

## 令和5年司法試験の採点実感（倒産法）

### 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、個人事業主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、主に、破産財団に関する規律（設問1）及び離婚に伴う財産分与請求権の破産手続における処遇（設問2）についての基本的な理解と事例処理能力を問うものである。採点の主眼は、設問1においては、主に、「破産財団」という破産手続の根幹となる概念や、破産財団と相対する概念である「自由財産」の拡張及びその趣旨を正しく理解できているかどうか、具体的な事例や設問に与えられた事実関係を分析し、条文に当てはめて的確な結論を導くことができているかどうか、設問2においては、具体的な事例や設問において与えられた事実関係から、取戻権及び偏頗行為否認の問題であることを把握できているかどうか、条文が定める要件の該当性を検討する中で、予想される反論にも目を向けながら、自らの考えを説得的に論じることができているかどうかに置かれている。

第2問は、株式会社について再生手続が開始された場合の具体的事例を基に、主に、再生手続における継続的給付に係る請求権の取扱い（設問1）及び敷金返還請求権の取扱い（設問2）についての基本的な理解と事例処理能力を問うものである。採点の主眼は、全体を通して、再生債権及び共益債権といった再生手続における基本的概念を正しく理解できているかどうか、継続的給付に係る請求権及び敷金返還請求権の取扱いに関する条文を的確に指摘し、これを踏まえた適切な事例処理ができているかどうかに置かれている。

### 3 採点実感等

#### (1) 第1問

##### ア 設問1

設問1は、破産者が有する種々の財産が破産財団に属するか否か（小問(1)）、破産者が加入する医療保険の解約返戻金を破産財団に組み入れようとする破産管財人に対して破産者の代理人として採るべき手段（小問(2)）について、それぞれ具体的な検討を求めるものである。

まず、小問(1)は、破産法を学習する者にとって必須となる条文を掲示し、その文言に当てはめて結論を導くだけのごく基本的な問題であるが、高得点の者は決して多くなかった。解答に当たっては、破産法第2条第14項（第14号と誤って掲示している答案が目立った。条文の引用に当たっては、正確を期してもらいたい。）が定める破産財団の定義に触れつつ、同法第34条第1項が定める破産財団の範囲を示した上で、①から④までの各財産についての個別的な検討を進めることができておらず、これに沿った答案は「良好」以上の評価となっている。

①については、同項括弧書きによれば、財産が日本国内にあることを問わないこととされていることを指摘し、破産財団に属するとの結論を示す必要がある。多くの答案では、このような流れで結論を導くことができていたが、括弧書きが掲示できていない答案も散見され、このような答案は低い評価にとどまっている。②については、自由財産の一つとして、同法第3項第1号において、民事執行法上の差押禁止に係る金銭（同法第131条第3号）の1.5倍相当額の金銭が定められていること及びその趣旨を指摘した上で、90万円全額が自由財産とされ、破産財団には属さないとの結論を示す必要がある。多くの答案で正しい結論が示されていたが、自由財産となる額につき44万円、66万円等とする答案も少なからず見られ、このような答案は低い評価にとどまっている。また、破産法第34条第3項第1号の趣旨につき、「破産者の最低生活の保障」とのみ記載する答案が多かったが、破産手続においては、破産者が支

払不能の状態にあることを考慮して、民事執行法上の差押禁止に係る金銭の1.5倍の額が自由財産とされていることの指摘が重要である。③については、同条第1項が破産手続開始の決定を基準時として破産財団の範囲を固定していることとの関係で、それ以後に取得した財産は新得財産として破産財団から除外されることを指摘し、破産財団には属さないと結論を示す必要がある。多くの答案では、このような流れで正しい結論を導くことができていたが、同法第2条第14項の文言に引きずられたためか、破産財団に属すると結論付ける答案も散見された。このような答案は、破産者の財産の中に相続財産が含まれる場面と相続財産について破産手続が開始される場面とを混同するものとして、低い評価にとどまっている。なお、同法第34条第2項の「将来の請求権」の該当性の問題として論ずる答案もあったが、これに当たらないことは明らかであるから、あえて論ずる必要はない。④については、破産者の有する保険金請求権が、上記の「将来の請求権」に該当するか否かについての自説を論じた上で、結論を示す必要がある。このような流れで論じることができていれば、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が、残念なことに、多くの答案は、保険契約の締結が「破産手続開始前に生じた原因」に当たることを指摘するのみで、保険事故の発生が破産手続開始後であることを指摘できている答案は半数程度であった。「将来の請求権」に当たるためには、破産手続開始時において停止条件が成就していないことを明示する必要がある。また、保険事故の発生が破産手続開始後であることを理由に、破産財団に属さない（自由財産となる）可能性を指摘していた答案は、反対説に配慮するものとして高い評価となっている。この点に関し、最判平成28年4月28日民集70巻4号1099頁は、死亡保険金請求権は、被保険者の死亡前であっても、死亡保険金受取人において処分したり、その一般債権者において差押えをしたりすることが可能であると解され、一定の財産的価値を有することは否定できないことなどから、「将来の請求権」に該当するものとして、破産財団に属するとの結論を示しているところ、上記判例に言及することができていた答案又は上記判例を意識したことがうかがえる答案については、高い評価となっている。なお、上記判例の考え方とは異なり、「将来の請求権」には該当しないとする答案も一定数見られ、その内容に応じて評価をしているが、判例とは異なる考え方、結論を探るのであれば、判例が存在する以上、まずは判例の考え方について言及することが必要であり、その上で、より説得的な論証が求められよう。

小問(2)は、破産法第34条第4項に基づく自由財産の拡張についての理解、自由財産を破産財団に組み入れつつ破産者の生活に必要な財産を破産財団から放棄してもらうという実務運用の知識を問う問題であるが、大きく差が付く結果となった。

まず、一つ目の手段として、自由財産の拡張の申立てについて論ずることができていれば、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が、小問(1)で同条第1項から第3項までを問っていたにもかかわらず、想定していた以上に、この点について言及することができていない答案が多かった。解答に当たっては、自由財産の拡張は、裁判所が、個々の事案において、破産者等の状況に照らし、具体的な必要性を考慮して裁量的に判断するものであることを踏まえつつ、同項に定める考慮要素を意識しながら、問題文から具体的事実を拾い上げ、破産債権者との利益衡量を図ることが求められるものの、破産者において持病があることや廃業により職を失ったことなどの破産者側の事情のみを検討し、結論として自由財産の拡張を認める答案が目立った。本問では、破産者において、遺産として600万円を相続したことや自由財産として現金90万円を有していることなどの事情に照らすと、自由財産の拡張の申立ては認められない（可能性がある）との方向で論ずることとなろう。このような答案は必ずしも多くはなかったが、出題意図を的確に捉えているものとして、高い評価となっている。また、問題文において、破産手続開始の決定をした日及び解約予定の通知を行った日が明示されていることを踏まえ、1か月の期間制限についての指摘があった答案も、高い評価となっている。

次に、二つ目の手段として、破産者の代理人は、破産管財人に対し、解約返戻金に相当する額につき破産者が有する財産から破産財団へ組み入れることと引き換えに、解約返戻金請求権について破産財団から放棄することを申し入れるという手段について論ずることが期待されている。やや発展的な論点ではあるが、自由財産による破産債権の弁済に関する知識を駆使するなどして、この点について言及することができていた答案が一定数見られ、その充実度に応じ、「良好」以上の評価となっている。これに対し、保険契約を解約して新たな保険契約を締結すると保険料が高額になることが破産財団を毀損することにつながるとして、保険契約の履行(継続)を破産管財人に申し入れるとの答案や、破産管財人の善管注意義務の問題と捉えて、破産管財人を解任すべきであるとの答案が非常に目立った。これらの答案は、破産手続開始後に破産財団が負担すべき債務と破産者が自由財産から負担すべき債務との整理ができていないか、そもそも、破産管財人は破産債権者のために破産財団を適切に維持・増殖すべき義務を負うという点を十分に理解することができないものといわざるを得ず、低い評価となっている。さらに、破産手続開始の決定がされているにもかかわらず、保全管理命令や包括的禁止命令を申し立てるという答案が散見されたが、これらの答案は、破産手続開始前の保全措置についてのごく基本的理解を欠くものとして、やはり低い評価となっている。

なお、小問(2)を通じて、誰が何を行うのかを正確に理解していないか、それを的確に表現できていない答案が多かった。例えば、破産者の代理人Bが行うべきは自由財産の拡張の「申立て」であり、拡張の裁判は裁判所が行うものであるにもかかわらず、「Bが自由財産の拡張をする」とする答案や、自由財産からの組入れを受けて代わりの財産を破産財団から放棄するのは破産管財人Xであるにもかかわらず、「Bが放棄する」とする答案が目立った。

#### イ 設問2

設問2は、破産手続開始の決定前に、離婚及びそれに伴う財産分与の協議が成立した事例を通じて、破産手続開始の決定時には履行されていない破産者に対する不動産の所有権移転登記請求権につき取戻権を行使することができるか否か(小問(1))、破産手続開始の決定時において支払済みの分与金について否認権を行使することができる否か(小問(2))について、それぞれ具体的な検討を求めるものである。

小問(1)については、まず、Dの主張が破産法第62条に定める取戻権の行使に当たることを指摘する必要がある。取戻権に言及することができていれば、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が、想定していた以上に、この点についての言及を欠く答案が多かった。破産手続においては、所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記請求が取戻権の枠組みにおいて行使され得るという基本的な理解が得られていないことが原因であると推察される。また、取戻権の行使に当たることに気付いたにもかかわらず同条の摘示がされていない答案や、そもそも破産手続における問題であることを無視して、民法の問題として検討している答案も意外に多く見られた。

続いて、実体法上、対抗要件を具備しなければ「第三者」(民法第177条)に対して所有権を主張し得ない場合であることから、破産管財人が「第三者」に該当するか否か(破産管財人の第三者性)について論ずる必要がある。この点については、多くの答案で、破産管財人に差押債権者類似の地位が認められることを理由に、破産管財人は「第三者」に該当するとして、対抗要件を具備していない以上、取戻権を行使することはできないとの結論を示すことができており、その充実度に応じ、「一応の水準」以上にあるものと評価した。しかしながら、破産法第78条第1項等の規律を挙げて、破産手続の開始による財産の管理処分権の破産管財人への専属が実質的な包括差押えであることまでの確に指摘できていた答案は多くなかった。また、Dからの再反論として、離婚に伴う財産分与は潜在的持分を顕在化させるにすぎないから対抗要件を要しない(民法第254条参照)との主張が考えられ、これに対するXの再々反論は、財産分与は協議又は裁判による分与者から相手方への権利移転であって財産の特定承継と同様

であるから、やはり対抗要件の具備が必要であるということになろう。ここまで的確に論じられていた答案はほとんど見当たらなかつたが、財産の特定承継と同様であることが意識されている答案は少ないながらも見受けられ、このような答案は、深い理解を示すものとして高い評価となっている。

これに対し、低い評価にとどまる答案として、以下のようなものが挙げられる。まず、Dの主張する登記請求に関して、破産債権としての権利行使の可否を論じている答案が散見された。このような答案は、破産債権は個別的権利行使が禁止され、飽くまで破産手続における金銭配当による満足しか得ることができないという根本的な点を理解することができていないことがうかがえる。また、破産法第49条第1項の該当性を検討する答案も多かつたが、同項は、破産手続開始の決定後にされた登記の効果について定めた規定であり、登記請求の可否に適用されるものではない。さらに、否認権（詐害行為否認・無償行為否認・対抗要件否認）に言及した答案も少なからず見られたが、所有権の移転及び対抗要件の具備が破産手続開始の決定前に完成していない以上、その効果を否認して財産を破産財団に回復するということは問題にならない。

小問(2)については、まず、問題文中に、不動産の譲渡と分与金の支払は財産分与として相当なものであるとするとの記載があることから、破産管財人が行使しようとしている否認権は、同法第162条第1項第1号の偏頗行為否認であることを指摘する必要がある。しかしながら、大半の答案において、この点について指摘することができていないことには驚かされた。その多くは、財産分与そのものについて、同法第160条第1項の詐害行為否認の成否を検討するものであったが、問題とされているのは財産分与の合意に基づく金銭債務の弁済という債務消滅行為であるから、詐害行為否認の問題とはならないはずである。また、同条第3項の無償行為否認や同法第161条の相当の対価を得てした財産の处分行為の否認の成否を検討するものも散見されたが、贈与と異なり財産分与はおよそ無償行為ではないし、本件支払はDに対してされたものであって甲不動産の対価としてAが受け取ったものではないから、同条はおよそ問題とならない。

続いて、解答に当たっては、同法第162条第1項第1号の要件該当性を順次検討することが求められ、このような流れで論じることができていれば、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が、有害性の要件と不当性の要件とを整理して論ずることができていた答案については、理解の成熟を示すものとして高い評価となっている。有害性の阻却事由としては、本件支払は、破産手続開始後であれば取戻権の行使に該当する又は財団債権の弁済に該当するとの指摘が想定され、不当性の阻却事由としては、離婚に伴う財産分与は、民法第768条第3項の規定の趣旨に反して不相當に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足りるような特段の事情のない限り、詐害行為とはならないと判示した最判昭和58年12月19日民集37巻10号1532頁の考え方方が偏頗行為否認についても及ぶとの指摘が想定される。これに対し、取戻権に該当するとの考え方に対しては、財産分与金の支払を目的とする債権については、取戻権の行使としてその履行を請求することができないとした最判平成2年9月27日集民160号373頁を踏まえて反論されることが考えられる。多くの答案は、問題文中に「財産分与としては相当なものである」との記載があることから、この点を指摘するのみで、直ちに否認権の行使を否定する結論を探っていたが、より分析的、説得的な論述が期待されていたといえよう。

なお、問題文の中に、Dの反論は、「本件支払は夫婦の共有財産を清算する性質のものである」との記載があるにもかかわらず、離婚後における相手方の扶養としての性質や、離婚に伴う慰謝料としての性質から論じている答案が散見されたが、これらは評価の対象とはしていない。

## (2) 第2問

### ア 設問1

設問1は、電気の供給契約という一定期間ごとに債権額を算定すべき継続的給付を目的とする双務契約を題材に、再生手続における継続的給付に係る請求権の取扱いについて、当該請求権の発生時期と、再生手続開始の申立て又は再生手続開始との前後を踏まえ、具体的な検討を求めるものである。基本的な条文の知識とその当てはめにより結論を導くことができるごく基本的な問題であるが、条文や定義の摘示、再生債権該当性の当てはめ等において正確性を欠く答案が散見され、高得点の者は決して多くなかった。また、本設問では、支払期限までに支払がされるかどうかについての照会に対する回答が問われているにもかかわらず、「再生債権である」「債権届出を促す」などとする答案が目立った。設問に対して正面から解答するという姿勢は常に意識してもらいたい。

まず、①の期間の請求権については、民事再生法第84条第1項を摘示し、再生債権の定義及び要件を明示して再生債権に当たることを示した上、再生債権については、再生手続開始後は、再生計画の定めるところによらなければ弁済をすることができないことから（同法第85条第1項）、支払期限までに支払うことはできないと回答すべきであるとの結論を示すことになる。多くの答案では、開始決定前の原因に基づく再生債権であると認定し、その効果として、再生計画の定めるところにより弁済されることを指摘することができており、「良好」以上の評価となっている。他方、「申立て前に発生したものであるから」再生債権であるなどと不正確な当てはめがされている答案、民法第306条第4号、第310条についての理解を欠くため、法人の電気料金であるにもかかわらず一般優先債権に当たるとした答案、さらには、問題文中に、民事再生法第85条第5項の少額弁済の許可を申し立てることを検討できるような事情は見出せないにもかかわらず、同項の許可がされるとして、支払をすると結論付ける答案が散見されたが、これらの答案は、いずれも低い評価となっている。

②の期間の請求権については、同法第50条第1項及び第2項が定める継続的給付に当たることを示しつつ、同項括弧書きによりその全額が共益債権に当たることを示した上で、共益債権は、再生手続によらないで隨時弁済することができる（同法第121条第1項）ことから、支払期限までに支払うことができると回答すべきであるとの結論を示すことになる。評価を分けたポイントは、同法第50条第2項を摘示することができているか、②の期間中に再生手続開始の申立てがされたが、再生手続開始決定には至っていないということに気付いているか（これにより、同項括弧書きを摘示し、当てはめることができているか）という点にある。これらを意識することなく、申立ての日の前後で再生債権と共益債権とに分ける答案や、単に同項を摘示するのみで（括弧書きに当てはめることなく）共益債権とする答案が非常に多かった。

③の期間の請求権については、再生手続開始前の分は同法第50条第2項により、再生手続開始後の分は同法第119条第2号（「第2号」を摘示しない答案や、「第1項第2号」と誤って摘示する答案が散見された。）又は第49条第4項により、その全額が共益債権に当たることから、支払期限までに支払うことができると回答すべきであるとの結論を示すことになる。多くの答案で共益債権になるとの指摘がされており、その内容に応じ、「一応の水準」以上の評価となっているが、そのうち、再生手続開始決定の前後を意識し、条文の適用関係を的確に摘示することができていた答案は、高い評価となっている。他方、少ないながらも、再生手続開始後の請求権について、同法第119条第2号の「生活」に当てはめている答案、開始後債権に該当するから再生計画で定められた弁済期間満了まで弁済が禁止されるとする答案、さらには、再生債権に該当しないから再生計画によらずに弁済を受けることができるとする答案が見られた。これらの答案は、いずれも低い評価にとどまっている。

## イ 設問2

設問2は、賃貸人について再生手続が開始されたとの具体的な事例を通じて、再生手続における敷金返還請求権の取扱いについて、破産手続における取扱いとの違いに触れつつ、関連する条文等についての説明を求めるもの（小問(1)）、その説明を踏まえ、敷金返還請求権に係る債

務の弁済額についての具体的な検討を求めるもの（小問(2)）である。

小問(1)については、まず、破産手続において、敷金返還請求権は破産債権（破産法第2条第5項）として扱われることを示した上で、敷金返還請求権を有する者が破産者に対する賃料債務を弁済する場合は、その債権額の限度において弁済額の寄託を請求することができる（同法第70条後段）ことについて説明する必要がある。多くの答案で、同条を摘示しつつ、弁済額の寄託の請求について言及することができていたが、更に進んで、賃料債務の弁済は明渡しを解除条件とするものであることから、明渡しによって賃料の弁済は効力を失い、その結果未払となった賃料債務と敷金返還請求権との間に充当関係が生じること、他方、弁済していた賃料相当額は、不当利得により破産財団に対して生じた請求権として財団債権となる（同法第148条第1項第5号）か（一種の）取戻権の行使として請求できることまでの確に指摘できていた答案は少なかった。これらの答案は、深い理解を示すものとして高い評価となっている。また、同法第198条第2項又は第201条第2項を摘示し、最後配当に関する除斥期間内に明渡しをしないと配当を受けることができないことを指摘することができていた答案も、高い評価となっている。

これに対し、再生手続においては、まず、民事再生法第84条第1項を摘示し、敷金返還請求権は、再生手続開始前の原因（敷金契約）に基づいて生じた財産上の請求権であり、共益債権となる部分を除き再生債権として扱われること、再生債権となる部分は再生計画の定めにより弁済されることを示す必要があるが、これらの点を的確に指摘できていない答案が意外と多かった。なお、民法第622条の2を摘示して停止条件付請求権であることを指摘する答案が多くあったが、この指摘のみでは、破産手続又は再生手続における取扱いについて解答するものではないとして、評価の対象とはしていない。

続いて、解答に当たっては、民事再生法第92条第3項を摘示し、その要件等につき適宜説明を加えつつ、これらの要件を満たした額については共益債権として扱われること、共益債権とされた部分は、再生手続によらないで、再生債権に先立って隨時弁済されること（同法第121条第1項及び第2項）を指摘することになる。多くの答案で同法第92条第3項を指摘することができていたが、その要件等についての理解度の差が評価を大きく分ける結果となった。同項によれば、①再生手続開始時に再生債務者に対して賃料債務を負担していること、②再生手続開始後に弁済期が到来する賃料債務をその弁済期に弁済したこと、③上記②の弁済額が上限となること、④賃料の6か月分に相当する額の範囲内であること、⑤上記④の範囲から同条第2項の相殺により免れる賃料債務の額が控除されることを全て満たした額が共益債権となるのであるから、条文に則して、これらの要件を落とすことなく、正確に説明する必要がある。上記③を落としている答案が非常に多く、その余の要件についても、解答時間が不足したためか、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。

次に、小問(2)は、事例に即して、敷金返還請求権に係る債務の弁済額についての具体的な検討を求めるものである。その前提となる再生計画上の敷金返還請求権の取扱いについては、条件付権利として権利変更をした上で条件成就の際に未払賃料等を充当して敷金返還請求権の額を確定するとの考え方（権利変更先行説）と、未払賃料等を充当した後の敷金返還請求権について権利変更をするとの考え方（当然充当先行説）とがあるところ、問題文において後者の考え方方に立つことが明示されているにもかかわらず、充当前の600万円につき60%免除の権利変更を行っている答案があった。このような答案は、問題文の指示を無視するものとして「不良」に該当する。問題文をよく読んだ上で解答してもらいたい。

解答に当たっては、まず、敷金返還請求権の残額が、令和5年5月分及び6月分の未払賃料合計120万円と原状回復費用80万円との合計200万円を充当した結果400万円であることを示す必要があるが、この点について正確に指摘することができていない答案が多いことには驚かされた。特に、これらの未払賃料等につき、同法第92条第1項の問題として捉えて

相殺することができないとする答案等は、当然充当及び相殺といった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いわざるを得ず、低い評価となっている。

続いて、共益債権となる部分につき、再生手続開始後に弁済期が到来する令和5年1月分から4月分までの賃料債務合計240万円をその弁済期に弁済したこと、賃料の6か月分に相当する額は360万円であることを指摘する必要がある。加えて、60万円の修理費用返還請求権を自働債権とし、再生手続開始後の令和4年11月30日に弁済期が到来する賃料債務を受働債権とする相殺につき、債権届出期間内のものであるから、民事再生法第92条第2項により相殺が可能であることを指摘するほか、同条第3項括弧書きの当てはめとして、上記360万円から同条第2項の相殺により免れる賃料債務60万円が控除されることを指摘することになる。これらの点について正確に指摘することができていた答案は少なかったが、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。他方、上記のとおり、同項の理解が十分でないため、賃料の6か月に相当する360万円又はここから60万円を控除した300万円を共益債権とする答案や、賃料の6月分に相当する額の範囲内で弁済期に弁済した額を共益債権としつつも、同項括弧書きの当てはめにつき、360万円ではなく、240万円から控除する答案が一定数見られた。

以上を踏まえて共益債権となる額を算出することとなるが、問題文で示されている「当然充当先行説」の考え方を前提としても、以下の三つの考え方があり得る。

$\alpha$ ：民事再生法第92条第3項による共益債権化とは別に当然充当を認める。

この考え方によれば、同項括弧書きにより控除されるのは同条第2項の相殺によって免れる60万円のみであるから、再生手続開始後に弁済した240万円全額が共益債権となる。

$\beta$ ：未払賃料の敷金充当分を同条第3項括弧書きで控除する。

この考え方によれば、賃料の6か月分相当額360万円から、60万円と120万円とを控除した残額180万円が共益債権となる。

$\gamma$ ：未払賃料及び原状回復費用の敷金充当分を同項括弧書きで控除する。

この考え方によれば、賃料の6か月分相当額360万円から、60万円及び120万円のほか80万円を控除した残額100万円が共益債権となる。

最後に、再生債権となる部分については、再生計画の定めに従って権利変更されること（同法第179条第1項）を指摘した上で再生債権として弁済される額を算出し、その額と上記の共益債権となる額との合計が弁済額となるとの結論を示すことになる。上記の $\alpha$ 、 $\beta$ 又は $\gamma$ の考え方によれば、再生債権となる額は、それぞれ、160万円、220万円、300万円となり、再生計画によれば60%が免除されることになるから、再生債権としての弁済額は、それぞれ、64万円、88万円、120万円となる。したがって、敷金返還請求権に係る債務の弁済額は、それぞれ、304万円、268万円、220万円となる。このように、条文を摘示しながら、順を追って説明できている答案は、その内容に応じ、「一応の水準」以上の評価をしているが、結論を正確に算出することができていた答案は、残念なことに、それほど多くはなかった。

#### 4 今後の出題について

本年度の問題は、例年どおり、取り上げた制度、論点ともに破産法及び民事再生法についての基本的な事項に関するものとした上、主として、基礎的な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ができているかを問うものである。

今後も出題方針について特に変更すべき点はなく、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

昨年も述べたとおり、解答に当たっての思考の端緒となるものは、実定法の条文である。条文の重要性は、倒産法に限ったものではないし、ここで改めて指摘するまでもない。しかしながら、本年も、明文の規定があるにもかかわらず条文を摘示しない答案や、条文番号や規律内容の摘示が不十分、不正確な答案が非常に目立った。今後の法科大学院教育においては、学生に対し、条文の重要性を十分に意識させて、こまめに、かつ正確に条文を引用する習慣を身に付けさせることが強調されるべきであろう。

そして、次の段階として、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、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、手続開始前後における取扱いの相違や、個々の制度の関係性等についても意識し、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る。さらに、法曹実務においては、単に結論を示すだけでなく、その結論を根拠をもって説得的に伝えることが必須であることを踏まえ、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。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、上記の知識の習得や能力の涵養を実現するための教育を期待したいところである。特に、近年における実際の答案を見る限り、一応の水準に達していると評価され得る答案であっても、論理的な文章を書く能力が十分でないと思われるものが少なくないことには十分留意されたい。

なお、当然のことではあるが、司法試験は、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。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、依然として少なからず存在する。そのような答案については、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、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りかねない（特に、条文番号や法令用語については、判読ができない限り、正確に理解できていないものと評価せざるを得ない）。受験者においては、答案は他人が読んで採点するものであることを十分意識して、是非改善してもらいたい。

## 令和5年司法試験の採点実感（租税法）

### 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

第1問は、新株予約権をめぐる課税関係（設問1）、非課税所得に当たる損害賠償金の範囲及び所得分類、更正の請求の手続について問うものである。所得税法及び国税通則法に関する基本的知識の有無、事案における事実関係を適切に整理して法令に当てはめる能力、法令の規定の趣旨を踏まえた論理的思考力等を問うている。

第2問は、法人に対する遺贈、遺留分侵害額請求と代物弁済、法人役員による法人財産の無償利用に伴う、法人税及び所得税の課税関係を問うものである。個々の論点は基本的なものであるが、それらが複合的に組み合わされた事実関係を適切に解きほぐした上で、法人税法の構造の的確な理解に基づいて法令の要件に適切に当てはめる能力を問うている。

### 3 採点実感等

#### [第1問] (配点: 50)

本問は、新株予約権に関する所得の課税方法を踏まえた、総所得金額の算定についての全般的な理解（設問1）、具体的な事例を踏まえた非課税所得該当性及び所得区分（設問2(1)）並びに国税通則法の基本的知識（設問2(2)）について問うものである。

<設問1>

設問1は、(1)では令和3年分、(2)では令和4年分のAの総所得金額を問うている。総所得金額の意義は、所得税法第22条第2項に規定されている。その算出のためには、各種所得の金額の計算が必要であるが、所得控除の適用は要しない。この点を適切に理解していない答案が散見された。

いわゆるストックオプションである新株予約権の権利行使益に係る課税時期と所得分類については、権利行使時における給与所得課税とした最判平成17年1月25日民集59巻1号64頁があり、それを踏まえた上で、総所得金額の意義を踏まえて、各所得金額の計算を求めた問題であったが、想定していたよりも理解が不十分と思われる答案が多かった。これは比較的著名な判例であるが、そもそも当該判例を知らないと思われる答案が半数程度を占めた。同判例と異なる結論を探る答案が全く評価されないわけではないが、確立した判例がある以上、判例と異なる考え方を探る場合には、その判例に言及した上で説得的に自説を述べる必要がある。

この論点に関しては、所得税法適用の基本として、第23条以下の規定に基づき所得分類を検討し、第36条の規定に基づいて収入金額の計上時期を検討しなければならない。この点、前者の所得分類に関しては、当該新株予約権がC社から取得したものである以上、その結論がどうなるかはともかくとして、給与所得該当性の検討は欠かせないはずである。また、後者の収入金額の計上時期については、検討が不十分である答案が多かった。

加えて、この問題に関しては、新株予約権の行使時及び株式譲渡時という二つの時点にとらわれずに、取引全体を見て課税関係を考えるという観点が求められる。Aは、令和3年2月1日に、500万円を払い込んで、本件新株予約権100個を行使し、C社株式1万株を取得している。そして、Aは、令和4年1月20日に、同株式を1株当たり1800円で売却し、対価として1800万円を得ている。そうすると、Aは全体として1300万円の利益を得ていることとなるので、これがいつ、どのように課税されるかが問題とされるはずである。もし、答案において、課税される金額の合計額が1300万円（あるいは株式売買手数料20万円を控除した1280万円）と一致しなかったときは、それが正しいのか、どうしてそうなってしまうのかを再考すべ

きである。実際、この金額が一致しない答案が少なくなかった。

また、譲渡所得における取得費とは、原則的に、当該資産の取得時における時価ではない（そうなる場合もあるが、それは例外である）。確かに譲渡所得の性格は、いわゆる資産のキャピタルゲインであるが、実定法上の取得費は、原則として、所得税法第38条により定まる。これは譲渡所得課税の基礎であるが、未だに浸透していないようである。また、判例（最判平成4年7月14日民集46巻5号492頁）により資産の取得に要した金額に含まれるとされる付随費用と、譲渡に要した費用（譲渡費用）とを混同している答案も散見された。

設問1(1)に関しては、役員報酬に加えて、新株予約権の権利行使益の所得分類につき、その根拠も含めて説得的に論じられている答案については、「優秀」又は「良好」と評価され、その中で権利行使益の課税時期について触れ、給与所得控除についても正しく理解されている答案は「優秀」と評価された。新株予約権の権利行使益の所得分類の理解が不十分又は説得的ではない答案は「一応の水準」又は「不良」と評価され、役員報酬が給与所得であることも看過している答案は「不良」と評価された。

(2)に関しては、譲渡所得について問う問題は過年度においても出題しているが、その際の採点実感でも指摘しているとおり、所得税法第33条に書かれているとおりに計算できるか、前提として同条の用語を理解できているかという点で差がついた。もっとも、これらについてはおおむね理解が浸透してきたところであり、逆にこれらが理解できていない、あるいは不正確である答案は、「一応の水準」「不良」と評価された。所得税法第22条第2項、第33条を正確に理解して丁寧に論じている答案は「優秀」と評価された。

なお、設問1(1)及び(2)を通じて、Aが役員報酬として毎年度2100万円の支払を受けているという事実や、AB間の甲建物賃貸借契約が令和2年中に終了している事実を看過した答案が見られたが、実務家登用試験であり、問題文から事実を丁寧に拾い上げることが必要である。

<設問2(1)>

設問の事実関係に基づき、一定の損害賠償金等が非課税所得とされていることの趣旨を踏まえ、所得税法第9条第1項第18号、同法施行令第30条第2号又は第3号の規定に則して論じることを求めた問題であったが、趣旨を踏まえて、事実関係を拾い上げて、条文に則して当てはめるという基本的な法的思考経路が十分身に付いていないと思われる答案が散見された。

私法の基本的な知識を踏まえて租税法を理解すべきであるところ、本件の解決金が借地借家法第28条の「正当の事由」を判断する上での要素となる建物賃借人に対する「財産上の給付」の意味があることを踏まえて、解答している答案が少なかったことは残念である。これを意識した答案はおおむね論述が全体的に流れている傾向があり、後記の観点からも「優秀」とされるものが多くあった。

答案の中には、単に解決金が所得税法施行令第94条第1項第1号又は第2号に該当するから、非課税所得に当たらないとする答案が少なからず見られたが、条文の構造からすると、まず、所得税法施行令第30条第2号の「損害賠償金」又は第3号の「見舞金」に当たるか否かを検討した上で、これに当たる場合に初めてこれから除外される所得税法施行令第94条第1項第1号、第2号に定める性質を有するものとなるかを検討すべきである。ここでは、損害賠償金が非課税所得とされている趣旨を踏まえて、問題文にある解決金が非課税所得に当たるか否かを、事例において示されている事実関係に即して検討する必要がある。この部分を適切に論じることができない答案は「不良」とされた

他方、一定の損害賠償金等が非課税所得とされていることの趣旨を踏まえ、裁判例（大阪地判昭和54年5月31日行集30巻5号1077頁）を意識して、所得税法施行令第30条第2号又は第3号の解釈をし、本件の事実関係を前提に、非課税所得への該当性や所得分類について丁寧に論じている答案は「優秀」とされ、それ以外の答案は自説の根拠が説得的であるか否かに応じて「良好」又は「一応の水準」に評価が分かれることとなった。

## <設問2(2)>

設問2(2)については、更正の請求と通知処分の基本的な事項について問うもので、国税通則法第23条に従って解答すれば足りる平易な問題であった。多くの答案が修正申告と更正の請求の違いを正しく理解していた。平易な問題であったこともあり、出題者の意図に沿った答案が比較的多数を占めたが、更正の請求に対して理由がない旨の通知処分と増額更正処分を混同していると思われる答案が相応に存在した。

上記のとおり、設問2(2)単体では差がつきにくいものの、国税通則法第23条に沿って丁寧に解答している答案が「優秀」又は「良好」と評され、逆に同条を全く意識していないと思われる答案は「不良」と評価され、それ以外が「一応の水準」と評価された。

第1問を通じた成績としては、「優秀」答案がやや少なかったものの、「良好」、「一応の水準」、「不良」の割合はバランス良く、実力差が適切に反映されたものと思われる。

## [第2問] (配点：50)

本問は、遺贈を受けた法人側の受贈益（設問1(1)）及び取得価額（設問1(2)）、遺贈した個人の側でのみなし譲渡課税（設問1(3)）、遺留分侵害額請求に対して代物弁済で応じた法人の損金及び益金の算定（設問2）、役員が法人財産を無償利用したことに伴う法人側の益金・損金の処理及びその所得税法上の帰結（設問3）を問うものである。

### 【第2問全体を通じて】

法人税の課税標準たる法人の所得の金額は、各事業年度の益金の額から損金の額を控除した金額である。このため、法人税の課税関係を問われた場合には、事案における事実関係について、益金と損金がどのように算定されるかを、条文の要件に則して一つ一つ論じる必要がある。例えば、取得価額3000万円の土地を対価3000万円で譲渡した場合には、差引きゼロであるから課税関係は生じない、と短絡することなく、法人税法第22条第2項の「有償による資産の譲渡」として3000万円がその譲渡のなされた事業年度の益金に、同法第22条第3項第1号の「原価」として取得価額3000万円が同じ年度の損金に、それぞれ算入される、と論じる必要がある。このような法人税法の構造を踏まえて答案を作成することが、設問2や設問3(1)のような複雑な問題でも、益金・損金を構成する要素を漏れなく論じることにつながる。

法人が無償で資産や役務の譲渡・譲受けを行う場合の課税関係については、法人税法の典型論点であり、時価での取引が擬制されることとは、多くの答案で理解が示されていた。しかし「時価」というからには「どの時点の」時価であるかを特定する必要がある。単に「時価相当額が益金に算入される」では不十分であることに留意されたい。

### <設問1>

設問1は、法人が土地の遺贈を受けた場面について、(1)で受遺法人の課税関係、(2)で遺贈を受けた土地の取得価額、(3)で遺贈を行った個人の所得税の課税関係を問うている。

(1)遺贈が「無償による資産の譲受け」（法人税法第22条第2項）に当たり、土地の遺贈時の時価合計6000万円が益金に算入されることはほとんどの答案が正答できていた。しかし、単に「時価相当額」という記載や、「どの事業年度の」益金となるかを明示しない答案が相当数見られた。後者の諸点まで適切に指摘できた答案が「優秀」と評価され、そうでない答案は「良好」又は「一応の水準」と評価された。

(2)法人税法上、法人が無償で譲り受けた資産の取得価額について明示的に定めた条文は存在しない。しかし、法人税法第22条第4項が依拠する公正処理基準により、取得時の時価を取得価額とする扱いが確立している。たとえこの企業会計原則上の処理を知らなくても、（小問(3)で問われている）遺贈者個人に対するみなし譲渡課税との関係で、土地の含み益に対する二重課税を避けるためには時価を取得費と解する必要がある、という論じ方も可能である。理由付けの巧拙

はさておき、過半数の答案が、取得時時価6000万円が取得価額であると解答できていた。他方で、所得税法第60条と混同して、遺贈者個人の取得費を引き継ぐとしている解答も相当数見られた。同条は「居住者」すなわち個人が遺贈により財産を取得した場合の条文であり、本問には適用がないことを確認されたい。条文の根拠と理由付けを共に挙げている答案が「優秀」、理由付けを示している答案が「良好」、結論のみ正解という答案が「一応の水準」と評価された。

(3)は典型論点であるみなじ譲渡課税の処理であり、概ねよくできていた。その中でも、所得税法第59条第1項第1号の「法人に対する」「遺贈」であることを的確に指摘し、譲渡所得金額の算定構造を正確に答案に反映させられた答案とそうでない答案とで差がついた。簡潔でよいので、問題文のどの事実に着目してこれが長期譲渡所得であると判断するのか、特別控除額（所得税法第33条第4項）と長期譲渡所得による2分の1課税（所得税法第22条第2項第2号）がどのような順序で適用されるか、といったことは答案に表現してほしい。これらの処理まで正確にできていた答案が「優秀」と評価される一方、単に遺贈者死亡時の時価相当額6000万円が収入金額に算入されるとのみ述べて取得費その他譲渡所得金額の算定に必要な要素に触れない答案が「不良」と評価された。

#### <設問2>

法人が遺留分侵害額の請求を受け、代物弁済として土地を譲渡したという事実関係につき、法人税の課税関係が問われている。上述のとおり、個々の事実関係が、どの事業年度の益金・損金にどのように反映されるかを論じる必要がある。

法人が遺贈を受け、遺留分侵害が問題となった事案ということで、東京高判平成3年2月5日行集42巻2号199頁（有限会社柿木荘事件）を想起するかもしれないが、本問は平成30年相続法改正（遺留分の金銭債権化）後の事案であること、したがって、遺留分減殺請求権の法的性質（形成権が通説とされた）を前提とした遺贈財産の帰属の問題に立ち入ることなく、直ちに金銭債務の確定の時期を論じ得ることに注意されたい。第1問についても述べたように、課税要件規定の解釈・適用において私法の基本的理解は必須であり、租税法の学習においては私法との関連を是非とも意識してほしい。

①この遺留分侵害額請求による金銭債務の履行の結果、法人からは財産が流出するが、これが損金（法人税法第22条第3項）のうち「損失」（同3号）に該当することを踏まえた上で、その年度帰属を検討することが、設問2の前半部分では求められている。この筋に気づいた答案の多くが、「債務の確定」要件を論じて本件の事実関係の当てはめを行っていたが、同3号の「損失」については同2号の「費用」と異なり、「債務の確定」が明文では要求されていないため、これを解釈で導く必要があることにも留意が必要である。本問の特殊性として、遺留分侵害額の請求の私法上の性質をどう考えるか、損失額の具体的な金額が確定するのはどの時点か、といった点を手掛かりに損失の帰属年度を論じればよい。

②その上で、この設問ではさらに、代物弁済として土地を引き渡したことによる処理も問われている。土地の引渡しにより、和解によって確定した金銭債務が消滅するという経済的利益を受けているから、これは「有償による資産の譲渡」（法人税法第22条第2項）として、消滅した債務の金額3000万円が益金に、土地の取得価額3000万円が原価（法人税法第22条第3項第1号）を構成し損金に、それぞれ算入されることを論じることになる。その年度帰属は、合意に基づき引渡しがなされ債務消滅の利益が生じた令和4年度（令和5年3月期の事業年度）となる。

本設問で問われているのは「遺留分侵害額の請求を受けて乙土地を譲渡したこと」による課税関係であるから、上記①・②の両方を論じる必要があるところ、大部分の答案が、上記①又は②のどちらか（特に②）しか論じていなかった。しかし、この法人は、遺留分侵害額請求を受ける前に有していた土地（取得価額3000万円）を失っており、純資産が3000万円減少している。となれば②のみを論じて「益金＝損金となるから課税関係が生じない」という解答では何か

おかしい、と気が付いてほしいところである。

上記①・②両方の要素に言及できていた答案は「優秀」、①の要素のみだがその中では漏れなく論じられていた答案が「良好」、②の要素にしか触れていない答案が「一応の水準」、それ以下の答案が「不良」とされた。

#### <設問3(1)>

これが「無償による役務の提供」（法人税法第22条第2項）の事案であることを指摘した答案が予想外に少なかった。「無償による役務の提供」の典型例は、無利息融資であるが、本問のような無償での賃貸借もこれに含まれることに注意が必要である。家屋の賃貸から通常得られる対価の額をまず益金に算入した上で、その経済的価値が法人から流出していることを損金の側でどう認識するか、という順序で考える必要がある。ほとんどの答案が、益金について検討することなく、直ちに後述の役員給与の損金算入可能性のみを論じていたことは残念であり、法科大学院における法人税法の学習上の課題を示しているようにも思われた。

なお、「不動産の無償使用が役員の役務提供と対価関係にあるから『有償による役務の提供』（法人税法第22条第2項）であり、役務提供の価値120万円が益金に算入される」とする答案が散見されたが、これは正しくない。このことは法人税法第22条第2項の制度趣旨（正常対価で取引を行う法人との課税上の均衡）に照らして明らかであろう。例えば、比較対象として、別の法人F社が、本問のE社と同様の家屋を有償で賃貸し賃料120万円を得た上で、この現金120万円を役員に給与として支払った場合を考えよう。仮に上記のようにE社が「有償による役務の提供」によって益金120万円を得たと考える場合、「役員からの役務提供の経済的価値」が益金を構成するということになるはずであるから、F社の益金には、賃料収入120万円に加えて、「役員からの役務提供の経済的価値120万円」も算入されることになる。しかし、これでは、E社とF社の課税の均衡を実現することができない。そもそも、役員からの役務提供は、事業活動によって法人が収益を得るために貢献することで初めて益金に反映されるのであって、役務自体の受入れが法人の純資産を増加させて益金を構成するわけではない。この点は「無償による役務の譲受け」が法人税法第22条第2項の益金発生原因に挙げられていないことからも明らかであろう。

年間の賃料相当額120万円の経済的利益は、本来E社に帰属すべきところ、これを役員に得させていることが役員給与に当たる、ということについては多くの答案が指摘できていた。その上で、役員給与の損金算入制限の問題として論じる必要があり、そこで「定期同額給与」（法人税法第34条第1項第1号、同法施行令第69条第1項第2号）該当性を検討すれば良いことは、参照条文の手掛かりもあってか、多くの答案が気付いていた。しかし、法人税法第34条第1項は、同項各号に該当「しない」役員給与の額が損金に算入「できない」、という定めであり、これ自体が損金の通則規定である法人税法第22条第3項の「別段の定め」であることに注意が必要である。すなわち、「定期同額給与に該当する」ことが直ちに損金算入を根拠付けるわけではなく、定期同額給与に該当する給与ゆえに法人税法第34条第1項が適用されず、原則どおり法人税法第22条第3項第2号の「費用」として損金算入ができる、と論じる必要がある。本小問については、法人税法の条文構造の正確な理解の有無によって、評価に差がつくこととなった。

全ての要素を的確に指摘できたごく少数の答案が「優秀」、賃料相当額の経済的利益の役員給与該当性と損金算入の可否の検討を漏れなく行えた一定数の答案が「良好」とそれぞれ評価され、定期同額給与の要件への当てはめと損金算入可という結論を導いていた答案が「一応の水準」とされた。

#### <設問3(2)>

役員に対する経済的利益の供与が役員側の給与所得（所得税法第28条第1項）を構成し、かかる給与を支払う者であるE社に、所得税法上の源泉徴収義務（所得税法第183条第1項）が生じるという基本的な事項を問うものである。条文を項まで適切に引用すること（単に「第28

条」「第183条」では不十分である)は、とりわけ租税法においては極めて重要であり、学習上も意識されたい。

さらに、本問のような非典型的な給与の場合には、無償で家屋を利用させるという経済的利益の供与が給与所得を構成すること、事実行為としての金銭の支払がなくともなお「給与等の支払」(法第183条第1項)に該当すること、にも注意が必要である。

全ての要素を的確に指摘できた少数の答案が「優秀」、経済的利益の供与が給与所得を構成することを指摘した上で条文引用が正確であった答案が「良好」、源泉徴収の基本的な仕組みが理解できているものが「一応の水準」、それ以下の答案が「不良」と評価された。

第2問を通じた成績としては、「優秀」・「一応の水準」と評価された答案が例年よりやや少なく、その分「良好」の答案がやや多くなった。「不良」とされた答案は例年通りの水準である。

#### 4 今後の出題について

本年は、第2問設問1(1)及び(2)、設問2並びに設問3(1)が法人税法に関する問題、第1問設問2(2)が国税通則法の基本的知識を問う問題、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。

#### 5 今後の法科大学院教育に求めるもの

##### (1) 条文に則した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ころであるが、条文において用いられている基本的な概念の理解は必須のものである。今年度も、「総所得金額」「取得費」「譲渡費用」といった語の理解が問題となつた。

##### (2) 事実認定と条文等の当てはめに関する能力の取得

これも連年の採点実感で指摘したところであるが、事実認定と当てはめに関する能力の習得は重要である。上記の基本的な概念について、表面的には理解しているように見えても、事例の事実関係を適切に整理して正確に条文に当てはめることができないことがある。条文の文言に立ち返って、問題文に記載されている事案があてはまるか検討し、丁寧に論じることが望ましい。このような部分こそ法科大学院の教育で求められる事柄であると思われる。

##### (3) 判例・裁判例の学習

第1問では、設問1に関する最判平成17年1月25日民集59巻1号64頁、設問2に関する大阪地判昭和54年5月31日行集30巻5号1077頁を意識した答案は良い評価を得ている。逆に、第2問の東京高判平成3年2月5日行集42巻2号199頁のように、設問の事案と事実関係や法令を異にする裁判例に引きずられないためにも、裁判例の正確な理解が重要である。

#### 6 その他参考事項

これまで述べていることであるが、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。

そのためには、まず、問題文をしっかりと読むことが必要である。例えば、第1問に関しては、上記のとおり、AがC社から報酬を受け取っていることや、AB間における甲建物の賃貸借契約が令和2年中に終了していることを見落としている答案が少なくなかった。

また、出題者がどの部分を答えてほしいかを読み取ることも求められる。例えば、第1問設問1

に関しては、C社からの報酬と新株予約権が問題となっているが、当然のことながら出題者が論述を求めているのは後者である。答案の中に役員報酬が給与所得に該当するか否かについて、弁護士顧問料事件判決（最判昭和56年4月24日民集35巻3号672頁）を上げるなどして長く論じる起案もあったが、役員報酬が給与所得であることは自明であって、起案のメリハリという面からそのような論述は不要である。同様に、第2問設問1でも、所得税法第33条の趣旨（清算課税説）に相当の紙幅を費やす答案が散見されたが、端的に所得税法第59条第1項第1号を挙げれば済む論点に時間と紙幅を割くことは賢明ではない。

さらに、昨年度も指摘したことであるが、丁寧な論述を心掛けてほしい。今年度も、答案の中には、単純な足し算やかけ算を誤っている答案があったが、総所得金額を問う問題については減点をせざるを得ないところであり、受験者には留意してほしい。

## 令和5年司法試験の採点実感（経済法）

### 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、問題文の計画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的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の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ることはしていない。

#### 1 第1問

第1問は、業務用検査装置である甲装置とそれに組み込んで使用される乙機器を製造するX社とY社が、首位のZ社に対抗する上で甲装置や乙機器の製造コストの低減が重要であると考えて立案している業務提携（相互OEM供給）及び企業結合（共同出資会社の設立）の各計画について、独占禁止法上の問題点を分析して検討し、問題があると判断される場合には当該問題を解消するために必要と考えられる措置（以下「問題解消措置」という。）を具体的に提示することを併せて求めるものである。

設問(1)では、X社とY社が甲装置のうち大型甲と小型甲のそれぞれの製造に特化して、相互に他方に供給する相互OEM契約（製造受委託契約）を締結する計画について、不当な取引制限（独占禁止法第2条第6項、第3条）の行為要件や効果要件（市場画定を含む。）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に基づいて、上記計画によって大型甲と小型甲の各市場における競争にいかなる影響が及ぶかを適切に分析し、規範に当てはめることができているか、また、独占禁止法上の問題がある場合には、どのような問題解消措置が求められるかについて論理的に一貫した検討ができているかを評価の対象とした。

設問(2)では、X社とY社それぞれの乙機器（甲装置に組み込まれる部品である。）の製造部門を共同新設分割により切り出して共同製造子会社S社を設立する計画について、共同新設分割の方法による企業結合（独占禁止法第15条の2第1項第1号）の行為要件や効果要件（市場画定を含む。）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に基づいて、上記計画によって乙機器、大型甲及び小型甲の各市場における競争にいかなる影響が及ぶかを適切に分析し、規範に当てはめできているか、また、独占禁止法上の問題がある場合には、どのような問題解消措置が求められるかについて論理的に一貫し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、甲精密工作機械（以下「甲機械」という。）の有力なリース事業者であるA社、B社、C社及びD社（以下「リース4社」という。）が、リースを希望する需要者に対して自ら直接リースを行うこと（以下「直接リース」という。）を始めた甲機械のメーカーであるX社及びY社（以下「メーカー2社」という。）に対し、直接リースを行わないように働きかける目的で、共同して甲機械の供給を受けることを拒絶した行為（以下「本件行為」という。）について、独占禁止法上の問題点を問うものである。

具体的には、リース4社が「事業者」（独占禁止法第2条第1項）であることを前提に、本件行為が「不公正な取引方法」（同法第2条第9項、第19条）のいずれの行為類型に該当するか

を的確に把握して適切な適用条文を選択し、当該条文の定める行為要件や効果要件（市場画定を含む。）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適切に当てはめができているかを評価の対象とした。

なお、「出題の趣旨」でも指摘したとおり、本件行為のような共同の取引拒絶については、独占禁止法第2条第9項第6号・不公正な取引方法の一般指定（以下「一般指定」という。）第1項第1号の「共同・直接・供給を受けることの拒絶」等として検討するほか、事業者間での「通謀」に基づく排除型私的独占（独占禁止法第2条第5項、第3条）や「他の事業者と共同して」行う不当な取引制限（同法第2条第6項、第3条）として検討することも考えられる。もっとも、検討対象市場として想定される「我が国における甲機械のリース取引市場」における競争の状況に関する事実関係を踏まえると、「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」の要件充足を的確かつ説得的に論じるには難があるものと考えられ、不公正な取引方法として検討するのがより適切である。ただし、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。

### 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 設問(1)

###### (ア) 適用条文の選択

ほとんどの答案が、本問の相互OEM契約締結の計画について、不当な取引制限（独占禁止法第2条第6項、第3条）の問題であるとして適切に適用条文を選択していたが、事業の経営受任（同法第16条第1項第4号）の問題であるとするものも散見された。本問の相互OEM契約は、大型甲と小型甲の製造について相互に受委託するものであり、「事業の経営」を受委託するものとは評価し難く、また、相互的な拘束による競争回避の検討が不可欠となる。これを事業の経営受任の問題とみると、これらの点の洞察を欠くものであり、評価の対象とはしなかった。ただし、不当な取引制限の要件との共通性が認められる範囲において、本事案に即した分析が行われている場合には、その限度で評価の対象とした。

###### (イ) 行為要件の検討

不当な取引制限に係る「共同して・・・相互にその事業活動を拘束」することの意義については、多くの答案で適切に論じられていた。また、本問の相互OEM契約への当てはめについても、大型甲と小型甲の製造の受委託において相互的な拘束が生じている実質について適切に記載されているものが多かったが、中には、本問での相互拘束の内容を具体的に記載しない答案も一定数見られた。

###### (ウ) 市場画定及び効果分析

市場の画定に当たっての規範の定立は多くの答案において妥当であり、また、かかる規範に基づいて、本問の相互OEM契約の対象である「大型甲市場」と「小型甲市場」をそれぞれ検討対象市場として適切に画定するものが多かった。「甲装置全体の市場」として画定するものも一定数見られたが、本問では、大型甲と小型甲では需要・供給の代替性がなく、市場シェアや競争者の状況も異なっており、それぞれの市場について検討することが必要であると考えられる。

効果要件である「競争の実質的制限」の意義については、おおむね適切に規範が定立されていた。

その上で、この規範の当てはめとして市場分析を行うこととなる。その際、本問が非ハードコアカルテルの事案であることを踏まえて、競争促進効果と競争制限効果を比較衡量

する答案も多く、そのこと自体は妥当である。ただし、その分析結果としての結論は分かれた。中には、主として競争促進効果に言及する答案も見られたが、独占禁止法上の問題点の有無を検討する上では、まずは競争制限効果が生じるか否かについて分析することが不可欠であろう。そのような観点から、大型甲市場では、本問の相互OEM供給契約の結果として、X社とY社の協調を前提とすれば合算して60パーセントの製造シェアに達すること、需要者向け販売価格に占める供給価格（調達価格）の割合が8割程度に達すると見込まれ、販売コストの共通化の割合が高いことなどを適切に指摘して、競争制限効果に関する分析を的確に行った上で、競争促進効果を比較衡量しつつ結論を導くという論理構成をとることが適切であるが、そうした答案は必ずしも多くなかった。小型甲市場においても、シェア首位で製造余力があるZ社に加えて独自の技術を有するW社があり、シェアの異なる4社が競争しており、X社とY社の協調を前提としても合算40パーセントのシェアを有することとなるにとどまる点を適切に論じている答案は必ずしも多くなかった。

さらに、本問では、X社とY社は引き続き甲装置の販売をそれぞれ独立して行うこととされているが、本問の相互OEM契約の実施により、大型甲及び小型甲の製造に関する情報が共有されることや販売面での協調につながるおそれがあることにより、その前提が損なわれることとならないかについて、効果分析として論述するものは少なかった。

大型甲市場と小型甲市場の競争状況の相違を踏まえて、各市場での効果分析を的確に行っている答案も一定数見られたが、全体的には、論理的に一貫した分析がなされている答案は必ずしも多くなかったという印象であった。

結論として、大型甲市場においては独占禁止法上の問題があるが、小型甲市場においては問題がないとの結論を導く答案も一定数存在したが、十分に検討することなく、いずれも問題がない又はいずれも問題があるとの結論を導くものも相当数に上った。採点に当たっては、結論のみならず、その分析の過程が的確であるかについても慎重に評価した。

#### (エ) 問題解消措置の検討

独占禁止法上の問題がある場合に、いかなる問題解消措置が考えられるかについては、これを記載する答案にあってもほとんどが情報遮断措置に言及するにとどまり、OEM供給の割合を縮減するなどの中間的な計画に修正すること（二つあるY社の大型甲の製造設備のうち一つが老朽化し、高コスト化しているという背景があることから、その範囲でのOEM供給に限定することなど）の検討を挙げた答案はほとんどなかった。また、問題解消措置の設計は、競争制限効果を発生させる原因となっている機序を突き止め、それを除去するという意味で、市場分析から論理的に導かれるべきものであるが、そのような論理的な流れを明示する答案はかなり少なく、問題解消措置のみを独立に検討している答案が多い印象であった。

### イ 設問(2)

#### (ア) 適用条文の選択及び行為要件

ほとんどの答案が、本問のX社及びY社による乙機器の製造に係る共同出資会社設立の計画について、共同新設分割（独占禁止法第15条の2第1項第1号）の問題であるとして適切に適用条文を選択していた。

#### (イ) 市場画定及び効果分析

本問では、乙機器は大型甲及び小型甲の双方に用いられる中核となる機器であり、従前はX社、Y社及びZ社はこれを自ら製造しており、W社はこれをX社、Y社及びZ社からおおむね3分の1ずつ調達していたという設定である。

このような乙機器について、共同新設分割による共同出資会社S社を設立することによって、いかなる市場に競争上の影響が生じることとなるか（検討対象市場の画定）について

ては、解答内容が大きく分かれ、「乙機器市場」のみとする答案が多く、甲装置の市場への影響を検討するものが総体的に少なく、これを検討するものの中でも、「甲装置市場」として一括して画定するものも見られ、「乙機器市場」「大型甲市場」「小型甲市場」の三つの市場を的確に画定するものは半数以下にとどまった。

本問の共同出資会社設立に係る市場画定の前提として、これまでX社、Y社及びZ社は乙機器を自ら製造（内製）しており、これを製造していないW社向けにのみ市場取引が行われていることを指摘する答案はかなり少なかった。また、S社の設立により、W社に対する乙機器の販売への影響のみならず、乙機器が組み込まれる甲装置の製造販売への影響という観点から市場を画定して、問題点を的確に整理して論じる答案は多くなかった。むしろ、乙機器が大型甲向けと小型甲向けで異なることを理由として、甲装置の市場への影響はないとして検討しないもの、大型甲と小型甲を市場として区別せずに「甲装置市場」として検討するものも相当数見られた。さらに、「乙機器市場」を画定しながら、実質的に甲装置の市場への影響を検討していると見られる答案も散見され、市場画定の意義の理解に混乱が見られるものもあった。

効果要件である「競争の実質的制限」の意義については、おおむね適切に規範が定立されていた。

その上で、乙機器市場においては、W社への供給についてS社が3分の2のシェアになることを踏まえて、W社への供給確保に支障が生じないかという問題点を適切に指摘する答案も一定数存在したが、この点の指摘を欠くものも多かった。

大型甲市場においては、X社とY社の合算シェア（60パーセント）を踏まえて、乙機器という中核機器の共通化に伴う製造コスト共通化の問題等について分析することが求められるが、このような点を的確に論じる答案は少なかった。

また、小型甲市場では、X社とY社の合算シェア（40パーセント）は相対的に低いものの、W社に対する投入物閉鎖や供給価格等の秘密情報の共有による競争制限が生じ得ることを適切に分析・評価する必要がある。かかる投入物閉鎖等について言及する答案も一定数見られたものの、的確に論述するものは多くなかった。

全体として、S社が設立されることによって、乙機器、大型甲、小型甲の各市場において、いかなる競争制限の問題が生じ得るかを論理的に整理して分析、論述する答案は少なかったという印象であった。

#### (ウ) 問題解消措置の検討

独占禁止法上の問題がある場合に、いかなる問題解消措置が考えられるかについては、S社からW社への乙機器の従前と同様の条件での供給の確保を指摘するものは少なかったが、X社及びY社がS社による乙機器のW社への供給に一切関与せず、3社間に情報遮断措置を講じることが必要であるとする答案は比較的多く見られた。他方で、このような問題解消措置について言及しない答案も相当数見られた。

#### (2) 第2問

##### ア 適用条文の選択

本件行為については、「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うち、リース4社による「共同・直接・供給を受けることの拒絶」（一般指定第1項第1号）に該当するものと考えられるところ、大半の答案が、単独で又は複数の行為類型の一つとして、同号を選択していた。また、「出題の趣旨」においても指摘したとおり、リース4社による「共同・間接・供給の拒絶」（独占禁止法第2条第9項第1号ロ）や、リース3社による明示又は暗黙の合意に基づく一般指定第1項第1号該当行為とD社による一般指定第2項該当行為が一体となったもの等として検討することもあり得ると考えられるが、これらの行為類型を選択した答案は、ごく少数であった。なお、これも少数ながら、

取引拒絶に係る類型のうち、「共同・直接・供給の拒絶」(独占禁止法第2条第9項第1号イ)や「共同・間接・供給を受けることの拒絶」(一般指定第1項第2号)を選択する答案も見られたが、問題文に記載された事実関係を基にすると適用条文として難がある。

また、不公正な取引方法のうち、取引拒絶に係る類型以外でも、単独で又は複数の行為類型の一つとして「拘束条件付取引」(一般指定第12項)を選択している答案が3分の1程度存在した(拘束条件付取引を選択した答案であっても、適用条文として一定程度評価の対象としている。)。本件行為のような競争者間の共同行為については、複数の当事者が共同するという人為的な手段により、単独では通常有しない力を行使する点で非難可能性が高まるといえるが、単独で拘束条件付取引を選択した答案については、こうした共同行為としての性質を十分かつ的確に評価することができるかという点で難があるといえる。他方で、拘束条件付取引を選択した答案の多くは、リース4社による「共同・直接・供給を受けることの拒絶」(一般指定第1項第1号)と拘束条件付取引の双方を選択していた。こうした答案のうち少なからぬものが、その前提として、本件行為のうち、①X社に対する行為については、「直接リースを今後行わないこと」、「直接リースを今後も行うメーカーからは甲機械を購入しないこと」を申し入れた段階でX社が直接リースの実施を取りやめており、Y社に対してされたような確定的な拒絶通知にまでは至っていないことから、X社に対する行為は未だ「拒絶」に当たらないとの立場をとって、②Y社に対する行為についてのみ一般指定第1項第1号を適用し、これに加えて、両社に対する行為について拘束条件付取引を適用するものであった。もっとも、①X社に対する行為についても、本来X社が自らの事業判断に基づいてその当否を判断できるはずの直接リースの実施に関して、これを継続するのであれば甲機械を購入しない旨を申し入れているのであるから、このことが「拒絶」に当たるとする立場も十分に成り立ち得るものと考えられ、実際に、そうした前提に立って、一般指定第1項第1号のみを選択して的確に論述している答案が多かった。このほか、ごく少数ながら、「競争者に対する取引妨害」(一般指定第14項)などを選択する答案も見られた。

次に、不公正な取引方法以外にも、私的独占又は不当な取引制限を選択する答案も半数程度あった。これらの答案のうち、不公正な取引方法に係る行為類型を検討した上で予備的にこれらの行為類型を検討しているもの、あるいは私的独占等の該当性を否定した上で不公正な取引方法について検討するものが多数であった一方で、専ら私的独占や不当な取引制限を検討しているものも一定数あった。

なお、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以外の適用条文を選択した場合でも、後記の行為要件及び効果要件において一定程度評価の対象とした(専ら私的独占又は不当な取引制限を検討している答案の効果要件については、一般指定第1項第1号の要件との共通性が認められる範囲につき、その限度で評価の対象とした。)。また、複数の適用条文を選択している場合については、より適切に検討されている行為類型を基本的な評価の対象とし、他方の行為類型も的確な検討がされていれば加点の対象とした。

#### イ 事業者性

多くの答案が、独占禁止法第19条の適用を検討するに当たり、リース4社が「リース事業者」であることを簡潔に指摘した上で、同法第2条第1項の「事業者」に該当することを肯定していたが、事業者性に全く言及していない答案も一定数あった。

#### ウ 行為要件の検討

一般指定第1項第1号を選択した場合には、行為要件である「共同して」について、「出題の趣旨」においても指摘したとおり、D社の営業部長dが会合の途中から発言しなくなつたことやメーカー2社に対する通知の時期がリース3社とD社で数日ずれていることなどの問題文に記載された事実関係も踏まえて、「他の事業者の取引拒絶行為を認識ないし予測して默示的に暗黙のうちにこれを認容してこれと歩調をそろえる意思があれば足りる」(エイ

ベックス・マーケティング株ほか3名審決取消請求事件東京高判平成22年1月29日、東芝ケミカル審決取消請求事件東京高判平成7年9月25日など)との解釈を示した上で、リース4社間での事前の情報交換、その内容及び事後行為の一致など本問の事実関係を挙げつつ、本件行為の共同性要件への該当性を論じることが必要になる。規範の定立に関しては、多くの答案においておおむね適切にされていたが、規範の内容が不正確で必要な要素が網羅されていなかったり、黙示的な合意で足りることが示されていなかったりするなど不十分な内容の答案も相当数見られた。また、当てはめに關しては、①リース3社について、会合における各社の出席者の発言内容を分析するとともに、事後行為の一致などの事情を指摘して明示又は默示の合意を認定した上で、②D社について、D社の当時置かれていた状況を含む背景事情、会合におけるD社の対応状況及びD社の状況に関するリース3社の認識、事後行為の一致などの事情を丁寧に論述して默示の合意を認定する答案が多く見られた一方で、リース4社を一括して論じたり、事後行為の一致について言及がなかったりするなど丁寧かつ分析的な論証に欠ける答案も一定数見られた。

さらに、一般指定第1項第1号の行為要件である「商品・・・の供給を受けることを拒絶(する)」との要件について、問題文に記載された事実関係を簡潔に当てはめて、適切に要件充足を確認している答案が多かったが、「供給を受けることを拒絶」ではなく「供給を拒絶」と記載するなど、行為類型ごとの違いを意識せずに不正確な記載をしている答案も少なくなかった。

## エ 効果要件の検討

独占禁止法第2条第9項第6号柱書の「公正な競争を阻害するおそれ」(以下「公正競争阻害性」という。)とは、競争の実質的制限に至らない程度の競争阻害を意味すること、一般指定第1項に定める「正当な理由がないのに」の文言が公正競争阻害性を意味し、自由競争減殺の観点から価格維持(競争回避)又は市場閉鎖(競争者排除)による競争阻害効果が必要であること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も相当数見られた。

次に、「出題の趣旨」でも指摘したとおり、本件行為について、どの市場に、どのような機序に基づいて、いかなる競争阻害効果を発生させ得るかを検討する必要がある。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、自由競争減殺の観点から分析する前提として検討対象市場を画定する意義とその画定方法を簡潔に明らかにした上で、本問の事実関係に即して検討対象市場を「我が国における甲機械のリース取引市場」として画定することができていたが、「我が国における甲機械の販売市場」として画定する答案も相当数見られた。

市場分析については、「我が国における甲機械のリース取引市場」を画定していくながら、甲機械の販売市場に与える影響の論述に終始していたり、反対に、「我が国における甲機械の販売市場」を画定していくながら、甲機械のリース取引市場に与える影響の論述に終始していたりするなど論理的に見て首尾一貫しない答案がやや目に付いた(問題文には、我が国におけるリース4社の甲機械購入におけるシェアとリース4社の甲機械のリース取引におけるシェアに関する情報が示されており、リース4社による共同拒絶の意味合いを評価する際に前者を用い、リース取引市場からメーカー2社が排除されることの意味合いを評価する際に後者を用いることになるところ、両者を混同している答案も少なくなかった。)。他方で、こうした複数の市場における競争の状況について適切に把握・分析した上で、甲機械のリース取引市場へのメーカー2社の参入阻止による市場閉鎖効果の発生を的確に論証している答案も一定数あった。

なお、「出題の趣旨」でも指摘したとおり、本件行為のような共同の取引拒絶について、

原則違法の類型に当たるとした場合であっても、単に結論のみを記すのではなく、本件行為を原則違法として取り扱うべき理由・根拠を的確に示し、あるいは本問の事実関係に即してその当てはめ等を的確に論じておくことが期待される。原則違法の類型に当たることを指摘する答案の多くは、これに即したものとなっていたが、一部には、結論のみを記載していたり、簡略な分析にとどまつたりした答案もあった。

正当化事由については、リース4社の主張する「リース事業への需要者の信頼の確保」などを正当化事由に関する事情と位置付け、目的の正当性及び手段の相当性の両面から評価する方法ないしこれに類する評価方法を規範として定立した上で、目的の正当性及び手段の相当性の一方又は双方を否定するなどして、正当化事由の存在を否定する答案が多かった。

## 2 出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準との差異について

### (1) 第1問

大部分の答案が、設問(1)において不当な取引制限を、設問(2)において共同新設分割を検討しており、この点で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。

設問(1)では、市場の画定及びそれぞれの市場での効果分析の枠組みについては、出題意図を捉えて的確に論じるもののが多かったが、実際の効果分析に当たっては、各市場の具体的な事情を的確に拾い上げて分析・検討し、その上で問題解消措置を検討するという点において、論理的な論述を行う答案は必ずしも多くはなく、出題時に想定した解答水準をやや下回った。なお、多くの答案が不当な取引制限の行為要件に関して詳細に論じており、このことが効果要件に関する論述が手薄になったことにつながっていると思われる。

設問(2)では、当該計画による独占禁止法上の問題を検討する上でいかなる市場を画定するかという点について、的確な分析・把握を行うものが多くはなく、この点で出題時の想定をかなり下回り、その結果として、効果分析も不十分な答案が目立ち、全体として、出題時に想定した解答水準を下回った。

### (2) 第2問

答案の多くが、「出題の趣旨」に即して、リース4社による「共同・直接・供給を受けることの拒絶」(一般指定第1項第1号)を検討しており、その点では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、本件行為のうちY社に対する行為についてのみ一般指定第1項第1号を適用し、拘束条件付取引(一般指定第12項)を併せて適用する答案が多かった点では、出題時に想定していた解答水準を下回った。また、専ら私的独占や不当な取引制限を検討した答案が一定数あった点も、出題時の想定とは異なった。

行為要件である「共同して」の規範定立及び当てはめについては、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。また、効果要件について、答案の多くが「我が国における甲機械のリース取引市場」と画定できていた点については、出題時に想定した解答水準との間に差異はなかった一方で、本件行為が与える影響の論述に当たって甲機械のリース取引市場と甲機械の販売市場との間で混乱が見られる答案が少なくなかった点では、出題時に想定した解答水準を下回った。正当化事由については、目的の正当性及び手段の相当性の両面から評価する方法等によっておおむね適切に論述している答案が多かったため、出題時に想定した解答水準との間に差異はなかった。

## 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、設問に係る各計画について適切な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い、これに基づき問題解消措置を的確に論じているものとした。

「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の定立に不十分な点があるか、

事実関係の抽出に欠けるところがあるなど当てはめに不十分な点があり、「優秀」な答案には至らないと評価されるものとした。

「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に必要な要素のうち一つ又は二つ程度を欠くものとした。

「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又は独占禁止法上の規範を的確に定立せず、これに基づく各設問の事案に基づく的確な当てはめができていないものとした。

## (2) 第2問

「優秀」な答案は、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。

「良好」な答案は、適切と評価できる適用条文を選択しているが、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、適切と評価できる適用条文を選択していなくても、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、「良好」な答案と評価されるために必要な要素のうち一つ又は二つ程度を欠くものや、その分析が簡略であるものとした。

「不良」な答案は、独占禁止法上問題となり得る行為を的確に抽出せず、又は適切と評価できる適用条文を選択せず、かつ、公正競争阻害性の判断枠組みを的確に指摘できず、ひいてはこれに基づく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うかがわれるものとした。

## 第4 今後の出題について

今後も、独占禁止法の基礎的知識の正確な理解、問題となる行為が市場における競争に与える影響に対する洞察力、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 今後の法科大学院教育に求めるもの

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、どの市場における競争に、どのような影響を、いかなる機序を通じて及ぼすかを念頭に置いて、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教育していただきたい。

## 令和5年司法試験の採点実感（知的財産法）

### 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、発明者の認定、発明者名誉権に基づく補正手続請求、職務発明に係る相当の利益請求権の消滅時効、取消判決の拘束力、用途発明における顕著な効果の意義、用途発明に係る特許権の効力についての理解を問うものである。採点に当たっては、設例から論点を的確に抽出し、関連する条文を丁寧に拾い上げ、各論点について、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、本問の事実関係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

小問(1)については、Bが発明者であることを指摘した上で、Bは、発明者名誉権に基づき、願書の発明者名を訂正する補正手続（特許法第17条第1項）を行うよう出願人Xに対して請求できることを論じている答案を「一応の水準」とし、発明者の認定を丁寧に行っている答案や、発明者名誉権の根拠を詳しく論じている答案は、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

小問(2)については、本件発明がXの職務発明（特許法第35条第1項）に該当し、Bが相当利益請求権（同条第4項）を有すること、Xの職務発明規程にXが特許権を取得した時に一括して補償金を支払う旨の定めがあり、同規程が従業員に周知されていたことから、相当利益請求権の消滅時効の起算点が本件特許権の設定登録時であり、消滅時効期間が5年となること（民法第166条第1項第1号）を指摘した上で、本件特許権の設定登録時から5年が経過していないことから、Bの請求が認められることを論じている答案を「一応の水準」とした。その上で、職務発明該当性や相当利益請求権の法的性質を詳しく論じている答案、相当利益請求権の消滅時効の起算点について最判平成15年4月22日民集57巻4号477頁【オリンパス事件】が示した規範に則して具体的に論述している答案を、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

##### イ 設問2

小問(1)については、最判平成4年4月28日民集46巻4号245頁【高速旋回式バレル研磨法事件】を踏まえ、取消判決の拘束力（行政事件訴訟法第33条第1項）が「判決主文が導き出されるのに必要な事実認定及び法律判断」に及ぶこと、取消判決の拘束力に従つて審決はその限りで適法であり、再度の審決取消訴訟においてこれを違法とすることはできないことを指摘しつつ、第一次取消判決の拘束力が本件発明に係る進歩性の判断全体に及ぶのか、それとも、用途（予防剤への適用）の容易想到性の判断にのみ及び、効果の顕著性の判断には及ばないと解すべきかを論じている答案を「一応の水準」とした。その際、進歩性（特許法第29条第2項）の判断における顕著な効果の位置付け（進歩性を基礎付ける独立の要件か、容易想到性を基礎付ける二次的考慮要素か）に触れつつ、説得的な論証ができている答案は、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

小問(2)については、最判令和元年8月27日判時2446号37頁【アレルギー性眼疾患用処方物事件】を踏まえ、予測し得ない効果の顕著性は、本件発明以外の発明との比較のみで決するべきではなく、本件発明の効果が奏するものとして予測される効果との比較により決すべきことを論じている答案を「一応の水準」とし、その実質的な根拠を具体的に論述している答案は、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

#### ウ 設問3

設問3については、本件発明が用途発明であり、用途発明に係る特許権の効力が対象物を対象用途に使用する行為にのみ及ぶことを指摘した上で、D製剤の販売行為が本件発明の実施行為に該当するか否か、該当するとした場合には、D製剤の販売の差止め及び廃棄（特許法第100条第1項、第2項）を認めるべきか否かについて論じている答案を「一応の水準」とした。その際、D製剤が治療剤としても使用可能であることから、D製剤の販売の差止めを認めることが過剰差止めとならないか否か、また、最判平成11年7月16日民集53巻6号957頁【生理活性物質測定法事件】を踏まえ、D製剤の廃棄が、「差止請求権の行使を実効あらしめるものであって差止請求権の実現のために必要な範囲内のものである」か否かについて具体的に検討している答案は、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、著作物性、類似性（ないし表現上の本質的特徴の直接感得性）、著作者人格権や著作権の対象となる行為の内容、侵害が肯定された場合の救済、著作物の享受を目的としない利用行為やそれに関連してなされる行為の著作権法上の評価についての理解を問うものである。採点に当たっては、設例から論点を的確に抽出し、関連する条文を丁寧に拾い上げ、各論点について、解釈論を説得的に展開し、本問の事実関係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

小問(1)については、著作物性の要件、とりわけ創作性要件の意義について述べた上で、X映像2の作成のためになされた取捨選択や配列に創作性が認められる可能性が高い点がX映像1とは異なっている点を踏まえ、X映像2を自らの著作物としてXが主張することの利点として考えられるものを論じている答案を「一応の水準」とした。その際、X映像1やX映像2の創作性について具体的に論じている答案や、Z映像との関係で侵害が成立しやすいという利点について意識的に論じている答案は、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

小問(2)については、Xがその著作権に基づきなしうる請求として、複製権（著作権法第21条）侵害、譲渡権（同法第26条の2第1項）侵害及び頒布権（同法第26条第1項）侵害を理由とする差止請求（同法第100条第1項）、廃棄請求（同条第2項）並びに損害賠償請求（民法第709条）を挙げた上で、その妥当性の問題として類似性や救済の範囲の適切性について論じている答案を「一応の水準」とした。その際、Z画像においてX映像2の創作的表現が維持されているか否かについて具体的に論じる答案及びZ図鑑1の作成や譲渡を非侵害とした場合に、Z図鑑2全体の廃棄を認めることの可否について具体的に論じている答案は、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

#### イ 設問2

小問(1)については、Xが主張すべき著作者人格権として、氏名表示権（著作権法第19条第1項）及び同一性保持権（同法第20条第1項）を、著作権として、複製権（同法第21条）及び公衆送信権（同法第23条第1項）を挙げている答案を「一応の水準」とした。その際、各権利の対象となる行為を本問の事実関係から具体的に特定している答案は、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

小問(2)については、小問(1)において特定した権利との関係で可能な救済として、差止請求、廃棄請求、名誉回復等措置請求（著作権法第115条）及び損害賠償請求について指摘し、その上で、各権利侵害の成否に共通する要件である類似性の有無及び「協力者」としてXの氏名を表示することが著作者名の表示に当たらない点について論じている答案を「一応の水準」とした。その際、Y映像においてX映像2の創作的表現が維持されている（又は維持されていない）ことについての具体的な検討をしている答案、Y映像の将来の放送の差止めの可否につい

て、Yが「将来的に同種の番組を作成する際に使用することも視野に入れて」いるとの事実を踏まえて論じている答案及び名誉回復等措置として訂正放送などの具体的な措置を論じている答案は、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

#### ウ 設問3

小問(1)については、タブレットへの記録が複製（著作権法第2条第1項第15号）に、タブレットで映像を再生する行為が上映（同項第17号）にそれぞれ該当することを指摘し、これらに關係する支分権の侵害とならないとYが判断した根拠として、複製権（同法第21条）との關係では同法第30条の4を、上映権（同法第22条の2）との關係では「公に」の要件を満たさないことを、それぞれ指摘するものを「一応の水準」とした。その際、同法第30条の4や「公に」（同法第22条）の要件を示し、本問の事實關係を当てはめているものについては、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。なお、タブレットで再生する行為が侵害とならない根拠として同法第30条の4を挙げた答案については、上映権侵害について論じていると理解できるものであれば評価の対象とした。

小問(2)については、結果的にX映像2の全てを見た3名の飼い主がいたことをもって、著作物を「公に上映」（著作権法第22条の2）したといえることを指摘し、その上で複製行為や上映行為が同法第30条の4の権利制限の対象となるか否かについて論じている答案を「一応の水準」とした。その際、「公に」要件の充足性について具体的に論じている答案、Yのスタッフが飼い主に対し「映像を見る必要はない旨伝達していた」ことが著作物を「他人に享受させることを目的としない」（同条）ことを根拠付ける事情として十分といえるかについて論じている答案及び複製物の目的外使用（同法第49条第1項第2号）の可能性について論じている答案については、その内容に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

### 3 採点実感等

全体を通じて、問題文で与えられた事實を正確に理解せずに論述する答案が少なくなかった。与えられた事實に基づいて、設問が求める内容に関して論述することは、答案の基本であるが、こうした作業ができていないと感じた。

例年指摘しているが、根拠条文を、項目番号や号番号まで含めて正確に特定して記載していない答案が散見された。

また、前半の設問に時間を取り過ぎたためか、後半の設問の解答が希薄なものが認められた。

さらに、判読不能な答案は、妥当な評価につながらないため、可能な限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

小問(1)について、発明者の認定に当たっては、設問の事案に即した分析をすることが望まれる。本件では、発明が医薬品の用途発明であること、当該用途についての効果は事前には必ずしも予測できず、これを実際に確認することが発明の完成において最も重要であることなどを意識した記述をする必要がある。そこまでの記述ができていた答案は多くはないものの、ほとんどの答案は、結論としてBが発明者であることを正しく認定できていた。

もっとも、BがXに対して補正手続をすることを求める根拠について適切に論じていたものは少なく、Bが発明者名譽権を有することに言及せず、発明者であることから直ちに発明者名の訂正をなし得ると論じる答案が多くあった。補正手続請求の根拠（人格権に基づく妨害排除請求）まで論じられているものは、ほとんどなかった。

発明者名譽権は発明者に一身専属的に帰属するものであり、職務発明の成否に左右されないため、小問(1)において職務発明該当性を論じる必要はないが、発明者該当性と特許を受ける権

利の帰属が異なる問題であることを理解せず、後者を有しないことを理由に請求を否定する答案など、法の基本的な理解を欠くと評価せざるを得ない答案も見られた。

発明者の氏名は、明細書（特許法第36条第2項）ではなく、願書に記載される（同条第1項第2号）事項であるため、その補正は同法第17条第1項によるものである。それにもかかわらず、同法第17条の2による補正とする答案が少なくなかった。

訂正審判と混同して論じるもの、特許法第17条第1項が出願者のみが補正を行えるとしていることから単純に請求は認められないとするものなど、基礎知識が欠如していると思われる答案が目立った。

小問(2)について、時効の起算点が問題となることに気付いている答案は多かったが、起算点が、原則として、使用者の権利取得時であること、勤務規則等に支払時期の定めがある場合には支払時期の到来時が起算点となることを、最高裁判決の規範を踏まえて丁寧に論じている答案は少なかつた。

また、出願されても拒絶されて特許権が認められない可能性があることを理由に、特許登録時が時効の起算点になるとの誤った認識を前提としているとしか思えない解答が少なくなかった。

消滅時効期間につき、民法第166条第1項第2号の10年の時効期間の適用を論じている答案が散見されたが、設問に、「補償金の支払時期を定めた職務発明規程が従業員に周知されていた」旨記載があることから、同項第1号の5年の消滅時効の適用を検討すべきである。

また、時効に関する民法第166条第1項第1号を指摘できているものは多かったが、号まで特定されていない答案も散見された。

設問に「補償金」とあることから、特許法第65条の補償金請求権と混同し、その消滅時効（同条第6項）の適用を論じる答案が散見された。しかし、職務発明の補償金請求は、あくまで同法第35条の相当の利益請求の問題であることに留意すべきである。

不法行為に基づく損害賠償請求の消滅時効（民法第724条）を指摘する答案も散見された。職務発明「規程」を「規定」とする答案もあった。

#### イ 設問2

小問(1)について、取消判決の拘束力が問題となることを指摘できていた答案が極めて少なく、審決取消訴訟の審理範囲の問題として論じる答案が非常に多かった。また、取消判決の拘束力について論じている答案のうち、拘束力が及ぶ客観的範囲や、第二次判決に対する拘束力について正確に論じている答案は少なかつた。取消判決の拘束力は、特許法の重要論点の一つであるため、幅広い学習が望まれる。

新規性（特許法第29条第1項）と進歩性（同条第2項）を混同している答案が散見された。

一事不再理効（特許法第167条）について論じている答案があったが、一事不再理効は確定審決の効力であり、本件では、第一次審決取消判決が確定しただけで、審決が確定していないため、一事不再理効は関係しないことに留意すべきである。

小問(2)について、進歩性判断における顕著な効果の位置付けについて言及できていた答案は少なく、進歩性の顕著な効果の判断手法について論じた最高裁判決を踏まえた答案は極めて少なかつたが、そのような中で同判決を踏まえつつ、その具体的な根拠について論じられている答案は高く評価した。

#### ウ 設問3

本件発明に関する特許権の効力が、予防剤としての用途にのみ及ぶことに言及をする答案は少なくなかったが、この点がD製剤の販売に関する侵害成否に、どのように考慮されるかを、適切に論じられている答案はあまり多くなかった。

本件発明は、化合物 $\alpha$ を有効成分とする予防剤についての発明であるから、物の発明と認定

すべきであるが、方法の発明と認定した答案が散見された。

また、本問は、直接侵害の問題であるにもかかわらず、間接侵害について論じている答案が極めて多かった。

本件特許権を侵害しない使用方法があることについて配慮していない答案や、廃棄は差止請求の実現のために必要な範囲内のものであることを要することについて言及していない答案が多くかった。差止めと廃棄は、相手方に及ぼす不利益の程度が異なり得るのであり、本問では予防剤に関する記載を抹消すれば侵害せずに販売できるのであるから、販売と廃棄を区別して検討すべきであり、両者を区別せずに論じている答案は低く評価せざるを得なかった。

## (2) 第2問

### ア 設問1

小問(1)について、設問に「どのような利点があるかについて論じなさい」とあるにもかかわらず、Xの主張の可否を論じている答案が散見された。設問で問われていることに適切に解答するように心掛けるべきである。

シーンの選択と配置に個性が認められる余地がある点でX映像2はX映像1に比べて著作物性が認められやすいことを指摘できていた答案は多かったが、Z映像の利用との関係でX映像2の方が類似性を主張しやすいことを指摘できていた答案は少なかつた。

小問(2)について、著作権は支分権に分かれており、それぞれ訴訟物として異なる以上、それぞれの行為を対象とする支分権を個別に掲示し、これに対応して「考えられる」請求を網羅的に列挙すべきところ、こうした意識が十分でないがために低評価にとどまった答案が少なくなかった。

また、「著作権に基づいてなし得る請求としてどのようなものが考えられるか」とあるにもかかわらず、著作者人格権について長々と検討している答案が散見された。問題文をしっかりと読み、問われていることに適切に解答するように心掛けるべきである。

多くの解答がZ画像の掲載行為等について、同画像がX映像2から抜き出したものであるとのみをもって著作権侵害を肯定しており、類似性について具体的に検討できていた答案は少なかつた。類似性に言及せずに、適法引用（著作権法第32条第1項）の成否について検討するものが多かつた。

Z・DVDについて、頒布権（著作権法第26条第1項）ではなく、譲渡権（同法第26条の2第1項）に言及する答案が多かつた。

「差止請求」とのみ記載し、具体的な請求内容を記載しない答案が散見された。特に、Z図鑑1とZ図鑑2の相違は、Z・DVDの付属の有無だけであり、その違いに着目できていない答案がほとんどであり、請求の妥当性に関し、DVDと書籍部分が分離可能であることを踏まえて、差止めの範囲について論じている答案はごくわずかであった。

### イ 設問2

Yの行為について、問題となる複数の支分権のうち、一部のみを指摘しているもの、誤った支分権を指摘しているもの、行為を整理せずに支分権のみを列挙するものなどが多く見られ、問題となる行為と支分権について整理して適切に指摘できている答案は少なかつた。そのため、どの行為について、いかなる請求をなし得るかについても、網羅的に言及できているものは、ほとんどなかつた。

小問(1)について、Y映像の作成が複製権の、Y映像の放送が公衆送信権の対象となることについて、一定数の答案で指摘されていたが、氏名表示権に言及していない答案が散見され、X映像2の改変が同一性保持権の対象となることを指摘できている答案は少なかつた。

小問(2)について、X映像2とY映像の類似性についての検討が不十分なもののが多かつた。

また、差止請求の対象となる行為を特定することなく、単にYに対して差止請求を主張するとのみ記載した答案が散見された。既に放送が終わっているため、差止請求をすることはでき

ないとする答案が散見されたが、設問に「将来的に同種の番組を作成する際に使用することも視野に入れて」とあることから、将来の放送の差止めの可否について論じるべきである。

多くの答案が著作権法第115条の「適当な措置」に言及できていたが、その指摘にとどまらず、「適当な措置」の具体的な内容について論じられている答案は高く評価した。

#### ウ 設問3

小問(1)について、タブレットへの記録行為と映像の再生行為とを区別せずに、単に著作権法第30条の4が該当するとのみ記載した答案が多かったが、両者は異なる支分権の対象となる行為であるから、区別して論じるべきである。

上映権侵害とならない根拠として、「公に」の要件を満たさないことを指摘するものは少なかった。

小問(2)について、3名の飼い主にX映像2を見せたことにより、著作権法第49条第1項第2号の目的外使用として、複製がなされたものとみなされ、複製権侵害が成立し得ることを指摘できていた答案は極めて少なかった。

Yのスタッフが飼い主に対し映像を見る必要はない旨伝達していたことをもって、Y実験に際してなされた利用行為が著作物を「他人に享受させることを目的としない」(著作権法第30条の4)ものといえるかについて論じているものはごくわずかであった。また、現に3名の飼い主が映像を見ているにもかかわらず、同伝達があることから直ちに非享受目的と認定する答案が散見された。

### 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、事案分析力及び論理的思考力を試す出題を継続することしたい。

### 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、論点を的確に把握し、問題文に記載された事実から論点に関連する事実を抽出し、事案に即した結論を導く力を問うような出題を心掛けた。

しかし、基本的な論点を見落とし、関係のない論点について冗長に論じている答案、論点には言及されていても、論点の内容についての理解が不十分な答案、条文が適切に引用されていない答案、重要な条文や概念について正確な理解をしていない答案、論点に関連する著名な裁判例を意識していない答案や理解が不正確な答案、事案の分析が不適切な答案、問題文に提示された事実の中から必要なものを過不足なく拾い上げようとする姿勢が見られない答案が目に付いた。

今後の法科大学院教育には、引き続き、基本となる条文解釈の重要性を意識させ、こまめに条文を確認して学習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、各論点について深く分析することに力点を置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。加えて、具体的な事実関係から問題となる論点を的確に把握し、法的解決策をバランスよく、かつ説得的に論述する能力を養う実践型の教育を行うことが期待される。本科目に関しても、訴訟を念頭に置いた上で、具体的な法律上の権利に基づく請求権を特定することが重要であり、また、考えられる請求ないし反論が問われている場合においては、訴訟代理人として主張する場面を想定して網羅的な記述を徹底することが望まれ、より実践的な指導を期待したい。

## 令和5年司法試験の採点実感（労働法）

### 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。この点は、過去の採点実感においてもこの項で繰り返し指摘してきたところであり、再度指摘しなければならないことは残念である。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、できるだけはつ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、私傷病を理由として就業規則に基づく休職命令を受けた労働者が、休職期間を経ても十分には回復しなかったため、会社が、復職命令をせず、就業規則の規定により当該労働者を自然退職したものとしたという事案を素材として、そこに至るまでの会社（Y社）の対応及び労働者（X）の意向の点で異なる事実関係が付加された二つの設問において、Y社がXを自然退職したものとして取り扱ったことの適否等を検討することを求めるものである。

設問1では、まず、Xの請求の当否（あるいはその裏返しであるY社の主張の当否）を検討する前提として、Y社が休職期間の満了をもってXを自然退職したものとすることができる法的根拠を明らかにする必要がある。休職制度それ自体は法令に具体的な定めが置かれているものではないから、Y社の就業規則第35条が社員が所定の休職期間を満了しても復職することができないときは会社を退職すると規定し、自然退職の効果が生ずる旨を定めていること及びその定めが合理的であり、かつ労働者に周知されていた場合には、Y社とXとの間の労働契約の内容となることを、法令上の根拠（労働契約法第7条本文）とともに指摘する必要がある。この点について、多くの答案が就業規則第35条に言及していたものの、同法第7条本文に言及していないものが相当数あった。論拠となる制定法を的確に指摘することは、法的論証の基礎であり、基本的な条文についての知識を再確認する必要性が感じられた。

その上で、前記の就業規則の規定の内容によれば、Xが復職可能な状態にある場合には、自然退職の効果の発生が障害されることから、Xの請求の当否の検討においては、端的に復職の可否を論ずれば足りる。しかしながら、この点を十分に意識することなく、Y社がXを自然退職したものとして取り扱ったことが権利濫用に当たるか否かといった枠組みをあえて設定する答案が少なからずみられたほか、自然退職を解雇と同一視した上で、労働契約法第16条の解雇権濫用の規範に従って論ずるものが相当数あった。もとより、休職期間の満了による自然退職と解雇の相

違を理解した上で、同条の趣旨を自然退職にも及ぼすことができるかといった観点からも請求の当否を検討することは否定されないものの、その点が答案の記述に表されておらず、むしろその理解を欠いているとみるほかないものが少なくなかった。こうした労働法の基本的な概念相互の異同は、基本的な条文や判例等を学習していれば、自ずと理解することができるはずの事柄であると思われるものであるだけに、残念であった。

Xの復職の可否を論ずるに当たっては、まず、復職可能な状態とは、従前の（休職前の）職務を通常程度行える健康状態をいうとの原則論に触れ、Xの健康状態がこれを満たすものであったかを検討する必要があろう。こうした前提について検討・確認することなく、直ちに後記のその例外（原則的な意味で復職可能な状態とは認められなくとも自然退職の効果の発生が障害される場合）の要件等についての検討に入る答案が、少なからずみられた。原則に当たるのであれば例外について論ずる必要はないことになるし、また、どのような枠組みにより例外を許容するのが適切であるかといった点を論ずるに際しても、原則論を土台とすることは、説得的論述の基礎というべきであり、日頃の学習においてこうした基礎を身に付けておくことの重要性を改めて強調しておきたい。

こうした原則論に触れた上で、Xが従前の職務を通常程度に行える健康状態にまでは回復しないとも復職可能な状態にあると認めることができる場合があるかどうかという点については、こうした判断をするに当たっての基本的な視点を示す判例（片山組事件・最高裁判所平成10年4月9日労判736号15頁）があることを前提に、その後の裁判例において、前記の判例の判断枠組みが自然退職の適法性が争われる事案にも広く用いられている（東海旅客鉄道事件・大阪地判平成11年10月4日労判771号25頁等）ことを踏まえ、本問における適切な検討の視座（規範）を設定し、これに設問の事実関係を的確に当てはめることが求められる。本問では、後記の設問2についてのものを含め、この点を確実に論ずることができているか否かによって、答案の評価に差が付くこととなった。前記の判例やその判断枠組みに言及することなく、独自の判断枠組みを提示する答案も一定数みられたが、基本的判例の知識とその理解が法曹に必須であることはいうまでもなく、その上であえてこれと異なる立場を探るのであれば、その理由を説得的に示すことが不可欠であろう。また、前記の判例に言及していても、その判旨を正しく理解していないと思われる答案や、理解に誤りがあるとまではいえないとしても、記述が不正確と言わざるを得ない答案も少なからず存在した。もとより判例の文言の一字一句を違わず暗記することを要するものではないが、例えば、前記の判例の「配置される現実的 possibility があると認められる業務が他にあった」という文言について、専ら労働者側の当該業務への従事可能性のみを念頭に置き、現実的に配置が可能なのかといった使用者側の事情は全く顧慮しないかのような記述をしたり、そのような当てはめをしたりするのは、判例が示した法規範の理解が不正確であるというほかない。判例において用いられた表現の意味するところを正確に理解した上で、それに基づく論述をすることが重要というべきである。

実際、設定した判断枠組み（規範）への当てはめにおいて、前記の判例の理解が不正確であること等に起因して、適切な検討ができていない答案があった一方で、その趣旨に沿って事例に示された諸事情を過不足なく拾い上げ、的確に評価して結論を導くことができている答案もみられた。また、障害者の雇用の促進等に関する法律（昭和35年法律第123号）の趣旨や、労働者の復職の可否を判断するに当たって使用者に合理的な配慮を求める裁判例（日本電気事件・東京地判平成27年7月29日・労判1124号5頁）に照らせば、当てはめに際しては、Y社の規模や主治医の意見の内容等を取り上げつつ、こうした配慮が必要であり、かつ、可能であったかどうか等についても、検討すべきと考えられ、この点を論じている答案には、より高い評価を与えた。

設問2においても、まずは、Xが延長後の休職期間満了の時点（設問1とは異なる時点）で従前の職務を通常程度行える健康状態であったかを検討し、その上で、例外的場面に当たるかどうか

かについて、設問1におけるものと同様の判断枠組みにより論じていくこととなり、その当てはめにおいては、Xが総務課での試験出社中に従事した業務の内容やその遂行状況等、設問2の事例に示された諸事情を的確に取り上げて評価し、説得的に論ずることが求められる。そこでは、障害者の雇用の促進等に関する法律の趣旨等に鑑み、Xの自然退職に至るまでの事実経過においてY社による合理的な配慮があったと評価することができるか否かを検討することも考えられるが、その点のみを検討し、設問2の結論に至る答案が相当数みられた。設問2と設問1とでは事実関係が異なるものの、いずれにおいてもXを自然退職したものとして取り扱ったことの適否が問われているのであるから、基本的には規範が共通することを意識した上で、その規範や当てはめについて、設問ごとに異なる事実関係に照らした検討をする必要があり、その検討の中でY社のXに対する対応において合理的な配慮があったと評価することができるか否かを論すべきであろう。

次に、未払賃金の請求との関係においては、試験出社期間中の労務の提供が、債務の本旨に従ったものと評価される余地はないか、また、本旨弁済に当たらないとするとしても、なおXのY社に対する賃金請求権が発生すると考えられる余地はあるのかといった点について、検討することが求められる。この点については、前記の労務が従前の職務と比較して大幅に軽減されたものであり、就業規則第32条において賃金が支給されないものとされている休職期間中に行われたものであること等を踏まえ、休職となっている従来の労働契約についての本旨弁済には当たらないものとしつつ、賃金請求権が発生する法的根拠の有無（前記の労働契約とは別個の合意の存否等）を論ずるなど、事実関係を十分に考慮した記述をする答案も少数ながらみられたが、こうした検討をすることなく、単に、業務への従事があった以上、賃金債権が発生するといった記述をするにとどまる答案が意外に多かった。

## (2) 第2問について

本問は、派遣労働者により組織された労働組合が派遣労働者の派遣先である事業者に対してした団体交渉の申入れを同事業者が拒否し、また、同組合と労働者派遣事業者との間で締結された労働協約により添乗員の12か月間の基本給の一部の支払猶予が約定され（令和3年協約）、さらに、これに続く別の労働協約により当該支払猶予分の賃金債権の放棄が約定された（令和5年協約）という事例を素材として、前記の団体交渉拒否について労働委員会による救済を受けることの可否（設問1）、同組合の組合員による支払猶予分の賃金及びその遅延損害金の支払請求の成否（設問2）について、検討すべき法律上の論点についての論述を求めるものである。

設問1では、①添乗員の雇用主ではないA社が派遣労働者たる添乗員との関係で不当労働行為を禁止される「使用者」（労働組合法第7条）に当たるか、②C組合がA社に対して団体交渉を申し入れた事項がいわゆる義務的団体交渉事項に当たるか、③A社による団体交渉の申入れ拒否に同条第2号所定の「正当な理由」があるか、が論点となる。このうち、②及び③については、比較的多くの答案が各論点を的確に指摘した上で、判例（INAXメンテナンス事件・最判平成23年4月12日労判1026号27頁等）を踏まえて義務的団体交渉事項の意義を示し、同号所定の「正当な理由」の有無についての検討を含め、本件の事実関係に照らした論述を展開し、結論を導くことができていたが、設問1におけるより重要な論点である①について、論述が十分とはいえない答案が少なくなかったことは、非常に残念であった。

まず、そもそも①が設問1において検討すべき法律上の論点であることを認識・理解しておらず、当を得ない論点を挙げるものが、多くはないものの一定数見られた。具体的には、前記のとおり、A社は派遣労働者たる添乗員の雇用主ではないため、同社がC組合に加入する添乗員との関係で不当労働行為を禁止される立場に立つといえるか、すなわち、労働組合法第7条の「使用者」に当たるかを論すべきところ、C組合の組合員が同法第3条の「労働者」に当たるかを論じるものが、若干数見られた。C組合の組合員が「労働者」であることは、誰がその「使用者」として不当労働行為を禁止される立場に立つかの問題を当然に解決するものではないことを理解す

る必要がある。なお、派遣先であるA社を当然に添乗員の「使用者」とする答案も散見されたが、正に検討すべき点である。そのほか、法人格の否認や、A社とC組合の組合員との間の默示の労働契約の成立を論じるものも散見されたが、不当労働行為を禁止される「使用者」は労働契約の一方当事者である使用者に限られないとする点が、正に後記の判例が判示するところであり、それらの答案にはその理解が欠けていると言わざるを得ない。

この労働組合法第7条の「使用者」性については、相当数の答案が論じていたものの、そうしたものにおいても、関係する判例（朝日放送事件・最判平成7年2月28日民集49巻2号559頁）を正確に理解してその判示する規範の内容を正しく提示しているものは、想定以上に少なかった。同判例は、労働組合法第7条の「使用者」性の一般的な判断基準を提示するものであり、労働者の基本的な労働条件等について部分的とはいえ雇用主と同視できる程度に現実的かつ具体的に支配、決定できる地位にあると認めることができる事業主について、その限りにおいて部分的な「使用者」性を認めたことを含め、その内容を正確に理解しておくことが極めて重要である。これを正確に理解し、それを適切に論述することができないと認められる答案には高い評価を、逆に、それらの点がずさんと言わざるを得ないものには低い評価を与えた。

さらに、A社は労働者派遣事業を営むB社から派遣労働者たる添乗員を受け入れている事業者であり、こうした事業者が派遣労働者との関係で前記の「使用者」に当たるかどうかについては、前記の判例の趣旨を踏まえつつ、特別な判断枠組みを提示する裁判例（阪急交通社事件・東京地判平成25年12月5日労判1091号14頁）等があることから、こうした特別な判断枠組みによるべきか否かも論じることを求めていたのであるが、残念ながら、この点を論じていた答案は皆無に近かった。この点は労働法の概説書等で一般的に取り扱われるレベルの比較的基本的といえる部類に属する事項であり、こうした基本的な項目については広く理解しておくことが、実務家には期待されることを指摘しておきたい。

設問2では、①労働者の賃金債権の一部の履行期を遅らせることをその内容の一つとし、労働条件を労働者の不利益に変更するものである令和3年協約に、Dに対する規範的効力が認められるかという点、さらに、②令和3年協約により同年12月分の賃金の一部の支払を猶予し、また、令和3年協約により支払が猶予された賃金を令和5年協約により放棄すること、そのように労働者に具体的に発生した賃金請求権を処分・変更することが許されるか、が論点となる。しかしながら、令和3年協約及び令和5年協約について②が問題となることに気付いていると考えられる答案はかなり少なく、令和3年協約のうち同年12月分の賃金の一部の支払を猶予する部分について②が問われることに気付いていると考えられるものはほぼ皆無であり、いずれについても①のみを論じるものが大多数であった。限られた試験時間の中で精緻な分析をすることは容易なことではないが、法曹にとって事実関係の急所を的確に把握することは重要な資質であることを指摘しておきたい。

②については、①に係る判例とは別に、個々の組合員による特別の授権がない限り許されない旨を述べる判例がある（平尾事件・最判平成31年4月25日労判1208号5頁。香港上海銀行事件・最判平成元年9月7日労判546号6頁及び朝日火災海上保険（高田）事件・最判平成8年3月26日民集50巻4号1008頁も参照）。労働協約の規範的効力に関する判示を含む主要な判例は、基本的なものとして確実に理解しておく必要がある。前記の平尾事件等の主要判例の存在をそもそも知らないのではないかと思わざるを得ない答案が決して少数ではなかったことは、極めて残念である。なお、令和3年協約と令和5年協約とをいわば一体のものとして①を論じるものが少なからずみられたが、別個にその法的問題を検討すべきである。

令和5年協約による既発生の賃金債権の放棄に関し、賃金全額払いの原則（労働基準法第24条第1項）に依拠し、労働者の自由な意思に基づく放棄としての意思表示の効力が認められるかという観点から論じる答案が少なからずみられた。こうした論述は、個々の労働者に具体的に発生し、そのそれが決定すべき領域に移行した事項（ここでは賃金請求権）について集団的な

労働条件の決定手段である労働協約によって規律し得るのかという、論理的に先に来るはずの検討を懈怠あるいは等閑視するものというべきであるし、そもそも個々の労働者の意思表示の有効性の問題に関する考え方が、なぜ労働組合により締結される労働協約の効力が及ぶ範囲の検討においても妥当するのかを明らかにしておらず、論理としても飛躍があると言わざるを得ないであろう。また、令和5年協約について、令和3年協約との関係でいわゆる有利原則の問題を論じる答案も相当数存在したが、同原則は、労働者と雇用主との間の個別の合意が労働協約に優先するかという問題であり、本設問で論ずべきものではないことは明らかであろう。

令和3年協約のうち同年12月分の賃金以外の賃金の一部の支払を猶予する部分は、将来に向かって労働条件の一部を労働者に不利益に変更するものであり、①のみが問題となる。この点については、正しく判例（朝日火災海上保険（石堂）事件・最判平成9年3月27日労判713号27頁）の考え方を踏まえ、令和3年協約のDに対する規範的効力の有無を検討する答案が、一定数存在し、そうした答案には高い評価を与えた。その一方で、信義則違反や公序良俗違反を論じるなど、同判例を踏まえた形跡がみられないものもみられた。さらに、令和5年協約による賃金債権の放棄の可否を①の観点でのみ論じるものの中には、令和3年協約は、いわば当然にDに対して規範的効力を有するとしたものか、全く検討をしない答案が相当数あった。令和5年協約による賃金債権の放棄の可否を①にかかる前記判例の考え方に基づいて検討し、結論として許されたことが一因とも考えられるが、設問は「検討すべき」法律上の論点を挙げて論述することを求めており、設問2は賃金のほか遅延損害金の請求の可否も明示的に問うているのであって、令和5年協約による賃金債権の放棄が許されない場合には、令和3年協約の規範的効力の有無は、各月分の賃金債権に係る遅延損害金の発生の起算点を左右することとなるのであるから、放棄は有効とする立場に立つとしても、論述の必要性がなくなるわけではない。設問に遅延損害金の請求の成否の点を明示したにもかかわらず、遅延損害金の起算点について論じる答案はかなり少なく、正確な起算点を指摘する答案が数える程度であったことは、残念であった。

その一方で、両設問を通じ、設問に全く対応しない答案が散見されたことも指摘しておきたい。例えば、C組合はA社の団体交渉拒否が労働組合法第7条第2号所定の不当労働行為に該当するとして労働委員会に救済申立てをしたものであるのに、設問1で同条第3号の不当労働行為の成否や救済内容を論じるもの、遅延損害金の支払請求の成否についても問う設問2でこれに全く触れないものなどがあった。

両設問を通じて、合格水準に達しなかった答案にある程度共通して見られた特徴は、①まず出発点から検討すべき法律上の論点を見定めることができていない、②それができたとしても関係する判例の知識に欠け、あるいはその理解が不正確であり、その規範に触れることなく、触れたとしても論述が不正確である、という点にあった。事例の事実関係を正確に把握して検討すべき論点を的確に見出し、関係する判例の規範を正確に提示した上で、事例の事実関係をこれに的確に当てはめて論述している優秀な答案も存在したが、数は限られていた。本問では、事例や設問から集団的労働関係法についての基本的かつ主要な論点を的確に取り上げることができるか、当該論点に係る重要な判例を正確に理解しているかにより、成績が大きく分かれたということができる。集団的労働関係法は、歴史的にも、また、実務的にも、決して疎かにし得ない分野であり、関係する判例にも進化がみられる。それらをきちんと理解することは、法曹たらんとして労働法を学ぶ者にとって、欠くことのできない重要な事柄であることを、改めて強調しておきたい。

#### 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認められる答案である。

「良好」の水準にあると認められる答案とは、論す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認められるものの、論すべき論点の一部に言及していないかったり、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つたり、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つたりするなど、具体的な事実に対応して法的見解を開拓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。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開拓し、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。

## 令和5年司法試験の採点実感（環境法）

### 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

【第1問】及び【第2問】に共通して、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理解、及び重要判例の正確な把握に基づいて、法制の説明や個々の条文の法解釈、設例に対する適切な解答を行っているか、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、空港・自衛隊基地騒音に対する司法的救済の在り方について、①大阪国際空港訴訟上告審判決・最大判昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁（以下「大阪空港訴訟最判」という。）、②厚木基地第1次訴訟上告審判決・最判平成5年2月25日民集47巻2号643頁（以下「厚木基地訴訟平成5年最判」という。）、③国道43号・阪神高速道路訴訟上告審判決・最判平成7年7月7日民集49巻7号1870頁（損害賠償請求。以下「国道43号訴訟最判（損害賠償）」といふ。）、④同上告審判決・最判同日民集49巻7号2599頁（差止請求。以下「国道43号訴訟最判（差止）」といふ。）、⑤厚木基地第4次訴訟上告審判決・最判平成28年1月28日民集70巻8号1833頁（以下「厚木基地訴訟平成28年最判」という。）を踏まえて、設問の紛争に適した訴訟形式の検討とともに、訴訟要件、及び本案勝訴要件、特に騒音発生の違法性に関する判断枠組みを的確に論ずることができるかを問おうとするものである。

【第2問】は、いわゆる循環管理の分野における費用負担の問題を中心として、ライフ事件（東京地判平成20年5月21日参照）を素材としつつ、容器包装に係る分別収集及び再商品化の促進等に関する法律（以下「容器包装リサイクル法」といふ。）における費用負担の考え方、それと循環型社会形成推進基本法における拡大生産者責任の考え方との関係、制裁手段、容器包装リサイクル法の課題に関する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

【設問1】のうち、小問(1)においては、国道の道路騒音及び基幹的空港の騒音に係る民事差止訴訟の提起の適法性に関する理解を問い合わせ、国道43号訴訟最判（差止）及び大阪空港訴訟最判について、両判決が異なる結論に至った理由を、【資料】を参照しつつ、分析して明らかにする能力を試している。

解答にあっては、一定の割合の者が、空港の供用や航空機の離発着の差止めの請求に関しては、公権力の発動によることを要する方法しか考えにくかったことから、大阪空港訴訟最判は、国に対する民事差止訴訟を不適法として却下したのに対し、道路の騒音の差止請求については、騒音等を一定の基準以下に引き下げる事が求められているが、そのための方法としては、公権力の発動によることを要する方法のみでなく、道路管理者による事実行為も想定できるため、公権力の発動を求めるものではないと解されること、よって、国道43号訴訟最判（差止）は、国に対する民事差止訴訟の提起を適法と判断したと考えられる旨を解答できていた。もっとも、各差止請求の内容と公権力の発動との関係について言及のなかった解答も一定の割合で見られた。

小問(2)においては、国道43号訴訟最判（差止）が提示した民事差止請求の違法性及び同訴訟最判（損害賠償）が提示した損害賠償請求の違法性の各判断枠組みについての理解を試している。

小問(2)の①に関しては、ほとんどの受験者は、国道43号訴訟最判（差止）が、民事差止請求の違法性の判断枠組みとして、受忍限度についての枠組みを提示し、①侵害行為の態様と侵害の程度、②被侵害利益の性質と内容、③侵害行為のもつ公共性の内容と程度を取り上げて比較衡量をしている旨を解答できていた。また、小問(2)の②に関しては、第1に、多くの受験者が、国道43号訴訟最判（損害賠償）が、損害賠償請求の違法性の判断枠組みとして、①侵害行為の態様と侵害の程度、②被侵害利益の性質と内容、③侵害行為のもつ公共性の内容と程度、④被害の防止に関する措置の内容等の4点を考慮していることを解答できており、一定の割合の解答者が、上記③の考慮に当たっては、受益と被害の彼此相補の関係が成り立つか、被害対策が見るべき効果をあげているかを検討すべきものとしていることを解答できていた。もっとも、損害賠償請求の違法性における考慮要素のうち、公共性に関する最高裁判決の判断枠組みの特色や、これに対する学説の評価（公共性の考慮の当否）について言及がされた答案は、多くはなかった。第2に、差止請求と損害賠償請求の違法性の関係については、ほとんどの受験者が、違法性段階説又は「ファクターの重みづけ」相違説への言及ができていた。

[設問2] のうち、小問(1)においては、自衛隊機の離発着に伴って生ずる騒音の差止めを請求する訴訟の形式について、厚木基地訴訟平成5年最判及び同訴訟平成28年最判を前提とした上で、複数の可能性を適切に比較検討する能力を試している。

上記の判決を念頭において検討されるべき訴訟上の選択肢としては、まず、民事差止訴訟と行政訴訟とが考えられる。厚木基地訴訟平成5年最判が自衛隊機基地騒音に係る民事差止訴訟を不適法としたこと、同訴訟平成28年最判が法定抗告訴訟としての差止訴訟を適法なものとして本案審理に入ったことを踏まえ、訴訟要件を含めて適切な立論を行った答案はかなりの割合を占めたものの、出題者の期待に沿うまでに多くはなかった。その他には、大阪空港訴訟最判の結論及びその論旨を参考として、民事差止訴訟は不適法であることを前提に、公法上の当事者訴訟や権力的妨害排除訴訟について論じた解答が一定程度の割合であった。さらに、直接型（非申請型）義務付け訴訟が国営空港騒音に係る紛争の訴訟上の受皿になると理解してきた点を踏まえて、当該訴訟について検討する解答もあった。

次に、小問(2)において、厚木基地訴訟平成28年最判の論旨を踏まえた解答者の多くは、差止訴訟の本案勝訴要件を規定する行政事件訴訟法第37条の4第5項に則して、(a)防衛大臣の判断に幅広い裁量が認められることや、(b)差止請求を認容すべきかを判断する際には、自衛隊機の運航目的等に照らした公共性や公益性、周辺住民の被害の性質と程度が考慮されることを指摘できていた。また、被害軽減措置の有無や内容等も考慮されることを指摘できている解答が少数ながら存在した。さらに、公法上の当事者訴訟や権力的妨害排除訴訟、直接型（非申請型）義務付け訴訟を論じた答案の中にも、上記の視点に準じて差止請求の本案勝訴要件を論ずるものがあった。

なお、小問(1)・小問(2)を通して民事差止訴訟を専ら検討している解答もあったが、これは大阪空港訴訟最判から厚木基地訴訟平成28年最判へと至る判例の流れと学説における議論を看過し、[設問2] の題意を踏まえていないものである。ただし、これらの答案の中にも自衛隊基地騒音の特殊性を踏まえた立論がされているものがあった。

小問(3)においては、国道43号訴訟最判（差止）の判断枠組みと小問(2)に示した判断枠組みとの比較を行うことが求められる。民事差止訴訟と行政事件訴訟法上の差止訴訟との間において、差止めが認容されるか否かの判断における考慮要素は大きくは異ならないとする評価は一般的であり、この点を指摘した答案は一定程度の割合において存在した。また、厚木基地訴訟平成28年最判が防衛大臣の判断に幅広い裁量が認められているとしていること、自衛隊機の運航の差止めの可否における判断においては被害軽減措置の有無や内容等も考慮されるとしていることを的

確に指摘した解答が、一定程度の割合であった。なお、自衛隊基地騒音に係る民事差止訴訟は適法であるとの前提において、道路騒音に関する国道43号訴訟最判（差止）において示された判断枠組みとの差異を論ずる中で、ある程度明確かつ一貫性のある論旨を展開できている解答もあった。

(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

【第1問】の設問は、環境法のみならず、民法、民事訴訟法・行政事件訴訟法に関する基本判例である①大阪空港訴訟最判、②厚木基地訴訟平成5年最判、③国道43号訴訟最判（損害賠償）、④国道43号訴訟最判（差止）、⑤厚木基地訴訟平成28年最判を踏まえて解答することを受験者に求めるものであり、全体を通じて、基本判例を十分に学習するという法律学における基本的な学習態度を修得できているか、上記の基本判例を的確に理解できているかが、適切な解答に至る過程に大きな影響を与えたと考えられる。

〔設問1〕の小問(1)に関しては、道路騒音訴訟における基本判例である国道43号訴訟最判（差止）及び問題文で明示されている大阪空港訴訟最判を十分に学習した者はもとより、そのような者でなくとも、【資料】から、道路の騒音等を一定の基準以下に引き下げるための方法は、公権力の発動によることを要する方法以外にも想定できることを読み取ることができるはずであり、行政事件訴訟法の基礎を十分に学習した者であれば、出題の意図に即して記述することは可能であると考えられる。次に、小問(2)に関しては、多くの受験者が、国道43号訴訟最判（差止）及び同訴訟最判（損害賠償）の両判決が示した民事差止請求の違法性及び損害賠償請求の違法性の各判断枠組みを説明し、両者の違いを指摘することができ、差止請求と損害賠償請求の違法性の関係についても言及がされていた。なお、小問(2)の②においては、考慮要素の違いにとどまらず、損害賠償請求の違法性の判断枠組みについての判例（国道43号訴訟最判（損害賠償））の分析及び学説からの批判（公共性の考慮の当否）についても論じることを期待していたところ、基本判例の十分な学習・理解を踏まえ、このような分析及び検討に言及できた受験者は一定数存在したもの、多数を占めるまでには至らなかった。

〔設問2〕に関しても、厚木基地訴訟平成5年最判及び同訴訟平成28年最判を踏まえた立論ができている答案はある程度の割合であったものの、出題者の期待に沿うほどに多くはなかった。特に厚木基地訴訟平成28年最判は、民事差止訴訟を通じた救済のルートが否定されてきた自衛隊基地における航空機の運航に伴う騒音被害について、行政訴訟を通じた司法的救済のルートが開かれていることを確定した重要判例である。この点、受験者に対しては、重要な論点や判例を偏りなく修得することが望まれる。もっとも、多数の解答者は、大阪空港訴訟最判及び同判決をめぐる議論を理解した上で記述を展開することができていた。

なお、【第1問】において問われている一連の判例に関する理解を全く欠いている解答が、ごく少数ながら存在した。これらの裁判例が民事訴訟と行政訴訟の役割分担という訴訟法上的一大論点に関するものであることを踏まえるならば、これらの者に対しては、自らの思い込みに左右されることなく丁寧に学習を進めることが強く望まれる。

(3) 各水準の答案のイメージ

「優秀」な答案のイメージは、〔設問1〕の小問(1)において、【資料】を参照しつつ、国道の道路騒音及び基幹的空港の騒音に係る各差止請求の内容と公権力の発動との関係を論じ、国道43号訴訟最判（差止）及び大阪空港訴訟最判の両判決が異なる結論に至った理由を分析して説明しており、小問(2)において、国道43号訴訟最判（差止）及び同訴訟最判（損害賠償）の両判決が示した民事差止請求の違法性及び損害賠償請求の違法性の各判断枠組みを説明し、両者の違いについて、考慮要素の違いに加え、損害賠償請求の違法性の判断枠組みについての判例（国道43号訴訟最判（損害賠償））の分析及び学説からの批判（公共性の考慮の当否）についても論じ、差止請求と損害賠償請求の違法性の関係について説明しており、〔設問2〕の小問(1)において、設問に関連する判例の流れと学説における議論の概要を把握した上で、自衛隊機の運航に伴って

発生する騒音被害の司法的救済の在り方に関し、判例を踏まえて民事差止訴訟と行政訴訟とを適切に比較検討できており、小問(2)において、差止訴訟の本案勝訴要件を規定する行政事件訴訟法第37条の4第5項を踏まえた検討、あるいは、これに準じた視点からの本案勝訴要件に関する検討を行い、小問(3)において、国道43号訴訟最判（差止）において示された差止請求が認容される要件に関する判断枠組みと小問(2)において示した判断枠組みを的確に比較検討する答案である。

ただし、これらの論点全てに対してバランスよく的確に論ずることができることまでも求められるものではない。このイメージに該当する答案は出題者の想定よりもやや少なかったものの、一定の割合を占めた。

「良好」な答案のイメージとしては、上記の主要な論点についておおむね解答ができているものの、複数の主要論点についてかなりの程度不十分な記述があるものである。このイメージに該当する答案がある程度の割合を占めた。

「一応の水準」の答案のイメージとしては、[設問1]の小問(1)において、【資料】を手掛かりとして、道路の騒音の差止請求では、騒音等を一定の基準以下に引き下げるための方法として、道路管理者による事実行為も想定できることを指摘し、小問(2)において、民事差止請求及び損害賠償請求の各違法性の判断枠組みとして、最高裁判所の判例が受忍限度についての枠組みを提示していることを説明しており、[設問2]の小問(1)において、自衛隊機の運航の民事差止訴訟には検討が必要な点があり、当該訴訟との比較の対象として行政訴訟が検討されるべきであることを論じ、小問(2)において、行政訴訟として提起された差止めの請求が認容される要件はどのようなものであるかを論じ、小問(3)において、小問(2)において論じた判断の枠組みと[設問1]の小問(2)で論じた民事差止訴訟での判断枠組みを論理的に比較検討するものである。

論点の一部について解答の欠落があった場合にあっても、残りの論点に関して適切な解答があればこのイメージに該当する答案となる。

「不良」な答案は、題意を把握できておらず、判例の基本的な理解も不十分な答案である。なお、ごく少数の例外を除いて、ほとんどの解答が[設問1][設問2]の総合評価として「一応の水準」以上の評価を与え得るものであった。

## 【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]の小問(1)では、容器包装リサイクル法における費用負担がいわゆる拡大生産者責任(EPR)に基づくことを、その内容とともに説明することが求められる。拡大生産者責任について答えているものは多数を占めた。その内容についても、拡大生産者責任についてのOECDの定義を書くことができていたものが多かった。その根拠について、生産者が環境配慮設計(DfE)の能力・情報をもっていることが理由であることを指摘するもの、拡大生産者責任は汚染者負担原則(PPP)の派生原則であることを指摘したものも多かった。

小問(2)では、拡大生産者責任の考え方が、容器包装リサイクル法の中でどのように規定されているかを具体的な条文との関係で説明できるかが問われている。拠出金の仕組み(同法第10条の2)について書けているものはかなりあったが、より基本的な点である、対象事業者の再商品化義務の規定(同法第11条～第13条)について書けているものは意外に多くなかった。同法第10条の2が、実際に要した再商品化費用の総額が想定額の総額を下回った場合に、その差額の一部を市町村に拠出する規定となっており、実際に要した費用が想定額に徐々に近付くため、最終的に拠出金がゼロになる仕組みとなっていることを指摘したものは少なかった。

小問(3)では、循環型社会形成推進基本法における拡大生産者責任の根拠規定(同法第11条、第18条。さらに、第17条、第20条等も関連する)と、同法の下での拡大生産者責任の内容及びそれに基づく措置を実施するための要件に関する理解が問われている。拡大生産者責任の内

容としては、同法第11条に定められている①廃棄物等となることの抑制措置、②表示、設計の工夫等、③引取り・リサイクルの措置、④循環資源の利用ができる者による利用の4点がポイントとなるが、この点を指摘できていたものは半数程度であった。また、国が引取り・リサイクルの措置を実施するための要件として同法第18条第3項、同法第20条がポイントとなるが、これらについて書けているものは少なかった。

[設問2] のうち、小問(1)では、特定容器利用事業者に費用負担を課す理由として、特定容器に対する選択権（実質的な決定権）があることを解答することが求められるが、この点について書けていたものは相当数見られた。小問(2)では、対象事業者について販売予定額を基礎として費用負担が定められていること（容器包装リサイクル法第11条第2項第2号ロ）が、特定容器利用事業者にとっては過重な負担と感じられる理由となっている点を解答することが求められるが、解答できていたものは比較的少なかった。ライフ事件の判決については勉強していると考えられるが、その際、どの条文が根拠になっているかをチェックしてほしい。出題の趣旨としては、環境負荷やリサイクル困難性（一種の外部不経済）とは無関係の指標が用いられていることに（立法論上の）問題があることが理解されていることが望まれるが、それ自体は問われているわけではない。

小問(3)では、環境法政策としては何が望ましいかを、【資料】を読み解いて解答することを求めるものであり、拡大生産者責任は生産者に環境負荷低減、環境配慮設計（DfE）のインセンティブを与えることを目的としたものであることを踏まえつつ、【資料】から、OECDやフランスで、製品・容器の環境負荷の程度に応じて委託料を変える考え方が採用されていることに気が付いてほしかったが、比較的よくできていた。調整料金の重要性に気が付いていたものは相当数見られた。

小問(4)では、Xが委託料の支払留保という挙に出た場合の行政側の措置を問うものである。まず、特定容器利用事業者は、指定法人（日本容器包装リサイクル協会）に委託料を支払うことによって再商品化義務を履行したものとみなされ（容器包装リサイクル法第14条）、支払を留保しつつほかの二つの再商品化手法（指定法人以外の者への委託による再商品化ルート及び自主回収ルート）も用いないときは、再商品化義務の不履行となることを指摘することが求められるが、この点について書いていた答案は半数程度であった。その上で、行政側の措置としては、指導・助言（同法第19条）、勧告（同法第20条第1項）、氏名の公表（同条第2項）があり、その上で、勧告に従わない場合に勧告措置の命令（同条第3項）がなされ、さらに、その命令違反に対して罰金が科されること（同法第46条）を解答することが求められるが、この点については多数の受験者が書くことができていた。

## (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

【第2問】に関しては、[設問1]について、容器包装リサイクル法において拡大生産者責任の考え方方が採用されていることは勉強しており、その定義についても一応の説明ができるが、[設問2]及び[設問3]について、容器包装リサイクル法や循環型社会形成推進基本法との関係で、その考え方方がどの点に反映されているかについては学習できていない者が多かった。また、ライフ事件については学習していると考えられるが、訴訟において問題とされた根拠規定について把握できていない者が少なくなかった。

これらの者については、学習の仕方が表層的であり、基本的な概念を（司法試験用法文に掲載されている）個々の環境法との関係で具体的に把握すること、基本的な裁判例において問題とされている規定について具体的に把握することが行われていなかったということであろう。

## (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]の小問(1)において、拡大生産者責任についてのOECDの定義が把握されており、生産者が環境配慮設計（DfE）の能力・情報をもっていることがその根拠であること、拡大生産者責任は汚染者負担原則（PPP）の派生原則であることを指

摘し、小問(2)において、対象事業者の再商品化義務の規定（容器包装リサイクル法第11条～第13条）、及び、指定法人（日本容器包装リサイクル協会）との再商品化契約によって再商品化をしたものとみなされる規定（同法第14条）、さらに（対象事業者が指定法人を通じて市町村に一定の資金を拠出する）拠出金に関する規定（同法第10条の2）をあげ、同条が、実際に要した再商品化費用の総額が想定額の総額を下回った場合に、その差額の一部を市町村に拠出する規定となっており、実際に要した費用が想定額に徐々に近付くため、最終的に拠出金がゼロになる仕組みとなっていることを指摘していること、また、小問(3)については、循環型社会形成推進基本法における拡大生産者責任の根拠規定（同法第11条、第18条。さらに、第17条、第20条等も関連する）、拡大生産者責任の内容としては、同法第11条に定められている①廃棄物等となることの抑制措置、②表示、設計の工夫等、③引取り・リサイクルの措置、④循環資源の利用ができる者による利用の4点と、国が引取り・リサイクルの措置を実施するための要件として同法第18条第3項、同法第20条の内容が書かれていること、[設問2] の小問(1)において、利用事業者の特定容器に対する選択権が理由となっていること、小問(2)において、販売予定額を基礎として費用負担を決めていること（容器包装リサイクル法第11条第2項第2号ロ）、小問(3)において、環境負荷の程度に応じて委託料を変える考え方が理解されていること、小問(4)では、Xが委託料の支払留保という挙に出た場合には、再商品化義務の不履行となることを指摘し、行政側の措置としては、指導・助言（同法第19条）、勧告（同法第20条第1項）、氏名の公表（同条第2項）があり、その上で、勧告に従わない場合に勧告措置の命令（同条第3項）がなされ、さらに、その命令違反に対して罰金が科されること（同法第46条）を解答していることが求められる。

ただし、これらの論点全てに対してバランスよく的確に論ずることができることまでも求められるものではない。このイメージに該当する答案は出題者の想定よりも少なかった。

「良好」な答案のイメージとしては、上記の主要な論点についておおむね解答ができているものの、複数の主要論点についてかなりの程度不十分な記述があるものである。このイメージに該当する答案がある程度の割合を占めた。

「一応の水準」の答案のイメージとしては、[設問1] の小問(2)において、容器包装リサイクル法第10条の2が、実際に要した再商品化費用の総額が想定額の総額を下回った場合に、その差額の一部を市町村に拠出する規定となっており、実際に要した費用が想定額に徐々に近付くため、最終的に拠出金がゼロになる仕組みとなっていることは指摘しておらず、また、小問(3)において、国が引取り・リサイクルの措置を実施するための要件として循環型社会形成推進基本法第18条第3項、同法第20条までは書けていないが、それ以外については、「良好」な答案と同程度の記述ができている答案である。

「不良」な答案は、題意を把握できておらず、制度の基本的な理解も不十分な答案である。

#### 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に関する問題、具体的な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。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、重要な裁判例については論旨を含め正確に理解する習慣を身に付けて、法体系全体の仕組みや個々の条文の文言、重要な論点とその意義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。

加えて、少なくとも司法試験用法文に掲載されている法令に関しては、法文を確認しつつ環境法の教科書等の読解を進める、試験の出題は丁寧に読む学習態度、教科書や判例集に必ず記述のある基本判例に関して、主観的な思い込みに左右されずに偏りなく理解しておく学習態度を身に付けることを強く期待したい。

さらに、法政策における基本的な概念、原則や考え方については、その表層を理解するだけではなく、個々の法律の規定との関係で具体的に把握することが望まれる。

## 令和5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5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）科目的採点方針は、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、設問に関す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とおり、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、国際司法裁判所（以下「I C J」という。）の仮保全措置（暫定措置）の指示要件というI C Jの手続事項のほか、排他的経済水域（以下「E E Z」という。）及び大陸棚に関する海洋境界画定方式、直線基線と低潮高地の関係、直線基線の内側の水域の法的地位、及び領海における外国軍艦の無害通航権という国際法上の基本的な知識と理解を問うものである。第2問は、条約の解釈や無効などの条約法の基礎的論点のほか、国家責任法における緊急避難、国際組織の法主体性や権限という国際法上の基本的な知識と理解及びその具体的な運用能力を問うものである。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複数存在した。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、仮保全措置に関するI C Jの手続の内容を説明することを求め、I C Jが訴訟当事国に対して仮保全措置を指示する要件についての理解を問うものである。具体的には、A国がI C Jに対して仮保全措置の指示要請を主張するに際し、国際司法裁判所規程（以下「I C J規程」という。）第41条に規定されている仮保全措置の目的を確認するとともに、I C J自身の判例を通じて確立した仮保全措置の指示要件、すなわち、一応の（*prima facie*）裁判管轄権の存在、仮保全措置要請国が本案で主張する権利が少なくとももつともらしい（at least plausible）ものであること、当該権利とこれを保全するために要請される措置との間に関連性が存在すること、回復不能な侵害を起こすような緊急性の存在、ということが求められており、これらが与えられた事実に照らしてそれぞれ満たされていることを指摘できているかどうかという点が評価の対象となる。

答案の多くは設問の趣旨を理解して、I C J規程第41条を援用しながら仮保全措置の目的が最終判決までの訴訟当事国の権利を保全することを指摘し、当該措置を使用するためには一定の要件の充足を証明しなければならないことを的確に論述していた。他方、仮保全措置の指示要件が正確には示されていない答案も散見され、特に訴追か引渡しかの義務に関する問題事件仮保全命令（2009年）で明確に導入された、本案段階で主張される権利のもつともらしさという基準（plausibility test）に言及した答案は少なかった。この基準は2009年以降の「近時のI C Jの判例」では必ず要求されており、既に仮保全措置の指示要件として定着している。したがって、この基準を仮保全措置の指示要件として指摘できていないということは、I C Jの仮保全措置に関する国際判例の知識が十分ではなかった結果と評価されても致し方ないと言える。

設問2は、EEZと大陸棚に関する海洋境界画定について、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。）の関連規定を出発点としつつ、近時の国際判例が採用している「三段階アプローチ」の内容を正確に指摘し、これに依拠した主張を展開することを求める問いである。国連海洋法条約第74条及び第83条がそれぞれEEZと大陸棚に関する境界画定についての規則を定めていること、しかしこれら条項は具体的な画定方式が明示されていないこと、したがってその後、この画定方式は関連する国際判例によって徐々に明確となり、現時点では、黒海海洋境界画定事件ICJ判決（2009年）において採用されその後の判例でも定着した「三段階アプローチ」方式が取り上げられなければならず、この方式に依拠して、主張するB国側に有利なかたちで関連する事実をこの方式が定める規則に当てはめることが求められる。その前提として、問題文の内容をよく理解し、関連する海域の地理的状況を正確に把握することも併せて必要である。

これまで海洋境界画定に関する問題が取り上げられてこなかったため今回のような出題は予想外だったのか、残念ながらあまり良い出来ではなかった。陸地の国境画定問題と混同した答案が幾つかあったほか、国連海洋法条約の関連規定に言及しない答案、及び関連する「近時の国際判例」とそれらが依拠している「三段階アプローチ」方式やその内容に全く言及のない答案も予想以上に多かった。また、国連海洋法条約上の島の定義の問題に固執して、暫定等距離線を修正する関連要素としての島の存在を考慮しなかったものもある。

設問を解く際には、求められる解答に導く法的論理構成を正確に論述することを目的として、まず関係国間の法律関係を確認し、いかなる条約やその規定が適用されるのかを明確にすることが必要である。そして、それに続く当該条約規定の解釈・適用の検討を説得力ある内容とするためには、さらに関連する国際判例を的確に参照することが求められる。設問1と設問2は、とりわけこうした要請に留意しなければならないことを表している。

設問3は、低潮高地を基点とする直線基線の有効性とその内側にある水域の法的地位について説明を求めるとともに、領海における外国軍艦の無害通航権についての理解を問うものである。すなわち、国連海洋法条約第7条第4項が定めるところの、直線基線を引くことができる条件とその例外を確認した上で、有効に設定されていない直線基線の内側の水域は内水ではなく領海であること、そして直線基線が有効であったとしても、国連海洋法条約第8条第2項によれば、内水とされても外国船舶の無害通航権は存続することを明らかにし、いずれの場合においても、国連海洋法条約第19条によれば、当該海域において外国軍艦が無害通航権を享有することを示すことが求められる。

この問題では、複雑な事実関係から直線基線の有効性と外国軍艦の無害通航権という二つの論点を的確に整理し、それぞれ国連海洋法条約の関連規定に関する適切な解釈が要求されている。やや難問であったこともあり、総じて出来はあまりよくなかった。前者の論点では、直線基線を有効に引く条件に言及がない答案や、直線基線の内側の水域の法的地位について不正確な記述にとどまる答案などが散見されたが、これらは国連海洋法条約の関連規定を丁寧に確認すれば容易に免れることのできるものである。また、国連海洋法条約第19条の第1項と第2項の関係に関する解釈を通じた外国軍艦の無害通航権の扱いは重要な主題であるが、同条の規定に関する解釈問題や船種別規制説と態様別規制説の対立に触れている答案はごく僅かであった。

このような問題に対して適切に解答するためには、問題文に記された事実関係から設問で問われた法的論点を適切に抽出するトレーニングを積み重ねることは当然だが、問題に関連する条約の条文内容を正確に把握するとともに、当該条文の解釈に係る基本的事項についても十分に理解を深めておくことが必要である。

## (2) 第2問

設問1は条約の解釈に関する基本的問題である。A国ほか登場する関係国は全て条約法に関するウィーン条約（以下「条約法条約」という。）の当事国であることを確認した上で、条約法条

約の特に第31条、第32条を参照しつつ、「産業」概念の解釈を問題にすることになる。本問では、P協定が20世紀初頭という古い時期に締結されたことなどの特徴から発展的解釈が問題になり得、その際に最も参考になるのは、本設問と類似する通航権事件（コスタリカ対ニカラグア）I C J判決（2009年）である。設問では、観光業、生物資源関連事業及び軍事兵器・物資の輸送という三つの活動の性質を考慮しつつ、同判決で示された法理を参照して論ずることが期待される。

発展的解釈は比較的新しい論点であることもあってか、多くの答案はむしろ一般的な文言解釈として解答していた。もちろん、条約解釈は文言を対象とする知的作用であって、「文言」自体を問題にすべきことは間違いない、その範囲での答案でも一定の点数は配分される。その上で、時の経過という事例に特徴的な内容をどれだけ組み込んで論じられるかがより良い解釈にとって重要になる。通航権事件は、現在、受験者が入手しやすい教科書や判例集でもほぼ言及がある。また、事例への当てはめについては結論が分かれ得るし、分かれ得る場合は、理由付けがきちんとされているかが重要になる。

設問2は、国際組織に関する基本的な問題である。E国が国際組織Qの非当事国であるために、QがE国に対しても法人格を主張できるか、そして法人格が認められるとても、損害賠償を請求する権利を有するかが問題になる。一般的に言えば、国際組織の法主体性と権限が問題になっているが、このことを本事例に即して論ずることが求められる。その際、最も参照に値するのが著名な国連損害賠償事件（I C J勧告的意見（1949年））であり、国際連合に関してなされた議論を本件でも展開し得るかが問題になる。国際組織の法主体性については、派生的法人格説を通説としつつ学説が分かれているが、ポイントとなるのは事例に即した記述であり、設立条約に規定されるQの目的や、既にあるQの実行に照らしつつ論ずることが求められる。

答案の中には、E国がQの非加盟国であることを確認し忘れているものが多かった。本問は、例えば「国際組織の法主体性を論じよ」といったタイプのいわゆる一行問題ではなく、単に知っていることを書くように求めているわけではないことは、Eが加盟国であったら全く違う答案構成になることからも明らかだと思われる。また、法主体となることと損害賠償を請求し得ることを十分に区別せずに解答しているものも散見された。それぞれ独立に論ずる必要があり、法主体性を有することは損害賠償請求権の前提だが、法主体であれば当然に損害賠償を請求できるわけではない。出題に際して、国際組織に関する出題はこれまで比較的少ないため準備が十分でない受験者が一定程度いるだろうと思われた。しかし、損害賠償事件は国際法の授業を受講しているなら必ず知っている内容であり、国際組織法の最も基本的な事件と言ってよく、言及の程度には差があったものの、多くの答案が触れていた。この他、一定数あった答案は、特にQの国際組織の論点を書かずにE国の国家責任を詳しく論じたものである。もちろん、記述して間違いになる内容ではないが、問題の趣旨からすると焦点に当たるものではない。

設問3は、条約法及び国際責任法の基本的な問題である。C国が同国の国内法を理由にR協定の不遵守を正当化しようとしているが、条約法条約第27条が定めるように、条約不履行の正当化根拠として自国の国内法を援用することができないことは基本中の基本である。この点を確認した上で、C国が主張するR協定の無効について、条約法条約第46条から論ずることになるが、本件が同条における例外となるかが問題になる。また、国際義務違反がある場合、一般には、法的帰結として例えば損害賠償を支払う義務が生じ得るが、本件では、違法性を阻却する事由としてC国が緊急避難を主張しており、これを検討することが求められる。国家の国際責任を論ずる際に最も参照に値するのは国家責任条文であり、本問の設定に最も近い事例であるガブチコボ・ナジマロシュ計画事件（ハンガリー／スロヴァキア）I C J判決（1997年）は後に国家責任条文となる1980年第一読草案に言及しつつ緊急避難の法理を綿密に展開している。本問でも、その枠組みに則りつつ、具体的な事実を当てはめて論ずることが求められる。

条約法条約第27条については過去にも頻出しており、一定程度できていたがそれはむしろ当

然と言うべきだろう。答案の中では、緊急避難の内容を条約法条約の条文を用いて論じているなどの混乱しているものもあった。緊急避難は国際責任法上の論点であり、規範が有効に成立しているかに関する議論と成立していることを前提にその違反に責任が生ずるかの議論とは、もちろん関係はあるが、明確に区別される内容である。もっとも、全体としては、それほど易しい内容ではないと思われたが、比較的頻出の問題でもあることもあってか、良くできていた。緊急避難の要件とその適用も、もちろん筋道を立てて考えれば自然と思い出せる要件ではあるが、相対的によく書けていた。それとは別に、慣習国際法となっている点の指摘が不十分であるのは気になった。国家を拘束するのは条約や慣習国際法だが、上述のように国家責任条文は条約ではないし、また I C J によるガブチコボ・ナジマロシュ計画事件は、緊急避難をどのような要件の下に認めるかを形作るものであっても、この判決自体が妥当する根拠にはならない。基本的なし初步的なことであるが、事例問題を解く際の心構えとして、念頭に置いておきたい。

### (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・国内判例等に言及し、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2～3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、全体の約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、今年の問題について言えば、国連憲章、条約法条約、I C J 規程等の主要な多数国間条約の関係条文の解釈、国際判例及び国内判例・裁判例等に関する理解を深めることが重要である。また、受験者のほとんどがその後に国内法曹になっていくことに鑑みても、国際法が国内法秩序の中でどう活用されるかにも十分な注意を払われたい。そして、これらの重要な論点を学習する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5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ているか、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ているか、これらが採点の基準とされた。

これらができないない又は不十分な答案は「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は「一応の水準」にとどまった。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は、「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てい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、A社とB社の間に債権①及び債権②の二つの対立する金銭債権があり、債権①についてA社が日本の裁判所に訴えを提起し、被告B社が債権②を自働債権として相殺しようとしたところ、債権②の発生原因である売買契約②について、外国裁判所を専属的管轄裁判所とする旨の条項（以下「本件条項」という。）が存在する場合に、B社は日本の裁判所において相殺の抗弁を主張することができるかを問うものであった。

本問では、まず、自働債権の発生原因である契約から生じる紛争について外国裁判所の専属的管轄合意が存在する場合に、日本の裁判所において相殺の抗弁を主張する上で、自働債権である債権②について、本案裁判所に国際裁判管轄権が認められる必要があるのかという問題を発見し、自説の論拠について説明することが求められていたが、この問題を適切に発見することができている答案は、かなり少なかった。その中でも、国際裁判管轄権の存否は、訴訟物との関係においてのみ問題となることや、相殺は防御方法にすぎず訴えと同一の制限をする必然性はなく、専属的管轄合意の趣旨に著しく反するものでもないこと等を根拠に、A社の主張は認められないと論じている答案や、相殺の抗弁に関する本案判決は、訴求債権のみならず反対債権に関する判断についても既判力を生じることから、債権②も、効力を生じている専属的管轄合意の適用範囲に含まれ、A社の主張は認められることを論じられている答案は、「良好」又は「優秀」と評価された。

その一方で、本問の題意を把握することができずに、民事訴訟法（以下「民訴法」という。）の国際裁判管轄規定に直接当てはめたり、民訴法の条文を準用又は類推適用したりして結論を

導こうとする答案も相当数見受けられたが、その場合でも、例えば、民訴法第3条の6の規定の客観的併合の趣旨や、相殺と反訴が類似するとして、同法第146条第3項の規定の趣旨を類推し、他方当事者の不利益と一括解決の便宜とを的確に比較較量している答案は、相応に高く評価された。また、民訴法の当てはめによらずに、直接専属的管轄合意の効力の範囲について論じている答案も少なからずあったが、本問の題意を把握できているとはいえない。なお、問題文中に記載されているにもかかわらず、本件条項に係る合意が民訴法第3条の7の規定の要件を満たしているかそのものを詳細に論じる答案も散見されたが、出題において前提とされていることを論じるのは無意味である。

イ　〔設問1〕の〔小問2〕について

〔設問1〕の〔小問2〕は、相殺の準拠法についての基本的理解を問うものであったが、多くの答案は、問題の趣旨をよく理解し、本問を相殺の問題と性質決定し、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）に相殺の準拠法について直接定めた規定が存在しないことを指摘した上で、自働債権準拠法と受働債権準拠法の累積的適用説、受働債権準拠法説等のいずれの立場を支持するにせよ、その根拠について丁寧に論じ、準拠法を適切に導いていた。これらの答案は、「良好」又は「優秀」なものと評価された。

しかし、受働債権準拠法説の論拠を用いながら、結論として、自働債権準拠法説を主張する答案や、何ら理由を付さずに自働債権準拠法説によるとする答案、受働債権準拠法説に立ちながら、本問の事実関係の把握を誤り、債権①の準拠法である日本法ではなく、債権②の準拠法である甲国法を適用する答案が散見された。また、題意を把握せず、相殺ではなく、法律行為の効力の問題と性質決定した上で、債権②の発生原因である契約の効力の準拠法として甲国法を適用する答案や、債権①の発生原因である契約の効力の準拠法として日本法を適用する答案も見られた。そのような答案は、「一応の水準」にも達していない。

そのほかに、債権①及び債権②の準拠法についてはいずれも問題文中に記載されているにもかかわらず、債権①や債権②の準拠法について本問では準拠法選択がないものとして、通則法第8条第1項及び第2項について論じている答案があった。問題文をよく読んでほしい。

ウ　〔設問2〕の〔小問1〕について

〔設問2〕の〔小問1〕は、債務者との関係における債権譲渡の効力の準拠法についての理解を問うものであった。本問で、債権譲受人であるC社からの債務者であるB社に対する訴訟において、債権譲渡人であるA社に対する債権①の弁済を理由とするB社の抗弁が認められるかについては、相当数の答案が、債権の譲渡の債務者に対する効力の問題と性質決定した上で、その場合、通則法第23条の規定によることとなり、同条の「譲渡に係る債権について適用すべき法」は、債権①の発生原因となっているA社とB社との間の売買契約①の準拠法たる日本法になることを適切に論じていた。

その一方で、債権譲渡の債務者に対する効力の問題であるとはせずに、債権①の弁済の有効性の問題であるとして、通則法第7条の規定に従い、債権①の発生原因となっている売買契約①の準拠法である日本法によるとするものが散見されたほか、弁済の有効性の問題については、通則法に規定が存在しないため、条理によるとした上で、弁済は債権の運命に関する問題であるから債権①の準拠法によるとする答案も見られた。

なお、問題文において弁済時期は示されていないところ、債権譲渡前の弁済である場合には、既に存在しなかった債権の譲渡として、その債務者に対する効力以前に、債権譲渡の有効性自身の準拠法が問題となり得、この場合、例えば、債権の譲渡可能性の問題と性質決定した上で、債務者との関係を考慮して、債権①の準拠法である日本法を適用すべきという説明もあり得ると考えられるが、この点を自覚的に意識して、債権譲渡と弁済の先後関係により場合分けをして検討を加えている答案は見当たらなかった。

エ　〔設問2〕の〔小問2〕について

〔設問2〕の〔小問2〕は、同一の債権①をめぐり債権譲渡の譲受人及び債権譲渡担保権者が存在する場合に、その対抗関係の準拠法についての理解と応用力を問うものであった。通則法には、債権の譲渡の第三者に対する効力の準拠法についての明文規定はあるが、債権譲渡担保の第三者に対する効力の準拠法についての直接の明文規定は存在しないことを踏まえ、債権譲渡の譲受人であるC社と債権譲渡担保権者であるD社のいずれが債権①を取得したかについて、いずれの国の法によって判断されるのかを検討し、その根拠について説明することが求められていたところ、相当数の答案は、本問が債権譲渡の譲受人と債権譲渡担保権者が競合する場合についての出題であることを良く理解していた。これらの答案の中には、(ア)本問におけるA社からC社への債権譲渡のB社に対する効力について、債権の譲渡の第三者に対する効力の問題と性質決定し、通則法第23条の規定により準拠法が指定されたとした上で、A社からD社への債権譲渡担保のB社に対する効力については、(a)債権質の第三者に対する効力の準拠法に関する従来の多数説・判例の立場を参考に、物権の問題と性質決定するものの、有体物を目的としない債権譲渡担保には目的物の所在地を観念できないことから、通則法第13条の規定によることはできず、また、債権譲渡担保は客体たる権利の運命に直接影響を与えるものであるとして、債権譲渡担保の客体たる債権の準拠法によるべきであるとするものや、(b)債権譲渡担保を一種の債権譲渡であるとし、その第三者に対する効力については、通則法第23条の規定を適用又は準用するもののほか、(イ)同一の債権をめぐり優先権を争う可能性のある債権譲渡の譲受人、債権譲渡担保権者などの権利の第三者に対する効力については、同一の準拠法によるべきであるとして、明文規定のある通則法第23条と同様、譲渡対象債権の準拠法によるべきであるとするもの等があったが、いずれの立場に拠っていても説得的な論述を展開している答案は、「良好」又は「優秀」なものと評価された。

その一方で、債権譲渡と債権譲渡担保の相違を踏まえた性質決定を意識せずに、C社とD社との間の優先関係の問題について、単に二重譲渡による債権譲渡の競合の問題と捉え、何ら理由を示すことなく、通則法23条の債権譲渡の第三者に対する効力の問題と性質決定する答案も少なからずみられた。また、別の答案として、D社がA社から設定を受けた債権譲渡担保のB社に対する効力の準拠法についてのみ検討し、A社からC社への債権譲渡のB社に対する効力の準拠法についての検討を怠っている答案も散見された。

具体的な当てはめにおいても、出題の趣旨を良く理解している(ア)の答案では、A社からC社への債権譲渡の第三者に対する効力について、通則法第23条所定の「譲渡に係る債権について適用すべき法」は、債権①の発生原因となっているA社とB社との間の売買契約①の準拠法であり、本問では、それが日本法であること、本問の事実関係を日本法に当てはめれば、民法第467条第2項の確定日付のある証書による、債務者B社への通知がされているため、C社は日本法の債権譲渡の第三者対抗要件を具備していることを指摘できていた。また、D社がA社から設定を受けた債権譲渡担保の第三者に対する効力についても、(a)の答案の多くの場合や(b)の答案では、債権譲渡担保の客体たる債権又は譲渡対象債権の準拠法は、債権①の発生原因である売買契約①の準拠法たる日本法であること、本問の事実関係を日本法に当てはめを行えば、A社はB社に対し、債権譲渡担保の設定について何ら通知をしていないため、日本法上、D社は債権譲渡担保の設定の第三者対抗要件を具備していないことを指摘できていた。(イ)の答案も以上の論述の過程について同様であり、これらの答案は、最終的な結論として、C社が債権①を取得したことを導き出せていた。

もっとも、一部の答案では、準拠法の検討はできているにもかかわらず、当てはめの検討が不十分であるものがみられたほか、(ア)の(a)の答案の中には、D社がA社から設定を受けた債権譲渡担保の第三者に対する効力については、これを物権の問題と性質決定するものの、通則法第13条の規定によることはできず、条理によるとした上で、債権譲渡担保権設定契約の準拠法である甲国法によるとしたために、C社とD社のいずれが債権①を取得するのか、最終的

な当てはめに苦労しているものが散見され、中には、譲渡対象債権の準拠法である日本法と債権譲渡担保権設定契約の準拠法である甲国法を累積的に適用しようとする答案もあった。

(2) [第2問]について

ア [設問1]の〔小問1〕について

認知の成立は通則法第29条の規定により規律されるので、その方式については通則法第34条の規定により準拠法が決定されること、同条によると、認知の実質的成立要件の準拠法(第1項)と行為地法(第2項)が選択的適用され、いずれかの法の方式を満たす場合には、認知は方式上有効となることを示さなければならない。その上で、本件認知は甲国で行われているので、行為地法は甲国法であり、甲国法②の方式を満たしているため、方式上有効であるとの結論を述べることが求められている。多くの答案は以上のように適切に論じていた。

もっとも、認知の実質的成立要件の準拠法を検討して甲国法が準拠法となることから、同条第1項の準拠法として甲国法を適用して上記の結論を導いている答案も一定数見られた。そのこと自体は誤りではないが、選択的連結ということを理解していれば、小問1では、甲国法は端的に行為地法として適用して方式上有効であるとし、実質的成立要件の準拠法の検討は小問2で行う方が、設問1全体の論述としてすっきりしたものになろう。

甲国法につき、甲国法①の実質的成立要件についても検討している答案が一部にあったが、通則法第34条による送致範囲が法律行為の方式のみであることの基本的理解を欠くものである。また、日本法で方式上有効としている答案も一定数見られたが、戸籍法第41条第1項の届出はいわゆる報告的届出であって、外国で成立した認知を報告するものにすぎないから、創設的届出としての認知の方式とは関わりがない。

イ [設問1]の〔小問2〕について

認知の実質的成立要件については、通則法第29条による(なお、ごく一部、通則法第32条を適用している答案があったが、「一応の水準」にも達していない)。通則法第29条第1項前段及び第2項前段によると、本問では日本法(Xの本国法)と甲国法(Yの本国法)が選択的適用されることになる。認知の成立について日本法と甲国法が選択的適用されるということはいずれかの法の実質的成立要件を満たせば認知が有効に成立するということであるから、逆に、Xによる認知が無効となるためには、日本法でも甲国法でも認知が無効とされる必要がある。

準拠法の当てはめにおいては、日本法においても甲国法においても、本件のような血縁関係がないにもかかわらずなされた認知は無効となり得(民法第786条及び甲国法③)、日本法では認知は無効となる。これに対し、認知から提訴まで7年以上経過しているために、甲国法③の定める出訴期間制限にかかり、甲国法では認知の無効は認められない(ちなみに、甲国法③の、認知者による認知無効の訴えの7年の出訴期間制限は、「民法等の一部を改正する法律」

〔令和4年法律第102号〕による改正後の民法第786条第1項〔令和6年4月1日施行予定。〕と同様である)。以上から、認知の無効は認められないという結論になる。なお、日本法について、Xは無効を主張できないとする答案も一定数見られたが、認知者も民法第786条の利害関係人に当たり、自らした認知の無効を主張することができるところが判例である

〔最判平成26年1月14日民集68巻1号1頁〕。ただ、本問については、日本法の当てはめが間違っていたとしても、甲国法で認知無効が認められないと、いずれにしても認知無効は認められないという結論は変わらない。問題前半の、訴訟上、Yの血縁上の父がBであることが不明のままであるときの処理は、以上のような結論になるが、これは身分行為の成立の準拠法について選択的連結がされている場合に、無効が認められるためにはどのように準拠法が適用されるかについての基本的な理解を問うものであり、一定数の答案は正しく解答できていたが、上記のような法適用について理解が曖昧な答案も見られた。

これに対して、問題後半の題意は、提出された証拠によりYの血縁上の父がBであることが

証明されたときには、YとBの親子関係が成立しているのではないかが問題となるので、その点を検討した結論を踏まえて、XによるYの認知無効の請求が認められないという上記の結論を再検討することを求めるもので、やや応用的なものであった。

B Y間の親子関係の成立は、通則法第29条第1項により、子の出生当時のBの本国法である乙国法が準拠法となる。乙国法④はいわゆる事実主義を採用しており、YとBの間の血縁関係が証明されたときには、B Y間の非嫡出親子関係が成立している。そうすると、もしXによる認知の無効が認められないままであれば、Yについて、X Y間の親子関係と、B Y間の親子関係のいずれもが成立することになり、このような事態をそのままにしてよいかが問題となる。このような事態は、単位法律関係ごとに準拠法を選択して、それを適用して得られた結論を持ち寄り事案全体の処理を行うという国際私法の基本的構造から生じたものであるとの理解を示した上で、具体的にどのような処理をするべきかについて、自己の見解を説得的に論じることが求められていた。このような題意に沿って検討していた答案は残念ながら少数であったが、そのような答案は、例えば、B Y間の親子関係が成立している以上X Y間の親子関係は問題となり得ないとするもの、Xによる認知無効を認めないことは国際私法上の公序に反するとするもの、あるいは、Bは日本と無関係で事案の内国関連性が十分でなく公序違反とならず認知無効を認めない結論を維持してよいとするもの、B Y間とX Y間のうち真実の血縁関係に沿っているB Y間を優先させてXの認知無効を認めるべきとするものなど、論述は様々であったものの、総じて良く考えられており「良好」又は「優秀」との高い評価が与えられた。

本問の趣旨は上記のように、X Y間に血縁関係がないことは確定しているが、Yの実父が誰であるかが判明していない場合と判明している場合とで、Xの認知無効の成否が異なるかを論じさせるものであった。ところが、問題前半の、「訴訟上、Yの血縁上の父がBであることが不明のままであるとき」を、X Y間に血縁関係がないことまでも不明であってXがYの実父であるかもしれないときと読んでいる答案が少なからずあった。XがYの実父でないことは問題文中に記載されているのであるから、そのような読み方は誤解として誤りであるといわざるを得ないが、無視できない数であったために、やむを得ず、そのような答案も、その誤解を前提にして正しく法適用がされている場合には最低限の一定の評価をした。すなわち、この読み方によった場合、問題前半では、日本法でも甲国法でも認知無効は認められず、結論として認知無効は認められないことになろう。問題後半では、日本法でも甲国法でも認知無効が認められそうであるが、しかし、上述のように、甲国法③の出訴期間制限を徒過しているため甲国法では認知無効が認められず、結論としてやはり認知無効は認められず、上述した問題文の正しい理解に基づく場合の結論に帰着して、B Y間の親子関係の成否を検討し、Xの認知無効が認められないという結論がそのままでよいか検討するという問題後半の題意に沿った検討を行うことになろう。

なお、関連して、民法第786条の認知について反対の事実があることという認知無効の要件（この点につき甲国法③も同内容）は、本問でいえば、X Y間に血縁関係がないことを意味するに過ぎないので、B Y間に血縁関係があることまでも要するとの誤った理解を示す答案も一定数あった。さらには、上記要件を、B Y間の親子関係が法律上成立していることを意味すると解釈した上で、B Y間の非嫡出親子関係の成立をここで検討している答案もあった。いずれも、準拠法として適用される民法についてのごく基本的な理解を欠くものである。

また、X Y間の親子関係の成立について判断する際にはXを父として通則法第29条を適用し、B Y間の親子関係の成立について判断する際にはBを父として同条を適用することが理解できていない答案が一部に見られたが、そのような答案は、同条の基本的な理解を欠くものである。妻が離婚した後に再婚し、その後に子を出産した場合の嫡出推定の重複の場合における通則法第28条の適用についても同様であるので、併せて確認されたい。

ウ　〔設問2〕について

〔設問2〕は、外国裁判所において、離婚判決の附帯処分としてなされた財産分与を命じる裁判の承認執行の要件としての、民訴法第118条第1号のいわゆる間接管轄の判断について問うものであった。にもかかわらず、ごく少数ながら、第1号以外の要件までも論じていた答案があったが、問題文はきちんと読んで、問われていることについて過不足なく解答すべきである。

まず、間接管轄の有無は承認国である日本の立場から判断されることを示した上で、間接管轄の判断基準について、直接管轄の基準と同一でなければならないとの同一説（いわゆる鏡像理論）と、必ずしも直接管轄の基準と同一でなくてもよいとの非同一説の対立を踏まえて、いずれを採用するかについて自己の見解を理由付けして示さなければならない。人事・家事事件に関するものではないが、間接管轄の判断基準については最判平成26年4月24日民集68巻4号329頁が判示しているところ、それを出発点に論じる見解が比較的少なかったのはやや意外であった。ここまで、間接管轄の判断枠組みの一般論については、比較的良く論じられている答案が多かった。

これに対して、一般論を具体的に適用して結論を示す部分については、十分論述できている答案は少なかった。同一説による場合のほか、非同一説によるとしても、まずは、日本の直接管轄の基準に準拠して間接管轄の有無を判断するので、離婚の訴えの際の附帯処分としての財産分与について、人事訴訟法（以下「人訴法」という。）第3条の4第2項に基づき検討をしなければならない。ここで、人訴法第3条の3を挙げる答案があった。さらには、民訴法の規定に基づき検討している答案も若干見られたが、基本的理解を欠くものである。また、正しく人訴法第3条の4第2項に基づき検討している答案も、同項の規定が、離婚の訴えとともにされる財産分与に関する処分については、離婚について管轄がある裁判所に当然に管轄を認めるのではなく、家事事件手続法第3条の12に照らして財産分与に関する処分の審判事件の管轄原因があるときに限り、管轄権を認めるという規定内容が理解できおらず、離婚について判決国に管轄権があるかを人訴法第3条の2に照らして検討することに終始している答案がかなりあった。

なお、人訴法及び家事事件手続法の規定に照らして判断する際に、日本を判決国に読み替えて（あるいは同じことであるが、それらの規定内容を一般化したルールにした上で）審査ができるていない答案が少数ながらあり、間接管轄についての基本的理解を欠くものである。また、甲国法⑥（その規定内容は、上記のように人訴法第3条の4第2項とは異なる。）に照らして判断していた答案が少数ながらあったが、間接管轄の有無は承認国である日本の立場から判断されるという一般論の理解が十分でないことを露呈したものである。

#### 4 今後の出題について

引き続き、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せた事例問題が出題されることになると思われる。国際関係法（私法系）としてはいずれの分野も等しく重要であり、理解が手薄な箇所がないようにしなければならない。

#### 5 受験者と今後の法科大学院教育に求めるもの

- (1) 国際関係法（私法系）の分野においては、立法が進み、準拠法に関する通則法の規定のほか、民訴法、人訴法及び家事事件手続法における国際裁判管轄規定など、規定の整備がほぼ一通りなされた。したがって、実定法の条文が問題の処理の出発点となることが通常であり、法科大学院教育においては、学生に対し、条文の重要性を十分に意識させて、その内容を理解させ、事案に適切な条文を適用して結論を示すということが強調されるべきであるが、これは他の分野と同様である。
- (2) 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り、そのために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少なからず見られる。また、答案の中には、「〇〇については通則法に明文の規定がないので条理により」のように、規定がないと安易に論じるものも散見されたが、準拠法選択規則の明文の規定がない場合は、第1問の設問1の小問2に表れた相殺などのように、相當に限られており、十分な検討が求められる。

- (3) 事例問題に対する答案は、当該問題の解決に必要な部分の記述を厚くすべきであるのは、他の分野と同様である。

例えば、国際裁判管轄が問われている問い合わせで、出題内容に関わりなく、手続の問題なので法廷地である日本の手続法に従って判断する、あるいは、準拠法についての問い合わせで、法廷地である日本の国際私法に従って判断する、という記述から始まる答案が一部に見られるが、題意と無関係の論述は不要であり、端的に、問題となっている具体的な規定の適用を丁寧に行うことが求められる。関連して、「手続は法廷地法による」や「場所は行為を支配する」などの法諺を引きながら論じている答案も見られたが、そもそもそれらの法諺の意味を正確に理解していないものが多く、また正しく理解していても、事例問題の解答においてそのような法諺を引用することに意味がある場合は稀であろう。

また、条文の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いちいち説明している答案が相当数見られたが、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のは、他の分野の場合の事例問題に対する解答と同様である。他方で、規定の解釈が分かれている場合や、判例法理の適用が及ぶか議論がある場合には、規定や判例法理の趣旨に立ち返って検討することが必要となる場合が多く、法科大学院教育において、規定や判例を、内容だけ表面的に教えるのではなく、その趣旨を踏まえて射程などについて考えさせることが重要である。