

## 平成30年司法試験の採点実感（公法系科目第1問）

## 第1 総論

## 1 問題文に即した検討の必要性について

- ・ 本問の設定は、条例の制定に当たり法律家として助言を求められているというものである。この設定を離れて無理に対立当事者を設定し、全ての論点について形式的に違憲・合憲双方の主張を対立させて自らの見解を述べる答案が散見されたが、期待されているのは、法律家としての自らの見解を十分に展開する中で、必要に応じて、自らの見解と異なる立場に触れる形で、論述をすることである。
- ・ 主張、反論、私見という構成を取る答案も一定程度見られたが、本問における問われ方に即していない。強引に主張、反論の構成を取っている答案は、極端な内容の記載や重複した記載をするなどして、肝心の具体的検討がおろそかとなっており、また、最終的に法律家としてどのような見解に立つのかの結論が非常に分かりにくいものとなっていた。

## 2 指摘すべき憲法上の権利について

- ・ 購入側の知る自由及び販売側の営業の自由について、ほとんどの答案が言及できていた。
- ・ 本問では、規制内容を理解し、それが憲法上のいかなる権利との関係で問題になるのかを特定する必要がある。普段から法律や判例等でその適用が問題となる具体的事例をしっかりと読み解いている者は、本問の規制内容について適切に理解できたと思われるが、用語のみを暗記するような勉強法であった者には本問の規制内容のポイントが理解し難かったのではないと思われる。初見の法律の読み解きが求められるのは、司法試験では憲法など一部の科目に限られるが、法律家にとって重要な能力であり、憲法の試験対策という狭い視野でなく、こうした広い視野に立って、分野を問わず、普段の学習の中で意識をしてもらいたい。
- ・ 本問は、我々が日常経験することの多い事象を扱っているが、規制図書類やこれを規制することの影響について現実感をもつて的確にイメージできていないと思われる答案が少なかつたことは残念であった。

## 3 論述内容全般について

- ・ 権利の性質や制限の態様を踏まえて違憲審査基準を定立し、当てはめるという基本的な判断枠組み自体はほとんどの答案に示されていた。  
他方、判断枠組みを示さなかったり、観点のない事実の比較や政策的当否の議論に終始したりする答案も見られたが、そのような答案は、憲法論を適切に展開したものとは言えない。
- ・ 違憲審査基準を定立するについて説得力の乏しい答案や、目的の審査が極めて雑なもの、手段審査がその違憲審査基準に沿っていないもの、具体的な理由を示すことなく形式的に当てはめただけのもの、自らが定立した基準と当てはめが実質的に齟齬しているものが見られた。逆に、目的や手段の審査において、自分なりに理由を示して、実質のある十分な検討を行っているものは全体としても高く評価できた。
- ・ 立法目的が重要だから審査基準が緩和されるのかについては十分な議論が必要であり、その点を意識した論述が必要である。
- ・ 本問では法律家としての意見を問われているのであるから、基本的には、条例案の規制について、違憲か合憲かの結論が示されるべきである。

## 4 判例への言及等

- ・ 問題文において「参考とすべき判例…を踏まえて」論じるように求めているにもかかわらず、全く判例に言及しない答案が少なからず見られた。問題文にそのような要求が明示されていなくとも、本来必要などころでは関連する判例に言及するなど、それを意識した論述をすべきであろう。なお、判例に言及する場合には、単に事件名や結論を提示するのみでは十分とは言えない。

- ・ 本条例案は、例えば、岐阜県青少年保護育成条例事件と比べて、規制対象の範囲、対面式販売に対する規制であること、規制目的が青少年保護にとどまらないことなどの違いがあり、上記事件の判例で直ちに合憲とできる射程を超えている可能性がある。こうした本条例案と判例の事例との異同を指摘して論じている答えは、論述に説得力を感じられた。

## 第2 本条例案の内容の理解

- ・ 本条例案の規定内容について正しく理解せずに論じているものが見られた。特に、条例案の規制対象を刑法第175条が規制するわいせつ表現と同視ないし混同する答えが広く見られた。条例案と類似の問題状況には、実在する青少年健全育成条例による有害図書類の規制があり、そのような問題状況については普段の学習の中で当然触れているべきである。
- ・ 条例案第7条の規制図書類の定義に関して指摘すべき着眼点は種々考えられるところ、所定の画像・図画をわずかでも含む図書類は規制図書類になってしまうことを一つの重要な点として指摘することも考えられる。すなわち、同条のもとでは、政治や社会に関する公共的な話題についての記事とともに、ヌードグラビア等も掲載しているような週刊誌等も規制図書類になってしまうのであり、このような点に気づき指摘するなどした答えは、高く評価できた。
- ・ 条例案の規制目的を青少年の健全育成のみで論じているもの、条例案第8条各項の規制内容・方法の違いを区別できていないもの、同第8条第2項の規制区域の設定基準となる「学校」に大学が含まれているなどと誤解したまま規制の合理性を論じているものが散見された。

## 第3 知る自由

### 1 規制の明確性・広汎性について

- ・ 明確性の論点に全く触れない答えが期待に反し少なくなかった。また、明確性を論じていても、本問で明確性が求められる趣旨について述べず、機械的に萎縮の効果があるなどと書いているものが目についた。
- ・ 明確性の論点と、過度広汎性の論点とが区別されていない答えが散見された。確かに、両論点は同時に問題となることが多いが、観念的には異なる問題であり、区別ができていないか否かは、曖昧な規制や過度広汎な規制がどのような理由で表現の自由や罪刑法定主義にとって危険であるのかを正確に理解することと関わってくると思われる。

### 2 知る自由の制約に関する論述について

- ・ 規制図書類の購入者の側から知る自由の制約を論じるときは、まず知る自由の内容とその憲法上の根拠に触れた後、青少年と18歳以上の者のそれぞれについて、条例案の規制に即してその合憲性を検討しなければならない。知る自由についての一般論は多くの答えが正確に解答していたが、中には、少数であるが、表現の自由の一点張りでは知る自由が出てこないもの、知る自由の憲法上の根拠として憲法第13条のみを援用するものもあった。
- ・ 知る自由の制約に関し、本条例案の二つの目的を踏まえ、それぞれの目的の重要性や規制手段との関連性を区別して論じられている答えは高く評価された。
- ・ 知る自由について、極めて厳格な違憲審査基準を立てながら、本事例を無理に当てはめて合憲の結論を導いている答えが見られたが、十分な論拠を挙げて論じられていないため、論理性や一貫性を欠いて説得力に乏しい答えと感じられた。
- ・ 規制図書類に接することにより青少年の健全育成が害されるという想定の適否について、実証的な根拠が薄弱であるなどとの批判的な視点にも触れた上で、岐阜県青少年健全育成条例事件の判示も援用しつつ自らの立場を示すことができていた答えは高く評価された。例えば、特に規制区域で取扱いが全面禁止されることについて、陳列そのものがなぜ青少年の健全育成を阻害することになるのかを問う指摘などは鋭い指摘といえる。
- ・ 成年者の「知る自由」や事業者の営業の自由の制約の文脈で「パターンリズム」をいう答えが少なくなかったが、キーワードは覚えていてもその意味内容や趣旨等を正確に理解してい

ないものと評価せざるを得ない。

- ・ 不快なものを見たくないとか、あるいはおよそあるものを見たくないという感情の保護それ自体を当然のように制約目的として肯定し、場合によっては更にそれを憲法第13条や第21条に基づく権利であるとする答案が目についた。この種の利益保護を制約目的として認めることについて、検討ないし一定の留保が必要であるとの意識を持ってもらいたかったところである。

#### 第4 営業の自由

- ・ 販売者の側から営業の自由の制約を論ずるときは、日用品等の販売店での販売規制、学校から200メートル以内における販売等の規制（いわゆるゾーニング）、隔壁による規制等の態様に応じて区分して論ずることは、一定の答案が対応できていた。さらに、条例案の二つの規制目的との関係で必要かつ合理的な規制といえるかどうかを丁寧に論じた出題の趣旨にかなう答案は高く評価された。
- ・ 条例案第8条第1項の関係で規制図書類を扱っている店舗は一部に過ぎないという事実や、同第8条第2項の規制によって大きな影響を受ける店舗は10店舗に過ぎないという事実の考慮方法が答案によって大きく分かれた。また、既存の店舗が移転や廃業を迫られることについての評価も分かれた。民主制の過程で看過される少数者の人権を守ることに憲法の目的があることからすれば、単純に影響を受ける者が少ないことのみで制約の程度が小さいと判断するのは疑問がある。

#### 第5 そのほかの論点

##### 1 刑罰法規の明確性

- ・ 表現の自由だけでなく、刑罰法規の在り方としても明確性が問題となり得ることを看過するものが少なくなかった。

##### 2 法律と条例との関係、補償の要否等

- ・ 法律と条例の関係、既存の条例との関係及び憲法第29条の補償の要否については、問題文には、これらの点について評価するための具体的事実は含まれておらず、これらに言及することは期待されていない。
- ・ 学校から200メートル以内における販売等の禁止に関しては、長年、主として規制図書類を販売してきた事業者にとっては、ほとんど営業が不可能となり得ることもあり、そうした中に「特別の犠牲」ともいふべき状況があり得るとすれば、憲法第29条の補償の要否を議論すべき余地はあり、一定の前提をおいてこの点を論述することが否定されるものではない。

#### 第6 形式面の注意点

- ・ 見出しを細かく立て、改行を繰り返してその度に記号を振るなどして、論述を極端に細分化している答案が認められたが、こうした記述は論述というより箇条書きのようなものとなり、かえって論旨が分かりにくくなっており、このような論述の仕方は避けるべきである。
- ・ 憲法の条項の正確な摘示や法律上重要な語句の正確な表記などに心掛けてもらいたい。これらに誤りがあると、理解そのものがあやふやであると受け止められてもやむを得ない。また、判読できない文字で書かれたものや文章として意味が通らない記述なども見られた。時間の制約はあるが、読み手を意識し、文章として理解できる記載をするよう留意してもらいたい。

1 出題の趣旨

別途公表している「出題の趣旨」を参照いただきたい。

2 採点方針

採点に当たり重視していることは、例年と同じく、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、基本的な判例や概念等の正確な理解に基づいて、相応の言及をすることのできる応用能力を有しているか、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、という点である。決して知識の量に重点を置くものではない。

3 答案に求められる水準

(1) 設問1(1)

- ・ 処分の名宛人以外の第三者であるD、Eに原告適格が認められるかどうかの検討に当たって、第三者の原告適格の判断枠組みを適切に提示し、Dが既存の墓地の経営者であること、EがB市墓地等の経営の許可等に関する条例（以下「本件条例」という。）第13条第1項第2号に該当する施設の経営者であることを踏まえ、D、Eそれぞれについて、手掛かりとなる本件条例等の規定を挙げて根拠法令の趣旨目的を検討し、また、考慮される損害の性質程度も踏まえて被侵害利益の内容性質を検討した上で、D、Eの原告適格の有無についての結論を導いているものは、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、例えば、手掛かりとなる本件条例等の規定の内容を踏まえ、その規定からDの墓地経営に関する利益やEの本件事業所運営を適切な環境の下で円滑に行う利益などを保護することが根拠法令の趣旨目的に含まれるかどうかを説得的に論じ、また、考慮される損害の性質程度について事案を踏まえ具体的かつ詳細な検討がされているものなどは、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、例えば、手掛かりとなる本件条例等の規定を複数挙げるなどして、根拠法令の趣旨目的や被侵害利益の内容性質について多面的に検討を加えているもの、設置許可の対象となる施設に関していわゆる位置基準を定めた規定がある場合の当該施設の周辺に居住する者等の当該設置許可処分の取消しの訴えに係る原告適格について判示した最高裁判所平成21年10月15日判決（民集63巻8号1711頁）に言及して検討がされているものなどは、優秀な答案と判断した。

(2) 設問1(2)

- ・ 本件許可処分がB市の裁量に基づくものであることを前提に、Eが主張する違法事由につき、①Eの事業所について本件条例第13条第1項の距離制限規定の適用があるというEの主張を指摘した上で、DとEとの関係から、権利濫用、信義則違反といった理由によりEは距離制限規定の違反を主張できないとするB市の反論を論じ、②Cが本件墓地の実質的な経営者であり、Aは名義貸しをしたものであるといえるかどうか、また、そのような行為が許されるものであるかどうかを検討し、③Eの①、②の主張について行政事件訴訟法第10条第1項による主張制限の適用の有無が問題となることが論じられている答案は、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、例えば、本件許可処分がB市の裁量に基づくであることをその理由と共に明示し、①について、Eの主張が権利濫用、信義則違反に当たると解する根拠となるDとEとの関係に関する具体的な事情を詳細に述べ、②について、Cが実質的な経営者である

と解する根拠となる事情を具体的かつ詳細に述べ、名義貸しが禁止される実質的な理由について詳細に検討しているもの、③について、行政事件訴訟法第10条第1項の判断基準について述べた上で、Eの①、②のいずれの主張についても具体的な当てはめの検討をしているものなどは、良好な答案と判断した。

- ・ さらに、例えば、本件許可処分がB市の裁量に基づくものであることについて、要件裁量、効果裁量の別を意識した論述がされ、①について、DとEとの関係に関する事情を多面的に論じており、②について、名義貸しが禁止される実質的な理由について本件条例の条文を複数挙げるなどして多面的に論じているものなどは、優秀な答案と判断した。

### (3) 設問2

- ・ 会議録に記載された(ア)の点について、Aの主張として、周辺の環境の悪化を懸念する近隣住民の反対を理由として不許可処分をすることは他事考慮であって認められないこと、Aは環境に対する配慮をしていることからして環境の悪化を理由として不許可処分をすることは裁量権の範囲を逸脱することといったものを相応の根拠と共に挙げた上で、それに対するB市の反論を、本件条例の規定の内容や法令の趣旨目的を指摘するなどして論じ、会議録に記載された(イ)の点について、Aの主張として、B市内の墓地の需給状況を考慮して本件不許可処分を行うことは他事考慮に当たるといったものを相応の根拠と共に挙げた上で、それに対するB市の反論として、本件条例の規定の内容や法令の趣旨目的などを手掛かりに、本件不許可処分に当たって墓地の需給状況を考慮することは裁量の範囲を超えるものではないことを論じている答案は、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、例えば、(ア)及び(イ)のいずれについても、取り上げた主張に対する反論として想定される見解を踏まえて主張の根拠について説得的な論述がされているもの、それぞれの主張について根拠を複数挙げるなどして多面的な検討がされているものなどは、その程度に応じ、良好な答案又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

- ・ 問題文、会議録をよく読まず、例えば、問題文の「【検討会議の会議録】を読んだ上で、弁護士Fの立場に立って、設問に答えなさい。」という指示に従っていない答案、設問1(1)について、D、Eの原告適格の有無につき、それぞれの主張を整理するだけで結論を示していない答案、設問1(2)や設問2の問題文で、「これに対してB市はどのような反論をすべきか、検討しなさい。」とされているにもかかわらず、B市の反論を述べていない答案、設問1(2)で、問われていないDの主張を述べる答案、設問1(2)について、会議録に現れている論点であるにもかかわらず行政事件訴訟法第10条第1項による主張制限に触れていない答案、設問1(2)で、「本件条例は適法であるとの前提」に立つよう指示されているにもかかわらず、法に定めがない墓地経営主体の限定を条例で定めているので本件条例は違法であるとの記述がある答案など、問題文の問いかけに対応しない形で記述された答案が少なからず見られた。
- ・ 論理的な構成が明らかでないもの、何のためにその論点を論じているのかを記載せず、論点をそのまま抜き出して、唐突に書き始めるもの、反論の前提となる主張を説明せずに、いきなり反論から書き始める答案など、答案の構成に問題があるものも見られた。
- ・ 時間が足りず、設問2の記載がない、あるいは、ほとんど検討がなされていないという答案は少なくなかった。解答に当たっては、時間配分にも配慮が必要であろう。
- ・ 設問1(1)においては、墓地、埋葬等に関する法律(以下「法」という。)及び本件条例は墓地経営者の経営の安定等を保障していないとする結論を採る一方、設問2においては、反対の結論を示して、本件不許可処分が適法であるとするB市の主張を支持する解答をしたも

のが見られた。また、例えば、論述の途中では、原告適格があるとの結論を述べていたにもかかわらず、最終的には原告適格がないとしている答案もあった。論述中において中間的な結論、複数の考え方の可能性や仮定的議論等を述べる趣旨であればそれに沿った表現をすべきであろう。

- 基本的な論点の判断枠組みの論述についてはよく書けているのに対し、法令の趣旨を検討するための規定や事実関係が十分に挙げられていない答案が少なくなかった。
- 行政法学の基本概念に関する基礎理解が不十分である、又はその理解に問題があると思われる答案があった。例えば、講学上の許可であるから広い裁量が認められるとするもの、授益的処分なので要件裁量が認められるとするもの、本件条例第13条第1項柱書の「支障がないと認めるとき」の判断に「効果裁量」が認められるとするもの、本件条例を法第10条第1項に基づく委任条例であると性格付けるものなどである。
- 条文の引用が不正確であるものも目についた。また、条例の引用が概括的なものも目立った。すなわち、本件条例第13条と引用するのみでは、第何項を指しているのか不明であるし、同条第1項と引用するのみであれば、第何号を指しているのか不明であって、第何項第何号まで引用すべきである。
- 例年指摘している事項であるが、乱雑に書き殴りほとんど判読不能であったり、字が小さすぎて潰れて読めない答案が少なからず存在した。例えば、「違法」と「適法」を判別できないものがあり、このようなものについては、その部分について得点することが困難となってしまうことに留意されたい。制限時間の問題があるとはいえ、他人に読んでもらうために答案を作成していることを念頭に置き、少なくとも読みやすい字を書くことを心掛けていただきたい。
- この点も例年指摘していることであるが、「多事考慮」等、行政法上の基本的な用語に関する誤字が見られた。また、さして難しくない基本的な用語をひらがなで記述する答案も散見された。

## (2) 設問1(1)

- 原告適格を論じないで、本案の違法主張を論じるなどした答案があり、この中には問題文の読み違いに起因するものもあるように思われる。しかし、問題文や会議録の全体をよく読めば、このような読み違いは生じないであろう。
- Eが意図的に本件事業所を本件墓地の近くに移転したことは、原告適格の有無においては検討する必要がないことは会議録に明示されているが、この事実を指摘してEの原告適格を否定する答案が散見された。問題文や会議録の指示については注意を払っていただきたい。
- 第三者の原告適格について、基本的な検討方法が身につけていない答案が少なくなかった。行政事件訴訟法第9条第2項の文言からすれば、まずは原告が処分の相手方以外の者であることを確認することが出発点であるが、確認ができていない答案が目についた。
- 原告適格の判断枠組みは多くの答案で適切に理解されていることがうかがわれた。他方で、個々の論証水準にあっては差が見られた。まず、原告適格を基礎付ける根拠法令については、関係する規定を適切に挙げて検討することができていない答案も少なからずあった。中には、法第1条の目的規定のみを挙げ、「宗教的感情」、「公衆衛生」、「公共の福祉」という文言のみから、DやEの原告適格の有無を検討し、本件条例の規定についてはほとんど触れていない答案も見られた。また、法律上保護された利益説に立脚し一般的な判断枠組みを示しているにもかかわらず、保護利益に関する根拠法令の趣旨や被侵害利益の内容性質の検討が不十分であった（さらには全く欠けている）答案も少なくなかった。単に原告適格の判断枠組みを提示するのみならず、その内容を理解した上で、事案に即した検討を行うことが求められる。
- DとEのそれぞれの原告に対応した保護規定と被侵害利益の整理が正確にされず、別の原告に関する保護規定や被侵害利益を誤って挙げている答案が少なくなかった。今回登場する

原告らの立場は明確に区別できるものである一方、関係規定はやや多かったのでこれを原告ごとに適切に整理することには一定の学習水準が求められるものと思われる。

- Dが本件土地から約80メートルの場所に土地を所有していることをもって原告適格を認める答案もあったが、財産権保有ということと、本件の関係法令との関係が論じられておらず、思考過程が分かり難い答案となっていた。
- Eの原告適格の有無の検討において、本件条例の規定にほとんど触れず、Eの受ける損害について論じた上で（例えば、生活環境の悪化によって何らかの生命身体への侵害があるとして）、直ちに原告適格の存在を認めているものが多かった。このような答案の多くは、Eの原告適格については最も手掛かりになるはずの距離制限規定にはほとんど触れていないことになり、原告適格に関する論述についてややバランスを欠いたものとなってしまふ。
- 考慮される損害の性質程度の検討では、Eについて、事業者としての業務上の不利益と利用者の生活・衛生環境上の不利益との区別を明確に意識しないままに論じている答案もあった。

### (3) 設問1(2)

- 法令上の要件該当性判断と行政の裁量権の逸脱濫用の基本的区別がついていない答案が少なからず見受けられた。例えば、本件条例第13条第1項本文の距離要件について「考慮しないのは裁量権の逸脱」とする答案は、理解が不正確ではないかと考えられる。
- 行政裁量が認められる実質的根拠について、例えば、「専門性」とだけしか述べない答案が少なくない。教育や科学技術など一定の分野に関する専門家・専門組織の判断の尊重なのか、政治的判断・公益的見地からの判断の尊重なのか、全国一律で基準を定めるべきでなく地域の特性や地域住民の意見をしんしゃくすべきゆえに認められる裁量なのかなど、事案の特性を踏まえてもう少し適切な理由付けを考えて説明してほしい。また、Aが名義貸しをしているのではないかという点の論述において、「墓地の経営者を誰とみるかは、B市長の専門技術的な判断に委ねられる」と述べるのは明らかに無理があるように思われる。
- 裁量の根拠として、法第10条第1項や本件条例の規定との関係を論じている答案は少なかつた。行政裁量の存在は、行政処分等に何らかの「専門的技術的」な性格が認められれば、直ちに認められるわけではなく、個別法の規定についても検討される必要があるが、このような検討ができていない答案はあまり多くなかつた。
- 法第10条第1項の許可について、「効果裁量が認められる」と述べているにもかかわらず、当てはめの段階では、処分要件に関する裁量を検討する答案や、その逆に、「要件裁量が認められる」と述べながら、許可を行うか否かの裁量を検討する答案が見られた。単なるケアレスミスなのかもしれないが、要件裁量や効果裁量といった基本的な概念の意味を理解していないのではないかと疑念が生じる。
- 距離制限規定に違反するというEの主張が権利濫用であるといった主張や、権利濫用であることを基礎付ける事実については多くの答案がおおむね的確に指摘していたように思われる。また、Cが実質的経営者であること（名義貸し）が、法の趣旨に照らしなぜ問題になるのかについても、多くの答案において検討がされていたように思われる。
- D所有土地上にEが本件事業所を設置していることについて、墓地等の土地の所有権に係る規制と混同して、本件条例第13条第3項違反を主張する答案があった。
- 距離制限規定に関し、「本件条例第13条第1項柱書が定める100メートルにわずかに20メートル足りないだけであるから許可すべき」とする答案が複数あった。同項但書があるとはいえ、法令上の基準の意義（本問において本件条例は『少なくとも最低限遵守しなければならない事項を具体的に定めたもの』という前提がとられている）に関する理解が不十分である（少なくともより丁寧な説明が必要である）と思われる。同様に、名義貸しについて、「実質的に宗教的感情に対する配慮ができたり経営の安定性があれば問題にならない」というの

は、法令が定める要件との関係をより丁寧に説明する必要があるのではないか。

- Eによる事業所設置につき、権利濫用などといった法的評価を与えていない答案がまま見られたが、事実の法的評価を行うことは論証の基本である。また、なぜ権利濫用などに当たるかについても、問題文や会議録に示された内容からどの程度関係する点を挙げているかについては答案ごとの差が見られた。
- 権利濫用につき、「阻止するため」「意図的に」「あえて」というような主観的目的のみ記載していて、本件説明会（本件申請）後に設置したというような客観的事実の指摘がない答案が多かったが、該当する事実を丁寧に拾うことが求められる。
- 「名義貸し」について、なぜ「名義貸し」に当たるかにつき、問題文や会議録に示された内容からどの程度関係する点を挙げているかについては個人差が見られた。「名義貸し」が許されない理由についても同様である。
- 行政事件訴訟法第10条第1項の主張制限の有無については、多くの答案で触れられていたが、同項の条文に全く触れていない答案や、何らかの検討を経ることなく、主張制限が認められるあるいは認められないとの結論のみを簡単に指摘する答案も見られた。本問における主張制限については、学説上、いくつかの見解が成り立つところであるが、いずれの見解に立つにせよ、その理由を検討することは必要である。
- 行政事件訴訟法第10条第1項の主張制限については、「自己の法律上の利益に関係しない利益は、同項の「自己の法律上の利益」に当たらない」といった同語反復の説明をするにとどまっている答案が少なくなかった。ここでは、上記の「自己の法律上の利益」が原告適格を基礎付ける利益と同一であるのか、又はそれより広範な利益も含まれるのかが問題とされていることを意識して論ずる必要があったように思われる。
- 行政事件訴訟法第10条第1項の判断枠組みを示すに当たり、同法第9条第1項の「法律上の利益」と同一文言であることのみを理由とする答案が目立った。例えば、同法第25条第2項の「重大な損害」と同法第37条の4第1項の「重大な損害」が同じ意味でないように、上記の点の指摘のみでは理由付けとしては必ずしも十分なものとはいえない。
- 行政事件訴訟法第10条第1項の主張制限について、Eへの当てはめをしていない答案が多かった。
- 行政事件訴訟法第10条第1項の主張制限に関する判断枠組みについては、諸説あるものの、結論のいかんにかかわらず原告が処分の相手方であるか否かが重要なポイントである点では大方の合意があるように思われるが、Eが処分の相手方以外の者であることを踏まえた検討を行っている答案は極めて少なかった。

#### (4) 設問2

- 法令が求める考慮事項や他事考慮について判断せず、直ちに利益衡量を行っている答案が少なからず見受けられた。
- 会議録には、「(ウ)については…検討を省略しましょう」とあることから、(ア)及び(イ)について検討すれば足りるのに、(ウ)についても検討している答案が散見された。
- 不許可処分の違法性が問われているのに、理由不備の手續違反を延々と論じたものなど、知っている論点を軽重を考えずに論じるものがあったが、会議録を読んで、問われていることに素直に答えてほしい。
- 市長が反対運動を理由に不許可処分を行った点と墓地の供給過剰の点のそれぞれにつき、法的評価を加えた上でAの主張及びB市の反論を考えていくことが基本である。しかし、この点が不十分である答案が少なくなかった。本件では、市長の裁量判断と絡めた上で論じられる必要があったが、この点が理解されておらず、問題文の事実関係を単純に関係規定と照らし合わせた上で適法違法を論ずる答案も少なくなかった。行政法の解釈枠組みに照らした上で事実関係を法的に評価していくことが望まれる。



- ・ 他事考慮に当たるか否かの具体的な検討に際し、関連法令の文言や趣旨の検討等を踏まえることなく、自らの価値判断から直接結論を導こうとするものが相当数見られた。例えば、高齢化社会においては墓地の重要性が高いため、供給過剰を考慮することは他事考慮に当たらないと論ずるものなどである。また、問題文に記載されていない事由であり、かつ、そのように断定するだけの根拠も見当たらない内容を論拠とする答案もあった
- ・ B市の反論で、Aの周辺環境への配慮が不十分であるから不許可処分が違法ではないと反論すべきと記載する答案が相当数見られたが、そのように論じる前提として、許可処分に当たってはB市長に要件裁量があることや裁量判断の考慮要素としてAの配慮が十分といえるのかを検討することが許容されることを指摘する必要があるものと考えられ、上記の記載のみでは不十分であるといわざるを得ないと考えられる。
- ・ Aがすべき主張としてB市内の墓地の供給が過剰となるか否かを考慮することが他事考慮であるという指摘は多くの答案でされていた。その一方で、B市の反論として、裁量判断としてB市内の墓地の供給状況を考慮することが許容されるという指摘自体は多くの答案でされていたが、そのような裁量判断が許容される根拠として、原則としてB市内で墓地を営営することができるのが公共団体であるとされていることや、そのような制限が墓地の公益性や営営の安定性の要請に由来することを指摘できている答案は少なかったように思われる。

##### 5 今後の法科大学院教育に求めるもの

本年の出題も、昨年と同様に、書くべき論点が問題文及び会議録において明らかになっており、論ずべき問題点の検討・把握にそれほど困難を要するものではなかった。したがって、本問は、重要な最高裁判例や行政法上の概念等の正確な理解に基づき、本件事案に即した適切な見解を導く応用能力が発揮されているかどうかによって、評価に大きな差が出る出題であったといえる。具体的には、問題文等で示されている様々な事実を拾い出し、これについて適切に法的評価を行う能力や、与えられた条文から、法令の趣旨を検討する手掛かりとなる規定を見つけ出し、その趣旨を適切に読み解く能力、これらを踏まえて論理的な思考に基づき分かりやすく説得的な論述をする能力が求められたといえる。

このような能力、特に上記のような作業を短時間に的確に行う能力は、広く法律実務家にとって必須の能力であるといえ、法科大学院においては、このような能力が身につくような教育が目指されるべきであると考えられる。

判例や行政法上の概念といった基礎的知識の学習はもちろん重要であり、法科大学院におけるこれらの教育は今後も続けられるべきであろう。しかし、法科大学院においても、それにとどまらず、適切な条文を指摘しつつ、具体的な事実関係を規範的に的確に当てはめる訓練をする教育を一層行う必要があると考えられる。判例の基準や各種概念を知識としては前提としているものの、上記のような具体的な当てはめの検討をすることなく、短絡的に解答を導く答案が少なくないことからこのような教育の必要性が考えられる。

## 平成30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（平成30年司法試験論文式試験問題出題の趣旨【民事系科目】〔第1問〕をいう。以下同じ。）のとおりである。

### 2 採点方針

採点は、従来と同様、受験者の能力を多面的に測ることを目標とした。

具体的には、民法上の問題についての基礎的な理解を確認し、その応用的確に行うことができるかどうかを問うこととし、当事者間の利害関係を法的な観点から分析し構成する能力、様々な法的主張の意義及び法律問題相互の関係を正確に理解し、それに即して論旨を展開する能力などを試そうとするものである。

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

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

### 3 採点実感

各設問について、この後の(1)から(4)までにおいて、それぞれ全般的な採点実感を紹介し、また、それを踏まえ、司法試験考査委員会議申合せ事項にいう「優秀」、「良好」、「一応の水準」及び「不良」の四つの区分に照らし、例えばどのような答案がそれぞれの区分に該当するかを示すこととする。ただし、ここで示された答案は上記の各区分に該当する答案の例であって、これらのほかに各区分に該当する答案はあり、それらは多様である。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の全体的な採点実感

設問1において論ずべき事項は、これを大きく分ければ、①種類債務の特定の有無、②危険負担（民法第534条第2項）の適用の有無、③危険負担における「債務者の責めに帰することができない事由」の有無の判断であり、③についてはさらに履行補助者の過失及び弁済の提供又は受領遅滞若しくは受領義務違反の効果（債務者の目的物保管義務の軽減及びその軽減後の義務の内容、対価危険の債権者への移転等）を内容とする。

全体としては、①の種類債務の特定と②の危険負担の適用の有無については比較的多くの答案が一定水準の論述をしていたが、③に関してはここに含まれる問題点に気が付かなかった答案も多く見られ、ここが評価に大きく差が付く要因となっていたといえる。

他方で、評価が低くなった答案を中心として、買主は受領遅滞に陥っていたから売主による代金の支払請求は認められるとするなど、そもそも、代金支払請求権の帰すうに関して、危険負担、受領遅滞といった諸制度の相互関係が理解されていないことがうかがわれるものも見られた。

個別に見ると、上記の①に関しては、目的物の分離・準備や債権者への通知を要することなどに詳しく言及することができている答案が多くあったが、そのような答案であっても、この指摘は取立債務に関するものであり、本件も取立債務であることを事実関係を踏まえて簡潔に論ずることができている答案はそれほど多くはなかった。

上記の②に関しては、まずもって、種類債務が特定をし、その後特定した目的物が滅失したというケースについては、適用法条は、民法第534条第1項ではなく、同条第2項となるが、このことを正確に指摘することができていない答案が少なからず見られた。このほか、危険負担の債権者主義を定めた規定である民法第534条については、かねてより立法論的な批判が極めて強く、その適用範囲を狭めるため、これを制限的に解する見解が有力であるが、この見解に従った答案は少なかった。しかし、上記のような問題状況を踏まえれば、この見解に従わず、同条の文言に忠実な立場を採用するとしても、その適用範囲を制限する必要がないのかどうかについて検討を加えるのが適切であると考えられるが、そのような答案はほとんど見られなかった。なお、上記の③に関わることであるが、民法第534条を文言どおりそのまま適用するという立場を採用しながら、弁済の提供や受領遅滞の効果として対価危険の移転を論ずる答案も見られた。しかし、この立場を採用した場合には同条の効果として対価危険は買主が負うことから、重ねて対価危険の移転を論ずる意味はない。

上記の③に関しては、このうち、履行補助者の故意・過失に関しては比較的良く論述することができていたものの、責めにすることができない事由（過失）の有無の判断の基準となる売主の負う注意義務について、民法第400条の善管注意義務に言及することができていない答案が相当数見られ、受領遅滞等の効果としての注意義務の程度の低減にも言及することができていない答案も多かった。また、そもそも、本件においては受領遅滞が生じているという事実関係に気が付くことすらできていない答案も相当数見られた。当初の予定どおり目的物である松茸が引き渡されていたならば盗難は発生していなかったともいえることが本件の結論を左右する要素となり得ることは、事案を精査すればそれほど困難なく思い至ることができると思われる。このことから、結論を導く上で考慮すべき要素を事案の中から適切に抽出し、評価をする能力の一層の涵養が必要であることがうかがわれた。なお、B（C）の注意義務違反の有無については、善管注意義務を負う前提で検討した上で、弁済の提供や受領遅滞を認定し、自己の財産と同一の注意義務を負う前提で改めて検討するのが丁寧であるが、後者の検討のみをした答案も、注意義務違反の有無を適切に検討することができているものは同等に評価した。

以上のほか、本件の主要な問題は上記のとおりであるにもかかわらず、引渡債務との同時履行の抗弁の検討に必要な以上に多くの記述を費やした答案が少なからず見られた。しかし、本件においては、引渡債務の目的物は特定しており、かつ、履行不能となっているから、これとの同時履行を論ずる意義は乏しく、この点について大きな評価を与えることはできなかった。

#### イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、本設問では、上記の①から③までの各点に関してバランスよく論理的な論述がされており、かつ、B（C）の注意義務違反の有無の検討に当たっても設問1

における事実関係に基づいてポイントを的確に指摘し、判断を示すことができていたものである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案と比べ、債務者の負う注意義務の内容と帰責事由との関係に意識が払われていない答案や、注意義務違反の有無などについての実事関係の当てはめがややおざなりと思われる答案などである。

一応の水準に属する答案の例は、上記の①や②については相応の論述がされているものの、そもそも、受領遅滞が生じていたという事実関係に気が付くことができず、③について全く触れることができていない答案などである。

不良に属する答案の例は、設問1においては危険負担が問題となることを指摘することができていないものや、債務者（売主）の責めに帰すべき事由が存するかどうかの検討を行うことができていないものなどである。

## (2) 設問2について

### ア 設問2の全体的な採点実感

設問2においては、題意によれば、甲トラックの所有権を有していたDが、Aに対して所有権留保売買をしたことにより甲トラックの所有権を実質的に喪失したといえるかという問題を小問(1)において検討した上で、喪失していたという立場を選択した者はもちろん、喪失していないという立場を選択した者も喪失していたという立場を採用したものとして、甲トラックの登録名義人であることを理由として撤去義務を負わせることができないかを小問(2)において検討することを求めるものである。このような出題者の意図については、ほとんどの答案がその趣旨をよく理解し、順を追って論述することができていたが、小問(2)で論ずべき点を小問(1)で論じている答案などもあった。

小問(1)に関しては、所有権に基づく妨害排除請求権が問題となるところ、その点の指摘がないものや、妨害排除請求権の相手方となるべき者が抽象的に言えばどのようなものであるのかについて分析がされていない答案が多く見られ、論述の前提となるべき事項を的確に押さえていない傾向が見られた。また、Dの地位は所有権留保売買の売主の地位にあることをどのように評価し、妨害排除請求の可否と結び付けていくのかが小問(1)における主要な課題であるが、この点を意識することができていない答案が見られた。このほか、Dの地位が債権の担保のために所有権を有するにすぎないものであることは理解することができていても、なぜ、妨害排除請求権の相手方となって撤去義務を負うことになるのか、あるいはならないのかについて、例えば、いまだEの債務不履行が生じていないといった具体的な事実関係を踏まえつつ説得力をもって論ずることができている答案は少なかった（なお、具体的にどのような立論が考えられるかについては、既に公表した出題の趣旨を参照していただきたい。）。さらに、そもそも、所有権留保が担保のためにされるものであることを理解できていないことがうかがわれる答案や、所有権留保売買の法的性質は譲渡担保そのものであると誤解をした答案なども見られたことは、所有権留保売買が債権担保の手法として社会で広く活用されている現状に照らすと、非典型担保であって実定法に基づくものでないことを差し引いても、残念な結果であった。

次に、小問(2)においては、Dは自動車登録名義を有するものの実質的には所有者ではなくなっているという前提で答えることが必要であるが、このような地位にあるDに対する妨害排除請求に関して、これを当然に対抗関係にあるとして処理することはできないのであり、この点は判例・学説が一致しているところである。それにもかかわらず、「Eは、甲トラックの所有権の帰属について利害関係を有するから、『第三者』に当たる」などと、何の留保もなくEとDとが対抗関係に立つことを前提としてしまった答案がかなり多く見られた。これは一面において、民法第177条（道路運送車両法第5条）の「第三者」の意義についての理解が十分でないことを表しているものであり、他面で、不動産と動産とで違いがあるとはい

え、最判平成6年2月8日民集第48巻2号373頁という重要な関連判例を意識することができていないものであって、基本的な判例の知識の定着の観点から難があるといわざるを得ない（なお、このような立論をした答案は、事案の妥当な解決を図ろうとするあまり短絡的に対抗関係にあるとしたことがうかがわれるものが少なくなかったが、中には登録には公信力があるとまでする答案も見られ、非常に残念であった。）。上記の判例を意識することができていることがうかがわれた答案についても、地上建物による土地所有権の妨害の場合において登記名義人が撤去義務を負うのは例外的なものとして位置付けていることなど、判例の論理構成や問題意識を正確に表現することができているものは少数にとどまり、例えば、Dが甲トラックの自動車登録を自ら備えていたといった事情を指摘することができた答案もそれほど多くはなかった。そのため、小問(2)において特に論じてもらいたかった上記判例の射程、すなわち、不動産と動産とでの差異の有無について（結論はともあれ）具体的に検討することができていた答案はほとんどなかった（ここで、どのような観点からの理由付けがあり得るのかについては、既に公表した出題の趣旨を参照していただきたい。）。

#### イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、小問(1)においては所有権留保売買が担保目的であることを踏まえつつ、このことが所有権に基づく妨害排除請求権の消長に与える影響について論理的に考察することができており、他方、小問(2)においてはEとDとが直ちに対抗関係に立つものではないことを踏まえた上で、判例の問題意識も踏まえつつ対象財産が不動産ではなく動産である本件において対抗問題と類似の処理をするべきかについて一応の理由付けを施しながら結論を導くことができた答案などである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案との比較においては、小問(1)においては所有権留保売買が担保目的であることは理解しているものの、それがなぜ妨害排除請求権の成否に影響を与えるのかの理由付けが曖昧であるものや、小問(2)においては本件では対象財産が不動産ではなく動産であり、これが結論に何らかの影響を及ぼすのかに意識を向けることができなかった答案などである。

一応の水準に属する答案の例は、小問(1)において所有権留保売買の法的性質が担保目的であることに理解が及ばなかったとか、小問(2)においてEとDとが対抗関係に立つとするなど小問(1)又は小問(2)において大きく筋を外してしまった答案などである。

不良に属する答案の例は、そもそも本設問の題意を理解した上で考え方を整理して論述することができなかった答案や、各小問において大きく筋を外してしまった答案などである。

### (3) 設問3について

#### ア 設問3の全体的な採点実感

設問3は、親族法・相続法の分野からの出題であったが、択一式試験においても多く出題がされている分野に関する知識を問うものであったから、受験生には一定の知識が備わっているものと思われるところである。ところが、「遺産分割」、「遺産分割方法の指定」、「相続分の指定」、「廃除」といった基本的な概念についての理解が極めて不正確な答案が少なからず見られた。確かに、「遺産分割方法の指定」や「相続分の指定」の意義を正確に理解することは簡単ではないかもしれないが、遺言において遺産中の財産の帰属先を指定することを「遺産分割」と誤解するものや、「廃除」がされたと認定しながらもHについて債務の相続承継を論ずるものなども少なからずあり、予想以上に基本的な概念を理解することができていないことがうかがわれた。

設問3においては、まず、①FGHのうち、Hは廃除されて相続人ではなく、受遺者の地位にあることが前提となるが、この点は比較的多くの答案がその理由を含めて指摘することができていた。また、②Cの債務はFGが承継するものであり、Cの債務を全額支払ったFはGに対して所定の割合（Gの法定相続分2分の1か、指定相続分3分の1となる。）に基づく

金銭請求をすることができるという点も、多くの答案が指摘することができていた。

もっとも、設問3においては、③遺言の解釈指針がどのようなものであるのかを踏まえつつ、④FGに対するCの遺言が判例に従えば遺産分割方法の指定であると解されることに触れながら、より重要な問題である相続分の指定を伴うのか否かについての判断を示し、その上で、⑤債務の承継割合が変更されるのかに関して自己の考え方を筋道立てて論ずることが必要である（なお、そもそもCの遺言を特定遺贈であると解釈することも可能であるが、このような立場を採用していた答案はほとんど見られなかった。）。しかし、上記の③については、「遺言の解釈をした上で」と問題文に指示があるにもかかわらず、何らこれに触れない答案も少なくなかった。また、上記の④のうち遺産分割方法の指定であることに触れているものであっても、債務の承継割合との関係では相続分の指定を伴うか否かという重要なポイントについて指摘することができていた答案は少数にとどまっていた。なお、比較的多くの答案が「遺産分割方法の指定」と同じ割合で債務を承継させるのが遺言者の意思や公平に合致するなどとしていたが、これは、「相続分の指定」に関連付けて論じてはいないものの、遺言によって債務の承継割合が変更されるかどうかについて立ち入った検討をする点では一定の評価に値するものと考えられる。

さらに、FのGに対する請求について問われているのであるから、その請求の根拠に関しても、判例のように分割債務として承継すると考えるか、不可分債務として承継すると考えるかはともかく、⑥Cの債務がFGにどのように帰属するのかを前提としながら、分割債務と解するのであれば事務管理等によるものとなり、不可分債務と解するのであれば求償権に基づくものとなることを、ごく簡潔に指摘することが必要である。しかし、請求の根拠について全く記載のない答案や曖昧な論述・混乱した論述に止まる答案が多く見られた。また、FGは連帯債務関係にあると解する答案が少なくなかったのは意外であったが、分割して承継されるとしながら連帯債務であるとするなど債権総論の分野である多数債務関係に関しても十分に理解することができていないことがうかがわれた答案も見られた。

#### イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、上記の①から⑥までの各点について、それぞれ、簡潔に自己の立場から論述することができていた答案などである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案との比較においては、上記④及び⑤に関して相続分の指定を伴うか否かについて検討を加えることができていなかったものでも、債務の承継割合を遺言で変更するものであったかどうかについて具体的な考察を示した答案などである。

一応の水準に属する答案の例は、上記の③及び④については問題を把握して解答することができていないものの、他の各点については相応の論述をすることができていた答案などである。

不良に属する答案の例は、上記の①、②、⑤及び⑥の各点についても、その検討が不十分な点が複数見られた答案などである。

#### (4) 全体を通じ補足的に指摘しておくべき事項

本年の問題は、各設問とも、どのような法規範（判例により形成される規範を含む。）の適用を問題とすべきかという大きな検討課題の把握は、比較的容易であり、実際にも、これを大きくは外さない答案が少なくなかった。それでも、大きく差が付くことになっているのは、分析の深度や精度、更には論理的な展開力などによるところが大きい。

すなわち、本年の各設問にも現れているように、ある一つの事案を解決するに当たっては、複数の制度や判例等にまたがった分析が必要となるが、当然ながら、そのためには、個々の制度等についての理解が必要であり、更には制度相互間の体系的な理解が必要になる。その上で、これを一つのまとまった分析結果としてまとめ上げるためには、その理解している内容を、示

された事実関係を踏まえて論理的に展開していくことが重要である。

このような法律の体系的理解とこれに基づく実践的な論理展開能力の重要性は昨年度も指摘しているところであり、引き続き留意をしていただきたい。その上で、本年の答案を見て特に感じられたことについて、幾つか指摘しておきたい。

一つは、問題文に記載された事実からは引き出すことのできない強引な事実関係の解釈・認定をする答案が散見されたことである。例えば、設問1において、自動車を盗まれて期日中に引き取ることができなくなったAは、「同日午後8時頃、今日は引取りには行けないが、具体的なことは翌朝に改めて連絡する旨を電話でBに伝えた」（事実4）が、これに対するBの対応は問題文中に何ら記されていないから、問題文からは履行期の延期がされたとは到底認定することができないのに、その旨の合意があったと認定する答案や、設問3において、Cの遺言には「④Hは、まだ反省が足りないので、廃除の意思を変えるものではない」と明言されているのに廃除の意思を取り消したと認定する答案などである。このような答案を評価することができないのは言うまでもないことであり、問題文に示された事実関係を丹念に拾い上げて論述をするようにしてもらいたい。

また、設問1について、問題文では「Bの本件売買契約に基づく代金支払請求は認められるか、理由を付して解答しなさい。」と問われているのだから、それに向けて直截に自己の分析の結果を論述していくのが望ましいものである。ところが、AとBのそれぞれの主張を前提としながら、当事者双方の主張・反論について、「Aは～と主張する。これについては、・・・と考える。これに対し、Bは～と反論する。これについては・・・と考える。」といった形式で論述を進める答案が散見された。このような答案はそれぞれの主張・反論といった形式で記載しようとするあまり、論旨の明確性を欠く嫌いがあり、中には論理的な一貫性を欠くものも見られた。「代金支払請求は認められるか、理由を付して解答しなさい。」という問いに素直に答える方が望ましいものと考えられる。

最後に、毎年のように指摘をしていることであるが、本年も、文字が乱雑であったり、小さすぎたり、あるいは線が細すぎたりして、判読が困難な答案が一定数存在した。この点については、次年度以降、改善を望みたい。

#### 4 法科大学院における今後の学習において望まれる事項

本年においては、設問3で親族法・相続法を主たる問題とする設例が出題されているが、上記のとおり、基礎的な知識が全く身に付いていないことがうかがわれる答案も多かった。近年、この分野は法改正が続くなどして脚光を浴びているところであり、それはおくとしても、法律実務家にとっては極めて重要な分野といえることから、この分野についても基礎的な知識の修得を怠らないように励んでいただきたい。また、親族法・相続法の分野に限らず、財産法の分野においても、一定程度の基礎的な知識を有していることがうかがわれるとしても、複数の制度にまたがって論理的に論旨を展開することはもとより、自己の有する知識を適切に文章化するほどには当該分野の知識が定着しておらず、各種概念を使いこなして論述することができていない答案が多く見られた。法律実務家にとって自己の見解の説明・説得能力は必須のものであるから、引き続き、法的知識の体得に努めていただきたい。

また、本年も、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、今一度、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（なお、判例の取った論理や結論を墨守することを推奨してはいない）。例年指摘されているところであるが、判例を検討する際には、その前提となっている事実関係を基に、その価値判断や論理構造に注意を払いながらより具体的に検討することが重要であり、かつ、様々なケースを想定して判例の射程を考えることで、判例の内容をよりの確に捉えることができるものである。このような作業を行うことで、個々の制度についての理解が高まるだけでなく、制度相互間の体系的な理解が定着

することにも留意いただきたい。



## 平成30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平成30年司法試験の論文式試験出題の趣旨に、特に補足すべき点はない。

### 2 採点方針及び採点実感

- (1) 民事系科目第2問は、商法分野からの出題である。これは、事実関係を読み、分析し、会社法上の論点を的確に抽出して各設問に答えるという過程を通じ、事例解析能力、論理的思考力、会社法に関する基本的な理解並びに法令の解釈及び適用の能力等を確認するものであり、従来と同様である。

その際に、論点について、過不足なく記述がある答案や、記述に多少の不足があっても、総じて記述が論理的である答案、制度の趣旨等に照らして条文を解釈している答案、事案に即して具体的な検討がされている答案には、一定の高い評価を与えた。これらも、従来と同様である。

なお、例年言及しているが、文字を判読することができず、文章を理解することができない答案が見られる。そのような文章については、趣旨が不明であるものと判断した上で、採点せざるを得ない。

- (2) 設問1について

#### ア 全体的な採点実感

設問1は、会計帳簿の閲覧の請求の理由（会社法第433条第1項柱書き後段）と請求者の言動等から認められる当該請求の目的とが異なる場合や、請求者が会社の業務と同種の事業を営む別の会社の株式の全部を保有する場合に、会社が当該請求を拒むことができるかどうか、当該請求の拒絶事由（同条第2項各号）についての理解等を問うものである。

設問1においては、まず、本設問に答える前提として、Dによる閲覧の請求が会社法第433条第1項の会計帳簿の閲覧の請求に該当すること、当該請求の要件等に簡潔に言及することが求められる。しかし、これらに全く言及しないでDによる閲覧の請求が同条第2項各号の拒絶事由に該当するか否かについてのみ検討している答案や、逆に、Dによる閲覧の請求が、同項各号の拒絶事由に該当するか否かについて全く検討しないで、同条第1項の要件を満たしているか否かについて相当の分量を割いて検討している答案が散見された。本設問に限らず、会社法上の論点について検討するに当たっては、その前提となる法的枠組みについて言及することが求められ、そのような言及をしている答案には一定の評価を与えている。もっとも、論点についての記述の分量とその前提となる法的枠組みについての記述の分量とが明らかにバランスを失っており、論点を的確に抽出することができず、又は論点についての記述が不十分となっている答案は、結果として各設問に答える上で重要と考えられる各事項についての記述も総じて不十分なものとなっており、低い評価を得るにとどまるものとなりやすい。各設問に答える時間の配分にも配慮した上で、各設問を通じて、各論点とその前提となる各法的枠組みについて、バランス良く記述することが期待される。

そして、Dによる会計帳簿の閲覧の請求が会社法第433条第2項第1号又は第3号の拒絶事由等に該当し、甲社が当該請求を拒むことができるかどうかについて検討することが求められる。同項第1号の拒絶事由に該当するか否かを検討するに当たっては、Dが、株主の権利の確保又は行使に関する調査の目的でなく、単にD保有株式をAに買い取らせる目的で当該請求を行っていることと認めることができるかどうかについて、Aが仕入先からリポートを受け取っている疑いがあるため、Aの取締役としての損害賠償責任の有無を検討するために必要であるとして、会計帳簿の閲覧の請求をしている一方で、自分は甲社に対して興味を失っており、Aがリポートを受け取っているかどうかなどは本当はどうでもよいと述べた上で、

AがD保有株式を買い取することを求めていることなどのDの言動等の事実関係を適切に評価した上で説得的に論ずることが求められる。Dの言動等の事実関係については、これらを丁寧に認定した上で、適切に評価している答案が相当数見られる一方で、これらを全く、又はほとんど認定せず、結論のみを記載するような答案も一定数見られた。

また、Dによる会計帳簿の閲覧の請求が会社法第433条第2項第3号の拒絶事由に該当するか否かを検討するに当たっては、乙社の営む事業が甲社の「業務と実質的に競争関係にある」と認めることができるかどうかについて、甲社及び乙社はいずれもハンバーガーショップを営んでいること、甲社は関東地方のP県に、乙社は近畿地方のQ県に、それぞれ出店していること、甲社はQ県には出店する予定がないことなどの事実関係を適切に評価した上で、説得的に論ずることが必要となる。さらに、Dが「～事業を営み、又はこれに従事するものである」と認めることができるかどうかについても、Dは、乙社の発行済株式の全部を有していること、乙社の経営には関与していないこと、乙社の代表取締役であるFと親子関係にあることなどの事実関係を踏まえて、具体的に検討することが求められる。これらの事実関係についても、同様に、丁寧な認定等をしている答案が相当数見られる一方で、例えば、甲社はQ県には出店する予定がないことに言及せず、このような事実関係に何ら評価を加えていなかったり、Dが乙社の事業を営んでいると認めることができるかどうかを十分に検討しないで、直ちにDと乙社とを同視したりするなどして、結論のみを記載するような答案も一定数見られた。

なお、Dの言動等から、Dによる会計帳簿の閲覧の請求について、会社法第433条第2項第2号の拒絶事由に該当し、又は株主権の濫用であるといった論述をしている答案についても、説得的なものには、相応の評価を与えている。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

Dによる閲覧の請求が会社法第433条第1項の会計帳簿の閲覧の請求に該当すること、当該請求の要件等に言及した上で、同条第2項第1号と第3号など、複数の拒絶事由への該当性について、問題文中の事実関係を踏まえて検討しているもの

会社法第433条第2項第1号及び第3号の拒絶事由の趣旨を明らかにした上で、当該拒絶事由への該当性について、問題文中の事実関係を踏まえて検討しているもの

会社法第433条第2項第3号の拒絶事由の趣旨を明らかにした上で、当該拒絶事由への該当性について、請求者に会計帳簿の閲覧によって知り得る情報を実質的に競争関係にある事業に利用するなどの主観的意図があることを要するか否かを、理由を付して検討しているもの

##### (イ) 不良に該当する答案の例

会社法第442条第3項の計算書類等の閲覧請求の問題として論ずるもの

会社法第433条第1項の会計帳簿の閲覧の請求の要件を満たしているか否か、例えば、請求の理由を明らかにしているか否かや、請求の理由を基礎付ける事実が客観的に存在することについての立証の要否、閲覧対象の具体的な特定の要否等について、本設問に答える上で明らかにバランスを失っている分量を割いて検討しており、その結果、拒絶事由への該当性についての検討が不十分となっているもの

会社法第433条第2項第1号及び第3号の拒絶事由への該当性について、検討することができていないもの

会社法第433条第2項第1号の拒絶事由への該当性について、同条第1項柱書き後段の「請求の理由」から客観的に判断しなければならず、請求者の主観を考慮してはならないと論じており、かつ、そのような解釈論を採ることについての説得的な理由付けを欠くも

の

会社法第433条第2項第1号の拒絶事由への該当性について、問題文中の事実関係に関する適切な評価を欠いたまま、株式の譲渡は株主の権利であるから、株主の権利の確保又は行使に関する調査の目的で請求を行ったと論ずるもの

会社法第433条第2項第3号の拒絶事由への該当性について、乙社の営む事業が甲社の「業務と実質的に競争関係にある」と認めることができるかどうかという問題と、Dが「～事業を営み、又はこれに従事するものである」と認めることができるかどうかという問題とを区別して検討することができていないもの

会社法第433条第2項第3号の拒絶事由への該当性について、例えば、甲社はQ県には出店する予定がないことや、Dは乙社の経営には関与していないことなどの問題文中の事実関係に言及せず、評価を加えていないもの

(3) 設問2(1)について

ア 全体的な採点実感

設問2(1)は、自社の株式が譲渡される際に、譲渡人による株主総会における議決権の行使を回避する目的で、会社が譲受人の株式買取資金の借入金債務を無償で連帯保証したことが、株主の権利の行使に関する利益の供与（会社法第120条第1項）に該当するか否かや、これが当該利益の供与に該当するとすれば、そのことを理由として株主総会の決議の取消しが認められるか否か、株主総会の否決決議の取消しを請求する訴えが認められるか否かなど、株主の権利の行使に関する利益の供与や、これを理由とする株主総会の決議の取消しの訴え、株主総会の否決決議の取消しを請求する訴え等についての理解等を問うものである。

設問2(1)においては、甲社がGから保証料の支払を受けないでGの丙銀行に対する借入金債務について連帯保証したことが、「何人に対しても」（会社法第120条第1項）という文言に照らして、Gに対する財産上の利益の供与（同項）に該当するか否か（同項の文言上、利益供与の相手方は誰でもよく、現に株主である者に限られない。）、あるいはこのことがD保有株式の売買契約が成立する前提となっており、Dに対する財産上の利益の供与（同項）に該当するか否かについて説得的に論ずることが求められる。そして、連帯保証をしたことが、（G又はDに対する）財産上の利益の供与に該当するとすれば、当該利益の供与が「株主の権利の行使に関し」されたもの（同項）ということができるかどうかについて、本件契約によれば、Dが本件株主総会には自らは出席しないでAを代理人として議決権の行使に関する一切の事項を委任することとされていたといった諸々の事実関係に即して検討することが望まれる。その上で、本件決議1についての株主総会の決議の取消しの訴えに関して、当該利益の供与により、本件決議1が株主総会の決議の方法が法令に違反したもの（同法第831条第1項第1号）と認めることができるかどうかについて検討することが求められる。これらについて、適切に論ずることができている答案も、少数ではあるが、見られたものの、全く検討することができていない答案が多かった。本件決議1についての株主総会の決議の取消しの訴えに関しては、取消事由として、専ら、議決権の代理行使に関する同法第310条との関係で、Dが本件株主総会における議決権の行使に関する一切の事項をAに委任する旨の委任状をAに交付し、本件株主総会において、Dの代理人AがCを取締役から解任する旨の議案に賛成したことの当否を論ずる答案が多く見られ、これらの答案は低い評価を得るにとどまるものが多かった。

本件決議2についての株主総会の決議の取消しの訴えに関しては、本件決議2が株主総会の決議の方法が法令に違反し、又は著しく不公正なもの（会社法第831条第1項第1号）と認めることができるかどうかについて、CがAを取締役から解任する旨の議案の提案の理由を説明しようとしたところ、議長であるAがこれを制止し、直ちに採決に移ったことを、株主による提案理由の説明の拒絶として株主提案権の（実質的）侵害に該当し、あるいは議長

の議事整理に関する権限（同法第315条第1項）の濫用に該当すると位置付けることができるのではないかといった観点から、検討することが考えられる。議長の議事整理に関する権限（同項）の濫用に該当すると論ずる答案が多かったが、株主提案権の（実質的）侵害に該当すると論ずる答案も一定数見られた。しかし、議長であるAによりCによる説明が制止されたことを、取締役の説明義務に関する同法第314条との関係で、同条の「株主から特定の事項について説明を求められた場合には」という要件を全く考慮せず、同条に基づく取締役の説明義務の不履行に該当すると位置付けようとする答案が相当数見られ、これらの答案は低い評価を得るにとどまるものが多かった。

さらに、判例は、ある議案を否決する株主総会等の決議の取消しを請求する訴えは不適法であるとしていること（最判平成28年3月4日民集70巻3号827頁）を意識した上で、その適否を論ずることが求められる。しかし、当該訴えの適否については、全く検討することができていない答案が非常に多く、検討することができている答案であっても、この判例を意識した適切な論述がされていると評価することができるものは多くなかった。また、判例と異なり、訴えの利益がないと論ずるものが多かった。

なお、本件決議1又は2について、特別の利害関係を有する者（会社法第831条第1項第3号）の意義を正しく理解しておらず、Cを取締役から解任する本件決議1について、Cとの間で対立が生じていたAが特別の利害関係を有する者に該当するか否かを論ずるものが多く見られた。また、解任に関する議案を提出されている取締役であるC又はA自身が株主として議決権を行使していることから、C又はAが特別の利害関係を有する者に該当するか否かについて検討している答案が多く見られた。そのような答案には、特別の利害関係を有する者（同号）は株主総会において議決権を行使することができないと誤解しているものが多く、また、C又はAが特別の利害関係を有する者に該当するとするものも多かった。判例は、株主総会における取締役解任決議については、当該取締役の議決権行使は株主の経営参加権の行使にすぎず、特別の利害関係を有する者に当たらないとしている（最判昭和42年3月14日民集21巻2号378頁）ので、判例と異なる結論を採る場合であっても、判例を意識した記述をすることが求められる。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

「何人に対しても」（会社法第120条第1項）という文言に照らして、財産上の利益の供与を受ける者は株主であることを要せず、Dによる株主の権利の行使に関し、Gに対して利益の供与を行ったと論ずるもの

株主の権利の行使に関する利益の供与（会社法第120条第1項）の要件を適切に整理し、特に財産上の利益の供与が「株主の権利の行使に関し」されたもの（同項）ということができるかどうかという要件について、株式の譲渡自体は「株主の権利の行使」ということのできないが、譲渡人による議決権の行使を回避する目的である場合には、「株主の権利の行使に関し」されたものということができるという解釈を採った上で、適切に当てはめをしているもの

本件決議1についての株主総会の決議の取消しの訴えに関して、当該利益の供与により、本件決議1が株主総会の決議の方法が法令に違反したもの（会社法第831条第1項第1号）と認めることができるかどうかについて論ずるに当たり、当該利益の供与がDによる議決権の行使に及ぼした影響を適切に述べているもの

本件決議2についての株主総会の決議の取消しの訴えに関して、議長であるAがCによる説明を制止し、直ちに採決に移ったことを、議長の議事整理に関する権限（会社法第315条第1項）の濫用に該当すると論ずる上で、株主提案権の意義にも言及しているもの

株主総会の否決決議の取消しを請求する訴えが、株主総会の決議の取消しの訴えの対象となるか否かについて、株主総会の否決決議又はこれを取り消すことによって新たな法律関係が生ずるか否かについて言及した上で、論ずるもの

(イ) 不良に該当する答案の例

Dは議決権の行使をAに一任しているにもかかわらず、Aによる議決権の代理行使がDの意思に反するとしているもの

特別の利害関係を有する者（会社法第831条第1項第3号）の意義を正しく理解しておらず、Cを取締役から解任する本件決議1について、Cとの間で対立が生じていたAが特別の利害関係を有する者に該当するか否かを論ずるものや、特別の利害関係を有する者（同号）は株主総会において議決権を行使することができないと誤解し、株主総会の決議の取消しの訴えを提起しているC自身が特別の利害関係を有する者に該当するとした上で、Cが自身の解任に反対の議決権を行使したことが直ちに取消事由に該当すると論ずるもの

株主の権利の行使に関する利益の供与（会社法第120条第1項）への該当性について、その要件を適切に整理することができておらず、保証料の支払を受けていないことから、財産上の利益の供与があったとのみ論ずるにとどまっているもの

本件決議1についての株主総会の決議の取消しの訴えに関して、裁量棄却が認められるかどうかを、明らかにバランスを失している分量を割いて検討しているもの

議長であるAによりCによる説明が制止されたことを、取締役の説明義務に関する会社法第314条との関係で、同条の「株主から特定の事項について説明を求められた場合には」という要件を全く考慮せず、同条に基づく取締役の説明義務の不履行に該当すると位置付けようとするもの

(4) 設問2(2)について

ア 全体的な採点実感

設問2(2)は、上記(3)のとおり、自社の株式が譲渡される際に、会社が譲受人の株式買取資金の借入金債務を無償で連帯保証した場合において、会社が保証債務の弁済をし、譲受人に対して求償をしたが、譲受人がこれに応じなかったときに、会社がこのような連帯保証をすることに関与した取締役がどのような責任を負うか、また、会社からこのような連帯保証を受けた者がどのような責任を負うかなど、株主の権利の行使に関して財産上の利益を供与することに関与した取締役及び当該利益の供与を受けた者の責任等についての理解等を問うものである。

設問2(2)においては、Aに対する責任追及等の訴え（会社法第847条第1項）については、甲社がGから保証料の支払を受けなくてGの丙銀行に対する借入金債務について連帯保証したことが、G又はDに対する財産上の利益の供与（同法第120条第1項）に該当するとすれば、①Aは、同条第4項及び会社法施行規則第21条第1号に基づき、少なくとも、供与した利益の価額に相当する額である60万円を支払う義務を負うと認めること、②甲社がGの丙銀行に対する借入金債務について連帯保証したことに関するAの行為は、法令に違反し、又は善管注意義務に違反するため、任務懈怠（同法第423条第1項）に該当し、Aは、甲社に対し、少なくとも、保証債務の履行として丙銀行に弁済した800万円を支払う義務を負うと認めることが考えられる。なお、Aが支払義務を負う金額（①にあつては「供与した利益の価額に相当する額」、②にあつては会社の損害額）については、上記の各金額以外の額であるとする論理も考えられるところであり、事案に即して説得的に論じられていれば、必ずしも、上記の各金額でなければならないものではない。設問2(1)においては、株主の権利の行使に関する利益の供与について検討することができていない答案であっても、設問2(2)においては、Aが、同法120条第4項に基づき、供与した利益の価額に相当する額を支払

う義務を負うと認めることについて検討することができている答案も一定数見られた。また、利益の供与について検討することができていない答案であっても、友人Gの資力を調査せず、担保の提供を受けることなどもしなかったAの行為が、善管注意義務に違反し、任務懈怠に該当すると論ずる答案が一定数見られた。他方で、Aが支払義務を負う金額について、具体的に検討することができていない答案が多く見られた。

なお、本設問においては、取締役Aに経済的利益が帰属していると認めることができないから、甲社がGの債務を保証したことが甲社と取締役Aとの利益が相反する取引（間接取引。会社法第356条第1項第3号）に該当するとして、取締役Aに対し、任務懈怠によって生じた損害の賠償責任を追及することは、難しいと考えられる。

Gに対する責任追及等の訴え（会社法第847条第1項）については、Gが、「当該利益の供与を受けた者」に該当するのであれば、同法第120条第3項に基づき、供与を受けた財産上の利益である60万円を返還する義務を負うと認めることが考えられる。なお、Gが返還義務を負う金額についても、必ずしも、上記の金額でなければならないものではない。同様に、設問2(2)においても、Gが、同項に基づき、供与を受けた財産上の利益を返還する義務を負うと認めることについて検討することができている答案も一定数見られたが、Gが返還義務を負う金額について、具体的に検討することができていない答案が多く見られた。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

取締役の供与した利益の価額に相当する額の支払義務（会社法第120条第4項）と任務懈怠によって生じた損害の賠償責任（同法第423条第1項）について、当該支払義務又は当該賠償責任を負う金額も含め、適切に区別して論ずるものや、これらの責任を追及する訴えを責任追及等の訴えとして提起することができることを、条文を引用しながら丁寧に論ずるもの

##### (イ) 不良に該当する答案の例

主債務者であるGに対する求償債務の弁済を求める訴えを責任追及等の訴えとして提起することができるとするものや、取締役でないGに対する責任追及等の訴えについて論ずるに当たり、役員等（取締役）の責任に取引債務についての責任も含まれるか否かを論ずるもの

取締役の供与した利益の価額に相当する額の支払義務（会社法第120条第4項）と任務懈怠によって生じた損害の賠償責任（同法第423条第1項）を全く区別することができていないものや、当該支払義務又は当該賠償責任を負う金額について全く検討することができていないもの

責任追及等の訴えについて問われている場面であるにもかかわらず、Gの責任として、民法上の不法行為責任や主債務者として求償義務についてのみ論ずるもの

Aの会社法第120条第4項に基づく供与した利益の価額に相当する額の支払義務又はGの同条第3項に基づく供与を受けた財産上の利益の返還義務のいずれか一方のみを論ずるもの

募集株式の発行の場合でないことは前提としつつも、Aについては、出資の履行を仮装した場合の取締役の責任（会社法第213条の3）を、Gについては、出資の履行を仮装した募集株式の引受人の責任（同法第213条の2）や、不公正な払込金額で株式を引き受けた者の責任（同法212条）を、それぞれ論ずるもの

#### (5) 設問3について

##### ア 全体的な採点実感

設問3は、譲渡制限株式の相続人等に対する売渡しの請求（会社法第174条）に関する定

款の定めが設けられている会社において、株式を相続した相続人に対し、相続した株式の一部についてのみ売渡しの請求がされた場合に、売渡しの請求の効力が否定されるかどうか、譲渡制限株式の相続人に対する売渡しの請求についての理解等を問うものである。本設問は会社法上の典型的な論点とまではいうことができないため、問題文中で、適用条文が同条であることを明示した上、その趣旨を踏まえて設問に答えることを求めている。同条の趣旨を考えた上で、その文言及び事案を踏まえて、適切な法令の解釈及び適用がされることが期待されている。

譲渡制限株式の相続人等に対する売渡しの請求（会社法第174条）の趣旨は、会社が、定款にその旨の定めを設けることにより、相続その他の一般承継により当該会社の譲渡制限株式を取得した者に対し、当該譲渡制限株式を当該会社に売り渡すことを請求することができることとし、当該会社にとって必ずしも好ましくない者が当該会社の株主となることを防ぐことができるようにすることにある。

このような趣旨からすれば、本設問においては、本件請求を受けたBは甲社株式を相続する前から甲社の株主であったことや、Aが取締役を退任した後はCも取締役を退任してBが代表取締役社長を務める旨のAC間の合意が存在していたにもかかわらず、Cが代表取締役社長の地位にとどまるため、総株主の議決権の過半数を確保するために必要な限度で、本件請求がされたことなどから、本件請求は会社法第174条又は定款第9条に違反するということができるかどうかについて、適用条文の文言と条文の適用結果の相当性の両方を意識して説得的に論ずることが求められる。本件請求をすることを肯定する立場からは、同法第174条以下及び定款第9条の形式的な適用結果が不相当とまではいうことができないことを、本件請求をすることを否定する立場からは、条文の形式的な適用結果が不相当であることに加え、趣旨に照らした文言の限定解釈や権利濫用の法理により、同法第174条以下及び定款第9条の文言や適用場面を限定的に解釈し得ることを、それぞれ論ずることが期待される。同法第174条の趣旨については適切に論ずることができている答案が相当数あったが、その趣旨に反するなどとして、直ちに既存株主に対する適用がないと論じている答案が目立った。法令及び定款の文言上、認められていないわけではない請求を否定するためには、条文の形式的な適用結果が不相当なものであることや条文の文言の実質的な解釈等を説得的に論ずることが望ましい。なお、問題文中において、Bの提案に従いAC間でされた合意については、これを株主全員による株主間契約であると解する余地があり、本件請求は、文言上、同条に反しないとしつつ、当該合意が実質的に株主全員によるものであるということができるとかを丁寧に検討し、当該合意との関係で本件請求の効力を論ずる答案には高い評価を与えた。

そして、臨時株主総会における甲社がBに対して売渡しの請求をすることに関する議案を可決した決議について、①会社法第175条第2項本文に基づき、Bを除いた上で、Cのみが議決権を行使しているが、Cが特別の利害関係を有する者に該当し、特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによる著しく不当な決議に該当するか否か（同法第831条第1項第3号）、②決議の内容が法令に違反するか否か（同法第830条第2項）、又は③決議の内容が定款（定款の趣旨）に違反するか否か（同法第831条第1項第2号）、及び当該決議が取り消され、又は無効であることが確認されることにより、本件請求が効力を生じないこととなることなどについて、検討することが期待されるが、これらについての的確に論ずることができている答案はほとんどなかった。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

会社法第174条の趣旨について、相続その他の一般承継は株式の譲渡ではなく、株式の

譲渡制限では一般承継による株式の取得を制限することができないため、会社にとって必ずしも好ましくない者が当該会社の株主となることを防ぐという譲渡制限株式制度の趣旨を貫徹させるものであると適切に述べるもの

本件請求の効力を否定する立場から、支配権維持のための取得であることを丁寧に認定し、趣旨に立ち戻って会社法第174条以下及び定款第9条の文言の限定解釈や権利濫用の法理により、同法第174条以下及び定款第9条の文言や適用場面を限定的に解釈した上で、臨時株主総会の決議の取消し又は無効について論ずるもの

本件請求の効力を肯定する立場から、既存株主に対する請求又は一部取得の請求はいずれも会社法上禁止されておらず、臨時株主総会決議においてCのみが議決権を行使したことは会社法の明文に合致することを指摘するもの

#### (イ) 不良に該当する答案の例

会社法第174条の趣旨について、相続人の投下資本回収の便宜を図る相続人のための制度であるとしたり、相続による株式の準共有状態を防止するものであるとしたりするなど、明らかに誤解しているもの

譲渡制限株式の相続人等に対する売渡しの請求（会社法第174条）の趣旨が、会社にとって必ずしも好ましくない者が当該会社の株主となることを防ぐことにあるということから、直ちに本件請求が無効であるとし、その法的根拠を挙げないもの

売渡株式等の取得の無効の訴え（会社法第846条の2）の問題として論ずるもの

会社法第175条第2項本文の規定があることを踏まえず、Bに議決権を行使させなかったことが決議の方法の法令違反であるとするものや、Bが特別の利害関係を有する者（同法第831条第1項第3号）に該当するか否かについて論ずるもの

### 3 法科大学院教育に求められるもの

会計帳簿の閲覧の請求の拒絶事由（会社法第433条第2項各号）については、全体的に良く理解されていた。拒絶事由への該当性を検討するに当たり、問題文中の事実関係を丁寧に認定した上で、適切に評価している答案が相当数見られ、これらの答案は好印象であった。もっとも、設問に答える前提として、当該請求の要件等に簡潔に言及することが求められるが、これらに全く言及しないで、拒絶事由に該当するか否かについてのみ検討している答案が散見された。会社法上の論点について検討するに当たっては、その前提となる法的枠組みについても必要な範囲で言及し、会社法上の基本的な条文又は制度を十分に理解していることを答案上も明らかにすることが望まれる。

株主の権利の行使に関する利益の供与（会社法第120条第1項）を理由とする株主総会の決議の取消しの訴え等については、全体的に理解が不十分であった。他方で、株主の権利の行使に関して財産上の利益を供与することに関与した取締役及び当該利益の供与を受けた者に対する責任追及等の訴えについては、一定程度理解されていた印象であるから、株主の権利の行使に関する利益の供与により、決議の方法が法令に違反し、又は著しく不公正なものとなって、決議の取消事由に該当し得ると捉えることに困難があったものと考えられる。会社法上の条文又は制度の基本的な理解を前提として、事案に応じて柔軟かつ適切に、その理解を応用する能力を養っていくことが期待される。株主の権利の行使に関する利益の供与については、条文の文言の意義や代表的な判例を十分に理解することができているかどうか、これらを理解していることを条文の文言を解釈する上で明らかにすることができているかどうかによって、評価に差が生じた印象であり、条文の適用又は解釈を行っているという意識や代表的な判例の存在を前提にして論ずるという意識を身に付けさせることが重要であろう。

株主総会の否決決議の取消しを請求する訴えについても、理解が不十分であった。近年の判例と



はいえ、これを理解していることが望ましいが、判例についての理解をおくとしても、的確な論述をすることができている答案は多くなかった。

譲渡制限株式の相続人に対する売渡しの請求については、適用条文の趣旨を適切に論じ、その趣旨及び問題文中の事実関係を踏まえた論述をすることができている答案が相当数あったが、時間的な制約もあったのか、臨時株主総会における甲社がBに対して売渡しの請求をすることに関する議案を可決した決議が取り消され、又は無効であることが確認されることにより、本件請求が効力を生じないこととなるかどうかについての的確に論ずることができている答案はほとんどなかった。

全体的に、問題文中の事実関係から会社法上の論点を的確に抽出する点等において、不十分さが見られた。条文又はその文言の引用が十分とは認め難い答案が少なくなく、また、論点についての論述において、条文の適用関係を明らかにしないまま、又は判例を意識しないままに、論述をする例が見られる。これらについては、基本的に昨年までと同様の印象である。

従来と同様に、会社法に関する代表的な判例の理解を含めた基本的な理解を確実なものとするとともに、事実関係から重要な事実等を適切に拾い上げ、これを評価し、条文を解釈し、これを適用する能力と論理的思考力を養う教育が求められる。

## 平成30年司法試験の採点実感（民事系科目第3問）

### 1 出題の趣旨等

民事系科目第3問は、民事訴訟法分野からの出題であり、出題の趣旨は、既に公表されている「平成30年司法試験論文式試験出題趣旨【民事系科目】〔第3問〕」のとおりである。

本問においては、例年と同様、受験者が、①民事訴訟の基礎的な原理、原則や概念を正しく理解し、基礎的な知識を習得しているか、②それらを前提として、設問で問われていることを的確に把握し、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考察をしているかといった点を評価することを狙いとしている。

### 2 採点方針

答案の採点に当たっては、基本的に、上記①から③までの観点を重視するものとしている。

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

### 3 採点実感等

#### (1) 全体を通じて

本年の問題では、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、訴訟物、重複起訴の禁止、文書提出命令、補助参加等の民事訴訟の基礎的な概念や仕組みに対する受験生の理解を問うとともに、事案への当てはめを適切に行うことができるかどうかを試している。

設問3について、時間が不足していたことに起因するものと推測される大雑把な内容や体裁の答案が一定数見られたものの、全体としては、時間内に論述が完成していない答案はほとんどなかった。しかし、後記(2)イで指摘するもののように、検討すべき事項の理解を誤り、自分が知っている論点や論証パターンに引き付けて、検討すべき事項とは関係や必要がない論述を展開する答案や、検討すべき事項自体には気が付いているものの、問題文で示されている事案への当てはめによる検討が不十分であって、抽象論に終始する答案も散見された。また、そもそも訴訟物の理解ができていないなど、基礎的な部分の理解の不足をうかがわせる答案も少なくなかった。

なお、条文を引用することが当然であるにもかかわらず、条文の引用をしない答案や、条番号の引用を誤る答案も一定数見られた。法律解釈における実定法の条文の重要性は、改めて指摘するまでもない。また、判読が困難な乱雑な文字や略字を用いるなど、第三者が読むことに対する意識が十分ではない答案や、法令上の用語を誤っている答案、日本語として違和感のある表現のある答案も一定数見られた。改めて注意を促したい。

#### (2) 設問1について

##### ア 課題(1)の採点実感

設問1では、まず、課題(1)として、Bが乙地裁に対しAを被告として150万円を超える損害賠償債務の不存在確認の訴え（Bの訴え）を提起し、その訴訟が係属した後、Aが乙地裁に対しB及びCを被告として提起する損害賠償請求の訴え（Aの訴え）が適法であることの立論をすることが求められている。

そして、課題(1)では、その前提として、Bの訴えの訴訟物を明示することが求められているが、これを「損害賠償債務の不存在」や「損害賠償債務の不存在確認請求権」とするなど、正確な理解を欠く答案が少なくなかった。また、訴訟物が審判の対象となる権利関係であることを前提とする答案であっても、Bの訴えにおいて確認の対象とされていない150万円以下の部分が訴訟物となるかどうかについて、意識がされていないものが一定数見られた。訴訟物は、民事訴訟における基礎的な概念であるにもかかわらず、理解がこのような状況であることについては残念であった。

課題(1)では、次に、Aの訴えが先行するBの訴えとの関係で重複起訴の禁止（民事訴訟法第142条）に抵触するのではないかという点を検討する必要がある。多くの答案は、Aの訴えが重複起訴の禁止に抵触するのではないかとの問題意識を指摘することができていたが、その検討が十分にされた答案は多くはなかった。ここでは、まず、Bの訴えの訴状副本がAに送達されており、事件が裁判所に係属していることを指摘する必要があるが、明確にこの点を指摘する答案はわずかであった。次に、重複起訴の禁止の趣旨を踏まえつつ、同条の「更に訴えを提起」の意義について、事件が同一であること、すなわち、当事者と訴訟物がそれぞれ同一であることを意味することを指摘する必要がある。このうち、当事者が同一であることについては、多くの答案が指摘することができていた。しかし、Aの訴えがBのほかCも被告とするものであることを理由として、当事者が同一ではないとするなど、重複起訴の禁止の趣旨を正しく理解していないことがうかがわれる答案も少ないながらあった。また、訴訟物については、Bの訴えにおいて確認の対象とされていない150万円以下の部分が訴訟物とはならないことを前提とする場合には、Bの訴えの訴訟物とAの訴えの訴訟物とは、一部のみが重なるものであることを指摘する必要があるが、このような金額の差異についてまで意識がされた答案は一定数にとどまり、訴訟物が同一であると指摘するにとどまる答案が多かった。他方で、このような金額の差異を意識しながら、そのみを理由として、訴訟物が異なるので重複起訴の禁止に反しないとする答案も一定数あったが、訴訟物に重なりがあることを無視すべきではない。「事件が同一」の意義には、その前提とする訴訟物の捉え方を含め、複数の考え方があり、特定の考え方を採らなければ評価されないということではないが、いずれの考え方を採るにせよ、自身の考え方を論理的かつ説得的に論述しなければならない。

そして、課題(1)では、以上に述べた検討を踏まえ、Aの訴えが反訴として提起されれば、同条の更に提起された訴えに当たらず、又は重複起訴の禁止の趣旨に抵触しないことから適法となることを論ずることが求められるが、この点を指摘する答案は一定数にとどまった。また、Aが別訴としてAの訴えを提起した上で、Bの訴えとの間で弁論の併合がされることにより、重複起訴の禁止の趣旨に抵触しないとの答案が一定数あったが、反訴として提起すれば裁判所に併合審理を求めることができ、これによって重複起訴の禁止の趣旨に抵触しない帰結を導けるにもかかわらず、その方法によらずに、なぜ別訴とすべきであるのかという点を論ずる答案はほとんどなく、全体として反訴についての理解が不足していると思われた。他方で、相当数の答案は、Aが反訴としてAの訴えを提起すべきであるのか、別訴として提起すべきであるのかという点を論ずることなく、Aの訴えが提起されれば、Bの訴えは確認の利益が失われて却下されることとなることのみを指摘して、Aの訴えが重複起訴の禁止に抵触しないとしていた。債務不存在確認の訴えに対する反訴として給付の訴えが提起された場合には、本訴である債務不存在確認の訴えの確認の利益が失われることは判例（最高裁平成16年3月25日第一小法廷判決・民集58巻3号753頁）の示すところであり、このような答案は、別訴として給付の訴えが提起された場合であっても、反訴の場合と同様に、先行する債務不存在確認の訴えの確認の利益が失われると理解しているものと思われる。しかし、Aの訴え提起がBの訴えに係る第1回口頭弁論期日の前にされることなどの本問の事案の特徴に一切言及せず、一般論としてそのように述べるのみでは、債務不存在確認の訴えに係る訴訟の審理が一定程度進んでいて

も、同一の訴訟物に係る給付の訴えを別訴として提起することが常に適法であるとの考え方を前提にするものと評せざるを得ず、このような答案に対する評価は相対的に低くなった。また、Aの訴えが反訴として提起され、又は別訴として提起された後にBの訴えとの間で弁論の併合がされることにより、重複起訴の禁止に抵触しないとする答案であっても、更に確認の利益についても言及するものに対しては一定の評価がされるところであり、実際にも多くの答案がその結論を述べていた。もっとも、Bの訴えの確認の利益について触れるこれらの答案の中には、判例の考え方を意識しているのかが明確でない答案も散見された。判例の事案や射程を検討することなく、安易に判例を引用することは厳に慎まれるべきであるが、引用すべき判例を正しく引用することは実務家に求められる重要な素養であることを理解する必要がある。また、この点については、定型的な論証パターンを書き写しているだけではないかと思われる答案も少なくなかった。

さらに、課題(1)では、AがBのみならずCをも被告としてAの訴えの提起することの可否について検討する必要がある。ここでは、まず、共同訴訟（同法第38条前段）の要件を充足することを検討する必要があるが、ほとんどの答案がこの点を検討していた。もっとも、同条の前段と後段のいずれを問題とするのかが不明確な答案、同条後段の要件を検討する答案、具体的な事案への当てはめが乱雑又は不十分な答案なども一定数あった。

また、Aが反訴としてBに対する訴えを提起する場合には、これと併合して本訴原告以外の者であるCに対する訴えを提起することができるかという問題を検討する必要がある。これを許容する場合には、法定外の主観的追加的併合を許容することとなるため、例えば、本件では、本訴であるBの訴えに係る訴訟について第1回口頭弁論期日前であって、Cが審理の最初の段階から手続に関与することができ、その手続的な利益は保護され得ることなど、これを許容することにより害されるおそれのあるCの利益に配慮した論述が求められる。他方で、法定外の主観的追加的併合が許容されないとした上で、Aの訴えが反訴としてではなく別訴として提起されれば、Bの訴えとの弁論の併合は、裁判所の審査を経ることとなることから、このような問題は生じないとすることも考えられる。いずれの結論であっても、事案に即した的確な論述がされているものは高く評価されるが、法定外の主観的追加的併合の当否についての出題趣旨を正しく理解している答案自体が極めて少数であり、ほとんどの答案がこの点に関する問題意識を有してはいなかった。

#### イ 課題(2)の採点実感

設問1では、次に、課題(2)として、Bが乙地裁にBの訴えを提起し、その訴訟が係属した後、Aが甲地裁にAの訴えを提起することについて、それが適法であることの立論をすることが求められている。ここでは、Aの訴えがBの訴えの係属する裁判所と異なる官署としての裁判所に提起されることから、課題(1)の場合とは異なって、Aが反訴によることができず、また、Bの訴えとの間で、直ちには弁論の併合を求めることができない。そこで、ここでの問題は、以上のような状況の下で重複起訴の禁止との関係をどのように考えるかという点にある。そして、ここでは、給付訴訟により得られる判決は、債務不存在確認訴訟により得られる判決とは異なり、執行力が認められること、Bの訴えの訴訟物が150万円を超える部分のみであると解する見解に立つ場合には、Aの訴えの訴訟物のうちBの訴えの訴訟物となっていない150万円については訴訟物の重なりがないこと、Bが自己に有利な管轄裁判所に消極的確認の訴えを提起することにより、Aが甲地裁にAの訴えを提起することができるはずの地位を損なうこと、Aの訴えの提起がBの訴えについての第1回口頭弁論期日前の時点でされており、Bの訴えについて審理が進んでいる状態ではないことなどの諸事情を考慮に入れて論ずることが期待される。しかし、上記のような課題(2)の出題趣旨を正しく理解した答案自体が少なく、更に的確にこれを論ずる答案はごく少数であった。これに対し、課題(2)の出題趣旨を甲地裁の管轄の有無と誤解し、甲地裁がAの訴えの管轄を有することを論ずる答案が相当数あった。

そもそも、甲地裁及び乙地裁のいずれもが本問に現れる訴えの土地管轄及び事物管轄を有することを前提とすることは問題文中に指示されているところであり、このように出題趣旨を正しく理解せず、無益な論述をするだけの答案の評価は低いものとなった。

#### ウ 設問1のまとめ

設問1のうち、課題(1)については、多くの答案が出題趣旨を正しく理解していたが、課題(2)については、出題趣旨とは異なった点の論述をする答案が多かった。「優秀」に該当する答案は、課題(1)及び課題(2)のいずれについても、出題趣旨を正しく理解した上で、上記の検討事項について、バランス良く、過不足のない論述をするものである。特に、法定外の主観的追加的併合の当否について、問題の所在に気が付いているのみならず、的確な論述をしている答案がこれに当たる。また、「良好」に該当する答案は、例えば、課題(1)及び課題(2)のいずれについても、出題趣旨をおおむね正しく理解しているが、課題(1)では、反訴についての論述がなく、弁論の併合がされることにより、重複起訴の禁止の趣旨に抵触しないとするものや、課題(2)では、Aの訴えが乙地裁に提起される場合と甲地裁に提起される場合との差異を理解しているが、その論述が「優秀」と比較すると不十分である答案などである。「一応の水準」に該当する答案は、例えば、課題(1)の出題趣旨をおおむね正しく理解しているものの、重複起訴の禁止との関係では、Aの訴えが提起されることによりBの訴えの確認の利益が失われることのみを指摘するものなどである。これらに対し、課題(1)の出題趣旨をおおむね理解しているが、当事者や訴訟物が同一ではないことなどを理由として重複起訴の禁止の趣旨が及ばないとするものや、そもそも課題(1)や課題(2)の出題趣旨を理解しないものなど、総じて基礎的事項の理解が不足している答案は「不良」と評価される。

### (3) 設問2について

#### ア 設問2の採点実感

設問2では、Aの診療記録について、所持者であるDの文書提出義務を肯定する立論をすることが求められている。

ここでは、Aの診療記録について、一般的な文書提出義務及びその除外事由について規定する民事訴訟法第220条第4号のうちハの「第197条第1項第2号に規定する事実…で、黙秘の義務が免除されていないものが記載されている文書」(秘密文書)への該当性の有無について検討する必要がある。その際、金融機関が民事訴訟において訴訟外の第三者として開示を求められた顧客情報について、当該顧客自身が当該民事訴訟の当事者として開示義務を負う場合には、当該顧客情報は、金融機関がこれにつき職業の秘密として保護に値する独自の利益を有するときは別として、同法第197条第1項第3号にいう職業の秘密として保護されないとした判例(最高裁平成19年12月11日第三小法廷決定・民集61巻9号3364頁)の趣旨を踏まえた上で、個々の顧客との間で商慣習上又は契約上の守秘義務が認められるにすぎない金融機関が負う守秘義務とその職業自体から守秘義務を負うことが求められる医師が負う守秘義務との同質性の有無についても考慮を加えることが求められる。そして、多くの答案は、Aの診療記録が秘密文書に該当するかどうかとの問題意識をもってDが文書提出義務を負うとの立論をしていたが、A自身がAの訴えに係る訴訟の当事者として開示義務を負うかどうかという観点から、医師の黙秘の義務について検討した答案はごく少数であり、そのうち、上記判例の趣旨をこの場面にも及ぼすことができるかどうかを明確に論じた答案はほとんどなかった。

Aの診療記録が秘密文書に該当するのではないかとの問題意識をもって検討する答案の多くは、診療記録に記載された情報について、D病院の医師が職務上知り得た事実であって、Aのプライバシーに属する事柄であり、本来的には黙秘すべきものであることを指摘した上で、諸事情を踏まえた利益考量によって、この事案では、Aの情報が医師の守秘義務によって保護されないとして、Dの文書提出義務を肯定するものである。このうち、医師の守秘義務によって

保護される情報がAの訴えに係る訴訟の当事者であるAに関するものであり、Aは当該情報につき医師の守秘義務により保護される正当な利益を有するかどうかという観点から説得的に論じた答案や、Aが当該訴訟の手續において既に診療記録の一部を提出していることを指摘した上で、Aが当該情報の保護の全部の利益を放棄し、又はAが守秘義務を主張して診療記録が秘密文書に当たるとすることが不公正であるという観点から説得的に論じた答案は一定数見られ、これらについては、A自身がAの訴えに係る訴訟の当事者として開示義務を負うかどうかという観点から検討したものに準じて、相応の評価がされた。これらに対し、Aが当該訴訟の当事者であることや、Aが当該訴訟の手續において既に診療記録の一部を提出していることを指摘しながらも、これらの事情から直ちにDの文書提出義務を肯定する答案も散見されたが、このような論述が短絡的なものであることは否定し難く、その評価は相対的に低いものであった。このほか、Aが当該訴訟の当事者であることや、Aが当該訴訟の手續において既に診療記録の一部を提出していることを全く考慮せず、証拠としての必要性や重要性、真実発見の重要性、Aが立証責任を負うことなどの抽象論のみにより結論を導く答案も一定数あった。このように具体的な事案への当てはめをするという姿勢に欠ける答案についてはより低い評価となった。

また、同法第220条第4号ハは、秘密文書に該当するための要件として、「黙秘の義務が免除されていないもの」としている。そこで、ここでは、Aの情報が医師の守秘義務によって保護されないことから、医師の黙秘の義務が及ばないこと、あるいは、医師が「黙秘の義務が免除されていないもの」には該当しないこと、すなわち、医師が黙秘の義務を免除されていることに当たることを論ずる必要がある。Aの診療記録が秘密文書に当たるかどうかを検討した答案のうち、この点についても明確に論じたものは少なくなかったものの、この点について触れないまま、Dの文書提出義務を肯定した答案も、散見された。法律解釈における実定法の条文の重要性はいうまでもないところであり、常日頃からどの条文のどの文言がどのように問題であるのかということ意識しつつ検討する姿勢が重要であることを強調しておきたい。

以上は、Aの診療記録が秘密文書に該当するかどうかを検討した答案に関するものであるが、Aの診療記録が同条第3号前段の文書（利益文書）に該当するかどうかを検討した答案もあった。この場合には、診療記録の作成の目的に照らし、患者本人であるAではなく、Aの訴訟の相手方であるBとの関係において、その利益のために作成されるものであることや、同条第1号から第3号までの提出義務と同条第4号の提出義務との関係について、説得的に論ずる必要があり、このような要求を満たす答案は、一定の評価がされる。なお、同条第3号等の「挙証者」がその文書によって立証しようとする事実（ここでは、損害の発生とその額）の立証責任を負うAであるとする答案が散見された。しかし、ここでいう「挙証者」は、文書提出命令の申立てをしたBを指すのであって、これをAとすることは、明らかな誤りである。条文の基礎的な理解がおろそかになっているのではないかと懸念される一つの例であると思われるので、ここで紹介するとともに、注意を促したい。

このほか、Aの診療記録が同条第4号ニの文書（自己利用文書）に当たるかどうかを検討した答案も一定数見られた。一般に、診療記録は、その性質に照らし、自己利用文書に当たるといふことはできないと考えられることから、自己利用文書に当たるかどうかのみを検討し、同号ハ・第197条第1項第2号を検討せずに結論を導いている答案については、出題趣旨の理解が不十分なものであるとして、その評価が低いものとならざるを得ない。そのうち、特にAが既に診療記録の一部を提出していることを指摘しないままに、抽象的に不利益性を論ずる答案は、より低い評価となった。

なお、設問2を検討するに当たり、同法第220条が規定する各文書について網羅的に言及する答案が散見された。このような答案は、概して各文書への該当性の検討が不十分なものとどまっており、その評価は低いものとならざるを得ない。的確に出題趣旨や事案の特性を分

析して整理し、それに焦点を当てた答案を作成することができるかどうかということも、採点に当たっての評価の対象であることを強く意識する必要がある。

イ 設問2のまとめ

「優秀」に該当する答案は、出題趣旨を正しく理解した上で、A自身がAの訴えに係る訴訟の当事者として開示義務を負うかどうかという観点から、同条第4号ハの「黙秘の義務が免除」の当てはめとして医師の黙秘の義務について検討するものがこれに当たる。「良好」に該当する答案は、Aの診療記録が秘密文書に当たるかどうかという問題意識の下、AがAの訴えに係る訴訟の当事者であることや、Aが当該訴訟の手続において既に診療記録の一部を提出していることを指摘した上で、説得的に医師が黙秘の義務を負わないことを論ずるものがこれに当たる。また、Aの診療記録が利益文書に当たるかどうかを説得的に論ずるものもこれに当たることができる。「一応の水準」に該当する答案は、Aの診療記録が秘密文書に当たるかどうかという問題意識を有し、AがAの訴えに係る訴訟の当事者であることや、Aが当該訴訟の手続において既に診療記録の一部を提出していることを指摘するものの、そのことから直ちにDが文書提出義務を負うとの結論を導くものや、Aが当該訴訟の手続において既に診療記録の一部を提出していることを踏まえて、相応の理由に基づいてAの診療記録が自己利用文書に当たらないと論ずるものなどである。これらに対し、事案の特性を意識することなく、抽象的にDの文書提出義務を論ずるにとどまるものなどは「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、主張(ア)との関係で、第一審で補助参加をしていなかったBがAのために補助参加の申出をした上で控訴をすることの可否について、主張(イ)との関係で、Bが民事訴訟法第42条の「訴訟の結果について利害関係」を有するかどうか、すなわち補助参加の利益の有無について、それぞれ検討し、丙高裁としてBの控訴が適法かどうかの判断を示すことが求められている。

まず、主張(ア)に対しては、同法第43条第2項により、補助参加の申出は補助参加人としてすることができる訴訟行為とともにすることができること、同法第45条第1項本文により、補助参加人は控訴の提起をすることができることを指摘し、これらの規定により、Bは補助参加の申出とともに控訴の提起をすることができるとの論述をする必要がある。これは、確立した理解であると思われることから、以上の趣旨を端的に指摘すればそれで足りる。もっとも、以上の趣旨を過不足なく指摘した答案は少なく、特に同法第43条第2項について指摘する答案はわずかであった。これらがいずれも基礎的な条文であるにもかかわらず、その指摘が十分にされていないことは、上記の「拳証者」と同様に、条文の基礎的な理解がおろそかになっている一例であると思われる。また、多くの答案は、以上の趣旨の指摘に加え、又は以上の趣旨の指摘をせず、Bが控訴の提起をすることは、被参加人であるAの意思に抵触し、あるいは、補助参加の時における訴訟の程度に従いすることができないものに当たるといったことや、控訴の利益や審級の利益などを論じていた。しかし、これらに関する論述は、いずれも出題の趣旨とは関係のないものであり、全く必要がない。

次に、主張(イ)に対しては、補助参加の利益が法律上の利益でなければならないことを指摘するとともに、同法第42条の「訴訟の結果」の意義について明らかにした上で、自身が示した見解と整合する形で、Bが補助参加の利益を有するかどうかについて事案を踏まえた検討をする必要がある。そして、多くの答案は、主張(イ)が補助参加の利益を問うものであるとの出題趣旨を理解し、補助参加の利益が法律上の利益でなければならないことや「訴訟の結果」の意義についての論述をしていたが、Bが補助参加の利益を有するかどうかについて事案を踏まえた検討が十分にされたものは少なかった。ここでは、まず、AC間の訴訟の実体法上及び訴訟法上の効果がBC間には及ばないということを指摘する必要がある。その上で、Bの補助

参加の利益を肯定する場合には、そうであるにもかかわらず、AC間の訴訟の結果がBC間の求償関係に事実上影響を及ぼすことを丁寧に論述することが求められ、逆に、Bの補助参加の利益を否定する場合には、AC間の訴訟の結果に関わらず、Bは、別途、Cに対して求償することができ、求償をめぐる訴訟において必要な主張立証をする機会があることなどBの利益に配慮した論述が求められる。どちらの結論であっても、以上に述べた水準に達する答案であれば高く評価される。しかし、多くの答案は、BC間の求償関係に着目こそしているものの、AC間の訴訟の実体法上又は訴訟法上の効果が当然にBC間の求償関係に及ぶかのような記述の下、簡素又は大雑把な当てはめに終始しており、中には、例えば、AがCに勝訴することにより、Bが負う損害賠償債務が減少するなどといった実体法上の明らかな誤りを述べる答案も少なくなかった。また、「訴訟の結果」について、主文中の判断に限定されるとの考え方を採りつつ、BC間の過失の割合に影響を及ぼすとするものなど、自身の述べる考え方と整合しない論述を展開するものもあった。主張（イ）については、正確な理解と正確にそれを論述する能力が試されていたが、定型的な論証パターンや漠然とした理解をそのまま書き出したと思われる答案が多かった。

そして、設問3では、以上の主張（ア）及び主張（イ）に対する検討を踏まえ、丙高裁が控訴の適法性についてどのように判断すべきかを答える必要がある。しかし、この点まで明確に答えた答案は多くはなく、主張（ア）及び主張（イ）に対する検討の結果を述べるにとどまる答案も散見された。尋ねられていることに対して解答しなければ、評価されないことは当然である。

#### イ 設問3のまとめ

「優秀」に該当する答案は、出題趣旨を正しく理解した上で、主張（ア）について、過不足なく論じた上で、主張（イ）について、AC間の訴訟の実体法上及び訴訟法上の効果がBC間には及ばないということを踏まえつつ、「訴訟の結果」についての見解と整合する形で、Bの補助参加の利益の有無を丁寧に論ずるものがこれに当たる。「良好」に該当する答案は、優秀に準ずる答案ではあるが、例えば、Bの補助参加の利益の有無についての検討の正確性が足りないものなどがこれに当たる。「一応の水準」に該当する答案は、主張（ア）について、必要のない論述もするものの、同法第45条第1項の指摘などはされており、Bの補助参加の利益について、一応の論述はされており、明確な誤りはないものなどがこれに当たる。これらに対し、主張（ア）について、必要のない論述に終始していたり、主張（イ）について、明らかな誤りを述べたりするものなど、基礎的な事項の理解が不足している答案は「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、訴訟物、重複起訴の禁止、文書提出命令、補助参加等の民事訴訟の基礎的な概念や仕組みに対する受験生の理解を問うとともに、事案への当てはめを適切に行うことができるかどうかを問うものであった。これに対し、多くの答案において、一応の論述がされていたが、定型的な論証パターンをそのまま書き出したと思われる答案、出題趣旨とは関係のない論述や解答に必要な論述をする答案、事案に即した検討が不十分であり、抽象論に終始する答案なども、残念ながら散見された。また、民事訴訟の極めて基礎的な事項への理解や基礎的な条文の理解が十分な水準に至っていないと思われる答案が少なくなかった。これらの結果は、受験生が民事訴訟の体系的理解と基礎的な知識の正確な取得のために体系書や条文を繰り返し精読するという地道な作業をおろそかにし、依然としていわゆる論点主義に陥っており、個別論点に対する解答の効率的な取得を重視しているのではないかとの強い懸念を生じさせる。

試験に合格するため、より効率的な学習の方法を模索すること自体は、誤りとはいえないが、法律実務家に求められる素養は、基本法制の体系的理解と基礎的な知識の正確な取得という地道な



作業によってこそ涵養され得るものと思われる。法科大学院においては、このことが法科大学院生にも広く共有されるよう指導いただきたい。また、民事訴訟法は、現実の民事訴訟の手続の在り方のイメージがないままに学習を進めることは難しいと思われることから、実務をより見据えた指導の工夫も有益であろう。

法学教育においては、基礎的な事項の正確な理解をし、具体的な事案に応じて論理的に展開する思考力の涵養こそが重要であると考えられる。このことは、例年、指摘されているところであるが、本年も、改めて強調しておきたい。

1 出題の趣旨、ねらい

既に公表した出題の趣旨のとおりである。

2 採点方針

本問では、比較的長文の具体的事例について、甲及び乙の罪責やその理論構成を問うことにより、刑法総論・各論の基本的な知識と問題点についての理解の程度、事実関係を的確に分析・評価し、具体的事実に法規範を適用する能力、結論の妥当性や、その結論に至るまでの法的思考過程の論理性、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。

すなわち、本問は、設問1で、A高校のPTA会長である乙が、同高校のPTA役員会において、「2年生の数学を担当する教員がうちの子の顔を殴った。徹底的に調査すべきである。」と発言した行為について、乙の罪責を問うものであるところ、行為態様や危険が及ぶ法益等に着目し、名誉毀損罪の成否が問題になることを的確に判断し、同罪の構成要件要素を検討した上で、問題文に現れた事実を丁寧に拾い出して当てはめを行うことになる。また、設問2では、夜間の町外れの山道脇の駐車場において、負傷して倒れていた父親の乙を救助しなかった甲の不作为について、殺人未遂罪が成立すると主張する場合の理論構成及び保護責任者遺棄等罪が成立すると主張する場合の理論構成をそれぞれ検討させつつ、結論として甲の罪責を問うものであるところ、両罪の区別において問題となり得る論点を的確に指摘して検討し、さらに、両罪の各構成要件要素について必要な範囲で検討を加え、問題文に現れた事実を丁寧に拾い出して当てはめを行うことになる。さらに、設問3では、同所において、甲とは無関係の丁が負傷して倒れていた場合に、その丁を父親である乙と誤認しながら救助しなかった甲の不作为について、殺人未遂罪が成立すると主張する上での理論構成を問うものであるところ、同様に、問題となり得る論点を的確に指摘した上、問題文に現れた事実を拾い出して検討することになる。

いずれの設問の論述においても、各事例の事実関係を法的に分析した上で、事案の解決に必要な範囲で法解釈論を展開し、問題文に現れた事実を具体的に摘示しつつ法規範に当てはめて妥当な結論や理論構成を導くこと、さらには、それらの結論や理論構成を導く法的思考過程が論理性を保って整理されたものであることが求められる。ただし、論じるべき点が多岐にわたることから、事実認定上又は法律解釈上の重要な事項については手厚く論じる一方で、必ずしも重要とはいえない事項については簡潔な論述で済ませるなど、答案全体のバランスを考えた構成を工夫することも必要である。

出題の趣旨でも示したように、設問1では、事例1における乙の罪責について、丙に対する名誉毀損罪の成否を検討するに当たり、同罪の客観的構成要件である「公然」、「事実の摘示」、「人の名誉」及び「毀損」という各構成要件要素について、事実を指摘して具体的に論じることが求められていた。この点、「公然」の意義について、不特定又は多数人が認識し得る状態をいうとする判例の見解を正確に指摘し、乙が事実を直接摘示したA高校の校長及び保護者3名というPTA役員会の出席者が、特定かつ少数人であることを認定した上、摘示の直接の相手方が特定かつ少数人である場合に、伝播可能性の理論を肯定して公然性を認めるか否かについて、その理由を含めた検討を加え、本問の具体的事実関係において当てはめを行う必要があった。また、「事実の摘示」、「人の名誉」及び「毀損」についても、それぞれの意義を区別して正確に指摘した上、本問の具体的事実について当てはめを行う必要があった。さらに、誰の名誉に関する事実の摘示であるかという特定性についても問題となることを指摘し、本問への当てはめを行うことが求められていた。そして、名誉毀損罪の主観的要件である故意について、上記の客観的事実に対する認識、認容があったことを簡潔に指摘する必要があった。

設問2では、事例2における甲の罪責が問われていることから、問題文の(1)及び(2)の問い掛け、

すなわち、①殺人未遂罪が成立するとの立場と、②保護責任者遺棄等罪にとどまるとの立場の双方の主張・反論に言及しつつ、最終的に自説としていかなる結論を採るのかを的確に論じる必要があった。したがって、上記(1)及び(2)を小問形式と捉えて、それぞれの理論構成を別個に論じただけにとどまり、自説としての結論の論述を欠く答案については、出題の趣旨に沿うものではないこととなる。

①殺人未遂罪が成立するとの立場からの理論構成においては、作為義務については、その発生根拠及び成立要件を明確に論じて、本問の具体的事実についての的確に当てはめを行う必要があった。また、作為可能性については、その必要性を簡潔に指摘した上、問題文に現れた具体的事実関係において、それが認められることを述べる必要があった。不作為犯の実行の着手時期についても、その判断基準を示した上で、本問において、いずれの時点で甲に不作為による実行の着手を認めることができるかを指摘する必要があった。さらに、殺意についても、甲が立ち去った時点での客観的状況の認識に加え、その後の危険の現実化に関する甲の認識内容を具体的に論じる必要があった。

一方、②保護責任者遺棄等罪にとどまるとの立場からの理論構成においては、まずは、同罪と殺人未遂罪の区別を論じる前提として、保護責任の意義及び成立根拠、作為義務との異同を論じつつ、本問において、甲に保護責任が認められることを指摘する必要があった。その上で、殺人未遂罪との区別の基準について、殺意の有無という主観面による判断要素や、重大な先行行為の有無、危険の程度といった客観面による判断要素を検討すべきであることを論じた上、本問において、殺人未遂罪の成立を否定する根拠を指摘する必要があった。そして、最終的な自説の立場として、保護責任者遺棄等罪にとどまるとの結論を採る場合には、同罪における客体、行為及び故意といった、保護責任以外の各構成要件該当性についても論じる必要があった。

設問3では、事例3における甲に殺人未遂罪が成立すると主張する上での理論構成を論じるに当たり、まずは、同罪の成否が問題となる対象を的確に指摘する必要があった。すなわち、甲は、客観的には、乙に対して救助の作為義務を負っている一方で、主観的には、丁を乙と誤認して、その丁に対して救助の作為義務を負っていると誤信しているところ、認識された事実を前提として、丁の代わりに、そこに存在すると誤認された乙が対象となるべきであることを指摘する必要があった。

いずれにしても、甲に殺人未遂罪が成立すると主張する上で、まずは、客観面、すなわち、甲の不作為による殺人の実行行為性を検討する必要がある。そのための危険の判断方法として、そこに存在すると誤信されているにすぎない乙を、不救助により殺害することはできないことから、いわゆる客体の不能が問題となることを的確に指摘し、作為犯における未遂犯と不能犯を区別する基準について、自説の立場を論じた上、本問における危険の有無について結論を導き出す必要があった。そして、自説の立場から危険の存在を認定し、客観面として実行行為性が認められることを前提に、主観面として、自らが特定した対象となる客体に対する殺意の存在についても言及する必要があった。この点、具体的事実の錯誤（客体の錯誤）として捉える場合は、丁に対する故意が肯定されることを、一方、そのように捉えない場合は、丁の代わりに、そこに存在すると誤認された乙に対する故意が肯定されることを論じるべきであった。

### 3 採点実感等

各考査委員から寄せられた意見や感想をまとめると、以下のとおりである。

#### (1) 全体について

本問は、前記2のとおり、論じるべき点が多岐にわたることから、各論点の体系的な位置付けを明確に意識した上、厚く論じるべきものと簡潔に論じるべきものを選別し、手際よく論じる必要があった。また、問題文に誘導的な記載があるにもかかわらず、論じる必要のない論点を論じる答案や、必ずしも重要とは思われない論点を長々と論じる答案も見られた。

本問を論じるに当たって必要とされている論点全てを検討した答案は少数であったが、その少数の答案を含め、総じて、規範定立部分については、いわゆる論証パターンをそのまま書き写すことだけに終始しているのではないかと思われるものが多く、中には、本問を論じる上で必要のない論点についてまで論証パターンの一貫として記述されているのではないかと思われるものもあり、論述として、表面的にはそれらしい言葉を用いているものの、論点の正確な理解ができていないのではないかと不安を覚える答案が目についた。また、規範定立と当てはめを明確に区別することなく、問題文に現れた事実を抜き出しただけで、その事実が持つ法的意味を特段論じずに結論を記載するという答案も少なからず見られた。前述のように、論点の正確な理解とも関係するところであり、規範定立を怠らないのは当然として、結論に至るまでの法的思考過程を論理的に的確に示すことが求められる。

なお、設問2及び3については、そもそも問題文を誤解したせいか、出題の趣旨を正確に把握できていない答案が相当数見られた。

## (2) 各設問について

### ア 設問1について

名誉毀損罪の客観的構成要件要素について、それらの意義の理解が不正確な答案が散見された。例えば、公然性の論述において、「不特定又は多数人」が認識し得る状態とすべきところ、単に「不特定多数人」と記載するだけで、「又は」なのか「かつ」なのかが不明瞭な答案が多く見られた。また、伝播可能性に関する論述では、摘示の直接の相手方が特定かつ少数人であることの認定をしていない答案が散見された上、規範なのか当てはめなのか曖昧なまま、「伝播可能性があれば公然性が肯定される」とだけ指摘して終える答案が相当数あり、伝播可能性の理論を肯定する理由付けについて言及できている答案が少なかった。さらに、「人の名誉」と「毀損」を区別して論じている答案が少なかった上、「毀損」の要件について、同罪を抽象的危険犯であると解しながら、「丙が甲に暴力を振るったとの話が広まった」という結果面を強調し、あたかも具体的な毀損結果の発生が必要であるかのように論じる答案が散見された。

主観的要件である故意の点については、全く検討していない答案が相当数あった。また、この点を論じている答案においても、乙が「かねてから丙に対して抱いていた個人的な恨みを晴らそうと思った」ことを故意の内容として指摘するなど、認識・認容の対象となる事実が何かを正確に理解している答案は少なかった。

乙における真実性の誤信について、刑法第230条の2の適用の可否を検討する答案が一定数あったが、そもそも、問題文で「乙に公益を図る目的はなかったものとする」と明示していることから、本問において、この点を論じる必要はなかった。また、乙における正当行為（刑法第35条）又はその誤想について論じた上、名誉毀損罪の成立を否定する答案が少なからずあったが、本来の出題の趣旨からは外れるため、殊更論じる必要まではなかった。

### イ 設問2について

甲の罪責について、問題文の(1)及び(2)の問い掛けを小問形式であると誤って捉え、それぞれの立場からの理論構成を論じただけで完結してしまい、最終的に自説としていかなる結論を採るのが論じられていない答案が散見された。また、自説として、一応の結論を論じている答案においても、上記(1)又は(2)で論じた反対の立場に対する反論や自説の理由付けの補強に関する論述が不十分である答案が目立った。

また、本問の解答を、刑法の自由保障機能や罪刑法定主義との関係に触れる紋切り型の論証パターンを用いて、不真正不作為犯の処罰根拠から書き始める答案が数多く見られた。これらは、本問の事案内容に即し、何を厚く論じるべきかを考えていない、あるいは、理解できていない答案と言わざるを得なかった。

不作為による殺人未遂罪の作為義務の発生根拠については、総じて、甲に作為義務が成立

する要件を示した上で、本問に現れた具体的事情を拾い上げてこれに当てはめることができている印象であったが、中には、規範定立と当てはめに齟齬を来している答案が散見された。さらには、甲が乙に嘘を付いたことを先行行為として指摘する答案もあり、先行行為や排他的支配といった要件を基礎付ける具体的事情についての理解が不十分な答案も少なからずあった。

同罪の実行の着手時期については、作為義務に関する論述の結論と合わせて、「乙は死亡していないから未遂となる」とするのみで、同罪が成立する具体的な時点を特定しない答案が多かった。他方で、未遂犯であるにもかかわらず、因果関係について、しかも、どの「結果」との間の関係かも曖昧なままに長々と論じている答案が多数あった。これらは、論証パターンを無自覚に書き出したものと思われるが、仮に未遂犯においても結果の発生を必要とする見解に立つのであれば、殺人未遂罪が問われている本問では、甲の不作为と乙が死亡する危険との間の因果関係を検討すべきであった。

同罪の殺意については、甲が乙を放置したまま立ち去った時点で殺意を認める答案が多かったが、反対説の立場から、甲において、乙が死亡することの認容の有無のみで殺意を判断している答案が散見された。

他方、保護責任者遺棄等罪に関しては、前提となる保護責任の有無・内容について丁寧に検討できている答案も一定数あったが、その検討を全くしないまま、いきなり殺人未遂罪との区別の基準を論じる答案が相当数あった。また、同罪と保護責任者遺棄等罪の区別の基準について指摘するものの、その理由付けまで丁寧に論じられている答案は少数であった。

#### ウ 設問3について

対象となる客体について、近くに倒れていた乙と解しているように受け取れる答案も見られ、全体として、これを明確に指摘できている答案は少なかった。

また、甲の不作为について、客観面での殺人の実行行為性を検討することなく、客体の錯誤の問題と捉えて、主観面のみを検討する答案が相当数あった。一方で、実行行為性が問題になることには気付いたものの、不能犯の理論の応用であることを自覚的に検討できている答案が少なかった。更に言うと、不能犯論を論じる際、具体的危険説を採りながら、甲が誤信していた事情のみを指摘するなど、抽象的危険説に立つかのような当てはめをしている答案もあり、学説の理解が不十分と思われる答案も見られた。

#### (3) その他

例年指摘しているところではあるが、文字が乱雑で判読しづらい答案や基本的用語の漢字に誤記のある答案が散見された。また、文章の補足・訂正に当たって、極めて細かい文字で挿入がなされる答案も相当数あった。時間的に余裕がないことは承知しているところであるが、採点者に読まれるものであることを意識して、大きめで読みやすい丁寧な文字で書かれることが望まれる。

#### (4) 答案の水準

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

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

「良好」と認められる答案とは、本問の出題の趣旨及び前記採点の方針に示された主要な問題点について指摘し、それぞれの罪責について論理的に矛盾せずに妥当な結論等を導くことができているものの、一部の問題点について検討を欠くもの、その理論構成において、主要な問

題点の検討において、理解が一部不正確であったり、必要な法解釈論の展開がやや不十分であったり、必要な事実の抽出やその意味付けが部分的に不足していると認められるものである。

「一応の水準」と認められる答案とは、事案の分析が不十分であったり、本問の出題の趣旨及び前記採点の方針に示された主要な問題点について一部論述を欠いたりするなどの問題はあるものの、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ではあるものの示すことができている答案である。

「不良」と認められる答案とは、事案の分析がほとんどできていないもの、刑法の基本概念の理解が不十分であるために、本問の出題の趣旨及び前記採点の方針に示された主要な問題点を理解できていないと認められたもの、事案に関係のない法解釈論を延々と展開しているもの、問題点には気付いているものの結論が著しく妥当でないもの、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等である。

#### 4 法科大学院教育に求めるもの

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

また、これまでも繰り返し指摘しているところであるが、判例学習の際には、結論のみならず、当該判例の前提となっている具体的事実を意識し、結論に至るまでの理論構成を理解した上、その判例が述べる規範の体系上の位置付け及びそれが妥当する範囲について検討し理解することが必要である。

今回の論文式試験では、事案の解決のために問題となる論点とそうでない論点の見極めが重要であったが、問題となる論点自体の体系的な位置付けについての整理が不十分なまま、論証パターンを無自覚に記述するため、問題とならない論点についてまで長々と論じる答案が目についたことから、事案の全体像を俯瞰して、事案に応じて必要な論点について過不足なく論じるための法的思考能力を身に付けることが肝要である。

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、判例学習等を通じ具体的事案の検討を行うなどして、正解思考に陥らずに幅広く多角的な検討を行う能力を涵養するとともに、論理的に矛盾しない、事案に応じた適切で妥当な結論やその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、昨年までと同様に比較的長文の事例を設定し、具体的事例に基づき、その捜査及び公判の過程に現れた刑事手続上の問題の所在を的確に把握し、その法的解決に必要な具体的事実を抽出・分析した上、これに的確な法解釈を経て導かれた法準則を適用して一定の結論を導き出すとともに、この過程を筋道立てて説得的に論述することを求めるものである。法律実務家になるために必要な事案分析能力、法解釈・適用能力、事実認定能力、論理的思考力、論述能力及び刑事訴訟法に関する基本的学識等を試すための出題である。

出題の趣旨は、既に公表したとおりである。

〔設問1〕は、司法警察員が、詐欺事件の犯人から被害者Vに交付された領収書に記載された住所に所在するA工務店事務所へ出入りしていた男について、A工務店代表者甲又はその従業員である可能性があると考え、犯人とその男の同一性をVに確認させるため、同事務所から出てきたその男の容ぼう・姿態をビデオカメラで撮影したこと（下線部①）、その後、犯人が持っていた工具箱と甲が持ち歩いていた工具箱の同一性をVに確認させるため、同事務所の向かい側にあるマンションの2階通路から、望遠レンズ付きビデオカメラで、同事務所の玄関上部にある採光用の小窓を通し、同事務所内の机の上に置かれた、「A工務店」と書かれた小さな円形ステッカーの貼ってある赤い工具箱を撮影したこと（下線部②）につき、それぞれの適法性を問うものである。ここでは、いわゆる強制処分と任意処分を区別する基準、任意捜査の適否の判断方法を提示し、事例中に現れた具体的事実を的確に抽出した上、上記各行為の適法性を評価することが求められる。

〔設問2〕は、Vが犯人から申し向けられた欺罔文言を記したメモ及びVが犯人から交付を受けた領収書の証拠能力の有無を問うものである。ここでは、刑事訴訟法第320条第1項のいわゆる伝聞法則の趣旨を前提に、同項の適用の有無、すなわち伝聞と非伝聞を区別する基準を提示した上、本件メモ及び本件領収書が、事例中に明示された立証趣旨を踏まえた場合、伝聞・非伝聞のいずれに該当するか、また、伝聞証拠に該当するとした場合には、各書面に相応する伝聞例外規定を摘示した上、その要件を充足するか否か、非伝聞証拠に該当するとした場合には、いかなる推論過程を経れば、記載内容の真実性を問題とすることなく（すなわち、書面の記載から、その内容どおりの事実が実際に存在したことを推認する、という過程を経ずに）立証趣旨に則した事実を推認することができるのかについて、それぞれの確かかつ丁寧に検討、説明することが求められる。

採点に当たっては、このような出題の趣旨に沿った論述が的確になされているかに留意した。

前記各設問は、いずれも捜査及び公判に関して刑事訴訟法が定める制度・手続及び判例の基本的な理解に関わるものであり、法科大学院において刑事手続に関する科目を履修した者であれば、本事例において何を論じるべきかはおのずと把握できるはずである。〔設問1〕について、判例は、写真撮影やビデオカメラによる撮影が強制処分に該当するか否かを明示的に判断してはいないものの、写真撮影やビデオカメラによる撮影の適法性について判断した判例（最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁（以下「昭和44年大法院判決」という。）、最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁）や、強制処分と任意処分の区別及び任意捜査の限界に関する判例（最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁（以下「昭和51年決定」という。）、最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁（以下「平成29年大法院判決」という。））など、法科大学院の授業でも取り扱われる判例を理解し、下線部①と下線部②の具体的な事実関係の相違を意識して論述すれば、説得的な解答が可能だと思われる。〔設問2〕については、伝聞法則及び伝聞例外規定に関する正しい知識や理解があれば十分解答は可能であろう。な

お、〔設問 2〕の 2 のうち、本件領収書が非伝聞証拠として用いられる場合について論述するに当たっては、かかる用法が実質的に伝聞法則の潜脱に当たらないか否かを十分に意識する必要がある。

## 2 採点実感

各考査委員からの意見、感想を述べる。

おおむね出題の趣旨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。まず、〔設問 1〕では、下線部①及び下線部②の各捜査の適法性について、本事例における法的問題を的確に捉え、刑事訴訟法第 197 条第 1 項の解釈の問題であることを理解し、基本的な判例の考え方を踏まえながら、強制処分の意義、強制処分と任意処分を区別する基準、任意捜査の許容性の判断方法を提示した上、下線部①及び下線部②の各捜査によって制約される権利・利益の相違を意識しつつ、事例中から抽出した具体的事実を分析・検討し、上記基準又は判断方法に当てはめて説得的に結論を導き出している答案が見受けられた。

〔設問 2〕の 1 では、本件メモの証拠能力を検討するに当たり、伝聞法則の趣旨の正確な理解を前提に伝聞と非伝聞を区別する基準を提示した上、本事例における立証趣旨を踏まえた場合、本件メモは、V 供述の内容の真実性が問題となることから伝聞証拠に該当し、証拠能力が肯定されるには刑事訴訟法第 321 条第 1 項第 3 号の規定する要件が充足されなければならないことを指摘し、事例中の具体的事実をこれに当てはめて、証拠能力に関する結論を導き出している答案が見受けられた。

また、〔設問 2〕の 2 では、伝聞と非伝聞を区別する基準を前提に、本事例における立証趣旨を踏まえた場合、本件領収書については、その使用方法により、伝聞証拠に該当する場合と非伝聞証拠に該当する場合とが想定されることを指摘した上、伝聞証拠に該当する場合に、証拠能力が肯定されるには刑事訴訟法第 322 条第 1 項の規定する要件が充足されなければならないことを指摘し、事例中の具体的事実をこれに当てはめて、証拠能力に関する結論を導き出している答案、非伝聞証拠に該当する場合として、例えば、一般に領収書が持つ社会的意義を前提とした経験則を基に、本件領収書の作成及び交付の事実自体から現金授受の事実を推認できる旨を論述している答案が見受けられた。

他方、法原則・法概念の定義や関連する判例の表現を機械的に暗記して記述するのみで、なぜそのような定義や表現を用いるのかを当該法原則・法概念の趣旨に遡って論述することができていない答案、具体的事実に対してそれらの定義等を的確に適用することができていない答案、そもそも具体的事実の抽出が不十分であったり、その意味の分析が不十分・不適切であったりする答案が見受けられた。

〔設問 1〕の下線部①の捜査の適法性については、まず、強制処分と任意処分を区別する基準を提示し、強制処分に該当しないとした上、任意捜査の許容性の判断方法を提示し、当該捜査は任意捜査として適法であると結論付ける答案が大多数であったが、当該捜査が強制処分か任意処分かを検討するに当たり、それが実定法上のいかなる規定・原則との関係で問題になるかをおよそ意識していない答案が少数ながら見られたほか、刑事訴訟法第 197 条第 1 項ただし書の「強制の処分」の解釈論として論じつつも、同項ただし書のいわゆる強制処分法定主義の意義についての理解を十分に示せていない答案が少なくなかった。

また、強制処分と任意処分を区別する基準に関し、多くの答案が、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加え」るかどうかという昭和 51 年決定が示した基準や、「相手方の意思に反して、重要な権利・利益を実質的に制約する処分」かどうかという現在の有力な学説の示す基準を挙げて検討していたが、これらの基準の文言を誤って理解している答案が少数ながら見られたほか、判例が示した基準による場合、「個人の意思を制圧」するということにはどのような意味合いがあるのか、「身体、住居、財産等」の制約に着目するのはなぜか、あるいは、現在の有力な



学説の示す基準による場合、なぜ「重要な」権利・利益の制約を伴う場合に限られるのか、そこでいう「重要な権利・利益」と、「身体、住居、財産等」という判例の文言とはどのような関係にあるのかなど、それぞれの文言が用いられている趣旨について十分な理由付けに欠ける答案も少なくなかった。そして、以上に述べたことは、平成29年大法廷判決の示した「個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害する」か否か、という基準を用いる場合にも基本的に妥当する。

次に、上記基準への当てはめに関し、判例のいう「個人の意思の制圧」の側面については、ビデオカメラによる撮影が撮影対象者である甲に認識されることなく行われており、現実に甲の反対意思が制圧された事実がないことのみを指摘して、個人の意思の制圧を否定し、そのことから直ちに、強制処分には該当しないと結論付けるなど、判例の理解を誤っているのではないかと疑われる答案が散見された。

また、判例のいう「身体、住居、財産等への制約」又は有力説のいう「重要な権利・利益の実質的制約」の側面については、下線部①の捜査によって制約を受ける権利・利益の内容について一切触れない答案や、抽象的に「プライバシー」とのみ述べ、甲のいかなる「プライバシー」の制約が問題となるのかについて具体的に指摘できていない答案も見られた。すなわち、〔設問1〕では、下線部①の捜査によって制約を受ける「みだりにその容ぼう等を撮影されない自由」（昭和44年大法廷判決参照）と、下線部②の捜査によって制約を受ける「みだりに個人の営業拠点である事務所内を撮影されない自由」の性質ないし重要度に違いがあるかに着目して各捜査の適法性を論述することが求められるが、そうした点を十分に意識して論述する答案は多くなかった。さらに、下線部①の捜査では、容ぼう等をビデオカメラで撮影されている甲が公道上にあり、同所では他人から容易にその容ぼう等を観察され得る状況にあることを理由に、直ちに、甲の「みだりにその容ぼう等を撮影されない自由」は放棄されているとするものなど、「観察」されることと「撮影」されることの違いを意識していないと思われる答案も少なくなかった。

任意捜査の許容性の判断方法に関しては、大半の答案が、昭和51年決定の示した「必要性、緊急性などをも考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度」との表現を用いて論述していたが、この判断方法は、いわゆる「比例原則」に基づくものであるから、具体的事案において、特定の捜査手段により対象者に生じ得る法益侵害の内容・程度と、特定の捜査目的を達成するため当該捜査手段を用いる必要性とを比較衡量すべきところ、このような視点を欠き、事例中からそれぞれの考慮要素に関連すると見られる事実を抽出・羅列するのみで、それらの事実に関する意味付けやそれらの相互関係を十分に検討することなく結論を述べる答案が散見された。また、ここでいう「必要性」とは、特定の具体的な捜査手段を用いる必要性を指し、本問についてこの点を論じるに当たっては、なぜ「甲を」「ビデオカメラで撮影する」必要があるか、すなわち前者については甲を被写体として選択する理由となるその嫌疑の内容及び程度について、後者については捜査手段としてビデオカメラによる撮影という方法を採用する必要性について、これにより達成すべき捜査目的との関係を踏まえて検討すべきであるが、甲の嫌疑の内容及び程度を基礎付ける具体的事実を指摘できていない答案や、本問のような、いわゆるリフォーム詐欺が重大犯罪であることといった、本件の捜査一般の必要性に関わる事情を指摘するにとどまる答案が散見された。

〔設問1〕の下線部②の捜査の適法性については、下線部①の捜査について用いたのと同様の、強制処分と任意処分を区別する基準を適用した上で、強制処分に該当すると結論付ける答案が大半であったが、その中には、「個人の意思の制圧」の側面について、これに全く言及しないまま強制処分との結論を導いているものや、特に理由を示すことなく「意思の制圧」があるとするものも散見された。他方、下線部①の捜査と同様に、強制処分に該当しないとした上、任意捜査としての許容性を判断する答案も一定数見られたが、そのほとんどが、次に述べるように、下線部①との具体的事実の相違を踏まえて被制約利益の性質等に十分な考慮を及ぼすことはできておらず、

結論の説得性に疑問を抱かせるものであった。

「身体、住居、財産等への制約」又は「重要な権利・利益の実質的制約」の側面に関しては、上記のとおり、〔設問1〕においては、下線部①の捜査によって制約を受ける「みだりにその容ぼう等を撮影されない自由」と、下線部②の捜査によって制約を受ける「みだりに個人の営業拠点である事務所内を撮影されない自由」との相違に着目して、強制処分該当性について検討することが求められる。また、下線部②の捜査は、個人の住居とは異なる工務店の事務所であるとはいえ、通常、不特定多数人の出入りが予定されているわけではなく、撮影時には、公道からは内部の様子を見ることができない状態にあって、外部から室内を見られないことを合理的に期待することができる場所について、向かい側のマンションの2階通路から望遠レンズ付きのビデオカメラを用いて撮影することにより、本来ならばその場所に立ち入ることによってしか得られないような情報の取得を実質的に可能にするものであり、私的な性質を帯びる領域への無形的な方法による侵入に当たる、との評価も妥当しうところである。しかし、下線部②の捜査を任意捜査とした答案はもとより、これを強制処分とした答案においても、こうした撮影により制約される利益の性質ないし撮影対象の所在する場所の性質を勘案した評価・検討が不十分なものが散見された。

〔設問2〕については、前提として、刑事訴訟法第320条第1項のいわゆる伝聞法則の趣旨を踏まえ、伝聞証拠の意義、すなわち伝聞と非伝聞を区別する基準を提示する必要がある。多くの答案が、立証において公判期日外でなされた供述の「内容の真実性が問題となるか否か」を基準として挙げていたが、なぜ、立証趣旨との関係で原供述の「内容の真実性が問題となる」場合に、原供述を媒介する書面又は供述が伝聞証拠としてその証拠能力を否定されることになるのかについて、伝聞法則の趣旨を踏まえて十分に論述できていない答案も、依然として相当数見られた。

〔設問2〕の1では、本件メモについて、まず、本事例で明示された立証趣旨を踏まえつつ、伝聞証拠該当性を論述する必要がある。本件メモは、Vが犯行時に犯人（被告人甲）から聞いたとする欺罔文言を自ら記載した書面（被害状況を記載した供述書）であり、その立証趣旨は、「甲が、平成30年1月10日、Vに対し、本件メモに記載された内容の文言を申し向けたこと」である。そこでは、Vが記載したとおりに、犯人（被告人甲）がVに対して本件メモに記載された内容の文言を言ったことが立証の対象となる（Vの供述の内容の真実性が問題となる）から、本件メモは伝聞証拠に当たる。この点を理解し、適切に結論を導いていた答案が多かったが、「内容の真実性が問題となる」という表現の意味をなお正確に理解できていないため、本件メモの全体を非伝聞証拠とした答案も少数ながら見られた。本件メモによる立証の対象には、甲が発言したとおりにV宅の耐震金具に不具合があることなど（Vが記載した甲の発言の内容の真実性）は含まれていないが、そのことは、Vの供述を記載したものとしての本件メモの伝聞証拠該当性を否定するものではない。他方、甲の発言の真実性が問題となるとして、再伝聞証拠とする答案も散見されたが、これも、「内容の真実性が問題となる」との表現の意味及び本件メモによる立証の対象を正しく理解したものとはいえない。

次に、伝聞証拠である本件メモ（被告人以外の者が作成した供述書）については、刑事訴訟法第321条第1項第3号該当性を論述する必要があるが、条文に関する基本的な知識が不足していたり、同号の規定する伝聞例外として証拠能力を肯定するための各要件（いわゆる「供述不能」、「不可欠性」及び「特信性」）を充足するか否かを判定するために必要な具体的事実の抽出・検討が不十分であったりする答案が多く見られた。まず、「供述不能」の要件については、同号に列挙された事由が例示か否かについて述べる答案が少なからず見られたが、まずはVの心身の状態が同号に規定された事由のいずれかに該当しないのかを検討すべきであろう。続いて、「不可欠性」の要件については、「その供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」という文言に対する理解を示した上で、本件メモがそうした証拠に該当するかを検討すべきである。さらに、「特信

性」の要件については、供述内容の信用性を担保する外部的付随事情の存否を問題とすべきであると述べながら、Vによる本件メモの作成状況や作成に至る経緯などの具体的事実を十分に検討することなく「特信性」の有無の結論を述べる答案が多く見られた。また、本件メモはVが自ら作成した「供述書」であり、「署名〔又〕は押印」（刑事訴訟法第321条第1項柱書き参照）は不要であるにもかかわらず、本件メモにVの署名押印がないことを理由に伝聞例外該当性を否定する答案が散見された。

〔設問2〕の2では、本件領収書について、本事例で明示された立証趣旨を踏まえ、立証上の使用方法として、領収書の記載からその内容の真実性（記載内容どおりの事実が存在したこと、すなわち、特定の日に、甲とVの間で、屋根裏工事代金として、100万円の授受があったこと）を推認する場合と、例えば、一定の記載のある本件領収書が甲によって作成された事実と、甲からVへ当該領収書が交付された事実を併せ考慮することで、記載内容の真実性とは独立に、現金授受の事実を推認する場合を想定する必要があるが、意識的に両者の用法を記述している答案は少なかった。

本件領収書は、甲がVから屋根裏工事代金として現金を受領した際にその事実を自ら記載した書面であり、その立証趣旨は、「甲が平成30年1月10日にVから屋根裏工事代金として100万円を受け取ったこと」であるから、上記の使用法のうち前者の場合には、領収書の記載からその内容たる事実を推認することとなり（甲による本件領収書の記載＝甲の供述の内容の真実性が問題となる）、本件領収書は伝聞証拠として用いられるものと評価されることになる。そして、この場合、本件領収書は甲が自ら作成した書面（供述書）であり、刑事訴訟法第322条第1項該当性が問題となるところ、ここでも、本件メモの伝聞例外該当性の検討におけるのと同様、条文に関する基本的知識が不足している答案が少なからず見られた。例えば、同項が、証拠能力の要件について、被告人供述をその内容によって「〔自己〕に不利益な事実の承認」とそれ以外のものとに分け、後者についてのみいわゆる「特信性」を要求しているにもかかわらず、本件領収書の内容が、Vから屋根裏工事代金として現金の交付を受けたことを認める「不利益な事実の承認」に該当するとしながら、「特信性」の有無を検討する答案、他方で、前者についての「任意性」の要件を見落としている答案、供述書である本件領収書についても、「署名〔又〕は押印」の要件が条文上要求されているとする答案などが散見された。

上記の使用法のうち後者の場合、例えば、甲による本件領収書の作成及びVへの交付の事実を併せ考慮することにより、その記載内容の真実性とは独立に、現金授受の事実を推認する場合は、本件領収書は非伝聞証拠として用いられるものと評価されるが、多くの答案は、単にその旨を述べるにとどまり、さらに、そのような形で同事実を推認し得る実質的理由についてまで言及する答案は少数にとどまった。

### 3 答案の評価

#### (1) 「優秀の水準」にあると認められる答案

〔設問1〕については、下線部①及び下線部②の各捜査の適法性に関し、強制処分法定主義、比例原則といった刑事訴訟法上の基本原則に関する理解を前提に、その法的問題の所在を意識しつつ、強制処分と任意処分を区別する基準、任意捜査の適否の判断方法について、法律の条文とその趣旨、基本判例に対する正確な理解を踏まえながら、的確な法解釈論を展開して提示している答案、その上で、強制処分と任意処分の区別については、下線部①及び下線部②の各捜査によっていかなる権利・利益が制約されるのかを具体的に指摘した上、制約される権利・利益の違いを明確に意識しながら論述している答案、任意捜査としての許容性の判断については、比例原則の正確な理解を示した上、本事例に現れた個々の事実が持つ意味を丁寧に分析している答案である。

また、〔設問2〕については、伝聞法則の趣旨の正確な理解を前提に、伝聞法則の適用の有無、

すなわち伝聞と非伝聞を区別する基準を的確に提示している答案、そして、本件メモについては、本事例において明示された立証趣旨を踏まえて伝聞・非伝聞の別を論述した上、伝聞例外について、刑事訴訟法第321条第1項第3号の規定する各要件の意義を的確に論述しつつ、各要件を充足するかにつき、本事例に現れた具体的事実を踏まえて的確かつ丁寧な検討を行っている答案、本件領収書については、本事例において明示された立証趣旨を踏まえつつ、その使用方法により、伝聞証拠に該当する場合と非伝聞証拠に該当する場合とが想定されることを指摘した上、前者については、刑事訴訟法第322条第1項の規定する各要件の意義を的確に論述しつつ、各要件を充足するかにつき、本事例に現れた具体的事実を踏まえて的確かつ丁寧な検討を行い、後者については、領収書の作成・交付の事実を併せ考慮することにより、領収書の記載内容の真実性とは独立に現金授受の事実が推認されることを相応の根拠とともに論じている答案である。

なお、このように、出題の趣旨に沿った十分な論述がなされている答案は僅かであった。

(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、強制処分と任意処分を区別する基準、任意捜査の適否の判断方法に関して一定の見解を示した上、本事例に現れた具体的事実を抽出し、検討することはできているが、下線部①及び下線部②の各捜査によって制約される権利・利益について、抽象的に「プライバシー」とするのみで、具体的に個人のどのような権利・利益が制約されるのかを指摘できていなかったり、本事例に現れた事実を抽出し、検討してはいるものの、個々の事実が持つ意味の分析が物足りなかったりする答案である。

〔設問2〕については、伝聞法則の趣旨の正確な理解を前提に、伝聞と非伝聞を区別する基準を的確に提示し、正しく結論を導き出してはいるものの、伝聞例外の要件充足性について、本事例に現れた具体的事実を踏まえて説得的な説明がなされていなかったり、本件領収証を非伝聞証拠として用いる場合について、領収書の作成・交付の事実を併せ考慮することまでは言及できているものの、領収書の内容の真実性とは独立に現金授受の事実が推認される根拠には言及できていなかったりする答案である。

(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、強制処分と任意処分を区別する基準、任意捜査の適否の判断方法に関して一定の見解を示すことができているものの、本事例に現れた具体的事実の抽出が不十分であり、結論のみを記述している答案である。

〔設問2〕については、伝聞法則の趣旨を一応理解し、伝聞と非伝聞を区別する基準を提示してはいるものの、伝聞例外の規定の検討が不十分であり、具体的事実の抽出が不足している答案や、提示した要件への当てはめが一部欠如している答案、本件領収書について、想定される使用方法のうち、いずれか一方のみ論述し、もう一方には言及されていない答案である。

(4) 「不良の水準」にとどまると認められる答案

上記の水準に及ばない不良なものをいう。一般的には、刑事訴訟法上の基本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（さらに正確さを欠いた形で）記述するだけの答案や、関係条文・法原則を踏まえた法解釈を論述・展開することなく、事例中の事実をただ羅列するだけの答案など、法律学に関する基本的学識と能力が欠如しているものである。具体的な例を挙げれば、〔設問1〕では、下線部①の任意捜査の適法性を判断するに当たり、本件の捜査一般の「必要性」を論述するばかりで、ビデオカメラによる撮影という特定の手段を選択する「必要性」について論述していない答案、〔設問2〕では、伝聞法則の趣旨や伝聞と非伝聞を区別する基準についての記述自体が不十分な答案や、伝聞例外の規定の要件を誤って理解していたり、当てはめが誤っていたりする答案などがこれに当たる。

このような結果を踏まえると、今後の法科大学院教育においては、従前の採点実感においても指摘されてきたとおり、刑事手続を構成する各制度の趣旨・目的を基本から深くかつ正確に理解すること、重要かつ基本的な判例法理を、その射程も含めて正確に理解すること、これらの制度や判例法理を具体的事例に当てはめて適用できる能力を身に付けること、論理的で筋道立てた分かりやすい文章を記述する能力を培うことが強く要請される。

特に、法適用に関しては、生の具体的事実に含まれた個々の事情又はその複合が法規範の適用においてどのような意味を持つかを意識的に分析・検討し、それに従って事実関係を整理できる能力の涵養が求められる。

また、実務教育との有機的連携の下、通常捜査・公判の過程を俯瞰し、刑事手続の各局面において、各当事者がどのような活動を行い、それがどのように積み重なって手続が進むのかなど、刑事手続を動態として理解しておくことの重要性を強調しておきたい。

## 平成30年司法試験の採点実感（倒産法）

### 1 出題の趣旨・狙い等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

### 2 採点方針

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

第1問は、法人が破産した場合の具体的事例を通じて、敷金返還請求権を有する賃借人の寄託請求及び別除権者により賃料債権について物上代位がされた場合における同請求の可否（設問1）並びに破産手続開始の決定を受けた者が法人である場合における破産財団から放棄された不動産の帰属先及び当該不動産について抵当権を有する者が破産手続に参加して配当を受けるために採るべき手続とその相手方（設問2）についての理解を問うものである。採点の主眼は、いずれも制度趣旨を正しく理解しているかを前提として、問題点を正確に把握した上で、制度趣旨等を踏まえながら、自説を的確に論じているかどうかに置かれている。

第2問は、法人の民事再生に関する具体的事例を通じて、再生手続開始の決定をするための要件及び再生手続開始の申立て後再生手続開始前の原因に基づいて生じた債権を債権者に弁済するための方策（設問1）、監督委員が否認権を行使するために必要となる手続及び再生債権者が再生手続において再生債務者である法人の役員の実任を追究するために採り得る方策（設問2）についての理解を問うものである。採点の主眼は、いずれも問題文中のコメント内容を踏まえて、適用を検討すべき民事再生法の制度・条文を的確に取り上げ、制度・条文の趣旨や再生手続が再建型の手続であり、また、DIP型を原則とする手続であること等も踏まえて、事案に対する当てはめを丁寧に検討しているかどうかに置かれている。

### 3 採点実感等

#### (1) 第1問

##### ア 設問1

(ア) 小問(1)前段では、敷金返還請求権を自働債権、賃料債権を受働債権とする相殺の可否が問われていることから、敷金返還請求権が破産法第67条の規定により相殺をすることができる債権に該当するかどうかを検討する必要があり、その前提として、敷金返還請求権が明渡しを条件とする停止条件付債権であることを論ずる必要がある。そして、破産法では、停止条件が成就して自働債権が生ずるかどうかが不確定の段階で相殺を認めることは相当ではないことから、停止条件付債権を自働債権とする相殺は認められていない。多くの答案では、敷金返還請求権が停止条件付債権であること、停止条件が成就しない以上相殺適状にないので、相殺をすることができないことは触れられていたが、破産法第67条第2項に停止条件付債権が挙げられていないことや、停止条件が成就していない段階で相殺を認めることの不相当性に触れた答案はわずかであった。また、少数ではあるが、相殺することができる答案もあった。

小問(1)後段では、敷金返還請求権を自働債権とする相殺をすることができないとした場合の賃借人が敷金返還請求権を保全するための手段を問われていることから、破産法第70条後段の弁済額の寄託請求を論ずる必要がある。多くの答案では、当該寄託請求をすることができることまでは触れられていたが、当該寄託請求をすることによってなぜ敷金返還請求権が保全されることになるのか（本件不動産が明け渡された場合の寄託された賃料額の処理等）まで触れている答案は、少なかった。問との関係では、「法的手段」を問うているのであるから、賃借人を保護するために寄託請求の制度が設けられていることを記載していれば一応の水準の答案と評価しているが、その前提として「敷金返還請求権を保全するため」の

ものであることを説明する必要があることから、なぜ寄託請求をすることが敷金返還請求権を保全する手段となるのかを論じて、初めて十分な答案となるものといえるであろう。

(イ) 小問(2)は、抵当権者であるC銀行が賃料債権を物上代位により差し押さえた場合にも、小問(1)で論じた寄託請求をすることができるかを問うものである。

まず、前提として、C銀行は抵当権者であって別除権者であるから(破産法第2条第9項及び第10項)、賃料債権の物上代位も別除権の行使として破産手続による制約を受けるものではない(破産法第65条第1項)。小問(2)を論ずるに当たっては、まず、このことを明確に論じておく必要があるが、これを記載しない答案も、少なからず見られた。

そして、賃料債権が別除権者によって差し押さえられた場合には、賃借人は、破産管財人ではなく、賃料債権を差し押さえた別除権者に対して賃料を支払う必要がある。このような場合に、賃借人が寄託請求をすることを認めれば、破産管財人は、賃料の弁済額が破産財団に入ってこないにもかかわらず、賃料相当額の寄託をしなければならないこととなるから、破産財団が減少することとなってしまう。そこで、このような場合に、賃借人による寄託請求が認められるかどうかの問題となる。その上で、寄託請求の制度は、破産管財人に対して弁済をし、破産財団に弁済金が入るのに対応した制度であることから、破産財団に賃料の弁済金が入ってこない以上、寄託請求は認められるべきではないとするか、別除権者による差押えという賃借人には何らの帰責性がない事情により寄託請求の可否の結論が変わってくるのは相当ではないとして寄託請求を認めることとするかは、いずれの結論も成り立ち得るところであり、的確に問題点を把握した上で、賃借人の保護と破産財団の利益双方に配慮しながら論じていけば、いずれの結論であっても高く評価している。

しかしながら、上記の問題点を意識して論じている答案は、少数にとどまっていた。多くの答案では、上記の問題点を意識しないまま、別除権者の物上代位と相殺との優劣関係を論じ、その結論をもって寄託請求の可否を結論付けており、さらには、当該優劣の結論をもって、物上代位をすることができないとする答案も少数ながらあり、これらの答案は、いずれも低い評価となっている。

賃借人が弁済する賃料額に相当する額を寄託することを破産管財人に対して請求し、破産管財人がこれを寄託するという基本的な構造(この構造を意識しないまま安易に抵当権者に対して寄託請求を行うとする答案や、誰に対して寄託請求をすることが不明確な答案も少なからず見受けられた。)、物上代位により賃料債権を差し押さえられた場合には別除権者に賃料を支払う必要があることを理解していれば、上記の問題点に気付くこと自体はそれほど困難ではないと考えられたところであるが、寄託請求の制度の基本的な構造の理解が不十分であることがうかがわれた。

## イ 設問2

(ア) 小問(1)は、まず、破産管財人が破産財団に帰属する不動産を放棄するための手続についての基本的な知識を解答することを求めている。そのための手続としては、裁判所の許可(破産法第78条第2項第12号)は当然のこととして、このほか、破産者の意見聴取(同条第6項)及び担保権者に対する通知(破産規則第56条後段)に触れる必要がある。特に担保権者に対する通知については、不動産の破産財団からの放棄が担保権者に与える影響を考慮してこれが必要とされていることに気付けば、より深みのある答案となり得るが、そもそも担保権者に対する通知に触れている答案自体、少数にとどまった。

このような手続を経て破産財団から不動産が放棄された場合、当該不動産は破産財団に属しないこととなり、破産者が自然人であれば、自然人の自由財産となる。しかし、A社は、法人であることから、自然人の場合と同様、法人に自由財産が認められるかどうかについて、自由財産が認められる趣旨を踏まえて論ずる必要がある。しかしながら、当該不動産はA社に帰属するとだけ解答する答案も少なくなかった。また、A社の自由財産として帰属すると

した答案も、法人に自由財産が認められるかどうかまで検討した答案は、少数にとどまった。さらには、A社ではなく清算人や取締役に帰属するとの答案や、A社が解散している以上国庫に帰属するとの答案など、法人法制の基本的な理解が疑われる答案も、少なからず見受けられた。

(イ) 小問(2)

小問(2)では、まず、別除権者が破産手続に参加して配当を受けるための手続について、論ずる必要がある。破産法においては、不足額責任主義が採られており(破産法第108条第1項)、別除権者が配当加入するためには、最後配当の除斥期間内に、担保権によって担保される債権の全部又は一部が破産手続開始後に担保されないこととなったこと又は担保権の行使によって弁済を受けることができない債権の額を証明することが必要である(同法第198条第3項)。そのための手段として、本件のように担保割れとなっている別除権者においては、別除権を放棄することが考えられる。

答案の中には、別除権の放棄に触れずに、単に担保権によって弁済を受けることができない額を証明するとだけ記載する答案が少なからず見受けられたが、別除権の放棄に触れていない以上、低い評価となっている。また、当該不動産について競売の申立てを行うとする答案も散見されたが、E信用金庫としては、抵当権を実行しても配当を受ける見込みはないことから、競売の申立てをすることは合理的な手段ではなく、これも低い評価となっている。

その上で、E信用金庫としては、別除権の放棄の意思表示を誰に対して行う必要があるか、小問(1)の破産財団から放棄された本件不動産の帰属先を踏まえて、検討する必要がある。

そして、小問(1)でA社に帰属すると解答した場合、別除権の放棄の意思表示はA社に対して行うこととなるが、誰をA社の代表者として当該意思表示を行う必要があるかを論ずる必要がある。これについて、まずは、株式会社が破産手続開始の決定を受けた場合には、取締役は、当然にその地位を失い(会社法第330条、民法第653条第2号)、従前の取締役が当然に清算人となるものではなく、別除権の放棄の意思表示の受領は、裁判所に選任された清算人等によって行われるべきものであるとして、破産手続開始の決定時の取締役に対してされた別除権の放棄の意思表示を無効とした最高裁平成16年10月1日決定・集民215号199頁を踏まえる必要があるであろう。

答案では、この見解に基づき、裁判所に対して清算人選任の申立てを行い、選任された清算人に対して別除権の放棄の意思表示をするとの解答をしたものが比較的多かったが、株式会社が破産手続開始の決定を受けた場合には取締役は当然にその地位を失うことの根拠となる条文の摘示が不十分な答案(会社法第330条又は民法第653条第2号のいずれか一方又は双方の記載がない答案)も少なくなかった。

また、会社につき破産手続開始の決定がされても直ちに会社と取締役との委任関係は終了するものではないから、破産手続開始当時の取締役らは、破産手続開始によりその地位を当然には失わず、会社組織に係る行為等については取締役としての権限を行使し得るとした判決(最高裁平成16年6月10日判決・民集58巻5号1178頁、最高裁平成21年4月17日判決・集民230号395頁)に依拠したと思われる答案も散見された。もっとも、上記最高裁平成16年6月10日判決は、上記平成16年10月1日決定が前提とする最高裁昭和43年3月15日判決・民集22巻3号625頁とは事案を異にする旨明確に述べていることから、この見解に依拠して論ずる場合には、破産財団から放棄された不動産に係る別除権の放棄の意思表示を受けることが「会社組織に係る行為等」としてこれらの判決の射程に入るのかを丁寧に論ずる必要がある。しかしながら、その点を意識した答案は見受けられず、単に会社組織に係る行為等については取締役としての権限を行使し得るから、別除権の放棄の意思表示も従前の代表者に対して行えばよいとだけ記載しており、このような答案については、一応の水準に達するものと評価することはできない。



このほか、従前の取締役が当然にその地位を失うことになるかどうかという問題点を意識しないまま、代表取締役であったBが清算人となるとしてBに対して別除権の放棄の意思表示を行うとするものや、更には破産手続開始の決定によりA社が解散していることを意識せずに、代表取締役であるBに対して当該意思表示を行うという答案も少なからず存在した。

## (2) 第2問

### ア 設問1

(ア) 小問1は、裁判所が再生手続開始の決定をすることができるかどうかについて、各債権者のコメントを踏まえて検討することが求められていることから、当該コメントの内容に照らして、どの要件が特に問題となるかを意識しながら、丁寧に各要件の充足性を論ずる必要がある。

すなわち、再生手続開始の決定をするためには、①再生手続開始の原因があること（民事再生法第21条第1項）及び②再生手続開始の条件、すなわち再生手続開始の申立ての棄却事由が存在しないこと（同法第25条）が必要である（同法第33条第1項）ことから、その構造上、これらの全てについて、充足の有無を検討する必要がある。

まず、前提として、同法第33条第1項を摘示することを要するが、これを摘示していない答案が少なからず存在した。

①再生手続開始の原因があることについては、そもそもこれを検討していない答案も多かった。また、これに触れている答案であっても、「大口の売掛先から受け取っていた同年3月末日を満期とする手形が不渡りとなった」という部分について、A社が不渡りを出したと誤解し、そのため、「同年4月25日を満期とする手形を決済できないこと」を2回目の不渡りであるとして銀行取引停止処分に結びつけ、再生手続開始の原因として論ずる答案が、かなりの割合で見受けられた。さらに、「手形を決済できないことが確実になったこと」から債務超過を認定する答案も散見され、手形の不渡りが直ちに債務超過を意味するものではないことを理解していないことがうかがわれた。

そして、②再生手続開始の条件、すなわち再生手続開始の申立ての棄却事由が存在しないことについては、その条文構造に照らして、各号ごとにこれに該当するかどうかを検討する必要があるところ、同法第25条第1号、第2号及び第4号について検討することなく、同条第3号についてのみ検討する答案が多く見られた。条文の構造上、同条第1号、第2号及び第4号に該当するかどうかも検討して初めて、裁判所は再生手続開始の決定をすることができるかどうかを判断することができることとなるから、簡単ではあっても、これらのことに触れておく必要がある。なお、同条第2号の該当性を論ずるに当たって、清算価値保障原則との関係を詳細に論ずる答案も散見されたが、本事例においては、破産手続又は特別清算手続は係属していないことから、そのことだけを端的に指摘すれば足りる。

また、同条第3号の検討に当たっては、同号が、「見込みがないこと」とせず「見込みがないことが明らかであるとき」として、要件を絞り込んでいる趣旨を踏まえ、E銀行、F社及びG社のコメントの内容に照らして、特にE銀行について、今後の検討等によりその対応が変更する可能性があるかどうかも検討しながら、再生計画の可決の見込みを中心に論ずることが求められているが、同条第3号の趣旨を踏まえて論ずる答案はわずかであった。また、F社のみならずE銀行も反対するものと解して、両者の権利行使見込額の総権利行使見込額に占める割合を単純に足し算するだけの答案も少なからず見られた。

他方で、別除権協定の可能性や担保権の実行の中止命令の可能性等も考慮して別除権者であるE銀行との交渉を行うことに触れながら、再生計画案の可決要件（同法第172条の3第1項第2号）や再生計画の認可要件（同法第174条2項第2号）を充足する見込みがないことが明らかとはいえないことを論じる答案については、特に高く評価している。

なお、再生手続開始の決定をすることができないとする答案も少数ながら存在したが、本

事案に照らして、再生手続開始の決定をすることができないというのは、低い評価とならざるを得ない。

- (イ) 小問(2)は、再生手続開始の申立て後再生手続開始前に行う債務者との取引によって取得することとなる債権を保護するための手段を問うものである。このことは、G社のコメントにおいて「再生手続開始の申立て後も…食材をA社に卸した場合」の不安を述べていることや、設問1の段階ではまだ再生手続開始の決定がされていないことから判読できるものと思われるが、この点を看過した答案が相当数見受けられた。

再生手続開始の申立て後に行われた債務者との取引によって生ずる債権も再生債権となり、そのままでは弁済禁止効や再生計画による権利の変更の対象となることから、上記のようなG社の不安を払拭するための手法としては、当該債権を共益債権とする旨の裁判所の許可（又は権限を付与された監督委員の承認）を受けることが考えられる（民事再生法第120条）。もっとも、同条に触れた答案は少数にとどまっており、A社とG社との取引は双方未履行双務契約（同法第49条）又は継続的給付を目的とする双務契約（同法第50条）に該当するとの答案や、中小企業者の再生債権の弁済許可（同法第85条第2項）又は少額債権の弁済許可（同条第5項）を挙げる答案が多かった。

しかしながら、G社が再生手続開始の申立てから再生手続開始の決定までの間に卸した食材については、再生手続開始時においては、A者側の代金債務のみが未履行となっていることから、双方未履行双務契約には該当しない。また、継続的給付を目的とする双務契約についても、再生債務者に対して継続的給付の義務を負うものを対象とし、再生債務者がその都度個別発注をするようなものは該当せず、A社とG社との契約関係が継続的給付を目的とする双務契約に該当するとの事情は問題文からはうかがわれないうことに留意する必要がある。

また、中小企業者の有する債権又は少額債権の弁済許可についても、G社が中小企業者に該当するか、再生債権の弁済を受けなければ事業の継続に著しい支障を来すおそれがあるかについての条件は問題文からはうかがわれず、また、総権利行使見込額の10%を「少額」といい得るのかという問題がある。さらに、仮にこれらに該当し得るとしても、これらの弁済の許可は、再生手続開始後にされるものであるため、再生手続開始の決定前の段階における対応を問われている本問では、行為前に共益債権とすることの許可又は承認を受けることとなる同法第120条の規定による対応と比べて直接的な対応とは言いがたいことから、これらを申し立てる予定であることを材料としてG社を説得する必要があることを十分に指摘して論じていない限り、低い評価となっている。

## イ 設問2

- (ア) 小問(1)は、まず、監督委員が否認権を行使するためにA社が採るべき手続を問うていることから、監督委員が否認権を行使するためには、裁判所による権限の付与が必要であり、そのためにA社は利害関係人としてこの権限付与の申立てをする必要があること（民事再生法第56条第1項）を端的に解答する必要がある。特に、再生債務者の公平誠実義務（同法第38条第2項）と結びつけてA社が当該申立てをすべきことを論じていれば、特に高く評価している。しかしながら、A社が採るべき手続について問われているにもかかわらず、A社が利害関係人に該当し、かつ、当該申立てを行うべきことについては触れていない答案が多数見受けられたほか、専ら否認の要件に該当するかどうかについて実体的に検討する答案が少なからず見受けられるなど、問われている内容を理解できていない解答が少なからず存在した（否認の要件に該当するかどうかについては問われていない以上、いかにこの点を詳細に論じたとしても、評価の対象とはしていない。）。

また、このような手続が必要とされている理由を管財人が選任されている場合と対比して論ずることについては、多くの答案では、再生債務者の財産についての管理処分権の有無については触れていた。その上で、それではなぜ管財人が選任されていない場合に、財産の管

理処分権を有する再生債務者による否認権の行使が認められないのかについてまで論じている答案は、少なかった。管理処分権の有無について、条文を摘示して丁寧に論じていれば、一応の水準にあると評価しているが、再生債務者による否認権の行使を認めていない理由について触れて初めて、監督委員に対する否認権を行使する権限の付与の手続が必要とされた理由が明らかになることには留意する必要がある。

(イ) 小問(2)は、B社長が、取締役としての善管注意義務に違反するとして損害賠償責任（会社法第423条第1項）を負担することが考えられることを前提に、これを追及するためにG社が再生手続において採り得る方策としては、損害賠償請求権の査定の申立てをすること（民事再生法第143条第1項及び第2項）や、財産の費消のおそれがあることから役員の財産に対する保全処分の申立てをすること（同法第142条第1項及び第3項）が考えられる。もっとも、その双方に言及している答案はわずかであり、保全処分の申立てについてのみ触れ、損害賠償請求権の査定の申立てについて触れていない答案が多数であった。また、時間不足もあってか、制度の理解はうかがわれるものの記述が不十分な答案が少なからず存在し、保全処分を行うことの必要性等の当てはめについて丁寧に検討している答案や、本事例においては管財人が選任されていないことから、再生債権者であるG社がこれらの申立てをすることができること（同法第142条第3項、第143条第2項）を丁寧に記載している答案は少なかった。

なお、管理命令の申立て（同法第64条第1項）をすることは、対応策の一つとなり得るものの、本事例において再生債権者が採り得る手段としては、上記の損害賠償請求権の査定の申立てや保全処分の申立てをの方が端的であることから、これらに触れることなく管理命令の申立てのみに触れたとしても、高い評価は与えていない。また、保全管理命令の申立て（同法第79条第1項）をするとの答案も散見されたが、設問2は、再生手続開始の決定がされた後に判明した事情に基づくものであるという事例の把握ができていないものと思われる。

#### ウ 全体を通じて

第2問は、いずれの小問も、民事再生法の基本的な知識を問うものであり、事例を適切に把握して、問われている内容を丁寧に把握した上で、それに適用され得る民事再生法の制度・条文（条のみならず、項・号まで）を正しく摘示して論述することができれば、高い得点を獲得することができる問題である。

しかしながら、上述のように、事例を正確に理解できていない答案や、設問において何が問われているか正しく理解できていないため、出題からずれた解答となってしまう答案が多かった。設問で問われていることや事例の内容を正確に理解することは、正しく解答するための出発点であることを改めて留意する必要がある。

#### 4 今後の出題について

今後も、特定の傾向に偏ることなく、基本的な事項に関する理解を確認する問題、具体的な事案を正確に把握して適切に法令上の対応手段を導き出す能力を試す問題、倒産実体法及び倒産手続法に関する問題、企業倒産に関する問題と個人倒産に関する問題等、幅広い観点から、倒産法の基本的な理解ができていのかどうかを問う出題を心掛けることが望ましいと考える。

#### 5 今後の法科大学院教育に求めるもの等

倒産法における基本的な条文、判例及び学説を断片的・概括的にではなく、その趣旨に遡って理解をした上で、具体的な事例において倒産法を「使える」能力を涵養するため、個々の制度はそれぞれ具体的にどのような場面で用いることが想定されており、それがどのように機能するのかを、制度相互の関係・連動についても意識して、また、清算型手続と再建型手続との異同も理

解しながら、倒産法の体系の中で把握することが重要である。

そして、具体的な事例の検討に当たっては、与えられた事実関係を正確に整理・把握した上で、問題点を的確に抽出する能力も必要とされる。

また、問題に対して、論理的かつ一貫性のある解釈論に基づき妥当な結論を導き、これを説得的に論ずる能力も必要とされる。

このような知識・能力の必要性は、倒産法の分野に限られるものではないが、倒産法は、実体法と手続法が交錯する法分野であり、民事訴訟法、民事執行法、民法、会社法等についての知識・能力が基礎として求められるなど、総合的かつ多角的な知識・能力が求められる分野である。

法科大学院に対しては、こうした点にも配慮しつつ、上記の知識習得や能力涵養を実現するための教育を期待したい。

なお、例年、かつ、他の科目でも指摘されていることであるが、答案は他人が読んで採点するものであるという基本的な意識が欠けているものが、依然として少なくない。これは字の巧拙によるものではない。たとえ稚拙な字であっても、一文字一文字が明確に記載してあれば、判読に苦勞することはない。しかしながら、小さすぎて判読できない文字（特に、挿入のために行間に記載されている文字にそのようなものが多い。）で書かれた答案や、一見して日本語で書かれていることを疑わざるを得ないほどの個性的な文字、乱雑な文字で書かれた答案等、判読が極めて困難なものが少なからず見受けられた。採点者において解読することができない部分の記載は0点と評価せざるを得ないことから、このことを意識して、是非改善してもらいたい。

## 平成30年司法試験の採点実感（租税法）

- 1 出題の趣旨・狙い等（出題の趣旨に補足して）  
公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

- 2 採点実感等

[第1問]（配点：50）

公表済みの「出題の趣旨」の中で述べた主要な論点について、所得税法及び法人税法の基本的な概念、規定、判例を正しく理解した上で、本問の事実関係に即しつつ、設問が求める事項についての確に検討と当てはめがされ、設問に正面から答えているかという観点に立って採点した。

設問1. においては、AがXから損害賠償金として受け取った100万円について、所得税を課税される範囲の説明が求められているところ、ほとんどの答案が、一定の損害賠償金を非課税所得として規定する所得税法第9条第1項第17号を指摘した上で、当該100万円の内訳ごとに同法施行令第30条各号への当てはめを行っていた。もっとも、所得税法第9条第1項第17号を指摘しない答案も少数ながら見られたが、まずは上位規範である法律の規定を指摘した上で下位規範へと検討を進めていくのは法規範の解釈、適用に当たって当然のことである。

当該100万円の内訳ごとに見ると、通院治療の費用の補填としての10万円が所得税法施行令第30条第1号に該当して非課税とされることはほとんどの答案が、また、通院に伴う休業補償としての10万円が同号の最後の括弧書きに該当して非課税とされることは多くの答案が、それぞれ正答していた（念のために付言すれば、括弧書き内の文言を指摘したり、括弧書き内の文言に当てはめたりする場合、その文言が括弧書き内に規定されていることまで明示しなければ正確に条文を摘示したことになることは銘記すべきである。）。これに対し、バイク修理費用を補填するものとしての10万円が非課税とされないことについて正答する答案は少なかった。所得税法施行令第30条柱書きの最後の括弧書きにおいて必要経費に算入される金額を補填する性質の損害賠償金が非課税所得から除外されていることを理解していないと思われるものが予想に反して多く、この点は、損害賠償金は非課税との原則に対する重要な例外の一つであるから、十分な理解が望まれるところであった。他方、少数ではあるが、必要経費を補填する性質のものが非課税所得から除外されている趣旨をも含めて丁寧な論述をする答案もあり、正確な理解をうかがわせて好印象であった。

なお、Aが支出したバイクの修理費用10万円を資産損失として捉えた上で、資産損失は所得税法第51条第1項により必要経費に算入されるからその補填としてAがXから受け取った10万円は非課税とならないとする答案も散見されたが、本問の事案を素直に読む限り、そもそも当該10万円はAの資産損失を補填するものではなくAが支出した事業所得に係る必要経費であるバイクの修理費用を補填する性質のものであるし、（本問の事案では想定されていないが）仮に資産損失の補填として10万円を受け取ったのであれば、同項の第2括弧書きにより資産損失としては必要経費に算入されない一方、当該10万円は同法施行令第30条第2号により非課税とされるのであるから、条文の操作そのものとして見ただけでも誤りと言わざるを得ない。

その余の70万円については、そのうち慰謝料として相当な15万円が所得税法施行令第30条第1号に該当して非課税とされることを指摘した上で（なお、当該15万円が同条第3号の「相当の見舞金」に該当して非課税とされるとする答案も一定数あったが、同条第1号が「心身に加えられた損害につき支払を受ける慰謝料」と明示している以上、同号に該当するものと解するのが相当であろう。）、残額の55万円につき、一定の損害賠償金が非課税とされる趣旨や非課税とされる損害賠償金の意義を明らかにしつつ、その非課税所得該当性の有無を説明する必要があるが、その論

述が十分と評価できる答案は多くなかった。その一方で、いわゆるマンション建設承諾料事件判決（大阪地判昭和54年5月31日・判例時報945号86頁）を指摘して論述し、あるいは、同判決の指摘はなくとも説得的に論旨を展開した答案も少数ながら見られ、このような答案は「優秀」の評価を受け得るものであった。

そもそも、設問1.においては、所得税法における所得の概念を踏まえつつ、当事者間で損害賠償金と明確に合意して授受された金員の非課税所得該当性を説明することが求められているのであるから、所得税法が純資産の増加を全て所得として捉える包括的所得概念を採用していることから説き起こし、一定の範囲の損害賠償金が損害の回復、補填の性質を持ち、純資産の増加をもたらさないことから非課税とされることを指摘し、ひるがえってそのような性質を持つもののみが当事者間での名目にかかわらず非課税とされる損害賠償金に当たることを説明すべきであるが、このような論旨が十分に展開できている答案は多くなかった。むしろ目に付いたのは、このような論旨を答案の冒頭ないし前半部分で総論的に述べているにもかかわらず、後半部分で各論的に55万円の非課税所得該当性を述べるに当たり、当該論旨を全く踏まえない答案が少なくないことであった。このことから、「論点」であるからとりあえず答案に書くという意識がうかがえるが、法令の解釈は、目の前の具体的事案を解決するために必要であるから行うのであり、司法試験における答案作成に当たっても、何のためにその「論点」に関する論述をするのかを常に意識する必要がある。

設問2.は、B社が貸倒損失として経理処理した損害賠償請求権についてその全額を損金算入することの可否を問うものであるが、そもそも、いかなる論述が求められているのかや、損金の額について定める法人税法第22条第3項のいずれの号の問題であるかを的確に捉えられていない答案が散見された。加えて、本設問の解答に当たっては、参考となる最高裁判所の判決の内容を指摘することが求められているにもかかわらず、この点につき一切触れないものや、いわゆる興銀事件最高裁判決（最判平成16年12月24日・民集58巻9号2637頁）の内容を説明するものとしては誤った、あるいは甚だ不十分なものも目に付いた。これらの答案は、いずれも、「一応の水準」以下の評価しか得られないこととなろう。その一方で、同最高裁判決の事案の概要や本問の事案との違いを簡にして要を得た記載ぶりで説明するものや、同最高裁判決が損金算入の要件該当性の判断に当たって債務者側の事情だけでなく債権者側の事情をも考慮としたことに特徴がある旨を指摘するものも少数ながら見られ、判例に対する理解の深さが感じられ好印象であり、これらの答案は、「優秀」の評価を受け得るものであった。

本設問においては、興銀事件最高裁判決が損金算入の要件該当性の判断に当たって考慮とした債務者側の事情と債権者側の事情として検討すべき事実を提示された事案の中から拾い上げ、損金算入の要件を満たすか否かを検討する必要があるところ、多くの答案が、債務者側の事情として、Xが定職に就かず、安定した収入もなく、本件定期預金以外にみるべき資産もない状態であり、このような経済状態が好転する兆しもないことを挙げ、債権者側の事情として、任意弁済をしないAから法的手続によって債権回収を図ろうとしても、少なくとも40万円の費用を要し、本件定期預金の金額との関係で費用倒れに終わることを的確に指摘していたが、それらの答案の中には、損金算入の要件該当性の考慮要素を具体的に記述しながらそれとリンクする形で事実の摘示、評価、当てはめができていないものも相当数見受けられた。設問1.について述べたところと同様、単に「論点」であるから書くというのではなく、何のために書くのかを意識しなければならない。

全額の損金算入の可否の結論については、ほとんどの答案が400万円全額を法人税法第22条第3項第3号の「損失」として損金算入できるとの結論を導いていたが、一切損金算入できないとするものや、本件定期預金の金額である30万円を除いた370万円の限度で損金算入できるとするものも少数見られた。本設問においてどの結論でなければ論理的に誤りであるということはない

が、多くの答案が指摘していた上記の債務者側の事情及び債権者側の事情を踏まえてもなお、いまだ全額の回収不能が客観的に明らかでないとするには相応の説得的な論述が必要であるところ、その程度に至っているものは必ずしも多くはなかった。また、金銭債権の一部の貸倒れ（部分貸倒れ）の損金算入を認めるのであれば、相応の法解釈を展開する必要があるところ、単に本件定期預金の30万円が回収可能であるから370万円の限度でしか損金算入できないとの発想が根本にあると思われる答案がほとんどであった。

最後に、両設問を通じ本問は、所得税法と法人税法の基本的な概念、規定、判例を正しく理解していれば、少なくとも「良好」の評価を得ることが可能であり、その上で、規定の摘示や事実の当てはめ、評価が丁寧にされ、説得的に論旨を表現できていれば、「優秀」の評価を得ることも可能であった反面、これらができていなかった者は、「一応の水準」あるいは「不良」の評価とならざるを得なかった。法律実務家を目指す以上、法令や判例を正確な知識として習得し、これを具体的事案に丁寧に当てはめることのできる能力、そしてこれを読み手に向けて説得的に論述する能力を身に付けることは大変重要である。また、法人税法に関する設問2.は、所得税法に関する設問1.と比較して、解答者間の点数の開きが大きく、法人税法の学習の質と量の差が点数差に現れたものと思われる。第1問全体として「優秀」ないし「良好」の評価を得るためには、法人税法の学習をおろそかにしてはならない。

[第2問] (配点：50)

第2問に関しては、各設問の出題の意図を理解できていない答案が目立った。設問1.は源泉徴収の法律関係の理解を問う問題であり、設問2.はAらの「平成27年にX社が、本件横領により損失を被ったとの見解」を前提として本件更正処分の適法性の検討を求める問題であり、設問3.は本件納税告知処分の適法性、すなわち、本件横領によるAへの利益移転の給与所得該当性の検討を求める問題である。これに対して、設問1.や設問2.でAへの給与所得該当性を論じたり、設問3.で本件横領による損失と損害賠償請求権の両建ての可否を論じたりする答案が、それぞれかなりの数見られた。これらの答案についても採点においては一定の配慮をしたが、各設問の意図を正確に理解した答案とは、当然のことながら成績にかなりの差異を生じた。

設問1.については、「E税務署長」による徴収方法が問われていることから、この点についての直接の根拠規定となる所得税法第221条を挙げ、同条が、「所得税を徴収して納付すべき者がその所得税を納付しなかつたときは、税務署長は、その所得税をその者から徴収する。」と定めていることを指摘する答案が多いと期待していた。この規定を本問の事実関係に素直に適用すれば、Eは飽くまでX社から徴収すべきであってAから徴収することはできない、という結論が導かれる。ところが実際には、同条を指摘しない答案や、同条を指摘しつつ「その者」を受給者であるAと誤解して「Aから徴収できる」と解答する答案などがかなりの数あった。

また、源泉徴収の法律関係について、源泉徴収義務者と国との間、及び、源泉徴収義務者と受給者との間に法律関係が成立するが、国と受給者との間に法律関係はないとし、その結果、前掲の所得税法第221条と併せてEはAから徴収できないとの解答を導いていた答案は、むしろ少数であった。目立った誤答としては、「源泉徴収は支払者が受給者の所得税を受給者に代わって納付する制度」とするもので、この前提の下で「X社が納付しない場合には原則に戻ってAから徴収できる」とする解答がかなりの数あったが、これらは源泉徴収制度の概要すら理解していないもので、到底「一応の水準」とすら呼べないものである。

また、源泉徴収の「法律関係」について簡潔に説明することを求めたにもかかわらず、「効率的かつ確実に徴収する制度」など、その趣旨目的に触れるにとどまった答案も多く、そのような答案には当然ながらこの論点について得点を与えることはできなかった。また、源泉徴収制度を給与所

得者に関する制度と説明する誤答も一定数あった。この制度が給与所得以外にも所得税において広く用いられていることを認識すべきである（この点は、平成27年の採点実感（第2問）においても指摘されている。）。

なお、本件の源泉徴収の根拠規定は所得税法第183条第1項であるところ、同条第2項を指摘する答案も一定数あった。Aが「役員」であることに引張られたものであろうが、誤答である。条文を正確に読む能力の不足と考えられる。

設問2. は、いわゆる横領損失と損害賠償請求権の両建処理に関する問題である。まず、一般論としては、①本件横領により（1000万円）の損失が生じたとの見解の下では、その（1000万円）の損失が法人税法第22条第3項第3号により平成27事業年度の損金に算入される。②他方、X社はAに対して、本件横領に基づく損失と同額（1000万円）の損害賠償請求権を有するところ、③その権利の年度帰属は法人税法第22条第4項の公正処理基準の下で権利確定主義に基づいて判断されるべきである。この考え方を当てはめると、④本件横領による損失とそれに基づくX社の損害賠償請求権は同時に確定するのが原則であるが、⑤被害者にとって加害者や権利内容を知ることが困難で直ちに権利行使を期待できない場合には、例外的に権利行使を期待できることとなった日の属する事業年度に収入すべき権利が確定する。⑥ただし、課税の公平を図る見地から、この判断は客観的に、ないし、一般人を基準としてなされるべきである、という6点を論じる必要がある。

その上で、本件への当てはめを行なうことになる。X社の代表者であるAによる横領であること、他の取締役で株主でもあるB・CはX社の経営にあまり関心を持っていなかったことなどを合理的に勘案して論理的な結論を導いているものであれば、平成27年中に損害賠償請求権により収入すべき権利の確定があり、更正処分は適法であるとする結論でも、平成27年中には権利確定がなく本件更正処分は違法であるとする結論でも、同様に正答として採点した。

これに対して、本問のような損害賠償請求権と損失は常に同時に確定するとして平成27年中の損害賠償請求権により収入すべき権利の確定を導いた答案は、裁判例の動向への関心の程度が異なるものとして（参照、東京高判昭和54年10月30日訟月26巻2号306頁（日本綜合物産事件）、最判平成4年10月29日訟月39巻8号1591頁（相栄産業株式会社事件）、東京高判平成21年2月18日訟月56巻5号1644頁（日本美装株式会社事件））、上記①ないし⑥について検討する答案よりも、やや低い評価となった。

本問は、法人税法に関する、いわゆる典型論点の一つであり、ほぼ完璧に書ききっている答案も一定数以上存在したし、さらに、Eによる本件更正処分の内容を、「法人税法第22条第3項第2号の費用として損金算入されていた外注費が架空であることからこの損金算入を否定するとともに、同額をAに対する役員賞与として同法第34条第1項により損金算入を否定したもの」と正確に指摘した答案も複数あり、これらに対しては高い評価を与えた。

他方で、横領による損失だけに着目する答案もかなりの数あり、前述した出来の良い答案との間には、得点に大きな開きを生じた。また、損失と損害賠償請求権の両方を論じているものであっても、「両者が平成27事業年度に両建てになる結果、損益は生じない（プラスマイナスゼロ）から、X社の法人所得を増額するEの本件更正処分は違法」とする誤答も相当数あった。X社が申告において架空外注費を損金算入していた点を見落としており、このような分析では、やはり高い得点は望めない。

なお、更正処分の適法性を論じるに当たって国税通則法第24条を参照し、本問の事情においてX社の課税標準等が「その調査したところと異なるとき」に当たるかを論じた答案も一定数見られたが、更正処分の適法性を論じるに当たって同条を参照する必要はない。端的に、Eの処分におい



て示された税額がX社の正当な税額を上回れば、その限度で更正処分は違法となる。このことは特に教室で習っていないなくても、更正処分の取消訴訟の判決をある程度の件数読めば分かるはずであり、後述するように、最高裁判例又は下級審裁判例に対して、適切な関心が持たれていないことと関連するように思われる。

その他、この設問2.を法人税法第34条第3項、又は、同法第55条第1項の問題とする誤答、「Aら納税者が横領という見解で一致している以上、税務署長にそれを役員給与と引き直す権限はない」とする誤答なども多く、よくできた答案と得点の上で大きな開きが生じた。

設問3.は、異説にも触れつつ、本件納税告知処分の適法性を論じる問題である。第2問の問題文において、税務署長Eは本件横領による利益をX社がAに与えた役員給与であり、所得税法における給与所得に該当するからX社に源泉徴収義務が発生するとの見解の下に本件納税告知処分を行っている。これに対してX社側（Aら）は、本件横領によりX社は損失を被っており、これはAから賠償されるべきものであるとの見解で一致している。したがって、本問のポイントは、本件横領による利益がAの給与等に該当すれば納税告知処分は適法であり、逆に、本件横領からX社が損失を被るのみでAの給与等に該当しないならば納税告知処分が違法となる、という判断枠組みにある。そして、自説が給与所得該当説であれば、横領損失説に触れつつ自説を論理的に主張する（あるいは、その逆）ことが求められている。自説がどの説を採用かではなく、それぞれの説が論理的に説明され、かつ、異説への批判が適切に行なっているか、という観点から採点した。

期待される検討枠組みに何らかの形で言及した答案は全体の約半数であったが、枠組みを正しく指摘した答案はさらにその半分強にとどまった。他方、この枠組みを指摘した答案において、給与所得該当説は、役員・従業員がその地位に基づいて法人から与えられた経済的利益を広く給与所得と捉え、本問における利益はAがX社の代表取締役としての立場・権限を利用して受けたものであるとするなどの見解に立つ答案が多く、また、横領損失説は、給与所得の意義の一般論を述べつつ、本件の利益はX社へのAの役務提供の対価に該当しないとする答案が多かった。いずれも、正答である。

設問3.については、Eによる納税告知処分をX社の法人税に関する処分と誤解し、X社の法人所得に焦点を当てて検討した答案が少なからずあった。設問1.とも関連するが、源泉徴収による所得税の制度についての理解を全く欠くものと言わざるを得ない。

第2問を通して結果を見ると、設問2.を中心によく出来た「優秀」「良好」な答案があった反面、「一応の水準」とされる答案はやや少なく、設問1.と設問2.で基本的な制度の理解不足などを示した「不良」な答案も多く見られた。

問題作成時には、設問1.がごく基礎的な知識を問う問題であり、設問2.が典型論点であることから、第2問の成績は全体としてかなり良いと想定していたが、残念ながら大きく異なる結果となった。

### 3 今後の出題について

本年は第1問設問2.と第2問設問2.が法人税法に関する問題であり、その余が所得税法に関する問題であった。範囲としては、今後も所得税法からの出題を中心としつつも、法人税法や国税通則法の基本的事項からの出題が望ましいと考えられる。その意味で、法人税法や国税通則法の学習をなおざりにして「優秀」ないし「良好」の評価を得ることは困難である。

内容としては、所得税法、法人税法、国税通則法に関する基本概念や制度に関する基本的な知識の有無及び程度、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。

#### 4 今後の法科大学院教育に求めるもの

##### (1) 基本的な概念や基本的な知識の習得

近年の答案の傾向として、租税法の基本的な概念や基本的な知識の理解に欠ける答案が多いことが挙げられる。本年の第1問設問1.において一定の損害賠償金が非課税所得とされる趣旨、理由を「担税力の低下」や「被害者の保護」といった一言で片付けてしまい、所得概念との関連で正確に説明できていない答案が散見されたことや、第2問設問1.において源泉徴収制度についての基本的な知識の欠落を示した答案がかなりの数にのぼったのがその例である。

法科大学院においては、まず、基本的な概念や基本的な知識を正確に理解させることに重点を置いた上で、次のステップとして条文の相互関係、更には個々の規定の趣旨・目的の議論と条文の文理解釈との間のつながりを考察できる能力の習得を目的とした教育が望まれる。

##### (2) 事実認定と当てはめに関する能力の習得

平成29年の採点実感でも触れた、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重要な事項である。この点につき、本年の問題はあまり高度な能力を要求するものではなかったため、答案において、事実認定や当てはめの前提として、期待した「事実の評価」を行った答案が多く見られた。たとえば、第2問に関連して、「株主総会」と称して集まってもB、Cの主たる関心が焼き牡蠣や土手鍋を賞味することにあつた点を指摘して、「この2名がX社の経営に、取締役・株主として当然持つべき関心を持っていなかった」と評価した答案は相当数見られた。

このように、問題文の事実をただ答案用紙に引き写すだけでなく、それに「当てはめ」へと続く「評価」を与えることの重要性を、十分に認識する必要がある。

##### (3) 法人税法等の習得

法人税法に関する設問の正答率は、例年、相当程度低い。本年の第1問設問2.は、金銭債権の貸倒損失の損金算入の可否という典型論点を問うていることが問題文自体にほぼ明示してあるものであったが、そもそも論点を正しく捉えていない答案や、この論点では必ず採り上げられる興銀事件最高裁判決の内容を正しく理解していない答案が少なくなかった。第2問設問2.も、先に触れたようにいわゆる典型論点であったが、設問の意図を正確に理解し、適切な解答をした答案は決して多いとは言えない。司法試験の租税法の出題範囲は法人税法のごく一部に限られており、比較的時間に余裕がない授業であっても基礎的な制度理解と重要判例を学習する時間を確保することは不可能ではないと思われる。

また、所得税の手続的な側面について授業中に十分な時間を充てることは難しい場合もあるが、例えば、利子所得、配当所得、給与所得、退職所得を教える際に取り上げる判例、裁判例においては支払者が原告となっている例も多く（例えば、利子所得につき、東京高判昭和39年12月9日行集15巻12号2307頁（協和興業事件）、配当所得につき、最判昭和35年10月7日民集14巻12号2420頁（鈴や金融株式会社事件）、給与所得につき、最判昭和37年8月10日民集16巻8号1749頁（通勤定期券課税事件）、退職所得につき、最判昭和58年9月9日民集37巻7号962頁（5年退職事件））、そのような判決を扱う際に合わせて源泉徴収の法律関係に一言触れた上で、適切な基本書を挙げて授業外で参照するように指示するなどの対応は可能なはずである。また、法人税の更正処分と同時に源泉所得税の納税告知処分がなされる事案（例、最判昭和48年12月14日訟月20巻6号146頁（株式会社塚本商店事件））を扱う際に、納税告知処分について短時間でも解説することは、むしろ自然でさえある。

授業時間の厳しい制限内ではあるが、所得税法、法人税法などの実体法と関わる租税手続法につ

いても基礎的な理解を与えるような工夫が必要とされる。

#### (4) 判例・裁判例の学習

毎年の採点実感で触れられているところであるが、適切な内容の答案であっても、関連する最高裁判例や重要な下級審裁判例に触れるものはほとんどなく、極めて問題である。本年の各設問について、関係する判例等を挙げると以下のとおりである。

第1問設問1. 大阪地判昭和54年5月31日判例時報945号86頁（マンション建設承諾料事件）

設問2. 最判平成16年12月24日民集58巻9号2637頁（興銀事件）

第2問設問1. 最判昭和45年12月24日民集24巻13号2243頁（愛知交通事件）

最判平成4年2月18日民集46巻2号77頁（日光貿易事件）

設問2. 最判平成5年11月25日民集47巻9号5278頁（大竹貿易事件）

東京高判平成21年2月18日訟月56巻5号1644頁（日本美装事件）

設問3. 青森地判平成15年4月22日（裁判所Web・給与所得該当性を否定）

仙台高判平成16年3月12日（裁判所Web・給与所得該当性を肯定）

このように全ての設問が最高裁判例，又は，重要な下級審裁判例に関連しており，答案作成に当たっては，当然にこれらに言及すべきであるところ，特に問題文で言及を求めた興銀事件最高裁判決を除き，これらの判例等の存在に言及した答案はごく僅かであった（それらの答案には，言及内容に応じて加点した）。

ここで挙げた判例等の多くが代表的な判例教材に収録されているにもかかわらず，それらに一切言及していない答案が非常に多いという現状は，法科大学院における租税法教育の場で判例への言及が不十分であることを強く推認させるものである。法科大学院の教育においては，少なくとも著名な最高裁判決には言及できるような知識の整理を前提として，自らの主張が判例に反対する場合はもちろん，その趣旨に沿うものであっても判例に言及することが不可欠であることを，きちんと教えるべきである。

これに加え，第2問設問2. で更正処分の適法性を検討するに当たり，端的にX社の正当な法人税額を論じる代わりに国税通則法第24条の「調査」の文言に固執して本問における「調査」の内容を論じるなど，更正処分の取消訴訟の判決を数件でも精読していればあり得ない誤りが散見されたことをも勘案すると，演習科目等において実際の判決文を教材とすることなども，教育上必要な措置だと考えられる。

## 5 租税法を勉強するに当たり

### (1) 条文の正確な理解と適切な引用

採点をしていると，法的効果の説明をしながら，その効果の根拠となる条文を引用していなかったり，誤った条文を引用したりしている答案や，解答として「〇条〇項〇号」と書くことが求められているところを「〇条」「〇条〇項」とのみ書いて手を抜く答案が多いことに気づく。第2問設問1. の解答において，給与所得の源泉徴収の根拠規定として所得税法183条1項を挙げるべきところ，「183条2項」と書くのが前者の例であり，第1問と第2問の双方の設問2. の解答において，損失として損金算入する場合の根拠規定を「法人税法23条3項3号」と書かずに「法人税法23条3項」と書くにとどめるというのが後者の例に当たる（第1問設問1. の解答において「括弧書き」まで書かないのも後者の例である。）。

租税法令の正確な理解とその運用能力を身に付けることは，租税法を勉強する基本中の基本であり，そのためには，常に法令を参照し，現在検討している問題が条文中のどの文言に関連する

のかを確認することが不可欠である。

## (2) 判例に関する関心と理解

最高裁判例、及び、重要な下級審裁判例に関する知識は、租税法の基本的な知識の一部である。したがって、それらの判決における事案と判決内容について、正確かつ論理的な理解をしておく必要がある。

そして、平成29年の採点実感においても指摘したことであるが、司法試験の解答に際しては、論点について判例等がある場合には、問題文に特に「判例に言及しつつ」というような指示がなくても、これに言及することは、原則として必要だと理解すべきであり、それがない場合は減点を覚悟すべきである。自説が判例等と異なる場合であっても、この間の事情は変わらない。

このような解答が作成できるようになるためには、基本書で基本的な知識や制度理解を身に付けた後、授業において用いられる判例教材に載せられている判決を深く読み込むことが必要である。一部の基本書や判例教材において、わざわざ個々の判例等に「事件名（ニックネーム）」を付けているのは、そのような学習方法の一助とするためなのである。

なお、限られた試験時間内で答案を作成する以上、答案における判例等への言及と言っても、特別なことが要求されるわけではない。問題文で判例等への言及が特に求められていない場合であれば、例えば、「～については～と解すべきである（判例同旨。）」「判例によれば、～は～と解されている。」というような表現で、自説と判例との関係を自覚していることが示されていれば一応は必要性を満たしていると言い得る（基本書等で用いられた事件名を附記できれば、さらに良いことは言うまでもない）。また、判例の趣旨を理解していることが採点者に伝われば足りるのであるから、一字一句判決文のとおりを書く必要があるわけでもない。誤解のないように付け加えておきたい。

(1)と(2)の記述を一言でまとめれば、租税法の勉強は、「一に条文、二に基礎知識、三に判例」となる。

## (3) 基本的かつ偏らない知識の習得

採点実感を熟読すれば分かるように、本年の問題は、第2問設問3.を除けば、ごく基本的な事項に関する出題に止まるし、同問についても、両説それぞれを示す複数の下級審裁判例が判例教材にも取り上げられている重要事項であって、それほど難易度が高いわけではない。

それにもかかわらず、期待した水準の答案となっていないのは、出題された制度や論点についての基礎的な知識に欠いているからである。また、所得税法のみ理解では法人税法や国税通則法の問題は解けない。

したがって、司法試験の出題範囲全体に対して目配りしつつ、基礎的な知識をしっかりと身に付けることが、まずは必要な事柄と言えよう。

## 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る。何を問われているのかを正確に把握し、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。問題文や問いの内容を自分勝手に理解して作成した答案では、良い成績は望めない。また、司法試験では突飛な内容を質問するわけではないから、日頃から制度に関する基礎的な知識や判例等の理解を蓄積しておけば、おのずから、「これは～を問う問題だな。」ということが分かるはずである。

その意味でも、既に何度も述べたとおり、条文や制度の基本的な理解と判例等への関心を有していれば、司法試験の租税法において、高得点をマークすることは、決して難しいことではない。

1 出題の趣旨について

出題の趣旨は、別途公表している「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

出題した2問とも、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）上の制度・規定の趣旨及び内容を正確に理解し、問題文の行為が市場における競争にどのような影響を与えるかを念頭に置いて、問題点を指摘し、法解釈を行い、事実関係を丹念に検討した上で、要件の当てはめができるか、それらが論理的かという点を評価しようとした。

特に、独占禁止法の基本を正確に理解し、これに基づいて検討することができているかを重点的に見ようとしており、公表されている公正取引委員会の考え方やガイドライン等について細かな知識を求めることはしていない。

(1) 第1問

第1問は、A社ないしF社がX製品及びY製品に関して行った価格情報交換に関連する行為が独占禁止法第2条第6項の各要件を満たす行為（不当な取引制限）に当たるか否か（設問(1)）、違反行為の成立を前提として行為者に及ぶサンクションとその軽減への対応について（設問(2)）、見解を問うものである。

具体的には、設問(1)に関しては、①情報交換に関与した各社の担当者の行動や発言の相違を踏まえて、「共同して」（又は「共同して・・・相互に」）を満たすか、すなわちA社ないしF社の間に意思の連絡があったと認められるか否か、②意思の連絡により「相互にその事業活動を拘束」したと言えるか、③意思の連絡の内容やX・Y各製品の属性等を踏まえて、意思の連絡の対象範囲をどのように認定し（両製品につき一体としての合意を認定するのか、各別に合意を認定するのか）、「一定の取引分野」をどのように画定するのか、④値上げの成否や需要者の抵抗などを踏まえて、当該「一定の取引分野」における「競争を実質的に制限する」と言えるか、といった論点について、的確に事実認定を行った上で論理的に説明できているかどうかを見た。また、設問(2)に関しては、①課徴金に係る計算の始期について、法令に規定された実行期間の意義を理解して、認定した違反行為に対応した検討が行われているか、②課徴金減免申請について、公正取引委員会の調査開始日以後の申請であることを踏まえ、減額が認められるために申請者に求められる行動について、適切な根拠条文を参照して的確に説明できているかを見た。

(2) 第2問

第2問は、オンライン旅行予約サービス事業者（以下「OTA」という。）であるA社が、宿泊施設とサービス提供契約を締結するに当たって、第1案ないし第2案のような条件を付すことにより、当該宿泊施設の事業活動及び競争（他の宿泊施設やA社との競争。以下同じ。）、OTA間の競争にどのような影響があるかを分析・検討し、不公正な取引方法（独占禁止法第2条第9項第6号ニに基づく一般指定第12項）の該当性について、正しい独占禁止法の理解に基づき的確に結論を導けるかを問うものである。

全般的には、一般指定第12項の要件該当性について、行為要件、対市場効果要件、正当化事由の順に、条文等に基づいて規範を定立した上で、問題文に記載された事実関係に基づく当てはめをしているかを評価の対象とした。

規範の定立に関しては、一般指定第12項の「拘束する条件をつけて」及び「不当に」の条文解釈、正当化事由についての判断基準の定立がそれぞれの確にされているかを評価した。

当てはめのうち、本問の中心的な論点である対市場効果要件に関しては、適切に市場を画定した上で、反競争効果について多角的に分析できているかを評価の対象とした。

具体的には、市場画定の意義や目的を踏まえて、需要者と供給者を明確に意識し、オンライン予約とオフライン予約を別の市場とするか否か、OTAを介した予約と宿泊施設のサイトを通じた直接予約を別の市場とするか否かについて分析できているかを評価の対象とした。

その上で、第1案については、OTA間の競争への影響が焦点となることを意識し、反競争効果の有無についての結論を導くことができているかを評価した。取り分け、オンライン・プラットフォームの場合、一方の市場における当該プラットフォームの顧客が増えれば増えるほど、他方の市場の顧客にとっても当該プラットフォームを利用することの効用が増すという間接ネットワーク効果が働くため、シェア第1位企業の導入する措置がOTA間の競争に及ぼす影響を十分に分析できているかも評価対象とした。他方、第2案については、第1案と比較してOTA間の競争への影響が明確ではないことを意識し、宿泊施設の事業活動及び競争への影響等も総合考慮して反競争効果の有無についての的確に結論を導くことができているかを評価の対象とした。

正当化事由については、定立した判断基準に従い、問題文に記載された目的・手段及びより競争制限的でない代替的手段等に係る事実関係に基づいて、的確に結論を導いているかを評価の対象とした。また、フリーライド（ただ乗り）防止に関しては、競争促進効果の観点から反競争効果の有無を論じる答案についても、同様に評価した。

加えて、資料として付した流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針（以下「流通・取引慣行ガイドライン」という。）に示された判断基準を的確に踏まえた解答となっているかも評価要素とした。

### 3 採点実感等

#### (1) 出題の趣旨に即した答案の存否、多寡について

##### ア 第1問

設問(1)のうち、まず行為要件については、「共同して」が「意思の連絡」であること及びその立証方法を示した上、X・Y両製品又は製品ごとに意思の連絡の有無を検討する中で、協議の場で特徴ある態度を示したA社、C社、D社について意思の連絡の当事者であるか（意思の連絡が成立しているか）を検討できている答案が多かった。他方、意思の連絡の立証方法についての言及を欠く答案、事前の連絡交渉とその内容に係る事実については言及するものの事後の行動の一致には触れることなく意思の連絡を肯定する答案、A社、C社、D社のそれぞれについての検討を欠く答案や検討内容が十分ではない答案（例えば、A社に関して他社の認識についての言及を欠く答案、C社に関して事後の行動の一致についての評価を欠く答案、D社に関してY製品についての検討を欠く答案など）も散見された。C社については、意思の連絡の成立を問う場面にもかかわらず、意思の連絡からの離脱要件を当てはめて検討を加えた答案もかなり見られた。また、情報交換の背景・動機、会合の開催とそこでの話合い、値上げのプロセスの評価や競争行動からの乖離という観点から、十分な説明がなされていない答案も多くあった。

「一定の取引分野」に関しては、その意義や画定基準を示し、本件行為がハードコアカルテルであることから、意思の連絡（合意）の対象であるX製品又はY製品あるいは両製品を取り上げた上で、各製品の用途や需要者の相違などにも目を配って市場画定を行うことができている答案が比較的多かった。いわゆるSSNIP型の市場画定を行った答案も比較的多かったが、正しく市場画定を行い、競争制限効果とも整合的に説明できていれば、合意の対象範囲を市場とするアプローチと同様に評価した。他方、意思の連絡の対象について特に配慮をしなかったり、意思の連絡の対象の認定と市場画定の間には齟齬が生じて論理一貫性を欠いていたりする答案も数多く見られた。

「競争を実質的に制限する」に関しては、その定義を示し、当事者の市場シェアや意思の

連絡の非参加者による追随，参入の可能性などに言及し，画定した「一定の取引分野」における競争の実質的制限を肯定する答案が比較的多かった。他方，本設問の場合には，値上げが必ずしも十分に実現しなかった事実や需要者側の抵抗行動が設定されているが，それに対して十分に配慮せず問題意識を欠いた認定をしている答案も多く見られ，また，競争の実質的制限を否定する答案や市場画定に対応した認定がなされていない答案も見られた。

設問(2)のうち，課徴金の計算については，根拠規定と計算方法（実行期間及び算定率）を提示し，X製品及びY製品のうち違反行為を認定した製品を対象として解答した答案が多かった。もっとも，標準的な算定率（10パーセント）が適用される理由について説明していない答案も多く，また，実行期間の始期について，会合時点でカルテルが成立する（既遂となる）ことを理由に，会合の翌日とする答案もある程度見られた。Y製品について，カルテルの成立を認める一方で，値上げがほとんど実現しなかったことを理由に課徴金を課さないとした答案もあった。

A社の責任を軽減するために採るべき手段については，課徴金減免申請の可能性を検討すべきとの答案が多かった。しかし，調査開始日前の減免申請について記述している答案が多く，公正取引委員会の調査開始日「以後」の減額申請であること，その場合の根拠規定及び公正取引委員会が把握していない追加情報の提供要件について，正確に検討して解答した答案は極めて少なかった。

## イ 第2問

### (ア) 行為要件について

一般指定第12項の「拘束する条件をつけて」の条文解釈を適切に行い，当てはめている答案が大多数であったが，条文解釈を記述せずに結論のみを記述している答案も散見された。要件該当性の根拠として，契約上の義務を課すものであることだけではなく，A社のシェア及び宿泊施設の相対的地位などを指摘して拘束の程度（契約条項遵守への強制力の強さ，契約解除の困難さ）を論じている答案も少なくなかったが，行為要件の該当性の検討としてのみではなく，反競争効果の考慮要素につながる記述としても評価した。

### (イ) 対市場効果要件（総論）について

一般指定第12項の「不当に」の文言の意味が公正競争阻害性，中でも自由競争減殺に見いだされるとの解釈が的確に記述されている答案が大多数であり，それを全く記述していない答案は少数であった。また，自由競争減殺をもたらす道筋として競争回避及び競争排除についても具体的に指摘する答案もあり，それを条文解釈ではなく当てはめの部分で記述する答案も同様に評価した。

### (ウ) 市場画定について

第1案及び第2案による反競争効果については，資料に掲げられた流通・取引慣行ガイドラインに記載のとおり，反競争効果を判断する前提として，当該行為により競争上の影響を受ける範囲を検討することが有益と解されるところ，市場画定の意義及び目的について記述して検討できている答案が多かったが，市場画定についての記述が全くないまま反競争効果について論述する答案や，検討対象市場の結論のみを記述して画定に至った根拠を論述していない答案も散見された。

市場としては，日本国内における宿泊施設の直接予約を含めたインターネットを介した宿泊予約サービスを検討対象市場と画定する答案が多かったが，旅行代理店等によるオフラインの宿泊予約サービスを含めた市場と画定する答案も散見された。それらについて宿泊施設の予約者（ユーザー）にとって代替性があることは否定できないとしても，その代替性の程度や両案がオンラインサイトに掲載される宿泊料金等のみを拘束するものであることを考慮すれば，オフラインの宿泊予約サービスを含めて市場を画定して検討すると，反競争効果分析の正確性を欠くおそれがある。

他方、OTAが提供する仲介サービスの市場において宿泊施設が供給者でなく需要者であること、また、宿泊施設にとっても予約者（ユーザー）は宿泊予約サービスの需要者であるが、宿泊施設自身のサイトでは他の宿泊施設との比較や検索ができない（需要代替性が低い）ことなどを重視し、OTAを通じた宿泊予約サービスを検討対象市場として画定した上で、宿泊施設のサイトを通じた直接予約については、OTA間の競争に対する隣接市場からの競争圧力として、反競争効果を分析する答案もあったが、宿泊施設のサイトを通じた直接予約を含めて市場画定しているか否かはいずれであれ、下記の反競争効果の論述も含めて、論理的に一貫しているかどうかを評価した。

加えて、オンライン・プラットフォームに係る市場の特性として、二面市場であることを適切に指摘する答案も一定程度見られた。

(エ) 第1案による反競争効果について

上記の市場画定を前提として、資料に掲げられた流通・取引慣行ガイドラインの①から⑤の各事項を参照しつつ、第1案が、OTA間の競争並びに宿泊施設の事業活動及び競争に及ぼす影響について、制限の態様、A社のシェアや競争能力など問題文に記載されている考慮要素を検討し、反競争効果を分析・論述することが望まれたが、それらを多角的に論述する答案は少なかった。なお、上記の各競争のうちいずれをブランド間競争とし、ブランド内競争とするかについて、様々な答案があったが、競争主体及び悪影響の生じ得る競争関係を明確にして検討していれば、いずれに分類していても評価した。

この点、第1案が宿泊料金に関する制限であることに着目し、単に、宿泊施設間の宿泊料金の競争を減殺する（又は価格維持効果がある）などといった結論のみを記述して第1案の反競争効果を肯定している答案が散見された。しかし、第1案は（第2案も同様であるが）、宿泊施設が宿泊料金についてサイト間で差異を設けることを制限するものではあるが、自らの宿泊施設の料金設定の自由は基本的に確保されているのであるから、宿泊施設間の競争において、宿泊料金の価格維持効果があることは直ちに明らかとは言えないであろう。それだけに、第1案については、OTA間の競争に及ぼす影響が大きいことを意識して、反競争効果について各自の結論を導くことができるかが問題となるが、その分析まで至らない答案が目立った。

また、第1案がOTA間の競争に影響を及ぼすものであることを指摘する答案や、新規参入排除について指摘する答案は少なくなかったものの、その結論と簡単な理由のみを記述している答案も目立ち、その根拠について十分に記述している答案が多数とは言えなかった。OTAが宿泊施設に訴求する競争手段としては、サイトの閲覧数と宿泊予約数を増加させること（及びそれにより可能となる手数料の低額化）などが考えられるところ、かかる競争手段は、当該OTAが予約者（ユーザー）にとってどれだけ有利な取引条件（宿泊料金等）をサイトに掲載できるか、すなわち、予約者（ユーザー）に訴求する競争手段に依存していることから、第1案によりOTAの各サイトに掲載される宿泊料金等が同一となることにより、いずれの競争手段にも制約が生じ、OTA間の競争の緩和ないし排除の効果をもたらすことになると考えられる。OTA間の競争に関する需要者につき予約者（ユーザー）と宿泊施設の二面があることを指摘する答案は一定程度見られたが、上記のように相互の関係や影響を分析して反競争効果を論じた答案は僅かであった。

さらに、第1案が及ぼす影響を検討するに当たっても、制限の態様、A社の地位や国内の宿泊施設の状態などについて言及することが望ましい。A社の地位（シェア）及び国内の宿泊施設の状態について指摘する答案は多かったが、制限の態様として、宿泊施設による宿泊料金の決定に対する制限は大きくないものの、宿泊料金のみではなく、朝食の有無、提供される部屋の数と等級、キャンセル条件等と広範囲に制限が及ぶことを具体的に指摘して検討した答案は少数であった。



加えて、第2案と共通するものとして、宿泊施設の事業活動及び競争に及ぼす影響についても指摘して、反競争効果の判断の考慮要素の一つとして分析することが望ましい。この点、宿泊施設のサイトとA社のサイトに掲載される宿泊料金等が同一となる結果、他の宿泊施設との比較等の付加価値があるA社のサイトを介して予約する者が多くなって、宿泊施設がA社を経由せずに予約を獲得することが困難となること、その意味においてA社が宿泊施設との競争上優位となることを指摘する答案もあった。他方、宿泊施設が新しいビジネスモデルを開発し、他の宿泊施設との差別化を図ることによって、予約者（ユーザー）を獲得しようとする競争（イノベーション競争）を阻害するおそれがあることを具体的に指摘する答案はほとんどなかった。ただし、第1案については、OTA間の競争に及ぼす影響を主に分析することが求められるのであり、他の考慮要素（宿泊施設の事業活動及び競争に及ぼす影響）については補完的な考慮要素として記述していれば足りる。

(ウ) 第2案による反競争効果について

第2案は、第1案と異なりOTA間の競争に直接影響を及ぼすものではないことから、その反競争効果の結論を導くに当たって、より多面的な考慮要素の分析が不可欠である。第2案についても、結論として反競争効果を肯定する答案が多く、宿泊施設の事業活動及び競争に及ぼす影響（上記(エ)の最終段落参照）を重視して、反競争効果を導く答案もあったが、単に、宿泊施設間の競争を減殺する（宿泊料金の価格維持効果がある）などといった結論のみを記述して反競争効果を肯定している答案が散見された。

また、第2案についても、宿泊施設のサイトとOTAのサイトの宿泊料金が同一となることにより、OTA間でもサイトの宿泊料金が同一となるとする答案も多くあった。第1案との差異を意識した上で、OTA間の競争に及ぼす影響があることを記述する答案は評価したが、第2案は、宿泊施設自身のサイトの宿泊料金についてのみ制約を課すものであって、他のOTAのサイトの宿泊料金を制約するものではないため、同種の条項を他のOTAが導入したとしても、そのことだけではOTA間の価格競争が直ちに制限されることにはなり得ないだけに、事実上OTA間でサイトの宿泊料金が同一となる根拠を具体的に述べる必要があるが、かかる記述は極めて少なく、この点の正確な理解を欠いた答案が多かった。

他方、第1案と異なりOTA間の競争に直ちに影響を及ぼすものではないこと、フリーライド（ただ乗り）を防止することがOTA間の競争を促進する効果を持つことなどを重視して、第2案について反競争効果を否定した答案もあったが、結論がいずれであれ、反競争効果を的確に分析できているかを評価した。

(カ) 正当化事由について

第1案及び第2案のいずれについても、公正競争阻害性を認める場合には、正当化事由に関する検討が不可欠と解されるところ、正当化事由の有無については、目的の正当性及び手段の相当性の点から検討することについての的確に記述している答案が多かったが、反競争効果を認めながら正当化事由に関する記述が全くない答案も散見された。

第1案については、競争相手である他のOTAを排除する目的が不当であることを指摘する答案が多かったが、宿泊施設及び他のOTAのフリーライド（ただ乗り）防止目的として正当とする答案もあった。手段については、より競争制限的でない第2案があるとして不当とするもののほか、D社及びE社が検討するようなサービス利用料を徴収する手段があるとして手段が相当ではないとするものもあり、結論として正当化事由を認めない答案が多数であった。

他方、第2案については、フリーライド（ただ乗り）防止として目的は正当とする答案が多数であり、宿泊施設が自らのサイトで低額の宿泊料金での予約を受ける場合には、OTAのサイトを閲覧して比較検討した上で宿泊施設のサイトで予約をする者が多くなる不

都合を指摘する答案もあった。手段については、別にサービス利用料を徴収する手段があることを理由に不当とするものも多かったが、ユーザーの囲い込み効果を有するポイント制を既に採用していることの評価を記述している答案は少なかった。また、第2案については、手段も相当とする答案があり、反競争効果及び競争促進効果の程度及び内容に照らして手段の相当性をどの程度厳格に審査するかは見解が分かれ得るところであるが、いずれの結論であっても、問題文に記載された事実関係に基づいて的確に論証しているかを評価した。

(2) 出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準との差異について

ア 第1問

設問(1)に関しては、不当な取引制限の要件のうち、本設問上重要な論点となる各要件の定義や判断基準を示し、それらに対する当てはめについて一通り触れて論述している答案が多く、その限りにおいては出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準に大きな乖離はなかったと言える。他方、自ら提示した立証方法に対応する事実認定を十分に行っていない答案、市場画定の際に意思の連絡の対象やX製品とY製品の関係に配慮をしない答案、競争の実質的制限について需要者側の抵抗や値上げの実現の程度を検討の視野に入れない答案が多かった点では乖離が見られた。

設問(2)に関しては、課徴金の計算については基本的な理解が得られていると思われる答案が多かったものの、結論に至る理由を十分に説明していない答案も多く、課徴金減免制度について、公正取引委員会の調査開始日以後の申請となることや追加情報要件について言及していない答案が多かったことは想定外であった。

イ 第2問

「拘束する条件をつけて」、「不当に」といった各文言の解釈（規範定立）及び当てはめについて一通り論じている答案は多く、その点については、出題時に想定されていた解答水準との間に大きな差異はなかった。

また、市場画定及び正当化事由については、的確に判断基準等を記述した上で、当てはめている答案が相当数あり、出題時に想定されていた解答水準との間に大きな差異はなかった。

他方、反競争効果について、OTA間の競争に及ぼす影響、宿泊施設の事業活動及び競争に及ぼす影響について、A社及び宿泊施設の地位等を踏まえて、分析的かつ一貫した論述ができていた答案は、想定していたほど多くなかった。特に、宿泊料金に関する制限であることを根拠に安易に宿泊料金の価格維持効果（宿泊施設間の競争回避による）を認める答案や、第1案と第2案でOTA間の競争に及ぼす影響が異なることを意識していない答案が多かったことは想定外であった。

(3) 「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」答案について

ア 第1問

「優秀」な答案は、設問(1)において、設例の事実関係及び論点を的確に把握した上で、それに関連する重要な不当な取引制限の各要件について、適切な判断基準を示し、考慮すべき事実の全部又は大部分を正確に摘示しながら当該判断基準に沿って説得的な当てはめを行い、結論を導いているもの、及び、設問(2)において、課徴金関連規定のうち本件に適用すべき規定及びその要件を適切に示した上で、関連する事実を摘示しながら結論を導いているもの、「良好」な答案は、設問(1)において、一定の判断基準を示した上で、考慮すべき事実のうち主要なものをおおむね正確に摘示しながら当てはめを行い、結論を導いているもの、及び、設問(2)において、関連規定の把握と事実の摘示についておおむね正確に行って結論を導いているもの、「一応の水準」の答案は、「良好」な答案と評価されるために必要なポイントのうち幾つかを欠いているもの、「不良」な答案は、設問(1)において、事実関係や論点の把握、判断基準の提示やそれに沿った当てはめ等を全く欠き、設問(2)においても、関連規定や事実につい

ての論述を全く欠いているなど、事案処理能力が著しく不十分と見られるものとした。

#### イ 第2問

「優秀」な答案は、第1案がO T A間の競争に及ぼす影響を主に分析し、そのような影響が第2案において明確でないことを意識した上で、宿泊施設の事業活動及び競争に及ぼす影響も考慮し、競争促進効果ないし正当化事由の有無も含めて、論旨一貫して論述できているもの、「良好」な答案は、両案が宿泊施設の事業活動及び競争並びにO T A間の競争に及ぼす影響、競争促進効果ないし正当化事由についての的確に分析して論述できているもの、「一応の水準」の答案は、「良好」な答案と評価されるために必要なポイントのうち幾つかを欠くものや、その分析が簡略であるもの、「不良」な答案は、両案がO T A間の競争に及ぼす影響について全く検討せず、論旨が一貫していないなど、不公正な取引方法に係る基本的事項についての論述を欠いており、出題の趣旨から離れた記述に終始するものとした。

#### 4 今後の出題について

今後も、独占禁止法の基礎的知識の正確な理解、問題となる行為が市場における競争に与える影響の洞察力、事実関係の検討能力及び論理性・説得性を求めることに変わりはないと考えられる。

#### 5 今後の法科大学院に求めるもの

経済法の問題は、不必要に細かな知識や過度に高度な知識を要求するものではない。経済法の基本的な考え方を正確に理解し、これを多様な事例に応用できる力を身に付けているかを見ようとするものである。法科大学院は、出題の意図したところを正確に理解し、引き続き、知識偏重ではなく、基本的知識を正確に習得し、それを的確に使いこなせる能力の育成に力を注いでいただくとともに、論述においては、適用条文の選択や構成要件の意義を正確に示した上、問題となる行為が市場における競争にどのように影響するかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討し、要件に当てはめること、そしてそれを箇条書き的に列挙するのではなく、論理的・説得的に表現することができるように教育してほしい。

1 出題の趣旨について

既に公表した出題の趣旨のとおりである。

2 採点方針等

(1) 第1問

本問は、無効審決後の場面を題材として、審決取消訴訟の審理範囲、審決取消判決の拘束力の及ぶ範囲、一事不再理ないし共同出願違反と権利行使制限の抗弁との関係といった、特許法の基本的で重要な論点を含む問題であり、このような論点についての基礎的な理解力を問うとともに、事例からの確に論点を抽出する事案分析能力、抽出した論点について裁判例の理解を前提とした法解釈とその適用に関する思考力、応用力及びその論述能力を試そうとするものである。

したがって、全体としては、まず、設問から論点を的確かつ網羅的に抽出して、当事者の主張として問題点を指摘し、裁判例のあるものについてはその判旨を念頭に置きつつ、法解釈を展開した上で、的確に事案に当てはめているか否かに応じて、優秀度を判定した。

ア 設問1

設問1は、審決取消訴訟の審理範囲が問題になることを示した上で、当該審判手続で実際に審理判断された特定の無効原因のみが審決取消訴訟の審理対象とされるとする見解（甲説）と、審理対象はそれに限られないとする見解（乙説）について、それなりの理由付けを示して論じることが「一応の水準」である。

さらに、両説について、最大判昭和51年3月10日民集30巻2号79頁（メリヤス編機事件）の趣旨・内容を踏まえ、また、乙説を妥当とする立場を採るのであれば上記最大判の変更が必要となることも念頭に置いて、理由を付して自説を展開した上で双方の主張の妥当性を論じている場合、それぞれの論証の説得性に応じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

イ 設問2

設問2は、①審決取消判決の拘束力が問題になることを条文も示しながら指摘すること、及び、②公知技術についての新たな証拠の提出について設問1と同様に審決取消訴訟の審理範囲の点も問題となることを、それなりの理由付けを示して論じることが「一応の水準」である。

さらに、上記①については、拘束力の範囲は「発明bと発明aの異同点の認定についてのみ」か「発明aは発明bに基づいて容易想到であるとはいえないという判断について」かが問題となることを指摘した上で、両説について、最判平成4年4月28日民集46巻4号245頁（高速回転式バレル研磨法事件）の趣旨・内容を踏まえ、理由を付して自説を展開した上で双方の主張の妥当性を論じ、上記②については、新たな証拠cの提出の許否に係る両説について、最判昭和55年1月24日民集34巻1号80頁（食品包装容器事件）の趣旨・内容を踏まえ、理由を付して自説を展開した上で双方の主張の妥当性を論じている場合、それぞれの論証の説得性に応じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

ウ 設問3

設問3は、一事不再理と権利行使制限の抗弁との関係が問題になることを示した上で、上記抗弁の行使が許されないとの見解（甲説）と許されるとの見解（乙説）について、それなりの理由付けを示して論じることが「一応の水準」である。

さらに、両説について、一事不再理効（特許法第167条）の「当事者間の紛争の蒸し返しの防止」という趣旨、同法第104条の3第1項における「当該特許が特許無効審判により…無効にされるべきものと認められる」との条文の文言等を踏まえ、理由を付して自説を展開した上で双方の主張の妥当性を論じている場合、それぞれの論証の説得性に応じて、「良好」又

は「優秀」と評価した。

なお、「当事者間の紛争の蒸し返しの防止」が重視されることとなった同法第167条に係る平成23年改正の趣旨を踏まえた論述については、積極的な評価を与えた。

#### エ 設問4

設問4は、共同出願違反と権利行使制限の抗弁との関係が問題になることを示した上で、関連条文（同法第123条第2項、同法第104条の3第3項）を指摘して丙の主張が許されることを論じることが「一応の水準」である。

さらに、上記関連条文の趣旨を踏まえて丙の主張が許されることを論じている場合、論証の説得性に応じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

### (2) 第2問

本問は、地図の著作物の著作権侵害、著作者人格権侵害が成立するかについて、地図の著作物性（著作権法第2条第1項第1号、同法第10条第1項第6号）、共同著作物の著作者（同法第2条第1項第12号）の認定、また、共有著作権及び共同著作物の著作者人格権の行使（同法第64条、同法第65条）の可否、試験問題としての複製に対する著作権の制限（同法第36条）、同一性保持権の制限（同法第20条第2項第4号）の成否等という、著作権法の重要な論点についての基礎的な理解を問うとともに、事例からの的確に論点を抽出する事案分析能力、抽出した論点について、関連する規定を理解し、これを具体的事例に適用できるかについて、思考力、応用力及び論述能力を試そうとするものである。

したがって、全体としては、まず、設問から論点を的確に抽出して指摘した上、自説を展開して、事案に当てはめているか否かに応じて、優秀度を判定した。

#### ア 設問1

設問1は、まず、本件地図の著作物性について判断基準を示して述べていること、次に、共同著作物の著作者となるためには、各人が創作的表現をする必要があるところ、Xはコンセプトを考えただけであることに言及して論じ、さらに、Zの行為が、複製権（同法第21条）ないし翻案権（同法第27条）及び譲渡権（同法第26条の2、翻案権とした場合は同法第28条も必要）の侵害に当たることを述べるのが「一応の水準」である。

その上で、地図の著作物性について、記載すべき情報の取捨選択及びその表現方法により判断されるところ、地形等を所定の記号によって客観的に表現するものとして個性的表現の余地が少ないのが通例であるという地図の特殊性に十分着目した論述をしている場合、共同著作物の著作者について、共同著作物を理解し十分意識して論じている場合、創作性は表現において発揮されていることを要することを理解して論述している場合、共同著作物の各著作権者は、他の著作権者の同意を得ないで、差止請求をすることができる（同法第117条第1項）ことにも言及している場合は、それぞれの論証の説得性に応じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

#### イ 設問2（1）

設問2（1）は、まず、ガイドマップAが共同著作物であるかについて述べ、共有著作権は、共有者全員の合意によらなければ行使することができない（同法第65条第2項）こと、Xの合意を得ずにガイドマップAを公衆送信した行為について、公衆送信権（同法第23条第1項）の侵害の成否が問題となること、Xについて合意の成立を妨げることができる正当な理由（同法第65条第3項）の存否について論じること、次に、著作者は氏名表示権（同法第19条第1項）を有し、共同著作物の著作者人格権は、著作者全員の合意によらなければ行使することができない（同法第64条第1項）こと、Xが氏名を表示せずに発行していたガイドマップAについて、Yが氏名を表示して公衆送信したことによる氏名表示権の侵害の成否、Xが合意の成立を妨げることが信義に反するか（同法第64条第2項）について論じることが「一応の水準」である。

その上で、Xの合意を得ていない以上、著作権及び著作者人格権を行使するためには、「合意せよ」との判決を得る必要があるかについて、民法第414条第2項や民事執行法第174条に言及し論じている場合、著作権の行使について合意の成立を妨げることができる正当な理由と、著作者人格権の行使について合意の成立を妨げることが信義に反しないこととを区別し、それぞれの判断基準を示した上で、ガイドマップAの売上げの増加等の設例の事実関係を踏まえて自説を論じている場合は、それぞれの論証の説得性に応じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

ウ 設問2(2)

設問2(2)は、まず、試験問題としての複製に関する著作権の制限規定(著作権法第36条)の適用の可否について論じること、次に、本件出題が、ガイドマップA上の観光スポットの名称を空欄にした点について、同一性保持権(同法第20条第1項)の侵害に関して、試験の目的上、やむを得ないと認められる改変(同法第20条第2項第4号)に当たるかを論じること、さらに、ガイドマップAを本件問題集に複製することにつき、引用に関する著作権の制限規定(同法第32条第1項)の適否について言及すること、最後に、本件問題集を社内の希望者に配付したことについて、譲渡権(同法第26条の2)の「公衆」(同法第2条第5項参照)に提供するという要件を満たすかについて述べることを「一応の水準」である。

その上で、試験は、公正な実施のために秘密性を要し、また著作物の通常の利用と衝突しないため認められるという同法第36条の趣旨を踏まえ、設問の事実関係に当てはめ、本件出題と、秘密を保持する必要はない本件問題集とを区別して論じている場合、本件試験は、会社が社内で実施する資格試験であり、営利目的と解されるから、同法第36条第2項が適用され、使用料相当額の補償金の支払いを要するかについて言及している場合は、それぞれの論証の説得性に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

3 採点実感等

(1) 第1問

ア 設問1

(ア) 甲説の論証について

審決取消訴訟の審理範囲が論点であることを理解している答案は多かった。しかし、多くの答案が論拠として審判前置主義(前審判断経由の利益)のみを挙げており、それ以上に、上記最大判の趣旨等を踏まえて論じられている答案は少なかった。なお、審判前置主義の根拠として特許法第178条第1項を挙げる答案が散見されたが、同項の一审級省略の問題と審判前置主義は、関連するとはいえ、区別すべきであろう。

(イ) 乙説の論証について

乙説について実質的な論証を欠く答案が少なくなかった。設問は、乙の考えられる主張についても問うており、上記最大判に対する批判なども踏まえて、乙説についても然るべく立論することが求められる。乙説を妥当とする結論でも構わないが、その場合に上記最大判の変更の必要性を十分に認識していると思われる答案はほとんど見られなかった。上記最大判は、知的財産法分野における唯一の最高裁大法廷判決であり、その実務的な重みに鑑みれば、仮にそれと反対の立場を採る場合であってもその存在を無視すべきではないであろう。なお、乙は、本件審判において共同出願違反について主張しているため、審決取消訴訟における同様の主張は甲にとって不意打ちではなく、許されるとの答案が散見されたが、上記最大判の趣旨内容を誤解したものと思われる。また、技術的な判断を求められないため、裁判所の判断能力に問題なしとの答案が複数見受けられたが、本問では共同発明か否かが問題となっており、技術的な判断を要するのが通例であるから、乙の主張としてはともかく、その妥当性については慎重な考慮を要するであろう。

(ウ) その他

審決取消訴訟の審理範囲は、知財法分野で唯一の最高裁大法廷判決があり、重要な論点であるにもかかわらず、学習が不十分と思われる答案が少なくなかった。

イ 設問2

(ア) 審決取消判決の拘束力の及ぶ範囲について

判決の拘束力が問題となることを看過した答案や特許法第167条の問題などと誤解する答案、既判力としながら判決主文のみでなく理由中の判断にも及ぶとするなど既判力との区別がしていない答案などが多数見られたが、基本的知識の理解が不十分と言わざるを得ない。拘束力に気付いた少数の答案にあっても、拘束力の及ぶ範囲が発明bと発明aの異同点の認定の判断と容易想到性の判断のいずれであるのか、という点まで論じているものは極めて少数であった。また、第一次審決取消判決が確定した事実を見落としている答案もあり、問題文の法律的な重要事実をきちんと把握して処理できていない印象を強く受けた。

(イ) 新証拠の提出と審決取消訴訟の審理範囲について

判決の拘束力に気付かずに審決取消訴訟の審理範囲についてのみ論じる答案が多数見られた。反対に、判決の拘束力に気付いた少数の答案の中には、審決取消訴訟の審理範囲について論じないものが散見された。確かに甲の立場から拘束力が容易想到性の判断に及ぶと考えれば、審決取消訴訟の審理範囲を論じるまでもなく新証拠cの提出は許されない。しかし、乙の立場から拘束力の及ぶ範囲を狭く捉えたと新証拠cの提出は許される余地が生じるから、審決取消訴訟の審理範囲との関係でもそれが許されるかが問題となり、本問では、その点についても論じる必要がある。

(ウ) その他

審決取消判決の拘束力については、最高裁判決があり、標準的な教科書では必ず触れられている基本的かつ重要な論点であるにもかかわらず、多くの答案が論点すら看過していたのは、学習が不十分である。

ウ 設問3

(ア) 甲説の論証について

多数の答案が、同法第167条との関係に気付かずに既判力、拘束力、同法第104条の3第2項、同法第104条の4等の問題として論じていた。同法第167条自体は知っていたとしても、本問で同条が問題となることに気付かなかったとすれば、具体的な場面で使うことができる程度にまで基本的知識が定着していないということであろう。また、同法第104条の3第1項における「当該特許が特許無効審判により…無効にされるべきものと認められる」との条文の文言をきちんと指摘できていたものは少なかった。また、単に蒸し返し防止との理由のみを記載する答案など条文を踏まえた論証になっていない答案も散見された。なお、平成23年改正の趣旨を記載した答案はほとんどなかった。

(イ) 乙説の論証について

無効審判手続と侵害訴訟手続が別個であるから、一事不再理効が侵害訴訟手続に直ちに及ぶわけではないことを最低限指摘してほしかったが、それがきちんとできていた答案は、それ程多くなかった。

エ 設問4

(ア) 特許法第123条第2項について

同法第123条第2項括弧書きは、「特許を受ける権利を有する者」と明記しているにもかかわらず、その点に言及せずに利害関係人が無効審判を請求できると述べる答案や、丙が利害関係人に当たるかを延々と論じる答案が少なからず見られた。他方、丙が「特許を受ける権利を有する者」に当たらないとする答案にあっても、そのように請求人適格を制限する趣旨について述べるものは少数であった。

(イ) 特許法第104条の3第3項について

本条項を指摘できた答えは少なかった。また、同項の趣旨にまで言及する答えは僅かであった。

(ウ) その他

条文を正確に読み、その趣旨・理由付けとともに理解することは基本であるから、普段からきちんと条文に当たる癖をつけてほしい。

(2) 第2問

ア 設問1

(ア) 地図の著作物性について

ほとんどの答えが著作物性について論じてはいた。しかし、地図の著作物性について、十分な記述がされている答えは少なく、地図に着目せずに、編集著作物（著作権法第12条第1項）や著作物の一般的な定義（同法第2条第1項第1号）の観点からのみ論述する答えが相当数見られた。問題文では明確に「地図」と記載されており、著作権法上の例示（同法第10条第1項第6号）でも「地図」が挙げられているのであるから、地図に着目した論述が望まれる。地図については、その特性を踏まえて著作物性をどのように判断するかという特有の問題があるのであって、少数ながら、その点を意識しながら地図の著作物性の判断基準を示し、これを本問の事実関係に的確に当てはめた答えについては高く評価することができた。

なお、設計図の著作物性をめぐる議論と混同したためであろうか、通常の写真の表記ルールに従ったことを理由にガイドマップAの著作物性を否定する答えが散見されたが、地図の場合、一般に表記ルールは著作物性を否定する決め手とはならないと考えられる。

(イ) 共同著作物の著作者について

多数の答えはXが著作者といえるかについて論じていたが、コンセプトを考えたことを理由に漫然とXは著作者であるとする答えが見られた。しかし、共同著作物の著作者というためには、「表現」における創作的関与が必要であり、Xの考えたコンセプトが「表現」に当たるか否かについて論じる必要がある。

(ウ) 共同著作物の著作権者の差止請求（著作権法第117条第1項）について

共同著作物の場合、各人が単独で差止請求できると記載した答えは少なかった。

(エ) 複製権侵害等について

地図Mが、二次的著作物であるかどうかを主たる論点として長々と論じる答えも散見されたが、二次的著作物でない場合は複製（地図MはガイドマップAとイラストとの結合著作物）となり、二次的著作物である場合は翻案となるだけで、いずれにしても著作権侵害になるのであるから、二次的著作物であるか否かを論じるとしても軽く触れる程度で足りるのではないかと思われる。また、翻案権侵害と解する場合は、譲渡権侵害を述べる際に、根拠条文として同法第28条も必要であるが、抜けている答えが散見された。

イ 設問2（1）

(ア) 共有著作権の行使について

多数の答えが問題の所在には気付いていた。もっとも、共同著作物であることを認定し、共有著作権は全員の合意によらなければ行使することができないことをまず記載すべきであるが、この点に言及していない答えがかなり多かった。

合意の成立を妨げることができる正当な理由（同法第65条第3項）について、その判断基準を示した上で、ガイドマップAの売上げの増加やXの不安といった本問の事実関係に適切に当てはめて結論を導いている答えについては高く評価することができた。

他方、判断基準を示さない答え、著作者人格権における信義に反するか（同法第64条第2項）と判断基準が同一である答え、本問の事実関係（とりわけガイドマップAの売上げの増加）を十分に考慮していない答えも見られた。また、著作権の行使についての「正当



な理由」について、単に「プライバシーの権利は重要であるから」とのみ述べる答案など、説得的ではない記述が目についた。

意思表示を命じる判決の要否を論じる答案はそれほど多くはなかったが、この点に言及する少数の答案は高く評価できた。もっとも、この点をめぐっては当該判決を必要とする立場と不要とする立場が考えられるが、両論ともに論じる答案はごく少数であった。

(イ) 共同著作物の著作者人格権の行使について

多数の答案が問題の所在には気付いていた。合意の成立を妨げることが信義に反するか(同法第64条第2項)について、その判断基準を著作権の場合における前述の正当な理由(同法第65条第3項)の場合とは区別して示した上で、本間の事実関係に適切に当てはめて結論を導いている答案については高く評価することができた。

他方、判断基準を示さない答案や前述の正当な理由と判断基準が同一である答案も見られた。

(ウ) その他

著作権の行使と著作者人格権の行使を区別せず、まとめて論じる答案が散見された。

なお、氏名表示権について、設問の事実では、Xは事前協議の際に自分の名前が知られることに不安を感じて配信に同意していなかったと明記してあることを踏まえない解答も見られた。

ウ 設問2(2)

(ア) 試験問題としての複製について

本件出題については、多数の答案が同法第36条第1項の適用の可否を論じていたが、十分な理由付けがされたものは少なく、本件問題集についてこの点を論じていない答案も見られた。また、同法第36条第2項の補償金の支払いの要否に言及したものは僅かであった。

同法第36条第1項の趣旨について試験の公正な実施のために問題を秘密にする必要性があると述べながらも、社内の資格試験では問題を秘匿する必要性はないとして本件出題について同項の適用を否定する答案もあった。しかし、社内の資格試験とはいえ、「人の学識技能に関する試験又は検定」(同法第36条第1項)であり、観光タクシー運転手に相応しい技能の有無を適正に判断するためには問題の事前漏洩を防いだ方がよいとも考えられるところ、その必要がないというのであればその理由を説得的に示す必要があろう。

なお、営利目的であることから同法第36条第1項の適用を否定する答案もあったが、営利目的であることは、同条第2項の補償金支払義務を生じさせるものの、同条第1項の適用を否定するものではないと考えられる。

(イ) 同一性保持権侵害について

相当数の答案がやむを得ないと認められる改変(同法第20条第2項第4号)に当たるか否かについて論じていたが、その判断基準に言及している答案は多くはなかった。また、やむを得ない改変の根拠として同法第36条第1項が適用されることを挙げる答案もあったが、やむを得ない改変該当性の判断において著作権の制限規定の適用をどのように考慮するかにつき、同法第50条との関係も踏まえて丁寧に論じている答案はほとんど見られなかった。

(ウ) 引用について

引用(同法第32条第1項)の適用の判断基準については複数の立場が考えられるが、本設問の事案に鑑みて、それを主たる論点として延々と論じることは求められていない。

引用(同法第32条第1項)の適用を肯定する答案も散見されたが、本件問題集は20回分の試験を寄せ集めたに過ぎず、各回の問題相互に関係性はないから、二要件説の立場からも総合考慮説の立場からも、引用の適用を肯定することは困難であろう。

(エ) 譲渡権侵害について

公衆（同法第2条第5項参照）要件の点も含めて本論点に言及していた答案は少数だった。

(オ) その他

私的使用目的による複製（同法第30条第1項）を挙げた答案が多く見られたが、本件の事案に鑑みると論じる必要性は高くないであろう。

(3) 総括

全体を通じて基本的な事項を出題したものであるが、取り分け第1問（特許法）においては、論点すら捉えられていない答案が多数見受けられた。少なくとも基本的かつ重要な論点については、特定の分野に偏ることなく万遍なく学習して理解することが求められる。

4 今後の出題

出題方針について変更すべき点は特にない。今後も、特許法及び著作権法を中心として、条文、判例及び学説の正確な理解に基づく、事案分析力、論理的思考力を試す出題を継続することとしたい。

5 今後の法科大学院教育に求められるもの

今年の試験（取り分け特許法）においては、基本的かつ重要な論点の内容についての理解を欠くあるいは理解が不十分な答案が目についた。法科大学院は、基本的かつ重要な論点を偏りなく教育するとともに、実務家を養成する教育機関として、実際の訴訟等を想定して、具体的事案の中から、実務家なら当然なすべき主張を抽出し、それについての的確に論述する能力を広く養うことが求められる。

また、明文の規定があるにもかかわらず、条文を指摘せずに解釈論を展開する答案が見られたが、条文解釈が基本であるから、条文を前提とした解釈を意識した学習を指導することが求められる。

さらに、最高裁判例や判断基準を示す裁判例があるにもかかわらず、それに言及せず、自説を展開する答案も散見された。繰り返しになるが、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、判例を念頭に置いた学習を常に心掛けることが望まれる。

## 平成30年司法試験の採点実感（労働法）

### 1 出題の趣旨，狙い等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

### 2 採点方針

事案に即して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，論理的かつ整合性のある法律構成及び事実の当てはめによって，適切な結論を導き出しているかを基準に採点した。

出題の趣旨に沿って，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ついては，おおむね平均以上の得点を与え，さらに，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，主要論点について，着目すべき問題点を事例から適切に読み取って検討しているなど，優れた事例分析や考察が認められる答案については，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，乱雑で文字の判読が困難なものなどが少なくなかった。文字いかんが得点そのものを左右するわけではないが，できるだけ読みやすい文字で丁寧に答案を作成することを強く望みたい。

### 3 採点実感等

#### (1) 第1問について

本問は，設問1では，変形労働時間制のもとで24時間勤務に従事していた警備員に，勤務時間中に休憩時間とは別途に与えられていた仮眠時間の労働時間該当性，この仮眠時間に対する賃金請求の可否，設問2では，仮眠時間中の緊急事態（全館停電の発生）への対処や勤務態度等を理由とする懲戒処分（14日間の出勤停止）の効力の有無を問うている。

まず，設問1については，仮眠時間が「労働基準法（以下「労基法」という。）上の労働時間」に該当するか否か（労働時間の法概念）について，ほとんどの答案が，判例，通説的な学説に依拠した規範を提示していたので，一応の基礎的知識は備えているように見える。しかし，規範の当てはめについては，問題文の事実関係を羅列的に列挙するだけで，その意味付け，評価を行っていないものが多く見られた。当てはめは，規範内容の解釈，適用であり，その的確性こそが求められているものであることを認識すべきである。

仮眠時間の労働時間該当性と労働時間に該当する仮眠時間に対する賃金請求権の存否は，法的には別個の問題であるが，この区別を理解せず，仮眠時間が労基法上の労働時間に該当すれば，当然に賃金請求権が発生すると結論付ける，短絡的な答案が多数見られた。賃金請求権の発生根拠（基礎理論）に対する基本的な理解が欠如しているのではないか。

24時間勤務の途中に付与される仮眠時間が労基法上の労働時間に該当すると判断される場合には，労働契約上の賃金請求権の問題だけでなく，労基法上の割増賃金規制（時間外労働，深夜労働に対する割増賃金支払の義務付け）の適用について検討する必要がある。しかし，これを労基法第13条と労基法第37条を明示して適切に論じたものは，意外にも少なく，労働契約と労基法との基本的関係が十分に理解されていないのではないかと危惧される。本件では，労働契約上の賃金請求権の存否との関係で，「泊まり勤務手当」をどのように評価するかが重要な論点であるが，この点についてまったく論じていないものが散見され，また，固定残業代の問題として論じるものが数多く見られた。これは，問題文の事実関係を適切に把握していないためであるが，労基法の割増賃金規制についての理解が皮相的であることを示すものでもある。

なお，割増賃金規制の関係では，割増賃金の基礎となる賃金（通常の労働時間の賃金）について検討した答案はまれであり，この基礎賃金に算入しない賃金の識別，変形労働時間制（労基法第32条の2）における時間外労働の計算方法に言及したのも皆無に近かった。問題文が「検討すべ

き法律上の論点」と明記している点に留意すべきである。

次に設問2については、ほとんどの答案が、労働契約法（以下「労契法」という。）第15条を引用し、条文の文言に即して、懲戒処分 of 客観的合理的理由と社会通念上の相当性の有無の観点から、懲戒処分の有効性判断を行っていた。しかし、同条は「使用者が労働者を懲戒することができる場合において」、懲戒権の濫用を禁止しているので、そもそも、なぜ、対等な契約当事者である労使間において、使用者に懲戒権が認められるのか、その法的根拠は何かを問う必要があるが、この点を論じている答案は少なかった。懲戒処分の意義、法的根拠をどのように解すべきかは、労働法の基本的論点の一つであり、懲戒処分の有効性判断の前提であることを認識する必要がある。

また、就業規則に懲戒の種類及び程度を明示し（労基法第89条第9号）、懲戒の「種別及び事由」の定め、「周知」を要求する判例に言及する答案は極めて少なく、単に、労契法第15条の適用の可否を論じるものがほとんどであった。懲戒の対象事由と懲戒処分の内容（不利益の内容・程度）との均衡や懲戒手続きの相当性（弁明の機会等）については、労契法第15条の規範（客観的合理的理由、社会通念上の相当性）とどのような関係にあるのか論じないまま、当てはめの部分で言及するものが多かった。労契法第15条を機械的、形式的に適用するのではなく、判例を含めた懲戒処分に対する法的規律の内容の全体を整理、確認した上で、検討することが必要である。

なお、労働基準監督署への匿名相談を公益通報、内部告発の問題として、その適法性を論じる答案が多くみられ、労基法第104条に言及するものが極めて少なかった。このことは、労働法の基本法である労基法の条文学習も十分ではないことを示している。法律学学習の原点に立ち帰ることを求めたい。

## (2) 第2問について

本問では、労働組合の組合員の一部が組合の承認なしに街頭で抗議活動を行ったという状況を前提に、使用者による懲戒処分の不当労働行為該当性（設問1）、労働組合による統制処分の可否（設問2）、労働協約が調印された場合の有効性（設問3）という、3つの小問が設けられている。それぞれに適用される法的規範を提示した上で、事実関係の中から有意なものを摘出して論理的に分析し、結論を示すことが望まれるが、それらを十分に行った答案は少数であり、一部の事実から性急に結論を導くもの、事実関係を誤解したもの、抽象的な論述に終始するもの等が目についた。

設問1では、まず、労働組合法（以下「労組法」という。）第7条第1号の不利益取扱いに関し、組合員の一部が組合の方針に反して行った抗議活動が「労働組合の正当な行為」として保護されるか否かが、重要な論点となる。当該行為の内容と労働組合の機能に照らしながら説得的に論述した答案がある一方で、この点を意識しない答案や、組合員の行為であれば当然に労働組合の行為に当たるとした答案が多かったのは、やや意外であった。

抗議活動の態様については、ほとんどの答案が、事実関係を踏まえながら時間・場所・内容などの面から検討を行っており、その精粗は様々であるが、中には、目配りよく的確な分析を行うものもあった。その一方で、外部者に対して使用者の批判を行うこと自体を不当とするものや、本件の活動を「争議行為」と理解してその観点からのみ分析を行うものなど、組合活動の意義について十分な理解を欠いているのではないかと思われる例も、少なからず見られた。また、本件の設例とは異なる、企業施設を利用した組合活動に関する判例法理を引用する答案もあり、事実関係の正確な理解を心掛ける必要がある。

次に、労組法第7条第3号の支配介入については、そもそもこれに言及していないものが多く、また、言及した場合にも、ほとんど議論をしないまま第1号と同じ結論を導くものが相当数あり、独自の要件に即して適切に検討を行った答案は少なかった。中には、第1号の「故をもって」という要件の中で、実質的に支配介入に関する議論を行っていないながら、第3号に触れないものもあり、不当労働行為に関する体系的な理解を深める必要があるように感じられた。

設問2では、多くの答案が、統制処分の意義と限界に関する一般論を示した上で、本件行為の処分事由該当性、相当性、手続的な問題等を論じていた。しかし、最も基本となる処分事由について、

組合規約の条項に触れないまま抽象的に処分の必要性を議論する答案も、少なからず見られた。また、組合規約の規定に言及する場合でも、なぜそれに該当するのかの説明が曖昧なものもあり、労働組合にとっての反価値性を明確に指摘するものは、必ずしも多くなかった。なお、手続的な問題としては、執行委員会の決議により処分が可能な「事態急迫の場合」に当たるか否かを論じたものがほとんどであったが、中には、弁明の機会の付与の必要性を指摘するものも、ごく少数ながらあった。

そのほか、本設問においては、使用者からの通告に基づいて統制処分を行うことの当否も問題となり得るが、この点を論じた答案は少数であった。使用者の支配介入に当たるので処分は無効とするものもあれば、組合として独自に判断を行った結果であれば問題ないとするものもあったが、それらの中には、優れた分析を示すものも散見された。

設問3では、多くの答案が、労働条件を引き下げる労働協約についても労組法第16条の規範的効力が原則として生じることを、最高裁の判例（朝日火災海上保険事件・最判平成9年3月27日）に依拠しながら論じており、学習の成果が感じられた。ただ、その例外となる「労働組合の目的を逸脱して締結された」場合に当たるか否かに関し、本設例の状況に適合的でない議論を行うものや、過度に踏み込んだ内容面の審査を行うものも見られた。また、規範的効力の前提となる、労働協約書の作成及び署名・記名押印という労組法第14条の要件についての説明が十分でない答案も、かなり目についた。

さらに、労働組合の委員長が組合規約上、そのような労働協約の締結権限を有するか否かという点については、言及する答案は極めて少なかった。最近、これを否定する最高裁判決（山梨県民信用組合事件・最判平成28年2月19日）が示されており、それを踏まえた議論を期待したいところであった。

#### 4 答案の評価

「優秀」の水準にあると認められる答案とは、出題の趣旨を十分に理解し、必要な論点には漏れなく言及して、法令の規定と判例の判断の枠組みを踏まえた規範定立と事実の的確な当てはめを行い、説得的な論述を行っている答案である。

「良好」の水準にあると認められる答案とは、必要な論点にはおおむね言及し、法解釈について一定の見解を示した上で、事例から、結論を導き出すのに必要な具体的事実を抽出できている一方で、当てはめにおいて、判例の理解が十分とまではいえない答案など、「優秀」の水準にあると認められる答案のように出題の趣旨を十分に捉えきれていないような答案である。

「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対する一定の理解はあるものの、必要な論点に言及していなかったり、言及していたとしても、規範定立や当てはめが不十分であったりする答案であり、関係条文・判例に対する知識の正確性に難があり、事例における具体的な事実関係を前提に要証事実を的確に捉えることができていないような答案である。

「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を理解せず、例えば、規範を定立せずに単に問題文中の具体的な事実を列挙するにとどまったり、少ない知識から無理に構成した判断を箇条書き的に羅列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料される答案である。

#### 5 今後の出題

出題方針について変更すべき点は特にないと考える。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て、自己の法的見解を展開し、これを事実当てはめることによって、妥当な結論を導くという、法律実務家に求められる基本的な能力及び素養を試す出題を継続することとしたい。なお、労契法、労基法及び労組法以外の主要な法令にも十分

に目配りをする事が望まれる。

#### 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、正確な理解に基づき、かつ、規範の提示とその当てはめという最低限の対応を習得するように更なる指導をお願いしたい。その際、条文の内容を正確に理解することはもとより、当該規定の趣旨を踏まえて事案に適用する能力が求められるほか、主要な判例については、判旨部分を単に記憶するのではなく、丁寧に読み込んで、事案の内容を正確に把握し、当該事実関係の下でどのような規範を定立して当てはめが行われたか、その意義を的確に理解する必要があることに十分留意いただきたい。また、事例の分析の前提となる基礎的事実を正しく把握し、結論を導くために必要な論点を抽出した上、論点相互の関連性を意識しつつ、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、これに適切に事実の当てはめを行って、法の趣旨に沿った妥当な結論を導くという、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

①問題が設定している事実に基づいて、②題意、すなわち、法律上の論点が適切に理解できているか、③その論点について、法律の基礎となっている諸原則や法律の体系的な理解に基づいて、法制度の説明や個々の条文の法解釈を行っているか、④法解釈やその適用が飛躍した説明ではなく、論理的に記述されているか、という点に留意して採点した。したがって、複数の考え方が生じ得る部分については、特定の正解を予定してそれとの整合を判断するのではなく、筋の通った記述がされているかに重点を置いた。

3 採点実感等

〔第1問〕〔第2問〕ともに、解答時間の配分にバランスを欠いたためか、一部の設問について十分に検討できていない答案も少なからず見られた。各問題においては、理解度を問う基本的な設問と思考力を問うやや応用的な設問の双方を採り上げているが、基本的な知識を確実なものとしておけば、応用的な設問の論点や尋ねられている法制度の背景についても十分考える余裕ができたのではないと思われる。

【第1問について】

(1) 出題の意図に即した答案の存否、多寡

第1問は、河川及び沿岸海域の汚染に関する環境紛争について、民事訴訟を提起する場合における法律上の問題点（設問1）及び民事訴訟による紛争解決と行政上の紛争解決制度である公害紛争処理制度との異同（設問2）を問うものである。

〔設問1〕については、訴訟物を問う「法的手段」と〔設問2〕の「手続の活用」という題意を的確に理解せず、〔設問1〕の解答として、訴訟による紛争解決と行政手続による紛争解決を論じ始めた答案が相当数あった。また、設例が日常的な工場・事業場の操業に伴う継続的な環境汚染ではなく、集中豪雨という自然現象が介在する「事故型」すなわち過去の環境汚染事案であることの意味を深く考えることなく、〔設問1〕で、救済方法として、B社に対しての差止請求について論じる答案が相当数あった。D又はEの損害賠償請求については、多くの答案が、不法行為（民法第709条又は第717条）の各要件について検討し、共同不法行為の関連共同性及び因果関係について指摘していたが、共同不法行為自体に言及していない答案が散見された。また、Eの健康被害について水質汚濁防止法第19条の責任に言及していない答案も少数ながらあった。他方で、はまちという財物の被害を受けたDの法的手段として同条の責任を検討したり、ダムの放流水を排出したB社について同条の責任を検討するなど、同条の定める無過失損害賠償責任制度が、「人の生命又は身体を害したとき」に限って適用されること、また、同法による「排水水」は特定施設から排出される水であり、ダムからの放流水はこれには該当しないこと、という基本的な要件を理解していない答案があったのは残念であった。同条の要件の検討に当たって、C社の敷地に漏出し堆積していたセレンが堤防の割れ目から公共用水域に流出したとする設例について「工場又は事業場における事業活動に伴う有害物質の汚水又は廃液に含まれた状態での排出」に該当するか否かについて明確に意識した答案は数少なかった。

〔設問2〕については、多くの答案が設例について公害紛争処理法の適用の前提となる「公害」に該当するとの指摘をしていたが、同法第2条、環境基本法第2条第3項の条文に当てはめて正確に検討していない答案が少なくなかった。

また、そもそも公害に該当するか否かの言及がない答案も相当数見られた。条文を正確に検討

する姿勢が求められる。公害紛争処理制度の検討において、原因裁定の制度のみを検討し、責任裁定制度について言及しない答案が少なくなかった。また、責任裁定制度に言及していても、原因裁定制度との相違を意識して検討している答案は少なかった。手続の活用理由については、ほとんどの答案が、職権証拠調べや職権による事実の調査が可能であること、当事者の手続費用の負担が軽減されることについて指摘していたが、公害紛争処理法第44条、公害紛争処理法施行令第17条第1項第1号の理解を誤って鑑定費用が当事者の負担になるとしている答案も散見された。出題趣旨に関わる重大な誤りであり、条文の読み込みが浅いと感じられた。他方で、専門委員の活用など公害等調整委員会の専門性が高いことを指摘しているもの、受訴裁判所に原因裁定の嘱託を促すことを指摘するなど条文を広く検討しているものは高い評価とした。

(2) 出題の意図と実際の解答に差異がある原因として考えられること

〔設問1〕については、設例の問題文を十分分析して題意を把握することができていないと感じられた。設例の一つ一つの事実関係が、法的にどのような意味を持つか、設問で何の解答を求められているかを意識せずに、類似の事例で一般的によく問題となる論点を「知識」として解答したがために、出題の意図と大きくずれてしまう答案が目立っていた。事実関係から訴訟物としての法的請求を考え、その根拠条文に沿って、各要件を検討し、当てはめていくという法曹として要求されている能力を涵養することが重要である。

〔設問2〕については、公害紛争処理制度について十分に認識していなかったことが考えられる。資料として法文が示されており、法文を駆使して制度の趣旨を導き出し、被害者の手続上の負担の軽減という観点から、有益な条文を摘出するという思考が重要である。時間配分にも注意する必要がある。

(3) 各水準の答案のイメージ

「優秀」な答案のイメージは、〔設問1〕について、題意を的確に捉え、小問(1)と小問(2)の相違を意識しながら、各法的責任の要件の解釈、当てはめについてバランスよく論述されており、〔設問2〕について、設例が「公害」に該当することを条文に的確に当てはめた上、責任裁定制度及び原因裁定制度の違いを意識しつつ、職権証拠調べ、鑑定の費用負担がない等の被害者の負担軽減に資する制度について適切に説明できているものである。「良好」な答案のイメージは、その程度がやや劣るが、主要な論点について、おおむね適切な説明ができているものである。「一応の水準」の答案のイメージは、各設問において問われている主要な論点が何とか把握できて一定の記述がある答案である。「不良」な答案のイメージは、題意を把握できておらず、制度の基本的理解も不十分な答案である。

【第2問について】

(1) 出題の意図に即した答案の存否、多寡

第2問は、建物解体等に伴う特定粉じん（石綿）の環境中への飛散防止対策を強化した大気汚染防止法（以下「大防法」という。）の平成25年改正を踏まえた特定粉じん飛散防止のための現行制度の理解と、あわせて被害を受けるおそれがある者からの法的手段について問うものである。

〔設問1〕は、大防法が建物解体工事等の関係者に要求している特定粉じん飛散防止のための手続や義務について問うものであり、ほとんどの答案が、本問の設例にある建物大規模改修工事が、大防法第18条の15第1項にいう特定粉じん排出等作業を伴う建設工事（特定工事）に該当する可能性が大きいことを指摘し、さらにこれに伴い同条第1項本文が定める発注者の都道府県知事への届出義務、また、同法第18条の17第1項の定める受注者の義務である、建築物等を解体し、改造し、又は補修する作業を伴う建設工事（解体工事等）に係る調査義務及びその結果の書面による説明義務があることを指摘していた。ただし、発注者には、解体工事等に係る同法第18条の17第2項による協力義務があり、加えて、特定工事の場合には同法第18条の20による契約における配慮義務があること、また、受注者には、同法第18条の17第4項による一



般公衆への前記調査義務の結果の公衆への公示義務があることに言及した答案は半数程度であり、さらに受注者を含む特定工事施工者に同法第18条の18による作業基準の遵守義務があることに言及した答案はさらに少なかった。

なお、大防法は、特定工事を請負契約によらないで自ら施工する者（自主施工者）にも工事の発注者と同様の届出義務を負わせていること等から、同法第18条の15第1項の届出義務を先に規定し、受注者の義務等を同法第18条の17に規定しているものの、本設例に即して考えるときには、受注者の解体工事等が特定工事に該当するかどうかの調査及び報告がまず先行すべきであり、報告を受けて、発注者の届出行為が行われることを想定する制度の構成について、理解を明示した答案は数少なかった。また、受注者には、特定工事であるかどうかを問わず、解体工事等に係る調査結果について、発注者への報告義務及び一般公衆への公示義務があることを理解していると判断できる答案も数多くはなかった。

このほか、本問で対象となるのは特定粉じん排出等作業に係る規制であるが、これと大防法の特定粉じん発生施設に係る規制（敷地境界線基準の遵守義務等）とを取り違えて解答している答案がわずかではあるものの見かけられたことは残念である。

〔設問2〕は、本問で、A県が大防法に基づいて採りうる措置について問うものである。本問に即して考えるならば、解体工事がさほど長時間継続するものではないこと、作業従事者からA県への通報があったとされる点からすれば、同法第26条が定める知事による「解体工事等」の現場立入り調査権限の行使、また、同法第18条の19に定める特定粉じん排出等作業の一時停止命令の発出が効果的である。この点については多くの答案が、同法第26条の知事の立入り調査権限に触れていた。しかし、同法第18条の19に関しては、作業基準遵守命令には触れたものの、一時停止命令に関して触れた答案は半数を下回っていた。なお、同法第18条の16による計画変更命令は届出がない本問では適用の余地がないことに触れた答案は、本問の事案をよく理解した答案であると評価できる。また、同法第26条に基づく知事の発注者や受注者からの報告徴収に関しては、ほとんどの答案がこれを記載していたが、中には、発注者や受注者に対して調査の命令ができるとした不正確な理解を示している答案も見かけられた。

〔設問3〕は、特定粉じんの飛散による健康被害者となる可能性のある当事者による救済手段を問うものである。民事上の救済手段としての差止請求とその法律構成や要件、さらには、緊急を要する本設例の状況に即して考えるならば、仮処分の可能性についても触れることが期待された。さらに、〔設問2〕の知事の権限、取り分け、大防法第18条の19による命令の発動に関する行政事件訴訟法第3条第6項第1号による義務付けの訴えとその要件、また民事上の救済と同様の理由で、同法37条の5第1項による仮の義務付けの可能性にも触れることが期待されていた。答案では、民事上の救済と行政訴訟による救済の可能性につき、その両方に触れたものが約7割であり、さらにそのほとんどの答案が、精粗の違いはあるものの、その要件についても触れていた。しかし、仮の救済につき何らかの記述をしている答案は、全体の約3割に留まっていた。

〔設問4〕は、大防法の平成25年改正による発注者の義務強化の理由を問うものであるが、立法に際して、取り分け重視されていた発注者と受注者との契約上の立場の優劣からする特定粉じん飛散防止の懈怠防止という点に的確に触れた答案は少なく、多くが、原因者負担の原則（汚染者負担の原則）などの抽象的な環境法の原則に即した記載をするに留まっていた。

## (2) 出題の意図と実際の答案に差異がある原因として考えられること

本問の解答の前提となる大防法上の特定粉じん排出等作業に係る規制の仕組みを把握するとともに、大防法第18条の14以下で規定する特定粉じん排出等作業（ひいては、解体工事等）の持つ特別な事情をある程度想定できたか、すなわち、建物の解体工事等というものがさほど長時間を要するものではないこと、石綿粉じんは一旦大気中に飛散してしまうと、その痕跡も十分に残らず、しかも、石綿を吸入した者への健康被害が長時間経過後にはじめて発現するものである

ことなどがある程度でも想定して答案を書くことができたかどうか、答案の優劣の分かれるものになったのではないかと思われた。この点は、特に、[設問3]の答案で、仮の救済にまで言及できたかといった点に顕著に表れているようである。また、設例でA県への通報をしたのが石綿被害防止支援活動を行っている団体Fとされていることは、行政が通報のみで違反行為ありと判断することには困難があることを検討することを期待してのことであったが、この点に気づいたと思われる答案はあまりみかけられなかった。短時間で設例をよく読み、そこで考えられる法の適用に際して留意すべき点を見極める力を涵養する必要があるのではないかと思われた。

### (3) 各水準の答案のイメージ

「優秀」な答案のイメージは、大防法の条文をよく読みこんで制度の構造を正確に理解した上で、[設問1][設問2]の解答と[設問3][設問4]の解答とのバランスがよく、特に[設問3]で、本設例の事実が、民事差止めや義務付け訴訟の要件を、満たしていることを端的に説明できており、[設例4]の解答についても、抽象的な環境法原則の記述にとどまらない内容を示している答案である。「良好」な答案のイメージは、各設問の求める論述、特に[設問1][設問2]と「設問3」[設問4]のいずれかにウエイトがかかりすぎたために、解答内容の精粗にばらつきがある答案である。「一応の水準」の答案のイメージは、各設問について、おおむね題意を理解し、一定程度の記述がある答案であるが、例えば、[設問3]で、民事差止めあるいは義務付け訴訟のいずれかの記述が不十分なものである。「不良」な答案のイメージは、設問のいずれかの答えがなく、あるいは、解答の記述があってもその内容に不正確なものが多い答案である。

## 4 今後の出題について

これまでどおり、基礎的な事項や実定法制度を基礎付けている法政策を問う問題、具体的事案から課題の所在を的確につかんだ上で判例理解を含む適切な法解釈によりそれを論理的に解決する問題など、特定の傾向に偏ることなく、幅広く出題することを考えている。

## 5 学習者及び今後の法科大学院教育に求めるもの

環境法は、多くの法律基本科目分野の知識の総合が求められる領域であり、現実の課題の解決にあたっては、環境法領域の専門知識のみでは、解決が困難であることが少なくない。行政法の基礎、民事法の要件・効果、各種訴訟手続などに関する学習によって得られた知識を統合的に応用する努力が求められるであろう。さらに、環境法の基礎理論は重要であるが、実際の環境法令が取り扱う事象は、具体的な環境の場における出来事であり、法令の背景事情、立法趣旨を理解することが必要である。また法改正もしばしば行われるので、法令の動向には常に目を向けておくことが望まれる。

## 平成30年司法試験の採点実感（国際関係法（公法系））

### 1 出題の趣旨等

既に公表されている出題の趣旨（「平成30年司法試験論文式試験問題出題の趣旨【国際関係法（公法系）科目】」）に記載したとおりである。

### 2 採点方針

国際関係法（公法系）科目の採点方針は、従来の立場を踏襲し、①国際法の基本的な知識を習得し、かつ、設問に関係する国際法の基本的な概念や規範、特に、関係する主要な多数国間条約の関連規定や国際法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書で書かれ、適切な理由付けがなされているか、といった点を重視した。

### 3 採点実感等

第1問は、国家責任法の違法性阻却事由、条約の終了原因及び外交特権に関する基本的知識と理解を問う問題である。第2問は、国境画定条約の効力と領域の取得、国際司法裁判所の義務的管轄権受諾宣言の効力と相互主義、同裁判所の判決履行のための手続等に関する国際法上の基本的知識と理解を問う問題である。いずれも国際法の主要なテーマに関するものであり、全く見当違いの答案はなく、最低ライン未満者もいなかった。しかし、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、A国がB国によるXダム建設中止に対して、Yダムを建設し、水力発電を開始した行為が、国家責任法における違法性阻却事由で正当化されるかどうかを問う設問である。

全体的な印象としては、違法性阻却事由としての対抗措置又は緊急避難の要件を詳述し、本設例がその要件を満たしているかを論じる答案が多く見られ、設問の趣旨はかなり理解されていた。

他方で、答案の中には、国家はその領域を他国に損害を与えるような仕方でも自ら使用してはならないという領域使用の管理責任で説明しようとするものも一定数見られた。その考え方は一つの筋の通った説明であるので一定の評価対象とした。

また、国際河川であるC川については、上流国であるA国は、C川の分流により影響が生ずる下流国であるB国に事前に通報し協議する義務があることを、国際判例を適切に引用しながら指摘する答案もあり、その点も評価の対象とした。

設問2は、B国が一方的に終了したT条約には終了規定がないので、B国の行為を国際法上正当化し得るためには、A・B両国がともに当事国である条約法に関するウィーン条約（以下「条約法条約」という。）が認める条約の終了原因に該当する必要を指摘した上で論じる必要がある。条約法条約第44条第2項は、「条約の終了……は、条約又はこの条約の適用によってのみ行うことができる」と規定している。具体的には、本設問が、条約の重大な違反（第60条）、事情の根本的な変化（第62条）等の要件を満たしているかどうかの検討が期待されている。

この点については、条約法条約の終了原因の条文に具体的に言及し、条文に規定された要件を本件設問の事例に当てはめて検討した答案が多く見られた。ただし、事例への当てはめについては、具体的にどのような事情をどのように衡量するのか必ずしも明確ではない答案や、不十分な記述にとどまる答案も見られた。

設問3は、1961年の外交関係に関するウィーン条約（以下「外交関係条約」という。）の特権免除に関する理解とA国大使館を占拠し、外交官らを人質にとった行為につき、B国大統領

が農民の行為を支持したことで、国家責任法上の私人の行為の性格に変容が生じていないかを問う問題である。

多くの答案が、公館の不可侵に関する外交関係条約第22条第1項に言及し、接受国たるB国には、同条第2項で、使節団の公館の安寧の妨害や公館の威厳の侵害を防止するための特別な責務があること、及び外交官の身体、自由又は尊厳に対するいかなる侵害をも防止する適当な措置を執る接受国の義務を規定した同条約第29条に的確に言及し、その違反を論じていた。

同時に、設問3では、B国大統領が採った一連の対応についても問われている。B国が外交関係条約に違反している場合には国際義務の違反となり、そうした国際違法行為は国家責任を生じさせる。他方で、A国大使館を占拠し大使館員を人質にとったB国の農民は、B国の国家機関の地位にあるものではなく、その行為はあくまで私人の行為にすぎない。そこで、農民の行為がB国に帰属するかどうかとともに、B国大統領が農民の行動を支持したことにより、私人の行為の性格に変容が生じていないかが設問で問われている。

この点、多くの答案が設問の趣旨を的確に捉え、国家責任の行為の帰属の問題を適切に論じていた。また、B国大統領の一連の対応による行為の性格の変容につき、関連する国際判例（在テヘラン米国大使館員人質事件）を引用しながら、国家責任条文の関係条文等にも言及し、的確に論じる答案も相当数みられた。他方で、B国大統領が農民の行動を支持したことについて言及がなされていても、その点を帰属の問題に結び付けることができている答案も見られた。

## (2) 第2問

設問1は、A国が国際法上どのような理由に基づいて自国がY遺跡を領有することをB国に対して主張できるかを問うものである。設問1に関する答案の内容は、いくつかのタイプに大別することができた。B国の1930年から2018年までの長期間にわたる沈黙が、A国のY遺跡領有に対するB国による「黙示の承認」を意味すると解する答案や、B国が長期間にわたる沈黙を破って2018年に突然Y遺跡の領有をA国に対して主張することは国際法上の「禁反言」の原則ないしは国際法上の「信義則」に反するものであり許されないと論じる答案、さらにその両者を論じる答案などが、それぞれ一定数見られた。一方、A国によるY遺跡に対する「長期間にわたる平穏かつ実効的な占有」の結果としてA国がY遺跡に対する領有権を得るに至ったと論じる答案もかなりの程度存在した。その場合には、それが国際法上の「無主地」に対する「先占」の結果であるのか、他国領域に対する「時効（取得）」の主張であるのか等を的確に整理して理論的に論じることが求められるところ、そうした答案は、多くはなかった。また、1930年締結のAB両国間の国境画定条約が「錯誤」により無効であることを検討する答案や、同条約が「事情変更」の原則の適用により終了することを検討する答案なども、数は少ないが存在した。これらの答案については、論理的・説得的に論じられていれば、一定の評価をした。

設問2は、国際司法裁判所の義務的管轄権受諾宣言に付された留保の効力と、受諾宣言に適用される相互主義に関する理解を問うものである。本問に関しては、受諾宣言に付されたA国の留保の有効性という問題と、そのようなA国の留保を相互主義に基づいてB国が援用することが出来るかという問題の2つが論点となる。本問に関しては、この2つの論点に関する答案の論述内容の優劣が比較的鮮明に現われたものと評価できる。受諾宣言に付された留保の効力に関して、国際司法裁判所が下したノルウェー公債事件判決にも言及しながら、A国が受諾宣言に付した留保をB国が相互主義に基づいて援用することができることを的確に指摘する優れた答案もかなりの程度見られた。他方で、受諾宣言に関する留保の法的効果を十分に理解していない答案や、受諾宣言に関して適用される相互主義への理解が不十分な答案なども、残念ながら散見された。

設問3は、国際司法裁判所判決の不遵守に対して取り得る国際法上の手段を問うものである。国際連合（以下「国連」という。）加盟国は、国際司法裁判所の判決に従うべき法的義務を負う（国際司法裁判所規程第59条及び国連憲章第94条第1項）。にもかかわらず、国連加盟国が国際司法裁判所の判決に基づいて自国が負う義務を履行しないときは、他方の判決当事国（国連

加盟国)は、国連の安全保障理事会に訴えることができ、安全保障理事会は、必要と認めるときは、判決を執行するために勧告をし又はとるべき措置を決定することができる(国連憲章第94条第2項)。かなりの答案は、国連憲章第94条第2項に具体的に言及しながら、A国は国際司法裁判所の判決を執行するために必要な「決定」を求めて国連安全保障理事会にB国を提訴することができることを的確に指摘していた。また、B国軍隊によるY遺跡の占拠と国際司法裁判所判決の不履行は、B国によるA国に対する国際法上の違法行為であり、これに対してA国は(原状回復、金銭賠償又は陳謝の要求等により)B国の国際法上の国家責任を追及できること、またA国はB国に対して国際法上の対抗措置を発動できることに言及する答案も多かった。さらに、A国の立場からすればA国の領土に所在するY遺跡に対するB国軍隊による侵攻と占拠は、国連憲章第2条第4項が規定する「武力不行使義務」違反であり、国連憲章第51条に基づく自衛の発動をA国は検討すべきと指摘する答案も、数は少ないが見られた。これらの答案についても一定の評価の対象とした。

### (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、設定されている事実関係に関係する国際法上の論点を明確に摘出し、関係条約の条文を的確に解釈し、関連する国際法の原則や国際判例等に言及し、各設問に関して説得力のある論述を展開し、適切な結論を導き出しているものであり、答案全体の1割程度であった。「良好」といえる答案は、各設問で必要とされている国際法上の主要な論点の一部が欠けていたり、関係する国際法の原則に対する理解が必ずしも十分でないものであるが、全体としては適切な論述が展開できているもので、全体の約4割がこれに該当した。「一応の水準」の答案は、全ての設問に一通りは答えてはいるが、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ていたりするもので、全体の3～4割がこれに該当した。また、「不良」の答案は、設問の多くに関して根拠となる条約文や関連する国際法の原則に対する理解が不足ないし欠けているもので、数は多くないが一定数の答案がこれに該当した。

## 4 法科大学院教育に求めるもの

法科大学院では、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目指してもらいたい。特に国際法の基本概念や規範、国連憲章、条約法条約、外交関係条約などの主要な多数国間条約の構造と主な条文の解釈、国際法の主な理論や判例などに関する理解を深めることが重要である。その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。

## 平成30年司法試験の採点実感（国際関係法（私法系））

本年の国際関係法（私法系）の問題は、狭義の国際私法（抵触法）及び国際民事訴訟法から出題されている。

- 1 出題の趣旨、ねらい等（出題の趣旨に補足して）  
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、関連する分野ごとに基本的な知識を備えているか否か、さらに、基礎的応用力を発揮できているか否かといった点が問われている。設問ごとに重点を異にするが、①狭義の国際私法（抵触法）及び国際民事訴訟法の基本的な構造を正確に理解しているか、②個々の法規範（条理により導かれるものを含む。）の趣旨を理解しているか、③複数の法規範を視野に入れながら、相互の関連を理解しているか、④これらの点の理解に基づき、設問の事実関係等から適切に論点を導くことができるか、⑤個々の論点について、条文の正確な理解を示し、それぞれの要件を解釈し、根拠を提示しつつ、段階を追って国際裁判管轄権及び準拠法の決定過程を正確に説明し、関連する法規範を適切に適用することができるか、これらが採点の基準とされた。

①ないし③の理解が曖昧と認められる答えは、「一応の水準」とどまった。それらが明瞭に表現されている答えは、「良好」又は「優秀」なものと判定された。④及び⑤に関して明瞭な論述が展開されているものが、「優秀」と評価された。

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るか否かを基本として採点した。

### 3 採点実感

#### (1) 〔第1問〕について

ア 〔設問1〕は、外国人女性の死亡による相続問題を解決する前提としての、当該女性と夫の連れ子の親子関係の成否を問うたものである。最判平成12年1月27日民集第54巻1号1頁をもとに作成したものである。ちなみに、この判決は、国際私法のほとんどの教科書や判例解説等において取り上げられているものである。しかしながら、この判例に言及した答えは、極めて少なかった。この点は、出題者にとって予想外のことであった。

相続問題を解決する前提として親子関係の成立が問われている。いわゆる先決問題といわれるものである。先決問題という考え方を否定する見解もあり、それに沿った答えも存在した。したがって、先決問題との指摘は必要ないが、ここでは、相続とは別の単位法律関係の問題が発生し、それが、相続問題に先んじて解決されなければならないという構造を明らかにすることが求められている。いきなり親子関係成立の準拠法決定を論じたものが少なくなかったが、この構造への言及は必須である。というのも、相続の準拠法上、子が相続人にならないのであれば、ここで親子関係の成否を問う意味がなくなるからである。〔設問2〕の解答の中で、こうした構造を説明する者も少なからず存在した。これも評価の対象とした。

法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）は、親子関係の成立の準拠法については第28条、第29条、第30条でその準拠法を定めている。しかし、それらは、出生や認知を前提にした規定ぶりとなっており、条文上、再婚による親子関係の成立を想定していない。したがって、これらの条文をそのまま適用することは無理で、何らかの解釈を施して類推適用ないし準用する必要がある。残念ながら、かなり多くの答えが、これらの条文をその

まま使っていた。

先決問題に関して本問題準拠法所属国国際私法説から論じるものもあろうかと考え、設問中に【甲国国際私法】の条文を挙げておいたところ、これを使って反致の議論をした答案が一定数あった。設問末尾に記した「全ての問いにおいて、反致及び国際裁判管轄権については検討を要しない。」という文言が目に入っていないのだからだろうか。さらには、親子関係成立の準拠法を甲国法と決定した上で、反致とは無関係にさらに甲国国際私法を使って論述を展開している答案もあった。こちらは、国際私法の理解に欠けるものであり、「一応の水準」にも届かないとして、大きく減点をした。

イ 「設問2」は、出題の趣旨にも記したように、時際法を手掛かりに、各種の法の抵触の存在を理解し、その上で、国際私法は、地域的な法の抵触を解決するものであることを改めて認識してもらおうとした問題である。そうした構造を理解して、新旧法の適用は、準拠法に指定された当該実質私法秩序内の問題である、と答えた答案に対しては、時際法という表現がなくとも、高い評価を与えた。

しかしながら、この問題に関しては、問題の所在を理解した答案が驚くほどに少なかった。しかも、圧倒的多数が、本問を公序の問題として処理していた。一旦成立した親子関係を、後日、解消するのは、子の保護に反するとして、通則法第42条に定める公序により外国法の適用を排除するという論旨がほとんどで、そこでは結果の異常性と内国牽連性を根拠に挙げている。

しかし、日本法の認めていない親子関係を、「結果の異常性」を根拠に認めるのは、さすがに無理があろう。さらに、ここで公序の判断がなされるとすれば、それは、前妻の子が後妻の相続財産を承継できないことの当否である。国内の事案では、もちろん認められない相続財産の承継である。一旦成立した親子関係が、後日、解消されることが公序判断の対象となるのではない。公序による外国法適用の排除は、(本問題についてのみ生じ)先決問題についてはほとんど問題とならないという指摘があるが、本事例は正にそうしたケースである。

以上の点から、「設問2」において公序を論じている部分については、いかに丁寧に公序を論じていても、評価の対象としていない。

ウ 「設問3」は、「設問1」とともに、単位法律関係ごとに準拠法を決定するという国際私法の基本構造に関わる問いで、最判平成6年3月8日民集第48巻3号835頁を踏まえての出題である。「設問3」では、この最判を意識した答案が一定数見られた。とはいえ、過半数は、判例につき何らの言及もない。

その具体的な解決法も、通則法第36条を適用し相続の準拠法による見解、通則法第13条第2項を適用し物権の所在地法による見解、これら二つの準拠法を累積的に適用し処理する見解、さらには、これら二つの準拠法を配分的に適用し処理する見解に分かれている。見解の対立が、激しいところである。採点する者としては、諸説の考え方を整理、分析し、自らの立場を決定し、その上で具体的な結論を導き出すという論述を期待したが、多くの答案でその作業ができていない。単に自分の考え方を示し、結論を出すだけの答案がほとんどであった。「一応の水準」に分類されるものの、出題者としては、物足りなく感じたところである。

前述した最高裁判決では、相続の準拠法に指定された外国法による処理を認めると、日本の取引の安全を著しく害することになるとして、所有権の帰属については通則法第13条第2項に基づき日本法を適用している。そうしたことから、公序や禁反言を根拠に相続準拠法の適用を否定する答案に対しても一定の評価を与えた。

いずれにしても、どの立場に立ったかによって評価に差を設けることはしていない。単位法律関係の理解、その切り分け、そこでの考え方等を正しく理解し、適切な適用関係を展開していることが重要である。なお、契約の問題と法性決定して通則法第7条や第8条を論じた

者がいるが、これは問題点を誤解しており、評価の対象としていない。

(2) 〔第2問〕について

ア 〔設問1〕小問1では、消費者契約に関する訴えの国際裁判管轄権について問うた。

民事訴訟法（以下「民訴法」という。）第3条の2による管轄権（普通裁判管轄権、一般管轄権）については、大部分の答案が書けていた。

民訴法第3条の3以下の特別裁判管轄権のうち本問で特に重点を置いて論ずべきなのは民訴法第3条の4第1項の消費者契約に関する訴えの管轄権である。本項について検討してこれに該当するとの結論に達しているものが大多数であった。それらのうち、本項の趣旨、当てはめについてもよく書けているものが多数あった。それに対し、趣旨について書いていないものも相当数あった。当てはめに関しては、ごく少数ながら、Yが個人であることから「事業者」に当たらないと誤解しているものがあつた。本項中のその定義の括弧書をよく読みたい。本項に触れていないものには、本小問に関しては「一応の水準」にも達していない評価となっているものが多い。

本問のような消費者からの事業者に対する訴えについては、民訴法第3条の4第3項の適用もなく、民訴法第3条の3の適用の可能性があるので、同条について論じることにも意義がある。そこで、同条について正確に論じていけば加点することとした。同条各号のうち答案で取り上げられていたものは以下の各号である。同条第1号（履行地管轄）についてはこれについて触れたものの大部分がこれを正確に適用し、これに該当しないとの結論を導いていた（ごく少数ではあるが、同号下段の要件を無視していたものもあつた）。同条第3号（財産所在地管轄）については、ごく少数ではあるがこれを肯定したものがあつた。すなわち、本件絵画が「請求の目的」とであると誤解したもののほか、これが「差し押さえることができる被告の財産」として同号による管轄権を認めたものがあつた。問題文にYは日本には財産を有しないと明記しているので、これは認められない。同条第4号（業務関連管轄）、第5号（事業活動管轄）に該当しないことは明らかである。最後に、同条第8号（不法行為地管轄）に基づいて管轄権を認めたものがごく少数ながらあつた。しかし、契約無効を理由とする代金の返還の訴えが「不法行為に関する訴え」に該当するというのは無理であろう。

本問では問題文においてYの日本との関係の薄さについて詳しく記しているのだから、民訴法第3条の9について論じることが必要である。しかし、これについては全く記述のないものが多数を占めた。たしかに同条についてはこれを極めて限定的にしか適用しないとの立場も有力である。他方、それに対しては一般論として反対する学説も多い。特に本問のような能動的消費者の場合など法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）第11条第6項に該当する場合に民訴法第3条の4第1項により消費者の住所地管轄を一律に認めることに対しては、そのような場合は民訴法第3条の9により例外を認めるべきであるとの学説も多い。また、同条の発動を否定するにしても、同条に全く触れない（あるいは同条の適用はないとの結論のみ記す）というのではYの立場を全く無視しているとの感を与えるであろう。否定するなら理由を挙げた上で否定すべきである。極めて限定的にしか適用しないとの立場を貫くとした場合には、「応訴の負担」については、消費者であるXの要保護性や事業者たるYは外国での訴訟にも対応すべきであるとの理由を書けばよいし、「証拠の所在地」については、本件絵画が日本にあることを指摘すればよい。なお、同条について論じたものの中に、ごく少数ながら「そもそもがん作を売却したYに、帰責事由が認められる」又は「偽物を売りつけば、後日、金銭の返還を請求されることは予測できる」ことを同条に該当しないことを根拠づける考慮事由の一つとして挙げるものもあつたが、一方当事者の主張するにすぎない事実を考慮事由とするのはいかがかと思われる。最後に評価についてであるが、同条について全く触れていないものには、本小問に関して「良好」との評価に達していないものが多い。

なお、「甲国の裁判所に国際裁判管轄権がある」といった記述のある答案も散見されたが、



本問で問うているのは日本の裁判所の国際裁判管轄権であるので、間接管轄については論じる必要がない。

イ 「設問1」小問2では、消費者契約の準拠法の決定について問うた。

通則法第7条については大部分の答案が触れており、準拠法指定合意がないとの結論を導いていた。もっとも、「契約書に準拠法の定めはない」ことのみから同条による合意を否定するものが相当数あったが、これでは黙示の意思についても検討されているとは認められない。同条の「選択」には黙示の意思によるものも含まれるので、それが認められるかどうかについても判断しなければならない。

次に通則法第11条の適用が問題となるが、そもそも同条に触れないものが多数あった。小問1で本件訴えが消費者契約に関するものであることの理解を示していた答案のうちにも小問2で消費者契約に関する通則法第11条に触れないものが多数あったことは驚きであった。もし本条による場合には同条第2項によって消費者の常居所地法たる日本法によることは必ずしも記述する必要はないが、記述していれば少し加点している（この点、同条第5項によって同旨のことを記すものもごく少数ながらあったが、同条第3項ないし第5項は方式に関する規定である。）。本問では同条第6項第1号又は同項第2号による適用除外について検討しなければならないが、同項に気付かない答案も相当数あった。本問では同項全体又は同項第1号本文若しくは同項第2号本文の趣旨を説明することが求められるが、同項の当てはめはできている答案のうちでも趣旨の記述がないものが相当数あった。最後に評価についてであるが、通則法第11条について触れていないものは、仮に通則法第8条についての適切な記載があったとしても、本小問に関して「良好」との評価に達することがやや難しくなっている。通則法第11条については触れているが同条第6項に気付かず、同条第2項によるとしたものは本小問について「一応の水準」との評価にも達していない（通則法第8条の適用に関する記述がないため）。

本問では通則法第11条第6項第1号又は第2号によって同条第2項の適用が排除されるので、通則法第8条が適用される。同条についてはおおむねよく書けていた。もっとも、同条第2項については、特徴的給付の意義を説明するのみで同項の趣旨（なぜ特徴的給付の理論が採用されているか）までは書けていないものも多数あった。

なお、記述の順序については、通則法第8条の適用について先に書いて、後で通則法第11条第2項が第6項第1号又は同項第2号によって適用されないことを確認するものも多数あり、それでも問題ない。ただし、ごく少数ではあるが、通則法第8条第2項の推定を破る事情として通則法第11条について検討するものがあつた。しかし、これは通則法第11条第2項が通則法第8条の特則であることを理解していないものである。

ウ 「設問2」では、物権の得喪に関する準拠法の指定について定めた通則法第13条第2項と、公海上を移動中の物に関する物権の準拠法の取扱いを中心とした理解を問うた。

Yは、本件売買契約では本件絵画の所有権が移転していないと主張して、自己に対する所有権の帰属の確認を求めているから、問題となるのは物権の得喪であり、通則法第13条第2項の適用が問題となる。この点については、多くの答案が適切に論じていたが、専ら同条第1項を挙げていた答案も見られた。また、同条第2項の問題であると論じておきながら、同項が、「前項の規定にかかわらず」とした上で、連結点をあえて「目的物の所在地」（同条第1項）ではなく、「その原因となる事実が完成した当時における目的物の所在地」（同条第2項）としている趣旨について適切に論じている答案は意外に少なかった。すなわち、物権の準拠法について目的物の所在地が連結点とされる趣旨については、物権が目的物に対する排他的支配権であり、その目的物所在地の秩序や公益と直接関係することや、第三者との関係でも明確性を確保できることなどが挙げられている。他方、同条第2項が連結点をそのうち「その原因となる事実が完成した当時」のものに特定している趣旨は、一旦所在地法によ

って完成した物権の得喪が後の目的物の所在地の変更によって影響を受けないようにすることにある（不変主義）。しかし、適用すべき条文を同項であると指摘しながら、その趣旨の説明として、同条第1項との違いについて論じた答案是、決して多くはなかった。

このことと関連するが、Yは、口頭弁論終結時（現時点）における本件絵画の所有権の帰属主体であることを主張しているが、そうであるからといって直ちに本件絵画の現時点の所在地法がいずれの法であるかを探求すべきではない。むしろ、問題とされる物権の得喪の「原因となる事実」に着目し、それが「完成した当時」がいつであるのかを検討する必要がある。そうすると、設問2では、甲国法という準拠法候補により本件絵画の所有権の移転が成立するのか否かという観点から甲国法が所有権の移転に関する準拠法となるのか否かを論じるべきである。そして、本件絵画の引渡しは、未了であるために甲国法によっては所有権が移転することにはならないから、「原因となる事実が完成した」とはいえず、甲国法は、そもそも準拠法とならない。この点について適切に説明がされていた答案是、「優秀」と評価されるが、実際には、本件売買契約を手掛かりに甲国法をストレートに準拠法として指定し、その前提で、甲国法では本件絵画の所有権が移転していないと論じる答案が多かった。また、設問2の問題文から、本件絵画の引渡しは未了であることが明らかであるのに、このことに配慮せず、本件絵画の発送をもって甲国法が求める引渡しが完了したこととする答案も散見された。これは、問題文の解釈を誤るものとして、「一応の水準」にも達していないとされてもやむを得ない。

このように、通則法第13条第2項が、同条第1項と異なり、連結点を「その原因となる事実が完成した当時におけるその目的物の所在地」としている趣旨を適切に理解し、それを設問2の内容に照らして具体的に当てはめた上で、甲国法が準拠法とはならないことを指摘し、引き続いて公海上を航行中の船舶に積載された移動中の物に関する論述に進むことができた答案には高い評価が与えられる。他方、「目的物の所在地」として口頭弁論終結時（現時点）の本件絵画の所在地に着目し、甲国法の準拠法としての資格を論じることなく、直ちに移動中の物についての論述に進んでしまうと、物権の得喪について通則法第13条第2項が同条第1項とは別に定められた点についての理解が疑われることになる。

移動中の物（*res in transitu*）については目的物所在地法として現実の所在地法ではなく、仕向地法が適用されることについては、多くの答案が適切に論じていた。ただし、その理由ないし趣旨に関する各答案の論述の濃淡は様々であり、この点の論述の厚みの程度が、それぞれの学習の進捗を反映しているように思われた。また、設問2では、本件絵画は公海上を航行中の船舶に積載されているところ、公海上には本来指定されるべき目的物所在地法が存在しないというという特殊性がある。この点に注意を払いすぎたためか、船舶の旗国法を準拠法とすべきであると論じる答案も見られた。しかし、物権の準拠法として旗国法が適用されるのは、船舶そのものを目的物とする物権が問題となる場合が主であり、その積載物については移動中の物として別に扱うのが一般的な理解である。積載物について旗国法説を採用する以上、移動中の物の目的物所在地法を仕向地法とする理解に対する批判と旗国法説を採用する根拠をいずれも適切に論じる必要があろう。

本件絵画が移動中の物であることを指摘し、その目的物所在地法が仕向地法である日本法であると論じた上で、通則法第13条第2項の適用結果として、本件絵画の所有権の移転について日本法を準拠法として指定し、本件売買契約について日本民法第176条を適用して、本件絵画の所有権はXからYに移転済みであるとする答案が多数であった。これは、一つのオーソドックスな見解であり、この点について論述がされていれば、「一応の水準」ないし「良好」とみて差し支えない。

しかし、本件売買契約が成立したのは甲国においてであり、本件絵画が発送されて移動中の物となり、遅くとも公海上に達して以降、XY間に本件絵画の所有権の移転に関する意思

表示は存在しない。そうすると、本件絵画の「目的物の所在地法」が日本法になった時点以降、通則法第13条第2項にいう「原因となる事実」は何ら完成しておらず、したがって、日本法は同項によっては本件絵画の所有権の移転に関する準拠法にはならないと解することもできる。また、日本民法第176条の解釈として、甲国における本件売買契約には適用がないと解する余地もある。これらの論点について論述した答案は極めて少数であったが、この点について問題意識を感じさせる答案は、「優秀」と評価されよう。

なお、当事者間における物権の得喪について通則法第7条以下を適用する少数説を採用する答案は、ほとんど見られなかった。

#### 4 今後の出題

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

#### 5 受験生と今後の法科大学院教育に求めるもの

出題の趣旨に記したように、〔第1問〕は、最高裁判所で問われた問題点を基に作成されたものである。しかし、これら判例への言及が一切ない答案が、極めて多数に上った。判例、とりわけ最高裁判所判例は、現実社会で問題となった、しかも見解の対立する論点に関して新たな判断を示すものである。国際関係法（私法系）にとどまるものではないが、最高裁判所の判例を通じた学習をさらに徹底することが望まれる。

〔第2問〕では、消費者契約と理解しながら、通則法第11条に言及しない答案が意外と存在した。ここでは、通則法第7条、第8条、第11条について問われているが、その一部についてしか論じていない答案も少なくなかった。これらは、いずれも通則法の全体構造を十分理解していないことを意味している。〔第2問〕の〔設問2〕において、第1項と第2項を明確に区別することなく通則法第13条を用いている答案にも同じことがいえる。全体の法構造をしっかりと理解した上で、個々の条文を解釈、運用する力を養うことが望まれる。民訴法の国際裁判管轄権に関する条文についても同様である。

受験生の諸君に改めて認識してもらいたいのは、こうした力を養うためには、基本的な教科書を丹念に読み、理解することが何より重要であるということである。