

## 令和4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4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、及び具体的な事実を注意深く分析し、法的な観点から適切に評価する能力を確かめることとした。これらを実現するために、一つの設問に複数の採点項目を設け、採点項目ごとに、必要な考察が行われているかどうか、その考察がどの程度適切なものかに応じて点を与えることとしたことも、従来と異ならない。

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

### 3 採点実感

各設問について、この後の(1)から(3)までにおいて、それぞれ全般的な採点実感を紹介し、また、それを踏まえ、司法試験考查委員会議申合せ事項にいう「優秀」、「良好」、「一応の水準」及び「不良」の四つの区分に照らし、例え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。

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

#### (1) 設問1について

##### ア 設問1(1)について

###### (ア) 全体的な採点実感

設問1(1)において論すべき事項は、大別して、①問題の基本構造の把握、②権利外觀法理の拡張と要件、③本問への当てはめと結論の提示である。①においては、無権利者からの譲受人は権利を取得することができないのが原則であること、その例外として、民法第94条第2項の類推適用の可否が問題になること、②については、本問のように本人が虚偽の外觀作出に直接関与していないが、その原因を与えていた類型（外形与因型）における保護の要件、③については、②で定立した規範を踏まえてAの帰責性の有無、Cの過失の有無などについて論ずる必要がある。

①については、多くの答案が、AからBに対する権利移転がないこと、したがってBからの譲受人であるCは原則として所有権を取得することができないことを指摘していた。もっとも、本問においてはそもそもAのBに対する権利移転行為が不存在であるため、AのBに対する譲渡が無効であるという表現は誤りであるが、このような答案が散見された。少數ではあるが、単に無効であるとするだけでなく、AのBに対する譲渡が民法第94条第1項に基づいて無効であると記載するものや、AのBに対する譲渡は無権代理であると記載するものも見られた。民法第94条第1項に基づいて無効であるとする答案の中には、これに続く記載の中で、通謀がないから同条第2項は直接適用されないとしてその類推適用を問題とするなど、答案の中で矛盾した記載となっているものもあった。

また、AのBに対する譲渡が詐欺によるものであるとしたものがあった。しかし、AはBに対する譲渡の意思表示をしていないのであり、詐欺を問題にする余地はない。

Cが権利を取得することができないのが原則であるとした上で、多くの答案が民法第94条第2項の類推適用の可否を問題としていたが、BをAの代理人と捉えた上で、BのCに対する譲渡は無権代理行為であり、表見代理の成否が問題になるとした答案も散見された。BはCに対してBの所有するものとして土地を譲渡しているのであり、Aの代理人としてAの土地を譲渡したわけではないから、これを無権代理行為とするのは誤りである。

②については、多くの答案が、外観を信頼した者を保護するという民法第94条第2項の趣旨について述べた上で、①虚偽の外観の存在、②虚偽の外観の作出についての権利者の帰責性、③虚偽の外観に対する第三者の信頼という要件があれば同項を類推適用すべきであることを記載していた。

判例は、虚偽の外形の作出に関与した権利者の帰責性の程度に応じて、いわゆる外形意思非対応型、外形与因型については民法第110条の法意又は趣旨の類推適用による保護を図っている。しかし、いわゆる外形意思対応型と本問のような外形与因型との区別に言及した上で、真の権利者の意思的関与なしに作出されていることが本問でのポイントとなることを指摘できていない答案が多く、判例法理について触れる答案もごく少數であった。また、同条の法意又は趣旨の類推適用をする根拠について、本問においてはAの帰責性が小さいことから、AとCの利益の調整を図る観点から、Cが保護されるための要件として無過失が必要であるという点を挙げるにとどまるものがほとんどであり、それ以上に詳細な理由を挙げるものはほとんどなかった。

民法第110条に言及せず、民法第94条第2項を挙げたにすぎないものも多かったが、そのほとんどは、判例の立場に言及した上で根拠を示して同項のみを類推適用する立場を探るのではなく、単に、権利者の関与の程度によって第三者の保護の要件を変えることを考慮していないものであった。

③については、所有権移転登記それ自体にAが意思に基づく関与をしたわけではないこと、売買契約書はBによって偽造されていること、Bによって作出された虚偽の外観をAが是正する契機も見いだせないことなどの事情を踏まえて判断する必要があるが、事案について詳細に検討した答案は少數であった。最判平成15年6月13日判時1831号99頁、最判平成18年2月23日民集60巻2号546頁などの事案と比較しても、Aに帰責性があったと容易には認められない事案であると考えられるが、Bに求められるままに登記に必要な書類を交付したことをもって簡単に帰責性を認めている事案が非常に多かった。

#### (イ) 答案の例

優秀に属する答案の例は、Cは無権利者からの譲受人として権利を取得することができないのが原則であること、民法第94条第2項の類推適用が問題になることという問題の基本構造を的確に把握した上で、本来の権利者が虚偽の外観の作出の原因を与えているが意思に基づく関与はしていないケースにおいてどのような要件の下で第三者の信頼が保護されるか

を検討し、民法第110条の法意や趣旨の類推適用がされ得ること、第三者の無過失が必要であることなどを論じて、定立した規範に詳細に事案を当てはめたものなどである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案と比べ、外形与因型という本問の特徴を明確に指摘していなかったり、民法第110条の趣旨の類推適用の意味などの論述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、問題の基本構造を把握して、外形の存在、権利者の帰責性、第三者の保護という要件の下で民法第94条第2項が類推適用されるとし、第三者が保護されるためには無過失が必要であるとして民法第110条にも一応言及しているものなどである。

不良に属する答案の例は、表見代理の成否を論じたり、AのBに対する譲渡が詐欺に当たるとした上で民法第96条第3項の第三者としてCが保護されるかを論じたりするものなどである。

#### イ 設問1(2)について

##### (ア) 全体的な採点実感

設問1(2)において論すべき事項は、大別して、①第二譲受人の主觀的態様に起因する対抗可能性、②転得者に対する権利主張の可否、③二重譲渡事例における詐害行為取消権行使の可否、④詐害行為取消しの要件と本問への当てはめ、⑤詐害行為取消権の効果である。

①については、本問が二重譲渡の事案であり、登記を備えていないDがCに対して所有権の取得を対抗することができるかを検討するに当たって民法第177条の適用が問題になることについては、多くの答案が指摘していた。また、判例によれば、単純な悪意者は同条の第三者に該当するが背信的悪意者はこれに該当せず、登記なくして物権変動を対抗することができることについても、多くの答案が指摘しており、多くの答案が背信的悪意者は自由競争を逸脱するものであるという根拠を示していた。背信的悪意者の定義やどのような者が背信的悪意者に該当するかに言及したものは少数であった。

②については、甲土地は背信的悪意者であるBからCに既に譲渡されており、Cに対する対抗の可否が問題となっているため、背信的悪意者から譲り受けた者の地位が問題になる。この点については、背信的悪意者からの譲受けという問題をあまり意識せず、単純にCが背信的悪意者であるかどうかを問題とし、これを否定する答案が散見されたが、判例によれば背信的悪意者に対しても権利は一応承継されることなどを指摘する必要がある。

なお、①②を論ずるのは、Dが登記なくしてCに対して甲土地の所有権取得を対抗することができる場合、DはCに対し、真正な登記名義の回復を原因として直接Dに所有権移転登記をするように請求することができる、すなわち請求1が認められるからである。しかし、この点を明確に指摘している答案は極めて少数であった。

③については、多くの答案が詐害行為取消しの可否が問題となることを指摘していた。ここでは、さらに、Dの被保全債権が甲土地という特定物の引渡請求権又は移転登記請求権であることから、共同担保を保全するという詐害行為取消権の趣旨に反するのではないかが問題になる。この点について論ずる答案も相当数あったが、この点を看過する答案も多かった。この点について論じている答案の中にも、Bへの譲渡時に既に損害賠償請求権に転化しているから詐害行為取消権を行使することができるとしたものが散見された。しかし、甲土地がBに譲渡され、Bが登記を具備することによってDの債権が社会通念上履行不能になるのであり、Bへの譲渡時に既に履行不能になっていたという理解は誤りである。

また、対抗要件を具備していない第一譲受人が第二の売買を取り消すことは民法第177条の趣旨に反するのではないかなどが問題となる。しかし、この点について論じた答案はごく少数にとどまっていた。

④については、民法第424条、第424条の5の要件を一つ一つ丁寧に検討している答

案が多く、条文への当てはめを丁寧に行う受験生が多かったことは好印象であった。もっとも、債務者（本問におけるA）の無資力について、甲土地が唯一のめぼしい財産であるということを挙げて直ちに無資力要件を満たすとした答案が多かった。甲土地はAの唯一のめぼしい財産であることはそのとおりであるが、Dから4000万円を受け取っており、これが費消されたなどの事実も問題文にはないため、これをそのまま支払うことによってDの損害が回復されるのであれば、Bへの譲渡はDの債権を害することにはならない。したがって、詐害行為に当たるといえるためにはAが既に債務超過に陥っていることを指摘する必要があるが、この点を意識した答案はほぼなかった。

少数ではあるが、BにはDに損害を与えようとする意図があったため詐害性について悪意があるが、CはDに損害を与えようとするBの意図を知らなかつたため悪意ではないと記載した答案が見受けられた。しかし、民法第424条第1項ただし書の「債権者を害することを知らなかつた」とは、債権者がその債権の履行を受けることができるかどうかに関するものであり、本問のBのような加害意図とは異なるものである。したがって、Bの意図を知らなかつたから悪意ではないとの記載は誤っている。

なお、結論的には否定しているものが多かったものの、民法第424条の2の適用を検討している答案が散見された。しかし、本件においてはAはBに対して低い価格で譲渡しているから、同条の適用場面でないことは明らかであり、同条について言及する必要はない。

⑤については、多くの答案が取消しだけでなく転得者が転得した財産の返還を請求することができること、Aに返還するように求めるることはできるが（請求2が認められる）、Dに返還するように求めるることはできない（請求1は認められない）ことを指摘していた。

#### (イ) 答案の例

優秀に属する答案の例は、背信的悪意者の例を挙げながら根拠を示してこれが民法第177条の第三者に該当しないとし、Bが背信的悪意者に該当することを本間に即して丁寧に論じた上で、Bは信義則上Dの登記の欠缺を主張することができないだけで権利を取得していること、したがってBからの譲受人であるCは自分が背信的悪意者でない限り、同条の第三者に当たることを論じたものなどである。また、Dの債権が詐害行為取消しの被保全債権となり得るか、民法第177条との矛盾が生じないかなどを論じ、民法第424条や第424条の5の要件を丁寧に当てはめ、結論として請求1は認められず、請求2のみが認められるとしているものなどである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案と比べ、第二譲受人の主観的事情の問題については背信的悪意者が保護されない根拠や背信的悪意者からの譲受人の地位などに関する論述が、詐害行為の可否については、被保全債権の問題や民法第177条との整合性に関する論述が、それぞれ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、第二譲受人の主観的事情に関する論点については、背信的悪意者が民法第177条の第三者に当たらないこと、Bは背信的悪意者に該当すること、背信的悪意者も完全な無権利者ではないから、背信的悪意者の譲受人は自分が背信的悪意者でない限り同条の第三者に該当することなどが、一応答案に現れているものなどである。また、詐害行為取消権については、詐害行為取消権の行使の可否を問題として取り上げ、民法第424条等の要件に本件の事案を一応当てはめているものなどである。

不良に属する答案の例は、背信的悪意者又は詐害行為取消しのいずれかについて触れられていないものなどである。

#### (2) 設問2について

##### ア 全体的な採点実感

設問2において論すべき事項は、大別して、①下線部⑦の主張の根拠、②下線部①の主張の

根拠、③下線部⑦の主張の根拠、④民法第605条の2第1項の趣旨、⑤建物の譲渡担保権設定者による賃料請求の可否である。

①については、乙建物が債権担保目的でFからHに譲渡されたことにより、貸貸人としての地位も民法第605条の2第1項に基づいてHに移転したことを指摘する必要がある。多くの答案が、この点を指摘しようとしていることはうかがわれた。もっとも、同項が根拠となることや、同項の要件（特に賃借人が対抗要件を具備していること）を満たしていることの指摘が不十分な答案が散見され、合意による（民法第605条の3）としたり、所有権移転登記（民法第605条の2第3項）を地位移転の要件とする答案も見られた。民法第605条の2第1項の内容を解釈論として示すものもいくつか見られたが、平成29年改正により明文化されているため、条文に規定されているものとしてではなく解釈論として示すのは不適当である。

②については、担保目的での譲渡は民法第605条の2第1項の「譲渡」に当たらないということを指摘する必要がある。この点についても、多くの答案が指摘しようとしていることはうかがわれたが、同条の「譲渡」に当たらないと述べた答案は少数であり、所有権が移転していない（担保権を取得したにすぎない）などと記載する答案が多かった。ここでは同項の適用関係が問題になるから、同項の文言に即して、どの要件が欠けているから「譲渡」に当たらないのかを指摘する必要がある。

また、請求3の時点において債務 $\alpha$ の弁済期が経過していること、契約⑦に基づく担保の実行が未了であり、かつHは乙建物を第三者に処分しておらず、Fの受戻権が失われていないことに言及した答案はごく少数であった。

③については、民法第605条の2第2項の類推適用により貸貸人の地位がFに留保されることを根拠とすることを述べる必要がある。多くの答案は同項が根拠であることを述べていた。もっとも、同項は貸貸人たる地位を譲渡人に留保するとともに、その不動産を譲受人（本問におけるH）が譲渡人（本問におけるF）に貸貸する旨の合意をした場合を適用対象とするのに対し、本問ではF H間に貸貸する旨の合意はない。そこで、同項の適用ではなく、譲渡担保権設定契約における使用収益権限の付与を貸貸借と類似の法律関係と見て同項を類推適用することが下線部⑦の根拠となる。この点について言及した答案はごく少数であった。

また、少数ではあるが、下線部④と下線部⑦の主張の相違点が理解されていない答案も見られた。下線部④は本問において民法第605条の2第1項の適用場面ではないという主張であるのに対し、下線部⑦は同項の適用場面であることを前提とする主張であるため、下線部④とは前提を異にしていることに留意する必要がある。

本問においては、以上のようなF及びHのそれぞれの主張を正確に理解した上で、その当否について検討する必要がある。まず下線部④の当否については、譲渡担保の所有権的構成と担保権的構成の対立に対応しているとして、所有権的構成を探るべきであるから不当である（逆に、担保権的構成を探るべきであるから正当である）という答案が多く見られた。また、担保目的での譲渡も譲渡という形式が取られており、その形式を重視すべきであるから下線部⑦の主張は不当であるとするものも見られた。しかし、上記のとおり、問題は民法第605条の2第1項の「譲渡」に該当するかどうかであり、担保目的での譲渡がこれに該当することが自明であるとはいえないし、譲渡担保の法的構成について担保権的構成を探るか所有権的構成を探るかによって、同項の「譲渡」該当性の結論が（無関係とはいえないとしても）直ちに出るわけではない。担保目的の譲渡が同項の「譲渡」に該当するかどうかは、同項の趣旨（④）に遡って検討する必要があるが、この点から説き起こした答案はごく少数であった。

⑤の結論については様々な考え方があり得るところであり、いずれの結論であっても一貫した論述がされていれば相応の得点が与えられる。相対的には、民法第605条の2第2項の（類推）適用を認め、譲渡担保権設定契約において使用収益権限が与えられた5月分まではFの請求が認められるが、6月分については請求が認められないという結論を探った答案が多かった

ように思われる。しかし、この立場は、同条第1項により本来は賃貸人たる地位が譲渡担保権者に帰属してしかるべきであるということを前提にするから、譲渡担保権者は賃借人に目的物を使用収益させる義務を履行することが可能であることが指摘する必要がある。そこで、譲渡担保権者は、観念的には使用収益権限も取得して間接占有しているなどの説明が必要になるが、この点について言及した答案はほぼなかった。また、5月分と6月分とで結論を異にする理由についても、6月分の請求時点でも譲渡担保権の実行がされていないこととの関係をどのように説明するかが問題になると思われるが、この点についても説得的な論述がされていた答案はほぼなかった。

#### イ 答案の例

優秀に属する答案として、下線部⑦から⑨までの各主張の根拠について正確に理解されており、民法第605条の2第1項の「譲渡」に譲渡担保権の設定が含まれるかどうかを論じた上で、それぞれの立場から、含まないと考える場合には、被担保債権の債務不履行後、帰属清算や処分清算がされる前の段階でも賃貸人たる地位が移転しないままなのかどうかなどを、含むと考える場合には、同条第2項が類推適用されることや本問における譲渡担保契約の内容に即した当てはめなどを、それぞれ適切に論じたものが挙げられる。

良好に属する答案は、優秀に属する答案に比べて、F及びGの主張の理解に不正確なところがあったり、論述に粗雑なところがあったりするものの、論ずることが必要な論点全般に言及し、おおむね正確な論述がされているものが挙げられる。

一応の水準に属する答案の例は、双方の主張の理解や当否については、下線部⑦の主張を正確に理解し、Gの対抗要件の具備なども含めて当てはめており、下線部①と下線部⑨の主張の違いを理解した上で、その当否について一応の言及をしているものが挙げられる。結論（請求3が認められるか）については、それぞれの立場に応じて、賃貸人たる地位が移転するために実行を要するかどうかや使用収益権がいつまでFに与えられているかなどの契約内容に言及するなどして、一応矛盾なく結論が導かれているものなどが挙げられる。

不良に属する答案の例は、下線部④と下線部⑨の主張の違いが理解されておらず、そのために民法第605条の2第1項の適用の可否を論じているのか、同条第2項について論じているのか不明確なまま論述が進められており、結論を導く法律構成が不明確になっているものなどである。

#### (3) 設問3について

##### ア 全体的な採点実感

設問3において論すべき事項は、大別して、①Mの請求の根拠、②Lの主張の根拠、③Lの主張に対して考えられるMの反論、④下線部⑨のLの主張の当否である。

①については、多くの答案が、契約⑧が死因贈与契約であることを指摘していた。厳密にはKが死亡してその効力が発生していること、Mが相続人としてKの死因贈与契約に基づく義務を承継していることも必要であるが、この点について言及した答案は少なかった。

②についても、多くの答案が、死因贈与には遺贈に関する規定が準用されること、本問においてはその後に死因贈与契約と抵触する遺言がされたため、民法第1023条第1項による撤回が問題になることを指摘していた。しかし、少数であるが、死因贈与に遺贈に関する規定が準用されることを看過した答案があった。民法第1022条によって撤回されたとする答案もあり、これは誤りとは言い切れないが、民法第1023条第1項のほうがより直接的に適用可能な規定であり、同項を根拠として挙げるべきである。また、同条第2項を問題にする答案もあったが、本問では同項の適用は問題にならない。

③については、Mとしては民法第1023条第1項の適用を否定する旨の反論をすると考えられるところ、その根拠としては、民法第554条の「性質に反」するものであるという主張が考えられる。民法第1023条第1項の準用を否定することが反論として考えられることに

ついては多くの答案が述べていたものの、民法第554条の「性質に反」するかどうかが反論のポイントであることを指摘した答案はそれほど多くはなかった。また、この点について判例の立場に言及した答案はほぼなかった。

贈与は書面によってされた場合には解除することができないとする民法第550条と民法第1023条第1項のいずれが優先して適用されるかという問題であると捉えた答案が散見されたが、贈与一般について拘束力を弱める民法第550条と、死因贈与について拘束力を弱めることとは両立するから、同条と民法第1023条の優劣関係という問題の捉え方は不正確であると思われる。

④の結論については一貫した論述ができていればいずれでも得点が与えられるが、民法第1023条第1項の準用を認めるのであれば、遺言者の最終の意思の尊重がその趣旨であること、その趣旨が死因贈与にも妥当することを丁寧に論じることが考えられる。逆の立場からは、死因贈与が遺言と異なって契約であり、相手方の期待を保護する必要があることを根拠として挙げることが考えられるが、いずれの立場についても、この点を丁寧に論じたものは少なかった。

なお、答案の内容とは直接関係しないが、「遺言」「遺贈」「死因贈与」「受遺者」「受贈者」などのそれぞれの意味を正確に理解していないのではないかと思われる答案が散見された。

#### イ 答案の例

優秀に属する答案の例としては、各当事者の主張を正確に理解した上で、民法第1023条第1項が民法第554条の「性質に反」するかどうかという問題を正確に指摘し、この点について、一方では契約としての性質から相手方の期待権の保護が必要であること、他方では贈与した者の最終的な意思の尊重が重要であることを述べていずれの要請を優先するかを丁寧に論じるもののが挙げられる。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案に比べるとその精度において劣るが、これに準じて必要な事項全般に言及するものである。

一応の水準に属する答案の例は、本件契約⑧が死因贈与契約に該当すること、その後に抵触する遺言がされたことによって撤回されたかどうかが問題になることを指摘し、最終意思の尊重という趣旨が死因贈与に該当するとか、相手方の保護が問題になるなどの何らかの根拠を示して、民法第1023条第1項の準用の有無を論じているものなどである。

不良に属する答案の例は、本件契約⑧が死因贈与であることを看過し、何を論すべきかが理解されていないもの、民法第1023条第2項が問題になると誤解して本件と関連しないことについて論ずるものなどが挙げられる。

### 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ものが題出された。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)においては、不動産物権変動の第三者対抗と詐害行為取消しが問題となり、このように同一の状況を規律し得る複数の制度の関係をどのように理解するかを論ずることが望ましいが、全体として、このような複数の制度を相互に関連付けて理解することが十分ではないような印象を受けた。これらを含めて法的知識を習得するに当たっては、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、そのルールを具体的な事実に適用し、結論を導くことができる能力を身に付け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そのまま支持しなければならないというものではないが、判例と異なる見解を探る

のであれば、判例を正確に指摘して批判することが必須である。)。例年指摘されているところであるが、判例を検討する際には、その前提となっている事実関係を基に、その価値判断や論理構造に注意を払いながらより具体的に検討することが重要であり、かつ、様々なケースを想定して判例の射程を考えることが重要である。

## 令和4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4年司法試験の論文式試験出題の趣旨に特に補足すべき点はない。

### 2 採点方針及び採点実感

民事系科目第2問は、商法分野からの出題である。これは、事実関係を読み、分析し、会社法上の論点を的確に抽出して各設問に答えるという過程を通じ、事例解析能力、論理的思考力、会社法に関する基本的な理解並びに法令の解釈及び適用の能力等を確認するものであり、従来と同様である。その際に、論点について、過不足なく論述されている答案や、論述に多少の不足があっても、総じて論述が論理的である答案、制度の趣旨等に照らして条文を解釈している答案、事案に即して具体的な検討がされている答案には、一定の高い評価が与えられた。これらも、従来と同様である。なお、例年言及しているが、文字としての形態を保っていないものや文字が小さすぎるなど、文字を判読することができず、文章を理解することができない答案が見られる。そのような文章については、趣旨が不明であるものと判断した上で、採点せざるを得ない。

#### (1) 設問1について

##### ア 全体的な採点実感

設問1は、公開会社でない株式会社において、取締役の任期を短縮する定款変更がされるとともに取締役選任議案が否決されたという一連の経緯によって取締役の地位を失った者が会社に対して損害賠償請求をしようとする場合に、考えられる法律構成及び損害に関する主張並びにそれらの当否を検討するというものである。設問1の事案は、会社法第339条第2項が規定する解任そのものがされたわけではないため、会社法の規定を形式的に適用するだけでは解決し難い。このような問題を検討することにより、会社法に関する基本的な理解、法令の解釈及び適用の能力、事案を適切に解析する能力並びに整合的な論理を展開する論理的思考力等を総合的に問うものである。

(ア) 設問1においては、Dが甲社の取締役の地位を失ったことが実質的な解任であると考えていることを踏まえると、Dとしては、まず、甲社に対して会社法第339条第2項に基づいて損害賠償請求をすることが考えられる。もっとも、定時株主総会においてDの解任が決議されたわけではなく、取締役の任期を短縮する定款変更がされるとともにDを取締役に選任する旨の議案が否決されたにすぎないのであるから、まずは、そのことを指摘した上で、同項の規定を直接適用することができないことを前提にその類推適用を検討するか、同項が規定する「解任」を広く解釈して同項の規定の適用を検討することになる。多くの答案が、同項の規定の類推適用を検討するか、前述のように「解任」を広く解釈して同項の規定の適用を検討していたが、Dの解任が決議されたわけではないということを踏まえずに、当然に同項の規定が適用されるとしていたものが少なからず見られた。このような答案は、同項の規定する解任の意味を理解していないか、事案を適切に解析することができないものと評価せざるを得ない。

次に、同項の規定を直接適用することができないことを前提にその類推適用を検討する場合であっても、あるいは、同項が規定する「解任」を広く解釈して同項の規定の適用を検討する場合であっても、同条第1項及び第2項の趣旨を踏まえつつ、類推適用の基礎は何であるか、何をもって実質的な解任であると評価するかを意識した検討をする必要がある。すなわち、設問1においては、取締役の任期を短縮する定款変更をしたことを問題とする、取締役選任議案を否決したことを問題とする、又はその双方を問題とするといった様々な考え方があり得るが、いずれの考え方によるにせよ、どのような行為についての正当な理由の有無が問題になるのか、損害としてどのような主張をすることができるのかと

いった問題にも関連することから、類推適用又は適用の対象とそれ以外の部分について一貫した論述が求められる。その際、Dの立場において考えられる主張とその当否を論ずることが求められているのであるから、本来は、下記(ウ)のとおり、主張し得る損害との関係を踏まえて、まずはDに有利な立論を検討する必要がある。しかしながら、類推適用又は適用の対象を明確に意識した答案は少なく、Dの立場も踏まえて、正当な理由の有無や損害についても一貫した論述をした答案は極めて少数であった。多くの答案が、類推適用又は適用の対象を明確に意識しておらず、正当な理由の有無や損害についての検討との関連に気が付いていないように思われた。なお、総じて、同項の規定を直接適用することができないことを前提にその類推適用を検討する答案の方が、同項が規定する「解任」を広く解釈して同項の規定の適用を検討する答案よりも、的確な論述がされていたように思われる。

ところで、同項の規定の類推適用又は適用をする前提として、取締役の任期を短縮する定款変更が行われた場合における在任中の取締役の任期についても言及することが望ましい。例えば、取締役の任期を短縮する定款変更が行われた場合には、定款変更の効力が発生した時点において在任している取締役の任期も短縮されるとした上で、Dは、短縮後の任期が既に経過しているので、定款変更がされた時点で取締役の任期が満了したことになるなどと言及することが考えられる。本来であれば、このような理解がなければ、同項の規定の類推適用又は適用を検討することにはならないのであるから、この点についても、丁寧に分析することが望まれるところである。もっとも、この点に言及することができた答案は、極めて少数であり、ほとんどの答案は、上記のような結論を当然の前提としていたように思われる。

- (イ) 正当な理由の有無については、判例（最判昭和57年1月21日集民第135号77頁参照）等を踏まえ、取締役の非行や業務遂行能力の著しい欠如といった客観的な事由の有無によって決せられるなどと論じた上で、取締役でもあり、株主でもあるAらとの間で経営方針をめぐって意見が対立していたなどの本問における事実関係を適切に分析した上で論ずることが求められる。多くの答案が、Aらとの間で意見が対立していたことを指摘した上で、正当な理由がないとしていたが、正当な理由の意義を明確にした上で論じられているものは必ずしも多くはなかった。また、少数ながら、正当な理由があるとしているものもあった。

なお、既に述べたとおり、正当な理由の有無を検討するに当たっては、会社法第339条第2項の規定の類推適用又は適用の対象をどのように考えるのかについても意識して検討することができると望ましい。例えば、取締役の任期を短縮する定款変更をしたことに対して同項の規定を類推適用又は適用すべきであるという考え方による場合には、「信任を得る機会を多くし、取締役の業務に緊張感を持たせたい」という定款変更議案の理由の当否についても検討することになるものと考えられる（これに対して、Dを取締役に選任する旨の議案が否決されたことに対して同項の規定を類推適用又は適用すべきであると考えるのであれば、この点を考慮するのは整合的ではない。）。この点について言及できている答案自体、多くはなく、さらに、会社法第339条第2項の規定の類推適用又は適用の対象をどのように考えるのかについても意識をした上で言及することができていたものとなると、極めて少数であった。

- (ウ) 損害については、Dの立場において考えられる主張とその当否を検討することが求められているのであるから、Dが変更前の定款に定められた任期を満了するまで取締役を務めたいと考えていたことを踏まえると、まずは変更前の定款に定められた任期が満了するまでの期間の報酬相当額に関する主張とその当否を検討し、それが認められないとする場合には、慣例となっていた4年の任期が満了するまでの期間の報酬相当額が認められるか否かを検討することなどが考えられる。多くの答案が、Dの立場において考えられる主張として、慣例と

なっていた4年の任期が終了するまでの期間の報酬相当額を損害とすることが考えられるものとし、当否の検討において、その主張が認められるものとしていたが、Dが変更前の定款に定められた任期を満了するまで取締役を務めたいと考えていたことを踏まえると、Dの立場において考えられる主張としてそのように考えることが適切なのかについては、検討が必要であろう。また、仮に、取締役の任期を短縮する定款変更ではなく、取締役選任議案を否決したことに対して同項の規定を類推適用又は適用すべきであるという考え方による場合には、理論的には、変更後の任期以上の期間の報酬相当額を損害として主張することは困難となるはずであるから、Dとしては、取締役の任期を短縮する定款変更に対しても同項の規定を類推適用又は適用すべきであると主張したいと考えるはずであり、そのような考え方を前提とするのであれば、定款変更前の任期が終了するまでの期間の報酬相当額を損害とすることが、むしろ理論的には整合するのであって、少なくとも、Dの立場としては、そのような主張をすることが検討されるべきである。多くの答案が、そのような検討をしないで、Dの立場において考えられる主張として、慣例となっていた4年の任期が終了するまでの期間の報酬相当額を損害としたのは、定款変更前の任期が終了するまでの期間の報酬相当額を損害とすることが結論として相当ではないと考えたのであろうが、その点については、Dの主張の当否として検討すれば足りるものである。本問は、Dの立場において考えられる主張とその当否を問うているものであり、前者については、いわばDから委任を受けた弁護士の立場から、後者については、いわば裁判官の立場からの検討が求められているものといってよい。このような観点から論じられている答案は、残念ながら少数であった。

また、既に述べたとおり、損害を検討するに当たっては、会社法第339条第2項の規定の類推適用又は適用の対象をどのように考えるのかについても意識して検討する必要がある。例えば、取締役の任期を短縮する定款変更をしたことではなく、取締役選任議案を否決したことに対して同項の規定を類推適用又は適用すべきであるという考え方による場合には、変更後の任期以上の期間の報酬相当額を損害として主張することは困難となるはずであるが、そのような論理的な関係も踏まえた検討をすることが求められる。もっとも、そのような点を意識して論じられている答案は、残念ながら少数であり、多くの答案が、この点を意識していなかったものと思われる。特に意識はしていないのであろうが、Dを取締役に選任する旨の議案が否決されたことをもって会社法第339条第2項の規定を類推適用することができる旨の論述をし、取締役の任期を短縮する定款変更がされた点については何ら問題としていないにもかかわらず、特段の理由を示すことなく、慣例となっていた4年の任期が満了するまでの期間の報酬相当額が認められるとする答案が相当数見られた。

なお、Aとのやり取りから、そもそもDの任期が4年であることを当然の前提としている答案も散見されたが、定款に定められた任期が10年であり、それを前提に株主総会において選任された取締役の任期が、どうして個別的なやり取りによって定款とは異なる任期となるのかについては、更なる検討が必要であるように思われる。

- (イ) 会社法第350条に基づく損害賠償請求や会社法第831条第1項第3号の規定により株主総会決議を取り消した上での損害賠償請求など、会社法第339条第2項の規定の類推適用又は適用以外の法律構成もあり得るところではあるが、いずれにしても、会社に対する損害賠償請求の可否が問われていることを踏まえた上で、本問の事実関係を適切に分析して検討することが求められる。ほとんどの答案が会社法第339条第2項の規定の類推適用又は適用について検討しており、それ以外の法律構成を採用した答案は少数であった。このような答案も、本問の事実関係を適切に分析した上で検討することができていれば、一定の評価がされたが、総じて、同項の規定の類推適用又は適用を検討した答案よりも相当程度低い評価となった。

また、設問1では、定時株主総会の招集の手続及び議事は適法であったものとされていることから、これに反する法律構成（例えば、株主総会の招集の手續等が法令等に違反することを理由とする株主総会決議の取消しを前提として報酬相当額の損害賠償請求することなど）を検討することは求められていないし、甲社に対する会社法上の損害賠償責任が問われているのであるから、会社法第429条第1項に基づく損害賠償責任や民法上の損害賠償責任を検討することは求められていないのであるが、少數ではあるものの、これらを検討している答案が見られた。

さらに、僅かではあるものの、取締役の報酬の減額の問題であるかのように論ずる答案も見られた。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

Dの立場において考えられる法律構成として、Dの解任が決議されたわけではなく、取締役の任期を短縮する定款変更がされるとともにDを取締役に選任する旨の議案が否決されたにすぎないことを踏まえた上で、会社法第339条第2項の規定の類推適用を検討し、その当否を検討するに当たり、同条第1項及び第2項の規定の趣旨を踏まえつつ、取締役の任期を短縮する定款変更がされるとともにDを取締役に選任する旨の議案が否決されたことをもって同項の規定を類推適用すべきであるとするもの。

正当な理由の有無を検討するに当たり、取締役の非行や業務遂行能力の著しい欠如といった客観的な事由の有無によって決せられるとした上で、取締役の任期を短縮する定款変更をしたこと及びDを取締役に選任する旨の議案を否決したことに対して会社法第339条第2項の規定を類推適用すべきであることを前提に、Aらとの間で経営方針をめぐって意見が対立していたといった事情だけではなく、定款変更議案の理由の当否についても検討するもの。

損害について、取締役の任期を短縮する定款変更がされるとともにDを取締役に選任する旨の議案が否決されたことをもって会社法第339条第2項の規定を類推適用することができるとの考え方の下、Dの立場においては、定款変更前の任期が終了するまでの期間の報酬相当額を損害として主張することが考えられるとしつつ、その主張の当否を検討するに当たっては、合理的に期待し得るのは慣例となっていた4年の任期が終了するまでの期間の報酬相当額にとどまるなどとするもの。

##### (イ) 不良に該当する答案の例

Dの解任が決議されたわけではないことを指摘することなく、会社法第339条第2項の規定が適用されるとするもの。

Dの解任が決議されたわけではないことを指摘するものの、会社法第339条第1項及び第2項の規定の趣旨、類推適用の基礎は何であるか、何をもって実質的な解任であると評価するかについて十分な検討をすることができていないもの。

正当な理由の意義を明らかにせず、本問の事実関係を検討することなく、結論のみを示すもの。

損害について、Dの立場において考えられる主張を検討することなく、慣例となっていた4年の任期が満了するまでの期間の報酬相当額が認められるとするもの。

損害について、Dを取締役に選任する旨の議案が否決されたことをもって会社法第339条第2項の規定を類推適用することができるとの考え方を採用し、取締役の任期を短縮する定款変更がされた点については何ら問題としていないにもかかわらず、特段の理由を示すことなく、慣例となっていた4年の任期が満了するまでの期間の報酬相当額が認められるとするもの。

会社法第429条第1項に基づく損害賠償責任や民法第651条第2項に基づく損害賠

償責任を検討するもの。

(2) 設問2について

ア 全体的な採点実感

設問2は、事業譲渡の譲受会社である戊社が、その親会社である甲社の圧力の下でいわゆるデュー・ディリジェンスを行うことなく事業を譲り受けたことについて、戊社の代表取締役であるGの会社法上の損害賠償責任を問うものである。

(ア) 設問2においては、戊社の少数株主であるJがGに対して会社法上の損害賠償責任を追及するというものであるから、会社法第423条第1項が定める要件に沿ってGの任務懈怠責任を検討することが求められる。多くの答案が、同項に基づく損害賠償責任を検討することができていたが、ここでも、少数ながら会社法第429条第1項に基づく損害賠償責任を検討しているものがあった。また、これも少数ではあるが、HやIの損害賠償責任についても言及する答案があったが、当然のことながら、問われていないことに言及する必要はない。なお、設問に「株主代表訴訟は、適法に提起されたものとする」と記載されている以上、会社法第847条の要件を満たすかどうかを検討する必要はないにもかかわらず、この点について無用な論述をしている答案も見られた。

(イ) 事業譲渡の実施及びその条件の決定に係るGの義務違反の有無については、①通常であれば、いわゆる経営判断原則が妥当し得るところ、Gの保身という個別的な利益相反関係のみならず、戊社に圧力をかけた甲社がその親会社である一方で、戊社には甲社以外に少数株主がいることなどに着目し、構造的な利益相反関係が存在することを指摘した上で、Gの善管注意義務又は忠実義務違反の有無を判断する基準を提示し、②本問の事実関係の下でデュー・ディリジェンスを行う必要性がどの程度あったかなどを踏まえて検討することが求められる。

①の検討においては、甲社が戊社の総株主の議決権の60パーセントを有する親会社であり、本件事業譲渡が、親会社である甲社の利益にはなるものの、戊社の利益にはならないおそれがあり、戊社には、親会社である甲社だけではなくJをはじめとする少数株主が存在することから、構造的な利益相反が生じる可能性があることを考慮するとともに、Gは、親会社である甲社の代表取締役Aから取締役として再任されない可能性があることを示され、甲社の利益のために戊社にとって不利な事業譲渡を進めるように圧力をかけられており、具体的な利益相反が生じていたことを考慮した上で、どのように義務違反を判断するのかについて検討することが求められる。もっとも、このような利益相反関係が存在するということに着目し、経営判断原則が妥当するのかという問題意識に触れられていたものは極めて少数であった。多くの答案が、経営判断原則が妥当するものとして、本問の事実関係を前提に当てはめをするにとどまり、当てはめにおいて利益相反関係を意識していたものもあれば、利益相反関係におよそ気が付いていないと思われるものもあった。さらに、経営判断原則にも触れずに、いきなり当てはめをしている答案もあった。

ところで、利益相反関係について触れている答案であっても、その多くが取締役として再任されない可能性があるという個別的な利益相反関係のみを指摘しているにとどまり、親会社である甲社とJをはじめとする少数株主との間の構造的な利益相反関係にも触れている答案は少数であった。前者の方がわかりやすかったのであろうが、設問2においては、戊社の少数株主であるJが株主代表訴訟を提起するという事案を設定し、少数株主であるJの立場において考えられる主張及びその当否を検討することが求められているのであるから、Jの立場に立って考え、後者についても検討してほしかったところではある。

②の検討においては、戊社の取締役であるHが銀行や弁護士に確認して、デュー・ディリジェンスを行う必要性が高いことを認識し、このことをGに指摘していたという経緯等に言及した上で、本件における利益相反関係の存在に照らしてより慎重な手続で進めるこ

とが求められ、本件事業譲渡契約を締結するに当たってはデュー・ディリジェンスを行う必要性が高いことを指摘しつつ、G としても、甲社の利益のみを考えていたわけではなく戊社を含む甲社を中心としたグループ全体の利益を考えていたこと、戊社にとって甲社は重要な取引先であることなども踏まえた上で、それでもデュー・ディリジェンスを行わずに本件事業譲渡契約を締結したことが善管注意義務又は忠実義務に違反すると評価することができるか否かを説得的に論ずることが求められる。この点については、多くの答案が一応の検討をすることができており、どの事実関係を指摘してそれをどのように評価するかで差が出たものの、総じて、よく検討することができていた。なお、既に述べたとおり、ここで利益相反関係について触れた答案が多数あったが、利益相反関係については、経営判断原則との関係を検討していなくても、当てはめにおいて検討することができていれば、相応の評価をすることとしており、そもそも利益相反関係に言及しているか否かで評価に差が出るとともに、利益相反関係を意識しているとしても、取締役として再任されない可能性があるという個別的な利益相反関係のみを指摘しているのか、親会社である甲社と J をはじめとする少数株主との間の構造的な利益相反関係も指摘しているのかなどでも評価に差が出た。

(ウ) 損害については、そもそも本件事業譲渡契約を締結すべきではなかったのか、それともデュー・ディリジェンスを行った上で公正な対価で本件事業譲渡契約を締結すべきであったのかのいずれの立場を前提とするのかにもよるが、いずれの立場によるにせよ、自己の立場と整合的な論述をすることが求められる。例えば、そもそも本件事業譲渡契約を締結すべきではなかったと考える場合には、本件事業譲渡契約の対価の額から本件事業譲渡に係る評価損計上後の資産の額を控除した残額にその後に計上した負債の額を加えたものを損害とすることが考えられるし、デュー・ディリジェンスを行った上で公正な対価で本件事業譲渡契約を締結すべきであったと考える場合には、本件事業譲渡契約の対価の額から公正な対価の額を控除した残額（3000万円）を損害とすることなどが考えられる。多くの答案が、本件事業譲渡契約の対価の額から公正な対価の額を控除した残額である3000万円を損害としていたが、そもそも本件事業譲渡契約を締結すべきではなかったのか、それともデュー・ディリジェンスを行った上で公正な対価で本件事業譲渡契約を締結すべきであったのかが不明確なものが多かった。義務違反の内容が何であり、それと因果関係のある損害は何かというのは、商法分野に限らず、損害賠償責任を考えるに当たっては常に問題となることであり、複数の主張があり得ることも含め、日頃から意識して検討することができるようにしてほしい。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

G の任務懈怠責任の検討をするに当たり、通常であれば、経営判断原則が妥当し得るところ、自らが取締役として再任されない可能性があるという観点からの利益相反関係があり、かつ、親会社である甲社と J をはじめとする少数株主との間の構造的な利益相反関係があることを指摘した上で、このような利益相反関係がある場合には経営判断原則は妥当せず、経営判断原則とは異なる基準で善管注意義務又は忠実義務違反の有無を検討することとし、デュー・ディリジェンスを行う必要性がどの程度あったかなどについて本問の事実関係を丁寧に拾って検討しているもの。

G の任務懈怠責任の検討をするに当たり、戊社としても、本件事業譲渡契約により一方的に不利益を受けるわけではなく、甲社グループに属する一企業として利益を受ける可能性があることを本問の事実関係より指摘しつつ、戊社の取締役として、親会社である甲社と J をはじめとする少数株主との間の構造的な利益相反関係がある事項についてどのように意思決定をすべきかを検討し、デュー・ディリジェンスを行う必要性がどの程度あったかなどについて本問の事実関係を丁寧に拾って検討しているもの。

Gの任務懈怠責任の検討をするに当たり、経営判断原則が妥当するものとした上で、自らが取締役として再任されない可能性があるという観点からの利益相反関係があり、かつ、親会社である甲社とJをはじめとする少数株主との間の構造的な利益相反関係があることを指摘しつつ、デュー・ディリジェンスを行う必要性がどの程度あったかなどについて本問の事実関係を丁寧に拾って検討しているもの。

Gの具体的な義務違反と因果関係のある損害について、本件事業譲渡契約の締結自体はやむを得ないとしつつも、デュー・ディリジェンスを行った上で公正な対価で本件事業譲渡契約を締結すべきであったのにそれをしなかったという点に義務違反があるとし、それと因果関係のある損害の額は、本件事業譲渡契約の対価の額から公正な対価の額を控除した残額（3000万円）であるとするもの。

(イ) 不良に該当する答案の例

Gの任務懈怠責任の検討をするに当たり、経営判断原則が妥当するとした上で、デュー・ディリジェンスを行わなかったことの当否を検討しているものの、利益相反関係があることについては検討していないもの。

Gの任務懈怠責任の検討をするに当たり、経営判断原則等に何ら言及することなく、本問の事実関係を羅列して責任の有無を検討するもの。

損害について検討するに当たり、義務違反の内容を明確にしないまま論じているか、義務違反の内容を明確にしつつも、それとは整合しない結論を導くもの（例えば、デュー・ディリジェンスを行った上で本件事業譲渡契約を締結すべきであったのにそれをしなかったことを義務違反としつつ、公正な対価を3000万円としながら、更にその後に計上した負債の額も損害に含まれるとするなど）。

会社法第429条第1項に基づく損害賠償責任を検討するもの。

(3) 設問3について

ア 全体的な採点実感

設問3は、乙社から事業を譲り受けた戊社が、乙社の商号の一部である「乙」が含まれている登録商標Pを使用している場合において、乙社の債務を弁済する責任を負うか否かを問うものである。設問3の事案は、会社法第22条第1項が規定する商号そのものを続用しているわけではないため、設問1と同様に、会社法の規定を形式的に適用するだけでは解決し難い。このような問題を検討することにより、会社法に関する基本的な理解、法令の解釈及び適用の能力、事案を適切に解析する能力並びに整合的な論理を展開する論理的思考力等を総合的に問うものである。

(ア) 設問3において、乙社の事業を譲り受けた戊社の責任の有無を検討するに当たっては、まず、会社法第22条第1項の規定を適用することが考えられるが、本問では、戊社が乙社の商号そのものを引き続き使用しているわけではないことから、そのことを指摘した上で、同項の規定の類推適用をすることができるか否かを検討することになる。会社法第22条第1項の規定の類推適用のほかには、会社法第23条の2第1項の規定により詐害事業譲渡に係る譲受会社に対する債務の履行の請求をすることや、会社法第23条第1項の規定により債務引受広告をした譲受会社の責任に言及することなども考えられるが、いずれにしても、本問の事実関係を適切に分析した上で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、会社法第22条第1項の規定の類推適用又は適用を検討することができていた。少数ではあるが、会社法第23条の2第1項の規定により詐害事業譲渡に係る譲受会社に対する債務の履行の請求をすることや、会社法第23条第1項の規定により債務引受広告をした譲受会社の責任に言及する答案もあったが、会社法第22条第1項の規定の類推適用又は適用に加えて検討しているものが多かった。総じて、会社法第22条第1項の規定の類推適用又は適用の検討をしていない答案は、それを検討した答案よりも相当程度低い評価となった。

また、少数ではあるが、商法第17条の規定や会社法第9条の規定について検討する答案もあった。商法第17条の規定は、会社法第22条と同様の内容の規定であるが、戊社は株式会社であるため、商法第17条の規定を適用する余地はない（商法第11条第1項括弧書）。さらに、会社法第9条の規定は、いわゆる名板貸人の責任に関するものであるから、設問3において問題となる規定ではなく、これを検討する答案は、事実関係を誤解しているか、会社法第9条の規定を理解していないものと評価せざるを得ない。いずれにしても、日頃から条文に接していたか否かで差が出たように思われる。

- (イ) 会社法第22条第1項の規定の類推適用を検討するに当たっては、譲受会社が譲渡会社の商号そのものを引き続き使用しているわけではないものの、その使用する登録商標に譲渡会社の商号の一部が含まれているという本問の事情に着目し、同項の規定の趣旨を踏まえ、譲渡会社の商号の一部が含まれている商標を使用した場合にも同項の規定の類推適用をすることができるか、できるとする場合にはどのような要件が求められるのかを検討することが求められるが、その際には、商号が事業主の表示であることを踏まえつつ、商号と商標の異同を意識して、説得的に論ずることが求められる。多くの答案が、会社法第22条第1項の規定の類推適用又は適用について検討することができていたが、同項の規定の趣旨を正確に理解し、商号と商標の異同を意識しつつ、同項の規定を類推適用することの可否及びそのための要件を提示することができていたものは極めて少数であった。同項の規定の趣旨を外観法理にあるとした上で、その類推適用の要件として取引の相手方の善意・無過失等を必要とする答案が多数見られたところ、これらは、おそらく、民法第94条第2項等の規定の類推適用の議論を参考にしたものと思われるが、会社法第22条第1項の規定は、民法第94条第2項等の規定とは異なり、そのような主觀的要件を定めていないことをどのように考えるのかについても検討されるべきであろう。また、多くの答案が、商号と商標の異同についての検討が不十分なまま、商号と商標が類似するという点のみを指摘して、商標を使用した場合であっても同項の規定の類推適用又は適用を認めるというものであった。

本問の事実関係の下で同項の規定の類推適用をすることができるか否かを検討するに当たっては、本問の事実関係を丁寧に拾って適切な評価を加えていくことが求められるところ、例えば、登録商標Pは、商号ではないものの、乙社の商号の一部である「乙」を含むものであり、消費者には譲渡会社である乙社を示すものとして受け取られていたことを指摘しつつ、乙社が登録商標Pを使用した商品を消費者等に対して直接販売することはなかったものの、戊社が、本事業譲渡後に、その店舗の入口に登録商標Pを描写した看板を掲げたり、ウェブサイトに登録商標Pを掲載したりするなどした上で、乙社が製造していた商品と重複する商品を製造して消費者等に直接販売していたことなどから、譲受会社である戊社が譲渡会社である乙社の債務を引き受けたかのような外観が作出されたものと評価し得るなどと論ずることが考えられる。もちろん、反対の結論を導くこともできるが、いずれにしても、本問の事実関係を丁寧に拾って、適切に評価を加えながら、説得的に論ずることが求められる。多くの答案が、本問の事実関係を拾って検討しようとしていたが、登録商標Pが譲渡会社である乙社を示すものとして受け取られていたことや、譲受会社である戊社が譲渡会社である乙社の債務を受けたかのような外観が作出されたものと評価し得るといった観点から、事実関係を丁寧に拾って適切に評価することができていたものは多くはなかった。事実関係を羅列したにとどまるものや、本問の事実関係をほとんど考慮しないで結論を導いているものもあった。

また、本問においては、乙社が戊社に日用品製造販売事業を譲渡したことが事業の譲渡に当たることは明らかであるから、事業や事業譲渡の意味等を詳細に検討する必要はない。しかし、この点を検討する答案が一定数見られた。典型的な論点であってあらかじめ論述内容を準備していたからなのか、ほかに検討すべき事項が思い付かなかつたからなのかも

しれないが、限られた時間の中で必要なないことを検討している余裕はないはずである。昨年も、間接取引に該当することが明らかであるにもかかわらず、その該当性を詳細に検討することによって全体のバランスを失している答案が一定数見られたところであるが、本年においても同様の現象が見られたことは残念である。

#### イ 答案の例

##### (ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

戊社が乙社の商号そのものを引き続き使用しているわけではないことを前提に、会社法第22条第1項の規定の趣旨、商号と商標の異同について検討し、商標を使用した場合であっても、それが譲渡会社を表示するものといえ、譲受会社が譲渡会社の債務を引き受けたかのような外観が作出されたといえるときには、同項の規定を類推適用することができるとするもの。

戊社が乙社の商号そのものを引き続き使用しているわけではないことを前提に、会社法第22条第1項の規定の趣旨を踏まえ、商標が商号と類似する点があることを理由に同項の規定の類推適用又は適用が可能であるとし、登録商標Pの使用方法等を検討して結論を導くもの。

本問の事実関係を検討するに当たり、登録商標Pは、商号ではないものの、乙社の商号の一部である「乙」を含むものであり、消費者には譲渡会社である乙社を示すものとして受け取られていたことを指摘しつつ、乙社が登録商標Pを使用した商品を消費者等に対して直接販売することはなかったものの、戊社が、本事業譲渡後に、その店舗の入口に登録商標Pを描写した看板を掲げたり、ウェブサイトに登録商標Pを掲載したりするなどした上で、乙社が製造していた商品と重複する商品を製造販売して消費者等に直接販売していたことなどから、譲受会社である戊社が譲渡会社である乙社の債務を引き受けたかのような外観が作出されたといった評価を加えた上で、会社法第22条第1項の規定の類推適用を肯定するもの。

##### (イ) 不良に該当する答案の例

会社法第9条の規定の適用など、設問3において問題とすべきではない事項を論ずるものや、会社法第22条第1項の規定の類推適用又は適用について全く言及しないもの。

会社法第22条第1項の規定の類推適用又は適用について検討しているものの、同項の規定の趣旨の理解が不正確であったり（例えば、外観を信頼して新たに取引関係に入った者を保護する趣旨であるとするもの。）、商標が商号と類似していることのみをもって同項の規定の類推適用を認めたりするもの。

#### (4) 第2問全体について

全ての設問についてポイントを押さえた論述をしているものは、当然のことではあるが、高く評価された。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。実際には、全ての設問について優秀又は良好に該当する論述をしていたものは少数であり、3つの設問のうち2つについて優秀又は良好に該当する論述をしていたものは、相対的に上位となった。

他方で、高い評価を得ることができなかつた答案に共通する傾向として、設問の指示を十分に読み、問い合わせるという姿勢に欠けていたところがあつたように思われる。例えば、会社法上の損害賠償責任が問われているのに、民法上の損害賠償責任を検討する答案があつたが、このような答案が評価されないのはいうまでもない。また、設問1においては、Dの立場において考えられる法律構成及び損害に関する主張並びにそれらの当否を論ずることが求められており、設問2においては、株主代表訴訟を提起した少数株主Jの立場において考えられる主張及びその当否を論ずることが求められているのであるから、そのような観点から検討を進めてほしい。DやJの立場からの主張が求められているのであるから、DやJから委任を受けた弁

護士になったつもりで検討してもらいたいが、多くの答案が、裁判官的な立場から当否のみを検討していたように思われる（設問の内容にかかわらず、答案では、こうした立場で法の解釈適用について一つの見解を示せばよいというイメージを持つ者も少なからずいるように見受けられる。）。設問の指示に従って論じていれば、まずは、当事者の立場から考えられる主張を検討し、当否の検討において、そのような主張がどの程度認められるのかという検討をすることとなり、その結果、より多角的な観点からの分析がされ、論述に厚みが増し、高い評価が得られたように思われる。また、設問において、「定時株主総会の招集の手続及び議事は、適法であったものとする」、「必要な手続を経た上で、乙社が戊社に日用品製造販売事業を譲渡する旨の契約を締結した」、「株主代表訴訟は、適法に提起されたものとする」などと記載されているにもかかわらず、これらに関する論述を展開し、必要な検討をすることができなくなっているものも見受けられた。特定の用語や手続などに対応して定型的な文章を並べるという姿勢は避け、設問をよく読み、問われたことに端的に答えるように心掛けてほしい。

また、条文の摘示が不正確な答案がいくつか見られた。条文を摘示する場合には、条だけではなく、項や号まで正確に摘示しているかも評価の対象になり得るのであって、正確に摘示するように心掛けてほしい。

### 3 法科大学院教育に求められるもの

第2問は、設問1及び設問3においては、会社法の規定を形式的に適用するだけでは解決し難いものであり、設問2においては、一見すると、義務違反と損害を検討するだけで足りるように思われるが、実は、利益相反関係が潜んでおり、それをどのように考えるのかが問われており、いずれの設問においても、会社法に関する基本的な理解を前提としつつ、事例解析能力、論理的思考力並びに法令の解釈及び適用の能力等が問われるものであった。そのような中でも、多くの答案が、最低限必要であると思われる事項に一応の言及をすることができており、全く見当違いのことを論じている答案や白紙の答案は少なかった。これは、法科大学院における教育の成果といい得るのではないかと思われる。

もっとも、既に述べたとおり、会社法第339条第2項の規定の類推適用の対象と損害との関係や、利益相反関係と経営判断原則との関係等、もっと掘り下げて論じてほしいところがあったにもかかわらず、これらについて論ずることができていたものは少数であった。例えば、利益相反関係がある場合に経営判断原則をそのまま適用してもよいのかという問題意識を持つためには、単に経営判断原則の内容を理解しているだけでは足りず、なぜ経営判断原則が認められているのか、その限界がどこになるのか、といった点を意識しながら学習を進める必要があろう。支配株主がいる場合の構造的な利益相反関係は、グループ企業のガバナンスを扱う場合はもちろん、少数株主の締出しをはじめ、様々な場面で登場する問題であり、法科大学院の教育の中でも何らかの形で扱われていると思われるところ、異なる場面で共通の問題が生じることを意識した学習及び教育が必要と考えられる。また、設問3との関係では、商法・会社法総則において「外観法理」という同じ用語を用いて説明される規定も一様ではない点に注意が必要である。「外観法理であるから、外観の作出、帰責性、信頼があれば類推適用が認められる」などと粗雑に一括りにしてしまう学習方法が不適切であることはもちろん、教育方法としても、抽象的な規定の性格や趣旨の説明にとどまるのではなく、条文に即した理解を促すことが望まれる。

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。

## 令和4年司法試験の採点実感（民事系科目第3問）

### 1 出題の趣旨等

民事系科目第3問は、民事訴訟法分野からの出題であり、出題の趣旨は、既に公表されている「令和4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ものとしている。

本年においても、問題文中の登場人物の発言等において、受験者が検討し、解答すべき事項が具体的に示されている。そのため、答案の作成に当たっては、問題文において示されている検討すべき事項を適切に分析し、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な内容を踏まえつつ、論理的で一貫した思考の下で端的に検討結果を表現しなければならない。採点に当たっては、受験者がこのような意識を持っているかどうかという点についても留意している。

### 3 採点実感等

#### (1) 全体を通じて

本問は、「株式会社Mテック（以下、単に「Mテック」と表記する場合がある。）」に対し、事務所（以下「本事務所」という。）を賃貸したXが、被告を「Mテック」と表示して、賃貸借契約の終了に基づき、本事務所の明渡しを求めて訴えを提起したが（以下、この訴えに係る訴訟手続を「本件訴訟」という。）、「Mテック」という商号の会社は、Xの訴えを空振りさせて時間稼ぎをしようとしたAによって、甲ではなく乙という別の会社になっていたという事案を題材とするものである。

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、当事者の確定の基準、裁判上の自白及びその撤回、主觀的追加的併合、書証等の民事訴訟の基礎的な概念や仕組みに対する受験者の理解を問うとともに、事案への当てはめを適切に行うことができるかどうかを試している。

全体としては、時間内に論述が完成していない答案は少数にとどまった。しかし、検討すべき事項の理解を誤り、関係や必要がない論述を展開する答案や、検討すべき事項自体には気が付いているものの、問題文で示されている事案への当てはめによる検討が不十分であって、抽象論に終始する答案も散見された。また、基礎的な部分の理解不足をうかがわせる答案も少なくなかつた。

なお、判読が困難な乱雑又は極めて小さい文字や略字を用いるもの、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や、刑事訴訟の用語との混同など法令上の用語を誤っている答案、日本語として違和感を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。法律用語ではないものの、とりわけ「弊害」を「幣害」と誤って記載する答案がかなり多く見られたため、ここで指摘しておきたい。以上については、例年、指摘されているところであるが、本年においても、改めて注意を促すとともに、強く改善を求める。

## (2) 設問1について

### ア 課題1の採点実感

設問1では、まず、課題1として、当事者の確定の基準について、本件訴訟の被告が甲となるような見解、乙となるような見解をそれぞれ一つ取り上げた上、各見解に従って、被告を甲又は乙と確定することができることをそれぞれ論ずることが求められている。

当事者の確定の基準としては、伝統的には、意思説、行動説、表示説という3つの見解がある。被告を甲と確定することができる見解としては、意思説が考えられ、この見解によるならば、この見解が、原告の意思に着目するものであることを指摘した上で、Xが甲を被告とする意思であったことを、訴状の記載等に言及しつつ、説得的に論証することが求められる。次に、被告を乙と確定することができる見解としては、表示説、行動説が考えられる。表示説には、形式的表示説、実質的表示説があり、いずれの見解によっても差し支えないが、当てはめの際には、自ら提示した見解に従って、適切な当てはめをする必要がある（なお、後述のとおり、実質的表示説に依拠しつつ、甲を被告として確定することもできる。）。行動説による場合には、この見解が、被告らしく行動した者は誰であるかに着目するものであることを指摘した上で、実際に訴訟追行をしたのは乙の代表者であるAであることに言及するなどして被告らしく行動したのが乙であることを説得的に論証することが期待される。

ここでは、端的に甲と確定する基準と乙と確定する基準を答えればよいものの、最後に、どちらが妥当かまで書いてくるものや、乙と確定できる見解を複数説明するなど、課題の枠を超えて余分な記述をする答案が少なからずあった。また、意思説、適格説、実質的表示説、行動説などを組み合わせて「実質説」なる見解を展開する答案も一定数あったが、このような答案は、当事者の確定の基準が明らかになるものとは言えず、評価は低いものとなる。適格説や規範分類説については、その見解を正確に記載できている答案はほとんどなかった。もっとも、意思説や表示説によるものも、必ずしもその内容を正確に記載できている答案は多くなかった。意思説を挙げる答案の中で、訴状等の記載から原告の意思を認定すべきとするものは少なく、単に原告の意思からすると甲が被告であるとするものや、依拠することができる資料の範囲を明らかにしないまま訴状外の事実関係を用いて原告は甲を被告とする意思であったとの結論を導いている答案が少なくなかった。また、表示説についても、形式的表示説としながら当事者欄の記載に限るということまでを説明しているものはあまりなく、実質的表示説としながら当てはめでは当事者欄の記載に触れるのみで、請求の趣旨や原因に言及しなかったり、訴状の表示からは読み取れない訴訟係属前後の事実関係を用いて説明をしたりするものも一定数あった。このような答案は、評価されない。なお、表示説のうち、訴状の当事者に関する記載だけではなく、請求の趣旨及び原因その他の記載を含めて訴状の全体から総合的に判断する実質的表示説を採用した場合には、被告を甲と確定することができる見解として論ずることもでき、この立場で説得的に論ずる答案も評価している。例えば、被告欄には「株式会社Mテック」と記載されているが、請求の原因に記載されている賃貸借契約の締結時において「株式会社Mテック」という名称の主体としては甲しか存在しないことに鑑みれば、原告は、甲を被告とする意思を有していたと解するのが相当であるから、被告は甲と確定される、と論ずることが考えられる。もっとも、最判昭和48年10月26日民集27巻9号1240頁の事案とは異なり、甲と乙の代表者が同一ではなくなった本問のような事例においては、甲を被告と確定するすれば、甲の代表者に対する訴状の送達からやり直す必要が生ずる可能性があることや、請求の原因に記載されている賃貸借契約の締結時において「株式会社Mテック」という名称の主体として甲しか存在しないことまでは訴状及び附属書類の記載からは判明しないことを指摘した上で、訴状及び附属書類の記載からは、乙が被告として確定される、と論ずることも考えられる。いずれにせよ、事案に即した検討がされている答案は、相応に評価された。他方、定型的な論証パターンとして、形式的表示説と実質的表示説しか勉強していないのではないかと疑わせる

答案が多数あり、このような答案は、低い評価にとどまった。

また、当てはめにおいて、いきなり「本件訴状には被告として乙が表示されている」とするものが一定数あったが、あくまで被告として表示されているのは「Mテック」であり、これが乙を指すものであると認定するような当てはめをすることが求められるが、このような当てはめが十分にされていないものは、低い評価にとどまった。

#### イ 課題2の採点実感

課題2では、被告を乙と確定した場合に、第2回口頭弁論期日において乙（代表者A）が請求原因事実を認める旨を陳述したことにより裁判上の自白が成立したことになるか、仮に自白が成立したとして、再開後の第3回口頭弁論期日における自白の撤回が許されるかどうかの検討が求められる。課題2の前半部分では、裁判上の自白の成立要件を明らかにした上で、乙（代表者A）の上記陳述について要件該当性を検討することが求められる。

裁判上の自白の要件については、基本的事項を問うものであることから、比較的良くできていた一方、その要件を正しく記載できていないものもあった。例えば、「相手方の主張と一致する」又は「相手方の主張する事実を認める」という要件について、相手方が実際にその事実を主張しているか否かに着目しない答案が一定数あった。このような基本的事項を理解していない答案の評価は、相対的に低いものとなる。また、乙は實際には本件賃貸借契約の当事者ではなく、これを認めたとしても乙に不利益な事実ではないとして裁判上の自白の成立を否定する答案も一定数あった。被告を乙として確定したことを前提とする以上、請求原因事実はXと乙が本件賃貸借契約を締結した事実であり、Aが乙の代表者としてこれを認める旨の陳述をすることは、実体上はどうであれ、裁判上の自白が成立するものといえ、このような答案は、民事訴訟の基本的な考え方を理解していないものとして、低い評価とならざるを得ない。また、第2回口頭弁論期日におけるAの陳述について問われているにもかかわらず、第1回口頭弁論期日にAが出頭しなかったという記述を取り上げ、擬制自白の成否の検討をするものや、「仮に被告を乙と確定した場合」について聞かれているのに、Aは甲の代表者として自白をしたとして論ずるものなど問題を正しく理解していない答案が少なからずあった。このような答案は、当然のことながら評価されない。なお、裁判上の自白の要件を論ずることなく、いきなり当てはめを論ずる答案が一定数あったが、「自白が成立していると取り扱うべきか」を問われている場合には、そもそも自白とは何かを丁寧に論ずることが求められ、これを記載しない答案の評価は、相対的に低いものとなる。

課題2の後半部分では、裁判上の自白が成立した場合には、原則としてその撤回が禁止されることを踏まえ、例外として自白撤回が許される場合を明らかにすることが期待される。本件において問題となる自白撤回の要件としては、判例上、自白した事実が真実に反し、かつ、自白が錯誤に基づくことが証明されたことが挙げられるが、個々の要件につき、反真実を錯誤よりも重視する見解、また、錯誤を反真実よりも重視する見解が主張されていることに鑑み、撤回要件の当てはめに先立ち、自白撤回の要件をどのように構成するかを理由付けとともに明らかにすることが期待される。この理由付けができる限り、自白撤回の要件をどの見解に従って構成したかによって評価に差を設けることはない。当てはめにおいては、自らが採用した見解に従い、乙（代表者A）による自白撤回の許否を検討する必要があるところ、反真実については、本件賃貸借契約の締結の当時、賃借人は「株式会社Mテック」こと甲であるから、Xと乙との間で賃貸借契約が締結された事実はないことに言及する必要がある。他方で、錯誤については、乙（代表者A）は、請求原因事実を認める旨を陳述した際、本件賃貸借契約の賃借人が乙ではないことを知っていたことに言及する必要がある。

自白の撤回の要件につき、反真実のみ又は錯誤のみとする答案については、自説の理由付けが説得的に述べられているものはごく少数であった。また、自白の撤回の要件に触れず、事案から事実を抽出して自白の撤回は信義則上認められないとする答案や時機に後れていることだ

けを理由に撤回を許されないとする答案も一定数あったが、このような答案は、自白の撤回についての基本的な知識を欠いているものと言わざるを得ず、評価されない。

当てはめについては、反真実かつ錯誤と要件を設定しているにもかかわらず、何が真実に反しているのか、何について錯誤に陥っているとは言えないのかについて丁寧に当てはめをすることができていない答案が少なくなかった。例えば、錯誤がないことを論ずる答案でも、「Aは一計を案じて乙を設立したものであるから錯誤がない」とする答案と、「Aは一計を案じて乙を設立したものであるから、『乙が賃貸借契約を締結したという事実を真実と誤認していたとは言えず』錯誤がない」とする答案では、評価に差が付くのは明らかである。また、反真実であるかどうかの当てはめをしていない答案や、反真実であれば錯誤が推定されるとしつつ、その推定を覆す錯誤がない事情について何ら言及せずに自白の撤回を認める答案、Aの不当性を根拠に反真実ではないと結論付ける答案、反真実ではあるけれども、Aの行為は信義に反するので、撤回は認められないとして、錯誤の検討をしていない答案があった。これらの答案は、適切な当てはめがされているものとは言えず、評価されない。規範の定立自体はできている答案が多いことからすると、定型的な論証パターンの暗記に時間をかけ、定立した規範を事実に適用していくという法律実務家にとって必要な能力の涵養がおろそかになっているのではないかと危惧される。

#### ウ 設問1のまとめ

設問1の課題1は、複数の見解をそれぞれ論述するという形式に戸惑った受験者が多かったかもしれないが、課題1及び課題2のいずれについても、民事訴訟法の基本的な知識及び理解を問うものであったにもかかわらず、出題の趣旨を適切に捉えた論述をする答案が多いとは言えないものであった。

「優秀」に該当する答案は、課題1及び課題2のいずれについても、出題の趣旨を正しく理解した上で、上記の検討事項について、過不足のない論述をするものである。また、「良好」に該当する答案は、例えば、課題1ではそれぞれの見解について一応正しく説明しつつ、その当てはめに更なる深みが望まれるもの、課題2では適切な論証がされているものなどである。

「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、出題の趣旨を理解していることが読み取れるものの、課題2の自白の撤回について、当てはめが適切になさ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、出題の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では、本件訴訟の被告が乙と確定されることを想定し、Xが甲に対する給付判決を得る上で便宜な手段として主觀的追加的併合の申立てがあるところ、最判昭和62年7月17日民集41巻5号1402頁（以下「最判昭和62年」という。）が主觀的追加的併合を認めた場合の問題として主に4点を指摘していることを踏まえ、Xによる主觀的追加的併合の申立てが認められるような立論を、上記4点を踏まえて検討することが求められている。

第1に、新たな当事者に対する別訴に対し、旧訴訟の訴訟状態を利用することができ、それが訴訟経済に資する旨の立論については、Xが乙を甲と誤認して旧訴訟（X乙間の訴訟）に提出した資料は、本来甲に対する新訴訟（X甲間の訴訟）において提出すべきであったことを踏まえ、甲と乙はたとえ別法人であっても、それはAがXに乙を甲と誤認させるように図った結果であるから、信義則上、旧訴訟において形成された乙に不利な訴訟状態が弁論の併合を通じて新当事者に引き継がれることを甲は拒否することができないのではないか、といった点に言及することが期待される。しかし、Xが提出した資料が、Xが被告を誤認しなければ、甲に対する訴訟において提出すべきものであったこと（主張する事実や証拠関係が旧訴と新訴で変わらないと考えられること）が意識できている答案はあまり多くなかった。また、旧訴訟の訴訟

状態を新当事者に引き継がせて良いかという手続保障の問題であるという点を明確に意識した答案はほとんどなく、単に請求や訴訟資料が同じなので利用可能性があるとするととどまるものがほとんどであった。上記のような問題意識と向き合わない答案は、低い評価にとどまった。

第2に、主観的追加的併合を認めることにより全体として訴訟が複雑化するという弊害は予測されない旨の立論については、旧訴訟では請求原因事実について乙が自白しているところ、弁論の併合の結果、この訴訟状態が新訴訟に引き継がれることにより、裁判所は事案全体を統一的に把握することができるようになるから、必ずしも訴訟が複雑化するという弊害は生じないのではないか、といった点に言及することが期待される。多くの答案は、「甲と乙が実質的に同一だから複雑にならない」と解答していたが、実質的に同一だとなぜ複雑にならないのか、実際の主張立証にまで踏み込んで検討している答案はほとんどなく、このような答案は、低い評価にとどまった。他方、例えば、被告が誰であるかを除けば、請求原因是、新訴も旧訴も同じであり、攻撃防御方法も同じことになるから複雑化しない旨などを指摘する答案は、事案に即した現場思考ができているものとして、相応に評価された。

第3に、主観的追加的併合を認めても軽率な提訴等を誘発するおそれはない旨の立論としては、Xが乙を甲と誤認した主な原因が、甲の商号変更、乙の設立及び甲の旧商号の使用等のAによる一連の行為にあることから、Xは被告の誤認について帰責性が乏しいため、この事案において主観的追加的併合による被告の追加を認めたからといって、必ずしも軽率な提訴は誘発されないのではないか、といった点に言及することが期待される。帰責性に言及した答案は比較的多く見られたが、本件訴訟で主観的追加的併合を認めたとしても、より抽象化された軽率提訴の誘発との関係まで丁寧に説明した答案は多くなかった。なお、「本件訴訟では甲のほかに追加される当事者はいない」という理由を述べる答案が一定数あったが、このような解答は、最判昭和62年の指摘に対応する論述とはなっておらず、評価されない。

第4に、主観的追加的併合が訴訟の遅延を招来しない旨の立論としては、例えば、主観的追加的併合の申立ては、甲を被告に追加するXの申立てを伴うところ、追加された甲に対して防衛の機会を保障するには新たな期日を設ける必要がある以上、訴訟手続の遅延は生じるが、そもそも訴訟手続の遅延はそれが著しい場合に限り不適法となるとされているにすぎないこと（民事訴訟法（以下「法」という。）第143条第1項ただし書参照）、甲を被告に追加する旨をXが申し立てた時期は第1審手続の係属中であり、旧訴訟の訴訟状態が引き継がれることなどからすれば、著しい訴訟遅延が生じるおそれはないといった点に言及することが考えられる。主観的追加的併合により甲を別主体として併合する以上は、期日を更に重ねることは否定できないところ、この点を指摘し、検討することができた答案はわずかであった。また、甲の追加による審理の遅延はXの責任ではなく、被告側の行為に起因するものであるからやむを得ないという理由で、訴訟遅延は問題としなくてよいとする解答も散見されたが、訴訟遅延にどう対処するかという設問に直接答えるものとは言えず、評価されない。

#### イ 設問2のまとめ

設問2は、主観的追加的併合という問題を通して、民事訴訟の在り方に対する理解を問うものであるところ、全体的に、甲と乙が実質的に同一であることの一事をもって説明しようと/orする表層的な答案が多く、最判昭和62年が指摘する4点について、立ち入った検討をすることができていない答案が少なからずあった。

「優秀」に該当する答案は、出題の趣旨を正しく理解した上で、検討すべき4点について、適切な論述をするものである。また、「良好」に該当する答案は、出題の趣旨をおおむね正しく理解しているが、4点の検討事項のうち、1点についての論述が物足りないものなどである。

「一応の水準」に該当する答案は、出題の趣旨を理解していることが読み取れるものの、当てはめが適切になされていないものなどである。これに対し、出題の趣旨を正しく理解せず、最判昭和62年が指摘する4点に対応する論述となっていない答案は「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、Xが、甲を被告として、本件賃貸借契約の終了に基づいて提起した、本事務所の明渡しを求める訴えに係る訴訟手続において、第1回口頭弁論期日に出頭した甲の代表者Bが証拠として提出したUSBメモリが、「情報を表すために作成された物件で文書でないもの」（法第231条）に該当し、書証により取り調べができるとの論証が求められている。

設問3の課題前半部分では、「文書」の定義を明らかにした上で、USBメモリが「文書でないもの」に該当することの論証が求められる。文書は、「文字その他の記号を使用して人間の思想、判断、認識、感情等の思想的意味を可視的状態に表示した有形物」（大阪高決昭和53年3月6日高民集31巻1号38頁）のように定義されることから、このような文書の定義に照らして、USBメモリが文書に当たらないことを論証することが期待される。設問3の課題後半部分では、USBメモリを録音テープ等と同様に取り調べることが許される理由の検討が求められる。ここでは、証拠方法の一つとしての書証がどのようなものであるかを明らかにした上で、法第231条においては、USBメモリのようなコンピュータ用の電磁的記録媒体が例示されていないことに留意しつつ、USBメモリに保存された電子ファイルは、適切な出力装置によってこれを閲読可能な状態にすることができる限り、これを閲読し、その結果を証拠資料にすることができることに言及する必要がある。

まず、問題文で『文書』を定義して、USBメモリが『文書でないもの』に当たることを論証してください。その上で、USBメモリを録音テープ等と同様に取り調べることが許容される理由を明らかにしてください」と指示されているにもかかわらず、文書の定義を置かない答案や指示に従った解答をしない答案が少なくなかった。また、本問では求められていない処分証書の定義を記載するなど、とりあえず覚えてきたものをそのまま書くという安易な答案も一定数あった。これらのような答案は、評価されない。また、文書の定義についてポイントを押さえて記載している答案も多くはなかった。当てはめについては、比較的多くの答案において、USBメモリに保存された電子ファイルがコンピュータ等の出力装置がなければ閲読できないことを指摘し、USBメモリが文書でないことを論述することができていた。他方、USBメモリの文書性を否定する要素のみを指摘するのではなく、文書の定義の各要素を丁寧に検討し、文書性を肯定する要素の当てはめをしている答案は、評価された。また、文書性を否定した後、いきなりUSBメモリと録音テープ等の類似性について論証している答案が一定数あったが、USBメモリが法第231条の「情報を表すために作成された物件」であることについて言及する必要がある。

問題文からUSBメモリの取調べは書証によるべきであるとの見解に立った上で、録音テープ等と同様に取り調べることが許容される理由を明らかにすることが求められているが、USBメモリが文書でないものに当たる主な理由が可視的状態に表示されていない点であるにもかかわらず、可視的状態にしてそれを閲読して取り調べるという書証の取調べから説明するものはごく少数であった。そもそも書証が、文書に表現された思想内容を証拠資料とする証拠調べであることが意識されていない答案が多数であり、検証との違いを意識するものは皆無であった。これに対し、「五官の作用」によって取り調べができるなどと検証のような書きぶりをするものもあり、民事訴訟における証拠調べについて理解されていないのではないかとの懸念が残った。また、USBメモリに保存された電子ファイルが証拠の価値が高いことを理由に取調べが許容されると述べる答案も一定数見られたが、まず、証拠方法の一つとしての書証がどのようなものであるかを検討すべきであり、安易に証拠の重要性について論ずる答案は、評価されない。

##### イ 設問3のまとめ

設問3は、新種証拠の証拠調べの方法を題材として、民事訴訟における書証の理解を問うものであるところ、民事訴訟における証拠調べという基礎的事項の理解の不足をうかがわせる答案も少なくなかった。

「優秀」に該当する答案は、出題の趣旨を正しく理解し、USBメモリが文書でないことを論述した上で、書証の意義から、適切な論述をするものである。また、「良好」に該当する答案は、出題の趣旨をおおむね正しく理解しているが、書証についての論述が物足りないものなどである。「一応の水準」に該当する答案は、出題の趣旨を理解していることが読み取れるものの、定義や当てはめが適切になされていないものなどである。これに対し、出題の趣旨を正しく理解せず、民事訴訟における証拠調べについて適切に論述していない答案は「不良」と評価される。

#### 4 法科大学院に求めるもの

本年の問題に対しても、多くの答案において、一応の論述がされていたが、定型的な論証パターンをそのまま書き出したと思われる答案、出題の趣旨とは関係のない論述や解答に必要のない論述をする答案、事案に即した検討が不十分であり、抽象論に終始する答案なども、残念ながら散見された。また、民事訴訟の極めて基礎的な事項への理解が十分な水準に至っていないと思われる答案も一定数あった。これらの結果は、受験者が民事訴訟の体系的な理解と基礎的な知識の精確な取得のために体系書や条文を繰り返し精読するという地道な作業をおろそかにし、依然として論点主義に陥っており、個別論点に対する解答の効率的な取得を重視しているのではないかとの強い懸念を感じさせる。また、法を解釈してその内容を具体化し、事実から適切なものを拾い上げて当てはめていくという法適用が軽んじられているのではないかとも強く懸念される。例年指摘しているように、条文の趣旨や判例、学説等の精緻な理解を駆使して、日々生起する様々な事象や問題に対して、論理的に思考し、説得的な結論を提示する能力は、法律実務家に望まれるところであり、このような能力は、基本法制の体系的理解と基礎的な知識の修得、論理的な思考の日々の訓練という地道な作業によってこそ涵養され得るものと思われる。本年においては、特に設問2や設問3が定型的な論証を暗記するだけでは解答が難しく、上記のような法律実務家に望まれる能力こそが求められる問題であったが、高い評価に値する答案は少なかつたことに鑑みると、上記の地道な作業が敬遠されているのではないかと危惧される。法科大学院においては、このことが法科大学院生にも広く共有されるよう指導いただきたい。以上は、例年指摘しているところであるが、本年も重ねて強調したい。

また、民事訴訟法の分野においては、理論と実務とは車の両輪であり、両者を関連付けて理解を深めることが重要である。特に、本年の問題においては、現実の民事訴訟の手続をイメージできていないのではないかと懸念される答案が少なかつた。このような民事訴訟の手続をイメージできないまま効果的に学習を進めることは難しいと思われ、法科大学院においては、法廷傍聴や模擬裁判等の演習を積極的に活用するなど、今後とも、より一層、理論と実務を架橋することを意識した指導の工夫を積み重ねていただきたい。