

司法試験

---

平成29年司法試験  
採点実感分析会  
講師レジュメ

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド





## 平成29年度 司法試験 採点実感分析会

今回は平成29年度司法試験の採点実感のポイントを解説する講義を実施します。使用教材は、法務省がウェブページで公開している採点実感に、私が下線や太字で装飾したり、「注:」という記号を付した上で補足説明をしたりしたレジュメになります。私が付した下線については、**実線**のところは**良い答案**の例で積極的に取り入れるべき箇所、**点線**のところは**悪い答案**の例に当たるところで反面教師にしてもらいたい箇所であることを意味します。

また、問題文に私が下線を引いたり図などを記載したりしたレジュメも使用します。

なお、今回取り扱う論文試験の答案例は、後日、私が作成して、平成30年3月に予定している「**矢島の最新過去問&ヤマ当て講座**」の中で解説講義をします。興味がある方は受講を考えてみてください。なお、「**論文過去問答練**」でも私の解説講義がありますが、そちらは私以外の司法試験合格者が作成した解答例を用いて講義をするので、講義や教材が重複することはありません。これら講座は、司法試験の学習経験者向けのパンフレットやウェブページに掲載されています。

平成29年12月10日

LEC専任講師 矢島純一

1 総論

- ・ 問題文には、検討すべき点について、ヒントとなる記述が多々あるにもかかわらず（例えば、立法経過に関する議論から、妊娠等の自由の制限と収容の点が大きなテーマであることに気付くべきであろう。）、これに言及していない答案があった。また、問題文に書かれている前提を誤解していると思われる答案もあった。まずは、問題文をしっかりと読んで、その内容を理解することが重要である。
- ・ 本問は、マクリーン事件等幾つかの参考となる判例を想起すべき事例であり、これらの判決の趣旨を理解し、その射程を意識しながら本事例について論証しようとする答案は説得的であり、高い評価となった。他方、これらの重要判例がおよそ意識されていないもの、あるいは、本事例の特性を意識した論述とは言い難く、淡白な記述にとどまるものは、低い評価とならざるを得なかった。
- ・ 被侵害利益を適切に示さないもの、違憲審査基準を示さないものが散見されるとともに、違憲審査基準を一応示していてもそれを採用する理由が十分でないものが一定程度見られたが、これらを十分に示すことが説得力のある答案の前提であり、より意識した論述を心掛けてほしい。
- ・ 原告の主張、国の主張、自己の見解を示すことが求められているが、原告や国の主張として、およそ認め難いものを想定して容易に反論するという論述では、淡白な内容とならざるを得ない。判例・通説の立場からして、極端な、若しくは単純に過ぎる（したがって批判も容易な）主張を前提にして答案を構成するのは適当ではなく（例えば、国の主張として、外国人の人権はおよそ保障されないなど）、判例や通説の見解と異なる見解を採用することは差し支えないが、少なくともそれらの存在を前提とした立論をすべきであろう。
- ・ 設問1に対する解答を僅か数行にしているものも見られたが、原告の主張としても、理論と事実に関する一定の主張を記載することが求められており、したがって、まず、設問1において、問題となる権利の特定と、その制約の合憲性に関する一定の論述をすることが期待されている。設問2では、国の反論なのか私見なのか判別しにくいものが見られた。
- ・ 出題の趣旨にも示したとおり、本問において違憲を主張するとすればその瑕疵は法律にあるのであり、また、問題文に「Bの収容及び強制出国の根拠となった特労法の規定が憲法違反であるとして」と記載されていて、法令違憲を検討すべきことが示されているのに、適用違憲を詳細に論ずるものがあった。繰り返しにはなるが、問題文はしっかりと読んでほしい。

2 妊娠等の自由について

- ・ 多くの答案で妊娠等の自由が自己決定権として憲法第13条に位置付けられることをおおむね論証できていた。
- ・ 外国人の人権享有主体性について全く触れない答案が散見された。マクリーン事件判決を意識したものも、マクリーン事件判決について、単純に権利性質説を説いた部分しか参照できていない答案が多かった。出題の趣旨に示したとおり、本問では、単純な権利性質説の論述では不十分であり、マクリーン事件判決の「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎない。」「在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんしゃくされないことまでの保障が与えられているものと解することはできない。」という論理とどのように向き合うのかということが問われている。このことが意識されない答案が予想したより多かったことは遺憾であった。もっとも、この点が意識され、自分なりに論じられている答案は高く評価することができた。
- ・ また、権利性質説に関する論証も不十分なものが少なくなかった。例えば、「妊娠・出産の自由も、権利の性質上外国人にも保障される。」としか記載していないものが見られたが、妊娠・出産の自由がどのような性質の権利なのかを指摘して初めて妊娠・出産の自由が外国人に保障されるという論証になるはずである。
- ・ 強制出国によって職業選択の自由又は移動の自由が侵害されるとして論じたものがあった。しかしながら、強制出国を介した不利益を問題とするのではなく、まず、特労法において、妊娠等が強制出国事由とされていることについて、その自由の制約を問題とすべきである。ただし、強制出国を介した利益侵害を問題としつつも、妊娠したことが強制出国事由であることに焦点を当て、実質的に、自己決定権侵害として論じた場合と類似の内容を検討したものについては評価した。

- ・ 具体的な検討において、立法目的の検討が不十分なものが多く見られた。妊娠を強制出国事由とすることの目的は、特労法第1条の目的を引用するにとどまるのではなく、それを具体化した、定住を認めない趣旨を徹底することが目的として検討されるべきである。また、目的に関して、社会保障制度への負担についてのみ着目したのが見られたが、外国人を多数受け入れた場合に生じる社会的軋轢も考慮すべき点であろう。
- ・ 目的・手段の双方から審査を行うという立場を採る場合、手段審査においては、妊娠・出産が日本への定住につながる可能性があるといえるかどうか、あるとしてもそれが立法を正当化するに足りる関連性を有するかどうかを検討する必要がある。

### 3 収容について

- ・ 収容について、人身の自由という実体的権利の問題と、令状等なくして収容されるという手続的権利の問題とがあることについてきちんと整理された答案は僅かであり、人身の自由と手続的権利の問題が混然一体として論じられて整理されていない答案や、淡白な記述にとどまる答案が多く見られた。
- ・ 手続的権利について、川崎民商事件判決や成田新法事件判決を意識した答案も少なからず存在したが、さしたる検討もなく、「収容＝逮捕」として、憲法第33条の例外に当たらないから違憲とする答案も見られた。刑事手続を前提とする憲法第33条の逮捕令状主義が行政手続たる本件手続にどのように及び得るのかをより丁寧に論じてほしかった。
- ・ 問題文では、特労法における収容の要件、手続が詳細に示されているが、これらを十分に検討せず、単に裁判官によるチェックが欠けるから違憲とするだけの答案も目立った。憲法第31条以下の規定の一般的理解が十分でないと考えられた。
- ・ 違憲審査基準を立てて目的手段審査を行うものが散見された。一般論として、行政手続に関し、憲法第31条や第33条への適合性についてこうした判断手法を用いることが妥当かどうかについては余り議論がないと思われるが、必要な要素が考慮されているのであれば、本問では評価できると考えた。もっとも、その際、立法の目的は、特労法第1条に掲げられている一般的な目的ではなく、迅速性等、裁判官の関与を否定することの目的を指摘すべきであろう。
- ・ 収容に関する問題を、自己決定権への制約を論じる際にまとめて検討する答案が見られたが、論点の整理が不十分であろう。

### 4 その他

- ・ 例年指摘しているが、誤字（例えば、妊娠を「妊妊」としたり、「娠娠」としたりするものがあつたほか、より懸念されることに、幸福追「及」権、収容を「収用」とするもの、主権を「主観」とするものなど、法概念に関わる誤字もあった。）がかなり認められるほか、乱雑な字で書かれて非常に読みづらい答案が相変わらずあつた。時間的な制約がある中ではあるが、答案作成の目的は「自分が理解していることを採点者に分かってもらう」ことであるので、それを十分認識してもらいたい。
- ・ 外国人の人権享有主体性や自己決定権、適正手続保障等の基本的事項についても、理解の深さが論証の表現に如実に現れる。浅薄な理解に基づく表面的な論述は、確かな理解に基づくそれと比べておのずと評価に差が生じるものであり、基本的な事項の理解に努めることの重要性を改めて指摘しておきたい。

1 出題の趣旨

別途公表している「出題の趣旨」を参照いただきたい。

2 採点方針

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

3 答案に求められる水準

(1) 〔設問1〕(1)

- ・ 訴訟類型として**非申請型義務付け訴訟**（行政事件訴訟法第3条第6項第1号、第37条の2）を選択し、**訴訟要件**として、①**処分の一定性**を検討し、②原告適格について、**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、考慮される利益の内容・性質についての一般的な検討及び本件事案に即した検討**を行い、③**重大な損害**について、**上記②の考慮される利益の内容・性質と同様の検討**を行い、④**補充性**について、**社会福祉法人Aに対する民事上の妨害排除請求の可能性を指摘して検討**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、上記②の**根拠法令の趣旨・目的**に関し、**監督処分（道路法第71条第1項）の趣旨・目的、及び、違反行為である同法第43条第2号（道路の構造又は交通に支障を及ぼす虞のある行為をすることの禁止）の趣旨・目的を十分具体的に検討し、上記②の考慮される利益の内容・性質及び上記③の重大な損害に関し、X2の小学校への通学路（距離の増大、交通量の増加）及びXらの緊急避難路としての利用について十分具体的に検討し、上記④に関し、社会福祉法人Aに対する民事上の妨害排除請求の可能性を補充性の要件に関連して十分に論じている**答案は、**良好な答案**と判断した。
- ・ さらに、**上記①に関し、本件フェンスの除却に加えて原状回復まで求めることなどが述べられており、上記②に関し、里道の近くに居住する者が当該里道の用途廃止処分の取消しを求めるにつき原告適格を有しないと判断した最高裁判所昭和62年11月24日判決（集民152号247頁）に言及して適切に論じている**答案は、**優秀な答案**と判断した。

**注：**道路、河川、海岸、公園等の公共用物は、一般公衆の使用に供することを公共施設であり、何人も他人の共同使用を妨げない限度で、その用法に従い、自由に使用することができるもので、**道路を自由に使用できる利益は、道路がその供用開始により一般公衆の用に供された結果、その反射的利益として享受できるものにすぎない**という考え方がある。

**昭和62年判決**が原告適格を否定したのはこのような考え方に整合する。なお、昭和62年判決の**第1審**は、**道路のような公共用物を利用できる利益は反射的利益にすぎないので利用者であることのみから直ちに原告適格は肯定できない**としつつも、公共用財産であっても特定個人の日常生活に個性の強い利益をもたらしている、用途廃止によって**日常生活上著しい支障が生ずると**いう**特段の事情**があるときは、その使用利益をもって**法的に保護された利益**とみる余地があるとしている。ただし、第1審は、本件においては、本件里道（リドリ）が長期間に渡り里道としての機能を喪失していたことや、原告の交通に何ら支障を与えないことなどを理由に原告適格を否定した。**原審**も、本件用途廃止処分により原告の交通に何ら支障を及ぼさないとして控訴を棄却した。**最高裁**は、原審の事実認定を是認して上告を棄却した。

(2) 〔設問1〕(2)

- ・ 道路法第71条第1項第1号及び第43条第2号の規定に即して、要件裁量の有無を検討し、同法第71条第1項第1号所定の監督処分をするかどうか、いかなる監督処分をするかについて、道路管理者の効果裁量が認められていることを指摘した上で、裁量権行使の合理性の検討を具体的に行っている答案は、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、上記の各規定の趣旨を具体的に検討して要件裁量及び効果裁量の有無の検討を行い、具体的な裁量権行使の合理性に関し、Y側が主張する、本件保育園の関係者以外の者による本件市道の利用が乏しいことや、Aが本件市道の路線廃止及び売渡しの相談をしておりいずれ路線廃止が予想されること、Xらにとっての通行上の利益の重要性等の事情を具体的に検討し、行政事件訴訟法第37条の2第5項「行政庁がその処分をしないことがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となる」に該当することを指摘している答案は、良好な答案と判断した。

(3) 〔設問2〕(1)

- ・ 処分性の定義を適切に提示した上で、道路区域の決定及び供用開始の法的効果についての検討を行い、路線廃止はこれらの行為が道路敷地所有者に対して有する法的効果を解除するという法的効果があることについて検討し、路線廃止の道路通行者の法的地位に対する影響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。
- ・ 上記の区域決定・供用開始の法的効果に関し、道路区域が決定されると、道路敷地の所有者の法的地位に関し、道路管理者による権原取得前でも、土地の形質変更や工作物の新築等につき、道路管理者の許可を要することとなること(道路法第91条)、道路が供用開始されれば、道路敷地の所有者に対して、私権が行使できなくなる法的効果があること(同法第4条)を具体的に論じ、加えて、路線廃止の道路通行者の法的地位に対する影響に関し、当該市道を生活上不可欠な道路として利用していた通行者の生活に著しい支障が生ずる場合があることについて検討している答案は、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、本件市道を生活上不可欠な道路として利用していた通行者の生活に著しい支障が生ずる場合があるという観点から、前記(1)の最高裁昭和62年判決に言及している答案は、優秀な答案と判断した。

(4) 〔設問2〕(2)

- ・ 「一般交通の用に供する必要がなくなった」という道路法第10条第1項の要件を検討し、これに関する要件裁量の有無及び廃止することについての効果裁量の有無を検討した上で、本件における裁量権の逸脱濫用の有無に関し、調査不足及び考慮事項の不足について具体的な検討を行い、更に本件内部基準の法的性質(裁量基準)についての見解を示し、その合理性と基準から逸脱していることについての合理的理由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、上記の道路法第10条第1項の要件に関し、現に通行者による利用が存在し、道路としての機能が喪失していない以上は、同条の要件を満たさないといえるか否かについて具体的に検討し、同条項の趣旨を具体的に考慮して上記の要件裁量及び効果裁量の有無を検討し、調査不足がなぜ裁量権の逸脱濫用を導き得るのかを的確に説明し、上記の考慮事項の不足について、Xらの生活上の不利益、本件市道の利用状況、付近の代替的交通路の存在を具体的に検討し、裁量基準としての本件内部基準の合理性を十分具体的に検討している答案は、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、本件内部基準の合理性に関し、その趣旨が、同意を得る過程で、利害関係のある者の意見を聴取し、道路の使用実態等に関し、よりの確な認定に資する資料を幅広く収集するところにあると解されることを検討している答案は、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

- ・ 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、採点者が努力を払っても解読できない文字は、何も書かれていないに等しいことを肝に銘じ、丁寧に判読できるような文字を書いていただきたい。また、癖字であるとの自覚がある者は、大きめの文字で空間を空けて書くことを推奨したい。
- ・ 脱字、平仮名を多用しすぎる答案も散見され、誤字（例えば、検当する、概当性、多事考慮、通交する等）も少なくなかった。
- ・ 問題文では、Xらの相談を受けた弁護士の立場に立って論じることが求められているにもかかわらず、各論点の検討において、問題文に記されているY側の主張を単に書き写してXに不利な結論を導いたり、ほとんど説得力がないYやAの立場に立つ議論を案出したり、Xの側に有利となるべき事情を全く無視して議論したりする答案が相当数見られた。原告代理人としては、もちろん訴訟の客観的な見通しを示すことは重要であるが、まずは依頼人の事情と主張に真摯に耳を傾けることこそが、実務家としての出発点であろう。
- ・ 例年指摘しているが、条文の引用が不正確又は誤っている答案が多く見られた。行政事件訴訟法や道路法の条文を引用していない答案も見られた。
- ・ 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。
- ・ どの論点を論じているのか段落の最後まで読まないと分からない答案や、どの小間についての解答かが明示されていない答案が見られた。
- ・ 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について相当の分量の論述をしている答案（設問1(1)において処分性の判断基準を長々と論述するものなど）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、問題文等に即した应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。
- ・ 一般的な規範については一応記載されているが（例えば、原告適格や処分性の判断基準）、それに対する当てはめがなされていない答案や、あるいは、提示した一般的な規範とは全く別個の根拠で結論を出している答案が見受けられた。これでは一般的な規範が何のために記載されているのか不明であるし、その内容を正確に理解していないのではないかという疑念を生じさせるものである。
- ・ 問題文の指示を十分に把握せずに答案作成をしているのではないかとと思われる答案も少なからず見られた。例えば、設問2(1)において、路線の廃止に係る処分性を検討するに当たり、その前提として道路の区域の決定及び供用の開始の法的効果を論ずべきことが会議録に明記されているにもかかわらず、その検討を行っていない答案が少なからず見受けられた。
- ・ 小間が4問あったことも一因と思われるが、時間が足りず、最後まで書ききれていない答案が相当数あり、時間配分にも気を配る必要がある。



(2) 〔設問1〕(1)

- ・ 訴訟類型の選択及び処分の一貫性に関しては、ほとんどの答案が、提起すべき訴訟類型として、非申請型義務付け訴訟を正しく選択していた。ただし、道路管理者Y市長が行うべき「一定の処分」について、「本件フェンスの撤去を義務付ける」と述べ、処分と事実行為の区別に関する理解が不十分と思われる答案や、誰に何を命ずるのが明確でない答案が一定数見られた。また、ごく少数ではあるが、路線廃止に対する差止訴訟を誤って選択したものもあった。
- ・ 非申請型義務付け訴訟の訴訟要件は行政事件訴訟法第37条の2第1項及び第2項に尽きているとの誤解からか、原告適格の有無について全く触れていない答案が一定数見られた。
- ・ **原告適格の判断基準**に関しては、多くの答案が行政事件訴訟法第9条第2項や最高裁判例の一般的な判断基準を示すことができていた。
- ・ 原告適格の有無の判断における法令の趣旨・目的〔注：処分の根拠法令の趣旨・目的〕の検討については、道路法第71条第1項及び同法第43条第2号の規定の趣旨・目的的分析が行われておらず、単に被侵害利益の重要性等のみを示して原告適格の有無を判断している答案が少なからず見られた。また、道路法の条文を挙げていても第1条の目的規定のみという答案も少なくなかった。さらに、単に上記の条文を列挙するのみで、何らの媒介的論理もなく、個別的利益としての保護に関する結論を導いている答案も多く見られた。
- ・ 原告適格の有無の判断における考慮される利益の内容・性質に関しては、そもそもこれを検討していない答案が目立った。また、これを検討するとしても、単に問題文に現れた(ア)ないし(ウ)の事情を引用するのみで十分な分析が加えられていない答案が多く見られた。特に、Xらが本件市道の近隣に居住していることは、原告適格を肯定する方向に働く事情になる一方で、迂回を余儀なくされることが生活上どの程度の損害に結び付くのかという検討を要するものと解されるところ、この点を指摘する答案は少数にとどまった。市道に設置された障害物の除却命令をすることの義務付け訴訟という**事案の性質**や障害物の設置により侵害されている利益が通行利益であるという**利益の性質上**、原告適格が認められる**第三者の範囲がそれほど広いものではない**という点を指摘する答案はほとんど見られなかった。
- ・ 重大な損害の要件に関しては、本案で検討すべきと思われる内容を当該訴訟要件において検討している答案が一定数見られた。また、ごく少数ではあるが、行政事件訴訟法第37条の2第2項に定める考慮事項の一つである「損害の回復の困難の程度」について、そこで検討されるべき内容を誤解している答案があった。さらに、上記の原告適格の有無の判断において考慮される利益の内容・性質と同様、単に問題文に現れた(ア)ないし(ウ)の事情を引用するのみで十分な分析が加えられていない答案が目立った。
- ・ 補充性の要件に関しては、民事訴訟（Aに対する妨害排除請求）の可能性を、この要件との関連において丁寧に論じている答案が極端に少なかった。また、会議録における指示は、当該民事訴訟の可能性が訴訟要件の充足の有無に影響を及ぼすか否かの検討を求めたものであったにもかかわらず、上記民事訴訟を提起して勝訴することができるか否かを検討する答案が少数ながら見られた。さらに、民事訴訟と異なり、義務付け判決には**第三者効が認められることを根拠としている答案が少数ながら見られた**（法改正に当たって様々な議論があったのは事実だが、少なくとも現在の行政事件訴訟法上は、義務付け判決に**第三者効は準用されていない**。）。

(3) 〔設問1〕(2)

- ・ **要件裁量**及び**効果裁量**については、多くの答案が論じていたが、両者の区別を十分に意識しない答案が少なからず見られた。
- ・ 裁量の有無を検討する答案でも、単に法律の文言のみに依拠して判断している答案が多く見られた。裁量が肯定される実質的な理由についても併せて検討することが重要である。
- ・ **効果裁量**については、道路法第43条第2号違反該当性と同法第71条第1項の監督処分との関係の理解が不十分と思われる答案が一定数見られた。前者が認定されて初めて後者に関する効果裁量が問題になることを理解した上での論述が望まれる。
- ・ 道路法第71条第1項の命令違反に対して罰則が規定されていること(同法第104条第4号)を根拠に監督処分を發動しない効果裁量が存在しないと論じた答案が一定数見られたが、そのような推論に説得力があるか、慎重な検討が求められよう。
- ・ 問題文にはY市が監督処分をしなかった判断根拠が列挙されており、それらの吟味を行うことが求められていたところ、それには触れずに、国家賠償法における規制権限不行使の合理性の判断と同様の検討を行った答案が相当数見られた。また、上記の判断根拠についても、単に問題文に記載された事実を書き写すだけの答案も少なくなかった。これらがなぜ、どのように考慮されるべきかを各考慮事項ごとに丁寧に分析するのでなければ、法的論証とは言い難い。

(4) 〔設問2〕(1)

- ・ **処分性の定義**は、ほとんどの答案が適切に論じていたが、公権力性についての当てはめの検討(路線廃止が道路管理者の道路法に基づく管理権限行使としてされたこと)を行っていない答案が多く見られた。
- ・ 「道路の区域の決定及び供用開始や路線の廃止が道路敷地の所有者の法的地位に与える影響」について、関係する規定(道路法第91条第1項・第2項、第4条)を指摘した上で正確に論じることができていない答案が少なくなかった。道路法の条文がほとんど初見のためか、誤読や読み落としが少なくなく、特に、区域決定・供用開始それぞれの法的効果が十分区別されていない答案が多く見られた。また、ごく少数ではあるが、会議録中の弁護士Dの発言にあるように、本件市道の敷地の所有権がY市にあることを理由として処分性を否定した答案も見られた。
- ・ **敷地所有者の法的地位**はほぼ全ての答案で論じられていたが、通行者の法的地位については、会議録の誘導があつたにもかかわらず、検討されていない答案が少なからず見られた。通行者の法的地位について論じるとしても、単に通行できなくなる効果がある又は通行権を失うとすることとどまるものが圧倒的に多く、通行者にとって本件道路が日常不可欠なものであるか否かや通行できなくなることによる日常生活上の影響の程度について検討している答案はごく少数にとどまった。単に通行者というだけで通行し得る法的地位が保障されているといえるのか、当該道路の通行を日常生活上不可欠とする者等に対してしか、通行し得る法的地位は保障されていないのではないかについても考察することが期待される。
- ・ 路線廃止が、道路敷地所有者の法的地位に対する制限・禁止を解除する法的効果を有することについては、おおむねよく記載されていた。

(5) 〔設問2〕(2)

- 道路法第10条第1項の「一般交通の用に供する必要がなくなった」という要件について、現に通行者による利用が存在して道路としての機能が喪失していない以上は同条の要件を満たさないといえるのか、それとも、現に利用が存在しても諸般の事情に鑑みて「必要がなくなった」として廃止できるのかという点を分析した答案は少数にとどまった。
- 道路法第10条第1項の判断における要件裁量・効果裁量の有無について、両者の区別（効果裁量は、同項の要件が充足されている場合であっても裁量権を認めることができるか否かという問題である。）ができていない答案が少なからず見られた。また、裁量が肯定される**実質的な理由**を検討することなく、法律の文言のみから裁量の有無を論じる答案も多く見られた。特に、同項の「認める」という文言のみから要件裁量が認められるとの解釈が説得力を有するか否かについては、慎重な検討を要しよう。
- 本問における裁量権の逸脱濫用には、調査不足と考慮事項の不足の問題及び内部基準からの逸脱の問題が含まれるが、両者を共に適切に論じている答案は少なく、そのいずれかを十分に論じつつも他方の論述がなく又は粗雑なものが多数見られた。
- 調査不足と考慮事項の不足の問題については、本件フェンスにより本件市道が閉鎖された状況の下で調査をしていることを指摘する答案は少なく、それがなぜ裁量権の逸脱濫用という評価を受けるのかについて論じている答案は更に少数にとどまった。調査不足であることについて、手続的な瑕疵という側面と、実体的な考慮要素の不足という側面の区別がついていないと見受けられる答案も散見された。
- 裁量権の逸脱濫用の有無については、どのような事実がどのように具体的に考慮されたのか、考慮すべきなのに考慮しなかった事実はあるか、その上で考慮した事実を踏まえた判断は合理的か否かという観点からの検討が求められるところ、このような考慮事項の検討を十分に行っている答案は極端に少なかった。
- 本件内部基準の性格について、処分基準〔注：行手法12条1項の不利益処分の処分基準〕、審査基準〔注：行手法5条1項の申請に対する処分の審査基準〕などとする答案が少なからず見られた。市道の路線の廃止は、「特定の者を名あて人と」するものではないため、行政手続法上の不利益処分（同法第2条第4号）に当たらないことに留意すべきである。
- 本件内部基準の法的性格を整理していないためか、同基準の合理性につき検討することなく、同基準に反すると直ちに違法とするという答案や、内部基準であっても公表されることにより信義則上拘束を受けるといった表面的な分析にとどまるものが大多数であった。本件内部基準の拘束力の検討においては、前提として、道路法第10条第1項の定める路線の廃止の要件に照らし、内部基準の合理性を検討すべきであるが、この点の検討を十分に行った答案はほとんど見られなかった。また、本件内部基準自体の合理性の検討と当該基準から逸脱することの合理性の検討とを混同する答案が一定数見られた。

- 5 今後の法科大学院教育に求めるもの [注：試験審査委員が受験生に対して求めるものとして読む]
- 本年の出題も、昨年と同様に、書くべき論点が問題文及び議事録において丁寧に明示されていたこともあり、論ずべき問題点の検討・把握という点では、比較的平易な問題であった。それだけに、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、特に問題文において指摘されている事案固有の考慮要素（原告適格や重大な損害を基礎付ける個別的事情、裁量権の逸脱濫用の判断の基礎となる事情等）についての法的評価を適切に行う能力、多くの受験生にとってなじみのない道路法の具体的な規定において考慮されている様々な利益・事情等を読み解く能力があるか、これらの問題点につき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。
  - 行政手続法上の不利益処分の概念を正しく理解できていないため、ウェブサイトの記載を処分基準と誤解する答案が目立ったことなどに鑑みると、法科大学院においては、行政法学（行政法総論）の基礎的な概念・知識がおろそかにならないような教育を期待したい。
  - 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、法的概念の定義や最高裁判例の判断基準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、より一層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吐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のほか、提示した一般的な規範とは全く別個の根拠で結論を出している答案すら散見されたところであり、これでは一般的な規範が何のために記載されているのか、そもそもその内容を正確に理解しているのかについて疑念を抱かざるを得ない。法律実務家を志す以上、論述のスタートは飽くまで条文であり、そこから法律解釈をして規範を定立し、具体的事実を当てはめるというプロセスが基本であるが、そのような基本さえできていない答案が少なからず見られた。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。
  - 各小問に即して、上記のような観点からの能力の不十分さを感じさせる答案として特に目に付いたものとしては、原告適格、重大な損害、裁量権の逸脱濫用の判断に当たり、単に問題文に記載された事実を書き写すだけで、これを、問題文に指定された立場から法的に評価していない答案（設問1(1)、1(2)、2(2)）、裁量が肯定される実質的な理由を検討することなく、単に法律の文言のみによって判断する答案（設問1(2)、2(2)）、法的論拠を全く示すことなく、突如として本件内部基準の法的性質やその合理性の有無についての結論を述べる答案（設問2(2)）等が挙げられる。
  - 法律実務家は、裁判官、検察官、弁護士のいずれにせよ、自己の見解とは異なる立場に立つても柔軟にその立場に即した法的検討、論述を展開し得る能力を身に付けることが期待されているものである。問題文に、Xらの依頼を受けた弁護士の立場で解答することを求める指示があるにもかかわらず、Xらの主張は認められないとの結論を導く答案や、Y側の主張を十分に理解した上でこれに法的評価を加えようという姿勢が見られない答案、ほとんど説得力を感じさせない主張の展開を試みる答案などが少なからず見られたのは、法科大学院教育又は学生の学習態度が、前記のような条文解釈に関する学説・判例の暗記に終始してしまっているところに一因があるのではないかと懸念を生じさせるものである。
  - 前記4(1)に記載したとおり、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も相当数見られた。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と思われる。
  - 法科大学院教育において、一般的な判断基準や主要な最高裁の判例を学習し覚えることが重要であることはいうまでもないが、更に進んで、これらの基準を具体的な事案に当てはめるとどのようになるかを学ぶ機会をより一層増やすことが求められているのではないか。

## 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29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不足することがうかがわれるときでも、そのことから直ちに答案の全体が低い評価を受けることにならないようにした。また反対に、論理的に矛盾する論述や構成をするなど、法的思考能力に問題があることがうかがわれる答案は、低く評価することとした。また、全体として適切な得点分布が実現されるよう努めた。以上の点も、従来と同様である。

## 3 採点実感

各設問について、この後の(1)から(3)までにおいて、それぞれ全般的な採点実感を紹介し、また、それを踏まえ、司法試験審査委員会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、(4)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、賃借権の取得時効の要件とその成否に対する理解を問うことにより、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。

本問で問われているのは、まず、BのCに対する所有権に基づく土地明渡訴訟に対し、Cはどのような反論をすることができるかである。ここでは、いわばCの弁護士に立ってBの請求の棄却を求める根拠を提示することが求められている。丙建物を所有することによって甲1部分を占有しているCが、甲1部分のB所有を認めた上でBの請求を争う方法としては、占有権原の抗弁を主張することが考えられる。Cは、Aから甲1部分を賃借しているが、Aには甲1部分の所有権その他の賃貸権原がないから、この賃借権をもって所有者Bに対抗することはできない。そこで、Cは、甲1部分の賃借権の取得時効を主張することが考えられる。利益期間の関係から問題となるのは、起算点をCの占有開始時（平成16年10月1日）とする10年の取得時効である。

本問では、次に、反論が認められるために必要な要件、すなわち賃借権の取得時効の要件を説明するこ

とが求められている。ここで説明すべき「要件」は、**実体法上の要件**のことであり、Cが主張・立証責任を負う抗弁事実に限られず、また、Cが主張・立証責任を負う**要件事実**が何かを論ずることは求められていない。

民法第163条・第162条第2項によると、賃借権の10年の取得時効の**要件**は、「10年間」「賃借権を」「自己のためにする意思をもって」「平穩に」かつ「公然と」「行使すること」、賃借権の行使の開始の時に「善意であり」かつ「過失がなかったこと」である。そして、「**賃借権を行使すること**」は民法第601条によると「物の**使用及び収益**」である。また、「**自己のためにする意思**」は、賃借権の取得時効については「**賃借意思**」として具体化される（物の用益と賃借意思が相まって賃借権の行使の意味内容を示すという理解もある。）。賃借意思は、使用借権や地上権の取得時効と区別するために必要である。なお、**賃借意思の有無**は、民法第162条の「所有の意思」の判断と同じく、占有取得の原因たる**事実**（権原の性質）によって客観的に定められる。**判例**（最判昭和43年10月8日民集22巻10号2154頁）も、不動産賃借権の取得時効の要件として、不動産の継続的な用益という外形的事実と、賃借意思の客観的表現を挙げている。また、民法第145条により、時効の利益を受けるには**時効の援用**が必要である。

本問では、最後に、**Cの反論の当否**について検討することが求められている。ここでは、いわば裁判官の立場に立ってBの請求の当否を検討することが求められている。

まず、判例（最判昭和62年6月5日集民151号135頁）は、本問と同じく他人物が賃貸された事案において賃借権の取得時効を認めているが、かかる事案については賃借権の取得時効を認めない説もあり、また賃借権の取得時効を一般的に否定する説もあるので、賃借権の取得時効を一般的に認めない見解に立つ場合はもとより、そうでない場合にも、その理由を挙げて検討することが望まれる。

他人物が賃貸された事案において賃借権の取得時効を認める場合には、次に、その**要件が充足**されるか否かが問題となる。

本問で特に問題となるのは、Cが用益を開始した時点（時効の起算点）である。Cが甲1部分の占有を開始したのは平成16年10月1日であるが、実際にその利用を開始したのは本件工事が始まった平成17年6月1日である。前者が時効の起算点だとすると10年の時効が完成していることになるが、後者が起算点だとすると10年の時効は完成していないことになる。そのため、Bによる時効中断の可能性と関連付けるなどして、いずれの時点が時効の起算点となるかを**検討する必要がある。**

また、**賃借意思の客観的表現とCの無過失**という**要件**については、その要件に当てはまる**具体的事実を【事実】から拾い上げる**ことが求められる。

設問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、**Cの反論の根拠**はBの所有権に基づく請求に対する占有権原の抗弁であること、占有権原としては甲1部分の賃借権の短期取得時効が問題となることを指摘していた。しかし、「Bが甲1部分を所有することを認めた上で」という題意に反し、A又はCによる甲1部分の所有権の取得時効を反論の根拠として挙げるもの、本設問の事実関係に照らしCの反論としては成立しがたいと考えられる民法第94条第2項の類推適用や、Cによる甲1部分の地上権の取得時効を挙げるものも、一定数存在した。さらに、他人物賃貸借であつても借地借家法第10条第1項の対抗要件を備えれば賃借権を所有者に対抗することができるとする民法の基本的理解に欠ける答案も散見された。

次に、Cの反論が認められるために必要な**要件**として、多くの答案は、民法第163条・第162条第2項という条文から出発し、「10年間の賃借権の行使」、「自己のためにする意思」、「平穩・公然・善意・無過失」を挙げていたが、判例の「不動産の継続的な用益という外形的事実」と「賃借意思の客観的表現」という要件との関係を説明する答案は少数であり、「善意・無過失の基準時」に言及する答案もさほど多くなかった。また、要件として「時効の援用」に言及していない答案が多く、賃借権の取得時効が問題となるとしながら、「所有の意思」の有無について検討しているものも一定数存在した。また、判例の「不動産の継続的な用益という外形的事実」と「賃借意思の客観的表現」という**要件のみを掲げ、条文に規定されている要件に言及しないもの**が相当数存在した。根拠条文すら挙げていない答案も一定数見られたが、条文が第一であり、判例も条文の解釈を行うものであることを肝に銘じてほしい。また、判例

を挙げているが、その理解が不十分であったり、要件と当てはめの対応関係が適切でなかったりするものも一定数存在した。

最後に、**Cの反論の当否**については、賃借権の取得時効を問題にする答案の大半が、賃借権の取得時効が一般的に認められる理由を説明していた。また、多くの答案が本設問では時効の起算点が特に問題になることに気づき、理由を説明した上で、時効の起算点を占有開始時である平成16年10月1日か、本件工事開始時である平成17年6月1日とする結論を導いていた。また、取得時効が認められるのは対抗力を備えた賃借権のみであるという理解の下、丙建物の所有権保存登記がされた平成18年2月15日を起算点とする答案が少数存在したが、かかる考え方もあり得ないではないため、一定の評価を与えている。これに対し、時効の起算点を本件土地賃貸借契約時の平成16年9月15日とする答案が散見されたが、賃借権の行使は占有を前提にすることや、賃借権の取得時効を基礎付ける理由（占有が賃借権の継続的行使を可能にすること）を理解していない点で、かかる答案には高い評価を与えることはできない。その他の要件については、**【事実】3が無過失の評価根拠事実となる**ことを多くの答案が指摘していたが、本件土地賃貸借契約の締結と約定どおりの賃料の支払が「賃借意思の客観的表現」を基礎付けることを指摘する答案は意外に少なかった。

#### イ 答案の例

**優秀**に該当する答案の例は、Bの所有権に基づく請求に対する**Cの反論**としては占有権原の抗弁が考えられること、占有権原として甲1部分の賃借権の短期取得時効が問題となることを指摘した上で、Cの反論が認められるために必要な要件として、民法第163条・第162条第2項に規定する各要件を挙げて、その内容を適切に説明し、反論の当否に関しては、賃借権の取得時効が一般的に認められる理由を説明し、時効の起算点についても説得的な理由を述べた上でこれを特定し、「賃借意思の客観的表現」と無過失について適切に当てはめをするものである。

**良好**に該当する答案の例は、優秀に該当する答案と比べてとき、検討すべき複数の事項についておおむ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くものである。例えば、民法第163条・第162条第2項に規定する要件の一部や、「賃借意思の客観的表現」が要件として必要であることやその当てはめ等について言及しないものがこれに当たる。

**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てとき、検討すべき事項のうち重要部分について考察を欠くものや、検討に不適切な箇所が存在するものである。例えば、Cの反論が認められるために必要な要件として、民法第163条・第162条第2項に規定する要件を挙げずに、判例の「不動産の継続的な用益という外形的事実」と「賃借意思の客観的表現」という要件のみを挙げるものや、時効起算点を本件土地賃貸借契約時の平成16年9月15日とするもの、時効の起算点に関する問題の所在に気付いていないもの等がこれに当たる。

**不良**に該当する答案の例は、Cの反論の根拠として、賃借権の取得時効に言及せずに、本件土地賃貸借契約に基づく賃借権、A又はCによる甲1部分の所有権の取得時効、民法第94条第2項の類推適用、Cによる甲1部分の地上権の取得時効等を挙げるものである。

## (2) 設問2について

### ア 設問2の全体的な採点実感

設問2は、建物所有を目的とする土地賃貸借契約がされた場合において、賃借人がその土地の上に有する建物を賃貸人の知らないうちに第三者に賃貸したときに、賃借人はその上に建物がある土地部分を無断転貸したこととなり、賃貸人は土地賃貸借契約を民法第612条により解除することができるか（**下線部①**）、土地賃貸借契約の目的物たる土地に含まれるが、その上に建物がない部分についてはどうか（**下線部②**）を問うものである。

**まず**、設問2においてAによる解除の可否を論ずるためには、**解除の原因**を明らかにしなければならない。本問における事実関係の下では、Cの無断転貸を理由とする民法第612条による解除が考えられるが、**下線部①及び②のいずれにおいても、Cの賃借権の無断譲渡や用法遵守義務違反等を解除原因に挙げ**

る答案も一定数存在した。

次に、民法第612条による解除に関して、下線部①では、賃借人Cが借地上に所有する建物を第三者Dに賃貸した場合、Cはそれにより同条に違反したことになるかが問題となる。この点については、土地賃借人がその所有する地上建物を第三者に賃貸しても、その建物の「敷地」を転貸したことになる」とする判例があり（大判昭和8年12月11日判決全集1輯3号41頁）、学説においても、同様に解するのが通説であるが、下線部①についても、建物の利用は敷地の利用を伴うため当然に転貸になるとする答案が数多くあった。判例等と異なる見解を採ること自体は、その論理構成や理由が的確に論述されていれば何ら問題はないが、その場合でも、判例等がそのような見解を採っている理由を踏まえた上で論述をすることが望ましいところ、上記答案の多くは、上記判例の存在や建物の賃貸が敷地の転貸に当たるとした場合に生ずる問題点等に全く触れておらず、説得力に欠けるものが多かった。

また、特段の理由も示さずに転貸に当たらないとする答案も相当数あった。判例等と同じ立場であるため、理由を示さなかったものと推測されるが、本設問において、下線部①の事実が転貸に当たるか否かは、Cの反論が認められるかどうかを分ける重要な論点となるのであるから、判例等と同じ立場を採る場合でもその理由を的確に論述する必要がある。

これに対し、下線部②の事実は、Dが、CD間の賃貸借契約によって、本件土地のうちその上に建物がない土地部分（**甲2土地**）も使用することを認められ、現に使用していることを示している。下線部①について上記判例等の見解に立った場合には、甲2土地が建物の「敷地」に含まれると考えるかどうかによって、Aによる解除の可否が変わり得ることになるから、本設問の事実関係を踏まえた上でこの点を論述する必要があることになるが、この点についての的確に論述がされた答案は少なかった。

なお、無断転貸による解除を認めるためには、「賃借人が…第三者に賃借物の使用又は収益をさせたこと」が要件となるが、この要件を意識して適切な当てはめがされている答案は少なかった。

次に、下線部①又は②の事実が転貸に当たるとし、これにつきAの承諾がないとした場合には、さらに、不動産賃貸借契約について確立した法理である信頼関係破壊の法理に照らしてAの解除が認められるかどうかを検討する必要がある。

この点については、多くの答案が、判例（最判昭和28年9月25日民集7巻9号979頁ほか）の立場を前提とした上で、設問の中から信頼関係の破壊に係る判断に際して考慮すべき事実を拾い出した上で、解除の可否について結論を出していた。もっとも、解除を否定する場合でも評価根拠事実のみを挙げている答案が多く、評価障害事実も挙げた上で、これらの諸事情を総合的に判断するものは少なかった。

## イ 答案の例

**優秀**に該当する答案の例は、本設問では民法第612条の無断転貸に当たるかどうかが問題となる旨の指摘をした上で、借地上の建物の賃貸が土地の転貸に当たるか否か（以下「無断転貸の有無」という。）について、無断転貸が禁止される趣旨を踏まえ、賃貸借契約の目的物が土地であることの特性等を意識した論述がされ、さらに、これを前提として下線部①と②とで問題の所在が異なることを意識した論述がされており、本件土地の全部又は一部について無断転貸がされたとの認定をしたものについては、信頼関係破壊の法理に関する評価根拠事実又は評価障害事実を丁寧に拾った上で、それに基づき総合的な判断が示されているものである。

**良好**に該当する答案の例は、優秀に該当する答案と比べてとき、無断転貸の有無に関する論述が平板でやや説得力に欠けるものの、下線部①と②とで問題の所在が異なることを意識した論述がされているものである。

**一応の水準**に該当する答案の例は、本設問では民法第612条の無断転貸に当たるかどうかが問題となる旨の指摘をした上で、無断転貸の有無について一応の理由を挙げて結論を示してはいるものの、十分な考察を欠き、下線部①と②の違いが意識されていないものである。

**不良**に該当する答案の例は、本設問では民法第612条の無断転貸に当たるかどうかが問題となる旨の指摘はされているものの、無断転貸の有無についてほとんど理由を挙げずに結論のみを記載し、下線部①と②の違いが全く意識されていないものや、賃借権の無断譲渡や用法遵守義務違反等の解除原因に基づいて検討がされ、無断転貸の有無について全く論じていないもの等である。



(3) 設問3について

ア 設問3の**全体的な**採点実感

設問3は、複数筆の土地が建物所有を目的とする1個の賃貸借の目的物とされたが、それらの土地のうちの一部の上のみ建物があり、その建物につき土地賃借人の所有名義の登記がされている場合に、その登記による賃借権の土地取得者に対する効力は、その上に建物のない別筆の土地にも及ぶかどうか、仮に及ばないときには、土地取得者は所有権に基づいてその建物のない筆の土地の返還を求めることができるかどうかを問うものである。設問2と設問3は、いずれも、1個の賃借権の目的物となっている（複数筆の）土地のうち一部の上に建物がある場合に、その建物のあることが建物のない土地（部分）にどのような影響を及ぼすかを**問題**とするものであるが、**設問2**は、当該賃貸借関係の当事者間においてこれを**問題**とするものであるのに対し、**設問3**は、賃借人と当該土地の取得者との間でこれを**問題**とするものである。

Cは、Eの請求に対し、占有権原（賃借権）があるとしてこれに反論することが考えられる。本件土地賃貸借契約は、建物所有を目的とするもので借地借家法の適用があるため、この反論は、甲1土地及び乙土地については、賃借人であるCが、Eの本件土地の所有権取得の登記に先立って、甲1土地及び乙土地上に所有する丙建物につき自己名義の保存登記を備えたことにより（借地借家法第10条第1項）、認められることになる。

これに対し、**甲2土地**は、Eが現れた時点では、【事実】12に記載の事情により甲1土地及び乙土地とは別筆の土地となっており、甲2土地につき賃借権の登記（民法第605条）がされたことを示す事実はなく（この点は、甲1土地及び乙土地についても同じである。）、また、その上に建物が存在しないため、**少なくとも形式的には借地借家法第10条第1項の適用はない**ように見える。

本設問は、そのことを**前提**とした上で、借地借家法第10条第1項の解釈により、又はそれ以外の法理論により、Eの請求の棄却を求めることができないかを問うことに主眼があったが、上記の前提自体に触れていない答案が多かったのは残念である。

また、賃貸人の地位がAからEに移転したという理由で、Cの反論が認められるとする答案も多かった。賃貸人の地位の移転に関する理論は、賃借人が、賃貸借契約締結後に賃貸目的物の所有権を取得した者に対し、その賃借権を対抗することができることを前提とした上で、そのような場合には、原則として賃貸目的物の所有権を取得した者に賃貸人の地位を移転させることがむしろ相当であるという価値判断を根拠とするものである。しかるに、本設問はEがCに対して所有権に基づき本件土地の返還を求めた事案であり、Cがその賃借権の効力をEに主張することができるかどうか**が問題となっているのであるから、賃貸人の地位が移転するかどうかを論ずる必要は全くない**ものといえる。確立した判例であっても、その価値判断と論理構造を的確に把握するよう努めることが重要である。

イ 答案の例

**優秀**に該当する答案の例は、Cは賃借権に基づき本件土地を占有しており、占有権原を有している旨の反論をすることが考えられる旨を述べた上で、甲1土地及び乙土地については、借地借家法第10条第1項の各要件についてその解釈や当てはめが適切にされ、Eに対し、賃借権を対抗することができるとの結論が示されており、甲2土地については、甲1土地及び乙土地とは異なり、丙建物の敷地として登記されていない点が問題となる旨の指摘をした上で、これについて一定の考え方が示されているものである。

**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おおむね適切な論述をしているが、それらの一部についての考察を欠き、甲1土地及び乙土地と甲2土地との違いについて一応触れてはいるものの、上記問題の所在に関する理解が不十分であるものである。

**一応の水準**に該当する答案の例は、甲1土地及び乙土地と甲2土地との違いに関する問題の所在に気付いていないが、借地借家法第10条第1項の各要件に関する解釈や当てはめはおおむね適切にされているものである。

**不良**に該当する答案の例は、Cの反論の根拠として、借地借家法第10条第1項の対抗要件について一切触れておらず、和解の効力に関する論述や錯誤等、本設問の事案に照らし適切とは言えない論点に関する論述のみをしているものである。

#### (4) 全体を通じ補足的に指摘しておくべき事項

今年度は、具体的な事案に適用されるべき法規範を選択する際に、適切とは言い難い選択をしたために低い評価しか得られなかった答案が目についた。例えば、設問1では、Cの反論の根拠として、賃借権の取得時効に言及せずに、本件土地賃貸借契約に基づく賃借権、A又はCによる甲1部分の所有権の取得時効、民法第94条第2項の類推適用を問題とした答案、設問2では、解除原因として、民法第612条の無断転貸に言及せずに、賃借権の無断譲渡や用法遵守義務違反を問題とした答案等がその典型例である。適切な法規範を選択すれば、設問1における過失の認定や設問2における信頼関係破壊の法理の当てはめに見られるように、多くの受験者は、法科大学院における学習の成果により、丁寧に事実を拾い出した上で、適切に結論を導くことができるのであるから、昨年に引き続き、具体的な事案に適用されるべき法規範をどのように見付け出したらいかにについて、一言しておく。

制定法の条文は、同じレベルで単に並列しているのではない。例えば、刑法学は、刑法典の条文を、構成要件該当性－違法性－有責性という判断枠組みに即して体系的に整理している。このような体系化により、ある行為が、ある条文の構成要件に該当すれば、次に違法性（阻却事由）の有無を判断する必要があり、構成要件に該当しなければ、違法性・有責性の判断は不要となることが分かる。このような判断枠組みが共有されて初めて、法律家同士の対話が成り立つ。裁判の場で、ある行為が違法か否かという実体レベルで意見が対立することがあるのは当然だが、判断枠組みの内容自体について意見が対立すれば、そもそも議論が噛み合わない。この意味で、このような判断枠組みに関する一般的な理解を身に付けることは、法律実務家として必須の条件であるといえる。

民法においても、例えば、契約法では、まず契約の成否が問題となり、契約が成立すれば、次に契約の効力（有効・無効）が問題となるという判断枠組みが一般に共有されている。物権法では、まず物権変動の有無が問題となり、物権変動があれば、次にその対抗要件が問題となる。逆に、物権変動がなければ、対抗関係の問題は生じない。したがって、設問1においては、AC間の本件土地賃貸借契約が甲1部分については他人物賃貸借である以上、AC間で賃貸借契約が存在するとしてもこれが占有権原となる余地はないから、借地借家法第10条第1項の対抗要件の具備は問題とならない。他人物賃貸借であっても同項の対抗要件を備えれば賃借権を所有者に対抗することができるとする答案は、民法の基本的理解に欠けると書いたのは、かかる判断枠組みが共有されていないからである。

設問3の関係では、まず不動産賃借権の有無が問題となり、それが認められれば、次にその対抗要件が問題となり、不動産賃借権の対抗要件が備われば、次に賃貸人が誰になるかが問題となるというのが一般的な判断枠組みであるが、設問3を解決するのに賃貸人が誰であるかを問題とする必要はない。しかし、上記のとおり、かなり多くの答案がこの判断枠組みに従わずに、Eが賃貸人の地位を承継したから、CはEの請求を拒むことができると解答していた。これも、同様にこのような判断枠組みを適切に理解していないことに起因するものと考えられる。

具体的な事案に適用されるべき法規範を適切に見付け出すことができるようになるためには、日頃から、法規範が互いにかいなる関係に立つのかという点に留意し、自分の頭で丁寧に整理をしながら、地道にその理解を積み重ねていく以外に方法はないのではないと思われる。

また、昨年の採点実感でも指摘したところであるが、問題文をきちんと読んでいないと思われるものが多かった。例えば、設問1では、わざわざ「Bが甲1部分を所有することを認めた上でBの請求の棄却を求めらるる場合」と記載してあるのに、Cによる甲1部分の所有権の取得時効を論ずるものはその典型であるが、このほかにも、「必要な要件を説明した上で」と記載してあるのに、取得時効の要件を一部しか挙げていないものも相当数あった。各設問で問われていることに的確に答えていなければ高い評価をすることはできないのであるから、問題文は注意深く読んでもらいたい。

また、各設問で問われている点とは関係のない事柄を長々と述べた挙げ句に、肝心の問題点についての記載が十分にされていない答案も相当数存在した。限られた時間の中で十分な論述をするためには、各設問で特に問題となる論点については手厚く論ずる一方で、各設問の事案を前提とすれば問題なく認められる要件については必要な限度で簡潔に記載するなど、メリハリを付けて答案を作成することも必要であり、このような答案は、問題の所在を的確に把握している答案として高い評価がされることにつながる。

また、各設問で特に問題となる点については、そのような結論を採る理由を的確に示す必要があるが、そ

の理由と結論との間の論理関係が不明瞭であり、あるいは整合性を欠いていると思われる答案も一定数存在した。理由付けをしようとする姿勢は評価するが、論理の整合性にもっと注意を向けるべきである。

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

4 法科大学院における学習において望まれる事項 [注：試験考査委員が**受験生に対して求めるもの**として読む]

設問1における過失の認定や設問2における信頼関係破壊の法理の当てはめ等については、丁寧に事実を拾い出した上で、適切に結論を導いている答案が相当数存在し、これらの点については法科大学院における学習の成果がうかがわれた。

他方、民法の基本的な知識自体はそれなりに習得していると思われるにもかかわらず、具体的な事案においてそれを的確に分析し、当てはめる能力が十分でないと思われる答案が多く見られた。上記3で指摘した内容と若干重複するが、法律実務家になるためには、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が必要であり、民法の**基本的な知識**があってもこれを適切に**使いこなす**ことができなければ、法律実務家としてその**事務を適切に処理**することはできない。民法の基本的な知識を**使いこなす**ことができないのは、実はその理解そのものが不十分で、**表面的な理解**にとどまっていることに**起因**する場合が多いものと思われるが、これらの実践的な能力を身に付けるためには、判例等を検討する際にも、その前提となっている事実関係を基に、結論を導く**価値判断と論理構造**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、また、その**判例の射程**を考える上でも、より多くの事案を想定して検討を行うことが重要であると思われる。

1 出題の趣旨等

既に公表されている平成29年司法試験の論文式試験出題の趣旨に、特に補足すべき点はない。

2 採点方針及び採点実感

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

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

なお、昨年も言及したが、読みにくい文字の答案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ものの、それにもかかわらず、読みにくい文字のために文章を理解することができないような答案が、少数であるとはいえ、見られる。そのような文章については、そ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、発起人が取引の相手方に対し設立費用について未払額を残した状態で会社が成立した場合において、設立費用の総額が定款に記載した金額を超えていたときにおける、相手方であるD及びEに対する債務の帰属に関して、問うものである。

まず、本問においては、判例の立場及びその当否を検討することが求められているため、判例が、設立費用を未払の状態で会社が成立した場合に、定款に記載した金額（会社法第28条第4号）の範囲で、債務は成立後の会社に帰属し、その範囲では、取引の相手方は、成立後の会社に対し、弁済等を請求することができ、発起人に対しては、弁済等を請求することができないという立場を採っていること（大判昭和2年7月4日民集6巻428頁、大判昭和8年3月27日法学2巻1356頁）を**指摘**する必要があるところ、判例を正確に指摘することができていない答案が相当数あった。

**判例の当否**については、多くの学説において、発起人が複数の相手方と取引をしてその債務の総額が定款に記載した金額を超える場合に、どの債務についてどの範囲で会社に請求することができるかという困難な問題を生ずることなどから、**批判的な立場**が採られているところ、答案においても同様の理由を示して判例に反対する立場を採るものが多かった。他方で、成立後の会社の財産的基礎を確保するという会社法第28条第4号の趣旨を重視し、判例に賛成する立場を採る答案も少なくなかった。

**債務の帰属**については、判例に賛成する見解によると、設立費用の総額が定款に記載した金額を超えていた場合においては、債務は、①契約を締結した順序により、契約を締結した順序が明らかでないときは、債務の額に応じた按分の方法により、定款に記載した金額の範囲で、成立後の会社に帰属するというものや、②契約を締結した順序にかかわらず、債務の額に応じた按分の方法により、定款に記載した金額の範囲で、成立後の会社に帰属するというものなどが考えられる。他方で、判例に反対する見解によれば、債務は、①定款に記載した金額の範囲であっても、成立後の会社に帰属せず、取引の相手方は、発起人に対し、弁済等を請求することができるにとどまるというものや、②定款に記載した金額にかかわらず、全て成立後の会社に帰属し、取引の相手方は、成立後の会社に対し、弁済等を請求することができるというもの、③取引の相手方は、会社及び発起人のいずれに対しても、弁済等を請求することができるというものなどが考えられる。なお、判例に賛成する立場を採る答案には、定款に記載した金額の範囲で、成立後の会社に対し、弁済等を請求することができると論ずるにとどまり、複数の取引債務の総額が定款の記載額を超える場合に、どの債務についてどの範囲で会社に請求することができるかについて言及していないも

のが相当数あった。

判例に賛成又は反対のいずれの立場を採る場合であっても、これらの見解といわゆる設立中の会社の概念や発起人の権限の範囲との関係を意識して論ずることが望まれる。

#### イ 答案の例

##### (7) 優秀又は良好に該当する答案の例

判例の立場及びその当否について、会社法第28条第4号の趣旨と取引の相手方の保護の必要性なし取引の安全との調和の観点から丁寧に論じ、その論述と整合的に、支払を拒否することができるかどうかについて自らの見解を論じた上で、事案に即して結論を導いているものには、高い評価を与えた。

##### (4) 不良に該当する答案の例

本問においては、明示的に、判例の立場及びその当否を検討することが求められているにもかかわらず、これらについて言及していないものが相当数あったほか、以下のとおり、設立費用や設立中の会社の法律関係に関する基本的な理解を欠いているものが一定数見られた。

本問において定款に設立費用についての記載がないとするもの、設立費用が登記事項であるとするもの、設立費用について会社法第27条第4号又は第28条第1号若しくは第2号を引用するものなど、設立費用の意義等を明らかに誤解しているもの

①設立を直接の目的とする行為、②設立のために必要な行為、③財産引受け、④開業準備行為といった行為の類型や、意義、具体例を誤解し、例えば、本問を定款に記載がない開業準備行為に関する問題として論ずるものや、設立事務を行う事務所用建物の賃借と設立事務を補助する事務員の雇用とで、該当する行為の類型を異にするものとして論ずるもの

#### (3) 設問1(2)について

##### ア 全体的な採点実感

設問1(2)は、定款に記載がない財産引受けの効力及び当該財産引受けの追認の許否等について、問うものである。

まず、本問においては、相談を受けた弁護士の立場に立って、検討することが求められているため、判例が、定款に記載がない財産引受けは、無効であり、譲渡人も無効を主張することができ、成立後の会社が追認しても、有効とならないとしていること（最判昭和28年12月3日民集7巻12号1299頁、最判昭和42年9月26日民集21巻7号1870頁、最判昭和61年9月11日裁判集民148号445頁）を意識しながら、本件購入契約に関する会社法上の問題点として、定款に記載がない財産引受けの効力及び当該財産引受けの追認の許否について、説得的に論ずることが求められる。しかし、判例の考え方に言及せず、又は定款に記載がない財産引受けが当然に発起人の無権代理行為であると論ずるものなど、判例を意識していないと思われる答案が多かった。

甲社が本件機械の引渡しを受けるために採ることができる方法及びこれに必要な会社法上の手続について、判例に賛成する見解からは、甲社がFから本件機械を購入する契約を改めて締結しなければならないが（この場合には、Fの増額要求をある程度受け入れるのもやむを得ないであろう。）、本問においては、本件機械の価額及び甲社の純資産額等に照らし、本件機械の取得が事後設立に当たる。そのため、事後設立の手続について、株主総会の特別決議によって、当該契約の承認を受けなければならないこと（会社法第467条第1項第5号、第309条第2項第11号）など、事案に即して検討することが望まれる。しかし、本件機械を購入する契約を改めて締結することと、本件機械の取得が事後設立に当たることとの関係を正確に理解しておらず、本件機械を購入する契約を改めて締結することに言及しないで、単に、事後設立に関する手続を採れば、本件機械を取得することができるというような論述をする答案が相当数あった。また、「純資産額の5分の1を超えることから、事後設立に当たらない。」などと論述し、同法第467条第1項第5号ただし書の意味を誤解している答案も散見された。なお、株主総会の特別決議の要否に言及せず、取締役会の決議（同法第362条第4項第1号）の要否に言及するのみの論述には、高い評価を与えていない。

判例に反対し、定款に記載がない財産引受けの追認を認める見解からは、本件購入契約を追認することが考えられる。そのために、本件機械の価額及び甲社の純資産額等に照らし、事後設立に関する手続により株主総会の特別決議による承認を受けなければならないと考えられること（会社法第467条第1項第5号類推、第309条第2項第11号類推）などに言及しながら、事案に即して検討することが望まれる。しかし、本件購入契約を追認するための手続について何ら言及していない答案や、上記と同様に株主総会の特別決議による承認の要否に関する同法第467条第1項第5号ただし書の意味を誤解している答案も散見された。

なお、相手方の無効主張を不可とする立場等からの論述にも、一定の評価を与えている。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

特に、定款に記載がない財産引受けの追認の許否について、判例の立場にも配慮した上で、財産引受けの規制の趣旨を踏まえつつ、会社や、株主及び債権者等の会社の利害関係人、取引の相手方の利益も勘案し、自らの見解を説得的に論じ、その論述と整合的に、追認又は再契約の方法を指摘するとともに、そのために必要となる会社法上の手続として、事後設立に関する手続（同法第467条第1項第5号、第309条第2項第11号）について、丁寧に検討するものには、高い評価を与えた。

##### (イ) 不良に該当する答案の例

以下のとおり、定款に記載がない財産引受けに関する基本的な理解が不十分であると判断せざるを得ないものが相当数見られた。

①定款に記載がない財産引受けの効力が無効であることについて、会社法第28条柱書き及び第2号という条文上の根拠に何ら言及せず、単に発起人の権限が開業準備行為に及ばないということからのみ論ずるもの、②定款に記載がない財産引受けの追認の許否について言及していないもの、③本件機械を購入する契約を改めて締結することに言及しないで、単に、事後設立に関する手続を採れば、本件機械を取得することができるとするもの、④事後設立に関する手続として株主総会の特別決議（同法第467条第1項第5号、第309条第2項第11号）の要否に言及せず、重要な財産の譲受けとして取締役会の決議（同法第362条第4項第1号）の要否のみに言及するもの

そのほか、事実関係を全く踏まえず、①会社の成立後であるにもかかわらず、定款の変更をした上で、財産引受けを行うとするもの、②現物出資により給付を受けるとするものも一定数見られた。

#### (4) 設問2について

##### ア 全体的な採点実感

設問2は、買取者が対象会社の少数株主を会社から退出させる（締め出す）目的で行われた株式の併合に係る株主総会の決議の取消事由及び無効事由について、問うものである。

本問においては、まず、乙社の創業者の一族である株主Gが、平成28年7月11日を効力発生日とする株式の併合により株主の地位を失っていることから、Gの原告適格について、会社法第831条第1項柱書き後段を指摘する必要があるが、これについて何ら言及していない答案が極めて多かった。

本件決議の取消事由については、第1に、本件持株会の会員であるKが、株主名簿に記載されている株主でないにもかかわらず、代理人として議決権を行使したことが、株主総会の決議の方法の定款違反（会社法第831条第1項第1号）に当たるか否かについて、事案に即して検討することが求められる。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（同法第310条第1項）が、乙社の定款第16条は、議決権を行使する株主の代理人資格を当該会社の株主に制限している。判例は、そのような定款の規定は、株主総会が、株主以外の第三者によって攪乱されることを防止し、会社の利益を保護する趣旨に出たものと認められ、合理的な理由による相当程度の制限といえることができるから、有効であるとしていること（最判昭和43年11月1日民集22巻12号2402頁）から、そのような趣旨も踏まえて、Kの議決権の代理行使が定款に違反するか否かを検討することが求められる。例えば、Kは、株主名簿上の株主ではないが、実質的に乙社の株主であることをどのように評価するかが検討対象となろう。しかし、

このような問題の所在等を正確に理解せず、的確に指摘することができていない答案が相当数あった。なお、以上とは別に、甲社の代表取締役Cが甲社を代表して議決権を行使していることについて、代理人による議決権の行使であると誤解し、Cによる議決権の代理行使が株主総会の決議の方法の定款違反に当たるか否かを論ずる答案が相当数あった。

第2に、乙社の代表取締役Jは本件株主総会において**株式の併合**をすることを必要とする理由を説明している（会社法第180条第4項）が、Jの説明の内容に照らし、その説明が株主総会の**決議の方法の法令違反**（同法第831条第1項第1号）に当たるか否かについて、事案に即して論ずることが求められる。具体的には、問題文13の①及び②の説明のうち、②の説明が虚偽とすることができるかどうか（減資のため株式数を減少させる法的な必要性はない。）や、本来の目的を説明しなかったことの適否を検討することが必要となる。しかし、そもそも同法第180条第4項違反に当たるか否かについてではなく、同法第314条違反に当たるか否かについてのみ論ずる答案が多かった。なお、同法第180条第4項に規定する株式の併合をすることを必要とする理由の説明の意義について、学説における解釈に沿って的確に論ずる答案はほとんどなかった。

第3に、Iの相続人である株主Lに議決権を行使させなかったことが、株主総会の**決議の方法の法令違反**（会社法第831条第1項第1号）に当たるか否かについて、論ずることが求められる。これについては、株主総会の決議の取消しの訴えを提起する者は他の株主に関する瑕疵を取消事由として主張することができること（最判昭和42年9月28日民集21巻7号1970頁）を前提とした上で、株式の譲渡の対抗要件に関する同法第130条第1項が株式の相続にも適用されるか否かに言及しながら、事案に即して検討することが期待される。しかし、同項が株式の相続にも適用されるか否かという問題の所在を正確に理解し、的確に指摘することができている答案は極めて少なく、これを的確に指摘した上で論ずる答案には、一定の高い評価を与えた。

第4に、買取者である甲社の代表取締役Cが甲社を代表して議決権を行使しているところ、本件決議が、株主総会の決議について**特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによる著しく不当な決議**（会社法第831条第1項第3号）に当たるか否かについて、事案に即して検討することが求められる。しかし、特別の利害関係の意義について言及していない答案が散見された。また、特別の利害関係を有する者に当たるか否かと、著しく不当な決議に当たるか否かとの関係について、正確に理解していないと思われる答案や、著しく不当な決議の意義を誤解している答案が相当数あった。

以上4点の取消事由に関する論点について、ほぼ全てに言及し、かつ、その記述が正確で論理的である答案は、少なかった。

そのほか、買取者である甲社が対象会社である乙社の少数株主を会社から退出させる（締め出す）目的で行われた株式の併合が、株主平等原則（会社法第109条第1項）に違反するのではないかという観点から、本件決議の無効事由〔注：会社法830条2項の株主総会決議無効確認の訴えの無効事由＝決議の内容の法令違反〕となる余地があることを検討することも求められるが、これについて論ずる答案は、ほとんどなかった。

## イ 答案の例

### (7) 優秀又は良好に該当する答案の例

株式の併合により株主の地位を失ったGの原告適格について、的確に指摘した上で（会社法第831条第1項柱書き後段）、本件決議の取消事由として前記の4点の全てに言及し、それぞれについて事案に即した簡潔かつおおむね適切な論証をしているものには、高い評価を与えた。もともと、取消事由のうち、Lに議決権を行使させなかったことの適否については、同法第130条第1項が株式の相続にも適用されるか否かという問題の所在等を的確に指摘することができている答案は極めて少なく、良好に該当するような答案であっても、株主名簿や基準日の制度の趣旨を会社の事務処理上の便宜であるとしつつ、株式の取得が相続によるものであり、また、本件株主総会に係る議決権行使の基準日の後であるものの、株主名簿の名義書換えが行われており、Lが株主であることは会社にも明らかであったとして、本件においては、会社の事務処理上の便宜よりも、株主による議決権の行使を優先すべきであるというように論ずるものが多かった〔注：このような答案は前記の問題の所在に気付いていないことをあらわ

している。〕。甲社の代表取締役Cが議決権を行使したことが、同法第831条第1項第3号に当たるか否かについても、良好に該当するような答案であっても、特別の利害関係を有する者に当たるか否かと、著しく不当な決議に当たるか否かとの関係について、的確に論ずることができている答案は少なかった。

(4) **不良**に該当する答案の例

株主総会の決議の取消事由、無効事由及び不存在事由を正しく理解せず、又は誤解しており、適切に区別することができていないもの

取消事由に当たるなどと論ずるものの、具体的に会社法第831条第1項第1号から第3号までの取消事由のいずれに当たるかについて言及していないもの

乙社は書面による議決権行使に関する事項を定めなければならないわけではない（会社法第298条第2項本文参照）にもかかわらず、定時株主総会の招集通知に、株主総会に出席しない株主が書面によって議決権を行使することができることとする旨が記載されていなかったことをもって株主総会の招集の手續が法令に違反するとするもの

Kによる議決権の代理行使が、本件持株会の規約の定め違反するか否かや、会社法第106条の規定に違反するか否かについてのみ論ずるもの

代理人の資格を当該会社の株主に制限する定款の規定が有効であると解されていることに全く言及がなく、このような趣旨を踏まえた検討も全くされていないもの

Jによる株式の併合の理由の説明が株主総会の決議の方法の法令違反に当たるか否かとして、会社法第180条第4項違反に当たるか否かについてではなく、同法第314条違反に当たるか否かについてのみ論ずるもの

会社法第124条第4項の適用範囲を誤解し、Lに議決権を行使させなかったことが同項に違反すると論じていると解さざるを得ないもの

乙社がLの請求に応じて株主名簿の名義書換えを行ったのが本件株主総会に係る議決権行使の基準日の後であったことを適切に考慮しないで、乙社がLに議決権を行使させなかったことが信義則に違反するというように論ずるもの

株主総会の決議について特別の利害関係を有する者に当たる甲社の代表取締役Cが議決権を行使したことによってされた本件決議は、そのことのみにより、その内容にかかわらず、直ちに著しく不当な決議に当たるかのように論ずるもの

いわゆる裁量棄却（会社法第831条第2項）の要件を正確に理解しておらず、本件決議が、株主総会の決議について特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによる著しく不当な決議（同条第1項第3号）に当たるとした上で、そのこととの関係で、いわゆる裁量棄却の可否について論ずるもの

(5) **設問3**について

ア **全体的な採点実感**

株式の併合により株式の数に1株に満たない端数が生ずるときの当該端数の処理の手續や反対株主の株式買取請求について、問うものである。

設問3においては、平成28年7月11日を効力発生日とする株式の併合により乙社の株式を失うこととなる株主Lの経済的利益が会社法上どのように保護されるかについて、説明及び検討することが求められる。

まず、株式の併合により株式の数に1株に満たない端数が生ずるときの当該端数の処理の手續（会社法第235条、第234条第2項から第5項まで）について説明する必要がある。しかし、この手續に言及する答案は、極めて少なかった。

次に、反対株主の株式買取請求（会社法第182条の4）についても説明することが求められる。株主Lは、本件株主総会に先立って株式の併合に反対する旨を乙社に対し通知したが、本件株主総会の会場への入場を認められなかったため、本件株主総会において株式の併合に反対していない（同条第2項第1号参照）。そのため、このような株主Lが同号又は同項第2号の「**反対株主**」に該当するか否かが**問題**とな



ることから、この要件について、株主Lが株主総会において議決権を行使することができた株主であると解するか否かについての設問2における検討と整合的に論ずることが求められる。

設問2において、株主Lが株主総会においてその議決権を行使することができた株主であると解した場合には、前述のとおり、形式的には、Lは会社法第182条の4第2項第1号に規定する株主の要件を満たしていないもの、その原因が、Lが本件株主総会の会場への入場を求めたにもかかわらず、これを乙社の受付担当者が代表取締役Jの指示に基づき不当に拒否したことにあるから、乙社は同号の規定によるLからの株式買取請求を信義則上拒否することができないと解し、又はこのような事情から、Lは同項第2号に規定する株主に当たり、Lは乙社に対し株式買取請求をすることができると解することが考えられよう。このような解釈を採る答案は比較的多かった。そのような答案には、その論述の内容もおおむね論理的なものが相当数あり、**高い評価**を与えた。

他方で、設問2において、株主Lが株主総会においてその議決権を行使することができなかった株主であると解した場合には、会社法第182条の4第2項第2号に規定する株主に、株主総会の基準日以前に議決権を有する株式を取得しながら名義書換えを怠った者（株主総会の基準日後に株主名簿の名義書換えをした株主）が含まれるか否かを検討することが期待される（なお、この点に関する裁判例として、例えば、東京地決平成21年10月19日金判1329号30頁、東京地決平成25年9月17日金判1427号54頁参照）。もっとも、この点について検討している答案はほとんどなく、単に同号の「議決権を行使することができない株主」に当たるとのみ指摘し、結論においては、Lが乙社に対し株式買取請求をすることができるとの立場を採る答案が多かったが、このような答案には、高い評価は与えていない。

なお、例えば、設問2においては、結論として、Lは株主総会において議決権を行使することができた株主であると解しているにもかかわらず、設問3においては、何ら説明をすることなく、Lが会社法第182条の4第2項第2号に規定する当該株主総会において議決権を行使することができない株主に当たるとのみ論ずるなど、設問2における検討と設問3における論述とが何ら理由もなく矛盾する答案が散見され、そのような答案には、低い評価を与えるにとどめた。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

株式の併合により株式の数に1株に満たない端数が生ずるときの当該端数の処理の手續（会社法第235条、第234条第2項から第5項まで）と反対株主の株式買取請求（同法第182条の4）との二つの制度により経済的利益が保護されることを的確に指摘しているものは、総じて高い評価であった。

また、このうち、反対株主の株式買取請求に関しては、Lが「反対株主」（会社法第182条の4第2項）の要件を満たすか否かについて、設問2の検討と整合的に論証し、かつ、その論述内容も事案に即した説得的なもの、例えば、前記アで記載したような論述のほかにも、Lが議決権を行使することができなかった株主であるとの立場であっても、株主名簿の名義書換えを怠った株主を保護する必要はないなどとし、同項第2号に規定する株主の要件を満たしていないと解して買取請求権の行使を否定するものなどには、高い評価を与えた。

##### (イ) 不良に該当する答案の例

会社法第182条の4第2項第1号の要件を理解しておらず、単に、株式の併合に反対する旨を乙社に対し通知したのみをもって、当然に、反対株主に当たるかのように論ずるもの

Lが株主総会において議決権を行使することができたか否かについての設問2における検討と、設問3における反対株主の株式買取請求に関する論述とが何らの理由もなく矛盾するもの

そのほか、問題文6に、乙社は、種類株式発行会社ではなく、その定款には、単元株式数に関する定めはないと明示していたにもかかわらず、単元未満株式の買取請求（会社法第192条）について説明するものや、同法116条第1項第3号イに規定する反対株主の株式買取請求のみに言及するものが散見された。なお、同法第785条に規定する反対株主の買取請求に言及するものが少数ながら見られた。

3 法科大学院教育に求められるもの [注：試験考査委員が受験生に対して求めるものとして読む]

設立に関して、設立費用に関する会社法第28条第4号の趣旨、設立中の会社の発起人の権限の範囲並びに定款に記載がない財産引受けの効力及びその追認の許否等といった基本的な論点について、代表的な判例の理解のみならず、条文の趣旨又は意義を含めた基本的な理解が不十分であった。株主総会の決議の取消しの訴えに関しても、その原告適格について条文の指摘を欠いていたり、取消事由のうち、議決権行使の代理人資格を株主に制限する定款の定めの有効性やその例外といった基本的な論点についての確に論証せず、特別の利害関係を有する株主による議決権行使や同法180条第4項の説明義務といった基本的な条文又は制度の理解等も不十分であったりするなど、総じて会社法の基本的な理解について不十分な面が見られる。

条文の引用が不正確又は不十分である場合が目につき、代表的な判例についても引用又は言及が少なく、条文の適用又は解釈を行っているという意識や代表的な判例の存在を前提にして論ずるという意識が高いとは言いがたい。論点についての論述において、条文の適用関係を明らかにしないまま、又は判例を意識しないままに、自説を論述する例が見られる。これらについては、基本的に昨年までと同様の印象である。

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等においても、不十分さが見られた。

従来と同様に、会社法に関する代表的な判例の理解を含めた基本的な理解を確実なものとするとともに、事実関係から重要な事実等を適切に拾い上げ、これを評価し、条文を解釈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。

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29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、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、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。したがって、答案の作成に当たっては、問題文で示されている検討すべき事項を適切に吟味し、そこに含まれる論点を論理的に整理し、記述すべき順番や相互関係にも配慮する必要がある。**例年指摘**しているように、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したり、理由を述べることなく結論のみ記載したりするのではなく、提示された問題意識や当該事案の具体的内容を踏まえつつ、論理的に一貫した思考の下で、最終的には当該事案への当てはめを適切に行う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、受験者がこのような意識を持っているかについても留意している。

3 採点実感等

(1) **全体**を通じて

本年の問題では、具体的な事例を提示し、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、弁論主義、処分権主義、既判力などといった民事訴訟の基本的な原理・原則に対する受験者の理解を問うとともに、当該事案への当てはめを適切に行うことができるか等を試している。

全体として、時間不足により記述が完成しなかった答案は、ほとんどなかった。しかし、検討すべき事項との関係では特に必要でないにもかかわらず、自分の知っている典型的な論証パターンを書き連ねた上、当該事案への当てはめが不十分である答案や、問題文で示されている検討すべき論点を正面から取り上げなかったり、「不意打ち」、「信義則」、「蒸し返し」などのキーワードだけを掲げて短絡的に結論を記載したりする答案は、多く見られた。また、そもそも当該事案における訴訟物が理解できていない答案のように、基礎的な部分の理解不足がうかがわれる答案も、一定程度見られた。本問のような問題においては、問題文が提示している問題意識（出題趣旨）を的確に把握し、具体的な訴訟手続における当事者の主張の在り方や結論を想定しつつ、論理的に一貫した検討を加え、当該事案への当てはめを行って、設問内容に対応した解答をすべきである。

このほか、判読困難なほど乱雑な文字や自分勝手な略字を用いるなど、第三者が読むことに対する意識が不十分な答案や、刑事訴訟法の用語と混同している答案が見られたことは、例年と同様であった。

(2) **設問1**について

ア **全体的な採点実感**

設問1では、まず、一般的に、民事訴訟において、裁判の基礎となる資料の収集を当事者の責任とする原則（いわゆる弁論主義）が妥当し、その一環として、裁判所は当事者が主張しない事実を判決の基礎にしてはならないとの原則（いわゆる主張原則）が妥当すること、主張原則の対象となる事実は少なくとも主要事実を含むと解されていることを論ずる必要がある。この点については、大半の答案が論じていたが、粗雑な説明も多く、限られた字数で論理的かつ丁寧な論述ができたかどうかにより差が表れた。また、主要事実について主張原則が妥当することを明らかにせず、あるいはその根拠に関する理解が不明瞭な答案

が散見された。その根拠として自由心証主義との関係を指摘する答案も多く見られたが、自由心証主義との関係は、間接事実にまで主張原則を及ぼすことの当否を論ずる際の根拠となるものであって、主要事実に主張原則が妥当することの根拠となるものではないから、当事者が代理の主要事実自体を主張していない本件事案において記述する必要があるとはいえず、事案に即した記述を心掛ける必要がある。このほか、弁論主義の根拠として民事訴訟法第246条を掲げたり、本問において弁論主義の第2テーゼや第3テーゼを論じたりするなど、基礎的な理解が疑われる答案、準備した論証パターンをそのまま書き写したためか、答案全体の分量から見てバランスを欠くほど長々と論述を重ねる答案もあった。

次に、本問では、代理の主要事実は何かを明らかにすることが求められるところ、比較的多くの答案は、代理権の授与、顕名及び代理人による意思表示が主要事実となることを指摘できていたが、これを明記しない答案も一定程度見られた。そして、代理の主要事実を指摘した答案においても、その検討の前提として必要となる、主要事実とは何かという点について、触れている答案は必ずしも多くなかった。代理については、意思表示をした者以外の者に法律行為の効果を帰属させるという実体法上の効果があるところ、主要事実とは何か十分に理解されていないため、特段の検討を加えることなく代理の事実は間接事実にすぎないとする答案も、一定程度見られた。

そして、本問では、問題文中の司法修習生Pの発言のとおり、証人尋問の際にAがYの代理人として契約を締結した旨を述べたにもかかわらず、当事者がその点を問題にしなかったという事情の下に、弁論主義の存在意義や不意打ち防止機能を踏まえつつ、代理人による契約締結の事実を認定することの可否を論ずる必要がある。しかし、出題意図に沿って、問題文中で示されている検討すべき事項に触れている答案は意外に少なく、単に、当事者から代理の主要事実の主張がされていないため当該事実を認定することはできないとの理論的帰結のみを解答する答案が、非常に多く見られた。また、この点については、判例（最判昭和33年7月8日民集12巻11号1740頁）の結論や理由に言及した上で、自己の立場から何らかの考察をすることも期待されるが、論じている答案は少なかった。このほか、証人Aの証言によって代理の事実の主張がされているとする答案もあったが、訴訟資料と証拠資料の区別が理解できておらず、答案の評価は低いものとなった。

当事者から代理の主要事実の主張がされていないため当該事実を認定することができないとする答案において、契約の不成立により請求棄却となるのか、また、そのような結論は当事者にとって不意打ちとならないかといった点を論じたものは稀であった。受験者には、当該事案の解決の在り方を見通して具体的に検討することが求められる。そのような観点から、代理の主要事実の主張をするように裁判所が釈明権を行使すべきであることに付言した答案も少数ながら見られ、このような答案は一定の評価をした。

#### イ 答案の例

設問1は、全体として、設問2及び設問3と比較すると、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、上記アに記載した事項について、バランス良く、過不足のない論述をしており、特に、問題文中の司法修習生Pの発言に即して、弁論主義の存在意義や不意打ち防止機能を踏まえつつ、代理人による契約締結の事実を認定することの可否というポイントを論じた答案であるということができる。「良好」に該当する答案は、例えば、弁論主義や主張原則についての正確な論述がされ、代理の主要事実も明らかにされているが、上記のポイントに十分に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、記述の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いうことができる。「一応の水準」に該当する答案は、例えば、弁論主義や主張原則について一応の論述はされているが、その根拠等が曖昧である上、代理の主要事実も的確に掲げられていないような答案であり、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(1)について

ア 全体的な採点実感

設問 2(1)では、まず、裁判所として 200 万円と引換えに本件絵画の引渡しを命ずる判決をするために当事者からどのような申立てや主張がされる必要があるかを検討する前提として、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いう申立拘束原則（民事訴訟法第 246 条）を指摘した上で、問題文中の裁判官 J 1 の発言のとおり、本件の訴訟物の捉え方を示すことが求められる。大半の受験者が申立拘束原則及びその根拠条文を指摘していたが、設問 2(1)ではなく、設問 2(2)の解答の中で初めてこれに触れる答案も多く見られ、申立拘束原則が訴訟物の異同という観点において問題となることの理解が十分されているか、疑問に感じられた。また、設問 1において、弁論主義の意義ないし根拠につき、私的自治の原則という実体法の原則を民事訴訟にも反映させるものと説明する一方で、設問 2において、申立拘束原則の意義ないし根拠につき、当事者の意思の尊重及び相手方の不意打ちの防止とだけ説明する答案も多く、両者のバランスが取れていないように思われた。訴訟物については、民事訴訟の原点ともいうべきところ、大半の受験者が実務で採用されているいわゆる旧訴訟物理論の立場から適切に述べていたが、問題文に記載された事実関係の下で、売買契約に基づく本件絵画の引渡請求権が当初から当然に訴訟物になっているとの前提に立つ答案も、少なからず見られた。訴訟物（審判の対象）と請求原因（主張）というレベルの違いについて、基本的な理解が不十分な者が多いように思われる。このほか、訴訟物を、①所有権に基づく本件絵画の引渡請求権とする答案、②本件絵画の売買代金債務が 200 万円を超えて存在しないことの債務不存在確認請求権とする答案も散見された。上記①については、問題文を読めば、まず X が贈与契約に基づき本件絵画の引渡しを求めていることは明らかであるし、Y の元所有の事実も主張されていないのであって、問題文に記載された事実関係の正確な把握ができていないものと思われる。上記②については、設問は、本件絵画の引渡しを命ずる判決をするために必要な当事者の申立てや主張を問うものであるから、債務不存在確認の訴えは適切でないといわざるを得ない。他方、いわゆる新訴訟物理論の立場から訴訟物を捉える答案も稀に見られたが、この立場を採る理由について適切に論ずるものは更に少なく、例えば、特段の理由を付すことなく抽象的な本件絵画の引渡請求権が訴訟物であるとする答案など、十分にその内容を理解しているのかどうかについて疑問に感ずることが多かった。

次に、本問では、上記の旧訴訟物理論の立場によると、裁判所が引換給付判決をするためには、X から、予備的請求として、売買契約に基づく本件絵画の引渡請求を追加的に併合する訴えの変更（民事訴訟法第 143 条）の申立てがされることが必要となるが、訴えの変更について指摘した答案は多くはなかった。この点に触れた答案の中には、当該事案において請求の基礎に変更がないといえるかなどといった要件該当性を指摘するものや、訴えの変更の必要が Y の防御方法に起因して生じたことを指摘するものも一定程度見られたが、他方で、訴訟物は変わらないので請求の基礎に同一性が認められるとする答案のように、訴訟物と訴えの変更との関係を理解できているか疑わしいものも見られた。当該事案において訴えの変更に必要な書面が必要かどうかや、判例（最判昭和 35 年 5 月 24 日民集 14 卷 7 号 1183 頁）における訴えの変更の書面性の要否などに触れる答案は、極めて少なかった。また、同一当事者間で請求が後発的に追加される場合は、訴えの変更（追加的変更）を検討すべきなのに、請求の客観的併合（同法第 136 条）として把握するにとどまる答案も散見され、訴訟手続の具体的な流れが十分に理解できていないのではないかと思われた。なお、別訴として売買契約に基づき本件絵画の引渡請求訴訟を提起した上、弁論の併合の申立てをするといった答案も見られたが、同一の訴訟手続内で対応できるにもかかわらず、あえて別訴を提起する合理性はなく、追加して収入印紙を貼る必要もあり、実務的に選択されることはまずないであろう。

さらに、本問において、Y は、「本件絵画を X に時価相当額で売却し、その額は 300 万円である。」と主張しており、①主位的な請求原因又は主張（贈与）と②予備的な請求原因又は主張（売買）を構成する各事実との関係で、それぞれ否認か自白かを整理するとともに、裁判所が引換給付判決をするために、上記②に対して、Y から権利抗弁である同時履行の抗弁権の主張を明確にすべきことを指摘することが求められる。多くの受験者は、本件は贈与ではなく代金 300 万円の売買であるとする Y の主張が上記①の否認に当たると正しく論じていたが、上記②との関係についてまで適切に解答した答案は多くはなかった。Y の上記主張を上記①の否認ではなく抗弁と整理し、上記②に関する X の主張を再抗弁と整理するなど、

要件事実の基本が理解できていない答案も散見された。また、同時履行の抗弁権を指摘した答案でも、抗弁権の権利主張が必要である旨の指摘までできたものは必ずしも多くなく、権利主張の要否について論じない答案や、同時履行の抗弁権に関する存在効果説と行使効果説の問題の所在を正確に理解していないために、当該事案においてYの権利主張は不要であるとする答案も見られた。訴訟物を所有権に基づく本件絵画の引渡請求権と誤って把握した上で、Yが同時履行の抗弁権を主張し得るとする答案も一定程度あり、実体法と手続法の総合的な検討が不十分であると感じられた。このほか、裁判所が引換給付判決をするために、同時履行の抗弁権の主張ではなく、Yが売買代金の支払を求める反訴を提起すべきであるとする答案も、一定程度見られた。本問では、売買代金の支払と引換えに本件絵画の引渡しを命ずる判決をすることが前提となっているところ、反訴の提起を掲げる答案は、反訴に対する請求認容判決の主文を意識することなく、出題趣旨から離れた解答をしたものと考えられる。

上記のほか、Xの「仮にこの取引が売買であり、本件絵画の時価相当額が代金額であるとしても、その額は200万円にすぎない。」との主張や、Yの「本件絵画をXに時価相当額で売却し、その額は300万円である。」との主張につき、当事者の合理的意思の推測や事実認定の在り方に終始した答案も見られた。設問2(1)は、問題文中の裁判官J1の発言のとおり、各当事者から少なくともどのような申立てや主張がされれば引換給付判決ができるかを問うものであるが、このような出題趣旨を正しく理解していない答案の評価は低いものとなった。

#### イ 答案の例

「**優秀**」に該当する答案は、訴訟物の把握、主位的・予備的請求原因及びこれらに対する認否、被告の抗弁といった訴訟構造を的確に整理した上で、上記アに記載した事項について、バランス良く、過不足のない論述をしており、**特に、訴えの追加的変更の必要性を指摘し、その要件への当てはめを具体的に論ずるとともに、同時履行の抗弁についても適切に論じた答案**であるといえることができる。「**良好**」に該当する答案は、例えば、上記の訴訟構造についておおむね正しく理解しているが、訴えの追加的変更ないし同時履行の抗弁の一方についての論述が不十分である答案や、優秀な答案に準ずる内容ではあるが、記述の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いえることができる。「**一応の水準**」に該当する答案は、例えば、訴訟物理論に関して自らの立場を明らかにして本件の訴訟物を正しく理解し、Yの主張の法的位置付けについては一応の記述ができているが、訴えの追加的変更の必要性について検討が欠落しているような答案である。これらに対し、問題文をよく読まずに本件の訴訟物につき独自の考え方を採った答案、抗弁と否認の区別といった要件事実の基本が理解できていない答案など、総じて基本的事項の理解が不足している答案は、「**不良**」と評価されている。

#### (4) 設問2(2)について

##### ア 全体的な採点実感

設問2(2)では、**まず、本件の請求の趣旨としては単純に本件絵画の引渡しを求めるものであることを前提に、申立拘束原則の観点から、Xが主張する時価相当額(200万円)とYが主張する時価相当額(300万円)との間の220万円との引換給付判決をすることの可否が問われている。処分権主義のうち本件で問題となる申立拘束原則は、本来、原告の定立した訴訟物(審判の対象)との関係で検討すべきものである。しかし、本件の請求の趣旨が本件絵画の単純な引渡しを求めるものであることに触れている答案はほとんどなく、比較的多くの答案は、処分権主義(民事訴訟法第246条)の問題であるとの指摘をした上で、220万円という金額が両当事者の主張する金額の間にあり、Xの意思に反せず、Yにも不意打ちにならないとして、220万円の引換給付判決は可能であるとの結論を導いていた。220万円という金額が200万円と主張したXの意思に反するため請求を棄却すべきであるとした答案も見られたが、特段の理由を示さずに結論を記述するだけのものが多かった。**

本問では、**両当事者とも220万円という金額自体の主張をしていないため、申立拘束原則の観点からだけでなく、設問1と同様の弁論主義の観点からも検討が必要となるが、この点を正面から論じた答案はほとんどなかった。**中には、本件絵画の時価相当額が具体的に幾らかは間接事実であるとした答案や、当事者は代金額につき時価相当額と主張すれば足り、具体的な価額の認定は裁判所の裁量によるとした答案も散見された。なお、本件絵画の代金額が300万円を上回らないこと及び200万円を下回らないこと

について自白が成立するとした答案も一定程度見られたが、売買契約における代金額の意義及び裁判上の自白の意義について、十分な理解ができていないように思われる。また、処分権主義と弁論主義とを混同した答案も見受けられた。

次に、本問では、上記と比較しながら、申立拘束原則の観点から、Xの主張する代金額よりXに有利である180万円との引換給付判決をすることの可否が問われている。この点についても、上記と同じく、原告の定立した訴訟物（審判の対象）との関係で検討した答案はほとんどなく、単にXの意思に反しないということを述べる答案や、Xの意思との関係に触れない答案が多かった。これに対し、Xの意思に反するため請求を棄却すべきであるとの答案も少なからず見られたが、本件の請求の趣旨が本件絵画の引渡しを求めるものであり、180万円との引換給付判決はXの主張する代金額との引換えよりXに有利となるにもかかわらず、請求棄却により本件絵画の引渡しを受けられないという結論がXの意思に合致するのかどうか、疑問に思われた。180万円との引換給付判決がXの意思に反しないとする答案のうち比較的多くのもの、Xの主張する代金額よりXに有利な金額との引換給付判決をすることはYの予測可能性を害するため、Xの主張する200万円との引換給付判決にとどめるべきであるとしていたが、中には、理由を述べずに請求を棄却すべきであるとするものもあった。

180万円との引換給付判決の可否の検討に際しても、申立拘束原則の観点からだけでなく、弁論主義の観点からの検討が必要となるが、上記と同様に、この点を正面から論じた答案はほとんどなかった。

総じて、本問では、申立拘束原則の適用において、原告の意思に反しないか、被告にとって不意打ちにならないかという視点を一般論として掲げながら、当該事案への具体的な当てはめにおいて一方の視点からしか言及しない答案や、原告の意思が具体的にどのようなものかなどといった具体的な当てはめを記述しない答案が多く見られた。また、本問では、「当事者の意思の尊重」や「当事者に対する不意打ち防止」というキーワードが安易に用いられ、そこにいう「当事者」が原告ないし被告のいずれを意味するのか、十分に理解できていないとうかがわれる答案や、不意打ちが考慮されるべき当事者が逆になっている答案が多く見られた。さらに、問題文中の裁判官J1の発言のとおり、本問では、本件絵画の時価相当額が220万円又は180万円と評価される場合に、それぞれどのような判決をすることになるのかが問われているが、「180万円との引換給付判決をすることはできない。」というように、設問に正面から答えていない答案も多く見られた。受験者には、これらの点について重ねて注意を促したい。

#### イ 答案の例

「優秀」に該当する答案は、上記アに記載した事項について、バランス良く、過不足のない論述をしており、特に、原告の定立した訴訟物（審判の対象）との関係で申立拘束原則が妥当することを意識しつつ、当該事案において、具体的に、Xの意思がどのようなものであり、それに反しないといえるのか、また、Yはどのような期待を有しており、Yにとって不意打ちにならないのかなどについて、丁寧に論じた答案であるということができる。「良好」に該当する答案は、Xの意思やYへの不意打ちという視点を有し、説得的な結論に至っているが、具体的な当てはめがやや不十分であるため評価が下がった答案であるということができる。「一応の水準」に該当する答案は、申立拘束原則の観点から一応の論述はされているが、具体的な当てはめが不十分であり、結論を導く根拠が曖昧と見られるような答案であり、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。

(5) 設問3について

ア 全体的な採点実感

設問3では、まず、問題文中の司法修習生Qの発言のとおり、確定判決は主文に包含するものに限り既判力を有するという民事訴訟法第114条第1項の規定を指摘した上で、同項所定の「主文に包含するもの」とは一般的に訴訟物と理解されていることや、前訴及び後訴の訴訟物を明らかにして前訴判決の既判力が及ぶか否かを論ずることが求められる。この点について、民事訴訟法の規定や既判力の意義などは大半の受験者が論じていたが、既判力が訴訟物についての判断に生ずることを記述した答案は半数程度にとどまり、粗雑な説明も多かった。そして、既判力の及ぶ事項に関する当該事案への具体的な当てはめにおいては、正確に理解できていない受験者が多いように思われた。例えば、①前訴の訴訟物が売買契約に基づく本件絵画の引渡請求権であるとしながら、説得的な理由を述べることなく、判決理由中の判断である売買契約の成立や代金額が200万円であることに既判力が生ずるとする答案、②前訴における売買契約に基づく引渡請求権と後訴における売買契約に基づく代金支払請求権とは、表裏をなす実質的に同一の訴訟物であるとする答案、③そもそも前訴及び後訴の訴訟物の異同を論じていない答案などが多く見られた。本件は、旧訴訟物理論の立場によると、前訴において、主位的請求である贈与契約に基づく引渡請求が棄却され、予備的請求である売買契約に基づく引渡請求につき引換給付判決がされたという事案であるが、主位的請求を棄却した判決の既判力について論じた答案は稀であった。

また、本問では、問題文中の裁判官J2の発言のとおり、引換給付の旨が判決主文に掲げられていることの趣旨に触れる必要がある。しかし、この点に触れていない答案が一定程度見られたほか、強制執行との関係を指摘した答案は必ずしも多くなく、双務契約における牽連性を強制執行との関係においても保障するため、債権者が反対給付又はその提供をしたことを証明したときに限り強制執行を開始することができること（民事執行法第31条第1項）を条文と合わせて指摘できた答案は、少なかった。民事執行に関する理解が不足しているためと考えられるところ、判決確定後に債権者が満足を得るための制度についても理解を深めることが期待される。なお、その趣旨について紛争の一次的解決にあるとした上で、売買代金の支払を求める後訴において代金額を争うことは信義則に反するとした答案が一定程度見られたが、前訴判決において、代金額は強制執行開始の要件としての意味しか有しておらず、その代金額の支払につき強制執行の申立てができたわけではないことに注意する必要がある。このほか、上記のとおり、既判力は訴訟物についての判断に生ずるという一般論を記述しながら、それに続けて、引換給付の旨は判決主文に掲げられているから既判力が生ずると論ずる答案も少なからず見られ、このような整合性がない答案の評価は低いものとなった。他方、限定承認の事案において相続財産の限度で支払を命じた留保付判決に関する判例（最判昭和49年4月26日民集28巻3号503頁）に言及した答案も少数ながら見られ、この判例と本件の事案とを比較しつつ、既判力に準ずる効力の有無について論ずる答案などは一定の評価をしたが、特段の比較をしない答案がほとんどであった。

さらに、本問では、既判力以外の理由、例えば信義則などにより、Xが本件絵画の売買契約の成否及びその代金額を後訴で争えなくなるか否かについて検討することも求められる。この点を論じた答案は必ずしも多くなく、その大半が、前訴で争点になっていたこと、X自身が前訴で認めた代金額であること、紛争の蒸し返しを防ぐ必要があることを理由に、後訴におけるXの主張は許されないとしていた。これに対して、後訴におけるXの主張が許されるという方向の事情も掲げて、これらの事情を比較衡量する答案は極めて少なかったが、中には、前訴でYが売買代金の支払を求める反訴を提起し得たことを理由に、〔注：それをしなかったYが不利益を受けても仕方がないという評価につながり、〕後訴でXが代金額等を争うことは信義則に反しないとする答案もあった。信義則について論じた判例（最判昭和51年9月30日民集30巻8号799頁、最判平成10年6月12日民集52巻4号1147頁）に言及する答案は、ほとんどなかった。争点効について言及する答案も少数ながら見られたが、その要件を掲げて具体的に当てはめを行う答案は、ほとんどなかった。総じて、信義則等の一般条項の適用に際しては、具体的な事情の検討が極めて重要であることが十分に理解されていないように感じられた。

このほか、本問では、前訴及び後訴の訴訟物の異同を論じないまま、「紛争の蒸し返しのおそれがある」、「手続保障がある」、「既判力が生ずる」などといったキーワードを掲げて著しく簡略化した答案や、前訴判決の既判力に関する検討が不十分なまま信義則を論ずる答案が一定程度見られた。また、既判力制度



の趣旨について、判決理由中の判断にまで既判力が及ぶと審理の硬直化を招いて妥当でないとしつつ、本件については、紛争の蒸し返しを防ぐ必要があるとして、安易に売買契約の成否及び代金額に既判力が及ぶとする答案も見られた。既判力という民事訴訟法の基本的な原理・原則への理解及び具体的事案への当てはめが十分できていないことに、注意を喚起すべきと思われた。

#### イ 答案の例

「**優秀**」に該当する答案は、問題文中の登場人物の発言等に沿って、上記アに記載した事項について、バランス良く、過不足のない論述をしており、特に、前訴及び後訴の訴訟物を明らかにして前訴判決の既判力が及ぶか否かを一貫した論理で述べた上、本件における信義則の適用に際して丁寧に具体的な当てはめを行った答案であるということが出来る。「**良好**」に該当する答案は、既判力の客観的範囲については的確に論じているが、引換給付の旨が判決主文に掲げられていることの趣旨の記述や、信義則の適用に際しての具体的な当てはめがやや不十分であるため、評価が下がった答案であるということが出来る。「**一応の水準**」に該当する答案は、既判力の意義やその客観的範囲について一応の論述はされているが、各論点について結論を導く根拠が曖昧と見られるような答案であり、それ以下の論述、例えば、既判力の客観的範囲に関する基本的理解を欠き、前後に矛盾が多く、信義則の適用に際して抽象的な記述にとどまるような答案は、「不良」と評価されている。

#### 4 法科大学院に求めるもの [注：試験考査委員が受験生に対して求めるものとして読む]

本年の問題は、弁論主義、処分権主義、既判力などといった民事訴訟の基本的な原理・原則に対する受験者の理解を問うとともに、具体的事案への当てはめを適切に行うことができるか等を問うものであった。これらの意義・制度趣旨について、一応の論述はされていたが、例年と同様、事前に準備していた論証パターンを持ち出す答案が極めて多く見られ、設問に即した解答をする上で必要のない論述も散見された。また、事案を全体として把握し判断しようとする姿勢に欠けており、問題文に示されたストーリーの流れを無視して、個別の論点につきキーワードを安易に並べてつぎはぎをして論述した結果、自ら論理矛盾に陥り、結論の妥当性も十分に検証されていないといった「論点主義」の弊害が多く見られた。さらに、設問の具体的な事実関係への当てはめが十分でないという傾向が見受けられた。このことは、翻って、民事訴訟の基本的な原理・原則に対する理解自体が不十分なのではないかという疑問を抱くことにもつながる。例えば、設問3のような既判力に関する出題においても、具体的な検討を適切に行っている答案は少なかった。これは、民事訴訟法のごく基礎的な事項についての受験者の理解が十分な水準に至っていないことを端的に示しているように思われる。また、設問2では、訴えの変更を始めとして、訴訟手続の進め方についての理解が不十分であると考えられる答案が多く見られた。これは、民事訴訟が手続であることを十分に理解していないことに起因すると考えられるほか、短答式試験で問われてきた民事訴訟の幅広い分野における正確な理解を得るための学習をおろそかにしていることの影響が及んでいることが推測される。

法科大学院におかれては、今一度、民事訴訟法の基礎的な事項に立ち返って、そこから事を説き起こして学生に理解をさせることが求められていると考えられる。また、短答式試験の科目から民事訴訟法は除外されるようになったものの、そこで従前問われてきた事項について正確な理解をすることが、民事訴訟法理論についての安定した理解の土台を築くと考えられるのであり、このことが学生に共有されるよう施策が講じられることが望まれる。取り分け、条文をおろそかにしないことを御指導いただきたい。また、答案には、民事訴訟法の教科書をきちんと読んでいればあり得ないと思われる間違いを犯しているものが相当数存在した。このことは、教科書を読むという、法学の学習において初歩中の初歩と考えられる営為が励行されていないことを強く推認させる。学生に対し、改めて教科書を精読することの重要性を説くことが必要になっていると考えられる。以上のほか、訴訟手続の在り方についての理解は、例えば法廷傍聴をすることなどによっても培われる。このような一見回り道と思われるような事柄も厭わないように学生を指導することも重要であると思われる。

最後に、法学教育においては、基本事項についての正確な理解と、それを具体的な事案に当てはめて一定の妥当な結論を導くこと、そしてこのような思考過程を論理的に一貫した明快な記述で表現することなどが重要であることを、改めて強調しておきたい。

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 採点方針

本問では、比較的長文の具体的事例に基づき甲及び乙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、具体的事実に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、論述力等を総合的に評価することを基本方針として採点に当たった。

すなわち、本問は、(1)甲が、Aから、B信販会社が発行したA名義のクレジットカード（以下「本件クレジットカード」という。）を、腕時計Xを購入するためだけに利用することを条件として借りたところ、その条件に反することを認識しつつ、時計店店主Cに対し、腕時計Xと腕時計Yの購入を申し込み、本件クレジットカードを手渡した上、売上票用紙にAの名前を記入して手渡し、腕時計Xと腕時計Yを購入したこと、(2)甲と乙が、Aが甲の顔面を殴ろうとしてきたのを防ぐため、正面からAに体当たりし、路上に仰向けに倒れているAを押さえ付けるなどし、更に乙が右手に持った石でAの顔面を1発殴り、Aに全治約1か月間を要する鼻骨骨折の傷害を負わせたこと、(3)甲と乙が、失神したAの様子を見てAが死亡したと思い、Aが強盗に襲われて死んだように見せ掛けようと考え、Aのズボンのポケットから財布1個を持ち去ったことなどを内容とする事例について、甲及び乙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指摘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、甲及び乙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。

そして、甲及び乙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<sub>に</sub>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。

さらに、本問は、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、全体のバランスが取れるように工夫して答案を構成し、最後まで書き切ることが求められていた。

本問で論じるべき点は、**出題の趣旨**で示したとおりである。

甲が本件クレジットカードを利用して腕時計を購入した行為について、**甲の罪責**を検討するに当たっては、**まず**、甲が名義人Aの承諾を得たにもかかわらず、その承諾を超えて他人名義のクレジットカードを利用した行為について、詐欺罪の成否を論じる必要があり、その際には、**1項詐欺と2項詐欺**のいずれが成立するのかを理由付けを含めて簡潔に述べた上、**欺罔行為**の内容、**その他の構成要件要素**について、事実を指摘して具体的に論じることが求められていた。

**次に**、甲が、腕時計購入の際、B信販会社の規約に従い利用代金を支払う旨の記載がある売上票用紙の「ご署名（自署）」欄にAの名前を記入し、これをCに手渡した行為について、**名義人の承諾**がある場合の有印私文書偽造罪の成否を論じる必要があり、名義人Aの承諾の有無が関係する「偽造」の要件、**その他の偽造罪の要件**、**行使罪の「行使」**の要件について、それぞれ事実を指摘して具体的に論じることが求められていた。

さらに、甲がAとの約束に反して本件クレジットカードを利用した行為について、**Aとの関係で犯罪**が成立しないかを論じる必要があり、**背任罪**が成立すると構成する見解、**横領罪**が成立すると構成する見解が考えられるところ、いずれの見解でも、**構成要件該当性**について、事実を指摘して具体的に論じ、更に背任罪と横領罪の関係、**不法な目的**による**委託信任関係の要保護性**、**既遂時期等**についての的確に論じることが求められていた。

甲と乙がAに暴行を加えて傷害を負わせた行為について、甲及び乙の罪責を検討するに当たっては、まず、傷害罪の構成要件該当性及び共同正犯の成否について、共謀が終了したと見るべき事情が存在しないかどうかを含めて、事実を指摘して具体的に論じることが求められていた。

次に、正当防衛・過剰防衛の成否を論じる必要があり、「急迫不正の侵害」及び「防衛の意思」について簡潔に論じた上、甲と乙の行為が「やむを得ずにした行為」と認められるかについて、「やむを得ずにした行為」の意義（防衛行為の必要性・相当性）及び共同正犯における相当性の判断方法を簡潔に論述し、防衛行為として相当性の範囲を逸脱したか否かを具体的に論じることが求められていた。そして、防衛行為の相当性について、共同正犯者全員の行為を対象として判断し、甲と乙の一連の行為が防衛行為の相当性の範囲を逸脱したと認めた場合には、甲と乙のいずれについても、客観的には過剰防衛と評価されることになり、乙には過剰防衛が成立することを論じつつ、甲については、乙が石を拾ったことや乙が右手に持った石でAの顔面を殴り付けたことを全く認識しておらず、過剰性を基礎付ける事実を認識していなかったことから、違法性阻却事由の錯誤について論じることが求められていた。他方、防衛行為の相当性を共同正犯者ごとに個別に判断し、甲の行為は防衛行為として相当であるが、乙の行為は防衛行為として相当性の範囲を逸脱したと認めた場合には、甲には正当防衛が成立し、乙には過剰防衛が成立することを論じる必要があった。

甲と乙がAのズボンのポケットから財布を持ち去った行為について、甲及び乙の罪責を検討するに当たっては、まず、甲がAのズボンのポケットから財布を取り出して、同財布を甲の上着ポケットにしまった行為が、客観的には窃盗罪の窃取に該当することを簡潔に論じる必要があった。

次に、甲と乙がAから財布を奪った時点で、甲と乙はAが死亡したものと認識していたため、窃盗罪の故意に関してAの占有を侵害する認識が認められるかについて論述することが求められており、Aの占有を侵害する認識を肯定する場合には、窃盗罪の故意が認められ、この認識を否定する場合は、主観的には占有離脱物横領罪の認識を有しているにすぎないこととなるので、抽象的事実の錯誤について論じる必要があった。

さらに、甲は「財布の中の現金はもらい、借金の返済に使おう。」と考え、乙は「財布を捨ててしまおう。」と考え、Aから財布を奪っていることから、窃盗罪又は占有離脱物横領罪の不法領得の意思が問題となるところ、不法領得の意思の要否及び内容を明らかにした上、事実を具体的に指摘してその存否を論じることが求められており、甲について不法領得の意思を肯定して、甲の行為は窃盗罪又は占有離脱物横領罪の構成要件に該当し、乙について不法領得の意思を否定して、乙の行為は器物損壊罪の構成要件に該当すると考えた場合には、異なる構成要件間における共同正犯の成否を簡潔に論じる必要があった。

### 3 採点実感等

各考査委員から寄せられた意見や感想をまとめると、以下のとおりである。

#### (1) 全体について

本問は、前記2のとおり、論じ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、厚く論じべきものと簡潔に論じべきものを選別し、手際よく論じる必要があった。すなわち、甲及び乙の罪責を論じるに当たって検討すべき論点には、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、必ずしも重要とは認められない論点や結論が明らかな事項の論述に多くを費やしている答案が見受けられた。

本問を論じるに当たって必要とされている論点全てを検討した答案は少数であったが、その少数の答案を含め、総じて、規範定立部分についてはいわゆる論証パターンをそのまま書き写すことだけに終始しているのではないかと思われるものも多く、論点の正確な理解ができていないのではないかと思われる答案が目についた。

法的三段論法については、多くの答案において意識されていたものの、規範定立や判断方法を一切示さずに、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ることなく結論のみを記載するという答案も多く見受けられた。全ての論点について、法的三段論法に従って論述する必要はないが、規範定立の上、結論を導くのに必要な事実を指摘して、妥当な結論を導くことが求められている。

なお、答案を構成するに当たり、甲と乙で分けて論じた答案には主要な問題点の検討が欠けていたり、論

点の論述に重複したりするものが多かったが、時系列に沿って、甲が本件クレジットカードを利用して腕時計を購入した行為について甲の罪責を論じ、甲と乙がAに暴行を加えて傷害を負わせた行為及び甲と乙がAのズボンのポケットから財布を持ち去った行為について甲と乙の罪責を論じた答案には、主要な問題点の全てについて検討し、各論点についても過不足なく論述することができているものが多く、答案構成力が問われる問題でもあった。

(2) 甲が本件クレジットカードを利用して腕時計を購入した行為について

甲が本件クレジットカードを利用して腕時計を購入した行為について、甲の罪責を検討するに当たって論じるべき点は、**①詐欺罪の成否**、**②有印私文書偽造罪及び同行使罪の成否**、**③背任罪又は横領罪の成否**である。

まず、**①の点**については、ほとんどの答案で検討されており、欺罔行為の意義を示した上、加盟店を被害者とする1項詐欺の成立を認める結論を導き出しているものが多かったが、欺罔行為の意義について、いわゆる論証パターンを書き写しているだけのものや正確に記述できていないもの、構成要件を形式的に記述するだけのものが少なからず見受けられた。

本問は、名義人の承諾がある場合のクレジットカード詐欺の成否を問うだけの問題ではなく、その承諾を超えてクレジットカードを利用した場合について、欺罔行為の内容の検討を求めるものであったが、そもそも名義人の承諾について検討している答案が少なく、名義人の承諾を超えて腕時計Yを購入した点について検討している答案は極めて少なかった。また、名義人の承諾を検討している、財産上の損害に関連付けて検討する答案は極めて少なく、最高裁判所平成16年2月9日決定（刑集58巻2号89頁）が「仮に、被告人が、本件クレジットカードの名義人から同カードの使用を許されており、かつ、自らの使用に係る同カードの利用代金が会員規約に従い名義人において決済されるものと誤信していたという事情があったとしても、本件詐欺罪の成立は左右されない。」と判示するところを正確に理解できていないのではないかと思われる答案が散見された。

1項詐欺と2項詐欺のいずれが成立するのかについては、多くの答案が1項詐欺として検討していたが、2項詐欺との区別を意識して論じるものは少数であった。

**②の点**については、ほとんどの答案で検討されていたが、「名義人と作成者の人格の同一性を偽った」との簡単な論証で終わっている答案が多く、名義人の承諾があることを踏まえた上で有形偽造と認められるかについて検討している答案は少なかった。また、名義人の意義と作成者の意義を混同している答案も散見され、文書偽造罪の基本的理解が不足しているのではないかと思われる答案が目についた。

これらの詐欺罪、有印私文書偽造罪及び同行使罪については、甲が名義人Aの承諾を得て借りた本件クレジットカードを用いて犯行に及んでいることから、甲の罪責として、Aとの共同正犯の成否について簡潔に論じることが望ましいところ、この点について論じる答案は少数にとどまった。本問では、Aは、甲から頼まれて、甲に本件クレジットカードの利用を承諾したにすぎず、利益も得ていないことからすると、Aの正犯性を否定し、Aとの共同正犯は成立しないとの結論になると思われるが、単独犯では私文書偽造罪の主体となり得ない名義人が、私文書偽造罪の共犯となり得るかという論点も含まれていることから、この点は、甲の罪責を検討するに当たり、検討すべき事項であろう。

**③の点**については、全く検討していない答案が相当数あったが、Aとの約束に反して本件クレジットカードを利用した行為について、Aとの関係で犯罪が成立しないかを論じることが求められていた。出題の趣旨でも示したとおり、甲はAから許された本件クレジットカードを利用できる地位・資格を濫用したと捉えて、背任罪が成立すると構成する見解、甲の地位・資格が化体された本件クレジットカード自体を横領したと捉えて、横領罪が成立すると構成する見解が考えられるところ、これらの犯罪の成否を検討している答案でも、構成要件該当性について形式的な検討にとどまるものが多く、背任罪と横領罪の関係、不法な目的による委託信任関係の要保護性、既遂時期等について論じる答案は少なかった。

横領罪の成否を検討する答案の中には、誰に対する横領なのかを明らかにしていないものや、客体の特定を欠くものが少なからずあった。また、本件クレジットカードの引落口座の預金を横領したと捉えて、横領罪が成立すると構成する答案も相当数あったが、キャッシュカードと異なり、クレジットカードの所持により、その引落口座の預金を占有していると認めるのは困難であろう。

なお、甲がAから本件クレジットカードを借りた行為について、詐欺罪の成否を検討する答案が相当数あり、結論としては、多くの答案が本件クレジットカードを借りた時点ではAとの約束に反して本件クレジットカードを利用する意思が甲にはなかったとして、詐欺罪の成立を否定しているのであるが、そもそも、Aに対する詐欺罪が成立しないことは明らかであり、本問において、この点を論じる必要はなかった。

(3) 甲と乙がAに暴行を加えて傷害を負わせた行為について

甲と乙がAに暴行を加えて傷害を負わせた行為について、甲及び乙の罪責を検討するに当たって論じるべき点は、①傷害罪の構成要件該当性及び共同正犯の成否、②正当防衛・過剰防衛の成否である。

①の点については、ほとんどの答案で触れられていたが、甲及び乙の行為は、Aに対する一連の行為であるにもかかわらず、これを体当たり、押さえ付け、顔面殴打に分類し、各行為について、暴行罪又は傷害罪の構成要件該当性を論じた上、共謀の有無、正当防衛・過剰防衛の成否を論じるものが半数以上を占めていた。行為を分析的に見ること自体は重要であるが、行為の全体を俯瞰して評価する視点が欠けているのではないかという疑問を抱かざるを得なかった。

傷害罪の共同正犯の成否については、共謀が終了したと見るべき事情が存在しないかどうかを含め、事実を指摘して具体的に論じることが求められていたが、乙による顔面殴打が共謀に基づくと認めた答案には、結果的加重犯の共同正犯の成否を含め適切な論述ができていたものが多かった。

他方、乙による顔面殴打は共謀に基づかないと認めた場合には、甲と乙の共謀の内容は乙がAの顔面を殴打する行為に及んでいないことなど、共謀を否定する理由を的確に論じることが求められていたが、多くの答案は、乙が石を拾ったことや乙が右手に持った石でAの顔面を殴り付けたことについて、甲が全く認識していなかったことを指摘するだけで、安易に、乙がAの顔面を殴打したことを共謀の範囲外としており、共謀を否定する理由を的確に論じていると評価できる答案は極めて少なかった。

②の点については、まず、「急迫不正の侵害」及び「防衛の意思」について論じる必要があるところ、ほとんどの答案において、それぞれの規範を定立した上、問題文に現れた事実を指摘しつつ、乙がAの顔面を殴打した時点でも甲に対する急迫不正の侵害が継続していたこと、甲と乙の行為は同一の防衛の意思に基づくことを論じることができていた。本問では、乙がAの顔面を殴打した時点においても、急迫不正の侵害及び防衛の意思が認められることは特に争いのないところと考えられるため、簡潔に論じることが求められていた。

甲と乙の行為が「やむを得ずにした行為」と認められるかについては、その意義（防衛行為の必要性・相当性）を指摘した上で、共同正犯における防衛行為の相当性の判断方法について、共同正犯者全員の行為を対象として判断するか、共同正犯者ごとに個別に判断するかを論じることが求められていたところ、この点について、理由を付して論じられている答案は極めて少なかった。

さらに、前記のとおり、乙がAの顔面を殴打した時点でも甲に対する急迫不正の侵害が継続し、甲と乙の行為は同一の防衛の意思に基づくと認められることから、相当性の判断は、甲と乙の一連の行為（体当たり・押さえ付け・顔面殴打）を一体として行われるべきことを指摘しておく必要があったが、行為の一体性を認めず、相当性の判断についても、個々の行為ごとに行う答案が相当数あった。

甲と乙の行為が防衛行為として相当と認められるかについては、問題文に現れた事実を指摘して具体的に検討することが求められていたところ、具体的な判断基準を示さないまま、問題文に現れた事実を指摘するだけで直感的に結論を導いていると思われる答案が相当数あった。また、判断基準として、武器対等の原則を用いる答案が多かったが、Aが素手で甲に殴りかかろうとしたのに対し、乙が右手に持った石でAの顔面を殴ったという事実だけで、防衛行為の相当性を逸脱するという結論を導いている答案が少なからずあった。防衛行為の相当性を判断するに当たっては、具体的な判断基準を示すことが必要であるが、武器対等の原則を形式的に論じるだけでは足りず、本問では、乙がAの顔面を殴打した時点では、既にAが仰向けに倒れた状態で甲と乙に押さえ付けられていたことや、Aによる攻撃が当初より弱まっていたこと等の事情も考慮して判断する必要があった。

次に、防衛行為の相当性について、共同正犯者全員の行為を対象として判断し、甲と乙のいずれについても客観的には過剰防衛と評価した場合、甲については、甲は乙が石を拾ったことや乙が右手に持った石でAの顔面を殴り付けたことを全く認識しておらず、過剰性を基礎付ける事実を認識していなかったため、違法

性阻却事由の錯誤を論じる必要があったが、この点について論じる答案は少なく、甲についても傷害罪の過剰防衛とする答案が多かった。また、違法性阻却事由の錯誤について、事実の錯誤説に基づき、甲について、傷害罪の故意を阻却すると考えた場合には、更に過失傷害罪の成否が問題となり、過失傷害罪の成立を認める場合には、過剰防衛の任意的減免の準用の可否も問題となるが、その点について論じる答案は極めて少数であった。過剰性を基礎付ける事実を認識していなかった甲についても傷害罪の過剰防衛とする答案は、時間不足か理解不足のいずれかが原因と考えられるが、乙による顔面殴打について甲が全く認識していなかったという事実を踏まえて妥当な結論を導くという点に欠けていた。なお、本問と同種事案の裁判例として、**東京地方裁判所平成14年11月21日判決**（判時1823号156頁）があるので、参照されたい。

以上と異なり、防衛行為の相当性を共同正犯者ごとに個別に判断し、甲には正当防衛が成立し、乙には傷害罪の過剰防衛が成立するとする答案も相当数あり、防衛行為の相当性を共同正犯者ごとに個別に判断する理由について、共同正犯の違法性という観点から論じている答案もあったが、説得的に論じられている答案は極めて少なかった。

注：東京地判平 14. 11. 21 の判旨（抜粋）：「急迫不正の侵害に対して反撃行為を行った場合、客観的には、それが防衛行為の相当性の範囲を逸脱して過剰防衛とみられる場合であっても、その行為者において、相当性判断の基礎となる事実、すなわち、過剰性を基礎づける事実に関し錯誤があり、その認識に従えば相当性の範囲を逸脱していないときには、誤想防衛の一場合として、行為者に対し、生じた結果についての故意責任を問うことはできない。そして、複数の者が、そのような反撃行為を共同して行った場合、相当性判断の基礎となる事実の認識の有無は、各人について個別に判断すべきものと解されるから、そのうちの一人の反撃行為が、防衛行為の相当性の範囲を逸脱したものであり、そのような反撃行為により生じた結果につき、客観的には、共同して反撃行為を行った他の者の行為との間の因果関係を否定し得ない場合であっても、共同して反撃行為を行った者において、相当性判断の基礎となる事実に関し錯誤があり、その認識に従えば相当性の範囲を逸脱していないときには、誤想防衛の一場合として、その者に対し、生じた結果についての故意責任を問うことはできないものというべきである。」

(4) 甲と乙がAのズボンのポケットから財布を持ち去った行為について

甲と乙がAのズボンのポケットから財布を持ち去った行為について、甲及び乙の罪責を検討するに当たって論じるべき点は、**①窃盗罪の客観的構成要件該当性**、**②死者の占有**、**③不法領得の意思**、**④共同正犯の成否**である。

**①の点**については、多数の答案が、甲がAのズボンのポケットから財布を奪った時点でAは生きており、財布に対するAの占有が認められることを指摘した上で、甲がAのズボンのポケットから財布を取り出して、同財布を甲の上着ポケットにしまった行為が、客観的には窃盗罪の窃取に該当することを簡潔に論じることができていた。

**②の点**については、全く検討されていない答案が相当数あったが、甲と乙がAから財布を奪った時点で、甲と乙はAが死亡したものと認識していたため、窃盗罪の故意に関してAの占有を侵害する認識が認められるかを論じる必要があった。このように、〔注：判例の事案と異なり本問においては、〕主観の問題として死者の占有を論じるべきところ、客観の問題として論じている答案や主観と客観のいずれの問題かを明示しないまま論じている答案が少なからずあった。

**死者の占有**については、多くの答案が判例の立場で論じていた。**最高裁判所昭和41年4月8日判決**（刑集20巻4号207頁）は、「被告人は、当初から財物を領得する意思は有していなかったが、野外において、人を殺害した後、領得の意思を生じ、右犯行直後、その現場において、被害者が身につけていた時計を奪取したのであって、このような場合には、被害者が生前有していた財物の所持はその死亡直後においてもなお継続して保護するのが法の目的にかなうものというべきである。そうすると、被害者からその財物の占有を離脱させた自己の行為を利用して右財物を奪取した一連の被告人の行為は、これを全体的に考察して、他人の財物に対する所持を侵害したものであるから、右奪取行為は、占有離脱物横領ではなく、窃盗罪を構成するものと解するのが相当である。」と判示するところ、**甲及び乙の認識**において、「被害者からその財物の占有を離脱させた自己の行為を利用して財物を奪取した」と認められるかを検討する必要がある

あった。この点、甲及び乙について、乙による顔面殴打行為を利用して財布を奪取したとの認識が認められるかを適切に論述している答案が相当数あったが、甲について、傷害罪の共謀を否定し、傷害罪の共同正犯の成立を否定しているにもかかわらず、安易にAの占有を侵害する認識を肯定する答案も散見された。Aの占有を侵害する認識を検討するに当たっては、傷害罪の共同正犯の成否や正当防衛・過剰防衛の成否での検討内容及び結論との整合性を意識して論述することが必要であったが、そのような意識が足りないと思われる答案が目についた。

Aの占有を侵害する認識を否定する場合は、Aの財布を占有離脱物と認識していたことになり、客観的には窃盗罪の構成要件に当たるとしても、主観的には占有離脱物横領罪の認識を有しているにすぎないこととなるので、抽象的事実の錯誤について論じる必要があったが、この点に関しては、問題の所在を指摘した上、窃盗罪と占有離脱物横領罪との構成要件の重なり合いについて簡潔に論じられている答案が多かった。

③の点については、甲が「財布の中の現金はもらい、借金の返済に使おう。」と考へ、乙が「財布を捨ててしまおう。」と考へ、Aから財布を奪っていることから、窃盗罪又は占有離脱物横領罪の不法領得の意思を論じることが求められていた。この論点についても、全く検討されていない答案が相当数あったが、論点に触れる答案の多くは、不法領得の意思の要否及び内容を明らかにした上、事実を具体的に指摘してその存否を論じることができていた。

なお、乙について、不法領得の意思を否定し、器物損壊罪の故意しかないことを導くに当たり、抽象的事実の錯誤を論じる答案が多数見受けられたが、不法領得の意思は、故意とは別の主観的要素であることを正確に理解していないことに起因するのではないかと思われた。

④の点については、甲が窃盗罪又は占有離脱物横領罪、乙が器物損壊罪の各構成要件に該当すると考えた場合に、異なる構成要件間における共同正犯の成否を論じることが求められていたところ、この論点を的確に論じている答案は少数であり、罪名従属性の問題であることに気付かず、故意の重なり合いの問題として論じる答案が多数見受けられた。

また、甲に窃盗罪又は占有離脱物横領罪、乙に器物損壊罪が成立するとして、共同正犯の成否を全く論じない答案も相当数あったが、そもそも共同正犯における一部実行全部责任についての理解が不十分なのではないかと思われた。

#### (5) 罪数

罪数については、多くの答案が論じていたが、理由付けまで論じられている答案は少数であり、牽連犯について吸収関係にあるとするなど、罪数処理に関する基本的理解を欠いているものも見受けられた。

#### (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が少数ながら存在した。時間的に余裕がないことは承知しているところであるが、採点者に読まれるものであることを意識し、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。

また、刑法で使われる基本的用語について漢字に誤記があるもの、甲と乙を取り違えて論述しているもの、問題文に現れた事実を誤認しているもの（Aの生死等）も少数ながら存在したので、これらの点についても注意して答案を作成されたい。

#### (7) 答案の水準

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

「優秀」と認められる答案とは、本問の事案全体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論述するとともに、必要に応じて法解釈論を展開し、事実を具体的に指摘して当てはめを行い、甲及び乙の罪責について、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、本問は、論じるべき点が多岐にわたることから、全ての問題点を検討した上で、厚く論じるべきものと簡潔に論じるべきものを選別し、最後まで書き切った答案が高い評価を受けていた。

「**良好**」と認められる答案とは、主要な問題点について指摘できており、甲及び乙の罪責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、一部の論点についての検討を欠くもの、必要な法解釈論の展開がやや不十分なもの、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もの等である。

「**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いたりするなどの問題はあるものの、論述内容が論理的に矛盾することなく、刑法の基本的な理解について一応ではあるものの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、刑法の基本概念の理解が不十分であるために、主要な問題点を理解できていないもの、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述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 [注：試験考査委員が受験生に対して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、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である。これらができなければ、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。

さらに、今回の論文式試験では、一罪における行為の認定や共謀の認定において、問題文に現れた事実を単に拾い上げるだけにとどまり、全体を俯瞰して考える視点が欠けているのではないかと思われる答案が目についたとの意見が多くの考査委員から寄せられており、事案に応じた適切な事実認定ができる能力を修得することが求められる。

このような観点から、法科大学院教育においては、まずは刑法の基本知識及び体系的理解の修得に力点を置いた上、判例学習等を通じ具体的事案の検討を行うなどして、正解思考に陥らずに幅広く多角的な検討を行う能力を涵養するとともに、論理的に矛盾しない、事案に応じた適切で妥当な結論を導き出す能力を涵養するよう、より一層努めていただきたい。



## 1 採点方針等

本年の問題も、昨年までと同様に比較的長文の事例を設定し、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・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基本的学識・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、甲に対する覚せい剤取締法違反（営利目的譲渡）の被疑事実で甲方の捜索差押許可状の発付を受けた司法警察員が、甲方の捜索差押えを実施する際、捜索差押許可状の呈示前に、甲方ベランダの柵を乗り越え、掃き出し窓のガラスを割って解錠して甲方に入ったこと（下線部①）、甲方にいた乙（同居する甲の内妻）が携帯していたハンドバッグ内を捜索したこと（下線部②）、甲方にいた丙のズボンのポケット内を捜索したこと（下線部③）につき、それぞれ、その適法性を問うものである。

下線部①は、司法警察員が捜索差押許可状の呈示に先立って捜索場所に入室した際の措置について、捜索に伴う付随的措置である「必要な処分」（刑事訴訟法第222条第1項、第111条第1項）として許容されるかを問うとともに、令状呈示（同法第222条第1項、第110条）の時期の適否を問うものであり、関連規定の趣旨・目的を踏まえて、具体的事実を指摘しつつ論じることを求めている。

刑事訴訟法が、捜索の対象を「身体」、「物」、「住居その他の場所」に分類し（同法第222条第1項、第102条）、これに従って捜索令状に処分の対象を特定して記載することを要求している（同法第219条第1項）ところ、下線部②は、特定の「場所」に対する捜索差押許可状の効力が「物」に及ぶことはあるのかを問うもの、下線部③は、「場所」に対する捜索差押許可状によって「身体」に対する捜索を行うことが許される場合があるのかを問うものであり、いずれも、各自が自説を展開し、設問の事例に現れた具体的事実を的確に指摘、評価して、捜索の適法性につき結論を導くことを求めている。

【設問2】は、刑事訴訟法第328条で許容される証拠の範囲を問うものである。

〔設問2〕の1は、いずれも甲証言と矛盾する内容である証拠1（甲を取り調べた司法警察員作成に係る甲の供述要旨を記載した捜査報告書）、証拠2（司法警察員作成に係る甲の供述録取書）及び証拠4（司法警察員作成に係る乙の供述録取書）の各証拠につき、同条により証拠とすることができるのか、すなわち、同条により許容される証拠は自己矛盾供述に限られるか否か（証拠2、証拠4）、供述者の署名押印を欠くものも含まれるか（証拠1）を問うものであり、伝聞法則や同条の趣旨を踏まえた論述を求めている。

〔設問2〕の2は、仮に〔設問2〕の1で甲証言の証明力を争うための証拠として取り調べた証拠があったとして、甲証言と一致する内容である証拠3（検察官作成に係る甲の供述録取書）が、甲証言の証明力を回復させるための証拠として許容されるのか、すなわち、同条の「証明力を争うため」の証拠には、一旦減殺された証明力を回復させるための証拠も含まれるのかを問うものであり、同条の「証明力を争う」という文言の解釈を示すだけでなく、甲証言の証明力が減殺されたときに、甲証言と一致する内容の証拠3が、いかなる理由で証明力の回復証拠となるのか、あるいは、ならないのかを論じた上で結論を導くことを求めている。

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刑事訴訟法が定める制度・手続及び判例の基本的な理解に関わるものであり、法科大学院において刑事手続に関する科目を履修した者であれば、本事例において何を論じるべきかは、おのずと把握できるはずである。【設問1】は、捜索という捜査に関する基本的な知識及び典型的な論点を問うものであり、その素材となる判例（最決平成14年10月4日刑集56巻8号507頁、最決平成6年9月8日刑集48巻6号263頁）等も思い浮かぶような事例である。【設問2】は、刑事訴訟法第328条を問うものであり、伝聞法則に関する典型的な論点とまでは言えないかもしれないが、〔設問2〕の1に関しては、その論点について正面から判示している判例（最判平成18年11月7日刑集60巻9号561頁）があり、同判例を正しく理解していれば、同判例の立場に立つか否かは別として、十分な解答が可能であろう。〔設問2〕の2に関しては、この点に関する最高裁判所の判例はなく、基本書等にあまり記載がない論点であり、受験生の応用力を試すことを狙いとしているが、伝聞法則や同条の趣旨を正しく理解していれば、

筋道立った論述ができるはずである。

## 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】は、下線部①については、搜索に伴う付随的措置である「必要な処分」の限界及び令状呈示の時期に関し、その法的判断枠組みを明らかにした上で、設問の事例に現れた具体的事実が、その判断枠組みにおいてどのような意味を持つのかを意識しながら、その適法性について説得的に結論を導いている答案が見受けられた。下線部②及び下線部③については、特定の「場所」に対する搜索と、搜索場所に居合わせた者が携帯する「物」に対する搜索、そして搜索場所に居合わせた者の「身体」に対する搜索との違いを明確に意識しながら、各搜索の適法性について論じられている答案が見られた。

【設問2】については、上記判例を正しく理解している答案や、刑事訴訟法第328条の文言解釈を示し、かつ前記証拠3がいかなる理由で証明力の「回復証拠」となるのか否かの実質的な根拠を論じた上で結論を導く答案が見られた。

他方、抽象的な法原則・法概念やそれらの定義、関連する判例の結論や表現を機械的に記述するのみで、具体的事実これに適用することができていない答案や、そもそも基本的な法原則・法概念、判例の理解に誤りがあったり、具体的事実の抽出や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られた。

下線部①に関しては、甲に対する覚せい剤取締法違反（営利目的譲渡）の嫌疑が強いことを理由に「必要な処分」として許容されるとの結論を導く答案が少なくなかったほか、ガラスを割って室内に入った措置の「必要性」については相応に論じられているものの、「相当性」についての論述が不十分な答案、「必要性」と「相当性」をない交ぜに論じてしまい、被搜索者甲の受ける不利益との均衡が取れているかという観点での論述が不十分な答案も見られた。また、令状呈示の時期の適否を論じていない答案が相当数見られたほか、論じている答案であっても、令状呈示の趣旨が十分に論じられていないものが見られた（前記平成14年最決は「手続の公正を担保するとともに、処分を受ける者の人権に配慮する趣旨に出たもの」と判示する。）。

下線部②及び③に関しては、搜索について正しく理解をしている答案とそうでない答案との差が比較的明瞭に現れた。「場所」に対する搜索、「物」に対する搜索、「身体」に対する搜索との違いを識別できていないため、下線部②及び③の問題点の違いを意識できておらず、同じ問題点を扱った単なるバリエーションの違いにすぎないと考えている答案が相当数見られた。

下線部②については、刑事訴訟法が、搜索の対象を「身体」、「物」、「住居その他の場所」に分類し、これに従って搜索令状に処分の対象を特定して記載することを要求していることとの関連で問題となるとの問題意識が示されていない答案が少なくなかった。本件の論点についての基本的な考え方を示すと、「場所」に対する搜索令状の効力は、当該場所において通常使用に供される「物」との関係でも、それが当該「場所」に妥当する管理支配に服しているという意味において、当該「場所」に付属する、あるいは包摂されるものと言えるために、当該「物」にも及ぶと考えられる一方で、「場所」に及ぶ管理支配を排除する態様で第三者が管理支配する「物」については、当該令状によって制約されることとなる管理権に服するものでない以上、搜索すべき「場所」にあるとしてもその効力は及ばないと考えるのが一般的であろう。そこで、本問では、「甲方」に及ぶ管理権が、ハンドバッグにも及ぶといえるか否かにつき言及する必要があるが、例えば「甲方には甲の内妻乙が同居しており、そのことは裁判官も認識し、審査した上で令状を発付しているのであるから、乙の物も搜索できる。」旨論述するとどまり、管理権の対象範囲を明らかにすることを意識しないまま論述している答案が相当数見られた。また、「物は場所に対するプライバシーに包摂されるから、令状の効力は物にも及ぶ。」とのみ論じ、「物」が、搜索の対象となっている「場所」に存在しさえすれば、当然に当該「場所」の管理権に服し令状の効力が及ぶかのような理解を示す答案も相当数見られた。さらに、「ハンドバッグを手を持っているか、床に置いているかは偶然の事情であるから、ハンドバッグにも令状の効力が及ぶ。」とする答案も相当数見られた。確かに手に持っているか床に置いているかが偶然の事情であり、令状の効力が及ぶかどうかには関係がない、との点はそのとおりであるが、その前提として、手に持っていないでも令状の効力が及ぶと言える理由を示すべきであり、その点に言及することなく、手に持っているか床に置いているかは偶然の事情であるから「物」にも令状の効力が及ぶとするのは説明不十分である。加えて、「場所」に対する搜索差押許可状の効力が「物」に及ぶのかという問題意識を何ら示すことなく、直ちに刑事訴訟法第102条第2項

を持ち出して、「ハンドバッグ内に差し押さえるべき覚せい剤等が存在している蓋然性が高いので捜索が許される。」旨論述する答案が相当数見られた。当該令状の効力がハンドバッグにも及ぶかどうかを検討し、効力は及ぶとした上で、更に実際に令状により処分を実施する場面では、同条同項が言わば加重要件として適用されると考え、本事例ではハンドバッグ内に差し押さえるべき証拠が存在する蓋然性が否定されれば捜索は許されないし、蓋然性が認められれば捜索は許される、との考え方は一つの考え方として成立し得るとしても、前記問題意識を持たずに、直ちに同条同項を持ち出して検討している答案は、捜索について正しく理解していないことをうかがわせる。そのほか、ハンドバッグの捜索につき、これを携帯していた乙の「身体」に対する捜索と誤った位置付けをし、下線部③の論点と同列に論じている答案も見られた。

下線部③についても、「場所」に対する捜索と「身体」に対する捜索と区別できていない答案が相当数見られた。「身体」に対する捜索は、人身の自由やプライバシーの利益の観点から、令状により許容される「場所」や「物」に対する捜索に伴うものとは性質の異なる権利侵害を伴うと考えられることが本件論点の議論の出発点であるが、そのような問題意識がなく、本事例の丙が、甲あるいは甲の内妻乙とは全くの「第三者」であることを強調し、「丙は第三者であるため裁判官の審査が及んでいないから、丙の身体を捜索できない。」旨論述し、裏を返せば、甲あるいは乙に対してであれば当然にその身体の捜索も許されると誤解しているかのような答案が相当数見られた。また、証拠が存在する蓋然性が高く、捜索の必要性が高いとすることで身体に対する捜索を正当化する答案も見られたほか、本事例において、差し押さえるべき物が、覚せい剤やメモ等の比較的小さい物が含まれており、これらはポケット内に収められる物であることとの関連で論じられていない答案や、丙が元々ポケット内に紙片（覚せい剤密売の内容と思われる記載のあるもの）を所持していたのか、それとも捜索の際にこれをポケット内に隠匿したと疑うに足る相当な理由があるのかの区別を十分に意識していない答案も見られた。さらに、捜索を行うこと自体を適法とした場合には、本事例において、司法警察員が丙の右手をポケットから引き抜いた上、ポケット内に手を差し入れた行為が、刑事訴訟法第222条第1項、第111条第1項の「必要な処分」として又は（「必要な処分」として考えるまでもなく）本来行うべき捜索そのものとして許容されるかを論じる必要があるが、理由付けを含めてこれを論じている答案は少なかった。なお、丙に対する「身体検査令状」が必要であるなどと論述する答案が散見されたが、人の身体に対する捜査には、身体の捜索（同法第218条第1項、第222条第1項、第102条）、検証としての身体検査（同法第218条第1項）、鑑定受託者による鑑定に必要な処分としての身体検査（同法第223条第1項、第225条第1項、第168条第1項）があるという基礎知識の習得が不十分であることをうかがわせるものであった。刑事訴訟法の論点以前に基礎知識の習得をおろそかにしないことが求められる。

【設問2】に関しては、【設問1】と比較すれば、総じて、伝聞法則及び刑事訴訟法第328条の趣旨、判例（前記平成18年最判）を踏まえ、おおむね良く論述できていたものの、同条を十分に理解していない答案も相当数見られた。【設問2】の1において、証拠1、2及び4の各証拠につき、本事例中に「甲証言の証明力を争うため」に取調べを請求した旨記載され、端的に同条の問題として論述することが求められているのに、それとは無関係に、要証事実は共謀の存在であると設定し、各証拠は伝聞証拠に当たるとして、同法第321条の伝聞例外の要件を満たすかどうかを論述し、伝聞例外に当たらないとした上で、同法第328条の議論に及ぶ答案が相当数見られた。そのような答案からは、同条の「第321条・・・の規定により証拠とすることができない書面又は供述であつても・・・これを証拠とすることができる。」との文言の規定ぶりに引きずられて、同法第328条により証拠とできる証拠は、同法第321条以下の伝聞例外の要件を満たさない証拠でなければならないとの誤解がうかがわれる。また、判例の結論だけを覚えていて、その理由付け等について十分に論述できていない答案も見られたほか、特に証拠2に関して、当てはめとして、どの点が「矛盾供述」と言えるのかの具体的な指摘がなされていない答案も相当数見られた。

【設問2】の2については、いわゆる回復証拠が刑事訴訟法第328条により許容されるのかを問うものであるが、回復証拠と増強証拠との区別を理解できていない答案が見られた。また、例えば、「文言解釈上、回復証拠も許容される。だから証拠3は回復証拠として取り調べることはできる。」旨論述するにとどまり、実際に証拠3が証明力を回復する証拠となり得るのかの当てはめがなされていないものが多かった。証拠3が回復証拠となり得る実質的な理由としては、甲証言と一致する内容の証拠3を公判廷で顕出することによって、公判廷外において、矛盾供述をしていたことがむしろ例外的であり、基本的には一致供述をしていたことが明らかになるので、自己矛盾状態が解消され、証明力を回復し得るとの考え方が可能であろうし、一方、証拠3

が回復証拠となり得ない実質的な理由としては、公判廷外での供述の間で矛盾があり、むしろ、その時々で供述を変遷させる者と言えるから、その者の供述は信用できず、証明力を回復することはできないとの考え方が可能であろう。

なお、条文の引用に関しては、多くの答案で、準用条文を含め、正しく条文が示されていたが、準用条文を示すのに代えて、「準用条文省略」などとする答案が散見され、正確に示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〕下線部①については、捜索に伴う付随的措置である「必要な処分」の限界及び令状呈示の時期に関し、事例中の法的問題を明確に意識し、法律の条文とその趣旨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、具体的事実を的確に抽出、評価して結論を導き出している答案であり、下線部②及び③については、「場所」に対する捜索と「物」に対する捜索と「身体」に対する捜索の違いを明確に意識した論述ができており、下線部②については、「甲方」に対する捜索令状は、いかなる管理権を制約することになるのか、ハンドバッグは誰の管理下にあるのかにつき言及しながら論述している答案であり、下線部③は、「場所」に対する捜索令状によって「身体」に対する捜索を実施することが原則として許されないことを、その根拠とともに指摘しつつ、例外的に許される場合があるのか、許されるのはいかなる場合にどのような理由であるのかについての自説を説得的に展開し、差し押さえるべき物との関連を意識するとともに、ポケット内に元々所持していたのか、あるいは隠匿した可能性があるのかの区別も意識しながら、本事例に現れた具体的事実を的確に抽出、評価して結論を導き出している答案であり、〔設問2〕は、伝聞法則及び刑事訴訟法第328条の趣旨や判例（前記平成18年最判）を正しく理解するとともに、同条により回復証拠が許容されるのか、という受験生にはあまり馴染みがないであろう論点について、条文の文言解釈にとどまらず、いかなる理由で回復証拠となり得るのか、あるいはなり得ないのかの実質的な理由まで論述され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〕下線部①については、検討すべき論点に関し、法解釈を行って一定の基準を示すことはできており、下線部②及び③については、「場所」、「物」及び「身体」に対する各捜索の違いの理解を示すことができており、いずれも必要な理由付けに不十分な点が見られたり、事例の具体的事実を抽出できてはいたが、更に踏み込んで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り、〔設問2〕については、伝聞法則や判例及び刑事訴訟法第328条の趣旨を踏まえた論述がなされているものの、回復証拠が許容されるのかの論点については、回復証拠となり得るか否かの実質的な理由の論述がやや不十分な答案である。

「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、下線部①から③につき、検討すべき各論点に関し、法解釈について一応の見解は示されているものの、問題意識や結論に至る過程が十分明らかにされていなかったり、具体的事実の抽出や当てはめに不十分な点がある答案、具体的事実を抽出して一応の結論を導くことができており、法解釈について十分に論じられていない点がある等の問題がある答案であり、〔設問2〕については、伝聞法則及び刑事訴訟法第328条の趣旨や判例についての一応の理解を示すことができており、回復証拠が許容されるのかの論点については、条文解釈を示すだけで実質的な理由の論述をせずに結論付けている答案である。

「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。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について、その「必要性」について何ら具体的に論じることなく、ただ抽象的に捜査上の必要性が高いから適法であるなどと結論を導いていたり、下線部②と③について、「場所」、「物」及び「身体」に対する各捜索の違いを全く理解していなかったり、問題点を何ら示すことなく、ハンドバッグ内及びポケット内に証拠が存在する蓋然性の有無だけで各捜索の適否の結論を導いていたり、〔設問2〕では、〔設問2〕の1において、刑事訴訟法第321条の伝聞例外の議論に終始し、同法第328条に全く触れていなかったり、判例の知識がなく、十分に説得的な論述もせずに判例とは異なる結論を導いている答案等がこれに当た

る。

4 法科大学院教育に求めるもの [注：試験考査委員が受験生に対して求めるものとして読む]

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につき、その結論だけでなく、その法理や事案の具体的事実関係を前提としている判例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、それによって事実関係を整理できる能力の涵養が求められる。また、実務教育との有機的連携の下、通常の捜査・公判の過程を俯瞰し、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

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2017 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU17817