

令和2年司法試験の採点実感（公法系科目第1問）

第1 総論

1 論述内容全般について

- (1) 特段必要もないのに各段階で自己と異なる立場から論述をするなど、「自己の見解と異なる立場に言及すること」に不必要にとらわれすぎている答案が一定数あったが、自説を中心に記述を展開する中で、必要な限度で他説に触れつつ、批判的検討を加えていくという書き方をすべきである。
- (2) 基本概念（経済的自由、立法裁量、積極目的・消極目的、LRAの基準等）の理解が正確であるかどうか疑わしいものが多かった。
- (3) 違憲審査基準（以下「審査基準」という。）の定立までは十分な記述をしながら、その具体的な適用においては、極めて形式的で簡潔過ぎる内容に終始した答案が目についた。
- (4) 資料を積極的に活用し、具体的に論述を進めるように努めるべきである。

2 違憲審査について

- (1) 例えば、判例が「他のより緩やかな制限によっては立法目的を十分に達成することができないこと」を問題にしているにもかかわらず、目的達成との関係を考慮せずに手段が最小限度であるかどうかを論じる等、審査基準の具体的な内容の理解が不十分な答案が非常に多かった。
- (2) 多くの答案は、審査基準を設定するに際し、①制約されている権利の重要性、②制約の強度、③制約の目的（消極目的か積極目的か）を検討した上で基準の設定を行っていたが、①から③までの検討と具体的な審査基準とのつながりが不明確な答案が少なくなかった。また、定立した審査基準とその具体的な適用が実質的に整合していない答案、審査基準の具体的な適用の結論を記載していない答案、摘示した事実に対する法的観点からの評価の記載がない答案等の問題のある答案があった。

第2 規制①について

1 職業の自由について

- (1) 職業の自由の意義及び特性や、規制①が職業「選択」と職業「遂行」のどちらに関わる問題なのかを明確に論じていない答案が一定数見られた。
- (2) 職業の自由の社会的相互関連性が（規制を必要とする理由ではなく）権利の重要性の論拠として説明されるもの、営業の自由を（人格的価値があるということにとどまらず）精神的自由そのものとして説明するもの等、概念や判例の論理を表層的にしかり理解していない、あるいは、キーワードを脈絡なくつないでいるような、問題のある答案も見られた。

2 判例への言及について

- (1) 関連する判例に言及しつつ論ずるべきことは問題文の要求でもあるところ、全く判例に言及しないまま論述を進める答案が少なからずあった。一般論としても、法曹を目指す者が関連する判例を無視して議論を展開することは許されないであろう。まして、本設問のように当然言及してしかるべき関連判例が存在する事案については、当該判例を明示し、その論旨を踏まえて自らの見解を示すことは必須である。
- (2) 判例を引いている場合でも、その内容の理解が不正確な答案が散見された。確かに薬事法事件判決は、具体的規制措置の憲法第22条第1項適合性の判断については、規制の目的・必要性、制限される職業の自由の性質・内容等の程度を検討し、これらを比較衡量した上で決定されなければならないと述べている。しかし、判例は、このような比較衡量と検討は第一次的には立法府の権限と責務であるとし、立法府の裁量の行使を前提として判断を下しているのであって、その点を無視して直ちに比較衡量で判断することを判例の趣旨であるかのよ

うに説くのは適切ではない。

- (3) 審査基準を検討するに当たっては、小売市場事件判決が積極目的規制について立法府の広い裁量を認めていることに留意する必要がある。その際、積極目的・消極目的の二分論に従わないのであれば、そのための論証が必要であろう。一方、この目的二分論に従う場合にも、二分論を採らなかった判例や学説における二分論の機械的適用に対する批判を考慮することが望ましい。

3 違憲審査について

- (1) 審査基準の定立において、経済的自由に対する制約は、一般に、内容が多種多様で、専門的技術的性格を有し、裁判所の審査能力との関係からしても、精神的自由と比べて、立法裁量に委ねられるべき要請が強いという点をきちんと押さえずに、審査基準の定立を行っている答案が一定数あった。
- (2) 規制①について積極目的と消極目的が併存していると理解せず、問題となるのは積極目的か消極目的のいずれか一方であるとして論じるのであれば、その点についての説明が必要である。また、国民の福利増進を（積極目的でなく）消極目的に分類する問題のある答案も見られた。

一方、立法目的を丁寧に検討し、規制内容の強さも含めて論じて審査基準を導く答案には、事例の分析力や論理的な説得力が感じられた。

- (3) 目的審査において、法案骨子の「第1 目的」の記述に全く触れず、既存の乗合バス事業者の保護、収益改善が目的であると言い切り、「事業者の収益改善」により「移動手段を維持確保する」ことが法の目的であることについて分析していない答案が少なからずあった。
- (4) 手段審査については、まず当該手段が立法目的を（観念的・抽象的に）促進するかどうかを確認していない答案が多くあった。次に、審査基準と現実の手段審査が対応していない答案も相当数見られた。例えば、審査基準として「実質的関連性」を挙げておきながら、現実には立法目的が抽象的に達成されていることで憲法上の問題がないとする答案や、「より制限的でない他の手段」の有無を審査するとしながら、現実に取り得る手段を具体的に挙げてその当否を検討していない答案である。
- (5) 補助金の交付を「より制限的でない他の手段」として論述する答案が相当数あったが、本問では、生活路線バスを補助金等で補填している現状への新たなてこ入れとして規制①を導入しようとしているのであるから、上記論述は説得力があるとは認められなかった。また、「赤字は全て補助金で補填する」等のおよそ現実的とは思えないような手段、「既存の高速路線バス専業事業者と生活路線バス専業事業者を合併させる」等の「より制限的でない」とは思えないような手段を提案している答案や、高速路線バス専業事業者の不利益が過大であるかなにかだけを検討している答案が目についた。
- (6) 交通政策の意義、バス事業の特殊性に言及している答案は少なかったが、事案に即した検討として求められているのは、そのような点に着目した議論である。また、公衆浴場が、自家風呂のない者にとって必要不可欠な厚生施設であることを論じた公衆浴場法に関する判例を、本設問についての先例だと考えた答案は、極めて少数であった。

4 その他

- (1) 許可と許可条件、あるいは、骨子第3と第4について、問題の所在を発見・分析する過程では、両者を分けて丁寧に検討することは、確かに有用であるが、答案においてこれらを別項目に分けて記述すべきかどうかは、検討の結果による。機械的に別項目を立てるのではなく、自分の検討の結果として分けて論じる意義がない場合には、そのように答案構成すべきであろう。現実には、一定数の答案が別項目に分けて記述していたが、その相当数は、記述がほぼ重複していた。
- (2) 憲法的観点からの見解が求められているにもかかわらず、政策的により効率的に立法目的を

実現できる別の代替案を提示していると思えないものなど、問題が多い答案も散見された。

第3 規制②について

1 移動の自由について

- (1) 憲法第22条第1項が一時的な移動の自由を保障するかが問題となることは大半の答案で言及されていたが、単なる「移動」が「移転」に含まれるかは自明ではないのに、特段説明なく同自由は同項により保障されるとする答案が多かった。
- (2) 規制②は、憲法第22条第1項の保障する自由に対する制約として構成する見解も、憲法第13条の保障する自由に対する制約として構成する見解も成り立ち得る。しかし、検討の手順としては、実体的に関係の近い個別的基本権である憲法第22条第1項の保障対象に含まれるかを検討し、含まれない場合には包括的自由権の一内容として保障されるかを検討すべきである。

2 違憲審査について

- (1) 規制②の違憲審査の判断枠組みについて、それが経済的自由だから緩やかな審査で足りるという図式的な議論をした答案はさすがに少なかった。
- (2) 移動の自由が精神的自由の側面を持つとして、そのことを審査基準の設定に当たり考慮すべきだとした答案や、居住移転の自由に精神的自由や人身の自由と関わる側面があることを理由に比較的厳格な審査を基礎付ける答案があったが、こうした側面を抽象的にではなく、本設問の事情を考慮して具体的に論じた上で、審査基準を定立することが求められる。
- (3) 本設問の事情として考慮すべき点としては、例えば、移動、特に車による移動が種々の理由から様々な規制に服すること、規制②は、エリアと時間帯を限った上で、自家用車による乗り入れを規制するものであり、移動に対する規制の強度は強いものではないこと（常識で考えても、歩行者天国に伴う車両の乗り入れ禁止など、同種の規制は存在する）等を挙げることができる。これらの点に言及した答案は少数であったが、事案に即した検討として高く評価される。
- (4) 移動の自由を一般的自由にとどまるとしながら、厳格な審査基準を導いている答案は、学説の基本的な理解に問題があると言わなければならない。
- (5) 罰則があるので緩やかな基準を採れないという答案があったが、審査基準は権利に対する制約の態様、強さで定立されるべきである。罰則の有無は目的達成手段の審査において考慮されるべき事柄であると思われる。

3 その他

- (1) 自由権と平等原則の関係については、(ア)専ら自由権の侵害を問題にすべき場合、(イ)自由権侵害に加えて、自由に関する別異取扱いが固有の憲法問題を生じさせており平等原則違反をも問題にすべき場合、(ウ)自由権侵害が問題にならず、専ら平等原則違反を論じれば足りる場合とがある。今回の規制②の憲法上の問題の所在は明らかに(ア)にあり、多くの答案もそのように論じていた。平等原則違反も論じた、あるいは専ら平等原則を論じたという答案は、そもそも自由権と平等原則の基本的な関係について理解が不十分であると言わざるを得ない。
- (2) 規制②が憲法第29条の保障する財産権の制限に当たるとする答案も見られたが、的を外した議論である。
- (3) 刑罰に関する明確性の原則について論じている答案が見られたが、問題の所在を理解していないものと思われる。

第4 形式面での注意点

- 1 判別が困難な筆跡の答案が依然として少数ながら散見される。

- 2 誤字には十分注意すべきである。特に、「必要不可決」や「幸福追及権」等は論外である。
- 3 答案の構成として、第1，第2，・・・(1)，(2)・・・と内容に応じて項目を立てて論じることは内容を正確に伝えることに資すると思われるが、それ以上にわたって、改行するたびに、ア，イ，ウ・・・や，a，b，c・・・などと全く必然性がないのに細かく記号を付してブツ切りの論述を行うことは避けるべきである。求められているのは，内容が論理的に明快な論述であって，表面的に整理された形式ではない。

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ているか、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が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)

- ・ 最高裁判例で示された処分性判断の定式を示した上で、農用地区域を定める計画自体の法的性格について、農業振興地域の整備に関する法律（以下「農振法」という。）ないし農地法の関係規定を挙げながら、農用地利用計画にいかなる法効果が付与されているか、計画の変更によりこれがいかなる影響を受けるかを検討し、本件計画の変更の処分性を論じ、また、申出の拒絶の処分性について、申請権の法的根拠を挙げながら論じた上で、成熟性に言及して結論を導いているものなどは、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、都市計画法上の用途地域指定についての判例（最高裁昭和57年判決）の理解を正確に示した上で、農振法等に基づく農用地利用計画の法効果との異同を検討するもの、また、成熟性について、転用許可拒否処分取消訴訟等の別訴を提起した場合に考えられる帰結を挙げ、それとの差異に言及しながら、本件計画の変更段階での救済の必要性を実質的に検討しているものなどは、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、最高裁昭和57年判決が前提とする用途地区と比べた農用地区域の特殊性や利用強制など土地利用制限の相違に言及するなど、同判決に対する深い理解を示しつつ説得的に論じるもの、法的な申請権の有無について、内部規定である運用指針と農振法との関係や、農振法の趣旨目的を踏まえつつ説得的に論じるもの、成熟性について、多角的かつ詳細に検討しているものなどは、優秀な答案と判断した。

(2) 設問1(2)

- ・ 本件計画の変更の申出が行政手続法上の申請に当たることについて、同法の関係規定を踏まえて検討した上で（なお、設問1(1)で検討したものを引用することも可）、不作為の違法確認訴訟の訴訟要件及び本案要件について最低限の検討を加えて、Xがすべき主張について一定の結論を導いているものについては、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、申出が到達することにより審査義務が発生することや、到達後の申出書の返却は法的に無意味であることなどについて、行政手続法の関係規定を指摘しながら法的検討をするもの、不作為の違法確認訴訟の訴訟要件及び本案要件について、行政事件訴訟法の該当条文に即して個別に検討し、具体的な事実関係を踏まえた当てはめが示されているものなどは、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、不作為の違法確認訴訟における各要件について、関係規定の解釈を踏まえた的確な理解を示しつつ、各要件及び当てはめについて詳細かつ網羅的な検討が加えられているものなどは、優秀な答案と判断した。

(3) 設問2

- ・ ①農振法第13条第2項第5号該当性について、農振法、農業振興地域の整備に関する法律施行令（以下「農振法施行令」という。）、農業振興地域の整備に関する法律施行規則（以下「農振法施行規則」という。）といった関係規定から処分要件を抽出した上で、本件事案に即した当てはめを検討し、また、②農振法施行令第9条の規定する8年という期間制限の本件農地に対する適用の可否について、同規定の解釈を示しながら当てはめを検討した上で結論を示しているものなどは、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ 上記①について、関係規定を示しながら処分要件を丁寧に拾い上げ、本件計画の目的、本件事業の目的、本件農地との関係について具体的に言及した上で解釈し、具体的事例に即して当てはめが検討されているもの、上記②について、期間制限の目的等を踏まえて農振法施行令第9条を解釈し、一定の結論を導いているものなどは、良好な答案と判断した。
- ・ 上記①及び上記②について、説得的な解釈論を展開した上で、本件事例において妥当な解決が示されているものなどは、優秀な答案と判断した。

4 採点実感

以下は、審査委員から寄せられた主要な意見をまとめたものである。

(1) 全体的印象

(悪筆・誤字)

- 毎年の採点実感で繰り返し指摘されてきたにもかかわらず、今年も書き殴った文字、極端に小さな文字、線が細く薄い文字、極めてくせの強い文字で書かれるなどしたため、何度か読解を試みても判読困難な答案が見られた。読めてこそその採点であり、採点者が努力しても判読できなければ答案の評価は困難である。結局のところ受験者本人が不利益を被ることになるので、他の人が読むということを意識して、客観的に見て判読しやすい文字を書くよう普段から工夫し、丁寧な筆記を心掛けたい。字の大きさ、間隔等にも気を配ると良い。
- 毎年のように指摘されているが、「画定」（確定）、「市長村長」（市町村長）、「機会」（機械）といったものは、誤字により、当該言葉の持つ意味自体が変わってしまうものであり、気を付けてほしい。

(法解釈・基礎的法概念等の理解)

- 条文の読み込みや体系的理解が不十分な答案が多かった。行政法の分野では、要件がよく整理されて立法されており、条文をきちんと読めば論述のヒントが得られることが多いのに、条文に記載された要件をキーワードとして押さえることなく、何となく行政法の一般理論の勉強で得られた知識を展開してしまったり、ポイントがずれてしまった答案も多かった。
- 当然のことながら、法律論の基礎は、条文の解釈とそれへの当てはめである。適用されるべき具体の条文に即することなく、専ら抽象的あるいは一般的な「定式」のごときものに基づいて議論を展開するのは、適切な議論とはいえない。
- 行政法上の基本的な概念や用語を知ってはいるもののその理解が十分ではない答案や、誤解しているのではないかと思われる答案が見られた。例えば、委任命令を行政規則とするものや、申請に基づく処分と届出を混同しているもの、申請を拒否する処分を不利益処分とする初歩的なミスが見られた。
- 都市計画法上の用途地域指定について、土地収用や換地処分を予定しているなどといった誤った記述が非常に多く見受けられるなど、法律や判例等に関する知識以前の基本的な用語について理解していない答案、不作為の違法確認訴訟の本案審理の内容が何かを理解していない答案、政省令を裁量基準（法的拘束力を有しない裁量基準）と誤解している答案、運用指針が法令であると誤解している答案などが多く見られた。これらは、司法試験を受験する上で最低限理解しておくべき行政法の常識的な知識ともいえるべきものである。

(読解・分析・構成・表現力)

- 例年のことではあるが、問題文中に書かれている指示に従って一つ一つ議論を積み重ねることのできた答えは極めて少なかった。このことは、型どおりの解答はできるが、それ以上に問題に即した事案を分析することを苦手とし、問われたことに柔軟に対応する力が欠けている受験生が多いことを示しているのではないかと考えられた。事案について、自由に各自の議論を展開し、自由な発想で何らかの結論を導けば良いわけではなく、設問はもちろん、会議録中の「指示に沿って」、一定の立場から、指示された検討事項を丹念に検討していくことが求められている。
- 問題文や会議録には解答のヒントや誘導が盛り込まれており、これらを丁寧に読むことは、解答の必要条件である。それにもかかわらず、問題文の事実や指示を読んでいないか、あるいは事案等を正確に理解せず、問題文が何を要求しているかについての論理的な理解が甘いまま解答しているのではないかと思われる答案が多く見られた。問題文をきちんと読んで、何を論じ、解答すべきかを把握した上で答案を作成することは、試験対策ということを超えて法律家としての必須の素質でもあることを認識してほしい。
- 次のように、問題文の事実や指示を読んでいないか、あるいは事案等を正確に理解せずに解答しているのではないかという答案が散見された。
 - ・ 会議録で答案の方向性を示されているにもかかわらず、設問1(1)で、本件計画の設定が農地所有者の権利義務に及ぼす影響について整理されていない答案
 - ・ 設問1(2)において、「処分はされていないものとし」との記載があるにもかかわらず、拒否処分取消訴訟を検討する答案や義務付け訴訟について検討する答案
 - ・ 設問1(2)は、(1)とは異なり、計画変更及びその申出の拒絶が処分であることを前提とするものであるにもかかわらず、(1)については論述が不十分な一方で、(2)についての答案において申出の拒絶の処分性について長々と論述する答案
- 挿入の多用、大幅な順序の入替えなど、非常に読みにくい答案がいくつかあった。答案の方針が定まらないまま書き始めている可能性があり、問題文等を丁寧に読みしっかりとした答案構成を検討することが重要である。
- 自己が採る結論をなぜ導けるのかということの説得的に記載することが最も大切であるのに、問題文中の事実を指摘しただけで、さしたる根拠も論理もなく突如として結論が現れる答案が多く見られた。例えば、会議録に記載のある生の事実（「農地所有者等からの申出が不可欠」、「農地の生産性が向上するとは考えにくい」、「本件農地は高台にある」など。）を拾って記載するだけで、それが法的にどういう意味があるのかということについて検討されていないような答案である。規範を立て、それに具体的事実を当てはめることによって結論が得られるという過程をきちんと文章で示せるよう普段から学習しておくのが大切である。

(途中答案・時間配分)

- 本年度は、解答が終了していないいわゆる途中答案がかなり見られ、特に、設問2については、ほとんど解答がされていないものや、全く解答がないものが少なくなかった。本年度の問題の分量については、例年と比べて、特に増加しているとは考えられないことから、設問2のように問題文に示された事実に沿って個別法を解釈し、実体的な違法事由を検討するタイプの問題に不慣れな受験生が多いのではないかとと思われる。
- 設問1(1)は相当の分量をもって解答している一方で、設問2の解答が数行にとどまる答案があった。設問2について十分な解答を書くだけの時間がなかったのだろうが、試験時間が限られている以上、時間配分にも注意すべきである。特に、本問の事案の検討から離れて一般論を長々と書いていることが、時間が足りなくなる一つの要因になっているのではないかと感じた。
- 設問1(1)よりも(2)が比較的よくできていた。他方、設問2は、これに充てる時間に限りがあったためか、非常に出来が悪かった。条文構造が複雑で、資料から法の仕組みを読み解き、それをアウトプットすることが難しかったのであろうと推測するが、時間配分に注意する必要があると同時に、複雑な法制度を短時間で読み解くことができるように、判例の学習に際して関係する法

制度の理解に時間を割くことが求められる。

(2) 設問 1 (1)

(全体について)

- 設問 1 (1)については、おおむね書けていたという印象である。ただし、個々の問題点の相互関係を理解して的確な論理展開をしている答案は極めて少数であった。特に、申請権の有無と処分性の関係について理解していない答案が目立った。
- 設問 1 (1)について、会議録において、計画自体の法的性格（処分性）と計画変更の処分性とを別個に検討するよう、解答のための手順が示されているにもかかわらず、多くの答案は、それを無視し、処分の定義をいくつかの要素に分類した上で（例えば「公権力性」と「直接的法効果性」など）、それに当てはめて処分性の有無を判断するにとどまっていた。一口に処分性の問題といっても、例えば、行政規範や行政計画の処分性の有無が問われる場面と申請に対する処分かどうか問われる場面とでは、検討すべき事項が異なるはずである。また、計画変更の処分性について論ずると書き出しつつ、計画の処分性を論じて終わっているもの、計画の処分性について検討すると書き出したのに、いつの間にか計画変更の処分性について論じているものなど、両者の区別を余り意識しない答案も散見された。
- 拘束的計画や完結的計画といった行政計画に関する様々な用語を使用して、処分性について検討しているものの、その意味を正確に理解していないのではないかと思われる答案が見られた。
- 処分性の判定に当たり、公権力性の有無に一切言及しない、また、公権力性の有無について係争行為を行った主体が「国又は公共団体」であるか否かで判断するなど、基本概念の理解ないし用法が十分ではない答案が多かった。
- 処分性は係争行為の根拠となる法令に照らして定型的に判断されるべきであり、本件に登場するXの事情に照らして判断すべきものでないことはもはや周知のものと思われるが、いまだに本件事業や本件農地に係る個別の事情を論じている答案が少なからず見受けられたのは残念であった。
- 簡単な検討で処分性を否定する答案が見られたが、原告側代理人の立場に立った検討が求められていることに留意してほしい。
- 運用指針を裁量基準であるとする答案が相応の数に上った。計画変更又は申出の拒絶の処分性を肯定するとしても、それは裁量処分ではなく、また、手続自体に裁量があるとの趣旨を読み取ることも困難であるから（B市は、申出者に対して通知をしてもしなくても良いなどという定めにはなっていない）、行政法における裁量の位置付けやその理解について、正確に学習をする必要がある。

(処分性の定義)

- 処分性の一般的な判断基準については、多くの答案である程度の解答をすることができていた。
- 多くの答案で判例が定立している処分性の定義が記載されており、処分性という行政法の基本的な概念の学習は定着していることがうかがわれた。他方で、「公共団体」を「地方公共団体」としたり、「権利義務を形成し」を「権利義務を制限し」としたり、「法律上」（認められる）を抜かしたりするなど、定義を正確に記載することができていない答案もかなりの数に上った。基本的な概念については、その正確な定義を理解しておくことが必須であることを再確認しておく必要がある。

(農用地利用計画の処分性・最高裁昭和57年判決の理解)

- 本件計画の設定が区域内の農地所有者の権利義務に及ぼす影響（農用地利用計画の法的効果）については、農振法が定める土地利用制限の具体的内容を同法の条文に即して検討することが求められており、多くの答案が、転用制限（農振法第17条）、開発制限（同法第15条の2）、利用強制（同法第14条、第15条）のいずれかの条文を挙げることができていたが、他方で、検討が不十分な答案が多かった。

- 会議録では、「都市計画法上の用途地域指定についての判例」（最高裁昭和57年判決）を参考にし、計画としての性質や規制の程度等の違いも考えながら検討するよう指示があるところ、同判決の理解を踏まえた上で、出題趣旨に沿って秀逸な論証を行う答案も相応に見受けられた一方で、同判決自体に全く言及せず、用途地域指定との比較も全くしておらず、そのため、検討の焦点がずれたり、十分な検討がされなかったり（農振法第17条による転用制限の存在のみをもって処分性を直ちに肯定するなど）する答案が多く見られた。会議録の文脈から、本問ではこの判例の前提事案との異同を論じる必要があることは、読み取らなければならない。
- 最高裁昭和57年判決について判例の結論と理由を正確に指摘している答案がそれなりにあった反面、理解が不十分な答案が極めて多かった。例えば、行政計画が青写真にすぎない旨を記載したり、土地区画整理事業に関する換地の有無に言及したりするなど、最高裁昭和41年2月23日大法廷判決、最高裁平成20年9月10日大法廷判決などを念頭に、都市計画法以外の法律の仕組みに言及する答案が続出した。また、最高裁昭和57年判決は、用途地域の指定について処分性を否定しているが、それがどのような理由によるものであり、本問とはどのような違いがあるかを正確に示している答案は余り見られず、中には処分性を肯定する判例としている答案も見られた。
- 少なくとも主要な判例について、その内容を正確に理解することは行政法の学習においては重要であり、基本的な学習が不十分ではないかと考えられる。判例学習に際して、当該事案に係る都市計画法、土地収用法といった重要な個別法律の仕組みを理解することが、行政法を学ぶ上で判例学習の意義といえる。しかも、行政計画における処分性の論点は有名論点であり、問題となる行政計画の性質など事案に応じて判決の結論も異なるのであるから、判例の学習においては、問題となっている事実関係やその背後にある制度の概要や判決の射程にも気を配りたいところである。

(申出の拒絶の処分性)

- 申出の拒絶を処分と解し得るか否かは、法令としての効力を有さない運用指針のみに根拠がある申出をもって、法令上の申請と解して申出者に処分に対する申請権が与えられていると解することが可能か否かがその前提問題となるから、農振法には申請権があるとは書かれていないことや、運用指針には法令としての効力がないということを踏まえて論述をする必要がある。答案の中には、この点を意識し、法令の仕組み全体を踏まえれば申請権があると解釈し得るとか、運用指針が農振法のあるべき解釈を具体化したと解釈し得るなどの考えを導き出したものがある一方で、上記の点を意識することなく、運用指針中に申出に関する定めがあることや、申出に対して変更の可否を通知する定めがあることのみをもって申出の拒絶が処分である旨をいきなり論ずるものや、運用指針は法令としての効力を当然に有する旨を前提として論ずるものも散見され、行政法に関する学習の定着度や実力の差が現れたところと思われた。
- 申出の拒絶に処分性が認められるかどうかを検討する際には、申出がどのような性質を持つのかという点を考えるべきであるが、かなりの答案が、申出の拒絶自体について、判例の処分性判断の定式に照らして処分性があるかどうかを検討していた。そうした答案は、問題の意図を十分に理解していないと思う。また、同様に、運用指針で手続が定められているからとか、計画の変更が処分だからという理由だけで、処分性があると導いたり、「農地所有者等からの申出が不可欠」という会議録中の生の事実を記載するだけで、その事実がどのように位置付けられるのか、それがどうして申請権の存在を導くことになるのかということについて検討しないまま処分性を肯定したりする答案が多かった。
- 申請権が付与されていれば申請の拒絶は処分性を有することになるという関係を理解していないためか、申出の拒絶により本件計画が変更されないことになるから申出人の権利義務に影響が及ぶとして申出の拒絶に処分性を認める答案も多く見られた。
- 計画除外の申出が行政手続法所定の申請に当たるかどうか、同法第7条を念頭に検討すること

が求められるところ、この点につき結論に至る過程を的確に論じている答案は少なかった。

(成熟性)

- 会議録に、「本件計画の変更の段階での抗告訴訟による救済の必要性」を検討するよう指示があるにもかかわらず、紛争の成熟性について全く触れていない答案が散見された。また、抗告訴訟による救済の必要性に触れるものも、想定し得る他の訴訟として、会議録に記載されている「本件農地についての別の処分を申請して、その拒否処分に対して取消訴訟を提起する」をそのまま記載するにとどまった答案がかなりの数に上った。会議録の記載は、当該記載から具体的な拒否処分や具体的な取消訴訟を自ら想定し、それを前提に計画変更に係る紛争の成熟性を論ずる必要があることを示唆するものであることがその文脈から明らかである上、紛争の成熟性は、その概念に照らし、具体的な紛争とそれを前提とする具体的な訴訟の適法性を論じなければ、それを検討したことにならないことも明らかであり、紛争の成熟性という概念の理解について、抽象的な言葉の記憶にとどまらずにその内実をきちんと学習しておく必要があるように思われた。
- 成熟性についてはそもそも論点として検討すること自体していない答案が多く、問題文を読んでいるのか疑問があった。また、救済の実効性、紛争の早期確定というワードは出てきていたが、その論理の筋道まで論証しきったものは少なく、記載があったとしても、抽象的に別の取消訴訟を提起することも可能であると記載されているだけで、転用許可の拒否処分に対して取消訴訟を提起することができる旨の指摘がない答案が非常に多かった。最高裁昭和57年判決も、用途地域指定の処分性を否定する理由として、建築確認などを争う段階で用途地域指定の違法性を主張して救済を求める途があることを挙げていたところであり、そのような論点は会議録の中で触れられている。
- 救済の必要性の内容として、地域における医療施設の設置の必要性など、本件事案に特有の個別具体的な事情を挙げる答案が散見されたが、処分性の有無はそのような個別具体的な事情によって左右されないことについての理解が不十分であることによるものであると思われる。

(3) 設問1(2)

(全体について)

- 不作為の違法確認訴訟における訴訟要件や本案要件について、条文を引用し、問題文の事案を丁寧に拾って要件への当てはめをするという形式的なことができていない答案が多かった。理論的ないわゆる論点と言われるものの議論も重要であるが、実務においても、訴訟要件及び本案要件の当てはめは基本であり、普段の学習においてもないがしろにせず、注意するよう心掛けてほしいところである。
- 申請の不受理や申請書の返戻は正に行政手続法第7条違反になる場合であり、本問でも同条によりB市に審査義務が発生していることは、多くの答案が指摘することができていたと思う。だが、不作為の違法確認訴訟の訴訟要件との関係で、本件申出書の返却が法的にどのような意味を持つのかという点に言及することができている答案は少なかった。また、本件申出書の返却を申請拒否処分と捉えた答案もあった。
- 行政手続法に即して、本件申出書の返送やその違法性を説明している答案は余り見られず、1年間が経過していた事実のみから、直ちに違法とする答案が少なくなかった。
- 抽象的に不作為の違法確認訴訟の訴訟要件が何であるか記載されていても、訴訟要件への本事例の当てはめがされていない答案もあり、本件で肝心の「相当な期間の経過」についても、検討が不十分な答案が多かった。一方で、申出書の返却と行政指導について厚く論じる答案もあり、バランスの悪い答案となっていた。
- 不作為の違法確認訴訟の訴訟要件・本案要件の充足の有無を検討するに当たり、行政事件訴訟法第3条第5項、第37条に基づく検討とは別に、いわゆる確認訴訟における確認の利益の有無（即時確定の利益、対象選択の適否、方法選択の適否など）を検討する答案が少なからず存在した。不作為の違法確認訴訟の「確認」に引きずられたのであろうか。それとも、不作為の違法確

認訴訟においても確認の利益の有無を検討すべしといった教育を受けたのであろうか。非常に違和感が残った。

- 不作為の違法確認の訴えにおいては、何も処分がされていないことが前提であるから、何らかの処分がされ、当該処分を争う訴えを起こすことが可能となる時点特定することが前提となる出訴期間の定めが適用される余地はないはずであるのに、不作為の違法確認の訴えにも出訴期間の定めが適用があり、その要件を満たしている旨を論ずる答案が散見された。出訴期間の意義について理解が不足しているものと思われる。
- 申出書の返送後、Xと市職員とのやりとりを行政指導と捉えた答案が少なからず存在した。許認可の申請前後の行政と市民とのやりとりは、行政指導でよく扱われることは事実であるが、本件における職員の発言内容には、行政指導の要素は含まれていない。思い込みが先行してしまい、問題文の読み込みが不足しているように思われる。
- 少数ではあったが、被告をB市が所属するA県とすべきとする答案もあったところ、A県とB市は別個独立の公共団体であり、それぞれ独立の被告適格を有するという半ば常識によって判断し得る事項を理解できていなかったのは残念であった。

(訴訟類型の選択)

- 問題文中に抗告訴訟という指示があるなど、問題文がかなり解答の方向を限定していたため、訴訟の類型については、多くの答案が不作為の違法確認訴訟と解答することができていた。ただし、差止訴訟、無効確認訴訟とする答案も散見され、これらは、訴訟類型の理解が十分ではないか、あるいは、事案を誤解しているのではないかと思われる。
- ①申出拒絶の取消又は無効確認訴訟、②申出書の返送の取消訴訟、③申出拒絶処分の差止訴訟、④申出に対する応答を受ける地位を有することに係る確認訴訟（公法上の実質的当事者訴訟）を指摘する答案があった。①及び②は、会議録において、申出への拒否処分自体がされていないことを前提とするよう指示されている以上、取り消す又は無効を確認する対象となる処分が存在しないことを前提として検討すべきことと整合せず、③は、B市が申出書を返送して申出を受理しないとされる状態にしている以上、処分をする蓋然性自体がなく、④は、抗告訴訟には該当しないから、「Xが提起すべき抗告訴訟について…検討しなさい」という問題文とは整合しないものであることが明らかである。このように、これらの訴訟は、少し冷静に考えればいずれも提起し得ないものであることに容易に気付くことが可能なもの（現に、途中で気が付いて正しく修正できていた答案もあった。）であり、行政事件訴訟法に掲げられた訴訟類型の基本的な理解を定着させることが重要である。
- ほとんどの答案は正しい訴訟類型を選択していたが、当該訴訟類型を選択したことの正当性を自覚的に論証した答案は必ずしも多くはなかった。普段から検討の機会が多くはない訴訟類型が問題として取り上げられたことが理由として考えられるほかに、問題文に書かれていた事案の事実状況が慎重に検討されていないことも関係しているのではないかとも思われる。

(申出が申請に該当すること)

- 申出が行政手続法上の申請に該当し、それが行政庁に到達することによって行政庁の審査及び応答義務が生ずるにもかかわらず、応答がされていないことの問題点を論ずる必要があるという問題の基本的な構造は理解できている答案が比較的多かったものの、これを正確に文章で表現できている答案は少数にとどまった。
- 会議録においては、Xの「置かれている状態やB市による対応の法的な意味を検討した上で」と記載されているにもかかわらず、申出書の到達により行政手続法第7条の定める審査義務が発生していること、到達後のB市による申出書の返却行為は法的には無意味であり申請である申出は応答されていない状態であること、申出書の返却が法的には無意味であることなどについて、丁寧に記載している答案は少なかった。多くの答案が、このような検討をしないままB市の対応が不作為である旨を端的に指摘するにとどまり、中には、B市の不作為があることを摘示するこ

とすませず、不作為があることを当然の前提として、他の要件の検討のみを記載する答案も散見された。

- 申請に対する応答義務があることを暗黙の前提として論ずるにとどまり、それを定めた行政手続法第7条を指摘することができていない答案がかなりの数に上った。申請に対する応答（処分）がないことが違法であることを指摘するためには、その前提として申請に対する応答義務が存在しなければならないという当然のことをきちんと文章化できるかどうかというところに普段の学習の程度や実力の差が現れたと思われる。

(不作為の違法確認の訴訟要件)

- 不作為の違法確認訴訟を挙げることはできているものの、不作為の違法確認訴訟の理解が不十分と思われる答案が多く見られた。例えば、義務付け訴訟と区別できていないのではないと思われる答案が見られた。また、不作為の違法確認訴訟の訴訟要件の理解が不正確な答案も少なくなかった。
- 訴訟要件の充足性は、訴訟要件を定める法令のどの文言に対応するのかを理解することなくしてこれを正確に検討することは不可能なはずであり、事実上法律を正確に適用することが法律実務家にとって最も基本的なスキルであることを意識することが大切である。

(4) 設問2

(全体について)

- 他の問題で時間を使いすぎたためか、途中で解答が終わっている答案や全く解答がない答案がかなり見られた。解答に要する時間配分の都合もあると推察されるが、「個別事情を考慮しないでなされた処分（通知）には裁量の逸脱があるので違法」のように、全体として論述内容の粗い、極めて大雑把な検討にとどまったりする答案がかなりの数に上ったほか、行政裁量の違法判断の一般論を展開し、農振法や農振法施行令等についてはほとんど検討することなく、いくつかの事実を挙げて、申出の拒絶を違法とするなど、論ずべきポイントを捉えきれなかったものも多く、他の問題と比べて最も不出来な答案が多かった。他方で、数は多くはなかったが、農振法や農振法施行令、農振法施行規則等を参照し、問題文中の事実を踏まえて検討している答案も見られた。
- 本問では複雑な法令の適用関係を読み解くことが求められている。そして一般的にこの種の設問では、資料として示された関係法令の条文に事案を当てはめた「解釈」を、論理的な筋道を立てて、丁寧に展開することが求められる。農用地区域については、農振法、農振法施行令、農振法施行規則といった法令が複層的に存在していることから、やや複雑な法令の構造を把握し、的確に条文への当てはめをすることが必要であったが、的確に条文を当てはめることができていた答案は少数であり、当てはめが混乱したり、不十分にとどまったりしたものが大半であった。
- 農地の冠水の防止を目的とするのは本件事業であるにもかかわらず、本件計画が農地の冠水の防止を目的としていると論ずるもの、本件事業が農振法第10条第3項第2号、農振法施行規則第4条の3第1号が規定する事業に該当しない結果として本件農地が同法第13条第2項第5号の土地に該当し、本件計画を変更すべきであると論ずる意図と思われるところ、本件事業は同法第13条第2項第5号に該当しないから本件計画を変更すべきであると論ずるものなど、本件計画、本件事業及び本件農地を明確に区別し、それぞれがどのような趣旨内容のものであり、どの条項が適用されるのかを的確に把握することなく論じていると思われる答案が多かった。
- 会議録にある「本件農地についての別の処分を申請して、その拒否処分に対して取消訴訟を提起する」という会話文中の「別の処分」が何なのかを考えずにそのまま書き写しているだけの答案や、同じく「本件事業は、農地の冠水の防止を主たる目的とするもので、これによって関係する農地の生産性が向上するとは考えにくい」、「とりわけ、本件農地は、高台にあるため、ほとんど本件事業の恩恵は受けない」という会話文を書き写し、法令のどの要件との関係が問題になるかを示すことなく、「したがって考慮不尽に当たる」といった結論めいたことを書いている答案など、会話文が持つ法的含意を余り考えない安易な答案も数多くあった。

(裁量論について)

- 設問2については、多くの答案が裁量権濫用の問題として捉えており、このために判断のポイントを十分に押さえきれていない論述となっていた。条文をよく読んだ上で論理的に考えれば、裁量権濫用の問題でないことは分かるはずであり、問題の論理的構造を把握する能力が不足していると言わざるを得ない。
- 農振法の規定から下位法令をたどることができず、本問で適用すべき規定を正確に指摘できていない答案が多かった。おそらくそのこともあって、同法第13条第2項第5号の要件該当性の判断についてはB市に裁量が認められるとした上で、裁量権の踰越濫用の有無を検討する答案が多かった。また、農振法施行令第9条の規定を裁量基準とした答案は、行政法の基本的知識が欠けていると思われる。
- 農用地区域の変更は裁量処分ではなく、一定の事情が発生した場合に当然にそれをすべきものであり、そのことは法令の規定振りからも相当程度明確に読み取れるにもかかわらず、これを裁量処分として論じ、裁量権の逸脱濫用があると結論付けるものが多数であった。規定の文言、処分の性質や内容等を良く考えて裁量の有無を決することが大切である。
- 本問で裁量権の踰越濫用を検討している点で既に疑問であるが、裁量権の踰越濫用の一般論を長々と論じている答案が散見された。そのような答案は、問題文の中から関係する事実を見つけて、それを条文に当てはめるといった作業が本問で求められていることを理解していないと思う。
- 特に検討を踏まえることなく、端的に農振法施行令や農振法施行規則を行政規則であり、裁量基準であるとする答案も少なくなかった。

(農振法第13条第2項第5号該当性)

- 農振法第13条第2項第5号該当性については、会議録中に記載されているXの主張に沿って本件農地が同法第10条第3項第2号に掲げる土地に該当しないことを論じる必要がある、そのためには、同号を受けて定められた農振法施行規則第4条の3の第1号該当性を検討する必要がある。同号の定めを丹念に読み、Xの主張する事実関係を同号の規定に当てはめていくことが必要であり、かつ、それで足りるはずであるが、本件事業が同号柱書の括弧書及び同号イの括弧書によって除外される事業であることを記載できている答案は驚くほど少なかった。勉強したことのない法令であっても、落ち着いて精読した上で法令の仕組みがどのようなものかを正確に理解し、その当てはめを答案に着実に記載していくことが求められている。
- 本問において、農振法施行令第9条の適用が問題になることを指摘することができている答案の中でも、同条の趣旨をきちんと示した上で結論を導いている答案は必ずしも多くなかった。また、同条の適用の例外を論証するに当たり、その不当な結果のみを取り上げて論ずる答案が少なくなく、そもそも、なぜ例外を認めるような解釈が可能であるかを論じたものは余り見られなかった。
- 取消訴訟の対象となる処分の根拠規範である農振法施行規則の条文を引用しない答案が多かった点は、同じ解答者の答案が設問1の処分性の検討においては判例の定式に従って条文を引用していることとの対比においても目を引くところである。あるいは、委任立法の解釈の在り方に言及した答案がほとんどなかった点に鑑みれば、委任立法への意識の薄さゆえであるかもしれない。

(政令による期間制限)

- 会議録で「土地改良事業との関係で農用地区域からの除外を制限している農振法の趣旨目的を踏まえて」として、農振法の趣旨目的を踏まえて農振法施行令所定の期間制限に例外を認める解釈を検討するよう指示されているにもかかわらず、農振法の条文を全く検討しない答案が極めて多く、農振法第13条第2項第5号が「農業に関する公共投資により得られる効用の確保を図る観点から」と定めていることに言及した上でこれを踏まえた検討を行った答案は非常に少数であった。政令が法令の委任を受けて制定される下位法令である以上、政令を解釈するに当たっては法令の趣旨を参酌しながら検討することが求められ、問題文に引用されている法令の条文を精読

した上で問題の要求に着実に答えていくことが何よりも重要である。

- 農振法施行令は法規命令であるのに、農振法施行令の機械的適用はすべきでなく、個別事情を考慮していないといった答案が多かった。機械的適用・個別事情の考慮は、裁量基準（行政規則）で議論される論点である。法規命令と行政規則とが十分に区別されていないように思われる。
- 会議録において詳しく会話がなされているためか、比較的事案の事情は拾えている答案が多かった。ただし、政令の規定の法適合性や法に適合するための解釈といった委任命令の範囲等に関することにまで触れている答案は多くはなかった。
- 「農地の生産性が向上するとは考えにくい」、「本件農地は高台にある」などの議事録にある生の事実だけを記載する答案が散見され、法的検討が不十分であった。そのため、農振法施行規則該当性として論じようとするのか、裁量権の逸脱濫用として論じようとするのかさえ、明らかでない答案もあった。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

- ・ 単に判例の知識を詰め込むような知識偏重の教育は必要ないであろうが、主要な判例については、当該判例の内容や射程についての理解を正確に身に付けることは重要と思われる。
- ・ 実体的な違法性の検討においては、多くの答案は裁量論に（のみ）重点を置いており、多くの受験生にとっては、個別法に沿った解釈論を組み立てる能力の涵養について、手薄となっているように思われる。実体的な検討において、裁量論が重要であることについては言うまでもないが、個別法に沿った解釈論も行政法の学習においては重要であり、法科大学院においては、このような分野についてもトレーニングが行われる必要があると考えられる。
- ・ 法科大学院には、基礎知識をおろそかにしない教育、事実を規範に丁寧に当てはめ、それを的確に表現する能力を養う教育を期待したい。
- ・ これまでも繰り返し言われていることだろうが、行政法の基本的な概念・仕組みと重要な最高裁判例の内容・射程を確実に理解した上で、それらの知識を前提にして、事例問題の演習を行うことが求められるように思われる。事例問題の演習においては、条文をきちんと読み、問題文の中から関係する事実を拾い出して、それを条文に当てはめたり法的に評価したりする作業を丁寧に行うことなどを意識すべきだろう。
- ・ 法曹実務家は現実の紛争解決に有効な法理論を身に付けることが求められる。そして現実に生起する紛争事案は、二当事者間の対立紛争という比較的単純な事案ばかりではなく、紛争当事者が三者以上存在したり利害関係人が多数存在するような事案も少なくなく、そうした複雑な紛争につき適切な法理論を用いて的確に解決に導くことが求められる。そのためには基本的な法理論を土台ないし根本から深く理解することが重要であり、「応用力」というのはその発現形態にすぎない。すなわち法理の基本に立ち返って深く掘り下げることができるような思考力を涵養することが、真の応用力を身に付ける早道と思うので、そのような観点からの教育を期待したい。
- ・ 今回の答案の全体的な傾向は、法律家としての思考が表現されている答案が少なかったことにあるように思う。生の事実をただ拾うのではなく、それが法的にどのような意味を持つのか、どの法令のどの文言との関係で問題となるのかなどについて、考え、表現する癖を付ける教育が望まれる。
- ・ 「申請に対する不作為」を手続的瑕疵と捉え、手続的瑕疵が処分の取消事由に該当するかという論点につき検討した答案が少なくなかった点は予想外であった。そのように解答した者の言い分は、行政手続法第7条違反であるから同法第5条や第8条に違反した場合と同様に考えたということであろう。確かに、これがなぜ誤りであるかという点につき明確に説明している行政法教科書は余り見かけないように思われる。法科大学院の授業でも十分に触れられていないかもしれない。もっとも、①手続的瑕疵が処分の取消事由に該当するかという論点が存在する理由、あるいは②不作為の違法確認訴訟が行政庁の「不作為という判断」自体の適法性を争う訴訟であることを正確に理解していれば、そのような誤った理解には至らないと思われる。受験者には正確な理解が求められるが、

法科大学院での行政法の教え方についても考えさせられるところがあった。

- ・ 設問への解答において行政裁量を論じる必要があるか否かをよく考えずに裁量の有無、裁量の逸脱・濫用を検討する答案が目立った。本案における行政処分の適法性の検討においては事案のいかんを問わずとにかく行政裁量を論じれば良いと考えているのではないかと疑われる答案が、全体としては優秀な答案の中にも少なからず見られ、事案を具体的に検討することなく、裁量の有無、裁量の逸脱・濫用に関する一般論の展開に終始する答案も少なくないなど、行政裁量の問題が飽くまでも法律解釈の問題の一部であるという基本的な事柄が理解されていないと実感した。行政裁量に関する基本的な学習に問題があることが、このような設問によって逆に明らかになったように思われるが、これまでの行政法総論の学習、教育の在り方全体を見直す必要があるのではないかという気がした。

令和2年司法試験の採点実感（民事系科目第1問）

1 出題の趣旨等

出題の趣旨及び狙いは、既に公表した出題の趣旨（令和2年司法試験論文式試験問題出題の趣旨【民事系科目】〔第1問〕をいう。以下同じ。）のとおりである。

2 採点方針

採点は、従来と同様、受験者の能力を多面的に測ることを目標とした。

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

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

さらに、複数の論点に表面的に言及する答案よりも、特に深い考察が求められている問題点について緻密な検討をし、それらの問題点の相互関係に意を払う答案が、優れた法的思考能力を示していると考えられることが多い。そのため、採点項目ごとの評価に加えて、答案を全体として評価し、論述の緻密さの程度や構成の適切さの程度に応じて点を与えることとした。これらにより、ある設問について法的思考能力の高さが示されている答案には、別の設問について必要な検討の一部がなく、そのことにより知識や理解が一部不足することがうかがわれるときでも、そのことから直ちに答案の全体が低い評価を受けることにならないようにした。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(3)までにおいて、それぞれ全般的な採点実感を紹介し、また、それを踏まえ、司法試験考査委員会議申合せ事項にいう「優秀」、「良好」、「一応の水準」及び「不良」の四つの区分に照らし、例えばどのような答案がそれぞれの区分に該当するかを示すこととする。ただし、ここで示された答案は上記の各区分に該当する答案の例であって、これらのほかに各区分に該当する答案はあり、それらは多様である。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、大別して、①契約不適合責任の有無、②代金減額請求権の発生の有無とCへの対抗の可否、③追完に代わる損害賠償請求権と売買代金債権との相殺とCへの対抗の可否であり、②においては、民法第468条第1項の「譲渡人に対して生じた事由」の解釈、③においては、民法第469条第2項第1号又は第2号の解釈が含まれる。

全体としては、二つの救済方法として、代金減額請求権と追完に代わる損害賠償請求権について検討している答案が相対的に多数ではあったものの、各要件の検討や当てはめに関する論述の粗密や適否に差が見られ、これらが評価の分かれ目になっていたといえる。なお、問題文

においては、Bが乙建物に住み続けることを前提とした上で、Cへの支払額を少なくするためのBの契約責任に基づく主張について解答をするように求めているにもかかわらず、契約の解除、取消しといった契約関係を解消する主張や、不法行為などの契約に基づく主張ではないものを長々と論じる答案が散見されたが、当然ながら評価することはできない。これに対し、二つの救済方法がどのような関係にあるのかについてまで言及している答案も少数だがあり、このような答案は非常に高く評価された。

個別に見ると、①に関しては、契約不適合責任が問題となることについては多くの答案が触れていたが、契約不適合の認定判断において、性能が契約に適合しないという結論だけを述べているものや、買主であるBの目的のみをもって判断しているものが見られた。

②に関しては、まず、代金減額請求を基礎付ける要件や効果について、論述が不足しているものや、知識が不十分であるものが散見された。例えば、買主に帰責事由がないという要件を充足していることについて触れていないものが比較的多く見られたが、このような基本的な要件の充足・不充足については簡潔でもよいから検討する必要がある。また、本問では、追完の催告を不要とする特段の事情の存在を問題文から読み取ることができないにもかかわらず、Aによる応答のないことをもって、民法第563条第2項第4号の「履行の追完を受ける見込みがないことが明らか」に該当するとしていたものなども散見された。さらに、代金減額請求について「相殺」を論じるものも少なからず見られた。このような答案は、代金減額請求権の法的性質は形成権であって、これを行行使することにより代金減額の効果が生じるという基本的な点についての理解が不足していると考えられ、低い評価にとどまった。

次に、民法第468条第1項の「譲渡人に対して生じた事由」の解釈については、同項の解釈として論じることができていない答案や、上記のように代金減額請求について「相殺」を論じたものはもとより、「相殺」を論じていないものであっても、同項の問題ではなく、同法第469条の問題として論じている答案が見られ、特に後者については基本的な理解が不足していると考えられ、低い評価にとどまった。

③に関しては、まず、追完に代わる損害賠償請求を基礎付ける要件について、例えば売主に免責事由が存在しないことなど、基本的な要件についての論述が不足しているものが散見された。また、民法第469条第2項第1号又は第2号の解釈問題について示す必要があるが、同項第1号又は第2号のいずれが適用されるかという以前に同条第1項又は第2項のいずれが適用されるかについて分析ができていない答案が相当数あったほか、これを同法第468条の問題として論じる答案も散見され、特に後者については、上記と同様に低い評価にとどまった。

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に論述し、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て判断を示すとともに、それぞれの要件と事実の当てはめを丁寧に検討した上で、特に上記の②及び③について、それぞれの解釈論を掘り下げつつ、自説に従って一貫した主張をしていたものなどである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案と比べ、代金減額請求や債務履行に基づく損害賠償請求を基礎付ける基本的な要件の検討が不十分であったり、上記の②又は③について、解釈論の検討が不十分であったりするが、①から③までの各点について相応の論述がされているものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、①から③までの各点について記載はされているものの、表層的な検討にとどまっていたり、権利の発生要件についての論述が欠けていたりするものなどである。

不良に属する答案の例は、債権譲渡との関係について全く触れていないもの、代金減額請求又は債務履行に基づく損害賠償請求の一方についてしか触れられていないもの、契約の解除、取消しといった契約関係を解消する主張又は不法行為等の契約に基づく主張ではないものを長

々と論ずるものなどである。

(2) 設問2について

ア 設問2の全体的な採点実感

設問2において論ずべき事項は、大別して、小問(1)について、隣地通行権の成立とその範囲等、小問(2)について、地役権設定契約によって設定者が債務を負うことはなく、債務を負っていない以上、解除をすることはできないとの発言（Bの発言）、仮に設定者が債務を負っていないとしても、設定者は地役権設定契約を解除することができるはずであるし、地役権設定契約によって設定者は債務を負うとの発言（Dの発言）に関し、①地役権設定契約の性質をどう捉え、それを踏まえて契約②の内容をどのように分析しているか、②解除の制度趣旨についてどのような理解を基礎としているのか、③これらの発言のどちらの理解が正当であるかである。

小問(1)について、全体としては、残余地である丙土地を目的とする隣地通行権（民法第213条）が成立するとしたものが相対的に多数であったが、その成立範囲について、同法第211条第1項に基づいてa部分に成立することに言及している答案は多くはなかった。また、個別にみると、通行地役権との区別がついていない答案や、袋地が譲渡されたときの隣地通行権の帰趨について論じていない答案が散見されたほか、a部分とc部分のそれぞれについて検討することが設問の趣旨であるにもかかわらず、一方についてのみしか検討していない答案もみられた。

小問(2)について、全体としては、①から③までについて十分に論じられた答案は少なく、Dの債務とBの債務を混乱して論じている答案や、問題文で指示した解答の流れから外れた論じ方をする答案も散見された。これに対し、少数ではあるが、関連する条文や各制度の趣旨を手掛かりとして自説を一貫して展開するものもあり、このような答案は非常に高く評価された。

個別に見ると、①に関しては、Dが契約②によって債務を負うことを基礎づけるに当たり、債務の内容を的確に論じることのできなかった答案が相対的に多数であり、物権契約、片務契約、双務契約などについて一応触れている答案であっても、それ以上の分析に踏み込んでいない答案は多くなかった。また、例えば、契約②を、地役権設定契約と2万円を支払う特約とからなるとする立場を採用する場合には、Dが、Bによる特約の債務不履行を理由に、契約②を全体として解除できる理由を説明する必要があるが、説明不足のまま解除を肯定する答案が相当数あった。

②に関しては、解除制度の趣旨について、債権者を契約の法的拘束力から解放すると述べつつ、「法的拘束力からの解放」とは何かについて、自ら負担する債務からの解放であるか、それに限られないのかについて結論が異なり得るところ、その違いを認識せずに十分に論じることができない答案が散見された。

③に関しては、前提となる①及び②について十分に論じることができていない答案が相対的に多数であったため、十分に論じられた答案は少なかった。

イ 答案の例

(ア) 小問(1)

優秀に属する答案の例は、隣地通行権（民法第213条）の成否、袋地が譲渡された場合の隣地通行権の存続、同法第211条第1項の解釈とa部分及びc部分への同項の要件の当てはめについて、いずれも丁寧な分析を行うものである。

良好に属する答案の例は、上記各点について相応の記述をしているものの、優秀に属する答案に比べ、袋地が譲渡された場合の隣地通行権の存続についての検討が不足しているものや、民法第211条第1項の解釈や要件の当てはめが不十分であるものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、隣地通行権（民法第213条）の成立や、a部分及びc部分への同法第211条第1項の要件の当てはめについて、表層的な検討にとどまっている

ものなどである。

不良に属する答案の例は、隣地通行権（民法第213条）と通行地役権との区別がついていないものや、a部分又はc部分のいずれか一方についてしか検討していないものなどである。

(イ) 小問(2)

優秀に属する答案の例は、上記の①から③までの各点に関して、設定契約の性質や本件契約の債権債務関係についての的確に考察するとともに、②BD双方の解除の制度趣旨の理解についても的確に掘り下げた上で、③解除の可否について明快に結論を導くものである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案と比べ、Dの発言についての検討が不十分であったりするが、①から③までの各点について相応の論述がされているものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、上記①や②について、不十分な点はあるものの、それなりに筋の通った論述をするものである。

不良に属する答案の例は、出題の趣旨を理解できず、大きく筋を外してしまったものや、設問の指示に従わずに自説を展開するだけのものなどである。

(3) 設問3について

ア 設問3の全体的な採点実感

設問3において論ずべき事項は、大別すると、①売買契約に基づく売主の登記移転義務の相続、②日常家事に関する法律行為への該当性、③日常家事に関する代理権を基礎とする表見代理との関係、④無権代理に關与した第三者が本人の地位を相続した場合における追認拒絶権の行使の可否等である。

設問3は、典型的な論点を扱うものであり、全体としては、一定程度の論述がされている答案が多かったが、日常家事に関する法律行為の範囲をどのような基準、要素に基づいて判断するか、民法第110条の趣旨を類推適用する立場に立つ場合にはその根拠をどのように考えるか、表見代理における信託の対象は何かなどの点について、論述の粗密や適否に差が見られ、これらが評価の分かれ目になっていたといえる。

個別に見ると、①については相対的に多数の答案が触れていたが、相続関係についての論述の有無、粗密には差が見られ、例えば、「Fが相続放棄した結果としてGが相続人となる」など不正確な論述をするものや、相続の放棄について触れていないものも散見された。これに対し、Eには子、直系尊属、G以外の兄弟姉妹がなく、妻Fは相続を放棄しているから、Gが単独でEを相続したことが認められることを条文（民法第889条第1項第2号）を示して簡潔に論述しているものは、高く評価された。

②については、判例の立場を前提とする答案が比較的多数であったが、日常家事債務の定義、「日常家事」の判断基準とその根拠が曖昧なものが少なくなかった。これに対し、これらの点について丁寧に論じて本問に当てはめているものは高く評価された。

③については、判例の立場を前提とする答案が多数であり、この立場における正当な理由の信託の対象は、当該法律行為が日常家事の範囲に属することであって、相手方に代理権があることではないことを論じているものも多数であったが、このような答案であっても、その当てはめにおいて、例えば、妻Fが夫の印鑑を有していたことなど、Fが代理権を有するか否かの信託の有無を判断する際の判断要素をそのまま用いて当てはめを行っているものが相当数あった。また、民法第761条は、夫婦が日常家事の連帯債務を負うというものであるところ、同条を根拠として特段の解釈を示すことなく、夫婦相互の「代理権」があるとして論述するものが多かった。なお、判例の立場を採らない答案については、判例の立場に対する的確な批判をした上で自説を展開する必要があるが、そのような論じ方をした答案はあまりなく、大半が低い評価にとどまるものであった。

④については、追認拒絶をすることが許されないという立場に立つ答案が相対的に多数であ

ったが、問題意識を持って丁寧に事情について論述することができている答案は多くはなく、追認拒絶をすることができない結果、売買契約の効力がEの相続人であるGに帰属し、Bの登記請求が認められるとの結論まで論じた答案は少なかった。これに対し、問題文の事情を丁寧に考量している答案は高く評価された。

なお、本問においてFの締結した契約③について表見代理の成立を認めることは難しいと考えられるが（出題の趣旨参照）、これを成立とした答案が散見されたほか、さらに、それを前提とした上で、Eを相続したGがBの請求を拒むことが信義則に反するかについて卒然と論じるという一貫性のない答案が見られた（これを論じるのであれば、「仮に契約③が無効であるとしても」といった限定を付けることが最低限必要である。）。

イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、①について丁寧に当てはめた上で、Fの行為について任意代理権がないことを前提として、②及び③について判例の規範を理由とともに論述し、丁寧に当てはめを行い、④について無権代理の本人の地位を承継したGは無権代理人ではないものの、Bとの関係で追認拒絶が信義則上許されない事情があり、追認したのと同様の効果となることから、売買契約の効力が本人に帰属することについて丁寧に論じるものである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案と比べ、①について当てはめが不十分であったり、②についての理由や規範の定立が不十分であったりするが、①から④までの各点について相応の論述がされているものなどである。

一応の水準の答案の例は、②及び③の各点について記載はされているものの、表層的な検討にとどまっているものなどである。

不良な答案の例は、②及び③の流れが十分におさえられていなかったり、③の一般論についての論述が不十分又は不正確であり、かつ一般論に対する事実の当てはめが不整合なものや、民法第109条に基づく表見代理の成否について長々と論ずるものなどである。

(4) 全体を通じ補足的に指摘しておくべき事項

本年の問題も、昨年に引き続き、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。それでも答案間で評価に差が付くのは、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と感じられることも、昨年と同様である。

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、これを一つの分析結果に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例年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。

第1に、問題文をよく読まず、その指示や趣旨に従わずに論ずるものが散見されたことである。例えば、設問1において、Bが乙建物に住み続けることを前提として、Cへの支払額を少なくするためのBの契約責任に基づく主張について尋ねているにもかかわらず、契約の解除、取消しといった契約関係を解消する主張などを論じる答案が散見されたことや、設問2において、問題文で指示した解答の流れから外れた論じ方をする答案も散見されたことである。問題文において指示した内容に応じて解答する前提で採点はされるから、限られた時間内に必要十分な答案を作成するためには、問題文をよく読んで理解した上で答案を作成することが肝要である。

第2に、特定の法律効果の発生の有無を検討することが求められているのに、その基本的な要件が満たされているかどうかを検討せず、自己が主要な論点と考える部分のみを論ずるものが散

見されたことである。例えば、設問1において、契約不適合責任の有無について深く論ずること自体はよいとしても、それのみを検討し、代金減額請求や損害賠償請求の他の要件に触れないまま、安易に請求権の発生を認める答案が散見された。法律効果を発生させるためには法律要件が満たされていなければならないという当然の基本的原則を常に銘記する必要がある。

第3に、毎年のように指摘をしているにもかかわらず、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、判読が困難なものが一定数存在したことである。特に、十分な答案構成をせずに書き始め、後から既述部分に多数の挿入をする答案は、必然的に文字が小さくなり、その判読が困難になる。これらの点についても、引き続き改善を望みたい。

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

本年は、民法（債権関係）改正の施行後初めての試験であり、同改正を踏まえた出題もされているが、おおむね改正内容を把握した上での解答がされており、法科大学院教育を通じて改正内容についての理解が進んでいることがうかがわれた。引き続き、改正内容を踏まえた法的知識の習得に取り組んでいただきたい。

また、本年においても、昨年ほどではないものの、設問の文字数を減らして受験者の事務処理の負担を軽減しつつ、財産法の分野における基本的知識・理解を横断的に問う問題が出題された。条文や判例に関する基本的な知識を踏まえ、問題文を注意深く読んだ上で、【事実】に顕れた事情を分析して設問の趣旨を適切に捉え、筋道を立てて論旨を展開すれば、相当程度の水準の解答ができるはずである（設問2の小問(2)は、多くの受験生にとってこれまでに検討したことがない問題であったと思われ、検討に時間を要するとは考えられるが、このような問題であっても、基本的な知識・理解が十分身に付いていれば、それを手掛かりとしながら検討することは可能であると考えられる。）。限られた時間内で答案を作成するためには、短時間で自己の見解を適切に文章化するのに必要な基本的知識・理解を身に付けることが肝要であり、引き続き、法的知識の体得に努めていただきたい。

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

令和2年司法試験の採点実感（民事系科目第2問）

1 出題の趣旨等

既に公表されている令和2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

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。

(1) 設問1について

ア 全体的な採点実感

設問1は、公開会社でない株式会社（以下「非公開会社」という。）が募集株式の発行等をする場合にどのような手続が要求されるか、それらの手続に瑕疵があることが当該募集株式の発行等の効力にどのような影響を及ぼすか、及び募集株式の発行等の無効をどのような訴えにより主張すべきかについての理解等を問うものである。

(イ) 設問1においては、Bは、①議決権のある剰余金配当優先株式（本件優先株式）の発行（本件株式発行）を行う旨の議案（本件議案2）に関する甲社の定時株主総会（本件定時総会）の決議（本件決議2）には、取消事由があり、非公開会社において、募集事項を決定する株主総会の決議に取消事由があることは、本件株式発行の無効原因に該当すると主張すること、及び②本件優先株式の内容等の所要の事項を定める定款変更を行う旨の議案（本件議案1）に関する本件定時総会の決議（本件決議1）には、取消事由があるため、本件株式発行は定款の定めのない種類の株式の発行となり、これは本件株式発行の無効原因に該当すると主張することが考えられる。

そして、令和2年5月14日の時点では、本件株式発行の効力が生じているため、Bは、例えば、新株発行の無効の訴え（会社法第828条第1項第2号）を提起し、本件株式発行の無効原因として、上記①及び②のとおり主張することが考えられる。

これらのことを論述する際には、本問においては、(a)新株発行の無効の訴えの提訴期間（非公開会社にあつては、株式の発行の効力が生じた日から1年以内。会社法第828条第1項第2号）が経過していないこと、さらに、(b)株式の発行の無効原因として、株主総会の決議の取消事由を主張する場合には、当該決議の取消しの訴えの提訴期間内（株主総会の決議の日から3か月以内。同法第831条第1項柱書前段）に、新株発行の無効の訴えを提起しなければならないとする見解に立つときは、その提訴期間も経過していないことにも言及することが求められる。

しかし、そもそも新株発行の無効の訴えに言及していない答案が決して少ないとは言えなかった。また、新株発行の無効の訴えと、株主総会の決議の取消しの訴え又は当該決議の取消事由との関係について、十分に理解しておらず、何ら言及していない答案や、当該決議の取消しの訴えを提起し、当該決議を取り消す旨の判決を得た上で、当該決議を欠くことを理由として、新株発行の無効の訴えを提起するとする答案（このような手順を踏むことは、新株発行の無効の訴えの提訴期間が経過してしまう危険が大きいため、実務的には考え難い。）

もかなり存在した。

- (イ) Bの上記①の主張の当否を論ずるに当たっては、本間において、甲社は取締役会設置会社であるから、株主総会の招集通知には、株主総会の日時及び場所のみならず、株主総会の目的である事項及び払込金額が募集株式の引受人に特に有利な金額である場合（いわゆる有利発行の場合）における募集株式を引き受ける者の募集に係る議案の概要を記載しなければならなかった（会社法第299条第2項第2号、第4項、第298条第1項、会社法施行規則第63条第7号ホ）。しかし、本件定時総会の招集通知（本件招集通知）には、株主総会の日時及び場所のみを記載していたため、本件決議2には、株主総会の招集の手続の法令違反という株主総会の決議の取消事由があること（同法第831条第1項第1号）を指摘することが求められる（なお、本間においては、「定款変更の件」及び「株式発行の件」という会議の目的事項について取締役会で決定しているため、同法第309条第5項の違反はないと考えられる。）。

しかし、会社法第299条第2項第2号及び第4項並びに第298条第1項の適用関係や内容を正しく理解しておらず、株主総会の招集通知に株主総会の目的である事項を記載しなければならないことに言及していなかったり、株主総会の目的である事項（議題）と議案を混同していたりする答案が多かった。

- (ウ) その上で、本間においては、株主全員（A及びB）が本件定時総会に出席しているから、いわゆる全員出席総会による瑕疵の治癒が認められるか否かについて、会社法が「株主総会を招集するためには招集権者による招集の手続を経ることが必要であるとしている趣旨は、全株主に対し、会議体としての機関である株主総会の開催と会議の目的たる事項を知らせることによつて、これに対する出席の機会を与えるとともにその議事及び議決に参加するための準備の機会を与えることを目的とするものであるから、招集権者による株主総会の招集の手続を欠く場合であっても、株主全員がその開催に同意して出席したいいわゆる全員出席総会において、株主総会の権限に属する事項につき決議をしたときには、右決議は有効に成立する」とする判例（最判昭和60年12月20日民集39巻8号1869頁）や、全員出席総会による瑕疵の治癒が認められるためには、株主が瑕疵を認識しつつ、株主総会の開催に同意していることが必要であるとする見解（大阪地判平成30年9月25日金判1553号59頁）等も踏まえ、検討することが求められる。

そして、本間においては、上記の判例を踏まえ、株主全員（A及びB）が異議を述べずに出席しているから、全員出席総会による瑕疵の治癒が認められると論ずることや、上記の見解を踏まえ、(i) 招集通知に記載すべき議案の概要においては本件株式発行が有利発行である旨が示されている必要があると解した上で、Bは有利発行であることを認識していないため、瑕疵を認識して開催に同意したとは評価することができず、全員出席総会による瑕疵の治癒は認められないと論ずること、又は(ii) 招集通知に記載すべき議案の概要においては本件株式発行が有利発行である旨が示されている必要はなく、払込金額等の募集事項が記載されていれば足りると解した上で、Bは瑕疵を認識して開催に同意したとも評価することができるため、全員出席総会による瑕疵の治癒が認められると論ずることなどが考えられる。

しかし、全員出席総会による瑕疵の治癒について論じている答案は多くなく、さらに、これについて、株主が瑕疵を認識しつつ、株主総会の開催に同意していることの要否を問題とするなど、充実した論述をしている答案は少なかった。

- (エ) また、本間においては、本件株式発行が有利発行に該当することは比較的明らかであると考えられるところ、有利発行の場合には、取締役は株主総会の決議に際して有利発行を必要とする理由を説明しなければならず（会社法第199条第3項）、それを欠くことは、株主総会の決議の方法の法令違反という取消事由（同法第831条第1項第1号）に該当する。本間においては、Cは、本件決議2に際し、2億円の資金調達が急務であり、そのためには、

事実上、本件株式発行以外に選択肢がないことを説明する一方で、2万円という払込金額が公正な払込金額である旨の虚偽の説明をしており、Bは本件株式発行が有利発行であることを認識することができていないため、果たしてCは有利発行を必要とする理由を説明したものと評価することができるか、あるいは仮にそのような評価が可能であったとしても、株主の議決権行使に重要な影響を及ぼす事項について虚偽の説明をして、本件決議2を成立させているため、決議方法の著しい不公正という取消事由（同号）が認められないかといった点について、検討することが求められる。

その際には、甲社の取締役は、有利発行を必要とする理由の説明（会社法第199条第3項）をしていないと評価することができるため、本件決議2には決議方法の法令違反という取消事由（同法第831条第1項第1号）が認められると論ずることが考えられる。他方で、Aは、2億円の資金調達が必要であること及びそのためには事実上、本件株式発行以外に選択肢がないことを説明しているから、有利発行を必要とする理由を説明したと評価することができることと論ずることもあり得る。また、Aは、株主の議決権行使に重要な影響を及ぼす事項について虚偽の説明をして、本件決議2を成立させているため、本件決議2には、決議方法の著しい不公正という取消事由（同号）が認められると論ずることもあり得る。

本件株式発行が有利発行に該当するか否かについて言及している答えは多かった。その中では、有利発行を必要とする理由の説明をしていないと認定する答えが最も多かったが、そのような認定をした根拠を十分に述べない答えも少なくなかった。また、特に根拠を挙げることなく、有利発行を必要とする理由を説明したと認定する答えも散見された。なお、上記のとおり、本件においては、本件株式発行が有利発行に該当することは比較的明らかであると考えられるため、本件株式発行が有利発行に該当するか否かについては、さほど厚く論ずる必要はないと考えられるが、その点を長々と論ずる答えが少なからず見られた。

- (オ) そして、本件決議2に取消事由が認められると解する場合には、例えば、「非公開会社については、その性質上、会社の支配権に関わる持株比率の維持に係る既存株主の利益〔支配的利益〕の保護を重視し、その意思に反する株式の発行は株式発行無効の訴えにより救済するというのが会社法の趣旨と解されるのであり、非公開会社において、株主総会の特別決議を経ないまま株主割当て以外の方法による募集株式の発行がされた場合、その発行手続には重大な法令違反があり、この瑕疵は上記株式発行の無効原因になる」とする判例（最判平成24年4月24日民集66巻6号2908頁）を踏まえ、本件のように、募集事項を決定する株主総会の決議を経ている場合であっても、本件決議2に上記のような取消事由があると解するときは、既存株主の意思に反してその支配的利益が害されているとすることができるか否かについて、事案に即して検討した上で、本件株式発行が無効原因が認められると解すべきか否かを論ずることが求められる。

前掲最判平成24年4月24日の判示内容に照らすと、募集事項を決定する株主総会の決議の手続を経ている場合であっても、決議に取消事由がある場合には、株主は自らの支配的利益が損なわれていることに真に同意しているとは評価することができず、株主の意思に反して支配的利益が損なわれているとすることができるため、株式の発行の無効原因が認められると解されると論ずることが考えられる。その上で、本件においては、上記のように、募集事項を決定する本件決議2について取消事由が認められると解されるため、本件株式発行には無効原因が認められ、Bの主張が認められると論ずることが考えられる。

他方で、株主総会の決議に取消事由がある場合であっても、それが既存株主の支配的利益に影響を及ぼさないときは、株式の発行の無効原因が認められないとする解釈もあり得る。そのような解釈を採用する場合には、本件においては、支配的利益に影響を及ぼすと論ずること又は影響を及ぼさないと論ずることのいずれもあり得る。

また、Bには、有利発行である本件株式発行を差し止める機会が実質的に与えられなかつ

たことも考慮して、本件株式発行に無効原因があると認められるか否かを論ずることも考えられる（最判平成9年1月28日民集51巻1号71頁を参照）。すなわち、会社法上、非公開会社において、原則として株主総会の決議が要求される場所、株主総会の決議の手續が要求される場合には、株主はこのような手續を通じて募集事項を知ることができるといった理由から、募集事項の公示が要求されていない。ところが、本問においては、株主総会の決議の手續を経ているものの、Bに有利発行であることが秘匿されているため、Bには株式発行差止請求権を行使する機会が保障されていなかったと評価することもできる。そのことに着目して、本件株式発行には無効原因が認められ、したがって、上記のBの主張は認められると論ずることもあり得る。

このように、本件決議2に上記のような取消事由があることと本件株式発行の無効原因との関係について十分な論述がされている答案は必ずしも多くなかったが、非公開会社における株主の支配的利益を厚く保護すべきであるという前掲最判平成24年4月24日の実質的根拠等に言及した上で、本件株式発行の効力を論ずる答案は一定数見られた。また、特に理由を述べることなく、本件決議2に取消事由があることが直ちに本件株式発行の無効原因に該当するかのよう論ずる答案が相当数見られた（株式の発行の無効原因は、判例及び学説上、限定的に解されている一方で、株主総会の決議の取消事由は、株主総会の決議の瑕疵の中でも比較的軽微な事由であるとされていることとの平仄が検討されておらず、株式の発行の無効という結論に合わせた強引な論述であると言わざるを得ない。）。なお、株主総会の決議の取消しの訴えを提起し、当該決議を取り消す旨の判決を得た上で、新株発行の無効の訴えを提起することを前提として、前掲最判平成24年4月24日の判示内容をそのまま当てはめる答案も一定数見られた。

- (カ) Bの上記②の主張の当否を論ずるに当たっても、上記と同様に、本件決議1には、株主総会の目的である事項及び定款の変更に係る議案の概要の記載がないという株主総会の招集の手續の法令違反があり、そのことが株主総会の決議の取消事由に該当すること（会社法第831条第1項第1号）を指摘した上で、全員出席総会による瑕疵の治癒が認められるか否かについて、判例（前掲最判昭和60年12月20日）等も踏まえ、検討することが求められる。
- (キ) そして、本件決議1に取消事由が認められると解する場合には、本件株式発行が定款の定めのない種類の株式の発行に該当し、これが本件株式発行の無効原因に該当すると認められるか否かについて、検討することが求められる。

他方で、全員出席総会による瑕疵の治癒が認められるためには、株主が瑕疵を認識しつつ、株主総会の開催に同意していることが必要であるとする見解に立った上で、Bが瑕疵を認識していたかどうかを問題にする答案の場合には、本件決議1については瑕疵の認識があるため治癒が認められるとする答案もあり得る。

これについては、本件決議2と本件決議1を区別しないで、いずれも決議に取消事由が認められるため、本件株式発行には無効原因が認められると論ずる答案が多かった。もっとも、本件決議1については、決議に取消事由が認められるため、本件株式発行が定款の定めのない種類の株式の発行に該当し、これが本件株式発行の無効原因に該当すると論ずる答案も、少数ではあるが、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

募集株式の発行に係る募集事項を決定する本件決議2に取消事由があること及び定款変更に係る本件決議1に取消事由があるため本件株式発行は定款に定めのない種類の株式の発行に該当することが、それぞれ本件株式発行の無効原因であることを明示した上で、新株発行の無効の訴えと株主総会の決議の取消しの訴えの関係について両方の訴えの提訴期間の違い

などに言及しつつ、Bが提起すべき訴えを論ずるもの

本件決議2に際して有利発行を必要とする理由の説明（会社法第199条第3項）がされたと評価することができるかどうかについて、当該説明が要求される趣旨から論証し、事案に即して会社側の資金調達事情と株主利益を比較衡量するなどした上、丁寧に検討するもの

有利発行に該当する募集株式の発行における募集事項を決定する株主総会の特別決議を欠くことが株式の発行の無効原因に該当するかどうかについて、公開会社の場合と非公開会社の場合を区別した上で、判例を踏まえ、非公開会社の募集株式の発行が問題となっている本問について、公開会社の場合と取扱いを異にすることができる根拠を丁寧に論ずるもの

全員出席総会に関する前掲最判昭和60年12月20日を踏まえ、本問においては虚偽の説明により有利発行である旨を認識していないため、瑕疵を認識して開催に同意したとは認められない旨を丁寧に論ずるもの

本件株式発行に無効事由が認められるかどうかという問題について、甲社が非公開会社であることを重視し、非公開会社における募集株式の発行に係る前掲最判平成24年4月24日を踏まえて論ずるもの。また、当該問題について、同判例に明示的に言及していないとしても、甲社が非公開会社であることが議論にどのような影響を及ぼすかに強く留意しながら、論ずるもの

株式の発行の無効原因について、募集事項の公示の欠缺が株式の発行の無効原因になるとする前掲最判平成9年1月28日を踏まえ、本件においてBに有利発行であることが秘匿されているため、株式の発行の差止めの機会が実質的に保障されておらず、したがって無効原因になると論ずるもの

(イ) 不良に該当する答案の例

主張と訴え又は申立てとを区別せず、想定されるBの主張について言及していないもの

株式の発行の無効原因として、本件決議1の取消事由を明示しておらず、その結果として本件株式発行の効力への影響について言及していないもの、又は本件決議1に取消事由があることがなぜ本件株式発行の無効原因になるかについての理由を示さずに、本件決議1に取消事由があるかどうかを論ずるもの

Bが提起すべき訴えについて、新株発行の無効の訴えと株主総会の決議（本件決議1、本件決議2）の取消しの訴えの関係を全く検討しないで、両者を漫然と指摘するもの

払込金額に関する虚偽の説明について、会社法第199条第3項の有利発行における理由の説明の問題ではなく、同法第314条の取締役の説明義務の問題として論ずるもの

本件株式発行が有利発行に該当するか否かについては詳細に長く論ずる一方で、払込金額に関する虚偽の説明の法的評価については短く論ずるにとどまり、論述のバランスを失しているもの

全員出席総会について、会社法第300条の問題として論ずるもの、又は全員出席総会に言及することなく、Bは株主総会で説明を受け、それに納得して議決権を行使したから瑕疵が治癒されると論ずるもの

有利発行に該当する募集株式の発行における募集事項を決定する株主総会の決議を欠くことが株式の発行の無効原因に該当するかどうかについて、公開会社と非公開会社を区別することなく、一般的な議論を展開するもの

株式の発行の無効原因について「重大な瑕疵に限る」という規範を立てたのに、当てはめにおいてこれを意識せず、手続違反を直ちに株式の発行の無効原因に結び付けるもの

(2) 設問2(1)について

ア 全体的な採点実感

設問2(1)は、会社が特定の種類の株式のみを対象として株式の併合をしようとする場合に、当該種類株式の株主とその他の種類株式の株主がどのような利害状況に置かれるかについての

理解等を問うものである。

設問2(1)においては、本件優先株式のみを対象とする株式の併合（本件株式併合）の効力の発生によって、本件優先株式の株主であるPは、その保有する本件優先株式の数が半減するため、①株主総会における議決権の割合が大幅に縮減することになること、②優先配当額の総額も半減することになることなどについて、説明することが求められる。

その際には、Pの議決権割合がどれほど縮減することになるかを具体的に算定した上で、Pは、本件株式併合の効力の発生前には行使することができた一定の少数株主権も行使することができなくなることに言及したり、本件優先株式には累積条項が付されていることなどに鑑みると、優先配当額の総額の縮減によってPが受ける不利益は比較的大きいと考えられることに言及したり、Bの議決権割合が3分の1超になるため、Pは株主総会の特別決議事項についてキャスティングボートを握ることができないようになることに言及するなど、より深い分析をしていけば、なお望ましい。

上記①と②については、言及している答案が多かった。また、上記のような分析をしている答案も一定数見られた。なお、本件株式併合により、本件優先株式の数は半分になるものの、議決権割合は半分にはならないが、議決権割合も半分になるとする答案が少なからず見られた。

イ 答案の例

(ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

本件株式併合によってPにどのような不利益が生じ、又は生じ得るかについて、事案に即して具体的な数字を挙げて議決権割合の縮減や優先配当額の減少等を論ずるもの

議決権割合の縮減及び優先配当額の縮減について指摘した上で、3%以上の議決権を有することを行使の要件とする少数株主権を行使することができなくなること、累積的参加的優先株式であることに言及して、普通株式としての配当や累積部分についても不利益が生じ得ることなどを論ずるもの

(イ) 不良に該当する答案の例

議決権割合の縮減又は優先配当額の縮減のいずれか一方にしか言及していないもの

持株数が減少し、又は持株比率が低下すると述べるが、議決権割合が低下することや優先配当額が減少することに言及せず、本件株式併合によって生じ得る不利益を抽象的かつ一般的に論ずるにすぎないもの

(3) 設問2(2)について

ア 全体的な採点実感

設問2(2)は、会社が特定の種類の株式のみを対象として株式の併合をしようとする場合に、不利益を受けるおそれのある種類株式の株主の事前の法的救済方法としてどのようなものが考えられるかについての理解等を問うものである。

(ア) 設問2(2)においては、Pは、本件株式併合の効力の発生前の時点で、会社法上の手段として、①反対株主の株式買取請求をすること（会社法第116条第1項第3号イ）、②本件株式併合について、差止請求をすること（同法第182条の3）、③本件優先株式のみを2株につき1株の割合で併合すること等について定める議案（本件議案3）に関する甲社の臨時株主総会（本件臨時総会）の決議（本件決議3）について、株主総会の決議の取消しの訴えを提起することなどが考えられる。

(イ) 第1に、Pは、種類株主総会の決議を要しない旨の会社法第322条第2項の定めがある本問においては、同法第116条第1項第3号イの規定により反対株主の株式買取請求をすることができる。Pが反対株主の株式買取請求をすることについて論ずるに当たっては、設問2(1)の解答及び本問におけるその他の事実関係を踏まえ、反対株主の株式買取請求の要件が満たされていること、例えば、本件優先株式の株主に損害を及ぼすおそれがある（同号柱書）と認められることや、事前の反対通知と株主総会での反対をしているので「反対株主」

に該当する（同条第2項）と認められることなどにも具体的に言及することが求められる。

しかし、Pが会社法第116条第1項第3号イの規定により反対株主の株式買取請求をすることなどに言及している答案は少なかった。他方で、本件株式併合によって1株に満たない端数は生じないため、Pは同法第182条の4の規定により反対株主の株式買取請求をすることができないことに言及している答案が相当数見られた。

- (ウ) 第2に、Pは、本件株式併合について、差止請求をすることが考えられる。Pが本件株式併合の差止請求をすることについて論ずるに当たっては、設問2(1)の解答及び本問におけるその他の事実関係を踏まえ、取り分け差止事由が認められるか否かについて検討することが求められる。

この点に関する解釈としては様々なものがあり得るところである。例えば、①甲社が本件優先株式を発行する前に発行していた株式（本件普通株式）の株主は本件株式併合によって他の株主と共通しない特別の利益を得るため、株主総会の決議について特別の利害関係を有する者に該当し、かつ、本件株式併合は専ら本件優先株式の株主の優先配当権を実質的に縮減することを目的とするため、本件決議3は著しく不当な決議に該当することから、本件決議3には、取消事由がある（会社法第831条第1項第3号）と認められ、これが（瑕疵のない株主総会の決議による決定を求める）同法第180条第2項に違反し、差止事由である法令違反（同法第182条の3）が認められるといった解釈が考えられる。また、②本件優先株式の株主の優先配当権の実質的な縮減を目的とする不当な株式の併合であって権利濫用の法令違反があるとして、差止事由である法令違反が認められるという解釈も考えられる。さらに、③取締役の善管注意義務を定める一般的な規定（同法第330条、民法第644条）も会社法第182条の3の「法令」に含まれるとする理解を前提に、取締役は善管注意義務の一内容として株主間の不当な利益移転を生じさせないようにする義務を負うところ、本問においては、このような義務の違反があるため、差止事由である法令違反が認められるとする解釈も考えられる。加えて、④本件株式併合は、実質的には、本件優先株式の権利内容を変更するための定款変更と等しいことから、同法第322条第1項第1号及び第3項ただし書が類推適用され、種類株主総会の決議が要求されるのに、それを経ていないことが法令違反に該当するとする解釈も考えられる。なお、⑤上記①から④までのように本件決議3に取消事由があるとしても、実際に本件決議3が取り消されない限りは、差止事由である法令違反があるとは認められないとする解釈も考えられる。

しかし、これらを十分に論じている答案は少なかった。他方で、本問においては、差止事由である法令違反が認められないため、Pは本件株式併合について差止請求をすることができないと論ずる答案が相当数見られた。

- (エ) 第3に、Pは、本件決議3について、株主総会の決議の取消しの訴えを提起することが考えられる。Pが本件決議3の取消しの訴えを提起することについて論ずるに当たっては、仮に本件決議3が取り消された場合には、これによって本件株式併合も無効となると解されるため、本件決議3の取消しの訴えを提起することは、本件株式併合の効力が発生した後に、本件株式併合の無効を主張する前提となることに言及するなど、まずは、本件株式併合の効力の発生前の時点で、本件決議3の取消しの訴えを提起することの意義を明らかにすることが望ましい。

その上で、本問における事実関係を踏まえ、本件決議3に取消事由が認められるか否か、例えば、上記①から④までの解釈と同様の解釈を採り、本件決議3には、取消事由がある（会社法第831条第1項第3号）と認められると論ずることなどが考えられる。

Pが本件決議3の取消しの訴えを提起することについて論ずる答案は一定数見られた。Pが本件株式の併合の差止請求をすること及び差止事由について論じている答案は、Pが本件決議3の取消しの訴えを提起すること及び取消事由についても論じていることが多かった。

なお、差止事由又は取消事由として、株主平等原則違反に言及する答案が相当数見られたが、株主平等原則を定める会社法第109条第1項の規定が特定の種類株式についてのみ株式の併合をする本件にも（類推）適用されるかどうかを適切に論じている答案は少なかった。

イ 答案の例

(7) 優秀又は良好に該当する答案の例

反対株主の株式買取請求（会社法第116条第1項第3号イ）や株式の併合の差止請求（同法第182条の3）など、複数の救済手段に言及し、かつ、条文の要件を正確に示すもの

種類株主総会の決議の省略を定款で規定することを認めることによる利益と、それによって生じ得る種類株主の不利益とを、会社法がどのように利害調整をしているかを、会社法第116条第1項第3号イの規定による反対株主の株式買取請求も含めて体系的に論ずるもの
株式の併合の差止事由の解釈において、大多数の株式を保有するA及びBが株式の併合によって得る利益と少数株主であるP（Q）の不利益を具体的に対比し、甲社の定款規定の存在にもかかわらず、本件決議3が株主間において著しく不当（あるいは不公平）なものである実態を指摘した上で、種類株式の制度及び種類株主総会の制度の趣旨とそれに関する会社法の規律を踏まえつつ、Pを救済するための解釈論を具体的に（複数）検討するもの

株式の併合の差止事由の解釈において、①特別利害関係人の該当性を論じつつ、専らP（Q）に不利益をもたらすことを目的とした「著しく不当な決議」であると論ずるもの、②株主平等原則を定める会社法第109条第1項の趣旨及び射程範囲を論じた上で、事案に即して丁寧に当てはめるもの

株式の併合の差止事由の解釈において、本件決議3の取消事由（会社法第831条第1項第3号）が法令違反に該当することを論じた上で、さらに、本件株式併合が本件優先株式の権利内容を変更する定款変更と実質的に同じであることを指摘し、同法第322条第1項第1号及び第3項ただし書を類推適用することができる旨を丁寧に論ずるもの

(4) 不良に該当する答案の例

Pが「強い不満を感じている」、Pは「どのような会社法上の手段を採ることが考えられるか」と問われているのに、株式の併合の差止事由の解釈において、Pの立場からの主張を十分に検討せず、多数決の濫用等を考慮することなく、救済を否定する論述に終始するもの

Pの救済策として、抽象的に反対株主の株式買取請求や株式の併合の差止請求を挙げるのみで、権利行使の要件を満たすかどうかの当てはめをしていないもの

株式の併合の差止事由の解釈において、①何ら悩みを見せずに法令違反はないとするもの、②結果の不当性は理解しつつも、適切な理論構成を展開できないもの

会社法第831条第1項第3号を株式の併合の差止事由とする場合について、取消事由が存在することがなぜ株式の併合の法令違反とすることができるかについての説明がないもの

Pが採ることができる会社法上の救済手段について、株式の併合の差止請求の可否のみを論じ、その要件である法令違反について詳細な理由を述べることなく、例えば、特定の種類株式についてのみ株式の併合をする場合に株主平等原則（会社法第109条第1項）が（類推）適用されるかどうかを検討せずに、単に株主平等の原則に反するとのみ述べるもの

本件株式併合により端数が生ずるかどうかを検討することなしに、会社法第182条の4の規定により反対株主の株式買取請求をすることができるかと論ずるもの

3 法科大学院教育に求められるもの

設問1においては、新株発行の無効の訴えに言及しない答案や、それに言及しているものの、株主総会の決議の取消しの訴えとの関係について十分に言及しない答案が少なくなかった。会社の行為（本問においては新株発行）の効力が問題となる場合には、そのことをどのような訴えによって争うべきかについても、適切に理解することが求められる。

本件決議2に取消事由があることが本件株式発行の無効原因になるかどうかについて、非公開会社の事例であることを考慮して論ずることができている答えは、必ずしも多くなかった。会社法上、募集株式の発行等については、非公開会社と公開会社とで、株主にどのような保護を与えるべきかが異なるという考え方の下、異なる手続規制が用意されているため、このような会社法の基本的な規律を踏まえた検討が必要であることに強く留意してほしい。このような観点から検討する際には、会社法上の代表的な判例（本問についていえば前掲最判平成24年4月24日等）について、その判例の事案と問題文中の事実関係の異同を適切に拾い上げ、事実関係に即して柔軟かつ適切に、その判例についての理解を応用することができるようになれば、なお望ましい。

本件決議1に取消事由があることを認定しつつも、そのことがどのような理由から本件株式発行の効力に影響するかについては十分に検討しない答案が多かった。本問において問われているのは、本件株式発行の効力であるため、何が法的論点であるかを常に意識しながら検討をする必要がある。

全員出席総会による瑕疵の治癒が認められるか否かが問題となることに言及している答案も多くなかった。会社法上の基本的な制度や、条文、判例について理解していることが前提であるが、問題文中の事実関係から、会社法上重要な意味を有する事実を適切に拾い上げることができる必要がある。

設問2(1)は、比較的良くできていたが、Pの持株比率が低下することを挙げるにとどまる答案など、本件株式併合によって株主に生じ得る不利益を抽象的かつ一般的に論ずるにすぎない答案も少なからず見られた。また、問題文において「どのような不利益が生じ、又は生じるおそれがあると考えられるかについて、説明しなさい。」と問われているにもかかわらず、例えば、単に「持株数（比率）が減少する」という事実のみに言及するにとどまり、生じ、又は生じるおそれがある不利益についての具体的な説明を欠くと評価せざるを得ないような答案も見られた。会社がある行為をする場合に、そのことが利害関係人（本問においては株主）にどのような影響を及ぼし得るかについては、できる限り具体的にイメージし論述することができる力を養うことが求められる。そのことは、事前の手続規制や事後的な救済手段など、会社法上の制度について深く理解するために必要なことであると考えられる。

設問2(2)においては、会社が特定の種類の株式のみを対象として株式の併合をしようとする場合に、不利益を受けるおそれのある種類株式の株主の事前の法的救済方法として、会社法第116条第1項第3号イの規定により反対株主の株式買取請求をすることに言及している答案は少なかった。また、本問の事例は、同法第182条の4の規定により反対株主の株式買取請求をすることができる場面であると誤解している答案が少なくなかった。必ずしも確認する機会が多くない条文であっても、種類株式が発行されている場合における異なる種類株主間の利益調整の必要性とその1つの調整方法である反対株主の株式買取請求等が認められるための要件といった会社法上の基本的な制度についての理解を前提として、問題文中の事実関係に即して適用されるであろう条文を探し出し、その内容を正確に理解することができる必要がある。

Pが本件株式の併合の差止請求をすること又は本件決議3の取消しの訴えを提起することについて論ずるに当たっては、差止事由又は取消事由である法令違反をどのように構成するかが難しかったようであるが、会社法上の基本的かつ重要な制度について学習する上で、例えば、株主総会の決議について特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによって当該決議が取り消されることとなるかどうかについて検討することとなる機会は少なくないのであるから、そのような機会を通じて身に付けた基本的な理解を前提として、問題文中の事実関係に即して柔軟かつ適切に、その理解を応用することができることが期待される。

従来と同様に、会社法上の基本的な制度や、条文、判例についての理解を確実なものとするとともに、問題文中の事実関係から重要な意味を有する事実を適切に拾い上げ、これを評価し、条文を的確に解釈及び適用する能力と論理的思考力を養う教育が求められる。

令和2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「令和2年司法試験論文式試験出題の趣旨【民事系科目】〔第3問〕」のとおりである。

本問においては、例年と同様、受験者が、①民事訴訟の基礎的な原理、原則や概念を正しく理解し、基礎的な知識を習得しているか、②それらを前提として、設問で問われている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、論理的に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、訴えの利益、心証形成の資料、共同訴訟の種類、訴えの取下げの効果等の民事訴訟の基礎的な概念や仕組みに対する受験者の理解を問うとともに、事案への当てはめを適切に行うことができるかどうかを試している。

設問3について、時間が不足していたことに起因すると推測される大雑把な内容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少数にとどまった。しかし、検討すべき事項の理解を誤り、検討すべき事項とは関係ない、又は不要な論述を展開する答案や、検討すべき事項自体には気が付いているものの、問題文で示されている事案への当てはめによる検討が不十分であって、抽象論に終始する答案も散見された。また、基礎的な部分の理解の不足をうかがわせる答案も少なくなかった。

なお、条文の引用が当然求められる箇所であるにもかかわらず、その条文を引用していない答案や、引用条文の条番号が誤ってい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、特に刑事訴訟法との用語の混同など法令上の用語を誤っている答案、日本語として違和感を抱かせる表現のある答案も一定数見られた。これらについては、例年、指摘されているところであるが、本年においても、改めて注意を促したい。

(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、Xが本件契約の締結時にAから交付された120万円について敷金であることを否定し、Y1がXとAとの間の本件契約の解約の合意を争って本件建物の明渡しを拒んでいるという事実関係の下において、敷金の返還を求めるY2の立場から、

本件建物の明渡しをしないままの状態をこれを求める将来の給付の訴えの適法性についての検討が求められている。

ここでは、敷金返還請求権が目的物の明渡しを条件として、それまでに生じた敷金の被担保債権一切を控除した残額につき発生するため、本件建物の明渡し前には請求権の成否及び額が明確に定まらないこと、そのため、本件訴訟はその事実審の口頭弁論終結時（基準時）には訴訟物である請求権の成否及び額が具体化しない将来の給付の訴えであることを踏まえ、民事訴訟法（以下「法」という。）第135条の将来の給付の訴えの利益に言及した上で、将来の給付の訴えの適法性につき検討する必要がある。そして、法第135条については、ほとんどの答案において、指摘することができていた。

また、既判力の基準時までにはその成否及び額が定まらない請求権を行使する将来の給付の訴えの適法性については、例えば、いわゆる権利保護の資格（請求の適格）と狭義の権利保護の利益とを分けて前者の問題として論ずる考え方や、将来の権利発生の蓋然性と現在これを行わせる必要性とを総合的に判断するとの観点から論ずる考え方など判断の枠組みとそのような権利の性質の位置付けに関していくつかの考え方が成り立ち得る。いずれの考え方であっても評価に差異はないが、設問において敷金返還請求権の特質のほか、当事者間の衡平の観点から将来の給付の訴えの適法性が認められた場合における被告の負担を考慮することが求められているとおり、今後の賃料の滞納の可能性や明渡しの時の原状回復の必要性によってその額はもちろん成否さえも不明であるという敷金返還請求権の特質や、敷金返還請求権の発生要件である本件建物の明渡しは、債務者（X）ではなく、債権者（特に本件では主としてY1）に依存していることなど本件における当事者間の争いの状況を踏まえ、将来における権利発生の蓋然性や、将来の強制執行に対する防御のために請求異議の訴えを提起しなければならなくなるかもしれない被告の負担につき論ずる必要がある。また、その際には、判例（最高裁判所昭和56年12月16日大法廷判決・民集35巻10号1369頁（大阪国際空港事件）、最高裁判所昭和63年3月31日第一小法廷判決・裁判集民事153号627頁等）が示した将来の給付の訴えの適法性についての判断基準（①請求権の基礎となるべき事実関係及び法律関係が既に存在し、その継続が予測されるとともに、②請求権の成否及びその内容につき債務者に有利な影響を生ずるような将来における事情の変動があらかじめ明確に予測し得る事由に限られ、③これについて請求異議の訴えによりその発生を証明してのみ執行を阻止し得るといふ負担を債務者に課しても格別不当とはいえない場合。以下「3要件」という。）を用いることが適当かどうか意識して検討することが期待される。

もっとも、以上を適切に論ずる答案は、ほとんどなかった。多くの答案においては、請求の適格と狭義の権利保護の利益とを分けて前者の問題として論ずるといふ考え方を採った上で、3要件を用いて検討をしていたが、そのうち、大半の答案においては、3要件が本問のような敷金返還請求においても同様に当てはまるかどうかという点についての意識を有していないことがうかがわれた。また、3要件を用いて検討する答案であっても、具体的な事案の当てはめにおいて、敷金返還請求権の特質が適切に意識されたものは多くはなく、敷金返還請求権の特質への言及がされているものの、それが結論を導き出すに当たってどのように考慮されているのかが不明なものや、そもそも敷金返還請求権の特質が意識されていないもの、何らの具体的な根拠を示すことなくXが請求異議の訴えの負担を負うことが不当である（又はない）という結論だけを示すものなど、当てはめにおける検討が十分ではないものが多かった。また、当てはめの内容が不適切であって自身が用いた3要件の意義を正しく理解しておらず、その表面的な文言を暗記して記述しているだけであると判断される答案も散見された。このほか、3要件とは内容や表現が若干異なっており、3要件を提示したいという趣旨であれば不正確であるもの（さらには、3要件の意味合いが異なるものとなってしまっていると考えられるもの）、法第135条の「あらかじめその請求をする必要」と請求の適格の関係が曖昧であるものなども

一定数あった。これらの答案からは、受験者が定型的な論証パターンを暗記するだけという学習をしているのではないかと懸念される。

このほか、何らの基準も示すことなく、漫然と問題文中の事実を摘示しただけで結論を導く答案も少数ながらあった。このような答案は、論理を示したものとはいえ、評価されない。

イ 課題2の採点実感

設問1では、次に課題2として、敷金に関する確認の訴えにおける確認の利益の検討が求められている。

ここでは、本件建物の明渡し前における敷金関係の確認の訴えにつき、確認の利益の一般的指標とされる確認訴訟という方法を選択することの適切性、確認対象の適切性、即時確定の必要性に従って、あるいは確認訴訟における権利保護の資格と利益に沿って、Y2の立場から確認の利益が肯定されるように、説得的な立論をすることが求められる。特に、敷金返還請求権が設問1の課題1では将来の給付訴訟の対象と性質付けられていることとの関係をも踏まえつつ、どのような確認対象又は権利保護の資格であれば即時確定の必要性又は権利保護の利益が肯定され、基準時に確定する必要が認められることとなるのかについて、理解を示す必要がある。その際には、賃貸借契約継続中における敷金返還請求権の確認の利益を肯定した判例（最高裁判所平成11年1月21日第一小法廷判決・民集53巻1号1頁）のように確認対象を現在の権利又は法律関係と位置付ける立場のほか、将来の権利又は法律関係と位置付けた上で確認対象となり得ると解する立場もある。どちらを採るかにより評価に差が生ずるわけではないが、前者については、敷金返還請求権を単に条件付債権と位置付けるにとどまらず、将来と性質付けた給付訴訟との違いを示し、本件の紛争状況から見て確認の利益が肯定される対象を具体的に検討することが期待される。また、後者については、XがAの支払った金銭は敷金でないことと争っているなどといった具体的な事情をできるだけ挙げた上で、将来具体化する対象であっても即時確定の利益又は権利保護の利益が現在認められることを本件に即して説得的に論ずることが求められる。

まず、確認の利益の一般的指標については、大半の答案が確認訴訟という方法を選択することの適切性、確認対象の適切性、即時確定の必要性の三つの指標を指摘していた。

もっとも、その具体的な当てはめにおいては、十分ではないものや不適切なものが散見された。課題2の中心的な検討事項となる確認対象の適切性を論ずるに当たって、判例のように現在の条件付きの権利である敷金返還請求権と捉える答案は一定数あったところであり、これらは相応の評価に値するものではあるが、更に進んで将来の請求と性質付けた給付訴訟との違いを意識的に論じたものはほとんどなかった。他方で、そもそも敷金に関するどのような法律関係を確認対象と考えているのかがあやふやなまま検討を進める答案や、「敷金を差し入れたこと」、「敷金契約が成立したこと」など過去の事実や過去の法律関係を無留保で確認対象とするものも少なくなかった。このうち、過去の法律関係を確認対象とすることについては、それが常に不適切であるというのではなく、基礎的な法律関係であって判決において端的に確認対象とすることにより確認訴訟が有する紛争の直接かつ抜本的な解決の機能が果たされることなどを併せて論ずるものである限り一定の評価の対象となり得るが、ほとんどのものにおいて、このような検討はされておらず、その多くにおいては、自身が過去の事実や過去の法律関係を確認対象として論じていることについての自覚がないままに論述しているものと推測された。以上のような答案の評価は、低いものとならざるを得ない。

また、確認対象の適切性を検討するに当たっては、即時確定の必要性との関係にも留意する必要がある。ここでは、原告が保護を求める法的な地位、すなわち確認対象の適切性において検討した権利又は法律関係が十分に具体化、現実化されているかということ指摘しつつ、被告の態度や行為の態様が原告の法的地位に危険や不安を生じさせているか、その危険や不安を除去するために、確認判決が必要かつ適切であることを論ずる必要がある。そして、多くの答

案において、被告の態度や行為の態様が原告の法的地位に危険や不安を生じさせているかという点に言及することができていたが、確認対象となる権利又は法律関係との関係や確認判決の必要性なども含めて多角的に論証していた答案は少なかった。また、過去の事実や過去の法律関係を確認対象とする場合には、上記のような論証から直ちに即時確定の利益が肯定されるとは言い難いにもかかわらず、この点の意識がされたものはほとんどなかった。

課題2の結果からも、受験者が定型的な論証パターンを暗記するだけという学習をしているのではないかと懸念された。

ウ 設問1のまとめ

設問1においては、多くの答案が抽象的な基準や指標を定立することができていたが、具体的な当てはめまで適切に行うことができた答案は少なかった。

「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、出題の趣旨を正しく理解した上で、上記の検討事項について、過不足のない論述をするものである。また、「良好」に該当する答案は、例えば、課題1では自身が定立した基準への当てはめがやや大雑把なものや、課題2では確認対象を現在の条件付きの権利である敷金返還請求権と捉えつつ、将来の請求と性質付けた給付訴訟との違いへの意識に乏しかったが、課題1及び課題2のいずれについても、出題の趣旨をおおむね正しく理解していたものなどである。「一応の水準」に該当する答案は、例えば、課題1及び課題2において、抽象的な基準や指標を定立することができていたものの、その当てはめが不十分なものなどである。これに対し、課題1や課題2を通じ、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、和解手続におけるY2の発言から本件契約の解約の合意の存在を認定することができない理由の検討が求められている。ここでは、争いのある事実の認定に当たり、法第247条において、裁判所が「口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果」をしん酌して心証を形成するものとされていることを指摘した上で、和解手続における当事者の発言がこれらに当たらないことを論証する必要がある。こうした論証は、多くの答案においてされていたが、特に検討が必要な「口頭弁論の全趣旨」の意義とその当てはめについては十分に意識されていないのが目立った。また、設問2の出題の趣旨を弁論主義の問題と捉え、法第247条を指摘しつつ、あるいはその指摘すらなく、弁論主義について延々と論じて結論を導こうとする答案も少なからずあった。このような答案は、問題点自体の理解を根本的に誤るものであって、評価されない。この点もまた、いわゆる典型論点の定型的な論証パターンを暗記するだけという学習が中心となっていて、基礎的な条文や概念の基本的な理解がおろそかになっているのではないかと強く懸念される一例である。

また、設問2では、争いのある事実の認定に当たって、和解手続における当事者の発言内容を心証形成の資料とすることができるとした場合の問題についても検討することが求められている。ここでは、当事者の発言内容が裁判官の心証に影響し得るとすると、例えば、和解の成立に向けた当事者の自由な発言を阻害するおそれがあることや、本問のようにいわゆる交互面接方式により行われた和解手続では情報の共有や反論の機会の保障がないままに判決がされるおそれがあることなど、より実質的な観点から具体的に問題点を指摘することが期待される。多くの答案において、これらのうち少なくとも一方、特に当事者の自由な発言の阻害のおそれを指摘することができていたが、これらを多角的に論ずる答案は、多くはなかった。

イ 設問2のまとめ

「優秀」に該当する答案は、出題の趣旨を正しく理解した上で、アにおいて述べたところを適切に論述するものである。特に、争いのある事実の認定に当たって、和解手続における当事者の発言内容を心証形成の資料とすることができるとした場合の問題についても多角的に検討

する答案がこれに当たる。「良好」に該当する答案は、「優秀」に該当する答案に準ずるものではあるが、例えば、和解手続における当事者の発言内容を心証形成の資料とすることができるとした場合の問題として、和解の成立に向けた当事者の自由な発言を阻害するおそれのみを指摘するものなどがこれに当たる。「一応の水準」に該当する答案は、法第247条とその内容を指摘した上で、和解手続における当事者の発言がこれらに当たらないことを論証することはできていたが、和解手続における当事者の発言内容を心証形成の資料とすることができるとした場合の問題の検討が十分ではないものなどである。これらに対し、弁論主義を論ずるなど出題の趣旨の理解に欠けるものは「不良」と評価される。

(4) 設問3について

ア 課題1の採点実感

設問3では、まず課題1として、本件訴訟において、XがY2に対する訴えのみを取り下げることができるかどうか(法第261条第1項)の検討が求められている。ここでは、その前提として、本件訴訟について訴訟共同の必要があるものかどうか、すなわち、本件訴訟が通常共同訴訟であるのか、固有必要的共同訴訟であるのかという点の検討が必要となる。本件訴訟が通常共同訴訟であると考えられる場合には、例えば、実体法的観点から、相続財産の共有が民法第249条以下の共有と性質を異にするものではないこと、建物明渡義務が不可分債務(同法第430条)に当たり義務者各自が全部につき除去義務を負うことなどを指摘して、共同訴訟人独立の原則(法第39条)が本件訴訟にも適用されること、その帰結として、XがY2に対する訴えの取下げをすることができることを示す必要がある。本件訴訟について、固有必要的共同訴訟であると解し、XはY2に対する訴えの取下げをすることはできないとする場合であっても、説得力のある理由が示されていれば評価に差異はないが、いずれにせよ、自説の根拠と結論との整合性が求められる。

課題1では、多くの答案において、本件訴訟が通常共同訴訟であるとの結論を採っており、その理由としても、上記の点を指摘することができていた。もっとも、その理由を十分に論じたものは少なく、例えば、単に本件建物の明渡義務が不可分債務であるということを指摘するだけのもの、共同訴訟人独立の原則やその根拠となる条文を指摘しないまま、本件訴訟が通常共同訴訟であることをもって直ちにXがY2に対する訴えの取下げをすることができるとするものなども散見された。

他方で、本件訴訟が固有必要的共同訴訟であるとの結論を採る答案も少なくなかった。この結論であっても評価に差異はないことは上記のとおりであるが、その根拠を十分に論証する答案はほとんどなかったため、本件訴訟が通常共同訴訟であるとの結論を採る答案と比較すると、相対的に低い評価となった。本件訴訟が固有必要的共同訴訟であるとの結論を採る場合には、例えば、訴訟法的観点から、判例の結論とは差異があることを踏まえつつ、合一的確定の必要と訴訟共同の必要があることを説得的に論証することなどが必要となる。しかし、本件訴訟が固有必要的共同訴訟であるとの結論を採る答案においては、単に「合一的な確定が必要である。」等の結論を示すだけのものが多かった。これでは説得的な論証とは言い難い。また、実体法的観点からこれを基礎付けようとする答案も一定数あったが、このような答案は、総じて本件建物の明渡義務が不可分債務であることを根拠とするものであった。しかし、上記のとおり、本件建物の明渡義務が不可分債務であることは、本件訴訟が通常共同訴訟となることの根拠となるものであって、これにより本件訴訟が固有必要的共同訴訟であるとの結論を基礎付けることは困難である。「不可分」という語の語感に引きずられたのではないかと推測されるが、実体法の基礎的な知識の欠落があるのではないかと危惧を禁じ得ない。また、本件訴訟が固有必要的共同訴訟であるとの結論を採る場合には、法第40条を指摘した上で、一部に対する訴えの取下げは全員の当事者適格を失わせることとなるため、その効力を生じないことを指摘する必要があるが、この点の論証を欠く答案も少なからず見られた。このような答案は、固有必要

的共同訴訟という概念自体の理解が十分ではないのではないかと懸念される。

このほか、本件訴訟が固有必要的共同訴訟であるとの結論を採るにもかかわらず、Y 2 に対する訴えの取下げができるとするもの、固有必要的共同訴訟と類似必要的共同訴訟の区別をすることなく「必要的共同訴訟」かどうかを論ずるもの、本件訴訟が類似必要的共同訴訟であるとするものなども少ないながらあった。これらの答案の評価は、低いものとなる。

なお、本件訴訟が通常共同訴訟である（又は固有必要的共同訴訟である）という点を示すのみであり、X が Y 2 に対する訴えの取下げができるかどうかについての結論を示さない答案も一定数あった。尋ねられた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 課題 2 について

設問 3 では、次に課題 2 として、X が適法に Y 2 に対する訴えのみを取り下げたという前提の下において、X と Y 1 のみの訴訟において本案判決がされる場合に、取下げがされる前の期日において Y 2 が提出して取調べがされた本件日誌の証拠調べの結果を事実認定に用いてよいかどうかの検討が求められている。ここでは、「共同訴訟における証拠調べの効果」と「それが訴えの取下げによって影響を受けるかどうか」という問題文中で示された二つの視点を踏まえつつ検討を進める必要がある。

このうち、一つ目の視点、すなわち「共同訴訟における証拠調べの効果」については、まず、通常共同訴訟においては共同訴訟人独立の原則により共同訴訟人の一人の訴訟行為は他の共同訴訟人に影響を及ぼさないことを述べた上で、その例外として、共同訴訟人の一人が提出した証拠から得られる証拠資料はその援用がなくとも他の共同訴訟人に関する事実認定にも用いることができるという証拠共通の原則の意義やこれが認められる根拠を説明することが求められる。相当数の答案において、共同訴訟人独立の原則やその例外としての証拠共通の原則について指摘することができていたが、証拠共通の原則の意義を論ずるに当たり、誰と誰との間の規律であるのかという視点が明確に示されていない答案も一定数あった。また、証拠共通の原則が認められる根拠については、例えば、歴史的に一つしかない事実については、その認定判断も一つしかあり得ないことから、これを認めなければ、裁判所に対して矛盾した判断をさせることとなり、自由心証主義の不当な制約となること、共同訴訟人の一部が提出した証拠であっても、他の共同訴訟人がその証拠調べの手續に関わる機会があることから、他の共同訴訟人の手續保障も図られていることなどを指摘して論ずる必要がある。もっとも、これらを過不足なく論じた答案は僅かであり、多くの答案は、前者のみを指摘するものであった。また、そのような答案においては、単に「歴史的に事実の一つ」、「自由心証主義から」などとのみ述べる答案も少なくなかった。時間の不足に起因するものであるとも考えられるが、このような答案は、論証としては十分なものとは言い難いことに留意が必要である。

次に、二つ目の視点、すなわち「それが訴えの取下げによって影響を受けるかどうか」という点については、訴えの取下げがあった部分は初めから係属していなかったものとみなされる（法第 26 条第 1 項）という訴えの取下げの効果を検討することが必要となるが、これを条文とともに的確に指摘することができた答案は、多くはなかった。この点は、課題 2 が検討を求める問題意識の前提となるものであり、この理解を欠く答案の評価は、低いものとならざるを得ない。

そして、以上の二つの視点からの論証を通じ、X の Y 2 に対する訴えの取下げが Y 2 の申出により取調べがされた本件日誌についての証拠共通に影響を与えるのではないかという問題意識が導かれることとなる。これが課題 2 における主要な検討事項となる。本件日誌を証拠として用いることができるとの結論を採る場合には、その根拠として、例えば、判例（最高裁判所昭和 32 年 6 月 25 日第三小法廷判決・民集 11 卷 6 号 1143 頁）によれば、証拠申出の撤回は、証拠調べの終了後においては許されないとされており、その結論は相手方に有利な証拠資料が得られている可能性があることを考慮すると是認されることや、Y 2 の申出によりされ

た証拠調べの結果は、証拠共通の原則によりXとY 1との関係においても心証を形成する資料となっているところ、それは、係属が消滅した訴訟における訴訟行為に基づく訴訟法律関係とは別個の訴訟法律関係が生じていると言い得ることから、訴えの取下げによってもその効果は維持されるべきであることなどを指摘することが考えられる。これに対し、本件日誌を証拠として用いることができないとする結論を採る場合には、その根拠として、例えば、訴えの取下げの結果、当事者の訴訟行為によって形成された法律効果は全て消滅することを前提とし、証拠申出の撤回は、弁論主義に照らし、相手方の同意があれば許されるとした上で、XがY 2に対する訴えの取下げをしたことにより、実質的にはY 2の証拠申出とこれに基づく証拠調べの結果の消滅に同意をしているものとみることができるとなどを指摘することが考えられよう。課題2については、いずれの結論であっても、評価に差異はないが、論理的かつ説得的な論証が求められる。もっとも、以上を適切に論ずる答案は、どちらの結論であってもほとんどなかった。多くの答案においては、上記のとおり、前提となる訴えの取下げの効果を指摘することができていないため、そもそも課題2が求める問題意識自体を正しく把握することができておらず、訴えの取下げの効果を指摘することができているものであっても、かろうじて「一度形成された心証は消せない。」といった理由を述べて、本件日誌を証拠として用いることができるとの結論を採るものが一定数あったほかは、結論のみを述べるもの、根拠となり得ないものを述べるものなどであった。

ウ 設問3のまとめ

設問3の課題1は、他の設問及びその課題と比較すると、充実した内容の答案が多かった。これに対し、課題2は、特にその主要な検討事項に関し、出題の趣旨を適切に捉えた論述をする答案は少なかった。

「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、出題の趣旨を正しく理解した上で、上記の検討事項について、過不足のない論述をするものである。また、「良好」に該当する答案は、例えば、課題1では適切な論証がされているものの、課題2では検討がやや足りないものである。「一応の水準」に該当する答案は、課題1では出題の趣旨自体は理解されているものの、その論証が十分ではないものなどである。これに対し、課題1において明らかに誤った論述をするものや、課題2において前提となる基礎的な事項の指摘を欠くなど総じて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

本年の問題に対しては、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、出題の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も一定数あった。これらの結果は、受験者が民事訴訟の体系的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強い懸念を生じさせる。この点は、設問1や設問2の採点実感中において指摘したとおりである。また、設問3において、典型的な論点であると思われる課題1とそうではない課題2とで論証の充実度に大きな差異があったことから、いわゆる論点主義の弊害がうかがわれよう。昨年も指摘したところであるが、条文の趣旨や判例、学説等の正確な理解を駆使して、日々生起する様々な事象や問題に対して、論理的に思考し、説得的な結論を提示する能力は、法律実務家に求められるところであり、このような能力は、基本法制の体系的理解と基礎的な知識の正確な取得、論理的な思考の日々の訓練という地道な作業によってこそ涵養され得るものと思われる。法科大学院においては、このことが法科大学院生にも広く共有されるよう指導いただきたい。以上は、例年

指摘しているところであるが、本年も重ねて強調したい。

また、民事訴訟法の分野においては、理論と実務とは車の両輪であり、両者の理解を共に深めることが重要である。設問2においては、和解手続における当事者の発言内容を心証形成の資料とすることができるとした場合の問題の検討が求められているが、多くの答案がその検討に当たり実務上の和解手続の姿をイメージしていたと評価することができる。これは、受験者や法科大学院等の関係者において実務の理解を深めることの重要性についての認識が共有されつつあることの現れであると受け止めたい。現実の民事訴訟手続についてのイメージがつかめないままに学習を進めることは難しいと思われる。法科大学院においては、今後とも、より一層、理論と実務を架橋することを意識した指導の工夫を積み重ねていただきたい。

令和2年司法試験の採点実感（刑事系科目第1問）

1 出題の趣旨、ねらい

既に公表した出題の趣旨のとおりである。

2 採点方針

本問では、具体的事例について、甲の罪責や、その理論構成、一定の結論を導くために着目すべき事実を問うことにより、刑法総論・各論の基本的な知識と問題点についての理解、事実関係を的確に分析・評価し、具体的事実法規範を適用する能力、対立する複数の立場から論点を検討する能力、結論の妥当性や、その導出過程の論理性、論述力等を総合的に評価することを基本方針として採点に当たった。

いずれの設問の論述においても、各設問の内容に応じ、各事例の事実関係を法的に分析した上で、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争いが生じ得る事項など法的に重要な事項については手厚く論じ、そうでない事項については簡潔に済ませるなど、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における甲の罪責について、甲に成立する1項恐喝罪又は2項恐喝罪いずれかの被害額が、①600万円になるとの立場及び②100万円になるとの立場双方からの説明に言及しつつ、最終的に自説としてどのような構成でいかなる結論を採るのかを根拠ととも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示したにとどまり、いかなる結論がいかなる理由で妥当であるのか、自説を論じていない答案は、低い評価にとどまった。

①及び②への言及においては、出題の趣旨で記載した各立場からの説明が考えられるが、これを客観的構成要件要素に関する法解釈上の問題と位置付け、恐喝罪の保護法益の内容や同罪における「財産上の損害」の要否及びその内容に関する各見解を踏まえ、論理性を保って論述することができている答案は、高い評価であった。他方で、①及び②への言及で上記各見解に一切触れず、専ら違法性阻却の観点から、すなわち、犯行態様等の違法性阻却の判断要素に関わる事実関係の評価を変えることにより、違法性が阻却されない場合を①の立場、500万円の交付については違法性が阻却される場合を②の立場として説明するのみの答案は、低い評価にとどまった。

設問2は、Aが睡眠薬を摂取して死亡したことについて、自説か否かに関わりなく、甲に殺人既遂罪が成立しないという結論の根拠となり得る具体的事実として考えられるものを3つ挙げた上で、それらが当該結論を導く理由を記述させるものであった。

この3つの事実としては、出題の趣旨で記載した①、②及び③の各事実が考えられる。これに対し、当該結論を導く理由としては、様々な理論構成からの説明が考えられるところ、問題文で「事実ごと」の記述が求められている以上、出題の趣旨で記載したとおり、複数の事実を一括せず、①の事実に着目して実行行為性又は実行の着手を、②の事実に着目して因果関係を、③の事実に着目して故意を、それぞれ否定することが想定されていた。また、問題文で「簡潔」な記述が求められているのであるから、理論構成の根拠や他説への批判まで論じる必要はなかった。

設問3では、出題の趣旨で示したとおり、事例2における甲の罪責については、(1)甲が、銀行の窓口係員に対し、犯罪被害金であることを秘しつつ、甲名義の預金口座から600万円の払戻しを請求し、同額の払戻しを受けた行為について、1項詐欺罪の成否を論じる必要があったが、犯罪被害金の払戻し請求とはいえ、甲が銀行に有効な預金債権を取得していることに着目して、「欺く」行為の有無に関し、設問1における結論との整合性も意識しつつ論じることが求められていた。

(2)甲がCに対する借金返済のため前記600万円の払戻しを受け、これをCに渡して費消した行為については、横領罪の成否を論じる必要があったが、客体をAに交付すべき500万円に限定した上で、いかなる行為を「横領」行為と評価するかに対応させながら、甲名義口座の預金又は払い戻した現金が同罪の客体に該当するかを論じることが求められていた。

(3)甲がAに対する500万円の返還を免れるため睡眠薬を混入したワインをAに飲ませて眠り込ませ、その影響によりAの心臓疾患を悪化させ、Aを死亡させた行為については、2項強盗殺人罪の成否を論じる必要があったが、早すぎた構成要件実現の処理が問題になっているため、出題の趣旨でも記載したとおり、まずは実行行為をどのように構成するのか、すなわち第1行為（Aに睡眠薬を摂取させる行為）及び第2行為（Aに有毒ガスを吸引させる行為）を一体的に評価した上、これを実行行為として構成するのか、第1行為のみを実行行為として構成するのかを論じ、その上でそれぞれの立場から因果関係の有無や、故意の有無を論じることが求められていた。また、強盗罪の実行行為である「暴行」が認められるか否かについて、その意義に遡って具体的に論じることが求められていたが、これを肯定した場合、甲が「財産上不法の利益を得」たといえるかについて、当該文言の意義を正確に示した上で、Aに相続人がいないこと等の具体的事実を摘示して当てはめを行う必要があった。

なお、2項強盗殺人罪又は殺人罪の実行の着手を否定した場合、殺人予備罪、強盗予備罪の成否のほか、傷害（致死）罪、（重）過失傷害罪（又は同致死罪）などの成否も問題となり得る以上、それらの論述が必要であった。

(4)甲が睡眠薬を混入したワインをAに飲ませた後、A方で発見した腕時計を奪取した行為について、窃盗罪等の財産犯の成否を論じる必要があった。

設問3では、(1)ないし(4)の各行為ごとに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指摘しつつ法規範に当てはめることができている答案は高い評価であった。

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、前述2のとおり、論じるべき点が多岐にわたるため、厚く論じるべきものと簡潔に論じるべきものを選別し、手際よく論じる必要があったが、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が相当数見られた。規範定立部分については、論証パターンの書き写し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点についてまで論証パターンの一環として記述を行うものもあったほか、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答案も少なからず見られた。これは、論点の正確な理解とも関係するところであり、一定の事実がいかなる法的意味を有するかを意識しつつ、結論に至るまでの法的思考過程を論理的に的確に示すことが求められる。

(2) 各設問について

ア 設問1について

本設問では、Bの交付行為によってAに対する債務が消滅することを構成要件上、どのように評価すべきかという問題意識の下、出題の趣旨に記載した見解の対立構造を示しつつ、恐喝罪の構成要件該当性について正確な法的理解を示すことが求められるが、違法性阻却の問題とした上で、専ら事実関係の評価を変えることで損害額を論じる答案が目立ち、上記の点を的確に検討できている答案は比較的少数であった。

甲に成立する財産犯について、1項恐喝罪を認める答案が多かったが、客体が財物に該当す

るか否かを意識して論じるものは少数であったほか、恐喝罪の構成要件要素を正確に摘示しないなど、同罪の構成要件要素全般に関する理解が十分示されていない答案が散見された。

また、甲に詐欺既遂罪の成立を認める答案も散見されたが、Bは債権額については誤信しておらず、また、甲を暴力団組員と誤信した点は、畏怖の念を生じさせる一材料にとどまっているため、詐欺未遂罪はともかく、詐欺既遂罪の成立は認め難いところ、これを認める答案については構成要件要素の検討が不十分であるとの印象を受けた。

なお、少数ながら、甲に強盗罪の成立を認める答案もあったが、行為態様からすれば、反抗抑圧に足りる程度の脅迫は認め難く、同罪の成立は一層困難といえ、具体的な事実の構成要件への当てはめができていないとの印象を受けた。

イ 設問2について

本設問では、出題の趣旨で記載した①ないし③の事実を挙げつつ、これを根拠に実行行為性又は実行の着手、因果関係及び故意を否定するための理論構成を記述することが求められていたが、多くの答案は、必要な記述を展開することができていた。

他方、理論構成に関する基本的理解が不足しているとの印象を受ける答案も目立った。

例えば、因果関係を否定する場合には、被害者の特殊事情を判断資料に含めるべきかという視点が不可欠であるところ、このような視点を欠いたまま、諸般の事情の総合的判断によって因果関係を否定するなど、論理過程に疑義のある答案が散見された。また、甲が第2行為を止めたことに着目して、甲に中止犯が成立し、殺人未遂罪になるため、殺人既遂罪は成立しないと結論付ける答案も相当数あった。しかし、中止犯は、未遂犯の成立を前提とする以上、中止犯が成立することが殺人既遂罪の成立を否定する理由とならないことは明らかである。これらの答案は、いずれも総じて、論証パターンを無自覚に記述しているにすぎないとの印象を受けた。

ウ 設問3について

本設問では、前述2のとおり、(1)ないし(4)の各行為の擬律判断が求められていたところ、これら各行為をまんべんなく検討している答案は少数であった。

(1)の行為については、そもそも1項詐欺罪の成否が問題となることを把握できていない答案も多かったが、これを把握できている答案についても、甲が自己名義の預金口座から犯罪によって得た金員の払戻しを請求しているという事情を適切に評価している答案はごく一部にとどまった。

(2)の行為については、横領罪の成否が問われていることを把握できてはいても、その客体が500万円に限定されることや、検討対象となる行為と客体の特定を意識的に結び付けて論じることができている答案は必ずしも多くなかった。

(3)の行為については、早すぎた構成要件実現の処理が問われているところ、甲の計画に反し、第1行為によってAの死亡結果及び財産上の利益の移転が現実化しているため、2項強盗殺人罪の成立を認めるためには、同罪の実行行為及び故意が認められるかを具体的に論ずることが必要になるが、そもそも問題の所在を適切に指摘できている答案は少数にとどまった。例えば、多くの答案が、出題の趣旨で記載した最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁が示した判断要素を前提として、第1行為の段階で実行の着手が認められることから故意既遂犯の成立を導いていたが、実行の着手が認められることが、なぜ故意既遂犯の成立を認める論拠となるのかについて、十分な説明を欠いている答案が多数であった。

強盗の実行行為性、すなわち第1行為自体、あるいは第1行為と一体的に評価された第2行為が、強盗罪にいう「暴行」に該当するか否かについて論じることができている答案は少数であった。他方、強盗罪の実行行為性を認める立場からは、同罪の手段と評価し得る行為によりAが死亡した本事例では、強盗の機会性の有無について論じる必要はないはずであるのに、これを長々と論じる答

案が散見された。関連する論点をとりあえず書いておこうとするのではなく、具体的な事案の解決において必要となる論点に絞り込んで検討することが肝要である。

少数ながら、甲が500万円の返還を免れたことが昏酔強盗罪の客体に当たるとして同罪の成立を認め、「2項昏酔強盗殺人」という犯罪が成立するとした答案もあった。しかし、条文上、昏酔強盗罪の客体が財物に限られていることは明らかであり、基本的知識の不足と条文を確認する姿勢の欠如が感じられた。

(4)の行為については、腕時計の奪取時点で、Aが生存していたことは問題文上明らかであるのに、死亡していたとして、死者の占有が腕時計に及ぶか否かを論述する答案も散見された。例年指摘しているところであるが、問題文をよく読んで、何が問われているかを正確に把握して検討に取り掛かることが求められる。

なお、本設問で殺人既遂罪の成否を論じず、自説の内容が不明の答案が散見された。このような答案は、設問2での記述を所与の前提としている印象を受けたが、これを前提にするのであれば、設問2に関する記述が自説であることを示しつつ、論じる必要があった。

(3) その他

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

(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、各設問に関係する事実関係を的確に分析した上で、各設問の出題の趣旨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、各設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、各設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、各設問の出題の趣旨及び前記の採点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、論述内容が首尾一貫しておらず論理的に矛盾したり論旨が不明であったりしているものなどである。

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。

一般的に重要と考えられる論点を学習するに当たっては、一つの見解のみならず、他の主要な見解についても、その根拠や難点等に踏み込んで理解することが要請される。論点をそのように多面的に考察することなどを通じて、当該論点の理解を一層深めることが望まれる。また、刑法各論の分野においても、各罪を独立して学習するだけでなく、例えば、財産犯であれば、財産犯全体に共通する総論的、横断的事項を意識し、また、犯罪類型ごとの区別の基準を重視した学習が望まれる。

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

例年、取り上げるべき論点の把握が不十分なまま、論証パターンを無自覚に記述するため、取り上げなくてよい点についてまで長々と論じる答案が目につく。事案の全体像を俯瞰して、事案に応じて必要な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、刑法上の諸論点に関する問題意識（なぜ問題となるのか）を喚起しつつ、その理解を深めさせ、さらに、判例の学習等を通じ具体的事案の検討を行うなどして、正解思考に陥らずに幅広く妥当な結論やそれを支える理論構成を導き出す能力を涵養するよう、より一層努めていただきたい。

1 採点方針等

本年の問題も、昨年までと同様、比較的長文の事例を設定し、その捜査及び公判の過程に現れた刑事手続上の問題点について、問題の所在を的確に把握し、その法的解決に重要な具体的事実を抽出して分析した上、これに的確な法解釈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、その過程を筋道立てて説得的に論述することが求められている。これを通じて、法律実務家になるために必要な刑事訴訟法に関する基本的学識、事案分析能力、法解釈・適用能力、論理的思考力、論述能力等を試すものである。

出題の趣旨は、既に公表したとおりである。

〔設問1〕は、H市内で夜間に発生したV方における住居侵入窃盗事件（本件住居侵入窃盗事件）に関し、司法警察員P及びQが、その2日前の夜間に同市内で発生した、手口が類似するX方における住居侵入未遂事件（X方における事件）で目撃された甲をH警察署まで任意同行した上、約24時間という長時間にわたり、一睡もさせずに徹夜で取調べを行い、それまでの取調べにより疲労して言葉数が少なくなっていた甲に、更に偽計をも用いて取調べを実施していることから（下線部①の取調べ）、それが、被疑者に対する任意取調べとして許容される限界を越え、違法と評価されないかを問うものである。検討に当たっては、刑事訴訟法第198条に基づく任意捜査の一環としての被疑者の取調べの適法性に関する法的判断枠組みを的確に示した上で、事例に現れた具体的事実がその判断枠組みの適用上どのような意味を持つのかを意識しながら、下線部①の取調べの適法性を論じることが求められる。

〔設問2〕は、甲の自白が、前記のとおり、長時間にわたり、徹夜で行われた取調べにおいて、偽計をも用いて獲得されているところ、まず、〔設問2-1〕において、自白法則及び違法収集証拠排除法則の自白への適用の在り方を一般的に問うた上、次いで、〔設問2-2〕において、〔設問2-1〕で論じた自己の見解に基づいて甲の前記自白の証拠能力が認められるかを問うものである。具体的には、自白法則及び違法収集証拠排除法則という証拠法における基本原則が、自白という供述証拠にどのように適用されるのか（後者については適用の有無自体も含む。）について、自説の立場から両法則の適用関係を示した上で、各自の理解に即して、甲の自白の証拠能力の有無を判断するのに必要な証拠法則を、事例に現れた具体的事実に対当てはめて、結論を導くことが求められる。

〔設問3〕は、検察官が、本件住居侵入窃盗事件と手口の類似する、未だ起訴されていないX方における事件を目撃したWの証人尋問により、本件住居侵入窃盗事件についての甲の犯人性を証明しようとしている場合において、いわゆる類似事実による犯人性の証明が許されるのかを問うものである。こうした証明が許されないとすればその理論的根拠はどこにあるのか、許される場合があるとすればその判断基準及び根拠は何かを論じ、それを踏まえて、事例に現れた具体的事実を適切に摘示し、評価しながら、裁判所が検察官によるWの証人尋問請求を認めるべきか否かの結論を導くことが求められる。

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・手続及び関連する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。

まず、〔設問1〕については、任意同行後の被疑者に対する任意取調べの適法性について判断した最決昭和59年2月29日刑集38巻3号479頁（以下「昭和59年判例」という。）、最決平成元年7月4日刑集43巻7号581頁（以下「平成元年判例」という。）など、法科大学院の授業でも取り扱われる基本的な判例を正確に理解し、その判断枠組みを意識しつつ、事例中から抽出した具体的事実を分析・検討して論じれば、説得的な論述が可能だと思われる。

〔設問2〕の、自白に対する違法収集証拠排除法則の適用の在り方については、この問題に対す

る判断を示した下級審の裁判例はあるものの、最高裁判所の判例はなく、受験生にとって必ずしも十分な勉強が及んでいない論点だったかもしれない。しかし、自白法則及び違法収集証拠排除法則はいずれも証拠法における基本原則であり、両法則に関する正しい知識や理解があれば、自白と証拠物との異同や両法則の根拠・証拠能力の判断基準等に遡って考えることにより十分解答が可能であろう。また、〔設問2-2〕において、甲の自白に違法収集証拠排除法則を適用する際には、〔設問1〕における、下線部①の取調べの適法性に関する論述内容との整合性に留意しながら論じる必要がある。

〔設問3〕については、類似事実による犯人性の証明に関して判断した最判平成24年9月7日刑集66巻9号907頁（以下「平成24年判例」という。）、最決平成25年2月20日刑集67巻2号1頁（以下「平成25年判例」という。）といった基本的な判例がある。ただし、本問は、これらの判例の事案とは異なり、未だ起訴されていない余罪を類似事実として犯人性の証明に用いようとした事案であり、その意味で、判例に関する理解の具体的な事案への応用力を試す側面を有するものである。両判例が示している判断基準だけでなく、その理論的根拠を正確に理解していれば、X方における事件という類似事実が、本件住居侵入窃盗事件についての犯人性の証明に用いられる場合の推認過程を意識して分析・検討し、説得的に論述することが可能であろう。

2 採点実感

各考査委員の意見を踏まえた感想を記す。

(1) おおむね出題の意図に沿った論述をしていると評価できる答案としては、次のようなものがあった。

まず、〔設問1〕では、被疑者に対する任意取調べの限界に関して昭和59年判例の示した、「強制手段によることができ」ず、任意捜査としても、「事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において、許容される」という二段階の判断枠組みについての正確な理解を示し、自説の立場から強制処分の意義や任意取調べの適法性に関する判断基準を正確に提示した上で、下線部①の取調べによって制約される権利・利益の内容を意識しながら、事例から必要な具体的事実を抽出し、強制処分の意義に照らして本件取調べが強制処分に当たるのかを検討し、これに当たらないとした場合に、本件取調べが社会通念上相当と認められる方法、態様及び限度で行われたと評価できるのかについて、判例の示す、「事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等」の判断要素に照らして事例に現れた具体的事情を的確に拾い上げながら論じ、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2-1〕では、自白法則について自説の根拠及び証拠能力の判断基準を述べるとともに、違法収集証拠排除法則については証拠物に関する最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁（以下「昭和53年判例」という。）に関する正確な理解を踏まえて、自白に対する同法則の適用の有無及びその根拠を示し、適用されたとした場合には証拠能力の判断基準及びその根拠を含めて自説の立場を論じ、両法則の適用関係を明らかにした上で、〔設問2-2〕では、〔設問2-1〕で論じた自説の立場から、〔設問1〕における下線部①の取調べの適法性についての論述内容との整合性に配慮しつつ、事例に現れた具体的事情を的確に拾い上げ、各自の理解に即して、適用されるべき法則を適切に当てはめて結論を述べている答案が見受けられた。

〔設問3〕では、平成24年判例及び平成25年判例に関する正確な理解を示しつつ、類似事実による犯人性の証明が許容されないとされる場合の根拠や、許容されるとすればその根拠及び判断基準を述べた上で、事例に現れた具体的事情を的確に拾い上げて当てはめ、Wの証人尋問請求の可否の結論を説得的に導いている答案が見受けられた。そのような答案の中には、上記判例の示す判断基準を満たすことによって、余人による犯行の可能性が著しく下がるために、実証的根拠の乏しい人格評価を介することなく経験則により犯人の同一性を推認できることから、類似

事実による犯人性の証明が許されると指摘した上で、その基準を事例に対し適切に当てはめているものが一定数あった。

- (2) 他方、そもそも、法原則・法概念の意義や関連する判例の判断基準等についての記述が不十分・不正確で、当該項目についての理解が不足していると思えるを得ない答案や、法原則・法概念の意義や関連する判例の判断基準等として記述された内容自体には問題がないものの、これらを機械的に暗記して記述するのみで、なぜ法原則・法概念がそのような意義を持つものとされ、また、判例においてそのような判断基準が採用されているのかを、当該法原則・法概念の趣旨や当該判例の理論的根拠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法原則・法概念や判断基準等を的確に適用することができていない答案、具体的事実に対する洞察が表面的で、その抽出が不十分であったり、その事実の持つ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〕においては、任意同行後の被疑者の任意取調べの適法性が問われているのであるから、刑事訴訟法第198条に基づく任意捜査の一環としての被疑者の取調べがいかなる限度で許されるのかについて、その法的判断の枠組みを示す必要がある。多くの答案は、昭和59年判例の、第一に、「強制手段によることができ」ず、第二に、強制手段を用いない場合でも、「事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において、許容される」という二段階の判断枠組みを意識しつつ、事例に現れた具体的事情を拾い上げて上記判断枠組みに従い相応に当てはめて結論を導いていた。しかしながら、本件取調べが実定法上のいかなる規定との関係で問題になるのかをおよそ意識していない答案が散見されたほか、昭和59年判例の判断枠組みに全く言及することなく、問題文の事情を漫然と羅列して結論を出している答案や、最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁（以下「昭和51年判例」という。）が判示する、「必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容される」との判断基準を何の説明もなく用いる答案が少なからず見受けられた。立場によっては、昭和51年判例の示す判断基準を用いるとの判断もあり得るであろうが、昭和59年判例は、任意同行後の被疑者に対する任意取調べの限界に関する事案であるのに対し、昭和51年判例は、警察官が、任意同行した被疑者に対して呼気検査に応じるよう説得していた際に、退室しようとした被疑者の左手首をつかんで引き止める、という有形力の行使が問題となった事案であって、判例の判断基準を用いるに当たっては、それぞれの判例において判断の前提となっている事案が異なることや、当該判断基準を任意取調べの場面において適用することの理論的根拠をも意識する必要がある。

また、下線部①の取調べが強制処分に当たるのかを検討するに当たり、「相手方の明示又は黙示の意思（ないし合理的に推認される意思）に反して」「重要な権利・利益を実質的に制約する処分」かどうかという有力な学説の示す定義を用いて検討しながら、甲が取調べに応じる旨明示的に述べており、取調べを拒否する申出をしていないので甲の意思に反しないと安易に結論付け、甲の黙示の意思（ないし合理的に推認される意思）に全く言及しない答案や、長時間にわたり徹夜で、更に偽計をも用いて行われた本件取調べが甲のいかなる権利・利益を制約するのか（あるいはしないのか）についての検討が不十分な答案が少なからず見受けられた。さらに、強制処分該当性の検討に際して、下線部①の取調べが「実質逮捕」に当たるかと問題提起し、実質逮捕に当たり刑事訴訟法第199条や令状主義に違反することのみを指摘して違法と結論付ける答案が相当数見受けられたが、任意同行が実質的な逮捕であるとする、そのことと刑事訴訟法第197条や取調べに対する規律である同法第198条との関係、すなわち、実質逮捕と取調べの適否との関連に言及せず、本件の取調べのために用いられた具体的な方法に対する問題意識を欠いている答案が多く見られた。

本件取調べが社会通念上相当と認められるかを判断する場面については、検討に際して、長時間の取調べの適法性、徹夜の取調べの適法性、偽計を用いた取調べの適法性というように、事例

に現れた事情を分断した上で、その事情ごとに個別に検討を加えるだけで、総合的な分析・考慮のできていない答案が少なからず見受けられたが、本問では、通常は人が就寝している時間帯を含む約24時間という長時間にわたる取調べが徹夜で行われ、その中で疲労して言葉数が少なくなっていた甲に偽計が用いられているのであるから、そうした具体的事情があいまって生じた状態について多角的・総合的に分析・考慮する視点が必要であろう。また、昭和59年判例が判示した取調べの適法性に関する、「事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において、許容される」との基準やそこで考慮すべき要素を基礎付ける理論的な説明については、学説上、いわゆる比較衡量説や行為規範説などの見解が示されているが、この点について意識的かつ正確に論じている答案は少数であり、比較衡量説に立っていると思われるのに、取調べの必要性と比較衡量される甲の権利・利益等への言及が不十分・不正確な答案、両説の発想が不正確に混在している答案などが見られた。

なお、本問では、立場によっては、下線部①の取調べが強制処分に当たり違法であるとする答案もあり得るところであり、その場合には任意取調べとして社会通念上相当と認められるかについては具体的事実を検討することなく結論に至ることになるであろうが、そのような立場による場合であっても、任意同行後の被疑者の任意取調べの限界に関して判断したリーディングケースとして昭和59年判例や平成元年判例があるのであるから、その法的判断の枠組みを十分意識しつつ論じなければならない。

〔設問2〕では、自白に対する「自白法則及び違法収集証拠排除法則の適用の在り方」が問われているのであるから、自白法則の根拠及び証拠能力の判断基準と、証拠物に対する違法収集証拠排除法則の根拠及び証拠能力の判断基準を併記しただけでは不十分であり、両法則の自白への適用関係について、自説の立場を論じなければならないが、この点に関する問題の所在や理論状況を的確に理解して論じられている答案は少数であった。自白法則については、虚偽排除説、人権擁護説、違法排除説など、自説の根拠及び証拠能力の判断基準について相応に論じることができている答案が大半であったものの、違法収集証拠排除法則の自白への適用の在り方を示すことができている答案は多くなく、そもそも、両法則の自白に対する適用関係に関する問題意識を欠いている答案が少なからず見受けられた。すなわち、〔設問2-1〕では、自白法則と違法収集証拠排除法則の内容を漫然と並列的に述べるにとどまっているため、その記述から、後者が自白に適用されるのか否か自体が判然とせず、〔設問2-2〕では、事例に現れた事情を羅列してそれぞれの法則を脈絡なく当てはめているにとどまる答案が少なくなかった。

また、自白とそれを録取した供述調書（自白調書）の関係についての理解を根本的に誤り、甲の自白については違法収集証拠排除法則を適用して証拠能力を否定し、自白調書についてはその派生証拠として証拠能力を否定するという、誤解に基づく答案が散見された。

〔設問2-2〕では、下線部①の取調べにより得られた甲の自白の証拠能力について、〔設問2-1〕で述べた判断基準を具体的事情に当てはめて結論を出すことが求められているが、〔設問1〕と〔設問2〕における説明ないし論述の整合性が考慮されていない答案が少なからず見られた。すなわち、〔設問1〕では、取調べが適法だと結論付けておきながら、〔設問2-2〕では、取調べに重大な違法があるので甲の自白に証拠能力がないとする答案や、〔設問1〕では、取調べで偽計を用いることは刑事訴訟法上何ら制限されておらず問題がないと述べたのに、〔設問2-2〕では、本問の偽計が、虚偽の自白を誘発し、あるいは甲の黙秘権等重要な権利を侵害するので甲の自白に証拠能力がないとする答案、〔設問1〕では、約24時間の徹夜にわたる取調べが甲の移動の自由や黙秘権等の侵害に当たり違法だと述べたのに、〔設問2-2〕では、違法収集証拠排除法則を適用した上で、偽計を用いた点にしか言及しない答案など、〔設問1〕と〔設問2〕の関係についてどのように考えたのかが判然としない答案がこれに当たる。また、〔設問2-2〕で自白に対しても違法収集証拠排除法則を適用し、その証拠能力を判断するに当たり、

「令状主義の精神を没却するような重大な違法」の有無を基準の一つとする答案が少なからず見られたが、取調べが違法とされる根拠を、偽計を用いたことに求めるのならば、違法の程度は、偽計が違法である理由と関連付けて評価される必要があり、昭和53年判例の表現を漫然と用いるだけでは説明が足りないと言わざるを得ないであろう。

本事例で用いられたのは、本件住居侵入窃盗事件の当日の夜に甲が自宅から外出するのを見た人がいる旨の偽計であり、犯行自体の目撃に関するものではないが、その違いに的確に留意しつつ、長時間にわたり一睡もさせずに徹夜で取調べが行われ、言葉数が少なくなって疲労していた甲に対し、本問のような偽計を用いれば、たとえそれが犯行自体の目撃に関するものではなかったとしても、判断能力が低下して自白するしかないとの心理状態に陥りかねないことなどに言及し、甲の心理に与えた影響を考慮することができている答案が少数ながら見られた。これに対して、このような偽計の内容・程度に全く言及することなく、偽計が用いられた点を漫然と指摘して甲の自白の証拠能力を否定する答案や、反対に、偽計が用いられる前に、長時間にわたり、徹夜で取調べが行われているという本事例の事情を度外視し、犯行自体の目撃に関する偽計ではないとの理由のみで甲の自白の証拠能力を肯定する答案など、事例に現れた具体的事情を多角的・総合的に考慮することができていない答案が少なくなかった。偽計を用いて得られた自白の証拠能力に関して判断した、最大判昭和45年11月25日刑集24巻12号1670頁は、「偽計によって被疑者が心理的強制を受け、その結果虚偽の自白が誘発されるおそれのある場合」には、その「自白はその任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を否定すべき」だと判示しており、その判断においても、偽計が用いられれば直ちに自白の任意性に疑いがあるとされているわけではない。検討に当たっては、当該事案において、いかなる偽計が用いられ、それが捜査官の他の発言や被疑者の置かれた状況等ともあいまって、被疑者の心理に果たして、またいかなる影響を与えたか、具体的に考慮することが必要であろう。

〔設問3〕では、平成24年判例及び平成25年判例が、前科事実や併合審理されている類似事実を犯人性の証明に用いることが許容される場合について示した、類似する犯罪事実が「顕著な特徴」を有し、かつ、その特徴が起訴に係る犯罪事実と「相当程度類似」している必要がある旨の判断基準については、おおむね適切に論じている答案が相当数見受けられた一方で、上記判断基準自体に関する記述が不十分・不正確な答案も少なくなかった上、類似事実による犯人性の証明が許容されないとされる理論的根拠や、上記判断基準を満たす場合には類似事実による犯人性の証明が何故許容されるのかについての理解が不十分・不正確な答案が少なくなかった。

また、本事例が、上記判例の各事案とは異なり、起訴されていない余罪に関する類似事実を犯人性の証明に用いようとしている場合であるという違いに留意しつつ、判断基準を具体的事実に当てはめることができている答案が少数ながら見られた一方で、多くの答案が、判例の事案との相違を意識できておらず、X方における事件に関するWの目撃供述を「前科証拠」などと誤解して記述する答案も少なくなかった。

さらに、〔設問3〕ではWの証人尋問請求の可否を問われているにもかかわらず、出題の趣旨を把握できずに、伝聞法則について大々的に論述する答案や、Wの証人尋問の必要性を主に論ずる答案が散見されたのは残念である。

検察官によるWの証人尋問請求に対して、弁護人の証拠意見を踏まえて裁判所がこれを認めるべきかを問われているのであるから、Wの証人尋問請求を認容すべきであるのか、却下すべきであるのかの結論までの確に述べる必要があるが、この点が不十分・不正確な答案も少なからず見受けられた。

3 答案の評価

(1) 「優秀の水準」にあると認められる答案

〔設問1〕においては、下線部①の取調べの適法性についての問題の所在を明確に意識し、昭

和59年判例が示す、任意同行後の被疑者の任意取調べの適法性に関する二段階の法的判断の枠組みに対する正確な理解を踏まえ、強制処分の意義や任意取調べの限界について、自説の立場からの確かな法解釈論を展開して判断基準を正確に示した上で、事例に現れた具体的事情を的確に分析・抽出し、強制処分該当性に関しては、甲の意思や下線部①の取調べによって制約される権利・利益の内容・重要性を明らかにして当てはめを行い、任意取調べとして社会通念上相当と認められるかに関しては、その理論的な説明に関する比較衡量説、行為規範説などの自説の立場から、事案の性質、容疑の程度を踏まえた甲に対する取調べの必要性や、本件取調べが甲の身体・心理に与えた影響などの要素を丁寧に考慮しながら、一貫した当てはめを行い、妥当な結論を導くことができている答案である。

〔設問2〕については、〔設問2-1〕において、自白法則につき、虚偽排除説、人権擁護説など供述人の心理状態に注目する、いわゆる任意性説、又は違法排除説など、自説の立場の根拠及び証拠能力の判断基準を明確に述べ、違法収集証拠排除法則につき、証拠物に関する昭和53年判例を意識しつつ、自白への同法則の適用の有無について、いわゆる任意性一元説、違法排除一元説、二元説などいずれの立場に立つのかをその根拠とともに論じ、違法収集証拠排除法則が自白にも適用されるとの立場に立つ場合には、昭和53年判例の示す、「令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合」という、証拠物に関する証拠排除の基準を自白にも用いるのかをその論拠とともに述べ、両法則の適用関係を明らかにした上で、〔設問2-2〕においては、〔設問1〕における下線部①の取調べの適法性に関する論述内容との整合性に配慮しつつ、通常は人が寝ている時間帯を含む約24時間という長時間にわたり徹夜で取調べを実施し、疲労して判断能力が低下していると考えられる甲に、犯行当日の夜の虚偽の目撃情報を告げるといふ偽計が用いられているといった、本事例に現れた具体的事情を的確に拾い上げて、自白法則又は違法収集証拠排除法則（立場によっては両法則）を適切に当てはめて、結論を説得的に導くことができている答案である。

〔設問3〕については、Wの証人尋問請求に対する「異議あり。関連性なし。」との弁護人の証拠意見を踏まえて、類似事実による犯人性の証明の可否を問う出題趣旨を正しく捉え、平成24年判例及び平成25年判例に関する正確な理解を示しつつ、そうした証明が許容されるか否か並びに許容される場合の根拠及び判断基準を述べ、判例の示す、一般的な類似事実の存在から犯人性を推認することは実証的根拠の乏しい人格評価を介するもので許されないが、犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、それが起訴に係る犯罪事実と相当程度類似するという基準を満たす場合には、実証的根拠の乏しい人格評価を介することなく、類似事実の存在自体から経験則により犯人の同一性を推認できるという推認過程の違いにも留意した上で、事例に現れた、本件住居侵入窃盗事件とX方における事件との時間的場所的接近性や犯行手口の特徴などの具体的事情を適切に拾い上げて当てはめを行い、Wの証人尋問請求の可否の結論を説得的に導くことができている答案である。

このように、出題の意図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、昭和59年判例の示す二段階の判断枠組みを意識しつつ、一定の判断基準を述べた上で、事例に現れた具体的事実を抽出・検討することはできているものの、下線部①の取調べによって甲のどのような権利・利益が制約されるのかを具体的に指摘できていなかったり、個々の事実が持つ意味の分析がやや不十分であったりした答案などである。

〔設問2〕については、〔設問2-1〕では、自白法則の根拠及び証拠能力の判断基準について自説の立場を正確に論じるとともに、違法収集証拠排除法則の自白への適用の在り方について、証拠物に関する昭和53年判例を念頭に置きつつ、自白への同法則の適用の有無及び適用する場合における一定の判断基準を述べてはいるものの、その説得的な論拠が示されておらず、証拠物

に関する違法収集証拠排除法則の排除基準との関係について十分意識されていない答案，〔設問2-2〕では，事例に現れた具体的事実を抽出し，〔設問2-1〕で述べた判断基準に当てはめてはいるものの，個々の事実が持つ意味を多角的・総合的に検討する視点が物足りない答案などである。

〔設問3〕については，平成24年判例及び平成25年判例を意識しつつ，一定の判断基準及びその根拠を述べた上で，事例に現れた具体的事実を拾い上げて当てはめを行い，結論を導くことができているものの，判例に対する理解がやや表層的で，事例に現れた具体的事実の抽出・分析が不十分であり，自らが導き出した結論に対する説得力が不足する答案などである。

(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，任意同行後の被疑者の任意取調べの限界に関して一定の見解を示すことができているものの，昭和59年判例に対する理解が不十分であり，当てはめでは，本事例に現れた具体的事実の抽出が不十分なし一面的で，自己の立場に都合の良い事実のみを重点的に拾い上げて結論を導いている答案や，抽出した事実とそこから導き出した結論との整合性にやや疑問が感じられる答案などである。

〔設問2〕については，自白法則及び違法収集証拠排除法則のそれぞれにつき，その根拠及び証拠能力の判断基準を一応述べているものの，内容がやや不十分である答案，違法収集証拠排除法則の自白への適用の在り方が判然としない答案，当てはめにおいて具体的事実の抽出が全体的に不十分な答案，〔設問1〕における取調べの適法性に関する論述と〔設問2-2〕における当てはめが矛盾しているとまではいえないものの，その整合性に関する配慮が不十分な答案などである。

〔設問3〕については，類似事実による犯人性の証明の可否が問題となっていることは理解し，一応の判断基準を立てて当てはめを行っているものの，平成24年判例及び平成25年判例に対する理解が不十分で，形式的に事実を羅列して当てはめをしているにとどまる答案などである。

(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的な原則の意味を理解することなく機械的に暗記し，これを断片的に（更に正確さを欠いた形で）記述しているだけの答案や，関係条文・法原則を踏まえた法解釈を論述・展開することなく，問題文の事例をただ書き写しているかのような答案等，法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。例を挙げれば，〔設問1〕では，本問の下線部①の取調べが強制処分ないし「実質逮捕」に当たらないとして任意取調べとしての相当性を問題としたはずなのに，その相当性を逸脱していることを理由に「身体拘束」に至っているため違法であるとの結論を導くような答案，任意同行の適否を長々と検討し，同行に対する甲の同意があることのみを理由として，同行後の取調べを適法と結論付ける答案，〔設問2〕では，〔設問1〕における取調べの適法性に関する論述と〔設問2-2〕における当てはめが矛盾している答案，違法収集証拠排除法則を偽計による自白に適用するに際して，偽計が違法である理由を全く考慮することなく，漫然と令状主義の精神に違反するかどうかを論じている答案，自白と自白調書の関係を誤解して派生証拠の証拠能力について論じている答案，〔設問3〕では，弁護人の証拠意見の意味を理解できずに，出題の趣旨から外れて伝聞法則やWの証人尋問の必要性を長々と論じている答案などがこれに属する。

4 法科大学院教育に求めるもの

本問において求められていた法曹になるための基本的な知識・能力は，昭和59年判例，平成元年判例，昭和53年判例，平成24年判例，平成25年判例などの最高裁の基本的な判例に対する正確な理解や，自白法則及び違法収集証拠排除法則といった，証拠法において基本的で重要な原則に対する正確な理解であり，法科大学院教育を受け，原理原則に遡って理解を深めた者であれば，理論的に決して難解な問題ではないはずである。今後の法科大学院教育においても，刑事手続を構

成する各制度の趣旨・目的について、最高裁の基本的な判例を踏まえて、原理原則に遡り、基本から深くかつ正確に理解すること、それを踏まえて、関係条文や判例法理を具体的事例に当てはめて適用する能力を身に付けること、自説の立場から論述の整合性に配慮しつつ論理立てて分かりやすい文章で表現できる能力を培うことが強く求められる。

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

令和2年司法試験の採点実感（倒産法）

1 出題の趣旨・狙い等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

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

第1問は、株式会社が破産手続開始決定を受けた場合の具体的事例を基に、破産者がした担保提供につき提起されていた詐害行為取消訴訟の取扱い（設問1）、破産者がした担保提供につき破産管財人が否認する場合における破産法第160条第1項、同法第162条第1項の適用の有無（設問2）、破産者のした代物弁済につき破産管財人が否認する場合における同項の適用の有無（設問3）について理解を問うものである。採点の主眼は、関係条文の制度趣旨を正しく理解できているかを確認するとともに、具体的事例や設問において与えられた事実関係を分析し、また設問で与えられた問題点を的確に捉えて、関係条文の解釈を展開しつつ、その問題点につき自らの言葉で自説を論じることができているかどうかにか置かれている。

第2問は、資金繰りが悪化するなどし、法的倒産手続（すなわち、破産手続又は再生手続）の利用を検討することとなった株式会社を題材に、破産手続と再生手続について、資金援助をした債権者が後に優先的な弁済を受ける方策の有無という観点からの比較（①の方策）、事業継続に必要な不動産に設定されている抵当権につきその実行の阻止又は消滅させるための方策の有無という観点からの比較（②の方策）、事業継続に必要な取引先である債権者につき他の債権者に先立つ弁済をするための方策の有無という観点からの比較（③の方策）をそれぞれ行うことを通じ、両手続についての基本的な理解を問うものである。採点の主眼は、破産手続及び再生手続の制度趣旨に立ち返りつつ、設問において与えられた各方策の有無について、両手続の比較の視点を踏まえつつ、基本的な理解を自らの言葉で自説を論じることができているかどうかにか置かれている。

3 採点実感等

(1) 第1問

ア 設問1

設問1では、破産者がした本件担保提供について、詐害行為取消権に基づく本件抵当権設定登記の抹消登記手続請求訴訟（本件訴訟1）が提起されていたところ、この訴訟へのA社に対する破産手続開始の決定がされたことの影響が問われている。したがって、ここでは、破産法が定める破産手続と他の手続との調整規定について、適切な条文を指摘しつつ、その当てはめをして論じることとなろう。多くの答案では、事案において、甲土地がA社の破産財団に属するものではあるが本件訴訟1の当事者ではないことを捉えて、同法第45条第1項の適用を指摘、検討することができていた。また、本問が本件訴訟1の取扱いを論じることがを求めていることから、本件訴訟1の訴訟手続が中断することを同項に当てはめて指摘した上で、同条第2項に規定する受継の規律についても触れ、当てはめて論じることができていた。採点に当たっては、これらの答案は、一応の水準の答案と評価している。もっとも、同項が「破産管財人は（略）受け継ぐことができる。」と規定することを踏まえて、破産管財人の受継義務の有無、特に同項後段が相手方の受継の申立てを認めていることとの関係を論じているもの、さらに否認訴訟における訴え変更の規律について言及するものは、必ずしも多くなく、これらの答案については、その充実度に応じるものではあるが、高い評価となっている。一方、少数ではあるが、本件訴訟1の訴訟手続について中断する旨の指摘をしつつも、それを同法第44条第1項の適用の結果として論じるものがあった。その内容に応じ、同法が他の手続との調整規定を設けている趣旨についての理解をうかがい得るといふ点につき相応の評価をしているが、本問に

おける事案との関係を踏まえて低い評価となっている。

イ 設問2

設問2では、破産管財人が本件担保提供について破産法第160条第1項又は同法第162条第1項に基づいて否認の主張をしたことの当否が問われているのであるから、それぞれの要件についての検討を行う必要があるところ、どちらか一方のみの言及にとどまる答案がある程度あった。また、設問において問われていない同法第160条第3項の適用の有無について論じている答案も散見され、これらの答案は、設問に十分なし適切に答えるものとは言えないものとして評価している。

破産法第160条第1項及び同法第162条第1項について検討するに当たっては、本問の事例に照らすと、支払停止の概念についての言及とそれへの当てはめを行うことが求められるが、多くの答案では、これを行うことができていた。その論述において、支払不能概念との違いを意識した論述をするもの、関連の判例（最一判昭和60年2月14日判例時報1149号159頁）の内容を意識した論述をするものについては、理解の成熟を示すものとして高い評価をしている。

破産法第162条第1項に基づく否認の主張の当否については、本問の問題文において、特に、本件担保提供がA社の親会社であるB社の債務を担保するためのものであることに留意することが触れられていることを踏まえて検討することが必要となる。比較的多くの答案は、同条に基づく否認制度の趣旨に言及した上で、同項において文言上否認の対象とされている、「既存の債務」についてされた担保の供与行為とは破産者自らの債務についての担保の供与行為である旨を同項の解釈として示し、事案の当てはめを行うという論述を展開することができており、これらの答案は、その内容に応じ、一応の水準ないしそれ以上の答案と評価している。一方で、同条に基づく否認制度の趣旨を顧みることなく、また特段の問題意識を示すこともないまま、同項の適用を肯定する答案が少なからずあり、このような答案は、同条に基づく否認制度についての理解が十分にされているとは評価できないものとして低い評価となっている。

破産法第160条第1項に基づく否認の主張の当否についても、同条に基づく否認制度の趣旨に言及した上で、同項に基づく否認の対象の範囲を論じ、同項（適宜、各号への当てはめを含む。）につき、事案の当てはめを行うという論述が求められる。比較的多くの答案は、そのような展開を行うことができており、これらの答案は、その内容に応じ、一応の水準ないしそれ以上の答案と評価している。その中では、同項柱書の「担保の供与」の解釈として論じるものは散見される程度であり、そのような答案については、条文の明確な理解を示すものとして高い評価をしている。

ウ 設問3

設問3では、破産管財人が本件事業用車両による代物弁済について破産法第162条第1項に基づいて否認の主張をしたことの当否が問われているのであるから、設問2と同様、必要な要件の検討を行う必要があるが、本問の事例に照らせば、特に否認の要件としての有害性についての言及とそれへの当てはめが求められる（なお、答案上、設問2の解答の中で、有害性の要件の要否自体を論じるものが散見されたが、そのこと自体につき不利益な評価はしていない）。この点、答案では、同項に基づく否認制度の趣旨に触れた上で、否認の要件として有害性が要求される旨論述し、事例に現れた事実関係を用いた当てはめ、例えば、D社は、本件事業用車両に係る所有権留保特約付きの売買契約の売主であって担保権者であり、別除権者であるというべきであること、D社の被担保債権の弁済期が到来していること、当該被担保債権額と本件事業用車両の価額との均衡が図られていることなどの事情を自らの言葉で摘示し、有害性の要件充足性を否定して、破産管財人の否認の主張を否定する旨論じるものが多かった。これらの答案については、その内容に応じ、一応の水準ないしそれ以上の答案と評価している。その展開において、関連の判例（最一判昭和41年4月14日民集20巻4号611頁）につ

いて言及した上で、その内容を踏まえて、事例に現れた事情を摘示する答案も散見され、そのような答案については、有害性の要件について十分な理解を示すものとして高い評価をしている。もっとも、有害性の要件を要するものとしつつも、同項に基づく否認制度において、どのような位置付けとされるのか（その他の否認の要件とともに、否認の一般的な要件として要するものとするのか、その他の否認の要件の充足を前提としてその否認を阻却する要件として要するものとするのか）については、これを自説の立場として明確に論じるものは少なかった。この点についてまで自説を展開することができている答案については、同項に基づく否認制度についてより深い理解を示すものとして高い評価をしている。一方、具体的な理由を明示せず、本件事業用車両は、破産財団に属さないから有害性を欠かないし否認の対象にならないとのみ論じる答案、同項の要件についての具体的な検討をしないで偏頗行為ではないとのみ結論付け、否認できないとする答案などが散見されたところ、このような答案は、同項に基づく否認制度についての基本的な理解に到達していないものと言わざるを得ず、低い評価となっている。

(2) 第2問

ア まず、本問は、破産手続開始又は再生手続開始のいずれを申し立てるのが相当であるかを検討するに当たり、法的倒産手続の申立て後手続開始前に資金援助をするD社に対して優先的に弁済するための方策（①の方策）を踏まえた検討を求めるものであるところ、ほとんどの答案が民事再生法第120条及びその制度の指摘をすることができていた。答案では、同法第155条第1項但書に基づく再生計画による対応を指摘するものが複数見られたが、同法第120条の存在を踏まえると、再生手続開始前に資金援助をするD社への対応として、再生計画による対応を念頭に置くことは適切な方策とは言い難いと言わざるを得ないであろう。また、同条の指摘等を行うことができていない答案においても、例えば、「再生債務者の事業の継続に欠くことができない行為」という同条の要件について指摘するなどし、同条の制度趣旨に言及するものは、少なかった。加えて、同条の趣旨等を説明する論述と本問における当てはめに係る論述が一体としてされているものも散見された。採点に当たっては、同条の指摘、その要件及び制度趣旨を踏まえた同条の制度の説明及び当てはめ（借入れの不可欠性といった点についての事案に即した当てはめ）が一通りされているものは、一応の水準の答案と評価しているほか、制度趣旨を基に要件の解釈をした上で事案の当てはめを順次正確にしているものは高い評価としているなど、その内容に応じ、一応の水準以上の答案と評価している。一方で、D社の貸金債権について破産（債権）となることの論述に多くの紙幅を割く答案が散見された。そのため、例えば、同条の要件等についての論述を行うことができないなど、本問で問われていることについて論述部分が不足することになって、結果として、低い評価となってしまうものがあつた。

イ また、本問は、本件工場及び敷地に設定されたE銀行の抵当権について、その実行を阻止し又はこれを消滅させるための方策（②の方策）を踏まえた検討を求めるものであるところ、抵当権の実行を阻止する方策として、多くの答案が民事再生法第31条及びその制度の指摘をすることができていた。もっとも、そのような答案においても、同条の要件や同条の制度趣旨に言及するものは少なく、その要件の解釈及び当てはめが事案に即して適切に行うことができていない答案は少なかった。採点に当たっては、同条の指摘、その要件及び制度趣旨を踏まえた同条の制度の説明及び当てはめ（再生債権者の一般の利益に適合すること、競売申立人に不当な損害を及ぼすおそれがないことといった点についての事案に即した当てはめ）が一通りされているものは、一応の水準の答案と評価している。答案では、例えば、中止命令によって一時的に抵当権の実行が留保されることによる不当な損害を及ぼすおそれがないことを検討・指摘するなど、同条の要件の正しい理解を示そうとする論述を行っているものも一定程度あり、そのような答案は、その内容に応じ、一応の水準以上の答案と評価している。続いて抵当権を消滅させる方策として、多くの答案が同法第148条及びその制度の指摘をすることができていた。もっとも、そのような答案においても、同法第31条に基づく中止命令に係る論述におけるの

と同様、同法第148条の要件や同条の制度趣旨に言及するものは、少なかった。採点に当たっては、同条の指摘、その要件及び制度趣旨を踏まえた同条の制度の説明及び当てはめ（当該財産が再生債務者の事業の継続に欠くことができないものであるときといった点についての事案に即した当てはめ）が一通りされているものは、一応の水準の答案と評価している。このように、再生手続においては、同法第31条に基づく中止命令制度と同法第148条に基づく担保権消滅制度が併せて設けられているところ、この点を捉えて、両者は互いに補完し合って再生債務者の事業継続を可能としていること（例えば、担保権消滅制度のみ存在していても消滅が認められるまでに抵当権の実行をされてしまえば事業継続がかなわず、中止命令制度のみ存在してもそれが一時的に実行を阻止するに過ぎないことからすれば事業継続を確保することができないことなど）や、両制度が用意されていることが再生債務者の事業継続の確保のためにどのような機能を果たしているかということなど、制度相互の関係性や意義を論じる答案が少数ながら見られ、加えてその過程において、このような制度の存在により、いわゆる別除権協定の締結に向けた交渉が可能となるといった別除権協定による抵当権への対応との関連に言及するものがあった。このような答案は、再生手続（ないし再建型倒産手続）の趣旨や上記両制度について、実質的な理解をすることができているものとして高く評価している。一方、本問は、破産手続による場合と再生手続による場合とを比較して論ずることを求めていることから、破産法第186条に基づく担保権消滅制度への言及をすることが考えられるが、比較的多くの答案で、当該制度自体への言及をすることができていた。もっとも、本問では、抵当権者であるE銀行が担保権実行の方針を明らかにしており、同法第187条に基づく担保権の実行の申立てができることや、同法第186条に基づく担保権消滅制度が事業の継続に不可欠な担保目的財産の保持という本問での要請にそぐわないことなどを指摘して、この制度がD社への本件事業の譲渡に必ずしもつながらないことについて言及するものは少なかった。

ウ さらに、本問は、F社との取引関係を維持するための方策（③の方策）を踏まえた検討を求めるものであるところ、本件事業に欠かせない部品の調達先であるF社は、期限までの代金支払に依らなければ、直ちにA社との取引を打ち切る旨を明らかにしているという事情があるところ、比較的多くの答案は、民事再生法第85条第5項後段（後半）の指摘及びその制度の指摘をすることができていた。もっとも、答案では、「民事再生法第85条第5項」との指摘にとどまり、その前段（前半）との区別（趣旨、要件が異なること）に関する意識の希薄さをうかがわせるものも相当数あった。また、裁判所による許可によってされる制度であることや、要件として再生債権の少額性が求められていること、早期に弁済しなければ再生債務者の事業の継続に著しい支障を来すことが求められていることなど、制度の骨格やその要件を的確に指摘して制度の説明を行う答案は、必ずしも多くはなかった。加えて、同項後段（後半）に基づく制度の趣旨について言及することができている答案は少なかった。ただ、答案では、本問の当てはめに係る論述を行う中で、上記再生債権の少額性等の要件を意識していると理解することができる論述を行うものは複数見られた。採点に当たっては、同項後段（後半）の指摘、その要件及び制度趣旨を踏まえた同条の制度の説明及び当てはめ（再生債権の少額性が求められていること、早期に弁済しなければ再生債務者の事業の継続に著しい支障を来すことが求められていることといった点についての事案に即した当てはめ）が一通りされているものは、一応の水準の答案と評価している。答案では、制度趣旨への言及において再建型倒産手続における取引先維持の必要性について明確に論じるもの、制度趣旨に遡って要件（「少額」、「事業の継続に著しい支障」）の解釈を行った上で、事案に即した当てはめを丁寧に行うものがあり、そのような答案は、制度について、実質的な理解をすることができているものとして高く評価している。一方、同条第2項による弁済許可の問題とする答案が散見されたが、本問での事案を前提としたその要件の充足性を踏まえれば出題趣旨を十分に捉えていないものと言わざるを得ず、低い評価となっているほか、同法第155条第1項但書に基づく再生計画による対応を行

うとする答案も散見されたが、事案を踏まえた検討としては相当なものとは言い難いところであって低い評価となっている。

エ そして、本問は、①から③までの方策を踏まえ、破産手続による場合と再生手続による場合とを比較して、破産手続開始又は再生手続開始のいずれを申し立てるのが相当であるかを論じることが求めていることから、②の方策に係る前記イにおいて指摘した破産法第186条に基づく担保権消滅制度への言及のほか、破産手続との比較の視点がうかがわれる言及、例えば、①の方策及び③の方策として有効な手段がないことなどを指摘し、どちらの申立てをすべきか、自らの言葉で論じ、結論を明示することが求められよう。そして、ここでは単に制度の紹介だけをやるのではなく、なぜそれが破産手続にはないのか、制度趣旨に遡った言及が望ましい。この対比する姿勢自体が全く欠落しているというような答案は、ほとんどなかったが、かといって、制度趣旨に遡った言及を意識的に行うことができているものは必ずしも多くはなかった。また、ほぼ全ての答案が再生手続開始の申立てをすることが相当であると助言すべきであると結論付けていた。したがって、この点に関しては、おおむね一応の水準の答案と評価されている答案が多いが、比較の視点からの言及の程度が不明確であったり、希薄であったりする答案については、低い評価となっている。

4 今後の出題について

今回の出題は、取り上げた制度、論点は、基礎的なものとしつつ、制度趣旨を踏まえ事案に即した論述を展開してもらうことを企図したものである。特に、第2問においては、単なる制度についての知識だけではなく、破産手続と再生手続の各手続における制度を横断的に関連付けて（あるいは、対比して）理解することができるかが問われる出題となっており、各制度の制度趣旨に基づく理解が問われるものとなっている。今後も、特定の傾向に偏ることなく、具体的な事案を通じて、基本的な考え方や事項に関する理解を確認する問題、当該事案を正確に把握して適切に法令上の対応手段を導き出す能力を試す問題、倒産実体法及び倒産手続法に関する問題等、倒産法の基本的な理解ができているかどうかを問う出題を心掛けることが望ましいと考える。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの等

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、具体的な事案に対応することができる能力を涵養するため、個々の制度の関係性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を理解しながら、倒産法の体系の中で把握することが重要であること、具体的な事例において与えられた事情を正確に整理・把握し、問題点を的確に抽出する能力、その問題点について論理的かつ一貫性のある解釈論に基づき妥当な結論を導き、説得的に論ずる能力が必要とされることは、例年指摘しているとおりである。

法科大学院に対しては、例年指摘されているこれらの点にも配慮しつつ、上記の能力の涵養等を実現するための教育を期待したいところである。

なお、例年指摘しているところであるが、本試験は、解答者の文字の読みやすさを評価するものではなく、その巧拙が答案の評価に影響するものではないが、判読することが困難な文字等による答案は、ともすれば解答者の能力・理解度を正當に評価することができない事態につながるものであることから、このことを意識して是非改善してもらいたいと考える。

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）

本問では、競馬の当たり馬券の払戻金に係る所得の種類（設問1）、不動産賃料増額請求に関する収入金額計上時期（設問2）、法人が資産を高額で譲り受け転売した際の損金・益金（設問3）について、問われている。

<設問1(1)>

設問1(1)では、競馬の当たり馬券の払戻金に係る所得の種類が問われている。

候補となる所得分類は、事業所得（所得税法第27条）、一時所得（同法第34条）、雑所得（同法第35条）である。そして、同法第34条第1項「一時所得とは……以外の所得……」、同法第35条第1項「雑所得とは……のいずれにも該当しない所得……」という条文の構造に照らして、まず事業所得該当性を検討し、次に一時所得該当性を検討することが求められる。先に一時所得該当性を検討し、次に事業所得該当性を検討するという、順番を逆転させた答案が、少数ながら存在した（5(1)でも後述）。

事業所得該当性については、判例・裁判例（弁護士顧問料事件・最判昭和56年4月24日民集35巻3号672頁、会社取締役商品先物取引事件・名古屋地判昭和60年4月26日行集36巻4号589頁）による事業所得該当基準（自己の危険と計算、独立性、営利性、有償性、反復継続性、社会的地位、精神的肉体的労力の程度、人的物的設備の有無、相当期間安定した収益を得る可能性）に照らして検討すべきである。多くの答案が弁護士顧問料事件の基準を適切に再現し、検討することができていた。少数ではあるが設問1(1)で事業所得に該当するという結論を出す答案も存在した。そうしてしまうと、設問1(2)で何が問われているかが分からなくなってしまう。

一時所得該当性については、所得税法第34条第1項の「営利を目的とする継続的行為から生じた所得以外の一時の所得で労務その他の役務又は資産の譲渡の対価としての性質を有しないもの」のうち「営利を目的とする継続的行為から生じた所得」の範囲を探求することとなる。無対価性要件のみ掲げている答案が少数ながら存在したが、本問では無対価性要件は関係ない。営利性、継続性について、最判平成29年12月15日民集71巻10号2235頁における「偶然性の影響を減殺するために、年間を通じてほぼ全てのレースで馬券を購入する」とほぼ同様の事実が問題文に記されている。最判平成27年3月10日刑集69巻2号434頁における「一連の馬券の購入が一体の経済活動の実態を有する」という判示を意識した答案も存在した。

なお、馬券に関する判例を知っているからこそ、事業所得該当性の議論をしない答案も存在した。本来は条文の構造に照らして先に事業所得該当性を検討し次に一時所得該当性を検討すべきであるが、判例を知っているが故に答案者にとって不利になるという事態を避けるべく、採点に当たっては判例の理解に基づいて事業所得該当性の検討を割愛した答案であるかを吟味し、前述の不利が生じないよう配慮した。

<設問1(2)>

設問1(2)では、「競馬予想ノウハウをソフトのバージョンアップに取り入れ」ることに着目して、平成25年と同様の態様の馬券購入であっても、平成26年においては事業と関連するとい

えるか、が問われている。なお、ソフトの小売販売事業そのものは事業所得の起因となる事業に該当することが議論の前提となる。

関連するといえるから事業所得に当たる、とする答案の方が多かった。が、競馬予想ノウハウを構築することは馬券を購入しなくても新聞等を見ることで可能であるから馬券購入自体はソフト小売販売事業と関連するとはいえず事業所得に当たらない（雑所得に当たる）、とする答案も相当数存在した。結論としてはどちらもあり得ると考えられる。関連性の有無を論述できるかがポイントとなる。なお、前述のとおり、設問1(1)について事業所得という結論を出してしまうと、設問1(2)では、ソフト小売販売事業との関連性の有無を検討するまでもなく問題の所得は事業所得に当たると言わざるを得ないので、検討ポイントがなくなってしまう。

<設問2>

設問2では、不動産賃料について貸手が増額請求をし、借り手が応じなかった場合の増額部分の収入が総収入金額に算入される年度が問われている。

まず、所得税法第36条第1項の「収入すべき金額」の意義を論述することが求められる。リーディングケースと位置付けられる雑所得貸倒分不当利得返還請求事件・最判昭和49年3月8日民集28巻2号186頁は四つのポイントを示した。第一に、「収入した金額」（同法第67条参照）ではなく「収入すべき金額」という文言であるから、「～べき」という何らかの規範的な基準である。第二に、「現実の収入」に着目する訳ではない（現金主義ではない）。第三に、「収入の原因たる権利が確定的に発生」という「権利確定主義」である。第四に、現実の収入の時まで待つとすると納税者の「恣意」を許し課税の公平を期し難い。なお、第一・第二の点に関し、同法第36条第1項が「収入金額とすべき金額」（又は「総収入金額に算入すべき金額」と表現しているから現金主義ではないのだ、と論じる答案が少数ながら存在した。しかし、仮に「～収入金額とすべき金額～は、～収入した金額～とする」という条文であったならば現金主義であるから、現行法が現金主義ではない根拠は「収入すべき金額」の方であり「収入金額とすべき金額」ではない。

次に、権利確定主義というところの「確定」とは、いつの時点かが問題となる。リーディングケースと位置付けられる仙台賃料増額請求事件・最判昭和53年2月24日民集32巻1号43頁は、賃料増額請求について争われた場合は、原則として「裁判が確定した時」である、と判示している。なお、この判例については、例外部分（管理支配基準）の判例として習うことが多いと見受けられるが、争いがある場合は「裁判が確定した時」という原則の部分も、所得税法の理解において重要である。本問との関りからこの判例の原則部分を適切に再現した答案が、期待していたより少なかったのは残念であった。この原則部分を再現したとは読み取れない答案であっても、債務名義、無条件請求権、なすべきことをなした基準等、権利の「確定」の具体化をしている答案には相応の加点をした。なお、仙台賃料増額請求事件（係争中であるが仮執行宣言に基づき金員を収受した場合）と本問との事実関係の違いについては多くの答案が適切に理解していた。

仙台賃料増額請求事件の原則部分の判示の前提として、本問では平成28年に賃料増額請求をしたものの平成28年に所得税法第36条第1項の権利確定がある訳ではない、という黙示の判断がある。形成権として増額賃料部分の権利は平成28年に発生しているものの、借地借家法第32条第2項の「増額を正当とする裁判が確定するまでは、相当と認める額の建物の借賃を支払うことをもって足りる」などの規定に照らして、平成28年に所得税法第36条第1項の権利確定があるとはいえない、ということを論述している答案が、期待していたよりも多かったことは喜ばしい。

平成29年か平成30年かについては、仙台賃料増額請求事件の原則部分のとおり、裁判確定時たる平成29年と解すべきである。

<設問3(1)>

設問3(1)では、資産の高額譲受の場面における損金の扱いが問われている。

まず、譲り受けた資産の時価3000万円と代償であるソフト仕入代金債権4000万円との差額である1000万円が社外に流出しているという事態を把握することが求められる。そして、1000万円の社外流出について損金算入の可否を検討することが求められている。

しかし、過半数ではないものの相当数の答案が、4000万円の損金算入の可能性を視野に入れていた。本問では、社外流出した価値が1000万円にとどまるから、4000万円の損金算入の可能性を考えるということは、同時に3000万円の益金算入の可能性を明示的又は黙示的に視野に入れることを意味し、この立場に立つと、本問と異なり資産を時価(3000万円)で購入する際も3000万円を益金に算入する可能性を視野に入れることになる。他方で、資産の時価購入に際し課税所得が生じるはずがない以上、この立場からは、資産購入の時点で購入代金3000万円を損金に算入せざるを得なくなる。そして、この推論を押し進めると、既に代金3000万円を損金に算入してしまったため、設問3(2)のように後に資産を転売する際に、「原価」(法人税法第22条第3項第1号)が0円になってしまい、おかしな課税結果を招いてしまう。ここから、4000万円の損金算入の可能性があるとする前述の立場の誤りは明らかであろう。また、4000万円の損金算入の可能性を視野に入れていた答案の背景には、同法第22条第2項が「無償による資産の譲受け」を益金計上事由としていることとの並びで、「資産の譲受け」に際して益金計上の可能性を視野に入れなければいけないという思い込みがあったように読み取れる。

1000万円の社外流出がB社の収益獲得に貢献し得るならば法人税法第22条第3項第2号の費用、し得ないならば同項第3号の損失として損金に算入し得るかが問題になる、と把握できたとして、次に、損金算入を制限する「別段の定め」(同項柱書)があるかを探ることになる。候補として挙がるのは同法第37条の寄附金である。

法人税法第37条第8項は、明示的に、資産の低額譲渡について規定している。他方、本問のような資産の高額譲受の場面を明示的に規律している条文はない。したがって、根拠条文は、寄附金を一般的に定義している同条第7項の「金銭その他の資産又は経済的な利益の贈与又は無償の供与」であると考えするのが素直である(4000万円を資産に含めた上でB社が低額譲渡しているとし同条第8項を根拠とする場合は別論)。高額譲受について同条第8項のような明示の規定はないため、法人税法の教科書等でも、高額譲受に関する法人税法の適用方法については複数の可能性が示されるなどの苦慮が見受けられる。本年の租税法の問題の中では難しい問題である。そのため、精密な論述を期待しにくいだが、法人税法第37条第7項にいう無償性について検討することが求められる。

1000万円の社外流出の損金算入の可否を論ずる際に、惜しいが正解とは評せないパターン
の答案を二種類紹介する。

第一に、B社がC社を救済することに合理的な理由があるので、寄附金に該当しない、と論ずる答案が複数ある。法人税基本通達9-4-2(子会社等を再建する場合の無利息貸付け等)が「合理的な再建計画に基づくものである等その無利息貸付け等をしたことについて相当な理由がある」場合に寄附金非該当としていることやこの点に関する裁判例を念頭に置いた上での答案であると推測される。しかし、当該通達の妥当する場面は限定的である上に、子会社救済がめぐりめぐって株主たる親会社単独の利害の計算として利益になる場面はあり得るかもしれないが本問の

C社はB社の子会社等ではない。寄附金でないというためには広告宣伝費のようにB社単独の利害の計算として利益となる見込みに基づいていなければならないが、問題文で「資金援助」のためであることが明示されているので、寄附金に該当しないと論証することは難しい。

第二に、B社の売掛金未回収事案につき、貸倒損失（興銀事件・最判平成16年12月24日民集58巻9号2637頁）と同様に、「全額が回収不能」であることが「客観的に明らか」ではないから、損金算入できない、と論ずる答案が複数ある。判例をよく勉強した答案であるといえるし、あり得ない理屈ではない。しかし、貸倒損失の損金計上要件を満たしてないと論じたとして、次に、債権消滅の寄附金該当性を論じなければ結局損金算入の可否を論じ切ったことにはならない（もし寄附金該当性を飽くまで論じないとしたら、債権消滅を前提とした問題文に対し債権は未だ消滅していないことを前提としていることになってしまう）、という難点がある。

最後に、1000万円の社外流出が寄附金に当たると論述したら、法人税法第37条第1項により、損金算入に限度額が政令によって設定されていることを指摘することが求められる。試験会場で政令は配布されていないので、損金算入限度額を具体的に計算することまでは求められていない。損金算入限度額が存在を指摘する答案が期待していたよりも少なかったことは残念である。

<設問3(2)>

設問3(2)では、高額で譲り受けた資産を時価で転売する際の、益金と損金の扱いが問われている。

まず、益金については、法人税法第22条第2項の「有償……による資産の譲渡」による収益として、3300万円を益金に計上することとなる。同項を掲記せず「法人税法第22条の2第1項又は第4項」のみを掲記する答案が少数ながら存在した。益金についての根拠条文はまず同法第22条第2項であることを再確認していただきたい。

次に、法人税法第22条第3項第1号の「原価」が幾らであるのかについての論述が求められる。同条第3項としか書いていない答案が複数存在したので、注意していただきたい。

高額で譲り受けた資産の原価は譲受け時の時価である3000万円に限られ、1000万円の社外流出は寄附金であるので原価に算入されない旨を論述することが求められる。

なお、本問では「益金の額及び損金の額への計上」が問われている。3300万円－3000万円＝300万円が益金に計上されるとのみ回答し（つまり、法人税法第22条第1項の「所得の金額は……益金の額から……損金の額を控除した金額とする」が意識されていない）、損金について論述していない答案があったことは残念である。

第1問を通じた成績としては、「優秀」「良好」とされる答案が多く、「一応の水準」「不良」とされる答案は少なかった。

[第2問]（配点：50）

本問では、支給した役員給与の法人における損金算入の可否（設問1）、個人事業主が従業員に貸し付けた金員に関する所得税の課税関係（設問2）、及び事業用固定資産の譲渡から得られた所得が後の判決確定により失われた場合の所得金額等の修正方法（設問3）について、問われている。

<設問1>

設問1(1)では、役員給与を法人の損金に算入し得る根拠規定とその趣旨、適用関係が問われている。

企業会計上は、役員給与も使用人給与と同じく一般管理費であり、法人税法上も同法第22条第3項第2号により損金への算入が原則として認められる。他方で、中小法人を中心としたわが

国の法人経営の実態に鑑みると、役員給与を原則どおり損金算入し得るものとした場合には、法人の業績に応じて役員給与を増減させるなどの調整が行なわれ、法人所得額が操作される結果、課税の公平が害される危険性が否定できない。このため、法人税法は第22条第3項の「別段の定め」として第34条を置き、一定の要件を満たさない役員給与の損金算入を制限している。

このような制度趣旨から、法人税法第34条第1項では、定期同額給与（第1号）、事前確定届出給与（第2号）及び一定の要件を満たす業績連動給与（第3号）の3類型を、上述のような操作の危険性が低いものとして、損金不算入とする役員給与から除いている。

本件役員給与は、「事業年度ごとに決められる毎月一定額の役員給与」であるから、法人税法第34条第1項第1号の要件を満たすため、同条第1項の適用対象とはならず、原則どおり損金に算入し得る（損金への算入が制限されない）。

設問1(2)では、法人税法第34条第2項の適用関係が問われている。上述のとおり、同条第1項は一定の役員給与を「損金の額に算入しない」ことを定めた規定であるから、同条第2項にいう「前項…の規定の適用があるもの」とは、同条第1項の規定により損金不算入とされたものを指す。すなわち、この括弧書は、同項の適用により損金不算入とされた役員給与を、再び同条第2項の適用対象としないという、当然のことを定めているにすぎない。そして、設問1(1)で確認したように、本件役員給与は定期同額給与であって同条第1項により損金不算入とはならない性質のものであるため、同項により「損金の額に算入しない」こととはされず、同項は適用されない。したがって、同条第2項を適用し、改めてその一部を損金不算入とすることに規定の適用上の問題はない（適法に処分をなし得る）。

以上に述べたところから分かるように、本問は法人税に関する極めて基礎的な事項に関する理解を問うものであるが、残念ながら、役員給与を損金に算入し得る根拠規定として、正しく法人税法第22条第3項第2号を指摘した答えは、全体の半数弱であった。これらの答案の多くは、設問1(2)を含め、問題文で要求された事項を手際よく説明し、相対的に高い評価の対象となった。

これに対して、法人税法第22条第3項第2号を指摘しない答案の多くは、「役員給与は法人税法上、原則として損金不算入であるが、例外的に、同法第34条第1項各号に該当する場合には、同条により損金算入が認められる」などとし、本件役員給与が同条第1項第1号に該当することのみを、損金算入可とする根拠規定として挙げていた。これは、損金に関する法人税法の構造を誤解するものであり、到底、高い評価は望めない内容である。

問題文で指摘した法人税法第34条第2項（本件規定）の括弧書の意義についても、上述のような損金算入制限の構造を理解していれば何ら説明に困る点はないが、この点を誤り、「役員給与は法人税法第34条第1項各号に該当することにより、損金に算入される」と考えると、同条第1号に「該当する」本件役員給与は、同項の「適用がある」から不相当に高額な部分の損金算入を本件規定により否認することは違法との誤答が導かれる。「一旦濫用のおそれがないとされた役員給与を、更に否認の対象とすることは適当ではない」といった実質論を付け加える答案も散見された。

他方で、本件役員給与に法人税法第34条第1項の「適用がある」としつつ、本件規定の適用対象となるという結論を導く答案においては、「不相当に高額な部分の損金算入を認めることは制度趣旨に反する」というような実質論を用いて、「同項の適用がある」場合の縮小解釈を試みることになり、答案作成に苦しんだ割には、低い評価にとどまった。

なお、問題文の「本件役員給与の一部の損金算入を否認する処分」の「否認」という用語をとらえて、これを租税回避の否認と同様に理解し、「租税法律主義の下では、個別的否認規定がなければ否認できず、Hの処分は違法である」などとする答案も複数見られたが、基礎的な用語の

意義の理解を根本的に欠いていると評さざるを得ない。

<設問2>

設問2(1)は本件貸付金の利息の所得税の計算上の扱い、具体的には、その所得分類と帰属年度が問われている。信頼できる従業員であるEの求めに応じ、自分の店での勤続を期待して低利無担保で金銭を貸すのは、言わば従業員の福利厚生のための行為であって小売業というAの事業と密接に関連するから、Eから受け取った利息（以下「本件利息」という。）は付随収入としてAの事業所得に該当する。そして、現実を受け取った利息がそれを受け取った平成26年及び平成27年分のAの事業所得の総収入金額に含まれることはもちろん、権利確定主義の下では、未収の平成28年分の利息も、問題文の事情の下では権利が確定したものと考えられ、同年分のAの事業所得に含まれるべきことになる。

設問2(2)は、平成28年中にEが、目ぼしい資産もなく相続人もない状況で死亡したため、Aは未払いの元本200万円と利息1万円をもらえなくなったという事情が、どのようにAの所得計算に反映されるかを問うものである。

設問2(1)で確認したとおり、本件利息はAの事業所得に含まれるから、事業所得の計算においてこの事情を処理すべきである。この場合、所得税法第51条第2項の適用が問題となる。同項を適用するためには、貸し倒れた債権が「事業の遂行上生じた」ことが必要であるが、設問2(1)より、この要件は満たされる。

次に債権が貸し倒れたと言えるかどうかは、その全額の回収不能が客観的に明らかであるかどうかによって判断される。これは法人税法に関する上記の興銀事件最高裁判決から導かれる規範であるが、所得税に関しても貸倒れの意義を異なって解釈する理由はない。この規範に照らすと、問題文の事情の下では、AのEに対する債権は貸し倒れたと評価される。したがって、元利合計の201万円全額がAの平成28年分の事業所得の計算上必要経費に算入されることになる。

この設問2については、本件利息の所得分類を正しく事業所得と判定した答案は、出題時の予想よりは少なく、全体の6分の1程度にとどまった。これらの答案は、設問2(2)において貸し倒れた債権の事業関連性を正確に指摘するものが多く、結果として、高い評価につながった。また、残った元本200万円と未収の利息1万円が同じ扱いとされ、201万円が貸倒損失となることを正しく指摘した答案も多く、それに対しては更に高い評価を与えた。

答案の約半数は、本件利息を「雑所得」と評価していた。これらの答案の多くは、「Aの事業は冷凍食品の小売販売であって、貸金業ではない」としていたが、本件においてAがEに金を貸した具体的な事情を捨象するものであり、正当ではない。

ただし、本件利息が雑所得であることを前提に設問2(2)に正しく答えた場合には、相応の評価をすることとした。この場合も貸倒れを判定する規範や貸し倒れた事実の評価は事業所得の場合と同様であり、未収利息の1万円は所得税法第64条第1項によりなかったものとみなされ、元本の200万円は「雑所得を生ずべき業務の用に供され又はこれらの所得の基因となる資産……の損失の金額」として同法第51条第4項の規定により、Aの平成28年分の雑所得の計算上、必要経費に算入される。ただし、雑所得との前提の下でその処理を正しく書いた答案はごくごく少数であり、多くは未収利息に同法第64条第1項の適用があることを指摘するだけであったため、低い評価にとどまった。なお、数は多くないが、同法第51条第4項の適用について、Aの平成28年分の雑所得の金額を上限として必要経費に算入すべきことを正しく指摘した答案など、雑所得であることを前提とすれば優秀と言える答案には、相応の評価を与えた。

採点していて気になった点が2点ある。第1点は、本件利息の所得分類を一時所得とした答案が一定数あったことである。本件利息はAのEへの貸金という「役務」の対価であるし、平成2

6年以降継続的に発生している所得であることも考え合わせると、本件貸付金が「1回限りのものであった」ことを指摘して一時所得とする評価は理解に苦しむ。

第2点は、設問2(1)の所得分類をどう答えるかとは別に、設問2(2)の事情を所得税法第52条第1項又は同条第2項の適用対象とする答案が散見されたことである。これも理解に苦しむ点である。事業関連性のある債権の貸倒れには、同法第51条第2項を素直に適用すべきである。

なお、設問2(1)で事業所得以外の所得分類を答えた上で、設問2(2)でAの事業所得の計算上の損失として処理しようとする答案も、ある程度の数見られた。これについては条文の指摘などを採点対象としつつ、論理が甚だしく不整合である点も採点上の考慮要素とした。

<設問3>

設問3は、平成28年中に甲を譲渡した契約の解除が、平成30年6月15日に確定した本件訴訟の判決により確定したことにより、Aの所得税の課税関係がどのように変更され、その変更をAはどのような手続きで自分の所得計算に反映させるべきかが問われている。

平成28年における甲の譲渡は、所得税法第33条第1項に該当し、同条第2項に該当しない資産の譲渡であるから、この譲渡からは譲渡所得が発生し、当該譲渡所得は、権利確定主義の下で、甲をGに引き渡した平成28年中の所得として課税対象とされている。他方、本件訴訟においてAを敗訴させる判決が確定したことにより、平成28年に課税済みの上記譲渡所得が遡及的に消滅することになる。この場合の課税所得・税額の修正方法としては、更正の請求を用いる。

平成30年6月に確定した本件訴訟の判決は、国税通則法第23条第2項第1号にいう「課税標準等又は税額等の計算の基礎となった事実に関する訴えについての判決」に該当するが、平成28年分の所得税の法定申告期限は平成29年3月15日であり、そこから5年（同条第1項柱書）を経過するまでの期間は、同条第2項柱書二つ目の括弧書により同項の更正の請求をすることが許されないところ、判決の確定した平成30年6月15日は、まだ5年が経過していない期間に属する。しかし、同項は一定の事由がある場合に、期間の制限なく同条第1項の更正の請求ができる旨を規定しているものであるから、この場合には、同条第2項第1号に該当することを理由に同条第1項の更正の請求をすることが認められる。

さらに、Aは、平成29年12月に平成28年分の所得税につき増額更正処分を受けてこれに対して不服申立てを行っていないが、国税通則法第23条第1項柱書二つ目の括弧書は、この場合でも更正後の課税標準等又は税額等について同項の更正の請求をなし得る旨を定めているので、この点も障害にはならない。

結論として、Aは、平成28年分の譲渡所得が失われたことにより、国税通則法第23条第1項第1号の事由があるとして、平成29年3月15日から5年以内であれば、同項の更正の請求をして、救済を受けることができる。

上述のとおり、本問では国税通則法の規定を素直に適用することが求められているだけであり、甲の譲渡から生じた所得が譲渡所得であることを間違えなければ、細部はともかく、相応の評価を与えられる答案となったものが多い。

なお、Aに更正の請求を認めたとした答案の中には、譲渡所得の喪失を所得税法第64条第1項の適用対象とし、同法第152条により更正の請求ができるとしたものが多数あったが、本問の事情では、譲渡の事実そのものが判決の確定により遡及的になくなっているため、国税通則法第23条第2項第1項を振り出しにする検討が適切である。

誤答としては、甲の譲渡から生じた所得がAの事業所得となるとしつつ、その喪失の事実を更正の請求によりAの所得計算に反映させようとしたものが代表例である。過去の年分に事業所得の総収入金額に含められた金額が失われた場合には、所得税法第51条第2項、同法施行令第1

4 1 条第 1 号の適用により、その金額が失われた年分の所得の計算に反映させる作りとなっており、更正の請求を用いることはできない。したがって、甲の譲渡から生じた所得を事業所得としつつ、その喪失の事実を更正の請求により A の所得計算に反映させるとする答案は、所得税の基本的な構造を理解していないものと評価せざるを得ない。

他方、上記のような所得分類の違いによる損失処理方法の違いを正確に指摘し、そのことを甲の譲渡から生じる所得の所得分類を論じる意義として挙げる答案も、少数ながらあり、その多くは極めて高い評価の対象となった。

なお、「更正の請求」を「更生の請求」と書いた答案が散見された。必要経費に「参入する」（正しくは「算入する」）と並ぶ、租税法における誤字の代表例であるが、以後、気を付けるべきである。

第 2 問を通じた成績としては、「優秀」とされる答案がやや少ないものの、優秀・良好・一応の水準・不良の四つの評価に適切に分布したものとなった。

3 今後の出題について

本年は、第 1 問設問 3 と第 2 問設問 1 が法人税法に関する問題、第 2 問設問 3 が国税通則法に関する問題、その余が所得税法に関する問題であった。範囲としては、今後も所得税法からの出題を中心としつつも、法人税法や国税通則法の基本的事項からの出題が望ましいと考えられる（ここには、租税法の解釈・適用等に関する一般的な事項が当然含まれる）。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ろう。

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、さらには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

例年の採点実感で指摘しているとおおり、本年においても、租税法の基本的な概念や基本的な知識の理解を欠く答案が一定数以上見られた。本年の第 1 問設問 1 (1) について、一時所得該当性から検討し、次に事業所得該当性を検討するという、所得税法第 3 4 条第 1 項の「一時所得とは、利子所得、配当所得、不動産所得、事業所得、給与所得、退職所得、山林所得及び譲渡所得以外の所得……」の順番を無視した答案が軽視し難い割合で存在した。

また、第 2 問設問 1 において、役員給与が損金に算入される根拠規定を法人税法第 2 2 条第 3 項第 2 号と正答できない答案や、同法第 3 4 条第 1 項と第 2 項との関係を正しく答えられない答案がそれぞれ一定数見られた。第 2 問設問 2 で本件利息の所得分類を一時所得とした答案や、第 2 問設問 3 で甲の譲渡から事業所得が生じるとした答案も、一定数見られた。

同様の例として第 2 問設問 2 で本件利息の帰属年度を利息債権の発生の時とし、それを金銭消費貸借契約が成立した平成 2 6 年とする答案が複数あったことも指摘しておきたい。

なお、第 2 問設問 2 の本件利息や設問 3 の甲の譲渡から生じた所得の所得分類を決定せずに論を進めている答案も複数見られたが、これらも、所得税法の基本的な運用能力を欠くものと言わざるを得ない。

平成 3 0 年及び令和元年の採点実感にも記載したとおおり、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、さら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取得

事実認定と当てはめに関する能力の習得の重要性は、連年の採点実感でも指摘したところである。本年の第1問設問1において、(1)の事業所得・一時所得に該当しない理由を基礎付ける事実、(2)の事業所得に該当する（又は該当しない）理由を基礎付ける事実を、問題文から適切に拾い上げている答案が多数であった。他方、設問1(2)において、平成26年についての質問であるのに、平成28年に設立されたB社と絡めて論述しようとする答案が少数ながら存在した。また、設問3(2)において、取引相手が代表取締役であることから役員給与（法人税法第34条）の議論に引きずり込まれている答案が少数ながら存在したことは残念であった。

第2問設問2において、Aが営むのが冷凍食品の小売業であって貸金業ではないことを理由に本件利息が事業所得に該当しないと多数の答案は、本問における事実関係を正しく理解していないと言わざるを得ない。また、問題文の事実を答案用紙に引き写すだけでなく、「言わば従業員の福利厚生のための貸付けである」、「事業の継続に重要な従業員の確保のための行為と言い得る」というような「評価」を通じて結論を導くことの重要性は、引き続き十分に認識される必要がある。

(3) 法人税法・国税通則法の学習

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1・2の所得税法関係について良く書けている答案の中でも設問3の法人税法関係については途端に理解が不確かとなる答案が見受けられた。特に、設問3(1)の高額譲受について、4000万円の損金算入（明示又は黙示に3000万円の益金算入）の可能性を視野に入れている答案が目立ったことは残念であった。

また、第2問設問1は、役員給与の課税上の扱いに関する最も基本的な点を問うものであったにもかかわらず、既に述べたとおり、約半数の答案は正しい答えを導いていなかった。

第2問設問3は、前述したとおり、国税通則法第23条第2項、同条第1項を問題文の事実当てはめるだけの問題であったが、細かな点まで目配りして解答した答案は少数にとどまった。

法人税法、国税通則法に関する出題範囲は、これらの法律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。

(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。

ただし、令和元年の採点実感でも指摘したように、判例・裁判例に言及する答案は着実に増えており、本年においても、第1問設問1(1)及び(2)において、事業所得該当性の基準に関する弁護士顧問料事件における判示を適切に再現した答案が多数存在した。設問2においても、権利確定主義に関する雑所得貸倒分不当利得返還請求事件の判示を正確に再現した答案が多数存在した。他方、仙台賃料増額請求事件判決の判示のうち、本問に関係しない例外部分（管理支配基準）に引きずられた答案が少なかったことは良かったことであるが、本問に関する原則部分（賃料増額請求について争われた場合は、裁判確定時が収入金額に関する権利確定時点である）を適切に再現した答案が少なかったことは残念であった。また、以上の判例や馬券に関する判例に関し、判示を再現できているにもかかわらず、「～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。」などの表現をしていないため（5(2)でも後述）、判例の理解に基づいて答案を書いていることをアピールできていない答案が相当数あったことは残念であっ

た。

第2問設問2において、債権の貸倒れの判断基準に関して、法人税に関する事案であることに触れつつ興銀事件最高裁判決に言及する答案や、同じく設問3において、国税通則法第23条の第1項と第2項との関係について判示した下級審裁判例を指摘する答案など、深い判例の理解を示した優秀な答案があったことは、日頃の学習における判例・裁判例の重要性の理解の浸透を示すものとして、特筆すべきであろう。引き続き、判例・裁判例の重要性を意識させる教育が法科大学院において行なわれることを期待したい。

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

平成30年、令和元年の採点実感において、「租税法の勉強は、『一に条文、二に基礎知識、三に判例』となろう。」と記載した。この点は、本年の採点実感においても変わるところはない。

本年の答案における条文の引用は、第1問に関しては、設問1(1)の所得税法第34条第1項「営利を目的とする継続的行為から生じた所得以外」や、設問2の同法第36条第1項「収入すべき金額」を適切に掲記するなど、一定の水準以上と評価し得る状況であった。ただし、設問3については、前述のとおり、益金・損金の理解が不確かな答案が相当数存在したこと、中でも設問3(2)において、益金に関する法人税法第22条第2項、損金に関する同法第22条第3項第1号「原価」を明示していない答案が目立ったことは残念であった。このほか、難度の高い議論ではあるが、設問3(1)において、明らかに低額譲渡を指している同法第37条第8項を高額譲受の本問に何の説明もなく「適用」としてしまった答案については、条文の適用についてもう一步注意深くなることが望ましい。逆に、4000万円を資産に含めて同条第8項を適用するとか、あるいは、同条第8項の趣旨に照らして、又は同条第8項とのバランスに配慮して、など、同条第8項の「適用」を上手く避けている答案は、素晴らしい。第2問設問3における国税通則法第23条第2項柱書の括弧書、同条第1項柱書の括弧書など、細部にわたって正確に条文を指摘したものは多くなく、一層の教育上の努力が望まれる。

また、法人税法第34条第1項が適用される場合には、正しくは、その「柱書」と書くべきところを同項「本文」と書いた答案が多数見られ、条文に関する基礎的な知識に疑いが持たれた例もある。

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、常に法令を参照して要件と効果の意味を理解し、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が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

連年の採点実感において指摘したとおり、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、過去の採点実感で述べたことの繰り返しになるが、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」などの指示がなされていなくても、これに言及することが、原則として必要だと理解すべきであり、それが無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。

また、平成30年、令和元年の採点実感で示したとおり、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。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。」

などの表現で、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。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、一字一句判決文を暗記してそのとおりに書く必要もない。

本年の試験においては、上記のような手法で判例への言及を手短に、かつ、適切に行なう答案が相当数見られ、中には事件名（通称）を付して引用している答案も見られた。これらの答案には、相応の高い評価を与えたことを強調しておきたい。

(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1問設問3を除けば、ごく基本的な事項に関する出題にとどまるし、同問についても、学生向けの基本書で指摘さ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、「優秀」や「良好」の答案が相当数あったものの、期待した水準に達していない答案もなお多いのは、出題された制度や論点についての基礎的な知識を欠いているからである。また、当然のことながら、所得税法のみを勉強していたのでは、法人税法や国税通則法に関する問題、さらには、租税法の解釈・適用の一般論に関する問題は解けない。

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

令和元年の採点実感でも指摘したが、租税法に限らず、答案の作成はコミュニケーションであり、何を問われているかを正確に把握し、必要な内容を誤解なく伝える答案が、必然的に高得点となる。反対に、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。

本年の第1問設問1では、所得分類が問われており、所得税法に所得分類が存在することが当然の前提であるにもかかわらず、所得分類が存在する趣旨の説明や、果ては所得税法が包括的所得概念を採用している趣旨の説明をして、字数と時間を浪費してしまっている答案が少数ながら存在した。設問3の質問内容は、(1)「損金の額への計上」、(2)「益金の額及び損金の額への計上」と明瞭に区別されているのに、(1)で益金についても論じようとする答案が少数ながら存在した。

第2問設問1(1)では、関連する規定の「趣旨及び適用関係」が問われており、同じく(2)では、「本件役員給与に不相当に高額な部分がある場合」に「処分を行なうことは適法か」が問われている。これに対して、(1)で「損金に算入し得るか否か」を答えたり、(2)で「不相当に高額な部分があるか否か」を検討したりした答案も少なからず見られたが、これらは問われている事柄に正しく答えた答案とは言えない。答案作成は時間の制約下で行なうものではあるが、常に「何が問われているか」に十分な注意を払う必要がある。

また、本年の答案で目立ったのは、内容に整合性を欠く答案である。第1問設問3に関して、(1)で1000万円（又は4000万円）の損金算入を論じ、(2)でも4000万円の損金算入を論じるなど、二重に損金算入する結果となってしまうことについて無頓着な答案が存在した。第2問設問2に関して、(1)で本件利息を雑所得や一時所得と解答した上で、(2)ではその貸倒損失を事業所得の計算に反映させようとする答案や、同じく設問3で甲の譲渡から事業所得が生じるとしつつ、更正の請求を行ない得るとする答案などがその例である。このような答案は、必要な論点に言及しているものの、答案作成者が関係規定や制度の内容を正しく理解しているかを疑わせるものである。

さらには、第2問設問1で、法人税法第34条1項の適用が「あった」又は「なかった」、損金「算入となる」又は「不算入となる」というような結論部分での誤記と思われる答案が複数あった。答案作成上の不注意の程度が著しい例として指摘しておきたい。

これも過去の採点実感の記載の繰り返しとなるが、租税法に関しては、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～を問うものだな。」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

別途公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

出題した二問とも、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）上の制度・規定の趣旨及び内容を正確に理解し、問題文の行為が市場における競争にどのような影響を与えるのかを念頭に置いて、問題文に記載された事実関係からの確に問題点を把握し、法解釈を行い、事実関係を丹念に検討した上で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（以下「公取委」という。）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、Y社（株式取得会社）が取引関係にあるX社（株式発行会社）の全株式を取得する計画（以下「本件計画」という。）が、垂直型企業結合として、独占禁止法第10条第1項に違反しないかを問うものである。

すなわち、第1問は、垂直型企業結合が競争を実質的に制限することとなるメカニズム、特に、単独行動により競争の実質的制限が生じることとなるメカニズム（X社による投入物閉鎖のシナリオ及びY社による顧客閉鎖のシナリオ）を理解しているか、市場や取引に係る様々な考慮要素を適切に分析できるかを確認しようとするものであり、これらの分析に必要な事実関係を問題文から読み取った上で、上記各シナリオを踏まえて的確に分析を行っているかを評価の対象とした。また、その前提として、独占禁止法の基本概念である「一定の取引分野」（商品範囲及び地理的範囲のそれぞれ）について、需要の代替性を基本に、必要に応じ供給の代替性を考慮して、問題文から必要な事実関係を読み取り適切に市場画定を行っているかも併せて評価の対象とした。

第1問は、昨年に引き続き企業結合分野からの出題であったが、「垂直型企業結合」の事例は初めてである。昨年の採点実感においても指摘したとおり、企業結合は公取委が規制する三つの企業行動の一つであるが、当事業社の関係に応じて競争制限のメカニズムが異なり、それに応じた分析が必要になる。全体的な印象としては、垂直型企業結合における競争制限のメカニズムを理解した上で的確な分析を行っている答えはかなり少なかった。なお、公取委が公表している企業結合事例やガイドライン等、特に最近改正された企業結合ガイドラインにおける垂直型企業結合規制に係る細かな知識を求めるものではない。

(2) 第2問

第2問は、事業者団体の行為を規制する独占禁止法第8条に関する出題であり、問題文に記載された事業者又は事業者団体に該当し得る個人又は法人が行った行為の中から、A県浄化槽協会（以下「協会」という。）が行った行為に着目した上で、協会による各行為が同条各号所定の禁止行為に該当するかを的確に検討することができるかを問うものである。

具体的には、①協会が同法第2条第2項の「事業者団体」に該当すると判断することができるか、②事業者団体の「行為」として同法第8条各号所定の禁止行為に該当する可能性のある協会の行為を識別することができるか、③識別した行為について同条各号の中から適切な適用条文を選択し、文言の解釈を行って規範を定立した上で、問題文に記載された事実関係を適切に当てはめることができるか、④正当化事由について同様に規範の定立及び当てはめができるかを評価の対象とした。

なお、③の点については、問題文に記載された事実関係の下において相当と評価することが可

能な条文を選択して論述していれば、いずれの条文を選択していても同等に評価の対象とした。

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

(ア) 適用条文

ほとんどの答案が適用条文を会社の株式取得に係る独占禁止法第10条第1項としていたが、一部に、私的独占（同法第2条第5項、第3条）、持株会社による株式取得（同法第9条第2項）、会社以外の者による株式取得（同法第14条）及び合併（同法第15条）などを適用条文として論ずる答案も存在した。また、僅少ではあるが不当な取引制限（同法第2条第6項、第3条）の問題として論ずる答案も存在した。

(イ) 「一定の取引分野」（市場）の画定

「一定の取引分野」の意義については、ほぼ全ての答案において、需要の代替性を基本として必要に応じ供給の代替性を考慮して画定するものと論述していた。また、商品範囲についての具体的な検討に際しては、おおむね問題文からの確に事実関係を挙げ、「甲部品」については需要の代替性、「乙機器」については供給の代替性から「甲部品（製造販売）市場」及び「乙機器（製造販売）市場」を画定するという答案がほとんどであった。他方、「丙装置」の市場画定については、丙装置の製造原価に占める乙機器の仕入原価の割合がごく僅かであることなど競争上の影響が少ないことについて適切に言及する答案はほとんどなかった。また、地理的範囲については、ほとんどの答案が的確に世界市場を画定していた。

(ウ) 競争の実質的制限の蓋然性

ほとんどの答案は、「競争を実質的に制限する」及び「こととなる」（蓋然性）のいずれについてもほぼ正確にその意義を論述していた。また、かなり多くの答案において、本件計画が垂直型企業結合に該当すること並びに「単独行動による競争の実質的制限」及び「協調的行動による競争の実質的制限」の両面からの分析が必要となることを指摘していたが、それにもかかわらず「水平型企業結合」において用いられる分析を行うにとどまる答案が相当数見られた。

(エ) 単独行動による競争の実質的制限（その1－X社による投入物閉鎖のシナリオ）

X社がY社の競争者に対して甲部品の供給を拒絶すること（投入物閉鎖）により、乙機器市場（川下市場）の閉鎖性・排他性という競争上の懸念が生じないかを検討する必要がある。

このようなX社の供給拒絶により生じ得る競争上の懸念を全く指摘していない答案も少なからず存在し、また、指摘している答案であっても、その意義・内容を十分に理解せずに、競争上の懸念の生じる市場を乙機器市場（川下市場）ではなく甲部品市場（川上市場）とするものも多く見られた。

また、検討に当たっては、このような競争上の懸念を生じさせる根拠となる事実関係（E社及びF社が甲部品のほとんどをX社から購入していること、このような供給拒絶によってE社及びF社の競争圧力が減じられた場合の乙機器市場への悪影響が想定されることなど）と、このような競争上の懸念を生じさせない事実関係（E社及びF社に対しては、供給余力のあるA社及びB社からの供給可能性があること、E社による甲部品の内製計画があること、取引上の関係に鑑みF社へのX社による供給拒絶は想定し難いこと、製造設備稼働率維持の重要性の観点から、X社の供給拒絶のインセンティブが低いことなど）を問題文から適切に読み取り、これらを摘示して分析することが必要であるが、的確に分析している答案は少数にとどまり、これらの考慮すべき事実関係をほとんど論じていない答案や、論じていても、「投入物閉鎖」（及び「顧客閉鎖」）の意義・内容を十分に理解していないため、「甲部品市場」におけるY社による顧客閉鎖シナリオとして、又は、X社による投入物閉鎖とともにY

社による顧客閉鎖シナリオとして論ずるなど、垂直型企業結合の競争制限メカニズムの分析手法と当てはめについて混乱している答案が多数存在した。

(オ) 単独行動による競争の実質的制限（その2－Y社による顧客閉鎖のシナリオ）

Y社がX社の競争者からの甲部品の購入を拒絶すること（顧客閉鎖）により、甲部品市場（川上市場）の閉鎖性・排他性という競争上の懸念が生じないかを検討する必要がある。

Y社による顧客閉鎖について指摘している答案は、上記(エ)の「投入物閉鎖」に比べると多く、また、正しく「甲部品市場」における閉鎖性・排他性の問題とするものも相対的に多かった。

また、検討に当たっては、このような競争上の懸念を否定する根拠となる事実関係（乙機器の製造余力（甲部品の購入余力）があるD社等への販売が可能ではないか、Y社は安定調達の観点からA社らから甲部品を購入しており、本件計画によってそれら購入を停止することはないのではないかなど）を問題文から適切に読み取り、これらを摘示して分析することが必要であるが、的確に分析している答案は少数にとどまった。

なお、「顧客閉鎖」による競争上の懸念に言及しているものの、その意義・内容を誤解している答案も見られたことは、上記(エ)と同様であった。

(カ) 協調的行動による競争の実質的制限

協調的行動による競争の実質的制限（Y社を通じた甲部品の製造原価等の情報共有に基づくシナリオ及びX社を通じた甲部品の調達価格等の情報共有に基づくシナリオ）を検討する必要がある。

しかしながら、「協調的行動による競争の実質的制限」についての検討が必要であるとしながらも、垂直型企業結合の場合には一方当事会社が他方当事会社の製造販売に係る情報を取得・共有することにより生じ得る懸念を分析する必要があることを指摘したものは想定したよりもはるかに少なかった。また、情報共有・取得により生じ得る懸念であることを指摘していても、当事会社間の「協調」により生じる問題であるとの誤解に基づいて結論を導いている答案も相当数見られた。

甲部品市場における協調的行動の蓋然性については、競争者数の少なさ、甲部品の同質性といった協調促進的な考慮要素と、大きな製造余力を有することによるA社の協調的行動からの逸脱のインセンティブ、より良い取引条件を求めるというD社やE社からの競争圧力といった協調阻害的な考慮要素とを、全体として分析している答案はかなり少なかった。また、乙機器市場における協調的行動の蓋然性については、競争者数の少なさ、E社及びF社との取引量の大きさに起因する情報量の大きさといった協調促進的な考慮要素と、若干ではあるが乙機器に見られる差別化、乙機器の製造原価に占める甲部品の仕入原価の割合が小さいことによる費用共通化の割合の小ささ、若干の製造余力が存在することによるD社やE社の協調的行動からの逸脱のインセンティブ、需要者である丙装置メーカーからの競争圧力といった協調阻害的な考慮要素とを、全体として分析した答案はかなり少なかった。

イ 第2問

(ア) 協会の「事業者団体」該当性

事業者団体の定義規定である独占禁止法第2条第2項を摘示した上で、協会が「事業者としての共通の利益を増進することを主たる目的とする」こと及び「二以上の事業者の結合体」であることについての的確な当てはめを行っている答案が多かったが、結論のみを記載している答案や事業者団体該当性の検討を行っていない答案が散見されたほか、事業者団体該当性を否定する答案もごく僅かながら見られた。また、協会が「事業者」（同条第1項）に該当すると見るべき事情が問題文に記載された事実関係中には見当たらないにもかかわらず、協会の行為について事業者に対する規制である私的独占（同条第5項、第3条）や不公正な取引方法（同法第2条第9項、第19条）に関する検討に終始するなど、事業者団体に対する

規制に関する基本的な理解に疑問を抱かせる答案も見られた。

(イ) 検討対象とすべき協会の行為の識別

独占禁止法第8条各号該当性の検討対象とすべき協会の行為としては、①会員である保守点検業者に対する競争回避の指導、②非会員である保守点検業者に対する入会拒否、③会員である清掃業者に対する非会員である保守点検業者との提携禁止及び④メーカーに対する検査薬等の供給拒否要請の各行為が考えられるが、全ての行為を識別することができている答案はごく少数にとどまっており、一部の行為のみを識別している答案が大多数であった。具体的には、②の行為及び④の行為を識別することができている答案が多い一方、①の行為を識別することができていない答案が多かった。これに対し、平成28年4月の社員総会において決定された②の行為と③の行為を識別した上で、これらを一体のものとして評価・検討している答案も相当数あった。

検討対象として識別したこれらの行為が事業者団体の行為と評価できるかについては、協会の意思決定機関である社員総会において決定されたものであることなどの事情を指摘して、事業者団体としての行為性を肯定する答案が多かったものの、根拠を示すことなく行為性を肯定する答案が散見されたほか、行為性を否定する答案もごく僅かながら見られた。

(ウ) 適用条文の選択、規範定立及び当てはめ

協会が行った各行為に対する適用条文の選択に当たっては、独占禁止法第8条各号所定の禁止行為に該当するというためには、同条第1号においては市場支配力の形成・維持・強化が必要であるのに対し、同条第3号から同条第5号までにおいてはそれに至らない程度・態様の競争の阻害で足りるとの理解を前提として、後者の検討を行っている答案が大多数であったが、これに加えて、「協会による各行為が行われた後も、A県内の浄化槽の保守点検をめぐる競争は激化しているため、その料金は一貫して下落し続けている」という事情に着目し、前者の検討も行ってその該当性を否定している答案はごく少数であった。他方で、前者の検討のみを行ってその該当性を肯定している答案や、前者の検討を行ってその該当性を否定しながら後者の検討を欠いている答案も散見された。

協会が行った各行為に対する適用条文を個別に選択している答案においては、①の行為については顧客争奪の制限であるとして同条第4号を、②の行為については現在又は将来の事業者の数の制限であるとして同条第3号を、③の行為については一種の取引先制限であるとして同条第4号を、④の行為についてはメーカーに単独・直接の取引拒絶をさせるものであるとして同条第5号（同法第2条第9項第6号ニ（一般指定第2項））を、それぞれ選択しているものが比較的多く見られたが、③の行為については同法第8条第3号や同条第5号（同法第2条第9項第1号イ又は同項第6号ニ（一般指定第2項若しくは第12項））を選択している答案もそれぞれ一定数存在した。また、②の行為と③の行為を一体のものとして評価・検討している答案においては、適用条文として同法第8条第3号を選択しているものが多かった。

もっとも、検討対象として識別した協会の行為について適切な適用条文を選択することができていない答案や、適切な適用条文を選択することができていても条文の文言の意味を明らかにすることなく同条各号該当性を肯定する答案がそれぞれ相当数見られた。

これに対し、協会が行った各行為について同条各号該当性を個別に検討するだけでなく、これらの行為が与える影響を総合的に評価するという観点から、協会による一連の行為が同条第1号に該当するかを検討している答案も一定数存在し、これらの答案については事案の実態に即した検討を行ったものと評価して加点の対象とした。

(エ) 正当化事由

「不当に」の文言のある独占禁止法第8条第4号とそのような文言のない同条第3号及び同条第5号との違いに留意した解釈論を示すまでには至らないものの、目的及び手段の両面

から規範を定立した上で、協会の主張する行為の目的（生活環境の安全と公衆衛生の向上）については正当であると評価する一方、協会が行った各行為については手段としての相当性を欠くと評価する答案が多数であった。

もっとも、目的の正当性の検討に当たって同法第1条の究極目的との関係について論じていない答案や、手段の相当性の検討に当たって目的と手段との関連性やより制限的でない他の手段の有無を具体的に論じていない答案も相当数あった。また、一部の行為のみについて正当化事由の検討を行っている答案も散見された。

(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

「一定の取引分野」、「競争を実質的に制限することとなる」といった各文言の解釈（規範定立）及び「一定の取引分野」の画定について、ほぼ的確に論じている答案は多く、それらについては、出題時に想定した解答水準との間に大きな差異はなかった。

しかしながら、垂直型企業結合のメカニズムを踏まえた独占禁止法上の分析については、「垂直型企業結合」や「単独行動又は協調的行動による競争の実質的制限」に言及してはいても、それらの意義・内容を十分に理解しておらず、分析手法や実際の当てはめ（特に投入物閉鎖についての当てはめ）について混乱を来している答案がかなり多かったことは出題時の想定を超えるものであった。また、「協調的行動による競争の実質的制限」に至っては、その意義・内容を正確に理解し、的確に当てはめを行っている答案は僅少であり、出題時の想定をはるかに下回った。

イ 第2問

協会の「事業者団体」該当性や正当化事由については、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、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、検討対象とすべき協会の行為の識別については、全ての行為を識別することができていない答案はごく少数にとどまっており、出題時に想定されていた解答水準をかなり下回った。

また、適用条文の選択、規範定立及び当てはめについては、識別した行為について適切な条文を選択することができている答案や、的確な規範定立を行った上で当てはめを行うことができている答案は、いずれも出題時に想定していたほど多くなかった。

(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、問題となる市場を的確に画定した上で、垂直型企業結合が競争を実質的に制限することとなるメカニズム（具体的には、投入物閉鎖・顧客閉鎖及び製造原価・調達価格等の情報取得・共有を通じて生じ得る協調的行動）をよく理解し、これらを踏まえ、問題文に示された事実関係を整理して、各論点についておおむね網羅的に独占禁止法上の分析を行っているものとした。他方で、市場を的確に画定するとともに、垂直型企業結合が競争を実質的に制限することとなるメカニズムを大枠で理解した上で、これらを踏まえ、問題文に示された事実関係を整理して、少なくとも主要な論点については独占禁止法上の分析を行っているものを「良好」な答案とし、また、「良好」な答案とされるために重要な分析の一部を欠くものを「一応の水準」の答案とした。「不良」な答案は、垂直型企業結合であることの把握やそれが競争を実質的に制限することとなるメカニズムについての理解が欠落しているもの（用語のみ使っているものを含む。）、独占禁止法に関する基礎知識・基本概念についての理解が欠落していることがうかがわれるものとした。

イ 第2問

「優秀」な答案は、協会が事業者団体に該当することを論じた上で、検討対象とすべき協会の行為を全て識別し、それぞれの行為について適切な適用条文を選択して的確な規範定立及び当てはめを行うとともに、正当化事由についても的確な規範定立及び当てはめを行っているも

の、「良好」な答案是、協会の事業者団体該当性や正当化事由のほか、検討対象とすべき協会の行為の多くを識別した上で各行為に関する適用条文の選択や規範定立及び当てはめについても一定の論述ができているもの、「一応の水準」の答案是、「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」な答案是、検討対象とすべき協会の行為の大部分についての的確な識別や適切な適用条文の選択ができていないものや、事業者団体該当性や事業者団体としての行為性を否定したため、事業者団体に対する規制に係る基本的事項についての論述を欠いており、出題趣旨から離れた論述に終始するものとした。

4 今後の出題

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、適用条文の選択や違反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て要件に当てはめ、そして、それを箇条書き的に列挙するのではなく、論理的・説得的に表現することができるように教育してほしい。

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

第1問は、特許を受ける権利の譲渡契約の解除による権利者の法的地位、効果の發揮に課題を孕む技術に関する発明該当性と産業利用可能性、標準必須特許に関する特許権の行使の可否という、特許法の幅広い分野（主体、客体、侵害）についての基礎的な理解を、具体的な事例を通じて問うものである。

第2問は、二次的著作物の部分利用に係る原作者の著作権の効力、引用の抗弁、電子掲示板運営者の侵害主体性という、著作権法上の議論が盛んな論点の基本的な理解を、比較的長文の事例を通じて問うものである。

いずれも、論点と重要事実を的確に抽出する事案分析能力、当該論点に係る裁判例・学説の理解を前提とした法解釈とその当てはめに関する思考力及び論述能力を試すことを目的に、まず、設問から論点を的確かつ網羅的に抽出して、問題の所在を指摘し、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。

(1) 第1問

ア 設問1

設問1においては、まず、特許を受ける権利の譲渡契約の解除に遡及効が生じることを指摘する必要がある。その上で、査定前における譲渡契約の直接の相手方であるYとの関係が問われている(1)では、Xが、特許庁で出願人名義変更の手続を採ることができる旨を指摘した答案を「一応の水準」、さらに、その前提として、自己が特許を受ける権利を有する旨の確認を求める訴訟をYに対して提起し、確認判決を取得すべき旨を指摘した答案を、その理由付けに応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

また、登録後に特許権を承継したZとの関係が問われている(2)では、特許法上の移転の特例制度（同法第74条第1項）と、民法上の解除前の第三者保護制度（同法第545条第1項但書）のいずれかに依拠したXの法律上の地位について指摘した答案を「一応の水準」と評価した。さらに、特許法上の移転の特例制度に依拠した答案については、Zが有償の通常実施権を得ることについて（同法第79条の2各項）、また、民法上の解除前の第三者保護制度に依拠した答案については、Zが同規定によって保護されるための要件についてまで触れた答案を「良好」、両制度を対比しながら自己の依拠した制度が優先的に適用されるべき理由を説得的に論じた答案を「優秀」と評価した。

イ 設問2

設問2においては、まず、診断方法Mが疾病αの発症を20%の確率でしか発見できないことについて、発明の定義（特許法第2条第1項）を摘示した上で、最判平成12年2月29日民集54巻2号709頁【黄桃の育種増殖法事件】の規範、すなわち同条にいう「自然法則を利用した」発明であるためには、当業者がそれを反復実施することにより同一結果を得られること（反復可能性）のあることが必要であるが、それは必ずしも高確率である必要はない旨を指摘した答案を「一応の水準」と評価した。さらに、この規範を人の疾病に係る診断方法の発明の特性に鑑みて適切に当てはめた答案を「良好」、そして、社会に有用な技術の創出を促すという法の趣旨や、今後の改良発明の可能性等をも考慮して、当該技術の発明該当性を説得的に論じた答案を「優秀」と評価した。

また、診断方法Mを用いると下痢などの副作用が必ず生じることから、「発明」（同法第29

条第1項柱書)の完成の有無や、産業利用可能性(同項柱書)が問題になることを的確に指摘した答案を「一応の水準」と評価した。さらに、関連する判例・裁判例(最判昭和44年1月28日民集23巻1号54頁【エネルギー発生装置事件】、東京高判昭和61年12月25日無体裁集18巻3号579頁【紙幣パンチ孔事件】等)にも触れながら、実施が弊害を伴う技術であっても別の技術によって回避され得ること等を踏まえつつ、発明該当性や産業利用可能性の各要件の趣旨に照らして規範の定立と当てはめを行った答案を「良好」又は「優秀」と評価した。

そして、人の疾病 α の発症の有無を診断する方法の発明であるMについて、医療現場で実施する医師の特許権侵害責任を免除する特許法上の制度を欠くために、産業利用可能性(同項柱書)が問題となることを的確に指摘した答案を「一応の水準」と評価した。さらに、関連する裁判例(東京高判平成14年4月11日判時1828号99頁【外科手術を再生可能に光学的に表示するための方法及び装置事件】)にも触れながら、その是非を検討し、各自の規範を定立して本件に当てはめられている答案を「良好」、それに加えて、医療行為について広く特許性を否定するいわゆる川上規制の是非や、同じく医療に関わる物(医薬品、医療機器等)の発明が特許され得ることとの整合性、医療行為の研究開発を促す必要性等の幅広い視点が表れた答案を「優秀」と評価した。

ウ 設問3

設問3においては、まず、Xによるカプセル内視鏡Lの製造販売が、Wの有する特許権Pに関する特許発明の業としての実施(同法第68条本文)に当たることについて述べた上で、FRAND宣言された特許権に基づく権利行使に関する当事者の利害状況、例えばWは特許権Pが通信規格Sの必須特許として採用されることによりPの対象技術が多くの者に実施されるといふ利益を得ていること、他方でXはWによる本件宣言を前提にその実施品であるカプセル内視鏡Lを製造販売していることから、Wによる特許権の行使が一定の範囲に制限されるべきではないかとの問題意識が表れた答案を「一応の水準」と評価した。

そして、さらに、同じくFRAND宣言された特許権に基づく権利行使について、実施許諾(ライセンス)の抗弁を否定しつつ、一定の範囲で権利濫用の抗弁を認めた、知財高裁の判断(差止請求については知財高決平成26年5月16日判時2224号146頁(②事件)、損害賠償請求については知財高判平成26年5月16日判時2224号146頁(①事件)【アップル対サムスン事件】)を踏まえて、その是非を論じつつ、各自の規範を定立し、本件におけるWの権利行使の可否について当てはめを行った答案を、裁判例の理解の正確性と、自説の説得性に応じて、「良好」又は「優秀」として評価した。

(2) 第2問

ア 設問1

本設問においては、①甲がPの著作者でありPについて著作権を有すること、②QがPの二次的著作物(著作権法第2条第1項第11号)であることから、甲がQの利用について乙が有するのと同じ種類の権利を有すること(同法第28条)、③本件特徴はQの創作的表現部分であり、それをよく捉えたR1は当該部分と実質的に同一の表現であること、④R1について乙は譲渡権(同法第26条の2第1項)を行使できることから、甲も、R1の複製物の販売行為について、譲渡権侵害に基づく差止めを請求することができると解され得ること(同法第112条第1項)、⑤しかし、Pには、本件特徴を含む α の絵画的側面の具体的、詳細な記載がなく、ゆえに本件特徴は専ら乙の創作性が発揮された部分に相当すること、⑥そのような部分に、Pの著作者である甲の著作権の効力が及ぶと解してよいか問題となること等を的確に論述することが「一応の水準」である。

その上で、上記⑥について、原著作物の創作性を引き継ぐ要素と二次的著作物の著作者の創

作性のみが発揮されている要素を区別すべきでないとした考え方（東京高判平成12年3月30日判時1726号162頁【キャンディ・キャンディ事件】）と、これに反対する考え方があることを踏まえつつ、それぞれの根拠を摘示して、いずれを自説として採用するかを論述していれば、その論証の説得性に依りて「良好」又は「優秀」と評価した。

イ 設問2

本設問においては、①丁は引用に係る著作権制限規定（同法第32条第1項）に依拠して反論することが考えられること、丁が適法引用を主張するためには、②R2が公表された著作物であり（同法第4条第4項、同法第45条第1項）、③R2のカラーコピーを作成してSに貼り付ける行為が引用に該当し、④当該行為が公正な慣行に合致し、かつ⑤正当な範囲内で行われていなければならないこと、⑥引用して利用する側の著作物性の要否（例えば、東京地判平成10年2月20日判時1643号176頁【バーンズ・コレクション事件】は必要と解し、知財高判平成22年10月13日判時2092号135頁【絵画鑑定証書事件】は不要と解している。）、⑦当該行為が適法引用に当たるといえれば、複製権の制限により作成された複製物の譲渡に係る著作権制限規定（同法第47条の7）によって、Sの譲渡行為も適法と評価できること等を的確に論述することが「一応の水準」である。

その上で、旧著作権法上の引用の成否について、最判昭和55年3月28日（民集34巻3号244頁【モンタージュ写真事件】）が援用した「引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができ、かつ、右両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があると認められる場合でなければならない」とする基準を現行法上も採用すべきか否か、採用するとした場合にどの要件の下で採用すべきか、上記④について、現実の慣行が存在しなければ公正慣行の要件は常に充足されないと解すべきか否かについて自説を論じていけば、その論証の説得性に依りて、また、そのようにして導かれた適法引用に係る各要件の解釈を、R2のカラーコピーのサイズや、当該コピーがSから取り外し可能な構造とされていること等の事実を的確に当てはめることができているならば、その当てはめの的確性等に依りて、「良好」又は「優秀」と評価した。

さらに、著作権法第48条第1項第1号が定める出所明示義務は、乙の差止請求とそれに対する丁の反論の検討においては直接的な関連を有しないことや、出所明示の有無は、公正慣行の要件充足の判断においてなお考慮され得る等の論述があれば、高く評価した。

ウ 設問3

本設問においては、①乙は、公衆送信権（同法第23条第1項）の侵害を理由として、戊に対して差止請求を行うこと（同法第112条第1項）、②Qの物理的な公衆送信の主体は匿名の第三者であること、③電子掲示板の運営者が当該著作権の規範的な侵害主体と評価され得る場合及び④本設問の事案がそのような場合に該当するか否か等を的確に論述することが「一応の水準」である。

その上で、上記③について、（戊が運営するものを含む）電子掲示板が著作権を侵害しない用途にも使用され得るものであることをきちんと踏まえた規範が自説として定立されていけば、その論証の説得性に依りて、また、上記④について、設例で与えられた様々な事実（戊が最終的な送信停止の権限を有している事実や、大量の送信停止要請が寄せられて戊がその対応に追われている事実等）が、当該規範の当てはめの的確に活用されていけば、その当てはめの的確性等に依りて、「良好」又は「優秀」と評価した。

3 採点実感等

(1) 第1問

ア 設問1

特許を受ける権利の譲渡契約が解除され、遡及効が生じることについては、言及できていた

答案は多かった。

(1)については、特許庁において出願人名義の変更手続（特許庁長官への届出、特許法第34条第4項）が必要であることについて言及する答案は少なからずあったが、その前提として、（Yの協力がなければ）Xが特許を受ける権利を有する旨の確認判決が必要となる点を説明できていた答案は少数であった。なお、XがYに当該権利を「譲渡した」と記され、また、特許出願人としての地位を「回復する」手段を問う本問では、Yが既に特許出願人の地位にあること、つまり当該権利のXからYへの承継に係る特許庁長官への届出が既に行われていることは明らかであるが、その欠缺を理由に特許を受ける権利がXからYへ移転していないことを前提とする答案が散見された。

(2)については、契約の解除の効果により、本件発明に係る出願が冒認（同法第123条第1項第6号）に該当し、特許を受ける権利を有する者であるXが、同法第74条に基づく移転請求をなし得るのではないかと、ということについて言及した答案は少なくなかった。他方で、譲渡契約の解除によって特許を受ける権利がXに復帰し、権利の二重譲渡状態が生ずると論じるものもあったが、これは、解除前の第三者に対する契約解除の効果について一般に支持されている考え方とは異なるものである。

また、同設問は、「異なる見解にも留意しつつ」論じることを求めているが、これに言及できている答案は少なく、異なる見解に触れた答案であっても、なぜそれを自説として採用しないかについて、根拠を明らかにして論じるものがほとんどなかった。例えば、特許権の移転の特例制度（同法第74条第1項）よりも、民法上の解除前の第三者保護制度（同法第545条第1項但書）を優先するという結論を採用するにしても、なぜそのように解すべきかについて説得的な論証を試みる答案はごく少数であった。

さらに、特許権の移転の特例制度によるべきであるとする答案であっても、善意のZに関する有償の法定通常実施権（特許法第79条の2各項）まで条文を記載した上で言及した答案は少なかった。また、同法第74条第1項に基づく移転請求の可否を論じることなく、または、同条の移転請求を否定したにもかかわらず、同法第79条の2の適用を論じる答案が一部見られたが、基本的な条文の要件を理解していないと言わざるを得ない。他方で、民法第545条第1項但書と特許法第79条の2各項による第三者保護を比較し、要件・効果の差異にも言及して検討した答案は高く評価した。

イ 設問2

多くの答案は、Mが確率が高くない技術である点と、副作用という弊害を伴う技術である点については触れていた。もっとも、これらの各事実が、条文上のどの要件に位置付けられるのかについて、不明瞭又は不正確な答案が多く見られた。例えば、発見率が20%にとどまることや、副作用が生じる事実を、発明の「高度性」要件の問題として論じる答案も見られたが、同要件についての基本的理解が不十分であると評価せざるを得ない。他方で、適切な要件に位置付けた上で、その解釈や本問の事実の評価にも言及して整合的な結論を導いている答案は高く評価することができた。

また、Mが人を診断する医療行為に係る発明である点については、これを拾い上げてその問題の所在を指摘し、産業利用可能性の問題として適切に位置付けられている答案は多くはなかった。このような基本的な論点については、十分な学習が望まれる。

本設問を通じて、裁判例への言及が全くないか、それがあっても裁判例の一般的な判断とかけ離れた結論を示す答案も少なからず見られた。裁判例の理解に当たっては、いかなる事実に基づいて結論が導かれたのかが重要であり、当てはめも含めた丁寧な学習が望まれる。

ウ 設問3

最後の設問であったからか、あるいは実務的な論点として学習が不十分であったためか、総じて本設問に対する解答の出来は芳しくなく、ほぼ白紙状態の答案も少なくなかった。受験者

の多くは、関連する裁判例（前掲の知財高決平成26年5月16日判時2224号146頁等【アップル対サムスン事件】）をほとんど学習していなかったのではないかと推察される。確かに、それ自体が先端的といわれる法分野である特許法の中でも、特に先端的な論点を扱った裁判例ではあるが、FRAND宣言特許の行使については国際的にも大きな議論を呼んでいるだけでなく、我が国では知財高裁のいわゆる大合議部の判断が下されており、しかもそれは以降の標準的な判例教材にも掲載されているのであるから、少なくとも問題の所在と裁判例の立場を正確に理解していることが望まれる。

また、上記裁判例の立場に従う場合には、差止請求と損害賠償請求を区別して論じる必要があるが、これらを区別せずに結論を導いている答案が一部認められた。他方で、両者を区別した上で、さらに、Xが本件宣言に基づくライセンスを受ける意思があるかどうかについても言及し、それぞれを場合分けし、理由を付した上で結論を示すことができている答案は、極めて高く評価することができた。さらに、損害賠償請求については、ほとんどの答案が、本件条件でのライセンス料相当額の範囲内の損害賠償請求が認められることを指摘するにとどまり、この場合であっても著しく不公正であると認められるなどの特段の事情があるときには請求できないことについて触れられた答案はほとんどなく、また、本件条件でのライセンス料相当額を超える損害賠償請求が阻まれる論拠について触れられた答案も稀であった。

なお、たとえ裁判例の見解とは異なっても、例えば特許権者Wによる本件宣言（申込み）と、それを前提としたXによるLの製造販売（承諾）により、特許権Pのライセンス契約が成立している等、根拠を示して特許権行使の可否を論じた答案については、一定の評価を与えた。他方で、本件宣言がなされていることから、当然に権利行使が全てできないとの結論のみを示す答案も一部存在したが、取り分け裁判例と異なる法律構成を採る場合には、そのように解すべき理由についても述べるべきである。

(2) 第2問

ア 設問1

ほとんどの答案は漫画Qの二次的著作物性に言及できていたが、小説Pに著作物性が認められること、甲はあくまでもPの著作者（すなわちQの原著作物の著作者）として丙に対して権利行使すること、丙がPの創作的表現を利用していないことをきちんと説明した上で論述を展開するのではなく、いきなり二次的著作物の部分利用に係る原著作物の著作権の効力に係る論点を展開する答案が散見された。根拠となる条文をこまめに摘示するとともに、自己の答案の論理構成が明確に伝わるように論を進めるべきである。

また、甲は、丙による肖像画R1の販売行為の差止めを求めているのであるから、譲渡権の侵害要件の充足を前提として論じるべきであるが、当該著作権が問題となる点に気が付かない答案も散見された。侵害論を検討するに際しては、対象となる権利が何かをまず明確に把握することが重要である。

原著作物の譲渡権の侵害が成立するためには、二次的著作物におけるその利用部分において原著作物の創作的表現が感得されることを必ずしも要しないとの見解を採るに当たり、（前掲の東京高判平成12年3月30日判時1726号162頁【キャンディ・キャンディ事件】が示した）原著作物の創作性を引き継ぐ要素と二次的著作物の著作者の創作性のみが発揮されている要素の区別はしばしば困難であるという根拠に依拠する答案が多く見られたが、本問の事案は両要素の区別が容易な設例であるにもかかわらず、上記の理由のみを挙げて漫然と甲が差止請求できるとの結論を導いている答案があった。

本設問が、著作権法第28条にいう「同一の種類の特許」の解釈問題であることを明示した答案は少なく、さらに、「異なる意見」にも留意することが要求されているにもかかわらず、単に解釈上の争いがあることを指摘するのみで、自説についてだけ言及する答案も少なくなかつ

た。本設問では、反対説を意識しつつ自説のための理由付けを行うことが求められているのであるから、反対説の根拠にも言及した上で、それに反論を試みるべきであろう。

なお、一部の答案に、R 1は二次的著作物ではなく、別の独立した絵画の著作物であるとして、または、キャラクターには著作物性がないとして、甲の請求を否定するものがあった。

条文の形式的な摘示を誤る答案も散見された（例えば、同法「26条の2第1項」と記載すべきところ、単に「26条の2」と記載している（項数の記載がない）答案や「26の2条」などと記載している答案、同法「2条1項11号」と記載すべきところ、「2条11項」「2条11号」「2条1項10号」などと記載している答案）。

イ 設問2

多くの答案が、美術の著作物等の展示に伴う複製等に係る著作権制限規定（同法第47条）や美術の著作物等の譲渡等の申出に伴う複製等に係る著作権制限規定（同法第47条の2）に基づく反論を試みていた（その中には適法引用について全く触れないものもあった）。同法第47条によって許容されるのは、美術の著作物等の原作品による展示に伴う小冊子等への複製・上映・公衆送信であり、本設問の事案における鑑定証書のように、観覧者とは関係なく作成され、原作品とともに流通するもののために行われる複製は、本条と直接関係しない。また、同法第47条の2は、オークション等に対応した規定であり、本条によって許容される複製・公衆送信は、譲渡等の申出の用に供する目的で行われ、かつ政令で定める措置（著作権法施行令第7条の2、著作権法施行規則第4条の2）を講じたものに限定されることに注意しなければならない。

本設問で問題となっているのはSの譲渡であるところ、肖像画R2と鑑定証書Sとの峻別ができておらず、消尽法理に言及する答案が見られた。同法理の基本的な理解を欠いていると思われる。

丁が適法引用（同法第32条第1項）を主張するためには、R2は「公表」された著作物でなければならないが、当該要件に言及できている答案はあまり多くなかった。条文上の要件であるから、論述において言及することが求められる。また、R2が「公表」された著作物であることを言及する答案においても、根拠条文（同法第4条第4項、同法第45条第1項）とともにその点を指摘できた答案はほとんどなかった。

引用する側の著作物性の要否について言及した答案は少なかった。一方で、少数ではあるが、Sが著作物性を有しないことを指摘した上で、この点を検討した答案も見られたところであり、それらは高く評価することができた。

大半の答案が前掲の最判昭和55年3月28日民集34巻3号244頁【モンタージュ写真事件】に示された二要件に触れており、現行法におけるその条文上の位置付けにも言及できている答案は多かった。一方で、当該二要件に触れずに、条文の文言に直截に依拠して判断する立場を採る答案も、一定数見られた。ただ、いずれにしても、丁寧な当てはめを行っている答案は多いとはいえ、単に事実のみを羅列して、どの要件についての検討を行っているのか分からない答案も散見された。

極めて多くの答案が、鑑定証書に対象絵画のコピーを張り付けることが丁の同業者の間でほとんど行われていなかったという事実をもって、端的に公正慣行の要件を充足しないと結論付けていた。しかし、条文の当該文言を重視しすぎると、新しく登場した引用方法については常に引用の抗弁が成立せず、著作権者の権利行使によって慣行自体の形成が妨げられることになりかねない。少なくない裁判例や学説が当該文言を柔軟に解釈していることに鑑みれば、この点についてもう少し深い考察を展開してほしかったところである。一方で、少数ではあるが、同要件について、社会通念の観点から合理的か否かで判断する立場にも言及してこの点を検討した答案も見られたところであり、それらは高く評価することができた。

同法第47条の7に言及した答案は多くなかった。乙は、譲渡の差止めを請求しているの

あるから、譲渡を許容する明文規定を指摘すべきであろう。

ウ 設問3

乙の請求に係る支分権の特定（公衆送信権）と関連条文の摘示において不十分な答案が目立った。例えば、同法「23条1項」と記載すべきところ、単に「23条」とのみ記載する（項数の記載がない）答案が散見された（同条第2項は伝達権に係る規定であるため、項数を明記する必要がある）。

大半の答案においては、物理的な公衆送信の主体が第三者であるため、戊に侵害主体性が認められるか否かが問題となることが指摘できていた。戊の侵害主体性を判断するために定立された規範は様々であったが、比較的多くの答案においては、本設問の事案から重要事実を拾い、それらを定立した規範に当てはめる努力が行われていたと評価できる。一方で、どのような規範に基づいて戊の侵害主体性を判断すべきかを示さずに、単に結論のみを示した答案も少なくなかった。また、本設問に示された事実をただ列挙するのみで、それらがどのように侵害主体性の判断において考慮されたかについて言及しない答案も散見された。

戊が最終的な送信停止の権限を有している事実及び僅かながら利益を得ている事実のみを拾って、戊の侵害主体性を直ちに肯定する答案も一定数見られたが、このような解釈を採用すると、電子掲示板の運営者は著作権を侵害する投稿の有無を常時監視しなければならなくなり、掲示板の規模が大きくなればなるほどそれが困難になって、掲示板の運営自体が不可能になってしまう。そのため、これらの答案は、本設問が要求する「戊が運営する掲示板は、著作権を侵害しない用途にも使用され得るものであることに留意」したものとすることができず、低い評価を免れなかった。

電子掲示板の運営者に過度な負担を強いることなくその侵害主体性を判断するための規範としては、例えば、著作権を侵害する投稿があった時点ではなく、運営者が当該投稿を不当に放置していると評価できるようになった時点ではじめて侵害主体性を肯定するといったものがあり得よう（東京高判平成17年3月3日判時1893号126頁【2ちゃんねる事件】）。少数ではあるが、このような立場に立って規範を定立し、乙が送付した内容証明郵便を戊が閲読した後も3週間特段の是正措置を採らなかった事実を拾い上げて、これに当てはめる努力をしていた答案も見られたところであり、それらは高く評価することができた。

4 今後の出題

出題方針について変更すべき点は特にない。今後も、特許法及び著作権法を中心として、条文、裁判例及び学説の正確な理解に基づく、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

本年は、基本的な論点に関する知識、論理的思考力及び論述力を問うとともに、問題文に記載された事実を丁寧に拾い上げた上で、事案に則した個別具体的な解決策を導く力を問う出題を心掛けた。しかし、論点の内容についてはそれなりに記載されていても、実務において重視される事実関係の把握・分析が不十分と思われる答案が少なくなかった。

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が不十分な答案が目についた。その原因は、第1問が、例年出題される特許権の侵害をめぐる攻防以外の論点や、やや先端的な論点を扱っていたためであるかもしれないが、特許法上の重要論点は、侵害に関するものにとどまるものではないのであるから、法科大学院には、引き続き、基本的な論点を偏りなく学ぶことの重要性を意識した教育を行うことが期待される。

また、判例や判断基準を示す裁判例があるにもかかわらず、それを念頭に置かず論じていると見られる答案も散見されたが、飽くまで法科大学院は実務家を養成する教育機関なのであるから、

重要と目される判例や裁判例，少なくとも最高裁と知財高裁大合議部の判断については，先例性の観点から一定の重点を置いた教育が行われることが望ましい。

なお，関連条文を摘示せずに論を展開する答案も見られたが，条文を前提とした解釈が基本であるから，法科大学院においては，引き続き，実務における条文の重要性を意識した教育が行われることを望みたい。

令和2年司法試験の採点実感（労働法）

1 出題の趣旨、狙い等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

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

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

なお、答案の中には、極めて小さな文字で書かれてあるものや、非常に乱雑で文字の判読が困難なものもあった。文字の巧拙が得点そのものを左右するわけではないが、相手に伝えるために書くものであることを意識し、できるだけはっきりとした読みやすい文字で丁寧に答案を作成することを強く望みたい。

3 採点実感等

(1) 第1問について

本問は、時間外労働に対する割増賃金を基本給に組み入れて支払う旨の約定がある雇用契約が締結されている場合における割増賃金請求の可否（設問1）及びそのような約定がある雇用契約の締結により割増賃金請求権が放棄されたとの主張の可否（設問2）について、関連する法規及び判例が示す規範等に照らし、事例に示された具体的事実を的確に当てはめつつ検討することを求めるものである。

設問1では、時間外労働等に対する割増賃金の支払義務を定める労働基準法第37条第1項の趣旨を踏まえつつ、割増賃金について同項所定の計算式によらずに基本給に組み入れて支払う旨の約定は適法か否か等を論じることが期待されたが、その出発点として同項の趣旨を正確に示すことができた答案は多くなく、そもそも同項に触れることなく私的自治の原則（契約自由の原則）や労働契約法の合意の原則等に関する論述を全面的に展開し、労働基準法の論点に全く触れない、あるいは部分的にしか触れていない答案も少なからず見られた。

本件約定の適法性の検討においては、関連する諸判例（高知県観光事件・最判平成6年6月13日集民172号673頁、テックジャパン事件・最判平成24年3月8日集民240号121頁）が示す規範の内容の正確な理解が必要となる。判例は、支払われる割増賃金が労働基準法第37条第1項所定の計算方法により算定された額を下回らない限り、これを基本給に組み入れて支払う旨の約定も適法とし、その前提として、通常の労働時間の賃金に当たる部分と時間外労働に対する割増賃金に当たる部分を判別できることが必要としているところ、多くの答案が、「判別できること」が必要とされることを言及するにとどまり、判別可能性が求められる理由や、判別された割増賃金に当たる部分が法所定の計算方法により算定された額を下回らないことが求められることについてまで正確に論じることができた答案は、多くなかった。

また、前記の判別可能性があるかどうかについての具体的な当てはめにおいては、事例に示された事情をそのままなぞるにとどまり、分析や評価を何ら加えていない答案や、単に「割増賃金

部分を判別することができない」との結論的な指摘をするにとどまるものが多かった。当てはめにおいてどのような事情の存否が法的な評価、判断につながるのかを記述していないものは、答案に記載した規範の内容を十分に理解し論述しているとは言い難いであろう。

設問2では、比較的多くの答案が、賃金全額払いの原則（労働基準法第24条第1項）に言及しつつ、賃金債権放棄の意思表示が有効となる要件として、当該意思表示が労働者の自由な意思に基づくものであると認められる合理的な理由が客観的に存在することを挙げており、それらの答案については、判例法理（シンガー・ソーイング・メシーン事件・最判昭和48年1月19日民集27巻1号27頁）に関する一定の理解がうかがわれる点で、相応の評価を与えた。他方で、本問におけるY社の反論を民法の債権放棄一般の問題として論じ、前記の賃金全額払いの原則に全く触れていない答案も散見されたのは残念であった。

前記の判例法理への当てはめにおいては、事例に示された諸事情の中から、労働者の自由な意思に基づくものであると認めるに足りる「合理的な」理由が「客観的に」存在するかどうかの判断に資する事情を的確に取り上げて評価し、説得的に論じることが求められたが、基本給が比較的高額であると労働者が評価していたことや140時間から180時間の範囲内で自分の勤務時間を適宜調整する柔軟性があると労働者が考えたことなど、契約時の労働者の主観的認識をそのまま挙げるにとどまり、そのような理由の合理性を基礎付け得る事情が、労働者の印象にとどまらず、客観的にも存在していたのかについて意識的に分析・検討できていた答案は多くなかった。一部には、「Xは本件約定が付された雇用契約を締結したのだから当然賃金債権放棄の意思があった」などと本件約定から表面的に結論付ける答案も見られた。Y社における実際の繁忙状況やXが契約時にそれを知り得たかどうかなどの点に着目し、主観にとどまらない状況の分析ができていた答案は、相対的に高く評価された。

設問1、2を通じて、判例が示す規範の趣旨とそれが導かれる理由の正しい理解を前提に、問題文を丁寧に読み込み、出題意図を正しく理解して解答している答案は、比較的高い評価を得た。その一方で、出題意図をよく考えた上で解答に取り掛かる姿勢に欠ける答案が少なからず見受けられたのは、残念であった。

(2) 第2問について

本問は、いわゆる地域合同労働組合からの団体交渉申入れに使用者が応じないという不当労働行為の事案について、考えられる法的救済の内容及びその法的根拠、それらの法的救済をなし得る機関、並びに救済内容に係る論点を検討した上で（設問1）、それらの救済の可否、すなわち不当労働行為の成否について、事例に則して具体的に検討することを求めるものである（設問2）。

設問1では、ほとんどの答案が、救済機関として労働委員会と裁判所があることを指摘することができていたが、法的救済を求める根拠として労働組合法第7条第2号（団交拒否）のみならず同条第3号（支配介入）をも挙げることはできていたものは、少数にとどまった。また、多くの答案が、求め得る救済の内容として労働委員会による使用者に対する誠実団交応諾命令及び裁判所による団体交渉を求め得る地位の確認を指摘していたが、労働委員会によるポストノーティス命令及び裁判所による損害賠償の判決を指摘することができたものはさほど多くなく、救済の内容について検討すべき論点（裁判所における団体交渉請求の可否、救済内容に関する労働委員会の裁量権の存否等）を的確に指摘して論述できた答案は少なかった。救済機関としての労働委員会と裁判所の異同について、その理論的根拠（不当労働行為制度の趣旨）に立ち返りながら考察し論じた答案は、高く評価した。

設問2では、答案の多くが労働委員会と裁判所において不当労働行為の成否に関する判断は同一のものになるという前提に立って論述していたが、その理論的根拠、すなわち労働委員会には不当労働行為の成否の判断について裁量（要件裁量）は認められないという判例の解釈（寿建築研究所事件・最判昭和53年11月24日集民125号709頁参照）に言及している答案は少数であった。

本問の事例において不当労働行為の成否に関して論ずべき三つのポイント（㉔労働組合が組合員名簿を提出しないことは団交拒否の正当な理由となるか、㉕当該従業員が社内の労働組合と社外の労働組合に二重に加入していることは団交拒否の正当な理由となるか、㉖会社の課長職である当該組合員は使用者の利益代表者に該当するか）については、ほとんどの答案が取り上げており、指摘することができた論点の多寡によって大きな差が生じることはなかったが、各論点の理論的な分析と論述の精粗により答案の優劣が分かれた。

㉔については、組合員名簿の提出を求めること自体がプライバシーの侵害や支配介入に当たり、提出に応じないことは団交拒否の正当理由になり得ないと断じるような慎重さに欠ける答案もあったが、団体交渉事項が何であるかによっては、団体交渉を求めてきた労働組合に誰が何人所属しているかを使用者側において確認することが必要となることを理解し、組合員名簿の不提出が団交拒否の正当理由になり得ることを論じていた答案も少なくなかった。もっとも、使用者側が団体交渉に応じるかどうかを判断するためとして当該団体交渉を求める労働組合の組合員を特定し、あるいは特定しようとする事自体が、場合によっては新たな不当労働行為を惹起するおそれを生じさせ得ることを的確に指摘することができた答案はごく少数であった。

㉕については、地域合同労働組合が団体交渉を求める事項について社内の労働組合が「解決済み」としていることのみを取り上げ、団交拒否の正当理由の存否について結論を導いたものが多く、二重交渉のおそれがあることがなぜ団交拒否の正当理由になり得るのかを理論的に掘り下げて論述した答案は少なかった。複数組合主義や中立保持義務などの一般原則を援用する答案も少なくなかったが、これらの原則から二重交渉問題について直接結論を導くことができるわけではない。自らの論証に欠落や飛躍がないか、客観的な目で見ると推敲を重ねる基本的な姿勢が求められる。

㉖の利益代表者性（労働組合法第2条ただし書第1号）の点については、趣旨の異なる労働基準法第41条第2号の管理監督者性との違いを十分に理解せず、あるいはその違いを意識せず、これらを混同して論述している答案が多く見られたことは、残念であった。また、この点の判断の当てはめとして、直接の人事権限の有無については適切に事実関係を拾い上げることができているものの、機密事項への接触の有無については十分に論及できていない答案が少なくなかった。基本的な概念については、類似の概念との異同に着目しつつ、その意味内容と外延を正確に理解しておくことが肝要である。利益代表者性と管理監督者性の区別を明確に意識し、労働組合法第2条ただし書第1号の趣旨と条文の構造に沿った論証ができている答案には、相対的に高い評価を与えた。

設問1、2を通じて、基本的な論点について正確な知識と理解に基づき、設問に則して丁寧に論述することができたものは、十分に合格水準に達する答案となっていた。さらに、各論点について、法の趣旨に立ち返った理論的な考察を行い、それに基づいて適切に結論を導くことができている答案は、より高い評価を得た。

本問では、確立した判例法理が存在するわけではなく、多くの受験者にとって初見と思われる論点も織り込み、未知の問題に対応する柔軟な思考・適応能力を問うた。そうした論点に対しても、問題の所在やその核心を理論的に正しく理解し、それに照らした丁寧な論述ができたかどうかにより、答案の優劣が分かれた。未知の論点について深い考察と正確な論証が示された答案は、基本的な論点についても本質を捉えた正確な論証が示されている傾向にあった。単に確立された判例の規範や通説とされる見解に基づく規範を形式的に暗記し、そこに事実を機械的に当てはめることに終始したのでは、応用力は養われない。そうした規範が判例として確立され、あるいは学説として支持される背景にある理論的基盤や法の趣旨についての理解を深め、そうした理解に基づいて、未知の問題に対しても理論的な考察と丁寧な論述をすることができる能力を着実に養うように努めてほしい。

4 答案の評価

「優秀」の水準にあると認められる答案とは、出題の趣旨を正確かつ深く把握し、言及を要する論点をほぼ漏れなく論じ、法令や判例の趣旨・射程の正確な理解に基づく的確な規範定立と緻密な事実の評価・当てはめを行い、全体として論理に飛躍や無理のない説得的な論述を行っていると思われる答案である。

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

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

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

5 今後の出題

出題方針について変更すべき点は特になく、今後も、法令、判例及び学説に関する正確な理解に基づき、事例を的確に分析し、必要な論点を抽出した上で自己の法的見解の論証を正確かつ説得的に展開し、事例の中から有意な事実を過不足なく拾い上げて当てはめることによって、妥当な結論を導くという、法律実務家に求められる基本的な能力及び素養を試す出題を継続することとしたい。従来と同様に、労働契約法、労働基準法を中心とする個別法分野と労働組合法を中心とする集団法分野のバランスにも配慮する予定である。

6 今後の法科大学院教育に求めるもの

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

1 出題の趣旨について

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

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否かに重点を置いた。

3 採点実感等

【第1問】は、土壤汚染対策法（以下「土対法」という。）のうち、土壤汚染の調査の契機に係る同法第3条以下の制度に関する理解と、汚染が発見された場合の法的取扱いについての理解等を問うものである。【第2問】は、自然公園法に基づく特別地域制度の趣旨や目的に関する基礎的理解を確認し、複雑な法令の適用能力とその過程を論理的に説明する能力を試す趣旨のものである。いずれも、条文及び参考資料を読みこなすことができれば、対応可能な内容であったと考える。

【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、〔設問1〕で、土対法の定める汚染調査の契機を定める同法第3条、同法第4条につき、さらに〔設問2〕では、同法第5条による健康被害が生じるおそれがある場合の土壤汚染調査・報告の命令制度、及びこれらによって汚染が発見された場合の同法第6条、同法第7条の発動等を問うものである。また〔設問3〕は、民法等による近隣住民への救済に関する検討を求めるものである。

〔設問1〕のうち（小問1）については、ほとんどの答案が土対法第3条第1項本文の定める調査・報告の義務について答えていた。しかし、調査の客観性確保のために指定調査機関に調査させるべきことを記載した答案は半数に満たなかった。なお、知事からの通知は、土地所有者等以外の者が施設を設置していた場合にのみ行われることを見落としと考えられる答案があった。また、本問の設例につき、同項ただし書適用と土対法汚染対策法施行規則（以下「土対法施行規則」という。）第16条第3項第1号該当の可能性があることについては、ほとんどの答案が言及していた。（小問2）については、同法第3条の手続の履行の有無を問わず、一定規模以上の土地形質変更行為については同法第4条第1項の適用があること、土対法施行規則第22条ただし書によって規模要件について特例が適用されることについては、ほとんどの答案が触れていたが、同法第4条第1項第2号、土対法施行規則第25条第1号の適用除外には該当しないことに言及しない答案が相当数みられた。また、要措置区域等への指定という前提を欠くにもかかわらず、同法第16条の汚染土壌の搬出について記載する答案も散見された。

〔設問2〕については、有害物質使用施設跡地でなくとも、人の健康に係る被害が生ずるおそれがあるものとして政令の定める基準に該当する土地は、土対法第5条第1項の知事の調査命令の対象となることから、土対法汚染対策法施行令（以下「土対法施行令」という。）第3条該当性の検討を求めている。ここでもほとんどの答案が同法第5条の調査・報告命令の対象としての該当性があることに触れていたが、命令発出の要件である土対法施行令にまで触れた答案は半数に満たなかった。また、土対法施行令第3条第1号口によれば、地下水汚染の事実が確認できるこ

とを前提として命令を発出できることとしているが、この点にまで触れた答案はごく僅かであった。さらに、本問では、同法第5条発動の後、なされた報告に基づき知事による同法第6条による要措置区域指定等や同法第7条による汚染除去等計画の策定及びその実施措置実行の義務付け等について解答することを期待しているが、この点にまで言及した答案は、4割程度であった。

〔設問3〕については、まずは差止請求の可能性の検討を求めている。大多数の答案がこの点につき言及しており、さらに、差止請求権の根拠にも触れていた。ただ、それに加えて具体的要件の検討に及んだ答案は6割程度であり、さらに本問では差止請求が抽象的差止請求とならざるを得ず、この点に問題が残ることに言及した答案は2割程度であった。また、本問の設例につき、4割強の答案が損害賠償請求の可能性について触れているが、いかなる損害が賠償の対象となり得るかを検討した答案はさらにその半分であった。なお、ごく少数ではあるが、実損害を考慮することが困難であるため賠償請求は否定に解されるとした答案があった。

(2) 出題の意図と実際の解答に差異がある原因として考えられること

〔設問1〕は、条文や参考資料を読めば何らかの解答ができる設問であるが、土対法の制度趣旨を十分に理解している答案と、そうでない答案との間で、どの点をどこまで答案に記載すべきかの選択に相違が生じたと考えられる。また、参考資料として掲げられた政令や省令を読みこなせば比較的容易に正解を得られる設問であることからすれば、限られた時間内に参考資料を読みこなす能力の有無が解答の優劣の差異を生んだものと考えられる。

〔設問2〕は、土対法第6条、同法第7条の発動なしには現実の問題への法的措置としての効果を期待できないと考えられるにもかかわらず、同法第5条の適用のみで終わった答案が多数であったことは課題解決のために環境法規を適用するという法曹の役割を考えるとときにはやや残念な結果であった。また、同条第1項、土対法施行令第3条は要件が抽象的であるため、その該当性は慎重な検討を要する上、次の設問3にも共通することであるが、本問の設例は、「新聞報道によって市民が不安を感じている」とするにとどめており、これが実際に公的機関による検証を経た汚染の事実関係であると考えることが可能かどうかはなお検討の余地を残していたにもかかわらず、当然に地下水汚染が発生したものとして解答する答案が相当数見られた。これは、問題文の設例を注意深く読みこなし、適切な事実摘示を行うことができたか、法律要件の該当性を慎重に検討することができたかどうかによる答案の差異であると考えられる。

〔設問3〕は、時間の制約のためか、簡単な記述にとどまる答案が少なくなかったが、差止請求については、差止めの請求内容が何かを考えないままに記載されたと考えざるを得ない答案が相当多かった。さらに、民法第709条に基づく損害賠償について触れた答案についていえば、本問の設例では損害発生の有無が判然としていないにもかかわらず、何が同条でいう損害であるかを考えないまま記載しているとしかいえない答案が少なからず見受けられた。民法の基本についての理解が、環境法の試験であっても求められるところというべきである。

(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から設問3までの各問について、バランスよく答えており、設問1については、土対法第3条第1項本文、同項ただし書、同法第4条の関係をよく把握して設例に当てはめており、設問2については、同法第5条の適用要件を参考資料をも踏まえて示し本問への適用の可否を論じ、かつその後の同法第6条、同法第7条の適用にまで示している。また、設問3については、差止請求権の根拠のみならず要件を吟味し、かつ抽象的差止請求の可否にまで論述し、さらに損害賠償請求についてその対象となり得る損害についても論じている(結論は可否いずれかを問わない)。「良好」な答案のイメージは、優秀な答案に比してその程度がやや劣り、いくつかの論点の脱落はあるものの、設問1ないし3について全て解答しているものである。「一応の水準」の答案は、各設問に一応答えてはいるものの、設問への解答に粗密が見受

けられるものである。「不良」な答案のイメージは、設問の全てに答えることなく、また設問によっては条文や参考資料を過剰に引用した記述をするなど、答案としてのバランスを欠いているものである。

【第2問について】

(1) 出題の意図に即した答案の存否，多寡

ア 「設問1」について

大半の答案は、条文（自然公園法第20条第3項，同法第33条第1項）を挙げて、所定の行為につき特別地域では原則許可制，普通地域では原則届出制となっていること，そのような差異を設けている趣旨として自然の風景や動植物等の保護の必要性の違いがあることを説明する内容であった。基本書等でも説明されている事項であり，自然公園法の趣旨目的についての一定の理解は得られているようである。もっとも，要保護性の差にとどまらず，自然公園法が，風致の維持と私的財産権の調和をも求めていること（同法第4条参照）に明示的に言及する答案は多くなかった。また，特別地域の中でも，さらに特別保護地区，第一種特別地域，第二種特別地域及び第三種特別地域の区分を設けて，必要性の程度に応じたきめ細やかな規制を行っているところ，[設問2]の参照資料には，自然公園法施行規則第9条の2も挙げられているのであるから，この点にも気付いて触れてほしかったところである。

なお，自然公園法の条文から，特別地域と普通地域との間の差異として発見できたものを片端から列挙することに終始する答案も散見されたが，そのような答案が題意に沿うものではないことは理解し得るはずである。

イ 「設問2」について

本来であれば，自然公園法施行規則第11条各項をはじめ，関連する条文を全部読み通し，本件に当てはめる作業が必要になるところ，それらの規定は極めて複雑で難解な内容であり，本件に関係する部分を抽出するだけでも相当な困難を伴う。そこで，試験における時間や紙幅の制約に鑑み，あらかじめ検討すべき項目のみを参照資料に抜粋して提供した。にもかかわらず，法令の誤読が多く見られたことは残念である。特に，「Aの計画する建物は，上記の「前各項の規定の適用を受ける建築物」に該当しないものとする。」という注に惑わされたのであろうか，本件に同条第6項は適用がないとする答案は，誤読の中でも致命的なものと言わざるを得ない。同項の適用対象は，「前各項の規定の適用を受ける建築物の新築，改築又は増築以外の建築物の新築，改築又は増築」である。

本設問の事例については，特別地域内における工作物の新築又は改築として許可制の対象となるところ（自然公園法第20条第3項第1号），自然公園法施行規則第11条第6項本文の許可基準による限り，同項が準用する同条第1項第2号に抵触し，不許可が見込まれる。しかしながら，Aの計画する建物の建築が「既存建築物の改築等」に該当し，かつ，同条第1項第5号に適合する場合（同条第2項ただし書）には，同条第6項ただし書により，同項本文の適用を免れるが，その場合も，同条第37項の基準は充足する必要がある。以上が，参照資料の法令に照らした検討により到達すべき論理の流れの骨格である。しかしながら，大半の答案は，論理的構成のないまま，単に参照資料の条文を挙げられた順に検討するにとどまった。参照資料では末尾近くに抜粋されている同条第1項第2号に，本事例の検討における終盤になって初めて言及するような答案などは，論理的構成を欠く答案の典型例である。

また，本設問の事例に挙げられた諸事情に照らすと，Aの計画が「既存建築物の改築等」に該当するか否かについては，様々な考察が可能である。出題者としては，問題文から読み取れる事情を解答者なりに分析し，「既存建築物の改築等」該当性につき自由闊達な検討が加えられることを期待した。こうした出題意図に沿って，個別事情の当てはめを丹念に行い，説得的に論ずることのできた答案も一定数存在したものの，時間の制約もあつてか，法令の検討には

成功した答案であっても、この点については淡泊な論述にとどまるものが多数を占めた。

ウ [設問3] について

損失補償の可否と、可能な場合の補償の範囲につき、いかなる結論であれ、裁判例や学説を踏まえ、本設問の事例に当てはめて論理的に説明する解答を期待した。本設問の事例に照らしてその可否を説得的に論じた答案も一定数存在したが、時間の制約もあってか、大半は自然公園法第64条第1項を挙げて損失補償を請求する途があることを指摘するにとどまった。また、損失補償を可とした答案の中でも、さらに補償対象となる損失の範囲まで論じたものは少数であった。学説や裁判例に言及する答案も多くはなかった。

なお、不許可処分の取消訴訟を挙げる答案もあったが、本設問は「ホテルCの建築が認められない場合」の救済を論じることを求めるものであって、「ホテルCの建築が認められない場合」という前提を覆す方法を論じることは題意に沿わない。許可処分の義務付け訴訟を単体で挙げるもの、国家賠償請求訴訟を挙げるものも、題意に沿わない点は同様であるし、解答内容としても疑問がある。

(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

ア [設問1] について

出題の意図にある程度沿った解答が大半を占めたが、自然公園法に基づく規制に伴う利害対立の本質を捉えきれていないのか、財産権の尊重というキーワードに言及するものが非常に少なかったのは意外であった。

イ [設問2] について

法律家の問題解決は、事実を法令に当てはめ、争点を把握することがスタートになる。[設問2] については、この事例における最大の争点は何なのかを的確に把握して論述することができたか否かが、解答の質を大きく左右したと思われる。法令の誤読によりこの点を見誤った答案が目についたことは、実に残念な結果である。

また、法律家にとって、法令の解釈能力はもちろんのこと、的確な事実認定とその評価も同様に重要である。本設問の事例についても、問題文から読み取ることのできる事実関係を拾い上げ、多角的に分析することが不可欠であるが、その点に力を入れて深く考察する答案は、残念ながら多くはなかった。

ウ [設問3] について

時間的制約の中で不十分な解答に終わったものも多かったと思われるが、憲法における重要論点でもある損失補償について、主要な学説や裁判例への言及があまり見られないのは残念であった。損失補償という四文字に思い至らない答案も相当数存在した。選択科目までカバーするのは大変であろうが、基本書をベースに学説や判例を学ぶという地道な学習を重ねるよりほかあるまい。

(3) 各水準の答案のイメージ

ア [設問1] について

それほど差は付かなかった設問であるが、規制手法や内容の違いとして、特別地域については自然公園法第20条第3項各号所定の行為につき原則として許可制が採られ、さらに保護の必要性に応じて特別保護地区、第一種特別地域、第二種特別地域及び第三種特別地域に区分されていること、普通地域については同法第33条第1項各号所定の行為につき原則として届出制が採られていることを挙げた上で、自然公園法が自然保護とともにその利用増進を図ることを目的としており（同法第1条）、財産権の尊重（同法第4条）をも謳っていることから、要保護性の差異に応じ規制に強弱を設けていることを説得的に論ずるものを、「優秀」な答案と評価した。これに準じる内容でありながらも、特別地域内における特別保護地区等の区分へ

の言及を欠くもの、あるいは規制の差異を設ける根拠として財産権の尊重という自然公園法の要請にまでは言及できていないものなどが、「良好」な答案あるいは「一応の水準」の答案のイメージであり、答案の大半を占めた。特別地域と普通地域における規制等の差異を列挙するだけの答案は、「不良」との評価を免れない。

イ 「設問2」について

参照資料の法令を的確に理解した上で、Aの計画が「既存建築物の改築等」に該当するか否かが主要な争点になることを意識しつつ、問題文に現れた個別事情につき多角的に考察し、許可、不許可いずれの結論であれ、説得力をもって一定の見通しを論じるものを「優秀」な答案と評価した。争点は把握した上で一定の結論を導くものの、本事例における個別事情の当てはめにおいて淡泊な論述にとどまるものが「良好」な答案、争点を意識せず論理的構成なしに参照資料の法令への機械的な当てはめを行うものが「一応の水準」にある答案、法令の誤読等により真に検討すべき事項に論及しないものが「不良」な答案のイメージである。

ウ 「設問3」について

救済手段として自然公園法第64条第1項に基づく損失補償を挙げた上で、Aの損失が補償の対象となり得るか否か、補償の対象になるとした場合にその範囲はどうなるかにつき、本事例に即した事実の当てはめと、学説や裁判例も踏まえた検討を行い、一定の結論を導くものは「優秀」な答案、損失補償は挙げつつも、その可否や範囲に関する理由付けについての論述が薄いものは「良好」な答案、損失補償を救済手段として挙げるのみで、その余の論述が乏しいものは「一定の水準」にある答案、損失補償に言及せず、専ら取消訴訟等について述べるのみものは「不良」な答案のイメージである。

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もの、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

法律家は、法令の適用を通じて課題の解決に貢献することを使命とするのであるから、まずは法令の条文に親しみ、その文言を正確に理解することが肝要である。法令が難解なので誤読したなどという言い訳は通用せず、致命的な過誤ともなりかねない。どの科目においても、日頃の学習の中で、面倒がらずに様々な法令を参照し、丹念に読み込む習慣を身に付けることを強く勧める。また、法律家が事案の解決を図る上で、個別具体的な事実関係への考察は不可欠である。事例問題に取り組む際には、自らが当該事案を担当したつもりで、問題文に現れた事実関係を深く分析し、当事者の主張に真摯に耳を傾ける姿勢で臨んでもらいたい。

環境法を学習する際には、他の科目と同様に、まず、環境法の基本構造と基礎理論を正確に身に付ける必要がある。同時に、環境法は、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当たっても、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。そして、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。

1 出題の趣旨等

既に公表されている出題の趣旨（「令和2年司法試験論文式試験問題出題の趣旨【国際関係法（公法系）科目】」）に記載したとおりである。

2 採点方針

国際関係法（公法系）科目の採点方針は、従来の立場を踏襲し、①国際法の基本的な知識を習得し、かつ、設問に関係する国際法の基本的な概念や規範、特に、関係する主要な多数国間条約の関連規定や国際判例及び国内判例を正確に理解しているか、②各設問の内容を理解し必要な国際法上の論点に触れているか、また、出題されている事例に対する適切な考察がなされているか、③答案の法的構成がしっかりしており、論理的かつ正確な文章で書かれ、適切な理由付けがなされているか、といった点を重視した。

3 採点実感等

第1問は、国家の裁判権免除の概念、絶対免除主義と相対（制限）免除主義の考え方の説明と絶対免除主義から相対（制限）免除主義に国際法規則が移行した背景、相対（制限）免除主義における主権的行為と業務管理的行為の区別の基準、裁判権免除と判決の強制執行の免除の区別に関する基本的知識と理解を問うものである。第2問は、二か国を貫流する河川の利用に関して、環境の保護に関する国家の国際法上の義務、条約の廃棄及び条約の下での義務の履行の停止を正当化する事由並びにこれらの論点に関する国家間の紛争を国際司法裁判所に付託する場合の管轄権の根拠と被告国側が提出し得る抗弁に関する基本的知識と理解を問うものである。いずれも国際法の主要なテーマに関するものであり、全く見当違いの答案は少なかったものの、最低ライン未滿者が存在した。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、国家の裁判権免除の概念及び絶対免除主義の考え方の説明を求め、B国とA国の民間企業であるXとの売買契約書におけるA国の国内裁判所で裁判手続を行う旨の条項の意義を問うものである。論点としては、国家に裁判権免除を認める根拠としての国家の主権平等と主権の尊重、また、国家が主権を行使して行った行為や国家財産には、原則として無条件に国家の裁判権免除が認められるという絶対免除主義の考え方の説明ができるかどうか、裁判権免除の適用に当たっての売買契約書における裁判手続条項の評価を問うものであった。

採点に当たっての全体的な印象としては、いずれの答案も設問の趣旨を十分に理解し、これらの論点について正確に論述できていた。ただし、国家の裁判権免除は、当初から国家主権の当然の論理的帰結として成立していたわけではなく、各国の国内裁判所で認められるようになり、やがて慣習国際法規則となったという経緯についての理解は不足しているように思えた。

設問2は、相対（制限）免除主義の考え方の説明を求め、国際法規則が絶対免除主義から相対（制限）免除主義に移行した背景、相対（制限）免除主義に立つ場合の主権的行為と業務管理的行為の区別の基準、売買契約書における裁判手続条項がB国による裁判権免除の放棄と考えられるかについての国際法上の理解を問うものである。

多くの答案は出題の趣旨を正確に理解し、相対（制限）免除主義についての的確に記述することができていたが、国際法規則が絶対免除主義から相対（制限）免除主義に移行した歴史的背景に言及する答案は少なかった。また、相対（制限）免除主義に立つ場合には、主権的行為と業務管理的行為をいかに区別するかの説明が必要であるが、この点に関して不十分な記述にとどまる答

案が散見された。事例の当てはめについてはおおむねよくできていたが、日本における絶対免除主義から相対（制限）免除主義への判例変更となったパキスタン貸金請求事件の事件名には言及できても、売買契約書における裁判手続条項に免除の放棄の効果を認めた当該判決部分に言及できた答案はほぼ皆無であり、国際公法における判例の勉強の方法を見直す必要があると感じた。他方で、書面による契約で裁判権に明示に同意した場合にも、外国国家は裁判権から免除されないと定めた外国等に対する我が国の民事裁判権に関する法律に言及している答案もあり、その点は評価できた。

設問3は、裁判権免除と判決の強制執行の免除の区別及び国家の主権的公共的財産は強制執行の対象とできないことの理解を問うものである。

多くの答案が設問の趣旨に沿って、裁判権免除と判決の強制執行の免除の区別について解答できていた。答案の中には、2004年に国連総会で採択された「国及びその財産の裁判権からの免除に関する国際連合条約」の関連規定に言及できたものも見られ、勉強の跡がうかがえた。他方、A国内でのB国の銀行口座が外交使節団名義で開設されているという事実関係から、専ら1961年の外交関係に関するウィーン条約における外交特権の枠組みでのみ議論を展開する答案も散見されたが、外交関係に関するウィーン条約でどこまで論じることができるかの見極めも必要であろう。

(2) 第2問

設問1は、民間の会社甲社によるA国の領域内におけるダム及び発電所の建設とその稼働により、B国の領域で河川の水量が大幅に減少し、水質が著しく悪化したことについて、B国がA国のどのような国際法上の義務の違反を主張し得るかを問うものである。

多くの答案が、慣習国際法の下での義務と1975年条約の下での義務を区別し、それぞれについての違反を論じており、出題の趣旨に沿った解答ができていた。慣習国際法に関しては、領域使用の管理責任と環境影響評価の実施の義務が主要な論点となる。若干の答案が相隣関係又は国際河川の上流国の下流国に対する義務を論点として取り上げていた。それらのうち、この義務を問題文の事実に適切に当てはめて論じているものについては、点を与えることとした。

なお、領域使用の管理責任については、多くの答案が、トレイル熔鉱所事件の仲裁判断や人間環境宣言、環境と開発に関するリオ宣言に言及し、この原則を説明できていた。もっとも、いくつかの答案は、領域使用の管理責任について、「自国の管轄又は管理の下における活動が他国の環境に損害を与えないことを確保する責任」と記述していた。本問の限りでは、このように記述しても誤りではないが、一般論として記述する場合、この原則は、「他国の環境」だけでなく、「国の管轄外の区域の環境」に損害を与えないことを確保する責任であることに留意してほしい。また、領域使用の管理責任と環境影響評価の実施の義務は、それぞれが個別の慣習国際法の規則であることにも注意が必要である。

設問2は、B国による「電力の安定供給に関する条約」の廃棄及び同条約の下での義務である電力供給の停止が国際法違反の行為であることを、A国が国際法のどのような規則に基づいて主張できるかを問うものである。

出題の趣旨としては、条約法に関するウィーン条約（以下「条約法条約」という。）の関連規定の下で、B国による「電力の安定供給に関する条約」の廃棄及び電力供給の停止が正当化できるか、という論点だけでなく、対抗措置としてこうした行為が正当化できるかについても論じることを求めていた。

多くの答案で、条約法条約の関連規定を取り上げた解答がなされていたのに対し、対抗措置を論点として取り上げた答案は少なかった。また、対抗措置を取り上げた答案では、条約法条約の関連規定に基づく議論がなされていないものが多かった。これらの二つの観点からの解答が望ましかった。

設問3は、B国が本問に関する紛争を国際司法裁判所に付託する場合の管轄権の根拠、及びA国が提出し得る抗弁を問うものである。

多くの答案が、1975年条約の第19条という紛争解決条項を援用することが可能である点を指摘しており、出題の趣旨を理解していると感じた。

ただし、B国が1975年条約の第19条を管轄権の根拠として、国際紛争を国際司法裁判所に付託する場合、1975年条約の解釈又は適用に関する紛争の存在と、当事者間の交渉によって解決できないという二つの要件が満たされていることを立証しなければならない。この二つの要件のそれぞれを明確に論じている答案が少なかったことは残念であった。また、A国の抗弁についても、これらの二つの要件が重要な意味を持つが、これらを十分に論じた答案も少なかった。

条約の紛争解決条項に基づいて国際紛争が国際司法裁判所に付託される場合、援用される紛争解決条項に規定されている要件が重要な意味を持つ。原告国側は「条約の解釈又は適用に関する紛争」の存在を先例に基づき立証し、及びそれぞれの紛争解決条項に規定されている手続的な要件（本問の場合は、「交渉によって解決できない」こと）が満たされているか否かを、事実に基づいて論証する必要がある。同時に、これらの要件が被告国側の抗弁の根拠となることを意識した解答が望まれるところである。

(3) 答案の水準と評価

第1問、第2問ともに、「優秀」といえる答案は、全ての設問において、設定されている事実関係に関する国際法上の論点を的確に抽出し、関係条文を正確に解釈するとともに、関連する国際法の原則や国際判例等に言及し、各設問に関して説得力のある論述を展開して、適切な結論を導き出しているものであり、答案全体の1割程度であった。「良好」といえる答案は、各設問で必要とされている国際法上の主要な論点の一部を欠いていたり、関係条文や国際法の原則に対する理解が必ずしも十分でなかったりするものであるが、全体としては適切な論述が展開できているもので、全体の約4割がこれに該当した。「一応の水準」の答案は、全ての設問に通り返答しているが、論述の内容が不正確であったり、論拠を示さずに結論だけを記述したりするもので、全体の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関係条文や関連する国際法の原則に対する理解が不足ないし欠いているもので、数は多くないが一定数の答案がこれに該当した。

4 法科大学院教育に求めるもの

法科大学院教育では、国際法に関する基本的な知識と理解をしっかりと身に付けることをまずは目指してもらいたい。特に国連憲章、条約法条約、国際司法裁判所規程等の主要な多数国間条約の関係条文の解釈、国家責任に関する理論や国際司法裁判所の判例等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。

1 出題の趣旨、ねらい等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

採点の方針は、基本的に、例年と同様である。すなわち、関連する分野ごとに基本的な知識を備えているか否か、さらに、基本的論述力を発揮できているか否かといった点が問われている。設問ごとに重点を異にするが、①狭義の国際私法（抵触法）及び国際民事手続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（常に趣旨について論述することが必要だというわけではないが、それがその設問における当該法規範の解釈に影響し得る場合にはその論述が必要である。）、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の理解が曖昧又は欠けていると認められる答案は、「不良」ないし「一応の水準」にとどまった。それらが明瞭に表現されている答案は、「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 採点実感等

(1) 〔第1問〕について

ア 〔設問1〕について

(ア) 〔設問1〕では、理論的にはまず性質決定が問題となろう。ここで問題とされるのは「離婚の方法」といわれる問題であり、それが離婚の実質（法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）第27条）か方式（通則法第34条）か手続かが問題となろう。しかし、性質決定についての結論とその理由の両方が書けていた優秀な答案は残念ながら少なく、通則法第27条によるとの結論のみが書かれているものが多かった（同条によることの理由としては、例えば、離婚の方法が離婚制度の基本に関わるというものが考えられる。）。手続として法廷地法によらしめる答案も少数ながらあったが、その理由ないしこの説における離婚準拠法と法廷地法の役割分担については書けていないものが多かった。通則法第34条によるとの答案もあったが、その理由は書かれておらず、単に「方法」＝「方式」と考えているのではないかと思われた。

(イ) 通則法第27条による場合には、本問に掲げた甲国法の裁判手続を日本の調停手続で代行できるかどうかの問題となる（実体と手続の適応問題）。ここでは日本の調停手続についての基本的な理解の足りない答案が多かったのは残念なことであった。例えば、調停が裁判官の関与なく行われるという誤った認識（家事事件手続法（以下「家事法」という。）第247条、同法第248条ほか参照）を示すものがあった。なお、調停も一種の裁判であるとする立場においては、調停委員会が、当事者間に成立した合意が相当でないとする場合には、調停を成立させないことができると定める家事法第272条第1項本文や、調停調書の記載が確定判決等と同一の効力を有することを定める家事法第268条第1項を根拠として挙げることが考えられる。

それに対して、調停では裁判所の関与がなお弱く、前述の甲国法の裁判手続を代行できな

いとす立場を採った場合には、審判による代行について検討することとなる。審判による代行を認める場合には、合意に相当する審判（家事法第277条）と調停に代わる審判（家事法284条）のいずれによるかについて検討することが望ましい。しかし、この点についても論じている答案は少数であった。もっとも、単に「審判による」とする答案でもその前提や理由が書けていれば「良好」な点数を獲得できるようにしている。

調停によることはできないとする答案のうちで審判に触れずに人事訴訟によるものがあるが、相当数あったのは驚きであった。人事訴訟によるべきだとする説は古くは有力な説であったが、現在では、特に本問のように離婚準拠法が当事者間の合意を尊重する立場である場合には支持されていない。審判が裁判の一種である（家事法第73条参照）との基本的な理解があれば、当然に審判について言及することになるはずであり、それができないようでは「一応の水準」との評価も得られない。なお、そのような答案のうち、訴訟によるもの趣旨で日本民法第770条によっていると述べているものがあり、それ自体は理解できるが、離婚準拠法は甲国法だとしながら離婚原因等の実体の問題についても同条によっていると述べているものもあつた。

- (ウ) 調停の国際裁判管轄権について論じている答案が相当数あつたが、本設問ではXYともに日本に住所を有している事案であり、かつ、設問中で国際裁判管轄権についての検討を求めているわけではないので、これについて触れることは不要である。

また、公序について論じている答案も相当数あつたが、本問では甲国法の裁判離婚を日本のいずれの手続によって代行するかが問題であり、異常な結果の発生は問題にはならないので、これについて触れることは不要である。

イ 「設問2 小問1」について

- (ア) 国際裁判管轄権は手続の問題なので法廷地法によるもの記述が相当数あつた。そのことに誤りはないが、答案としては、明文の規定があるのであれば、まずは、条文の要件の解釈や当てはめを丁寧に行つて結論を述べるのが求められる。法廷地法によることは当然のことであつて、それ自体が条文の解釈適用に影響するものではなく、紙幅も限られていることからすると、必ずしもこれに触れる必要はない（この点は、第2問についても同様である。）。

- (イ) 平成30年の人事訴訟法（以下「人訴法」という。）等の改正を知らず、改正前の判例の枠組みで書いていた答案も散見された。そのような解答では「一応の水準」との評価も得られない。重要な法改正で試験時に施行されているものは学習しておかなければならない。

- (ウ) 本問の離婚請求は人訴法第3条の2第6号に該当するケースであり、この管轄原因のみで日本の裁判所は国際裁判管轄権を有することとなるため、同条第1号ないし第5号に定める管轄原因については、配点していないが、それらに該当しないことについての記述があれば加点事由とすることとした（ただし、複数の管轄原因に該当しないことについて記述したとしても、大幅な加点がされるものではない）。なお、同条第6号に該当することが確認できれば、同条第7号に触れることは不要である。

本問の離婚請求については、人訴法第3条の2第6号への当てはめが問題となるが、当てはめをするに際しては、設問中のどの事実関係が、条文上のどの要件に該当するのかが丁寧に記述することが必要である（同号の要件のうち、「日本国内に住所がある身分関係の当事者の一方からの訴え」について当てはめをしていない答案が少なくなつた）。なお、このように条文の要件への単純な当てはめによって結論が得られる場合には、必ずその趣旨について記述しなければならないというわけではない。もっとも、その趣旨までの確に記述しているものには加点した。

離婚請求については「優秀」と評価される答案が多かつた。

- (エ) 財産分与請求については人訴法第3条の4第2項によるが、これを適用できているものは少数であつた。財産分与が元々審判事項であるとの基本的な理解に乏しく、同項の存在意義が十分に

は理解されていないこともその原因の一つではないかとも推測される。離婚訴訟においては、未成年の子がいる場合には親権者の指定が問題となるほか、実務上、養育費等の子の監護に関する処分や財産分与に関する処分などの審判事項についても申し立てられることは非常に多いので、同条についても勉強してほしい。

- (オ) 慰謝料請求については人訴法第3条の3による（同法第17条によるものもあったが、同条は国際裁判管轄権に関する規定ではない。）。同条の当てはめについては、括弧書きに該当することの確認をしていないものが多数あった。括弧書きなので触れなくてもよいと考えたのかもしれないが、これは本文の例外を定めるものではなく、本文の要件に人事訴訟の当事者間での請求であるとの要件を追加するものである。離婚訴訟では、例えば不貞行為の相手方などの第三者に対する損害賠償請求が併合されることがよくあるが、そのような請求ではなく、人事訴訟の当事者間での請求であることを確かめなければならない。もっとも、括弧書きの当てはめが抜けていても「良好」な点数の獲得は可能である。

なお、離婚自体の精神的苦痛に基づく慰謝料請求は人訴法によるとしながら、個別不法行為（本問では不貞行為）に基づく慰謝料は民事訴訟法（以下「民訴法」という。）によるとする答案も散見された。狭義の国際私法において両者を区別して性質決定するのと同様に考えたのであろう。しかし、ここでは管轄が問題となっているので、訴訟上の請求を単位として考えるべきである。本問では上記のような区別をせずに慰謝料請求という一本の請求がなされている（実務ではこれが普通である。）。管轄に関しては一つの請求についてそのように区別することはできない。

- (カ) 本問の場合、国際裁判管轄権を否定すべき「特別の事情」に該当し得る事実は問題文からはいかがえないので、人訴法第3条の5については必ずしも触れる必要はないが、書かれていればその内容に応じて加点事由の一つとして考慮している。

ウ [設問2 小問2] について

- (ア) 離婚準拠法についてはよくできていた。

- (イ) 財産分与については扶養の問題と性質決定するものも少数あったが、問題文では清算的要素のみが問題となっていることを明示している。問題文をよく読まれたい。

これについては通則法26条説を採るものが多かった。その理由として第三者保護を挙げるものが相当数あった。それが誤りだというわけではないが、本問では離婚する当事者間での離婚給付が問題になっており、第三者の利害には関わらない（なお、婚姻中の財産の帰属については、この問題について同法27条説を採る場合でも、その前提問題として同法第26条による。）。そこで、離婚当事者間の関係に当てはまる理由、例えば、夫婦財産の清算は夫婦財産制が現実の意味を持つ局面であるとか、夫婦財産契約で離婚時の清算についても定めていることがあるといった理由のほうが優れていると思われた。

- (ウ) 慰謝料の全部又は一部を不法行為と性質決定した上で通則法第17条を適用するに際し、不貞行為が行われた地の法によるとするものが若干あったが、それは行動地であろう。同条本文は結果発生地主義を採っており、同条ただし書にも該当しないので、本問では侵害の対象となった婚姻生活の営まれていた地がこれに当たると考えられる。

エ 第1問の全体について

人訴法が民訴法の特別法であること（人訴法第1条のほか、特に国際裁判管轄権につき同法第29条第1項参照）、訴訟事項と審判事項の区別、家事調停の性質、合意に相当する審判（家事法第277条）と調停に代わる審判（家事法第284条）の区別といった人訴法及び家事法の全体構造及び基本的事項についての理解が不十分な者が多いように思われる。これらについては法科大学院教育において十分な時間が掛けられていないことが多いので学習に困難が伴うこともあろうが、ひとり国際私法・国際民事手続法の理解に必要であるのみならず、実務家として人事・家事事件を扱う

ための基本でもあるので、ぜひ勉強してほしい。

(2) [第2問] について

ア [設問1] は、財産関係事件について、被告が外国法人であって日本に主たる営業所等を有していない場合、すなわち民訴法第3条の2の規定に基づく国際裁判管轄権が日本の裁判所に認められない場合において、どのような管轄原因があれば日本の裁判所の国際裁判管轄権が認められるかを問うものであった。

[設問1] では、特に被告の差押可能財産所在地管轄(民訴法第3条の3第3号)の解釈・適用について論ずることが求められていたが、この管轄を指摘できていない答案が一定数あった。

この管轄を指摘していた答案の多くは、民訴法第3条の3第3号括弧書きの「その財産の価額が著しく低いとき」にも言及した上で結論まで示していたが、同号(及び同号括弧書き)の趣旨等に基づく法解釈を行って判断基準を提示した上で結論を導いていた答案は、少数にとどまった。本問において、特許権の評価額が5000万円であることが「その財産の価額が著しく低いとき」に当たるか否かを判断するためには、同号括弧書きの趣旨等を踏まえてその要件を解釈することが必要であるが、このような法解釈が十分でない答案であっても、同号に定める「財産権上の訴え」であることや、「差し押さえることができる被告の財産が日本国内にある」ことに関して丁寧な認定や当てはめを行っている答案については、一定の評価が与えられている。

被告の差押可能財産の所在に基づき日本の裁判所の国際裁判管轄権が肯定されると解した場合には、これが、直ちに当事者間の衡平、裁判の適正・迅速に基づくものといえるとは限らないことから、民訴法第3条の9に定める「特別の事情」の有無についての検討を行う必要があるが、多くの答案は、同条にも触れていた。

なお、被告の差押可能財産所在地管轄に触れずに、日本の裁判所の国際裁判管轄権を肯定できない多数の管轄原因を検討する答案も一定数あった。このような答案については点数を与えていない。もっとも論述全体として国際裁判管轄権に関する基本的理解を示すことができているものについては、全体点の中で若干の評価点を与えた。また、民訴法第3条の5第3項などを根拠に日本の管轄権を肯定するなど、国際裁判管轄権に関する各規定の理解ができていない答案も若干数あった。

イ [設問2] は、本件契約に甲国法を準拠法と定める条項があった場合において、その後の訴訟で当事者が日本の民法の適用があることを前提にそれぞれの主張を行ったときに、契約の準拠法の変更があったといえるかどうかを問うものであった。

大多数の答案は、契約ないし法律行為の効力の問題と性質決定を行い、通則法第7条以下の規定によって準拠法を決定した上で、準拠法の変更に関する同法第9条に言及していた。

ただし、当事者による準拠法の変更が、明示的なものでなければならないのか、それとも黙示的なものでも足りるのかの点について検討していない答案も一定数あった。

また、本件の損害賠償請求は、債務不履行に基づくものであるにもかかわらず、これを不法行為と性質決定するなど、国際私法の基本的理解ができていない答案が若干数あった。

ウ [設問3] 小問1は、「国際物品売買契約に関する国際連合条約」(以下「条約」という。)の適用要件についての理解を問うものであった。

多くの答案が、条約の適用要件を定める条約第1条に言及した上で、同条(1)(b)の「国際私法の準則によれば締約国の法の適用が導かれる場合」についての検討を行うことができていた。その上で、日本の国際私法である通則法第7条以下の規定によって本件契約の準拠法を判断していたが、同法第8条の解釈・適用に関する論述の丁寧さの程度については、答案によって差異が見られた。例えば、同条の規定は、同条第1項において、最密接関係地法が準拠法となることを前提としつつ、その判断基準の明確化の観点から、最密接関係地法を推定するものとし

て、同条第2項において、いわゆる特徴的給付の理論を採用しているにもかかわらず、同条第1項に触れることなく、同条第2項についてのみ論じている答案も少なくなかった。

小問2は、条約が適用される場合に、売主が引き渡した物品の不適合を理由として買主が求める損害賠償についての根拠条文を問うものであった。多くの答案は、必要な条文を示すことができていた。

なお、[設問3]については、時間の制約もあってか、白紙の答案が一定数あったのは残念であった。

4 今後の出題について

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

5 受験生と今後の法科大学院教育に求めるもの

(1) 全体の法構造をしっかり理解した上で、個々の条文を解釈、運用する力を養うことが望まれる。今回は特に3(1)エに書いたように人訴法及び家事法の全体構造及び基本的事項についての理解不足を感じた。法科大学院では限られた時間の中大変ではあると思うが、これらについても教育をお願いしたい。

(2) 答案作成に当たり、条文の適用が問題となる場合には、まず、条文を明示すべきである。次に、条文の適用を検討するに当たっては、当該条文の要件を明示した上で、同要件を満たす事実関係があるかどうかを判断すべきであるが、そのいずれかが欠けているものが散見される。そして、最後に最終的な結論を明示すべきである。

答案の記述は当該問題の解決に必要な部分を厚くすべきである。条文の要件解釈や当てはめに問題がないような場合にも、条文や制度の趣旨について長々と記載しているものがあるが、基本的には、条文の趣旨等は、その要件解釈や当てはめに必要な範囲で記載すれば足りる。

管轄原因は、一つでも要件を満たすものがあれば、日本の裁判所の管轄権が認められるにもかかわらず、要件を満たさない多数の管轄原因を検討している答案が相当数見られた。基本的には、要件を満たすと思われる管轄原因を中心に検討することで足り、要件を満たさないと考えられる管轄原因については、例えば、被告の住所等による管轄権のような主要な管轄原因について簡単に触れることで十分ではないかと考えられる。

(3) 文字が乱雑で判読が困難あるいは不能な答案が多い。採点時に文字の解読に多大の時間と労力を費やしているが、それでも判読できない箇所を含む答案が相当数あった。そのような場合にはたとえ内容的に優れた記述であったとしても評価することができない。また判読困難なものも点数が低くなることがしばしばである(他人が読んで分かる文章を書く能力は評価の対象である。)。あまり苦勞せずとも読める字を書くよう努められたい。