

令和2年司法試験の採点実感（民事系科目第1問）

1 出題の趣旨等

出題の趣旨及び狙いは、既に公表した出題の趣旨（令和2年司法試験論文式試験問題出題の趣旨【民事系科目】〔第1問〕をいう。以下同じ。）のとおりである。

2 採点方針

採点は、従来と同様、受験者の能力を多面的に測ることを目標とした。

具体的には、民法上の問題についての基礎的な理解を確認し、その応用を的確に行うことができるかどうかを問うこととし、当事者間の利害関係を法的な観点から分析し構成する能力、様々な法的主張の意義及び法律問題相互の関係を正確に理解し、それに即して論旨を展開する能力などを試そうとするものである。

その際、単に知識を確認するにとどまらず、掘り下げた考察をしてそれを明確に表現する能力、論理的に一貫した考察を行う能力、及び具体的事実を注意深く分析し、法的な観点から適切に評価する能力を確かめることとした。これらを実現するために、一つの設問に複数の採点項目を設け、採点項目ごとに、必要な考察が行われているかどうか、その考察がどの程度適切なものかに応じて点を与えることとしたことも、従来と異なる。

さらに、複数の論点に表面的に言及する答案よりも、特に深い考察が求められている問題点について緻密な検討をし、それらの問題点の相互関係に意を払う答案が、優れた法的思考能力を示していると考えられることが多い。そのため、採点項目ごとの評価に加えて、答案を全体として評価し、論述の緻密さの程度や構成の適切さの程度に応じて点を与えることとした。これらにより、ある設問について法的思考能力の高さが示されている答案には、別の設問について必要な検討の一部がなく、そのことにより知識や理解が一部不足することがうかがわれるときでも、そのことから直ちに答案の全体が低い評価を受けることにならないようにした。また、反対に、論理的に矛盾する論述や構成をするなど、法的思考能力に問題があることがうかがわれる答案は、低く評価することとした。また、全体として適切な得点分布が実現されるよう努めた。以上の点も、従来と同様である。

3 採点実感

各設問について、この後の(1)から(3)までにおいて、それぞれ全般的な採点実感を紹介し、また、それを踏まえ、司法試験考査委員会議申合せ事項にいう「優秀」、「良好」、「一応の水準」及び「不良」の四つの区分に照らし、例えばどのような答案がそれぞれの区分に該当するかを示すこととする。ただし、ここで示された答案は上記の各区分に該当する答案の例であって、これらのほかに各区分に該当する答案はあり、それらは多様である。また、答案の全体的傾向から感じられたことについては、(4)で紹介することとする。

なお、各設問において論ずべき事項がどのようなものであったかについては、既に公表した出題の趣旨に詳しく記載したところであるので、これと重複を避けつつ採点実感を述べることとする。

(1) 設問1について

ア 設問1の全体的な採点実感

設問1において論ずべき事項は、大別して、①契約不適合責任の有無、②代金減額請求権の発生の有無とCへの対抗の可否、③追完に代わる損害賠償請求権と売買代金債権との相殺とCへの対抗の可否であり、②においては、民法第468条第1項の「譲渡人に対して生じた事由」の解釈、③においては、民法第469条第2項第1号又は第2号の解釈が含まれる。

全体としては、二つの救済方法として、代金減額請求権と追完に代わる損害賠償請求権について検討している答案が相対的に多数ではあったものの、各要件の検討や当てはめに関する論述の粗密や適否に差が見られ、これらが評価の分かれ目になっていたといえる。なお、問題文

においては、Bが乙建物に住み続けることを前提とした上で、Cへの支払額を少なくするためのBの契約責任に基づく主張について解答をするように求めているにもかかわらず、契約の解除、取消しといった契約関係を解消する主張や、不法行為などの契約に基づく主張ではないものを長々と論じる答案が散見されたが、当然ながら評価することはできない。これに対し、二つの救済方法がどのような関係にあるのかについてまで言及している答案も少数だがあり、このような答案は非常に高く評価された。

個別に見ると、①に関しては、契約不適合責任が問題となることについては多くの答案が触れていたが、契約不適合の認定判断において、性能が契約に適合しないという結論だけを述べているものや、買主であるBの目的のみをもって判断しているものが見られた。

②に関しては、まず、代金減額請求を基礎付ける要件や効果について、論述が不足しているものや、知識が不十分であるものが散見された。例えば、買主に帰責事由がないという要件を充足していることについて触れていないものが比較的多く見られたが、このような基本的な要件の充足・不充足については簡潔でもよいから検討する必要がある。また、本問では、追完の催告を不要とする特段の事情の存在を問題文から読み取ることができないにもかかわらず、Aによる応答のないことをもって、民法第563条第2項第4号の「履行の追完を受ける見込みがないことが明らか」に該当するとしていたものなども散見された。さらに、代金減額請求について「相殺」を論じるものも少なからず見られた。このような答案は、代金減額請求権の法的性質は形成権であって、これを行行使することにより代金減額の効果が生じるという基本的な点についての理解が不足していると考えられ、低い評価にとどまった。

次に、民法第468条第1項の「譲渡人に対して生じた事由」の解釈については、同項の解釈として論じることができていない答案や、上記のように代金減額請求について「相殺」を論じたものはもとより、「相殺」を論じていないものであっても、同項の問題ではなく、同法第469条の問題として論じている答案が見られ、特に後者については基本的な理解が不足していると考えられ、低い評価にとどまった。

③に関しては、まず、追完に代わる損害賠償請求を基礎付ける要件について、例えば売主に免責事由が存在しないことなど、基本的な要件についての論述が不足しているものが散見された。また、民法第469条第2項第1号又は第2号の解釈問題について示す必要があるが、同項第1号又は第2号のいずれが適用されるかという以前に同条第1項又は第2項のいずれが適用されるかについて分析ができていない答案が相当数あったほか、これを同法第468条の問題として論じる答案も散見され、特に後者については、上記と同様に低い評価にとどまった。

イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、本設問では、上記の①から③までの各点に関してバランスよく論理的に論述し、設問1における事実関係に基づいてポイントを的確に指摘して判断を示すとともに、それぞれの要件と事実の当てはめを丁寧に検討した上で、特に上記の②及び③について、それぞれの解釈論を掘り下げつつ、自説に従って一貫した主張をしていたものなどである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案と比べ、代金減額請求や債務履行に基づく損害賠償請求を基礎付ける基本的な要件の検討が不十分であったり、上記の②又は③について、解釈論の検討が不十分であったりするが、①から③までの各点について相応の論述がされているものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、①から③までの各点について記載はされているものの、表層的な検討にとどまっていたり、権利の発生要件についての論述が欠けていたりするものなどである。

不良に属する答案の例は、債権譲渡との関係について全く触れていないもの、代金減額請求又は債務履行に基づく損害賠償請求の一方についてしか触れられていないもの、契約の解除、取消しといった契約関係を解消する主張又は不法行為等の契約に基づく主張ではないものを長

々と論ずるものなどである。

(2) 設問2について

ア 設問2の全体的な採点実感

設問2において論ずべき事項は、大別して、小問(1)について、隣地通行権の成立とその範囲等、小問(2)について、地役権設定契約によって設定者が債務を負うことはなく、債務を負っていない以上、解除をすることはできないとの発言（Bの発言）、仮に設定者が債務を負っていないとしても、設定者は地役権設定契約を解除することができるはずであるし、地役権設定契約によって設定者は債務を負うとの発言（Dの発言）に関し、①地役権設定契約の性質をどう捉え、それを踏まえて契約②の内容をどのように分析しているか、②解除の制度趣旨についてどのような理解を基礎としているのか、③これらの発言のどちらの理解が正当であるかである。

小問(1)について、全体としては、残余地である丙土地を目的とする隣地通行権（民法第213条）が成立するとしたものが相対的に多数であったが、その成立範囲について、同法第211条第1項に基づいてa部分に成立することに言及している答案は多くはなかった。また、個別にみると、通行地役権との区別がついていない答案や、袋地が譲渡されたときの隣地通行権の帰趨について論じていない答案が散見されたほか、a部分とc部分のそれぞれについて検討することが設問の趣旨であるにもかかわらず、一方についてのみしか検討していない答案もみられた。

小問(2)について、全体としては、①から③までについて十分に論じられた答案は少なく、Dの債務とBの債務を混乱して論じている答案や、問題文で指示した解答の流れから外れた論じ方をする答案も散見された。これに対し、少数ではあるが、関連する条文や各制度の趣旨を手掛かりとして自説を一貫して展開するものもあり、このような答案は非常に高く評価された。

個別に見ると、①に関しては、Dが契約②によって債務を負うことを基礎づけるに当たり、債務の内容を的確に論じることのできなかった答案が相対的に多数であり、物権契約、片務契約、双務契約などについて一応触れている答案であっても、それ以上の分析に踏み込んでいない答案は多くなかった。また、例えば、契約②を、地役権設定契約と2万円を支払う特約とからなるとする立場を採用する場合には、Dが、Bによる特約の債務不履行を理由に、契約②を全体として解除できる理由を説明する必要があるが、説明不足のまま解除を肯定する答案が相当数あった。

②に関しては、解除制度の趣旨について、債権者を契約の法的拘束力から解放すると述べつつ、「法的拘束力からの解放」とは何かについて、自ら負担する債務からの解放であるか、それに限られないのかについて結論が異なり得るところ、その違いを認識せずに十分に論じることができない答案が散見された。

③に関しては、前提となる①及び②について十分に論じることができていない答案が相対的に多数であったため、十分に論じられた答案は少なかった。

イ 答案の例

(ア) 小問(1)

優秀に属する答案の例は、隣地通行権（民法第213条）の成否、袋地が譲渡された場合の隣地通行権の存続、同法第211条第1項の解釈とa部分及びc部分への同項の要件の当てはめについて、いずれも丁寧な分析を行うものである。

良好に属する答案の例は、上記各点について相応の記述をしているものの、優秀に属する答案に比べ、袋地が譲渡された場合の隣地通行権の存続についての検討が不足しているものや、民法第211条第1項の解釈や要件の当てはめが不十分であるものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、隣地通行権（民法第213条）の成立や、a部分及びc部分への同法第211条第1項の要件の当てはめについて、表層的な検討にとどまっている

ものなどである。

不良に属する答案の例は、隣地通行権（民法第213条）と通行地役権との区別がついていないものや、a部分又はc部分のいずれか一方についてしか検討していないものなどである。

(イ) 小問(2)

優秀に属する答案の例は、上記の①から③までの各点に関して、設定契約の性質や本件契約の債権債務関係についての的確に考察するとともに、②BD双方の解除の制度趣旨の理解についても的確に掘り下げた上で、③解除の可否について明快に結論を導くものである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案と比べ、Dの発言についての検討が不十分であったりするが、①から③までの各点について相応の論述がされているものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、上記①や②について、不十分な点はあるものの、それなりに筋の通った論述をするものである。

不良に属する答案の例は、出題の趣旨を理解できず、大きく筋を外してしまったものや、設問の指示に従わずに自説を展開するだけのものなどである。

(3) 設問3について

ア 設問3の全体的な採点実感

設問3において論ずべき事項は、大別すると、①売買契約に基づく売主の登記移転義務の相続、②日常家事に関する法律行為への該当性、③日常家事に関する代理権を基礎とする表見代理との関係、④無権代理に關与した第三者が本人の地位を相続した場合における追認拒絶権の行使の可否等である。

設問3は、典型的な論点を扱うものであり、全体としては、一定程度の論述がされている答案が多かったが、日常家事に関する法律行為の範囲をどのような基準、要素に基づいて判断するか、民法第110条の趣旨を類推適用する立場に立つ場合にはその根拠をどのように考えるか、表見代理における信託の対象は何かなどの点について、論述の粗密や適否に差が見られ、これらが評価の分かれ目になっていたといえる。

個別に見ると、①については相対的に多数の答案が触れていたが、相続関係についての論述の有無、粗密には差が見られ、例えば、「Fが相続放棄した結果としてGが相続人となる」など不正確な論述をするものや、相続の放棄について触れていないものも散見された。これに対し、Eには子、直系尊属、G以外の兄弟姉妹がなく、妻Fは相続を放棄しているから、Gが単独でEを相続したことが認められることを条文（民法第889条第1項第2号）を示して簡潔に論述しているものは、高く評価された。

②については、判例の立場を前提とする答案が比較的多数であったが、日常家事債務の定義、「日常家事」の判断基準とその根拠が曖昧なものが少なくなかった。これに対し、これらの点について丁寧に論じて本問に当てはめているものは高く評価された。

③については、判例の立場を前提とする答案が多数であり、この立場における正当な理由の信託の対象は、当該法律行為が日常家事の範囲に属することであって、相手方に代理権があることではないことを論じているものも多数であったが、このような答案であっても、その当てはめにおいて、例えば、妻Fが夫の印鑑を有していたことなど、Fが代理権を有するか否かの信託の有無を判断する際の判断要素をそのまま用いて当てはめを行っているものが相当数あった。また、民法第761条は、夫婦が日常家事の連帯債務を負うというものであるところ、同条を根拠として特段の解釈を示すことなく、夫婦相互の「代理権」があるとして論述するものが多かった。なお、判例の立場を採らない答案については、判例の立場に対する的確な批判をした上で自説を展開する必要があるが、そのような論じ方をした答案はあまりなく、大半が低い評価にとどまるものであった。

④については、追認拒絶をすることが許されないという立場に立つ答案が相対的に多数であ

ったが、問題意識を持って丁寧に事情について論述することができている答案は多くはなく、追認拒絶をすることができない結果、売買契約の効力がEの相続人であるGに帰属し、Bの登記請求が認められるとの結論まで論じた答案は少なかった。これに対し、問題文の事情を丁寧に考量している答案は高く評価された。

なお、本問においてFの締結した契約③について表見代理の成立を認めることは難しいと考えられるが（出題の趣旨参照）、これを成立とした答案が散見されたほか、さらに、それを前提とした上で、Eを相続したGがBの請求を拒むことが信義則に反するかについて卒然と論じるという一貫性のない答案が見られた（これを論じるのであれば、「仮に契約③が無効であるとしても」といった限定を付けることが最低限必要である。）。

イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、①について丁寧に当てはめた上で、Fの行為について任意代理権がないことを前提として、②及び③について判例の規範を理由とともに論述し、丁寧に当てはめを行い、④について無権代理の本人の地位を承継したGは無権代理人ではないものの、Bとの関係で追認拒絶が信義則上許されない事情があり、追認したのと同様の効果となることから、売買契約の効力が本人に帰属することについて丁寧に論じるものである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案と比べ、①について当てはめが不十分であったり、②についての理由や規範の定立が不十分であったりするが、①から④までの各点について相応の論述がされているものなどである。

一応の水準の答案の例は、②及び③の各点について記載はされているものの、表層的な検討にとどまっているものなどである。

不良な答案の例は、②及び③の流れが十分におさえられていなかったり、③の一般論についての論述が不十分又は不正確であり、かつ一般論に対する事実の当てはめが不整合なものや、民法第109条に基づく表見代理の成否について長々と論ずるものなどである。

(4) 全体を通じ補足的に指摘しておくべき事項

本年の問題も、昨年に引き続き、どのような法規範（判例により形成される規範を含む。）の適用を問題とすべきかという大きな検討課題の把握は比較的容易であり、実際にも、これを大きくは外さない答案が少なくなかった。それでも答案間で評価に差が付くのは、分析の深度や精度、更には論理的な展開力などによるところが大きいと感じられることも、昨年と同様である。

すなわち、本年の各設問にも現れているように、ある一つの事案を解決するに当たっては、複数の制度や判例等にまたがった分析が必要となるが、当然ながら、そのためには、個々の制度等についての理解が必要であり、更には、制度相互間の体系的な理解が必要になる。その上で、これを一つの分析結果にまとめ上げるためには、その理解している内容を、示された事実関係を踏まえて論理的に展開していくことが重要である。

このような法律の体系的理解とこれに基づく実践的な論理展開能力の重要性は例年指摘しているところであり、引き続き留意をしていただきたい。その上で、本年の答案を見て特に感じられたことについて、幾つか指摘しておきたい。

第1に、問題文をよく読まず、その指示や趣旨に従わずに論ずるものが散見されたことである。例えば、設問1において、Bが乙建物に住み続けることを前提として、Cへの支払額を少なくするためのBの契約責任に基づく主張について尋ねているにもかかわらず、契約の解除、取消しといった契約関係を解消する主張などを論じる答案が散見されたことや、設問2において、問題文で指示した解答の流れから外れた論じ方をする答案も散見されたことである。問題文において指示した内容に応じて解答する前提で採点はされるから、限られた時間内に必要十分な答案を作成するためには、問題文をよく読んで理解した上で答案を作成することが肝要である。

第2に、特定の法律効果の発生の有無を検討することが求められているのに、その基本的な要件が満たされているかどうかを検討せず、自己が主要な論点と考える部分のみを論ずるものが散

見されたことである。例えば、設問1において、契約不適合責任の有無について深く論ずること自体はよいとしても、それのみを検討し、代金減額請求や損害賠償請求の他の要件に触れないまま、安易に請求権の発生を認める答案が散見された。法律効果を発生させるためには法律要件が満たされていなければならないという当然の基本的原則を常に銘記する必要がある。

第3に、毎年のように指摘をしているにもかかわらず、本年も、文字が乱雑であったり、小さすぎたり、あるいは線が細すぎたりして、判読が困難なものが一定数存在したことである。特に、十分な答案構成をせず書き始め、後から既述部分に多数の挿入をする答案は、必然的に文字が小さくなり、その判読が困難になる。これらの点についても、引き続き改善を望みたい。

4 法科大学院における今後の学習において望まれる事項

本年は、民法（債権関係）改正の施行後初めての試験であり、同改正を踏まえた出題もされているが、おおむね改正内容を把握した上での解答がされており、法科大学院教育を通じて改正内容についての理解が進んでいることがうかがわれた。引き続き、改正内容を踏まえた法的知識の習得に取り組んでいただきたい。

また、本年においても、昨年ほどではないものの、設問の文字数を減らして受験者の事務処理の負担を軽減しつつ、財産法の分野における基本的知識・理解を横断的に問う問題が出題された。条文や判例に関する基本的な知識を踏まえ、問題文を注意深く読んだ上で、【事実】に顕れた事情を分析して設問の趣旨を適切に捉え、筋道を立てて論旨を展開すれば、相当程度の水準の解答ができるはずである（設問2の小問(2)は、多くの受験生にとってこれまでに検討したことがない問題であったと思われ、検討に時間を要するとは考えられるが、このような問題であっても、基本的な知識・理解が十分身に付いていれば、それを手掛かりとしながら検討することは可能であると考えられる。）。限られた時間内で答案を作成するためには、短時間で自己の見解を適切に文章化するのに必要な基本的知識・理解を身に付けることが肝要であり、引き続き、法的知識の体得に努めていただきたい。

さらに、本年も、昨年同様、判例を参考にすることで深い検討を行うことができる問題が出題されているが、法律実務における判例の理解・検討の重要性を再認識していただきたい（判例の採った論理や結論を墨守することを推奨してはいないが、判例と異なる見解を採るのであれば、判例を正確に指摘して批判することが必須である。）。例年指摘されているところであるが、判例を検討する際には、その前提となっている事実関係を基に、その価値判断や論理構造に注意を払いながらより具体的に検討することが重要であり、かつ、様々なケースを想定して判例の射程を考えることで、判例の内容をよりの確に捉えることができるものである。このような作業を行うことで、個々の制度についての理解が深まるだけでなく、制度相互間の体系的な理解が定着することに改めて留意していただきたい。

令和2年司法試験の採点実感（民事系科目第2問）

1 出題の趣旨等

既に公表されている令和2年司法試験の論文式試験出題の趣旨に特に補足すべき点はない。

2 採点方針及び採点実感

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

その際に、論点について、過不足なく記述がある答案や、記述に多少の不足があっても、総じて記述が論理的である答案、制度の趣旨等に照らして条文を解釈している答案、事案に即して具体的な検討がされている答案には、一定の高い評価を与えた。これらも、従来と同様である。なお、例年言及しているが、文字を判読することができず、文章を理解することができない答案が見られる。そのような文章については、趣旨が不明であるものと判断した上で、採点せざるを得ない。

(1) 設問1について

ア 全体的な採点実感

設問1は、公開会社でない株式会社（以下「非公開会社」という。）が募集株式の発行等をする場合にどのような手続が要求されるか、それらの手続に瑕疵があることが当該募集株式の発行等の効力にどのような影響を及ぼすか、及び募集株式の発行等の無効をどのような訴えにより主張すべきかについての理解等を問うものである。

(イ) 設問1においては、Bは、①議決権のある剰余金配当優先株式（本件優先株式）の発行（本件株式発行）を行う旨の議案（本件議案2）に関する甲社の定時株主総会（本件定時総会）の決議（本件決議2）には、取消事由があり、非公開会社において、募集事項を決定する株主総会の決議に取消事由があることは、本件株式発行の無効原因に該当すると主張すること、及び②本件優先株式の内容等の所要の事項を定める定款変更を行う旨の議案（本件議案1）に関する本件定時総会の決議（本件決議1）には、取消事由があるため、本件株式発行は定款の定めのない種類の株式の発行となり、これは本件株式発行の無効原因に該当すると主張することが考えられる。

そして、令和2年5月14日の時点では、本件株式発行の効力が生じているため、Bは、例えば、新株発行の無効の訴え（会社法第828条第1項第2号）を提起し、本件株式発行の無効原因として、上記①及び②のとおり主張することが考えられる。

これらのことを論述する際には、本問においては、(a)新株発行の無効の訴えの提訴期間（非公開会社にあつては、株式の発行の効力が生じた日から1年以内。会社法第828条第1項第2号）が経過していないこと、さらに、(b)株式の発行の無効原因として、株主総会の決議の取消事由を主張する場合には、当該決議の取消しの訴えの提訴期間内（株主総会の決議の日から3か月以内。同法第831条第1項柱書前段）に、新株発行の無効の訴えを提起しなければならないとする見解に立つときは、その提訴期間も経過していないことにも言及することが求められる。

しかし、そもそも新株発行の無効の訴えに言及していない答案が決して少ないとは言えなかった。また、新株発行の無効の訴えと、株主総会の決議の取消しの訴え又は当該決議の取消事由との関係について、十分に理解しておらず、何ら言及していない答案や、当該決議の取消しの訴えを提起し、当該決議を取り消す旨の判決を得た上で、当該決議を欠くことを理由として、新株発行の無効の訴えを提起するとする答案（このような手順を踏むことは、新株発行の無効の訴えの提訴期間が経過してしまう危険が大きいため、実務的には考え難い。）

もかなり存在した。

- (イ) Bの上記①の主張の当否を論ずるに当たっては、本間において、甲社は取締役会設置会社であるから、株主総会の招集通知には、株主総会の日時及び場所のみならず、株主総会の目的である事項及び払込金額が募集株式の引受人に特に有利な金額である場合（いわゆる有利発行の場合）における募集株式を引き受ける者の募集に係る議案の概要を記載しなければならなかった（会社法第299条第2項第2号、第4項、第298条第1項、会社法施行規則第63条第7号ホ）。しかし、本件定時総会の招集通知（本件招集通知）には、株主総会の日時及び場所のみを記載していたため、本件決議2には、株主総会の招集の手続の法令違反という株主総会の決議の取消事由があること（同法第831条第1項第1号）を指摘することが求められる（なお、本間においては、「定款変更の件」及び「株式発行の件」という会議の目的事項について取締役会で決定しているため、同法第309条第5項の違反はないと考えられる。）。

しかし、会社法第299条第2項第2号及び第4項並びに第298条第1項の適用関係や内容を正しく理解しておらず、株主総会の招集通知に株主総会の目的である事項を記載しなければならないことに言及していなかったり、株主総会の目的である事項（議題）と議案を混同していたりする答案が多かった。

- (ウ) その上で、本間においては、株主全員（A及びB）が本件定時総会に出席しているから、いわゆる全員出席総会による瑕疵の治癒が認められるか否かについて、会社法が「株主総会を招集するためには招集権者による招集の手続を経ることが必要であるとしている趣旨は、全株主に対し、会議体としての機関である株主総会の開催と会議の目的たる事項を知らせることによつて、これに対する出席の機会を与えるとともにその議事及び議決に参加するための準備の機会を与えることを目的とするものであるから、招集権者による株主総会の招集の手続を欠く場合であっても、株主全員がその開催に同意して出席したいいわゆる全員出席総会において、株主総会の権限に属する事項につき決議をしたときには、右決議は有効に成立する」とする判例（最判昭和60年12月20日民集39巻8号1869頁）や、全員出席総会による瑕疵の治癒が認められるためには、株主が瑕疵を認識しつつ、株主総会の開催に同意していることが必要であるとする見解（大阪地判平成30年9月25日金判1553号59頁）等も踏まえ、検討することが求められる。

そして、本間においては、上記の判例を踏まえ、株主全員（A及びB）が異議を述べずに出席しているから、全員出席総会による瑕疵の治癒が認められると論ずることや、上記の見解を踏まえ、(i) 招集通知に記載すべき議案の概要においては本件株式発行が有利発行である旨が示されている必要があると解した上で、Bは有利発行であることを認識していないため、瑕疵を認識して開催に同意したとは評価することができず、全員出席総会による瑕疵の治癒は認められないと論ずること、又は(ii) 招集通知に記載すべき議案の概要においては本件株式発行が有利発行である旨が示されている必要はなく、払込金額等の募集事項が記載されていれば足りると解した上で、Bは瑕疵を認識して開催に同意したとも評価することができるため、全員出席総会による瑕疵の治癒が認められると論ずることなどが考えられる。

しかし、全員出席総会による瑕疵の治癒について論じている答案は多くなく、さらに、これについて、株主が瑕疵を認識しつつ、株主総会の開催に同意していることの要否を問題とするなど、充実した論述をしている答案は少なかった。

- (エ) また、本間においては、本件株式発行が有利発行に該当することは比較的明らかであると考えられるところ、有利発行の場合には、取締役は株主総会の決議に際して有利発行を必要とする理由を説明しなければならず（会社法第199条第3項）、それを欠くことは、株主総会の決議の方法の法令違反という取消事由（同法第831条第1項第1号）に該当する。本間においては、Cは、本件決議2に際し、2億円の資金調達が急務であり、そのためには、

事実上、本件株式発行以外に選択肢がないことを説明する一方で、2万円という払込金額が公正な払込金額である旨の虚偽の説明をしており、Bは本件株式発行が有利発行であることを認識することができていないため、果たしてCは有利発行を必要とする理由を説明したものと評価することができるか、あるいは仮にそのような評価が可能であったとしても、株主の議決権行使に重要な影響を及ぼす事項について虚偽の説明をして、本件決議2を成立させているため、決議方法の著しい不公正という取消事由（同号）が認められないかといった点について、検討することが求められる。

その際には、甲社の取締役は、有利発行を必要とする理由の説明（会社法第199条第3項）をしていないと評価することができるため、本件決議2には決議方法の法令違反という取消事由（同法第831条第1項第1号）が認められると論ずることが考えられる。他方で、Aは、2億円の資金調達が必要であること及びそのためには事実上、本件株式発行以外に選択肢がないことを説明しているから、有利発行を必要とする理由を説明したと評価することができることと論ずることもあり得る。また、Aは、株主の議決権行使に重要な影響を及ぼす事項について虚偽の説明をして、本件決議2を成立させているため、本件決議2には、決議方法の著しい不公正という取消事由（同号）が認められると論ずることもあり得る。

本件株式発行が有利発行に該当するか否かについて言及している答えは多かった。その中では、有利発行を必要とする理由の説明をしていないと認定する答えが最も多かったが、そのような認定をした根拠を十分に述べない答えも少なくなかった。また、特に根拠を挙げることなく、有利発行を必要とする理由を説明したと認定する答えも散見された。なお、上記のとおり、本件においては、本件株式発行が有利発行に該当することは比較的明らかであると考えられるため、本件株式発行が有利発行に該当するか否かについては、さほど厚く論ずる必要はないと考えられるが、その点を長々と論ずる答えが少なからず見られた。

- (オ) そして、本件決議2に取消事由が認められると解する場合には、例えば、「非公開会社については、その性質上、会社の支配権に関わる持株比率の維持に係る既存株主の利益〔支配的利益〕の保護を重視し、その意思に反する株式の発行は株式発行無効の訴えにより救済するというのが会社法の趣旨と解されるのであり、非公開会社において、株主総会の特別決議を経ないまま株主割当て以外の方法による募集株式の発行がされた場合、その発行手続には重大な法令違反があり、この瑕疵は上記株式発行の無効原因になる」とする判例（最判平成24年4月24日民集66巻6号2908頁）を踏まえ、本件のように、募集事項を決定する株主総会の決議を経ている場合であっても、本件決議2に上記のような取消事由があると解するときは、既存株主の意思に反してその支配的利益が害されているとすることができるか否かについて、事案に即して検討した上で、本件株式発行が無効原因が認められると解すべきか否かを論ずることが求められる。

前掲最判平成24年4月24日の判示内容に照らすと、募集事項を決定する株主総会の決議の手続を経ている場合であっても、決議に取消事由がある場合には、株主は自らの支配的利益が損なわれていることに真に同意しているとは評価することができず、株主の意思に反して支配的利益が損なわれているとすることができるため、株式の発行の無効原因が認められると解されると論ずることが考えられる。その上で、本件においては、上記のように、募集事項を決定する本件決議2について取消事由が認められると解されるため、本件株式発行には無効原因が認められ、Bの主張が認められると論ずることが考えられる。

他方で、株主総会の決議に取消事由がある場合であっても、それが既存株主の支配的利益に影響を及ぼさないときは、株式の発行の無効原因が認められないとする解釈もあり得る。そのような解釈を採用する場合には、本件においては、支配的利益に影響を及ぼすと論ずること又は影響を及ぼさないと論ずることのいずれもあり得る。

また、Bには、有利発行である本件株式発行を差し止める機会が実質的に与えられなかつ

たことも考慮して、本件株式発行に無効原因があると認められるか否かを論ずることも考えられる（最判平成9年1月28日民集51巻1号71頁を参照）。すなわち、会社法上、非公開会社において、原則として株主総会の決議が要求される場所、株主総会の決議の手続が要求される場合には、株主はこのような手続を通じて募集事項を知ることができるといった理由から、募集事項の公示が要求されていない。ところが、本問においては、株主総会の決議の手続を経ているものの、Bに有利発行であることが秘匿されているため、Bには株式発行差止請求権を行使する機会が保障されていなかったと評価することもできる。そのことに着目して、本件株式発行には無効原因が認められ、したがって、上記のBの主張は認められると論ずることもあり得る。

このように、本件決議2に上記のような取消事由があることと本件株式発行の無効原因との関係について十分な論述がされている答案は必ずしも多くなかったが、非公開会社における株主の支配的利益を厚く保護すべきであるという前掲最判平成24年4月24日の実質的根拠等に言及した上で、本件株式発行の効力を論ずる答案は一定数見られた。また、特に理由を述べることなく、本件決議2に取消事由があることが直ちに本件株式発行の無効原因に該当するかのよう論ずる答案が相当数見られた（株式の発行の無効原因は、判例及び学説上、限定的に解されている一方で、株主総会の決議の取消事由は、株主総会の決議の瑕疵の中でも比較的軽微な事由であるとされていることとの平仄が検討されておらず、株式の発行の無効という結論に合わせた強引な論述であると言わざるを得ない。）。なお、株主総会の決議の取消しの訴えを提起し、当該決議を取り消す旨の判決を得た上で、新株発行の無効の訴えを提起することを前提として、前掲最判平成24年4月24日の判示内容をそのまま当てはめる答案も一定数見られた。

- (カ) Bの上記②の主張の当否を論ずるに当たっても、上記と同様に、本件決議1には、株主総会の目的である事項及び定款の変更に係る議案の概要の記載がないという株主総会の招集の手続の法令違反があり、そのことが株主総会の決議の取消事由に該当すること（会社法第831条第1項第1号）を指摘した上で、全員出席総会による瑕疵の治癒が認められるか否かについて、判例（前掲最判昭和60年12月20日）等も踏まえ、検討することが求められる。
- (キ) そして、本件決議1に取消事由が認められると解する場合には、本件株式発行が定款の定めのない種類の株式の発行に該当し、これが本件株式発行の無効原因に該当すると認められるか否かについて、検討することが求められる。

他方で、全員出席総会による瑕疵の治癒が認められるためには、株主が瑕疵を認識しつつ、株主総会の開催に同意していることが必要であるとする見解に立った上で、Bが瑕疵を認識していたかどうかを問題にする答案の場合には、本件決議1については瑕疵の認識があるため治癒が認められるとする答案もあり得る。

これについては、本件決議2と本件決議1を区別しないで、いずれも決議に取消事由が認められるため、本件株式発行には無効原因が認められると論ずる答案が多かった。もっとも、本件決議1については、決議に取消事由が認められるため、本件株式発行が定款の定めのない種類の株式の発行に該当し、これが本件株式発行の無効原因に該当すると論ずる答案も、少数ではあるが、見られた。

イ 答案の例

- (7) 優秀又は良好に該当する答案の例

募集株式の発行に係る募集事項を決定する本件決議2に取消事由があること及び定款変更に係る本件決議1に取消事由があるため本件株式発行は定款に定めのない種類の株式の発行に該当することが、それぞれ本件株式発行の無効原因であることを明示した上で、新株発行の無効の訴えと株主総会の決議の取消しの訴えの関係について両方の訴えの提訴期間の違い

などに言及しつつ、Bが提起すべき訴えを論ずるもの

本件決議2に際して有利発行を必要とする理由の説明（会社法第199条第3項）がされたと評価することができるかどうかについて、当該説明が要求される趣旨から論証し、事案に即して会社側の資金調達事情と株主利益を比較衡量するなどした上、丁寧に検討するもの

有利発行に該当する募集株式の発行における募集事項を決定する株主総会の特別決議を欠くことが株式の発行の無効原因に該当するかどうかについて、公開会社の場合と非公開会社の場合を区別した上で、判例を踏まえ、非公開会社の募集株式の発行が問題となっている本問について、公開会社の場合と取扱いを異にすることができる根拠を丁寧に論ずるもの

全員出席総会に関する前掲最判昭和60年12月20日を踏まえ、本問においては虚偽の説明により有利発行である旨を認識していないため、瑕疵を認識して開催に同意したとは認められない旨を丁寧に論ずるもの

本件株式発行に無効事由が認められるかどうかという問題について、甲社が非公開会社であることを重視し、非公開会社における募集株式の発行に係る前掲最判平成24年4月24日を踏まえて論ずるもの。また、当該問題について、同判例に明示的に言及していないとしても、甲社が非公開会社であることが議論にどのような影響を及ぼすかに強く留意しながら、論ずるもの

株式の発行の無効原因について、募集事項の公示の欠缺が株式の発行の無効原因になるとする前掲最判平成9年1月28日を踏まえ、本件においてBに有利発行であることが秘匿されているため、株式の発行の差止めの機会が実質的に保障されておらず、したがって無効原因になると論ずるもの

(イ) 不良に該当する答案の例

主張と訴え又は申立てとを区別せず、想定されるBの主張について言及していないもの

株式の発行の無効原因として、本件決議1の取消事由を明示しておらず、その結果として本件株式発行の効力への影響について言及していないもの、又は本件決議1に取消事由があることがなぜ本件株式発行の無効原因になるかについての理由を示さずに、本件決議1に取消事由があるかどうかを論ずるもの

Bが提起すべき訴えについて、新株発行の無効の訴えと株主総会の決議（本件決議1、本件決議2）の取消しの訴えの関係を全く検討しないで、両者を漫然と指摘するもの

払込金額に関する虚偽の説明について、会社法第199条第3項の有利発行における理由の説明の問題ではなく、同法第314条の取締役の説明義務の問題として論ずるもの

本件株式発行が有利発行に該当するか否かについては詳細に長く論ずる一方で、払込金額に関する虚偽の説明の法的評価については短く論ずるにとどまり、論述のバランスを失しているもの

全員出席総会について、会社法第300条の問題として論ずるもの、又は全員出席総会に言及することなく、Bは株主総会で説明を受け、それに納得して議決権を行使したから瑕疵が治癒されると論ずるもの

有利発行に該当する募集株式の発行における募集事項を決定する株主総会の決議を欠くことが株式の発行の無効原因に該当するかどうかについて、公開会社と非公開会社を区別することなく、一般的な議論を展開するもの

株式の発行の無効原因について「重大な瑕疵に限る」という規範を立てたのに、当てはめにおいてこれを意識せず、手続違反を直ちに株式の発行の無効原因に結び付けるもの

(2) 設問2(1)について

ア 全体的な採点実感

設問2(1)は、会社が特定の種類の株式のみを対象として株式の併合をしようとする場合に、当該種類株式の株主とその他の種類株式の株主がどのような利害状況に置かれるかについての

理解等を問うものである。

設問2(1)においては、本件優先株式のみを対象とする株式の併合（本件株式併合）の効力の発生によって、本件優先株式の株主であるPは、その保有する本件優先株式の数が半減するため、①株主総会における議決権の割合が大幅に縮減することになること、②優先配当額の総額も半減することになることなどについて、説明することが求められる。

その際には、Pの議決権割合がどれほど縮減することになるかを具体的に算定した上で、Pは、本件株式併合の効力の発生前には行使することができた一定の少数株主権も行使することができなくなることに言及したり、本件優先株式には累積条項が付されていることなどに鑑みると、優先配当額の総額の縮減によってPが受ける不利益は比較的大きいと考えられることに言及したり、Bの議決権割合が3分の1超になるため、Pは株主総会の特別決議事項についてキャスティングボートを握ることができないようになることに言及するなど、より深い分析をしていけば、なお望ましい。

上記①と②については、言及している答案が多かった。また、上記のような分析をしている答案も一定数見られた。なお、本件株式併合により、本件優先株式の数は半分になるものの、議決権割合は半分にはならないが、議決権割合も半分になるとする答案が少なからず見られた。

イ 答案の例

(ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

本件株式併合によってPにどのような不利益が生じ、又は生じ得るかについて、事案に即して具体的な数字を挙げて議決権割合の縮減や優先配当額の減少等を論ずるもの

議決権割合の縮減及び優先配当額の縮減について指摘した上で、3%以上の議決権を有することを行使の要件とする少数株主権を行使することができなくなること、累積的参加的優先株式であることに言及して、普通株式としての配当や累積部分についても不利益が生じ得ることなどを論ずるもの

(イ) 不良に該当する答案の例

議決権割合の縮減又は優先配当額の縮減のいずれか一方にしか言及していないもの

持株数が減少し、又は持株比率が低下すると述べるが、議決権割合が低下することや優先配当額が減少することに言及せず、本件株式併合によって生じ得る不利益を抽象的かつ一般的に論ずるにすぎないもの

(3) 設問2(2)について

ア 全体的な採点実感

設問2(2)は、会社が特定の種類の株式のみを対象として株式の併合をしようとする場合に、不利益を受けるおそれのある種類株式の株主の事前の法的救済方法としてどのようなものが考えられるかについての理解等を問うものである。

(ア) 設問2(2)においては、Pは、本件株式併合の効力の発生前の時点で、会社法上の手段として、①反対株主の株式買取請求をすること（会社法第116条第1項第3号イ）、②本件株式併合について、差止請求をすること（同法第182条の3）、③本件優先株式のみを2株につき1株の割合で併合すること等について定める議案（本件議案3）に関する甲社の臨時株主総会（本件臨時総会）の決議（本件決議3）について、株主総会の決議の取消しの訴えを提起することなどが考えられる。

(イ) 第1に、Pは、種類株主総会の決議を要しない旨の会社法第322条第2項の定めがある本問においては、同法第116条第1項第3号イの規定により反対株主の株式買取請求をすることができる。Pが反対株主の株式買取請求をすることについて論ずるに当たっては、設問2(1)の解答及び本問におけるその他の事実関係を踏まえ、反対株主の株式買取請求の要件が満たされていること、例えば、本件優先株式の株主に損害を及ぼすおそれがある（同号柱書）と認められることや、事前の反対通知と株主総会での反対をしているので「反対株主」

に該当する（同条第2項）と認められることなどにも具体的に言及することが求められる。

しかし、Pが会社法第116条第1項第3号イの規定により反対株主の株式買取請求をすることなどに言及している答案は少なかった。他方で、本件株式併合によって1株に満たない端数は生じないため、Pは同法第182条の4の規定により反対株主の株式買取請求をすることができないことに言及している答案が相当数見られた。

- (ウ) 第2に、Pは、本件株式併合について、差止請求をすることが考えられる。Pが本件株式併合の差止請求をすることについて論ずるに当たっては、設問2(1)の解答及び本問におけるその他の事実関係を踏まえ、取り分け差止事由が認められるか否かについて検討することが求められる。

この点に関する解釈としては様々なものがあり得るところである。例えば、①甲社が本件優先株式を発行する前に発行していた株式（本件普通株式）の株主は本件株式併合によって他の株主と共通しない特別の利益を得るため、株主総会の決議について特別の利害関係を有する者に該当し、かつ、本件株式併合は専ら本件優先株式の株主の優先配当権を実質的に縮減することを目的とするため、本件決議3は著しく不当な決議に該当することから、本件決議3には、取消事由がある（会社法第831条第1項第3号）と認められ、これが（瑕疵のない株主総会の決議による決定を求める）同法第180条第2項に違反し、差止事由である法令違反（同法第182条の3）が認められるといった解釈が考えられる。また、②本件優先株式の株主の優先配当権の実質的な縮減を目的とする不当な株式の併合であって権利濫用の法令違反があるとして、差止事由である法令違反が認められるという解釈も考えられる。さらに、③取締役の善管注意義務を定める一般的な規定（同法第330条、民法第644条）も会社法第182条の3の「法令」に含まれるとする理解を前提に、取締役は善管注意義務の一内容として株主間の不当な利益移転を生じさせないようにする義務を負うところ、本問においては、このような義務の違反があるため、差止事由である法令違反が認められるとする解釈も考えられる。加えて、④本件株式併合は、実質的には、本件優先株式の権利内容を変更するための定款変更と等しいことから、同法第322条第1項第1号及び第3項ただし書が類推適用され、種類株主総会の決議が要求されるのに、それを経ていないことが法令違反に該当するとする解釈も考えられる。なお、⑤上記①から④までのように本件決議3に取消事由があるとしても、実際に本件決議3が取り消されない限りは、差止事由である法令違反があるとは認められないとする解釈も考えられる。

しかし、これらを十分に論じている答案は少なかった。他方で、本問においては、差止事由である法令違反が認められないため、Pは本件株式併合について差止請求をすることができないと論ずる答案が相当数見られた。

- (エ) 第3に、Pは、本件決議3について、株主総会の決議の取消しの訴えを提起することが考えられる。Pが本件決議3の取消しの訴えを提起することについて論ずるに当たっては、仮に本件決議3が取り消された場合には、これによって本件株式併合も無効となると解されるため、本件決議3の取消しの訴えを提起することは、本件株式併合の効力が発生した後に、本件株式併合の無効を主張する前提となることに言及するなど、まずは、本件株式併合の効力の発生前の時点で、本件決議3の取消しの訴えを提起することの意義を明らかにすることが望ましい。

その上で、本問における事実関係を踏まえ、本件決議3に取消事由が認められるか否か、例えば、上記①から④までの解釈と同様の解釈を採り、本件決議3には、取消事由がある（会社法第831条第1項第3号）と認められると論ずることなどが考えられる。

Pが本件決議3の取消しの訴えを提起することについて論ずる答案は一定数見られた。Pが本件株式の併合の差止請求をすること及び差止事由について論じている答案は、Pが本件決議3の取消しの訴えを提起すること及び取消事由についても論じていることが多かった。

なお、差止事由又は取消事由として、株主平等原則違反に言及する答案が相当数見られたが、株主平等原則を定める会社法第109条第1項の規定が特定の種類株式についてのみ株式の併合をする本件にも（類推）適用されるかどうかを適切に論じている答案は少なかった。

イ 答案の例

(7) 優秀又は良好に該当する答案の例

反対株主の株式買取請求（会社法第116条第1項第3号イ）や株式の併合の差止請求（同法第182条の3）など、複数の救済手段に言及し、かつ、条文の要件を正確に示すもの

種類株主総会の決議の省略を定款で規定することを認めることによる利益と、それによって生じ得る種類株主の不利益とを、会社法がどのように利害調整をしているかを、会社法第116条第1項第3号イの規定による反対株主の株式買取請求も含めて体系的に論ずるもの
株式の併合の差止事由の解釈において、大多数の株式を保有するA及びBが株式の併合によって得る利益と少数株主であるP（Q）の不利益を具体的に対比し、甲社の定款規定の存在にもかかわらず、本件決議3が株主間において著しく不当（あるいは不公平）なものである実態を指摘した上で、種類株式の制度及び種類株主総会の制度の趣旨とそれに関する会社法の規律を踏まえつつ、Pを救済するための解釈論を具体的に（複数）検討するもの

株式の併合の差止事由の解釈において、①特別利害関係人の該当性を論じつつ、専らP（Q）に不利益をもたらすことを目的とした「著しく不当な決議」であると論ずるもの、②株主平等原則を定める会社法第109条第1項の趣旨及び射程範囲を論じた上で、事案に即して丁寧に当てはめるもの

株式の併合の差止事由の解釈において、本件決議3の取消事由（会社法第831条第1項第3号）が法令違反に該当することを論じた上で、さらに、本件株式併合が本件優先株式の権利内容を変更する定款変更と実質的に同じであることを指摘し、同法第322条第1項第1号及び第3項ただし書を類推適用することができる旨を丁寧に論ずるもの

(4) 不良に該当する答案の例

Pが「強い不満を感じている」、Pは「どのような会社法上の手段を採ることが考えられるか」と問われているのに、株式の併合の差止事由の解釈において、Pの立場からの主張を十分に検討せず、多数決の濫用等を考慮することなく、救済を否定する論述に終始するもの

Pの救済策として、抽象的に反対株主の株式買取請求や株式の併合の差止請求を挙げるのみで、権利行使の要件を満たすかどうかの当てはめをしていないもの

株式の併合の差止事由の解釈において、①何ら悩みを見せずに法令違反はないとするもの、②結果の不当性は理解しつつも、適切な理論構成を展開できないもの

会社法第831条第1項第3号を株式の併合の差止事由とする場合について、取消事由が存在することがなぜ株式の併合の法令違反とすることができるかについての説明がないもの

Pが採ることができる会社法上の救済手段について、株式の併合の差止請求の可否のみを論じ、その要件である法令違反について詳細な理由を述べることなく、例えば、特定の種類株式についてのみ株式の併合をする場合に株主平等原則（会社法第109条第1項）が（類推）適用されるかどうかを検討せずに、単に株主平等の原則に反するとのみ述べるもの

本件株式併合により端数が生ずるかどうかを検討することなしに、会社法第182条の4の規定により反対株主の株式買取請求をすることができるかと論ずるもの

3 法科大学院教育に求められるもの

設問1においては、新株発行の無効の訴えに言及しない答案や、それに言及しているものの、株主総会の決議の取消しの訴えとの関係について十分に言及しない答案が少なくなかった。会社の行為（本問においては新株発行）の効力が問題となる場合には、そのことをどのような訴えによって争うべきかについても、適切に理解することが求められる。

本件決議2に取消事由があることが本件株式発行の無効原因になるかどうかについて、非公開会社の事例であることを考慮して論ずることができている答えは、必ずしも多くなかった。会社法上、募集株式の発行等については、非公開会社と公開会社とで、株主にどのような保護を与えるべきかが異なるという考え方の下、異なる手続規制が用意されているため、このような会社法の基本的な規律を踏まえた検討が必要であることに強く留意してほしい。このような観点から検討する際には、会社法上の代表的な判例（本問についていえば前掲最判平成24年4月24日等）について、その判例の事案と問題文中の事実関係の異同を適切に拾い上げ、事実関係に即して柔軟かつ適切に、その判例についての理解を応用することができるようになれば、なお望ましい。

本件決議1に取消事由があることを認定しつつも、そのことがどのような理由から本件株式発行の効力に影響するかについては十分に検討しない答案が多かった。本問において問われているのは、本件株式発行の効力であるため、何が法的論点であるかを常に意識しながら検討をする必要がある。

全員出席総会による瑕疵の治癒が認められるか否かが問題となることに言及している答案も多くなかった。会社法上の基本的な制度や、条文、判例について理解していることが前提であるが、問題文中の事実関係から、会社法上重要な意味を有する事実を適切に拾い上げることができる必要がある。

設問2(1)は、比較的良くできていたが、Pの持株比率が低下することを挙げるにとどまる答案など、本件株式併合によって株主に生じ得る不利益を抽象的かつ一般的に論ずるにすぎない答案も少なからず見られた。また、問題文において「どのような不利益が生じ、又は生じるおそれがあると考えられるかについて、説明しなさい。」と問われているにもかかわらず、例えば、単に「持株数（比率）が減少する」という事実のみに言及するにとどまり、生じ、又は生じるおそれがある不利益についての具体的な説明を欠くと評価せざるを得ないような答案も見られた。会社がある行為をする場合に、そのことが利害関係人（本問においては株主）にどのような影響を及ぼし得るかについては、できる限り具体的にイメージし論述することができる力を養うことが求められる。そのことは、事前の手続規制や事後的な救済手段など、会社法上の制度について深く理解するために必要なことであると考えられる。

設問2(2)においては、会社が特定の種類の株式のみを対象として株式の併合をしようとする場合に、不利益を受けるおそれのある種類株式の株主の事前の法的救済方法として、会社法第116条第1項第3号イの規定により反対株主の株式買取請求をすることに言及している答案は少なかった。また、本問の事例は、同法第182条の4の規定により反対株主の株式買取請求をすることができる場面であると誤解している答案が少なくなかった。必ずしも確認する機会が多くない条文であっても、種類株式が発行されている場合における異なる種類株主間の利益調整の必要性とその1つの調整方法である反対株主の株式買取請求等が認められるための要件といった会社法上の基本的な制度についての理解を前提として、問題文中の事実関係に即して適用されるであろう条文を探し出し、その内容を正確に理解することができる必要がある。

Pが本件株式の併合の差止請求をすること又は本件決議3の取消しの訴えを提起することについて論ずるに当たっては、差止事由又は取消事由である法令違反をどのように構成するかが難しかったようであるが、会社法上の基本的かつ重要な制度について学習する上で、例えば、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って当該決議が取り消されることとなるかどうかについて検討することとなる機会は少なくないのであるから、そのような機会を通じて身に付けた基本的な理解を前提として、問題文中の事実関係に即して柔軟かつ適切に、その理解を応用することができることが期待される。

従来と同様に、会社法上の基本的な制度や、条文、判例についての理解を確実なものとするとともに、問題文中の事実関係から重要な意味を有する事実を適切に拾い上げ、これを評価し、条文を的確に解釈及び適用する能力と論理的思考力を養う教育が求められる。

令和2年司法試験の採点実感（民事系科目第3問）

1 出題の趣旨等

民事系科目第3問は、民事訴訟法分野からの出題であり、出題の趣旨は、既に公表されている「令和2年司法試験論文式試験出題の趣旨【民事系科目】〔第3問〕」のとおりである。

本問においては、例年と同様、受験者が、①民事訴訟の基礎的な原理、原則や概念を正しく理解し、基礎的な知識を習得しているか、②それらを前提として、設問で問われていることを的確に把握し、それに正面から答えているか、③抽象論に終始せず、設問の事案に即して具体的に掘り下げた考察をしているかといった点を評価することを狙いとしている。

2 採点方針

答案の採点に当たっては、基本的に、上記①から③までの点を重視するものとしている。

本年においても、問題文中の登場人物の発言等において、受験者が検討し、解答すべき事項が具体的に示されている。そのため、答案の作成に当たっては、問題文において示されている検討すべき事項を適切に吟味し、そこに含まれている論点を論理的に整理した上で、論述すべき順序や相互の関係も考慮することが必要である。そして、事前に準備していた論証パターンをそのまま答案用紙に書き出したり、理由を述べることなく結論のみを記載したりするのではなく、提示された問題意識や事案の具体的な内容を踏まえつつ、論理的に一貫した思考の下で端的に検討結果を表現しなければならない。採点に当たっては、受験者がこのような意識を持っているかどうかという点についても留意している。

3 採点実感等

(1) 全体を通じて

本年の問題では、例年同様、具体的な事案を提示し、登場人物の発言等において受験者が検討すべき事項を明らかにした上で、訴えの利益、心証形成の資料、共同訴訟の種類、訴えの取下げの効果等の民事訴訟の基礎的な概念や仕組みに対する受験者の理解を問うとともに、事案への当てはめを適切に行うことができるかどうかを試している。

設問3について、時間が不足していたことに起因すると推測される大雑把な内容の答案が一定数見られたものの、全体としては、時間内に論述が完成していない答案は少数にとどまった。しかし、検討すべき事項の理解を誤り、検討すべき事項とは関係ない、又は不要な論述を展開する答案や、検討すべき事項自体には気が付いているものの、問題文で示されている事案への当てはめによる検討が不十分であって、抽象論に終始する答案も散見された。また、基礎的な部分の理解の不足をうかがわせる答案も少なくなかった。

なお、条文の引用が当然求められる箇所であるにもかかわらず、その条文を引用していない答案や、引用条文の条番号が誤っている答案も一定数見られた。法律解釈における実定法の条文の重要性は、改めて指摘するまでもない。また、判読が困難な乱雑な文字や略字を用いるなど、第三者が読むことに対する意識が十分ではない答案や、特に刑事訴訟法との用語の混同など法令上の用語を誤っている答案、日本語として違和感を抱かせる表現のある答案も一定数見られた。これらについては、例年、指摘されているところであるが、本年においても、改めて注意を促したい。

(2) 設問1について

ア 課題1の採点実感

設問1では、まず、課題1として、Xが本件契約の締結時にAから交付された120万円について敷金であることを否定し、Y1がXとAとの間の本件契約の解約の合意を争って本件建物の明渡しを拒んでいるという事実関係の下において、敷金の返還を求めるY2の立場から、

本件建物の明渡しをしないままの状態をこれを求める将来の給付の訴えの適法性についての検討が求められている。

ここでは、敷金返還請求権が目的物の明渡しを条件として、それまでに生じた敷金の被担保債権一切を控除した残額につき発生するため、本件建物の明渡し前には請求権の成否及び額が明確に定まらないこと、そのため、本件訴訟はその事実審の口頭弁論終結時（基準時）には訴訟物である請求権の成否及び額が具体化しない将来の給付の訴えであることを踏まえ、民事訴訟法（以下「法」という。）第135条の将来の給付の訴えの利益に言及した上で、将来の給付の訴えの適法性につき検討する必要がある。そして、法第135条については、ほとんどの答案において、指摘することができていた。

また、既判力の基準時までにはその成否及び額が定まらない請求権を行使する将来の給付の訴えの適法性については、例えば、いわゆる権利保護の資格（請求の適格）と狭義の権利保護の利益とを分けて前者の問題として論ずる考え方や、将来の権利発生の蓋然性と現在これを行わせる必要性とを総合的に判断するとの観点から論ずる考え方など判断の枠組みとそのような権利の性質の位置付けに関していくつかの考え方が成り立ち得る。いずれの考え方であっても評価に差異はないが、設問において敷金返還請求権の特質のほか、当事者間の衡平の観点から将来の給付の訴えの適法性が認められた場合における被告の負担を考慮することが求められているとおり、今後の賃料の滞納の可能性や明渡しの際の原状回復の必要性によってその額はもちろん成否さえも不明であるという敷金返還請求権の特質や、敷金返還請求権の発生要件である本件建物の明渡しは、債務者（X）ではなく、債権者（特に本件では主としてY1）に依存していることなど本件における当事者間の争いの状況を踏まえ、将来における権利発生の蓋然性や、将来の強制執行に対する防御のために請求異議の訴えを提起しなければならなくなるかもしれない被告の負担につき論ずる必要がある。また、その際には、判例（最高裁判所昭和56年12月16日大法廷判決・民集35巻10号1369頁（大阪国際空港事件）、最高裁判所昭和63年3月31日第一小法廷判決・裁判集民事153号627頁等）が示した将来の給付の訴えの適法性についての判断基準（①請求権の基礎となるべき事実関係及び法律関係が既に存在し、その継続が予測されるとともに、②請求権の成否及びその内容につき債務者に有利な影響を生ずるような将来における事情の変動があらかじめ明確に予測し得る事由に限られ、③これについて請求異議の訴えによりその発生を証明してのみ執行を阻止し得るといふ負担を債務者に課しても格別不当とはいえない場合。以下「3要件」という。）を用いることが適当かどうか意識して検討することが期待される。

もっとも、以上を適切に論ずる答案は、ほとんどなかった。多くの答案においては、請求の適格と狭義の権利保護の利益とを分けて前者の問題として論ずるといふ考え方を採った上で、3要件を用いて検討をしていたが、そのうち、大半の答案においては、3要件が本問のような敷金返還請求においても同様に当てはまるかどうかという点についての意識を有していないことがうかがわれた。また、3要件を用いて検討する答案であっても、具体的な事案の当てはめにおいて、敷金返還請求権の特質が適切に意識されたものは多くはなく、敷金返還請求権の特質への言及がされているものの、それが結論を導き出すに当たってどのように考慮されているのかが不明なものや、そもそも敷金返還請求権の特質が意識されていないもの、何らの具体的な根拠を示すことなくXが請求異議の訴えの負担を負うことが不当である（又はない）という結論だけを示すものなど、当てはめにおける検討が十分ではないものが多かった。また、当てはめの内容が不適切であって自身が用いた3要件の意義を正しく理解しておらず、その表面的な文言を暗記して記述しているだけであると判断される答案も散見された。このほか、3要件とは内容や表現が若干異なっており、3要件を提示したいという趣旨であれば不正確であるもの（さらには、3要件の意味合いが異なるものとなってしまっていると考えられるもの）、法第135条の「あらかじめその請求をする必要」と請求の適格の関係が曖昧であるものなども

一定数あった。これらの答案からは、受験者が定型的な論証パターンを暗記するだけという学習をしているのではないかと懸念される。

このほか、何らの基準も示すことなく、漫然と問題文中の事実を摘示しただけで結論を導く答案も少数ながらあった。このような答案は、論理を示したものとはいえ、評価されない。

イ 課題2の採点実感

設問1では、次に課題2として、敷金に関する確認の訴えにおける確認の利益の検討が求められている。

ここでは、本件建物の明渡し前における敷金関係の確認の訴えにつき、確認の利益の一般的指標とされる確認訴訟という方法を選択することの適切性、確認対象の適切性、即時確定の必要性に従って、あるいは確認訴訟における権利保護の資格と利益に沿って、Y2の立場から確認の利益が肯定されるように、説得的な立論をすることが求められる。特に、敷金返還請求権が設問1の課題1では将来の給付訴訟の対象と性質付けられていることとの関係をも踏まえつつ、どのような確認対象又は権利保護の資格であれば即時確定の必要性又は権利保護の利益が肯定され、基準時に確定する必要が認められることとなるのかについて、理解を示す必要がある。その際には、賃貸借契約継続中における敷金返還請求権の確認の利益を肯定した判例（最高裁判所平成11年1月21日第一小法廷判決・民集53巻1号1頁）のように確認対象を現在の権利又は法律関係と位置付ける立場のほか、将来の権利又は法律関係と位置付けた上で確認対象となり得ると解する立場もある。どちらを採るかにより評価に差が生ずるわけではないが、前者については、敷金返還請求権を単に条件付債権と位置付けるにとどまらず、将来と性質付けた給付訴訟との違いを示し、本件の紛争状況から見て確認の利益が肯定される対象を具体的に検討することが期待される。また、後者については、XがAの支払った金銭は敷金でないことと争っているなどといった具体的な事情をできるだけ挙げた上で、将来具体化する対象であっても即時確定の利益又は権利保護の利益が現在認められることを本件に即して説得的に論ずることが求められる。

まず、確認の利益の一般的指標については、大半の答案が確認訴訟という方法を選択することの適切性、確認対象の適切性、即時確定の必要性の三つの指標を指摘していた。

もっとも、その具体的な当てはめにおいては、十分ではないものや不適切なものが散見された。課題2の中心的な検討事項となる確認対象の適切性を論ずるに当たって、判例のように現在の条件付きの権利である敷金返還請求権と捉える答案は一定数あったところであり、これらは相応の評価に値するものではあるが、更に進んで将来の請求と性質付けた給付訴訟との違いを意識的に論じたものはほとんどなかった。他方で、そもそも敷金に関するどのような法律関係を確認対象と考えているのかがあやふやなまま検討を進める答案や、「敷金を差し入れたこと」、「敷金契約が成立したこと」など過去の事実や過去の法律関係を無留保で確認対象とするものも少なくなかった。このうち、過去の法律関係を確認対象とすることについては、それが常に不適切であるというものではなく、基礎的な法律関係であって判決において端的に確認対象とすることにより確認訴訟が有する紛争の直接かつ抜本的な解決の機能が果たされることなどを併せて論ずるものである限り一定の評価の対象となり得るが、ほとんどのものにおいて、このような検討はされておらず、その多くにおいては、自身が過去の事実や過去の法律関係を確認対象として論じていることについての自覚がないままに論述しているものと推測された。以上のような答案の評価は、低いものとならざるを得ない。

また、確認対象の適切性を検討するに当たっては、即時確定の必要性との関係にも留意する必要がある。ここでは、原告が保護を求める法的な地位、すなわち確認対象の適切性において検討した権利又は法律関係が十分に具体化、現実化されているかということ指摘しつつ、被告の態度や行為の態様が原告の法的地位に危険や不安を生じさせているか、その危険や不安を除去するために、確認判決が必要かつ適切であることを論ずる必要がある。そして、多くの答

案において、被告の態度や行為の態様が原告の法的地位に危険や不安を生じさせているかという点に言及することができていたが、確認対象となる権利又は法律関係との関係や確認判決の必要性なども含めて多角的に論証していた答案は少なかった。また、過去の事実や過去の法律関係を確認対象とする場合には、上記のような論証から直ちに即時確定の利益が肯定されるとは言い難いにもかかわらず、この点の意識がされたものはほとんどなかった。

課題2の結果からも、受験者が定型的な論証パターンを暗記するだけという学習をしているのではないかと懸念された。

ウ 設問1のまとめ

設問1においては、多くの答案が抽象的な基準や指標を定立することができていたが、具体的な当てはめまで適切に行うことができた答案は少なかった。

「優秀」に該当する答案は、課題1及び課題2のいずれについても、出題の趣旨を正しく理解した上で、上記の検討事項について、過不足のない論述をするものである。また、「良好」に該当する答案は、例えば、課題1では自身が定立した基準への当てはめがやや大雑把なものや、課題2では確認対象を現在の条件付きの権利である敷金返還請求権と捉えつつ、将来の請求と性質付けた給付訴訟との違いへの意識に乏しかったが、課題1及び課題2のいずれについても、出題の趣旨をおおむね正しく理解していたものなどである。「一応の水準」に該当する答案は、例えば、課題1及び課題2において、抽象的な基準や指標を定立することができていたものの、その当てはめが不十分なものなどである。これに対し、課題1や課題2を通じ、総じて基礎的事項の理解が不足している答案は「不良」と評価される。

(3) 設問2について

ア 設問2の採点実感

設問2では、和解手続におけるY2の発言から本件契約の解約の合意の存在を認定することができない理由の検討が求められている。ここでは、争いのある事実の認定に当たり、法第247条において、裁判所が「口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果」をしん酌して心証を形成するものとされていることを指摘した上で、和解手続における当事者の発言がこれらに当たらないことを論証する必要がある。こうした論証は、多くの答案においてされていたが、特に検討が必要な「口頭弁論の全趣旨」の意義とその当てはめについては十分に意識されていないのが目立った。また、設問2の出題の趣旨を弁論主義の問題と捉え、法第247条を指摘しつつ、あるいはその指摘すらなく、弁論主義について延々と論じて結論を導こうとする答案も少なからずあった。このような答案は、問題点自体の理解を根本的に誤るものであって、評価されない。この点もまた、いわゆる典型論点の定型的な論証パターンを暗記するだけという学習が中心となっていて、基礎的な条文や概念の基本的な理解がおろそかになっているのではないかと強く懸念される一例である。

また、設問2では、争いのある事実の認定に当たって、和解手続における当事者の発言内容を心証形成の資料とすることができるとした場合の問題についても検討することが求められている。ここでは、当事者の発言内容が裁判官の心証に影響し得るとすると、例えば、和解の成立に向けた当事者の自由な発言を阻害するおそれがあることや、本問のようにいわゆる交互面接方式により行われた和解手続では情報の共有や反論の機会の保障がないままに判決がされるおそれがあることなど、より実質的な観点から具体的に問題点を指摘することが期待される。多くの答案において、これらのうち少なくとも一方、特に当事者の自由な発言の阻害のおそれを指摘することができていたが、これらを多角的に論ずる答案は、多くはなかった。

イ 設問2のまとめ

「優秀」に該当する答案は、出題の趣旨を正しく理解した上で、アにおいて述べたところを適切に論述するものである。特に、争いのある事実の認定に当たって、和解手続における当事者の発言内容を心証形成の資料とすることができるとした場合の問題についても多角的に検討

する答案がこれに当たる。「良好」に該当する答案は、「優秀」に該当する答案に準ずるものではあるが、例えば、和解手続における当事者の発言内容を心証形成の資料とすることができるとした場合の問題として、和解の成立に向けた当事者の自由な発言を阻害するおそれのみを指摘するものなどがこれに当たる。「一応の水準」に該当する答案は、法第247条とその内容を指摘した上で、和解手続における当事者の発言がこれらに当たらないことを論証することはできていたが、和解手続における当事者の発言内容を心証形成の資料とすることができるとした場合の問題の検討が十分ではないものなどである。これらに対し、弁論主義を論ずるなど出題の趣旨の理解に欠けるものは「不良」と評価される。

(4) 設問3について

ア 課題1の採点実感

設問3では、まず課題1として、本件訴訟において、XがY2に対する訴えのみを取り下げることができるかどうか（法第261条第1項）の検討が求められている。ここでは、その前提として、本件訴訟について訴訟共同の必要があるものかどうか、すなわち、本件訴訟が通常共同訴訟であるのか、固有必要的共同訴訟であるのかという点の検討が必要となる。本件訴訟が通常共同訴訟であると考えられる場合には、例えば、実体法的観点から、相続財産の共有が民法第249条以下の共有と性質を異にするものではないこと、建物明渡義務が不可分債務（同法第430条）に当たり義務者各自が全部につき除去義務を負うことなどを指摘して、共同訴訟人独立の原則（法第39条）が本件訴訟にも適用されること、その帰結として、XがY2に対する訴えの取下げをすることができることを示す必要がある。本件訴訟について、固有必要的共同訴訟であると解し、XはY2に対する訴えの取下げをすることはできないとする場合であっても、説得力のある理由が示されていれば評価に差異はないが、いずれにせよ、自説の根拠と結論との整合性が求められる。

課題1では、多くの答案において、本件訴訟が通常共同訴訟であるとの結論を採っており、その理由としても、上記の点を指摘することができていた。もっとも、その理由を十分に論じたものは少なく、例えば、単に本件建物の明渡義務が不可分債務であるということを指摘するだけのもの、共同訴訟人独立の原則やその根拠となる条文を指摘しないまま、本件訴訟が通常共同訴訟であることをもって直ちにXがY2に対する訴えの取下げをすることができるとするものなども散見された。

他方で、本件訴訟が固有必要的共同訴訟であるとの結論を採る答案も少なくなかった。この結論であっても評価に差異はないことは上記のとおりであるが、その根拠を十分に論証する答案はほとんどなかったため、本件訴訟が通常共同訴訟であるとの結論を採る答案と比較すると、相対的に低い評価となった。本件訴訟が固有必要的共同訴訟であるとの結論を採る場合には、例えば、訴訟法的観点から、判例の結論とは差異があることを踏まえつつ、合一的確定の必要と訴訟共同の必要があることを説得的に論証することなどが必要となる。しかし、本件訴訟が固有必要的共同訴訟であるとの結論を採る答案においては、単に「合一的な確定が必要である。」等の結論を示すだけのものが多かった。これでは説得的な論証とは言い難い。また、実体法的観点からこれを基礎付けようとする答案も一定数あったが、このような答案は、総じて本件建物の明渡義務が不可分債務であることを根拠とするものであった。しかし、上記のとおり、本件建物の明渡義務が不可分債務であることは、本件訴訟が通常共同訴訟となることの根拠となるものであって、これにより本件訴訟が固有必要的共同訴訟であるとの結論を基礎付けることは困難である。「不可分」という語の語感に引きずられたのではないかと推測されるが、実体法の基礎的な知識の欠落があるのではないかと危惧を禁じ得ない。また、本件訴訟が固有必要的共同訴訟であるとの結論を採る場合には、法第40条を指摘した上で、一部に対する訴えの取下げは全員の当事者適格を失わせることとなるため、その効力を生じないことを指摘する必要があるが、この点の論証を欠く答案も少なからず見られた。このような答案は、固有必要

的共同訴訟という概念自体の理解が十分ではないのではないかと懸念される。

このほか、本件訴訟が固有必要的共同訴訟であるとの結論を採るにもかかわらず、Y 2 に対する訴えの取下げができるとするもの、固有必要的共同訴訟と類似必要的共同訴訟の区別をすることなく「必要的共同訴訟」かどうかを論ずるもの、本件訴訟が類似必要的共同訴訟であるとするものなども少ないながらあった。これらの答案の評価は、低いものとなる。

なお、本件訴訟が通常共同訴訟である（又は固有必要的共同訴訟である）という点を示すのみであり、X が Y 2 に対する訴えの取下げができるかどうかについての結論を示さない答案も一定数あった。尋ねられたことに対して解答しなければ、評価されないことは当然である。

イ 課題 2 について

設問 3 では、次に課題 2 として、X が適法に Y 2 に対する訴えのみを取り下げたという前提の下において、X と Y 1 のみの訴訟において本案判決がされる場合に、取下げがされる前の期日において Y 2 が提出して取調べがされた本件日誌の証拠調べの結果を事実認定に用いてよいかどうかの検討が求められている。ここでは、「共同訴訟における証拠調べの効果」と「それが訴えの取下げによって影響を受けるかどうか」という問題文中で示された二つの視点を踏まえつつ検討を進める必要がある。

このうち、一つ目の視点、すなわち「共同訴訟における証拠調べの効果」については、まず、通常共同訴訟においては共同訴訟人独立の原則により共同訴訟人の一人の訴訟行為は他の共同訴訟人に影響を及ぼさないことを述べた上で、その例外として、共同訴訟人の一人が提出した証拠から得られる証拠資料はその援用がなくとも他の共同訴訟人に関する事実認定にも用いることができるという証拠共通の原則の意義やこれが認められる根拠を説明することが求められる。相当数の答案において、共同訴訟人独立の原則やその例外としての証拠共通の原則について指摘することができていたが、証拠共通の原則の意義を論ずるに当たり、誰と誰との間の規律であるのかという視点が明確に示されていない答案も一定数あった。また、証拠共通の原則が認められる根拠については、例えば、歴史的に一つしかない事実については、その認定判断も一つしかあり得ないことから、これを認めなければ、裁判所に対して矛盾した判断をさせることとなり、自由心証主義の不当な制約となること、共同訴訟人の一部が提出した証拠であっても、他の共同訴訟人がその証拠調べの関与に関わる機会があることから、他の共同訴訟人の手続保障も図られていることなどを指摘して論ずる必要がある。もっとも、これらを過不足なく論じた答案は僅かであり、多くの答案は、前者のみを指摘するものであった。また、そのような答案においては、単に「歴史的に事実の一つ」、「自由心証主義から」などのみ述べる答案も少なくなかった。時間の不足に起因するものであるとも考えられるが、このような答案は、論証としては十分なものとは言い難いことに留意が必要である。

次に、二つ目の視点、すなわち「それが訴えの取下げによって影響を受けるかどうか」という点については、訴えの取下げがあった部分は初めから係属していなかったものとみなされる（法第 26 条第 1 項）という訴えの取下げの効果を検討することが必要となるが、これを条文とともに的確に指摘することができた答案は、多くはなかった。この点は、課題 2 が検討を求める問題意識の前提となるものであり、この理解を欠く答案の評価は、低いものとならざるを得ない。

そして、以上の二つの視点からの論証を通じ、X の Y 2 に対する訴えの取下げが Y 2 の申出により取調べがされた本件日誌についての証拠共通に影響を与えるのではないかという問題意識が導かれることとなる。これが課題 2 における主要な検討事項となる。本件日誌を証拠として用いることができるとの結論を採る場合には、その根拠として、例えば、判例（最高裁判所昭和 32 年 6 月 25 日第三小法廷判決・民集 11 卷 6 号 1143 頁）によれば、証拠申出の撤回は、証拠調べの終了後においては許されないとされており、その結論は相手方に有利な証拠資料が得られている可能性があることを考慮すると是認されることや、Y 2 の申出によりされ

た証拠調べの結果は、証拠共通の原則によりXとY 1との関係においても心証を形成する資料となっているところ、それは、係属が消滅した訴訟における訴訟行為に基づく訴訟法律関係とは別個の訴訟法律関係が生じていると言い得ることから、訴えの取下げによってもその効果は維持されるべきであることなどを指摘することが考えられる。これに対し、本件日誌を証拠として用いることができないとする結論を採る場合には、その根拠として、例えば、訴えの取下げの結果、当事者の訴訟行為によって形成された法律効果は全て消滅することを前提とし、証拠申出の撤回は、弁論主義に照らし、相手方の同意があれば許されるとした上で、XがY 2に対する訴えの取下げをしたことにより、実質的にはY 2の証拠申出とこれに基づく証拠調べの結果の消滅に同意をしているものとみることができるとなどを指摘することが考えられよう。課題2については、いずれの結論であっても、評価に差異はないが、論理的かつ説得的な論証が求められる。もっとも、以上を適切に論ずる答案は、どちらの結論であってもほとんどなかった。多くの答案においては、上記のとおり、前提となる訴えの取下げの効果を指摘することができていないため、そもそも課題2が求める問題意識自体を正しく把握することができておらず、訴えの取下げの効果を指摘することができているものであっても、かろうじて「一度形成された心証は消せない。」といった理由を述べて、本件日誌を証拠として用いることができるとの結論を採るものが一定数あったほかは、結論のみを述べるもの、根拠となり得ないものを述べるものなどであった。

ウ 設問3のまとめ

設問3の課題1は、他の設問及びその課題と比較すると、充実した内容の答案が多かった。これに対し、課題2は、特にその主要な検討事項に関し、出題の趣旨を適切に捉えた論述をする答案は少なかった。

「優秀」に該当する答案は、課題1及び課題2のいずれについても、出題の趣旨を正しく理解した上で、上記の検討事項について、過不足のない論述をするものである。また、「良好」に該当する答案は、例えば、課題1では適切な論証がされているものの、課題2では検討がやや足りないものである。「一応の水準」に該当する答案は、課題1では出題の趣旨自体は理解されているものの、その論証が十分ではないものなどである。これに対し、課題1において明らかに誤った論述をするものや、課題2において前提となる基礎的な事項の指摘を欠くなど総じて基礎的な事項の理解が不足している答案は「不良」と評価される。

4 法科大学院に求めるもの

本年の問題に対しては、多くの答案において、一応の論述がされていたが、定型的な論証パターンをそのまま書き出したと思われる答案、出題の趣旨とは関係のない論述や解答に必要な論述をする答案、事案に即した検討が不十分であり、抽象論に終始する答案なども、残念ながら散見された。また、民事訴訟の極めて基礎的な事項への理解や基礎的な条文の理解が十分な水準に至っていないと思われる答案も一定数あった。これらの結果は、受験者が民事訴訟の体系的理解と基礎的な知識の正確な取得のために体系書や条文を繰り返し精読するという地道な作業をおろそかにし、依然としていわゆる論点主義に陥っており、個別論点に対する解答の効率的な取得を重視しているのではないかと強い懸念を生じさせる。この点は、設問1や設問2の採点実感中において指摘したとおりである。また、設問3において、典型的な論点であると思われる課題1とそうではない課題2とで論証の充実度に大きな差異があったことから、いわゆる論点主義の弊害がうかがわれよう。昨年も指摘したところであるが、条文の趣旨や判例、学説等の正確な理解を駆使して、日々生起する様々な事象や問題に対して、論理的に思考し、説得的な結論を提示する能力は、法律実務家に求められるところであり、このような能力は、基本法制の体系的理解と基礎的な知識の正確な取得、論理的な思考の日々の訓練という地道な作業によってこそ涵養され得るものと思われる。法科大学院においては、このことが法科大学院生にも広く共有されるよう指導いただきたい。以上は、例年

指摘しているところであるが、本年も重ねて強調したい。

また、民事訴訟法の分野においては、理論と実務とは車の両輪であり、両者の理解を共に深めることが重要である。設問2においては、和解手続における当事者の発言内容を心証形成の資料とすることができるとした場合の問題の検討が求められているが、多くの答案がその検討に当たり実務上の和解手続の姿をイメージしていたと評価することができる。これは、受験者や法科大学院等の関係者において実務の理解を深めることの重要性についての認識が共有されつつあることの現れであると受け止めたい。現実の民事訴訟手続についてのイメージがつかめないままに学習を進めることは難しいと思われる。法科大学院においては、今後とも、より一層、理論と実務を架橋することを意識した指導の工夫を積み重ねていただきたい。