとどまるものや、単に「頭数要件」、「議決権要件」との単語のみを挙げてその内容を説明しないものは解答として不十分であると言わざるを得ない。

小問(2)については民事再生法第87条第1項第4号の指摘をできていない答案、小問(3)については同項第3号ニの指摘をすることができていない答案が少なくなかった。また、小問(2)については、再生手続開始前の原因に基づく請求権と開始後の原因に基づく請求権とを区別し、再生手続開始後の損害賠償請求権については議決権を有しないこと（民事再生法第84条第2項第2号、第87条第2項）を指摘できていないものも少なくなかった。これらの規定を正確に説明して事例に即して具体的な議決権額を検討できた答案は高評価につながった。なお、小問(3)において、明文の規定があるにもかかわらず、外国通貨をもって額が定められ

た金銭債権の評価基準時という問題を設定して検討した答案もあった。まずは条文の正確な知識と理解が必要である。

小問(4)については、多くの答案が自認債権の問題であると捉えることができている、民事再生法第101条第3項についても指摘をすることができていたものの、自認債権に議決権がないことを理解している答案は、予想外に少なかった（なお、799人とDとを対比して799人に議決権を認めてDに議決権を認めないとの説明をした答案が多く見られたが、そもそも自認債権に議決権はないから、この説明は誤りである。）。

また、自認債権についての再生計画の定めによる権利変更（民事再生法第157条第1項、第179条）や、認否書に記載されなかった再生債権の権利変更（民事再生法第156条、第181条第1項第3号）と弁済に関する時期的劣後（民事再生法第181条第2項）について、条文を含めて的確な説明ができている答案が一定数見られた一方で、これらに言及ができていない答案も相当数あり、条文の知識を含めた民事再生法の理解の程度により評価に差が生じることとなった。

イ 設問2

小問(1)においては、多くの答案で債権査定の申立てとその根拠条文（民事再生法第105条第1項）を正確に摘示できていたが、査定の申立てについての裁判に不服がある場合には異議の訴えを提起する必要があること（民事再生法第106条第1項）や、再生債権の確定に関する訴訟の判決等の効力（民事再生法第111条第1項、第2項）にまで言及した答案は多くなかった。なお、Eが取りうる手段として、再生債権の調査における異議（民事再生法第102条第1項）を挙げる答案が散見されたが、この異議は届出再生債権者が他の再生債権及び自認債権に対して確定を妨げるためになされるものであって、本問の事例とは場面が異なる。再生債権の届出・調査・確定の手の規程を改めて確認されたい。

小問(2)においては、双方未履行の双務契約に関する再生債務者等の解除（民事再生法第49条第1項）がされた場合の問題であることを理解した上で、同条項の趣旨や違約金条項を適用した場合に生じる再生手続上の弊害を意識しながら検討をすることができた答案は高評価につながった。もっとも、同条項の問題であることを理解している答案においても、本件違約金条項の適否の検討に際して、単に民事再生法第1条の目的に反するとの説明にとどまる答案、違約金条項を再生手続で適用することは権利濫用であるなどといった抽象的な説明をするだけで本件違約金条項の適用を否定する答案、又は契約自由の原則を指摘するだけで、結論として本件違約金条項の適用を認める答案も多く見られた。

また、双方未履行の双務契約に関する再生債務者等の解除の問題であることに言及せずに、本件の違約金請求権が再生手続開始前の原因に基づいた請求権に該当するかを専ら検討するものや、単に本件違約金条項の有効性を検討するだけのものは低い評価にとどまった。なお、本問では、本件違約金条項が「適用されるか」と問われているにもかかわらず、解除権の行使が認められるかとの問題提起や、本件違約金条項が有効であるかとの問題提起をして、これに対する解答を示すにとどまる答案があったが、結論として、適用されるか否かを解答しないと、そもそも問いに対して答えたとはいえない。問いの内容を正確に把握し、その問いに対して正面から解答することが必須である。

令和6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、土地の譲渡対価に対する権利確定主義の適用を中心に、譲渡所得金額の算定方法（設問1）、契約解除と原状回復が行われた場合における更正の請求（設問2）、債務不履行解除に伴う違約金の所得分類と年度帰属（設問3）、事業所得者の売掛金債権の貸倒損失の処理（設問4）を問うている。これらを通じて、条文の正確な読解や判例を踏まえた適切な解釈、及び民法の基本的な知識をも踏まえつつ問題文の事実関係を分析し、課税要件事実を適切に抽出する能力を確認している。

第2問は、奨学金の非課税所得該当性と給与等の支払に係る源泉徴収の要否（設問1）、源泉徴収に係る誤納金の回復を巡る法律関係（設問2）、法人税法上の減価償却資産の取得を巡る解釈適用（設問3）、相続による取得時の付随費用の扱い（設問4）、そして、ゴルフ会員権についての生活に通常必要でない資産該当性（設問5）を問うている。これらを通して、所得税法等の基本的な構造と理論を理解できているか、事案の的確な分析を経て適用条文と論点を見いだし得るか、結論を導くための論理を説得的に構築し得るか、といった租税法令の解釈と適用に欠かせない基礎的な能力を確かめるべく基準を設け、評価を行っている。

3 採点実感等

〔第1問〕（配点：40点）

＜設問1＞

設問1では、土地の譲渡対価の収受がやや変則的な形式で行われたという事実関係の下で、譲渡所得の総収入金額（所得税法第33条第3項、第36条第1項）をどのように認識するか、その認識内容に基づいて譲渡所得金額の算定を正確に行えるか、が問われている。

過去の司法試験でも譲渡所得は頻出の論点であり、受験者も十分に学習しているものと思われる。とはいえ、「出題の趣旨」でも述べたように、設問文で「譲渡所得」と明示している以上、譲渡所得の定義や性質を論じることは必要ではないし、かえって答案の説得力を低下させかねない。にもかかわらず、機械的に譲渡所得の定義や意義を記載する答案が少なからず見受けられたことは残念である。時間も紙幅も限られる中、飽くまでも本設問との関係で何を論じる必要があるか、に集中してほしい。

本設問では「譲渡所得の金額の計算」が問われているのであるから、まずその根拠規定（所得税法第33条第3項）に触れ、「総収入金額」や取得費・譲渡費用・譲渡所得の特別控除額がその要素であることを確認することが解答の出発点となる。そして、本問の事実関係の下で「総収入金額」をどう認識するかが問題である、と立論すれば、総収入金額の意義として通則規定である所得税法第36条第1項の指摘、「収入すべき金額」の具体的基準としての権利確定主義（判例）の導出、にはすんなりと論を運べるはずである（なお付言すれば、「権利（の）発生（主義）」と誤答するものが散見された。現金主義に対比される「発生主義」と混同しているものと思われる。「発生主義」に属する様々な具体的基準の一つに法的な基準である「権利確定主義」があることを確認されたい。）。また、「（清算課税ゆえに）本件土地の譲渡時の時価4000万円が総収入金額を構成する」とする答案も散見された。譲渡所得や実現主義の基本的理解を再度確認してほしい。

あるいは、令和5年3月に支払済の現金2700万円と残債権500万円を区別して、未払の代金債権500万円を総収入金額に含めないとする（あるいは単に処理を忘れたのか、言及し

ない) 答案が一定数見られた。「現金2700万円」を取り出して論じてしまうのは、権利確定主義の理解が不確かであるためであろう。確かに、本問の事実関係では、令和6年4月に契約が解除されており、未払の代金債権500万円は遡及的に消滅する(Aが実際に収受することにはなかった)が、設問文はあくまでも「令和5年分の所得税の期限内申告」における処理を求めているのであるから、その法定納期限たる令和6年3月15日(国税通則法第17条、所得税法第120条第1項)までの事実に基づいて処理する必要がある。

また、帰属年度に触れることなく「総収入金額は〇〇円である」と論じる答案も目についた。所得税法第36条が講学上「所得の年度帰属」の単元で教えられているように、(総)収入金額はその年度帰属と不可分の概念である。このことは同条第1項の文言からも明らかであろう。この点の理解があやふやだと、例えば「総収入金額は3500万円である。そのうち手付金300万円は令和4年に帰属する」といった錯綜した論述に陥ることになる。

さて、本設問では、権利確定主義という一般的な基準を挙げるだけではなく、譲渡所得という所得類型の下ではどのような具体的な基準となるか、それを本設問の事実関係に当てはめるとどうなるか、も論じることが期待されている。約半数の答案は、売主としての契約上の債務全ての履行や、代金債権に係る買主の同時履行の抗弁権の消滅などの権利確定の基準と、令和5年3月におけるAによる本件土地の引渡しや移転登記の完了の事実を結びつけて、適切に解答できていた。一方で、契約が成立したことや代金支払期限が到来したことだけで権利が確定したと捉えていた答案も散見された。また、「契約締結が令和4年だから令和4年に代金債権の権利が確定した」という筋も、具体的な事実関係によっては全くありえないわけではないが、目的物の引渡しが未了であること、「解約手付」としての性質をも有する手付金が交付されていることなどを踏まえてもなお令和4年に権利確定といえるだけの説得的な論拠を示す必要がある。

設問文で指示された手付金300万円の処理は、やや難しい論点であったと思われるが、上記の筋に沿った答案(約半数)は、民法の知識もいかしつつ(「出題の趣旨」でも述べたように、私法の知識は、租税法の学習・実務に不可欠である。)、おおむね期待どおりの構成、すなわち令和4年に300万円の交付を受けているがこの時点では(民法第557条第1項の手付倍返しの可能性にも触れつつ)いまだ権利確定せず、売主が履行に着手し手付が売買代金に充当された令和5年分の総収入金額に算入される、と論じることができていた。他方で、一定割合の答案は、権利確定主義の例外としての管理支配基準(最判昭和53年2月24日民集32巻1号43頁)を適用して令和4年分の総収入金額に算入されると論じていた。このような筋も全く不可能というわけではないが、手付金の民法上の性質を踏まえてもなお権利確定したと言えるのはなぜか、令和4年のどの所得を構成するのか(仮に譲渡所得とする場合、取得費などの控除はどうするのか)、さらに、設問3において債務不履行解除の違約金として300万円をAが得たとされることとの整合性、などの問題が生じる。これらの問題を認識し、説得的な理屈付けを試みていた答案には、相応の点数を与えた。

以上より、「令和5年分の総収入金額」としては3500万円とするのが正答となり、(説得的な理由付けがあれば、という条件付きで)3200万円という解答も許容される。

その上で、譲渡所得金額の算定のために、根拠条文(所得税法第33条第3項)を適切に当てはめる必要がある。その際、譲渡費用100万円や譲渡所得の特別控除額(所得税法第33条第4項)を正しく控除できている一方で、肝心の取得費(Aの本件土地の購入価額3000万円)の控除を忘れている答案がかなりの数見られたことは意外であった。設問文は譲渡費用100万円にしか言及していないが、取得費の控除はキャピタルゲインを本質とする譲渡所得の基本中の基本である。その他、特別控除額の控除と、所有期間5年超であることから、所得税法第33条第3項第2号の長期譲渡所得に該当すること(なお、本設問では「譲渡所得の金額」を問うているので、2分の1のみが総所得金額に算入されること(所得税法第22条第2項第2号)までは触れていなくてもよい。)を取りこぼすことなく指摘したい。

設問1に関しては、これが総収入金額の問題であり権利確定主義がまず問われていることを押さえられていない答案が「不良」と評価され、権利確定主義と譲渡所得における具体的な基準を代金債権に当てはめることができていた答案が「一応の水準」、手付金についても適切に処理できていた答案が「良好」、そのうちでも手付金等、本件事実関係の私法的な性質を的確に処理できていた答案が「優秀」と評価された。

<設問2>

設問2は、過去年度において権利確定主義で課税対象とされた譲渡対価（未払のものも含む）が、契約解除によって遡及的に失われた場面で、納税者に利用可能な法的手段を問うている。申告納税制度の下で過大な税額が生じたときの「更正の請求」という仕組みについては理解できている答案がほとんどであったが、根拠条文の摘示、及び本件事実がその条件を満たすかの確認で優劣がつくことになった。

「出題の趣旨」でも触れたことであるが、本設問の解答に当たっては、課税要件事実の遡及的変動が税額の変動をもたらす法的構造を正確に理解していることが必須である。非常に多くの答案において、「契約解除（や原状回復）によって、令和5年分の譲渡所得がなかったことになる」とのみ述べられていた。しかし、譲渡所得の課税要件は「資産の譲渡」により「収入すべき金額」が生じたことであり、これを充足する課税要件事実が令和5年に生じたことを設問1で確認した。令和6年4月の契約解除によって、資産の譲渡を基礎付けた売買契約が遡及的に消滅し、Aが譲渡対価として取得済の現金3000万円も、遡及効によって法的に保持し得ないものとなっているが、これだけでは、なお、税額の遡及的変更には不十分である（管理支配基準）ことに注意したい。本問のAは、民法上の原状回復義務に基づいて、実際に代金債権を返還し、土地を取り戻している。このように法的根拠の遡及的消滅と原状回復による代金の返還の2つがそろってはじめて、令和5年の税額算定を基礎付けた「課税要件事実が遡及的になかったものとなる」といえるのである。またこの道筋で考えると、設問3で問われる300万円についても、一旦は譲渡対価の一部としてBに返還された上で、改めて違約金として交付されたものとして考えればよいことになる。

本設問では、予想以上に多くの答案が、所得税法第64条第1項とその場合の更正の請求の特例である所得税法第152条に触れていたが、これは誤りであることに注意したい。所得税法第64条第1項は、「各種所得の金額（括弧内略）の計算の基礎となる収入金額若しくは総収入金額（括弧内略）の全部若しくは一部を回収することができないこととなつた場合」の規定であるが、これは譲渡所得金額の基礎となる売買契約自体は有効に存続しており、権利確定主義の建前からすれば、既収未収にかかわらず過去年分の（総）収入金額として確定したのに、代金債権が回収不能になったこと（本件でいえば、未払金500万円がこれに当たる）による担税力の減少に鑑みて、特例的になかったものと「みなす」規定である。前段落で述べたとおり、本設問においては、契約解除と原状回復によって、そもそも譲渡所得金額算定の私法的基礎が遡及的に失われているのであるから、「みなす」までもなく、私法上の遡及効とそれによる課税要件規定の遡及的変動として処理すれば足りる。つまり所得税法第64条第1項の適用場面ではない。

さて、「令和5年の譲渡所得の『収入すべき金額』」が令和6年4月の解除によって今や法的に存在しないこととなったのであるから、Aが令和5年の期限内に「申告書に記載した」「課税標準等若しくは税額等の計算が国税に関する法律の規定に従っていなかったこと」により、「当該申告書の提出により納付すべき税額（括弧内略）が過大であるとき」（国税通則法第23条第1項第1号）に該当することとなったのであるから、法定申告期限から5年以内に、Aは、令和5年の譲渡所得金額を減額すべき旨の更正の請求を行うことができる。更正の請求が行える、ということ指摘するには、本来、このように条文の要件を満たすことを確認する必要があることに注意したい。

なお、契約の解除ということで、国税通則法第23条第2項（第3号にいう「政令で定めるやむを得ない理由」、国税通則法施行令第6条第1項第2号）に基づく更正の請求の問題であると考えた答案も一定数見られた。この場合には、当該理由が生じた日の翌日から起算して2ヶ月以内に更正の請求を行う必要があるということになりそうである。しかし、国税通則法第23条第2項柱書括弧書きは「各号に定める期間の満了する日が前項に規定する期間の満了する日後に到来する場合に限る。」と規定しており、解除の日から2ヶ月後の日が令和5年分の譲渡所得に係る法定申告期限から5年以内である本問の場合には、同条第2項は適用できず、第1項の更正の請求を行うことになる。第1項の更正の請求の期間制限が1年間であった時代の裁判例（東京高判昭和61年7月3日訟務月報33巻4号1023頁）もこの点を明言しているが、仮にこの裁判例を知らなかったとしても、条文を丁寧に読む癖をつけておけば、本問に第2項は適用できないと気がつくはずである。そして、第2項が、課税関係の早期安定を旨として更正の請求に期間制限を設けた第1項の例外として特に第2項各号の場合に限って、2ヶ月という短い期間での更正の請求を認めているのだと制度趣旨を素直に理解できれば、第1項の期間制限内であれば第2項各号列举の理由が生じたために税額が過大となった場合にも第1項で更正の請求を認めてよいはずだ、と推論することはさほど難しくないのであろう。本問ではここまでの論述を求めているわけではないが、条文を正確に読む能力は、租税法の学習はもちろん、実務においても必須であることに留意されたい。

設問2に関しては、「更正の請求」と根拠条文を挙げることができていない少数の答案が「不良」と評価され、更正の請求の理由を挙げているが不十分な答案（「課税所得がなかったことになる」等）が「一応の水準」、「課税要件事実の遡及的消滅」という私法と租税法の法的構造を正確に把握できている答案が「良好」、さらに国税通則法第23条第1項第1号の要件へのあてはめまでも行っていた答案が「優秀」と評価された。

<設問3>

本設問では、Aが「本件売買契約の解除に伴い」得た違約金300万円の年度帰属と所得分類が問われているのであるが、本件違約金が損害賠償金ゆえに所得税法第9条第1項第18号に該当して非課税所得となる、と論じる答案が少なからず散見された。しかし、同号の非課税所得該当性は、損害賠償金という名目ではなく、受領者における損害の発生とその填補の存在（要するに、損害賠償の原因となった事実と合わせて考えれば受領者の純資産が増加していないこと）に拠っているとするのが確立した扱いであり、本問の違約金がこの要件を満たすとは考えにくい。

まず、所得分類については、一時所得（所得税法第34条第1項）か雑所得（所得税法第35条第1項）のいずれかであることはすぐに見当がつくと思われるが、これら所得分類の定義規定は、他のいずれの所得類型にも当たらないことを前提としているから、その点をまず確認しておく必要がある。特に本問では、300万円が一旦は手付金として交付され、令和5年3月に代金の一部に充当された、という事実関係があるので、この点をどう理解するかにも触れておく必要があろう。例えば、債務不履行によって売買契約は解除され、譲渡対価も原状回復として返還される一方で、買主の債務不履行による違約金が別途支払われたのであるから、これは「資産の譲渡」に起因する譲渡所得にはあたらない、と論じるのが一つの筋であろう。逆に「対価の一部として交付されたのであるから、譲渡所得である」とする答案も少数であるが見られたが、設問2で述べたように、少なくとも令和6年4月の契約解除後には、法的に成り立たない筋である。なお、利子所得（所得税法第23条）から山林所得（所得税法第32条）については、明らかに本問の事実関係には該当しないので、特段の検討は求めているない。

その上で、一時所得か雑所得か、ということになるが、本設問では、単発の売買契約の債務不履行解除による違約金であるから、「営利を目的とする継続的行為」とは言い難く、Aが労務や役務を提供した対価でもないことから、所得税法第34条第1項の要件を満たす、ゆえに一時

所得である、ということになる。一時所得についても、年度帰属は権利確定主義が基準となること（所得税法第34条第2項、第36条第1項）から、違約金についての権利が確定した時期を論じれば良いことになる。ここでも、素直な考え方をすれば、Aが、履行遅滞状態のBに対する請求を諦めて契約を解除し、解除の条件についての合意が成立した令和6年3月が、違約金を収受する権利の確定した時期ということになるだろう。

もっとも、少数ではあるが、①Bが履行遅滞状態に陥った令和5年9月時点で違約金としての権利が確定していたとの考え方、あるいは、②違約手付として300万円を受領した時点で損害賠償の予約としての性質を有しており、それが後にBの履行遅滞ないしAによる解除によって損害賠償金として具体化するも、その権利確定はAの管理支配下に収められた令和4年12月時点である、との考え方に立つ答案があった。いずれも、法律論としては、考えられない筋ではない。とはいえ、①に対しては、その時点ではまだAは残代金500万円の受領によって本件売買契約を完了させる意図だったのではないかと、令和5年9月の約定日を徒過したら直ちに損害賠償金300万円を請求する意図であったというのは当事者の意思解釈として合理的か、との疑問を呈し得るし、②に対しては、令和5年3月に手付金300万円が代金の一部として充当されたこととの関係をどう説明するか（特に、もし設問1でこれを令和5年の譲渡所得の総収入金額に含めていたならばなおさらである。）、という疑問がある。これらの点にまで目配りして説得的な議論を展開していたごく少数の答案については、相応の評価を与えた。

設問3に関しては、単に非課税所得の問題とする答案、譲渡所得であるとする答案が「不良」と評価され、一時所得該当性には気づいているものの、その要件該当性の検討が不十分な答案が「一応の水準」、権利確定主義を前提に、本件違約金に係る権利が確定した時期を理由とともに論じることができている答案が、「良好」ないし「優秀」と評価された。

<設問4>

設問4では、事業所得者が事業の遂行上生じた売掛金等の債権につき貸倒損失を被った際の処理を問うている。典型的な論点であり、大半の答案が、所得税法第51条第2項にふれることができていた。他方で、2割弱の答案が、第51条第2項ではなく第52条第1項（貸倒引当金）を挙げていたのは意外であった。「貸倒」という文言に引きずられたのかもしれないが、全く異なる制度である。なお、第51条第2項の適用を受けるためには、事業所得者であるだけでは足りず、「事業の遂行上生じた売掛金」の貸倒れであることが必要であるが、この点まで触れることができていたのは半数程度であった。

その上で、所得税法第51条第2項にいう「貸倒れ」の解釈を行い、本件の事実関係がそれに当てはまるかを検討する必要がある。「貸倒れ」の基準については、法人税法の判例であるが、興銀事件最高裁判決（最判平成16年12月24日民集58巻9号2637頁）が所得税法にも共通の基準を与えるものと考えられており、同判決が挙げた基準のうち特に、①金銭債権の全額が回収不能であること、②全額の回収不能が客観的に明らかであること、が本設問との関係では重要である。問題文中に「令和5年12月15日にはCの破産手続が終結し、本件債権の全額が回収不能であることが確定した」とあるから、これらの要件が満たされていることは明らかであるが、まず条文の基準を解釈に拠って明らかにした後に当てはめる、という手順が重要である。「貸倒れ」の意義についてまで論じられていた答案は3分の1強にとどまった。

なお、設問2の譲渡所得では過去年度の所得計算をやり直すのに対して、事業所得に係る貸倒損失についてはそれが確定した年度の事業所得の必要経費として控除する扱いとされることが、反復継続する事業所得の性質によるものであること、についても触れられるとなお高い評価が与えられる。もっとも、この点にまで触れることのできていた答案はごく少数であった。日常の学習において、「なぜこうなっているのか。」という疑問を持って掘り下げて調べたり考えたりしているか否かによって差がつくところだと思われる。

設問4に関しては、所得税法第51条第2項の問題と気づくことができていなかった答案が「不

良」と評価され、「貸倒れ」の意義や「売掛金」該当性に触れられていない答案が「一応の水準」、これらの点にも適切に言及して事実関係に当てはめることができていた答案が「良好」、譲渡所得の場合と対比して制度趣旨まで論及していた答案が「優秀」と評価された。

〔第2問〕（配点：60点）

＜設問1＞

設問1では、貸与型奨学金に係る債務の免除による経済的利益の供与を、使用者が給与等の支払と同視して行った源泉徴収の適否が問われている。答案には、源泉徴収の根拠規定に触れることなく、端的に、学資金として非課税所得に当たるから源泉徴収は誤りだとするものが少なからずあった。だが、まずは使用者がどのような根拠で源泉徴収を行ったのかを考え、その適否を判断していくことが、論理的検討として求められる。

使用者が根拠としたのは所得税法第183条第1項であり、特に所得税法第28条第1項に規定する「給与等・・・の支払」があったと評価したものと考えられる。この給与所得該当性に関し、一般には、従属的・非独立的な就労の対価と言えるかが問われ、従来からこの意味での対価性は広く解されてきた。答案の中には、対価性を狭く解し、問題文の債務免除による経済的利益はこれに当たらない（よって、一時所得に係る総収入金額である）から、源泉徴収は誤りであるとするものも散見されたが、所定の就労条件を満たしてはじめて使用者から供与される利益であるという点を看過していないか。また一部の答案は、賞与に当たるか否か（所得税法第186条参照）に専ら焦点を当てて論じていたが、この点は問われていない。

検討の中心とすべきは、問題の債務免除益が、非課税とされる学資金（所得税法第9条第1項第15号）に該当するか否かである。まず、本問の債務免除益は、全額が授業料に充当された貸与型の奨学金に係るものであり、同号に言う「学資に充てるため給付される金品」と同視し得る。なお、「給与その他対価の性質を有するもの」は、非課税の対象外（一般に課税を受ける金品）とされるが、給与所得者の場合、同号柱書の括弧書きに規定されるとおり、更にその対象外として、(1)使用者から「通常の給与に加算して受けるもの」で、かつ、(2)同号に列举された項目（役員が受ける学資金等）に当たらないものが、非課税所得となる。たとえ初見でも、このように同号を読み解いたことを記載して事案に当てはめれば、問題の債務免除益が非課税所得に当たるという帰結が得られ、「優秀」ないし「良好」な答案と評価され得る。だが、同号の内容を適切に把握・理解していない答案もあり、その場合は「一応の水準」という評価に留まることが多い。

残念だったのは、所得税法第9条第1項第15号の存在や、奨学金としての非課税所得該当性の問題に気付いていないと思われる答案が過半数を占めていたことである。その慈善的・公益的属性から、所得税法第9条第1項を参照することが促されるはずである。なお、非課税所得だから源泉徴収は正当化されないという点を条文に即してどのように説明するかは1つの論点であるが、非課税所得が所得税法「第28条第1項（給与所得）」に規定する給与等（所得税法第183条第1項）に当たらないという理解が示されている答案であれば十分である。

＜設問2＞

設問2は、誤って過大に納付された源泉徴収税額（誤納金）相当額を巡る法律関係とそれを踏まえた回復の手段ないし根拠について問う問題である。設問1の難度がやや高いこともあり、設問2は、基本的な論点について、例外的状況といった「ひねり」もなく正面から確認する内容とした。国税通則法と民法にも跨がる理由付けを要するものの、最判平成4年2月18日民集46巻2号77頁に即した答案であれば、この設問に関し「優秀」ないし「良好」と評価され得る。なお、本設問で、納税者が利用し得る訴訟類型を解答させることは意図されていない。

解答の基礎となるべき事由は、B法人の源泉徴収義務とAの申告納税義務とは別個に存在し、国と源泉徴収義務者（B法人）の法律関係と、B法人と本来の納税義務者（A）の法律関係も別個

に存在するという構成である（上記平成4年最判）。その上で、過大に納付された源泉徴収税額相当額を、AとB法人が各々どのような法的主張によって取り戻せるかの説明を求めている。答案の中には、源泉徴収が所得税法に従っていない旨を重ねて主張するものや、取り戻す対象を債務免除益自体であると誤解したもの、年末調整による精算の可否を論じるものなどがあり、これらは質問に答えていないことになる。問題文を注意深く読んでほしい。

B法人の過大納付額は誤納金であり、国税通則法第56条の「過誤納金」として、B法人は還付の請求が可能である。同条を挙げる答案は概ね「一応の水準」を満たしているが、全体の半数にも遠く及ばない。B法人は更正の請求（国税通則法第23条）ができるとする答案が多かったが、源泉徴収に関し納税申告書（国税通則法第2条第6号）は提出されないから、更正の請求はなしえない。誤納金は、公法上の不当利得として民法に従って回復される旨の答案もあったが、本問で、国税通則法第56条に代えて、敢えて民法を根拠にすべき事情は見出せない。

次いで、Aは、確定申告に際し、過大徴収税額の控除を通じ、国との間で税額の精算を直接行うことはできない。その条文上の根拠となる「源泉徴収をされた又はされるべき所得税の額」（所得税法第120条第1項第4号）の解釈に言及できている数少ない答案は「優秀」という評価を得ている。Aが取り戻す根拠としてB法人の不当利得を挙げる答案がとても多かったが、Aは、B法人が国から還付を受けるまでもなく給与未払いに係る（一部）債務不履行を主張し得る。

総じて、優秀又は良好と評価し得る答案は期待よりずっと少なかった。学習範囲を限定するあまり、基本的な制度や著名な判例の基礎知識をも疎かにしていないか、再度確認してほしい。

<設問3>

設問3は、法人税法上の減価償却費に関する損金算入の要件（法人税法第31条第1項）を巡る解釈適用上の論点を見出し、企業会計（会社法会計を含む）と私法上の評価の双方を考慮しつつ、課税のタイミングを左右する問題について、説得力ある検討を展開する力が試されている。

大部分の答案では、問題の生産用機械乙が減価償却資産（法人税法第2条第23号・同施行令第13条第3号）に該当することを指摘し、会社法上の利益計算で減価償却費とされる項目が、法人税法第22条第3項第2号の費用に該当することを前提としていた。だが、そこからさらに別段の定めである法人税法第31条第1項に言及できている答案（「一応の水準」に達している場合が多い）は、全体の半数程度にとどまる。むしろ直ちに公正処理基準に依拠し、会社法会計と同じ年度の損金算入を肯定する答案が目立った。他方で、会社法会計上の費用を法人税法が損金に算入するのは二重計上で認められない旨を指摘する答案が複数あった。所得計算の基本構造を正しく理解しないもので「不良」と言わざるをえない。なお、本問は、令和元年事業年度の損金算入の可否を聞いているので、令和2年事業年度の損金に算入されるというのみでは不完全な解答であることを指摘しておく。

問題の事業年度において、注文者は、損金経理要件を満たし、不具合が続き引渡と所有権移転が未了（翌年度に完了）の状態ながら、その事業において利用を開始していることから、所得計算上も減価償却費を損金に算入し得ると言えるかが問われている。損金算入を否定する答案で、別段の定めにおける「事業年度終了の時に有する」や「取得」（法人税法第31条第1項）の要件は、所有権移転や引渡があった時に初めて満たし得るとするものは理解しやすく、「優秀」と評価し得る。その時までは「事業の用に供していない」（法人税法施行令第13条柱書括弧書き）ものと評価すべきとする答案も多く見られた。現に生産工程で利用されている事実と矛盾しないかは問われるものの、機械乙の「減価償却資産」該当性自体を否定する効果も踏まえて論旨に一貫性があれば、このような筋の答案も「良好」と評価され得る。なお、本問に関し参考になる裁判例として、名古屋高判平成4年10月29日行集43巻10号1385頁、東京高判平成30年9月5日訟務月報65巻2号208頁を挙げておく。

他に本問での答案では、所得税法と法人税法を混同するものや、条文の誤記と思われるものがあつたので注意を促したい。なお、機械乙の減価償却費は原価（法人税法第23条第1項第1号）に当たるとする答案も若干数見られた。あり得る見方の1つであり、その場合は、問題文から会社（注文者）の利益計算上は減価償却費に計上されている点を含め、公正処理基準にも配意した説得力があるものかが問われる。

出題傾向と受験生の負担から、法人税法の学習は的を絞ったものになりやすいかもしれない。だが少なくとも、法人の所得計算における基本的な制度に関する最低限の知識やその根拠規定の在処を挙げられる程度には、学習範囲を維持しておくことが期待される。

<設問4>

設問4は、相続による財産移転が絡む所得税法上の主要な問題の1つである取得費（所得税法第38条）の引継ぎ（所得税法第60条第1項第1号）に関連し、相続人の手元で生じる付随費用の扱いを問うものである。条文の文言と判例（最判平成17年2月1日訟務月報52巻3号1034頁）に基づき解答が可能で、基本的な学習を積んでいる受験生にとって、比較的平易な出題である。現に的を射た答案が多かったが、その一方で、判例に則した理由付けや条文の趣旨を全く考慮することなく、納税者Aの字義どおりの解釈を単に受け入れて逆の結論を導く答案が少なからずあり、「不良」と評価せざるを得ない。基本的な判例も押さえながら、条文に即して学習するという姿勢を常に維持していただきたい。

本問で問題となる所得税法第60条第1項第1号の適用対象は譲渡所得の金額の計算に限定されない一方で、取得費（所得税法第33条第3項、第38条第1項）は譲渡所得上の概念である。「優秀」答案は、問題のゴルフ会員権が資産に該当し、その譲渡による損失が譲渡所得上のものとなる点を明示的に確認した上で、所得税法第60条第1項第1号の解釈と適用により、取得費（資産の取得のための付随費用を含む）に変容が生じるのかを、判例に則して精緻に検討できていた。他方、その過程に不完全なところがあれば、その程度に応じて「良好」または「一応の水準」と評価される。なお、名義書替料が譲渡費用に該当するという筋の答案も幾つかみられた。主張としてはあり得るが、取得費に当たらない旨の説明を経なければ説得的とは言い難い。

他には、事案の分析に終始し結論が不明の答案や、損益通算に関する出題だとの誤解からか、設問5の解答との重複ないし混乱が見られる答案が複数あつた。いずれも当該設問あるいは設問の全体をよく理解していれば避け得るミスであろう。

<設問5>

設問5は、損益通算が制限される生活に通常必要でない資産の判定というオーソドックスな論点を扱っている。答案の多くが、この論点を的確に認識した上で記述されていた。なお、本問と関連する裁判例（東京地判平成10年2月24日判タ1004号142頁、仙台高判平成13年4月24日税資250号順号8884等）は、異論を許さないものではないが、参考にしてみたい。

損益通算は、不動産、事業、山林、譲渡の各所得に係る損失についてのみ、総所得金額等の計算上、「他の各種所得の金額から控除する」という制度である（所得税法第69条第1項）。よって、まずは問題の損失が譲渡所得上の損失に当たることの確認を要する。本来、答案に明記して欲しい点だが、採点上は、設問4の答案からでも読み取れば足りることとしている。

本設問の中心となる論点は、問題のゴルフ会員権が、生活に通常必要でない資産の一類型である「主として趣味、娯楽（中略）の目的で所有する資産」（所得税法施行令第178条第1項第2号）に該当するかである。このような資産に係る損失は、消費支出としての性格に照らし、あるいは帰属所得の非課税扱いとの見合いで、担税力の減殺要素として扱うのが適切でないが故に、損益通算が基本的に否定される。この点を指摘できた答案は、概して「良好」以上の評価を得ている。加えて、問題文で記載されるように、主観的には複合的な目的で所有する資産

について、どのような要素に着目して主たる所有目的を判定するべきなのかを、その理由と共に説明することが求められている。それらの丁寧な説明を踏まえて、本問の事実から結論を導く答えは、概して「優秀」の評価に繋がっているが、その数はとても少ない。むしろ上記施行令の定めを挙げて直ちに結論を述べるものが大半である。それでも、所有を維持する動機の比重のみから所有目的を判定することに対する問題意識が結論からでも読み取れば、「一応の水準」には達し得る。だが、Aの値上がり期待という主観に単純に導かれる答えが少なくなかった。本問のゴルフ会員権は、ゴルフ場を優先的に利用する権利を表象するところ、Aは現に毎月ゴルフに興じているという客観的な事実を黙過してよいと考えるならば、その理由を説得的に述べる必要がある。なお、本設問は、所得税法第60条第1項第1号に鑑み、相続前の所有目的も考慮すべきかといった論点を内在している（相続直後の売却を想定されたい）。この点を踏まえた答えは僅かだが、より鋭い視点を持ったものとして評価される。

以上に追加して2点指摘しておきたい。1つは、時間の制約によると思われる不完全な記述が少なくなかった点である。冗長な記述を避けることも含めて、適切な時間配分の重要性は、ここで敢えて言うまでもない。所得税法第69条第1項及び第2項は、他の条文の参照や政令委任から成り、また否定形の要件を含むなど、やや複雑な構成である。このこともあってか、例えば、生活に通常必要でない資産に当たる点を論証した上で、損益通算できると結論付けるなどの矛盾を含む答案も散見された。いま1つは、条文の根拠に照らして知識を確認すると共に、条文の意味を事案に当てはめる基本の重要性である。複数の答案が、同条第1項に従い、給与所得は損益通算できないから損失の通算相手とはなりえない旨述べていた。同項の定め（所得税法第2条第1項第22号を含む）を読めば避け得る初歩的な誤解だが、答案全体への影響が大きく、評価は「不良」となる。

4 今後の出題について

本年は、第1問設問2、第2問設問2が国税通則法に関する問題、第2問設問3が法人税法に関する問題、その余が所得税法に関する問題であった。範囲としては、今後も所得税法からの出題を中心としつつも、法人税法や国税通則法の基本的事項からの出題が望ましいと考えられる。

内容としては、所得税法、法人税法、国税通則法に関する基本概念や制度に関する基本的な知識（判例を含む）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) 条文に即した基本的な概念や基本的な知識の習得

例年の採点実感で指摘しているところであるが、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)収入金額」、「権利確定主義」、「(過)誤納金」、「減価償却費」、「取得費」、「損益通算」といった用語の理解が問題となった。基本的な概念を習得する上では、単に教科書上の定義を暗記するだけでなく、判例の具体的事実関係にどのように当てはめられているか、まで目配りする必要がある。第1問で言えば「権利確定主義」の定義は（一応）書けていても、具体的な事案への当てはめが直前で述べた定義と整合しない、というような答案が見られたが、これでは概念が理解できていない、と評価せざるを得ない。

(2) 判例・裁判例の学習

上記(1)に加えて、少なくとも「3 採点実感等」で言及している最高裁判例を考慮しない答案は基礎的な知識の欠如を示すものと評価せざるを得ない。また、他の裁判例も、学習上参照されることの多いものである。制度の基本を理解する際には、こうした裁判例にもできるだけアンテナを張り、批判的視点を維持しつつ、その理由付けから考え、学ぶ姿勢を維持してほしい。

判例・裁判例の学習に当たっては、抽象的な規範命題だけでなく、それが具体的にどのような

事案・法的問題に対する解釈として示されたものであったかを、併せて理解することが有用である。それによって始めて、判例の規範を条文の文言との関わりで理解し、正確に読み取った事案に適切に当てはめて論理的に結論を導くという、基礎的な技能を伸ばすことができる。

(3) 条文読解・事実認定・当てはめに関する能力の習得

他の選択科目と比較しても、租税法は条文の多い分野であると思われる。その中では、第1問設問2（国税通則法第23条第1項）や第2問設問1（所得税法第9条第1項第15号）のように、その存在は知っていても、学習上は必ずしも触れる機会がなかったと思われる（その意味では「初見」に近い）条文の処理が求められることもある。これは租税法の実務においても同様である。そこで問われているのは、記憶力ではなく、たとえ初見の条文であっても、日本語として論理的に正確に解説した上で、要件と事実を一つ一つ冷静に当てはめて結論に至る能力である。そのような実践的な能力を涵養する上では、上記(2)で述べたように、主要な判例の学習において、適用条文と具体的事実との関係で判決文を正確に理解する癖をつけることが近道である。租税法は決して「暗記物」の科目ではない、ということはぜひ強調しておきたい。

さらに、例年指摘していることであるが、事実認定と当てはめに関する能力の習得は、租税法の学習においても極めて重要である。租税法、とりわけ、私的経済活動の成果である所得に課税する所得税法・法人税法において、私法上の概念・制度の理解が、課税要件規定の解釈・課税要件事実の認定に密接に関わる場面は多い。本年の出題では、第1問設問1の手付金の処理や、第2問設問3の「取得」要件の処理などがこれに当たる。条文を正確に読解し、課税要件として何が規定されているかを把握した上で、与えられた事実関係を法的に丁寧に分析して課税要件事実を抽出できている答案是高く評価されるが、これもまた、租税法の実務上求められる能力そのものである。

6 その他参考事項

租税法に限らず、答案の作成はコミュニケーションであり、何を問われているかを正確に把握し、必要な内容を誤解なく伝える答案が、必然的に高得点となる。上記「3 採点実感等」でも触れたように、設問文から自明な事柄に紙幅と時間を費やし、解答を求められている事項の論述が薄くなるようでは、本末転倒である。時間制限の中で、何が出題の勘所かを見極めて答案を構成する能力は、実務法曹としての起案能力にも直結する。一般論として出題者が何を求めているかについて、上記「5 今後の法科大学院教育に求めるもの」で述べたことが参考となれば幸いである。

解答時間が限られていることは理解しているが、問われている法的論点に対して論理的に飛躍のない丁寧な論述を心がけることはもちろんのこと、採点者が文意を読み取れる程度には丁寧な筆記にも意を払ってほしい。文字の巧拙が司法試験の評価の対象でないことは言うまでもないが、判読することが困難あるいは不能な文字による答案では、残念ながら正当な評価を行うことができない場合もあり得る。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留意していただきたい。

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。）の規定の内容及びその趣旨の正しい理解を前提として、事業者の各行為が市場における競争にどのような影響を与えるのかを念頭に置いて問題点を的確に把握し、各要件に係る法解釈を必要な範囲で示した上、問題文に記載された具体的な事実関係を丹念に検討した当てはめができていないか、それらが論理的、説得的に記述されているかという点を中心に評価しようとした。公正取引委員会のガイドライン等についての細かい知識を求めることはしていない。

1 第1問

第1問は、中部地区に所在する55の地方公共団体（以下「55団体」という。）による甲製品の指名競争入札の方法による発注に係る入札において、メーカー9社、Y社及び販売業者9社の各行為が独占禁止法第2条第6項に定義される不当な取引制限に該当し、同法第3条に違反するかについて、設問の事実関係の下で丁寧に検討するとともに、その違反行為の終期及び主導的事業者としてのY社に対する課徴金をどのように考えるかについて示すことを求めるものである。

まず、不当な取引制限の行為要件である「共同して」、「相互にその事業活動を拘束」することの要件の意義を示した上で、本件取決めにによって、いかなる当事者の間で共同行為が成立しているか、どのような相互拘束が生じているかなどについて、設問の事実関係に基づいて、的確に規範に当てはめることができていないかを評価の対象とした。

また、市場効果要件である「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」ことについても、本件取決めにによって影響を受ける市場を画定した上で、そこでの競争にいかなる影響が及んでいるかを適切に分析し、競争の実質的制限が生じていることについて論理的に一貫した検討ができていないかを評価の対象とした。併せて「公共の利益に反して」の要件についても、適切に評価することが求められる。

さらに、X2社による本件取決めからの離脱及び公正取引委員会の立入検査を契機とするY社による本件取決めに基づく行為の終了について、本件取決めの拘束力の観点から違反行為の終期について丁寧に評価、検討ができていないかを評価の対象とした。

最後に、Y社が本問の入札談合において果たしている役割を適切に評価し、「違反行為の実行としての事業活動について指定」（独占禁止法第7条の3第2項第3号ロ）しており、Y社の行為が180件の供給調整を「容易にすべき重要なもの」に該当するかについても、設問の事実に基づいて検討し、適切な条文解釈を行っているかを評価の対象とした。

2 第2問

第2問は、自己使用分を製造する高度医療機関を除いて、放射性医薬品αの唯一の製造販売業者であったX社が、新たにαの製造販売を開始したY社の経営方針(1)及び(2)に対応するために行った(a)ないし(c)の各行為について、独占禁止法上の問題点の論述を求めた問題である。

具体的には、X社の(a)ないし(c)の各行為について、①⑦不公正な取引方法（独占禁止法第19条、第2条第9項）の検討を中心に据える場合には、検討対象となる類型を的確に指摘した上、私的独占（独占禁止法第3条、第2条第5項）についても併せて問題になることに気付いているかどうか、④私的独占の検討を中心に据える場合には、上記各行為が排除行為に該当するか否かが問題となることに気付いているかどうか、②条文から導かれる（各類型の）行為要件及び効果要件（市場画定を含む。）に係る規範を定立した上で、各行為に係る具体的な事実関

係を丹念に検討した当てはめができていないか、③各行為により生じる効果を個別的に検討するだけでなく、総合的に評価できているかを含め、論理的かつ説得的な論述が展開されているかを評価対象とした。

第3 採点実感等

1 第1問

(1) 出題の趣旨に即した答案の存否、多寡について

ア 適用条文の選択

ほとんどの答案が、本問の入札談合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、ごく一部にY社の行為を私的独占と捉えるものがあった。

イ 行為要件の検討

(ア) 「共同して」の検討

不当な取引制限に係る「共同して」の意義に係る規範の定立については、多くの答案で適切に論じられていた。

他方で、本問の事案における共同行為の評価に当たり、メーカー9社とY社のみならず、販売業者9社も共同行為の当事者であると論じるものが想定よりも多かった。この点については、本問では、基本合意となる本件取決めがメーカー9社とY社の間で成立しており、販売業者9社はその当事者ではないこと、販売業者9社は入札資格を有しているものの、従前から甲製品に関して特に営業活動をしておらず、メーカー9社の指示に従って入札を行っているものであり、その売上から一定率のマージンを受領していたという関係にとどまっていたこと、本件取決めにおいても「メーカー9社は、各々、自らが指示する販売業者にその入札価格を提示させる」とされていることなどから、本件取決めの内容について、販売業者9社とメーカー9社及びY社との間の意思の連絡を認定できないことなどを指摘して、販売業者9社については、基本合意の当事者には当たらないことを論じることが求められる。しかしながら、このような事情を摘示して、的確に論じる答案は残念ながら多くはなかった。むしろ、具体的な事実に基づく論証をしないまま、販売業者9社との間でも黙示の意思の連絡があったと論じる答案が相当数に上った。

(イ) 「相互にその事業活動を拘束」するの検討

「相互にその事業活動を拘束」することの意義に係る規範の定立については、多くの答案で適切に論じられていた。

ただし、相互拘束の内容として、Y社が本件取決めにおいて果たしている役割を分析の上で、Y社が卸売業者として取引に必ず入ることを確保してメーカー各社との間で基本合意をしており、これによる相互拘束が成立していること、また、メーカー9社は、相互間では価格調整の意思連絡を行わないが、中心的な役割を担うY社の指示に基づいてそれぞれが入札を行う点で、本来自由に行われるべき事業活動を相互に拘束していると評価できる点を、本問の事実に基づいて丁寧に評価している答案は多くはなかった。

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、本件取決めの対象となる地理的範囲とされている「55団体が指名競争入札の方法により発注する甲製品の供給市場」を検討対象市場とするものが多数に上っており、この点はおおむね適切に論じられていた。

また、効果要件である「競争の実質的制限」の意義についても、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が、本間における具体的な事情、すなわち、本件取決めの内容を踏まえ、メーカー9社のシェアが9割を超えること、55団体での200件の入札のうち、本件取決めにに基づく供給予定者が180件を落札しており、その余の20件もY社がアウトサイダーの入札価格を見誤ったためにすぎず、価格支配力が形成されていたと評価できること、などの事情を的確に評価して、本件取決めの実行によって上記市場において競争の実質的制限が生じていることを論じることが求められる。この点については、上記事情の全部又は少なくとも一部を摘示した上で、競争の実質的制限が生じていると論じている答案が多く、全体として適切な論述がなされているものが多かった。他方、「公共の利益に反して」の要件については、特に言及しない答案も散見された。

エ 違反行為の終期

違反行為の終期については、基本合意からの離脱及びその終了が認められるための要件に係る規範を的確に定立している答案は必ずしも多くはなかった。ただし、X2社の離脱の可否については、他社メーカーとY社に対して明確に離脱の意思表示をした時点をもって離脱を認めるとする答案がほとんどであり、X2社が独自の判断で入札した時点で離脱を認めるとする答案はほぼなく、この点では妥当な答案が多かった。

また、公正取引委員会の立入検査を契機として、Y社が以後本件取決めに基づく行為を行っていないとの設問の事情から、この時点で本件取決めにに基づく共同行為が終了したとの点については、多くの答案が適切に論述していた印象である。

オ Y社に対する課徴金

Y社の違反行為に対する課徴金の算定については、本件取決めに於いてY社が果たしている中核的・主導的役割をどのように評価しているかが、評価の対象となる。この点、本件取決めに於いて、価格調整を担っているのは専らY社であり、メーカー9社が相互に意思連絡することを回避しつつ入札談合が成立する仕組みをY社が支えていることは明らかであることから、この点を的確に評価して、「違反行為の実行としての事業活動について指定」（独占禁止法第7条の3第2項第3号ロ）しており、Y社の行為が180件の供給調整を「容易にすべき重要なもの」に該当すると評価して、1.5を乗じるという加重をする条文の適用ができていないかが問われる。この点については、一定数の答案において、この点を根拠条文とともに指摘できているものもあったが、全体としては、このようなY社の役割を検討していないものが多かった。

(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

大部分の答案が、不当な取引制限に関する適用条文を選択しており、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。

行為要件の問題として、入札談合が成立する共同行為の範囲について、販売業者9社の当事者性をどのように評価するかが重要なポイントの一つであるが、この点について、本間の事案を踏まえて的確な論述をするものは多くなく、この点で出題時に想定した解答水準を下回った。また、Y社の位置付けを含めて、本間の入札談合の特徴的な構造を踏まえて、相互拘束がどのように成立しているかについて、事実を踏まえた論理的な論述を行う答案は必ずしも多くはなかった。

その上で、効果分析及び違反行為の終期の論述については、おおむね出題時に想定した解答水準と異ならないものであったが、課徴金に関する条文適用の点については、Y社の役割を的確に評価するものは多くはなく、この点で出題時に想定した解答水準をやや下回った。

(3) 「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」答案について

「優秀」な答案は、本件取決めに基づく行為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っているものとした。

「良好」な答案は、適切な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

(1) 答案構成の傾向等

まず、答案構成の傾向として、排除型私的独占の検討を中心に据えた上で充実した論述を行うことができている答案はほとんどなかった。X社の(a)ないし(c)の各行為について、不公正な取引方法のいずれかの種類の該当性を検討の中心に据えている答案が大半であり、さらに私的独占についても触れている答案が全体の3割程度見られた。

不公正な取引方法としての検討に際して、行為(a)については拘束条件付取引（不公正な取引方法の一般指定（以下「一般指定」という。）第12項）を、行為(b)については排他条件付取引（一般指定第11項）を、行為(c)については取引妨害（一般指定第14項）を、それぞれ検討対象として選択した答案が最も多かったが、他の種類の該当性を検討した答案であっても、その当該種類の選択が適切であれば、同様に評価している。例えば、行為(b)については、拘束条件付取引や単独の取引拒絶（一般指定第2項）を検討対象とした答案についても、当該種類の該当性判断が適切に論述されている限り、排他条件付取引を検討対象とした答案と同様に評価している。なお、取引拒絶を検討対象として選択した答案の一部に、一般指定第2項ではなく一般指定第1項を適示しているものが見受けられ、そのほとんどが「競争者と共同して」の要件の存在を意識していないものであった。

行為(a)及び(b)については、大半の答案が、適切な行為類型を検討対象として選択していた。行為(c)については、時間切れにより検討に入れていない答案も若干見られたほか、行為(a)及び(b)と同じ行為類型を検討するような答案も散見されたが、多くの答案が適切な行為類型を検討対象として選択していた。

なお、多くの答案において、X社が不公正な取引方法及び私的独占の主体となる「事業者」（独占禁止法第19条、第3条、第2条第1項）に当たることを意識した論述がなされていた。

(2) X社の各行為の不公正な取引方法の該当性の検討について

ア 行為(a)及び(b)について

拘束条件付取引ないし排他条件付取引を検討対象とした答案の多くが、「拘束する条件をつけて」、「条件として」について規範を示した上で、一定の当てはめをすることができていた。また、各医療機関は、X社の間接の取引先であるところ、「相手方」の解釈に関係付けて、この点を意識した論述を行うことができている答案も一定数見受けられた。

拘束条件付取引、排他条件付取引ないし取引拒絶を検討対象とした場合、自由競争減殺（公正競争阻害性）を検討する前提として、市場画定が必要となる。市場画定の基本的な考え方については、ほとんどの答案が一定の規範を示すことができていたが、問題提起の仕方や当てはめの精度において、差がついたように見受けられた。本問では、 α は製造後に利用できる時間が短く、1つの製造拠点から配送可能な範囲に限界があるため、X社もY社も、日本全国を同じ12の地域に分割し、各地域内に製造拠点を設けているという点が重要になるところ、この点に触れることなく、市場の地理的範囲を日本全国などと安易に結論付けるような答案も散見された。

X社が有力な事業者であることは、行為(a)及び(b)により自由競争が減殺されたことを基礎付ける重要な事情の1つであるところ、設問の事実関係に基づいて、この点を的確に論述できている答案は少なかった。また、行為(a)により、Y社は、両地域において、Zを通じた供給を断念せざるを得ず、より費用のかかる自社供給を余儀なくされたこと、行為(b)により、両地域内の医療機関において、Y社から α を購入することを断念するものも多かったことなど、自由競争が減殺された状況が現に生じたことを的確に指摘できている答案も少なかった。

行為(a)等に正当化事由がないことを簡潔に指摘する答案は多かったものの、 α の公平な配分には全国一律の価格が必要であるというX社の言い分が、正当化事由に当たらない理由を的確に指摘できている答案は少なかった。

イ 行為(c)について

取引妨害を検討対象とした答案の一定数は、行為(c)が取引妨害に当たるとの結論を指摘するにとどまるものとなっており、行為要件を丁寧に当てはめている答案は全体の2、3割程度にとどまっていた。特に、Y社が、X社の「競争関係にある他の事業者」に該当するか否かを判断するに当たり、X社が γ の販売を行っていないという事情に触れている答案はわずかであった。

一定数の答案が、行為(c)によって、新型 γ 及びY社製 α の販売がY社の想定水準を下回り、競争者排除型の自由競争減殺効果が生じた旨を指摘していた。ただし、行為(c)は、検査等を行わず、明確な根拠もなく、Y社の事業活動を妨害するものであって、競争手段の不正さを肯定することができるが、この点を指摘できている答案は少なかった。

(3) 排除型私的独占の該当性の検討について

排除型私的独占を検討した答案のうち半数程度が、「排除」の意義について、おおむね適切な規範を提示した上で、不公正な取引方法の該当性についての検討部分を引用して、「排除」に当たる旨を指摘できていた。

また、排除型私的独占を検討した答案のうち3割程度が、「競争を実質的制限」の意義についても、おおむね適切な規範を提示した上で、不公正な取引方法の該当性についての検討部分を引用して、「競争を実質的制限」に当たる旨を指摘できていた。行為(a)ないし(c)それぞれの排除効果を総合的に評価できている答案はわずかであった。

(4) 全体的な印象について

出題時には、排除型私的独占の検討を中心に据えた上で充実した論述を行うことができている答案も一定数はあるものと想定していたが、答案を採点した結果、上記(1)のとおり、そのような答案はほとんどなく、X社の(a)ないし(c)の各行為について、不公正な取引方法を検討の中心に据えている答案が大半であり、さらに私的独占についても触れている答案が全体の3割程度見られるという状況であった。

論じることが可能な事項が比較的多い問題であったからか、行為(a)や(b)の分析が答案の大半を占めるなどバランスを欠いた答案や、行為(c)や私的独占に関する検討が完了していなかったり、極めて簡潔な論述にとどまっている答案も散見された。また、問題となる要件について、おおむね適切な規範を提示できている場合であっても、問題文で示されている事実関係に即した適切な当てはめができていない答案は少なくなかった。

独占禁止法の論点についての基礎的な知識は習得しているとみられるものの、それを論理的、説得的な文章によって表現する力が著しく不足しているとみられる答案も散見された。

(5) 「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」答案について

ア 行為(a)ないし(c)の全てについて、不公正な取引方法の適切な類型を検討対象として選択した上、各類型の行為要件及び公正競争阻害性について、規範定立及び当てはめを的確に行うとともに、その検討結果を活用して、私的独占該当性も肯定できる旨を相応に論述し

ている答案等は、「優秀」と評価した。

イ ①私的独占該当性の検討を欠いているものの、不公正な取引方法の検討は上記アの水準に達している答案、②行為(a)ないし(c)の全てについて、不公正な取引方法の適切な類型を検討対象として選択した上、各類型の行為要件及び公正競争阻害性について、規範定立及び当てはめをおおむね的確に行うとともに、その検討結果を活用して、私的独占該当性も肯定できる旨を相応に論述している答案等は、「良好」と評価した。

ウ 行為(a)ないし(c)のうち1つの行為について、検討対象として選択した不公正な取引方法の類型が不適切である答案、規範定立や当てはめの一部は不十分であるものの一応の水準の論述がなされている答案等は、「一応の水準」と評価した。

エ 行為(a)ないし(c)のうち複数の行為について、検討対象として選択した不公正な取引方法の類型が不適切である答案、規範定立や当てはめの相当部分が不十分な答案等であって、上記ウの水準に達しないものは、「不良」と評価した。

第4 今後の出題について

今後も、独占禁止法を中心とする経済法分野の法令の条文及び基礎的な知識の理解を前提として、事業者の行為が市場の競争にどのような影響を与えるかなどを具体的に分析・検討し、その結果を論理的、説得的に論述する能力を評価できるような問題を出題していくという方向性には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

本年度の経済法の問題も、特に細かな知識を求めるものではなく、条文及び基礎的な知識を手掛かりとして規範を定立し、問題文の事実関係から重要な事実を拾って当てはめ、説得的な論述を展開することによって、「良好」以上の水準の答案を作成することができるようなものとなっていたように思われる。他方で、「一応の水準」以下にとどまった答案は、当てはめが不十分であったり、論理的かつ説得的な論述という観点で不十分なものが多く、司法修習生の最低水準に達していなかったという印象である。これらの能力を涵養する上では、基礎的な知識の習得を前提とした上で、レポート作成、ディスカッション、自主学習の指導等を通じて、その知識を活用し、その活用した結果を検証して改善を図るような教育機会を一層確保するよう努めていただけると幸いである。

1 出題の趣旨について

既に公表した出題の趣旨のとおりである。

2 採点方針等

(1) 第1問

本問は、特許発明の技術的範囲の属否、無効の抗弁の成否、新規性喪失の例外及び通常実施権許諾契約に違反して製造された製品の販売行為と侵害の成否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、特許発明の技術的範囲は、特許請求の範囲の記載に基づいて確定すること（特許法第70条第1項）が原則であるが、本件明細書の記載や出願経過においてXが提出した意見書の内容に照らして、本件発明の技術的範囲を本件特許請求の範囲の文言通り確定してよいかという問題の所在を指摘した上で、Xの意見書という出願経過の参酌について論じている答案を「一応の水準」とした。その際、出願経過の参酌の位置付けは、特許発明の技術的範囲を限定するもの、又は、侵害訴訟における特許権の行使を阻止するY1の抗弁のいずれでもよいが、出願経過の参酌については、条文上の根拠がないのであるから、その根拠を示した上で、本問に当てはめている答案を、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

小問(2)については、無効の抗弁（同法第104条の3第1項）の成否を判断する前提として発明の要旨を認定する必要があるが、最判平成3年3月8日民集45巻3号123頁【リパーゼ事件】によれば、発明の要旨は、特段の事情のない限り、特許請求の範囲の記載に基づいて認定されることを踏まえ、本問の事実関係に照らして発明の要旨を認定した上で、本件出願の6か月前に公表された論文に基づく新規性喪失（同法第29条第1項第3号）を無効理由（同法123条第1項第2号）とする無効の抗弁の成否について論じている答案を「一応の水準」とした。さらに、明細書の参酌が許される特段の事情を詳しく論じている答案、サポート要件（同法第36条第6項第1号）違反や実施可能要件（同条第4項第1号）違反の無効理由の存否について論じている答案を、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

小問(3)については、考えられるXの主張及び本件出願時の手続として、新規性喪失の例外（同法第30条第2項）及び書面の提出（同条第3項）について論じている答案を「一応の水準」とした。その上で、本件出願の9か月前の論文発表に対する新規性喪失の例外の適用の問題とは別に、本件出願の6か月前の論文発表による新規性喪失の有無について論じている答案は、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

イ 設問2

設問2については、Xとしては、Y3によるY2製品の販売が業としての実施（同法第2条第3項第1号、第68条）に当たること、Y2が本件契約の最高数量制限に違反して製造する行為は本件特許権を侵害するため、Y3による販売行為も侵害に当たること、したがってY3に対するY2製品の販売停止請求が可能であること（同法第100条第1項）を主張すべきこと、これに対して、Y3としては、最高数量制限違反は債務不履行にとどまり、Y2の製造行為は特許権侵害に該当しないため、通常実施権者Y2による譲渡により特許権は消尽すること、したがってY3に対するY2製品の販売停止請求は認められないことを反論す

べきことを述べた上で、最高数量制限についてのY3の善意や最高数量制限内外のY2製品の区別困難性といった本問の事実関係を踏まえて、自説を論じている答案を「一応の水準」とした。自説の結論は、販売停止請求の肯定又は否定のいずれであってもよい。その上で、通常実施権許諾契約に違反する行為が債務不履行にとどまるのか、特許権侵害にも該当するのか、について詳しく論じている答案、消尽の趣旨に照らして特許権侵害の成否を詳しく論じている答案、自説と異なる立場への反論も示した上で自説をその論拠とともに詳しく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。

(2) 第2問

本問は、建築及びその玄関ホールに展示されている絵画を素材に、著作物性、改築や写真販売の著作権法上の評価（権利制限を含む）及び著作権や著作者人格権の侵害が肯定された場合の救済等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

A図書館の著作物性（著作権法第2条第1項第1号）及びその著作権のBへの帰属（同項第2号、第17条第1項）について、事案に即した当てはめをした上で、改築行為の複製該当性や公開の美術の著作物等の利用に係る権利制限（同法第46条柱書）に触れている答案を、「一応の水準」とした。その際、A図書館が観賞性と実用性を併有しており、いわゆる応用美術と同様の問題をはらんでいることや、建築の著作物を建築により複製（同条第2号）していること等について十分に意識された答案は、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、絵はがきβの印刷が複製権（同法第21条）、その販売が譲渡権（同法第26条の2第1項）の侵害に当たり得ることを指摘した上で、公開の美術の著作物等の利用に係る権利制限（同法第46条柱書、同条第4号）との関係を論じており、BからDへの請求として、差止請求（同法第112条）と損害賠償請求（民法第709条）について指摘している答案を、「一応の水準」とした。その際、著作権法第46条第4号が美術の著作物のみを挙げ、建築の著作物を挙げていないことを指摘し、本問との関係を分析しており、また差止請求の具体的内容として、絵はがきβの印刷・販売の停止請求（同法第112条第1項）とその在庫の廃棄請求（同条第2項）とを区別している答案は、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、Cの主張として、絵画αが著作物（同法第2条第1項第1号）であり、Cがその著作権者（同項第2号、第17条第1項）であることや、Dの行為が絵画αの複製物の譲渡に当たることを適切に述べており、また、これに対抗するDの主張として、著作物の類似性の否定（表現上の本質的特徴が直接感得できないこと）や、付随対象著作物の利用に係る権利制限（同法第30条の2）及び公開の美術の著作物等の利用に係る権利制限（同法第46条柱書、同条第4号）等について指摘している答案を、「一応の水準」とした。その際、これらの主張の妥当性の問題として、例えば付随対象著作物の利用に係る権利制限については、軽微性や正当範囲（同法第30条の2第1項）を、また公開の美術の著作物等の利用に係る権利制限については、屋外恒常設置に当たるか（同法第46条柱書）や、専ら美術の著作物の複製物の販売を目的としていたか（同条第4号）を、それぞれ本問の事実関係を踏まえて適切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。

ウ 設問3

同一性保持権（同法第20条第1項）侵害を理由とした撤去工事の予防請求（同法第112条第1項）の可否について、A市の市長の意向に基づく改変が建築物の増改築等（同法第2

0 条第 2 項第 2 号) に当たるかを論じている答案を、「一応の水準」とした。その際、実用目的との調整という同号の趣旨に照らして本件への当てはめを丁寧に行った答案は、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

(1) 第 1 問

ア 設問 1 (特許侵害訴訟における特許発明の技術的範囲、無効の抗弁、新規性喪失の例外)

設問 1 (1) に関して、特許発明の技術的範囲は特許請求の範囲の記載に基づいて定めなければならない(特許法第 70 条第 1 項) という原則については理解していると見られる答案が多かった。また、結論として、多くの答案が Y 1 製品について、本件発明の技術的範囲に属しないと記述していたが、その根拠としては同法第 70 条第 2 項を挙げて、明細書の記載のみを理由として限定解釈するというものであり、出願経過の参酌について、根拠を示しつつ論じている答案は少なかった。

設問 1 (2) に関して、無効の抗弁の成否の前提として問題となるのが「特許発明の技術的範囲」ではなく「発明の要旨認定」であることについて意識している答案は少なく、これについて意識した上で最判平成 3 年 3 月 8 日民集 45 卷 3 号 123 頁【リパーゼ事件】を踏まえて記述するものは更に少なかった。また、記載要件に言及する答案としては、明確性要件違反を挙げるものが比較的多く、サポート要件や実施可能要件について挙げたものはごくわずかであった。本問で問題とすべき記載要件はサポート要件や実施可能要件であり、記載要件についての基本的理解が十分でないと感じた。

設問 1 (3) に関して、ほとんどの答案が新規性喪失の例外の論点を指摘できていたが、その効果は出願日を遡及させるものではないため、本件出願の 6 か月前に公表された論文との関係で依然として新規性喪失の有無が問題となることを論じているものはごくわずかであった。

イ 設問 2 (最高数量制限に違反して製造された製品の販売行為についての侵害の成否)

特許権侵害(販売停止請求)を肯定する立論と否定する立論の双方を示した上で、本問に明記された事実関係を用いながら、自説を説得的に論じることを期待したが、相当数の答案は、双方の立論を示すとともに、本問の事実関係を用いていたものの、通常実施権許諾契約における最高数量制限違反が債務不履行にとどまるのか、特許権侵害にも該当するのか、という問題の所在を正確に述べている答案は、期待したほど多くはなかった。また、肯定説に立つ答案においては、通常実施権許諾契約違反であっても、例えば実施料不払いについては債務不履行にとどまると一般に解されているところ、最高数量制限違反が特許権侵害に該当する理由を明確に論じているものは少なく、さらに、Y 3 の善意や Y 2 製品の区別困難性といった Y 3 側に有利に働き得る事情をどのように考慮するのかについての検討が不十分な答案も散見された。

他方、否定説に立つ答案においては、消尽の 2 つの根拠についてはおおむね理解されていたものの、消尽を認める場合において特許権者 X の利益を保護する方策(例えば、Y 2 に対する債務不履行責任の追及)に一切言及しないものや、最高数量制限違反は特許権侵害に該当するため、消尽しないと解した上で、消尽に代わる何らの法的根拠を示さずに本問の事実関係のみを摘示して侵害を否定するものも散見された。本問においては、特許権者の利益、取引の安全、被疑侵害者の主観的事実の扱い等の多様な観点から、特許権者の利益と取引の安全のいずれの要請を重視するかについて検討する必要があるが、どのような結論であれ、いかなる理由でいずれの要請を重視するのか、また、それとは異なる立場を採用しない理由は何か(反論の提示)を示すことが望まれるが、上記の二つの要請に目配りしながら説得的な論述を展開している答案は少なかった。

(2) 第 2 問

ア 設問 1（建築の著作物の著作物性及び著作権侵害の成否）

本問においては著作権侵害の成否が問われている以上、権利の発生（著作物性）、権利の帰属（著作者性・著作権の帰属）、侵害の成否（侵害行為の評価・侵害される著作権の特定・権利制限規定の適否）について条文を摘示しつつ論じるべきところ、記述が不十分であるために評価を得られない答案が少なくなかった。

建築物としてのA図書館の著作物性について、多くの答案は、建築物の実用性を踏まえた論述をしていた。ただし、著作物性の根拠条文として著作権法第10条第1項第5号のみを挙げ、同法第2条第1項第1号を挙げない答案が多く見られた。

イ 設問 2（支分権の効力、著作権侵害に対する救済内容、権利制限）

設問2(1)に関して、支分権該当性を論じるに当たり、法定利用行為の特定が曖昧な答案が多かった。また、請求の具体的な内容として、絵はがきβの印刷・販売の停止請求、絵はがきβの在庫の廃棄請求、及び損害賠償請求の3つ全てを挙げ、かつ、各根拠条文を正確に指摘できた答案は少なかった。

設問2(1)に関して、比較的多くの答案が公開の美術の著作物等の利用に係る権利制限（同法第46条）について検討していたが、そのうちの少なくない答案が、同法第46条第4号に建築の著作物が掲げられていないことをどのように考えるのかについて示すことなく同号該当性を肯定していた。このほか、適法引用（同法第32条第1項）について検討している答案も散見されたが、問題文に示された事実関係により適した権利制限規定がある場合には、そちらの検討を優先するべきである。

設問2(2)に関して、絵画αの著作物性及著作者、著作権の帰属について何ら明示することなく、侵害成否のみを論じる答案が多数であった。また、比較的多くの答案が付随対象著作物の利用に係る権利制限（同法第30条の2）について検討していたが、そのような答案のうち、条文のどの要件について述べているのかが不明瞭なものが少なくなかった。このほか、公開の美術の著作物等の利用に係る権利制限（同法第46条）を論じている答案は多かったが、同法第46条柱書や同条第4号の要件について意識することなく、本問の事実関係から当然に同条の適用がある旨を論じている答案も散見された。

ウ 設問 3（同一性保持権侵害）

A図書館の著作者人格権がBに帰属していることに言及する答案は、ほとんどなかった。著作権法第20条第2項第2号については、多くの答案がこれに言及し、改築（屋根の一部撤去）の理由が建築物の実用面とは無関係なものである点について検討できていた。Bの請求については、単に「差止請求」とだけ述べる答案が散見された。同法第112条第1項の条文に則して、侵害行為の「予防」請求として撤去工事の中止を請求する旨を正確に記述できていた答案は少なかった。

4 今後の出題

今後も、特許法及び著作権法を中心として、条文、裁判例及び学説の正確な理解に基づく、事案分析力、論理的思考力を試す出題を継続することとしたい。より詳細には、次のとおりである。

法務省ウェブサイト（注）において公表している「平成18年から実施される司法試験（選択科目）における具体的な出題のイメージ（サンプル問題）」の「[新司法試験サンプル問題（知的財産法）]」中、「出題の趣旨」として、特許法及び著作権法の一定の規定「を中心として出題する」との記述がある。同サンプル問題は、平成16年に作成されたものであり、その後から今日に至るまで、特許法も著作権法も法改正が繰り返され、その結果、新たに追加された重要な規定が上記の記述に含まれない一方、章・節・款で指定されていた範囲に当時存在していなかった規定が含まれることになっており、上記の記述から受ける印象は当時と今日とで相当に異なっている。

もっとも、これまでの司法試験において、おおむね上記の記述と乖離しない範囲で、侵害訴訟に

において対立する当事者間の攻撃防御にとって重要な事項を中心に出題がなされてきた。作問にあたっては、そのときどきの立法・実務・学説を前提として、法曹になろうとする者に求められる重要な事項から出題すべきであり、現にそのような出題がなされてきたところであるが、他方で、動きの激しい知的財産法の分野において、受験者の予見可能性をある程度担保し、過度な負担を課さないことにも配慮が必要であろう。

以上のことから、今後においても、これまでの出題の蓄積に留意しつつ、そのときどきの立法・実務・学説を前提として、法曹になろうとする者に求められる重要な事項から出題することとする。法改正により規定が新設された場合には、これまでの出題の蓄積から想定が可能な範囲内のものであれば、そのような規定の理解を問う出題をすることはありうるものとする。

(注) 法務省ウェブサイト

https://www.moj.go.jp/jinji/shihoushiken/shiken_mon-kentou_sample_index02.html

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

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事実を過不足なく拾い上げようとする姿勢の見られない答案、問題文の事実をただ並べたのみで、それらが条文のどの要件に対応し、どのように評価されるかを述べてい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、どの条文のどの要件について問題となるのかなどの基本を踏まえた上で、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。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る。加えて、特許法及び著作権法の体系的知識を踏まえた上、条文の趣旨目的に遡り、事実関係を良く分析して、問題となる論点を的確に把握し、バランスの良い結論を導き、これを的確かつ説得的に論述できるように、より実践的な指導を期待したい。

令和6年司法試験の採点実感（労働法）

1 出題の趣旨・狙い等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

採点に当たっては、各問の事例の具体的な事実関係に即し、設問が求める法的検討・論述に必要な論点を的確に抽出できているか、関係する法令、判例及び学説を正確に理解し、これを踏まえて各論点について論理的かつ整合性のある法律構成及び事実の当てはめを行い、適切な結論を導き出しているかを基準とした。

出題された事例の事案のポイントを正確に把握し、紛争の解決や法的検討に必要な論点を的確に取り上げた上、その論述が期待される水準に達している答案には、おおむね平均以上の得点を与えることとした。各論点について関連する法規定や法原則の趣旨に遡った論証を展開し、当てはめにおいて必要な事実を過不足なく摘示し、あるいは、着目すべき当該事例の特徴的な事実関係を適切に読み取って必要な分析・検討を行っているなど、特に優れた事例分析や考察が認められる答案には、更に高い得点を与えることとした。

なお、答案の中には、極めて小さな文字で書かれてあるものや、非常に乱雑で文字の判読が困難なものもあった。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、割増賃金請求の可否、賞与請求の可否、退職金全額請求の可否という三つの設問について、それぞれ、管理監督者性、賞与の支給日在籍要件、懲戒解雇の場合の退職金不支給という個別的労働関係法における基本的な論点の検討を求めるものである。

設問1においては、まず、Xの請求の可否を検討するに当たり、Xが法定労働時間（労働基準法第32条）を超えて業務を行う日があったが、XはY社の上位スタッフ職であり管理監督者として扱われていることから、深夜の割増賃金を除き、時間外手当の支給を受けていなかったという前提事実を確認する必要がある。その上で、仮にXが労働基準法第41条第2号にいう管理監督者に当たらないとすれば、Y社は法定時間外労働についての割増賃金（労働基準法第37条）をXに支払わなければならないことになるとの問題状況を指摘し、同号の管理監督者性の意義を論述する必要がある。論拠となる制定法の条文を指摘することは、法的論証の基礎であり、これまでの採点実感においてもこの点が繰り返し指摘されたにもかかわらず、本問において同号の摘示がなかった答案が一部に見受けられた。基本的な条文を確認する重要性を改めて指摘したい。

同号の「監督若しくは管理の地位にある者」の意義について、行政解釈は、労働条件の決定その他労務管理について経営者と一体の立場にある者であり、名称にとらわれず、実態に即して判断すべきであるとし、下級審裁判例も、基本的に行政解釈と同様の考えに立ち、①職務内容、権限及び責任の重要性、企業全体の重要事項への関与、②勤務態様が労働時間規制等に対する規制になじまないものか、③賃金等における管理監督者の地位にふさわしい処遇、といった点を考慮し、管理監督者性を判断しているところ、本問においては、これらの点を踏まえ、同号

の趣旨に遡って適切な規範を定立することが求められる。

答案の一定数は、このような行政解釈や下級審裁判例を意識しつつ規範を定立した上での確に事例を当てはめていたが、同号の趣旨に触れないものや、適切な規範を定立することができていないもの、単に条文の文言と事例を引き写して結論を得ようとする答案も少なからず見られた。行政解釈や下級審裁判例に関する背景・趣旨を含む基本的理解が不十分であると推察される。基本的な行政解釈や裁判例の知識とその理解は、法曹にとって必須であり、規範を定立してそれに事実関係を当てはめるといった法的思考も、法曹にとって不可欠であることは言うまでもない。

先に述べた判断枠組みは、指揮命令の系統（ライン）上の管理監督者について形成されたものであるが、本事例においては、Xがスタッフ管理職とされているので、同様の判断枠組みにすることが相当か、更に検討することが求められよう。職能資格などの待遇上、管理監督者に該当する管理職者と同格以上に位置づけられる者であって、経営上の重要事項に関する企画立案等の業務を担当する者は同様に管理監督者といえると考えられ（昭和63年3月14日基発150号参照）、この点を意識して論ずることができている答案については、相対的に高い評価を与えた。

設問2においては、まず、当事者間の規範の内容の確定が必要である。Xが請求したいと考える賞与の法的根拠については、Y社就業規則にその規定があるところ、これが合理的な労働条件であって労働者に周知させていた場合には、当事者間の規範となる（労働契約法第7条参照）ということに触れる必要がある。当事者間の規範の内容の確定に当たり、まず就業規則を検討することは、法律実務家に求められる基本的な思考といえ、このような検討を欠く答案が少なくなかったことは、残念である。

その上で、Y社就業規則第50条は、賞与支給日に在籍し、かつ、評価対象期間に勤務していた者に賞与を支給する旨を規定する一方、Xは評価対象期間中に勤務していたが賞与支給日に在籍していなかったため、令和6年7月分の賞与を受けなかったという問題状況を的確に指摘した上で、このような賞与の支給日在籍要件の合理性を論ずる必要がある。この点に関し、事例に「懲戒解雇されたことは承服している」とある以上、本問においては懲戒解雇の効力を争うことを基本的に想定していないと解すべきところ、そのように理解せず、懲戒権の濫用に関する論証に終始した答案が散見された。

最高裁判所は事例判断であるが、支給日在籍要件の定めが合理性を有し、支給日前に退職した者に賞与請求権は発生しないとしており（大和銀行事件・最判昭和57年10月7日裁判集民137号297頁）、他方、最近の下級審裁判例には、私傷病により支給日前に死亡した者の賞与請求を、支給日在籍要件の規定にかかわらず認容したものがある（医療法人佐藤循環器科内科事件・松山地判令和4年11月2日労判1294号53頁）。こうした判例等を踏まえ、支給日在籍要件の合理性・懲戒解雇された者に対する適用の当否を検討することが必要であるが、判例の基本的な理解が不十分であるのか、そもそも支給日在籍要件の合理性が問題となることを指摘できていないものや、その合理性を指摘せずにY社就業規則第50条ただし書の「やむを得ない事由」の問題であるとして論述するものも少なくなく、本問を正確に検討できている答案は、想定していた以上に多くなかった。日頃の判例の学習においては、判示内容だけでなく、問題とされた事例も含めて理解することが重要であり、実際の事例に即して論点を見抜く力を涵養してほしい。

設問3においても、まずは当事者間の規範の内容を確定することが必要である。Y社就業規則には、Xが請求したいと考える退職金に関する規定があることから、これが合理的な労働条件であり労働者に周知されていた場合には、当事者間の規範となる（労働契約法第7条参照）こ

とに触れた上で、Y社就業規則第54条が、懲戒解雇された者には、退職金の全部又は一部を支給しないことがある旨規定していることを踏まえて、同規定の合理性と本事例への適用の当否について論述する必要がある。この点に関し、同業他社に就職した者の退職金の支給額を自己都合による退職の場合の半額と定める退職金規則について合理性がないとはいえないとした判例（三晃社事件・最判昭和52年8月9日集民121号225頁）や、職務外の非違行為が強度な背信性を有するとまではいえない場合であっても、常に退職金の全額を支給すべきであるとはいえないとして、退職金の一定割合を支給すべきであるとした裁判例（小田急電鉄（退職金請求）事件・東京高判平成15年12月11日労判867号5頁）を意識しつつ、前記の不支給規定の合理性や退職金全額不支給の処分の合理性を検討する必要がある。しかしながら、答案の中には、労働契約法第7条に触れることなく、あるいは就業規則の合理的解釈を行うことなく、退職金の一般的な趣旨・性格から直ちに前記の不支給規定の効力を否定するという結論を導くものが散見された。これに対し、本事例における退職金の性格をも分析して論述する答案には、相対的に高い評価を与えた。また、本事例は、飲酒運転による人身事故という職務外の非違行為であるので、この点に着目して論ずることができているか否かによって、答案の評価に差がついた。

本問は、労働基準法及び労働契約法における基本的な条文や個別的労働関係法を学ぶ上で基本となる判例を正確に理解し、条文の規定や判例の判断枠組みにおいて有意な事実を事例からの確に拾い上げ、適切に評価して結論に至る道筋を論理的に示すことができれば、優に合格水準に達することができたと思われる。改めて、基本的な条文と判例についての理解が重要であることを指摘したい。

(2) 第2問について

本問は、事業場の一部の労働者により労働組合（少数組合）が結成されたという状況で、第1に、同組合からの団体交渉要求に対する使用者の対応が労働組合法第7条第2号の団交拒否に該当するものであったか否か、第2に、使用者がその後に結成された別の労働組合（多数組合）との間でチェック・オフ協定とユニオン・ショップ協定を締結したことが同条第3号の支配介入に当たるか否か、を問うものである。第1については、業務手当とチェック・オフ協定という2つの交渉事項について、それぞれの性格や法的枠組みを踏まえて分析することが必要であり、第2については、多数組合と少数組合の併存という状況に照らしながら、チェック・オフ協定とユニオン・ショップ協定の双方について、支配介入の該当性を論ずる必要がある。いずれについても、集团的労働法における基本的かつ主要な論点の検討を求めるものである。

第1の団交拒否の成否（同条第2号）については、議論の前提として、業務手当とチェック・オフ協定という2つの交渉事項がいずれも義務的団交事項に該当することを指摘する必要がある。多くの答案は、義務的団交事項の意義を的確に示した上で、この点を指摘することができていた。ただ、チェック・オフ協定が団体的労使関係の運営に関する事項であって義務的団交事項に該当することは異論のないところであるにも関わらず、Y社がチェック・オフを実施するか否かは任意であることや、労働基準法第24条第1項との抵触などを理由に、これを否定する答案も散見された。義務的団交事項の該当性と、その先の具体的な交渉の評価とは別の問題であり、理解に混乱が見られる。また、義務的団交事項の問題は、本事例の主要な争点とはいえないにもかかわらず、その議論に多くのスペースを割きすぎている答案も少なからず見られた。

その上で、Y社がX組合との間で行った計6回の団体交渉が「誠実な」交渉といえるか否かが、ここでのポイントとなる。使用者の誠実交渉義務については、これを明示した最近の判例（山形大学事件・最判令和4年3月18日民集76巻3号283頁）に言及するものは多くはなか

ったが、その存在と内容について、おおむね正しく叙述がなされていたように思われる。

問題は、本件における当てはめである。2つの団交事項のうち、業務手当に関しては、手当廃止の必要性に関する説明の十分さ、特に十分な資料の提出がなされたか否か重要な論点となる。多くの答案は、この点を適切に検討した上で不誠実な交渉であったとの結論を導いており、評価することができた。もっとも、手当の廃止後であっても団体交渉においてその撤回を求めることは可能であり、その点についても指摘することを期待していたが、実際にそこまで踏み込んで論述する答案は、少数にとどまった。

次に、チェック・オフ協定に関しては、Y社が「法律上も無理がある」と述べた点について、検討を加える必要がある。組合費のチェック・オフも賃金からの控除である以上、労働基準法第24条第1項ただし書による労使協定が必要と解されており（済生会中央病院事件・最判平成元年12月11日民集43巻12号1786頁）、これによれば、少数組合であるX組合は、その締結主体とはなり得ないことになるが、同項ただし書にあるように、過半数代表者を選出して労使協定を締結する可能性もないわけではない。このような検討を経て、Y社の態度を、X組合の主張と照らし合わせながら、適切に評価することが求められるところ、かなり多くの答案は、そもそも労働基準法第24条の問題に言及しないまま、Y社は十分な説明をしていない、あるいは、労使の委任契約は合意により可能とだけ述べて、直ちに不誠実な交渉との結論を導いていた。法律的にやや複雑な説明が求められる論点であるが、実定法の枠組みに即した正確な分析ができることは法曹にとって不可欠な素養であり、それが的確にできた答案であるか否かによって評価に差がつくこととなった。

以上のような検討を経て、業務手当及びチェック・オフ協定の2つの交渉事項について、Y社が誠実な交渉を行っておらず、その団交拒否に正当な理由がないと判断された場合には、労働委員会としては、誠実交渉命令を発し、更に必要に応じポスト・ノーティスあるいは文書交付を命ずることになる。この点を、最後に指摘する必要があるが、多くの答案は、少なくとも誠実交渉命令を指摘することができており、労働委員会の救済命令について基本的な理解があることが感じられた。また、前記山形大学事件の判旨に言及しつつ、仮に合意の成立する見込みがないときであっても労働委員会が誠実交渉命令を発することができることをも論述する答案は、相対的に高い評価を与えた。他方で、チェック・オフ協定の締結命令といった実務的ななかなか想定し難いものを挙げる答案や、団体交渉に応ずべき地位の確認という民事訴訟と混同したような答案も散見された。

第2の支配介入の成否（労働組合法第7条第3号）に関しては、支配介入の意思の要否などその基本的な成立要件を確認する必要があるが、本件のような組合併存状況においては、判例（日産自動車事件・最判昭和60年4月23日民集39巻3号730頁）が定立した使用者の中立保持義務の判断枠組みが重要な出発点となる。この判例が判示したように、使用者は、団体交渉を含む全ての場面で各組合に対して中立的態度を保持すべきであり、組合の性格や運動方針等による差別は許されないが、他方で、各組合の組織力、交渉力に応じた「合理的、合目的な対応」をすることは可能である。このような2つの要素を持つ規範を正確に定立して論述した答案は、半数程度にとどまった。一方、中立保持義務自体に全く触れないものや、中立保持義務に触れるとしてもその内容が不十分と言わざるを得ないものも一定数見られた。もとより判例の文言を一言一句丸暗記することを求めるものではないが、基本かつ重要な判例の判旨のキーセンテンスについては、その意味するところを十分に理解し、それに基づいて論述することが重要である。

その上で、Y社がA組合との間でチェック・オフ協定とユニオン・ショップ協定の2つの協定を締結したことについて、事実関係を的確に分析・評価して上記規範に当てはめることが求め

られる。まず、チェック・オフ協定に関しては、前提として、A組合は事業場の労働者の過半数で組織する労働組合であるので労働基準法第24条との抵触はなく、Y社は適法に締結することができることを確認する必要がある。しかし、この点に言及した答案は、予想外に少なかった。この点に触れないまま、X組合との交渉では協定の締結を拒否してきたのにA組合には直ちに認めたのは違法な差別だとの結論を導く答案も少なくなかったが、十分な検討がなされたとは言えないであろう。他方、過半数組合であるA組合との間にチェック・オフ協定を締結することは、A組合の組織力や方針等に照らして合理的、合目的な対応であり、支配介入には当たらないと、簡単に結論づける答案も見られた。確かにこのような評価はあり得るものの、X組合に対する一連の対応や、ユニオン・ショップ協定の締結を含むA組合に対する明らかに好意的な態度について、いまだ掘り下げた検討が望まれるところである。

次に、ユニオン・ショップ協定に関しては、Y社が前提としている判例法理（三井倉庫港運事件・最判平成元年12月14日民集43巻12号2051頁など）について触れた上で、Y社が述べるようにX組合の組合員への解雇がなされないとしても、このような協定があることによって、事実上、労働者のA組合への加入が促進されるという効果が生じるという問題状況を指摘する必要がある。一定数の答案は、この点を的確に検討することができていたが、その点に触れないまま、Y社が解雇しないと述べているのだから不利益は生じないとして簡単に支配介入の成立を否定する答案や、逆に支配介入の成立を認める場合にも、さまざまな事実を並べてX組合に対する嫌悪や敵意を指摘するだけで、ユニオン・ショップ協定に即した説明を欠いた答案が目についた。最後で時間が足りなくなったのかもしれないが、規範の当てはめにおける分析・評価の十分さの程度によって、評価に差がつくこととなった。

最後に、いずれか、又は両方の協定の締結について、支配介入が成立するという結論になった場合には、ポスト・ノーティス又は文書交付の命令を指摘する必要があるが、大多数の答案は、これを指摘することができていた。一方で、第1と同様に、X組合との間でチェック・オフ協定を締結せよとの命令や、A組合のユニオン・ショップ協定の破棄を命じる命令を導く答案も散見されたが、このような命令は労使関係への過度の介入になりかねない。中には少数ではあるが、そのことを指摘して、これらの救済命令は不適切と述べた答案もあり、相対的に高い評価を与えた。

昨年も指摘したところであるが、本問では、事例や設問から集团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ることとなった。集团的労働関係法では、様々な特徴的な法制や法理が形成されているが、それらの基本となる考え方を理解した上で、事実関係を適切に評価して妥当な結論を導く必要がある。判例にも新たな進化が見られるところであり、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、繰り返し強調しておきたい。

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、論す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、論す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。

令和6年司法試験の採点実感（環境法）

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当該論点に関して、法律の基礎となっている諸原則、さらには法令の体系的な理解を踏まえた上で、法制度の説明や個々の条文の法解釈、設例につき適切な解答を行っているか、④与えられた資料を丁寧に読み解いて、設問において問われている法の解釈や適用についての的確な解答を導くことができているか、⑤法の解釈と適用の説明が飛躍したものとなっておらず、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。複数の考え方が生じ得る部分に関しては、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

【第1問】は、3つの設問から構成されている。〔設問1〕は、地球温暖化対策の推進に関する法律（以下「温対法」という。）の2021年改正によって同法に導入された地域脱炭素化促進事業制度の仕組みに関する理解を問うものである。〔設問2〕は、温対法の下での温室効果ガス削減の情動的な手法としての特徴を伝統的な公害規制のそれと比較しつつ説明することを求めるとともに、地方公共団体において導入された排出量取引制度の経済的手法としての特徴に関する説明を求めている。〔設問3〕は、温室効果ガスの排出がもたらす環境負荷は環境基本法、公害紛争処理法にいう「公害」に含まれるか否かの理解を試したものである。

【第2問】は、4つの設問から構成されており、いずれの小問も廃棄物の処理及び清掃に関する法律（以下「廃掃法」という。）の基本的仕組みに関するものである。〔設問1〕は、一般廃棄物と産業廃棄物の区別と廃棄物処理に係る許可制度の基本が理解できているかを試している。〔設問2〕は、産業廃棄物処理業の許可と比較した場合における一般廃棄物処理業の許可の特徴を理解できているかに関し、許可の可否に裁量はあるか否か、既存業者の営業上の利益は廃掃法上保護されているかの論点を通じて問うたものである。〔設問3〕は、コンサルタントが業務の外で罪を犯したことが廃掃法上の許可取消事由に該当するか否かを、〔設問4〕は、廃掃法第14条第13項の通知（適正処理困難通知）のもつ意味と、同通知を受けた排出事業者に求められる義務の内容、義務の懈怠に対して行政の執るべき措置に関する解答を求めている。

いずれの出題も、解答の手掛かりは資料に与えられており、出題法令の基本的な理解と資料を読み解く能力があれば正答へと至ることができるものとなっている。

【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〕小問(1)にあつては、風力発電事業が温対法上の地域脱炭素化促進事業に該当することにつき、温対法第2条第6項号を示しつつ、風力が再生可能エネルギーであること、設例の工作物は資料中の省令第2条第1号にいう「再生可能エネルギー発電施設」であることを指摘すべきである。その上で、温対法第22条の2第1項に基づき、事業者は、地域脱炭素化促進事業計画を作成して、温対法に基づく計画策定市町村である町に計画の認定を求めることができる点を説明すべきである。小問(1)に関しては、多くの者が題意を踏まえた解答を記述できていた。ただし、解答に際し、適用条項の指摘や条項の当てはめを正しく記述できていない答案もあった。これらの作業は法の解釈と適用の基本であることに留意すべきであろう（この点は、以下のすべての小問において同様である）。

小問(2)においては、「関係法令により必要とされる規制が緩和されている」ことの内容を法令の仕組みに即して解答できるかが問われている。具体的には、温対法第22条の2第3項に基づき地域脱炭素化促進事業計画の認定を受けることができれば、当該認定地域脱炭素化促進事業計画に従って行う行為について、自然公園法、森林法、環境影響評価法上の規制を緩和する特例が適用される点を指摘する必要がある。また、指摘に際し、それぞれの緩和措置に関して、緩和対象となる規制の内容と緩和措置の法的根拠とを具体的に摘示すべきである（自然公園法第33条第1項及び温対法第22条の8第2項、森林法第10条の2第1項及び温対法第22条の6第1項。環境影響評価法については設例の工作物が第1種事業に該当すること及び温対法第22条の11に基づいて環境影響評価法第2章第1節の計画段階配慮手続に関する規律が適用除外されることを記述すべきである）。温対法の2021年改正の内容が理解できているかを試した小問(2)に関しても、多くの解答者は記述の精粗に差はありつつも解答することができていた。ただし、改正内容を理解していないと思われる者が一定の割合でおり、これらの者は新たな環境管理の仕組みの特徴を理解することの重要性を銘記すべきである。

〔設問2〕の小問(1)は、温対法第26条以下の規律する温室効果ガス算定排出量の報告・公表制度に係る理解を試したものである。特定排出者に対して排出に係る情報の報告を義務付け、報告された事項を公表することによって（温対法第26条・第29条）、特定排出者を一層の排出削減に向けて誘導をしようとする制度に関し、解答者は、法的強制力をもって法令に定められた実体的基準の遵守を義務付ける伝統的な規制手法との対比において、制度の特徴を指摘すべきである。小問(1)に関しては、伝統的規制手法との対比において情報的手法の特徴を指摘できた答案が多数ではあったものの、環境管理に係る法的仕組みの多様性、各制度の狙いと特徴を理解するという環境法学習の基本を忘れていた答案も一定の割合であった。

小問(2)は、東京都条例に先駆的に盛り込まれた排出量取引制度を素材としている。同条例は、事業者には二酸化炭素の排出量の削減を義務付けるとともに、削減が困難な場合にクレジットの購入をもって義務が履行されたものとするものである。義務量以上の削減ができれば削減量をクレジット化できることによって、継続的な削減インセンティブが生ずることも特徴である。解答者は、このような経済的手法の特徴を伝統的な規制手法と対比しつつ説明すべきである。排出量取引の制度化は地球温暖化対策に係る中心的な論点の一つであり、東京都が先駆的な制度を導入したことも関連する重要知識といえる。ただし、地球温暖化対策の内外の趨勢を理解せず、排出量取引制度に言及できなかった答案がかなりの割合であった。なお、排出量取引制度に言及できた答案にあつては、制度の基本的特徴を説明できているものが多数であった。

〔設問3〕は、二酸化炭素を大量に排出する企業に排出抑制を求める調停が公害紛争処理法に基づいて公害等調整委員会に申請された事案を題材としている。公害等調整委員会及び裁判所は、二酸化炭素の大量排出について、地球温暖化の問題であると整理し、「大気汚染」ではなく公害に該当しないと判断した。環境基本法及び公害紛争処理法の「公害」の定義、地球温暖化対策に係る制度の経緯とその特徴を伝統的な公害規制制度との対比において理解できているかを試したものであり、多くの解答者は題意を踏まえた解答を記述できていたものの、正確に説明できた答案の割合は少なかった。

(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】に関しては、解答の得点分布は出題の意図におおよそ即したものとなった。もっとも、環境法の選択者に対しては、出題範囲の法令における環境管理の仕組みに関し、基本的な内容を理解することに加えて、他の管理制度と比較してどのような特徴と狙いがあるかにつき的確に理解しておくことが求められる。このような学習態度が身につけていない答案が出題者の予想に反して多かったことは残念であった。この点に関連して、出題者の期待から外れた得点分布を示した問いが〔設問2〕小問(2)である。地球温暖化対策は、国内法上も対策手法に顕著な変化が生じている分野であり、従来の対策手法の特徴とともに排出量取引制度の導入に見

られる手法の変化を正しく理解することは、環境法上の重要な学習課題といえる。また、法令解釈と法適用に際し、その根拠とされる条項を適切に示して解答ができるか否かは法曹としての資格に関わる点であるが、この点をおろそかにした答案も目についた。

(3) 各水準の答案のイメージ

「優秀」な答案のイメージは、各設問について、解釈・適用の求められている法令の条項を正しく指摘した上で、解釈・適用の説明が適切にできているものである。

その上で、〔設問 1〕にあつては、小問(1)において、再生可能エネルギーである風力によって発電する工作物は再生可能エネルギー発電施設であり、計画されている風力発電事業は温対法上の地域脱炭素化促進事業に該当すること、事業者は地域脱炭素化促進事業計画の認定を温対法に基づく計画策定市町村である町に申請できることを説明でき、小問(2)において、町の認定を受けた認定地域脱炭素化促進事業計画に従って行う行為は、自然公園法、森林法、環境影響評価法上の規制を緩和する特例規定の適用を受けることを、緩和の対象となる規制の仕組みと温対法上の緩和措置の根拠とを示しつつ説明できているものである。また、〔設問 2〕にあつては、小問(1)において、温室効果ガス算定排出量の報告・公表制度の情報的手法としての特徴を伝統的な規制手法との対比において指摘でき、小問(2)において、排出量取引制度が経済的手法としての特徴を有することについて、伝統的な規制手法と対比して説明できているものである。

〔設問 3〕にあつては、環境基本法及び公害紛争処理法上の「公害」の定義を示しつつ、二酸化炭素の大量排出が「大気汚染」ではなく公害に該当しないことを論理的に説明できることも、「優秀」と評価されるためには必要である。記述において部分的に不十分なものや欠落があっても、上記についてバランスの良い記載がされていれば「優秀」と評価される。このイメージに該当する答案はある程度の割合を占めた。

「良好」な答案のイメージは、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不十分な記述があるものである。「良好」と評価される答案もある程度の割合を占めた。

「一応の水準」の答案のイメージは、〔設問 1〕において、地域脱炭素化促進事業計画の認定制度と規制緩和の仕組みをてこととした地球温暖化対策の内容をおおむね説明でき、〔設問 2〕において、温室効果ガス算定排出量の報告・公表制度が情報的手法に属することに言及でき、〔設問 3〕において、二酸化炭素の大量排出が「公害」に該当しないことの一応の説明ができているものである。

「不良」な答案は、題意を把握できておらず、地域脱炭素化促進事業計画の認定制度や温室効果ガス算定排出量の報告・公表制度に関する基本的な理解も不十分な答案である。

【第 1 問】に関しては、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〕〔設問 3〕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〕にあつては、魚の残渣や野菜くずが産業廃棄物に該当すること、調理くずや残飯は一般廃棄物となることを指摘した上で、産業廃棄物の処理は委託品目の許可を持つ者にしか委託できず、C 社は当該許可を有していない点を指摘すべきである。なお、調理くずや残飯が一般廃棄物に該当することは〔設問 1〕の解答において記述すべきであるが、〔設問 2〕においてこれを記述した答案に対しても得点を付与した。〔設問 1〕に関しては、記述の精粗や適用条項の指摘の正確さに差異はありつつも、かなりの割合の解答者が題意に即した解答をしていた。もっとも、魚の残渣等が廃棄物に該当するかの検討に終始した答案があった。

〔設問 2〕にあつては、小問(1)において、まず、廃掃法上、産業廃棄物に関しては、処理の責任が基本的に排出事業者にあるとされ、同法第 14 条第 1 項の定める処理業の許可は警察許可と解されていることを指摘すべきである。その上で、これに対し、一般廃棄物に関しては、処

理の責任が市町村にあるとされていることとともに、廃掃法第7条第1項の定める処理業の許可に関し、①市町村の事務について例外的に認められるものであること（同法第6条の2第1項、第7条第1項・第5項各号）、②許可の要件についても、市町村による収集運搬が困難であることや一般廃棄物処理計画に適合すること等とされている点（同法第7条第5項第1号・第2号）等を示し、許可の判断に際して市町村長に広い裁量の認められていることを指摘すべきである。また、小問(2)において、一般廃棄物処理業の許可に係る競業者の原告適格を肯定した最高裁判決（出題の趣旨を参照）を念頭に、一般廃棄物処理業の許可を受けた既存業者は事業者の新規参入を認める市町村長の許可を争う原告適格が認められる点を記述することが求められる。ただし、最高裁判決の存在を指摘することまでは求められない。原告適格が肯定される論拠としては、前記①及び②に加え、③一般廃棄物の処理業は産業廃棄物のそれとは異なり自由競争でないこと、④廃掃法第7条第12項は料金上限を設定していること、⑤一般廃棄物処理業者の経営が悪化すると住民の衛生や環境が害される事態の生ずること等を指摘し得る。ただし、これらのすべてを指摘することまでは求められない。また、原告適格の問題であることを理解した上で、原告適格の有無について論理的な記述がされている答案には、一定の点数を付与した。

なお、廃掃法上の重要判例の理解を試そうとした出題者の期待に反し、原告適格は認められないとする解答がかなりの割合を占めた。この点に関しては、後述(2)において言及する。

〔設問3〕は、廃掃法第14条の3の2第1項第4号、第14条第5項第2号ニによる産業廃棄物処理業許可の取消しの肯否が問題となっている。資料に示された行政処分の指針を参照しながら、同号ニの「役員」と同義とされている同法第7条第5項第4号ホにいう「役員」にGが該当することを説明した上で、Gは勾留されているものの廃棄物処理に関係した罪に関する措置ではないために許可の取消事由に該当しないことについて、同法第14条第5項第2号イ、第7条第5項第4号チ及び上記の指針に言及しつつ説明すべきである。条項の引用や記述の正確さにバラツキはあるものの、出題の意図に即した記述ができている答案はかなりの割合であった。他方、資料及び関係法令の読み込みができていない答案も相当の割合であった。記述のない答案も一定の割合で見られた。時間の定まった試験である以上は、解答の作成に際してバランス良く解答の時間を配分することが重要である点に留意する必要がある。

〔設問4〕にあつては、小問(1)において、資料に示した廃掃法施行規則の関係規定を踏まえて、C社は廃掃法第14条第13項、同法施行規則第10条の6の2に基づいて所定の通知を甲社に発出しなければならない、産業廃棄物管理票を委託業者に交付した者(管理票交付者)である甲社は、同法第12条の3第8項に従って適正な措置を講じなければならない点を説明すべきである。また、小問(2)において、甲社の義務懈怠は、廃掃法上の義務違反によって生じた支障の除去を命ずる権限を許可権者に付与した同法第19条の5第1項の要件中、管理票に係る義務違反を掲げる第3号へに該当することを、産業廃棄物に関する排出事業者処理責任（同法第11条第1項）、汚染者支払原則・原因者負担原則に言及しつつ、説明すべきである。

なお、小問(1)につき、産業廃棄物管理票交付者である甲社の執るべき措置としては、堆積廃棄物について、中間処理業の許可を有する処理業者と委託契約を締結し、当該業者のもとに運搬されることを確保するようC社に指示することであるが、この点を指摘できた答案は少なかった。また、小問(2)において、排出事業者処理責任（廃掃法第11条第1項）、汚染者支払原則・原因者負担原則の全てに言及することまでは求められない。

〔設問4〕に関しては、条項の指摘と結論のみを記述する答案や解答のない答案がかなりの割合で見られた。〔設問3〕と同様に、解答に際してはバランスのとれた時間配分が重要であることに注意を払う必要がある。なお、産業廃棄物管理票の制度は、産業廃棄物処理の適正を確保する上で重要な仕組みであるものの、甲社の義務懈怠について廃掃法第12条の3第8項に言及した解答は少数であり、支障の除去に係る命令権限の根拠について同法第19条の5第1項

第3号へに言及した答案はごく少数であった。

(2) 出題の意図と実際の解答に差異がある原因として考えられること

【第2問】〔設問1〕に関しては、解答の得点分布は出題の意図に即したものとなった。ただし、産業廃棄物と一般廃棄物の区別に関する設例であることすら読み取ることのできなかった解答者は、学習態度を改めるべきである。産業廃棄物処理業との対比における一般廃棄物処理業の許可の特徴を問う〔設問2〕小問(1)に関しては、かなりの解答者が題意に即した記述をしていたものの、その割合は出題者の予想を下回った。さらに、新規参入業者に対してされた一般廃棄物処理業の許可の取消訴訟について既存事業者に原告適格はあるか否かを聞いた〔設問2〕小問(2)の解答は、出題者の予想を超えて不良であった。設例に類似する事案に関しては最高裁判所の判例があり、競業者に原告適格を肯定した当該判例は環境法のみならず行政法の重要判例でもある。出題法令を限定している環境法を選択する者は、出題法令に関する民事法・憲法・行政法・刑事法の基本に関する理解が問われることを踏まえて学習を進めるべきであろう。

〔設問3〕〔設問4〕は、与えられた資料を丁寧に読み解けば素直に正答に行き着くことのできる設例である。もっとも、設問の配置から資料を読み解く時間が残っていなかったと思われる答案がかなりの割合であった。ただし、【設問1】【設問2】を通じて高得点を獲得した解答者は少なからずいた点に鑑みるならば、出題の全体を把握した上でバランスの良い時間配分を心掛けて解答することの重要性を示したものといえよう。

最後に、〔設問4〕にあつては、産業廃棄物の適正処理を確保する上で重要な手法である産業廃棄物管理票の制度に関する理解が得点に大きく影響したことを付け加えておく。

(3) 各水準の答案のイメージ

「優秀」な答案のイメージは、まず、各設問について、解釈・適用の求められている法令の条項を正しく指摘した上で、解釈・適用の説明が適切にできているものである。

その上で、〔設問1〕にあつては、産業廃棄物と一般廃棄物とを正しく区別でき、産業廃棄物の処理は委託品目の許可を持つ者にしか委託できないことを指摘できたものである。〔設問2〕にあつては、小問(1)において、廃掃法上、それぞれの廃棄物の処理責任が誰にあるとされているかを踏まえた上で、産業廃棄物処理業の許可との対比において、一般廃棄物処理業の許可の許可を判断するに際して市町村長に広い裁量が認められることを適切に説明でき、小問(2)において、関連判例を念頭に置きつつ、一般廃棄物処理業に新規参入を認める許可につき既存業者に取消訴訟の原告適格が認められることを説明できているものである。ただし、原告適格は認められないとする解答にあつても、説得的な説明を展開できていれば、【第2問】全体の評価として「優秀」とされることを妨げられるものではない。〔設問3〕にあつては、Gは「役員」に該当するものの、Gの犯罪行為は廃棄物処理に関係したものではないことを資料も用いつつ説明でき、〔設問4〕にあつては、小問(1)において、廃掃法上、C社は所定の通知を甲社に発出しなければならない、産業廃棄物管理票の交付者である甲社は適正な措置を講じなければならないことを説明し、小問(2)において、甲社の義務懈怠から生ずる責任について、産業廃棄物に関する排出事業者処理責任（廃掃法第11条第1項）、汚染者支払原則・原因者負担原則に言及しつつ説明できているものである。このイメージに該当する答案は、【第1問】に比して少ないものの、かなりの割合を占めた。

「良好」な答案のイメージは、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不十分な記述や記述の部分的な欠落のあるものである。「良好」と評価される答案はある程度の割合を占めている。

「一応の水準」の答案のイメージは、〔設問1〕〔設問2〕において、廃棄物の区別を理解していることを前提に、廃棄物処理業の許可について論理性のある解答を記述することができており、〔設問3〕〔設問4〕において、与えられた資料を読み解いて、廃掃法への適用の説明につ

いて一応の解答を導き出すことができたものである。

「不良」な答案是、題意を把握できておらず、〔設問１〕〔設問２〕において、廃棄物の区別や廃棄物処理業の許可の仕組みに関する基本的な理解を欠き、〔設問３〕〔設問４〕において、与えられた資料を丁寧に読み解いて正答に到達できる能力が不足しているか、解答作成における適切な時間配分に関する配慮を欠いた答案である。

【第２問】においては、設問の総合評価として、【第１問】に比して割合をやや減じたものの、【第１問】と同様に「一応の水準」以上の答案が多数を占めた。ただし、「優秀」の答案、「一応の水準」の答案の割合はやや多く、「良好」な答案の割合がやや少なかった。

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の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、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、環境問題の法的解決に当たっては、多くの法律基本科目分野の知識の総合が求められることから、環境法領域の専門知識のみをもってしては適切な解決が困難な事例は少なくない。環境法にあっては、問題の最新の状況を踏まえた上で、民法・憲法・行政法・刑事法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。

このため、環境法の学習に際しては、出題範囲とされた環境法令の背景事情、立法趣旨を理解することに加え、常に条文を参照して学習する習慣、出題法令に関する重要な裁判例について論旨を含めて正確に理解する習慣を身に付けた上で、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していくことが肝要である。また、環境法令はしばしば改正されることから、改正の動向に目を向けておくことが望まれる。加えて、法政策における基本的な概念、原則や考え方に関しては、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。

最後に、本年度の出題にあっては、資料を丁寧に読み解き、これまでの学習を通じて得た知識や理解に結び付けて正答へと至ることが強く求められている。出題法令の理解を掘り下げて問う問題を解答するに際しては、与えられた資料の丁寧な読み解きが特に重要となる。資料の読み解きは法曹としての基本的な資質に関わるものであることから、法科大学院においてもこの点に配慮した教育がされることを期待したい。

1 出題の趣旨等

既に公表されている出題の趣旨（「令和6年司法試験論文式試験問題出題の趣旨【国際関係法（公法系）科目】」）に記載したとおりである。

2 採点方針

国際関係法（公法系）科目の採点方針は、従来の立場を踏襲し、①国際法の基本的な知識を習得し、かつ、設問に關係する国際法の基本的な概念や規範、特に、關係する主要な多数国間条約の關連規定や重要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、①国際法上の自決権と国家承認、②国際連合（以下「国連」という。）安全保障理事会（以下「安保理」という。）の表決手続と国連加盟国の主権平等原則との關係及び③国連の枠組における紛争解決手段に関する理解を問うものである。第2問は、海洋法、条約と慣習国際法の關係、不干渉原則、武力行使禁止原則、国家責任法という国際法の基本的分野・基本原則に関する知識と理解を問うものである。いずれも国際法の主要なテーマに関するものであり、全体を通して全く見当違いの答案は見られず、最低ライン未滿者は存在しなかった。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に関する第1の論点は、人民の同権及び自決の原則に基づく国際法上の自決権行使として「P共和国」の独立宣言が国際法上認められるかという点である。ほとんどの答案が、「P共和国」のA国からの独立宣言が国際法上の正当な自決権行使として認められるか否かを検討していた。そのうち多くの答案が、植民地支配からの独立という外的自決と一国内の政治的地位の自己決定という内的自決との区別に触れ、「P共和国」の独立宣言は、外的自決に該当しないため国際法上認められないと論じていた。他方で、この検討に際して、例えば1960年に国連総会決議として採択された植民地独立付与宣言や關係する国際司法裁判所（以下「ICJ」という。）の判例など、重要な先例を引用して国際法上の自決権の法的性質（例えば対世的権利／義務として確立しているか否かなど）にまで踏み込んで論述することのできた答案は、極めて限られていた。設問1に関する第2の論点は、B国による「P共和国」の国家承認の国際法上の評価である。B国による「P共和国」の国家承認に関して、多くの答案は、A国領域の一部であるP州における一方的な独立宣言は、A国の領土保全を侵害する国際法上の違法行為であり、B国による国家承認は国際法上の要件を満たさないと論述していた。また、要件を満たさないこのような国家承認は、「尚早の承認」として、B国のA国に対する国際法上の違法行為を構成することについても、多くの答案が正しく指摘していた。

設問2は、国連安保理の表決手続に関して、国連加盟国の主権平等原則との關係で検討を求めたものである。検討の前提として、国連が「すべての加盟国の主権平等の原則に基礎をおいている」ことを明記した国連憲章第2条第1項に触れた答案は、余り見られなかった。多くの答案は、安保理における非手続事項の決定手続を定めた国連憲章第27条第3項と紛争当事国の棄権について定める同項ただし書に言及し、加盟国の主権平等原則との關係で本設問事例の検討を行っていた。第27条第3項ただし書に従えば、国連憲章第6章が規定する紛争の平和的

解決、あるいは国連憲章第52条第3項が規定する地域的取極又は地域的機関による紛争の平和的解決においては、紛争当事国は安保理における投票を棄権する法的義務があると考えられる。他方で、同ただし書を反対解釈すれば、国連憲章第7章の下で紛争の強制的解決が問題とされる事例においては、紛争当事国は安保理における投票を棄権する義務はないと解され、国連での実行においても、国連憲章第7章の下で扱われる案件に関しては、紛争当事国は常任理事国を含めて投票を棄権せずに、実際に投票を行っている。そして、このような実行が国連加盟国の主権平等原則に反するとは解されていない。以上のような国連憲章の関係条文の適切な解釈と国連の実行を踏まえた論述を展開している答案も、一定数存在した。

設問3は、国連の安保理が常任理事国によるいわゆる拒否権行使の結果、国際の平和及び安全の維持に関する主要な責任を実質的に果たせなくなった場合に、国連の枠組みの中でA国がいかなる法的救済を求めることができるかを問うものであった。多くの答案は、いわゆる「平和のための結集決議」に基づき、国連の緊急特別総会の招集を求めることに言及していた。ただ、「平和のための結集決議」に基づき招集された緊急特別総会においては、国際の平和及び安全を維持し又は回復するための集団的措置を採るよう加盟国に勧告を行うことができ、平和の破壊又は侵略行為の場合には必要に応じ兵力を派遣することもできると明記されているものの、これまでに同決議に基づき実際に集団的措置が決定された事例はないことまでを指摘した答案は少なかった。また、相当数の答案が、A国によるB国を被告とするICJへの提訴に触れていたが、その場合にICJ規程第36条第1項及び第2項の規定する裁判管轄権の根拠のいずれかを主張する必要があることや受理可能性に関する要件の存在を指摘する答案は多くなかった。さらに、国連の事務総長への付託ないしは注意喚起といった手段に触れた答案は、ほぼ見られなかった。

(2) 第2問

設問1は、公海上での船舶の衝突事故における刑事管轄権の行使に関する問題である。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。）第97条第1項は、そのような事故が生じた場合において、船長の刑事上の責任が問われるときは、船長に対する刑事手続は、当該船舶の旗国又は船長が属する国（本問ではA国）の司法当局又は行政当局において「のみ」とることができる規定している。この規定に従えば、B国がXを逮捕し、起訴することは認められないことになるが、B国は国連海洋法条約の当事国ではない。それにもかかわらずA国の外務大臣が、B国によるXの逮捕や起訴が国際法違反であるとの声明を発表した根拠として、国際法上どのような主張が考えられるかについて、公海上での船舶の衝突事故において被害船の旗国（本問ではB国）にも刑事管轄権の行使が国際法上認められると判断した常設国際司法裁判所（以下「PCIJ」という。）の1927年ローチウス号事件判決も踏まえて論ずることが求められる。

多くの答案は、出題の趣旨を正確に理解し、B国が国連海洋法条約の当事国でないため本問の事実関係においては同条約は適用されないことを前提として、条約以外の国際法の存在形式である慣習国際法に基礎付けて解答することができていた。しかしながら、国際法の最も基本的な判例の一つであるローチウス号事件判決を踏まえて解答できていたものは、予想していたよりも少なかった。現在の国際法規則の中には、その歴史的展開を踏まえてこそより良く理解できるものが少なくないことにも留意しながら、国際法の学習を行ってほしい。ローチウス号事件判決について学習していれば、国連海洋法条約には公海上での船舶の衝突事故における刑事管轄権の行使に関する規定（第97条第1項）が存在することを知っていて、それを参照することが期待されたが、答案の中には、その規定よりも前にある第87条第1項（公海の自由）や第92条第1項（旗国主義）のみに基づいて解答するものも見られた。

設問2は、国際法上の不干渉原則や武力行使禁止原則についての理解度を問うものである。前者については国連憲章には直接的には定められていない国家間の不干渉原則の内容がどのよう

なものであるかを確認した上で、後者については国連憲章第2条第4項のあり得る解釈を前提として、それぞれ本問の事実関係への適切な当てはめが求められる。

多くの答案は、出題の趣旨を正確に理解して解答することができていた。国家間の不干渉原則については、国連憲章には直接的には定められていないが、優れた答案の中には、「この憲章のいかなる規定も、本質上いずれかの国の国内管轄権内にある事項に干渉する権限を国際連合に与えるものではない」と定める国連憲章第2条第7項本文やこの規定を巡る議論を参考にしたものも見られた。その一方で、この規定が国家間の不干渉原則を定めていると理解する少数の答案については、少なくともこの分野に関する国際法の学習が不足しているという評価を免れない。また、A国の反論として対抗措置を援用する解答が見られたが、自国の行為が国際法に違反すると批判された国家は、まずは「我が国の行為は国際法に違反するものではない。」として反論するのが通常であって、自国の行為が国際法上の義務に違反することを前提に対抗措置としてそれを正当化することは、特殊な事情がなければ考えにくい。その意味で、本問の事実関係において、例えば「我が国の行為は国際法に違反するものではないが、仮に違反すると判断される場合であっても対抗措置として正当化される。」というような留保を付けずに対抗措置を援用する答案は、国際法における対抗措置の機能を適切に理解しているものとは評価することができない。なお、国際違法行為に対する国家の責任に関する条文（以下「国家責任条文」という。）は、国家が一定の場合に対抗措置をとることを認める一方で、国連憲章上の武力による威嚇又は武力の行使の禁止義務に違反する行為は対抗措置として正当化されない旨を定めている（国家責任条文第50条第1項）。

設問3は、国際法違反の帰結として生ずる国家責任に関して、具体的な事案への当てはめを求める問題である。1928年ホルジョウ工場事件本案判決でPCIJが判示し、国家責任条文に基本的には反映されているような原則を踏まえて、原状回復や金銭賠償、満足（サティスファクション）等について論ずることが期待される。

多くの答案は、出題の趣旨を正確に理解して解答することができていたが、「A国が主張するB国の国際法違反をICJが認定した場合」という問題設定から外れた答案が一部存在した。ICJの判決に従う義務（国連憲章第94条第1項）やICJの判決の拘束力（ICJ規程第59条）を前提とすれば、ICJがB国の国際法違反を認定しているにもかかわらず、判決後にB国への行為の帰属をA国がB国に対して主張する答案や、国家責任条文が満足の一形態として例示している違反の自認を本問の事実関係に当てはめる答案に対しては、暗記型の知識や理解に基づいたものという感を抱いた。

(3) 答案の水準と評価

第1問、第2問ともに、「優秀」といえる答案は、全ての設問において、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重要判例等に言及し、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、答案全体の数パーセントであった。「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はないこともあったが、全体としては適切な論述が展開できているもので、全体の約25パーセントがこれに該当した。「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40パーセントがこれに該当した。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しているもので、全体の約30パーセントがこれに該当した。

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、主要な多数国間条約の関係条文や基本的な国際判例及び国内判例等に

関する理解を深めることが重要である。また、受験者のほとんどがその後に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・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

〔小問1〕(1)は、外国法人を被告とする事件につき、日本の裁判所の国際裁判管轄が認められるか否かについての検討を求めるものであった。多くの答案是、外国法人たるYが日本に営業所を有していることに着目し、民事訴訟法（以下「民訴法」という。）第3条の3第4号の営業所所在地管轄が認められるか否かを検討しており、問題の趣旨について一定の理解ができていたものと評価することができる。他方で、営業所が日本にあることだけで何の検証もせずに民訴法第3条の3第4号に基づく国際裁判管轄を認めるものや、日本所在営業所の業務と当該訴えが関連していること（業務関連性）についての検証を全く欠いているもの（すなわち、業務と訴えとの関連性は認められる、とのみ書いているもの）などが相当数あり、これらについては営業所所在地管轄の理解が不十分であるとして、「一応の水準」に達していないものと評価せざるを得なかった。また、業務関連性について検証の必要性は認識しつつも、抽象的なもので足りるか、具体的な関連性がどうかについて見解の対立があることを踏まえ、自説の理由付けを説得的に論じた答案是さほど多くなく、この点を明確化した上で結論を導いた答案には高い評価が与えられた。なお、いずれの見解に立つかによって評価に差を付けることはしていない。他方で、具体的な関連性が必要としつつも、日本所在営業所における業務と訴えとの関連性を本問の事実関係に照らして検討することなく業務関連性を認めた答案については、高い評価は与えられなかった。また、民訴法第3条の3第4号に基づく国際裁判管轄は否定しながら、同条第5号に基づく国際裁判管轄を認める答案も一定数見られたが、これらは両号についての基本的な理解を欠くものである。両号の定める、日本に

国際裁判管轄を認めるための要件の構造は類似しており、本問の事実関係からは異なる結果が導き得ないと考えられるからである。なお、第4号ではなく、主として第5号の検討により日本の国際裁判管轄を論じたものについても、第4号を主として検討したものと同様の評価を与えた。また、民訴法第3条の3第4号又は第5号で日本の国際裁判管轄が認められた場合には、本問の事実関係を踏まえると、民訴法第3条の9に基づく特別の事情による訴えの却下については丁寧な検討が求められた。

なお、本問の事実関係においては民訴法第3条の2や第3条の3第1号、第3号等では日本の国際裁判管轄が認められないことが明らかであり、これらについては簡潔な指摘で十分であった。

〔小問1〕(2)においては、多くの答案が問題の趣旨を理解できていた。しかしながら、問題文に準拠法について合意が調わなかったと明示してあるにもかかわらず、黙示での準拠法合意を認めた答案や、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）第8条第1項と同条第2項との関係性についての理解を欠く結果、同条第1項で最密接関係地を確認した後、同条第2項で別の準拠法を導き出すものなど、契約の準拠法の決定に関する基本的な理解を欠くものも、数は非常に少ないが存在した。また、特徴的給付の意義を明らかにしないままに、特徴的給付を行う者をXとしている答案や、Xを特徴的給付を行う者とした上で日本を一旦最密接関係地として推定されるとし、そのまま最密接関係地の検証をほぼ行わず、機械的に推定を覆す事情がないと述べている答案が散見されたが、これらは通則法第8条の趣旨に鑑み、設例の事実関係も踏まえ、丁寧な論述が求められた点といえよう。なお、本問のように、買主が主導権を握って売主に製作をさせそれを買取り取って買主が顧客に販売するタイプの契約について、売主が特徴的給付を行う者となり得るか問題となることが学説上指摘されているものの、そのような論旨を展開する答案はほぼ皆無であった。

イ 〔設問1〕の〔小問2〕について

本問では、債権の消滅時効という問題を債権の問題と法性決定するか、手続の問題と法性決定するかにつき論じた上で、準拠法を判断し、結論を検討すべきであった。この債権の消滅時効の法性決定は典型的な論点であり、国際関係法（私法系）の学習者であれば、当然気付くべきはずであったにもかかわらず、この点に全く気が付いていない答案が非常に多かった。例えば、理由を全く示さず、いきなり甲国法の規律を検討するものなどである。このような答案は「不良」と評価している。また、法性決定を行い、甲国法の適用までを導いたとして、甲国民事訴訟法の規律が公序違反か否かを問題とする答案の中には、①甲国の出訴期限が3年であり、日本民法の定める一般債権の消滅時効である5年（民法第166条第1項第1号参照）より短いことのみを指摘して公序違反を認めるもの、又は②日本にはない制度であるとして公序違反を指摘するものなどが散見されたが、前者については単なる期間の長短だけでは公序違反を認定するには不十分であること、後者については出訴期限と債権の消滅時効を別の単位法律関係と捉えない限りそのような帰結は導き得ないことなどから、公序違反を認定するには不十分か、そのような検討をする根拠が不十分であるといえよう。

ウ 〔設問2〕について

〔設問2〕は、法人であるYと法人であるXとの間で締結された仲裁合意の主観的範囲に、法人Yの代表者であるAが含まれるかを問うているものであり、すなわち仲裁合意の準拠法の理解を問うものであった。この点は正に最判平成9年9月4日民集51巻8号3657頁で問題とされた争点である。この点に関するリーディングケースである最高裁判例が存在しており、また、国際取引法分野における仲裁の重要性が近時増大していることに鑑み、国際関係法（私法系）分野の学習者であれば当然押さえておくべき論点であった。それにも関わらず、適切に問題の趣旨を捉えられていない答案が非常に多く、残念であった。まず、仲裁合意とそれが含まれる主契約たる本件契約とで準拠法を別異に検討すべきか否か議論がある、

ということについての理解が欠けている答案が極めて多数であった。その理解が欠けているままに、端的に主契約の準拠法が合意されていることをもって仲裁合意の主観的範囲の判断は甲国法に従い行われることを導くものが多かった。また、問題文に引用されていた仲裁法第3条第2項や第14条第1項のみを根拠として説明をするもの、法人の従属法として説明を試みるもの、不法行為の準拠法の問題として論じるもの、国際裁判管轄の問題として論じるものなども散見されたが、いずれも誤りであり「不良」との評価をしている。それに対して、仲裁合意の準拠法と主契約の準拠法とは別異に検討されるべきことを踏まえた上で、主契約の準拠法が合意されていることから、仲裁合意の準拠法もそれに従う黙示の合意があるとした答案もごく少数ながら存在し、このような答案は「良好」なものと評価された。なお、仲裁合意の準拠法が合意されていない場合には、仲裁地の合意をもってその地の法を仲裁合意の準拠法とする考え方もあり得、そのような結論を導く答案もわずかに見られたが、本問では裁判所が甲国法を準拠法として判断したことは間違いがなく、その判断過程を問うているのであり、問題文をよく読んでほしい。

(2) 「第2問」について

ア 「設問1」の「小問1」について

養子縁組の成立は通則法第31条第1項の規定により準拠法が決定され、同項前段により原則として養親となるべき者の本国法によるが、本問では夫婦共同養子縁組をしようとしており、養親となるべき夫婦は国籍を異にする。このような夫婦共同養子縁組の場合の準拠法決定については議論があるが、AC間、BC間それぞれの養子縁組に分けて同項を当てはめて準拠法を定めるのが通説・審判例である。この立場によると、同項前段により、AC間については日本法、BC間については甲国法が、原則として準拠法となる。夫婦共同養子縁組の場合に準拠法を一本化しようとする少数説もあり、この立場による場合には、十分に説得的な論証が求められるところであるが、この立場によった答案はほとんどなかった。ほとんどの答案は上記の通説・審判例の立場によって処理していたが、大半の答案は、異国籍夫婦の場合の夫婦共同養子縁組の準拠法決定について議論があることを認識せず、当然に上記のような処理をしていた。

また、AC間、BC間のいずれについても、通則法第31条第1項後段により、養子の保護要件については養子の本国法である乙国法も累積的に適用される（セーフガード条項）。

まずは以上の点を示さなければならないが、本小問では、甲国及び乙国からの反致（通則法第41条）の成否をそれぞれ検討する必要がある。この点が検討されていなければ、「良好」又は「優秀」とは評価されなかった。

まず、BC間についての甲国法については、甲国法①の規定があり、この規定が通則法第5条、第6条と同様の書きぶりであることからすれば、いわゆる管轄権的アプローチを採用していることに気付いて、隠れた反致の成否を検討すべきであるということに思い至るのは、さほど困難ではなかったはずであるが、この点に気付かずに反致を検討しなかった答案がかなりあったのは残念である。この規定が管轄権的アプローチを採用しているものであるとの補足的説明が問題文にあれば、多くの者は隠れた反致の検討をしていたのではないかと推測するが、実務における事例にはそのような説明はなく、自分で問題となるポイントを見いだしなければならない。

さて、甲国法①の規定は、養子縁組の成立について、自国に国際裁判管轄が認められるかを判断し、認められる場合には直ちに甲国法を適用して裁判することを定めている。この規定は常に甲国法の適用を命じているが、甲国法は、管轄原因である養子の常居所が甲国にあって甲国に国際裁判管轄が認められたときに法廷地法として適用される。このことから、養子縁組の成立につき養子の常居所地法を準拠法とする双方的抵触規則を導き出すことができるか、及び、それによって日本法への反致が認められるかが、隠れた反致の問題である。なお、

以上の分析は丁寧に説明したものであり、時間的・紙幅的に制約のある試験の答案においては、多少簡略化された論述であっても問題にはしなかった。隠れた反致を認めるか否かについては、肯定説（これはさらに、全面的肯定説と限定的肯定説に分かれる。）と否定説とに、学説も分かれており、確定判例もないので、いずれの立場を採用していても、反致の制度趣旨の一つとされる国際的判決調和に資するかなどの観点から説得的に論じていれば、採点で差をつけることはしなかった。

次に、養子の保護要件についての乙国法については、乙国法からの反致は成立しないことを示さなければならない。セーフガード条項が反致の対象となるかについて議論があるが、反致の対象とならない立場からは当然に反致不成立となるし、反致の対象となる立場によった場合でも、養子縁組の準拠法の選択について乙国法は日本法と同内容の規定を有しているのであるから、日本法が指定するのと同じ準拠法を指定しているため、反致は成立しない。乙国法からの反致不成立に触れていない答案が多かったが、丁寧な論述を心掛けるべきである。

以上の検討から結論として、甲国法の要件については、反致の成否に関する自説に応じて、甲国法の要件を満たす必要がない又はあると、乙国法の養子の保護要件についてはそれも満たす必要があると、それぞれ示さなければならない。このように、本小問の問いは、甲国法、乙国法それぞれの要件を満たす必要があるか、すなわち、甲国法、乙国法が準拠法となるかを問う、準拠法の決定に関するものであった。それにもかかわらず、問題文の甲国法及び乙国法に関する一般的な説明から（あるいは甲国法については、甲国法①の規定を実質法的規定と誤って捉えて）、どのような事実があれば、甲国法又は乙国法の要件を満たしたこととなるかという、準拠法の適用まで論ずる答案がかなり見られた。問いが何を尋ねているかは、正確に把握して解答しなければならない。

イ 「設問1」の「小問2」について

本小問では、小問1と異なり反致の成立がないとの設定であるから、小問1の上記説明の前半部分のとおり、AC間については日本法、BC間については甲国法が、原則として準拠法となり、養子の保護要件については乙国法も累積的に適用されることを前提に、準拠法の適用についての理解を尋ねている。

(1)では、BC間について適用される甲国法②の規定が、養子を試験養育した上で、甲国で公認されたソーシャルワーカーによる報告書の提出という要件を定めているところ、この要件を、どのように日本での手続において満たせばよいかを検討することが求められている。手続は法廷地法によるためにこの要件を満たす必要がないとの答案や、日本での手続においても実体についての準拠法の趣旨をできるだけいかにすべきであるとの答案など、一般論を示すに留まるものも多かったが、「一応の水準」にとどまる。更に進んで、甲国法②の規定のうちどの部分が手続問題であるのか、日本での手続において甲国法②の要件と実質的に同等のものをどのように代行するかを具体的に検討していたものは、「良好」又は「優秀」と評価された。例えば、甲国法②の、甲国で公認されたソーシャルワーカーによる、という部分は手続問題であって日本での手続においてそれによる必要はないが、それ以外の部分は実体問題であるからその要件を満たす必要があるところ、AC間について準拠法となっている日本法では、民法第817条の8の要件を満たす必要があり、この点に関してなされる家庭裁判所調査官の報告書の提出は、甲国法②の要件と実質的に同等であるから、それでこの要件を満たすことができると論じることが考えられる。なお、民法第817条の8に言及していた答案は、一定数あった。

(2)では、養子の保護要件については乙国法の要件も満たさなければならないところ、養親の嫡出子で12歳のFの同意が必要であるかを問うことで、通則法第31条第1項後段の「第三者」の解釈に関する理解を尋ねている。この「第三者」の解釈として、特に限定すること

なく養親と養子以外の者は全て「第三者」に含まれるとの見解と、養子との間に縁組時点までに身分関係になかった者は「第三者」に含まれないとするなど、一定の範囲の者に「第三者」を限定する見解とに分かれており、前者が審判例や学説の多数説の立場であるが、後者も有力な見解である。したがって、説得的な論拠を示して「第三者」についての解釈をまず示す必要がある。その上で、本件の事実当てはめて、Fの同意なしに本件養子縁組を成立させることができるかについての結論を示さなければならない。Fが「第三者」に含まれるとの見解に立つ場合には、本件の事情において養子縁組の成立が認められないという、乙国法を適用した結果が通則法第42条の公序違反にならないかも論じる必要がある。

頻出の論点であることもあり、大多数の答案は通則法第31条第1項後段が問題となっていたことは把握していた。その上で、以上のように適切に論述している答案も一定数あったものの、次のような不適切な答案も相当数あった。すなわち、最初に、通則法第31条第1項後段の要件である「第三者」について争いがあるためにまずその点の解釈を示して法規範を明確にした上で、それを事実関係に当てはめて結論を導くべきであるところ、直ちに問題文中の事実関係を列挙して結論を示そうとする答案がかなりあり、「一応の水準」に達しているとは評価しなかった。また、「第三者」の解釈と、「第三者」についての無限定説を採用した場合に検討が必要となる公序違反の検討を、区別を十分意識することなく論じる答案もあった。

ウ 「設問2」の「小問1」について

本小問は、遺言の方式の準拠法の決定とその当てはめに関する基礎的な理解を尋ねるものであった。大多数の答案は、遺言の方式と適切に性質決定していたが、ごく一部の答案は、通則法第37条などによらずとしていたため、「一応の水準」に達しているとは評価できなかった。

エ 「設問2」の「小問2」について

本小問で問題となっている遺留分は、被相続人による過度の財産処分に対して遺留分権利者に最低保障額を確保しようとする制度であることからすれば、相続の問題と性質決定される。多くの答案はそうのように適切に論じていたが、そのような答案の中でも、遺留分については規定がないので条理により、との論述から始めて、結論として相続準拠法によらずとするものもあった。しかし、そうであれば、遺留分は通則法第36条の「相続」と性質決定されて同条が適用されるのであるから、規定がないとは言えず、不適切な表現である。また、ごく一部には、遺言の成立及び効力として通則法第37条によらずとする答案もあったが、通則法第36条と第37条の関係についての基本的理解を欠くものであって、「一応の水準」に達していない。

出発点としては以上のとおりであるが、本件で遺留分が侵害されているとの主張は、本件預金契約及びその口座への被相続人による送金のためであり、本件預金契約の準拠法は丙国法であって、丙国法では、共同名義の預金口座の一方の名義人が死亡した場合には、当該預金口座の預金は、当然に他方の名義人の所有資産となり、死亡した名義人の遺産には含まないものとされているため、この点をどのように考えるかについて検討することが本小問の趣旨であった。例えば、ここでの問題の本質はどのような財産処分に対して遺留分権利者の遺留分が侵害されているか否かであることから、遺留分の問題自体はやはり相続の問題と性質決定されるとの立場が考えられる。最後の小問であったことから時間の切迫もあったか、この点の検討はしていない答案が多かったのは残念であり、「一応の水準」にとどまった。他方で、相続準拠法として甲国法が適用されるとしつつ、その公序違反性を論じるものが一定数あった。しかしながら、遺留分侵害額に相当する金銭の支払を求める請求が認められるかという問いであれば、外国法が準拠法となる場合に、その適用結果の公序違反性を論じる必要があるが、本小問の問いは、請求に適用される準拠法を尋ねているにすぎないから、その適用結果の公序違反性についてまで論じる必要性は基本的でない。しかも、本小問では甲国法の具

体的な規定内容は明らかにされていないから、公序違反性について論じるのは困難である。
ましてや、甲国法の適用結果は公序違反であるから排除されて日本法が適用されるとした一部の答案については、そのような結論を問題文から導き出すことは無理である。

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、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されている。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。なお、民訴法第3条の3第4「項」のように、条文の項、号、枝番号を誤記したり、通則法「第31条後段」のように、複数の項立ての条文の項番号を特定しなかったりするものなど、条文番号を不正確に摘示する答案が散見されたが、ふだんから条文を十分に意識して学習していれば、このような誤記をすることはないはずである。
- (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、相当に限られており、十分な検討が求められる。
- (3) 事例を解決するに当たって、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、規定や判例法理の趣旨などに立ち返って検討し、一定の規範を定立した上で、当該規範に事例で与えられた事実を過不足なく当てはめて、結論を出すことが必要である。しかし、規範を明確化することなく、いきなり問題文中の事実関係を列挙して結論を出そうとする答案が、とりわけ〔第1問〕の〔設問1〕の〔小問1〕の(1)や、〔第2問〕の〔設問1〕の〔小問2〕の(2)などで、多々見られた。法的三段論法により事案を処理するという基本的考えを十分に理解していないものであって、大いに問題である。
- (4) 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。この点はこれまでも採点実感で指摘してきたが、今年度もなおこのような答案が散見されたので、再度注意しておく。また、問題文から結論が明らかな事項は簡潔に論じ、十分に検討すべき事項に紙幅を割いて論じるといった、メリハリをつけた論述を心掛けるべきである。とりわけ、〔第1問〕の〔設問1〕の〔小問1〕の(1)のような国際裁判管轄に関してどのように注意すべきである。

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。この点もこれまでも採点実感で指摘してきたが、今年度もなおこのような答案が散見されたので、再度注意しておく。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。