

司法試験

令和元年司法試験
採点実感分析会
講師レジュメ

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



令和元年度 司法試験 採点実感の分析会【無料公開講座】

講師レジュメ

今回は、令和元年度（法務省のWEBページ上は平成31年度）の司法試験の採点実感を題材に、今後の試験に役立ちそうな知識や思考方法の分析をしていきます。

今回の公開講座の使用教材は次のとおりです。

講師レジュメ：採点実感に下線や太字などの装飾を施したものの。

実線 →積極的に参考にしたところ。

点線 →反面教師として参考にしたところ。

なお、令和元年度の司法試験論文式試験の**私の答案例**は、司法試験のパンフレットに掲載されている「**矢島の最新過去問&ヤマ当て講座**」の**使用教材**となっています。解答に当たったの思考方法を本格的に学習したいという受講生は、そちらの講座を利用して学習してください。

令和元年12月1日

LEC専任講師 矢島純一

令和元年度 司法試験 採点実感

第1 総論

1 出題の趣旨に即した論述の必要性について

(1) 本問の設定は、昨年と同様、法律の制定に当たり法律家として助言を求められているというものである。このような問題設定において、期待されているのは、法律家としての自らの見解を十分に展開する中で、必要に応じて、自らの見解と異なる立場に触れる形で論述をすることである。

昨年に比べて少なくなつたものの、依然として、主張、反論、私見という構成を取る答案があり、このような答案は、全体として論述が平板で、説得力の乏しいものとなつていた。

また、**訴訟の場面ではないのであり、主張適格について論じることは必要ない。**

(2) 本問で問題となつている自由ないし権利について、「表現の自由」として憲法の保障が及ぶこと、それに対する制約があることを論じた上で、連憲審査基準を設定して、当てはめ判断をするという基本的な枠組み自体は概ね示されていた一方、こうした判断性組みの下での具体的検討が不十分又は不適切な答案も見られた。

(3) 仮想の法案が何をどう規制しようとしているのかを丁寧に把握することが必要であるところ、法案の内容を誤つて論じている答案が多く見られた。

例えば、立法措置①は規制の対象をS.N.S.上の表現に限定していないが、これを誤つて論じている答案が多かつた。条文の読解は法律家としての基本的な能力の一つであり、それができないのでは議論の前提となる規制内容が理解できていないこととなつてしまう。学習の中で、条文を素読する力を身に付けてほしい。

また、法案の内容を踏まえずに、**営業の自由や財産権など、手当たり次第に取り上げて枚数を稼ぐようにする答案**も見られた。

2 論述内容全般について

(1) 「明確性の原則」の機械的な適用や、「検閲」「事前規制」の文言を使った機械的な当てはめなど、**目の前の具体的な素材について考察しないまま、不正確に概念を適用する答案**が相当数あつた。

また、「内容規制」「内容中立規制」「事前規制」「事後規制」「間接的・任意的規制」など、**基本的な概念について、不正確な理解に基づき論述をしている答案**も相当数認められた。

(2) 合憲性を判断する枠組みを定立する際に考慮されるべき事項と、定立された枠組みに照らして合憲性を判断する際に考慮されるべき事項は、重複する場合もあるが、両者はある程度自覚的に区別される必要があると思われる。あらゆることを総合的に衡量することを常に原則とすることは、**司法審査による基本的人権のあり方としてはずしも適切ではない**と思われる。

(3) 連憲審査基準の恣意的な設定をしている答案があるが、**審査基準の設定に当たっては、どうしてその審査基準を用いるのかを意圖して、説得的に論じる**ようにしてほしい。

(4) 審査基準の用語と内容が不整合である答案も見られたところ、基本的な事項であり、正確な理解が求められる。

(5) **厳格な基準を立てているにもかかわらず、その基準を満たすかどうかの具体的な検討の中では、それほど理由のないまま、制約の必要性を認める答案**が相当数あつた。厳しい基準を立てても具体的な検討で緩やかにしてしまつては、厳しい基準を立てることの意味が希薄になってしまうように思われる。且頃から、具体的な事例を学ぶ中で、基準の設定と具体的な検討を行い、整理しておくことが望ましい。

(6) 設問の「自己の見解と異なる立場に対して反論する必要があると考える場合は、それについても論じる」との求めを適切に踏まえ、自己の見解を述べる中で、異なる立場を取り上げつつこれに説得的に反論している答案は**高く評価**された。

他方、何が自説なのか**が明確に示されていない段階で先に反論を指摘しているため、何に対す反論なのか**が不明確な答案や、反論として書き始めたものを結論において自説としてしまふ答案もあり、構成段階での検討が不十分なのではないか、と思われた。

3 判例への言及について

関連する判例への言及は、以前に比べると増えているが、問題は**その引用の適切さである。判例の表面的な理解が目につくことが多く、当該判例を正確に理解し、本問との区別の可能性を検討した上で、自らの見解を基礎付けるために適切に引用**しているものはまだ多くない。

具体的には、後述の第3の2の(4)、第3の3の(7)のとおりである。

第2 表現の自由の基本的論述等について

1 表現の自由と虚偽表現の論点について

- (1) 虚偽表現が対象となっていることに着目した検討が不足、あるいは欠如している答案が相当数認められた。
- (2) 現実世界でフェイク・ニュースが問題となっていることに引きずられたのか、十分な検討をしないまま規制に肯定的な議論を展開するものが意外に多く見られた。しかし、フェイク・ニュースの問題性を認識することと、それをいかに規制し得るかは別の問題であり、規制の合憲性については、より慎重な検討がほしかったところである。
- (3) 表現の自由の重要性の理由として論ずるべき事項を取り上げ、虚偽表現はそれに該当しないので表現の自由の対象とならないという論述があったが、出題の趣旨にもあるように、虚偽表現について、**安易に表現の自由の保障範囲から外したり、低価値言論として制約を簡単に認めたりすることには慎重な姿勢が必要**である。
- (4) 事実の伝達は表現の自由として保障されるかという命題で論じ始める答案が相当数あり、このような答案の中には、虚偽表現が保障の対象かという本来の命題の検討が十分にわたってしまっているものも見られた。
- (5) 「虚偽表現の自由」の制約として論じている答案が散見されたが、問題となるのは「表現の自由」であり、「虚偽の事実を流布すること」が表現の自由として保障されるか、という観点で論述をすべきであろう。

2 明確性や過度広汎性の論点について

- (1) 明確性や過度の広汎性の問題に全く触れない答案が予想より多かった。
- (2) 明確性を問題にするのであれば、法令の規定について、漠然と「〇条の規定は不明確である」というのではなく、当該条文のうちの文言の明確性が問題になるのかを具体的に示す必要がある。
- (3) **用語が抽象的であるとして、やみくもに「虚偽」や「公共の利害」を不明確であるとして有効無効を論じる答案が相当数あった。明確性の原則を機械的に適用しているだけで、実際に目の前にある具体の素材について考察する姿勢が欠けている。**

- (4) 明確性の観点から、「虚偽」の要件の適用がもたらし得る問題について全く検討しない答案が相当数あったが、**本問の特質は、「虚偽」の判断が恣意的となる危険性**であり、**その萎縮効果に着目すれば、やはり「虚偽表現」の明確性について丁寧に論じらるべき**であろう。

メモ：通常の判断能力を有する一般人の理解において、「虚偽表現」の意義を、例えば、**真実の証明がされていない限り「虚偽表現」として禁止されるのか、虚偽の証明がされたときに限り「虚偽表現」として禁止されるのか**が判断できないと評価できれば、明確性の原則に抵触すると考えられることができる。いずれにしても、論文試験は、抽象論に終始せず、**事案に踏み込んだ検討・論述**することが重要である。

- (5) 明確性の原則や過度の広汎性の問題を取り上げた場合には、**合憲限定解釈の可能性**に触れてしかるべき場合があるはずであるが、合憲限定解釈について触れた答案は非常に少なかった。
- (6) 明確性の原則と過度の広汎性の原則とを混同して論じられている答案が散見された。
- (7) 明確性だけを理由として法令違反として論述を終える答案は高い評価はできなかつた。本問では、**法律家としてある法案の違憲性について助言を求められている以上、文面審査のみでなく、目的手段審査までするべきである。**

第3 各立法措置に関する論述

1 総論

- (1) 立法措置①と②を区別せずに論じている答案があった。しかし、規制の対象、内容等が異なるのであるから、それぞれ検討することが出題者の意図であることは容易に分かるはずであり、適切に論じることが求められる。
- (2) **立法措置①**が、何人に対しても、公共の利害に関する虚偽表現を流布しないことを義務付け、違反すれば処罰するもので、表現行為に対して極めて**広汎な規制**をする異例の措置であるのに対し、**立法措置②**は、選挙に近接した時期に選挙の公正を害するおそれのある虚偽表現を対象とし、SNS事業者に特定虚偽表現の削除を義務付けているものであり、**比較的要件が絞り込まれたもの**となっている。これらの事情を適切に指摘した答案は、自ずから、それぞれの立法措置の合憲性を検討する上で**着眼すべきポイント**が捉えられ、**的確に評価**がなされていた。
- (3) 表現の自由の内容規制として、**厳格審査を採用しつつ、「社会的混乱の防止」という抽象的な目的で簡単に目的審査を済ませてしまふ**答案が見受けられたが、問題文中に記載のある程度で、**立法事実として十分と言えるところ**、そのような検討を適切に行っている**と検討**がなされることと期待されていたところ、そのような検討を適切に行っている

答案は極めて少数であった。

2 立法措置①について

(1) 立法措置①は表現内容規制であり、かつ、問題文中で指摘されている現行法上の諸法規と異なり、特定の個人的法益侵害に限定せず、広く社会的法益を保護するために、虚偽表現をする目的や対象、媒体、主体の限定をせずに規制するものであり、表現に対する制限の程度が著しい表現内容規制である。

(2) 虚偽表現それ自体を規制するのではなく、社会的混乱が実質的に発生した場合にその混乱のみを規制することで立法措置①が想定している保護法益は十分守れるのではないが、との観点から検討されている答案は高く評価できた。

(3) 立法措置①について、検閲や事前抑制であると許されないとする答案も少なからず見られた。そもそも、事前抑制の原則的禁止というときの「事前」の概念が理解され、していないのではないか。本問は、虚偽表現を「一般的に禁止」しているが、事前規制をしているわけではない。

メモ：「事前」抑制といえるためには、表現行為がなされるのに先立ち公権力が表現内容をチェックして表現行為を抑制することが必要となる。本問は、一定の表現行為を一般的に禁止した上で罰則で担保するというもので、表現の内容の「事前」チェックがされるものではない。

(4) 北方ジャーナル事件は出版の事前差止めの問題であり、立法措置①は事前抑制ではないにもかかわらず、立法措置①を事前抑制であるとして北方ジャーナル事件の最高裁判決の基準を参照するのは、判例の参照方法としては不適切である。

3 立法措置②の表現の自由の制約に関する論述について

(1) 立法措置②について、発信者の表現の自由とSNS事業者の表現の自由の双方を指摘できている答案は少なく、誰の権利が問題となるのかを明確にせずに表現の自由を論じているものがあった。

(2) SNS事業者の営業の自由の問題としてのみ論じている答案が相当数あった。営業の自由の問題となり得ないという必要はないであろうが、表現の自由を論じないという二とは、立法措置②には表現の自由の制約は含まれていないと評価することの意味するそれは、明らかに不適切な判断と言わざるを得ない。

(3) 立法措置②も、表現内容規制と言い得るものであり、表現の自由への制限の程度は相当に重い。規制において、適用の時点が限定されているという点のみを理由として内容中立規制とするものがあったが、早合点というべきである。

(4) SNS投稿者の表現の自由保障という視点に立つと、自分の投稿が同意なく削除され、かつ、かつフェイク・ニュース規制法(案)第13条の損害賠償免除規定からして、特定虚偽表現ではない表現が削除しても、故意または重大な過失がない場合には免責されるため、事業者による予防的な過剰削除の危険がある。このような点を指摘している答案については高く評価することができた。

(5) 立法措置②について、仮に合憲と論じるのであれば、厳しい判断枠組みの下で、問題文中の立法事実を適切に援用し、どうしてもやむを得ないので合憲である、ということになるはずであるところ、選挙の公正という公益の重要性のみを取り上げて、制限は当然であるという答案は低い評価にとどまった。

(6) 条文中、特定虚偽表現については虚偽表現の「明白性」や、選挙の公正が「著しく」害されるおそれの「明白性」を満たすことが必要となっているところ、これらの文言により、規制対象が限定されていると適切に評価する答案があった一方で、その文言があるために抽象的で不明確になると評価した答案があった。実務的には、このような限定が重みを持って使われているのであり、明確性の判断の過程や手続審査において適切に取り上げることが望ましい。

(7) 立法措置②の合憲性を判断するに当たり、在外日本国民選挙権訴訟を引用する答案があったが、立法措置②では表現の自由の制約が問題となっていないのであって、選挙権の行使に対する制約が問題となった判例を引用するのは適切ではない。

4 立法措置②の手続保障の論点について

(1) 手続保障の問題に全く触れない答案が予想以上に多かった。弁明の機会や理由提示のいずれもが除外されていることは問題文中に示されており、気付いてほしいところであった。

(2) 適正手続の観点から問題があると論じるものについても、成田新法事件の基準を提示し、総合衡量の要素を当てはめるといった丁寧な論述をしている答案はあまりなかった。

第4 形式的面での注意点について

昨年も指摘したところであるが、憲法の条項の正確な摘示や法律上重要な語句の正確な表記などに心掛けてもらいたい。

また、読み手を意識して、文章として理解できる記載をするように留意してもらいたい。その点で、文章にはできない限り論理的な明晰さが求められるのであり、内容にかかわらず改行を繰り返して文章をむやみやみに細分化したり、逆に適度に改行を行うことなく一気に文章を書き連ねたりする答案構成をしないように注意すべきである。

令和元年度 司法試験 採点実感

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のできる応用能力を有しているか、**事案を解決するに当たつ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ているか**、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

・ 本件事業認定の違法を本件取消訴訟において主張することが許されるかどうかにつき、いわゆる**違法性の承継の問題**であることに触れつつ、**違法性の承継が認められるかどうか**についての**基準を最高裁判決等を参考に論じ**、本件に即し土地収用法の一般的制度論に基づき検討を加えた上で、**結論を導いているものは、一応の水準に達しているもの**と判断した。

・ これに加えて、例えば、①本件で違法性の承継が問題となることこの理由（先行行為と後行行為との関係等）について、また、②違法性の承継が例外的に認められるものであることやその根拠について、**正確な理解に基づき記述がされているもの**や、**違法性の承継が認められるかどうかについての基準を多角的な見地から挙げているもの**などは、**良好な答案**と判断した。

・ さらに、本件において違法性の承継が認められるかどうか、**反対説を考慮しつつ**、**手続保障の観点なども含め多面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 2 (1)

・ **無効等確認の訴えの原告適格**に関し、**行政事件訴訟法第 3 6 条**が定める「現在の法律関係に関する訴えによつて目的を達することができないもの」の要件について、判例又は学説によつて定立された**枠組み**を指摘し、「**現在の法律関係に関する訴え**」として、C市に対する土地所有権確認請求訴訟や移転登記の抹消登記請求訴訟といった民事訴訟（争点訴訟）で争うことができていることを指摘した上で、**こういった訴訟によつて「目的を達することができない」と言えるかどうかについて最低限の検討を加え、無効確認訴訟の原告適格を認めることができると判断した。**
一応の水準に達しているものと判断した。
なお、「現在の法律関係に関する訴え」として検討すべき訴訟の指摘が適切でないものについても、「目的を達することができない」と言えるかどうかについて一定程度検討がされ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。

・ 上記のとおり、「現在の法律関係に関する訴えによつて目的を達することができないもの」の解釈についての**枠組み**を指摘し、「現在の法律関係に関する訴え」として、C市に対する土地所有権確認請求訴訟や移転登記の抹消登記請求訴訟といった民事訴訟（争点訴訟）で争うことができていることを指摘した上で、「**目的を達することができない**」と言えるかどうかについて、**判決の効力の観点等から、一定程度検討がされているもの**などは、**良好な答案**と判断した。

・ さらに、「目的を達することができない」と言えるかどうかについて、**事業認定の時期との関係や、執行停止等他に利用し得る手続との関係について検討し、B県からの反論も踏まえて、詳細に検討しているもの**などは、**優秀な答案**と判断した。

(3) 設問 2 (2)

・ **土地収用法第 2 0 条第 3 号の要件該当性の判断に裁量が認められることが指摘される**とともに、**本件事業認定の違法性の判断枠組みについて一応の記述がされ、違法事由について、会議録に記載された事情のうち主たる点を指摘して検討がされているもの**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、例えば、**土地収用法第 2 0 条第 3 号の要件該当性について比較衡量によつて判断すべきことが指摘され、裁量処分の判断枠組みについて最高裁判例を意識した記述がされる**など、**本件事業認定の違法性の判断枠組みについてより深い理解が示されているもの**や、**違法事由について、会議録に記載された内容をきちんと拾い出して論じているもの**などは、**良好な答案**と判断した。

・ さらに、例えば、**違法事由について、B県からの反論を踏まえるなどして説得的に論じているもの**などは、**優秀な答案**と判断した。

4 採点実感

以下は、**考査委員から寄せられた主要な意見**をまとめたものである。

(1) 全体的印象

これまでにも見られたことであるが、**問題文や資料をきちんと読まずに解答しているのではないかと思われ**る**答案が少なく**な**かった**。**例えば、【設問1】**の解答において、本件事業認定や本件権利取得裁決の処分性の有無を検討し、かなりののりスペースを割いて論じている**答案は少な**から**ず見**られた。しかし、**全議録の弁護士Eの発言に見られるように、これらの行為が行政事件訴訟法第3条第2項の「処分その他公権力の行使」にあたることは示されているのであって、本問の解答においては、これらの行為については、**処分性を論じる必要はない。****

・ **問題文を精読していれば防ぎうるミス**を犯す**答案が多く見**られた。答案を作成するに先立って**問題文を精読**することは、受験における最も基本的なスキルであり、また、法律実務家としても、**事実関係を正確に把握**した上でその対応策を検討するというのが適切な職務の遂行の第一歩であることからすると、**問題文を精読**することができないのは、**法律実務家としての基礎的な素養を欠く**と評価されてもやむを得ないという認識を持つ必要があるように思われた。

・ **問題で問われていない論点を延々と叙述する答案では本来論ずべき問題に対する回答が雑になつて**いる**ケースが多く、問題で何が問われているかを把握する力に不足がある**ことがわかれる。

・ **いわゆる「法的三段論法」や「問題提起部分と検討部分との対応関係への留意が甘い**答案が相当数見られた。**規範を提示することなくいきなり事案の分析を始めた**り、**結論を曖昧なままに放置**したり、**問題提起部分で検討を要する事項として指摘**して**おきながら検討部分においては当該事項が何も検討されな**い**ままとなつて**いたり**しているのは、法律的分析の手法という法律実務家として必須の基礎的な素養にも疑問を生じさせるものであった。**

・ **事実の提示と評価を行う中で、**恣如として規範のようなものが出てくる**答案が散見**されたが、その規範のようなものによつて評価する根拠が不明であり、論理的な論述とは言えない。

・ **各問につき、**自説とその根拠のみ記載し、相手方の反論が記載されていない**答案や、相手方の反論は記載されているものの、**十分に反論の根拠が検討されていない**答案が多く見**られた。**問題文で、「B県が行う反論を踏まえて、弁護士Eの立場から、検討しなさい。」と指示**されている以上、**相手方の反論を記載すべきであるのは当然であるが、反論内容についても、相手方の立場に立つてどのような根拠等が考えられるかを十分検討しつづ**つ、**これを踏まえて自説を論述**することで、**答案に深みが出る**と思われる。

・ **論点を一応は捉えて、判例の示す要件も一応挙げて、それに沿った検討**をしているものの、**判例の要件の提示が不正確**であったり、**検討の根拠が詰め切れていなかったりするものも多**かった。

・ **行政法上の基本的な用語につき、用語は知つていても、その内容を理解していない**のではないかと**思われ**る**答案が見**られた。例えば、**【設問1】**の解答において、**本件取消訴訟に、裁決主義が妥当**すると**する**答案が**いくつも見**られたが、**裁決主義の意味を理解していないのでは**ないか**と思われる**。また、**【設問2】(1)において、無効確認訴訟によつて、行政処分**の公定力を除去する必要があるとして、無効確認訴訟の提起を認めるべきとする**答案が見られたが、**やはり、無効の意味を理解していない**もの**と思われる**。**

・ **公定力と不可争力の概念を混同**しているなど、**行政法上の基本概念**に関する理解が**不十分**であると思われ**る**答案が見られた。

・ **判例の文言や表現ぶりの正確な意味を理解して**いない**ためか、不用意に判例の文言を削る**などして異なる表現を用い、**結果として意味が変つてしまつて**いる**記述が少な**から**ず見**受けられた。

・ **例年のことではあるが、「土地収容」「多事考慮」「採決」「行政法上の基本的な用語に関する誤字**が見られた。これらは、**誤字により、言葉の持つ意味自体が**変わつてくるもの**であり、特に注意**されたい。また、**基本的な日常用語でも、例えば「紛争」**のような**誤字があつたり、あるいはひらがなで記載**されたりした**答案もあつた。**

・ **毎年指摘**されていることではあるが、**書き殴つたような読みづらい字の答案が散見**された。文脈を理解して**いなければ到底判読不能**と思われ**るものもあり、文字の巧拙**というよりも、**そもそも他人が読むことを意識して**いない**のではないか**と思われ**る**。採点者**としても可能な限り解読に努めるが、記載内容を二義的に特定できないような場合、採点者において根拠なく解答者に有利に斟酌することできない**。解答者においては、採点者に**内容が正確に伝わる文字の記載を心掛けて**もらいたい。また、**自己流の略字は、当然のことながら採点者には理解困難であるから注意してほしい。**

- 文字の線が細いもの、微かな文字の挿入を多用するもの等については改善の余地があるように思われ、現に、相当程度読みやすい文字で、充実した分量の記載がある答案も多数見られたところである。適切な筆記具を用意する、大きめの文字を書くようにする等の工夫をすることにより、少なくとも多くの者が判読可能なレベルの文字を書くことをできる限り心掛けることが必要と思われた。
- 本年の答案は、最終問題まで解答できているものも多かった反面、〔設問 2〕(2)について、途中答案になつていているもの、検討が極めて大雑把になつていているものが散見された。〔設問 1〕や〔設問 2〕(1)で時間を使いすぎたためと推察されるものの、試験という性質上、時間配分を考えることも大切であると思われた。
- 設問 1**
(2)
 - 本問は違法性の承継に関する論点を問うものであるが、多くの答案が、ある程度は、違法性の承継について論じていた。判例や学説が示す違法性の承継の可否を判断する基運についても多くの答案が触れていた。
 - 違法性の承継の要件とその根拠、各要件についての設問の事案に即した検討を、よく整理された文章で論述した答案も一部にあった。
 - 本設問において事業認定の裁量の逸脱濫用を論じたり、行政事件訴訟法第 1.0 条第 1 項について論じたりする答案が散見されたが、最初に全ての設問を確認せずに答案を書き始めているとしか思えない。この点は、問いにおいて何が問われているかを正確に理解するとういう行政法に眼ならない基本的な作法の問題である。
 - 違法性の承継を論ずる必要性があること、**前提**となる点、すなわち、先行行為と後行行為が、**別個の「処分」**であつて、**それぞれが独立に抗告訴訟の対象**となるため、**後行行為に係る抗告訴訟**においては、**先行行為の違法性を主張することが許されない**のが**原則**であるという点は、多くの答案が指摘することができていた。少数ながら、この点を押さえることなく違法性の承継を論ずる答案も見られたが、そのような論じ方は論理的ではないことを意識しておく必要があるものと思われた。
- 「事業認定」の処分性の論証に紙幅を費やす答案が散見された。**事業認定に処分性**があるからこそ違法性の承継が問題とされていることは**前提としてほしい**。また、事業認定に処分性がないとすると答案も少数ながら見受けられた。

- 違法性の承継が認められない根拠として、**行政事件訴訟法第 1.0 条第 2 項を挙げる**答案が少なからず見られた。すなわち、**本件権利取得判決を同項の「裁決」とし、本件取消訴訟においては、裁決固有の違法のみ主張できるから、本件取消訴訟においては、本件事業認定の違法を主張できないとするものである**。このような答案は、同項の「裁決」の意味に關して、基本的な誤解があると考えられる。確かに、土地収用法は「裁決」と同法」という用語を使っているが、用語が同じであるからといって、同項の「裁決」と同じ意味であるとは限らない。その他、違法性の承継が認められない根拠として、同条第 1 項を挙げる答案も見られたが、同じく、基本的な概念の理解が不十分と考えられる。
- 違法性の承継が認められるかどうかを検討するに当たつては、判例に照らし、手続的保障の十分性についても検討すべきであり、同検討においては、土地収用法の一般の制度論から導かれる根拠が論じられるべきであるが、答案においては個別事案に基づく事情(任意売却の交渉が行われていること)のみを挙げたものも多く、**一般的制度論から導かれる根拠について十分に検討するものは少数にとどまった**。
- 違法性の承継は、個別的な事情に結論が左右される性質の論点ではなく、制度自体に内在する救済の必要性、許容性を論ずるものであるから、本件における違法性の承継の可否も、事業認定及び収用裁決の制度一般を前提に論ずる必要があるにもかかわらず、それらの制度の目的を道路の建設と指摘するなど、個別の事情に引き付けて論ずるものが少なからず見られた。
また、違法性の承継を肯定するに当たつては、別個の処分であることを前提として、これらの処分を一体のものとして取り扱つて救済することが許される根拠を示す必要があるから、先行行為が後行行為の要件の一部を構成していること、その目的が共通していること等を論ずることが必要になるにもかかわらず、先行行為と後行行為が連続的なものであることを示すにとどまったり、それらの目的の共通性やそれらの行為を一体のものとして評価してよいこと自体又はその根拠に全く触れなかったりする答案が多く見られた。

このように、違法性の承継が、どのような理由で許容されるのかという問題の本質に關する理解が不足している答案が多く見られた。

- 違法性の承継が、行政救済法における救済法理であることからすると、手続的な保障の有無を論ずることが必須であることは明らかであるにもかかわらず、手続的保障の観点を含く指摘していない答案が散見された。

また、問題文に添付された資料である関係法令を通過するだけでなく、土地所有者の手続的保障に関連する条文が多数引用されていることがうかがわれるのであって、これらを指摘して手続的保障の有無を論ずる必要があることを合理的に推測することができるともかわらず、手続的な保障に関する規定として、事業認定の告示のみを指摘するにとどまる答案がそれなりの数を占めていた。

なお、手続的保障の有無を論ずる際、事業の説明(土地収用法第15条の14)や補償についての周知(同法第28条の2)が履行されていないことの事実を認定したり、それらが履行されたことが不明である旨を記載したりする答案が散見されたが、全議録には、「法に定められている土地収用の手続はいずれもC市やB県によつて適法に履行されています」と記載されているから、このような答案は、問題文を精読していないことと表れと思われる。
- 最高裁判所平成21年12月17日判決**(民集63巻10号2631頁)において問題にされている「手続的保障」の意味について理解が不正確と思われる答案が一定数見られた(事業認定に関して出訴期間経過の「正当な理由」が認められる可能性があるから、原告の手続的保障は十分であり、違法性の承継を認める必要はないなど)。

問題文では県の反論を踏まえ、種権消極双方の見解を述べることが求められていたが、違法性の承継を肯定するか否定するかについて**選択した方向性に沿う見解のみが述べられている答案**が少なくなかった。
- 違法性の承継の判断に当たり、上記最高裁判所平成21年12月17日判決との違異についてまで論述されているなど、**よく勉強されている答案もあり、点数に差が出やすい問題**だった。

(3) **設問2(1)**

 - 他の問題に比べて最も不出来な答案が多かった。
 - 抗告訴訟としての無効等確認訴訟の原告適格**という比較的手簿になりがちらな論点に関する問題であったためか、全く的外れな内容を示すにとどまった答案も比較的多くみられた反面、行政事件訴訟法第36条について判例の示す基準や、同条にいう「現在の法律関係に関する訴え」が、基本的には民事訴訟のことであり、本件においては、当該民事訴訟において本件土地の所有権の帰属を確定させる利点とその限界を論ずる必要があることをおおむね理解していると思われるものもそれなりにあり、普段の行政法の勉強の程度や民事法全体の理解に関する実力が答案の内容にも素直に反映した結果とも思われた。

- ごく少数ながら、補充要件についての判例の要件を正確に提示し、争点訴訟の明示、拘束力の有無、第三者効の有無等をほぼ正確に論じて結論を導いた、極めて優秀な答案もあった。

細かいことであるが、訴訟を適法に提起することができるかという問いに答える結論が示されていないものも多かった。

無効確認訴訟の原告適格の有無の問題であることについては、おおむねの答案においてそれなりに理解されていた。

全体的に評価の低い答案が多かった。その理由は、無効確認訴訟についてあまり学習していないということも一因であろうが、その他に、仮に学習していたとしても、行政救済法で扱われる行政事件訴訟法第36条の無効確認訴訟の訴訟要件が、行政法総論における「行政行為の取消しと無効」(行政行為の無効)と関連しているということに理解が及んでいないからではないかと思われる。「C市に対して提起することができる訴訟」に関連して、実に様々な訴訟が答案の中にみられたが、不適切な回答の多く(例え、民事訴訟の前提として無効確認判決が必要である」とするもの、「現在の法律関係に関する訴えと無効確認訴訟の両方が提起できる」とするもの、更には他の抗告訴訟と比較するものなど)は、このような基礎的理解の不足に起因するのではないかと考えられる。
- 設問2(1)**は、本件権利取得判決に対する無効確認訴訟につき「現在の法律関係に関する訴えによつて目的を達することができないもの」(行政事件訴訟法第36条)との要件にあたるか否かの問題であるところ、この点の問題であることは大半の答案において指摘ができていた。もつとも同条の基本的な理解が不十分であり、当該文言についての解釈を全く示していない答案も散見された。また、この点に関する最高裁判所平成4年9月22日判決(民集46巻6号1090頁)の判旨を正確に理解していると思われる答案は少なく、さらに判旨の用語「**直裁的**」について「**直接的**」「**直裁的**」等の語を用いる答案が多く、判旨が示した基準を正確に記載している答案はごく少数であった。

「**直接**」も「**直裁**」も共に「**ちよくせつ**」と読むが、この両者は意味が微妙に異なるので、国語辞書などで改めて確認されたい。このことを理解することによつて、「…むしろ当該換地処分が無効確認を求め訴えのほうにより直裁的で適切な争訟形態というべき」であるとした**最高裁判所昭和62年4月17日判決**(民集41巻3号286頁)の含意も正確に理解し得ることになろう。

メモ：直接 問にほかのものをはさまずにそのまま関係することを示す言葉
直裁 まわりくどいところがないことを示す言葉

- 行政事件訴訟法第36条後段について、民事訴訟が可能であるという理由で補充性の要件を満たさないということにはならないといった解釈を示し、直接型義務付け訴訟や差止訴訟の補充性の要件と混同している答案が見られた。
- 本問については、AがC市に対して提起できる「現在の法律関係に関する訴え」を踏まえて、検討することが求められている。しかし、多くの答案は、C市に対して提起できる「現在の法律関係に関する訴え」を適切に示すことができているなかった。
- C市に対する訴訟として取消訴訟・差止訴訟等を挙げるなど、行政事件訴訟法第36条にいう「現在の法律関係に関する訴え」の概念及び抗告訴訟の被告資格に関する基本的な理解を欠くのではないかと思われる答案が一定数見受けられた。法科大学院生には、行政訴訟の基本的な体系に立ち戻った理解を得られるような学習に努めることを期待する。
- 「現在の法律関係に関する訴え」によつて目的を達することのできないもの、判例上の判断枠組みについての記述と、判断枠組みに基づき具体的な検討の記述に落差があった。まず行政行為の無効の主張が例外的な場合に限られるという問題と混同するなど、明らかに論点の意味を理解していない答案も少なくなかったが、とりわけ「現在の法律関係に関する訴え」として①「明渡裁判の差止訴訟」(行政事件訴訟法第37条の4)と、といった抗告訴訟を検討していたり、②「取用されない地位の確認訴訟」といつたように形式的には「現在の法律関係に関する訴え」の形をとつてはいるものの実質的には抗告訴訟に当たる訴訟を検討する答案が数多くあった。上記①については、形式的には判例上の判断枠組みを記述できていたとしても、実質的にはその意味を理解できていないものと言わざるを得ない。上記②については、むしろ「現在の法律関係に関する訴え」とは異なる抗告訴訟の基本的な理解に関わる問題であり、**論点ごとの表面的な学習の問題点が鮮明な形で裏れた**ように思う。
- 取消訴訟を挙げたものもあったが、これも抗告訴訟であり、現在の法律関係に関する訴えではない。
- C市に対する「現在の法律関係に関する訴え」として、明渡裁判の(申立ての)差止め訴訟を挙げる答案が多数に上った。明渡裁判をするのは取用委員会であるほか、明渡裁判の申立て自体には区分性がないことをも誤るものであり、C市に対する訴えとして、不適切なものであることが明らかである(その点を指摘する答案も見られた。ただし、B県を被告とする訴えとして、権利取得裁判の無効確認訴訟ではなく明渡裁判がされた後にその取消訴訟を提起することが考えられるということの派生として、明渡裁判の差止め訴訟を提起することも考え得るという限度では、これを適切なものと解する余地はあるといえるが、そうであれば、その旨を意識した論述をすべきである)。

- 「現在の法律関係に関する訴え」はC市に対するものであるにもかかわらず、B県取用委員会のみが明渡裁判に対する不服を当事者訴訟に引き直したものの(明渡義務の不在を確認訴訟など)を挙げているものがある。
- B県とC市を明確に区別していない。又はC市に対して提起すべき訴訟をB県に対するものとして記載している答案は、訴訟に関する基本的な理解を欠くものと受け取られるともやむを得ないと思われる。
- 「現在の法律関係に関する訴え」について、当事者訴訟の一種としての確認訴訟を挙げる答案は多く見られた。「現在の法律関係に関する訴え」に当事者訴訟が含まれるのは妥当だが、**確認の対象**が、例えば、明渡裁判を受けない地位の確認訴訟のように、**被告訴訟との関係の整理がされていない訴訟**を挙げる答案が見られた。
- その他、C市に対して提起できる訴えとして、形式的当事者訴訟を挙げる答案が少なからず見られた。そもそも形式的当事者訴訟は、「法令の規定により」(行政事件訴訟法第4条)認められるもので、確かに土地収用法には、本問の資料にはないものの、形式的当事者訴訟に関する規定が存在する。しかし、同規定は、本問とは無関係であり、本問において検討する必要はない、やはり、形式的当事者訴訟の内容を理解していかないではないかと思われ。
- さらに、C市に対する「現在の法律関係に関する訴え」として、民衆訴訟、住民訴訟等を挙げるものがあった。これらは、いずれも、基本的な法律概念を理解していないか、問題文を精読していないことを示すものであり、基礎的な実力自体の不足を示すものと思われた。
- C市に対する訴訟として、「現在の法律関係に関する訴え」としての民事訴訟のほかに、「取用されない地位の確認訴訟」や明渡裁判差止訴訟など、不適切なものを二緒に羅列している答案があったが(中には3つ以上羅列したものもあり)、このような答案は、仮に一部に適切なものを含んでいたとしても、基礎的理解の正確性を疑わせるものがある。
- 権利取得裁判の無効確認訴訟と取消訴訟を比較検討している答案があった。会議録には、権利取得裁判の取消訴訟を適法に提起できないとすれば、どのような訴訟を提起できるかという記載があり、その箇所を見ているかと思ふ。
- 明渡裁判によってC市が本件土地の所有権を取得するという誤解に基づく答案が一定数見受けられた。問題文に明記されているように、本件土地の所有権をC市に取得させたのは権利取得裁判である。

- 権利取得判決の無効を前提とする現在の法律関係に関する訴えについて、判決は有効であるから当該訴えは不適法であるとすると答案があった。訴訟要件と本案勝訴要件の違いが理解できていないと思われる。
- 本問における行政事件訴訟法第36条にいう「現在の法律関係に関する訴え」は、現在の法律関係の前提をなす処分である本件権利取得判決が無効であることを前提とすべきことは、問題文(会議録)の記載からも明らかであるところ、論述の前半では、権利取得判決の無効を前提として当事者訴訟又は民事訴訟を提起できるかのように論じながら、論述の後半では、権利取得判決には公定力があるから上記の訴訟ではこれを覆せないなどと論ずるもののほか、「現在の法律関係に関する訴え」である民事訴訟又は当事者訴訟として、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟、国家賠償請求訴訟、損失補償請求訴訟等の本件権利取得判決が有効であることを前提としなければ提起されるはずのない訴えを挙げられるもあり、「処分……の効力の有無を前提とする」訴えの意味を理解していない答案が散見された。
- 本問においては、無効確認訴訟と「現在の法律関係に関する訴え」に当たたる民事訴訟や当事者訴訟を比較して検討することとなるが、行政事件訴訟法の条文に則してこれを検討している答案はあまり見られず、単にAの救済の機会を増やすため、無効確認訴訟の提起を認めるべきとすると答案が多かった。
- 処分の無効を前提とする「現在の法律関係に関する訴え」によつて目的を達することができないもの」について、単に無効確認訴訟の方が「根本的解決が可能」だからというにとどまり、具体的に無効確認判決の効力など、紛争解決という目的の関係でどのようなメリットがあるのかについて具体的に示していない答案が多かった。
- 権利取得判決が存在している以上、「権利取得判決の無効を前提とする」民事訴訟又は当事者訴訟が直截的なものとはいえない」と短絡的に論ずるものが多数に上った。権利取得判決の無効を前提とした訴えの提起を可能とすれば、権利取得判決が有効なものであることを指摘する趣旨であれば、権利的に権利取得判決が残存していることを指摘する趣旨であれば、権利取得判決の無効を外形的にも確定しておく法的な必要性が生ずる理由(所有権の権利主体(C市)と処分権者(B県収用委員会)が異なること、明渡判決を阻止する必要性等)を明示しない限り、民事訴訟等が当該案に直截的かつ適切ではないと論じたことにはならないはずである。短絡的に結論のみを述べても、全く説得力がないことに気付いていない答案が多く見られた。
- 無効確認訴訟と民事訴訟や当事者訴訟を比較する上では、**判決の効力を比較**するところが考えられる。しかし、これも行政事件訴訟法の条文に則して、無効確認判決の効力を検討できていない答案はあまり見られなかった。例えば、行政事件訴訟法第38条が、無効確認訴訟につき、取消訴訟の判決に関するどの条文を準用しているかについては、不正確な引用がされる答案が多数見られた。

- 無効等確認訴訟には、明文上はいわゆる第三者効(行政事件訴訟法第32条第1項)が準用されない(同法第38条第1項参照)にもかかわらず、これが明文で準用されているとすると旨の答案が少なからず見られた。無効等確認訴訟に準用されているのは、いわゆる判決の拘束力であり(同項、同法第33条)、第三者効と判決の拘束力を混同している又はその違いを理解していないのではないかと思われる。
 - なお、解釈上、無効等確認訴訟に第三者効が準用されるべきである旨の学説が有力であるとしても、無効等確認訴訟に係る判決に第三者効があると論ずるのであれば、最低限、明文で準用されていないことに加えて、法令の合理的な解釈として、第三者効が無効等確認訴訟にも準用されると解するのが適切である旨等を示すことは必要であると思われる。
 - 判例にある「より直截的で適切な争訟形態であるとみるべき場合」に該当するかどうかを判断する事情としてどのようなのがあるかを十分に理解しておらず、法的効果に言及しないまま当事者の思いを主軸に論述を展開する答案が散見された。
 - 「拘束力」や「執行停止」に言及しつつ具体的な検討を行っている**優秀な答案**も少なからず存在し、行政法全体の理解度の差が如実に表れたように思われる。
- (4) **設問2(2)**
- 概ねよくできていたが、裁量についての判断枠組みを示さず、直ちに個別の違法事由を検討している答案も見られた。また、時間不足のためか、途中で終わっている答案や検討が不十分な答案も見受けられた。
 - 問題文の中にヒントが示されていたためか、ほかの小問と比べると出来は良かった。〔設問1〕と〔設問2〕(1)で点数が取れなくても、〔設問2〕(2)だけは点数が取れているという答案が散見され、知識はなくても問題文からうまく引用してまとめられれば点数が取れるという傾向が見受けられた。
 - 時間切れの答案を除き、大体の要素を拾っている答案が大半であるため、細部や詳細の論述の書き方如何で高得点となるものか否かが決まったところである。
 - B県が行うであろう具体的な反論を踏まえていないものが多かった。当事者の立場による解釈の構成は学習程度の違いがよくみられる点といえよう。
 - 裁量に当たつての考慮要素は概ね網羅されている一方で、これをAとB県それぞれの立場からどう解すべきかについての検討については個人差がみられた。

- 基本的には、要素となるべき事実を問題文から丁寧に拾うことよって比較的容易に答案を作成することができると思われることから、他の問題と比較すると、良好な内容の答案が多かった。他方で、重大かつ明白な違法については検討する必要がない旨が【法律事務所会議録】に明示されているにもかかわらず、この点を論ずるものが散見され、やはり、問題文を精読していないことがうかがわれた。
- 答案の全体としては、①一般論の内容、②間接事実の位置付け、③A又はB県のいづれの主張として位置付けるのか、④論ずる順番などの答案の構成の面で難があるものも散見された。例えば、一般論がないままに具体的な事実の検討を示したり、一般論が具体的な事実の検討の中に紛れ込んでいたり、同じ観点からの論述が2か所に分かれていたり、反対当事者の主張として先に提示すべきものを自己の主張のいわゆる枕言葉として触れるにとどめたりしたりしたものがあった。法律的な論証においては、事実又は主張がどのような意味を持つのかを適切に位置付けて論ずることが、当該論述の説得力を大きく左右するということの理解を深める必要があるように思われた。
- 土地収用法第2.0条第3号の要件の充足の認定については、行政庁が裁量を有するか否かという点を全く論じていない答案が散見された。行政庁が裁量を有さないという見解も論理的にはあり得るものの、仮に、そのような見解をとるのであれば、それを明示した上で、行政庁が裁量を有するとの見解を排斥しておくべきものと思われる。法的三段論法は、規範がどのようなものであるのかということが論証の出発点になるのであり、この点を意識しないままに答案を作成したのは、法律的な論証としては、問題があるものと思われた。
- 裁量権の濫用逸脱の問題として正しく捉える答案が大多数であった。中でも、考慮されるべき利益を比較衡量する際の視点を、法解釈の中から導き出した上で、事実関係を丹念に拾い、諸事情を整理・分類して論じて論じることができている答案は、丁寧な印象を受け、好感を持たれた。
- 土地収用法第2.0条柱書の「できる」規定を根拠として要件裁量を肯定する答案がかなりの数見られた。しかし当該規定は、要件が充足された場合において事業認定をしない効果裁量を認めるものと解釈する余地はあるにしても、要件裁量を認める根拠には、少なくとも要件充足を積極的に判断する方向において(は)なり得ないと思われる。
- 土地収用法第2.0条第3号における裁量権行使の違法性については多くの答案が触れていた。ただし、例年のことであるが、要件裁量や効果裁量といった基本的な概念の意味を理解していないのではないかと思われる答案が少なからず見られた。

- 本件事業認定につき、裁量権の逸脱濫用が認められることを論じるに当たたり、裁量審査の判断枠組みや、なぜ事業認定に裁量が認められるのかということの根拠(単に専門的、技術的、政策的判断ということのほか、その裏付けとなる土地収用法上の規定など)について言及することなく、直ちに考慮事項の審査などについて論じるものが多かった。
- Aの立場を述べている箇所では、土地収用法第2.0条第3号の要件該当性の判断については、B県知事に「広い」裁量が認められると述べる答案があった。一般的に言っている裁量が広いという主張らしい指摘は、原告の立場と矛盾している。
- 土地収用法第2.0条第3号の要件が、事業によつて増進される公共の利益と、土地収用によつて失われる利益(後者は私的なもののみならず公共の利益をも含む得る)の比較衡量によつて判断されるものであることを述べていないため、本件土地周辺の地下水や防災用の井戸への影響や本件土地の自然環境への影響が、なぜ裁量権の行使に際して考慮すべき事情なのか適切に説明できていない答案が多かった。
本問に限らず一般的に、裁量権の行使に際して考慮すべき事情が何であるかを検討する際には、**根拠法令の適切な解釈**が前提となることに留意されたい。
- B県知事に裁量が認められることの論拠や裁量権の逸脱濫用の判断基準については概ね理解されていたと思われるが、本件では他事考慮が問題となることについての論及が、されていない答案が少なからず見られた。
「他事考慮」とは考慮すべきでないにもかかわらず考慮すること、「考慮不尽」は、十分に考慮すべきであるにもかかわらず、十分に考慮しないといった意味に使われるはずであるが、考慮事項の審査を論じるに当たり、これらの言葉については、その意味を踏まえないで用いているものがあつた。
- 考慮要素に基づく裁量統制については、他事考慮、考慮逸脱、重視すべき要素を重視せず重視すべきでない要素を重視するなど、これらすべてを「考慮不尽」の一言で済ませる答案がとてども目についた。きちんと分けて記述すべきである。
- 他事考慮、考慮不尽、事実誤認等という用語が、具体的にどのどのような事象に対応して用いられるのかを意識することなく、「～は、事実誤認、考慮不尽に該当する」などと記載するものも散見された。法律的な論証に用いられる用語は、それぞれに特定の意味を持つているのであり、論証の対象となる事象に適切に対応した用語を用いる必要があるところ、その点を意識することなく、単に文意を強調するための形容詞と同様の感覚で用いているのではないかともうかがわれ、法律的な用語に対する意識の甘さやうかがわせた。

・ 裁量統制の基準やその適用を論ずるに当たっては、ある事実を認定することができるか否かということに関する誤りと、認定することができる事実についての評価に関する誤りとを、分けて論ずべきものである。具体的な検討においても、両者は区別して論ずる必要があるが、この点の区別を意識せず、又はこれらを混同させたま論じた答案が、多数に上った。

・ 土地収用法第20条第3号の要件該当性に当たり考慮すべき要素について、単に「自然環境への影響が考慮されていない」とか「地下水への影響が考慮されていない」と指摘するだけの答案が見られた。解答の時間が足りなかったのかもしれないが、問題文や会議録から関連する事実を拾い、それが法的にどのような評価されるのかを丁寧に論じるべきである。

・ 裁量権の逸脱適用という一般的な論述はされているものの、その後の本件の事例例での当てはめにおいて、調査における考慮不周イコール裁量権の逸脱適用とするのみで、その判断過程において社会通念に照らして著しく妥当性を欠くとまでいえるようなものか、という点の検討がされているかどうか、答案上、明らかでないものがある。

・ 違法事由の検討において、問題文中に現れた事情を単に引き写して結論を導く答案が多く、考慮すべき要素について重要な事実と関連付けて記載する答案は相対的に少なかった。

・ 具体的な事実関係の検討において、さしたる検討を加えることなく、自然環境は土地収用法上考慮する必要がないなどとすするものが散見されたが、自然環境に何らの配慮もする必要がないとの結論が合理的であるとは常識的に考えられぬし、会議録において、弁護士Eが自ら自然環境に対する考慮の点を指摘していることも考慮すると、そのような結論を安易に導き出すことには素朴に疑問を抱いてもしかるべきではないかと思われる。

・ 裁量の内容と、裁量権濫用の判例理論をつかり押さえた上で、具体的事案の中から、裁量権濫用の評価根拠事実を丁寧に拾い出して摘示することが求められる問題であると思われるが、ほとんどの答案が一通りのことは書いていたものの、各評価根拠事実の位置付けをよく整理して論じている答案となると、やはり少なかつた。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの 注：受験生に求めるものとして読む

本年の出題も、昨年までと同様に、問題文及び会議録を丁寧に読めば、論ずべき問題点の検討・把握は比較的容易にできるものであった。したがって、本問は、重要な最高裁判例や行政法上の概念等を正確に理解しているかどうか、及び、その正確な理解に基づき、本件事案に即した適切な見解を導く応用能力が発揮されているかどうかによって、評価に差が出る出題であったといえる。

このような出題においては、問題文等で示されている様々な事実を拾い出し、これについて適切に法的評価を行う能力や、与えられた条文から、法令の趣旨を検討する手掛かりとなる規定を見つけ出し、その趣旨を適切に読み解く能力、これらを踏まえて論理的な思考に基づき分かりやすく説得的な論述をする能力が求められるのであり、特に上記のような作業を短時間内的に的確に行う能力は、広く法律実務家にとっても必須のものといえ、法科大学院においては、このような能力が身に付くような教育が目指されるべきであることは否定できないであろう。

もつとも、本年の出題は、違法性の承継や無効確認訴訟における原告適格といった、基本的ではあるが受験生によってはやややなじみの薄い論点からの出題であったことから、行政法の基本的な条文や概念の理解が十分でないと思われる答案が少なからず見られた。法科大学院での学習においては、上記のような応用能力の習得に向けた訓練に力を入れることだけでなく、これらの基礎的な理解がおろそかにされないよう、配慮することも必要であると考えられる。

令和元年度 司法試験 採点実感

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（令和元年司法試験論文式試験出題の趣旨【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かどうかを問うこととし、当事者間の利害関係を法的な観点から分析し構成する能力、様々な法的主張の意義及び法律問題相互の関係を正確に理解し、それに即して論旨を展開する能力などを試そうとするものである。

その際、単に知識を確認するにとどまらず、**掘り下げた考察**をしてそれを明確に表現する能力、論理的に一貫した考察を行う能力、及び**具体的事実を注意深く分析し、法的な観点から適切に評価する能力を確かめることとした。**

これらを実現するために、一つの設問に複数の採点項目を設け、採点項目ごとに、必要な考察が行われているかどうか、**その考察がどの程度適切**なものかに**応じて点を与える**こととしたことも、従来と異ならない。

さらに、**複数の論点に表面的に言及する答案よりも、特に深い考察が求められている問題点について緻密な検討**をし、それらの問題点の相互関係に意を払う答案が、**優れた法的思考能力を示している**と考えられることが多い。そのため、採点項目ごとの評価に加えて、**答案を全体として評価し、論述の緻密さの程度や構成の適切さの程度に応じても点を与える**こととした。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、司法試験審査委員会申合せ事項にいう「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建物の敷地からの独立性と建物新築請負契約の当事者間に建物所有権の帰属についての合意があればその合意に従って帰属が決定されること、②①の合意がない場合における新築建物引渡前所有権の帰属、③請負人が建物を占有している中で所有者（注筆者）の土地工作物責任の成否であり、④においては、請負人帰属説に立つ場合に立つ場合における原則と例外則、注筆者帰属説に立つ場合のその理由と判例批判が内容となる。

全体としては、①については十分に論ずるものが少なく、②については、請負人帰属説に立つものが多数であったが、その原則と例外則についての論述の精度や論理的整合性に差があり、③については民法第 7 1 7 条の要件該当性についての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に関しては、合意による建物所有権の帰属については比較的多くの答案が触れていたが、その理由付けがないものが多く、**建物の独立性についてはこれに気が付かなかつた答案がほとんどであった**。他方で、①の法律関係を簡潔に論ずることのできた答案は、**高く評価**された。

イ 答案の例

②に関しては、**請負人帰属説**に立つ答案の中で、材料の全部又は主要部分の提供者が誰かによって所有権の帰属が決められるという原則の**根拠**につき、材料の所有権が積み上げられて完成した建物となるという物権法の論理を正確に指摘することができていたのは少なかった。

多くの答案は、報酬請求権を担保する必要性を**請負人帰属説の唯一の根拠として挙げていたが、そのような必要性があるからといって、請負人への所有権帰属が論理的に導かれるわけではない。**

また、上記の原則の根拠として、民法第246条や加工の法理のみを指摘するものも相当数あったが、これらは加工の対象となる動産の所有者と加工者とが異なるときの所有権の帰属を扱うものであり、本問のような**請負人が材料提供者であるケースには直ちに妥当せず**、加工の法理を根拠とするのであればその意味を明らかにする必要がある。

本問では、代金の8割を注文者が支払っているという事情があり、**請負人帰属説に立つ場合であっても、注文者が代金を支払っている**注文者に建物所有権が帰属するという例外則の適用の有無を論ずる必要がある。

例外則の内容とその根拠については出題の趣旨で詳述したところであり、**例外則が発動されるか否かを実際の事案に当てはめて判断するためには、例外則の根拠に立ち返って論ずる必要がある**が、この点を明確に意識した答案は少なかった。

請負人帰属説を採用する根拠を報酬請求権の担保にのみ求める答案の中でも、代金の8割が支払済みであるから注文者に帰属すると簡単に片付けるものが相当数見られたが、報酬請求権を担保するたためであれば金額が支払われない限り注文者に所有権は帰属しないとも考えられるのであり、低い評価にとどまった。

これに対し、例えば、**請負人帰属説に立つ根拠として材料の対価の負担に着目し、請負人が材料費を回収できる程度の報酬を得たかを判断基準として示した上で、代金の8割の支払をした本問では注文者に所有権が帰属すると論ずる答案は、高く評価された。**

③に関しては、民法第717条の土地工作物の所有者の責任の成否が問題となることや、その基本的内容については比較的良く論述することができていたものの、**工作物の設置又は保存の瑕疵の有無について全く検討していない答案や、設置又は保存の瑕疵と材料の瑕疵とを混同する答案が少なからずあった。**

また、所有者の責任は占有者が**免責された場合の二次的なものであること**を理解していないかと思われるものも相当数見られた。

占有者が損害発生防止に必要な注意をしたか否かについては、**本問の事実関係では、占有者Bが必要な注意を尽くしていなかったという判断は常識的には言い難いにもかかわらず、何らの説明もせず**占有者に責任を負わせるべきとする答案も少なかつた。

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、**取り分け建物所有権の帰属については自己の採用する立場に基づき、その根拠に立ち返って一貫して論ずることができていたもの**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、建物所有権の帰属に関する自己の立場の根拠と当てはめるべき定式との関係を明確に述べていなかったり、土地工作物の所有者の責任の要件の一部について検討をしていなかったりするが、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、②や③については相応の論述がされているものの、①については全く触れることができていないものや、建物所有権の帰属に関して当てはめるべき定式を示すだけで、表層的な検討にとどまるものなどである。

不良に属する答案の例は、**建物所有権の帰属に関して請負人帰属説に立ちながら、例外則について全く触れていないものや、土地工作物の所有者責任ではなく、民法第710.9条や第716.6条の責任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、第三者対抗力を備えた将来賃料債権譲渡がされた場合において、賃料債権を生ずべき賃貸借の目的不動産が譲渡されたときに、①目的不動産の譲渡の効力が優先すると考える場合(Hの主張)のその根拠、②将来賃料債権譲渡の効力が優先すると考える場合(Fの主張)のその根拠、③上記①と②のいずれが正当であるかについての理論面及び実質的な妥当性の面からの検討である。

全体としては、多くの答案が、設問に従って、①から③までを形式的に項目を分けて整理し、順を追って論ずることができていたが、これを混乱させて論じていたものは、**相対的に低い評価にとどまった**。また、①及び②については相応の論述することができた答案が比較的多かった一方で、④又は⑤のいずれかについて論点を捉えることができなかったものもあつた。さらに、⑥については、問題の本質をつかむことができずに**不十分な論述にとどまったもの**がかなり多く、これらの点で評価に差がついたものと考えられる。

個別に見ると、①については、Hが乙建物の所有者となったことによりEに対する賃貸人となったことを論ずべきところ、**根拠**については、当然承継の構成を採る答案が大部分を占めた。しかし、不動産賃貸借の目的物の所有権移転による**賃貸人の地位の移転について当然に承継が生ずるの**は、**賃借人が対抗要件を備えている場合に限る**(したがって、本問では、EがDから乙建物の引渡しを受けて**借地借家法第31条**の定める**対抗要件を備えていることを指摘する必要がある**。)と**いう基本的な理解が不十分**な答案が多く見られた。

賃借人が対抗要件を備えていなければ、「売買は賃貸借を破る」の原則により、新所有者は賃借人に対して明渡しを求めることができ、承継は当然には生じないことを銘記する必要がある。

また、賃貸人の負う債務が状態債務であることのみをもって当然承継の根拠とするものも相当数あったが、「状態債務」という表現によって何を意味しているのかを簡潔に説明する必要がある。

②については、本件譲渡契約(将来債権譲渡)が有効であり、かつ、Fがその契約による将来賃料債権の取得を第三者に対抗することができていることを論ずべきであるが、将来債権譲渡の有効性について、判例法理を踏まえて論ずることができた答案は少数にとどまった。また、債権譲渡の対抗要件については、債務者対抗要件(民法第467条第1項)と第三者対抗要件(同条第2項)とを明確に区別して論ずることができていないものや、内容証明郵便が確定日付のある証書に当たる(民法施行法第5条第1項第6号参照)という実務上不可欠な基本的知識を欠くものも散見された。

③については、将来債権譲渡の譲受人(F)と目的不動産の新所有者(H)との間の対抗要件の具備の先後で決するとして、Fの主張に軍配を挙げ、答案が且立った。しかし、この立論は、FもHも共に将来賃料債権を取得し得ることを前提としていて、考えられるが、**そもそも、将来賃料債権譲渡がされた目的不動産の所有権が移転し、譲渡人(D)が所有者でも賃貸人でもなくなつたときに、それ以降に発生する賃料債権について将来債権譲渡の効力が及ぶのかという問題の本質がつかめておらず、低い評価にとどまった**。

その一方で、自説の理論的根拠と実質的妥当性について、複数の論拠を挙げ、反対説からの反論にも適切に応答する答案も少数ながら存在し、**高く評価**された(③について論ずべき事項については、既に公表した出題の趣旨を参照されたい)。

注：将来債権の譲渡については、2020年4月1日施行の改正民法466条の6に規定がある。将来債権譲渡の対抗要件も明文化されている(改正民法467条1項括弧書)。**★**

注：改正民法では**賃貸人の地位の移転**が明文化されている(改正民法605条の2、605条の3)。**★**

イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、①及び②について、判例を踏まえながら、賃貸人の地位の承継並びに将来賃料債権譲渡の有効性及び対抗要件の具備に関する法律関係を的確かつ簡潔に述べた上で、③について、自説の理論的根拠と実質的妥当性の両方について説得的に論ずることができたものなどである。

良好に属する答案の例は、①から③まで相応の記述をしているもの、優秀に属する答案との比較においては、賃貸人の地位の承継に関する賃借権の対抗要件具備についての論述が不十分であるか、又は将来債権譲渡の有効性に関する判例法理についての理解が十分に示されていないものや、③について自説の実質的妥当性を本問の事例を用いて丁寧に論じられているが、理論的な理由については示せていないものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、①又は②のいずれかについて問題の所在が捉えられなかったものや、③についてHとFの対抗要件の具備の先後で決するとするなど大きく筋を外してしまったものなどである。

不良に属する答案の例は、①及び②のいずれについても問題の所在が捉えられず、出題趣旨に沿った論述がほとんどできなかったものなどである。

(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本件債務引受契約の無効原因として問題となる動機の錯誤の内容、②動機の錯誤が法律行為の要素の錯誤と認められる要件とその当てはめ、③Hの重過失の成否である。

設問3も、設問1と同じく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、①の設定の明確性、②の論述の精度と論理的整合性、③の当てはめの説得性において出来がかなり分かれ、これらの点で評価に差がついたと考えられる。

個別に見ると、①については多くの答案が触れていたが、下線部の認識が本件債務引受契約の締結の動機であり、この点に誤認があつたと構成する答案が多く、本件売買契約に基づく代金債務の負担が本件債務引受契約の締結の動機であり、この点に誤認があつたと構成するものは少なかった。

これらに対して、**いずれの構成を採るかを示さず、あいまいな論述をした答案は、事案を十分に分析することができないと考えられ、低い評価にとどまった(①でどのような構成を採るかは、②における検討の前提となるものであるから、このような答案は②でも高い評価を受けることができなかつた)**。

②については、判例についての一般的理解と同様に、動機の錯誤の場合、民法第95条は当然には適用されないことを前提として、動機が表示された法律行為(又は意思表示)の内容になった場合にのみ民法第95条による意思表示の無効を認めるとする答案が大多数であった。しかし、学説上も大きな対立があるにもかかわらず、自説がどのような立場であるかを明確にせずに漫然と論述を進めるものが多かった。

また、上記の規範を本問の事案に当てはめる際に、動機が表示されたことについて、DGH間で協議がされたという外形的な事実のみを指摘して動機が表示されたことと認めるなど検討が不十分なものも散見された。

さらに、動機が表示されたことについては一定の論述をすることができても、動機が法律行為の内容になったことについての的確に指摘することができていないものが目立った。近時の判例(最判平成28年1月12日民集70巻1号1頁)においても、「**動機は、たとえそれが表示されても、当事者の意思解釈上、それが法律行為の内容とされたいものと認められない限り、当事者の意思表示に要素の錯誤はないと解するのが相当とされていることから明らかなおり、動機の表示と法律行為の内容化とは別の判断基準として意味を持つていることに留意する必要がある。**

③については、上線部②と下線部④のいずれが正当であるかという法解釈の問題であり、一般人から見ると下線部④が明らかに正しいとはいえないのであるから、**下線部④の認識を持ったHに過失があるとしても、重過失があるとはいえないとするのが常識的な判断**であると考えられるが、重過失があると判断した答案が想定外に多かった。

注：2020年4月1日施行の改正民法の下では、**動機の錯誤**は、法律行為の基礎事情の錯誤(改正民法95条1項2号)として明文化されている。改正民法の下では、錯誤による意思表示は、無効ではなく、取り消しうるものとなる(改正民法95条1項柱書)。★

注：改正民法の下では、**債務引受の要件及び効果**が明文化されている(改正民法470条以下)。★

イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、①について問題となる動機の錯誤の内容を明確にした上で、②について判例の位置付けを踏まえつつ、自己の立場に基づいて要件を明確にし、的確に事案を分析して当てはめ、③について簡潔に論述することができていたものなどである。

良好に属する答案例は、優秀に属する答案との比較においては、②についての検討が十分でないものの、①から③までについて相応にバランスよく論述することができていたものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、②又は③において検討が不十分な点が複数あるが、他の点については相応の論述をすることができていたものなどである。

不良に属する答案の例は、①で自説を明示することができず、②及び③についても的確に検討することができなかったものなどである。

(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、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となる。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な理解とこれに基づく実践的な論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、**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、その法律要件が全て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、**土地の工作物の占有者が退去を防止するために必要な注意を怠らなかつたか**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、瑕疵や因果関係の有無等の他の要件に触れないまま、安易に土地の工作物の所有者の責任を認める答案が相当数あった。法律効果を発生させるためには法律要件が満たされなければならない**という**当然の基本的原則**を常に記する必要がある。

第2に、個別の設問に関しても指摘したが、**結論の妥当性に留意しないものが散見されたこと**である。**例えば**、本問の事情の下で、**設問1**において土地の工作物の占有者**Bが必要なる注意を怠つたと認定することや、設問3**において**Hに錯誤**について**重過失**があったと認定することは、結論の妥当性の観点から見れば疑問があるが、何らの説明もなく卒然とこれらの認定をするものが目立った。

反対に、**設問1**においてAが土地の工作物の所有者として責任を負うことは民法第717条の趣旨からしてやむを得ないとしつつ、建築資材の製造業者に対して求償することができるとしてAの救済方法があることまで論じた答案は**高く評価**された。法律実務家にとつて重要な結論の「スワリ」についても意識して検討することが求められる。

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

注：受験生に望まれる事項として読むとよい

本年においては、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。しかし、特に設問3については、設問の文字数がより多かった年と同じように、時間切れで論述が不十分に終わった答案が相当数あった。このことは、答案作成のための事務量の多寡にかかわらず、多くの受験生が、短時間で自己の見解を適切に文章化するために必要な基本的知識・理解を身に付けていないことを示唆している。引き続き、法的知識の体得に努めていただきたい。

また、本年も、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ならないが、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、判例の内容をより的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。

令和元年度 司法試験 採点実感

1 出題の趣旨等

既に公表されている令和元年司法試験の論文式試験の出題の趣旨に、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な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、乙社が、甲社の株主として、株主総会において、株主総会の権限に属する一定の事項を提案するために、会社法上、どのような手段を採ることができるか、少数株主による株主総会の招集の手続(会社法第297条等)並びに議題提案権(同法第303条)及び議案要領通知請求権(同法第305条)の行使の手続についての理解等を問うものである。

(7) 設問1においては、乙社が採ることができるとする会社法上の手段として、**まず、少数株主による株主総会の招集の手続**(会社法第297条等)に関して、条文に言及しながら簡潔に説明することが求められる。**例えば**、①甲社は**公開会社**であるから、乙社は甲社の総株主の議決権の1.00分の3以上の議決権を6か月前から引き続き(請求日から遡って満6か月)有しななければならないこと(同条第1項)、②取締役に対し、株主総会の目的である事項(議題)及び招集の理由を示して、株主総会の招集を請求しなければならないこと(同項)、③請求の後遅滞なく招集の手続が行われない場合は請求があった日から8週間以内の日を株主総会の日とする株主総会の招集の通知が發せられない場合に、**裁判所の許可を得て、株主総会を招集**することができると(同条第4項)などについて説明することが求められる。

そして、乙社は、平成29年5月の時点で甲社の総株主の議決権の4%を、同年9月の時点で同9.8%を、平成30年1月の時点で同15%を保有しており、上記①を満たすと考えられること、上記②及び③を満たす場合には、甲社の臨時株主総会を自ら招集することができることなどについて、説明することが求められる。

次に、議案提案権(会社法第303条)の行使の手続に関して、同様に、**例えば**、①甲社は公開会社である取締役会設置会社であるから、乙社は甲社の総株主の議決権の1.00分の1以上の議決権又は300個以上の議決権を6か月前から引き続き(請求日から遡って満6か月)有しななければならないこと(同条第2項)、②取締役に対し、株主総会の目的(議題)とすることを請求する一定の事項は、株主総会の決議事項でなければならないこと(同項前段)、③株主総会の日を8週間前までに請求をしなければならないこと(同項後段)などについて、簡潔に説明することが求められる。

また、**議案要領通知請求権**(会社法第305条)の行使の手続に関して、同様に、**例えば**、④株主総会の日を8週間前までに請求をしなければならないこと(同条第1項本文)、⑤株主総会の目的である事項(議題)につき請求しなければならないこと(同項本文)、⑥甲社は公開会社である取締役会設置会社であるから、乙社は甲社の総株主の議決権の1.00分の1以上の議決権又は300個以上の議決権を6か月前から引き続き(請求日から遡って満6か月)有しななければならないこと(同項ただし書)、⑦拒絶事由に該当しないこと(同条第4項)などについて、簡潔に説明することが求められる。

そして、乙社は、上記のとおり甲社の議決権を保有しており、上記①及び⑥を満たすと考えられること、上記②から⑤まで及び⑦を満たす場合には、同年6月の甲社の臨時株主総会の開催に当たり議題提案権及び議案要領通知請求権を行使することができるとなどについて、説明することが求められる。

なお、設問1においては、乙社が、甲社の臨時株主総会を自ら招集するための法定の要件や、甲社の臨時株主総会の開催に当たり議題提案権及び議案要領通知請求権を行使するための法定の要件については一定程度説明することができている答案が多かった。

しかし、乙社が採ることができるとする会社法上の手段として、議案要領通知請求権の行使の手続について説明していない答案が少なくなかった。

また、設問1に関しては、基本的事項について、**条文に沿った正しい理解を示していない答案**が少なくなかった(例えば、**以下のような答案**が散見された。)

少数株主による株主総会の招集の手続においては、少数株主が株主総会の目的である事項(議題)を定めること(会社法第298条1項括弧書き)など、少数株主が株主総会の招集等の手続(同条等)を行うことを理解していないもの。

少数株主による株主総会の招集の手続においても、議題提案権(会社法第303条)及び議案要領通知請求権(同法第305条)が適用されると誤解しているもの。

議題提案権(会社法第303条)、株主総会における議案提案権(同法第304条)及び議案要領通知請求権(同法第305条)を区別して理解することができていないもの。

議題提案権又は議案要領通知請求権が行使され、法定の要件を満たす場合には、取締役は、その請求に係る事項を株主総会の目的とし、又は株主が提出しようとする議案の要領を株主総会の招集の通知に記載しなければならないことを理解しておらず、その裁量により、これを拒絶することができるもの。

甲社の定時株主総会の議決権の基準日(甲社定款第1.3条、会社法第1.2.4条)の意義を誤解し、少数株主による株主総会の招集の手続や、議題提案権及び議案要領通知請求権の行使の手続に関する議決権の保有期間の要件について、当該基準日から遡って満6か月有しななければならないといった説明をしているもの。

(4) 次に、設問1においては、**少数株主による株主総会の招集の手続と議題提案権及び議案要領通知請求権の行使の手続とを比較検討**することが求められる。これらの手続を**比較検討**するに当たっては、**例えば、下記①から③までのことを中心として、設問2及び3との関係で、バランスを失しない程度の適切な分量**で論ずることが期待される。

なお、下記③について言及している答案が比較的多く、下記①及び②について言及している答案が少なかった。

① 議事運営の主導権

少数株主が臨時株主総会を招集する場合には、少数株主は株主総会の招集等の手続(会社法第29.8条等)を行うことにより株主総会の議事運営にその意向を反映し得ること、**他方で**、取締役が招集する定時株主総会の開催に当たり少数株主が**議題提案権及び議案要領通知請求権**を行使する場合には、**取締役が株主総会の招集等の手続を行うため、少数株主が臨時株主総会を招集する場合と比較して、株主総会の議事運営に少数株主の意向を反映することに支障があり得ること。**

② 費用等の手続面の負担

少数株主が臨時株主総会を招集する場合には、少数株主が株主総会の招集及び開催(会社法第29.9条、第30.1条、第30.2条等)の費用及び労力を負担すること、**他方で**、議題提案権及び議案要領通知請求権を行使する場合には、株式会社が株主総会の招集及び開催の費用及び労力を負担すること。

なお、少数株主が臨時株主総会を招集する場合には、裁判所の許可を得なければならないので、手間が掛かるとのみ論ずる答案が多かったが、**少数株主の負担**が大きいと論ずるべきであるのは、**少数株主が自ら株主総会の招集等の手続**を行わなければならないことである。

③ 時期の選択

少数株主が臨時株主総会を招集する場合には、定時株主総会が開催されるのを待つことを要せず、それよりも前に、株主総会を開催することができること、**他方で**、議題提案権及び議案要領通知請求権を行使する場合には、定時株主総会が開催されるのを待たなければならないこと。

イ 答案の例

(7) **優秀又は良好**に該当する答案の例

少数株主による株主総会の招集の手続と議題提案権及び議案要領通知請求権の行使の手続との**比較検討**において、乙社が議題提案権及び議案要領通知請求権を行使する場合には、甲社により、株主総会の決議事項でない(会社法第30.3条第2項前段)として、又は拒絶事由に該当する(同法第30.5条第4項)として、拒絶される可能性があることについて論ずるもの。

少数株主による株主総会の招集の手続と議題提案権及び議案要領通知請求権の行使の手続との**比較検討**において、**例えば**、株主総会の招集の通知や株主総会参考書類の作成者、**議長の選任方法**の差異等にも言及し、事案に即して、乙社にとって、いずれの手続を採る方がどのような面で有利又は不利であるかについて具体的に論ずるもの。

(4) **不良**に該当する答案の例

手続の**一般的説明**にとどまり、乙社が法定の要件を満たすと考えられるか否かについて検討していないもの。

比較検討が求められているにもかかわらず、**比較検討に当たるような論述を全くしていないもの。**

少数株主による株主総会の招集の手続と議題提案権及び議案要領通知請求権の行使の手続との比較検討において、**例えば**、少数株主による株主総会の招集の手続の方が議題提案権及び議案要領通知請求権の行使の手続よりも議決権数の要件が厳格であるといった**抽象的な比較検討**をしているにとどまるもの。

事業関係を調解し、乙社は少数株主による株主総会による株主総会の招集権の行使する要件を満たさないとするもの(又は議案提案権及び議案要領通知請求権の行使要件を満たさないとするもの)

(2) 設問2について

ア 全体的な採点実感

(1) 設問2は、甲社の取締役会が、乙社による甲社の支配権の取得を阻止するために、株主総会の決議による承認を受け、差別的な内容の本件新株予約権無償割当てを行ったため、乙社が、本件新株予約権無償割当てを差止めることができるかどうか、買収防衛策としての差別的な内容の新株予約権無償割当てについての理解等を問うものである。

設問2においては、乙社による本件新株予約権無償割当ての差止めの請求(会社法第247条類推)が認められるか否かについて、問題文中の事実関係を適切に評価した上で得得的に論ずることが求められる。

乙社による本件新株予約権無償割当ての差止めの請求が認められるか否かについて論ずるに当たっては、会社法第247条については、新株予約権無償割当て(同法第277条)との条文の位置の関係や、同法第247条が規定する内容からすると、新株予約権無償割当てに直接適用することができないと解されるため、まず、新株予約権無償割当てに関して、同条を類推適用することができかどうかについて、簡潔に検討することが求められる。

そして、会社法第247条の趣旨に照らし、新株予約権無償割当てについては、新株予約権者を差別的に取り扱う行使条件が付されるなど、株主の地位に実質的変動を及ぼす場合には、同条を類推適用することができる(東京地決平成19年6月28日金判1270号12頁)と解する場合には、乙社による差止事由に関する主張について、条文及びその文言を引用しつつ、具体的に検討することが求められる。

乙社による差止事由に関する主張としては、**例えば、下記①又は②の主張**について、検討することが求められる。

- ① 本件新株予約権無償割当ては、新株予約権者の差別的な取扱いを内容とするものであり、**株主平等の原則**(会社法第109条第1項)又はその趣旨に反し、**法令に違反**するものであるとの**主張**(同法第247条第1号。**最決平成19年8月7日**民集61巻5号2215頁参照)。
- ② 本件新株予約権無償割当ては、新株予約権者の差別的な取扱いを内容とするものであって、株式会社企業価値ひいては株主の共同の利益を維持するためではなく、専ら経営を担当している取締役等の経営支配権を維持するためのものであり、**著しく不公正な方法**により行われるものであるとの**主張**(会社法第247条第2号。**東京高決平成17年3月23日**判時1899号56頁、判タ1173号125頁参照)。

なお、以上に関しては、**新株予約権無償割当て**(会社法第277条)と**いう方法を理解しておらず**、**募集新株予約権について募集事項として募集新株予約権と引換えに金銭の払込みを要しないこととする旨を定める場合**(同法第238条第1項第2号)や、**同法第238条第1項の募集において、株主に新株予約権の割当てを受ける権利を与える場合**(同法第241条)と**混同**している答案が散見された。

また、募集新株予約権の発行の差止めに関する規定(同法第247条)があることを認識しておらず、**募集株式の発行等の差止めに関する規定**(同法第**210条**)を類推適用しようとする答案や、**株主による取締役の行為の差止めに関する規定**(同法第**360条**)を適用しようとする答案が散見された。

なお、新株予約権無償割当てについて、同条を類推適用することができるとする理由が説得力を有しない答案も少なくなかった。

(1) 次に、乙社の主張の当否に関して、例えば、**上記①の主張**については、**前掲最決平成19年8月7日を参考**にするなどしつつ、検討することが考えられる。

前掲最決平成19年8月7日は、概要として、以下のとおり判示している。会社法第109条第1項に定める株主平等の原則の趣旨は、新株予約権無償割当ての場合に及ぼす、特定の株主による経営支配権の取得に伴い、株式会社の企業価値が毀損され、株主の共同の利益が害されることになるような場合には、その防止のために当該株主を差別的に取り扱うことは、衡平の理念に反し、相当性を欠くものでない限り、株主平等の原則の趣旨に反しない。特定の株主による経営支配権の取得に伴い、株式会社企業価値が毀損され、株主の共同の利益が害されることになるか否かについては、最終的には、株式会社利益の帰属主体である株主自身により判断されるべきものであり、株主総会における株主自身の判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しない限り、当該判断が尊重されるべきである。

なお、**前掲最決平成19年8月7日**は、株主平等の原則の「趣旨」が新株予約権無償割当ての場合についても及ぶ理由として、以下のとおり判示している。会社法第109条第1項は、株式会社は株主をその有する株式の内容及び数に応じて平等に取り扱わなければならないとして、株主平等の原則を定めている。**新株予約権無償割当てが新株予約権者の差別的な取扱いを内容とするものであっても、これは株式の内容等に直接関係するものではないから、直ちに株主平等の原則に反するといふことはできない。しかし、株主は、株主としての資格に基づいて新株予約権の割当てを受けるところ、同法第278条第2項は、株主に割り当てる新株予約権の内容及び数又はその算定方法についての定めは、株主の有する株式の数に応じて新株予約権を割り当てて内容を定めるものでなければならないと規定するなど、株主に割り当てる新株予約権の内容が同一であることを前提としているものと解されるのであって、同法第109条第1項に定める株主平等の原則の趣旨は、**新株予約権無償割当ての場合についても及ぶ**というべきである。**

しかし、**これを正確に理解しておらず**、**新株予約権者は、新株予約権を行使する**と、**株主となるから、株主平等の原則が(類推)適用されるとする答案**が少なくなかった。

設問2においては、本件新株予約権無償割当ては、新株予約権者の差別的な取扱いを内容とするものであり、非適格者である乙社を差別的に取り扱うものであるが、他方で、買収防衛策としての導入等の是非が株主総会の決議（ただし、いわゆる勧告的決議である。）に委ねられていること、さらに、本件新株予約権無償割当ては、乙社に経済的損害を与える性質を有するものであるが、**他方で**、乙社がこれ以上の甲社の株式の買い増しを行わない旨を確約した場合には、甲社の取締役会が、その決議により、本件新株予約権無償割当てにより株主に割り当てた新株予約権の全部を無償で取得できる仕組みとなっており、乙社に撤退可能性が保障され、**乙社**などとの問題文中の事実関係に即して、**条文の適用と当てはめを丁寧に**行い、**説得的に検討**することが求められる。しかしながら、説得力を有する規範の定立をすることができていない答案や、当てはめを具体的にすることができていない答案が多かった。

なお、株主の差別的な取扱いが相当性を欠くものでないかどうかについての検討を全くしていない答案や、十分にすることができていない答案が多かった。

また、**前掲最高決平成19年8月7日**に関して、**株主の共同利益等が買されること**になるか否かについては、**最終的には、株主自身により判断**されるべきものであり、**判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しない限り、当該判断が尊重されるべきである**という判示部分には、**言及することができていない答案が非常に多**かった。

そして、前掲最決平成19年8月7日と同様に、株主総会における株主自身の判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しない限り、当該判断が尊重されるべきであると解する場合においては、株主総会において、株主自身が、株主の共同利益等が買されることになると否かを判断することになるから、乙社の投資手法や乙社の代表社員Bが甲社の事業に対して理解がないことなどの問題文中の事実関係自体は、株主の共同利益等が買されることになると否かの判断を直ちに左右しないことに留意すべきである。しかし、**このことを理解していない答案が多**かった。

また、乙社を差別的に取り扱うことが、**衡平の理念に反し、相当性を欠くもの**でないかどうかについては、**乙社に撤退可能性が保障されていることなどの問題文中の事実関係に即して、具体的に検討していない答案が多**かった。

(ウ) 上記(7)②の主張については、**前掲東京高決平成17年3月23日を参考**にするなどしつつ、検討することが考えられる。

前掲東京高決平成17年3月23日を参考にする場合には、概要として、既に経営支配権争いが生じている場面において、経営支配権の維持・確保を主要な目的として新株予約権者の差別的な取扱いを内容とする新株予約権無償割当てがされた場合には、原則として、著しく不公正な方法による新株予約権無償割当てとして差止請求が認められるべきであるが、株主全体の利益保護の観点から当該新株予約権無償割当てを正当化する特段の事情がある場合、具体的には、敵対的買取者が真摯に合理的な経営を目指すものではなく、敵対的買取者による支配権取得が株式会社に回復し難い損害をもたらす事情がある場合には、対抗手段として必要性や相当性が認められる限り、株式会社の経営支配権の帰属に影響を及ぼすような新株予約権無償割当てを差止めすることはできないと解することになると思われる。

設問2においては、**本件新株予約権無償割当ては、いわゆる主要目的のルールに照らすと経営支配権の維持を主要な目的とするものであるが、他方で、上記のとおり買収防衛策としての導入等の是非が株主総会の決議に委ねられていることなどの問題**

題文中の事実関係を踏まえ、この株主総会の決議の意義がどのようなものであるかや、**前掲東京高決平成17年3月23日**が挙げられる四つの類型（①真に会社経営に参加する意思がないにもかかわらず、ただ株価を上げようとして高値で株式を会社関係者に引き取らせる目的で株式の買収を行っている場合（いわゆるグリーンメーラーである場合）、②会社経営を一時的に支配して当該株式会社の事業経営上必要な知的財産権、ノウハウ、企業秘密情報、主要取引先や顧客等を当該買取者やそのグループ会社等に移譲させるなど、いわゆる焦土化経営を行う目的で株式の買収を行っている場合、③会社経営を支配した後に、当該株式会社の資産を当該買取者やそのグループ会社等の債務の担保や弁済原資として流用する予定で株式の買収を行っている場合、④会社経営を一時的に支配して当該株式会社の事業に当関係していない不動産、有価証券など高額資産等を売却等処分させ、その処分利益をもって一時的な高配当をさせるかあるいは一時的な高配当による株価の急上昇の機会を狙って株式の高値売却を目的で株式買収を行っている場合など、当該株式会社が食い物にしようとしている場合）に照らし、株主全体の利益保護の観点から本件新株予約権無償割当てを正当化する特段の事情があるかどうかなどについて検討した上で、**同様に、説得的に論ずることが求められる**。しかしながら、説得力を有する規範の定立をすることができていない答案や、当てはめを具体的にすることができていない答案が多かったことは同様である。

なお、設問2においては、**防衛策の導入、発動の是非が株主総会の決議（ただし、勧告的決議である。）に委ねられているため、直ちには、主要目的のルールによって結論を導き出すことができないことに留意**すべきである。主要目的のルールによって結論を導き出すためには、**例えば、本件会社提案に係る本件株主総会の決議が無効である（勧告的決議にすぎず、尊重することを要しない。）と論ずることや、主要目的のルールによって取締役会の決議のみにより新株予約権無償割当てを行うことが認められる場合には、取締役会の決議により株主総会の決議による承認を受けることを条件として新株予約権無償割当てを行うこともできると論ずることなどが考えられる**。しかし、これらのごとを論ずることができている答案は少なく、直ちに主要目的のルールによって結論を導き出そうとする答案が多かった。

また、乙社の投資手法や乙社の代表社員Bが甲社の事業に対して理解がないことなどの問題文中の事実関係から、上記の特段の事情があると認めることができるかどうかについては、**これを肯定する立場の答案と否定する立場の答案のいずれもが見られたが、敵対的買取者であることと濫用的買取者であることとを区別すること、**ができておらず、**敵対的買取者であることをもって直ちに濫用的買取者であるとする**。答案も散見された。

イ 答案の例

(7) 優秀又は良好に該当する答案の例

前掲最決平成19年8月7日を参考にしつつ、株主の共同の利益等が害されることとなるか否か(必要性の要件を満たすか否か)については、最終的には、株主自身により判断されるべきものであり、判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しない限り、当該判断が尊重されるべきであり、本件会社提案に係る議案について賛成するものとして行使された議決権の割合や、判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しないか否かも丁寧に検討しているもの

前掲最決平成19年8月7日を参考にしつつ、乙社の差別的な取扱いが乙社に経済的損害を与える性質を有するものであることを指摘した上で、株主の差別的な取扱いが相当性を欠くものでないか否か(相当性の要件を満たすか否か)を検討しているもの

前掲最決平成19年8月7日を参考にしつつ、本件新株予約権無償割当てが株主総会の決議(ただし、勧告的決議である。)に委ねられていることや、甲社の取締役会の決議により、新株予約権を取得する対価が、非適格者については1円とされていることについて、適切に検討しているもの

本件のように、買収防衛策としての新株予約権無償割当ての導入等の是非が株主総会の決議に委ねられている場合にも、主要目的のルールが適用されるか、適用されるとする場合には、著しく不公正な方法による新株予約権無償割当てとして差止請求が認められるべきであるか否かの判断に当たり、本件新株予約権無償割当てが株主総会の決議に委ねられていることをどのように考慮すべきかについて、論理的に論ずるもの

(4) 不良に該当する答案の例

乙社が敵対的買収者であることから直ちに、差止めを認められぬとし、あるいは本件新株予約権無償割当ての主要な目的は経営支配権の維持にあるとはいえないなどの結論に結び付けるもの

新株予約権無償割当てと、募集株式の発行等又は募集新株予約権の発行の差異を十分に理解することができていないもの(例えば、新株予約権無償割当ての本来の目的が資金調達にあると論ずるものや、本件新株予約権と引換えに金銭の払込みを要しないこととする旨を定める場合(会社法第238条第1項第2号)であるとして、新株予約権の有利発行に当たるか否かを論ずるもの)

株主の共同の利益等が害されることとなるか否か(必要性の要件を満たすか否か)と、株主の差別的な取扱いが相当性を欠くものでないか否か(相当性の要件を満たすか否か)とを区別して理解することができておらず、乙社の差別的な取扱いの内容を検討することなく、本件株主総会において、本件会社提案に係る議案が可決されたことをもって相当性の要件を満たすとするもの

本件新株予約権無償割当ては、乙社がこれ以上の甲社の株式の買い増しを行わない旨を確約した場合には、甲社の取締役会が、その決議により、本件新株予約権無償割当てにより株主に割り当てた新株予約権の全部を無償で取得することができる仕組みとなることが、株主の差別的な取扱いが相当性を欠くものでないか否か(相当性の要件を満たすか否か)の判断に、どのように影響するか、あるいは影響しないかについて、論理的に論ずることができていないもの

株主の差別的な取扱いが相当性を欠くものでないか否か(相当性の要件を満たすか否か)について、単に、新株予約権を使用する際の株式1株当たりの払込金額が1円と定められていることをもって、甲社の取締役会の決議により、新株予約権を取得する対価が、非適格者については1円とされていることを適正な金額であると論ずるもの

問題文中の事実関係を誤解しているもの(例えば、非適格者は、新株予約権の割当てを受けることができないと誤解しているもの、非適格者である乙社は、これ以上の甲社の株式の買い増しを行わない旨を確約した場合には、新株予約権の割当てを受けることができると誤解しているもの)

(3) 設問3について

ア 全体的な採点実感

設問3は、甲社の取締役会が遅くとも平成30年度中にP倉庫を適正な価格で売却することに關する議案を可決した本件株主総会の決議(本件決議2)に關して、甲社の代表取締役社長Aは、これを遵守したことにより、その任務を怠ったものと認められ、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責任を負うか否かなど、甲社の代表取締役社長Aの責任に關連して、取締役会設置会社における株主総会の権限、取締役の株主総会の決議の遵守義務及び取締役の株式会社に対する損害賠償責任についての理解等を問うものである。

設問3においては、①甲社の財産の処分を株主総会の決議によつてもすることができようにする定款の変更に關する議案を可決した本件決議1の効力を検討した上で、②本件決議1に基づく本件決議2の効力及び取締役の株主総会の決議の遵守義務(会社法第355条)を前提として、③下記の問題文中の事実関係を踏まえ、本件決議2に關して、甲社の代表取締役社長Aは、これを遵守してはならぬにもかかわらず遵守したことにより、その任務を怠ったものと認められるのではないかと、結果として、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責任を負うか否かについて、論ずることが求められる。

本件決議1の効力を検討するに当たっては、まず、取締役の業務執行権限に属する事項を株主総会の決議事項とすることができるかどうか、会社法第295条第2項に關して、取締役会設置会社における株主総会決議事項に一定の制約を認めるべきか否かを検討することが求められる。

会社法第295条第2項は、定款で株主総会の決議事項として定めることができる事項について、何ら制約していないことに着目すれば、以下のように論ずることができる。すなわち、取締役会設置会社において株主総会の決議事項が限定されているのは、株主は経営の意思も能力もないから業務執行に介入しないということが株主の通常の意思であるという考え方に基づくものにすぎず、株主が定款で株主総会の決議として定めることを特に欲する事項があるのであれば、当該事項について、株主総会の決議事項とすることが認められ、取締役の業務執行権限に属する事項であっても、定款で定めることにより株主総会の決議事項とすることができるから(会社法第295条第2項)、本件決議1及び本件決議2はいずれも有効であると解することが考えられる。このような考え方を採る場合には、取締役は株主総会の決議を遵守しなければならないこと(同法第355条)について、言及することが求められる。

その上で、株主総会の決議の遵守義務を前提として、例えば、Q県において発生した大地震により、Q倉庫が倒壊したため、海外から到着する貨物をP倉庫において保管しなければならず、P倉庫を売却すると、競合他社に多数の顧客を奪われるなど、50億円を下らない損害が甲社に生ずることが見込まれ、他方で、P倉庫の近隣の不動産価格が下落する兆候は甲社に生ずらなかったことなどの問題文中の事実関係を踏まえ、①代表取締役社長Aは、甲社に損害を与えないように業務を執行するのであれば、本件決議2を遵守してはならなかったにもかかわらず、本件決議2を遵守したものは認められず、その任務を怠つたものと認めてはならないから、甲社に対し、損害賠償責任を負う、②本件決議2の後に重大な事情の変更が生じたことに鑑み、改めて株主の意思を認識しなければならなかった(改めて株主総会の決議を得なければならなかった。)にもかかわらず、事情の変更が生ずる前の本件決議2を遵守することに固執し、その任務を怠つたものと認められるから、甲社に対し、損害賠償責任を負うと解するか、あるいは③上記の問題文中の事実関係を踏まえ、代表取締役社長Aは、本件決議2を遵守しなければならず、その任務を怠つたとは認められないから、甲社に対し、損害賠償責任を負うとは認められないと解するかなどについて、説得的に論ずることが求められる。

他方で、上記の会社法295条第2項の検討において、取締役会設置会社の場合には、定款により定めることができる株主総会決議事項に一定の制約を認めるべきと解す場合には、取締役の業務執行権限に属する事項、取り分け裁量的な判断になじむ事項については、少なくとも取締役会設置会社の場合には、会社法が専ら専門的経営者たる取締役にその判断を委ねていて理解することができるので、裁量事項を定款で制約すると、定款遵守義務により最濶な判断が妨げられ得るので(会社法第355条)、定款で定めることにより株主総会の決議事項とすることを認められないから(同法第295条、第362条第2項第1号、第363条第1項第1号)、本件決議1が無効であると解することも考えられる。このような考え方を採る場合には、これを前提とする本件決議2も株主総会の決議としての効力はないこととなる。

なお、本件決議1は、取締役会の決定権限をはく奪する内容ではないことにも配慮することが求められる。このことに言及した答案には一定の評価を与えた。

その上で、④なお株主の意向を示すものとして尊重する必要がないかや、代表取締役社長Aが本件決議2を遵守する義務があると考えてP倉庫を売却するという決定をしたことに取締役としての任務懈怠や過失がなかったかどうかについて、説得的に論ずることが求められる。

なお、会社法第362条第2項に規定する取締役会の決議事項を、株主総会において決議したことのみをもって直ちに本件決議2が無効であるとするとする答案が少なくなかった。

また、設問3は、株主総会の決議の遵守義務が問題となっている場面であり、いわゆる経営判断原則の適用が問題となる典型的な場面ではないため、経営判断原則に言及する場合には、その趣旨や適用範囲について検討した上で言及することが望まれる。しかし、このような検討をすることができている答案は少なく、単純に経営判断原則の適用が問題となる場面であるとし、経営判断原則に照らして検討する答案が多かった。

イ 答案の例

(7) 優秀又は良好に該当する答案の例

本件決議1の効力を検討するに当たり、事案に即して、甲社のような上場会社において、取締役の業務執行権限に属する事項を株主総会の決議事項とする場合には、不都合が生ずるおそれがあることについて検討するもの

本件決議2について、遊休資産でなくなった資産を売却することは意図されていないとして、本件決議2の効力を限定した上で、甲社の代表取締役社長Aが、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責任を負うか否かを検討するもの

本件決議1を無効であると解しつつ、法令の解釈を誤って、本件決議2を遵守しなければならぬと考えたことについて、Aに過失がなかったかどうかを検討するもの

本件決議2の後に重大な事情の変更が生じたことに鑑み、Aは、改めて株主の意思を認識しなければならなかったにもかかわらず、これを怠り、事情の変更が生ずる前の本件決議2を遵守することに固執し、その任務を怠つたものと認められるとするもの

株主総会の決議の遵守義務が問題となっている場面であり、経営判断原則の適用が問題となる典型的な場面ではないことを指摘するもの

(4) 不良に該当する答案の例

本件決議1の効力を検討するに当たり、取締役会設置会社における株主総会の決議事項について規定する会社法第295条第2項は、定款で株主総会の決議事項として定めることができる事項について、何ら制約していないことには言及していないもの。

甲社の代表取締役社長Aが、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責任を負うか否かを検討するに当たり、取締役の株主総会の決議の遵守義務(会社法第355条)に言及していないもの。

設問3においては、本件決議1の効力を検討するよう求められるにもかかわらず、本件決議1の効力を検討しないものや、株主総会の手続が適法であったことのみをもつて直ちに本件決議1が有効であるとすると、本件決議1及び本件決議2の効力と全く関連付けて検討することなく、甲社の代表取締役社長Aが、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責任を負うか否かを検討するもの。

本件決議1及び本件決議2の効力と全く関連付けて検討することなく、甲社の代表取締役社長AがP倉庫を売却したこととを、専ら経営判断原則に照らして検討するもの。

単に、甲社の取締役会において、本件決議1及び本件決議2への対応について、取締役らから、様々な意見が述べられたことを踏まえて判断していることのみをもつて、甲社の代表取締役社長Aは、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責任を負わないとするもの。

3 法科大学院教育に求められるもの 注：受験生に求められるものとして読む

少数株主による株主総会の招集の手続(会社法第297条等)並びに議題提案権(同法第303条)及び議案要領通知請求権(同法第305条)の行使の手続については、比較的よく理解されていた。少数株主による株主総会の招集の手続と議題提案権及び議案要領通知請求権の行使の手続との比較検討において、事案に即して、乙社にとつて、いずれの手続を採る方がどのような面で有利又は不利であるかについて具体的に論ずる答案は、多くはなかったが、**好印象**であった。

他方で、乙社が、甲社の臨時株主総会を自ら招集するための法定の要件や、甲社の臨時株主総会の開催に当たり議題提案権及び議案要領通知請求権を行使するための法定の要件を条文から十分に拾い上げることができていない答案や、設問1においては、比較検討が求められているにもかかわらず、比較検討に当たらない論述を全くしていない答案も見られた。

また、議題提案権、株主総会における議題提案権(同法第304条)及び議案要領通知請求権を区別して理解することができていない答案や、甲社の臨時株主総会の議決権の基準日(甲社定款第13条、会社法第124条)の意義を誤解している答案も見られた。

設問1に限らず、確認する機会が多くない条文であっても、条文を参照しながら、規定されている要件等を正確に理解し、拾い上げ、事案に即して、問いに的確に答えることができること、基準日や株主提案権など、会社法上の基本的かつ重要な条文又は制度については、実務上、具体的にどのように用いられているのかも理解していることが必要であろう。

買取防衛策としての差別的な内容の新株予約権無償割当てについては、全体的に理解が十分であった。代表的な判例及び裁判例については、正しく理解していることが期待される。ところ、前掲最決平成19年8月7日や前掲東京高決平成17年3月23日を踏まえ、一定の論述をすることができている答案が見られた。もともと、問題文中の事実関係に即して、乙社の差別的な取扱いが相当性が欠くものでないか否かを検討することができている答案は少なかった。

また、同様に、本件新株予約権無償割当てに関して、差止請求が認められるべきであるか否かの判断に当たり、本件新株予約権無償割当てが株主総会の決議に委ねられていることなどをどのように考慮すべきかについて、適切に検討することができている答案も少なかった。さらに、新株予約権無償割当てと、募集株式の発行等又は募集新株予約権の発行の差異を十分に理解することができている答案、募集新株予約権の発行の差止めに関する規定(会社法第247条)があることを認識していない答案、主要目的ルールの内容を正しく理解していない答案が散見された。

会社法上の**基本的な条文又は制度**や、**代表的な判例及び裁判例についての基本的な理解**を**前提**として、**事案に応じて柔軟かつ適切に、その理解を養う**する能力を養っていくことが期待される。

取締役会設置会社における株主総会の権限、取締役の株主総会の決議の遵守義務及び取締役の株式会社に対する損害賠償責任についても、理解が必ずしも十分でなかった。

設問3においては、本件決議1の効力を検討するように求められているにもかかわらず、本件決議1の効力を検討しない答案や、本件決議1の効力を検討したものの、本件決議1及び本件決議2の効力と全く関連付けて検討することなく、甲社の代表取締役社長Aが、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責任を負うか否かを検討する答案が多かった。

また、本件決議1の効力を検討するに当たり、取締役会設置会社における株主総会の決議事項について規定する会社法第295条第2項に言及していないものや、甲社の代表取締役社長Aが、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責任を負うか否かを検討するに当たり、取締役の株主総会の決議の遵守義務(会社法第355条)に言及していない答案が非常に多かった。上記のとおり、問いに的確に答えることができる必要があるであろう。解釈上問題となる条文及びその文責に言及しないで、論述をする例が見られ、条文の適用又は条文の文責の解釈を行っているという意識が低いように感じられる。

従来と同様に、会社法上の基本的な条文又は制度や、代表的な判例及び裁判例についての理解を確実なものとするとともに、事実関係から重要な事実等を適切に拾い上げ、これを評価し、条文を解釈し、これを適用する能力と論理的思考力を養う教育が求められる。

令和元年度 司法試験 採点実感

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「令和元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、これらに関する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られているか、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っている。

2 採点方針

答案の採点に当たっては、基本的に、上記①から③までの観点を重視するものとしている。本問においても、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を考慮することが**必要**である。そして、事前に準備していた論証がタリタリそのまますべて書き出したり、理由を述べることなく結論のみを記載したりするのはなく、提示された問題意識や事案の具体的な内容を踏まえつつ、論理的で一貫した思考の下で端的に検討結果を表現しなければならない。

採点に当たっては、受験者がこのような意識を持っているかどうかという点についても留意している。

3 採点実感等

(1) 全体を通じて

本年の問題では、例年同様、具体的な事案を提示し、**登場人物の発言等において受験者が検討すべき事項を明らかにした上で**、管轄合意、移送、裁判上の自由、自己利用文書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ものと推測される大雑把な内容や体裁の答案が一定数見られたものの、全体としては、時間内に論述が完成していない答案は少数にとどまった。しかし、検討すべき事項の理解を限り、検討すべき事項とは関係がない論述を展開する答案や、検討すべき事項自体は正しく理解しているものの、問題文で示されている事案への当てはめが不十分であったり、抽象論に終始する答案も散見された。また、そもそも裁判上の自由の理解が十分にはできていないなど、基礎的な部分の理解不足をうかがわせる答案も少なくなかった。

なお、**条文を引用することが当然であるにもかかわらず、条文の引用をしない**答案や、条番号の引用を誤る答案も一定数見られた。**法律解釈における実定法の条文の重要性は、改めて指摘するまでもない。**

また、判読が困難な乱雑な文字や略字を用いるなど、第三者が読むことに対する意識が十分ではない答案や、法令上の用語を誤っている答案、日本語として違和感のある表現のある答案も一定数見られた。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Yと交わした契約書中にある管轄の合意(本件定め)について、「A地方裁判所を本件契約に関する紛争の管轄裁判所から排除することを内容とする」というYの解釈とは別の解釈を採るべきであると**立論**することが求められている。

管轄の合意については、一般に、特定の裁判所のみ管轄を生じさせて他の裁判所の管轄を排除することを内容とする**専属的管轄合意**と法定管轄に付加して特定の裁判所にも管轄を生じさせる**付加的管轄合意**があるとされている。

そのため、本件定めについても、これが専属的管轄合意であれば、Xの訴えがB地方裁判所のみ管轄に属することとなり、これが付加的管轄合意であれば、Xの訴えが法定管轄裁判所の管轄にもなお属することから、後記のとおり法定管轄裁判所の一つであるA地方裁判所の管轄にも属することとなる。

そこで、課題(1)は、本件定めについて、**専属的管轄合意であるとするYの解釈に対して、付加的管轄合意であるとする解釈を立論することが求められている**と言い換えることができる。

しかし、「専属的管轄合意」「付加的管轄合意」という語を用いることなく、「A地方裁判所を本件契約に関する紛争の管轄裁判所から排除することを内容とする」という問題文の表現をそのまま引用して論述する答案が多かった。

また、これらの語を用いていない答案においては、**本件定めがどのような内容の合意であるのかという点を検討することなく、単に「A地方裁判所を本件契約に関する紛争の管轄裁判所から排除することを内容とするものではない」とし、それに代わる解釈を示さないままのものが散見された。**

これらを含め、**管轄合意における専属的管轄合意と付加的管轄合意の区別を理解していないこと**から問題の所在を的確に把握することができていない答案が相当数に上つた。

課題(1)では、本件定めが専属的管轄合意であるとするとYの解釈の根拠も踏まえつつ、これが付加的管轄合意であるとのX側の解釈を採るべきことを示す**必要**がある。

そして、**Yの上記解釈の根拠**としては、本件契約に関する紛争は複数の裁判所の法管轄に属するにもかかわらず、本件定めはそれを一つに絞るものであるから、これを専属的管轄合意と解釈することが当事者の合理的意思に合致するというものが考えられる。

また、これに対する**反論**となり、**かつ**、本件定めが**付加的管轄合意であるとする解釈の根拠**となるものとしては、**例えば**、本件契約の契約書は、Yが用意したものであることを踏まえ、本件定めを「B地方裁判所のみ」とするなど、Yにおいて本件定めが専属的管轄合意であることをより明確にすることができたにもかかわらず、**そのようにはしていないことや、Yから提起する債務不存在確認の訴えなどB地方裁判所の法定管轄に属しない場合もあり**、本件定めは、**そのような場合もB地方裁判所を管轄裁判所とするものであって**、これを付加的管轄合意と解釈することに合理性がないとはいえないことなどが考えられる。

しかし、これらのそれぞれの解釈の根拠がかみ合うよう適切に論ずる答案は、ほとんどなかった。特に、本件定めが専属的管轄合意であるとするとYの解釈の根拠について、適切にこれを示した答案は少なく、そのため、本件定めを付加的管轄合意と解釈すべきであるとの結論を示す答案であっても、**Yの解釈の根拠を踏まえること**となく、**一方的な根拠を指摘するだけの答案が多かった**。このような答案であっても、**例えば、上記のものほか**、全国に展開する事業者であったXに対して、**Xは消費者であり、消費者契約法第1.0条の趣旨に鑑みても、Xに不利とならないうように解釈すべきであること**など、**本件定めを付加的管轄合意と解釈すべき根拠として適切なものを指摘している限りは、相応の評価がされるが、「Yの解釈」すなわち「本件定めが専属的管轄合意であるとする解釈」の根拠も踏まえつつという**問題文の求めに的確に**応じたもの**とまでは**いえないこと**について、留意する必要がある。

以上に対し、本件定め「本件契約に関する一切の紛争」という文言に着目しつつ、Xが提起した訴えがこれに当たらないとすると**答案も一定数見られた**。しかし、このような解釈は、**その文言に照らし、無理**がある。

また、民事訴訟法(以下「法」という。)の規定の解釈のみを示してA地方裁判所が管轄裁判所から排除されないとの結論を導く**答案も**少ないながらも**見られたが**、**論理の飛躍がある**とともに、**合意の解釈と法令の解釈を混同**するものである。

このほか、本件定めについて、**公序良俗に反する**としたり、**法第1.1条第2項の「一定の法律関係」に関するものではない**としたりするなどして、**本件定め**の効力を否定するものも**少なからず見られたが**、このような**答案は、その受当性自体が疑わしい**ことはさておくと**しても、「別の解釈」を示すという問題文の出題趣旨を正しく理解しないもの**であり、**評価**されない。

課題②の採点実感

設問1では、次に、課題②として、本件定めを専属的管轄合意と解釈することを前提としつつ、**管轄違いを理由とするB地方裁判所への移送をすべきではないとする立論**をすることが求められている。

ここでは、**専属管轄**であっても、**それが法第1.1条による管轄合意によるものである場合には、移送の制限がされないこと(法第2.0条第1項)を前提として指摘**した上で、**法第1.7条の類推適用**によつて、Yの移送申立てを却下し、そのままA地方裁判所において審理されるべきであるとの**立論**をすることが期待される。

また、このような**類推適用の根拠**としては、**仮にA地方裁判所からB地方裁判所に**対し管轄違いによる移送をしても、**法第1.7条の要件を満たす場合には、B地方裁判所からA地方裁判所に同条による移送がされる**ことが考えられることから、**そのような適な処理をするまでもなく**、**法第1.7条の類推適用によりA地方裁判所で自行処理**をすることが適切と考えられることや、**場面は異なるが法第1.6条第2項が管轄違いの場合の自行処理を認めていることなどが挙げられる**。

法第1.7条に言及する**答案は**相当数あったが、以上の趣旨を過不足なく述べる**答案は**少なく、**法第1.7条が直接に適用されるとする答案や、A地方裁判所からB地方裁判所に移送されることを前提にB地方裁判所からA地方裁判所に再移送されるべきである**と論ずる**答案が散見された**。前者は**明らか**な誤りであり、後者は**問題文と異なる事実を前提とするものである**ことから、**これらの答案の評価は、相対的に低いもの**とせざるを得ない。

また、法第1.7条の類推適用を論ずるに当たっては、Xの訴えがA地方裁判所の管轄に属することを論ずる必要がある。Xの訴えは、**法第5条第1号又は第5号により、A地方裁判所の管轄に属することとなるが**、この点を正しく指摘する**答案は**多くはなく、**A地方裁判所の管轄に属することの根拠として、問題文ではYのA支店がYの主たる営業所であるという事実関係が全く示されていないにもかかわらず法第4条第4項を**挙げる**答案や、国際裁判管轄の管轄原因を定める法第3条の3を挙げる答案、法第5条第1号を引きながら本件車両の引渡義務の履行地について論ずる答案も一定数見られた**。これらは、**明確な誤り**であり、**条文の基礎的な理解がおろそか**になつているのではないかと懸念される二つの例であるので、**ここで紹介するとともに、注意を促したい**。

そして、課題②では、**以上を踏まえ**、**法第1.7条の要件に本問題の事実を当てはめる必要がある**。多くの**答案**においては、**考慮すべき事実に着目**することができていたが、**条文**に応じて適切に**事実の整理や評価**を行うものは少なく、**問題文中の事実**に**意味付けを加えないまま羅列して結論を示すだけの答案**など**大雑把な当てはめ**のものが多かった。

このほか、例えば、法第19条第1項の類推適用など他の条文を根拠として論ずるものがあつたが、説得的に説明がされれば、相応の評価を受ける。

これに対し、具体的な条文によらず、信義則等を根拠とするもの、衡平や管轄の理念を根拠とするものなど少なからずあつたが、このうち、前者は具体的な条文を根拠とすることなく、一般事項を根拠としている点で低い評価となり、後者は更に抽象的な概念を根拠としている点でより低い評価となる。

ウ 設問1のまとめ

設問1は、設問2及び設問3と比較し、出題の趣旨を適切に捉えた論述をする答案は少なかつた。このような傾向は、特に、課題(1)に強く見られる。

「優秀」に該当する答案は、課題(1)及び課題(2)のいずれについても、出題趣旨を正しく理解した上で、上記の検討事項について、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)及び課題(2)のいずれについても、出題趣旨をおおむね正しく理解しているが、例えば、本件定めを付加的管轄合意と解釈すべき根拠を指摘するにとどまるものや、課題(2)では、法第17条の類推適用を論ずるものの、その当てはめに更なる工夫や改善の余地があるものなどである。

「一応の水準」に該当する答案は、例えば、課題(2)の出題趣旨をおおむね正しく理解しているものの、法第17条の当てはめが大雑把なものなどである。

これに対し、課題(1)や課題(2)の出題趣旨を理解しないものなど、総じて基礎的事項の理解が不足している答案は「不良」と評価される。

(3) 設問2について

ア 設問2の採点実感

設問2では、問題文中の④の事実「本件事実が起きた事実」を認める旨のYの陳述が裁判上の自白に該当して撤回制限効が生じているかどうかの検討が求められている。

ここでは、問題文中のQの発言で示されているように、裁判上の自白の成立要件について検討する必要がある。裁判上の自白の成立要件は、一般に、(1)口頭弁論又は弁論準備手続における弁論としての陳述であること、(2)相手方の主張と一致する陳述であること、(3)事実についての陳述であること、(4)自己に不利益な陳述であることであることとされ、(5)事実上の自白の成立要件は、ほとんどの答案において論じられていたが、以上の要件が不足なく正確に示された答案は少数であり、相当数の答案は、上記の要件の一部を欠くなど不正確なものを述べるものであつた。裁判上の自白は、民事訴訟における基礎的な概念であるにもかかわらず、理解がこのような状況であることは残念であつた。

そして、設問2では、このうち③及び④の要件について主に検討することが必要となる。なお、①及び②の要件が満たされることは明らかであり、そのこともあつてか、これらの要件が満たされることについて触れた答案は少なかつた。要件が満たされたことが示されなければ、効果の発生を論証したとはいえないので、注意を喚起したい。

まず、③の要件については、ここでいう「事実」の意義について検討する必要がある。この点については、主要事実がこれに当たるとする答案が大半であり、その根拠について、単に「自由心証主義との関係」とするのみなど説明として不十分なものもみられたが、相当数の答案が根拠をもって自説を示すことができていた。

その上で、元の請求と追加された請求のそれぞれにおいての④の事実「本件事実」(本件事実が起きた事実)の位置付けを検討し、自説に当てはめる必要がある。主張立証責任の配分については、様々な見解があり得ようが、元の請求(履行遅滞による本件契約の解除に基づく原状回復請求)においては、実務上は、被告が抗弁として契約に基づく債務を履行した事実を主張立証しなければならぬと理解されることが多いものと思われる。

この理解に立脚する場合には、④の事実(本件事実が起きた事実)は、Yが本件契約に基づく債務を履行していないことを推認させる間接事実となり、抗弁事実の積極否認の理由となる事実となるが、このような確かな理解を示した答案はごく少数であり、多くの答案は、Yが履行していないことを請求原因事実と位置付けた上で、④の事実が間接事実であるとするとするものであつた。

他方で、追加された請求(本件契約の債務不履行に基づく損害賠償請求)においては、④の事実(本件事実が起きた事実)が債務不履行と損害の発生の因果関係に当たり、主要事実となると考えられるところであり、答案においても、このような理解を示すものが多かつた。

これに対し、それぞれの請求について、請求原因事実と考えるものを列挙した上で、④の事実は主要事実にとするとする答案や、そのどれにも当たらないということのみから間接事実にとするとする答案が一定程度見られたが、このような答案は、説明の点で不十分なものといわざるを得ず、相対的に評価は低いものとなる。

このほか、③の要件の「事実」の意義について検討することなく、④の事実が④の要件の不利益性を満たすかどうかという検討のみをする答案も一定数あつた。このような答案は、③の要件について明確に論じていないことなどから、間接事実などについて自白が成立しない理由を十分に論証することができていないため、低い評価となる。

次に、(4)の要件については、多くの答案がいわゆる証明責任説を採っていたが、具体的な根拠を示さずに間接事実の証明責任(立証責任)を検討する答案や「主張責任」と表現する答案など、正しい理解がされていないとみられる答案も一定数あつた。

そして、以上のように、多数の答案が採用した見解による場合には、**④の事実** 事故が起きた事実] を認める旨の Y の陳述は、当初は、**間接事実を認めるものにはすぎず、いつでも撤回することができず、Y が関知し得ない訴えの追加という偶然的な事情によつて、裁判上の自白が成立し、撤回することができないものとなるのでは**ないかという**問題意識に基づき検討を進める**ことが必要となる。

ここでは、**例えば、Y が自白を撤回することができるとする場合には、訴えの変更が原告のみの意思によつてされ、その要件が満たされる限り、被告がこれを拒み得ないこと**から、Y が自白を撤回することができないとすると、X が一方的に自己に有利な状況**を作出することを許容することを意味して不当であること**や、訴えの変更自体は正当な訴訟行為であるとしても、X が本来有していた信頼の範囲を超え、**Y に不測の損害を与えること**などを指摘して論ずることが期待される。

他方で、Y が自白を撤回することができないとすれば、Y が一度は事実として認めている以上その事実について自白が成立するとしても不当ではなく、追加された請求との関係でも、請求の基礎に変更がないという前提の下では、Y としては、X が有する信頼を甘受すべきであつて、X の信頼は保護されるべきであることなどを指摘して論ずることが期待される。

撤回の可否について、どちらの結論であっても、評価に差異はないが、いずれであつても、当事者双方の利益状況を十分に踏まえつつ、裁判上の自白の意義や訴えの変更において被告に保障される手続の内容に照らして論理的に検討する必要がある。

もっとも、この点についての問題意識自体は示している答案も一定数存在したものの、その点について説得的かつ適切な議論を展開した答案は必ずしも多くはなく、例えば、**裁判上の自白の意義などを踏まえ、単に追加された請求との関係で裁判上の自白は成立しないとする答案なども散見された。このような答案は、評価されない。**

以上に対し、裁判上の自白が成立する事実の意義や、④の事実の位置付けについて上記のものとは異なる理解をした場合であっても、そのことから直ちに低い評価を受けるわけではないが、それぞれについて、整合性をもつて説得的に自分の見解を示すことが求められる。

また、例えば、元の請求と追加された請求とのいずれにおいても裁判上の自白が成立するとする場合であっても、**請求が異なるにもかかわらず、追加された請求について、元の請求において成立した裁判上の自白の効力を及ぼしてよいかという問題意識を持つて検討することが期待される。**

このほか、設問 2 においては、**問題文で示された訴訟物とは異なる訴訟物について検討を加えるもの、問題文では検討する必要がないとされているにもかかわらず、「事実」に反することを証明した場合など一定の事由上の有無を検討するもの、元の請求における④の事実の位置付けや自白の成否についての検討はしていないものもそれぞれ少な**いながらもあつた。しかし、これらは、**問題文に反するものであることから、評価されない。また、訴えの変更について詳細に論ずる答案もあつたが、そのような論述は、出題の趣旨に照らし、必要がない。**

イ 設問 2 のまとめ

設問 2 については、設問 1 及び設問 3 と比較すると相対的には充実した内容の答案が多かつた。

「優秀」に該当する答案は、出題趣旨を正しく理解した上で、アにおいて述べたとことを適切に論述するものである。特に、④の事実を認める旨の Y の陳述の撤回の可否について、的確な問題意識をもつて十分に論ずるものがこれに当たるとする。

「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、元の請求及び追加された請求における④の事実の位置付けは的確であり、本問題の**事案の特殊性自体に由来する問題意識の認識はある程度示すことができているもの、その具体的根拠の検討において不十分さが残るものがこれに当たるとする。**

「一応の水準」に該当する答案は、元の請求及び追加された請求における④の事実の位置付けは一応的確であるが、本問題の事案の特殊性に由来する問題自体の認識ができていないものがこれに当たるとする。

これらに対し、裁判上の自白の意義や④の事実の位置付けなどの理解に乏しいものは「不良」と評価される。

(4) 設問3について

ア 設問3の採点実感

設問3では、死亡したTの日記をその相続人であるZが所持する場合における文書提出義務の有無を判断するに当たり考慮すべき観点や事項を検討することが求められている。

日記は、法第220条第4号ニに規定する文書(いわゆる**自己利用文書**)の**典例**であると考えられている。そこで、設問3では、Tの日記が自己利用文書に当たるかという検討を進め、その際に問題となる事項などを指摘することが求められることとなり、相当数の答案が自己利用文書についての検討をすることができていた。

設問3では、**まず**、どのような文書であれば、**自己利用文書**に当たるのかという**要件**を検討する必要がある。この点について、**最高裁判平成11年11月12日第二小法廷決定**・民集53巻8号178頁は、文書の作成目的、記載内容、所持者の所持に至る経緯その他の事情からして、専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部に開示することが予定されていない文書(内部文書性)で、開示されると個人のプライバシーが阻害されるなど開示によつて所持者の側に看過し難い不利益が生ずるおそれがある(不利益性)ものは、特段の事情がない限り、自己利用文書に当たるとしている。

そして、この要件によるべきことを指摘する答案は少なかつたものの、その中には、この要件とは内容や表現が若干異なつており、この要件を提示したという趣旨であれば不正確と考えられるものも散見された。

もっとも、この要件に必ずしもなけなければならないというものではなく、適切な要件が示される限りは他の要件であっても、相応の評価がされる。

これに対し、どのような要件を満たせば自己利用文書に当たるのかという点について、全く示すことなく未整理のまま検討を進める答案も一定数見られた。このような答案の評価は、低いものとなる。

そして、本件日記は、日記という文書の性質上、Tが自らの利用に供する目的で作成し、外部の者に開示することを予定していなかつたと考えられる。Zは、死亡したTの妻であり、Tの相続人として日記を所持するに至つたことをも踏まえ、**内部文書性**の要件は満たされるものと考えられ、多くの答案が内部文書性は肯定していた。

他方で、**不利益性**又は**特段の事情の有無**については、**一般的には**日記との関係で所持者のプライバシーが問題となり得ること、不利益性として文書作成に対する萎縮効果も考慮されるべきことなどといった観点から、本件日記にはTのプライバシーに属する事柄が書いてあること、**プライバシーの帰属主体であるTと現在の所持者であるZが異なること**、**プライバシーの帰属主体であるTが死亡していること**、**Tが死亡していること**、**文書提出命令が将来の日記作成に対する一般的な萎縮効果を生まないとは直ちに言いえないこと**など**本問題の事案の特殊性**を指摘して論ずることが期待される。

このうち、**将来の日記作成に対する一般的な萎縮効果**を指摘する答案は、ごく少数であったが、その余の点については、多くの数の答案が指摘していた。

もっとも、これらの事項について、上記の要件におけるこれらの事項の論理的な位置付けを体系的に整理して述べるものは、一定数にとどまった。

以上は、最高裁決定で示された要件に基づき論述する例を示すものであるが、これと異なる要件に基づくものでもあつても、上記の点自身が自身の提示する要件の中で体系的に整理されて論述されていれば、相応の評価を受ける。

これに対し、自己利用文書に触れるとともに、又は自己利用文書に触れることなく、他の文書について検討する答案も少なかつた。しかし、ここでは、問題文であらかじめ排除されたものを除き、**自己利用文書以外の文書への該当性を論ずる意味は乏しい**としたが、**他の文書について論じた場合であつても、評価されな**い。

このほか、文書提出命令の申立ての審理手続について述べる答案も少数ながらあつたが、この点も、出題趣旨とは関係がないことから、論述する必要はない。

イ 設問3のまとめ

「**優秀**」に該当する答案は、出題趣旨を正しく理解し、自己利用文書についての適切な要件の下で、体系的にZが死亡したTの日記を所持するという本問題の特殊性を整理し、論述するものがこれに当たるとする。

「**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、体系的な論述という点でなお足りない面があるものがこれに当たる。

「**一応の水準**」に該当する答案は、おおむね本問題の特殊性を把握することができているものの、要件との関係での整理が不十分なものなどがこれに当たる。

これらに対し、自己利用文書以外の文書や審理手続など必要のない論述に終始するものなどは、「**不良**」と評価される。

4 法科大学院に求めるもの 注：受験生に求めるものとして読む

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るが、定型的な論証パターンをそのまま書き出したと思われれる答案、出題趣旨とは関係のない論述をする答案、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初率の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。

このような懸念は、定型的な論証パターンが数多く準備されていると推測されるいわゆる「典型論点」とされる裁判上の自由を題材とする設問2についてはある程度の記述ができている答案が大多数であった反面、設問1については基礎的な事項の理解すらおぼつかない答案が多くあったことによっても裏付けられることができる。

条文の趣旨や判例、学説等の正確な理解を駆使して、設問2の④の事実の位置付けが変わった場合のように未だ論じられていないような新たな問題に対して、論理的に思考し、説得的な結論を提示する能力は、法律実務家に望まれるところであり、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。また、このような論理的な思考の過程を適切に表現し、読み手に対して十分に伝えるための訓練も必要となろう。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していただきたい。

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が、例えば、設問1のテーマである管轄は、実務上は重要な事柄であるにもかかわらず、十分な理解を示した答案は少なかつたことに鑑みても、実務への理解が必ずしも十分に深められてはいえないように思われる。現実の民事訴訟の手續の在り方のイメージがままに学習を進めることは難しいと思われれることから、法科大学院においては、理論と実務を架橋することをより意識した指導の工夫が必要となろう。

令和元年度 司法試験 採点実感

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, 甲及び乙の罪責やその理論構成, 丙についてDの傷害結果に関する刑事責任を負わなないための理論上の説明やその難点を問うことにより, 刑法総論・各論の基本的な知識と問題点についての理解や程度, 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, 論点を対立する複数の立場から検討する能力, 結論の妥当性やその結論に至るまでの法的思考過程の論理性, 論述力等を総合的に評価することを基本方針として採点に当たった。

いずれの設問の論述においても, 各事例の事実関係を法的に分析した上で, 事案の解決に必要な範囲で法解釈論を展開し, 問題文に現れた事実を具体的に摘示しつつ法規範に当てはめて妥当な結論や理論構成を導くこと, さらに, 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, 事実認定上又は法解釈上の重要な事項については手厚く論じる一方で, 必ずしも重要とは言えない事項については簡潔な論述で済ませるなど, 答案全体のバランスを考えた構成を工夫することも必要である。

出題の趣旨でも示したように, **設問 1**では, 事例 1 における甲の罪責について, 甲が本件キヤッシュカード等在中の封筒をダミー封筒にすり替えて取得した行為が窃盗罪と詐欺罪のいずれに当たたるかを巡り, 両罪の区別基準とされる処分行為の有無が問題となるところ, **それが問題となるのが, 甲がAに「この封筒に封印するために印鑑を持ってきてください。」と申し向けて印鑑を取りに行かせた場面であることを的確に指摘した上で, 本事例にある具体的事実を基に検討することが求められていた。**

すなわち, **上記場面**において, **本件キヤッシュカード等の占有の移転**があつたと認められるか, **それとも占有の弛緩があつたにすぎないか**について, Aが甲に本件キヤッシュカード等の所持を許したA方玄関先のAによる場所的支配の程度や, 同玄関とAが印鑑を取りに行った居間の位置関係, 本件キヤッシュカード等在中の封筒の大きさ, 更にその時点におけるAの認識等を踏まえて検討する必要がある。そのため, 処分行為の有無が上記場面上において問題となることを的確に指摘し, 本事例にある具体的事実を前提にして丁寧な検討ができていた答案は**高い評価**を受けた。

上記検討を踏まえ, 甲の罪責, つまり, 窃盗罪あるいは詐欺罪の構成要件該当性を検討することになるが, その中で, 「窃取する」や「欺く」といった実行行為については, 正確な意義を示した上で, 具体的事実を摘示してどの行為が実行行為に当たたるかを丁寧に論じることが求められていた。

設問 2では, 乙の罪責について, ①乙に事後強盗の罪の共同正犯が成立するととの立場と, ②乙に脅迫罪の限度で共同正犯が成立するととの立場の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かを論じていない答案, すなわち自説の展開ができていない答案については, 出題の趣旨に十分に沿わないとの評価**になつた。

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, **事後強盗罪の構造**については, **身分犯と解する説(身分犯説)と結合犯と解する説(結合犯説)**があり, それらの異なる説を①及び②でそれぞれ示して論理性を保って論述できていた答案は**高い評価**であつた。

他方で, ①及び②への言及で両見解に一切触れず, 甲乙間における事後強盗の罪の共同の有無といった事実関係の評価を変えることよつてのみ説明している答案や, 両見解の内容を混同して論述していた答案は, 低い評価となつた。

また, 自説については, 問題文で「根拠とともに示すこと」とされていることから, 自説の根拠や他説に対する批判を積極的に示すことができていた答案は**高い評価**であつた。

自説として事後強盗の罪の共同正犯が成立するととの立場を採る場合には, 甲と乙の間で, 窃盗が既遂か未遂かについての認識や, 刑法第238条の掲げる「**目的的内容に趣旨**があることに触れながら, それらの事情が故意や共謀の成否に影響するかを検討する必要がある, かかる検討ができていた答案は**高い評価**であつた。

設問 3は, 丙がDの傷害結果に関する刑事責任を負わなないとするための理論上の説明と, その難点を検討させるものであつたが, **重要な理論上の説明がいくつも存在**することから, 1つの説明のみではなく複数の説明とそれらの難点を検討する必要があるがあつた。

理論上の説明として, 方法の錯誤や誤想防衛の処理により故意が阻却されるとの説明が考えられるが, その場合, 出題の趣旨で示したように, なお過失犯が成立する余地が残ることを難点として指摘できている答案は**高い評価**であつた。

また, 本事例は, 防衛行為の結果が侵害者以外の者に, しかも無関係の第三者ではなく, 被侵害者であるDに生じているという**特殊性**があり, 難点を検討するに当たつては, **かか**る点を踏まえる必要があるとつと, 方法の錯誤や誤想防衛の観点からの説明としては, **正当防衛と緊急避難の成立を認めようとする説明を示し, 前者については, Dによる「不正の侵害」がないなどの点を, 後者については, 引き起こされた結果は丙が実現しようとしたものではないなどの点を, 難点として示すことができていた答案は高い評価**であつた。

3 採点実感等

各査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のとおりに、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るが、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、いわゆる論証パターンを書き写すことに終始しているのではないかと思われるものが多く、中には、本問を論じる上で必要のない論点についてまで論証パターンの一環として記述を行うものもあつたほか、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。前述のように、論点の正確な理解とも関係するところであり、規範定立を怠らないのは当然として、結論に至るまでの法的思考過程を論理的に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、前述のとおりに、処分行為の有無を踏まえ、甲の行為が窃盗罪と詐欺罪のいずれに当たるかの検討が求められていたが、かかる問題意識を欠き、窃盗罪又は詐欺罪の構成要件該当性の検討のみに終始するものが相当数あつた。また、どの場面のどの時点の行為を処分行為として取り上げているのかが不明確な答案や、Aが甲に封筒を渡したことを安易に処分行為と捉える答案が散見された。

詐欺罪については、**欺罔が処分行為に向けられている必要があることを理解せずに**、甲が金融庁職員を装ったり、Aに虚言を申しつけたとの事実を捉えて安易に欺罔行為を認定している答案が少なからずあつた。かかる答案の相当数が、欺罔行為(実行行為)を肯定しながら、詐欺未遂罪の成否に全く言及することなく、処分行為を否定して詐欺罪自体を不成立としていた。学習に当たっては、構成要件要素の正確な意義を踏まえた上で、他の構成要件要素との関係等も意識することが必要である。

また、処分行為の有無を認定するに当たり、事例中にある事実関係を具体的かつ丁寧に当てはめて結論を導いていた答案は少数であつたが、4で後述するのとおり、判例等を学習する際には、前提となつている具体的な事実関係を理解し、当該事実が規範との関係でどのような意味を持つかなどを意識することが求められる。

客体に関していえば、本事例は、キヤッシュカード及び口座の暗証番号を記載したメモ紙という物の交付が認められる事案であるところ、**それらの「物物性」には触れず、キヤッシュカードが暗証番号と併せ持つことで口座内の現金の払い戻しを受けられる地位を得たとして財産上の利益に当たるとし、2項詐欺罪の成立を認めるなど、本事案における「客体の捉え方が適切とは言えない答案**もあつた。

また、預金の引き出し行為をもつて、事例1全体における窃盗罪あるいは詐欺罪の既遂と捉えている答案も見られた。

故意及び不法領得の意思については、全く触れていない答案や、論じていても、動機があるから故意が認められると述べるにとどまる答案などが多く、**認識・認容の対象となる事実が何かを正確に理解している答案は少なかつた。**

さらに、問題文で「Aに対する罪責」と限定しているにもかかわらず、甲がATMから現金を引き出すこととした行為を被害者を特定することもないままに検討し、かかる行為が未遂犯か不能犯かについて長々と論証を展開している答案が相当数あつた。

同様に、問題文で明示的に検討対象から除かれている住居侵入罪を検討している答案も見られた。

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。

イ 設問2について

前述のとおりに、本設問で問題となる**事後強盗罪の構造**については、**身分犯説と結合犯説**の対立があるが、そうした対立点を示せている答案は少数であつた。ほとんどの答案が身分犯説か結合犯説の一方のみに触れているものであり、さらに、それらの説は一切触れることなく、甲乙間の共謀の有無といった事実関係の評価を変ええることよつてのみ説明するなど、出題意図の把握が全くできていない答案が少なからずあつた。

また、身分犯説あるいは結合犯説の具体的内容については二応の説明がなされているものの、各見解の理解が十分ではないと思われる答案が少なからずあつた。**例えば、事後強盗罪の構造には一切触れずに(結合犯説には一切触れずに)、承継的共同正犯の問題だけを検討している答案や、事後強盗罪を窃盗犯の身分犯としながら、承継的共同正犯の成否を検討している答案、結合犯説を採り、承継的共同正犯の成否を検討した上で、刑法第65条の適用を検討する答案等**である。これらは、それぞれの説において、事後強盗罪の実行行為がどのように捉えられているかについての理解が不十分であることによるものと思われた。

ほかには、結合犯説に立ち承継的共同正犯の成否について中間説(先行者が既に生じさせた結果は承継しないが、先行者が生じさせた、犯行を容易にする状態、違法結果を左右し得る状態が存在する場合に、後行者がそれを利用して犯罪を實現したときには、後行者も犯罪全体についての責任を負うなどの見解)を採つた上で、**甲による窃盗(万引き)が未遂であつたことに言及することなく、安易に乙による承継を認めた答案が少なからずあつたが、かかる答案は、その内容からすると、総じて、論証パターンを無自覚に記述**している、具体的な事実関係を明した当てはめが十分にできていないとの印象を受けた。

ウ 設問 3 について

本設問は、丙がDの傷害結果に関する刑事責任を負わないための理論上の説明と之の難点を検討させるものであり、まずは、丙の行為がどの犯罪の構成要件に該当するかを検討すべきであった。その検討がなされていない答案が少なからず見られたことから、体系的思考への意識を促しておく。

理論上の説明として、方法の錯誤について具体的(法定)符合説に立つて故意の阻却を認めたり、誤想防衛による解決を検討している答案は相当数あったが、過失犯の余地が残ることを難点として指摘できているものは多くはなかった。

違法性阻却による説明では、正当防衛については、Dによる「不正の侵害」がないことなど、難点が明らかにあるところ、正当防衛の要件等を長々と検討した結果、時間不足に陥ったためか、他の論じるべき説明や難点に関する論述がないうまま終わっている答案も少なからずあった。

繰り返すことになるが、厚く論じるべきものと簡潔に論じるべきものを選別して、手際よく論じる必要がある。

また、本事例は、一般的に論じられている、防衛行為の結果が第三者に発生した事案とは異なり、結果が被侵害者に発生しているという**特殊性**があるが、その点を難点として検討できていた答案は少数であった。

(3) その他

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

「**良好**」と認められる答案とは、本問の出題の趣旨及び前記採点の方針に示された主要な問題点について指摘し、それぞれの罪責について論理的に矛盾せずに妥当な結論等へ導くことができているものの、一部の問題点について検討を欠くもの、その理論構成において、主要な問題点の検討において、理解が一部不正確であったり、必要な法解釈論の展開がやや不十分であったり、必要な事実の抽出やその意味付けが部分的に不足していると認められるものである。

「**一応の水準**」と認められる答案とは、事案の分析が不十分であったり、本問の出題の趣旨及び前記採点の方針に示された主要な問題点について一部論述を欠いたりするなどの問題はあるものの、論述内容が論理的に矛盾することなく、刑法の基本的な理解について一応ではあるものの示すことができている答案である。

「**不良**」と認められる答案とは、事案の分析がほとんどできていないもの、刑法の基本概念の理解が不十分であるために、本問の出題の趣旨及び前記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 注：受験生に求めるものとして読む

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。

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、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及びそれが妥当する範囲について検討し理解することが必要である。

例年、取り上げらるべき論点の把握が不十分のまま、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論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論点について過不足なく論じるための法的思考能力を身に付けることが肝要である。

このような観点から、法科大学院教育においては、まずは刑法の基本的知識及び体系的理解の修得に力点を置いた上、刑法上の諸論点について理解を深め、さらに、判例の学習等を通じて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。

令和元年度 司法試験 採点実感

1 採点方針等

本年の問題も昨年までと同様に比較的長文の事例を設定し、捜査・公判の過程に現れた刑事手続上の問題点を的確に把握し、その法的解決に必要な具体的な事実を抽出・分析した上、これに的確な法解釈を経て導かれた法準則を適用して一定の結論を導くこととともに、その過程を筋道立てて説得的に論述することを求めるものである。法律実務家として求められる事案分析能力、法解釈・適用能力、事実認定能力、論理的思考力、論述能力及び刑事訴訟法に関する基本的学識等を試すための問題である。

出題の趣旨は、既に公表したとおりである。

【設問1】は、路上で発生した強盗致死事件(本件強盗致死事件)について、警察官及び検察官は、甲が犯人ではないかとの嫌疑を抱き、同事件の捜査を視野に入れて、甲を業務上横領事件(本件業務上横領事件)の被疑事実で逮捕・勾留した上、勾留中に本件強盗致死事件の取調べを行っていることから、いわゆる別件逮捕・勾留に当たり、違法と評価されないかを問うものである。まず、【設問1-1】において、別件逮捕・勾留に関する捜査手続の適法性の判断基準について、自己の掲げて立つ理論構成(自説)を示し、本事例の具体的事実と当てはめて、甲の逮捕・勾留の適法性を論じ、次に【設問1-2】において、自己の結論とは異なる結論を導く理論構成(反対説)を示し、本事例の具体的事実と当てはめて、甲の逮捕・勾留の適法性を論じ、さらに、その理論構成を採用しない理由についても論じることが求められる。

【設問2】は、訴因変更の可否及び許否を問う問題である。検察官は、公判審理の途中で、甲がAから集金し、X社のために保管していた3万円を横領したという業務上横領罪の訴因(公訴事実1)から、甲がAから集金名目で3万円をだまし取ったという詐欺罪(公訴事実2)の訴因への変更を請求している。

訴因変更の「可否」について、訴因の変更は、「公訴事実の同一性」を害しない限度において、(刑事訴訟法第312条第1項)認められることから、公訴事実の同一性(公訴事実の同一性の意義は、従来から、「単一性」と「狭義の同一性」に分けられているが、**本件で問題となるのは「狭義の同一性」である。**)の意義・判断基準についての理論構成を示した上、上記両訴因について公訴事実の同一性が認められるかを具体的に事実に当てはめて論ずることが求められる。

次に、訴因変更の「許否」について、検察官の訴因変更請求は、公判前整理手続を経た審理の中で行われているところ、公判前整理手続後の訴因変更が許されるか否かについて、公判前整理手続の制度趣旨に則った論述が求められる。

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、捜査及び公判に關して刑事訴訟法が定める制度・手続及び關連する判例の基本的な理解に關わるものであり、法科大学院において刑事手続に關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理解できるはずである。

まず、【設問1】のいわゆる別件逮捕・勾留と呼ばれる捜査手法の適法性は、種々の裁判例及び学説において論じられている。その判断基準は、逮捕・勾留の基礎となっている被疑事実(別件)を基準に判断する見解(別件基準説)と、実質的に当該被疑事実とは別の犯罪事実(本件)についての身体拘束と評価し得るかという観点から判断する見解(本件基準説)という、視座を異にする二つの考え方に大別され、さらに、どのような場合に逮捕・勾留が違法となるかという点をめぐり、別件についての逮捕・勾留の要件(犯罪の嫌疑、身体拘束の必要性)を充足しているかを重視する考え方、別件の起訴・不起訴の判断に必要な捜査がいつ完了したかを重視する考え方、逮捕・勾留に当たったの捜査官の意図・目的を重視する考え方、逮捕・勾留の期間がいずれの事件の捜査のために利用されている(いた)かを重視する考え方などが主張されている。

解答に当たっては、これらの主要な考え方を踏まえて自説・反対説の理論構成を提示した上で(なお、これには、適法性の判断基準のみならず、その基準を導く理論的根拠を示すことも含まれる)、それぞれ理論構成の下で重視すべきであろう具体的事実を本事例の中からの確に抽出して、結論を導くことが求められる。

なお、自説の理論構成の提示と具体的事実への当てはめのみならず、反対説の理論構成の提示とその当てはめをも求めている趣旨は、別件逮捕・勾留の適法性の論点に関する諸学説を闇雲に暗記することを求めるものではなく、別件逮捕・勾留の適法性について、視座を異にする二つの考え方を検討するよう求めることで、両者の考え方にどのような違いがあり、なぜそうした違いが生じるのか、すなわち別件逮捕・勾留の問題が議論される本質的理由がどこにあるのかについて深く理解できているかを問う趣旨である。さらに、どのような理解を前提に、自己の掲げて立つ理論構成を示すに当たって、自説の正当性のみならず、反対説に対する批判・反論を論じさせることにより、別件逮捕・勾留の問題への対処についての理解の深さも問う趣旨である。

【設問 2】に関し、**訴因変更の可否**、すなわち**公訴事実の同一性の有無の判断基準**のうち、本件で問題になるいわゆる「**狭義の同一性**」の有無の判断基準については、**判例**は、**変更前後の両訴因の間の「基本的事実関係が同一か」という観点から判断**しており、**その判断に当たっては、犯罪の時、場所の同一性や近接性、行為、客体、被害者等の事実の共通性に着目するもの**のほか、**事実の共通性に加えて、両訴因が両立しない関係にあること(非両立性)**に言及するものもある。

解答に当たっては、法科大学院の授業でも取り上げられる主要な判例や学説を踏まえ、自らの採用する判断基準を、そうした**判断的根拠**をも明らかにしながら提示した上で、当該基準を本事実の**具体的事実**に的確に当てはめ、結論を導くことが求められる。**理論的根拠**を論じる際には、現行刑事訴訟法における訴因変更の**制度の意義・機能**や、それを公訴事実の**同一性**という概念によって限界づける**実質的理由**を検討することが、また、**具体的事実**への当てはめに際しては、例えば、判例の判断基準に則して言えば、**本事実の両訴因におけるどの具体的事実がどのような意味で「同一」の「基本的事実関係」であると言えるのか**、あるいは**両訴因が具体的にどのような意味で「両立しない」のか**等を検討することが求められる。他方、訴因変更の可否と公判前整理手続との関係については、**下級審の裁判例**はあるものの、**受験生にとつては若干なじみのない論点**であったかもしれない。しかし、公判前整理手続が設けられた**趣旨**及び公判前整理手続とその後の公判**審理の関係**や、**動的な刑事裁判手続**において、訴因変更がその後の審理手続にどのような**影響**をもたらすかについて思いを致せば、**問題点は自ずと浮き彫り**になってくるはずであり、その上で、本事実において訴因変更が請求されるに至った**経緯**及び変更を許した場合に**予想される審理の内容等を具体的に検討**して論述すれば、**十分に解答可能な問題**であると思われる。

2 採点実感

各審査委員の意見を踏まえた感想を記す。

(1) **概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、本事例について、いわゆる別件逮捕・勾留が問題となることを的確に捉え、その適法性の判断基準について、問題の所在ないし主要な考え方の対立点がどこにあるかを意識しながら、【設問 1-1】では、自説を示し、本事例の**具体的事実関係**の中から重視すべき事情を的確に抽出して当てはめを行い、【設問 1-2】では、**反対説**を示し、同様に、本事例の**具体的事実関係**の中から重視すべき事情を的確に抽出し、当てはめを行って、異なる結論を導き出し、さらには、**反対説**を採用しない理由についても説得的に論じている答案が見受けられた。

【設問 2】では、本事例において、**訴因変更の可否と許可が問題**になることを的確に捉え、**前者**については、**新旧両訴因間における公訴事実の同一性**、そのうち、いわゆる「**狭義の同一性**」の有無の問題であることを指摘し、その**意義・判断基準**について、**自己の理論構成**を示した上、**具体的事実**を当てはめて、**本件の訴因変更の可否**について説得的に結論を導き出し、また、**後者**については、**検察官の訴因変更請求が、公判前整理手続を経た公判審理の中で行われていること**を指摘し、それが**公判前整理手続の制度趣旨**を没却するのではないかと**の観点**に立つて、**本事例の具体的事実**を検討し、**許可の結論**を説得的に導いている答案が見受けられた。

他方、**問題解決**に必要な**法解釈**に関する自己の見解を論述するに当たり、**機械的に暗記した判例や学説の表現、判断基準を記述**するのみで、**そのような表現・基準が用いられていることの意味や、自己の見解を妥当とする理由付け**について、**理論的に纏り下げた論述**ができていない答案や、判例や学説の議論についての理解が不十分であるため、**理論構成**において**論理矛盾**を来していたり説明不足であったりする答案、自己が示した**判断基準を具体的事実**に的確に適用することができていない答案、そもそも、**具体的事実の抽出が不十分であったり、その意味の分析が不十分・不適切であったりする答案**が見受けられた。

(2) 【設問 1】について、大多数の答案が、本件においていわゆる別件逮捕・勾留の適否が問題になることを指摘していたものの、**別件逮捕・勾留の適法性**についての**判断基準**を述べ、**それ**を**本事実の事実**に当てはめるにとどまり、**なぜそのような判断基準を採用するのか**についての**理論的根拠の説明が不十分**であり、**それゆえ別件逮捕・勾留の問題**が議論される**本質的理由**を理解しているかが疑わしい答案が少なくなかった。

また、例えば、別件逮捕・勾留が問題視される根拠として、「別件逮捕・勾留は、**実質的に捜査・取調べ**をしようとする本件についての**司法審査を経ない点**で**合状主義**を**濫脱**するものであり、**適法である**。」とする一方、**自説の理論構成として、別件逮捕・勾留の適否**について、「別件について逮捕・勾留の要件(犯罪の嫌疑・身体拘束の必要性)を満たしていれば適法である。」と論じる答案が見られたが、別件逮捕・勾留の適法性について、**本件についての司法審査を経ない点を捉えて合状主義の濫脱を理由とする指摘は、まさに「別件について逮捕・勾留の要件を満たしていれば適法である。」とする考え方に対する批判と位置付けられるものであって、両者を単純に並列させて論述するのは、論理矛盾であるか又は少なくとも説明不足であると言えよう。**

別件について逮捕・勾留の要件(犯罪の嫌疑・身体拘束の必要性)を満たしていれば適法だとする立場を基本的に是としつつ、さらに、**勾留期間中の本件強盗致死事件の取調べ**について、**身体拘束中の被疑者の余罪取調べの適否ないし余罪取調べの限界を超えているか**という**観点から論じ、余罪取調べとして許容されるから勾留は適法、あるいは適法な余罪取調べであるから勾留は適法と結論付ける答案**が多く見られた。しかし、**逮捕・勾留中の被疑者の取調べに違法があったからといって、逮捕・勾留までもが直ちに違法となるわけではない。**

身体拘束の適否を問う本問において、**余罪取調べの適否を論じるのであれば、なぜ余罪取調べが適法と評価されると身体拘束が適法と評価されるのか**について説得的な説明が必要となるが、この点まで踏み込んだ論述がなされた答案は多くなかった。

逆に、専ら、身体拘束中の被疑者の余罪取調べが許されるか否かという観点から自説及び反対説を立てて論じ、結論の記述においても、取調べが適法又は違法と述べるにどこまで拘束の必要性)を満たしていれば適法、これを満たしていなければ違法とするものと理解しているように思われる答案が散見された。しかし、そもそも、本件基準説の考え方は、逮捕・勾留の要件が満たされている別件による身体拘束であつても、請求時の捜査官の意図や、あるいは逮捕・勾留後の捜査・取調べ状況の実質に鑑み、本件の身体拘束と評価される場合には違法とするものであり、単に、本件についての逮捕・勾留の要件(犯罪の嫌疑、身体拘束の必要性)が整っているか否かを問題とするものではない。

自説又は反対説として本件基準説を取り上げる答案の中には、これを単に、「本件」で、ある本件強盗致死事件について、刑事訴訟法が定める逮捕・勾留の要件(犯罪の嫌疑、身体拘束の必要性)を満たしていれば適法、これを満たしていなければ違法とするものと理解しているように思われる答案が散見された。しかし、そもそも、本件基準説の考え方は、逮捕・勾留の要件が満たされている別件による身体拘束であつても、請求時の捜査官の意図や、あるいは逮捕・勾留後の捜査・取調べ状況の実質に鑑み、本件の身体拘束と評価される場合には違法とするものであり、単に、本件についての逮捕・勾留の要件(犯罪の嫌疑、身体拘束の必要性)が整っているか否かを問題とするものではない。

逮捕・勾留後の取調べ等の捜査状況に鑑み、別件による身体拘束としての実体を喪失したと評価できる場合には違法となるとの判断基準を示し、勾留後の本件業務上横領事件と本件強盗致死事件の各捜査の具体的状況を列挙して、適法又は違法との結論を導く答案も少なくあつた。しかし、この場合、刑事訴訟法の定める逮捕・勾留の要件(犯罪の嫌疑、身体拘束の必要性)を満たした別件による身体拘束が、どのような場合に、その「実体を喪失」したと評価されるのかの判断基準を示す必要があるし、そもそも、なぜ別件による身体拘束の「実体を喪失」したと評価されれば違法となるのかについての理論的根拠の説明が必要であるが、これらの点にまで踏み込んで論述した答案は多くはなかつた。

注：この判断基準を提唱している川出敏裕教授は、著書において概ね次のとおり述べられている(別件逮捕・勾留の研究 東京大学出版会 205～211頁)

逮捕・勾留の実体的要件である「逮捕・勾留の理由及び必要性」の中には、従来、次の3つものがあること、第1に、被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があること、第2に、被疑者の逃亡のおそれがあるいは被疑者による罪証隠滅のおそれが存在すること、第3に、第2の要件とは区別された教養の必要性(身柄拘束の相当性)が存在することである。第3の要件は、身柄拘束の継続の必要性を意味する。これが逮捕・勾留の第3の要件となること、逮捕・勾留の理由とされた被疑事実につき既に捜査が完了し、被疑者を起訴するか不起訴にするかを決定できなかつた理由が、本来は短期間で捜査をお訴前の身柄拘束を続けることは、たとえ、第1の要件と第2の要件を充足するとしても第3の要件を欠いたため違法であるとする。その根拠として、逮捕・勾留が、人身の自由という重大な権利の侵害を伴うものであり、そのため、その期間に厳格な制限が加えられていることを考慮すればその期間はできるだけ短期にとどめられるべきとした上で、起訴前の身柄拘束期間を通じて身柄拘束の理由とされた被疑事実につき起訴・不起訴の決定をなしうる状態になつたとしても、その決定ができなかつた理由が、本来は短期間で捜査を終えることができなかつたにもかかわらず、捜査機関がそれを怠つたためであると評価される場合は、被疑事実の捜査のために合理的に必要と考えられる期間経過後の身柄拘束は、その必要性を欠くことになるとする。つまり、第3の要件の充足性を欠いたため、身柄拘束が違法になるということである。

ところで、設問は、本件業務上横領事件による逮捕・勾留及び3月20日までの身体拘束の適法性についての検討を求めているから、身体拘束の理由となつている業務上横領事件について逮捕・勾留の要件を満たしているか、また、10日間の勾留延長がなされた点の検討を欠く答案が少なくあつた。

特に本件基準説に立つ場合、別件の逮捕・勾留の要件の具備以外の事情を考慮して適法性を判断するため、理論的には、上記要件の検討を経ることなく違法の結論を導くことも可能であり、実際にも本件基準説を自説とする答案にはこの点の検討を行わないものも多かつた。しかし、別件逮捕・勾留の問題についていかなる立場をとろうとも、身体拘束の理由となつている被疑事実について刑事訴訟法上の逮捕・勾留の要件が満たされていなければ違法であることは明らかである以上、法律実務家としては、まずはその点の検討を行うことが適切であると思われ、また、本問において、自説として本件基準説に立ち、かつ違法の結論を採る場合でも、自説と異なる結論を導く反対説を検討する際には、上記要件の具備の点の検討は不可欠であろう。

なお、本事例の解答としては、理論的には、適法・違法のいずれの結論も考えられるところであり、さらに、判断基準の立て方によっては、勾留期間中のある時点以降が違法となつて一部違法の結論も取り得るところである。もつとも、相当早い段階から、その後の勾留を違法とする結論を基礎付ける説明は十分説得的であることが求められよう。

答案の中には、「逮捕」、「勾留」、「その後の身体拘束」とに分けて解答する答案も散見された。しかし、「その後の身体拘束」も「勾留」期間の二般であり、単に形式的にこれを区別して論じるのは無意味であろう。身体拘束の法律上の単位は、逮捕、当初の勾留及び延長後の勾留であるから、各身体拘束の開始から終了まで所定の要件を満たするか、順次検討するのが一般的な対応だと思われる。

この点に関連して、本件の勾留期間を、本件強盗致死事件の取調べのみが行われている期間とそうでない期間とに細切れに分断し、当初勾留は適法であつたものの、本件強盗致死事件の取調べが行われている期間については勾留は違法となつたとし、さらには、その後の本件強盗致死事件の取調べが行われていない期間の勾留は再び適法となると結論付けるといった答案も見受けられた。しかし、刑事手続における身体拘束は、逮捕、勾留、勾留延長と続く一連の継続的処分であつて、勾留期間を更に細分化して部分部分の適否を強調して評価すべきものではないことに鑑みると、上記のような結論を正当化するには、相当説得的な論述が必要であろう。

(3) 【設問1-2】で論ずべき**反対説**については、自己の結論と異なる結論を導く理論構成、すなわち、**自説と結論及び理論構成の双方が異なるもの**を示すことが求められるところ、理論構成は同じで、**当てはめの評価を異にするにすぎないもの**、あるいは理論構成は異なっているが同じ結論になっ**てしまっている**答案が散見された。

また、自説については、理論構成及び当てはめを丁寧に論述しているものの、**反対説に**ついては3~4行程度の論述しかなく、理論構成及び当てはめについてい**っても質及び量ともに明らかに不十分**な答案も見受けられた。

反対説に対しては、これを**採用しない理由**の論述が求められているところ、**反対説の内容とこれを採用しない理由とが合わない**答案も見られた。例えば、反対説として請求時の捜査官の目的が専ら又は主として本件の捜査・取調べにある場合を違法とする見解を挙げた答案の多くが、これを採用しない理由として、「令状審査する裁判官において捜査官の目的を判断するのが困難である。」ことを指摘していたが、答案の中には、**反対説における考慮要素として、事後的に判明した逮捕・勾留中の捜査状況や取調べ状況についても、請求時の捜査官の目的を推認する事情として挙げていながら、反対説を採用しない理由として上記指摘のみを挙げているもの**が少なくなかった。

(4) 【設問2】については、「業務上横領罪の訴因に対して、詐欺罪で有罪の認定をするのに**訴因変更が必要か**。」という**訴因変更の要否を論じている**答案が多く見られた。しかし、**本事例は、検察官が既に訴因変更を請求しているのだから、業務上横領罪の訴因のまま、詐欺罪の認定をしてよいかという訴因変更の要否の問題ではなく、業務上横領罪から詐欺罪への訴因変更ができるか、すなわち、両者の間に「公訴事実の同一性」(刑事訴訟法第312条第1項)が認められるかという訴因変更の可否が問題となる**答案である。

訴因変更の可否を論ずる前提として、訴因変更の要否を論じることが根拠とまでは言えないものの、訴因変更の要否を長大に論じる一方、訴因変更の可否についての論述が極めて薄い(あるいは論述がない)答案などは、**訴訟手続の中で、訴因変更の要否と可否が互れどどのような場面で問題となるのかについての理解が不十分**であると言えよう。

訴因変更の可否を論ずるに当たり、新旧両訴因の間に公訴事実の同一性が要求される趣旨について、例えば、「二重処罰の回避」とか「処罰の一回性の要請」などと述べ、しかしそれのみにとどまっている答案が少なからず見られたが、これだけでは説明として不十分であろう。この点について、**例えば**、「旧訴因との関係では一回的な処罰の対象となるべき事実関係であるにもかかわらず、訴因変更を許さずに別訴の提起を許すことになる」とすれば二重処罰の危険が生じる。」などと具体的な言葉で丁寧に論述し、**訴因変更制度**及び「公訴事実の同一性」基準の意義についての理解の深さを窺わせる答案が少数ではあったが見られた(なお、このような**二重処罰の危険の回避に着目した立論以外にも種々の考え方があり得るところ**、そうした立場に立つ答案の中にも、**制度趣旨を踏まえた説得的な理論的説明**を行う答案が少数ながら見られた。)

他方、**公訴事実の同一性の有無の判断基準を示すのみであり、その意義について制度の趣旨に遡った論述をおよそ欠いている**答案や、**訴因変更の要否に関する議論と混同して**いるのではないかと**思われる**答案なども散見された。

公訴事実の同一性の有無の判断基準については、「両訴因の間の**基本的事実関係が同一**かを判断し、**補充的に、両訴因が両立しない関係にあるか否かを判断する**。」と述べる答案が圧倒的に多く、また、**基本的事実関係の同一性について、「社会通念上の同一性」とか「社会的事実の同一性」と説明するもの**が多かった。

もっとも、「社会通念上の同一性」や「社会的事実の同一性」の意味についての理解を明確に示している答案は多くなく、**同一性についての当てはめ**も、両訴因の記載を単純に列挙するだけの答案や、「公訴事実1と公訴事実2については、**犯行日時・場所、本罪金、被害者が同一である**。」としか書かれていない答案も少なくなかった。しかし、**本事例の両訴因は、犯行日こそ同一であるもの、犯行場所は、公訴事実1は「A方付近」である一方、公訴事実2は「A方」であり、被害金については、公訴事実1は「Xのため**に預かり保管している現金3万円」である一方、公訴事実2は「Yから交付を受けた現金3万円」であり、被害者については、公訴事実1は「X社」である一方、公訴事実2は「A」であり、**訴因に記載された字面を単純比較しただけでは、両者が同一であるとは直ちに言えないはず**である。この点について、**例えば**、「両事実は、いづれも、平成30年11月20日に、XがAから売掛金の集金として現金3万円を受け取り、これを自己のものとして領得したものであり、**社会的事実として同一**であつて、単に、その3万円について、Xのために預かっていているものを横領したのか、Aからだまし取ったのかという点に違いがあるにすぎない。」などと具体的な言葉で、その同一性について明確に論述している答案もあり、このような**答案は、公訴事実の同一性の概念に関する理解の深さを窺わせるもの**である。

他方、上記のような**字面の違いをもつて、社会的事実としての同一性を否定し、基本的事実関係は同一ではない**と、また、**業務上横領罪と詐欺罪は両立し得るので、公訴事実の同一性は認められない**と結論付けるなど、**この問題に関する理解が明らかに不十分**と見られる答案も見受けられた。

次に、**訴因変更の許可**について、設問は、**公判前整理手続を経ていることを踏まえて**論述するように求めているにもかかわらず、**公判前整理手続について全く触れていない**答案が少なからずあった。

また、公判前整理手続後の訴因変更の可否について、**被告人の防御の観点のみから論ずる答案も多く見られた**。しかし、**公判前整理手続は、あらかじめ事件の争点及び証拠を整理することにより、公判審理を継続的、計画的かつ迅速なものにして、充実した公判審理を実現することを目指す**制度であるのだから、**訴因変更を許可することによって、公判前整理手続で行った争点と証拠の整理が無意味化してしまうのではない**かという、**公判前整理手続の制度趣旨に立ち返った観点からの検討**が欲しいところである。

これに関連して、**訴因変更を許すと被告人の不意打ちになる**と論じている答案も少なからず見受けられた。しかし、**不意打ち**というのは、**およそ被告人に防御の機会を与えずに、被告人にとつて不利な事実を認定すること**をいっているのであって、**訴因変更を通じて防御の機会を得ることのできる**(むしろ訴因変更は被告人の防御の機会を保障する最も手厚い手段とも言い得る。)本事例には**当てはまらない**。

公判前整理手続後の訴因変更が制限される根拠として、刑事訴訟法第316条の3第1項を挙げ、同条項は、公判前整理手続終了後の証拠調べ請求を制限するにとどまり、当事者の主張の追加・変更まで制限するものではないことに留意する必要がある。仮に同条項を根拠とするにしても、やはり、同条項の趣旨について、公判前整理手続の制度趣旨に遡って論じ、その趣旨が訴因変更請求にも当てはまることについての丁寧な説明が必要であろう。

本事例の訴因変更請求について、公判前整理手続の制度趣旨を没却するものではなく、訴因変更が許されると結論付けた答案の多くは、その理由として、X社社長が証人尋問において、突然、甲の集金権限の有無についての供述を変えたことを挙げ、検察官において、公判前整理手続の中で訴因変更請求できなかったことはやむを得ないとするものが多いが、さらに、被告人自身も被告人質間で自己に集金権限がなかったことを認めていることや、検察官及び弁護人から追加の証拠調べ請求がなかったことを摘示して、訴因変更を認めても、公判前整理手続で決められた審理計画に訴因変更を来すものではないこととまで論じられた答案は多くなかった。

本事例の訴因変更請求について、公判前整理手続の制度趣旨を没却するものであるかという観点から検討するのであれば、検察官において、公判前整理手続の中で訴因変更の必要性を意図できる契機があったかという観点からの検討はもとより、訴因変更によって、公判前整理手続で定められた審理計画がどれだけの修正・変更を余儀なくされるかという観点からの検討も欲しいところである。

3 答案の評価

(1) 「優秀の水準」にあると認められる答案

【設問1】については、身体拘束の理由となつている本件業務上機領事件の被疑事実について、刑事訴訟法の定める逮捕・勾留及び勾留延長に係る根拠条文を摘示して、それぞれ要件を満たしているかを具体的に検討している答案、別件逮捕・勾留の適法性について、問題の所在しないし主要な考え方の対立点を意識しながら、自説と反対説のいずれについても的確かつ十分な理論構成(判断基準及びその理論的根拠の双方)を示している答案、本事例の具体的な事実の中から、自説と反対説それぞれ理論構成の下で重要となる事性を的確に選別して摘示し、甲の逮捕・勾留が適法ないし違法と評価される結論とその理由を明確に示している答案、反対説を採用しない理由について、自説を正当と考ええる理由と反対説を不当と考ええる理由を運動させて説得的に論じている答案である。

【設問2】については、訴因変更の可否と許否の問題になることを明確に意識し、訴因変更の可否については、新旧両訴因間における公訴事実の同一性の有無が問題となることを根拠条文を挙げて示した上、公訴事実の同一性が要求される理由とその判断基準を明確に論じている答案、当てはめにおいても、上記理論的根拠を踏まえつつ、本事例の両訴因の事実を丁寧に摘示して、公訴事実の同一性が認められる理由を理論的に論じている答案、訴因変更の許否については、公判前整理手続の制度趣旨を論じた上、本件訴因変更が公判前整理手続の制度趣旨を没却するものでないことについて、本事例において訴因変更が請求されるに至った経緯及び変更を許した場合に予想される審理の内容を踏まえ、公判前整理手続において検察官に訴因変更の必要性を意図する契機があったか否か及び公判前整理手続で決まった審理計画がどれだけ修正・変更を余儀なくされるかの観点に着目して、丁寧に論述している答案である。

なお、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、別件逮捕・勾留の適法性について、自説と反対説の理論構成(判断基準及びその理論的根拠の双方)を示すことが一応できており、当てはめも、それぞれ理論構成の下で重視すべき事情を意識した具体的事実の摘示が一応できていた答案である。他方、「優秀の水準」と比較した場合、当てはめにおいて、事実の羅列にとどまり、個々の事情が自己の理論構成で示した判断基準に対して具体的などのような意味を持つのかについての説明が物足りない答案、自説については理論構成及び量とび量が丁寧かつ的確に論述されている一方、反対説の論述が質及び量ともに、やや不十分であった物足りない答案などである。

【設問2】については、訴因変更の可否と許否の問題になることをきちんと理解し、訴因変更の可否については、公訴事実の同一性の概念とその当てはめについて一応の論述がなされており、訴因変更の許否についても、公判前整理手続の制度趣旨を論じた上で、検察官の訴因変更請求が公判前整理手続の制度趣旨を没却するものではないかとの見地から一応の論述がなされている答案である。他方、「優秀の水準」と比較した場合、訴因変更の可否の問題に関しては、公訴事実の同一性が要求される理由についての論述がやや不十分であったり、当てはめにおいて、自己の結論を導くために抽出すべき事実は概ね摘示されているものの、単なる事実の羅列に終始してしまい、例えればなげすれらるものが「同一」の「基本的事実」であると言えらるかについての説明が不十分だったりするもの、訴因変更の許否の問題に関しては、本問の訴因変更請求が公判前整理手続の制度趣旨を没却するものではないことについて、当てはめにおける事実の摘示・分析がやや不十分であった答案である。

(3) 「一応の水準」に達していると認められる答案

【設問1】については、別件逮捕・勾留の適法性について、自説・反対説の理論構成において一応の判断基準が示されている一方、判断基準を導く理論的根拠の説明が不十分である答案、当てはめにおいて、本事例に現れた具体的事情の抽出が全体的に不十分な答案、別件逮捕・勾留の適法性についての理解が表層的な答案(例えば、反対説の内容とこれを採用しない理由とががみ合っていない答案)である。

〔設問2〕については、公訴事実の可否及び許否が問題となることに気付き、公訴事実の同一性の意義や公判前整理手続の制度趣旨についての言及があり、かつ妥当な結論に至っているもの、全体的に見て、公訴事実の同一性の概念や公判前整理手続の制度趣旨の理論構成に不十分・不正確さがみられる答案、当てはめにおいて、自己の結論を導き得るだけの具体的事実の抽出が全体的に不十分であったりする答案である。

(4) 「不良の水準」にとどまると認められる答案

上記水準に及ばない不良なものを用いる。一般的には、刑事訴訟法上の基本原則の意味を理解することなく機械的に暗記し、これを断片的に（更に正確さを欠いた形で）記述するだけの答案や、関係条文・法原則を踏まえた法解釈を論述・展開することなく、事例中の事実をただ羅列するだけの答案など、法学に関する基本的学識と能力が欠如しているものである。

具体的な例を挙げれば、〔設問1〕では、別件逮捕・勾留の適法性の問題と余罪取調べの可否の問題とを混同し、もっぱら後者の観点から自説と反対説を立てて論じている答案、別件逮捕・勾留の適法性に関する主要な考え方について、誤った理解をしている答案（例えば、「本件基準説」に立つと述べた上で、本件強盗致死事件について逮捕・勾留の要件（犯罪の嫌疑・身体拘束の必要性）を満たしているかの検討しかしていない答案）、〔設問2〕では、既因変更の可否について長大に論じて一方、訴因変更の可否及び許否の問題についての検討が極めて薄い（あるいは全くなされていない）答案、既因変更の許否について、公判前整理手続の制度趣旨に関する記述を欠く、又はそれが著しく不十分な答案などがこれに当たる。

そのほか、問題文の問いに正確に答えていない答案、例えば〔設問1-1〕と〔設問1-2〕とで、理論構成は同じで、当てはめの評価を異にするにすぎない答案や、理論構成は異なっているが同じ結論になっている答案などもこれに属する。

4 法科大学院教育に求めるもの 注：受験生に求めるものとして読む

このような結果を踏まえ、今後の法科大学院教育においては、刑事手続を構成する各制度の趣旨・目的を、判例も踏まえながら基本から深くかつ正確に理解すること、**見解に対立の見える問題**について、単にそれらの見解を表面的に暗記するのではなく、それらの見解の基本的な考え方や、見解の対立が生じる本質的理由を正確に理解すること、これらの制度や考え方を具体的事例に当てはめて適用できる能力を身に付けること、法律実務家として、論理的で筋道立てた分かりやすい文章を記述する能力を培うことが強く要請される。

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

また、実務教育との有機的連携の下、通常の捜査・公判がどのように進行するのかを理解すること、そして、その過程を俯瞰し、刑事手続の各局面において、各当事者がどのような活動を行い、それがどのように積み重なって手続が進むのかなど、刑事手続を動態として捉えることの重要性を強調しておきたい。

【2020年合格目標 矢島担当の主な講座の一覧 ①～⑨】

～講師紹介を兼ねる

*最新の法改正や判例に対応

ここに掲載した講座は2020年合格目標のもので、2020年度の司法試験や予備試験で出題される改正法や判例に対応済みです。ここに掲載した講座は、毎年、テキストを改訂しており、法改正に関わらない箇所も理解しやすいように改良しています。

*合格に必要な能力を身に付けるための4つの講座

どの講座を受講すれば良いかを迷っている方は、次の4つの講座を受講すれば合格に必要な知識や法的思考能力を修得できます。①と②が核となる講座です。③と④は短時間で実施する試験直前期の直前対策講座です。

- ① 矢島の速修インプット講座 (2019年6月上旬～9月上旬に新規収録)
- ② 矢島の論文完成講座 (2019年9月下旬～12月中旬に新規収録)
- ③ 矢島のスピードチェック講座 (2020年1月に新規収録)
- ④ 矢島の最新過去問&ヤマ当て講座 (2020年2月中旬～3月中旬に新規収録)

① 矢島の速修インプット講座 [108時間] (司法試験・予備試験の対策)

合格に必要な基本知識や重要判例を体系的に確実に修得して、どのような問題にも対応できる真の学力を身につけるための講座です。

注：「お話しウェブ受講」で受講することができます。

② 矢島の論文完成講座 [92時間] (司法試験・予備試験の対策)

インプットした基本知識を、論文試験の事例処理を通じて答案の形にするのに必要な法的思考能力を修得するための講座です。矢島作成の解答例を使用します。講義では、試験審査委員に高い評価を得られる答案の作成方法を徹底的に指導します。

③ 【直前対策講座】矢島のスピードチェック講座

[4.3.5時間] (司法試験・予備試験の対策)
合格に必要な重要論点や重要判例を試験直前期に短時間で効率よく復習するための直前対策講座です。試験直前期になってインプットが間に合わないのではないかと心配している受験生でも、自信をもって試験に臨めるようになります。矢島の速修インプット講座の受講経験がある方にとっても試験直前期の復習に最適な講座です。

なお、本講座は、前年度は合計40時間で実施(2019年1月に実施済み)していましたが、合格をより確実なものとするのに必要な講義時間を具体的に考慮し、今回は合計4.3時間30分で実施(2020年1月に実施)することにしました。

④ 【直前対策講座】矢島の最新過去問&ヤマ当て講座 [7科目×3時間=合計21時間]

司法試験の最新の論文過去問の分析と直近の論文試験のヤマ当てをするための講座です。最新の論文過去問は、最近の試験審査委員が受験生に対してどのような答案を求めているかを理解するのに役立つ最良の道具となります。最新の過去問と矢島作成の解答例を用いて、本番の試験で求められている法的思考能力の「質」をしっかりと理解して、本試験で高評価を得られる答案がどのようなものかをイメージできるように、しっかりと講義していきます。

各科目3時間の講義の後半では、直近5月に実施される司法試験の論文試験で出題された重要な論点や重要判例等のヤマ当て講義を実施します。

本講座は、司法試験を題材としていますが、試験審査委員が求める答案がどのようなものかを理解して、司法試験で出題されそうな論点の学習を通じて法的思考能力を磨くことは、予備試験の受験自体にも役立つため、予備試験の受験生にもお勧めの講座です。

⑤ 短答試験対策のための講座「矢島の短答対策シリーズ」の一覧

(以下の全科目を新規収録して2019年10月7日に配信開始・通信クラスのみ)

家族法 [4時間] (司法試験・予備試験の対策)

商法総則・商行為・手形法 [3時間] (予備試験の対策・論文に必要な知識も修得)

会社法 [3時間] (予備試験の対策)

民事訴訟法 [3時間] (予備試験の対策)

刑事訴訟法 [3時間] (予備試験の対策)

行政法 [3時間] (予備試験の対策)

憲法統治 [5時間] (司法試験・予備試験の対策)

注：「憲法統治」だけは、LECが出版・販売している「完全整理択一六法～憲法」を用います。それ以外の講座は、矢島作成のオリジナルテキストを用います。

⑥ 改正民法対策講座〈矢島クラス〉 [9時間] (通信クラスのみ・現在配信中)

本講座は、改正前の民法の学習経験者が、改正前の民法と改正後の民法を誤認混同しないで、将来、円滑に改正民法の学習ができるようにするための講座です。講義では、改正前の民法と改正後の民法の違いを確認しながら、2020年度の試験から出題範囲とされる改正民法(民法総則、債権法、相続法)の要点を解説していきます。

この講座で民法の改正点のポイントを理解しておくこと、矢島の速修インプット講座、矢島の論文完成講座、矢島のスピードチェック講座などの改正法を前提とした基礎講座の講義を、混乱なく理解できるようにいたします。

⑦ 司法試験の選択科目の対策 ～労働法のインプット&論文対策

(1) 選択科目総整理講座【矢島の労働法】〔24時間〕(司法試験の対策)

(通信クラスのみ・現在配信中)

本講座は、**まず**、合格に必要な基本知識や重要判例を**インプット**するための講義を

1コマ3時間で5コマ実施し、次に、論文過去問と矢島作成の解答例を題材に合格答案の書き方を修得するための講座を1コマ3時間で3コマ実施します。

2019年5月に新規収録をして、2020年度の試験から出題範囲に含まれる働き方改革の関連法や、民法の債権法改正に対応済みです。

この講座は、イメージでいうと、矢島の速修インプット講座と矢島の論文完成講座がセットになったようなものです。

(2) 【直前対策講座】矢島の1日で完成・労働法

～今年度の試験で出題されそうな重要論点や判例の最終チェック

〔6時間〕(司法試験の対策)(パンフレットに未掲載・WEBに掲載予定・通学・通信) 通学クラスは水道橋本校で2020年3月19日(木)15時に実施決定

令和2年度の試験で出題されそうな重要論点や重要判例を6時間でマスターするためのインプット用の直前対策講座です。本講座は、前年度に実施した「6時間で分かる労働法」を、直近の試験での出題可能性を意識した実践的な講義に改良したものになります。

⑧ 矢島の法律実務基礎科目【民事・刑事】〔1.8時間〕(予備試験の対策)

〔民事 1コマ3時間×3回＝9時間，刑事 1コマ3時間×3回＝9時間〕

2020年5月に配信開始の新規講座です。本講座は法律実務基礎科目の近年の試験傾向を十分に考慮した上で、合格に必要な基本重要知識のインプットや、論文答案の書き方を修得することを目的としています。本講座を利用することで、5月の短答式試験が終了した後も、短時間で法律実務基礎科目の試験対策をすることができます。

⑨ 矢島ゼミ

答案添削、個別面談、合格に直結する実践的な知識の修得に必要な講義など、合格に必要な指導を矢島が直接行います。例年1月から4月下旬まで毎週土曜日の午後に水道橋本校で実施しています。ゼミの際は、矢島も受講生と机を並べて一緒に答案を手書き作成してゼミ生の士気を高めしていきます。試験直前期まで気合を入れ続けてもらいたいという受験生にお勧めの講座です。

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2019 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LL19043