

平成27年司法試験の採点実感等に関する意見（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（「平成27年司法試験論文式試験問題出題趣旨【民事系科目】〔第1問〕」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、1つの設問に複数の採点項目を設け、採点項目ごとに適切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4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、これらは上記の各区分に該当する答案の例であって、これらのほかに各区分に該当する答案はあり、それらは多様である。

また、答案の全体的傾向から感じられたことについては、(4)で紹介することとする。

(1) 設問1について

ア 設問1の全体的な採点実感

設問1は、添付と即時取得という物権法の基本的事項に対する理解を問うと

ともに、これと関連する形で不当利得についても検討させることにより、法律問題相互の関係の正確な理解とそれに基づく法的構成力を問うものである。

まず、小問(1)では、Aは、Cに対して、材木①の所有権がAに帰属すると主張してその引渡しを請求していることから、材木①の所有権の所在について検討することが求められる。その際、A B間における丸太の売買契約では、Bが売買代金を支払うまで丸太の所有権はAに留保されていること、Bがまだ売買代金を支払っていないこと、丸太の製材は民法第246条の加工に当たり、同条第1項本文及びただし書によると、材木①の所有権は丸太の所有者であるAに帰属することを的確に分析することが期待されている。これに対し、Cの反論としては、民法第192条の即時取得を主張することが考えられる。Cは、Bとの売買契約、つまり取引行為に基づき、材木①の引渡しを受けているからである。しかし、【事実】2によれば、Bが材木①の所有者であると信じたことにつき、Cには過失が認められる。

小問(1)に関して検討を要する事項は以上のとおりであるが、このうち、Aの請求の根拠が材木①の所有権にあること、及びCの反論として即時取得を検討すべきであることについては、大多数の答案が言及しており、一定程度の理解が示されていた。また、即時取得の成否を検討するに当たって、特に善意無過失という要件に関し、民法第186条及び第188条を参照してそれが推定されるとしつつ、【事実】2によればCには過失が認められたとした答案が数多く見受けられ、理論と実務の架橋を目指した法科大学院における要件事実及び事実認定に関する教育が浸透していることがうかがわれた。

その一方で、材木①の所有権の帰属を検討する際に、加工について言及する答案は必ずしも多くなかった。それらの答案の多くは、A B間における売買契約の目的物を丸太ではなく、材木①であると記しているのに対して、A B間における売買契約の目的物を丸太であると正確に理解している答案の多くは、加工にも言及していることからすると、問題文を注意深く読み、問題となる事実を正確に理解することができていないところに不十分な点があったものと推察される。検討を行う時間が限られているため、このような誤解はあり得るものではあるが、問題文を正確に読み取ることは問題分析の前提であることから、全体的な傾向として見られる課題として特に指摘しておく。

次に、小問(2)では、Aは、Dに対して、材木②の価額の償還を求めていることから、その根拠が確認されなければならない。まず、材木②は、材木①と同様の理由からAの所有物であるが、Dの所有する乙建物に組み込まれて一体化されている。これは民法第242条の不動産の付合に当たり、同条本文によると、乙建物の所有者であるDが材木②の所有権を取得する。その結果、材木②の所有権を失ったAは、民法第248条に従い、Dに対し、その償金を請求することができる。このAの請求の基礎付けに際しては、不動産の付合の意義が正確に説明され、本間に示された事実関係に即して適切な当てはめをすることが求められる。また、民法第248条は「第703条及び第704条の規定に従い」としていることから、AのDに対する請求の具体的な内容を確定するためには、不当利得の成立要件について、本間に示された事実関係に即して検討する必要がある。

以上の諸点につき、全体として、答案は、不動産の付合を含め添付の成否に触れているものと、全く添付に言及することなく、もっぱら不当利得のみを論じているものとに大別された。本問における利得と損失は、付合による合成物の所有権の取得とそれに伴う付合物の所有権の喪失に基づくことからすると、後者は分析として不十分なものといわざるを得ないが、そのような答案も相当数見られた。また、添付が問題となることに気付いているものの、民法第243条の動産の付合と解したり、民法第246条の加工と解したりするものも一定数存在した。そのため、不動産の付合として問題の分析をした答案は多数とまではいえなかった。さらに、不動産の付合であることを指摘するだけで、それ以上に論旨が展開されていない答案も散見された。全体として、添付制度の法的な意義並びにそれに関する諸規定の体系的な理解が十分でないことがうかがわれたことを特に指摘しておく。

以上に加えて、本問では、AがDに対して請求することができる額について、A・B間の関係を考慮に入れた検討をすることも期待されていた。材木②の価額は200万円であるから、材木②の所有者であるAは、Dに対して、200万円を請求することができるはずである。他方、材木②の材料に当たる丸太の価額は150万円であるため、Aが受けた損失を勘案するならば、AがDに対して請求できる額は150万円にとどまると考える余地もある。そこまで考察の及んでいる答案は少数であったが、正確な分析がされている答案も散見された。問題文では、「材木②の価額」の償還を請求することができるかどうかが問われるとともに、請求の「内容」を説明することが求められていたのだが、請求することができる額まで問われていないと誤解された可能性もある。

以上により基礎付けられるAの償金請求に対するDの反論として考えられるのは、例えば、DがCに請負代金を支払済みであることから、その限度でDの利得は消滅したという主張である。この反論を基礎付けるためには、Aが受益をした時点、つまり材木②が乙建物に付合した時点において、Dが、材木②の所有権をCが有しないことにつき善意であり、かつ、悪意に転じる前に、Cに請負代金を支払ったことが指摘されなければならない。

しかし、仮にDが自分で乙建物のリフォーム工事をするためにCから材木②を購入し、まだ材木②が乙建物に付合していないとすると、Dについて即時取得が成立しない限り、DがCに材木②の売買代金を支払ったとしても、AはDに対して材木②の返還を請求することができるはずである。このような観点からすると、DがCに請負代金を支払っていることを理由として、Dの利得の消滅を認めるることは適切でなく、むしろ、Dにおいて材木②の価値に相当するものを即時取得したと評価することができる場合に、Dの利得について法律上の原因が認められ、DはAの償金請求を拒絶することができる方方が適切である可能性もある。その際には、引渡し時における善意無過失という即時取得の要件について、Dは、乙建物の鍵のうちの1本をCに交付して仮住まいの家に移っただけであるから、Cを通じて乙建物を間接的に占有していると評価することができるため、Dの善意無過失について判断すべき基準時は材木②が乙建物に付合した時点であると考える可能性があること等に留意する必要がある。

以上のようなDの反論に関する検討については、時間の制約からか、叙述の分量が少ない答案も相当数あったほか、DがCとの請負契約に基づきCに請負代金を支払っているという事実から、Dには利得がない、あるいはDの利得には法律上の原因が認められると簡単に述べるものが多数であった。材木②の材料に当たる丸太の所有者であったAがDに対して民法第248条に従った請求をしている場合において、DがCとの契約に基づいて代金を支払っていることが利得の消滅や法律上の原因の不存在を基礎付けるとするためには相応の説明が求められるが、この点について言及するものは少なかった。その一方で、小問(1)において即時取得が問題とされ、またCD間における請負契約も取引行為であること等もあってか、ここでも即時取得に関する検討を行った答案も少なからず存在した。その中には、付合と即時取得との関係という理論的な問題や本問における引渡しの有無という法制度の正確な理解に基づく事実認定に関する問題に言及している答案もあった。こうした検討を行う能力は、とりわけ法科大学院における双方向教育による思考の訓練・鍛錬を通じて身につけることができるものであり、その成果の一端がうかがわれた。

イ 答案の例

優秀に該当する答案の例は、材木①の所有権がAに帰属することを、AB間ににおける所有権留保と加工に関する分析を踏まえて正確に確定した上で、Cによる即時取得の成否につき、事実関係に即した的確な検討を行うとともに、不動産の付合の意義を明らかにしつつ、償金請求の根拠及び内容について適切に考察し、さらにDの反論について上記のような検討を行うものである。

良好に該当する答案の例は、優秀に該当する答案と検討している事項はほぼ同じであるものの、要件・効果に関する説明が不十分であったり、該当する事実の摘示の仕方が粗雑であったりする等、論述の一部について周到さや丁寧さを欠くものである。例えば、不動産の付合の成否の基準を示さないまま、本問の事実に即してその成立を認めるもの等、基本的な事項に対する理解はうかがえるものの、その理解を過不足なく示すことができていないもの等がこれに当たる。

一応の水準に該当する答案の例としては、次の2つが挙げられる。第1の例は、検討すべき事項のほぼ全てについて言及しているものの、全体として説明が十分でないものである。例えば、小問(1)に関しては、Cの反論として即時取得を挙げ、本問においてCに過失に相当する事実が認められることは述べているものの、根拠となる規定の要件に即した説明が不十分ないし不正確にとどまるもの等がこれに当たる。また、小問(2)に関しては、不動産の付合に言及し、本問においてそれが認められることは述べているものの、根拠となる規定の要件に即した説明が不十分ないし不正確にとどまるもの等がこれに当たる。このような答案は、それぞれの問題ないし制度の相互関係を体系的に理解しているという意味では、一応の水準に到達しているといえるが、個々の問題ないし制度に関する理解に問題を残すものといえる。第2の例は、個々の問題ないし制度については的確な理解を示しているものの、検討すべき事項の一部について考察を欠くものである。例えば、小問(1)に関しては、加工に全く触れていないもの、また、小問(2)に関しては、不動産の付合に全く触れていないもの等がこ

れに当たる。このような答案は、検討すべき事項の相当部分について十分な理解を示しているという意味で一応の水準に達しているといえるが、基本的事項の一部について理解が至らない点があり、全体として十分なものといえない。

不良に該当する答案の例は、検討すべき事項の中心的な部分について考察を欠くものである。例えば、小問(1)に関しては、所有権留保や加工に全く触れる事なく、即時取得のみを論じるもの等がこれに当たる。また、小問(2)に関しては、材木②の所有権の帰趨に全く触れることなく、利得及び損失を明確に特定しないまま不当利得を検討するもの等がこれに当たる。このような答案は、たとえ検討されている個々の事項だけを取り上げれば適切な論述がされているとしても、それぞれの問題ないし制度の相互関係に対する体系的な理解が不十分であることから、不良に該当する。

(2) 設問2について

ア 設問2の全体的な採点実感

設問2は、立木が二重に譲渡された後に切り出された場合においてその切り出された丸太について返還請求がされた事例を素材として、所有権に基づく物権的返還請求権の主張に対する典型的な抗弁の1つである対抗要件具備による所有権喪失の抗弁について正確に理解しているかどうか、及び民事留置権の成否に関して事案に即した適切な検討をすることができるかどうかを問うものである。

まず、小問(1)では、対抗要件具備による所有権喪失の抗弁の構造を正確に理解した上で、それを本問の事例に即して展開し応用する能力が問われている。

本問の事例の特徴は、立木がAからE及びAからFに二重に譲渡された後に切り出され、立木の第一譲受人であるEが、その切り出された丸太について、立木の第二譲受人であるFからその切り出された丸太の寄託を受けたGに対して返還請求をしている点にある。ここでは、対抗要件が問題となることは比較的容易に分かるものの、二重譲渡が問題となる典型的な場面と異なり、二重譲受人相互間で返還請求が行われているのではなく、第一譲受人から第二譲受人の受寄者に対して返還請求が行われていることから、対抗要件が物権変動において持つ意義を踏まえて、返還請求を拒否する主張が導かれる「根拠」を説明することが求められる。また、その前提として、立木の所有権と切り出された丸太の所有権の関係を正確に理解し、何についてどのような対抗要件の具備が必要とされるかということを的確に示すことも求められている。

大多数の答案は、返還請求の目的物である丸太③は、甲土地から切り出される前は、甲土地に生育していた立木であり、この本件立木の所有権は、甲土地の所有者であるAに帰属することを前提として、本件立木の所有権がまずAからEに譲渡され、その後甲土地とともにAからFに譲渡されていることから、本件立木の所有権の譲渡について対抗要件が具備されているか否かが問題となることを指摘することができていた。ただし、本件立木は、民法第86条第1項の意味での甲土地の定着物ないし民法第242条の付合により甲土地と一緒になるものであることから、甲土地の所有者に帰属すること、その後本件立木が甲土地から切り出されても、本件立木の所有者が有していた所有権は切り出された丸太③にも及び続けることを正確に示すことができていた答案は少数に

とどまった。これらは、物権法の基本的ルールに当たることから、当然視されたのかもしれないが、決して自明のことではなく、説明を要する事柄である。

問題は、上記のように、第二譲受人であるFの受寄者であるGがなぜ第一譲受人であるEの返還請求を拒否することができるかである。Eの返還請求が、Eが本件立木の所有権を取得したこと、したがって丸太③の所有権を有することを理由とするものと考えられることから、Gとしては、Eが丸太③の所有権を有しないことを基礎付ければ、Eの返還請求を拒否することができる。そのための構成としては、(i) AからFへの本件立木の所有権の譲渡について対抗要件が具備されていることにより、「第三者」であるEとの関係でも、Fが本件立木の所有権を確定的に取得する結果、Eは本件立木の所有権を喪失し、したがって丸太③の所有権を有しないことになるという構成（対抗要件具備による所有権喪失の抗弁）と、(ii) AからEへの本件立木の所有権の譲渡は、対抗要件を具備しない限り「第三者」に対抗することができないため、この「第三者」との関係では、Eは本件立木の所有権を取得したといえず、したがって丸太③の所有権を有しないことになるという構成（対抗要件の抗弁）が考えられる。

このうち、(ii) 対抗要件の抗弁による場合には、Gが「第三者」に当たることを基礎付ける必要がある。もっとも、本問で問題となっているのは立木の物権変動であり、これは一般に不動産の物権変動として捉えられていることからすると、ここでは、受寄者が不動産の物権変動の「第三者」に当たるか否かが問題となる。判例及び通説的見解はこれを否定していることを踏まえて、なお「第三者」に当たるとする理由を説得的に述べることが求められる。そのような説明を試みる答案も見られたが、特に理由を述べることなくこれを肯定するものも少なくなかった。そのような答案は説明が不十分であり、消極的に評価せざるを得ない。それに対して、立木の第二譲受人であるFはこの「第三者」に当たることから、Fから丸太③の寄託を受けたGは「第三者」であるFの地位を援用するという説明をするものも一定数見られた。これはあり得る構成の一つであり、積極的に評価することができる。

(ii) 対抗要件の抗弁についてはこのような検討を要することからすると、本問におけるGの主張の「根拠」としてまず考えられるのは、(i) 対抗要件具備による所有権喪失の抗弁である。全体として見ても、多くの答案がこの抗弁について言及していた。これは、法科大学院における要件事実に関する基礎的教育が実を結んでいることの表れと考えられる。もっとも、「所有権喪失の抗弁」という表現は出てくるものの、実際には、GないしFが「第三者」に当たるか否かのみを論じ、AからEへの本件立木の所有権の譲渡は、対抗要件（明認方法）が具備されていないため、GないしFに「対抗」することができないと述べる答案も相当数見られた。これは、民法第177条に関する要件事実について表面的な知識はあるものの、その法的な意義及び根拠が十分に理解されておらず、その結果として対抗要件の抗弁と対抗要件具備による所有権喪失の抗弁の区別ができていない結果であると考えられる。このほか、さらに、民法第177条や「対抗」ないし「対抗要件」という表現を用いた説明を試みているものの、誰が誰に対して何を対抗することができるかということを明示せず、

どのような主張をしているのかが判然としない答案も一定数見られた。

以上に対して、返還請求の目的物が丸太③であることに目を奪われたのか、これを動産の物権変動の対抗問題として捉えたり、動産の即時取得の問題として構成したりするものも一定数見られた。本問では、AからEには売買により本件立木の所有権が譲渡され、AからFには売買により甲土地及び甲土地上の本件立木の所有権が譲渡されている。「対抗」が問題とされるのは物権の変動であるという基本的事項が正確に理解されていれば、そのような誤解は生じなかつたものと考えられる。

小問(2)では、寄託契約に基づく保管料債権を被担保債権とする民事留置権の成否について正確に検討することができるかどうかが問われている。

ここでは、まず、Gの主張が民法第295条の民事留置権に基づくものであることを示した上で、民事留置権の要件の全て、すなわち、(i)他人の物を占有していること、(ii)その物に関して生じた債権を有すること、(iii)被担保債権の弁済期が到来していること、(iv)占有が不法行為によって始まったものでないことについて、主張・立証責任の所在にも留意しつつ、それぞれの要件の意味を示し、それに該当する事実の有無を判断することが求められる。多くの答案は、本問の事実関係に即して民事留置権の成否を検討しており、民事留置権の基本的な意味が理解されていることがうかがわれた。

また、本問では、民事留置権の目的物である丸太④はEの所有に属するのに對し、被担保債権である丸太④の保管料債権の債務者はFであるため、このような場合に民事留置権の成立を認めることが適當かどうかが問題となる。本問においてこの点が問題となることは、多くの答案において意識され、何らかの検討がされていた。この点も、法的に検討するべき問題点を拾い出す感覚が備わっていることを示すものであり、評価に値する。

もっとも、少し気になる点も認められた。まず、留置権の制度趣旨等を援用して、本問において留置権の成立を否定すべきであるという結論は示しているものの、留置権の成立要件のうち、いずれが否定されることによりそのような結論が導かれるかが明らかでないものが一定数見られた。制度趣旨等に遡った検討をすることは重要であるが、それを法律論として主張するためには、問題となる規範を示し、その要件の解釈及び適用を通して結論を基礎付ける必要があることを忘れてはならない。

また、留置権の成立を肯定する場合に、例えば、牽連性の要件のみを検討し、他の要件について検討しないまま、結論を導くものもみられた。ある者が主張する法律効果の発生を認めるためには、その要件の全てが充たされることが必要であり、一部の要件が充たされるだけでは法律効果の発生を認めることができない。これは、法の解釈・適用に関する基本であり、おろそかにしてはならない点である。

なお、小問(2)では、「丸太の保管料のうち丸太④の保管料に相当する金額の支払を受けるまでは、Eの請求を拒否する」というGの主張が認められるかどうかを検討することが求められている。そこで「丸太の保管料」とされているのはFがGとの間でした寄託契約に基づく保管料であることは明らかであるにもかかわらず、民法第196条に基づいてGがEに対して有する必要費償還請

求権を留置権の被担保債権として検討するものが少なからず見られた。問題文を注意深く読むことが解答における当然の前提であることを改めて強調しておきたい。

イ 答案の例

優秀に該当する例は、小問(1)に関しては、Gの主張の根拠が民法第177条に基づく対抗要件具備による所有権喪失の抗弁に求められることを指摘し、Gが主張・立証すべき事実として、Aが甲土地及び甲土地上の本件立木をFに売却する旨の契約が締結され、それに基づき甲土地についてAからFへの所有権移転登記がされたことを挙げ、これにより、Fが丸太③の所有権を確定的に取得し、Eが丸太③の所有権を失うため、Eの請求を退けることができる旨を説明するものである。また、小問(2)に関しては、Gの主張の根拠が民事留置権であることを示した上で、本問では被担保債権である保管料債権の債務者Fと目的物の所有者Gとが別人である場合にまで民事留置権を認めてよいかどうかが問題となることを指摘し、民事留置権の成立要件とその意味を明らかにしながら、その成否を検討するものである。

良好に該当する答案の例は、小問(1)に関しては、優秀に該当する答案と同様に、Gの主張の根拠が対抗要件具備による所有権喪失の抗弁に求められることを指摘し、そのためにGが主張・立証すべき事実を挙げているものの、その根拠及び要件・効果に関する説明が不十分であったり、該当する事実の摘示の仕方が粗雑であったりする等、論述の一部について周到さや丁寧さを欠くものである。例えば、AからFへの所有権移転登記によってFが本件立木（後の丸太③）の所有者になることは述べているものの、Fが確定的に丸太③の所有者となり、その結果として、丸太③についてのEの所有権が失われることを十分に説明することができないもの等がこれに当たる。また、小問(2)に関しては、優秀に該当する答案と同様に、Gの主張の根拠が民事留置権であることを確認した上で、本問では被担保債権である保管料債権の債務者Fと目的物の所有者Gとが別人である場合にまで民事留置権を認めてよいかどうかが問題となることを指摘しているものの、民事留置権の成立要件に即した説明が不十分であったり、特に問題となる主要な要件についてのみ検討し、他の要件について十分な説明をしないまま民事留置権の成立を認めていたりするものである。

一応の水準に該当する答案の例としては、次の2つが挙げられる。第1の例は、検討すべき事項のほぼ全てについて言及しているものの、全体として説明が十分でないもの、又は主要な部分についてはおおむね的確に論述されているものの、説明の一部に誤りが見られるものである。小問(1)に関しては、例えば、Gが主張・立証すべき事実を的確に挙げているものの、その理由の説明が十分でないもの、Gの主張として対抗要件具備による所有権喪失の抗弁を挙げ、その意味も的確に説明しているものの、問題となる物権変動を丸太③の譲渡と誤解し、民法第178条の対抗要件の具備を指摘しているもの等がこれに当たる。小問(2)に関しては、例えば、Gの主張の根拠が民事留置権であることを示した上で、その成立要件に即した検討をしているものの、個々の成立要件の理解が一部不十分であったり、不正確であったりするものである。第2の例は、個々の問題ないし制度については的確な理解を示しているものの、検討すべき事項

の一部について考察を欠くものである。小問(1)に関しては、例えば、民法第177条が適用されることを示し、Gが主張・立証すべき事実もおおむね的確に挙げているものの、Gの主張の根拠について明確な考察をしていないもの等がこれに当たる。また、小問(2)に関しては、例えば、民事留置権の成立要件を列挙し、本問においてそれぞれの要件が満たされるか否かを一通り検討しているものの、本問において被担保債権である保管料債権の債務者Fと目的物の所有者Gとが別人である場合が問題となっていることについて明確な考察をしていないもの等がこれに当たる。

不良に該当する答案の例は、検討すべき事項の中心的な部分について考察を欠くもの、又は誤りがあるものである。小問(1)に関しては、例えば、適用法条も示さないまま漠然と対抗問題について説明するにとどまるもののほか、Gの主張の根拠として対抗要件具備による所有権喪失の抗弁を挙げるにとどまり、その理由とGの主張・立証すべき事実についての考察を全く欠くものや、Gの主張の根拠として対抗要件の抗弁を挙げながら、どの物権変動が問題となり、誰が第三者に当たるかが判然としないもの等がこれに当たる。また、小問(2)に関しては、例えば、Gの主張の根拠が民事留置権であることに言及せず、専ら民法第533条の同時履行の抗弁の成否を問題とするもののほか、民事留置権に言及しているものの、民法第196条に基づいてGがEに対して有する必要費償還請求権を留置権の被担保債権として検討するもの等がこれに当たる。

(3) 設問3について

ア 設問3の全体的な採点実感

設問3は、未成年者であるHの不法行為を素材として、不法行為法についての基本的な知識とその理解を問うものである。本問では、一般に責任能力があるとされる年齢に達している未成年者がした不法行為について監督義務者である親の責任を検討し（小問(1)）、幼児が被害者である場合にその親に不注意があった場合について過失相殺の可否を検討することが求められている（小問(2)）。いずれも、確立した判例があり、不法行為法において基本的な問題として論じられている事柄である。

小問(1)で問われているのは、Hの親であるCの責任であるが、Cの責任については、Hに責任能力が認められるか否かによって、その法律構成が異なる。Hが本件角材を路上に置く行為は、客観的に不法行為に当たると考えられるが、Hに責任能力が認められない場合、Hの不法行為責任は否定される（民法第712条）。その場合には、Hの親権者であり、法定監督義務者となるCについて、民法第714条に基づく責任が認められる可能性がある。他方で、民法第714条は、直接の加害者に責任能力が認められない場合の補充的責任を定めたものであり、Hに責任能力が認められる場合には、適用されない。民法には明確な年齢基準が定められていないものの、従来の判例では、12歳前後がその基準とされていることから、既に満15歳に達し中学3年生であるHについては、特段の事情がない限り、責任能力が肯定されると考えられる。したがって、これを前提とする限り、Cについて、民法第714条に基づく責任を追及することはできない。本問では、まず、以上の理解を踏まえて、民法第714条に基づくCの責任が認められるか否かについて、的確に検討することが求め

られる。

しかし、判例は、未成年者の責任能力が肯定される場合であっても、監督義務者に監督義務違反としての故意又は過失が認められ、それと損害との間に相当因果関係があれば、監督義務者自身の不法行為として、民法第709条の不法行為責任が成立することを認めている。これによると、Cについて監督義務違反が認められるか否か、認められるとした場合、その監督義務違反とLの権利侵害との間に相当因果関係が認められるか否かについて、本問に示された事実関係に即して、的確に検討することが求められる。

上述のとおり、責任能力を有する未成年者の不法行為に関する監督義務者の責任は、いずれの教科書等においても解説される基本的な問題であり、多くの答案においては、以上のような基本的な枠組みを踏まえた論述がされていた。もっとも、少し気になる点も認められた。

まず、責任能力についての説明が正確でない答案が、かなりの数存在した。すなわち、責任能力とは民法第712条の「自己の行為の責任を弁識するに足りる知能」であるが、「責任を弁識する能力」あるいは「責任能力」という用語を用いずに、Hには「事理弁識能力」があるといった説明をする答案のほか、「責任能力とは事理弁識能力である」と説明する答案がかなり存在していた。責任能力が具体的にどのような弁識能力であり、どの程度の知能を前提とするものであるかという点について議論の余地があるとしても、少なくとも判例では、責任能力と事理弁識能力は区別されている。最判昭和39年6月24日(民集18巻5号854頁)は、過失相殺において被害者の過失を考慮するためには責任能力が必要であるとされていたそれまでの立場を変更して、被害者には事理弁識能力があれば足りるとしている。このような判例の立場からすると、責任能力と事理弁識能力は同一のものではあり得ないことになる。

また、HについてCに監督義務が認められるか否かに関しては、未成年者である子は親権に服し、親権者は子の身上監護について義務を負うことが重要な意味を有する。この点については、民法第820条等、手がかりとなる規定を示しつつ、的確に検討する答案もある一方で、漠然と親の責任を論ずる答案も少なくなかった。さらに、Cの監督義務違反に基づく不法行為責任という理解が明確に示されておらず、漠然と民法第709条の要件を順次論ずるにとどまる答案も散見された。責任能力を有する未成年者の不法行為についての監督義務者の責任に関する判例に照らせば、小問(1)では、どの点にCの監督義務違反があるか、また、そうした監督義務違反とLに生じた損害との間に相当因果関係があるか否かが特に重要な問題点となるが、前提となる判例を十分に理解して論じているか否かが、このような差異をもたらす原因であったとも考えられる。もっとも、このように判例に依拠して検討することが唯一の解答ではなく、適切な理由付けによってこれと異なる論じ方をすることも排除されていない。しかし、そうした適切な理由付けによって論じたものは、少数にとどまった。

小問(2)においては、賠償額に関するCの反論について問われており、過失相殺について検討することが期待されている。もっとも、【事実】16及び17によると、既に付近がかなり暗くなっていたにもかかわらず、Kが前照灯の故障した自転車を、携帯電話を使用していたため、片手で運転していたことから、K

についての過失と評価されるような事情は認められるが、Lについては、過失と評価されるような事情は示されていない。また、3歳のLについては、過失相殺の前提として必要とされる事理弁識能力が認められないとも考えられる。もちろん、過失相殺の前提として被害者に一定の能力を要求するべきか、あるいは事理弁識能力とは何であるかといった点について、学説上は議論がある。しかし、いずれにしても、本問の損害賠償請求はLによるものであるため、L自身に過失がないにもかかわらず、上記のKの過失が、Lの損害賠償請求において過失相殺の対象として考慮されるかどうかが問題となる。この点について、判例は、被害者自身の過失でなくとも、被害者と身分上・生活関係上の一体性が認められる者に過失があった場合については、その者の過失を過失相殺の対象として考慮することを認めている。判例に即して論じる場合には、以上の点を適切に示し、本間に示された事実関係に即して、その要件が満たされているか否かを的確に論じることが求められる。

もっとも、判例による被害者側の過失法理に依拠して検討することが唯一の解答ではない。特に、被害者側の過失法理については、その妥当性を疑問視する見解も有力である。判例と異なる構成を探る場合であっても、適切な理由付けが行われ、その要件等が的確に検討されていれば、それに相応した評価がされることになる。

この小問(2)も基本的な問題であり、時間切れのために十分に解答し切れなかったことがうかがわれる答案を除けば、おおむね求められる内容が書かれている答案が多くあった。もっとも、少し気になる点も認められた。

まず、判例の判断枠組みに従っていると思われるものの、「被害者側の過失」、被害者との「身分上・生活関係上の一体性」ないし「身分上・経済上の一体性」等の鍵となる基本的な概念について言及がない答案や、それらに関して不正確な説明がされている答案が一定数見られた。しかし、その一方で、それらの諸概念を適切に説明した上で、被害者側の過失法理の趣旨が求償の連鎖を避けるところにあること等を指摘し、こうした趣旨を踏まえた検討をしている答案も少なからず見られた。

また、過失相殺を検討する際に、民法第722条第2項とともに、あるいは同項に言及せずに、民法第418条を挙げている答案が散見された。小問2において、被害者であるLと請求の相手方であるCとの間で債務不履行を問題とする余地はない。したがって、本問において民法第418条を挙げることは誤りであると同時に、民法の体系に関する基本的な理解を疑わせるものといわざるを得ない。

イ 答案の例

優秀に該当する答案の例は、小問(1)に関しては、責任能力に関する従来の判例を踏まえてHに責任能力が認められるか否かを検討し、それが肯定されることを前提として、補充的責任である民法第714条の適用がないことを確認した上で、監督義務違反を理由として民法第709条に基づくCの責任が認められる可能性を示し、Cに監督義務が認められる根拠を挙げ、さらにCの監督義務違反とLの権利侵害との間に相当因果関係が認められることを本問の事実関係に即して検討するものである。また、小問(2)に関しては、L自身に過失相殺

の前提となる過失がないことを本問の事故の態様やしの事理弁識能力の有無に即して示した上で、被害者側の過失法理が認められる根拠とその判断基準（被害者との身分上・生活関係上の一体性等）を的確に示し、Kの過失がL側の過失として考慮されること、及びKが前照灯の故障した自転車を、携帯電話を使用していたため、片手で運転していたという本問の事実関係に即して、Kに過失が認められることを的確に判断しているものである。

良好に該当する答案の例は、小問(1)に関しては、優秀に該当する答案と同様に、基本的な法律関係として、Hの責任能力の有無を確認し、それが肯定されることを前提として、補充的責任である民法第714条の適用がないことを確認した上で、監督義務違反を理由とする民法第709条に基づくCの責任を検討しているものの、要件や根拠に関する説明が不十分であったり、該当する事実の摘示の仕方が粗雑であったりする等、論述の一部について周到さや丁寧さを欠くものである。また、小問(2)に関しては、優秀に該当する答案と検討している事項はほぼ同じであるものの、要件・効果に関する説明が不十分であったり、該当する事実の摘示の仕方が粗雑であったりする等、論述の一部について周到さや丁寧さを欠くものである。例えば、被害者側の過失法理について言及し、その判断基準も的確に示しているものの、その根拠について説明を欠いているものや、KとLの関係について具体的な説明をしないまま、身分上・生活関係上の一体性等に相当するものが認められることを当然の前提として論述するもの等がこれに当たる。

一応の水準に該当する答案の例としては、次の2つが挙げられる。第1の例は、検討すべき事項のほぼ全てについて言及しているものの、全体として説明が十分でないものである。小問(1)に関しては、例えば、責任能力に言及しているものの、その意味の説明がされていなかったり、説明が必ずしも正確でなかったりするもの、民法709条に基づく責任に言及しているものの、民法第714条との関係についての説明されていなかったり、説明が必ずしも正確でなかったりするものがこれに当たる。小問(2)に関しては、例えば、被害者側の過失法理について言及しているものの、判断基準の説明が不完全ないし不十分であるものや、本問のどのような事実がKの過失を基礎付けるかについて必ずしも明確な説明をしていないもの等がこれに当たる。第2の例は、個々の問題ないし制度については的確な理解を示しているものの、検討すべき事項の一部について考察を欠くものである。例えば、小問(1)に関しては、Cの監督義務違反とLの権利侵害との間の相当因果関係の有無について考察を欠くもの、小問(2)に関しては、被害者側の過失という言葉を用い、Kの過失がL側の過失として考慮されることを述べているものの、被害者側の過失として判断される基準について論及していないもの等がこれに当たる。

不良に該当する答案の例は、制度の基本的な理解が不十分又は誤っていると考えられるものである。小問(1)に関しては、特に説明もなく責任能力と事理弁識能力を同視するものや、民法第714条が未成年者に責任能力が認められない場合の補充的責任であることが十分に理解できていないもの等がこれに当たる。また、小問(2)に関しては、被害者側の過失法理に言及しないまま、単に、Kの過失を指摘し、過失相殺が可能であるとするもの等がこれに当たる。

(4) 全体を通じ補足的に指摘しておくべき事項

民法全般について体系的で過不足のない知識と理解を身に付けることが実務家になるためには不可欠である。今回の出題についても、該当分野について基本的な理解が十分にできており、それを前提として一定の法律構成を提示し、それに即して要件及び効果に関する判断が行われていれば、十分合格点に達するものと考えられる。しかし、残念ながら、民法に関する基本的な知識と理解が不足している答案や、請求原因、抗弁等の要件事実を平板に指摘するにとどまり、肝心の実体法の解釈や事案への当てはめが不十分な答案が見られたのは、昨年までと同様である。

本年もまた、答案の前半部分の解答に力を注ぎすぎ、後半の解答内容が散漫なものになるなど、答案としてのバランスを欠くものが相当数見られた。また、時間不足のためかもしれないが、乱暴に書きなぐったり、判読困難な字を記載したりするなど、読み手のことを十分考えていない答案が一定数見られたことも昨年までと同様である。次年度以降、改善を望みたい。

4 法科大学院における学習において望まれる事項

昨年も指摘したように、法律家になるためには、具体的なケースに即して適切な法律構成を行い、そこで適用されるべき法規範に基づいて自己の法的主張を適切に基礎付ける能力を備える必要がある。こうした能力は、教科書的な知識を暗記して、ケースを用いた問題演習を機械的に繰り返せば、おのずと身に付くようなものではない。単純なケースであれば、行うべき法律構成と適用されるべき法規範を見つけることは、比較的簡単かもしれない。しかし、少し複雑なケースになってくると、こうした法律構成を適切に行い、適用されるべき法規範を見つけることは容易ではない。特に様々な制度や法規範が関係してくる場合は、それらの相互関係が適切に理解されていないと、それらのいずれをどのように組み合わせて法的主張を行えばよいかがわからず、取り上げるべきポイントを見落としたり、的外れな主張を行ったりすることになりやすい。本問においても、そのような理解の不十分さに由来すると考えられる誤りが相当数の答案で見受けられた。

民法に関する制度や法規範の相互関係を理解する上で、少なくともケースに即して法的主張を行うという観点から重要なのは、それらの制度や法規範によって認められる法律効果が何かということである。ケースに即して行われる法的主張とは、まさにこうした法律効果をそのケースにおいて主張することを意味するからである。もちろん、ある法規範に基づいてこうした法律効果を主張するためには、その前提として別の法規範により一定の法律効果が基礎付けられていることが必要になる場合が少なくない。例えば、所有権の侵害を理由として物権的請求権という法律効果を主張するためには、その前提として加工に関する法規範等によりその所有権を取得しているという法律効果が基礎付けられなければならない。また、物権的請求権が認められないという法律効果を主張するためには、例えば、不動産の付合に関する法規範により付合物の所有者がその所有権を喪失しているという法律効果が基礎付けられればよい。このように、法律効果を起点として制度や法規範の相互関係を理解することが、法律構成を適切に行い、適用されるべき法規範を見つけるための前提として必要になることができる。

法科大学院において、ケースに即して法律問題を検討するという教育手法が採用されているのは、言うまでもなく、実践的な法的思考を行う能力を養うためである。しかし、そのためには、こうした実践的な法的思考を行うために必要となる法の体系的理解を習得させることがその前提として不可欠である。法科大学院においては、司法試験の合否という表面的な結果に目を奪われることなく、その本来の教育目標が法の体系的理解とそれに基づく実践的な法的思考を行う能力の習得にあることを今一度確認し、更に工夫を重ねながら、その実現のために適した教育を押し進める事を望みたい。また、受験者においても、以上のような法の体系的理解とそれに基づく実践的な法的思考を行う能力を身に付けることこそが求められているのであり、司法試験においてもそのことに変わりはないことを自覚して、学習に努めていただきたい。

平成27年司法試験の採点実感等に関する意見（民事系科目第2問）

1 出題の趣旨等

既に公表されている「平成27年司法試験論文式試験問題出題趣旨」に、特に補足すべき点はない。

2 採点方針及び採点実感

(1) 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、基本的な知識と、事例解析能力、論理的思考力、法解釈・適用能力等を試すものであり、従来と同様である。

その際、論点について過不足なく記述があり、多少の不足があっても、記載順序が論理的である答案や、法律要件と法律効果とが整理されている答案は、高く評価した。また、制度趣旨を示しつつ、条文解釈を行い、問題文中にある積極方向・消極方向の様々な事情を摘示しながら適切に当てはめを行う答案も、高く評価した。これらも、従来と同様である。

(2) 設問1について

ア 全体的な採点実感

設問1は、取締役の競業に関する行為等の競業取引規制違反又は忠実義務違反の成否と、その違反が成立する場合における取締役の損害賠償責任について、問うものである。

まず、甲社の取締役Bが、関西地方において同種の事業を営む乙社の事業に関連して行った競業行為に関し、競業取引規制（会社法第356条第1項第1号、第365条第1項）が適用されるか否かについて、論ずることが求められる。この点については、ほとんどの答案が競業取引規制違反について論じていたが、中には、同法第356条第1項第3号の利益相反取引について論ずる答案や、取締役の善管注意義務違反についてのみ論ずる答案もあり、全般的には、本問の事実関係の下で、以下の諸点について丁寧に論じた答案は多くは見られなかった。

すなわち、会社法第356条第1項第1号所定の「取締役が自己又は第三者のために・・・取引をしようとするとき」については、その「取引」が個々の取引行為をいうものとされるところ、Bのどの行為が問題となるかを論じていない答案が、相当程度見られた。

そして、上記の要件のうち、多くの答案が「自己又は第三者のために」の要件にのみ着目し、乙社の名義で行われた洋菓子の販売等について「Bが取引をしたといえるか」との視点を欠いていたのは残念であった。Bは、乙社の代表取締役ではなく、その事実上の主宰者性をうかがわせる諸事情（持株割合、事業への関与、顧問料の受領、工場長の引き抜きや商標取得への関与等）を摘示して論すべきであるが、この点を意識的に述べた答案はあまり見られず、Bが乙社の顧問に就任したことだけを挙げるなど、事実摘示の不十分な答案が少なくなかった。

また、上記の要件のうち、「自己又は第三者のために」の要件の当てはめに

については、理由を述べないでBの行為は自己のためにした行為であるとか、Bが乙社の発行済株式の90%を保有していることのみを理由としてBの行為は自己のためにした行為であると述べた答案が多く見られた。なお、下級審裁判例によれば、事実上の主宰者性が肯定される事情があるときは、取締役の行為は第三者のためにされたものとされているが、このことを意識した答案はほとんど見られなかった。さらに、「自己又は第三者のために」の要件を満たすとだけ述べて、「自己のために」なのか「第三者のために」なのかを明らかにしない不十分な答案も、一定程度見られた。

甲社と乙社の市場は、設問1の時点では、地理的に競合しているとはいえないが、甲社が関西地方への進出を具体的に企図しているため、Bによる乙社の取引が甲社の「事業の部類に属する取引」（会社法第356条第1項第1号）に該当するかどうかについて、論ずる必要がある。この点については、多くの答案が何らかの形で触れていたが、「事業の部類に属する取引」の意義に関する条文解釈をしないまま幾つかの事実から結論を導く答案や、具体的な事実摘示の不十分な答案もあった。

取締役会設置会社において取締役が競業取引をしようとする場合には、取締役会において当該取引につき重要な事実を開示し、その承認を受けることを要する（会社法第356条第1項、第365条第1項）。この点については、多くの答案が、重要な事実を開示することの趣旨を踏まえ、BとA及びCとのやり取りに即して、手続的要件が満たされていないと論ずることができていた。しかし、取締役会ではなく、株主総会の決議を要するとするなど、最も基本的な事項を間違えている答案も若干見られた。

次に、競業取引について取締役会の承認がないため競業取引規制違反が成立する場合には、その取引によって取締役又は第三者が得た利益の額が、甲社の損害の額と推定される（会社法第423条第2項）。本件では、このように推定される損害の額（以下「推定損害額」という。）は幾らなのか、すなわち、第三者である乙社が得た利益の額とすべきか、又は取締役Bが得た利益の額とすべきかについて、「自己又は第三者のために」という要件の当てはめとの論理的な整合性を意識しつつ、論ずることが求められる。具体的な推定損害額としては、乙社が得た利益として営業利益の増額分800万円を、Bが得た利益として上記800万円にBの持株比率である90%を乗じた額（720万円）ないし顧問料（月100万円）を挙げることなどが考えられる。この点については、多くの答案が推定損害額について論じていたが、本件を「自己のために」の事例であるとの見解に立ちながら、乙社が得た利益を推定損害額とした答案や、逆に、本件を「第三者のために」の事例であるとの見解に立ちながら、Bが得た顧問料を推定損害額とした答案、更には、いずれかの見解に立ちながら、理由を述べないで、Bの利益と乙社の利益の両方が推定損害額であるとする答案も少なくなかった。この点につき論理的な整合性を意識して丁寧に論じた答案は、ほとんど見られなかつたが、高く評価した。

さらに、本件では、Bの競業行為の結果、推定損害額とは別に、現に甲社に損害が生じているとして、会社法第423条第1項に基づく損害賠償請求が可能かどうかについても、検討する必要がある。具体的には、甲社がマーケティ

ング調査会社に支払った500万円の委託料について、Bの任務懈怠との間に相当因果関係があるかどうかなどを論ずることとなるが、この点について論じた答案は多くはなく、特に、Bの競業行為がなくても上記委託料が支出されていたことに触れながら、相当因果関係の有無につき説得的に論じた答案は、高く評価した。

なお、Bについて競業取引規制違反が成立しないとの結論を採った場合には、甲社に生じた損害について、別途、会社法第423条第1項に基づく損害賠償請求の可否を論すべきところ、この立場に立つ答案も若干見られ、事実摘示及び理由付けが適切であれば、同等に評価した。しかし、競業取引について取締役会の承認があるものと評価した上で、その場合には、取締役は一切の責任を免れるものと誤解している答案も散見された。

最後に、Bによる工場長Eの引き抜きについて、多くの答案は、競業取引に当たらないと明示し、又はそれを前提として、忠実義務又は善管注意義務違反を理由とする会社法第423条第1項に基づく損害賠償請求の可否を検討し、必要な事実を摘示した上でBに任務懈怠があると認め、相当因果関係のある損害の額についても正しく論じていた。とりわけ、従業員の引き抜きに当たり、どのような場合に取締役に忠実義務又は善管注意義務違反が成立するのかにつき、規範を定立した上で、当てはめを行っている答案は、好印象であった。しかし、Eの引き抜きを競業取引と評価する答案や間接取引と評価する答案も、少數ながら一定程度見られた。これらの答案は、引き抜きについてもBの責任を認めたいという実質的判断に引きずられ、何が「取引」に該当するのか等の各要件への当てはめの吟味が十分にされていないものである。

総じて、損害論についての具体的な検討が不十分であるように思われる。本件では、問題文を踏まえれば、①乙社が得た利益（800万円）、②Bが得た顧問料（月100万円）、③甲社の支払った調査委託費用（500万円）、④引き抜きによる休業損害（300万円）について、それぞれ検討することが相當であるが、多くの答案は、①と②についてはいずれかのみを論じ、③については触れていないものが多かった（④については多くの答案が論じていた。）。また、具体的な損害額を論じていない答案も、少なからず見られた。

イ 答案の例

優秀に該当する答案の例は、上記の論点が相当程度に網羅され、記載順序が論理的であり、事案に即して競業取引規制違反又は忠実義務違反の成否を論じた上で、損害論を具体的に述べている答案などである。特に、Bが乙社の代表取締役ではないことや、「自己又は第三者のために」という要件の当てはめと推定損害額との論理的な整合性について留意した答案は、高く評価した。

良好に該当する答案の例は、優秀に該当する答案と同様の論点に触れつつも、事実上の主宰者性を十分に論じなかったり、「自己又は第三者のために」という要件の当てはめがやや不十分であったり、一部の損害項目を見落としたりしている答案などである。

一応の水準に該当する答案の例は、「取締役が自己又は第三者のために・・・取引をしようとするとき」や「株式会社の事業の部類に属する取引」という要件について、一応の規範を定立して論じてはいるが、「自己又は第三者のため

に」という要件の当てはめや、推定損害額との論理的な整合性への配慮を欠き、理由を述べないで、Bが得た利益と乙社が得た利益の両方が推定損害額であるとする答案などである。

不良に該当する答案の例は、競業取引と利益相反取引との区別を理解していない答案、「自己又は第三者のために」という要件に触れないなど、どのような事実が条文のどの要件に該当するのかを示していない答案、Bによる競業行為と工場長の引き抜きとを何ら区別せず、一連の行為について漠然と責任原因のみを記述して、損害論に具体的に触れていない答案、競業取引について取締役会の承認があるものと評価しながら、会社法第423条第2項の推定規定を適用する答案などである。

(3) 設問2について

ア 全体的な採点実感

設問2は、会社の重要な事業の一部を二つの資産売買に分けて売却した取引に関する会社法上の規律と、そのような取引の効力について、問うものである。

まず、この取引に関し、全体として事業譲渡と評価すべきか、また、株主総会の特別決議が必要となる「事業の重要な一部の譲渡」（会社法第467条第1項第2号）に該当するかについて、事案に即して論ずることが求められる。

この点について、問題意識を持ち、具体的な事実から結論を導いた答案は高く評価した。例えば、形式的な売買契約の個数や、それぞれにつき甲社の取締役会の決議があったことを指摘した上で、これらの時間的近接性、甲社の洋菓子事業部門の従業員の全員が引き続き丙社に雇用されたこと、甲社の取引先の全部が実質的に丙社に引き継がれたこと等を述べた答案がこれに当たる。加えて、洋菓子事業部門の売却に向けた甲社と丙社の交渉の経緯や、両当事者の合理的意思、株主であるS社が同部門の売却に反対する可能性が高いため、甲社の代表取締役Aが株主総会の特別決議を潜脱する意図で本件の取引を行ったと推測されること等の事情に触れた答案も見られたが、僅かであった。上記のうち、形式的な売買契約の個数や取締役会決議の個数に関する意識が希薄なまま、具体的な事実を丁寧に指摘せずに、漫然と実質的に一つの取引と見て、事業譲渡の該当性を論ずる答案も多かった。

他方、これとは逆に、そのような問題意識を全く持たないで、二つの資産売買を当然に別々のものとして、それぞれにつき事業譲渡の該当性を論じた答案が非常に多く見られた。これらの中には、第1取引は事業譲渡に該当して無効であるが、第2取引は事業譲渡に該当せず有効であると述べた答案も少なくなく、二つの資産売買につき有効・無効が分かれるという結論が本件事実関係における解決として現実的に妥当なものといい得るのかという視点は見られなかった。なお、このように第1取引と第2取引の効力の有効性が分かれる旨の論述をした後に、当該結論の現実的な解決としての不当性を意識して、両取引を一体として捉えるべきと論じた答案も僅かに見られ、迂遠ではあるが、一定の評価をした。

会社法第467条（旧商法第245条）により株主総会の特別決議による承認を必要とする事業譲渡の意義については、著名な判例があり、譲渡会社による競業避止義務の負担等を不可欠の要素と解すべきかについては、判例・学説

上争いがある。特に本件では、当事者間の特約により競業避免義務が排除されていることに留意すべきであるところ、この点については、ほとんどの答案が、事業譲渡の定義を示した上、本件の取引につき当てはめを行っていた。ただし、二つの資産売買を当然に別々のものと見て事業譲渡の該当性を論じた答案には、土地建物のみで、又は商標権のみで、これを有機的一体として機能する財産であると論ずるものが多く見られた。判例・学説のいずれの立場に立った答案も同等に評価したが、自説の理由付けの巧拙には差が見られ、中には、何ら理由付けをしない答案も見られた。平成18年新司法試験においても同種の論点があり、その出題の趣旨には、事業譲渡に株主総会決議が要求される趣旨に照らし丁寧に検討することが期待されると記載されているのであり、制度趣旨に即した検討及び論述ができていない答案は、低く評価した。

多くの答案では、事業譲渡の該当性の問題と、事業の「重要な」一部の譲渡に該当するかの問題とを意識して論じていたが、後者の問題の検討を欠く答案も一部にあった。会社法第467条第1項第2号の規定振りや、設問において貸借対照表等の資料が示されていることを踏まえると、この点の論述が不足しているのは、基本的な知識が不十分であるとの評価を免れない。

そして、事業の「重要な」一部の譲渡に該当するかの検討においては、重要性の判断基準を示した上で、質的・量的な側面から問題文の事実を具体的に当てはめ、また、会社法第467条第1項第2号括弧書きにより株主総会の特別決議を要しないこととなるかについても、論ずる必要がある。この点については、同号括弧書きの該当性に言及した答案は比較的多かったが、これを論じただけで事業の重要な一部の譲渡であると結論付ける答案が多く、質的・量的な側面からの重要性に関する検討が欠けていた。少数ではあるが、重要性に関する検討をした上で、同号括弧書きの該当性の検討をした答案もあり、高く評価した。貸借対照表等の資料に関しては、甲社の総資産額につき5億円や70億円とする誤りも散見されたが、同号括弧書きの検討に必要となる額を的確に指摘した答案は、好印象であった。

次に、本件では、会社法上の必要な手続を欠く場合の事業譲渡の効力について論ずる必要があるところ、判例は、事業譲渡契約は、株主総会の特別決議によって承認する手続を経ていなければ無効である旨判示しており、甲社の株主であるS社の保護、譲受人である丙社の保護等の観点を考慮しつつ、説得的な論述をすることが求められる。この点については、これらの利害関係人の保護の在り方を具体的に考慮せず、単に、株主総会決議を経ていない事業譲渡は絶対的に無効であるという結論だけを述べる答案が多かった。また、株主総会決議は会社経営の重要な決定であるから、これを欠く事業譲渡は無効であるなどと、理由付けが不十分なものも多く見られた。その一方で、善意無過失の譲受人の保護という観点から、丙社における認識や、甲社の株主総会決議の有無について丙社が調査すべきかどうかを論じた答案も少数ながら見られ、このような具体的な検討は高く評価した。判例に言及した答案は、ほとんど見られなかった。

仮に、本件について事業譲渡に該当しないとした場合には、本件の取引が「重要な財産の処分」（会社法第362条第4項第1号）に該当して取締役会決議

を要するものかにつき、財産の価額、総資産に占める割合、財産の保有目的、処分行為の態様等の事情を総合して、事案に即して検討することとなる。本件について事業譲渡に該当しないとした答案のほとんどは、上記の点を適切に論じていたが、中には、「重要な財産の処分」についても株主総会の特別決議が必要であるとしたり、法人であるS社が取締役であるとの誤解の下で、S社に対する取締役会の招集通知を欠き、取締役会決議に瑕疵があるとするなど、基本的な理解を欠く答案もあった。

なお、設問2は、取引の効力に関する会社法上の問題点を問うものであるのに、単に株主総会決議を欠く瑕疵があると述べるだけで、取引が有効か無効かの結論を示さない答案も、少数ながら存在した。甲社が時価3億円の洋菓子事業部門を2億5000万円で売却したことに関し、株主であるS社が株主代表訴訟を提起して代表取締役Aの責任を追及し得るかという、設問に関係のない事項を述べる答案もあった。さらに、本件を実質的には吸収分割の事例と見て、分割無効の訴えを論ずる答案も見られた。これらの評価は、いずれも低いものとなった。

イ 答案の例

優秀に該当する答案の例は、第1取引と第2取引とを一体のものと考えられないかについて言及した上、事業譲渡の定義に関し、判例の要件に意を払いつつ、自説をその根拠とともに述べ、問題文の事実から丁寧な当てはめを行い、事業譲渡に該当するとする立場にあっては、その重要性の要件につき、判例の立場である質的・量的な側面から検討し、量的な側面においては、会社法第467条第1項第2号括弧書きの該当性につき資料を踏まえて具体的に指摘し、更に、株主総会決議を欠く場合の事業譲渡の効力について、甲社の株主及び譲受人である丙社の利益衡量を念頭に、自説を説得的に論ずる答案などである。

良好に該当する答案の例は、優秀に該当する答案と同様の論点に触れつつも、自説の根拠の論述がやや不十分であったり、事業譲渡又は事業の「重要な」一部の譲渡への該当性について、事実の当てはめがやや不十分な答案などである。

一応の水準に該当する答案の例は、第1取引と第2取引との関係についての問題意識が低いながらも、事業譲渡の要件についての規範の定立や事実の当てはめが一応できており、本件の取引の効力に関する一定の結論が導かれている答案などである。

不良に該当する答案の例は、第1取引と第2取引との関係についての問題意識がなく、漫然とそれぞれにつき事業譲渡の該当性を論じ、事業譲渡の要件についての規範の定立や事実の当てはめについても不十分な点が多い答案、本件の取引が有効か無効かの結論を示さない答案、設問に関係のない事項を述べる答案などである。

(4) 設問3について

ア 全体的な採点実感

設問3は、会社法上の公開会社でない会社（以下「非公開会社」という。）における新株予約権の発行に関する規律を念頭に置きつつ、株主総会の決議により新株予約権の行使条件（上場条件）の決定を取締役会に委任することの可否と、仮に、このような委任ができるとした場合に、当該行使条件を取締役会

の決議により廃止することの可否を論じた上で、瑕疵のある手続により発行された新株予約権の行使により発行された株式の効力、又は行使条件に反した新株予約権の行使により発行された株式の効力について、問うものである。

まず、非公開会社においては、会社法第238条第1項第1号所定の「募集新株予約権の内容」の決定は、株主総会の特別決議を要し、取締役会に委任することができず（同条第2項）、新株予約権の行使条件が「募集新株予約権の内容」に含まれるかどうかが問題となるところ、そもそも、上場条件の決定を取締役会に委任することの可否について論じていない答案が多く見られた。そして、この点に触れる答案においても、会社法第238条に言及するものはほとんど見られなかつたが、新株予約権の内容の決定につき株主総会の特別決議が必要とされる趣旨に言及しながら、一定の結論を導く答案は、好印象であった。これに対し、「ストック・オプションとしてインセンティブを与えることができ、会社全体の利益になるので、取締役会に委任し得る」などと、単に価値観ないし利益衡量のみを理由とする答案も見られた。なお、本件では、経営コンサルタントGに新株予約権が発行されているにもかかわらず、取締役の報酬規制の問題（会社法第361条）として論じた答案が少なからずあり、低く評価した。また、本件を有利発行規制の問題として論じた答案もあったが、取締役会への委任の可否について言及していないものは、適切な解答とは評価しなかつた。

次に、仮に、上場条件の決定を取締役会に委任し得るとした場合でも、取締役会において当該上場条件の廃止を決議し得るかについては、株主総会による委任の趣旨を検討しつつ、論ずる必要がある。この点については、多くの答案が検討していたが、旧商法の下における平成24年の判例において、明示の委任がない限り、事後的に行使条件を変更する取締役会決議は、当該行使条件の細目的な変更にとどまるものであるときを除き無効とされていることを意識した答案は少なく、安易に、取締役会が上場条件の廃止を決議し得るとする答案が相当程度見られた。また、逆に、何ら理由を示さないで、一旦定められた新株予約権の行使条件を取締役会で事後的に変更することはできないとする答案もあった。取締役会への一定の委任を認めた場合に、株主総会での説明内容や上場条件廃止の意義などに具体的に触れながら、委任の範囲内かどうかについて適切に論じている答案は、高く評価した。なお、上場条件の決定を取締役会に委任することの可否の問題と、上場条件を取締役会の決議により廃止することの可否の問題とを整理して論ずることができず、途中まで前者の問題を論じながら、結論は後者に関するものとなっている答案も見られ、このような答案の印象は悪かった。

そして、新株予約権の発行手続に瑕疵があるとの考え方による場合には、発行手続の法令違反が新株予約権の発行の無効原因となり、その新株予約権の行使により発行された株式が無効となるかについて、検討する必要がある。他方、新株予約権の発行は適法であるが、上場条件の廃止が無効であるとの考え方による場合には、甲社において上場条件は新株予約権の重要な内容を構成しており、既存株主の持株比率が影響を受けるため、これに反した新株予約権の行使により発行された株式が無効となるかについて、検討する必要がある。

全体的には、後者の考え方による答案が多く、中には、上場条件は新株予約権の重要な内容であり、取締役会限りでの上場条件の廃止は株主総会決議を欠く新株発行に等しいと評価され、非公開会社における株主総会決議を欠く新株発行には無効原因があるという流れで、適切に理由を付して論述する答案も、少数ながら見られた。また、上場条件の廃止が無効であり、行使条件が満たされないまま新株が発行されたことの問題を直接的に論ずる答案もあった。特に、非公開会社では、既存株主の持株比率が重要であり、株主の利益を保護する必要性が高いことや、行使条件に反して新株予約権が行使される場合には、株主はこれを知り得ず、新株予約権の行使による新株発行の差止めが困難であること等を丁寧に論ずる答案は、高く評価した。もっとも、多くの答案は、上場条件が細目的事項でないことや、甲社が非公開会社であることの指摘が不十分であり、また、非公開会社における株主総会決議を欠く新株発行に無効原因があることの理由として、非公開会社の株式の流通性が低いことのみを挙げるなど、理由付けが不十分なものであった。さらに、新株発行の無効の訴えの無効原因に言及しないで、単に、上場条件を廃止する取締役会決議が無効であり、手続に瑕疵があるから株式は無効であるとだけ述べる答案、株式が有効か無効かの結論を示さない答案、新株予約権の効力のみを論ずる答案も一定程度見られ、低く評価した。

イ 答案の例

優秀に該当する答案の例は、上記の論点が相当程度に網羅され、非公開会社における新株予約権の内容の決定につき株主総会の特別決議が必要とされる趣旨を踏まえつつ、上場条件の決定及びその後の廃止を取締役会が行い得るかを論理的に論じた上、新株予約権の行使により発行された株式の効力につき、適切な理由付けをして結論を導いている答案などである。

良好に該当する答案の例は、上場条件の決定を取締役会に委任することの可否について論ずることを見落としたとしても、その他の論点につき優秀に該当する答案とほぼ同じ程度に論じている答案や、新株予約権の行使により発行された株式の効力に関する論述の理由付けがやや不十分な答案などである。

一応の水準に該当する答案の例は、取締役会において上場条件の廃止を決議し得るかや、新株予約権の行使により発行された株式の効力について、ある程度の記述はされているが、平成24年の判例を意識しないまま、理由付けが不足している答案などである。

不良に該当する答案の例は、上記の論点の多くにつき記述が不十分で、新株予約権の内容の決定につき株主総会の特別決議が必要とされる基本的な趣旨の理解が足りない答案、株式が有効か無効かの結論を示さない答案、本件を取締役の報酬規制の問題として論じた答案などである。

3 法科大学院教育に求められるもの

取締役の競業取引に関する規律、事業譲渡の意義及び事業の重要な一部の譲渡に関する規律、新株予約権の発行及び行使に関する規律は、会社法の基本的な規律であると考えられるが、これらの基本的な理解に不十分な面が見られる。また、問題文における事実関係から会社法上の論点を的確に抽出する点、判例・学説の複数の

考え方の中から一定の規範を定立するに当たり、その理由付けを適切に論ずる点、具体的な事実をその規範に当てはめて一定の結論を導く点においても、不十分さが見られる。

会社法の基本的な知識の確実な習得とともに、事実を当てはめる力と論理的思考力を養う教育が求められる。

平成27年司法試験の採点実感等に関する意見（民事系科目第3問）

1 出題の趣旨等

出題の趣旨は、既に公表されている「平成27年司法試験論文式試験問題出題趣旨【民事系科目】[第3問]」のとおりであるから、参照されたい。

民事訴訟法科目では、例年と同様、受験者が、①民事訴訟法の基本的な原理・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、問題文をよく読み、設問で問われていることを的確に把握し、それに正面から答えているか、③抽象論に終始せず、設問の事例に即して具体的に、かつ、掘り下げた考察をしているか、といった点を評価することを狙いとしており、このことは本年も同様である。

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たことも、従来と同様である。本年においても、各問題文中の登場人物の発言等において、論述上検討すべき事項や解答すべき事項が一定程度、提示されている。そうであるにもかかわらず、題意を十分に理解せず、上記問題文中的検討すべき事項を単に書き写すにとどまっている答案、理由を述べることなく結論のみ記載している答案などが多数見受けられたところ、そのような答案については基本的に加点を行わないものとした。上記②に関連することではあるが、解答に当たっては、まずは問題文において示されている解答すべき事項等を適切に吟味し、含まれる論点を順序立てた上で、その検討結果を自らの言葉で表現しようとする姿勢が極めて大切である。採点に当たっては、受験者がそのような意識を持っているといえるかどうかについても留意している。

3 採点実感等

(1) 全体を通じて

本年の問題においても、具体的な事例を提示した上で、上記のとおり、登場人物の発言等において、関係する最高裁判所の判決を紹介し、論述上検討すべき事項等を提示して、受験者の民事訴訟法についての基本的な知識を問うとともに、論理的な思考力や表現力等を試している。全体として、全く何も記載することができていない答案は少なかったが、上記問題文に示された最高裁判所の判決の内容や検討すべき事項等について、その吟味が不十分である答案、自ら考えた結論に向けての論述のためにその活用ができていない答案が数多く見られた。本問のような問題においては、典型的な論証パターンを書き連ねたり、丸暗記した判例の内容を答案に記載するだけでは、題意に応える十分な解答にはならないものであり、問題文をよく読み、必要な論述を構成した上で、自らの言葉で答案を書くべきである。

(2) 設問1について

本問では、検討すべき最高裁判所の二つの判決が示された上で、XがYに対して提起した損害賠償請求事件（本訴）でYがXに対して反訴を提起した場合において、反訴で訴求されている債権を自働債権とする相殺の抗弁を本訴において提

出することの適法性という課題について検討することを求め、Yの訴訟代理人弁護士L1の発言を通じて、その検討の際に言及すべき幾つかの視点が示されている。

まず、上記反訴が予備的反訴とされる場合、既判力の矛盾抵触が生じないとする理由についての論述が求められているところ、相当数の答案において、本訴で相殺の抗弁が審理されると反訴の訴訟係属が消滅し反訴につき本案判決がされないので、既判力の矛盾抵触は生じないと論じられていた。しかし、この答案内容は、予備的反訴とは反訴の訴訟係属に解除条件が付されたものであることからして、当然の結論を述べているもの、いうなれば、間をもって間に答えようとしているものに等しく、評価をすることができない。特に、問題文におけるL1の発言（問題文3頁10行目）において「平成3年判決は、弁論が併合されている場合にも当てはまるのですね。」との示唆があり、これを踏まえれば、本訴と反訴とが併合審理され、同一の裁判官が同一の証拠に基づいて審理をしている場合であっても、反対債権の存否についての判断が矛盾するおそれがなお懸念されるのは、どのような事態を想定したことなのか、という問いかけが含まれていることが理解できるはずである。

とはいえる、上記L1の発言等を踏まえて、弁論の分離の可能性に気付いてこれに言及する答案は、一定程度あった。ただ、このような答案のうちでも、予備的反訴とされると弁論の分離ができないとされる理由について適切に言及できているものは、必ずしも多くはなかった。また、弁論の分離の可能性に言及する答案であっても、予備的反訴の取扱いにおける「解除条件」の説明が不十分な答案が少なくなかった。予備的反訴は、一括りに複雑訴訟形態とされ、教科書の後半部分において解説されていることが多いと思われるが、法科大学院修了者としては、その訴訟手続上の取扱いとその根拠を理解しておくことが求められる。

次に、上記反訴が予備的反訴とされる場合、反訴原告（Y）は相殺による簡易、迅速かつ確実な債権回収（相殺の担保的利益）への期待と、相殺に供した自働債権について債務名義を得るという二つの利益を享受することにならない理由についての論述が求められている。ここで期待された論述の流れは、概要、①相殺の抗弁は予備的に主張されるものであって、Yが主張する他の防御方法が全て認められないときに初めて審理されるものであるところ、相殺の抗弁以外の理由により請求が棄却される場合には、Yは、相殺の担保的利益を享受することはなく、他方で、反訴に付された解除条件も成就しないから、反訴が審理され、反対債権の存在が認められればその債務名義を得ることができる、②一方、相殺の抗弁が審理されると、解除条件が成就し、反訴請求について判決されることはないから、相殺の抗弁が認められれば、Yは相殺の担保的利益を享受することができる、③したがって、Yが相殺の担保的利益と債務名義の得るという2つの利益を享受することにはならない、といったものであった。

しかし、答案においては、上記①の点についての言及を欠くものが大半であった。本問の事案では、相殺の抗弁が予備的な抗弁とされるものであり、かつ反訴が予備的反訴であるという状況にあるが、その内容を的確に分析して論じることが求められる。

本訴において相殺の抗弁が審理されることが解除条件であるのに、本訴におい

て相殺の抗弁が認められることが解除条件であると誤解している答案が、無視できない比率で存在した。このことは、民事訴訟法第114条第2項の既判力は、相殺の抗弁が認められるか否かを問わず、相殺の抗弁についての判断がされた場合には、反対債権（自働債権）の不存在の判断に生じることが理解できていないことを示すものである。

さらに、本問では、訴えの変更の手続を要せずに予備的反訴として扱われることが処分権主義に反しない理由及び反訴被告（本訴原告）の利益を害することにならない理由についての論述が求められている。答案の多くは、民事訴訟法第114条第2項に基づく既判力の存在を指摘して、反訴の訴訟係属が消滅しても反訴被告（本訴原告）は反対債権の不存在に係る既判力ある判断を得ることができるから、反訴被告（本訴原告）の利益は害されない、と結論付けることができた。これに対し、反対債権の債権者としてその履行を求めて反訴を提起した後、それを本訴における相殺の抗弁としても主張した者としては、訴訟手続においてどのように審理されることを期待するのかという点を検討しつつ、予備的反訴に変更されることが処分権主義に反しない理由について論じることが期待されたところであるが、単にYの合理的意思に合致するとのみ抽象的に論じる答案が多かった。やはり、なぜYの合理的意思に合致するといえるのか、どのような当事者の意思を尊重すべきなのかといったことを検討してこそ、上記課題につき具体的な検討がされたものというべきであって、このような答案が高い評価を受けることは困難であろう。しかし、だからといって、解除条件が付されない反訴であれば当該反訴は却下されるが、解除条件付きの反訴であれば当該反訴は却下されないのであるから、Yの合理的意思に反しない、と論じるような答案は、単に当事者の訴訟行為を適法と扱えば当該当事者の合理的意思に合致する、と論じているに等しく、予備的反訴という条件付きの訴訟行為として取り扱うことがYの合理的意思に合致するといえるのかについて、具体的な検討がされたものと評価することはできない。

(3) 設問2について

本問では、具体的には、控訴審が、相殺の抗弁を認めて本訴請求を棄却した第一審判決を取り消し、改めて請求棄却の判決をすることが、控訴したXにとって原判決の不利益変更となるか、なると考える場合のその理由について、説明が求められている。

この点、民事訴訟法第114条に基づく既判力の内容を同条各項ごとに正確に論じることができている答案は、控訴審が第一審判決を取り消すことが反対債権について生じ得る既判力の有無に影響を及ぼすことを指摘てきており、また、不利益変更禁止の原則については、基本的な概念であって、その内容についても受験者において概ね理解されているものであったことから、控訴審がすべき判決の在り方について一定の結論にたどり着くことができ、相応の得点をとることができていたと考えられる。

しかし、設問2の問題文において、Yによる控訴及び附帯控訴の可能性については考えなくてよいとされ、Xのみが控訴した場合について問われているにもかかわらず、例えば、反対債権の不存在の判断の既判力はYに不利益であるから、P2の言う判決をすべきであると論じる答案も相当数存在した。このような答案

は、不利益変更禁止の原則は、控訴した者にとっての不利益を問題とする原則であるという基本的な概念の理解ができていないことを示すものである。

また、本訴における訴求債権が不存在であると判断する以上、第一審判決を取り消して控訴を棄却するとすべきであると論じるにとどまらず、更に控訴審は反訴請求の当否について判決をすべきであると論じる答案も散見された。このような答案は、反訴請求の当否につき判断を示さなかった第一審判決に不服を有するのは、相殺の抗弁以外の理由による請求棄却判決を求めるYであり、本問はYが控訴をしていない場合について解答を求めていることを失念していることを示すものである。

さらに、民事訴訟法第114条第2項に基づく既判力の内容として、反対債権が相殺により消滅したとの判断に既判力が生じると記載している答案が相当数存在した。このような答案のうちには、設問3において、同項に基づく既判力の内容について、反対債権が不存在であることについて既判力が生じると記載しているものが散見された。このような答案は、民事訴訟科目に係る問題のうちの各設問が独立した問題であると考えたとしても、民事訴訟法第114条第2項の意義に関する受験者の理解が一貫しているかを大いに疑わせるものであり、高い評価を受けることは困難である。

他には、問題文において、第一審判決取消し・請求棄却という結論の控訴審判決が確定した場合と相殺の抗弁を認めて請求を棄却した第一審判決が控訴棄却によりそのまま確定した場合とを比較して検討することが求められているにもかかわらず、比較検討をしない答案、控訴審はどのような判決をすべきかと問われているにもかかわらず、その論述をしない答案などがある程度存在した。改めて、前提として問題文をよく読むべきことを指摘したい。

民事訴訟法科目は、本年より短答式試験の出題がなくなった。しかし、実際の実務においては、訴訟手続全般を通じた幅広い知識が求められるものであり、実務家となる以上は、手続全体をよく理解しておくことが必要である。

(4) 設問3について

本問では、XがYに対して提起した損害賠償請求事件に係る第一審判決（その内容は、Yの相殺の抗弁が認められ、Xの本訴請求が棄却されたというもの）が確定した後に、新たに、Yが不当利得の返還を求める文書を送付してきたという事案を題材に、当該第一審判決の既判力の作用について具体的に説明することが求められている。

まず、一般論としての不当利得返還請求の要件事実、これに対するYの言い分の当てはめは、概ね正確に記載しているものが大多数であった。そして、ほとんどの答案が、既判力制度の趣旨及び正当化根拠、既判力の積極的作用・消極的作用、当該作用がある場面の説明（前訴と後訴の訴訟物が同一である場合、前訴の訴訟物が後訴の訴訟物の先決関係である場合、前訴と後訴の訴訟物が矛盾関係である場合）といったことをまず、一般論として記載していた。

しかし、そのような前提となる事項はおおむね正しく理解していると見られる一方で、結論として、「利得、損失及び因果関係についてのYの主張は認められない」とか、「Yが利得、損失及び因果関係としてその言い分にあるような主張をすることは許されない」といった抽象的な記載にとどまるものが極めて多数存

在し、ほぼ全ての答案において既判力に関する一般論として展開されている積極的作用・消極的作用との関係を意識して具体的な論述を行っているものは、少なかった。この点、結論としては、反対債権が存在することを前提とした利得、損失及び因果関係についてのYの主張は、反対債権の不存在という前訴の確定判決の既判力に抵触し、後訴においては排斥されるといった、消極的作用による説明が成り立ち得るし、また、後訴裁判所は、反対債権が不存在であるという前訴の確定判決に拘束されるから、利得、損失及び因果関係に関するYの主張には理由がないとするほかないといった、積極的作用による説明も成り立ち得る。そして、例えば、前者であれば適法な請求原因の主張がないとして、後者であれば請求原因除く事実の主張はそれ自体失当であるとして、結局、Yの後訴における請求は棄却となると結論付けることができる。いずれの法律構成に拠るにせよ、こうした答案であれば高い評価に値するが、こうした答案は皆無に等しく、その結果、既判力の作用についての一般論の記述が、パターン化された論証の条件反射的再現として、無意味で評価に値しないものとなっていた。このことは、既判力という民事訴訟手続における基本的な概念について、必ずしも理解が深まっていないことを示すものとも考えられ、残念であった。また、既判力が作用する場面についての一般論、すなわち、訴訟物同一、先決関係及び矛盾関係について論述する答案にも同じような問題があるが、これについては、4で触れることとする。

さらに、Yの後訴における請求を遮断する立論として、そのような請求は実質的に前訴における紛争の蒸返しから信義則上許されないとする答案も相当数存在したところであるが、問題文におけるL2の発言（問題文5頁19行目から27行目のもの）のとおり、本問では、民事訴訟法第114条第2項によりYの請求が認められないことの説明の検討が求められているのであって、このような答案は、題意を的確に捉えたものとは言い難い。

なお、問題文において、「民事訴訟法第114条第2項の解釈として、相殺の時点において、受働債権と自働債権の双方が存在し、それらが相殺により消滅した、という内容の既判力が生じると解する説」について、現在の学説上支持を失っているので、これに依拠して立論するわけにはいかない、とされているにもかかわらず、上記説によって論述を行う答案が散見された。問題文をよく読むべきである。

(5)まとめ

以上のような採点実感に照らすと、「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」の四つの水準の答案は、おおむね次のようなものとなると考えられる。「優秀」な答案は、問われていることを的確に把握し、各設問の事例との関係で結論に至る過程を具体的に説明できている答案である。また、このレベルには足りないが、問われている論点についての把握はできており、ただ、説明の具体性や論理の積み重ねにやや不十分な部分があるという答案は「良好」と評価することができる。これに対して、最低限押さえるべき論点、例えば、反訴請求債権の本訴における相殺主張の取扱いと予備的反訴の意義、その帰結（設問1）、不利益変更禁止の原則の意義と具体的な作用の仕方（設問2）、不当利得返還請求権の要件事実及び事案に即した既判力の作用の仕方（設問3）が、自分の言葉で論じられている答案は、「一応の水準」にあると評価することができるが、そのような論述がで

きていない、ないしそのような姿勢すら示されていない答案については「不良」と評価せざるを得ない。

4 法科大学院に求めるもの

例年指摘していることであるが、民事訴訟法科目の論文式試験は、民事訴訟法の教科書に記載された学説や判例に関する知識の量を試すような出題は行っておらず、判例の丸暗記、パターン化された論証による答案は評価しないとの姿勢に立って、出題、採点を行っている。当該教科書に記載された事項や判例知識の単なる確認にとどまらない「考え方せる」授業、判例の背景にある基礎的な考え方を理解させ、これを用いて具体的な事情等に照らして論理的に論述する能力を養うための教育を行う必要がある。

本年の採点を通じて改めて思うのは、民事訴訟法の授業の受講者は、他方で要件事実の授業を必修として受講していることを自覚的に意識して、教育をすることが望まれるということである。例えば、既判力が作用する場面には、訴訟物の同一関係、先決関係及び矛盾関係の三つがあるという説明は、通常、民事訴訟法の授業で行われていると思われる。現に設問3への解答においてほとんどの答案がこれに言及していた。確かに、例えば、前訴の確定判決が甲の乙に対する土地Aについての所有権確認請求を認容したもので、後訴が、甲の乙に対する土地Aについての所有権確認請求、甲の乙に対する土地Aについての所有権に基づく明渡請求、乙の甲に対する土地Aについての所有権確認請求といったものであれば、それはそれで正しい説明である。しかし、既判力が作用する場面がそれらに尽きるものなのかどうかの検討を求めるのが、設問3なのであって、これに対する解答としてこの一般論を述べても無意味であり、評価に値しないのである。もっと単純に、前訴の確定判決が甲に対する100万円の支払いを乙に命じたもので、これに基づき、乙が甲に支払った100万円について、これを不当利得として、後訴において乙が甲に対してその返還を請求したという事案を例にとると、民事訴訟法の授業では、往々にして、これを矛盾関係だから既判力が及ぶのだと説明して済ましてしまいかがちではないかと思われる。しかし、受講者は、要件事実の授業において、不当利得返還請求の要件事実は、利得、損失、両者の因果関係及び利得に法律上の原因がないこと、であることを思考の出発点に置くよう訓練されているのであるから、民事訴訟法の授業としても、前訴確定判決の既判力はそれらの要件事実のうちどの事実の主張を遮断するのかについて説明をしなければ、実務家の卵に対する教育として不十分であると考えられる。

また、設問1を採点していて実感したのは、解除条件の意義を正しく理解していない受験者がいたことである。民法総則から始まる法学部の授業と異なり、多くの法科大学院では、民法についてパンデクテン・システムを解体したカリキュラムが組まれている。もちろん、各法科大学院においては、民法総則の中に置かれた諸制度のうち、例えば代理は契約の締結の箇所で、時効は債権の消滅及び物権の取得の箇所で、適切に学習の機会が設けられていると思われるが、期限、条件、期間といった基礎的概念を学生が実質的に理解する機会が十分に設けられているか、改めて顧みていただきたいところである。

5 その他

毎年繰り返しているところではあるが、極端に小さな字（各行の幅の半分にも満たないサイズの字では小さすぎる。）、潰れた字や書き殴った字の答案が相変わらず少なくない。司法試験はもとより字の巧拙を問うものではないが、心当たりのある受験者は、相応の心掛けをしてほしい。また、「けだし」、「思うに」など、一般に使われていない用語を用いる答案も散見されたところであり、改めて改善を求めたい。