

## 令和7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7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的とした。

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否かを問うこととし、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否か、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、アについて、①使用者責任の成立要件、特に「事業の執行について」要件の判断であり、また、イについて、②被害者側の過失による過失相殺、③配偶者の過失への当てはめ、④不法行為後における婚姻関係の破綻による影響の有無である。

①については、大多数の答案は使用者責任の成立要件を順に検討していたが、「事業の執行について」要件の内容を、暴行の事例に関する判例を踏まえて執行行為契機性・密接関

連性として具体化した答案は多くなかった。半数近い答案は、むしろ、同要件を外形基準に沿って具体化し、本件威嚇行為は同要件を充たすとしていたが、本件威嚇行為は、外形から観察しても職務の範囲内の行為に属するものとは言いがたい。また、事実的不法行為について支配領域基準の適用を主張する答案も少なくなかったが、暴行事例に関する判例への応接を欠いていた。

②については、多数の答案は、判例上、被害者側の過失が過失相殺の対象となり、被害者側の範囲について身分上・生活関係上の一体性が基準となることを述べていた。もっとも、判例と異なり、単なる経済的一体性を基準とした答案も少なからず見られた。

③については、ほとんどの答案は配偶者の過失による過失相殺を肯定していたが、その合理性を説明したものは少数であった。また、求償関係の一举解決という合理性を指摘した答案の中にも「DからCに対する求償」を言うなど、その内容を正確に理解しているかが疑われるものが見られた。

④については、婚姻関係の破綻による例外をどの時点を基準に判断すべきかという問題はこれまで議論が乏しい論点であるが、多くの答案が問題の所在を捉え、基準とすべき時点を論じていた。

#### (イ) 答案の例

優秀に属する答案の例は、①については、使用者責任の成立要件を検討する中で「事業の執行について」要件に関し本件の場合には外形基準によって判断することは適切ではない旨を論じた上で、判例を踏まえて執行行為契機性・密接関連性として具体化して論ずるものである。②から④までについては、判例を踏まえて被害者側の過失が過失相殺の対象となること及び被害者側の範囲の画定基準を適切に論じ、本問における具体的事実を踏まえ、配偶者の過失による過失相殺を肯定することの合理性まで論じた上で、婚姻関係の破綻による例外について適切に論ずるものである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案と比べ、自己の主張の根拠の記述がやや不十分であるものの、必要な事項について相応の論述がされているものである。

一応の水準に属する答案の例は、①については、「事業の執行について」要件について一応の議論を展開し、自説に基づいて当てはめを行っているものなどが挙げられる。②から④までについては、被害者側の過失が過失相殺の対象となることに気付き、本問の具体的事実を踏まえ、一応の論述をするものである。

不良に属する答案の例は、①については、AはBの従業員であり、業務で自動車を運転中であったことをもって「事業の執行について」要件に該当すると述べるものなどが挙げられる。②から④までについては、被害者側の過失が過失相殺の対象になるかという論点に気付かず結論のみを述べるものなどが挙げられる。

#### イ 設問1(2)について

##### (ア) 全体的な採点実感

設問1(2)において論ずべき事項は、大別して、アについて、①Cの損害賠償債務とBの損害賠償債務の関係、②Cの損害賠償債務の混同による消滅、③Cの損害賠償債務について生じた混同によるBの損害賠償債務への影響であり、また、イについて、④DのBに対する求償権の成否とBの負担割合（③が否定される場合には、④BのDに対する求償権の成否とDの負担割合）である。

①については、Dに対して、Bによる不法行為と並んでCによる不法行為が成立し、BとCとがDに対して「連帯して」（民法第719条第1項前段参照）損害賠償債務を負うことを指摘した答案は半数余りであった。更に進んで、BとCとが「連帯して」負う損害賠償債務に対し、民法上の連帯債務の規定が全面的に適用されるべきかを検討した答案は、ごく少数であった。

②及び③については、CがDに対して損害賠償債務を負うことに気付かなかったこともあって、検討すべき問題の所在を見誤った答案が多数を占めた。また、混同が問題になることを理解している答案においても④CのDに対する損害賠償債務についての混同による消滅（民法第520条）と、⑥それがBのDに対する損害賠償債務（下線部⑥にいう「当該損害賠償債務」）に及ぼす影響（民法第440条）とを、段階を分けて論じたものは少数にとどまった。さらに、民法第520条や民法第440条による債権消滅の効果に関しても、両条の文言を無視して、Cの損害賠償債務の消滅を否定し、又はBの損害賠償債務の消滅をCの負担部分に限定する答案が少なくなかった。

④については、③を的確に検討した答案のほとんどは混同の絶対的効力（民法第440条）の肯定又は否定に応じて、DのBに対する求償権又はBのDに対する求償権の成否を論じていた。また、BとDの負担割合については、ほとんどの答案が正しく理解していた。

(イ) 答案の例

優秀に属する答案の例は、B・AとCとがDに対して連帯して損害賠償債務を負うことを指摘した上で、BとCとが連帯して負う損害賠償債務に対して民法上の連帯債務の規定が適用されるべきかを検討し、自説を踏まえて、②及び③について適切に論ずるものである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案と比べ、自己の主張の根拠の記述がやや不十分であるものの、必要な事項について相応の論述がされているものである。

一応の水準に属する答案の例は、Cの損害賠償債務とBの損害賠償債務とが併存することに気が付き、Cの損害賠償債務をDが相続して混同が生じたこと、その混同が他の債務者Bに対して効力を生ずるか否かにつ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、BとCとが連帯して損害賠償債務を負うことに気付かず、単に結論を述べるものや、被害者保護の観点を理由とするにとどまるものなどである。

ウ 設問1(3)について

(ア) 全体的な採点実感

設問1(3)において論ずべき事項は、大別して、①BD間の和解契約（本件和解）の無効主張についての根拠、②弁護士法第72条に違反してされた和解契約の効力は委任契約の無効とは区別して判断されること、③弁護士法第72条の禁止目的及び契約当事者の利益などの総合考慮による本件和解の効力の判断である。

①については、半数以上の答案が公序良俗違反や強行法規違反など、無効主張の根拠を明示していたが、弁護士法第72条を挙げるにとどまるものも見られた。また、少数ながら、錯誤による取消しの成否についてしか検討していなかった答案もあった。

②については、委任契約の無効を前提に、それと区別して本件和解の有効・無効を検討した答案はごく少数であった。かえって、相当数の答案は、専ら委任契約の効力を問題とし、委任契約の無効から直ちに本件和解は無権代理行為であってその効力を生じないという結論を導き出していた。

③については、多くの答案が設問に引用された判例を踏まえ、弁護士法第72条の禁止目的から和解契約を無効とする要請が働くことやその程度について論じていた。他方、禁止目的のために和解契約を無効とすれば契約当事者の利益が害され得ること、また、この点の考慮が和解契約を有効とする方向に働くことについては、明示的に指摘した答案が乏しかった。契約当事者の利益に触れた答案のほとんどは、本件和解の内容がB又はDの利益を不当に害するものでないかを検討したにとどまっていた。

(イ) 答案の例

優秀に属する答案の例は、本件和解の無効主張についての根拠を適切に摘示し、委任契約の無効と和解契約の無効とは区別されることを論じた上、弁護士法第72条の禁止目的だ

けでなく、契約当事者の利益を害するか否かや、本件和解の具体的内容等を踏まえて本件和解の効力について説得的に論ずるものである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案と比べ、自己の主張の根拠の記述がやや不十分であるものの、必要な事項について相応の論述がされているものである。

一応の水準に属する答案の例は、和解契約の無効主張についての根拠を述べた上、設問に引用された判例を踏まえて本件和解が有効か無効かを論じているが、そ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、下線部㊟の反論が本件和解について錯誤による取消しを主張するものであるとして検討するものなどである。

## (2) 設問2について

### ア 設問2アについて

#### (ア) 全体的な採点実感

設問2アにおいて論ずべき事項は大別して、①Aによる甲と乙の交換契約（契約①）の取消しの可否、②Eによる乙の即時取得の成否、③Fによる乙の即時取得の成否、④Gによる乙の即時取得の成否である。

①については、ほとんどの答案は取消権の成立や取消権者について正しく理解していたが、条文の摘示が十分でないものが多かった。次に、設例での取消権はAとBが共同で行使すべき（AとBが共同して取消し意思表示をすべき）ところ、この点を理解していない答案も少なくなかった。また、共同行使の原則について理解している答案においてもAがBに無断でした共同名義による取消しが民法第825条によって効力を生じること気付いていないものが少なくなかった。そのほか、契約①の取消しの効果（民法第121条）及びそれに伴う乙の所有権の帰属の変動や取消後の第三者Eとの関係について、正確に記述した答案は少数にとどまった。

②については、ほとんどの答案は占有改定に基づく即時取得の成否が問題になることを指摘し、それを否定すべき理由を論じていた。

③については、多くの答案は乙について指図による占有移転がされているが、占有状態の点では契約②に基づく引渡しが行われた段階と特に変化していないことを正しく指摘して、Fによる即時取得を否定していた。他方で、半数近い答案が本問の具体的事実をよく吟味することなく、指図による占有移転と占有改定による引渡しとの一般的・抽象的な対比に基づき、Fによる即時取得を肯定していた。

④については、③についてFによる即時取得を否定した答案はGによる即時取得が成立することを正しく論じていた。

なお、②から④までについて、少数ながらFによる即時取得を肯定した上で重ねてGによる即時取得を肯定した答案や、E又はFによる即時取得の成否を明らかにしないままGによる即時取得を論じていた答案があった。

#### (イ) 答案の例

優秀に属する答案の例は、①については、取消権の成立や取消権者について条文の摘示も含め適切に論じた上、AがBに無断で取消権を行使した点についても必要な検討を行い、契約①の取消しの効果及びそれに伴う乙の所有権の帰属の変動や取消後の第三者Eとの関係について正確に論述するものである。その上で、②以下については、占有改定に基づく即時取得の成否及び指図による占有移転に基づく即時取得の成否について、本問の具体事実を踏まえ、説得的に論述するものである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案と比べ、自己の主張の根拠の記述がやや不十分であるものの、必要な事項について相応の論述がされているものである。

一応の水準に属する答案の例は、①について取消権の成立や取消権者について一応検討す

るもののその分析が不十分であるもの、②から④までについて即時取得の成否が問題となることに気付いているものの、この点について、占有改定と指図による占有移転とを特に区別せずに論ずるものや、本問の具体的な事実を踏まえずに抽象的に論ずるものなどが挙げられる。

不良に属する答案の例は、①について取消権の成立や取消権者について特に論ぜず、取消しがされたことを前提に②から④のみを論ずるもの、②から④についてGの即時取得の成否のみを論ずるものなどが挙げられる。

#### イ 設問2イについて

##### (ア) 全体的な採点実感

設問2イにおいて論ずべき事項は、①DのFに対する不当利得返還請求権の成否、②返還すべき利得の額が乙の代金額35万円（契約④）と適正価額30万円のいずれであるか、③FがEに支払った乙の代金額30万円（契約③）がFの返還すべき利得の額から控除されるか否かである。

①については、多数の答案がDの請求が不当利得返還請求権に基づくことを指摘していた。また、その多くは不当利得に関する衡平説又は類型論を前提として成立要件を検討し、不当利得の成立を肯定していた。もっとも、設問2アでFによる即時取得を肯定し、かつ、設問2イの問題文での仮定がGによる即時取得の成立を指すことに気付かないまま、Fの利得に「法律上の原因」があるとした答案や、Fが契約④により代金を得たことをもってFの利得に「法律上の原因」があるとした答案も少なくなかった。なお、Dの請求が民法第191条に定める損害賠償請求権に基づくものであるとした答案については、適切な記述がされていれば、それに応じて評価した。

②については、不当利得と構成した答案の多くは問題の所在を正確に把握し、代金額又は適正価額のいずれの金額が返還されるべきかを論じていた。また、適正価額30万円を基準とする答案には、差額5万円はFの才覚に帰せられるべきことを的確に指摘するものも少なくなかった。他方で、代金額35万円を基準とすべき理由を述べた答案や、判例の立場にも触れた答案はほとんど見られなかった。

③については、問題の所在を指摘し、FがEに支払った代金30万円を控除すべきか否かを論じた答案は少数にとどまったが、そのような答案の中には、原物が存在すると仮定して物権的返還請求権が行使された場合との対比を理由として対価の控除を否定したり、現存利益の返還（利得消滅の抗弁）という構成をもって対価の控除を基礎付けたりするなど、的確な検討をするものも見られた。

##### (イ) 答案の例

優秀に属する答案の例は、Dの請求が不当利得返還請求権に基づくものであることを指摘し、その成立要件を適切に検討した上で、Fの返還すべき利得の額が35万円と30万円のいずれかであるか、また、FがEに支払った対価を控除すべきか否かについて、上記のような理由を挙げて的確に論ずるものである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案と比べ、自己の主張の根拠の記述がやや不十分であるものの、必要な事項について相応の論述がされているものである。

一応の水準に属する答案の例は、Dの請求が不当利得返還請求権に基づくものであることを指摘した上で、その成立要件を一応検討し、論ずるものなどが挙げられる。

不良に属する答案の例は、④不当利得返還請求権の成立要件について論じられていないもの、⑤Fによる即時取得が成立したという前提に立ってFの利得に「法律上の原因」があるとするもの、⑥Fが契約④により代金を得たことをもってFの利得に「法律上の原因」があるとするものなどが挙げられる。

#### 4 法科大学院における今後の学習において望まれる事項

本年も、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をすること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（このような要望は、判例の採った論理や結論を墨守することを推奨するものではない。しかし、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必須であり、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7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7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。問題文で示された具体的な事実関係を丁寧に分析し、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、その制度趣旨を踏まえて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、問題文で示された具体的な事実関係の特徴を考慮せず、知っている論点に無理に引き付けて検討しようとしたり、暗記した論証パターンに無理に当てはめようとしたりしていることがうかがわれる答案は、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について

##### ア 全体的な採点実感

(ア) 設問1は、主要な取引先である乙社から新製品の供給の可能性を検討することを打診された甲社の代表取締役であるAが、実際に供給するに際して必要となる4000万円の設備投資（工業用機械βの購入及び設置）を行うに当たり、改めて甲社の取締役会で承認を得るものとされていたにもかかわらず、緊急性があることから、事前に取り締役に諮ることなく当該設備投資を行ったという事例であって、Aは当該設備投資について事後承認が得られるだろうと考えていたが、実際には事後承認を得ることができず、その後乙社との供給契約を締結することもできなかったという場合に、Aに対して当該設備投資に係る責任を追及する甲社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。なお、少数であるが、Aに対する責任追及が株主代表訴訟によるものであると論ずる答案があったが、会社の取締役に対する責任追及は全て株主代表訴訟によると誤解しているのであれば、会社法の基本的な理解が不足していると評価せざるを得ない。

(イ) 設問1においては、まずは、甲社の立場において考えられる主張として、工業用機械βの購入が「重要な財産の〔中略〕譲受け」（会社法第362条第4項第1号）に該当し、取締役会の決議によらずに工業用機械βを購入した行為は法令に違反するものであり、Aが「その任務を怠った」（会社法第423条第1項）とする主張を検討することが求められる（なお、少数であるが、「甲社の立場において考えられる主張」が問われているにもかかわらず、責任追及を受けるAの立場からの主張を延々と論ずる答案があったが、これでは問われていることに答えたことにはならない。）。この点については、重要な財産の処分に関する判例（最判平成6年1月20日民集48巻1号1頁。以下「平成6年判例」という。）によれば、当該財産の価額、その会社の総資産に占める割合、当該財産の保有目的、処分行為の態様及び会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断することとなるが、本問の事実関係を踏まえると、工業用機械βの購入が「重要な財産の〔中略〕譲受け」に該当すると解するのは、平成6年判例の判断基準を適用する限りは難しいであろう。

多くの答案が、会社法第362条第4項及び第423条第1項が問題となることに気が付いており、平成6年判例の枠組みを踏まえつつ、工業用機械βの購入が「重要な財産の〔中略〕譲受け」に該当するかについて検討することができていたものも相当数あった。その上で、平成6年判例の枠組みを踏まえつつ、4000万円という工業用機械βの価額

が甲社の総資産100億円に占める割合は0.4%にすぎないことや、甲社の内規では、5000万円以上の取引について取締役会の承認が必要とされており、これまでも5000万円未満の取引の承認が取締役会の議題とされたことはなかったことなどを挙げて、端的に「重要な財産の〔中略〕譲受け」に該当しないと結論付ける答案が一定数あり、高く評価された。他方で、平成6年判例の判断枠組みによりつつ、「重要な財産の〔中略〕譲受け」に該当すると結論付ける答案も一定数あったが、相対的に低い評価にとどまった。このような答案の中には、工業用機械βの価額が甲社の総資産に占める割合が4%（正しくは、上記のとおり0.4%）であることを前提とするものや、甲社の「営業赤字」を債務超過と混同していると思われるものなど、事実関係を適切に捉えることができていないものが含まれていた。

また、以上の問題を検討するに当たっては、会社法第362条第4項の理解に問題があると思われる答案が一定数みられた。すなわち、「重要な財産の〔中略〕譲受け」に該当しない行為であっても、行為に際して個別に取締役会の決定を要求することは可能であるとの理解が一般的であるが、特段の説明もなく、「重要な財産の〔中略〕譲受け」に該当しない行為であればおよそ取締役会の決定を求める必要はない（又は求めることはできない）と論ずるものなどがあった。

さらに、「重要な財産の〔中略〕譲受け」に該当するため、会社法第362条第4項違反という法令違反が認められると論じつつ、特段の説明もなく、経営判断原則の適用による免責の可否を論ずる答案が一定数みられたが、法令違反行為についても経営判断原則が適用されることを前提とした論述となるため、経営判断原則の位置付けを正確に理解していないものと評価せざるを得ない。

- (ウ) 設問1においては、次に、甲社の立場において考えられる主張として、改めて甲社の取締役会で承認を得るものとされていたにもかかわらず、取締役会に諮ることなく工業用機械βを購入した行為が、取締役会の決議に反するものであり、善管注意義務違反としてAが「その任務を怠った」（会社法第423条第1項）とする主張を検討することが求められる。この点については、甲社に大きな利益をもたらすことが見込まれる乙社との供給契約を締結するためには、早急に工業用機械βの購入及び設置をして質の良い試作品を製作する必要があったという事情も存在するため、Aの行為を善管注意義務違反と評価することができるかについて判断するに当たっては、代表取締役が業務執行を行うに際しては基本的には取締役会の決議に従わなければならないが、甲社の企業価値の維持・向上という観点からみて緊急性が高い場合には、一見すると取締役会の決議に反するように見える行為であっても代表取締役にはそれを行うことが認められる場合があるか、また、本問の事実関係の下で、緊急性があることを理由に事前に取締役会の承認を得なかったAの行為は、そのような場合であると評価することができるかなどが問題となる。結論としては、Aの責任を肯定する方向で検討することも、否定する方向で検討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、本問の事実関係を丁寧に分析し、自らの結論との整合性について説得的に論ずることが求められる。なお、Aの行為を善管注意義務違反と評価することができるかについて判断するに当たっては、工業用機械βを購入するというAの判断内容自体の合理性についても問題となり得るが、本問の事実関係の下では、判断内容自体の合理性を否定することは難しいであろう。

多くの答案が、Aの善管注意義務違反に関する検討自体はできていた（他方で、会社法第362条第4項に関する法令違反がないと論ずるのみで検討を終えている答案が一定数あったが、これでは「甲社の立場において考えられる主張」を十分に検討したと評価することはできない。）。もっとも、改めて甲社の取締役会で承認を得るものとされていたにもかかわらず、取締役会に諮ることなく工業用機械βを購入したAの行為が一見すると取締



役会の決議に反するよう見えるという点に関する問題意識がうかがわれた答案は少数にとどまった。本問でAの責任の有無を検討する上で核心部分となるであろう事実関係に何ら問題意識を持つことなく、経営判断原則に関する一般論を大々的に論ずるなどしても評価されることはない。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。

他方で、少数であるものの、本問の事実関係における核心部分について適切に問題意識を持ち、代表取締役が業務執行を行うに際しては基本的には取締役会の決議に従わなければならないとした上で、緊急性の有無や程度などの本問における具体的な事実関係を丁寧に分析しつつ、Aの行為を善管注意義務違反と評価することができるかを正面から論ずる答案があり、こうした答案は当然のことながら高く評価された。

なお、工業用機械βの購入について、甲社の取締役会で複数回協議がされたことや、基本的には乙社の依頼に応じる方向で検討すべきであるという本件方針が確認されたことをもって、Aの善管注意義務違反を否定する事情として論ずる答案が一定数みられたが、結果として取締役会の決議でAに対して要請された内容（「工業用機械βを購入して設置することについては、乙社との今後の協議の結果を踏まえて改めて取締役会で承認を得るものとされた」こと）を踏まえることなく、そのような要請が取締役会から示されるに至った経過に当たる事情を強調して、当該要請に一見反する行為をしたAの責任を否定することは論理的整合性を欠くことになるので、事実関係を丁寧に分析したものと評価することはできない。

#### イ 答案の例

(ア) 優秀又は良好に該当する答案の例は、以下のとおりである。

- ・ 平成6年判例の枠組みを踏まえて、工業用機械βの購入が「重要な財産の〔中略〕譲受け」に該当しないことを端的に論じた上で、取締役会で改めて承認を得るものとされたという経緯を踏まえつつ、工業用機械βの購入についてのリスクとリターンの要素と、乙社との関係で早急に工業用機械βを購入して試作品を製作するという時間的な要素をいずれも考慮して、取締役会の承認を得ることなく工業用機械βを購入したというAの判断の合理性を検討するもの。
- ・ 改めて取締役会で承認を得るものとされたという事実関係に問題意識があることを明確に示した上で、そのような事実関係がある場合であっても代表取締役は事前の取締役会の承認を得ることなく業務執行をすることができるのか、それが許容される条件はどのようなものかという判断枠組みについて詳細に検討するもの。
- ・ 工業用機械βの購入について、改めて取締役会の承認を得るものとされたにもかかわらず、取締役会に諮ることをしなかった点について、本問の具体的な事実関係を指摘しつつ緊急性を肯定し、かつ、本件方針にも沿うものであることを指摘して許容されると論じた上で、Aの判断内容についても著しく不当であるとはいえないとして、Aの善管注意義務違反を否定するもの。
- ・ 事前にと取締役会の承認を得ておくべきであったにもかかわらず、その承認を得なかったことが任務懈怠であると論じつつ、従前の取締役会におけるA以外の取締役の反応を踏まえると、仮にと取締役会に諮ったとすれば承認されなかった蓋然性が高いことまで論じた上で、取締役会に諮っていれば損害の発生を防ぐことができたと考えられるとして、支出額の4000万円と任務懈怠の間に因果関係が認められると論ずるもの。

(イ) 不良に該当する答案の例は、以下のとおりである。

- ・ 「重要な財産の〔中略〕譲受け」に該当するかについて、これを肯定する方向に働く要素と否定する方向に働く要素を適切に摘示することなく、強引に「重要な財産の〔中略〕譲受け」に該当すると結論付けるもの。

- ・ 「工業用機械βを購入して設置することについては、乙社との今後の協議の結果を踏まえて改めて取締役会で承認を得るものとされた」ことに全く言及することなく、経営判断原則に関する一般論を大々的に論ずるもの。
- ・ Aの行為が経営判断として合理性があるかを論ずるに当たり、個々の要素の意味付けを明らかにすることなく、問題文で提示された事実関係を漫然と摘示した上で、「以上によれば」などとして結論を論ずるもの。
- ・ 会社法第423条第1項の条文に言及することなく、また、甲社の立場において考えられる主張かどうかの検討をすることなく、唐突に「本件では経営判断原則の適用が問題となる」などと述べて、経営判断原則に関する一般論と当てはめのみを論じて本問の検討を終えるもの。

(2) 設問2について

ア 全体的な採点実感

- (イ) 設問2は、取締役の報酬の総額の上限額を（従来の1億円から）3億円に増額し、各取締役の報酬の具体的な配分の決定を取締役会に一任する旨の株主総会の決議及び各取締役の報酬の具体的な配分の決定を代表取締役であるAに再一任する旨の取締役会の決議に基づき、Aが自己の報酬額のみを2億円増額する旨の決定をしたという事例で、Aに対して当該決定をして増額した報酬を受領したことに係る責任を追及する甲社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。少数であるが、設問1と同様に、Aに対する責任追及が株主代表訴訟によるものであると論ずる答案があったが、会社の取締役に対する責任追及は全て株主代表訴訟によると誤解しているのであれば、会社法の基本的な理解が不足していると評価せざるを得ない。
- (イ) 設問2においては、まずは、①各取締役の報酬の具体的な配分の決定を取締役会に一任すること及び②これを代表取締役に再一任することが適法かという点を確認しておく必要がある。株主総会では取締役の報酬の総額の上限額のみを定め、各取締役の報酬の具体的な配分の決定を取締役会に一任することは許容される（会社法第361条第1項に反しない）と一般に解されており、①が許容されないと解するのは難しいであろう。まずは、その点を指摘した上で、②が許容されるかを検討することが必要となる。この点については、例えば、株主総会の決議で取締役の報酬の総額の上限額は定まっていることや、会社法施行規則第98条の5第6号の存在などを指摘して、②が許容されることが考えられる。これに対し、取締役会による代表取締役に対する監督機能が阻害されることなどを指摘して、②が許容されないとすることも考えられないではないが、甲社では、平成24年以降、各取締役の報酬の具体的な配分を毎年代表取締役に再一任しているため、再一任を否定する旨の主張をすることは自社の長年にわたる報酬実務を自ら否定することになり、さらに令和5年度についてもA以外の取締役に対する報酬支払も不適法だとする主張となることを理解した上で、それが本問で検討が求められる「甲社の立場において考えられる主張」としてふさわしい内容かも考慮することが求められる。

多くの答案が、会社法第361条第1項が問題となること自体には気が付いており、①及び②の許容性について検討することができているものも相当数あった。もっとも、後記(ウ)の点も含め、「お手盛り防止」という同項の趣旨に関する理解が十分でないと思われる答案が相当数みられた。すなわち、同項の趣旨として伝統的に述べられてきた「お手盛り防止」という言葉は、会社（株主）対取締役という局面で会社（株主）の財産を取りすぎないように規制をするという意味であるが、代表取締役が取締役会から各取締役の報酬の具体的な配分の決定を一任された状態で、他の取締役に回すべき金額を独り占めにするを自分で決めることも「お手盛り」であるという前提で、「お手盛り防止」という語を用いているものが多かった（①及び②が許容される理由として「会社から流出する財産の上限が定

められており、会社法第361条第1項の趣旨に反しない」などと言及する一方で、後記(ウ)の点を論ずる際には「Aの行為は会社法第361条第1項の趣旨に反する」などと言及する答案は典型例である。)。同項の趣旨を正確に理解した上で、誰と誰の間の利害調整が問題となる局面であるかを意識して検討することが求められる。

また、以上の問題を検討するに当たって、代表取締役が濫用的に各取締役の報酬の具体的な配分の決定をした場合には、②が許容されないと論ずる答案が一定数みられた。後記(ウ)を論ずるに際して、本件報酬額決定が無効であるために不当利得を構成すると論ずるのであればともかく、特段の説明もなく、事後的な権限行使の態様いかんによって(遡って)再一任する旨の取締役会の決議が無効になると論ずるのは、適切な法律構成であると評価することはできない。

さらに、各取締役の報酬の具体的な配分の決定は、配分に関する一定の基準が存在し、かつ、その基準を株主が推知することができる場合にのみ許容されると論ずるものなど、退職慰労金の支給決議に関する判断枠組みと誤認していることをうかがわせる答案が一定数みられたが、知識の正確さに難があると評価せざるを得ない。

- (ウ) 設問2においては、次に、甲社の立場において考えられる主張として、自らの報酬額のみを2億円増額することを決定したAの行為が善管注意義務に違反するものであり、Aが「その任務を怠った」とする主張を検討する必要がある。この点については、そもそも代表取締役による具体的な報酬額の決定が善管注意義務違反を構成することがあり得るか、善管注意義務違反を構成することがあり得るとしても、善管注意義務違反をどのような基準で判断すべきか(代表取締役に経営判断原則と同程度の広範な裁量を認めるべきか)、本問の事実関係の下で、自らの報酬額のみを2億円増額することを決定したAの行為が善管注意義務違反と評価することができるかなどを検討することが求められる。また、定時株主総会においてAが報酬を増額すべき理由として株主に対してした説明と、自らの報酬額のみを2億円増額するという行為の不整合(株主総会の決議で示された株主の合理的意思から逸脱した行為であるか)にも留意することが望ましいが、この不整合をAの善管注意義務違反の判断における一要素として論ずるか、別途株主総会決議遵守義務違反として論ずるかは、いずれの構成もあり得るであろう。なお、Aの行った報酬決定が定時株主総会においてAが株主に対してした説明と不整合であることから、そもそも定時株主総会におけるAの説明が虚偽のものであったと考える余地もある。この場合には、Aが虚偽の説明をしなければ株主総会決議がされなかったという関係性が認められれば、甲社はAの説明義務違反に基づく損害賠償請求をすることも考えられる。

多くの答案が、Aの①善管注意義務違反、②総会決議遵守義務違反又は③説明義務違反のいずれか一つ以上に関する検討をすることができており、本問の事実関係を踏まえた問題設定自体は適切にされていた(他方で、少数であるが、報酬額が取締役と会社との間の契約内容となった後で報酬額を減額する場合の議論を論ずる答案や、取締役会が自らの報酬を増額する議案を株主総会に提出すること自体が当然に忠実義務違反(利益相反行為)であると論ずる答案がみられたが、いずれも適切な問題設定と評価することはできない。)

もっとも、①については、報酬額決定の再一任の場面を念頭に、代表取締役による具体的な報酬額の決定が善管注意義務違反を構成することがあり得るか、善管注意義務違反をどのような基準で判断すべきかといった一般論に関する検討をすることができていた答案は少数であった。改めて指摘するまでもなく、善管注意義務は会社に対する義務であるが、総額の範囲内における個別報酬額の決定は(対会社ではなく)取締役相互の利害調整の問題であるともいえ、その決定について代表取締役の善管注意義務違反が問題となり得ることは必ずしも自明ではない。また、善管注意義務違反を構成することがあり得るとの考え方を採る場合には、善管注意義務違反をどのような基準で判断すべきか(代表取締

役に経営判断原則と同程度の広範な裁量を認めるべきか)についても検討する必要がある。少数であるものの、各取締役の報酬の具体的な配分の決定には専門的・技術的判断が必要である一方で、代表取締役が自己の利益のために恣意的な決定をする危険がある場面であるという特殊性を踏まえ、代表取締役に認められる裁量の範囲を丁寧に論ずる答案があり、当然のことながら高く評価された。

③については、株主総会において虚偽の説明をしたことを理由としてAに義務違反が認められるという構成ではなく、株主総会の決議自体が無効になると論ずる答案が一定数みられた。株主総会の決議の無効を問題とするのであれば、「決議の内容が法令に違反すること」(会社法第830条第2項)を論ずる必要があり、この点に触れることなく漫然と株主総会の決議が無効であると論じて、説得的な論述とは評価することができない。また、同じ理由によって株主総会の決議の取消しが認められると論ずる答案もみられたが、本問の事実関係によれば、提訴期間の徒過により、決議の取消しは問題とならない。

なお、本問を検討するに当たり、会社法第361条第7項及び会社法施行規則第98条の5に言及する答案が一定数みられた。このような言及からは、取締役の報酬規制について学習を深めたことはいかがわれるものの、きちんと論拠を示さないまま断定的に結論のみを論ずるものが多く、また、何らかの説明があっても、規定の趣旨を正しく理解していないと思われるものが大半であった。すなわち、会社法第361条第7項が適用されるためには、同項第1号又は第2号に該当する必要があるが、同項第1号との関係で甲社が大会社であると断定する答案は、資本金と総資産を混同しているものとうかがわれた。また、「取締役の個人別の報酬等の内容についての決定に関する方針」には、報酬内容それ自体についての方針のみならず、取締役の個人別の報酬の決定方法に関する方針も含まれ、後者について、第三者に決定を一任するという方針を採る場合については会社法施行規則第98条の5第6号がその定め方を規定しているところ、報酬額の実質に関する決定が会社法第361条第7項によって求められていることを前提としていると思われる論述が散見された。上記の理解を前提とする限り、問題文において「従来の慣行及び決定方針に従い、各取締役の報酬の具体的な配分を代表取締役であるAに再一任する旨の決議がされた」とある以上、「取締役の個人別の報酬等の内容についての決定に関する方針」が定められていないと断定することはできないことになる(その意味で、本問を検討するに当たり、会社法第361条第7項及び会社法施行規則第98条の5についての論述は求められていない。)

#### イ 答案の例

(ア) 優秀又は良好に該当する答案の例は、以下のとおりである。

- ・ 各取締役の報酬の具体的な配分の決定の再一任を受けた代表取締役の裁量の範囲の問題であるという論点を適切に設定した上で、その裁量の範囲については経営判断に類似するとして一般的には幅広い裁量を認めつつ、株主総会におけるAの説明、甲社の業績の推移等の本問の具体的な事実関係に言及して、結論としてはAの善管注意義務違反を肯定するもの。
- ・ 各取締役の報酬の具体的な配分の決定を代表取締役に再一任すること自体は会社法第361条第1項の趣旨に反するものではないとしつつ、具体的に配分を決定する場面は代表取締役が自己の利益のために恣意的な決定をする危険性のある場面であることを理由として、その善管注意義務違反については厳格に判断されるべきであるとの判断枠組みを示した上で、本問の具体的な事実関係を踏まえて当てはめをするもの。
- ・ Aの善管注意義務違反を論ずるに当たり、各取締役の報酬の具体的な配分の決定の結果の不合理性、株主総会の決議で示された株主の合理的意思による制約に服していない問題、Aが定時株主総会で虚偽の説明をして株主総会の決議を騙取したともいうべき問題

について、それぞれ論理的に区別して論ずるもの。

- ・ 特に理由を示さずに増額された報酬2億円の全額を損害と認定するのではなく、適正な額の増額をしたならば甲社に損害はなかったと考えられるとして、増額された報酬の一部（例えば、総額は3倍になっているため、適正なAの報酬は9000万円であり、これを2億円から控除した1億1000円）について因果関係が認められると論ずるもの。

(イ) 不良に該当する答案の例は、以下のとおりである。

- ・ 取締役会に対する一任及び代表取締役に対する再一任をいずれも適法であると論じているにもかかわらず、損害賠償請求ではなく不当利得返還請求が問題となると論じており、本件報酬決定が無効になる理由を論じないもの。
- ・ 代表取締役に対する再一任を適法であると論じつつ、代表取締役の報酬額の決定は利益相反取引であり、会社法第356条第1項が適用されるため、取締役会の決議がないことが問題であると論ずるもの。
- ・ Aの定時株主総会における説明について説明義務違反があると断定的に論じた上で、そのことから直ちに増額された2億円の報酬全額が甲社の損害となると論ずるもの。
- ・ Aが「取締役の報酬の支払に関する事務を甲社の外部に委託」したことが直ちにAの善管注意義務違反となると論ずるもの（各取締役の報酬の具体的な配分の決定を再々委任していると誤解しているように思われる。）。

(3) 設問3について

ア 全体的な採点実感

(ア) 設問3は、甲社の総株主の議決権の約3.2%に相当する数の株式を保有していたGが、甲社に対して会計帳簿等の閲覧謄写請求（会社法第433条第1項）に係る訴えを提起したところ、当該訴えに係る訴訟の係属中に甲社が丙社に対して募集株式の発行をしたことにより、Gは甲社の総株主の議決権の約2.9%に相当する数の株式を保有することとなり、かかる株式保有状況は当該訴訟の事実審の口頭弁論終結時まで継続したという事例において、当該訴えに係る請求が認められるか否かの検討を求めるものである。なお、少数であるが、根拠条文として、会社法第433条第1項ではなく会社法第847条を摘示する答案や、本件請求が会社法第434条に基づく請求であると誤解している答案があったが、会社法の基本的な理解が不足していると評価せざるを得ない。

(イ) 設問3においては、主に、総株主の議決権の100分の3以上という少数株主要件について、これが訴えの提起の時点では充足されていたものの、事実審の口頭弁論終結時には充足されていなかったことがもたらす影響について検討する必要がある。この少数株主要件は、会計帳簿等の閲覧謄写請求が認められるための要件であることからすれば、当該請求に係る訴えにおいて、事実審の口頭弁論終結時に充足されていることを要する（充足されていなければ請求棄却となる）と考えられる。その上で、検査役の選任申立てに関するものではあるが、判例（最決平成18年9月28日民集60巻7号2634頁）の判示の趣旨を踏まえると、訴え提起の時点では少数株主要件が充足されていたものの、その後の募集株式の発行によりこれが充足されないこととなった場合には、会計帳簿等の閲覧謄写請求に係る訴えを妨害する目的で募集株式の発行をしたなどの特段の事情がない限り、当該請求に係る訴えは棄却されると解することができ、このことを反対からみると、上記の「特段の事情」がある場合には、訴えの係属中に少数株主要件を充足しないこととなったときであっても、例外的に当該請求が認められるという立論をすることが可能であろう（なお、上記判例は、検査役選任申立申請人が適格を欠くものとして違法であるとして却下している点において、閲覧謄写請求権という実体権の存否が問題となる本問との違いはあるが、上記の判旨は本問に応用することは可能であろう。）。このような判断枠組み（なお、判断枠組みとしては、上記の「特段の事情」の有無のほか、信義則違反によるものなども

考えられ、具体的な判断枠組みを適切に論ずることができれば、同様に評価される。)を示した上で、本問の事実関係を丁寧に分析し、例外的に請求が認められる場合に該当するかについて説得的に論ずることが求められる。

多くの答案が、少数株主要件は事実審の口頭弁論終結時まで維持されなくてはならないが、例外的に、会社が会計帳簿等の閲覧謄写請求権を行使させないなどの不当な目的で株式の発行を行ったような場合には、事実審の口頭弁論終結時において要件を充足していなくとも権利行使をすることができるという判断枠組みを設定し、本問の事実関係から不当な目的を認定するという、出題の趣旨に沿ったものであった。ただし、多くの答案が、会計帳簿等の閲覧謄写請求権を少数株主権とした趣旨について、株主による濫用的な請求を抑止し、会社の利益が害されないようにする点にあることを理由として挙げていたところ、趣旨の説明として誤りではないものの、この論述だけでは直ちに少数株主要件をどの時点で満たす必要があるかという結論に結び付くものでないことには留意が必要である。

また、新株発行が著しく不公正な方法により行われる場合（会社法第210条第2号）であって当然に無効であることを理由として、少数株主要件を満たすと論ずる答案が一定数みられたが、公開会社においては、判例上この場合であっても直ちには新株発行の無効原因とはならないとされていること及び、そもそも本問の事実関係の下では新株発行無効の訴えの出訴期間を徒過していることを看過しており、会社法の基本的な理解が疑われるものと評価せざるを得ない。

さらに、例外を認める判断枠組みについて、いわゆる主要目的ルールの枠組みで論ずる答案が一定数みられた。摘示する事実が適切であれば、このような判断枠組みで論ずること自体で否定的な評価となるものではないが、このような判断枠組みに引きずられて、請求棄却という原則に対する例外を認めるべきかどうかの判断において考慮すべきでない事実（例えば、割当先が甲社と長年付き合いのある丙社であること）を考慮することは適切でない。

なお、本問の当てはめを論ずる中で、Aが会社資金の私的流用などの忠実義務違反行為をしたと断定し、そのようなAが主導してGの閲覧謄写請求を拒絶することは信義則に反するなどと論ずる答案が一定数みられた。Aに忠実義務違反に該当するような行為が認められるかを確認するためにGが本件請求をしているのであり、問題文で示された本問の事実関係からしても、Aが会社資金の私的流用などの忠実義務違反行為をしたと断定するに足りる内容はなく、誤った断定に基づいて論ずることは、実務家としての重要な資質が疑われるものと評価せざるを得ない。

#### イ 答案の例

(ア) 優秀又は良好に該当する答案の例は、以下のとおりである。

- ・ 会社法第433条第1項の要件及び同条第2項の拒絶事由該当性を漏れなく検討した後、どの時点で少数株主要件が充足されている必要があるのかについて原則と例外を明確に一般論として示した上で、本件増資が行われた時期、必要性や本件増資がAの主導で行われたこと、本件増資の結果としてGの議決権比率が要件をわずかに下回ったことなどの間接事実から、甲社（A）の意図を適切に認定したもの。
- ・ 少数株主要件を充足する必要がある時点について、会社法第433条の少数株主要件は実体的要件であるため、別段の規定がない限り、実体的要件の判断時点である事実審の口頭弁論終結時で判断されることを明示的に論ずるもの。

(イ) 不良に該当する答案の例は、以下のとおりである。

- ・ 少数株主要件を充足する必要がある時点について、事実審の口頭弁論終結時を基準に判断すべきであると論じたにもかかわらず、特に何の理由も示すことなく、本件請求が認められるとの結論を導くもの。

- ・ 少数株主要件を充足する必要がある時点を請求時であるとして本件請求が認められると結論付けるものの、会社の行為による場合に限定するなどの論述がなく、任意の株式譲渡の場合などに同じ結論になることの不都合性に関する問題意識に欠けるもの。
- ・ 自らが依拠する判断枠組みについては論じているものの、問題文から具体的な事実関係を抽出することなく、当てはめを省略して結論だけを論じたり、「問題文からは特段の事情が認められることは明らかである」などと論じて結論を導くもの。

(4) 第2問全体について

全ての設問についてポイントを押さえた論述をすることができているものは、当然のことではあるが、高く評価された。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。

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、会社法の基本的な制度に関する正確な理解を前提として、設問で問われている問題点を適切に抽出するということである。設問1であれば、取締役会設置会社における業務執行の決定は取締役会の職務とされており（会社法第362条第2項第1号）、代表取締役の決定権限は取締役会から委任されたものであって、同条第4項がその委任の範囲に対する制限を定めるところ、このような取締役会と代表取締役との間の権限分配を正しく理解していれば、改めて甲社の取締役会で承認を得るものとされていたにもかかわらず、取締役会に諮ることなく工業用機械βを購入したAの行為が一見すると取締役会の決議に反する行為であるように見えるという本問の事実関係の特徴に気が付くであろう。その上で、緊急性が高い場合には、そのような行為を行う余地が認められるか、本問の事実関係をそのように評価することができるかなどが問題となるが、いずれの結論を採った場合であっても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、会社法の基本的な制度に関する正確な理解を前提として、問題文で示された事実関係における特徴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。工業用機械βの購入及び設置が経営判断であることから、直ちに経営判断原則の一般論を大々的に論ずるようでは、事実関係における問題点を適切に抽出することができたとは評価することができない。また、設問2についても、会社法を一通り学習した者であれば、会社法第361条第1項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、同項の趣旨として伝統的に述べられてきた「お手盛り防止」の言葉は、会社（株主）対取締役という局面で会社（株主）の財産を取りすぎないように規制をするという意味であるが、代表取締役が取締役会から各取締役の報酬の具体的な配分の決定を一任された状態で、他の取締役に回すべき金額を独り占めにする自分を自分で決めることも「お手盛り」であるという前提で「お手盛り防止」という語を用いているものが多く、同項の趣旨を正しく理解しているのかに疑問がある答案が多くみられた。その結果、後者の場面について、代表取締役による具体的な報酬額の決定が善管注意義務違反を構成することがあり得るか、善管注意義務違反をどのような基準で判断すべきかといった、設問2で問われている中心的な問題点の一つに関する検討をすることができた答案は少数であった。後者の場面が伝統的に「お手盛り防止」として想定されてきた場面と異なることに気が付いていれば、総額の範囲内における個別報酬額の決定は取締役相互の利害調整の問題であるともいえ、その決定について代表取締役の善管注意義務違反が問題となり得るか、その場合に代表取締役にどの程度の裁量が認められるかは必ずしも自明ではなく、これらの点を丁寧に検討することなく、Aが自己の報酬額のみを2億円増額する旨の決定をしたことの不当性だけを強調して、簡単にAの善管注意義務違反（又は総会決議遵守義務違反）を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ると思われる。第2問は、特に設問1及び設問2が必ずしも容易な問題ではなく、限られた時間で全ての設問についてポイントを押さえた論述をすること

は困難かもしれないが、会社法の基本的な制度に関する正確な理解を前提として、事実関係における特徴を丁寧に検討する姿勢で臨めば、全ての設問において、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にも関連するが、事実関係を丁寧に分析して問われていることに正面から向き合うことである。自己が採る結論に結び付きやすい法律構成に安易に飛びつくことは避けるべきである。例えば、設問1において、改めて甲社の取締役会で承認を得るものとされていたことに気が付いているにもかかわらず、具体的な事実関係の検討が必要となる善管注意義務違反の法律構成を採ってこのことを正面から論ずるのではなく、甲社の取締役会で承認を得るものとされていたことを強調して、「重要な財産の〔中略〕譲受け」に該当するため直ちに法令違反であるとの法律構成のみによって検討を終えてしまうようでは、高く評価することはできない。また、設問2においても、甲社の立場からの検討が求められているにもかかわらず、その点に配慮せず、「お手盛り防止」という言葉をマジックワードのように用いてAに対する再一任の許容性を否定して、直ちに会社法第361条第1項に違反して法令違反であるとの法律構成のみによって検討を終えてしまうようでは、やはり高く評価することはできない。甲社の立場からの検討が求められている以上、その訴訟代理人になったつもりで、平成24年以降、甲社が各取締役の報酬の具体的な配分を毎年代表取締役任に再一任していることも踏まえ、（甲社の従前の報酬決定方法全般ではなく）本件報酬額決定でAが自己の報酬額のみを2億円増額する旨の決定をしたことの不当性や、定時株主総会においてAが報酬を増額すべき理由として株主に対してした説明と、自らの報酬のみを2億円増額するという行為の不整合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。

#### 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においては会社法第423条第1項及び第362条第4項が問題となること、設問2においては会社法第361条第1項が問題となること、設問3においては会社法第433条第1項が問題となり、少数株主要件をどの時点で充足している必要があるか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や暗記した論証パターンに無理に引き付けて検討しようとし、事実関係における特徴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「お手盛り防止」という言葉をマジックワードのように用いるなど、会社法の基本的な制度に関する正確な理解を欠いている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、そのような論点にも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及びその条文が規律する制度に関する正確な理解であり、事案の特殊性を捨象して暗記した一般論などではない。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、判例についての正確な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、



その際には条文及びその条文が規律する制度の趣旨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7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7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民事訴訟法の基礎的な原理・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。採点にあたっては、受験者がこのような意識をも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、Aの相続人であるXが、本件建物がAの遺産であることの確認を求める訴えを提起したいという事案を題材として、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、固有必要的共同訴訟、確認の利益、証明妨害、弁論主義、法的観点指摘義務等の民事訴訟法の基礎的な概念や仕組みについての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「被告人」、「辩护人」、「構成要件」などの用語を誤って使用している答案、「収集」を「集収」、「紛争」を「粉争」とするなど、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。これらは、例年、指摘されているところであるが、受験者の法律家としての素養を疑わせ得るもので、取り分け用語の誤用については、C B T方式による試験が導入された後も問題となり得る点であり、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 設問1の採点実感

課題1は、遺産確認の訴えが固有必要的共同訴訟と解されている根拠について問うものである。固有必要的共同訴訟となるための要件につき、特に訴訟共同の必要が問題になることを

指摘した上、それがどのような基準ないし事情に基づいて判断されるかを、問題文記載の判例（最判平成元年3月28日民集43巻3号167頁）の判断枠組みを踏まえて論述することが期待される。

固有必要的共同訴訟となるための要件に関し、合一確定の必要のみを挙げ、訴訟共同の必要を挙げていない答案が少なからず存在するなど、固有必要的共同訴訟が、合一確定と訴訟共同の必要がある共同訴訟であるという基本的な内容を理解していない受験者や、合一確定の必要と訴訟共同の必要を混同していると思われる受験者が少なからずいるという印象を受けた。

訴訟共同の必要がどのような基準、事情に基づいて判断されるかを、管理処分権が共同的に帰属しかつ行使されるかという実体法的観点を基礎とし、訴訟法的観点も考慮すべきことを解答できた答案は相当数あった。他方で、管理処分権の帰属に言及していたとしても、「全員に帰属する」「各自に帰属する」などと述べるのみで、管理処分権が単独では行使できず全員でなければ行使できないという趣旨であるのかが、必ずしも読み取れない答案や、訴訟法的観点の具体的内容やそれを考慮すべき根拠の記述がない答案も少なからず見られた。また、この基準を遺産確認の訴えに当てはめた場合に、具体的にどのような要素が訴訟共同の必要を根拠付けるかという点については、具体的に記述ができていない答案と、できていない答案に分かれ、この点について具体的かつ簡潔に述べたものは高く評価された。具体的に記述ができていない答案には、「紛争の一回的解決（あるいは実効的解決）の観点から妥当」、「訴訟経済の観点から妥当」とのみ記載するなど、深く考えずに定型の文言に頼っていると言わざるを得ないようなものも多くあった。

なお、訴訟共同の必要につき、管理処分権が共同的に帰属しかつ行使されるかという実体法的観点及び訴訟法的観点が問題になること自体を意識できていない答案も散見され、これらの答案は低い評価にとどまった。また、一部の答案では、「合一確定」「管理処分権」「遺産分割前の共有状態」等の用語を記述しているものの、これらを有機的に関連付けて論証できていないものがあり、文字列を丸暗記するのみでなく、実体法と手続法の知識を関連付け、用語の意義を理解して活用できるようにすることを心掛けてほしい。また、関連する他の判例（遺言無効確認の訴えに関する最判昭和47年2月15日民集26巻1号30頁）と混同したとも考えられるが、遺産確認の訴えが過去に法律関係を確認するものであるとするなど、判例の趣旨について正確な理解に達していないと思われる答案も少なからずあった。

課題2は、提訴に消極的な当事者を被告として訴えを提起することと確認の利益との関係を問うものである。固有必要的共同訴訟となる確認の訴えにおいて、提訴に同調しない相続人を被告として訴えを提起することができるとした問題文記載の判例（最判平成20年7月17日民集62巻7号1994頁）の射程が問題になり、また、確認の利益が肯定できるという結論を導くための理論構成が問われている。

確認の利益が認められるための一般的基準を示し、その内容を簡潔に説明できた答案は多かったが、その説明がなかったり、不正確であったりするものも散見された。また、問題となるのが即時確定の利益であることを指摘できている答案は多かったが、対象選択や方法選択の検討に分量を割いているものも散見された。「XとBとの間で本件建物がAの遺産に属することに争いが無い」という事情を方法選択の適否の問題として論じる答案も散見された。

XがBを被告に加えて遺産確認の訴えを提起しようとしていることについて、即時確定の利益との関係を具体的に検討できている答案と、できていない答案に分かれた。この点について、即時確定の利益を肯定する理論構成をし、具体的に論述することは、学説上も議論が続いている問題であることもあり、難しい課題ではあったが、訴訟共同の必要がある遺産確認の訴えにおいて、一部の相続人について本案判決が得られないことが、その後想定される遺産分割手続との関係で妥当といえるか、提訴非同調者を被告とすることで権利を主張する者

の訴権保護を図った判例の趣旨と整合するかといった点から論じるなど、即時確定の利益、遺産確認の訴えの目的、問題文記載の上記判例が根拠とする訴権の保護などとの関係を明らかにしながら、論理的な記述ができている答案は高く評価された。本課題は、基本を踏まえて思考を展開する応用問題であり、唯一の正解を言い当てる問題ではなく、持ち合わせている知見を総動員して自分なりの理屈を構築すれば相応の得点が期待できる問題であった。

問題文の事実関係への当てはめにおいて、問題文で示されている「XとBとの間で本件建物がAの遺産に属することに争いが無い」という事情に全く触れずに検討を行い、題意に沿った解答をしていない答案も一定数見られた。また、「確認の利益があるという方向で」の検討が求められているにもかかわらず、確認の利益を否定する結論をとる答案も少数ではあるが存在した。設問の指示をよく読むことを改めて心掛けてほしい。

#### イ 設問1のまとめ

設問1の課題1は、遺産確認の訴えが固有必要的共同訴訟と解されている根拠について問うものである。固有必要的共同訴訟の意義を的確に示し、固有必要的共同訴訟となるための要件につき、訴訟共同の必要がどのような基準、事情に基づいて判断されるかの一般的基準を述べた上で、遺産確認の訴えに当てはめた場合に、具体的にどのような要素が訴訟共同の必要を根拠付けるかにつき、具体的に記述した答案は高く評価されたが、訴訟共同の必要を根拠付ける具体的内容について、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、提訴に同調しない一部の相続人を被告として訴えを提起することと確認の利益との関係を問うものであり、確認の利益が認められるための一般的基準を示した上で、即時確定の利益を肯定する理論構成をして具体的に論述することは難しい課題ではあったが、問題文記載の判例や即時確定の利益の意義をきちんと理解していれば、自分なりの理屈を構築して解答することも十分可能であったと考えられ、実力の差が明瞭に表れていた。

「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、出題趣旨を概ね正しく理解しているが、課題1において、遺産確認の訴えにつき、具体的にどのような要素が訴訟共同の必要を基礎付けるかについて、論述が不十分なものや、課題2において、「XとBとの間で本件建物がAの遺産に属することに争いが無い」という事情につき、問題文記載の判例が根拠とする訴権の保護などとの関係も踏まえて、即時確定の利益との関係でどのように評価できるのかを十分に論じられ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、訴訟共同の必要の具体的内容について十分に論述できておらず、課題2において、「XとBとの間で本件建物がAの遺産に属することに争いが無い」という事情につき、即時確定の利益との関係で取り上げることができなかったものなどである。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、訴訟において重要な証拠になると考えられる売買契約書が一方当事者によって廃棄された場合に、相手方当事者としてはどのような主張をすることができるかにつき、本問におけるXらの立場からの検討を求めるものである。本問では、民事訴訟法第224条第2項の規定などの基礎にあると考えられるいわゆる証明妨害の法理についての理解を問うている。

課題①の証明妨害の意義については、相手方の証明活動を妨げて証明困難な状態にすることである旨を、簡潔に述べられている答案も多かったが、証明妨害一般の意義を聞いているにもかかわらず、問題文に挙げられた民事訴訟法第224条第2項に引きずられたのか、証拠

一般ではなく、文書の場合のみに限定した解答をしている答案も散見された。

課題②に関し、証明妨害がなぜ「訴訟当事者間の信義則に反する」と評価できるのかについては、民事訴訟法第2条を挙げている答案が多かったが、どのような論拠によって、この規定に基づき信義則違反といえるかの説明が不十分なものが多かった。飽くまで一例であるが、「妨害行為によって証明困難な状況に置かれたにもかかわらず、証明責任の法理等の適用によりそのような状況に置かれた者が不利益を受け、妨害者が利益を得るのは不公平・不公正であり、このような事態を容認することは信義に従った訴訟追行を求める民事訴訟法第2条の趣旨に沿わない」などと、簡潔に記述することが考えられる。証明責任や弁論主義に関する一般論を展開している答案もあったが、説明としては迂遠に過ぎるように感じられた。

「訴訟当事者間の信義則に反する」という評価を基礎付ける要素に関し、この点について記述している答案の多くは、妨害行為により証明困難な状況にしまうこと及び妨害者に係る証明困難に至らせる認識（故意ないし重過失）の要素を自分なりに構成して挙げており、評価できるものであったが、客観的要素と主観的要素のいずれか一方しか述べていないものも少なくなかった。一部の答案には、典型例を挙げるのみで一般的な要素を挙げないものがあったが、課題に対する応答として不十分である。

答案の中には、なぜ信義則違反と評価できるのかを踏まえた検討が指示されているのに、その点に十分に触れていないものや、根拠だけを述べて、評価を基礎付ける要素について述べられていないものも散見された。問題文をよく読み、問題文の要求に答えることを心掛けてほしい。

課題③の問題文の事実関係に即した具体的検討については、不十分な答案もあったが、前述した要素を基に、自分なりに具体的事実関係を整理して検討している答案が多かった。証明困難という結果が現に生じているという客観的側面、行為者であるYがAによる建物所有権の取得の有無が争われる可能性などを認識できたという主観的側面につき、それを基礎付ける問題文の事実関係と各側面に関する評価を記述できている答案もそれなりにあり、そのような答案は高く評価された。本件契約書について、証拠としての重要性を指摘するだけでなく、その証拠法上の位置付け（処分証書あるいは典型的信用文書であり、真正な成立が認められる本問では直接証拠として売買契約を直ちに認定できること、唯一の証拠方法とも考えられること）などを問題文の事実関係に即して説得的に論じている答案や、故意又は重過失があること、あるいは背信性が高いことについて、問題文の事実関係を時系列に沿って整理した上で、それに基づき論じている答案も少なからず存在し、事案分析と法的評価の両面で高い評価を受けていた。他方で、これらの客観的側面や主観的側面が問題になることを意識できていない答案や、これらの点に関連する問題文の事実関係を全く指摘できていないような答案も散見され、そのような答案は低い評価にとどまった。

#### イ 設問2のまとめ

設問2では、法科大学院においてそれほど時間をかけて扱っているわけではないと思われる証明妨害について、証明妨害がなぜ訴訟当事者間の信義則に反すると評価できるのかの具体的な論拠を述べた上で、Xらの立場から、Yの行為が証明妨害に当たることを、問題文の事実関係に即して主張することが求められたが、ある程度の論述ができていた答案がそれなりにあったことは評価できる。他方で、民事訴訟法第2条を挙げるのみで信義則違反といえる具体的な論拠を述べていない答案や、信義則違反という評価を基礎付ける一般的要素に関連する問題文の具体的な事実関係を指摘できていないような答案も散見された。問題文から丁寧に具体的な事情を拾い上げることができたかどうかで差がついたように思われる。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ることや、抽象論に終始せず、設問の事実関係に即して具体的に掘り下げた分析及び考察をすることを改めて心掛けてほしい。

「優秀」に該当する答案は、出題趣旨を正しく理解した上で、証明妨害の意義、証明妨害が

信義則に反すると評価できる根拠や、そのような評価を基礎付ける一般的な要素を簡潔に述べた上で、Yの行為が証明妨害に当たることを問題文の事実関係に即して適切な論述をするものである。「良好」に該当する答えは、出題趣旨を概ね正しく理解し、証明妨害が信義則に反すると評価できる根拠や、そのような評価を基礎付ける一般的な要素について述べられているが、問題文の事実関係に即した論述が十分でないものなどである。「一応の水準」に該当する答えは、出題趣旨を理解していることが読み取れ、証明妨害の意義について理解しているものの、証明妨害が信義則に反すると評価できる根拠や、問題文の事実関係の論述が十分にできていないものなどである。これに対し、出題趣旨を正しく理解せず、証明妨害一般の意義を聞いているにもかかわらず、文書の場合のみに限定した解答をし、論拠や問題文の事実関係に即した当てはめについての具体的な論述を欠くような答えは「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、弁論主義の第一原則（主張原則）及び法的観点指摘義務の意義・適用について、具体的事例を通じて、基本的な理解を問うものである。

課題①に関し、弁論主義の第一原則（主張原則）の内容、主要事実の意義については、必要な記載をすることができている答案が多かった。抗弁の意義については、①請求原因と両立すること、②請求原因から発生する法律効果を消滅・障害・阻止するものであること、の2つが要素となるが、どちらか一方しか指摘できていないものが散見された。本件各事実が本件請求原因事実に対する抗弁になることについては、A Y間贈与の事実が所有権喪失の抗弁の主要事実となることを簡潔に記載できている答案も多かったが、両立することにつき事実関係を踏まえた具体的な当てはめが述べられていない答案や、A Y間贈与の事実を具体的に挙げられていない答案も散見された。抗弁の意義について、請求原因と「両立しない」として記述する答案も若干存在した。

課題②に関し、弁論主義の根拠論について、私的自治原則の訴訟手続への反映であることを述べ、当事者が主張していない事実を認定することは不意打ちに当たらなくても弁論主義に反することを簡潔に述べられている答案が多かった。他方、私的自治の原則が民事実体法の基本原則であり、これがなぜ訴訟法に適用されるのかといった点についても説明できていた答案もあり、そのような答案は高い評価を受けていた。これに対し、私的自治原則に触れず、当事者の意思の尊重という点のみを根拠として挙げている答案も相当数あったが、処分権主義（民事訴訟法第246条等）との違いが判然とせず、また、当事者意思の尊重という根拠がどのような基本原理から導き出されるのかの説明がなく、不十分に感じられた。本件においては、主張をしない旨のY（L2）の明示的な意思が示されている事案であるにもかかわらず、裁判所が死因贈与契約の成立を認定することが、当事者の明示的な意思ではなく「合理的意思」に反するとする不適切な記述も時折見られた。今回の試験に限らず、当事者の意思を問題とする場合に「合理的意思」という用語を濫用する傾向があるように思われ、問題文の内容に即した検討を心掛けてほしい。また、弁論主義の（機能ではなく）根拠の一つとして不意打ち防止を挙げているが、「不意打ちはないが、当事者の意思に反するから弁論主義違反になる」といった、論理的であるとは評価し難い答案も一定数見られた。

他方で、弁論主義により、判決の基礎となる事実の提出が当事者の権限とされていることと、求釈明による不意打ち防止が、当事者が攻撃防御を尽くすための機能的役割（手段）と位置付けられることを区別できていない答案も若干あり、民事訴訟法の基本的な概念についての理解を欠いていることを疑わせるものとなっていた。また、釈明権の行使そのものが弁論主義に反するかのように論じる答案も散見されたが、問題となっているのは裁判所による認定が弁論主義に反するかどうかである。関連して、釈明権が行使されると当事者に対する不意打ちが生じる、とする答案も散見されたが、「不意打ち」の用語を一方当事者の期待に反する

というように広く理解したものかと思われる。一般的には、「不意打ち」とは、当事者に十分な攻撃防御の機会を与えることなくある判断が示されることを指すものであるので、用語の使い方により注意を払うことが望ましい。

課題③に関し、裁判所が死因贈与という法的構成を当事者に指摘すべき義務を負う根拠及び理論構成について、その根拠として、判決における不意打ち防止の要請は法的観点（法的構成）にも及ぶべきであり、当事者の弁論権を実質的に保障するためには裁判所が法的観点についても指摘する義務を負う旨を挙げ、その理論構成として釈明権行使による不意打ち防止や弁論権の実質的保障の機能を法的構成まで拡充する必要性があること等を述べられている答案もあった。また、法的観点の認定判断は裁判所の専権事項であるという原則論から出発した上で、法的観点と事実主張とは通常密接な関係があることや、法的観点に関する当事者の不意打ちを防止するという観点からは、あらかじめ裁判所が考える法的観点を当事者に開示し、それに対する意見陳述や討論を促すことが弁論権や手続保障を実質化する上で重要であり、そのような観点から法的観点指摘義務が一定の場合には認められる、といった論旨が展開できている答案は、問題の所在や議論状況を正確に理解しているとして高い評価を得ていた。

他方で、多くの答案が釈明義務又は法的観点指摘義務に言及してはいたが、法的構成が当事者に不意打ちとなることを意識した論述をしている答案はそれほど多くなく、弁論権の保障にまで言及することができた答案は僅かであった。また、問題文の中で、事実の主張については問題がない（したがって、弁論主義違反の問題は出てこない）旨を示していたにもかかわらず、事実の主張に関する釈明権行使あるいは釈明義務の問題としている答案も少なくなかった。その原因としては、法的観点指摘義務の問題を全く知らなかったというよりも、法的観点の指摘が問題になる場面と事実主張を促すことの適否が問題になる場面との区別できておらず、かつ、それぞれにつき別のアプローチで検討しなければならないことが理解できていなかったことが原因ではないかと推測される。この2つの問題は別物であると学修してはいたものの、その拠って立つ規範とその根拠が曖昧なままであったことも原因ではないかと推測される。

具体的事例への当てはめについては、問題文の事実関係から、弁論準備手続終結時に主たる争点の確認が行われていることなどを挙げられている答案と、挙げられていない答案に分かれ、挙げられている答案は高く評価された。問題の場面は、弁論準備手続終結時に争点を確認し、それを踏まえた証拠調べも実施した後の、口頭弁論終結前の段階である。この段階では、事実関係をめぐっては、通常、当事者の主張立証活動や裁判所の心証形成が完了しており、ただ、本問では、その法的評価をめぐって、裁判所と当事者との間に食い違いがある（裁判所が認識している法的観点を当事者が認識していない）という状況にあり、それを踏まえた論述をすることが大切である。

なお、「検討を促すべきであるとする立論」が求められているにもかかわらず、逆の結論を述べる答案が少数ながら存在した。設問の指示について、十分な注意を払うことを心掛けてほしい。

#### イ 設問3のまとめ

設問3は、弁論主義の第一原則（主張原則）及び法的観点指摘義務の意義や根拠についての基本的な理解を示した上で、問題文の事実関係に即して、裁判所が法的観点を指摘し当事者に検討を促すべきであるという立場から、その根拠や理論構成を踏まえて、論じていくことを求めるものである。

弁論主義の第一原則（主張原則）の内容、主要事実の意義などについては、それなりに述べられている答案が多かったが、弁論主義の根拠論については、私的自治の原則が民事実体法の基本原則であり、これがなぜ訴訟法に適用されるのかといった点についても説明できてい

たものは多くはなかった。また、裁判所による法的観点の指摘については、法的観点の指摘が問題になる場面と事実主張を促すことの適否が問題になる場面とをしっかりと区別できている答案は多くなく、そのような基本的事項について、正確に理解した上で、問題文の事実関係に即した論述をすることができたかなどにより、差がつ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、弁論主義の第一原則（主張原則）の内容、主要事実の意義等を的確に述べ、弁論主義の根拠論を踏まえ、不意打ちにならないとしても弁論主義に反する理由や、法的観点指摘義務の根拠、理論構成について論じた上で、問題文の事例に即して、裁判所が当事者に法的観点を指摘して検討を促すべきであることを適切に論述するものである。「良好」に該当する答案は、出題趣旨を概ね正しく理解しているが、弁論主義の根拠論の論述が不十分であったり、法的観点を指摘が問題になることを指摘できてはいるものの、その根拠や理論構成の記述が不十分であったりするものなどである。「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、弁論主義や法的観点指摘義務について記述がされているものの、弁論主義と私的自治原則との関係について触れられていなかったり、法的観点指摘義務と事実主張を促すこととの区別を欠いていると思われるような記載があるものなどである。これに対し、出題趣旨を正しく理解せず、弁論主義と不意打ちとの区別を全く欠いていた、法的観点指摘義務について触れられていなかったりするような答案は「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、基本を踏まえて思考を展開する応用問題も含まれてはいたものの、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。しかし、これらの理解が不十分な答案が多く存在した。

設問1の固有必要的共同訴訟該当性について、全体的に検討不十分な答案が多かったのはやや意外であった。共同訴訟等の複雑訴訟の履修まで手が回っていないのではないかという懸念がある。在学中受験等でカリキュラムが詰まっていることなども影響しているとも考えられるが、より一層の履修上の工夫を望みたい。

本年の問題に限らないが、民事訴訟法の試験においては、民事訴訟法の基礎概念や基本原理・原則、重要基本判例の理由及び判断の枠組みについて正確に理解し、その要点を的確に表現できるか、そのような着実な土台の上で、応用的な課題にどこまで立ち向かえるかを問うているのであり、いわゆる「論点」について定型的な論述ができるかを判定しているものではない。したがって、前記基礎事項の理解や表現がきちんとできていないまま、「論点」についての暗記学修に走っているとすれば、それは的外れと言わざるを得ない。試験準備に当たっては、今回出題されたような基本原理、基礎概念の意義・根拠、重要基本判例の理由及び判断の枠組みを丁寧に学修し、更にそれを起案練習などで繰り返し定着させ、それを土台に具体的事例の解決について思考を巡らせることを心掛けることが大切であり、それこそが実務家に求められる基本的資質・素養ではないかと考えられる（受験者に求められる「現場思考」とは、基礎的事項の確実な定着を前提とした論理的説得力のある思考であり、基礎的事項が不十分なままの思考は、単なる「場当たり思考」になってしまう危険性が高いのではないかとと思われる。従来から採点実感において基本書の精読を勧めているのも、基礎的事項の正確かつ着実な定着を図ってほしいという趣旨に基づくものと理解されるのであり、研究者の先端的な問題意識の学修を殊更に求めている趣旨ではないと思われる。）。法科大学院においても、そのような基礎的事項の理解及び定着にできる限り意を用いていただければと考える。

他方、規範と具体的事実を結び付け、法的評価を的確に加えていくという過程については、多くの答案において良好な傾向がみられたことは高く評価してよいと考える。これは、法理論と具体的事案解決を結び付ける法科大学院教育の成果の表れと考えられる。今後は、実務イメージを持つことが重要な分野（今回の問題でいえば、証明妨害や法的観点を指摘）について、必要に応じて実務系基礎科目や実務家教員と連携しながら、それがどのようなシチュエーションで問題になるのかについて、事



案に即した具体的イメージを持てるような教育を可能な限り実現することが望ましいのではないかと  
思われる。民事訴訟手続について具体的なイメージを有していないため、制度理解を誤ってしまう受  
験者が多いように思われる中、上記のような教育の機会を設けることは必要かつ有益ではないかと考  
える。