

## 令和元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（令和元年司法試験論文式試験出題の趣旨【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、及び具体的な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、従来と異ならない。

さらに、複数の論点に表面的に言及する答案よりも、特に深い考察が求められている問題点について緻密な検討をし、それらの問題点の相互関係に意を払う答案が、優れた法的思考能力を示していると考えられることが多い。そのため、採点項目ごとの評価に加えて、答案を全体として評価し、論述の緻密さの程度や構成の適切さの程度に応じても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、司法試験考查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、例えど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、各設問において論す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において論すべき事項は、大別して、①建物の敷地からの独立性と建物新築請負契約の当事者間に建物所有権の帰属についての合意があればその合意に従って帰属が決定されること、②①の合意がない場合における新築建物の引渡し前の所有権の帰属、③請負人が建物を占有している中での所有者（注文者）の土地工作物責任の成否であり、②においては、請負人帰属説に立つ場合における原則と例外則、注文者帰属説に立つ場合のその理由と判例

批判が内容となる。

全体としては、①については十分に論ずるものが少なく、②については、請負人帰属説に立つものが多数であったが、その原則と例外則についての論述の精度や論理的整合性に差があり、③については民法第717条の要件該当性についての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に関しては、合意による建物所有権の帰属については比較的多くの答案が触れていたが、その理由付けがないものが多く、建物の独立性についてはこれに気が付かなかつた答案がほとんどであった。他方で、①の法律関係を簡潔に論ずることができた答案は、高く評価された。

②に関しては、請負人帰属説に立つ答案の中で、材料の全部又は主要部分の提供者が誰かによって所有権の帰属が決せられるという原則の根拠につき、材料の所有権が積み上げられて完成した建物となるという物権法の論理を正確に指摘することができているものは少なかつた。多くの答案は、報酬請求権を担保する必要性を請負人帰属説の唯一の根拠として挙げていたが、そのような必要性があるからといって、請負人への所有権帰属が論理的に導かれるわけではない。また、上記の原則の根拠として、民法第246条や加工の法理のみを指摘するものも相当数あったが、これらは加工の対象となる動産の所有者と加工者とが異なるときの所有権の帰属を扱うものであり、本問のような請負人が材料提供者であるケースには直ちには妥当せず、加工の法理を根拠とするのであればその意味を明らかにする必要がある。

本問では、代金の8割を注文者が支払っているという事情があり、請負人帰属説に立つ場合であっても、注文者が代金を支払っていれば注文者に建物所有権が帰属するという例外則の適用の有無を論ずる必要がある。例外則の内容とその根拠については出題の趣旨で詳述したところであり、例外則が発動されるか否かを実際の事案に当てはめて判断するためには、例外則の根拠に立ち返って論ずる必要があるが、この点を明確に意識した答案は少なかつた。請負人帰属説を採用する根拠を報酬請求権の担保にのみ求める答案の中でも、代金の8割が支払済みであるから注文者に帰属すると簡単に片付けるものが相当数見られたが、報酬請求権を担保するためであれば全額が支払われない限り注文者に所有権は帰属しないとも考えられるのであり、低い評価にとどまった。これに対し、例えば、請負人帰属説に立つ根拠として材料の対価の負担に着目し、請負人が材料費を回収できる程度の報酬を得たかを判断基準として示した上で、代金の8割の支払をした本問では注文者に所有権が帰属すると論ずる答案は、高く評価された。

③に関しては、民法第717条の土地工作物の所有者の責任の成否が問題となることや、その基本的内容については比較的良好論述することができていたものの、工作物の設置又は保存の瑕疵の有無について全く検討していない答案や、設置又は保存の瑕疵と材料の瑕疵とを混同する答案が少なからずあった。また、所有者の責任は占有者が免責された場合の二次的なものであることを理解していなかったものも相当数見られた。占有者が損害発生の防止に必要な注意をしたか否かについては、本問の事実関係では、占有者Bが必要な注意を尽くしていなかったという判断は常識的とは言い難いにもかかわらず、何らの説明もせず卒然と占有者に責任を負わせるべきとする答案も少なくなかった。

#### 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、取り分け建物所有権の帰属については自己の採用する立場に基づき、その根拠に立ち返って一貫して論ずることができ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、建物所有権の帰属に関する自己の立場の根拠と当てはめるべき定式との関係を明確に述べていなかったり、土地工作物の所有者の

責任の要件の一部について検討をしていなかったりするが、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、②や③については相応の論述がされているものの、①については全く触れていないものや、建物所有権の帰属に関して当てはめるべき定式を示すだけで、表層的な検討にとどまるものなどである。

不良に属する答案の例は、建物所有権の帰属に関して請負人帰属説に立ちながら、例外則について全く触れていないものや、土地工作物の所有者責任ではなく、民法第709条や第716条の責任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において論すべき事項は、第三者対抗力を備えた将来賃料債権譲渡がされた場合において、賃料債権を生すべき賃貸借の目的不動産が譲渡されたときに、①目的不動産の譲渡の効力が優先すると考える場合（Hの主張）のその根拠、②将来賃料債権譲渡の効力が優先すると考える場合（Fの主張）のその根拠、③上記①と②のいずれが正当であるかについての理論面及び実質的な妥当性の面からの検討である。

全体としては、多くの答案が、設問に従って、①から③までを形式的に項目を分けて整理し、順を追って論ずることができていたが、これらを混乱させて論じていたものは、相対的に低い評価にとどまった。また、①及び②については相応の論述をすることができた答案が比較的多かった一方で、①又は②のいずれかについて論点を捉えることができなかつたものもあった。さらに、③については、問題の本質をつかむことができずに不十分な論述にとどまったものがかなり多く、これらの点で評価に差がついたものと考えられる。

個別に見ると、①については、Hが乙建物の所有者となったことによりEに対する賃貸人となったことを論すべきところ、その根拠については、当然承継の構成を探る答案が大部分を占めた。しかし、不動産賃貸借の目的物の所有権移転による賃貸人の地位の移転について当然に承継が生ずるのは、賃借人が対抗要件を備えている場合に限る（したがって、本問では、EがDから乙建物の引渡しを受けて借地借家法第31条の定める対抗要件を備えていることを指摘する必要がある。）という基本的な理解が不十分な答案が多く見られた。賃借人が対抗要件を備えていなければ、「売買は賃貸借を破る」の原則により、新所有者は賃借人に対して明渡しを求めることができ、承継は当然には生じないことを銘記する必要がある。また、賃貸人の負う債務が状態債務であることのみをもって当然承継の根拠とするものも相当数あったが、「状態債務」という表現によって何を意味しているのかを簡潔に説明する必要がある。

②については、本件譲渡契約（将来債権譲渡）が有効であり、かつ、Fがその契約による将来賃料債権の取得を第三者に対抗することができることを論すべきであるが、将来債権譲渡の有効性について、判例法理を踏まえて論ずることができた答案は少数にとどまった。また、債権譲渡の対抗要件については、債務者対抗要件（民法第467条第1項）と第三者対抗要件（同条第2項）とを明確に区別して論ずることができていないものや、内容証明郵便が確定日付のある証書に当たる（民法施行法第5条第1項第6号参照）という実務上不可欠な基本的知識を欠くものも散見された。

③については、将来債権譲渡の譲受人（F）と目的不動産の新所有者（H）との間の対抗要件の具備の先後で決するとして、Fの主張に軍配を挙げる答案が目立った。しかし、この立論は、FもHも共に将来賃料債権を取得し得ることを前提としていると考えられるが、そもそも、将来賃料債権譲渡がされた目的不動産の所有権が移転し、譲渡人（D）が所有者でも賃貸人でもなくなったときに、それ以降に発生する賃料債権について将来債権譲渡の効力が及ぶのかという問題の本質がつかめておらず、低い評価にとどまった。その一方で、自説の理論的根拠と実質的妥当性について、複数の論拠を挙げ、反対説からの反論にも適切に応

接する答案も少数ながら存在し、高く評価された（③について論すべき事項については、既に公表した出題の趣旨を参照されたい。）。

#### イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、①及び②について、判例を踏まえながら、賃貸人の地位の承継並びに将来賃料債権譲渡の有効性及び対抗要件の具備に関する法律関係を的確かつ簡潔に述べた上で、③について、自説の理論的根拠と実質的妥当性の両方について説得的に論ずることができたものなどである。

良好に属する答案の例は、①から③まで相応の記述をしているものの、優秀に属する答案との比較においては、賃貸人の地位の承継に関する賃借権の対抗要件具備についての論述が不十分であるか、又は将来債権譲渡の有効性に関する判例法理についての理解が十分に示されていないものや、③について自説の実質的妥当性を本問の事例を用いて丁寧に論じられているが、理論的な理由については示せていないものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、①又は②のいずれかについて問題の所在が捉えられなかつたものや、③についてHとFの対抗要件の具備の先後で決するとするなど大きく筋を外してしまったものなどである。

不良に属する答案の例は、①及び②のいずれについても問題の所在が捉えられず、出題趣旨に沿った論述がほとんどできなかったものなどである。

#### (3) 設問3について

##### ア 設問3の全体的な採点実感

設問3において論すべき事項は、大別すると、①本件債務引受契約の無効原因として問題となる動機の錯誤の内容、②動機の錯誤が法律行為の要素の錯誤と認められる要件とその当てはめ、③Hの重過失の成否である。

設問3も、設問1と同じく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、①の設定の明確性、②の論述の精度と論理的整合性、③の当てはめの説得性において出来がかなり分かれ、これらの点で評価に差がついたと考えられる。

個別に見ると、①については多くの答案が触れていたが、下線部⑦の認識が本件債務引受契約の締結の動機であり、この点に誤認があったと構成する答案が多く、本件売買契約に基づく代金債務の負担が本件債務引受契約の締結の動機であり、この点に誤認があったと構成するものは少なかった。これらに対して、いずれの構成を探るかを明示せず、あいまいな論述をした答案は、事案を十分に分析することができないと考えられ、低い評価にとどまった（①でどのような構成を探るかは、②における検討の前提となるものであるから、このような答案は②でも高い評価を受けることができなかった。）。

②については、判例について的一般的理解と同様に、動機の錯誤の場合、民法第95条は当然には適用されないことを前提として、動機が表示されて法律行為（又は意思表示）の内容になった場合にのみ民法第95条による意思表示の無効を認めるとする答案が大多数であった。しかし、学説上も大きな対立があるにもかかわらず、自説がどのような立場であるかを明確にせずに漫然と論述を進めるものが多かった。また、上記の規範を本問の事案に当てはめる際に、動機が表示されたことについて、DGH間で協議がされたという外形的な事実のみを指摘して動機が表示されたと認めるなど検討が不十分なものも散見された。さらに、動機が表示されたことについては一定の論述をすることができるても、動機が法律行為の内容になったことについて的確に指摘することができないものが目立った。近時の判例（最判平成28年1月12日民集70巻1号1頁）においても、「動機は、たとえそれが表示されても、当事者の意思解釈上、それが法律行為の内容とされたものと認められない限り、当事者の意思表示に要素の錯誤はない」と解するのが相当」とされていることから明らかにおり、

動機の表示と法律行為の内容化とは別の判断基準として意味を持っていることに留意する必要がある。

③については、下線部⑦と下線部①のいずれが正当であるかという法解釈の問題であり、一般人から見て下線部⑦が明らかに正しいとはいえないであるから、下線部⑦の認識を持ったHに過失があるとしても、重過失があるとまではいえないとするのが常識的な判断であると考えられるが、重過失があると判断した答案が想定外に多かった。

#### イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、①について問題となる動機の錯誤の内容を明確にした上で、②について判例の位置付けを踏まえつつ、自己の立場に基づいて要件を明確にし、的確に事案を分析して当てはめ、③について簡潔に論述することができていたものなどである。

良好に属する答案例は、優秀に属する答案との比較においては、②についての検討が十分でないものの、①から③までについて相応にバランスよく論述することができていたものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、②又は③において検討が不十分な点が複数あるが、他の点については相応の論述をできていたものなどである。

不良に属する答案の例は、①で自説を明示することができず、②及び③についても的確に検討することができなかつたものなどである。

#### (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、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、その法律要件が全て満たされているかどうかを検討せず、自分が主要な論点と考える部分のみを論ずるもののが散見されたことである。例えば、設問1において、土地の工作物の占有者が損害の発生を防止するのに必要な注意を怠らなかったか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、瑕疵や因果関係の有無等の他の要件に触れないまま、安易に土地の工作物の所有者の責任を認める答案が相当数あった。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2に、個別の設問に関しても指摘したが、結論の妥当性に留意しないものが散見されたことである。例えば、本問の事情の下で、設問1において土地の工作物の占有者Bが必要な注意を怠ったと認定することや、設問3においてHに錯誤について重過失があったと認定することは、結論の妥当性の観点から見て疑問があるが、何らの説明もなく卒然とこれらの認定をするものが目立った。反対に、設問1においてAが土地の工作物の所有者として責任を負うことは民法第717条の趣旨からしてやむを得ないとしつつ、建築資材の製造業者に対して求償することができるとしてAの救済方法があることまで論じた答案は高く評価された。法律実務家に

とつて重要な結論の「スワリ」についても意識して検討することが求められる。

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に書き始め、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

本年においては、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。しかし、特に設問3については、設問の文字数がより多かった年と同じように、時間切れで論述が不十分に終わった答案が相当数あった。このことは、答案作成のための事務量の多寡にかかわらず、多くの受験生が、短時間で自己の見解を適切に文章化するために必要な基本的知識・理解を身に着けていないことを示唆している。引き続き、法的知識の体得に努めていただきたい。

また、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探るのであれば、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、判例の内容をより的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。

## 令和元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元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、乙社が、甲社の株主として、株主総会において、株主総会の権限に属する一定の事項を提案するために、会社法上、どのような手段を探ることができるか、少数株主による株主総会の招集の手続（会社法第297条等）並びに議題提案権（同法第303条）及び議案要領通知請求権（同法第305条）の行使の手続についての理解等を問うものである。

（ア）設問1においては、乙社が採ることができる会社法上の手段として、まず、少数株主による株主総会の招集の手續（会社法第297条等）に関して、条文に言及しながら簡潔に説明することが求められる。例えば、①甲社は公開会社であるから、乙社は甲社の総株主の議決権の100分の3以上の議決権を6か月前から引き続き（請求日から遡って満6か月）有しなければならないこと（同条第1項）、②取締役に対し、株主総会の目的である事項（議題）及び招集の理由を示して、株主総会の招集を請求しなければならないこと（同項）、③請求の後遅滞なく招集の手續が行われない場合又は請求があった日から8週間以内の日を株主総会の日とする株主総会の招集の通知が発せられない場合に、裁判所の許可を得て、株主総会を招集することができる（同条第4項）などについて説明することが求められる。

そして、乙社は、平成29年5月の時点で甲社の総株主の議決権の4%を、同年9月の時点で同9.8%を、平成30年1月の時点で同15%を保有しており、上記①を満たすと考えられること、上記②及び③を満たす場合には、甲社の臨時株主総会を自ら招集することができるなどについて、説明することが求められる。

次に、議題提案権（会社法第303条）の行使の手続に関して、同様に、例えば、①甲社は公開会社である取締役会設置会社であるから、乙社は甲社の総株主の議決権の100分の1以上の議決権又は300個以上の議決権を6か月前から引き続き（請求日から遡って満6か月）有しなければならないこと（同条第2項）、②取締役に対し、株主総会の目的（議題）とすることを請求する一定の事項は、株主総会の決議事項でなければならないこと（同項前段）、③株主総会の日の8週間前までに請求をしなければならないこと（同項後段）などについて、簡潔に説明することが求められる。

また、議案要領通知請求権（会社法第305条）の行使の手続に関して、同様に、例え

ば、④株主総会の日の8週間前までに請求をしなければならないこと（同条第1項本文）、⑤株主総会の目的である事項（議題）につき請求しなければならないこと（同項本文）、⑥甲社は公開会社である取締役会設置会社であるから、乙社は甲社の総株主の議決権の100分の1以上の議決権又は300個以上の議決権を6か月前から引き続き（請求日から遡って満6か月）有しなければならないこと（同項ただし書）、⑦拒絶事由に該当しないこと（同条第4項）などについて、簡潔に説明することが求められる。

そして、乙社は、上記のとおり甲社の議決権を保有しており、上記①及び⑥を満たすと考えられること、上記②から⑤まで及び⑦を満たす場合には、同年6月の甲社の定時株主総会の開催に当たり議題提案権及び議案要領通知請求権行使することができることなどについて、説明することが求められる。

なお、設問1においては、乙社が、甲社の臨時株主総会を自ら招集するための法定の要件や、甲社の定時株主総会の開催に当たり議題提案権及び議案要領通知請求権行使するための法定の要件については一定程度説明できている答案が多かった。

しかし、乙社が採ることができる会社法上の手段として、議案要領通知請求権の行使の手続について説明していない答案が少なくなかった。

また、設問1に関しては、基本的事項について、条文に沿った正しい理解を示していない答案が少なくなかった（例えば、以下のような答案が散見された。）。

少数株主による株主総会の招集の手続においては、少数株主が株主総会の目的である事項（議題）を定めること（会社法第298条1項括弧書き）など、少数株主が株主総会の招集等の手続（同条等）を行うことを理解していないもの

少数株主による株主総会の招集の手続においても、議題提案権（会社法第303条）及び議案要領通知請求権（同法第305条）が適用されると誤解しているもの

議題提案権（会社法第303条）、株主総会における議案提案権（同法第304条）及び議案要領通知請求権（同法第305条）を区別して理解することができないもの

議題提案権又は議案要領通知請求権が行使され、法定の要件を満たす場合には、取締役は、その請求に係る事項を株主総会の目的とし、又は株主が提出しようとする議案の要領を株主総会の招集の通知に記載等しなければならないことを理解しておらず、その裁量により、これを拒絶することができるとするもの

甲社の定時株主総会の議決権の基準日（甲社定款第13条、会社法第124条）の意義を誤解し、少数株主による株主総会の招集の手続や、議題提案権及び議案要領通知請求権の行使の手続に関する議決権の保有期間の要件について、当該基準日から遡って満6か月有しなければならないといった説明をしているもの

(イ) 次に、設問1においては、少数株主による株主総会の招集の手続と議題提案権及び議案要領通知請求権の行使の手續とを比較検討することが求められる。これらの手續を比較検討するに当たっては、例えば、下記①から③までのことを中心として、設問2及び3との関係で、バランスを失しない程度の適切な分量で論ずることが期待される。

なお、下記③について言及している答案が比較的多く、下記①及び②について言及している答案が少なかった。

#### ① 議事運営の主導権

少数株主が臨時株主総会を招集する場合には、少数株主は株主総会の招集等の手續（会社法第298条等）を行うことにより株主総会の議事運営にその意向を反映し得ること、他方で、取締役が招集する定時株主総会の開催に当たり少数株主が議題提案権及び議案要領通知請求権行使する場合には、取締役が株主総会の招集等の手續を行うため、少数株主が臨時株主総会を招集する場合と比べると、株主総会の議事運営に少数株主の意向を反映することに支障があり得ること。

## ② 費用等の手続面の負担

少数株主が臨時株主総会を招集する場合には、少数株主が株主総会の招集及び開催（会社法第299条、第301条、第302条等）の費用及び労力を負担すること、他方で、議題提案権及び議案要領通知請求権を行使する場合には、株式会社が株主総会の招集及び開催の費用及び労力を負担すること。なお、少数株主が臨時株主総会を招集する場合には、裁判所の許可を得なければならないので、手間が掛かるとのみ論ずる答案が多かったが、少数株主の負担が大きいと論ずるべきであるのは、少数株主が自ら株主総会の招集等の手続を行わなければならないことである。

## ③ 時期の選択

少数株主が臨時株主総会を招集する場合には、定時株主総会が開催されるのを待つことを要せず、それよりも前に、株主総会を開催することができる、他方で、議題提案権及び議案要領通知請求権を行使する場合には、定時株主総会が開催されるのを待たなければならないこと。

### イ 答案の例

#### (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

少数株主による株主総会の招集の手続と議題提案権及び議案要領通知請求権の行使の手続との比較検討において、乙社が議題提案権及び議案要領通知請求権を行使する場合には、甲社により、株主総会の決議事項でない（会社法第303条第2項前段）として、又は拒絶事由に該当する（同法第305条第4項）として、拒絶される可能性があることについて論ずるもの

少数株主による株主総会の招集の手續と議題提案権及び議案要領通知請求権の行使の手續との比較検討において、例えば、株主総会の招集の通知や株主総会参考書類の作成者、議長の選任方法の差異等にも言及し、事案に即して、乙社にとって、いずれの手續を探る方がどのような面で有利又は不利であるかについて具体的に論ずるもの

#### (イ) 不良に該当する答案の例

手續の一般的説明にとどまり、乙社が法定の要件を満たすと考えられるか否かについて検討していないもの

比較検討が求められているにもかかわらず、比較検討に当たるような論述を全くしていないもの

少数株主による株主総会の招集の手續と議題提案権及び議案要領通知請求権の行使の手續との比較検討において、例えば、少数株主による株主総会の招集の手續の方が議題提案権及び議案要領通知請求権の行使の手續よりも議決権数の要件が厳格であるといった抽象的な比較検討をしているにとどまるもの

事実関係を誤解し、乙社は少数株主による株主総会の招集権を行使する要件を満たさないとするもの（又は議案提案権及び議案要領通知請求権の行使要件を満たさないとするもの）

## (2) 設問2について

### ア 全体的な採点実感

(ア) 設問2は、甲社の取締役会が、乙社による甲社の支配権の取得を阻止するために、株主総会の決議による承認を受け、差別的な内容の本件新株予約権無償割当てを行ったため、乙社が、本件新株予約権無償割当てを差し止めができるかどうか、買収防衛策としての差別的な内容の新株予約権無償割当てについての理解等を問うものである。

設問2においては、乙社による本件新株予約権無償割当ての差止めの請求（会社法第247条類推）が認められるか否かについて、問題文中の事実関係を適切に評価した上で説得的に論ずることが求められる。

乙社による本件新株予約権無償割当ての差止めの請求が認められるか否かについて論ずるに当たっては、会社法第247条については、新株予約権無償割当て（同法第277条）との条文の位置の関係や、同法第247条が規定する内容からすると、新株予約権無償割当てに直接適用することができないと解されるため、まず、新株予約権無償割当てに関して、同条を類推適用することができるかどうかについて、簡潔に検討することが求められる。

そして、会社法第247条の趣旨に照らし、新株予約権無償割当てについて、新株予約権者を差別的に取り扱う行使条件が付されるなど、株主の地位に実質的変動を及ぼす場合には、同条を類推適用することができる（東京地決平成19年6月28日金判1270号12頁）と解する場合には、乙社による差止事由に関する主張について、条文及びその文言を引用しつつ、具体的に検討することが求められる。

乙社による差止事由に関する主張としては、例えば、下記①又は②の主張について、検討することが求められる。

- ① 本件新株予約権無償割当ては、新株予約権者の差別的な取扱いを内容とするものであり、株主平等の原則（会社法第109条第1項）又はその趣旨に反し、法令に違反するものであるとの主張（同法第247条第1号。最決平成19年8月7日民集61巻5号2215頁参照）。
- ② 本件新株予約権無償割当ては、新株予約権者の差別的な取扱いを内容とするものであって、株式会社の企業価値ひいては株主の共同の利益を維持するためではなく、専ら経営を担当している取締役等の経営支配権を維持するためのものであり、著しく不公正な方法により行われるものであるとの主張（会社法第247条第2号。東京高決平成17年3月23日判時1899号56頁、判タ1173号125頁参照）。

なお、以上に関しては、新株予約権無償割当て（会社法第277条）という方法を理解しておらず、募集新株予約権について募集事項として募集新株予約権と引換えに金銭の払込みを要しないこととする旨を定める場合（同法第238条第1項第2号）や、同法第238条第1項の募集において、株主に新株予約権の割当てを受ける権利を与える場合（同法第241条）と混同している答案が散見された。また、募集新株予約権の発行の差止めに関する規定（同法第247条）があることを認識しておらず、募集株式の発行等の差止めに関する規定（同法第210条）を類推適用しようとする答案や、株主による取締役の行為の差止めに関する規定（同法第360条）を適用しようとする答案が散見された。なお、新株予約権無償割当てについて、同条を類推適用することができるとする理由が説得力を有しない答案も少なくなかった。

- (イ) 次に、乙社の主張の当否に関して、例えば、上記①の主張については、前掲最決平成19年8月7日を参考にするなどしつつ、検討することが考えられる。

前掲最決平成19年8月7日は、概要として、以下のとおり判示している。会社法第109条第1項に定める株主平等の原則の趣旨は、新株予約権無償割当ての場合についても及ぶ。特定の株主による経営支配権の取得に伴い、株式会社の企業価値が毀損され、株主の共同の利益が害されることになるような場合には、その防止のために当該株主を差別的に取り扱うことは、衡平の理念に反し、相当性を欠くものでない限り、株主平等の原則の趣旨に反しない。特定の株主による経営支配権の取得に伴い、株式会社の企業価値が毀損され、株主の共同の利益が害されることになるか否かについては、最終的には、株式会社の利益の帰属主体である株主自身により判断されるべきものであり、株主総会における株主自身の判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しない限り、当該判断が尊重されるべきである。

なお、前掲最決平成19年8月7日は、株主平等の原則の「趣旨」が新株予約権無償割

当ての場合についても及ぶ理由として、以下のとおり判示している。会社法第109条第1項は、株式会社は株主をその有する株式の内容及び数に応じて平等に取り扱わなければならぬとして、株主平等の原則を定めている。新株予約権無償割当てが新株予約権者の差別的な取扱いを内容とするものであっても、これは株式の内容等に直接関係するものではないから、直ちに株主平等の原則に反するということはできない。しかし、株主は、株主としての資格に基づいて新株予約権の割当てを受けるところ、同法第278条第2項は、株主に割り当てる新株予約権の内容及び数又はその算定方法についての定めは、株主の有する株式の数に応じて新株予約権を割り当てる内容とするものでなければならないと規定するなど、株主に割り当てる新株予約権の内容が同一であることを前提としているものと解されるのであって、同法第109条第1項に定める株主平等の原則の趣旨は、新株予約権無償割当ての場合についても及ぶというべきである。

しかし、これを正確に理解しておらず、新株予約権者は、新株予約権行使すると、株主となるから、株主平等の原則が（類推）適用されるとする答案が少なくなかった。

設問2においては、本件新株予約権無償割当ては、新株予約権者の差別的な取扱いを内容とするものであり、非適格者である乙社を差別的に取り扱うものであるが、他方で、買収防衛策としての導入等の是非が株主総会の決議（ただし、いわゆる勧告的決議である。）に委ねられていること、さらに、本件新株予約権無償割当ては、乙社に経済的損害を与える性質を有するものであるが、他方で、乙社がこれ以上の甲社の株式の買い増しを行わない旨を確約した場合には、甲社の取締役会が、その決議により、本件新株予約権無償割当てにより株主に割り当たった新株予約権の全部を無償で取得することができる仕組みとなっており、乙社に撤退可能性が保障されていることなどの問題文中の事実関係に即して、条文の適用と当てはめを丁寧に行い、説得的に検討することが求められる。しかしながら、説得力を有する規範の定立をすることができていない答案や、当てはめを具体的にすることはできていない答案が多くあった。

なお、株主の差別的な取扱いが相当性を欠くものでないかどうかについての検討を全くしていない答案や、十分にすることはできていない答案が非常に多かった。また、前掲最決平成19年8月7日に関して、株主の共同の利益等が害されることになるか否かについては、最終的には、株主自身により判断されるべきものであり、判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しない限り、当該判断が尊重されるべきであるという判示部分には、言及することができていない答案が非常に多かった。

そして、前掲最決平成19年8月7日と同様に、株主総会における株主自身の判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しない限り、当該判断が尊重されるべきであると解する場合には、株主総会において、株主自身が、株主の共同の利益等が害されることになるか否かを判断することになるから、乙社の投資手法や乙社の代表社員Bが甲社の事業に対して理解がないことなどの問題文中の事実関係自体は、株主の共同の利益等が害されることになるか否かの判断を直ちには左右しないことに留意すべきである。しかし、このことを理解していない答案が多くあった。

また、乙社を差別的に取り扱うことが、衡平の理念に反し、相当性を欠くものでないかどうかについて、乙社に撤退可能性が保障されていることなどの問題文中の事実関係に即して、具体的に検討していない答案が多くあった。

(ウ) 上記(ア)②の主張については、前掲東京高決平成17年3月23日を参考にするなどしつつ、検討することが考えられる。

前掲東京高決平成17年3月23日を参考にする場合には、概要として、現に経営支配権争いが生じている場面において、経営支配権の維持・確保を主要な目的として新株予約権者の差別的な取扱いを内容とする新株予約権無償割当てがされた場合には、原則として、

著しく不公正な方法による新株予約権無償割当てとして差止請求が認められるべきであるが、株主全体の利益保護の観点から当該新株予約権無償割当てを正当化する特段の事情がある場合、具体的には、敵対的買収者が真摯に合理的な経営を目指すものではなく、敵対的買収者による支配権取得が株式会社に回復し難い損害をもたらす事情がある場合には、対抗手段として必要性や相当性が認められる限り、株式会社の経営支配権の帰属に影響を及ぼすような新株予約権無償割当てを差し止めることはできないと解することになると思われる。

設問2においては、本件新株予約権無償割当ては、いわゆる主要目的ルールに照らすと経営支配権の維持を主要な目的とするものであるが、他方で、上記のとおり買収防衛策としての導入等の是非が株主総会の決議に委ねられていることなどの問題文中の事実関係を踏まえ、この株主総会の決議の意義がどのようなものであるかや、前掲東京高決平成17年3月23日が挙げる四つの類型（①真に会社経営に参加する意思がないにもかかわらず、ただ株価をつり上げて高値で株式を会社関係者に引き取らせる目的で株式の買収を行っている場合（いわゆるグリーンメーラーである場合）、②会社経営を一時的に支配して当該株式会社の事業経営上必要な知的財産権、ノウハウ、企業秘密情報、主要取引先や顧客等を当該買収者やそのグループ会社等に移譲させるなど、いわゆる焦土化経営を行う目的で株式の買収を行っている場合、③会社経営を支配した後に、当該株式会社の資産を当該買収者やそのグループ会社等の債務の担保や弁済原資として流用する予定で株式の買収を行っている場合、④会社経営を一時的に支配して当該株式会社の事業に当面関係していない不動産、有価証券など高額資産等を売却等処分させ、その処分利益をもって一時的な高配当をさせるかあるいは一時的高配当による株価の急上昇の機会を狙って株式の高価売り抜けをする目的で株式買収を行っている場合など、当該株式会社を食い物にしようとしている場合）に照らし、株主全体の利益保護の観点から本件新株予約権無償割当てを正当化する特段の事情があるかどうかなどについて検討した上で、同様に、説得的に論ずることが求められる。しかしながら、説得力を有する規範の定立をすることができていない答案や、当てはめを具体的にすることはできない答案が多かったことは同様である。

なお、設問2においては、防衛策の導入、発動の是非が株主総会の決議（ただし、勧告的決議である。）に委ねられているため、直ちには、主要目的ルールによって結論を導き出すことができないことに留意すべきである。主要目的ルールによって結論を導き出すためには、例えば、本件会社提案に係る本件株主総会の決議が無効である（勧告的決議にすぎず、尊重することを要しない。）と論ずることや、主要目的ルールによって取締役会の決議のみにより新株予約権無償割当てを行うことが認められる場合には、取締役会の決議により株主総会の決議による承認を受けることを条件として新株予約権無償割当てを行うこともできると論ずることなどが考えられる。しかし、これらのことを論ずることができている答案は少なく、直ちに主要目的ルールによって結論を導き出そうとする答案が多かった。

また、乙社の投資手法や乙社の代表社員Bが甲社の事業に対して理解がないことなどの問題文中の事実関係から、上記の特段の事情があると認めることができるかどうかについては、これを肯定する立場の答案と否定する立場の答案のいずれもが見られたが、敵対的買収者であることと濫用的買収者であることを区別することができておらず、敵対的買収者であることをもって直ちに濫用的買収者であるとする答案も散見された。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

前掲最決平成19年8月7日を参考にしつつ、株主の共同の利益等が害されることになるか否か（必要性の要件を満たすか否か）については、最終的には、株主自身により判断さ

れるべきものであり、判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しない限り、当該判断が尊重されるべきであるとし、本件会社提案に係る議案について賛成するものとして行使された議決権の割合や、判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しないか否かも丁寧に検討しているもの

前掲最決平成19年8月7日を参考にしつつ、乙社の差別的な取扱いが乙社に経済的損害を与える性質を有することを指摘した上で、株主の差別的な取扱いが相当性を欠くものでないか否か（相当性の要件を満たすか否か）を検討しているもの

前掲最決平成19年8月7日を参考にしつつ、本件新株予約権無償割当てが株主総会の決議（ただし、勧告的決議である。）に委ねられていることや、甲社の取締役会の決議により、新株予約権を取得する対価が、非適格者については1円とされていることについて、適切に検討しているもの

本件のように、買収防衛策としての新株予約権無償割当ての導入等の是非が株主総会の決議に委ねられている場合にも、主要目的ルールが適用されるか、適用されるとする場合には、著しく不公正な方法による新株予約権無償割当てとして差止請求が認められるべきであるか否かの判断に当たり、本件新株予約権無償割当てが株主総会の決議に委ねられていることをどのように考慮すべきかについて、論理的に論ずるもの

#### (イ) 不良に該当する答案の例

乙社が敵対的買収者であることから直ちに、差止めを認められないとし、あるいは本件新株予約権無償割当ての主要な目的は経営支配権の維持にあるとはいえないなどの結論に結び付けるもの

新株予約権無償割当てと、募集株式の発行等又は募集新株予約権の発行の差異を十分に理解することができていないもの（例えば、新株予約権無償割当ての本来的な目的が資金調達にあると論ずるものや、本件新株予約権無償割当てが、募集新株予約権について募集事項として募集新株予約権と引換えに金銭の払込みを要しないこととする旨を定める場合（会社法第238条第1項第2号）であるとして、新株予約権の有利発行に当たるか否かを論ずるもの）

株主の共同の利益等が害されることになるか否か（必要性の要件を満たすか否か）と、株主の差別的な取扱いが相当性を欠くものでないか否か（相当性の要件を満たすか否か）とを区別して理解することができておらず、乙社の差別的な取扱いの内容を検討することなく、本件株主総会において、本件会社提案に係る議案が可決されたことをもって相当性の要件を満たすとするもの

本件新株予約権無償割当ては、乙社がこれ以上の甲社の株式の買い増しを行わない旨を確約した場合には、甲社の取締役会が、その決議により、本件新株予約権無償割当てにより株主に割り当てた新株予約権の全部を無償で取得することができる仕組みとなっていることが、株主の差別的な取扱いが相当性を欠くものでないか否か（相当性の要件を満たすか否か）の判断に、どのように影響するか、あるいは影響しないかについて、論理的に論ずることができていないもの

株主の差別的な取扱いが相当性を欠くものでないか否か（相当性の要件を満たすか否か）について、単に、新株予約権を行使する際の株式1株当たりの払込金額が1円と定められていることをもって、甲社の取締役会の決議により、新株予約権を取得する対価が、非適格者については1円とされていることを適正な金額であると論ずるもの

問題文中の事実関係を誤解しているもの（例えば、非適格者は、新株予約権の割当てを受けることができないと誤解しているもの、非適格者である乙社は、これ以上の甲社の株式の買い増しを行わない旨を確約した場合には、新株予約権の割当てを受けることができる

と誤解しているもの)

(3) 設問3について

ア 全体的な採点実感

設問3は、甲社の取締役会が遅くとも平成30年度中にP倉庫を適正な価格で売却することに関する議案を可決した本件株主総会の決議（本件決議2）に関して、甲社の代表取締役社長Aは、これを遵守したことにより、その任務を怠ったものと認められ、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責任を負うか否かなど、甲社の代表取締役社長Aの同項の責任に関連して、取締役会設置会社における株主総会の権限、取締役の株主総会の決議の遵守義務及び取締役の株式会社に対する損害賠償責任についての理解等を問うものである。

設問3においては、①甲社の財産の処分を株主総会の決議によってもすることができるようとする定款の変更に関する議案を可決した本件決議1の効力を検討した上で、②本件決議1に基づく本件決議2の効力及び取締役の株主総会の決議の遵守義務（会社法第355条）を前提として、③下記の問題文中の事実関係を踏まえ、本件決議2に関して、甲社の代表取締役社長Aは、これを遵守してはならなかつたにもかかわらず遵守したことにより、その任務を怠ったものと認められるのではないか、結果として、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責任を負うか否かについて、論ずることが求められる。

本件決議1の効力を検討するに当たっては、まず、取締役の業務執行権限に属する事項を株主総会の決議事項とができるかどうか、会社法第295条第2項に関して、取締役会設置会社における株主総会決議事項に一定の制約を認めるべきか否かを検討することが求められる。

会社法第295条第2項は、定款で株主総会の決議事項として定めることができる事項について、何ら制約していないことに着目すれば、以下のように論ずることが考えられる。すなわち、取締役会設置会社において株主総会の決議事項が限定されているのは、株主は経営の意思も能力もないから業務執行に介入しないということが株主の通常の意思であるという考え方に基づくものにすぎず、株主が定款で株主総会の決議として定めることを特に欲する事項があるのであれば、当該事項について、株主総会の決議事項とすることが認められ、取締役の業務執行権限に属する事項であっても、定款で定めることにより株主総会の決議事項とができるから（会社法第295条第2項）、本件決議1及び本件決議2はいずれも有効であると解することが考えられる。このような考え方を探る場合には、取締役は株主総会の決議を遵守しなければならないこと（同法第355条）について、言及することが求められる。

その上で、株主総会の決議の遵守義務を前提として、例えば、Q県において発生した大地震により、Q倉庫が倒壊したため、海外から到着する貨物をP倉庫において保管しなければならず、P倉庫を売却すると、競合他社に多数の顧客を奪われるなど、50億円を下らない損害が甲社に生ずることが見込まれ、他方で、P倉庫の近隣の不動産価格が下落する兆候はうかがわれなかつたことなどの問題文中の事実関係を踏まえ、①代表取締役社長Aは、甲社に損害を与えないように業務を執行するのであれば、本件決議2を遵守してはならなかつたにもかかわらず、本件決議2を遵守し、その任務を怠ったものと認められるから、甲社に対し、損害賠償責任を負うと解するか、②本件決議2の後に重大な事情の変更が生じたことに鑑み、改めて株主の意思を確認しなければならなかつた（改めて株主総会の決議を得なければならなかつた。）にもかかわらず、事情の変更が生ずる前の本件決議2を遵守することに固執し、その任務を怠ったものと認められるから、甲社に対し、損害賠償責任を負うと解するか、あるいは③上記の問題文中の事実関係を踏まえても、代表取締役社長Aは、本件決議2を遵守しなければならず、その任務を怠ったとは認められないから、甲社に対し、損害賠償責任を

負うとは認められないと解するかなどについて、説得的に論ずることが求められる。

他方で、上記の会社法第295条第2項の検討において、取締役会設置会社の場合には、定款により定めることができる株主総会決議事項に一定の制約を認めるべきと解する場合には、取締役の業務執行権限に属する事項、取り分け裁量的な判断になじむ事項については、少なくとも取締役会設置会社の場合には、会社法が専ら専門的経営者たる取締役にその判断を委ねていると理解することができるし、裁量事項を定款で制約すると、定款遵守義務により最適な判断が妨げられ得るので（会社法第355条）、定款で定めることによって株主総会の決議事項とすることを認めるべきでないから（同法第29条、第362条第2項第1号、第363条第1項第1号）、本件決議1が無効であると解することも考えられる。このような考え方を探る場合には、これを前提とする本件決議2も株主総会の決議としての効力はないこととなる。

なお、本件決議1は、取締役会の決定権限をはく奪する内容ではないことにも配慮することが求められる。このことに言及した答案には一定の評価を与えた。

その上で、④なお株主の意向を示すものとして尊重する必要がないかや、代表取締役社長Aが本件決議2を遵守する義務があると考えてP倉庫を売却するという決定をしたことに取締役としての任務懈怠や過失がなかったかどうかについて、説得的に論ずることが求められる。

なお、会社法第362条第2項に規定する取締役会の決議事項を、株主総会において決議したことのみをもって直ちに本件決議2が無効であるとする答案が少なくなかった。

また、設問3は、株主総会の決議の遵守義務が問題となっている場面であり、いわゆる経営判断原則の適用が問題となる典型的な場面ではないため、経営判断原則に言及する場合には、その趣旨や適用範囲について検討した上で言及することが望まれる。しかし、このような検討をすることができている答案は少なく、単純に経営判断原則の適用が問題となる場面であるとし、経営判断原則に照らして検討する答案が多かった。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

本件決議1の効力を検討するに当たり、事案に即して、甲社のような上場会社において、取締役の業務執行権限に属する事項を株主総会の決議事項とする場合には、不都合が生ずるおそれがあることについて検討するもの

本件決議2について、遊休資産でなくなった資産を売却することは意図されていないとして、本件決議2の効力を限定した上で、甲社の代表取締役社長Aが、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責任を負うか否かを検討するもの

本件決議1を無効であると解しつつ、法令の解釈を誤って、本件決議2を遵守しなければならないと考えたことについて、Aに過失がなかったかどうかを検討するもの

本件決議2の後に重大な事情の変更が生じたことに鑑み、Aは、改めて株主の意思を確認しなければならなかったにもかかわらず、これを怠り、事情の変更が生ずる前の本件決議2を遵守することに固執し、その任務を怠ったものと認められるとするもの

株主総会の決議の遵守義務が問題となっている場面であり、経営判断原則の適用が問題となる典型的な場面ではないことを指摘するもの

##### (イ) 不良に該当する答案の例

本件決議1の効力を検討するに当たり、取締役会設置会社における株主総会の決議事項について規定する会社法第295条第2項は、定款で株主総会の決議事項として定めることができる事項について、何ら制約していないことに言及していないもの

甲社の代表取締役社長Aが、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責

任を負うか否かを検討するに当たり、取締役の株主総会の決議の遵守義務（会社法第355条）に言及していないもの

設問3においては、本件決議1の効力を検討するように求められているにもかかわらず、本件決議1の効力を検討しないものや、株主総会の手続が適法であったことのみをもって直ちに本件決議1が有効であるとするもの、本件決議1及び本件決議2の効力と全く関連付けて検討することなく、甲社の代表取締役社長Aが、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責任を負うか否かを検討するもの

本件決議1及び本件決議2の効力と全く関連付けて検討することなく、甲社の代表取締役社長AがP倉庫を売却したことを、専ら経営判断原則に照らして検討するもの

単に、甲社の取締役会において、本件決議1及び本件決議2への対応について、取締役から、様々な意見が述べられたことを踏まえて判断していることをもって、甲社の代表取締役社長Aは、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責任を負わないとするもの

### 3 法科大学院教育に求められるもの

少数株主による株主総会の招集の手続（会社法第297条等）並びに議題提案権（同法第303条）及び議案要領通知請求権（同法第305条）の行使の手続については、比較的よく理解されていた。少数株主による株主総会の招集の手續と議題提案権及び議案要領通知請求権の行使の手續との比較検討において、事案に即して、乙社にとって、いずれの手續を探る方がどのような面で有利又は不利であるかについて具体的に論ずる答案は、多くはなかったが、好印象であった。他方で、乙社が、甲社の臨時株主総会を自ら招集するための法定の要件や、甲社の定時株主総会の開催に当たり議題提案権及び議案要領通知請求権を行使するための法定の要件を条文から十分に拾い上げることができていない答案や、設問1においては、比較検討が求められているにもかかわらず、比較検討に当たるような論述を全くしていない答案も見られた。また、議題提案権、株主総会における議案提案権（同法第304条）及び議案要領通知請求権を区別して理解することができない答案や、甲社の定時株主総会の議決権の基準日（甲社定款第13条。会社法第124条）の意義を誤解している答案も見られた。設問1に限らず、確認する機会が多くない条文であっても、条文を参照しながら、規定されている要件等を正確に理解し、拾い上げ、事案に即して、問い合わせ的に答えることができること、基準日や株主提案権など、会社法上の基本的かつ重要な条文又は制度については、実務上、具体的にどのように用いられているのかも理解していることが必要であろう。

買収防衛策としての差別的な内容の新株予約権無償割当てについては、全体的に理解が不十分であった。代表的な判例及び裁判例については、正しく理解していることが期待されるところ、前掲最決平成19年8月7日や前掲東京高決平成17年3月23日を踏まえ、一定の論述をすることができている答案が見られた。もっとも、問題文中の事実関係に即して、乙社の差別的な取扱いが相当性を欠くものでないか否かを検討することができている答案は少なかった。また、同様に、本件新株予約権無償割当てに関して、差止請求が認められるべきであるか否かの判断に当たり、本件新株予約権無償割当てが株主総会の決議に委ねられていることをどのように考慮すべきかについて、適切に検討することができている答案も少なかった。さらに、新株予約権無償割当てと、募集株式の発行等又は募集新株予約権の発行の差異を十分に理解することができない答案、募集新株予約権の発行の差止めに関する規定（会社法第247条）があることを認識していない答案、主要目的ルールの内容を正しく理解していない答案が散見された。会社法上の基本的な条文又は制度や、代表的な判例及び裁判例についての基本的な理解を前提として、事案に応じて柔軟かつ適切に、その理解を応用する能力を養っていくことが期待される。

取締役会設置会社における株主総会の権限、取締役の株主総会の決議の遵守義務及び取締役の株

式会社に対する損害賠償責任についても、理解が必ずしも十分でなかった。設問3においては、本件決議1の効力を検討するように求められているにもかかわらず、本件決議1の効力を検討しない答案や、本件決議1の効力を検討したもの、本件決議1及び本件決議2の効力と全く関連付けて検討することなく、甲社の代表取締役社長Aが、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責任を負うか否かを検討する答案が多かった。また、本件決議1の効力を検討するに当たり、取締役会設置会社における株主総会の決議事項について規定する会社法第295条第2項に言及していないものや、甲社の代表取締役社長Aが、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責任を負うか否かを検討するに当たり、取締役の株主総会の決議の遵守義務（会社法第355条）に言及していない答案が非常に多かった。上記のとおり、問い合わせに的確に答えることができることが必要であろう。解釈上問題となる条文及びその文言に言及しないで、論述をする例が見られ、条文の適用又は条文の文言の解釈を行っているという意識が低いようを感じられる。

従来と同様に、会社法上の基本的な条文又は制度や、代表的な判例及び裁判例についての理解を確実なものとするとともに、事実関係から重要な事実等を適切に拾い上げ、これを評価し、条文を解釈し、これを適用する能力と論理的思考力を養う教育が求められる。

## 令和元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「令和元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、これらに関する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までの観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、論理的で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、管轄合意、移送、裁判上の自白、自己利用文書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ものと推測される大雑把な内容や体裁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がない論述を展開する答案や、検討すべき事項自体は正しく理解しているものの、問題文で示されている事案への当てはめが不十分であって、抽象論に終始する答案も散見された。また、そもそも裁判上の自白の理解が十分にはできていないなど、基礎的な部分の理解不足をうかがわせる答案も少なくなかった。

なお、条文を引用することが当然であるにもかかわらず、条文の引用をしない答案や、条番号の引用を誤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、法令上の用語を誤っている答案、日本語として違和感のあ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Yと交わした契約書中にある管轄の合意（本件定め）について、「A地方裁判所を本件契約に関する紛争の管轄裁判所から排除することを内容とする」というYの解釈とは別の解釈を探ると立論することが求められている。

管轄の合意については、一般に、特定の裁判所のみに管轄を生じさせて他の裁判所の管轄を排除することを内容とする専属的管轄合意と法定管轄に付加して特定の裁判所にも管轄を生じさせる付加的管轄合意があるとされている。そのため、本件定めについても、これが専属的管轄合意であれば、Xの訴えがB地方裁判所のみの管轄に属することとなり、これが付加的管轄合意であれば、Xの訴えが法定管轄裁判所の管轄にもなお属することから、後記のとおり法定管轄裁判所の一つであるA地方裁判所の管轄にも属することとなる。そこで、課題(1)は、本件定めについて、専属的管轄合意であるとするYの解釈に対し、付加的管轄合意であるとする解釈を立論することが求められていると言い換えることができる。しかし、「専属的管轄合意」、「付加的管轄合意」という語を用いることなく、「A地方裁判所を本件契約に関する紛争の管轄裁判所から排除することを内容とする」という問題文の表現をそのまま引用して論述する答案が多かった。また、これらの語を用いていない答案においては、本件定めがどのような内容の合意であるのかという点を検討することなく、単に「A地方裁判所を本件契約に関する紛争の管轄裁判所から排除することを内容とするものではない」とし、それに代わる解釈を示さないままのものが散見された。これらを含め、管轄合意における専属的管轄合意と付加的管轄合意の区別を理解していないことから問題の所在を的確に把握することができない答案が相当数に上った。

課題(1)では、本件定めが専属的管轄合意であるとするYの解釈の根拠も踏まえつつ、これが付加的管轄合意であるとのX側の解釈を探るべきことを示す必要がある。そして、Yの上記解釈の根拠としては、本件契約に関する紛争は複数の裁判所の法定管轄に属するにもかかわらず、本件定めはそれを一つに絞るものであるから、これを専属的管轄合意と解釈することが当事者の合理的意思に合致するというものが考えられる。また、これに対する反論となり、かつ、本件定めが付加的管轄合意であるとする解釈の根拠となるものとしては、例えば、本件契約の契約書は、Yが用意したものであることを踏まえ、本件定めの文言を「B地方裁判所のみ」とするなど、Yにおいて本件定めが専属的管轄合意であることをより明確にすることができたにもかかわらず、そのようにはしていないことや、Yから提起する債務不存在確認の訴えなどB地方裁判所の法定管轄に属しない場合もあり、本件定めは、そのような場合もB地方裁判所を管轄裁判所とするものであって、これを付加的管轄合意と解釈することに合理性がないとはいえないことなどが考えられる。しかし、これらのそれぞれの解釈の根拠がかみ合うよう適切に論ずる答案は、ほとんどなかった。特に、本件定めが専属的管轄合意であるとするYの解釈の根拠について、適切にこれを示した答案は少なく、そのため、本件定めを付加的管轄合意と解釈すべきであるとの結論を示す答案であっても、Yの解釈の根拠を踏まえることなく、一方的な根拠を指摘するだけの答案が多かった。このような答案であっても、例えば、上記のもののほか、全国に展開する事業者であるYに対して、Xは一消費者であり、消費者契約法第10条の趣旨に鑑みても、Xに不利とならないように解釈すべきであることなど本件定めを付加的管轄合意と解釈すべき根拠として適切なものを指摘している限りは、相応の評価がされるが、「Yの解釈」すなわち「本件定めが専属的管轄合意であるとする解釈」の根拠も踏まえつつという問題文の求めに的確に応じたものとまではいえないことについて、留意する必要があろう。

以上に対し、本件定めの「本件契約に関する一切の紛争」という文言に着目しつつ、Xが提起した訴えがこれに当たらないとする答案も一定数見られた。しかし、このような解釈は、その文言に照らし、無理がある。また、民事訴訟法（以下「法」という。）の規定の解釈のみを示してA地方裁判所が管轄裁判所から排除されないととの結論を導く答案も少ないので見られたが、論理の飛躍があるとともに、合意の解釈と法令の解釈を混同するものである。このほか、本件定めについて、公序良俗に反するとなったり、法第11条第2項の「一定の法律関係」に関するものではないとなったりするなどして、本件定めの効力を否定するものも少な

からず見られたが、このような答案は、その妥当性自体が疑わしいことはさておくとしても、「別の解釈」を示すという問題文の出題趣旨を正しく理解しないものであり、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、本件定めを専属的管轄合意と解釈することを前提としつつ、管轄違いを理由とするB地方裁判所への移送をすべきではないとする立論をすることが求められている。

ここでは、専属管轄であっても、それが法第11条による管轄合意によるものである場合には、移送の制限がされること（法第20条第1項）を前提として指摘した上で、法第17条の類推適用によって、Yの移送申立てを却下し、そのままA地方裁判所において審理されるべきであるとの立論をすることが期待される。また、このような類推適用の根拠としては、仮にA地方裁判所からB地方裁判所に対し管轄違いによる移送をしても、法第17条の要件を満たす場合には、B地方裁判所からA地方裁判所に同条による移送がされることが考えられることから、そのような遠な処理をするまでもなく、法第17条の類推適用によりA地方裁判所で自府処理することが適切と考えられることや、場面は異なるが法第16条第2項が管轄違いの場合の自府処理を認めていることなどが挙げられる。法第17条に言及する答案は相当数あったが、以上の趣旨を過不足なく述べる答案は少なく、法第17条が直接に適用されるとする答案や、A地方裁判所からB地方裁判所に移送されることを前提にB地方裁判所からA地方裁判所に再移送されるべきであると論ずる答案が散見された。前者は明らかな誤りであり、後者は問題文と異なる事実を前提とするものであることから、これらの答案の評価は、相対的に低いものとせざるを得ない。

また、法第17条の類推適用を論ずるに当たっては、Xの訴えがA地方裁判所の管轄に属することを論ずる必要がある。Xの訴えは、法第5条第1号又は第5号により、A地方裁判所の管轄に属することとなるが、この点を正しく指摘する答案は多くはなく、A地方裁判所の管轄に属することの根拠として、問題文ではYのA支店がYの主たる営業所であるという事実関係が全く示されていないにもかかわらず法第4条第4項を挙げる答案や、国際裁判管轄の管轄原因を定める法第3条の3を挙げる答案、法第5条第1号を引きながら本件車両の引渡し義務の履行地について論ずる答案も一定数見られた。これらは、明確な誤りであり、条文の基礎的な理解がおろそかになっているのではないかと懸念される一つの例であるので、ここで紹介するとともに、注意を促したい。

そして、課題(2)では、以上を踏まえ、法第17条の要件に本問題の事案を当てはめる必要がある。多くの答案においては、考慮すべき事実に着目することができていたが、条文に応じて適切に事実の整理や評価を行うものは少なく、問題文中の事実に意味付けを加えないまま羅列して結論を示すだけの答案など大雑把な当てはめのものが多かった。

このほか、例えば、法第19条第1項の類推適用など他の条文を根拠として論ずるものがあったが、説得的に説明がされていれば、相応の評価を受ける。

これに対し、具体的な条文によらず、信義則等を根拠とするもの、衡平や管轄の理念を根拠とするものなども少なからずあったが、このうち、前者は具体的な条文を検討することなく一般条項を根拠としている点で低い評価となり、後者は更に抽象的な概念を根拠としている点でより低い評価となる。

#### ウ 設問1のまとめ

設問1は、設問2及び設問3と比較し、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。このような傾向は、特に、課題(1)に強く見られる。

「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)及び課題(2)のいずれについても、出題趣旨をおおむね

正しく理解しているが、例えば、課題(1)では、本件定めを付加的管轄合意と解釈すべき根拠を指摘するにとどまるものや、課題(2)では、法第17条の類推適用を論ずるもの、その当てはめに更なる工夫や改善の余地があるものなどである。「一応の水準」に該当する答案は、例えば、課題(2)の出題趣旨をおおむね正しく理解しているものの、法第17条の当てはめが大雑把なものなどである。これに対し、課題(1)や課題(2)の出題趣旨を理解しないものなど、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、問題文中の④の事実を認める旨のYの陳述が裁判上の自白に該当して撤回制限効が生じているかどうかの検討が求められている。

ここでは、問題文中のQの発言で示されているように、裁判上の自白の成立要件について検討する必要がある。裁判上の自白の成立要件は、一般に、(1)口頭弁論又は弁論準備手続における弁論としての陳述であること、(2)相手方の主張と一致する陳述であること、(3)事実についての陳述であること、(4)自己に不利益な陳述であることであるとされる。裁判上の自白の成立要件は、ほとんどの答案において論じられていたが、以上の要件が不足なく正確に示された答案は少数であり、相当数の答案は、上記の要件の一部を欠くなど不正確なものを述べるものであった。裁判上の自白は、民事訴訟における基礎的な概念であるにもかかわらず、理解がこのような状況であることは残念であった。

そして、設問2では、このうち(3)及び(4)の要件について主に検討することが必要となる。なお、(1)及び(2)の要件が満たされることは明らかであり、そのこともあってか、これらの要件が満たされることについて触れた答案は少なかった。要件が満たされたことが示されなければ、効果の発生を論証したとはいえないでの、注意を喚起したい。

まず、(3)の要件については、ここでいう「事実」の意義について検討する必要がある。この点については、主要事実がこれに当たるとする答案が大半であり、その根拠について単に「自由心証主義との関係」とするのみなど説明として不十分なものもみられたが、相当数の答案が根拠をもって自説を示すことができていた。

その上で、元の請求と追加された請求のそれぞれにおいての④の事実の位置付けを検討し、自説に当てはめる必要がある。主張立証責任の配分については、様々な見解があり得ようが、元の請求（履行遅滞による本件契約の解除に基づく原状回復請求）においては、実務上は、被告が抗弁として契約に基づく債務を履行した事実を主張立証しなければならないと理解されることが多いものと思われる。この理解に立脚する場合には、④の事実は、Yが本件契約に基づく債務を履行していないことを推認させる間接事実となり、抗弁事実の積極否認の理由となる事実となるが、このような的確な理解を示した答案はごく少数であり、多くの答案は、Yが履行していないことを請求原因事実と位置付けた上で、④の事実が間接事実であるとするものであった。他方で、追加された請求（本件契約の債務不履行に基づく損害賠償請求）においては、④の事実が債務不履行と損害の発生の因果関係に当たり、主要事実となると考えられるところであり、答案においても、このような理解を示すものが多かった。これに対し、それぞれの請求について、請求原因事実と考えるものを列挙した上で、④の事実は主要事実に当たるとする答案や、そのどれにも当たらないということのみから間接事実に当たるとする答案が一定程度見られたが、このような答案は、説明の点で不十分なものといわざるを得ず、相対的に評価は低いものとなる。このほか、(3)の要件の「事実」の意義について検討することなく、④の事実が(4)の要件の不利益性を満たすかどうかという検討のみをする答案も一定数あった。このような答案は、(3)の要件について明確に論じてないことなどから、間接事実などについて自白が成立しない理由を十分に論証することができないため、低い評価となる。

次に、(4)の要件については、多くの答案がいわゆる証明責任説を探っていたが、具体的な根拠を示さずに間接事実の証明責任（立証責任）を検討する答案や「主張責任」と表現する答案など、正しい理解がされていないとうかがわれる答案も一定数あった。

そして、以上のように、多数の答案が採用した見解による場合には、④の事実を認める旨のYの陳述は、当初は、間接事実を認めるものにすぎず、いつでも撤回することができたにもかかわらず、Yが関知し得ない訴えの追加という偶然の事情によって、裁判上の自白が成立し、撤回することができないものとなるのではないかという問題意識に基づく検討を進めることが必要となる。ここでは、例えば、Yが自白を撤回することができるとする場合には、訴えの変更が原告のみの意思によってされ、その要件が満たされる限り、被告がこれを拒み得ないことから、Yが自白を撤回することができないとすると、Xが一方的に自己に有利な状況を作出することを許容することを意味して不当であることや、訴えの変更自体は正当な訴訟行為であるとしても、Xが本来有していた信頼の範囲を超えて、Yに不測の損害を与えることなどを指摘して論ずることが期待される。他方で、Yが自白を撤回することができないとする場合には、Yが一度は事実として認めている以上その事実について自白が成立するとしても不当ではなく、追加された請求との関係でも、請求の基礎に変更がないという前提の下では、Yとしては、Xが有する信頼を甘受すべきであって、Xの信頼は保護されるべきであることなどを指摘して論ずることが期待される。撤回の可否について、どちらの結論であっても、評価に差異はないが、いずれであっても、当事者双方の利益状況を十分に踏まえつつ、裁判上の自白の意義や訴えの変更において被告に保障される手続の内容に照らして論理的に検討する必要がある。もっとも、この点についての問題意識自体は示している答案も一定数存在したもの、その点について説得的かつ適切な議論を展開した答案は必ずしも多くはなく、例えば、裁判上の自白の意義などを踏まえずに利益衡量のみから結論を導く答案や、争点が変わったから撤回が可能とする答案、単に追加された請求の関係で裁判上の自白は成立しないとする答案なども散見された。このような答案は、評価されない。

以上に対し、裁判上の自白が成立する事実の意義や、④の事実の位置付けについて上記のものと異なる理解をした場合であっても、そのことから直ちに低い評価を受けるわけではないが、それについて、整合性をもって説得的に自分の見解を示すことが求められる。また、例えば、元の請求と追加された請求とのいずれにおいても裁判上の自白が成立するとする場合であっても、請求が異なるにもかかわらず、追加された請求について、元の請求において成立した裁判上の自白の効力を及ぼしてよいかという問題意識を持って検討することが期待される。

このほか、設問2においては、問題文で示された訴訟物とは異なる訴訟物について検討を加えるもの、問題文では検討する必要がないとされているにもかかわらず、「事実に反することを証明した場合など一定の事由」の有無を検討するもの、元の請求における④の事実の位置付けや自白の成否についての検討はしているが、追加された請求における④の事実の位置付けや自白の成否についての検討はしていないものもそれぞれ少ないのである。しかし、これらは、問題文に反するものであることから、評価されない。また、訴えの変更について詳細に論ずる答案もあったが、そのような論述は、出題の趣旨に照らし、必要がない。

#### イ 設問2のまとめ

設問2については、設問1及び設問3と比較すると相対的には充実した内容の答案が多かった。

「優秀」に該当する答案は、出題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、④の事実を認める旨のYの陳述の撤回の可否について、的確な問題意識をもって十分に論ずるもののがこれに当たる。「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、元の請求及び追加された請求における

る④の事実の位置付けは的確であり、本問題の事案の特殊性自体に由来する問題意識の認識はある程度示すことができているものの、その具体的根拠の検討において不十分さが残るもののがこれに当たる。「一応の水準」に該当する答案は、元の請求及び追加された請求における④の事実の位置付けは一応的確であるが、本問題の事案の特殊性に由来する問題自体の認識ができていないものがこれに当たる。これらに対し、裁判上の自白の意義や④の事実の位置付けなどの理解に乏しいものは「不良」と評価される。

#### (4) 設問3について

##### ア 設問3の採点実感

設問3では、死亡したTの日記をその相続人であるZが所持する場合における文書提出義務の有無を判断するに当たり考慮すべき観点や事項を検討することが求められている。

日記は、法第220条第4号ニに規定する文書（いわゆる自己利用文書）の典型例であるとされている。そこで、設問3では、Tの日記が自己利用文書に当たるかという検討を進め、その際に問題となる事項などを指摘することが求められることとなり、相当数の答案が自己利用文書についての検討をすることができていた。

設問3では、まず、どのような文書であれば、自己利用文書に当たるのかという要件を検討する必要がある。この点について、最高裁平成11年11月12日第二小法廷決定・民集53巻8号1787頁は、文書の作成目的、記載内容、所持者の所持に至る経緯その他の事情からして、専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部に開示することが予定されていない文書（内部文書性）で、開示されると個人のプライバシーが阻害されるなど開示によって所持者の側に看過し難い不利益が生ずるおそれがある（不利益性）ものは、特段の事情がない限り、自己利用文書に当たるとしている。そして、この要件によるべきことを指摘する答案は少なくなかったものの、その中には、この要件とは内容や表現が若干異なっており、この要件を提示したいという趣旨であれば不正確と考えられるものも散見された。もっとも、この要件に必ずよらなければならないというものではなく、適切な要件が示される限りは他の要件であっても、相応の評価がされる。これに対し、どのような要件を満たせば自己利用文書に当たるのかという点について全く示すことなく未整理のまま検討を進める答案も一定数見られた。このような答案の評価は、低いものとなる。

そして、本件日記は、日記という文書の性質上、Tが自らの利用に供する目的で作成し、外部の者に開示することを予定していなかったと考えられる。Zは、死亡したTの妻であり、Tの相続人として日記を所持するに至ったことをも踏まえると、内部文書性の要件は満たされるものと考えられ、多くの答案が内部文書性は肯定していた。

他方で、不利益性又は特段の事情の有無については、一般的には日記との関係で所持者のプライバシーが問題となり得ること、不利益性として文書作成に対する萎縮効果も考慮されるべきことなどといった観点から、本件日記にはTのプライバシーに属する事柄が書いてあること、プライバシーの帰属主体であるTと現在の所持者であるZが異なっていること、プライバシーの帰属主体であるTが死亡していること、Tが死亡しているとしても、文書提出命令が将来の日記作成に対する一般的な萎縮効果を生まないとは直ちにいえないことなど本問題の事案の特殊性を指摘して論ずることが期待される。このうち、将来の日記作成に対する一般的な萎縮効果を指摘する答案は、ごく少数であったが、その余の点については、多くの数の答案が指摘していた。もっとも、これらの事項について、上記の要件におけるこれらの事項の論理的な位置付けを体系的に整理して述べるものは、一定数にとどまった。

以上は、最高裁決定で示された要件に基づき論述する例を示すものであるが、これと異なる要件に基づくものであっても、上記の点が自身の提示する要件の中で体系的に整理されて論述されていれば、相応の評価を受ける。

これに対し、自己利用文書に触れるとともに、又は自己利用文書に触れることなく、他の文

書について検討する答案も少なくなかった。しかし、ここでは、問題文であらかじめ排除されたものを除き、自己利用文書以外の文書への該当性を論ずる意味は乏しい。したがって、他の文書について論じた場合であっても、評価されない。

このほか、文書提出命令の申立ての審理手続について述べる答案も少数ながらあったが、この点も、出題趣旨とは関係がないことから、論述する必要はない。

#### イ 設問3のまとめ

「優秀」に該当する答案は、出題趣旨を正しく理解し、自己利用文書についての適切な要件の下で、体系的にZが死亡したTの日記を所持するという本問題の特殊性を整理し、論述するものがこれに当たる。「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、体系的な論述という点でなお足りない面があるものがこれに当たる。「一応の水準」に該当する答案は、おおむね本問題の特殊性を把握することができているものの、要件との関係での整理が不十分なものなどがこれに当たる。これらに対し、自己利用文書以外の文書や審理手続など必要のない論述に終始するものなどは、「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、出題趣旨とは関係のない論述をする答案、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の強い懸念を生じさせる。このような懸念は、定型的な論証パターンが数多く準備されていると推測されるいわゆる「典型論点」とされる裁判上の自白を題材とする設問2についてはある程度の記述ができる答案が大多数であった反面、設問1については基礎的な事項の理解すらおぼつかない答案が多くあったことによっても裏付けることができる。条文の趣旨や判例、学説等の正確な理解を駆使して、設問2の④の事実の位置付けが変わった場合のように未だ論じられていないような新たな問題に対して、論理的に思考し、説得的な結論を提示する能力は、法律実務家に望まれるところであり、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。また、このような論理的な思考の過程を適切に表現し、読み手に対して十分に伝えるための訓練も必要となろう。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していただきたい。

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が、例えば、設問1のテーマである管轄は、実務上は重要な事柄であるにとかかわらず、十分な理解を示した答案は少なかったことに鑑みても、実務への理解が必ずしも十分に深められているとはいえないようと思われる。現実の民事訴訟の手続の在り方のイメージがないままに学習を進めることは難しいと思われることから、法科大学院においては、理論と実務を架橋することをより意識した指導の工夫が必要となろう。