

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については、「出題の趣旨」として公表したとおりである。

第1問は、株式会社が破産手続開始の決定を受けた場合の具体的事例を基に、双方未履行状態にある請負契約が破産管財人により解除された場合における既払の請負代金及び未払の請負代金債権の取扱いについて（設問1）、支払不能後又は支払停止後に預金払戻債務が負担された場合に、銀行が有する貸金返還請求権を自働債権とする相殺の可否について（設問2及び3）の理解を問うものである。採点の主眼は、関係条文の規律内容及び制度趣旨を正しく理解できているかどうかを確認するとともに、設問において与えられた事実関係を分析し、解答に必要な範囲で抽出して当てはめを行った上で、的確な結論を導くことができているかどうかには置かれている。論点ごとの具体的な評価水準等については、後記3(1)に記載のとおりであるが、全体を通して、条文から正確に要件を拾い出し、設問における事実関係に丁寧に当てはめていく姿勢が重要である。例えば、B銀行が有する貸金返還請求権が破産債権に当たることや、F商店による振込が支払不能又は支払停止後の債務負担に当たることなどは、論述の流れにおいては自明のこととして言及を省略しがちになると思われるが、そのような答えは上記のような姿勢が示されているとはいえ、高い評価にはつながらない。逆に、短い論述であっても、根拠条文を逐一摘示し、要件を落とすことなく着実に当てはめを行っている答えは、一応の水準に達しているものと評価され、出題意図を大きく外した答えにはならないものと思われる。

第2問は、株式会社が再生手続開始の決定を受けた場合の具体的事例を基に、結婚披露宴に関する役務の提供を受ける権利の届出方法等について（設問1）、再生計画案の可決に当たって虚偽の債権届出がされたとの事例において、再生計画の取消事由の有無及びこれがあるとした場合に裁判所の判断に裁量があることについて（設問2）、再生計画に基づく弁済を継続していくことができなくなった場合における裁判所の採るべき方策について（設問3）の理解を問うものである。採点の主眼は、全体を通して、再生手続における基本的概念や手続的事項について正確に理解できているかどうか、関係条文の的確な指摘ができているかどうかを確認するとともに、設問2については、問題文から出題意図を的確に捉えた上で、関係条文の解釈を展開しつつ、設問において与えられた事実関係を踏まえ、反対の結論にも目を向けながら、自らの考えを論じることができ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 設問1

解答に当たっては、まず、本設問における解除について適用される規律を摘示する必要があるところ、破産法第53条第1項の特則である民法第642条第1項本文を摘示する答えについては、一応の水準にあるものと評価している。他方、請負契約の注文者について破産手続が開始された後の解除について民法に規律が設けられていることを知らないためか、同法第642条に全く言及がない答えが目についたほか、破産法第53条と民法第642条を併記して、本件請負契約についていずれかにより解除することができるとする答えや、民法第642条を破産法第53条、第54条の特則であると指摘しながら、本件については破産法第53条、第54条が適用されるとする答えなど、「特則」の意義を理解していないと思われる答えが相当数あった。更には、令和2年5月31日までに倉庫が完成していることから、請負人の契約上の義務は履行を完了しているとする答えもあり、倒産法以前に、民法（請負契約）の知識不足が懸念される答えが目立った。当然のことながら、これらの答えは、いずれも低い評価にとどまっている。なお、問題文において、「仮に、この解

除が認められるとした場合」との指定があるにもかかわらず、破産管財人による解除が可能かどうかについて長々と論じている答案も一定数見受けられた。このような答案の多くは、結果として、本来厚く論ずべき事項の検討が手薄になっており、やはり低い評価にとどまっている。出題意図を踏まえ、どの点を重点的に論ずべきかを意識して答案を作成することの必要性が感じられた。

次に、既払の請負代金の取扱いに関しては、解除の効果が出来高部分には及ばないことを前提に、返還する必要がないとの結論が示されている答案について、一応の水準にあるものと評価している。しかしながら、E建設による仕事完成債務は全て履行されているのに対し、支払済みの報酬は全体の3分の1にすぎないから、原状回復の必要がなく、破産手続における処理の対象とはならないとの的確な当てはめがされている答案は必ずしも多くなく、こうした点について適切に論じられている答案は高い評価となっている。他方、債権債務の帰属関係が整理（理解）できていないためか、例えば、既払の5000万円について、「破産財団が財団債権として原状回復請求権を有する」とする答案など、およそ理解不能な答案が相当数あった。このような答案は、破産法上の基本的概念についての理解が水準に達していないものと評価せざるを得ない。

そして、未払の請負代金債権の取扱いに関しては、多くの答案において、民法第642条第2項を摘示しつつ、同項の「既にした仕事の報酬」に当たることから破産債権となることを指摘することができており、その内容に応じ、一応の水準以上の評価となっている。他方、同項の規律を指摘することができているにもかかわらず、破産債権となるか財団債権となるかを検討し、同条第3項により破産債権となるとする答案や、破産管財人の行為（解除）により生じた請求権であるとして破産法第148条第1項第4号により財団債権となるとする答案が目についた。これらの答案は、民法第642条第2項の「破産財団の配当に加入する」との文言の正確な理解ができていないものといわざるを得ず、低い評価となっている。なお、少数ながら、請負人に不動産工事の先取特権が成立するという答案も見受けられたが、この先取特権については工事開始前に予算額を登記することが必要であり（同法第338条第1項）、本問ではそのような事情は認められないことに注意を要する。

## イ 設問2

設問2では、貸金返還請求権を自働債権、預金払戻請求権を受働債権とする相殺の可否が問われていることから、解答に当たっては、まず、貸金返還請求権が破産法第2条第5項の破産債権に該当すること（又はB銀行が同条第6項の破産債権者に該当すること）を指摘し、同法第67条第1項により、原則として相殺が可能であることを指摘する必要がある。その上で、本設問は、破産債権者による危機時期における債務負担が問題となることから、同法第71条第1項各号の相殺禁止規定の適用の有無について検討する必要がある。多くの答案では、このような流れで論じることができており、その内容に応じ、一応の水準以上の評価となっている。他方、同条の適用の有無について問題提起をしているにもかかわらず、同条第1項各号の適用の有無を具体的に検討することなく、一般論として相殺の合理的期待の有無により相殺の可否について直ちに結論を導く答案や、そもそも同条の適用の有無について触れることなく、専ら同法第67条第1項の問題として、相殺をすることができるとする答案も見られた。このような答案は、相殺権に関する基本的な条文構造についての正確な理解ができていないものといわざるを得ず、低い評価となっている。また、少数ながら、預金払戻債務の発生時期を払戻請求時とする答案も見られたが、預金契約は消費寄託契約（民法第666条第1項）であり、寄託物の引渡しによって受寄者に受寄物の返還義務が発生することになるので、注意を要する。

破産法第71条第1項各号の検討に当たっては、まず、支払不能後の債務負担について定めた同項第2号の適用の有無について論ずる必要がある。しかしながら、この点の検討を行うことなく、支払停止後の債務負担について定めた同項第3号の適用の有無のみを論ずる答案が相当数見受けられた。このような答案であっても、その内容に応じ、一応の水準にあると評価し得るものもあるが、解答に対するこのような姿勢には、以下のような問題点がある。支払停止は、支払不能という客観

的狀態を立証することが通常困難であることを考慮し、債務者の外部的態度を捉えて上記客觀的狀態を推定するために設けられた法的概念であり、債務者の危機時期を示すものは、飽くまで支払不能である。特に、本問では、問題文において、仕入先に対する買掛代金の支払期日を徒過した令和2年5月31日にかけての事実関係が詳細に示され、同日時点で支払不能にあったことを認定できるだけの材料が示されており、これに基づき、的確な事実認定をすることが求められていた。確かに、実務上、相殺や否認を主張する場面において、支払停止に当たることの方が容易に認定することができるが、支払不能について検討することなく、安易に支払停止についての検討から始めたのでは、的確な法的構成を選択することができないおそれが生じることとなる。また、支払停止から支払不能が推定されることに言及する答案も見られたが、これが、支払停止が認められる同年6月8日時点でないと支払不能とはいえないとの趣旨であるとすれば、事例に掲げられた事実関係からは同年5月31日の時点で支払不能であると認められることと整合しない論述となることにも注意を要する。

破産法第71条第1項第2号についての検討に当たっては、同法第2条第11項（第11号と誤って摘示している答案が散見された。）を摘示して支払不能の定義を示した上で、事例に掲げられた具体的な事実を拾い出して当てはめを行い、令和2年5月31日の時点でA社が支払不能となった（同年6月1日との考え方もあり得る。）ことを認定し、F商店による振込は同月5日であるから支払不能後の債務負担に当たることを明示する必要がある。多くの答案では、これらに一応触れられており、一応の水準にあると評価しているが、「一般的かつ継続的」との要件への当てはめが適切にされている答案はわずかであったほか、支払不能の時期を明確に特定していない答案も散見された。さらに、同法第71条第1項第2号においては、「破産者の財産の処分を内容とする契約」を「専ら破産債権をもってする相殺に供する目的」で締結した場合等に限り相殺を禁止していることから、これらの加重要件についても論ずる必要があるが、この点について適切な検討が加えられている答案は少数にとどまり、評価に大きな差が生ずる論点となった。いわゆる専相殺目的については、相殺権者の主觀的意図のみが問題となること、本問における事実関係を踏まえ、F商店による振込については、B銀行の関与がなく、F商店の選択によってB銀行の口座に振り込まれたものであることから、「専ら」相殺に供する目的がないと論じている答案や、F商店が破産者の口座に振り込んだ場合には破産者の行為が介在しないことから「契約を破産者との間で締結」とはいえないと論じている答案については、事例に現れた事情を的確に摘示する答案として高い評価をしている。これに加え、既に発生している他人の「債務を引き受ける」ものではないことについて言及できている答案はごく少数にとどまっていたが、このような答案も、条文構造を正確に理解するものとして高い評価をしている。

破産法第71条第1項の規定に照らすと、同項第2号の適用がないとの結論に至ったとしても、同項第1号、第3号及び第4号のいずれも適用がないといえない限り、相殺をすることができるとの結論を導くことができないにもかかわらず、これらの規定（特に、同項第1号及び第4号）の適用の有無について検討していない答案が相当数見受けられた。本設問では、B銀行による債務負担の時期に照らし、同項第1号及び第4号の適用がないことは明らかではあるが、結論を導くに当たっては、この点についての言及は不可欠である。

破産法第71条第1項第3号についての検討に当たっては、支払停止の定義を示した上で、事実関係を踏まえ、令和2年6月8日に本件通知を発送したことが支払停止に当たることを認定し、F商店による振込は支払停止後の債務負担に当たらないことから同号の適用はないとの結論を導くことが求められる。第3号の適用の有無について触れられている答案においては、その多数でこのような論述がされており、その内容に応じ、一応の水準以上にあるものと評価している。ただし、支払停止の時期については、支払停止は債務者の主觀的行為であることから、通知の発送時である令和2年6月8日とすべきところ、通知の到達日である同月9日とする答案が多く目に付いた。他方、同月3日の内部的な協議については、外部表明性がないとして支払停止に該当しないことを適切に

検討できている答案が一定数あり、ここまで論述できている場合には、正しい理解を示すものとして高く評価した。その反面、同日の協議について、主な取引先や金融機関が参加していたとして外部表明性を肯定するなど、問題文を正確に理解できていない（読み違えている）答案も一定数見受けられた。また、支払停止の時期を同月8日とする以上、同月5日の時点で支払停止について悪意かどうかを論ずる余地はないにもかかわらず、悪意でないことを理由に同項第3号の適用はないとする答案も散見された。

なお、本設問においては、「支払請求を拒絶することができるか」と問われているのであるから、相殺禁止規定の適用がないとの結論に至ったのであれば、設問に対する解答としては、「拒絶することができる」とすべきであるにもかかわらず、単に、「相殺をすることができる」としている答案が相当数見受けられた。細かい点ではあるが、設問に対して直截に解答するという姿勢は常に意識してもらいたい。

#### ウ 設問3

設問3については、設問1及び設問2と比較して、一応の水準以上にあると評価し得る答案が多かった。特に、破産法第71条第1項第3号の適用があるとした上で、同条第2項の相殺禁止の例外（「前に生じた原因」の該当性）について、その趣旨に触れつつ、適切に当てはめを行っている答案が多く見られ、この点については高く評価することができる。他方、同条第2項第2号についての検討において、B銀行はAの主要な取引銀行であるため、複数の金融機関の中から振込先として選ばれることは単なる偶然ではないとして相殺の合理的な期待があるとする答案が散見されたが、振込送金を依頼する者において預金者の主要な取引銀行を優先することが当然であるとはいいい切れず、そのような期待があるといつてよいか疑問であるし、仮にそのような期待があり得るとしても、抽象的な期待にとどまるものと評価すべきであろう。

また、設問3では、破産手続開始の申立てがあった後に債務を負担した場合について問われているのであるから、破産法第71条第1項第4号の適用の有無について触れる必要があるところ、この点については、多くの答案において、破産手続開始の申立てがされていたことを知らなかったとの問題文の指示に従って、結論として同号の適用はないとの論述がされていた。しかしながら、問題文において明示されている指示を無視ないし曲解し、B銀行は、令和2年6月8日の通知により破産手続開始の申立てがされる予定であることを知っていたから悪意であるとの答案、主要な取引銀行であるから重過失により悪意であったものとみなすべきであるとの答案、相殺の合理的な期待がないから同号の適用ないし類推適用により相殺が禁止されるとの答案など、理解に苦しむ答案も散見された。なお、同項第4号の適用がないことから、同項第3号の適用の有無を検討することなく、直ちに相殺が認められるとの結論に至っている答案も一定数見受けられ、上記イで述べたとおり、条文構造の正確な理解が強く求められるところである。

このほか、少数ながら、破産手続開始後に債務を負担したものであるとして破産法第71条第1項第1号により相殺が禁止されるとの答案、B銀行の預金払戻債務が停止条件付債務であるとして専ら同法第67条第2項の問題として検討する答案なども見られたが、このような答案は、低い評価にとどまっている。

### (2) 第2問

#### ア 設問1

設問1は、結婚披露宴に関する役務の提供を受ける権利を題材に、再生債権の概念、再生債権該当性についての理解のほか、破産債権の届出内容との相違を含め、再生債権の届出についての理解を問うものであった。いわゆる典型論点を取り扱うものではなく、また、過去に同旨の出題がされていなかったことから、受験生としては意表を突かれたようである。実際、設問1の解答を後回しにする答案が相当数見受けられた上、設問2及び設問3と比較して、設問に適切に解答できていると評価し得る答案は少なかった。再生手続における基本的な概念を理解した上で、根拠条文を的確に摘示し、要件を落とすことなく丁寧に当てはめを行うという法曹実務家に求められる基本的な能

力の重要性を再認識し、常日頃からこの点を意識して学習することが求められる。

解答に当たっては、民事再生法第84条第1項を摘示して、再生債権の定義及び要件を明示しつつ、これに丁寧に当てはめていくことが求められる。多くの答案では、同項を摘示し、再生債権の定義及び要件を明示することはできていたものの、当てはめについては、正確性を欠くものや雑な論述にとどまるものが目立った。特に、財産上の請求権であることの当てはめができていない答案が多く見られたが、結婚披露宴を開くために必要な役務の提供を受ける権利は非金銭債権ではあるものの、再生債務者の財産を利用することにより履行可能な債務に係る請求権であることから、同条第1項にいう財産上の請求権となることを踏まえた解答が望まれる。中でも、手続開始後の履行不能を条件とする停止条件（解除条件）付債権とする答案や、同条第2項第2号に基づき再生債権となるとする答案が散見され、特に後者については、同号の規定は再生手続開始決定前から再生債務者が負う義務の不履行が生じている場合において開始後に生じる損害賠償請求権について定めたものであるから、本問には当てはまらないことに注意を要する。また、代金の返還請求権や解除による原状回復請求権が金銭債権となることを理由として財産上の請求権として再生債権となるとの解答も見受けられたが、再生手続開始決定によりDの請求権が金銭化される（契約が解除される）基礎となる事実（特約等）は問題文に示されておらず、民事再生法にも根拠規定はないので、誤解というほかない。このほか、問題文において、「なぜ再生債権となるか」について言及することとされ、Dが有する請求権は再生債権に当たることが解答の前提であると容易にうかがえるにもかかわらず、同法第119条第2号により共益債権（破産については、破産法第148条第1項第4号に基づく財団債権）とする答案や、双方未履行双務契約の解除に基づく損害賠償請求権（又は原状回復請求に係る財団債権）とする答案も散見された。いずれも、出題意図を把握することができていないもの、制度の基本的な理解を欠くものといわざるを得ず、低い評価にとどまっている。

次に、届出方法については、基本的な条文である民事再生法第94条第1項の摘示ができていない答案や、同項の摘示がされていても、単に、「債権届出期間内に」、「内容」、「原因」、「議決権の額」を届け出なければならないとして、同項の規律内容の羅列にとどまっている答案が多数見受けられた。繰り返しになるが、基本に立ち返り、「債権届出期間として定められた令和3年6月30日までに、同年4月1日に締結した契約を原因として、同年12月4日に結婚披露宴を開くための役務の提供を受ける権利を、対価として支払った110万円を議決権額として届け出る」などと、事例に則して丁寧に当てはめを行うことが求められる。なお、再生債権の届出に関しては、同法第94条のほか民事再生規則第31条にも規定が設けられているところ、同条の規定を摘示することができていた答案は必ずしも多くなく、このような答案は高い評価となっている。

また、本設問では、破産手続との届出内容の相違についても問われているところ、清算型の手続である破産手続においては、金銭の支払を目的としない債権も金銭化する取扱いがされている（破産法第103条第2項第1号イ）ことから、同法第111条第1項第1号を摘示し、債権の「内容」ではなく「額」を届け出る点で違いが生じることについて言及する必要がある。「金銭化」という語が現れている答案は一定数見受けられ、一応の水準にあるものと評価したが、条文の摘示も含め、金銭化について相違があることを制度趣旨に遡って的確に論じることができている答案は必ずしも多くなく、このような答案は高い評価となっている。

## イ 設問2

再生計画の取消事由の有無の検討に当たっては、まず、再生債務者の代表取締役が、多数の従業員に虚偽の再生債権届出書を提出させ、債権調査において再生債務者がこれらの債権を認めたことが、民事再生法第189条第1項第1号の「不正の方法」に当たるか否かについて論じる必要がある。多くの答案において、問題の所在を的確に把握した上、同号の規定を正確に摘示することができており、一応の水準にあるものと評価したが、同法第174条第2項第3号の「不正な方法」についての解釈を示した判例（最決平成20年3月13日民集62巻3号860頁）を意識して論述を展開していた答案は半数程度にとどまっていた。また、本設問の事例においては、「不正の方法」

に該当することを指摘しただけでは十分とはいえ、再生計画案が不正の方法「により」成立したこと、すなわち、再生計画の成立との因果関係の有無についても検討することが求められている。この点については、少数ながらも、因果関係の有無が問題となることに触れた上で、虚偽の届出がされなくとも過半数の頭数は確保できており可決されていたとの事実や、虚偽の届出がされたことが途中で発覚していれば債権者2名の反対により可決することはなかったとの事実を的確に拾い出し、これらの事実について自分なりの評価を与えている答案があり、因果関係の有無についていずれの結論を採っていたとしても、十分な水準にあるものと評価している。他方、大半の答案は、これらの事実を「不正の方法」の当てはめの中で一体として論じているか、裁判所の裁量判断に当たっての考慮要素として論じており、この点において評価に大きな差が生じた。ここでは、条文から導かれる「要件」を分析的に抽出し、事例において掲げられた「事実関係」を的確に当てはめることができているかどうかを試されている。

次に、取消事由がある場合における裁判所の判断の在り方の検討に当たっては、まず、民事再生法第189条第1項において「再生計画取消しの決定をすることができる」とされていることを示した上、裁判所は取消事由がある場合でも裁量により申立てを棄却することが可能であることを指摘する必要があるが、想定していた以上に、裁判所に裁量的判断が許されていることを指摘できていた答案が少なかった。このような答案は、基本的な条文ないし制度の正確な理解が十分でなく、また、出題意図を把握できていないものとして、低い評価にとどまっている。そして、解答に当たっては、取り消す方向の要素と棄却する方向の要素とを事例に即して的確に拾い出し、分析・検討する必要がある。具体的には、取り消す方向の要素として、再生計画案の決議は再生手続の中でもとりわけ重要な意義を有するため、不正の方法により成立した再生計画を認めるべきではないことや、本設問のような不正を許してしまうと他の事案においても同様の不正行為が行われるおそれがあることなどを、手続的な正義を重視する視点から取り上げることが考えられ、他方、棄却する方向の要素としては、再生計画の取消しの申立てまでの間、再生計画は滞りなく履行されていたとの事実や今後も履行の継続が可能な状況であるとの事実から、取消しの申立てが認容された場合との比較において再生債権者にとって経済的利益があることなどを、具体的事案における経済合理性を重視する視点から取り上げることが考えられる。少数ながら、これらに触れられている答案があり、相対的に高く評価したが、その大半はどちらか一方の要素のみを指摘するにとどまっており、出題意図を的確に把握し、反対の要素にも目を向けて論述することができていた答案はごくわずかであった。

#### ウ 設問3

設問3は、再生計画に基づく弁済を継続していくことができなくなった場合において裁判所が採るべき方策として、民事再生法上どのような制度が設けられているかについての理解を問うものであった。多くの答案において、同法第194条を摘示して、再生計画を遂行できないことが明らかであることから、再生手続を廃止するとの方策について指摘することができており、一応の水準にあるものと評価している。他方、設問2との対比において、再生計画の取消しは裁判所に裁量棄却の選択肢があるが、再生手続の廃止は必要であることに言及できていない答案が多く見受けられた。また、解答に当たっては、同法第250条を摘示して、裁判所は職権による破産手続開始の決定をすることができることも指摘する必要があるが、牽連破産についての言及がない答案が一定数見受けられたほか、この点に触れられていたとしても、「職権」によることができることにまで言及できていた答案は少なかった。この点についても、条文ないし制度について、相互の関係性等を踏まえた正確な理解が求められる。

#### 4 今後の出題について

出題方針について特に変更すべき点はなく、今後も、特定の傾向に偏ることなく、具体的な事案を通じて、基本的な考え方や事項に関する理解を確認する問題、当該事案を正確に把握して適切に法令上の

対応手段を導き出す能力を試す問題、倒産実体法及び倒産手続法に関する問題等、倒産法の基本的な理解ができているかどうかを問う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等

倒産法における基本的な条文、判例及び学説を断片的・概括的にではなく、その趣旨に遡って正確に理解をした上で、具体的な事案に対応することができる能力を涵養するため、個々の制度の関係性等についても意識して、また、清算型手続と再建型手続との異同を理解しながら、倒産法の体系の中で把握することが重要であって、このことは、例年指摘しているところである。また、具体的な事例において与えられた事情を正確に整理・把握し、問題点を的確に抽出する能力、その問題点について論理的かつ一貫性のある解釈論に基づき妥当な結論を導き、説得的に論ずる能力が必要とされることも例年のとおりである。法科大学院に対しては、例年指摘されているこれらの点にも配慮しつつ、上記の能力の涵養等を実現するための教育を期待したいところである。

次に、倒産法に限らず法学一般に当てはまることと思われるが、受験生において、法曹としてぜひとも身に付けてもらいたい基本的な素養について、本年度の出題と関連して述べておきたい。まず、ある法令において、原則とともにその例外に当たる規定が複数設けられている場合に、原則の要件を充足するものの、例外に当たる規定の適用の有無が問われているときは、全ての例外に該当しないことが論証されて初めて原則に戻ることができる（第1問設問2参照）。反対に、例外のうちいずれか一つにでも該当するのであれば、原則の規定が適用されることはない（同設問3参照）。また、条文の文言についての解釈を示す場合は、その論拠として、文理、立法趣旨、沿革、条文相互の論理的な関係、判例等を指摘することになるが、常に全てを持ち出す必要はないものの、少なくとも一つは指摘する必要がある（第2問設問2「不正の方法」の解釈参照）。さらに、法令が人の行為について規律している場合は、一般論として、客観的な行為、行為者の主観的態様、結果の発生、行為と結果との因果関係といった点が要件となることが多いことから、そのような視点をもって、条文の文言を分析することが有用である（第2問設問2における因果関係についての検討参照）。加えて、実務上、法令の解釈適用に当たって、手続的正義と経済合理性とが相克する局面は頻繁に生じるものであり、これらは結論を導く際の対立軸となり得るものである（同設問2における裁判所の裁量判断についての検討参照）。これらは一例を示すものにすぎないが、法分野を問わずに活用することができる論理的思考力、視点等を身に付けておくことは、法曹となって未知の問題に挑む際、問題の所在を的確に把握し、妥当な結論を導くために必ず役に立つものであり、その登用試験としての司法試験においても同様である。法曹を志す受験生においては、試験対策上の小手先の技術としてではなく、法分野ごとの知識や考え方を学ぶことを通じて法的センスを養い、法曹として長く有効に使える基本的な素養を身に付けてもらいたい。

なお、本試験は、解答者の文字の読みやすさを評価するものではなく、その巧拙が答案の評価に影響するものでないことはいうまでもない。しかしながら、例年、かつ、他の科目でも繰り返し指摘されているとおり、判読することが困難あるいは不能な文字等による答案が散見され、そのような場合には、設問で与えられた課題についての適切な配点が困難となりかねず、ともすれば解答者の本来の能力・理解度を正当に評価することができない事態につながるものである。受験生においては、このことを十分意識して、是非改善してもらいたい。

令和3年司法試験の採点実感（租税法）

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）

本問では、離婚時の財産分与（民法第768条）をめぐる譲渡所得の課税関係（設問1）、事業所得における必要経費（設問2）、及び不動産所得の人的帰属（設問3）について問われている。

<設問1(1)>

設問1(1)は、財産分与時の譲渡所得課税についての問題であり、名古屋医師財産分与事件（最判昭和50年5月27日民集29巻5号641頁）がそのまま当てはまる事例である。本問については、多くの答案が、財産分与の義務の消滅が、分与者Aにとっての経済的利益に当たることを回答していた。しかし、その経済的利益の金額が5000万円である点については、その理由を述べていない答案や、甲土地の時価が5000万円であることしか述べていない答案が少なくなかった。これは譲渡所得における総収入金額（譲渡対価）の認定に関わるものであり、丁寧な論述が求められる。

また、長期譲渡所得が2分の1課税となることの意味を、正確に理解していない答案が少なくなかった。金額が2分の1とされるのは特別控除額適用の前か後か、また2分の1とされるのは譲渡所得の金額なのか総所得金額に算入される金額なのか、条文を読んでほしい。

<設問1(2)>

設問1(2)は、財産分与によって資産を取得したBが、その資産を譲渡した場合についての問題である。ここではBにとっての土地甲の取得費が問題となる。(1)が出来ていた答案は、この問題もおおむね適切に回答していた。

設問1に関しては、上記最高裁判例を理解していない答案が「不良」と評価され、上記判例を理解しているが5000万円という金額が導かれる理由を述べていない答案が「一応の水準」と評価され、金額の理由について(1)及び(2)を通じて述べている答案が「良好」又は「優秀」と評価された。

<設問2>

設問2は、資格を取得するための支出や、その他の技能等を得るための支出の、事業所得における必要経費該当性についての問題である。所得税法第37条第1項は、必要経費に算入すべき金額として、「売上原価その他当該総収入金額を得るため直接に要した費用の額」及び「販売費、一般管理費その他これらの所得を生ずべき業務について生じた費用」の2つを定めているが、この点を指摘した答案が少なく、両者の違いを正確に理解している答案はさらに少なかった。また、このような支出について必要経費該当性が問題となる際には、家事費・家事関連費に当たるか否かを検討することも求められるが、この点に触れた答案も少なかった。これらの点は、必要経費に関する基礎的な事項であるので、留意してほしい。

なお、答案の中には、はり師・きゅう師の資格取得のための専門学校学費について、それがその年の収入稼得に貢献していないことや、資格を取得してから開業した場合とのバランスについて触れるものがあり、必要経費に関する問題を深く理解しているからこそ、このような論述が出来るのだと感心した。

設問2に関しては、①必要経費に算入すべき金額が上記のとおり2種類あって本件の支出は後者に当たることを指摘し、さらに②家事費・家事関連費への該当性について検討している答案が「優秀」と評価され、①と②の一方だけを満たすものが「良好」と評価され、①と②の両方を満たさないが必要経費の意義を述べた上で本件の事案を当てはめて結論を導いている答案が



「一応の水準」と評価された。

<設問3>

設問3は、不動産所得の人的帰属についての問題である。本問に関しては、まず所得税法第12条について言及していない答案が少なくなかった。また、それらの中には、所得税法第36条の問題として回答をしているものが見られた。このような基本的な事項について間違いが少なくなかったのは意外である。

また、本問は、Cの死亡後において生じた賃料の人的帰属を問うているのであって、Cに帰属することはない。この点については問題文をよく読んでもらいたい。

さらに、本問は、不動産所得という資産から生じる所得の人的帰属を問うているが、これに事業所得の人的帰属の判断基準を当てはめていた答案が少なくなかった。所得の種類によって、人的帰属の判断基準も異なるので、留意してほしい。

設問3に関しては、所得税法第12条について言及していない答案が「不良」と評価され、同条及びその解釈に言及している答案が「一応の水準」と評価され、それに加えて資産から生じる所得の人的帰属の判断基準を述べて、それを本件に当てはめて結論を導いている答案が「良好」又は「優秀」と評価された。

第1問を通じた成績としては、優秀・良好・一応の水準・不良の4つの評価に、おおむね適切に分布したものとなった。

[第2問] (配点：50)

本問では、A社保有資産がA社→B社(取締役C)→P社→Rへと転々譲渡するという事例における、低額譲渡をしたA社の益金・損金及び重加算税(設問1)、転売価格拘束付きで資産を譲り受けその価格で転売したB社の益金・損金(設問2)、並びにCの受ける脱税協力金の所得分類(設問3)について問われている。

<設問1(1)>

設問1(1)では、設問1(2)の前座として、原則的な時価譲渡時の法人税法第22条第2項、同条第3項第1号、同法第22条の2第4項の適用関係を確認している。しかし残念なことに同法第22条第3項第1号の「原価」を指摘できていない答案が少なくなかった。同法第22条はほぼ必ず出題されるので再確認していただきたい。

<設問1(2)>

設問1(2)は低額譲渡を扱う。令和2年度の第1問において難しいと思われていた高額譲受について出来が良かった一方で法人税法第37条第1項の損金算入制限の理解が不十分な答案が多かったため、改めて法人税法第37条の寄附金について確認してもらいたかった(下記4(1)も参照)。また、設問2が難しい一方で、法人税法第37条第8項で明示的に規律されている低額譲渡ならば多くの答案が規定を的確に当てはめることができるであろうと期待していた。

ところが、法人税法第37条を意識していた答案は半数にも満たなかった。令和2年度の高額譲受の出来の良さと比べ、高額譲受より容易な低額譲渡について寄附金を意識すらされないというのは驚きであった。

寄附金を意識できなかつた一方で、受験生の多くは、設問1(2)について、南西通商株式会社事件(最判平成7年12月19日民集49巻10号3121頁)又は適正所得算出説の理解が問われている、と理解したようである。それらの判例や学説を適切に指摘していた答案についてはそれに応じた加点を施した。

<設問1(3)>

重加算税について問うのは初めてであるので、重加算税と別に過少申告加算税(国税通則法第65条)が規定されているという条文構造から国税通則法第68条第1項にいう「隠蔽」「仮装」は過少申告以外の事実の認定を要するというだけのことをまず確認してもらうこととした。そ

ここで、「本件A申告」についての出題とすることで過少申告加算税との違いを意識してもらうことを企図していたが、本件A申告が「隠蔽」「仮装」の要件を満たすかを検討する答案が多く、率直に、ミス・コミュニケーションであったと反省せざるを得ない。

#### <設問1(4)>

最判平成7年4月28日民集49巻4号1193頁は、重加算税についてのリーディング・ケースであるとはいえ、ほとんどの受験生にとって初見であると思われる。初見であっても判決文から規範を抽出し、その規範を問題文の事実当てはめて検討する、という能力を問うた。規範の抽出も、当てはめも、期待どおりよくできていた答案が多かった。規範の抽出を設問1(3)において行っても設問1(4)で加点した。

#### <設問2>

設問2のモデルであるPL農場事件(大阪高判昭和59年6月29日行集35巻6号822頁)は受験生にとって難しい事例であるので、B社が転売価格拘束を受けている場合の資産のB社にとっての価値は時価より低いことがある、ということの理解ができなくても仕方ない。

しかし、法人税法第22条の基本的な条文操作が不確かな答案が多かった。

例えば、本件AB取引に関して法人税法第22条第3項第1号の「原価」に7000万円が算入されるという答案が散見された。こう書いてしまうと、本件BP取引に関して「原価」を扱えなくなってしまう。設問1(1)と合わせ、同法第22条の条文操作について、改めて確認していただきたい。

7000万円で購入した資産を7500万円で売却する場合の500万円の利益について、令和元年の受贈益と見るか、令和2年の譲渡益と見るか、という問題は難しい。それよりも、令和元年の受贈益として扱うなら令和2年の「原価」は7000万円ではなく7500万円に上がっているはずである、又は、令和元年の受贈益として扱わないなら令和2年の「原価」は7000万円のままである、といった整合性に重きを置いて採点した。しかし、前述のとおり、そもそも法人税法第22条の益金・損金の条文操作が不確かな答案が多かった。

#### <設問3>

10種類の所得全てについて検討することが条文構造から要請されるとはいえ、筆記試験で逐一検討させるのは非現実的であるので、候補となる3種類の所得に限定した。

事業所得該当性については、弁護士顧問料事件(最判昭和56年4月24日民集35巻3号672頁)等の判例が示す事業所得判定基準に照らした検討が多くの答案でできていた。

一時所得か雑所得かについて、令和2年度の第1問でも競馬の当たり馬券の払戻金に係る所得について問われていたところ、令和2年度と比べ、本年度は所得税法第34条第1項の判定基準の抽出がおろそかな答案が多かった。

第2問を通じた成績としては、「優秀」とされる答案が少ないものの、優秀・良好・一応の水準・不良の4つの評価に適切に分布したものとなった。法人税法の益金・損金の条文操作がおぼつかない答案が「不良」と評価され、法人税法の益金・損金の条文操作ができている答案が「一応の水準」と評価され、設問1(2)で低額譲渡から直ちに寄附金の可能性に思い至っている答案が「良好」と評価され、その上で更に設問1及び2を通じて寄附金についてA社及びB社を俯瞰して整合的な扱いを意識して書いている答案が「優秀」と評価された。

### 3 今後の出題について

本年は、第2問設問1(3)(4)が国税通則法に関する問題、第2問設問1(1)(2)と設問2が法人税法に関する問題、その余が所得税法に関する問題であった。範囲としては、今後も所得税法からの出題を中心としつつも、法人税法や国税通則法の基本的事項からの出題が望ましいと考えられる。

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概念や制度に関する基本的な知識の有無及び程度、更にこれらの知識を利用して条文の文言を解釈し、当該条文を具体的な事実関

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な知識の習得

例年の採点実感で指摘しているとおり、本年においても、租税法の基本的な概念や基本的な知識の理解を欠く答案が一定数以上見られた。

本年の第1問では、上記のとおり、必要経費や所得の人的帰属について基礎が出来ていない答案が少なくなかった。特に、設問3について所得税法第36条を当てはめようとした答案が複数あったことには驚かされた。

第2問では、そもそも法人税法第22条の条文操作がおぼつかない答案が多数存在した。また、第2問設問1(2)の法人税法第37条第1項による損金算入限度額（額の計算は不要）への意識が、令和2年度に引き続き本年度も不十分であった。例えば「寄附金の損金算入は制限される」という答案だと、損金算入が全額制限されるのか一部制限されるのか不明である。

第2問設問2は難しいため元々高得点は期待していなかったが、受贈益と損金の額に関し整合性は保とうとする姿勢すら見えない答案が少なくなかったことで、期待を下回る出来であった。

以前の採点実感にも記載したとおり、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ことに重点を置いた上で、次のステップとして条文の相互関係、さら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) 事実認定と条文等の当てはめに関する能力の取得

事実認定と当てはめに関する能力の習得の重要性は、連年の採点実感でも指摘したところである。

本年の第1問では、設問2については、まず必要経費の意義を示した上で、事例がそれに当てはまるか否かを検討する答案が多かった。それに対して、設問3においては、不動産所得（資産から生じる所得）の人的帰属について、一般的な判断基準・判断方法を述べた答案は多くなかった。条文等の当てはめの問題においては、いきなり結論に飛びつくのではなく、まず一般的な判断基準・判断方法を示した上で、それに事例を当てはめるという論述を心がけてほしい。

第2問設問1(4)では、判決文から規範を抽出し問題文の事実から関連する事実を拾い上げる能力を問うたところ、おおむねよくできていた。

##### (3) 判例・裁判例の学習

第2問設問3では、事業所得の判定基準に関する判例を意識したことをうかがわせるものが多く、少しずつ、判例・裁判例の学習の重要性が浸透していつているようではある。しかし残念ながら他の点ではいまだ判例・裁判例に触れる姿勢が十分ではない。

例えば、第1問設問1(1)に関しては、名古屋医師財産分与事件（最判昭和50年5月27日民集29巻5号641頁）は租税法における最も重要な判例の一つである。その他、設問1(2)に関する分与土地一体譲渡事件（東京地判平成3年2月28日行集42巻2号341頁）も、上記判例とセットで理解すべきものである。

本年の第2問設問2におけるPL農場事件（大阪高判昭和59年6月29日行集35巻6号822頁）の理解は難しい方の部類に入るが、第2問設問1(2)における南西通商株式会社事件（最判平成7年12月19日民集49巻10号3121頁）や第2問設問3における弁護士顧問料事件（最判昭和56年4月24日民集35巻3号672頁）の理解は基礎的な方である。

#### 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

平成30年度以来、採点実感において、「租税法の勉強は、『一に条文、二に基礎知識、三に判

例』となろう。」と記載している。この点は、本年の採点実感においても変わるところはない。

本年の第1問設問1(2)においては、譲渡所得における取得費について、所得税法第33条第3項及び第38条の両方を挙げた答案が意外に少なかった。また、上記の通り、設問3において所得税法第12条を挙げていない答案が少なくなかった。

第2問設問1(1)は法人税法に関し最も基礎的な問いであるが、意外に完答できている答案は少ない。また、第2問設問3では、一時所得に関する所得税法第34条第1項のどの文言を意識しているか明示できていない答案が目立った。

基礎知識として、本年の第1問設問2に関して、所得税法第37条第1項が必要経費に算入すべき金額を2種類定めていることを、法人税法第22条第3項が損金に算入すべき金額を3種類定めていることと、セットで覚えていただきたい。

また、第2問設問1(2)が低額譲渡を扱っているところ、多くの答案が寄附金に思い至っていないかった。低額譲渡→寄附金という考察回路ができていないことがうかがわれる。

## (2) 判例に関する関心と理解

過年度の採点実感において指摘したとおり、最高裁判例、及び、重要な下級審裁判例に関する知識は、租税法の基本的な知識の一部である。そして、司法試験の解答に際しては、論点について判例等がある場合、問題文に特に「判例に言及しつつ」などの指示がなされていなくても、これに言及することが、原則として必要だと理解すべきである。

限られた試験時間内で答案を作成する以上、答案における判例等への言及と言っても、特別なことが要求されるわけではない。例えば、「～については～と解すべきである（判例同旨）。」「判例によれば、～は～と解されている。」などの表現で、自説と判例との関係を自覚していることが示されていれば、一応は必要性を満たしている。また、判例の趣旨を理解していることが採点者に伝われば足りるので、一字一句判決文を暗記する必要もない。

本年の試験においては、上記のような手法で判例への言及を手短に、かつ、適切に行う答案が相当数見られ、中には事件名（通称）を付して引用している答案も見られた。これらの答案には、相応の高い評価を与えたことを強調しておきたい。

## (3) 基本的かつ偏らない知識の習得

採点実感を熟読すれば分かるように、本年度の問題は、第2問設問2を除けば、ごく基本的な事項に関する出題にとどまるし、同問についても、受験生向けの教材で扱われている裁判例をモデルにしたものであり、更にその裁判例を知らなかったとしても法人税法22条の理解である程度の点数はとれるようになっている。

それにもかかわらず、第2問設問2でもそれ以外でも期待した水準に達していない答案がなおも多いのは、出題された制度や論点についての基礎的な知識を欠いているからである。また、当然のことながら、所得税法のみを勉強していたのでは足りない。

## 6 その他参考事項

租税法に限らず、答案の作成はコミュニケーションであり、何を問われているかを正確に把握し、必要な内容を誤解なく伝える答案が、必然的に高得点となる。反対に、問題文や問いの内容を自分勝手に理解して作成した答案では、良い成績は望めない。

また、良い答案は、条文のどの文言について解答しているのかを意識しそれを明示するよう心掛けている。例えば、第2問設問1(1)で法人税法第22条第3項第1号の「原価」を摘示できているか否かは、その箇所のみならず答案全体の出来と関連している。

## 第1 出題の趣旨

別途公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

## 第2 採点方針

出題した二問とも、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のかを念頭に置いて、問題文に記載された事実関係からの確に問題点を把握し、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、X県が条件付一般競争入札の方法により発注した県道の復旧工事20件に関し、当該入札に係る合意（以下「本件合意」という。）をするなどしたY1ないしY13の行為について、また、調整役であるY1からの本件合意への参加の呼び掛けに応じる意思を表明するなどしたY14及びY15の各行為について、それぞれ「不当な取引制限」（独占禁止法第2条第6項・第3条）に該当するかを中心に同法上の問題点を的確に検討することができるかを問うものである。

具体的には、Y1ないしY15がいずれも「事業者」（独占禁止法第2条第1項）であることを前提に、「不当な取引制限」の各要件について文言の解釈を行って規範を定立した上で、問題文に記載された事実関係を適切に当てはめることができているか、特にY14及びY15については、それぞれの主張がいずれの要件との関係で問題となるのかを的確に把握した上で、それぞれの行為に関する個別の事情を踏まえた検討ができているかを評価の対象とした。

### 2 第2問

第2問は、甲製品市場における有力な事業者であるX社が同製品のシェアを漸増させていたY社に対抗するために講じた措置1及び措置2について、設問1は各措置について「不公正な取引方法」（独占禁止法第2条第9項・第19条）に、設問2は追加的な事情の下で2つの措置の全体について「私的独占」（同法第2条第5項・第3条）に、それぞれ該当するかを的確に検討することができるかを問うものである。

すなわち、X社等が「事業者」（独占禁止法第2条第1項）であることを前提に、設問1においては、各措置について、問題文に記載された事実関係を的確に読み取り、不公正な取引方法のうち最適と考えられる適用条文を選択した上で、行為要件や効果要件（市場画定を含む。）に関する規範の定立と当てはめができているか、設問2においては、2つの措置の全体について、適用条文として「私的独占」（排除型）を選択した上で、行為要件や効果要件（市場画定を含む。）に関する規範の定立と当てはめができているかをそれぞれ評価の対象とした。

設問1について、問題文に記載された事実関係の下において適切と評価できる適用条文を選択して論述していれば、いずれの適用条文を選択していても同等に評価の対象とし、それ以外の適用条文を選択した場合でも、後記のとおり、一定程度評価の対象としている。また、設問2については、「排除型」ではなく「支配型」の「私的独占」を検討していても、十分な論述がなされていれば同等に評価の対象とした。

## 第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

### (1) 第1問

#### ア 適用条文の選択

ほぼ全ての答案が、適用条文として「不当な取引制限」の定義規定である独占禁止法第2条第6項及びその禁止規定である同法第3条の双方を摘示していたが、いずれか一方の摘示を欠く答案も散見された。

#### イ 事業者性及び競争者性

Y1ないしY15について、多くの答案が「土木工事の施工等を業とする株式会社」であることを指摘して独占禁止法第2条第1項の「事業者」に当たるとした上で、同条第6項の「事業者」及び「他の事業者」に該当することを肯定していたが、それらについては、独立の事業者であること及び競争関係にあることを要する旨の解釈やこれらに関する当てはめを欠いている答案が相当数あった。他方、Y1ないしY15がいずれも入札参加資格を満たしている事業者であることに言及して競争関係にあることを肯定する答案も一定数あり、これらの答案については加点の対象とした。

#### ウ Y1ないしY13の行為

##### (ア) 意思の連絡

「共同して」の要件については、事業者相互に意思の連絡が存在することを意味する旨を端的に指摘した上で、本件合意の当事者であるY1ないしY13の間には問題なく意思の連絡が認められることを簡潔に示している答案が比較的多かったものの、本問では意味のないと考えられる黙示の合意の推認に関する規範を定立したり、必要以上に詳細な当てはめを行ったりしている答案も少なからず見られた。なお、多摩談合（新井組ほか）事件・最判平成24年2月20日民集66巻2号796頁の判示に従い、「共同して…相互に」の要件として検討する答案も相当数あったが、上記の立場で検討する答案と同等に評価の対象とした。

##### (イ) 相互拘束

「相互にその事業活動を拘束し」の要件については、拘束の共通性及び拘束の相互性を要するとの立場に立った上で、本件合意の成立によってこれらが肯定できることを簡潔に指摘する答案が比較的多かったものの、前者については目的の共通性があれば足り、後者については合意を遵守し合う関係があれば足りるとの解釈を示すことができている答案はさほど多くなかった。なお、上記多摩談合（新井組ほか）事件判決の判示を踏まえ、各社の事業活動が事実上拘束されることで足りるとの解釈及びこれを前提とする当てはめを行っている答案も相当数あったが、上記の立場で検討する答案と同等に評価の対象とした。

##### (ウ) 一定の取引分野

「一定の取引分野」の要件については、その意味（経済学上の市場と同義であることなど）を簡潔に示した上で、その画定方法につき、本件合意のような専ら競争制限を目的ないし効果とする共同行為に関しては、通常、当該共同行為が対象としている取引及びそれにより影響を受ける範囲をもって画定することで足りるとする答案が比較的多かった一方、需要の代替性等を考慮する方法に言及する答案も一定数あったが、そうした方法を的確に当てはめるものは極めて少なかった。また、本件の「一定の取引分野」を本件合意が対象とする「X県が条件付一般競争入札の方法により発注する本件各工事の取引分野」である旨を正確に指摘できた答案は余りなく、「X県が入札により発注する工事」などとする答案が相当数あった。

##### (エ) 競争の実質的制限

「競争を実質的に制限する」の要件については、前記多摩談合（新井組ほか）事件判

決の判示を踏まえ、「当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうこと」であるとする答案や「当事者らがその意思で落札者及び落札価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらすこと」であるとする答案が多かった一方、本問が入札談合の事案であることを考慮せず、単に「市場支配力の維持・形成・強化」とする答案も少なくなかった。また、本件合意が競争を実質的に制限するものであることを肯定する答案が大多数であり、このうちの多くが20件中19件の工事について本件合意に基づく調整の結果どおり受注予定者が受注したという落札結果に関する事情を指摘していたものの、その余の事情（入札参加者の総数に占める本件合意参加者の数等）に言及している答案はさほど多くなく、単にハードコア・カルテルであることを指摘するにとどまるものも見られた。もっとも、総合評価落札方式においては技術評価点によって落札者が変わり得るといふ点に的確に着目し、本件合意の参加者が技術力の高い事業者であり、個別物件ごとに技術評価点の予測値を算出した上で個別調整を行う仕組みとなっていることにも言及している答案も一定数あり、これらの答案については加点の対象とした。

(オ) 公共の利益

「公共の利益に反して」の要件については、条文の文言を指摘した上で、受注価格の低落防止及び受注機会の均等化を図るといふ本件合意の目的の正当性を否定する答案が比較的多かったが、問題文に記載された事実関係に触れることなく結論のみを示している答案や、この要件に全く言及しない答案も少なくなかった。

エ Y14の行為

(ア) 参加者の範囲に関する認識

「本件合意の参加者の正確な範囲を知らない」との主張は、本件合意に参加する事業者の範囲に関する認識を問題とするものと理解することができ、「共同して」の要件又は「相互にその事業活動を拘束し」の要件に関するものと位置付けられるが、前者の要件の問題として検討している答案が多く、このうちの多くが、Y14が本件合意の参加者の正確な範囲を認識していなくても意思の連絡があったといえるとの結論に立っていた。その理由について、Y14が調整役のY1から「X県所在の有力な業者の多くが本件合意に参加する意思を表明している」と伝えられているという事情に着目し、このような認識があれば本件合意が対象とする市場における競争を実質的に制限する効果をもたらすことを認識することができるなどの的確に論述している答案が一定数見られたものの、順次の意味連絡や黙示の意味連絡の問題として検討している答案も相当数あり、全体として説得的な論述ができていない答案はさほど多くなかった。

(イ) 拘束の相互性

「そもそも本件各工事に受注希望はなかったし、実際、落札した工事もない」との主張は、相互拘束の不存在を主張するものと理解することができ、「相互にその事業活動を拘束し」の要件に関するものと位置付けられるが、これを競争の実質的制限の存否に関わらせて検討するなどこの主張の趣旨を的確に捉えることができていない答案が多く、この主張に関する具体的な検討をしていない答案も相当数あった。また、相互拘束の不存在を主張するものと捉えることができていない答案の多くは拘束の相互性を肯定していたものの、拘束の相互性の解釈に関するそれぞれの立場に基づいて説得的な当てはめができていないものは多くなかった。

オ Y15の行為

(ア) 違反の成立時期

「当初、Y1の呼び掛けに応じたが、その後、…入札公告前に、本件合意に参加しないことを明確に伝えた」との主張は、「不当な取引制限」の成立時期に関わるものと位置付けられる。違反が成立するためには競争を実質的に制限すると認められる合意の実施

等を要するとの立場に立てば、Y15の行為について違反が成立しないと解する余地もあるが、そのような問題を意識した論述を行っている答案はほとんどなく、むしろ入札公告前に参加しない旨表明したことを挙げてY15の違反の成立を否定する答案が相当数見られた。また、離脱の成否を論ずる前提として、不当な取引制限の成立時期に触れている答案も少数にとどまった。違反の成立時期を論じた答案は、総じて、基本合意の成立時点で違反が成立するとの立場に立った上で、Y1からの本件合意への参加の呼び掛けに応じる意思を表明した時点でY15についても不当な取引制限の成立を認めるものであった。他方、違反の成立時期に全く言及しない答案も相当多かった。

(イ) 離脱

「少なくともY1に対しては…、本件合意に参加しないことを明確に伝えた」との主張は、Y1からの本件合意への参加の呼び掛けに応じる意思を表明した時点でY15についても不当な取引制限の成立を認める立場に立つ場合には、違反行為からの離脱を主張するものと位置付けられる。離脱を認めるための要件を定立しないまま、問題文に記載された事実関係を羅列して結論を導くにとどまる答案も一定数あったが、岡崎管工事件・東京高判平成15年3月7日審決集49巻624頁の判示を参考に、他の参加者が離脱者の離脱の事実を窺い知るに十分な事情（外部的徴表）の存在を必要とするとの立場に立った上で、調整役であるY1のみに離脱の意思を表明しただけでは当該事情は認められないとする答案と、Y1を通じて本件合意に参加したという経緯等を重視して当該事情が認められるとする答案が、それぞれ相当数見られた。いずれの結論であっても、問題文に記載された事実関係を踏まえた説得的な論述ができていれば相応に評価したが、離脱の効果やその前提となる違反の成立時期に関する理解が不十分であると見られる答案（離脱を認めることをもってY15について違反の成立を否定している答案など）については低い評価にとどめた。

(2) 第2問

ア 設問1

(ア) 適用条文の選択

措置1については、「出題の趣旨」においても指摘したとおり、その態様等に照らせば、不公正な取引方法の一般指定（以下「一般指定」という。）のうち、「取引条件等の差別取扱い」（一般指定第4項）、「その他の取引拒絶」（一般指定第2項）、「競争者に対する取引妨害」（一般指定第14項）に該当するものと考えられるところ、これら適用条文を選択している答案は半数に満たなかった。他方で、「拘束条件付取引」（一般指定第12項）を選択している答案が半数程度存在し、「排他条件付取引」（一般指定第11項）を選択している答案も少数ながら見られた（これら適用条文（以下「拘束条件付取引等」という。）を選択した答案であっても、適用条文及び後記の行為要件において一定程度評価の対象としている。）。また、ごく少数ながら、「優越的地位の濫用」（独占禁止法第2条第9項第5号）などを選択する答案も見られた。

措置2については、「出題の趣旨」においても指摘したとおり、「拘束条件付取引」に該当するものと考えられるところ、「拘束条件付取引」を選択している答案は半数を超えた。他方で、「排他条件付取引」、「差別対価」（独占禁止法第2条第9項第2号又は一般指定第3項）又は「取引条件等の差別取扱い」などを選択している答案がそれぞれ相当数見られた（これら適用条文（以下「排他条件付取引等」という。）を選択した答案であっても、適用条文及び後記の行為要件において一定程度評価の対象としている。）。また、ごく少数ながら、「優越的地位の濫用」や「不当な利益による顧客誘引」（一般指定第9項）などを選択する答案も見られた。

(イ) 行為要件の検討



適切と評価できる適用条文を選択した答案の多くは、適用条文に即して、おおむね適切に、行為要件に関する規範を定立した上で、問題文に記載された事実関係を当てはめていた。

措置1について、「拘束条件付取引」を選択した答案の多くは、「拘束」の意義（取引条件に従わない場合に経済上何らかの不利益を伴うことにより、現実にその実効性が確保されていれば足りる旨）を適切に示していたが、「拘束する条件」の内容を具体的に示すことなく、X社から不利な扱いを受ける抽象的危険性が生じていることをもって直ちに、販売店全般に「拘束」が生じているなどとするものであり、論理的にやや難が見られた。「排他条件付取引」を選択した答案の多くは、このような難点に加えて、甲製品はどの販売店でも併売が一般的である点を看過し、又はこれを軽視して十分な論述をすることなく、Y社の甲製品を積極的に推奨しないことを「競争者と取引しない」と同視するものであり、難が見られた。

措置2について、「排他条件付取引」を選択した答案の多くは、上記と同様に、併売が一般的である点を看過し、又はこれを軽視して十分な論述をすることなく、X社の甲製品を専ら推奨することを「競争者と取引しない」と同視するものであり、難がある。また、「取引条件等の差別取扱い」を選択した答案の多くは、レポートの受給と引換えにX社の甲製品を専ら推奨する約束を履行した場合と履行しない場合における区別に着目するものであるが、上記約束を履行しない場合におけるレポートの不支給等の不利益が上記約束の実効確保手段として用いられている実態を捉えておらず、拘束条件付取引として検討すべき上記約束自体の不当性を検討外に置いてしまうものであり、難が見られた。「差別対価」を選択した答案は、X社が供与するレポートが「家庭用電動器具全体の仕入額を計算基礎」とするものであることを看過又は軽視し、このようなレポートを直ちに甲製品の対価の修正と捉えるものであり、難が見られた。

#### (ウ) 効果要件の検討

不公正な取引方法における効果要件は、公正競争阻害性を意味し、本問では主として競争者排除ないし市場閉鎖による自由競争減殺効果が問題となり、その程度は競争の実質的制限に達する前段階ないしその危険性で足りる旨を規範として定立することになるが、これらの諸要素を網羅的かつ的確に指摘できている答案は半数に満たず、公正競争阻害性ないし自由競争減殺とだけ指摘する答案や効果の程度について指摘がない答案が相当数見られた。また、本問では、「出題の趣旨」でも指摘したとおり、価格維持効果を通じた競争減殺効果の有無を的確に判断するために必要な事実関係は明らかにされていないにもかかわらず、価格維持効果にも着目した検討を加える答案が相当数見られ、さらに、価格維持効果だけに終始する答案もごく少数ながら見られた。

次に、「出題の趣旨」でも指摘したとおり、いずれの措置についても、どのようなメカニズムで競争減殺効果が生じるかを検討する必要があるが、問題文に記載された該当する事実関係を丁寧に拾い、それらを再構成し順序立てて上記の競争減殺効果が生じるおそれを指摘できていた答案は限られており、メカニズムに関する重要な事実関係の一部を欠く答案、それら事実関係を羅列するだけの答案、Y社の甲製品の取扱いを断念した販売店がある（措置1）又はY社による新たな取引先販売店の獲得に懸念が生じている（措置2）という結果だけを指摘する答案などが相当数見られた。

こうした検討の前提となる市場画定については、答案の多くが「我が国における甲製品の製造販売市場」と画定できていた。

なお、適切と評価できる適用条文を選択していない場合でも、効果要件（市場画定を含む。）については、相当と評価できる適用条文を選択した場合の論述と重なり合う限り、同等に評価の対象とした。

## イ 設問 2

### (ア) 適用条文の選択

大多数の答案が、出題の趣旨に即して、「私的独占」を適用条文として選択し、そのうち「排除型」の「私的独占」を検討していた一方で、少数ながらも、「支配型」の「私的独占」を検討する答案も見られた。また、設問 2 の追加的事情に照らせば、公正競争阻害性を超える弊害が発生していると考えられるにもかかわらず、不公正な取引方法を適用条文として選択する答案も散見された。

### (イ) 行為要件の検討

「排除型」の「私的独占」を検討した答案の半数程度は、「排除」の意義を的確に示していたが、設問 1 で検討した競争排除効果を前提に当てはめを行うにとどまるもの（不公正な取引方法に該当することのみを挙げるものを含む。）が多く、設問 2 の追加的事情を含む具体的事情を総合考慮するものはごく限られていた。また、「支配型」の「私的独占」を検討した答案のうち、「支配」の意義（その程度を含む。）を的確に示した上で当てはめを行っていたものは、ほぼ存在しなかった。

### (ウ) 効果要件の検討

「私的独占」を検討した答案の多くは、「競争の実質的制限」の意義を的確に示し、設問 2 の追加的事情を中心に当てはめていたが、単に直近のシェアが 60 パーセントに達していることを挙げるにとどまるものが多く、甲製品市場が従前どのような状況にあり、2つの措置により、それがどの程度の期間でどのように変化したのかまでの的確に指摘・検討している答案はごく少数であった。

市場画定（一定の取引分野）については、答案の多くが、設問 1 における検討を前提にしつつ「我が国における甲製品の製造販売市場」と画定できていた。

## 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

### (1) 第 1 問

Y 1 ないし Y 1 3 の行為については、答案の多くが、不当な取引制限の各要件に関する規範の定立及び当てはめをおおむね適切に行っており、出題時に想定していた解答水準との間に大きな差異はなかった。

他方で、Y 1 4 の行為については、答案の多くが本件合意の参加者の範囲に関する認識を問題として指摘している点は出題時に想定していた解答水準との間に差異はなかったものの、その検討内容は出題時の想定を下回っており、拘束の相互性に関する問題の指摘及び検討内容も出題時の想定を大きく下回った。

また、Y 1 5 の行為についても、違反の成立時期に関する指摘及び検討内容は出題時に想定していた解答水準を大きく下回っており、答案の多くが違反行為からの離脱を問題として指摘している点は出題時に想定していた解答水準との間にさほど差異はなかったものの、その検討内容は出題時の想定を下回った。

### (2) 第 2 問

答案の多くが、出題の趣旨に即して、設問 1 については不公正な取引方法を、設問 2 については私的独占を検討しており、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。しかし、設問 1 について、適切と評価できる適用条文を選択することができている答案は、出題時の想定を大きく下回り、特に措置 1 については「拘束条件付取引等」を選択する答案が出題時の想定を大きく上回った。

また、市場画定については、いずれの設問においても、答案の多くが適切に解答しており、出題時に想定した解答水準との間に差異はなかったが、独占禁止法に関する基本的な知識であるにもかかわらず、行為要件及び効果要件に関する規範を全く定立していないか又は正確に定立することができていない答案が相当数見られ、出題時の想定を上回った。さらに、該

当する事実関係を的確に当てはめることができている答えは、出題時に想定していたほど多くなかった。

### 3 「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」答案について

#### (1) 第1問

「優秀」な答案は、Y1ないしY13の行為について不当な取引制限の各要件に関する規範の定立及び当てはめを的確に行うとともに、Y14及びY15の各行為についてもそれぞれの主張に関連する要件をおおむね的確に指摘した上で説得的な論述を行っているものとした。

「良好」な答案は、Y1ないしY13の行為について不当な取引制限の各要件に関する規範の定立及び当てはめをおおむね的確に行うとともに、Y14及びY15の各行為についてもそれぞれの主張に関連する要件の多くを指摘した上で相応の論述を行っているものとした。

「一応の水準」の答案は、Y1ないしY13の行為について不当な取引制限の各要件の一部に関する規範の定立及び当てはめをおおむね的確に行うとともに、Y14及びY15の各行為についてもそれぞれの主張の一部に関して一定の論述を行っているものとした。

「不良」な答案は、不当な取引制限の各要件に関する規範の定立及び当てはめが全体的に不十分であるものや、Y1ないしY13の行為に関する規範の定立や当てはめを相応に行っているものの、Y14及びY15の各主張の趣旨を把握できていないものなど、独占禁止法に関する基本的理解に疑問を抱かせる論述を行っているものとした。

#### (2) 第2問

「優秀」な答案は、いずれの設問においても、適切と評価できる適用条文を選択した上で、行為要件及び効果要件に関する規範の定立及び当てはめを的確に行っているものとした。もっとも、設問1につき、2つの措置のいずれかについて、適切と評価できる適用条文を選択していない場合（措置1において「拘束条件付取引等」を選択し、又は、措置2において「排他条件付取引等」を選択した場合に限る。）であっても、行為要件及び効果要件に関する論述が優れているもの（例えば、効果要件に関する規範を的確に定立した上で、競争減殺効果の発生メカニズムを順序立てて的確に論述できているものなど）は、「優秀」な答案とした。

他方で、「良好」な答案は、いずれの設問においても、適切と評価できる適用条文を選択しているが、設問のいずれかにおいて、行為要件及び効果要件に関する規範を定立せず又は正確に定立していないか、事実関係を整理できておらず当てはめが不十分であるものや、設問1につき、2つの措置のいずれかについて、適切と評価できる適用条文を選択していても、行為要件及び効果要件に関して相応の論述ができているものなどとした。「一応の水準」の答案は、このような「良好」な答案とされるための要素を1つ又は2つ程度欠くものとした。

「不良」な答案は、いずれの設問においても、適切と評価できる適用条文を選択せず、かつ、公正競争阻害性や競争の実質的制限の意義を的確に指摘できていない、ひいてはそれらの違いを踏まえた当てはめもできていないなど、独占禁止法に関する基本的理解が欠落していることがわかるものとした。

### 第4 今後の出題

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述の論理性・説得性を求めることに変わりはないと考えられる。

### 第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分析を必要とするものではない。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、適用条文の選択や違反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て要件に当てはめ、そして、それを箇条書き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、均等侵害の成否、消尽の成否、特許法第101条第2号の間接侵害の成否、同号の間接侵害に基づく損害賠償請求と同法第102条第2項の関係という、同法の重要な論点についての理解力を問う問題である。採点に当たっては、設例から論点を的確に抽出し、各論点について、裁判例があるものについてはその解釈を念頭に置きつつ、解釈論を説得的に展開し、事案に適切に当てはめられ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においては、まず、文言侵害が成立せず、均等侵害の成否が問題となることを指摘する必要がある。その上で、最判平成10年2月24日民集52巻1号113頁【ボールスプライン事件】が提示した5要件に基づいて均等侵害の成否を検討している答案を「一応の水準」とし、さらに、均等論の意義・根拠に言及し、5要件の趣旨を意識しつつ、丁寧な当てはめが行われている答案を、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

また、本問では、「その他の硬い針を用いてもよい」という明細書の記載を踏まえ、Xが「樹脂製の針」に係る構成を特許請求の範囲に含めなかったことが第5要件の「特段の事情」に当たるか否かを論じる必要がある。この点については、最判平成29年3月24日民集71巻3号359頁【マキサカルシトール事件】が提示した規範に基づいて事案を検討している答案を「一応の水準」とし、さらに、設例の事実関係を踏まえ、Xが、客観的、外形的にみて、樹脂製の針が金属製の針に代替すると認識しながらあえて特許請求の範囲に記載しなかった旨を表示していたといえるかについて、丁寧に論じられている答案を、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

イ 設問2

設問2については、B製品がX製品の使用済み品を再生処理したものであることから、消尽の成否が問題となることを指摘する必要がある。その上で、最判平成19年11月8日民集61巻8号2989頁【インクタンク事件】に基づき、元のX製品との同一性を欠く新たな製品が製造されたといえるか否かという観点から、Bによる再生処理の態様を踏まえ、消尽の成否を検討している答案を「一応の水準」とし、さらに、消尽論の意義・根拠の説明、X製品の添付文書における「再使用禁止」の記載の消尽への影響、製造該当性の考慮要素（特許製品の属性、特許発明の内容、加工の態様、取引の実情等）に基づく本件事案の評価が適切になされている答案を、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

ウ 設問3

(ア) 小問(1)については、まず、直接侵害及び同法第101条第1号の間接侵害が成立せず、同条第2号の間接侵害の成否が問題となることを指摘する必要がある。その上で、同号の各要件に即して侵害の成否を検討している答案を「一応の水準」とし、さらに、設例の事実関係を踏まえ、各要件についてどのような点が問題となるか（例えば、C製品の添付文書では、一体化同時穿刺の方法が禁止されており、汎用クリップを使用しなければ、一体化同時穿刺に使用できないことから、C製品が「物の生産に用いる物」や「課題の解決に不可欠なもの」といえるか否か、また、C製品の使用状況に関する調査の結果を摘示した警告又は本件訴えの提起によって、Cが主観的要件（「知りながら」）を充足したといえるか否か）を的確に指摘し、論じている答案を、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と

評価した。

- (イ) 小問(2)については、主観的要件充足前のC製品の販売については、間接侵害が成立せず、損害賠償請求が認められないこと、主観的要件充足後のC製品の販売についても、一体化同時穿孔に使用されていない製品分については損害賠償請求が認められないことを指摘した答案を「一応の水準」と評価した。その上で、一体化同時穿孔に使用されていない製品分について損害賠償が認められない理由として、当該製品分については、Cの侵害行為がなければ、Xが利益を得られたとはいえないため、損害の発生が認められず、同項が適用できないことや、同項が適用されるとしても、Cの販売行為とX製品の販売減少との相当因果関係を阻害する事情があるため、同項の推定の覆滅が認められることを指摘している答案を、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

(2) 第2問

本問は、職務著作の成否、著作権の消尽の成否、著作権が全部譲渡された場合における同一性保持権の効力を問うものであり、著作権法の基本的な規律と著名な論点の理解を問う一方、やや発展的な論点を含む事案において、問題の構図を整理した上で妥当な法解釈を導く能力を試す設問も含んでいる。採点に当たっては、関連条文を的確に拾い上げ、設問の事案に当てはめることができているか否か、事案に含まれる論点を網羅的に抽出し、当該論点に係る裁判例・学説の理解を前提とした法解釈を展開することができるか否か、法制度の趣旨・目的に遡って問題の所在を特定し、その解決のための適切な法解釈を提示し、的確に事案に当てはめることができ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においては、甲を撮影した写真に著作物性（著作権法第2条第1項第1号）が認められること、Aは当該写真に係る複製権（同法第21条）及び譲渡権（同法第26条の2第1項）に基づいて差止請求（同法第112条第1項）及び廃棄請求（同条第2項）を行うこと、その前提として、Aは当該写真の著作者でなければならず、職務著作の成否が問題となること（同法第15条第1項）、本設問の事実関係に即して、職務著作の要件充足の有無を的確に論述することが「一応の水準」である。

その際、①当該写真はその公表が一切予定されていないものであることから、職務著作の要件のうち「法人等が自己の著作の名義の下に公表するもの」といえるか否かが問題となること、結論としては本要件の充足を認めることとなろうが、②何ゆえにかかる結論が求められるのか、③当該結論を導くために本要件を具体的にどのように解釈すべきかを明確に論ずる必要がある。少なくとも①②を明確に論ずることができた答案であれば「良好」と評価し、①②③を明確に論ずることができた答案であれば「優秀」と評価した。

イ 設問2

- (ア) 小問(1)においては、 $\alpha$ が映画の著作物としての面を有し（同法第2条第3項、第10条第1項第7号）、Aがその著作者であると論ずること（同法第15条第1項）、判例（最判平成14年4月25日民集56巻4号808頁【中古ソフト事件】）を踏まえて、頒布権（同法第26条第1項）の消尽及びその根拠を明らかにし、事案に当てはめることが「一応の水準」である。

その際、判例が示した消尽の範囲に係る規範を的確に踏まえた論述を行っていれば、その的確性等に応じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

さらに、 $\alpha$ はプログラムの著作物（同法第10条第1項第9号）としての面も有しており、Aがその著作者であること（同法第15条第2項）、当該著作物に係る譲渡権（同法第26条の2第1項）については明文の消尽規定（同条の2第2項第1号）があること、 $\alpha$ に複製されている $\beta$ に係る頒布権（同法第26条第2項）についても消尽の成否が問題となり得ること等を論じていけば、高く評価した。

(イ) 小問(2)においては、Bの提供する「割賦販売サービス」が同法第2条第8項にいう「貸与」に該当し得ること、Aの差止請求として $\alpha$ における映画の著作物に係る頒布権に基づく請求が検討の対象となること、当該著作権の消尽の成否を論ずることが「一応の水準」である。同サービスを「貸与」ではなく「譲渡」に該当するとした答案も一概には否定されないが、同項の規定を踏まえた相応の論証を伴わないものは、低く評価した。なお、「譲渡」に該当すると解した場合でも、当該著作物に関しては頒布権に基づく差止請求が検討の対象となり（同法第2条第1項第19号）、当該著作権の消尽の成否を論ずることが「一応の水準」として求められることに変わりはない。

その上で、それぞれの論証の説得性に依じて「良好」又は「優秀」と評価した。

そして、 $\alpha$ におけるプログラムの著作物及び $\beta$ に係る著作権に基づく請求についても論じていれば、高く評価した（当該プログラムの著作物については、「割賦販売サービス」を「貸与」と解した場合には貸与権（同法第26条の3）に係る論述を、「譲渡」と解した場合には譲渡権に係る論述を評価の対象とした）。

#### ウ 設問3

著作権の全部譲渡を認める法の趣旨（同法第61条第1項・第2項）と、（著作者が著作権を手放したとしても）著作者人格権はなお著作者の一身に専属するとする法の趣旨（同法第59条）をそれぞれ明らかにした上で、著作権の譲受人が当該権利を行使して第三者に著作物を改変させる場合に、同一性保持権（同法第20条第1項）の効力を調整する必要があることを論ずることが「一応の水準」である。

さらに、かかる場合における同一性保持権侵害の成否に係る基準と、侵害を否定するための法律構成を提示し、それらを本設問の事案に当てはめていけば、その論証の説得性と当てはめの的確性に依じて「良好」又は「優秀」と評価した。

### 3 採点実感等

二問とも重要かつ著名な最高裁判決を踏まえた問題であるにもかかわらず、これを意識した形跡が見られない答案が散見され、意識してはいるが判旨の不正確な理解に基づく答案が多数見られた。

二問とも、後の設問になるほど、関連条文の引用がおろそかになる傾向が見られた。条文が引用されていても誤記を含むことが多く（特許法第101条第2号を「(同)条第2項」又は「(同)条第1項第2号」とする答案、著作権法第2条第1項第1号を「(同)条1号」としたり、同法第112条第1項・第2項を「102条1項・2項」とする答案等）、あるいは項数や号数まで引用せずに条数のみで済ます例も多々見られた。項や号が異なれば論述内容と必ずしも対応しない場合もあるので、このような引用の仕方は望ましくない。昨年の採点実感にも同様のことは記したが、今年もほとんど改善が見られなかった。

また、残念ながら何度読み返しても判読不能な答案が数枚あった。せっかくの勉学の成果を記した答案であっても、他者が判読できなければ評価の対象とはなり得ない。可能なかぎり判読しやすい文字で記述することが望まれる。

#### (1) 第1問

##### ア 設問1

本設問を明細書の記載の参酌に係る問題と捉えた上で、文言侵害を肯定する答案が散見されたが、多くは、最判平成10年2月24日民集52巻1号113頁【ボールスプライン事件】が示した規範（5要件）を踏まえ、均等侵害の成否について検討する必要性に気が付いていた。

均等侵害の成否を論ずる前提として、文言侵害が成立しないことについて言及する必要があるが、文言侵害の成否ではなく、直接侵害の成否について言及する答案が少なからず見ら

れた。文言侵害及び均等侵害の関係と直接侵害及び間接侵害の関係の理解が不十分と評価せざるを得ない。また、特許法第68条にいう「特許発明」の技術的範囲を画する際の根拠条文を指摘できていない答案など、基礎的知識の修得が不十分な答案が認められた。

均等論は、条文上定められた法理ではなく、同法の解釈によって導かれた法理であるから、その内容とその採用の根拠を明示することが不可欠であるが、要件論のみに終始し、均等論の内容（異なる部分が存する場合であっても、所定の要件を満たせば、特許請求の範囲に記載された構成と均等なものとして、特許発明の技術的範囲に属する）や意義に全く触れない答案が散見された。

均等侵害の5要件については、多くの答案で言及されていたが、5要件の一部しか摘示していない答案や、各要件を正確に記述できていない答案が目立った。例えば、単に「同一の作用効果を奏すること」と記載するのみで、何と何が同一の作用効果を奏するかを記載しない答案、誰にとって置換が容易であるかを記載しない答案、置換容易や公知技術非該当の基準時を明らかにしない答案、「置換可能性」「容易想到性」といった熟語の提示のみで足りるとする答案がその例である。また、「対象製品」と書くべきところを「特許製品」としている答案、第4要件の規範につき、その内容が判例と正反対となる明らかに誤った答案（「公知技術と同一で『ある』こと」、「公知技術から容易に推考『できる』こと」などと記述）など、当該法理に対する理解が不足していることをうかがわせる記述も目立った。

また、第4要件の当てはめにつき、「対象製品（本問ではA製品）が、特許出願時における公知技術と同一又は当業者がこれから同出願時に容易に推考できたものではないこと」の検討が必要となるが、問題文において、「樹脂製の針を用いてもX発明の作用効果を奏することは、それらの者が容易に想到することができた」との記載があったためか、この事情を当該要件の当てはめに引用し、「樹脂製の針を用いることは当業者において容易に推考することができたので、第4要件を充足しない」旨の当てはめを展開し、均等侵害を否定する答案が相当数見られた。当該要件の理解が不足していると評価せざるを得ない。

均等の第5要件について、マキサカルシトール事件最高裁判決の判示を踏まえた記載ができている答案は少数であった。容易想到な出願時同効材をクレームに記載しなかったことだけで、第5要件の特段の事情に当たるとされることはないことを指摘して、本問に当てはめられている答案はほとんどなかった。また、客観的外形的表示としてどのようなものがこれに当たるか（X発明の技術的特徴との関連で記載されている場合がこれに当たる、など）については、ごく少数の答案が指摘できているにとどまった。他方で、これらに言及して当てはめを行った答案は高く評価した。

## イ 設問2

ほとんどの答案は、本設問がX特許権の消尽の成否を問うものであることを正解していたが、消尽法理の内容のみを述べて、その根拠に全く言及しない答案が散見された。当該法理は、最判平成9年7月1日民集51巻6号2299頁【BBS事件】等によって確立された特許法の解釈であるから、それが認められる根拠も併せて摘示すべきであろう。

また、最判平成19年11月8日民集61巻8号2989頁【インクタンク事件】に示された「特許権者等が我が国において譲渡した…特許製品と同一性を欠く特許製品が新たに製造された」か否かの規範（又はこれに類した規範）を援用する答案は数多く見られたものの、そこに示された判断手法（当該特許製品の属性、特許発明の内容、加工及び部材の交換の態様、取引の事情等の総合考慮）にまで言及した答案は少なかった。一方で、当該判断手法まで示した上で丁寧な当てはめを行っている答案は、高く評価した。

特許権者Xの主観的意思（添付文書の記載）自体は、原則として消尽の成否を左右しない旨を指摘できた答案は少なく、むしろ添付文書の記載のみを援用して侵害を肯定するなど、特許権者の主観的意思自体が消尽の成否を左右し得るかのような論理を展開する答案が相当



数見られた。一方で、医療用器具に関しては公衆衛生の観点からその単回使用が強く要請されるのが取引の実情であるとした上で、添付文書の記載もそうした実情を裏付ける一要素と論ずる答案もわずかながら見られ、そのようなものは一定の評価をすることができた。

#### ウ 設問3

##### (ア) 小問(1)

均等論の成否を論じるなど、間接侵害が問題となる事案であることに気付いていない答案が少なからず認められた。そうした答案は、直接侵害、間接侵害の適用が問題となる事案とはどのようなものかといった基礎的知識が不十分であると評価せざるを得ない。

間接侵害の問題と把握できた答案であっても、そのうちの少なくない答案が、本設問を同法第101条第1号の問題と捉え、C製品の専用品性を肯定し、同号の間接侵害の成立を認めていた。C製品を一体化同時穿孔に使用した症例は全体の3割であることが第三者機関の調査により判明したとされているのであるから、C製品を同号の専用品に当たると解することには無理があるというべきであろう。

また、同条第2号の間接侵害の問題だと気付いた答案であっても、「生産」の意義を明らかにしつつ、C製品が「物の生産」に用いるものといえるかを具体的に論じた答案、Cへの警告や本件訴えの提起をもって、主観的要件の充足を認めて良いかを論じる答案は、多くはなかった。条文に規定されている各要件への丁寧な当てはめが求められるところ、それができている少数の答案は、好印象であった。

さらに、特段の根拠ないし法律構成を示すことなく、医師の行為は特許権侵害にはならないとして、いわゆる従属説に立ち、間接侵害を否定する答案も散見された。

非常に少数ではあるが、同条第3号の成否を検討するものも見られたが、論じる必要性を再考すべきである。

##### (イ) 小問(2)

解答に当たってどのような点が問題となるかについての見当が全くついておらず、同法第102条第2項の推定を覆滅せしめる事情として一般にいわれているもの（競合品の存在や侵害者の営業努力等）を摘示するにとどまるだけの答案が少なくなかった。

上記(ア)記載のとおり、本設問を同法第101条第2号の間接侵害の問題と把握できた答案は多くなかったが、そのように把握できた答案であっても、同号が定める主観的要件の充足前に販売されたC製品については、間接侵害が成立しないため、Xの損害賠償請求は認められず、その数量を算定の基礎から除外すべき旨を指摘できた答案はわずかであった。

一方で、一体化同時穿孔に使用されていない製品に関して損害賠償が認められるべきでない点については、多くの答案で触れられており、一定の評価を与えることができた。もっとも、Cの販売行為がなければ、XがX製品を販売することができたとはいえないため、損害が生じていない、もしくは、Cの販売行為とX製品の販売減少との相当因果関係を阻害する事情があり、同法第102条第2項の推定が覆滅される、といった理由にまできちんと言及して論じている答案は多くなかった。

#### (2) 第2問

##### ア 設問1

多くの答案が、甲を撮影した写真について職務著作（著作権法第15条第1項）の成立を認め、Aの著作者性を認めることができていたが、いかなる理由によるものか法人等の著作名義下での公表、別段の定めのない各要件充足について全く言及しない答案も散見された。

また、上記の公表要件について言及する答案であっても、当該写真の公表は明らかに予定されていないにもかかわらず、αがAの著作名義の下で公表されたから、当該写真もAの著作名義で公表されたものと同視できるといった論述（あるいはこれに類する論述）を展開す

るもの、あるいは当然のこのように $\alpha$ の公表によって当該写真もAの著作名義の下で公表されたとするものが少なからず見られた。両者は別個独立の著作物であり、当該写真が $\alpha$ に複製されているわけでもないのであるから、そのような論証には無理があるといわざるを得ない。複数の著作物が存在する事例において、対象とする著作物を明確にした上で論を運ぶことは不可欠である。

公表要件において、公表を予定していなかった著作物について職務著作が不成立とする場合の不合理性を、職務著作制度の趣旨に鑑みて十分に記述できている答案は多くなかった。

結論として、複製権（同法第21条）及び譲渡権（同法第26条の2第1項）に基づいて、その印刷及び譲渡の差止め並びにそのデータの廃棄を請求することになる（同法第112条第1項・第2項）との結論を導いている答案であっても、条文が引用されていないものが一定数存在した。

本件写真の著作物該当性につき、撮影方法に創作性が見受けられないとか、 $\alpha$ の主人公の素材としてタレント甲を撮影しているにすぎず創作的な撮影が求められていないなどとして著作物性を否定する答案もごくわずかだが存在した。問題文に示された事情を踏まえた検討が求められており、特異な当てはめは厳しい評価を免れない。

差止・廃棄請求の検討に際し、同法第113条のみなし侵害を検討する答案も散見された。

## イ 設問2

### (ア) 小問(1)

本問では、まず $\alpha$ が、映画の著作物（同法第2条第3項、同法第10条第1項第7号）及びプログラムの著作物（同項第9号）の両面を有しており、さらに前者の著作物には音楽の著作物（同項第2号）である $\beta$ が複製されていることを的確に踏まえることが前提となるが、多くの答案は、映画の著作物への言及にとどめ、同著作物としての $\alpha$ に係る頒布権の消尽について論ずることで事足りりとしていた。それでも論述の的確性等に応じて「良好」又は「優秀」の評価を与えることとしたが、本来はプログラムの著作物としての $\alpha$ に係る譲渡権や $\beta$ に係る頒布権に基づいてAが差止請求を行えるか否かについても、しっかりと論じてほしいところである（なお、過去の類似問題の採点実感においても、同様の指摘をしたところである。「平成23年司法試験の採点実感等に関する意見」参照）。一方、プログラムの著作物にまで言及し、条文も的確に引用している答案は高く評価した。

Aが、各著作物の著作者（同法第15条第1項・第2項）又は著作権者であることを指摘している答案は少なかった。

他方で、著作物の種類を一切明らかにせず、関連する支分権として譲渡権のみを掲げ、その消尽を論ずる答案も一定数見られた。譲渡権がプログラムの著作物としての $\alpha$ に係ることは確かであるとしても、本設問は、著作物の種類と各支分権の対応関係を的確に把握できているか否かを問うものでもあるから、そのような答案は低く評価せざるを得なかった。

頒布権には消尽に関する明文の規定がないため、消尽の可否は解釈の問題であることを前提に、中古ソフト事件最高裁判決を踏まえて、消尽法理採用の根拠、頒布権の趣旨を示した上で消尽の範囲を論じることができている答案は少なかった。 $\alpha$ が映画の著作物に当たるとしつつ、 $\alpha$ は配給制度と関係しないため、頒布権ではなく、譲渡権が問題となると論じる答案も散見された。頒布権に関する典型的論点であり、最高裁判決が存在するにも関わらず、それらについて基本的理解が欠けている答案が多いと感じた。一方、消尽の趣旨や、配給制度を踏まえて消尽の範囲を論じている答案には高い評価を与えた。

頒布の定義規定（同法第2条第1項第19号）など、基本的な条文を指摘していない答案が多かった。

なお、「 $\alpha$ につき頒布権の消尽が認められる」としながら、Aによる差止請求が「認めら

れる」との論理的な整合性を欠いた結論を記載したものが少数ながら存在した。

(イ) 小問(2)

本設問における「割賦販売サービス」が売買に該当するか否かを問題とし、あたかも当該サービスが民法上どのように性質づけられるかを問題としているかのような答案が散見された。しかし、著作権法第2条第8項が、「いずれの名義又は方法をもつてするかを問わず、これと同様の使用の権原を取得させる行為を含む」と規定しているのだから、同項の解釈として貸与に該当するか否かを論ずることが望ましいといえよう。

また、同項の解釈を引用している答案でも、その当てはめが丁寧になされている答案はそれほど多くはなかった。「譲渡」に当たるとの答案も少数ながら存在したものの、当該サービスの内容（特に、自由に返品可能とする点）を踏まえてもなお「貸与」該当性が否定される根拠を説得的に論じられたものはほとんど見当たらなかった。

小問(1)において、 $\alpha$ を映画の著作物と位置付けて説明をしているにもかかわらず、(2)においては、貸与権に係る同法第26条の3を根拠条文として侵害の成否を論じるものや、頒布権の消尽と貸与権の消尽の可否とを区別できていないものも多く、こうした答案には、両支分権の関係という基礎的な内容についての理解が不十分であることに加え、根拠条文を指摘し、その解釈適用により結論を導くという論理的な説明能力が獲得できていないとの印象を受けた。

また、当該サービスを、 $\alpha$ の複製物が返品された場合とそうでない場合に分け、前者の場合、実質的に貸与に当たるとして頒布権等の侵害を論ずる答案も散見されたが、本設問は、当該サービスの提供の差止めを請求できるか否かを問うものであるから、このような場合分けは適切でない。

ウ 設問3

本設問では、著作者が改変を常に同一性保持権の侵害に問えるとする、譲受人が著作権を全部譲り受けたことの意義が損なわれるので、明文の規定（同法第61条第1項）により著作権の全部譲渡を認めている法の趣旨に反するのではないかという視点と、著作権が全部譲渡されれば、譲受人等が行うどのような改変にも同一性保持権の侵害が成立しないとすると、著作者人格権の一身専属性（同法第59条）を定めた法の趣旨に反するのではないかという視点の両者について言及することが要求されるが、そうした答案はわずかであった。また、上記の視点を踏まえることができたとしても、どの範囲までの改変であれば、許容されるのかについて言及した上で、具体的に当てはめを行っている答案は、ごくわずかであった。一方、上記の二つの法の趣旨を踏まえた上で、許容される改変の範囲についての規範を示し、当てはめを行っている答案は高く評価した。

乙は、Aと、同一性保持権の黙示的不行使特約を結んだとした上で、丁はこの特約の存在をもって反論し得ると論ずる答案が散見された。しかし、当該特約の存在を認めるとしても、乙がその債務を直接負うのはAに対してである。したがって、それ以上に特段の論述がなされていない答案は、低く評価せざるをえなかった。

著作者人格権を譲渡し得るなどと論ずる答案や、格別の理由も示さずに、編曲権と著作者人格権が別個の権利であるにもかかわらず、前者が譲渡されているので同一性保持権を侵害しないなどと論ずる答案も、一定数見られた。一部ではあるが、このような初歩的な知識に係る誤謬を含む答案が見られたのは残念である。

「やむを得ない改変」（同法第20条第2項第4号）を検討する答案が多く見られたが、規範として、同項第1号から第3号までと同程度の高い必要性・相当性が求められるなどと論じ、当てはめにおいては、丁による編曲には高い必要性までは認められないなどとし、著作権の全部譲渡がされた事実を拾うことができていない答案が目についた。

#### 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、裁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い。

#### 5 今後の法科大学院教育に求められるもの

本年は、昨年同様、重要な条文及び基本的な論点に関する知識、論理的思考力及び論述力を問うとともに、問題文に記載された事実から関連する事実を抽出し、事案に則した結論を導く力を問うような出題を心掛けた。

しかし、重要な条文であるにもかかわらずその規律内容の理解がおぼつかない答案、具体的事案の中から問題となり得る論点を的確に抽出できず、特に問題とはならない別の論点について冗長な論述を行い、結果としてバランスを欠いた答案、なぜ当該論点の問題となるのかについて言及することなく、ただ論点として論ずるかのような答案、明文の規定があるにもかかわらず条文を指摘しない答案や条文の指摘が不十分、不正確な答案、判例や判断基準を示した著名な裁判例があるにもかかわらず、それに言及しない答案やその理解が不十分である答案、理論的に結論を導く能力が欠けている答案が目についた。

したがって、今後の法科大学院教育には、引き続き、条文の重要性を意識させて、こまめに引用する習慣を身に付けさせる教育、基本的な論点を偏りなく学ぶとともに、各論点における問題の所在をきちんと掘り下げることにも力点をおいた教育を行うことが期待される。また、飽くまで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、重要と目される判例や裁判例、少なくとも最高裁と知財高裁大合議の判断については、先例性の観点から一定の重点を置いた教育が行われることが望ましい。さらに具体的な事案の中から問題となる論点を的確に抽出し、それと関連する事実を拾い上げて、法的解決策をバランスよく論述する能力を養う教育が行われることが望まれる。

本採点実感が今後の法科大学院教育において真にいかされたものとなり、優れた水準の答案が少しでも増加することを願ってやまない。

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

採点に当たっては、各問の事例の具体的な事実関係に即し、設問が求める法的検討・論述に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、これを踏まえて各論点につい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を行い、適切な結論を導き出しているかを基準とした。

出題された事例の事案のポイントを正確に把握し、紛争の解決や法的検討に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は、おおむね平均以上の得点を与えることとした。各論点について関連する法規定や法原則の趣旨に遡った論証を展開し、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、着目すべき当該事例の特徴的な事実関係を適切に読み取って必要な分析・検討を行っているなど、特に優れた事例分析や考察が認められる答案には、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、非常に乱雑で文字の判読が困難なものもあった。文字の巧拙が得点そのものを左右するわけではないが、相手に伝えるために書くものであることを意識し、できるだけはっきりとした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、事業場が1か所のみの小規模な企業において行われた懲戒処分の有効性、使用者から労働者に対する損害賠償請求の可否及び整理解雇の有効性について、検討すべき法律上の論点を挙げて論述することを求めるものである。

懲戒処分としての出勤停止処分の有効性が問われた設問1では、懲戒権の根拠、懲戒事由の該当性、懲戒処分の権利濫用性という基本的な判断枠組みに沿って検討することは、おおむねできていた。本問は、就業規則作成義務のない小規模企業において、懲戒の事由と種別が就業規則ではなく労働契約書に記載されている点に事案の特徴があり、就業規則に懲戒の事由と種別を定めておくことを求める判例の立場（フジ興産事件・最判平成15年10月10日労判861号5頁）との関係をどのように考察するかが重要な論点となるが、判例の立場を明示した上で本事案との関係を的確に論じた答案は必ずしも多くなかった。もっとも、判例法理の趣旨を掘り下げて検討し、その趣旨が本事案においても実現されているかという観点から深い考察を行った答案もあり、このような答案には高い評価を与えた。その他、①懲戒事由の該当性について趣旨に照らした実質的な判断を行っていない答案が少なくなかったこと、②出勤停止処分について安易に軽い処分と評価している答案が散見されたこと、③弁明の機会を与えていないという手続の不適正さについて言及していない答案が多数見られたことは、気になる点であった。

使用者から労働者に対する損害賠償請求の可否が問われた設問2については、的確な論証ができていない答案が多く、成績の良し悪しが大きく分かれるポイントとなった。本問で問われているのは、使用者から労働者に対する損害賠償請求の可否であり、まず、労働者が使用者に対して債務不履行又は不法行為として損害賠償責任を負うのか、それはどのような場合かが検討されるべきであるが、この点を検討することなく、本問を過失相殺や求償権行使の問題と位置付けて直ちに結論を導き出そうとする答案が多数見られた。また、本問では、判例・裁判例や学説の動向を踏まえ、危険責任・報償責任の考え方に言及しつつ労働者の損害賠償責任の制

限とその範囲について論じることが想定されていたが、危険責任・報償責任の考え方やその内容に言及している答案は必ずしも多くなく、信義則という言葉だけを根拠として挙げているものが少なくなかった。さらに、労働者の損害賠償責任の制限及びその範囲を判断する際に考慮すべき事情の摘示が明確でない答案も散見された（例えば、設問1への回答で取り上げた事実を再度取り上げるのであれば、その旨及びその引用部分を明確に記述すべきであり、「上記」や「前述」だけでは、どの部分を引用しているのかが不明確である。）。

経営上の理由に基づく解雇（整理解雇）の有効性が問われた設問3では、整理解雇法理の正確な理解と当てはめの丁寧さによって評価が分かれた。本件は、解雇事由を定めた就業規則や労働契約の規定がない事案であり、まず、使用者の解雇権の有無とその根拠について論じることが求められる。この点で、民法第627条第1項に言及しない答案や、朝礼の場での代表者からの説明に対して労働者から意見や質問がなかったことから解雇権が根拠付けられるとする答案が少なくなかったことは、意外であった。解雇権の理論的根拠についての正確な理解が求められる。

整理解雇の4要件（要素）それ自体は、ほとんどの答案が列挙することができていたが、各要件（要素）の内容やそれが必要とされている理由を正しく理解していないために、当てはめが安易で説得力を欠くものが相当数見られた。特に、①解雇回避努力の点について、「努力を尽くしていない。」などと単純に述べるにとどまるものや、会社が採るべき措置に関し、小規模企業という特殊性を考慮に入れず、配転・出向など容易に採り難い措置についても定型的に要求しようとするものが数多く見られたこと、②人選の合理性の点について、「経営の立て直しには経営方針を正しく理解している人材が必要であるため人選基準は合理的である。」などと単純に述べるにとどまるものが散見されたこと、③手続の妥当性の点について、前記の朝礼の場での説明に対して意見や質問がなく30日間の予告期間を置いていることから手続は妥当であるなどとする答案が少なくなかったことは、気になる点であった。規範の趣旨や紛争の実態を正しく理解することなく、規範を表面的に暗記して事実を機械的に当てはめるという安易な学習方法に陥っている受験者が少なからずいることがうかがえた。

3つの設問を通じ、労働法の基本的な論点（特に近時実務上争われることが多い問題）についての正確な知識と理解に基づき、設問に則して丁寧に論述することができた答案は、十分に合格水準に到達するものとなっていた。さらに、各論点について、規範の趣旨に立ち返った理論的な考察を行い、それに基づいて適切に論述し、結論を導くことができていた答案は、より高い評価を得た。

本問では特に、就業規則のない小規模の事業場が紛争の舞台となっており、判例等が事実関係として想定していたものとは異なる問題状況も含まれている。このような新たな事態や問題に直面した際に重要になるのは、法令や判例の趣旨と根拠を正確に理解し、それを当該新たな事態や問題に応用して論述する、理解力と思考力である。本問でも、これらの点で答案の優劣が分かれた。日頃の勉強においても、法令や判例等の背景や基盤にある趣旨や根拠を正確に理解し、未知の問題に対して理論的な考察と丁寧な論述を展開することができる能力を養うことを心掛けてほしい。

## (2) 第2問について

本問は、労働組合の支部長が、①組合本部の了承を得ないまま支部組合員を扇動して一斉に罷業させ、また、②その罷業期間中に同支部名義の情報宣伝活動用アカウントでインターネット上に経営陣を批判する投稿をしたことなどを理由として会社が当該支部長に対して行った懲戒解雇に関し、検討すべき法律上の論点を挙げつつ、その有効性について見解を述べることを求めるものである。

多くの答案が、出題の意図を的確に理解し、懲戒解雇の不当労働行為該当性や上記①及び②の行為の団体行動としての正当性が問題となることを指摘して論じていたが、不当労働行為該

当性に触れることなく、就業規則所定の懲戒事由該当性や懲戒権の濫用に当たるかのみを論点とした答案も少なくなかった。労働組合法上の不当労働行為該当性と労働契約法上の懲戒解雇の適法性の有無は、いずれも懲戒解雇の法的効果を消滅させ得る事由であり、労働者の地位確認訴訟であればどちらも再抗弁として位置付けられ得るものであることからすれば、いずれも論点として摘示し、見解を述べるのが求められる事項であると言える。その一方で、本事例の事実関係の下では論旨を左右しない事項に紙幅を費やし、論ずべき論点に触れていないものも散見された。個々の紛争において有意な論点を見極めることが求められよう。

また、労働組合法第7条第1号や民法第90条、労働契約法第15条など、自らの論旨を支える根拠条文を示さないものや、条文に触れたとしても、労働組合法第1条第2項や同法第8条など、懲戒解雇の無効を主張する直接の根拠ではないものを挙げるもの、労働契約法第16条のみを援用し、同法第15条を全く援用しないものなどが相当数見られた（懲戒解雇に関する労働契約法の適用条文について様々な考え方があるとしても、本間において懲戒権の濫用に関するルールである同法第15条に何ら言及しないのは疑問である。）。制定法や判例は主張の強固な根拠となるものであり、これを示さないものや条文の摘示が不正確、不十分なものは、当該条文や判例の意義を十分に理解していないものと評価せざるを得ない。

前記①及び②の行為の団体行動としての正当性については、多くの答案が、前記①の行為を争議行為と捉えてその正当性を主体・目的・手続・態様の観点から検討し、前記②の行為を組合活動と捉えてその正当性を主体・目的・態様の観点から検討するという枠組みを示していた。また、多くの答案が、前記①の行為に関し、「主体」の観点からは支部が独自の団体交渉権を持たないことや本部の了解を得ないで罷業が実行されたことが問題となることを指摘し、また、「目的」の面では工場長に対する要求事項が非組合員に対する懲戒解雇の撤回であったことが問題となることを指摘しており、ポイントとなる事情を的確に取り上げたものと評価することができる。他方で、「手続」面からの検討において、事前の予告なく交渉が開始された当日に罷業が決行されたことなどの相手方（使用者）との関係でのフェアネス（労使関係上の信義則）に関わる事実を摘示せず、本部の了承がないことなどの組合内の事情を挙げるにとどまるものなど、前記の4つ（あるいは3つ）の観点の意味するところを正解していないのではないと思われる答案が少なからず見られたことは、気になる点であった。

前記の4つ（あるいは3つ）の観点から団体行動としての正当性を検討する際に求められるのは、正当性を肯定する方向に働き得る事情と否定する方向に働き得る事情の双方を丹念に拾い上げ、それらを衡量し、法の趣旨に十分に留意した妥当かつ説得力のある結論を導くことである。そのためには、当該団体行動を正当なものとして保護することにより得られる利益を明らかにするとともに、これにより害され得る利益の内容とそれへの配慮を十分に示すことが肝要となる。例えば、前記①の行為の「主体」の正当性の検討に関し、本部による統制を無視した団体行動が組合の使用者に対する交渉力を弱める事態を招きかねないことなどに全く意を配ることなく、要求事項が支部固有の事情に起因するものであり、また、支部組合員の利益に資するものであることなどのみを指摘して正当性を肯定するものは、十分な説得力を持つものとは言い難いであろう。前記の「主体・目的・手続・態様」といった点は、それ自体が何らかの法規範となるものではなく、飽くまで検討の着眼点を列挙するものにすぎない。平素の学習から、単なる暗記にとどまらず、なぜそれらの4つ（あるいは3つ）の観点から検討することが必要かつ適切とされ、それぞれにおいてどのような事柄がどのような理由で団体行動の正当性を左右し得るものとして問題となるのかといった点についてまで正確に理解しようとする姿勢をもつことが肝心である。そのような学習姿勢が論述の説得力を左右することを銘記すべきである。

前記②の行為については、組合活動と捉えて主体・目的・態様の観点から検討する枠組みを示すものが多かったが、論述の比重が「態様」に集中し、主体や目的の観点からの検討をほと

んど行わない答案が少なくなかった。また、前記②の行為を①の行為と一体のものとして一括して検討するものや、別個に検討するものの「主体や目的の点については前記①の行為について論じたところと同様」と記述して終わるものも少なくなかった。争議行為と組合活動の区別には様々な考え方があるから、そこでいかなる考え方を採るかによって評価が左右されるものではないが、本問の事例において、会社は、前記①及び②の行為それぞれを懲戒事由として掲げており、各行為は、目的や主体、態様・手法・時期の点でも、企業秩序に及ぼし得る影響などの面でも、様相が異なるのであるから、正当性をそれぞれ丹念に論じる必要がある。そうした違いを全く顧慮せず、ひとまとめに正当性を論じたために、論述の説得力や緻密さに欠ける答案も散見された。

懲戒事由該当性及懲戒権の濫用の論点については、ほとんど触れることがない答案や、論じていても就業規則中の規定の番号を列挙するだけの答案が少なくない中、答案によっては、短文のうちにも、会社が挙げた懲戒事由への該当性の有無を的確に指摘し、事案における具体的な事情を勘案した社会的相当性の判断も欠かさずに、簡素かつ丁寧に、権利濫用の有無を結論付けているものもあり、そうした答案は、相対的に高く評価された。解雇という最も重い処分であることに鑑みれば、行為の悪質性及結果の重大性、企業秩序に与える影響等の要素の丁寧な衡量が不可欠であろう。

#### 4 答案の評価

「優秀」の水準にあると認められる答案とは、出題の趣旨を正確かつ深く把握し、言及を要する論点をほぼ漏れなく論じ、法令や判例の趣旨・射程の正確な理解に基づく的確な規範定立と緻密な事実の評価・当てはめを行い、全体として論理に飛躍や無理のない説得的な論述を行っていると思われる答案である。

「良好」の水準にあると認められる答案とは、論ずべき論点にはおおむね全て触れており、法解釈について法令や判例の理解に基づく一定の見解を示した上で、設問に対する結論を導き出すのに必要な具体的事実を事例から拾い上げることができている一方で、当てはめにおいて小さな問題が見られたり、判例の理解が十分とまでは言えない面が見られたりするなど、「優秀」の水準にある答案のような論述の緻密さ、深みが認められない答案である。

「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ついて一定の知識はあると思われるものの、論ずべき論点の一部に言及していなかったり、言及した論点においても、規範の定立に至る論理に欠落があったり、当てはめに不十分さが見られたりするほか、関係条文・判例に対する知識の正確性に難があり、論証において拾い上げる必要がある事実を事例の事実関係の中からの的確に捉えて評価することができていない答案である。

「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の理解にも至っておらず、例えば、関係する法令を挙げることも規範を示すこともせずに単に問題文中の具体的な事実をなぞるにとどまっていたり、少ない知識から無理に構成した適切でない論理や規範から短絡的に断定的な結論を導いていたり、極めて表層的な当てはめに終始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われる答案である。

#### 5 今後の出題

出題方針について変更すべき点は特になく、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た上で自己の法的見解の論証を正確かつ説得的に展開し、事例の中から有意な事実を過不足なく拾い上げて当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。従来と同様に、労働契約法、労働基準法を中心とする個別法の分野と労働組合法を中心とする



集団法の分野のバランスにも配慮する予定である。

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，単なる暗記にとどまらない法の趣旨や理論的基盤に基づいた本質的な理解が図られるよう，更なる指導をお願いしたい。また，それらを具体的な事案に適用して論理的に結論・解決に導く能力を磨くために，事例分析の前提となる基礎的な事実を正しく把握する理解力，結論に至る論理を導くために必要な論点を抽出し，その相互の関連性を意識しつつ分析する能力，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，法の趣旨に沿った適切な事実の当てはめを行って妥当な結論を導く能力など，法律実務家に求められる基本的な法的思考力を更に養成するよう重ねてお願いしたい。

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否かに重点を置いた。

3 採点実感等

【第1問】は、国道建設事業の事例を通じて、環境影響評価法の意義と仕組み、争訟方法、現在の課題に関する理解を問うものである。【第2問】は、廃棄物の処理及び清掃に関する法律（以下「廃掃法」という。）のもとで、産業廃棄物の処理により生活環境に影響を及ぼす事態が生じた場合に、発生から処分に至るまでの過程に関与した者が負う法的責任や都道府県知事の採り得る措置についての理解を問うものである。

【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、[設問1]で、環境影響評価法の仕組みの理解を問い、環境影響評価手続等に瑕疵が存する事業の争訟方法の検討を求め、[設問2]では、計画段階配慮書手続の意義とその導入効果について、[設問3]では、個別事業段階における現行の環境影響評価制度の限界と改革の方向性について問い、[設問4]では、複数の原因者による公害に関する共同不法行為の成立要件について検討を求めるものである。

[設問1]のうち小問(1)については、多くの答案が本件環境影響評価手続の複数の瑕疵について適切に指摘していた。しかし、当該瑕疵と本件認可の関係については、環境影響評価法施行令の規定まで資料に掲げていたにもかかわらず、本件環境影響評価の結果を本件認可において考慮する義務があること（いわゆる横断条項の存在）すら指摘していない答案が散見された。小問(2)については、大半の答案が本件認可の差止訴訟の可能性について指摘し、CとDそれぞれの原告適格、重大な損害のおそれの有無等について論じていたが、住民訴訟の可能性について検討した答案はほとんど見られなかった。

[設問2]については、計画段階配慮書手続の趣旨を的確に示す答案がある一方、報告書手続の導入を指摘するにとどまる答案も見られた。主務大臣の意見は環境大臣の意見を勘案して出される点を指摘するものは少なかった。環境大臣意見の意義を再確認してほしい。

[設問3]については、多くの答案が現行制度は個別事業に関する環境影響評価であるが故に事業そのものの中止、複合影響の考慮等の点で限界があることを指摘していたが、環境基本法第19条や生物多様性基本法（第25条）の趣旨を踏まえ、政策・計画・プログラム段階での戦略的環境アセスメント（SEA）の導入の必要性を具体的に論じた答案は限られていた。

[設問4]については、共同不法行為について弱い関連共同性に関して有力説・下級審裁判例の立場からの的確に指摘する答案も見られる一方、白紙の答案も一部見られた。また、国家賠償法第2条ではなく、民法第717条を問題としたものも一部見られた。

(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

[設問1]については、本件国道の新設を阻止するための行政訴訟として、本件認可の抗告訴訟以外の方法を検討した答案がほとんど無かったことは驚きであり、環境紛争の実態をイメージできていない可能性がある。環境関連の抗告訴訟では原告適格が否定されることが少なからずあり、また、環境公益訴訟が導入されていない現状において、地方公共団体の公共事業をめぐる紛争では住民訴訟が活用されているという現状を踏まえた検討が期待されることである。[設問2]については、環境影響評価法の2011年改正の趣旨について具体的に把握していないことが明らかになった。環境法政策に関する具体的な問題に即した勉強をしてほしい。[設問3]については、SEAという用語は知っていても、その意義や計画段階配慮書手続との違いについて、具体的に考えたことがないのではないかと感じられた。[設問4]については、民事訴訟も環境法の範囲であることを再確認してほしい。

### (3) 各水準の答案のイメージ

「優秀」な答案のイメージは、[設問1]について、本件に係る環境影響評価法上の瑕疵をまんべんなく検討し、当該手続的瑕疵が認可に及ぼす影響をも踏まえつつ、本件認可が違法であるとする主張の論拠について述べた上で、本件国道建設を阻止するための争訟方法として、認可の差止訴訟・仮の差止め及び住民訴訟の活用可能性について論じ、[設問2]について、2011年改正による計画段階配慮書手続の導入とそれにより環境大臣が計画立案段階で意見を述べられるようになったこと、主務大臣が意見を述べる際に環境大臣の意見を勘案しなければならないことを論じ、[設問3]について、個別の事業に関する環境影響評価制度の限界についての確に指摘した上で、環境基本法第19条の趣旨を踏まえつつ政策・計画・プログラムに関するSEAの必要性等について論じ、[設問4]について、G社の民法第709条の責任と国道の道路管理者の国家賠償法第2条の責任、及びそれらの責任に関する民法第719条の適用について関連共同性を含めて的確に論じるものである。「良好」な答案のイメージは、その程度がやや劣るが、主要な論点について、おおむね適切な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、[設問1]において少なくとも手続的瑕疵の一つが的確に指摘されているなど、主要な論点の一部が把握できて論理的に記述できている答案である。「不良」な答案のイメージは、題意を把握できておらず、制度の基本的理解も不十分な答案である。

## 【第2問について】

### (1) 出題の意図に即した答案の存否、多寡

[設問1]小問(1)は、コンクリート破片が産業廃棄物(廃掃法第2条第1項、第4項第1号)に該当することを前提に、①産業廃棄物処理基準に違反する状態で野積みされたコンクリート破片が、「乙地区の住宅地へ崩れる危険が発生した」状況をもって、「生活環境の保全上支障が生じ、又は生ずるおそれがある」ものと認定して、措置命令の可否を論じる必要がある。この点については、多くの答案は、【資料】に掲げた廃掃法施行令を引用して、必要な検討ができていた。他方で、上記①の状況で改善命令の可否等を論じ、②「乙地区の住宅地へ・・・小規模な崩落が生じ始め、その拡大の兆候が現れていた」状況が生じて初めて「生活環境の保全上の支障が生じ、又は生ずるおそれがある」と認定して措置命令の可否を論じる答案も少なからず見られた。上記①の状況により、具体的な危険が生じていることは明白であり、具体的事例をもとにした学習が足りていないように感じた。

廃掃法第21条の3第1項による事業者であるB社に対しては同法第19条の6第1項の措置命令を、処分者であるC社に対しては同法第19条の5第1項の措置命令を、それぞれ具体的な措置の内容を踏まえて論じる必要がある。多くの答案は、この出題の意図に即した回答をしていたものの、B社に対しても同法第19条の5第1項の措置命令を適用する答案も見られた。同項各号の検討が不十分であることも然ることながら、排出事業者の一般的注意義務(同法第12条第7項)を前提に、処分者等によっては生活環境保全上の支障の除去が困難な場合

に排出事業者の責任を認めた同法第19条の6の措置命令の制度の根本的な理解ができていないものである。本問のように建設廃棄物が典型例であるが、一般的に産業廃棄物の処理の過程には、重層的に関与する者が現れるのであり、不適切な処理が行われた場合に、誰が、どの根拠に基づいて、どのような内容の責任を負うのかを理解することは、非常に重要である。また、同法第19条の6第1項の措置命令の発令には、排出事業者の補完的な責任であることを前提に、同項第1号及び第2号のいずれにも該当する必要があるが、本問の事例に現れる事情を具体的に当てはめることが必要である。この当てはめを全くしていないか、そのいずれかに該当することをもって措置命令の発令が可能とする答案が見られたが、この措置命令の位置付けを踏まえ、条文を注意深く検討することを要する。

C社に対しては、廃掃法第14条の3第1号に基づく事業の全部又は一部の停止命令の可否を論じることが期待されたが、これに触れた答案はごく一部であった。主として問われた措置命令に目を奪われたものと思われるが、本問の事例に現れるC社の行為は相当に悪質であるし、小問(2)を設けて同法第19条の10に基づく措置命令を問うていることから、P県知事の講じ得る措置として、当然に検討して欲しかったところである。

上記②の状況では、廃掃法第19条の8第1項第4号に基づく行政代執行を選択し、要件に具体的な事情を当てはめて論じる必要がある。上述のように、上記②で措置命令を論じた答案以外は、おおむねこの出題の意図に沿う回答ができていた。

小問(2)では、廃掃法第19条の10第2項に基づく措置命令を論じる必要がある。許可の取消しを定める同法第14条の3の2まではたどり着くことができたものの、同措置命令に触れることができなかった答案が少なからず見られた。いわゆるダイコー事件を契機とした平成29年改正の内容を問う問題であるが、環境法、特に廃掃法の分野における日々の学習の中では、基本的な知識とともに、数次にわたる改正について注意を払い、改正前のどのような問題点をどのように解消しようとするものなのかを理解することが重要である。また、同法第19条の10第2項に基づく措置命令の効果は、同法第19条の5第1項に基づく措置命令の効果とは異なり、「産業廃棄物処理基準に従って当該産業廃棄物の保管をすることその他必要な措置」を講ずべきことを命じることができるのであり、この点に言及することも期待されたが、ここまで触れた答案はほとんどなかった。

〔設問2〕は、乙地区に土地建物を所有し、そこに以前から居住するDがC社及びP県に対してどのような法的請求が可能か論じる問題である。時間的な制約があったのかもしれないが、救済方法や論点の単なる羅列にすぎない答案が多く見られた。手続法についての十分な知識があることは、法曹にとって必要な素養ではあるが、これでは出題意図に応えたことにはならない。本問の事例では、危険が差し迫っている可能性がある一方で、具体的な損害発生までは現れておらず、また、Dの居住地がC社所有山林に直接隣接しているかは明確ではない。これらの事情に即して、Dの救済方法の優先順位や、実際の訴訟で主たる争点となる可能性を意識した記述が期待されたが、ここまで到達した者は少数にとどまった。

C社との関係では、ほとんどの答案が差止請求の可否を論じていた。もっとも、その根拠又は権利侵害要件について十分に検討できている答案は多くはなく、多くの答案は、所有権又は人格権のどちらか1つを挙げるのみであった。そもそも差止請求に明文上の根拠規定はなく、本問の事例で現れる事情からは、土地及び建物の各所有権に基づく妨害予防請求権と人格権に基づく差止請求権など複数の権利を検討することが期待される。また、本問の事例では、コンクリート破片が乙地区住宅地へ崩れる危険が生じているところ、かかる事情をあてはめながら、差止請求の要件として、受忍限度論など、違法性又は正当化事由の検討を必要とするが、多くの答案がこの点に触れられていた。なお、本問で抽象的差止請求の可否を論じる答案が少数ながら見られたが、本問の事例では具体的な請求をなすことが可能であり、あえてこれを問題にする必要はない。

P県知事に対する請求は、まずは、行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）第3条第6項第1号の非申請型義務付け訴訟として、B社に対する廃掃法第19条の6に基づく措置命令及びC社に対する同法第19条の5に基づく措置命令の義務付け訴訟の提起を論じることが必要である。Dは、C社所有山林に隣接する乙地区住宅地の住民であるため、原告適格（行訴法第37条の2第3項）を論じることが期待される。この点は、多くの答案が触れることができていたものの、措置命令に関する廃掃法の規定の趣旨及び目的並びに制度を通じて保護しようとしている利益の内容及び性質（行訴法第37条の2第4項が準用する同法第9条第2項）から十分な検討ができた答案は少なかった。非申請型義務付け訴訟の訴訟要件（損害の重大性と補充性〔同法第37条の2第1項、第2項〕）、本案勝訴要件（同法第37条の2第5項）を論じる必要もあるが、時間的な制約があったためか、十分な検討ができていない答案は少なかった。

また、本問の事例においては、乙地区住宅地へ崩れ落ちそうなコンクリートの除去がDへの直截な救済であることから、これを主眼的に求めることが十分に考えられるところであり、行政代執行の義務付けの訴えの可否を論じることが期待されたが、これに触れた答案はほとんど見られなかった。設問が独立していることもあり、これに触れることはハードルが高かったかもしれないが、裁判例もあるのであり、是非とも触れて欲しかったところである。

本問の事例では、コンクリート破片が乙地区住宅地へ崩れる危険が生じているところ、C社及びP県を被告とする訴訟を提起しても救済が実現するまでには時間を要する可能性があるため、早期の救済を求めるべく仮の地位を定める仮処分（民事保全法第23条第2項）又は仮の義務付け（行訴法第37条の5第1項）に触れることも期待されたが、これに触れた答案は少数であった。

(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

〔設問1〕で出題の意図から大きく外れた者は、不適切な処理がなされた場合における行政法的責任に関する基本的な制度設計を押さえられていないものと思われる。また、一部の条文を挙げることはできても、制度の全体像を意識した記述はできず、具体的な事案に的確に当てはめることができなかった者は、制度設計を表面的に理解したにとどまるか、単なる制度の暗記にとどまっているものと思われる。原因者負担原則など環境法の基本理念、諸原則に立ち戻りつつ、社会経済状況の変化に伴う法改正や現行法の問題点などを意識しながら、法文を丹念に読み込んで法制度を十分に理解し、裁判例等に触れながら、具体的な事案に即して思考を重ねるトレーニングが必要になるものと考えられる。

〔設問2〕で仮処分や仮の義務付けを含め複数の選択肢や論点を羅列したにすぎない答案は、時間的な制約があった可能性があるが、同種の過去の出題等の解答例をそのまま引き写したにすぎないような答案もみられた。問題文から問題となり得る事情を拾い出し、そこに現れる住民の真の救済を考え、住民の訴訟代理人、相手方訴訟代理人、裁判官と立場・視点を変えながら、救済方法の優先順位、訴訟において主たる争点となる可能性等を意識したトレーニングが不足しているように思われる。

(3) 各水準の答案のイメージ

「優秀」な答案のイメージは、排出事業者の責任と処分者の責任を明確に区別するなど、不適切な処理がなされた場合において都道府県知事が講じ得る諸制度について十分に理解をして、本問の事例に現れた具体的な事情を的確にくみ取り、【資料】にある施行令を含め、要件に丹念に当てはめをし、住民の救済方法について、複数の選択肢を挙げて、論点に過不足なく触れている答案である。「良好」な答案のイメージは、諸制度の理解についてやや劣るものの、条文上の要件に本問の具体的な事情を当てはめようと試み、住民の救済方法における論点を挙げるができていない答案である。「一応の水準」の答案のイメージは、諸制度の表面的な知識のみで対峙しようとするものであり、諸制度の的確な選択ができていないもの、「不良」な答案のイメージは、それさえもできていないものである。

#### 4 今後の出題について

これまでどおり、環境法の基本的な仕組み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

環境法を学習する際には、他の科目と同様に、まず、環境法の基本構造と基礎理論を正確に身に付ける必要がある。同時に、環境問題は、その解決に当たり、多くの法律基本科目分野の知識の総合が求められる領域であり、環境法領域の専門知識のみでは、解決が困難であることが少なくない。環境問題の具体的な状況を踏まえた上で、行政法、民事法、各種訴訟手続などに関する学習によって得られた知識を統合的に応用する努力が求められるであろう。そのためには、それぞれの環境法令の背景事情、立法趣旨を理解することに加え、常にきちんと条文を参照して学習する習慣を身につけて、法体系全体の仕組みや個々の条文の文言を正確に理解することが肝要である。また環境法令はしばしば改正されるので、法令の動向には常に目を向けておくことが望まれる。

## 令和3年司法試験の採点実感（国際関係法（公法系））

### 1 出題の趣旨等

既に公表されている出題の趣旨（「令和3年司法試験論文式試験問題出題の趣旨【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、設問に係る国際法の基本的な概念や規範、特に、関係する主要な多数国間条約の関連規定や国際判例及び国内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、国家の成立要件、少数民族による分離独立の国際法上の条件、国家承認の形式とその意義、庇護権の主体とその内容、犯罪人引渡しに関する国家の義務の有無、外交関係法における接受国の義務と国家責任の成立要件に関する基本的知識と理解を問うものである。第2問は、領域紛争の解決に関する国際法の規則、海洋境界に関する紛争が解決されていない場合の海域の利用に関する国際法の規則、沿岸国による法執行活動に関する国際法の規則、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。）の義務的裁判制度に関する基本的知識と理解を問うものである。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少なかったものの、最低ライン未満者が存在した。なお、設問の趣旨を正確に捉え答えているか、また、説得的な理由付けがなされているか、さらに、基本的知識に基づく本問の事例に対する当てはめが的確かといった点では、答案の間に一定の差が見られた。

#### (1) 第1問

設問1は、外交関係の開設が国家承認との関連で有する意義について説明を求め、少数民族が既存国家から分離独立する場合における国家成立の要件についての理解を問うものである。具体的には、外交関係の開設が黙示の国家承認に該当することを確認した上で、その前提として相手の実体が国家として成立していなければならないこと、国家として成立していないにもかかわらず国家承認を行えば「尚早の承認」となり領域国の内政干渉として国際違法行為を構成すること、少数民族の分離独立の場合は、通常の状態の成立要件のほか、外的自決が認められるための分離権の要件が課されることなどが理解されているかどうかという点が評価の対象となる。

多くの答案は出題の趣旨を正確に理解し、外交関係の開設が黙示の国家承認となること、この国家承認が有効であるためには、その前に承認の対象となる実体が国家として成立していることが論理的に証明されなければならないこと、そして国家の成立要件を満たすことが証明されれば尚早の承認という内政干渉には該当しないことが、的確に論述されていた。しかし、恒常的な住民、明確な領域及び実効的な政府の存在といった国家成立の要件が満たされたことを指摘するにとどまり、少数民族による分離独立については別途検討を行わない答案も多数あったことは残念であった。既存国家からの分離独立に至る「外的」自決の行使は、極めて例外的であるが、認められないわけではない。参考となる基準はケベック分離事件カナダ連邦最高裁意見（1998年）で触れられているとおりであり、本設例では、「内的」自決の実現が阻害され、植民地的支配に類似の状況にあることをもって最後の手段として分離権の行使が正当化されることを論じる必要があるが、この点に関して不十分な記述にとどまる答案が散見された。主題

によっては、国際判例だけでなく、重要な国内判例についてもきちんと理解しておくことが国際法の学習にとっては不可欠である。

設問2は、庇護権と犯罪人引渡し制度の考え方の説明を求め、領域的庇護と外交的庇護の区別、外交的庇護に関連する庇護事件国際司法裁判所判決（1950年）の内容とその背景、犯罪人引渡しに関する国家の義務の有無などについての国際法上の理解を問うものである。

多くの答案が設問の趣旨に沿って、領域的庇護と外交的庇護の区別のほか、本事例が外交的庇護に当てはまること、接受国側からの引渡し要求に対しても犯罪人引渡しについての一般国際法上の義務がないことについて正確に論述ができていた。また、外交的庇護が、原則として接受国の主権を侵害する行為とみなされ、一般国際法上は認められていないということも理解できていた。しかし、外交的庇護が関係する庇護事件国際司法裁判所判決に言及し、外交的庇護が中南米諸国の間では必ずしも国際法に反しないことを論じた答案はほとんどなかった。庇護事件での論点の1つが中南米諸国における外交的庇護制度の位置付けであったことを想起すれば、外交的庇護を本設例での関係国間で有効な制度として主張することは決して難しいことではないはずである。国際法では、重要な法制度とそれに関連する国際判例を結び付けるとともに、当該判例の内容をきちんと理解することがとりわけ重要である。

設問3は、1961年の外交関係に関するウィーン条約（以下「外交関係条約」という。）上の接受国の義務の内容を確認し、その義務違反から生じる国家責任についての理解を問うものである。具体的な論点としては、国家責任の発生要件を正確に理解しているかどうか、そして、ここで外交関係条約上の義務の違反から生じる国家責任には、私人の行為が特定の条件を満たすことで国家に帰属し、当該国家の作為としての義務違反から生じる国家責任と、国家自身による同条約上の義務の不作为から生じる国家責任の2種類があるということを理解しているかどうかということである。

多くの答案は出題の趣旨を正確に理解し、国家責任条文第8条に示されているように国家の指示により私人の行為が当該国家に帰属することで外交関係条約上の義務違反が生じる点については解答ができていた。もっとも、この義務違反による国家責任への言及にとどまり、接受国の不作为による外交関係条約違反とそこから生じる国家責任に触れていない答案が散見されたのは残念である。接受国の行為により、いかなる外交関係条約上の実体義務の違反が生じるのかについても正確な見極めが求められることに留意されたい。

## (2) 第2問

設問1は、領域紛争の解決に関する国際法の規則の理解を問うものである。

多くの答案は、設問の趣旨に沿って、領域紛争の解決に用いられる国際法の規則として、ウティ・ポシデティス・ユリス原則（現状承認の原則）、エフェクティブテ又は実効的支配や主権者としての行為に言及した議論を展開していた。また、力による現状の変更が現在の国際法で容認されないことに言及した答案も少数ではあったが見られた。

ただし、同じ旧宗主国から独立した国家間の領域紛争に関する多くの国際判例で、ウティ・ポシデティス・ユリス原則とその他の原則の適用に順番があることが理解されていない答案が多く見られたことが残念であった。そのような事例で、裁判所は、まず、ウティ・ポシデティス・ユリス原則により、旧植民地時代の境界を示す法律等の法的拘束力のある文書が存在する場合は、当該境界を尊重する判断を示してきており、そのような文書が存在しない場合に、エフェクティブテ又は実効的支配や主権者としての行為が検討されてきている。こうした国際判例の論理をより正確に理解することが求められる。

なお、先占の法理を論じた答案が散見された。先占の法理は無主地に対する領域主権の取得に関するものであることに留意が必要である。本問の記述からサールーガ島を無主地と位置付けることは難しいといえる。

設問2は、海洋境界に関する紛争が解決されていない場合の海域の利用に関する国際法規則の



理解を問うものである。国連海洋法条約第74条第3項及び第83条第3項は、排他的経済水域又は大陸棚について海洋境界に関する紛争の最終的解決までの過渡的期間において、暫定的取極を締結し、係争海域の利用を可能にする規定である。これらの規定の下では、暫定的取極について合意を達成することが義務とされており、また過渡的期間において、最終的な合意への到達を危うくし又は妨げないためにあらゆる努力を払う「自制義務」が課されている。また、沿岸国は海洋境界に関する紛争が未解決であっても、自国の排他的経済水域又は大陸棚であることが確実な海域において、自制義務に配慮しつつ、資源の探査及び開発を行うことが可能である。

多くの答案は、出題の趣旨を正確に理解し、上記の国際法規則を適切に当てはめた議論ができていた。

なお、少数ではあるが、B国の資源探査活動を、海洋の科学的調査と位置付ける答案が見られた。国連海洋法条約では海洋の科学的調査について、明確な定義が置かれていないものの、本問ではB国の活動が「石油・天然ガス資源の探査」であることが明記されており、第56条第1項(a)に規定される資源の探査に当たると考えることが妥当であろう。

設問3は、沿岸国による法執行活動に関する国際法の規則、及び国連海洋法条約第15部に規定される義務的紛争解決制度についての基本的知識を基にして、A国とB国の間の紛争がこの制度による国際裁判に付託され得るかを論じることを求めるものである。

国連海洋法条約第15部の義務的裁判制度では、第286条により、国連海洋法条約の解釈又は適用に関する紛争の存在、第1節に定める方法によって解決が得られなかったこと、及び、第3節に規定される制限や選択的除外の適用がないことが、義務的裁判への紛争付託の要件である。多くの答案では、A国とB国は第287条による裁判所の選択の宣言を行っていないため、附属書VIIによって組織される仲裁裁判所が管轄権を持つこと、及び両国がともに、第298条の下での選択的除外の宣言をしていないことに言及した解答がなされていた。しかし、国連海洋法条約の解釈又は適用に関する紛争の存在という要件に言及した答案が少なかったことは残念である。

国連海洋法条約の解釈又は適用に関する紛争の存在という紛争付託のための要件は、附属書VIIによって組織される仲裁裁判所に付託される紛争の本案の内容に関する解答にも意味を持つ。本問は、「沿岸警備隊による発砲事件に関する紛争」を仲裁裁判所に付託できるかを問うている。サイガ号(第2)事件国際海洋法裁判所判決(1999年)等を念頭に置いて、負傷者が出るような沿岸警備隊の発砲行為に、国連海洋法条約のいかなる規定の解釈又は適用が問題となるかを論じることが求められる。なお、第74条第3項と第83条第3項の下での自制義務の違反を論じた答案については、評価を与えた。

### (3) 答案の水準と評価

第1問、第2問ともに、「優秀」といえる答案は、全ての設問において、設定されている事実関係に関する国際法上の論点を的確に抽出し、関係条文を正確に解釈するとともに、関連する国際法の原則や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て、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を欠いていたり、関係条文や国際法の原則に対する理解が必ずしも十分でなかったりするものであるが、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関係条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いているもので、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

法科大学院教育では、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は目指してもらいたい。特に国連憲章、条約法に関するウィーン条約、国連海洋法条約、国際司法裁判所規程等の主要な多数国間条約の関係条文の解釈、国家責任に関する理論や国際判例及び国内判例等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、具体的な問題・事例に柔軟に対応して的確な解決策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、このような問題解決能力を涵養するものであることが望まれる。

## 令和3年司法試験の採点実感（国際関係法（私法系））

### 1 出題の趣旨、ねらい等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

### 2 採点方針

採点の方針は、基本的に、例年と同様である。すなわち、関連する分野ごとの基本的な知識を前提として、基本的な法律解釈の能力を備えているか否か、さらに、基本的論述力を発揮できているか否かといった点が問われている。

具体的には、①出題された事例の法的なポイントを正確に把握し、その検討に必要な論点を的確に取り上げているか、②各論点について関連する法律の規定その他の法源から適切なものを取り上げるとともに、必要に応じて、条文や制度の趣旨を踏まえた解釈を行った上で、規範を定立することができるか、③取り上げた条文や定立した規範を、当該事案に適切に当てはめて結論を導くことができているか、また、その当てはめにおいては、問題文中から必要な事実を過不足なく拾い上げ、摘示することができるか、これらが採点の基準とされた。

これらができていない又は不十分な答案是「不良」とされた。また、これらが形式的にはできているとしても、例えば、②について、規範定立において理由付けを欠く、あるいは、③について、事案への当てはめにおいて不備があるなど、結論に至るまでの過程における論述に不十分な点がある答案是「一応の水準」とどまった。他方で、①から③までの検討過程に論理の飛躍がなく、明瞭で説得的な論述が展開されている答案是、「良好」又は「優秀」なものと評価された。

なお、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るか否かを基本として採点した。

### 3 採点実感等

#### (1) [第1問] について

##### ア [設問1] の [小問1] について

[設問1] の [小問1] は、婚姻無効の訴えについて、日本の裁判所の国際裁判管轄権が認められるかを問うている。多くの答案が、本件訴えは人事訴訟に該当し、人事訴訟法（以下「人訴法」という。）第3条の2第2号の規定が定める「身分関係の当事者双方に対する訴え」であること、また、「その一方又は双方の住所が日本国内にあるとき」に日本の裁判所の国際裁判管轄権が認められることを指摘していた。その一方で、本件婚姻無効の訴えが、当事者双方に対する訴えであることを理解せず、人訴法第3条の2第1号の規定を適用する答案が一定数見られた。このような答案是、「一応の水準」にも達していない。国際民事訴訟の問題を検討するに当たっては、民事実体法の理解が前提となるものであることを意識して解答してほしい。

また、本問でAC双方の住所が日本国内にあるかの認定に当たっては、管轄原因としての住所と居所の違いを正しく理解せず、AC双方の住所ではなく、居所が日本国内にあることを理由に、日本の裁判所に国際裁判管轄権を認める答案もあった。このような答案是、「良好」との評価を得られていない。

##### イ [設問1] の [小問2] について

[設問1] の [小問2] は、婚姻の無効・取消しの準拠法に関する理解を問うている。まず、婚姻の無効・取消しは、婚姻の成立と表裏一体の関係にあり、重婚禁止の要件のように実質的成立要件の欠缺が問題となるときは、婚姻の成立の問題と性質決定され、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）第24条第1項の規定により準拠法が指定されることを

示す必要があった。多くの答案が、婚姻の無効・取消しについて通則法第24条第1項の規定を適用していた一方で、婚姻の無効・取消しをAC間の婚姻の身分的効力の問題と性質決定して通則法第25条の規定によるとするものが若干数あった。また、中には、婚姻の無効・取消しの問題について、法律関係の性質決定をしない答案や、それを踏まえて適用すべき条文が明示されていない答案も散見された。

婚姻の無効・取消しについて通則法第24条第1項の規定を適用し、各当事者の本国法が準拠法となることに言及している答案は多数あったものの、それだけでは足りず、通則法第24条第1項の規定が採用する配分的適用のもとで、各当事者の本国法の適用関係がどのようになるのかを明確にした上で、重婚禁止の要件が一方的要件であるのか、双方的要件であるのかについて検討することが求められている。重婚禁止の要件が一方的要件であるか、双方的要件であるのかについて全く触れていない答案も一定数見られた。このような答案は、「良好」との評価を得られていない。

また、日本法上、重婚が取消事由であることを理解できていない答案や、本件においては、各当事者の日本法上、実質的成立要件が充足されていない婚姻について、無効と取消しという異なる効果が定められていることから、これをいかに処理するかについて検討する必要があるにもかかわらず、そもそも婚姻の無効と取消しの違いについて理解できていない答案もあった。〔設問1〕の〔小問1〕と共通するものがあるが、狭義の国際私法の問題を検討するに当たっても、民事実体法の理解が前提となることを意識してほしい。

なお、日本及び甲国の重国籍者であるCの本国法の決定に当たって、通則法第38条第1項本文が適用されるものとして、Cの常居所が日本国内にあるかを長々と検討している答案が若干数あったが、本問では、通則法第38条第1項ただし書によりCの本国法は日本法となる以上、同項本文の規定に基づく検討は不要である。

ウ 〔設問1〕の〔小問3〕について

〔設問1〕の〔小問3〕は、Bによる婚姻無効の請求を認める判決が確定してAC間の婚姻が無効となった場合にDが嫡出である子として扱われるかという問題である。多くの答案が、この法律問題を嫡出親子関係の成立の問題と性質決定し、通則法第28条第1項の規定を適用又は類推適用し、準拠法を指定していた。その一方で、明確な理由も示さずに、この問題を婚姻の身分的効力の問題と性質決定し、通則法第25条の規定によるとする答案や、親子間の法律関係の問題と性質決定して、通則法第32条の規定によるとする答案が若干数見られた。このような答案は、一応の水準にも達していない。

エ 〔設問2〕について

〔設問2〕は、婚姻の方式の準拠法及び通則法第24条第3項ただし書のいわゆる日本人条項について理解ができているかを問うている。本件は、通則法第24条第3項ただし書の規定が定める「日本において婚姻が挙行された場合において、当事者の一方が日本人であるとき」に当たることから、同項本文の規定の適用が排除され、同条第2項の規定に基づき、婚姻挙行地法である日本法が準拠法となることを示すことが求められる。多くの答案は通則法第24条第3項ただし書の日本人条項に言及していた。それに対して、日本人条項に全く言及せず、通則法第24条第3項本文の規定を適用し、本件婚姻を当事者の一方の本国法である甲国民法の規定に従ったものとして有効とする答案も若干数見られた。このような答案は、「一応の水準」にも達していない。少数ながら、日本に駐在する甲国領事の面前での婚姻の挙行について、婚姻挙行地を日本ではなく甲国とする答案があった。このような答案も、「一応の水準」には達していない。

オ 第1問の全体について

条文の適用を検討するに当たっては、当該条文の要件を明示した上で、同要件を満たす事実関係があるかどうかを判断すべきであるが、そのいずれかが欠けている答案が散見される。

国際私法の問題を検討するに当たっては、法律関係の性質決定、条文の摘示、条文の要件の摘示、必要な場合には条文の趣旨等に基づく解釈、要件への当てはめ、結論というステップを丁寧に踏んで解答してほしい。

婚姻の実質的成立要件、形式的成立要件、効力の区別が理解できていないと思われる答案が一定数見られた。

重国籍者であるCの本国法を決定するに当たり、通則法第38条第1項本文について長々と検討する答案や、婚姻の方式の準拠法を決定するに当たり、通則法第24条第3項本文について長々と記載する答案が見られた。最終的な結論に至る過程で、論理的に検討が必要な論点と検討が不要な論点の区別をすることが必要となろう。

(2) [第2問] について

ア [設問1] の [小問1] について

[設問1] の [小問1] は、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟について、被告が外国に住所を有する場合、すなわち民事訴訟法（以下「民訴法」という。）第3条の2の規定に基づく国際裁判管轄権が日本の裁判所に認められない場合において、どのような管轄原因があれば日本の裁判所の国際裁判管轄権が認められるかを問うものであった。

国際裁判管轄権は手続の問題なので法廷地法によるもの記述が相当数あった。そのことに誤りはないが、答案としては、明文の規定があるのであれば、まずは、条文の要件の解釈や当てはめを丁寧に行って結論を述べることが求められる。法廷地法によることは当然のことであって、それ自体が条文の解釈適用に影響するものではなく、紙幅も限られていることからすると、必ずしもこれに触れる必要はない。

[小問1] では、特にXの訴えが「不法行為に関する訴え」（民訴法第3条の3第8号）に該当することを指摘した上で、「不法行為があった地」（不法行為地）の解釈として、加害行為が行われた地（加害行為地）と加害行為の結果が発生した地（結果発生地）の双方が含まれることを示すことが求められていた。多くの答案は、「不法行為に関する訴え」に言及していたが、不法行為地に加害行為地と結果発生地の双方が含まれることを理解していないと思われる答案が一定数あった。また、結果発生地の「結果」について、直接の法益侵害に限定するか派生的損害を含むかについて論ずることなく、日本での「損害」の発生から当然に日本が「結果発生地」であると論ずる答案が散見された。このような答案は、「良好」との評価を得られていない。

若干数であるが、管轄原因を網羅的に検討する答案があった。日本の裁判所に管轄権が認められないという結論を導き出す場合であっても、基本的には、被告の住所による管轄権のような主要な管轄原因や問題となっている事案に即して管轄権が認められる可能性が高いと思われる管轄原因を中心に検討することで十分である。事案と関連性の薄い管轄原因を長々と検討する必要はない。

なお、民訴法第3条の3第8号の規定に基づき日本の裁判所が国際裁判管轄権を有することとなる場合には、民訴法第3条の9の「特別の事情」の有無についても検討することが必要であるが、この検討を行っていない答案が若干数あった。

また、何らの理由を示すことなく、民訴法第3条の9を唯一の積極的な根拠規定として日本の裁判所の管轄権を肯定する答案もあったが、民訴法第3条の9の基本的な理解を欠くものである。

イ [設問1] の [小問2] について

[設問1] の [小問2] は、不法行為（交通事故）の準拠法に関する理解を問うものであった。まず、XのBに対する損害賠償請求が交通事故を理由とするものであるから、「不法行為によって生ずる債権」の問題として法律関係の性質決定がされ、通則法第17条の規定によって準拠法が決定されることを示す必要があった。

多くの答案は、本件事故の結果発生地が丙国であるとの認定を行った上で、丙国での結果発生が通常予見することができるものであったと解答していた。しかし、〔小問1〕と〔小問2〕は、独立した問いであって、国際裁判管轄権と準拠法という別個の問題であるにもかかわらず、「小問1と同様に」などと記述するのみで通則法第17条の「加害行為の結果が発生した地」（結果発生地）の検討を省略する答案や、結果発生地について、直接の法益侵害の発生地と解するのが通説であることの認識もなく、明確な理由も示さずに派生的な損害の発生地を結果発生地とする答案も一定数あった。このような答案は、「良好」との評価を得られていない。

また、本件請求について、明らかに丙国よりも密接な関係がある他の地（通則法第20条）がないかの検討を行っていない答案や、密接性の考慮要素として国際裁判管轄権に関する民法第3条の9の「特別の事情」における考慮要素と混同しているような答案が若干数あった。

なお、外国法が準拠法となる場合には、通則法第22条によって日本法が累積的に適用されることにも言及すべきであるにもかかわらず、これを忘れた答案が相当数あった。

#### ウ 〔設問2〕について

〔設問2〕は、生産物責任の準拠法についての理解を問うものであった。〔小問1〕では、A社が購入した本件自動車の欠陥によって損害を被ったと主張して本件自動車の製造者であるC社に対して損害賠償請求をしていることから、A社の請求が認められるか否かは、「生産物責任」（通則法第18条）の問題として法律関係の性質決定をすべきであり、多くの答案は、そのような性質決定を行っていた。しかし、通則法第18条の「被害者」について、明確な理由を示すことなく、生産者から直接に引渡しを受けた者に限定するとの解釈を採った上で、バイスタンダーに関する問題と混同し、A社がバイスタンダーであるとして通則法第17条の解釈適用を論ずる答案が若干数あった。被害者が生産者から直接に引渡しを受けた者に限定されないことは、通則法第18条の文言からも明らかであり、バイスタンダーが被害者の場合における通則法第18条の適用の可否は本問とは異なる問題である。このような答案は、関連する議論についての正確な理解を欠くものであり、「一応の水準」にも達していない。

〔設問2〕の〔小問2〕では、同じく生産物責任の問題として法律関係の性質決定をした上で、本件自動車の引渡しを受けた地が甲国内であることを認定し、甲国内における本件自動車の引渡しが通常予見することができるものであるか否かについて論じることが求められていた。多くの答案がこの点について解答していたが、通則法第18条ただし書の趣旨まで説明した上で解釈を示していた答案は、必ずしも多くはなかった。

なお、〔小問1〕及び〔小問2〕のいずれにおいても、明らかにより密接な関係がある地の有無（通則法第20条）や、外国法が準拠法となる場合には日本法の累積的適用があること（通則法第22条）などについて検討を行うべきであるが、これらの検討を行っていない答案が散見された。

#### エ 第2問の全体について

時間不足のためか、〔設問2〕の解答ができていない答案が若干数あった。

条文を引用する際に、規定の趣旨も必ず記述するような答案が散見された。そのこと自体は誤りではないが、明確な内容の規定を事案に単純に当てはめて処理ができる場合にまで規定の趣旨を説明する必要はない。他方で、規定の解釈が分かれている場合には、一定の立場を採用して規範定立をする必要があるところ、自らが採用する立場の根拠を示すに当たっては、規定の趣旨を論ずべき場合が多いであろう（ただし、規定の趣旨以外の事由であっても、理由付けとして説得的な記述となっていれば、相応の評価がされる。）。

## 4 今後の出題について

狭義の国際私法、国際民事手続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と思われる。

#### 5 受験生と今後の法科大学院教育に求めるもの

- (1) 全体の法構造をしっかり理解した上で、個々の条文を解釈、運用する力を養うことが望まれる。
- (2) 問いに対応した解答をすることが重要である。「いずれの国の法を適用すべきか」という問いは、準拠法の決定を尋ねているのであるから、準拠法がどうなるかを答えればよい。これに対して、「この婚姻は有効に成立するか」という問いは、準拠法を適用した結果まで答える必要がある（日本法についての最低限の知識は必要であるが、解答に必要な準拠外国実質法の内容は問題文に記載されている。）。
- (3) 準拠法の決定を行う際には、その前提として、どの準拠法選択規則（例えば、通則法のどの条文）が適用されるかを判断する必要がある、そのために法律関係の性質決定を行うことを要する。いきなり条文の引用を行っている答案が散見される。
- (4) 答案の記述は、当該問題の解決に必要な部分を厚くすべきである。条文の要件解釈や当てはめに問題がないような場合にも、条文や制度の趣旨について長々と記載しているものがあるが、基本的には、条文の趣旨等は、その要件解釈や当てはめに必要な範囲で記載すれば足りる。
- (5) 文字が乱雑で判読が困難あるいは不能な答案が若干数あった。採点時に文字の解読に多大の時間と労力を費やしているが、それでも判読できない箇所を含む答案が一定数あった。そのような場合にはたとえ内容的に優れた記述であったとしても評価することができない。また判読困難なものも点数が低くなることがしばしばである（他人が読んで分かる文章を書く能力は評価の対象である。）。あまり苦勞せずとも読める字を書くよう努められたい。