

令和7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) 本問では、判例の応用のみならず、法原理等の基礎理論や学説の基本的な知識を論述で活用できるかも問われている。人権分野だけでなく、統治分野についても、基本知識はおろそかにせず勉強してもらいたい。
- (2) 判例への言及が十分でない答案が少なくなく、また判例に言及したとしても判例の理解が不十分で、適切に参照できていない答案もあった。判例学習は基本であり、正確に理解し、論述に反映させる訓練を怠らないでもらいたい。判例に言及する際は、どの判例かが特定できる形で示すことが望ましい。
- (3) 参照すべき判例があるにもかかわらず、それを想起した形跡が全くなく、汎用的な違憲審査基準の定立及び適用で解決しようとする答案が多かったのは残念であった。学習しているはずの判例の知識を活用できていないのは、汎用的な違憲審査基準の定立及び適用さえできれば司法試験公法系第一問は問題ないという認識が透けて見えたように思われた。
- (4) 合憲性の判断枠組みについて、何の迷いもなく、重要な権利だから、厳格な違憲性審査基準が妥当するとだけ書く答案や、特段説得的な論証もなしに「実質的関連性の基準」を強引に設定するような、とにかくいわゆる中間審査基準を書きさえすればいいと考えているとしか思えない答案がかなりの割合で見られた。合憲性の判断枠組みは、本件をどのような事案だと理解するかという事案の分析と結び付けて設定する必要がある、事案の分析とは無関係に、自らが望む結論を導くために恣意的に設定することができるというものではない。審査の厳格度を上下する理由やどの観点から施策を評価するかをきちんと説明すべきであろう。事案の分析が十分になされないまま、あるいは、事案の分析とは無関係に、設定することは適切でない。
- (5) せっかく判断基準を設定しているのに、問題文に記されている諸事実について審査基準との関係を意識せずに論じている答案が少なからずあった。設定した審査基準に沿って書く必要がある。例えば、基準で「必要最小限度」というキーワードを挙げながら、当てはめでそのキーワードを使っていないなど、基準と当てはめが一致していないと思われる答案が散見された。
- (6) 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、問題文に示された事情をそのまま写し、直ちに「重要」であるとか「合理的」であると結論付ける答案が、なお一定数見られた。答案作成者の考察・分析・評価の過程を文章化することを心掛けてほしい。

2 施策①全体について

- (1) 甲は、問題文3頁2から3行目において「まずは投票の義務化の憲法適合性について独立して検討します」と、5行目において「次に、投票の義務化が仮に合憲であるとしても、施策①の(b)は、別途、検討する必要があるようです」と述べており、施策①の(a)と(b)とを区別して論じることが求められていることが明らかであるにもかかわらず、漫然と、両者を一体に同じ論調で論じている答案が散見された。
- (2) 両者を別々に検討はしているものの、(a)は投票義務制であり、(b)は投票権の制限であり、制約自体異なるものであるのに、その差に気付かず、選挙権の重要性のみ指摘するなどして全く同じ基準で検討する答案が存在した。
- (3) 中には、(a)について違憲とした上で、「仮に合憲である」との仮定を書かずに(b)を合憲とするという評価が矛盾する答案も散見された。

3 施策①(a)について

- (1) 問題文3頁2から3行目において、甲が「選挙権の性質や選挙の諸原則を踏まえつつ、まずは投票の義務化の憲法適合性について独立して検討します」と述べているにもかかわらず、選挙

権の性質や選挙権に関する基本原則に触れず、またはその理解が不正確であり、「投票の自由＝自由権としての選挙権（投票権）」に対する制約という問題設定の下で、人権論のパターン答案として論じきる答案が多かった。

施策①(a)は、民主的統治の在り方全体に関わる選挙制度に係るものであり、その合憲・違憲を論じる場合には、いわゆる「違憲審査基準」以外の法原理・当該権利の性質についても当然に考慮する必要がある。

- (2) 選挙権は、通常の憲法上の権利とは異なった性格を有している点がポイントとなる。人権論への誘導に当たって、憲法第13条や第19条を根拠条文として構成する答案が散見されたが、それらの権利が個人的権利としての性格にフォーカスするものであることに鑑みるなら、この本質を理解しないもののようにも思われた。憲法第13条として構成した答案のうち少なくとも1つが、施策①(b)については憲法第15条により構成していたことからすると、単に答案の構成上の技巧的な問題として捉えているのではないかと感じるところもあった。
- (3) また、「選挙権は社会権である」とする答案が見られた。選挙権は制度に基づく権利であり、この性質を説明する際に選挙権には社会権の性質があると説明するものであったが、選挙権や社会権の権利の特質を理解できていない。
- (4) 選挙につき公務の側面があることやいわゆる二元説は教科書レベルの基本的な知識であるが、これに触れて、合憲性を検討できたか否かで大きな差がついた。これに加えて、選挙原則のうち、自由選挙の原則とその趣旨についても触れる答案は高く評価できた。
選挙原則に触れている答案であっても、選挙権は重要であるから投票しない自由も認められる、投票しない自由は重要であり、その制約には厳格な審査基準が妥当するなどとして、選挙原則や選挙権の法的性格から投票の義務制の可否についてどのように導き出しているかが明らかではない答案も多かった。
- (5) 施策①(a)を論ずる上で、立法裁量をどのように考えていくかは重要な視点であり、憲法第44条の定める立法裁量への言及のある答案は高く評価できた。
- (6) 投票の義務制は、投票の秘密（憲法第15条第4項）を害すると論じる答案が少なからず存在した。投票の秘密とは誰に投票したかを秘密にすることを意味するのであって、投票所に行ったか否かは投票の秘密（秘密投票）の問題ではない。

4 施策①(b)について

- (1) 施策①(b)を検討する上では、先例としての在外国民の選挙権行使制限訴訟の最高裁大法廷判決（最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁）の存在は無視し得ない。本問に同判決の射程が及ぶと考えるにしろ、及ばないと考えるにしろ、その点については理由を付して丁寧に論じるべきである。
同判決が示した判断枠組みと、学説上の違憲審査基準との異同・関係などについて、十分な考察ができておらず、同判決の基準を適切に示しつつも、実際の解答においては、その基準を審査基準論における厳格審査基準に準じたものへ変換して解答を進めるものが多くあった。基準を変換する理由を説得的に説明しない限り、答案の書きやすさを最優先させたものとの印象は避けられない。
- (2) 施策①(b)について、投票の自由の制約が問題となっていることは多くの答案が理解できていたが、施策①(a)の投票の義務化の論点において、「投票しない自由」の侵害となるか否かを検討した答案の中には、施策①(b)においても、選挙権の停止が予定されているため、「投票しない自由」が規制されていると構成し、そのことによって同判決を指摘できない答案が存在した。端的に、選挙権行使が制限されていると構成すべきであった。
- (3) 同判決を引用した答案も、その理解が不十分なものが少なくなかった。本問においては、「自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として」と

いう、同判決において示された例外事由に該当するか否かが1つの論点となる。問題文3頁10から12行目においても、「この制限が「選挙の公正」を確保することとどう関係するのか」といった点に注目した方がよさそうです」と明示されていたにもかかわらず、そもそもこの例外事由の存在に言及することなく、同判決を引用している答案が相当数存在した。上記例外事由に言及している答案であっても、この例外に該当するか否かの論証をしているものは、更に少数であった。

他方で、同判決の示した「選挙の公正」について、本問に即してその内容を丁寧に論述した答案は高く評価できた。同判決の言う「公正な選挙」を害する場合は、票の買収等、自ら不正行為を働いた者に限定されると解釈した上で、投票に行かないことは選挙権の保障対象なのだから、正当な行為であり、何ら公正な選挙を害するものではないとした記述や、設問で設定したような投票率が下がっている状態においては、投票に行かないことが、民主主義を空洞化させるという意味で「公正な選挙」を脅かすとした記述などである。

- (4) 本問において、議員定数不均衡に関する判例を参照する答案が少数ながら存在した。本件では普通選挙の原則との関係が問題となっているところ、議員定数不均衡の問題は平等選挙の原則に関わる判例であって、ここで同判例を参照するのは適切ではない。そのように、選挙に関わる判例は、前記在外国民の選挙権行使制限訴訟、戸別訪問訴訟、議員定数不均衡訴訟など複数存在する。しかし、これらは問題となる権利、及び権利侵害態様が全く異なる。施策①は選挙に関わる事例であるが、選挙という共通項だけでどの判例でも先例として参照可能なわけではない。判例が採用している判断枠組みは、権利の行使そのものが不可能な場合の判例と、権利行使は可能な場合とで異なる。それにもかかわらず、後者の場合の判例を前者の事件で用いるのは不適切である。その権利侵害の違いを意識して、その事件に最もふさわしい判例を参照すべきである。
- (5) 義務化せずとも、より制限的ではない手段があるとして、学校教育の充実や民間とタイアップしてインセンティブを与えるべきなどとする答案が散見されたが、立法目的に対する手段としてふさわしいものではなかった。
- (6) 7割が選挙に行くという世論調査結果を特段の論証もなく根拠が乏しいと論断する答案があった。問題文が示す立法事実をひたすら否定するだけの答案もあった。設問で与えられた事実については、特段の事情がない限り、それらの事実を前提にして法的議論を展開すべきである。
- (7) 罰金と投票停止とを丁寧に比較した答案、例えば、投票停止は逆に選挙への無関心を招くことになるのではないかという指摘をした答案などは高く評価できた。もっとも、連続3回の非投票での公民権停止と、非投票1回ごとの罰金で、罰金の方が制裁として軽いと簡単にいえるのかどうかもよく検討してもらいたい。

5 施策②について

- (1) 施策②については、街頭演説が、一般的な表現行為にとどまらず、選挙運動に関するものであることにポイントがある。本問の規制が、選挙運動規制の一環としてなされているという側面に着目し、選挙運動規制に関する一連の最高裁判決等（戸別訪問禁止に関する最判昭和56年6月15日刑集35巻4号205頁、最判昭和56年7月21日刑集35巻5号568頁など）も踏まえて、本問の規制が想定する場面との異同等を考慮しつつ、違憲審査基準を検討した答案は高く評価できた。
- (2) 評価の一つの分かれ目は、戸別訪問禁止に関する前記昭和56年7月判決における伊藤正己裁判官補足意見にいう「選挙のルール論」を参照できたか否かであったが、説得的にこれを参照できている答案は少なく、「選挙のルール論」について誤った理解に基づいて論述をしている答案も少なくなかった。
- (3) 本問においては、本件規制による自由の侵害の構図や規制といった押さえるべき論点を問題文

中から拾えるかが最低限のポイントであった。

- (4) 誰の自由を制限するのかを明示せずに論じている答案があった。施策②が、街頭演説をする候補者、その街頭演説を聴く聴衆、そのうちのヤジを飛ばしたりする聴衆のそれぞれにどのように影響するのかを意識して、そのことがわかるように答案を書くようにしてほしい。
- (5) 当該表現が選挙演説という場面においてどのような意義を有するか（演説の聴衆が候補者に直接意見を届けることの意義など）について触れ、制約されている表現の意義を掘り下げて評価した答案は高く評価できた。
- (6) 内容中立規制と内容規制の異同に触れた上で、施策②について中止命令が実質的に候補者側の要請によって発出される仕組みとなり得ることを捉えて内容規制とみなし得る可能性を検討した答案は、制度の立て付けと実質的效果との関係を的確に踏まえたものとして評価した。
- (7) 時間や場所を指定しての制約を「間接的・付随的制約」とする答案が散見された。間接的・付随的制約とは、行動がもたらす弊害を防止しようとした手段が結果として表現を制約するものとなっている場合のことであると思われる。場所や時間を指定することによってもたらされる制約は、直接的規制であろう。
- (8) 施策②が規制対象としている「聴衆による不穏当な行為」は、選挙妨害罪で検挙されるような積極的妨害行為ではない行為を規制対象としており、低価値表現と即断できるものではない。その合憲性判断に際しては、憲法第21条第1項の保障する表現の自由とは何かという視点から丁寧に答案を書くことが求められる。機会の限られた街頭演説の場であることを重く位置付けた上で演説者の側の表現の自由を優位に置く答案や、街頭演説だからこそ、その場でしか実現できない直接の双方向性を重視し、聴衆の表現の自由の制限が認められるのか慎重に審査すべきとした答案などは、高く評価できた。

6 形式面について

法曹になる者として、専門用語の誤字は恥ずかしく、注意して記載すべきである。

令和7年司法試験の採点実感（公法系科目第2問）

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項にいう「処分」に該当するのどのようなものかについて、最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁の判示あるいは、公権力の行使・法的効果といった要素を示した上で、最判平成17年7月15日民集59巻6号1661頁（以下「平成17年判決」という。）がいかなる理由で病院開設中止の勧告の処分性を肯定したのかを説明し、本件勧告の処分性を肯定する立場の論拠を提示するとともに本件勧告の処分性が否定されることを論じ、本件指示の処分性を否定する立場の論拠を提示するとともに本件指示の処分性が肯定されることを論じているものは、一応の水準に達している答案と判断した。
- これに加えて、本件勧告の処分性、本件指示の処分性のそれぞれについて、肯定する立場・否定する立場の双方から、法的効果の有無・内容や後続の行為を争うことによる救済可能性といった複数の論拠ないし観点を提示しながら論じているものは、良好な答案と判断した。
- さらに、指示について規定している本件条例第33条では審議会の意見を聴くことが定められている（第2項）一方、勧告について規定している本件条例第32条にはこのような定めがないことや、本件条例第33条では「正当な理由なく」という要件が定められているところ、本件条例第32条や公表について規定している本件条例第34条にはこのような定めがないことに着目して論じているものなどは、優秀な答案と判断した。

(2) 設問1(2)

- 行訴法第37条の4第1項本文にいう「重大な損害を生ずるおそれ」が認められるためにはいかなるものが必要であるかにつき、最判平成24年2月9日民集66巻2号183頁（以下「平成24年判決」という。）の判示を示した上で、本件指示がされた後に取消訴訟を提起して執行停止の決定を受けることにより容易に救済を受けることができるかどうかを論じているものは、一応の水準に達している答案と判断した。
- これに加えて、本件指示の発出後直ちに公表が行われるわけではないことを指摘した上で、公表がされる前に執行停止の決定を受けることができるかどうかを検討しているものは、良好な答案と判断した。
- さらに、指示から公表までの具体的日数（公表がされるのは指示の発出後40日以降であること）を指摘しているものや、Aに生じ得る損害がそれ自体として回復困難性の高いものであるかどうかを論じた上で、執行停止による救済可能性を検討しているものなどは、優秀な答案と判断した。

(3) 設問 2

- 勧告事項 1、2 及び 3 のそれぞれについて、本件勧告が適法であるとする立場の論拠及び違法であるとする立場の論拠を示して、本件勧告が違法であることを結論付けているものは、一応の水準に達している答案と判断した。
- これに加えて、勧告事項 1、2 及び 3 のそれぞれについて、【法律事務所の会議録】で示されている複数の観点を用いて、A の主張及び B 市の主張を構成することができているものは、良好な答案と判断した。
- さらに、勧告事項 1 に関して、規制距離内の住宅に現に居住している者が本件条例第 29 条第 2 項にいう居住者に該当すると解される理由を説明しているものや、本件条例第 29 条が本文とただし書で構成されていることに留意して、本件条例第 29 条第 2 項本文の違反がないことを論じているもの、勧告事項 3 に関して、「生活環境を損なうおそれがあると認められるとき」という要件の認定に裁量が認められないこと及びその理由を示した上で本件勧告が違法であることを主張するとともに、仮に裁量が認められるとしても裁量権の逸脱濫用があると論じているものなどは、優秀な答案と判断した。

4 採点実感

以下は、考査委員から寄せられた主要な意見をまとめたものである。

(1) 全体的印象

(全体の構成)

- 法的三段論法を踏まえた論述がされていない答案が目立った。まず、規範を定立し、その上で、本件の具体的事実を当てはめ、結論を導いてほしいのだが、いきなり結論だけを書く答案や、具体的事実の当てはめがない答案が相当数みられた。
- 想定される反対の見解（設問 1 (1)）や想定される B 市の反論（設問 2）を踏まえた論述が求められていたにもかかわらず、一方の立場からの論述に重きを置きすぎ、他方の立場からの論述が不足していたり全くなかったりする答案が少なくなかった。対立する立場からの法的立論を検討することは法律実務家にとって不可欠であるため、普段の勉強においてもこのような視点を意識してほしい。

(問題文や参照条文の正確な読み取り)

- 本件条例第 32 条、第 33 条の「必要な措置」を、市長による措置であると誤解している答案が散見された。また、悪臭防止法第 28 条の罰則を、規制基準違反に対する罰則であるとする答案もみられた。権限の主体、権限行使の相手方、権限の内容などを参照条文から正確に読み取ることが必要である。

(問いに対する的確な対応)

- 問題文で指示されているのに、検討の末尾に「適法である」、「処分に当たる」といった結論を明示していない答案が少なからずみられた。法律実務家を目指す以上、日常の学習においても問いに対して一定の結論を示す姿勢を意識してほしい。

(途中答案・時間配分)

- 設問 2 について、検討が不十分な答案が多く、途中答案も目に付いた。他方、設問 2 では丁寧な議論を展開していた反面、設問 1 がやや正確さを欠く論述となっていた答案も少数ながらあった。各受験者が解答しやすい設問に重点を置いた記述をすること自体は問題ないが、これによって他方の設問の検討がおろそかとなることのないようバランスを意識してほしい。
- 毎年の繰り返しになるが、明らかに時間切れの答案も散見された。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)

- 処分性の一般論については、ほとんどの答案がよく書けていた。他方、事案の具体的な分析においては、処分性の判断において検討すべき事項、すなわち、本件勧告や本件指示が具体的な義務を課す又は法的地位を変動させるものであるかといったことを説得的に論じることなく、救済の必要性等の抽象的な議論に終始している答案が多くみられた。
- 問題となる行為が市長の行為であることや、条例に根拠を有していることのみを理由として直ちに権力的行為に当たると論じる答案があったが、行政機関が法律や条例に基づいて行う行為であっても、相手方が任意にこれに従うことを期待してされる行政指導に該当する場合もあり、そのような行為は非権力的行為であることに留意してほしい。
- 本件条例が法ではないことを前提に処分性を論じたり、公表が処分であることを前提に、公表の取消訴訟を提起すればよいと論じたりする答案がみられた。基礎的な知識を再確認してほしい。
- 本件勧告と本件指示の双方について処分性の有無を論じることが求められているにもかかわらず、いずれか一方しか論じない答案や、本件勧告の処分性を肯定したり、本件指示の処分性を否定したりする答案もあった。設問を丁寧に読むことが求められる。
- 本件勧告について論述しているのか本件指示について論述しているのかが分かりにくい答案が一定数あった。自分が何について論じているかを意識することはもちろん、それが読み手に伝わるかを意識して論述することが必要である。

(平成17年判決について)

- 平成17年判決について、「保険医療機関の指定」という言葉が出てこない答案(例えば、単に「後続処分」としたり、「指定」を「認定」としたりしている答案)、相当程度の確実さをもって指定を受けられないとすべきところを、相当程度の確実さをもって病院開設を断念させられるとしている答案、後に保険医療機関の指定拒否処分を争うことによっては実効的な権利救済を受けられないと判示したと論述する答案など、同判決の理解が不正確と思われる答案が多くみられた。重要判例については、日常の学習においても正確な理解を心掛けてほしい。

(本件勧告の処分性について)

- 本件条例第32条に基づく勧告(又は指導)が本件条例第33条に基づく指示及び本件条例第34条に基づく公表の前提になっていることについての指摘を欠く答案、本件勧告が悪臭防止法第8条第1項に基づくものであるとして論じる答案など、本件条例の構造についての読み解き方が不十分な答案が散見された。
- 本件勧告の処分性を否定する文脈の中で、本件勧告に引き続いて指示、公表が行われる蓋然性の有無を論じ、それが否定されることのみをもって本件勧告の処分性を否定する答案が散見された。しかし、指示、公表が行われる蓋然性の有無は、本件勧告が私人の権利義務又は法的地位に何らかの影響を与えているといい得るかどうかを検討する際の考慮事項の一つにすぎないので、その位置付けを正確に把握する必要がある。
- 本件勧告の処分性を否定するに当たり、本件勧告に従えば指示や公表に至らないことを挙げる答案が散見されたが、Aが本件勧告に従う意思がないからこそ紛争となっているのであり、ここで問われているのは、勧告に従わなかった場合に指示や公表がなされる可能性があることをもって処分性を肯定できるかどうかである。
- 本件勧告が市長により条例に基づいて行われることをもって「一方性」が認められるとする答案が多数見られた。しかし、処分の定義として登場する「一方性」とは、法効果の設定が相手方の同意に依存していないことを意味する。したがって、勧告の「一方性」を言うのであれば、その前提として、当該勧告自体に(勧告という名称にもかかわらず)何らかの法効果があり、その法効果が行政機関の意思のみで生じる制度になっていることを論

じなければならない。

(本件指示の処分性について)

- 本件指示の処分性を肯定する場合、それがどのような法的効果を有するか(法的効果の内容)が問題となるが、本件指示に法的効果があるとする一方でその内容が不明確な答案があった。処分性を肯定するに足りる法的効果があるとするのであれば、その内容も明確に示すべきである。
- 本件条例第34条に基づく公表が制裁の性質を有すると論じる答案は多かったが、その前提として、本件指示が具体的な義務を課すものであり、制裁たる公表が同義務の実効性確保措置であることを指摘できている答案は少なかった。
- 平成17年判決と同様に考えることができるか否かの検討が求められているのは、本件勧告の処分性についてであり、本件指示の処分性については求められていない。しかし、本件指示についても、同判決と同様に考えることができるか否かを検討する答案(例えば、本件指示がなされると、相当程度の蓋然性をもって公表がなされるとして、このことを本件指示の処分性肯定の論拠とするもの)が少なくなかった。

(3) 設問1(2)

(全体について)

- 処分の差止めの要件を押さえる上で、取消訴訟及び他の仮の救済(執行停止申立て)を踏まえる必要があるが、そのような必須の形式要件部分を論じないまま、すぐに「重大な損害」要件部分の解釈へと展開する答案が目立った。

(平成24年判決について)

- 平成24年判決の判示のうち本問で意味を持つのは、差止訴訟の訴訟要件たる「重大な損害を生ずるおそれ」の意義について、「処分がされることにより生ずるおそれのある損害が、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものではなく、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのであれば救済を受けることが困難なものであることを要する」とした部分であるが、これが書けていない答案が多かったほか、平成24年判決の事案の当てはめであって本問と無関係の「懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされること」について、相当の分量にわたって論述する答案もみられた。判例を学習する際には、長い判決文のうちどの部分が一般論としての判示であるかを自覚的に読み取る必要がある。

(「重大な損害を生ずるおそれ」要件の充足性について)

- 全体としては良くできていたが、平成24年判決の理解が十分ではない答案もみられた。同判決の重要なポイントの一つは、処分後に当該処分の取消訴訟等を提起して、これに伴う執行停止申立てが認容されることで「容易に」救済を受けられるかどうかであるが、その点についての理解が不十分と思われる答案が目立った。
- 本問では、本件指示と公表との間に時間的猶予があることから、処分がされた後に取消訴訟を提起して執行停止を受けることにより容易に救済を受けることができるかどうか(執行停止が間に合うかどうか)を検討する必要があるが、公表による損害が回復困難であることのみから「重大な損害を生ずるおそれ」の要件を充足するとして、執行停止が間に合うかどうかの検討ができていない答案が多かった。
- 経済的損失(販売への支障)は基本的には金銭賠償で回復可能であることに言及した答案が少なかった。

(4) 設問2について

(全体について)

- 設問2は、本件勧告の違法性を論じることが求められているから、端的にその点を論じればよいにもかかわらず、本件指示の違法性を論じたり、本件指示に対する抗告訴訟におい

て本件勧告の違法を主張することができるかどうか（違法性の承継の問題）を論じたりする答案が散見された。

- 問題文に「想定されるB市の反論を踏まえて検討しなさい。」と書かれているにもかかわらず、Aの主張のみを論じB市の主張に関する論述が不十分である答案や、B市の主張に全く言及していない答案が多くみられた。
- 設問2では、「Aはどのような主張をすべきか」を聞かれているにもかかわらず、Aの主張は失当であるとか、本件勧告は適法であると結論付ける答案が散見された。
- 勧告事項1及び2に関して、Aの主張との関係でも、裁量を論じている答案があった。しかし、問題をよく読めば、裁量についての論述を求められるのが勧告事項3のみであることは明らかである（会議録における弁護士Gの発言中でも、勧告事項3についてB市は裁量が認められると主張する旨指摘されている。）。なお、【法律事務所の会議録】には、論述すべき事項の手掛かりが示されているのであるから、会議録の会話や指示を踏まえた議論を展開することを意識してほしい。

（勧告事項1について）

- Aの主張として「現に居住している者が居住者である」との規範を定立し、他方、B市の主張として「一時的に離れているにすぎない者も居住者である」との規範を定立し、それぞれ、法的三段論法に従って、具体的な事実を当てはめ、結論を導くという論述を想定していたが、そのように両者の見解を対比させ、かつ、法的三段論法に沿って丁寧に論じられている答案は少なかった。
- 本件条例第29条第2項にいう「居住者」該当性についての結論を示すのみで、「居住者」の意味やその理由を説明していない答案が一定数みられた。本件条例第29条第2項（別表を含む）の構造に照らすと、論じるべきは本来、本件の立地規制において制限距離の起点となる「住宅」の意義であり、特定家畜飼養施設から生じる生活環境への影響を防止するという条例の目的を踏まえると、制限距離の起点となる「住宅」とは、現に居住者がいる建物であると解される。このような理解がないまま、「Cは居住者ではないためその同意は不要である。」といった叙述をするのみでは、不十分である。
- 本件条例第29条第2項が本文とただし書で構成されており、厳密には本件条例第29条第2項本文の違反の有無が問題となるどころ、これを理解して、居住者がいない住宅には、本件条例第29条第2項本文が適用されない（又は、居住者のいない住宅は同項本文の「住宅」に当たらない）と解されると論ずる答案はほとんど見られなかった。Cが同項ただし書の「居住者」に当たらず、同項ただし書の「同意」が不要とするだけでは、同項本文に違反していることに変わりはないので、注意が必要である。

（勧告事項2について）

- Aの主張として「立入検査は、悪臭防止法第8条第1項の要件が充足されていることが前提である」との規範を定立し、他方、B市の主張として「悪臭防止法第8条第1項の要件が充足されていない場合であっても、立入検査を行うことができる」との規範を定立し、それぞれ、法的三段論法に従って具体的な事実を当てはめ、結論を導くという論述を想定していたが、そのように両者の見解を対比させ、かつ、法的三段論法に沿って丁寧に論じられている答案は少なかった。
- 勧告事項2については悪臭防止法第20条に基づく立入検査の可否を論ずることが求められているところ、立入検査の要件について、同法や本件条例の規定の構造を適切に理解していない答案が散見された。悪臭防止法第20条第1項が市町村長に立入検査権限を付与する規定であって私人に義務を課す規定ではなく、罰則は検査規定の実効性確保手段にすぎないから、立入検査拒否は違法ではないとした上で、本件条例第32条の『悪臭防止法の規定に適合しない』に当たらないとする答案も散見されたが、検査の受忍が法的義務で

あるからこそ、検査忌避に対して罰則を設けることが可能となるのであって、罰則の存在は必ず義務の存在を前提とするから、このような論述は誤りである。

- 本件条例第32条の文言に照らして（特定家畜飼養）施設が悪臭防止法の規定に適合していないことが要件になるということへの言及がないもの、悪臭防止法第20条の規定による検査を行うためには同法第8条第1項に定める要件が充足されることが前提になるというAの主張の根拠として、同法第20条が「第8条第1項（中略）の規定による措置に関し」と規定しているということの指摘がないものなど、条文の解釈が不十分な答案が多くみられた。

（勧告事項3について）

- 「生活環境を損なうおそれがあると認められるとき」の該当性については、B市が裁量の存在を主張することが予想されるため、裁量統制基準に照らした解答が求められるところ、どの点に裁量が認められるのか、それについてどのような基準であれば違法・適法の判断が導かれるかといった基本的な解釈論を意識した答案は、想定していたより少なかった。また、要件該当性を検討する上で、行政庁の適否が分かれる判断につながる事実（例えば、意見提出者が1名のみであったこと等）を的確に拾う必要があることに気付いていない答案も多かった。裁量統制基準の当てはめの際は、設問において示された諸事実をいかに丁寧に拾えるかが枢要となることを意識してほしい。
- 市長に要件裁量が認められるとのみ記載してその理由の説明がない答案、裁量権の逸脱濫用の判断枠組みについて記載がない答案、本件の具体的事実についての検討が不十分な答案などが散見された。また、「全く（重要な）事実の基礎を欠くこと」、「社会観念上著しく妥当を欠くこと」、「考慮不尽や他事考慮などがあること」、「裁量権の逸脱又は濫用があること」という各要素の関係について、最高裁判例の論理構造を理解していない答案が多くみられた。
- 市長に要件裁量が認められるという点はおおむね指摘できていた一方、市長に要件裁量が認められない可能性を全く想定していない答案が多かった。【法律事務所の会議録】における弁護士Gの最後の発言によれば、仮に裁量が認められるとしたらAとしてはどう論じるべきかという観点からの検討が必要であるが、だからといって、Aとして、市長の裁量が認められることを前提に主張すれば足りることにはならない。Aの立場に立てば、市長の裁量の存在は不利に働くから、裁量論に踏み込むことなく処分の違法性を論証することが第一選択となるのであり、まずは『生活環境を保全』（悪臭防止法第1条）することを目的として設定された規制基準を現に超過しておらず超過する見込みがあったわけでもない以上、生活環境を損なうおそれがあったとは認められない」と主張し、それが裁判所によって認められない場合に備えて、裁量濫用に係る主張をすることになるはずであるが、そのように論じている答案は多くなかった。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

- これまでも繰り返し指摘されていることであるが、行政法の基本的な概念・仕組み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。一見遠回りのようでも、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、従来と異なる。

さらに、複数の論点に表面的に言及する答案よりも、特に深い考察が求められている問題点について緻密な検討をし、それらの問題点の相互関係に意を払う答案が、優れた法的思考能力を示していると考えられることが多い。そのため、採点項目ごとの評価に加えて、答案を全体として評価し、論述の緻密さの程度や構成の適切さの程度に応じて点を与えることとした。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、司法試験考査委員会議申合せ事項にいう「優秀」、「良好」、「一応の水準」及び「不良」の四つの区分に照らし、例えばどのような答案がそれぞれの区分に該当するかを示すこととする。ただし、ここで示された答案は上記の各区分に該当する答案の例であって、これらのほかに各区分に該当する答案はあり、それらは多様である。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

(ア) 全体的な採点実感

設問1(1)において論ずべき事項は、大別して、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つたことをもって「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⑤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、①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の、②F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、③F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是少数にとどまった。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

(7) 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。

(4) 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)を論ずる必要があるが、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ふべき問題

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により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かとと思われる。

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か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な内容を踏まえつつ、論理的で一貫した思考の下で端的に検討結果を表現しなければならない。採点にあたっては、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」、「弁護人」、「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为基础とし、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、「紛争の一次的解決（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の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る答案も多かった。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つたものなどである。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て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（処分証書あるいは類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き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えが多かった。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えも多かったが、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えや、A Y間贈与の事実を具体的に挙げられていない答えも散見された。抗弁の意義について、請求原因と「両立しない」とことと記述する答えも若干存在した。

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えが多かった。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えもあり、そのような答え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えも相当数あったが、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、論理的であると評価し難い答えも一定数見られた。

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えも若干あり、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えも散見されたが、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、とする答えも散見されたが、「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、法的観点の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たりす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される。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の指摘）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。

令和7年司法試験の採点実感（刑事系科目第1問）

1 出題の趣旨、狙い

既に公表した出題の趣旨のとおりである。

2 採点方針及び採点実感

本問では、具体的事例について、甲、乙及び丙の罪責とその理論構成、甲及び乙について一定の結論を導くための説明を問うことにより、刑法の基本的な知識と問題点についての理解の程度、事実関係を的確に分析・評価して具体的事実に法規範を適用する能力及び結論の妥当性とその導出過程の論理性・論述力等を総合的に評価することを基本方針として採点に当たった。

いずれの設問の論述においても、各設問の内容に応じ、各事例の事実関係を法的に分析し、事案の解決に必要な範囲で法解釈論を展開して規範を定立した上で、問題文に現れた事実を具体的に摘示しつつ規範に当てはめ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。ただし、論じるべき点が多岐にわたることから、重要な事項については手厚く論じ、そうでない事項については簡潔な論述で済ませるなど、答案全体のバランスを考えた構成や時間配分を工夫することも必要である。

(1) 設問1について

ア 設問1(1)について

本問においては、乙が、私立A大学（以下「A大」という。）の入試会場において、甲に成り済まして小論文試験の解答用紙（以下「本件用紙」という。）に甲の受験番号である「A123」を記載した上で解答を記入し（以下「本件作成行為」という。）、本件用紙をA大に提出した行為（以下「設問1(1)の行為」という。）について、乙に有印私文書偽造・同行使罪が成立するとの立場から、その結論を導くために、どのような説明が考えられるかについて論じることが求められ、その際、特に本件作成行為が「偽造」に当たるかについて、文書の名義人及び作成者の意義をそれぞれ明らかにした上で、株式会社Xの取締役Yがその秘書Zに命じて取締役Y名義の文書を作成させた場合（以下「秘書事例」という。）と比較しつつ論じ、その他の成立要件についても言及することが求められていた。

本件作成行為が「偽造」に当たるかについて検討する上で、まずは、私文書偽造罪における「偽造」の意義を踏まえておく必要があるところ、偽造の意義については、判例上、「作成権限なく他人の名義を冒用して文書を作成すること」と定義するものと「文書の名義人と作成者との間の人格の同一性を偽ること」と定義するものがあり、両者は同義だと解されているが、近時は後者を用いることが多くなっており、ほとんどの答案が後者を用いていた。

偽造の意義について「文書の名義人と作成者との間の人格の同一性を偽ること」と解する場合には、文書の名義人及び作成者の意義をそれぞれ明らかにする必要があるが、特に作成者の意義に関しては、文書を事実として物理的に作成した者とする考え方や、文書に表示された意思又は観念が由来する者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、直ちに結論を示している答案がほとんどであった。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結論を示している答案は、ごく少数であったが、こうした答案は、そうでない答案と比較すると高い評価となった。また、名義人及び作成者の意義の論述が不正確な答案や、そもそも名義人及び作成者の意義について論述していない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。

本問では、本件作成行為が「偽造」に当たるかについて、文書の名義人及び作成者の意義をそれぞれ明らかにした上で、秘書事例と比較しつつ論じ、その他の成立要件についても言及することが求められていたところ、名義人及び作成者の意義に関する自説を踏まえた偽造の

理解を、本件作成行為と秘書事例に適切に当てはめながら、文書の性質の違いなど両事例の相違点を明らかにしつつ結論を導くことができていた答案是、高い評価となった。これに対し、名義人及び作成者の意義に関する自説を踏まえた偽造の理解を、本件作成行為と秘書事例に当てはめて結論を導出する際に、論理的に矛盾した論述をしている答案や、両事例の相違点を意識していない答案、問題文に秘書事例と比較しつつ論じるよう明記していたにもかかわらず、これに正面から答えていない答案も散見されたが、こうした答案是低い評価となった。また、問題文にその他の成立要件（「事実証明に関する文書」や「署名（有印性）」など）についても言及するよう明記していたため、ほとんどの答案がこれらの成立要件についても言及していたが、これらの成立要件について言及していない答案是低い評価となった。

イ 設問1(2)について

本問においては、乙が、B店において、店員Cに対して腕時計の購入を申し込み、その際、甲に成り済まして甲名義のクレジットカード（以下「本件カード」という。）をCに提示し、B店に設置されたカード決済端末機に本件カードを差し込み、その暗証番号を入力し、Cをして、乙が甲本人であり、本件カードの正当な利用権限を有していると信じさせ、乙に対して上記腕時計を交付させた行為（以下「設問1(2)の行為」という。）について、乙に詐欺罪が成立するとの立場から、その結論を導くために、どのような説明が考えられるかについて論じることが求められ、その際、特に「人を欺く行為」の意義を明らかにした上で、設問1(2)の行為は「人を欺く行為」に当たらないとの立場に反論しつつ論じ、その他の成立要件についても言及することが求められていた。

「人を欺く行為」の意義に関し、近時の判例は、本件のように財産的損害の存否が問題となり得る事案では「交付の判断の基礎となる重要な事項」（重要事項性）を偽る行為があったかどうかの判断を重視しており、多くの答案是この点を意識した論述ができていた。

設問1(2)の行為は「人を欺く行為」に当たらないとの立場に関し、比較的多くの答案是、支払意思・能力を偽っていなければ重要事項性についての偽りはないなどといった点を挙げ、上記消極の立場の論拠に言及することができており、こうした答案是高い評価となった。これに対し、問題文に上記消極の立場について言及するよう明記していたにもかかわらず、これに正面から答えていない答案も少なからず見られたが、こうした答案是低い評価となった。

上記消極の立場に反論しつつ、乙に詐欺罪が成立するとの結論を導くに際しては、本件カードの会員規約において、会員は、他人にクレジットカード（以下「カード」という。）を利用させてはならず、貸与等によりカードの占有を他人に移転することを禁じる旨が定められており、また、本件カードの加盟店規約において、加盟店は、善良な管理者の注意義務をもって、カードを提示した者とカードの名義人の同一性を確認することなどが定められており、B店では名義人以外の者によるカードの利用には応じないことにしていたことや、通常、過失によって同一性の確認を怠った場合には、加盟店には規約違反としてカード会社から立替払いを受けられない危険性があることなど、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比較的多く見られ、こうした答案是高い評価となった。これに対し、特に理由を示すことなく、カード利用者とカード会員の同一性はB店にとって重要な事項に該当するとして、乙に詐欺罪が成立するとの結論を導く答案も少なからず見られ、こうした答案是低い評価となった。また、問題文にその他の成立要件（「錯誤」や「交付行為」など）についても言及するよう明記していたため、ほとんどの答案がこれらの成立要件についても言及していたが、これらの成立要件について言及していない答案是低い評価となった。

ウ 設問1(3)について

本問においては、設問1(1)の行為及び設問1(2)の行為について、甲に乙との間で有印私文書偽造・同行使罪及び詐欺罪の共同正犯が成立するとの立場から、その結論を導くために、そ

れぞれどのような説明が考えられるかについて論じることが求められていた。その論述に当たっては、問題文において、本件用紙に甲の受験番号である「A 1 2 3」が記載され、本件カードが甲名義であるにもかかわらず、甲に共同正犯が成立する理由に触れつつ論じ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て共同正犯の成否を検討する答案が比較的多く見られた。甲が単独で行えば処罰されないにもかかわらず、共同正犯だとなぜ処罰されるのかという点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が、こうした答案は高い評価となった。

本件用紙に甲の受験番号である「A 1 2 3」が記載され、本件カードが甲名義であるにもかかわらず、甲に共同正犯が成立する理由について、上記問題の所在を踏まえ、自説の論拠を明らかにした上で、甲に共同正犯が成立するとの結論を導いている答案は、高い評価となった。これに対し、多くの答案は、上記問題の所在を踏まえることなく、甲と乙との間に共謀が成立していて、その共謀に基づいて乙が設問 1 (1)の行為及び設問 1 (2)の行為に及んでいることのみを理由に、甲に共同正犯が成立するとの結論を導いていたが、こうした答案は著しく低い評価となった。

(2) 設問 2 について

ア 甲の 4 月 1 日の犯行について

本問において、甲は、故意に D の顔面を拳で殴り、これにより D に全治約 2 週間を要する顔面打撲の傷害を負わせているのであるから、甲には D に対する傷害罪が成立する。また、甲は、故意に丙の顔面を拳で殴り、これにより丙に全治約 2 週間を要する顔面打撲の傷害を負わせているのであるから、甲には丙に対する傷害罪が成立する。これらの点については、傷害罪の構成要件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、この点について論じていない答案も散見された。

イ 甲の 7 月 1 日の犯行について

本問において、甲は、D の頭部を拳で十数回殴り（以下「本件暴行」という。）、これにより D に硬膜下血腫を生じさせて意識を喪失させ、その後、丙が D を抱えて E 病院に向かっていた際に丙及び D が自動車に衝突され、D は同衝突によって生じた肝臓破裂による失血により死亡しているため、傷害罪にとどまるか致死結果まで帰責されるかが問題となるところ、多くの答案は、本問の事案を具体的に分析し、本件暴行と D の死亡との間に自動車の衝突という事情が介在しているため、本件暴行と D の死亡との間に因果関係を肯定することができ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、因果関係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。

因果関係論に関しては、刑法上の因果関係を肯定するためには実行行為の危険性が結果に現実化したことが必要であるとする考え方や、条件関係の存在を前提として、行為の時点に立ち、社会生活上の経験に照らしてその行為からその結果が発生するということが相当だと認められる場合に因果関係を肯定する考え方などがあり得るところ、いずれの考え方に立って論じるとしても、自説の論拠を明らかにして規範を定立することが求められ、それができている答案は高い評価となったが、それができていない答案は低い評価となった。

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、こうした答案は高い評価となったが、自ら定立した規範をただ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見られ、こうした答案は低い評価となった。

ウ 甲による D に対する暴行を阻止しなかった丙の態度について

本問において、甲と丙の間には本件暴行を加えることについての意思連絡が認められないため、丙を共謀共同正犯として処罰することはできず、また、丙は、甲が本件暴行に及んだ

際、本件居室内のトイレ内にいただけであって、言葉を発するなど何らかの積極的な行動に出てはいないため、丙を作為による幫助犯として処罰することもできないことから、甲がDに対して暴行を加えようとしていることを認識しつつ、何もしなかった丙の態度について、不作為犯として処罰することができないかが問題となる。かかる問題の所在を的確に示すことができていない答案がほとんどであったが、この点を的確に示している答案も少数ながら存在し、こうした答案は高い評価となった。

不作為犯が成立するためには、その関与類型いかんにかかわらず、関与者に作為義務が必要であるところ、本件のような子どもに対する暴行を親が放置する事案では、作為正犯の犯行によって侵害されようとしている法益を保護すべき関係があることが作為義務の発生根拠となる。このような法益を保護すべき関係を根拠付けるものとしては、親権者という法的地位や同居の実態、被害者の生命・身体への安全確保が行為者のみに依存している状態、子に虐待を加える者と同居や交際を継続したことによる法益への危険創出などといった事情が挙げられる。そのため、本件においても、丙がDの母親であり同居の実態があることや、丙以外に甲による暴行からDを守れる者がいないことなどを指摘して、丙に作為義務があることを論じることとなる。これらの具体的事情を単に指摘し結論を導いているだけの答案は低い評価にとどまったのに対し、作為義務が必要となる根拠や法益を保護すべき関係があることが作為義務の発生根拠となることなどについても言及している答案も少なからず存在し、こうした答案は高い評価となった。

本問において、本件暴行を阻止するために丙に期待される行為としては、丙が居間に戻って甲がDに本件暴行を加えないように監視したり言葉で制止したりする行為（以下「①行為」という。）と、丙が身を挺して甲を制止する行為（以下「②行為」という。）の2つが想定される。この点につき、作為義務のある者に義務付け得る作為は、当該作為を行った場合に予想される不作為者に生じる法益侵害の程度といった当該作為の容易性や、当該作為によって結果を回避し得る可能性の程度を考慮して、そのような作為を行うことを当該不作為者に要求し得るかどうかを、個別具体的事例ごとに判断していく必要があるところ、事案を具体的に分析し、①行為や②行為を行った場合に予想される丙に生じる法益侵害の内容やその程度を具体的に検討して作為容易性についての結論を導いたり、①行為や②行為によって結果を回避し得る可能性の程度の違いや、不作為による単独正犯の場合と不作為による幫助の場合とで要求される結果回避可能性の程度の違いを意識しつつ、丙に義務付け得る作為についての結論を導いたりしていた答案は、高い評価となったが、そのような答案は少数であった。これに対し、多くの答案は、①行為や②行為を行った場合に甲が丙に暴行を加える蓋然性などに言及するのみで、事案を具体的に分析することなく、丙に義務付け得る作為についての結論を示すにとどまっていたところ、こうした答案は低い評価となった。

不作為による関与は、これをどの関与類型（正犯・共犯）に振り分けるかが問題となる。この点につき、作為義務違反がある場合には原則として正犯が成立すると解する考え方、作為正犯の犯行を阻止しないという態度で犯行に関与した者は原則として幫助犯にとどまるとする考え方、当該不作為が犯罪実現過程において持つ支配力等により個別的に判断し、不作為者が作為に出れば確実に結果を回避できたであろう場合には不作為の同時正犯となり、結果発生を困難にした可能性がある場合には不作為による幫助犯になるとする考え方などがあり得るところ、そもそもかかる問題の所在を意識して関与類型の別について論じている答案はほとんどなかった。これに対し、かかる問題の所在を的確に示し、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関与類型の別について論じている答案は、ごく少数であったが、こうした答案は、高い評価となった。なお、保護責任者不保護罪ないし同致死傷罪の成否のみを検討する答案が散見されたところ、こうした答案は、保護責任者不保護罪ないし同致死傷罪の単独正犯の成否を論じているものと思われるが、本問において

は、Dの生命・身体に対する危険は第三者たる甲の故意有責な行為によって初めて生ずるものであり、このような場合でも丙に保護責任者不保護罪ないし同致死傷罪の単独正犯が成立するかどうかについては、不作為犯における関与類型の区別のほか、保護責任の内実や不保護の意義などについても検討が必要であるところ、それらの点について検討している答案は見受けられず、結果として低い評価にとどまった。

(3) その他

例年指摘している点でもあるが、用語の間違いがある答案や、文字が乱雑で判読しづらい答案、基本的用語の漢字に誤記がある答案が散見された。令和8年試験からはいわゆるC B T方式による試験が導入される予定であるため、文字が乱雑で判読しづらい答案はなくなるが、用語の間違いや基本的用語の漢字の誤記には十分に留意することが望まれる。また、特に設問1においては、論じるべき内容について設問で指示しているにもかかわらず、その点を論じることなく、一般的な罪責を論じるにとどまる答案も散見されたが、設問の趣旨に適切に答える姿勢が肝要である。

(4) 答案の水準

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

「優秀」と認められる答案とは、各設問に関係する事実関係を的確に分析した上で、各設問の出題の趣旨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適切な結論等を導くことができているものの、一部の問題点について検討を欠くもの、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、事実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、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。

3 今後の法科大学院教育に求めるもの

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

一般的に重要と考えられる論点を学習するに当たっては、犯罪成立要件との関係で、なぜその点が問題となっているのかを明確に意識しつつ、複数の見解の根拠や難点等に踏み込んで検討することなどを通じて、当該論点の理解を一層深めることが望まれる。これらの論点に関する理解を深めた上で、事案の全体像を俯瞰しつつ、一定の事実を法的に評価し、解決において必要となる問題点を適切に抽出する法的思考能力及び適切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学説も参照しつつ理解した上で、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準則を適用して、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、逮捕に伴う無令状捜索・差押えについて、基本的・応用的論点の検討を通じて、捜索・差押えに対する令状主義の規律とその例外についての正確な理解と、それに基づく具体的な事例の処理能力を試すものである。各下線部の行為の適法性を検討する前提として、逮捕に伴う無令状捜索・差押えが、令状主義の例外として許容される趣旨及び実質的根拠を明らかにした上で、自説から論理的に導かれる条文解釈、すなわち、無令状捜索・差押えが許容され得る要件（時間的・場所的範囲など）を示し、さらに本事例に現れた具体的事実を的確に抽出、分析して、適切な当てはめを行い、結論を導出することが求められる。

そして、〔設問1〕の下線部の各行為の適法性を検討するに当たっては、まずは、問題の所在を的確に把握する必要がある。その上で、本事例における様々な具体的事実を適切に抽出して分析した上で、結論を出すことが必要となる。下線部①においては、司法警察員Pが、甲の潜伏先であったX方内のリビングで甲を逮捕した後に、同方内の和室の無令状捜索を実施していることから、その捜索の適法性を判断するに当たっては、捜索場所が被逮捕者の甲の自宅ではなく、第三者であるX方内であることや、甲を逮捕した地点がリビングであったのに対して捜索の対象がリビングと扉で仕切られた和室であり、しかもその和室は居候中の甲が使用する場所であったことなど、本事例の事情を踏まえた検討をすることが求められる。次に、下線部②においては、司法警察員Pが、X方内のリビングで甲を逮捕した後、リビングの捜索を開始したが、その捜索の際、現場に居合わせた甲の交際相手であるYの上着のポケット内に手を入れて、同ポケット内の物を取り出しているため、その適法性の判断に当たっては、下線部②の行為の対象、すなわち無令状捜索の対象が、逮捕の現場に居合わせた第三者の身体であった点を検討することが求められる。さらに、下線部③の捜索は、乙の逮捕に伴う乙の身体や所持品を対象とする無令状捜索であるが、逮捕の地点から約1キロメートル離れたJ交番において実施されている点が、「逮捕の現場」（刑訴法第220条第1項第2号）の要件との関係で特に問題となる。この点に関しては、J交番が「逮捕の現場」に当たらないことを確認した上で、最高裁判例（最決平成8年1月29日刑集50巻1号1頁（以下「平成8年判例」という。））の内容を念頭に置きつつ、同判例において示されている説明を法解釈に落とし込む形で自説を展開した上で、本事例の具体的事実を適切に評価して、その適法性についての結論を出すことが求められる。

〔設問2-1〕は、甲の弁護人が、丙証言の証明力を争うために、証拠1（司法警察員作成に係る乙の供述録取書）の取調べを請求したことに対し、検察官が、「証明力を争うための証拠として刑事訴訟法上許容される証拠には当たらない。」との理由を付して「取調べに異議あり。」との証拠意見を述べたという事例を通じて、刑訴法第328条で許容される証拠の範囲、すなわち、同条で許容される証拠は自己矛盾供述を内容とする証拠に限られるか否かを問うものである。この論点については、最高裁判例（最判平成18年11月7日刑集60巻9号561頁（以下「平成18年判例」という。））があるので、同判例を踏まえた適切な法解釈と結論を出すことが求められる。

〔設問2-2〕は、公判前整理手続終了後の証拠調べ請求の制限（刑訴法第316条の32）について、具体的場面における適用の有無を検討させることを通じて、同条を含めた公判前整理手続

の意義及び趣旨の理解や、具体的事実への適用能力等を問うものである。そもそも公判前整理手続終了後の証拠調べ請求が制限される理由について、公判前整理手続の趣旨に遡って論述し、いかなる場合に「やむを得ない事由」が認められるのか、自分なりに規範を立てた上で、本件が刑訴法第328条に基づく弾劾証拠の取調べ請求であることを踏まえた検討をして結論を出すことが求められる。本設問は、本事例に現れた事実関係を適切に分析した上で、公判前整理手続の趣旨に立ち返った論述を求めるものであり、決して下級審裁判例や学説上の議論についての具体的な知識の有無を問うものではない。むしろ、本設問は、刑訴法に関する基本的理解を基礎とした柔軟で実践的な考察力を有しているか否かを試すものである。

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。

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、前記各最高裁判例など法科大学院の刑事手続法（や刑事実務の基礎）に関する授業でも取り扱われる基本的な事項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、下線部の各行為が逮捕に伴う無令状捜索に関する問題であることを的確に指摘した上で、無令状捜索・差押えが令状主義の例外として許容される趣旨及び実質的根拠を明らかにし、その自説から論理的に導かれる、無令状捜索が許容され得る時間的・場所的範囲などの条文解釈を示した上で、本事例における逮捕と捜索の時間的間隔に関する事情、逮捕の地点と捜索の場所に関する事情、捜索の必要性に関する事情など、様々な具体的事実を適切に抽出して、法的評価を加えている答案が見受けられた。

逮捕に伴う無令状捜索・差押えが令状主義の例外として許容される趣旨及び実質的根拠については、逮捕現場や被逮捕者の身体・所持品には被疑事実に関連する証拠が存在する蓋然性が一般的・典型的に高いことそれ自体に着目し、一般的・典型的に「正当な理由」（憲法第35条第1項）が存在すると言えるがゆえに、裁判官による事前の司法審査を介在させるまでの必要性がないとする見解（相当説・合理性説）や、逮捕現場や被逮捕者の身体・所持品には、被疑事実に関連する証拠が存在する蓋然性が一般的・典型的に高いと認められることを前提としつつ、それに加えて、そのような証拠が、逮捕の際に被逮捕者等によって隠滅や破壊されることを防止し、これを保全する緊急の必要性があるためとする見解（緊急処分説）などが主張されているところ、相当数の答案が、自身の見解から論理的に導かれる、無令状捜索・差押えが認められ得る時間的・場所的範囲などの条文解釈を示すことができていた。

下線部①では、捜索場所が第三者方であるという問題の所在を的確に把握し、逮捕に伴う無令状捜索においても、刑訴法第222条第1項により、刑訴法第102条が準用されるため、第三者に属する場所や物が捜索の対象である場合には、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」（同条第2項）が必要であることを適切に論述し、本事例の具体的事実を的確に抽出して分析し、当てはめをしている答案が見受けられた。

下線部②では、「逮捕の現場」に居合わせた第三者であるYの身体が、被逮捕者である甲の身体と同様に無令状捜索の対象になるか否かという問題の所在を的確に把握した上で、無令状捜索・差押えの趣旨及び実質的根拠を踏まえて、逮捕の現場に居合わせた被逮捕者以外の第三者が逮捕事実に関連する証拠を所持している可能性は一般的・典型的に高いとは言えないため、逮捕の現場に居合わせた第三者の身体は無令状捜索の対象にはならない（消極説）としつつ、「逮

捕の現場」となった「場所」に対する無令状搜索の付随的措置である「必要な処分」（刑訴法第222条第1項、第111条第1項）の一環として、搜索場所に居合わせた第三者が搜索の実施中あるいはその開始直前に、隠匿・破壊しようとした搜索・差押えの目的物を取り戻すために、同人の身体に有形力を加えてその妨害を排除する、あるいは原状を回復する措置を講じることができないかを検討できている答案が一定数見受けられた。他方、刑訴訟第220条第1項第2号は、「逮捕の現場」で「逮捕する場合」においてする搜索を許容しつつ、その対象については文言上明示的に限定していないこと、刑訴法第222条第1項は逮捕に伴う無令状搜索の場合にも刑訴法第102条第1項に加え第2項も（被疑者以外の者の「身体」を特に除外することなく）準用していることなどから、逮捕の現場に居合わせた第三者の身体の搜索も許され得るとする考え方（積極説）を採った上で、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」について、本事例における具体的事実を適切に抽出して分析した上で、適切な当てはめを行って結論を導いている答案も少ないながらも見受けられた。

下線部③では、J交番自体は「逮捕の現場」には当たらないことを確認した上で、「逮捕の現場」で直ちに被逮捕者の身体を搜索し差押手続を実施することが適当でなかった場合に、できる限り速やかに被逮捕者を身体の搜索・差押えを実施するのに適当な最寄りの場所まで連行した上で行われた差押手続は「刑訴法第220条第1項第2号にいう『逮捕の現場』における差押えと同視することができる」とした平成8年判例の説明を無令状搜索・差押えの趣旨及び実質的根拠を踏まえつつ刑訴法の解釈に落とし込み、その解釈に即した規範を立て、それを用いて、同判例との事案の差を意識した具体的事実関係の検討を加え、J交番が「身体の搜索・差押えを実施するのに適当な最寄りの場所」と評価できるか否かを説得的に論述している答案も見受けられた。

次に、〔設問2-1〕では、多くの答案が、平成18年判例の考え方に従い、刑訴法第328条によって許容される証拠が自己矛盾供述を内容とする証拠に限定されるとの解釈（限定説）をしていた。そして、そのうち相当数の答案が、同解釈の理由について、伝聞法則との関係を踏まえて丁寧に論述し、証拠1は乙の供述録取書であって丙の自己矛盾供述を内容とする証拠ではないため、同条によって許容される証拠には該当せず、「証明力を争うための証拠として刑事訴訟法上許容される証拠には当たらない。」との結論を示すことができていた。

〔設問2-2〕では、刑訴法第316条の32に基づく公判前整理手続終了後の証拠調べ請求の制限について、公判前整理手続の意義及び趣旨に遡って適切に論述した上で、同条の「やむを得ない事由」が存在するか否かについては、検察官が、公判前整理手続において、立証趣旨を「本件犯行状況、共謀状況等」として証拠3（検察官作成に係る丙の供述録取書）の取調べを請求し、同供述録取書が不同意となるや、同じ立証趣旨で丙の証人尋問を請求しており、丙が公判廷において証拠3と同内容の証言をすることが想定されていたという本事例における事実経過を的確に把握して検討を行い、結論を導いている答案が見受けられた。その中で、刑訴法第328条による弾劾証拠は条文上「公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述の証明力を争うため」のものでされているから、証人尋問が終了しておらず、弾劾の対象となる公判供述が存在しない段階においては、同条の要件該当性を判断することはできず、証人尋問終了以前の取調べ請求を当事者に要求することは相当でないため、同条による弾劾証拠の取調べ請求については、「やむを得ない事由」があるとする見解（下級審の裁判例として、名古屋高等裁判所金沢支部平成20年6月5日判決・判タ1275号342頁などがある）に立つ答案や、予想された内容の証言がなされた場合に同条の弾劾証拠としての取調べ請求を認めれば、公判前整理手続の趣旨を没却することになりかねず、同手続における主張及び証拠の整理の実効性を担保するため、「やむを得ない事由」の有無に関しては、できるだけ厳格に考えるべきとする見解に立つ答案など、説得的に自説を論じることができている答案が見受けられた。

(2) 他方、そもそも、刑訴法の基本的理解や関連する判例の理解等が不十分・不正確で、当該項目

についての理解が不足していると思えるを得ない答案や、関連条文の趣旨や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。特に多かったのは、条文の個々の文言に適切な法解釈を行って一般的な定義や判断基準（法原則）を導き出すことが疎かになっていた上、当てはめに際して、個々の具体的事実が、それらの定義や基準との関係で、いかなる意味を持つかについて、十分に検討できておらず、本事例中に現れた事実を長々と転記した上で、総括的な評価を記すだけの答案であり、そのような答案は、不十分と評価せざるを得なかった。

〔設問1〕では、多くの答案が無令状捜索・差押えの趣旨及び実質的根拠に言及することができていた一方で、逮捕に伴う捜索・差押えを「無令状で」実施できることを規定した条文が刑訴法第220条第3項であることを明示しない答案や、そもそも無令状捜索・差押えが、令状主義の例外であることを意識できていない答案が散見された。また、自身が論じた無令状捜索・差押えの趣旨及び実質的根拠と、そこから導かれる時間的範囲や場所的範囲などの条文解釈の整合性に疑義がある答案、例えば、緊急処分説の立場を採りながら、無令状捜索・差押えが許容される場所的範囲について、相当説・合理性説から導かれるのが自然な「逮捕地点を起点として同一の管理権が及ぶ範囲内の場所」との結論を示している答案が一定数見受けられた。その他、無令状捜索・差押えが許容される場所的範囲である「逮捕の現場」の解釈については、詳細に検討する一方、時間的範囲である「逮捕する場合」の解釈については、全く検討していない答案も相当数見受けられた。司法警察員Pの行為の適法性を論じる上では、時間的範囲についても、無令状捜索・差押えの趣旨及び実質的根拠から、自説に従った解釈を導き、端的にでも、具体的事実の当てはめを行うことが求められよう。

下線部①では、相当説・合理性説の立場から、場所的範囲について、「逮捕地点を起点として同一の管理権が及ぶ範囲内の場所」とした上で、甲の逮捕場所であるリビングと捜索実施場所である和室の管理権者が同一か否かについて検討できていた答案が多かったが、その際に問題とすべき捜索場所の管理権の主体について、「被逮捕者」でなければならないという根本的な誤解に基づき、和室やリビングにつき、被逮捕者である甲の管理権に服しているかを検討する答案や、和室について、第三者であるXの管理権が及ぶ場所と評価できるか否かを検討しつつ、それにもかかわらず、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」（刑訴法第222条第1項、第102条第2項）について全く言及しない答案が相当数見受けられた。また、緊急処分説の立場から、捜索権限の及ぶ範囲について、「逮捕の際に被逮捕者が証拠を隠滅することが可能な範囲、したがって、その身体及びその直接の支配下（手の届く範囲内）にある場所・物」としながら、本事例における具体的な状況を抽出・検討することなく、和室の捜索の適法・違法を結論付ける答案も一定数見受けられた。

下線部②では、そもそも、無令状捜索の対象が第三者であるYの身体であることに対する問題意識を有していない答案や、消極説を前提に、「逮捕の現場」となった「場所」に対する無令状捜索に付随する措置（必要な処分）の一環として司法警察員Pの行為は許容されると結論付けているものの、いかなる場合に、捜索に伴う付随的措置である「必要な処分」として許容されるのかについての検討が不十分な答案、積極説を採った上で特段の検討なく適法性を肯定し、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」（刑訴法第222条第1項、第102条第2項）の検討が不十分な答案が散見された。

下線部③では、多くの答案が平成8年判例を意識できていた一方で、刑訴法第220条第1項第2号が、その文言を「逮捕の現場」と定めていることからすると、被逮捕者を逮捕した地点から一定程度離れた連行後の捜索場所を「逮捕の現場」というのは、文理上困難と言わざるを得ないのではないかという問題を的確に論述できている答案は少数であり、むしろ、被逮捕者

を連行した上でその身体等の搜索をする必要性を論じるのみの答案が多数見受けられた。また、同判例は、連行後の搜索・差押えについて、『逮捕の現場』における搜索、差押えと同視することができる」としているところ、その説明の理解（や条文解釈への落とし込み）の仕方に問題がある答案も散見された。例えば、同判例の立場に立脚しているかのような論述をしながら、連行後のJ交番について、『逮捕の現場』と同視できる」、あるいは、『逮捕の現場』と認められる」とする答案などが見られた。さらに、本事例は平成8年判例と異なり、司法警察員Pが「適当な最寄りの場所」と考えたJ交番に到達する前に、逮捕地点から約50メートル離れた駐車場まで連行した際には、駐車場には誰もおらず、乙も落ち着きを取り戻していたなどの事情が存在するところ、そうした事情を一切考慮することなく、J交番を「適当な最寄りの場所」と安易に認める答案も散見されたほか、平成8年判例が示した、身体の搜索・差押えを実施するのに「適当な最寄りの場所」について、「適当な最寄りの警察施設」と誤解している答案も一定数見受けられた。

次に、〔設問2-1〕に関しては、多くの答案が刑訴法第328条の趣旨及び平成18年判例を踏まえて論述することはできていたものの、同判例の結論だけを覚えていて、その理由付け等について十分に論述できない答案が相当数見受けられた。その中には、刑訴法第328条を伝聞例外（伝聞証拠に当たることを前提に、その証拠能力を例外的に認めるもの）に関する規定だと捉え、同判例（限定説）が、刑訴法第328条について、非伝聞としての自己矛盾供述の許容性を確認的に規定したものと解する見解であって、伝聞例外を許容するものと解する見解ではないことを理解していない答案が一定数見受けられた。また、本事例中には、甲の弁護人が「丙証言の証明力を争うため」に、証拠1の取調べを請求したと記載され、端的に同条の問題として論述することが求められているのに、それとは無関係に、証拠1は伝聞証拠に当たるとして、刑訴法第321条の伝聞例外の要件を満たすかどうかを論述し、伝聞例外に当たらないとした上で、刑訴法第328条の議論に及ぶ答案など、伝聞例外に該当しないことが刑訴法第328条で許容されるための要件であるかのように捉え、非伝聞的用法であれば伝聞例外該当性にかかわりなく、刑訴法第328条で許容される証拠になり得ることを理解していない答案が相当数見受けられた。

〔設問2-2〕に関しては、そもそも、公判前整理手続に対する理解が不十分であり、本設問が公判前整理手続終了後の証拠調べ請求の制限に関する問題であることに気付いていない答案や、刑訴法第316条の32の条文を示すことができない答案が少なくなかった。また、同条の問題であることは示せていても、「やむを得ない事由」の解釈の問題であることが示せていない答案も散見され、さらに、その点は把握できていたとしても、「やむを得ない事由」の検討に当たって、公判前整理手続の際に請求することが可能だったか否かという形式面にのみ着目し、本設問における請求証拠が、刑訴法第328条に基づく弾劾証拠であることを意識できていない答案も少なくなかった。本設問に関しては、前記のとおり、参考となる下級審裁判例は存在するが、同裁判例を念頭に置いて本設問を論じたと思われる答案は少数であった。ただし、本設問は、もとより前記下級審裁判例の知識そのものを問うものではなく、たとえその知識がなくとも、本設問に現れた事実関係を適切に分析した上で、公判前整理手続の意義や趣旨を理解していれば、適切に解答することは十分に可能であろう。

3 答案の評価

(1) 「優秀の水準」にあると認められる答案

〔設問1〕については、逮捕に伴う無令状搜索・差押えが令状主義の例外として許容される趣旨及び実質的根拠を説得的に論じた上で、自説から論理的に導かれる条文解釈を的確に示し、各下線部における問題の所在を的確に捉え、下線部③においては平成8年判例についての正確な理解に基づく法解釈論を踏まえて、本事例中の具体的事実を適切に抽出、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、〔設問 2-1〕では、刑訴法第 3 2 8 条の趣旨及び平成 1 8 年判例を正しく理解して説得的に論じ、適切な当てはめをして結論を導いている答案、〔設問 2-2〕では、公判前整理手続そのものの意義や、公判前整理手続終了後の証拠調べ請求の制限の趣旨を正確に理解し、「やむを得ない事由」（刑訴法第 3 1 6 条の 3 2）の解釈を適切に示し、刑訴法第 3 2 8 条との関係における問題の所在を的確に把握した上で、説得的な論述を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、逮捕に伴う無令状捜索・差押えが令状主義の例外として許容される趣旨及び実質的根拠を論じた上で、自説と矛盾しない条文解釈を示し、各下線部における問題の所在について一応把握することができ、下線部③においては平成 8 年判例を意識した法解釈論を展開し、本事例中の具体的事実を一応抽出、分析して当てはめを行い、結論を導いている答案である。

また、〔設問 2〕については、〔設問 2-1〕では、刑訴法第 3 2 8 条の趣旨及び平成 1 8 年判例を意識しつつ、本事例に即した当てはめをして結論を導いている答案、〔設問 2-2〕では、公判前整理手続そのものの意義や、公判前整理手続終了後の証拠調べ請求の制限の趣旨を一応理解し、「やむを得ない事由」（刑訴法第 3 1 6 条の 3 2）について自分なりの解釈を示しながら、刑訴法第 3 2 8 条との関係が問題となり得ることを意識しつつ、自分なりの論理を展開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、逮捕に伴う無令状捜索・差押えが令状主義の例外として許容される趣旨及び実質的根拠や、条文解釈を一応示すことができているものの、その論理的整合性に疑義が生じるものや、本事例中の問題の所在の把握が適切とまでは言い難く、下線部③においては平成 8 年判例の知識や理解が不十分であり、当てはめにおいても、本事例中の具体的事実の抽出が不足しているか、あるいは事実の分析が不十分な答案である。

また、〔設問 2〕については、〔設問 2-1〕では、刑訴法第 3 2 8 条の趣旨や基本的な判例については一応意識できているものの、その理解が不十分である答案、〔設問 2-2〕では、公判前整理手続そのものの意義の理解が不足しており、公判前整理手続終了後の証拠調べ請求の制限の規定そのものには言及できているものの、「やむを得ない事由」（刑訴法第 3 1 6 条の 3 2）について、刑訴法第 3 2 8 条との関係における問題の所在に気付かないまま、結論を導いている答案である。

(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、本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、逮捕に伴う無令状捜索・差押えが令状主義の例外として許容される趣旨及び実質的根拠を論述することなく、条文解釈も不十分である上、本事例中の問題の所在の把握もできておらず、下線部③においては平成 8 年判例（やそこで前提とされている問題意識）を全く意識できていないもので、当てはめにおいても、本事例中の事実の抽出や分析が著しく不十分であったり、事実をただ書き写して結論付けたりする答案がこれに当たる。

また、〔設問 2〕のうち、〔設問 2-1〕であれば、そもそも本設問が刑訴法第 3 2 8 条の問題であることに気付いておらず、伝聞例外の要件該当性を検討する答案や、〔設問 2-2〕であれば、公判前整理手続終了後の証拠調べ請求の制限の規定に言及できていない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、従前の採点実感においても指摘されてきたとおり、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・目的や、重要かつ基本的な判例について、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を論じられるようにすること、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、自説の立場から論述の整合性に配慮しつつ論理立てて分かりやすい文章で表現できる能力を培うことが強く求められる。また、刑訴法においては、刑事実務における手続の立体的な理解が不可欠であり、通常の捜査・公判の過程を具体的に想起できるように、実務教育との有機的連携を意識し、刑事手続の各局面において、裁判所、検察官、弁護人の法曹三者が具体的にどのような立場からどのような活動を行い、それがどのように関連して手続が進んでいくのかなど、刑事手続が法曹三者それぞれの立場から動態として積み重ねられていくことについて理解を深めていくことが重要である。（〔設問2-2〕は、そのような観点から出題され、かつ、そのような観点から採点されたものであることを特に付言しておきたい。）

1 出題の趣旨・狙い等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

第1問は、個人破産の事例を基に、主に、破産者を当事者とする訴訟手続の取扱いに関する規律（設問1）及び否認の規律（設問2）についての基本的な理解と事例処理能力を問うものである。採点の主眼は、設問1においては、破産手続開始の決定があったときの破産財団に関する訴訟手続の中断（破産法第44条第1項）及び破産管財人による受継（同条第2項前段）の制度を正しく理解して具体的な事例において適用できているか、設問2においては、設問の具体的な事実関係において否認の各要件の該当性を検討して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、法人の再生手続に関する具体的事例を通じて、主に、原則としていわゆるDIP型が採られている趣旨と管理命令に関する規律（設問1）、再生手続廃止の決定後の破産手続への移行に関する規律（設問2）及び再度の再生手続開始の申立てに関する規律（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、再生手続開始後も再生債務者が業務遂行をし、財産の管理処分権を有するとの規定（民事再生法第38条第1項）の趣旨を理解しているか（小問(1)）、具体的事例において再生債務者の公平誠実義務（同条第2項）を検討し、管理命令（同法第64条第1項）の要件を検討できているか（小問(2)）、設問2においては、再生手続廃止の決定確定前の破産手続開始の申立てに関する規律（同法第249条第1項、第2項）及び再生手続廃止の決定確定後の職権破産に関する規律（同法第250条第1項）を理解できているか、設問3においては、再生計画案が否決された後の再度の申立てが禁止されているわけではないことを前提に、再生手続開始の条件（同法第25条）について設問の具体的な事実関係において検討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挙げていない答案や、条文を挙げていても、条文番号を誤っている、項と号を混同しているなど、条文を正確に引用できていない答案が散見された。

(1) 第1問

ア 設問1

設問1は、破産手続開始の決定があったときの破産財団に関する訴訟手続の中断（破産法第44条第1項）及び破産管財人による受継（同条第2項前段）の各規定の適用について、小問ごとに検討することになる。これらの規定については多くの答案で指摘することができしており、条文の要件の該当性を的確に検討し、その効果を正確に指摘することができた答案は高評価につながった。

小問(1)では、まず、Aが有する不法行為に基づく損害賠償請求権が、破産者が破産手続開始の時に於いて有する債権であるため破産財団に帰属する財産であること（同法第34条第1項）から、同損害賠償請求権を訴訟物とする本件訴訟が「破産財団に関する訴訟手続」に該当することを指摘し、訴訟が中断することを説明すれば良い。その上で、同法第44条第2項について、同損害賠償請求権が破産債権ではないから、中断した上記訴訟は「破産債権に関しないもの」に該当することを指摘し、破産管財人が受け継ぐことができることを説明すれば良い。Aが有する不法行為に基づく損害賠償請求権について、「破産者が破産手続前に生じた原因に基づいて行うことがある将来の請求権」（同法第34条第2項）であると誤解して

いる答案が相当数あったが、破産財団の範囲に関する基本的な条文であり、正確に理解しておくべきものである。

小問(2)では、名誉毀損による慰謝料請求権を訴訟物とする訴訟が「破産財団に関する訴訟手続」に該当するかを検討するに当たって、名誉毀損による慰謝料請求権が行使上の一身専属性を有することに着目する必要がある。慰謝料の具体的な金額が当事者間において客観的に確定しない間は、原則として破産財団に帰属する債権ではないこと（最判昭和58年10月6日民集37巻8号1041頁参照）を説明した上で、小問(2)の事実関係においては慰謝料額が当事者間で客観的に確定していないことを指摘し、本件訴訟が「破産財団に関する訴訟手続」に該当せず、訴訟手続は中断しないことを説明すれば良い。慰謝料請求権が行使上の一身専属性を有すると指摘をするものの、破産法のどの条文のどの要件の問題であるのかを明らかにしないまま検討をする答案や、慰謝料請求権について行使の意思を明らかにした場合には一身専属性が失われるとする答案も散見されたが、上記判例の考え方はしっかり理解しておきたい。

イ 設問2

(ア) 小問(1)

設問2小問(1)が偏頗行為否認（破産法第162条第1項第1号）の問題であることは多くの答案で指摘できていた。同号の否認の要件としては、破産者が支払不能になった後にした行為であること、支払不能であったこと又は支払停止があったことを債権者が知っていたことであるので（同号イ）、支払停止及び支払不能の定義を示し、これを検討すれば良い。この検討に当たり、弁護士Fが令和4年9月5日に送付した受任通知が支払停止に該当するものの（最判平成24年10月19日集民241号199頁参照）、破産手続開始の申立て前一年以内のものではないため、支払不能は推定されないこと（同条第3項）、Cに対する弁済は破産手続開始の申立ての日から一年以上前にした行為であるため、支払停止があった後にされたものであること又は支払停止の事実を知っていたことを理由として否認することはできないこと（同法第166条）から、上記受任通知の時点における支払不能及び支払不能についての悪意を検討する必要があるという構造を理解して整理している答案は高評価につながった。

支払不能については、上記受任通知の記載内容から同通知がされた時点で支払不能であったと認定する考え方と、受任通知の時点では支払不能だったものの和解契約をして弁済をしていたことから支払不能を脱したと認定する考え方があり得る。前者の考え方においては、和解契約の締結と弁済の事実については、無理算段による支払であり支払不能を脱したのではないという評価も説明することになる。後者の考え方においては、令和5年4月以降に消費者金融2社に対しては支払をせず期限の利益を喪失し、Cに対しても約定どおりの支払ができず期限の利益を喪失していることなどの事実を指摘して、支払不能であったと認定することになると考えられ、多くの答案でこのような認定がされていた。

支払不能についての悪意の検討では、受任通知の時点で支払不能であったと認定する考え方においても、令和5年3月以前における支払不能についての悪意を認定することは困難であるように思われる。

令和5年4月以降の支払については、Cは、上記受任通知を受けた時点で、AにはCに対するもの以外にも債務が存在することを含むAの支払不能を認識し、それを踏まえて和解契約を締結した上、その後、AがCに対する支払も滞らせて期限の利益を喪失したことを認識していたこと等の事実を指摘して、Cの支払不能の悪意を認定することが考えられ、多くの答案でこのような認定がされていた。

なお、「Cからの反論を踏まえて論じなさい」との設問との関係では、和解契約の締結により支払不能を脱したとの主張、支払不能を脱したと認識しており支払不能について悪意

ではなかったとの主張をCからの反論として挙げる事が考えられる。

特定の結論のみを正答とするものではなく、上記問題意識をもって自らの考えを説明できた答案は高評価となった。他方、支払停止と支払不能の概念を混同している答案や、破産法第162条第3項の推定規定の適用除外を見落とし支払停止の該当性のみを検討している答案、Cへの支払を破産者の義務に属しないものであるとする答案など、基本的な理解が不十分であると思われる答案も散見され、これらは低い評価にとどまった。また、条文の要件を検討せずに、有害性や不当性のみを検討して結論を出している答案もあったが、否認権の成否を検討するに当たっては、まずは該当する否認類型の適用条文を正確に摘示し、当該条文に従い、要件充足性を検討するという姿勢が求められる。

(イ) 小問(2)

設問2小問(2)が無償行為否認(破産法第160条第3項)の問題であることは多くの答案で指摘できていたが、行為の時期(支払の停止等があった後又はその前6月以内)などの要件への当てはめはしないまま、現存利益の有無の検討だけをする答案も相当数あった。また、価額償還を検討するに当たり、預金については同法第167条第2項の現存利益の解釈が問題となり、不動産については価額算定基準時が問題となることについても多くの答案で指摘できていたが、預金と不動産を分けずに価額算定基準時についてのみ論じた答案も散見された。現存利益の解釈については、単に費消したから現存利益がないとの記述にとどまる答案も多かったが、その預金を必要な生活費等に費消したのであれば、現にその利益を受けているというべきではないかという観点をもって検討ができると丁寧であった。価額算定基準時については、否認権行使時と考えるか否認対象行為時と考えるかについて自らの考えを説明すれば良いが、判例が否認権行使時の時価をもって算定すべきとしていることは押さえておきたい。請求することができる額について、相続分を超えて全額を否認できるとする答案が多かったが、無償行為として否認の対象となるのは法定相続分を超える部分のみである。

(2) 第2問

ア 設問1

小問(1)においては、再生債務者は、再生手続が開始された後も、その業務を遂行し、又はその財産を管理し、若しくは処分する権利を有するとされていること(民事再生法第38条第1項)の趣旨を説明するとともに、再生債務者は、債権者に対し、公平かつ誠実に上記権利を行使し、再生手続を迫行する義務を負うこと(同条第2項)に言及し、小問(2)においては、スポンサー選定において再生債務者が果たすべき債権者に対する公平誠実義務の具体的内容を指摘した上で、管理命令(同法第64条第1項)の要件について、事例に即して検討をすることになる。

これらの規定については多くの答案で指摘することができており、債務者の自主再生の意欲を生かしながら事業や経済生活の再生を図ることを目指したものであることなどの趣旨を的確に説明する答案や、スポンサー選定において、債権者の利益を犠牲にして専ら自己又は第三者の利益を図るような選定をしてはならないことなどを指摘した答案、事例の当てはめにおいて、事実を摘示するだけでなくその事実を評価して要件充足性を検討した答案は高評価につながった。他方で、小問(1)においては、公平誠実義務が債権者に対する義務であることを看過するなどその内容を正確に理解できていないと思われる答案も散見され、そのような答案では、小問(2)においてスポンサー選定における義務内容の言及が十分にできていなかった。また、小問(2)では、事例に即した具体的な検討が求められ、例えば、対価以外の条件はB社が上回っており、Aが専ら自社又はB社の利益を図ろうとしているわけではなく、再生債務者の公平誠実義務に違反するものではないことから、管理命令を発令できないとの解答が考えられるところであるが、民事再生法ではDIP型が原則であることを説明できている

一方で、管理命令の可否の具体的な検討においては、管理命令が「特に必要があると認めるとき」にされるもので、飽くまで例外であるということを意識せずに検討する答案も散見された。

イ 設問2

再生手続廃止の決定後の破産手続への移行について、同決定の確定前は、債権者は破産手続開始の申立てをすることができるが（民事再生法第249条第1項）、同申立てに係る破産手続開始の決定は再生手続廃止の決定が確定した後でなければすることができないこと（同条第2項）を説明し、同決定の確定後には、裁判所は破産手続開始の申立てがされている場合には同申立てに基づいて破産手続開始の決定をし、そうでない場合には職権で破産手続開始の決定をしなければならないこと（同法第250条第1項）を説明することになる。これらの規定については多くの答案で指摘することができており、廃止決定は確定しなければ効力が生じないことにも言及している答案、保全処分についても言及している答案、確定後における破産手続開始の申立てについても言及している答案などが高評価につながった。

ウ 設問3

設問の事例において、再生手続開始の決定をすることができるかを検討することになる。本事例は、再生手続廃止決定後の再度の申立ての事例であるから、前提としてそもそも再度の申立てが許されるかについて、再度の申立てを禁止する規定はなく、濫用的な再度の申立てを防止できる規定（民事再生法第25条第3号、第4号）があること、異なる再生計画のもとに債権者と再調整して事業再生を図る機会を与えることが適当な場合があることなどを指摘して、再度の申立て自体は可能であると説明するのが丁寧である。もっとも、再度の申立ての可否という一般論のみを検討することで十分な解答となるわけではなく、再生手続開始の条件の規定（同条）に基づき、設問の事例を具体的に検討しなければならない。同条第3号、第4号について、例えば、再度の申立てが、否決された再生計画案の問題点について改善を図った上でされたものであり、債権者への説明会を開催し、迅速に申立てをしていることなどから不当な目的や不誠実性は認められず、また、E銀行その他の債権者が反対しておらず、再生計画案の作成、可決、認可の見込みがないことが明らかであるともいえないことなど、事例を的確に検討できた答案は高評価につながった。

令和7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、生活用資産の災害による滅失という事実に対する所得税法の規定の適用関係（設問1）、地方公共団体から交付された奨励金の所得分類（設問2）、違法な経済活動から生じる収入の所得税法上の取扱い（設問3）及び業務に関連して行われた支出の必要経費該当性（設問4）を問うている。基本的な学習内容（条文、判例及び裁判例）の知識を基礎に、設問で与えられた事案を適切に分析し、当てはめを行う能力を確認している。

第2問は、費用の損金算入時期と寄附金該当性（設問1）及び役務の提供から生じる収益の益金算入時期（設問2）に関する出題を通して、法人税法上の所得計算の基礎を条文に則して理解できているかを確認している。また、法人から供与される経済的利益に関する事案を基に、所得税法における所得区分と年度帰属を判断する力を備えているか（設問3・4）に加え、確定申告の要否という基礎的知識の有無を問う中で、常に条文に当たって学習を積んでいるか（設問4）を確認している。

3 採点実感等

〔第1問〕（配点：50点）

＜設問1＞

設問1では、生活の用に供していた自家用車が豪雨という「災害」（所得税法第2条第1項第27号）により滅失したという事実に対して、同法の適用条文を適切に指摘できるか、事実関係を丁寧に分析して自らの結論を支える論拠とすることができるかが問われている。解答に当たっては、設問文が「『生活に通常必要でない資産』に該当するか否かによっていかなる違いが生じるかを明らかにした上で」と求めていることに注意してもらいたい。つまり、「生活に通常必要でない資産」に該当する場合に適用される条文及びその法的帰結と、該当しない場合に適用される条文及びその法的帰結との両方を述べた上で、事実関係の検討に沿って自説を述べることが期待されている。

「生活に通常必要でない資産」が所得税法第62条第1項に表れる文言であることは、参考条文の所得税法施行令にも記載されていることから、多くの受験者が気付いていた。ところが、この文言が同時に雑損控除（同法第72条第1項）の消極要件でもあることに気付かず論を進めてしまう答案が、予想以上に多かった。このような立論だと、「生活に通常必要でない資産」に該当すれば、同法第62条第1項により、損失を受けた日の属する年分又はその翌年分の譲渡所得の金額の計算上控除すべき金額とみなされるが、これに該当しない資産の損失が無視される、という誤った結論に至ってしまう。本件車両が「生活に通常必要でない資産」に該当すると判断する場合には、雑損控除に触れなくても結論は同じ、ということになるが、設問文の指示に答えていないことは、評価を減じる要素となる。雑損控除の規定を失念していたとしても、所得税法施行令第178条に列挙された「生活に通常必要でない資産」が、その滅失を租税力減少要因として考慮する必要性が低い、言わば「ぜい沢品」であることからして、これら「生活に通常必要でない資産」に該当しない資産の滅失の方が重い税負担となるという結論に至ることは、違和感を覚えてほしいところである。所得税法における（広義の）損失の扱いは、条文の適用関係も入り組んでおり、教科書の単元としても散在しているため、難しい問題ではある。単元ごとの学習を終えた後に、司法試験の出題範囲となっている条文の全体像を俯瞰し、適切な条文を拾い上げることができる能力を錬成することが求められる。

また、予想外に多くの答案が、本件車両が所得税法第9条第1項第9号によりその譲渡が非課税所得となる資産に該当するかという、本設問との関係では不要な検討を行っていた。自家用車の滅失という事実関係から、租税法学習上取り上げられることの多い下級審裁判例（大阪高判昭和63年9月27日高裁民集41巻3号117頁）を想起したためと推測されるが、この裁判例は、交通事故により廃車となった自家用車をスクラップとして譲渡したことによる譲渡損失の扱いが問題となった事案であるのに対して、本設問では「資産の譲渡」は存在しない（上場株式等のように無価値化を資産の譲渡とみなす旨の特別の規定もない）。昨年度の採点実感でも指摘したところであるが、基本的な判例・裁判例の学習に当たっては、結論や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に対する解釈・適用として示されたものであったかを意識することが重要である。

次に求められることは、「生活に通常必要でない資産」の意義の解釈である。所得税法第62条第1項が「生活に通常必要でない資産として政令で定めるもの」を対象としていることに注意してもらいたい。したがって、「生活に通常必要でない資産」という日本語の解釈ではなく、政令（所得税法施行令第178条）の規定を読み解き、適切な条文操作を経由して、「生活に通常必要でない資産」の意義を明らかにしたことが分かるような答案を作成することが求められる。この点の処理は、答案間で差が付いたところである。

ちなみに、参照条文にも掲げられている所得税法施行令第178条第1項第2号は、「主として趣味、娯楽、保養又は鑑賞の目的で所有する資産」が「生活に通常必要でない資産」に当たるとしている。しかし、その括弧書きで「・・・次に掲げる動産を除く。」としており、同項第3号に該当する場合は同項第2号には該当しないことが読み取れる。したがって、まず同項第3号（さらに、そこで参照されている同施行令第25条）の解釈が必要となる。同条の規定に該当する資産は、「生活に通常必要な動産」であり、かつ、同条各号に掲げた高額な宝飾品・美術工芸品類に該当しないものである。（この規定が所得税法第9条第1項第9号の委任を受けたものであることに注意しながら読むと）事実として「生活の用に供」されていても「通常必要」とまではいえないもの、あるいは「通常必要な動産」であっても高価な宝飾品の類（言わば「ぜい沢品」）については、非課税所得の対象としないというのが同施行令第25条に委任した同法第9条第1項第9号の趣旨である。同施行令第178条第1項第3号に該当する資産とは、同施行令第25条の規定に該当しない動産をいうのであるから、「生活に通常必要な動産」以外の動産又は同条各号に掲げた高価な宝飾品の類ということになる。本設問では宝飾品は明らかに無関係であるから、要するに「生活に通常必要な動産」に該当するか否かを判断すればよいことになる。

本件車両が「生活に通常必要な動産」に該当するかについては、両論あり得るところであろう。日常生活に用いているため生活に通常必要な動産に該当するという筋が多いことを想定していたが、該当しないという結論もあり得る。結論ではなく、問題文で与えられた事実を正確に、説得的に構成して自説の論拠とする能力が答案に示されていることが、評価の対象である。

なお、本件車両が「生活に通常必要な動産」であり、所得税法施行令第178条第1項第3号に該当しないと判断した場合、前述の同項第2号括弧書きによれば、改めて同号の該当可能性を検討する必要があるようにも思える。しかし、本設問との関係では、生活に通常必要な自家用車（動産）が、同号の資産に該当することはまずないというべきであるから、この点の検討は特に求めているない。

所得税法施行令第178条第1項第3号及び同施行令第25条は、否定語が重なり読みにくい条文であるが、条文を論理的に読み解く能力は、司法試験の範囲を超えて、租税法に従事する実務法曹に必須の能力である。採点に当たっては、上記のような詳細な解釈論までは求めていないが、「生活に通常必要でない資産」ではなく「生活に通常必要な動産」の意義を解釈する必要があることを理解し、丹念に論理的関係を追えている答案は、高い評価に値する。

なお、「災害」の意義については、法令用語であり裁判例もある。また、問題文には、車両保険に加入していなかったことが明記されており、「保険金…により補てんされる部分の金額」（所得税法第62条第1項括弧書き）がないと読み取れる。細かなことではあるが、これらの点にも注意を払って、丁寧に当てはめを行いたいところである。

設問1に関しては、設問の事案を把握せずに、非課税扱いを受ける譲渡所得の問題と取り違えた答案が「不良」と評価され、設問文の誘導に沿って、これが所得税法第62条第1項と同法第72条第1項の分岐の問題であることを踏まえることができていた答案が「一応の水準」、これに加えて、単に「生活に通常必要でない資産」の文言に飛びつくのではなく、条文解釈を行う必要に気付いていたものが「良好」、これら全ての要素を満たしつつ、当てはめを説得的に行う答案が「優秀」と評価された。

<設問2>

設問2は、地方公共団体が定住を奨励するために一定の要件を満たす者に交付する奨励金の所得分類を問うものである。利子所得（所得税法第23条）から譲渡所得（同法第33条）には明らかに該当しないから、一時所得（同法第34条）か雑所得（同法第35条）のいずれかであることは明らかであろう。つまり、一時所得の要件を挙げ、本件がこれに該当するかを検討すればよい。大多数の答案はこの枠組みを理解できていたが、不動産所得あるいは給与所得に触れる答案も見られた。設問の事実中の、Aによる住宅購入やテレワークといった要素に惑わされたのかもしれないが、「不動産の貸付け」、「使用者の指揮命令に服して提供した労務の対価として使用者から受ける給付」という同法や判例の基準を確認しておいてもらいたい。

一時所得の要件としては、①営利を目的とする継続的行為から生じた所得ではないこと、②一時の所得であること、③労務その他の役務又は資産の譲渡の対価としての性質を有しないことがある。半数以上の答案は、要件①・③については問題なく処理できていた。なお、本件奨励金はAが要件を満たすことによって給付されるものであるが、「AがR市に定住すること」の対価ということではできないし、営利を目的とする継続的行為ということも困難であろう。要するに、これは（雑所得の基因となる）「業務」を想定する文言であるから、「居住」や（5年間繰り返し行われる）「申請」はこれに当たらないとすべきであろう。

したがって、本設問で検討すべきは、5年間継続して本件奨励金の交付を受けられる仕組みであることが、要件②「一時の所得」といえるかである。出題者の想定する筋は公表済みの「出題の趣旨」で述べたところであるが、これと異なる筋からの立論を行う答案についても、その論理的説得力に応じて相応の評価を与えた。

設問2に関しては、そもそも一時所得か雑所得かの問題であることをつかめていなかった答案が「不良」と評価され、要件①・③のみで一時所得と結論付けた答案が「一応の水準」、要件②についても認識しつつ、単に「5年程度は一時と言ってよい」「1年に1回のみだから一時が繰り返されているにすぎない」といった説得的ではない理由にとどまるものが「良好」、要件②についても説得的な論拠を示して結論を導いていた答案が「優秀」と評価された。

<設問3>

設問3では、違法な利得の所得税法上の扱いを確認した上で、その所得分類を論じることが問われている。典型論点でもあり、設問文の誘導もあり、前者についてはほとんどの答案が適切に処理できていた。なお、少数の答案が「非課税規定がないから」課税対象となると論じていたが、所得税法が前提とする包括的所得概念の下では、違法な利得であっても「所得」を構成する、という前提があつて初めて非課税規定の有無が問題となることに注意してもらいたい。

所得分類については、「出題の趣旨」でも触れたように、事業所得、雑所得、不動産所得という3つの可能性を指摘することを期待していたが、不動産所得か事業所得か、あるいは、事業所得か雑所得かのどちらか一方のみを検討している答案が半数以上であった。いずれの概念も法令用語であり、根拠条文を指摘することを忘れないようにしてもらいたい。

不動産所得か事業所得かの区別については、「不動産の貸付け」を要素として含むことを前提に、人的役務の要素の有無で判断するという考え方は多くの答案が理解できていた。他方、事業所得と雑所得の区別については、「自己の計算と危険」という判例（最判昭和56年4月24日民集35巻3号672頁）の基準を引きながら、「発覚したら廃業する意図」、「無届けで営業している状態」が「危険」であるとする答案が一定数見られた。しかし、上記最高裁判例は、事業所得又は給与所得に区分する際の「判断の一応の基準として」上記文言を含む基準を挙げているのであって、事業所得と雑所得の区別に適用できるとは述べていない。「自己の計算と危険」とは、要するに自らの業務ないし事業から期待どおりの利益が挙がらないリスク（ビジネスリスク）を負って活動しているということを言うのであって、事業所得・雑所得に共通する要素であると同時に、前述のような法に触れる行為をしていることを「危険」と言っているわけではない。他方で、このような要素は、事業所得と雑所得の区別において問題となる「社会通念上、事業と言えるか」という基準には関係し得る。本設問においては、民泊収入がAの給与収入の4分の1程度にとどまり、今後の拡張の見込みもないことから、「副業」的なものととどまること、収入も遊興費に充てられていたこと、違法な営業で廃業の可能性も視野に入れていることから、その継続性について社会通念上「事業」と言い得る程度とは言い難いこと、などを挙げて雑所得に該当するとするのが相当と考えられる。なお、設問文で与えられた事情を丁寧に分析し、事業所得に該当するという結論を説得的に論証している答案には、相応の評価を与えた。

設問3については、そもそも不動産所得か事業所得か、あるいは事業所得か雑所得か、という問題に気付いていない答案が「不良」と評価され、いずれか一組の区別しか検討できていない答案が「一応の水準」、両方の区別（すなわち3つの所得分類）を論じることができていない答案が、特に雑所得該当性に係る当てはめの巧拙によって、「良好」ないし「優秀」と評価された。

<設問4>

設問4では、営利を目的とする活動（設問3で雑所得と判断するのであれば業務）に関連して行った支出の必要経費該当性の検討が求められている。そこで、必要経費（所得税法第35条第2項第2号・同法第37条第1項）が認められるための要件として、裁判例（例えば、長野地判平成30年9月7日訟務月報65巻11号1634頁。弁護士が支払ったロータリークラブ会費が事業所得の必要経費に該当しないとされた事案）が挙げてきた、業務との直接関連性及び業務遂行上の客観的必要性（裁判例により表現は多少異なる。）を踏まえて、各小問に適切な当てはめを行うことが期待されている。

小問①・②については、多くの答案が適切に処理できていた。小問③については、明文規定（所得税法第45条第1項第7号）を、これが前述の同法第37条第1項の「別段の定め」であることを指摘した上で参照すればよい。一定数の答案は、この条文に触れることなく、罰金等の必要経費控除を認めるとサンクションの効果が薄れる、社会的に望ましくない等の実質的論拠を挙げて必要経費控除を否定する結論を導いていたが、これは、違法な活動に係る支出であってもそのことをもって必要経費性を否定すべきでないとする裁判例（高松地判昭和48年6月28日行政事件裁判例集24巻6～7号511頁）・通説の立場とは一致せず、むしろ、それゆえに現行法が「別段の定め」で政策的に必要経費控除を否定していることを考えると、適切な解答とはいえない。

設問4については、必要経費の要件を挙げてこれに当てはめるという法律論の基本的な構成ができていない答案が「不良」、小問③について明文規定があることに気付かなかった答案が「一応の水準」、全ての小問について正しい結論を導いていた答案が「良好」、さらに、根拠条文や「別段の定め」であることの指摘を怠らなかった答案が「優秀」と評価された。

〔第2問〕（配点：50点）

<設問 1 >

設問 1 では、(1)確定した決算において費用（販売促進費）とされた旅行ギフト券の購入に係る支出の損金算入時期と(2)当該支出の寄附金該当性が問われており、いずれも法人税法における基本的な論点である。

(1)では、当該販売促進費が法人税法上の損金である原価、費用又は損失のいずれに当たるのか（同法第 22 条第 3 項各号）をまず示す必要がある。これらのいずれに該当するかで、損金算入時期に関する基準が異なるからである。この点、確定した決算において販売促進費として処理されているところ、問題文から、自社のホームページを介した予約販売や、売上増につなげる情報収集のための支出であると容易に認めることができ、販売促進費としての処理を覆す事情は存しない。なお、当該支出は、売上との個別的な対応を欠くことは自明であるから、「原価」（同項第 1 号）との区別を掘り下げて論じることまでは求められていない。

次いで、費用の損金算入時期に関し、公正処理基準に従いつつも、債務が確定しないものを除くこと（債務確定基準）をまず押さえたい。債務確定基準に関する 3 要件（法人税基本通達 2-2-1 2 参照）は、一般に通用するものとして裁判例でも踏襲される傾向があり、同要件に照らして結論を導く答案であれば（そして、後述(2)に関し、ある程度の加点があれば）、概して「一応の水準」には到達している。本問では、金額の合理的算定可能性の要件を令和 5 事業年度で満たし得るかが中心的な問いである。金額の不確定性を理由にこれを否定する趣旨の答案は標準的であり、おおむね「良好」以上の評価につながっている。他方で、令和 5 事業年度での金額の合理的算定可能性（よって、債務の確定）を肯定する答案もあり、問題文の事実関係に適切に当てはめられている限り、その説得力に応じた点数を与えている。また、支出済みの対価について債務の確定は元来問題とならないとした上で、公正処理基準に従い同様の結論を導く答案も、僅かながら見られた。あり得る思慮深い検討であり、その場合も立論の一貫性等に照らした評価を行っている。

他方で、益金の算入時期に関する問いだとの誤解あるいは混乱が見られる答案が幾つかあった。また、残念なことに、金額の不確定性に伴う損金算入時期に関する論点に全く気付かない答案が少なからずあった。「寄附金該当性の論点を含めて」という設問の指示を誤解したものかもしれないが、問題文に長々と解答に無関係な条件が与えられているはずはないのであって、日頃から基礎的な学習をおろそかにせず、かつ、問題文を精読することの重要性を指摘しておきたい。いずれの誤解や見落としも「不良」の評価につながりがちであった。

(2)に関し、法人税法上の寄附金は、広く「資産又は経済的な利益の贈与又は無償の供与」（同法第 37 条第 7 項）を含むため、当選者に対する旅行ギフト券の贈与に係る支出が寄附金に該当するかが問われ得る。ほとんどの答案が、この出題意図を踏まえた上で、対価性の有無や、通常の経済的取引としては是認できる合理的理由の有無、あるいは、同項の括弧書きにおける明示的な除外費目に該当するかどうかの検討に進めていた。また、大半の答案が、これらをおおむね適切に論じた上で、寄附金に該当しないことを説明できていた。

もっとも、出題意図に気付かず、ギフト券の購入に際して旅行会社に支払った対価（旅行代金）の寄附金該当性を検討している答案も複数見られた。問題文には、旅行会社との取引対価（手数料を含む。）の正常性を問うべき事情は何ら与えられていないのであるから、的を射ない検討であると評価せざるを得ない。また、債務の確定のない費用であるため経済的合理性を欠く（よって、寄附金に該当する）旨述べる答案が幾つか見られたが、債務の確定と、寄附金の認定に関わる経済的合理性の評価とは直接関係のある問題とはいえない。

(1)と(2)につき、共に論点をおおむね逃さず検討できていれば、論旨の一貫性と説得力に応じて「良好」ないし「優秀」という評価につながっている。

<設問 2 >

設問 2 では、令和 7 事業年度中に提供される予定の役務に係る対価として令和 6 事業年度に受

領した金額（7500万円）をどの年度の収益として益金の額に算入すべきかが問われている。役務の提供に係る収益の額は、平成30年度の法人税法の改正後は、同法第22条第2項及び第4項の「別段の定め」として、同法第22条の2第1項に基づき、役務の提供の日の属する事業年度の益金の額に算入される。

もっとも、本設問における根拠条文として同項を挙げている答案は全体の半数にも満たず、想定より大幅に少なかった。また、法人税法第22条の2第1項を挙げている、同項に言う「役務の提供」という要件に言及することなく、権利確定主義に関する判例や理論のみに基づく説明に終始している答案や、安易に管理支配基準に依拠する答案が多く見られた。判例や学説の学習はもちろん大切であるが、それを現行法令に照らしながら学び、考える姿勢が肝要であることを確認しておきたい。

法人税法第22条の2第1項に言及する答案（「一応の水準」に達しているものが多い。）では、同項を根拠にストレートに7500万円の全額を令和7事業年度の益金の額に算入すべきとするものが見られた。あり得る処理の一つをおおむね説明してはいるものの、本問での主たる役務の提供は宿泊サービスの実施であること、そして、同年度中でもキャンセルが生じ得ることを考慮できているかどうか、答案の評価に影響を及ぼす。特に、災害等の異常事態による例外はあるものの、原則としてキャンセルがあっても返還されない1500万円部分の益金算入時期が問題となることに気付いている答案は、おおむね「良好」以上の評価につながっている。その上で、当該部分は、令和6事業年度に「宿泊の確保」という役務の提供に係る対価と解し、同項の文理に則しつつ、権利確定主義とも整合的な立論を行う答案は、益金の算入時期をめぐる問題について、平成30年度の改正の経緯を含めて基礎から理解し、かつ応用力を備えたものとして「優秀」の評価を得ていることが多い。他方で、端的に、7500万円の全額を「宿泊」という役務提供の対価だと捉え、現に令和7年度中に宿泊があつて初めて益金の額に算入されるという考え方も成り立ち得る。よって、そのような筋の答案でも「良好」以上の評価につながる場合が多いが、1500万円部分が特に論点になることを意識できているかどうかで、評価に違いを生んでいる。

単純に、公正処理基準に従って益金算入時期が決まる旨の答案も少なからず見られたが、上記のとおり、法人税法第22条の2第1項は、同法第22条第4項にいう「別段の定め」に当たるため、現行法の下では条文に忠実な説明とは評価できない。また、令和6事業年度に収受している7500万円の全額につき、同条第2項と第4項を挙げた上で、宿泊サービスが未提供である事実をほぼ無視し、収入実現の蓋然性や、収入金額を自由に処分できる旨（管理支配基準）のみを根拠に、その全額を同事業年度の益金に算入すべき（そして、キャンセルによる返金額はキャンセル等のあつた事業年度の損金に算入すべき）とする旨の答案が、想定以上に多く見られた。だが、そのような説明のみでは、現行法人税法の基本的な条文（同法第22条の2第1項）を上記のとおり見落としていることもあり、説得力を欠く。

キャンセル料相当額（1500万円）については、キャンセル時に返金されるべき金額と誤解（ないし混乱）している答案が幾つかあつた。問題文に与えられた重要な条件を誤解した答案の評価は「不良」となりがちである。落ち着いて理解した上で解答してほしい。災害等は通常生じない事象であるにもかかわらず、この事情を益金算入時期を決定付ける理由として挙げる答案も見られたが、偶発事象に伴う僅かな不確実性をもって所得の年度帰属を左右するという見方は、所得計算に過度の確実性を要求し、その適正性を損なう結果となり、説得的とは言い難い。また、問題文において、キャンセル料の負担以外にキャンセルに制限は無く、したがって、単に宿泊予定日の到来により7500万円（又は6000万円）の全額が益金の額に算入されるという説明では、十分に正確とはいえない。なお、早期予約販売による25%の値引による低額取引の問題を述べる答案もあつたが、値引後の対価が「通常得べき対価の額」（法人税法第22条の2第4項）と異なるような事情は問題文中に見当たらず、この点は問われていな

い。

<設問3>

設問3では、個人が偶発的に受けた経済的利益に係る収入金額の年度帰属と所得区分が問われている。

まず年度帰属に関し、当選者は、令和5年には、翌年に始まる所定の期間内に無償で旅行ができるという、いまだ行使し得ない処分不能な（死蔵の可能性もある）権利が生じていることを通知されたのみであるのに対し、令和6年には、旅行ギフト券を受領し、現に旅行を通じて経済的利益を享受している。よって、「贈呈されたギフト券に基因する[当選者]の経済的利益」は、同年に実現した収入金額である（所得税法第36条第1項）と評価するのが自然である。答案の中には、令和5年中に上記の権利が生じている点を述べて、同年の収入金額に算入すべきとするものも、多くはないが見られた。しかし、いまだ譲渡性も行使可能性もない権利の発生をもって直ちに経済的利益が実現したと評価するのは尚早というべきであるし、「贈呈されたギフト券に基因する…経済的利益」とも言い難い。なお、結論にかかわらず考慮要素を挙げて検討ができていれば、その点も加点的に評価の対象となる。

次に、所得区分については、他の8種類のいずれにも該当しない一時の偶発的な収入金額につき、雑所得から区別するための基準（非対価性及び非継続性）を正確に指摘した上で、条文に当てはめられている答案（一時所得であるとの結論に至るはずである。）は、総じて、「一応の水準」以上の評価に至っている。なお、一部の答案は、アンケートへの回答との対価関係を挙げて雑所得に該当する旨論じていた。だが、アンケートに回答した数千人の中から偶然に当選した10名に含まれる納税者が受けた経済的利益と、アンケートへの回答との間に対価性を見いだす議論は説得的ではないであろう。

当選者が役員（社外取締役）である場合でも、一時所得としての評価は変わらないという答案がほとんどであり、結論として正答といえる。ただ、とりわけ役員の場合は、勤務先である会社から受ける臨時的な経済的利益は、広く就労の対価としての性質が認められるべきであり、このため、給与所得該当性が問題となるところ、この点を認識しつつも、問題の経済的利益は、役員の立場とは全く無関係に、純然たる第三者との間でされた取引ともいえるべき態様で支給されているものであって、就労の対価とは認められない旨を示唆している答案には、高い評価を与えている。

なお、時間的制約による焦りから単純なミスも散見され、中でも、令和5年の事象と令和6年の事象とを取り違えていると思われる答案などは、採点上の負の影響が大きく、総じて「不良」の評価にならざるを得ない。他方で、年度帰属と所得区分を考える上で欠かせない上記の点を、多少は粗くともおおむね見落とさずに論じている答案は、総じて「良好」の評価に至っており、そこでの記述の緻密さや思慮深さに応じた加点を得ている答案は、「優秀」と評価されている。総じて、事案分析力により得点に大きく差がつく結果となった。

<設問4>

設問4には、上場会社の株主優待に係る経済的利益の所得区分（特に、配当所得、一時所得又は雑所得）、総収入金額に算入する時期及び確定申告の要否の3つの問題が含まれ、いずれも基礎的な学習事項に関する問いであるが、その全てに十分な解答ないし説得的な記述ができていないものは、おそらく時間的な制約もあって、非常に少なかった。

まず所得区分に関しては、配当所得該当性を否定する答案では、「剰余金の配当」に当たらないことのみを理由に挙げるものが見られたが、問題文にはこの点は明記していないので、更なる説明なしには完全な解答とは評価し難い。「剰余金の配当」は会社法第453条からのいわゆる借用概念と考え得るところ、会社法上の剰余金の配当の原資には、準備金を除く「その他資本剰余金」と「その他利益剰余金」が含まれ、後者は、基本的に当該会社の損益計算上の利益の留保分である。所得税法第24条第1項では、剰余金の配当から資本剰余金の額の減少に伴

うものを除いており、したがって、会社法の制定前と同様、法人税法は、資本と利益の区別を維持し、損益計算上の利益の株主に対する分配を配当所得と捉えている。本問での株主優待に係る経済的利益は、持株数に応じて段階的に付与されるものであって、損益計算上の利益の分配には当たらないと考えられる（最判昭和35年10月7日民集14巻12号2420頁も参照）。採点上は、この点を配当所得に該当しない理由として指摘できていれば基本的には足りるものとして扱っている。もっとも、配当所得該当性を否定する答案の多くが、端的に一時所得に該当するとしていた。しかし、問題の株主優待制度に基づく利益は、「毎年10月末時点のA社株主」に付与するものであって継続性が認められ、「一時の所得」（同法第34条第1項）に当たらないため、雑所得（同法第35条第1項）として扱う方が説得的である。

他方で、株主が株主たる地位に基づいて会社から受けた利益である以上、配当所得だとする答案も幾つかあった。上記のとおり正答とは評し難いが、法人税法における判例（最判昭和43年11月13日民集22巻12号2449頁）や所得税法の裁判例（東京高判平成24年4月10日税資262号順号11927頁）、所得税基本通達24-1などにおける一般論（の一部）に依拠するものとするれば、主張としてはあり得なくはないため、論旨の一貫性、説得性に依拠して評価を与えている。

次いで、課税のタイミングについては、令和7年に受け取った宿泊券（役務を受ける権利）に係る経済的利益つき、設問3における旅行ギフト券とは異なり、直ちに換金ないし処分が可能で、金銭的評価も可能であるため、宿泊自体は翌年以降でも、令和7年に実現があったものとして総収入金額に算入すべきである（所得税法第36条第1項）。答案でも結論は同様に述べるものが多かったものの、理由については、宿泊券を受け取った、利用期間に制限がない、あるいは、単に権利が確定したなどの点を挙げるだけのやや粗いものが多く、その場合は相応の評価にとどまっている。

典型的な給与所得者なら、源泉徴収と年末調整を受けていれば、基本的には確定申告を要さないが、他の所得が20万円超あるなどすれば、この限りではない（所得税法第121条第1項）。このような基礎知識でも、根拠条文（本問に関し、同項第1号）に当たって確認する姿勢を維持している受験者であれば、難なく、そして簡潔に理由を付して正答に至れるはずである。実務上、基本かつ重要な条文であり、正確に押さえてもらいたい。

本設問には、実質的には3つの小問が組み込まれており、「不良」と評価せざるを得ない答案には、明らかに時間不足や時間配分のミスに基因するものが少なくない。他方、配当所得該当性を否定し、雑所得該当性を肯定できている答案は、総じて「一応の水準」に達している。ただし、その理由付けの緻密さや巧拙には、答案ごとの差が大きかった。加えて、課税のタイミングに関し、設問3での問いにおける条件との違いを踏まえた解答ができていれば「良好」以上の評価につながりやすい。さらに、確定申告に関する根拠条文を正確に挙げて、過不足なく説明できている答案の多くは、日常的に条文に当たりながら丁寧に学習する習慣を反映してか、「優秀」なものが多いとの印象である。

4 今後の出題について

本年は、第1問及び第2問設問3・設問4が所得税法に関する問題、第2問設問1・設問2が法人税法に関する問題であった。なお、第2問設問4では、所得税法上の税額確定手続についての基礎的な知識も問うている。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、さらに、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、「必要経費」、「寄附金」、「剰余金の配当」といった概念の解釈・適用が問題となった。また、原則的な条文（例として法人税法第22条）とその「別段の定め」（例として同法第22条の2）との関係等を正確に理解していることも必須である。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、それらがどのような場面でどのように適用されるかを理解しておきたい。そのためには、学習上、裁判例の具体的事実関係の中で、何が争点になり、当該概念にどのように当てはめられているかというところまで目配りする必要がある。

(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」で言及している基本的な判例や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。制度の基本を理解するには、判例はもちろんのこと、重要な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。それによって初めて、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、実務上必要となる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。今年度の出題で言えば、第1問設問1が条文の解釈を求める出題であった。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、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かん養する上では、上記(2)で述べたように、主要な判例や裁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、ということ是非強調しておきたい。

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、取り分け、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「生活に通常必要な動産」該当性や、第2問設問4の「配当所得」該当性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は高く評価されるが、これもまた、法曹として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。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。

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、事業者ないし事業者団体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、事業者団体であるX協会が、①乙市内の建築現場を運搬先に指定する需要者に対してAの取引を行うことを一切禁止する旨を幹事会で決定（以下「本件決定①」という。）した上、その遵守を会員に求めた行為（以下「本件行為①」という。）、及び②甲県内における各基準料金を、大多数の会員が従来需要者に請求していた各割増料金の平均にその10パーセントを上乗せした額とする旨を総会で決定（以下「本件決定②」といい、本件決定①と併せて、「本件各決定」という。）した上、その遵守を会員に求めた行為（以下「本件行為②」といい、本件行為①と併せて、「本件各行為」という。）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、本件各行為について、㊦事業者団体の活動を規制する独占禁止法第8条の違反が問題になることに気付いた上で、検討対象とすべき類型を的確に選択しているかどうか、④条文から導かれる各類型において問題となる要件を特定し、その判断基準となる規範を定立した上で、本件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、㊧答案全体を通じて、論理的かつ説得的な論述が展開され、バランスがよく、一貫性のある解答に仕上がっているかを評価対象とした。

2 第2問

第2問は、甲地域における大部分の農家を組合員とするX農業協同組合（以下「X農協」という。）が、甲地域が生産地として有名な農産物 α について、組合員の α 生産強化の強い要望に応じて、生産に必要な設備である β の調達資金を国の補助を受けて組合員に低利融資していたところ、近年、商系業者3社が販売手数料を軽減する等して販売委託事業を拡大し、その結果、以前はX農協がほぼ100パーセントを占めていた α の販売委託について、55パーセント程度にまで減少することとなったことから、X農協は低利融資に際しては、組合員が生産する α の80パーセントまでをX農協に出荷することを条件として遵守させることを計画しており、この計画の独占禁止法上の問題点に係る論述を求めた問題である。

具体的には、㊦この計画について、不公正な取引方法、とりわけ拘束条件付取引（独占禁止法第19条及び第2条第9項第6号並びに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）を中心に据えた検討をしたか、その上で、④本問の計画が相手方の事業活動を「拘束」したものかについて、規範定立と当てはめができていないか、㊧効果要件（市場画定を含む）について規範を定立した上で、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、㊨X農協の主張は正当理由たり得るのかについても、目的の正当性と手段の相当性の見地から適切に論じら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) 適用条文の選択及び答案構成の傾向について

X協会が事業者団体に該当すること及び（小問(1)及び(2)のいずれにおいても）独占禁止法第8条の違反が問題になることについては、ほとんどの答案が指摘していた。小問(1)においては、同条第4号違反を検討の中心に据えてその違反を肯定するものが最も多く、小問(2)においては、同条第1号違反を検討の中心に据えてその違反を肯定するものが最も多かった。ただし、小問(1)においては、同条第1号、第5号を検討する答案が一定数見られ、小問(2)においても、同条第4号、第5号を検討する答案が一定数見られ、これらについても、その論述内容等に応じて、相応に評価している。

なお、複数の類型を検討している答案も散見されたが、例えば、小問(1)において、同条第1号違反を否定した上で、同条第4号違反を肯定しているもの、小問(2)において、同条第4号違反を肯定した上で、さらに同条第1号違反を肯定しているものなどについては、限られた紙幅及び時間の中で、充実した論述が期待される箇所の論述が簡潔なものにとどまったり、同様の論述を繰り返すこととなったりして、論述のバランスを失っている答案も少なくなかった。

(2) 本件各行為の行為要件該当性等に関する検討について

ア 多くの答案が、独占禁止法第2条第2項の定義を指摘した上、本問の事実を当てはめて、X協会の事業者団体該当性を肯定していたが、その当てはめが不十分なものが一定数あった。また、単に事業者団体に該当する旨の結論のみを指摘する答案も一定数存在し、独占禁止法第8条違反が問題になるというだけで、X協会の事業者団体該当性を検討する論述を欠いている答案も僅かに存在した。

イ X協会の定款上、協会の組織、運営、管理等については、総会の決定事項とされているところ、本件決定①は幹事会による決定であるため、その遵守を会員に求めた本件行為①がX協会の行為に当たるか否かが問題となる。相当数の答案が、この論点に気付いた上で、適切な規範を定立し、本問の事実を当てはめて、X協会の行為に当たるとの評価をしていたが、規範や当てはめが不十分な答案も一定数見られたほか、本論点を見逃している答案も僅かに存在した。他方、本件決定②は、総会による決定であり、その遵守を会員に求めた本件行為②がX協会の行為に当たるとは容易に認められるところ、この点を全く論述していない答案も少なくなかった。

ウ 本件行為①が、構成事業者の機能又は活動の制限に当たるとの当てはめについては、その論述の水準には一定の幅があったものの、独占禁止法第8条第4号の適用を選択した多くの答案において、おおむね適切に指摘されていた。

(3) 本件行為①の「不当に」該当性等に関する検討について

ア 独占禁止法第8条第4号の「不当に」が、公正競争阻害性のうち自由競争減殺のおそれを生じさせる意味であることについては、同号の適用を選択した多くの答案において、おおむね適切に指摘されていたが、自由競争減殺のおそれの内容について、的確な説明を欠いている答案も一定数みられた。

イ 市場の画定方法に関する規範については、ほとんどの答案がおおむね適切に論述していた。自由競争減殺のおそれの有無を判断するに際して、本件決定①が影響を与えると想定される市場の画定が問題になることについても、多くの答案がおおむね適切に指摘していたが、市場画定を必要とする理由の指摘が全くないような答案も一定数みられた。問題となる市場の当てはめについては、多くの答案がおおむね適切な結論を示していたが、本件行為①が禁止対象としている特例取引の内容やAの商品特性を踏まえた的確な理由付けを欠いている答案も一定数みられた。

- ウ 本件行為①により、自由競争減殺のおそれが生じたとの結論については、多くの答案が的確に論述していたものの、その論述の程度は様々であった。特例取引を用いて行う安値販売の消滅により、競争回避・価格維持の効果が生じたことについては、一定数の答案が指摘していたものの、甲県におけるX協会の会員の合算市場シェアが約90パーセントに上ること、乙市が甲県の県庁所在地であり、建築需要が高まってきていることなども含めて、本問の事案に示された事実関係を丁寧に拾った論述を展開している答案は限られていた。
- エ 多くの答案が、正当化事由が問題になること及びその判断基準について、おおむね適切に論述して、正当化事由はないとの結論を導いていた。Aの商品特性や品質基準の位置付けを踏まえるなど本問の事案に即した説得的な論述を展開できている答案も一定数みられた。
- (4) 本件行為②の競争の実質的制限該当性等に関する検討について
- ア 競争の実質的制限（独占禁止法第8条第1号）の意義については、その論述の水準には一定の幅があったものの、同号の適用を選択した多くの答案において、おおむね適切に論述されていた。
- イ 市場の画定方法に関する一般的な規範については、ほとんどの答案がおおむね適切に論述していた。もっとも、本件決定②が影響を与えると想定される市場について、Aの販売代金とは別に請求される各割増料金に係るカルテルであることを意識できていない答案も少なくなかった。
- ウ 本件行為②により、競争の実質的制限が生じたとの結論については、多くの答案が的確に論述していたものの、本件行為②の後に、貢献における各割増料金の水準が約10パーセント高止まりするようになった事実を指摘していないものが散見された。アウトサイダーがほとんどいないことや建築需要が低迷していることなどを含めて、本問の事案に即した説得的な論述を展開できている答案も一定数みられた。
- (5) 「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」答案について
- ア 本件各決定について、検討対象とする事業者団体規制の類型を適切に選択した上、行為要件、市場画定、公正競争阻害性、競争の実質的制限及び正当化事由を含む主要な論点について、規範定立を的確に行うとともに、本問の事案に即した論理的かつ説得的な論述を展開できている答案等は、「優秀」と評価した。
- イ 本件各決定について、検討対象とする事業者団体規制の類型をおおむね適切に選択した上、行為要件、市場画定、公正競争阻害性、競争の実質的制限及び正当化事由を含む主要な論点について、規範定立をおおむね的確に行うとともに、本問の事案に即した相応の論述を展開できている答案等は、「良好」と評価した。
- ウ 本件各決定について、検討対象とする事業者団体規制の類型の選択が一部不適切であるか、行為要件、市場画定、公正競争阻害性、競争の実質的制限及び正当化事由を含む主要な論点について、規範定立や当てはめの一部の論述が不十分であるものの、全体としては一定の水準に達している答案等は、「一応の水準」と評価した。
- エ 本件各決定について、検討対象とする事業者団体規制の類型の選択が不適切である答案、行為要件、市場画定、公正競争阻害性、競争の実質的制限及び正当化事由を含む主要な論点について、規範定立や当てはめの多くの論述が不十分であり、全体として上記ウの水準に達しない答案等は、「不良」と評価した。なお、独占禁止法の各論点に関する一応の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論述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。

2 第2問

(1) 全体の答案の傾向

まず、本問では比較的多数の答案が不公正な取引方法の拘束条件付取引（一般指定第12項）を検討していたが、排除型私的独占（独占禁止法第2条第5項）、抱き合わせ販売（一般指定

第10項)、排他条件付取引(一般指定第11項)及び競争者に対する取引妨害(一般指定第14項)を検討するものも少なからず存在し、また、事業者団体の行為として同法第8条第1号及び同条第4号を問題とするもの、優越的地位の濫用(同法第2条第9項第5号)を問題とするものも存在していた。いずれも直ちに間違いとまでは言えないが、本問のような、いわゆる農業協同組合の系統出荷が独占禁止法上問題となる場合、拘束条件付取引として捉えることが全体を最も適切に捉えやすい法律構成と考えられ、実際にこれまでの多くの先例で拘束条件付取引が適用されてきたことに鑑みれば、本問においても、まず、拘束条件付取引の該当性を検討してほしいところである。

(2) 行為の主体について

X農協が不公正な取引方法の主体となる「事業者」に当たることについては、大部分の答案が独占禁止法第2条第1項に基づいて正確に論じていた。

(3) 行為要件について(本件計画は相手方を「拘束」するか)

「拘束」の意味について、「人為的な手段によって実効性が保たれている」といった通説的な説明をしている答案がほとんどであった。当てはめでは、生産に必要な設備である β が高価で、かつ数年で更新を要するため資金調達が必要であるところ、これを低利で融資をする事業者はX農協しかないこと等の事情を上げ、大部分の生産者にとってかかる融資を打ち切られたくないなら農協の提示する融資条件をのまなければならないという意味で、事実上の拘束があることにつき、多くの答案で触れられており、論述も比較的丁寧との印象を受けた。ここまではほとんどの答案が良好に論述してきており、あまり差がつかないという印象を受けた。

(4) 効果要件について

ア 拘束条件付取引でいう「不当に」が公正競争阻害性を意味すること、さらに、その内容は自由競争減殺であり、具体的には市場閉鎖効果を生じることについては、多くの答案が触れられていた。しかし、中途半端な記述にとどまっているものも散見された。

イ 市場閉鎖効果の判断の前提として、市場を画定する必要があることについても多くの答案が触れていた。その認定手法として、多くが地理的範囲、商品役務範囲を画定すること及び需要の代替性を主たる判断要素とすることを述べていたが、行為の影響の及ぶ取引の範囲に言及するものは少なかった。違反行為案件では行為の影響範囲から市場を画定することは一般に行われていることであり、これに言及が少ないのは残念であった。

地理的範囲については、産地の近くに大規模な出荷施設を必要とすることについて触れ、それゆえ事実上集荷の範囲が甲地域周辺にその施設を有する商系業者に限られることについて気付いてほしいところだが、この点に言及するものはそれほど多くはなかった。

商品役務範囲については、甲地域産 α の全国での販売市場と見るか、甲地域産 α を全国市場に出すまでの流通サービスの市場と見るかで見解が分かれた。まず、甲地域産 α の全国での販売市場と見る場合、甲地域産 α が高評価で他の地域産 α と一定の差別化が図られるとしても、他の地域産 α の販売の影響から無縁とまでいうのは困難であろうから、公正競争阻害性を判断するに当たっては、他地域産の α の競争圧力をも考慮する必要がある。他方、甲地域産 α を全国市場に出すまでの流通サービスを役務範囲とする場合には、検討対象を本問の計画がこの流通サービスの競争にどのような影響を与えているかに絞ればよく、そのような答案が競争への影響を的確に論じているという印象を受けた。ここで流通サービスとは、問題文からはX組合が組合員から α の販売委託を受けていたことがうかがわれるから、 α の取引販売委託市場が画定される。

ウ 市場閉鎖効果について

市場閉鎖効果についての規範は、「新規参入者や既存の競争者にとって、代替的な取引先を容易に確保することができなくなり、事業活動に要する費用が引き上げられる、新規参

人や新商品開発等の意欲が損なわれるといった、新規参入者や既存の競争者が排除される又はこれらの取引機会が減少するような状態をもたらすおそれが生じる場合をいう」とする流通・取引慣行に関する独占禁止法の指針の考え方が代表的である。これは裁判例でも用いられているものであり、実務の基本線と言えるが、この基準について十分に述べられている答えは稀であった。この基準の本問への適用に関しては、まず、 α 生産農家の大部分がX農協に加盟しており、X農協は有力な事業者であること、低利融資が国家補助に基づいていること及び β がなければ α の生産ができないことが背景にあることを押さえる必要がある。その上で、生産量の80パーセントの α をX農協に販売委託することにすれば、商系業者の集荷に大きな影響が出ることの作用機序(Theory of harm)を明確に示す必要がある。行為の市場への影響を定量的に示す必要はなく、かつ、その影響の発生は「おそれ」で足りるが、その分、影響発生メカニズムは明確にする必要がある。この際、商系業者が負うことになる不利益にも具体的に言及するのが望ましい。商系業者が集荷を確保するには、X農協から低利融資を受ける生産農家が系統外出荷をした場合に農家が得られなくなる利益を、商系業者が補填する必要がある。そのようなものとして、まず、X農協の低利融資を受けたい農家が、それを受けず一般の金融機関から融資を受けた場合に負担することとなる金利との差額が挙げられる。これを商系業者が補填することが可能かであるが、仮に可能であるとしても、集荷コストが高くなり取引の機会が減少することになる。商系業者が手数料を低減して集荷量を増やしてきた経緯からは、それ以上の負担は難しいとの判断もあり得よう。

エ 商系業者は排除されるか

本問で α の調達を自己資金で賄える基盤強固な農家は少数で、大部分の組合員はX農協の融資条件を受け入れると考えられ、かかる条件を受け入れる組合員の出荷量は甲地域産 α 生産量の80パーセントを占める想定であるから、X農協への販売委託はこの甲地域産 α 全体の64パーセントとなる。現在、商系業者の販売受託のシェアは全体で45パーセントであるが、これが36パーセント以下に減少することになる。

本問について排除型私的独占が成立するとする場合は、この数字をもって「排除し」、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」に当たることを論じる必要がある。これらに当たらなければ取引機会の減少があるに過ぎないから、拘束条件取引が成立するとどまる。なお、多くの答案で双方とも成立するとしていたが、私的独占が成立するとする場合、行為要件・効果要件該当性を説得的に論じる必要がある。

オ 正当化理由について

正当化事由について、X農協の計画の目的の競争促進効果の有無について、これが認められるとして、手段の相当性を検討するとする答案がほとんどであった。この中で、X農協が主張するフリーライド防止目的は正当であるとする答案も多かった。ただし、その場合、フリーライド防止が何ゆえ競争促進効果に結び付くかを明らかにする必要があるが、そのような答案は少なかった。考えられるものとして、農協による責任ある品質管理によるブランド力の維持・向上や、もともと組合員の要請を受けて低利融資のための補助金を確保し、広報活動にも力を入れてきたという経緯から、系統外出荷を野放図に認めれば農協が今後継続的に補助金を確保し、広報活動を行うインセンティブを喪失するおそれがあること、などがあり得る。これとの関係において、80パーセントの系統出荷を義務とすることが相当かを論じる必要があるが、そのような検討がされている答案はほとんどなかった。なお、農協が主張する、系統外出荷が拡大すれば、X農協の全国での α 販売事業に支障が出るとの理由はその根拠を見いだしがたいであろう。いずれにせよ、正当化事由については、多くの答案で具体性を欠き、おおむね低評価とせざるを得なかった。

(5) 「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」答案について

的確に条文を選択し、行為要件、効果要件につきその基準を通説や、実務的な立場からもれなく記載し、かつ、当てはめにおいて、競争阻害効果を発生させる作用機序を踏まえ具体的にを行っている答案是「優秀」と評価した。ただ、そのような答案是、極めて少数であり、行為要件、効果要件については網羅的に述べられているものの、表面的な事実だけで当てはめを済ませているものが多く、そのような答案是「良好」とどまった。また、多くの答案が複数の違反類型について論じており、独占禁止法についての知識があることは認められたが、結局どの違反類型とするかについて結論を出しておらず、判断の決め手となる事実分析に踏み込めていないものが多かった。そのような答案是「一応の水準」との評価にとどまった。条文の選択が適切でなく、市場画定や競争阻害効果の論述ができていないもの、複数の違法類型に言及するが、いずれの類型もその成立要件の記載が不十分なものは「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ものとなっていたと思われる。他方で、「一応の水準」以下にとどまった答案是、事案に即した条文の選択ができていない、当てはめが不十分である、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、経済法の場合、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、その知識を活用するとともに、背景にある経済学的な考え方や経済的経験則を理解し、自分が当事者として当該問題にあるような立場に置かれた場合、どのような経済行動をとるかを具体的に想像することが必要であると思われ、そのような能力の涵養に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

(1) 第1問

本問は、試験又は研究のためにする特許発明の実施に対する特許権の効力制限、並行輸入に対する特許権行使の可否、存続期間経過後に譲渡を行う旨の譲渡等の申出行為の適法性についての理解を問うものである。採点に当たっては、設例から論点を的確に抽出し、関連する条文を丁寧に拾い上げ、各論点について、判例があるものについてはその解釈を念頭に置きつつ、解釈論を説得的に展開し、本問の事実関係に適切に当てはめられているか否かに応じて、優秀度を判定した。

ア 設問の(1)

Xの主張について、行為①が、物の発明の生産（特許法第2条第3項第1号）に該当し、業としての実施（同法第68条本文）として本件特許権1の侵害を理由とする損害賠償請求（民法第709条）の対象となる旨を論じた上で、Y1の反論として、最判平成11年4月16日民集53巻4号627頁【膀胱疾患治療剤事件】を踏まえて、行為①が試験又は研究のためにする特許発明の実施として特許権の効力が及ばない（特許法第69条第1項）という主張について論じている答案を「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、存続期間制度の趣旨について述べた上で、本問の事実関係の下、行為①に同法第69条第1項が適用できないと、存続期間制度の趣旨を達成できず、特許制度の根幹に反する事態となること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 設問の(2)

Xの主張について、行為②が、物の発明の輸入と使用（同法第2条第3項第1号）に該当し、業としての実施（同法第68条本文）として本件特許権2の侵害を理由とする損害賠償請求（民法第709条）の対象となる旨を論じた上で、Y2の反論として、装置Qの輸入と使用について、最判平成9年7月1日民集51巻6号2299頁【BBS事件】を踏まえて、A国で適法に譲渡された製品の並行輸入として特許権の行使が否定されるという主張と、装置Qの使用が試験又は研究のためにする特許発明の実施として特許権の効力が及ばないという主張について論じている答案を「一応の水準」とした。その際、並行輸入については、国内消尽と比較しながら、消尽理論ではなく【BBS事件】が示した判断枠組みを用いるべき理由を論じている答案や、主張の妥当性の問題として、【BBS事件】が日本において特許権を行使することが許されるか否かについて判断する際に論じた①「我が国の特許権者又はこれと同視し得る者が国外において特許製品を譲渡した場合」に当たるか及び②特許権者が「譲受人から特許製品を譲り受けた第三者及びその後の転得者に対しては、譲受人との間で右の旨〔＝販売先ないし使用地域から我が国を除外する旨〕を合意した上特許製品にこれを明確に表示した場合」に当たるかについて、本問の事実関係を踏まえて具体的に検討している答案は、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。さらに、装置Qの使用が試験又は研究のためにする特許発明の実施として特許権の効力が及ばないかについては、装置Qがリサーチツールに当たると考えられるところ、特許法第69条第1項の趣旨を踏まえて、リサーチツールの使用に対し同項が適用されるかについて具体的に検討している答案は、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

ウ 設問の(3)

Xの主張について、行為③が、物の発明の譲渡等の申出（同法第2条第3項第1号）に該当し、業としての実施（同法第68条本文）として本件特許権1の侵害を理由とする損害賠償請求（民法第709条）の対象となる旨を論じた上で、Y1の反論として、申出行為の対象である譲渡自体が存続期間経過後に行われる適法な行為であることを根拠とした主張について論じている答案を「一応の水準」とした。その際、なぜ譲渡等の申出が譲渡等と並んで独立した実施行為と規定されているのか（例えば、申出が行われた時点で、需要者が侵害品の購入を企図することにより特許製品の買い控えが生じ、申出の段階で既に特許発明に対する需要が喪失する、あるいは、そのおそれが生じるためといった説明）を論じた上で、それを踏まえて、主張の妥当性を具体的に検討している答案は、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

(2) 第2問

本問は、文章及び映像を素材に、二次的著作物の著作物性、文章を要約して利用する行為に関する著作権侵害の成否、映像を改変するソフトを提供する行為に関する著作者人格権侵害の成否及び権利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、まず、設例で問われている請求や法律上可能と考えられる請求について、それが成立するための要件を、根拠条文とともに明示した上で、その成否に係る論点を関連条文とともに的確に指摘し、各論点に関する解釈論について制度趣旨を踏まえつつ論じた上で、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は、著作物（著作権法第2条第1項第1号）に当たる文章Pを創作した著作者（同項第2号）として著作権を有するところ（同法第17条第1項）、文章Pを原著作物とする二次的著作物（同法第2条第1項第1号）に当たる文章P'をBがブログに投稿したことは、Aが同法第28条を介して有する公衆送信権（同法第23条第1項）の侵害に当たるとして、Bに対して文章P'の削除を請求できる（同法第112条）旨を主張すべきことを論じた上で、Bの反論として考えられる主張について言及している答案を、「一応の水準」とした。その上で、Bの反論に関して、文章Pを分かりやすく要約することが翻案に当たると考えられるところ、引用（同法第32条第1項）に伴って許容される行為として同法第47条の6第1項第2号は翻訳のみを掲げ、翻案を明示していないことから、要約引用が許容されるかどうか（東京地判平成10年10月30日（平成7年（ワ）第6920号）【血液型と性格事件】参照）、文章Pが公開して行われた政治上の演説に当たるとしてその利用が許容されるかどうか（同法第40条第1項）、動画Qが大きな注目を集めていることを個人ブロガーが紹介する際に文章Pを要約して掲載することが時事の事件報道のための利用として許容されるかどうか（同法第41条、第47条の6第1項第2号）、約1万字の文章Pを1000字程度に要約した文章P'は文章Pの表現上の本質的特徴を直接感得できず類似性がないとしてその利用が許容されるかどうか、といった点について指摘するとともに、本問の事実関係の下、そうした反論の妥当性について具体的に検討している答案は、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

イ 設問2

Cは、著作物（同法第2条第1項第1号）に当たる映像Qを創作した著作者（同項第2号）として著作者人格権を有するところ（同法第17条第1項）、インターネット上の動画ファイルを視聴するとその映像が変容して表示される再生ソフトRを公開しているCの行為は、Aが動画Qに対して有する同一性保持権（同法第20条）の侵害や、著作者の名誉声望を害する著作物利用として著作者人格権侵害とみなされる行為（同法第113条第1項）に当たるとして、Cに対して、差止請求（同法第112条）、損害賠償請求（民法第709条）、名誉回復等措置請求（著作権法第115条）を行うことが考えられる旨指摘した答案を、「一応

の水準」とした。その上で、これらの主張の妥当性について、Cの書き込みによって多くの人が再生ソフトRを用いて動画Qを視聴したものの、Cは動画Qを自ら改変した主体に当たるとは言い難いことから、損害賠償請求に関し、恋愛シミュレーションゲームに関する事案で、専ら当該ゲームソフトの改変のみを目的とするメモリーカードの販売が他人による同一性保持権侵害を惹起する不法行為に当たるとして損害賠償請求を認容した最判平成13年2月13日民集55巻1号87頁【ときめきメモリアル事件】があることを踏まえて具体的に検討した答案や、差止請求に関し、侵害行為の幫助者に対する差止請求の可否をめぐる従来の議論を踏まえて具体的に検討した答案は、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

3 採点実感

(1) 第1問

ア 設問の(1)（特許法第69条第1項に基づく特許権の効力制限（試験又は研究のためにする特許発明の実施に対する特許権の効力制限））

設問の(1)に関して、特許法第2条第3項第1号の「物の発明」の「生産」、同法第68条本文の「業としての実施」及び民法第709条に基づく損害賠償請求といった条文の正確な摘示と本問の事実関係への当てはめは概ね行われていた印象であるが、要件の一部について説明を欠いているものや、損害賠償請求の根拠等（例えば、過失推定（特許法第103条）等）について言及できていない答案も認められた。こうした条文は、請求権の発生にとって必須であるため、当然のことであっても摘示しなければならない。さらに、個別の条文等は記載していても、論理的なつながりについては意識しておらず、機械的に条文摘示と結論だけで済ませようとする答案が散見された。それ以外にも、問いとして、Xの主張、Yのすべき反論、妥当性を問うているのに、特にYの反論の箇所で、最初から裁判官目線で、請求が認められるかどうかを論じて結論付けている答案も多く、問いで求められた形での解答が求められるところである。

比較的多くの答案で最判平成11年4月16日民集53巻4号627頁【膵臓疾患治療剤事件】に言及した上で同法第69条第1項適用の可否について論じられていた。しかし、同判決の判旨と理由付けを正確に理解できていた答案は多くはなく、妥当性に関する説明が説得性を欠く答案が少なくなかった。また、妥当性において、最高裁の判旨とは異なる見解を採用する場合に、その理由付けについて十分に説明することが求められるところ、そうした理由について十分に論述されている答案は少なかった。他方、同法第69条第1項の趣旨が技術の進歩を目的とした試験研究のための実施にあることを重視する考え方と、最高裁判決の考え方の両者を踏まえた上で自らの見解を述べているものについては高く評価した。

イ 設問の(2)（並行輸入に対する特許権行使の可否と特許法第69条第1項に基づく効力制限）

設問の(2)について、多くの答案で並行輸入について論じられていた。また、相当数の答案で、最判平成9年7月1日民集51巻6号2299頁【BBS事件】を踏まえて、ウェブサイト上の表示のみが行われ製品それ自体に表示がないことを理由に同判決が日本における特許権行使を認めるための要件を充足しない旨言及できていた。

他方、Xの行為②が装置Qの「輸入」と「使用」（同法第2条第3項第1号）の双方に該当することを指摘する答案は思いのほか少なかった。また、【BBS事件】に触れることなく安易に国際消尽を認める旨を論じる答案や、そもそも問題の端緒となる装置Qが海外において適法に販売された事実について適切に指摘できていない答案も散見された。国内消尽が認められる根拠と比較しながら論述できている答案も一定数見られたものの、同判決の判示内容に関する理解が不十分で、国際消尽の否定に言及することなく結論に至る答案、同判決が判示した要件について正確に理解できていない答案が散見された。例えば、①特許製品上の表

示の必要性についての理解が曖昧なために、ウェブサイト上での表示でも足りるか否かを論じる際に、第三者に対してなぜこのような表示をする必要があるのかについての理由付けがない答案、②本問の事実関係では、装置QをA国で販売したのが特許権者X自身ではなく、XのA国子会社Zであるところ、Zが我が国の特許権者と同視し得る者に当たるかという点を検討していない答案などである。

さらに、リサーチツールに当たる装置Qの使用が、同法第69条第1項に基づく試験又は研究のためにする特許発明の実施として特許権の効力が及ばないかという問題を検討している答案はごく僅かであった。

ウ 設問の(3) (存続期間経過後に譲渡を行う旨の譲渡等の申出行為の適法性)

設問の(3)について、行為③が「譲渡等の申出」に当たることをそもそも指摘できていない答案が散見され、中には「譲渡」に当たると論述したり、同法第101条の間接侵害行為に当たるとする答案（そのためにYの反論や妥当性についても適切に論じることができていない答案）もあった。また、「譲渡等の申出」について同法第2条第3項第1号の正確な条文摘示がなされていない答案、その理解内容について不十分な答案も見られた。

妥当性の検討において、譲渡等の申出が譲渡等と並んで独立した実施行為と規定されている理由を十分に意識した答案や、存続期間満了前の申出によって生じる影響まで論じられている答案も見られ、高く評価した。

他方、行為③は試験又は研究のためにする実施行為でないにもかかわらず、同法第69条第1項適用の可否を論じる答案も見受けられた。

(2) 第2問

ア 設問1 (言語の著作物に係る著作権の侵害を理由とする差止請求のために必要な主張、同主張に対する反論とその妥当性)

本問では、Aが文章P'の削除請求を行うためにどのような主張をすべきかが問われているのであるから、権利の発生(著作物性(著作権法第2条第1項第1号))・権利の帰属(作者性(同法第2条第1項第2号))・著作権の帰属(同法第17条第1項))を前提として、権利侵害の効果としての差止請求(同法第112条)が可能である旨、条文を摘示して論じべきところ、これらの記述が十分に行われていない答案は相当低い評価にとどまった。特に、条文については、同法第17条や第23条に関して第1項の摘示を行わないもの、単なる誤記(例えば、「第2条第2号」とするもの)が多く、これらは条文の摘示があったものとは評価されなかった。また、著作物を例示した規定にすぎない同法第10条第1項各号のみを摘示して、著作物性を定めた同法第2条第1項第1号に言及しない答案も少なくなかった。また、問題文において、Aの請求が「著作権の侵害」を理由とするものであることが明示されているにもかかわらず、同一性保持権等の著作者人格権の侵害について論じている答案、ブログからの削除請求であるにもかかわらず公衆送信権ではなく翻案権侵害を理由にする答案も散見された。請求の基礎となる権利の正確な理解及び同権利に係る条文の正確な摘示は、その後の論述の大前提であり、出発点として確実に押さえておくべきである。

Aの権利侵害主張において翻案権侵害に言及しながらも、文章P'がAによって創作された文章Pを原著物とする二次的著作物であることについて指摘できていない答案が散見された。また、文章P'が二次的著作物に当たるとを認定しながらも、当該二次的著作物の公衆送信に関する原著作者の権利について、同法第23条第1項のみを摘示し、同法第28条に触れていない答案が散見され、さらに、同条のみを摘示しながら同法第23条第1項を摘示していない答案も一定数認められた。

適法引用(同法第32条第1項)該当性について、その一般的な要件論や要件該当性について詳細に検討した答案が多く認められた。他方、要約引用の適法性について、同法第47条の6第1項第2号に言及できていない答案や、同号に言及できていても、同号が翻訳のみを

許容しているにもかかわらず、なぜ翻案に当たる要約を容認すべきか、十分な説明ができていない答案が散見された。また、文章Pの要約について複製権侵害に当たるとする一方で、要約が翻案に当たる場合にのみ問題となる同号について論じている一貫性のない答案も少なからず見られた。

Bの反論として、適法引用については詳しく検討する一方で、公開の演説（同法第40条第1項）、時事の事件報道（同法第41条）及び文章Pと文章P'の間に類似性（表現上の本質的特徴の直接感得）がないことの各事項に言及できていない、又は言及できていても不十分である答案が散見された。問題文において、Bの反論としてどのような主張が考えられるかが問われている以上、設問の事実関係の下、可能性のある主張については網羅的に指摘すべきである。

Bの反論については、公開の演説について論じられている答案は相当数認められたものの、同法第40条第1項の要件を正しく当てはめられていない答案が散見された。特に、同項の「同一の著作者のものを編集して利用する場合」は、同一の著作者による複数の演説をまとめて出版するような場合が想定されているところ、本件のように一つの演説を要約した事案も同項にいう編集に当たると誤解した答案が少なからず見られた。

また、時事の事件報道（同法第41条）について論じられている答案は多くなく、特に同条に伴って許容される行為として翻訳のみを掲げる同法第47条の6第1項第2号について検討されていた答案は僅かであった。

さらに、上記のような権利制限規定に基づく抗弁とは別に、文章Pと文章P'の間に創作的表現の共通性が認められず、類似性（表現上の本質的特徴の直接感得）が否定されるとする反論が考えられるが、これに言及した答案は僅かであった。

イ 設問2（映画の著作物に係る著作者人格権の侵害を理由とする請求とその妥当性）

設問2についての検討は、総じて、規範の指摘と事案への当てはめといった表面的な検討で終わっている答案が散見された。例えば、請求の内容について、単に差止請求ができると記述するにとどまり、どの行為がどの権利の侵害に当たり、どのような請求が可能となるのかについて理論的に説明できていない答案が少なからず認められた。また、権利侵害の成否について詳しく論じる一方、著作者人格権侵害が認められた場合の請求内容に関する論述を欠く答案もあった。

本問では、Aがどのような請求をすることが考えられるか問われているため、そのような請求の前提として、設問1と同様に、動画Qに係る権利の発生（著作物性）・権利の帰属（著作者性・著作者人格権の帰属）について論じるべきところ、これらの記述が十分に行われていない答案は相当低い評価にとどまった。また、問題文において、著作者人格権侵害に基づく請求の可否が問われているにもかかわらず、説明なく著作権の制限規定に言及する答案や、同一性保持権（同法第20条）侵害や名誉声望侵害（同法第113条第11項）に言及しつつ、条文の摘示が正確でなかったり、結論のみに言及したりする答案が散見された。

Aが行い得る請求に関して、自ら改変行為をしているとは言い難いC自身が請求の相手方となり得るかという点について言及している答案は相当数認められたものの、特に理由を示すこともなくCが侵害主体である旨論じる答案等が散見された。また、請求の相手方に関する差止請求と損害賠償請求の違いを意識する答案は少数であった。

そして、本問に類似する事案で損害賠償請求を肯定した最判平成13年2月13日民集55巻1号87頁【ときめきメモリアル事件】を踏まえた検討を行う答案はごく少数であった。一方、同判決の判断内容と本件の事案との差異を踏まえて具体的に検討した答案は高く評価した。

また、名誉回復等措置請求（同法第115条）について言及している答案は限られており、言及はあっても十分な論述がなされていない答案が散見された。この請求は、故意又は過失

による著作者人格権侵害に対して著作権法上認められているものであるから、著作者人格権侵害に関する事案では、必要に応じて当該請求の可否が検討されるべきである。

(3) 全体を通しての感想

第1問は、3つの設問とも概ね基本的な論点に言及できていた答案が多く認められ、第2問においても、基本的な論点にある程度言及ができていた答案が一定数は認められた。

しかしながら、司法試験が実務家としての適性を判断するための登用試験であることに思いを致し、第1問及び第2問全体を通じた採点実感として以下の点を指摘しておきたい。

まず、条文を正しく摘示したり、最高裁判例の内容や自身の見解の根拠を正確に理解した上で言及するなどといった基本的なことが不十分な答案が散見された点は残念であった。自身の見解の論拠となる条文及び最高裁判例の正確な理解や過不足のない摘示は実務家として求められる基本的な技術であり、確実に押さえておくべきものである。

また、設問の事例において表層的な事実のみに着目し、与えられた事実を正確に踏まえていない答案、設問において問われている内容に対応せず、思い浮かんだ論点とそれに関して記憶に残っている教科書や判例の知識を整理せず並べているだけで、設問の事例の中での行為者と行為の特定や、判例が前提としていた事案とは異なる事実関係などについての発見が疎かになっている答案、当事者の主張についての妥当性評価の結論はともあれ、その結論が導かれるべき事実の指摘や結論に至るロジックの組み立てが脆弱で、説得力を欠いた答案など、答案作成の基本が身につけていないと思われる答案が散見された。実務家であれば、表層的な事実や論点にのみ着目し、それに応じた単発的な知識を並べることで対応できず、事案の中に潜む問題点を正しく把握し、説得力のある法解釈とその適用を完遂することが求められる。

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べきと考える。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。

もともと、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。作問に当たっては、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べきと考える。

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得るものとする。

（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ものの、前記3のとおり、出題者側が想定したとおりの論述がなされていない答案が散見された。

法科大学院教育における定期試験と同様に、司法試験においても全ての出題は出題者からの問いであり、答案作成者はこの問いの意味を正しく理解した上で解答するという作業が必要である。答案作成者としては、問題文に提示された事実や表現から酌み取れる出題者による問いの内容を、限られた時間の中においてできる限り正確に捉えることにまず注力してもらいたい。実務家として、事案の中に潜む問題点を正しく把握をすることは、説得力のある法解釈とその適用を完遂するための出発点といえる。法科大学院においても日頃からこれを意識した教育をすることが望まれる。

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、事実関係をよく分析して、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。

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。来年度以降、解答方式の変更により同様の問題は生じなくなるが、上記のような指摘の基礎にある、答案が解答者の考えを採点者に伝えるために書くものであって、きちんと伝わるように書くことが重要であるという点を認識して、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、労働者が会社を退職後、当該会社と競業する事業を営む他の会社に就職し、当該事業に係る業務に従事したとして、再就職前の会社から、退職金の半額の返還を請求され、また、当該労働者が再就職前の会社に在職中に、産前産後休業及び育児休業を取得した後、復職するに当たり、休業前の役職から外れることとされ、役職手当が支給されなくなったという事例を素材として、前記退職金半額返還請求の可否（設問1）及び支給されなかった役職手当の支払請求の可否（設問2）について、検討すべき法律上の論点を挙げながら、論述を求めるものである。

設問1については、①退職後の競業禁止義務を定める合意（本件条項）は、法的に有効な合意か、法的に有効な合意であるとして、本件においてXに本件条項違反が認められるか、②Y社就業規則の退職金支給制限条項は法的に有効か、法的に有効であるとして、Xの行為が当該条項に該当するかが、主な論点となる（なお、①、②は、別個の論点であるところ、両者を区別せず論じる答案が少なからず見られた）。

前記①、②のうち、①については、比較的多くの答案が、競業禁止義務の有効性を論じる必要があること自体については理解していたものの、適用すべき規範について、職業選択の自由（憲法第22条第1項）の不当な制約とならないかといった抽象的な判断基準を提示するにとどまる答案が少なからず見られた。競業禁止義務条項の有効性に係る一般的な判断枠組みを示す最高裁判例は存在しないものの、下級審裁判例において、競業禁止義務条項が労働者の職業選択の自由の不当な制限とならないかについて、競業禁止義務条項の目的（使用者の営業上の秘密等、その正当な利益を保護するものであるか否か）、在職中の職位、職務内容、転職が禁止され

る範囲（期間、地域、対象業種ないし行為）、代償措置の有無等に照らし、退職後の競業禁止義務を課することに合理性が認められないときは、公序良俗に反するものとして無効となるなどの具体的な考慮要素を伴う判断基準が形成されてきており（裁判例の例については、「出題の趣旨」を参照されたい）、こうした具体的な考慮要素を含め、規範として理解しておくことが重要である。こうした具体的な規範を提示した上で、本件への当てはめを適切に論じることができていると認められる答案には高い評価を、逆に、規範の提示が抽象的にとどまっており粗雑と言わざるを得ないものには低い評価を与えた。

この競業禁止義務の有効性を論じるに当たり、相当数の答案は、本問で競業禁止義務を定める本件条項を、就業規則の条項であるとして、就業規則の合理性（労働契約法第7条）の観点から論じていた。問題の【事例】では、本件条項は「XとY社との労働契約において」存在する条項であるとされ、また、当該XとY社との労働契約の内容は、Y社の就業規則の内容と明確に区別されて提示されており、本件条項を就業規則の条項であるとして就業規則の合理性の観点から論じることが、問題の【事例】の理解として誤りというほかない。事実関係を正確に把握することは、適切な規範を提示することと併せ、法曹にとって不可欠な基本的な能力というべきであって、そうした能力を欠くと考えざるを得ない答案が相当程度存在したことは、驚きであり、かつ、非常に残念なことである。

なお、①については、本件条項の有効性のみを論じ、Xに本件条項違反が認められるかの検討を欠く答案が相当数見られた。設問1の結論にたどり着くためにはこの点の検討も欠くことはできないのであり、問いに対する解答の起案を丁寧に行うことを求めたい。

次に、②については、就業規則上の条項として、合理性（労働契約法第7条）を有するものとして有効か否かが検討されなければならないところ（Y社就業規則上の退職金支給制限条項について、本設問上Xによる個別同意はうかがわれない）、先の段落で述べた①に係る本件条項とはいわば逆に、Y社就業規則上の退職金支給制限条項の有効性自体を検討することなく、当該条項をXに適用することの可否のみを論じる答案が散見された。また、就業規則条項の合理性の有無を論じるに当たっては、その具体的内容について、労働契約法制定前のものであっても、就業規則条項の効力について論じる判例等が参考となるところ、本設問と同様に就業規則上の退職金支給制限条項の有効性について判断した最高裁判決（三晃社事件・最判昭和52年8月9日労経速958号25頁）等が行っているような、当該事案における退職金の功労報償的性格の有無に照らした支給制限条項の合理性の具体的な検討を行う答案は、それほど多くなかった（かえって、答案の中には、当該事案における退職金の性格を論じることなく、退職金にはおよそ一般的に特定の性格があることを前提とするかのようなものが少なからず見られた）。労働法では、合理性、相当性といった抽象的な規範が多く存在することは確かであるが、そうした抽象的な規範を具体化する判断要素等が判例、裁判例により提示されていることも少なくなく、そうした場合には、そうした具体的な判断要素についても理解することが求められる。こうした具体的な検討ができていると認められる答案には高い評価を、逆に、抽象的な検討にとどまると言わざるを得ないものには低い評価を与えた。Y社就業規則上の退職金支給制限条項については、労働基準法第24条第1項所定の全額払い原則との関係も検討すべき点であり、これについては比較的多くの答案が適切に論じていたものの、同原則が既発生 of 賃金債権全額の支払いを求めるものであり、退職金支給制限条項がそもそも退職金債権を当該制限された限度でしか発生させない要件を定めるものであれば同原則には違反しないことを正しく理解していない答案も散見された（例えば、退職金の後払い性格を挙げ、当該性格に該当する退職金部分の不支給は許されないとしたり、労働者に著しい背信性があれば全額払い原則違反とならないとしたりするなど）。この点は、理解が定着しているごく初歩的な点であり、正確な理解を求

めたい。また、②については、本設問における退職金支給制限条項が合理性を有し有効であるとしても、Xに適用することの可否が更に問題となる。裁判例には、退職金全額不支給条項の適用についてであるが、労働者に顕著な背信性があるかを検討するものがあり（中部日本広告社事件・名古屋高判平成2年8月31日労民集41巻4号656頁等参照）、本設問における退職金支給制限条項のXへの適用についてそうした裁判例を参考に検討することが求められるところ、これについては、比較的多くの答案が適切に論じていた。

設問2については、Xが産前産後休業及び育児休業を取得した後、復職するに当たって、降格した形での復職とされているところ、当該降格（以下「本件降格」という）が、雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律（以下「均等法」という）第9条第3項ないし育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律（以下「育児介護休業法」という）第10条に照らし、産前産後休業ないし育児休業の取得を理由とする不利益取扱いとして許されないかが、主な論点となる。

設問2については、そもそも、上記法条に照らした本件降格の有効性が検討されなければならないことを理解していない（上記法条を指摘できていない）答案、あるいは、上記各法条に言及している答案においても、上記各法条の規定を努力義務規定に過ぎないとして、別途、本件降格の公序違反の有無や、本件降格にかかる人事権行使の権利濫用該当性判断を行うものが少なからず見られた。しかしながら、均等法第9条第3項については、最高裁判例（広島中央保健生活協同組合事件・最判平成26年10月23日民集68巻8号1270頁）が、強行規定であり、同項に違反する不利益取扱いは違法であり、無効であると明確に判示しており、育児介護休業法10条については、最高裁判例は存在しないものの、同最高裁判例を踏まえた裁判例等において、同じく強行規定であると理解されている（アメリカン・エクスプレス事件・東京高判令和5年4月27日労判1292号40頁等の裁判例、「出題の趣旨」掲記の諸通達に示された行政解釈等を参照）。産前産後休業ないし育児休業等の取得を理由とする不利益取扱いを禁止する上記各法条は、労働者のそうした休業等の権利保障の実効性確保にとって極めて基本的かつ重要な規定であり、上記各法条の強行規定としての性質を多くの答案が指摘できておらず、理解していなかったと評価せざるを得なかったことは、非常に残念である。

上記最高裁判例は、均等法第9条第3項が保護する権利行使等のうち、具体的には、妊娠中の軽易業務転換（労働基準法第65条第3項）を契機としてなされた不利益取扱いの事例であり、妊娠中の軽易業務転換を契機としてなされた不利益取扱いは、原則、均等法第9条第3項の禁止する取扱いに当たるところ、(1)当該労働者が軽易業務転換及び当該措置により受ける有利な影響及び不利な影響の内容や程度、当該措置に係る事業主による説明の内容その他の経緯や当該労働者の意向等に照らし、当該労働者につき自由な意思に基づいて降格を承諾したものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するとき、又は、(2)事業主において、降格の措置を採ることなく軽易業務転換することに円滑な業務運営や人員の適正配置の確保などの業務上の必要性から支障がある場合であって、その業務上の必要性の内容や程度及び上記の有利又は不利な影響の内容や程度に照らして、上記措置につき同項の趣旨及び目的に実質的に反しないものと認められる特段の事情が存在するときのいずれかの場合には、例外として、同項の禁止する取扱いには当たらないとしており、こうした例外についても、具体的内容を含めて、規範として適切に提示した上で、本件への当てはめを行うことが求められる（なお、「出題の趣旨」で述べているとおり、上記最高裁判例の判断枠組みは、軽易業務転換という労働者にとって有利な取扱いを伴う場合に限ってのものとする余地もあるが、上記最高裁判例の判断枠組みを提示した上で、そのことを適切に指摘し、上記最高裁判例の判断枠組みに代わる規範を提示する答案は、ほぼ存在しなかった）。しかし、均等法第9条第3項ないし育児介護休業法第10条に言

及する答案の中においても、上記(1)及び(2)の双方の例外を正確に提示できている答案は、ほとんど存在しなかった。(2)については、そもそも言及を欠く答案が大多数であり、また、(1)についても、労働者につき自由な意思に基づいて降格を承諾したものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するときという、抽象的な規範部分のみを提示するにとどまる答案が多くを占めていた。設問1に関して指摘したところであるが、具体的な考慮要素を伴う判断基準が形成されてきているものについては、そうした具体的な内容を含め、規範として理解しておくことが重要である。上記最高裁判例を踏まえた判断枠組みを具体的に提示できているごく限られた答案には極めて高い評価を与えたが、上記のように部分的ないし抽象的に提示するにとどまる答案には限定的な評価を与えるにとどまった。

設問2については、以上述べた規範を提示した上で、本件に適切に当てはめをすることも求められる。この当てはめについて、問題の【事例】に顕れている関係しそうな事実を単純に並列的に列挙した上で、直ちに、適法な取扱いである、あるいは違法な取扱いであるとの結論的評価を提示する答案が多く見られた。しかし、問題の【事例】には、Y社によるXの降格に関し、上記規範の例外の下で、適法な取扱いとの評価に傾く事実もあれば、違法な取扱いとの評価に傾く事実もあり、そうした異なる方向の評価を示唆する事実を互いにどう評価するかについても検討し、論じることが求められる。そうした関係事実の総合的な評価を適切に行っている答案には高い評価を与えたが、そうした答案は多くなかった。単に関係しそうな事実を単純に並列的に列挙するのみで結論的評価を導いている答案については、相対的に低い評価を与えるにとどまった。

なお、最終的な役職手当の支払請求の可否の判断に関連して、Y社によるXの降格が違法であるとしても、Xは元の役職にあることを主張し得ないとの理解を前提にして、当該請求は認められないとする答案が若干存在したが、既に述べたとおり、強行規定である均等法第9条第3項等に違反する使用者の措置（本設問に即していえば、Y社によるXの降格）は、無効となることについての理解を欠くものといえる。このことにも関連するが、答案の中には、設問2に係るXの請求を役職手当相当額の損害賠償請求であるとして論じるものも散見された。【設問】部分で明記されているとおり、設問2に係るXの請求は役職手当の支払請求であり、役職手当相当額の損害賠償請求の可否について論じることは的外れである（なお、設問1に関しても、同様に、論じることが問われている請求内容に対応しない結論で論述を締めくくる答案が見られた）。請求がいかなるものであるかを正確に把握することは、紛争に係る事実関係の正確な把握と同様に、法曹にとって不可欠な基本的な能力というべきであり、そうした能力を欠くと考えざるを得ない答案がみられたことは、先に述べたのと同様に、非常に残念なことである。

(2) 第2問について

本問は、冬期一時金をめぐりX組合が行ったストライキ（以下「本件ストライキ」という）に関連して生じた事柄について労働委員会に救済申立てを行うという想定の下で、①X組合委員長Cに対する戒告処分、②現場監督者Aによる意見表明、③本件ストライキ不参加者に対する弁当代の支給（以下「本件弁当代支給」という）がそれぞれ不当労働行為に該当するか否かを問うものである。いずれも、集団的労働関係法における基本的かつ主要な論点であり、根拠条文（具体的に労働組合法（以下「労組法」という）第7条の何号に該当するか）及び求める救済内容を明らかにし、不当労働行為該当性及び救済命令の適否について論ずることが求められる。

①については、Cに対する戒告処分が不利益取扱い（労組法第7条第1号）及び支配介入（同条第3号）に該当することを根拠に、戒告処分の撤回命令及びポストノーティス命令の発出を求めることが考えられる。この点について、求める救済命令の内容を示していないものや、「懲

戒処分は無効命令」、「無効確認命令」を求める等、民事訴訟と混同した答案が散見された。

Cに対する戒告処分の不当労働行為該当性を労働委員会で争うという設定において、不利益取扱いの不当労働行為該当性は、労組法第7条第1号が定める要件に則して論じる必要がある。本問では、本件ストライキが「労働組合の正当な行為」といえるか、とりわけ手続と態様の観点における正当性が認められるかが主要な争点となる。問題文の時間関係を誤読して、手続には問題はないとしている答案も一部見られたものの、多くの答案はこの点を正しく指摘することができていた。しかし、本件ストライキの正当性の有無という争点を、労組法第7条第1号と関連付けることなく設定する答案や懲戒権の濫用（労働契約法第15条）の観点から導く答案も散見された。また、本件ストライキの正当性に関しては、その主体や目的（冬季一時金の引き上げ要求が義務的団交事項に該当するか否か）といった問題は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過ぎている答案も見られた。

本件ストライキの正当性は、まず手続に関して、本件ストライキがXY間におけるストライキの予告義務に関する協定に違反するものであったという事実の下で、その正当性をどのように判断すべきかが論点となる。これまでの裁判例（日本航空事件・東京地決昭和41年2月26日労民集17巻1号102頁、国鉄千葉勤労事件・東京高判平成13年9月11日労判817号57頁参照）に照らせば、予告義務を協定した目的や使用者の予測可能性、協定違反の具体的影響等に係る事実を挙げながら検討することが求められるところ、巧拙はともかく、これらを組み込んだ判断枠組みを提示する答案が比較的多かった。また、態様面からの正当性に関してはピケッティング行為の適法性が問題となる所、多くの答案が、これまでの最高裁判決（御國ハイヤー事件・最判平成4年10月2日集民166巻1頁等）を踏まえ、ストライキの本質は労働者が団結して労働力を使用者に利用させないことにあるとし、説得活動を超えて使用者の操業の自由を阻止しようとする行為に該当するか否かによって判断するとの判断枠組みを提示することができていた。もっとも、それに続く具体的な事案の検討において、単に幾つかの事実を羅列するだけで結論を導いている答案もあり、具体的な事実に対する分析や評価の程度によって、答案に対する評価に差がつくことになった。

また、①については支配介入の不当労働行為（労組法第7条第3号）該当性も問題となる所、不当労働行為の根拠として挙げながらその該当性について論じていない答案や該当性判断の枠組みを示していない答案も少なくなかった。労組法が、労働組合の運営等に対する使用者の支配介入行為をいかなる理由で禁止しているかという点から説き起こし、①に関する支配介入の不当労働行為該当性を論じることを期待していたが、実際にはそのような答案は少数にとどまった。

次に、②については、現場監督者という下位職制にあるAの発言が本件ストライキ及びX組合に対する非難及び脱退勧奨を含み、支配介入の不当労働行為（労組法第7条第3号）に該当する可能性があることを踏まえつつ、当該行為を「使用者」（労組法第7条柱書）の行為として帰責することができるかが中心的な争点であった。この点については、A自身が「使用者」に該当するかの問題と設定した答案も一部見られたものの、多くの答案が正しく指摘しており、その多くは、判例（JR東海事件・最判平成18年12月8日集民222号585頁）を踏まえて、使用者の利益代表者に近接する職制上の地位にある者が使用者の意を体して労働組合に対する支配介入を行った場合には、使用者との間で具体的な意思の連絡がなくとも当該支配介入をもって使用者の不当労働行為と評価することができるとの基本的な考え方を示すことができていた。

問題は「使用者の意を体して」の意味の理解である。この点については、相当数の答案が、例えばAが担当ラインの従業員に対して使用者のように振る舞っていた、担当ラインの従業員は

Aのことを使用者と捉えていた、Aの発言内容があたかも使用者の発言のようであった等を理由に挙げて、Aの行為を使用者であるYに帰責できると判断していた。しかし、意思の連絡がないにもかかわらず、「使用者の意を体して」行われた下位職制者の行為が使用者に帰責される理由は、前提として使用者に反組合的意図ないし組合嫌悪をうかがわせる行為があり、そういった使用者の思いを汲み取って行われた行為であると評価せざるを得ない実態が認められるがゆえである。そのように理解しなければ、使用者のあずかり知らぬところで行われる、下位職制者の不当労働行為的な行為が全て使用者に帰責されることになりかねず、不合理であろう。この点を理解し、それを事案に適切に適用することができていた答案は少数にとどまっており、評価に大きな差がつくことになった。

③については、不利益取扱い（労組法第7条第1号）及び支配介入（同条第3号）の不当労働行為に該当すると主張し、X組合員に対する支払命令及びポストノーティス命令の発出を求めること等が考えられる。そのような指摘ができていた答案がある一方で、「弁当代返還命令」「弁当代支給差止命令」等、およそ実現可能性に乏しい内容や民事訴訟と混同した内容の救済を求める答案もかなり目についた。

本件弁当代支給の不当労働行為該当性が争点となることの指摘はいずれの答案もできていたが、具体的な事実を挙げつつ、不利益取扱いの不当労働行為該当性と支配介入の不当労働行為該当性の両面から十分に検討できている答案はそれほど多くはなかった。裁判例（JR東日本（千葉動労・褒賞金）事件・千葉地労委命令平成5年3月29日及び中労委命令平成17年9月7日（東京地判平成18年9月27日、東京高判平成19年5月17日、最決平成19年11月15日（上告不受理））を参考に考えるならば、本件弁当代の支給が組合による争議行為の効果を減殺してこれをけん制又は抑制しその弱体化を図るものであったとして支配介入の不当労働行為該当性は認めつつ、組合員でない者で本件ストライキ当日に勤務した者であっても、所定勤務時間を超えて勤務しなかった者は本件弁当代の支給対象となっていないことから、正当な組合活動をしたことによる不利益取扱いとはいえないといった判断を行う余地もあった。時間が足りなくなったのかもしれないが、この点を十分に検討できたかどうかの差が評価の差につながっている。

最後に、労働委員会による救済命令の限界についても検討する必要がある。とりわけ、③の弁当代支払命令については、同委員会の裁量の範囲を超えるものといえないかを検討し、不当労働行為該当性を認めつつも、支払命令以外の方法で救済するといったことも解答として考えられた。たとえば、ポストノーティス命令や、会社に対して今後ストライキ不参加者に対して弁当代等の名目をもって金員を支給するなどして組合の運営に支配介入してはならないことを命じる、といったことである。この点まで検討することができた答案はごく少数にとどまった。

第2問について、全体としてみるならば、いずれの論点にも触れられている答案が多かった。その意味では解答しやすい問題であったらと思う。しかし、各論点に関する重要な判例についての正確な理解やそれらを踏まえた適切な判断枠組みの提示、具体的事実に対する妥当な評価といった点において評価の差が出た。集团的労働関係法では、法の意義を正確に理解し、それを具体的な事実関係に当てはめていく力が求められる。そういった感覚を学説や判例を学ぶことを通じて涵養していくことの重要性を改めて指摘しておきたい。

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ことと認

められる答案である。

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

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

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

5 今後の出題

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

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必要があると考えている。

6 今後の法科大学院教育に求めるもの

基本的な法令、判例及び学説については、単なる暗記にとどまらない法の趣旨や理論的基盤に基づいた本質的な理解が図られるよう、更なる指導をお願いしたい。また、それらを具体的な事案に適用して論理的に結論・解決に導く能力を磨くために、事例分析の前提となる基礎的な事実を正しく把握する理解力、結論に至る論理を導くために必要な論点を抽出し、その相互の関連性を意識しつつ分析する能力、法令、判例及び学説を踏まえた論理的かつ一貫性のある解釈論を展開し、法の趣旨に沿った適切な事実の当てはめを行って妥当な結論を導く能力など、法律実務家に求められる基本的な法的思考力を更に養成するよう重ねてお願いしたい。

1 出題の趣旨について

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

【第1問】及び【第2問】に共通して、①問題が設定している事実に基づいて、②出題の意図を読み取って、法律上の論点が適切に理解できているか、③その論点について、法律の基礎となっている諸原則や法律の体系的理解に基づいて、法制の説明や個々の条文の法解釈、設例に対する適切な解答を行っているか、④法解釈やその適用が飛躍した説明ではなく、論理的に記述されているか、という点に留意して採点した。したがって、複数の考え方が生じ得る部分については、特定の正解を予定してそれとの整合を判断するのではなく、筋の通った記述がされているか否かに重点を置いた。

3 採点実感

【第1問】について

小問(1)では、ほとんどの答案が、土壤汚染対策法（以下「土対法」という。）第4条第1項の届出を挙げることができていた。しかし、なぜ、このような届出制度が採用されたのかについて、適切に説明している答案は少なかった。一定規模（3000平方メートル）以上という広大な土地であれば、そこに土壤汚染が存在している可能性も大きいことの記述が期待されていたが、土地の広さに言及できていない答案が多かった。

小問(2)は、ほとんどの答案が正解していた。

小問(3)は、形質変更時要届出区域に対する規制内容を問うものであり、土地の形質変更の届出に関連する規制及び土壤搬出時の届出とこれに関連する規制の二つの局面を記述することが期待されていた。前者について、建設工事の作業内容を踏まえて説明することが求められていたにもかかわらず、土地の掘削が土地の形質変更に当たることを説明できていない答案があった。また、この届出には計画変更命令が控えていることを記述できていない答案も多く見受けられた。後者について、汚染土壤の処理は、汚染土壤処理業者に委託しなければならないことに触れていない答案も少なくなかった。他方で、管理票にまで言及できていた答案もあった。

小問(4)は、少し難しかったかもしれない。自然由来の汚染は、人為的活動による汚染ではないので、環境基本法の定義する「公害」に当てはまらない。このことを前提としても、土地の形質変更や汚染土壤搬出には汚染拡大リスクがあるので、リスク管理の必要があり、規制が必要であることを論じつつ、公害ではないので規制内容に相違があることを示す必要がある。ほとんどの答案が、規制の違いに記述が偏り、違いの理由の説明に説得力がなかった。形質変更の事前の届出が不要になることを挙げた答案のうち、土対法第12条第4項により事後的な届出義務が存在することを指摘できていたものは、ごく少数であった。汚染土壤処理業者への委託義務の免除を挙げた答案の中で、その具体的な要件を記述できていない答案も多かった。

小問(5)は、第1問の中で最も法学的な実力の差が表れた問題であった。本件土地は、要措置区域ではなく形質変更時要届出区域に指定されているにすぎず、地下水は飲料水としても使われておらず、トラックターミナルとして利用する予定なので、土壤汚染による健康被害が生じるおそれが低い土地であるという事実を前提とした答案作成が期待されていた。しかし、そのような事実即した記述ができた答案の割合が少なかったのは残念である。要措置区域ではないので、土対法第8条が直接適用されるものではないことを前提に、その趣旨をどのように及ぼすべきか否か等の議論から、損害との相当因果関係の検討に進む答案が期待されたが、少数であった。

【第2問】について

〔設問1〕の小問(1)では、環境影響評価法(以下「アセス法」という。)第4条第3項を示して、乙事業が同項にいう「環境影響の程度が著しいものとなるおそれがあると認めるとき」であることを端的に述べることが求められる。多くの答案が出題の意図を踏まえた解答をしていたが、条文の指摘を欠くものが一定の割合であった。本問に限らず、根拠条文がある場合に、それを指摘することは解答の際の基本であることに留意されたい。

小問(2)の、アセス法に第二種事業の類型が設けられた理由については、第一種事業に準ずる規模の事業であっても、その具体的内容や実施される地域によっては環境影響の程度が著しいものとなるおそれがあるといった説明や、第一種事業の規模を僅かに下回ることで「アセス逃れ」が生じ得るといった説明をすることが適切である。多くの答案は、この2つのうちのいずれか又は両方を説明できていた。

〔設問2〕の小問(1)の前段の解答としては、対象事業に係る環境影響評価の項目等の選定について、事業者は環境基本法第14条各号に掲げる事項の確保を旨として定められた指針に基づくものとされているが(アセス法第11条第1項、第4項)、環境基本法第14条各号には歴史的・文化的環境などの人工的環境要素は含まれていないからであるといった説明がなされることを期待していたが、そのような解答は少数にとどまった。もっとも、アセス法第11条ないし環境基本法第14条の言及がなくとも、環境基本法の他の規定に触れつつ合理的な説明をしている答案にも一定の点数を付与した。

〔設問2〕の小問(1)の後段では、前段の解答を踏まえて、アセス法の環境影響評価項目以外の項目への条例による横出しが認められるか否かについて、アセス法第61条第2号の「この法律の規定に反しないものに限る」という文言を解釈して結論を導く必要がある。アセス法に抵触するとの結論も、抵触しないとの結論もあり得るが、論理的一貫性のある理由付けが求められる。この点、前者であれば、アセス法の義務を超えて事業者に不当な負担を課すことになること、後者であれば、アセス法で規定されていない内容であることなどの観点から論じることが考えられるが、そのような記述ができていた答案は多くはなかった。なお、アセス法第61条第2号によらず、徳島市公安条例事件最高裁判決(最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁)から結論を導く答案にも一定の点数を付与したが、アセス法と条例の関係について一般的に論じているものと、環境影響評価制度の特質を考慮して論じているものとは、後者をより高く評価した。

〔設問2〕の小問(2)の前段では、アセス法の環境影響評価における環境の保全の見地からの意見を有する者の意見について事業者が負う手続的義務に関して、環境影響評価準備書の段階では都道府県知事等に対して意見の概要と見解書の送付が義務付けられているのに対し、環境影響評価方法書の段階では見解書の送付は義務付けられていないことを端的に説明する必要がある(アセス法第9条、第19条)。根拠条文を指摘しつつ説明することができていた答案は多くはなかった。

〔設問2〕の小問(2)の後段は、前段の解答を踏まえて、アセス法の環境影響評価方法書の段階でB県知事に公聴会の開催を義務付けるという純然たる手続の上乗せが認められるか否かを問うものである。ここでもアセス法第61条第2号を解釈して結論を導くことが求められるが、論理的一貫性をもった理由付けがなされていけば、アセス法に抵触するとの結論も、抵触しないとの結論もあり得る。多くの答案が、事業者に不当な負担を課すものではないことを理由に、アセス法に抵触しないとの結論に至っていたが、それらの中には、ごく少数ではあるが、環境影響評価制度における公衆参加を拡充する観点で結論を補強している答案があり、環境影響評価制度についての理解の深さを示す解答として高く評価した。

〔設問3〕では、Cが乙の設置の許可の相手方ではないことから、Cの原告適格が争点となることが想定される。Cとしては、行政事件訴訟法第9条第1項及び第2項を指摘した上で、自らに原告適格があることを主張する必要がある。そのために、Cは、自らが景観利益を有する者であること及びそれが一般的公益の中に吸収・解消されず、個別的利益として保護されることを、問題文中

に挙がっているB県甲川流域保全条例の内容を考慮して説明すべきである。この点、出題の意図をくみ取ることなく、環境権を根拠として解答する答案もあった。景観利益については、国立マンション景観訴訟最高裁判決（最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁）ないし韮の浦世界遺産訴訟（広島地判平成21年10月1日判時2060号3頁）に言及する解答が思いのほか少なく、さらにCが①良好な景観に②近接する地域内に居住し、③その恵沢を日常的に享受している者に該当するとの当てはめまでできている答案はごく少数であった。重要な環境判例・裁判例については、しっかりと学習してほしい。一方、当該条例が、景観を著しく悪化させるおそれがないことを許可基準の一つとしていること及びCが許可の際に意見を聴くものと定めている対象地域の住民であることのいずれか又は両方を、行政事件訴訟法第9条第2項に当てはめて解答している答案は一定の割合であった。解答時間が不足していたためか、原告適格を主張するとの結論のみの記述で終わっている答案もあり、解答に当たっては、適切な時間配分についても考えてほしい。

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出題することが考えられる。

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、憲法、行政法、民法、刑事法、各種訴訟手続などに関する学習によって得られた知識を統合的に応用する努力が求められる。

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。

1 出題の趣旨等

既に公表されている出題の趣旨（「令和7年司法試験論文式試験問題出題の趣旨【国際関係法（公法系）科目】」）に記載したとおりである。

2 採点方針

国際関係法（公法系）科目の採点方針は、従来の立場を踏襲し、①国際法の基本的な知識を習得し、かつ、設問に係る国際法の基本的な概念や規範、特に、関係する主要な多数国間条約の関連規定や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、経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（以下「社会権規約」という。）及び市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下「自由権規約」という。）を素材としながら、条約法上の基本問題に関する知識と理解を確認することを目的とするものである。第2問は、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。）における国際海峡、海峡内における触雷に対する国家責任追及の要件及び国連海洋法条約上の紛争解決手段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るが、設問の趣旨を正確に捉え、答えているか、また、説得的な理由付けがなされているか、さらに、基本的知識に基づく本問の事例に対する当てはめが的確かといった点では、答案の間に一定の差が見られた。

(1) 第1問

設問1は、条約の締結プロセスにおける署名の意義についての理解を問うものである。前提として、社会権規約及び自由権規約は、「批准されなければならない」（社会権規約第26条第2項、自由権規約第48条第2項）ため、両国際規約に署名はしたものの批准はしていなかったA国について、両国際規約は効力を生じていないことを確認する必要がある（社会権規約第27条、自由権規約第49条も参照。）。その上で、条約法に関するウィーン条約（以下「条約法条約」という。）第18条に従えば、「批准・・・を条件として条約に署名し・・・た場合には、その署名・・・の時から条約の当事国とならない意図を明らかにする時までの間」、「条約の趣旨及び目的を失わせることとなるような行為を行わないようにする義務」があることを踏まえて、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、A国について社会権規約及び自由権規約が効力を生じていないことは関連規定を指摘しながら確認することができていたが、条約への署名の意義に関する条約法条約第18条に言及した上で、それを適切に当てはめることができたか否かによって、答案の評価に差がつくこととなった。設問では、「A国は、もはや社会権規約及び自由権規約の当事国となる意図はない」というA国の大統領による通告が国際法上どのような意義を有しているかを問うており、条約法条約第18条には言及しつつも、A国の大統領による通告は同条にいう「条約の当事国とならない意図を明らかにする」ものであると述べるにとどまる一部の答案は、同条の当てはめとして十分ではない。優れた答案は、そのような

通告が、「条約の趣旨及び目的を失わせることとなるような行為を行わないようにする義務」を終了させる効果をもつことを指摘できていた。

設問2は、条約の留保ないし解釈宣言についての理解を問うものである。条約の留保については、条約法条約第2部第2節に規定されているが、国が条約の批准の際に行う声明の中には、留保とは区別され、解釈宣言と呼ばれるものもある（解釈宣言については条約法条約には規定が存在しない）。そのことを前提として、関連する国際法を本問の事実関係に適切に当てはめることが求められる。

多くの答案は、本設問が条約の留保に関連するものであることは理解して解答することができていたが、B国の声明を条約法条約第2条(d)の「留保」の定義に照らした上で「留保」（又は「解釈宣言」と捉えているかどうか、「留保」であるとした場合に、条約法条約の関連規定を適切に当てはめることができているか否かによって、答案の評価に差が付くこととなった。「いずれの国も、次の場合を除くほか、・・・条約の批准・・・に際し、留保を付することができる」と規定する条約法条約第19条を当てはめる上では、自由権規約が「当該留保〔B国の声明〕を付することを禁止している場合」（同条(a)）又は「当該留保〔B国の声明〕を含まない特定の留保のみを付することができる旨を定めている場合」（同条(b)）に該当するかどうかを確認することが求められる。自由権規約は留保に関する規定を含んでおらず、条約法条約第19条(a)又は(b)のいずれにも該当しない。したがって、「当該留保が条約〔自由権規約〕の趣旨及び目的と両立しないものである」かどうか、当該留保を付することができるかどうかを判断するための基準となる（条約法条約第19条(c)）。B国の声明に対してC国が異議を申し立てたのは、このような国際法上の基準を満たさないという主張に基づいていると考えられるが、優れた答案は、そのような主張を導き出すに当たって、社会権規約及び自由権規約の前文を手掛かりにするなどして、説得的な根拠付けを行っていた。

設問3は、条約からの脱退についての理解を問うものである。条約法条約第5部（条約の無効、終了及び運用停止）の関連規定を、本文の事実関係に適切に当てはめることが求められる。

多くの答案は、本設問が条約からの脱退に関連するものであることは理解して解答することができていたが、「条約からの当事国の脱退は、条約又はこの条約〔条約法条約〕の適用によつてのみ行うことができる」ことを前提として（条約法条約第42条第2項）、関連規定を適切に当てはめることができているか否かによって、答案の評価に差が付くこととなった。自由権規約は、「終了に関する規定を含まずかつ廃棄又は脱退について規定していない条約」であるため、「当事国が廃棄又は脱退の可能性を許容する意図を有していたと認められる場合」又は「条約の性質上廃棄又は脱退の権利があると考えられる場合」に当たるかどうか、自由権規約から脱退することができるかを判断するための基準となる（条約法条約第56条第1項）。優れた答案は、そのことを前提として、例えば、設問にある自由権規約第41条に基づく宣言については、「〔国際連合〕事務総長に対する通告によりいつでも撤回することができる。」（自由権規約第41条第2項第3文）ことを手掛かりにするなどして、説得的な当てはめを行っていた。

(2) 第2問

設問1は、海洋法に関する国際連合条約（以下「国連海洋法条約」という。）の国際海峡に関する条文（第3部）の適切な理解を問う問題である。具体的には、第3部第2節について、「この節の規定は、公海又は排他的経済水域の一部分と公海又は排他的経済水域の他の部分との間にある国際航行に使用されている海峡について適用する」（同条約第37条）とされており、国

際海峡において外国船舶に認められる通航権に関する同条約第38条第1項ただし書並びに第45条第1項及び第2項を踏まえ、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、国際海峡の定義（同条約第37条）に触れ、地理的基準については本問の事実関係に当てはめており、そのうちの半数弱の答案が使用基準の当てはめを行っていた。また通航権に関して、多くの答案が、本問の事実関係を踏まえて同条約第38条第1項ただし書及び第45条第1項(a)に触れていたが、「1の海峡における無害通航は、停止してはならない」と規定する同条約第45条第2項に触れる優れた答案は極めて少数にとどまっていた。

設問2は、国際司法裁判所（以下「ICJ」という。）のホルムズ海峡事件判決（1949年）で実際に争われた海峡内での軍艦の触雷から生じる国家責任に関する問題である。「B国は国連海洋法条約の締約国ではない」ことに照らして、A国の国家責任を迫及するに当たり、A国のどのような行為がいかなる慣習国際法の違反になるのかを、本問の事実関係に即して論じることが求められる。

A国とB国との関係が慣習国際法によって規律されることに触れない答案も多かったが、一定数の答案はその点に触れていた。A国が負う慣習国際法上の義務の根拠として、領域使用の管理責任に依拠するほか、国連海洋法条約第24条第2項を参照することも考えられるが、後者の場合には、同項の慣習法性について言及する必要がある。多くの答案がいずれかには触れていたが、そのうちの一部の答案のみがこれらを根拠としてA国が負う自国の領海内における航行上の危険の通告・公表義務を的確に指摘し、その当てはめを適切に論じていた。また、これら優れた答案は、先例としてホルムズ海峡事件を参照していた。

設問3は、国連海洋法条約上の紛争解決手続に関する問題であり、同条約第286条の規定を出発点とし、AC両国とも国連海洋法条約第287条第1項に従い紛争解決手段として(a)国際海洋法裁判所を選択していることを踏まえた上で、本問の事実関係に即して、A国の立場から、本件について国際海洋法裁判所が管轄権を有しないと主張することが求められる。

非常に多くの答案が、国連海洋法条約第298条第1項(b)に基づく、「軍事的活動に関する紛争」については同条約第15部第2節に定める手続を受け入れない旨のC国による宣言に触れていた。しかし、その効果については、多くの答案がICJ規程第36条第2項の強制管轄権受諾宣言に対する留保に関わる相互主義及びそれに関するノルウェー公債事件を挙げるにとどまっていた。国連海洋法条約第298条第1項に基づく選択的除外に関する宣言の効果も、同様に相互主義に依拠するものであり、これらが想起されたことは評価されるが、少数の優れた答案は、同項に基づく宣言の効果に関する同条第3項に触れていた。

(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かったりしたこともあったが、全体としては適切な論述が展開できていた。「一応の水準」といえる答案は、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していた。また、「不良」といえる答案は、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、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う必要がある。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。

令和7年司法試験の採点実感（国際関係法（私法系））

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を評価して採点した。

採点の基準は、具体的には、①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から事案に適用すべき規範を特定しているか、③規範への事案の当てはめにおいて、問題文中から必要な事実を過不足なく拾い上げ、適切な当てはめがされているか、などである。

なお、学説が分かれている論点については、結論それ自体によって得点に差を設けることはせず、自説の論拠を十分に示しつつ、これを論理的に展開することができているか否かを基本として採点した。

3 採点実感等

(1) [第1問] について

ア [設問1] の [小問1] について

[設問1] の [小問1] は、渉外的な個別労働関係民事紛争に関する労働者からの訴えにつき、日本の裁判所の国際裁判管轄権が認められるかについて問うものである。(a) 外国裁判所の専属的な国際裁判管轄を合意する①条項に基づいて被告が妨訴抗弁を主張しているので、この管轄合意の効力が認められるか及び (b) 本件訴えについて日本の裁判所の国際裁判管轄権が肯定されるかの2点が論点である。

(a) については、多くの答案は、民事訴訟法（以下「民訴法」という。）第3条の7第6項の定める各要件を検討して、本件の合意が将来において生ずる個別労働関係民事紛争を対象とする国際裁判管轄の合意であって、同項各号のいずれにも該当しないことを適示して、その合意の効力は認められず、被告の妨訴抗弁は認められないとの結論を導いていた。しかし、丁寧な当てはめができていない答案も散見された。なお、①条項の効力が認められないことを示すだけで、(b) の検討をしていない答案も見受けられた。

(b) については、多くの答案は、本件が個別労働関係民事紛争に関する労働者から事業主に対する訴えであることから、民訴法第3条の4第2項を取り上げ、本件の労務提供地が日本国内にあることを指摘して日本の裁判所の国際裁判管轄を肯定した上で、特別の事情（民訴法第3条の9）も認められないことから、本件訴えについて日本の裁判所の国際裁判管轄権が肯定されるとの結論を導いていた。もっとも、同項の要件の一部についての言及がない答案や、民訴法第3条の9に全く触れていない答案も見られた。また、民訴法第3条の3第1号を適用している答案が若干あったが、本件における、「契約上の債務」はYの安全配慮義務であり、その不履行による損害賠償の請求がされているところ、その債務の履行地は事故発生地国である乙国であると考えられるので、同号では日本の裁判所の国際裁判管轄権は肯定できない。

なお、上記の (a) と (b) の検討の順序はどちらが先でもかまわないが、(b) を先に検討した場合には、仮に日本の裁判所に国際裁判管轄権が認められるとしても外国への専属的な国際裁判管轄を合意する①条項が有効であれば日本の管轄が排除されるという関係にあることを明確に示して論述をする必要があるところ、この関係を正しく理解していないか、あるいは

はそのことを適切に示していない答案も一部に見られた。

ところで、(a) について、民訴法第3条の7第1項から第4項までの要件の充足を長々と検討している答案が散見されたが、同条第6項により本件管轄合意は効力が認められないのであるから、それは無用な論述である。また (b) について、民訴法第3条の4第2項以外の民訴法の条文を取り上げ、それらでは管轄が認められないことを長々と論じている答案も散見されたが、民訴法第3条の4第2項で管轄が肯定される以上、これも無用な論述である。このような論述をしている答案は、仮に論理的に記述されていても、答案の分量及び解答時間を浪費したことによってこれ以降の設問の解答に支障を来していたようにも見受けられた。論点を的確に捉えて、必要十分な答案作成をすることが望まれる。

イ [設問1] の [小問2] について

[設問1] の [小問2] は、労働契約について準拠法の合意がある場合について、その準拠法所属国とは異なる国の強行規定の適用の可否について問うものである。多くの答案は、本件が労働契約の効力の問題と性質決定され、その準拠法は、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）第12条及び第7条以下によって決定されることを示した上で、関係する規定の要件を順次検討して、甲国法が準拠法となるものの、本件労働契約の最密接関係地法である日本法の強行規定である労働契約法第5条も適用されるため、Y社の主張は認められないことを示すことができていた。

通則法第12条の適用上、大部分の答案は、同条第1項の最密接関係地と推定される同条第2項の労務提供地は日本であるとしていたが、その理由付けが不十分であった。本件では、当初の労務提供地が後に変更されており、また、短期出張中の出来事が問題となっていることから、このような場合の労務提供地をどのように解するかについて検討した上で、それを事案に当てはめて、日本法が最密接関係地法であるとした答案はそれほど多くはなかった。なお、通則法第12条第2項は推定規定であるにもかかわらず、その推定が覆らないことに言及していない答案が相当見られた。

ウ [設問2] について

[設問2] は、使用者責任に基づく損害賠償請求の準拠法について問うものである。大部分の答案は、この請求を不法行為の問題であると性質決定して、通則法第17条によって準拠法を決定し、その上で通則法第20条を検討して結論を導くことができていた。ただし、両条の検討過程において、以下のような問題が見られた。

通則法第17条については、同条本文は加害行為の結果が発生した地の法を準拠法としているところ、加害行為の「結果」が何を指すかについて、法益侵害の直接の結果のみを意味するのか、それとも派生的な損害も含まれるのかのいずれであるかを理由付けをして示した上で、事例に当てはめる必要がある。それにもかかわらず、いきなり本問の諸事情を挙げて結果発生地は乙国又は日本との結論だけを示す答案がかなり見られた。中には、「結果」は法益侵害の直接の結果のみに限定されると論じていながら、日本で発生した治療費も「結果」に含まれるとする論理矛盾のある答案も若干見られた。

通則法第20条については、同条が例示する「当事者が法を同じくする地に常居所を有していたこと」に当たらないかを検討するのであれば、直接の加害者でない使用者もここでいう「当事者」に含まれるか、含まれるとすれば法人であるA社の「常居所」はどこにあると考えるべきかを検討する必要がある。あるいは、この事情はあくまで例示であるからその他の事情と併せて検討するのであれば、不法行為の準拠法決定の柔軟化と法的安定性とのバランスをとるという同条の趣旨から同条をどのように解釈すべきかについて論じた上で、事案への当てはめを行って結論を導くべきであろう。しかし、多くの答案は、本問の諸事情を羅列して結論を導くにとどまっていた。

(2) [第2問] について

ア [設問 1] (1)について

[設問 1] (1)は、失踪宣告事件の国際裁判管轄権を定める通則法第 6 条に照らして、甲国籍を有し甲国に住所を有する A について、日本で失踪宣告の国際裁判管轄権が認められた理由の説明を問うものである。多くの答案が、失踪宣告の国際裁判管轄権は通則法第 6 条に定められていることを示し、また、A が失踪時に日本国籍も日本に住所も有さなかったことをもって、通則法第 6 条第 1 項では国際裁判管轄権が認められないことを摘示できていた。通則法第 6 条第 2 項は、不在者の財産が日本にある場合、不在者に関する法律関係の準拠法が日本法である場合、不在者に関する法律関係の性質や当事者の住所・国籍などに照らして日本に關係がある場合のいずれかの場合に、当該財産や当該法律関係についてのみ日本に失踪宣告の国際裁判管轄権を認めている。そして、不動産アは不在者 A の日本所在財産であることから、また、不動産ウは日本人である C の相続（すなわち日本法を準拠法とする不在者に関する法律関係）に関わることから、少なくともこれらに関する範囲では日本で失踪宣告をすることが認められる。なお、本問は日本の裁判所が A の失踪宣告の審判について国際裁判管轄権を認めたことの判断過程を問うものであり、その審判の効力がアからウまでの全ての不動産に及ぶか否かは別のことであるので、不動産イに触れるとすれば、通則法第 6 条第 2 項により失踪宣告の効力は及ばない旨付記すれば足りる。

イ [設問 1] (2)について

[設問 1] (2)は、失踪宣告の直接的効果である死亡の擬制の準拠法を問うものである。多くの答案が、通則法第 6 条に従って日本で失踪宣告がされていることをもって、日本民法第 31 条を適用し、結論を正しく導いていた。他方で、それほど少なくない数の答案が、通則法第 4 条により本国法によるとしていたが、誤りである。

ウ [設問 1] (3)について

[設問 1] (3)は、失踪宣告について通則法第 6 条第 2 項に基づき例外的管轄が認められる場合の失踪宣告の効力の及ぶ範囲について問うものである。これは正に死亡擬制の効力の範囲であり、不在者が失踪時に日本国籍も日本に住所も有さない本問の事案においては、通則法第 6 条第 2 項が定めるとおり、不在者の日本所在財産又は日本に関連を有する法律関係についてのみ効力が及ぶことになる。[設問 1] (1)に関して述べたように、不動産アは、不在者の日本所在財産であるから日本の裁判所による失踪宣告の効力が及ぶ。また、不動産イは、不在者の財産ではあるが、日本所在ではないので当然には効力が及ばない。これに対して、不動産ウは、不在者の財産ではないものの、不在者 A の親である日本人 C の相続という法律関係との関連で問題となり、C の相続は日本法を準拠法とする法律関係であるため、日本の裁判所による A の失踪宣告の効力が及ぶ。このように、通則法第 6 条第 2 項の規定を事案に丁寧に当てはめて結論を導くことができていた答案は、「優秀」と判断された。しかし、このような検討ができていた答案は、それほど多くなかった。他方で、本問を失踪宣告の間接的効果の問題と捉え、相続の準拠法を検討する答案が相対的に多かったが、おそらく問題文を正確に理解できていなかったものと思われる。また、本問では財産ごとに丁寧に効力の範囲を検討することが求められるところ、このような処理ができていたものは少なかった。なお、各財産と日本との関連性について、[設問 1] (1)で詳細に検討を加えていたものは、本問で簡潔な検討であっても積極的に評価をした。

エ [設問 2] [小問 1] (1)について

本問は、渉外事案にかかる失踪宣告取消事件の国際裁判管轄権についての理解を問うものである。この点、家事事件手続法（以下「家事法」という。）第 3 条の 3 に定めがある。比較的多くの答案が、家事法第 3 条の 3 に失踪宣告取消事件の国際裁判管轄権の定めが置かれていることを指摘し、同条第 1 号に基づき国際裁判管轄権を認めるとの結論を正しく導いていたが、人事訴訟法や民訴法の規定を指摘するものが少なからず見られたことに加え、特に迷い

もなく通則法第6条に基づいた検討をするものも若干見られた。

なお、家事法第3条の3に基づき国際裁判管轄権を認めたとして、家事法第3条の14に定める特別の事情の有無を検討しなければならないところ、この点の検討が漏れているものが非常に多かった。

オ [設問2][小問1](2)について

本問は、涉外事案に係る失踪宣告取消事件の準拠法についての理解を問うものである。この点、通則法には明文規定がなく、通則法第6条の類推適用又は条理により、日本に失踪宣告取消事件の国際裁判管轄権が認められることを踏まえ、日本法によるとの結論を導くのが通常の考え方であろう。事実、そのような答案が多く見られた。

カ [設問2][小問2](1)について

本問は、外国裁判所により失踪宣告がなされている場合に、その効力がいかなる根拠により日本で認められ得るのか、また、その場合にいかなる要件が満たされるべきかに関する理解を問うものである。家事法第79条の2を経て民訴法第118条の適用に至ることの摘示を欠く答案が、かなりの数に上った。家事法第79条の2が適用されることに触れていない答案は、対審手続における被告の手続的保護を図る民訴法第118条第2号の適用が、利益の対立する相手方のない外国失踪宣告の承認に関しては「その性質に反し」て不要であることを指摘できていないことになる。なお、民訴法第118条第2号の要件具備を不要とした判断の理由を問うているにもかかわらず、必要のない民訴法第118条全体の要件具備を検討した答案も目立った。

キ [設問2][小問2](2)について

本問は、甲国裁判所による失踪宣告の効力が日本で承認されることを前提に失踪宣告の間接的効果の準拠法に関する理解を問うものである。本問については、失踪宣告の死亡の推定という効果を前提として、その間接的効果は個々の法律関係の準拠法によることを示し、婚姻の解消が婚姻の効力又は離婚の問題と法性決定されることを踏まえて、通則法第25条又は第27条に基づき判断されると解するのが一般的な理解であろう。しかし、民訴法第118条の要件具備を検討するものや、特に説明をすることなく通則法第25条や第27条を適用するものが非常に多かった。

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、かつては条文を欠き、条理によるという場合が少なくなかったが、現在では法整備がほぼ完了し、他の法分野と同じく、実定法の条文が問題の処理の出発点となるのが通常である。したがって、法科大学院においては、条文の趣旨・目的、条文相互の関係等とともに、裁判例等を通じてその事例への当てはめが適切にできるようにする教育が求められる。本年度の出題においては、とりわけ、[第2問]の[設問2]の[小問2](1)において、家事法第79条の2の存在を知らない受験生が目立ったのは残念であった。
- (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が、そのためには法律関係の性質決定が第一歩となるが、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た。特に[第2問]の[設問2]の[小問2]ではその傾向が顕著に見られた。
- (3) 事案の解決に当たって、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否か議論が

ある場合には、その規定や判例法理の趣旨などに立ち返って検討し、自己の立場を理由に基づいて示した上で、規範を明示し、当該規範に事実関係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、適用される規範を明示することなく、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2〕で見られた。これは、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、ポイントとなる問題についての記述を厚くすべきである。

例えば、国際裁判管轄権の有無が問われている場合に、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という記述から始まる答案や、準拠法が問われている場合に、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、題意と無関係なこのような記述は不要であり、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。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〕のような国際裁判管轄権に関する問いや、〔第2問〕の〔設問2〕の〔小問2〕のように、問題文に帰結が書いてあり、その理由やその帰結を踏まえた法的関係がどうなるかについての問いに対しては、そのような注意を十分にすべきである。

(5) 問題文を丁寧に読まずに、事実関係につき誤解に基づいた答案構成をしているものが、特に〔第2問〕において比較的多く見られた。