

## 令和6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6年司法試験論文式試験問題出題の趣旨【民事系科目】〔第1問〕をいう。以下同じ。）のとおりである。

### 2 採点方針

採点は、従来と同様、受験者の能力を多面的に測ることを目標とした。

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

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

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。答案全体を評価すればある設問について高い法的思考能力が示されているといえる答案には、別の設問について必要な検討の一部がなく、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。さらに、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)及び(2)において、それぞれ全般的な採点実感を紹介し、また、それを踏まえ、司法試験審査委員会議申合せ事項にいう「優秀」、「良好」、「一応の水準」及び「不良」の四つの区分に照らし、例えばどのような答案がそれぞれの区分に該当するかを示すこととする。ただし、ここで示された答案は上記の各区分に該当する答案の例であって、これらのほかに各区分に該当する答案はあり、それらは多様である。また、答案の全体的傾向から感じられたことについては、4で紹介することとする。

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

#### (1) 設問1について

##### ア 設問1(1)について

##### (イ) 全体的な採点実感

設問1(1)において論ずべき事項は、大別して、①賃借権の主張の可否、②留置権の主張の可否である。

①については、まず、BC間の賃貸借契約はAの土地を目的とする他人物賃貸借であり、Bの死亡前には、Cは甲土地の賃借権を占有権原としてBに対して主張することができないことを論ずる必要がある。この点については多くの答案が正しく指摘していたが、一部には、Bが代理権なく賃貸借契約を締結した無権代理行為であると論ずる答案も見られた。

しかし、BはAの代理人として賃貸借契約を締結したのではなく（すなわち、Aが賃貸人になるのではなく）、B自身が賃貸人として契約を締結しているから、Bの行為は無権代理行為ではない。また、民法第94条第2項の類推適用を論ずる答案も見られた。しかし、本問においては、甲土地の所有権の登記名義人はAであり、Cもそのことを認識していたのであるから、虚偽の外観が存在しない。このため、本問において民法第94条第2項の類推適用を考えるのは困難である。このほか、Cが甲土地上の登記されている建物の所有という借地借家法上の賃貸借の対抗要件（民法第10条第1項）を具備していることを理由に、Aに対しても借地権を主張することができるとするものも見られた。しかし、本問においては、Bには甲土地を賃貸する権限がなく、そもそも有効な占有権原が成立していないから、その第三者への対抗も問題にならない。

次に、Bの死亡によってBについて相続が開始し（民法第896条）、AがBの地位を承継しているため、これによってCはAの明渡請求を拒むことができるようになるのかを論ずる必要がある。この点については多くの答案が検討し、結論的に、甲土地の所有者としての地位と相続によって承継した賃貸人の地位とが融合するのではなく、併存しているとしていた。もっとも、地位が併存しているとみるのか融合しているとみるのかなど、その結論を導く構成については明確にしていけないものも少なくなかった。また、結論の根拠についても、Cが明渡しを拒むことができるとするとAにとって酷であるというにとどまり、A及びCの利益状況を具体的に検討したり、無権代理人の地位を本人が承継した場合についての判例法理との比較などについて言及したりするものは少数にとどまった。

②については、まず、Cが留置権（民法第295条第1項）の主張をしていることを正確に指摘する必要がある。少数であるが、Cが同時履行の抗弁を主張していると指摘するものが見られた。しかし、同時履行の抗弁は、双務契約の当事者の一方が、相手方が当該双務契約に基づく債務の履行を提供するまで、自己の債務の履行を拒むことができるというものである。本問においては、Aは所有権に基づいて明渡しを請求しており、Cが主張しているのは賃貸借契約上の債務の不履行に基づく損害賠償請求権であるから、Cは同時履行の抗弁を主張することができない。

本問においてCが主張する留置権の被担保債権は、債務不履行（履行不能）に基づく損害賠償請求権（民法第415条第1項）である。ここでは、Aが甲土地を使用収益させるというBの債務を承継していること、これが社会通念上不能となっていること等を指摘する必要があるが、これらの点について丁寧に論じた答案は比較的少なかった。また、Aが甲土地の所有者としての地位に基づいてCによる使用収益を拒絶することができる一方で、Bの債務の不履行について責任を負うことの整合性について何らかの言及をした答案は極めて少数であった。

本問における留置権の成否については、目的物と被担保債権の牽連関係が問題になる。この点については、牽連関係があるとする答案が圧倒的に多かった。その理由については簡単に触れたに過ぎないものが多かったが、被担保債権が甲土地の賃貸借契約の不履行により生じたものであること、Bについて相続が開始した結果としてAが損害賠償債務を負担していることから、留置によってAが間接的に損害賠償債務の履行を強制されることを挙げるものが比較的多かった。しかし、Aの損害賠償債務は甲土地自体から生じたもの（典型例としては、物の瑕疵が原因となってその占有者に損害が発生した場合における、物の所有者の損害賠償債務や、占有者が物について費用を支出した場合における物の所有者の費用償還債務が挙げられる。）とはいえない。また、被担保債権の履行を強制するという点についても、AがCに対して損害賠償債務を負っているという状況はBが死亡したなどの偶然の事情によって生じたものであるため、牽連関係の有無を検討するに当たってこの状況を考慮することは妥当ではないと解される。

留置権の成否については、Cが占有を始めるに当たって過失があったとして、その占有が不法行為によって始まった（民法第295条第2項）とするものも少数ながら見られた。

(イ) 答案の例

優秀に属する答案の例は、①については、本問を他人物賃貸借の事例であると正しく理解し、原則としてCはAに対して占有権原を主張することができないことを指摘した上で、Bが死亡してAがその地位を相続した後の所有者としての地位と賃貸人としての地位の関係を、本人が無権代理人を相続した場合に関する判例とも比較しつつ、論じたものである。②については、留置権の成否について検討し、Bの債務が履行不能になっていることなど、被担保債権の内容を具体的に説明し、牽連関係の意義を明らかにした上で、本件においては牽連関係が認められないことを説得的に論証したものである。AがBの賃貸人としての地位を相続した後もCの占有を拒絶することができることと、拒絶した場合に賃貸人としての債務不履行責任を負うこととの関係（それが矛盾しないこと）について論じた答案もあったが、このような答案にも高い評価が与えられる。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案と比べ、自己の主張の根拠の記述がやや不十分であったり、例えば留置権が成立するための要件の当てはめが粗雑であったりするものの、必要な事項について相応の論述がされているものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、①については、他人物賃貸借の事例であることを前提に、AがBを相続したことによる問題に気付いて一応の議論を展開しているものなどが挙げられる。また、②については、留置権が主張されていることに気づき、その要件を検討しているが当てはめが粗雑なもの、牽連関係が問題であることに気づいて検討しているものの、分析が不十分なものなどである。

不良に属する答案の例は、①について無権代理の事案と捉えて本人が無権代理人を相続した事案の処理について論ずるもの、民法第94条第2項の類推適用を論ずるもの、AがBを相続したことにより賃貸人としての債務を負うに至っていることを看過し、この点について論ずることなくCの占有権原を否定するものなどである。②については、同時履行の抗弁が主張されているとして、その要件を検討するものなどである。

イ 設問1(2)アについて

(ア) 全体的な採点実感

設問1(2)アについては、まず、請求2の法的性質について正確に理解することが必要である。この点について、請求2が民法第611条に基づく請求であるとする答案が散見された。しかし、同条の効果は賃料が減額されるというものであり、それ自体が賃貸人に対する何らかの請求権を直接に基礎付けるものではない。賃料の減額を賃貸人に対する請求権につなげるには、減額された結果、賃料を支払う必要がなかったことになるから、弁済として支払った金銭の一部が不当利得（民法第703条（及び第704条）又は第121条の2第1項）に当たるとして返還を請求すると構成する必要がある。

このほか、請求2の法的性質については、賃貸人は目的物を賃借人の使用収益に適した状態に置く債務を負っていることを指摘した上で、請求2はその債務不履行に基づく損害賠償請求権であるとする答案も、散見された。しかし、問題文においては、「支払った令和4年9月分の賃料の一部を返還するよう請求する」とされているのであるから、請求2を損害賠償請求権であるとみるのは困難である。

上記のとおり、請求2の成否を検討するに当たっては、民法第611条の要件が満たされているかどうかを検討し、その結果を踏まえて不当利得の成否を検討する必要がある。多くの答案が同条の要件について検討した上で減額を認めていた一方、不当利得の要件について丁寧に検討したものは少なく、全く検討していない答案（同条に基づく減額が認められることから直ちに返還請求が認められるという結論を導く答案）も目立った。

(イ) 答案の例

優秀に属する答案の例は、本件における請求の構造を的確に理解した上で、民法第611条の要件の当てはめを詳細に検討するとともに、不当利得の要件（民法第703条においては、賃料の支払が利得に当たること、減額により法律上の原因が失われることなど）についても具体的な当てはめをしたものなどが挙げられる。良好に属する答案の例も、これに準ずるものである。

一応の水準に属する答案の例は、請求2の法的性質を的確に理解しているかがやや不明瞭であるものの、民法第611条や不当利得の要件をそれぞれ検討しているものなどである。

不良に属する答案の例は、民法第611条の適用を看過したり、損害賠償請求の可否について検討したりしているものである。

ウ 設問1(2)イについて

(ア) 全体的な採点実感

設問1(2)イにおいては、多くの答案が、請求3が必要費償還請求権（民法第608条第1項）に基づくものであることを指摘した上で、民法第607条の2に基づく修繕権の有無について検討していた（なお、修繕権の成否に関連して、本件において急迫の事情がある判断したものが見られたが、この点の判断に迷わないよう、問題文において「急迫の事情はなく」と記載しているので、問題文を注意深く読んでいただきたい。）。

本問においては、修繕権の有無が必要費償還請求権の額にどのように影響するかを論ずることが求められる。結論的には、支出した額である30万円ではなく適正な額である20万円の限度で償還請求が認められるとするものが多かった。この結論自体は妥当なものと考えられるが、その理由付けを民法第607条の2の趣旨に遡って検討するものは極めて少数であった。

修繕権がないことから必要費償還請求権を全額否定する一方、有益費償還請求権として適正価額20万円を認めるという答案も、散見された。しかし、使用収益をするために必要なものであれば必要費と言わざるを得ないと思われる。また、賃借人が修繕しなければ結局賃貸人が負担しなければならない費用であるから、全額について償還請求を否定するのは適当ではない。有益費であれば、賃貸借契約終了時に価格の増加が残存している必要がある（民法第608条第2項、第196条第2項）ため、支出時における適正額である20万円が償還の対象となるとも限らない。したがって、必要費であることを否定して有益費の償還として20万円を認めるという結論は、不適当である。

(イ) 答案の例

優秀に属する答案の例は、請求3が必要費償還請求権であると正しく理解した上で、Dが支出した修繕費用が必要費に該当することを論じ、修繕権がない場合であってもその償還請求権が成立し得ることを民法第607条の2の趣旨から説得的に論じたものなどが挙げられる。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案に比べて論述が粗雑であったり、各論点についての論証が不十分であったりするものの、必要な事項について相応の記載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、Dの支出した修繕費用が必要費に該当すること、Dには修繕権がないこと、Dの請求が20万円の限度で認められることなど、必要な論点について一応の結論が記載されているものの、それぞれの関係が必ずしも明確ではないものなどである。

不良に属する答案の例は、Dの修繕権が否定されることから直ちに請求3を全て否定するもの、必要費償還請求権以外の法律構成を論ずるものなどである。

(2) 設問2について

ア 全体的な採点実感

- (ア) 請求4が認められるためには、Iが丁土地の所有者であることが必要である。丁土地の所有権は、G→H→Iと移転したはずであるが、GがHとの間の売買契約を取り消しているため、これが認められれば、G→Hの所有権移転は遡及的に無効になる（民法第121条）。このような原則に従って考えると、Iは無権利であったHから丁土地の所有権の移転を受けたことになるため、丁土地の所有権を取得することができないのではないかが問題になる。まずはこのような基本的な構造を理解することが、その後の検討の出発点になる。しかし、この点を丁寧に明示している答案は必ずしも多くはなかった。

以上のように問題を把握した上で、設問2において論すべき事項は、①錯誤による意思表示の取消しの可否、②錯誤による意思表示の取消しと第三者との関係、③民法第95条第4項の保護を受ける第三者と、表意者からの物権取得原因を有する者との関係である。

- (イ) ①については、まず、民法第95条第1項の適用範囲として、離婚に伴う財産分与を内容とする契約についても錯誤が問題になり得ることを論ずる必要がある。この点について明示的に議論していた答案は極めて少数であった。

次に、本件の事案に即して、民法第95条の要件を検討し、錯誤取消しが認められるかどうかを検討する必要がある。本件におけるGの錯誤が基礎事情の錯誤であること、基礎事情の錯誤を主張するためには当該事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたことが必要であることなどについては、多くの答案が適切に論じていた。また、本問の事実関係の当てはめに関しても、Gの認識の内容や、その客観的重要性、主観的因果性などについて、GとHとの会話の内容、Gの経済状況等を丁寧に指摘し、民法第95条第1項の要件の具備を検討した答案が多かった。

ある事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたことがどのような意味であるかについては、学説上も争いがある。このため、表示の有無を論ずるに当たっては、表示の意味についてどのような立場を採るのかを明確にしておく必要がある。この点については、当該事情が法律行為の内容になっているということを意味するなどと述べた上で、Hの発言内容を引用して表示があったという結論を導くなど、丁寧に論じている答案も少なくなかった。他方で、特段の立場を示さず、表示があるとの結論のみを示すものも散見された。

Gが錯誤取消しを主張することができるかどうかについては、Gに重過失があったかどうかにも影響を与える。この点については、Hの発言内容から、Gだけでなく意思表示の相手方であるHも同様の錯誤に陥っていたことを指摘し、共通錯誤に当たることを根拠として、民法第95条第3項柱書による取消しの制限を受けない（同項第2号）とするものが多かった。このほか、Gが必ずしも税の専門家ではないことを根拠として、重過失を否定する答案も少なくなかった。

結論的には、多くの答案が、本問においてGによる錯誤取消しが認められるという結論に至っており、妥当な結論が導かれていた。

- (ウ) ②においては、Gによる錯誤取消しが認められることを前提として、これを第三者であるIに対して主張することができるかどうかを検討する必要がある。民法第95条第4項が問題になること、同項にいう第三者とは取消前の第三者であること、HとIとの売買契約が結ばれた時期からIが同項の第三者に該当することなどは、多くの答案が正しく論じていた。少数ながら、Iが無過失であったかどうかを論ずる答案が見られた。Iの主観的事実については事実15において明らかにしているので、問題文を注意深く読んでいただきたい。

本問において更に問題となるのは、Iに対して丁土地の所有権移転登記がされていないこと（所有権の登記名義人はHのままであること）が、民法第95条第4項による保護の有

無に影響するかどうかである。Iは所有権移転登記を具備しないで同項の第三者として保護されるか、すなわち、同項による保護を受けるためには権利保護資格要件としての登記を要するのかが問題になる。民法第96条第3項の第三者として保護されるために登記を要するかどうかについては判例（最判昭和49年9月26日民集28巻6号1213頁）があるため、これを参照して論ずることなどが考えられる。しかし、この論点について論じた答えは極めて少なかった。他方で、対抗要件としての登記の要否を論ずる答えが少数ながら見られた。GとIは前主後主の関係にあるため、Gに対する関係では、Iが民法第95条第4項の第三者として保護される場合に、対抗要件としての登記を要しないことには特段問題がなく、この点についてあえて論ずる必要はなかった。

少数であるが、権利保護資格要件としての登記が必要であるとして、Iが第三者として保護されないとする答えが見られた。ありえない結論ではないと考えられるが、民法第96条第3項の第三者として保護されるための要件としても権利保護資格要件としての登記を要しないとする見解と対比すると、上記の結論は、錯誤に陥った者を詐欺による意思表示をした者より厚く保護することになる。したがって、このような結論を導くのであれば、詐欺の場合との比較を踏まえた上で自説について説得的な議論をすることが必要になる。

結論としては、Iは民法第95条第4項の第三者として保護されるとするものが多かった。同項の第三者に当たる場合には、③について検討することが必要になる。

- (エ) ③においては、丁土地について、 $G \rightarrow H \rightarrow I$ というルートでの所有権移転と $G \rightarrow F$ というルートの所有権移転とがあることを踏まえて、IとFとの関係を論ずる必要がある。その検討に当たっては、所有権の登記名義人がHであることを踏まえることが必要である。

この点については、明確に論じていない答案も多かった。論じている答案は、IとFとが対抗関係にあるため、Iは、登記を具備するまではFに対して丁土地の明渡しを請求しても認められないとする立場と、民法第95条第4項によりGはIに対して錯誤取消しを主張することができないため、Fに対して丁土地を売った時点でGは無権利であったことを理由に、Fは無権利者であるからIは丁土地の明渡しを請求することができるという立場とのいずれかを採るものが多かった。しかし、そのいずれを採るかについて詳細な理由を述べる答案や、反対説の存在を意識して記載したと思われる答案は、極めて少なかった。民法第95条第4項（民法第94条第2項など、意思表示の瑕疵等があった場合におけるその他の第三者保護規定も同様である。）によって取消しを第三者に対抗することができない場合に、所有権がどのように移転するかについては、複数の考え方があり。すなわち、本件に即して言えば、GからIへと直接移転するという考え方と、GからH、HからIへと順次移転するという考え方である。そのいずれを採るかによって、IとFとの関係をどのように考えるかが異なってくる。対抗問題とする立場も、無権利の問題であるとする立場も、民法第95条第4項の第三者が保護される場合の所有権の移転の経路に関する一定の立場を踏まえて根拠付けられるべきものであるから、本問においては、Iが同項によって保護される場合の所有権移転の構成について検討することが求められていたものといえる。

#### イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、錯誤取消しの要件とその当てはめ、民法第95条第4項の第三者として保護されるための要件とその当てはめ等、必要な事項について過不足なく丁寧に論じた上で、IとFとの関係について、Iが同項によって保護される場合の所有権移転の構成に遡って論じたものなどである。

良好に属する答案の例は、錯誤取消しの要件とその当てはめ、民法第95条第4項の第三者として保護されるための要件とその当てはめ等について丁寧に論じているが、権利保護資格要件の要否や、IとFの関係についての理論的な立場などに関する論述が必ずしも十分では

ないものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、錯誤取消しの要件とその当てはめ、民法第95条第4項の要件の一部（取消前の第三者であることなど）については論じられているものの、権利保護資格要件としての登記の要否が問題になることを看過していたり、IとFの関係について、特段の理由を示すことなく、対抗関係であるからIは登記を具備しなければ所有権をFに対抗することができないと結論付けたりするものなどである。

不良に属する答案の例は、錯誤取消しの要件等や当てはめについて基本的な事項についての論述が十分ではなく、民法第95条第4項によって保護されるための権利保護資格要件や、IとFとの関係がどのように規律されるかなどの論点を看過するなど、全体的に論述の不十分なものなどである。

#### 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

本年においても、民法の幅広い分野についての基本的知識・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】に現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ものと考えられる。限られた時間内で答案を作成するためには、短時間で自己の見解を適切に文章化するのに必要な基本的知識・理解を身に付けることが肝要であり、引き続き、法的知識の体得に努めていただきたい。本年の問題では、例えば設問1(2)アにおいては、請求権を基礎付ける法律構成を十分に検討しないまま、賃料が減額されたかどうかや、修繕権があるかどうかについて検討を始めている答案が少なくない印象を受けた。設問について適切な解答をするには、条文や判例に関する表面的な知識を習得するだけでなく、それぞれの論点がどのようにつながって結論に至るのかを理解していることが必要である。

さらに、本年も、昨年同様、判例を参考にすることで深い検討を行うことができる問題が出題されているが、法律実務における判例の理解・検討の重要性を再認識していただきたい（判例の採った論理や結論を墨守することを推奨してはいないが、判例と異なる見解を採るのであれば、判例を正確に指摘して批判することが必須である。）。例年指摘されているところであるが、判例を検討する際には、その前提となっている事実関係を基に、その価値判断や論理構造に注意を払いながらより具体的に検討することが重要であり、かつ、様々なケースを想定して判例の射程を考えることが重要である。

## 令和6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6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

民事系科目第2問は、商法分野からの出題である。事実関係を分析し、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る。会社法に関する基本的な理解を前提に関係する条文を探し出し、その条文の文言を丁寧に検討するという姿勢がうかがわれる答案には、高い評価が与えられた。これに対し、条文の引用が不正確であったり、条文の文言を丁寧に検討するという姿勢を欠いていたりする答案は、知っている論点に引き付けて検討しようとしているせいか、問題の所在を的確に把握することができていないものが多く、結果的に低い評価にとどまるものが多かった。

### 3 採点実感

#### (1) 設問1の小問1について

##### ア 全体的な採点実感

(ア) 設問1の小問1は、会社法上の公開会社である取締役会設置会社において、少数株主が裁判所の許可を得て取締役の解任等を目的とする株主総会を招集するに当たり、議決権行使書面及び株主総会参考書類のほかに、自らが提案する議案に賛成した株主には商品券を贈呈する旨の書面を株主に交付した場合において、監査役として少数株主による違法行為の差止めを請求するための会社法上の手段の有無を問うものである。

監査役による違法行為の差止めについては会社法第385条第1項に規定されているが、同項は、取締役の行為を対象としていることから、少数株主が裁判所の許可を得て株主総会を招集する場合にそのまま適用することは難しい。まずは、そのことを指摘した上で、同項の適用又は類推適用の可否を検討することが必要となる。その上で、例えば、少数株主は、個人の利益のためではなく株式会社のために株主総会を招集する権限を付与されているのであって、その意味において取締役に準ずる立場にあり、取締役と同様、適法に株主総会を招集する義務を負っていると考えられることに加え、同項の適用又は類推適用を認めなければ、適法性を監査するという監査役の任務を全うすることができないことなどを指摘して、同項の適用又は類推適用を肯定するということも考えられるであろう。これに対し、少数株主と取締役とでは立場が異なることや、少数株主による違法な株主総会の招集を差し止められないことになってもやむを得ないことなどを指摘して、同項の適用又は類推適用を否定することも考えられるであろう。いずれにしても、少数株主に株主総会を招集する権限が付与されていることや、少数株主による違法な株主総会の招集を監査役が差し止めることの必要性などについて、広く考慮した上で、Dから相談を受けた弁護士としての回答を検討することが求められる。

(イ) 多くの答案が、会社法第385条第1項が問題となり得ることに気が付いていた（極めて少数ではあるが、会社法第360条第1項に言及する答案があったが、Dは株主ではないため、同項は問題となり得ない。）。この点については、法科大学院における実務教育の成果が出ているものと評価することができるように思われる。

これに対し、本小問において検討することが求められているのは「会社法に基づいて本件臨時株主総会1の開催をやめるように求める手段の有無」であるから、本件臨時株主総会1の開催をやめることに結び付かない手段について論じても評価されることはない。こ



の点については、少数ではあるものの、会社法第306条第1項の株主総会の招集手続等に関する検査役の選任を論ずるものや、少数株主による株主総会の招集に関する会社法第297条所定の要件を満たしているか否かを検討するものなどがあったが、これでは問われていることに答えたことにはならない。

会社法第385条第1項の適用又は類推適用を肯定するか否かについては、いずれの立場を採ることも考えられるが、上記(ア)のような検討をすることができた答案是、当然のことながら、高く評価された。また、同項の類推適用を肯定する立場に立ちつつも、Dから相談を受けた弁護士としては、それが否定されるリスクがあることも含めて回答すべきであると指摘する答案もあったが、問われたことに正面から論ずる姿勢が好印象であった。

これに対し、会社法第385条第1項が問題となり得ることに気が付いたにもかかわらず、不良に該当する答案も相当数あった。例えば、少数株主からの請求に対して取締役が株主総会の招集をしないという不作為を問題とし、同項によりその不作為を差し止めるとする答案もあった。このような答案是、同項が問題となることには気が付いており、同項が取締役の行為を対象としており、少数株主の行為を直接の対象としていないことにも気が付いているため、その限りにおいては評価することができるが、不作為の差し止めというのは、現実的には困難であることはさておくとしても、そもそも本件臨時株主総会1の開催をやめる手段にならないため、問われたことに答えたことにならない。また、少数株主が株主総会を招集する場合であっても、株主総会の目的である事項を定めたり、招集の通知を発したりするのは取締役であることを前提に、そのような取締役の行為を同項により差し止めることができるとする答案もあったが、このような答案是、少数株主が株主総会を招集する場合の手続を誤解するものである。さらに、差し止めの対象となる行為自体は正しく捉えていても、同項が取締役の行為を対象としていることに言及することなく、漫然と少数株主の行為にも同項が適用されるとする答案もあったが、このような答案是、同項に気が付いたという以上の評価は与えられない。

なお、そのほかにも、会社法第385条第1項とは別の被保全権利の存在を指摘して仮の地位を定める仮処分命令（民事保全法第23条第2項）の申立てをするということも考えられないではない。例えば、監査役の少数株主に対する妨害排除請求権や株主総会決議の取消しの訴えを本案とする仮の地位を定める仮処分命令を求めることなどを検討することが考えられるであろうが、前者であれば、そのような権利が存在することを説得的に論ずることが求められるし、後者であれば、仮処分が認められてしまうと本案の対象となる株主総会決議が存在しないこととなり、そのような方法が許容されるのかも含めて説得的に論ずることが求められることとなる。もっとも、会社法第385条第1項とは別の被保全権利の内容について説得力のある論述をする答案はほとんどなかった。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

監査役による違法行為の差し止めについては会社法第385条第1項に規定されているが、同項は、取締役の行為を対象としていることから、少数株主が裁判所の許可を得て株主総会を招集する場合に適用することは難しいことを指摘した上で、少数株主は、個人の利益のためではなく株式会社のために株主総会を招集する権限を付与されているのであって、その意味において取締役に準ずる立場にあり、取締役と同様、適法に株主総会を招集する義務を負っていると考えられることに加え、同項の類推適用を認めなければ、適法性を監査するという監査役の任務を全うすることができないことなどを指摘して、同項の類推適用を肯定するもの。

監査役による違法行為の差し止めについては会社法第385条第1項に規定されているが、同項は、取締役の行為を対象としていることから、少数株主が裁判所の許可を得て株主総

会を招集する場合に適用することは難しいことを指摘した上で、少数株主は、取締役に代わって株主総会を招集するものの、少数株主という立場でその権限を行使するものであって、取締役とは立場が異なるのであるし、株式会社は自ら株主総会を招集することができたのにそれをしなかったのであるから、少数株主による株主総会の招集を差し止めることができず、事後的に株主総会決議の取消しの訴えを提起することによって対応することとなってもやむを得ないことなどを指摘して、同項の類推適用を否定するもの。

監査役による違法行為の差止めについては会社法第385条第1項に規定されているが、同項は、取締役の行為を対象としていることから、少数株主が裁判所の許可を得て株主総会を招集する場合に適用することは難しいことを指摘した上で、裁判所の許可を得て株主総会を招集する場合における少数株主の立場の取締役との類似性について自分なりに検討し、同項の類推適用の可否を検討するもの。

(イ) 不良に該当する答案の例

監査役による違法行為の差止めについては会社法第385条第1項に規定されていることに気が付いているものの、同項が取締役の行為を対象としていることに言及することなく、漫然と同項が適用されるとするもの。

監査役による違法行為の差止めについては会社法第385条第1項に規定されていることに気が付いているものの、少数株主が株主総会を招集する場合であっても、株主総会の目的である事項を定めたり、招集の通知を発したりするのは取締役であることを前提に、そのような取締役の行為を会社法第385条第1項により差し止めることができるとするもの。

監査役による違法行為の差止めについては会社法第385条第1項に規定されていることに気が付いているものの、少数株主からの請求に対して取締役が株主総会の招集をしないという不作為を問題とし、会社法第385条第1項によりその不作為を差し止めるとするもの。

監査役による違法行為の差止めについて検討することなく、検査役の選任（会社法第306条第1項）、取締役会への報告義務（会社法第382条）又は株主総会に対する報告義務（会社法第384条）等を論ずるもの。

監査役による違法行為の差止めについて検討することなく、少数株主による株主総会の招集に関する会社法第297条所定の要件を満たしているか否かを検討し、これを満たしている以上、監査役の採ることができる会社法上の手段はないとするもの。

被保全権利が何であるかを明らかにすることなく、仮の地位を定める仮処分命令（民事保全法第23条第2項）の申立てについて論ずるもの。

(2) 設問1の小問2について

ア 全体的な採点実感

(ア) 設問1の小問2は、本件決議1について株主総会決議の取消しの訴えを提起したEの立場において考えられる主張をどのように構成するのかを問うものである。具体的には、本件臨時株主総会1を招集した少数株主である乙社が自らの提案する議案に賛成した株主には商品券を贈呈する旨の本件書面を株主に交付したことなどを踏まえ、本件決議1が会社法第831条第1項各号に掲げる場合のいずれに該当するのかを明示して、株主総会決議取消事由の有無を検討することが求められる。

本件決議1が会社法第831条第1項各号に掲げる場合のいずれに該当するのかについては、まず、Eとしては、乙社の行為に会社法第120条第1項が適用又は類推適用されることから株主総会の招集の手続又は決議の方法が法令に違反するものであった（会社法第831条第1項第1号）と主張することが考えられる。もっとも、会社法第120条第1項は、「株式会社」による「当該株式会社又はその子会社の計算においてする」利益供与を

禁止しており、少数株主が自らの負担によって行う行為を直接の対象とはしていない。まずは、そのことを指摘した上で、少数株主の行為に同項を適用又は類推適用することの可否を検討することが必要となる。この点については、例えば、同項は、会社財産の浪費を防止するものであり、株式会社がその財産を用いて株主の議決権の行使に影響を与えることを禁ずるものであると考えるのであれば、少数株主が、自らの負担によって商品券を贈与することにより、他の株主の議決権の行使に影響を与えることには問題はないということとなり、同項の適用又は類推適用を否定することになる。これに対し、同項は、株式会社の公正な運営を確保するものであると考えるのであれば、株式会社による利益供与だけでなく株主総会を招集する少数株主による利益供与も株式会社の公正な運営を害し得ること、また、そのような問題は当該株式会社等の計算においてされたものであるか否かを問わずに生じ得ることなどを指摘し、同項の適用又は類推適用を肯定することもあり得る。そして、同項は、会社財産の浪費と株式会社の公正な運営の確保の双方の趣旨を含むものとするなら、いずれを重視するのか、いずれか一方を欠く場合であっても適用又は類推適用できるのかを検討することになる。

また、Eとしては、上記の点に加えて、株主総会の招集の手段又は決議の方法が「著しく不公正」であった（会社法第831条第1項第1号）と主張することが考えられる。この点については、株主による議決権の行使が株主として株式会社から受ける経済的な利益とは異なる要因によって左右されるような状況で行われた株主総会決議が「著しく不公正」であったといい得ることを指摘した上で、本問の事実関係の下で具体的な検討をすることが考えられる。前者については、上記のような状況で行われた株主総会決議が「著しく不公正」であったといい得る理論的な根拠を自分なりに考察することが求められる。また、後者については、例えば、乙社が提案する議案に賛成した株主にはのみ商品券が贈呈されること、乙社には当該議案を可決させることに強い利害関係があると認められること、例年の定時株主総会における結果との比較から乙社による商品券の贈呈が株主の議決権の行使に影響を与えた可能性が高いことなどを指摘した上で、「著しく不公正」であったといえるとするとも考えられるであろうし、商品券の額が少額であること、乙社が提案する議案に反対する議決権の行使をすることが殊更妨害されたわけではないこと、甲社の業績悪化や筆頭株主である乙社との間で対立が生じているという点で例年とは状況が異なり、例年の定時株主総会における結果との比較は重要ではないことなどを指摘した上で、「著しく不公正」であったとまではいえないとするとも考えられるであろう。また、そもそも、株主総会を招集する少数株主であっても、株式会社ではない以上、自らの資金で他の株主の議決権の行使に影響を与えることとなったとしても「著しく不公正」とはいえないとの考え方を採用し、その理論的な根拠を自分なりに考察するというとも考えられるであろう。

さらに、Eとしては、上記の各点に加えて、特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによって「著しく不当な決議がされた」（会社法第831条第1項第3号）と主張することもあり得るであろう。その場合には、乙社は、株主総会を招集して議案を提案したものの、自らを取締役に選任するといった決議がされたわけではないことから、そのような観点から特別の利害関係の有無を検討するのではなく、むしろ、賛成の議決権を行使した株主には商品券が贈呈されるという関係に着目して特別の利害関係の有無を検討するのが適切であろう。このような観点から検討すると、賛成の議決権を行使することによって商品券を贈呈される関係にある株主について、特別の利害関係の有無が問題となり得るが、議案に対して賛成の議決権の行使さえすれば、当該議案が否決されたとしても、商品券が贈呈されるのであるから、決議について特別の利害関係があるとはいえないと考えることもできるであろう。

- (イ) 本小問においては、乙社が提案する議案に賛成した株主には商品券を贈呈されるという

点が問題となるということについては、ほとんどの答案が検討することができていた。

次に、会社法第120条第1項の適用又は類推適用を肯定して株主総会の招集の手続又は決議の方法が法令に違反するものであったとするのか否か、株主総会の招集の手続又は決議の方法が「著しく不公正」であったとするのか否かについては、いずれの立場から論じても構わないが、上記(ア)のような検討をすることができた答案は、当然のことながら、高く評価された。

もっとも、会社法第120条第1項の適用又は類推適用を肯定する答案の多くが、同項が「株式会社」による「当該株式会社又はその子会社の計算においてする」利益供与を禁止している点についての十分な検討をすることができず、その結果、高い評価を得るには至らなかった。

例えば、会社法第120条第1項の趣旨を公正な会社運営と会社財産の浪費防止にあるとしながら、本小問においては後者の要素が欠けることについて何ら論ずることなく同項を適用又は類推適用する答案が相当数あった。このような答案は、本小問の基本的な問題構造は理解していると評価することができるものの、同項が「会社又はその子会社の計算において」することを要件としている点を見逃していることに加え、本小問の状況について深い考察をするには至っていないものと評価せざるを得ない。特に、このような答案の多くが、株主総会の招集の手続又は決議の方法が「著しく不公正」であったといえるか否かについては全く触れていなかった。同項を適用又は類推適用すること自体はあり得るところではあるが、同項が規定する要件に照らすと、そのような主張が当然に認められるというものではない。そうすると、Eとしては、同項の適用又は類推適用を肯定して株主総会の招集の手続又は決議の方法が法令に違反するものであったとの主張が採用されない可能性にも配慮した上で、株主総会の招集の手続又は決議の方法が「著しく不公正」であったとの主張についても検討すべきであろう。

また、会社法第120条第1項の類推適用をするに当たって、例年の定時株主総会における結果と比較して議案に賛成するものの割合が上がったということと、「株主の権利の行使に関し」という要件への当てはめとして言及する答案も多かったが、株主の権利行使に対して現実に影響を与えたかどうかは同項の要件であるとはいえないので、そのような当てはめをする答案には高い評価は与えられなかった。

次に、会社法第120条第1項が行為主体を「株式会社」としていることや「会社の計算において」という要件については触れることなく、又はこれらについて十分な検討をすることなく、下級審裁判例（東京地判平成19年12月6日判タ1258号69頁）を参考にして利益供与の該当性を検討する答案も相当数あった。このような答案は、本小問では同項の要件の一部が満たされていないことが問題になっており、同裁判例とは異なる状況であることを看過していることに加え、少数株主による行為であるという本小問における最も重要な点を見落としたか、又は軽視したものと評価せざるを得ない。自らが知っている論点に引き付けて検討しようとした結果、問題の本質を見誤ってしまったのであるとすれば、そのような学習態度は改められるべきである。

さらに、乙社が「株式会社」であることを理由に、会社法第120条第1項の適用を認める答案も、残念ながら相当数あった。このような答案は、条文の基本的な読み方が身に付いていないものと評価せざるを得ない。

また、株主総会の招集の手続又は決議の方法が「著しく不公正」であった（会社法第831条第1項第1号）と主張することが考えられることを検討した答案の中には、会社法第120条第1項は、「株式会社」による「当該株式会社又はその子会社の計算においてする」利益供与を禁止しており、少数株主が自らの負担によって行う行為を直接の対象とはしていないという点を丁寧に検討した上で、株主による議決権の行使が株主として株式会社か

ら受ける経済的な利益とは異なる要因によって左右されるような状況で行われた株主総会決議が「著しく不公正」であったといい得ることを指摘し、本問の事実関係の下で具体的な検討をすることができたものは、高く評価された（このような答案の多くが、会社法第120条第1項の適用又は類推適用を否定していたが、同項の適用又は類推適用を肯定しつつ、更にこの点を論ずるというものもあり、いずれであっても高く評価された。）。

これに対し、株主総会の招集の手續又は決議の方法が「著しく不公正」であった（会社法第831条第1項第1号）と主張することが考えられることを検討した答案の中には、どのような行為がどのような理由で「著しく不公正」となるのかについての分析をせず、ただ問題文の事実関係を羅列して「著しく不公正」であると結論付けるものも相当数あった。例年指摘していることであるが、問題文の事実関係を評価することなく並べ立てて、「よって、著しく不公正であった」などと述べても、説得力のある論述とは評価されない。

また、特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによって「著しく不当な決議がされた」（会社法第831条第1項第3号）と主張することが考えられることを検討した答案も、少数ながら見受けられた。その中でも、乙社が株主総会を招集して議案を提案していることから特別の利害関係を有する者に当たるというものが多かったが、適切な検討がされたものとは評価されなかった。これに対し、賛成の議決権を行使した株主には商品券が贈呈されるという関係に着目して特別の利害関係の有無を検討するものは、少数にとどまったものの、この部分の評価としては相応のものとなった。本小問においては、Eの立場において考えられる主張とその当否が問われているのであるから、会社法第120条第1項の適用又は類推適用を肯定して株主総会の招集の手續又は決議の方法が法令に違反するものであったとするのか否か、株主総会の招集の手續又は決議の方法が「著しく不公正」であったとするのか否かといった問題に付加して適切に検討していたものについては、設問1の小問2全体として相対的に高い評価を得るに至った。

なお、裁量棄却について詳細に論ずる答案が相当数あったが、会社法第120条第1項の適用又は類推適用を肯定して株主総会の招集の手續又は決議の方法が法令に違反するものであったとする場合には、違反する事実が重大でないとはいえないのであるから、大きく取り上げる必要はない。さらに、株主総会の招集の手續又は決議の方法が「著しく不公正」であったとする場合や特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによって「著しく不当な決議がされた」とする場合には、そもそも裁量棄却は問題とはならないのであるから、これらのみを決議の瑕疵として論じつつ、裁量棄却の可否について論ずるのは会社法第831条第2項を理解していないものとして評価せざるを得ない。当然のことではあるが、株主総会決議の取消しの訴えが問題となる場合には、裁量棄却を必ず主要な論点として論じなければならないというわけではない。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

まず、Eとしては、乙社の行為が「株主の権利の行使に関し、財産上の利益を供与」するものに該当し（会社法第120条第1項）、株主総会の招集の手續又は決議の方法が法令に違反するものであった（会社法第831条第1項第1号）と主張することが考えられることを指摘した上で、少数株主の行為に会社法第120条第1項を適用することができないことを前提に、同項は、会社財産の浪費を防止するものであり、株式会社がその財産を用いて株主の議決権の行使に影響を与えることを禁ずるものであると考え、同項を類推適用することもできないものとする（又は、同項は、株式会社の公正な運営を確保するものであり、株式会社による利益供与だけでなく株主総会を招集する少数株主による利益供与も株式会社の公正な運営を害し得ること、また、そのような問題は当該株式会社等の計算においてされたものであるか否かを問わずに生じ得ることなどを指摘し、同項の適用又は類



推適用を肯定することができるものとする。)。その上で、Eとしては、株主総会の招集の手続又は決議の方法が「著しく不公正」であった（会社法第831条第1項第1号）と主張することも考えられることを指摘した上で、株主による議決権の行使が株主として株式会社から受ける経済的な利益とは異なる要因によって左右されるような状況で行われた株主総会決議が「著しく不公正」であったといい得ることを論じ、乙社が提案する議案に賛成した株主にのみ商品券が贈呈されることや、例年の定時株主総会における結果との比較から乙社による商品券の贈呈が株主の議決権の行使に影響を与えた可能性が高いことなどを指摘して、「著しく不公正」であったとするもの。

少数株主の行為に会社法第120条第1項を適用することができないことを前提に、同項は、会社財産の浪費を防止するものであり、株式会社がその財産を用いて株主の議決権の行使に影響を与えることを禁ずるものであると考え、同項を類推適用することもできないことを論じた上で、Eとしては、株主総会の招集の手続又は決議の方法が「著しく不公正」であった（会社法第831条第1項第1号）と主張することが考えられることを指摘し、株主による議決権の行使が株主として株式会社から受ける経済的な利益とは異なる要因によって左右されるような状況で行われた株主総会決議が「著しく不公正」であったといい得ることを論じ、本問の事実関係を適切に評価して自分なりの結論を導くもの。

(イ) 不良に該当する答案の例

Eとしては、乙社の行為が「株主の権利の行使に関し、財産上の利益を供与」するものに該当し（会社法第120条第1項）、株主総会の招集の手続又は決議の方法が法令に違反するものであった（会社法第831条第1項第1号）と主張することが考えられることを指摘した上で、会社法第120条第1項が行為主体を「株式会社」としていることや「会社の計算において」という要件については触れることなく、又はこれらについて十分な検討をすることなく、下級審裁判例（東京地判平成19年12月6日判タ1258号69頁）を参考にして検討するもの。

Eとしては、乙社の行為が「株主の権利の行使に関し、財産上の利益を供与」するものに該当し（会社法第120条第1項）、株主総会の招集の手続又は決議の方法が法令に違反するものであった（会社法第831条第1項第1号）と主張することが考えられることを指摘した上で、乙社が「株式会社」であることから、会社法第120条第1項の適用を認めるもの。

Eとしては、株主総会の招集の手続又は決議の方法が「著しく不公正」であった（会社法第831条第1項第1号）と主張することが考えられることを指摘した上で、どのような行為がどのような理由で「著しく不公正」となるのかについての分析をせず、事実関係を羅列して「著しく不公正」であると結論付けるもの。

株主総会を招集して議案を提案した乙社による議決権の行使を「特別の利害関係を有する者」の議決権の行使であるとした上で、会社法第831条第1項第3号の取消事由について検討するもの。

(3) 設問2について

ア 全体的な採点実感

(ア) 設問2は、発行済株式の総数の3分の1に相当する200株を保有する丙社から再建のための支援を受けていた甲社が、再建のめどがついてきた頃から丙社との間で見解の相違がみられるようになったことなどから、丙社との間の資本関係を断つために本件株式併合とそれに続く本件株式分割及び募集株式の第三者割当てを計画したという事例において、締め出される丙社の立場から、本件株式併合の効力を争うために採ることができる会社法上の手段に関し、その立場において考えられる主張及びその主張の可否の検討を求めるものである。

(イ) 設問2においては、まずは、株式併合の効力を争うための会社法上の手段について、検討しなければならない。この点については、株式併合については会社の組織に関する行為の無効の訴え（会社法第828条）の対象となっていないことから、このような訴えを提起するのではなく、株式併合をするための株主総会決議（会社法第180条第2項）の効力を否定することにより、株式併合が無効となることを主張することが考えられる。そして、株主総会決議の効力を否定するための会社法上の手段としては、①特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによって著しく不当な決議がされたとして株主総会決議の取消しの訴えを提起すること（会社法第831条第1項第3号）、②決議の内容が法令に違反することを理由として株主総会決議の無効の確認の訴えを提起すること（会社法第830条第2項）が考えられる（なお、①の場合には、丙社が本件決議2の取消しによって株主となる者に該当すること（会社法第831条第1項後段）についても言及することができると、なお望ましい。）。また、会社の組織に関する行為の無効の訴えに関する会社法第828条の規定を類推適用するということも考えられるであろう。いずれにしても、株式併合に関する会社法の規定を正しく理解した上で、その効力を争うための会社法上の手段を検討することが求められる。

この点については、多くの答案が上記①又は②のいずれかの手段について検討することができていた。内容面においても、上記のような検討をすることができたものも相当数あり、当然のことながら、高く評価された（その中でも、上記①の手段について検討するに際し、丙社が本件決議2の取消しによって株主となる者に該当すること（会社法第831条第1項後段）についても言及することができたものも一定数あったが、条文の文言を丁寧に検討する姿勢が見られ、好印象であった。）。他方で、株式併合については会社の組織に関する行為の無効の訴え（会社法第828条）の対象となっていないことや、株式併合をするための株主総会決議（会社法第180条第2項）の効力を否定することによって株式併合が無効となるということに全く言及することなく、いきなり上記①又は②を検討するものもあったが、それでは株式併合の効力を争うための会社法上の手段を十分に検討したものと評価することはできない。

また、株式併合の効力を争うための会社法上の手段の有無を検討しないで、当然のように株式併合の無効の訴えを提起することができることを前提とする答案もあったが、このような答案も、株式併合の効力を争うための会社法上の手段を十分に検討したものと評価することはできない。

さらに、株式併合の差止め（会社法第182条の3）、本件株式併合に続く自己株式の処分の差止め（会社法第210条）やその無効（会社法第828条第1項第3号）について検討するものも相当数あった。本設問においては、本件株式併合の効力は発生しているものであるから、差止めは問題にはならないはずであるし、自己株式の処分の差止めやその無効を論じて、本件株式併合の効力を争う手段について論じたことにはならない。

なお、少数ではあったが、招集の手段又は決議の方法が著しく不公正（会社法第831条第1項第1号）であるか否かが問題となるとした上で、その中で丙社の締め出しの可否を検討するものもあった。しかしながら、丙社を締め出すというのは決議の内容であるから、招集の手段又は決議の方法が問題となるものではない。

(ウ) 次に、上記(イ)①及び②の各手段のうち、上記(イ)①の手段による場合であれば、A又はCが特別の利害関係を有する者であることや「著しく不当な決議」がされたといえるか否かが問題となる。これに対し、上記(イ)②の手段による場合であれば、「決議の内容が法令に違反する」といえるか否かが問題となるところ、法令違反の根拠については、例えば、いわゆる株主平等原則に違反すること（会社法第109条第1項）、権利の濫用に該当すること（民法第1条第3項）などを指摘することが考えられるであろう。そして、どのよう

な場合に「著しく不当な決議」又は「決議の内容が法令に違反する」といえるのかについて、自分なりの規範を立てる必要があり、なぜそのような規範を採用するのかについても、理論的な根拠を自分なりに考察する必要がある。その上で、本問の事実関係全体（例えば、丙社の案もAらの案も、甲社の企業価値との関係では、客観的にいずれか一方が他方よりも優れているとは言い難く、見解の分かれる問題であったことや、本件株式併合により1株に満たない端数となる株式の買取価格が公正な価格と認められるものであったことなど）について、多面的に、かつ、適切に評価して、「著しく不当な決議」又は「決議の内容が法令に違反する」といえるか否かについての結論を示す必要がある。本設問は、会社法に明文の規定がない問題を素材に思考力を問うものであり、本件株式併合の効力を否定する方向、肯定する方向のいずれを採用しても構わない。例えば、会社法上の公開会社でない株式会社においては、少数株主の有する利益は当該株式の金銭的価値に尽きず、それを保護する必要があるから、株式併合には正当な事業目的が要求されるという一般論をとった上で、本問の事実関係の下では、正当な事業目的を欠くため本件株式併合の効力を否定する方向で検討することも、正当な事業目的が認められるため本件株式併合の効力を肯定する方向で検討することも考えられるであろう。また、会社法上、株式併合の目的は制限されていないことなどから、特定の少数株主を締め出すために行われた株式併合も許容されるとして、本件株式併合の効力を肯定することも考えられるであろうが、いずれの立場であっても、説得的に論ずることが求められる。また、本設問では、本件株式併合の効力を争う丙社の立場において考えられる主張及びその主張の当否を検討することが求められるものであることから、最終的に本件株式併合の効力を肯定するとしても、それを否定する立場からの立論とその当否について検討する姿勢が求められる。

この点について、ほとんどの答案が丙社の締め出しが問題となることについて言及することができていた。しかしながら、会社法上の公開会社でない株式会社における少数株主の締め出しであるという点に着目して、自分なりに規範を立てて本問の事実関係を適切に評価して説得的に論ずることができていたものは極めて少数であった。例えば、会社法上の公開会社でない株式会社においては、少数株主の有する利益は当該株式の金銭的価値に尽きず、それを保護する必要があるから、株式併合には正当な事業目的が要求されるというような形で、本設問の特質を捉えることを可能にする一般論をとりつつ、本問の事実関係を適切に評価する答案については、高い評価が与えられた（なお、会社法上の公開会社でない株式会社においては、取締役が株主となる者を選別することができるなどと述べて締め出しが広く許容されるとするものもあったが、新たに株主となろうとする者がいる場合と既存の株主を締め出す場合とを混同したものと考えられる。）。これに対し、多くの答案が、会社法上の公開会社でない株式会社における少数株主の締め出しであるという点に着目することができていなかった。これらの答案においては、どのような場合に「著しく不当な決議」又は株主平等原則等の法令違反に該当するのかについて、その判断基準や枠組みを示すことができていないか否か、本問の事実関係を適切に評価することによって結論を導くことができていないか否かで評価に差が付いた。「著しく不当な決議」又は株主平等原則等の法令違反の該当性に関する判断基準や枠組みを示すことなく、ただ問題文の事実関係を羅列して結論を導く答案は、相対的に低く評価され、どのような場合に「著しく不当な決議」又は株主平等原則等の法令違反に該当し、どのような場合にこれらに該当しないのかを意識した上で自分なりの規範を立てつつ、問題文の事実関係をただ羅列するだけでなく、適切に評価をした上で、結論を導き出そうとする答案については、相対的に高く評価された。

なお、上場会社における買収防衛策と同様に考えようとする答案が比較的多く見られた。本設問の状況に合わせてその考え方を参照することを試みるものについては、自分なりの



規範を立てて事実関係を評価しようとする限りで一定の評価をすることができるものの、会社法上の公開会社でない株式会社における少数株主の締め出しであるという点を見落としていることに加え、本設問では丙社がAらの意向に反して甲社を買収することはできないので、上場会社における買収防衛策に関する議論をそのまま参照することは難しいと思われる。

また、少数ではあったが、A又はCが特別の利害関係を有する者であることから直ちに「著しく不当な決議」に該当すると結論付けたり、決議方法の法令違反として取締役の説明義務違反の有無のみを検討したりするものもあったが、これらの答えは、高い評価は得られなかった。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

株式併合の効力を争うための会社法上の手段について、会社の組織に関する行為の無効の訴え（会社法第828条）の対象となっていないことから、このような訴えを提起するのではなく、株式併合をするための株主総会決議（会社法第180条第2項）の効力を否定することによって株式併合が無効になるとするもの。

株式併合をするための株主総会決議の効力を否定するための手段について、丙社としては、①特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによって著しく不当な決議がされたとして株主総会決議の取消しの訴えを提起すること（会社法第831条第1項第3号）が考えられること、又は②決議の内容が法令に違反することを理由として株主総会決議の無効の確認の訴えを提起すること（会社法第830条第2項）が考えられることのいずれかを指摘した上で、A又はCが特別の利害関係を有する者であること（①の場合）、又は法令違反の根拠として株主平等原則（会社法第109条第1項）に違反することなど（②の場合）を検討し、会社法上の公開会社でない株式会社においては、少数株主の有する利益は当該株式の金銭的価値に尽きず、それを保護する必要があるから、株式併合には正当な事業目的が要求されるという一般論をとりつつ、本問の事実関係（丙社の案もAらの案も、甲社の企業価値との関係では、客観的にいずれか一方が他方よりも優れているとは言い難く、見解の分かれる問題であったことや、本件株式併合により1株に満たない端数となる株式の買取価格が公正な価格と認められるものであったことなど）を適切に評価して、「著しく不当な決議」となるか否か（①の場合）、又は株主平等原則に違反するか否か（②の場合）についての結論を導くもの。

株式併合をするための株主総会決議の効力を否定するための手段について、丙社としては、①特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによって著しく不当な決議がされたとして株主総会決議の取消しの訴えを提起すること（会社法第831条第1項第3号）、又は②決議の内容が法令に違反することを理由として株主総会決議の無効の確認の訴えを提起すること（会社法第830条第2項）のいずれかをした上で、株式併合には正当な事業目的が要求されるにもかかわらず、本問の事実関係においてはそれが認められないなどと主張することが考えられるとした上で、会社法上、株式併合の目的は制限されていないことなどから、特定の少数株主を締め出すために行われた株式併合も許容されるなどとして丙社の主張は認められないとするもの。

株式併合の効力を争うための会社法上の手段について、株主総会決議の無効の確認の訴え（会社法第830条第2項）を提起することによって株式併合をするための株主総会決議（会社法第180条第2項）の効力を否定して株式併合が無効とすることについては、提訴期間の制限がなく法的安定性を害するものであるとして、このような手段ではなく会社の組織に関する行為の無効の訴え（会社法第828条）の規定を類推適用すべきであるとした上で、無効事由について説得的に論ずるもの。

(イ) 不良に該当する答案の例

株式併合をするための株主総会決議の効力を否定するための手段について、丙社としては、①特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによって著しく不当な決議がされたとして株主総会決議の取消しの訴えを提起すること（会社法第831条第1項第3号）が考えられること、又は②決議の内容が法令に違反することを理由として株主総会決議の無効の確認の訴えを提起すること（会社法第830条第2項）が考えられることのいずれかを指摘した上で、どのような場合に「著しく不当な決議」（①の場合）又は株主平等原則等の法令違反（②の場合）に該当するのかについて、その判断基準や枠組みを示すことなく、丙社が締め出されたという事実のみをもってこれを肯定したり、本問の事実関係を丁寧に評価することなくただ羅列した上で「よって、著しく不当な決議といえる（とはいえない）。」又は「株主平等原則に違反する（とはいえない）。」などと結論付けたりするもの。

株式併合をするための株主総会決議の効力を否定するための手段について、丙社としては、特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによって著しく不当な決議がされたとして株主総会決議の取消しの訴えを提起すること（会社法第831条第1項第3号）が考えられることを指摘した上で、どのような場合に「著しく不当な決議」に該当するのかについて、その判断基準や枠組みを示すことなく、A又はCが特別の利害関係を有する者であることをもってこれを肯定するもの。

株式併合をするための株主総会決議の効力を否定するための手段について、丙社としては、株主総会の決議の方法が法令に違反するものであったとして株主総会決議の取消しの訴えを提起すること（会社法第831条第1項第1号）が考えられることを指摘した上、取締役の説明義務違反の有無のみを検討するもの。

株式併合の効力を争うための会社法上の手段の有無を検討しないで、株主総会決議の取消しの訴え又は株主総会決議の無効の確認の訴えを提起することを当然の前提として検討するもの。

株式併合の効力を争うための会社法上の手段の有無を検討しないで、当然に株式併合無効の訴えを提起することができることを前提に検討するもの。

株式併合の差止め（会社法第182条の3）、株式併合に続く自己株式の処分の差止め（会社法第210条）やその無効（会社法第828条第1項第3号）について検討するもの。

招集の手続又は決議の方法が著しく不公正（会社法第831条第1項第1号）であるか否かが問題となるとした上で、その中で丙社の締め出しの可否を検討するもの。

会社法第831条第1項第1号を根拠として、株式併合をするための株主総会決議の内容が法令違反又は不公正であることを論ずるもの。

会社法第830条2項又は同法第831条1項に全く言及することなく、株式併合をするための株主総会決議の瑕疵について論ずるもの。

会社法第830条第2項との関係で、株主総会決議が無効とされると多くの者に影響が及ぶので、ここでいう法令違反とは特に重大な違反に限定されとするもの（設立無効の訴え、合併無効の訴え等の無効原因と混同しているものと思われる）。

(4) 第2問全体について

全ての設問及び小問についてポイントを押さえた論述をすることができているものは、当然のことではあるが、高く評価された。昨年と同様、必ずしも文字数と比例するものではなく、ポイントを押さえていたものは、多くはない分量でも高得点を得ていた。もっとも、全ての設問及び小問において高い評価を得ることができたものは少数にとどまり、設問1において高い評価を得たものであっても、設問2においては高い評価を得られなかったものや、設問2において高い評価を得たものであっても、設問1においては高い評価を得られなかったものが比較的多かったように思われる。

全体として高い評価を得ることができた答案に共通する要素としては、次の2点を挙げることができる。

一つ目は、会社法の基本的な理解を前提に関係する条文を適切に引用し、その文言を丁寧に検討する姿勢が見られたということである。設問1の小問1であれば、会社法の基本的な理解を前提に関係する条文を探していけば、会社法第385条第1項が問題となることに気が付くはずであり、その文言を丁寧に検討すれば、同項が取締役の行為を対象としており、少数株主の行為を対象としているものではないという点が問題になることにも気が付くであろう。その上で、少数株主による株主総会の招集に同項を適用又は類推適用することを肯定するのか、否定するのかについては、いずれでもよいのであるから、自分なりに検討すればよいのであるが、いずれの結論を採るにしても、上記のような枠組みで検討していれば、相対的に上位の評価となったところ、このような検討をすることができたか否かは、条文の文言を丁寧に検討する姿勢の有無にかかっていたように思われる。また、設問1の小問2についても、会社法を一通り学習した者であれば、利益供与が問題となり得ることには気が付いたはずである（実際に多くの答案がこの点について言及していた。）。もっとも、会社法第120条第1項が「株式会社」による「当該株式会社又はその子会社の計算においてする」利益供与を禁止しているという点についての検討が十分ではないものが多かった。その中には、これらの要件の充足を論じないまま、過度に抽象化した公正といった趣旨との関係のみを論ずるものも相当数あった。同項を適用又は類推適用するか否かについてはいずれの結論であってもよいが、まずは、同項の文言を丁寧に検討するという姿勢で臨む必要があるところ、上記のような解答は、条文の文言を軽視しているのではないかと思われる。また、文言を丁寧に検討するという姿勢で臨めば、同項の趣旨を丁寧に検討することなく、同項の類推適用を簡単に肯定することができるような問題ではないことは明らかであり、この検討が十分ではないものは、条文の趣旨を踏まえた類推適用についての理解も不十分なものと思われる。また、設問2についても、株式併合の効力をどのような手段で争うのかを考えると、直接規定した条文はないのであるから、株主総会決議の効力を争うことになることはわかるはずである。その上で、株主総会決議の効力を争うための会社法上の手段に関する条文を探せば、会社法第830条第2項や第831条第1項第3号が問題となり得ることがわかるはずであり、その要件に沿って検討していくことになるだろう。第2問は、全体として決して容易な問題ではなく、全ての設問及び小問についてポイントを押さえた論述をすることは困難かもしれないが、会社法の基本的な理解を前提に関係する条文を適切に引用し、その文言を丁寧に検討する姿勢で臨めば、全ての設問及び小問において、問題構造を的確に把握することができるはずであり、それができただけでも相対的に上位の評価を得ることができた。

二つ目は、例年指摘していることであるが、問われていることに正面から向き合うということである。例えば、設問1の小問1において、株主総会の開催をやめることにつながらないことを延々と述べても全く評価はされない。また、設問1の小問2及び設問2においては、E又は丙社の立場からの検討が求められているのであるが、その点に配慮しておらず、その結果、表面的な検討にとどまっているものが多かったように見受けられる。E又は丙社の立場からの検討が求められている以上、それらの訴訟代理人になったつもりで、それらの者の利害関係を具体的に検討してほしい。そうすることによってより深い検討をすることがつながるはずであり、より高い評価が得られることにもなるだろう。また、設問1の小問1においては、少数ではあったが、「法令違反があるかどうかについては、論じなくてよい」とされているにもかかわらず、法令違反の有無について詳細に検討している答案があったが、何が問われているのかについては特に注意をして問題文を読んでほしい（なお、設問1においては、小問1の回答として法令違反について検討されているものであっても、その内容によっては小問2の回答として評価している。）。

#### 4 法科大学院教育に求められるもの

多くの答案が、設問1の小問1においては会社法第385条第1項が問題となること、設問1の小問2においては利益供与となるか否かが問題となること、設問2においては株主総会決議の効力を争うという手段によって株式併合の効力を争うということについて言及することができていた。これらについては、実務を意識した法科大学院における教育の成果と評価し得るのではないと思われる。

これに対し、自らが知っている論点に引き付けて検討しようとし、関係する条文を適切に引用してその文言を丁寧に検討する姿勢が身に付いていないと思われる答案が多かったのも事実である。また、例えば会社法第831条第1項各号と第830条第2項を混同するなど、普段から条文を丁寧に参照していないことをうかがわせる答案も少なくなかった。司法試験は、実務家となろうとする者に必要な学識及びその応用能力を有するかどうかを判定するものであるところ、実務においては、未知の論点や既存の論点とは似て非なるものと遭遇することは珍しくなく、実務家には、そのような論点に解決の糸口を見いだしていくことが求められる。その際に、まず手掛かりにすべきなのは条文であり、事案を無視した裁判例の要約などではない。少数ではあるが、上記のような姿勢を身に着けた上で深い検討をすることができたと思われる答案もあった。あるいは、知識量では相対的には劣っていても、上記のような姿勢が身に付いていたため、現場での思考を巡らせた結果、相対的に上位の評価を得たものもあったように思われる。これは、法科大学院での教育の成果というべきであろうが、それが一部の優秀な層にとどまっていたという点については、今後の課題であるように思われる。

法科大学院においては、引き続き、会社法上の基本的な制度や、条文、判例についての理解を確実なものとするとともに、問題文中の事実関係から重要な意味を有する事実を適切に拾い上げ、これを評価し、条文を的確に解釈及び適用する能力と論理的思考力を養う教育が求められるが、その際には条文の文言を丁寧に検討するという姿勢を身に付けることを意識した教育が求められる。

## 令和6年司法試験の採点実感（民事系科目第3問）

### 1 出題趣旨等

民事系科目第3問は、民事訴訟法分野からの出題であり、出題趣旨は、既に公表されている「令和6年司法試験論文式試験出題の趣旨【民事系科目】〔第3問〕」のとおりである。

本問においては、例年と同様、受験者が、①民事訴訟の基礎的な原理、原則や概念を正しく理解し、基礎的な知識を習得しているか、②それらを前提として、設問で問われている課題を的確に把握し、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分析及び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こととしている。

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分析し、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

本問は、XらがYに対し、建物賃貸借契約の終了（賃料不払による債務不履行解除）に基づく本件建物の明渡請求訴訟（本件訴え）を提起したという事案を題材として、第一審における手続や判決効と、幅広く民事訴訟法の理解を問うものである。

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、任意的訴訟担当、自白の成立及び撤回、確定判決の既判力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を試している。

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、答案作成の時間配分に失敗し、一部の設問で詳細な検討をしていながら、最後に解答したと思われる設問で検討が不十分であるものも散見された。これは、余事記載が多いことが一因であるように思われる。

なお、乱雑又は極めて小さい文字や略字を用いて判読が困難なもの、特に修文のために一行に無理して字句を挿入するものなど、第三者が読むことに対する意識が十分ではない答案、刑事訴訟の用語と混同し「口頭弁論期日」を「公判期日」と、「被告」を「被告人」と、「代理人」を「弁護人」と記載するなど基本的用語を誤っている答案、日本語として違和感を覚える表現や初等教育で学ぶ漢字を平仮名又は片仮名で記載する答案や漢字の誤りも一定数見られた。以上については、例年、指摘されているところであるが、これらは、解答者の法律家としての素養を疑わせ得るものであり、本年においても、改めて注意を促すとともに、強く改善を求めたい。

#### (2) 設問1について

##### ア 課題1の採点実感

設問1の課題1では、任意的訴訟担当の意義及びそれが明文なくして認められるための要件

を問うものである。任意的訴訟担当の意義を述べた上で、訴訟担当が認められる前提要件として担当者に対する授権が必要であることを明らかにし、さらに、問題文記載の判例（最大判昭和45年11月11日民集24巻12号1854頁）から、それが明文なくして許容されるための要件、すなわち弁護士代理原則（民事訴訟法第54条第1項）及び訴訟信託の禁止の潜脱とならず（以下「非潜脱要件」という。）、かつ、訴訟担当を認める合理的必要があること（以下「合理的必要性」という。）を的確に示すことが期待される。

任意的訴訟担当の意義については、権利義務の主体が訴訟追行権を第三者に授与し、第三者がその授権に基づいて当事者適格を取得する場合をいうことを明らかにした上で、明文なき任意的訴訟担当を認める問題点を簡潔に述べた答案は高く評価された。他方で、（権利主体からの）授権に基づく点を明示できないなど、任意的訴訟担当の意義について十分に述べることができている答案も多く、選定当事者についての民事訴訟法（以下「法」という。）第30条の規定から、無理に一般的な意義を導こうとするもの、明文なき任意的訴訟担当と選定当事者を区別できていないものも散見され、これらの答案は低い評価にとどまった。さらに、訴訟担当と訴訟上の代理、訴訟委任と訴訟信託を区別せず、弁護士代理原則の根拠条文として弁護士法第72条を挙げるなど基本的な用語・概念の理解が不十分な答案も散見された。

任意的訴訟担当が明文なくして認められるための要件については、非潜脱要件を挙げた答案は多かったが、授権の存在を前提（要件）とすることを挙げた答案は少なかった。合理的必要性の要件については、挙げている答案と挙げていない答案とに分かれた。

#### イ 課題2の採点実感

課題2では、問題文記載の具体的事実から前記前提要件及び許容されるための要件充足の有無について検討することを問うものである。非潜脱要件については、前記判例の判示内容に照らし、どのような点が認められれば潜脱とまらないのか、その要素（実体上の管理権の有無）に言及しつつ検討することが、合理的必要性については、前記判例が、非潜脱要件を満たす場合には特段の事情がない限り合理的必要性を欠くものとはいえないと判示していることを踏まえつつ、本問の具体的事情から、前記判例との異同を指摘し、合理的必要性の有無について具体的に検討することが期待される。

授権について、要件として挙げている答案が少なかったことは前記のとおりであるが、挙げている答案でも、遺産分割協議及びXらの取決めの具体的事実と言及することなく、簡単に授権の存在を認めている答案も多かった。

非潜脱要件について、要件として挙げていた答案は多かったものの、問題文記載の具体的事実への当てはめにおいて、具体的に考慮すべき事情が把握できておらず、前記判例との異同を的確に示すことができていない答案も多かった。単に訴訟追行権のみが授与されたのではなく、訴訟物に関連する実体上の管理権や対外的な業務執行権とともに訴訟追行権が授与されていることがポイントになるという点を理解できていれば、解答は困難でなかったと思われる。

合理的必要性について、要件として挙げた答案でも、前記判例の事案においてなぜ合理的必要性が問題なく肯定されているかという点を理解できていないため、当てはめにおいて混乱している答案が見られた。重要判例については、抽象的な要件ないし規範を暗記するだけで事足りるとするのではなく、どのような具体的判断基準や考慮要素を定立しているのか、それをどのように用いて結論に至っているかを丁寧に理解することが重要である。そこまで理解して初めて、具体的事案での適用が説得的なものになるということに留意してほしい。また、本件訴えに係る訴訟（本件訴訟）が固有必要的共同訴訟に当たらないことが問題文で指摘されているにもかかわらず、これを無視する答案が散見された。

#### ウ 設問1のまとめ

設問1の課題1は、任意的訴訟担当の意義、それが明文なくして許容されるための要件を問

うもので、任意的訴訟担当の意義を、明文なき任意的訴訟担当を認める場合の問題点にも言及しながら述べた上で、前記判例を踏まえて、要件を簡潔に論じた答案は、高く評価されたが、任意的訴訟担当の意義について十分に述べることができていない答案も多かった。課題2は、問題文記載の具体的事実につき、任意的訴訟担当が明文なくして許容されるための要件充足の有無について検討することを問うもので、前記判例を踏まえた要件につき、どのような具体的判断基準や考慮要素が定立されているのか、前記判例においてどのように要件が当てはめられ結論に至ったかを理解できていれば、解答は困難でなかったはずであるが、実力の差が明瞭にあらわれていた。

「優秀」に該当する答案は、課題1及び課題2のいずれについても、出題趣旨を正しく理解した上で、過不足のない論述をするものである。「良好」に該当する答案は、出題趣旨をおおむね正しく理解しているが、課題1で十分な論述をしつつ、課題2では、当てはめにおいてポイントとなる事情に意識が向いていないものなどである。「一応の水準」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、出題趣旨を理解していることが読み取れるものの、課題1において、意義及び要件を十分に論述できておらず、課題2において、当てはめに際し、指摘すべき問題文記載の具体的事実を取り上げられていないものなどである。これに対し、課題1や課題2を通じ、出題趣旨を正しく理解しないものや、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は、Yのした本件陳述がいわゆる先行自白に該当し得ることを前提に、これが裁判上の自白に該当しない、あるいは裁判上の自白が成立したとしても撤回ができることにつき、Yの立場からの検討を求めるものである。

裁判上の自白の意義について、従来からの通説のように、当事者が、その訴訟の口頭弁論又は弁論準備手続において、相手方の主張と一致する自己に不利益な事実の陳述であること、又は有力説のように、相手方の主張する自己に不利益な事実を争わない旨の意思を表明する、弁論としての陳述であることを簡潔に述べるのが期待される。

自白の意義及び要件については、比較的良好に書けている答案が多かったが、相手方の主張と一致すること又は相手方が主張することという要素を欠くものや、弁論準備手続での陳述が含まれないとする答案も相当程度見られた。自白には訴訟での争点を圧縮する機能があるところ、弁論準備手続は争点を整理し絞り込むことを目的とするものであるから、弁論準備手続における陳述も自白に含まれるとするのが一般である。また、意義と要件は重複する部分もあるがその双方について論述することが期待されているところ、片方についてしか論述していない答案も少なくなかった。

Yのした本件陳述が、裁判上の自白に該当しない、あるいは裁判上の自白が成立したとしても撤回ができることの検討については、本件陳述がされた第1回弁論準備手続期日の目的や、裁判上の自白の意義及び要件並びに撤回が認められる要件と関連付けながらの検討が求められている。

本問では中心的論点とはいえない点、例えば、自白の対象事実に関連事実が含まれるか、不利益性の要件をどのような基準で判断するかといった点に重点を置いて論述している答案も多かったが、前者は、本件陳述が主要事実となるのであれば検討の必要がない論点であり、後者も、学説によって大きく帰結が分かれるところではないから、簡潔に指摘すれば足りると思われる。弁論主義の意義や趣旨などを冗長に述べる答案も見られたが、そのような論述は求められていない。自分の知っている論点を書くのではなく、問いに答える上で何が必要な論点かをよく吟味し、ポイントを押さえた論述を心掛ける必要がある。このような中心的論点以外の点に重点を置いていた答案は、多くの場合、本問で問われていた点に対する検

討が不十分になっており、得点が伸びなかった。

本問では、以上のような自白の意義から検討するというアプローチだけではなく、本件陳述がされた第1回弁論準備手続期日の目的や実施方法に着目して、自白該当性や撤回可能性について検討するというアプローチも求められているが、弁論準備手続の趣旨・目的について、全く解答できていない答案、記述があっても理解不十分な答案が多かった（例えば、訴訟の迅速化だけを目的として挙げるもの、弁論準備手続は口頭弁論よりも重要性が劣る旨、さしたる根拠もなく述べるものなど）。法科大学院の在学中受験者も含め、受験者の多くがこのような訴訟実務に関する重要な制度や、争点整理の重要性についてきちんと学修できていないのではないか、民事訴訟法と訴訟実務基礎の学修について相互連携ができていないのではないか、手続についての具体的イメージの涵養ができていないのではないかとの懸念がある。

また、信頼関係破壊の有無についての自由な議論が予定されていたという本問の具体的事実関係を漫然と引用して、そのことから一足飛びに本件陳述は自白に該当しない、あるいは撤回が許されると結論付ける答案が多かった。これまで判例・学説等で十分に論じられてこなかった論点であり、限られた時間の中でその場で説得的な論理展開をすることは難しかったと思うが、せめて自白のどの要件を欠くことになるのか、撤回の可否に関する既存の枠組みの中でどのような位置付けになるのかだけでも明らかにできるとよかったのではないかとと思われる。

本件陳述とその援用が先行自白に該当し得ることを的確に指摘できている答案は多くなかった。

自白に該当しないとする答案の中には、「本件陳述が自己に不利益でないから」とか、「別の争点に関する陳述だから」といった理由を述べているものがあつたが、先行自白の意味が理解できておらず、当然評価はされない。本件陳述が間接事実の自白であるとしている答案も少なからず見られたが、仮に本件陳述が信頼関係破壊の点に関する間接事実と解したとしても、それを相手方が先行自白として援用した場合には、当然には間接事実として自白不成立とされるとは限らないと考えられることからすれば、理論構成としては評価できない。

自白の撤回が制限される根拠（信義則・禁反言）を挙げた上、本問ではかかる禁反言に該当する事情はないという流れで検討する答案が多かったが、その論理展開においてやや粗いものがあったように感じられた（なお、根拠を挙げることなく「不意打ちになり酷だから撤回できる。」といったレベルの検討では評価されない。）。また、錯誤と反真実という要件から検討しようとしていた答案も少数ながらあつたが、いずれも説得的な論理を展開できているとは言い難いものであつた。他方で、少数ではあるが、自白成立の要件を満たしても撤回を認めることの合意があつたとみなすことができるとして、撤回可能性を認める答案もあり、しっかりと分析、論証ができていると感じた。

#### イ 設問2のまとめ

設問2では、裁判上の自白の意義及び要件を踏まえ、Yのした本件陳述がいわゆる先行自白に該当し得ることを前提に、これが裁判上の自白に該当しない、あるいは裁判上の自白が成立したとしても撤回ができることにつき、本件陳述がされた第1回弁論準備手続期日の目的や実施方法にも着目して、Yの立場からの検討を求めるものであり、自白の意義及び要件については、比較的良好に書けている答案が多かったが、本件陳述がされた第1回弁論準備手続期日の目的や実施方法に着目して、自白該当性や撤回可能性について十分に検討できていた答案は、それほど多くなかった。

「優秀」に該当する答案は、出題趣旨を正しく理解した上で、意義及び要件を適切に述べ、Yの本件陳述が裁判上の自白に該当しない、あるいは裁判上の自白が成立したとしても撤回ができることにつき適切な論述をするものである。「良好」に該当する答案は、出題趣旨をおおむね正しく理解しているが、自白該当性や撤回可能性について、本件陳述がされた第1回



弁論準備手続期日の目的や実施方法に着目した検討が十分でないものなどである。「一応の水準」に該当する答案は、出題趣旨を理解していることが読み取れるものの、意義及び要件の論述が不正確であり、本件陳述に係る事実について、十分な検討を経ることなく間接事実と位置付けたりするものなどである。これに対し、出題趣旨を正しく理解せず、単に弁論準備手続においては自白が成立しないなどとして、自白該当性や撤回可能性についての具体的な論述を欠くような答案は「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、本件訴えに係る訴訟の口頭弁論終結時（基準時）前の事由である用法遵守義務違反を理由とする解除による建物賃貸借契約の終了に基づき、後訴において建物明渡しを求めることができるかを問うものである。

既判力によって基準時前の事由に関する主張が遮断される根拠について、既判力の作用（消極的作用）と結び付けて検討できていた答案は少なく、また、蒸し返し防止といった制度的効力（法的安定性の確保、勝訴当事者の権利関係保護等）を挙げている答案も多くはなく、既判力が「確定」判決の効力であることに言及できていない答案も少なくなかった。多くの答案は、実質的な正当化根拠である手続保障とその結果としての自己責任という点からだけ根拠付けていた。また、このようなマジックワードだけ示して内容について説明していない答案も相当数見られた。マジックワードだけ示すということは、その内容の解釈を読み手に完全に委ねてしまうことになり、また自らの理解が不十分であることを示唆する面も否定できず、極めてリスクの高い論述手法であることを認識する必要がある。「紛争の実効的解決の確保」、「紛争の一回的解決」などの抽象的ワードだけで説明しているものも同様である。

遮断効の根拠論は既判力論の一内容となるが、重複する訴えの提起の禁止（法第142条）と混同しているのではないかと疑われる答案が少なからずあった（具体的には「矛盾判断の防止」「訴訟経済」「被告の応訴負担」などを根拠して挙げているもの）。基本概念の理解を欠き、区別がついていない証左であると言わざるを得ない。

本問の具体的事実関係に照らした、本件訴えに係る確定判決（本件判決）の既判力によって解除権行使の主張を遮断することが相当かどうかの検討については、本件訴えと後訴の訴訟物が同一であること、本件訴えの確定判決の既判力により、基準時前の用法遵守義務違反の主張が遮断されると通常考えられることを前提とし、後訴での主張の可否に関する理論構成を、反対の立場を踏まえて論じていくことが求められる。

遮断を否定するアプローチとして、前訴における主張立証がおおよそ期待できなかった事実については前訴確定判決の既判力による遮断効は生じないと解する説（期待可能性説）を挙げることが期待されるが、用法遵守義務違反の主張が遮断されないとする根拠として、期待可能性説を挙げている答案は少数にとどまり、多くは、用法遵守義務違反について前訴では手続保障がされておらず自己責任を問うことができないという表面的な検討に終始しているものであった。既判力の縮減は、既判力の制度的効力（蒸し返しの防止、勝訴当事者の権利関係の安定、紛争解決に対する合理的期待の保護等）と鋭い緊張関係をはらむ問題であり、仮に期待可能性説に立ったとしても安易にこれを認めることはできない、という問題意識を持つことが重要と考えられるが（Yの訴訟代理人であったとしたらどう考えるか、想起された）、そのような発想が見られた答案は少数にとどまり、期待可能性説に言及できていても、期待可能性の欠缺を単純に無過失と同視し、本件セミナー開催の事実を単に知らなかったことをもって主張の期待可能性がなかったと安易に認定するなど、既判力の縮減に関してやや慎重さを欠く答案が少なくなかった。逆に、このような緊張関係をはらむ問題であることを意識して、期待可能性なしとされる場合を厳格に解し、結果として本問では期待可能性がないとはいえないとした答案は、高い評価を得ていた。

用法遵守義務違反の主張が遮断されるとした答案も多かったが、その根拠は弱いものが多かった。その原因は、既判力の制度的効力に関する理解ないし配慮が不十分であったということにあるのではないかと感じられた。また、反対説として期待可能性説を挙げた上、それに対して的確な批判を加えることができた答案は、極めて少数にとどまった。

問題文から読み取れない事実を当てはめに供している答案も散見されたが、意図する結論を導こうとするあまり、合理的根拠のない思い込みで事実関係を憶測することは慎まれない。また、本問では、問題文にあるように、いわゆる「基準時後の形成権行使の可否」という点からの検討は求めておらず、既判力の縮減という点からの検討を求めている。それにもかかわらず、前者の検討、具体的には、「請求権に付着する（内在する）瑕疵」という点から検討している答案が多くみられた。問題文をよく読み、的確に分析することを改めて心掛けてほしい。

#### イ 設問3のまとめ

設問3は、既判力によって基準時前の事由に関する主張が遮断される根拠を踏まえた上で、本件訴えの基準時前の事由である用法遵守義務違反を理由とする解除による建物賃貸借契約の終了に基づき、後訴において建物明渡しを求めることができるかにつき、本件訴えと後訴の訴訟物が同一であることを前提に、その可否に関する理論構成を、反対の立場を踏まえて論じていくことを求めるものである。

既判力によって基準時前の事由に関する主張が遮断される根拠について、多くの答案は、実質的な正当化根拠である手続保障とその結果としての自己責任という点からだけ根拠付けているものが多く、後訴での主張の可否に関する理論構成については、遮断を否定するアプローチとして、期待可能性説を挙げている答案は少数にとどまり、用法遵守義務違反について前訴では手続保障がされておらず自己責任を問うことができないというような表面的な検討に終始しているものが多く、遮断を肯定する答案については、その根拠が弱いものが多かった。必要性和許容性の双方を意識することができたか、既判力の定義や条文等の基本的な概念に立ち返った説明ができたか、遮断を否定する場合には、遮断効の根拠を踏まえて例外要件を定立し、丁寧に当てはめをすることができたか、遮断効の例外を認めない場合には、例外を認める立場を意識して自説の根拠を説得的に論述し、必要な当てはめができたかなどにより、差が付いたように思われる。

「優秀」に該当する答案は、出題趣旨を正しく理解した上で、既判力によって基準時前の事由に関する主張が遮断される根拠を的確に述べた上で、本件訴えと後訴の訴訟物が同一であることを前提に、後訴での主張の可否に関する理論構成を、反対の立場を踏まえて適切に論述するものである。「良好」に該当する答案は、出題趣旨をおおむね正しく理解しているが、後訴での主張の可否に関する理論構成について、表面的な検討にとどまるものなどである。「一応の水準」に該当する答案は、出題趣旨を理解していることが読み取れるものの、遮断効の根拠についての論述が不十分であり、本件訴えと後訴の訴訟物が同一であるといった前提を踏まえずに、後訴での主張の可否に関する理論構成をするものなどである。これに対し、出題趣旨を正しく理解せず、基準事後の形成権行使の可否という点からの検討に終始するような答案は「不良」と評価される。

#### 4 法科大学院に求めるもの

本年の問題は、出発点となる知識や判例はいずれも基本的なものであるが、これらの理解が不十分なものが多くみられた。例えば、任意的訴訟担当、先行自白、既判力の遮断効の根拠、既判力の縮減は、多くの基本書で言及されている点であるにもかかわらず、理解不十分なものが多かったことは問題である。既判力については、その理論面を正確に理解し習熟することが必要であるが、おぼろぎな理解しかできていないことがうかがわれる答案も少なくなく、具体的事例を通じて、その

適用過程について正確に理解できるように努める必要があると感じられた。以前から指摘されていることではあるが、多くの受験者は、基本書等の精読といった地道な学修を怠り、巷に出回っている安易かつ不正確な「論証パターン」や、抽象的なマジックワード頼みのタコツボ学修に陥ってしまい、それが通用しないと苦手意識を更に強めてしまう、という悪循環に陥ってしまっているのではないかと懸念される。民事訴訟法の基礎概念や基本原理の理解は決して容易なものではないが、法科大学院においては、授業などを通じて、そのような安易な「論証パターン」ではなく、地道に基礎知識の修得を促すべきであり、それが応用的な事例を解決する原動力になるということを認識させる必要がある（「急がば回れ」）。また、定期試験などでも、このような安易な「論証パターン」に依拠してその場逃れの検討をしたとみられる答案に対して厳しく評価するなどの対応が必要ではないと思われる。さらに、重要判例については、その規範だけではなく、その適用過程（具体的なあてはめの基準）などにも目を向けさせることが重要ではないかと思われる。

問題文の要求に答えていない答案、例えば、設問2において、どちらかの立場を選択して論ずることを求めているにもかかわらず、両方の立場を並列して書いている答案、設問3において、「基準時後の形成権行使の可否」の論点に走ってしまっている答案などは、当然のことながら評価されない。問題文を丁寧に読み、分析し、それに対応した答案を作成することは、実務家としてのコミュニケーション能力の出発点である、ということをきちんと認識してほしい。

答案作成の時間配分に失敗したとみられる答案も散見された（例えば、設問1及び設問2では詳しい検討ができていながら、設問3で息切れしてしまっている答案など）。このような答案になる原因は、各設問で余事記載が多くなってしまっていることにもあるように思われる。論点を漫然と検討するのではなく、当該問題で検討が必要とされている論点は何かという点を構成の段階できちんと分析し、メリハリをつけた答案作成を心掛ける必要がある。そのためには、常日頃から、事例問題の解答において、何を書くべきかを自分の頭で熟考したり、時には学生同士や先輩と議論したりすることが有用ではないかと思われる。また、規範を定立した上で、事実の当てはめをするという思考を欠いている答案も散見され、基礎的なことであるが、法的三段論法を意識して起案することが望まれる。

司法試験までに、民事訴訟法の授業では触れることが少ない領域（第1回口頭弁論期日までの諸手続、争点整理手続、証拠法等）や、要件事実についての基礎的知識（請求原因、否認と抗弁との区別、物権的請求における主張立証責任の分配及び要件事実等）は、ある程度学修しておくことが望ましい。しかし、在学中受験制度により、これらの実務的な学修の機会が削減ないし後回しにされているように見受けられる。司法試験受験までは法律基本科目の学修に力を入れざるを得ないという、カリキュラム上の制約はあると考えられるが、様々な工夫により、民事訴訟実務基礎をはじめとする実務系科目との連携を法科大学院教育の初期段階で実現することが重要ではないかと考えられる。