

司法試験

平成28年司法試験
採点実感
公法系・民事系・刑事系

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



1 はじめに

本年は、出題の趣旨でも触れたとおり、犯罪予防目的の行動監視を想定した架空立法を素材として、基本的人権に関わる基本的な法理が予防的権力行使を前にした場合にどのような形で妥当するのかを問うものであるが、憲法に関する基礎的理解や応用力を試す問題であることは従来の出題と何ら変わりはない。

したがって、本年においても、そうした問題であることを前提として、①被侵害利益を憲法上の基本権として正確に構成しているか、②その侵害を正当化し得るものとして問題文中に示された規制目的の性質を読み解いた上で適切な違憲審査枠組みを自ら設定しているか、③具体的な規制態様に関わる関係事実の中から法的評価にとって重要な要素をより出すことができているか、④具体的な審査過程を通じて適切な権利侵害性の評価に関する結論を得られているか、⑤基礎的な法理の内容や規範構造に関する理解とそうした法理を応用する能力が備わっているかなどの視点から採点を行っている。もとより、採点に関する考査委員会申合せ事項にいう「優秀」「良好」「一応の水準」「不良」の評価は画一的に定まるものではなく、上記の視点から見て、問題文中の事案に正面から対峙して深く洞察し、説得的に論じているかを総合的に判断して評価した。

以下では、こうした視点を踏まえ、採点・評価に当たって気付いた点を中心に述べることにする。これらをも参考にしつつ、憲法的視点に立ち、より説得的な論述ができるように努力を重ねることを期待したい。

2 総論

- ・ 本問では、架空の性犯罪継続監視法がいかなる憲法上の人権をどのような形で制約することになるのかを正確に読み取り、被侵害利益を特定して、その重要性や規制の程度等を論じて違憲審査基準を定立し、問題文中の事実即して適用するなどして結論を導かねばならない。その際、当該権利（自由・利益）を憲法上の人権として保障すべき理由、これに一定の制限を課す必要がある理由（反対利益への配慮）、これらを踏まえて当該違憲審査基準を採用した理由、同基準を適用して合憲又は違憲の結論を導いた理由について、いかに説得的に論じているかが、評価の分かれた一つのポイントとなる。
- ・ 特に、問題文中には、被侵害利益を特定する手掛かりとなる事実、違憲性審査基準を選択する説得的な理由になり得る事実、審査基準に当てはめて結論を導くための要素となる事実等が数多く記載されているので、それらの意味を憲法的視点から構成し、付添人及び検察官双方の立場から、結論を導く理由について説得的に論じることを期待した。これらの理由について、自分の頭で考え、自分の言葉で論じている答えは評価が高かった。
- ・ また、本問は、全面的に直接に依拠できる判例が存在する事案ではないが、参考となる判例の射程を正確に理解し、本問事例との相違を指摘しつつ議論の展開を可能な限り判例に基づいたものにしようとする答えは、論述も説得的なものとなり、評価が高かった。
- ・ 他方、被侵害利益の特定や、違憲審査基準の定立及び適用等を論ずるに当たり、問題文中の重要な事実を指摘できず、淡白な記述にとどまっている答えや、問題文中の事実を詳細に指摘したものの単なる羅列にすぎず、憲法的視点が伴っていない答えについては、高い評価を与えられなかった。

3 被侵害利益

- ・ 本問では、性犯罪者継続監視法による継続監視の仕組みがプライバシー権を侵害し、かつ同法による警告・禁止命令の仕組みが移動の自由（又は行動の自由）を侵害する、という観点から解答する答案が多かった。そして、プライバシー権については憲法第13条に、移動の自由（又は行

動の自由)については憲法第13条又は第22条第1項に、それぞれ位置付けて論ずるものが多数であった。また、位置情報発信装置(GPS)の埋設行為を身体への侵襲を伴うものとして憲法第13条との関係で問題とする答案も相当数あった。いずれの被侵害利益を特定する上でも、本件法律の仕組みを憲法的視点から正確に読み取り、問題文中の事実関係に即して、どのような権利利益の侵害といえるかを具体的に論ずる必要がある。

- すなわち、本問で問題となるプライバシー権は、判例に多く現れた「私生活をみだりに公開されない権利」とは異質の構造を持ち、公権力による情報収集に対抗する意味におけるプライバシー権をどのように特定すべきか、そして特定された被侵害利益がどのような性質のものかが問題となる。こうした問題意識を持って、事案に即して論述を深めている答案は評価が高かったが、単に「憲法第13条はプライバシー権を保障している」といった論述にとどまる答案や、多くの判例で問題となった事案との相違を考慮に入れることなく「私生活をみだりに公開されない権利」という意味でのプライバシー権の侵害を論じた答案も相当数見受けられた。
- また、移動の自由(又は行動の自由)について、性犯罪継続監視法に基づく継続監視によって取得される個人の位置情報は、単なる「位置(点)」の情報にとどまるものではなく、その立ち回り先によっては個人の主義・信仰・趣味・嗜好等が推知されるおそれがあるとか、これを継続的に取得すること(「線」として把握すること)により個人の行動パターンが知られるなどと、事実に即して具体的検討がなされている答案が相当数あり、こうした答案には高い評価を与えた。さらに、こうした視点を発展させ、継続監視が移動の自由や、ひいては表現活動等に対する萎縮的效果を与えるのではないかという点に着目して移動の自由の侵害を論じた答案にも高い評価を与えた。なお、警告・禁止命令による移動の自由の侵害を論じた答案も相当数見られたが、本問においては、Aが継続監視の対象とされるか否かという段階にあり、未だ警告・禁止命令の効力を争う段階ではない点に留意する必要がある。
- 性犯罪者継続監視法は、法目的を達成するためにGPSを体内に埋設するという身体への直接的侵襲を伴う手段を用いるものであるから、これを独立の権利侵害として位置付けて検討するにせよ、継続監視の手段の一内容として位置付けて手段審査の中で検討するにせよ、その重大性に着目した論述を期待したが、この点に全く言及されていない答案も少なからず存在した。
- 平等について論じる答案も一定数あったが、問題となる権利侵害が比較的はっきりしている本問においては、あえて平等まで論じなくとも正面からプライバシー権等の侵害を論じれば足りる。実際には、このような答案の多くが、平等を問題としながら、平等に固有の審査をしておらず、プライバシー侵害等があるか否かの審査をしているにすぎなかった。
- また、明確性の原則を述べるものもあったが、問題文中で憲法第31条に関する論点を除外していることを踏まえると、例えば、行動の自由に対する萎縮的效果を論じる中で言及するなど、論じ方に工夫が必要であり、単に明確性の原則に反するから違憲無効であるとの記述では評価の対象とすることはできなかった。

4 違憲審査基準の定立及び適用

- 本問では、性犯罪者継続監視法の憲法適合性を論じる上で、まず、被侵害利益の性質や重要性、規制の程度等について問題文中の事実即して具体的に検討して違憲審査基準を定立するとともに、その適用場面において、問題文中から必要な事実を読み取って憲法的視点から構成し、反対利益にも配慮しつつ理由を付して結論を導くことができ初めて説得力のある論述となる。
- これらの論述に際し、性犯罪者継続監視法を正しく読み取り、法目的は何であるのか、その仕組みが目的達成のために本当に役に立つのか、役に立つとしてどの程度役立つのかといった点にも配慮して具体的に論じた答案は、それほど多くはなかったものの、よく考えられた説得力のあるものとして高い評価を与えた。例えば、継続監視決定に至る手続への専門家の関与が任意的である点(法第11条)や、継続監視が比較的長期の20年以内とされ(法第14条)、必要に応じて

期間途中で監視を打ち切ったり，期間を延長したりするための手続規定が用意されていない点等について言及しつつ，本件規制の内容・程度を論じているものなどである。

- これに対して，上記の点に関する論述が不十分な答案については，高い評価を与えることができなかった。例えば，一般的危険区域（法第3条）について対象者の立入りが禁止されているなどと，本件規制内容を正しく読み取っていないもの，違憲審査基準の定立ばかりに気を取られてしまい，その適用場面において問題文中から憲法上意味のある事実関係を十分読み取っていないもの，逆に，事実関係についてはある程度読み取ってはいるが，違憲審査の枠組みを適切に定立するという意識を欠き，結局は本問限りの場当たりの判断をしていると評価せざるを得ないもの，「継続監視はプライバシーの制限であり，プライバシーは重要な人権であるから厳格審査が必要である」などと，単にキーワードを羅列するだけで本件事案に即した検討がなされていないものなどである。
- そもそも，性犯罪者継続監視法における継続監視の仕組みや警告・禁止命令の仕組みにはそれぞれ問題も多い反面，立法過程の議論や法律の内容等に鑑みると，合理性を支える制度や事情も少なからず存在している。したがって，単に被害利益の重要性のみを強調するのではなく，当該規制の目的や反対利益を正確に読み取り，これらへの配慮を示した答案は評価が高かった。これに対し，反対利益を抽象的な公共の安全と捉え，特に理由を示さないまま，これと対比すれば公権力に監視されない自由の方が優越すると述べるにとどまる答案や，被害利益の重要性の視点からのみ論じて反対利益には配慮を全く示さない答案については，反対利益を事実上即して憲法的視点から正確に把握できないまま，自己に都合の良い結論に導く立論をしているにすぎないと判断され，論述に説得力を欠くものとして，高い評価を与えられなかった。
- また，違憲審査基準として，いわゆるLRAの基準によるとしても，目的達成のために必要最小限度の制限のみ許されるとする基準を用いるのであれば，より制限的でない他の手段によっても本法の目的を達せられることについて，具体的かつ丁寧に論じる必要がある。例えば，自宅にいるときも含めて常時監視するのではなく，一般的危険区域に立ち入った場合にのみ監視すべきであるとか，最長20年という長期にわたる監視になり得ることから事後的に継続監視を解除できる手続を設けるべきとか，GPSの体内埋設の問題性とブレスレット型GPSを装着させることによる社会的差別の惹起のおそれを考慮して，対象者にそのいずれかを選択させる選択制を採用すべきであるというような，事案に即してよく考えられた答案が相当数見られた。しかし，具体性や実現可能性の困難な代替手段を提示したにすぎないのに，本法が必要最小限度の制約を超えるから違憲であるとする答案も一定数見られた。
- なお，本件規制は，出題の趣旨でも触れたとおり，将来における害悪発生を予防するために現時点において個人の行為に制限を課すものであり，具体的危険が認識できない段階で個人の人権を制限することがいかなる条件で許容されるかという問題を発生させる。こうした問題意識が推論のいずれかの段階で表れている答案については，本件規制の性質を事実上即して正確に理解するものとして高い評価を与えたが，残念ながら，そのような答案は少なかった。

5 検察官の反論又は私見

- 本年は，昨年と異なり，各設問の配点を明示しなかったが，設問1では付添人の主張を，設問2ではあなた自身の見解を，それぞれ問い，検察官の反論については，あなた自身の見解を述べる中で，これを「想定」すればよいこととした。したがって，検察官の反論については，仮に明示して論じるにしても簡にして要を得た記述にとどめ，あなた自身の見解が充実したものになることを期待したものである。この点では，本問は，従来の出題傾向と何ら変わらない。
- ただ，その際，検察官の反論を明示する以上は，判断枠組みを定立するだけで終わるのでは不十分であるし，「目的は不可欠で，手段は最小限である」などと結論を記載するだけでも足りず，冗長にならないように留意しつつ，検察官としてその結論につながる積極的・直接的・根本的な理

由（判断の骨組みとなる部分）まで端的に示す必要がある。他方、結論的に付添人の主張と同一の結論となるにしても、なぜ検察官の反論を採用できず、付添人の主張と同一の結論に至るのかについて説得的に論じなければ、検察官の反論を踏まえたものとはならないことに留意して欲しかった。

- ・ しかしながら、例年と同様、検察官の主張を詳細に述べる余り、あなた自身の見解が簡単なものにとどまってしまった答案や、あなた自身の見解が検察官の反論に対する再反論に終始してしまい、そのため、あなた自身の見解について、どのような判断枠組みの下、どのような事実関係に着目して、どのような結論を導いたのかが不明確な答案が相当数あった。また、検察官の反論及びあなた自身の見解に言及されているものの、あなた自身の見解が検察官の反論を踏まえたものになっておらず、付添人の主張を繰り返すだけになってしまっている答案も見られた。
- ・ また、反論しやすさを考慮したためか、検察官の反論として、法曹としてのセンスを疑われるような答案（例えば、「性犯罪者に対する人権規制に対しては概括的に緩やかな違憲審査で足る」と論じるもの）が散見されたが、違憲審査の基礎的な理解を欠くものと評価せざるを得なかった。

6 その他一般的指摘事項

(1) 問題文の読解及び答案の作成一般

- ・ 設問1は「性犯罪者継続監視法が違憲であることを訴えるため」の主張を問うているのであるから、専ら法令違憲のみを検討すればよく、適用違憲や処分違憲に言及する必要はないのに、これに言及する答案が少なからずあり、中には、法令違憲と適用違憲との違いが的確に理解できていないのではないかと疑われる答案も見られた。
- ・ 違憲審査基準の定立に当たり、付添人の主張では、侵害される権利が重要で、制約態様も重大であるという理由から厳格な基準を導いているのに、あなた自身の見解では、全く同じ理由からそれよりも緩やかな基準を導いている答案が見られた。同様に、違憲審査基準の適用場面でも、付添人の主張では、性犯罪者継続監視法の目的（第1条）は「不可欠でない」としているのに、あなた自身の見解では、特に理由も示さないまま「不可欠である」とした答案が見られた。異なる結論となるのであれば、それぞれに異なる理由があるはずであり、これを省略すると論述全体の一貫性を欠くものと判断されるので、丁寧に書き分けて論述して欲しかった。
- ・ 当然のことながら、条文は誤りなく摘示する必要があるが、例えば、居住移転の自由を憲法第21条第1項とするものや幸福追求権を憲法第14条とする答案があった。条文の表記は大切にしたい。

(2) 形式面

- ・ 例年指摘しているが、誤字（例えば、幸福追「及」権や必要不可「決」とするもの）や略字が相当数認められるほか、字が雑に書かれたり小さかったりして読みづらいもの、加除や挿入がどの箇所になされているのか判読し難いもの等、文書の体裁上問題のある答案が相変わらず一定数あった。時間がなくて焦って書いたものと推察されるが、このような答案は、受験生としての姿勢や法律家としての資質を疑わせることになりかねない。他人に読ませる文章であることを強く意識して、大きな字で読みやすく、また、加除や挿入が明確に分かるような形での答案作成をお願いしたい。
- ・ なお、付添人を「原告」、検察官を「被告」と取り違えている答案が少なくなかった。本問は、性犯罪者継続監視法第10条の規定に基づいて、検察官が裁判所に対し、Aに対し継続監視を行う決定をすることを申し立てた場面の設問であることを問題文からきちんと理解して正確に記述して欲しかった。

1 出題の趣旨

別途公表している「出題の趣旨」を参照いただきたい。

2 採点方針

採点に当たり重視していることは、例年と同じく、問題文及び会議録中の指示に従って基本的な事実関係や関係法令の趣旨・構造を正確に分析・検討し、問いに対して的確に答えることができるか、基本的な判例や概念等の正確な理解に基づいて、相応の言及をすることができる応用能力を有しているか、事案を解決するに当たっての論理的な思考過程を、端的に分かりやすく整理・構成し、本件の具体的事情を踏まえた多面的で説得力のある法律論を展開することができるか、という点である。決して知識の量に重点を置くものではない。

3 答案に求められる水準

(1) 設問1

- ・ 第三者の原告適格の判断枠組みを適切に提示した上で、根拠法令の趣旨・目的、関連法令の趣旨・目的、被侵害利益の内容・性質等についての一般的な検討を行い、本件事案に即した検討をしている答案は、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、法律上保護された利益説についての十分な理解を示し、都市計画法が関係法令に当たるとした上で、第一種低層住居専用地域の設定の趣旨・目的について具体的に検討しており、また、X1とX2の利益状況の違いを踏まえた当てはめを的確に行っている答案は、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、原告適格の判断において本件要綱を考慮し得るか否かや、公聴会制度が周辺住民に手続保障を付与したものと解されるか否かについて具体的に検討し、また、被侵害利益の回復困難な性質や距離に応じた被害の程度等についても詳述した上で、全体として論理的かつ説得的な論述をしている答案は、優秀な答案と判断した。

(2) 設問2

- ・ 手続法上の瑕疵につき、除斥事由が定められた趣旨を踏まえ、1名を除外しても人数的には結論が変わらない事案についての考え方を示しており、また、実体法上の瑕疵につき、本件要綱の裁量基準としての性質を踏まえ、本件事案に即して裁量権の逸脱・濫用の有無を検討している答案は、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、手続法上の瑕疵につき、手続法上の瑕疵と処分 of 違法性との関係についての検討や、建築審査会制度の趣旨に遡っての検討をしており、また、実体法上の瑕疵につき、本件事案に即した裁量権の逸脱・濫用の有無についての検討を的確に行っている答案は、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、実体法上の瑕疵につき、本件要綱違反と裁量権の逸脱・濫用との関係について理論的に説明した上で、全体として論理的かつ説得的な論述をしている答案は、優秀な答案と判断した。

(3) 設問3

- ・ 違法性の承継についての判断枠組みを適切に提示し、最高裁判所平成21年12月17日第一小法廷判決・民集63巻10号2631頁（以下「最高裁平成21年判決」という。）を踏まえた上で、実体法的観点及び手続法的観点の両面からそれなりに本件事案に即した検討をしている答案は、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、取消訴訟の排他的管轄及び出訴期間制限の趣旨から、違法性の承継の否定という問題が生ずることを指摘しており、また、最高裁平成21年判決の具体的な内容について

も言及し、さらに、本件事案に即した実体法的観点及び手続法的観点の両面からの当てはめを的確に行っている答案は、良好な答案と判断した。

- ・ さらに、本件例外許可の第三者への通知の有無と本件では原告らがたまたまこれを知っていたこととの関係や市職員による誤教示をどのように評価するかについて、論理的な分析をした上で、全体として論理的かつ説得的な論述をしている答案は、優秀な答案と判断した。

(4) 設問4

- ・ スーパー銭湯の公衆浴場該当性について、公衆浴場が第一種低層住居専用地域に建築できる建築物とされた趣旨や一般公衆浴場とスーパー銭湯との異同を踏まえた上で、検討している答案は、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、スーパー銭湯の公衆浴場該当性について、条文の文言解釈を出発点として法解釈を展開し、また、飲食コーナー等の存在による本件建築確認への影響について、結論とその理由が示されている答案は、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、飲食コーナー等の存在による本件建築確認への影響について、建築基準法施行令を踏まえて法的な分析をした上で、全体として論理的かつ説得的な論述ができている答案は、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

- ・ 例年繰り返し指摘し、また強く改善を求め続けているところであるが、相変わらず判読困難な答案が多数あった。極端に小さい字、極端な癖字、雑に書き殴った字で書かれた答案が少なくなく、中には「適法」か「違法」か判読できないもの、「…である」か「…でない」か判読できないものすらあった。第三者が読むものである以上、読み手を意識した答案作成を心掛けることは当然であり、丁寧に判読できるような文字を書いていたいただきたい。
- ・ 誤字、脱字、平仮名を多用しすぎる答案も散見された。
- ・ 問題文及び会議録には、どのような視点で書くべきかが具体的に掲げられているにもかかわらず、問題文等の指示に従わない答案が相当数あった。
- ・ 例年指摘しているが、条文の引用が不正確な答案が多く見られた。
- ・ 冗長で文意が分かりにくいものなど、法律論の組立てという以前に、一般的な文章構成能力自体に疑問を抱かざるを得ない答案が少なからず見られた。
- ・ 結論を提示するだけで、理由付けがほとんどない答案、問題文中の事実関係や関係法令の規定を引き写したにとどまり、法的な考察がされていない答案が少なからず見られた。論理の展開とその根拠を丁寧に示さなければ説得力のある答案にはならない。
- ・ 法律解釈による規範の定立と問題文等からの丁寧な事実の拾い出しによる当てはめを行うという基本ができていない答案が少なからず見られた。
- ・ 問題文等から離れて一般論（裁量に関する一般論等）について相当の分量の論述をしている答案が少なからず見られた。問題文等と有機的に関連した記載でなければ無益な記載であり、問題文等に即した応用能力がないことを露呈することになるので、注意しておきたい。
- ・ 例年より設問数が多かったことや時間配分が適切でなかったこと（設問1に必要以上に時間を掛けたと思われる答案が散見された。）などにより、時間不足となり設問4についての論述が十分でない答案が多かった。

(2) 設問1

- ・ 原告適格の判断基準に関する一般論はおおむね良好に記載されていたが、判断基準に即した検討ができていないもの、根拠法規、関係法令や本件要綱の条文を羅列するのみで、それら相互の関連や導こうとする結論との論理的関係が明らかでない答案が多かった。問題のある答案

として、例えば、本件要綱につき特段の説明もなく「関係法令」に当たるとするもの、「関係法令」として都市計画法第1条、第9条第1項、第10条等に言及していないもの、被侵害利益の内容・性質等に触れることなく、建築基準法第1条や本件要綱の規定等から直ちに原告適格を肯定する答案などが多く見られた。

- ・ X1とX2の利益状況の違いについて十分検討せず、両者を一緒に検討している答案が相当数見られた。

(3) 設問2

- ・ 手続法上の瑕疵が処分の取消事由となるかどうかの判断枠組みを示すことなく、手続法上の瑕疵があるから直ちに違法とする答案が相当数見られた。この点に関しては、審議会手続の瑕疵に関する最高裁判所昭和50年5月29日第一小法廷判決・民集29巻5号662頁の判断枠組みが参考になる。
- ・ 本件要綱の法的性質については、過去に繰り返し問われていることもあり、裁量基準（行政手続法上の審査基準）であるという一般論については、おおむね良好に記載されていた。もっとも、本件要綱に違反することから直ちに本件例外許可は違法とする答案が多く、裁量基準に違反する場合にどのような理論的構成により本件例外許可が裁量権の逸脱・濫用となるかについて、説得的に述べている答案はそれほど多くなかった。

(4) 設問3

- ・ 少数ではあるが、違法性の承継の問題であることに気付かなかった答案もあった。
- ・ 違法性の承継については、会議録中に「関連する最高裁判所の判例もあったと思いますので、併せて検討してみます。」との弁護士Dの発言が掲げられているにもかかわらず、最高裁平成21年判決が示した判断枠組みを正しく理解した上で論じている答案が思いのほか少なかったのは残念であった。
- ・ 実体法的観点として、例外許可と建築確認とが同一目的を達成するための一連の処分といえるか又は先決関係にあるといえるかについて、具体的・説得的な理由を挙げていない答案が相当数見られた。

(5) 設問4

- ・ 時間不足のためか、論述が十分でない答案が多かった。
- ・ 本件スーパー銭湯については、条文の文言解釈としては建築基準法別表第二（い）項第7号の「公衆浴場」に当たるとは明らかであるが、この点を指摘した答案はごく少数にとどまった。法解釈における条文の文言解釈の重要性については十分に意識してもらいたい。
- ・ 指定確認検査機関Y2の建築確認（建築基準法第6条、第6条の2）を裁量行為と考え、本件確認には裁量権の逸脱・濫用があり違法であるとした答案が少なからず見られた。しかし、建築確認は、計画建築物が建築基準関係規定に適合しているか否かを審査し建築の自由を回復させる許可の性質を有する行政行為であり、裁量性のないき東行為であると解されているから、裁量行為とする見解は妥当でない。
- ・ 本件スーパー銭湯が飲食店部分を有することから直ちに本件スーパー銭湯は第一種低層住居専用地域に建築できないものと結論付ける答案が少なくなかった。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

- ・ 本年は、問題文及び議事録において書くべき論点が丁寧に明示されていたこともあり、例年に比較して平易な問題であった。その分、基本的な判例や概念等について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あるか、論理的な思考に基づき説得的な論述ができていくかによって、評価に大きな差が出る問題であったといえる。
- ・ 法科大学院には、単に条文上の要件・効果といった要素の抽出やその記憶だけに終始することなく、様々な視点からこれらの要素を分析し、類型化するなどの訓練を通じて、試験などによっ

て与えられた命題に対し、適切な見解を導き出すことができる能力を習得させるという教育にも力を注いでもらいたい。本年も、論点単位で覚えてきた論証をはき出すだけで具体的な事案に即した論述が十分でない答案、条文等を羅列するのみで論理的思考過程を示すことなく結論を導く答案などが散見されたところであり、上記のような論理的な思考過程の訓練の積み重ねを、法律実務家となるための能力養成として法科大学院に期待したい。

- 設問1及び設問3は、最高裁判所の重要判例を理解していれば、容易に解答できる問題であった。しかし、設問1については、一般論として判断基準を挙げることはできても、判断基準の意味を正確に理解した上で当てはめができていたものは少数であり、設問3については、会議録中で検討すべきことを明示していたにもかかわらず、最高裁平成21年判決の正しい理解に基づいて論述した答案は思いのほか少なかった。昨年も指摘したところであるが、行政法について短答式試験が廃止されても、重要判例を読んで理解する学習をおろそかにしてはならないことを、注意しておきたい。
- 昨年と同様、法律的な文章という以前に、日本語の論述能力が劣っている答案が相当数見られた。法律実務家である裁判官、検察官、弁護士のいずれも文章を書くことを基本とする仕事である。受験対策のための授業になってはならないとはいえ、法科大学院においても、論述能力を十分に指導する必要があるのではないかと。

1 出題の趣旨等

出題の趣旨及び狙いは、既に公表した出題の趣旨（「平成28年司法試験論文式試験問題出題趣旨【民事系科目】〔第1問〕」）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、1つの設問に複数の採点項目を設け、採点項目ごとに適切な考察が行われているかどうか、その考察がどの程度適切なものかに応じて点を与えることとしたことも、従来と異なる。

さらに、複数の論点に表面的に言及する答案よりも、特に深い考察が求められている問題点について緻密な検討をし、それらの問題点の相互関係に意を払う答案が、優れた法的思考能力を示していると考えられることが多い。そのため、採点項目ごとの評価に加えて、答案を全体として評価し、論述の緻密さの程度や構成の適切さの程度に応じて点を与えることとした。これらにより、ある設問について法的思考能力の高さが示されている答案には、別の設問について必要な検討の一部がなく、そのことにより知識や理解が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)及び(2)において、それぞれ全般的な採点実感を紹介し、また、それを踏まえ、司法試験審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4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、これら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、(3)で紹介することとする。

(1) 設問1について

ア 設問1の全体的な採点実感

設問1は、親権者とその子との間の利益相反行為の成否、親権者による代理権濫用の成否とその効果という事項に対する理解を問うとともに、それを前提として、子について共同相続があった場合の法律関係、親権者の行為の相手方と取引をした第三者の保護について検討させることにより、民法の基本的知識及びそれに基づく論理構成力を問うものである。

小問(1)では、Eは、A及びDに対して、甲土地の所有権移転登記手続を請求しており、その根拠は売買契約に基づく債権的請求又は所有権に基づく物権的請求であることを指摘した上で、その請求の当否について検討することが求められる。いずれの請求の場合にも、AがCの代理人としてEとの間で甲土地の売買契約（以下「本件売買契約」という。）を締結したこと、A及びDがCを共同で相続した結果、Cの所有権移転登記手続義務を包括承継したこと（なお、

最判昭和36年12月15日民集15巻11号2865頁は、売主の共同相続人の登記義務は民法第430条の不可分債務である旨判示している。)により、Eは、A及びDに対し甲土地の所有権移転登記手続を請求することが可能となる。

まず、これに対するA及びDの反論として考えられるのは、本件売買契約が民法第826条の利益相反行為に該当するという主張である。もっとも、利益相反行為に該当するか否かの判断基準に関して判例(最判昭和42年4月18日民集21巻3号671頁)の外形説を採用する場合には、本件売買契約は利益相反行為に該当しないことになり、それを踏まえた上で、親権者の代理権濫用について論ずることが求められる。この場合、AがC所有の甲土地を売却した行為が判例(最判平成4年12月10日民集46巻9号2727頁)のいう「子の利益を無視して自己又は第三者の利益を図ることのみを目的としてされるなど、親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情」があるとして代理権濫用に該当するか否かについて、本問に示された事実関係に即して適切な当てはめをすることが求められる。

代理権濫用の効果については、平成4年の判例のように、親権者の行為の相手方が代理権濫用の事実を知り又は知り得べかりしときは、民法第93条ただし書の類推適用により親権者の行為の効果は子には及ばないという構成が考えられる。それによれば、EはAの代理権濫用の事実について悪意であるから、Aの行った本件売買契約の効果はCに及ばないことになる。ただし、代理権濫用を無権代理とする構成(無権代理説)や、代理権濫用について相手方に悪意又は(重)過失が認められる場合にはその相手方は代理による効果帰属を信義則上主張できないとする構成(信義則説)もあり得るところであり、適切な理由付けによって判例と異なる論じ方をすることは排除されていない。また、民法第826条の利益相反行為について外形説に依拠して検討することが必須ではなく、判例と異なる実質説を採って利益相反行為に該当するとした場合でも、適切な理由付けの下に説得力のある検討が行われていれば、それに相応した評価が与えられる。

次に、CをA及びDが共同相続したことにより、上記で論じた法律関係がどのような影響を受けるのか、いわゆる「無権代理と相続」の論点における無権代理人共同相続型の判例(最判平成5年1月21日民集47巻1号265頁)との関係が問題となる。利益相反行為につき実質説を採った場合や、無権代理説による場合は、この判例がそのまま妥当する。平成5年の判例は、追認権はその性質上相続人全員に不可分に帰属するから、共同相続人全員が共同して行使しない限り無権代理行為が有効となるものではないとしており、本問では共同相続人の1人であるDが追認を拒絶しているため、Eは甲土地の所有権を取得できない。また、民法第93条ただし書類推適用説による場合には、平成5年の判例がそのまま妥当するわけではないが、民法第116条に基づく追認の可否を問題とした上で、平成5年の判例と同様に追認権の行使について論ずるか、あるいはAの代理権濫用についてEに悪意があることを理由としてEが甲土地の所有権を取得することはないと論ずることが考えられる。もっとも、相続人の追認権については、相続分に応じて可分に帰属するという考え方もあり、判例の立場で論ずることは必須ではなく、適切な理由付けの下に厚みのある検討が行われ、総合的な結論が示されていれば、それに相応した評価が与えられる。

小問(1)に関して検討を要する事項は以上のとおりであるが、かなり多くの答案が、Eの請求の根拠はAがCの代理人としてEとの間で締結した本件売買契約に基づくものであることを示していた。そして、その請求の当否に関し、民法第826条の利益相反行為該当性について外形説を採用した昭和42年の判例の立場から本件売買契約は利益相反行為に該当しないとしつつも、Aの代理権濫用を認め、平成4年の判例の採用する民法第93条ただし書類推適用説に従いAの行為の効果はCには及ばないとした上で、追認権の不可分性を理由に、CをA及びDが共同相続しても、Dが追認を拒絶していることから、Eは甲土地の所有権を取得できないと

解答するなど、相応の理解が示されていた。もっとも、平成4年の判例が「親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情がある場合」に親権者の代理権濫用が認められる場合を限定していることまで正確に表現する答案は多くはなかった。なお、実質説、無権代理説、信義則説に立つ答案はほとんど見られなかった。

これらの答案は、「無権代理と相続」の論点における平成5年の判例がそのまま妥当するか否かという問題を除けば、著名な判例に準拠した解決であると言え、受験者の多くには、典型的な事例については判例に準拠した解決をする能力が身に付いていることがうかがわれた。このことは、多くの法科大学院において基本的な判例に関する教育が浸透していることを示すものと推察される。

他方で、外形説に立つことを明言しながらAの主観や金銭の用途を理由に利益相反行為の該当性を肯定する答案が少なからず存在したが、それは学説の内容の理解が表層的で不十分であることに起因するものと言わざるを得ない。また、AとDの共同相続について言及していない答案がかなりあったほか、利益相反行為の有無と代理権濫用の問題の相互関係を十分に理解しておらず、両者の区別が付いていないように見受けられる答案も一定数存在した。

さらに、民法第824条の存在を知らず、あるいは同条に気付かずAの行為を無権代理として論旨を展開する答案が見られたが、民法の基礎的な理解に欠けるものとして消極的に評価せざるを得ない。同条を指摘しているにもかかわらず、Aの行為を無権代理と捉え、表見代理の成否を検討する答案も散見された。それらの中には、不動産の処分について未成年者の個別の授權を要するという答案があったが、行為能力制度は独立して取引をする能力がない者の保護を目的の1つとする制度であり、不動産の処分について能力がない未成年者の授權を要するという見解に対しては、行為能力制度に関する基本的な理解を欠くという評価をせざるを得ない。また、民法第824条の代理権は包括的な代理権であるから、それを基本代理権として表見代理を論ずるのは不適切である。Aの無権代理人の責任を問題にする答案も一定数見られたが、仮にAの無権代理を肯定しても、本問では民法第117条第2項が適用されることになると考えられるから、低い評価しか与えられない。

次に、小問(2)では、DのFに対する乙土地の所有権移転登記抹消登記手続等の請求について、民法第252条ただし書の保存行為、あるいは共有持分権に基づく物権的請求権が根拠となることを指摘した上で、無権利者Eと取引をした第三者Fの保護について論ずることが求められる。第三者Fの保護の点に関しては複数の考え方があり得る。

まず、乙土地はAとDの共有物であるのにE名義の登記がされていたことを理由に、民法第94条第2項を類推適用してFを保護する考え方である。これによれば、Cやその地位を包括承継したA及びDが虚偽の外観を作出し、あるいはあえて虚偽の外観を放置したと評価される場合に、Fは乙土地の所有権を取得する可能性がある。本問に示された事実関係からすれば、CやD自身の行為に着目してその帰責性を認めることには困難が伴うが、Cの帰責性を評価する際には、AがCの親権者であるという事情も関係し得る。一般的には、Aは法定代理人であり、Cの意思に基づいてAに代理権が授与されたわけではないから、この事情はCの帰責性を否定する方向に働く。しかし、Cの親権者であるAの包括的な代理権によって私的自治が補充されCが継続的に利益を受けているとして、代理権濫用の危険はCが負担すべきであるとする考え方もあり得る。

また、Fについて民法第94条第2項が類推適用されるとしつつも、その根拠を上記のような虚偽の外観の放置ではなく、代理権濫用について民法第93条ただし書が類推適用されることに求める考え方もあり得る。最判昭和44年11月14日民集23巻11号2023頁は、手形保証についてこのような立場を採っている。もっとも、心裡留保における表意者には虚偽の外観を作出したのと同等の帰責性が認められるが、代理権濫用における本人の帰責性をこれと同視することはできず、また、上記判決は手形保証に関する判断であるから、その射程につ

いては慎重な検討を要する。

さらに、代理権濫用について信義則説を採った上で、本人Cを相続したA及びDは、第三者Fとの関係では、第三者Fが信義則に反する者でない限り（Aの代理権濫用について悪意又は〔重〕過失が認められない限り）、代理行為の効果帰属を拒むことができない、という考え方もあり得る。

小問(2)に関して検討を要する事項は以上のとおりであるが、それなりに多くの答案が、丙建物取去・乙土地明渡請求の根拠がDの有する乙土地の共有持分権であることを示した上で、Fが民法第94条第2項の類推適用により保護されるか否かを論じ、Dの帰責性が欠けることを理由としてFの保護を否定していた。このことから、多くの受験者において、典型的な事例を与えられた場合には、民法の枠組みを使って適切な解決をする能力を身に付けていることがうかがわれた。もっとも、Dの請求の根拠を共有持分権ではなく、単に所有権とするなど、正確さに欠けるものも見受けられた。また、DからFに対する所有権移転登記抹消請求について検討する答案や、Fが信義則に反する者でない限り代理行為の効果帰属を拒むことができないとする答案は少数であった。他方、民法第94条第2項類推適用の構成を採りつつ、本人の帰責性を検討せずに単に登記等を信頼したFを保護すべき必要性がある、あるいは、乙土地はA・Dの共有とした上でCやDの帰責事由を検討することなくAに帰責事由があるなどとして、乙土地全体についてFの所有権取得を認める答案も見られた。

さらに、乙土地はC→E→Fと売買されているにもかかわらず、E→Cという復歸的物権変動を観念し、Eを起点とするE→C、E→Fという二重譲渡と同視し、民法第177条の適用を問題とする答案がかなりの数見られた。しかし、判例にあっても、復歸的物権変動が観念されるのは取消しや解除の場合のみであるから、このような答案は民法の基礎的な理解に問題があるものと言わざるを得ない。

なお、本件売買契約が有効であるか否かが問題となることは、甲土地と乙土地に共通である。しかしながら、小問(1)では代理権濫用について全く言及せず、小問(2)で論ずるという答案が一定数見られた。その一部は、【事実】6を踏まえて、Eは、乙土地については代理権濫用を知っていたが、甲土地については知らなかったとして、代理権濫用の問題をもっぱら小問(2)において論じていた。そのような答案に対しては、全くあり得ない論じ方ではないが、少なくとも甲土地についてEの重過失を認定することは可能なので問題があるという評価をせざるを得ない。他方、明確な理由を述べないまま、小問(1)において代理権濫用や共同相続に触れることなく、小問(2)でそれらの論点を検討する答案も散見された。このような答案は個別の論点について一定の理解を有することはうかがわれるものの、全体としての的確な理解がなされているかについて疑念を抱かせるものである。

イ 答案の例

優秀に該当する答案の例は、小問(1)においては、Eの請求の根拠が売買契約に基づく債権的請求であることなどを適切に示した上で、請求の当否に関し、外形説の立場から本件売買契約は利益相反行為に該当しないとしつつも、Aの代理権濫用を認め、民法第93条ただし書の類推適用によりAの行為の効果はCには及ばないとし、更に追認権の不可分性を理由として、CをA及びDが共同相続しても、Dが追認を拒絶しているので、Eは甲土地の所有権を取得できないことに言及するものである。また、小問(2)においては、Dの請求の的確な根拠を挙げた上で、Fが民法第94条第2項の類推適用により保護されるか否か、特に帰責性の要件について、事実関係を的確に評価して、Cの帰責性を否定するなり、あるいはこれと反対に、AがCの法定代理人であることを指摘した上で、Aの代理権濫用の危険はCが負担すべきであることを説得的に説明するなど、事案に即した適切な検討を行うものである。

良好に該当する答案の例は、優秀に該当する答案と比べたとき、検討すべき複数の事項について概ね適切な論述をしているが、それらの一部について考察を欠き、あるいは問題の理解に

不正確な箇所が存在するものである。例えば、小問(1)に関しては、民法第93条ただし書の類推適用までは触れているものの、A及びDによるCの共同相続についての検討が不十分なものである。

一応の水準に該当する答案の例は、良好に該当する答案の例と比べたとき、検討すべき事項のほぼ全てに言及しているものの、全体として説明が平板で不十分であるものや、制度の基本的な理解に問題があるために、明晰さを欠いていたり、一貫性の面でやや劣るものである。例えば、小問(1)に関しては、利益相反行為該当性等を検討する過程において、外形説を採りながら、親権者の意図や金銭の用途により代理権濫用に該当すると述べるなど、利益相反行為と代理権濫用との区別が不鮮明なものがこれに当たる。小問(2)に関しては、小問(1)で追認権はCの相続人であるAとDに不可分に帰属するからEの請求は認められないとしておきながら、乙土地についてAが3分の1の持分を有することから、その持分に相当する部分はEが有効に取得する結果、乙土地はEから乙土地を購入したFとDの共有になるなど、追認可分説を前提として論述するものである。

不良に該当する答案の例は、検討すべき事項の中心的部分についての考察を欠くものである。例えば、小問(1)に関しては、民法第824条に全く触れることなく、Aの行為を当然に無権代理として「無権代理と相続」の問題についてのみ検討するもの、民法第824条を指摘しているにもかかわらず、個別の授權がないことからAの行為を無権代理と捉え、表見代理の成否や無権代理人の責任を検討するもの、Aの行為を無権代理としつつ代理権濫用を論ずるなど論理に矛盾を来しているもの等がこれに当たる。また、小問(2)に関しては、民法第94条第2項の類推適用によるFの保護を全く検討することなく、民法第177条の対抗要件についてのみ論ずるものがこれに当たる。

(2) 設問2について

ア 設問2の全体的な採点実感

設問2は、賭博目的の消費貸借契約に基づく貸金債権が譲渡された事例と、存在しない貸金債務を主債務とする連帯保証債務が履行された事例を素材として、貸金債権の関係者をめぐる諸々の法律関係を、民法第90条や同法第708条、同法第459条等の正確な理解に基づき分析した上で、事案に即した妥当な解決を導くことができるか否かを問うものである。

小問(1)では、まず、賭博目的の消費貸借契約による債権の成否についての的確に検討することができるかどうかを試されている。賭博目的の消費貸借契約は、それ自体が不法なものではなく、不法な動機が一方当事者であるEの心裡にあるにすぎないが、Hは賭博目的を知っているので、EH間の消費貸借契約は公序良俗に違反し無効となり(民法第90条)、その結果、HのEに対する消費貸借契約上の債権は発生しないことになる。次に、この存在しない債権がHからMに譲渡され、その債権譲渡につき債務者Eが民法第468条第1項の異議をとどめない承諾をしていることから、その債権の不存在をEがMに対抗し得るか否かが問題となる。この点に関しては、賭博の勝ち負けによって生じた債権が譲渡された場合において、その債権の債務者が異議をとどめずに承諾したときであっても、債務者に信義則に反する行為があるなどの特段の事情のない限り、債務者は、その債権の譲受人に対して債権の発生に係る契約の公序良俗違反による無効を主張してその履行を拒むことができるとした判例(最判平成9年11月11日民集51巻10号4077頁)が存在するが、本問の事案は、当該判例の事案とは異なり、賭博の負け金債務ではなく、賭博目的の貸金債権が譲渡されたものであるから、そのことを意識した上で、MがEに対し契約上の債権を行使することができるかについて、事実を的確に分析した上でその請求の当否を検討することが求められる。

小問(1)に関して検討を要する事項は以上のとおりであるが、まず、Mの請求の根拠がHのEに対する貸金債権をMがHから譲り受けたことにあり、Mの請求の内容が元本500万円とそれに対する利息及び遅延損害金の支払となることは、大多数の答案が説明していた。そして、

多くの答案は、HからEへの500万円の交付が賭博目的でなされたことを指摘していたが、その後の展開は大きく2つに分かれる。1つは、賭博目的の消費貸借契約が公序良俗に違反し無効となるか否かを検討するものである。しかし、他方で、公序良俗違反による消費貸借契約の無効に触れることなく、HからEへの500万円の交付が民法第708条の不法原因給付に当たるか否かを検討する答案もかなり見られた。消費貸借契約に基づく密輸資金の返還請求事件において民法第708条の趣旨を考慮に入れた判例（最判昭和29年8月31日民集8巻8号1557頁）は確かに存在するが、民法第708条は給付不当利得の特則なので、その適用は、法律上の原因の不存在、すなわち、本問では消費貸借契約の無効を前提とする。したがって、消費貸借契約の無効を言わずに民法第708条の適用を問題にする答案は、制度の相互関係を体系的に理解していないという評価をせざるを得ない。異議をとどめない承諾については、多くの答案が言及していたが、平成9年の判例との事案の相違に言及する答案は、ほとんどなかった。

次に、小問(2)では、EH間の消費貸借契約が公序良俗違反により無効であることを前提とした上で、HがEに交付した500万円について、HのEに対する「法定債権」である不当利得返還請求権をMが行使することが考えられる。ここでは、HのEに対する不当利得返還請求権の成否について、不法原因給付に関する民法第708条が適用されるか否かを吟味しつつ論ずるとともに、HのEに対する不当利得返還請求権をMが行使するための法律構成を論ずることが期待されている。後者の点については、複数の法律構成が考えられる。まず、MがHのEに対する不当利得返還請求権を行使するための法的根拠としては、HがMに対し「平成26年4月1日付消費貸借契約に関する債権」を譲渡していることから、その契約の解釈として、貸金債権だけでなく、不当利得返還請求権もHからMに譲渡されたものと認めることが考えられる。このような契約の解釈に当たっては、不当利得返還請求権も譲渡された場合とそうでない場合とを対比して、M及びHやHの一般債権者の利害状況を分析することが求められている。また、HのEに対する不当利得返還請求権はMに譲渡されていないことを前提とした上で、債権者代位権によって、Mが、HのEに対する不当利得返還請求権を行使することも考えられる。この場合、債権者代位権の要件として、MのHに対する被保全債権の存在及びHの無資力が充足されることと、請求の範囲は被保全債権の額が上限となることを指摘することが期待されている。

小問(2)に関して検討を要する事項は以上のとおりであるが、まず、「法定債権」の意味を理解していない答案が見受けられた。例えば、苦し紛れに法定代位を根拠とした答案が一定数あった。「法定債権」という概念を知らなかったとしても、「法定代理権」や「法定地上権」という概念から、「法定債権」は「法律の規定によって発生する債権」であることを想起することは可能であるように思われるが、必ずしもそうでなかったようである。次に、「法定債権」の意味が分かっている答案においても、HのEに対する不当利得返還請求権を債権譲渡や債権者代位権を法的根拠としてMが行使するという法律構成を採った答案は、全体の割合からすると少数であった。大半の答案は、MとEを直接の当事者として不当利得や不法行為の成否を論じていた。もっとも、MとEを直接の当事者とする不当利得や不法行為は、以下に述べるように、その成立を肯定するのは困難であり、そのため、これらを請求の根拠とする答案に高い評価を与えることはできない。

まず、不当利得については、因果関係を広く捉える判例の立場を前提としても、Mの損失とEの受益との間に因果関係を認めることは難しい。転用物訴権の事例において、判例（最判昭和45年7月16日民集24巻7号909頁）は請負人の損失と所有者の受益との間に直接の因果関係を認めたが、この事例では請負人は所有者のブルドーザーを修理している。また、騙取金銭による弁済の事例において、判例（最判昭和49年9月26日民集28巻6号1243頁）は、社会通念上、被騙取者の金銭で債権者の利益を回復したと認められるだけの連結（社会通念上の因果関係）があることを要求しているが、この事例では、騙取者が、騙取金を自己の

金銭と混和させたり、両替したり、銀行に預け入れたり、一部を費消後に補填したりしてから、債務の弁済に充てている。それに対し、本問の事例においては、EがHから金銭の交付を受けた後に、MはHに400万円を支払っているのだから、Mの金銭でEの利益が図られたという関係は存在しない。したがって、Mの損失とEの受益との間に因果関係を認めることはできないであろう。さらに、不法原因給付を理由にEがHに返還を拒める場合にMのEに対する不当利得返還請求を認めるならば、EH間のリスク配分が害される。また、MH間の契約が有効であればMによる400万円の給付（損失）に法律上の原因があることになり、この場合、MはHの債務不履行責任や担保責任を追及すべきこととなろう。MH間の契約が錯誤や原始的不能により無効の場合には、Mによる400万円の給付（損失）には法律上の原因がないが、その清算はMH間で行うべきである。MH間の契約が無効の場合において、不法原因給付を理由にEがHに返還を拒めないときに、MのEに対する直接の不当利得返還請求を認めることにも、EにはHとMに対する二重払の危険が生ずるため、問題がある。不当利得における因果関係の要件は、本問ではMのEに対する請求を排除することによって、契約当事者間で行われたリスク配分の貫徹（契約関係の自律性）を確保することをその目的とする。不当利得に関しては、受験者の大半は、表層的な知識を有するものの、直感的な判断に依拠するだけで、不当利得の各要件がどのような役割を担っているかについての理解が十分でないように見受けられた。

次に、EのMに対する不法行為についても、Eが金銭をHから借り受けた後の時点で、MがHからEに対する貸金債権を譲り受けているのであるから、不法行為と評価されるEの行為を見いだすことは容易ではなく、EのMに対する不法行為の成立を基礎付けることには困難が伴う。

これに対して、HのEに対する不当利得返還請求権を債権譲渡の対象として構成した答案については、契約の合理的な解釈に踏み込むものとして、その構成を採ったこと自体を高く評価することができる。貸金債権しか譲渡されていないと解釈すると、HはMから400万円を受け取った上に、Eから不当利得返還請求権に基づき500万円を取り立てることができるが、それは不当だからである。債権譲渡構成を採った答案の多くは民法第704条が適用されることも的確に指摘していた。また、債権者代位権構成も一つの法律構成として考えられ得るものであるが、その構成を採った答案の多くは、債権者代位権の要件が充足されることを的確に示していた。もっとも、債権者代位権構成による場合は、債権譲渡構成とは異なり、Hの一般債権者も不当利得返還請求権から満足を受けることができることに留意すべきである。ただし、債権譲渡構成や債権者代位権構成を採る答案にあっても、不法原因給付の成否に関する検討を欠くものが目に付いた。また、Eに対する不当利得返還請求権がHからMに譲渡されていないことを明確に示した上で債権者代位権構成を採るものは少数にとどまった。

小問(3)では、委託を受けた保証人が連帯保証債務の履行として金銭を支払ったものの、主たる債務が存在しなかった場合における主債務者と保証人との間の法律関係についての分析とともに、保証人の主債務者に対する債権が成立するかどうか問われている。保証債務の付従性自体は基礎的な知識に属するが、ここで示されている問題自体については、判例や学説において必ずしも明確に議論されているわけではない。ここでは結論の妥当性も視野に入れて適切に論ずることが期待されており、応用的な能力を問う問題である。

そもそも、LはEの保証委託を受けた結果としてKに対して584万円を支払っており、その支払の際にEに事前の通知をしているのだから、Kの無資力の危険をLが負うとするのは不合理である。単に付従性のみを論ずるのではなく、そうした結論の妥当性も視野に入れた上で、Lを保護する法律構成を見いだすことが、本問では期待されている。

まず、主債務者と保証人との間に保証委託契約が存在することから、委任の特則である民法第459条に基づき、LがEに対して求償権を有するという構成が考えられる。その場合、民法第459条の求償権の成立要件として、(i)主たる債務の存在、(ii)主たる債務に関する債権

者と保証人との間の保証契約，(iii)保証人が債権者に対して保証債務の履行をしたこと，(iv)保証人と主たる債務者との間の保証委託契約を挙げた上で((v)保証人の無過失を要件として挙げる学説もある。)，それらに該当する事実の有無を判断することが求められる。

本問では，KはEに金銭を交付していないため，KのEに対する貸金債権は成立していないので，(i)の要件は充足されない。しかし，Lが主債務の存在を前提としてKに584万円を支払った原因は，LがEに事前の通知をしたにもかかわらず，EがLに主債務の不存在を説明しなかったからである。民法第463条第1項が準用する民法第443条第1項により，保証人が事前の通知をせずに弁済をした場合，主債務者が債権者に対抗することができる事由を有していたときは，その事由をもって保証人に対抗することができるものとされていることを踏まえると，保証人が事前の通知をしたが，主債務者が債権者に対抗することができる事由（主債務の不存在）を有している旨の返答をしなかった場合には，主債務者はその事由をもって保証人に対抗できないとの考え方があり得よう。これを本問に示された事実関係に当てはめた場合，EはLからの民法第459条に基づく求償を，主債務の不成立を理由に拒むことはできないことになる。

このほか，Lの請求の根拠としては，民法第650条第1項の費用償還請求権に基づくものも考えられる。この場合には，LのKに対する出捐が，同項の「委任事務を処理するのに必要と認められる費用」，すなわち，事務処理の際に受任者が善良な管理者の注意をもって必要と判断して支出した費用に当たるか否かを確認することが求められる。

また，主債務が存在しない場合に連帯保証債務の履行として金銭を支払うことは保証委託の範囲外であるなどの理由により，Lの出捐は費用ではなく損害であると解釈するならば，LはEに対し民法第650条第3項や同法第415条に基づく損害賠償請求権を行使するという考え方を採る余地もある。

小問(3)に関して検討を要する事項は以上のとおりであるが，多くの答えは，民法第459条の求償権の成否を問題にしていた。その中には，主債務が存在しないので求償は認められないと簡単に済ます答えも一定数あったが，多くの答えは，LのEに対する請求は認められるべきであるとの前提に立ち，種々の解釈上の工夫を凝らしていた。また，少数ながら，民法第459条の求償権の成立を否定した上で，民法第650条第3項や同法第415条に基づく損害賠償請求権の成立を認める答えもあった。結論的にLを保護すべきであるとする答えは，民法に内在する価値基準が受験者の身に付いていることを示すものとして，積極的に評価することができる。

民法第459条の要件のうち，本問で充足されるか否かが問題となるのは，上記の(i)と(iii)の要件である。(i)の要件につき，EK間の契約を諾成的消費貸借と評価して，EのKに対する返還債務（主債務）の成立を認める答えもあったが，KがEに金銭を交付していない以上，諾成的消費貸借を認める立場にあっても，KはEに金銭の返還を請求することはできない。それにもかかわらず，LがEに584万円の支払を請求することができる根拠を，民法第459条の内外で見いだすことが，小問(3)では求められている。(iii)の要件については，民法第478条を援用して保証債務の履行を認める答えがかなりあった。このような答えには，(iii)の要件を欠くため民法第459条は適用されず請求は認められないという結論に安易に至る答案よりは，問題の所在を把握し妥当な結論に到達しようと努力している点で相応の評価が与えられる。しかし，民法第478条は真の債権者の負担において善意・無過失の弁済者を保護する規定であり，債権の準占有者は別に真の債権者が存在することを前提とする概念であるところ，本問では真の債権者は存在しないから，同条の適用はおよそ問題とならない。なお，主債務が存在しないので保証契約は無効であるとする答えもかなりあったが，主債務が存在しなくても，付従性により保証債務が存在しないだけであって，保証契約が直ちに無効になるものでないことには留意を要する。

もつとも、民法第459条を摘示した後、その要件を列挙する答案は少数であった。そのため、主債務が存在しないことを示す答案においても、それが民法第459条にとってどのような意味を持つのか、不明確な答案が目についた。また、主債務が存在しない理由を明示せずに主債務の不存在を前提にする答案など、最後の問題であるため時間が不足したのかもしれないが、全体として、小問(3)に関しては、論述の周到さや丁寧さが欠けている答案が多かった。

イ 答案の例

優秀に該当する答案の例は、小問(1)に関しては、Mの請求の根拠及び内容を説明した後、H E間の消費貸借契約が動機の不法による公序良俗違反で無効となることを指摘した上で、Eの異議をとどめない承諾により、貸金債権の不存在をEがMに対抗し得るか否かを論じるものがこれに当たる。また、小問(2)に関しては、HのEに対する不当利得返還請求権を債権譲渡や債権者代位権を法的根拠としてMが行使するという法律構成を採った上で不法原因給付の成否につき検討するものがこれに当たる。そして、小問(3)においては、EのKに対する貸金返還債務（主債務）が存在しないこと、Lによる事前の通知に対しEが適切に対応しなかったためLがKに584万円を支払ったこと、E L間には保証委託契約（委任契約）があることを指摘しつつ、民法第459条に基づく求償権の成否を論じそれを肯定する結論に達したものがこれに当たる。

良好に該当する答案の例は、優秀に該当する答案と比べたとき、検討すべき事項の一部について考察を欠くものやその考察が不十分なものである。例えば、小問(1)に関しては、公序良俗違反による無効には触れながら動機の不法の場合に取引の相手方の主観が問題となることや異議をとどめない承諾についての検討を欠くもの、小問(2)に関しては、不法原因給付についての検討を欠くもの、小問(3)に関しては、EK間の契約は諾成的消費貸借なので主債務が存在するとするもの、逆に、主債務・保証債務が存在しないため、本来、民法第459条に基づく求償権は認められないはずであるが、民法第478条によって求償権が認められるとするものである。

一応の水準に該当する答案の例としては、次の2つが挙げられる。第1の例は、法律問題相互の関係の理解が不明確なものである。例えば、小問(1)に関しては、公序良俗違反による消費貸借契約の無効に触れることなくHからEへの500万円の交付が民法第708条の不法原因給付に当たるか否かを検討するものである。第2の例は、適切な事案解決にはふさわしいとは思われない法律構成を問題にするものである。例えば、小問(2)に関しては、MとEを直接の当事者とする不当利得や不法行為の成否を検討するもの、小問(3)に関しては、主債務・保証債務が存在しないため、民法第459条に基づく求償権は認められないという結論に安易に至るものである。

不良に該当する答案の例としては、次の2つが挙げられる。第1の例は、基本的な概念や民法の体系的な理解を欠くなどの理由から、およそこの事案において問題となりえない法規範の適用の可否を検討するものである。例えば、小問(1)に関しては、動機の不法ではなく利息制限法の適用の可否を専ら論じ、15%の利率や21.9%の遅延損害金の定めが利息制限法に違反するなどと同法第4条等を看過して更に誤った論述をするもの、小問(2)に関しては、「法定債権」の意味を全く理解せずに法定代位を問題とするもの、小問(3)に関しては、LのEに対する不当利得返還請求を論じたり、求償権の有無を検討することなく民法第500条の法定代位についてだけ検討するものである。第2の例は、事実に対する分析が著しく不十分なものである。例えば、小問(1)に関しては、Eの借入れが賭博目的の消費貸借であることについて全く検討せず、Mが貸金債権を譲り受けたことだけを述べ、その請求を認めるものである。

(3) 全体を通じ補足的に指摘しておくべき事項

民法全般について体系的で過不足のない知識と理解を身に付けることが実務家になるためには不可欠である。今回の出題についても、該当分野について基本的な理解が十分にできており、そ

それを前提として一定の法律構成を提示し、それに即して要件及び効果に関する判断が行われていれば、十分合格点に達するものと考えられる。しかし、残念ながら、民法に関する基本的な知識と理解が不足している答案や、前後で論理的に一貫しない考察を行う答案、本質的でないことを長々と論じ、必要なことを論じていない答案が見られたのは、昨年までと同様である。

次に、本年の問題は全て、請求の根拠及び内容を説明し、その請求の当否を論じなさい、という形式を採っているが、請求の根拠及び内容を説明せずに、請求の当否だけを論じている答案が一定数存在した。問題文を注意深く読み、問いにきちんと答える必要がある。

また、検討すべき点が多く時間不足に陥ったためかもしれないが、答案の冒頭から乱暴に書きなぐったり、判読困難な字を記載したりするなど、読み手のことを十分考えていない答案が一定数見られたことも昨年までと同様である。次年度以降、改善を望みたい。

4 法科大学院における学習において望まれる事項

法律家になるためには、具体的な事案に対して適用されるべき法規範を見つけ出すことができなければならない。そのためには、多数の者が登場する事例においても2人ずつの関係に分解し、そのそれぞれについて契約関係の有無を調べることが出発点となる。契約関係があれば、広い意味の契約法（契約の無効・取消しの場合の給付不当利得なども含む）の適用が問題となり、そうでなければ、物権的請求権や不法行為、侵害利得や事務管理の適用が問題となる。もっとも、判例は請求権競合説を採っているので契約当事者間でも不法行為が問題となる場合はある。しかし、まずは契約関係の有無を確認するという出発点を知っているだけでも、例えば、設問2小問(3)のLE間では契約法の適用が問題となり、不当利得の適用を問題とすべきではないことが分かるはずである。事案を的確に把握し、当該事案に適用されるべき法規範を見つけ出すことができれば、受験者の多くは事案の適切な処理ができる。今後は、具体的な事案に適用されるべき法規範をどのように見つけ出したらよいかについて、従前よりも意識して学習することを期待したい。

また、事案解決の妥当性にもより一層の配慮をする必要があると思われる。例えば、設問2小問(3)について、主債務・保証債務が存在しないためLのEに対する民法第459条に基づく求償権は認められないと簡単に結論付ける答案が相当数見られた。しかし、LがKとの間で保証契約を締結したのはEの委託によるものであり、LがKに584万円を支払ったのもLの事前の通知に対しEが適切に対応しなかったからである。そうであるにもかかわらず、LがEになんらの金銭も請求できないというのでは、あまりにバランスを失った解決となろう。LはKに対して請求できるから問題ないという反論もあり得るが、Kが無資力であるとする、やはりLは584万円を回収できないこととなる。契約を締結する構成員の全てに資力があるなら、担保物権や保証などという制度は不要になるが、民法は、無資力者が存在することを前提に、その適切なリスク配分を行うための制度を用意している。この事例においては、Lは自ら選んだ契約の相手方であるEの無資力のリスクを負担しているが、Kの無資力のリスクを負担させられるべきではなく、Eは保証委託契約の相手方であるLの利益に十分配慮すべきであろう。想像力を働かせ、契約当事者それぞれの立場に身を置いたと仮定して結論の妥当性を考えることも、事案の解決に際しては必要である。

具体的な事案を解決する際に、制定法の背後に控えている法原則や法原理にも配慮した上で、妥当な結論を目指すことは法律実務家として求められる基本的な姿勢である。契約関係の自律性も民法に内在する法原則の1つであり、本問の解答に際して考慮されるべき重要な要素である。法科大学院の目的の1つとして、理論と実務の架橋が期待されているのであるから、法科大学院においては、法の体系的理解に基づく実践的な法的論理の構築とそれに基づく事案の適正な解決を行う能力を学生に習得させるために、さらに学生に対して質の高い教育を行っていくことを望みたい。また、受験者においても、法の体系的理解とそれに基づく実践的な論理展開の能力を身に付けることが法律実務家を養成する法科大学院における学習において望まれており、それが司法試験の合格ラインに達するためにも不可欠であることを自覚して、今後の学習に努めていただきたい。

1 出題の趣旨等

既に公表されている「平成28年司法試験論文式試験問題出題趣旨」に、特に補足すべき点はない。

2 採点方針及び採点実感

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

その際、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、読みにくい文字であっても、可能な限り正確に文章を理解するように努めているが、それにもかかわらず、文末が肯定しているのか、否定しているのか判別することができず、あるいは「有効」と書いているのか、「無効」と書いているのか判別することができないような文章が、少数ではあるものの、見られる。そのような文章については、文章の趣旨が不明であるものと判断した上で、採点せざるを得ない。

(2) 設問1(1)について

ア 全体的な採点実感

設問1(1)は、会社法上の公開会社でない取締役会設置会社において、取締役会の開催に当たり、当該取締役会において解職決議がされた代表取締役に対する招集通知を欠いた場合における当該取締役会の決議の効力について、問うものである。

まず、取締役会の招集に関して、招集権者については、取締役会を招集する取締役を定款又は取締役会で定めていなければ、各取締役が取締役会の招集権を有すること（会社法第366条第1項）、招集手続については、取締役会を招集する者は、原則として、取締役会の日の1週間前までに、各取締役及び各監査役に対し、招集通知を発しなければならないこと（会社法第368条第1項）を、それぞれ指摘することが求められる。また、取締役会については、取締役会の目的である事項（議題等）を特定する必要がないことも指摘し、論述することが求められる。しかし、これらを正確に指摘等することができていない答案が少なからず見られた。

そして、Aを代表取締役から解職する旨の臨時取締役会の招集手続には、Aに対する招集通知を欠いた瑕疵があることを指摘した上で、当該臨時取締役会の決議の効力について、論ずることが求められる。しかし、これを正確に指摘することができず、取締役会の招集手続に関する基本的な理解を欠き、問題の所在を正しく理解していない答案も散見された。

当該臨時取締役会の決議の効力について論ずる際には、取締役会の開催に当たり、一部の取締役に対する招集通知を欠いた場合には、特段の事情がない限り、その招集手続に基づく取締役会の決議は無効であるが、その取締役が出席してもなお決議の結果に影響を及ぼさないと認めるべき特段の事情があるときは、決議は有効であると解されること（最三判昭和44年12月2日民集23巻12号2396頁）や、取締役会の決議について特別の利害関係を有する取締役は、議決に加わることができない（会社法第369条第2項）ところ、代表取締役の解職決議については、その代表取締役は、特別の利害関係を有する者に当たるとする判例（最二判昭和44年3月28日民集23巻3号645頁）を意識する必要がある。その上で、会社法上の公開会社でない取締役会設置会社において、取締役会の開催に当たり、当

該取締役会において解職決議がされた代表取締役に対する招集通知を欠いた場合に、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を説得的に論ずることが求められる。これらの判例を意識していることがうかがわれる答案が多いものの、記述の上でも判例の存在を明らかにしてその理論構成に従って当該臨時取締役会の決議の効力について論ずる答案は、ごく少数にとどまった。また、瑕疵がある取締役会の決議の効力について論ずることなく、瑕疵があることを指摘するにとどまる答案や、Aがその代表取締役からの解職に関する取締役会の決議について特別の利害関係を有する取締役に当たると解されることから、瑕疵が治癒されると論ずるにとどまる答案が少なからず見られた。さらに、上記の特段の事情の有無について論ずることなく、Aを代表取締役から解職する旨の臨時取締役会の招集手続に、Aに対する招集通知を欠いた瑕疵があることから、当該臨時取締役会の決議が無効であると論ずるにとどまる答案も散見された。いわゆる閉鎖会社においては、代表取締役の解職は経営をめぐる取締役間の対立であることが多いため、解職の対象である代表取締役であっても特別の利害関係を有する取締役に当たらないという見解もあり、結論としてこのような見解を採る答案も見られたが、判例を意識しつつ、説得的に論じられているものは少なかった。本設問に限らず、判例と異なる見解を採る場合には、単に自説を述べるのみでは、高い評価は与えていない。

なお、特別の利害関係を有する取締役に当たると、当該取締役会の審議に参加して意見を述べることも認められないかどうかについて検討されるとともに、Aが当該取締役会の審議に参加することが認められる場合には、Aの意見が決議の結果に影響を及ぼさないと認められるかどうかについて事案に即して具体的に検討されることが望ましい。しかし、これらについて論ずる答案は、極めて少なかった。

イ 答案の例

優秀に該当する答案の例 ほぼ全ての論点に言及し、かつ、記述が論理的であるもの。特に、①特別の利害関係を有する取締役に当たると、当該取締役会の審議に参加して意見を述べることも認められないかどうかについての的確に論ずるものや、②招集通知を受けなかった取締役が出席してもなお決議の結果に影響を及ぼさないと認めるべき特段の事情の有無について、事案に即して具体的に検討しているものには、高い評価を与えた。

良好に該当する答案の例 特別の利害関係を有する取締役に当たると、当該取締役会の審議に参加して意見を述べることも認められないかどうかについての論点を除き、ほぼ全ての論点に言及し、かつ、記述もおおむね論理的であると認められるもの。優秀に該当する答案に比べ、一部の取締役に対する招集通知を欠いた取締役会の決議の効力に関する論述が正確又は十分でなかったり、上記の特段の事情の有無に関する検討が十分でなかったりするため、高い評価は与えていない。

一応の水準に該当する答案の例 特別の利害関係を有する取締役に当たると、当該取締役会の審議に参加して意見を述べることも認められないかどうかについての論点のほかにも、言及していない論点があるが、言及している論点に関する記述はおおむね論理的であると認められるもの。一部の取締役に対する招集通知を欠いた取締役会の決議の効力について論述していなかったり、上記の特段の事情の有無について検討していなかったりするため、一定の評価を与えるにとどまっている。

不良に該当する答案の例 言及していない論点が多かったり、言及している論点に関する記述も不正確又は不十分であったりするもの。①Aに対する招集通知を欠いたことに言及しないで、Aの海外出張中を見計らって臨時取締役会を開催したこと自体を瑕疵として論ずるものや、②取締役会の招集手続の瑕疵は、決議の取消事由に当たると論ずるもの、③臨時取締役会の決議の後に開催された定例取締役会において、再度、Aを代表取締役から解職する旨の決議がされているから、臨時取締役会の決議の瑕疵が治癒されると論ずるもの、④代表取

締役から解職されたAと対立していたことを理由として、Bについてのみ特別の利害関係を有する取締役に当たるか否かを論ずるものなどが、それぞれ一定数見られた。

(3) 設問1(2)について

ア 全体的な採点実感

設問1(2)は、取締役の報酬の額について、株主総会の決議によって定められた報酬等の総額の最高限度額の範囲内で取締役会の決議によって役職ごとに一定額が定められこれに従った運用がされていた会社において、役職の変動に伴い、その運用により定まる報酬の額よりも更に減額する旨の取締役会の決議がされた場合に、取締役が会社に対して請求することができる報酬の額について、問うものである。

まず、取締役の報酬等の額について、定款に定めていないときは、株主総会の決議によって定めるが(会社法第361条第1項)、株主総会の決議により、取締役全員に支給する総額の最高限度額を定め、各取締役に対する配分額の決定は、取締役会の決定に委ねてもよいと解されていること(最三判昭和60年3月26日判時1159号150頁)などを、それぞれ指摘し、又は論ずることが求められる。しかし、これらを正確に指摘し、又は論ずることができていない答案も少なからず見られた。

その上で、取締役の報酬等の額が具体的に定められた場合には、その額は、会社と取締役間の契約内容となり、契約当事者である会社と取締役の双方を拘束するから、当該取締役が同意しない限り、会社が一方的にその報酬等の額を減額することはできないと解されていること(最二判平成4年12月18日民集46巻9号3006頁参照)を意識しながら、取締役の報酬等の額について、株主総会の決議によって定められた報酬等の総額の最高限度額の範囲内で、取締役会の決議によって役職ごとに一定額が定められ、これに従った運用がされていた場合に、取締役が、役職の変動に伴う報酬の額の減額に同意していたと認められるかどうかを事案に即して検討することが求められる。しかし、取締役の報酬等の額が具体的に定められた場合には、会社と取締役はこれに拘束されると述べるにとどまり、論述が不十分である答案や、役職の変動に伴う取締役による報酬の減額に関する同意の有無について検討することができていない答案が一定数見られた。また、会社法第361条第1項による規制の目的は高額報酬が株主の利益を害する危険を排除することにあるため、減額することについては制約がないとして、Aの報酬の額を減額する旨の定例取締役会の決議に従い、Aは会社に対して月額20万円の報酬を請求することができるにすぎないと述べるにとどまるなど、取締役の報酬等の減額に関する基本的な理解を欠く答案も散見された。

イ 答案の例

優秀に該当する答案の例 取締役の報酬の規制の目的や、取締役の報酬の額の決定を取締役会の決定に委ねることの可否等について、正確に指摘し、又は論じた上で、取締役の報酬の額の減額の可否等についての的確に論ずるとともに、役職の変動に伴う報酬の額の減額に関する同意の有無について事案に即して検討しているもの

良好に該当する答案の例 優秀に該当する答案に比べ、各論点に関する指摘又は論述が正確性を欠き、又は十分でないもの

一応の水準に該当する答案の例 会社及び取締役が具体的に定められた取締役の報酬の額に拘束されるという結論を述べるが、その理由に関する論述が不正確又は不十分であったり、役職の変動に伴う報酬の額の減額に関する同意の有無に関する検討が不十分であったりするもの

不良に該当する答案の例 各論点に関する論述等が著しく不正確又は不十分であるもの。①会社法第361条第1項による規制の目的は高額報酬が株主の利益を害する危険を排除することにあるため、減額することについては制約がないとして、Aの報酬の額を減額する旨の定例取締役会の決議に従い、Aは会社に対して月額20万円の報酬を請求することができ

るにすぎないと述べるにとどまるもの、②取締役の報酬の額の決定を委ねられた取締役会の決議によって具体的な報酬請求権が発生するなどとして、従前の代表取締役としての月額150万円の報酬との関係を整理しないで、Aは会社に対して月額20万円の報酬を請求することができる」と述べるもの、③退職慰労金の金額等の決定を取締役会の決定に委ねることの可否等についてと同様の判断基準で、取締役の報酬の額の決定を取締役会の決定に委ねることの可否等について論ずるもの、④取締役の報酬の額を減額するためには、再度、株主総会の決議が必要であると論ずるもの、⑤従前の代表取締役としての月額150万円からの減額に関する同意の有無について検討しないで、運用に従った月額50万円から月額20万円への減額に関する同意の有無についてのみ検討するもの、⑥判例を意識しないで、事情の変更があれば、取締役の報酬等の額の減額が認められるとした上で、役職の変動が事情の変更に当たると論ずるものなどが、それぞれ一定数見られた。

(4) 設問2(1)について

ア 全体的な採点実感

設問2(1)は、株主総会において取締役から解任された者が、その解任に正当な理由がないとして、損害賠償請求をした場合における会社の損害賠償責任について、問うものである。

まず、取締役は、いつでも、かつ、事由のいかんを問わず、株主総会の決議によって解任することができる(会社法第339条第1項)が、会社は、その解任について正当な理由がある場合を除き、任期満了前に取締役を解任したときは、取締役に対し、解任によって生じた損害を賠償しなければならない(同条第2項)ことを指摘することが求められる。しかし、これらを正確に指摘することができていない答案が散見された。

その上で、会社法第339条第2項の趣旨や「正当な理由」の意義も踏まえつつ、Aが、事業の海外展開を行うために必要かつ十分な調査を行い、その調査結果に基づき、事業の海外展開を行うリスクも適切に評価していたことから、このような経営判断に基づいた海外事業の失敗が、正当な理由に含まれるかどうかについて、説得的に論ずることが求められる。しかし、会社法第339条第2項の趣旨や「正当な理由」の意義に言及していない答案が一定数見られた。なお、全体として、このような海外事業の失敗については、正当な理由に含まれないとする答案が多く、正当な理由に含まれるとする答案は少なかった。いずれの見解についても同等に評価するように努めたが、正当な理由に含まれるとする答案で、説得的に論じられているものは多くなかった。

そして、このような海外事業の失敗が正当な理由に含まれないとする場合には、会社が取締役に対して賠償しなければならない損害の範囲ないし額について、Aの取締役としての任期が8年と長期間残っていたことをその減額要素として考慮することができるかどうかにも言及した上で、検討することも求められる。しかし、これを的確に論ずる答案は少なく、かえって、損害の範囲ないし額に全く言及していない答案が相当数見られた。

イ 答案の例

優秀に該当する答案の例 会社法第339条第2項の趣旨や「正当な理由」の意義も踏まえつつ、必要かつ十分な調査を行い、その調査結果に基づき、リスクも適切に評価して行った海外事業の失敗が、正当な理由に含まれるかどうかについて、説得的に論ずるもの。特に、経営判断の失敗は、正当な理由に含まれないという見解を採った上で、会社が取締役に対して賠償しなければならない損害の範囲ないし額について、Aの取締役としての任期が8年と長期間残っていたことをその減額要素として考慮することができるかどうかを検討したものには、その結論のいかんにかかわらず、高い評価を与えた。

良好に該当する答案の例 会社が取締役に対して賠償しなければならない損害の範囲ないし額については残りの任期である8年分の取締役報酬相当額であるという結論のみを記述し、また、「正当な理由」の該当性の検討に不十分な点があるものの、それ以外の点では優秀に該

当する答案の例とほぼ同様のもの

一応の水準に該当する答案の例 取締役は、いつでも、かつ、事由のいかんを問わず、株主総会の決議によって解任することができること（会社法第339条第1項）に言及していなかったり、会社法第339条第2項の趣旨や「正当な理由」の意義に言及していなかったりするが、言及している論点に関する記述はおおむね論理的であると認められるもの。なお、正当な理由との関係を十分に意識しないで、海外事業の失敗について善管注意義務違反が認められるかどうかとして、いわゆる経営判断の原則を論述したにとどまるものには、一定の評価を与えるにとどまっている。

不良に該当する答案の例 論点に関する記述が著しく不正確等であるもの。会社法第339条第2項について言及することなく、民法第709条若しくは第651条第2項又は会社法第429条若しくは第350条に基づく損害賠償請求の可否等についてのみ論ずるにとどまるものなどが散見された。なお、会社が取締役に対して賠償しなければならない損害の範囲ないし額を残りの任期である8年分の取締役報酬相当額としながら、報酬の月額と年額とを混同するなどして、8年分の取締役報酬相当額の計算を誤っている例が少なくなかった。

(5) 設問2(2)について

ア 全体的な採点実感

設問2(2)は、役員解任の訴えの訴えの訴えの手続と、役員解任を議題として招集された株主総会が定足数を満たさずに流会となった場合において、役員解任の訴えを提起することの可否について、問うものである。

まず、役員解任の訴えについては、会社法上の公開会社でない株式会社の場合には、役員職務の執行に関し不正の行為等があったにもかかわらず、当該役員を解任する旨の議案が株主総会において否決されたときに、総株主（当該役員を解任する旨の議案について議決権を行使することができない株主及び当該請求に係る役員である株主を除く。）の議決権の100分の3以上の議決権を有する株主（当該役員を解任する旨の議案について議決権を行使することができない株主及び当該請求に係る役員である株主を除く。）又は発行済株式（当該株式会社である株主及び当該請求に係る役員である株主の有する株式を除く。）の100分の3以上の数の株式を有する株主（当該株式会社である株主及び当該請求に係る役員である株主を除く。）が、当該株主総会の日から30日以内に提起することができること（会社法第854条第1項、第2項）を説明することが求められる。

また、役員解任の訴えについては、会社及び当該役員を被告とすること（会社法第855条）や、役員解任の訴えは、会社の本店の所在地を管轄する地方裁判所の管轄に専属すること（会社法第856条）等を説明することも期待される。

しかし、これらを十分に指摘することができていない答案が少なからず見られた。

その上で、役員解任を議題として招集された株主総会が定足数を満たさずに流会となった場合において、役員解任の訴えを提起することができるかどうかについて、会社法第854条第1項に規定する「当該役員を解任する旨の議案が株主総会において否決されたとき」の意義を役員解任の訴えの制度の趣旨等に照らして解釈するなどしながら、説得的に論ずるとともに、会社資金の流用という役員職務の執行に関する不正の行為等があったと認められることに言及することが求められる。「当該役員を解任する旨の議案が株主総会において否決されたとき」の意義を役員解任の訴えの制度の趣旨等に照らして解釈しようとしていた答案には、当該趣旨の理解等にやや不十分なところがあったとしても、一定の高い評価を与えた。また、定時株主総会の招集通知の発送後に発覚した事実を解任事由としてよいかを論ずる答案にも、一定の高い評価を与えた。他方で、株主総会が流会となった場合においても、役員解任の訴えを提起することができるかと解すべきであるといった価値判断や、当該訴えを提起することができるかといった結論を述べるにとどまり、その理由付けが不十分であ

る答案には、高い評価は与えなかった。また、会社資金の流用という役員の職務の執行に関し不正の行為等があったと認められることに言及していない答案が相当数見られた。

イ 答案の例

優秀に該当する答案の例 役員の解任の訴えの制度の趣旨や、流会の場合において役員の解任の訴えを提起することができないと解したときに生ずる弊害等を論じた上で、会社法第854条第1項に規定する「当該役員を解任する旨の議案が株主総会において否決されたとき」には、株主総会が流会となった場合も含まれると解釈し、あるいは株主総会が流会となった場合には同項が準用又は類推適用されると論ずるとともに、役員の職務の執行に関する不正の行為等として、会社資金の流用があったと認められることに言及するもの

良好に該当する答案の例 役員の解任の訴えの制度の趣旨や、流会の場合において役員の解任の訴えを提起することができないと解したときに生ずる弊害等に関する論述が正確性を欠き、又は十分でないほかは、優秀に該当する答案の例とほぼ同様のもの。なお、役員の解任の訴えの制度の趣旨等として、一般的に解されている理解とはやや異なる論述がされ、そのような理解を踏まえ、流会の場合においては役員の解任の訴えを提起することができないと解したものであっても、記述が論理的であるものには、一定の評価を与えた。

一応の水準に該当する答案の例 論点に関する論述が不十分等であるもの。①役員の解任の訴えの制度の趣旨又は流会の場合において役員の解任の訴えを提起することができないと解したときに生ずる弊害等に関する論述を欠き、流会の場合においても、役員の解任の訴えを提起することができるかと解すべきという価値判断を述べるにとどまるもの、②会社法第854条第1項に規定する「株主総会において否決されたとき」には株主総会が流会となった場合も含まれる、あるいは株主総会が流会となった場合には同項が準用又は類推適用されるといった解釈を述べないで、株主総会が流会となった場合においても役員の解任の訴えを提起することができるという結論を述べるにとどまるものなどが、それぞれ一定数見られた。

不良に該当する答案の例 論点に関する論述が著しく不正確又は不十分であるもの。①役員の解任の訴え（会社法第854条）の手續と株主による責任追及等の訴え（会社法第847条）の手續とを混同しているもの、②役員の職務の執行に関する不正の行為等として、Aが旧知の仲である甲社の株主数名に対し、定時株主総会を欠席するように要請したことのみに言及し、会社資金の流用に言及しないものなどが、それぞれ一定数見られた。なお、そのことのみで、不良に該当する答案となるものではないが、会社法第854条第2項は、役員の解任の訴えについて、公開会社でない株式会社において、同条第1項各号の6か月の株式の保有期間を不要としているにとどまり、公開会社でない株式会社においても、少数株主権としていることは異ならないにもかかわらず、同条第2項が、当該訴えについて、単独株主権としていると誤解している記述が少なからず見られた。

また、「会社法上の問題点について、論じなさい。」という本設問については、例えば、「流会の場合においても、役員の解任の訴えを提起することができるかどうかが問題となる。」などとして、問題提起をするにとどまり、その問題をどのように考えるのか、会社法第854条第1項の文言をどのように解釈するのかを全く論じていないものが散見された。さらに、本設問に限らず、「仮に、・・・とすれば、・・・と認められる。」などと、自らの見解を明示しないで、仮定的な論述をするにとどまるものが散見された。これらには、それぞれ相応に低い評価を与えた。

(6) 設問3(1)及び(2)について

ア 全体的な採点実感

設問3(1)及び(2)は、役員等の会社に対する損害賠償責任と、大会社である取締役会設置会社における代表取締役等の内部統制システムの構築義務及び運用義務について、問うものである。

まず、取締役は、株式会社に対し、その任務を怠ったこと（任務懈怠）によって生じた損害を賠償する責任を負うこと（会社法第423条第1項）や、任務懈怠責任は、取締役の株式会社に対する債務不履行責任の性質を有するため、任務懈怠、会社の損害、任務懈怠と損害との間の因果関係に加え、取締役の帰責事由が必要であること（会社法第428条第1項参照）を、それぞれ指摘することが求められる。しかし、これらを正確に指摘することができていない答案や、会社法第429条第1項と要件を混同していると思われる答案が少なからず見られた。

そして、大会社である取締役会設置会社においては、取締役会は、内部統制システムの整備を決定しなければならず（会社法第362条第5項、第4項第6号）、善管注意義務（会社法第330条、民法第644条）及び忠実義務（会社法第355条）の一内容として、取締役は、取締役会において、会社が営む事業の規模や特性等に応じた内部統制システムを決定する義務を負い、代表取締役等は、取締役会の決定に基づいて、事業の規模等に応じた内部統制システムを構築して運用する義務を負うことについて、的確に論ずることが求められる。しかし、取締役会の内部統制システムの整備の決定義務、取締役の善管注意義務及び忠実義務、取締役の内部統制システムの決定義務並びに代表取締役等の内部統制システムの構築義務及び運用義務の関係についての的確に述べた答案は、少なかった。

その上で、まず、甲社について、その事業の規模や特性等に応じた内部統制システムが決定され、構築されているかどうかを事案に即して丁寧に検討することが求められる。甲社について、その事業の規模等に応じた内部統制システムが決定され、構築されているかどうかを検討するに当たり、問題文における事実関係から事実ないし事情を適切に拾い上げ、これを評価することができている答案には高い評価を与えた。他方で、これを十分に拾い上げていない答案が散見されたが、これには一定の評価を与えるにとどめた。

次に、構築された内部統制システムの運用については、C及びDのそれぞれに任務懈怠が認められるかどうかを事案に即して丁寧に検討することが求められる。

Cに任務懈怠が認められるかどうかを検討するに当たっては、構築された内部統制システムを運用する際に、会社が営む事業の規模や特性等に応じた内部統制システムが外形上機能している場合には、他の役職員がその報告のとおり職務を遂行しているものと信頼することができるかどうかについても、検討することが期待される。なお、「信頼の原則」の適用があるといった記述をするにとどまる答案が一定数見られ、その内容等までの的確に論ずる答案は多くはなかった。

また、Dに任務懈怠が認められるかどうかを検討するに当たっては、これまで甲社において同様の不正行為が生じたことがなく、また、会計監査人からも不正行為をうかがわせる指摘を受けたことがなかったものの、本件通報は甲社の従業員の实名によるものであることなどの事情を踏まえた上で、本件通報があった旨の報告を受けていたDが、本件通報には信ぴょう性がないと考え、本件通報等の調査を指示しなかったことなどをどのように評価すべきかについても、具体的に検討することが期待される。Dに任務懈怠が認められるかどうかを検討するに当たっては、問題文における事実関係から事実ないし事情を一定程度拾い上げることができている答案が多かった。しかし、拾い上げた事実等の評価が不十分であったり、そもそも事実等を十分に拾い上げていない答案も見られ、これには一定の評価を与えるにとどめた。

そして、任務懈怠及び帰責事由が認められるとする場合には、因果関係が認められる損害の範囲ないし額についても、検討することが求められる。なお、構築された内部統制システムの運用について、Dに任務懈怠があったと認められるとしても、本件において、Dは、平成27年3月末に本件通報があった旨の報告を受けており、甲社は、乙社に対し、同年4月末に残金合計3000万円を支払ったこと、他方で、Cの指示により甲社の法務・コンプライ

アンス部門が調査をした結果、2週間程度で、EとFが謀り、本件下請工事について不正行為をしていたことが判明したことからすれば、Dの任務懈怠との間で、当然に因果関係が認められる損害の範囲ないし額は、EとFが着服した5000万円の全額ではなく、甲社が乙社に対して同月末に支払った3000万円とすることが考えられよう。因果関係が認められる損害の範囲ないし額については、5000万円とする答案が多かったが、その理由まで論ずるものは少なかった。3000万円とする答案には、その理由が説得的に論じられておらず、不十分であるものが散見された。また、因果関係が認められる損害の範囲ないし額について論じられていない答案も少なからず見られた。

イ 答案の例

優秀に該当する答案の例 ほぼ全ての論点に言及し、かつ、記述が論理的であるもの。特に、①甲社について、その事業の規模等に応じた内部統制システムが決定され、構築されているかどうかを検討するに当たり、問題文における事実関係から事実ないし事情を適切に拾い上げ、これを評価することができているものや、②構築された内部統制システムの運用については、C及びDのそれぞれに任務懈怠が認められるかどうかを検討するに当たり、事実関係から事実等を適切に拾い上げ、これを評価することができているもの、③任務懈怠及び帰責事由が認められるとする場合に、因果関係が認められる損害の範囲ないし額について事案に即して具体的に検討することができているものには、高い評価を与えた。

良好に該当する答案の例 因果関係が認められる損害の範囲ないし額について具体的に検討されていない点を除き、ほぼ全ての論点に言及し、記述もおおむね論理的であると認められるもの。優秀に該当する答案に比べ、取締役会の内部統制システムの整備の決定義務、取締役の善管注意義務及び忠実義務、取締役の内部統制システムの決定義務並びに代表取締役等の内部統制システムの構築義務及び運用義務の関係に関する論述が不正確又は不十分であったり、その事業の規模等に応じた内部統制システムが決定され、構築されているかどうかを検討したり、C及びDのそれぞれに任務懈怠が認められるかどうかを検討するに当たり、問題文における事実関係から事実ないし事情を必ずしも十分に又は適切に拾い上げることができていなかったり、これを評価することができていなかったりするため、高い評価を与えるには至っていない。

一応の水準に該当する答案の例 因果関係が認められる損害の範囲ないし額について具体的に検討されていない点のほかにも、言及していない論点があるが、言及している論点に関する記述はおおむね論理的であると認められるもの。取締役会の内部統制システムの整備の決定義務や取締役の善管注意義務及び忠実義務と、取締役の内部統制システムの決定義務並びに代表取締役等の内部統制システムの構築義務及び運用義務との関係について言及されていなかったり、Cに任務懈怠が認められるかどうかを検討するに当たっては、他の役職員がその報告のとおり職務を遂行しているものと信頼することができるかどうかについて検討されていなかったりするため、一定の評価を与えるにとどまっている。

不良に該当する答案の例 言及していない論点が多かったり、言及している論点に関する記述も不正確又は不十分であったりするもの。①取締役の善管注意義務及び忠実義務と、取締役の内部統制システムの決定義務並びに代表取締役等の内部統制システムの構築義務及び運用義務との関係について全く整理されていないもの、②代表取締役等の内部統制システムの構築義務と運用義務との関係について全く整理されていないもの、③取締役の内部統制システムの決定義務並びに代表取締役等の内部統制システムの構築義務及び運用義務について実質的にも全く言及せず、取締役の善管注意義務及び忠実義務ないし監視義務についてのみ述べるにとどまるもの、④Cについて、平成27年3月末には何ら報告を受けていなかったことを考慮しないで、専ら代表取締役であることから、内部統制システムの運用義務違反又は監視義務違反を認めたり、Dについて、専らEが甲社の関係部署を巧妙に欺いたり、不正が

発覚することを防止するための偽装工作を行っていたことから、後に、Cの指示に基づき調査が行われた結果、2週間程度で不正行為が判明したことを考慮しないで、内部統制システムの運用義務違反を認めなかったり、Dについて、内部統制システムの運用義務違反を認めても、同様に、偽装工作が行われていたことなどから、後に2週間程度で不正行為が判明したことを考慮しないで、損害の発生を回避することができなかったなどとして、損害との間の因果関係を認めなかったりしているが、そのような結論に至る理由に関する論述が説得的でないものなどが、それぞれ一定数見られた。

3 法科大学院教育に求められるもの

一部の取締役に対する招集通知を欠いた取締役会の決議の効力、取締役の報酬及びその減額、取締役の解任、役員等の会社に対する損害賠償責任並びに代表取締役等の内部統制システムの構築義務及び運用義務といった点について、会社法に関する基本的な理解が不十分な面も見られる。また、問題文における事実関係から会社法上の論点を的確に抽出する点、一定の結論を導くに当たり、事実関係から重要な事実ないし事情を適切に拾い上げ、これを評価する点においても、不十分さが見られる。総じて、条文の引用、判例の引用又は判例への言及が少なく、条文の適用若しくは条文の文言の解釈を行っているという意識又は最高裁判所の判例に対する意識が低く、問題の所在との関係で、条文の適用関係を明らかにしないまま、又は解釈上問題となる条文の文言を明らかにしないまま、論点について、条文等の趣旨を十分に考慮せず、又は判例を意識せずに、自説を論述する例が見られる。

会社法に関する基本的な理解を確実なものとするとともに、事実関係から重要な事実ないし事情を適切に拾い上げ、これを評価し、条文を解釈し、適用する能力と論理的思考力を養う教育が求められる。

1 出題の趣旨等

民事系科目第3問は、民事訴訟法分野からの出題であり、出題の趣旨は、既に公表されている「平成28年司法試験論文式試験問題出題趣旨【民事系科目】〔第3問〕」のとおりである。

本問においては、例年と同様、受験者が、①民事訴訟法の基本的な原理・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、問題文をよく読み、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、設問の事例に即して具体的に、かつ、掘り下げた考察をしているか、といった点を評価することを狙いとしている。

2 採点方針

答案の採点に当たっては、基本的に、上記①から③までの観点を重視するものとしたことも、従来と同様である。本年においても、各問題文中の登場人物の発言等において、論述上問題意識をもって検討すべき事項や受験生が解答すべき事項が具体的に提示されている。したがって、答案の作成に当たっては、まずは問題文において示されている検討すべき事項等を適切に吟味し、そこに含まれる論点を論理的に整序し、叙述すべき順番や相互関係を整理することが必要である。そして、その上で、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写すのではなく、提示された問題意識や当該事案の特殊性を踏まえつつこれに端的に答える形で検討結果を表現することが必要である。採点に当たっては、このような出題の意図に受験者が応えていると言えるかどうかにも留意している。

3 採点実感等

(1) 全体を通じて

本年の問題においても、具体的な事例を提示した上で、上記のとおり、登場人物の発言等において、検討が必要になる事項としてどのようなものがあるか、関係する最高裁判所の判決を紹介した上でその射程が及ぶかなど、問題意識を示しながら受験生が検討・解答すべき事項を問題文中で明瞭にしている。

多くの答案はこのような問題文中に示された問題意識に沿って解答をしようとしていたが、例えば後記(3)アで指摘するもののように、中には問題意識に正面から答えていないものも見られた。しかし、そのような答案では合格点に達することは困難であり、民事訴訟に関する基本的な概念や原理・原則についての理解を前提に論理的な思考をめぐらせることでそれまで自分では考えたことがないような問題についても自分なりに答えようとする姿勢が重要である。

また、問題意識に答えるという観点からは必要とは言えない一般論を長々と展開する答案も見られた。このような答案は、解答の結論に至るのに必要とは言えない論述をあえてしているという点で本当に理解ができているのかにつき疑問を抱かせることにもなる上、記述作業自体に貴重な時間を取られてしまうことにもなる。本年の設問もいわゆる一行問題ではなく、具体的な事案を前提に与えられた問題についての分析能力が試されているのであるから、解答として記載すべき内容も自ずと絞られてくることを意識すべきである。

なお、条文を引用するのが当然であると思われるのに条文を引用しない答案や、条番号の引用を誤る答案（例えば、民事訴訟法「第115条第1項第2号」と書くべきであるのに、「第115条第2号」や「第115条第2項」と書くもの）が多く見られた。法律解釈における実定法の条文の重要性は改めて述べるまでもないものであり、注意を促したい。

(2) 設問1について

ア 課題1

設問1では、まず、総有権確認請求訴訟という形態で、総有財産の所有関係を第三者に主張

することが固有必要的共同訴訟（「個有」と記載する答案があったが、論外である。）に当たるとされる理由についての分析が課題となっている（問題文3頁29行目以下のL1の発言）。訴え提起の段階からその後の手続上の全ての段階で共同した訴訟追行が原則として必要になるというケースであり、訴訟追行を共同してする必要まではない類似必要的共同訴訟ではなく、固有必要的共同訴訟に当たるということを説明することが必要となる。そして、この訴訟共同を要する固有必要的共同訴訟に該当するか否かを検討するに当たっては、当事者の管理処分権を基準としつつ訴訟政策的な考慮を加味して判断すべきとの考え方が有力であり、そのことを指摘する答案が多かった。しかし、なぜ管理処分権を基準とすべきなのかが明らかにされなければ、固有必要的共同訴訟に当たる理由やその判断基準を適切に分析したことはない。例えば、「訴え提起は処分行為に類似するので、管理処分権を基準に判断すべきである」といった説明が必要であり、そうしたものがなければ、単に結論を述べるのと大きな差はないと言える。さらに、なぜ、訴え提起が処分行為に類似すると言えるかについても、敗訴した場合には、問題となった権利を処分したのと類似する状態に陥るからであるといった説明を何らか工夫しておかなければ、理由を飛躍なく述べたものとは言い難い。

その上で、権利能力なき社団における総有財産の処分の在り方を述べる必要がある。もっとも、その際、総有財産については持分が観念されないことのみを理由として全員による処分が必要であることを導く答案については、持分が観念される共有についても全員による処分が必要であると解されており（民法第251条参照）、また共有財産の確認についても判例が固有必要的共同訴訟と解していることと、そのような説明が整合的と言えるか、なお説明が求められよう。

また、「訴訟政策的な考慮」をすべきことを一般論で触れるのであれば、本件事案においてどのように考慮すべきなのかを、例えば、総有関係の確認を対内的に請求する場合と比較して、本件のように総有関係の確認を対外的に請求する場合には、一回的解決の必要性が特に高いと言えるのかなどを具体的に検討して理由付けることができれば高く評価されることになる。

以上に対して、個別訴訟を許容すると判決の内容が構成員ごとに区々となり、紛争解決につながらないから、合一確定の必要があるということのみを指摘し、固有必要的共同訴訟になるとする答案もかなりの割合で見られた。しかし、そもそも、合一確定の必要があるということだけを述べるだけでは必要的共同訴訟とすべきであるとは言えても、訴訟共同まで必要とする固有必要的共同訴訟となることの説明に直ちにはならないことに注意すべきである。また、このような答案は、管理処分権能による説明を補強材料とせず、訴訟政策的な考慮だけで固有必要的共同訴訟とすることとなるから、それに応じた丁寧な考慮要因の分析が必要となる。民事訴訟において、判決の内容同士が實際上矛盾する事態は往々にして生ずる中で、総有権確認訴訟についてはなぜ構成員ごとに判決が区々となると問題があり、固有必要的共同訴訟になるとまで解する必要があるのかを、実体法上の法律関係を踏まえつつ具体的に説明しなければ説明としては成功していない。

イ 課題2

次に、構成員の中に反対者がいた場合には、全員が原告となって訴えを提起することができず、適法な訴えの提起が困難な状況に陥る。そこで、その場合にどのような方法を採用することで訴えの適法性を確保するべきかが検討課題とされている（問題文3頁32行目以下のL1の発言）。

この場合、典型的には、最高裁判所平成20年7月17日第一小法廷判決・民集62巻7号1994頁に従い、反対者らを共同被告とし、賛成者らのみを原告として訴えを提起することが考えられる。ほとんどの答案はこのような方法があり得ることを指摘していたが、その理由については、①適法な訴えを提起することができない賛成者らの訴権を保護する必要があること、②反対者らも被告となることで、手続保障を図ることができることのいずれか一方を挙げ

るにとどまるものが少なくなかった。また、理由の双方を指摘する答案も、管理処分権能を重視する立場を課題1で採用している場合には、反対者を被告として関与させることでは全員で管理処分をしたとは言えないのではないかという疑問を生じるはずであり、これにいかにか答えるかが期待される。さらに、本件では、問題文で示唆されているとおり、反対者が多数に上る状態であり、Xの規約上処分権に必要な3分の2の賛成すら集められない状況であっても、それらの反対者全てを被告に回すことで適法な訴えの提起を可能とすることが許容されてよいのかといった問題意識も浮かぶところである。難問ではあるが、せめて、これらの問題意識に触れた上で、「ここでは、裁判を受ける権利が極めて重要なものであることに鑑み、固有必要共同訴訟の判断基準のうち、訴訟政策的な観点を重視すべきである」などと述べるのが高評価につながるが、このような答案は極めて少なかった。

ウ 課題3

Xの規約においては、「甲街で事業を営む者が、Xに書面で加入申請をすれば、Xの会員となる」とされており、新たに事業を営む者が現れれば、Xの構成員が増加することになる。しかも、このようなXの構成員としては、従前の構成員の事業を何らかの形で引き継いだ者も想定できようが、ゼロから事業を開始する者も含まれ得るはずであり、少なくともそのような者について、従前の構成員の地位を承継したと単純に言うことはできないはずである。以上のような認識を前提に、Xにおける構成員の変動が訴え提起後に生じた場合に、どのような訴訟上の問題が生じ、これをどのように処理をすべきかが最後の課題とされている（問題文3頁34行目以下のL1の発言）。総有権確認の訴えが固有必要共同訴訟であることからすれば、Xの構成員全員による訴訟共同が必要であり、訴え提起後であっても、Xの構成員を欠くこととなれば、その訴えは不適法となると解するのが一般的であると考えられる。このような認識を前提とすれば、新たな構成員を当事者として訴訟に参加させることが必要となるが、その方法として、典型的には、共同訴訟参加（民事訴訟法第52条第1項）が想定される。もっとも、問題文も示唆するように、この訴訟に賛成する者ばかりではないことを踏まえれば、新たな構成員が能動的にこの訴訟に参加することが期待し難い場合があることも明らかである。その場合に訴え提起を望むB側が採り得る方法としては、実務上は、新たな構成員に対する訴えを提起し、その訴訟を併合するように裁判所に上申するという方法が考えられる。また、判例は否定するとされているものの、本件のような場面においては主観的追加的併合によることも対応策となり得ると考えられる。もっとも、主観的追加的併合を否定する判例があるのであるから、単に「主観的追加的併合が考えられる」とするのではなく、判例が否定していること、しかし、少なくとも本件のような場合にはこれを認めるべきことを、理由を付して記載する姿勢が受験生には望まれるところである。このほか、訴訟担当による説明や選定当事者の追加的選定による説明も、その記載内容に応じて評価される。

これに対し、訴訟告知をすることで手続保障を満たすことができるとする答案が少なからず見られたが、訴訟告知をすることで既判力が及ぶと誤解した答案はもちろん、そうでなくとも、訴訟告知をするのみで当事者としての参加があったのと同視することができると評価する根拠は不明であると言わざるを得ず、説明としては不適切である。

エ その他

本件では、問題文の各所でXは権利能力なき社団であることを前提とした記載がされ、課題の内容も総有権確認訴訟にまつわる課題であるにもかかわらず、Xが権利能力なき社団に該当することを論ずることに多くの紙幅を費やす答案が一定数見られたが、このような記載は解答としては全く必要がないことに注意すべきである。

オ まとめ

設問1は、全体として、設問2及び設問3と比較して、よく書けている答案が多く見られた。「優秀」に該当する答案は、例えば、課題1から課題3までについてアからウにそれぞれ記載

した検討事項に答えるだけでなく、固有必要的共同訴訟となる理由についての突っ込んだ分析や訴え提起後の構成員の変動が訴訟の適法性に影響を与えることの論述などポイントを押さえている答案であると言える。また、「良好」に該当する答案は、課題1から課題3までの検討事項に答えているもの上記のポイントには触れていない答案や、優秀な答案に準ずる内容ではあるが記述に正確性等が欠けているため評価が下がった答案であると言える。「一応の水準」の答案は、例えば、課題2について記載すべき理由の一方を挙げていなかったり、課題3について非同調者について能動的な行動が期待できないことを踏まえていないなど、課題1から課題3までについて一応の解答すらできていないものが1つ以上含まれている答案であり、それ以下の論述にとどまる答案は「不良」と評価されている。

(3) 設問2について

ア 課題1

設問2では、まず、Zが、自らの解任決議が無効であることやZがXの会長の地位にあることを確認する訴えを提起することについて「訴えの利益」が認められるという理由付けを具体的にまとめることが課題とされており（問題文4頁34行目以下のL2の発言）、特に、最高裁判所昭和28年12月24日第一小法廷判決・民集7巻13号1644頁（以下「昭和28年最判」という。）が、訴訟代理人の代理権の存否の確認を求める訴えを不合法としていることを踏まえつつ、本件ではなぜ適法となるのかを説得的に説明することが求められている（問題文4頁30行目以下のP2及びL2の発言）。

問題文においては、昭和28年最判について、本案の前提として判断される手続的事項については独自の訴えの利益は認められないから訴訟代理人の代理権の存否の確認を求める訴えを不合法であるとした判例であるとして紹介している。これを踏まえて考察すれば、昭和28年最判は、ある訴訟の訴訟代理人の代理権があるか否かは、その訴訟の手続内においてその終局判決で解決されれば足り、これと別に訴えを提起し、その存否の確認を図るべき独自の確認の利益は認められないという判断を示したものと（それ自体を学習した経験がなくても）理解することができる。

昭和28年最判をこのように理解すれば、本件訴訟においても、BがXの代表者でなければ、Bが第1訴訟においてXを代表して訴訟追行することは訴訟要件を欠き、却下判決がされるから、そのような判決を第1訴訟の終局判決としてすれば足りるのであって、Zが提起しようとする各訴えにつき訴えの利益を認める必要はないことになるのではないかと、という懸念を生ずる。

確かに、ある訴訟における訴訟代理権の存否という問題と、ある訴訟において当事者となる法人等（本件では権利能力なき社団）の代表者が誰であるかという問題とは、現実に訴訟行為を行う者の行為の効果を原告・被告とされた者に帰属させることができるかという点では共通しているから、Xの代表者を確定する意義がこの点に尽きるのであれば当該訴訟における終局判決で解決されればよいと言える。もっとも、代表者が誰であるかという問題は、裁判所に提起されたその訴訟の帰すうだけにとどまらず、より広い紛争につながるものが一般的には想定される場所である。本件でも、Xが今後とも事業活動を継続していくことが想定されるなどXをめぐる紛争が本件以外にも発生することは容易に予想される場所であり、代表者が誰であるかを確定させることについては、第1訴訟における解決とは別に訴えの利益が認められるといった議論を展開することには十分に説得力があると考えられる。

本問においては、以上のとおり、昭和28年最判を適切に位置付けた上で、本件事案との類似点と相違点をそれぞれ示し、かつ、Xにおける代表者紛争の実情を踏まえつつ訴えの利益を肯定することが求められていたものである。

他方で、手続内の問題として代表者の地位についての審理が行われざるを得ないとすれば、反訴として提起する限り、これについての確認請求に確認の利益を認めたとしても審理コスト

が増大することにはならないとして、より広範に訴えの利益を認める余地があると議論すること、さらにその論拠として、中間確認の訴えにおいては、独立の訴えと同程度の確認の利益の存在は必ずしも要求されていないことを援用することも、考えられよう。もっとも、別訴としては独立の訴えの利益の存在が認められず不適法な訴えが、反訴としては適法になるという状況は必ずしも一般的ではないことには留意して、論旨を明確にした立論をすることが必要である。

以上が本設問における問題意識に答える観点から検討すべき内容であるが、実際の答案では、確認の利益についての一般論を展開し、方法選択の適切性、対象選択の適切性、即時確定の利益の有無という3つの観点から分析を試みる答案が極めて多く見られた。もちろん、このような分析の手法の有用性は一般的には認められるところではあるが、本件においては、主たる検討課題は上記のとおりであり、このような多面的な分析を試み、あるいは、その典型的な解決方法に単純に当てはめることでは、昭和28年最判をめぐる問題の説明を図ることは困難であると考えられる。このような一般論が答案に記載されていても、結局、解答として意味がある記載と理解することができなければ、これを評価することはできないものであることを強調しておきたい。また、昭和28年最判との対比を求めているにもかかわらず、昭和28年最判に全く触れずに上記の3つの観点からの分析を行う答案も少なからず見られたが、問題文で示された問題意識に答えておらず、当然ながら低い評価にとどまらざるを得ない。

さらに、このような分析の手法の当否はともかく、分析を試みた結果として、①訴訟代理権については既判力が生ずるが、代表権の存否については既判力が生じないから、確認の利益が認められるという答案や、②反訴において代表権の存否が既判力をもって確定されれば第1訴訟自体を解決に導くことができるから訴えの利益を認めることができるが、代理権の存否を確定しても、別の代理人の選任や原告自らの訴訟追行が可能であるから当該訴訟自体を解決に導くことができないといった答案が極めて多く見られた。しかし、①については代表権の欠缺を理由とする訴え却下の判決においてはむしろ代表権の不存在について既判力を生ずるという解釈が一般的であるということ指摘することができる。また、②については代表権の存否が確定されることで第1訴訟を解決に導くことができるのであれば、第1訴訟における終局判決で解決されればよいと言える。

なお、本件では、Zの解任決議の無効とZがXの会長の地位にあることの確認を求める訴えを提起することを予定しているが、これを比較し、前者については過去の法律関係の確認であるとして確認の利益を否定する答案も見られた。そういった結論自体が直ちに誤っているとも言い難いが、その際には、Xが権利能力なき社団であり、例えば、会社法上の訴えと異なり、実定法上の根拠を欠いていることなどを指摘することができていれば高く評価することができた。

イ 課題2

次に、反訴要件の具備・不具備について検討することが課題とされているが（問題文4頁37行目以下のL2の発言）、本件事案との関係では、「本訴の目的である請求又は防御の方法と関連する請求」といえるか否か、「著しく訴訟手続を遅滞させる」場合に当たらないか否かが問題となることの把握が求められていた。

まず、「本訴の目的である請求又は防御の方法と関連する請求」といえるか否かについては、本件事案を前提とすると、総有権確認訴訟を本訴として念頭に置きつつ訴訟要件についての争いはこれと関連する請求とする構成と、（Zに対する）登記請求訴訟を念頭に置きつつこれと関連する請求であるとする構成とがあり得る。

一般に、「本訴の目的である請求・・・と関連する請求」とは、本訴の権利関係とその内容又は発生原因において法律上又は事実上共通するものなどといわれ、「本訴の・・・防御の方法と関連する請求」とは、抗弁事由とその内容又は発生原因において法律上又は事実上共通する

ものといわれる。そこで、いずれの構成においても、このような一般的な定式との関係で位置付けることが求められるものの、特に、訴訟要件についての争いは本訴の抗弁事由とは言い難いことに鑑みれば、直ちに関連性を満たすとは言えないという分析も可能であることも踏まえつつ関連性の有無を論じた答案は高く評価された。

他方で、「著しく訴訟手続を遅滞させる」場合に当たらないか否かについては、上記のいずれの構成を取っても本訴の審理内容と反訴の審理内容とは実質的に重複していると言えるから、遅滞のおそれはないということが指摘できていれば高く評価された。なお、本件が審理を開始して間もない段階であるから訴訟手続を遅滞させることはないという答案も見られたが、問題文にはそのような事実関係は示唆されていなかった。

ウ まとめ

設問2は、課題2については比較的良好に答えることができていたが、課題1については、通常の学習の範囲では取り組むことの少ない問題で現場での思考力が試される課題であったこともあり、問題意識に的確に答えることができた答案は非常に少なかった。そのため、課題1及び課題2の双方について上記に示したような洞察までできていなくとも、双方の課題の趣旨を一応理解して論ずることができた答案は「優秀」に該当すると言えるものとなった。また、「良好」に該当する答案は、課題1について、第1訴訟中で終局判決をすれば足りる問題であると言えるのではないかと、という認識が明瞭にはなっていないものの、特に即時確定の利益を強調する中で「代表権の問題は実体法上の問題であり、様々な紛争の解決に資する」などと紛争解決の広がり認識していると抽象的には読み取れ、課題2についても上記の二つの要件の問題であることを指摘し、これに該当することをある程度具体的に摘示する答案などである。これに対して、「一応の水準」の答案は、課題1について昭和28年最判の事案とは異なると述べるものの理由付けは適切ではなかったが、課題2については上記の二つの要件の問題であることを指摘し、これに該当することをある程度具体的に摘示することはできている答案などである。それ以下の答案が「不良」に当たると評価された。

(4) 設問3について

ア 全体について

設問3では、会話文中に下線部分①から③までの問題意識として提示されている要検討事項についての検討結果を示しつつ、「前訴判決が存在するにもかかわらず、第2訴訟において本件不動産の帰属に関して改めて審理・判断をすることができるのかを検討する」という課題に答えることが必要とされている（問題文6頁1行目以下のJの発言）。

したがって、全体としての課題に対する応答としては、再審理が可能である、あるいは何らかの理由によって再審理ができなくなるという結論を提示することが必要である。もっとも、このように結論を提示せず、「Yが不利益を被っても仕方がない」などとすることどまった答案も一定数見られた。

イ 下線部分①の問題意識について

下線部分①では、本件における再審理の可否を判断するための検討事項として、最高裁判所平成6年5月31日第三小法廷判決・民集48巻4号1065頁（以下「平成6年最判」という。）が本件にも援用可能か否かについて検討することとされている。

したがって、まずは平成6年最判のように権利能力なき社団が当事者となった判決の効力が当該社団の構成員に及ぶとする理論構成を検討する必要がある。そのための理論構成としては、法定訴訟担当構成、任意的訴訟担当構成、固有適格構成などが主張されているが、援用の可否を検討する前提としてまずは自説の立場（条文上の根拠も含む。）を明らかにすることが必要になる。その上で、本件における特殊性として、ZはXの構成員ではあるものの、第1訴訟の共同被告の一人として訴訟行為を行っていたことをどのように評価するかを検討し、援用の可否について結論を示す必要がある。

援用の可否については、積極・消極のいずれの結論も評価することができるが、任意的訴訟担当構成では援用否定方向に、法定訴訟担当構成や固有適格構成では援用肯定方向に流れるのがまずは自然であると言えるので、それと異なる立場を採る場合には相応の理由付けを示すことが必要になるものと考えられる。

また、確かに、Zは第1訴訟の共同被告の一人として訴訟行為を行っていたと言えるが、ここで問題とされているのは、Y・Z間に既判力があると言えるか否かであるため、第1訴訟のうちX・Y間の訴訟に係る判決部分が、ZがXの構成員であることを理由としてZ・Y間でもその効力を生ずると言えるかという問題として議論がされている。したがって、確かに、Zは被告として行動してはいるものの、問題となるX・Y間訴訟の被告ではなかったことにも留意する必要がある。第1訴訟では、Xが原告となり、Y及びZが共同被告とされているが、X・Y訴訟とX・Z訴訟とは、通常共同訴訟であり、共同訴訟人独立の原則が適用される（したがって、ZとYとを単純に同視するわけにはいかない）。そして、Y・Z間に、Xを介することなく直接に既判力が生ずるものではないことは、基本的な事項として理解しておく必要がある。

Zが共同被告の一人として行動していたというZの立場を踏まえた援用の可否についての分析は、多くの答案がすることができていたが、なぜXを当事者とする判決の既判力がZに拡張されるかという点については、既判力を手続保障と安易に（手続保障があれば既判力を認めてよいという単純な思考で）結び付けるだけの答案が多く、権利能力なき社団が原告となった訴訟の法的性質について適切に触れていた答案は多くはなかった。また、前訴判決によってY・Z間に直接に既判力を生ずるものでないことは上記のとおりであるが、平成6年最判の援用を否定しながらもY・Z間に既判力が生ずると明示するなど、この点を誤解する答案が少なからず見られたことは大いに残念であった。

ウ 下線部分②の問題意識について

次に、下線部分②においては、本件の事実関係の下で、抵当権の設定時点における本件不動産の所有関係という第2訴訟の争点についての審理・判断が前訴判決の既判力によって封じられるのかを具体的に検討することが求められている。

本件の事実関係についての実体法上の問題についての理解の仕方には多様なものがあり得るが、問題文に示されたJの理解を前提とすれば、①前訴判決における既判力の対象は第1訴訟の口頭弁論終結時におけるXの（構成員による）所有（総有）（以下では便宜上単に「X所有」という。）であること（これにより、その時点におけるZの所有権の不存在が導けること）、②第2訴訟における攻撃防御の対象は抵当権設定契約時のZ所有であること、③前訴判決の基準時より前の問題が第2訴訟の争点となっていることを整理することが可能である。

一般に、前訴の口頭弁論終結時における「X所有」が既判力をもって確定しているということは、基準時においてX以外の者が所有しているという主張を後訴において遮断し、これと異なる前提を後訴で取り得ず、基準時後のXから第三者に対する所有権移転などの主張をすることしかできないことになる。

しかし、基準時前にX以外の者が所有していたかどうか争われる場合に、そのような主張が既判力をもって遮断されるかと言えば、例えば、その第三者とXとの間の所有権移転が基準時前に行われたという可能性が抽象的にはあり得る以上、既判力による遮断は生じないことになる。仮に第三者とXとの間の所有権移転があり得ないということが前訴で確定されていたとしてもそれは飽くまでも判決理由中の判断によるものであり、既判力による遮断の対象ではないことになる。

このような理解を端的にまとめることができれば、下線部分②について適切な答案ということができ、このような解答に至った答案も相当数見受けられた。また、これに加えて、既判力による遮断は困難であるとしても、訴訟における攻撃防御上、Zが基準時におけるX所有と両立

可能な所有権移転の経路を主張することは困難であることまで説明する答案は更に高く評価された。

他方で、既判力の基準時が口頭弁論終結時であるのはその時まで攻撃防御方法の提出が可能である点にあるとした上で、これをそのまま遮断効の問題にしてしまい、基準時前の法律関係についての主張が既判力によって制限されるなどとする答案も一定数見られた。これは、既判力の客観的範囲・時的範囲の問題について基礎的な部分を理解していないと言わざるを得ないものであり、大変残念であった。

エ 下線部分③の問題意識について

X（の構成員であるZ）・Y間訴訟の判決の既判力をもって、第2訴訟における本件不動産の帰属に関する再審理をすることができないと結論付けることは基本的に困難であるとの結論に至ったとしても、信義則等の一般法理によって再審理が不可能であるとする事ができるか否かの検討が必要になるが、そのような一般法理の適用を視野に入れれば、その適用を主張するYに第1訴訟の段階で採るべき手段がなかったのかという事情は考慮すべきものと言うことができる。

そこで、そのような事情の有無を踏まえつつ、そのような事情があっても一般法理の適用を認めることができるのか、それとも否定すべきかを検討するのが下線部分③の問題意識である。

そして、まず、採るべき手段としては、前訴判決に参加的効力を生じさせ、判決理由中の判断について拘束力を発生させることができる「訴訟告知」が最もふさわしいということができる。被告者となるZは告知者であるYに対して、Yが敗訴した場合に損害賠償義務を負う立場にあることからすれば、参加的効力の発生も基礎付けることができるのであり、このような分析を端的に述べることで、採るべき手段についての検討としては必要十分であるが、訴訟告知に触れることができた答案は残念ながら多くはなかった。

これに対し、実際の答案では、理由中の判断に効力を生じさせるという観点から参加的効力に思い当たったものの、そこで補助参加とするものも見られた。しかし、ここで補助参加に言及するという事は、YがX・Z間の訴訟に補助参加するということになるが、これでは敗訴責任の分担である参加的効力はZがYに主張するものとなってしまい、Yが参加的効力を主張することにはならないことが見落とされている。

また、Yが二重に敗訴するという事態を防止するという点から同時審判の申出を挙げる答案も多かったが、前訴において、同時審判をすべき訴訟として何と何を想定していたのかも判然とせず、評価することができない。

他方で、YがZに対して第2訴訟と同様の訴訟を第1訴訟の時点で提起し、その併合を裁判所に上申するという答案は一つの解決法であると言うことはできるが、訴訟告知という方法と比べればYの負担も大きく、また、Zとの間のあつれきを生みやすいことも否定できないものと考えられる。

次に、このように訴訟告知という有効な方法が存在することを前提に、一般法理の適用についてどのように考えるのか、自らの立場を明らかにする必要がある。前訴において訴訟告知という方法を採用得たのであるから、信義則等によって再審理を不要とすることはできないという答案も一つの筋道として考えられる。他方で、Zは第1訴訟の共同被告であったのであるから、Zに対する訴訟告知が可能であったとしてもYがこれをしなかったことは理解できるなどとした上で、いわゆる当然の補助参加理論等に依拠しつつ、再審理を不要とするという答案も評価することができる。ここでは、採り得る措置を踏まえつつ、それとの関係で信義則等の一般法理の適用に関してどのような結論を取るのかを論理的に説明することが求められている。

残念ながら、そもそも時間が足りなかったと見られる答案もあり、また、訴訟告知という方法に気付いた答案も少なかったが、何らかの方法があることを前提とした答案は、上記のような問題意識には一定程度は答えることができていた。

オ まとめ

設問3は、全体としては難度の高い問題であったと思われるが、問題文に示された下線部分①から③までの問題意識に一つずつ答えることで、再審理の可否という課題には答えることができるものであったと言える。

そのため、下線部分①から③までの問題意識に過不足なく答えることができていた答案が「優秀」に該当すると言えるが、例えば、下線部分①に関して権利能力なき社団が原告となった訴訟の法的性質に遡った論述ができていないとか、下線部分③に関して訴訟告知があると手段を指摘するだけで理由中の判断に参加的効力が及ぶといったことまで指摘することができていない答案であっても、他の部分を書けていれば「優秀」な答案であると言える。

下線部分①から③までの問題意識のうち、例えば下線部分②の結論を誤るとか、下線部分③に関し訴訟告知を指摘できないなどその一つに適切に答えることができていない答案であっても他の二つの問題意識には答えられているといった答案や、それぞれの論述の精度が低いがいずれの問題意識にも一応答えられている答案は「良好」な答案であると言える。

これに対し、下線部分①から③までの問題意識のうち、一つには答えることができていないものの、他の二つは誤っているか、中途半端なものとなっている答案は、「一応の水準」の答案であり、それ以下の水準のものは「不良」な答案であると言える。

(5) その他

本年も、複雑な事案を前提に複数の課題に答えることが求められているため、事案及び問題意識の把握、答案の構成の検討、具体的な記述作業といった答案作成事務を試験時間内に的確にこなすことは決して容易なことではなかったと言える。そのためか、答案全体のバランスが前半に偏ってしまい、設問3については有意な記述がほとんどないという答案も散見された。もっとも、これは時間配分に十分に留意することで大きく改善することができるから、言い古されたことではあるものの、時間配分を意識して試験に臨むことが肝要である。

また、極端に小さな字（各行の幅の半分にも満たないような字）やあまりに細いペンで書いているために判読が困難な答案や、書き殴ったような字や崩した文字を使用した答案も多く見られた。これらには、簡単な心掛けで改善が可能であると思われるものも含まれているので、留意していただきたい。

4 法科大学院に求めるもの

多数の受験者は、固有必要的共同訴訟における訴訟共同の必要と合一確定の必要の関係や、訴訟共同の必要の判断基準といった基本的な論点についてきちんとした論述ができないにもかかわらず、より応用的な、提訴拒絶者を被告に回す処理や共同訴訟参加による固有必要的共同訴訟の補正といった論点についてはそれなりに論述ができていた。また、例えば、訴訟共同の必要に関する管理处分権に関する規範定立についてお決まりの論証パターンを持ち出す答案が極めて多く見られた。他方で、思考力が試される設問2や設問3（特に下線部③についての検討など）については、十分な水準に達したと言える答案は少なかったと言わざるを得ない。

このような状況は、法科大学院の民事訴訟法教育を受けてきた受験生が、基本的事項の理解をおろそかにし、いわゆる論点主義的な思考パターンに陥ってしまっているのではないかという懸念も生じさせないではない。

法律科目が多数に上る中で、民事訴訟法に多くの時間を割くことができず、より効率的な学習に走らざるを得ないという心境に受験生自身が陥っているのかもしれない。しかし、本年の問題も、そこで問われた内容が論点として認識され、学習の対象とされていなければおよそ解くことができないという問題ではなく、民法の基礎的な知識を前提に、民事訴訟の基本的な原理・原則や概念を正しく理解し、思考をめぐらせることで十分に合格水準に達することができる問題であるし、その過程を答案で適切に表現することが求められている点では従来と違いはないものである。基本事項

についての理解の定着とそれを具体的な事案や問題に応じて論理的に展開していく思考力を涵養することこそが、法学教育に求められるものであることを引き続き強調したい。

1 出題の趣旨について

既に公表した出題の趣旨のとおりである。

2 採点の基本方針等

本問では、比較的長文の具体的事例に基づき甲乙丙丁それぞれの罪責を問うことにより、刑法総論・各論の基本的な知識と問題点についての理解の有無・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、結論の妥当性、その結論に至るまでの法的思考過程の論理性等を総合的に評価することを基本方針として採点に当たった。

すなわち、本問は、暴力団構成員である乙が、上位の地位にある甲から、V方に押し入って現金を奪うこと（以下「本件強盗」という。）を指示され、甲から資金提供を受けて開錠道具や果物ナイフ（以下「ナイフ」という。）等必要な道具を購入した後、甲から本件強盗を中止するように言われたものの、これに従わずに前記開錠道具を用いてV方に侵入し、Vに対し暴行・脅迫を加えたところ、乙が強盗するのを手伝うために丙がV方にやって来たことから、丙と共に現金を奪って逃げたという事例と、乙らの逃走後、V方に侵入した丁が、V名義のキャッシュカード（以下「カード」という。）をズボンのポケットに入れた後に右ふくらはぎから血を流して倒れているVを見付け、Vから同カードの暗証番号を聞き出して逃走し、同カードを用いて現金を引き出すために近くのX銀行Y支店に行き、同支店内において、前記聞き出した暗証番号を入力して現金自動預払機（以下「ATM」という。）から現金を引き出したという事例（なお、丁の逃走後、Vは乙から顔面を蹴られたことによる脳内出血が原因で死亡した。）について、甲乙丙丁それぞれの罪責を問うものであるところ、これら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を導くこと、さらには、甲乙丙丁それぞれの罪責についての結論を導く法的思考過程が相互に論理性を保ったものであることが求められる。

甲乙丙丁それぞれの罪責を検討するに当たっては、それぞれの行為や侵害された法益等に着目した上で、どのような犯罪の成否が問題となるのかを判断し、各犯罪の構成要件要素を検討し、問題文に現れた事実を丁寧に拾い出して当てはめ、犯罪の成否を検討することになる。ただし、論じるべき点が多岐にわたることから、事実認定上又は法律解釈上の重要な事項については手厚く論じる一方で、必ずしも重要とはいえない事項については簡潔な論述で済ませるなど、答案全体のバランスを考えた構成を工夫することも必要である。

出題の趣旨でも示したように、乙の罪責の検討に当たっては、乙が、V方に侵入し、Vに対してナイフを使って暴行・脅迫を加えて怪我をさせた上、V方から現金を持ち出した行為に関しては、住居侵入罪が成立することを簡潔に論じた上で、まず、乙がVに対して加えた暴行・脅迫が強盗罪の実行行為に該当することを論じ、さらにその後、Vが死亡した点については、死亡結果と因果関係のある乙の行為を的確に指摘し、強盗致死罪が成立する旨を論じることが求められていた。

丙の罪責の検討に当たっては、丙が、V方に侵入し、乙に加担して、乙と共にV方から現金を奪った行為に関して、乙同様、住居侵入罪が成立することを簡潔に論じた上で、承継的共犯の成否を論じることが求められていた。そして、その際には、承継的共犯についての規範を示し、承継的共犯の成立を肯定した場合には、Vの死亡結果についてまで丙が責任を負うのか、承継的共犯の成立を否定した場合には、丙にはいかなる犯罪が成立するのかについて、問題文に現れた事実を前記規範に当てはめて説得的に論じることが求められていた。

甲の罪責の検討に当たっては、まず、甲が何らの実行行為を行っていないことから、共謀共同正犯の肯否を簡潔に論じた上で、問題文に現れた事実を当てはめて甲の共同正犯性を肯定し、次に、甲が乙に

対して本件強盗の中止を指示したにもかかわらず乙がこれを実行した点に関して、甲について共犯関係からの離脱が認められるかについてその判断基準を示しつつ論じ、離脱を認めない場合にはVの死亡結果についても甲が責任を負うのかや、丙との共謀の成否について、離脱を認めた場合には甲に強盗予備罪が成立することを指摘した上で、予備罪の共同正犯の成否等について、問題文に現れた事実を的確に当てはめて論じることが求められていた。

丁の罪責の検討に当たっては、丁がV方へ侵入した行為に関して住居侵入罪が成立することを簡潔に論じた上で、V方の金庫内からカードを盗み出した後に、右ふくらはぎから血を流して倒れているVから同カードの暗証番号を聞き出した行為に関して、カードについての窃盗罪の成否、暗証番号の財産上の利益該当性、暗証番号を聞き出した行為の強盗罪の実行行為該当性を、問題文に現れた具体的事実を指摘しつつ論じ、さらにその後、同カードを使ってX銀行Y支店内に設置されたATMから現金を引き出した行為に関して、建造物侵入罪の成否及び窃盗罪の成否を簡潔に論じることが求められていた。

3 採点実感等

各考査委員から寄せられた意見や感想をまとめると、以下のとおりである。

(1) 全体について

本問は、前記2のとおり、論じるべき点が多岐にわたることから、各論点の体系的な位置付けを明確に意識した上、厚く論じるべきものと簡潔に論じるべきものを選別し、手際よく論じる必要があった。すなわち、甲乙丙丁それぞれの罪責を論じるに当たって検討が必要であると思われる論点には、重要性の点において軽重があり、その重要度に応じて論じる必要があったが、これを考慮することなく、必ずしも重要とは思われない論点に論述の多くを費やした答案も見受けられた。

本問を論じるに当たって必要とされている論点全てに触れた少数の答案を含め、総じて、規範定立部分についてはいわゆる論証パターンをそのまま書き写すことに終始しているのではないかと思われるものが多く、論点の正確な理解ができていないのかに不安を感じる答案が目についた。

法的三段論法については、大多数の答案においては意識されていると思われたものの、中には、問題文に現れた事実を抜き出しただけで、その事実が持つ法的意味を特段論じずに結論を記載するという答案も少なからず見受けられた。前述の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も、結論に至るまでの法的思考過程を論理的に的確に示すことが求められる。

なお、本問で罪責の問われている者は甲乙丙丁と複数のため、答案を構成するに際しては、各人において論じるべき点の相互関係に留意した上、各人の論じる順序を検討した方がよいと思われたが、ほぼ全ての答案が、乙丙甲丁等、適宜の順に応じて論じることができていた。

(2) 乙の罪責について

乙の罪責を検討するに当たって論じるべきと思われる点は、①住居侵入罪の成否、②Vに対する強盗致死罪の成否である。

まず、①の点については、ほとんどの答案で触れられていたが、これを長々と論じる答案も若干ではあるが見受けられた。本問で乙に住居侵入罪が成立することについては特に争いのないところであるため、同罪の保護法益を指摘しつつ事実を当てはめて簡潔に論じることが求められていた。論じるべき点の軽重を的確に判断し、質量ともに適切な論述ができるよう意識すべきである。

次に、②の点については、大多数の答案が、乙がVに対して加えた、ナイフを顔面付近に突きつけた脅迫行為、顔面を数回蹴った暴行行為、右ふくらはぎをナイフで刺した暴行行為等は、いずれも強盗罪の実行行為に該当するとした上、その後、Vが死亡した点に関し、乙が顔面を蹴った行為とVの死亡結果との因果関係を認め、強盗致死罪が成立するとの結論を的確に導き出すことができていた。

前記暴行・脅迫に関し、これらが強盗罪の実行行為に該当するか否かについて長々と論じる答案も散見されたが、これらの該当性についてはほぼ争いがないと思われるので、強盗罪の実行行為に関す

る最高裁判例（最二判昭和24年2月8日刑集3巻2号75頁等）に従って端的に論じることで十分であるところ、大多数の答案はそれができていた。ところで、本件におけるVの死亡結果については前記のとおり乙の強盗罪の実行行為たる暴行（顔面を蹴った行為）から生じたものである。それにもかかわらず、強盗の機会性を論じる答案が少なからずあったが、このような答案は、強盗罪についての基本的な理解が不十分であると認められた。

なお、強盗致死罪の成否を論じる前に、強盗予備罪の成否を論じる答案が相当数存在した。これは時系列に沿って犯罪の成否を論じたためだと思われるが、本当にこの点を論じる必要があるかについての的確に意識されていた答案は少数であった。すなわち、後に甲の罪責について検討する中で、甲について共犯関係からの離脱を認め、甲には強盗予備罪が成立するとの結論を採った場合には、乙に関して強盗予備罪の成否を検討しておくことは意味があると思われる。しかしながら、それ以外の場合にまで、この点を論じる意味があったのかについては疑問があるところである。

さらに、乙の罪責に関して、前記以外にも、Vの死亡結果に関する乙の殺意の有無を長々と論じる答案や、乙が、甲に対し、Vから現金を強奪したことを告げずにこれを丙と分け合ったことについての詐欺罪の成否や横領罪の成否を論じる答案が少数ながら存在した。このうち、殺意については、本問の事実関係からは殺意を認めるのが困難であることは明らかであることから、そもそも本問でこれを論じる必要があるのか、仮にこの点を論じるとしてもどの程度の分量が適切であるのかについての的確に判断すべきであったし、詐欺罪や横領罪の成否については、そもそも本問でこれらを論じる必要があるのかについてやはり的確に判断すべきであった。

(3) 丙の罪責について

丙の罪責を検討するに当たって論じるべきと思われる点は、①住居侵入罪の成否、②乙の強盗行為に途中から加担して現金を手に入れたことに関する承継的共犯の成否である。

まず、①の点については、乙の罪責のところでも述べたのと同様に簡潔に論じることが求められていたが、大多数の答案はその旨の論述ができていた。

次に②の点については、承継的共犯についての問題の所在を意識しつつ、的確な規範定立を行うことが求められていたところ、大多数の答案は相応に論述されていたが、いわゆる論証パターンに沿った論述に終始していると思われるものがほとんどであり、共犯の処罰根拠を含め、承継的共犯の問題の所在について意識した上での的確に論述されていると認められた答案は少数であった。また、承継的共犯の肯否に関しては、いわゆる中間説（限定的肯定説）を採るものがほとんどであったが、規範定立と事実の当てはめが一致していない答案も少なからず見受けられたところであり、これらの答案は、事実を拾って説得的に論じるとの意識が乏しいと思われた。なお、承継的共犯に関しては、近時の最高裁判例（最二決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁）が存在するところ、同判例を意識して論述していた答案は少数であったが、いわゆる重要判例のある問題点については、これを意識して論述することがより望ましいものといえる（※上記最高裁判例については、当初掲載した採点実感等に関する意見では平成26年と記載していましたが、平成24年の誤りでしたので訂正しました）。

丙につき承継的共犯の成立を肯定した場合には、次に丙がVの死亡結果について責任を負うかを論じる必要があったところ、理由もなく丙がVの死亡結果について責任を負うとした答案が相当数存在したが、この結論が妥当かは疑問なところであり、このような答案については、承継的共犯を正確に理解できているのか、疑問を抱かざるを得なかった。

また、全面的否定説の立場を採って承継的共犯を否定するなどして、丙について窃盗罪の成立を認めた場合には、Vは丙が加担する前に既に乙の暴行・脅迫によって反抗を抑圧されており、丙はVに対して一切の暴行・脅迫を加えておらず、かつ、Vも丙の存在を認識していないことなどの、問題文に現れた事実を指摘して説得的に論じた上で、乙とはいかなる範囲で共同正犯が成立するのかを検討

し、これらを的確に論述することが求められていたところ、前者については概ね指摘して論述することができていても、後者の共同正犯の成立範囲についてまで検討できていた答案は少数であった。これは各論点の体系的位置付けや論点相互間の理論的結び付きについての理解が不十分なためではないかと思われた。

(4) 甲の罪責について

甲の罪責を検討するに当たって論じるべきと思われるものは、①甲乙間の共謀の成否、甲乙間に共謀が成立するとして、②その後、甲は、乙が本件強盗を実行する前に中止を指示していることから甲について共犯関係からの離脱が認められるか否か、③その検討結果を踏まえた成立罪名、さらに、④甲について共犯関係からの離脱が認められないとした場合には、甲丙間における共謀の成否である。

①の点については、甲と乙の立場や乙に対する甲の指示内容等、問題文に現れた事実を踏まえて共謀共同正犯の成否を論じる必要があったところ、大多数の答案は、規範を定立した上、甲から乙への情報提供、方法指示及び資金提供や乙が分け前欲しさから加担したことなどの問題文に現れた事実を指摘しつつ、共謀共同正犯が成立する旨を論じていることができていた。

②の点については、共犯関係からの離脱を論じるに当たって、問題の所在を意識しつつ的確な規範定立を行うことが求められていたところ、共犯の処罰根拠も含め、大多数の答案は相応に論述されていたが、他の論点と同様、単にいわゆる論証パターンに従って論述しているにすぎないと思われたものが相当数見受けられた。さらに、定立した規範へは、甲と乙のやりとり（中止指示と乙の了承を前提に、甲が乙に対し、開錠道具やナイフ、かばんといった道具の回収指示をしていないこと）、甲から渡された現金3万円で乙が購入した開錠道具やナイフ等の道具の重要性、甲が首謀者であること、甲から乙への中止指示が犯行直前であり、かつ、その指示方法も、組長から中止指示を受けて直ちに告げたわけではなく、乙が電話をかけてきた際に告げたものであることなどの問題文に現れた事実を指摘した上で、心理的因果性及び物理的因果性に着目して結論を導き出すことが求められていた。多くの答案では、前記各事実の指摘は概ねできていたが、その答案のほとんどが、その後、単に、心理的因果性が除去されても物理的因果性が除去されないため離脱は認められないと指摘することにどまっており、その場合に共犯関係からの離脱が認められない理由についてまで説得的に論述できていた答案は少数であった。

また、前記各事実の指摘が不十分なまま、安易に、甲について共犯関係からの離脱を認めた答案も少なからず存在した。甲について共犯関係からの離脱を認めた場合には、物理的因果性が残っているにもかかわらず離脱を認めると判断した理由につき、問題文に現れた事実を指摘しつつ、より説得的に論じることが求められていたのであるが、このような論述ができていた答案は極めて少数であり、これは論文式試験における事実摘示の重要性についての認識が不十分であるためではないかと思われた。

③の点については、甲について共犯関係からの離脱を認めないとした場合、Vが乙の行為により死亡している点について甲が責任を負うのか、いわゆる結果的加重犯の共同正犯の成否について理由を含めて簡潔に論じる必要があったが、これを的確に論述できていた答案は少数であった。

これに対して、甲について共犯関係からの離脱を認めるとした場合、甲には強盗予備罪が成立すると考えられるところ、離脱を認めながらも強盗予備罪の成立を検討しない答案が見受けられたし、また、離脱を認めて甲に強盗予備罪が成立することは検討できていたものの、乙との関係で強盗予備罪の共同正犯が成立することについてまで論述できていた答案は少数であった。これは刑法の体系的理解が不十分であるためではないかと思われた。

④の点、すなわち、甲について共犯関係からの離脱を認めないとした場合、甲丙間に共謀（順次共謀）が成立するかについては、その結論はさておき、相当数の答案で論述されていた。受験生においては、順次共謀の考え方（判例として最大判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁等があ

る。)を含め、刑法上の基本的な概念については、その理解をより一層深めてもらいたい。

なお、甲に関しては、共謀の射程論を論じた答案や、共犯関係からの離脱を論じずに中止犯の成否を論じた答案が少数ながら存在したが、これらは刑法上の基本的な概念についての理解を誤っていると思われた。

(5) 丁の罪責について

丁の罪責を検討するに当たって論じるべきと思われる点は、①V方へ侵入した点についての住居侵入罪の成否、②丁がV方内で行った行為についての窃盗罪及び強盗利得罪の各成否、③V名義のカードとVから聞き出した暗証番号を使い、X銀行Y支店内に設置のATMから現金を引き出した行為についての建造物侵入罪及び窃盗罪の各成否である。

まず、①の点については、これまで述べてきたのと同様に簡潔に論じることが求められていたが、大多数の答案はその旨の論述ができていた。

次に、②の点について、丁がV名義のカードをズボンのポケットに入れた点に関しては、カードの財物性、窃盗罪の既遂時期などについて端的に論じることが求められており、大多数の答案は、カードの財物性が肯定されることを前提に、窃盗罪の成否を検討することができていたが、既遂時期に関して明確に論述できていた答案は少数であった。

また、丁が、V方内において、右ふくらはぎから血を流して横たわっているVに対し、強い口調で迫ってVからカードの暗証番号を聞き出した点に関しては、これがいかなる構成要件に該当するかを論じることが求められていたところ、この点に関しては、V名義のカードの暗証番号が刑法上保護されるべき財産上の利益に該当するか否かに加え、丁がVに申し向けた文言が強盗罪の実行行為としての脅迫に該当するか否かが問題となり得る点であった。

これらの点に関しては、暗証番号の利益性を肯定すれば2項強盗罪あるいは2項恐喝罪が、これを否定すれば強要罪等が成立すると考えられるところ、いかなる結論を採るかはさておき、これらの問題点を意識した上で、論理的に矛盾なく相応の分量で論じていれば十分であり、多数の答案はそれができていた。しかしながら、結論を示すのみで、思考過程を示すことができていない答案も相当数存在した。

さらに、③の点については、建造物侵入罪の成否及び窃盗罪の成否を簡潔に論じることが求められていたところ、大多数の答案は論点の重要性に応じた論述ができていた。

(6) その他

例年指摘しているところではあるが、字が乱雑で判読しづらい答案も少数ながら存在したし、漢字に間違いのある答案も散見された。時間的に余裕がないことは承知しているところであるし、達筆であることまでを求めるものではないものの、採点者に読まれるものであることを意識し、大きめで読みやすく丁寧な字で書かれることが望まれる。

(7) 答案の水準

以上を前提に、「優秀」「良好」「一応の水準」「不良」という答案の4つの水準を示すと、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前記採点の基本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理解するとともに、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摘示して当てはめを行い、甲乙丙丁それぞれの刑事責任について、論理的に矛盾せずに妥当な結論を導いている答案である。特に、問題文に現れた具体的事実の持つ意味を論じつつ当てはめを行っている答案は高い評価を受けた。

「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基本方針に示された主要な問題点について理解できており、甲乙丙丁それぞれの刑事責任について論理的に矛盾せずに妥当な結論を導くことができているものの、一部の問題点についての論述を欠くもの、主要な

問題点の検討において構成要件要素の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たものである。

「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、複数の主要な問題点についての論述を欠くなどの問題はあるものの、論述内容が論理的に矛盾するところはなく、刑法の基本的な理解について一応ではあるもののこれを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、刑法の基本概念的な理解が不十分であるために、本問の出題の趣旨及び前記採点の基本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、事案の解決に関係のない法解釈論を延々と展開しているもの、問題点には気付いているものの結論が著しく妥当でないもの、論述内容が首尾一貫しておらず論理的に矛盾しているもの等である。

4 今後の法科大学院教育に望むこと

刑法の学習においては、刑法の体系的な理解、すなわち刑法の基本概念的な理解を前提に、個々の論点の問題の所在を理解するとともに、各論点の位置付けや相互の関連性を十分に理解することが必要不可欠である。これらができていなければ、的確かつ説得的な論述はできない。

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

今回の論文式試験では、主要な論点について暗記していたいわゆる論証パターンを単にそのまま書いたにすぎないように思われる答案が見受けられたが、それは法的思考能力を身に付けるために必要な、前記に指摘した諸点の重要性に関する理解・認識が不十分であるためではないかと思われる。

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な理解の修得に力点を置いた上、判例学習等を通じ具体的事案の検討を行うなどして、正解思考に陥らずに幅広く多角的な検討を行う能力を涵養するとともに、論理的に矛盾しない、事案に応じた適切で妥当な結論を導き出す能力を涵養するよう、より一層務めていただきたい。

1 採点方針等

本年の問題も、昨年までと同様に比較的長文の事例を設定し、その捜査、公判前整理手続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・分析した上で、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、その過程を筋道立てて説得的に論述することを求めている。法律実務家になるための学識・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、公表されているとおりである。

〔設問1〕は、司法警察員Pらが、被疑者甲の異常な言動を認めて職務質問を行ったところ、甲に覚せい剤使用者特有の様子が見られた上、覚せい剤取締法違反の前科も判明したことから、覚せい剤使用及び所持の疑いを抱き、警察署への任意同行及び尿提出を求め、30分間にわたり、甲をその場に留め置き、その後、甲の腕の注射痕及びバッグ内の注射器を認め、甲の覚せい剤使用等の疑いを強め、甲車の捜索差押許可状及び甲の尿を差し押さえるべき物とする捜索差押許可状を請求する準備に着手し、甲に対する有形力の行使を伴いながら、5時間にわたり、甲をその場に留め置いた措置について、適法性を問うものである。いわゆる強制処分と任意処分の区別、任意処分の限界について、その法的判断枠組みを示した上、捜査が進展していくことを意識しながら、具体的事実に同枠組みを適用して結論を導くことを求めている。

〔設問2〕は、接見指定の可否・限界を問うものであり、接見指定に関する刑事訴訟法第39条第3項本文の解釈及び初回接見であることを踏まえた同項ただし書の解釈を行った上、各下線部における検察官Sによる接見指定について、接見指定を行ったのが、刑事訴訟法上要求されている弁解録取手続中であること（下線部①）、甲の自白を得たいとして取調べを実施しようとする段階であること（下線部②）を踏まえつつ、具体的な当てはめを行い、接見指定が許される場合に当たるか、許される場合に当たるとして指定した内容が適切か、結論を導くことを求めている。

〔設問3〕は、乙の供述を内容とする甲の証言について、伝聞法則の適用の有無という観点から証拠能力を問うものである。甲の証言が伝聞法則の適用を受けるか否かは、それによって証明しようとする要証事実が何であるかとの関連で決まるとの基本的理解を前提に、甲の証言から、甲が覚せい剤を譲り渡された際に、乙に覚せい剤であるとの認識があったことを立証するためには、いかなる推論過程をたどることになるのか、その推論過程において、乙の供述内容の真実性が問題となるのかを具体的に検討することが求められる。

〔設問4〕は、公判前整理手続で明示された主張との関係で、その内容を一部異にする被告人質問を制限することの可否を問うものである。被告人及び弁護人には、公判前整理手続終了後における主張制限の規定が置かれておらず、新たな主張に沿った被告人の供述を当然に制限することはできないことに留意しつつ、公判前整理手続の趣旨に遡り、被告人質問を制限できるとすればどのような場合か、法的基準を立てた上で、本件の具体的事実を当てはめ、結論を導き出すことが求められる。

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、公判前整理手続及び公判に関し刑事訴訟法が定める制度・手続及び重要判例の基本的な理解に関わるものであり、法科大学院において刑事手続に関する科目を履修した者であれば、本事例において何を論じるべきかは、おのずと把握できるはずである。〔設問1〕に関し、「留め置きの任意捜査としての適法性を判断するに当たっては、本件留め置きが、純粋に任意捜査として行われている段階と、強制採尿令状の執行に向けて行われた段階とからなっていることに留意する必要がある。両者を一括して判断するのは相当でないと解される。」とする裁判例があるが（東京高裁平成21年7月1日判決判タ1314号302頁等）、本設問は、必ずしも同裁判例の考え方に準拠した解答を求めるものではないから、同裁判例を知らなかったとしても、法

科大学院の授業で取り上げられる強制処分と任意処分の区別及び任意捜査の限界に関する基本的な問題点を理解していれば、これを基に十分な解答が可能であろう。また、〔設問4〕については、公判前整理手続で明示されたアリバイ主張に関し、その内容を更に具体化する被告人質問等を刑事訴訟法第295条第1項により制限することの可否について判示した最高裁決定があるところ（最二決平成27年5月25日刑集69巻4号636頁）、本設問も、同決定の理解を問う趣旨のものではなく、設問に現れた事実関係を適切に分析した上で、公判前整理手続の趣旨に立ち返った論述を求める趣旨のものであって、最新判例に関する知識よりも、むしろ刑事訴訟法に関する基本的な理解を基礎とした柔軟で実践的な考察力の有無を問うものである。

2 採点実感

各考査委員からの意見を踏まえた感想を述べる。

〔設問1〕については、Pらによる留め置き措置の適法性について、事例に即して法的問題を的確に捉え、強制処分と任意処分の区別、任意処分の限界に関して、刑事訴訟法第197条第1項の解釈問題であることを意識しつつ、基本的な判例の内容も踏まえてその判断枠組みを明確にした上、捜査の進展により、嫌疑の高まりや留め置きの目的の変容が生じていることにも留意して、具体的事実を事例中から適切に抽出・整理して意味付けし、それを前記枠組みに当てはめて説得的に結論を導いた答案が見受けられた。

〔設問2〕については、接見指定の可否・限界について、刑事訴訟法第39条第3項本文及びただし書に関する解釈問題であることを意識し、基本的な判例法理の理解を踏まえつつ、接見指定を行った際の捜査状況とその違い等に留意しながら、各下線部における措置の適法性について論じた答案が見受けられた。

〔設問3〕については、乙の供述を内容とする甲の証言について、伝聞法則の意義を論じ、同法則の適用を受けるのが原供述の供述内容の真実性が問題となっている場合であることを的確に示した上、公判前整理手続の結果やそれまでの証人尋問の内容を踏まえ、本設問における要証事実が、真実「K通りで警察がよく検問をしていること」等ではなく、乙がそのような発言をしたこと自体であり、さらに、その発言自体から、乙が甲に渡した物について、覚せい剤と認識していたことを証明しようとしているという推論過程の構造を正しく論じ、本設問では原供述の供述内容の真実性が問題となっているのではないことを明らかにした上で、下線部③の証言を非伝聞とし、証拠能力に関する結論を導き出す答案が見受けられた。

〔設問4〕については、被告人及び弁護人の主張制限に関する条文が置かれていないことと公判前整理手続の趣旨を正しく示し、本設問の具体的事情を検討した上で、質問を許すことが公判前整理手続の趣旨を損なう結果とならないかという観点から、結論を導いている答案が見受けられた。

他方、抽象的な法原則や判例の表現を暗記してそれを機械的に記述するのみで、具体的事実これを適用することができていない答案や、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も見受けられた。

〔設問1〕においては、甲に関し、Pが覚せい剤取締法違反の具体的嫌疑を抱き、その後にはQに指示して搜索差押許可状の請求に及んでおり、職務質問から捜査に移行していることを具体的に指摘する答案が見受けられた一方で、終始職務質問の限界に関する問題としてのみ論ずる答案も見受けられた。

Pらによる各留め置き措置については、強制処分か任意処分かを検討する必要があるところ、多くの答案は、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加え」るかどうかという最高裁判例（最三決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁）の示す基準や、「相手方の意思に反して、重要な権利・利益を制約する処分かどうか」という現在の有力な学説の示す基準を挙げて検討していた。このような基準を示すに際し適切な理由付けがなされている答案が見受けられる一方で、結論のみを示す答案も少なくなかった。

また、Pらによる各留め置き措置が強制処分に至っていないとの結論に至った場合には、任意処分としての相当性を検討することとなるし、あるいは、いずれかの段階から強制処分に至っているとした場合にも、それまでのPらの措置について、任意処分としての相当性を検討することになるが、特に後者の場合、強制処分に当たるとするのみで、それ以前の段階の任意処分としての相当性について論じられていない答案が見受けられた。

判断基準への当てはめのうち、強制処分該当性に関しては、前記最高裁判例の示す基準を理解し、制約を受ける利益を適切に指摘しながら事実関係を具体的に抽出する答案が見受けられた。その一方で、具体的事実を漫然と羅列して結論を導いた答案も少なくなく、更には前記最高裁判例の示す基準を挙げつつ、捜査の必要性が高いことを強調して適法とする答案、後に搜索差押許可状が適法に発付されていることや緊急逮捕が可能な状況にあったことを挙げて適法とする答案など、刑事訴訟法の理解にやや疑問を感じさせる答案も一部見受けられた。

任意処分の限界に関しては、「必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度」（前記最決昭和51年）かどうかが吟味されるどころ、いわゆる捜査比例の原則を正確に理解した上、捜査の進展に伴い、捜査の必要性が高まっていく事情を時系列に沿って具体的に摘示し、更には搜索差押許可状の請求を行った以降の留め置きを任意処分として捉える場合には、留め置きの目的が変容していることなども具体的に指摘し、各事実の持つ重みを意識しつつ当てはめを行っている答案が見受けられた。その一方で、嫌疑の高まりを指摘するものの、それがなぜ留め置きの必要性と結び付くかについて、必ずしも説得的な論述ができていない答案が少なくなかった。また、必要性、緊急性及び相当性というキーワードを挙げ、それぞれに関連する事実を平面的に羅列するのみで、「具体的状況のもとで相当と認められる」かどうかの判断構造の理解が十分とはいえない答案や、必要性、緊急性を考慮した比較考量を行っているものの、それぞれの事実が持つ重みを十分検討することなく、自らの結論に都合の良い事実のみを取り上げる答案も見られた。

〔設問2〕においては、「捜査のため必要があるとき」に関し、「接見等を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に限られ〔る〕」（最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁）とする最高裁判例の基準を適切に挙げ、その意味を更に明らかにした上で、接見指定を行ったのが、刑事訴訟法上要求されている弁解録取手続中であること、甲の自白を得たいとして取調べを実施しようとしている段階であることを持つ意味を明確にしている答案が見受けられた。その一方で、「捜査のため必要があるとき」の解釈に関する論述が不十分である答案も一部見受けられた。

続いて、刑事訴訟法第39条第3項ただし書の「被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限する」かどうかに関し、接見指定の要件が認められる場合における弁護人との間の調整規定であることを理解した上、特に初回接見の重要性について、弁護人の選任や今後取調べを受けるに当たって助言を得る最初の機会であることを示唆した最高裁判例（最三判平成12年6月13日民集54巻5号1635頁）に触れながら、各下線部ごとに検察官による指定方法の適否について具体的に論じた答案が見受けられた。その一方で、刑事訴訟法第39条第3項本文とただし書の条文構造を正確に理解せず、接見指定の要件の問題と同要件が充足された場合の指定の内容に関する問題の区別が曖昧な答案が見受けられたほか、少数ではあるものの、本件について、検察官とすれば、秘密交通権が十分に保障されない態様の短時間の接見（面会接見）であつてもよいかどうか、弁護人に意向を尋ねるべきであると論じた答案も見受けられたが（最三判平成17年4月19日民集59巻3号563頁参照）、本設問が直接問うものではない。

なお、下線部①については、「捜査のため必要があるとき」の議論のみをし、下線部②については、「被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限する」かどうかの議論のみをする答案が少なくなかった。しかし、下線部①についても、接見指定の内容についての検討は必要であろうし、下線部②についても、接見指定の要件が認められるかについての検討は必要になるであろう。

〔設問3〕においては、要証事実に関し、甲の証言から乙による発言の存在を証明し、その乙の発言自体から、乙が甲に渡した物について、覚せい剤との認識があったことが推認できる旨、いわば二段階の認定過程をたどることを明らかにした上で、説得的な論述がされた答案も少数ではあるが見受けられた。また、多くの答案では、伝聞法則の意義、同法則の適用場面について、基本的な論述ができていた。その一方で、下線部③の要証事実について、乙から甲に対する覚せい剤譲渡の有無としたり、乙による発言自体としつつ内容の真実性が問題となるとする答案も少なくなかった。このうち前者にあつては、公判前整理手続の結果、本件の争点が、⑦平成27年6月28日に、乙方において、乙が甲に覚せい剤を譲り渡したか、①その際、乙に、覚せい剤であるとの認識があったかの2点と整理されているところ、下線部③がどちらの争点に関連するものであるのか、判断を誤ったものと思われる。また、後者にあつては、伝聞・非伝聞の区別でしばしば用いられる供述内容の「真実性」という言葉の意義について、正確な理解ができていないのではないかとも思われる。ところで、本設問において、乙が「お前が捕まったら俺も刑務所行きだから気を付けろよ。」と発言した部分について、乙の心理状態に関する供述であるとの見方をする答案も少なくなかった。そのような見方自体は、十分あり得るものであり評価できるが、一方で、このような見方をする答案の多くは、特段の理由付けもなく、心理状態に関する供述であるから非伝聞供述と結論付けていた。このような心理状態に関する供述は、供述内容である心理状態の真実性が証明の対象である点では伝聞供述と異なるところがない一方、知覚・記憶保持の要素が欠けている点で通常の供述過程とは異なっており、乙の供述を心理状態に関する供述とした場合には、これを直ちに非伝聞供述と見てよいかについては必要な論述を行うべきであろう。逆に、同じ発言部分については、内容の真実性が問題となるとし、直ちに伝聞供述に当たるとし、伝聞例外要件への該当性を検討する答案も見られた。この場合にも、心理状態の供述として非伝聞供述と扱う余地がないか、検討が必要であるといえる。

〔設問4〕においては、被告人及び弁護人には、公判前整理手続終了後における主張制限の規定が置かれておらず、新たな主張に沿った被告人の供述を当然に制限することはできないことを指摘した上で、充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行うため、事件の争点及び証拠を整理するための手続である公判前整理手続の趣旨を示し、被告人質問を制限できる場合について自らの規範を定立できていた答案が少数ではあるが見受けられた。その上で、当てはめについては、乙のアリバイに関する主張自体は公判前整理手続の時点から一貫しており、被告人の供述を制限することはできないとする答案や、一方で、犯行当日にいた場所の変更は、争点を根本的に変更させるものであり、被告人の供述を制限することはできるとする答案も見受けられた。一方で、公判前整理手続での主張と証人尋問における被告人供述が重複しており重複陳述に当たるとする答案が少なからず見受けられたところ、これは、公判前整理手続と証拠調べ手続の違いを正確に理解していないことが原因ではないかと思われる。また、公判前整理手続において、アリバイが争点となっていないとした上で当てはめを行う答案も少数ではあるが見受けられたところ、これは、公判前整理手続における争点整理の意義を正確に理解していないことが原因ではないかと思われる。なお、本設問に関連し、公判前整理手続で明示されたアリバイ主張に関し、その内容を更に具体化する被告人質問等を刑事訴訟法第295条第1項により制限することの可否について判示した最高裁決定があるところ（最二決平成27年5月25日刑集69巻4号636頁）、同決定を知った上で本設問を論じたと思われる答案はほとんど見受けられなかった。もとより、本設問は、このような直近判例の知識を問うものではないし、仮に直近判例を知っていたとしても、本設問に即した検討がなされていなければ十分な評価は得られないであろう。

なお、全体を通じ、条文・判例の引用に際し、例えば「捜査のため必要が・・・」など、中点を複数記載して省略する答案が少なからず見受けられたが、条文等のどの部分までを引用しているのかが不明確であったり、どの文言の解釈をしているのか適切に示されない結果となっている例もあり、労を惜しまず、必要部分は正確に引用すべきであるとの指摘があった。

3 答案の評価

「優秀の水準」にあると認められる答案とは、〔設問1〕については、留め置き措置の適法性について、いかなる法的问题があるかを明確に意識し、強制処分と任意処分の区別、任意処分の限界について、法律の条文とその趣旨、基本的な判例の正確な理解を踏まえつつ、的確な法解釈論を展開した上で、具体的事実を踏まえつつ結論を導き出している答案であり、強制処分と任意処分の区別については、制約を受ける利益を適切に指摘し、また、任意処分の限界については、いわゆる捜査比例の原則の正しい理解を示しつつ、嫌疑の程度や留め置きの目的が変容していることにも注意を払いつつ、個々の事実が持つ意味の重さを丁寧に分析している答案であり、〔設問2〕については、接見指定に関する刑事訴訟法第39条第3項本文の解釈及び初回接見であることを踏まえた同項ただし書の解釈について、最高裁判例に対する理解を適切に論じ、具体的事例への適用を正しく論じられている答案であり、〔設問3〕については、伝聞法則の意義及び適用場面についての理解を示した上、要証事実に関し、二段階の認定過程をたどる場合であることを適切に分析し、当てはめを行っている答案であり、〔設問4〕については、被告人及び弁護人には、公判前整理手続終了後における主張制限の規定が置かれておらず、新たな主張に沿った被告人の供述を当然に制限できない旨の指摘を行い、公判前整理手続の趣旨を示した上、本設問の事例における争点を正しく把握し、具体的事情を分析しながら結論を導き出している答案であるが、このように、出題の趣旨に沿った十分な論述がなされている答案は僅かであった。

「良好の基準」にあると認められる答案とは、〔設問1〕については、法解釈について想定される全ての問題点に関し一定の見解を示した上で、事例から具体的事実を一応抽出し、いわゆる捜査比例の原則の理解については正しく理解を示していたが、更に踏み込んで、強制処分と任意処分の区別に関し、制約を受ける利益の指摘が抽象的であったり、任意捜査の限界に関し、捜査比例の原則の理解は示しているものの、個々の事実が持つ重さの分析に不十分な点や物足りなさが残るような答案であり、〔設問2〕については、それぞれの問題点について論じられているが、基本的な判例の理解や事実の抽出に関し不十分な点や物足りなさが残るような答案であり、〔設問3〕については、伝聞法則の意義及び適用場面についての理解を示し、正しく結論を導き出しているが、要証事実が必ずしも明確に指摘できていないなどの物足りなさが残るような答案であり、〔設問4〕については、公判前整理手続の趣旨を示し、争点を正しく把握した上で論じられてはいるが、当てはめに際し、具体的事情の分析が不十分であったり、抽象的な検討のみで結論を導き出しているような答案である。

「一応の水準」に達していると認められる答案とは、〔設問1〕については、法解釈について一応の見解は示されているものの、具体的事実の抽出が不十分であったり、必要性、緊急性及び相当性に関連する事実を羅列するだけで具体的当てはめが不十分であるか、法解釈について十分に論じられていないものの、事例中から必要な具体的事実を抽出して一応の結論を導き出すことができていたような答案であり、〔設問2〕については、基本的な判例の理解等に不十分さが目立ったり、下線部①については、「捜査のため必要があるとき」の議論のみをし、下線部②については、「被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限する」かどうかの議論のみをするなど問題点の検討が不十分といえるような答案であり、〔設問3〕については、伝聞法則の意義及び適用場面についての理解を示し、一応の結論を導き出しているものの、要証事実に関する検討が極めて不十分であるような答案であり、〔設問4〕については、公判前整理手続の趣旨について触れた上、一応の結論を導き出しているが、具体的事情の分析等がほとんどできていないような答案である。

「不良の水準」にとどまると認められる答案とは、前記の水準に及ばない不良なものをいう。例えば、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、単なる印象によって結論を導くかのような答案等、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，実質的には捜査の必要性のみを事実として抽出して適法とするような答案，〔設問 2〕では，刑事訴訟法第 39 条第 3 項ただし書の解釈について全く触れられていないような答案，〔設問 3〕では，伝聞法則の意義及び適用場面についての記述自体が不十分であったり，要証事実の理解に誤りがあるため，何らの悩みもないまま結論を導いているような答案，〔設問 4〕では，公判前整理手続の趣旨に全く触れず，法律論を展開しないまま結論を導いているような答案や，そもそも公判前整理手続の趣旨・内容やそれと証拠調べ手続の違いを全く理解していないといわざるを得ないような答案がこれに当たる。

4 法科大学院教育に求めるもの

このような結果を踏まえると，今後の法科大学院教育においては，従前の採点実感においても指摘されてきたとおり，刑事手続を構成する各制度の趣旨・目的を基本から深くかつ正確に理解すること，重要かつ基本的な判例法理を，その射程距離を含めて正確に理解すること，これらの制度や判例法理の具体的事例に当てはめ適用できる能力を身に付けること，論理的で筋道立てた分かりやすい文章を記述する能力を培うことが強く要請される。特に，法適用に関しては，生の事実に含まれた個々の事情あるい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のかを意識的に分析・検討し，それに従って事実関係を整理できる能力の涵養が求められる。また，実務教育との有機的連携の下，通常捜査・公判の過程を俯瞰し，刑事手続の各局面において，各当事者がどのような活動を行い，それがどのように積み重なって手続が進んでいくのか，刑事手続上の基本原則や制度がその過程の中のどのような局面で働くのか等，刑事手続を動態として理解しておくことの重要性を強調しておきたい。

れっく **LEC** 東京リーガルマインド

LU17130