

1 出題の趣旨・狙い等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

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

第1問は、個人破産の具体的事例を通じて、代理人弁護士による債務整理開始通知（以下「本件通知」という。）の支払停止該当性、支払不能状態の認定（設問1）、免責不許可事由該当性の検討及び裁量免責の可否（設問2）を問うものである。採点の主眼は、設問1においては、支払停止と支払不能の概念を正確に把握していることを前提に、最高裁判所平成24年10月19日判決（集民241号199頁、以下「平成24年最判」という。）を意識しつつ、具体的事案に現れた事情から本件通知の支払停止該当性と支払不能該当性を論ずることができているかに、設問2においては、免責不許可事由に該当する事実とその要件、裁量免責において考慮すべき要素等を的確に抽出して、分析・検討ができているかどうかには置かれている。

第2問は、法人再生の具体的事例を通じて、再生債権の弁済に関する原則とその例外（設問1）、再生債務者の第三者性についての理解等（設問2）を問うものである。採点の主眼は、設問1においては、再生債権の弁済に関する原則を踏まえつつ、例外となる要件やその制度趣旨を正しく理解した上で、各事例に当てはめて検討し、結論を示すことができているか、併せて、手続の流れを的確に論述できているかどうか、設問2においては、再生手続における再生債務者がDIP型（占有を継続する債務者）であることを前提に、再生債務者が民法第177条及び第94条第2項の「第三者」に当たるかどうかについて、管財人が選任された場合と「比較して」論じられているかどうかには置かれている。

3 採点実感等

(1) 第1問

ア 全体的な視点

第1問は、個人破産のうち、給与所得者ではなく個人事業者の事案を用いて、破産原因である支払不能という状態が生ずる前後のいわゆる危機時期における具体的状況の中から、代理人弁護士による受任通知という節目を契機とし、支払停止や支払不能が認定できるかを問うとともに、その結論がその後の破産者Aの行為の免責不許可事由該当性にも影響を与えるものとなっている。

現実の事案がそうであるように、支払不能という、破産の事案の様々な局面で問題となる重要な概念の認定は、その後の局面においても影響するため、その結果・影響について、統一的に処理することが求められ、設問1と設問2を全く別個の問題として検討するのではなく、設問1で支払不能について自身が検討した結果を踏まえて設問2を検討することが求められていたが、この点を強く意識できていた答えは非常に少なかった。

イ 設問1

(ア) 設問1は、問題文において、本件通知の支払停止該当性を検討した上で、平成29年3月17日時点でのAの支払不能該当性を検討するよう求めているため、検討・論証は必然的にこの順序に従って行っていくこととなる。

なお、XがAのHへの弁済を否認できるか検討しているとの前提部分から、「Xは当該弁済行為を否認できるか」との枠組みで論述している答えが一定数見られたが、本問は否認の可否を問うものではないため、支払停止該当性及び支払不能該当性に関連しない部分は評価

の対象とならない。

- (イ) まず、出題の趣旨でも説明したとおり、問題文がなぜ支払不能の検討に先立って支払停止該当性を検討することを求めているのか、その意義について述べるのが求められる。XがHへの弁済を否認するとすれば偏頗行為(破産法第162条)が考えられるところ、行為時の支払不能(同法第2条第1項)はその要件の一つとされており(同法第162条第1項第1号柱書き本文)、支払の停止があった後は支払不能と推定される(同条第3項)ことを、条文を含め適切に説明することが求められるところ、ここまで論じられたものも相当数あった一方で、支払停止を検討する意義について触れられていないものも一定数見られた。

なお、支払不能の推定に関して破産法第15条第2項を挙げるものも少なからず見られ、同法第162条第3項と同趣旨の規定であるため一定の評価は可能であるが、前者は開始原因の判断に関わる場面、後者は偏頗行為否認の成立に関わる場面に関する規定であるところ、本問のXの検討は後者の場面であるから、同項を挙げるのがより適切である。

そして、本件通知が支払停止に該当するかを検討することが求められるため、まずは支払停止の意義について論ずる必要がある。ここでは、「債務者が、支払能力を欠くために一般的かつ継続的に債務の支払をすることができないと考えて、その旨を明示的又は黙示的に外部に表示する行為」(平成24年最判の定義)あるいは「支払不能状態であることを外部に表示する債務者の行為」(通説的定義)のいずれを挙げてよく、多くの答案がおおむねこのいずれかで論じられていた。ただし、後者の場合において、その定義に引きずられてしまっている答案がそれなりに存在していた。つまり、支払不能であることを外部に表示する行為としたことからか、支払不能の3要素など、客観的な事象を挙げつつ検討することに終始し、「外部への表示」について言及がされず、支払停止の検討なのか、支払不能の検討なのか、判然としないものがあった。また、「外部」への表示であることや、債務者の「行為」であること等の重要な要素が欠落している例も見られた。中には「意思表示」とするものも見られたが、支払停止は飽くまで事実行為であることを理解しておく必要がある。

本件通知の支払停止該当性の当てはめにおいては、平成24年最判のように、支払停止が債務者の外部に対する表示行為であり、表示を受領した者が支払を停止する債務者の意思を理解し得るものであるか否かが問題となるものであることから、専ら本件通知の記載内容を検討し、支払停止と評価できるかを検討することが求められる。債務整理を法律の専門家であるYに委任した旨の記載があること、Yが債権者一般に宛ててAへの連絡及び取立の中止を求めていること(これらの事情は平成24年最判の事案と同様であるといえる。)、ただし、飽くまでYとの方針検討の段階にとどまる旨の記載であること等の事情を抽出して検討することが求められる。

さらに、給与所得者たる個人の事案であった平成24年最判のそれと対比して、Aは個人事業者であることに注目し、一定規模以上の事業者の場合には、債務整理開始通知であっても「支払停止」を肯定するには慎重になるべきとの補足意見や学説の問題意識も踏まえた検討をすることができれば、論述に深みが出るところである。Aは個人事業者ではあるものの事業規模が大きいとはいえないことを前提に、本件通知にも「慎重に検討する」等として債務整理の方針が示されていないものの、実現可能性のありそうな再建計画が示されているものではないとの観点を示せると良いであろう。

しかし、こういった検討ができていたのは一定数にとどまり、さらに、平成24年最判との違いを意識した検討の視点を示すことができたものはごく一部にとどまった。他方で、Aの当時の財産状況等、本件通知の内容以外の要素のみから支払停止該当性を検討するものも少なからず見られた。

- (ウ) 支払不能該当性の検討については、本件通知が支払停止に該当すると見るか否かによって、判断枠組みが異なるものとなり、破産法第162条第3項のとおり支払停止以降は支払不能

が推定されるから、支払不能該当性はこの法律上の推定を覆す特段の事情が認められるか、という枠組みでの検討が必要となる。しかし、かかる指摘ができていたものは一部にとどまり、多くは支払停止に該当するとしながら、特段の事情の有無を検討せずに下記の否定した場合と同様に支払不能の検討を行っていた。

支払不能という客観的状态を認定するには、財産、信用、労務という要素の観点から検討することが求められる。Aの場合、財産のうち流動資産（現預金）は50万円程度にとどまること、固定資産たる自宅土地建物はF銀行の抵当権が設定されており、いわゆるオーバーローン状態（その時点の財産的価値より被担保債務の残額が上回っていること）であって（一般債権者に対する責任財産としては）資産的価値がないこと、債務としてはF銀行の事業資金や住宅資金等の残額が多額であること、信用の点では（後にGから借り入れてはいるが）金融機関からの借入れのあてではなく、信用を加えても支払が困難であると見込まれること、労務についてはAの個人事業が既に資金繰りに窮していること等の要素を材料とし、一般的・継続的に資力不足と言えるかを検討することとなるので、これらを挙げ、基本的には支払不能を肯定する方向となろう。この点は多くの答案でもおおむね同様の検討がされていた。

なお、Aにおいて弁済期が間近に迫るものとしては、F銀行の分割金の支払が平成29年3月末に迫っているが、同月17日の時点ではこれが到来していないことから、支払不能の要件のうち「弁済期にある債務」がないのではないかとこの視点から検討するものが一定数見られた。この点を検討すること自体は一定の評価ができることである。もっとも、出題の趣旨でも指摘したとおり、金融機関の取引約款や金融業者の約定では、支払停止行為があった場合を期限の利益喪失事由と定めていることが通常であり、代理人弁護士による債務整理開始通知が発せられた場合、期限の利益を喪失したもとして残債務全額について弁済期が到来したと扱われることが予想される。本問の解答においてここまでの知識ないし推測を必須とするものではないが、弁済期の観点から支払不能該当性を否定するのであれば、F銀行の分割金の弁済期が到来していないことだけではなく、その他の債務を含めた全てについて、弁済期が到来していないかどうかを検討する姿勢が求められるところ、F銀行の分割金の弁済期が到来していないことから直ちに、支払不能を否定するものが多く見られた。

ウ 設問2

- (ア) 設問2は、小問(1)において、本件で判明しているAの行為から、免責不許可事由に該当する行為を検討し、小問(2)において、（仮に小問(1)で免責不許可事由がないとしても、あったと仮定して）Aを裁量免責すべきかについて、肯定的、否定的双方の事情を挙げて検討することを求めている。
- (イ) 小問(1)については、まず、破産法第252条第1項第3号あるいは第5号のいずれかのみを検討する事案が多く見られた。しかし、免責不許可事由は、ある破産者の行動全体を対象とするものであり、複数該当することが当然にあり得る。そして、複数の不許可事由に該当することはそれだけ破産者の不適切な行為があったこととなり、裁量免責においても考慮すべき事由となるので、どれか一つだけ検討すればよいというものではなく、複数の検討が求められるものである。同項第3号と第5号の双方を検討した答案と、いずれか一方にとどまるものとは小さくない差がつくこととなった。

その上で、本問において検討の余地ないし意義がある（該当する可能性がある）点としては、①Hへの平成29年3月26日の弁済が破産法第252条第1項第3号の非義務的偏頗行為に該当するか、②Gからの同月18日の借入時のAの言動が同項第5号の詐術借入りに該当するか、の2点が問題となる。

なお、一部、破産法第252条第1項第1号から第11号までの全てについて該当性を検討しようとするものも見られたが、およそ該当する余地のない、あるいはその兆しも見られない不許可事由まで検討する必要はないであろう。ごく一部、Yに対してGからの借入やH

への弁済を相談せずに行ったこと、その後も説明しなかったこと等を挙げる例も見られたが、Yは破産管財人ではなくAの代理人でしかないから、AY間の信頼関係はともかく、ここで取り上げるべき事情ではなからう。

破産法第252条第1項第3号の非義務的偏頗行為については、①Hという特定の債権者への、②弁済という債務消滅に関する行為であることを挙げつつ、明確な弁済期が定められていないと思われることから、時期が義務に属していないと言えるか、またHに特別の利益を与える目的があると言えるかについて検討することが求められる。

「時期」については、「立て直しに成功したら返してくればよい」とのHの言について、不確定期限と理解するものが多かったほか、条件付き債務、期限の定めなき債務と理解するものも見られたが、いずれにしても「時期」が義務に属していないことについて言及する必要があるところ、この点は同項第3号該当性を検討する多くの答案で検討できていた。

他方、「特別の目的」について、理解できていない答案が余りに多くあった。Aにとって義理の親であるHに対して弁済している点を指摘しつつ、やむを得ないという見解を採るものがあつた。破産法の基本的な原理（債権者平等原則）が正しく理解できていないように思われる。ここにいう「特別の目的」とは、他の債権者が存在し、これらには同等の弁済ができないにもかかわらず、Hにのみ利益を与えることをいうものである。この点を正確に指摘できた答案は、とても少なかった。

なお、特別の目的がかかる内容であるため、設問1の支払不能の認定において、Aの資力を十分であると評価して支払不能該当性を否定していた場合、ここで特別の目的を認めるのはAの資力の評価に関して矛盾抵触が生じうる。ごく一部こういった例が見られた。

破産法第252条第1項第5号該当性については、①Gからの借入という信用取引であることを踏まえて、②借入時期が申立前1年以内であること、③Aが破産原因を認識していたか等を検討しつつ、④「詐術」に該当するかを検討する必要がある。

①について借入れが信用取引に該当することを指摘できないものが一部見られたほか、②の借入時期及び③の破産原因の認識については、そもそも指摘がないものが少なくなかつた。③については、このほか、Aという個人の破産原因すなわち支払不能が借入日である平成29年3月18日以前に生じていたことを前提に、Aがこれを認識していたことを要件とすることとなるところ、設問1でその前日である同月17日の時点での支払不能を否定していた場合、翌18日までの僅かの中に支払不能に転じたとの特殊な状況が発生しない限り、設問1の解答との間で矛盾抵触が生ずることとなる（問題文の状況から、そのようなものがあつたとはいえ難い。特に、設問1でF銀行の分割金の弁済期が到来していないことを理由に支払不能を否定する見解では、3月末までかかる事情は変わることはない。）。冒頭に述べたとおり、場面ごと、論点ごとだけの検討にとどまらず、全体として統一した検討が求められる場面の一つであるが、かかる解答をした答案も少なからず見られた。中には、ここでの認識は客観的に破産原因があるか否かではなく破産者が（勘違いであっても）認識していればよいのかのように解する立場も見られたが、客観的に破産原因が生じていないにもかかわらず、破産者の勘違いの有無だけで免責不許可事由該当性が異なることとなる見解は採用し難いであろう。④については、本問におけるAのGに対する言動は幾つかあるが、Aの支払能力に関連すること、かつ連絡が途絶えて現実的には回収不能と見られるという点で客観的事実と反し得ること等から、「取引先Cからの売掛金100万円の入金があれば必ず返せますから。」と述べた点を取り上げる必要がある。その他の発言、「今回をしのげば絶対立て直せます。」や「決して御迷惑はお掛けしません。」との発言を捉えて詐術としているものも見られたが、これらは客観的事実ではなく、Aの予測や意向、希望・願望等を述べていると評価できるものであるので、詐術と捉えるのは困難であろう。

なお、詐術該当性については、積極的な詐術が必要か、不作為でも足りるかとの論点につ

いて検討する答案が多く見られたが、本問では上記のとおりAの言動があり、いずれの見解でも結論が変わるとは考え難いため、論ずる実益はない。

- (ウ) 小問(2)では、まず、裁量免責の根拠規定である破産法第252条第2項を挙げて、その趣旨や考慮すべき要素を挙げつつ、検討することが求められる。条文についてはほとんどの答案が挙げられていたが、趣旨等にきちんと触れているものは少なく、いきなり事実関係の羅列を始めるものが多かった。

裁量免責の趣旨をどう理解するかについては、誠実な破産者に対する恩恵的な側面を強調する立場と、破産者の経済的更生の手段としての側面を強調する立場があるとされるが、いずれの見解を重視するかに優劣はなく、個々の考慮要素がいずれの側面から肯定的あるいは否定的な要素となるかの理由が説明できればよく、かかる理由が説明できている答案は高得点となった。

考慮要素については、開始決定に至る経緯とそれ以外という条文の記載に従った分類、開始決定前の事情と後の事情という時系列的な分類など、整理の方法はいろいろ考えられるが、一つの視点に沿って、かつ、肯定的な要素と否定的な要素の双方を抽出して検討することができている答案は高い評価となった。

否定的な要素としては、まず、上記の免責不許可事由に該当する行為の存在や、その態様、程度等を挙げる必要がある。Hへの非義務的偏頗行為であれば、危機時期であるにもかかわらず、50万円という(当時のAにとっても)少なくない金額を、義理の親という親族のみ優遇する形での弁済を行ったこと、Gからの詐術借入れであれば、Cからの債権回収可能性について偽るという詐術を行った上で借入れをしたこと等である。ただし、前者にあつては、Hの治療費という事情があり、同情すべき面もあること、後者にあつては、Gは騙されたというより同情して貸し付けたものであること等、肯定的な要素になるとまでは言い難いものの、否定的な要素として強く考慮すべきではないとの評価も可能と考えられるところで、この辺りが合理的に説明できていれば評価の対象となる。実際、多くの答案もこの点は説明できていた。

そのほかの否定的な要素については、これといったものは見当たらないが、現に経済的再建の見通しが立っていないこと等を挙げる考え方もあろう。

破産に至った経緯としては、①Aは目立った遊興もなく真面目に仕事に精を出していたこと、②Aの事業の資金繰りが悪化した原因の一つは、資材の高騰や受注件数の減少、取引先の経営悪化等のほか、取引先Cが売掛金未払いのまま音信不通となったこと、取引先Dが破産したこと、従業員であったEが売上金を持ち逃げしたこと、③②に掲げた事情(の多く)はAに帰責事由があるとは言い難い、他因的な要因であること等を説明することが求められる。多くの答案で掲げられている一方で、触れられていない答案も多かった。

開始決定後のAの行為に関する事情としては、Aが免責許可決定を受けることを強く希望しているほか、①債権者集会兼免責審尋期日に出頭したこと、②破産管財人Xによる事情聴取に素直に応じ、Gからの借入やHに対する弁済について(自主的に)説明したこと、③これらは、破産手続上の破産者の義務の履行ないし破産手続への協力と評価できるとともに、破産者の誠実性の表れと見ることができると等々を挙げるができる。肯定的に評価できる理由として、③の理由部分を説明することが求められる。この点は、実務上は免責調査型の管財事件の存在意義に直結する重要な点であり、是非挙げて欲しかったところであるが、抽出できた答案は多くはなかった。

そのほか、Aの経済的再建の必要性に関する事情も考慮要素となる。負債額やAの年齢、再就職を試みているものの困難な状況であること、Bが病気であるとの現状等から、免責を許可しないと経済的再建を果たすことができないという、裁量による免責許可の必要性の観点からの事情である。要素については多くの答案が掲げることができていたが、必要性とい

う理由が明確に説明できているものは多くはなかった。

また、債権者がAの免責についてどのような意向であるかという点も、免責許可の許容性という観点から考慮要素となり得る。本問では、Gが強く反対していることは否定的な要素となり得るし、債権額の面で主要な債権者と言えるF銀行が特に反対意見を述べていない点は、肯定的な要素として抽出することが可能であろう。ただし、この点を抽出できた答案は一部であった。

最終的には、これらの要素を総合的に考慮した上、免責を許可するか否かにつき、裁判所の立場で結論を示すことが求められる。上記のように、肯定的な要素が多く、特に破産手続開始決定後は、手続に協力的で誠実性が見られるのに対し、否定的な要素がそれほど強くないことからして、基本的には免責を許可するのが相当であろう。ほとんどの答案も同様であった。

エ 全体を通じて

本問は破産の事案であり、支払不能や支払停止、免責等それ自体は基本的かつ重要な事項だったこともあり、ほとんどの答案は全く手が出ないという様子はなく、相当の分量の記載がされていた。もっとも、倒産法の基本的な原理・原則や概念を正しく理解しているか、という出発点から見れば、若干心許ない答案が見られた。おおむね理解していると感じられはするものの、事例に対して、基本的な条文の当てはめが求められているにもかかわらず、条文の引用が不正確な答案も散見された。特に、否認権に関する諸規定の中に支払不能を推定するものがあるにもかかわらず、破産手続の開始原因に関連する規定を引用するものが少なくなかった。

また、設問1については、支払不能という、破産実体法で最も重要な概念の一つである事項と、これに大きく関連する支払停止、更には支払停止行為による法律上の推定等の点について、(これまで実際に当てはめて検討する機会がなかったのかも知れないが)正確に整理表現できているものはほとんどなかった。設問2についても、なじみがなかったのか、免責不許可事由を2つとも十分検討したものや、裁量免責において考慮すべき要素を幅広く抽出して検討することができた答案は少なく、全体として高得点の答案は少なかった。

さらには、答案構成を問題全体についてしっかりと事前に行うことを心掛けてほしい。例えば、設問1について、かなりの分量の記述を行いながら、設問2については極めて簡素な論述で終わっている答案がある一方で、否認権の要件の当てはめを懸命に行ってしまい、本来必要な論証スペースを喪失している答案があった。問われていることに必要十分な解答を行うことが重要であり、明らかに時間配分を間違えただけと思われる答案が存在したことは残念である。

いずれにしても、個人破産は、現実の破産事件において多くを占める重要な分野である。法人破産の先鋭的な論点等に偏ることなく、知識の習得と能力の涵養に努めていただくことを期待したい。

(2) 第2問

ア 設問1

(ア) 設問1では、まず「再生債権の弁済の原則」について、民事再生法第85条第1項を摘示する必要がある。この点は比較的良くできている答案が多かったが、この点に触れることなく、小問に解答している答案が一定数見られた。問題文で「再生債権の弁済に関する原則に触れつつ」とあり、小問で問われている例外の趣旨が正確に理解できているかを確認するための前提となるものであるから、この点を省略することが適切でないことはいままでもない。

「再生債権の弁済の原則」の内容については、再生手続開始決定による弁済禁止効、すなわち、再生手続によるのであれば再生債務者財産から弁済を受けることができず、再生計画の定めに従った権利内容の変更を経て、再生計画に基づいて弁済されることを説明することが必要であり、かつ、その説明で十分である。更に債権調査や認可要件などの説明を展開する例が若干見受けられたが、本問では不要である。

本問が「再生債権の弁済の原則」に対する「例外」の問題であることについては、おおむね理解されていた。

民事再生法第85条は、第1項で原則を、第2項以下で例外的に計画によらず弁済を許可する制度について定めており、例外的に再生計画によらず弁済を許可する制度には①中小企業者の再生債権に関するもの(同条第2項)と②少額の再生債権に関するもの(同条第5項)があるところ、本問は後者についての出題である。しかし、以下に指摘するとおり、条文の摘示については様々な混乱、誤解が見られた。

- (イ) 小問(1)は、少額の再生債権に関するもの(民事再生法第85条第5項)のうち、再生手続を円滑に進行するための少額債権の弁済許可(同項前段)の場合である。この点についてもおおむね理解されていたが、条文を単に「第85条第5項」とのみ摘示するものが目立った。同項は、①前段で再生手続を円滑にするための弁済許可、②後段で再生債務者の事業の継続に著しい支障を来すことを避けるための少額債権の弁済許可、という全く異なる制度を定めており、前段・後段のどちらの問題であるかを特定する摘示が必須である。単に第85条第5項とするのみでは足りない。

次に、民事再生法第85条第5項前段の趣旨については、そもそも趣旨について記述しているものが少なかった。条文解釈において趣旨の理解が必須であることはいうまでもなく、残念であった。

趣旨の記載があっても、「円滑に進行することができる」という条文上の表現を引用する程度にとどまるものが多かった。手続に参加させること自体が、債権届出、調査、議決権行使等のコストを生じさせるので、早期に弁済して再生債権者の人数を減少させる、という点に踏み込んだものや、更に加えて少額であれば実質的平等を害しない点まで言及できたものは少なく、そのような記述があれば趣旨を深く理解していると評価された。

「少額」の該当性については、3万円を全体の負債総額3億円と比較して少額であることを根拠として肯定するものが多く見受けられた。3億円と比較して少額というだけの理由であれば、100万円でも1億円でも「少額」ということになりかねないため、少額性を認定する理由としては不足である。3万円は一般的に少額であるという認定に加えて、3万円未満の者の債権総額が30万円であることも摘示すべき事情である。さらに、保全処分において5万円以下の債権が弁済禁止の例外とされていたことと比較して、3万円以下であれば当該事案において実質的平等に反しないと判断できるとしたものは、高得点となった。

- (ウ) 全額の弁済を強く求めている3社についての当てはめ

「円滑に進行することができる」の該当性については、多数の答案が当該3社の強硬な姿勢に触れ、反対の議決権行使をする可能性、債権者集会で反対意見を述べる可能性等を挙げて、反対者に対して早期に全額弁済することが「円滑に進行する」ことであると論じていた。

しかし、規定の趣旨にほとんど触れることがないまま、このような論述をしている答案は、反対の議決権を行使しようとする者を優遇することが制度趣旨であるという誤った理解をしているものと評価された。売掛金であれ貸金であれ、賛成であれ反対であれ、およそ手続に参加させること自体がコストであると考えるのが民事再生法第85条第5項前段の趣旨である。そこにいう「円滑に進行する」とは債権者数を減少させて手続参加コストを省略することである。手続に反対するから支払うという制度ではないことに留意すべきであろう。

民事再生法は、倒産実体法・手続法の双方の性質を有しており、小問(1)・(2)ともに「C弁護士の立場に立って」「方策」を解答することを求めているので、正しい手続の記載が必須である。それにもかかわらず、単に「弁済できる」「弁済すべきである」等の記載しかない答案が散見された。再生債務者代理人として裁判所に少額弁済の許可を申し立て、裁判所の許可を得て弁済するとの正しい手続の流れを記載できた答案は評価された。

「弁済期(平成29年2月20日)」について、正確に摘示・記述できていた答案は、ご

く少数であった。

なお、民事再生手続開始前の保全処分の効力が民事再生手続開始後も存続する、という誤解を前提とした答案が散見されたことは残念であった。

(エ) 債権届出書作成中の9社についての当てはめ

規定の趣旨について正しい理解を示している答案は、おおむね、債権届出書作成中の9社についても、合計12社全員に対して弁済してこそ円滑進行の趣旨を貫徹できるから、同様に少額弁済するとの結論を導くことができていた。

一方、全額弁済を求める3社につき、手続に反対するおそれを根拠として弁済するとした答案の中には、債権届出書作成中の9社について、そのまま届出させれば足りると解答し、同額で全額弁済を受ける3社との間で公平に反する結論を導いた者が少なからず見られた。

もっとも、ごく一部の答案は、計画案において3万円までの全額を弁済する定めを設けるとしており（民事再生法第155条第1項ただし書）、そこまで記述できている場合には、正しい考え方として評価された。

(オ) 小問(2)は、少額の再生債権に関するもの（民事再生法第85条第5項）のうち、再生債務者の事業の継続に著しい支障を来すことを避けるための少額債権の弁済許可（同項後段）を問うものである。「後段」の問題であることを特定する記載がないものが見受けられたこと、趣旨の記載がないものが少なくなかったことは小問(1)と同じであり、残念であった。

趣旨の記載があった答案も、「事業の継続に著しい支障」という条文上の表現を引用する程度のもが多かった。弁済によって再生債務者財産が減少する一方、取引を維持し、再生債務者の事業を継続して事業価値が増大するので、ひいて再生債権者全体の利益に資するという構造に言及できた答案も僅かながらあり、高く評価された。

(カ) 「少額」の該当性については、100万円が負債総額3億円と比較して少額であるとの説明にとどまるものが大部分であった。一部の答案は、日常一般の感覚として100万円を「少額」といえるのかどうか、悩みを見せており、評価された。

ごく僅かの答案が、趣旨についての理解と結び付け「少額」を解釈していた。弁済によって事業継続を維持し、事業価値の増大を図り得るという趣旨の理解から、同じ「少額」の文言であっても、民事再生法第85条第5項前段の場合と異なり、同項後段の「少額」は相対的に少額であれば足りるとの考えを導いたものは、高く評価された。

民事再生法第85条第2項は、再生債務者を主要な取引先とする中小企業者を保護する規定である。したがって、同項にいう「事業の継続に著しい支障を来すおそれがあるとき」とは、当該中小企業者（再生債務者に対する債権者）の事業継続に対する問題である。この点を誤解し、同項をもって本問における弁済根拠として検討する答案が見受けられた。根本的に誤っており、部分点を与えることもできなかった。

(キ) 「方策」については、小問(1)で指摘したとおりである。

なお、少なからぬ答案が、代理人として本人を説得して弁済させるべき（又は弁済の許可を裁判所に申し立てさせるべき）としていたが、疑問である。代理人は自らの行為によって本人に効果帰属させるものであるから、C弁護士は再生債務者代理人として自ら裁判所に少額弁済の許可を申し立てることが可能であり、むしろそれが弁護士として受任した再生債務者代理人の職責というべきであろう。

イ 設問2

(ア) 問題文に「管理命令が発せられ、弁護士Lが管財人に選任された場合と比較しつつ」とあるにもかかわらず、単に管理命令が発せられた場合とそうでない場合とに分けて解答するだけの答案が少なからず見られた。「比較して論じる」という出題形式は、共通点と相違点を指摘し、その異同を踏まえた検討を求めるものである。中には、管財人が選任された場合、選任されていない場合のいずれか一方だけの結論を記載する答案もあった。「出題の趣旨」

でも指摘したように、二つの場合を比較して論じることが肝要である。

- (イ) 小問(1)は、対抗問題における第三者性を問うものである。再生手続開始決定より前に売買契約が成立し、代金が支払われているので、実体法上は所有権が移転していることが前提になるが、そのことを明確に指摘していない答案が多かった。所有権が移転した後に開始決定があるので、再生債務者に対して登記なくして所有権を主張できるか、再生債務者が民法第177条の第三者に該当し、対抗問題になるかという問題となる。しかし、以下のとおり様々な誤った構成が散見された。

①取戻権の問題として構成するものが目立ったが、所有権を主張できるかの問題であり、取戻権に言及する必要はない。減点対象にはならなかったが、余事記載である。②開始後に登記を具備した事例ではなく、民事再生法第45条の直接適用場面ではない。③当事者の主観によらず、対抗問題だけで決着するので、否認の問題ではない。

管財人が選任されず、監督委員が選任されて、再生債務者が管理処分権、業務執行権を維持している場合については、第三者性を肯定した裁判例（大阪地判平成20年10月31日判時2039号51頁）があり、その知識を持っている者は比較的多かったようである。

本問は、その結論にとどまらず、なぜ第三者性を肯定するのか、管財人が選任された場合と比較して論じることが求めている。管財人が選任されない場合の再生債務者と管財人との最大の相違は、前者は再生手続開始前からの当事者そのものであり、後者は開始後に裁判所が選任して初めて登場することである。この点を意識して両者を比較すれば、そもそも当事者であった再生債務者が、開始決定を契機として対抗問題の第三者性を、管財人と同じように主張することが許されるのか、という問題意識を導くことができたであろう。

しかし、そのような「比較」の視点に乏しい答案が大部分であり、管財人が選任されない場合の再生債務者が対抗問題の第三者性を主張することについて何らの疑問も示さない答案が多かった。

第三者性の根拠について、管財人が選任されない場合の再生債務者が業務執行権、管理処分権を有すること、公平誠実義務を負うこと、手続の機関となること、再生債権者の利益代表の性格があること、包括差押え類似であること等は比較的良好に論じられていた。

民事再生法第45条により開始後の対抗要件具備が認められないこと、双方未履行契約の解除権、担保権消滅請求の制度なども第三者性を有することの根拠となるが、これらを摘示できたものは僅かであった。

- (ウ) 小問(2)は、実体法に第三者保護規定がある場合の第三者該当性を問うものであり、民法第94条第2項の第三者に該当することの検討が求められるが、その考慮要素は、小問(1)と同じである。なお、小問(1)において否認権構成を採るなどした答案であっても、小問(2)において第三者性を認め得る根拠について適切な記載があれば、小問(1)と同様に評価された。

小問(1)と同様に、管財人が選任された場合との比較が求められているが、その視点を欠いた答案が多かった。通謀虚偽表示の当事者であった再生債務者が、第三者保護規定に従って虚偽表示による無効の制限を主張するのであるから、そのような行為が許容されるのか、疑問を示した答案もあり、評価された。

また、総債権者の利益代表、手続の機関であること等を根拠に第三者性を肯定しながら、そもそも善意・悪意に言及していないものや、単に「再生債務者であるA社は知っていた」とするものが少なくなかった。この場合には、第三者性を認める論拠との整合性について説明が必要となるが、何ら説明がなく、説得性に欠けるものと言わざるを得ない。

本問は、事例問題であるから、要保護性の検討については双方当事者について事情を拾い上げて検討すべきである。売主も虚偽表示の当事者であること、その動機は架空売上の計上であったこと等の事情を摘示し、事例における要保護性を論じると説得的であったと思われるが、そのような検討ができた答案はまれであった。

ウ 全体を通じて

第2問は、いずれの小問においても、きちんと論点を発見した上で、一つ一つ丁寧な論述を積み重ねていくことができたか、あるいはそうでなかったかで、得点の開きが生じたように思われる。日頃より、一つ一つ丁寧な勉強を積み重ねていくことが重要であろう。

4 今後の出題について

今後も、特定の傾向に偏ることなく、基本的な事項に関する理解を確認する問題、具体的な事案から論点を抽出する能力を試す問題、倒産実体法及び倒産手続法に関する問題、企業倒産に関する問題と個人破産に関する問題等、幅広い観点からの出題を心掛けることが望ましいと考える。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

まず、倒産法における基本的な条文、判例及び学説を、断片的、概括的ではなく、その趣旨に遡って正しく理解をした上で、倒産法の体系の中で相互に関連付けて把握することが重要である。その上で、具体的な事例の検討に当たっては、習得した基本的な知識の確認とその応用をしながら、与えられた事実関係を把握・分析して論点を過不足なく的確に抽出し、論理的かつ一貫性のある解釈論を展開して、妥当な結論を導く能力が求められる。

このような知識・能力の必要性は、倒産法の分野に限られるものではないが、倒産法は、実体法と手続法が交錯する分野であり、民法、民事訴訟法、民事執行法等についての幅広い理解・知識が基礎として求められる上、再建型及び清算型手続の異同についても横断的に理解することが必要であるなど、総合的かつ多角的な知識・能力が求められる分野である。

法科大学院においては、こうした点にも配意しつつ、上記の知識の習得や能力の涵養を実現するための教育が日々実践されることを期待したい。

なお、他の科目でも例年指摘されているはずだが、「採点の対象となる（他人が読む）ものを書く。」という基本的な姿勢に欠けていると言わざるを得ないものが、依然として少なからずあったのは残念であった。答案が人に読んでもらうためのものであり、読み手が読めなければ何を書いても意味がないという当たり前のことを自覚していないのではないかと強く疑われる答案が、今なお、少なからず存在している。字の巧拙ではなく、字が小さすぎたり、日本語であるにもかかわらず、いわば「筆記体」で書かれているのかと疑われるほど「個性的」な文字であったり、やたらと訂正が多く、遠くの場所から、しかも複数箇所からの挿入が示唆されたりしていた答案については、判読が極めて困難であり、是非改善をしてほしい。

最後に、採点実感からすると、合格者の答案であっても「一応の水準」とどまるように思われ、合格したからといって慢心することなく、謙虚に学習を継続することが必要ではないかと思われる。

1 出題の趣旨・狙い等（出題の趣旨に補足して）

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点実感等

〔第1問〕（配点：50）

公表済みの「出題の趣旨」の中で述べた主要な論点について、本問の事実関係に即しつつ、問題文で問われた内容をしっかり表現できているかどうかという観点から採点した。なお、設問1ないし3のいずれにおいても、設問の要求に十分に答えられていた答案は多くなかった。条文や判例学習に当たっての初歩的な誤解から、所得税法又は法人税法の基本的構造に関する理解を欠くと思われる答案まで存在したが、合格水準の答案と評価されるためには、このような誤りを慎重に排除する必要がある。

設問1について、本問のXは、「甲隠れ里祭り」実行委員会に事務用品を贈与しているが、これはXが営む文房具店の在庫であった。事業所得の総収入金額に算入すべき金額は、「収入すべき金額」と規定され（所得税法第36条第1項）、外部からの経済的価値の流入を原則としているが、たな卸資産の贈与等による移転については、その価額、すなわち時価に相当する金額が総収入金額に算入されることになっている（同法第40条第1項第1号）。ほとんどの答案が、正しく条文を摘示し、その当てはめとして、たな卸資産の時価相当額である20万円が総収入金額に算入されると結論付けていた。一部に同法第39条を摘示する答案、また必要経費への算入額について論じているものがあり、条文又は問題文を丁寧に読む姿勢が重要であることを改めて確認すべきである。

もっとも、（総）収入金額の基本規定に対する特例としての意義について触れている答案はほとんどなかった。所得税法第40条が、同法第36条第1項に規定された内容に対する特例（「別段の定め」として置かれている意義を明らかにすることは、当該規定の文言の解釈にも影響を与え得る重要な事柄であるから、優秀・良好な答案として評価されるためには、その点への言及が求められる。

なお、問われているのは「総収入金額の計算上」の扱いであるにもかかわらず、必要経費への算入の可否を論じている答案が散見された。単に「総収入金額」を「所得の金額」と読み違えた答案が多かったと思われるものの、（総）収入金額から必要経費を控除するという所得金額の計算構造を理解していないと疑わせる答案も含まれていた。

設問2においては、株式会社A（以下「A社」という）からYに対して支給された退職手当の所得分類が問題とされている。退職所得については、条文上、「退職手当、一時恩給その他の退職により一時に受ける給与」に係る所得に加えて、「これらの性質を有する給与」に係る所得が含まれることが定められている。所得分類を検討する前提として、退職所得に該当する所得の範囲を明らかにする必要があるが、「退職手当、一時恩給その他の退職により一時に受ける給与」に該当するには、(1)退職すなわち勤務関係の終了という事実によって初めて給付されること、(2)従来の継続的な勤務に対する報償ないしその間の労務の対価の一部の後払の性質を有すること及び(3)一時金として支払われることという3要件を充足する必要があることを示した上で、これと同一に取り扱うべき「これらの性質を有する給与」については、実質的に各要件の要求するところに適合しているかどうかを判断することになる（最判昭和58年9月9日民集37巻7号962頁）。Yが支給された退職手当については、退職すなわち勤務関係の終了という事実は認められず、上記3要件を満たさないことから、専ら「これらの性質を有する給与」に該当するか否かが検討される。

これに対して、上記の条文構成を全く考慮することなく、つまり、条文中のいずれの文言を解釈しているかを明示することなく、単に「退職所得」の意義を説く答案が多かった。このような答案は、上掲最高裁判例を再現しつつ、上記3要件は実質的に判定されるといった説明を加えて、「こ

これらの性質を有する給与」という文言を無視したこととのつじつまを合わせようとする傾向が見られた。こうした論理展開は、条文に基づいた解釈という姿勢を欠くものであり、到底高い評価は望めない（この点は、平成27年司法試験採点実感等に関する意見（租税法）でも指摘している。）。

更に設問では、特に退職所得課税の趣旨・目的を「明らか」にすることを求めている。退職所得の意義を説得的に導く前提として、その趣旨・目的の特定を求めているのであって、上記3要件の導出に結び付くだけの具体性を伴っていることが必要であり、「公平」や「担税力」といった抽象的な表現による説明だけでは十分とは言えない。例えば、累進税率の下で他の所得と合算して一時に課税することの不適当さから分離課税に服する点を簡潔に説明するなど、所得税法上の具体的な取扱いを意識した記述が期待されている。また、問題文において求められているのは退職所得課税の「趣旨・目的」であり、課税上の優遇措置にのみ言及した答えは、この点を無自覚に読み替えてしまった可能性がある。

なお、退職所得の意義に関する上記3要件については、前掲最高裁判例が存在するところであり、ほとんどの答えがそこで示された基準を記していた。ただ、重要な判例であるにもかかわらず、当該最高裁判例の存在を指摘する答えはほとんど見当たらなかった。

退職給与該当性の判断に当たっては、出題の趣旨に記載したように、事実関係の丁寧な検討が求められる。しかしながら、当てはめに際して、問題文中に掲げられた事実の摘示にとどまり、その評価まで踏み込んで、説得的な論証を展開できている答えは限られていた。いかに多くの事実が列挙されていても、ただ積極的な事実と消極的な事実を整理して羅列しているだけでは、どちらの考え方に立っても記述する内容はほぼ同一であり、結論に対して説得力に欠けることは明らかである。自分の判断に対して説得力を持たせるには不利な事情をただ摘示して並べるだけでは足りず、自分の判断に対して不利に働く事情の持つ意味を減殺する必要がある。例えば、ZがYに対して度々相談していた事実についても、Zに求められて経営経験を基にしたアドバイスを与えるにすぎないのか、依然として事実上の影響力を行使し、経営上主要な地位を占めていると評価すべき事情なのか、いかなる評価を与えるかによって結論は異なってくるであろう。答案の中には、自分の判断に不利に働く事情について、創意工夫を凝らして減殺しているものもあり、このような答案の評価は高くなった。

本問では、いずれの見解も成り立ち得るところであるので、結論にかかわらず、自説に至る論理的思考とその説明ができていくかという論証の質を重視した。ただし、退職所得該当性を否定した後で、給与所得の可能性を検討することなく、漫然と一時所得又は雑所得への当てはめを行っている答案も散見された。こうした答案は、給与所得と同様に勤労性の所得としての性格を有する退職所得の特殊性（趣旨・目的）について明らかに誤った理解を示すものである以上、低く評価することになった。

設問3については、A社の支出した協賛金の法人税法上の扱い（寄附金該当性）を検討しながら、事案の違い（(1)及び(2)）によって異同を生じる理由を正確に理解し、説明できているかどうかを評価の対象とした。無償での金銭移転という点に目を奪われたのか、法人税法第22条第2項にいう無償取引の一つとして、支出した協賛金の額を益金の額に算入すべきとした答案も少なからず存在した。こうした答案は、正常取引において得られたであろう所得を認識し、課税上の取扱いの公平を実現しようという無償取引の議論について表面的にしか理解していないものとして、採点においては低い評価を与えざるを得なかった（無償での資産譲渡又は役務提供と異なり、金銭の支出それ自体について、正常取引における所得を観念することは不可能である）。

そもその前提として、法人税法第37条による損金算入規制が、法人税法における所得金額の計算上、どのような位置を占めているかを理解している必要がある。ところが、費用の損金算入を認めた基本規定（同法第22条第3項第2号）に対する「別段の定め」ということを明確に指摘する答案は少なく、それどころか、一定範囲で「損金の額に算入しない」（同法第37条第1項）ことを定めた規定であるにもかかわらず、損金算入を可能とする根拠規定として同項を挙げる答案も

少なくなかった。こうした答案は、条文に定められた内容を正しく読み解けていないことを示すものであり、法律家としての基本的な能力に疑問を持たせるものである。

さらに、一定の基準を超える寄附金の損金算入を法人税法が制限する根拠についても、正しく説明できている答案はほとんどなかった。租税特別措置法における交際費の損金不算入と混同したためか、冗費抑制を規定の根拠として挙げる答案が目についた。また、寄附金該当性の判断に当たり、「寄附金」の意義を明らかにしようという姿勢を示す答案も少なかった。法人税法第37条第7項の規定を摘示するものすら少なく、支出の実質的内容に踏み込むことの困難さから「寄附金」は広く対価性のない支出を含むと理解されている点まで正確に記述する答案はほとんどなかった。定立した基準に基づき事実を評価して結論を導くという基本的な思考のプロセスを示していない答案については、高い評価は望めない。

条文の軽視という点では、法人税法第37条第7項は括弧書きにおいて一定の支出を除外しているところ、(2)において寄附金非該当性を導く条文上の根拠として、この点への言及を欠く答案が散見された。確かに経済合理性を有する一定の支出について寄附金該当性を否定する裁判例は存在するものの、まず明文で除外される広告宣伝費への当てはめを検討するのが適当である。

最後に、設問は、「異同を踏まえ」た記述を求めている以上、(1)と(2)それぞれについて別個独立に論じるのではなく、両者の違い（場合によっては同一性）を合理的に説明し得ることを論述の過程で示す必要がある。両者で違いが生じる理由を示すこともなく、また違いそのものすら示唆することのない答案では高い評価は望めないが、残念ながら、この点で十分な記述がなされている答案はほとんどなかった。

第1問の採点の結果、「優秀」に分類される答案の数はそれほど多くなく、「良好」又は「一応の水準」に分類される答案がほとんどであった。本問は、退職所得該当性に関する基本的な最高裁判例を理解していればある程度の得点が可能であった反面、その正確な理解を欠く者において、高得点を得ることが難しかったのであろう。また、設問3については、法人税法に関する問題であったためか、条文の確認といった点すらおろそかにしている答案が多く、「優秀」答案の少なさにつながったと思われる。優秀答案と評価されるためには、条文や判例を正確な知識として習得し、各法の基本的構造を正しく理解し表現する必要がある。

〔第2問〕（配点：50）

公表済みの「出題の趣旨」の中で述べた主要な論点について、本問の事実関係に即し、理論的根拠と実定法上の根拠との双方を理解した上で、設問が求める事項につき的確な検討・当てはめがされているかという観点から採点した。

設問1について、多くの答案が所得税法第44条の2第1項の適用を認めていた。債務免除により経済的利益が生じ、原則として課税される（同法第36条第1項）、実質的な担税力を考慮して総収入金額に算入しないとする同法第44条の2第1項の趣旨を明らかにし、流れ良く論じている答案も一定数見られ、良好な水準にあるものと解された。設問では、具体的な事実を評価した上で検討することを求めているが、多くの答案は、日本料理店の経営状況、本件各賃貸物件の賃貸業の状況、Aの収入状況（配偶者であるCの収入状況）については的確に摘示・評価しており、一応の水準に達していた。これらの事実に加えて、弁済の状況、人的物的担保の状況、平成28年以降の日本料理店の経営の好転等についても論じている答案は、丁寧な分析をしている印象を受けた。ただし、同項の解釈を示した上、そこで定立した要件や考慮要素に沿って事実を整理して評価した答案は極めて少なかった。事実を評価するに当たっては単に羅列するのではなく、要件や考慮要素との関係を踏まえて整理すべきであろう。なお、具体的な事実の摘示・評価を全く欠いている答案が散見されたが、設問の要求に込んでいるものとは言い難い。

所得税法第44条の2第1項の適用を認めなかった答案も少数見られた。これらの答案の中には、同項が経済的利益の価額を例外的に総収入金額に算入しないことを定めた規定である点を捉え、厳格な要件を定立して、説得力のある論述を展開するものも見られたが、自説の評価の障害となる

事実について十分な評価がされていない印象を受けるものもあった。

また、各種所得ごとに所得税法第44条の2第1項の適用の有無を論じる答案が一定数見られた。しかし、Aの弁済能力を検討するに当たっては、Aの資力全般について検討することが必要であり、これを各種所得ごとに分断して論ずることは考え難い。

所得税法第44条の2第1項の適用を認めた答案の多くは、日本料理店に係る事業及び本件各賃貸物件の賃貸業につき損失が発生していることにつき、同条第2項についても的確に検討しているものが多く、良好な水準にあるものと解された。ただし、各種所得ごとに総収入金額に算入すべき額が問われているのであるから、ストレートに「…円が算入される」と答えるべきところ、総収入金額に算入されない金額を答える答案が多かった。そのような答案の中には、そもそも債務免除された額を1億円ではなく2億円と誤解するものも見られ、事案と設問の正確な把握に問題があるように思われた。また、設問は、本件債務免除により受ける経済的な利益のうち各種所得ごとに総収入金額に算入する額を明らかにすることを求めているところ、結論部分に各種所得の金額として損失との差額を答えているものも散見された。

なお、書き出し部分で所得区分を詳細に論じている答案が散見されたが、これらの答案は所得税法第44条の2の適用の有無についての論述が手薄となりがちであり、バランスを欠く印象を受けた。

設問2について、必要経費を控除する趣旨が、投下資本の回収部分に課税が及ぶことを避け、課税の対象を純資産の増額部分に限定するところにあることなど、その趣旨については何らかの形で触れる答案が多かった。本問においては、更に所得税法第37条第1項の別段の定めとして同法第51条第1項が一定の資産損失について必要経費に算入することを認めていることにつき、資産損失と必要経費が異なることを踏まえて、事業所得等を生ずべき事業の用に供される固定資産等の損失については、単なる消費ではなく、担税力が減殺され、上記の必要経費を控除する趣旨が及ぶことを論ずることが期待された。この点については、担税力が減殺されること、法人税法と異なり、資産損失は通常消費に当たると考えられるため、原則として必要経費に算入せず、一定の資産損失に限り必要経費への算入を認めたことなど、説得的な論述をする答案も一定数見られ、良好な水準にあるものと解された。一方、この点に特段触れないものや、単に所得税法第51条第1項が、同法第37条第1項の別段の定めであるとのみ指摘するものも多く見られた。なお、必要経費に算入する金額が減価償却残額の限度にとどまること（同法第51条第5項、同法施行令第142条第1号、同法第38条第2項）に言及する答案も少数見られ、理解の深さがうかがえた。

設問3について、処理1の債権譲渡については、益金（法人税法第22条第2項）と損金（本件においては同条第3項第1号の売上原価が問題となる。）に分けて論ずることが期待されたが、これを意識していない答案が多かった。また、設問1において所得税法第44条の2第1項の適用があるとしながら、特段の検討を加えることなく、無償又は低額譲渡として論じる答案が多かった。設問1との整合性や、債権回収会社への譲渡であるという設問の具体的事情を踏まえると、時価による譲渡であることを想定した設問であることは容易に読み取れると思われる。無償又は低額譲渡であるとして論ずるには、説得的な説明を要することとなろうが、そこまで十分説得的な論述がされた答案は見られなかった。

処理2の評価換えについては、法人税法第33条第1項を挙げて、損金算入することができないことを的確に論じている答案が多かった。

ところで、第1問についても述べたところであるが、設問では、異同を論ずることを求めているにもかかわらず、それぞれの処理について論じたのみで終わっている答案が多く、処理1と処理2を対比させて論じている答案も、法人税法が損失につき実現主義を採用しているというその理論的根拠についてまで言及して論じたものは非常に少数であった。税法上の取扱いを説明するには、理論的根拠と実定法上の根拠を常に念頭に置いて論ずることが必要であろう。これらの両面を過不足なく論じた答案は優秀との評価を得られよう。

3 今後の出題について

範囲としては、所得税法からの出題を中心としつつも、これまでどおり、法人税法や国税通則法の基本的事項からの出題がなされることが望ましいと考えられる。その意味で、法人税法や国税通則法の学習をおざなりにして「優秀」ないし「良好」の評価を得ることは困難となるであろう。

内容としては、所得税法、法人税法、国税通則法に関する基本的概念や基本的知識の理解の有無及び程度、更にこれらの概念や知識を利用して、条文の文言を解釈し、当該条文を具体的事実関係に適用して結論を導くことのできる能力を試す問題が望ましいと考えられる。

4 今後の法科大学院教育に求めるもの

(1) 基本的な概念や基本的知識の習得

近年の答案の傾向として、租税法の基本的な概念や基本的な知識の理解に欠ける解答が多いことが挙げられる。本年度でも第2問の設問1の問題文にあった「総収入金額」という概念を「総所得金額」の意味に理解したと思われる答案が多く見受けられた。他にも「包括的所得概念」と「収入」との関係や、「帰属所得」について誤解している答案もあった。さらに、第1問・第2問を通じて、根拠条文を示すだけでなぜそのような条文が存在するのかについてその理論的根拠に全く言及しない答案、趣旨や意義に関する記述と条文の解釈の記述を有機的に結び付けていない答案も多く見受けられた。

法科大学院においては、まず、基本的な概念や基本的な知識を正確に理解させるとともに、条文の相互関係、更には個々の規定の趣旨・目的の議論と条文の文理解釈との間のつながりを考察できる能力の習得を目的とした教育が望まれる。

(2) 事実認定と当てはめに関する能力の習得

近年の答案の傾向として、第1問及び第2問のいずれの採点実感でも言及されたところであるが、問題文の事実を自説の結論に有利なものや不利なものに分類し整理して答案用紙に書き写しただけで事実の評価をしない解答が多いといえる。

法科大学院においては、事例演習などを通じて、自説の結論に不利に働く事実を無視せずに適切に対応することのできる能力の習得を目的とした教育が望まれる。

(3) 法人税法の習得

近年の答案の傾向として、所得税法に関する問題の正答率に比べ、法人税法に関する問題の正答率が極端に低いということが挙げられる。

法人税法の基本的概念や基本的知識の習得ができていないだけでなく、過去には、所得税法の問題で法人税法の条文を根拠に立論したり、逆に法人税法の問題で所得税法の条文を根拠に立論する答案が散見されたこともあった。

法人税は、所得税と並んで、実務上重要な税目であるので、法科大学院においては、法人税法の基本の習得にも配慮した内容の教育が望まれる。

5 租税法を勉強するに当たり

(1) 条文の正確な理解と適切な引用

採点をしていると、法的効果の説明をしながら、その効果の根拠となる条文を引用していなかったり、誤った条文を引用している答案や、解答として「〇条〇項〇号」と書くことが求められているところを「〇条」「〇条〇項」としか書いていない答案が目立つことに気付く。

解答者は、条文と照らし合わせて学習する習慣を欠くだけでなく、試験の場でも条文の内容を読んで確認することもなく答案に引用しているのではないかと感じさせる答案もあった。

租税法の問題も、他の科目と同じく、法律の解釈適用に関する能力が問われていることに変わりはない。

したがって、租税法を勉強するに当たっても、他の科目と同様に、論点に関して引用されている法律の条文を必ず自分で確認して、条文の文言がどのように解釈され、そこからどのような結論が導かれるのかを理解するとともに、解答においても条文の引用を適切に行えるように注意すべきである。

(2) 判例に関する理解

最高裁及び重要な下級審の判例に関する知識は基本的知識に属する。それゆえ、論点について判例がある場合には、事案と判例の結論とその結論を導く論理について正確に理解しておく必要がある。

そして、解答に際しても、論点について判例がある場合には、問題文に特に「判例に言及しつつ」というような指示がなくても、これに言及することが望ましい。少なくとも最高裁の判例については必須というべきである。このことは自説が最高裁判例と異なる場合であっても同様である。最高裁判例と異なる立場を採っていることが最高裁判例に言及しないことを許す理由にはならないことを認識すべきである。

なお、事実が要件を充足するか否かを判断するに際して、考慮すべき重要な要素がある場合、この考慮要素についても答案で言及する必要があるが、第2問の採点実感に言及されているように、このような観点からの記述がなされている答案は少ない。判例を学習するに当たって、判例の提示した規範内容だけでなく、裁判所が要件の該当性を判断する上でどのような要素を重視しているのかについても留意して判旨を読んでいただきたい。

(3) 基本的概念及び基本的知識の習得

基本的概念や基本的知識は正確に理解することが重要である。出発点である基本的概念や基本的知識に誤解があると、誤った方向に論理を展開することにもつながる。自分が理解している基本的概念や基本的知識の内容について、それが正確かどうかを再度確認していただきたい。

6 その他参考事項

高い評価を得た答案は、基本的事項について正確に理解するとともに、設問を良く読んで何が問われているか、その出題の意図を的確に把握して解答していたものであり、逆に低い評価にとどまった答案は、基本的事項を誤解し、また出題の意図を汲むことなく解答していたものであった。

出題者は、設問を通して基本的事項を理解しているか、法を解釈し事例に適用して妥当な結論を導くことができるかについて問うている。

その意図を正確に把握した上で、学習を通じて習得した法的規範を事例に当てはめて結論を導出する能力を答案に十分に示すよう心掛けていただきたい。

1 出題の趣旨について

出題の趣旨は、別途公表している「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

出題した2問とも、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）上の制度・規定の趣旨及び内容を正確に理解し、問題文の行為が市場における競争にどのような影響を与えるかを念頭に置いて、問題点を指摘し、法解釈を行い、事実関係を丹念に検討した上で、要件の当てはめができるか、それらが論理的かという点を評価しようとした。

特に、独占禁止法の基本を正確に理解し、これに基づいて検討することができているかを重点的に見ようとしており、公表されている公正取引委員会の考え方やガイドライン等について細かな知識を求めることはしていない。

(1) 第1問

第1問は、A社が検査機器甲を販売するに当たって、顧客に対して条件を付すこと（本件計画）により、検査キット乙についても自らと取引することを当該顧客に強制し、A社以外の乙の販売業者（競争者D及びE）を市場から排除することについて、その独占禁止法上の問題点に関する理解を問うものである。

まず、適用法条については、検討すべき条文として独占禁止法第2条第5項（私的独占）及び不公正な取引方法の一般指定（以下「一般指定」という。）第10項（抱き合わせ販売等）を的確に選択することができているかを見た。出題の趣旨において述べたとおり、私的独占と不公正な取引方法（抱き合わせ販売等）の双方について論述することが期待されたところであり、いずれか一方のみを選択して論述した答案に対し、そのことを理由として減点はしなかったが（一方の違反類型について十分に論述すれば満点を得られるように配点した。）、他方で、双方の違反類型について論述した答案に対しては、その部分を加点要素として評価した。

次に、行為要件及び効果要件については、当該条文の各要件（「他の事業者の事業活動を排除し」、「一定の取引分野における」、「競争を実質的に制限する」、「他の商品又は役務」、「購入させ」、「不当に」など）について正確に規範を定立し、当てはめを行うことができているか、特に、排除行為及び排除効果については、問題文に記載された事実関係に基づいて多角的に検討できているかどうかを評価の対象とした。

さらに、正当化事由については、いずれの結論であっても、適切な判断基準を示し、問題文に記載された事実関係に基づいて自らの結論を論じることができているかどうかを評価の対象とした。

(2) 第2問

第2問は、存続が危ぶまれている事業部門を抱える2つの競争者による事業統合案及び業務提携案の独占禁止法上の問題点を問うものである。小問(1)の事業統合案と(2)の業務提携案とは、事業者にとっては、同一の目的を実現するための代替的な選択肢であるが、その独占禁止法上の取扱いにおいては異なる面が多い。小問(1)と(2)との異同を踏まえた上で、それぞれについて、どこまで独占禁止法上の問題点を的確に指摘できているかを採点において重視した。また、その際、法律問題の検討以前の問題として、そもそも小問(1)の事業統合案と(2)の業務提携案とが、それぞれ、いかなる事業上の効果を狙っているのかについて正確に理解できているかどうかにも着目した。

小問(1)では、競争者であるA社とB社は、それぞれのX事業を共同新設分割方式で切り出して、Xの生産についてはA社のP工場に集約するという事業統合案が提示されている。独占禁止法上は、同法第15条の2第1項第1号に該当するかどうか問われる。具体的には、まず本問で問

題となる「一定の取引分野」を画定した上で、問題文中にある事実を拾い上げて「競争を実質的に制限することとなる」に該当するかどうかを検討する必要がある。その際、当然のことながら、「一定の取引分野」の意味と画定の基準、「競争を実質的に制限することとなる」の意味と認定の在り方について一般論が提示されることが不可欠である。本問の場合、「一定の取引分野」の範囲が日本国内におけるXの製造販売に係る取引分野であることは自明なので、「競争を実質的に制限することとなる場合」に該当するかどうかの判断が重要となる。

本問の事業統合案は、A社とB社による水平型事業統合に当たり、また、A社とB社以外に国内に競争者はいないことから、単独行為による競争の実質的制限の蓋然性が問題となる。その判断において重視されるべき要素としては、A社及びB社のX事業におけるシェアと地位、輸入品からの競争圧力、需要者からの競争圧力のほか、当該事業統合案によってもたらされる効率性が挙げられる。また、本問の事業統合案は、業績不振部門の存続を図るものであるから、企業結合ガイドラインにいう「経営状況」、すなわち、事業統合なき場合にA社及びB社によるX事業からの撤退があり得ることとの比較において事業統合が競争に及ぼす影響も考慮する必要がある。結論自体は、合法、違法のいずれでも構わないが、結論に至る論理の首尾一貫性や説得力を評価した。また、通常の企業結合審査においては、審査対象の事業統合案が違法か合法かという二者択一的な判断がなされることはほとんどなく、独占禁止法上の問題を解消するために何らかの条件を付した上で事業統合案そのものは容認するという処理がなされることが圧倒的に多い。そのことを意識して、事業統合案が容認されるために想定される条件（いわゆる問題解消措置）の内容にまで言及しているかどうかとも評価の対象とした。

小問(2)では、B社は、Xの生産から撤退し、A社とOEM契約を締結してXの生産と物流の業務をA社に委託するが、その販売は各社が独自に行うという業務提携案が提示されている。また、B社は主要原料をA社による共同生産に際して供給することで、コストの共通化部分は限定的なものとなっている。

この業務提携案においては、複数の競争者間で事業部門の完全な統合が行われるわけではなく、Xの生産と物流に関する事業活動について契約による拘束が生じるのみであるから、独占禁止法第2条第6項にいう不当な取引制限として同法第3条後段に違反するかどうか問われる。本問の業務提携案は、講学上の非ハードコアカルテルに該当するので、行為要件の充足もさることながら、効果要件、すなわち「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」を充足するかどうかの判断が重要となる。

その判断においては、予想される競争制限効果と競争促進効果との比較衡量が求められる。本問で重要となるのは、競争制限効果の分析である。本問のようなOEM契約の場合、競争者間で製造販売に要する費用が共通化される程度と、競争上重要な情報が交換されることにより協調行動が促される可能性に着目する必要がある。この点、本問では、Xの製造原価の60パーセントを占める主要原料はB社がA社に「提供」（「販売」ではないことに注意）することとなっていること、物流業務の委託に際してB社がA社に対し顧客及び出荷先に関する情報を提供することとなっていることの評価が重要となる。ここでも、結論自体は、合法、違法のいずれでも構わないが、結論に至る論理の首尾一貫性や説得力を評価した。併せて、競争制限効果の発生を防止するための何らかの追加的な措置（具体的には情報遮断措置）を採ることで、結論が異なるとすれば、こうした措置についても言及していることを加点要素とした。

3 採点実感等

(1) 出題の趣旨に即した答案の存否、多寡について

ア 第1問

(ア) 適用法条について

第1問では、本件計画が、A社製甲向け乙の市場においてD及びEを排除するに至ること

が問題となることを論述する答案が多数であり、その限度では独占禁止法上の問題点がおおむね理解されていた。しかし、適用法条に関しては、行為の態様とその効果に照らして最も適合する行為類型（抱き合わせ）を的確に指摘できていない答案が相当数あった。

具体的には、甲を購入した顧客に条件を付ける点に着目して、排他条件付取引（一般指定第11項）や拘束条件付取引（一般指定第12項）と構成している答案が相当数あったが、本件計画は、顧客が甲の競争者と取引することを排除するものではなく、乙の取引を顧客に強制し、乙の競争者を排除するものであることに着目すれば、2商品（甲ないし甲の定期点検サービスと乙）の「抱き合わせ」の該当性を論じることがより適切であることに気付くべきと思われる。

他方、乙の販売業者（競争者）を排除する点に着目して、不公正な取引方法のうち競争者に対する取引妨害（一般指定第14項）として捉える答案もあったが、それが完全に誤りとまではいえないものの、本件における競争者の排除が、A社製甲の定期点検サービス（又はA社製甲）の市場における優位性を背景として、顧客に対しA社製乙の購入を強制することによるものであることを考えれば、不公正な取引方法における行為類型としては、取引強制を通じた競争者排除（独占禁止法第2条第9項第6号ハ、一般指定第10項）であり、その中でも特定商品の競争力をてこにした取引強制である一般指定第10項前段の排除型の「抱き合わせ販売」が最も適合するものであることに考えが至るべきと思われる。

また、本件では、抱き合わせ行為による効果としては、公正競争阻害性のみならず競争の実質的制限にまで至ることが容易に考えられる事案であることから、不公正な取引方法（抱き合わせ販売等）と私的独占の双方の該当性が問題となる事案であることを指摘することが望まれたが、その指摘ができていない答案は多くなかった。

(イ) 行為要件について

不公正な取引方法（抱き合わせ販売等）及び私的独占のいずれについても、行為要件の該当性を検討するに当たっては、顧客に対して自らとの取引を強制することになる根拠として、検査機器甲の特質、特に、甲が高価で買換えが難しいこと、A社製甲の使用に当たってA社製甲向けの乙が不可欠であり、また、A社による定期点検又はオーバーホールが不可欠であることなどを指摘した上で、A社製乙を用いてA社による定期点検サービスを受ける場合と他社製乙を用いてA社によるオーバーホールを受ける場合の経済的出えんの差異を示し、取引強制のメカニズムを明らかにすることが望まれたが、結論と簡単な理由のみを記載している答案が相当数あり、その根拠を多角的に論証できていない答案が多数とはいえなかった。

(ウ) 効果要件について

不公正な取引方法（抱き合わせ販売等）、私的独占のいずれであれ、排除効果の有無等を検討する前提として、市場画定が不可欠であるところ、本件では、A社製甲向け乙の国内市場が検討対象市場であることについては、需要の代替性等も踏まえておおむねよく論述されており、市場画定について全く記載していない答案や、甲の国内市場のみを検討している答案は少数であった。

ただし、本件では、行為要件の該当性（上記（イ）参照）及び市場画定を踏まえて、A社製甲の顧客がA社製乙を購入せざるを得ないことが、なぜ、検討対象市場においてD及びEを排除することになるかについて、A社製甲向け乙に係る各社のシェアや競争能力、代替的な取引先の有無など問題文に記載されている考慮要素をできる限り多く検討して論述することが望まれたが、結論と簡単な理由のみを記載している答案も少なくなく、その根拠について十分記載している答案が多数とはいえなかった。

さらに、私的独占について論述する場合には、競争の実質的制限に至ることを、その解釈も含めて論述する必要があるところ、競争の実質的制限の定義については、おおむね正確に記載している答案が多かったが、隣接市場である甲市場が与える影響の有無、輸入や新規参

入の可能性なども指摘して競争の実質的制限に至る根拠を多角的に論じられている答案は多くなかった。

(エ) 正当化事由について

本件は、正当化事由の主張が考えられる事案であり、それを「不当に」、「競争の実質的制限」、「公共の利益」のいずれかの解釈として論じている答案が多かった。ただし、その条文上の根拠について全く記載していない答案も散見された。

また、正当化事由の有無については、その判断基準として、①本件計画の目的の正当性、②当該目的を達成する手段としての本件計画の必要性・相当性及び③他により競争制限的でない手段によって当該目的を達成する可能性の点から検討すべきことを的確に記載している答案が多かった。結論として正当化事由を認めない答案が多数であり、具体的には、甲の検査精度の確保という目的は正当とした上で、当該目的を達成する手段としての本件計画の必要性・相当性を欠くとした答案のほか、D及びEの排除を目的としたものと認定して目的の正当性を欠くとした答案もあった。

イ 第2問

まず小問(1)については、適用条文、「一定の取引分野」の画定の在り方と本問における当てはめ、「競争を実質的に制限することとなる場合」の定義は、おおむねよく書けていた。しかし、本問では単独行動による競争の実質的制限の蓋然性が問われることについては、そのことへの言及すらない答案が目立った。また、Xの輸入品が本問の「一定の取引分野」に含まれないと考える（したがって、事業統合後の合併会社のXのシェアを100パーセントと考える）答案が少なからずあった。

「競争を実質的に制限することとなる場合」の判断において重視されるべき要素のうち、輸入品からの競争圧力、需要者からの競争圧力については、これらに言及する答案は多かった。事業統合に伴う効率性については、これに言及する答案自体は多かったが、独占禁止法第1条における同法の究極目的に照らした行為の正当化事由の問題としてこれを取り上げる答案が多かった。企業結合審査における効率性の考慮は、飽くまでも「競争を実質的に制限することとなる場合」の判断の枠組み内でなされるというのが企業結合ガイドラインの立場である。また、本問の事業統合による効率性の達成が輸入品の排除につながり得るという論理に基づき、これを競争制限効果としてのみ考慮する答案も散見された。最後に、いわゆる「経営状況」の問題に触れた答案は、極めて少数であった。

これらの要素を列挙しつつ、どのような結論を導くかについては、論理の一貫性に疑問を抱かせる答案や、そもそも説明不足のため、個々の要素に対する評価がどのようにして結論に結び付くのか分かりにくい答案が目立った。また、本問のような事業統合案の場合、仮に競争の実質的制限の蓋然性が払拭されない場合でも、何らかの措置を講じることで企業結合が容認されることになると予想されるし、実際にも、そうした問題解消措置の内容を検討することなく届け出られた企業結合について違法だとして排除措置が採られる例は皆無といってよい。そこまで見越して、条件付き容認の立場から、いかなる内容の条件が望ましいかに触れた答案は、ほとんどなかった。

小問(2)については、まず、適用条文として独占禁止法第16条第1項第4号や同法第2条第5項を挙げる答案が少なくなかったことは意外であった。OEM契約は、共同生産の一形態であり、独占禁止法上は、非ハードコアカルテルとして位置付けられる。適用条文として同法第2条第6項を挙げた答案においても、これを非ハードコアカルテルとして性格付け、そのような性格にふさわしい判断の枠組み（競争制限効果と競争促進効果との比較衡量）を提示する答案は少なかった。同項の行為要件の当てはめについては、比較的よく書けていたが、価格カルテルに係る先例の判旨を機械的に当てはめて、相互拘束の対象となる事業活動を価格設定と捉える答案が散見された。

小問(2)における最大の評価のポイントは競争の実質的制限の有無の判断である。この点で特に気になったのは、競争者間でのコストの共通化の程度に言及する答案が想定よりも少なかったことである。また、コストの共通化の程度に言及する答案の中でも、Xの製造原価の60パーセントを占める主要原料をB社が「提供」することの意味を正確に理解せず、当該60パーセントの部分についてコストが共通化されるとか、当該部分について競争者間で原価の情報が共有化されるといった誤解に基づく答案が散見された。もっとも、物流の委託に伴う競争上重要な情報の共有可能性に言及する答案は多かった。なお、ここでも小問(1)と同様に、問題文の説明のままでは競争の実質的制限の可能性は払拭されないが業務提携案に修正条件を加えること（具体的には、A社における、営業を担う営業部門とB社から物流の委託を受ける物流部門との間での情報遮断措置）により独占禁止法上の問題を解消できると考える余地があるし、むしろ、こうした措置を講じることなく無条件で業務を委託することは考えにくい。しかし、残念ながら、小問(2)においても、いかなる修正によって独占禁止法上の問題を解消できるかに触れた答案は極めて少なかった。

(2) 出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準との差異について

ア 第1問

上記(1)ア(7)のとおり、行為の態様とその効果に照らして最も適合する行為類型（抱き合わせ）を的確に指摘できていない答案が相当数あったことは予想外であり、その検討の有無で点数に差が生じる結果となった。また、問題文に記載された事実関係を踏まえて多角的に要件該当性を論じられている答案は、想定していたほど多くはなかった。

他方、「購入させ」、「他の事業者の事業活動を排除し」、「一定の取引分野」、「不当に」、「競争を実質的に制限する」、「公共の利益に反し」といった各要件の定義・判断基準及びそれらに対する当てはめについて一通り論じている答案は多く、その点については、出題時に想定されていた解答水準との間に大きな差異はなかった。

イ 第2問

個々の論点における想定解答水準と実際の解答水準との差異については、既に上記(1)イで言及したとおりである。全体として見ると、小問(1)については、良くも悪しくも、ほぼ想定どおりの解答水準であった。「経営状況」（経営不振部門の問題）の考慮に言及する答案が少ないであろうことは当初から想定されていたが、現実のM&Aに関わる実務ではこの種の問題は決して珍しくはないので、実務の動向を踏まえた学習の重要性を強調する意味であえてこのような設定にした次第である。小問(2)については、OEM契約は、公正取引委員会の事前相談の実務において比較的多く取り上げられており、非ハードコアカルテルの一つの典型例とも考えられるが、その割には、想定以上に学習不足を感じる答案が多かった。取り分け、独占禁止法上の問題点の検討以前に、設問中の業務提携案が提起される文脈やその狙いについての理解が不十分な答案が想定以上に多かった。また、小問(1)と(2)に共通する特徴として、独占禁止法上の問題を解消するための条件の提示にまで言及する答案は、想定以上に少なかった。そもそも、我が国で、企業結合分野や非ハードコアカルテル分野において、違反とされた先例が少ないのは、公正取引委員会との協議を通じて、想定される独占禁止法上の問題を解消するための措置を採ることで違反を回避することが多いからであるが、そのような実態が十分に認識されていないように思われた。独占禁止法の解釈適用は、問題となる企業活動の実態の理解なくしては十分になし得ないが、本問の答案全体を通じて、その点での理解の不十分さを感じた。

(3) 「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」答案について

ア 第1問

「優秀」な答案は、本件計画が抱き合わせ行為に該当することを指摘し、不公正な取引方法（抱き合わせ販売等）及び私的独占の各要件について、適切な判断基準を示した上で、考慮すべき事実の全部又は大部分を正確に摘示しながら説得的な当てはめを行い、結論を導いている

もの、「良好」な答案は、不公正な取引方法（抱き合わせ販売等）ないし私的独占のいずれかの各要件について、一定の判断基準を示した上で、考慮すべき事実のうち主要なものをおおむね正確に摘示しながら当てはめを行い、結論を導いているもの、「一応の水準」の答案は、「良好」な答案と評価されるために必要なポイントのうち幾つかを欠いているもの（例えば、本件計画が抱き合わせ行為に該当することの指摘がなくても、D及びEがA社製甲向け乙の市場から排除されることについて、適切な判断基準を示した上で、考慮すべき事実のうち主要なものをおおむね正確に摘示しながら当てはめを行い、不公正な取引方法ないし私的独占に係る結論を導いているものなど）、「不良」な答案は、本件計画によりD及びEがA社製甲向け乙の市場から排除されることなどの不公正な取引方法ないし私的独占に係る基本的事項についての論述を欠いており、出題趣旨から離れた記載に終始するものとした。

イ 第2問

「優秀」な答案は、小問(1)と(2)のそれぞれについて、適用条文を正確に指摘し、各条文の各要件につき適切な判断基準を示した上で、考慮すべき事実を過不足なく拾い上げ、それら諸事実について独占禁止法の観点から適切に評価を加えるとともに、それらの評価を論理整合的に結論に結び付けることができているものとした。「良好」な答案は、適用条文を正確に指摘し、各条文の各要件につき適切な判断基準を示した上で、考慮すべき事実の大部分を拾い上げ、それら諸事実について独占禁止法の観点からそれなりに評価を加え、一定の結論を導くものとした。「一応の水準」の答案は、「良好」な答案と評価されるために必要なポイントのうち幾つかを欠いているもの、「不良」な答案は、基本的事項についての論述を全く欠いているなど、事案処理能力が著しく不十分と見られるものとした。なお、小問(2)について独占禁止法第16条第1項第4号や同法第2条第5項を適用条文とする答案に関しては、当該部分に関して「不良」答案と評価した。

4 今後の出題について

今後も、独占禁止法の基礎的知識の正確な理解、問題となる行為が市場における競争に与える影響の洞察力、事実関係の検討能力及び論理性・説得性を求めることに変わりはないと考えられる。

5 今後の法科大学院に求めるもの

経済法の問題は、不必要に細かな知識や過度に高度な知識を要求するものではない。経済法の基本的な考え方を正確に理解し、これを多様な事例に応用できる力を身に付けているかを見ようとするものである。法科大学院は、出題の意図したところを正確に理解し、引き続き、知識偏重ではなく、基本的知識を正確に習得し、それを的確に使いこなせる能力の育成に力を注いでいただくとともに、論述においては、適用条文の選択や構成要件の意義を正確に示した上、問題となる行為が市場における競争にどのように影響するかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討し、要件に当てはめること、そしてそれを簡条書式的に列挙するのではなく、論理的・説得的に表現することができるように教育してほしい。

1 出題の趣旨について

既に公表した出題の趣旨のとおりである。

2 採点方針等

(1) 第1問

本問は、いわゆる併用医薬特許を題材とし、専用実施権が設定されている場合の特許権者による差止請求の可否、先使用権の成否、間接侵害の成否、独占的通常実施権者の固有の差止請求権や損害賠償請求権の有無という、特許法の基本的で重要な論点を含む問題であり、このような論点についての基礎的な理解力を問うとともに、長文の事例からの確に論点を抽出する事案分析能力、抽出した論点について裁判例の理解を前提とした法解釈とその適用に関する思考力、応用力及びその論述能力を試そうとするものである。

したがって、全体としては、まず、設問から論点を的確かつ網羅的に抽出して、当事者の主張として問題点を指摘し、裁判例のあるものについてはその判旨を念頭に置きつつ、法解釈を展開した上で、的確に事案に当てはめているか否かに応じて、優秀度を判定した。

ア 設問1

設問1は、まず、専用実施権を設定した特許権者に差止請求権が認められるか否かを論じ、次に、Y製品2につき、先使用権（特許法第79条）が認められるか否か、特に、「事業の準備」の意義及び「準備をしている発明の範囲」の意義に言及することが「一応の水準」である。

その上で、それぞれの論点につき自説を展開した上で双方の主張の妥当性を論じ、特に、専用実施権を設定した特許権者による差止請求の可否に関しては、これを肯定した最高裁判所平成17年6月17日判決（民集59巻5号1074頁【リガンド分子安定複合体事件】）を念頭に置いて、理由を付して自説を論じている場合、先使用権の成否に関しては、まず、Y製品1につき先使用権の要件を満たすか否かについて論じ、「事業の準備」の意義につき、最高裁判所昭和61年10月3日判決（民集40巻6号1068頁【ウォーキングビーム事件】）を念頭に置いて、判断基準を示して本設問の事案に当てはめている場合、次に、Y製品2が先使用権の効力が及ぶ「発明の範囲」に属するか否かに関し、上記最判【ウォーキングビーム事件】の判示を念頭に置きつつ、その範囲は実施形式に限定されるのか、発明思想が同一の範囲に及ぶのかにつき判断基準を示して事案に当てはめている場合、それぞれの論証の説得性に依りて、「良好」又は「優秀」と評価した。

イ 設問2

設問2は、まず、Z製品は本件特許発明の一部を構成するにすぎないところ、本件特許発明は物の発明であるから、特許法第101条第2号の適用の可否が問題となることを指摘し、非汎用品要件及び不可欠要件に言及すること、また、併用医薬特許においては、直接の実施行為者と考えられる医師、薬剤師あるいは患者の行為が直接侵害行為と評価されない可能性があることから、直接侵害が成立しない場合の間接侵害の成否に言及することが「一応の水準」である。

その上で、それぞれの論点につき自説を展開した上で双方の主張の妥当性を論じ、第1に、特許法第101条第2号の適用の可否に関しては、まず、「物の生産」該当性について、これを否定した裁判例（大阪地判平成24年9月27日判時2188号108頁【ピオグリタゾン事件】）もあることを念頭に置きつつ、「生産」の意義を論じて事案に当てはめている場合、非汎用品要件について、知的財産高等裁判所平成17年9月30日判決（判タ1188号191頁【一太郎事件】）を念頭に置きつつ、「日本国内において広く一般に流通しているもの」の意義を論じて事案に当てはめている場合、不可欠要件について、東京地方裁判所平成16年4月

23日判決（判タ1196号235頁【プリント基板用治具に用いるクリップ事件】）や東京地方裁判所平成25年2月28日判決（裁判所ホームページ【ピオグリタゾン事件】）の示した判断基準や、これとは異なる判断基準を示したとも解される上記知財高判【一太郎事件】を念頭に置きつつ、判断基準を示して事案に当てはめている場合、第2に、直接侵害が成立しない場合の間接侵害の成否に関して、直接の実施行為者が誰かを論じた上で、同法第69条第3項の適用の可否を論じ、同項の趣旨、あるいは家庭内実施行為として同法第68条の「業として」に当たらないこと等を論じて事案に当てはめている場合、それぞれの論証の説得力に応じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

さらに、Zは情を知らない医師、薬剤師及び患者を支配・管理し、言わば手足として利用していること等を理由として、Zが直接の侵害主体であるとの構成の是非について論じている場合は、その点につき高く評価した。

ウ 設問3

設問3は、独占的通常実施権者であるX3の固有の差止請求権の有無、これを有しない場合の専用実施権者の差止請求権の代位行使の可否、さらに、固有の損害賠償請求権の有無、固有の損害賠償請求権を有する場合の特許法第102条第2項の類推適用の可否、自ら本件特許発明を実施していない場合の同項の類推適用の可否に言及することが「一応の水準」である。

その上で、それぞれの論点につき自説を展開した上で双方の主張の妥当性を論じ、特に、固有の差止請求権の有無について理由付けをして論じている場合、仮に固有の差止請求権を認めず代位行使を肯定する場合に、さらに、X2から実施許諾を受けているCに対しても差止請求権を代位行使することができるか否かにつき論じている場合、固有の損害賠償請求権の有無及び特許法第102条第2項の類推適用の可否につき理由付けをして論じている場合、自ら本件特許発明を実施していない場合における同項の類推適用の可否に関し、知的財産高等裁判所平成25年2月1日判決（判時2179号36頁【ごみ貯蔵機器事件】）を念頭に置きつつ、判断基準を示して事案に当てはめている場合、それぞれの論証の説得力に応じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

さらに、固有の損害賠償請求権を認める場合に、独占的通常実施権者が損害賠償を請求するためには単に独占的通常実施許諾の合意があっただけでは足りず現実にも市場の独占状態が実現されていることを要するか否かについて論じている場合、特許法第102条第2項の類推適用に関し、X3はそもそも再実施許諾権を有しないことから、このような場合でも「侵害行為がなかったならば利益が得られたであろうという事情」が存在すると言えるか否かにつき論じている場合は、それらの点につき高く評価した。

(2) 第2問

本問は、コンサートでの歌唱に対して演奏権侵害が成立するかについて、演奏権侵害の要件（著作権法第22条）、演奏の主体、非営利の演奏に対する著作権の制限（同法第38条第1項）の適否、また、時事の事件の報道（同法第41条）及び引用（同法第32条第1項）の適否、編集著作物の成立と編集著作権の侵害（同法第12条第1項）、氏名表示権（同法第19条）及び同一性保持権（同法第20条第1項）の侵害の成否、著作者の名誉・声望を害する方法による著作物の利用としての著作者人格権みなし侵害（同法第113条第6項）の成否という、著作権法の重要な論点についての基礎的な理解を問うとともに、事例からの的確に論点を抽出する事案分析能力、抽出した論点について、関連する規定及び裁判例等を理解し、これを具体的事例に適用できるかについて、思考力、応用力及び論述能力を試そうとするものである。

したがって、全体としては、まず、設問から論点を的確に抽出して指摘した上、裁判例のあるものについてはその判旨を念頭に置きつつ、自説を展開して、事案に当てはめているか否かに応じて、優秀度を判定した。

ア 設問1

設問1は、まず、演奏権侵害について、著作権法第22条の「公衆」の要件を分析し、次に、演奏権侵害の主体について論じ、さらに、本件コンサートに、非営利の演奏に対する著作権の制限（同法第38条第1項）を適用できるかについて論じることが「一応の水準」である。

その上で、演奏権侵害の主体について、最高裁判所昭和63年3月15日判決（民集42巻3号199頁【クラブ・キャッツアイ事件】）、最高裁判所平成23年1月20日判決（民集65巻1号399頁【ロクラクⅡ事件】）の判示を念頭に置いて、演奏を行った者は誰かについて事案に当てはめて自説を論じている場合、本問で問題となる著作権法第38条第1項の要件が、①営利を目的とせず、②聴衆等から料金を受けず、③実演家等に対し報酬が支払われないという3つであることに言及し、本件コンサートが、非営利団体のチャリティー目的であることなどの設問の事実関係を踏まえ、取り分け、寄附金をどのように評価するかについて、理由を明らかにして各要件を検討し自説を展開している場合は、それぞれの論証の説得性に応じて、「良好」又は「優秀」と評価した。さらに、コンサート全体の差止めの請求は過剰であることについて言及がある場合は、より高く評価した。

イ 設問2

設問2は、複製権（著作権法第21条）侵害、公衆送信権（同法第23条第1項）侵害について、時事の事件の報道（同法第41条）及び引用（同法第32条第1項）に関する著作権の制限規定の適用の可否につき論じることが「一応の水準」である。

その上で、時事の事件の報道については、本件動画の配信の態様が「報道の目的上正当な範囲内」と言えるか、本件コンサートの開催から1年以上経過してなお配信され続けていても「時事の事件」と言えるかについて、的確に論じている場合、引用については、最高裁判所昭和55年3月28日判決（民集34巻3号244頁【パロディモンタージュ事件】）のみならず、近時の知的財産高等裁判所平成22年10月13日判決（判時2092号135頁【鑑定証書コピー事件】）等の判示をも念頭に置きつつ、事案に当てはめて自説を論じている場合は、それぞれの論証の説得性に応じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

ウ 設問3

設問3は、まず、素材の選択・配列における創作性について、設問の事実関係に当てはめて検討し、編集著作権（著作権法第12条第1項）が認められるかを論じ、次に、編集著作権の侵害は、素材の選択又は配列の創作的表現の再製が要件であることを踏まえてその成否を論じ、さらに、氏名表示権（同法第19条）、同一性保持権（同法第20条第1項）について、それぞれ言及することが「一応の水準」である。

その上で、本件CDにおいて、甲の60編の詩の選択のうちの一部が利用され、収録した曲の順序が変更されていることについて検討しつつ、侵害の成否について事案に当てはめて自説を的確に論じていれば、その論証の説得性に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

エ 設問4

設問4は、名誉・声望を害する方法による著作物の利用としての著作者人格権みなし侵害（著作権法第113条第6項）の成否について、同項にいう名誉・声望とは、社会的名誉・声望を指し、主観的な評価である名誉感情は含まれないとされていることに言及し論じることが「一応の水準」である。

その上で、本件再生行為によって、社会から受ける客観的な評価の低下を来し社会的名誉・声望が毀損されると言えるかについて、理由を明らかにして自説を的確に論じている場合は、その論証の説得性に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

3 採点実感等

(1) 第1問

ア 設問1

(ア) 専用実施権を設定した特許権者による差止請求の可否について

本論点に気付いていない答案が相当数見られた。

また、この点に言及する答案においても、特許法第68条ただし書との関係から問題になることや、前掲最判【リガンド分子安定複合体事件】の示す理由付け（実施料収入の確保、専用実施権が消滅した場合に不利益を被る可能性等）などを的確に指摘している答案はあまり多くはなかった。

(イ) 先使用権の成否について

先使用権の成否については、ほとんどの答案が言及していた。

「事業の準備」及び「準備をしている発明の範囲」について、多数の答案が前掲最判【ウォーキングビーム事件】を踏まえて論じていた。ただし、後者の点について、現に準備をしていた実施形式に具現された「発明」と同一性を失わない範囲という同判決の判示を正解しない答案もあり、その多くは、発明の範囲の問題を事業の目的の範囲の問題と混同していた。

また、同判決の発明思想同一説に立ちながら、当てはめにおいて発明思想の同一性を否定する答案も散見された。もっとも、発明思想同一説に立つのであれば、 α と $\gamma 1$ を組み合わせたY製品1という実施形式に具現された発明とは何かを考える必要があり、Y製品1とY製品2（又は $\gamma 1$ と $\gamma 2$ ）を単純に比較して実施形式面の相違を論じるのみでは不十分である。本設問では、 $\gamma 1$ 及び $\gamma 2$ はいずれも薬剤 β の一種であるとされており、その点も踏まえて発明思想の同一性を判断する必要がある。

(ウ) その他

$\alpha \gamma 2$ は選択発明であるなどとして、あるいは均等論の適用により、Y製品2が本件特許発明の技術的範囲に属するか否かを論じる答案が散見されたが、 α と $\gamma 2$ の組み合わせは本件特許権に係る特許請求の範囲に記載されているのであるから、それらの点は論じるべきではないであろう。また、設問に本件特許権は「有効であるものとし」と記載されているにもかかわらず、無効の抗弁に言及する答案が散見された。問題文をよく読むべきである。

イ 設問2

多数の答案が間接侵害の問題を論じていた。設問の事実関係の下で間接侵害の要件論を論じないとすれば事案分析能力が不十分であると言わざるを得ない。

間接侵害の成否を検討する際に、特許法第101条第1号該当性について述べる答案が相当数あったが、Z製品（薬剤 α ）は単体でも公知の糖尿病治療薬として販売されていたことや、Z製品（薬剤 α ）とA製品（薬剤 β ）が同時服用される場合が「多かった」などの設問の事実関係を前提とすれば、同条第1号に該当するとは思われないから、同条第2号該当性を論ずれば十分であろう。同条第1号についてのみ述べる答案も少数ながら存在したが、同号該当性を否定しただけでは間接侵害の成立を否定したことにならず、同条第2号該当性を検討すべきである。また、同条第2号に言及する答案の中には、同号の要件の一部しか検討していないものが散見された。確かに一部の要件の充足を否定すれば同号の間接侵害の成立を否定できようが、単なる間接侵害の成否ではなく、X2の主張及びZの反論の妥当性を問う設問なのであるから、問題となる要件全てについて言及すべきである。

なお、本件特許発明を方法の発明であるとして特許法第101条第3号・第5号該当性を論じる答案もあったが、基本的理解が不十分であると言わざるを得ない。

(ア) 間接侵害の成否について

① 生産該当性

この問題については、受験生の目には触れることの少ないと思われる裁判例（前掲大阪地判【ピオグリタゾン事件】）が存在するが、上記裁判例を知らなくても公知の薬剤を併用服用することが「物の生産」に該当するかという点に気付くかどうかを試したところ、この点に気付いて自説を論じている答案も少数ながらあり、高く評価することができた。

② 非汎用品要件

多数の答案は、前掲知財高判【一太郎事件】を踏まえて論述していたが、要件充足性をどのような基準により判断し、取り分け、Z製品（薬剤α）が医師の処方せんなしには入手できない点をどのように考慮するか（仮に考慮しないのであれば、その場合の要件論）について、言及しない答案も散見された。

③ 不可欠要件

不可欠要件の判断基準をめぐっては、複数の立場があり得るところ、本件特許権のような併用・組合せ特許に関する裁判例としては、前掲東京地判【ピオグリタゾン事件】があり、同判決に従うならば、課題解決のために本件特許発明が新たに開示したとは言えない公知の薬剤αそれ自体は不可欠要件を充足しないこととなろう。少数ながら、その旨を丁寧に論述している答案は、高く評価することができた。

これに対して、前掲知財高判【一太郎事件】を参考にしたと思われる答案が多数見られた。同判決の判示の理解にもよるが、仮にこれをいわゆる条件関係說的に緩やかに不可欠要件を解するものと理解して本問に当てはめるならば、薬剤αの公知性は不可欠要件の充足を認める妨げとはならないと解する余地はあるだろう。もっとも、その場合、薬剤αの公知性に言及することなく簡単に不可欠要件の充足を認めてしまっている答案が少なくなかったが、間接侵害の成否の判断においては特許権の効力の不当な拡張に当たらないかにつき配慮しつつ、公知の薬剤α単体の製造・販売を間接侵害として差し止めてよいのか否かについて、結論はともかく、問題意識を持って論じて欲しかった。

(イ) 直接侵害が成立しない場合の間接侵害の成否について

この問題に言及する答案においては、直接侵害がない場合の間接侵害の成否について、いわゆる折衷説に立つとするものが多かったが、どのような基準により判断するかを述べていない答案も少数見られた。

また、直接侵害者が、医師なのか薬剤師なのか患者なのかを明確にした上で、自説を展開している答案は少数にとどまった。

(ウ) 特許法第69条第3項について

特許法第69条第3項に触れている答案は多くはなかったが、医師等が、同時に服用するように指示することが、同項の「混合」、「調剤」に該当するかにつき論じた答案は極めて少数であり、漫然と同項を適用する答案が多数であった。

この点、薬剤αは顆粒であり、薬剤βはカプセル入りの液体であるところ、その両者を組み合わせることが「混合」に当たるか否かは必ずしも自明ではないのであるから、特許法第69条第3項が（類推）適用できるのかについてまず検討すべきである。条文の文言と設問の事実関係を注意深く読めば問題点に気付くことは可能であろう。

その上で特許法第69条第3項の適用ないし類推適用を認めて直接侵害が成立しないというのであれば、次に直接侵害が成立しない場合の間接侵害の成否が問題となり、いわゆる折衷説に立てば、同項の趣旨について検討する必要がある。その場合、同項が医療現場での医師等の行為を免責する趣旨であることや、同項が二以上の医薬に関する規定であり、単体の医薬について明記されておらず、単体の医薬の特許権の効力は当該医薬の製造・販売に及ぶと一般には解されることとの関係にも留意する必要がある、そのような点を踏まえた答案は高く評価することができた。一方、単に公益性を理由に間接侵害を否定する答案も散見された。

ウ 設問3

差し止め又は損害賠償の一方についてのみ述べる答案が散見されたが、その両者について問われていることは明らかであり、その点に気付いていなければ注意力不足である。

(ア) 差し止め請求権について

多数の答案が独占的通常実施権者の固有の差止請求権を否定していたが、その理由として、特許法第100条第1項の文言のみならず、より実質的な理由を述べる答案については、高く評価することができた。

独占的通常実施権者の固有の差止請求権を否定する場合には、続いて専用実施権者の差止請求権の代位行使の可否について検討すべきであるが、この点に言及する答案は予想以上に少なかった。また、言及している答案であっても、代位行使を認める場合に何を被保全債権として捉えているのか不明なものもあった。

他方、一般論として代位行使を認めるとしても、X2がX1の承諾も得てCに実施許諾したこととの関係が問題となるが、この点について、それがX3との関係において債務不履行に当たるにしても、X2は実施権者であるCに差止請求権を行使し得ない以上、差止請求権の代位行使も認められないのではないかとこの観点から自説を展開している答案もあり、高く評価することができた。

(イ) 固有の損害賠償請求権について

そもそも独占的通常実施権者に固有の損害賠償が認められるかについて、理由も含めて触れている答案は少数であった。

固有の損害賠償請求権を認める場合には、単に独占的通常実施許諾の合意があっただけでは足りず、現実にも市場の独占状態が実現されていることを要するか否かが問題となるが、この点について言及する答案はほとんどなかった。

(ウ) 特許法第102条第2項の類推適用について

Cに対する実施許諾は特許法上適法であるとしてCに対する損害賠償請求は認められない旨のみを述べ、特許法第102条第2項の類推適用をめぐる問題に言及しない答案も散見された。しかし、そのような立論による場合であっても、同項に基づくX3の主張に対し、Cは同項の類推適用を否定する様々な反論を主張するであろうこと、また、独占的通常実施権者X3に対するCの債権侵害（不法行為）が成立する可能性もないとは言えないことを踏まえれば、同項の類推適用をめぐる問題となる点については検討を加えるべきである。

(エ) 自己実施がない場合の特許法第102条第2項の適用

自ら特許発明を実施していない場合の特許法第102条第2項の適用に言及する答案はそれほど多くはなかった。その中で、前掲知財高判【ごみ貯蔵機器事件】の判示を意識し、同判決が、侵害行為がなかったならば利益を得られたであろうという事情の存在を求めていることについて言及した答案は更に少なかった。本設問では、X3は自ら実施せずにBに再実施許諾をしているにすぎないから、同項の類推適用を認める以上、言及すべきであろう。もっとも、同判決を前提としても、X3のように実施許諾しかしていない場合についてまで同項の適用が認められるかについては議論があるところであるから、その点を自覚的に論じることが望まれる。その上で、そのような場合にも同項の適用を認めるのであれば、再実施許諾権を有しないX3による実施許諾との関係が問題となるが、この点に言及する答案はほとんどなかった。

(1) 第2問

設問1及び設問2は、著作権についてのみ問うているにもかかわらず、著作者人格権について論じている答案が見られた。

ア 設問1

(イ) 演奏権侵害の要件について

「公衆」の意義に関しては、著作権法第2条第5項に言及しつつ、本設問を検討することが求められるところ、「市職員」が「特定」と言えるかについて論ずることなく、漫然と「不特定・多数」と解した答案が散見された。

なお、侵害される権利が、演奏権ではなく上演権と誤解している答案も散見された。

(イ) 演奏の主体について

この点に言及する答案は、予想よりも少なかったが、言及する答案においては、前掲最判【ロクラクⅡ事件】のほか、いわゆるカラオケ法理や手足論など様々な判断基準が用いられていた。手足論による場合は、それ以外の場合よりも相対的に強い支配管理性が要求されるであろうが、Aが選曲したことなどの事実関係を踏まえてその点を説得的に論じている答案はほとんど見られなかった。

(ウ) 著作権法第38条第1項について

この点については、大多数の答案が言及していたものの、本件において問題となり得る著作権法第38条第1項の3つの要件（非営利目的、無料、無報酬）全てについて、設問の事実関係を踏まえて適切かつ丁寧に論じている答案はそれほど多くはなく、一部の要件についてのみ述べる答案や、寄附金と「対価」（同項括弧書き）との関係を検討しない答案が散見された。また、営利を目的としないことと料金を受けないことは、条文上「かつ」と定められているように、それぞれ独立の要件であるが、両者を混同している答案もあった。

イ 設問2

本設問では、時事の報道のための著作権の制限（著作権法第41条）と引用の抗弁（同法第32条第1項）の両方に言及する必要があるが、両方に言及した答案はそれほど多くはなかった。

また、本件記事の文章が500文字であること、本件動画は歌唱全7分間のうちの1分間であること、本件動画の部分は画面の8分の1の面積の窓になっていることなどといった設問の事実関係を十分に考慮することなく結論を導いている答案もあった。事実関係の中から法的に意味があると考えられる具体的な事実を適切に抽出し、一般的な規範をこれに当てはめて結論を出すという基本的な法的文章作成能力も問われていることに留意すべきである。

(ア) 著作権法第41条について

本件動画が、本件コンサートの開催から1年以上経過してなお配信されているという事実は、本来「時事的事件」該当性の問題であると思われるところ、「報道の目的上正当な範囲内」の問題とした答案が多数見られた。そのように解する場合、同じ文言を用いている引用（同法第32条第1項）との関係が問題となる。

(イ) 著作権法第32条第1項について

適法引用の要件をめぐり、前掲最判【パロディモンタージュ事件】のいわゆる2要件説のみに基づく答案が散見されたが、同説に対しては著作権法第32条第1項の条文の文言との関係が不明であるなどの批判もあるところであり、近時の裁判例なども踏まえつつ、同項の文言に即して要件論を展開し、これを設問の具体的な事実関係に丁寧に当てはめて結論を出している答案については、高く評価することができた。

(ウ) その他

本設問について、著作権法第30条の2（付随対象物の利用）、同法第39条第1項（論説の転載）、同法第43条（要約引用）、同法第113条第1項第2号（みなし侵害）の問題とする答案のほか、同法第32条第1項において引用する側の著作物性を論ずる答案も散見されたが、いずれもあえて論ずる必要性は高くないであろう。

ウ 設問3

(ア) 編集著作物について

編集著作権については、まず著作物性（素材の「選択」又は「配列」の創作性）が問題となるところ、この点に言及しない答案が相当数見られたが、本問が編集著作物の問題であることに気付かなかったとすれば、著作権法の基本に関する理解が不足していると言わざるを得ない。

(イ) 編集著作権侵害について

編集著作権侵害については、素材の選択又は配列のいずれかに創作性があり、それと実質的に同一であれば編集著作権侵害が成立するところ、この点を意識した答案は意外に少数であった。

本設問では、少なくともQ章の素材の選択については創作性が認められる可能性が高いところ、そうであれば、本件CDはQ章の素材をそのまま使用しているから、それだけで編集著作権侵害が認められるはずである。しかし、収録順が異なっていることを理由として侵害を否定する答案や、収録順が異なることから表現上の本質的特徴を直接感得できないとして侵害を否定する答案が散見された。編集著作権に対する理解が不足していると言わざるを得ない。また、そのような答案の中には、曲の順序の変更のみ着目して同一性保持権侵害についてのみ論じる答案や、編集著作権に言及することなく、曲の順序を変更してもなお表現の本質的特徴を直接感得できるかという観点から翻案権侵害の成否のみを延々と論じる答案が少なくなかった。しかしながら、甲による60編の詩の選択のうちの10編の選択に創作性が認められ、本件CDにおいてその創作性が利用されたのかという点こそが問題なのであって、その点の検討を抜きに翻案権侵害の成否を論じても不十分である。

(ウ) その他

本設問に関し、公表権侵害、消尽を問題とする答案が見られたが、いずれも事案上問題とならないことは明らかである。また、歌詞と楽曲はそれぞれ独立した著作物と捉えるのが一般的な理解であるが、本件楽曲が詩Pの二次的著作物であると述べる答案も見られた。

なお、同一性保持権について触れた答案は多かったが、氏名表示権に言及した答案は少なかった。

エ 設問4

本設問では、著作権は著作権管理団体Jに譲渡されているため、著作者人格権のみが問題となるところ、著作権侵害を論じる答案が散見されたが、上記事実は、著作権が問題とならない点を示しているだけであり、著作権侵害を論ずる必要はない。

(ア) 著作権法第113条第6項について

著作権法第113条第6項に言及する答案は、予想以上に少なく、同一性保持権について述べる答案や同法第115条の名誉回復等の措置についてのみ述べる答案が目立った。

著作権法第113条第6項に言及する答案においても、同項の名誉・声望は社会的名誉・声望を意味することまで述べている答案はごく少数であった。また、社会的名誉・声望の問題であることを認識しながらも、当てはめでは、乙の意図を損なう点から社会的評価が低下すると述べる答案もあったが、乙の「主観的」な評価のみを根拠に「社会的」な評価の低下を招くという論法には問題があろう。さらに、戦争を茶化した喜劇での使用が平和活動家としての乙の社会的評価を低下させるとする答案もあったが、設問には、当該喜劇につき、戦争を茶化すとのみ記載されており、それが反戦的であるのか否か、また、Mはどのような場面で背景音楽として使用されたのか、といった点に関する事実関係は示されていないのであるから、安易な決めつけは避けるべきであろう。

(イ) その他

本設問において、同一性保持権の「改変」の問題と捉える答案が少なからず散見されたが、戊はMをそのまま背景音楽として流しただけであって、楽曲そのものには何ら改変が行われていないから、同一性保持権の問題と捉えるのは困難であろう。

(3) 総括

第1問、第2問とも設問が長文であり、かつ多数の論点を含んでおり、事例分析能力と論点抽出能力が試されている。このような設問では、適切に事例を分析し、重要な論点を的確に抽出し、その軽重を判断した上で簡潔に自説を展開することが肝要である。周道的あるいは一つの論点について長々と自説を展開した結果、問われた点の一部にしか言及しない答案や重要な論点が欠落

している答案が散見された。特に後半において文字が判読困難な答案や極めて小さな文字で加筆する答案なども含め、時間不足や紙面不足と思われる答案については、その理由をよく考え、時間配分や論述のバランスには十分配慮すべきである。

4 今後の出題

出題方針について変更すべき点は特にない。今後も、特許法及び著作権法を中心として、条文、判例及び学説の正確な理解に基づく、事案分析力、論理的思考力を試す出題を継続することとした。

5 今後の法科大学院教育に求められるもの

論点の内容についてはそれなりに記載されているものの、実務において重視される事実関係の把握・分析が不十分と思われる答案が多かった。法科大学院は、実務家を養成する教育機関であるから、論点中心の教育ではなく、実際の訴訟等を想定して、具体的事案の中から、実務家なら当然なすべき主張を抽出し、それについての的確に論述する能力を広く養うような教育が求められる。

また、明文の規定があるにもかかわらず、条文を指摘せずに解釈論を展開する答案が見られたが、条文解釈が基本であるから、条文を前提とした解釈を意識した学習を指導することが求められる。

さらに、最高裁判例や判断基準を示す裁判例があるにもかかわらず、それに言及せず、自説を展開する答案も散見された。繰り返しになるが、法科大学院は実務家を養成する教育機関なのであるから、判例を念頭に置いた学習を常に心掛けることが望まれる。

1 出題の趣旨、狙い等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

事例に即して必要な論点を的確に抽出できているか、関係する法令、判例及び学説を正確に理解し、これを踏まえて、論理的かつ整合性のある法律構成及び事実の当てはめによって、適切な結論を導き出しているかを基準に採点した。

出題の趣旨に沿って、必要な論点を的確に取り上げた上、その論述が期待される水準に達している答案については、おおむね平均以上の得点を与え、さらに、当てはめにおいて必要な事実を過不足なく摘示し、あるいは、主要論点について、着目すべき問題点を事例から適切に読み取って検討しているなど、優れた事例分析や考察が認められる答案については、更に高い得点を与えることとした。

なお、答案の中には、極めて小さな文字で書かれてあるものや、乱雑で文字の判読が困難なものなどが少なくなかった。文字いかんが得点そのものを左右するわけではないが、できるだけ読みやすい文字で丁寧に答案を作成することを強く望みたい。

3 採点実感等

(1) 第1問について

本問は、設問1では、会社分割の際に使用者に課せられている商法改正法附則第5条の協議手続（以下「5条協議」という。）と労働契約承継法（以下「承継法」という。）第7条の労働者過半数代表との協議等により理解と協力を得るための手続（以下「7条措置」という。）の法的意義と法的効力（労働契約承継の効力との関係）、設問2では、会社分割後の分割先会社（労働契約の承継会社）における給与規程、退職金規程の改訂の効力を問うている。

まず、設問1については、5条協議と7条措置の内容とその関係を正確に理解して解答している答案は極めて少なかった。X1は承継法第2条第1項第1号の労働者であって、分割契約等に当該労働者の労働契約を承継会社が承継する旨の定めがある場合には、承継法上、異議を申し出る余地はない。本設問は、法律上そのような状況の下に置かれている労働者が、なお労働契約承継の効力（承継法第3条）を争うことができるかについて問うているが、この議論の前提を理解していない答案が相当数見られた。したがって、この論点についての判例（日本アイ・ビー・エム事件・最判平成22年7月12日民集64巻5号1333頁）を正確に理解する答案も極めて少なかった。具体的には、承継法の関連条文に言及することなく、民法第625条第1項の「承諾」の問題として「承諾」と評価できる事情の有無を議論するもの、転籍の問題としてその適法性を議論するものや、異議申出の可否の問題として議論するものが目立ち、また、C労働組合からの協議申入れの拒否を労働組合法（以下「労組法」という。）第7条第2号の団体交渉拒否の問題として議論するものなど、本来の争点とは直接関係のない議論に終始するものが多く見られた。5条協議については論じているものの、7条措置の問題について全く論じていない答案が多数見られ、特にC労働組合への対応が7条措置の問題であることを理解している答案は非常に少なかった。これらの答案は、会社分割に伴う労働契約承継の基本的事項についての理解が不十分であることを示すものであり、労働契約の変動についての判例法理を含めた法的規律の内容を正確に整理し、理解することが求められる。

次に、設問2については、法的論点が、①就業規則の不利益変更に対する労働者の同意の効力の問題と、②就業規則の不利益変更の法的効力の問題であることを理解せず、いずれか一方だけを論じている答案が相当数見られた。また、退職金規程改訂について、退職金の法的性質を詳細

に論じるものや、この規程改訂が「不利益変更」に当たるかについて多くの分量を割いて論じるものが見られたが、限られた時間と紙幅の下では、設問の趣旨を的確に把握した上で、答案構成を行うことが望まれる。

①については、判例（山梨県民信用組合事件・最判平成28年2月19日民集70巻2号123頁）が提示した規範に言及することなく、不利益変更に対する同意の撤回、錯誤の問題として論じる答案、退職金債権の放棄の問題として論じるものが散見されたが、最新の判例についても十分に目配りした学習が望まれる。また、同判例は、労働契約法（以下「労契法」という。）第8条、第9条を参照しつつ、労働者の同意につき、それが労働者の自由な意思に基づいてなされたものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するか否かにより同意の有効性を判断する旨判示しているが、その具体的な判断要素（不利益の内容及び程度、同意に至る経緯及びその態様、それに先立つ労働者への情報提供又は説明の内容等）をも提示しているのので、これを参照しながら、事案の事実関係を適切に検討することが求められる。

②については、労契法第10条に明記されている適法性要件（周知手続と変更の合理性判断・考慮事項）に則して、事実関係が適切に評価、検討されているかが問われており、十分な検討を加えた答案が多く見られた。なお、同条には明記されていないが、就業規則の不利益変更の合理性判断に際して、判例（第四銀行事件・最判平成9年2月28日民集51巻2号705頁）は、賃金、退職金の不利益変更の変更については高度の必要性を要する旨判示しているのので、この点に言及しているものについては加点の対象としている。

(2) 第2問について

本問では、設問1については、ユニオン・ショップ協定（以下「ユ・シ協定」という。）の意義、協定を締結している労働組合（以下「組合」という。）から脱退した労働者、新たに組合を結成してこれに加入した労働者等に対するユ・シ協定の効力、設問2については、新組合からの団体交渉の申入れに対する使用者の対応が、労組法第7条第2号の正当な理由のない団体交渉拒否の不当労働行為に当たるのか等について理解を問うものであるが、論点が多岐にわたるため、個々の論点について要領よく簡潔に叙述することが必要である。

設問1では、ユ・シ協定の意義と基本的な適法性判断については、おおむね良く論じられていたが、他組合加入者との関係でそれが一部無効となるという説明が不正確あるいは大雑把な答案が多く見られた。判例（三井倉庫港運事件・最判平成元年12月14日民集43巻12号2051頁）を踏まえながら、注意深く論じることが望まれる。解雇されたX1、X2及びX11は、新たに結成されたB組合への加入の有無及びB組合への加入と解雇通知の前後関係の点で、それぞれ異なる事情の下にある。また、A組合脱退後にB組合に加入した労働者、A組合脱退後にB組合に加入しなかった労働者の全員が解雇されたわけではない。したがって、これらの事実関係を正確に整理した上で、適用すべき規範を明示し、適切な当てはめを行わなければならないが、この区別をしない答案、なかでもX1とX2を区別しないものが相当数見られた。また、X1の解雇はB組合結成・加入前ではあるが、解雇無効と結論付けるために、A組合委員長名の警告を性急にY会社の支配介入と断ずる答案が目についた。他方、B組合に加入していないX11についても平等原則や労組法第7条第1号を適用して解雇無効と論じる余地があるが、その点に触れた答案は必ずしも多くなかった。

なお、問題文では明らかにされていないが、解雇予告手当が支払われていないとすると、解雇の効力発生時期が1か月後となって、X1は解雇時点でB組合に加入していることになり、この点を指摘する答案も少数ながらあった。

最終的な解雇の効力については、多くの答案が労契法第16条（解雇権濫用法理）に即した議論を行っていたが、ユ・シ協定の効力と解雇の効力を区別しない答案も少なからず見られ、特にX2について、ユ・シ協定上の解雇義務が無効となることから解雇を当然無効とするものが目についた。

設問2では、B組合の要求に対するY社の対応（問題文の理由(1)～(3)）が、団体交渉拒否の「正当な理由」に当たるのかについて論じる必要があるが、その前提として、B組合の要求が義務的団体交渉事項に該当するのか検討しなければならない。義務的団体交渉事項の意義とその当てはめについては、十分に論じている答案が多かった。

理由(1)については、大多数の答案が、唯一交渉団体約款が無効で団体交渉拒否の正当な理由にならないことを理解していた。理由(2)については、解雇の問題が義務的団体交渉事項であるという指摘にとどまる答案が多く見られた。団体交渉制度の意義や趣旨を踏まえれば、訴訟で争うことができても、また、解雇の適法性いかにかわからず、訴訟とは別に、使用者は団体交渉に応じる必要があることを明確に指摘することが望まれる。理由(3)についても、まずは団体交渉に応じて説明をする必要があるが、組合活動のための企業施設利用の問題と捉えて、企業施設の利用には使用者の許諾が必要であり、例外的に権利濫用の問題となるという判例法理の枠組みで検討している答案が多数見られた。複数組合併存下の使用者の中立保持義務を含めて、労組法第7条第3号（支配介入）の不当労働行為の議論をする余地はあるが、企業施設利用の可否と団体交渉拒否の正当な理由の有無とは別問題であり、議論が混乱した答案が目についた。

なお、団体交渉要求に対する文書による回答の可否も問題となり得るが（清和電気産業事件・最判平成5年4月6日労判632号20頁）、この点について検討した答案は極めて少なかった。

4 答案の評価

「優秀」の水準にあると認められる答案とは、出題の趣旨を十分に理解し、必要な論点には漏れなく言及して、法令の規定と判例の判断の枠組みを踏まえた規範定立と事実的的確な当てはめを行い、説得的な論述を行っている答案である。

「良好」の水準にあると認められる答案とは、必要な論点にはおおむね言及し、法解釈について一定の見解を示した上で、事例から、結論を導き出すのに必要な具体的事実を抽出できている一方で、当てはめにおいて、判例の理解が十分とまではいえない答案など、「優秀」の水準にあると認められる答案のように出題の趣旨を十分に捉えきれていないような答案である。

「一応の水準」にあると認められる答案とは、労働法の基本的な論点に対する一定の理解はあるものの、必要な論点に言及していなかったり、言及していたとしても、規範定立や当てはめが不十分であったりする答案であり、関係条文・判例に対する知識の正確性に難があり、事例における具体的な事実関係を前提に要証事実を的確に捉えることができているような答案である。

「不良」の水準にあると認められる答案とは、関係条文・判例に対する知識に乏しく、労働法の基本的な考え方を理解せず、例えば、規範を定立せずに単に問題文中の具体的な事実を列挙するにとどまったり、少ない知識から無理に構成した判断を箇条書き的に羅列するだけであったりするなど、具体的事実に対応して法的見解を展開するというトレーニングを経ておらず、基本的な理解・能力が欠如していると思料される答案である。

5 今後の出題

出題方針について変更すべき点は特にないとする。今後も、法令、判例及び学説に関する正確な理解に基づき、事例を的確に分析し、必要な論点を抽出して、自己の法的見解を展開し、これを事実にあてはめることによって、妥当な結論を導くという、法律実務家に求められる基本的な能力及び素養を試す出題を継続することとしたい。なお、労契法、労働基準法及び労組法以外の主要な法令にも十分に目配りをするのが望まれる。

6 今後の法科大学院教育に求めるもの

基本的な法令、判例及び学説については、正確な理解に基づき、かつ、規範の提示とその当てはめという最低限の対応を習得するように更なる指導をお願いしたい。その際、条文の内容を正確に

理解することはもとより、当該規定の趣旨を踏まえて事案に適用する能力が求められるほか、主要な判例については、判旨部分を単に記憶するのではなく、丁寧に読み込んで、事案の内容を正確に把握し、当該事実関係の下でどのような規範を定立して当てはめが行われたか、その意義を的確に理解する必要があることに十分配慮いただきたい。また、事例の分析の前提となる基礎的事実を正しく把握し、結論を導くために必要な論点を抽出した上、論点相互の関連性を意識しつつ、法令、判例及び学説を踏まえた論理的かつ一貫性のある解釈論を展開し、これに適切に事実の当てはめを行って、法の趣旨に沿った妥当な結論を導くという、法的思考力を更に養成するよう重ねてお願いしたい。

併せて、団体交渉による労使の自主的な条件決定・紛争解決の意義についても十分な理解が必要であり、指導の際に確認していただきたい。

1 出題の趣旨について

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

①問題が設定している事実に基づいて、②題意、すなわち、法律上の論点が適切に理解できているか、③その論点について、法律の基礎となっている諸原則や法律の体系的な理解に基づいて、法制度の説明や個々の条文の法解釈を行っているか、④法解釈やその適用が飛躍した説明ではなく、論理的に記述されているか、という点に留意して採点した。したがって、複数の考え方が生じ得る部分については、特定の正解を予定して、それとの整合を判断するのではなく、筋の通った記述がされているかに重点を置いた。

3 採点実感等

〔第1問〕〔第2問〕ともに、解答時間の配分にバランスを欠いたためか、一部の設問について十分に検討できていない答案が少なからず見られた。各問題においては、理解度を問う基本的な設問と思考力を問うやや応用的な設問の双方を採り上げているが、基本的な知識を確実なものとしておけば、応用的な設問の論点や尋ねられている法解釈の背景についても十分考える余裕ができたのではないと思われる。

【第1問について】

(1) 出題の意図に即した答案の存否、多寡

第1問は、他法との関係に関する視点を含めつつ、土壤汚染対策法の解釈・運用について問うものである。

〔設問1〕は、民法と土壤汚染対策法の交錯領域における設問である。そこでは、まず、訴訟上の請求についての理解を求めている。本設問では、問題文から、甲売買契約第10条第2項に基づく請求であることが明らかであり、この点をまず押さえるべきである。したがって、同項に基づく請求とは別に、あるいはこれに加えて瑕疵担保責任を論じる答案は、この点を誤っていることになるが、そうした答案が散見された。次に、本設問では、同項が定める「環境省の指定基準に適合しない土壤汚染」の意義が問題となるから、契約当事者による合理的意思表示によってこれが決まることを述べ、その合理的意思表示を判断するために自然由来の土壤汚染が土壤汚染対策法の対象となるか検討することになる。この点につき、土壤汚染対策法の解釈が甲売買契約の解釈に反映するとの理解が不十分な答案が少なからず見られた。甲売買契約時とAによる対策費用負担請求時において、土壤汚染対策法の行政解釈が変化していることの指摘を読み取ることのできる答案もそれなりにあったものの、その根拠は法律そのものではなく環境省の通知であり、その通知による解釈が意味するところ自体の適否が裁判所の判断に委ねられていることについて明示的に言及する答案は、極めて少なかった。例えば、甲売買契約は土壤汚染対策法の行政解釈変更以前に締結されたものであるという理由だけから、甲売買契約における当事者の合理的意思表示として自然由来汚染は含まれず、Aの請求は認められないとの答案は、土壤汚染対策法の解釈いかんという問題の所在を理解できているものとは考えられない。同様に、自然由来汚染を対象とするように行政解釈の変更があったという理由だけから、Aの請求が認められるとの答案も、売買当事者間の費用負担に関する合意と行政解釈をつなぐものが欠けているということになる。一方、甲売買契約第10条第1項及び同条第2項の文言からBが負担すべき論拠を丁寧に拾うことができているものについては、高い評価とした。実務においても、問題の表層のみを取り上げて判断することは厳に慎むべきであり、この意味でも設定された問題状況を丁寧に検討すべきである。

また、汚染者負担原則からBの負担とする答案もあったが、自然由来であればBが原因者でないというのは自明で、それがゆえに、自然由来の汚染対策の位置付けが問題となり、原因者でない者に負担をさせることが比例原則に違反しないか問題となり得る（「出題の趣旨」参照）のであるから、このような記述は、環境法の原則の理解が疑われることになる。

なお、「出題の趣旨」に記載したとおり、（本試験実施日後に）平成29年改正土壤汚染対策法が公布されており、同改正法では、自然由来の土壤汚染を同法の対象とすることを前提とする規定が置かれている。

〔設問2〕は、簡易代執行手続の設問により、廃棄物の処理及び清掃に関する法律（以下「廃棄物処理法」という。）との関係や簡易代執行手続において生じる費用負担について問うている。土壤汚染対策法に基づいて簡易代執行が行われた事例は、皆無に近いと言われているが、同法の改正等により、その適用対象が拡大されてきていることなどを考慮すると、潜在的な課題として考えられる。

本設問の事例では、まず、①土壤汚染対策法第6条に基づいて県知事が要措置区域の指定を行うこと、②同法第7条に基づく簡易代執行の要件、義務者、手続について記述することが求められるが、ここまでは、大部分の答案が一応の記述をしていた。もっとも要件の拾い方やその当てはめの丁寧さには少なからず差が出ることもあった。次に、当該廃棄物がQによる土壤汚染の原因となっているか否かの場合分けをすることになるが、この点について、明確に記述している答案は、少なかった。さらに、第三者（原因者）の判明、不明の場合分けを行うが、「出題の趣旨」記載のとおり、結論を分けるか否かについては、同法第7条第5項にいう「その者の負担において」の解釈による。しかしながら、第三者の判明、不明の場合分けを行っている答案は、多かったが、同項の解釈まで踏み込んでいる答案は、少なかった。

なお、汚染者負担原則からS県が負担すべきでないという答案が多かったが、そのような視点自体は良いものの、条文に基づく説明が不足しているものが多く、土壤汚染対策法の条文からどのようにこれを導くことができるか、あるいは導くことができないかを論じているものについては、高い評価とした。実務においても、法文を離れた解釈の展開は、説得力を持たないということを肝に銘じてほしい。

(2) 出題の意図と実際の解答に差異がある原因として考えられること

前述したところと重複するが、まず問題文をよく読んでいないのではないかと思われた。また、法律行為の解釈の在り方、法令と通知の関係等、環境法以前の基礎的な法的事項の理解について疑問を抱かせるようなものも少なくなかった。土壤汚染対策法等の個別の法律やその中の制度の背景にある原則を言葉で説明できるだけでなく、関連する条文に必ず当たるといふ地道な作業を日頃心掛けていられるかどうか差が生ずる原因となつていよう。

(3) 各水準の答案のイメージ

「優秀」な答案のイメージは、題意を的確に理解し、設問ごとにバランスよく論述されているものである。例えば、〔設問1〕において、通知の法的性質に言及した上で土壤汚染対策法の解釈を行い、契約の合理的意思表示を行った答案である。〔設問2〕においては、場合分けにより、費用負担に関する結論を適切に導いている答案である。「良好」な答案のイメージは、各設問が求める論述の一部を欠いてはいるが、主要な論点について筋の通った説明ができているものである。「一応の水準」の答案のイメージは、各設問について、題意をおおむね理解し、一定程度の記述があるものである。「不良」な答案のイメージは、〔設問1〕で瑕疵担保責任のみを論じているなど、題意を適切に捉えていない記述に終始したものである。

【第2問について】

(1) 出題の意図に即した答案の存否、多寡

第2問は循環管理法についての総合的な理解度と原理原則に遡って思考する能力を問う問題である。

〔設問1〕では、循環型社会形成推進基本法（以下「循環基本法」という。）上の基本原則につき、相互の関係も含めたその体系と、これが実社会にどのように現れているかを理解できているかが問われている。

甲店案が排出抑制の基本原則（循環基本法第5条）に沿うものであることは、大多数の答案が指摘できていたが、乙店案と丙店実例については、循環的な利用に当たることには察しを付けつつも、それぞれその一形態としての再生利用（同法第2条第6項）及び熱回収（同条第7項）に当たるという分類（同条第4項参照）にまで言及できていないものも少なからずあり、循環基本法についての基礎的な学習が不足していると思われた。また、循環的な利用の形態の分類を記述している答案においても、乙店案を再使用、丙店実例を再生利用として整理するものが一定数存在し、そのような答案では、「3R（Reduce, Reuse, Recycle）」を標語のようにして、これに依拠して論述するものが多かった。標語をただ知っていても、条文や実例を離れて学んだつもりになっているだけでは、適切な法解釈はできない。基礎に忠実に定義条文（同法第2条）に当たる習慣さえ身に付いていれば、食品残さについて「再使用」（同条第5項）の余地がないことには自然と思に至ることができたはずであるし、そもそも日常用語としても、食品残さを「再使用」できないことには容易に気付けそうなものである。

循環的な利用の形態の分類の当てはめが一応できている答案でも、条文の摘示を欠いているものや、基本原則相互の関係にまで論述が及んでいないものも一定数存在した。これらは、「関係条文に触れつつ、」甲店案、乙店案及び丙店実例が、「それぞれどのような点において優れていると言えるか」説明することを求めている出題文をきちんと読むこととも関係するが、ただ分類の当てはめをただけでは、出題に対する解答として十分なものではない。長所についていえば、基本原則間に順位付けをしている循環基本法の成り立ち及びその立法趣旨から、順位が最も高い行為については、なぜそのように位置付けられているのかを論じ、最も高い行為でないものについても、設例を踏まえるとどのような点において優れていると考えることができるかを探求して論述すべきである。

〔設問2〕は、廃棄物処理法における重要な概念である「不要物」について正確に理解できているかを問うものであるが、問題文からその題意を読み取ることができていないものも一部に見られた。環境法の中でも特に重要な法律である廃棄物処理法において、廃棄物の収集・運搬・処分が一定の規律に服すべきこととされている制度枠組みの根幹部分を理解できていないことを示しており、今後十分な学習を積むことが望まれる。

大部分の答案では、廃棄物処理法上の問題が生じることには見当が付けられており、その多くにおいて、「不要物」性が問題となることにも気付き、「不要物」の定義や判断基準について、ある程度は論述することはできていたが、そのような定義や判断基準がなぜ採られるべきであるのかまで意を尽くして論述している答案は多くなかった。判例に依拠してはいても、その判断基準が採られるべき理由を的確に理解できていないため、①当てはめにおいて、総合判断とは名ばかりで、有償性など、解答者自身で立てた基準の一部分の表層にとらわれて、「不要物」と見るべきか否かの当てはめを的確に論述できないものや、②一応「不要物」と見られることを前提としつつも、問題点が解消されるための条件として、「不要物」と見られないよう基準の字義を外れるように弥縫すればよいとの趣旨を記述するものなど、不適切な論述に陥っているものが目立った。

また、「不要物」性について論じることのできていた答案でも、9割以上の大多数が、事業系一般廃棄物として規律されるべき飲食店事業における食品残さについて、産業廃棄物としてしまっていた。国内で排出される産業廃棄物について、事業活動起因性ととも本問【資料】の政令による事業種等の指定が要件とされている廃棄物処理法第2条第4項第1号の基本構造がきちんと理解できているか、あるいはきちんと条文を読めているか、条文適用ないし読解能力に不安を覚えさせる結果であった。

さらに、問題点が解消されるための条件について、再生利用に係る認定の制度（廃棄物処理法第9条の8第1項。産業廃棄物について論じている答案では同法第15条の4の2第1項）を指摘することのできている答案は一定数存在したが、認定を受けた場合に許可制の適用を除外される根拠となる条文（同法第9条の8第4項。産業廃棄物について論じている答案ではこれを準用する同法第15条の4の2第3項）までの確に指摘できているものは極めて少なかった。この点、上記認定制度に触れないまま、再生利用の目的であるから許容される趣旨の答案も一部に見られたところ、目的だけで許容されてしまうのであれば、何のための許可制か意味を成さないことは理解しやすいと思われるが、適用除外の根拠条文を欠いた説明では、許可制下で問題点が解消される条件の論述を尽くしたことにならないという点では、これと大きく異なるのであるから、こういった細部の論述までおろそかにしないよう心掛けてほしい。

なお、問題点が解消されるための条件として、「不要物」の一般的な判断基準における「通常の取扱い形態」等を意識してか、廃棄食品を堆肥原料として取引することのできる市場が一般化するようこれを形成していけばよいと指摘する解答があり、これは、前述したような、判断基準の字義を外れるように弥縫する方策を論述するのとは一線を画しているとはいえようが、政策論としてはともかく、一企業の社外取締役弁護士が述べるべき問題点の解消条件としては、不適切であろう。

〔設問3〕では、条文を読解して事案との関係を臨機応変に理解する能力が問われている。多くの答案において、循環基本法第11条は探し当てることができていたが、食品残さは明らかに「製品」や「容器」ではなく、乙店やB、Dがこれを「製造」や「販売」するわけではないにもかかわらず、同条第2項や第3項を牽強付会して環境配慮設計について論じるなどしているものが一部に見られた。出題内容に沿わずに、無理矢理にでも暗記してきた内容を吐き出そうとする答案の典型であるが、このような解答態度では満足な答案となることは望めない。実際、上位の答案では、条文との対応関係が適切であるものがほとんどであり、本設問を取りこぼしているものは少なかった。

(2) 出題の意図と実際の解答に差異がある原因として考えられること

昨年も同様の指摘をしたが、全ての法制度の基礎である条文との関係を深く意識せず、一定の法解釈が採られるべき理由も十分に理解しないままに、制度や解釈の表面的な部分のみを暗記して学習を終えたつもりになっているのではないかということが案じられる。また、問題文に沿って解答するのではなく、問題の方を自分の知識に引き寄せようとしてしまっている解答も目立つ。司法試験に合格する上では、もちろん基礎的な法知識を身に付ける必要はあるが、まずは確に条文を精査し読解する能力や、問題状況に合わせて思考する能力、法的分析能力を涵養することも、これに劣らず重要である。これらは法曹実務においても求められる能力だからである。

(3) 各水準の答案のイメージ

本問における「優秀」な答案のイメージは、〔設問1〕において、循環基本法の基本原則相互の順位関係を含む成り立ちを理解して当てはめも適切であり、〔設問2〕において、食品残さの「不要物」性が問題となることを的確に把握するとともに、廃棄物処理法における許可制度の概要を理解して問題解消条件を説明できており、〔設問3〕において、循環基本法第11条各項の条文との対応が適切であるものである。「良好」な答案のイメージは、上記のうち、①循環基本法の成り立ち、②「不要物」性の判断基準又は③問題解消条件のいずれか1つの理解にややおぼつかないところがあるが、題意はおおむね把握できているものである。「一応の水準」のイメージは、上記①②③のうち2つの理解がおぼつかないか、1つの理解がおぼつかないことに加えて〔設問3〕における解答が不十分なものである。「不良」な答案のイメージは、循環基本法を全く理解しておらず、又は〔設問2〕の問題点を全く把握できなかったものである。

4 今後の出題について

これまでどおり、基礎的な事項や実定法制度を基礎付けている法政策を問う問題、具体的事案から課題の所在を的確につかんだ上で判例理解を含む適切な法解釈によりそれを論理的に解決する問題など、特定の傾向に偏ることなく、幅広く出題することを考えている。

5 学習者及び今後の法科大学院教育に求めるもの

日頃から、科目における主な法制度や論点を表面的になぞることで満足せず、法律及び法律相互の関係を体系的に理解するとともに、法制度がどのような条文の下に成り立っているのか、その条文についてどのような理由に基づいてどのような解釈が採られるべきであるのかを、緻密に意識的に突き詰めて逐一考える習慣を身に付けるようにしていただきたい。こうした法的分析能力と思考力は、法律家の能力として必須であるので、その涵養に努めていただきたい。

そして、一定の法解釈が採用されるのは、実社会における要請に基づいてのことであるから、実際にどのような社会問題が生じ、存在しているのか、毎日の生活の中で具体例にも関心を持ち、それぞれの問題の所在を的確につかむ訓練を積んでいただきたい。また、実社会に対して関心を持つという意味では、持続可能な発展など国際社会の課題と整合性を有する日本社会の課題や現行法制の課題についても、法政策の観点から重要である。

さらに、選択科目は、基本科目の学習に負うところがある（例えば、〔第1問〕における合理的意思解釈、通知の法的性質、比例原則など）ことにも留意いただきたい。

1 出題の趣旨等

既に公表されている出題の趣旨（「平成29年司法試験論文式試験問題出題趣旨【国際関係法（公法系）科目】」に記載したとおりである。

2 採点方針

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

3 採点実感等

第1問は国家承認及び国家承継並びに国境線画定に関する国際法の諸規則に関する基本的知識、第2問は海洋法、特に排他的經濟水域（以下「EEZ」という。）や国家責任に関する国際法の理解を問う問題で、いずれも国際法の主要なテーマに関するものであり、全く見当違いの答案はなく、最低ライン未滿者もいなかった。しかし、設問に的確に答えているか、また、適切な理由付けがなされているか、といった点では、答案の間に一定の差が見られた。

(1) 第1問

設問1では、まず国家承認の方式に明示の承認と黙示の承認があることを指摘した上で、明示の承認を行わなかったC国とD国が、その後の行動を通して黙示の承認を行ったことになるかどうかを論ずることが期待された。しかし、明示の承認と黙示の承認の違いについて正面から論じた答案は思ったほど多くはなかった。もっとも、C国、D国のその後の行為が国家承認に当たるかどうかを検討する中で、黙示の承認又はこれに類する表現を用いて当てはめを論じ、間接的にこの点に関する理解がある程度あることをうかがわせる答案は相当数あった。

答案の中には、国家承認の要件（住民、領土、政府、実効的支配、外交能力など）及びその具備を詳述して、X国は国際法上の国家性を有すると論じ、さらに、承認の効果に関する宣言的効果説の立場からX国は特定の国家による承認行為のあるなしに関わりなく国際法上の国家として成立していると結論付けるものが少なからずあった。この説明自体は一つの筋の通った説明ではあるが、承認の効果の相対性（国家承認は承認国と被承認国との間でのみ効果を有し、承認していない国との関係においては国際法上の国家間関係が成立していないと見る立場）が今日においても国家実行及び学説上有力に認められているという事実を踏まえると、設問1への答えとしては十分とは言えないし、「その後の行動を通して」国際法上の国家間関係が築かれたか否かを問う設問の趣旨とも整合しない。ここでは、端的に、C国、D国のその後の行動が黙示の承認に当たるかどうかを検討するのが素直な答えであり、X国の国連加盟の総会決議採択において賛成票を投じたC国の行動と、通商航海条約を締結したD国の行動が、検討の対象となる。多くの答案はこの点を的確に捉えていた。国連加盟承認決議に賛成票を投ずることが黙示の承認に当たるかについては、多数の答案は国連の慣行を踏まえて当たらないとしていたが、少数の答案は当たるとしていた。後者であっても、C、X両国はお互いに国連加盟国として国連憲章という国際法に従う関係に立つから国家承認に当たるなど、その理由が説得的に書いてある答案については、評価の対象とした。また、D国がX国と通商航海条約を締結した行為については、黙示の承認に該当すると的確に書かれている答案が多数であった。

設問2では、まず想定されるA国の主張として、A国はX州の独立を承認していないから、同

州は依然としてA国の領域であり、同州内S地方にA国の軍隊を派遣しても国際法上何の問題もないということを指摘した上で、その主張が国際法上認められるかどうかを検討することが期待されている。しかしこの点を明確に記述する答案は少なく、多くはこの点には触れずに、X国は国家としての要件を備えており国際法上国家として成立しているから、A国のX州S地方への軍隊派遣はX国への内政干渉あるいは武力行使に当たり国際法上違法であるとしていた。この考え方は一つの筋の通った説明であるので、一定の評価対象とした。

ところで、本問では、A国もX国(州)も国連加盟国である。上記の想定されるA国の立場(X州はA国の一部でありS地方への軍隊派遣は違法ではないとする立場)を念頭に置きつつ、なおA国も認めざるを得ない説得力のある国際法の考え方として、次のような議論を展開することができる。すなわち、A国はX州を国家として承認しておらず、したがって国際法上の二国間関係がA、X間には成立しているとは認められない(国家承認の効果の相対性)が、少なくとも両国は、国連の加盟国として国連憲章上の権利を尊重し義務を履行すべき立場にあるとして、国連加盟国同士の関係でこの問題を論ずることが可能である。そうすると、先に指摘した考え方の相違にかかわらず、A国は、X国との国連憲章上の関係の中で、X国のS地方にX国の了解無く軍隊を派遣した行為について、国連憲章第2条第3項の紛争の平和的解決義務や同条第4項の武力行使の禁止義務に違反することになる。答案の中には一定数、これらの国連憲章上の義務違反を指摘するものがありその点は評価できる。ただし、なぜ国連憲章をA国とX国との関係で適用するのかについて適切に論じた答案は多くなかった。設問に即した最適な理論構成を整理し、的確に検討することが期待される。

なお、国連憲章の枠内でA国のX州S地方への軍隊派遣を論ずるに際して、少数ではあるが、S地方の住民の自決権(国連憲章第2条第2項)や人道的介入に論及するものがあった。この点は、最近の国連等での議論を押さえている答案として評価できる。

設問3では、X国とB国との国境線について、X国独立宣言前にA国が隣国B国との間で締結していた国境画定条約で定められた境界線を独立宣言後のX国は承継すべきかが問われている。この問題を条約の承継の問題として捉えつつ、古くは、法的安定性を重視して、分離独立した新国家は、同国に関係して先行国が第三国と締結した条約を承継するとする立場が慣習法上確立されていると考えられていたが、1960年代の植民地独立の動きの中でこの立場は変更され、先行国が結んだ条約は新国家によって承継されないとするいわゆるクリーン・スレートの原則が認められるようになった。多くの答案はこのことに的確に言及していた。その上で、多くの答案は、法的安定性の尊重という観点や国境画定条約のような処分的、物権的条約の承継にはクリーン・スレートの原則は適用しないとする立場から、X国はA、B両国間の国境画定条約で確定した国境線を承継すべきであると的確に答えていた。なお、一定数の答案が現状承認(ウティ・ポシデティス)の原則に論及していた。この原則は中南米やアフリカ地域において新独立国の間の国境線を画定する場合の基準(植民地時代の行政区画の間の境界線を国境線とする原則)として広く適用されてきたが、その場合この原則の適用について当事国間に合意があることが通例であり、本問はそのような設定にはなっていない。なお、ごく少数であるが、「航行可能な水流の最深線を国境線とする原則(タールベークの原則)」は慣習国際法であるとしてX国の主張を肯定する答案があったが、タールベークの原則は他に条約等で定まった境界線がない場合の補足的原則であって、本件の場合には適用されない。X国の主張を否定するに際しては、この点も踏まえて、条約の承継との関係を整理しておく必要がある。

なお、設問3の後段のB国によるX国に対する国家承認の撤回は、B国が事実上の承認をしている場合であれば別であるが、本問ではそのような設問にはなっていないので、法的安定性の観点や信義誠実の原則などから、一度国家承認を行った場合は撤回できないとするのが確立された国際法の定めるところである。多くの答案は撤回は違法であると答えているがその理由にまで言及するものはその一部であった。

(2) 第2問

設問1は、EEZ内における沿岸国による外国漁船の取締りと追跡権の行使に関する問題である。そこでは、海洋法に関する国際連合条約（以下「国連海洋法条約」という。）第5部（第55条～第75条）が定める国際法上のEEZの位置付け及び沿岸国が有する権限について整理した上で、第2問の事実関係をこれに当てはめて具体的に検討する必要がある。設問1では、まず国連海洋法条約第73条第1項を具体的に取り上げて、本件事例に当てはめ検討することを期待していた。この点に関して、同条約第5部のEEZに関係する規定について述べる答えは相当程度存在したが、同条約第73条第1項を的確に取り上げて具体的に本件事例に当てはめて検討を行った答えは期待したほど多くはなかった。設問1に関する第2の論点は、巡視艇甲による漁船乙に対する追跡及び拿捕が国際法上合法的な追跡権の行使として認められるかという点である。この点に関しては、多くの答えが、追跡権に関する同条約第111条の規定に具体的に言及し、同条に規定された要件を本件設問に当てはめて検討を行っていた。本件事例は、A国のEEZに適用されるA国の法令の違反があったと信ずるに足る十分な理由がある場合であったと考えられ、同条約第111条第2項に基づいてA国のEEZ内を起点とする巡視艇甲による外国漁船乙に対する追跡権の行使が認められる事例であると解されるが、かなり多くの答えがそのように論じていた。

設問2は、国連海洋法条約第73条第2項に基づく「速やかな釈放」の義務とこれに関する国際海洋法裁判所への提訴に関する問題である。同項によれば、「合理的な保証金の支払」又は「合理的な他の保証の提供」がなされた場合には、A国は「拿捕した船舶」である漁船乙とその乗組員である船長Xを「速やかに釈放」しなければならないが、このような同項に基づくB国によるA国に対する「速やかな釈放」の要求に触れている答えは、全体の半数程度であった。また、更にそれに加えて同条約第292条に基づき船長Xの「速やかな釈放」を求めてB国がA国を相手取り国際海洋法裁判所へ提訴することに触れている答えは、期待したよりもはるかに少なかった。日本が国際司法機関の原告として提訴を行った稀有な国際判例として、同条に基づきロシアを被告として国際海洋法裁判所に提訴した2007（平成19）年の富丸事件、豊進丸事件がある。日本が直接原告として関与したこれらの国際判決に言及した優れた答えも数は少ないながら存在した。他方で、B国によるA国に対する外交的保護権の行使について論じる答えも、かなりの数見られた。本設問において一般国際法上の外交的保護権の行使を論じること自体は誤りではないが、設問2では「漁船乙を所有するY社の対応も視野に入れつつ」「関係する条文等その法的根拠を挙げながら」論じることが求められており、国連海洋法条約に基づく救済手段についてまずは論じるべきであろう。

設問3は、条約規定に違反する国内法が執行された場合の国際法上の救済手続等に関する問題である。国連海洋法条約第73条第3項は、沿岸国が同条第1項に基づいてEEZ内における漁業に関する法令の違反について刑罰を科す場合、「関係国の別段の合意がない限り拘禁を含めてはならず、また、その他のいかなる形態の身体刑も含めてはならない。」と明記しているにもかかわらず、A国の外国漁船取締法は、同国EEZ内において違法に漁業を行った外国人に対して1年以下の懲役という身体刑を科すことを定めていた。このようなA国の外国漁船取締法に基づきXに懲役6か月の身体刑を科したことが、同条約第73条第3項に違反すると論じている答えは、一定程度見られた。その場合に、B国がA国に対してどのような国際法上の請求をなし得るのかについて、国際法上の国家責任に関する一般原則に従って、違法行為の「中止」としてXの釈放を要求できること、あるいは「原状回復」、「金銭賠償」、「(精神的)満足」を要求できることを指摘する答えは、期待したほど多くはなかった。

(3) 答案の水準と評価

第1問、第2問ともに、「優秀」といえる答えは、全ての設問において、設定されている事実関係に係る国際法上の論点を明確に摘出し、関係条約の条文を的確に解釈し、関連する国際

法の原則や国家実行，国際判例等に言及し，各設問に関して説得力のある論述を展開し，適切な結論を導き出しているものであり，答案全体の1割程度であった。「良好」といえる答案は，各設問で必要とされている国際法上の主要な論点の一部が欠けていたり，関係する国際法の原則や国家実行に対する理解が必ずしも十分ではないものであるが，全体としては適切な論述が展開できているもので，全体の約4割がこれに該当した。「一応の水準」の答案は，全ての設問に一通り答えてはいるが，論述の内容が不正確であったり，論拠を示さずに結論だけを記述していたりするもので，全体の3～4割がこれに該当した。また，「不良」の答案は，設問の多くに関して根拠となる条約文や関連する国際法の原則に対する理解が不足ないし欠けているもので，数は多くないが一定数の答案がこれに該当した。

4 法科大学院教育に求めるもの

法科大学院では，国際法に関する基本的な知識と理解をしっかりと身に付けることをまず目指してもらいたい。特に国際法の基本概念や規範，国連憲章などの主要な多数国間条約の構造と主な条文の解釈，国際法の主な理論や判例などに関する理解を深めることが重要である。その場合に求められているのは，暗記型の知識や理解ではなく，実務等において実際に直面する事例に柔軟に対応して的確な答えが導き出せる分析力と応用力の備わった知識や理解である。法科大学院での教育も，このことを踏まえたものであることが望まれる。

平成29年司法試験の採点実感（国際関係法（私法系））

本年の国際関係法（私法系）の問題は、狭義の国際私法（抵触法）、国際取引法及び国際民事訴訟法の各分野から出題されている。出題の趣旨等については、既に法務省ホームページにて公表済みである。

1 採点方針

採点の方針は、例年と同様である。すなわち、関連する分野ごとに基本的な知識を備えているか否か、さらに、基礎的応用力を発揮できているか否かといった諸点が重視された。設問ごとに重点を異にするが、①狭義の国際私法（抵触法）、国際取引法及び国際民事訴訟法の基本的な規律構造を正確に理解しているか、②個々の法源（実定法、条理等）の趣旨を理解しているか、③複数の法規範を視野に入れながら、相互の関連を理解しているか、④これらの理解に基づき、設問の事実関係等から適切に論点を導くことができるか、⑤個々の論点について、条文の正確な理解を披歴するとともに、それぞれの要件を解釈し、根拠を示しつつ、段階を追って国際裁判管轄権及び準拠法の決定過程を正確に説明し、関連する法規範を適切に適用することができているか、これらが採点の基準とされた。①と②の点の理解が曖昧と認められる答案是「一応の水準」にとどまり、それらの理解が明瞭に表現されている答案是「良好」又は「優秀」なものと判定された。「良好」と「優秀」答案の差は、いわゆる論述力（簡明かつ論理的な文章表現力）の差とともに、そのような理解を示すことができた論点の数によっている。学説が分かれている論点については、結論それ自体によって得点に差を設けることはせず、自説の論拠を十分に示しつつ、これを論理的に展開することができているか否かを基本として採点した。総じて、体系的整理に基づき、法文上の根拠を明示しつつ、論理的に破綻のない推論により一定の結論を導く能力を備えている答案是、理解の正確さを示すものとして積極的に評価されている。

2 採点実感

(1) 第1問について

ア 設問1では、外国で外国法に従い行われた認知の成否を題材として、認知の成立の準拠法に関する理解を問うた。法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）第29条が認知に関して子の保護の観点から選択的連結主義を採用していること並びにセーフガード条項の趣旨及びその適用の要否（本問では同条第2項前段により子の本国法が準拠法となることからセーフガード条項は適用されない。同項後段参照。）については、全般的によく理解されていた。

しかしながら、15歳未満の子の認知についての母の同意の要否のみが本問の論点であると理解し、認知の実質的成立要件のみを検討した答案が多数見受けられた。問題文では、単に、「乙国において乙国民法に定める方式で行われ、同法の要件を満たしていた」認知であるとしか書かれていないため、本問における認知が成立しているかを判断するには、認知の方式の準拠法上の要件を充足しているかの判断も当然必要であり、乙国民法が通則法第34条に定める認知の方式の準拠法となるかについて言及することが求められる。大半の受験生が解答することができるものと期待していたが、半数を超える答案が方式に関して全く言及しておらず、そのような答案是、この点で十分な評価を得ることはできなかった。

また、条文の基本的構造に対する理解の欠如と思われるが、通則法第29条第1項が事実主義のみでなく認知主義に関する規定でもある点を正確に把握することができていない答案も少なからずあった。

設問全体を通じて言えることであるが、公序条項の適用を検討する答案も一定数見られた。しかしながら、公序条項の適用は飽くまでも例外的なものであり、その適用が問題とならない場合にまで、その適用の有無を広く浅く検討することで高い評価が得られるものではないこと

に留意すべきであろう。

イ 設問2では、血縁関係の不存在を理由とする認知の無効の主張権者に関する準拠法についての理解を問うた。形式的に成立している認知がその要件を欠いていた場合に無効となるのか、又は取り消し得るにすぎないのか、そして、どのような方法でそれを主張できるのか、誰が主張することができるかといった問題は、認知の成立自体に関わる問題であるとして、通則法第29条に定める認知の準拠法によるものと解されている。多くの答案ではこのように解答されていたが、親子関係成立後の親子間の問題に適用される同法第32条の問題と理解するものや手続の問題として法廷地法である日本法を適用する答案も散見された。これらの答案に対しては十分な評価は与えられていない。

通則法第29条によると、複数の法が認知の準拠法となり得るため、それぞれの法が認知の無効に関し異なる定めをしているときは、いかなる法によるべきかが問題となる。選択的に適用される法のうちの一つによって認知が認められた場合は、当該法が認知の無効を規律することとなるが、複数の法により認知が認められた場合には、そのいずれの法によっても認知の無効が認められなければならないと解される。このような法適用は、認知の無効が認知の事後的な否認であり、認知を認めた法によってのみその認知を否認することで足りること、また、そうすることで最小限の無効を認め得るにとどまり、子の保護の観点から親子関係を成立し易くするために選択的連結主義を採用した同条の立法趣旨に合致することからも説明されよう。したがって、認知の無効が問題となる場合には、選択的に適用される法全てについて認知の成否を検討し、そのうち認知を可能とした法のうちの一つでも無効を許容しないときは、無効は不可能となる。比較的多くの答案において、認知の準拠法となる複数の法全てが認知の無効を認めない限り無効を認めるべきでないといった法適用の在り方が述べられていた。しかしながら、このような法適用がそれら複数の法全てが認知を可能とすることを前提とすることを述べた上で丁寧な当てはめを行った答案は、余り多くなく、高く評価された。

また、本問では、認知の方式に関して我が国国際私法の定める準拠法上の要件を満たすことが問題文から明らかであるところ、本問における認知の無効は、方式要件には問題はなく、実質的成立要件を欠いたことを理由とするものであり、通則法第29条により判断されることを正しく指摘することができていた答案も僅かながらあった。

なお、各問が独立した問いである旨の注意書きが問題文にあるにもかかわらず、設問1での検討を踏まえて、本問においても、乙国法上でのみ認知が成立しているとの誤った前提に基づき事案への当てはめを行っている答案も見られた。当然のことではあるが、問題文を注意深く読み、設定された条件に従い、求められる形で論述を展開することが必要であろう。

ウ 設問3では、親族間の扶養義務の準拠法に関する理解を問うた。扶養義務に関しては、扶養義務の準拠法に関する法律（以下「扶養義務法」という。）が適用されるが、この点については非常によく理解されていた。

準拠法の決定に当たっては、扶養義務法第2条に従い事案に即して丁寧に当てはめを行うことが求められる。同条第1項本文では、扶養権利者の常居所地法を第1順位の準拠法として定めている。多くの答案においては、常居所概念を定義付け、問題文から得られる間接事実を当てはめて本問における扶養権利者の常居所地法を導き出すことができていた。しかしながら、定義付けられた常居所をいかに認定するかの基準までも示すことができていた答案は余り多くなかった。また、当てはめを十分に行わず常居所地国を認定した答案や定義付けと当てはめとの間にずれが生じているもの（例えば、常居所を「相当期間滞在する地」と定義付けながらも、常居所地国と認定した国での滞在期間に全く触れないものなど）も一部見受けられた。さらに、常居所がない場合として居所の認定を誤って試みる答案も少数あり、基本的事項に関する理解が不十分であると感じられるものもあった。

本問において常居所地法となり得る乙国法及び日本法上、共に4親等内の傍系親族間の扶養

義務が認められておらず、扶養権利者が扶養義務者から扶養を受けることができないため、更に扶養義務法第2条第1項ただし書により、当事者の共通本国法の適用を検討しなければならない。本問では当事者の一方が重国籍者であるが、この点、通則法第38条第1項を適用あるいは類推適用し重国籍者の本国法を一つに絞る答案がかなりの数あった。扶養義務への同条の適用は、同法第43条により排除されており、扶養義務法には通則法第38条第1項に相当する規定はない。本問において同条第1項を類推適用すれば、当事者の同一本国法はないこととなるが、これは扶養権利者の保護を厚くするため扶養を受ける機会自体を保障しようとする扶養義務法の立法趣旨に反するとも考えられる。条文のみでなく、同法の立法趣旨、連結政策等を含めて理解することが求められよう。

さらに、扶養義務法第2条第1項の規定により定まる準拠法によれば、扶養権利者が扶養義務者から扶養を受けることができないときは、同条第2項により、日本法が適用される。したがって、単に共通本国法であることから甲国法を適用すべきであるとの結論のみでは不十分であり、共通本国法である甲国民法上、4親等内の傍系親族間の扶養義務が認められていることから、甲国法を適用すべきであると答案において述べる必要がある。また、本問においては、準拠法、すなわち「日本の裁判所は、いかなる国の法を適用すべきか」を問うているにもかかわらず、扶養義務が認められるか否かという準拠実質法に関する結果を結論として書く答案も見られた。

なお、基本的事項と思われる親等計算を間違えている答案がかなりの数見受けられたことも指摘しておく必要がある。

(2) 第2問について

ア 統一法条約と国際私法との適用関係は、基本的論点の一つである。設問1の中、小問1では、「手続は法廷地法による」との法原則の下で、国家法と統一法（「国際航空運送についてのある規則の統一に関する条約」（以下「本件条約」という。）との適用関係がどの程度正確に理解されているかが問われた。統一法条約である本件条約の趣旨・目的・内容等に基づいて、本件条約が直接適用されるか否かの判断過程が明確に説明されている答案は少数であった。本件条約第1条についてはほとんどの答案で触れられていたものの、本件条約第49条に言及されていた答案は少ない。ごく少数ではあるが、本件条約に全く言及せず、「手続は法廷地法による」との法原則を指摘した後に、我が国民事訴訟法の管轄に関する規定を適用していた答案があった。ほとんどの答案で、本件条約第33条に基づいて、日本の裁判所に国際裁判管轄権があること、乙国の裁判所に国際裁判管轄権がないこと、これら2点が確認されていた。また、乙国裁判所を専属管轄裁判所とする旨の合意の有効性いかんという点も本件条約第49条に基づいて検討されていた。とはいえ、同条の「……裁判管轄に関する規則を変更し、もってこの条約に定める規則に反することを意図する場合」という要件の解釈を行わないまま、当てはめにおいて法文の表現を繰り返すだけの答案が目立った。「変更」、「意図」等、個々の文言の意味内容が定義されていなければ、当該概念に該当するか否かを的確に判断することができないという点に留意する必要がある。結論については、2通り（「……意図に反する合意は無効であり、従って、Yの主張は認められない」とする結論及び「……合意は意図に反せず、ゆえに有効であり、従って、Yの主張は認められる」とした結論）とに分かれたが、自説の根拠が具体的に述べられていた答案は、高く評価された。

イ 小問2は国際民事訴訟法上の典型的な論点を問う出題である。それにもかかわらず、解答は、総じて、芳しいものではなかった。甲国及び日本で並行する2件の訴訟が国際的な二重訴訟となっていることを当然の前提としつつ、論旨を進める答案が多数見られた。しかし、法適用の過程では、甲国での訴えと我が国での訴えについて、それぞれの裁判所に管轄があるか否かの判断が先行しなければならない。本問の場合、両訴訟は、本件条約第33条第1項の下でいずれも適法に係属している。この点に留意すると、二重訴訟の処理をどのように取り扱うべきか

という論点が第一次的に本件条約上の解釈問題であることが分かる。無論、条約上、この点に関する明文規定はない。この欠缺を条約上補充する可能性が探求された後でなければ、代替（補充）法源として国家法（条理を含む）が登場する余地はない。この点が条約の規律対象ではないことの確認後に、「手続は法廷地法による」との法原則のもと、国内法（我が国の国際民事訴訟法）が登場する。国内法を成文法（民事訴訟法）とするか不文法（条理）に求めるかの選択に当たっては、いずれの立場が採用されるにせよ、しかるべき論拠が示されていなければならない。我が国民事訴訟法第3条の9（我が国裁判所が国際裁判管轄権を第一次的に有するか否かに関する判断根拠）であれ、同法第142条（「重複する」という表現が示すように、我が国裁判所が第一次的に有する国際裁判管轄権を事後的に否定する（その結果、我が国裁判所の国際裁判管轄権が否定される）か否かに関する判断根拠）であれ、それらが法源として登場する過程が的確に説明されなければならない。二重訴訟となっている日本での後訴をどのように取り扱うべきであるかという結論については、無論、多様な選択肢がある。例えば、二重訴訟に問題はないとして審理を続け、本案判決を下す構成（本件では、甲国での勝訴判決を得ても債務の不存在が確定するのみであり、執行力を得るために、日本での給付判決を要するという理解、判決の矛盾は執行手続で対処すればよいという考え）のほか、訴え却下、訴訟中止、本案審理等、種々の法律構成があろう。なお、涉外事件であるのに、日本での訴訟と甲国での訴訟とを併合する旨の解答、我が国の訴訟を甲国の裁判所に移送する旨の解答が相当数見られたが、現行涉外実務上、国家間で、いかにして当該処分が可能かという視点が欠如していると言わざるを得ない。いずれの解答を導く場合でも、しかるべき解釈根拠が明示されていなければならない。我が国での訴えの利益の有無の判断、同法第3条の9にいう「特別の事情」の解釈、利益衡量説における法律関係の重心の認定、条理の解釈等に当たって、被告による応訴の負担、証拠収集の便宜、訴訟経済、矛盾する裁判の回避等、種々の観点が挙げられていた。単なる列挙に終わらず、各観点にどのようなウエイトを与え、それらをどのように組み合わせ、一定の結論を導くか、その過程が規範の解釈論として明示されている答案は、高く評価された。

ウ 設問2については、問題に対する答えには触れられているものの、掘り下げがやや物足りない解答が多く見られた。まず、法定代位を債権譲渡と同視する（又は債権譲渡に類似すると述べる）答案が少数見られたものの、ほとんどの答案で、法定代位の問題であること、通則法上この点を直接定める明文規定がないこと、この欠缺を条理により補充すること、これらが説明されていた。これに対し、本件損害賠償請求権が本件条約第18条第1項に基づいて成立していることとの関連で、本件条約には法定代位に関する明文規定がないことに触れた答案は少なかった。次に、本件条約第18条第1項に基づいて成立した本件損害賠償請求権の移転可能性とその準拠法についての説明、運送契約上の債務者（第三者）に対する効力とその準拠法についての説明、これらに触れた答案もさほど多くはなかった。本問の中心的論点（保険金支払により生じた代位の準拠法いかに）については、代位が生じる原因行為を重視する保険契約準拠法（甲国法）説、代位される目的債権に着目する運送契約準拠法（乙国法、条約、不法行為準拠法）説、累積適用（甲乙両国法、甲国法と条約）説等、多様な主張が見られた。どの見解が主張される場合でも、自説を他説より優先する客観的な判断根拠が説明されなければならない。

3 今後の出題について

狭義の国際私法、国際民事訴訟法及び国際取引法の各分野の基本的事項を組み合わせた事例問題が出題されることになると考えられる。

4 受験生と法科大学院教育に求めるもの

国際私法は、複数の法秩序が併存する国際社会の中で様々に生起する私法分野の行為について、適用すべき法を決定するための法であり、他の法分野とは視点を異にしている上、規律する対象も

極めて多岐にわたるほか、国際民事訴訟法や統一法条約についての知識と理解も必要になることから、独学では、学修に限界があると考えられる。法科大学院においては、講義やゼミナール等様々な機会を通じて、抵触法と実質法の区別などの国際私法特有の概念や条文についての理解を深めさせ、具体的な事案への当てはめの訓練を行わせることによって、学生の能力を着実に涵養することが望まれる。

なお、本年の試験でも、答案の最終部分において（注を付して）前問に対する答えの一部を補充する答案、また判読に苦勞するほど癖の強い文字で書かれた答案等がなお散見された。そのことをもって減点することはしなかったが、答案作成の趣旨に関する理解、答案の構成力等の弱さを示すものであり、改善が望まれる。