

司法試験

令和3年司法試験 採点実感分析会
講師レジュメ②(採点実感)
【矢島純一LEC専任講師】

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 223568

LU22356

採点実感（令和3年度司法試験）分析会

*はじめに

今回は令和3年度司法試験の論文試験の採点実感を題材にして、試験考査委員が受験生に求めていることを理解して将来の試験対策に役立つ講義をしてきます。採点実感は、試験考査委員が将来の受験生に向けたメッセージというコンセプトで公表しているものなので、採点実感に記載されたことを可能な限りで理解しておく、試験考査委員に評価される答案を作成しやすくなります。

なお、令和3年度司法試験の論文試験を題材にして私が作成した答案例を用いて試験考査委員に評価される答案作成のコツを修得するための講義は、令和4年2月23日に通学クラスで開講する「**矢島の最新過去問&ヤマ当て講座**」で実施します。通信クラスも用意しています。

*使用教材

- 1 **採点実感**に私が下線を付したり「注」書を付したりしたもの（本冊子）。
採点実感に付した下線のうち、受験生が積極的に取り入れるべきところは実線で、反面教師にすべき点は点線で装飾しています。
- 2 **問題文**に私が下線を付したりメモを記載したりしたもの（別冊子）。

注：各教材とも、憲法、行政法、民法、商法、民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法の順番で情報を掲載しています。

2022年（令和4年）2月20日

LEC専任講師 矢島 純一

令和3年度 司法試験 採点実感（憲法）

第1 総論

- 1 規制①についての論述に紙幅と時間をとってしまい、より論ずべき点が多い規制②について十分な検討ができていない、合憲性の判断枠組みの定立までは十分な論述をしながら、具体的な合憲性の判断の場面で必要な論証が不足している等、論述のバランスが悪い答案が多かった。
- 2 合憲性の判断枠組みとしては厳格な違憲審査基準を定立しながら簡潔な目的・手段審査で合憲性を肯定する答案、逆に、緩やかな違憲審査基準を定立しながら厳格な目的・手段審査をして合憲性を否定する答案等が、一定数あった。具体的な合憲性の判断に当たっては、自らが定立した判断枠組みの厳格度に見合った、事案の適切な検討が求められる。
また、単に問題文中に記載されている様々な事情を書き出して、総合的に衡量した答案の多くは、恣意的に憲法適合性を判断していると評価せざるを得ないものであった。
- 3 本設問では、必要に応じて、自己の見解と異なる立場に言及することが求められている。この観点からは、平板で浅い論述に終始する答案も見られたが、見解が対立する点を的確に見定め、自分の立場とはどこが違うのかを明らかにすることにより、自説を説得力のあるものにすべきである。
逆に、自己の見解とは異なる立場について一通り詳しく論じた上で、これを自己の立場から批判するという論述スタイルを採る答案も見られたが、本設問への解答に当たっては、自己の立場を論述する中で「必要に応じて」異なる立場に触れつつ、批判的検討を加えることが求められている。

第2 規制①について

- 1 問題となる人権について
 - (1) 人権は、具体的事案を離れて、一般的な憲法上の保障に値するものとして観念されるものである。この点で、匿名表現の自由を憲法第21条の下で保障される権利類型の一つであることを十分論述した答案は、匿名での表現や集団行進が憲法第21条の保障の下にあることを当然の前提として論じた答案よりも、高く評価できた。
 - (2) 顔を隠して集団行進する自由が人権として保障されることの直接の根拠として、単に「デモの報道で顔が映る心配がない。」「就職活動や職場のことを気にせずデモに参加できる。」との意見が多く見られるといった問題文中に記載されている事情のみを挙げる答案が一定数あった。これに対して、規制の萎縮効果等に関連付けて説得的に論述している答案は高く評価できた。さらに、匿名表現の自由を認めることの意義と問題点の両方を意識して論述している答案は、より高く評価できた。

- (3) 東京都公安条例事件判決（最大判昭和35年7月20日刑集14巻9号1243頁）を参照する等しながら、集団行進が公道上で行われ、他者の権利・利益と衝突する危険性があるため、権利としての重要性が低いと説明する答案が見られたが、このような指摘は権利制約の必要性との関係で言及するのが適切である。

注：東京都公安条例事件判決は、およそ集団行動は、学生、生徒等の遠足、修学旅行等および、冠婚葬祭等の行事をのぞいては、通常一般大衆に訴えんとする、政治、経済、労働、世界観等に関する何等かの思想、主張、感情等の表現を内包するものである。この点において集団行動には、表現の自由として憲法によって保障されるべき要素が存在することはもちろんであるとして、デモ行進の自由が憲法21条1項の表現の自由として保障されることを認めた判例である。判例は、デモ行進が公道上で行われることを理由に表現の自由としての重要性が低いということは述べていない。

なお、破壊活動防止法が禁止する犯罪を扇動する行為は、重大な犯罪行為を引き起こす可能性のある社会的に危険な行為であるから、公共の福祉に反し、表現の自由の保護を受けるに値しないと判示した判例（最高裁平成2年9月28日判決・渋谷暴動事件）がある。しかし、この判例の事案と本件の事案は異なるので、この判例を本件の事案に当然のように引用することはできないと考えられる。本間に登場する規制①は、デモ行進が犯罪を扇動するものでなくても、顔を隠した態様で行うものは、たとえそれが平穏な態様で危険性がないデモ行進であっても規制の対象とするものである。

また、公道上の表現活動に対して強度の人権制約が認められる論拠としてパブリック・フォーラム論に言及したり、精神的自由の制約が問題になっている場面であるにもかかわらず立法裁量の存在を前提に論述したりする等、基本的な理解が不十分と思われる答案も見られた。

2 問題となる人権への制約について

- (1) 問題となる人権とその制約の関連を意識して論述すべきである。問題となる人権を集会の自由又は表現の自由と捉えた場合には、規制①が人権制約に該当するか否か、どのような制約の態様であるのかが争点となり得る。

これに対して、問題となる人権を「顔を隠して集団行進に参加する自由」と捉える場合には、規制①はその強度の制約となるにもかかわらず、同時にそれを単なる手段の規制にすぎないとして緩やかな違憲審査基準を採用する答案も見られたが、制約される権利との関係で整合的な論述を展開する必要がある。

- (2) 規制①を専ら集団行進への参加の態様の制約として捉え、匿名での表現の制約に固有の問題が存在することを全く認識していないように見受けられる答案が一定数あった。

- (3) 表現内容中立規制と表現行為の間接的・付随的規制との異同を意識せずに論じている答案が一定数あった。他方、規制①は、一見すると表現内容中立規制であるものの、実質的には表現内容規制になっているのではないか、という視点から検討している答案は高く評価できた。

注：顔を隠すことが禁止されることで、特定の内容の表現をする自由が制約されるとの立論が可能である。

3 制約の合憲性の判断について

- (1) 合憲性の判断枠組みとして厳格審査を選択する答案が一定数あったが、そのような判断枠組みを選択する理由付けが不十分なもの、問題となる人権への制約に関する論述と合憲性の判断枠組みに関する論述との繋がりに疑問があるものが見られた。合憲性の判断枠組みの選択に当たっては、十分な理由付けが求められる。
- (2) 合憲性の判断枠組みとして比例原則を採用する場合には、審査の密度を事案に即して適切に設定する必要があるが、そのことを意識して論述した答案は少なかった。
- (3) 泉佐野市民会館事件判決（最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁）を援用する答案が見られたが、公の施設の利用拒否と公道上の集団行進の自由に対する規制という事案の違いを考慮して論述した答案は、高く評価できた。
- (4) 手段審査における適合性、必要性を意識して論述する答案が一定数見られ、それらの答案の多くは、規制①が目的達成にどのように役立つのかを具体的に論述できていた。
- (5) 規制①は相当に広汎な規制であり、匿名表現の意義を考えれば、強度の萎縮的效果を持つことは、容易に想像できるはずである。これらの問題文中に記載されている手掛かりについて一切検討することなく、安易に「表現内容中立的な規制であるから中間審査で合憲である」と論述した答案は、高く評価することはできない。逆に、個々の具体的な集団行進の公共の安全に対する危険性の程度にかかわらず、正当な理由なく顔を隠すことを一律に禁じるという規制①の特徴を意識して論述した答案は、高く評価できた。
- (6) 顔を隠して集団行進をする者の氏名を事前に公安委員会等に届け出る、一定の場所での集団行進を一律に禁止する、集団行進において顔を隠すことを許可制にする、集団行進の状況を警察等が全て撮影する等といった、規制①よりも強度の人権制約に当たり得る措置を、「より制限的でない措置」の具体例として挙げる答案が見られた。
- (7) 裁判所が合憲限定解釈を行えばその法令は合憲となるとする答案があったが、法律案の検討の場面を想定している本設問に対する解答として、本来は適切でない。少なくとも、裁判所があえて合憲限定解釈をしなければ救うことのできない憲法上の瑕疵が法律案にあることを具体的に論じている必要がある。

注：規制の文言の明確性の論述が不要とあることから、出題者は、過度広範も含めて文面無効を論じることは求めておらず、したがって、文面無効の主張を前提とする合憲限定解釈を論じるようとは思わないのではなかろうか。

4 その他

問題文中で、規制の文言の明確性は論じる必要はない旨が明記されているにもかかわらず、この点を論じている答案があった。

第3 規制②について

1 問題となる人権について

(1) 問題となる人権の選択について

多くの答案が、問題となる**団体の人権**として、結社の自由、表現の自由、プライバシーの権利のいずれか一つだけを検討していた。現実には、ある一つの規制が同時に複数の人権を制約することは珍しくない。一つの人権の制約を見いだしたとしても、それで満足することなく、当該規制について粘り強く多角的に分析すべきである。

注：上記の指摘はこれまでの採点実感にはほとんど見られないものである。

(2) 表現の自由・プライバシーの権利について

ア ほとんどの答案が、団体の表現の自由又はプライバシーの権利の一方について触れていたが、双方についてしっかり論じている答案は多くなかった。また、これらの人権が問題になることを抽象的に指摘する答案が見られたが、具体的にどのような意味で表現の自由が問題となるのか、どのような情報がプライバシーの権利との関係で問題となるのかを検討して論述すべきである。特に、報告義務により団体の構成員が一定程度明らかになることが団体のプライバシーの権利との関係で問題となることを指摘した答案は、非常に少なかった。

イ 団体の表現の自由について論じる場合、規制される「表現」が、直接には報告義務の対象である機関誌、ウェブサイト、SNSアカウント等でなされる団体の主義・主張その他の表現であることは明らかである。

にもかかわらず、規制される表現を集団行進（でなされるもの）とする、あるいは規制②を集会の自由の問題として捉える答案が見られた。このような答案は、規制の分析が不十分なものが多く、高く評価することはできない。

(3) 結社の自由について

結社の自由について正面から検討している答案は少なかった上、規制②が結社の自由を制約していると捉える理由を説得的に論述している答案はさらに少数であった。また、結社の自由を問題とした答案は、表現の自由を問題としていないことが多かった。

(4) 団体構成員の権利について

規制②については、団体自体の人権の制約と団体構成員の人権の制約を複眼的に検討することが求められるが、団体構成員の権利について検討している答案は少なかった。また、問題となる人権について、団体と構成員の区別を意識して論じた答案も少なかった。さらに、問題となる人権の主体が団体と構成員のいずれであることを明示せず、その点が論述全体からも読み取れない不適切な答案もあった。

2 問題となる人権への制約について

- (1) 観察処分と報告義務がどのような意味で人権を制約しているかについて具体的な論述を欠いている答案が少なくなかった。また、規制②の内容や効果を検討することなく、安易に人権制約がないと断定する答案もあった。
- (2) 規制②における人権制約の有無、程度の検討に当たっては、報告義務の対象となるウェブサイト等の媒体が誰でも見られるものであることが非常に重要な点であるが、この点に言及していない答案が一定数あった。逆に、誰でも見られるものとはいえ、観察処分により一定の情報を公権力に対して報告することが義務付けられる結果、表現の自由への萎縮効果やプライバシーの権利の制約が生じ得ることを論述している答案は高く評価できた。
- 注：団体が公権力に継続的に監視されていることを認識することで団体や構成員の表現の自由に対する萎縮効果が生じうる。
- (3) 報告義務を課している点について、専ら消極的表現の自由の制約として論じる答案が見られた。しかし、一定の観点から団体を観察の対象とし、その情報発信の媒体について報告を義務付けることが、当該団体の本来の活動を萎縮させ、団体の自律にも影響を与えることからすれば、問題となる人権とその制約を狭く捉えすぎており不適切である。

3 制約の合憲性の判断について

(1) 合憲性の判断枠組みについて

問題となる人権や制約の態様が異なるにもかかわらず、十分な理由付けもせずに「規制①と同じ違憲審査基準を採用する」等とする答案が一定数あった。

また、合憲性の判断枠組みとして厳格審査や中間審査を設定しながら、具体的な合憲性の判断が極めて簡潔であり、問題文中に記載されている事実に照らした検討が十分でない答案が多かった。

注：審査基準の内容と具体的検討における審査密度を整合させなければいけないことは、過去の採点実感でも繰り返し指摘されている。

(2) 観察処分及びその要件、報告義務について

ア 報告義務の合憲性のみを問題として、観察処分の合憲性の問題を検討していない答案が多かった。

注：規制②の規制内容は、一定の団体を観察処分の対象とすることと、観察対象とされた団体に一定の報告義務を課すものとなっている。

イ 目的・手段審査により合憲性を判断する際には、目的達成手段だけでなく、立法目的の適否についても実質的な検討が求められる。しかし、規制②の立法目的が、団体の活動状況を明らかにすることに加えて団体の活動を萎縮させることを狙ったものであることを指摘し、その問題点を検討した答案は、非常に少なかった。

ウ 観察処分による自由制限の程度とそれにより得られる公共の利益の衡量や、観察処分の対象となる団体の要件の合理性について論述した答案、「公共の安全を害する行為を抑止する」という規制目的との関係で、観察処分の対象となる団体の範囲が適切かどうかを論述した答案、報告義務の対象となる情報の範囲等について、規制目的との関係での必要性・合理性を論述した答案は、いずれも高く評価できた。

エ 合憲性の判断枠組みとして厳格審査又は中間審査を採用した場合に、「より制限的でない措置」の具体例として、問題文の規制手段よりも制約の強いものを挙げている答案が見られた。また、規制②を採用しなければ、規制当局が法律上の根拠なく情報収集を始めるおそれがあることを理由として、規制の合理性を基礎付けようとする不適切な答案もあった。

注：後者の答案によれば、あらゆる規制が常に合憲とされてしまうおそれがある。

4 その他

- (1) GPS捜査に関する判決（最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁）を挙げるなどして、継続的かつ網羅的な情報収集の問題性に言及した答案は非常に少なかった。
- (2) 本設問において論じる必要はない検閲該当性の論点について、相当の分量を割いて論じる等、基本的な理解が不十分と思われる答案が見られた。

第4 形式面での注意点

- 1 極端に字が小さかったり、乱雑であったりするなど、判読が困難な筆跡の答案が依然として一定数あった。
- 2 過料を「刑罰」「罰金」とするなど、基本的知識を欠く答案があった。また、違反行為に過料が科されることを理由として緩やかな違憲審査基準を採用できないという答案があったが、合憲性の判断枠組みは問題となる権利とその制約の分析を通じて定立されるべきである。制裁の有無や程度は、手段審査において考慮すべき事情である。
- 3 設問とは関係のない一般論を延々と展開したり、設問との関係を論じることなく思いついた判例を挙げたりしても、高い評価は得られないことに注意すべきである。
- 4 例年指摘しているとおり、誤字には十分注意すべきである。特に「幸福追及権」等は論外である。

令和3年度 司法試験 採点実感（行政法）

1 出題の趣旨

別途公表している「出題の趣旨」を参照いただきたい。

2 採点方針

採点に当たり重視していることは、例年と同じく、問題文及び会議録中の指示に従って基本的な事実関係や関係法令の趣旨・構造を正確に分析・検討し、問いに対して的確に答えることができる応用能力を有しているか、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（例えば、最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁。以下「最高裁昭和39年判決」という。）で示された処分性判断の定式ないし申請に対する拒絶が処分となり得ることについての理解を示した上で、A市長（以下「市長」という。）が行ったBを屋台営業候補者に選定しない旨の決定（以下「本件不選定決定」という。）が申請拒否処分に該当するか否かについて検討するものは、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、A市屋台基本条例（以下「本件条例」という。）及び本件条例施行規則（以下、本件条例と併せて「本件条例等」という。）の定める屋台営業候補者に選定されることが、市道占用許可の要件ないし効果との関係でどのような法的意味を持つか、公募申請者による応募申請とこれに対する市長の応答（選定ないし不選定の通知）を処分性との関係でどのように解するか等、本件条例等の仕組みを踏まえて具体的に検討するものなどは、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、本件不選定決定と市道占用許可との関係性について、関係条文を正確に指摘しながら網羅的に検討するもの、屋台営業候補者の選定が中間段階の決定にすぎないことの理解を示しながら、市道占用不許可処分の取消訴訟等、市道占用許可に対する争訟手段を選択する可能性や当該手段の実効性の有無について具体的に検討するものなどは、優秀な答案と判断した。

(2) 設問 1 (2)

- 本件条例等の関係規定や屋台営業の公募に係る事実関係に即して、Bに対する本件不選定決定とCを屋台営業候補者に選定する旨の決定（以下「本件候補者決定」という。）との関係について、放送局の運転免許に関する引用の最高裁判例（最判昭和43年12月24日民集22巻13号3254頁。以下「最高裁昭和43年判決」という。）との対比を踏まえて実質的に競願関係ないし表裏の関係にあるといえるかを検討した上で、Bが本件不選定決定の取消しを求める訴えの利益を有するか否かについて一定の結論を導いているものは、一応の水準に達しているものと判断した。
- これに加えて、本件不選定決定を取り消す判決の効果について、行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）第33条第2項の取消判決の拘束力についての理解を示した上で、これに基づき本件の訴えの利益の有無について具体的に検討するものなどは、良好な答案と判断した。
- さらに、本件不選定決定を取り消した場合の判決効の検討において、最高裁昭和43年判決の正確な理解を踏まえつつ、本件不選定決定と本件候補者決定のそれぞれの帰趨を具体的に分析し、訴えの利益の有無について説得的に論じるものなどは、優秀な答案と判断した。

(3) 設問 2

- 本件不選定決定が裁量処分に当たることを指摘しつつ、本件における具体的な事実関係等を踏まえたBの地位への配慮の必要性の有無（①）、及び、本件条例等の関係規定やA市屋台営業候補者選定指針（以下「本件指針」という。）の内容等を踏まえたA市屋台専門委員会（以下「委員会」という。）の申合せの合理性の有無（②）について検討し、これらに基づき、市長の選定に係る判断内容に瑕疵があるといえるか否かについて一定の結論を導いているものは、一応の水準に達しているものと判断した。
- これに加えて、前記①について、道路法第33条第1項の道路占用許可基準において人的な要素が重視されていない点、道路法に道路占用許可の名義貸しを明文で禁止する規定が見当たらない点、本件条例第9条第1項第2号アが生計の維持の観点から市道占用許可の承継を事実上認めている点、屋台営業に係る名義貸しをA市が長年放置（黙認）してきた点等、具体的な事実関係を踏まえて評価・検討しているもの、また、前記②について、本件条例施行規則第19条各号の選定基準を個別具体的に分析しているものや、新規に屋台営業を始めようとして応募した者の利益を不当に侵害することにならないかといった観点について具体的に検討して委員会の申合せの合理性を論じているものなどは、良好な答案と判断した。
- さらに、前記①及び②の双方について、複数の事情を挙げて詳細かつ多角的に検討した上で、市長の選定に係る判断の瑕疵（裁量権の範囲の逸脱又はその濫用）の有無について説得的な理由を示しているものや、市長が委員会の推薦を覆して本件不選定決定をしたことについて、行政庁の処分と諮問機関との関係について一般論を述べた引用の最高裁判例（最判昭和50年5月29日民集29巻5号662頁。以下「最高裁昭和50年判決」という。）の正確な理解を示した上で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、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)

- 本年も、書き殴った文字、小さすぎる文字、極めてくせの強い文字、略字の多用等により判読不能な答案が依然として散見された。限られた時間内で答案を作成しなければならないため、多少、乱雑な文字であってもやむを得ないとは思いますが、答案である以上、自分の考えを正確に理解してもらえよう作成しなければ意味がない（可能な限り読む努力はするが、採点者が努力しても、物理的に読めない場合は、当該部分を採点に反映させることは不可能である。）。他人が読むことを意識して筆記するようにしてほしいし、日頃から読みやすい文字で答案を作成する訓練をしてほしい。
- 道路法に基づく市道「占用」許可を市道「占有」許可と表記するなど、間違った言葉遣いをした答案が非常に多く見られた。

(法解釈・基礎的法概念等の理解)

- 当然のことながら、法解釈論の基本は、法令の条文を正しく解釈し、事実に当てはめることである。行政法の様々な一般理論や定式も、個別の法令を解釈適用するための道具である。個別の法令の条文をきちんと提示することなく、一般論に終始する答案が少なくないが、高い評価は望めないこととなる。
- 問題文中で参考にすべきとして挙げられる判例（設問1(2)の最高裁昭和43年判決、設問2の最高裁昭和50年判決）は、行政法の中で重要な位置付けを与えられているものである（基本的な教科書や行政判例百選など主要な判例集にも掲載されている。）。これらの判例の知識は、最低限備えておくべきものであり、司法試験を受験するに当たっては、不可欠のものである。
- 行政法学や法律学の初歩的な事項を理解できているのか、疑問に感じざるを得ない答案が散見された。例えば、本件条例の法規性を否認したり検討したりする答案（本件条例第9条が行政手続法上の審査基準に当たることを踏まえたものかもしれないが、だからといって本件条例の全てが同じ法的性質を有するわけではない。）、本件条例が道路法第33条第1項のいう「政令」に含まれ、したがって委任条例であると捉える答案、本件条例の委任に基づいて制定された本件条例施行規則を行政規則と捉える答案などである。

注：行政規則は専ら行政の組織内部においてのみ効力を有するものである。本件条例施行規則が行政規則ではないことは同施行規則の条文の内容から明らかである。

（読解・分析・構成・表現力）

- 例年のことながら、資料として付された【法律事務所の会議録】（以下「会議録」という。）に記載された指示を無視したもの、あるいは明らかに読んでいない答案が少なからずある。問題においても、「以下に示された【法律事務所の会議録】を踏まえて…設問に答えなさい。」として、これを参照すべきことが明記されているように、会議録も問題の一部であり、その指示を無視して自説を展開しても論証不足となり、高い評価は望めない。

② 設問 1 (1)

（全体について）

- ほとんど全ての答案が、最高裁昭和39年判決で示された処分性判断の定式について触れ、かつ、正確に記述していた（ただし、「公権力の主体たる」が抜けるなど一部不正確なものもあった。）。
- もっとも、会議録において、本件条例等の仕組みに即した申請に対する処分該当性（①）、市道占用許可との関係（②）といった観点からの処分性の検討が指示されていたにもかかわらず、前記処分性判断の定式を複数の要素に分割して個々の該当性を機械的に解答するような答案が少なからず見受けられ、しかも、その多くが、個々の要素を組み合わせようとして抽象的な検討に終始し、本件不選定決定の制度上の位置付け等、事案に即した具体的な検討がされていなかった。

（①本件条例等の仕組みに即した申請に対する処分該当性の検討）

- 本件条例等の仕組みに即した検討を行うに当たっては、定義規定も含め、条文を引用しながらこれに即した丁寧な検討が求められる。その際、本件条例第25条第1項に規定する屋台営業候補者の公募への応募が「申請」（行政手続法第2条第3号）に該当するかどうかを検討するに当たっては、同号にいう「処分」が行訴法第3条第2項における「処分」と同義であるため（行政手続法第2条第2号参照）、本件条例第26条第1項に基づく屋台営業候補者の選定の処分性を検討する必要がある。

しかし、このような論理構造を十分理解せず、屋台営業候補者の選定についての申請権の有無と、屋台候補者不選定通知の法的効力とを単純に並列して検討している答案や、本件条例等の規定を平面的に羅列したにとどまる答案が多く見られた。

注：行手法2条3号の「申請」とは、法令に基づき、行政庁の許可、認可、免許その他の自己に対して何らかの利益を付与する処分（許認可等）を求める行為であって行政庁に諾否の応答義務があるものをいう。なお、A市には行手法第2章〔申請に対する処分〕と同内容のA市行政手続条例が存在する（弁護士Dの最後から2つ目の発言）。本問において行政手続法の第2章などの適用が除外される行為については（行手法3条3項括弧書き）、A市行政手続条例が適用されることを前提に立論するとよい。

- 本件不選定決定に処分性、特に具体的な法行為性を認める根拠として、市道占用許可を受けられなくなることを挙げる答案が多かった。しかし、市道占用許可については国民が請求権を有しない（伝統的な行政行為の種別では「特許」に当たる）とすると、このことは必ずしも十分な根拠にはならない。その意味で、会議録において弁護士Eが述べるとおり、「本件条例及び本件条例施行規則の仕組みに即して、屋台営業候補者の選定が申請に対する処分」に当たるか、したがって、本件不選定決定が申請拒否処分に当たるか」という検討をより多くの答案に行ってほしかった。

注：設問1(1)は、設問の形式上は「不選定」の処分性の検討を求めるものであるが、会議録において、「選定」が「申請に対する処分」に該当するかという点の検討をしてから、「不選定」が申請拒否処分に当たるかという順で、多角的に処分性の検討をすることが求められていた。多角的に処分性の検討を求めるという点では、令和2年度の司法試験の設問1(1)に似ている。ただし、論証パターンの丸暗記と貼り付けができないようにするため、年度ごとに検討すべき視点に違いを出している。

- 本件条例等の仕組みに関し、道路法に基づく道路占用許可と本件条例に基づく屋台営業候補者の選定の関係を正確に理解していない答案が散見された。例えば、屋台営業候補者の公募申請が道路占用許可の申請と同一であると誤解するもの（両者が異なることを正確に理解しつつ、実質的に前者の申請が後者の申請であると評価できると論ずる答案もあった。このような解釈が妥当であるか否かは別途問われることにはなるが、ここで問題とするのはこのような答案ではなく、そもそも前者の申請と後者の申請が同一であると誤解する答案である。）や、屋台営業候補者の公募申請を行うためには道路占用許可を受けておく必要があるなどと誤解するものが見受けられた。
- その他、屋台営業候補者の選定それ自体と選定結果の通知を混同した答案、屋台営業候補者に選定されることが市道占用許可の要件となっていることについての指摘がない答案、屋台営業候補者不選定通知を受けた場合、市道占用許可の申請自体ができなくなるかのように解答する答案も見られた。

(2)市道占用許可との関係の検討

- 処分性の検討に当たっては、実効的な権利救済の観点からの検討が欠かせないが、処分性の定義を論じる中で「成熟性」という観点を挙げていても、本件に即した検討において、道路法第3.2条第2項に基づく市道占用許可の申請に対する不許可処分の取消訴訟と対比して、屋台営業候補者の決定が中間段階の決定にすぎないという点の理解が十分に示されていないものや、単純にBが困っていることを指摘するにとどまるものが大部分であった。
- 屋台営業候補者不選定通知については、後続処分が予定されていないから紛争の成熟性が認められるとする答案が見られたが、同通知を受けた場合にも、その違法については、道路法第3.2条第2項に基づく道路占用許可申請に対する不許可処分の違法事由として争えないかという観点から検討すべきであった。

（その他）

- 処分性判断の定式に沿って個々の要素を検討した答案の中には、「公権力性」を挙げておきながら検討過程でこれに全く触れない、触れるにしても単に「公務員」ないし地方公共団体の長たる市長が選定を行ったとか、「一方的態様」で行ったなどといった理由で権力性を認める答案が相当数あった。こうした理由で権力性が認められるのであれば、例えば地方公共団体の長が行った行政指導に関しても、およそ権力性があることになってしまう。

(3) 設問1(2)

（全体について）

- 会議録にあるように、本問では、最高裁昭和43年判決を参考にしながら訴えの利益を検討することが求められ、本件不選定決定と本件候補者決定の関係を分析した上で(①)、同判決の論理（特に判決効）がどのように妥当するのか(②)を論証することが期待されたところである。この点、多くの答案が、同判決についての一定の理解を示しながら、
 - ・ 本件不選定決定を取り消しても、本件候補者決定が残っていると、結局、Bは屋台営業候補者にはならないのではないかという問題があること
 - ・ BとCとがいわゆる競願関係にあること
 - ・ 結論として訴えの利益が認められることについて論じることができていた。
- 他方で、Bに訴えの利益が認められる理由について、最高裁昭和43年判決の論理を踏まえて正確に論証することができていた答案は比較的少なく、単に判決の結論を挙げ、本件にもその射程が及ぶとだけ解答する答案や、逆に、判決の概要を1.0行ないしそれ以上にわり説明する答案も散見された。同判決の論理を手掛かりにした本件の検討を求めているのであり、判決の結論や概要の知識を聞いているのではない。

(①本件不選定決定と本件候補者決定の関係の検討)

- 前記のとおり、多くの答案において、本件不選定決定と本件候補者決定とが、いわば「競願関係」、「表裏の関係」にあることの理解を示すことができていた。
- 他方で、CをBの「競業者」と表現する答案があった。そのような表現では、新規業者への許認可に対して、既存業者が取消訴訟を提起した場合等と区別することができないだろう。
- 本件の屋台営業候補者は営業場所ごとに1名選定され、2名同時に選定されることはあり得ないにもかかわらず、Cが先に選定されていたとしても、Bは他の19箇所のどれかには選定される可能性があるとの理由で訴えの利益を否定した答案があった。せっかく判例の知識が正確であっても、事案の理解が不十分なために的外れな論述になったものであり、残念である。

②本件不選定決定の取消しの効果の検討）

○ **最高裁昭和43年判決の論理**は、本来、〔注：Bの不選定決定の〕**取消判決**により、本件候補者決定が取り消される形成力は当然には生じないが、**本件候補者決定と本件不選定決定**がいわば**表裏の関係**にあることにより、**取消判決の拘束力（行訴法第33条第2項）**の間接的な効果として、**Bが候補者に決定される可能性**があるというものであるが、**このような論理を正確に理解していないと思われる答案**が多数見られた。例えば、**以下のようなものである。**

- ・ **取消判決の第三者効（行訴法第32条第1項）により、本件不選定決定の取消判決の効力がCにも及ぶ（本件不選定決定の取消判決の第三者効によって本件候補者決定の効力が直ちに消滅する）から訴えの利益があると**する答案が多く見られた。Cに対する本件候補者決定は本件不選定決定とは異なる処分であるから、後者の取消判決の第三者効は前者の有効性を左右しない。**最高裁昭和43年判決も第三者効には触れていない。**
- ・ **本件不選定決定の取消判決の拘束力により、本件不選定決定といわば表裏の関係にあるCに対する本件候補者決定を取り消す必要が生じるから、訴えの利益があると論ずる答案も多かった。同判決はそこまでは言及しておらず、取消判決の拘束力の及ぶ範囲を誤って広く捉えすぎているといわざるを得ない（正しくは、取消判決を受けて再審査をした結果、Bを屋台営業候補者に選定すべきということになった場合に、A市長が本件候補者決定を取り消すことになる。）。**
- ・ **既にCが屋台営業候補者に選定されているため、Bに対する不選定決定を取り消しても、Bが従前と同じ区画（以下「本件区画」という。）の屋台営業候補者として選定される可能性はないが、3年後には改めて選定が行われそこで選定される可能性があるとして訴えの利益を肯定する答案が散見された。取消判決により申請した状態が回復され再度審査される、という趣旨と思われるが、3年後の審査は取消判決の拘束力によるものではなく、新たな公募によるものであるから、訴えの利益を肯定する根拠とはならない。**

（その他）

- **訴えの利益が認められる根拠として、取消判決を受けることにより国家賠償請求が可能となることを指摘する答案があった。取消訴訟（抗告訴訟）と国家賠償請求訴訟との関係についての理解が不十分であると思われる。**
- **行訴法第9条第1項括弧書きに言及する答案があったが、これは「処分又は裁決の効果が期間の経過その他の理由によりなくなった後」における訴えの客観的利益の帰趨に関する規定であって、訴えの客観的利益に関する一般規定ではない。**

(4) 設問2

(全体について)

- Bの主張を、会議録で示された検討の方向性に従い、本件条例の施行の際にBの地位への配慮に欠ける点がなかったか(①)、委員会の屋台営業候補者の推薦に係る判断の瑕疵の問題として、本件条例等の関係規定や本件指針の内容等を踏まえた委員会の申合せの合理性の有無(②)、の2点を中心に検討するという枠組みについては、多くの答案で適切に書き分けられていた。
- 他方で、それぞれの検討内容については、答案により優劣の大きなばらつきが見られた。本問は、市長の裁量権の範囲の逸脱又はその濫用を論じる上で、結論に影響を及ぼし得る重要な事実を抽出・整理して、各要件に当てはめて論じるという、実務家として重要な能力を試すものであり、具体的な事実に基づく丁寧な論述が求められたところである。抽象的な議論に終始し、あるいは、結論のみの極めて大雑把な検討にとどまる答案や、会議録で示された検討の方向性を無視した独りよがりの検討に基づく答案については、高い評価をすることは困難であった。
- 問題文や会議録から事実を拾い上げて論じた答案においても、それぞれの事実の位置付けられないし評価を、制度の全体像を踏まえて十分に検討することができたかどうかにより、説得力に差が表れた。例えば、前記①の問題と、前記②の検討要素として会議録に挙げられた新規の公募に応募した者の利益を不当に侵害するかという問題は、市長の裁量権濫用を論じる上でいわば表裏の関係にあり、そのことを丁寧に説明する必要があるが、このような論理関係を明確に意識している答案は少なかった。
- 会議録では、市長の選定に係る判断の内容に瑕疵があったと主張することができないかの検討(③)、及び、市長が委員会の推薦を覆して選定したこと自体に瑕疵があったと主張することができないかの検討(④)をするよう方向性が示されていたが、これらは、前記①及び②の検討に比べると、十分に論じられていない答案が多かった。

(裁量論について)

- 会議録で示された前記①、②の検討を行う前提として、本件不選定決定に市長の裁量が認められるか否かについては、多くの答案がその根拠とともに触れることができていた。他方で、裁量の有無を検討していない答案もあつたが、処分についての司法による実体的な統制に関しては、裁量の有無は重要な論点である。
- 裁量の有無・広狭については、条文及び処分の性質の両面から論証することが望ましく、両者を丁寧に指摘するものは評価することができた。

なお、本件条例第2.5条第1項の「市長は…公募を行うことができる。」との文言を根拠に市長の裁量権を認める答案が散見されたが、この規定は公募の実施に関する規定であつて屋台営業候補者の選定に関する規定ではないほか、「できる」規定は必ずしも効果裁量を付与するものではなく、ここでは権限付与規定と解すべきである。

- 裁量が問題となるのは市長の選定行為についてであるが、間接的に関係するとはいえ、公募や道路占用許可のみを対象として議論する答案が一部見られた。また、委員会の要件裁量を取り上げる答案も多く見られた。まずは、何が議論の対象なのかを正しく特定する必要がある。

(①Bの地位への配慮に関する検討)

- Bが「本件区画で10年以上も屋台営業を行ってきて、A市との間でトラブルもなかったのに…」という点に着目して、本件条例の立法事実（すなわち、許可が事実上売買の対象となったり、営業者の頻繁な交代により屋台をめぐる諸問題の解決に向けた継続的な話し合いが難しくなったりしたこと）がBには当てはまらないことから、Bの地位に配慮すべきである（さらに、Bの地位への配慮を欠いたまま行われた本件不選定決定は違法である）と結論付ける答案が多かった。確かに、Bの従前の営業が完全に適法であれば、このような論理は首肯できるものであるが、Bの従前の営業が他人の名義によるもので少なくとも形式的には違法であったからこそ、会議録において弁護士Dが「屋台営業において他人の名義を借りることは、営業の実績が全て法的な保護に値しなくなるほど悪質な行為と評価できるのでしょうか」と指摘しているのであって、同指摘のような論理が成り立つ余地があるか否かを検討する必要がある。
- Bが本件区画で10年以上営業してきた事実を挙げて、Bの立場から一通りの検討がされた答案は多かったものの、他人名義を借りた屋台営業の実害（許可が事実上売買の対象になり、屋台営業者との継続的な話し合いが困難になっていたこと）などの反対方向の事実も取り上げた上で論じた答案は、比較的少なかった。本件区画で営業を行ってきた期間の長さなど、Bに有利に配慮すべき事情は指摘がしやすかったからであると考えられるが、Bの地位への配慮を検討する際に、関係法令に照らして不利な事情の評価・検討を行った上で結論を導くことは、説得力に大きな差が出ることになる（道路法や本件条例等の具体的な規定の解釈から、A市の反論ないしBの再反論を展開することで、おのずとこのような評価・検討の過程を表すことができる。）。
- 会議録中に「本件条例が違法であるとまではいえないとしても」との記載があり、本件条例自体の違法性（本件条例中に経過措置を設けなかったことの違法性を含む。）についての検討は不要であることが明らかにされているのに、この観点からBの地位への配慮について検討している答案が見られた。

(②委員会の申合せの合理性の検討)

- 本件指針についての委員会の申合せの合理性の検討において、Bのこれまでの営業実績や今後の屋台政策への貢献の期待といった点を取り上げて、Bの立場から一通りの検討がされた答案は多かった。
- もっとも、会議録で方向性が示された、㉞本件条例施行規則第19条各号の選定基準に照らして申合せの合理性を説得的に論じた答案や、㉟新規に屋台営業を始めようとして応募した者の利益を不当に侵害することにならないかといった観点からの検討がされた答案は比較的少なく、会議録で弁護士の指摘した観点をおうむ返しに繰り返すにとどまっている答案も多かった。
- 前記㉞について、本件条例施行規則の法的性格を誤解したためか（あるいは、時間が足りなくなったためか）、本件条例施行規則第19条各号所定の選定基準、A市のウェブサイトで公開されている本件指針及び委員会の申合せという三者の関係についての正確な理解に基づいた答案は多くなかった。かえって、委員会の申合せが本件指針に明示されているとか、両者の内容を混同するもの、委員会の申合せが公表されていると誤解する答案が多く見られた（会議録では、本件指針についてはウェブサイトで公開されている旨の記載があるが、委員会の申合せについては、市長が委員会の議事録を取り寄せて初めてその内容を知ったとされており、事前に公表されていなかったことが分かる。）。
- 前記㉟の「本件条例施行規則第19条各号の選定基準に照らし」た検討が指示されているのに、同条各号の解釈に一切触れていない答案も相当数見られた。
- 前記㉟の観点について丁寧に検討した答案は、前記㉞よりも一層少なかった。

(③市長の選定に係る判断の内容の瑕疵の検討)

- 前記③のとおり、会議録では市長の選定に係る判断の内容の瑕疵の検討も求めているところ、前記①及び②を検討の上（又は各個の検討に引き続き）市長の考慮不~~尽~~という観点から検討する答案や、市長が、屋台営業の刷新という公約の実現を重視して、委員会の審査結果から申合せに基づく点数を差し引いたことに他事考慮があるなどとする答案は評価することができた。
- 他方で、前記①ないし②について検討しつつ、そこから一定の結論（Bの地位への配慮が足りないとか、委員会の申合せには合理性があるなど）を導くだけで、それらが市長の裁量判断の瑕疵としてどのように評価されるのかという点を検討していない答案が相当数見られた。

④行政庁の処分と諮問機関の決定との関係の検討）

- 行政庁の処分と諮問機関の決定との関係について、**最高裁昭和50年判決**のみならず、**諮問機関一般の性格**、さらには**委員会の構成や設置の趣旨**にも触れながら具体的に検討している答案は、**高く評価**することができた。
- もっとも、**行政庁の処分と諮問機関の決定との関係**という観点から、**市長が委員会の推薦を覆して選定したこと自体に瑕疵があったかどうかを**検討している答案は少数にとどまり、**最高裁昭和50年判決の正確な理解**を示すことができた答案はかなり少なかった。

（その他）

- 市道占用許可が更新されない点を、実質的な許可の撤回に当たるとした答案が少なからず見られた。**道路法は必ずしも占用許可の更新を前提とする法制度ではないことから、この点についての検討が必要であるところ**、そこまでの記述のある答案は見られなかった。

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

- 行政法の基本を重視した教育、さらには、**個別のケースにおいて的確な規範を提示し（例えば、同じ処分性であっても、本問のように公募での不選定決定の処分性が問われるケースと行政計画の処分性が問われるケースとでは分析の視角が異なるはずである。）、事実を正確に当てはめる能力を涵養する教育を期待したい。**
- 行政法の基本的な概念・仕組みを確実に押さえて、**重要な最高裁判例**を丁寧に読んでその内容・射程を理解した上で、事例問題の演習を行うことが求められる。事例問題の演習においては、**与えられた関係法令を読んで、問題になっている制度の仕組みを正確に把握することも目標とすべきだろう。**
- 会議録で指摘された判例についてそれなりの理解がある答案は多く、そのため、設問1(2)は比較的良くできた答案が多かったのに対し、本案主張の検討を求める設問2はそうではなかった。**本案の違法事由に関する問題については、行政法の基礎的知識に基づき、関係する法制度の的確な分析を行い、その上で個別法の適切な解釈をすることが求められるため、この点の能力を伸ばすことが、法科大学院教育の抱える課題の一つなのだろうと感じられた。**

令和3年度 司法試験 採点実感（民法）

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3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、従来と異ならない。

さらに、複数の論点に表面的に言及する答案よりも、特に深い考察が求められている問題点について緻密な検討をし、それらの問題点の相互関係に意を払う答案が、優れた法的思考能力を示していると考えられることが多い。そのため、採点項目ごとの評価に加えて、答案を全体として評価し、論述の緻密さの程度や構成の適切さの程度に応じて点を与えることとした。これらにより、ある設問について法的思考能力の高さが示されている答案には、別の設問について必要な検討の一部がなく、そのことにより知識や理解が一部不足することがわかれるときでも、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わかれる答案は、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請求1の根拠及びこれに対するCの反論（下線部ア）の位置づけ、②Dによる即時取得の成否、③民法第193条の適用の可否、④目的物のAへの返還までにCが得た使用利益の返還義務の有無である。②については指図による占有移転によって即時取得が成立するかなど、④については民法第193条に基づく回復請求がされるまでの所有権の所在などが問題になる。

全体としては、請求1については、多くの答案がDに対して指図による占有移転の方法で引渡しがされたことを指摘した上でこれによって即時取得が成立するかどうかを検討し、また、民法第193条による回復請求の可否に言及していた。それぞれの根拠条文（民法第192条、第193条）から要件を抽出して適切に事案に当てはめているか、同法第192条の「占有を始めた」という要件に関する判例準則（一般外観上従来の占有状態に変更を生ずるがごとき占有を取得すること）を意識して検討を行っているかが評価の分かれ目になった。

請求2については、民法第193条の回復請求がされるまで目的物の所有権がどこにあるかを検討し、これと不当利得の成否を関連付けて検討している答案はごく少数であった。不当利得の成否について、所有権の帰属先と不当利得の成否との関係を踏まえて検討したものについては、高い評価が与えられた。

個別に見ると、①については、Aの請求が甲の所有権に基づく返還請求権であることを明示しない答案も多かった。その結果、その後の抗弁を正確に理解できていない答案が相当数あった。

請求1はAが甲の所有権を有することを前提としていることからすると、「Dが所有権を有している」という下線部アの主張はAが所有権を有していないことを指摘するもの、すなわち所有権喪失の抗弁であるといえる。

所有権喪失の抗弁ではなく、占有権原の抗弁を主張するものであると理解する答案が多かったが、貸主が無権利者ではCが使用貸借によって占有権原を得たとはいえないから、即時取得によってDが所有権を取得したことを論じる必要がある。また、使用借権には第三者対抗力がないから、使用借主であるCがAに対して使用借権を主張して引渡しを拒むには、Aが甲について権利を有しないことが必要となる。したがって、いずれにしてもDの即時取得によりAが所有権を喪失したかどうかを検討しなければならない。

また、Cが当初締結した使用貸借の相手方（貸主）は無権利のBであるから、Cの占有権原を基礎付けるには、代物弁済によって使用貸借契約上の貸主としての地位が権利者であるDに移転したなど何らかの根拠を示す必要があるが、占有権原の抗弁と理解した答案のうちこの点について言及したものは非常に少なかった。

注：上記は、CがAの所有権喪失の喪失ではなく、占有権原があることを主張する場合の注意点である。ただし、CはAの所有権喪失を主張するものと構成した方が素直だと思われる。

②については、多くの答案が指図による占有移転によって即時取得が成立するかどうかを検討していた。民法第192条の「占有を始めた」という要件については、「一般外観上従来の占有状態に変更を生ずるがごとき占有を取得すること」とする判例準則が存在しており、指図による占有移転をこの判例準則に当てはめた上で、外観上従来の占有状態にどのような変更が生じているかを丁寧に論じているものについては、高い評価が与えられた。これに対し、結論のみを述べるものや判例準則と離れて独自の基準を設けるものは低い評価にとどまった。

このほか、②については、民法第192条のその他の要件についても丁寧に当てはめている答案には高い評価が与えられた。

③については、多くの答案が民法第193条による請求が可能であることを指摘していた。もっとも、本問では請求の相手方がCであり、即時取得したDではないが、同条の「占有者」と同法第192条の「占有を始めた者」の異同に言及した答案は極めて少数であった。占有者が即時取得したDではないために同法第193条の請求は認められないとした答案も少数ながら存在したが、このような答案は結論の妥当性の点から低い評価にとどまる。

④については、民法第189条、第190条のいずれが適用されるかが問題となるが、ほとんどの答案は同法第703条、第704条の適用のみを問題としており、同法第189条、190条について言及した答案は少数であった。

また、不当利得の要件を検討するに当たり、民法第193条による回復請求がされるまでの使用収益権限の所在を検討することなく、「Cが甲の使用収益をしている間、Aが使用利益を失ったので損失がある」とした答案が非常に多かった。しかし、Aに所有権が帰属するなど、Aに使用収益権限があるといえる場合でなければ、そもそも不当利得は問題にならない。したがって、上記のような答案を高く評価することはできない。

イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、下線部アからウまでの各当事者の主張を的確に理解した上で、上記の①から④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④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、上記の②又は④についての解釈論の検討が不十分であったり、事実の当てはめが粗雑であったりするが、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。

一応の水準に属する答案の例は、①から④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るものなどである。

不良に属する答案の例は、請求1については、指図による占有移転による即時取得の可否、民法第193条の適用の可否などの問題点を看過し、これらについて全く言及しないもの、代物弁済の要件など本件においては重要な論点とならないものについて論ずるものなどであり、請求2については所有権（使用収益権限）の所在や民法第189条に言及することなく、不当利得が成立するという結論のみを示すものなどである。

(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、①契約①の性質、②契約の中途解除の根拠、③既履行部分の報酬請求の可否、④未履行部分の報酬相当の損害賠償請求の可否である。

設問2においては、契約①の性質を準委任と捉えるか請負と捉えるか（更にそれ以外のものと捉えるか）、また、Eが処理する事務・仕事の内容を各月ごとのものと捉えるか、5か月分併せて一体のものとして捉えるかなど、与えられた事実関係の法的な捉え方がいくつか考えられ、いずれの立場を採るかによって、その後の法律関係の処理の内容や根拠条文が異なってくる。いずれの立場を採るかを明確にした上で、その立場から一貫した論述をすることができるかどうかによって評価が分かれることとなった。

個別に見ると、①については、全体としては準委任契約とするものが多く、請負契約とするものも相当数見られた。いずれの考え方を採ることも可能であるが、性質を判断するに当たっては、これに当たると判断した契約類型の特質（例えば、準委任であれば、法律行為以外の他人の事務を裁量をもって行う、請負であれば仕事の完成を目的とするなど）を挙げた上で、契約①の内容を当てはめて結論を示す必要がある。このような当てはめを行い、加えて報酬の決定方法とも関連付けて契約内容を論じるもの（例えば、基本となる報酬に加えて成功報酬が別途定められていることから、受講者の合格という結果は保証されていない、など）には高い評価が与えられた。

他方、例えば請負でも雇用でもないことから準委任であるというような論述をするものも散見されたが、このような論述は低い評価にとどまる。

請負と性質決定する答案の中には、受講者を合格させること、技能を取得させることをもって仕事の完成とする答案も少数ながら見られたが、本問においてはこのような検定の合格や一定の技能を習得させるという成果の完成が合意されているとみるのは困難であり、請負と性質決定するのであれば、完成すべき仕事の内容を講座の実施そのものなどとする必要がある。

Eが提供する役務の内容が法律行為ではないことから委任ではないとし、請負又は雇用に該当すると結論付ける答案も見られたが、準委任の存在を看過したものであり、説得力を欠くと言わざるを得ない。

また、雇用と性質決定するものも散見された。雇用は使用者との間に指揮命令関係があることを特徴とするが、この検定の受験指導におけるEの専門性からするとAE間に指揮命令関係があるとみるのは困難であり、このような答えは低い評価にとどまった。

②については、相対的に多くの答えは任意解除権を根拠として挙げていたが、債務不履行解除とする答えも相当数見られた。しかし、契約の性質上Eに相当程度の裁量があると考えられ、与えられた事情で債務不履行に基づく解除権の発生を認めるのは困難と考えられるから、このような答えに高い評価を与えることはできない。

任意解除権を根拠とする答えでも、特に請負に関する民法第641条を挙げる答えは、その要件についての検討が不十分なものが散見された。同条による場合、仕事の完成前に解除する必要があるが、ここでいう「仕事」を各月単位で考えるか、5か月分で併せて一体とみるかによって「完成前」の意味が異なってくるため、仕事の捉え方を示した上でどのような意味で同条が適用されるかを論ずる必要があるが、この点に言及した答えは少なかった。

注：民法641条「請負人が仕事を完成しない間は、注文者は、いつでも損害を賠償して契約の解除をすることができる。」

③については、準委任と構成するとしても、請負と構成するとしても、委託された業務の内容を各月単位で考えるか5か月分で併せて一体とみるかによって、仕事が途中で終了したかどうか異なり、ひいては報酬の根拠規定も異なってくる。いずれと構成することも可能であるが、この点について明示的に論じたうえで既履行報酬の根拠規定を指摘した答えは、極めて少数であった。

また、契約①の性質をEが5か月間にわたって講義をするという一つの仕事を完成させる請負契約と捉えながら、8月分の講義は既履行であるとして報酬請求を認めるものは、両者の整合性を意識しないものとして低い評価にとどまった。

④については、準委任と構成する場合、不利な時期に解除したものといえるかどうか問題となるが、この点を具体的に指摘した答えは多くなかった。本問では、従前の通学講座については代替の講師を準備しており、Eが通学講座の講師として復帰することは困難であること、検定試験の実施が迫った時期に別途講座を始めることも困難であることなどが「不利な時期」といえるための事情と考えられるが、これらの事情を挙げて丁寧に論じたものは極めて少数であった。

また、賠償の対象となるのは解除が不利な時期にされたことによって生じたものであるとするのが通説であり、それによれば通常より高額月額60万円全額の賠償を求めるとはできないと考えられるが、これらの点を含め、何をもって不利な時期と捉えるかと整合的な形で損害の内容を丁寧に論じたものは、極めて少数であった。

準委任と構成する答えの中には、やむを得ない事由があるとして損害賠償を否定するものも散見された。しかし、Eに相当程度の裁量が認められることを前提とすると、与えられた事情からやむを得ない事由があるとするのは困難であると考えられる。

イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、Eの処理する事務・仕事の内容についての確に捉えた上で、これと一貫する形で、上記の①から④までの各点に関して、事実関係を丁寧に当てはめて論述したものである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案と比べ、Eの事務・仕事の内容の捉え方がやや曖昧であったり、（準委任とした場合の）解除の時期が不利であるとする理由の論述や損害の内容の分析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。

一応の水準に属する答案の例は、①から④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るものなどである。

不良に属する答案の例は、法律行為でないために委任ではなく請負とする、請負でも委任でもないという理由で雇用とするなど、役務提供契約の類型の理解が不十分であるもの、契約①の性質やEの債務の内容と具体的な請求権に関する処理との間に矛盾があるもの、Aが任意解除権を行使することができることを看過し、Aによる解除が債務不履行に当たるなどとして民法第415条に基づく損害賠償の可否を論ずるものなどである。

(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主債務について生じた時効更新事由の保証人への効力、②自働債権が受働債権の弁済期前に時効消滅した場合の相殺の可否、③無委託保証人が一部弁済した場合の主債務者に対する求償の範囲、④保証人が一部弁済した場合の他の共同保証人に対する求償の要件及びその範囲である。

いずれも基本的な条文及び判例の知識を具体的な事例に適用することによって結論を得ることができる論点であるが、全ての論点についてバランスよく的確な論述をしていた答案は少なかった。

個別に見ると、①については、多くの答案が主債務について時効の更新事由があったことを指摘した上で、その結果保証人も時効を援用することができないと結論付けていた。もつとも、主債務についての援用を主張するか、保証債務についての時効を援用するかによって、援用の根拠や主債務についての更新が保証人にどのように影響するかの説明が異なってくるため、一貫した論述をすることが必要となるが、この点について意識された答案は少なかった。

なお、多くはないが、消滅時効期間が契約の締結から起算する（このため、例えばAが弁済の猶予を求めたことを時効完成後の承認とする）という初歩的な誤りを犯すものが散見された。

②については、AのFに対する売買代金債権が本件債権の弁済期到来前に時効消滅しているため、両債権が相殺適状にあったといえるか、相殺適状にあったとはいえない場合にこの売買代金債権を自働債権とする相殺が可能であるかが問題となる。この点について判示した最判平成25・2・28民集67巻2号343頁は基本的な判例であり、多くの受験生がその内容を知っていると思われるが、ほとんどの答案は、売買代金債権が時効消滅したことを看過したためか、この論点に触れていなかった。民法第508条に言及するものは少数あったが、その多くは両債権が相殺適状になかったことを看過しており、上記の問題の所在を正確に指摘したものは極めて少数であった。

③及び④のいずれも、基本的な条文の知識を適用することによって解答を導くことができるが、正確に条文を適用していずれについても正しい解答をした答案は極めて少数であった。

③については、相対的に多くの答案は、Fが委託を受けない保証人であることを指摘していた。委託を受けない保証人の求償の範囲は「その当時利益を受けた限度」であるが、これと「現に利益を受けている限度」が必ずしも区別されていないのではないかと思われる答案が相当数見られた（単に「利益を受けた限度で求償することができる」とするものなど）。

少数であるが、主債務者に対する求償と共同保証人に対する求償の区別がついておらず、例えばAとGに対して100万円ずつ求償することができるなど初歩的な誤りを犯す答案も見られた。

④については、相当数の答案が、民法第465条第1項において準用する同法第442条第1項によって規律されることを正しく指摘していたが、適用条文を誤っているものも散見された。

適用条文を正しく指摘するものであっても、同法第465条第1項において「その全額又は自己の負担部分を超える額を弁済したとき」とされているのを看過し、弁済額が負担部分を超えていなくても負担部分に従って求償することができるとしたものが多く、求償することができる額を正しく算出したものは極めて少数であった。

イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、AのFに対する売買代金債権が時効消滅していること、それが本件債権の弁済期到来前であることを的確に指摘した上で、このような場合における相殺の可否について言及し、求償関係についても条文を的確に挙げて正確に求償金額を算出しているものなどである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案ほどではないものの、検討すべき論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、例えば、AのFに対する売買代金請求権について消滅時効が完成していることに気が付いた上でこの金額については保証債務の履行を拒むことができるものとし、また、一部弁済した保証人の求償についても一応の解答を示したものなどである。

不良に属する答案の例は、AのFに対する売買代金債権が時効消滅していることを看過し、その結果その他の論点についても何ら言及しないもの、契約に基づく債権の消滅時効期間の起算点を当該契約の締結時と誤解しているもの、一部弁済した保証人の求償権について、主債務者に対する求償金額を算出するに当たって、保証人の数を含めて頭割りにしているものなどである。

(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、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、指図による占有移転によって即時取得が成立し得るかについて深く論ずること自体はよいとしても、そのみを検討し、即時取得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2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

本年においても、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】に現れた事情を分析して設問の趣旨を適切に捉え、筋道を立てて論旨を展開すれば、相当程度の水準の解答ができるはずである。**

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。**また、その際、**条文や判例に関する表面的な知識を習得するだけでなく、そのルールを具体的な事実に適用し、結論を導くことができる能力を身に付けるように努めていただきたい。****例えば本年の設問3においては、相殺や求償に関する基本的な条文及び判例を具体的な事実に適用することができるかが問われたが、適切に解答した答案は極めて少なく、このような能力の習得に課題があることが示されたといえる。**

さらに、**本年も、昨年同様、判例を参考にすることで深い検討を行うことができる問題が出題されているが、法律実務における判例の理解・検討の重要性を再認識していただきたい**（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るが、**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。

注：民法も設問によっては、憲法と同様、「**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**」される傾向がみられる。「**本年も、昨年同様**」とあることからこうした傾向を読み取れる。

令和3年度 司法試験 採点実感（商法）

1 出題の趣旨等

既に公表されている令和3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、取締役会設置会社である株式会社において、代表取締役が当該株式会社を代表して当該代表取締役が個人として負う債務を連帯して保証する旨の合意をした場合に、当該株式会社とその連帯保証債務の履行を拒絶するために考えられる法的な主張としてどのようなものがあり、そのような主張が認められるのかを検討することを通じて、代表取締役による行為の効力等についての理解を問うものである。

- (ア) 設問1においては、甲社としては、①Aが甲社の代表取締役として締結した本件連帯保証契約は、利益相反取引である間接取引（会社法第356条第1項第3号）に該当し、取締役会設置会社である甲社においてはその取締役会の承認が必要であった（同法第365条第1項）のに、取締役会の承認を得ていないので無効（甲社に効果不帰属）である、②本件連帯保証契約は、多額の借財（同法第362条第4項第2号）又は重要な業務執行（同項柱書）に該当し、取締役会設置会社である甲社においてはその取締役会によって決定されなければならなかったのに、取締役会によって決定されていないので無効（甲社に効果不帰属）であるなどと主張して、本件連帯保証契約に基づく債務の履行を拒絶することが考えられる。

しかし、上記①の主張と上記②の主張のいずれについても言及している答案は多くはなく、上記①の主張については言及するもの上記②の主張については言及していない答案が多数見られた。上記②の主張に気が付かなかったことが主な原因であると考えられるが、甲社の立場において考えられる主張が複数あるのであれば、その全てについて検討をすることが求められる。実際に、乙社から本件保証契約に基づく保証債務の履行を求める訴えが提起された場合には、甲社としては、上記①主張だけではなく上記②の主張も尽くして応訴するはずであるから、そのような実務的な感覚も意識してほしいと

ころである。

- (イ) 甲社の上記①の主張の当否を論ずるに当たっては、本件連帯保証契約が利益相反取引である間接取引（会社法第356条第1項第3号）に該当し、取締役会設置会社である甲社においてはその取締役会の承認が必要であった（同法第365条第1項）のに取締役会の承認を得ていないことを指摘する必要がある。

この点については、本件連帯保証契約が間接取引に該当することは条文中明らかであるから、簡潔に指摘すれば足りるところ、「自己又は第三者のために」の解釈論を展開したり、間接取引の該当性を詳細に論じたりすることにより、全体のバランスを失している答案が一定数見られた。また、同項の規定を見落とし、株主総会の承認が必要であるとしたり、承認の主体を明らかにしないまま論じたりしている答案も、少数ではあるが見られた。

続いて、取締役会の承認のない間接取引の効力について、判例（最判昭和43年12月25日民集22巻13号3511頁）を踏まえて検討することが求められる。多くの答案は、上記判例が採用したとされる相対的無効説を意識して論述していたものと思われるが、上記判例を正確に理解しているものもあれば、上記判例を十分に理解しているとは評価することができないものもあった。例えば、「会社の内部的意思決定を欠くにすぎない」、「代表取締役は株式会社の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する」、「取引安全のため」といった理由付けをした上で、取締役会の承認のない間接取引は原則として有効であるものの相手方が悪意又は重過失であれば無効となるといった論述は、上記判例を正確に理解しているものと評価することはできないところ、そのような論述をする答案も一定数見られた。

- (ウ) 甲社の上記②の主張の当否を論ずるに当たっては、まず、甲社の財務状況や本件連帯保証契約に係る主債務の額等の本問の事実関係に照らし、多額の借財又は重要な業務執行に当たるか否かを検討することが求められる。上記②の主張の当否について言及することができた答案の多くは、多額の借財（会社法第362条第4項第2号）の該当性を論じた上で、これを肯定していた。その際には、重要な財産の処分（同項第1号）についての判例（最判平成6年1月20日民集48巻1号1頁）が「当該財産の価額、その会社の総資産に占める割合、当該財産の保有目的、処分行為の態様及び会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断すべき」と判示していることなどを参考にして何らかの判断基準を定立し、本問の事実関係に照らして検討することにより、説得力のある論述を展開していくことが望まれるところであり、さらに、甲社の財務状況や本件連帯保証契約に係る主債務の額といった数量的な観点からの検討だけではなく、金銭消費貸借契約とは異なり連帯保証契約の場合には甲社に何ら財産が入ってこないことや、保証料の支払もないといった本件連帯保証契約の性質を踏まえた検討をすることができれば、なお望ましいといえる。上記②の主張の当否について言及することができた答案のうち、上記のような観点から十分な論述ができたものも一定数見られたが、その反面、全く判断基準を示すことができていないものや、結論を示すだけのものも見られた。

続いて、本件連帯保証契約を締結することが取締役会によって決定されていないことを指摘した上で、その場合の効力について、判例（最判昭和40年9月22日民集19巻6号1656頁）を踏まえて検討することになる。この点については、上記②の主張の当否について言及することができた答案のほとんどが言及することができていたが、上記判例を正確に理解しているものもあれば、上記判例を十分に理解しているとは評価することができないものもあった。

(エ) 上記①及び②の主張のいずれにおいても、判例の立場に立って検討する場合には、本件連帯保証契約の相手方である乙社の主観面の検討が必要となる。まずは、本件連帯保証契約を締結することが間接取引に該当することや、多額の借財又は重要な業務執行に該当することについての乙社の認識を検討することになるが、前者については、本件連帯保証契約の内容からして乙社の悪意が認められるのが自然であろうし、後者についても、甲社の財務状況の概要を確認したという本問の事実関係からすると、乙社の悪意が認められるのが自然であろう。残念ながら、これらの点について言及することができた答えは少なく、ほとんどの答えが取締役会の決議がないことを知らなかったことについての過失又は重過失の有無を検討するにとどまっていたが、少数ではあるものの、これらの点についても言及することができていた答案も見られた。

そして、取締役会の決議がないことを知らなかったことについての過失又は重過失の有無の検討をするに当たっては、自らが立てた規範に沿って、本問の事実関係に照らして検討することになるが、その際には、取引をめぐるこれまでの経緯や本件連帯保証契約に関するやりとりに関する事実関係を丁寧に拾い、それらに対する評価を加えながら検討することが求められる。例えば、甲社との取引を望む小さな事業会社である乙社の代表取締役としては、本件確認書が交付されたにもかかわらず取締役会の議事録の写しを強く求めることは困難であったことなどを指摘して、過失又は重過失がないと評価することも考えられよう。多くの答えが本問の事実関係を丁寧に拾って検討しようとしていたが、取締役会の議事録の閲覧を請求することができるとか、取引の相手方に対して取締役会の議事録の開示を求めることは容易であるといった指摘をした上で過失又は重過失を認めるなど安易に乙社の過失又は重過失を認定しているような印象を受けるものもあった。

イ 答案の例

(ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

本件連帯保証契約が取締役会の承認のない間接取引に該当することを簡潔に指摘した上で、その効力について、判例を正確に理解して論ずるもの。

本件連帯保証契約が多額の借財（同法第362条第4項第2号）に該当することについて、判断基準を定立した上で本問の事実関係に照らして検討し、取締役会によって決定されていない場合の効力について、判例を正確に理解して論ずるもの。

本件連帯保証契約の相手方である乙社の主観面の検討をするに当たり、本件連帯保証契約を締結することが間接取引に該当することや多額の借財に該当することについての乙社の認識を検討した上で、取締役会の決議がないことを知らなかったことについての過失又は重過失の有無について、甲社との取引を望む小さな事業会社である乙社の代表取締役としては、本件確認書が交付されたにもかかわらず取締役会の議事録の写しを強く求めることは困難であったことを指摘するなどして本問の事実関係に照らして丁寧に検討するもの。

(1) **不良**に該当する答案の例

本件連帯保証契約が間接取引に該当すること及び多額の借財又は重要な業務執行に該当することのいずれか一方のみ検討し、他方について言及していないもの。

本件連帯保証契約が間接取引に該当することを指摘するに当たって、「自己又は第三者のために」の解釈論を展開したり、間接取引の該当性を詳細に論じたりすることにより、全体のバランスを失し、必要な論点についての言及を欠くに至っているもの。

取締役会の承認のない間接取引の効力について、判例を正確に理解しないまま論じているもの。

多額の借財の該当性について論じているものの、判断基準に言及することなく、甲社の財務状況や本件連帯保証契約に係る主債務の額といった数量的な観点のみから認定したり、結論を述べるにとどまったりするもの。

本件連帯保証契約の相手方である乙社の主観面の検討をするに当たり、本件連帯保証契約を締結することが間接取引に該当することや多額の借財に該当することについての乙社の認識について全く検討しないもの。

取締役会の決議がないことを知らなかったことについての過失又は重過失の有無を検討するに当たり、甲社と乙社との力関係などの本間の事実関係に意を払わず、取締役会の議事録の写しを求めべきであったことを殊更に強調して過失又は重過失を認定するもの。

(2) **設問2**について

ア 全体的な採点実感

設問2は、誰が株主であるかが争われている場合に、具体的な事実関係の下でどのように株主を認定すべきかについての理解を問うものである。

(7) 設問2においては、Cとしては、名義上の引受人ではなく、実質上の引受人が株主になるという考え方を前提に、本件株式会社について、引受けの申込みなど引受契約の締結に至るまでCの主導で行われてきたこと、Cの貯金から払い込まれたこと、その発行に至る経緯及び本件株式に係る権利を行使してきたのはCであることなどの本間の事実関係を指摘して、自らが実質上の引受人であって本件株式の株主であると認定されるべきであるなどと主張することが考えられる。

(イ) 設問2においては、まず、本件株式の引受契約の当事者が誰であるかという点が問題となるが、そのことを正確に理解することができていた答案は少なかった。株式引受契約の当事者を、株式の申込みや引受けに際して名義に現れた者とするのがいわゆる形式説、名義が誰であるかにかかわらず、実質的に引受けの意思を有していた者とするのがいわゆる実質説と呼ばれる考え方であるところ、どのような考え方に立脚するのかをまず検討することが求められる。この点について、全く言及することなく本問の事実関係を拾って結論を導き出す答案や、特に理由を示すことなく実質で判断すべきであるなどとする答案が多く見られた。

(ウ) 実質説に立つ場合には、まず、株式引受契約の当事者の認定も、一般私法上の法律行為の場合と同じく、実質的に引受けの意思を有していた者とすべきであるなどと論じた上で、本問の事実関係を拾いつつ、それらを適切に評価して結論を導く必要がある。実質説に立っていると思われる答案の中でも、その理由を的確に論じているものは少なく、特に理由を示すことなく出捐者を株主とすべきであるとするものが多かった。このような答案は、本件株式の引受契約の当事者が誰であるかという問題の所在を的確に把握することができていないように思われる。

他方で、多くの答案が本問の事実関係を丁寧に拾い上げようとはしていた。本問では様々な事実関係があるが、払込金額がCの貯金によって賄われたこと、「従業員や取引先の手前、多少の株式を持っておく必要がある」や「金のことは心配しなくていい」といったCの発言、甲社の株主総会においてAを引受人とする決議がされたこと、本件株式の引受けに係る書面に記載された名義はAであったこと、Aが甲社の役員に就任した経緯、Cが本件株式に係る権利を行使してきたことなどの各事実について、単に事実を列挙するだけでなく、それぞれについての評価を加えた上で結論を導くことが求められる。

例えば、「金のことは心配しなくていい」というCの発言については、Aに対して払込金額に相当する金銭を贈与する趣旨であったという方向で評価することもできるし、本件株式の実質的な引受人はCであって名義のみAとしたにすぎないという方向で評価することもでき、いずれの方向であっても、自分なりに事実に対する評価を加えて結論を導き出すことが求められる。

しかしながら、そのように評価することができる答案は必ずしも多くはなかった。多くの答案が、Cが本件株式に係る権利を行使してきたことを指摘していたが、本件株式を引き受けた時点における実質的な引受けの意思が問題となるのであるから、その後の事情については当時の意思を推認させる事情として位置付けられるものであるところ、そのようなことに意を払うことなく、Cが本件株式に係る権利を行使してきたことを主な理由としてCが株主であると認定している答案が多かった。本件株式の引受契約の当事者が誰であるかという問題の所在を的確に把握した上で、より実務的な観点から事実関係を的確に評価することが求められる。

(エ) **形式説**に立つ場合には、**判例**（最判昭和42年11月17日民集21巻9号2448頁）が**実質説**を採用していると評価されていることを踏まえ、**より説得的な論述**が望まれる。例えば、その**根拠**として、**集团的関係における画一的な取扱いの必要性や、公開会社でない株式会社（以下「非公開会社」という。）においては名義に現れない実質上の引受人を株主とすることによって閉鎖性を維持することができなくなる**ことを指摘したり、**事実関係**として、本件株式の引受けの申込みをする際に提出すべき書面（会社法第203条第2項）の名義がAであることや、**甲社の株主総会において本件株式をAに発行する旨の決議がされたこと**を指摘したりすることにより、**説得的な論述を展開**することが望ましいが、残念ながら、そのような答案はほとんどなかった。

形式説に立っていると思われる答案のほとんどが、本件株式の引受けの申込みをする際に提出すべき書面の名義がAであることには言及せず、株主名簿上の株主がAであることをもってAを株主とすべきとするものであった。また、Cが甲社に対して自己が株主であることを対抗することができないことを理由に株主名簿上の株主であるAが本件株式の株主であるとする答案も多く見られた。株主名簿は株式会社の事務処理上の便宜のためのものであり、株主名簿による集团的関係における画一的な取扱いの要請は、株主であると主張する者同士がその株式の帰属をめぐる争っている場合においては妥当しないものと考えられることから、これらの答案は、本件株式の引受契約の当事者が誰であるかという問題に対して十分な説得力があるとはいえない。

(オ) そのほかにも、AからCに対して本件株式が譲渡されたといえるか否かを問題とする答案、Cが株主名簿上の株主をAとしたままの状態ですら自分が株主であると主張することが権利の濫用に当たるとする答案、株主名簿上の株主を基準に判断すべきであるが会社が特定の者を株主として取り扱っていた場合にはその者を株主とすべきであるとする答案もあった。

イ 答案の例

(7) **優秀**又は**良好**に該当する答案の例

本件株式の引受契約の当事者が誰であるかという点が問題となることを理解し、株式引受契約の当事者の認定も、一般私法上の法律行為の場合と同じく、実質的に引受けの意思を有していた者とすべきであるなどと論ずるもの。

実質説を前提としつつ、払込金額がCの貯金によって賄われたという事実だけでなく、Cの発言やCが本件株式に係る権利を行使してきたことなどの各事実から、本件株式の引受契約当時の当事者の意思を丁寧に認定しようとするもの。

「金のことは心配しなくていい」というCの発言について、Aに対して払込金額に相当する金銭を贈与する趣旨であったと評価したり、本件株式の実質的な引受人はCであって名義のみAとしたにすぎないと評価したりするなど、本問の事実関係を適切に評価しようとするもの。

Cが本件株式に係る権利を行使してきたことなどの本件株式の引受契約がされた後の事情については、本件株式の引受契約当時の当事者の意思を推認させる事情であることを指摘するなど、本問の事実関係を適切に評価しようとするもの。

(1) **不良**に該当する答案の例

本件株式の引受契約の当事者が誰であるかという点が問題となることを理解せずに、出捐者を株主とすべきであるとしたり、株主名簿の記載によるべきであるとしたりするもの。

本件株式の引受契約当時の当事者の意思について意を払わずに、Cが本件株式に係る権利を行使してきたことや甲社がCを株主として扱ってきたことなどを重視してCが本件株式の株主であると認定するもの。

株主であると主張する者同士がその株式の帰属をめぐって争っている場面であることを理解せずに、株式会社との関係で問題となる株主名簿の意義や機能について述べ、株主名簿上の株主であるAが本件株式の株主であると認定するもの。

本件株式の引受契約の当事者が誰であるかという点に言及することなく、AからCに対して本件株式が譲渡されたといえるか否かを問題とするもの。

本件株式の引受契約の当事者が誰であるかという点に言及することなく、Cが株主名簿上の株主をAとしたままの状態ですら自分が株主であると主張することが権利の濫用に当たるとするもの。

本件株式の引受契約の当事者が誰であるかという点に言及することなく、株主名簿上の株主を基準に判断すべきであるが、会社が特定の者を株主として取り扱っていた場合にはその者を株主とすべきであるとするもの。

(3) **設問3**について

ア 全体的な採点実感

設問3は、議決権の行使を委任することができる**代理人を株主に限る旨の定款**の規定がある場合に**株主ではない弁護士が代理人として議決権を行使することの可否**や、株主である株式会社の**代表取締役がその内部的制限に反して当該株式会社を代表して議決権を行使することの可否**といった**株主総会における議決権行使の在り方についての理解を問う**ものである。

- (ア) 設問3においては、Aとしては、①他の株主1名を代理人としてその議決権を行使することができる旨の定款の規定（以下「**本件定款規定**」という。）に基づいてDの代理人である弁護士Gによる議決権の行使が認められなかったこと、②丙社の内規に従って包括委任状が提出されていたにもかかわらず、**内規によって権限が制限**されているFによる議決権の行使が認められ、包括委任状に基づくAの議決権行使が認められなかったことが、それぞれ**決議の方法が法令に違反**する場合（会社法第831条第1項第1号）に該当すると主張することが考えられる。

上記①の主張については、ほとんどの答案が言及することができていた。もっとも、代理人によって議決権を行使することができるという原則や本件定款規定についての判例の理解の正確性に加え、弁護士の取扱いや甲社が非公開会社であることなどをどのように評価するのかといった点において、十分に検討することができている答案もあれば、そうとはいえないような答案もあった。

これに対し、上記②の主張については、これまでに考えたことがなかった問題であったせいか、十分に検討することができている答案が少なかった。少ないながらも、問題の所在を正確に理解して論述しようとする答案もあり、そのような答案には高い評価が与えられた。

また、決議取消事由についても、上記①及び②の主張を前提とすれば、決議の方法が法令に違反する場合に該当することになるが、定款違反を問題としたり、著しく不公正なときに当たるとしたりする答案もあった。

なお、上記①及び②のいずれについても、株主総会決議取消しの訴えを提起したAではないD又は丙社の議決権の行使に関する事由であることから、株主総会決議取消しの訴えにおいて他の株主に係る事由を主張できることが前提となるし、仮に法令違反が肯定されるとすれば、「決議に影響を及ぼさないもの」（同条第2項）には当たらず、裁量棄却はされないものと考えられることから、これらの点についても言及されていることが望ましい。前者について言及していた答案は少数であったが、後者については多くの答案が言及していた。

- (イ) Aの上記①の主張の当否を論ずるに当たっては、まず、株主は、代理人によってその議決権を行使することができるものとされていること（会社法第310条第1項）を前提に、他の株主1名を代理人としてその議決権を行使することができるという本件定款規定の有効性及び適用範囲について、判例（最判昭和43年11月1日民集22巻12号2402頁等）を踏まえて検討することが求められる。

多くの答案が判例を踏まえて検討していたように思われたが、代理人によって議決権を行使することができるという原則を指摘して本件定款規定の有効性について論ずることなく、いきなり本件定款規定の適用範囲について論じ始めるなど、問題の所在を正しく理解していないものも見られた。

また、本件定款規定の適用範囲を検討するに当たっては、Dの代理人であるGが弁護士であること、甲社が非公開会社であることなどの本問の事実関係を踏まえ、これらの事実関係がどのように影響するのかについての考察を加えながら検討することが求められる。

Gが弁護士であるという点については、多くの答案が、弁護士であるGには株主総会をかく乱するおそれがないとしてGには本件定款規定は適用されるべきではないとしていたが、職種により株主総会のかく乱のおそれを個別に判断すれば、円滑な総会運営を阻害し、恣意的な判断を招くおそれがあることを理由に、弁護士であるGにも本件定款規定は適用されるべきであるとするものも一部見られた。

これに対し、甲社が非公開会社であるという点については、言及している答案は少なかった。この点については、甲社が非公開会社であるがゆえに株主ではない第三者の株主総会への参加を排除する必要があるということもできる一方で、本間のように株主間で対立がある場合には代理人を株主に限ることによって株主権の代理行使の機会を実質的に奪うことになりかねないということもできるところであるが、これらについても言及することができた答案には高い評価が与えられた。

(ウ) Aの上記②の主張の当否を論ずるに当たっては、まず、丙社の内規によれば、甲社の株式の議決権行使については他の代表取締役であるEに委ねられることとなるが、Fも、「副社長」ではあるものの、丙社の代表取締役であって、丙社の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有しており（会社法第349条第4項）、上記内規は、代表取締役であるFのこのような権限を内部的に制限するものであって善意の第三者に対抗することができないということ（同条第5項）を指摘することが求められる。

さらに、Fによる議決権の行使と丙社の代表取締役専務であるEから委任を受けたAによる議決権の行使のいずれが優先するの点についても検討が加えられていることが望ましい。

しかしながら、上記のような問題の所在を正確に理解することができた答案は少数であり、Fによる議決権の行使は内規に反するものであることを指摘するものの、特に理由を示すことなく無効であるとする答案や、Fが丙社の代理人であるとして本件定款規定との関係が問題となるとする答案、議長であるCの権限濫用や裁量逸脱が問題となるとする答案、Cを取締役に選任する旨の議案についてCが特別利害関係人に当たるか否かを問題とする答案、会社法の規定に基づく法律構成を示すことなくFの議決権行使の許否を論ずる答案などが見られた。

これに対し、上記のような問題の所在を理解している答案のうち多くのものは、丙社の内規の存在を知らなかったとしてFの議決権行使が有効であるとしていたが、少数ではあるが、議決権行使という集团的権利行使の場面においては会社法第349条第5項の規定は適用されるべきではないとするものもあった。いずれにしても、問題の所在を正確に理解するものとして高い評価が与えられた。

次に、Fによる議決権の行使と丙社の代表取締役専務であるEから委任を受けたAによる議決権の行使のいずれが優先するの点については、委任による議決権の行使よりも株主総会に出席した代表者による議決権の行使が優先されるなどとするところが考えられるところではあるが、少数ではあるが、そのような検討をしている答案も見られた。

(エ) なお、少数ではあるが、丙社の代表取締役専務であるEが委任状を提出したことを書面による議決権の行使であると誤解をしたり、決議の方法が著しく不公正な場合に該当するとしながら裁量棄却について論じたりしている答案があった。また、議題と議案についての理解が十分でなく、本件修正議案について決議をしたことが会社法第309条第5項の規定に反するとする答案もあった。

イ 答案の例

(ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

株主は、代理人によってその議決権を行使することができるものとされていることを前提に、他の株主1名を代理人としてその議決権を行使することができるという本件定款規定の有効性及び適用範囲について、**判例を正確に理解**して論ずるもの。

本件定款規定の**適用範囲**を検討するに当たり、弁護士であるGには株主総会をかく乱するおそれがないとするだけでなく、**職種により株主総会のかく乱のおそれを個別に判断することの是非や、甲社が非公開会社であって株主が4名しかいないという事情をどのように評価**するののかといった点を論ずるもの。

Fは、**丙社の代表取締役**であって、丙社の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有しており、**丙社の内規**は、代表取締役であるFのこのような権限を内部的に制限するものであり、**会社法第349条第5項の規定により善意の第三者に対抗することができない**ということを指摘した上で、**甲社が善意であるとしてFの議決権の行使は認められる**としたり、**議決権行使という集団的権利行使の場面においては同項の規定は適用されるべきではない**としたりするもの。

委任による議決権の行使よりも株主総会に出席した代表者による議決権の行使が優先されるべきであるとして、**Fによる議決権の行使が丙社の代表取締役専務であるEから委任を受けたAによる議決権の行使に優先**するとするもの。

決議の方法が法令に違反する場合（会社法第831条第1項第1号）に該当することを指摘した上で、**株主総会決議取消しの訴えにおいては他の株主に係る事由を主張**することができることや、**本問の事実関係においては、裁量棄却はされないもの**と考えられることにも言及するもの。

(イ) 不良に該当する答案の例

代理人によって議決権を行使することができるという**原則を指摘して本件定款規定の有効性について論ずることなく、いきなり本件定款規定の適用範囲について論じ始めるもの**。

Fによる議決権の行使は内規に反するものであることを指摘するものの、特に理由を示すことなく無効であるとするもの。

Fによる議決権の行使については、丙社の内規による代表権の内部的制限であることを理解することなく、Fが丙社の代理人であるとして本件定款規定との関係を問題としたり、**議長であるCの権限濫用や裁量逸脱を問題**としたり、**Cを取締役に選任する旨の議案についてCが特別利害関係人に当たるか否かを問題**としたり、**会社法の規定に基づく法律構成を示すことなくFの議決権行使の許否を論じたり**するもの。

注：Fが丙社を代表して議決権を行使したことが丙社に効力を生ずるかは、丙社の内規による代表権の制限を第三者（甲社）に対抗できるかという問題として検討すべきことであり、甲社の株主総会の議長Cの議事進行権限に係る裁量の逸脱濫用の問題として検討するのは適切ではない。

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

設問1は、代表取締役が株式会社を代表して個人として負う債務を連帯して保証する旨の合意をした場合において、当該株式会社が連帯保証債務の履行を拒絶するために考えられる法的な主張を検討することを求めるものであり、会社法上の基本的な制度や重要な判例についての理解を問うものである。

甲社としては、本件連帯保証契約が間接取引に該当するとともに、多額の借財又は重要な業務執行にも該当すると主張することが考えられるところであり、いずれについても会社法上の基本的な制度に関する問題であり、かつ、重要な判例があるのであるから、これらを正確に理解した上で、本問の事実関係を丁寧に拾って検討することが求められる。

しかしながら、甲社として考えられる主張のうちいずれか一方しか言及していない答案や、重要な判例についての正確な理解を欠いている答案が少なからず見られた。会社法上の基本的な制度や重要な判例に対する理解を確実なものとし、その上で、問題文に掲げられた事実関係を丁寧に拾って検討していくことが期待される。

設問2は、誰が株主であるかが争われている場合に具体的な事実関係の下でどのように株主を認定すべきかを問うものであるが、本件株式の引受契約の当事者が誰であるかという点が問題となることに気が付いてほしいところである。

契約の当事者が誰であるかというのは実務的にはしばしば生じる問題ではあるが、このような問題の所在を理解していたと評価することができる答案は少数であり、多くの答案が、特に理由を示すことなく、出捐者を株主とすべきであるとしたり、株主名簿の記載によるべきであるとしたりしていた。これに対し、事実関係を丁寧に拾い上げることについては、多くの答案がそのような姿勢を有していたように思われるが、指摘した事実を適切に評価することについては、不十分な答案が多かった。

本件株式の引受契約の当事者が誰であるかという点が問題となることに気が付いている答案は、Cが本件株式に係る権利を行使してきたことなどの本件株式の引受契約がされた後の事情については、本件株式の引受契約当時の当事者の意思を推認させる事情であることを指摘するなど、本問の事実関係を適切に評価する姿勢が見られたのに対し、このような問題の所在に気が付いていないと思われる答案は、本問の事実関係を列挙するにとどまり、事実関係を適切に評価することができていないものが多かったように思われる。

設問3は、株主総会における議決権行使の在り方についての理解を問うものであるが、議決権の行使を委任することができる代理人を株主に限る旨の定款の規定がある場合に株主ではない弁護士が代理人として議決権を行使することの可否と、株主である株式会社の代表取締役がその内部的制限に反して当該株式会社を代表して議決権を行使することの可否の2点が主に問題となる。

前者の問題については、会社法上の基本的な制度に関するものであり、重要な判例もあることから、多くの答案が言及することができていた。もともと、それらに対する理解が必ずしも正確ではない答案や、Dの代理人であるGが弁護士であることや甲社が非公開会社であることなどの本問の事実関係を十分に検討することができていない答案も見られた。

これに対し、後者の問題については、問題の所在を正確に理解している答案は少なかった。しかしながら、Fが丙社の代表取締役であって丙社の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有しているという基本的な理解を前提とすれば、丙社の内規は代表取締役の権限を内部的に制限するものであるということに気が付くことができたはずであり、少数ではあるが、問題の所在を正確に理解するに至った答案もあった。考えたことがない問題であっても、基本的な理解を出発点として法的な分析を進めていくことが期待される。

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3年度 司法試験 採点実感（民事訴訟法）

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3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

本問は、XがYに対して、土地（以下「本件土地」という。）の賃貸借契約終了に基づいて、Yが本件土地上に所有する建物（以下「本件建物」という。）の収去と本件土地の明渡しを求めて提起した訴えに係る訴訟（以下「本件訴訟」という。）の係属中にYがZに対して本件建物を賃貸し、これに基づいて本件建物をZに引き渡したという事案を題材とするものである。

本年の問題では、例年同様、具体的な事案を提示し、登場人物の発言等において受験者が検討すべき事項を明らかにした上で、申立事項、訴訟承継、時機に後れた攻撃防御方法の却下、訴訟状態承認義務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、時間の不足に起因する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誤り、関係や必要がない論述を展開する答案や、検討すべき事項自体には気が付いているものの、問題文で示されている事案への当てはめによる検討が不十分であって、抽象論に終始する答案も散見された。また、基礎的な部分の理解の不足をうかがわせる答案も少なくなかった。

なお、条文を摘示することが当然であるにもかかわらず、条文の摘示をしない答案や、条番号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、判読が困難な乱雑又は極めて小さい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、特に刑事訴訟の用語と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覚える表現のある答案も一定数見られた。

本年では、設問1において、請求を棄却とすべきところを「訴えを棄却」等とするものが少数ながら見られたこと、設問3において、民事訴訟法（以下「法」という。）第157条第1項について「第157条」とするのみのもの（「第1項」の摘示を欠くもの）や、同項の「時機」を「時期」と、「後れた」を「遅れた」と誤るものが散見されたことを特に指摘しておきたい。

注：設問3は157条1項の要件の充足性を中心に問う出題であることを踏まえると、条文を摘示する際は、単に157条とするのではなく、157条1項とするのは当然である。

以上については、例年、指摘されているところであるが、本年においても、改めて注意を促すとともに、強く改善を求めたい。

(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に対して1000万円程度の立退料の支払を申し出た上で、1000万円の立退料の支払と引換えに本件建物を収去して本件土地を明け渡せとの判決を求め、さらに、第1回口頭弁論期日において、1000万円という額には大きなこだわりはない旨の陳述をしたという事実関係において、Xの申出額と格段の相違のない範囲を超えて増額した額の立退料の支払との引換給付判決（以下「増額判決」という。）をすることの許否の検討が求められている。

ここでは、増額判決が「裁判所は、当事者が申し立てていない事項について、判決をすることができない。」とする法第246条に反するかどうかが求められる検討事項となる。そこで、その検討の前提として、まず、同条の趣旨、すなわち、①同条が私的自治の原則に由来する処分権主義を判決の面から規定したものであり、当事者の申立てに裁判所が拘束されるものであることや、②同条により当事者双方にとって不利益の最大限が画される結果、訴訟に伴うコストを踏まえた上で訴訟に臨むことが可能となることを指摘することが必要となる。同条の趣旨については、相当数の答案において言及することができていたが、上記の趣旨を過不足なく論じた答案は多くはなかった。特に①については、私的自治の原則まで遡らずに、単に「原告の意思の尊重」とだけ述べる答案が多かったが、単に「原告の意思の尊重」と述べるだけでなく、私的自治の原則まで遡って論述することがより望ましい。

次に、上記の同条の趣旨、特に①の観点から、増額判決の許否について検討することが必要となる。具体的には、まず、立退料の増額に関するXの現実の意思はどのようなものかを検討し、それが明らかでない場合には、Xの合理的意思を推定することが求められる。

このうち、Xの現実の意思については、訴状の記載内容と第1回口頭弁論期日におけるXの陳述から検討することとなるが、問題文に示された第1回口頭弁論期日におけるXの陳述からは、格段の相違のない範囲内の額の立退料でなければ原告の請求を棄却するとの判決（以下「請求棄却判決」という。）を望んでいるということではないことがわかれる反面、格段の相違のない範囲を超えた額の立退料であっても支払うという意思まで具体的に示されているわけでもない。論証に当たっては、Xの具体的な陳述部分を指摘しつつ、以上の点を示し、Xの現実の意思は必ずしも明らかではないことを指摘することが求められる。

次に、Xの合理的な意思の検討に当たっては、問題文にあるように、増額判決をすることができない場合にすべきこととなる判決がどのようなものとなるかを示し、それと増額判決を比較しつつ、Xの合理的意思を論ずる必要がある。

この増額判決をすることができない場合にすべきこととなる判決は、正当事由の具備が否定される結果、請求棄却判決となるので、その旨指摘した上で、例えば、増額判決がされたとしても、引換給付を命ずる部分は債務名義とはならず、Xが増額判決で示された立退料を支払うべき債務を負うものではないため、Xの合理的意思は、請求棄却判決より増額判決を望むものと考えられること、あるいは逆に、増額判決において余りに高額な立退料の引換給付が命じられてしまうと、それがXY間の以後の裁判外の交渉における基準額となってしまうことから、Xの合理的意思は、増額判決より選択肢が広がる請求棄却判決を望むものと考えられることなどを論ずることが期待される。

しかし、以上を適切に論ずる答案は、極めて少数であり、大半の答案は、Xの陳述のうち、「本件土地を明け渡してもらうのが一番大事」、「裁判所がより多額の立退料の支払が必要であると考えれば、検討する用意があります。」という部分を指摘した上で、そこから直ちにXの現実の意思又は合理的意思として請求棄却判決より増額判決を望んでいるとするものであった。これらの答案においては、Xの現実の意思と合意的意思との区別を全く意識せず、あるいは、区別する意識が希薄なまま論じられていることが多く、Xの意思の分析が粗雑であるといわざるを得ないため、評価は相対的に低いものとなる。

これに対し、Xの陳述を全く踏まえ、抽象的な一般論として、貸主は請求棄却判決がされるよりも本件土地の明渡しができる方を望むはずであるとする答案も少ないながらあった。このような答案は、具体的な事実を全く踏まえないものであるため、評価されない。

また、法第246条の趣旨のうち、②の観点からは、増額判決によっても、訴えにおいて示されたYの不利益の最大限を超えることはないので、同条が保護しようとしている被告の利益を損なわないことを指摘する必要がある。

この点については、多くの答案において言及することができていたが、そのうちの一部のものにおいては、Yが1000万円では不足していると主張しているということを経由として述べるものもあり、不利益の最大限の予告の趣旨の意味が正確に理解されていないのではないかとの懸念が持たれたところであった。

このほか、②の観点からの検討をしない答案も一定数あった。増額判決が②の趣旨に反しないことは明らかであると判断したのではないかとも推測されるが、論証としては不十分なものとなることに留意されたい。

課題1においては、以上に述べたところを踏まえ、増額判決の許否を決することとなる。どちらの結論であっても、説得力ある理由が示されれば、評価に差異はない。

これに対し、申立事項や処分権主義に言及することないままにXの意思を検討する答案や、弁論主義を論ずるものも少数ながらあった。このうち、前者については、なぜXの意思が問題とされるのかという点の立論がされていない以上、評価は低いものとなる。また、後者については、民事訴訟の基本的な概念を正しく理解しないものであり、評価されない。

イ 課題2の採点実感

課題2では、課題1と同じ事実関係の下で、Xの申出額を下回る額の立退料の引換給付判決をすることの許否の検討が求められている。ここでも、課題1と同様に、法第246条の問題となるため、同条の趣旨を踏まえ、とりわけ②の被告にとっての不利益の最大限の予告の観点から検討する必要がある。そして、相当数の答案においても、このような問題意識はおおむね理解されていたが、そのうち一定数の答案においては、課題2についてのみ同条の問題と捉えているものとうかがわれた。このような答案は、課題2自体の理解としては誤っているとはいえないが、同条の趣旨が必ずしも正しく理解されていないのではないかと懸念される。

課題2では、まず、同条の趣旨のうち、①の申立事項の観点から、「1000万円程度」という訴状の記載や「一応の目安」、「より低い額が適切」といった第1回口頭弁論期日におけるXの陳述を指摘した上で、Xの現実の意思として格段の相違のない範囲内の額であれば増減を認めるという意思が現れている反面、格段の相違がない範囲を超える額の減額を求めるといふ意思までは現れているとはいえないことを指摘することが求められる。

そこで、さらに、Xの合理的意思について、例えば、訴状又は第1回口頭弁論期日における陳述で表明した額より少ない額であればそれも望むはずである、あるいは逆に、より有利な判決を求めることができるにもかかわらず、それをしていないということは、訴状又は第1回口頭弁論期日における陳述で表明した額の立退料を判決の上限（立退料の額としては下限）として求める趣旨であるといったことを指摘することが必要となる。

もっとも、以上を適切に論ずる答案はほとんどなく、Xの現実の意思又は合理的意思として、訴状又は第1回口頭弁論期日における陳述で表明した額より少ない額であればそれも望むはずであるという指摘をするにとどまり、課題1に対する解答で見られたのと同様に、Xの現実の意思と合理的意思との区別が曖昧なまま論じられているものが多かった。このような答案の評価は、相対的に低いものとなる。

次に、法第246条の趣旨のうち、②の被告にとっての不利益の最大限の予告の観点からの検討が必要となる。ここでは、Yも出頭している第1回口頭弁論期日において、Xが「より少ない額が適切」と陳述し、その要旨が口頭弁論調書に記載されたことを踏まえつつ、例えば、1000万円よりも少額の立退料の支払との引換給付判決があり得ることが予告されていたから、そのような判決はYにとって予想外とはいえないこと、あるいは逆に、Xが明示的に1000万円よりも少額の立退料の支払との引換給付判決を求めているものではない以上、Yにとっての不利益の最大限の予告は、飽くまで訴状の請求の趣旨記載の1000万円の立退料の支払との引換給付判決となることなどを論ずることが求められる。そして、その際には、格段の相違のない範囲を超えた減額まで予告されていたかどうかについても意識した論証が期待される。

しかし、以上を適切に論ずる答案は少なく、減額の多寡を意識しないまま、第1回口頭弁論期日におけるXの陳述から、1000万円よりも少額の立退料の支払との引換給付判決があり得ることが予告されていたとするのみの答案が大半であった。このような答案は、相対的に低い評価となる。また、以上に対し、第1回口頭弁論期日におけるXの陳述の評価をすることなく、抽象的に減額は被告にとって不意打ちとなるとするだけのものや、Yが1000万円でも不足していると争っているのに、それを下回る額の立退料では不意打ちとなるとするものも散見された。前者は具体的な事案を踏まえず、後者は不利益の最大限の予告が欠けていることの理由になり得ない事情を挙げるものであ

るから、いずれも評価されない。

課題2においては、以上に述べたところを踏まえ、Xの申出額と裁判所が正当事由を認める上で必要と考える立退料の額との差の大きさが結論に影響を与えるかどうかにも留意しつつ結論を導くことが期待される。

ウ 設問1のまとめ

設問1においては、相当数の答案において、法第246条の申立事項が問題となることは理解されていたが、具体的な事案の分析において課題の残る答案が多かった。

「優秀」に該当する答案は、課題1及び課題2のいずれについても、出題趣旨を正しく理解した上で、上記の検討事項について、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ものの、もう一步踏み込んだ分析が望まれるものなどである。

また、「一応の水準」に該当する答案は、例えば、課題1や課題2において、出題趣旨に沿った記述をしており、与えられた事案に向き合おうという姿勢も見られるものの、現実の意思と合理的意思の違いを明確に意識していないため、事案の分析が不十分になってしまったものなどがこれに当たる。

これに対し、課題1や課題2を通じ、与えられた事案に正面から向き合おうとせず、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、本件訴訟の係属中に、YがZに対して本件建物を賃貸し、これに基づき本件建物を引き渡したという事実関係において、Zが法第50条の承継人に該当するか否かの検討が求められている。

ここでは、まず、訴訟承継制度の趣旨として、訴訟の係属中に第三者による承継が生じた場合において、従前の訴訟状態を流用して当該第三者との間で訴訟を進めることが訴訟経済に資するとともに、とりわけ相手方が従前の既得的地位を維持することができるという意味で公平の確保に資するという点を指摘することが期待される。

そして、ほとんどの答案において、訴訟承継制度の趣旨が論じられていたが、これらを適切に論ずるものは少なく、大半は前者についてのみ指摘するものであり、後者を指摘するものは少数であった。

また、「紛争解決の実効性」、「紛争の一回的な解決」といった指摘をするだけの答案も多かった。このような答案においては、マジックワードを書き出しているだけであって訴訟承継制度の趣旨が正しく理解されていないのではないかとの懸念が残った。

次に、訴訟承継制度の趣旨を踏まえつつ、同条の承継の意味内容について具体的に明らかとすることが求められる。同条の承継の意味内容については、学説上、種々の見解が示されており、いずれを採用するかにより評価に差はないが、承継の意味内容を具体的に明らかにすることが要求されている以上、最高裁判所昭和41年3月22日第三小法廷判決・民集20巻3号484頁において用いられている「紛争の主体たる地位の承継」というのみでは、十分に課題に答えたことにはならない。この判例に依拠する場合においても、そこでいう紛争の主体たる地位とはいかなるものか等の点についてより踏み込んだ記述が求められる。

この点については、学説等を踏まえながら、承継の意味内容を具体的に検討する答案もあり、相応の評価を受けたが、数としてはごく少数にすぎず、大半の答案は、「紛争の主体たる地位の移転」と述べるだけであって、それ以上の具体化を試みるものではなかった。このような答案は、低い評価にとどまった。

設問2では、最後に、以上のように具体的に明らかにされた承継の意味内容に照らして、Zが承継人に該当するか否かの検討が要求される。

例えば、承継前の訴訟において、被承継人を当事者として適切な者としていた法的地位が第三者に移転し、この地位が相手方の当該第三者に対する訴訟において、当該第三者を当事者として適切な者としている場合に同条にいう承継が認められると考えるのであれば、本件では、Yを本件訴訟で被告として適切な者としている法的地位とは具体的にどのようなものか、その地位がどのような形態でYからZに移転したのか、その地位がXとの訴訟においてZを被告として適切な者としているのはどのような理由かといった点を検討する必要がある。

学説等を踏まえながら承継の意味内容を具体的に検討する答案は、ここでも適切な検討を進めることができているものが多かったが、例えば、承継の意味内容を「当事者適格の移転」であるとしながら、XのYに対する請求の訴訟物とXのZに対する請求の訴訟物が異なることを度外視して安易に承継を肯定するなど、自己が採用する承継の意味内容の理解を欠いていることがうかがわれる答案も一定数あり、定型的な論証パターンを書き出しているだけではないかとも推測された。

また、承継の意味内容について、「紛争の主体たる地位の移転」とだけ述べる答案は、ほとんど「本件建物からZが立ち退かなければ、紛争が一回的に解決しない。」「Zは、本件建物を賃借し、本件土地を占有しているから、紛争の主体たる地位を承継した。」などと表層的に述べるにとどまるものであった。これでは当てはめとはいえず、評価されない。

イ 設問2のまとめ

設問2は、出題趣旨を正しく捉えた答案が極めて少なく、大半の答案が法第50条の承継の意味内容について「紛争の主体たる地位の移転」とした上でZが承継人に該当するか否かについて表層的な検討をするにとどまるものであった。

「優秀」に該当する答案は、出題趣旨を正しく理解した上で、上記の検討事項について、適切な論述をするものである。

また、「良好」に該当する答案は、出題趣旨をおおむね正しく理解しているが、例えば、学説を踏まえながら、承継の意味内容を具体的に検討するものの、Zが承継人に該当するか否かについての当てはめの論述がやや物足りないものなどである。

「一応の水準」に該当する答案は、例えば、同条の承継について、「紛争の主体たる地位の移転」であるなどとし、それ以上の具体化はしていないものの、その当てはめにおいては、訴訟承継制度の二つの趣旨を踏まえた論述を不十分ながらも行ったものなどがこれに当たる。

これに対し、訴訟承継制度に関する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

(4) 設問3について

ア 課題1の採点実感

設問3では、課題1として、訴訟を引き受けたZが弁論準備手続の終結及び人証の取調べの後に、従前当事者から主張されていなかった「BからAに対して更新料の前払の性質をも含む権利金が支払われていた」との新主張（以下「本件新主張」という。）をしようとしているという事実関係において、Xの立場から、仮にYが本件新主張をしたとしたら、時機に後れた攻撃防御方法として却下されるべき理由の検討が求められている。

ここでは、法第157条第1項を摘示した上で、同項の定める「故意又は重大な過失」、「時機に後れて提出」、「訴訟の完結を遅延させる」という各要件の具体的意味内容を明らかにし、それぞれが充足されることを説得的に述べる必要がある。

また、「訴訟の完結を遅延させる」の検討に際しては、その後予想されるXY双方の主張立証活動を踏まえることが要求される。YがAの証人尋問を申請することは問題文から明らかであるが、Xとしても、立退料額にも関わることであるから、BからAへの振込みの趣旨について反論をする機会を欲するであろうことを指摘することが期待される。

全体で見れば、本課題に対する論証は、他の課題に対する論証と比較すると、最も充実していたように思われたが、以上につき過不足なく論ずることができた答案は少なかった。多くの答案においては、上記の三つの要件の具体的意味内容の全部又は一部を示すことなく、又は不正確なものを示した上で、当てはめを行っていた。また、当てはめを行うに当たって、大雑把なものや適切ではない事実を指摘するものも少なくはなく、事実を羅列した上で、それぞれの要件との対応関係を明らかにしないままに同項の要件が充足されるとするだけの答案も見られた。このような答案の評価は、低いものとなる。

なお、その後予想されるXY双方の主張立証活動については、同項の要件の充足を争うための攻防と誤読した答案が散見された。文章の正しい読解は、法律家にとって基本的な事柄であり、注意を促したい。

また、課題1では、本件新主張の却下決定を得るのを容易にするためにXがYに対してすることができる訴訟法上の行為にも言及することが求められている。具体的には、法第174条において準用する法第167条の規定により、XがYに対して弁論準備手続の終結前に本件新主張を提出することができなかつた理由を説明することを求めることができること、この場合には、Yには説明義務が生ずるが、Yが説明をすることができず、又はYの説明が合理性を欠いたときは、時機に後れたこと又はYに重大な過失があることが事実上推定され得ることを論ずることが期待される。もっとも、XがYに対して説明を求めることができることを指摘することができた答案は一定数にとどまり、その場合の効果についてまで言及することができた答案はわずかであった。

注：民訴法167条「準備的口頭弁論の終了後に攻撃又は防御の方法を提出した当事者は、相手方の求めがあるときは、相手方に対し、準備的口頭弁論の終了前にこれを提出することができなかつた理由を説明しなければならない。」（準備的口頭弁論終了後の攻撃防御方法の提出）

注：民訴法174条「第六十七条の規定は、弁論準備手続の終結後に攻撃又は防御の方法を提出した当事者について準用する。」（弁論準備手続終結後の攻撃防御方法の提出）

イ 課題2の採点実感

課題2では、まず、Yが本件新主張をしたとしたら、法第157条第1項により却下されることを前提として、Xの立場から、Zによる本件新主張も却下されるべきであるという立論をすることが求められる。

具体的には、相手方の既得的地位の保護や、被承継人に対する主張立証の機会の付与と被承継人による当該機会の適切な利用をもって承継人に対する手続保障が代替され得ること等を指摘し、法第50条の承継人は、承継原因の発生時の訴訟状態を承認する義務を負う旨を論証した上で、そこでいう訴訟状態とはいかなるものであるかを明らかにする必要がある。その上で、同条にいう承継人であるZは訴訟状態を承認する義務を負い、その結果、法第157条第1項によりY自身がすることができない本件新主張は、Zもすることができないという結論に至ることが求められる。

その際には、課題1での検討が最終期日におけるYの本件新主張が時機に後れた攻撃防御方法の提出に当たるということであるのに対し、Zが承認する義務を負う訴訟状態は承継原因の発生時のものとなることを踏まえ、両者に時点のずれがあることも意識した論述が期待される。

実際に、代替的手続保障に言及しながら、訴訟状態承認義務を指摘し、上記の結論を導く答えは一定数あったが（なお、相手方の既得的地位の保護に言及する答えは少なかった。）、このような答えにおいても、訴訟状態の意義や上記の時点のずれについてまで説明することができていたものはほとんどなかった。他方で、訴訟状態承認義務について明示的に言及することのないまま、単に「Yが本件新主張をすることができないから、承継人であるZも本件新主張をすることができない。」とするだけの答えも多かった。訴訟状態承認義務についての正しい理解を有していない、あるいは有しているかどうか疑わしい答えについては、低い評価とならざるを得ない。

課題2では、次に、Yが本件新主張をしたとしたら、法第157条第1項により却下されることを前提として、Zの立場から、そうであるとしても、Zによる本件新主張は、却下されないという立論をすることが求められる。

このような立論としては、Zは訴訟状態を承認する義務を負うものの、承継の前後で、Xによる更新拒絶の可否を判断する上での本件新主張の重要性が変容している場合や、Yによる訴訟追行がなれ合いと評価され得る（あるいは、客観的には攻撃防御のけ息〔懈怠〕と評価され得る）場合には、一定の例外が認められると論じた上で、本件では、そのような例外が認められるとする考え方と、承継人はおよそ訴訟状態を承認する義務を負わないとする考え方とが想定される。いずれであっても十分な理由が示されている限り、評価に差をつけることはないが、後者の考え方によるのであれば、訴訟状態承認義務を伴わない訴訟承継制度はいかなる意義を持つものであるかという点についても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ことができた答案はごくわずかであった。答案の多くは、訴訟状態承認義務の例外が認められるべき場合について論ずることなく、訴訟状態承認義務の根拠として代替的手続保障を指摘した上で、Zに手続保障が及んでいないから、Zによる本件新主張は却下されないとするものであったが、このうち、代替的手続保障を根拠とする以上はYの訴訟追行の在り方が問題とされるべきであるのに、それについて分析するものは少なく、大半のものは、代替的手続保障を論じつつも、実際には、「最終期日であるため、Zに本件新主張をする機会を与えるべきである。」「本件新主張は、Zの固有の攻撃防御方法に当たる。」「Zには法第157条第1項の重大な過失がない。」等、Zの事情について検討するものであった。このような答案は、理解を欠いているまま定型的な論証パターンやキーワードを書き出しているだけのものと評価せざるを得ない。また、訴訟状態承認義務について言及することなく、Zの事情を述べるのみの答案も一定数あった。このような答案は、評価されない。

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は他の設問及びその課題と比較し、出題趣旨を適切に捉えた論述をする答案が最も少なかった。

「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などである。

「一応の水準」に該当する答案は、課題1及び課題2のいずれについても、出題趣旨を理解していることが読み取れるものの、課題1において、法第157条第1項の個々の要件の充足の検討が十分ではないものなどである。

これに対し、例えば、課題1において時機に後れた攻撃防御方法の提出の検討をしないものや、課題2において訴訟状態承認義務に言及することなく、Zの事情を述べるのみの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。

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も、多くの答案において、一応の論述がされていたが、定型的な論証パターンをそのまま書き出したと思われる答案、出題趣旨とは関係のない論述や解答に必要な論述をする答案、事案に即した検討が不十分であり、抽象論に終始する答案なども、残念ながら散見された。また、民事訴訟の極めて基礎的な事項への理解や基礎的な条文の理解が十分な水準に至っていないと思われる答案も一定数あった。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精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。

また、法を解釈してその内容を具体化し、事実から適切なものを拾い上げて当てはめていくという法適用が軽んじられているのではないかと懸念される。例年指摘しているように、条文の趣旨や判例、学説等の精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精確な取得、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。

本年においては、特に設問2や設問3の課題2が定型的な論証を暗記するだけでは解答が難しく、上記のような法律実務家に望まれる能力こそが求められる問題であったが、高い評価に値する答案は少なかったことに鑑みると、上記の地道な作業が敬遠されているのではないかと危惧される。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。現実の民事訴訟の手続の在り方のイメージがないままに学習を進めることは難しいと思われる。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3年度 司法試験 採点実感（刑法）

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、乙、丙及び丁の罪責や、その理論構成、一定の結論を導くための説明やそれに対する反論を問うことにより、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、具体的事実に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適切な理論構成の下に妥当な結論を導くこと、その導出過程が論理性を保持していることが求められる。特に、本問は事実関係が必ずしも単純でないため、細部の事実にとらわれすぎることなく、事案の全体像を正確に把握した上で、論じるべき内容を適切に選別、整理し、それをバランスよく答案構成に反映させることが必要である。

出題の趣旨でも示したように、設問1では、まず、甲及びB腕時計店（以下「B店」という。）の副店長である丙が、あらかじめ意を通じ、B店において、甲が丙にサバイバルナイフを示すなどして丙を脅すふりをして、B店の売場に陳列されていた商品の腕時計100点（以下「本件腕時計」という。）を持ち去った行為について窃盗罪の共同正犯の成否を論じる必要があったところ、本件腕時計の占有が店長たるCに帰属するかについて、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、丙が商品の仕入れ、店外への持ち出し及び価格設定について権限がなく、全てCの承認を得る必要があったこと、本件腕時計が原則として常時施錠されたショーケース内に保管されていたこと、その鍵をCも所持していたことなどを踏まえて検討する必要があった。

次に、甲と共に腕時計を強奪することを計画していたものの、甲と丙が内通していた事実を知らないで、甲及び丙の前記犯行中に周囲を見張るなどして加担した乙について窃盗罪の共同正犯の成否を論じる必要があったが、乙が窃盗罪の実行行為を分担していないことを前提として、乙に正犯性を認めることができるかについて、乙が甲らの実行行為の間見張り行為を行ったことや相当多額の利益分配を受ける予定であったことなどの具体的事実を摘示して当てはめを行う必要があった。

また、甲らが客観的に実現した犯罪は窃盗罪であるところ、乙は、甲と丙の内通事実を知らず、強盗罪を犯す意思で加担していることから、いわゆる共犯の錯誤についての処理方針について自説を示した上、強盗罪と窃盗罪の各構成要件の間に重なり合いが認められるか、認められるとしていかなる範囲で認められるかについて、具体的根拠とともに論じることが求められていた。

さらに、丙からの依頼を受け、本件腕時計の一部が入ったポストンバッグ（以下「本件バッグ」という。）を自宅の押し入れ内に保管していた丁が、本件バッグの中に盗品が入っていることを認識するに至った後も保管を継続した行為について盗品等保管罪の成否を論じる必要があったが、同罪の法的性質や実行行為の内容を意識して論じることが求められていた。

設問1では、上記甲、乙、丙及び丁の各行為について、事案の解決に必要な範囲で法解釈論を展開し、具体的事実を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を受けた。

設問2は、甲が、丙と意を通じ、まず甲が木刀で乙の頭部を殴打した（以下「第1暴行」という。）が、乙が甲らのB店における犯行を警察に話すなどと言ったことから、丙が乙に暴行を加え、暴行を終了するようにいさめた甲を殴打して気絶させた後、前記木刀で乙の頭部を殴打した（以下「第2暴行」という。）ところ、乙に生じた頭部裂傷（以下「本件傷害」という。）が第1暴行又は第2暴行のいずれか一方だけによって形成されたものであることは明らかであるものの、いずれの暴行から形成されたものか不明であったという事例について、①甲が本件傷害に関する刑事責任を負わないとの結論を導くための説明及び②甲が本件傷害に関する刑事責任を負うとの立場からの反論を、それぞれ論点ごとに論拠を示しつつ検討させるものであった。

①及び②への言及においては、出題の趣旨で示したとおり、共犯関係の解消の有無（又は、第2暴行が共謀の射程内か否か）と同時傷害の特例（刑法第207条）の適用の可否の2つの論点を検討し、それぞれ①の説明及び②の反論を論じていくことが考えられるところ、共犯関係の解消の有無については、いかなる場合に解消を肯定できるのかについて自らの見解を示した上、根拠として問題文に現れた具体的な事実関係を的確に示しながら、①及び②を論じる必要があった。

例えば、因果性遮断説の立場からは、関与者の因果的寄与が解消されたと認められるかが判断基準となると、第1暴行後、甲は丙の暴行を制止しようとしたこと、甲は丙から殴打されて気絶したこと、丙は気絶した甲を放置したまま第2暴行を実行していること、甲は乙に暴行を加えることを発案した首謀者の立場にあること、甲は自ら第1暴行を実行していること、甲は凶器として木刀を準備しているところ、丙は第2暴行で同木刀を使用していることなどの具体的事実を示して、心理的因果性及び物理的因果性の両面から甲の因果的寄与が解消されたといえるかを丁寧に検討する答案は高い評価となった。

次に、同時傷害の特例の適用の可否については、共犯関係の解消を認めたのみでは直ちに①の結論を導くことができず、同特例が適用されないことも必要となるとの論理関係を理解した上で、本事例の特殊性（第1暴行時点で甲丙間に暴行の共謀が成立していること）に着目し、このような場合でも同特例が適用されるか否かを踏まえて、①及び②を論じる必要があった。こうした他論点との論理関係及び本論点固有の問題点を的確に把握し、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、そもそも同特例の存在を意識できていない答案が非常に低い評価となったことは当然である。また、同特例の適用の可否に言及できていた答案であっても、共犯関係の解消との論理関係が意識されていない答案や、上記の本事例の特殊性を意識せず、同特例の一般的な適用要件を示して当てはめを行うにとどまる答案は低い評価にとどまった。

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

本問では、前述2のとおり、事案の全体像を正確に把握した上で、論じるべき内容を適切に選別、整理し、バランスよく論じる必要があったが、後述するように、事案の全体像を十分に把握せず、個々の事実の法的評価を誤っている答案や、必ずしも論じる必要がない論点等を長々と論じる答案が相当数見られた。

また、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

(ア) 甲及び丙の罪責について

本事例において、甲が丙にナイフを示すなどした行為は、強盗を仮装する手段にすぎず、財物奪取に向けられた手段ではないから、強盗罪の実行行為に当たらないし、両名には同罪の故意も認められない。

しかしながら、強盗罪の実行行為性は、社会通念上一般に反抗抑圧に足りる程度か否かによって判断されるところ、甲の上記行為は、丙の立場を離れ、一般的に観察すればこれに当たるなどとして強盗罪（又は強盗未遂罪）の成立を認める答案が相当数あった。ここにいう「社会通念上一般に」判断するというのは、被害者が反抗を抑圧されていなくても実行行為性を認めるという趣旨であり、財物強取の手段といえるかについてまで、具体的な事実関係を捨象した判断を正当化するものではない。本問で強盗罪（又は強盗未遂罪）の成立を認めた答案は、強盗罪の実質に関する理解が著しく不足しており、個別の要件を形式的に判断するにとどまっているといわざるを得ない。

また、結論として強盗（未遂）罪の成立を否定した答案にも、甲の行為が強盗罪の「脅迫」に該当するとした上で、丙が現実に反抗を抑圧されていないことのみを根拠とするものや、強盗（未遂）罪の構成要件該当性を肯定しながら、丙が財物の強取に同意していることから違法性が阻却されるとするものなど、結論を導く前提や論理過程に誤りを含む答案が散見された。

注：いずれにしろ、本問の事実関係の下で、強盗罪の実行の着手があったことを前提とする答案は、「強盗罪の実質に関する理解が著しく不足」しているものと評価されてしまう。

次に、本件腕時計に関する占有の帰属については、丙の上位者であるCの占有を検討し、ここでCの占有が肯定される限り、仮に丙との共同占有であっても、甲及び丙の行為はCの占有を侵害するものとして窃盗罪を構成するというのが一般的な理解と思われるが、専ら丙に占有が認められるか否かを検討するのみで、Cとの関係を意識しないまま漫然と結論に至る答案が少なからずあった。

また、占有の帰属についての問題意識が欠落し、甲に窃盗罪（又は強盗罪）の成立を認めつつ、丙に業務上横領罪の成立を認めるなど、一貫性を欠いた答案も一定数あった。

さらに、占有の帰属を検討するに当たり、判断の基礎となるべき丙の権限は、あくまで本件腕時計の管理に際して有している権限であるべきところ、丙がB店の副店長の地位にあることや、従業員の労務管理や売上金の管理業務を担当していることを根拠に、丙の占有を安易に肯定する答案が少なからず見られた。

なお、結論として、窃盗罪又は業務上横領罪とした答案のいずれについても、本事例の事実関係に照らして、どの行為が実行行為に当たるのかを具体的に特定していない答案が相当数あった。

甲と丙の共犯関係について、Cの占有を肯定し、窃盗罪の成否を検討する立場からは、「窃取」とは、占有者であるCの意思に反して腕時計の占有を移転させることをいうところ、甲と丙は共同して実行行為を分担しているのであり、これが両者の事前の話し合いに基づいて行われた以上、両名が共同正犯の罪責を負うことは当然であるのに、甲及び丙について、両者の具体的な役割・関係性等や共同正犯の正犯性の根拠について長々と論ずるものが散見された。後述のとおり、実行行為を分担していない乙とは論ずべき内容はおのずから異なるのであって、甲と丙が実行行為を共同実行しているが、乙は実行行為を分担していないという事実関係を踏まえた、メリハリのある論述が望ましいところであった。

また、甲と丙については、一括した検討が可能であるにもかかわらず、両名を個別に検討した結果、一貫性を欠いたり、記述内容が大幅に重複して冗長となったりした答案も目に付いた。

(イ) 乙の罪責について

まず、共謀共同正犯の成否については、共謀の成立要件（幫助犯との区別基準）を明らかにしないまま、事例の事実関係をそのまま引用しただけで共謀が成立すると結論付ける答案や、あらかじめ示した幫助犯との区別基準と当てはめに不整合・説明不足が認められる答案（例えば、正犯意思のみを区別基準としていながら、当てはめでは重要な役割を指摘し、正犯意思と重要な役割の関係について何らの説明もない答案等）が見られた。

結論として、乙を共謀共同正犯とする答案が多数であったが、一部、幫助犯とする答案もあった。仮に幫助犯とする場合は、乙が犯行計画の中核的部分といえる甲丙間の内通事実を知らされていないかつた事実を示すことが必要と思われるところ、単に乙の分け前が甲及び丙と比較して少なかったことから直ちに正犯性を否定した答案も相当数あり、具体的な事実関係に即した評価が適切に行えていないとの印象を受けた。

共犯の錯誤の処理については、専ら抽象的事実の錯誤の問題として処理する答案が多数である一方、甲と乙の認識に不一致があることを踏まえて共同正犯の本質論についても検討する秀逸な答案も見られた。

また、認識事実である強盗罪と実現事実である窃盗罪（又は業務上横領罪）との構成要件的な重なり合いについて、具体的な理由を示すことなく結論のみを示す答案、「両罪とも財産犯である（他人の財産権を侵害する）」といった漠然とした理由で構成要件の重なり合いを肯定する答案、「強盗罪と業務上横領罪はいずれも占有を侵害する罪である」などの不正確な理解に基づいて構成要件の重なり合いを肯定する答案が相当数見受けられた。

このほか、順次共謀が認められる事案であるにもかかわらず、乙丙間に直接の意思連絡がないことを理由に、乙丙間の共犯関係を否定する答案が一定数見られた。

(ウ) 丁の罪責について

丁に盗品等保管罪が成立するかについては、丁が丙の委託を受けて盗品等の占有を取得する段階において盗品性の認識を欠いていることから、実行行為と故意の同時存在原則に鑑み、盗品の占有取得行為が盗品等保管罪の成立に不可欠な実行行為（の一部）を構成するかが問題となるところ、そもそも、どの行為が「保管」に当たるのかを特定していない答案や、預かる行為を「保管」としながら保管を継続する時点の故意をもって同罪の成立を肯定する答案が見られ、この問題を的確に捉えているかが疑わしい答案が少なくなかった。また、単に某月10日以降は故意があるから同罪が成立するとの極めて不十分な説明にとどまるものも少なからず見られた。

イ 設問2について

本事例で、①の結論を導くためには、第2暴行について甲の共同正犯としての罪責を否定し、かつ、同時傷害の特例の適用を否定する必要があったが、両者の論理関係を正確に把握できていない答案が多かった。例えば、①の論拠として専ら共犯関係が解消されることを述べ、②の根拠として同時傷害の特例が適用できることを示すにとどまり、①の論拠として同時傷害の特例が適用されないことを示す必要があること、また、②の論拠として共犯関係の解消それ自体を否定する可能性があることを看過した答案が少なからず見られた。さらに、共犯関係の解消にも、同時傷害の特例にも気付かず、いずれの論点も検討できていない答案も散見された。

共犯関係の解消については、因果性の遮断などの判断基準が明示できない答案や、解消を判断する上で関係する事実を指摘するにとどまり、その論拠の説明が不十分なものが多く見られた。なお、解消を肯定する論拠として、気絶した甲がそれ以降の丙の行為に因果性を及ぼせないことを挙げたものが多かったが、事前の共謀に基づいて丙の頭部殴打行為が行われた場合には、なお甲は共同正犯の罪責を免れないから、気絶したという事実だけを指摘するのでは、①の説明のための論拠として不十分である。

また、第2暴行について共謀の射程を問題とする答案も多く見られたが、その中には、共謀の射程の意義を明らかにしないまま、結論だけを述べているものも散見された。

同時傷害の特例の適否については、暴行の一部に共犯関係がある場合に適用可能かが問題となるところ、この論点に気が付かず、ただ同一機会性を肯定できるか否かの検討に終始したものが見られた。また、この論点に気が付いていても、刑法第207条の解釈において、なぜこのことが問題になるのかを正確に理解しないまま、共犯関係にある場合に適用があるか否かの結論のみを述べる答案も散見された。

(3) その他

例年指摘している点でもあるが、用語の間違ひがある答案や、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、採点者において解読が不能な記載箇所は採点対象にできない可能性がある点に十分に留意して、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。

一般的に重要と考えられる論点を学習するに当たっては、犯罪成立要件との関係で、なぜその点が問題となっているのかを明確に意識しつつ、複数の見解の根拠や難点等に踏み込んで検討することなどを通じて、当該論点の理解を一層深めることが望まれる。

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、横断的事項や各犯罪類型の区別基準を意識した学習が望まれる。これらの論点に関する理解を深めた上で、事案の全体像を俯瞰しつつ、一定の事実を法的に評価し、その解決において必要となる問題点を適切に抽出するための法的思考能力を身に付けることが肝要である。

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、その射程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。

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。

令和3年度 司法試験 採点実感（刑事訴訟法）

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、司法警察員が、甲、乙及び氏名不詳者が共謀の上、住居侵入強盗に及んだ旨の被疑事実で発付を受けた捜索差押許可状に基づき、「丙組若頭丁」と印刷された名刺1枚を差し押さえたこと（下線部①の差押え）及びUSBメモリ2本につきその記録内容を確認しないで差し押さえたこと（下線部②の差押え）について、それぞれ、適法性を問うものである。ここでは、令状に基づく差押えの要件、被疑事実との関連性が認められる証拠の範囲、電磁的記録媒体の特性を踏まえた差押えの適法性の判断枠組みを示し、事例に現れた具体的事実を的確に抽出、分析した上、前記各差押えの適法性を論じることが求められる。

〔設問2〕は、乙の公判で検察官が証拠調べ請求をした、本件住居侵入強盗の犯行態様等と一致する内容の乙作成のメモ（本件メモ1）及び「乙から指示されたこと」等の記載がある甲作成のメモ（本件メモ2）につき、それぞれ、証拠能力の有無を問うものである。ここでは、伝聞法則の趣旨を前提に、伝聞と非伝聞を区別する基準を示した上、前記各メモが伝聞・非伝聞のいずれに該当するか、非伝聞証拠に該当するとした場合には、いかなる推論過程を経れば、要証事実を推認することができるのか、また、伝聞証拠に該当するとした場合には、伝聞例外規定の要件を充足するか否かについて、検討し、事例に現れた具体的事実を的確に抽出、分析した上、前記各メモの証拠能力の有無を論じることが求められる。

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

前記各設問は、いずれも、捜査及び公判に関して刑事訴訟法が定める制度・手続及び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。

〔設問1〕は、被疑事実との関連性が認められる証拠の範囲について判断した最高裁判例（最判昭和51年11月18日判時837号104頁）や、電磁的記録媒体の記録内容を確認せずに行われた差押えの適法性について判断した最高裁判例（最決平成10年5月1日刑集52巻4号275頁）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ていれば、説得的な論述が可能だと思われる。

〔設問2〕については、伝聞法則及び伝聞例外規定に関する正しい知識や理解があれば、出題の趣旨に沿った解答は可能であろう。

2 採点実感

各考査委員の意見を踏まえた感想を記す。

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

〔設問1〕では、まず、下線部①の差押えの適法性について、条文を的確に提示しながら、令状に基づく差押えの要件を論じ、また、被疑事実との関連性が認められる証拠の範囲について、前記最高裁判例（最判昭和51年11月18日判時837号104頁）を踏まえつつ、自己の見解を示した上、被疑事実の内容を意識しながら、本件住居侵入強盗の事案の性質、差し押さえられた名刺の記載内容、捜索・差押えの現場がどのような場所であるかなど、事例に現れた具体的事実を的確に抽出、分析して、前記名刺と被疑事実との関連性の有無を論じ、説得的に結論を導き出している答案が見受けられた。

また、下線部②の差押えの適法性について、事例における法的問題を的確に捉え、可視性・可読性のない電磁的記録媒体と被疑事実との関連性を捜索・差押えの現場で確認せずに差し押さえることの可否につき、前記最高裁判例（最決平成10年5月1日刑集52巻4号275頁）の考え方を踏まえながら、自己の拠って立つ判断枠組みを的確に示し、事例に現れた具体的事実をこれに当てはめて、説得的に結論を導き出している答案が見受けられた。

〔設問2〕では、まず、検察官が証拠調べを請求したメモの記載内容が甲乙間の共謀という要証事実の立証上どのような意味を持つのかを念頭に置きながら、刑事訴訟法第320条第1項の伝聞法則の意義・趣旨を踏まえて、伝聞・非伝聞を区別する基準を示した上で、本件メモ1については、その記載内容の真实性を立証したとしても、要証事実の認定上直接の意味を持たないことを指摘する一方、非伝聞証拠としての証拠能力を検討し、その記載内容の真实性を問題とすることなく、要証事実を推認できる推論過程を的確に論じ、事例に現れた具体的事実をこれに当てはめて、説得的に結論を導き出している答案が見受けられた。

また、本件メモ2については、伝聞・非伝聞を区別する前記基準を当てはめ、伝聞証拠に該当するか否かを検討し、証拠能力が肯定されるには刑事訴訟法第321条第1項第3号の規定する要件が充足されなければならないことを指摘した上、事例に現れた具体的事実を的確に抽出、分析して、当てはめを行い、説得的に結論を導き出している答案が見受けられた。

- (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見ざるを得ない答案、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、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】では、まず、下線部①の差押えについて、搜索差押許可状により差押えできる物は、①令状に明記された物件に当てはまり（憲法第35条、刑事訴訟法第219条第1項）、かつ、②被疑事実との関連性を有するもの（憲法第35条、刑事訴訟法第222条第1項、第99条第1項）に限られることを、その趣旨、根拠条文とともに示すことが求められるところ、これらの要件を的確に示すことのできていない答案が少なからず見受けられた。

また、被疑事実との関連性が認められる証拠の範囲については、被疑事実それ自体を立証する価値を有する物のほかに、情状事実や背景事情に関する物も被疑事実との関連性が認められる証拠に含めるべきか否かについて様々な考え方があるところ、この点についての検討を欠く答案が大多数であった。

差押対象物と被疑事実との関連性の存否を検討するに当たっては、本事例における被疑事実の内容や差し押さえられた名刺の記載内容のほか、差押対象物がどのような場所から発見されたのかについても考慮する必要があるが、これらの点に言及できていない答案も多く見られ、甲の供述すること丙組との関係だけを指摘して前記名刺と被疑事実との関連性が認められると結論付ける答案が多かった。他方で、乙と丙組の関係という事例に現れた具体的事実を抽出せず、十分な根拠を示さないまま、本件住居侵入強盗に暴力団組織の関与が疑われるとする答案も散見された。

なお、搜索差押許可状に記載された「差し押さえるべき物」の特定や前記名刺を差し押える必要性について検討を加える答案が少なからず見受けられたが、本事例では、それらの点を論じる必要性は低い。

下線部②の差押えについては、差押対象物と被疑事実との関連性について、搜索・差押えの現場で判断するのが原則であることや、本事例では、搜索・差押えの現場におけるその判断が困難であったことについて言及しなければ、設問の捜査の適法性のどこに問題があるのかが示されないが、その指摘が不十分な答案も見受けられた。

また、多くの答案が、本事例の搜索・差押えの現場における罪証隠滅のおそれを指摘して結論を導いていたが、電磁的記録媒体の差押えの適法性について判断した前記最高裁判例（最決平成10年5月1日刑集52巻4号275頁）が述べる「被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性」に言及せず、差し押さえられたUSBメモリと被疑事実との関連性をどのように判断するのかについての判断枠組みを示すことができていない答案が少なからず見受けられた。

さらに、刑事訴訟法第222条第1項、第111条第1項の「必要な処分」として、本事例のUSBメモリの「差押え」が許されると結論付ける答案も少なからず見受けられたが、「必要な処分」と「差押え」の違いについての理解不足を示すものである、あるいは、「搜索」のための必要な処分ができるとの理解を採るとしても、必要な説明が不足しているものと言えよう。

【設問2】では、多くの答案が、伝聞法則の意義・趣旨についておおむね的確に論じ、伝聞と非伝聞を区別する基準について、「原供述の内容の真実性を立証するために用いられる場合は、信用性の担保に欠ける証拠を立証に用いることで事実認定の正確性を損なうおそれが生じるため、伝聞証拠に当たる。」旨論じることができていたが、その一方で、「原供述の内容の真実性を立証する」ことの意味を正しく理解せず、あるいは、前記各メモの記載内容を的確に把握せずに、本件メモ1及び本件メモ2について、刑事訴訟法第322条第1項や第323条第3号の伝聞例外規定に該当するか否かを検討する答案が散見され、また、本件メモ2が非伝聞証拠に該当するとして、その証拠能力の有無を論じる答案も散見された。

本件メモ1については、大多数の答案が、非伝聞証拠として証拠能力が認められると結論付けていたが、その結論に至る過程として、メモの記載内容の真実性を問題とすることなく要証事実を推認できる推論過程についての説明が不十分な答案や、メモの作成者や作成時期に関する具体的事実を抽出しないまま、メモの記載内容が本件住居侵入強盗の被害者の属性や犯行態様と一致するという点だけを指摘して、結論を導く答案が多かった。

また、「要証事実」、「公判外供述」、「供述証拠」などの法概念の意義について、記述が不十分・不正確な答案も少なからず見受けられた。

本件メモ1が「心理状態の供述」として非伝聞証拠に該当すると説明する答案も少なからず見受けられたが、そもそも、「心理状態の供述」が非伝聞証拠に当たると考えられる根拠については、説明が不十分な答案が多かった。

本件メモ2については、伝聞証拠に該当するとした上、刑事訴訟法第321条第1項第3号の要件該当性を論じる答案が大多数であったが、本事例においては、甲が、証人尋問時に、乙との共謀に関する事項について一切の証言を拒絶したところ、そのような証言拒絶の場合も同号が規定する供述不能に該当し得るのかという点や、同号が規定する特信情況の有無を判断するに当たり、いかなる事情を考慮すべきかといった点について、これらの各要件が設けられている趣旨を踏まえた具体的な説明のできていない答案が多かった。

また、事例に現れた具体的事実の抽出に当たり、供述不能の要件との関係では、甲が乙や丙組を恐れて供述調書の作成を拒否した捜査段階の状況を指摘するだけで、甲の証人尋問が遮へい措置を講じて実施されたことや、甲がその証人尋問時に「今後も絶対に証言することはありません。」と述べたことなどの事実が持つ意味を十分検討せず、結論を導く答案が少なからず見受けられた。

不可欠性の要件との関係では、本件メモ1が存在することを前提に結論を導く、問題文の誤読と思われる答案が見られた。

特信情況の要件との関係では、本件メモ2が施錠された引き出し内にあった甲使用の手帳に挟んである状態で発見されたことは指摘するものの、その事実が持つ意味について検討が不十分な答案や、メモの作成時期について検討を欠く答案が多かった。

そのほか、本件メモ2が再伝聞に該当するとして証拠能力の有無を検討する答案や、作成者である甲の署名及び押印がないことを理由として証拠能力を否定する答案が散見されたが、伝聞法則に関する理解不足を示すものと言えよう。

3 答案の評価

(1) 「優秀の水準」にあると認められる答案

【設問1】については、下線部①の差押えに関して、令状に基づく差押えの要件を関連条文に即して的確に示した上、被疑事実との関連性が認められる証拠の範囲について自己の見解を的確に示し、被疑事実を意識しつつ、警察官が甲から得ていた事前情報、捜索・差押え場所の性質、名刺の記載内容などの具体的事実を的確に抽出、分析して、適法性を検討できている答案であり、下線部②の差押えに関しては、判例を意識しつつ、電磁的記録媒体の差押えの適法性に関する判断基準を的確に示した上、事例に現れた具体的事実を的確に抽出、分析して、適法性を論じるものである。

【設問2】については、本件メモ1の証拠能力に関して、伝聞法則の意義・趣旨を的確に論じ、伝聞証拠該当性を検討した上、非伝聞証拠として証拠能力を認める場合、いかなる推論過程を経れば、その記載内容の真实性を問題とすることなく、要証事実を推認することができるのかを的確に示し、具体的事実を的確に抽出、分析して、結論を導き出すものであり、本件メモ2の証拠能力に関しては、刑事訴訟法第321条第1項第3号に規定された伝聞例外の要件の意義を的確に示し、事例に現れた具体的事実を的確に抽出、分析して、結論を導き出すものである。

(2) 「良好の水準」にあると認められる答案

【設問1】については、下線部①の差押えに関して、令状に基づく差押えの要件を踏まえ、差し押さえられた名刺と被疑事実との関連性が問題になることを指摘し、事例に現れた具体的事実に基づく検討ができていたが、その名刺が被疑事実それ自体を立証する価値を有する物なのかという証拠としての位置付けに関する検討や、具体的事実の抽出、分析にやや物足りなさが残るような答案であり、下線部②の差押えに関しては、電磁的記録媒体の差押えの適法性に関する一定の判断基準を示すことができているが、その理由付けにやや不十分な点が見られ、あるいは、事例に現れた具体的事実を抽出して、当てはめを行うことができていたが、個々の事実が持つ意味を十分に分析することには、やや物足りなさが残るような答案である。

【設問2】については、本件メモ1に関して、伝聞法則の意義・趣旨を踏まえ、非伝聞証拠としての証拠能力を検討できていたが、いかなる推論過程を経れば、その記載内容の真实性を問題とすることなく、要証事実を推認することができるのかについての説明や事例に現れた具体的事実の抽出、分析にやや物足りなさが残るような答案であり、本件メモ2に関しては、伝聞証拠該当性や刑事訴訟法第321条第1項第3号の要件該当性につき、一定の検討ができていたが、同号の要件該当性に関する具体的な判断基準の提示や、事例に現れた具体的事実の抽出、分析にやや物足りなさが残るような答案である。

(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、下線部①の差押えに関して、差し押さえられた名刺と被疑事実との関連性につき、事例に現れた具体的事実を当てはめて結論を導き出すことはできていたが、令状に基づく差押えの要件の提示や具体的事実の抽出、分析に不十分な点がある答案であり、下線部②の差押えに関しては、その適法性を判断するための判断基準を一応示した上、事例に現れた具体的事実を当てはめて結論を導き出すことはできていたが、その理論構成や具体的事実の抽出、分析に不十分な点がある答案である。

〔設問2〕については、本件メモ1に関して、伝聞法則の意義・趣旨を踏まえつつ、非伝聞証拠としての証拠能力を一応論じることができていたが、その理論構成や事例に現れた具体的事実の抽出、分析に不十分な点がある答案であり、本件メモ2に関しては、刑事訴訟法第321条第1項第3号の要件に該当するか否かを検討し、事例に現れた具体的事実を当てはめて結論を導き出すことが一応できていたが、同号の各要件の提示や具体的事実の抽出、分析に不十分な点がある答案である。

(4) 「不良の水準」とどまると認められる答案

前記の水準に及ばない不良なものをいう。一般的には、刑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、事例中の事実をただ書き写しているかのような答案等、法律学に関する基本的学識と能力の欠如が露呈しているものである。

例を挙げれば、〔設問1〕では、下線部①の差押えに関して、令状に基づく差押えの要件の提示が不十分で、かつ、本事例における被疑事実の内容や差し押さえられた名刺の記載内容を考慮せず、甲の供述する乙と丙組との関係だけを指摘して、差し押さえられた名刺と被疑事実との関連性を認めるような答案、下線部②の差押えに関しては、具体的な判断基準を示さず、本事例における罪証隠滅のおそれだけを指摘して結論を導くような答案、〔設問2〕では、伝聞法則の意義・趣旨についての理解や前記各メモの記載内容の把握が不十分・不正確で、伝聞・非伝聞の区別を誤ったり、伝聞証拠とした場合に適用すべき伝聞例外の規定の選択を誤った答案などがこれに当たる。

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

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

調整余白

【2022年合格目標 矢島担当の主な講座の一覧 ①～⑧】

～ここでは講師紹介の一環として私矢島が担当している主な講座を紹介しています～

*最新の法改正や判例に対応

ここに掲載した講座は2022年合格目標のもので、2022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。全て通学クラス・通信クラスが選べます。

- ① **矢島の速修インプット講座** (2021年5月25日～8月31日に新規収録)
- ② **矢島の論文完成講座** (2021年9月14日～12月25日に新規収録)
- ③ **矢島のスピードチェック講座** (2022年1月5日～1月26日に新規収録)
- ④ **矢島の最新過去問&ヤマ当て講座** (2022年2月23日～3月30日に新規収録)

① 矢島の速修インプット講座 (司法試験・予備試験の対策)

[必修7科目合計126時間・1回の講義は3.5時間・全36回]
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だけの正確な理解に基づく真の学力を身につけるための講座です。講義の際は、試験対策上、理解しておけば足りるところと、理解した上で記憶までしておかなければならないところを明確に指摘するので、講義を受講し終えたときに、何をどの程度まで復習すべきかが明確に把握できるように工夫をしています。これからインプット学習を始める受験生はもちろん、これまでどこかでインプット学習をした経験があるのに、結局、試験に必要な学力が身につけていなかったという受験生でも、この講座の講義を聴いて復習すれば確実に前に進むことができます。

② 矢島の論文完成講座 (司法試験・予備試験の対策)

[必修7科目合計120時間・1回の講義は4時間・全30回]
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、試験考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。取り扱う問題は、司法試験の過去問がメインとなりますが、法的思考能力を磨くのに有益な予備試験の過去問や、必要に応じてオリジナル問題を取り扱うことがあります。

③ 【直前対策講座】**矢島のスピードチェック講座**（司法試験・予備試験の対策）

〔必修7科目合計51時間・1回の講義の時間は科目ごとに異なる〕

〔民法11h, 刑法10h, 憲法・会社法・民訴法・刑訴法・行政法は各6h〕

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。また、矢島の速修インプット講座で取り扱った事項のうち特に重要度が高いものを中心に効率よく復習して理解と記憶を深めることができるので、合格に必須の最重要事項について、**試験直前期の最終チェック**をするのに最適の講座です。

④ 【直前対策講座】**矢島の最新過去問&ヤマ当て講座**

〔必修7科目×3.5時間＝合計24.5時間・全7回〕

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、最近の試験考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。**各科目の講義の後半**では、今回実施予定の司法試験の論文試験で出題されそう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、試験考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る論点の題材にして法的思考能力を磨くことは、予備試験の受験にも役立つため、予備試験の受験生にもお勧めの講座です。また、ヤマ当て講座の講義の質が高いので、ヤマに関係なく学力向上に役立ちます。

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2021年11月上旬に配信開始〕〔通信クラスのみ〕

家族法〔6時間〕（**司法試験**・予備試験の対策）

商法総則・商行為・手形法〔4時間〕（予備試験の対策・**論文**に必要な知識も修得）

会社法〔4時間〕（予備試験の対策）

民事訴訟法〔4時間〕（予備試験の対策）

刑事訴訟法〔4時間〕（予備試験の対策）

行政法〔4時間〕（予備試験の対策）

憲法統治〔6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 **【直前対策講座】矢島の法律実務基礎科目〔民事・刑事〕**〔18時間〕

（予備試験の対策）（毎年新規収録して6月上旬に配信開始）〔通信クラスのみ〕

〔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〕

本講座は予備試験の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た直前対策用の講座です。本講座を利用することで、短答式試験が終了した後でも、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。なお、講義の内容は司法研修所が採用する見解に準拠しているため、司法修習の導入講座としても有益です。講義での主な取扱い事項は次のとおりです。

- (1) 民事・刑事ともに合格に必要な能力を修得するのに最適な論文過去問を題材に将来の試験に役立つように思考方法を矢島作成の解答例で徹底解説
- (2) 民事のインプット講義として、民事事実認定の基本的なルール、要件事実、民事保全法、民事執行法
- (3) 刑事のインプット講義として、刑事事実認定の基本的なルール、刑事実務に関する試験で問われやすい基本知識（勾留、接見禁止、保釈、公判前整理手続、証拠調べ手続の実務基礎、その他）
- (4) 民事・刑事ともに論文試験、口述試験で出題頻度が高い弁護士倫理

⑦ 司法試験・予備試験の**選択科目**の対策 ～**労働法**のインプット&論文対策

(1) **矢島の労働法**〔選択科目総整理講座〕〔24時間〕

（毎年新規収録して6月中旬に配信開始）〔通信クラスのみ〕

本講座は、**まず**、矢島の体系整理テキスト労働法（毎年改訂）を使用して、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コマ実施します。**次に**、司法試験の論文過去問と矢島作成の解答例を題材に労働法の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。

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】矢島の直前対策スピードチェック労働法**〔6時間〕

～**試験直前期にここだけは特に深い理解しておきたい分野の最終チェック**

（パンフレットに未掲載・WEBで告知予定）（2022年2月9日に水道橋で通学・通信）

労働法の学習は一通りしたものの、試験直前期になんとなく不安が残るという受験生が自信をもって試験本番に臨めるように、労働法の事例処理の核となる重要論点に的を絞って総復習をします。「矢島の労働法」の受講生にとっても試験直前期に特に意識を集中すべき事項に的を絞って確実に復習できるため、安心して試験に臨めます。

⑧ **矢島ゼミ** [2022年1月15日開講 合計17回]

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，合格に必要な重要事項の理解度や記憶の定着度の口頭チェックなど，合格に必要な指導を私矢島が直接行います。ゼミの際は，私も受講生と机を並べて一緒に答案を手書き作成してお手本を示してゼミ生の士気を高めていきます。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。2022年度合格目標の矢島ゼミは，2022年1月15日(土)から4月30日(土)まで毎週土曜日，及び，5月2日(月)の合計17回で，水道橋本校で実施する予定です。

* **毎回の矢島ゼミの標準的なメニュー(1)～(5)**

(1) **個別面談**

過去問答練の答案を主な資料として私が口頭でアドバイスをします。希望があれば，ゼミ生の個人的な学習スケジュールの構築など幅広く相談に乗ります。

(2) **過去問答練** (司法試験の過去問の一部又は改題を用いた答練)

私もゼミ生と一緒に教室内で答案を手書きしてその答案のコピーを配布した後に質疑応答の時間を設けます。質疑応答を通じて，試験考査委員に評価される答案の書き方を修得していきます。過去問答練でゼミ生が書いた答案はゼミ終了後に回収して私が添削した上で，次回ゼミの個別面談で返却します。これまでの約10年間のゼミの経験則上，過去問答練で毎回「A」評価を受けて，そのうち2回に1回「A+」評価を受ける程度の学力があるゼミ生はほぼ確実に合格しているのでこれを目標に頑張ってください。

(3) **答案作成特訓**

上記(2)の過去問答練で扱っていない問題のうち，今期の受験対策上，検討しておくよさそうな問題を題材に答練をします。題材として，オリジナル問題，予備試験の問題，過去問答練で扱わなかった司法試験の過去問などを用います。答案作成特訓においても過去問答練と同様，私がゼミ生と一緒に答案を手書きして答案のコピーを配布した後に質疑応答の時間を設けます。

(4) **論証その他試験に必要な知識の修得特訓**

記憶をすることに特化した矢島ゼミのオリジナル論証集を題材に，毎回，記憶すべき事項を計画的に記憶していってもらいます。オリジナル論証集は，必修7科目のものを1週間で記憶できるだけの分量のものに分断したものを毎回のゼミで少しずつ配布していきます。配布した論証集については，次回のゼミまで記憶してくることを課題として，ゼミの冒頭で，口頭にて記憶の確認テストを実施します。

(5) **短答確認テスト**

毎回ゼミの最後に事前に範囲指定した短答の過去問テストを実施し，ゼミ生の解答内容を私が直接確認した上で，全問正解できたゼミ生から順次帰宅することができます。ゼミ終了後に何か質問したいことがある場合はそのまま教室で待機することができます。

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) 2022 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU22356